

법률의 개정으로 수도 이전이 가능한가

- 현재 2004헌마554 결정의 논리를 토대로 -

정주백*

2004년 헌재가 ‘관습헌법’이라는 관념을 끌고와 여야가 합의하여 통과시킨 수도이전법(首都移轉法)을 위헌으로 결정하였다. 이 결정으로 인하여 사회적으로 큰 혼란이 야기되었다.

이론적으로 살펴보았을 때, 이 사건 결정은 타당하지 아니하다. 가장 중요한 포인트는 법률로써 헌법을 개정할 수 없다는 것이다. 헌재는 스스로 위와 같이 말하여 두고도 결론에서는 법률로써 수도를 이전시켰다고 판시하였다. 하나의 결정문 안에서 앞과 뒤가 서로 다른 말로 결론을 이끌어 내었다.

최근 국회에서는 다시 수도 이전에 관한 논의를 시작하였다. 개헌을 하여야 수도를 이전할 수 있는지, 헌법 제72조의 국민투표를 거치면 가능한지, 법률을 제정하는 것만으로도 가능한지에 관한 논란이 있다.

이 논문은 2004년 결정의 논리를 그대로 따랐을 때, 법률을 제정하는 것만으로도 수도이전을 완성할 수 있다고 본다. 헌재는 관습헌법의 법적 확신이 소멸되면 관습헌법이 폐지된다고 본다. ‘국민투표 등’을 통하여 법적 확신이 소멸하였음을 확인할 수 있다고 헌재는 판시하였다. 국회의 의결은 ‘국민투표’와 동등한 정도로 국민의 의사를 확인할 수 있는 방법이다. 국회는 국민의 의사를 대변하는 기관이기 때문이다. 따로 관습헌법 폐지하는 내용의 일반의 결을 하는 것은 좀 더 나은 정책이라 본다.

국회가 수도를 이전하는 법률을 제정하는 행위를 통하여, (i) 서울이 수도라는 관습헌법에 대한 법적 확신의 소멸을 확인하고, (ii) 이로 인하여 종전의 관습헌법이 사멸되며, (iii) 세종시를 수도로 하는 법률이 신설되게 된다.

이것은 헌법을 개정하는 것이 아니다. 단지 종전의 관습헌법을 폐지하고 법률 차원의 수도 조항이 신설되는 것이다. 헌법 제정을 해제조건으로 하는 법률상의 수도가 만들어지는 것이다. 수도라고 하는 것이 곤란하면 잠정적인 수도, ‘준수도’라 하여도 좋을 것이다.

결론적으로 헌재 결정의 논리 안에서, 법률로써 수도를 이전할 수 있다.

주제어: 관습헌법, 세종시, 수도이전, 헌법개정, 국민투표

* 충남대학교 법학전문대학원 교수(jeongjb@cnu.ac.kr)

목 차

- I. 들어가는 말
- II. 전제되는 논의
 - 1. 법단계설
 - 2. 헌재법 제68조 제1항 소원의 특수성
- III. 적법요건 판단에 대한 검토
 - 1. 도입
 - 2. 기본권 침해 가능성에 관한 헌재 결정
 - 3. 검토
- IV. 헌법 제72조의 국민투표권 침해
 - 1. 김영일 재판관의 별개 의견
 - 2. 검토
- V. 법률의 제정과 헌법의 개정
 - 1. 도입
 - 2. 결정의 내용
 - 3. 검토
- VI. 관습헌법의 사멸
 - 1. 도입
 - 2. 공식적 사멸
 - 3. 비공식적 사멸
 - 4. 소결론
- VII. 나오는 말

I. 들어가는 말

2004년은 헌법재판소(이하 ‘헌재’라 한다.)의 한 해였다. 택시 운전사도 그 위치를 잘 모르던¹⁾ 헌재가 5. 14.에는 대통령²⁾에 대한 탄핵심판을 기각하는 결정³⁾을

하였다. 현재가 대통령을 파면할 수 있는 권한을 가지고 있다는 것에 대해 국민들은 놀랐다.⁴⁾ 그 해 10월에는 또 한 번 더 놀랐다. 국회의 여야가 합의해서 수도를 옮기는 내용의 법률을 통과시켰는데, 현재가 속된 말로 ‘브레이크’를 걸었다. 이 논문에서 다루고자 하는 2004헌마554 결정⁵⁾(이하 ‘이 사건 결정’이라 한다.)이 그것이다. 국민들은 놀랐다.⁶⁾

전자보다는 후자에 더 많이 놀랐다. 전자는 절차를 놀라워한 것이고 결론이 놀라웠던 것 같지 않다. 그런데 후자에 대해서는 현재가 법률을 무효로 할 수 있다는 절차에 대해서도 놀랐지만, 그 결론에 더욱 놀랐다.

- 1) 이것은 필자가 경험한 일이다. ‘헌법재판소’ 가자고 하면 잘 못 알아듣고, ‘현대 재동 사옥’가자고 하면 금방 알아들었다.
- 2) 이 사건에 붙은 사건명은 ‘대통령(노무현) 탄핵’이다. 피청구인은 ‘대통령 노무현’이라 기재되어 있다. 박근혜 탄핵 사건에도 마찬가지로 표기되어 있다. 헌재 2017. 3. 10. 2016헌나1, 판례집 29-1, 1 참고. 사건명이 사건의 본질을 드러내는 것은 아니지만, 위와 같은 기재는 적절하지 아니하다. 탄핵은 ‘대통령’을 대상으로 하는 것이 아니라 대통령직에 있는 자연인을 대상으로 하는 것이다. 그러므로 사건명은 ‘노무현 탄핵’이라 하는 것이 맞고, 그가 탄핵심판의 대상자인 것을 드러낸다는 면에서는 ‘노무현(대통령) 탄핵’이라 하는 것이 맞다. 피청구인의 표시는 사건명보다는 낫다. 필자는 ‘노무현(대통령)’이 더 나은 것이라고 본다. 이것은 단순한 표기의 문제가 아니다. 탄핵의 본질을 가르는 문제이다. 탄핵은 공무원인 자연인의 공무담임권을 제약한다. 그런데 현재는 이를 부정한다. 헌재 2017. 3. 10. 2016헌나1, 판례집 29-1, 1, 18. 만약 검사인 홍길동이 탄핵의 대상으로 되었다고 생각해 보자. 위와 같이 ‘검사(홍길동) 탄핵’이라고 표기하였을까? 그렇지 않을 것이라고 본다. ‘홍길동 탄핵’ 또는 ‘홍길동(검사) 탄핵’이라 표기할 것이다.
- 3) 2004헌나1, 판례집 16-1, 609.
- 4) 헌법을 제정하고 개정하는 권한을 국민이 가지고 있다는 것이 허구임을 어느 정도는 보여준다. 현재의 탄핵심판권을 정한 헌법 개정은 국민투표로써 확정(헌법 제130조 제3항)하였다. 그런데도 그들은 자신이 그런 헌법을 만들었다는 것을 몰랐다. 알았으면 놀라지 않았을 것이다.
- 5) 헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554등, 판례집 16-2하, 1.
- 6) 사실 이 두 개의 결정 이후에 현재의 위상은 매우 높아졌다. 필자는 2003년에 검사를 그만두고 헌법연구관으로 전관했다. 당시 많은 사람들은 현재의 존재를 몰랐고, 필자의 전관을 반대했다. 그 만큼 필자가 전관하는데 어려움은 없었다. 그러나 위 두 개의 결정이 있은 후에는 많은 법조인들이 헌법연구관직을 원했다. 헌법연구관이 되기가 무척 어려워졌다. 상황이 많이 바뀌었다. 이 두 개의 결정 때문이다. 현재가 출범하던 초기에 존속을 걱정하던 것에 견주어 보면 엄청난 변화다. 현재 초기의 상황을 이시윤 전 재판관은 다음과 같이 기술하였다. “헌법재판소가 개점 휴업의 구 헌법위원회 판박이로 양로원화하는 것이 아닌가 하는 공포(?)가 엄습했던 것도 사실이다. ‘태어나서는 안 되는 사생아적 기관’, ‘다음 개헌 때는 손 보아야 할 기관’으로 폄하하는가 하면, ‘대법관이라는 용이 되려다가 만 이무기의 집합’, ‘헌법재판감각 없이 민형사재판 하던 아류’라는 모욕적 연사가 나오는가 하면, 또 헌법재판소가 헌법위원회의 재판(再版)임을 시사하듯이 재판관 면전에서 만류에도 불구하고 구태여 ‘위원’이라고 거듭 호칭하는 자도 있었다. 이렇듯 냉소적인 모멸감에서 필자는 53세밖에 안 되어 더 일할 나이에 양로원 소속 신세가 되는 것을 개탄해야 할 때도 없지 않았다. (“원로 법학자 이시윤의 소송야사(訴訟野史) 2 헌법재판소와 헌법소송의 초기사 (전편)”, 법률저널, 2017. 8. 10., <http://www.lec.co.kr/news/articleView.html?idxn=45046>)

법률가들이 일반인보다 더 많이 놀랐다. ‘관습헌법’이라는 말의 생경함 때문이다. 낯선 이론으로 여야가 합의하여 통과시킨 법의 효력을 상실시켰다는 점을 놀라워했다. 당시의 여당은 수도이전을 포기하고 대체법률을 만들었고, 현재는 위헌이 아니라고 결정⁷⁾했다. 그래서 현재의 세종시가 만들어졌다.

2020년 현재 더불어민주당은 다시 수도이전을 정책으로 내걸었다. 국회에서의 의석 분포를 보면 더불어민주당이 독자적으로 법률을 통과시킬 수 있다. 그런데도 멈춰서는 것은 현재의 이 사건 결정 때문이다.

필자는 이미 이 사건 결정의 취지를 분석한 논문을 내었다. 현재의 결정 취지를 쫓아가면 현재 대한민국의 수도는 세종시라는 것이다.⁸⁾ 어느 정도는 유희일 수 있지만, 그 논증 자체가 잘못되었다고 생각하지는 않는다. 필자는 이 사건 결정의 논리적 오류를 보여주고 싶었다. 이 논문은 수도이전을 추진하는 현재의 상황을 반영하여, 법적으로 어떤 절차를 거쳐야 수도를 이전할 수 있는가, 좀 더 좁혀 말한다면 법률의 제정만으로 수도를 이전하는 것이 가능한가 하는 점을 주로 분석한다. 필자의 의견은 가능하다는 것이다.

