

동아시아 5개국 제헌 과정의 민주적 정당성 비교*

박 광 훈 | 서울대학교
최 정 욱** | 건국대학교

이 글은 대한민국의 헌법제정 과정을 다른 동아시아 4개국(일본, 북한, 중화민국, 중화인민공화국)과 비교하여 대한민국 건국의 민주적 정당성을 검토한다. 제헌 과정의 민주적 정당성을 비교하기 위해 헌법제정의 절차의 민주적 정당성을 1) 제헌 기구의 제헌 권한의 민주적 수탁 여부, 2) 외세 개입과 자주성이라는 두 가지 차원으로 나누어 분석한다. 이러한 비교 결과, 대한민국의 헌법제정은 비교 대상인 5개국의 헌법제정 가운데 유일하게 두 차원 모두에서 민주적 정당성을 확보한 사례에 해당한다. 지금까지 대한민국 건국의 정당성에 관한 논의는 주로 역사적 정통성이나 국제적 승인에 초점이 맞추어져 왔는데, 이러한 비교를 통해 민주적 정당성을 중심으로 건국의 의의를 새롭게 조명할 수 있을 것이다.

주제어: 헌법제정, 정당성, 민주적 정당성, 민주적 수권, 외세불간섭, 동아시아

I. 서론

대한민국의 국가건설 과정과 그 정당성은 국가 정체성에 직결되는 문제로 지속적인 논쟁의 대상이 되어왔다. 이 정당성의 문제와 관련하여 지금까지의 논쟁은 주로 역사적 정통성이나 유엔의 승인에 초점이 맞추어져 왔다. 이 중 역사적 정통

*초고에 대해서 다양한 논평과 제안을 해주신 익명의 심사위원들과 권기돈, 김영수, 안도경, 서희경, 김재식, 윤영관, 고중용, 한혁진 등 제헌의회 강독회 여러분께 사의를 표합니다. 이 논문은 2019년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구(NRF-2019S1A5A2A03043021)임.

**교신저자. 이메일: drchoi@konkuk.ac.kr

성을 중심으로 건국의 정당성 혹은 부당성을 찾으려는 학자들은 임시정부의 계승이나 친일파 청산에 주목해왔다(김영택 2009; 박찬승 2012; 신영현 2018; 장영수 2019). 이들은 대한민국 정부가 임시정부를 계승하고 있기에 정통성을 갖추었다고 주장하거나, 친일파에 대한 단죄의 미흡함으로 인한 정통성 부족을 지적한다. 다른 한편, 국제사회로부터 국가로 인정받는 것의 중요성을 강조하는 견해도 존재한다(김영호 2014; 허동현 2013). 이러한 견해에 따르면 1948년 12월 12일 유엔 총회에서 “한반도 내 유일한 합법정부”로 승인받았다는 점이 대한민국 건국의 정당성을 입증한다.

그러나 역사적 정통성이나 국제적 승인만으로 근대적 국가건설의 정당성이 확보되는 것은 아니다. 과거의 청산이나 계승으로 현재 국가의 정통성을 논하는 것은 과거를 통해 현재를 정당화하는 논리이며, 이러한 논법은 혈통이나 정통성 있는 승계를 중시하는 왕정에서도 찾아볼 수 있다. 또한, 유엔의 승인 여부가 대한민국 건국의 합법성을 좌우한다는 주장도 과장된 것이다. 한반도 유일 합법정부나 남한만의 정부냐를 두고 벌어진 유엔 승인의 의미 해석을 둘러싼 논란을 차치하고라도 유엔은 대한민국의 합법성을 인정해줄 최종적인 권위가 되지 못한다. 국제사회에서 한 국가에 대한 인정 여부는 개별 국가 간 관계에서 결정되는 것이다. 대한민국은 유엔 승인 후에도 오랫동안 유엔의 회원국이 되지 못했으며, 다른 국가들과의 외교관계 수립은 유엔 승인과는 별개로 양국 간에 추가로 이루어져야만 하였다.

이러한 역사적 정통성과 유엔에 의한 합법성 인정에 더불어 근대 국가건설의 정당성을 따지기 위하여 살펴보아야 하는 것은 바로 민주적 정당성이다. 과거를 충실히 계승하고 국제적인 승인을 받았더라도 민주적 정당성이 부족하다면 건국의 정당성을 온전히 인정하기는 쉽지 않다. 국민주권주의를 내세우는 근대 국가의 건설에서는 역사적 정통성이나 국제적 승인보다 민주적 정당성이 더 절실히 필요하다. 대한민국 건국과정에서도 제헌의회 의원들은 국가건설의 대원칙으로 민주주의를 내세웠고, 민주주의는 3·1운동에서와 같이 민족 독립 국가를 세우려고 항쟁한 수많은 이들이 내세운 이념이었다. 이러한 원칙과 역사적 노력의 결과로 최종 성안된 헌법의 전문과 제1조에 민주 개념이 들어가게 되었다. 물론 일국의 민주적 정당성은 헌법 조문에 민주라는 단어를 넣거나 정치인들이 구호로 외친다고 확보되는 것은 아니다. 그렇기 때문에 국가 건설과정에서 이러한 민주적

정당성을 어떻게 확보하려고 하였는지를 확인할 필요가 있다. 이러한 확인의 결과 대한민국 건국이 민주적 정당성이 부여되어 있다면, 역사적 정통성이나 국제적 승인 여부를 둘러싸고 벌어지는 논쟁을 넘어서 국가건설의 정당성에 관한 새로운 의의를 찾을 수 있다.

건국 과정에서 일어났던 많은 사건 가운데서도 헌법제정은 민주적 정당성과 밀접하게 관련된다. 근대 국가 건설의 주체들은 성문헌법을 통해 구체제와 새로운 체제를 구별하고, 새로 건설된 국가가 정당한 정치조직임을 내세우려 한다. 헌법이 주권자인 국민의 이름으로 제정됨으로써 민주국가의 정당성이 국가 안팎에 표명되는 것이고 그런 만큼 헌법제정의 민주적 정당성은 건국의 정당성을 구성하는 핵심요소인 것이다. 헌법제정의 정당성은 헌법 조문 또는 조문에 표현된 규범이 정당한가의 내용적 정당성뿐만 아니라 절차적 정당성, 곧 헌법제정이 시작되어 종결될 때까지의 절차가 정당했느냐의 문제를 포함한다. 이러한 관점으로 대한민국 제헌헌법을 다룬 이승우(2013)에 따르면 헌법제정의 민주적 정당성은 헌법의 제정에 주권자의 의사가 수렴되는 제도적 장치가 있어야만 인정될 수 있다. 보다 구체적으로 제헌권한의 궁극적 주체로 내세우는 국민 혹은 인민으로부터의 제헌권한에 대한 위임이 있어야 한다.¹⁾ 이상적으로 민주적 정당성을 확보하기 위해서는 국민의 정치참여 범위가 국가건설 이후 제도적 틀 속에서의 권한과 행위에 국한되는 것이 아니라 국가건설 과정, 특히 제헌과정까지 미쳐야 한다.

이러한 민주적 제헌권한을 수탁 받는 구체적인 절차는 다양할 수 있다. 예를 들어, 별도의 제헌의회를 구성할 수도 있으며 기존의 의회가 제헌권한을 추가로 위임받을 수도 있다. 또한 제헌 절차가 하나의 행위나 이벤트가 아니라 일련의 행위나 이벤트로 이루어진 과정이기 때문에 일부 과정이 민주적 수탁을 받았다고 할지라도 그것이 어디까지 유효한지 불분명할 수도 있다. 그리하여 제헌의회에서 성안된 헌법을 최종적으로 국민투표에 부쳐야 하는지 아니면 마지막 승인도 제

1) 이 글의 주된 관심은 엘리트와 일반대중의 관계라는 측면에서 헌법제정 과정에서 국민주권의 원칙이 얼마나 관철되었는가를 살펴보는 것이다. 제정된 헌법에 의한 헌법제정 권력의 제한이라는 역설, 혹은 ‘헌정주의의 역설(the paradox of constitutionalism)’에 관한 논의는 정치철학적으로 중요하지만 여기서는 논외의 문제이다. 이에 관한 논의는 로글린과 워커(Loughlin and Walker 2007) 참조.

현의회 자체에서 할 수 있는지 논란이 될 수 있다.²⁾ 또한 제현의회 구성원을 선출하는 방식에서 반드시 특정 방식이 민주적이라고 단정하기 어렵다. 소선거구제와 비례대표제 중 어느 것이 더 민주적인지 판단하기 어렵다. 또한 제현의회 선거에서 투표율이 어느 정도여야 과연 민주적 위임인지 논란이 될 수 있다. 이러한 세부적인 이론적 문제들에도 불구하고 분명한 것은 정치엘리트들이 국민대중으로부터 제헌권한을 수탁 받지 않고 스스로 그러한 권한을 부여한 경우는 민주적 제헌이라고 보기 어렵다. 예를 들면, 긴스버그 외(Ginsburg et al. 2009, 212-213)나 엘스터(Elster 2008, 7)에서 제시하고 있는 다양한 제헌기구의 구성 방식 중에서 행정부 주도(executive-centered) 사례나 자칭 제현의회(self-created constituent legislatures) 사례는 민주적 수탁이라고 보기 어렵다. 이런 경우는 엘리트에 의한 제헌권한의 자기구동(bootstrapping)에 불과하기에 민주적 권한 수탁이라고 보기 어렵다.

이 연구의 주목적은 헌정주의 일반이론을 정립하거나 상이한 제헌 절차의 영향을 포함한 제헌과정과 관련한 일반가설들을 검증하는 것이 아니다.³⁾ 이러한 이론적 작업보다 이 연구는 대한민국 건설과정에서의 정당성을 기존의 정당성이론들과 다른 각도에서 분석하여 새롭게 부각하는 것에 초점이 맞추어져 있다. 이를 위해서 대한민국의 헌법제정을 동북아시아의 다른 국가들의 제헌과정과 비교하여 보고자 한다. 비록 제한적인 사례들을 비교하는 것이지만 이러한 비교를 통하여 대한민국의 헌법제정이 지니는 특징을 잘 드러낼 수 있을 것이다.⁴⁾ 구체적으로 이

2) 멘데즈와 휘틀리(Mendez and Wheatley 2013, 36-37)에 따르면, 제헌기구의 민주적 정당성이 높을수록 최종 기준에서 국민투표가 채택되지 않는 경향이 있다.

3) 추가적인 일련의 이론적인 논의는 긴스버그 외(Ginsburg et al. 2009)나 엘스터(Elster 2008) 혹은 조동은(2016) 참조.

4) 이 글에서 대한민국 제헌 과정의 특징은 동북아 역내 국가들과의 비교를 통해 부각될 것이지만, 실제로 대한민국의 제헌 과정은 세계적으로도 드문 방식이다. 긴스버그 외(Ginsburg et al. 2009, 213)의 분류에 따르면 그것은 다양한 제헌 절차의 유형 가운데 기타 범주를 제외하면 가장 사례가 적은 유형에 속한다. 아시아 역내로 범위를 확대하여 보더라도 명시적으로 국민투표를 통해서 제헌 권한을 수탁 받아 헌법을 제정한 나라는 드물다. 심지어 인도네시아의 경우 1997년 외환위기 이후에 비로소 정식 헌법을 제정하였고 그 전까지는 식민지 독립과정에서 만든 임시헌법에 기대어 통치하였다. 제현의회의 구성과 국민투표를 통한 제헌권한의 수탁이 민주국가를 건설하는 보편적인 방법은 아니지만, 민주적 정당성을 확보하는 가장 철저한 방법으로 보인다.

