1/ 일본인의 헌법 의식

근대 일본에 헌법은 존재하는가*

니시무라 유이치

오야케 아카하치 동상
출처: 오키나와의 프리 사진소재 사이트 ぱんない堂(https://098free.com)

니시무라 유이치(西村裕一) 홋카이도대학(北海道大学) 대학원 법학연구과 교수. 2004년에 도쿄대학(東京大学) 법학부를 졸업하였다. 그 후 도쿄대학 대학원 법학정치학연구과 조수(助手), 수도대학도쿄(首都大学東京) 도시교양학부 법학계 준교수 등을 거쳤다.

* 이 논문은 2019년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임(NRF-2019S1A6A3A02102886).

https://doi.org/10.29154/ILBI.2023.29.22

1. 서론

1) 코로나 아래의 풍경에서

2020년 초부터 전 세계를 덮친 Covid-19에 대하여 각국 정부가 취한 대책은 제각각이었다. 한편으로는 정부에 의한 강력한 통제에 근거한 '제로 코로나' 정책을 최근까지 추진하고 있던 중국 같은 나라가 있고, 다른 한편으로는 적어도 코로나 사태 초기에는 거의 대책을 취하지 않았던 스웨덴 같은 나라도 있는 가운데, 일본에서 참조된 적도 많았던 구미에서는 강제적으로 행동을 제한하는 락다운(lockdown)이 차례차례 실시되었다. 그렇게 되자 이러한 정책에 대한 반발도 일어나게 되었고, 정부와 국민의 다툼이 소송의 장으로 넘어가는 일도 종종 발생한 것이다.[1]

이에 반하여 코로나 사태에서 일본의 풍경은 이러한 나라들과는 조금 달랐던 것처럼 보인다. 확실히 감염자 수가 늘어날 때마다 '신형 인플루엔자 등 대책 특별 조치법'에 의거한 긴급 사태 선언이 발령되었지만, 이로 인하여 정부가 국민에 대하여 취할 수 있는 조치는 외출 등의 '자숙' 요청에 그치는 것이었다. 일본에서는 이처럼 강제력을 수반하지 않는 조치가 취해졌기에 한편으로는 효과가 불충분하다고, 다른 한편으로는 정부에 대한 엄격한 통제가 마련되지 않았다고 비판받은 것이다. 어떤 논자는 이를 엄격한 규제가 이루어지는 한편으로 이에 대한 감시나 구제가 마련된 구미의 '단단하고 굳은[硬質] 입헌주의'에 대비하여 '느슨하고 말랑한[ゆるふわ] 입헌주의'라고 명명하고 있다.[2] 그런 다음에 이 논자는 행정 조치에 대한 안전장치가 불충분한 현 상황에서는 '느슨하고 말랑한 입헌주의'로 나갈 수밖에 없다면서도, 장래에는 '단단하고 굳은 입헌주의'로 이행할 필요가 있다고 설명하였다.[3]

1 大林啓吾 編,『コロナの憲法学』, 弘文堂, 2021.

2 曽我部真裕,「立憲主義のあり方から見る『自粛か強制か』問題」,『判例時報』2458号, 2020, 144쪽 이하.

3 曽我部真裕,「『ゆるふわ立憲主義』再論」,『自治実務セミナー』709号, 2021, 54쪽 이하.

이처럼 구미의 '단단하고 굳은 입헌주의'와 일본의 '느슨하고 말랑한 입헌주의'를 대비하여 최종적으로 후자에서 전자로의 이행을 요구하는 논리는 어디선가 본 것 같다는 느낌을 지울 수 없다. 예를 들어 이러한 의견을 듣고 가와시마 다케요시(川島武宜)에 의한 전통적인 '일본인의 법의식'론을 떠올리는 이도 있지 않을까. 잘 알려졌듯이 가와시마는 근대적 법체계가 정비되었음에도 불구하고 일본 사회에는 전근대적인 법의식이 광범위하게 남아 있음을 지적하였다.[4] 이와 마찬가지로 '느슨하고 말랑한 입헌주의'라는 의견도 일본 사회에는 헌법, 더 나아가 법이 중요한 역할을 하지 않는다는 의견으로 회수되고 마는 것처럼 생각되기도 하는 것이다. 물론 이러한 의견에서는 '단단하고 굳은 입헌주의'로 이행하기 위한 제도 개혁도 동시에 논해지고 있어서, 구미와 비교하여 일본 사회의 후진성이 일방적으로 규탄되는 것은 아니다. 그렇다고는 하여도 헌법이 원칙대로 기능하지 않는다는 점이 비판 대상이 되고 있다[5]는 점에서도 엿볼 수 있듯이, '일본 사회에서 헌법이 중요한 역할을 하지 않는다'는 인식 그 자체는 여기서도 불문(不問)에 부쳐지는 것처럼 보인다.

실제로 일본 사회에서 헌법이 큰 존재감이 없는 것은 일본의 헌법학에서 종종 주목받아 왔다. 그 한 가지 예로서 일본의 국가 권력이 헌법을 준수해 왔다고는 하기 어렵고, 국가 기관을 포함하는 일본 사회 전체가 일본국 헌법(日本国憲法)과는 별도로 존재한다는 불문(不文)의 '보이지 않는 헌법'으로 규율된다는 의견을 들 수 있을 것이다.[6] 어떤 논자에 따르면, 이러한 '탈(脫) 헌법' 내지 '탈 입헌주의'라고 할 수도 있는 태도는 입헌주의가 서구의 정치 문화를 기원으로 하는 것이고 비서구 세계로서는 완전한 외래 문화라는 점에서 유래한다는 것이다.[7]

4 川島武宜,『日本人の法意識(改版)』, 岩波書店, 2021.
5 曽我部真裕,「『ゆるふわ立憲主義』再論」, 57쪽.
6 棟居快行,『憲法学再論』, 信山社, 2001, 48쪽 이하.
7 安念潤司,「政治文化としての立憲主義」, 紙谷雅子 編著,『日本国憲法を読み直す』, 日本経済新聞社, 2000, 30쪽 이하; 安念潤司,「憲法と憲法学」, 樋口陽一 編著,『ホーンブック 憲法(改訂版)』, 北樹出版, 2000, 31쪽 이하.

이러한 일본의 낮은 헌법 의식을 지적하는 의견은, 일본에서의 이념 배치 상황에서 '호헌'의 위치에서 보면 좌파적인 성격을 띤 것처럼 생각되기도 한다. 하지만 특히 전후 일본에서 헌법 의식이 낮은 것은 일본국헌법이 미국에 의해 강요당한 것이기 때문이고, 따라서 헌법을 개정해야 한다는 우파적인 주장을 펼치는 것도 논리적으로는 가능하다. 그렇다고 한다면 '일본 사회에서 헌법이 중요한 역할을 하지 않는다'는 명제는 이념의 좌우를 불문하고 합의할 수 있는 것이 되겠다. '느슨하고 말랑한 입헌주의'라는 의견도 논자의 의도를 벗어나 이러한 '기대의 지평'에 따라 수용되는 것일지도 모른다.

2) 해석 개헌이라는 현상

한편 일본 사회의 헌법 경시를 표현하는 것으로서 자주 제시되는 것이 '해석 개헌'이라고 불리는 현상이다. 그렇다면 해석 개헌이란 무엇인가. 해석 개헌은 "문언의 개념, 규정의 논리와 취지를 불가능할 때까지 왜곡하고 '명문 개헌'을 하지 않으면 나오지 않을 터인 의미를 해석이라는 이름으로 창출하여, 원래대로라면 위헌인 정치를 정당화하고자 하는 헌법 정치의 수법"[8] 등으로 정의되는데, 가장 이른 시기에 이 개념을 정면으로 문제삼은 것은 1964년에 공간(公刊)된 한 편의 논문이었다.[9] 정확하게 말하자면 이 시점에서는 "해석 개정"이라고 불린 이 개념은 '입법에 의한 개헌'과는 별도로 '해석에 의한 개헌'이 존재하는 데 주의를 촉구하고자 제창된 것이었다. 그렇다면 어찌하여 이러한 개념이 제창될 수밖에 없었는가. 그것은 당시 일본 정부가 "입법 개정이 불가능한 정치적 조건 아래에서 입법에 의하지 않고 입법 개정과 같은 목적을 달성"하기 위하여 "해석 개정"을 하고 있다[10]고 생각되고 있었기 때문임이 틀림없다.

8 杉原泰雄,「日本国憲法の50年と立憲主義」,『公法研究』59号, 1997, 48쪽.

9 渡辺洋三,「護憲運動の理論的反省」, 有倉遼吉 他 編,『憲法調査会総批判: 憲法改正問題の本質 鈴木安蔵教授還暦祝賀論文集』, 日本評論社, 1964, 348쪽 이하. 특히 354쪽 이하.

10 渡辺洋三,「護憲運動の理論的反省」, 356쪽.

여기서 초점이 되는 것은 물론 헌법 제9조[11]이다. 한국전쟁 발발을 계기로 하여 창설된 경찰 예비대가 자위대로 발전하는 한편으로 샌프란시스코 평화 조약과 동시에 미·일 안전 보장 조약이 체결됨으로써, 독립 후의 일본에서는 제9조 개정 논의가 급속하게 고조되어 갔다. 이러한 조류 속에서 '명문 개헌'을 목표로 하는 정권이 성립하였지만[하토야마 이치로(鳩山一郎) 내각, 기시 노부스케(岸信介) 내각] 그러한 시도는 좌절하였고, 1960년대에 들어서자 정부는 '명문 개헌'에 소극적인 태도를 보이게 되었다. 그런데 미·일 안보 체제 및 자위대 강화라는 일본 안전 보장 정책의 기본은 헌법 제9조 아래에서도 가능하다는 정부의 해석에 의하여 그 후로도 유지되었다. 하지만 '자위대는 합헌'이라는 것은 해석의 범위를 넘은 '사이비 해석'이라는 입장[12]에서 보면, 이러한 사태는 해석에 의한 개헌이라는 것이 된다. 이처럼 해석 개헌은 "정부의 제9조 해석과 그러한 해석 아래에서 안보 및 자위대의 실상을 비판하는 개념으로 제기된 것이"었다.[13]

물론 '사이비 개헌'일 터인 정부의 제9조 해석이 국민으로부터 일관되게 지지받아 온 것도 틀림없다. 그리고 일본인이 갖추고 있는 것은 정부의 '위헌 행위'에 관용적일 뿐만 아니라 헌법전 내용이나 이해에 딱히 관심이나 집착이 없다는 '부드러운[やわらか] 헌법관'이라는 지적도 있다.[14] 그렇다고 한다면 해석 개헌이라는 현상은 단지 국가 기관의 태도뿐만 아니라 일본의 헌법 문화 그 자체에 뿌리내린 문제가 아닐까—"자위대의 헌법 위반성 문제가 조금씩 애매해지고 없었던 일이 되어 가는 과정에서, 강대하거나 기성(既成)의 권력적·군사적 사실에 대하여 가족 공동체적 분위기가 추이하는 대로 정서적·실리적으로 대세에 추종하고 순응해 가는 일본 국민의 습성

11 제1항: 일본 국민은 정의와 질서를 기조로 하는 국제 평화를 성실하게 희구하고, 국권의 발동인 전쟁과 무력에 의한 위협 또는 무력행사는 국제 분쟁을 해결하는 수단으로서 영구히 이를 포기한다.
제2항: 전항의 목적을 달성하기 위하여 육·해·공군 기타 전력을 보유하지 않는다. 국가의 교전권을 인정하지 않는다.