II. 전제되는 논의

1. 법단계설

헌법재판제도에 있어서 아주 기본적인 것이지만, 이 사건 결정을 이해하는데, 법단계설이 매우 중요하다. 법(norm)들 사이의 관계, 효력, 해석 등의 문제를 다루는 기초적 이론이기 때문이다.

요체는 법(norm)이라고 모두 동등한 것은 아니고 그들이 계층을 이루고 있으며, 하위의 규범은 상위의 규범에 위배되어서는 안 된다는 것이다. 계층은 다음과 같다. 헌법 → 법률 → 대통령령 → 부령⁹⁾. 앞의 것이 상위의 것이다.

7) 현재 2005. 11. 24. 2005헌마579등, 판례집 17-2, 481.

8) 정주백, “지금, 대한민국의 수도는 어디인가?”, 『법학연구』 제28권 제2호, 충남대, 2017, 9 이하.

9) 조례의 위치를 어떻게 이해할 것인가 하는 것은 지방자치의 문제에 있어서 가장 핵심적인 사항이라고 본다.

하위의 법이 상위의 법에 어긋나면 하위의 법이 효력을 유지할 수 없다.¹⁰⁾ 거꾸로, 새로 만들어진 상위의 법이 기존의 하위의 법에 어긋난다고 하여 상위의 법이 영향을 받지 않는다. 그 때부터 하위의 법은 효력을 잃는다.¹¹⁾ 만약 A법과 내용상 충돌하는 B법이 만들어졌는데 이로 인하여 A법의 효력이 달라진다면 B법이 상위 법이다. 동위의 법도 아니다. 상위의 법이다.

현재는 “국가의 법질서는 헌법을 최고법규로 하여 그 가치질서에 의하여 지배되는 통일체를 형성하는 것이며 그러한 통일체 내에서 상위규범은 하위규범의 효력 근거가 되는 동시에 해석근거가 되는 것이므로, 헌법은 법률에 대하여 형식적인 효력의 근거가 될 뿐만 아니라 내용적인 합치를 요구하고 있기 때문이다.”¹²⁾이라고 판시하면서 법단계설의 일단을 내보인 바 있다.

그런데 동위의 법 간에는 어떤 하나의 법이 다른 하나의 법에 위배된다는 이유로 효력이 달라지지는 않는다. 헌법 조항과 헌법 조항 간의 문제에 관해서는 헌법 제 29조 제2항과 관련하여 다루어진 일이 있다.¹³⁾ 법률 간에도 마찬가지다.¹⁴⁾

어떤 하나의 법이 있는데, 이와 배치되는 다른 동위의 법이 만들어진다고 하여 기존의 법이 폐지되지 않는다. 폐지하기 위해서는 폐지하는 의사가 드러나야 한다. 일부 개정의 방식을 따르는 경우, 개정 전의 조항을 개정 후의 조항으로 전환하는 형식을 갖춘다. 전부 개정의 경우에는 전부 개정이라는 말 속에 종전 법을 폐지한

여기서는 다루지 않는다.

10) 물론, 정교하게 이야기하자면 절차법과 연결시켜 복잡하게 논의할 필요가 있다. 상위법에 어긋난다고 하더라도 권한 있는 기관에 의하여 위배 여부가 선언되기 전에는 규범으로서의 효력을 유지할 수 있다. 법률에 대해 헌재가 위헌 결정을 하면 원칙적으로 결정이 있는 날로부터 효력을 상실한다(헌재법 제47조 제2항). 그러나 대통령령이나 부령의 경우에는 법원의 위헌 또는 위법 확인 결정에 의하여 바로 효력이 상실되는 것은 아니다. 당해 사건에 적용되지 아니할 뿐이다(대법원 1971. 6. 22. 선고 70다1010 전원합의체 판결). 이것도 정확한 것은 아니다. 그런데, 여기서 다루는 쟁점과는 거리가 있어서 더 상세히 다루지는 않는다.

11) 현행 헌법 제5조는 “이 헌법시행 당시의 법령과 조약은 이 헌법에 위배되지 아니하는 한 그 효력을 지속한다.”라고 규정하고 있다. 위헌심사에 관하여 상당히 중요한 조문인데 학계의 주목을 받지는 못하고 있다. 박찬주 변호사가 이 분야에 관한 논문을 내고 있다. 박찬주, “헌법부칙 제5조에 대한 재론”, 『저스티스』 통권 제156호, 2016; 박찬주, “헌법에 위반되는 헌법 시행 전 법률의 효력상실시기”, 『헌법논총』 제23집, 헌법재판소, 2012; 박찬주, “헌법부칙 제5조의 몇 가지 문제점”, 『법과 정책』 제15집 제2호, 제주대, 2009. 이는 이 분야의 독보적인 연구다.

12) 헌재 1989. 7. 21. 89헌마38, 판례집 1, 131, 145.

13) 헌재 1995. 12. 28. 95헌바3, 판례집 7-2, 841, 847.

14) 헌재 2007. 8. 30. 2003헌바51 등, 판례집 19-2, 215, 231.

다는 취지가 들어 있다.¹⁵⁾ 서로 배치되는 내용을 담은 두 개의 규정이 동위의 것이면 양자는 공존한다. 신법 우선의 원칙, 특별법 우선의 원칙 등 여러 해석원리가 동원되어 양자의 법적 의미를 확정한다.

2. 헌재법 제68조 제1항 소원의 특수성

이 사건을 분석함에 있어서 이 사건이 헌법재판소법 제68조 제1항¹⁶⁾의 헌법소원(이하 ‘헌마소원’이라 한다.)이라는 점을 확인하는 것은 매우 중요하다. 헌마소원은 기본권¹⁷⁾이 침해된 자만 제기할 수 있다. 즉 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 청구인의¹⁸⁾ 기본권이 침해된 경우에만 인용 결정을 할 수 있다.

그런데 ‘서울이 수도다’라는 조항은 기본권을 설정하는 규정이 아니다. 이 점에 대해서는 이 사건 결정의 법정의견, 별개의견, 반대의견 모두 이견을 내지 않는다. 그래서 서울이 수도라는 관습헌법을 확인하고도 현재는 바로 청구인의 심판청구를 인용할 수 없었다. 법정의견은 관습헌법상의 수도조항을 개정하기 위해서는 헌법을 개정하여야 하는데, 이를 거치지 아니하였으므로 헌법 제130조의 국민투표권이 침해되었다는 논리를 내세웠다. 별개의견은 수도이전을 위해서는 헌법 제72조

15) 대법원의 입장도 이와 같다. “법률의 개정시에 종전 법률 부칙의 경과규정을 개정하거나 삭제하는 명시적인 조치가 없다면 개정 법률에 다시 경과규정을 두지 않았다고 하여도 부칙의 경과규정이 당연히 실효되는 것은 아니지만, 개정 법률이 전문 개정인 경우에는 기존 법률을 폐지하고 새로운 법률을 제정하는 것과 마찬가지로 종전의 법률 부칙의 경과규정도 모두 소멸하는 것으로 보아야 할 것이므로 특별한 사정이 없는 한 종전의 법률 부칙의 경과규정도 모두 실효된다고 보아야 한다.”(대법원 2002. 7. 26. 선고 2001두 11168 판결) 다만, 악마는 디테일 속에 숨어 있다고 하는 말처럼, 위의 전체를 뒤집을 수 있는 말이 ‘특별한 사정이 없는 한’이라는 말이다. ‘원칙적으로’라는 한 마디로 대체할 수 있다. 필자는 이런 말을 ‘판사의 뒷문’이라 부른다. 급하면 이 뒷문을 열고 다른 길로 간다. 대법원 2008. 12. 11. 2006두17550 판결도 여기에 해당한다. 판례보다 훨씬 추상적인 법령도 이와 같이 말하지 않는다. 구체적 타당성을 확보하기 위하여 모든 법령이 ‘원칙적으로’라는 말을 부기하여 두면 어떤 상황이 될까? 입법자가 몰라서 ‘입법자의 뒷문’을 마련해 두지 않은 것은 아니라 본다.

16) 헌재법 제68조(청구 사유) ① 공권력의 행사 또는 불행사(不行使)로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해 받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. (단서 생략)

17) 헌재법 제68조 제1항은 ‘헌법상 보장된 기본권’이라고 규정하고 있지만, ‘헌법이 보장하는 권리’ 또는 ‘기본권’이라 표현하는 것이 타당하다. ‘헌법에 의하여 보장되는 권리’를 ‘기본권’이라 하기 때문이다. 안영철, 기본권의 개념과 범위에 관한 연구, 『헌법재판연구』 제6권, 헌법재판소, 1995, 20.

18) 이 부분은 논란이 있다. 청구인 외의 사람의 기본권이 침해된 경우에도 인용 결정을 할 수 있는가 하는 것이다. 여기서는 다루지 않는다.

의 국민투표를 거쳐야 하는데 이를 거치지 아니하였으므로 헌법 제72조의 국민투표권이 침해되었다는 이유로 인용결정을 하여야 한다고 보았다. 별개의견은 서울이 수도라는 관습헌법을 전제로 하지 않는다.

물론, 실제 사례에서는 기본권 조항이 아님에도 인용의 기초로 삼은 경우가 없지 않다. 대표적인 사례가 1997. 12. 24. 96헌마172 결정¹⁹⁾이다. 96헌마172 결정에서 현재는 기본권 조항이 아닌 헌법 제107조, 제111조에 위반된다는 이유로 위헌 결정²⁰⁾을 하였다.

“헌법소원이 단지 주관적인 권리구제절차일 뿐이 아니라 객관적 헌법질서의 수호와 유지에 기여한다는 이중적 성격을 지니고 있으므로, 헌법재판소는 본안판단에 있어서 모든 헌법규범을 심사기준으로 삼음으로써 청구인이 주장한 기본권의 침해 여부에 관한 심사에 한정하지 아니하고 모든 헌법적 관점에서 심판대상의 위헌성을 심사한다. 따라서 헌법재판소법 제68조 제1항이 비록 청구인이 주장하는 기본권을 침해하지는 않지만, 헌법 제107조 및 제111조에 규정된 헌법재판소의 권한규범에 부분적으로 위반되는 위헌적인 규정이므로, 이 사건 헌법소원은 위에서 밝힌 이유에 따라 한정적으로 인용될 수 있는 것이다.”²¹⁾

96헌마172 결정에서 현재는 ‘객관적 헌법질서’를 강조하면서 ‘청구인이 주장한 기본권 침해 주장’에 얽매이지 않고, 모든 헌법적 관점에서 심사할 수 있다고 한다. 이 말을 그대로 이해하면, 현재법 제68조 제1항에 ‘기본권을 침해받은 자’가 헌법소원을 제기할 수 있도록 규정하고 있지만, 기본권이 침해되지 않더라도 심판대상이 헌법 조항에 위배되면 헌마소원을 인용할 수 있다는 것이다.

