

헌법본질론 소묘

- ‘타협의 결과물’로서의 헌법 -

신 우 철*

I. 헌법규범의 세 가지 본질 : 규범 · 결단 · 통합

오늘날 대개의 헌법학 교과서들에서는, 헌법에 있어서 ‘변하지 아니하는 것’ - 즉, ‘본질’의 문제를 제기하고 있다. 아마도 거기에는 “헌법은 법이기 때문에 법이다”는 한스 켈젠(Hans Kelsen)의 규범주의, “헌법은 주권자의 결단이기 때문에 정당하다”는 카알 슈미트(Carl Schmitt)의 결단주의, “헌법은 국가통합의 가치적 매개물 역할을 한다”는 루돌프 스멘트(Rudolf Smend)의 통합주의 등등 ‘헌법본질론’이 엄숙히 자리하고 있을 것이다.

신 칸트주의의 자연과학적 인식방법(순수이성!)을 규범과학에 적용하여, 마치 실험실에서 개구리를 해부하듯 헌법규범을 해명하려 했던 ‘법의 기하학자’ 한스 켈젠. 그에 있어 ‘헌법’이란 순수한 학문연구의 주제였고, 그에 있어 ‘학문’이란 주체로부터 격리된 객체에 대한 외부적 관찰이었다. 그는 현실에 존재하는 법을 절대시하고, 존재해야 하는 법에 대한 ‘정치적 의문’을 금기시하는, 소극적이고 수동적인 법률가의 전형을 보여준다.¹⁾ 하지만, 헤르만 헬러(Hermann Heller)가 적절히 지적하듯, “헌법은 법이기 때문에 법이다”라는 그의 동어반복론에 따르면, ‘강도단’의 규율과 ‘국가’의 헌법은 아무런 차이가

* 嶺南大學校 法科大學 助教授

1) 켈젠의 저작 가운데 Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl.(1960), Wien: Österreichische Staatsdruckerei, 1992, 특히 ‘서문’ III쪽: “법학은 - 드러난 또는 은폐된 - ‘법정책적’ 고려에서 완전히 벗어나 진정한 학문으로 일어서야 할 것이다.”

없게되고 만다.²⁾

오로지 법으로써만 법을 설명하려고 시도한다면, 그 배후의 ‘양상한 폭력’이 외려 기승을 부리게 된다는 ‘법 모범생’의 딜레마. “정치현실에 무관심한 부르주아의 정치적 폐기 상태의 반영”이라는 헬러의 따가운 비판.³⁾ 권위주의 정권의 총칼 앞에서 ‘법실증주의’의 방패 뒤로 숨어버렸던 우리 헌법학은 이러한 비판으로부터 과연 자유로운가. 합법과 불법의 이분법이 지배하는 법의 세계에서 한 발짝만 더 내딛으면, 곧 적과 친구의 살벌한 이분법이 지배하는 정치의 세계에 도달하게 된다. 여기서 우리는 젊은 낭만주의와 늙은 가톨릭의 두 얼굴이 기묘하게 조합된, 법학도를 음박지르는 ‘단순화’의 천재, 노획한 현실주의자 카알 슈미트와 대면하게 될 것이다.⁴⁾

“국가의 개념은 정치적인 것의 개념을 전제로 한다. 오늘날의 언어관용에 따를 때 국가란 곧 지역적으로 조직된 인민들의 정치적 상태이다. ... 도덕적인 것의 영역에서 우리는 선과 악의 구분을, 미학적인 것의 영역에서는 미(美)와 추(醜)의 구분을, 경제적인 것의 영역에서는 이(利)와 해(害)의 구분을 각각 받아들인다. ... 순수한 정치적인 구분은 ... 적과 친구의 구분이다. ... 적과 친구의 개념은 구체적이고 실존적인 의미로 받아들여야지, 이를 은유나 상징으로 받아들여서는 안된다. 그것은 경제적 혹은 도덕적 고려와 혼합되거나 그로 인하여 약화되어서도 안되고 ... 개인적 감정성향의 표현처럼 심리적인 것으로 받아들여서도 안된다. 이것은 규범적 대립물도, ‘순수한 정신적인’ 대립물도 아니다.”⁵⁾

‘순수법학(Reine Rechtslehre)’의 여린 손을 뿌리치고 찾아간 카알 슈미트적 ‘순수권력학(Reine Machtlehre)’의 세계. 그곳에는 적과 친구를 편가르는 ‘비상사태에서의 결

2) Heller, Hermann, “Die Krisis der Staatslehre”(1926), in: ders., *Gesammelte Schriften*, Bd. II, 2. Aufl., Tübingen: J. C. B. Mohr, 1992, 8쪽. 국가학의 방법론적 위기를 질타하는 이 논문은 ‘법실증주의’를 비판의 주된 표적으로 삼고 있다. 그의 표현에 의하면, 켈젠의 순수법학은 ‘논리적 법실증주의의 너무 늦게 탄생한 상속자’라고 한다(같은 글, 15쪽).

3) Heller, Hermann, “Political Science”(1934), in: ders., *Gesammelte Schriften*, Bd. II, 53쪽.

4) 카알 슈미트의 사상적 계보는 복잡하다. 그와 ‘정치적 낭만주의’의 연계성은 Schmitt, Carl, *Politische Romantik*, 4. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot, 1982(1. Aufl., 1919)을, ‘카톨릭 정치사상’과의 연계성은 Schmitt, Carl, *Politische Theologie: Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, München: Duncker & Humblot, 1934(특히 III장)을, ‘정치적 현실주의’와의 연계성은 Schmitt, Carl, *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes – Sinn und Fehlschlag eines politischen Symbols*, Köln: Hohenheim, 1982(1. Aufl., 1938)을 각각 참조할 것. 그밖에 권영설, “슈미트이론의 몇 가지 사상적 기초,” 「헌법규범과 헌법현실(권영성교수 정년기념논문집)」, 서울: 법문사, 1999, 104쪽 이하도 참조할 것.

5) Schmitt, Carl, *Der Begriff des Politischen*, Berlin: Duncker & Humblot, 1963(1. Aufl., 1932), 20쪽, 26쪽, 28쪽.

단⁶⁾만이 존재할 뿐이다. 오로지 ‘힘’이 지배하는 적나라한 권력투쟁의 틈바구니 속에서 헌법의 모습이란 왜소하기 그지없다. 게어하르트 안쉬츠(Gerhard Anschütz)가 적절히 표현하였듯, “헌법은 여기에서 정지한다(Hier hört das Staatsrecht auf).” 하지만 과연, 적과 친구를 나누는 주권자의 단 한 차례의 (지나간!) 결단만으로, 헌법은 곧 결정되고 바로 ‘종료’하는 것일까? 에르네스트 르낭(Ernest Renan)의 표현대로, 헌법이 전제하는 국가란 오히려 ‘매일매일의 국민투표(un plébiscite de tous les jours)’⁷⁾로써 갱신되고 또 지탱되는 것 아닐까? 도대체, ‘법’을 도외시킨 순수 ‘권력’이 어떻게 존재할 수 있고, 유지될 수 있는 것일까?

