

日本에 있어서의 憲法裁判

長 尾 龍 一*

I. 序

필자는 오랫동안 韓國訪問을 꿈꾸어 왔었지만 그 機會를 얻지 못해 안타까와 해 왔다. 필자는 젊을 때부터 日本의 古代史와 古代文化에 흥미를 가지고, 비록 문외한이지만 다소 研究를 해 왔는데, 研究하면 할수록 그 最善의 部分은 韓國으로부터의 영향이라는 것을 알게 되었다. 최근에 發掘된 古代의 墳墓등도 半島文化의 濃厚한 영향을 말해 주고 있다. 그래서 언젠가 그러한 文化遺跡을 직접 접촉해 보고자 소원해 왔는데, 오늘 이런 機會가 주어 진 것에 대해 진심으로 감사드린다.

다만 한가지 안타까운 것은, 필자가 韓國에 올 때까지는 한글을 읽을 수 있도록 하고자 하여 一時 조금 공부를 하기도 했지만 日本에서 「中間管理職」이라 불리우는 四十代는 온갖 자질구레한 일이 集中하는 時期여서 언제나 눈앞의 일에 바빠 그다지 잘하지 못하는 가운데 訪韓하게 된 것을 죄송하게 생각한다.

그러나 다른 한편 밝가운 일도 있다. 그것은 韓國政治의 民主化가 크게 前進하고 있는 이 時期에 최초의 訪韓機會를 얻게 된 것이다. 필자는 韓國政治에 대해 意見을 제시할 입장에 있는 사람은 아니지만 盧大統領이 政治, 특히 民主政治에 있어 가장 중요한 德性인 「忍耐」를 가지고 民主化에 노력하고 있는 모습을 보고 感銘을 받고 있다.

II. 日本國憲法에 있어서의 憲法裁判制度의 概要

1889년에 制定된 大日本帝國憲法(소위 明治憲法)에는 憲法裁判이라는 사고방식은 基本的으로 존재하지 않았다. 憲法裁判의 가장 重要한 任務는 人權保障이라고 생각되는데, 明治憲法의 人權宣言의 大部分은 「日本國民은 『法律에 特別한 規定이 없는 한』, ○○의 權利를 가진다」라는 형태의 소위 「法律留保」付 規定으로, 治安維持法이나 國家總動員法과 같은 현저하게 人權을 侵害하는 法律이 制定되면 그만큼 憲法의 保障은 後退하게 되었기 때문이다. 거기에다 司法의 規定에도 憲法裁判에 대해서는 아무런 언급이 없었다.

1945年, 日本은 戰爭에 패하여 聯合國의 占領下에 놓여졌다. 占領軍은 日本軍國主義의 하나의 源泉이 非民主的이고 人權保障에 不充分한 憲法에 있다고 생각하여 憲法改正을 日

* 日本 東京大學教養學部 教授

本政府에 勸告하였다. 이렇게 해서 幣原內閣下에서 1945년 가을부터 다음 해 1월까지에 걸쳐 改正憲法의 起草作業이 행해졌는데, 이렇게 成立된 案은, 占領軍當局의 判斷에 따르면, 舊憲法의 部分的인 손질에 그쳐, 도저히 民主化라는 占領目標에 適合한 것이 아니었다. 그래서 占領軍의 民政局이 스스로 憲法案을 起草하고 日本政府에 그것의 受容을 要求하였다. 日本政府는 큰 충격을 받고 많은 망설임 끝에 그것을 受容했다. 그 후 아메리카 측의 原案을 기초로 美日이 協議하여 發表한 것이 1946년 3월 6일에 政府가 發表한 憲法改正草案要綱이라 불려지는 것이다.