만약 위 결정의 취지를 따른다면 이 사건에서 현재는 서울이 수도라는 관습헌법을 확인하고 바로 청구인들의 심판청구를 인용할 수 있다. 기본권을 침해하여야 헌마소원을 인용할 수 있다는 전제를 위 96헌마172 결정이 폐기했기 때문이다.

19) 판례집 9-2, 842, 862.

20) 위헌 결정은 현재법 제75조에 위반되는 주문이다. 기본권 침해 확인결정을 할 수 있고, 당해 공권력 행사를 취소할 수 있을 뿐이다. 법률은 헌마소원의 대상으로 될 수 없음에도 이를 대상으로 삼았기 때문에 벌어진 일이다. 정주백, “법률의 헌법소원대상성에 관한 관견”, 『헌법논총』 26집, 헌법재판소, 2015, 299 이하 참조.

21) 현재 1997. 12. 24. 96헌마172등, 판례집 9-2, 842, 862.

그런데 현재는 그렇게 하지 않았다. 아마도 그 결정이 가져올 정치적 파장을 염려하지 않았을까. 정치적으로 너무 중대한 결정이어서 법문에 어긋나는 결정을 하기 어려웠던 것 아닐까.²²⁾ 또 이 사건에서는 헌법 제130조의 국민투표권을 원용하지 아니하면 적법요건을 통과시킬 수 있는 기본권 제한을 확인할 수가 없었기 때문에, 어쨌든 제한되는 기본권을 찾아내어야 했고, 그래서 헌법 제130조의 국민투표권을 찾아내었으니까, 굳이 관습헌법 위반으로 위헌 결정을 할 동인은 적었다고 볼 수 있다.²³⁾

Ⅲ. 적법요건 판단에 대한 검토

1. 도입

이 사건 결정을 보면 아주 특이한 면이 있다. 이 사건 헌법소원심판청구의 적법성을 검토하면서 여러 단계의 가정을 하고, 본안을 인정할 가능성이 있으니 적법하다는 판단을 하였다. 본안에 관한 심사를 할 요건을 갖추었는가를 심사하는 단계에

22) 물론 96헌마172 결정도 매우 중요한 결정이다. 절차법적으로만 보면, 타당성은 별론으로 하고, 필자는 30여년의 현재 결정 중 가장 중요한 결정 중 하나라고 생각한다. 현재와 법원의 관계에 있어서 마디를 맺는 결정이기 때문이다. 즉 법원의 재판을 헌마소원의 대상에서 제외하는 현재법 조항에 대해 (한정)위헌 결정을 하였다. 나아가 이 한정위헌 결정을 토대로 하여 일부의 법원 재판을 헌법소원의 대상으로 할 수 있고, 법원의 재판을 거친 원행정처분의 일부를 소원의 대상으로 할 수 있다고 결정하였다. 그런데, 재판소원금지 조항을 헌마소원 절차 안에서 심판하였는데, 그 현재법 조항을 기본권 침해와 무관한 '헌법 제107조 및 제111조에 규정된 현재의 권한규범'에 위반된다는 이유로 인용결정을 하였다. 매우 중요한 결정이지만 현재법을 위반한 결정이다. 이 점은 위에서 보았다.

23) 만약 뒤에서 보는, 청구인들의 주장에 열거된 기본권을 제한하는 성격만 있다고 보았어도, 현재는 종전의 판례에 따라 본안에서 서울이 수도라는 관습헌법에 위배된다는 이유로 위헌 결정을 할 수도 있었을 것이라고 본다. 요는, 본안에서는 기본권 외의 조항을 들어 위헌 결정을 할 수 있다고 하더라도, 적법요건 심사 단계에서는 제한되는 기본권의 존재가 확인되어야 한다는 것이다. 즉 제한되는 기본권은 존재하여 적법요건을 충족하였는데, 본안에서는 제한된 기본권을 침해하였다고 볼 수는 없지만, 기본권 외의 다른 헌법 조항에 위배된다는 이유로 위헌 결정을 할 수 있다고 현재는 본다. 이를 현재 연구관들끼리는 '2단계 로켓이론'이라 불렀다. 필자가 보기에는 전혀 타당하지 아니한 이론이다. 법문에 어긋나기 때문이다. 현재법 제75조 제2항은 인용 결정의 주문에 '침해된 기본권'을 특정하도록 정하고 있다. 기본권을 침해한 것만이 인용 결정의 이유로 될 수 있다는 논거다. 현재는 이 조문을 무시한다. 침해된 기본권을 특정하지 않고 '위헌'이라는 주문을 낸다. 법령소원의 경우에 그러하다.

서 본안이 인용될 가능성이 있으면 심판청구가 적법하다는 것이다. 입이 꼬리를 물고 뱅글 뱅글 도는 듯한, 퇴비우스 띠와 같은 형국이다. 이 점을 보자.

2. 기본권 침해 가능성에 관한 현재 결정

현재는 이 사건 법률조항이 청구인들의 기본권을 침해할 개연성이 있는지 여부에 관하여 다음과 같은 단계를 거쳐 판단하였다. 첫째, 현행 헌법상 서울이 수도라는 명문의 규정은 없다. 둘째, 관습헌법이 존재할 수 있다. 셋째, 서울이 수도라는 관습헌법이 존재하는가를 확인하였다. 넷째, 법률의 제정이나 개정으로써 헌법을 개정할 수 있는지를 보겠다. 다섯째, 이 사건 법률은, 관습헌법이 인정되고, 수도가 서울이라는 관습헌법이 존재하며, 법률의 제정이나 개정으로써 헌법을 개정할 수 있으면, 이 사건 법률은 헌법개정에 필수적으로 요구되는 국민투표를 배제한 것이 되므로 청구인들의 국민투표권이 침해될 수 있다. 그렇다면 이 사건 법률은 청구인들의 국민투표권을 침해할 개연성이 인정된다.²⁴⁾ 이렇게 복잡한 논리적 추론 과정을 거쳐 청구인들의 심판청구가 적법하다는 결론에 이르게 되었다. 사실상 적법요건 심사단계에서 본안에 관한 심사를 모두 한 것이다.²⁵⁾

3. 검토

청구인들은 ‘헌법에서 열거되지 아니한 권리’로서 보장되어야 하는 납세자의 권리,²⁶⁾ 국민의 청문권,²⁷⁾ 서울특별시 의회의원과 공무원인 청구인들의 공무담임권

24) 판례집 16-2하, 1, 33-34.

25) 그런데 기본권 침해가능성이 인정되지 않는다고 각하된 사건들에 대해 현재는 똑같은 정도의 분석을 하지 않았다. ‘선택적’이다. 이런 것이 사법의 신뢰를 무너뜨린다. 이런 것이 현재가 결론을 만들어 놓고 거기에 맞춰 이유를 쓴다는 의심을 사는 까닭이 된다.

26) 납세자의 권리에 관해서는 현재 2005. 11. 24. 2005헌마579, 판례집 제17권 2집, 481, 521-522 참조.

27) 현재 1998. 8. 27. 97헌마8등, 판례집 10-2, 439, 442-443; 현재 2000. 12. 14. 99헌마112등, 판례집 12-2, 399, 407. “법률의 입법절차가 헌법이나 국회법에 위반된다고 하더라도 그러한 사유만으로는 그 법률로 인하여 국민의 기본권이 현재, 직접적으로 침해받는다고 볼 수 없으므로 헌법소원심판을 청구할 수 없다.”

과 직업수행의 자유, 체제정당성, 수도이전지역 외의 지역의 평등권, 수도권에 거주하는 청구인들의 직업선택의 자유와 거주이전의 자유 및 행복추구권 침해를 주장하였다.²⁸⁾ 그러나 이와 같은 기본권 침해 주장은 받아들일 만한 것은 아닌 것으로 보인다. 만약 그것이 가능하였다면, 이 사건에서와 같이 헌법 제130조의 국민투표권 주장을 끌고 들어오지는 않았을 것이다.

그런데, 현재가 기본권 침해 가능성이 있다고 본 것은 헌법 제130조의 국민투표권이다. 이 국민투표권 침해의 개연성까지 도달하기 위하여 현재는 지난한 노력을 하였다. 먼저 현재는 관습헌법을 이론을 내세웠다. 청구인의 대리인은 주장하지도 아니하였다고 한다.²⁹⁾ 현재는 아주 세심하게 관습헌법 이론을 도출해 내었다. 소원이 적법한지 여부를 판단하기 위하여 매우 집중적으로 관습헌법이론을 검토하여 그 성립 요건까지 실시하였다. 그리고, 서울이 수도라는 관습헌법을 논증해 내었다. 대한민국의 수도를 확정하는데, 조선시대의 경국대전이 동원되었다. 그리고 국민들이 그것을 법으로 확신하였다고 한다. 그런데 국민들의 의식을 확정하는데 어떠한 절차를 거치지 않았다.³⁰⁾ 문제는 또 남아 있다. 서울이 수도라는 관습헌법이

28) 판례집 16-2하, 1, 31-32.

29) 이 사건 결정문에는 청구인이 관습헌법 주장을 한 것처럼 기재되어 있으나, 청구인의 대리인이었던 이석연 변호사의 말은 다르다. ‘관습헌법’을 내세우지 않았고, 청구서에 불문헌법이라고 적지도 않았다고 한다. ‘불문율’이라고 썼다고 한다.(이범준, 헌법재판소, 한국 현대사를 말한다, 궁리, 2009, 367) 마치 청구인이 관습헌법 위반 주장을 하고 현재가 이를 받아들이는 것처럼 보이지만, 이석연 변호사의 주장에 따르면 관습헌법은 현재의 독자적인 발상이었다.

이석연 변호사가 사실과 다른 주장을 할 수도 있다. 그런데 판례집 16-2하, 1, 31에 기재된 청구인의 주장을 보더라도, 청구인은 관습헌법 위반을 헌법 제130조의 국민투표권과 연결하여 주장하지 않았다. 서울이 수도라는 것은 관습헌법에 속하므로 헌법 제72조에 따라 국민투표를 실시하여야 한다고 청구인이 주장한 것으로 기재되어 있다.