“헌법의 제정을 헌법제정권력의 ‘1회적 의지행위(einmaliger Willensakt)’로 이해하는 것은 잘못이다. … 헌법제정권력은 그로부터 모든 조직된 권력이 도출되는 근본권력(Ur-Gewalt)이며, 헌법제정권력의 명령은 그 의사의 힘으로 말미암아 여기에 따라야만 한다는 주장 역시 잘못된 것이다. 헌법제정자의 역사적인 의사는 그 결과물로 창조된 헌법의 실효성을 근거지우지 못하며, 그 자체도 완전한 형태로 유지될 수는 없는 것이다.”⁸⁾

“헌법제정권력의 실재성과 규범성은 상호 대립적인 관계가 아니라 상호 조건적인 관계에 있다. 권력구조를 결정하는 계층과 공통의 법원리를 매개로 결합되지 아니한 헌법제정권력은 권력도 아니고 권위도 아니며, 실재는 더욱 아니다.”⁹⁾

“절대권력은 - 그것이 절대적인 것으로 머무르려 하는 한 - 헌법 속으로 들어올 수 없다. 따라서 헌법제정권력은 임의의 권력 또는 순수한 자의를 제한하는 다소간의 ‘입헌성(Konstitutionalität)’을 이미 고려하여 전제로 삼고있는 것이다.”¹⁰⁾

헌법을 저 높은 ‘정치’의 자리에서 ‘생활’의 자리로 끌어내린 것은 분명 루돌프 스펜트

6) Schmitt, Carl, “Definition der Souveränität,” in: ders., *Politische Theologie*, 11쪽: “주권자란 곧 비상상황에서 결단 내리는 자이다.”

7) Ernest Renan · 신행선 옮김, 「민족이란 무엇인가」, 서울: 책세상, 2002, 81쪽: “한 민족의 존재는 … 개개인의 존재가 삶의 영속적인 확인인 것과 마찬가지로 매일매일의 국민투표입니다.”

8) Hesse, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller, 1995, Rn. 40.

9) Heller, Hermann, “Staatslehre”(1934), in: ders., *Gesammelte Schriften*, Bd. III, 2. Aufl., Tübingen: J. C. B. Mohr, 1992, 395쪽. 유태계 국가법학자 헬러의 ‘국가론’ 유고는 바로 이 부분에서 미완성인 채 중단되어 있다. 1933년, 그는 망명지 마드리드에서 42세를 일기로 영면하였다.

10) Böckenförde, E.-W., “Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes - Ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts,” in: ders., *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1992, 108쪽.

의 공로다. 그에 의할 때, 헌법의 본질은 일상적 통합의 매개가치가 된다는 점에서 ‘기능적으로’ 해명되는데, 여기에서 헌법이 봉사하는 국가=생활=통합이란 곧 ‘정신적인 것’으로 규정된다(‘정신적 생활과정’[Geistiger Lebensprozeß]). 헤겔(G. W. F. Hegel)이 스스로 운행하는 관념(Idee)을 절대정신으로 파악하였다면, 마르크스(Karl Marx)가 경제적인 것으로써 정신적인 것을 전복·대체하였다면, 프로이트(Sigmund Freud)가 인간정신에서 무의식의 성욕을 발굴하였다면, 융(Carl Gustav Jung)이 프로이트의 개인무의식을 집단무의식으로 확장하였다면, 라캉(Jacques Lacan)이 인간정신의 핵심조건으로서 언어를 제시하였다면, 스넬트의 그것은 ‘운명공동체(Gemeinschaft)=국가’로 규정하여도 무방하리라.

하지만, 바로 여기에서 스넬트 이론의 ‘은폐된 독재’의 속성이 감지되는 것이다. 개인에 따라 다소 주관적·상대적일 수밖에 없는 ‘가치(Wert)’의 문제를 객관적·절대적인 것으로 치환하고, 이로부터 국가와 헌법의 본질까지 도출해내는 그의 통합이론에 대하여, 슈미트가 ‘가치의 독재(Tyrannie der Werte)’¹¹⁾라는 의심을 눈길을 보내는 것도 공연한 시비는 아니다. 켈젠의 헌법이론에서 사상해버린 ‘가치’의 문제를 부활시킨 것은 좋으나, 통합의 가장 중요한 매개체 가운데 하나인 ‘법’을 배제해버린 것도 중대한 결함이 아닐 수 없다.¹²⁾ 민족국가라는 ‘상상의 정치공동체’¹³⁾가 물론 거짓된 존재는 아니다. 그러나 그것은 어디까지나 상상된 존재일 뿐, 결코 ‘현실체’가 될 수 없다. 즉, 스넬트의 이론은 ‘민족’본질론이 될 수 있을지언정, 보편적인 ‘국가’본질론·‘헌법’본질론이 되지는 못한다.¹⁴⁾

11) Schmitt, Carl, “Die Tyrannie der Werte,” *Säkularisation und Utopie: Ebracher Studien, Festschrift für Ernst Forsthoff zum 75. Geburtstag*, Stuttgart: W. Kohlhammer, 1967, 37쪽 이하 참조.

12) Heller, Staatslehre, 300쪽: “법이란 기술적으로 또 정신적·윤리적으로 필수적인 국가권력의 외형이다. ... 도대체 국가의 통합요소로서 법만큼 필요불가결한 것이 어디 또 있겠는가.”

13) Anderson, Benedict, *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, London: Verso, 1983, 15-16쪽: “민족은 상상의 정치공동체이다. ... 그것이 상상적인 까닭은 최소규모의 민족국가 구성원들조차 서로 모르고, 만날 수 없고, 듣거나 보지 못했지만, 같은 구성원(communion)으로서 각자의 마음속에 살아있기 때문이다. ... 민족은 공동체로 상상된다. ... 현실의 불평등이나 착취에 무관하게, 민족은 항상 절친하고 평등한 동지관계로 여겨진다. 지난 2세기 동안 수백만 명의 사람들이 상상체를 위하여 사람들을 죽이고 또 자발적으로 죽도록 만든 것은, 바로 이 형제애인 것이다.”

14) Smend, Rudolf, “Verfassung und Verfassungsrecht”(1928), in: ders., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlin: Duncker & Humblot, 1994, 126쪽, 129쪽, 136쪽 및 Heller, Staatslehre, 163쪽, 183쪽 참조.

II. 헌법규범의 네 번째 속성 : ‘타협의 결과물’

카알 브링크만(Karl Brinkmann)은 헌법이 전제로 하는 국가의 본질을 합창단에 비유하면서, 켈젠의 그것을 노래의 준거가 되는 악보 속의 음표에(법규범[Norm]), 헬러의 그것을 악보 · 음표에 따른 통일된 노랫가락에(행동통일체[Aktionseinheit]), 각각 대비시키고 있다.¹⁵⁾ 그의 비유를 좀 확장해 본다면, 슈미트의 그것은 다른 합창단과 구분되는 지휘자의 곡목결정에(구별 · 결단[Unterscheidung u. Entscheidung]), 스텐트의 그것은 오랜 연습의 결과 단원들 머리 속에 존재하는 통일된 음감(音感)에(정신 · 가치[Geist u. Wert]), 각각 대비될 수 있을 것이다. 그러나 법적 강제, 정치적 결단, 정신적 가치 - 이 중 어느 것도 헌법의 한 단면만을 보여줄 뿐, 그 본질을 온전히 드러내지는 못한다.