憲法裁判에 관해 말하자면, 日本側 草案의 人權規定도 司法規定도 그 點에 대해 舊憲法에 조금의 修正도 加하고 있지 않다. 반면에 아메리카側에서 起草한 소위 「맥아더草案」에는 *Marbury vs. Madison* 이래의 아메리카判例에서 성립한 違憲法律審査規定이 들어 있었다. 단 이 案은 人權에 관한 規定과 그렇지 않은 規定을 구분하고, 前者에 대해서는 最高裁判所의 判決을 最終인 것으로 하지만, 後者에 대해서는 國會가 3분의 2의 議決로 번복할 수 있도록 하고 있다. 그 案은 兩者의 區別이 困難하다는 것, 司法府의 判決을 國會가 번복한다고 하는 思想에 저항이 있었다는 것 등의 이유 때문에 撤回되어, 모든 合憲性判決에 있어서 最高裁判所의 判決이 最終인 것으로 되었다.

그런데 이 아메리카側의 原案을 받은 日本政府의 專門家들이 最初로 作成한 日本語案이었다. 그 안에 「最高裁判所를 憲法裁判所로 한다」는 規定이 있는데, 아마 아메리카法에 대한 知識이 없이 大陸法에 대한 知識만 가진 日本側 專門家가 아메리카側의 原案을 보고 最高裁判所를 오스트리아의 憲法裁判所와 같은 것이라고 생각한 것 같다.

아메리카法의 違憲審査制와 大陸法의 憲法裁判所制는 여러가지 다른 점이 있지만, 前者는 具體的인 爭訟事件(cases and controversies)이 있고, 그것이 通常의 訴訟節次에 따라서 第一審에서부터 다루어지고, 上告審으로서 最高裁判所가 裁判하는 것이며, 憲法裁判判決의 主文에서는 표현되지 않고 判決理由 중에 表明되는 形式을 띤다. 判決主文은 「甲은 乙에게 〇萬圓을 支拂하라」라든가 「丙을 〇年 懲役に 處한다」라는 것이고, 왜 그러한가를 밝히는 判決理由 중에서 「왜냐하면 〇〇法〇條가 憲法違反이기 때문이다」라고 說明하는 것이다. 이에 대하여 大陸法의 경우는 具體的인 爭訟事件이 없더라도 直接 憲法裁判所に 어떤 法律의 違憲性を 呼訴할 수가 있다.

Ⅲ. 憲法 第九條 問題

그런데 最高裁判所의 違憲審査制를 둘러싼 最大의 問題는 戰爭放棄를 정한 헌법 第九條를 둘러싼 것이었다. 이 문제는 戰後 日本最大의 政治問題의 하나이기도 하고, 立法權과 司法權의 관계를 둘러싼 憲法學上的 큰 문제이기도 하며, 또한 法과 政治의 관계를 둘러싼 法哲學의 문제이기도 하였다.

日本을 占領한 聯合國은 즉시 日本軍을 武裝解除했는데, 장래에 獨立 後의 日本을 非武裝시켜 두겠다는 생각은 1946년 2월 2일까지는 존재하지 않았다. 아메리카側의 案에서도, 日本社會黨과 共產黨을 포함한 日本側의 案에서도 그런 생각은 발견되지 않았다. 그러한 생각은, 戰勝의 感激과 原爆의 충격으로 깊은 종교적 감격 가운데 있었던 맥아더 聯合國最高司令官의 개인적 산물이다. 그것은 「중태와 같은, 各國이 各各 武裝하여 均衡을 도모하는 安全保障方式은 완전히 실패하여, 이대로는 인류는 멸망한다. 지금이야말로 武力을 國際社會에, 구체적으로는 國際聯合에 위임해야 할 때이다. 日本은 그 선두를 끊는다」라는 것이다. 이러한 것을 맥아더와 같은 軍人이 진심으로 믿었다고는 간단히는 믿어지지 않지만, 당시의 그의 연설 등을 읽어보면 어느 정도는 진심이었던 것으로 볼 수 있다.