헌법 제72조의 국민투표는 헌법 개정을 전제로 하는 것이 아니다. 헌법 제72조의 국민투표로 헌법을 개정할 수 없다. 그리고 헌법개정 사항이 아니라도 헌법 제72조의 국민투표에 부의할 수 있다. 전혀 무관한 문제이다. 즉 헌법 제72조 국민투표권 침해를 주장하기 위하여 관습헌법을 확인할 필요는 없다. 김영일 재판관의 별개의견은 헌법 제130조를 인용하지 않는다. 오로지 헌법 제72조의 국민투표권에만 의지하여 위헌 의견을 내었다.

나아가 대리인이 관습헌법에 관한 주장을 하고 이것이 현재에 의하여 받아들여졌으면 대리인으로서의 자랑스러운 일일 터인데도 이를 부인하고, 도리어 현재의 논증이 논리적 비약이 있다고 비판한다. 관습헌법에 관한 주장을 하지 아니하였다는 이석연 변호사의 주장에도 설득력이 있다. 물론, 병합된 다른 하나의 사건인 2004헌마566 사건의 청구인이 주장하였을 수 있지 않느냐 하는 반론도 가능하다. 2004헌마566 사건의 청구인 정○명은 당시 엄청난 수의 소원을 제기하였던 사람이다. 남소(濫訴)하는 청구인이었다. 그리고 국선대리인이 선임되었다. 정황상 이 사건의 청구이유에 관습헌법 주장이 있었을 것으로 보이지 않는다.

존재한다고 하더라도 이 조항은 주관적 공권으로서의 기본권을 설정하는 조항이 아니므로 원칙적으로는 이를 근거로는 청구인들의 헌법소원을 적법하다고 판단할 수 없다.

현재는 다시 한 번 더 궁리를 한다. 법률로써 헌법을 개정해 버렸는데, 헌법 제 130조의 국민투표를 거치지 아니하였으니 국민투표권 침해 가능성이 있다는 점을 '발견'하였을 것이라 보인다, 그래서 청구인의 심판청구가 적법하다는 논리를 완성하였다.

그러나 이 논리가 얼마나 타당하지 아니한가에 대해서는 필자가 이미 논증한 바가 있다.³¹⁾ 멀리 갈 것도 없이 법률로써는 헌법이 개정될 수 없다고 현재 스스로 기술하여 두고는³²⁾ 결국 이 사건 법률을 제정함으로써 헌법이 개정되었다는, 하나의 결정문 안에서 서로 모순되는 기술을 한 것만 보아도 이를 알 수 있다.

현재는 스스로의 논리가 틀렸다는 것을 이후의 현재 2013. 11. 28. 2012헌마 166 결정³³⁾에서 거의 자인하였다. 청구인은 한미 FTA가 헌법상 경제조항(제119조 및 제123조)에 변경을 가져오는 등 실질적으로 헌법 개정에 해당함에도, 국민투표 절차를 거치지 않은 것은 대한민국 국민인 청구인의 국민투표권을 침해한다고 주장하였다.³⁴⁾ 이 사건 결정의 논리와 똑 같은 구조의 주장이다. 이 결정에 대

30) 서울이 수도라는 관습헌법의 성립에 국민들의 법적 확신이 필요하고 있었다고 한다. 그런데 가만히 생각해 보자. 국민들이 서울이 수도라는 점에 '법적' 확신이 생길 이유가 없다. '법적 확신'이 생길 수 있는 대상은 그것이 국민들의 권리의무에 영향을 미칠 수 있는 것이어야 한다. 예를 들어 여성을 종중원으로 받아들이지 않는 관습은 오래도록 국민들의 법적 생활을 지배했다. 여성들은 이 관습 때문에 종중원으로 인정받지 못 했다. 이 관습을 수인했다. 이러한 상태가 오랫동안 지속되었다. 그 사이 여성들은 억울하지만 그래야 되나 보다, 따라야 보다 하면서 살았다. 이것이 법적 확신이다.

그런데 서울이 수도라는 것은 국민들의 삶과 무관하다. 그것을 누군가가 권리로 행사한 바도 없고 그것을 의무로 받아들인 바도 없다. 서울 사람들은 권리를 가지고, 서울 아닌 지방의 사람들은 그것을 수인할 의무를 가졌다고 볼 수 있을까? 만약 그렇게 현재가 보았다면 이 사건 결정문은 훨씬 쉽게 씌어졌을 것이다. 서울이 수도라는 조항이 서울시민에게 권리를 부여해 주는 조항으로 되는 것이고, 그렇다면 이 헌법상의 권리 상실이 바로 기본권 침해로 인식될 수 있다. 그러면 굳이 복잡하게 헌법 제130조의 국민투표권 침해를 끌고 오기 위하여 법률로써 헌법을 개정하느니 마느니 하는 괴이한 논리를 도출할 필요도 없었다. 청와대의 지붕은 푸른색이다, 라는 말에 국민들은 법적 확신을 가질까?

31) 정주백, “지금, 대한민국의 수도는 어디인가?”, 「법학연구」, 제28권 제2호, 충남대, 2017, 9.

32) 판례집 16-2하, 1, 48.

33) 판례집 25-2하, 559.

34) 판례집 25-2하, 559, 561.

해서는 아래³⁵⁾에서 상세히 본다.

현재는 이 사건 평의의 초입부터 어떻게 해서라도 위헌 결정을 하겠다는 결정을 하였다고 볼 수 밖에 없다. 그 이전의 어느 사건에서도, 그 이후의 어느 사건에서도 현재는 적법요건이 충족되었는지 여부를 판단하기 위하여 이와 같은 노력을 들인 일이 없다. 그리고 결정문의 앞에 있는 취지와 바로 충돌하는 취지의 결론을 낸 일도 없다.

IV. 헌법 제72조의 국민투표권 침해

1. 김영일 재판관의 별개 의견

김영일 재판관은 “이 사건 법률의 법률안을 제출한 대통령의 행위에는 헌법 제 72조를 위반한 흠이 있으므로, 이 흠이 위 법률안에 대한 의결행위에 승계됨으로써 이 사건 법률 자체에도 같은 흠이 있는 것으로 평가되어, 결국 이 사건 법률은 청구인들의 헌법상 기본권인 국민투표권을 침해한 것이 된다.”³⁶⁾는 의견을 내었다. 별개의견이다.

2. 검토

가사 김 영일 재판관의 의견처럼 재량이 영으로 수축되어 수도이전을 국민투표에 부쳐야³⁷⁾ 한다고 하더라도, 대통령이 국민투표에 부의하지 아니하는 부작위가 위헌일 수는 있겠지만, 그 부작위가 이 사건 법률에까지 승계된다는 주장은 납득하기 어렵다.

35) 아래의 IV. 3. 참조.

36) 현재 2004. 10. 21. 2004헌마554 등, 판례집 16-2하, 1, 61.

37) 이 결정문은 계속하여 ‘붙이다’라고 표현하고 있으나 현행의 맞춤법에 따르면 ‘부치다’가 옳다. 헌법 제72조와 제130조가 각 ‘붙일’ ‘붙여’라 하고 있으므로 원문을 그대로 인용할 때에는 법문과 같이 인용하는 것이 옳겠으나, 원문을 그대로 인용하는 것이 아니라면 현재의 맞춤법에 맞추는 것이 옳다고 본다.

대통령은 법률안을 제출할 권한을 가지고 있지만, 그 권한이 국회를 구속하지는 않는다. 따라서 국회에서 통과된 법률안에 대해 헌법적으로 하자가 있다면 그 책임은 국회에 있는 것이지, 이를 제안한 대통령에게 있지 않다.

김영일 재판관의 의견을 따르면 만약 이 사건 법률이 국회의원에 의하여 제안되어 통과되었다면 헌법 제72조 위반 문제는 안 생긴다는 것인데, 어떤 법률의 효력이 그 제안자가 누구냐에 따라 달라진다는 결론은 매우 생경한 것이다.

게다가 2004헌나1 사건에서 헌재는 대통령의 헌법 제72조의 국민투표 부의권의 남용을 지적하였다. “헌법 제72조는 대통령에게 국민투표의 실시 여부, 시기, 구체적 부의사항, 설문내용 등을 결정할 수 있는 임의적인 국민투표발의권을 독점적으로 부여함으로써, 대통령이 단순히 특정 정책에 대한 국민의 의사를 확인하는 것을 넘어서 자신의 정책에 대한 추가적인 정당성을 확보하거나 정치적 입지를 강화하는 등, 국민투표를 정치적 무기화하고 정치적으로 남용할 수 있는 위험성을 안고 있다. 이러한 점을 고려할 때, 대통령의 부의권을 부여하는 헌법 제72조는 가능하면 대통령에 의한 국민투표의 정치적 남용을 방지할 수 있도록 엄격하고 축소적으로 해석되어야 한다.”³⁸⁾³⁹⁾

만약 대통령이 국회의 교착 상황을 타개하기 위하여 수도이전에 관한 국민투표를 실시하고 이를 입법부를 압박하는 수단으로 사용하였다면 이것이 도리어 권한 남용으로 탄핵 사유를 구성하였을지도 모를 일이다. 한 대통령을 두고, 하나의 헌법 조문에 대하여 한 번은 행사하였다고 탄핵 사유로 삼고, 한 번은 행사하지 않았다고 하여 그가 제안한 법률을 위헌으로 결정하여야 한다는 논리다. 나아가 대통령이 헌법 제72조의 국민투표 부의권을 행사할 것인지에 대해서는 전적으로 대통령의 재량에 속한다는 점을 위 2004헌마1 결정은 비교적 분명하게 밝히고 있다.

38) 헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609, 649.

39) 이 사건에서 김영일 재판관이 반대의견을 냈다는 것은 비교적 널리 알려진 사실이다. 국민투표 부의 부분이 헌법 제72조 위반이 아니라는 취지의 반대의견이 아니라, 대통령 노무현 탄핵심판을 기각하여야 한다는 법정의견에 대하여 인용하여야 한다는 반대의견을 냈다. 헌재 김영일 재판관의 반대의견은 공개되어 있지 않다. 법정의견은 탄핵심판에 있어서 재판관 개인의 의견은 결정문에 표시할 수는 없다고 보았기 때문이다. 이에 대하여 “탄핵심판에 있어 의견을 표시할지 여부는 관여한 재판관의 재량판단에 맡기는 의미로 보아 해석해야 할 것이므로 다수의견과 다른 의견도 표시할 수 있다는 견해”(헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609, 659)가 있었는데, 그 견해를 가진 재판관 중의 한 명이 김영일 재판관인 것으로 알려져 있다.