이러한 단편적 개념군은 “예/아니오(Ja oder Nein)”의 흑백논리에 사로잡힌, 독일식 관념주의의 ‘편집증후’일지도 모른다.¹⁶⁾ 우리는 여기서 형식과 논리가 지배하는 ‘철학’의 세계와 결별하고, 실용과 현실이 지배하는 ‘역사’의 세계로 들어가 보기로 한다.¹⁷⁾ 한가로이 노랫가락의 비유로써 개념화하기에 헌법이란, 또 국가란, 훨씬 급박하고 냉혹 · 절실한 ‘현실’의 문제이므로, 18세기말 ‘시민혁명의 어린 아들’로서 탄생한 헌법은, 본질적으로 ‘타협’의 속성을 지니지 않을 수 없었다. 요컨대 헌법의 역사는 과거와의 ‘타협’을 통하여 한걸음 한걸음 미래로 발전해 간 역사다.

“헌법은 법이다”라고 손쉽게 설명하지만, 기실 법규범으로서의 헌법은 - 역사적으로! - ‘민법의 위대한 모성’에 그 젖줄을 대고 있다. 가령, (국가권력에 대한) 인간과 시민의 ‘기본적 권리’라는 새로운 개념도 일반사법상의 권리, 즉 ‘사권(私權)’ 개념의 유추로 볼 수 있다. 가령, 국가기관과 국민간의 상호관계에 대한 (정치적 의미에서의) ‘대표’의 이론도 일반사법에 있어서 ‘대리’의 이론이 유추된 것으로 볼 수 있다. 일찍이 폰 게르버(C. F. von Gerber)는 이러한 상황을 “국가법적 소재에 사법적 계약의 옷을 입힌, 형식과 내

15) Brinkmann, Karl, *Verfassungslehre*, München: R. Oldenbourg, 1991, 15쪽.

16) 독일인의 국민성에 관해서는, Valentin, Veit, *Geschichte der Deutschen*(1947), Köln: Kiepenheuer & Witsch, 1993, 628쪽 이하를 참조할 것. 여기서는 역사적으로 형성된 독일인의 국민성 특징으로서, 전문가적 기질에서 유래한 비조화적 극단주의(동 636쪽)와 철학적 · 관념적 자기몰입에 따른 반인간적 극단주의(동 637-638쪽)를 지적하고 있다.

17) 이 방법론적 이분법은 Gierke, Otto v., *Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien*(1874), Tübingen: J. C. B. Mohr, 1915, 5쪽 이하에서 빌어왔다.

용의 거대한 부조화”¹⁸⁾라고 폄하한 바 있다. 하지만, 선발자인 민법과의 ‘법개념적 타협’은 후발자인 헌법으로서는 불가피한 선택이었다.

“정치적·단체적 공법관계를 경제적·개인적 사법관계의 법개념틀로써 이해하려는 태도는, 중세 영국 내지 중세 게르만의 봉건적 특권지배 - 그리고 이와 결합된 로마의 사법적 법기술 - 에 그 연원(淵源)을 발견할 수 있다: 영토고권은 토지소유권으로, 조세고권은 관습상의 채무관계로 각각 관념되었고, 국가권력은 곧 ‘땅과 사람’에 대한 권리로 간주되었다. 군주주권의 세습은 상속법의 일반원리에 따라 처리되었으며, 재판권은 영주에 대한 사법(私法)상의 권리와 대응하는 것이었다. 즉, 국가법은 재산법이었다.”¹⁹⁾

인(人)과 물(物), 권리와 의무, 합법과 불법 등 마치 “푸주한의 칼처럼 내려치는 법도(法刀)”²⁰⁾의 양단성은, 오토 폰 기에르케(Otto von Gierke)의 표현에 따르자면, “현대 교환생활의 사슬에 결합된 법형식적 도그마”²¹⁾에서 유래한다. 하지만, 본질적으로 정치적 성격을 갖는 기본권 등 헌법의 개념들은, 형식적·자족적·체계완결적 사법개념으로 유추될 수 없는 어떤 ‘고유성’을 지니고 있다.²²⁾ ‘정치적인 것’을 소재로 하는 헌법의 세계에는, 내려치는 법도(法刀)의 엄정함만으로는 결코 지배할 수 없는, 광활한 ‘회색의 영토’가 펼쳐져 있는 것이다. 그리고 이 헌법의 세계는 오로지 ‘타협’을 통해서만 획득되고 또 지배될 수 있는 것이다.

프랑스혁명의 결과로 탄생한 프랑스공화국 그리고 프랑스헌법. 과연 그 ‘정치적인 것’의 본질은 - 슈미트의 설명대로 - 제3신분(부르주아=시민)과 제1신분(성직자)·제2신분(귀족)이 서로를 적으로 규정·대립한 데에 있을까? 아니면, 제1신분·제2신분이 제3신분을 그들의 친구로 묶는 ‘타협’에 실패한 데에, 또 제3신분이 진보적 귀족과 노동자·

18) Gerber, C. F. v., *Ueber öffentliche Rechte*, Tübingen: Laupp, 1852, 79쪽.

19) Gerber, *Öffentliche Rechte*, 23-24쪽, 37-39쪽. 그밖에 Gierke, *Grundbegriffe*, 89쪽 이하 및 Jellinek, Georg, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen: J. C. B. Mohr, 1919(1. Aufl., 1892), 1쪽 이하도 참조.

20) Brecht, Bertolt, “Lied von den Gerichten”에서 인용. 원문은 다음과 같다: “Die Sprüche des Gerichts: Fallen wie die Schatten der Schlachtmesser.”

21) Gierke, *Grundbegriffe*, 6쪽.

22) 가령, Gerber, *Öffentliche Rechte*, 35쪽: “사법은 자유로운 인격 주체들의 미래지향적 가능성을 규율하는 세계인 반면, 공법은 과거에 이미 창설·확정된 국가조직의 내부관계를 규율하는 세계이다.” 또한, Gierke, *Grundbegriffe*, 14-15쪽: “현실의 생활관계가 오랜 세월에 걸쳐 법적 형식과 불가분적으로 결합된 사법의 경우와 달리, ‘젊은’ 공법 분야에서는 현실의 생활관계가 법형식적 개념체계와 아직 견고하게 결합되어 있지는 않다.” Jellinek, *System*, 81-82쪽: “사권은 그 소지자인 인(Person)으로부터 분리하는 것이 가능하지만 공권은 그렇지 않다.”

농민을 자신의 친구로 묶는 ‘타협’에 성공한 데에 있을까? 프랑스혁명의 성공 직후에 발표된 한 만화는 이 문제에 대한 정답을 우리에게 보여준다(아래 그림을 참조할 것). 두말할 것도 없이, ‘적에 대한 배척’이라는 슈미트의 정치개념은, ‘친구로서의 타협’이라는 동전의 나머지 한 면을 사상시킨 것이며,²³⁾ 따라서 그것은 국가와 헌법의 전제로서는 불완전한 정치개념이다.