1946년 2월 3일 맥아더가 憲法起草의 指針으로 제시한 三原則의 두번째는 「國家의 主權的 權利로서의 戰爭을 廢棄한다. 日本은 紛爭解決을 위한 手段으로서의 戰爭 및 自己의 安全을 保持하기 위한 手段으로서의 전쟁도 放棄한다. 日本은 그 防衛와 保護를, 오늘날 世界를 움직이고 있는 崇高한 理想에 委任한다. 어떠한 日本 陸海空軍도 결코 허용되지 않으며, 어떠한 交戰者의 權利도 日本軍에게는 부여되지 않는다」라는 것이었다. 이것이 立法過程에서 조금씩 表現이 모호하게 되어 現在의 第九條로 되었던 것이다. 第九條는 약간 複雜한 文章으로 다소 不透明한 점이 있지만, 文理대로 읽으면 一切의 軍備를 否定하는 것으로 읽을 수 있다. 그러나 解釋方式에 따라서는, 어떠한 軍備도 보유할 可能性도 없다는 뜻은 아니다. 政府나 政府側에 가까운 學者는 이러한 解釋可能性을 발견해 내어, 自衛隊의 合憲性的의 論據로 삼고 있다.

冷戰의 進行, 특히 韓國戰爭 등에 의해 아메리카도 日本의 再軍備를 요구하게 되고, 保守黨政府도 아메리카側에 촉구되어 再武裝하기로 결단을 내리게 된다. 구체적으로는, 韓國戰爭 開戰直後인 1950년 7월 8일 맥아더 聯合國最高司令官이 吉田茂首相 앞으로, 警察豫備隊創設을 요구하는 書翰을 발송하고, 그렇게 하여 創設된 警察豫備隊가 얼마 안 있어 現在의 自衛隊로 發展한 셈이다. 이에 反對한 것이 社會黨·共產黨 등의 左翼勢力이었다. 그런데 日本國憲法은 憲法改正에 國會兩議員의 3분의 2의 議決을 要求하고 있었지만, 1952년의 獨立 이후 日本의 國會는, 憲法을 改正하여 再軍備를 正面으로 認定하려고 하는 保守黨이 2분의 1과 3분의 2 사이, 그것에 反對하는 社會黨·共產黨의 合計가 3분의 1과 2분의 1 사이인 상태가 계속되어 왔다. 그래서 保守黨政府는 憲法을 改正하지 않은 채, 自衛隊法과 같은 法律을 野黨의 反對를 무릅쓰고 議決하였다. 이에 野黨은 그것을 裁判所에 제기하여 違憲判決을 얻으려고 한 것이다.

第九條에 관련된 첫번째 憲法訴訟은, 左派社會黨委員長 鈴木茂三郎이 原告가 되어 最高裁判所에 직접, 警察豫備隊의 設置·維持에 관하여 政府가 한 일체의 行爲가 憲法違反이다라는 確認을 구한 것이다. 이것은, 最高裁判所가 憲法裁判所이다라는 해석에 기초를 둔 것

으로 最高裁判所는 違憲立法審査權은 司法權의 범위내에서 행사되는 것이고, 구체적인 爭訟事件없이 추상적으로 判斷하는 權限은 아니라고 하여, 訴訟을 배척하였다.

IV. 司法積極主義와 司法消極主義

그 뒤에도 憲法の 非武裝主義의 擁護를 주장하고, 日美安保條約에 反對하는 勢力은, 基地問題, 基地를 위한 土地收用の 違憲 등을 주장하여 여러 번 裁判에 호소하였다. 이러한 상황에서 學說實務의 兩面에서 論議의 焦點이 된 것이 民主主義國家에 있어서의 司法權이 차지하는 位置의 문제이고, 보다 구체적으로 말하면 司法積極主義와 司法消極主義의 대립이다.