또 헌법 제72조의 국민투표권은 대통령이 어떠한 정책을 국민투표에 부의한 경우에 비로소 행사가 가능한 기본권이다.⁴⁰⁾ 이 말은 대통령이 어떤 사안을 국민투표에 부의했는데 누군가에게 이를 인정하지 아니한 경우에 비로소 ‘제한’ 문제가 발생하는 것이지, 아예 부의를 하지 아니한 상황이라면 국민투표권이 ‘제한’되었다고도 할 수도 없다는 것이다. 헌법 제72조의 국민투표권은 대통령이 국민투표를 부의함을 정지조건으로 한다. 그런데 대통령은 국민투표에 부의하지 않았다. 그렇다면 청구인들의 국민투표권은 침해될 여지는 없다.

한편, 현재는 절차위반으로서는 헌마소원을 인용할 수 없다고 본다. 현재는 “법률의 입법절차가 헌법이나 국회법에 위반된다고 하더라도 그와 같은 사유만으로는 이 사건 법률로 인하여 청구인들이 현재, 직접적으로 기본권을 침해받은 것으로 볼 수는 없다.”⁴¹⁾고 판시하였다. 국회 안에서의 절차 위반도 헌마소원의 인용 사유가 되지 못 하는데, 국회 바깥에서의, 대통령의 제안 과정에 있어서의 절차 위반이 헌마소원의 인용 이유가 될 수는 없다.

V. 법률의 제정과 헌법의 개정

1. 도입

이 사건의 쟁송물은 이 사건 법률이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이다. 그런데 법정의견의 논리는, 이 사건 법률이 헌법 제130조의 국민투표권을 침해하였다는 것이다. 그런데 이 논리는 이상하다.

헌법 제130조는 헌법을 개정하는 절차이다. 헌법을 개정할 때에는 헌법 제130조의 국민투표를 거쳐야 개정절차가 적법한 것으로 된다. 예를 들어 국회의 의결을 거친 후 국민투표를 거치지 않고 대통령이 이를 공포한다면 헌법 개정에 절차 위반

40) 헌재 2005. 11. 24. 2005헌마579등, 판례집 17-2, 481, 519; 헌재 2013. 11. 28. 2012헌마166, 판례집 25-2하, 559, 5.

41) 헌재 1998. 8. 27. 97헌마8등, 판례집 10-2, 439, 442-443; 헌재 2000. 12. 14. 99헌마112등, 판례집 12-2, 399, 407.

이 있고, 이 경우 개정된 헌법의 효력이 문제될 수 있다.

그런데 이 사건의 쟁송물은 이 사건 법률이 청구인의 기본권을 침해하는지 여부이다. 법률을 제정하는데 헌법 개정의 절차를 거쳐야 한다? 법률은 헌법에서 정한 대로 법률 제정 절차를 거치면 적법한 것 아닌가? 헌법에서 국민투표를 거쳐서 법률을 제정하라고 정한 바는 없는 것 아닌가? 하는 의문이 이어질 수 있다. 무척 어색하다. 대통령령을 제정하는데 법률 개정의 절차를 거치지 아니하였으므로 위법하다고 말하는 것과 똑같다.

여기에 대한 반론으로는, 이 사건 법률이 헌법을 개정하는 내용을 담고 있기 때문에, 헌법 개정의 절차를 거쳐야 한다는 것이다. 또 어색한 느낌이 든다. 법률을 국회 재적의원 3분의 2 이상의 찬성으로 의결한 후에 국민투표에 부의하여 제정하여야 하는데, 그 절차를 안 거쳤다? 이 주장들이 타당하려면 법률의 제정형식으로 헌법을 개정하는 것이 가능하다는 것이 전제되어 있어야 한다. 과연 그런가? 이 점이 논증되지 아니하면 이 사건 결정의 결론은 의심받을 수밖에 없다.⁴²⁾

42) 익명의 심사자께서 아래와 같은 의견을 주셨습니다. “관습헌법을 이용하여 수도이전 특별법에 대한 위헌 결정에 대해서는 본 심사자로 여러 이유에서 비판하고 있으나, 연구자가 실시한 내용, 즉 ‘현재가 법률을 제정하는 데 헌법 개정의 절차를 거쳐야 한다’는 논리를 구사했다는 점에 대해서는 싯뜻 동의하기가 어렵습니다. 해당 결정에서의 현재의 논리는 다음과 같습니다. (1) 수도는 헌법사항(성문헌법으로 규정되어 있지 않기 때문에 관습헌법이라는 개념을 신설하여 헌법사항화했음) 그런데, (2) 헌법사항을 개정하면서 헌법개정절차를 거치지 않고 (3) 법률을 제정하면서 그 안에 지금의 헌법사항과 배치되는 내용을 담음으로써 결과적으로 헌법을 개정하는 결과를 도출함 (4) 그래서 국민투표권 위반이라는 결론에 도달함. 그런데 연구자께서는 중간의 논리과정을 생략하신 채 (현재가) 법률을 제정하는 데 헌법 개정절차를 거치지 않았다고 해서 (법률을 위헌으로 결정하였다고 보고) 현재의 논리를 비판하고 있는 것으로 생각됩니다. 설사 이러한 과정이 연구자의 연구과정에는 있다고 하더라도 지금의 논문으로는 그 과정이 쉽게 읽히지 않습니다. 이 부분에 대한 추가적 설명이 필요한 것 같습니다.” 괄호 안 부분은 필자가 추가한 것입니다.

필자로서 응답을 해 보겠습니다. 2004헌마554 결정의 심판의 대상은 ‘행정수도이전에 관한 특별조치법’입니다. 이 법이 위헌인 이유는 청구인들의 국민투표권을 침해하였기 때문입니다. 헌법 제130조가 정하고 있는 절차를 거치지 않았다는 것입니다. 그러면 반대로 이 사건 법률의 제정과정에 헌법 제130조의 국민투표를 거쳤으면 이 사건 법률의 위헌인 하자가 치유되는가 하는 것입니다. 현재의 논리를 따른다면 당연히 치유된다고 보아야 할 것입니다.

만약 이 점을 부정한다면 좀 이상한 결론에 다다르게 될 것입니다. 국민투표를 거쳐 이 사건 법률을 제정했더라도 마찬가지다, 이 사건 법률이 담고 있는 내용 때문에 국민투표를 거쳤더라도 위헌이기는 마찬가지다, 법률로써는 헌법을 개정할 수 없기 때문이다, 는 것이 현재의 입장이라면 당연히 앞에서 든 2012헌마166 결정과 마찬가지로 심판청구를 각하하여야 했습니다.

그런데 현재는 법률로써 헌법(위 2012헌마166 결정을 보태어 보면, 불문헌법)은 법률로써 개정되어질 수 있는데, 그 절차를 지키지 아니하였으니 청구인의 기본권을 침해하여 위헌이라고 한 것입니다.

여기서 제 논의는 시작됩니다. 어떻게 법률을 제정하는데 헌법 개정의 절차를 따르라고 요구하는가 하는

2. 결정의 내용

이 사건 결정에서 현재는 “성문의 경성헌법 체제에서 인정되는 관습헌법사항은 하위규범형식인 법률에 의하여 개정될 수 없다.”⁴³⁾는 점을 분명하게 밝혔다. 나아가 “헌법의 개정절차와 법률의 개정절차를 준별하고 헌법의 개정절차를 엄격히 한 우리 헌법의 체제 내에서 만약 관습헌법을 법률에 의하여 개정할 수 있다고 한다면 이는 관습헌법을 더 이상 ‘헌법’으로 인정한 것이 아니고 단지 관습‘법률’로 인정하는 것이며,⁴⁴⁾ 결국 관습헌법의 존재를 부정하는 것이 된다. 이러한 결과는 성문헌법체제하에서도 관습헌법을 인정하는 대전제와 논리적으로 모순된 것이므로 우리 헌법체제상 수용될 수 없다.”⁴⁵⁾고도 판시하였다.

3. 검토

현재의 위 판시에 따르면 이 결정의 결론은 틀린 것이다. 법률의 제정이나 개정으로써 헌법이 개정될 수는 없다. 지극히 당연한 말이다. 그러면 논의는 끝난 것이다.

이와 똑 같은 상황이 문제되었던, 현재 2013. 11. 28. 2012헌마166 결정⁴⁶⁾에서 현재는 분명하게, “성문헌법과 양립할 수 없는 내용의 법률이 제정되는 경우라고 하더라도, 그러한 법률은 위헌적인 법률로서 헌법이 정한 규범통제의 대상이 될 뿐 헌법을 개정하는 효력이 없다”⁴⁷⁾는 점을 분명하게 밝혔다.

2012헌마166 결정의 결론에 따르면 이 사건 결론은 틀린 것이다. 그래서 현재는 법적 기교를 발휘하여, 성문헌법과 불문헌법을 구분하여 성문헌법과 달리 불문

것입니다. 설명이 되었기를 바랍니다.

43) 판례집 16-2하, 1, 48.

44) 이 판시는 비교적 분명하게 틀렸다. 법률에 의하여 폐지되는 규범이라면 그 규범은 법률과 동위의 규범도 아니다. 법률보다 하위의 규범이다. 대통령령이나 부령은 그 효력에 영향을 받을 수 있으나, 법률 조항은 이와 배치되는 다른 법률 조항의 추가에 의하여 폐지되지 않는다. 양자는 공존하면서 해석의 문제를 남길 뿐이다. 현재 2007. 8. 30. 2003헌바51 등, 판례집 19-2, 215, 231. 앞의 II.1. 참조.

45) 판례집 16-2하, 1, 49.

46) 판례집 25-2하, 559.

47) 판례집 25-2하, 559, 562.

헌법은 법률에 의하여 개정되어질 수 있다고 한다. “반드시 헌법에 의하여 규율되어 법률에 대하여 효력상 우위를 가져야 할 만큼 헌법적으로 중요한 기본적 사항임에도 불구하고 형식적 헌법전에 기재되지 아니한 사항의 경우, 어떤 사항이 그에 해당하는지 여부를 판단할 수 있는 일반·추상적 기준이 존재하지 아니함에 따라 반드시 헌법에 의하여 규율되고 개정되어야 할 사항을 입법자가 법률의 형태로 규정하여 국민이 헌법 제·개정에 관하여 가지는 권한을 침해할 수 있으나(헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554등, 판례집 16-2하, 1, 39-51 참조), 성문헌법 조항의 경우는 그러한 문제가 발생하지 아니한다.”⁴⁸⁾⁴⁹⁾

이 2012헌마166 결정은 분명하게, 이 사건 결정이 법률로써 헌법을 개정할 수 있다는 전제 위에서 있었음을 밝히고 있다. 위의 인용문 중에 이 사건 결정을 인용하면서 법률로써 헌법을 개정할 수 있음을 실시하고 있다.

