

# 戰後 日本의 法과 法學

이또오·마사미(伊藤 正己)\*

고 상 용\*\*譯

## 一. 戰前의 日本法の 構造

明治維新과 더불어 近代社會의 發出發을 시작한 日本은 急速히 西洋法制를 繼受하여, 法體系를 近代化하여 왔다. 憲法, 民法, 商法, 刑法 등의 諸法典은 獨逸法을 中心으로 한 유럽大陸法을 模範으로 해서 制定하여, 日本法은 大陸法을 基盤으로 하는 近代法の 構造를 確立하게 된 것이다. 동시에 獨逸의 法學은 日本法學에 對하여 큰 影響을 주어, 經驗的 實證的인 法の 運用을 重視하는 것보다 論理的인 整合性을 갖는 體系를 골자로 하는 法解釋學이 發展되어 왔다. 이와같이 戰前의 日本의 法과 法學은 西洋의 近代法の 繼受가 中心이 되어 왔다. 그러나, 한편으로 日本의 傳統을 전혀 無視한 것은 아니며, 상당한 部分에서 西洋法이 修正되었던 것도 注意하지 않으면 안된다. 이와같은 法の 發展에서 본 日本의 近代化와 傳統과의 關係에 對해서는 지난 1974年 가을 서울에서 열린 韓國日本學會總會에서 講演하여, 그 內容이 同學會誌인 「日本學報」 第三輯(35面以下)에 掲載되어 있으니 參考하여 주면 한다.

여기에서는 戰後의 日本의 法과 法學의 展開를 考察하기에 앞서서, 1930年代에서 敗戰까지의 法과 法學에 對하여 극히 簡單하게 살펴 보기로 하겠다. 그것은 戰後의 日本法과 완전히 對蹠的인 性質을 갖고 있으며, 그것을 否定하는 데서 戰後의 法制가 成立된 것이라고 말할 수 있기 때문이다.

西洋法을 繼受하여 法の 基礎를 만듦과 동시에, 必要한 限度로 日本固有의 傳統에 의한 修正을 加한다는 方式으로 順調롭게 展開되어온 日本의 法과 法學은 1930年代에 들어와서 현저한 곡절을 겪었다. 그 背後에는 經濟的 不況, 政黨政治의 破綻에 의한 政情의 不安定, 中國大陸에서의 戰爭突入이라고 하는 狀況이 있었으며, 日本國內의 모든 面에서는 偏狹한 國家主義, 全體主義, 軍國主義가 支配하게 되었고, 法の 世界에서도 이것을 免할 수는 없었다. 여기에서는 若干의 例를 들어 紹介하는 데 그치겠다.

立法으로서, 1925년에 制定된 治安維持法은 萬世一系の 天皇이 統治權을 갖는 것을 意

\*東京大學 法學部 教授.

\*\*成均館大學校 法政大.

味하는 「國體」를 變革하며, 혹은 私有財産制度를 否認하는 것을 目的으로 하는 結社를 組織하여 活動을 指導하는 것은 犯罪가 된다고 하였다. 그 후의 改正에 의하여 여기에 死刑을 포함하는 重罰을 갖고 臨했으며, 共產主義者 뿐만 아니라, 넓게 自由主義者 등 反政府의 思想을 彈壓했다. 1938年の 國家總動員法은, 戰爭目的을 위해 物資의 生産・移動 등에 介入할 수 있는 政府의 廣範圍한 命令權을 認定하였으며, 人權을 大幅 制限하는 內容을 포함하게 되어서, 議會의 權能과 人權은 威脅당하기에 이르렀다. 慣行으로서 「統帥權의 獨立」이라고 하는 軍의 指揮命令은 天皇의 權能에 屬하고, 內閣과는 無關係의 參謀總長 등이 補佐한다는 憲法慣例가 強化되어, 軍이 政治를 左右하는 길을 열어 놓았다.

學說에 있어서는, 憲法上 公認의 理論으로 되었던 美濃部達吉의 「天皇機關說」은 國粹主義의 壓力下에서 國體에 反하는 邪說이라고 하여, 著書의 販賣禁止, 教授의 禁止 措置가 내려졌다. 天皇機關說의 根源이 되었던 國家法人說은 獨逸에서는 立憲君主制를 基盤으로 하기 위한 保守的인 理論이었음에도 不拘하고, 이러한 時期의 日本에서는 傳統에 反하는 進歩的 學說이라 하는 데에서 그 時代의 日本의 思想的 狀況의 극점을 나타내고 있다. 그래서 第二次世界大戰의 時期에 와서는 나치스法學의 直輸入, 혹은 그때까지의 法學을 西洋의 近代法學의 模倣이라 批判하여, 佛敎 儒敎와 같은 傳統의인 東洋思想을 根本으로 하는 日本獨自의 法理의 樹立을 主張하는 法學이 擡頭하게 되었다. 다만, 이러한 偏狹의인 法學은 日本法學의 主流가 될 程度로 成熟하기 前에 敗戰을 당하게 되었다.