司法積極主義란, 法治國에 있어서 最高規範인 憲法을 擁護하는 것이 裁判所의 最大의 任務이며, 最高裁判所는 憲法の 守護者로서 政治的 考慮를 하지 않고 違憲의 法律은 無效로 해야 한다는 주장이다. 이에 대해 司法消極主義란 民主主義國家에 있어서는 國民으로부터 선출된 國會의 意思가 最高의 權威이며, 少數의 裁判官이 法解釋이란 이름 아래에 그것을 가볍게 無效로 하는 것은 民主主義의 原則에도 反하고 또한 司法의 政治化를 초래하기 때문에 司法權은 가능한 한 消極的으로 행사되어야 한다는 주장이다.

違憲判決의 一般의效果說과 個別的效果說의 對立도 이 對立과 관련을 맺고 있다. 一般의效果說이란, 最高裁의 違憲判決이 확정되면, 그 法律자체가 無效로 되어 버린다는 것으로, 말하자면 最高裁에 消極的 立法權을 認定하는 주장이다. 그에 대해 個別的效果說은, 違憲判決도 어디까지나 司法權의 發動이어서 그 效力은 당해 사건의 原告와 被告의에는 미치지 않는다는 것으로, 司法消極主義와 결부되어 있다.

國會에서의 多數決에서 敗한 野黨勢力은 立法府에서의 敗北를 司法府에서 만회하고자 차례차례 고도로 政治的인 문제를 裁判所에 제기하였다. 革新的인 政治的 信條를 가진 下級裁判所 裁判官들 중에는 대담하게 違憲判決을 내리는 사람들도 적지 않았다. 그러나 最高裁判所는 대체로 司法消極主義의 입장에 서서, 政治問題에의 介入을 가능한 한 피하려고 해왔다. 이러한 태도를, 好意的으로 보는 사람들은 司法官의 聰明한 自制라고 해석하고, 그렇지 않은 사람들은 保守黨政府에 의해 任命된 保守的 裁判官들이 그런 방식으로 政府의 政策을 追認하는 것이라고 했다.

그런데 필자가, 最高裁判所가 「대체로」 司法消極主義였다고 말한 것은, 특히 최근에 政治問題를 회피하고, 消極的으로 政府의 政策을 그 反對로부터 保護할 뿐만 아니라 積極的으로 그것을 支持하는 判決이 눈에 띄기 때문이다. 그것은 말하자면, 革新的 司法積極主義와 保守的 司法消極主義의 對立에서 그 右翼으로부터 保守的 司法積極主義가 擡頭하여 온 상태라고도 말할 수 있을 것이다.

이러한 문제를 생각함에 있어서 가장 중요한 사건은 1959년 12월의 「砂川事件判決」이다. 이것은 日美安全保障條約에 基한 行政協定에 基하여, 砂川基地를 擴張하기 위해 土地를 强

制收用하려고 한 政府에 대해, 地主가 그 違憲을 提訴한 事件인데, 第一審은 安保條約은 非武裝을 정한 憲法 第九條에 違背된다고 判決하였다. 그에 대해 最高裁의 判決은 그 原審 判決을 번복한 것인데, 그 判決理由는 독특한 것이었다. 그것은 前半과 後半으로 나누어져 있는데, 前半은 「憲法 第九條가 문제 삼는 것은 日本國의 軍隊이지, 自衛隊가 合憲인가 違憲인가는 別問題로 하고 安保條約은 合憲이다」라는 것이었고, 後半은 「高度로 政治的인 問題는 一見 明白히 違憲이 아닌 한은 司法的 判斷에 任하지 않다」는 것이었다.

批判者들은 이 判決文에 대하여 그 論理的 矛盾을 指摘했다. 즉, 만일 後半의 論旨가 옳다면 裁判所는 安保條約의 合憲性에 관해 判斷을 삼가해야 하므로 前半은 필요 없을 것이라는 것이다. 일반적으로는 이 判決에 대해서, 最高裁判官 사이에 原判決을 번복한다는 점에는 合意를 보았지만, 理由에 관해서는 多數派는 「安保合憲論」을, 少數派는 「統治行爲論」, 즉 高度로 政治的인 문제에 대해서는 裁判所는 判斷을 삼가해야 한다는 주장을 제시해서, 兩者의 주장을 多數派를 앞세워 併記한 것이라고 말하여진다.

