

헌법재판소의 ‘신 행정수도의 건설을 위한 특별조치법’ 위헌 결정 및 수도·대통령 직무실· 국회의 이전에 대한 고찰

A Study on the Constitutional Court's Decision on Unconstitutionality of ‘the Special Act for the Construction of the New Administrative Capital’ and the Relocation of the Capital, the Presidential Office and the National Assembly

이 희 훈*

Lee, Hie-Houn

목 차

- | | |
|--|--------------------------|
| I. 들어가는 말 | III. 수도이전 특별법상 여러 헌법적 쟁점 |
| II. 수도이전 특별법에 대한 헌법재판소
결정의 주요 판시 내용 | 사항들에 대한 검토 |
| | IV. 맺는 말 |

헌법재판소의 2004헌마554·566(병합) 결정의 법정 의견과 같이 성문헌법 하에서 그 흠결을 보충·보완하기 위하여 예외적으로 관습헌법을 인정할 필요가 있고, 이러한 관습헌법을 예외적으로 엄격히 인정하기 위하여 여러 성립요건들이 필요하다고 판시한 것에 대해서는 동의한다. 그리고 헌법재판소의 2004헌마554·566(병합) 결정에서 우리나라의 수도는 서울이라는 관습헌법을 수도이전 특별법으로 변경하려고 했던 것

<https://doi.org/10.35148/ilsilr.2022..53.263>

투고일: 2022. 12. 7. / 심사완료일: 2022. 12. 21. / 게재확정일: 2022. 12. 26.

* 선문대학교 법·경찰학과 정교수, 법학박사

Full Professor of Law and Police at SunMoon University

은 법의 체계에 부합하지 않아서 위헌이고, 성문헌법의 효력과 동일한 관습헌법인 우리나라의 수도인 서울을 다른 지역으로 이전하기 위해서 헌법 제130조의 헌법 개정예 의한 국민투표에 의하지 않아서 위헌이라고 판시한 것에 비추어 볼 때, 현재 우리나라의 수도인 서울에 대통령 직무실과 국회의사당의 본원은 그대로 남겨둔 채, 별도로 대통령 세종 직무실과 국회 세종의사당을 추가로 설치하려는 것은 이러한 헌법재판소의 결정이 타당하다는 전제 하에 동의할 수 있다.

그러나 헌법재판소의 2004헌마554·566(병합) 결정의 법정 의견이나 별개 의견에 대해서는 다음과 같이 크게 여섯 가지의 사유로 동의하기 어렵다.

첫째, 한 국가의 수도를 결정 또는 변경하는 문제는 국민의 이념과 가치에 영향을 줄 수 없는 것으로, 국가공동체를 유지하는 것과 관련성이 없거나 그 관련성이 극히 낮다. 이에 어떤 국민이 수도에 사는지 아닌지의 여부는 단순한 사실적·경제적·간접적인 지위의 변화에 불과한 것이다. 따라서 ‘신 행정수도의 건설을 위한 특별조치법’에 의하여 우리나라의 수도가 서울인 것을 변경하려는 것에 대하여 관습헌법이 되기 위한 기본적인 헌법사항으로 보는 것은 타당하지 않다.

둘째, 1941년 11월 28일에 공포된 ‘대한민국 임시정부 건국강령’의 여러 조항들에서 향후에 건립될 대한민국의 수도를 당연히 서울이라고 볼 만한 명시적인 규정이 없다는 점에서 서울이 수도라는 것을 관습헌법으로 보는 것은 타당하지 않다.

셋째, ‘서울이 수도다.’라는 존재나 사실은 ‘서울이 수도이어야 한다.’라는 규범이나 당위와는 완전히 다른 별개의 것으로 전자로부터 후자를 도출해 낼 수는 없다는 점에서 서울이 수도라는 것을 관습헌법으로 보는 것은 타당하지 않다.

넷째, 이러한 헌법재판소 결정의 법정 의견에서 우리나라의 수도가 서울이라는 관습헌법의 여러 성립 요건들 중에서 이에 대한 우리 국민들의 법적 확신을 국민투표 등의 방법을 통하여 상세한 설명이나 구체적인 논증 또는 객관적인 실증을 하지 않았다는 점에서 서울이 수도라는 것을 관습헌법으로 보는 것은 타당하지 않다.

다섯째, 수도는 국가권력의 핵심적 사항을 수행하는 국가기관들이 집중 소재하고 있는 공법인에 해당한다고 할 것이다. 따라서 수도 등의 지방자치단체의 위치와 소재지를 변경 또는 결정하는 것은 관습헌법에 의한 것이 아니라, 헌법 제117조 제2항에 의한 해당 법률에 의하여 행할 수 있다고 할 것이다. 따라서 서울이 수도라는 것을 관습헌법으로 보는 것은 타당하지 않다.

여섯째, 서울이 우리나라의 수도라는 관습헌법을 폐지하거나 사멸할 때에는 헌법적인 관행이나 관례의 변화나 헌법에서 부여하고 있는 국회의 입법권에 의한다고 보는 것이 타당하며, 헌법 제72조에서 ‘… 불일 수 있다.’라는 임의적 규정에 의하여 대통령의 국민투표부권권에 의한 국민투표의 실시 여부는 대통령의 재량사항에 속한다. 따라서 이러한 헌법재판소의 결정의 법정 의견이나 별개 의견처럼 ‘신 행정수도의 건설을 위한 특별조치법’이 헌법 제130조의 헌법개정시 국민투표권이나 헌법 제72조의 대통령의 국민투표부권권에 의한 국민투표권을 침해하여 위헌이라고 판시한 것에 대해서 동의하기 어렵다.

이에 비추어 볼 때, 현재처럼 헌법재판소의 2004헌마554·566(병합) 결정의 법정 의견이 타당하다는 전제 하에 수도인 서울에 대통령 직무실과 국회의사당 본원을 두고 대통령 세종 직무실과 국회 세종의사당을 추가로 설치하는 것보다는 향후에 국회에서

우리나라의 수도 자체를 세종시로 이전하는 새로운 관련 특별법을 제정하여 대통령 직무실과 국회의사당의 본원을 모두 세종시로 이전하는 입법적인 개선을 하는 것이 바람직하다. 이러한 국회에서의 입법적인 개선에 의하여, 진정으로 우리나라의 지역 간에 심한 불균형과 격차를 해소하고 각 지역의 특성에 맞는 자립적인 발전을 통하여 보다 국민생활의 균등한 향상과 국가의 균형발전을 이루길 바란다.

[주제어] 관습헌법, 신 행정수도의 건설을 위한 특별조치법, 수도이전, 대통령직무실, 국회, 국민투표권

I. 들어가는 말

2022년 3월 9일에 실시된 제20대 대통령 선거에서 당선된 윤석열 대통령은 대선 과정에서 현재 서울에 있는 대통령 직무실은 그대로 둔 채, 추가적으로 대통령의 세종 집무실을 새롭게 설치하겠다고 공약하였다. 이에 따라 대통령직 인수위원회는 2022년 4월에 대통령 집무실을 충남 세종시에 추가로 설치하는 것에 대하여 먼저 1단계로 청사 1동에 있는 국무회의장을 우선 활용하고, 2단계로 2022년 12월에 준공되는 세종청사의 중앙동에 임시로 대통령의 집무실을 서울에 둔 것과 별도로 설치한 후에 3단계로 2027년에 국회 분원인 국회 세종의사당의 개원에 맞춰서 대통령의 비서동과 관저를 갖춘 대통령의 집무실을 서울에 두고 있는 별개로 충남 세종시에 추가적으로 건립할 계획이라는 로드맵을 발표하였다.¹⁾ 그리고 최근 2022년 8월 3일 오전에 세종동(S-1생활권)에서 원희룡 국토교통부장관과 이상래 행복도시건설청장 및 최민호 세종시장 등이 이러한 대통령의 세종시 집무실의 준비 과정에 대하여 발표하였다. 또한 같은 날 권성동 당시 국민의 힘 원내대표와 정진석 당시 국회부의장 및 성일종 국민의 힘 정책위의장 등 여당 지도부가 2027년에 국회의사당과 대통령 직무실은 서울에 그대로 둔 채, 추가로 국회 세종의사당의 개원과 함께 대통령의 세종 집무실도 동시에 개원을 할 계획에 대해서 약속하였다.²⁾ 이밖에 최근 2022년 11월 18일에 KBS 뉴스에서 “국회 세종의사당은 국회 본회의장과 국회의 6개 상임위원회 및 국회도서관 등 일부만 우리나라의 수도인 서울에 남기고, 기획재정위

1) 디트 NEWS 24, “대통령실, “세종집무실, 공약 파기보다 공약 재조정””, 2022. 7. 18, <<https://www.dtnews24.com/news/articleView.html?idxno=728537>>, 검색일: 2022. 11. 30.

2) 디트 NEWS 24, “2027년, ‘국회 세종의사당·대통령 집무실’ 동시 개원하나”, 2022. 8. 3, <<https://www.dtnews24.com/news/articleView.html?idxno=729393>>, 검색일: 2022. 11. 30.

원회, 산업통상자원위원회, 행정안전위원회, 교육위원회, 과학기술정보방송통신위원회, 보건복지위원회 등 해당 소관 부처가 세종시에 있는 11개의 국회 상임위원회 및 예산결산특별위원회와 국회사무처 등을 세종시로 당초에는 2027년에 완공할 계획이었지만 2028년 11월까지를 목표로 국회 세종의사당의 준공을 마칠 계획이며, 당초에는 약 1조 4천억 원으로 추계되었던 국회 세종의사당의 건립 등의 예산이 약 3조 6천백억 원으로 2배 이상 늘게 되었다.”라는 내용이 방영되었다.³⁾

이렇듯 국가의 균형발전을 위하여 추진 중인 대통령의 세종 직무실 및 국회의 세종의사당을 건립하기 위한 계획의 내용 중에서 대통령 직무실의 본원 및 국회의 본회의장을 우리나라의 수도인 서울에 계속 두어야만 하는 이유는 국가의 행정 및 정치의 중추적 기능을 하는 소재지는 관습헌법으로 인정되는 우리나라의 수도인 서울에 두어야만 한다고 판시한 지난 2004년 10월 21일에 헌법재판소의 2004헌마554·566(병합) 결정 때문이다. 이러한 헌법재판소의 동 결정에 대한 사건의 개요를 살펴보면 다음과 같다. 즉, 지난 2002년 9월 30일에 그 당시 새천년민주당의 대통령후보 노무현은 선거공약으로 ‘수도권 집중 억제와 낙후된 지역경제를 해결하기 위해 청와대와 정부부처를 충청권으로 옮기겠다.’라는 행정수도 이전계획을 발표하였다. 그리고 2002년 12월 19일에 실시된 제16대 대통령선거에서 노무현 후보가 당선되었고, 2003년 4월에 2003년 4월 17일에 대통령령 제17967호인 ‘신 행정수도 건설 추진기획단 등의 구성 및 운영에 관한 규정’이 제정되었다. 그리고 지난 2003년 10월에 정부는 ‘신 행정수도의 건설을 위한 특별조치법’(이하에서 “수도이전 특별법”으로 줄임)안을 제안하였는바, 이 법안은 2003년 12월 29일에 국회 본회의에서 통과되었다. 이에 2004년 1월 16일에 수도이전 특별법은 법률 제7062호로 공포되었고 부칙 규정에 의해서 공포일로부터 3개월이 지난 후부터 시행되었다. 이러한 수도이전 특별법은 수도권 집중의 부작용을 시정하고 국가의 균형발전과 국가경쟁력 강화를 목적으로 행정수도를 충청권 지역으로 이전할 것 등을 규정하였다. 이러한 수도이전 특별법의 시행 후 2004년 5월 21일에 신 행정수도 건설추진위원회가 발족되었는바, 동 위원회는 2004년 7월 21일에 주요 국가기관 중 중앙행정기관 18부 4처 3청(총 73개 국가기관)을 신 행정수도로 이전하고, 2004년 8월 11일에 연기·공주 지역을 신 행정수도의 입지로 확정하였다. 이에 서울특별시 소속 공무원, 서울특별시 의회의 의원, 서울특별시에 주소를 둔 시민 혹은 그 밖의 전국 각지에 거주하는 국민들은 이러한 수도이전

3) KBS 뉴스, “국회세종의사당 12개 위원회 이전 ... 사업비 3조 6천억 원 확대”, 2022. 11. 18, <<https://news.kbs.co.kr/news/view.do?ncd=5604972&ref=D>>, 검색일: 2022. 11. 30.