1787년 미국헌법의 제정을 실례로 들어보자. 과연 그것은 미국과 영국이 서로를 적으로 규정·대립한 데에 건국과 제헌의 본질이 있을까? 아니면 영국이 아메리카 식민지를 친구로 묶는 타협에 실패한 데에, 그리고 식민지 13개 주가 영국에 대항하여 건국·제헌을 위한 타협에 성공한 데에 본질이 있을까? 필자는 역시 후자의 손을 들어주고 싶다. 55명의 헌법 기초자들이 아무런 선례도 없는 상황에서 토론과 타협을 통하여 한 해 여름 동안에 헌법을 만들어 냈고, 그 헌법이 현재 사용되고 있는 헌법 가운데 세계에서 가장 역사가 오랜 것이라는 점에서 미국헌법의 제정은 기적이라 불릴 만하다.²⁴⁾ 무엇보다 여기에서는 ‘실용적 타협’을 통한 ‘정치적 중도’의 길을 걸었다는 점이 두드러진다.



<그림> “서둘러, 서둘러라! 어서 헌법을 만들자!”

23) Heller, Hermann, “Politische Demokratie und soziale Homogenität”(1928), in: ders., *Gesammelte Schriften*, Bd. II, 425쪽: “카알 슈미트의 정치개념에서는 국가 내부의 통일체 형성이라는 영역이 전혀 발견되지 아니한다.”

24) 정경희, 「중도의 정치: 미국헌법제정사」, 서울: 서울대학교출판부, 2001, 1쪽.

프랑스 혁명을 주도했던 ‘제3신분’(=부르주아)이 진보귀족, 노동자와 합심하여 새로운 헌법을 만들어내고 있다.

“미국헌법이 이원적인 의회 구성방식을 채택한 것은, ‘헌법의 아버지들’이 토론과 타협을 통해서 연방과 헌법을 만들어낸, 이른바 ‘필라델피아의 기적’ 가운데에서 특히 극적인 장면이었다. 1787년의 제헌회의에서 버지니아 등 대규모 주들은 인구비례로 구성되는 의회를 예상했고(‘버지니아안’), 뉴저지 등 소규모 주들은 ‘주권평등’에 따라 주별로 동수의 대표를 파견하는 의회를 예상했다. 제헌회의가 분열로 치닫자, 코네티컷의 대표 올리버 엘즈워드(Oliver Ellsworth)는 하원을 인구비례 대표로, 상원을 주별동수대표로 구성하는 타협안을 제시했다. 이 타협안이 우여곡절 끝에 수용됨으로써(‘대타협’[Grand Compromise]), 건국과 제헌이 성공적으로 마무리될 수 있었다. 이것이야말로 연합정부와 통합정부 사이에서 연방정부라는 ‘중도’의 길을 택했던 미국식 실용주의의 빛나는 승리가 아닐 수 없다. 그래서 오늘날까지도 그 위대한 타협을 ‘코네티컷 타협(Connecticut Compromise)’으로, 또 그 타협안을 제시한 코네티컷주를 ‘헌법주(Constitution State)’로 명명하여 기념하고 있는 것이다.”²⁵⁾

우리는 이쯤에서, 헌법의 규범적·정치적·정신적 제 측면에 비하여 간과되어 왔던, 헌법의 ‘경제적’ 측면에 주목할 필요가 있다고 본다. 제헌과 이론에 몰두했던 프랑스혁명의 경우와 비교할 때, 미국독립에 있어서는 건국과 현실에 치중하는 모습이 적나라하게 나타나고 있다.²⁶⁾ 거기에는 ‘신의 힘’의 인도(뱅크로프트[George Bancroft])보다도, ‘앵글로색슨’의 정치적 재능(역사해석학과)보다도, 결집력이 강한 어떤 경제적 이익집단의 전국적 이해관계가 두드러지게 등장한다.²⁷⁾ - 즉, 미국헌법은 어디까지나 ‘경제적 문서’였다.²⁸⁾ 하지만, 여기서 한 가지 간과하지 말아야 할 사실은, 미국헌법은 특정 경제적 집단의 이해관계가 ‘관철된’ 승리의 산물이 아니라, 유사한 경제적 이해관계들이 ‘결집된’ 타협의 산물이라는 점이다.

25) 이 부분에 관하여 보다 자세한 설명은 정경희, 중도의 정치, 47쪽 이하를 참조할 것.

26) 미국헌법의 제정 과정에서 헌법제정권력의 문제가 그다지 두드러지지 아니하였는데, 그 이유는 건국과 제헌이 동시에 진행됨으로써 제헌보다는 건국에 관심이 집중되었다는 점, 헌법의 ‘아버지들’이 이론적이기보다는 현실적·타산적인 상인·지주계급에 속했다는 점 때문으로 판단된다. 이 점 프랑스 1791년헌법의 제정과 미국 1787년헌법의 제정은 좋은 대조를 이룬다. 이에 대해서는 Stern, Klaus, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. I, München: C. H. Beck, 1984, §5 I 1, 143쪽.

27) Beard, Charles. A., *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States* (1935), 양재열·정성일 역, 『미국헌법의 경제적 해석』, 서울: 신서원, 1997, 17-19쪽, 347-348쪽.

28) Beard, *Economic Interpretation*, 제6장(167쪽 이하) 및 347쪽.

“헌법의 비준과정에서 성인남자의 3/4 정도가 투표에 참여하지 못했다. 헌법은 성인남자의 1/6이 넘지 못하는 표로써 비준되었다. … 헌법의 비준과정에서 찬성 · 반대的主張은 한편에는 자산가의 동산이익을, 다른 한편에는 소농가 · 채무자이익집단을 둔 양 집단간의 대립이었다. … 헌법은 법학자들이 흔히 말하듯 ‘전국민’에 의하여 창조된 것이 아니며, 또한 남부의 연방법 무효주장자들이 오랜기간 주장해왔듯이 ‘주’에 의하여 창조된 것도 아니다. 그것은 주의 경계를 넘어 전국적 범위의 이해관계를 갖는, 결집력이 강한 어떤 특정 집단(‘동산이익집단들’)의 작품이었다.”²⁹⁾

“현금동산의 소유자들은 화폐의 안정성과 통일성을 보장해줄 중앙정부를 필요로 하였다. (주정부나 대륙의회가 발행한) 공채의 소유자들은 나날이 가치가 떨어져가는 공채를 액면가대로 갚아줄 수 있는 강한 국민정부의 등장을 고대했다. 제조업과 해운업에 투자한 자산가들은 강력한 보호무역을 수행해 줄 중앙정부가 절실하게 필요했다. 서부지역 토지에 투자한 자산가들은 효율적인 연방정부가 등장하여 지나치게 저평가된 토지가액을 적절히 인상해줄 것을 기대하고 있었다. 이러한 이익집단을 연결 · 조직하여 연방정부를 중심으로 뭉치게 한 사람이, 바로 미국의 새 제도를 창출한 위대한 천재 해밀턴(Alexander Hamilton)이었다.”³⁰⁾

