



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

碩士學位論文

# 헌법‘개정’과 지방자치

—21세기에 활용하기 위해서—

(『憲法「改正」と地方自治

—21世紀に活かすために—』 翻譯論文)



濟州大學校 通譯大學院

韓日科

朴卿希

2007年 8月

# 헌법‘개정’과 지방자치

－21세기에 활용하기 위해서－

(『憲法「改正」と地方自治

－21世紀に活かすために－』 翻譯論文)

指導教授 李 禮 安

朴 卿 希

이 論文을 通譯大學院 碩士學位 論文으로 提出함

2007年 8月

朴卿希의 通譯大學院 碩士學位 論文을 認准함

審査委員長 \_\_\_\_\_ ㉠

委 員 \_\_\_\_\_ ㉠

委 員 \_\_\_\_\_ ㉠

濟州大學校 通譯大學院

2007年 8月

## 역 자 서 문

제2차 세계대전 후 일본은 전쟁포기와 전력불보유(군대보유 금지)를 규정한 9조를 포함한 헌법을 제정했습니다. 즉, 일본국헌법은 세계평화선언인 것입니다.

그러나 헌법을 제정한지 반세기가 지난 지금 9조를 중심으로 일본국헌법을 ‘개정’하려는 움직임이 유례없이 활발하게 진행되고 있습니다. 그 의도는 일본이 미국을 쫓아 ‘전쟁하는 국가’로 바꾼다는 점에 있습니다. 이를 위해서 집단적 자위권의 용인, 자위대의 해외파병과 무력행사 등, 헌법상의 원칙을 실제로 깨고 있습니다. 또한 비핵3원칙과 무기수출 금지 등의 중요시책을 없애려고 하고 있습니다. 이는 일본국헌법이 실현하려고 한 무력에 의하지 않은 분쟁해결을 지향하는 국가를 근본적으로 전환하고 군사대국으로 나아가는 수순을 밟기 위한 것입니다. 일본 주변국과 세계는 이처럼 헌법개정 문제 등에서 최근 우경화(右傾化) 경향이 확대되고 있는 일본을 경계의 눈초리로 예의 주시하고 있습니다. 따라서 일본의 헌법개정 문제는 좁게는 우리나라를 포함한 동아시아, 넓게는 세계의 평화와 안정과 직결된 문제라고 볼 수 있습니다.

이에 역자는 이러한 문제의식을 가진 일반인들이 일본의 헌법개정 논란에 관한 실체적 진실을 제대로 알고 이를 근거로 최근의 일본의 우경화 경향에 대응할 수 있는 근거를 마련하는데 도움이 됐으면 하는 바람에서 고바야시 다케시 교수의 『헌법 ‘개정’과 지방자치』-21세기에 활용하기 위해서-를 선정했습니다.

번역작업은 I(騒がしさを増す憲法の周辺-日本国憲法は時代に合わなくなったのか)에서 III(日本国憲法の成り立ちと改憲の目指すもの)까지만 이루어졌습니다. IV(改憲動向の中の第八章地方自治-「分権改革」は何をもたらすか)와 V(地方自治実現の課題-憲法を活かすことのあるもの)는 지방자치개편 문제에 관한 전문적인 내용이 많아 일반인들이 이해하기 힘들 것으로 사료되어 생략했습니다.

끝으로 이번 번역에 많은 도움을 주신 지도교수님과 심사위원 선생님들께 진심으로 감사의 말씀을 드립니다.

〈국문초록〉

## 『헌법 ‘개정’과 지방자치』

—21세기에 활용하기 위해서—

일본국헌법을 개정하려는 움직임은 1950년대와 80년대에 활발해진 이후, 90년대에 들어와 그 3번째 흐름을 보이고 있습니다. 특히 20세기 말 이후 그야말로 ‘급물살’이라고 부를만한 추세로 진전되고 있습니다. 이러한 추세는 미국의 중용과 관여가 헌법개정을 강력하게 견인하고 있다는 점, 국회에 헌법개정을 사실상 추진하는 공식적인 조사회가 설치된 점, 재계가 전면에 나선 점, 거대 매스컴이 선두역할을 해온 점, 그리고 국회의석의 대부분을 차지하는 자민당·공명당·민주당, 이들 3당이 개헌에 의견일치를 보았다는 점 등으로 특징지을 수 있습니다.

현재 나와 있는 개헌구상들은 일본국헌법의 이념과 내용을 전면적으로 바꾼 안이라고 하는 근본적인 특징을 갖고 있습니다. 이 중에서 핵심적 위치를 차지하고 있는 자민당의 『신헌법초안』은 전문과 제2장(9조2항) 및 제8장을 전면적으로 개정하려고 하고 있습니다. 따라서 지방자치도 기존의 모습이 완전히 바뀌게 됩니다.

그리고 이 초안은 일본국헌법이 예정(96조에 의한 개정) 하고 있는 헌법‘개정’의 틀을 벗어난 안이기 때문에 헌법 그 자체를 바꿔버리는, 말 그대로 신헌법 제정이 지 도저히 현행헌법을 존중한 개정작업이라고 할 수 없습니다. 다시 말해 자민당의 『신헌법초안』은 일종의 법적 쿠데타를 기도한 것이라고 할 수 있습니다.