## 二. 戰後의 法과 法學

以上 살펴본 바와 같은 國家主義的인 法과 法學은 포츠담宣言의 受諾에 의하여, 軍國主義가 徹底하게 崩壞하게 될과 同時에 根底로부터 否定되어 戰後의 日本의 法과 法學은 明治 以後의 實績을 基盤으로 하면서도, 새로운 出發을 시작하였던 것이다. 그 後의 發展을 크게 나누어서 時期를 三개로 區分하여 볼 수 있다.

(一) 占領期 敗戰에서 平和條約締結까지의 期間은 戰勝國에 의한 占領時代이며, 占領政策의 基本인 日本의 民主化란 線에 서서 日本의 政治가 進行되어, 總司令部에 의해서 日本의 法改革이 推進되었다. 그리고 總司令部를 構成한 中心은 美國이었기 때문에 당연히 美國法이 日本의 法制에 大規模로 導入되게 되었던 것이다. 따라서 戰後의 日本의 法은 美國法의 강한 影響을 떠나서 論할 수 없다.

戰前은 信託法이나 陪審法의 制定과 같이 英美의 法制를 擷取했던 例가 없지는 않지만, 그것도 若干의 例外的인 것이어서 法全體에 影響을 미칠 수는 없었다. 外國法研究의 경우에도, 「獨逸法學이 아니면 法學이 아니다」라고 할 程度까지 말하던 大陸法學과 比較하여 볼 때, 英美法學은 日本의 實定法과의 關係가 전혀 없었다고 해도 좋으며, 英美法研究者는 「名譽있는 孤獨」을 하고 있었다고 評했다. 勿論 法院의 判例의 重要性에 關한 指摘 등 英

美法의 思考方式의 影響을 받은 면도 있다. 一般的으로 英美法의 研究가 日本의 法의 解釋에 直接 도움이 된 일은 거의 없었다.

그런데, 占領期에 있어서 大量의 아메리카法の 輸入은 이와같은 狀態를 一變시켰다. 大陸法の 構成을 하고 있는 從來의 日本法制가운데에 아메리카法이 移植되어, 法體系의 混亂을 惹起시켰다. 一般的으로 敗戰에 의해서 日本은 法의 革命을 經驗했다고 한다. 그것은 天皇主權이 國民主權으로 變更된다는 이른바 「國體」의 變更은 敗戰이 갖고 온 것이라고 하는데, 다른 意味에서 法의 基本的 性格의 變容, 즉 大陸法에서 英美法으로의 轉換이 相當한 程度로 行하여진 것도 또한 一種의 法의 革命이라 할 수 있을 것이다. 이와같은 法의 變革은 法系의 側面에서 보면 英美法의 大量의 導入이라 할 수 있는데, 實質的인 側面에서 보면 占領軍이 目標로 한 것은 日本法으로부터 國家主義를 拂拭하여 法全體를 近代化하여 日本의 民主化를 企圖하는 데 있었다. 그러한 作業은 傳統尊重의 思考方式에 의한 多少의 抵抗을 받았지만 迅速히 進行되었다. 몇개의 例를 들어보기로 하자.

憲法(1946年)은, 舊明治憲法의 基本的性格을 크게 變更하지 않는 前提에 서서 行하여진 日本政府의 改正作業을 拒絕한 總司令部가 幕僚에 命하여 短期間內에 作成을 하게 한 草案이 그 基礎가 되어 있다. 거기에는 憲法을 通하여 日本을 民主化 시키려고 하는 占領軍의 意圖가 明瞭하게 나타나 있다. 內容을 보면, 美國憲法과는 相當히 다르며 聯邦制度, 大統領制와 같은 美國憲法의 基本的인 制度는 취해지지 않고 있으며, 英國型의 議院內閣制, Weimar憲法의 社會權 등이 採用되어, 比較憲法的으로 보면 近代의 歐美的 憲法을 合成한 것이다. 그러나 憲法에 흐르는 根本思想은 美國獨立宣言, 聯邦憲法의 前文에 나타나 있는 思想을 그대로 採用하고 있으며, 法의 側面에서 보면 重要한 人權保障의 規定(第三章)이나 司法制度의 規定(第六章)은 美國憲法을 模範으로 하고 있다는 데 注目을 하여도 좋을 것이다. 그래서 憲法을 補充하는 法律에는 英美法의 影響을 받은 것들이 적지 않다. 英美의 人身保護令狀(Habeas Corpus)의 制度를 模範으로 한 人身保護法(1948年), referendum 등 直接民主制의 方法을 採用한 地方自治法(1947年) 등을 하나의 例라 할 수 있다.