글에서는 절차적 측면을 중심으로 대한민국 헌법제정의 민주적 정당성을 전후 동아시아 4개국, 즉, 조선민주주의인민공화국, 일본, 중화민국, 중화인민공화국과 비교 검토하고자 한다. 5개국 제헌 과정의 민주적 정당성을 비교 평가하기 위해서는 비교 기준을 제시할 필요가 있다. 그리하여 II절에서는 헌법제정의 4단계(개의 혹은 발의, 초안 작성, 심의, 승인)와 넓은 의미에서 제헌의 민주적 정당성을 평가하는 두 개의 기준에 해당하는 제헌 과정에서의 ‘제헌권한의 민주적 수탁 여부’와 ‘외세의 개입 여부와 자주성’을 설명한다. III절과 IV절에서 각각 제헌권한의 민주적 수탁과 외세의 개입 측면에서 5개국의 제헌 과정을 구체적으로 비교 검토한다. 마지막 V절에서는 논의를 종합하면서 결론을 맺고자 한다.

II. 비교 방법

비교 대상인 5개국의 헌법제정은 2차 세계대전 이후 이루어졌다는 공통점이 있지만 구체적인 시공간적 배경은 조금씩 다르다. 대한민국과 북한은 해방 후 분단 상황에서 1948년에, 일본은 패전 후 강요된 체제 변화로 1946년에, 중화민국은 국공내전 중이던 1946년에, 중화인민공화국은 내전에서 승리하고 체제 건설이 일단락된 1954년에야 헌법을 제정했다. 이러한 차이에도 불구하고 적절한 비교 기준을 마련하면 제헌 과정을 비교론적 시각에서 평가할 수 있다. 이를 위해 여기서는 헌법제정의 절차를 형식적 단계들과 제정 유형별로 구분하고자 한다.

1. 헌법제정 절차의 형식적 4단계

다양한 헌법제정의 사례들은 저마다의 특수한 단계를 거칠지 모르나 일반적으로 헌법제정이 거쳐야 하는 단계를 구분해둔다면 비교에 유용할 것이다. 헌법제정의 일반적 절차는 (1) 제헌 개의 혹은 발의, (2) 초안 작성, (3) 심의, (4) 최종 승인의 네 단계로 구분된다(조동은 2016, 186-188 참고).

(1) 제헌 개의 혹은 발의는 헌법제정이 시작되는 단계이다. 제헌이 필요하다는 인식이 널리 공유되어 있더라도 헌법제정이 시작되기 위해서는 누군가에 의해 제헌의 의지가 밝혀지게 되고 제헌 담당 기구와 제헌의 규칙 및 일정이 수립되어야

한다.

(2) 초안 작성은 헌법안이 될 문건을 기초하는 단계이다. 헌법 초안은 제헌의 절차가 진행되기 이전에 이미 임시헌법으로 존재하거나 다른 형태로 작성되어 있을 수 있고 제헌 기구가 구성된 다음에 작성될 수도 있다. 또한, 하나의 초안만이 유력한 지위를 점할 수 있고 여러 초안이 헌법안이 되기 위해 경합하는 구도일 수도 있다. 헌법 초안의 작성 주체도 사례마다 다를 수 있다.

(3) 심의 단계는 작성된 헌법 초안에 대한 수정, 보완 및 확인을 거치는 단계로, 심의를 담당하는 기구가 새로 설치되거나 이미 있던 기구가 활용되기도 한다. 심의를 통해 헌법의 내용이 정해진다는 점에서 심의 기구가 헌법제정 과정 전체에서 차지하는 비중은 매우 크다. 어떤 심의 기구나 절차를 두느냐에 따라 헌법제정이 마무리되기까지 걸리는 시간과 논의의 방식은 차이를 보일 수 있다.

(4) 최종 승인은 심의를 통해 결정된 헌법안을 승인하는 과정이다. 전단계의 심의 기구나 새로이 설치된 기구에서 승인을 하기도 하고 대중들의 승인을 받기 위해 국민투표를 거치기도 한다. 어떤 단계를 거치든 최종적으로 승인된 헌법안은 일반적으로 일정한 공포 절차를 거친 후 시행된다.

2. 헌법제정의 유형: 민주적 정당성의 두 차원

헌법제정의 유형 구분은 여러 가지 기준이 있을 수 있지만 여기서 우리의 관심사는 민주적 정당성을 가늠하는 측도이다. 여기서 우리가 민주적 정당성을 비교 평가하는 기준으로 삼고자 하는 것은 제헌 기구의 민주적 권한수탁과 외세의 개입 문제이다. 전자를 통해 제헌 기구에 속한 엘리트와 그들에 의해 대표되는 대중의 관계를 파악할 수 있고 후자를 통해 헌법을 제정하는 국가와 외세의 관계를 이해할 수 있다.

1) 제헌 기구의 민주성: 헌법제정 권한의 민주적 수탁 여부

근대국가의 헌법제정은 대체로 주권을 가진 국민 전체의 이름으로 정당화되거나 실제의 제헌 과정은 정치 엘리트가 국민으로부터 명시적인 권한을 부여받아서 진행할 수 있고 엘리트가 위임받지 않은 권한을 참칭하여 진행할 수도 있다. 제헌 절차를 진행하는 엘리트와 제헌 기구에 대한 국민의 권한위임과 그것을 통한 민

주적 정당성의 확보는 대단히 중요하다. 헌법제정을 주도하는 엘리트 집단은 국민일반으로부터 헌법제정 전체 과정에서 권한을 처음부터 끝까지 위임 혹은 수탁 받았는가? 제헌 절차를 진행하는 대표를 선발하는 방식은 국민의 자유로운 의사를 반영하였는가? 제헌 도중에 국민 대중이 어떤 식으로든 참여하였는가? 이러한 질문들에 대한 답변에 따라서 헌법제정의 민주적 정당성에 대한 평가가 달라질 수 있다. 모든 단계가 전적으로 정당한 권한을 수탁 받은 대표들에 의해 이루어지는 것이 이상적이며, 얼마나 이 이상에 근접하는지를 두고 여러 헌법제정 사례를 비교할 수 있다.

위의 물음들을 고려할 때, 제헌 절차 및 대표기구의 구성과 관련하여 두 가지 유형을 구분할 수 있다. 첫 번째는 헌법제정에 대한 별도의 명시적인 권한을 수탁받는 절차를 생략하고 기존 제도나 기구를 활용하는 것이다. 이것은 헌법제정이 시작되기 이전에 별도로 존재하던 기구를 장악한 엘리트들이 헌법제정의 권한을 스스로가 임의로 부여하여 제헌을 진행하는 경우이다. 두 번째는 헌법제정에 관한 권한을 명시적으로 수탁 받기 위하여 제헌의회를 별도로 구성하는 경우이다. 제헌의회의 구성방법도 여러 가지가 있을 수 있지만, 민주적 선거로 제헌의회를 구성하여 제헌 권한을 수탁 받는 경우가 이상적이다. 다만, 명목상 제헌의회를 구성했다고 해도 그것을 통해 바로 헌법제정의 민주적 정당성을 확보하였다고 말하기는 어렵다. 제헌의회로 일컬어지는 기구에 국민이 헌법제정의 권한을 실제로 위임했는가는 추가로 확인할 필요가 있다. 또한, 선거 과정에서 인민의 자유로운 의사 표현에 장애가 없었어야 함은 물론이다. 그래야 선출된 대표들의 헌법제정 행위가 민주적 정당성을 얻게 되는 것이다.

2) 외세의 개입과 자주성

헌법제정이 민주적 정당성을 갖추기 위해서는 자주적이어야 한다. 독립된 국가의 기초를 마련하는 헌법제정의 절차에 외세의 개입이 현저하게 나타나는 것은 국민 혹은 국민의 대표가 맡아야 할 국가건설에 국민이 아닌 다른 행위자의 의도가 반영됨을 뜻한다. 자주성을 침해하는 개입에 헌법 초안 작성이나 심의 단계에서 외국 헌법을 참조하는 것은 포함되지 않는다. 그러나 제헌 발의가 국내 여론이나 합의가 아니라 외세에 의해 이루어지거나, 특정한 제헌 절차나 헌법의 문구가 강요된다면 헌법제정의 자주성이 침해된다고 할 수 있다.

요약하면, 제헌 과정의 민주성을 가늠하는 첫 번째 기준은 제헌의 절차를 진행하기 위한 특별한 권한 수탁행위를 거쳤는가 아니면 그러한 절차 없이 정치엘리트들의 임의적인 판단 하에 진행하였는가의 문제이다. 두 번째 기준은 이러한 국민으로부터의 수탁행위를 거치는 것과 별개로 제헌 과정에 외국 세력이 개입하거나 영향을 미치는 정도이다. 이러한 두 차원을 가지고 제헌 과정을 구분할 때 4가지의 유형이 나오는데 (1) 민주적 수권—자주형, (2) 정치엘리트 임의적 주도—자주형, (3) 민주적 수권—외세 개입형, (4) 정치엘리트 임의적 주도—외세 개입형이다. 이 네 유형 중에서 (1) 민주적 수권-자주형이 가장 민주적 정당성이 높다고 보아야 할 것이다. 이에 반해서 (4) 정치엘리트 임의적 주도-외세개입형이 가장 비민주적인 유형이다.

논리적으로 볼 때, 자주성과 민주성은 별개의 차원일 수 있다. 하나는 외적인 문제이고 다른 하나는 내적인 문제이다. 그럼에도 불구하고 이 둘은 현실적으로 상호 무관하지 않으며 긴장 관계에 있다. 그리하여 자주적이지 않은 국가에서 민주적인 수탁행위가 일어날 수 있는가 하는 의문을 제기할 수 있다. 역사적으로 일본 식민지 상태에 3·1운동을 한 이유도 자주독립국가를 건설하여야 민주국가를 건설할 수 있다는 믿음에 근거하고 있을 것이다. 즉, 자주성은 민주성의 필요조건일 수 있다. 그렇기 때문에 광의의 민주적 정당성 문제를 이해하는 것에 자주성의 차원도 포함하였다. 또한 자주와 민주를 좁게 해석하면 (3)의 유형은 해당 사례가 없을 수도 있지만, 외세 개입과 민주적 수탁을 상대적인 정도의 차이로 이해하면 (3)의 사례는 존재할 수 있다. 예를 들어, 논리적으로 헌법안을 외세가 작성하고 최종 승인을 국민투표에 회부하는 경우를 상상해볼 수 있다. 자주성과 민주성의 두 개의 개념은 보완적이면서도 긴장 관계에 있지만, 내외적인 면을 각각 다루기 때문에 상호 모순적인 관계에 있는 것이 아니며 양립 불가능한 것이 아니다. 따라서 두 가지 기준을 가지고 제헌 유형을 구분하는 것이 방법론적으로 문제가 되지는 않는다.