특정한 경제적 이해관계의 관철, 즉 계급의 지배를 헌법의 본질로 오해할 경우, 우리는 마르크스주의 헌법이론으로 빗나가게 된다. 일리치 레닌(V. I. Lenin)이 표현했던, ‘프롤레타리아에 의하여 정복된 영토’로서의 헌법이 바로 그것이다. ‘정치적인 것’이 일체를 지배하는 슈미트의 대척점에 바로 ‘경제적인 것’이 일체를 지배하는 마르크스가 서 있다.³¹⁾ 슈미트가 적과 친구의 이분법으로써 ‘정치적인 것’을 단순화하였다면, 마르크스는 자본가와 노동자의 이분법으로써 ‘경제적인 것’을 단순화하였다. 정치적 타협을 배제하는 ‘결단’이 불완전한 개념이듯, 경제적 타협을 거부하는 ‘계급’ 역시 불완전한 개념이다. 경제적 이해관계의 결집이 헌법의 본질임은, 단지 미국헌법의 사례만이 이를 실증하는 것은 아니다.

사회주의 중국의 경우, 1954년헌법이 제정되기 이전까지 과도적 헌법으로 기능하였던 中國人民政治協商會議共同綱領(1949. 9. 29. 전문 7장 60개조)에서는, 노동자 · 농민 이외에 각 민주계급까지 아우르는 계급연합적 국가성격을 분명히 하면서

29) Beard, Economic Interpretation, 348쪽.

30) Beard, Economic Interpretation, 46-66쪽 및 115-116쪽에서 요약 · 정리함.

31) 잔프랑코 쾃지(Gianfranco Poggi)는, 슈미트의 정치개념(외부적 적-친구구분)과 이스턴(David Easton)의 정치개념(내부적 가치배분)을 대비하면서, 전자를 ‘대륙적=대외적’인 것으로, 후자를 ‘영미적=대내적’인 것으로 각각 분석하였다. 그에 의하면 마르크스주의는 ‘내부적 분배’의 문제에 일차적 관심을 갖는다는 점에서 후자와 공통된다고 한다. Gianfranco Poggi · 박상섭 옮김, 『근대국가의 발전』, 서울: 민음사, 1995, 32-34쪽 참조.

(§1), 노동자·농민 이외에 소자본가·민족자본가 등의 이익·재산까지도 보호하는 신민주주의인민경제를 경제체제의 기본으로 채택하고(§3), 최고국가정무기관으로서 설치·구성된 정부원에 비공산당인사를 1/3 이상 과반수까지 수용함으로써 정치체제면에서도 연합정부의 실질을 구현하였다.³²⁾

슈미트와 마르크스의 관계와 마찬가지로, ‘정신적 통합’에서 헌법의 본질을 구하는 스텐트의 대척점에 바로 ‘사회경제적 동질성’에서 헌법의 본질을 구하는 헬러가 서 있다. ‘정신=민족’이 우리의 운명이 아니듯, ‘경제=계급’ 또한 우리의 운명이 아니었다는 사실 - 이는 역설적이게도 사회주의 혁명의 성공으로 실증되었다.³³⁾ 사회경제적 동질성이 사라지고 형식적 평등만 이상하게 남은 곳에 민주국가의 헌법이 머물 자리는 없다. 바로 이 자리에서 ‘지배계급의 독재’가 등극하게 되는 것이다.³⁴⁾ ‘친구로서의 타협’은 정치적인 것에서 경제적인 것으로 확장되지 않으면 안된다. 여기에서 우리는 헌법의 또 다른 본질을 발견하게 된다.

“미국헌법의 제정을 위하여 1787년 필라델피아회의에 모인 사람들이 독일헌법의 제정을 위하여 1848년 프랑크푸르트회의에 모인 사람들처럼 ‘이론가의 집단’이었다면 그들은 처참하게 실패했을 것이다.”³⁵⁾ 옳은 말이다. 그러나 ‘사상’ 없는 ‘경제’만으로 헌법이 만들어질 수는 없는 일이다.³⁶⁾ 정신적인 원리·질서 내지 가치의 역할은 헌법의 역사에서도 두드러지게 나타난다. 물론 이것 또한 완전히 새로운 사상을 창조하는 ‘혁신’이 아니라, 과거의 정신을 유산으로 물려받은 ‘타협’의 소산이다. 새로운 ‘헌법’의 개념은 낡은 카톨릭사상과 낡은 군주제이론의 등지에서 부화하였다. 두말할 것도 없이, 헌법이 내용으로 하는 정신적 가치란, 유일한 우월적 가치의 지배를 의미하는 것이 아니다. 그것은

32) 관련하여 周恩來, “關於‘共同綱領草案起草的經過和綱領的特點’的報告”(1949. 9. 22), 許崇德, 「中國憲法參考資料選編」, 北京: 中國人民大學出版社, 1990, 13-18쪽 참조. 또한 殷鑾虎, 「近代中國憲政史」, 上海: 上海人民出版社, 1997, 265쪽: “이러한 종류의 신민주주의 국가형식은 ... 자본가계급의 독재가 아님은 물론 무산자계급의 독재도 아닌 것이며, 여러 혁명계급들 - 즉, 무산자계급·농민계급·소자본가계급·민족자본가계급들의 연합독재인 것이다. 이것이야말로 신민주주의공화국이 일반 자본가계급공화국과 구별되는 주요특징이다.” 毛澤東은 이러한 신민주주의 공화국의 국체를 요약하여 ‘각 혁명계급의 연합독재’라 지칭하였다. 毛澤東, “新民主主義論,” 「毛澤東選集」第二卷, 北京: 人民出版社, 1991, 677쪽.

33) Heller, Hermann, “Ziele und Grenzen einer Deutschen Verfassungsreform”(1931), in: ders., *Gesammelte Schriften*, Bd. II, 414쪽.

34) Heller, Politische Demokratie, 430쪽.

35) Beard, Economic Interpretation, 166쪽.

36) 미국에 있어서 헌법제정의 본질이 ‘경제’냐(혁신주의적 해석), ‘사상’이냐(사상적 해석)를 둘러싼 논란은 아직까지도 진행 중이다. 정경희, 중도의 정치, 5-7쪽.

대립 · 충돌하는 가치들의 상호 타협을 통한 조화와 공존을 의미한다.