過去에 人權蹂躪에 의한 人身自由의 侵害에 對한 反省으로부터, 憲法도 美國憲法에서 배워서 詳細한 規定을 두고 있으며, 또한 刑事訴訟法의 全面改正(1948年)이 行하여 졌다. 이와같은 새로운 刑事訴訟法은 豫審의 廢止, 辯護人制度의 擴充強化, 證據法則의 明細化 등, 大部分의 경우가 美國의 法制에서 배운 것이다. 刑事訴訟法의 基本構造도 當事者主義를 徹底히 하여 民主化 近代化되었는데, 그것은 大陸法에서 英美法으로 轉換함으로 인하여 行하여진 것이라고 말할 수 있을 것이다. 또한 檢察審査會의 設置(1948年)도 美國의 大陪審(grand jury)를 模範(모넬)으로 한 것이다.

經濟的 分野에서도 아메리카法の 影響이 뚜렷이 나타나 있다. 軍國主義와 結託한 것으로 보이던 財閥의 解體는 占領政策의 表現이며, 繼續해서 獨占禁止法(1947年)의 制定은 完全히

美國의 反트러스트法을 모델로 한 것이다. 그리고 그것을 實施하는 機關으로서 獨立行政委員會인 公正去來委員會를 두게 된 것도, 美國의 聯邦去來委員會(Federal Trade Commission)의 制度의 模倣인 것이다. 會社法도 또한 大幅 改正 되었다(1950年). 여기에서도 授權資本, 無額面株式을 採用함으로 인하여 資本의 調節을 圓滑히 하는 것, 株主의 權利를 強化하는 것 등 美國法의 思考方式이 採用되고 있다. 특히 美國法의 影響이 큰 것은 證券制度의 民主化를 目的으로 해서 制定된 證券去來法(1948年)이며, 投資者保護를 主眼으로 하는 嚴格한 規制가 行政委員會인 證券去來委員會(美國의 SEC에 該當한다)에 의하여 행하여지게 되었다. 또한 稅法의 改革도 注目할 만한 것인데, 이것은 이른바 샤프勸告(1949年)에 基한 것이다. 그런데 그것은 美國의 稅制 그 自體라고 하기보다는 그것을 基礎로 하면서 그에 對한 批判을 加한 것이라 할 수 있다.

勞働法의 分野도 占領軍의 勞働政策과 相合해서 勞働者의 權利를 保障하고, 勞働條件을 保護하는 立法이 행하여졌는데, 不當勞働行爲制度 등을 採用한 勞働組合法(1949年)은 美國法의 示唆이 컸다.

占領末期가 되자 日本의 自主性이 높아지고 占領軍이 立法을 強制하는 것도 없어지게 되었지만, 그 時期에도 美國法을 모델로 한 立法作業이 행하여졌다. 예를 들면, New Deal 時期의 美國破産法의 改正에 의해서 企業의 倒産을 防止하고 企業을 再生시키는 方法을 大幅 繼受한 會社更生法(1952年), 法院의 審理에 對한 妨害를 막기 위한 有效한 方法인 法院侮辱(contempt of court)의 制度에서 採用한 「法廷 等の 秩序維持에 關한 法律」(1952年)은 그에 該當한다.

이 時期의 日本의 法學은 急激한 法體制의 轉換을 追求하는 데 힘을 기울여 獨自의 體系를 樹立할 餘裕가 없었다. 美國法을 中心으로 外國法이 오히려 無批判의 導入되어, 法學은 美國法을 理解하는 데 급급했다고 하여도 좋을 것이다. 처음부터 새로운 立法에 反對도 있었다. 그러나 그것도 學問的 理論의 角度에서의 批判이라기보다는 日本의 美風良俗을 害한다는 情緒的인 反對가 많았었다.

(二) 整備期 平和條約에 의해서 日本이 獨立을 回復하였고, 이에 따라 當然히 無批判의인 美國法의 導入에 대한 反撥이 일어났다. 거기에 占領期의 立法에 대한 再檢討가 행하여지게 되었다. 學界도 또한 그 活動을 回復하여, 美國法에 대해서도 盲目的으로 받아들이지 않고 慎重히 檢討하여 缺點을 밝히는 努力을 繼續하였다. 여기에 日本의 法制가 日本의 實情에 비추어서 整備되는 時期를 맞이하게 되었다.