따라서 이러한 자민당의 『신헌법초안』에 의한 개헌이 실현될 경우에 일본사회에 다음과 같은 변화를 초래하게 됩니다. 첫째, 국가와 사회의 전면개혁이 이루어집니다. 둘째, ‘해외에서 전쟁 가능한 국가’로 나아갈 수 있습니다. 셋째, 약육강식의 ‘자기책임’사회 건설이 추진됩니다. 넷째, 국가권력을 구속하는 입헌주의 헌법이 국민을 관리하는 헌법으로 바뀌게 됩니다.

한편 자민당을 비롯해 개헌입장을 갖고 있는 민주·공명 각 당은 헌법개정안을 제시함과 동시에 개헌을 위한 절차법 제정을 서두르고 있습니다. 헌법개정절차를 정한 국민투표법안이 제정된다면 자민당의 『신헌법초안』으로 대표되는 개

현의 흐름은 급속히 가속화될 것입니다.





## 목 차

역자서문

국문초록

머리말 .....	1
I. 더욱 시끄러워진 헌법을 둘러싼 주변 환경 .....	4
—일본국헌법은 시대에 부합하지 않게 되었는가?	
1. 개헌의 급물살 .....	4
개헌의 3번째 호기 / 국회에 의한 ‘쿠데타’	
2. 개헌주장 이유로서의 ‘강요헌법’론과 ‘현실피리’론 .....	6
‘강요헌법’론의 파탄 / ‘헌법은 낡았는가?’ / ‘평화를 지키기 위해 9조개정 이 필요’한가 / 헌법학습의 대상은 헌법현상	
II. 헌법이란 무엇인가 —인간이 만든 훌륭한 창조물 .....	10
1. 헌법은 ‘최고법규’ — 법의 피라미드 .....	10
2. ‘헌법’(constitution)의 의미 .....	11
‘헌법’이라는 용어와 근대헌법의 원리 / 일본국헌법에 근대헌법원리 도입	
3. 근대헌법의 변천 .....	14
입헌주의 헌법과 ‘외견적 입헌주의’ 헌법 / 현대헌법으로의 전개	
III. 일본국헌법의 역사와 개헌 목적 .....	16
1. 일본의 19세기 헌법 .....	17
헌법을 탄생시키지 못했던 메이지유신 / 자유민권 운동과 메이지헌법 제정 / 시대에 뒤쳐진 메이지헌법의 성격	

2. 일본국헌법의 탄생 .....	19
폐전과 신헌법의 필요 / 정부에서 GHQ의 손으로 / 제정과정의 문제점	
3. 삼위일체의 기본원리 .....	23
일본국헌법의 구성 / 헌법의 기본원리	
4. 개헌은 무엇을 가져오는가? —자민당 『신헌법초안』 을 검토 .....	25
(1) 국가와 사회의 전면개조(改造) .....	25
(2) ‘해외에서 전쟁 가능한 국가’로의 전개 .....	26
자민당 초안의 안전보장조항 / 헌법에 ‘군대’를 규정한 의미—군사	
국가로 / 해외에서의 무력행사의 길을 열다	
(3) 약육강식의 ‘자기책임’사회 건설 .....	30
(4) 국가권력을 구속하는 입헌주의 헌법을 국민을 관리하는 헌법으로 .....	31
‘공익 및 공공의 질서’의 등장 / 현행 ‘공공복리’의 사이비 / 국익을	
인권 위에 두다 / 경제활동에는 제한규정 두지 않다	
(5) 개헌 준비작업을 위한 ‘헌법개정절차법안’(국민투표법안) .....	33
(i) 개헌절차법의 급부상—제정을 서둘러야만 하는가? .....	33
(ii) 내용상의 문제—주권자인 국민의 의사가 반영되었는가? .....	34
저자소개 .....	36
일본어초록 .....	37



## 머 리 말

지금 우리는 일본국 헌법 '개정'에 대해 어떤 입장인지를 분명히 해야 할 때입니다. 헌법은 그 국가와 사회의 미래의 설계도이며 우리들의 생활과도 직결되어 있습니다. 헌법을 권력담당자에게 일임하는 것은 자신의 인생을 맡겨버리는 것과 같습니다.

헌법은 역사의 특정시기의 창조물이기 때문에 그 시대의 제약을 받으며 역사의 진보와 함께 개정되는 것은 당연합니다. 1946년에 탄생한 일본국헌법도 항상 시대의 검증을 받지 않으면 안 되기 때문에 헌법 스스로가 개정규정을 두고 있습니다(96조). 그러나 현재 문제가 되고 있는 것은 이러한 헌법개정의 일반론이 아니라 바로 지금 개헌파 정당들이 주장하는 형태로 바뀌도 되는가 하는 점입니다.