특별법이 헌법개정절차 등을 거치지 않은 채 수도이전을 추진하는 것이므로 수도이전 특별법 전체가 헌법에 위반되며, 이로 인하여 이 사건 청구인 자신들의 헌법상 국민투표권, 납세자의 권리, 청문권, 평등권, 거주·이전의 자유, 직업선택의 자유, 공무담임권, 재산권 및 행복추구권을 각각 침해받았다는 이유로 2004년 7월 12일 및 같은 달 15일에 헌법재판소에 각각 수도이전 특별법을 대상으로 그 위헌의 확인을 구하는 헌법재판소법 제68조 제1항의 권리구제형 헌법소원심판을 청구하였다.⁴⁾

이하에서는 이러한 대통령 직무실의 본원 및 국회의 본회의장을 우리나라의 수도인 서울에 계속 그대로 둔 채, 추가로 대통령의 세종 직무실 및 국회의 세종의사당을 충남의 세종시로 이전하는 것이 헌법적으로 타당한 것인지에 대하여 검토하기 위하여, 먼저 이러한 2004년 10월 21일에 2004헌마554·566(병합) 결정에서 수도이전 특별법에 대한 헌법재판소법 제68조 제1항의 권리구제형 헌법소원심판⁵⁾에 대한 헌법재판소 재판관 7명 다수의 법정 의견(이하에서 “법정 의견”으로 줄임)의 주요 판시 내용들을 고찰하고, 헌법재판소 재판관 1명의 별개 의견의 주요 내용과 헌법재판소 재판관 1명의 반대 의견의 주요 판시 내용을 각각 간략히 요약·정리하여 제시한다(이하 II).

그리고 수도이전 특별법의 여러 다양한 헌법적 쟁점 사항들에 관하여 성문헌법 국가에서 관습헌법을 인정할 필요가 있는지 여부의 문제와 관습헌법의 여러 성립 요건들의 인정 여부의 문제 및 수도의 설정과 이전의 문제가 헌법사항에 해당하는지 여부의 문제와 수도이전특별법이 헌법재판소의 2004헌마554·566(병합) 결정의 법정 의견처럼 헌법 제130조의 헌법개정시 국민투표권이나 또는 동(同) 결정의 별개 의견처럼 헌법 제72조의 대통령의 국민투표부권의원에 의한 국민투표권을 침해했는지 여부의 문제에 대하여 각각 헌법적으로 검토한다(이하 III).

끝으로 결론에 해당하는 맺는 말 부분에서는 이상에서 살펴본 헌법재판소의 2004헌마554·566(병합) 결정에서 수도이전 특별법에 대한 여러 쟁점 사항들에 관한 법정의견이나 별개 의견에 대해서 비판적인 관점에서 헌법적으로 검토한 주요 내용들을 요약·정리하여 제시한다. 그리고 이에 비추어 볼 때, 2022년 11월 말 현재 대통령 직무실과 국회의사당 본원은 우리나라의 수도인 서울에 계속 그대로 남겨둔 채, 세종시에 대통령의 세종 직무실과 국회의 세종의사당을 추가로 설치하려는 것에 대하여 향후 바람직한 입법적 개선방안을 제시한다(이하 IV).

4) 헌법재판소 2004. 10. 21. 선고 2004헌마554·566(병합) 결정에서 사건의 개요.

5) 헌법재판소 2004. 10. 21. 선고 2004헌마554·566(병합) 결정.

II. 수도이전 특별법에 대한 헌법재판소 결정의 주요 판시 내용

1. 헌법재판소 재판관 7명의 법정 의견의 주요 판시 내용⁶⁾

먼저 ‘수도가 서울인 점이 우리나라의 관습헌법인지의 여부’에 대하여 헌법재판소의 2004헌마554·566(병합) 결정에서 헌법재판소 재판관 7명의 법정 의견은 “수도의 설정이나 이전문제는 국가의 정체성을 표현하는 실질적인 헌법사항으로서, 국가생활에 관한 국민의 결단임과 동시에 국가를 구성하는 핵심적 헌법사항에 속한다. 관습헌법의 여러 성립요건들⁷⁾에 비추어 볼 때, 서울이 수도인 것은 조선시대 이래 600여 년간 국가생활에 있어서 전통적으로 형성되어 온 계속적 관행이라 할 수 있고(계속성), 이러한 관행은 변함없이 오랫동안 실효적으로 지속되어 중간에 깨어진 일이 없으며(항상성), 서울이 수도라는 사실은 우리나라의 국민이라면 개인적 견해 차이를 보일 수 없는 명확한 내용을 가진 것이다(명료성). 나아가 이러한 관행은 오랜 세월 간에 굳어져 국민들의 승인과 폭넓은 컨센서스를 이미 얻음으로써(국민적 합의) 국민이 실효성과 강제력을 가진다고 믿고 있는 국가생활의 기본사항이라고 할 것이다. 따라서 서울이 수도라는 점은 우리의 제정헌법이 있기 전부터 전통적으로 존재하여 온 헌법적 관습이며, 우리 헌법조항에서 명문으로 밝히고 있지는 않지만 자명하고 헌법에 전제된 규범으로서 관습헌법으로 성립된 불문헌법에 해당한다고 할 것이다.”라고 판시하였다.

그리고 ‘수도 서울의 관습헌법 폐지를 위한 헌법적 절차’에 대하여 헌법재판소의 2004헌마554·566(병합) 결정에서 헌법재판소 재판관 7명의 법정 의견은 “첫째, 헌법 제130조에 의하여 관습헌법에 상반되는 내용의 법규범을 첨가하는 헌법 개정을 할 수 있다. 둘째, 관습헌법에 대한 국민적 합의성을 소멸시키는 방법으로 헌법을 개정할 수 있다. 그러나 이 중에서 두 번째 방법인 헌법 제72조에 의하여 관습헌법을 소멸시키는 방법은 허용되지 않는다. 그렇다면 수도이전은 헌법 제130조의 절차에 따라야 하는바, 수도이전 특별법은 이러한 절차를 따르지 않았기 때문에 동법은 위헌이다. 즉, 우리나라의 수도가 서울이라는 점에 대한 관습헌법을 폐지하기 위해서는 헌법에서 정한 절차에 따른 헌법 개정에 의하여 이루어져야 한다. 다만, 헌법규범으로 정립된 관습이더라도 그 법적 효력에 대한 국민적 합의가 상실되기에 이른 경우에는 그 관습헌법은 자연히 사멸하게 된다.

6) 헌법재판소 2004. 10. 21. 선고 2004헌마554·566(병합) 결정에서 법정 의견.

7) 이에 대해서는 본 논문의 III-2번 참조.

이와 같은 사멸을 인정하기 위해서는 국민에 대한 종합적 의사의 확인으로서 국민투표 등 모두가 신뢰할 수 있는 방법이 고려될 수 있다. 그러나 본 사건에서 이러한 사멸의 사정이나 정황은 확인되지 않는다. 따라서 이를 폐지하기 위해서는 반드시 헌법 제130조에 따른 헌법 개정 절차에 의하여야 한다.”라고 판시하였다.

또한 ‘국민투표권의 침해 여부’에 대하여 헌법재판소의 2004헌마554·566(병합) 결정에서 헌법재판소 재판관 7명의 법정 의견은 “서울이 우리나라의 수도인 점은 불문의 관습헌법이므로, 헌법개정절차에 의하여 새로운 수도 설정의 헌법조항을 신설함으로써 실효되지 아니하는 한, 헌법으로서의 효력을 가지는 것이다. 그런데 수도이전 특별법은 헌법개정사항인 수도의 이전을 헌법 제130조의 헌법개정절차를 밟지 아니하고 단지 단순 법률의 형태로 실현시킨 것으로서, 결국 헌법 제130조에 따른 헌법 개정에 있어서 국민이 가지는 참정권적 기본권인 국민투표권의 행사를 배제한 것이므로 국민의 헌법개정시 국민투표권을 침해하고 있다.”라고 판시하였다. 따라서 “수도의 이전을 확정함과 아울러 그 이전절차를 정하는 수도이전 특별법은 우리나라의 수도가 서울이라는 불문의 관습헌법사항을 헌법개정절차를 거치지 않은 채 법률의 방식으로 변경한 것이어서, 동법 전체가 본 헌법소원심판 청구인들을 포함한 국민의 헌법개정시 국민투표권을 침해했으므로 헌법에 위반된다.”라고 판시하였다.

2. 헌법재판소 재판관 1명의 별개 의견의 주요 판시 내용

헌법재판소 2004헌마554·566(병합) 결정에서 김영일 1명의 헌법재판소 재판관은 다수의 법정 의견에 대한 별개 의견으로 “수도이전에 관한 의사결정은 헌법 제72조가 규정하는 국방·통일 및 기타 국가안위에 관한 중요정책에 해당하므로, 헌법 제72조의 국민투표의 대상이 된다. 법치주의의 원리는 어떠한 공권력의 작용이라도 법으로부터 자유로울 수 없음을 요구하므로, 대통령의 국민투표 부의행위가 자유재량행위라고 하더라도 재량권의 일탈·남용이 있는 경우에는 그 재량권의 근거규범인 헌법 제72조에 위반된다. 대통령이 수도이전의 문제를 국민투표에 부의하지 않는 것은 헌법 제72조의 입법목적과 입법정신에 위배되고 자의금지의 원칙과 신뢰보호의 원칙⁸⁾에 반하므로, 재량권을 일탈·남용한 위헌적인 것이 된다. 그러므로 대통령이 재량권을 적법하게 행

8) 이에 대한 보충적인 논거로서 수도이전의 문제에 대해서 대통령이 국민투표를 실시하겠다고 공약하였다가 이를 실시하지 않은 것은 신뢰보호의 원칙에 반한다고 제시하였다.

사한다면 위 문제를 국민투표에 부의하는 선택을 할 수밖에 없고, 이에 따라 대통령은 수도이전에 관한 의사결정을 국민투표에 부의할 의무가 있다. 즉, 명령적 위임관계에서 국민은 구체적인 사안에서 위임을 철회할 수 있으며, 국민이 특정한 사안에 대해서 직접 국민투표로 결정하려는 의사를 가지고 있다고 볼 상당한 이유가 있는 경우에 대의기관은 국민투표를 실시하여야 한다. 이에 국민은 위 대통령의 의무에 상응하는 권리인 국민투표권을 가지게 된다. 그러나 수도이전 특별법은 국민투표에 의하지 아니하고 수도이전의 의사결정을 한 것이어서, 국민투표를 확정적으로 배제하고 있기 때문에 헌법 제72조의 국민투표를 침해한다. 수도의 위치가 관습헌법규범이라고 단정하기 어렵지만, 다수 의견과 같이 관습헌법규범이라고 보는 경우에도 수도이전 특별법이 헌법 제72조의 국민투표권을 침해하는 것은 마찬가지이고, 나아가 헌법 제130조 보다는 헌법 제72조에 의하여 수도이전 특별법의 위헌성을 확인함이 보다 타당하다.”라고 판시하였다.⁹⁾

즉, 이러한 1명의 헌법재판소 재판관의 별개의견은 수도이전 특별법이 위헌이라는 결론에 대해서는 헌법재판소 재판관 7명 다수의 법정 의견과 동일하지만, 수도이전특별법이 본 헌법소원심판을 제기한 청구인들의 기본권인 헌법 제72조의 국민투표권을 침해하여 헌법에 위반된다는 본 수도이전 특별법에 대한 위헌 사유를 헌법재판소 의 법정 의견과 다르게 설시하고 있다. 참고로, 이러한 1명의 헌법재판소 재판관의 별개 의견은 확정적인 판단을 하지는 않았으며, 수도의 설정 및 이전 문제가 헌법사항에 해당하는 여부의 문제 및 우리나라의 수도가 서울이라는 것이 관습헌법에 해당하는지 여부의 문제에 대해서 의문을 표명했지만 그 판단을 유보하였다.