그런데 이 사건 결정에서는 일반론으로 법률로써는 헌법을 개정할 수 없다고 판시했다. 물론, 2012헌마166 결정이 불문헌법과 성문헌법을 구분하여 불문헌법의 경우에만 법률로써 개정될 수 있다고 하였으나, 이 사건 결정은 어디에서도 이를 구분하여 논한 바가 없다. 도리어 관습헌법은 “성문의 헌법과 동일한 법적 효력을 가지는 것”⁵⁰⁾⁵¹⁾이고, “국민에 의하여 정립된 관습헌법은 입법권자를 구속하며 헌법으로서의 효력을 가진다”⁵²⁾고 판시하였다. 어디에도 성문헌법과 불문헌법의 효력이 다르다고 한 바가 없다. 위 인용문에 기재된 바와 같이 입법권자를 구속하는 헌법이 어떻게 입법권자에 의하여 폐지되고 개정될 수 있는지에 대해 어떠한 설명

48) 헌재 2013. 11. 28. 2012헌마166, 판례집 25-2하, 559, 562.

49) 밑줄은 필자가 추가한 것임.

50) 판례집 16-2하, 1, 40.

51) 이 사건의 결론을 두고 보면, 성문헌법 조항보다 불문헌법 조항이 더 강한 효력을 갖게 된다. 즉 헌마소원에서, 기본권 조항이 아닌 성문헌법 조항은 그에 위배되는 법률조항의 효력을 상실케 하는 효력을 가질 수 없다. 심판청구가 각하되기 때문이다. 기본권 조항이 아닌 불문헌법 조항은 국민투표권을 매개로 삼아 거기에 배치되는 법률조항의 효력을 상실케 하는 효력을 가진다. 불문헌법 조항이 연약하여(vulnerable) 법률에 의해 개정될 수 있다고 하였지만, 실제로는 자신을 개정한 법률조항을 국민투표권 침해를 이유로 위헌이라 선언할 수 있다. 거기에 비하여 성문헌법 조항은 강건하여(vigorous) 법률에 의하여 개정될 수 없지만, 그 법률을 위헌으로 선언하는 효력은 가질 수 없다. 효력에 있어서는 적혀 있지 아니한 헌법이 적혀 있는 헌법보다 더 강력하다는 역설이 성립한다.(정주백, “지금, 대한민국의 수도는 어디인가?”, 「법학연구」 제28권 제2호, 충남대, 2017, 25 참조).

52) 판례집 16-2하, 1, 40.

도 한 바가 없다. 이 사건 결정문은 스스로 전제한 이론을 몇 쪽의 앞에 두고도, 당해 사건의 결정문 안에서 “이 사건 법률은 헌법개정사항인 수도의 이전을 위와 같은 헌법개정 절차를 밟지 아니하고 단지 단순법률의 형태로 실현시킨 것”⁵³⁾이라는 매우 당황스러운 결론에 이르렀다.

VI. 관습헌법의 사멸

1. 도입

여기서는 헌재가 말하는 관습헌법의 사멸에 관하여 살펴보기로 한다. 이해를 위하여 몇 가지를 설명해 두기로 한다. 먼저 ‘사멸’이라는 말과 ‘개정’이라는 말을 구분하여 사용한다. 법의 개정은 종전 법의 사멸과 새로운 법의 신설이라는 복합적 성격을 가진다. 당연히 법의 사멸을 법의 신설을 동반하지 않고도 실시될 수 있다.⁵⁴⁾ 또 사멸할 대상이 없으면 법의 신설만 행해질 수도 있다. 또, 종전 법의 폐지 없이 내용상 이와 충돌하는 새로운 법이 신설될 수도 있다. 이 경우 양자의 효력이 문제되지는 않고, 병존하는 양자의 법을 어떻게 해석할 것인가가 문제된다. ‘폐지’는 ‘효력의 상실’과 같은 의미로 이해한다.

2. 공식적 사멸

헌법을 개정함으로써 기존의 관습헌법이 사멸하는 것은 분명하다. 다만, 아래와 같은 판시가 타당한 것인지는 의문이다.

“이 경우 관습헌법규범은 헌법전에 그에 상반하는 법규범을 첨가함에 의하여 폐지하게 되는 점에서, 헌법전으로부터 관계되는 헌법조항을 삭제함으로써 폐지되는

53) 판례집 16-2하, 1, 50-51.

54) 폐지법률을 예로 들 수 있다. ‘세무대학설치법’ [시행 2001. 2. 28.] [법률 제5995호, 1999. 8. 31., 폐지] 세무대학설치법은 이를 폐지한다.

성문헌법규범과는 구분되는 것이다.”⁵⁵⁾

전부개정을 전제로 하는 것이 아니라면, 기존의 성문헌법조항을 특정하여 새로운 헌법조항으로 전환하는 절차를 통하여 개정이 이루어진다. 종전의 헌법조항을 개정하는 과정은 종전 헌법조항의 사멸과 새로운 헌법의 제정이라는 복합적 성격을 가진다. A 조항을 B 조항으로 고친다는 말은 A 조항을 사멸(폐지) 시키고, B 조항을 신설하는 것이다.

단순히 새로운 헌법조항을 추가하기만 하면, 종전의 헌법조항과 추가된 헌법조항은 서로 공존한다. 두 개의 헌법조항은 서로 동등한 것이므로, 하나가 다른 하나의 효력을 상실시킬 수 없다. 양자는 공존하면서 양자를 어떻게 해석할 것인가 하는 해석의 문제를 남긴다.

그런데, 불문헌법조항은 새로운 헌법조항을 추가하는 것만으로 종전의 불문헌법조항이 사멸케 하는 효력이 있다고 하는 것은 관습헌법을 성문헌법보다 열위의 것이라는 것을 전제로 할 때에만 가능한 입론이다. 사멸시키려면 종전의 헌법을 인식하고 그것을 개정한다는 의지가 표현되어야 한다.

다만, 종전의 관습헌법이 아래의 비공식적 사멸 절차에 따라서 사멸할 수는 있을 것이다. 즉 종전의 관습헌법에 배치되는 새로운 헌법조항을 추가함으로써 종전의 관습헌법의 법적 확신을 소멸시킨 것으로 본다면, 종전의 관습헌법은 존속요건을 구비하지 못하여 사멸하게 된다.

3. 비공식적 사멸

가. 현재의 입장

성문헌법은 비공식적인 방법으로 사멸할 수 없다.⁵⁶⁾ 그러나 불문헌법은 비공식적인 방법으로 사멸될 수 있다. 현재는 다음과 같이 비공식적인 관습헌법의 사멸을

55) 현재 2004. 10. 21. 2004헌마554 등, 판례집 16-2하, 1, 48. 비슷한 취지의 설시로, "이 경우 성문의 조항과 다른 것은 성문의 수도조항이 존재한다면 이를 삭제하는 내용의 개정이 필요하겠지만 관습헌법은 이에 반하는 내용의 새로운 수도설정조항을 헌법에 넣는 것만으로 그 폐지가 이루어지는 점에 있다."(현재 2004. 10. 21. 2004헌마554 등, 판례집 16-2하, 1, 49)이 있다.

56) 헌법변천은 여기서 다루지 않는다.

설명하였다. “한편 이러한 형식적인 헌법개정 외에도, 관습헌법은 그것을 지탱하고 있는 국민적 합의성을 상실함에 의하여 법적 효력을 상실할 수도 있다. 관습헌법은 주권자인 국민에 의하여 유효한 헌법규범으로 인정되는 동안에만 존속하는 것이며, 관습법의 존속요건의 하나인 국민적 합의성이 소멸되면 관습헌법으로서의 법적 효력도 상실하게 된다. 관습헌법의 요건들은 그 성립의 요건일 뿐만 아니라 효력 유지의 요건인 것이다.”⁵⁷⁾

나. 검토

(1) 아래와 같은 판시는 오류다.

“다만 헌법규범으로 정립된 관습이라고 하더라도 세월의 흐름과 헌법적 상황의 변화에 따라 이에 대한 침범이 발생하고 나아가 그 위반이 일반화되어 그 법적 효력에 대한 국민적 합의가 상실되기에 이른 경우에는 관습헌법은 자연히 사멸하게 된다. 이와 같은 사멸을 인정하기 위하여서는 국민에 대한 종합적 의사의 확인으로서 국민투표 등 모두가 신뢰할 수 있는 방법이 고려될 여지도 있을 것이다. 그러나 이 사건의 경우에 이러한 사멸의 사정은 확인되지 않는다. 따라서 앞서 실시한 바와 같이 우리나라의 수도가 서울인 것은 우리 헌법상 관습헌법으로 정립된 사항이며 여기에는 아무런 사정의 변화도 없다고 할 것이므로 이를 폐지하기 위해서는 반드시 헌법개정의 절차에 의하여야 한다.”⁵⁸⁾⁵⁹⁾

위 판시 중 밑줄 친 마지막 문장의 부사절은 서울이 수도라는 관습헌법이 사멸되지 아니하였음을 이야기하고 있다. 그런데, 이어서는 관습헌법을 폐지하기 위해서는 반드시 헌법개정의 절차에 의해야 한다고 한다. 그러나 위에서 본 것처럼 현재는 헌법개정의 절차에 의하지 아니하고도 ‘국민의 법적 확신’이 소멸함에 따라 관습헌법의 효력이 상실될 수 있다고 하였다. 관습헌법의 ‘폐지’가 관습헌법의 ‘효력 상실’과 다르지 않다. 이 부분의 설시가 헌법개정에 의해서만 관습헌법이 사멸할

57) 헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554등, 판례집 16-2하, 1, 48.

58) 헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554등, 판례집 16-2하, 1, 49.

59) 밑줄은 필자가 추가한 것임.

수 있다는 논거로 사용되는 것 같아서⁶⁰⁾ 지적하여 둔다.

(2) 비공식적 사멸은 언제 인정될 수 있는가?

현재는 “헌법규범으로 정립된 관습이라고 하더라도 세월의 흐름과 헌법적 상황의 변화에 따라 이에 대한 침범이 발생하고 나아가 그 위반이 일반화되어 그 법적 효력에 대한 국민적 합의가 상실되기에 이른 경우에는 관습헌법은 자연히 사멸하게 된다. 이와 같은 사멸을 인정하기 위하여서는 국민에 대한 종합적 의사의 확인으로서 국민투표 등 모두가 신뢰할 수 있는 방법이 고려될 여지도 있을 것이다.”⁶¹⁾고 판시하였다.