일본국헌법은 객관적으로 근대의 세계헌법사의 본류에 속하고 더욱이 현대의 최대과제인 평화실현을 본격적으로 내건 모범적인 창조물이라고 할 수 있습니다.

즉, 근대 입헌주의에서는 헌법이란 '인권을 보장하기 위해서 국가권력을 구속하는 최고의 법규범' 이라고 정의를 내리고 있습니다. 그리고 일본국헌법에는 이러한 정신에 따라 풍부한 목록을 갖춘 인권선언이 포함되어 있고(제3장), 인권의 확보·실현을 국가에 의무화하고 있습니다. 이 중에서도 개인의 존엄과 양성 평등의 원칙에 선 가족관을 주창한 24조, 인간다운 생존을 인간의 권리로 선언하여 국가에게 인간다운 생존의 보장을 위해 노력할 것을 의무화한 25조, 특히 지방자치를 헌법상의 원칙으로 삼아 지방자치를 구체화한 여러 조문을 넣어 하나의 장(章)으로 만든 제8장 등은 국제적으로 주목받는 규정입니다. 그리고 무엇보다도 전문과 9조가 내걸고 있는 평화적 생존권·전쟁포기·전력불보유를 내용으로 한 항구적 평화주의는 '세계평화선언'으로서 세계 각국의 사람들에게 환영받고 있습니다. '9조'는 이제 세계의 평화를 회구하는 움직임의 상징이라고 할 수 있습니다.

이 보물과 같은 헌법을 마치 헌 신발짝 버리듯 내버리려 하는 것은 더없이 어리석다고 생각합니다. 전문과 103개 조항으로 구성된 보통 크기의 책으로 기껏

해야 10페이지 안팎인 이 간결한 헌법전을 손에 들고 펼쳐본 사람은 모두 헌법의 뛰어난 구상력을 알게 되어 헌법에 애착을 느끼게 될 것입니다. 현행 일본국 헌법전의 조문 중에 국민들이 지금 서둘러 바뀌어야만 하는 조문은 하나도 없습니다.

작년 가을에 발표된 자유민주당의 신헌법초안은 헌법을 권력을 억제하는 규범에서 국민의 행동을 규율하는 규범으로 바꾸어 일본을 ‘전쟁 가능한 국가’·‘약육강식의 격차사회’로 변화시키려 하고 있습니다. 그러나 이러한 방향으로 나아가는 것은 국민의 행복과 연결되지 않습니다. 그리고 이 안에서 전면적인 개정을 시도하고 있는 부분은 제2장(9조2항)이외에 제8장입니다. 이는 지방자치 조직을 바꾸지 않고는 전쟁 가능한 국가로 나아갈 수 없음을 말해주고 있습니다. 이번 개헌제안이 이러한 방향으로 추진되고 있는 사실에 대해 많은 사람들이 깊은 우려를 하고 있습니다.

필자는 헌법을 개정하지 않고 정치를 하는 과정에서 헌법을 성실하게 활용하는 것이 지금의 과제라고 생각합니다. 헌법정신을 실현한 후 미래에 대다수의 국민들이 합의를 이룬 시점에서 보다 훌륭한 헌법으로 개정해 나가는 것이 올바른 과정일 것입니다. 어렵게 획득한 보물을 처분하고 젊은이들의 손에 총을 들게 하는 시대가 다시 찾아오는 것만은 어떻게든 막고 싶습니다.

이 책은 이러한 헌법에 대한 기대에서 썼습니다. 헌법 ‘개정’의 흐름을 확인하고 헌법의 중요한 논점을 ‘처음부터’ 풀어나가고자 합니다. 이 중에서 특히 지방자치라는 주제에 주목하겠습니다.

따라서 우선 지금 급물살을 타고 있는 개헌동향을 개관하고 개헌이유의 정당성에 대해서 검토하겠습니다. 또한 원래 헌법이란 무엇인가를 되돌아보고 헌법의 개념을 명확히 하겠습니다. 그리고 현재의 헌법‘개정’ 구상의 목표를 밝힌 후에 이 구상이 지방자치를 어떻게 바꾸려고 하고 있는지에 대해서 논하겠습니다. 이를 통해서 지방자치의 실현과제에 대해서도 생각하고자 합니다.

끝으로 본서의 간행을 제안해 주신 자치체문제연구소, 특히 처음부터 끝까지 도움을 주신 다케시타 도시나리(竹下登志成) 상무이사 겸 사무국장께 진심으로 감사드립니다.

2006년 6월 20일

고바야시 다케시(小林 武)



## I. 더욱 시끄러워진 헌법을 둘러싼 주변 환경

—일본국헌법은 시대에 부합하지 않게 되었는가?

### 1. 개헌의 급물살

**개헌의 3번째 호기** 일본국헌법을 개정하려는 움직임은 1950년대와 80년대에 활발해진 후 90년대에 들어와 그 3번째 흐름을 보이고 있습니다. 특히 20세기 말 이후 그야말로 ‘급물살’이라고 부를만한 추세로 진전되고 있습니다. 이러한 추세는 미국의 중용과 관여가 헌법개정을 강력하게 견인하고 있다는 점, 국회에 헌법개정을 사실상 추진하는 공식적인 조사회가 설치된 점, 재계가 전면에 나선 점, 거대 매스컴이 선두역할을 해온 점, 그리고 국회의석의 대부분을 차지하는 자민당·공명당·민주당, 이들 3당이 개헌에 의견일치를 보았다는 점 등으로 특징지을 수 있습니다.

