

법문화에서 보는 현대 일본 사회의 일면

유혁수

1.

우선 일본의 규범적 상황의 일면을 볼 수 있는 몇 가지 사례와 측면을 소개 하겠다.

먼저 2년 전 닛산 카를로스 곤(Carlos Ghosn) 회장이 보석으로 풀려나 있는 동안에 일본에서 탈출함으로써 일본의 ‘인질사범’의 실태가 국제 사회에 알려지게 되었던 사건이 있다. 특히 장기간 신체를 구속하는 구속 및 보석의 운용, 체포 후 가족 면회와 변호인 입회 제한 등의 실태가 문제 된 것이다. 또한 일본에서 국정 운영에 있어서 오래동안 행정부의 우위가 있어 온 것은 주지의 사실이다. 행정부의 우위는 입법과정뿐 아니라 법률 시행 과정에서도 발휘되어 왔다. 그 과정에서 행정부 성청의 견해가 넓은 의미에서 규범적 구속력을 갖는 법문화가 존재해 왔다. 마지막으로 일본인의 법의식을 논할 때 대표적인 논쟁의 사례가 “일본인은 재판(소송)을 기피한다”는 명

유혁수(柳赫秀) 가나와대학 국제일본학부 교수. 요코하마 국립대학 명예교수. 도쿄대학 법학정치학연구과에서 석·박사 학위를 취득하고, Harvard Law School과 Johns Hopkins University에서 방문연구원을 역임. 전공은 국제법, 국제경제법, 외국인과 법, 재일동포 등이다. 외국인 관련 논문으로는 『『在日』と『日本人』: 『溝と壁』の越境は可能か』, 『歴史と民俗』 38号, 2022; 『日本における外国人法制の現状と課題: 総論的考察』, 『法律時報』 2017年 4月号; 「전문가 집단의 현황을 통해 본 재일동포사회: 변호사와 연구자를 중심으로」, 『일본비평』 14호, 2016; 「재일동포의 법적 지위 및 사회적 위상: 1991년 합의각서 이후를 중심으로」, 『일본비평』 12호, 2015 등이 있다.

제다. 이 명제의 당위를 둘러싸고 1960년대 이후 끊임없는 논쟁이 이어져 왔는데 현재까지도 일본인들의 재판(소송) 이용이 적다는 사실에는 변함이 없다.

그 반면에 우리들은 언론 등을 통하여 일본인의 높은 질서의식에 대해서 익히 들어 알고 있다. 일본인들은 줄을 잘 서며 새치기하는 법이 거의 없는데 이것은 간토(關東) 지방의 교통질서를 보면 금방 알 수 있다. 일본사회·일본인의 규범의식을 생각할 때 빼놓을 수 없는 것이 쇼와(昭和) 천황 붕어(崩御) 시에 볼 수 있었던 자숙하는 문화다. 그로부터 수 년 뒤인 1995년 한신아와지(阪神淡路) 대지진을 계기로 자원봉사 활동이 지역사회를 넘어서 전국적으로 확대되면서 시민사회의 새로운 장이 열렸다는 평가가 있는 반면, 여전히 자숙하는 문화, ‘세간’(世間)이라는 굴레 그리고 법 제재에 못지 않은 ‘사회적 제재’가 개인의 자율을 제약하고 있다는 인식이 없어지지 않고 있다. 또한 헤이세이(平成)시대를 통해서 매너가 강조되고 사회 구석구석에서 매뉴얼에 의거한 사고방식과 행동양식이 침투하는 매뉴얼 사회화가 진행되고 있다는 인상이다.

아마도 일본 사회의 규범적 상황의 문제가 축약된 것은 전쟁 포기를 선언한 헌법 9조를 둘러싼 움직임이 아닐까 싶다. 주지하는 바와 같이 헌법 9조는 일본국 헌법 제정과 거의 때를 같이하여 시작된 냉전으로 인해, 자위대 창설부터 2014년 집단적 자위권의 승인에 이르기까지 ‘해석개헌’이 거듭되어 왔다. 이제는 마지막 단계인 헌법 개정을 둘러싸고 개헌파의 공세가 거세지고 있는 가운데 최종적으로 헌법 개정이 이루어질 것인지 여전히 불투명한 분위기다.

이상과 같은 문제의식을 배경으로, 이번 특집은 일본의 법문화란 관점에서 몇 가지 사례를 통해서 현대 일본 사회의 일면을 조명하고자 한다.

2.

2023년 3월에 작고한 오에 겐자부로(大江健三郎)는 1994년 12월 7일 노벨상 수상 기념 강연에서 같은 일본인이지만 아름다운 일본이라는 회로 속에 갇힌 가와바타 야스나리(川端康成)보다는 아일랜드 시인 W. B. 예이츠(William Butler Yeats)에게 훨씬 친근감을 느낀다며, 광신적인 파괴가 아니라 인간 본래의 모습을 지키려는 그의 문학을 칭송한 아일랜드 상원의 결의안을 소개한다. 그리고 광신적인 파괴로 국내는 물론 주변국의 인간을 짓밟은 역사를 갖는 나라의 인간으로서 가와바타같이 ‘아름다운 일본의 나’를 말할 수는 없다며, 개국 이래 120년간 국가와 개인도, 근대화와 전통도 완전히 합쳐지지 못하고 애매한(ambiguous) 상태로 분열되어 있는 일본에 대해 이야기한다.¹

규범도 법도 문화의 일부로, 오에가 말한 전통과 근대의 혼재 상태에서 예외가 아니다. 더구나 일본은 근대 이래로 두 번에 걸친 타 문명 수용과 법의 계수(繼受)를 해야 했던 독특한 경험을 가지고 있다. 메이지유신 이후의 서양 문명의 수용과 법의 계수, 그리고 제2차 세계 대전 이후 미국법의 계수라는 역사적·사회적 경험이다.