12 清宮四郎, 『憲法と国家の理論』, 講談社, 2021, 221쪽 이하.

13 長岡徹, 「憲法理念の定着と解釈改憲の時代」, 全国憲法研究会 編, 『憲法改正問題』, 日本評論社, 2005, 53~54쪽.

14 境家史郎, 「日本人の憲法観」, 『法律時報』 90巻 9号, 2018, 131쪽 이하.

과 의식이 크고 깊음을 알아차릴 수 있다." 이렇게 말하는 논자는 "군비 금지 헌법 아래에서 헌법도 개정하지 않고 세계 유수의 실질적 군대를 형성하고 강화해 온 일본 방위력 점증(漸增) 과정이… 국민들에게 수용되어 온 것은 아마도 구미 합리주의로는 이해하기 어려"운 것이고, '평화 헌법도 자위대도'라는 국민 의식을 이해하기 위해서는 다음과 같은 기본적 특성을 띤 "전통적 헌법 문화"를 염두에 두어야 한다고 한다. 그 특징이란 곧 "① 위로부터의 상하 관계 및 권력 추종적 발상과 자세 ② 가족 공동체적 의식 ③ 정서적 본질과 유연하고 애매하지만 실리적인 순응력이다."[15]

만약 이러한 '헌법 문화'가 존재한다면, 해석 개헌이라는 현상의 대상은 제9조에 국한되지 않는 것은 물론이고 전후 '일본국헌법'뿐인 것조차도 아니지 않을까. 실제로 전전(戦前) 일본에서 정당 내각 실현을 '해석 개헌'으로 파악하는 의견도 역사학에는 존재한다. 그럴 법도 한 것이, 1890년에 시행되어 전전 일본에서 타당하였던 대일본제국헌법(大日本帝国憲法)은 적어도 헌법 제정자들의 의사에서는 의원 내각제를 부정하고 있었기 때문이다.[16] 그리고 정당 정치 실현이 "전전의 해석 개헌"이라고 한다면, '전력'(戦力)을 금한 헌법 제9조 아래에서 방위력을 점증해 온 전후 체제도 "해석 개헌의 논리로 운영되어 온" 것이 될 것이다.[17] 역사학의 이러한 관점은 '현대 일본 사회를 규범의식이라는 렌즈를 통하여 다각적으로 고찰'한다는 본 특집 취지에서 보더라도 확실히 흥미로운 소재를 제공하는 것처럼 생각되기도 한다.

다만 정부의 제9조 해석이 해석 개헌이라는 이해는, 자위대는 제9조에 반하는 위헌적인 존재라는 해석을 전제로 한 것이다. 하지만 일본 정부가 정면으로 헌법 위반을 인정해 온 것은 물론 아니어서, 정부에는 정부 나름의 제9조 해석이 존재하고 이를 전제로 하여 자위대는 합헌이라고 판단되고 있다. 그리고 적어도 2014년 6월까지 정부에 의한 제9조 해석은 이에 대한 찬반은 둘째치고 일정한 합리성을 갖추고 있었음은 부인할 수 없

15 深瀬忠一,『戦争放棄と平和的生存権』, 岩波書店, 1987, 382쪽 이하.
16 坂野潤治,『日本憲政史』, 東京大学出版会, 2008.
17 川口暁弘,『ふたつの憲法と日本人』, 吉川弘文館, 2017, 301쪽 이하.

다.[18] 그렇다고 한다면, 정부는 헌법 제9조를 잘 준수해 왔다고 생각할 수도 있는 것 같다. 그럼에도 불구하고 정부에 의한 제9조 해석이 '해석 개헌'이라고 여겨진 것은, 1960년대 전반의 일본 정부에 의한 헌법 정책에 대항한다는 실천적 의미가 있었기 때문이다. 따라서 일본의 헌법 정책에서 일반적인 문제로 해석 개헌을 드는 것은 반드시 타당하지는 않을 것이다.[19]

그렇다고는 하여도 정부에 의한 자위대 합헌설이 자위대 위헌설과 같은 해석론의 장에서 논의되지 않고 '해석 개헌'이라는 고차원적인 시점에서 비판받았다는 점에는, 1960년대라는 문맥을 넘어 여전히 검토해야 할 과제가 남아 있는 것처럼 생각된다. 이 점에서 일본 정부는 2014년 7월 1일에 종래에는 헌법 제9조로 금지되었다고 해석되어 온 집단적 자위권을 용인하기에 이르렀는데, 이러한 해석 변경에 대해서도 '해석 개헌'이라고 비판받는 경우가 있다.[20] 거기서 비판받는 내용은 다양하지만, 많은 논자들이 일치하는 것은 이러한 정부에 의한 헌법 해석 변경이 "입헌주의"에 반한다는 것이었다. 왜냐하면 "헌법이 정부에 무엇을 명하는가에 관한 해석을 정부 자신이 자유롭게 해석할 수 있다"고 한다면, "국민의 인권을 지키기 위하여 정치권력 행사를 헌법으로 구속하는 것"을 본질로 하는 "입헌주의"에 반하기 때문이다.[21] 바꾸어 말하자면 '해석 개헌'을 강행한다고 비판받을 때의 정부는, 형식적으로는 헌법을 지키는 것처럼 보이더라도 헌법이 지켜 주어야 할 것을 지켜 주지 않는다고 파악되는 것이 아닐까. 이처럼 존재하는 법에 대해서는 잘 지키는 한편으로 법으로 지켜져야 할 것에는 둔감하다는 것은, 확실히 근대 일본에서 보편적으로 보이는 현상인 것처럼 생각되기도 한다.

18 阪田雅裕 編著,『政府の憲法解釈』, 有斐閣, 2013.
19 渡辺治,『日本国憲法「改正」史』, 日本評論社, 1987, 23쪽 이하.
20 奥平康弘 · 山口二郎 編,『集団的自衛権の何が問題か』, 岩波書店, 2014.
21 高橋和之,「立憲主義は政府による憲法解釈変更を禁止する」, 奥平康弘 · 山口二郎 編,『集団的自衛権の何が問題か』, 2014, 183쪽.

3) '느슨하고 말랑한 입헌주의'의 내실

이러한 관점에서 다시금 '느슨하고 말랑한 입헌주의'의 내실을 살펴보면, 그 문제는 단지 법의 존재감이 희박하다는 점뿐만 아니라 오히려 법으로 지켜져야 할 것이 희생당하고 있다는 점에서야말로 찾을 수 있을 것이다.

이 점에서 '자숙'의 '요청'이라는 느슨한 규제가 오히려 법적 통제에 따르지 않는 사회적 동조(同調) 압력이라는 사실상의 강제를 낳고 있다고 말하는 경우가 있다. 하지만 코로나 사태에 대한 아마도 유일한 효과적인 방법은 검사를 통한 감염자 특정 및 격리인데,[22] 정부의 코로나 대응에서 가장 큰 문제는 감염 실태를 파악하기 위하여 필수 불가결한 PCR 검사 확대에 소극적인 자세를 계속 취하였다는 점에 있다.[23] 이러한 정부(및 전문가)에 의한 무대책의 결과로서 국민은 자위(自衛)를 할 수밖에 없었기에, 강제당하지 않았음에도 불구하고 외출을 제한하거나 마스크를 쓴 것이다. 따라서 이러한 행위는 각자의 자율적인 판단에 따른 것이었지, 결코 동조 압력에 굴복하였기 때문이라고 생각하여서는 안 된다. 오히려 여기서 문제 삼아야 할 것은, '감염자가 가능한 한 적어 보이게 한다'는 정부의 대응이 어째서 사회적으로 허용되었는가 하는 점에 있는 게 아닐까 하고 생각된다.

여기서 코로나 아래에서 '경제를 돌리기 위해서는 다소의 감염자가 나오는 것은 어쩔 수 없다'는 명제가 유포되었다는 점을 떠올리고자 한다. 확실히 사망자를 포함하는 위독한 감염자는 사회 전체에서 보면 소수파에 그치고, 감염 내지 중증화를 면한(혹은 그렇다고 생각하는) 다수파로서는 엄격한 감염 대책으로 경제가 정체되는 것보다 자신들의 생활을 위하여 '경제를 돌리는' 편이 중요하다. 따라서 이러한 다수파로서는 '현실을 보지 않는다'는 대응은 딱히 불편하지 않은 것은 물론이고 오히려 편리하기조차 할 것이다. 이리하여 일본 국민의 다수는 정부와 결탁하여 '경제를 돌린다'는 자신들의 이익을 위하여 고령이거나 기저 질환이라는 고위험 요인을 지닌 소수파를

22 山羽祥貴, 「『密』への権利(下)」, 『法律時報』 93巻 7号, 2021, 61쪽 이하.
23 井上達夫, 「危機の法哲学」, 日本法哲学会 編, 『危機と法哲学』, 有斐閣, 2021, 113쪽.

희생으로 삼는다는 길을 선택한 것으로 생각된다.

그런데 이번 코로나 사태에서도 그러하였지만, 어떠한 사건이나 사고가 일어났을 때 이로 인한 피해자 내지 희생자라는 것은 사회 전체에서는 항상 소수파다. 따라서 해당 사건 내지 사고가 사회의 위기를 발생시킬 수 있다고 사회 구성원이 인식하였을 경우, 소수파인 희생자의 '목소리'를 빼앗고 그들에게 추가적인 희생을 강요함으로써 해당 사건 내지 사고 그 자체를 '없었던 것으로 한다'는 수단을 택하는 것이 해당 사회로서는 '합리적'인 '해결'이 된다. 그리고 '전체를 참칭하는 다수파의 이익을 위하여 소수파인 희생자에게 침묵을 강요한다'는 대응은 이번 코로나 사태에 국한되지 않고, 지금까지 몇 번이고 거듭되어 온 일본 사회의 단골 장기임이 틀림없다.