즉, 미국은 자국의 군사적 세계전략에 일본이 전면적으로 편입되는 것을 항상 요구하고 있습니다. 예를 들어 2000년 10월에 발표된 아미티지 보고서(미 국방대학 국가전략연구소 특별보고서)에는 집단적 자위권 행사를 가능하게 하는 조치를 취하면 미국과 일본의 군사협력이 긴밀하고 효과적일 수 있다고 기술되어 있습니다. 그러나 일본의 경우에 헌법 9조를 그대로 두는 한 헌법 9조를 아무리 탄력적으로 해석(‘해석개헌’이라고 부릅니다) 하더라도 이러한 기대에 부응할 수 없습니다. 헌법 9조 때문에 이라크 특별조치법에서 자위대 파견은 ‘비전투지역으로 한정한다’라는 조문을 두게 된 것입니다. 따라서 이러한 제약을 제거하기 위해 헌법 자체를 개정(‘명문개헌’이라고 부릅니다) 하는데 나선 것입니다. 이처럼 일본에서 헌법개정은 공권력 담당자들에게는 오랜 숙제였고 특히 이번 헌법개정은 미국의 강력한 요구에 의해 진행되고 있다고 할 수 있습니다.

그리고 국회에서는 소선거구제라는 대정당에 유리하게 작용하는 선거제도에도 힘입어 개헌파가 압도적으로 다수의석을 차지하였고 중참 양원에 설치되어 있는 헌법조사제도 본래의 ‘조사’ 직무를 일탈해서 개헌 추진역을 완수했습니다. 또한

‘요미우리 신문’등 유력 언론매체가 개헌의 선도·선동역을 맡았다는 등의 요인 때문에 여론도 헌법개정 자체에는 과반수가 찬성한다고 하는 변화가 나타났습니다. 이를 배경으로 자민당·공명당·민주당 각 당이 개헌구상을 내놓고 있는데 이에 대한 검토는 뒷장(III·IV)에서 다루기로 하겠습니다.

**국회에 의한 ‘쿠데타’** 2006년 제164회 정기국회(6월18일 폐회)에 국가의 형태를 바꾸는 초중량급 법안이 제출되었습니다. 다시 말해 헌법개정을 위한 절차법안, 교육기본법개정안, 공모죄창설법안, 방위청의 성(省) 승격법안 등을 계속 심의하기로 결정했으며 가을 국회에서 이들 법률들이 통과되기를 기다리고 있습니다. 또한 행정개혁추진법, 의료제도개혁관련법, 지문날인의무조항을 삽입한 개정입국관리법이 강행 통과되었습니다. —이들 법에는 국가의 방향·사회의 모습을 결정하는 중대한 내용들만 들어있습니다. 이 법들이 하나하나가 각 개인의 권리와 깊게 관련되어 있습니다. 이들 법들을 국회에서 충분히 심의하지 않고, 즉 국민과 충분한 논의를 거치지 않고 강행하는 것은 집권정당에 의한 ‘쿠데타’라고 할 수 있습니다.

이러한 상황은 1999년의 국회를 상기시킵니다. 주변사태법 등 미일방위협력을 위한 신방침(가이드라인)관련법, 중앙성청(省庁)개혁관련법·지방분권일괄법에 이어 연장된 국회에서 국기(國旗)·국가(國歌)법, 통신감청(도청)법, 주기네트(주민기본대장 네트워크 ; 전 국민에게 11자리의 번호(주민표코드)를 할당해 개인정보를 관리하는 네트워크시스템 - 역주)도입을 위한 개정주민기본대장법 등이 통과되었습니다. 개헌준비를 위한 헌법조사회설치법도 추가되었습니다. 그야말로 ‘국가개조(改造)’라고 말할 정도로 악법들로 채워져 있습니다. 1999년 당시에는 자민당과 자유당의 연립정권이었고 공명당은 야당이었지만, 이러한 악법들에 모두 찬성하였습니다. 그 후 같은 해 가을에는 자·자·공(자민·자유·공명당) 연립정권을 발족시켰습니다.

그 후 탄생한 고이즈미 정권은 이 악법들을 토대로 정치를 해 나갔다고 할 수 있습니다. 그리고 임기 5년이 끝날 즈음인 1999년에 한층 더 대규모로 국가개조(改造)입법을 기도할 수 있었던 것입니다. 이 후 헌법의 전면개정 움직임이 있습니다.

이러한 흐름에 따라 개헌주장을 하는 사람들은 지금까지 몇 가지 논거를 제시



해 왔습니다. 초점을 좁혀 검토해 보겠습니다.