가와시마 다케요시(川島武宜)는 패전 후 일찍이 서양의 근대 시민법을 모델로 한 일본의 실정법 체계와 전통적으로 일본 사회를 규정해 온 질서 원리와 의 괴리 현상을 지적했다.² “지금도 여전히 전근대적인 법의식이 우리들 사회생활에 뿌리 깊이 자리 잡고 있어 ‘사회행동 차원의 법’과 ‘쓰여진 법(성문법)’ 사이에는 심각하면서도 중대한 괴리가 있다”고 주장했다. 사회에서 법(률)이 제대로 기능하지 못하는 원인을 이 괴리에서 찾은 것이다. 1889년 메이지 헌법 공포 후 종래의 전통과는 동떨어진 6개의 법전이 불과 10년 남짓이란 짧은 기간에 공포된 것에서 알 수 있듯이 메이지 시대에 급조된 근대적 법전과 당시의 전통적인 국민 생활 사이에 생긴 괴리가 패

1 大江健三郎, 『あいまいな日本の私』, 岩波新書, 1995.

2 川島武宜, 『日本人の法意識』, 岩波新書, 1967.

진 후에도 이어져 일본인의 법의식을 형성해 왔다는 것이다. 그리고 1967년 저서의 결론 부분에서 근대화 과정에서 점차 근대적인 법의식이 형성되어 성장해 갈 것이며 그것은 시간문제라고 말했다.

그 후 가와시마는 “법은 문화의 일부다”(law in culture)라고 주장하는 영미 인류학의 성과를 일본에 소개하면서 법과 문화 및 역사와 관련지어 사회과학적으로 고찰할 필요성을 강조했다.³ 가와시마는 일본 법사회학의 개척자의 한 사람으로 법문화·법의식을 법체계·법제도와 대비시켜 실정법뿐 아니라 ‘살아 있는 법’(生ける法)에 주목할 필요성을 지적했으며, 일본 법제도에 투영된 전통적 측면과 근대적 측면의 갈등과 괴리를 파악할 필요성 역시 제기했다. 그의 이론은 일본 사회와 법학계에 커다란 영향을 남기며 계승되어 갔다.

3.

가와시마의 법의식을 중심으로 하는 이론에 대해서는 그 후 여러 가지 비판이 가해지면서 논쟁이 이어져 왔다.

1)

우선 가와시마의 사회가 근대화됨에 따라 법의식도 근대화할 것이라는 낙관적인 기대에 관한 비판을 소개한다. 히로와타리 세이고(広渡清吾)는 1960년대 경제성장기를 거쳐도 일본의 민사소송 건수는 늘지 않았고 선진 제국에 비해 낮은 수준이라며 가와시마의 낙관론을 배제하고, 그 원인을 기업사회론적 가설로 설명한다.

기업사회론은 두 가지 축으로 구성되는데, 하나는 기업이 자신의 존속과 번영을 목적으로 하는 경영자와 종업원의 공동체로 성립해서 그 공동체

3 川島武宜, 「はじめに」, 川島武宜 編, 『法社会学講座9巻 歴史・文化と法1』, 岩波書店, 1973, 1~13쪽.

가 작은 코스모스로서 종업원 행동의 규범·가치 기준이 되는 기업의 공동체화다. 또 다른 하나는 시민이 기업공동체에 흡수되어 시민사회에서 시민이 증발하고 시민사회가 기업사회로 변해 기업의 가치관이 사회를 지배하는 기업사회화다. 그는 1980년대를 통해 형성된 기업사회화가 “법에 차례가 돌아오지 않는 사회구조”를 재생산하면서 이러한 기업문화가 소송을 불필요하게 만들고 있다고 지적했다. 그에 따르면 기업사회에서 법의 기능은 시민이 독립된 주체로서 자기 권리를 행사할 가능성이 제약되는 것을 비롯해 여러 형태로 나타나는데, 전근대적인 부분의 연속성과 단절성에 대해서는 주장이 엇갈린다고 한다.⁴

2)

두 번째로, 법학적인 논의는 아니지만, 가와시마와 같이 일본의 전통을 전근대적으로 여기는 견해에 대해서 사토 세이자부로(佐藤誠三郎)는 전혀 다른 해석을 내놓았다. 1970년대 말 사토는 괴리의 존재를 인정하면서도 그것을 일본적 특징으로 해석한다.⁵

그는 일본을 중국, 조선과 비교하면서, “일본은 유교 이론은 섭취하면서 그것을 제도라는 형태로 구체화하지 않았다. 삼나라 일본은 중국문화를 본격적으로 받아들이지 않았듯이, 메이지 이후 서양문명도 결코 본격적으로 받아들이지 않았다”고 주장했다. 그리고 “적어도 중세 이후 인간관계의 정통 모델로 가장 광범위하게 받아들여져 온 ‘경영공동체 이에(イエ)와 생활공동체 무라(ムラ)의 행위규범’을 검토한다.

4 広渡清吾, 「日本社会の法化: 主としてドイツとの対比で」, 『岩波講座 現代の法15 現代法学の思想と方法』, 岩波書店, 1997, 152쪽. 사토는 히로와타리의 기업사회론적 가설을 통해 기업과 같은 ‘중간집단’이란 메조(meso) 레벨의 역할을 주목할 필요성을 지적한다. 佐藤岩夫, 「法化論の展開と課題」, 日本法社会学会 編·六本佳平 編集, 『法社会学の新地平』, 有斐閣, 1998, 41쪽.