프랑스혁명을 정당화하기 위하여 헌법제정권력론을 창시했던 쉬에예스(Abbe Siéyès)는, 그 자신 신부로서 가톨릭신학에서 발전된 여러 개념들을 여기에 응용하였다. 즉, 오직 '신'에게 부여된 특성이었던 '조직하는 권력(pouvoir constituant)'이란 개념을 '국민'에게 전이하였다. "모든 권력은 신에서 나온다(Non est enim potestas nisi a Deo)"는 경구에서 신을 국민으로 대체하였던 것이다. 그밖에, 조직하는 권력(potestas constituens), 법 중의 법(norma normans), 무로부터의 창조(creatio ex nihilo) 등, 쉬에예스가 상정한 국민의 헌법제정권력은 신의 권능과 마찬가지로 일체를 시원적으로 창조하는, 그 스스로를 정당화하는 권력이었다.³⁷⁾ "근대국가학의 중요한 개념은 모두가 세속화된 신학개념이다"³⁸⁾라는 슈미트의 언명은 분명 진실의 일면을 담고 있다. 군주제의 대항이론으로서 제기된 루소(J. J. Rousseau)의 직접민주제론도 마찬가지다. 그는 과거의 절대군주정을 '그대로' 거꾸로 뒤집어 절대민주정을 고안해 내었던 것이다.³⁹⁾

III. 대한민국 헌법의 본질 : '제한적'인 타협의 결과물

'제국(帝國)'이 아닌 '민국(民國)'으로서의 첫출발을 의미했던 대한민국 임시정부의 헌법문서 - 즉, 1919년 4월 11일의 임시헌장과 1919년 9월 11일의 임시헌법을 살펴볼 때, 우리는 여러 측면에서 헌법의 타협적 속성이 여기에서도 두드러지고 있음을 발견하게 된다. 당시, 일제에 의한 국권침탈의 위기상황에서 '법질서의 통일적 피라미드'나 '주권자=권력자의 결단' 내지 '민족국가의 정신적 통합' 등과 같은 도구개념들이 헌법의 본질을 설명하는 데 과연 얼마나 유용할 수 있었겠는가.⁴⁰⁾ 우선, 1919년 4월 11일의 임시

37) Böckenförde, Verfassungsgebende Gewalt, 95쪽.

38) Schmitt, Politische Theologie, 49쪽.

39) Armin, Hans Herbert v., *Staatslehre der Bundesrepublik Deutschland*, München: Vahlen, 1984, 29쪽. "루소와 보댕 · 홉스의 유일한 차이는, 무제한의 국가권력을 국민 위에 군림하는 주권자=군주에 부여하였느냐, 아니면 스스로 주권자가 되는 국민 자신에 직접 부여하였느냐일 뿐이다."

40) 당시 대한민국 임시정부에 대한 국제적 승인이 부재한 상황에서, 그 범규범질서란 상태 프랑스조계의 '온정적 방치'라는 한계 내에서만 부분적으로 유지될 수 있는 '사실상의 질서'에 불과했다. 국민적 대표성을 갖추기 위한 '선거'의 실시라든가 국가권력의 강제력을 담보해주는 '무력'의 확보가 모두 불가능한 상황에서, 헌법적 의미에서 대한민국 임시정부의 '정당성'이란 현실적으로 기대하기 어려운 것이었다. 뿐만 아니라 초기에 상당한 효과를 거두었던 국내세력과의 '연통제'가 일제에 의하여 파괴되면서, 대한민국 임시정부와 그 헌법문서들이 '민족통합

헌장은 우리 헌정사 최초로 공화제를 표방한 역사적 헌법문서라 하겠으나, 여러가지 점에서 과거 군주제의 꼬리를 완전히 제거하지 못한 그 과도기적 특징이 완연히 드러나고 있다. 즉, 이는 군주제 질서와의 '타협적 공존'을 전제로 하였던 민주주의 헌법문서인 것이다.

첫째, 그 체제의 면에서 전문 10개조의 임시헌장은 과거 홍범14조나 대한국국제와 유사한 군주제 헌법문서의 형식 - 일종의 '헌장=약식헌법' 형식 - 을 답습하고 있다.⁴¹⁾ 둘째, 그 용어의 면에서 대한제국의 계승의식을 담은 국호 대한민국이라든가 의정원·6부와 같은 기구편제 등 과거 조선왕조의 잔재를 지니고 있다.⁴²⁾ 셋째, 대한제국 황실의 처우 문제를 둘러싸고 우대론과 반대론이 대립한 끝에 결국 전자의 입장이 헌장(§8)에 수용되는 등 구 군주제 질서의 흔적을 남기고 있다.⁴³⁾

의 계기'로서 작용할 수 있는 일말의 가능성마저 차단되고 말았다.

- 41) 이와 관련하여 임시헌장과 홍범14조·대한국국제와의 서술형식상의 유사성을 지적하고 있는, 신우철, "중국의 제헌운동이 상해 임시정부 헌법제정에 미친 영향 - 임시헌장(1919. 4. 11)과 임시헌법(1919. 9. 11)을 중심으로 -," 「법사학연구」 29(2004. 4), 17-18쪽 참조.
- 42) 당시 국호의 결정문제와 관련하여, 여운홍, 「몽양 여운형」, 서울: 청하각, 1967, 40-41쪽: "국호에 대하여는 결국 대한민국으로 하기로 낙착되었지만 ... 상당한 격론이 거듭되었다. ... 망한 나라 일본에게 합병되어 버린 대한(제국)의 국호를 우리가 지금 그대로 부른다는 것은 감정상으로도 용납할 수 없다는 것이었다. 그러나 이를 주장한 사람들은 일본에게 빼앗긴 국호이니 일본으로부터 다시 찾아 독립했다는 의의를 살려야 ... (한다)는 주장이었다." 한편, 입법부에 상당하는 기구를 '의정원(議政院)'이라 지칭한 예는 이 임시헌장이 처음은 아니었다. 천도교세력이 1919년 4월 1일 기호지역에 수립하려 하였던 '대한민간정부(大韓民間政府)'는, 비록 그것이 '전단정부(傳單政府)'의 성격을 지니는 데 불과했다 할지라도, '의정부장관(議政部長官)'의 직위를 두어 입법부의 맹아적 형태를 이미 규정하고 있었던 것이다(이현희, 「대한민국 임시정부사」, 서울: 집문당, 1982, 54-55쪽). 그 훨씬 이전인 대한제국 시기에도 근대적 의미의 '내각'에 해당하는 용어로서 '의정부회의(議政府會議)'라는 표현을 사용한 사례가 있었다. 아무튼, 여기서 '의정원' 내지 '의정부'라는 용어는 정종 2년(1400년)에 개칭된 '의정부' 직제에서 유래한 어원으로 보인다. 그밖에 '6부=총장' 같은 직제도 과거 조선시대 '6조=판서' 직제로부터 기인한 것으로 추측된다. 이와 관련하여, 「자유보」 11(1921. 3. 1), "(이동휘)탈퇴선포문," 「한국독립운동사 자료37(해외언론운동편)」, 과천: 국사편찬위원회, 2001, 67-68쪽: "... 七계급의 관제하에 시동같은 대통령 총리 총장은 마치 六조를 배치한 듯 하나 ..."
- 43) 구 황실의 처우 문제는 1919년 4월 11일의 임시헌장 제정 당시 뿐 아니라 동년 9월 11일 임시헌법의 제정을 전후해서도 계속 논란이 이어졌던 뜨거운 논제였다. 「독립」(1919. 9. 6), 2면('헌법초안제독'): "조완구씨가 황실우대건을 삽입하는 의견을 제출하니 기 이유를 써는 술해야 왁 민주국 헌법에 황실을 운운함이 불가하다 함일지나 차를 입아(入我)함은 아민족 통일의 일방침이 되리라. 혹 차항을 발거(拔去)한 결과 인민의 반항을 살가 두려워하며 더욱 아(我) 전황실은 적의게 주권을 피탈한 것이라 하며 초희왕(楚懷王)의 예를 들다. ... 여운형씨 반대하여 왁 혁명은 철저히하여 할지라 집정자의 은혜를 운운함은 우설(愚說)이오, 그러타고 여(余)는 황실을 벌(罰)하잠은 아니라. 조여 양씨간에 논전이 유(有)한 후 채결(採結)하여 팔대 육으로 수정가결." 그밖에 여운홍, 몽양 여운형, 41-42쪽도 참조.