III. 제헌 기구의 민주성에 따른 비교

III절과 IV절에서는 동아시아 5개국의 헌법제정 과정을 구체적으로 살펴보고 어

떠한 제헌 유형에 속하는지를 검토하고자 한다. 이 절에서는 첫 번째 기준인 민주적 수권 여부의 차원에서 검토하고 외세 개입 차원은 다음 절에서 다룰 것이다.⁵⁾

1. 정치엘리트 임의주도형: 기존 기구의 활용과 민주적 수권 부재

일본·북한·중화민국·중화인민공화국의 헌법제정에서는 (1) 제헌 개의 혹은 발의, (2) 초안 작성, (3) 심의, (4) 최종 승인 중 한 단계 이상을 제헌 절차가 개시되기 이전에 존재하던 기구가 주도하는 양상을 보인다. 그렇다면 이들 국가의 제헌 과정에 대한 민주적 정당성을 평가하기 위해서는 그러한 기존 기구들이 국민에게서 제헌의 권한을 수탁 받았는지 검토하는 것이 중요하다. 이러한 관점에서 개별 국가의 제헌 과정을 살펴본다.

일본

일본의 헌법제정에서 제헌 개의는 패전 후 일본을 점령 통치하던 연합군 최고사령부(GHQ로 약칭)에 의해 주도되었다. 또한, 헌법 초안은 GHQ와 행정부 내에 설치된 헌법문제조사위원회(위원장 마쓰모토 조지(松本烝治) 국무대신)의 공동작업을 통해 작성되었다. 여기서 문제는 GHQ라는 외세의 개입으로 인해 헌법제정의 자주성이 침해된 것만이 아니다(이 문제는 다음 절에서 자세히 논의될 것이다). 또 다른 문제는 GHQ의 파트너로서 일본의 입장을 대표한 이들, 곧 전후 행정부 산하의 헌법문제조사위원회를 비롯한 시데하라 기주로(幣原喜重郎) 총리 휘하 내각 각료들과 국무성 관료들을 신헌법 제정을 위한 일본 국민의 정당한 대표로 간주하기 어렵다는 점이다. 시데하라 내각과 국무성은 구헌법인 “대일본제국 헌법”(일명 메이지헌법) 아래에서 조직된 기구일 뿐이며, 이들은 어떤 절차로든

5) 북한이나 중국 등 비민주국가의 제헌과정에서 민주성을 검토하는 것에 회의를 보일 수도 있으나, 체제의 비민주성에도 불구하고 제헌과정의 민주성은 검토가 가능하다고 본다. 일반적으로 제헌과정의 비민주성은 체제의 비민주성을 반영하지만 이를 경험적으로 확인하는 작업은 필요하다. 헌법제정의 시점에 북한과 중국 또한 초기 국가건설의 과정에 있었음을 염두에 둔다면, 북한과 중국이 어떻게 헌법을 제정하여 나름의 정당성을 구현하고 표방하고자 했는지, 그러한 방식의 헌법제정이 과연 민주적이었는지 따져보는 것은 건국 과정의 비민주성을 규정하는 근거를 확실히 하는 데에도 필요한 작업이다.

신헌법의 제정에 관여할 대표의 권한을 신헌법상의 주권자인 일본국민으로부터 위임받지 못했다.

이러한 위임 부재는 “일본국헌법”이 사실상 새로 제정된 것임에도 형식적으로 구헌법의 개정 절차를 따라 탄생했다는 모순에 기인하는데, “대일본제국헌법” 제 73조에서는 “장래 이 헌법의 조항을 개정할 필요가 있을 때는 칙령에 따라 의안을 제국의회에 부쳐야 한다”고 하여 천황의 칙령을 개정 절차의 시작으로 규정하고 있다. GHQ는 자신의 강요로 제헌이 이루어진다는 점을 불식시키기 위하여 형식적으로나마 구헌법상의 개의 절차를 따랐지만 실제로는 스스로가 신헌법 제정 절차를 시작하였다. 신헌법이 국민주권의 원칙을 따르는 이상 이러한 GHQ나 천황의 개입은 민주적 정당성과 거리가 멀었다.

심의 단계는 선거를 통해 새로이 구성된 중의원과 기존의 귀족원 및 추밀원에 의해 이루어진다. 이 단계에 이르러서야 일본 국민은 제헌과정에서 일정한 역할을 담당할 자신들의 대표를 선출할 수 있었다. 제89차 제국의회가 해산된 후 약 5개월 뒤인 1946년 4월 10일 총선거로 구성된 제90차 제국의회(1946. 6. 20~10. 11) 중의원이 구성되는데, 이 중의원은 자유·보통선거를 통해 헌법제정, 특히 심의의 권한을 정당하게 위임받았다. 맥아더가 이끄는 초안 작성 단계까지의 개입이 일본국민의 권리를 무시하여 헌법의 정당성을 떨어뜨릴 것을 우려해 심의만큼은 “일본 국민이 정당하게 선출한 의원의 손에 의해서 이루어져야” 함을 강조하였다(코세키 2010, 230). 그 결과 제90차 제국의회의 중의원들은 스스로 작성한 헌법안이 아니라 일본 정부와 GHQ가 합의하여 발표한 “제국헌법개정안”을 대상으로 심의하였다. 6월 25일 정부의 헌법 초안이 중의원에 상정된 후 10월 7일 제국의회를 통과하기까지, 중의원들은 헌법에 대한 국민의 요구를 반영하기 위해 몇 달에 걸친 심의를 이어나갔으나 상징적인 천황제(제1조)와 전쟁 방기(제9조)를 비롯한 GHQ 초안의 기본 원칙은 변경할 수 없었다(코세키 2010, 237-295).

더욱이, 선거로 심의의 권한을 위임받은 중의원들뿐만 아니라 대표성이 없는 귀족원과 추밀원이 심의에 관여했다는 점 또한 일본의 심의 단계가 가졌던 문제이다. 비록 심의 과정에서 중의원의 역할이 더 중요하기는 했으나 구체제의 화족(華族) 제도에 기반을 둔 귀족원과 천황의 자문 기구인 추밀원이 구헌법에 근거하여 헌법안을 심의했다는 점은 민주적 정당성을 떨어뜨리는 요인이 아닐 수 없다. 신헌법은 화족 제도를 폐지할 것, 귀족원을 민주적 선거에 의한 참의원으로 대체

할 것, 그리고 천황이 추밀원과 같은 독립된 기구를 두지 못하며 내각의 통제를 받을 것 등의 민주적 조항을 담고 있음에도 불구하고, 그것이 제정되는 과정에서 심의는 폐지 및 대체의 대상인 구체제의 비민주적 기구에 의존했던 것이다.

당시 일본의 여론이 어떠한가를 살펴보면 기존 기구에 의존하는 헌법제정에 대한 불만을 읽을 수 있다(코세키 2010, 217-218). 1946년 초 제국의회 선거 전에 5,000명을 대상으로 이루어진 여론조사에서는 “헌법개정위원을 선출하여 국민의 대표자들이 개정안을 공의(公議)하는 방식”에 대한 찬성 비율이 53%에 달했다. 이러한 여론을 인식하여 일본 정부 내에서는 ‘헌법의회’를 선거하여 헌법제정을 맡기고 최종적으로는 국민투표까지 시행하는 대안도 고려되었으나, GHQ와 일본 정부 내 다수의 각료들은 이러한 방법보다 제국의회에서 GHQ와 행정부가 작성한 헌법안을 받아 심의만 하고 가능한 한 빨리 헌법을 제정하는 편을 선호하였다. 제헌 과정은 그들의 선호대로 진행되었으며 신헌법은 1946년 11월 3일 천황의 승인을 받아 공포되었다.

이로써 일본의 신헌법은 동아시아 5개국 가운데 가장 이른 시점에 탄생하였지만 그 과정에서 여러모로 민주적 정당성을 결여하고 있었다. 개의회와 초안 작성은 외세인 GHQ가 주도하면서 전쟁의 책임이 있는 일본 행정부 산하의 위원회가 참여하는 방식으로 이루어진 점, ‘헌법의회’와 같은 정당한 대표기구를 새로 구성하지 않고 제헌 수권기관으로 새로이 구성된 중의원마저도 전체 과정에서 심의 단계에만 참여했다는 점, 제한된 심의조차 중의원이 전담하지 못하고 구체제의 일부인 귀족원, 추밀원 등 대표성이 없는 기구가 동시에 담당할 점을 보면 제헌과정의 민주적 정당성이 부족하다고 할 수 있다.

조선민주주의인민공화국

북한의 헌법제정 역시 상당한 정도로 기존 기구와 조직에 의존하였다. 제헌 발의와 헌법 초안 작성을 담당할 기구는 북조선인민회의(1947. 2~1948. 8)로, 북조선인민회의는 조선민주주의인민공화국이 공식적으로 1948년 9월 9일 건국되고 최고인민회의가 출범하기 이전 북한 지역에서 최고의 권력기관이었다. 1947년 11월 18~19일 북조선인민회의 제3차 회의에서 제헌 논의가 공식화되고 조선임시헌법제정위원회(위원장 김두봉)가 조직됨으로써 헌법제정이 시작된 것인데, 이때 독립된 제헌의회를 구성하지 않고 북조선인민회의 산하에 제헌 담당 기구를 두

었다는 점에 유의해야 한다. 소련 군정 치하에서 북조선인민회의의 대의원은 북한 인민의 직접선거에 의해서가 아니라 북조선 도·시·군 인민위원회대회에 참가한 대표들과 북조선민주주의민족통일전선에서 추천한 인물들 가운데서 1947년 2월에 간접 선출되었다. 이렇게 간선으로 선출된 북조선인민회의의 1차적인 설립 목표는 헌법제정이 아니었는데, 이 점은 제헌 과정이 시작되기 이전에 열린 제1차와 제2차 북조선인민회의 회의에서 행정기구와 재판소 등을 설치하였다는 사실에서도 알 수 있다. 1947년 11월 18일 이전에 이들이 인민 대중에게 헌법제정의 목표를 알리고 그에 관한 권한을 위임받았다는 기록은 찾을 수 없다. 많은 선행 연구는 이 날을 북한의 헌법제정이 발의된 시점으로 지목하나 어떤 절차를 통해 제헌 발의와 초안 작성의 권한을 확보한 것인지에 대해서는 뚜렷한 답이 제시되어 있지 않다(박명림 2009, 239; 서희경 2007, 50-51; 조재현 2014, 750). 제헌 과정이 시작되었던 북조선인민회의 제3차 회의가 제2차 유엔총회에서 “유엔 감시 아래 남북한 총선거를 실시한다”는 결의안이 나온 지 4일 뒤에 열렸다는 점을 고려하면 제헌 개의를 이 유엔 결의안과 연관이 있는 듯하지만, 제헌을 개의한 북조선인민회의와 그 산하의 헌법초안 작성을 맡은 임시헌법제정위원회는 북한 주민들로부터 제헌에 대한 권한을 수탁받지 않고 임의로 제헌 과정을 진행한 것으로 보인다.