5 佐藤誠三郎, 「日本における正義」, 日本文化会議 編, 『西洋の正義 vs 日本の正義』, 文藝春秋, 2015, 224~247쪽. 사토는 전통이 근대화를 적극적으로 추진하는 기능을 한 예로서 이에형(イエ型)집단주의를 들면서, ‘일본사회의 가족적 구성’이 부끄러운 후진성이 아니고 근대화와 얼마나 친화적이었는가를 보여 주는 예라고 예들러 가와시마를 비판한다. 佐藤誠三郎, 「序説 近代日本をどう見るか」, 中村隆英·伊藤隆 編, 『近代日本研究入門(増補版)』, 東京大学出版会, 1983, 14쪽.

이에다 무라도 구성원의 동질성을 전제로 하고 외부에 대해 단결하는 점에서는 같은데, 무라가 구성원의 평등을 기본으로 하는 데 반해 이에는 피라미드형의 역할 구조를 갖는 기능적인 집단이다. 이에다 무라도 구성원의 협조와 합의를 중시하며 다수결에 의한 의사결정이 맞지 않는 조직형태이다. 무라는 철저한 사전 논의를 거쳐 만장일치에 의해 의사결정이 이루어지는 데 반해, 이에는 상명하달에 의한 의사결정이 기본이다.

사토가 일본이 타 문명을 ‘본격적으로’ 받아들이지 않았다고 한 것은, 국가가 위로부터 의식적으로 가능한 한 일본적 풍토에 적합하도록 외부 문명을 수용하고 계수해 왔다는 것과, 법이라는 형태를 필요로 하는 상위조직인 국가와 달리 하위조직인 무라와 이예가 독특한 행위규범을 발달시켜 온 일본적 상황에서는 중국문화도 서양문화도 뿌리를 내릴 토양이 없었다는 것, 이상의 두 가지 중 하나를 의미한다고 추측할 수 있다. 하지만 조직 규모가 커지고 복잡해 가면서 이에에도 무라에도 점점 ‘법에 의한 행정’이 도입된다. 제2차 세계 대전 후에는 기업이 이에 형태를 도입 정비해서 일본형 인사관리가 정착되는 한편, 무라를 모델로 한 민주주의가 정착하여 다수결 대신 만장일치에 의한 의사결정이 기본이 되었다고 주장한다.

사토의 이러한 주장에서 가와시마와 같이 봉건주의 잔재로서, 전근대적인 부분으로 여겨 왔던 일본적인 것들에게 일본의 도약을 가능하게 한 비결로서 새로운 의미를 부여하려는 흐름을 볼 수 있다.

3)

마지막으로는 일본 법문화 논의에서 가장 중요한 ‘일본인의 재판 기피에 관한 담론’이다.⁶ 가와시마는 『일본인의 법의식』에서 일본인이 분쟁 해결의 수단으로 재판을 이용하지 않는 것은 전통적인 전근대적 법의식과 위계적 사회 집단이란 특징이 있기 때문인데 그로 인해 일본인들은 화해와 조정이

6 이 부분에 대해서는 각각의 논문 이외에 五十嵐清, 『比較法ハンドブック』, 勁草書房, 2010, 269~290쪽을 참조했다.

란 재판 외(外)적 수단을 선호한다고 했다.

이러한 일본인의 법의식에 근거한 ‘재판 기피’의 견해에 대해 일본에는 소송을 활용하기 어렵게 하는 제도적 문제가 있다는 주장이 먼저 1978년 미국의 유명한 일본법 연구자인 헤이리 교수에 의해서 제기되었다. 헤이리는 제2차 대전 이전에는 재판 이용이 활발했으며, 전후에 감소한 것은 재판 관과 변호사 수가 적으며 소송 기간이 길고 비용이 과다하며, 행정 사건에 대한 구제가 불충분한 것 등 제도적인 요인에서 찾아야 한다고 주장했다.⁷

헤이리에 이어서 오키 마사오(大木雅夫) 역시 같은 주장을 전개했다. 오키는 유럽은 법치주의, 일본을 포함하는 동양은 덕치주의라는 이분법에 의거한 법의식의 차이를 과대평가해서는 안 되며, 중국과 일본에서도 헤이리와 같이 제도적 요인을 중시한다.⁸

헤이리 논문이 발표된 지 10년 후 램사이어는 헤이리의 소송 비용 과다 주장은 일본인의 재판기피의 일부분밖에 설명하지 못한다며, 일본의 사법절차의 예측가능성이 높은 점에 착목해야 한다고 주장했다. 그러한 법제도하에서 분쟁당사자가 소송이란 수단을 택할 것인지 화해와 조정을 택할 것인지를 합리적으로 계산한 결과라는 주장을 내놓았다.⁹

4.

로쿠모토는 상기 헤이리와 램사이어의 주장에 대해 일본법의 제도적 특징이 모두 법문화에서 비롯된 것이라 말하는 것이 아니며, 경제구조, 정치구조, 사회구조와 같은 다른 인자(因子)의 존재를 부정하는 것도 아니다. 하지

7 John O. Haley, "The Myth of Reluctant Litigant," *Journal of Japanese Studies* Vol. 4, 1978, pp. 359~390.

8 大木雅夫, 『日本人の法觀念: 西洋的法觀念との比較』, 東京大学出版会, 1983, 특히 233쪽 이하.

9 J. Mark Ramseyer, "Reluctant Litigant Revisited: Rationality and Disputes in Japan," *Journal of Japanese Studies* Vol. 14, 1988, pp. 111~123.