1919년 9월 11일의 임시헌법은 직전의 임시헌장과 비교할 때 전문과 8장 58개조의 완비된 형식을 갖춘 ‘근대헌법전’으로, 그 제정 과정에서는 정치세력간의 타협이라는 헌법의 본질이 확연하게 드러나고 있다. 즉, 이 헌법전은 노령·상해·한성 등 각지 임시정부의 ‘통합헌법’에 해당하는 것으로, 기호파(이승만)·노령파(이동휘)·서북파(안창호) 등 독립운동 세 거두 사이의 ‘정치적 타협’ 결과를 반영한 문서로 볼 수 있다.⁴⁴⁾ 이외에 상해시기의 나머지 두 헌법문서, 즉 1925년 4월 7일의 개정 임시헌법과 1927년 3월 5일의 임시약헌에도 – 비록 이 시기의 임시정부는 줄곧 분열과 쇠퇴의 내리막길을 걷게 되지만 – 정치세력간의 타협이라는 헌법본질은 여전히 반영되고 있다.

1925년의 임시헌법 개정은 ‘노령/합경파=정부창조파’(문창범/신채호/박용만 등) 및 ‘기호파=정부옹호파’(이승만/이동녕/조소앙 등)와 각각 대립관계에 있었던 ‘서북파=정부개조파’(안창호/이유필/조상섭 등)가 일부 좌파세력·영남세력(여운형/윤자영/이상룡 등)과 연합하여 추진하였던 것으로 판단된다.⁴⁵⁾ 1927년의 임시약헌은 김구가 국무령이 되어 윤기섭·이규홍·김갑·오영선·김철 등으로써 내각을 조직하고 김갑·이규홍·황의춘을 약헌기초위원으로 임명하여 제정한 것인데, 이는 임시정부의 분규를 종식시키기 위하여 ‘위원제’의 정부형태를 취한 헌법이었으나 그 과정에서도 이동녕의 배후지원이라든가 기호파와 영남파의 연합 등 정치적 타협의 흔적은 발견되고 있다.⁴⁶⁾

1940년대 중경 임시정부 시기 두 차례의 헌법개정 과정에서는, 중일전쟁·태평양전쟁의 확대로 일제의 패망이 점차 가시화되면서, 독립운동 세력간의 타협 움직임도 한층 구체화되어 나타났다. 1940년 10월 9일의 임시약헌 제정은, 우파 민족진영의 3당 – 한국

44) 이 점에 대해서는 신우철, 상해 임시정부 헌법제정, 30쪽 각주 80, 41쪽 및 동 각주 122: “그(안창호)의 일기에 드러난 바로는 오히려 당시 상해(이동녕/이시영/신규식)·노령(이동휘)·미주(이승만)의 독립운동 세력을 통합하고, 또 통합에 따른 불만(‘지방열’)을 ‘헌법논쟁’을 통하여 희석시키려는 숨겨진 의도가 있었던 것이 아닌가 추측된다. … 이동휘에게 국무총리로서 ‘組閣權’을 부여하고 … 이승만에게 ‘大統領’의 실권을 보장하고 … 총장급 명망가들과 … 차장급 실무자들에게는 ‘國務院’의 권력을 … 이미 채권과 인권을 장악한바 다름없었던 안창호에게는 ‘勞働局總辦’이라는 별 볼일 없는 자리를 각 배분한 것.”

45) 1925년 임시헌법의 개정 과정에 대하여 상세한 것은, 신우철, “중국의 제헌운동이 상해 임시정부 헌법개정에 미친 영향 – 1920년대의 헌법개정 과정에 나타난 정치제도의 규범과 현실 –, ” 『법과사회』 27(2004년 하반기) 참조.

46) 1927년 임시약헌의 제정 과정에 대해서는 공식적인 기록을 전혀 발견할 수 없다. 단편적인 회고로서 김구(도진순 주해), 『백범일지』, 서울: 돌베개, 1997/2002, 288쪽, 316-317쪽 및 일제측의 자료로서 『朝鮮民族運動年鑑』, 上海: 在上海日本總領事館警察部第二課, 1932, 292쪽; 朝鮮總督府 慶北警察部, 『高等警察要史』(1934), 91쪽 이하. 특히 고등경찰요사, 91쪽 상단: “그 계파로 보아 기호파가 영남파와 결합하여 서북파를 뒤집은 것.”

국민당(김구) · 한국독립당(조소앙) · 조선혁명당(이청천) - 이 한국독립당으로 통합된 사실에 상응하여, 그 주도자적인 김구의 지도력을 '주석제'의 신설을 통하여 제도화함과 동시에, 각 정치세력의 대표들이 참여하는 '국무위원회'의 위상 · 권한을 임시의정원에 비하여 강화하려는 데에 주된 개헌 의도가 있었다.⁴⁷⁾ 1944년 4월 22일의 임시헌장은 임시정부의 헌법문서 가운데 최후의 것인데, 임시정부에 재 합류한 김규식 · 김원봉 · 김성숙 등 민족좌파 계열(조선민족혁명당 등)을 흡수 · 통합하기 위하여, 이들에게 부주석과 국무위원 직위를 제도적으로 안배하려는 데에 주된 개헌 의도가 있었다.⁴⁸⁾

대한민국 입헌주의의 맹아기에 해당했던 임시정부의 헌법문서들에도 이처럼 '타협의 결과물'로서의 속성이 여실히 드러나고 있지만, 동시에 그것은 여러 측면에서 '제한적'인 타협의 결과물임을 지적하지 않을 수 없다. 첫째, 그 헌법문서들은 대체로 일부 정치세력이 배제된 기초 위에 제정된 것이어서, 타협의 수평적 범위가 애당초 제한적이었다.⁴⁹⁾

47) 손세일, "대한민국 임시정부의 정치지도체계: 임시헌법 개정과정을 중심으로," 「3·1운동 50주년 기념논문집」, 서울: 동아일보사, 1969/1989, 925-926쪽 및 楊紅梅, "論韓國臨時政府의五次改憲," 復旦大學韓國問題研究中心, 「韓國研究論叢」(第五輯), 北京: 中國社會科學出版社, 1998, 149-150쪽, 156쪽; 石源華, 「韓國反日獨立運動史論」, 北京: 中國社會科學出版社, 1998, 111쪽 참조. 그밖에 1940년의 임시약헌은 "광복운동자의 대단결인 (유일)黨에 국가의 최고권력이 있다"고 규정한 1927년 임시약헌 제2조를 삭제하였는데, 이 역시 정치세력(정당) 간의 타협과 통합을 촉진시키기 위한 개헌으로 판단된다(위 石源華, 韓國反日獨立運動史論, 112쪽 참조).