V. 少數者의 權利

司法積極主義와 司法消極主義의 對立은 政治哲學上의 自由主義와 民主主義의 對立과 결부되어 있다. 民主主義는 「人民에 의한 政治」이고, 구체적으로는 多數者의 支配로 되지 않을 수 없다. 自由主義는, 多數者의 支配를 포함한 支配로부터의 自由의 주장이다. 司法消極主義는 多數者의 意思를 最高의 가치로 하는 民主主義思想에 基하여, 司法權이라는, 選舉로 選出되지 않은 專門家集團이 政治的勢力을 가지는 것을 부정하는 것이다. 아메리카의 뉴딜時代에 保守的인 裁判官들이 루즈벨트의 立法을 잇달아 違憲이라고 判斷한 것이 時代錯誤의 誤謬였다는 것이 그 先例로서 인용된다.

확실히, 國民에 의해 選出된 것도 아니고 政治責任을 지지도 않는 裁判官이 自衛隊問題와 같은 一國의 運命에 관한 問題를 法解釋이란 견지에서만 결정하는 것은 危險하다고 생각한다. 戰後 日本의 憲法裁判의 多數는, 앞서 언급한 바와 같이, 議會에서 多數를 차지하지 못한 野黨의 失地回復을 위한 政治活動이었다고 생각된다. 私見으로는, 만일 政權交替가 있었다고 한다면, 左翼政權이 만든 法律을 保守派가 차례차례 裁判所에서 다루고, 左翼政權은 保守的인 最高裁를 非難하여 司法積極主義와 司法消極主義의 支持者가 逆으로 되는 것은 아닐까하고 생각한다.

그러나 民主主義國家에 있어서의 司法은 司法消極主義에 서야 한다고 주장하는 사람이 있다고 한다면 필자는 그것도 一面的인 시각이라고 생각한다. 民主主義는 「人民에 의한 政治」이지만, 「人民에 의한」이라고 말할 수 있기 위해서는, 人民은 自由로운 選擇權을 가질 필요가 있다. 예를 들면, 한 종류의 메뉴 밖에 없는 寄宿舍의 食事과 같은 경우, 個人의 自由는 選擇의 여지가 없다. 「人民에 의한 政治」를 실현하기 위해서는, 人民은 自由로이 選

擇할 수 있는 選擇의 메뉴를 부여받고, 어느 것이 더 좋은가에 대해 自由로 이 論議할 수 있고, 일단 어떤 메뉴를 選擇해도 후에 생각을 바꾸어 다른 요리를 選擇할 수 있을 필요가 있다. 民主主義는 「人民에 의한 政治」이지만, 그것은 「複數의 可能性 중에서 人民이 自由로 이 選擇할 수 있는 政治」이지 않으면 안된다. 즉 民主主義는 일정한 自由主義 없이는 成立하지 않는다.

만일 多數者가 多數決에 의해 人民의 메뉴를 制限하고, 다른 可能性을 시도해 볼 수 없게 한다면, 그것은 「人民에 의한 政治」의 否定이며 民主主義의 否定이다. 戰前의 日本은 非民主國家이다라고 말할 수 있는데, 예를 들면 少數者의 의견을 철저히 彈壓한 治安維持法은 憲政會와 政友會라는 當時 衆議院의 二大政黨의 聯立內閣이 立案하고 成立시킨 것으로, 차라리 多數決에 의하여 國民의 메뉴를 制限한 것이라고 할 수 있다.