## 2. 개헌주장 이유로서의 ‘강요헌법’론과 ‘현실피리’론

헌법개정은 원래 역사의 발전에 부응하여 헌법을 보다 진전된 법으로 만드는 작업이기 때문에 헌법의 개정논거도 타당한 것임에 틀림없습니다. 그러나 일본의 경우, 정부는 헌법이 처음부터 마음에 들지 않아 계속해서 헌법을 바꾸려고 기도해 왔습니다. 드디어 그 기회가 찾아왔다는 듯이 헌법개정에 나서고 있기 때문에 결론이 앞서는 등 개정이유가 의아스러운 것투성입니다.

그 대표적인 이유가 일본국헌법은 ‘강요됐기’ 때문에 무효라고 하는 논법과 ‘시대에 부합하지 않게 됐다’고 보는 주장입니다. 전자는 이미 논의가 끝난 주제인 점을 고려해 여기서는 짧게 언급하는데 그치고 주로 후자를 다루겠습니다.

**‘강요헌법’론의 파탄** 일본국헌법은 점령 중에 강요된 법이기 때문에 무효, 또는 점령이 끝남과 동시에 효력을 잃는다고 하는 주장입니다. 이 주장은 개헌론의 전통적인 수사법으로 2000년에 국회에 설치된 헌법조사제도 중의원에서는 우선 이 주제부터 검토했습니다.

분명 헌법제정의 과정에 비추어보면 일본국헌법이 점령 중에 GHQ(연합국군총사령부)의 주도하에 제정된 것은 사실입니다. 다만, GHQ는 1945년 10월부터 다음해인 1946년 2월초까지 헌법개정 작업을 일본정부에 위임했습니다. 이 기간 중에 정부는 천황주권(당시 ‘국체호지(國體護持;천황제 유지-역주)’라는 말로 주장되었습니다)을 패전 후에도 유지하기 위해서 국민주권 헌법으로 개정하는 작업을 방해했습니다.(III-2를 참조해 주십시오). ‘강요헌법’론자들은 무슨 이유에서인지 이러한 과정을 항상 무시합니다.

요컨대 일본국헌법은 ‘국체호지’를 고집했던 세력에게는 말 그대로 강요된 헌법이라고 하더라도 대다수의 국민에게는 평화주의·국민주권·인권보장 등 훌륭한 내용을 포함한 헌법으로서 환영받았습니다. 또한 이 ‘강요헌법’론은 일본국헌법은 외국법을 모방하여 제정되었다고 말합니다. 그러나 이러한 주장은 이미 메이지헌법 제정 시에 만들어진 50조항이 넘는 대부분의 사의헌법(私擬憲法 ; 메



이지 초기부터 1910년대까지의 헌법제정과정에서 탄생된 민간이 만든 헌법안. 민간인이나 정부 요인이 사적으로 만들었다는 이유에서 사의헌법이라고 불립니다. - 역주)이 인권보장·권력억제라는 입헌주의 정신을 충분히 이해한 후에 도입되었다고 하는 일본의 근대헌법사를 무시하는 주장입니다. 따라서 ‘강요’헌법론은 타당하지 않은 주장입니다만, 일반사람들이 이해하기 쉽기 때문에 특히復古적인 개헌론을 주장하는 사람들이 지금도 즐겨 사용하고 있어 간과할 수 없습니다.

‘헌법은 낡았는가?’ 최근 특히 개헌의 이유로 주장되는 이론은 ‘일본국헌법은 제정된 지 반세기 이상이 지나 낡아서 통용력이 없어졌기 때문에 현실에 맞춰 바꾸자’라고 하는 ‘현실괴리’론입니다. 그러나 이 주장도 맞다고 할 수 없습니다.

‘낡아졌다’고 주장하기 위해서는 이 헌법을 성실하게 실천했다라고 하는 사실이 대전제가 되어야 합니다. 이러한 헌법의 실천이 이루어진 후라면 통용력이 없어졌다고 하는 주장도 설득력을 갖습니다. 그러나 역대 정권담당자들은 헌법을 정치에 활용하여 헌법정신을 실현하는데 힘쓰기는 커녕 오히려 헌법을 일관되게 증오하고 헌법 정신을 몰살하는 개헌의 기회를 계속 엿보아왔던 것입니다. 지금까지는 개헌을 하지 못하는 상황 속에서 정치에 헌법을 갖다 맞추는 ‘해석개헌’을 하는데 힘써왔습니다. 그리고 이제는 적절한 시기가 왔다면 명문개헌에 착수하면서 단지 ‘낡은 헌법’이기 때문에 개정해야 한다고 주장합니다. 일본국헌법은 인권보장과 특히 평화주의 원리를 포함하고 있다는 점에서 미래의 21세기와 일본에 있어 보다 큰 의의를 가진 생명력이 넘치는 헌법입니다.