48) 1944년의 임시헌장이 부주석 직위를 신설하고 국무위원의 숫자를 확대한 것은 곧 조선민족혁명당 등 민족주의 좌파 계열과의 통합을 고려한 정치적 타협의 소산이다. 손세일, 임시정부의 정치지도체계, 929-930쪽; 楊紅梅, 論韓國臨時政府의五次改憲, 153-155쪽, 156쪽; 石源華, 韓國反日獨立運動史論, 113쪽 참조. 그밖에 임시헌장은 행정부를 국무위원회와 행정연락회의로 2원화시켰으며, 임시의정원 의원의 종신임기제를 3년임기제로 변경하였는데, 이 또한 한국독립당 세력과 조선민족혁명당 세력의 정치적 타협 결과로 볼 수 있었다. 관련하여 독립운동사편찬위원회, 「독립운동사」 제4권 임시정부사, 독립유공자사업기금운용위원회, 1972, 983-984쪽, 1005쪽; 김영수, 「대한민국임시정부헌법론: 헌법제정의 배경 및 개헌과정을 중심으로」, 서울: 삼영사, 1980, 167-168쪽; 홍선표, "대한민국임시정부의 주석제," 한국근현대사학회, 「대한민국임시정부 수립80주년기념논문집」(상), 서울: 국가보훈처, 1999, 203-204쪽; 배경식, "중경시기 '반한독당세력'의 임시정부 개조운동," 대한민국임시정부 수립80주년기념논문집(상), 648-649쪽 등의 분석 및 개헌위원회 제13차회의(1943. 5. 22), 국회도서관, 「임시정부의정원문서」, 서울: 국회도서관, 1974, 343-344쪽 소재 박건웅의 발언; 추헌수, 「자료 한국독립운동」 1, 서울: 연세대학교 출판부, 1971, 398쪽; 추헌수, 「자료 한국독립운동」 2, 서울: 연세대학교 출판부, 1972, 235쪽 등의 사료 참조.

49) 1919년 '통합' 임시헌법의 제정에는 노령파(문창범) · 북경파(신채호) · 미주파(박용만)의 일부 세력들이 배제되었고, 1925년 임시헌법의 개정 과정에는 정부창조파(노령/함경파) · 정부옹호파(기호파)가 배제된 반면 1927년 임시약헌의 제정 과정에는 서북파가 배제되었고, 1940년 임시약헌의 제정 과정에는 민족주의 좌파(조선민족혁명당 등)가 배제되었고, 1944년 '좌우합작' 임시헌장의 제정 과정에서도延安으로 복상한 조선독립동맹 등 일부 좌파 세력(김두봉 · 무정)은 배제되었다.

둘째, 국민(특히 내국민)의 지지를 고려할 필요가 없는 임시정부의 특수 상황에서 정치적 타협이 전체 국민의 의사로부터 탈리됨으로써, 독립운동 지도자들 간에 수직적 차원의 ‘권력투쟁→타협’ 과정이 반복되었다.⁵⁰⁾ 넷째, 정치적 타협의 계기에 있어서 내부적 요인 보다는 미국(초기)이나 중국(중·후기) 등 외부적 요인이 작용한 경우가 많았다.⁵¹⁾ 다섯째, 정치적 타협의 반영물인 헌정제도의 형성에 있어서, 타협 상대방 정치세력에 대한 제도적 배려가 ‘기만적 속성’을 지니는 경우가 종종 발생하였다.⁵²⁾

1948년 대한민국의 건국과 대한민국헌법의 제정 역시 ‘제한적’인 타협의 결과물로서의 성격을 극명하게 드러내고 있다. 그것은 한편으로는 대한민국이 조선의 ‘북쪽’을 – 이념적으로는 ‘좌익’을 – 하나의 국가 단위로 통합하는 데 실패한 결과물이면서, 다른 한편으로는 이승만과 일부 임정세력(신익희 · 이시영 · 이범석 등)을 포함한 국외 독립운동 집단과 김성수 · 서상일 등 한국민주당 계열의 국내 친일세력이 정치적으로 타협한 결과물이었다.⁵³⁾ 정치세력간의 타협이라는 헌법의 본질적 요소는 1987년 현행헌법 제정 과정에서도 두드러지게 나타나고 있다.⁵⁴⁾ 그러나 이 역시 정치적 타협의 수평적 범위(일부 정치세력의 배제)과 수직적 밀도(국민적 정당성 확보의 미진) 및 시간적 속도(촉급한 개헌 일정) 등 측면에서 대단히 ‘제한적’인 타협의 결과물임을 아울러 지적하지 않을 수 없다.⁵⁵⁾

50) 신우철, 상해 임시정부 헌법제정, 53쪽.

51) 1919년의 통합 임시헌법 제정은 두말할 것도 없이 윌슨대통령의 민족자결주의 및 파리강화회의 · 태평양회의 등의 개최에 자극받은 것이었다. 가령, 「독립신문」(1925. 3. 31), 1면 1-2단: “민국 원년에 만세를 부를 새 미국의 웰슨을 정의 인도의 유일한 천신으로 알고 파리강화회의에서 이박사의게 대한독립의 허가장을 나린다고 몽상 ….” 1940년의 임시약헌과 1944년의 임시헌장 제정은 재정지원과 정부승인을 수단으로 정치세력간의 통합을 압박한 중국 국민당정부의 영향력이 강하게 작용한 결과였다. 楊紅梅, 論韓國臨時政府的五次改憲, 155쪽: “... 만주사변 특히 중일전쟁 이후 중국은 재중한인의 독립투쟁을 중시했기 때문에, 중경시기의 두 차례 헌법개정은 중국정부측의 원조와 압력이 뒤섞인 결과였다.”

52) 가령 좌 · 우파의 정치적 타협 결과물인 1944년 임시헌장은 좌파세력에 대한 배려 차원에서 부주석(김규식) · 군무부장(김원봉) 등의 직위를 마련하였지만, 이는 ‘직위만 주고 실권을 거세한다’는 기만적 책략이 내포된 것이었다. 배경식, 중경시기 임시정부 개조운동, 649-650쪽.

53) 신우철, “헌정사연구(抄): 건국헌법에서 현행헌법까지,” 『영남법학』 9-1(2002. 12), 26쪽, 29쪽. 1948년 건국헌법에 있어서 대통령제(이승만)와 내각책임제(한국민주당)의 혼합이라든가 대통령(이승만) · 부통령(이시영) · 국무총리(이범석)의 직위배분은 그러한 정치적 타협의 소산으로 볼 수 있다.

54) 신우철, 헌정사연구, 60-65쪽 참조.

55) 신우철, 헌정사연구, 62-63쪽 참조.