民主主義를 維持하기 위해서는 多數의 橫暴를 抑制하며, 少數者의 權利를 保護하여 國民의 메뉴의 多樣性을 守護할 필요가 있다. 憲法裁判의 最大의 任務는 여기에 있다고 생각한다. 필자는 日本의 安保問題나 自衛隊問題 등에 관해, 裁判官이 과거의 특수한 상황下에서 制定했던 憲法條文을 根據로 政治에 큰 變動을 惹起하는 것은 좋지 않다고 생각하며, 이 점에서 司法消極主義者이다. 그러나 少數者의 權利擁護라는 점에서 裁判所가 지나치게 消極主義의 으로 되어서는 곤란하다고 생각한다. 이 점에서 日本國憲法의 最初의 아메리카 側 原案이, 人權에 관한 事件은 最高裁를 最終審으로 하고, 그렇지 않은 것은 議會에서 再審議할 可能性을 개방하고 있는 것은 法技術的으로는 의문이지만, 基本思想으로서의 올바른 내용을 포함하고 있다고 생각한다.

필자는, 戰後 40여년간 거의 政權을 獨占해 온 保守黨이, 그럼에도 불구하고 大體로 리 버릴만한 體制를 維持하여 온 것은 評價해야 한다고 생각한다. 日本에서는 共產黨도, 그보다 훨씬 과격한 集團도, 메러라도 하지 않는 한은, 自由로 이 政府를 攻擊하고 있으며, 天皇制를 批判하고 있다. 그러나 하나의 政黨이 그렇게 오랫동안 政權을 獨占하고 最高裁判官의 任命을 獨占하면, 역시 少數者의 權利의 保障이라는 점에서 여러가지 問題가 생겨난다. 韓國에서도 關心을 끌고 있는 教科書問題 등도, 國內에서의 격렬한 思想對立이 解決되고 있지 않은데도, 政府流의 思想이나 歷史解釋을 아이들에게 심어 넣고자 하고 있다. 그리고 最高裁도 최근에 裁判官의 任命에 있어서의 思想審査가 완전히 制度로서 확립되어, 保守派 일색으로 되어 버렸다. 憲法을 起草한 아메리카인들은 共和黨과 民主黨이 交替하여 政權을 擔當하는 아메리카와 같은 政治體制를 염두에 두었기 때문에 이렇게 하나의 黨派가 오랫동안 政權을 獨占하게 되리라고는 생각하지 않았을 것이다. 만일 이와 같은 사태를 豫測했다면 最高裁判所裁判官을 議會의 各政黨의 比例에 따라 推薦하는 制度를 고안했을지도 모른다.

어떤 自衛隊員이 職務上 死亡하였는데, 그의 「靈」을 自衛隊 OB會(社團法人隊友會)가, 기독교도인 부인의 反對를 무릅쓰고 神道の 神社(山口縣 護國神社)에 모셨다. 이것은 靖國神社 이

래 日本 軍隊의 傳統이다. 그 부인은 그것에 의해 精神的인 打擊을 받았다고 하여 國家에 慰藉料를 請求하였다. 第一審, 第二審은 기본적으로 그 부인의 주장을 인정하였지만, 最高 裁判所는 그것을 번복하였다. 이 裁判은 國家의 關與方式 등 테크니컬한 문제도 있지만, 根本的으로는 기독교도라는 日本에서의 少數者의 宗教感情을 無視한 것으로, 「産經新聞」과 같은 保守的 新聞을 포함하여 언론은 일제히 이 判決을 非難했다.

필자는 韓國의 憲法裁判所도, 이러한 司法積極主義와 司法消極主義 사이에서 앞으로 많은 어려운 문제에 부딪히게 되리라고 생각한다. 그 경우에 政治問題에 聰明하게 對處하면서, 人權擁護의 任務를 완수할 수 있을 것이라고 믿는다. 日本의 體驗이 다소라도 參考가 되었으면 하는 생각에서 말씀드려 보았다.