먼저, 占領期의 立法이 修正된 例를 들어 보겠다. 그 大部分의 것은 「占領政策의 지나친 是正」의 名目으로 행하여졌다. 刑事訴訟法에서는 起訴前의 段階에서 被疑者에게 不利한 취급, 例컨대 拘留期間의 延長, 必要的保釋의 例外的 擴大 등을 두고 있으며, 檢事가 갖고 있는 證據의 開示의 拒絶 慣行도 행하여지기 시작했다. 거기에는 被疑者 被告人의 人權

을 第一主義로 하는 英美法에서 漸次 日本의 實務의 傳統을 重視하는 데로 移行하는 現象이 보인다. 獨占禁止法도 아메리카流의 嚴格한 運營이 日本의 經濟界의 實情에 맞지 않아, 카르텔에 대해 寬大한 取扱을 할 수 있도록 修正하였다. 稅法도 너무 理想的인 사프勸告의 線에서 벗어나, 所得에 綜合的으로 課稅하는 態度가 없어지기 시작했다. 地方自治法도 地方公共團體의 自主性을 強하게 保障하는 方式이 이완되어 國家의 中央政府의 監督權이 強化되었다.

制度面에서 더욱 明瞭하게 나타난 것은, 獨立行政委員會라고 하는 아메리카式의 行政組織의 特色있는 制度에 대하여 消極的인 思考方式이 強해졌다는 것이다. 이미 占領末期에 設置되어, 平和條約以後 日本의 體制를 研究하는 任務를 맡은 「政令諮問委員會」는 行政委員會를 原則的으로 廢止할 것을 促求했다. 그래서 證券去來委員會, 電波管理委員會와 같은 重要的 役割을 하는 委員會는 廢止되고, 다만 諮問機關인 審議會로 變容되었으며, 國家의 公安에 關係되는 警察의 管理를 擔當하는 國家公安委員會도 委員長은 國務大臣이 한다고 되어 있어서 內閣에서의 獨立性이 弱하게 되었다. 또한 教育委員會의 委員도 公選制에서 任命制로 變하여 獨自性이 低下되었다. 獨立行政委員會로서 活動을 하고 있는 主된 委員會는 公正去來委員會, 勞動委員會에 지나지 않으며, 戰後 아메리카式의 制度를 導入하여 화려하게 出發했던 行政委員會制度는 일찍 衰滅하였다고 말할 수 있다.

이와같이, 日本의 獨立回復後 約 10年の 整備期에 있어서 日本의 法과 法學은 占領期와 다른 모습을 보이고 있다. 그러나 그것은 지나친 部分을 是正한 것이라고 봐야 하며, 결코 占領期의 法制를 否定하는 것은 아니었다. 오히려 近代化와 民主化를 目標로 한 그러한 法制의 基本的인 思考方式은 支持되어, 國民사이에 承認을 받아서 定着하여 갔다고 말할 수 있다. 그것은 憲法에 대한 態度에서 잘 나타나 있다. 政府는 獨立回復後 憲法改正을 하려고 했다. 그 主된 原因은 戰爭을 拋棄한 第九條가 實際에 맞지않다는 것과 國家의 基本法이 外國으로부터 억지로 勸誘되어 制定된 데 대한 情緒的 反感이었다. 政府는 改憲하기 위하여 憲法調査會를 設置했다(1956年). 그러나 憲法에 대한 國民의 信賴感은 강하여, 結局 憲法改正의 試圖는 挫折되고 말았다. 여기에 새로운 日本의 法制는 사소한 部分에 修正을 加할 必要가 있었지만, 그 基本的인 方向에 있어서는 改正할 必要가 없다는 國民의 意思가 나타나 있다. 學界에 있어서도, 大多數는 이 基本的인 立場을 支持하고 있다.

(三) 發展期 1960年代以後 日本의 法과 法學은 成熟한 發展을 하였다. 本來 具體的인 問題에 대해서, 價值觀의 多樣化에 基하여 意見對立이 생겨, 政治的인 論爭이 된 경우도 있다. 그러나 全體的으로 立法도 判例도 學說도 日本의 法과 法學을 만드는 데 協力했다고 말할 수 있다. 여기에서 그러한 것들을 實證的으로 概觀할 餘裕는 없다. 다만, 外國法과 關聯해서 特徵的인 것들만을 指摘하고자 한다.