예를 들어 미나마타병(水俣病)이 있다. 전후 일본의 4대 공해 중 하나인 미나마타병이란 신경의 자유를 해침으로써 "말을 빼앗는 병"이었다.[24] 그리하여 말을 빼앗긴 자들의 '목소리'가 되는 것을 자신의 사명으로 삼은 어느 작가는 "미나마타병을 완전히 잊어버려야 한다고 보고 끝내 해명되지 않은 채 과거 속에 간직해 버려야 한다는 풍조"[25]가 이윽고 피해자인 환자도 집어삼켜 가는 순간을 다음과 같이 기록하고 있다.

> 미나마타병이라는 그런 보기 흉한 병에 어째서 내가 걸렸을까.
> 그는 언제나 그렇게 말한 것이다. 그에게 미나마타병 같은 것은 있을 수 없는 일이고 실제로 그것은 있을 수 없는 일이며, 보기 흉하다는 그의 말은 미나마타병 사건에 대하여 그 사건을 만들어 내고 은폐하며 무시하고 완전히 잊어버리도록 하며 잊어버리고 있는 쪽이 져야 할 도의, 그쪽이 떨쳐 버리고 돌아보지 않는 도의를, 그로 인하여 죽어 가는 이름 없는 사람들이 짊어지면서 뱉은 말이었다.[26]

24 若松英輔, 『石牟礼道子 苦海浄土』, NHK出版, 2019, 20쪽.
25 石牟礼道子, 「苦海浄土」(1969), 『石牟礼道子全集 · 不知火 第2巻』, 藤原書店, 2004, 25쪽.
26 石牟礼道子, 「苦海浄土」, 57쪽.

헌법학의 시점에서 흥미로운 것은 이 순간에 책임을 추궁당해야 할 '국가'가 부재하였다는 점이다.

> 도쿄(東京)에 가면 나라가 있다고 생각하고 있었지만, 도쿄에는 나라는 없었어. 그게 나라라면 나라라는 건 무시무시하지. [중략] 아니, [미나마타 사람들과는] 또 약간 달라서 지독했어. 잔인한 일이야. 죽게 내버려 두려는 생각일지도 몰라. 나라라는 건 무시무시한 곳이었어. 어디로 가면 우리의 나라가 있는 걸까.[27]

하지만 "통지권의 모든 작용이 책임자일 것을 요하고… 그 작용에 관하여 비평하고 논하여 비난할 수 있다는 것이 입헌 정치가 전제 정치와 다른" 요점이라고 한다면, 책임을 추궁당하지 않는 국가는 더 이상 입헌 국가라고는 부를 수 없는 것이 아닐까. 그리고 "입헌 정치는 법치 정치다."라고 한다면, 여기서는 '법'이 부재하다고 할 수밖에 없다.[28]

> 자연사가 아닌 죽음을 맞이하는 하층민들의 대부분은 괴롭힘을 당하다가 죽는 것임이 틀림없고, 하물며 미나마타병 사건의 사망자와 지금도 확실히 죽임을 당하고 있는 이들은 '법 앞의 평등'은커녕 법이 돌보지 않는다는 점에서 평등하다는 역사적 실감을 초월하여, 이를 질질 끌면서 소송을 단행한 것이었다.[29]

물론 이러한 사태가 일본 사회에만 존재할 리는 없고, 전체가 개인을 유린해 가면서도 그 책임을 누구도 추궁당하지 않는다는 현상은 전 세계 어디서나 볼 수 있는 극히 흔한 일일 것이다. 하지만 전체를 위하여 개인을 희생하는 것을 마다하지 않는 사회가 '개인의 존엄'을 중핵으로 하는 근대 입헌

27 石牟礼道子, 「苦海浄土」, 413쪽.
28 美濃部達吉, 『逐条憲法精義』, 有斐閣, 1927, 21~22쪽.
29 石牟礼道子, 「苦海浄土」, 339쪽.

주의의 토양으로서 적절하다고 하기는 어렵다는 점도 확실할 것이다.[30] 그리고 전후 일본의 헌법학은 적어도 어느 시기까지 이러한 일본 사회의 구조(constitution)에 관심을 기울여 온 것이었다.[31] 본고에서는 그러한 문제의식을 공유하였다고 생각되는 헌법학자를 거론함으로써 본 특집에 다소나마 기여하고자 한다.

2. 시민 사회의 헌법학

1) 야에야마(八重山) 공화국

야에야마 제도는 오키나와(沖縄) 본도(本島)에서 약 411㎞ 떨어져 있는 이시가키지마(石垣島)를 주도(主島)로 하는 12개의 유인도와 무수한 무인도로 구성된 도서군(島嶼群)이다. 이 야에야마에는 종전 직후인 1945년 12월 15일부터 이듬해인 1946년 1월 24일에 걸쳐 '자치회'가 존재하였는데, 이 '자치회' 창설을 '야에야마 공화국' 성립으로 평가한 것이 역사가 오에 시노부(大江志乃夫)였다.[32] 오에에 따르면 야에야마 지청(支庁)의 기능 마비와 야에야마에의 미군 진주 지연으로 인한 일종의 무정부 상태에 직면하여 '야에야마 공화국' 건설에 나선 것은, 전전의 교원 조합 운동으로 탄압받은 옛 교원 그룹이었다고 한다. 그리고 이렇게 창설된 '야에야마 공화국'을 "그 주체 형성에서 압도적인 사례를 들이민" 것으로 받아들인 것이 헌법학자 후루카와 아쓰시(古川純)였다.[33]

다만 야에야마에 대한 후루카와의 관심은 '야에야마 공화국'에 앞서 '오야케 아카하치(オヤケアかハチ)의 난'으로 향한 것 같다. 이 '난'은 1500년에

30 高橋和之,『立憲主義と日本国憲法(第5版)』, 有斐閣, 2020, 80~83쪽.
31 石川健治,「アプレ・ゲール, アヴァン・ゲール」, 辻村みよ子・長谷部恭男 編,『憲法理論の再創造』, 日本評論社, 2011, 8~13쪽.
32 大江志乃夫,『日本の歴史 第31巻 戦後変革』, 小学館, 1976, 73쪽 이하.
33 古川純,「『八重山共和国』について」,『専修大学法学研究所紀要』34号, 2009, 165쪽.

이시가키·오하마(大浜)를 거점으로 '아카하치'가 일으킨 류큐(琉球) 왕부(王府)에 대한 무장봉기를 가리킨다. 앞서 말한 바와 같이 이 무장봉기는 일반적으로는 '난'이라고 불린다. 하지만 후루카와는 선행 연구를 참조하면서 "'정벌', '반란', '난'이라는 류큐 왕부 측의 정치적 가치 판단이 부착한 개념·용어는 적당하지 않고, '아카하치 전쟁'은 아카하치를 수령으로 하는 야에야마 인민의 류큐 왕부에 대한 '독립 전쟁'이라고 불러야 할지도 모른다."라고 (다소 조심스럽기는 하지만) 제안한다.[34] 그리고 후루카와가 '야에야마 공화국'에서 찾아낸 것도, 야에야마가 오키나와 본도를 넘어 도쿄와 긴밀하게 결합하면서 최첨단 교원 노동조합 운동을 주체적으로 창출하였다는 야에야마의 "독립 정신"이었다.[35] 그야말로 "'야에야마'는 '오키나와'가 아닌" 것이다.[36]

2) 시민 사회와 공생

1941년에 미야기현(宮城県)에서 태어난 후루카와는 1966년에 도쿄대학(東京大学) 법학부를 졸업한 뒤 동 대학 조수(助手)와 도쿄경제대학(東京経済大学) 교수 등을 거쳐 1988년에 센슈대학(専修大学) 법학부에 교수로 부임하였다. 그 후 센슈대학 법학부장, 일본공법학회 이사 등을 역임한 뒤 2012년에 센슈대학을 정년퇴직하였다.[37] 그 퇴직 기념으로 간행된 것이 스스로 편자를 맡은 『'시민 사회'와의 공생: 동아시아에서 살아가다』라는 제목의 책[38]이다.

이 책에 기고한 논고에서 후루카와는 아베 긴야(阿部謹也)의 '세간론'(世間論)을 참조하면서 자신의 시민 사회론을 전개한다. 서양사학자인 아베에 따르면, "세간이란 개인과 개인을 잇는 관계의 고리이고, 회칙이나 정관은 아니지만 개인과 개인을 강고한 유대로 묶고 있다. 하지만 개인 자신이 앞장

34 古川純,「15世紀末の『アカハチ』戦争 = 八重山『独立戦争』の視点から」,『専修大学法学研究所紀要』34号, 2009, 171쪽.
35 古川純,「『八重山共和国』について」, 165쪽.
36 古川純,「あとがき」, 古川純 編,『八重山の社会と文化』, 南山舎, 2015, 291쪽.
37「古川純教授 履歴·業績」,『専修法学論集』114号, 2012, 393쪽 이하.
38 古川純 編,『「市民社会」と共生: 東アジアに生きる』, 日本経済評論社, 2012.

서서 세간을 만드는 건 아니다. 왠지 모르게 자신의 위치가 거기에 있다고 보고 살고 있"[39]는 것이다. 이와 매우 비슷한 것으로 근대 이후 일본에 도입된 개념으로 '사회'가 있다. 하지만 이 '사회'는 '세간'과는 완전히 다르다. 왜냐하면 '사회'라는 번역어가 정착하게 된 "'society'라는 말은 각 개인의 존엄이 적어도 원칙으로 인정되는 곳에서만 본래의 의미를 지니"기 때문이다.[40]

이러한 아베의 '세간론'을 후루카와는 "아베 선생님은 이러한 '세간'과 전면적으로 맞서 싸워서 개인의 존엄과 자율을 기반으로 하여 만들어져 가는 '시민 사회'로 바꿔 가야 한다고 주장하고 있다."[41]라고 정리하고 있다. 어떤 논자에 따르면, 아베의 '세간론'을 이렇게 이해한다면 이는 가와시마 다케요시의 시민 사회론과 논의의 조리를 같이하는 것이다.[42] 실제로 특히 전후 초기의 가와시마는 "자유로운 원자(atom)적 개인으로 이루어지는 사회"와 "권리에 의하여 구성되는 사회"라는 두 가지 측면을 지니는 것으로 파악한 시민 사회를 "일본 사회가 나아가야 할 목표 혹은 현실 일본 사회에 대한 비판 원리"로 지정함으로써, "시민 사회에 의한 뒤처진 일본 사회 비판"을 전개하였다.[43]

하지만 후루카와는 "아베 선생님처럼 '시민 사회' 혹은 서구형의 개인과 사회의 관계를 축으로 '세간'과 맞서 싸우는 것만이 답은 아니라고 생각합니다."[44]라고 하여 아베 = 가와시마의 의견에는 동의하지 않는다고 선언한다.