3. 헌법재판소 재판관 1명의 반대 의견의 주요 판시 내용

헌법재판소 2004헌마554·566(병합) 결정에서 전효숙 1명의 헌법재판소 재판관은 반대의견으로 “수도문제는 헌법사항이 아니며, 또한 대한민국의 수도가 서울이라는 점이 관습헌법의 내용이 될 수도 없다. 성문헌법이 모든 헌법사항을 빠짐없이 규율할 수 없어 관습헌법의 존재를 부정하지는 않지만, 관습헌법은 성문헌법에 대한 보충적인 효력을 가지며, 관습으로 존재하는 헌법사항은 헌법 개정을 통해 비로소 성문헌법의 효력을 갖는다. 국가기관의 권한배분의 원칙을 기준으로 보면 관습헌법이 존재한다는 이유로

9) 헌법재판소 2004. 10. 21. 선고 2004헌마554·566(병합) 결정에서 김영일 1명의 헌법재판소 재판관의 별개 의견.

헌법 개정이 필요하다면 관습헌법이 국회의 입법권을 변경시키는 결과가 되어 허용될 수 없다.”라고 판시하였다. 그리고 수도이전 특별법이 헌법 제72조의 국민투표권의 침해 여부에 대하여 이러한 1명의 헌법재판소 재판관은 반대의견으로 “헌법 제72조는 유보 없이 임의적인 국민투표로 이해하고 있으며, 국민투표권이 헌법상의 권리로서 존재하지만 이는 국민투표를 실시하는 경우에 그 내용과 관련된 기본권이며, 결코 헌법 제72조의 사항에 대해서 국민투표의 실시를 요구할 국민의 기본권은 없다.”라고 판시하였다.¹⁰⁾

즉, 이러한 1명의 헌법재판소 재판관의 반대의견의 주요 판시 내용은 결국 수도이전 특별법에 대한 헌법소원 심판청구를 ‘각하’해야 한다는 의견을 제시한 것이라고 하겠다.

III. 수도이전 특별법상 여러 헌법적 쟁점 사항들에 대한 검토

1. 성문헌법 국가에서 관습헌법을 인정할 필요가 있는지의 여부에 대한 검토

우리나라는 헌법 전문과 총 130개 조항의 본문과 헌법 부칙을 규정한 성문의 헌법전을 가진 성문 헌법국가이다. 이러한 성문헌법 국가에서 관습헌법을 인정할 필요성이 있는지 여부에 대하여 살펴보면, 모든 법에는 나름의 법의 존재형식인 법원이 존재하며 일반적인 법원으로서 관습법의 존재는 인정된다. 그리고 불문헌법이란 원래 헌법의 존재형식이 성문이나 불문이나에 따른 구별에서 성문법전으로 존재하지 않는 헌법에 대한 명칭이다. 이를 실질적인 헌법과 형식적인 헌법의 구분에 따라 재해석을 하면, 헌법사항, 즉 통치조직과 통치작용, 국가기관 상호간의 관계, 국가와 국민의 관계에 관한 사항 등¹¹⁾을 내용으로 하는 실질적인 헌법 중에서 성문헌법과 성문법률 등 성문규범의 체계에서 명기하지 않은 사항을 관습헌법이라고 명할 수 있다.¹²⁾

즉, 관습헌법¹³⁾의 의미와 인정 필요성에 대하여 먼저 한 국가에서 용인되고 있는

10) 헌법재판소 2004. 10. 21. 선고 2004헌마554·566(병합) 결정에서 전효숙 1명의 헌법재판소 재판관의 반대의견.

11) 권영성, 헌법학원론 개정판, 법문사, 2009, 9쪽, 17쪽.

12) 불문헌법의 개념과 형성의 역사적 배경 등에 대한 것은 김상겸, “성문헌법국가에 있어서 관습헌법의 의미에 관한 연구”, 헌법학연구 제11권 제1호, 한국헌법학회, 2005, 298-299쪽.

13) 관습헌법과 동일하거나 유사한 의미로, 헌법적 관습법, 헌법관습법, 불문적 헌법관습법, 헌법관습, 헌법적

헌법적 가치를 갖는 관습적 규범의 총체를 뜻하는바, 성문헌법 속에 헌법사항들을 모두 빠짐없이 규정할 수 없을 뿐만 아니라, 성문헌법에 헌법적 가치를 가진 사항이 누락되거나 충분하지 못할 수도 있으므로 관습헌법의 필요성과 그 규범력을 인정해야 한다고 보는 견해가 있다.¹⁴⁾ 다음으로 성문헌법의 체계 하에서 관습헌법은 국민의 권리와 통치제도 등의 헌법적 사항과 관련하여 제도화한 규범적 내용이 성문헌법에 저촉되지 않는 범위 내에서 헌법적 관례나 선례의 총체 등으로 법제화한 규범으로, 그 효력을 인정해야 한다고 보는 견해가 있다.¹⁵⁾ 그리고 관습헌법이란, 헌법사항에 관한 관례나 선례를 뜻하는 것으로 성문헌법에 저촉되지 않는 범위 내에서 국가의 정치조직이나 제도 등에 관련된 내용이 법전화하지 않고 관습이나 선례의 총체로서 제도화하여 형성되는 규범으로 불문헌법 국가의 법적 존재형식이고 인식자료에 해당하므로, 그 효력을 인정해야 한다고 보는 견해가 있다.¹⁶⁾ 또한 관습헌법이란, 사회공동체 내에서 발생한 어떠한 관행이나 관습이 반복하여 행하여지고 헌법으로서의 규범력을 가지는 것에 대한 사회구성원들의 법적 확신을 통하여 국가 내의 최고법으로서의 규범성을 획득하여 성문헌법과 동일한 효력을 가지는 것을 뜻한다. 따라서 관습헌법은 헌법적 수준의 법규범이지만, 비록 현실에서 반복하여 행하여지더라도 형식적 의미의 헌법에 위반되는 관습은 아무리 반복되더라도 그 규범성을 인정하기 어렵다고 보는 견해가 있다.¹⁷⁾ 이밖에 헌법관습¹⁸⁾은 성문헌법의 불충분성과 다변적인 정치활동에 비추어 헌법관습의 형성을 무시할 수는 없다. 그러나 국민의 의사를 무시하는 형태로 성문헌법규정을 폐기하는 것은 헌법의 침해로써 받아들일 수 없다. 특히 집권자가 국민의 법적 확신이나 승인이 없는 관행을 내세워 헌법에 반하는 자의적 권력을 행사하는 것은 단호히 거부되어야 한다. 설사 어떤 헌법관

습물, 헌법적 관행, 선행적 헌법관습, 후행적 헌법관습, 추가적 관습헌법, 해석적 관습헌법, 명시되지 않은 헌법, 불문헌법 등 다양한 용어의 의미와 비교 및 차이점에 대한 것은 김명재, “관습헌법의 성립가능성과 한계”, 토지공법연구 제30집, 한국토지공법학회, 2006, 241-244쪽. 다만, 일반적으로 불문헌법의 대명사로 사용되는 용어인 ‘관습헌법’과 성문헌법의 테두리 안에서 이루어지는 헌법의 관행을 의미하는 ‘헌법관습법’ 간에는 엄격히 구별해야 한다는 견해로는 허영, 한국헌법론 전경 11판, 박영사, 2015, 35쪽.

14) 성낙인, 헌법학 제22판, 법문사, 2022, 20쪽.

15) 강경근, 헌법 신판, 법문사, 2004, 29쪽.

16) 김상겸, 앞의 논문, 300-301쪽.

17) 정종섭, 헌법학원론 제10판, 박영사, 2015, 25-26쪽.

18) ‘헌법관습’이란, 정치현상 등의 계속된 변화에 의하여 성문헌법과 현실 간에 괴리 현상이 생기게 되어 성문헌법에서 모든 헌법적 사항들을 규율하지 못하는 사항을 보충하거나 성문헌법의 규정을 변화시키거나 그 규정에 반대되는 관행 내지 관례들이 일정한 요건 하에 법적 확신을 받을 것을 의미한다. 정재황, “헌법관습과 헌법판례의 불문헌법법원성 여부”, 고시계 제36권 제10호, 고시계사, 1991, 99쪽.

습의 사항에 대하여 국민의 법적 확신이나 승인이 있더라도 그러한 국민의 법적 확신이나 승인이 정당한 방향의 헌법변화를 추구하는 것이 아니라 일시적으로 오도된 국민여론의 표시일 경우에는 그 헌법관습을 받아들일 수 없다고 하겠으며, 이러한 헌법관습은 어디까지나 국민의 기본권의 제한에 대한 사항이 아닌 국민의 기본권의 보장에 대한 사항에 한하여 인정해야 한다는 견해가 있다.¹⁹⁾

한편 이와 달리 국가 내의 최고 규범인 헌법은 필연적으로 헌법의 규율대상에 대하여 중요하고 본질적인 규율을 하는데 그치게 되므로, 그 언어적 표현상 추상적·개방적·미완성적·유동적이며, 구조적으로 헌법과 법률의 기능분담을 직접 예정하고 있기 때문에 헌법에 관습법이 형성될 가능성은 없다고 보는 견해가 있다. 이 견해에 의하면 관습법은 헌법 그 자체의 영역이 아니라 헌법의 가치와 이념을 실현하는 차원에서 입법의 공백이 있고, 헌법의 가치와 이념을 실현하는데 기여하는 관습이 존재하는 경우에 관습법의 기능을 인정할 수는 있지만, 이러한 관습법은 어디까지나 법률의 흠결을 보충하는 의미에서 법률적 효력을 가질 뿐이므로,²⁰⁾ 이를 관습헌법이라고 할 수는 없다고 보는 견해가 있다.²¹⁾

생각건대, 먼저 우리나라 헌법의 제정이나 개정 시에 예견하지 못한 흠결이나, 규정 자체의 결함 사항에 대해 이를 보완하거나 보충할 때가 발생할 수 있다. 즉, 헌법의 탄력적 해석을 위하여 여러 헌법의 기본원리들에 저촉되지 않는 범위 내에서 국회가 제정한 법률에 대해 합헌적 해석을 하고 헌법에 결함이 있을 때에는 기본권의 보장 등 헌법이 추구해야 할 사항을 기준으로 다소 완화해서 성문헌법 국가라고 하더라도 관습헌법을 예외적으로 인정할 필요가 있다. 다음으로 헌법과 헌법 현실이 불일치할 때, 그 원인이 헌법규정의 과도한 엄격성 내지 비현실성에 있다면 여러 헌법의 기본원리들에 저촉되지 않는 범위 내에서 관습헌법을 인정할 필요가 있다. 그리고 성문헌법이 제정되기 전에 성립한 헌법에 관한 관행 내지 관습을 인정할 필요가 있다. 다만, 이러한 관습헌법은 어디까지나 성문헌법의 규범적 테두리 안에서 성문헌법의 애매한 점을 보충하고 성문헌법의 실효성을 증대시키는 역할을 하는 범위 내에서 인정할 필요가 있다.²²⁾

19) 정재황, 위의 논문, 104쪽.