日本은 比較法研究가 發達한 나라이다. 日本의 法學者 특히 젊은층 學者의 最大의 關心

事는 日本의 法律問題가 아니고 外國의 法制度가 아니냐는 疑念을 美國學者들이 한 일도 있다. 日本의 法解釋을 하는 學者도 恒常 外國의 法制를 參照하는 것은 그 論文의 註에 얼마나 많은 外國文獻이 引用되고 있는가를 보면 잘 알 수 있으리라. 立法部도 法院도 때때로 外國法の 研究를 參考로 한다. 端的으로 말하면, 西洋法을 繼受한 日本의 法制는 西洋의 法과 法學의 影響을 받으면서 發展해 왔다고 할 수 있다. 그래서 現在의 日本法은 이러한 諸外國法을 묘하게 綜合하여 形成된 것이다.

戰前의 日本法이 獨法の 影響을 크게 받았다고 하면, 占領期에서 整備期에 이르는 戰後의 日本法은 美國法의 影響을 크게 받았다. 發展期의 日本의 法과 法學은 大陸法을 基調로 하는 法制에 英美法의 大量導入으로 인한 混亂을 脫却하고, 兩者를 融合調和시키면서 先進工業國으로의 獨自의인 日本法을 만들어 내는 데 成功하였다. 오늘날, 어떠한 法分野를 봐도, 大陸法과 英美法이 揮然一體化하고 있다고 말할 수 있다. 世界에는 大陸法系, 英美法系, 社會主義法系라는 큰 法系가 依存하고 있으며, 그 중에는 이러한 法系들을 混合한 法體系도 存在한다. 日本法은 社會主義法과는 인연이 없지만, 大陸法系와 英美法系를 融合시킨 法體系로서 가장 成功을 하고 있는 것 中の 하나라고 생각한다.

憲法에 있어서는, 美國의 憲法學, 判例의 影響이 현저하지만, 現在는 憲法の 第三者效力의 理論, 制度的保障의 理論과 같은 獨逸의 理論, 혹은 國民(nation)의 主權과 人民(people)의 主權을 나누는 佛國法學의 理論의 影響도 크다. 또 行政法에서는 獨逸의인 行政爭訟의 理論과 美行政節次法의 思考方式의 合成이 보인다. 民法에서도, 不法行爲 등의 경우에 獨逸의 體系的인 理論에 英美法에 各不法行爲의 類型別로 考察하는 立場이 크게 加해지고 있다. 刑法·刑事訴訟法의 分野에서도 이상과 같은 影響을 받고 있다. 이러한 方向은 앞으로도 더욱 進展되어, 外國法の 成果를 意欲적으로 취하면서 日本社會에 適合한 法制가 展開될 것이 期待된다. 그리고 韓國의 法과 法學도 또한 같은 方向으로 發展할 것이 아니겠는가.

### 三. 日本의 法の 課題

以上은 戰後의 日本의 法の 發展을 묘사한 것인데, 거기에는 重要的 많은 課題가 있다. 여기에서는 極히 主觀的이지만 나머지 時間에 내 自身이 重要하다고 생각되는 若干의 問題를 들어 생각해 보기로 하겠다.

(一) 司法審査制度的 機能 法律, 命令, 處分이 憲法에 適合한가의 與否를 審査하는 權限을 通常의 司法法院에 부여하는 制度는, 말할 必要도 없이 마—베리 對 매디슨事件(Marbury v. Madison(1803))에 의하여 美聯邦最高裁判所가 밝혔으며, 그 以後 美國憲法の 發展과 더불어 成長하여 온 것이다. 日本은 明治憲法에서는 이러한 制度를 몰랐지만, 日本國憲法은 第81條에서 이러한 美國的인 憲法保障制度를 採用하였다. 이것은 國家權力이, 특히 主權者인 國民의 代表者가 되는 國會에 의하여 制定된 法律이, 最高法規인 憲法에 따르

지 않으면 안된다는 것을 意味하며, 이른바 「法の支配」(Rule of Law)의 明確한 制度的 表現인 것이다. 이러한 司法審査制度가 日本에서 어떠한 機能을 하는가는 重要な 問題이다.

下級法院에는 積極的으로 司法審査를 活用해서, 法律을 違憲이라고 判斷하는 例가 많이 보인다. 그러나 日本의 最高裁判所는 美聯邦最高裁判所와 比較해서 훨씬 司法審査 特히 違憲判斷에 消極的이었다고 말할 수 있다. 따라서, 違憲의 主張은 容認되지 않아, 結果的으로 政府의 行動이 合憲으로서 支持된다는 것이다. 一部の 學者는 日本은 司法審査를 美國으로부터 移植했지만, 그것을 살려서 成長시키는 意欲이 不足하다고 느꼈다. 人權의 制約에 대해서도, 公共의 福祉라는 一般的·抽象的인 基準에서 制約의 合憲與否를 判斷하게 되어, 法律은 어떠한 意味에서든 公共의 福祉에 奉仕하기 때문에 거의 違憲判決은 나타나지 않게 되었다.