39 阿部謹也, 「『世間』とは何か」(1995), 『阿部謹也著作集 第7巻』, 筑摩書房, 2000, 11쪽.
40 阿部謹也, 「『世間』とは何か」, 124~126쪽.
41 山田勝 · 古川純, 「【対談】『変革の主体としての社会』論と現代日本社会」, 古川純 編, 『「市民社会」と共生: 東アジアに生きる』, 261쪽(古川 발언).
42 広渡清吾, 「日本の『市民社会』をどのように展望するのか」, 『専修大学法学研究所所報』 46号, 2013, 77~78쪽.
43 吉田克己, 「川島市民社会論を改めて学ぶ」, 『法律時報』 82巻 3号, 2010, 66~67쪽; 吉田克己, 「末広 · 川島 · 戒能と市民社会論」, 『法社会学』 85号, 2019, 22~23쪽.
44 山田勝 · 古川純, 「【対談】『変革の主体としての社会』論と現代日本社会」, 264쪽(古川 발언).

> ‘세간’을 두 가지 사회[= ‘시민 사회’와 ‘세간’]의 병존이라는 틀로 파악하면, 가치적으로 볼 때 ‘세간’은 남겨도 되고 ‘세간’에는 그 나름의 기능과 역할이 있어서 존속할 의의가 있다는 것이 되므로, 이 점은 ‘세간’이 존속하는 의의를 일절 인정하지 않고 해체하기 위하여 맞서 싸우고자 하는 아베 선생님과는 상충하는 바가 아닐까요.[45]

후루카와에 따르면, ‘시민 사회’의 원과 ‘세간’의 원은 겹치는 부분이 있어서 아베의 말처럼 양자는 뚜렷하게 구분되는 것이 아니다.[46] 확실히 사회를 구성하는 한 사람 한 사람에게 시선을 돌리면 어떨 때는 ‘시민 사회’의 일원으로, 또 어떨 때는 ‘세간’의 일원으로 행동하는 것이 실태라고 생각된다. 그렇다고 한다면 ‘세간’을 해체하는 것 등은 현실적이지 않고, 오히려 ‘세간’ 속에 있으면서 ‘시민 사회’를 보완하는 요소를 더듬어서 찾아가야 하지 않을까—후루카와의 의견은 이렇게 재구성할 수 있을 것이다.[47]

그렇다면 ‘세간’에 포함된 역할 내지 의의란 무엇인가. 결론을 말하자면 그것이야말로 다름 아닌 ‘공생’이다.

> 제목에 포함된 ‘공생’은 symbiosis[생물의 ‘공서’(共棲), ‘공생’]에서 유래하고, symbiotic relations란 생존 이익을 향유하는 데서 상호 의존이 불가결한 관계를 의미한다. ‘시민 사회’를 논할 때 낡은 공동체적 규제에서 해방된 ‘독립한 개인’의 ‘자유의사’로 ‘시민 사회’가 만들어지는 것을 강조하는 경향이 있지만, 현실 시민 사회는 ‘개인의 존엄과 인격의 평등’을 기본으로 한 개인의 상호 의존에 의한 제 관계로서 어소시에이션(association) 관계로 형성된다. ‘3·11’ 이후의 모든 장면에서 강조되는 ‘유대’(絆)는 이러한 의미에서의 ‘공생’을 의미한다고 생각한다. [중략] 더 나아가 ‘공생’은 지리적으로는 ‘이웃을 선택할 수 없는’ 동아시

45 山田勝·古川純, 「【対談】『変革の主体としての社会』論と現代日本社会」, 263쪽(古川 발언).
46 古川純, 「『市民社会』論と『世間』論の交錯」, 古川純 編, 『「市民社会」と共生: 東アジアに生きる』, 188쪽.
47 広渡清吾, 「日本の『市民社会』をどのように展望するのか」, 77~78쪽.

아에서 살아가는 우리들의 모든 인접 국가·지역과 '공존'의 근거를 마련해 주는 개념이기도 할 것이다.[48]

이렇게 논한 후루카와는 같은 책에 기고한 별도의 논고에서 '공생'이라는 개념에 근거하여—그 책의 부제이기도 한—'동아시아에서 살아가기' 위한 구체적인 길을 그리고자 "아시아 인권 헌장에의 가능성"을 검토한다.[49] 이 논점에는 널리 알려진 바와 같이 인권의 '보편성'을 주장하는 '보편주의'의 입장과 인권의 '문화 구속성'을 주장하는 '문화 상대주의'와의 대립이 있는데, 후루카와는 어느 쪽의 입장도 물리치고 '문화 횡단적 보편주의'(cross-cultural universalism)라는 제3의 입장을 주장한다. 물론 "매사를 형이상적인 주장으로 근거를 마련하지 않고, 모든 문화에 공유될 수 있는 가치와 규범을 찾아내"고자 하는 '문화 횡단적 보편주의' 실현에 기대를 거는 논지가, 2023년을 살아가는 우리들에게는 지나치게 낙천적이라는 감상을 품도록 하는 것임은 부인하기 어렵다고 생각된다. 다만 후루카와는 같은 책에서 동아시아에서 '문화 횡단적 보편주의' 실현을 저해하는 것에 눈을 돌리는 것을 소홀히 하지 않는다. 즉 전후 일본에서의 '외국인' 문제가 그것이다.

3) 외국인 인권

일본국헌법 제정에 깊이 관여한 어떤 법제 관료는 1946년 2월 13일을 "일본국헌법 수태(受胎)의 날"이라고 불렀다.[50] 이날 연합군 총사령부(GHQ)가 작성한 헌법 개정 초안(이하, '총사령부 초안'이라고 함)이 일본 정부에 수교된 것이다. 자신의 주도권으로 헌법 개정을 추진할 수 있다고 믿고 있던 일본

48 古川純, 「はしがき」, 古川純 編, 『「市民社会」と共生: 東アジアに生きる』, ⅰ쪽.
49 古川純, 「人権の『普遍性』と『文化拘束性』」, 古川純 編, 『「市民社会」と共生: 東アジアに生きる』, 195쪽 이하.
50 佐藤達夫, 佐藤功 補訂, 『日本国憲法成立史 第3巻』, 有斐閣, 1994, 47쪽.

정부에 충격을 가한 이 총사령부 초안에는 다음과 같은 조문이 포함되어 있었다.[51]

> 제13조 제1항: 일체의 자연인은 법률상 평등하다. 정치적·경제적 또는 사회적 관계에서 인종, 신조, 성별, 사회적 신분, 계급 또는 국적 기원의 여하에 따라 어떠한 차별적 대우도 허용 또는 묵인되는 일은 없어야 한다.
> 제16조: 외국인은 평등하게 법률의 보호를 받을 권리를 보유한다.

이에 대하여 현행 일본국헌법에는 총사령부 초안 제16조에 해당하는 조문은 존재하지 않고, 동 13조도 다음과 같은 조문으로 고쳐져 있다.

> 제14조 제1항: 모든 국민은 법 아래에 평등하고 인종, 신조, 성별, 사회적 신분 또는 문벌에 따라 정치적·경제적 또는 사회적 관계에서 차별받지 않는다.

한눈에도 명백하듯이 이러한 수정 경위에는 '외국인 인권'을 헌법에 도입하는 것에 대한 일본 정부의 완강한 저항이 존재하였다. 그렇다면 어째서 일본 정부는 외국인 인권을 보장하는 총사령부 초안 조항에 거부 반응을 보인 것일까.

이 문제를 생각하는 데서 후루카와는 헌법 제정 당시 '외국인'의 내실에 주의를 촉구한다. 즉 후루카와에 따르면 여기서 말하는 '외국인'이란 "교환선(交換船)으로 강제로 귀국 당한 미국·영국 등의 연합국 국민"이나 "수용소에 감금당한 '적성(敵性) 외국인'" 등이 아니라, "옛 제국 신민이지만 일본의 패전으로 인하여 '외국인'이라는 대우를 받게 되는 이백수십만 명의 일본[혼슈(本州)·홋카이도(北海道)·규슈(九州)·시코쿠(四国) 4개의 섬 및 주변 섬들]에 거주하는 조선인·대만인을 가리켰다고 생각된다."라는 것이다.[52] 이처럼 당시

51 총사령부 초안 조문에 관하여서는 佐藤達夫, 佐藤功 補訂, 『日本国憲法成立史 第3巻』, 33쪽 이하에 의거하였다. 또한 그다음으로 인용한 일본국헌법 조문과 함께 방점은 필자가 달았다.

52 古川純, 「日本国憲法の制定と『外国人』問題」, 古川純 編, 『「市民社会」と共生: 東アジアに生きる』,

일본 정부가 '외국인'으로서 목표로 삼은 것이 재일 조선인이나 재일 대만인이었다고 한다면, 그 배경에는 "당시 진행하고 있던 재일 조선인·중국인[=대만인]…에 대한 정부의 외국인 관리 정책 동향이 있었던 게" 아닐까 하는 것이 후루카와의 진단이었다.[53]

그렇다면 당시 일본 정부에 의한 외국인 관리 정책이란 어떠한 것이었는가. 하지만 이 질문에 답하기 위해서는 전전으로 시곗바늘을 되돌려야 한다.

일본은 1895년에 청으로부터 대만을 할양받은 데 이어 1910년에는 대한제국을 병합하기에 이른다. 이리하여 대만과 한반도는 일본의 '영토'가 되었고 거기서 살고 있던 사람들은 일본 '국적'을 지니는 '제국 신민'이 되었다. 하지만 한편으로 제국헌법이 시행된 1889년보다 이후에 '영토'에 편입된 이들 지역은 '외지'(外地)라고 불리어 "통상의 입법 절차로 정립된 법이 원칙적으로 시행"되지 않는 법역(法域)으로 여겨짐과[54] 동시에, 신분상 '외지'에 소속된 사람들은 호적법을 적용받지 않는 '외지인'으로서 '내지인'(內地人)과는 구별된 것이다.[55] 이처럼 "국적을 같이하면서 원칙적으로 신분 변경을 부정하는 '호적' 구별에 의하여 영토 거주자에게 교묘한 법적 차별을 마련한 것이 일본적 식민지법의 특징이었다."[56]

일본에서 내지와 외지의 구별 중에서도 특히 1945년 8월의 패전 직후에 쟁점이 된 것이 참정권을 둘러싼 문제다. 즉 전전의 중의원(衆議院) 의원 선거법은 외지에서 시행되지 않았기에, 내지인도 외지에 거주하면 중의원 의원 선거권 및 피선거권이 없는 데 반하여 외지인도 선거법이 시행되던 내지에 거주하면 해당 권리가 있다고 이해되었다.[57] 하지만 그해 12월에 이루

232쪽.