심의 또한 제헌 권한을 임의로 부여받은 북조선인민회의의 특별회의와 정기회의를 통해 이루어졌다. 북한의 경우 심의는 인민회의만이 아니라 인민 대중의 토론에 회부하는 방식으로 이루어졌다. 1948년 4월 28~29일 열린 북조선인민회의 특별회의에서는 같은 해 2월 열렸던 북조선인민회의 제4차 회의의 결정에 따라 진행된 헌법 초안에 대한 ‘인민토의’의 결과가 보고되었고, 인민토의의 결과를 반영하여 헌법제정위원회가 수정하여 제출한 헌법안을 원안대로 찬성하여 채택하였다. 헌법 초안의 확정을 위한 ‘특별회의’라고는 하나 김두봉과 김일성 등의 지도자와 북조선인민위원회의의 국장, 부장 등이 참석하였을 뿐이며(서희경 2007, 58) 이 회의가 어떻게 헌법안을 확정할 권한을 부여받았는지 역시 불분명하다. 이러한 문제를 안고 있었음에도 불구하고 1948년 7월 9~10일 열린 북조선인민회의 제5차 회의에서는 김일성의 “조선민주주의인민공화국 헌법 실시에 관하여”라는 보고가 있었으며 이미 특별회의에서 채택한 조선민주주의인민공화국 헌법안을 북조선에서 실시할 것과 그에 기반하여 최고인민회의의 선거를 8월 25일에 실시할

것이 결정되었다. 통치가 가능한 북조선 지역에서의 헌법 시행이 결정됨으로써 헌법제정은 사실상 종결된 것이며, 이후 북한은 헌법에 따라서 조선최고인민회의의 대의원 선거를 시행하고 그렇게 구성된 최고인민회의에서 기존 헌법을 다소 수정한 후 9월 8일 승인·공포하였다.⁶⁾ 요컨대 북한의 헌법제정은 형식적인 승인과 공포를 제외하면 제헌 권한을 엘리트들이 임의적으로 부여한 북조선인민회의를 중심으로 진행된 것이며 북조선인민회의가 제헌 권한을 민주적으로 수탁 받지 못했다는 점은 헌법제정의 민주적 정당성을 해친 요인이다.

이러한 민주적 권한 수권 절차의 부재를 극복하기 위하여 북한의 지도부는 헌법 초안을 1948년 2월 12일부터 4월 25일까지 인민토의에 부치고 이 토의에서 대중이 압도적으로 찬성하였다고 주장하며 헌법제정의 정당성을 보완하려고 하였다. ‘인민토의’와 같은 헌법안에 대한 대중 토론은 소련과 동유럽 사회주의 국가의 헌법제정 과정에서 일반적으로 나타난다(서희경 2007, 57; 조재현 2014, 759). 사회주의 국가들은 헌법 초안에 대한 토론에 인민 대중을 직접 참여시킴으로써 그러한 절차를 따로 두지 않는 자유민주주의 국가의 헌법제정과의 차별화를 시도하였다. 하지만 이러한 인민토의는 엘리트가 마련한 헌법 초안에 대한 대중의 승인 절차도 아니었고 초안을 실질적으로 심의할 수 있는 절차도 아니었다. 오히려 그것은 대중에 대한 엘리트의 계몽과 홍보의 절차에 가까웠다. 인민토의의 목표에 관하여 2월 6~7일 북조선인민회의 제4차 회의에서 주영하 의원은 다음과 같이 말했다(서희경 2007, 56에서 재인용).

대의원 여러분! 우리나라 기본법인 헌법 초안을 인민대중의 토의에 부치는 이 마당에 우리 대의원의 임무는 무엇입니까 그것은 우리들이 몸소 헌법초안을 명확히 알고 인민대중의 토의에 참여함으로써 제기되는 보충수정에 관한 의견들이 헌법초안을 더욱 충실하게 함에 공헌되도록 해야 하겠습니다. 둘째로 우리들이 인민대중 속에서 몸소 헌법의 의의와 내용을 충분히 해석하며 인민대중의 한 사람이 자각적으로 헌법제정의 의의를 알며 정치적으로 제고되어 반동파들의 음모를 전면적으로 제 때에 타파하여 버리도록 하여야 하겠습니다.

6) 이러한 승인 방식은 자가당착에 빠진다. 최고인민회의의 선거가 헌법에 근거하여 실시되었는데, 그렇게 구성된 최고인민회의가 다시 헌법을 승인하여 헌법에 정당성을 부여할 수는 없다. 이러한 행위는 최고인민회의 이전에 채택되고 실시된 헌법의 정당성을 스스로 부인하는 것이다. 이렇듯 북한의 제헌 과정은 법리적 일관성이 부족하였다.

주영하가 제시한 두 가지 목표 중 전자는 인민토의가 심의 절차의 일부로 간주되었음을 시사하지만, 후자는 인민토의가 홍보와 계몽의 수단이었음을 드러낸다. 실제 토의의 진행은 당국의 선전과 교양 사업처럼 진행되었으며 북한 지도부는 헌법을 인민에게 해설하여 그들을 계몽하는 데 주력했다(서희경 2007, 57-58). 또한, 총 2,236건의 수정안이 토의에 제출되었고 이를 4월 28일 북조선인민회의 특별회의에서 채택한 헌법안에 반영하였다고 북한 당국은 주장하지만 4월 25일에 종료된 토의의 결과를 3일 만에 얼마나 충실하게 반영했는지 의문이다(박선영 2015, 31).

정리하면, 제헌 개의회와 헌법 초안 작성 그리고 심의를 제헌 권한의 수탁이 불명확한 북조선인민회의 및 그 산하의 헌법제정위원회에서 주도한 점, 이러한 민주적 권한의 부족을 극복하기 위해 마련한 인민토의도 인민의 심의라기보다는 당국의 홍보와 계몽 사업의 성격이 강한 점을 고려할 때 북한의 헌법제정 또한 민주적 정당성 면에서 결함을 지닌다.

중화민국

중화민국의 헌법제정 또한 국공내전의 혼란 속에서 제헌을 위한 민주적 수권을 통해 민주적 정당성을 얻는 데 실패하였다. 1946년 중화민국은 국민당·국민정부 치하에 있었다. 전후 중국 내 주요 정당 및 사회단체의 모임인 중국정치협상회의(中國政治協商會議, 1946. 1. 10~31)에서는 정부 조직·국민대회 개최·평화적 건국·군사 문제·헌법 초안의 다섯 사항에 대한 합의를 이룬다. 이 가운데 헌법 초안에 대한 합의는 국민당의 훈정(訓政) 시기이던 1930년대에 입법원 산하에 헌법 기초위원회를 설치하여 작성된 “중화민국 헌법 초안”에 대한 “수정안 원칙”을 만든 것이었다. 그러나 이 합의 결과에 만족하지 못한 국민당은 합의를 파기하고 1946년 6월 26일 국공내전을 재개하였다.

국민당 군대가 장자커우(張家口)를 점령한 10월 11일에 국민정부의 주석이자 국민당 총재였던 장제스(蔣介石)는 공산당을 배제하고 헌법을 제정하자는 강경파의 뜻을 받아들여 1개월 뒤 국민대회(國民大會)를 소집하고 헌법을 제정할 것을 결정한다. 조속히 헌법제정을 끝마치고 국내외에서 중국의 유일한 합법 정부로 인정받는 것이 국민당과 국민정부의 목표였다(손승희 2010, 69). 이에 국민당은 1946년 1월 정치협상회의에서 만들어진 “헌법초안 수정안 원칙”을 재차 수정하여

“중화민국 헌법초안 수정안”을 작성한다(요코야마 2000, 251). 여기까지가 중화민국 헌법제정의 제헌 발의와 헌법 초안 작성 단계에 해당한다.

이렇듯 개의를 초안 작성은 국민당의 주도로 이루어지고 이후 심의와 최종 승인은 국민대회를 중심으로 이루어진다. 예정보다 3일 늦은 11월 15일 정적인 공산당이 배제된 채 국민당의 주도로 헌법을 심의하기 위한 국민대회가 개최된다. 국민당과 내전 중인 공산당이 통치하던 지역에서는 물론 대표를 보내지 않았으며 공산당과 국민당 다음으로 유력한 정파인 민주동맹 또한 공산당과 한 편에 서서 국민대회에 불참하였다(중국공산당중앙당사연구실 2016, 477). 그리하여 국민대회에는 국민당 그리고 약소 정당인 중국청년당과 민주사회당만이 참여하였다. 정치협상회의의 원래 합의에 따르면 국민대회에서 헌법을 심의할 대표는 국민당 일당체제 시기였던 1937년 국민대회 대표선거로 뽑힌 1,200인에 새로 선출될 대만·동북의 구역 및 직업대표 150인, 당파 및 사회 현달(賢達) 대표 700인(국민당 220인, 공산당 190인, 민주동맹 120인, 청년당 100인, 사회 현달 70인)을 추가하여 2,050인으로 구성될 예정이었다. 그러나 국민당에 반대하는 세력이 불참하고 국민정부는 1937년의 대표 가운데 결원을 보충하기 위해 367인을 직접 인선하였다(유용태 2009, 227-228). 이후 국민대회는 공산당과 민주동맹 대표들의 자리를 공석으로 둔 채 진행되었고 정수 2,050인 중 1,701인만이 참여한 채로 헌법을 심의하여 12월 25일 승인하였다(요코야마 2000, 251). 이로써 중화민국은 오랜 혼정 시기를 종식하고 헌정으로 진입하게 되었다.

제헌 권한의 민주적 수탁의 관점에 볼 때 심의와 승인을 담당한 국민대회의 구성이 간선 방식이었다는 것 이외에도 제정된 헌법이 민주적 정당성을 얻기에는 두 가지 결점이 있다. 첫째, 공산당과 민주동맹이 불참함으로써 국민당과 국민당에 우호적인 세력만이 참여했다는 점에서 편향적이다. 국민당 대표가 전체 인원의 약 85%를 차지했다. 공산당과 민주동맹은 당연하게도 1946년 국민대회의 권위를 부정하였으며 국민당이 정협의 합의를 깨고 “가짜 헌법”을 만들었다는 비판을 제기했다(중국공산당중앙당사연구실 2016, 609). 둘째, 대표의 선출 방식이 부적절하였다. 1937년 국민대표 대표선거를 통해 선출된 대표에는 국민당 소속 중앙집행위원 또는 감찰위원이 당연직으로서 포함되어 있었다. 이에 공산당은 “국민당 일당이 독단적으로 선출한 사람들”이 헌법제정에 대표로 참여한다는 것을 규탄하였다(중국공산당중앙당사연구실 2016, 478).

1946년 중화민국 헌법은 분명 인민의 권리 보장이라는 면에서 내용상 진보적이었고 중국을 오랜 혼정 상태에서 헌정으로 진입하게 한 의의가 있다. 하지만 그 제정 절차상의 결함으로 그 의의는 퇴색되고 말았다. 정치협상회의의 합의를 깨고 민주적 수권절차 없이 국민당이 단독으로 제헌 개의회와 초안 작성을 진행한 점, 심의와 승인을 담당할 국민대회의 대표들이 제한적인 국민 대표성만을 지녔다는 점 등이 민주적 정당성의 문제를 초래한 요인이다.⁷⁾

중화인민공화국

국민당·국민정부를 무너뜨리고 수립된 중화인민공화국(중국)의 헌법제정 또한 위의 사례들과 마찬가지로 국민으로부터의 권한 수탁이 부족한 기존 기구에서 시작되었다. 건국 초기 중국의 국가기구는 1949년 9월 29일 중국인민정치협상회의 제1기 전체회의에서 채택한 “중국인민정치협상회의 공동강령”에 따라 운영되고 있었다. 신민주주의 건설 시기(1949~54)에는 임시헌법 격인 “공동강령”이 헌법을, 중국인민정치협상회의가 최고권력기구인 전국인민대표대회(전인대)를 대신하였다. 그러나 1952년 중국인민정치협상회의 제1기 임기가 만료되자 중국공산당 중앙은 전인대 개최와 함께 헌법제정도 구상하게 되었다.