그러나, 1966年頃부터 最高裁判所の 態度가 어느程度 變化를 보이기 시작했다. 人權의 制約은 必要最少限度로 하지 않으면 안된다고 하여, 具體的인 狀況에 응해서 또한 人權의 性質을 考慮하면서 立法을 審査하는 立場이 나타났다. 이미 尊屬殺重罰의 規定, 현저하게 不平等을 보이는 選舉區定數의 決定方法, 藥局 開設許可의 距離制限이 違憲이라고 判定되고 있다. 장차 美國憲法에서 發展하여 온 判斷基準의 示唆를 받으면서, 司法審査가 그 機能을 擴大하여 갈 것이 아닌가 豫想된다.

그것과 더불어, 憲法訴訟에 관한 諸理論이 最近에 精密하게 構成되어 온 것도 그대로 넘길 수 없는 일이다. 그들의 諸理論은 美國의 判例와 學說에 의해서 發展되어 온 것인데, 日本의 判例學說에 有益한 示唆를 주고 있다. 오늘은 이러한 理論에 들어가서 말할 수는 없지만, 어느程度로 事件이 成熟한 때에 司法判斷에 適合하게 되는가라는 事件의 成熟性(ripeness)의 問題, 憲法訴訟에 있어서 違憲을 主張하는 當事者의 適格性(Standing)의 問題, 憲法判斷을 하지 않아도 事件을 處理할 수 있을 때는 憲法的 爭點을 回避한다는 Rule, 法律의 文言을 限定的으로 解釋함으로써 法律을 違憲이라고 하지 않는 限定解釋의 技術, 高度의 政治性을 띤 問題는 司法審査로부터 除外된다는 政治問題(political question)의 理論 등이 그것이며, 이미 最高裁判所の 判例에 나타난 것도 많지만 장차 더욱 理論적으로 考察하여 檢討하는 일이 要求될 것이다.

(二) 法的思考의 轉換 戰後의 日本의 法學에서 注目되는 것으로는, 法律家가 法的判斷을 하는 경우의 思考方式의 轉換을 들 수 있다. 여기에는 美國의 리얼리즘法學 등의 影響도 있지만, 世界의 法學의 潮流에 따르는 것이리라.

從來의 法的思考는 어떤 分野의 法解釋學에 있어서도, 大前提인 法規範을 小前提인 事實에 適用해서 三段論法의 論理에 의하여 演繹的으로 結論을 내리는 것이었다. 즉 抽象的·一般的인 法規를 具體的인 事情을 考慮하지 않고 事實에 適用함으로써 인하여 判斷을 形成한다는 方式이었다. 例를 들면, 不法行爲의 過失責任主義를 정한 法規는 特別한 立法이 없는 한,

損害를 가하는 것이 自動車이든 航空機이든 原子力이든 또는 다른 경우에도 같은 論理를 가지고 適用하게 된다.

그런데, 이와같은 法の 文旨과 論理만을 前提로 하며 結論을 내린다고 하는 것은 결코 妥當한 解決을 가져 오는 것이 아니며, 戰後의 法學은 오히려 法的判斷 그 自體는 거기에 存在하는 많은 利益을 衡量하며 決定되어야 한다고 主張하였다. 裁判의 경우에도, 具體的인 事情을 全部 考慮하면서 어느 利益을 優先시키는 것이 適當한가를 判斷하는 것이 必要하게 된다. 本來 法的判斷인 以上 無定量으로 基準도 없이 諸利益을 衡量하는 것은 아니지만, 抽象的인 命題로부터의 推論만으로 支配되는 判斷은 아니다. 그래서 法の 論理는 그 結論을 正當화시키는 理由로서 쓰여지는 것이라고 說明한다. 法の 生命은 論理가 아니고 經驗이라고 말한 홈즈(Holmes)의 立場이 여기에서는 評價를 받고 있다.