53 古川純, 「外国人の人権(1)」(1986), 古川純, 『日本国憲法の基本原理』, 学陽書房, 1993, 56쪽.

54 宮沢俊義, 『憲法略説』, 岩波書店, 1942, 32쪽.

55 清宮四郎, 『外地法序説』, 有斐閣, 1944, 43~45쪽.

56 古川純, 「日本国憲法の制定と『外国人』問題」, 237쪽.

57 清宮四郎, 『外地法序説』, 46쪽.

어진 중의원 의원 선거법 개정에서 “호적법을 적용받지 않는 자의 선거권 및 피선거권은 당분간 이를 정지한다.”라는 ‘부칙’이 마련됨으로써, 호적법을 적용받지 않는 대만인 및 조선인의 참정권이 ‘정지’된 것이다.[58] 더 나아가 일본국헌법이 시행되기 전날(1947년 5월 2일)에 시행된 ‘외국인 등록령’에 의하여 “대만인 중 내무대신이 정하는 자 및 조선인은 이 칙령 적용에서는 당분간 이를 외국인으로 간주한다.”라고 정하여지기에 이르렀다(제11조). 이처럼 “전후의 출발점에서 외국인 문제는 형태를 바꾼 ‘외지인’ 처우라는 성격의 정책 문제였기에, 일반적인 외국인 인권 보장으로 처리하라는 생각의 GHQ와는” 의견이 대립한 것이다.[59]

이리하여 전후에도 진행된 ‘호적’에 근거한 차별은 샌프란시스코 강화조약 발효(1952년 4월 28일)에 의하여 ‘국적’에 근거한 차별로 전환되기에 이른다. 즉 법무부(法務府)가 1952년 4월 19일에 송부한 ‘민사국장 통달’이 조약 발효에 따라 “조선인 및 대만인은 내지에 재주하는 자를 포함하여 전부 일본 국적을 상실한다.”라고 하여, ‘제국 신민’이었던 옛 ‘외지인’의 일본 국적을 일방적으로 박탈한 것이다.[60] 그 결과 ‘외국인’이 된 옛 ‘외지인’에 대한 차별적 대우는 ‘외국인 인권’이라는 논점에서 다루어지게 되지만, 그 일반적인 겉모습과는 정반대로 해당 논점에서 문제가 된 사례의 대부분은 옛 ‘외지인’을 당사자로 하는 것이었다.[61] 그리고 최고재판소가 ‘국민 주권’을 이유로 ‘외국인’ 참정권을 계속 부인하는 점에서도 보이듯이,[62] 옛 ‘외지인’에 대한 ‘국적에 근거한 차별’은 현재도 일본 사회를 계속 후벼 파는 커다란 상처라고 할 수 있겠다.[63]

58 水野直樹,「在日朝鮮人·台湾人参政権『停止』条項の成立(1)」,『研究紀要(世界人権問題研究センター)』1号, 1996, 43쪽 이하; 水野直樹,「在日朝鮮人·台湾人参政権『停止』条項の成立(2)」,『研究紀要(世界人権問題研究センター)』2号, 1997, 59쪽 이하.

59 古川純·高見勝利,「『外地人』とは何か」, 大石眞 他 編,『対談集 憲法史の面白さ』, 信山社, 1998, 240쪽(古川 발언).

60 大沼保昭,『在日韓国·朝鮮人の国籍と人権』, 東信堂, 2004, 33쪽 이하.

61 安西文雄 他,『憲法学読本(第3版)』, 有斐閣, 2018, 66쪽(巻美矢紀).

62 古川純,「外国人の政治参加(参政権)」,『法学教室』224号, 1999, 40쪽 이하; 古川純,『日本国憲法·検証 第4巻 基本的人権』, 小学館, 2001, 73쪽 이하.

63 문제 상황에 관하여서는 우선 田中宏,『在日外国人(第3版)』, 岩波書店, 2013.

3. 포섭과 배제

1) 일본 근대 헌법사

지금까지 봐 온 것처럼 "옛 '외지인'과의 '공생'이라는 과제는 전후 67년, 일본국헌법 시행 65년을 거친 21세기가 되어서도 아직 이론적으로나 실천적으로나 명확한 대우를 받지 못하고 있다."[64]라고 한다면, 일본 사회에는 여전히 후루카와가 이해하는 것 같은 '시민 사회'는—"일본에 '시민 사회'는 존재하는가 하는 질문에 누군가가 그렇다고 한다면"[65]이라는 언명(言明)에도 불구하고 적어도 완전한 형태로는—존재하지 않는다는 게 될 것이다. 여기서 헌법 체제의 전환에도 불구하고 전전과 전후에 공통되는 "기저 구조"[66]를 도출할 수 있지 않을까? 실제로 후루카와는 제국헌법 제정으로부터 일본국헌법 제정에 이르기까지 일본 사회는 "취약한 '시민 사회'"라는 문제를 계속 안고 있었다고 이해한 듯하다.[67]

후루카와가 연구자로서 출발할 무렵에 집필한 논고로서 1975년에 공간된 「독일 근대 국제사(国制史) 연구 서설」과 1976년에 공간된 「메이지(明治) 국가의 구성 원리 서설」을 들 수 있겠다. 이들은 전부 약 7년 전의 초고를 원형으로 한다고 설명되는데,[68] 1968년 내지 1969년이라고 하면 후루카와가 아직 도쿄대학에서 조수로 근무하던 시기이고[69] 따라서 이 논문 두 편은 도쿄대학 법학부에 '조수 논문'으로 제출하기 위하여 집필한 것이 아닐까

64 古川純, 「日本国憲法の制定と『外国人』問題」, 241쪽.

65 古川純, 「中国の『市民社会』研究について」, 憲法理論研究会 編著, 『憲法基礎理論の再検討』, 敬文堂, 2000, 156쪽.

66 古川純·高見勝利, 「『外地人』とは何か」, 大石眞 他 編, 『対談集 憲法史の面白さ』, 210·211쪽(古川 발언).

67 古川純, 「日本国憲法前史」, 樋口陽一 編著, 『講座·憲法学 第1巻 憲法と憲法学』, 日本評論社, 1995, 91쪽.

68 古川純, 「ドイツ近代国制史研究序説」, 『東京経大学会誌』 93号, 1975, 63쪽; 古川純, 「明治国家の構成原理序説」, 『東京経大学会誌』 94号, 1976, 4쪽.

69 다만 1969년 5월 단계에서는 직함이 "전 도쿄대학 법학부 조수"라고 되어 있다는 점에서(古川純, 「『研究者の論理』と知識人」, 『現代の理論』 6巻 5号, 1969, 102쪽), 조수 임기는 아마도 1966년 4월부터 1969년 3월까지였다고 생각된다.

하고 생각된다. 또한 전자가 후자의 "예비적 고찰"이라고 자리매김되어 있다[70]는 점에서 보면, 두 차례에 걸쳐서 공표되었기는 하지만 사실상 한 편의 논고로 보아도 문제없을 것이다.

그런데 이 논고에 따르면 후루카와의 관심은 "우리나라의 근대 국가 성립 및 '시민 사회' 성립의 역사 과정"에 있다고 되어 있고,[71] 이러한 관심에 근거하여 "독일 근대 국제사"와의 비교에서 "메이지유신"(明治維新)에 의한 "근대 국가" 형성 과정이 분석되고 있다. 즉 유신의 정치 과정에서는 "칙명"과 "공론"이라는 두 가지 정통성 관념이 등장하지만[72] 메이지 국가의 구성 원리(Verfassung)에서 "공론" = "공론적인 것"은 결국 국가에 독점 당하고 말기에, 확립되어야 할 영역으로서 "사회"의 "자유"가 등장할 여지는 없었다.[73] 이리하여 일본에서 '시민 사회'는 미성숙한 채로 끝났다고 여겨지는데, 후루카와에 따르면 이러한 사태를 이론적으로 정당화한 것이 제국대학 법과대학(현 도쿄대학 법학부)의 초대 헌법 강좌 담당자인 호즈미 야쓰카(穂積八束)였다고 한다.[74]

호즈미는 1884년부터 1889년에 걸쳐서 독일에서 유학하였는데, 그 당시 "독일은 비스마르크(Otto von Bismarck) 시대 말기에 해당하여 독일 정부는 의회에 대항하여 초연주의(超然主義)를 유지하면서 의회 외의 노동자 세력에 대하여서는 사회주의법이라는 채찍과 사회 정책이라는 당근의 양면 정책으로 이를 대우하고 있었다."[75] 이러한 모습을 목격한 호즈미는 "사회 최하층"에게 "헌법의 적"은 "사회의 빈곤"이고 "사회의 진정한 수요"는 "의식"(衣食)에 있다고 갈파하면서, 다음과 같이 "국가 전능주의"를 주장한다. 그는 말하기를 "사회 하층의 이해(利害)와 국회의 이해가 협화하지 않은 데서 비롯하

70 古川純,「ドイツ近代国制史研究序説」, 63쪽.
71 古川純,「ドイツ近代国制史研究序説」, 62쪽.
72 古川純,「明治国家の構成原理序説」, 8쪽.
73 古川純,「明治期法思想における『国家』と『社会』の問題(1)」,『東京経大学会誌』95号, 1976, 42쪽.
74 古川純,「明治憲法制定をめぐる法思想」, 小林直樹 · 水本浩 編,『現代日本の法思想』, 有斐閣, 1976, 43쪽.
75 長尾龍一,『日本憲法思想史』, 講談社, 1996, 43쪽.

여 이른바 사회 문제가 될 수밖에 없는"데, "사회 각층 이해의 알력은 사회 위에 초연한 전능의 주권이 아니면 이를 조화하는 것"은 불가능하다는 것이다.[76] 이처럼 "사회 문제"를 해결할 능력을 "국가"가 독점하는 한편, "비국가적인 '공공적인 것'을 체현하는 '시민 사회' 내지 '사회'의 영역과 이를 구성하는 '개인'"이 결여되었다는 점에서 후루카와는 전전에서 전후에 이르는 "구조적 문제"를 본 것이다.[77]

이러한 과제에 대하여 후루카와가 제시하는 전망은 다음과 같은 것이었다고 생각된다. 즉 '시민 사회' 형성에서 "'개'(個)에 의한 다양한 결사… 형성의 자유와 그 내부·상호 관계에서 자율적 질서 형성이 얼마나 획득되는가."가 결정적으로 중요하다고 말하고 있듯이,[78] "자율적 개인"이 결성하는 어소시에이션에 의하여 "공공"을 창출해 간다는 것이 후루카와가 떠올리는 구상일 것이다. 확실히 이러한 관점에서 후루카와가 착안하는 "자율적 개인"이 되기 위하여서는 "중간 단체"로 매개된 "윤리적 자율"을 이어받을 필요가 있다는 의견[79] 등은 헌법학으로서도 중요한 논점을 제기하는 것처럼 여겨진다. 하지만 이와 동시에 이러한 전망을 저해하는 일본 사회의 '암부'(暗部)를 석출하는 후루카와의 솜씨에도 본고는 주목하고자 한다.