20) 이와 같이 관습법은 법률적 효력을 가진다는 견해로는 장영수, “위헌법률심판의 대상으로서의 관습법”, 공법연구 제40집 제2호, 한국공법학회, 2011, 350쪽.

21) 전광석, “수도이전특별법 위헌결정에 대한 헌법이론적 검토”, 공법연구 제33집 제2호, 한국공법학회, 2005, 126-127쪽.

22) 허영, 앞의 책, 35쪽.

또한 헌법이 구체적인 사항에 대하여 규율하는 경우는 해당 사안에 대하여 규범력을 증진시킬 수 있겠지만, 다른 한편으로는 포섭되는 구체적인 사안이 제한되기 때문에 헌법이 보편적으로 적용되는데 있어서 문제점을 발생시키기도 한다. 즉, 헌법은 자체적으로 정치적인 타협의 결과로서, 국민의 통합에 필요한 사항들에 대하여 미래의 정치적인 협상과 투쟁을 유보해 둘 수밖에 없으므로,²³⁾ 헌법은 무흠결의 완결된 체계가 아니다. 따라서 성문헌법 국가이더라도 관습헌법을 예외적으로 인정할 필요가 있다.²⁴⁾ 다만, 성문헌법 국가에서 실정헌법의 제정은 바로 주권자에 의하여 행사된 결과이기 때문에 헌법적 관행에 의하여 확인된 관습헌법이 성문헌법과 독립하여 성문헌법에 우선하는 효력을 가질 수는 없다고 보는 것이 타당하다.²⁵⁾ 이처럼 우리나라와 같은 대륙법계 국가에 속하는 독일과 프랑스에서도 원칙적으로 성문헌법에 위반되는 관습헌법은 인정할 수 없지만, 모든 사항을 성문헌법에 빠짐없이 모두 규정할 수 없고, 성문헌법의 불명확성과 간결성과 함축성 등에 비추어 볼 때, 성문헌법에 위반되지 않으며 성문헌법을 보충·보완해 주는 기능을 하는 관습헌법의 필요성을 대체적으로 인정하고 있다.²⁶⁾ 이러한 점에 비추어 볼 때, 헌법재판소의 2004헌마554·566(병합) 결정에서 법정 의견이 우리나라처럼 성문헌법의 체제 하에서 그 흠결을 보충 내지 보완하기 위하여 예외적으로 관습헌법의 필요성을 인정한 것에 대해서는 동의한다.

2. 관습헌법의 여러 성립 요건들의 인정 여부에 대한 검토

헌법재판소의 2004헌마554·566(병합) 결정에서 법정 의견은 관습헌법이 성립하기 위하여 요구되는 여러 요건들에 대해서 다음과 같이 크게 다섯 가지 사항을 제시하였다. 첫째, 기본적인 헌법사항에 대하여 어떠한 관행이나 관례가 존재해야 한다. 둘째, 그러한 관행이나 관례에 대해서 국민은 그 존재를 인식하고 사라지지 않을 관행이나 관례라고 인정할 만큼 충분한 기간 동안 계속 내지 반복되어야 한다. 셋째, 그러한 관행은 지속성 내지 항상성을 가져야 하므로, 그 중간에 어떠한 반대되는 관행이나 관례가 발생하거나

23) 허영, 위의 책, 26쪽.

24) 계희열, 헌법학(상) 신정 2판, 박영사, 2005, 51쪽.

25) 김상겸, 앞의 논문, 303쪽.

26) 이러한 독일의 견해에 대한 것은 방승주, “수도가 서울이라는 사실이 과연 관습헌법인가? 헌법재판소 2004. 10. 21. 2004헌마554·566(병합) 신행정수도의건설을위한특별조치법 위헌결정에 대한 비판”, 공법학연구 제6집 제1호, 한국비교공법학회, 2005, 156-157쪽. 그리고 이러한 프랑스의 견해에 대한 것은 전학선, “헌법관습에 관한 일고찰”, 토지공법연구 제25집, 한국토지공법학회, 2005, 558-562쪽.

존재해서는 안 된다. 넷째, 그러한 관행은 여러 가지 해석이 가능할 정도로 애매모호한 것이 아닌 명확하거나 명료한 내용이어야 한다. 다섯째, 이러한 관행은 헌법관습으로서 국민들의 승인이나 확신 또는 폭넓은 동의나 합의를 얻어서 국민이 헌법적 강제력을 가진다고 믿고 있어야 한다. 이렇듯 관습헌법의 성립을 인정하기 위한 위에서 살펴본 크게 다섯 가지의 요건들이 모두 충족되어야 한다.²⁷⁾ 즉, 관습헌법이 성립되기 위한 여러 요건들로는 먼저 기본적 헌법사항에 관하여 어떠한 관행이 존재할 것이라는 헌법유보사항이 있어야 한다. 다음으로 그 관행이 오랫동안 반복 내지 계속되어야 한다. 그리고 그러한 관행이 중간에 중단 없이 지속되어야 한다.²⁸⁾ 또한 그러한 관행이 명료 내지 명확할 것이라는 관습헌법이 성립되기 위한 객관적 요건이나 물적 요건이 있어야 한다. 이밖에 그러한 관행에 대한 국민적 합의 내지 법적 확신이 있을 것이라는 관습헌법이 성립되기 위한 주관적 요건이나 인적 요건이 있어야 한다.²⁹⁾

생각건대, 이러한 헌법재판소의 2004헌마554·566(병합) 결정의 법정 의견에서 제시한 관습헌법의 여러 성립요건들은 각 사안에 대한 사실 판단이나 시각의 차이에 따라 각각 다른 결론이 도출될 수 있는 문제점이 발생할 수 있다.

3. 수도의 설정과 이전의 문제가 헌법사항에 해당하는지의 여부에 대한 검토

‘수도’란, 한 국가의 통치기관이 있는 정치적 중심지로서 국가의 중심도시이자 핵심적 기능을 수행하는 도시를 뜻한다. 이러한 수도의 설정과 이전의 문제가 헌법사항에 해당하는지 여부에 대해서 헌법재판소는 2004헌마554·566(병합) 결정에서 법정 의견으로 “입헌국가의 규범적 요청에 부합하는 수도는 다음의 특징들을 갖추어야 할 것이다. 우선 대의민주제 입헌국가에서는 국민의 대의기관인 의회를 통한 입법기능이 수행되는 곳이어야 한다. 입법기관의 ‘직무소재지’라는 것은 수도로서의 성격의 중요한 요소의 하나다. 다음으로 수도는 국가의 대표기능 내지 통합기능이 수행되는 곳이어야 한다. 우리나라와 같은 대통령제 국가의 헌법에서는 대통령이 국가를 대표하고 국가의 통일성을 유지하

27) 헌법재판소 2004. 10. 21. 선고 2004헌마554·566(병합) 결정.

28) 이러한 관습헌법의 성립요건 중에서 ‘지속성’이 있을 것에 대한 비판적 견해로는 Christian Tomuschat, *Verfassungsgewohnheitsrecht?: Eine Untersuchung zum Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland* land, C. Winter, 1972, S. 52.

29) 김승태, “헌법관습의 법규범성에 대한 고찰”, 헌법논총 제15집, 헌법재판소, 2004, 144쪽; 이영록, “수도(首都) 및 국기(國旗)에 관한 관습헌법론 검토”, 세계헌법연구 제11권 제1호, 세계헌법학회, 2005, 262쪽.

도록 하는바, 대통령의 이러한 대내외적 활동은 그 활동이 수행되는 장소에 대하여 ‘수도적인 것’의 한 필수적 요소를 부여하게 된다. 국가원수의 이러한 활동은 국민정서상의 상징적 가치를 가진 것으로서, 심리적으로 국가통합의 계기를 이루는 것이므로 수도성을 판단함에 있어서 본질적인 중요성을 갖는다. 우리나라 헌법상 여러 최고의 헌법기관들 중에서 국민의 대표기관으로서 국민의 정치적 의사를 결정하는 국회와 행정을 통할하며 국가를 대표하는 대통령의 소재지가 어디인가 하는 것은 수도를 결정하는데 있어서 특히 결정적인 요소가 된다고 할 것이다. 대통령은 국가원수로서 국가를 상징하고 정부의 수반으로서 국가운용의 최고 통치권자이며 의회는 주권자인 국민이 선출한 대표들로 구성된 대의기관으로서 오늘날의 간접민주주의 통치구조 하에서 주권자의 의사를 대변하고 중요한 국가의사를 결정하는 중추적 역할을 담당하므로, 대표적인 대의기관인 국회와 대통령의 직무소재지인 두 개의 국가기관이야말로 국가권력의 중심에 있고 국가의 존재와 특성을 외부적으로 표현하는 중심이 된다. 따라서 수도의 설정이나 그 이전을 정하는 문제는 국가의 정체성을 표현하는 실질적인 헌법사항에 해당한다. 헌법상 여러 통치기구들 중에서 국민의 대표기관으로서 국민의 정치적 의사를 결정하는 국회의 소재지와 행정을 통할하는 국가의 최고 통치권자이며 국가를 대표하는 대통령의 소재지를 어디로 정할 것인지에 대한 문제는 국가의 정서적 통일의 원천으로서 그 국민의 역사와 경험, 문화와 정치 및 경제, 그 권력구조나 정신적 상징 등이 종합적으로 표출됨으로써 형성되는 국가적 특성에 해당하는 국가의 정체성을 표현하는 실질적 헌법사항에 속한다.”라고 판시하였다.³⁰⁾

그러나 이러한 수도의 설정과 이전의 문제를 헌법사항에 해당한다고 본 헌법재판소 2004헌마554·566(병합) 결정의 법정 의견에 대해서는 다음과 같이 크게 네 가지의 사유들에 의하여 동의하기 어렵다.

첫째, 헌법은 국가생활의 공동체 내에서 개인의 지위에 대하여 기본권을 중심으로 규정하고 국가생활의 공동체를 실현 및 유지하기 위한 과제를 갖는 국내 최고 법규범으로 정의할 수 있는바, 수도의 설정이나 변경의 문제가 적어도 헌법사항이 되기 위해서는 수도가 이러한 헌법의 기능을 수행하기 위하여 필요한 사항이라는 것이 논증되어야

30) 헌법재판소 2004. 10. 21. 선고 2004헌마554·566(병합) 결정에서 법정 의견. 이와 같이 한 국가의 입법부나 행정부 등의 대의제를 실현하는데 기본적으로 근본적인 통치기구가 존재하는 장소를 뜻하는 수도의 설정과 이전의 문제 등 수도에 관련된 사항은 헌법적으로 정치적 통일체로서의 한 국가의 정치와 경제 및 역사와 문화 등에 의한 정체성을 나타내 주는 핵심적인 중요사항에 해당한다는 견해로는 김상겸, 앞의 논문, 310쪽; 김승대, 앞의 논문, 161쪽; 장영철, “수도의 법적 지위”, 공법연구 제40집 제1호, 한국공법학회, 2011, 275-277쪽.