그러던 중 1952년 10월 소련을 방문한 류사오치(劉少奇)는 스탈린으로부터 하루빨리 선거를 실시하고 헌법을 제정하기를 바란다는 권고성 제안을 받는다. 중국공산당은 이 제의를 받아들였고 1953년 1월 13일 행정부에 해당하는 중앙인민정부위원회는 헌법기초위원회(주석 마오쩌둥(毛澤東))를 산하에 조직한다. 이후 초안 작성의 실무는 마오쩌둥이 이끄는 위원회 내 소조직을 중심으로 이루어졌

7) 대한민국의 제헌과정과 비교할 때 제헌과정에 공산주의자들이 배제된 채 진행되었다는 점에서는 공통점이 있다. 하지만 남북한 공산주의자들은 이미 별개의 통치권역을 형성하여 북쪽에 국가건설을 하고 있었고 김구 등 일부 중도 세력의 경우 지도부는 불참선언을 하였지만 하부조직들은 실제로 선거에 참여하였다. 또한 대한민국의 경우 좌익과 일부 중도 엘리트의 불참에도 불구하고 대다수 대중은 제헌 권한 위탁 과정에 참여하였다. 대한민국 제헌의회 선거는 자유롭고 개방적이며 경쟁적인 직선 방식이었는데 선거인단명부 개인 등록률이 약 80%이었고 실제 투표율이 95%가 넘었으며 후보 간 경쟁률도 4.7대1로 높았다(박찬표 2007, 391-393). 이에 반해 중화민국의 경우 당연직과 지명직 및 기존 대의원의 제헌국민대회의원직 승계 등은 논외로 하더라도, 정파 및 직업집단별로 대표가 간접 선출되었다.

다. 위원회에서 작성한 초안은 위원회 내부의 반복적인 토론과 공산당 정치국에 서의 재논의를 거쳐 중앙인민정부위원회에서 채택되었다(중국공산당중앙당사연구실 2014, 425-429). 행정부 내 최고기관인 중앙인민정부위원회와 최고지도자인 마오쩌둥이 헌법제정 과정에 등장하는 것은 당연하게 여겨질 수 있으나, 어떤 기관 혹은 인물이 헌법제정에 인민 대중을 대표하여 참여하기 위해서는 그러한 권한을 위임받았음이 확인되어야 한다. 그러나 헌법기초위원회는 인민으로부터의 권한 수탁 절차 없이 행정부와 공산당 엘리트의 임의적인 결정에 따라 조직된 행정부 산하 기구이며, 여기에서 헌법 초안이 작성되었다는 것은 민주적 정당성의 관점에서 바람직하지 못하다.

북한의 사례에서처럼 중국에서도 인민토의에 의한 정당성의 보완 시도가 이루어진다. 소조직을 이끌었던 마오쩌둥은 초고 작성이 끝날 무렵이던 1954년 1월 15일 류사오치 등 다른 지도자들에게 다음과 같이 전보를 보내 헌법제정의 계획을 알렸다(한대원 2004, 110).

1. 1월 31일 헌법 초안 초고를 완성한다.
2. 2월 초순까지 초고를 1차 재심의하며, (...) 이후 정치국 토론에 회부하여 초보적으로 통과시킨다.
3. 3월 초 헌법기초위원회의 토론에 회부하여, 3월 내에 토론을 끝내거나 초보로 통과시킨다.
4. 4월에 다시 소조직이 심의·수정하여 정치국에 제출하고 헌법기초위원회에서 통과시킨다.
5. 5월 1일 헌법기초위원회는 헌법 초안을 공포하며 전국인민토론을 4개월간 하고 9개월간 인민의 의견을 근거로 반드시 수정한 후에 전국인민대표대회에 최후 통과를 회부한다.

마오쩌둥은 5번 항목에서 헌법 초안이 완성되면 그것을 두고서 “전국인민토론”을 시행할 것을 지시하였다. 북한과 다른 점은 인민토론이 끝난 후에 며칠 만에 초안 수정을 끝내는 것이 아니라 9개월이라는 상당한 기간에 걸쳐 헌법기초위원회가 초안을 수정하기로 계획하였다는 것인데 이 계획은 지켜지지 않는다. 일정은 다소 지연되어 1954년 6월 16일에야 중앙인민정부위원회는 헌법 초안을 공포하였고 인민토의는 이날부터 9월 11일까지 3개월간 이루어지게 되었다. 중국공산

당의 공식 기록은 헌법 초안에 대한 압도적 지지가 있었음을 입증하려 한다. 전국적으로 토론에 참여한 인원은 약 1억 5,000만여 명에 달하며, 각계각층에서 118만 건이 넘는 의견을 제기하였다는 것이다(중국공산당중앙당사연구실 2014, 434). 그러나 북한의 인민토의와 같이 중국의 전국인민토론 또한 헌법안을 사람들의 마음속에 침투시켜 새로운 헌법에 대한 광범위한 대중적 지지를 마련하는 데 그 목적이 있었다. 대중 토론을 통해 헌법안을 실질적으로 심의하는 것이 주목적이 아니었다.

헌법안에 대한 최종 승인을 담당하였던 기구인 전인대 대의원 선거에서도 인민의 자유로운 의사표시를 찾아보기 어려웠다. 헌법 초안을 작성할 때부터 마오쩌둥은 인민의 광범위한 참여가 필요하나 그 참여는 공산당 중앙의 철저한 통제 아래에서 이루어져야 함을 강조한 바 있는데, 이것은 대의원 선거에도 마찬가지로 적용이 된다(Schram 2002, 402). 선거 결과 각 성, 시 인민대표대회, 소수민족 행정단위·군대 단위·화교 단위에서 선출된 1,226인의 전인대 대표 중 54.48%(668인)가 공산당원이었다(중국공산당중앙당사연구실 2014, 428). 이 선거로 구성된 전국인민대표대회 제1기 제1차 회의(1954.9.15~28)의 6일 차인 9월 20일 “중화인민공화국헌법”이 만장일치로 채택 및 공포되는 것으로 헌법제정은 마무리된다.

요약하면, 민주적 제헌권한의 수탁 절차를 생략한 채 행정부와 공산당 지도부가 제헌 발의와 초안 작성 및 심의 단계를 주도한 점, 승인을 담당한 전인대 선거에서 공산당에 반대할 자유가 사실상 보장되지 않았다는 점으로 볼 때 중화인민공화국의 1954년 헌법 또한 민주적 정당성이 부족한 절차에 따라 제정되었다고 볼 수 있다.

2. 제헌 권한의 민주적 수탁형: 제헌의회의 신설과 전체 과정 통할

대한민국

헌법제정의 특정 단계에서 대표성이 없는 기존 기구가 등장하는 다른 사례와 달리, 대한민국의 헌법제정은 시종일관 제헌국회 내에서 이루어지는 독특한 양상을 띤다. 제헌국회는 헌법제정의 절차 가운데 하나의 요소에 불과한 것이 아니라 헌법제정 과정 전반이 그 안에서 계획되고 실행되었던 의회였다. 1948년 헌법은 총선거(5.10) - 제헌국회 개회(5.31) - 제헌국회 내 헌법기초위원회의 조직

(6.2) - 헌법기초위원회의 헌법안 작성(6.3~6.22) - 본회의에서의 헌법안 심의·의결(6.23~7.12) - 국회의장의 헌법 공포(7.17)의 순서로 제정되었다(김수용 2012; 이영록 2002).⁸⁾ 각 단계마다 다른 기구나 제도가 등장하는 다른 나라 사례와 달리 대한민국의 사례에서는 제헌국회 이외에 헌법제정에 관여한 기구를 특정하기 어렵다. 그렇다면 제헌국회 성립의 민주적 정당성을 살피는 것으로 헌법제정 절차의 민주적 정당성을 파악할 수 있을 것이다.

제헌국회는 5·10 총선거에 따라 구성되었다. 따라서 5·10 총선거를 통해 제헌국회 의원들에게 헌법제정의 권한이 위임되었는지, 선거 방식은 주권자인 “대한 국민”의 의사를 반영하는 것이었는지가 헌법제정의 민주적 정당성을 결정하는 핵심 사안이 된다. 잘 알려져 있듯 5·10 총선거는 1947년 11월 14일 유엔총회 결의안에 따라 시행되었다.⁹⁾

결의안은 “선거에 의한 한국 국민의 대표”를 선출할 것을 제시하였을 뿐 헌법제정과 관련한 내용은 들어있지 않다. 그러나 UN 대변인의 발표를 인용한 1948년 1월 1일의 두 기사는 곧 입국할 “위원단의 최초의 업무는 조선제헌의회를 구성하는 총선거의 기관을 설치하고 또한 이 총선거를 감시하는 것”이었음을 알려준다(경향신문 48/01/01; 동아일보 48/01/01).

남한에 입국한 유엔한국임시위원단은 3월 17일 선거 참관의 전제 조건으로 자유로운 선거 분위기를 확보할 것을 미군정에 요구하였고, 미군정은 형사소송법 개정, 정치범의 사면, 폭력 사태를 일으킬 만한 청년단체에 대한 주의 조치 등 위원단이 요구한 10가지 사항을 시행하였다. 또한, 위원단은 선거인 등록과정을 감시하기 위해 중앙선거감시위원회와 지방감시반을 편성하였다. 한 달여 후인 4월 28일 위원단은 “남한 현지를 관찰한 결과 합당한 정도의 민주적 권리가 인정되고 있는 것에 만족하여 선거를 참관할 것”을 결의하였다(송선희 1988, 7).

선거를 저지하려는 남조선로동당의 격렬한 투쟁에도 불구하고 5월 10일 제주도를 제외한 남한 전역에서 선거가 실시되었다. 유권자 중 약 79.7%에 해당하는 7,837,504인이 등록하였고 등록자 중 95.2%(7,036,750인)가 투표하였다. 당시 투표율은 지금까지 대한민국에서 있었던 다른 모든 전국 선거보다도 높은 수치이

8) 세부과정은 『대한민국 국회회의록』(1948. 6. 1~7. 17) 참조.

9) 결의안의 세부내용은 국사편찬위원회(2002, 339) 참조.

다. 선거 기간 폭력 사태가 적지 않았고 경찰, 청년단체 및 기타 행정기관 등이 선거인 등록과 선거 참여를 중용하고 협박하는 사례도 접수되었으나, 6월 25일 유엔한국임시위원단은 “1948년 5월 10일의 선거 결과는 위원단의 접근이 가능하고 전 한국민의 3분의 2를 점하는 지역의 선거민들이 그들의 자유의사를 합법적으로 표현한 것”임을 인정하는 결의안을 채택하고 “국회는 한국 국민에 의해 선출된 대표들에 의해 1948년 5월 31일 구성되었음”을 확인하였다(국사편찬위원회 2002, 416). 제헌국회는 5월 31일 개원 후 하루 만인 6월 1일 ‘헌법 및 정부조직법기초위원회’를 설치하고 헌법안 작성 단계에 들어가 제헌의 후속 단계를 마무리한다.