만 재판제도가 제대로 갖추어져 있지 않은 것의 배후에 법문화의 존재를 읽어 낼 수 있다는 것을 말하는 것이라며 법문화를 긍정하는 견해를 피력했다.¹⁰ 로쿠모토는 “문화란 한 사회집단에 고유한 상징적 의미 체계이며, 그 구성원에게 공통의 인식, 평가의 기본적 판단의 틀이 되는 것이다.”라고 하면서 “법문화란 문화 중에서 사회구성원 상호 관계를 둘러싼 규범적 질서의 기본원리에 관한 부분”이라고 정의한다. 그리고 법문화란 단지 한 사회집단의 구성원이 지니는 다양한 가치, 태도, 의견의 집합이 아니고, 구성원에게 구조적인 인자로서 작용하는 것이며 사회구조나 법제도의 존재 형태에도 근원적인 영향을 주는 것으로 이해해야 한다고 부연한다. 그리고 ‘일본인의 규범(법)의식’이 상징하는 법문화가 사회에 접하는 기층적 위치의 중요성에 대한 인식은 가와시마 이후에도 계승되어 왔다고 반론했다.¹¹

이처럼 법문화적인 요인을 중시하는 견해와 제도적 요인을 지적하며 반론하는 견해가 대치되어 왔지만, 본 특집은 로쿠모토의 견해에 따라 법문화를 긍정하는 입장에서 기획, 진행된 것이다.¹²

물론 가와시마가 법의식에 대해, 로쿠모토가 법문화에 대해 완성된 주장을 펼친 시기는 1990년대까지로, 그 후 일본 사회와 법제도가 눈에 띄게 변한 것도 사실이다.

10 무라카미 준이치도 헤이리의 주장에 대해 재판제도가 불비한 것은 일본인의 법·권리의식이 약하기 때문이다. “법의식과 국민성과 같은 정신적 요인과 ‘정치적, 경제적 및 사회적 상황’을 대립적으로 볼 것이 아니라 정신 구조까지 포함한 사회 구조를 각각의 사회에서 규명할 필요성”을 지적했다. 村上淳一, 『「権利のための闘争」を読む』, 岩波書店, 1983, 274쪽.

11 六本佳平, 「日本人の法意識論再訪—ヘイリー教授の『神話説』によせて—」, 望月礼二朗 外編, 『法と法過程—社会諸科学からのアプローチ』, 創文社, 1986, 279~305쪽; 六本佳平, 「法社会学研究における法文化」, 日本法社会学会 編, 『法社会学』 第47号, 183~187쪽; 日本法社会学会 編·六本佳平 責任編集, 『法社会学の新地平』, 有斐閣, 1998, 6~8쪽.

12 로쿠모토는 방송대 교재를 발전시킨 『일본의 법과 사회』(日本の法と社会) 제2장 「법문화」에서 간결 명료하게 일본의 법문화에 대해서 정리하고 있다. 六本佳平, 『日本の法と社会』, 有斐閣, 2004, 19~39쪽. 쓰노다 다케시는 본 기획이 참고로 한 또 한 분의 연구자다. 쓰노다는 법문화 정의에 이어 법문화론을 다음과 같이 정의한다. “사람들의 생활양식과 행동양식 등에 깊숙이 파고들어, 기본적인 가치관, 이념, 의식 및 감정 등에 뒷받침된 여러 규범 현상을 법학 또는 타 학문의 성과를 밟아 법철학 및 법사상사 어프로치보다도 광범한 역사, 사회적·문화적 문맥 속에서 분석하는 것”이라고 한다. 角田猛之, 『法文化の探求: 法文化比較にむけて』, 法律文化社, 2001, 3쪽; 角田猛之, 「法文化へのアプローチ: 法文化論の概念の試論的提示」, 日本法社会学会 編·六本佳平 責任編集, 『法社会学の新地平』, 有斐閣, 1998, 238쪽.

우선 2000년대에 들어와서 내각 기능이 대폭 강화되고 관료 기구의 권한과 재량이 약화되었으며, 1994년에 행정 운영의 공정성 확보와 투명성 제고를 위해 제정된 행정절차법의 시행으로 공식적으로 행정지도의 사용에는 커다란 제약이 뒤따르게 되었다. 기업사회와 시민사회도 1990년대 중반 이후에 여러 가지 변화를 경험하면서 자기 변화를 꾀해 왔다고 한다.¹³ 이러한 변화는 일본 사회 그리고 법문화에 어떤, 어느 정도의 귀결을 결과를 낳았을까?

오부치 게이조(小淵恵三) 수상이 위촉한 '21세기 일본의 구상' 간담회는 21세기의 국민적 과제로서 “통치에서 거버넌스(협치)로”와 “개(個)의 확립과 새로운 공공의 창출”을 들었다.¹⁴ 그리고 이렇게 주장한다. “일본에서는 오랫동안 국가/관/조직이 우선하고 사회 전체가 하나가 되어 여기까지 왔다. ‘공’(公)과 ‘관’(官)은 같은 의미였고 무엇이 ‘공’인가는 ‘윗분’(お上)이 정해 왔다. 국민은 ‘윗분’이 정하는 ‘공’을 받아들였을 뿐 아니라 기대어 왔다.” “자발적인 개인이 역할을 맡는 다원적 사회에서 자기책임으로 행동하는 개인과 다양한 주체가 협동하여 지금까지와는 다른 ‘공’을 창출해 가는 거버넌스는 상상하기 어려웠다.” 그럴수록 각자가 자신을 확립하는 것이 필요한데, “전후 자유주의의 강한 기운으로 전통적인 이애가 붕괴한 것처럼 보였으나 일본인은 알게 모르게 ‘대리 이애’를 만들었다. 그 전형이 ‘가이샤’(회사)였다.” “이 ‘대리 이애’도 일단 여기에 소속되면 전체의 화(和)가 지상명령이 되어 개인의 자유가 속박된다.” “이제야말로 개(個)가 확립되어 자립적 개인이 만들어 가는 새로운 공공의 창출이 필요하다.”