한다. 그리고 한 국가의 수도를 결정하거나 변경하는 문제는 개인의 기본권과 법적·직접적인 지위에 영향을 미치는 사항이 아니다. 헌법재판소는 그동안 스스로 수많은 결정에서 사실적·경제적·간접적인 지위의 변화에 해당하는 것은 헌법소원심판의 대상이 아니라고 판시해왔고, 그 대신에 개인의 기본권과 법적·직접적인 지위의 변화에 해당하는 것만을 헌법소원심판의 대상이 되는 헌법적인 사항으로 판시해 왔다.³¹⁾ 따라서 이러한 그동안의 헌법재판소의 견해에 의하면 어떤 개인이 수도에 해당하는 지역에 사는 시민인지 아닌지의 여부는 단순한 사실적·경제적·간접적인 지위의 변화에 불과하다는 점에서, 기본적인 헌법사항에 해당한다고 보지 않는 것이 타당하다. 그리고 한 국가의 수도를 설정하거나 변경하는 문제는 국민의 이념과 가치에 영향을 줄 수 없다는 점에서, 국가공동체를 유지하는 것과 관련성이 없거나 그 관련성이 매우 희박하다고 볼 수 있다. 예를 들어, 우리나라의 수도가 서울일 때와 충청권 등 서울이 아닌 다른 어느 지역일 때에 우리나라의 경제적·사회적·문화적인 동질성 및 기타 정치지표의 변화 등에 영향을 주지 않는다고 보는 것이 타당하다. 즉, 영토는 주권과 통치권이 행해지는 공간으로서 국가의 필수적인 구성요소로서 헌법사항에 해당한다. 그러나 수도의 설정과 이전의 문제는 우리 국민들 간의 어떠한 통일성을 매개하는 수단이 아니고, 우리 국민들 간에 어떤 문화적인 동질성을 창출하는 것도 아니며, 국기나 국가(國歌) 등과 같이 상징적으로 국민통합의 가교역할을 하여 국민적 동질성의 징표에 해당한다고 보는 것은 타당하지 않다. 따라서 수도의 설정이나 이전의 문제는 개인과 국가 간의 관계에 법적·직접적인 영향을 미치는 사항이 아니라고 할 것인바, 국가라고 하는 정치적인 공동체내에서의 국민의 지위에 대한 이념도 아니고, 그 이념의 구체적인 형성이나 제도화의 기본적인 사항에 관한 합의사항에 해당되지 않으며, 정치적인 조직체를 창설함에 있어서 조직에 해당하지도 않는 것으로 보는 것이 타당하다.³²⁾ 따라서 수도의 설정과 이전의 문제는 헌법사항에 해당한다고 본 헌법재판소 2004헌마554·566(병합) 결정의 법정 의견에 동의하기 어렵다.

둘째, 1941년 11월 28일에 공포된 일제 강점기의 대한민국 임시정부의 공식문서이며, 대한민국 임시정부의 관보에도 게재되었던 제1장 총강, 제2장 복국, 제3장 건국으로 나뉘어 총 23조항으로 구성되어 있고, 제3장 건국에 있어서도 건국의 시기를 3기로 나누어 각 시기마다 달성해야 할 구체적인 목표를 제시하고 있는 ‘대한민국 임시정부 건국강

31) 헌법재판소 1998. 11. 26. 선고 94헌마207 결정.

32) 전광석, 앞의 논문, 125-126쪽.

령'의 내용들 중에서 건국 제1기의 주요 사항 중에 하나인 '적의 일체 통치기구를 국내에서 완전히 복멸하고 수도를 정하는 것'을 명기하고 있다. 이러한 대한민국 임시정부 건국강령 조항에 비추어 볼 때, 적어도 대한민국 임시정부에서 새롭게 건국할 대한민국이라는 독립국가의 수도를 당연히 서울로 생각하거나 간주한 것이라고 명시적으로 또는 명확하게 규정한 것은 아니라고 하겠다.³³⁾ 그리고 대한민국 헌법 전문에서는 이러한 대한민국 임시정부의 법통을 계승하도록 규정하고 있다. 또한 이러한 대한민국 임시정부의 건국강령 조항은 일본으로부터 해방된 후인 1945년 12월 말과 1946년 1월 초에 동아일보나 기타 전단지의 형식으로 그 당시 우리나라 국민들에게 널리 공표되었다는 점에서 그 당시 우리 국민들의 상당수는 이러한 대한민국 임시정부의 건국강령 조항의 취지에 깊이 동감하는 여론이 널리 확산 내지 퍼져있었음을 추측해 볼 수 있다.³⁴⁾ 따라서 우리 국민들의 대다수가 우리나라의 수도가 서울이라는 점을 결코 부정할 수 없는 자명하고 전제된 헌법 규범의 하나인 관습헌법으로 인정할 수 있다는 헌법재판소 2004헌마 554·566(병합) 결정의 법정 의견에 동의하기 어렵다.

셋째, 헌법재판소가 2004헌마554·566(병합) 결정에서 판시한 관습헌법의 여러 성립요건들 중에서 어떠한 관행이나 관례가 하나의 헌법 규범으로 인정되기 위해서는 어떤 행위에 관한 규정이어야 할 것이다. 그러나 서울이 수도라고 하는 것은 이러한 헌법 규범적인 관행이나 관례가 아니라 하나의 사실에 불과한 것으로, 이러한 사실이 곧바로 법규범으로 보는 것은 타당하지 않다.³⁵⁾ 왜냐하면 '서울이 수도다.'라는 존재나 사실(Sein)로부터 '서울이 수도이어야 한다.'라는 규범이나 당위(Sollen)를 도출해 낼 수는 없기 때문이다. 즉, 어떤 관행이나 사실이 비록 오랫동안 계속하여 존재하였더라도 단순히 그러한 관행이나 사실이 바로 당위나 규범으로 변경되는 것은 아니다. 관습법은 객관적으로 '어떤 명료하고 계속적·반복적으로 중간에 깨진 적 없이 변함없는 관행이 존재할 것'이라는 요건과 주관적으로 '국민들의 합의나 승인이 반드시 수반될 것'이라는 요건이 필요하다. 다만, 여기서 '국민들의 합의나 승인'이라는 주관적인 관습법의 성립요건은 국민들 간에 국가기관들끼리 서로 합의된 헌법적 관행에 대해서 적극적이고 현저한 반대의견이 없다면 그러한 관행이 이해관계가 있는 국가기관들에 의해 승인될 경우에 한하여 인정된다고 할 것이다. 그리고 국민과 국가기관 간의 관계에 대한 사항에 해당되

33) 정태호, “성문헌법국가에서의 불문헌법규범과 관습헌법”, 경희법학 제45권 제3호, 경희대학교 법학연구소, 2010, 312쪽.

34) 이영록, 앞의 논문, 266쪽.

35) 방승주, 앞의 논문, 164쪽.

는 관행의 합의나 승인의 여부는 직접 국민투표에 의하여 알아보거나 또는 당해 관습이 그 국가나 사회에서 가지는 정치적·경제적·사회적·문화적인 중요성, 그 국가와 국민의 역사와 전통에 대한 연관성, 당해 관습이 지속되는 동안 이와 관련하여 발생한 사건과 그 논의에서 국민이 보여준 태도와 반응, 헌법제정 당시에 성문화(成文化)가 되지 아니한 사정과 이유 등의 여러 제반 사정들을 종합하여 판단하여 국민들의 의사를 확인하는 방법을 생각해 볼 수 있다.³⁶⁾ 따라서 서울이 수도라는 사실은 일종의 관행 내지 관례로 볼 수는 있지만, 우리나라 국민들이 서울이 수도이어야 한다는 당위로 변경되거나 서울이 수도라는 것을 법적 강제력이 있는 법규범으로 헌법 제·개정권자인 국민이 확신하거나 합의한 것으로 보기는 힘들다.³⁷⁾ 또한 오늘날 다원적인 민주사회에서 어떠한 관행을 뒷받침해 주는 당사자들 간의 법적 확신은 더 이상 명확하고 분명하게 확인하기 어렵다. 따라서 조선시대부터 현재까지 명확하고 분명한 것은 어디까지나 서울이 수도라는 사실 일 뿐이지, 서울이 수도라고 하는 사실이 관습헌법에 해당하는지 여부 및 수도이전에 대한 국민들의 합의나 승인에 대해서는 직접적으로 국민투표를 통하여 알아보기 전에는 명확하고 분명하게 국민들의 뜻을 알 수 없다는 점³⁸⁾ 및 서울이 수도라는 사실에 대한 국민들의 합의나 승인에 대한 구체적이고 상세한 설명을 제시하고 있지 않다는 점³⁹⁾에 비추어 볼 때, 우리나라의 수도가 서울이라는 것을 관습헌법의 당위규범으로 인정하여, 우리나라의 수도가 서울인 것을 관습헌법으로 인정할 수 있다고 판시한 헌법재판소 2004헌마554·566(병합) 결정의 법정 의견에 동의하기 어렵다.

넷째, 수도란 스스로 국가가 아니면서 그 국가 안에 존재하는 국가권력의 핵심적 사항을 수행하는 국가기관들이 집중 소재하여 정치·행정의 중추적 기능을 실현하고 대외적으로 그 국가를 상징하는 직무소재지를 뜻한다고 할 것이다. 이러한 직무소재지로서의 수도는 공간적으로 다른 영역과 구별되는 독립된 영역을 가지고 독자적인 결정권을 행사하는 행정단체나 공법인의 형태를 취한다. 즉, ‘수도’란, 법적으로 한 국가 안에 존재하는 독립적인 영역을 가진 행정단체나 공법인의 하나 중에서 국가권력의

36) 김승대, 앞의 논문, 146쪽.

37) 고봉진, “관습헌법의 존재와 효력-‘신행정수도의 건설을 위한 특별조치법 위헌결정’을 중심으로-”, 법과정제 제21집 제2호, 제주대학교 법과정제연구원, 2015, 9-10쪽; 전학선, 앞의 논문, 564쪽.

38) 김배원, “국가정책, 관습헌법과 입법권에 대한 헌법적 고찰-신행정수도건설특별법 위헌확인결정 2004헌마554·566(병합) 사건을 중심으로-”, 공법학연구 제5집 제3호, 한국비교공법학회, 2004, 179쪽; 방승주, 앞의 논문, 164-168쪽.

39) 고봉진, 앞의 논문, 12-13쪽; 전광석, 앞의 논문, 129-130쪽.

핵심적인 사항을 수행하는 국가기관들이 집중 소재하고 있는 행정단체나 공법인을 뜻한다고 하겠다. 이러한 특수한 목적을 실현하기 위하여 설립된 공법인을 제외하고 일반적인 행정을 집행하는 우리나라 헌법상의 행정단체나 공법인은 대한민국 그 자체와 지방자치단체의 두 가지만 존재하는바, 수도는 그 자체가 국가가 아니므로, 수도는 단지 우리나라 안에 존재하면서 일반적인 행정을 집행하는 행정단체나 공법인에 해당한다고 할 것이다. 따라서 수도는 우리나라의 지방자치단체의 한 종류라고 볼 것이고, 이러한 지방자치단체를 우리나라 헌법 제117조 제2항에 의한 해당 법률에서 규정하고 있으므로, 수도는 당연히 우리나라 헌법 제117조 제2항의 규정에 의한 해당 법률에 그 존립 근거를 가진다. 또한 지방자치단체는 필연적으로 일정한 영역을 그 전제로 하고 있으므로, 우리나라의 헌법 제117조 제2항에서 규정된 ‘종류’에 속하는 개념이므로, 지방자치단체의 위치 및 그 소재지를 정하는 행위는 우리나라의 헌법 제117조 제2항에 의한 해당 법률에 의한다고 하겠다. 이러한 헌법적 해석은 수도를 서울로 정하든 신행정수도로 다른 곳을 수도로 정하든 동일하게 적용된다. 설사 수도를 헌법적 사항에 해당한다고 보더라도 수도에 대한 헌법적 해석시 적용될 수 있는 것은 불문헌법인 관습헌법이 아니라, 현행 우리나라의 헌법 제117조 제2항에 의한 해당 법률이 적용되는 것으로 보는 것이 타당하다.⁴⁰⁾ 이러한 사유로 헌법재판소 2004헌마554·566(병합) 결정의 법정 의견에서 우리나라 헌법전상 ‘수도가 서울’이라는 명문의 조항이 존재하지 않는다는 전제 하에 서울이 수도라는 점이 관습헌법에 해당한다고 의견에 동의하기 어렵다.