현재는 ‘국민투표 등’ ‘모두가 신뢰할 수 있는 방법’에 따라 국민들의 법적 효력에 대한 합의가 상실되었음이 확인된다면, 관습헌법은 사멸된다고 보았다. 그러면 국민투표는 제쳐두고, ‘등’에 무엇이 들어갈 수 있는가를 본다. 공신력 있는 기관에 의해 실시된다면, 여론조사도 하나의 방법이 될 수 있을 것이다.⁶²⁾

그런데, 국회의 의결은 국민들의 법적 효력에 대한 합의가 상실되었음이 확인하는 방법이 될 수 없는가? 대의제 민주주의 하에서 국회는 국민의 의사를 대변하는 기관이다. 국회의 의결은 국민의 의사를 반영하는 것이다. 그러면, 국회가 법률을 제정 또는 개정하는 형식으로 새로운 수도를 설정하는 행위도 종전의 관습헌법 중 국민적 합의를 소멸시키는 행위로 받아들일 수 있다.⁶³⁾ 이것이 법적으로 어떤 의

60) 경향신문, 2020.07.27., “행정수도 이전, 16년 전 “관습헌법” 결정...여야 합의로는 못 바꾼다“, http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=202007270600005&code=910100&utm_source=facebook&utm_medium=social_share&fbclid=IwAR23bMFQg0B_aTUQAPltpuAp3gjetjhJg7lHa1ygKDuA3u_RzQkpWI5h7P8.

61) 헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554 등, 판례집 16-2하, 1, 49.

62) 어떤 형식의 질문이어야 하고 어느 정도 비율의 의사표시가 필요한가가 문제될 수 있다. 여기서는 법적 확신의 소멸을 확인하면 족한 것이므로, ‘서울이 수도이어야 한다고 믿느냐’는 내용의 물음으로 족하다고 본다. 어느 특정 지역, 예를 들면 세종시를 수도로 삼아야 하는가 하는 것은 서울이 수도라는 관습헌법에 대한 법적 확신의 소멸을 확인하는데 불필요하다. 이 질문은 서울이 수도가 아니라는 점과 세종시가 수도라는 점을 동시에 인정하는 경우에만 법적 확신의 소멸을 인정하는 것으로 될 것이기 때문이다. 그리고 서울이 수도이어야 한다고 믿느냐는 물음에 대하여 과반수보다는 낮은 수준의 반대가 있을 때에도 법적 확신의 소멸을 인정할 수 있다. 필자는 서울이 수도라는 점에 대해 법적 확신을 가지지 아니한 비율이 30%만 되어도 위 관습헌법에 대한 법적 확신은 소멸된 것이라 본다. 30%가 의미 있는 비율은 아니다. 요는 법적 확신을 가지고 있지 않다는 사람의 비율이 50%가 넘을 때에만 법적 확신의 소멸을 인정하여야 하는 것은 아니라는 것이다. 과학의 세계에서는 반례(反例)가 하나만 있어도 명제(命題)는 무너진다.

미를 갖는가 하는 것은 별개의 문제다. 만약 국회가 수도를 이전하는 법률을 제정하여 수도를 이전하면 현재의 2004년 결정의 논리와 같이 헌법을 개정하는 것 아니냐⁶⁴⁾ 하는 논란이 문제되면 국회의 일반의결로써도 가능할 것이다.⁶⁵⁾

위에서 국회의 의결로 종래의 관습헌법이 사멸하고 나면, 헌법적으로 수도조항은 존재하지 않는 상태로 된다.

(3) 관습헌법이 비공식적으로 사멸 이후에 법률로써 수도를 정하는 것은 문제 있는가?

법률은 헌법에 위반되지 않는 한 어떤 내용도 담을 수 있다. 이것은 다른 규범과 다른 점이다. 예를 들어 대통령령은 법률로부터 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항만을 규정할 수 있다.⁶⁶⁾ 그러나 법률은 헌법으로부터의 위임이 필요 없다.

만약 관습헌법이 비공식적으로 사멸된 후 법률로써 서울이 아닌 지역을 수도로 정하는 법률을 정할 수 있는가? 필자가 보기에는 문제되지 않는다. 수도에 관한 헌법이 공백 상태이기 때문에, 국회는 수도에 관한 헌법의 제약을 받지 아니하고 입법권을 행사할 수 있다.⁶⁷⁾

만약에 수도는 반드시 헌법으로만 정할 수 있다고 한다면, 법률이 정한 것은 ‘준수도(準首都)’라고 하여도 좋을 것이다. 이러한 상태가 규범적으로 가능한가 하는 것이 문제될 수 있으나, 독일은 동서독이 분리된 후 헌법전을 가지지 아니하였고, 통일된 이후에도 헌법전을 마련하지 않고 그대로 ‘기본법(Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland)’을 운용하고 있다. 이 상황을 받아들이면서 헌법전에 공백으로 있는 수도를 법률로써 잠정적으로 규정하였다 하여 이를 효력이 없는 것이라 하기는 어렵지 않을까. 전체 헌법이 부존재하는 상황을 법률이 대체할 수 있다면, 헌법전에 있어야 할 한 개 조항의 부존재를 법률이 대체하는 것도 당연히 가능하다.

63) 물론, 이것은 개헌이 아니다. 아래에서 본다.

64) 앞에서 본 것처럼 법률로써 헌법을 개정할 수는 없다.

65) 그러나 여기서는 헌법을 개정하는 것을 다루고 있지 않다. 종전 관습헌법의 사멸만을 다루는 것이다.

66) 헌법 제75조. 헌법 제108조의 대법원의 규칙제정권, 제113조 제2항의 현재의 규칙제정권 등과 다르다.

67) 물론, 다른 헌법조항들의 제약을 받는 것은 당연하다. 여기서는 수도가 서울이라는 관습헌법이 사멸하였으므로 그 조항의 제약을 받지 아니한다는 것이다.

당연한 말이지만 법률로 정해진 수도는 법률로서의 효력만 가진다. 만약 수도에 관한 헌법이 확인된다면, 법률상의 수도 조항은 위헌으로 결정될 수 있을 것이다.⁶⁸⁾ 나아가 이와 배치되는 법률이 신설된다면 당연히 해석의 문제가 생길 것이고, 신법 우선의 원칙에 따라 신법에서 정한 수도 조항이 적용될 것이다. 명시적으로 종전 수도 조항을 개정하는 절차를 거쳐 수도가 변경될 수도 있다. 수도를 정한 법률 조항은 배치되는 헌법, 또는 법률 조항의 존재를 해제조건으로 하여 법률 차원의 효력을 가진다.

(4) 국회의 의결을 거쳐 종전 관습헌법을 사멸시키고 나서 수도를 정하는 법을 제정하는 것이 아니라, 바로 새로운 수도를 정하는 법률의 제정⁶⁹⁾하는 것은 (i) 종전 서울이 수도라는 관습헌법의 사멸(비공식적 사멸), (ii) 새로운 수도 설정이라는 두 가지 성격을 가지게 될 것이다. 복합적 행위라고 볼 수 있다. 법률을 제정하기 전에 일반의결로써 관습헌법의 사멸을 확인하고, 이후에 법률을 제정하는 것은 더 나은 방책이다. 보기에 바로 법률을 제정하는 것은 이 사건 결정 당시와 똑같은 상황으로 인식될 수 있다. 그러므로, 나중에 있을 헌법재판의 상황을 염두에 둔다면, 2004년 상황과 다른 상황을 만드는 매우 유익할 것이라고 본다. 이론의 문제가 아니고 정책의 문제다.

68) 이것이 규범적으로 가능한가 하는 물음은, 현재 결정에 따르면 수도는 헌법에서 규정할 사항인데 법률로 규정한다고 하여 규범적으로 효력이 있는가 하는 것이다. 그러나 비근한 예로 서울이 수도라는 법률조항도 존재한다. '서울특별시 행정특례에 관한 법률'이 그것이다. 물론 창설적인 것이 아니라 확인적인 것으로 보는 입장도 있을 수 있다. 그러나 이 법률 제1항은 '이 법은 「지방자치법」 제174조에 따라 서울특별시의 지위·조직 및 운영에 관한 특례를 규정함을 목적으로 한다.'고 정하고 있다. '헌법'을 근거로 하지 않았다는 것이다. 그리고 이 사건 결정문 46-47쪽에 기재된 지방자치법의 입법 경위를 보아도, 법률 차원에서 서울특별시의 지위를 정하고 있을 뿐이지, 헌법상의 규율이 이미 서울을 수도로 정하고 있으므로 이에 따라 서울특별시의 지위를 정한다고 한 바가 없다. 확인적인 것이 아니다. 당시 지방자치법도 헌법이 부존재하는 상황에서 법률을 제정한 것이고, 현재 새로운 수도 조항을 제정하는 것도 그 당시의 상황과 똑 같다. 당시의 지방자치법이 문제 없는 것이라면, 현재 수도를 정하는 법도 문제 없는 것이다. 물론, 이 주장은 관습헌법의 부존재를 주장하는 논거로 사용됨이 더 적절한 것임은 맞는 것 같다. 즉 1949년 당시의 입법자들은 서울이 수도라는 법적 확신이 없었다. 그래서 법률로써 수도를 정한 것이다.

69) 일반의결로써 관습헌법의 법적 확신을 소멸시키는 결의를 하지 아니하고 바로 새로운 수도를 정하는 법률을 제정하는 상황을 이른다.

(5) 수도를 새로 정한 법률이 현재의 심판대상으로 된다면 어떻게 될 것인가?

우선 반복입법금지에 대하여 걱정할 수 있다. 현재는 위헌결정의 기속력에 반하는 반복입법인지 여부는 단지 위헌결정된 법률조항의 내용이 일부라도 내포되어 있는지 여부에 의하여 판단할 것이 아니라, 입법목적이나 입법동기, 입법당시의 시대적 배경 및 관련조항들의 체계 등을 종합하여 실질적 동일성이 있는지 여부에 따라 판단하여야 한다⁷⁰⁾고 판시하였다. 같은 내용의 법률이라는 이유만으로 반복입법이라 보지 않는다. 나아가 반복입법에 해당된다고 하더라도 '특별한 정당화 사유'가 있다면 허용되어질 수 있다고 한다.⁷¹⁾ 그리고 현재가 명시적으로 반복입법을 하면 위헌 결정을 하겠다고 밝힌 바도 없다. 필자가 보기에는 현재는 반복입법이라는 이유로 위헌 결정을 하는데 매우 소극적이다.