북한 당국이 임시위원단의 입국과 5·10 선거를 거부함에 따라 북한 지역에서 선거가 이루어지지 못했던 것은 5·10 선거의 의의를 낮게 평가할 이유가 될지 모른다. 혹자는 분단 상황에서 시행된 5·10 선거는 북한 주민의 의사를 반영하지 못했다고 주장할 수 있다. 그러나 내전 중에 구성되었던 중화민국의 국민대회와 비교할 때 대한민국 제헌국회는 민주적 정당성을 더 많이 확보한 것으로 보인다. 중화민국 국민대회의 구성이 장제스와 국민당 그리고 그에 우호적인 세력 일변도였다면, 제헌국회는 이승만이나 한국민주당 등 특정 세력의 독점이 아니라 우파 및 중도에 걸친 다양한 정파들로 구성되었다. 이는 중화민국 국민대회 대표 중 상당수가 국민당에 의해 인선되었던 반면, 제헌국회 의원들은 한국 국민의 직접선거를 통해 선출되었다는 차이에서 기인한다. 민주주의 선거제도 관점에서 5·10 선거를 분석한 이현우(2018)에 따르면, 5·10 선거의 법적 근거가 되는 선거법을 제정한 남조선과도입법의원 의원들은 모든 국민에게 투표권을 부여하여 정치적 평등을 이룬다는 데에 동의하였으며, 실제 선거 운영 과정에서도 민주적 원칙을 따르려는 노력이 많이 이루어졌다.

대한민국 제헌국회에 대한 우리의 관심은 이 기구가 제헌의 권한을 국민으로부터 위임 내지 수탁 받았는지 하는 점에 있다. 흔히 5·10 선거를 제헌의회 선거라고 부르기는 하나, 5·10 선거가 과연 제헌을 위해 국민의 권한을 수탁 받는 목적의 선거이었나 하는 문제를 따져볼 필요가 있다. 물론 이 선거로 구성된 제헌국회가 초반부는 제헌의회로 기능하고 후반부는 초대 국회로 전환하여 그 기능을 수행하였다는 것은 역사적 사실이다. 그러나 이러한 사실과 별개로 제헌국회가 제헌의회로서 기능하기 위한 권한위임을 명시적으로 받았는가 하는 점을 확인하는 것이 중요하다. 선거 과정에서 후보자들이 당선된다면 어떤 헌법을 제정하겠다는

공약을 내세우거나, 유권자들이 제헌에 관련된 기대를 하고 특정 후보자에게 투표하였는지 확인하는 작업이 필요하다. 이 작업은 생각보다 간단하지 않으며, 여기서는 다만 간접적인 정황증거만으로 5·10 선거는 처음부터 제헌의회로서의 권한을 부여하였다고 주장하고자 한다.

우선 의원들은 자신들에게 주어진 제1의 역할이 헌법제정임을 인지하고 있었으며 개회한 지 2일 만에 헌법기초위원 선출 문제를 논의한다.¹⁰⁾ 임시의장으로 선출된 이승만은 의장 선서문에서 “먼저 헌법의 제정으로 대한민국 정부를 수립”할 것을 다짐한다(최종고 2011, 69). 또한, 5·10 선거를 통해 선출된 의원들이 헌법 제정을 담당하게 된다는 것은 총선거 이전에 알려져 있었다. 이승만과 하지(J. R. Hodge) 군정사령관, 딘(W. F. Dean) 군정장관 등 요인들이 참석한 3·1절 기념식 행사에서는 “국회를 조직하고 거기서 자율적으로 헌법을 정하여 헌법대로 정부를 수립”할 계획이 천명되었다(동아일보 48/03/02). 또한, 4월 8일의 기사에서는 입법부인 국회가 구성되면 “거기에서는 우선 국시나 정부구성에 관한 헌법이 먼저 제정되어야 한다는 것을 입후보자나 선거민은 명기(銘記)하는 것이 선량을 기하는데 절대로 필요하다”라고 지적하였다(경향신문 48/04/08). 원론적으로 보면, 제헌의 권한 수락을 확인하기 위해서는 선거 공약, 유권자의 실제 인식 수준 등 더 다양한 정보를 통한 검증이 필요할 것이다.¹¹⁾ 그러나 이상의 자료만으로도 5·10 선거가 헌법제정의 권한을 대표에게 위임하는 의미를 지니고 있었음을 파악할 수 있다.

IV. 외세의 개입 여부에 따른 비교

1. 외세의 개입을 받은 헌법제정

일본과 북한은 대한민국처럼 전후 외국군에 의한 점령과 군정기를 겪었다. 하

10) 『대한민국 국회의회의록』 제1회 제2호(48/06/01).

11) 김득중은 5·10 총선거에서의 대립 지점은 선거에 참여할 것이냐 마느냐였고, “선거에 참여한 우익 세력 내에서는 구체적인 공약의 차이가 쟁점이 되지 못하였다”라고 주장한다(김득중 1994, 44-46).

지만 대한민국과 달리 일본과 북한은 각각 미국과 소련의 강한 영향 아래 헌법제정이 이루어졌다. 일본과 북한의 헌법제정 절차는 둘 다 외세의 개입이 현저하게 나타나는 사례에 속하지만, 일본의 경우는 제헌 개의회와 초안 작성 단계에서, 북한의 경우는 심의와 승인 단계에서 특히 외세 개입이 두드러진다.

일본

먼저 일본의 헌법제정에 나타난 외세의 개입이 어떠한 수준이었던지 알아본다. 전후 초기 미국에 의해 단독 점령되었던 일본은 1946년 2월 26일 11개국에 의해 구성된 극동위원회(Far Eastern Commission)의 관리 아래 놓이게 된다. 이후 1952년 4월 28일 샌프란시스코 강화조약이 발효되기까지 일본의 기본 정책은 극동위원회 산하의 최고사령관 맥아더가 이끄는 GHQ에 의해 결정된다. GHQ의 직접 통치가 아닌, GHQ의 지령이 일본 정부에 하달되면 일본 정부가 그것을 실행하는 간접 통치가 이루어졌다(타케마에 2011).

일본의 헌법제정은 그 첫 단계인 제헌 개의회부터 GHQ의 요구로 시작되었다. 헌법에 관해 GHQ와 일본 정부가 처음 논의한 시점은 1945년 10월 4일이다. 전쟁 중 수상을 지내고 전후 내각에서 무임소대신(無任所大臣)으로 다시 입각한 고노에 후미마로(近衛文麿)와의 만남에서 맥아더는 개헌에 대한 자신의 의지를 밝힌다(코세키 2010, 26-31; 김보식 2019, 78). 이 만남에서 맥아더는 “헌법은 개정할 필요가 있으며”, “자유주의적 요소를 충분히 도입할 필요가 있다”고 발언한 것으로 전해진다(코세키 2010, 29). 고노에가 전범 혐의를 받고 자살하면서, 이후 일본 측의 논의는 마쓰모토 조지 국무대신을 위원장으로 하는 헌법문제조사위원회(10월 25일 설치) 중심으로 이루어진다. 당시의 신문은 구헌법에 따라 고노에가 천황의 명령을 받아 제헌 작업에 착수한 것으로 보도했으나, 실상은 일반 국민에게 알려지지 않았던 맥아더-고노에 회담에서 일본의 신헌법 제정과정에서 시작된 것이다.

초안 작성 단계에서 나타난 GHQ의 개입은 더욱 심대하였다. GHQ는 1946년 2월 13일 회담에서 조사위원회를 중심으로 일본 행정부가 준비한 초안이 개혁 의도에 맞지 않는다는 이유를 들어 거부하였다. 그리고 그 자리에서 GHQ의 참모부에 소속된 민정국(Government Section)에서 작성해 두었던 초안을 전달하고 그 내용을 헌법안에 대폭 반영하도록 일본 정부에 요구했다(박찬권 2015, 39; 코세키 2010, 145-150). 맥아더는 일본 정부의 소극적인 태도를 일찍이 관찰하고 2월 3일

민정국에 ‘3원칙’¹²⁾에 따른 초안 작성을 지시하였으며, 민정국은 비밀리에 “헌법제정회의”를 구성하여 10일 GHQ안을 완성하였다.

이후 제국의회와 추밀원에서의 심의 단계에서 몇 차례의 논쟁이 있었으나 맥아더가 제시한 세 가지 원칙은 결국 헌법안에 반영되었으며, 최종 승인된 헌법은 처음 일본 정부가 준비한 초안보다는 GHQ안에 가까운 형태가 되었다. 일본 정부는 기회가 있을 때마다 천황 주권, 군대 유지, 봉건제 등 구체제의 요소를 유지하려 노력했으나 소수의 예외를 제외하고는 GHQ의 요구를 받아들이지 않을 수 없었다.¹³⁾ GHQ는 이미 제국의회에서 가결된 헌법안의 문민 조항(제66조 2항)에 대해 수정을 요구하기도 했으며 제국의회는 이 요구에 따라 헌법안을 제수정해야 했다(코세키 2010, 282-289).

요컨대 일본의 경우 자주성을 지키기 위한 꾸준한 시도에도 불구하고 점령 상태라는 제약으로 인해 제헌 과정, 특히 개의회와 초안 작성 단계에서 외세의 개입이 심하였다. 또한, 심의 단계에서도 정도는 약하나 외세의 개입이 이어졌다.

조선민주주의인민공화국

북한의 헌법제정은 소련의 개입을 받으며 진행되었다. 당시 기록이 대부분 공개되어 있고 상당한 연구가 축적된 일본의 경우와 달리, 북한의 1948년 헌법제정에 관해 접근이 용이한 기록은 적은 편이며 북한 당국에서 공개한 자료를 모두 신뢰하기도 어렵다. 그러나 제한된 수의 기록들로도 소련이 북조선로동당에 직접 지령을 내리거나 북한에 주둔한 소련 군정에 지령을 전하는 방식으로 헌법제정 과정에 개입하였음을 알 수 있다.

GHQ와 일본 정부는 헌법제정의 주요 사안을 두고 대립했다면, 1946년 초부터 북한의 실질적인 정부로 기능한 북조선인민위원회와 소련은 대개의 사안에 대해 공통된 이해관계를 갖고 있었다는 차이가 있다. 개별 사안에 따라 서로 다른 이해

12) 1. 천황을 국가의 원수로 하되, 헌법을 준수하며 국민에게 책임질 것. 2. 주권행사로서의 분쟁 해결을 위한 수단이라고 해도, 자국의 안전을 위한 수단이라고 해도 전쟁은 포기하며, 세계의 고차원적인 이상에 따를 것. 3. 봉건제를 폐지하고 화족 제도를 인정하지 않을 것.

13) 하나의 예외로, GHQ안에는 의회를 단원제로 변경한다는 구상이 있었으나 일본 정부에서 이의를 제기해 양원제를 유지할 수 있었다(박찬권 2015, 42).