헌법‘괴리’론 주장은 ‘일본과 같이 오랜 기간 헌법을 바꾸지 않은 국가는 없다. 스위스 등은 매년 개정한다.’라며 자주 외국의 사례를 듭니다. 1874년에 개정된 스위스 연방헌법은 분명히 20세기말까지 100회가 넘는 개정을 했습니다. 그러나 이러한 개정들은 모두 기본원리를 변경하지 않는 부분개정이었습니다. 그리고 대부분의 개정은 시대가 발전하는 가운데 새롭게 등장하는 행정과제를 연방정부와 지방정부 중 어느 쪽에 배분할지를 헌법에서 정하는 연방국가 특유의 권한배분 조항입니다. 단일국가인 일본과 비교할 수 있는 자료가 못됩니다. 오히려 일본국헌법 제정시부터 1999년까지 약 1세기 동안 전면개정이 이루어지지 않았던 점에

주목해야 할 것입니다.

또한 ‘납아졌다’고 자주 지적받는 부분은 현행헌법에는 환경권이나 ‘알 권리’, 프라이버시권 등이 들어가 있지 않다는 점입니다. 주로 1960년대에서 1970년대에 걸쳐 등장한 이러한 ‘새로운 인권’이 1946년에 제정된 헌법에 들어가 있지 않는 것은 당연합니다. 그러나 이들 권리는 모두 해석에 의해 보충할 준비를 일본국헌법은 갖추고 있습니다. 즉, 환경권은 생명의 권리를 규정한 13조와 건강 및 생존을 보장하는 25조에서, ‘알 권리’는 21조의 표현의 자유와 불가분의 관계로서, 프라이버시 권리는 13조의 개인의 존중·행복추구권에서 각각 도출할 수 있습니다. 실제로도 이러한 헌법해석 — 인권을 확대하는 방향으로 유연한 해석을 하는 것은 당연합니다 — 에 기초해서 예를 들어 공해대책 관련 제 법률이 제정되어 왔기 때문에 아무런 지장이 없습니다. 오히려 ‘헌법이 시대와 부합하지 않게 되어 “제도피로(system fatigue)”를 초래하고 있다’고 주장하는 개헌과가 과연 헌법을 ‘피로’하게 만들 정도로 활용했는지 또한 특히 환경보전·공해방지 등과 관련해서는 환경운동의 적대자가 아니었는지 묻고 싶습니다.

결국 이러한 주장은 정치현실에 맞춰 헌법을 바꾸려고 하는 것입니다. 자위대에 관해서는 전형적으로 자위대는 군대라고 간주한 후에 군대를 인정하도록 헌법을 개정해야 한다고 합니다. 헌법에 규정된 대로 정치를 해야 한다고 하는 이념이 입헌주의이기 때문에 이러한 주장은 입헌주의를 뒤집는 것입니다. 이러한 방향이 아니라 헌법에 규정된 대로 정치를 바꾸어야 합니다.

**‘평화를 지키기 위해 9조 개정이 필요’**한가 지금 언급한 논의와는 달리 헌법이 있어도 자위대가 존재하고 유사입법 제정이나 이라크 파병까지 이루어진 현실을 보고 이번에는 9조를 탄력적이 아닌 확실한 규범으로 재정비해야한다는 의견이 나오기도 합니다. 이러한 입장은 헌법의 평화주의를 옹호하고자 하는 생각에 입각한 것입니다. 그러나 역대 정권담당자들의 헌법에 대한 태도에 비추어 보면 이러한 기대를 저버릴 수밖에 없습니다.

왜냐하면 전후 자민당 등의 정권은 근본적으로 헌법 9조를 존중하지 않았고 헌법 9조의 내용을 정치권의 필요에 맞게 자의적으로 바꿔왔습니다. 따라서 이와 같은 방침을 가진 정권이 계속 유지되는 한 가령 9조에 수 십 조항, 수 백 조항을 첨부하는 등의 상세한 헌법을 제정했다고 해도 곧바로 헌법에 대한 자의

적인 해석이 시작될 것입니다. 현행 헌법 9조는 명쾌하고 엄밀한 조항이기 때문에 원래 해석상 의심할 여지가 없습니다. 그렇기 때문에 학설은 현재까지도 자위대를 위헌이라고 보는 견해가 통설입니다.

헌법에 문제가 있는 것이 아니라 헌법을 다루는 정부에 문제가 있습니다. 헌법을 바꿀 것이 아니라 헌법을 실현하기 위해서 성실하게 노력하는 정권을 만드는 일이 과제입니다.

**헌법학습의 대상은 헌법현상** 우리들은 지금까지 헌법에 대해 고찰할 때 현실정치나 ‘시대’를 예로 들었습니다. 이러한 분야가 헌법학의 대상이 되는지 의문을 갖는 독자 여러분도 있을지도 모르겠습니다. 헌법학습이나 연구, 약간 딱딱하게 말해서 헌법학인 경우에 확실히 연구대상은 헌법조문(헌법전)뿐이라고 생각하기 쉽습니다. 그러나 헌법학의 대상은 이 분야뿐만이 아니라 헌법을 둘러싼 사회현상, 즉 헌법현상을 연구하는 학문입니다. 헌법과 관계가 있는 현실정치도 당연히 대상이 되는 것입니다.