2) 일본 사회의 '암부'

애초에 '법 앞의 평등' 원리가 지배할 터인 '시민 사회'[80]와는 명확하게 모순되는 존재를 일본 사회는 안고 있다. 그것은 말할 것도 없이 천황제이다. 후루카와도 전후 천황제가 전전으로부터의 연속성을 지니고 있을 뿐만 아니라, 이러한 역사적 연속성을 받아들이는 기반으로서 "사회의식에서의 비

76 穂積八束, 「国家全能主義」(1890), 穂積重威 編, 『穂積八束博士論文集(増補改版)』, 有斐閣, 1943, 189쪽 이하.

77 古川純, 「日本の近代化とフランス人権宣言」, 『法律時報』 61巻 8号, 1989, 55쪽; 古川純, 「明治憲法制定期の天皇制」(1990), 古川純, 『日本国憲法の基本原理』, 101~102쪽.

78 古川純, 「中国の『市民社会』研究について」, 151쪽.

79 村上淳一, 『ドイツ市民法史(新装版)』, 東京大学出版会, 2014, 3~6쪽.

80 村上淳一, 「ドイツ『市民社会』の成立」, 『法学協会雑誌』 86巻 9号, 1969, 21쪽.

합리적 심리"가 일본 사회에 존재한다는 점을 예리하게 지적한다.[81] 즉 "'천황'이라는 말 = 기호는 일본 사회 구조의 어딘가에 있는 비합리적인 것을 자극하는 힘을 지니고 있다."[82]라는 것인데, 이러한 "비합리적인 것"에 의하여 야기되는 것이 다름 아닌 '폭력'이다.

1988년 9월 19일에 쇼와천황(昭和天皇)의 병세가 악화되는 것이 공표되자 일본 사회는 '자숙' 모드에 뒤덮였다.[83] 그러한 이상한 분위기에 감싸인 그해 12월 7일에 시의회라는 장에서 쇼와천황의 전쟁 책임을 긍정한 모토시마 히토시(本島等) 당시 나가사키(長崎)시장에게는 일본 전국에서 일제히 비난이 쏟아졌고,[84] 1990년 1월 18일에 결국 우익 단체 구성원에게 총격을 당하게 된다. 이 사건 외에도 같은 시기에는 아키히토천황(明仁天皇, 현 상황)의 즉위에 따른 대상제(大嘗祭)에 반대한 유게 도루(弓削達) 당시 페리스여학원(フェリス女学院) 학장의 자택이 습격당하는 사건도 일어나는데, 후루카와가 언급하는 이들 사건은 확실히 지금으로부터 30년도 더 지난 사건이다. 이러한 사건에 근거하여 일본 사회의 '암부'[85]를 말한다는 것은 과연 시대착오일까. '레이와'(令和) 시대에 들어선 일본 사회에서 '폭력'을 말하는 의의는 더 이상 존재하지 않는 것일까.

이 점에 관하여 "일본 근대사의 많은 시기에 폭력이 정치 실천 전반에 깊숙이 묻혀 있었다는 점"을 밝힌 연구에 따르면, 장사(壯士, 메이지 시대에 자유 민권 운동을 제창하면서 정당의 별동대로 활동하는 한편 폭력이나 협박 등을 일삼은 이들—역자 주)나 야쿠자 등 "폭력 전문가"에 의한 정치 폭력은 전전 제국주의나 파시즘과 긴밀히 이어져 있었을 뿐만 아니라 전후 보수 정권 강화 및 장기화도 떠받치는 것이었다.[86] 이 연구는 1960년대까지를 대상으로 하는 것

81 古川純,「象徴天皇制の成立と天皇の戦争責任」(1990), 古川純,『日本国憲法の基本原理』, 105~106쪽.
82 古川純,「天皇·日の丸·君が代」(1990), 古川純,『日本国憲法の基本原理』, 120쪽.
83 岩波新書編集部 編,『昭和の終焉』, 岩波書店, 1990.
84 径書房編集部 編,『長崎市長への7300通の手紙』, 径書房, 1989.
85 古川純,「天皇制の『文明の顔』と『未開の顔』」(1990), 古川純,『日本国憲法の基本原理』, 142쪽.
86 エイコ·マルコ·シナワ, 藤田美菜子 訳,『悪党·ヤクザ·ナショナリスト』, 朝日新聞出版, 2020, 18·278·282쪽.

이지만, 정치 과정에 미치는 폭력의 영향은 현재까지 계속된다고 생각해도 될 것이다. 특히 후루카와에 의한 연구와의 관계에서 본고에서 거론하고자 하는 것은 옛 '외지인'의 자손 및 오키나와에 대한 폭력이다.

2021년 8월 30일 오후 4시 10분 무렵에 교토부(京都府) 우지시(宇治市) 이세다초(伊勢田町) 우토로(ウトロ) 51번지에서 가옥 6채 등을 불태운 방화 사건이 발생하였다. 후술하는 역사적 경위에서 재일 조선인들이 형성한 우토로 지구(地区)에서 사건을 일으킨 피고인의 동기는, 교토지방재판소에 의하여 "재일 한국·조선인이라는 특정 출신을 지닌 사람들에 대한 편견이나 혐오감 등에 근거한" 것이라고 인정되었다.[87] 실은 우토로 지구를 둘러싸고는 이 사건이 일어나기 전부터 차별 가두선전이 반복되고 인터넷상에는 비방·중상이 넘치던 가운데 일어난 범행이었는데, 그 배경에는 다음과 같은 사정이 있었다.

우토로 지구는 1940년대에 체신성과 국책 회사인 '일본 국제 항공 공업(일국)'이 계획한 군사 비행장 건설 당시 일본에서 어쩔 수 없이 일하게 된 조선인 노동자들이 모인 합숙소['함바'(飯場)] 터에 형성된 집락이다. 패전으로 공사가 중지되자 토지는 '일국'의 후신인 '닛산 차체'(日産車体)로 인계되었고, 그 땅에 방치된 노동자들은 '불법 점거'로 간주되면서도 차별과 빈곤 속에서 서로 도우면서 살아왔다. 하지만 우토로는 1980년대 말에 '땅 굴리기'[土地転がし, 관계자끼리 토지 전매(転売)를 반복하여 가격을 올려서 이익을 얻는 것—역자 주]의 대상이 되었고, 주민들은 강제 퇴거를 강요하는 부동산 회사로부터 소송을 제기당한 끝에 패소한다. 이러한 전말을 가리켜, 우토로 지구 주민들은 토지를 '불법 점거'하고 있다는 비방 중상이 인터넷상에 넘치게 된 것이다.[88]

이는 요컨대 우토로의 사람들은 일본 법에 의해 버려진 사람들이었다고 할 수밖에 없다. 확실히 이 사건만을 본다면 실질적으로 혐오 범죄(hate

87 교토지방재판소 2022년 8월 30일 재판소 웹사이트.
88 中村一成, 『ウトロ ここで生き, ここで死ぬ』, 三一書房, 2022.

crime)라는 점을 인정한 지방재판소 판결[89]에서 최종적으로는 법이 기능하였다고는 할 수 있겠다. 하지만 이번 혐오 범죄의 직접적인 원인인 배외주의는 1990년대 이후 여당 정치가들에 의해 선동되어 온 것이고,[90] 따라서 국가 자신이 소수자에 대한 폭력을 원조·조장해 왔다는 측면이 있음은 부인하지 못할 것이다. 실제로 이 사건 외에도 수많은 혐오 범죄에의 대응을 보는 한, 소수자에 대한 차별 감정을 수사 기관도 공유하고 있다는 의혹이 짙다.[91] 원래 이 사건에서 심판된 것은 어디까지나 사인(私人)에 의한 폭력이지만, 이에 반하여 국가 자신이 폭력의 주체로 나타나는 곳이 오키나와이다.

오키나와현(沖縄県) 기노완시(宜野湾市)에 위치한 미군 후텐마(普天間) 기지를 나고시(名護市) 헤노코 곶(辺野古崎)으로 '이설'하는 계획을 둘러싸고, 2013년 12월 27일에 나카이마 히로카즈(仲井真弘多) 오키나와현지사(당시)가 헤노코에 새 미군 기지를 건설하기 위한 해면(海面) 매립을 승인하였다. 하지만 이에 대하여 현 내에서 비판이 이어졌고, 2014년 11월 16일의 현지사 선거에서 기지 건설 반대를 공약으로 내세운 오나가 다케시(翁長雄志)가 당선되었다. 이리하여 현지사에 취임한 오나가는 2015년 10월 13일에 나카이마 전 지사의 매립 승인을 취소하였다. 하지만 일본 정부는 공사를 강행하기에 이르렀고, 이를 저지하고자 하는 현과의 사이에서 소송으로 발전한 것이다. 그동안 헤노코 기지 건설에 반대하여 공사 현장에서 항의 활동을 하는 주민에 대하여 해상보안청이나 경시청 기동대는 다음과 같이 '국가의 폭력 장치로서의 본질'을 똑똑히 보였다.

> 고무보트 위에서 보안관이 [시민이 탄] 카누에 뛰어내려서 의도적으로 전복시킨다. 차가운 바다에 내팽개쳐진 카누에 탄 사람의 구명조끼를 뒤에서 붙잡아서

89 師岡康子,「ウトロ等連続放火事件 判決の意義と課題」,『世界』963号, 2022, 17쪽.
90 伊藤昌亮,『ネット右派の歴史社会学』, 青弓社, 2019.
91 中村一成,「京都·ウトロ地区放火事件」,『世界』953号, 2022, 22~23쪽.