따라서 이러한 크게 네 가지의 사유들에 의하여 수도의 설정과 이전의 문제는 관습헌법이 될 수 있는 헌법적인 사항으로 보기 어렵다. 다만, 성문의 헌법전에는 구체적으로 기재되어 있지 않지만, 주권자인 국민들에 의한 헌법적 가치를 갖는 국가조직에 관련된 사항, 국가기관의 권한 구성에 관련된 사항, 개인의 국가에 대한 지위에 관련된 사항 등은 관습헌법이 될 수 있는 헌법적 사항을 볼 수 있다. 즉, 이러한 관습헌법의 종류에 해당될 수 있는 예로는 국호나 국어 또는 국기나 국가(國歌) 등을 결정하거나 변경하는 것 등을 들 수 있다.⁴¹⁾

40) 김경제, “신행정수도건설을위한특별조치법 위헌결정(2004헌마554·556 병합)의 헌법적 문제점”, 헌법학연구 제11권 제1호, 한국헌법학회, 2005, 532-533쪽.

41) 헌법재판소 2004. 10. 21. 선고 2004헌마554·566(병합) 결정. 이에 대하여 국기나 국가 또는 국어 등은 법령으로 규정할 수 있다는 점을 근거로, 국기나 국가 또는 국어 등을 관습헌법의 구체적 내용으로 볼 수 있다는 것에 반대하는 견해로는 방승주, 앞의 논문, 162쪽.

4. 수도이전 특별법이 헌법 제130조의 헌법개정시 국민투표권이나 헌법 제72조의 대통령의 국민투표부인권⁴²⁾에 의한 국민투표권을 침해했는지 여부에 대한 검토

4.1 수도이전 특별법이 헌법 제130조의 헌법개정시 국민투표권을 침해했는지 여부에 대한 검토

헌법재판소 2004헌마554·566(병합) 결정의 법정 의견에서는 관습헌법의 사멸을 확인하는 방법으로 수도가 서울특별시라는 국민의 법적 확신이 변화되었거나 또는 소멸되었다는 사정이 확인되지 않기 때문에 이를 폐지하기 위해서는 반드시 헌법 제130조의 헌법개정절차에 의한 국민투표에 의해야 한다고 판시하였다. 즉, 이러한 헌법재판소의 법정 의견은 수도이전 특별법이 헌법 제130조의 헌법개정시 국민투표권을 침해하여 위헌이라고 판시하였다.

생각건대, 헌법 개정은 헌법의 규범적 기능을 높이기 위하여 헌법에서 정하는 일정한 절차에 따라 헌법전의 조문이나 문구를 명시적으로 고치거나 변경하는 것으로, 헌법의 개정은 형식적 의미의 헌법인 성문헌법과 관련된 것이다. 따라서 성문의 헌법전에 들어 있지 않은 헌법사항이나 관습헌법에 대하여 고치거나 변경하는 것은 헌법의 개정⁴³⁾에 속하지 않으며, 헌법상 대의민주주의 절차인 국회에 의한 법률의 입법에 의하여 관습헌법적인 사항을 고치거나 변경할 수 있다고 보는 것이 타당하다.⁴²⁾ 즉, 우리나라의 헌법전(憲法典)에는 명문으로 서울이 수도라는 관습헌법의 변경에 대하여 별도의 제한 규정을 두지 않고 있다. 그리고 관습헌법의 효력상 근거가 성문헌법에 의한 것이 아니라 헌법적인 관행에 의한 것이므로, 관습헌법의 폐지에 의한 법적 효력을 상실시킬 때에도 성문헌법에서 규정한 헌법개정절차에 의해서가 아니라 헌법적 관행의 변화나 헌법에서 부여하고 있는 국회의 입법권에 의해서도 인정할 수 있다. 또한 관습헌법은 성문헌법과는 달리 국가에 의하여 계획되고 조직되어 제정된 헌법이 아니고 사실상 모든 헌법적인 사항들을 빠짐없이 완벽하게 형식적인 헌법전에 규율해 놓을 수 없기 때문에⁴³⁾ 성문헌법의 부족한 흠결 부분을 보충 내지 보완해 주는 기능을 할 뿐이다.⁴⁴⁾ 이러한 헌법의

42) 헌법재판소 2004. 10. 21. 선고 2004헌마554·566(병합) 결정에서 전효숙 1명의 헌법재판소 재판관의 반대의견.

43) 방승주, 앞의 논문, 159쪽.

44) 고봉진, 앞의 논문, 20쪽; 김상겸, 앞의 논문, 309쪽.

특성상 국가의 근본법으로서 간결성과 함축성을 추구하므로 형식적인 헌법전에 기재되지 않은 사항을 불문헌법적인 관습헌법의 형태로 인정할 필요가 있다. 이렇듯 관습헌법은 성문헌법과는 별개의 구분되는 법원으로서 성문헌법의 밖에 존재하는 또 다른 형태의 헌법제정에 의하지 않은 법원을 뜻한다. 따라서 관습헌법의 효력상 근거가 성문헌법이 아니라 점진적인 헌법적 관행이나 관례에 의한 것이므로, 관습헌법의 폐지에 따른 법적 효력을 상실시킬 때에는 성문헌법에서 정한 헌법개정절차에 의할 것이 아니라, 헌법적 관행이나 관례의 변화⁴⁵⁾ 또는 헌법에서 부여하고 있는 국회의 입법권에 의하여 인정하는 것이 타당하다.⁴⁶⁾ 이에 비추어 볼 때, 서울이 수도라는 관습헌법의 효력의 변경시 헌법 제130조의 헌법개정시 국민투표에 의한 성문의 헌법개정절차에 의하지 않았기 때문에 수도이전 특별법은 이러한 헌법개정시의 국민투표권을 침해하여 위헌이라고 판시한 헌법재판소 2004헌마554·566(병합) 결정의 법정 의견에 동의하기 어렵다.

4.2 수도이전 특별법이 헌법 제72조의 대통령의 국민투표부의권에 의한 국민투표권을 침해했는지 여부에 대한 검토

헌법재판소의 2004헌마554·566(병합) 결정에서 김영일 1명의 헌법재판소 재판관은 수도이전 특별법은 헌법 제72조의 대통령의 국민투표부의권에 의한 국민투표권을 침해한 것이라는 별개의견을 제시하였다. 즉, 이러한 헌법재판소의 별개 의견은 관습헌법의 사멸이나 변경을 위하여 헌법 제72조의 대통령의 국민투표부의권에 의한 국민투표에 의해서 해야 한다고 본 것인바, 이러한 견해에 대해서는 다음과 같은 사유로 동의하기 어렵다.

생각건대, 민주주의는 사회 구성원의 다원성의 인정 내지 허용을 그 전제로 한다. 그리고 민주주의는 이렇게 정치·경제·사회·문화적으로 다양한 계층의 국민들 다수의 의사나 의견을 최대한 결집하고 수렴하는 원리나 방법을 통해서 실현되는바, 이러한 국민 다수인의 의사나 의견이 직접적으로 실현되는 이른바 직접민주주의 형태로서 민주

45) 한수웅, 헌법학 초판, 법문사, 2011, 18쪽, 21쪽. 이처럼 관습헌법에는 성문헌법과 달리 헌법의 개정이 존재하지 않는다. 따라서 어떤 내용이 관습헌법으로 성립되어 규범력을 가지고 있을 때에도 이와 동시에 존재하는 성문헌법이 새로 제정되거나 개정되거나 성문헌법상 국민투표제가 있어서 그 국민투표가 행해진 결과가 해당 관습헌법의 내용과 상반된다면 해당 관습헌법은 소멸하게 된다. 정중섭, 앞의 책, 26쪽.

46) 이종수, “관습헌법이 제기하는 헌법이론적 문제점-신행정수도의 건설을 위한 특별조치법 위헌결정에 대한 평석-”, 헌법판례연구 제6집, 한국헌법판례연구학회, 2004, 71쪽.

주의를 실현하는 것이 가장 이상적이라고 할 것이다.⁴⁷⁾ 그러나 현실적으로 한 국가의 영토가 매우 넓은 ‘지역적 광역성’과 그 안에 사는 인구의 숫자가 매우 많은 ‘인구의 과다성’ 때문에,⁴⁸⁾ 오늘날의 국가에서 이러한 직접민주주의의 형태로 민주주의를 실현하고자 한다면 국가의 주인인 국민들의 의사결정에 대한 정당성을 확보할 수는 있겠지만, 현대사회의 복잡화·다원화·전문화된 국가사무에 대하여 전문적인 지식과 정보를 가지고 있지 않은 국민들에게 국가의 중요정책 등의 모든 국가적 사항들을 일일이 국민투표를 통해서 직접 결정해야 한다는 것은 기술적으로 실현하기에 매우 어렵고, 설사 이런 것이 가능하더라도 빈번한 국민투표에 의한 비용 등이 매우 많이 쓰이는 등 여러 문제점들이 발생한다.⁴⁹⁾ 이에 직접민주주의의 대표적인 제도인 국민투표제는 원칙적으로가 아닌 예외적으로 인정하여 실현하는 것이 바람직하다. 이러한 사유로 오늘날 민주주의 사회에서 예외적으로 사용되는 국민투표제의 실현방법으로 우리나라 헌법에서는 헌법 제130조에서 헌법을 개정할 때 강제적·의무적으로 국민투표를 실시하는 것 이외에 헌법 제72조에서 다음과 같이 임의적·선택적인 형태로 국민투표를 행하도록 규정하고 있다. 즉, 헌법 제72조에서 ‘외교·국방·통일 기타 국가안위에 관한 중요정책’에 대해서 대통령이 필요하다고 인정할 때에는 국민투표에 부의할 수 있도록 규정하고 있다. 이렇듯 헌법 제72조의 후문에서 ‘… 붙여야 한다.’라고 강제적·의무적인 형태로 규정하고 있지 않고, ‘… 붙일 수 있다.’라고 임의적·선택적 규정의 형태로 규정하고 있다. 따라서 헌법 제72조에서 규정되어 있는 여러 중요한 정책들에 대한 결정을 대통령이 국민투표에 부의할 것인가의 여부는 대통령의 정치적인 재량에 속한다. 이에 대통령이 외교·국방·통일에 관한 중요정책에 해당되는 사항이더라도 그러한 정책들을 모두 반드시 국민투표에 부의할 필요는 없고, 민주주의 하에서 대통령이 당해 사안에 대하여 국회에 의해 간접적인 형태로 결정하기보다는 직접적인 형태인 국민투표로 결정하는 것이 타당하다고 볼만한 상당한 이유가 있는 경우와 실제로 확정되지는 않았지만 국민의 의사가 대의기관의 의사와 현저히 다르다고 볼 만한 상당한 이유가 있는 경우에 한하여 헌법 제72조에 의해 해당 외교·국방·통일에 관한 중요정책에 해당되는 사항을 국민들에게 투표로 물어볼 수 있는 것으로 해석하는 것이 타당하다.⁵⁰⁾ 또한 이러한 헌법 제72조

47) 민주주의와 다수결 원리 및 다원주의 내지 다원성의 관계 등에 대해서는 장영수, 헌법학 제9판, 홍문사, 2015, 160-172쪽, 737쪽.

48) 전광석, 한국헌법론 제13판, 집현재, 2018, 88쪽.

49) 이광윤, “신행정수도건설을 위한 특별조치법 위헌 확인 결정의 찬반논쟁<2004헌마554·556(병합)>”, 고시계 제49권 제12호, 고시계사, 2004, 101쪽.

중에서 ‘기타 국가안위에 관한 중요정책’의 범위에 대해서는 헌법 제72조가 대통령의 임의적 국민투표부의권을 제한적으로 규정하려는 취지에 비추어 볼 때, 해당 국민투표의 대상을 ‘국가의 독립과 영토의 보전 및 헌법질서의 교란’ 등과 같이 구체적으로 국가안위에 관한 것임이 명백한 ‘대통령의 권한 내의’ 사항에 한해서만 헌법 제72조의 기타의 국가안위에 관한 중요정책에 해당되어 헌법 제72조의 국민투표의 대상이 될 수 있다고 제한적으로 해석하는 것이 타당하다.⁵¹⁾ 따라서 헌법 제72조의 국민투표권은 대통령이 임의적으로 ‘외교·국방·통일 기타 국가안위에 관한 중요정책’이라고 판단한 사안을 국민투표에 부의할 때 비로소 현실화되는 정지조건부 권리로, 대의제를 보완하는 정도의 최소한 이용이 권고되며 그 대상도 ‘정책’이기 때문에 전문적인 영역에서의 대통령의 재량이 인정되는 임의적인 것이다.