이 점에 대해 덧붙여 설명하면 헌법현상은 다음과 같이 몇 개의 요소로 구성되어 있습니다. 첫째, 역시 헌법규범에서 주요한 규범이 『일본국헌법』이라는 사실은 두말할 필요가 없습니다. 이 밖에 교육기본법·공직선거법·국회법·내각법·법원법·지방자치법 등 소위 헌법부속법률도 실질적인 헌법규범을 형성하고 있습니다. 둘째, 헌법판례입니다. 일본처럼 위헌입법심사제를 취한 국가의 경우에 법원, 특히 최종적인 헌법해석의 권한을 가진 대법원이 구체적 사건의 재판을 통해서 헌법이 의미하는 내용을 명백히 하고 이 헌법의 내용을 사회에 관철시키게 됩니다. ‘헌법이란 이것이 헌법이라고 대법원이 표명한 것이다’라고 한 어느 미국인 법률가의 말은 일본에도 해당됩니다.

그리고 셋째, 헌법에 대한 국민의 다양한 생각, 즉 헌법의식(헌법사상)입니다. 공권력 측이 갖고 있는 헌법의식은 정부의 견해나 대법원의 판례로 나타납니다. 그러나 국민의 헌법의식은 학설을 따르거나 이 밖에 체계적이 아니더라도 헌법에 대한 의견이나 감정의 형태로 존재합니다. 그리고 넷째, 헌법에 의해 설정되어 기능하는 국회·내각·법원 등 국가기관, 이른바 헌법제도도 헌법현상을 형성하는 것으로 보기 때문에 헌법학의 대상이 됩니다.

이처럼 헌법학은 헌법을 둘러싼 광범위한 사회현상을 다루는 학문입니다. 따라

서 이 책에서 ‘헌법전’에 대해 설명할 때에도 항상 정치·사회의 동향에 관심을 기울이며 역사를 성찰하도록 유념하겠습니다. 이러한 자세로 임하면서 우선 헌법이란 무엇이며 사람들은 헌법이라는 창조물을 무엇을 위해 만들었는지에 대해 다음 장에서 기술하기로 하겠습니다.

## II. 헌법이란 무엇인가 – 인간이 만든 훌륭한 창조물

### 1. 헌법은 ‘최고법규’ – 법의 피라미드

‘헌법’이란 무엇인지를 앞서 간략하게 ‘인권을 보장하기 위해서 국가권력을 구속하는 최고 법규범’이라고 말했습니다.(‘머리말’ 참조). 이 말은 입헌주의를 정의할 때에 사용한 표현입니다만, 헌법이 ‘최고 법규범’이라는 사실은 중요합니다. 일본국헌법도 ‘이 헌법은 국가의 최고법규이며 그 법규에 반하는 법률, 명령, 조칙 및 국무에 관한 기타 행위의 전부 또는 일부는 그 효력을 가지지 못 한다’라고 되어 있습니다 (98조 1항).

이 조항은 헌법이 국가의 작용과 조직을 제정하는 기본법으로서 법률·명령·규칙·조례 등의 제정법의 정점에 있음을 의미합니다. 위의 각 제정법에 대해서 누가 제정한 법인가라는 관점에서 정리하면 헌법의 제정과 개정은 국민에 의해 이루어집니다(96조). 그리고 법률은 국회에서 제정됩니다. 국회가 ‘국가의 유일한 입법기관’(41조)이라는 점에서 법률의 중요성은 매우 큼니다만, 법률에 적합한 내용이어야 비로소 존재할 수 있습니다. 또한 명령은 행정기관이 제정하는 것으로 내각의 ‘정령(政令)’, 내각총리대신의 ‘내각부령’, 각성(省) 대신의 ‘성령(省令)’ 등이 이에 해당됩니다. 그리고 규칙은 일정한 관청에 의해 제정되는 것으로 중참양원의 의원규칙, 대법원규칙, 하급법원의 규칙 등 종류가 많이 있습니다.

위에서 언급한 제정법은 국정차원의 범형식입니다. 그리고 지방자치제도 자치입법권에 기초해서 지방자치 법규범, 즉 의회 조례나 의회장 규칙 등을 제정하고

있습니다. 조례는 전통적으로 국가의 법령보다도 효력이 떨어진다고 간주되어 왔습니다만, 주민대표의회에 의한 민주주의적인 제정법이라는 점에서 법률과 같은 효력이 있다고 인식하게 되었습니다. 또한 국가간의 법에는 조약(‘조약’이라는 명칭을 갖는 것 외에 ‘협정’, ‘협약’, ‘의정서’ 등이 포함됩니다)이 있고 조약의 국내적 효력은 법률보다 우위에 있지만 헌법보다는 하위에 있습니다.