관계를 갖기도 했으나, 1945~48년의 국면에서 북한 지도부와 소련의 정치적 목표는 큰 틀에서 거의 일치했던 것으로 보인다.¹⁴⁾

북한의 제헌과정에서 제헌 개의부터 초안 작성 단계까지는 소련의 개입 수준이 높지 않았다. 북한이 헌법제정 논의를 시작한 것은 1947년 11월 18~19일 북조선인민회의 제3차 회의에서이다. 이 회의에서 임시헌법제정의 필요성을 역설한 북조선인민회의 상임위원회 의장 김두봉의 보고와 제안에 따라 임시헌법초안 제정위원회를 구성하고 31인의 위원을 선출하였다. 위원 중 법률 전문가인 인민위원회 법전부장 김택영, 역사가 이청원, 최고재판소 판사 김윤동 3인을 중심으로 1947년 12월 중순 초안을 작성하였다. 그 후 위원회는 12월 20~21일 제2차 회의에서 초안을 검토하고 수정하였다(서희경 2007, 50-55; 조재현 2014, 750-753). 한편 소련 군정 민정국 사법·검찰부의 쉘찌닌(Щетинин Б.В.)은 “헌법 초안 작성에 즈음하여 조선의 동지들은 나에게 자주 법률가로서의 자문을 구해 왔다”라고 회고하였다. 이에 그는 “헌법에 관한 레닌적 강령과 소련 및 여타 사회주의 제국에서의 헌법제정의 구체적 경험을 면밀하게 연구하고 부르주아 헌법을 비판적으로 분석할 것을 권고했다”고 한다(국사편찬위원회 2002, 461). 이때까지 소련의 역할은 쉘찌닌의 예에서처럼 법률 자문을 제공하는 정도에 그치며 자주성을 침해할 정도의 개입은 아니었다.

그러나 1948년 2월 이후의 제헌 과정에서 소련의 개입은 전면화된다. 소련공산당 중앙위원회는 1월 21일 “헌법초안은 이 회의[2월의 북조선인민회의 제4차 회의]에서 심의하지 말고 헌법위원회가 작성한 헌법 초안에 대한 조선 인민의 요구를 충분히 반영할 수 있도록 초안을 공개해 전 인민의 토의에 붙이고 임시헌법 초안 검토 승인을 위한 북조선인민회의[특별회의]를 1948년 3월 소집하라”고 결정하여 북한 지도부에 전달한다(소련공산당 중앙위원회, “소련외무성 소관문제”(1948.1.21.). 김국후 2008, 240에서 재인용).¹⁵⁾ 헌법 초안에 대한 본격적인 심의와 승인의 방식을 지시해준 것이다. 또한 4월 24일 소련공산당 정치국이 내놓은 “조선의 헌법문제에 대하여”는 어느 다른 문건보다도 소련의 개입이 심대했음을

14) 북한 지도부와 소련을 ‘공동의 행위 주체’로 보는 시각에서 북한 국가의 형성을 다룬 대표적인 연구로 기광서(2018) 참조.

15) 이 회의는 결정 사항보다 1개월 늦은 1948년 4월 28~29일에 열렸던 북조선인민회의 특별회의이다.

잘 보여준다(소련공산당 정치국, “조선의 헌법문제에 대하여”(1948.4.24). 기광서 2008, 388에서 재인용).

1. 조선인민민주주의공화국 헌법안을 수정하도록 권고한다(부록 참조).
2. 헌법안의 논의와 확정을 위해 1948년 4월 27일 소집되는 북조선인민회의 회의에서 다음과 같은 결정을 채택한다.
인민회의 회의의 심의를 위해 헌법위원회가 내놓은 조선민주주의인민공화국 헌법안을 전조 선입법회의에서 확정하기 위해 제출하는 것을 승인한다.
3. 남조선에서 단독 선거가 실시되고 남조선 정부가 창설될 경우 슈티코프 동지가 다음의 결정 채택을 위해 북조선인민회의 특별 소집을 김일성 동지에게 권고해야 한다.
 - a) 조선의 통일 전까지 북조선인민회의 4월회의에서 승인된 조선민주주의인민공화국 헌법안을 북조선 영토에서 실행한다.
 - b) 헌법을 기초로 조선 최고인민회의의 대의원 선거를 실시한다.
4. 선출된 최고인민회의는 조선 정부를 구성해야 하며, 거기에는 조선의 통일을 지지하는 남조선 대표자들이 포함될 수 있다.

이 결정문의 내용은 구체적인 날짜에서 조금 차이가 있지만 대개 실제로 이행되었으며, 부록에서 지적한 수정 요구 사항 또한 헌법안에 그대로 반영되었다. 북한 지도부가 소련 정치국의 지적에 이의를 제기하지는 않은 것으로 보인다(기광서 2008, 394). 이를 통해 북한의 헌법제정 절차가 소련의 지시, 권고 및 주문을 충실히 이행하였으며 특히 심의와 승인 단계에서 자주성의 부족이 나타남을 알 수 있다.

일본과 북한의 사례에서 나타난 외세의 개입은 민주적 정당성을 저해하는 요인이다. 인민 대중 혹은 정치엘리트가 아닌 GHQ와 소련이라는 외세가 제3의 주체로서 제헌 과정에 개입함으로써, 일본과 북한의 헌법제정은 민주적 정당성의 문제를 야기하였다.

2. 자주적인 헌법제정

중화민국과 중화인민공화국

중화민국과 중화인민공화국의 헌법제정에서는 민주적 정당성을 훼손할 만큼의 외세 개입 증거를 찾을 수 없다. 다만, 앞에서 밝혔듯이 중화인민공화국의 경우 제헌 개의회가 스탈린의 제의를 받아들인 결과 이루어졌고 헌법 초안 작성 단계에서 1936년 소련 헌법이 중요하게 참조되었던 정도이다(Fairbank 1987, 281; Teiwes 1987, 104). 그러나 이후의 제헌 과정이 스탈린과 소련의 영향력에 구속되었다고 볼 만한 근거는 없다.

대한민국

대한민국의 헌법제정은 제헌 발의에서 최종 승인에 이르기까지 충분한 자주성을 유지한 채 이루어졌다. 이는 제헌이 일본과 북한처럼 외국군의 점령으로 인한 군정 치하에서 이루어졌다는 사실을 고려하면 특이한 사항이다.

대한민국의 헌법제정에 개입할 만한 역량을 가졌던 외세는 단연 미군정인데, 미군정은 소련이나 GHQ와는 다른 태도를 보였다. 미군정은 1947년 말까지 소련과의 협상을 통해 남북한 통일 정부를 세우는 것을 목표로 했으며, 소련과의 협상이 결렬된 후에도 소련이 북한에 대해 그러했듯 남한 내의 국가건설을 주도하려 하지 않았다. 북한 헌법의 제정 과정과 헌법 조문의 내용을 정확히 파악하고 개입하였던 소련 군정과 대조적으로, 미군정의 역할은 과도기의 혼란을 방지하여 한국인이 스스로 국가를 건설할 수 있도록 보조하는 데 머물렀다(박명립 2009, 249-253; Hahm and Kim 2015, 258).¹⁶⁾

16) 함과 김(Hahm and Kim 2015, 258-259, 263)에 따르면, 미군정은 남한의 헌법제정에 전혀 무관심하지는 않았지만 이들은 선거법에 더 관심을 가졌고 직접적으로 제헌 과정에 영향을 행사하였다는 증거는 없다. 실제로 미군정과 유엔임시위원단은 제헌의회의 출범에 필요한 5·10 선거를 위한 물리적, 제도적 여건을 마련하는 데에 더 관심을 가졌다. 유엔임시위원단의 권고로 미군정은 선거법 조문 중 월남한 북한인들만 출마하고 투표하여 36명의 의원을 선출할 예정인 특별선거구 1개를 만드는 조항을 삭제하였다(박찬표 2007, 335). 그러나 제헌국회 의원들은 제헌의회의 절차나 의결사안 및 일상적인 운영에 미군정이나 유엔임시위원단이 개입하는 것을 용인하지 않았다. 제헌과정에서 외국의 영향은 기초 과정에서 외국 헌법을 검토한 것과 헌법 초안 제1독회와 제2독

미군정의 보조적 역할은 헌법제정에 대해서도 드러난다. 미군정은 한국인의 자율적인 헌법 논의에 개입하지 않고 각 정파가 저마다의 헌법 초안을 내놓도록 관망했다. 미 군정청 사법부장 우돌(Emery J. Woodall)의 책임 아래 1946년 4월경 하나의 초안(“The Constitution of Korea”)이 작성되었던 것은 사실이다. 그러나 이 초안은 미군정이 과도임시정부를 구상할 시점에 임시헌법안의 후보 격으로 작성된 것이며, 이후 유진오가 헌법 초안을 기초할 때 다른 여러 초안과 함께 참조되었던 정도에 그치고 미군정도 이 초안을 독립될 국가 헌법의 기초로 삼으려고 하지 않았다(서희경 2012, 171; Hahm and Kim 2015, 258-259). 제헌국회가 구성된 후 미군정은 제헌국회에 이루어지는 헌법제정 과정에 전혀 개입하지 않았으며 그로 인해 제헌국회에서의 논의는 시종 자주성을 유지하였다. 극동위원회의 한 자료에 따르면 1948년 국회 구성 이후 미국인들은 (주한) 미군 사령관으로부터 새로 수립된 국회에 어떤 방식으로든 개입하거나 참견하지 말라는 엄중한 명령을 받았다고 한다(박명립 2009, 251).

개입을 자제한 미군정의 태도 이외에 헌법제정의 자주성을 가능하게 한 또 하나의 요인으로는 미군정의 개입이 필요 없을 만큼 한국의 정치 지도자들이 이미 제헌 논의를 자율적으로 진행하고 있었다는 점을 지적할 수 있다. 본래 미군정의 개입 의지가 없었더라도 한국인이 스스로 헌법을 제정할 역량이 부족하여 도움을 요청했다면 그에 응하여 미군정이 개입했는지 모른다. 그러나 여러 차례 개정을 거친 임시정부의 헌법안에 더해 해방정국에서 각 단체와 정파에서 작성한 다수의 헌법안까지 존재했던 까닭에 한국의 정치 지도자들은 제헌 과정에 미군정의 개입을 요청할 이유가 없었다(서희경 2012, 193-198). 제헌국회 회의록은 제헌국회 의원들과 자문을 맡은 전문가들이 외국 헌법 사례들을 포함하여 헌법의 제반 원칙과 규정들에 관해 높은 수준의 식견을 가졌음을 보여준다.

회에서 외국 사례를 인용하는 것을 통해 확인할 수 있지만 이러한 지적인 영향은 외세의 ‘개입’과는 다른 문제이다.

V. 결론

지금까지 동아시아 5개국의 2차 세계대전 이후 제헌 과정을 민주적 정당성을 가늠하는 두 개의 기준, 즉 제헌 권한의 민주적 수탁 여부와 외세 개입 여부를 가지고 비교 검토하여 보았다. 이러한 결과는 <표 1>에서 보는 바와 같이 간단하게 정리할 수 있다.

중화민국과 중화인민공화국의 헌법제정은 유형(2) 정치엘리트 임의적 주도-자주형에 해당한다. 두 사례에서는 제헌 기구의 구성에서 민주적 수권의 절차를 밟지 않았다는 점에서 민주적 정당성의 결손이 발생했다. 다른 한편, 일본과 북한은 유형(4), 정치엘리트 임의 주도-외세 개입형에 속한다. 두 사례는 중화민국, 중화인민공화국과 같이 정치엘리트가 제헌 과정의 일부를 임의로 주도했을 뿐만 아니라 외세의 개입으로 자주성 또한 침해되었다는 결점까지 지니고 있었다. 유형(3), 민주적 수권-외세 개입형으로 분류할 수 있는 사례는 비교 대상 가운데 찾을 수 없다.