다른 한편, 여기서 다른 논리가 옳다면, 새로 수도를 정한 법률은 위헌으로 결정되어질 수 없다. 헌법에 수도 조항이 존재하지 않기 때문이다.

(5) 2004년 위헌 결정의 타당성

이 논문의 논증이 타당하다면, 이 사건 위헌 결정은 현재 스스로 제시한 관습헌법의 법리에 어긋나는 것이라 아니할 수 없다.

이 사건 결정 중의 관습헌법도 법적 확신의 소멸로 사멸할 수 있는 것이고, 당시 국회에서 표결에 참여한 국회의원의 압도적 다수⁷²⁾에 의하여 신행정수도법을 통과시킨 것은 국민의 법적 확신이 소멸된 것을 보여 준다. 이 법률안을 통과시킨 국회의원들을 통하여 국민들의 관습헌법에 대한 법적 확신이 소멸되었음이 확인된 것이다. 그렇다면 신행정수도법은 서울이라는 관습헌법이 소멸함과 동시에 제정된 것이므로 위헌으로 결정될 수 없다.

(6) 반론과 대응

물론 이와 같은 필자의 주장에는 반론이 있을 수 있다. 헌법의 사멸에 관한 것이

70) 현재 2013. 7. 25. 2012헌바409, 판례집 25-2상, 230, 238.

71) 현재 2012. 12. 27. 2012헌바60, 판례집 24-2하, 529, 535-536.

72) 투표수 194, 찬성 167, 반대 13, 기권 14.

므로 법적 확신의 소멸도 국민에게서 확인하여야 한다는 것이 그것이다. 전혀 타당하지 아니한 주장은 아니다. 만약 필자의 주장과 같이 이해하게 되면, 결국 국회의 입법으로써 헌법을 개정하게 되는 것 아니냐 하는 것이다.

그런데 필자는 법률로써 헌법을 개정할 수 있다고 주장하는 것이 아니다. 필자는 국회의 의결로써 관습헌법을 사멸시키고, 법률 차원에서 수도를 정할 수 있다는 것을 주장할 뿐이다.

현재는 관습헌법이 사멸되게 하는, 법적 확신의 소멸을 확인하는 절차로 ‘국민투표 등’을 들었다. 국민투표는 이해가 가는데, 법적 확신의 사멸을 확인하는 다른 절차가 무엇이 있는가 하는 점을 살펴본다면 생각해 볼 수 있는 것은 여론조사 정도이다. 물론 공신력 있는 기관에서 실시되어야 할 것이다. 그러면 국회에서의 의결이 여론조사만큼도 공신력이 없다고 볼 것인가 하는 물음이 뒤따를 수 밖에 없다. 국회는 국민의 의사를 대표하는 기관이다. 국회가 법률을 제정하고 개정하는 작용을 하는 기관이니까 국민의 의사를 대변할 수 없다고 보는 것은 받아들이기 어렵다.

4. 소결론

필자의 의견으로는, 국회는 서울이 수도라는 관습헌법의 성립요건 중의 하나인 ‘법적 확신’의 소멸을 확인할 수 있는 기관이다. 법적 확신의 소멸을 확인하는 법적인 근거는 필요 없다. 법적 확신의 소멸 자체가 ‘사실’이기 때문이다. 그렇다면, 법률의 제정을 통해 수도를 이전하는 법률을 제정한다면 다음과 같은 법적 효과가 발생할 것이다.

- (i) 서울이 수도라는 관습헌법을 비공식적 방법으로 폐지한다.
- (ii) 이에 따라 수도에 관한 헌법의 공백이 발생한다.
- (iii) 법률로써 수도를 세종시로 정한다.

중요한 것은, 이 과정을 거쳐 헌법을 개정하는 것이 아니라, 헌법의 공백 상황에서, 법률로써 수도를 정한 것으로 된다. 헌법을 개정하는 것이 아니다. 다만 비공식적 방법으로 관습헌법을 폐지하였을 뿐이다.

당연한 말이지만, 이와 배치되는 헌법이 확인된다면 법률은 위헌으로 될 것이다. 만약 이와 같은 논리가 타당한 것이라면, 이 사건 위헌 결정의 대상인 법률도, 관습헌법의 법적 확신을 소멸시키고, 법률 차원의 수도를 정한 것으로 보지 못 할 바가 없었다. 이 사건 결정에서 헌재가 제시한 관습헌법의 법리를 그대로 따르더라도 그렇다는 것이다.

VII. 나오는 말

이 사건 결정을 보면, 당시 헌재 재판관들이 이 사건 법률을 위헌으로 결정하기 위하여 얼마나 지난한 노력을 하였나를 알 수 있다. 어떠한 난관이 있더라도 이 사건 법률을 위헌으로 결정하고자 말리라는 결의를 읽을 수 있다. 결국 성공하였다. 법적으로는, 이유가 타당하건 타당하지 않건, 위헌이라는 헌재의 결정은 유효하다.

헌재의 결정을 추적하여 논리적으로만 따진다면 헌재 대한민국의 수도는 세종시다. 왜냐 하면, 이 사건 법률이 ‘성공적으로’ 수도를 이전시켰기 때문이다.⁷³⁾ 그렇게 보지 않더라도, 즉 헌재 대한국의 수도는 서울이라는 관습헌법이 존재한다고 하더라도, 법률로써 수도를 이전시키는 데 법적 제약은 없다고 본다. 관습헌법은 국민의 대표로 구성된 국회에서 ‘법적 확신’을 소멸시킬 수 있다. 독립적인 의결로써 법적 확신을 소멸시킬 수 있다. 이후 법률을 제정한다면 헌법의 공백을 메꾸는 법률로써 자리매김하게 될 것이다.

한 가지만 지적하고 마치고자 한다. 헌재는 2012헌마166 결정으로써 이 사건 결정에 오류가 있었음을 자인하였다. 2012헌마166 결정의 논리, 즉 성문헌법과 불문헌법을 구분하여 다루는 논리는 이 사건 결정 당시에 알지 못하던 것이었다.

이 사건 결정문 안에 불문헌법도 성문헌법과 같은 효력이 있다고 판시한 것이 하나의 논거고, 다른 하나는 2012헌마166 사건이 2012. 2. 20. 접수되었음에도 이를 지정부에서 처리하지 못하고, 1년 9개월이나 지난 2013. 11. 28.에서야 전

73) 정주백, “지금, 대한민국의 수도는 어디인가?”, 『법학연구』 제28권 제2호, 충남대, 2017, 9 이하 참조.

원재판부에서 각하 결정을 한 것이 다른 하나의 논거다. 이 긴 시간 동안 현재는 이 사건 법률에 대한 위헌 결정을 반성하였을 것이다. 이 사건 결정의 오류를 지적하는 2012헌마166 사건의 청구인 주장에 겨우 대응한 것이 성문헌법과 불문헌법을 구별하여 보아야 한다는 논리다. 매우 옹색하고 타당하지 아니한 논거다.

필자는 만약 수도를 새로 정하는 법률을 제정하고, 그 법률이 현재의 심판의 대상으로 되더라도 현재가 위헌으로 결정할 가능성은 거의 없다고 본다. 이 사건 결정이 논리적으로 틀린 것이고, 현재가 다시 이 논리를 반복하지는 않을 것이다.

참고문헌

- 안영철, 기본권의 개념과 범위에 관한 연구, 「헌법재판연구」, 제6권, 헌법재판소, 1995.
박찬주, “헌법부칙 제5조에 대한 재론”, 「저스티스」 통권 제156호, 2016.
박찬주, “헌법에 위반되는 헌법 시행 전 법률의 효력상실시기”, 「헌법논총」 제23집, 헌법재판소, 2012.
박찬주, “헌법부칙 제5조의 몇 가지 문제점”, 「법과 정책」 제15집 제2호, 제주대, 2009.
이범준, 헌법재판소, 한국 현대사를 말하다, 궁리, 2009.
정주백, “지금, 대한민국의 수도는 어디인가?”, 「법학연구」 제28권 제2호, 충남대, 2017.
정주백, “법률의 헌법소원대상성에 관한 관견”, 「헌법논총」 26집, 헌법재판소, 2015.

논문 투고일: 2020. 10. 22.

심사 완료일: 2020. 11. 19.

게재 확정일: 2020. 12. 01.

[Abstract]

Is it possible to Relocate the Capital only by Revising the Act?

Joo Baek Jeong*

In 2004, the bill for the Special Act on the Establishment of the New Administrative Capital was passed at the National Assembly thanks to the mutual consent of opposing parties. The Act was enacted and promulgated in the same year, but the Constitutional Court of Republic of Korea ruled it unconstitutional, based on the notion of “customary constitution.” This decision brought about severe social turmoil at that time.

From a theoretical point of view, the decision of the Constitutional Court was unreasonable, primarily because the Constitution may not be revised by laws. While the Court expressed this in its decision, it also specified in the conclusion of the same decision that the transfer of the capital city of Seoul is governed by laws, rendering its decision on the matters at issue self-contradictory.

Recently, the National Assembly has started to again consider the transfer of the capital city of Seoul. While some say it is possible to relocate the capital only by revising the Constitution, others argue that it should be decided based on the results of a national referendum, as prescribed in Article 72 of the Constitution. There are people arguing that the establishment of relevant laws could make it happen as well.

Against this backdrop, this article sees that the relocation of the capital city of Seoul is possible if relevant laws ordaining it are established, on the basis of the decision made by the Constitutional Court in 2004. The Court sees that the customary constitutional laws are abolished if the *opinio juris* of such law ceases to exist. Furthermore, the Court ruled in its decision that the extinction of *opinio juris* can be confirmed by the results of a national referendum, etc. Since the National Assembly represents the opinions of the citizens, resolutions made by the National Assembly should be considered equivalent to a national referendum.

By establishing laws enforcing relocation of the capital city at the National Assembly, it may be confirmed that (i) the *opinio juris* for the customary constitution that recognizes Seoul as the capital of the country ceases to exist, and, therefore, (ii) such customary

constitution becomes extinct, and (iii) new laws recognizing Sejong City as the new capital of the country may be established.

This process does not entail a constitutional revision; it only entails abolition of the existing constitutional custom, and establishment of new laws prescribing the location of the capital city.

All in all, the relocation of the capital city may be considered viable without violating the logical framework suggested by the Constitutional Court in 2004.

Key Words: Customary Constitution, Constitution Revision, Transfer of the Capital City, Sejong City, National Referendum

* Professor, Chungnam National University Law school