이와같은 思考를 具體적으로 例示하여 보겠다. 不法行爲에 있어서 航空機의 墜落事故로 地上의 第三者가 死亡한 경우에 通常의 過失責任主義를 취하여서 被害者의 遺族이 過失을 立證하는 것을 必要로 하는 것보다는, 航空會社가 責任保險으로 危險을 分散시켜 保險料를 多數의 乘客의 運賃에 包含시켜 會社에 無過失責任을 認定하는 것이 合理的이며, 利益衡量으로부터 오는 適正한 結論이라 생각할 수 있다. 그러한 結論을 前提로 해서 法的論理를 세우면 좋을 것이다. 刑法에서도, 어떤 行爲가 刑法이 定한 構成要件에 該當하며 法の 明文이 定한 違法性阻却原因이 없어도, 具體的인 事情을 考慮하여 可罰의 違法성이 없다고 해서 處罰하지 않을 수 있다. 公共企業의 職員의 罷業은 違法이지만, 刑罰을 科할 程度의 違法성이 없다고 判示한 判決은 그 하나의 例이다. 憲法의 경우에도, 어떤 法律이 合憲인가의 與否를 判定할 때에는, 單純한 論理만이 아니고 그 法律의 基礎에 있는 具體的인 事情("立法事實"이라 함)을 詳細히 檢討하여 判斷한다든가 프라이버시와 表現의 自由의 對立에 대해서도 精密하게 利益을 衡量해서 結論을 낸다는 것도 같은 思考方式이다.

이와같은 새로운 思考方式에 대해서는 더 깊은 考察이 必要하지만, 方向으로서 法的判斷과 論理와의 關係가 從來의 論理偏重의 立場과는 다른 思考方式으로 나아가는 것은 明白하다고 생각된다.

(三) 살아있는 法の 探究 日本이 西洋의 法制를 繼受했다는 것은 前述한 바이며, 거기에서는 日本의 社會實態를 一應 捨象하여 近代化의 形成이 이루어져 갔다는 면이 크다. 다행스럽게도 日本社會가 西洋社會에 가까운 形으로 發展하였기 때문에, 法과 社會와의 사이에 큰 矛盾이 생기지 않았다고 생각된다. 그러나 日本에는 固有의 傳統的文化가 있으며, 法은 社會統制의 有効한 手段이지만 唯一한 手段은 아니며, 傳統에 基한 慣習 風俗 倫理 등의 社會規範이 存在하고, 그것이 日本人의 行動을 規律하는 일도 적지 않다. 또한 西洋法을 西洋의 法學의 理論을 갖고 解釋適用할 때에는, 現實의 狀況에 即應안되는 경우도 많다. 혹은 日本人의 意識으로 봐서 西洋法을 그대로 받아들이기 어려운 경우도 생긴다.



이와같은 背景에서 法과 日本社會와의 사이에 갭이 생기는 것은 피하기 어려운 일이다. 거기에서, 法으로서 쓰여져있는 것과 社會에서 행해지고 있는 規範, 實態가 合致하지 않을 경우가 있다. 戰後, 그때까지의 家督相續으로서 長男이 父母의 財産을 相續하는 制度가 廢止되고, 子息은 均分해서 相續을 하게 되었는데, 農村에서는 農地를 細分化해서는 農業經營이 안되기 때문에 從前과 같이 一般의으로 長男이 집의 財産인 農地를 一括해서 相續하는 일이 많이 생겼다는 것은, 그 하나의 例인 것이다.

社會에 있어서 진실로 살아있는 法으로서 행하여지고 있는 것은 무엇인가를 探究하는 것은 法解釋學과 더불어 重要한 學問的 作業이다. 戰後의 日本에 있어서의 「法社會學」의 發達은 그러한 要求에 응한 것이며, 이러한 法社會學의 成果가 立法·判例·學說에 影響을 주어 日本의 法을 發展시켰다는 것은 否定할 수 없다. 이 學問은 歐美的 理論에서 示唆를 받으면서, 社會實態調査·法意識의 調査 등의 廣範圍한 調査를 實施하고 있으며, 日本의 法社會學은 相當한 水準에 達하고 있다. 장차 이러한 面에 있어서도 日本의 法學에 期待되는 바 크다고 생각된다.

(四) 새로운 法分野의 展開 最後로 指摘하고 싶은 것은, 最近 日本의 法과 法學에서 注目되는 現象으로서 從來의 法の 領域區分에 구속되지 않고, 새로운 分野의 法이 出現하여 그것이 現代社會에 큰 意味를 갖고 왔다는 것이다. 그러한 新領域은 公法과 私法의 雙方에 걸쳐서, 또한 各領域內에서도 多彩로운 形態로 많은 法分野가 서로 關係하고 있다. 그래서 理論的으로도 새로운 問題를 提起하고 있다. 勿論 이러한 새로운 分野의 開拓은 日本에만 한하지 않으며, 歐美的 法の 世界에서도 나타나고 있는데, 이와같은 法學의 新領域은 지금까지의 法學에도 새로운 要素를 加한다고 말할 수 있다. 그 若干의 例를 들어보기도 한다.