반면 대한민국의 헌법제정은 동아시아 5개국 중 유일하게 유형(1), 민주적 수권-자주형으로 다른 4개국 사례와 비교해 두 가지 차원 모두에서 민주적 정당성을 확보하며 이루어진 사례이다. 첫째, 그것은 (1) 제헌 발의, (2) 헌법 초안 작성, (3) 심의 및, (4) 최종 승인의 전 단계가 예외 없이 정당한 제헌 권한을 수탁 받은 대표들로 구성된 제헌의회에 의해 일관성 있게 진행되었다. 5·10 선거를 통해 민주적으로 선출된 의원들은 헌법제정의 권한을 국민 대중으로부터 수탁 받았으며, 그 권한을 행사하여 1948년 7월 12일 헌법안을 제헌의회 본회의에서 통과시켰다. 이는 제헌 권한 수탁의 절차가 결여된 기존 기구의 정치엘리트에 의해 일부 단계

<표 1> 5개국 헌법제정의 유형별 분류

	제헌 권한의 민주적 수탁	정치엘리트 임의 주도
자주적	(1) 민주적 수권—자주형 (대한민국)	(2) 정치엘리트 임의 주도—자주형 (중화민국, 중화인민공화국)
외세 개입	(3) 민주적 수권—외세 개입형 (N/A)	(4) 정치엘리트 임의 주도—외세 개입형 (일본, 조선민주주의인민공화국)

가 진행되었던 다른 4개국의 제헌 사례와 구별되는 특징이다.

둘째, 대한민국의 헌법제정은 외세의 개입을 받지 않은 채 자율적으로 진행되었다. 대한민국은 외국군에 의한 군정기 상태임에도 불구하고 자율적인 헌법제정에 성공했다는 점에서 소련의 개입에서 자유롭지 못했던 북한이나 미국의 개입을 피할 수 없었던 일본의 사례와 구별된다. 1948년 제헌헌법은 외세의 관여 없이 대한민국인과 그들의 대표들 간 자율적인 관계에서 민주적 절차를 통해 탄생하였다.

이렇듯 민주적 정당성을 중심으로 헌법제정의 의미를 재조명하는 작업은 대한민국의 국가건설 과정을 둘러싼 소모적인 논쟁을 지양하고 건국의 의미를 다른 각도에서 평가하는 데 기여할 수 있다. 민주적 정당성이야말로 민주공화국 건설의 정당성을 결정짓는 핵심 요소임을 감안하면 역사적 정통성이나 타국, 국제기구로부터의 승인이 갖는 중요성을 아예 부정하지 않으면서도 이 연구처럼 비교 연구를 통해 대한민국 헌법제정 과정이 민주적 정당성을 독보적으로 갖추었음을 밝히는 것은 큰 의미가 있다. 이후의 연구에서 헌법 조문의 내용까지 민주적 정당성의 관점에서 비교검토 한다면 보다 종합적인 평가가 가능해질 것이다.

마지막으로 언급하고 싶은 것은 동아시아 5개국 중 어떤 국가도 국민투표를 헌법안에 대한 최종 승인의 절차로 도입하지 않았다는 점이다. 이후 개헌 과정에서는 국민투표를 진행한 사례도 있지만 제헌 과정에서는 어떤 국가도 국민투표를 실시하지 않았다. 주권자에 의한 직접승인 방식인 국민투표를 거치지 않은 것이 전통적인 엘리트 중심적 문화 탓인지, 아니면 당시의 급박한 정세에 따른 불가피한 결정이었던지는 추가 논의가 필요해 보인다. 만약 5개국 중에서 가장 민주적인 절차를 따랐던 대한민국의 헌법제정이 최종적으로 국민투표를 통하여 마무리되었다면 민주적 정당성의 관점에서는 더욱 바람직하겠으나 당시의 정치 현실이 그렇게 녹록하지 않았다는 점 또한 사실이다.

투고일: 2020년 8월 7일

심사일: 2020년 9월 22일

게재확정일: 2020년 10월 29일

참고문헌

- 경향신문. 1948. “UN위원단 구일 착경 초회의는 십사일”(1월 1일), 2.
_____. 1948. “총선거의 환경과 태세”(4월 8일), 1.
국사편찬위원회. 2002. 『신편 한국사 52: 대한민국의 성립』. <http://db.history.go.kr/>
기광서. 2008. “소련공산당 정치국의 대한반도 관련 「결정」과 북한정부의 성격 구상 (1945~1948년).” 『동방학지』 144권, 367-400.
기광서. 2018. 『북한 국가의 형성과 소련』. 선인.
김국후. 2008. 평양의 소련군정: 기록과 증언으로 본 북한정권 탄생비화』. 한올아카데미.
김득중. 1994. “1948년 제헌국회의원 선거과정.” 『사림』 10권, 3-56.
김봉식. 2019. 『고노에 후미마로』. 살림.
김수용. 2012. “우리나라 헌법의 제정과정과 특징.” 『가천법학 5권 2호, 57-96.
김영택. 2009. “친일세력 미 청산의 배경과 원인.” 『한국학논총』 31권, 481-539.
김영호. 2014. “대한민국의 건국외교: 정부 승인과 외교 기반 구축.” 『한국정치외교사논총』 35권 2호, 43-72.
대한민국국회. 1948. 『대한민국 국회회의록』(6월 1일~7월 17일).
동아일보. 1948. “유엔조선위원단 내구일 서울 도착 십사일 초회합”(1월 1일), 1.
_____. 1948. “삼·일식전에 각계축사”(3월 2일), 1.
박명림. 2009. “남한과 북한의 헌법제정과 국가정체성 연구.” 『국제정치논총』 49권 4호, 235-263.
박선영. 2015. “조선민주주의인민공화국 헌법의 제정과 개정 과정을 통해 본 북한헌법에 관한 연구.” 『공법학연구』 16권 4호, 27-67.
박찬권. 2015. “메이지헌법의 성립 및 패전 후 일본국헌법으로의 전개과정.” 『靈山法律論叢』 12권 1호, 27-50.
박찬승. 2012. “대한민국 헌법의 임시정부 계승성.” 『한국독립운동사연구』 43권, 373-430.
박찬표. 2007. 『한국의 국가형성과 민주주의』. 후마니타스.
서희경. 2007. “남한과 북한 헌법 제정의 비교 연구(1947~1948).” 『한국정치학회보』 41권 2호, 47-75.
_____. 2012. 『대한민국 헌법의 탄생』. 창비.
손승희. 2010. “국공내전시기 중국민주동맹의 독자성 모색.” 『중국근현대사연구』 48권, 55-82.

- 송선희. 1988. “유엔한국임시위원단: 그 활동의 개요와 관계문서에 대한 해설.” 『대한민국사자료집: 유엔한국임시위원단관계문서 II』, 국사편찬위원회.
- 신영현. 2018. “대한민국 헌법의 정통성.” 『입법학연구』 15권 1호, 207-234.
- 요코야마 히로아키(横山宏章) 저. 박종현 역. 2000. 『중화민국사』, 신서원.
- 유용태. 2009. “중국 정치협상회의와 건국민회의의 향방, 1944~1949.” 『동양사학연구』 106권, 203-245.
- 양준석. 2019. “1948년 5.10총선과 월남인들의 활동: 조선민주당의 특별선거구 설치요청을 중심으로.” 『담론 21』 22권 2호, 209-242.
- 이승우. 2013. “제헌국회의 구성과 제헌헌법제정의 민주적 정당성.” 『공법학연구』 14권 2호, 433-457.
- 이영록. 2002. “제헌국회의 ‘헌법 및 정부조직법 기초위원회’에 관한 사실적 연구.” 『법사학연구』 25권, 81-103.
- 이현우. 2018. “민주주의의 선거제도 관점에서 본 제헌국회의원선거법.” 『한국정치연구』 27권 2호, 57-83.
- 장영수. 2019. “대한민국임시정부 법통 계승의 의미.” 『헌법학연구』 25권 1호, 35-55.
- 조동은. 2016. “헌법제정의 유형과 양상에 관한 소고.” 『법학논총』 29권 1호, 173-221.
- 조재현. 2014. “1948년 북한제정헌법의 초안에 관한 연구.” 『서울법학』 22권 2호, 741-779.
- 중국공산당중앙당사연구실 저. 홍순도·홍광훈 역. 2014. 『중국공산당 역사 제2권 상: 1949년 10월~1956년 9월』, 서교.
- _____. 2016. 『중국공산당 역사 제1권 하: 1937년 7월~1949년 9월』, 서교.
- 최종고 편. 2011. 『우남 이승만: 대한민국 건국대통령의 사상록』, 청아출판사.
- 코세키 쇼오이찌(古關彰一) 저. 김창록 역. 2010. 『일본국헌법의 탄생』, 뿌리와이파리.
- 타케마에 에이지(竹前榮治) 저. 송병권 역. 2011. 『GHQ: 연합군 최고사령관 총사령부』, 평사리.
- 한대원·이성연. 2004. “신중국 1954년헌법 제정과정 고찰.” 『법사학연구』 29권, 91-134.
- 허동현. 2013. “대한민국의 건국외교와 유엔(UN).” 『승실사학』 30권, 253-280.
- Elster, Jon. 2008. “The Optimal Design of a Constituent Assembly.” Paper Presented at the Colloquium on Collective Wisdom. College de France.
- Fairbank, John K. 1987. *The Great Chinese Revolution: 1800~1985*. New York: Harper & Row.
- Ginsburg, Tom, Zachary Elkins, and Justin Blount. 2009. “Does the Process of

- Constitution-making Matter?" *Annual Review of Law and Social Science* 5, 201-223.
- Hahm, Chaihark and Sung Ho Kim. 2015. *Making We the People: Democratic Constitutional Founding in Postwar Japan and South Korea*. New York: Cambridge University Press.
- Loughlin, Martin and Neil Walker, eds. 2007. *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*. New York: Oxford University Press.
- Mendez, Fernando and Jonathan Wheatley 2013. "Patterns of Constitution-making over Time and Space." In Wheatly, Jonathan and Fernando Mendez, eds. 2013. *Patterns of Constitutional Design: The Role of Citizens and Elites in Constitution-making*. Ashgate.
- Schram, Stuart. 2002. "Mao Tse-Tung's Thought from 1949-1976." In Merle Goldman and Leo Ou-Fan Lee, eds. *An Intellectual History of Modern China*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Teiwes, Frederick C. 1987. "Establishment and Consolidation of the New Regime." Roderick MacFarquhar and John K. Fairbank, eds. *The Cambridge History of China Vol. 14. The People's Republic, Part I: The Emergence of Revolutionary China 1949-1965*. New York: Cambridge University Press.

ABSTRACT

Democratic Legitimacy of Constitution-making Process: Five Post-War East Asian Countries in Comparative Perspective

Kwanghun Park | Seoul National University

Jungug Choi | Konkuk University

This is a comparative study of the democratic legitimacy of constitution-making process in five post-war East Asian countries: the Republic of Korea(ROK), the Democratic People's Republic of Korea, Japan, the Republic of China, and the People's Republic of China. The democratic legitimacy in this study is measured in terms of two separate criteria: the democratic mandate of constitution-making organizations to make a new constitution, and the non-intervention of foreign forces in constitution-making process. Our comparative analysis shows that the constitution-making process of the ROK secured the greatest democratic legitimacy among the five cases by satisfying both criteria. No other countries met both criteria. This finding provides a wholly new approach to the legitimacy issue of the ROK, which is expected to supercede the traditional debates on the issue that have so far focused on the historical and international dimensions of legitimacy.

Keywords: constitution making, legitimacy, democratic legitimacy, democratic mandate, non-intervention of foreign forces, East Asia