일본의 21세기는 간담회 보고서가 요망한 대로 되어 왔을까? 레이와(令和)에 접어들어 헤이세이(1989~2019) 30년간을 되돌아보는 작업이 계속되고 있다.¹⁵ 하지만 인간의 행동과 사회 제도에 경로의존성이 존재하는 한 제도의 변화가 곧바로 관행과 행동의 변화를 가져오는 것은 아니다. 반면에 법

13 日本法社会学会 編, 『90年代日本社会の変動と諸改革』, 『法社会学』 第55号, 2001, 1~55쪽.

14 ‘21世紀日本の構想’懇談会, 『日本のフロンティアは日本の中にある』, 講談社, 2000, 36~39쪽.

15 대표적인 것으로 小熊英二, 『日本社会のしくみ』, 講談社現代新書, 2019를 참조.

문화 역시 역사적인 산물인 만큼 고정불변인 것은 아니다. 법문화는 강한 지속성을 지니고 있지만, 장기적으로 국민의 법적 체험을 통해서 서서히 변화하는 것을 부정하는 것은 아니다. 로쿠모토는 이 과정에서 근대 시민법 질서원리와 정합하지 않는 전통적인 법문화의 요소를 극복하면서 세계화의 조류 속에서 보편주의적인 룰(rule)를 지향할 필요성을 지적했다. 전통과 근대, 보편과 고유의 대립축 안에서 상기 간담회 보고서가 강조한 국민적 과제와 지향과 극복을 복안(複眼)적인 시점에서 지켜보는 것이 필요할 것이다. 그런 의미에서 일본의 법문화, 일본인의 법의식을 둘러싼 논의는 계속 되리라 생각된다.

5.

『일본비평』은 현대 일본 사회에 대한 관심에서 출발하여 학제적인 연구를 지향하는 학술지이다. 본 특집에서는 『일본비평』의 성격상 법사회학 및 법인류학적인 학문적인 논의에 깊이 들어가기보다는, 그리고 일본적인 전통 또는 특징을 강조하거나 부정하기보다는, 모두에 소개한 몇 가지 사례와 동향을 중심으로 어디까지나 현대 일본 사회의 일면을 조명하려 한다.¹⁶ 또한 본 특집에서는 규범을, 법규범뿐 아니라 사회규범, 도덕규범 및 매너 등 넓은 의미로 정의하여 법학, 경영학 및 문화인류학 등 다양한 전공의 집필진이 일본 사회를 다각적으로 분석한다.

다음과 같이 8개(7개 논문 + 특집기고)의 꼭지가 모였다. 하나의 특집으로서 내용적으로 체계적이고 일관된 것이라고 말하지는 않겠다. 얼마나 독자들에게 의미 있는 조합이 되었는지 확신이 있는 것은 아니지만, 각각의 주제가 일본의 법문화와 관련된 것으로 시너지 효과가 발휘되어 일본 사회에

16 1980년대 이후의 일본사회의 심층을 분석한 것으로는 キャロル 他 編, 『思想史としての現代日本』, 岩波書店, 2016이 있다.

대한 이해 증진에 결과하기를 기대하는 바이다.

6.

니시무라 논문은 일본의 '해석개헌'이 제기하는 문제를 출발점으로 헌법 체제의 전환에도 불구하고 전전과 전후에 공통되는 일본 사회의 "기저(基底)구조"를 헌법학자 후루카와 아쓰시(古川純)의 '시민 사회의 헌법학' 소개를 통해 본 특집의 주제인 일본 법문화의 일면을 아주 잘 보여 주고 있어 권두 논문으로서 손색이 없다.

전후 오키나와 야에야마에서 있었던 시민자치에 대한 연구를 통해 이 문제를 깊이 생각한 후루카와는 일본 사회에는 여전히 '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 전전에서 전후에 이르는 "구조적 문제"를 찾고 있다. 그뿐 아니라 이러한 '자율적 개인'이 결성하는 어소시에이션에 의하여 '공공'을 창출해 가는 전망을 저해하는 일본 사회의 '암부'(暗部)로서 천황제를 석출한다. '천황'이라는 말 = 기호는 일본 사회 구조의 어딘가에 있는 비합리적인 것을 자극하는 힘을 지니고 있는데, 이러한 "비합리적인 것"에 의하여 야기되는 것이 다름 아닌 '폭력'이다. 필자는 이러한 차별과 억압의 연쇄를 보면서, 후루카와가 야에야마에 마음이 끌린 것도 우연은 아니었으리라 추측한다. 특히 논문을 통해서 특히 '우토로'라는 재일동포와 밀접한 관련이 있는 역사를 소개하면서 포섭과 배제의 단면을 보여 주고 있다.

현재 일본에서 호적제도 연구의 제1인자라 해도 과언이 아닌 엔도 논문은, 일본인의 증명서라 할 수 있는 호적이 무엇인가의 문제를 중심으로, 호적제도의 창설과 전개 역사를 통해서 혈통주의에 입각한 일본의 법제도와 법문화의 단면을 보여 준다. 한국에서는 2007년에 호적법이 폐지되었지만, 엔도에 따르면 일본이 근대국가로 발전해 가는 과정과 운명을 같이해

은 일본 호적법은 일본 고유의 근대를 체현하는 방법이다. 현행 일본의 호적제도는 1868년 메이지 원년에 호적법이 성립한 후 150여 년 동안 일본인의 공증자료로 유지되어 왔고, 1898년 호주권을 기반으로 하는 이에(家)(본문 각주 10)제도에 입각한 민법이 시행되면서 호적은 이에 등록부가 되고 개인은 이에에 소속되었다. 이에 원리는 부계혈통주의를 채용한 1899년 국적법에도 반영되었다.