얼굴을 수면 아래에 처박아서 바닷물을 마시게 하는 악질적인 보안관도 있었다. 물에 빠진 생쥐 꼴로 고무보트 위로 끌어올려진 뒤 바람을 맞으면 몸이 식고 만다. 때로는 3~4시간이나 추위를 견딘 적도 있었다. [중략] 동력선에 대한 해상보안청의 탄압은 한층 더 격렬하여 고무보트나 순시정으로 들이받아 배를 부수는 일도 하게 되었다. 항의 선박이 사용 불능이 되면 카누를 따라갈 수 없게 되고 해상 행동을 실시할 수 없게 된다. 그것이 목적이었다. [2016년] 4월 28일에 실시된 해상 대행동에서는 [배가] 해상보안청 보안관에 의하여 전복당하는 사건이 발생하였다. 바다에 내팽개쳐진 승무원 중에는 해상보안청에 질질 끌려다니면서 바닷물을 마셔서 구급차로 옮겨지는 사람까지 나왔다.[92]

이처럼 국가에 의한 가혹한 폭력이 전개되는 한편으로 법정에서 내려진 판결은 단지 국가의 주장을 추인하는 것에 불과하였고, 헤노코를 둘러싼 문제에서 '법치주의'가 기능한다고는 하기 어려운 상태에 있다.[93] 애초에 미군 기지의 존재 그 자체가 '식민지주의'와 '인종주의'의 표출이라고 할 수 있는데,[94] 이처럼 오키나와를 기지화 = '식민지'화한다는 '신 류큐 처분'을 정당화한 것이 1947년 9월 19일에 발표된 쇼와천황의 '메시지'였다.[95] 이로부터 4개월 전인 그해 5월 3일에는 제4조 1항에서 "천황은… 국정에 관한 기능을 보유하지 않는다."라고 규정하는 일본국헌법이 이미 시행된 이상, 이러한 '천황 메시지'를 발표하는 것이 헌법 위반 행위였음은 말할 것도 없다. 국가에 의한 '폭력'을 항상화한 오키나와의 모습은 그야말로 천황에 의한 위헌 행위의 연장선상에 존재하는 것이다.

92 目取真俊,「辺野古-国家の暴力はやんでいない」,『世界』884号, 2016, 121, 123~124쪽.
93 紙野健二 · 本多滝夫 編,『辺野古訴訟と法治主義』, 日本評論社, 2016.
94 林博史,『暴力と差別としての米軍基地』, かもがわ出版, 2014, 7쪽 이하.
95 古川純,「天皇 · 日の丸 · 君が代」, 129~130쪽; 進藤榮一,『分割された領土』, 岩波書店, 2002, 62쪽 이하.

3) 근대 일본의 원점

메이지 정부는 1876년에 조일수호조규를 체결하여 조선과 청과의 종속 관계를 부인하자, 러일전쟁 이후에 제2차 한일 협약으로 한국의 외교권을 박탈하고 더 나아가 제3차 한일 협약으로 한국의 내정권을 박탈하는 과정을 거쳐 1910년의 한국 병합으로 치달았다. 하지만 메이지 정부가 이러한 수단을 택한 것은 이때가 처음은 아니다. 즉 처음에 청과의 관계를 끊도록 하고 다음으로 외교권을 빼앗으며 더 나아가 내정권을 빼앗은 뒤 최종적으로 병합한다는 한국 병합 과정은, 일반적으로 '류큐 처분'이라고 불리는 류큐 왕국 병합에 관한 절차를—더 '세련'된 수법으로—답습한 것이다.[96] 이처럼 훗날 '만주국' 건국을 포함하여 "류큐 병합은 근대 일본 식민지 형성의 하나의 모범이었고, 결코 다른 부·현의 폐번치현(廃藩置県)과 같은 수준의 문제는 아닌" 것이다.[97]

이리하여 대일본제국에 '병합'된 류큐였지만, 그 류큐 내부에도 차별 구조는 엄연히 존재하였다. 이 점을 지금으로부터 100년 전에 갈파한 것이 야나기타 구니오(柳田国男)이다.

> 오키나와의 유식 계급에 속하는 사람들은 [중략] 오키나와의 중부 일본[=본토]에 대한 관계와 지극히 유사한 방계[外様] 관계로 오키나와 자신에 종속하는 더 작은 고도(孤島)가 있다는 점을 잊으려 하고, 또 때때로 이를 남겨 둔 채 혼자서 나아가고자 한 것이다. 오키나와 본도를 둘러싸는 약간의 작은 섬만큼은 어쩌면 작은 배를 타고 아침저녁으로 오고 갈 수도 있지만 이른바 사키시마(先島)의 두 군도, 즉 미야코(宮古)·야에야마 군도의 섬들에 이르러서는 아득히 먼 500년 동안 지금의 오키나와현이 중앙 집권제 아래에서 통치되는 것보다 훨씬 더 불안하고 또 고통스러운 고립된 존재 상태에 놓인 것이다. 또한 사키시마의 야에야마 주도(主島)에도 또 세금을 바칠 뿐이라고 할 수도 있는 관계로 이어져 있던

96 上村英明, 『先住民族の「近代史」』, 平凡社, 2001, 127쪽 이하.
97 渡名喜守太, 「琉球先住民族論」, 古川純 編, 『「市民社会」と共生: 東アジアに生きる』, 106쪽.

속도(属島)가 있었다.[98]

특히 야에야마를 포함하는 사키시마가 종속국 내에서도 다시 종속적인 지역이었음을 상징적으로 표현하는 것이 인두세일 것이다.[99] 즉 1609년에 일어난 시마즈 씨(島津氏)의 류큐 침공으로 사쓰마번(薩摩藩)의 지배 아래에 놓인 류큐 왕부는, 사쓰마에 의한 증세 등으로 궁핍해져서 1637년에 미야코·야에야마에만 인두세를 매긴 것이다.[100]

원래 야에야마를 포함하는 사키시마 제도는 오키나와 본도로부터 멀리 떨어져 있기에 류큐 왕국의 판도에 편입된 것이 가장 늦은 지역이었다.[101] 이러한 야에야마의 판도화를 실현하는 계기가 된 것이 이미 말한 '아카하치의 난'이다.[102] 류큐 왕부에 의한 야에야마의 통치 시스템으로서는 간접 통치라는 수단이 택해졌다고 여겨지고 있는데,[103] '류큐학'의 아버지로 불리는 이하 후유(伊波普猷)는 이 야에야마 정벌로 류큐 왕부는 야에야마에 대하여 "민족적 종교를 강매한 듯한 흔적이 있다"는 점을 인정한다.[104] 일본의 '민족적 종교'인 '국가신도'가 '오키나와현'에 '강매'된 것은 이로부터 대략 400년 뒤의 일이었다.[105]

근대 일본의 저류(底流)에 일관되게 흐르던 것은 이러한 차별과 억압의 연쇄였다. 여기서 보이는 것은 법으로 지켜져야 할 '개인'에게 침묵과 희생을 강요해 온 근대 일본 사회의 '구조'(constitution)임이 틀림없다. 그렇다고 한다면 근대 일본의 '구성 원리'(Verfassung)를 줄곧 추구해 온 후루카와가,

98 柳田国男,「南島研究の現状」(1925),『柳田国男全集 第4巻』, 筑摩書房, 1998, 83쪽.
99 大崎正治,「琉球八重山の人頭税を吟味する」,『国学院経済学』64巻 2号, 2015, 35쪽.
100 はいの晄,「八重山の人頭税時代」, 古川純 編,『八重山の社会と文化』, 37쪽 이하.
101 安里進 他,『沖縄県の歴史(第2版)』, 山川出版社, 2010, 156쪽.
102 宮城弘樹 他 編,『大学で学ぶ沖縄の歴史』, 吉川弘文館, 2023, 56쪽(深澤秋人).
103 後田多敦,『琉球の国家祭祀制度』, 出版舎 Mugen, 2009, 170쪽.
104 伊波普猷,「古琉球の政治」(1922),『伊波普猷全集 第1巻』, 平凡社, 1974, 455쪽.
105 樋口淳,「ヤマトと琉球のマツリとマツリゴト」, 古川純 編,『「市民社会」と共生: 東アジアに生きる』, 140~143쪽.

차별과 억압을 연쇄의 말단에서 계속 받아 온 야에야마에 마음이 끌린 것도 우연은 아닌 것처럼 생각되는 것이다.[106]

106 난세이 제도(南西諸島) '도서(島嶼) 방위'의 일환으로 야에야마 제도에도 2016년에는 요나구니지마(与那国島), 2023년에는 이시가키지마(石垣島)에 각각 육상자위대 주둔지가 개설되었다. 古川純, 「石垣島·陸自警備部隊等配備計画のねらい」, 『現代の理論』 2016 가을호, 86쪽 이하.

* 이 글은 일본어로 작성되었으며 박완(한양대학교 창의융합교육원 조교수)에 의해 번역되었다.

투고일자: 2023. 5. 18. | 심사완료일자: 2023. 6. 22. | 게재확정일자: 2023. 6. 27.

일본인의 헌법 의식: 근대 일본에 헌법은 존재하는가 | 니시무라 유이치

安里進 外,『沖縄県の歴史(第2版)』, 山川出版社, 2010.

阿部謹也,「『世間』とは何か」(1995),『阿部謹也著作集 第7巻』, 筑摩書房, 2000.

安西文雄 外,『憲法学読本(第3版)』, 有斐閣, 2018.

安念潤司,「憲法と憲法学」, 樋口陽一 編著,『ホーンブック 憲法(改訂版)』, 北樹出版, 2000.

安念潤司,「政治文化としての立憲主義」, 紙谷雅子 編著,『日本国憲法を読み直す』, 日本経済新聞社, 2000.

石川健治,「アプレ・ゲール, アヴァン・ゲール」, 辻村みよ子・長谷部恭男 編,『憲法理論の再創造』, 日本評論社, 2011.

石牟礼道子,「苦海浄土」(1969),『石牟礼道子全集・不知火 第2巻』, 藤原書店, 2004.

伊藤昌亮,『ネット右派の歴史社会学』, 青弓社, 2019.

井上達夫,「危機の法哲学」, 日本法哲学会 編,『危機と法哲学』, 有斐閣, 2021.

伊波普猷,「古琉球の政治」(1922),『伊波普猷全集 第1巻』, 平凡社, 1974.

岩波新書編集部 編,『昭和の終焉』, 岩波書店, 1990.

大江志乃夫,『日本の歴史 第31巻 戦後変革』, 小学館, 1976.

大崎正治,「琉球八重山の人頭税を吟味する」,『国学院経済学』64巻 2号, 2015.

大沼保昭,『在日韓国・朝鮮人の国籍と人権』, 東信堂, 2004.

大林啓吾 編,『コロナの憲法学』, 弘文堂, 2021.

奥平康弘・山口二郎 編,『集団的自衛権の何が問題か』, 岩波書店, 2014.

紙野健二・本多滝夫 編,『辺野古訴訟と法治主義』, 日本評論社, 2016.