첫째, 環境法을 들어 볼 수 있다. 先進工業國에서는 國土의 開發과 더불어 自然破壞도 그에 따르고 있다. 이러한 傾向은 社會의 工業化 都市化와 함께 많은 國家에서 發生하고 있다. 戰後 急速한 經濟發展을 한 日本에서는 더욱 顯著한 形態로서 環境의 破壞가 보인다. 大氣의 汚染·水質의 汚濁·騒音·惡臭, 모든 面에서의 公害가 日本의 큰 問題로 되어 있다. 法은 이와같은 社會에의 威脅에 어떻게 對處할 것인가라는 문제가 곧 環境法의 課題인 것이다. 이러한 領域에서는 좋은 環境을 가질 것을 生存權·幸福追求權과 같은 憲法上의 人權에 의하여 基礎를 만들려고 하는 憲法理論, 有効하게 公害를 防止하고 또 公害를 除去하는 行政措置를 實施하기 위한 行政法의 問題, 環境破壞를 私法上의 不法行爲로서 어떻게 構成할 것인가라는 民法의 問題, 이 경우에 損害賠償만이 아니고 環境破壞를 中止시키는 救濟를 法院이 부여할 수 있는가라는 訴訟法의 問題 등 많은 法分野가 서로 關係를 하고 있다.

둘째, 消費者保護法이 있다. 製造品の 瑕疵로 損害를 입은 消費者는 民法의 過失責任主義下에서 不法行爲法에 의한 救濟를 받기란 어려울 뿐만 아니라, 또한 그 救濟도 充分치 않다. 一定한 行政監督에 의하여 製造者가 消費者를 害치지 않는 製品을 提供하는 行政法의

問題, 가령 法院의 救濟를 求할 場合에 集團으로서의 消費者가 訴訟을 提起할 수 있는 것을 열게끔 하는 class action을 認定해야 한다는 訴訟法의 問題, 惡質製造者에 刑罰을 加할 것을 講究하는 刑法의 問題 등이 있으며, 이러한 各種의 法을 綜合해서 消費者保護法을 構成하는 것은 現代의 法의 課題라 할 수 있다.

셋째, 매스·커뮤니케이션法을 들 수 있다. 現代社會에 있어서, 大量으로 情報을 傳達하는 新聞 雜誌 放送 등의 매스·커뮤니케이션의 役割은 크며, 따라서 그 影響力을 無視할 수 없다. 이것을 法이 어떻게 規制할 것인가, 問題가 된다. 여기에는 表現의 自由를 保障하는 憲法의 規定, 反對側이 매스·미디어를 통해서 「알 權利」를 어떻게 생각할 것인가, 猥褻·國家秘密의 保護·名譽毀損 등 매스·미디어의 自由를 制限하는 法의 解釋, 放送을 規律하는 法의 問題 등과 같이, 憲法 行政法 刑法 民法 등 넓은 領域에 걸친 考察이 必要하게 되며, 直接放送衛星의 問題와 같이 國際法에 미치는 것도 있을 수 있다.

넷째, 醫事法도 그 하나의 例이다. 醫師의 過誤에 의한 醫療事故가 訴訟으로 다루어지는 例가 많아 지고 있다. 여기에서 또, 從來의 過失責任主義가 適當히 機能하는가의 與否가 論議되고 있다. 또한 醫事法은 臟器移植, 安死術과 같은 問題가 되면, 大端히 複雜한 法的 問題를 提供하게 된다.

이와같은 現代法의 課題의 例는 많이 있으며, 위에 든 것은 몇개의 例에 지나지 않는다. 이러한 問題들은 從來의 學問領域에 屬하지 않으며, 多角的인 考察을 必要로 하고. 通常, 많은 研究者의 共同作業이 要求된다. 日本에서는 이러한 課題에 대해서 法律家가 共同으로 解決하는 데 努力하고 있다. 그리고, 그러한 場合 다른 나라의 經驗으로부터 배울 수 있는 것도 많다. 比較法의 研究는 從來의 專門領域만이 아니고, 이러한 새로운 分野에 있어서도 意義있는 効用을 보여 줄 것이다.

日本의 法과 法學의 戰後의 發展을 要約한다는 것은 대단히 어렵다. 別로 充分치도 못한 以上の 論述이 韓國의 法과 法學에 조금이나마 示唆을 줄 수 있다면 多幸한 일이라 생각한다.