논문은 혈통주의에 입각한 호적제도의 문제점을 적시하고 있다. 우선 외국인이 혼인이나 양자로서 일본의 이에에 들어가면 자동으로 일본인이 되고, 식민지별로 호적이 편성되었으나 혼인 등에 의해 호적이 변경되면 신분이 이동되었다. 호적의 순혈주의에 픽션화가 일어나는 것이다. 또한 식민지별 호적은 민족의 표식이 되었고 사회적 차별과 격차를 낳는 온상이 된다. 내지(일본 본토)와 식민지 간 왕래가 빈번해지면서 호적 간 이동을 원칙적으로 인정하면 일본인의 순혈성과 우월적 지위가 동요한다는 이유로 전적(転籍)자유화법안은 보류되었다.

전후 신헌법의 제정으로 이에제도는 폐지되었으나 개인단위로 호적을 변혁하는 시도는 좌절되었고, 1984년 국적법 개정으로 부계혈통주의에서 부모양계혈통주의로 바뀌었으나 외국인에게는 아무리 세대가 거듭돼도 일본국적이 부여되지 않는다. 엔도는 호적이 일본인의 계보로 여겨지지만, 호적으로 증명되는 혈통이 반드시 순수하고 생리적인 의미는 아니며 혈통주의 개념을 호적의 본질에 비추어 보면 한없이 신앙에 가까운 것이라 글을 맺는다.

유혁수 논문은 일본의 다문화공생 정책을 중심으로, 일본의 외국인 정책과 법제에 대해 개설한다. 엔도 논문이 일본인이란 누구인가를 다루는데 반해 이 논문은 일본 국민이 아닌 외국인이 일본에서 어떻게 처우되어 왔으며 작금의 외국인 정책과 제도의 현황을 분석한다. 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 로드맵

이 결여된 채 진행 중이다.

논문은 현재의 다문화공생 정책의 현황과 문제점을 분석하기 위한 전제로서 울드커머 재일동포의 경험, 1970~1990년대 일본을 풍미한 국제화, 그리고 출입국관리체제의 근간을 만든 1989년과 2009년 개정의 의의에 대해 순차적으로 기술했다. 2000년 이후 다문화공생 사회의 추진은 외국인도 생활자이자 지역사회의 구성원으로 같이 살아가기 위한 조건 정비를 하는 것이다. 출입국정책에 있어서도 2018년 우여곡절 끝에 특정기능 재류자격 신설을 통해서 비숙련 노동자를 받아들일 수 있는 길이 열리고 최종적으로 비숙련 노동자가 정주까지도 이를 수도 있게 되었다. 한편 다문화공생의 실현 수단이 생활 면에 치우쳐 있어, 외국인에게 대등한 권리 부여 및 사회 참여를 보장하는 측면은 주안점이 아니었다. 또한 뉴커머에 초점이 맞추어진 결과 가와사키와 오사카 등에서 1960년대부터 1990년대까지 차별에 대항하여 인권 쟁취를 위해 투쟁해 온 경험이 다문화공생의 거름이 되지 않았다는 비판이 나온다.

고철웅 논문은 부부의 씨(氏) 통일 관련 논의를 통시적으로 살펴보면서 그 속에 나타난 일본인의 규범의식에 대해 분석한다. 전후 국가 기반을 이루었던 이에제도는 폐지되었으나 ‘동씨동호(同氏同戶)의 원칙’은 유지되었는데(앤도 논문), 부부별성 논의로 불리기도 하는 본 건은 부부동씨 규정이 개인의 존엄과 양성평등에 반한다는 주장에 대해 가족의 호칭으로서 씨가 가족의 일원임을 공증하는 가족법제상의 의의를 우선하는 최고재판소의 다수 설은 동조하고 있지 않다.

본 논문은 우선 1898년 메이지 민법 시행 이후로 이에제도의 상징으로서 씨가 기능하면서 부부동씨제도가 시작된 것, 제2차 세계 대전 종료 후 민법이 개정되면서 이에제도가 폐지되었으나 1956년 친족법 개정 심의에서 부부동씨제도가 유지되었던 역사적 배경을 정리한다.

일본 경제의 고도경제성장으로 인한 여성의 사회활동이 증가하고, 부부의 씨 통일 관련 규범이 당사자들의 사회활동에 장애가 되고 있다는 사실이 널리 인식되는 가운데 1996년에 선택적 부부별성 문제를 입법적으로 해결

하기 위한 민법개정안이 정부에 제출되었으나 자민당 내부의 반대가 많아 각료회의에 회부되지 못했다. 부부동씨제도의 합헌성과 관련한 2015년과 2021년 두 개의 최고재판소 판결에서, 부부동씨를 규정한 민법 750조가 헌법 24조에 위반하지 않는다는 다수의견과 반대의견을 제시한 최고재판관들 사이에서는 혼인관의 인식차이—혼인을 국가가 제공하는 패키지인지 당사자 간의 결합으로 보는지—가 명확히 나타났다고 한다. 부부동씨제나 부부별씨제나 논의가 한 세대를 넘기고 있는 가운데 동성혼의 인정여부가 합류하는 등 혼인이라는 제도 그리고 혼인의 자유를 바라보는 관념을 둘러싼 논의가 새로운 국면을 맞이하고 있다고 논문을 마친다.

다음 두 개의 논문은 일본의 전후 일본의 경제 성장과 법문화를 논할 때 빼놓을 수 없는 회사 조직과 그 변용 여부에 관한 것이다. 미즈무라는 회사 조직의 컴플라이언스와 그 한계에 대해서, 박효숙 논문은 정년제를 축으로 하는 고용제도의 재평가에 관한 논의를 상세하게 소개하고 있다.