이러한 사유로 국민들의 일부가 국민투표권이 있음을 주장하면서 국민투표를 실시하지 않은 대통령에게 헌법 제72조에 의한 국민투표부의권에 의한 국민투표권 등의 기본권의 침해를 주장할 수는 없다고 보는 것이 타당하다. 또한 헌법 제72조에 의한 대통령의 국민투표부의권의 행사 여부는 대통령의 재량사항이다. 그리고 헌법 제72조에서의 국민투표권은 대통령이 부친 국민투표에 대한 사안에 한하여 국민들은 투표를 행사할 수 있는 권리를 가지게 될 뿐이므로, 대통령에게 특정한 중요 정책사안에 대하여 국민들이 헌법 제72조의 국민투표부의권을 행사할 수 있도록 요구할 수 없다고 보는 것이 타당하다. 즉, 헌법 제72조의 국민투표권의 내용에 국민들의 대통령에 대하여 국민투표부의권까지 포함되는 것으로 보는 것은 헌법에 근거가 없는 일종의 국민발안제도까지 인정하는 것으로 잘못 확대될 수 있는 문제점이 있다.⁵²⁾ 따라서 대통령이 수도이전의 문제에 대하여 헌법 제72조에 의한 국민투표권을 행하지 않았더라도 이것을 가지고 명백히 헌법 제72조의 국민투표부의권을 침해한 것으로 볼 수 없다. 이러한 사유로 헌법재판소의 2004헌마554·566(병합) 결정에서 수도이전 특별법이 헌법 제72조의 대통령의 국민투표부의권에 대한 국민투표권을 침해한 것이라고 판시한 김영일 헌법재판소 재판관의 별개 의견에 동의하기 어렵다.

50) 이광운, 위의 논문, 99-100쪽.

51) 권영성, 앞의 책, 986-988쪽.

52) 조재현, “신행정수도특별법 위헌결정에 대한 비판적 검토-관습헌법의 변경절차와 국민투표권”, 토지공법연구 제27집, 한국토지공법학회, 2005, 405쪽.

IV. 맺는 말

이상에서 살펴본 것과 같이, 먼저 성문헌법 속에 모든 헌법사항들을 구체적으로 일일이 빠짐없이 규정하는 것이 현실적으로 불가능하다. 이에 성문헌법에서 헌법적 가치를 갖는 사항이 누락되거나 부족할 수 있으므로, 성문헌법 하에서 관습헌법을 예외적으로 인정할 필요성과 그 법적 효력을 인정할 필요가 있다.

다음으로 이러한 관습헌법이 인정되기 위해서는 기본적인 헌법사항에 관하여 어떠한 관행이 존재해야 하고, 그러한 관행이 오랫동안 반복 내지 계속되어야 하며, 그 중간에 중단됨이 없이 지속되어야 하고, 그러한 관행이 명료 내지 명확해야 하며, 그러한 관행에 대한 국민적 합의 내지 법적 확신이 있어야 한다. 이렇듯 성문헌법 하에서 그 흠결을 보충·보완하기 위하여 예외적으로 관습헌법을 인정할 필요가 있다. 다만, 헌법재판소 2004헌마554·566(병합) 결정의 법정 의견에서 이러한 관습헌법을 예외적으로 엄격히 인정하기 위해서 여러 성립요건들에 대해서는 각 사안에 대한 사실 판단이나 시각의 차이에 따라 각각 다른 결론이 도출될 수 있는 문제점이 발생할 수 있다는 점을 부정하기 힘들다.

그리고 다음과 같이 크게 네 가지의 사유로, 우리나라의 수도가 서울인 것을 관습헌법으로 인정할 수 있다고 판시한 헌법재판소 2004헌마554·566(병합) 결정의 법정의견에 동의하기 어렵다.

첫째, 한 국가의 수도를 결정하거나 변경하는 문제는 국민의 이념과 가치에 영향을 줄 수 없으므로, 국가공동체를 유지하는 것과 관련성이 없거나 그 관련성이 매우 희박하여, 어떤 개인이 수도에 해당하는 지역에 사는 시민인지 아닌지의 여부는 단순한 사실적·경제적·간접적인 지위의 변화에 불과하다. 따라서 한 국가의 수도를 결정하거나 변경하는 문제는 개인의 기본권과 법적·직접적인 지위에 영향을 미치는 사항이 아니므로 관습헌법이 되기 위한 기본적인 헌법사항에 해당된다고 보기 어렵다.

둘째, 1941년 11월 28일에 공포된 '대한민국 임시정부 건국강령'의 여러 조항들에 비추어 볼 때, 대한민국 임시정부에서 향후 건국할 대한민국의 수도를 당연히 서울이라고 볼 수 있는 명시적이거나 명확한 규정을 찾기 힘들다.

셋째, '서울이 수도다.'라는 존재나 사실로부터 '서울이 수도이어야 한다.'라는 규범이나 당위를 도출해 낼 수는 없다. 따라서 헌법재판소 2004헌마554·566(병합) 결정에서 서울이 수도라고 하는 사실이 관습헌법에 해당하는지 여부 및 수도이전에 대한

국민들의 합의나 승인에 대해서 직접적으로 국민투표를 통해서 명확하고 분명하게 국민들의 뜻을 알아보지 않았고, 헌법재판소는 국민투표에 의하여 명확하고 분명하게 관습헌법으로 우리나라의 수도는 서울이라는 점과 서울이 수도이어야 한다는 점에 대하여 상세하게 설명하거나 객관적으로 실증하거나 구체적인 논증을 하지 않았다.

넷째, 수도는 그 자체가 국가가 아니고, 단지 우리나라 안에 존재하는 독립적인 영역을 가진 행정단체나 공법인의 하나 중에서 국가권력의 핵심적 사항을 수행하는 국가기관들이 집중 소재하고 있는 행정단체나 공법인에 해당한다. 따라서 수도는 우리나라의 지방자치단체의 한 종류에 해당하고, 이러한 수도 등의 지방자치단체의 위치와 소재지를 결정하는 행위는 관습헌법이 아닌 헌법 제117조 제2항에 의한 해당 법률에 그 근거를 찾을 수 있다. 따라서 수도이전특별법이 관습헌법의 폐지하거나 사멸시 필요한 헌법 제130조의 헌법개정시 국민투표권을 침해하여 위헌이라고 판시한 헌법재판소 2004헌마554·566(병합) 결정의 법정 의견에 동의하기 어렵다. 또한 헌법 제72조의 후문에서 ‘… 붙일 수 있다.’라고 임의적·선택적인 규정이기 때문에, 헌법 제72조에 의한 여러 중요한 정책들에 대한 국민투표권은 대통령이 국민투표에 부의할 것인지의 여부를 정치적인 재량에 의하여 결정할 때에 비로소 현실화되는 정지조건부 권리라고 하겠다. 따라서 수도이전 특별법이 헌법 제72조의 대통령의 국민투표부위원의 행사에 의한 국민투표권을 침해하여 위헌이라고 판시한 헌법재판소의 2004헌마554·566(병합) 결정의 김영일 헌법재판소 1명의 별개 의견에 동의하기 어렵다.

생각건대, 2022년 11월 현재 우리나라의 수도인 서울에 대통령 직무실과 국회의사당의 본원을 그대로 계속 둔 채, 세종시로 대통령 세종 직무실 및 국회 세종의사당을 추가로 설치하려는 것은 헌법재판소의 2004헌마554·566(병합) 결정에서 우리나라의 수도는 서울이라는 관습헌법을 수도이전 특별법으로 변경하려고 했던 것이 헌법이 성문의 형태든 불문의 형태든 최고 규범인 법의 체계에 부합하지 않고, 성문헌법의 효력과 동일한 관습헌법인 우리나라의 수도인 서울을 다른 지역으로 이전하기 위해서는 헌법 제130조의 헌법 개정에 의한 국민투표에 의해 하지 않아서 위헌이라는 점에 의한 것으로, 동(同)결정이 타당하다는 전제 하에서는 이에 대하여 헌법적으로 문제가 없다고 평가할 수 있다.

그러나 우리나라의 수도가 서울이라는 점과 우리나라의 수도를 서울이 아닌 세종시로 이전하려는 문제와 대통령 직무실 및 국회의사당 본원을 이전하려는 문제에 대해서는 본 논문의 Ⅲ-3번과 Ⅲ-4번 및 Ⅳ번의 윗부분에서 자세히 살펴본 바와 같이, 기존의

헌법재판소의 2004헌마554·566(병합) 결정에 동의하기 어려운 여러 사유들에 의하여 우리나라의 수도가 서울이라는 것을 관습헌법으로 보는 것은 타당하지 않다. 따라서 헌법 제130조의 성문의 헌법개정절차에 의하거나 또는 헌법 제72조의 대통령의 국민투표부의권에 의한 국민투표에 의할 것이 아니라, 헌법적인 관행이나 관례의 변화나 헌법에서 부여하고 있는 국회의 입법권에 의한다고 보는 것이 타당하다.

따라서 향후에 국회에서 서울이 아닌 세종시로 새롭게 수도를 이전하는 것에 대한 관련 특별법을 제정하고, 이에 따라 대통령 직무실과 국회의사당의 본원 자체를 현재 우리나라의 수도인 서울에 계속해서 남겨두지 않고, 세종시로 모두 이전하는 형태로 입법적인 개선을 하는 것이 바람직하다. 즉, 현재처럼 헌법재판소의 2004헌마554·566(병합) 결정의 법정 의견이 타당하다는 전제 하에 대통령의 세종직무실 및 국회 세종의사당의 설치만을 추진하는 것보다는 여기서 한 걸음 더 나아가 향후에 국회에서 우리나라의 수도를 서울이 아닌 세종시로 이전하는 관련 특별법을 신설하여,⁵³⁾ 세종시에 대통령