川口暁弘,『ふたつの憲法と日本人』, 吉川弘文館, 2017.

川島武宜,『日本人の法意識(改版)』, 岩波書店, 2021.

清宮四郎,『外地法序説』, 有斐閣, 1944.

清宮四郎,『憲法と国家の理論』, 講談社, 2021.

径書房編集部 編,『長崎市長への7300通の手紙』, 径書房, 1989.

阪田雅裕 編著,『政府の憲法解釈』, 有斐閣, 2013.

佐藤達夫, 佐藤功 補訂,『日本国憲法成立史 第3巻』, 有斐閣, 1994.

後田多敦,『琉球の国家祭祀制度』, 出版舎Mugen, 2009.

進藤榮一,『分割された領土』, 岩波書店, 2002.

杉原泰雄,「日本国憲法の50年と立憲主義」,『公法研究』59号, 1997.

曽我部真裕,「立憲主義のあり方から見る『自粛か強制か』問題」,『判例時報』2458号, 2020.

曽我部真裕,「『ゆるふわ立憲主義』再論」,『自治実務セミナー』709号, 2021.

高橋和之,『立憲主義と日本国憲法(第5版)』, 有斐閣, 2020.

田中宏,『在日外国人(第3版)』, 岩波書店, 2013.

境家史郎,「日本人の憲法観」,『法律時報』90巻 9号, 2018.

中村一成,『ウトロ ここで生き, ここで死ぬ』, 三一書房, 2022.

中村一成,「京都・ウトロ地区放火事件」,『世界』953号, 2022.

長岡徹,「憲法理念の定着と解釈改憲の時代」, 全国憲法研究会 編,『憲法改正問題』, 日本評論社, 2005.
林博史,『暴力と差別としての米軍基地』, かもがわ出版, 2014.
坂野潤治,『日本憲政史』, 東京大学出版会, 2008.
広渡清吾,「日本の『市民社会』をどのように展望するのか」,『専修大学法学研究所所報』46号, 2013.
深瀬忠一,『戦争放棄と平和的生存権』, 岩波書店, 1987.
古川純,「『研究者の論理』と知識人」,『現代の理論』6巻 5号, 1969.
古川純,「ドイツ近代国制史研究序説」,『東京経大学会誌』93号, 1975.
古川純,「明治国家の構成原理序説」,『東京経大学会誌』94号, 1976.
古川純,「外国人の人権(1)」(1986), 古川純,『日本国憲法の基本原理』, 学陽書房, 1993.
古川純,『日本国憲法の基本原理』, 学陽書房, 1993.
古川純,「日本国憲法前史」, 樋口陽一 編著,『講座·憲法学 第1巻 憲法と憲法学』, 日本評論社, 1995.
古川純·高見勝利,「『外地人』とは何か」, 大石眞 外 編,『対談集 憲法史の面白さ』, 信山社, 1998.
古川純,「外国人の政治参加(参政権)」,『法学教室』224号, 1999.
古川純,「中国の『市民社会』研究について」, 憲法理論研究会 編著,『憲法基礎理論の再検討』, 敬文堂, 2000.
古川純,『日本国憲法·検証 第4巻 基本的人権』, 小学館, 2001.
古川純,「15世紀末の『アカハチ』戦争 = 八重山『独立戦争』の視点から」,『専修大学法学研究所紀要』34号, 2009.
古川純,「『八重山共和国』について」,『専修大学法学研究所紀要』34号, 2009.
古川純 編,『「市民社会」と共生: 東アジアに生きる』, 日本経済評論社, 2012.
古川純 編,『八重山の社会と文化』, 南山舎, 2015.
古川純,「石垣島·陸自警備部隊等配備計画のねらい」,『現代の理論』2016 가을호.
水野直樹,「在日朝鮮人·台湾人参政権『停止』条項の成立(1)」,『研究紀要(世界人権問題研究センター)』1号, 1996.
水野直樹,「在日朝鮮人·台湾人参政権『停止』条項の成立(2)」,『研究紀要(世界人権問題研究センター)』2号, 1997.
美濃部達吉,『逐条憲法精義』, 有斐閣, 1927.
宮城弘樹 他 編,『大学で学ぶ沖縄の歴史』, 吉川弘文館, 2023.
宮沢俊義,『憲法略説』, 岩波書店, 1942.
棟居快行,『憲法学再論』, 信山社, 2001.
村上淳一,「ドイツ『市民社会』の成立」,『法学協会雑誌』86巻 9号, 1969.
村上淳一,『ドイツ市民法史(新装版)』, 東京大学出版会, 2014.
目取真俊,「辺野古: 国家の暴力はやんでいない」,『世界』884号, 2016.
師岡康子,「ウトロ等連続放火事件 判決の意義と課題」,『世界』963号, 2022.
エイコ·マルコ·シナワ, 藤田美栄子 訳,『悪党·ヤクザ·ナショナリスト』, 朝日新聞出版, 2020.
柳田国男,「南島研究の現状」(1925),『柳田国男全集 第4巻』, 筑摩書房, 1998.
山羽祥貴,「『密』への権利(下)」,『法律時報』93巻 7号, 2021.
吉田克己,「川島市民社会論を改めて学ぶ」,『法律時報』82巻 3号, 2010.

국문초록

특집 | 법문화에서 보는 현대 일본 사회의 일면

일본인의 헌법 의식: 근대 일본에 헌법은 존재하는가 | 니시무라 유이치

'일본인의 헌법 의식'을 표현하는 것으로서 자주 제시되는 것이, 정부에 의한 '해석개헌'이라고 불리는 현상이다. 이에 대한 비판은, 존재하는 법에 대해서는 잘 준수하는 한편으로 법으로 지켜져야 할 것에는 둔감하다는 정부의 태도에 쏟아졌다. 여기서 희생당하는 '법으로 지켜져야 할 것'이 근대 입헌주의의 중핵에 있는 '개인의 존엄'이라고 한다면, 이러한 정부의 태도를 용인하는 일본 사회에 과연 법은 존재한다고 할 수 있을까. 이러한 관점에서 본고는 일본 시민 사회의 미성숙이라는 문제의식을 줄곧 지닌 헌법학자 후루카와 아쓰시(古川純)를 실마리로 하여 일본 근대 헌법사의 재구성을 시도하였다.

주제어: 해석 개헌, 입헌주의, 시민 사회, 일본 근대 헌법사, 후루카와 아쓰시(古川純)

호적을 통해서 본 국적: '일본인'이란 무엇인가? | 엔도 마사타카

근대일본에서는 혈통주의를 국민의 요소로 채용함에 따라 혈통을 증명하는 호적이 일본인의 증명이 되었다. 호적은 거기에 기재된 자를 신민으로 삼고, 천황을 근대 국민국가의 상징으로 만든 메이지 국가에서는 개인을 신민으로 통합했다. 동시에 1898년에 국민을 관리하는 근간으로 제정된 이에제도(家制度)하에서 호적은 '이에의 등록부'가 되고, 개인은 '이에'에 종속되었다.

이러한 이에의 원리가 1899년에 제정된 국적법에도 영향을 미쳐 외국인이 혼인과 양자결연을 통해 일본의 이에로 들어가면 자동적으로 일본인이 되었다. 또한 일본제국에서는 식민지별로 호적제도가 작성되면서 내지, 대만, 조선의 호적에 속하는 것이 내지인, 대만인, 조선인이라는 구분을 의미하게 되었다. 하지만 그러한 민족의 구분은 혼인으로 호적을 이동하면 변환되었다.

이렇게 일본인의 경계를 정하는 혈통주의는 한없이 픽션에 가까워진다. 그리고 호적은 혈통에 기반해서 일본인이라는 동질성을 형성하는 한편으로 그 틀 안에서는 출생에 근거한 경계선을 설정함에 따라 사회적인 차별과 격차를 재생산해 온 것이다.

주제어: 호적, 이에제도, 국적법, 혈통주의, 일본인

일본의 외국인 정책과 법제: 다문화공생 정책을 중심으로 | 유혁수

본 연구는 일본의 다문화공생 정책을 중심으로 한 일본의 외국인 정책과 법제에 대한 연구다. 2000년대 이후, 일본은 다문화공생을 향한 새로운 발걸음을 내딛었다. 그러나 여전히 외국인 노동력이 필요한 가운데 단순노동자를 받아들여 정주로 연결되는 것에 대한 경계 속에서 다문화공생 정책은 늘어나는 정주외국인의 통합을 향한 로드맵이 결여된 채 진행 중이다. 이러한 상황에서 본 연구는 일본의 다문화공생 정책의 현황과 문제점을 분석하고, 일본의 외국인 정책과 법제의 변화와 이에 대한 평가

영문초록

ONE ASPECT OF CONTEMPORARY JAPANESE SOCIETY FROM THE PERSPECTIVE OF LEGAL CULTURE

Constitutional Consciousness of the Japanese: Constitutionalism in Modern Japan | NISHIMURA Yuichi

Japanese constitutional reinterpretation by the government interpretation is often regarded as a reflection of "constitutional consciousness of the Japanese." The government's attitude has been criticized for well complying with positive laws but being indifferent to what should be protected by law. If "what should be protected by law" at stake here refers to the "dignity of the individual," which is at the core of modern constitutionalism, can one say that law exists in a Japanese society that tolerates such an attitude of the government? From this viewpoint, this paper tries to reconstitute the constitutional history of modern Japan with reference to Furukawa Atsushi, a constitutional scholar who has continuously explored the immaturity of Japanese civil society.

• **Keywords**: Constitutional Reinterpretation, Constitutionalism, Civil Society, Constitutional History of Modern Japan, FURUKAWA Atsushi

Japanese Nationality and the *Koseki* System: What Makes One a "Japanese"? | ENDO Masataka

In modern Japan which adopted the principle of *jus sanguinis* as an element of its citizenship, the *koseki* (family register) became a certificate of one's lineage, or a proof of one's nationality as a Japanese. *Koseki* designated those registered as the nation's "subjects," thereby incorporating individuals as the people of Meiji Japan, where the emperor was the symbol of modern nation-state. At the same time, under the "*ie*" (literally, "family" or "household") system established in 1898 as the basis of national administration, *koseki* developed into the "register of *ie*," and individuals became subordinated to their "family."

Such principle based on "family" also influenced the Japanese Nationality Law enacted in 1899, under which foreigners too could automatically become "Japanese" if they joined a Japanese household through marriage or adoption. Moreover, the Japanese Empire created separate *koseki* registers for each of its colonies, through which a person was classified as a "*naichijin* (person from Japan proper)," a "Taiwanese," or a "Korean" according to the *koseki* one was registered in. However, such "ethnic" identification was altered when one's *koseki* was