경영학자로서 회사의 연수를 담당하기도 하는 미즈무라는 현장의 이해를 바탕으로 왜 컴플라이언스가 제대로 작동하지 않는지에 대해, 구체적으로는 컴플라이언스 추진 체제가 기능부전에 빠진 실태를 설명하고, 회사조직에서 일하는 사람들의 규범의식에 초점을 맞추어 부정행위와 악행에 가담하게 되는 이유는 무엇인가에 대해 사회과학과 자연과학의 경계를 넘어선 학제융합 영역인 행동윤리학의 성과에 근거하여 설명한다.

일본경제단체연합회 조사(2008)를 보면 일본 회사들의 컴플라이언스 추진 체제는 거의 합격 수준에 달하고 있는데 사내·직장에서 부정행위가 근절되지 않는 현상을, 일본의 메스컴은 ‘불상은 만들었으나 혼을 불어넣지 못한’ 상태라고 야유했다. 십수 년 전부터 ‘지나친 컴플라이언스’, ‘컴플라이언스 피로’라는 말이 등장하여 컴플라이언스의 실효성에 의문이 제기되고 있다. 심각한 것은 일련의 품질부정사건은 현장에서 일하는 사원에 의한 부정행위로 그 실행기간이 10년을 넘는 경우도 적지 않았다는 사실이다. 미즈무라는 이러한 지적을 의식하면서 지금까지 발생한 부정사건의 조사보고서를 토대로 컴플라이언스의 사각지대를 철저하게 살핀다. 그리고 그 원인을,

행동윤리학 분야에서 얻어진 연구성과를 근거로, 컴플라이언스 추진 체제에 문제가 있는 것이 아니라 제도의 운용 면에 문제가 있다고 단정한다. 결론적으로 사원 한 사람 한 사람이 매뉴얼류에 따라 눈앞의 일과 업무를 거의 기계적으로 처리하는 것이 아니라, 자신 이외의 타인과의 관계성의 인프라가 되는 매뉴얼류를 기초로 자기와 상대방의 결합을 의식하거나, 상대방과의 관계성을 연결하면서 컴플라이언스에 맞는 일하는 방식을 찾아야 한다고 논고를 맺는다.

박효숙은 논문에서 연령이라는 규범(정년제)을 기축으로 한 일본의 고용 관행을 재평가하여야 한다는 관점에서 논의를 전개하고 있다. 일본형 고용시스템은 입구(신규졸업자 일괄 채용)부터 출구(정년퇴직)까지, 그리고, 그 사이의 처우(연공임금, 연공서열)까지도, 정년제도를 기축으로 하여, 연령 규범에 근거한 독자적인 법 정책을 완성해 왔다. 그런데 종래와 같은 연령 규범에 근거한 정책으로는 저출산·고령화로 인한 노동력 부족 문제 등을 해결하기 어려울 뿐만 아니라, 최근의 연금 정책의 전개와 맞물려 고용에서의 연령 제한을 시정해야 할 필요성과 함께 애초에 연령 규범에 근거한 정책은 연령 차별에 해당할 수 있다는 지적이 꾸준히 제기되어 왔다. 본 논문에서는 연령이라는 규범을 중시하는 일본형 고용시스템하에서 판례의 동향 및 학설의 논의 상황에 대해서 검토하고 연령 규범으로부터의 탈각을 위해 일본 정부가 도입하고 있는 고연령자 고용정책의 의의와 한계에 대해 고찰하였다. 최근 고연령자고용안정법이 개정되어 고연령자 고용확보조치 및 고연령자 취업확보조치 등을 통해 정년제 폐지라는 선택지를 실정법상 명문화하여, 연령차별을 금지하는 규범이 도입된 점은 평가할 만하지만, 어디까지나 선택지 중의 하나이므로 고용 출구에서의 연령차별은 여전히 존재한다고 할 수도 있다.

일본 사회는 연공서열(seniority), 연공제, 장유유서와 같은 것들이 일정한 사회적 규범을 이루고 있는데, 애초에 이러한 사회규범들과 연령차별 금지와 같은 사고방식은 공존할 수 있는가. 즉, 연령을 기준으로 하는 인사관리 및 처우 제도를 연령차별로서 금지해야 하는가, 또는 금지할 수 있는냐는

문제가 있다고 하는 부분은 전통적인 일본형 고용시스템의 기반이 얼마나 두터운가를 느끼게 한다.

2년 전 닛산 전 회장 카를로스 곤이 외유에서 돌아오다 하네다 공항에서 체포됐을 때와 그 이상으로 극적으로 일본을 탈출했을 때의 놀라움은 지금도 선명하게 기억하고 있다. 카를로스 곤은 탈출 후 일본의 형사사법제도를 강하게 비판하였고 이러한 비판은 전 세계적으로 큰 관심을 모았으며 일본 형사사법의 특징 중 하나인 ‘인질사법’이 문제의 원인으로 주목받게 되었다.

장응혁 논문에 의하면 인질사법은 ‘무죄를 주장하거나 묵비권을 행사하고 있는 피의자 및 피고인에 대하여 특히 장기간 신체를 구속하는 구속 및 보석의 운용’으로 정의되는데 매우 다양한 사건의 수사에서 활용되고 있을 뿐만 아니라 일본 형사사법의 다른 특징인 ‘정밀사법’ 및 ‘자백의 중시’와 맞물려 때로는 중대한 인권침해를 낳고 있다고 한다.

이 논문은 먼저 구속 및 보석을 포함하는 일본의 구금제도를 살펴보고 동시에 그러한 구금제도가 어떻게 운용되었기에 인질사법이라고 비판받았는지 살피고 있다. 그리고 곤 사건 이전의 형사소송법 개정과 형사사법 개선을 위한 논의에 대해 정리한 후 곤 사건을 계기로 제기된 쟁점들을 중심으로 인질사법의 문제점을 정밀사법 등도 같이 좀 더 구체적으로 검토하고 있다.