53) 과거 우리나라의 국회는 헌법재판소가 위헌이라고 결정한 법 규정에 대하여 이와 거의 같은 내용의 법 규정을 다시 입법한 것에 대하여 헌법재판소는 스스로 합헌이라고 판시한 적이 있다. 즉, 우리나라 헌법재판소는 지난 2006년 5월 25일에 2003헌마715·2006헌마368(병합) 결정에서 시각장애인에게 한하여 안마사 자격인정을 받을 수 있도록 규정한 이른바 ‘비맹제외기준’을 설정하고 있는 안마사에 관한 규칙(2000년 6월 16일의 보건복지부령 제153호로 개정된 것) 제3조 제1항 제1호와 제2호 중 각 “앞을 보지 못하는” 부분에 대하여 과잉금지의 원칙 등에 저촉되어 일반인들의 직업선택의 자유 등을 침해하여 위헌이라고 판시하였다. 그러나 이에 대하여 시각장애인들의 반발이 매우 거세자 국회는 다시 이와 거의 같은 취지의 입법을 했다. 이후 이에 대하여 다시 해당 법 규정의 위헌성 여부에 대해서 헌법재판소는 2008년 10월 30일에 2006헌마1098·1116·1117(병합) 결정에서 다음과 같은 사유로 시각장애인에게 대하여만 안마사 자격인정을 받을 수 있도록 하는 이른바 ‘비맹제외기준’을 설정하고 있는 구 의료법(2006년 9월 27일의 법률 제8007호로 개정되고 2007년 4월 11일의 법률 제8366호로 전부 개정되기 전의 것) 제61조 제1항 중 “장애인복지법에 따른 시각장애인 중” 부분 및 의료법(2007년 4월 11일의 법률 제8366호로 전부 개정된 것) 제82조 제1항 중 “장애인복지법에 따른 시각장애인 중” 부분에 대해서 과잉금지의 원칙 등에 저촉되지 않으므로 비시각장애인(일반인)의 직업선택의 자유 등을 침해하지 않는다는 사유로 합헌이라고 판시하였다. 즉, 우리나라 헌법재판소는 2006헌마1098·1116·1117(병합) 결정에서 “헌법재판소법 제47조 제1항에서 ‘법률의 위헌결정은 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 기속한다.’라고 규정하고 있고, 동법 제75조 제1항에서 ‘헌법소원의 인용결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다.’라고 규정하여, 헌법재판소가 내린 법률의 위헌결정 및 헌법소원의 인용결정의 효력을 담보하기 위해서 기속력을 부여하고 있다. 이와 관련하여 입법자인 국회에게 기속력이 미치는지 여부 및 나아가 헌법재판소의 위헌 결정의 주문과 이유에까지 해당 기속력을 인정할지의 여부는 헌법재판소의 헌법재판권 내지 사법권의 범위와 한계 및 국회의 입법권의 범위와 한계 등을 고려하여 신중하게 접근할 필요가 있다. 이 사건의 경우에 위헌 결정의 이유 중에서 ‘비맹제외기준’이 과잉금지의 원칙 등에 위반한다는 점에 대하여 기존에 헌법재판소의 2003헌마715·2006헌마368(병합) 결정에 대한 기속력을 인정할 수 있으려면, 헌법 제113조 제1항 및 헌법재판소법 제23조 제2항에 의하여 결정 주문을 뒷받침하는 결정 이유에 대하여 적어도 위헌 결정의 정족수인 재판관 6인 이상의 찬성이 있어야 할 것인바, 만약 이에 미달할 경우에는 결정 이유에 대하여 기속력을 인정할 여지가 없다고 할 것이다.”라고 판시하였다. 이에 비추어 볼 때, 만약 어떤 법 규정에 대하여

의 직무실 본원 자체 및 국회의사당 본원 자체를 이전하여, 기존의 세종시에 입법기능과 행정기능을 한층 더하고 강화해서, 진정으로 우리나라의 지역 간에 심한 불균형과 격차를 해소하고, 각 지역의 특성에 맞는 자립적 발전을 통하여 보다 국민생활의 균등한 향상과 국가의 균형발전을 이루길 바란다.

헌법재판소가 위헌 결정을 했더라도 해당 위헌 결정의 기속력에 의하여 국회에서 해당 위헌을 받은 법규정에 대하여 무조건 다시 입법을 하는 것이 전면적으로 일체 금지되는 것은 아니라고 할 것이다.

참고문헌

1. 단행본

- 강경근, 헌법 신판, 법문사, 2004.
- 권영성, 헌법학원론 개정판, 법문사, 2009.
- 계희열, 헌법학(상) 신정 2판, 박영사, 2005.
- 성낙인, 헌법학 제22판, 법문사, 2022.
- 장영수, 헌법학 제9판, 홍문사, 2015.
- 전광석, 한국헌법론 제13판, 집현재, 2018.
- 정종섭, 헌법학원론 제10판, 박영사, 2015.
- 한수웅, 헌법학 초판, 법문사, 2011.
- 허 영, 한국헌법론 전정 11판, 박영사, 2015.
- Christian Tomuschat, *Verfassungsgewohnheitsrecht?: Eine Untersuchung zum Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, C. Winter, 1972.

2. 학술지

- 고봉진, “관습헌법의 존재와 효력- ‘신행정수도의 건설을 위한 특별조치법 위헌결정’을 중심으로-”, 법과정책 제21집 제2호, 제주대학교 법과정책연구원, 2015, 1-25쪽.
- 김경제, “신행정수도건설을위한특별조치법 위헌결정(2004헌마554·556 병합)의 헌법적 문제점”, 헌법학연구 제11권 제1호, 한국헌법학회, 2005, 511-551쪽.
- 김명재, “관습헌법의 성립가능성과 한계”, 토지공법연구 제30집, 한국토지공법학회, 2006, 239-258쪽.
- 김배원, “국가정책, 관습헌법과 입법권에 대한 헌법적 고찰-신행정수도건설특별법 위헌 확인결정 2004헌마554·566(병합) 사건을 중심으로-”, 공법학연구 제5집 제3호, 한국비교공법학회, 2004, 147-188쪽.
- 김상겸, “성문헌법국가에 있어서 관습헌법의 의미에 관한 연구”, 헌법학연구 제11권 제1호, 한국헌법학회, 2005, 295-315쪽.
- 김승대, “헌법관습의 법규범성에 대한 고찰”, 헌법논총 제15집, 헌법재판소, 2004, 133-175쪽.
- 방승주, “수도가 서울이라는 사실이 과연 관습헌법인가? 헌법재판소 2004. 10. 21. 2004헌

- 마554·566(병합) 신행정수도의 건설을 위한 특별조치법 위헌결정에 대한 비판”, 공법학연구 제6집 제1호, 한국비교공법학회, 2005, 153-175쪽.
- 이광윤, “신 행정수도 건설을 위한 특별조치법 위헌 확인 결정의 찬반논쟁 <2004헌마554·566(병합)>”, 고시계 제49권 제12호, 고시계사, 2004, 77-102쪽.
- 이영록, “수도(首都) 및 국기(國旗)에 관한 관습헌법론 검토”, 세계헌법연구 제11권 제1호, 세계헌법학회한국학회, 2005, 259-276쪽.
- 이종수, “관습헌법이 제기하는 헌법이론적 문제점-신행정수도의 건설을 위한 특별조치법 위헌결정에 대한 평석-”, 헌법판례연구 제6집, 한국헌법판례연구학회, 2004, 57-90쪽.
- 장영수, “위헌법률심판의 대상으로서의 관습법”, 공법연구 제40집 제2호, 한국공법학회, 2011, 339-360쪽.
- 장영철, “수도의 법적 지위”, 공법연구 제40집 제1호, 한국공법학회, 2011, 269-296쪽.
- 전광석, “수도이전특별법 위헌결정에 대한 헌법이론적 검토”, 공법연구 제33집 제2호, 한국공법학회, 2005, 113-138쪽.
- 전학선, “헌법관습에 관한 일고찰”, 토지공법연구 제25집, 한국토지공법학회, 2005, 553-573쪽.
- 정재황, “헌법관습과 헌법판례의 불문헌법법원성 여부”, 고시계 제36권 제10호, 고시계사, 1991, 97-109쪽.
- 정태호, “성문헌법국가에서의 불문헌법규범과 관습헌법”, 경희법학 제45권 제3호, 경희대학교 법학연구소, 2010, 299-334쪽.
- 조재현, “신행정수도특별법 위헌결정에 대한 비판적 검토-관습헌법의 변경절차와 국민투표권-”, 토지공법연구 제27집, 한국토지공법학회, 2005, 387-408쪽.

3. 신문기사

- 김다소미, “2027년, ‘국회 세종의사당·대통령 집무실’ 동시 개원하나”, 디트 NEWS 24, 2022. 8. 3, <https://www.dtnews24.com/news/articleView.html?idxno=7_29393>, 검색일: 2022. 11. 30.
- 류재민, “대통령실 “세종집무실, 공약 파기보다 공약 재조정””, 디트 NEWS 24, 2022. 7. 18, <https://www.dtnews24.com/news/articleView.html?idxno=728_537>, 검색일: 2022. 11. 30.

박지은, “국회세종의사당 12개 위원회 이전 … 사업비 3조 6천억 원 확대”, KBS 뉴스,
2022. 11. 18, <<https://news.kbs.co.kr/news/view.do?ncd=5604972&ref=D>>, 검색일:
2022. 11. 30.

4. 판례

헌법재판소 1998. 11. 26. 선고 94헌마207 결정.

헌법재판소 2004. 10. 21. 선고 2004헌마554·566(병합) 결정.

헌법재판소 2006. 5. 25. 선고 2003헌마715·2006헌마368(병합) 결정.

헌법재판소 2008. 10. 30. 선고 2006헌마1098·1116·1117(병합) 결정.

[Abstract]

A Study on the Constitutional Court's Decision on Unconstitutionality of 'the Special Act for the Construction of the New Administrative Capital' and the Relocation of the Capital, the Presidential Office and the National Assembly

Lee, Hie-Houn*

As in the court opinion of the Constitutional Court's 2004 Hun-Ma 554 and 566(annexation) decisions, it is necessary to exceptionally recognize the conventional constitution to compensate for its deficiencies in the system of the constitution. In addition, I agree with the decision of the Constitutional Court that various establishment requirements are necessary to strictly recognize this conventional constitution. In addition, the Constitutional Court ruled that changing the conventional constitution of Seoul as the capital of Korea to a special Act for capital relocation was unconstitutional because it was not based on a referendum on the constitutional amendment of Article 130 to relocate Seoul, which is the same common constitution as the provincial constitution. If this Constitutional Court's decision is valid, I can agree to leave the headquarters of presidential office and the National Assembly Building in Seoul, the nation's current capital, and to set up additional Sejong offices of the president and the National Assembly Sejong Building.

However, I cannot agree with the court opinion or separate opinion of the Constitutional Court's 2004 Hun-Ma 554 and 566(annexation) decisions for the following six main reasons.

First, the issue of deciding or changing the capital of a country cannot affect the ideology and value of the people. Therefore, it is not related to maintaining a national community, or it is extremely low. Thus, whether or not any people live in the capital city is merely a factual, economic, and indirect change in status. Accordingly, it is not reasonable to view

* Full Professor of Law and Police at SunMoon University

it as a basic constitutional matter to become a conventional constitution to change the capital of Korea to Seoul under the special act for the construction of the new administrative capital.

Second, in the various provisions of the ‘Code of Establishment of the Provisional Government of the Republic of Korea’ promulgated on November 28, 1941, there is no explicit provision to regard the capital of the Republic of Korea to be built in the future as Seoul. Therefore, it is not valid to recognize as a conventional constitution that the capital of Korea is Seoul.

Third, the existence or fact of ‘Seoul is the capital’ is completely different from the norm or Sollen of ‘Seoul should be the capital’ and the latter cannot be derived from the former.

Fourth, in the court opinion of this same constitutional court’s decisions, it is not reasonable to acknowledge the conventional constitution that Seoul is the capital of Korea because it did not provide detailed explanations, specific arguments, or objective demonstrations of the legal conviction of the Korean people through referendums and so on.

Fifth, the capital is a public corporation where state institutions that perform key matters of state power are concentrated. Therefore, it can be said that changing or determining the location or location of local governments such as the capital can be done under the relevant law in Article 117 (2) of the Constitution, not under the conventional constitution. Thus, if the capital of Korea is Seoul abolishes or destroys the conventional constitution, it is reasonable that it is based on changes in constitutional practices or customs, or the legislative power of the National Assembly granted by the Constitution.

Sixth, in Article 72 of the Constitution, under the default rule of ‘... can be attached’, it is at the discretion of the president whether to hold a referendum by the right of the submission for referendum on various important policies of the president. Therefore, I cannot agree with the court opinion or separate opinion of the Constitutional Court’s decision that the Special Act for the Construction of the New Administrative Capital violates the constitutional amendment right of Article 130 or the president’s right to vote or the president’s right to referendum under Article 72 of the Constitution.

In light of this, it would be better to enact a new special law to move the nation’s capital to Sejong City in the future, rather than installing additional presidential offices and the headquarters of the National Assembly in the capital city. Accordingly, it is hoped that more

equal improvement of people's lives and balanced national development will be achieved through self-reliant development tailored to the characteristics of each region.

[Key Words] Conventional Constitution, Special Act for the Construction of the New Administrative Capital, Relocation of the Capital, Office of the President, National Assembly, Referendum Rights