또한 이 논문은 인질사법 문제가 한국에서도 발생할 수 있는지 비교 검토를 한다. 인질사법은 검찰관(검사)사법으로도 정의되는데 우리나라 검찰은 세계 어느 나라보다도 강력한 권한을 갖고 있다. 형사소송법 내용이 다르기 때문에 인질사법이 일어날 가능성은 비교적 적지만 매우 많은 문제점이 있는 것도 사실이라고 한다. 그리고 각국마다 형사사법의 형식적 절차뿐 아니라 운용에 있어서의 차이가 생기는데 형사사법 관계자의 가치관이 무엇보다 중요하다고 한다. 인질사법을 논한 본 논문을 통하여 나라마다 개별적인 측면과 보편적인 함의를 동시에 인식할 수 있는 계기가 되었으면 한다.

본 특집에 일본의 중요 지방자치단체에서 인권과 성소수자를 둘러싸고 어떠한 움직임이 일어나고 있는지에 대한 신가에의 귀중한 기고가 있었다.

이 글은 게이와 레즈비언을 비롯한 성적 소수자의 파트너 관계를 일본의 지방자치단체가 승인하는, 소위 '동성 파트너십 제도'가 어떻게 성립되었는지를 2018년 7월에 성립해 지방자치단체 중 최대를 기록하고 있는 오사카시의 '동성 파트너십 선서 제도'의 성립 과정에 주목하여 분석한다.

오사카시에는 원래 재일코리안과 피차별 부락민, 그리고 일용직 노동자 등 빈곤층이 모여 사는 지역이 점재해 있어 20세기 말에는 이들의 인권 문제에 폭넓게 대처하기 위한 행정 체제가 정비되어 왔다. 오사카시의 인권 시책에 눈에 띄는 변화가 생기기 시작한 것은 오사카유신회 소속의 하시모도 도루(橋下徹)가 오사카 시장이 되고부터다. 신가에는 한쪽에서는 전쟁과 전시하 성폭력을 둘러싼 인권문제를 배제시키는 인권 시책이 후퇴하면서, 또 다른 한쪽에서는 LGBT 등 '새로운' 인권 문제를 포섭하는 '핑크워싱'(pinkwashing)이 일어났다고 표현한다. 핑크워싱이란 권력 주체가 일부 성적 소수자에 대해서는 인권을 옹호하는 것처럼 하면서, 또 다른 한쪽에서는 다른 마이너리티의 인권을 침해하면서 이를 덮으려 하는 행위를 말한다. 더구나 '동성 파트너십 선서 제도'는 시장과 정치가들 사이에서 톱다운으로 결정되었다. 요망서 제출을 통해 일부 당사자의 의견이 반영되기는 했지만, 당사자들 간의 논의도 충분히 이루어지지 않은 채로 제도가 제정되었다.

신가에는 오사카 인권 시책이 전후 70년을 지나 커다란 변곡점을 맞이하고 있다고 우려하면서 성적 소수자가 사회에 승인되는 듯이 보이기는 하지만, '이류 시민'으로 위치지어진 채로 끝나 버리는 것은 아닐까 하는 우려에 앞으로 더욱 주의 깊게 감시할 필요가 있다며 글을 맺는다.

참고문헌

편집자의 말

법문화에서 보는 현대 일본 사회의 일면 | 유혁수

五十嵐清, 『比較法ハンドブック』, 勁草書房, 2010.

大江健三郎, 『あいまいな日本の私』, 岩波新書, 1995.

大木雅夫, 『日本人の法觀念: 西洋的法觀念との比較』, 東京大学出版会, 1983.

小熊英二, 『日本社会のしくみ』, 講談社現代新書, 2019.

川島武宜, 『日本人の法意識』, 岩波新書, 1967.

川島武宜, 『はじめに』, 川島武宜 編, 『法社会学講座9巻 歴史・文化と法1』, 岩波書店, 1973.

キャロル・グラック・五十嵐暁郎 編, 『思想史としての現代日本』, 岩波書店, 2016.

佐藤誠三郎, 「序説 近代日本をどう見るか」, 中村隆英・伊藤隆 編, 『近代日本研究入門(増補版)』, 東京大学出版会, 1983.

佐藤誠三郎, 「日本における正義」, 日本文化会議 編, 『西洋の正義 vs 日本の正義』, 文藝春秋, 2015.

角田猛之, 「法文化へのアプローチ: 法文化論の概念の試論的提示」, 日本法社会学会 編・六本佳平 責任編集, 『法社会学の新地平』, 有斐閣, 1998.

角田猛之, 『法文化の探求: 法文化比較にむけて』, 法律文化社, 2001.

日本法社会学会 編・六本佳平 責任編集, 『法社会学の新地平』, 有斐閣, 1998.

日本法社会学会 編, 「90年代日本社会の変動と諸改革」, 『法社会学』第55号, 2001.

広渡清吾, 「日本社会の法化: 主としてドイツとの対比で」, 『岩波講座 現代の法15 現代法学の思想と方法』, 岩波書店, 1997.

六本佳平, 「日本人の法意識論再訪: ヘイリー教授の『神話説』によせて」, 望月礼二郎 他 編, 『法と法過程: 社会諸科学からのアプローチ』, 創文社, 1986.

六本佳平, 「法社会学研究における法文化」, 日本法社会学会 編, 『法社会学』第47号, 1995.

六本佳平, 『日本の法と社会』, 有斐閣, 2004.

‘21世紀日本の構想’懇談会, 『日本のフロンティアは日本の中にある』, 講談社, 2000.

Haley, John O., “The Myth of Reluctant Litigant,” *Journal of Japanese Studies* Vol. 4. 1978.

Ramseyer, J. Mark, “Reluctant Litigant Revisited: Rationality and Disputes in Japan,” *Journal of Japanese Studies* Vol. 14, 1988.