이들 각 제정법 사이에는 형식적 효력에 있어서 상하관계가 있습니다. 요컨대 이들 제정법들 사이에는 헌법을 정점으로 하여 법률이 그 다음 순위에 놓고 명령·규칙이 법률 아래에 놓이는 계층적 질서가 형성되어 있습니다. 이러한 계층적 질서는 민주주의 원리에 입각한 것이라고 할 수 있습니다. 즉, 헌법이 최고법인 이유는 다름 아닌 주권자인 국민 자신이 직접 제정했기 때문이고 법률이 헌법 아래 위치하는 것도 국민대표의회에 의해 입법됐기(말하자면, 국민이 간접적으로 제정했기) 때문입니다. 명령·규칙을 제정하는 행정부는 국회가 지명한 내각총리대신에 의해 조직되는 기관으로 국민이 직접 선출하지 않기 때문에 명령·규칙은 법률의 하위에 위치하는 것입니다.

따라서 근대 민주주의국가에서는 말하자면, 주권자인 국민과의 원근거리가 법질서 속에서 각 제정법의 지위의 고저를 결정한다고 할 수 있습니다. 즉, 이러한 법질서 속에서도 국민이 주인공이라는 국민주권의 원리가 표현되고 있는 것입니다.

## 2. ‘헌법’(constitution)의 의미

**‘헌법’이라는 용어와 근대헌법의 원리** 지금까지 언급한 바와 같이 ‘헌법’이란 무엇인지에 대한 질문에는 국가의 최고법, 또는 기본법·근본법이라고 대답할 수가 있습니다. 다만, 일본에서는 옛날에는 ‘헌법’이라는 용어는 단순한 ‘법도’나 ‘도리’를 의미하는 것에 불과했습니다. 예를 들어 쇼토쿠 태자(聖德太子, 574~622년 - 역주)가 제정한 『17조 헌법』(약 604년)도 관리가 지켜야 할 마음가짐과 도덕적 훈계가 주요한 내용을 이루고 있습니다.

한편, 유럽에는 옛날의 영국의 『마그나카르타』(1215년)와 근대의 대표적인



예인 프랑스 『인권선언』(1789년)등, 국민의 권리보장과 국가의 기본구조를 제정하는 법이 필요하다는 생각이 존재하고 있었기 때문에 ‘constitution’ (영어, 프랑스어)나 ‘Verfassung’(독일어) 라는 용어는 이러한 법을 의미했습니다. 이 용어가 일본에서는 19세기 중반에 개국과 함께 전해졌으며 이 용어가 일본어로 번역되어 메이지유신 전후부터 ‘헌법’이라는 용어가 사용되게 되었습니다.

이러한 국가의 기본에 관한 법률, 기타 여러 법률의 기초법의 의미를 가진 헌법을 ‘고유한 의미의 헌법’이라고 부릅니다. 이 ‘고유한 의미의 헌법’은 어느 시대에 있어서도 국가가 있는 곳에 반드시 존재한다고 할 수 있습니다. 그러나 오늘날에는 헌법이라는 용어는 대개 근대이후에 성립되었으며 일정한 원리 즉, 인 권보장과 권력분립(삼권 분립)을 갖춘 법을 가리킬 때 사용되고 있습니다. 대표적인 예로서 앞에서 예로 든 프랑스 인권선언은 ‘권리보장이 확보되지 않고 권력 분립이 규정되지 아니한 모든 사회는 헌법을 가진 것이 아니다.’(16조)라고 주장했습니다. 그리고 오늘날 대다수 국가들의 헌법도 이 두 가지 원리를 빼놓을 수 없는 공통항목으로 삼고 있습니다. 이러한 헌법을 ‘근대적(입헌적) 의미의 헌법’이라고 부릅니다.

다시 말하면 근대헌법은 각각의 개개인이 매우 소중한 가치를 가진 존재(이러한 의미가 ‘인간의 존엄’·‘개인의 존엄’입니다)라고 하는 인식하에 이 최고의 가치를 가진 인간의 생존권이 침해되어서는 안 되는 권리로서 보장합니다. 그리고 이에 걸맞게 정치구조(통치구조)도 특정한 인물과 기관에 권력을 집중시키지 않고 자의적인 지배를 허용하지 않도록 했습니다. 이는 인류가 장구한 역사 속에서 계속 추구하며 땀과 피를 흘린 노력 끝에 근대사회의 탄생과 함께 손에 넣은 원리라고 할 수 있습니다. 특히 권리보장과 권력분립 자체는 중세유럽에서도 신분적 자유와 신분제 의회라고 하는 형태로 존재했습니다. 그러나 근대헌법이나 인권선언에서는 특정신분이 아닌 일반인의 권리를 보장하고 신분대표가 아니라 국민대표의회를 설치했다는 점에 있어 근대 입헌주의의 근본적인 특징이 있습니다.

**일본국헌법에 근대헌법원리 도입** 일본국 헌법도 근대헌법원리를 의심 없이 확실하게 받아들였습니다.

즉, ‘이 헌법이 일본국민에게 보장하는 기본적 인권은 인류의 다년에 걸친 자유획득의 노력의 성과로서 이들 권리는 과거 무수한 시련을 견디고 현재 및 장



래의 국민에 대해서 침해할 수 없는 영구한 권리로서 신탁된 것이다.’(97조)에 근거해 ‘국민은 모든 기본적 인권의 향유를 방해받지 않는다.’(11조)라고 규정하여 인권보장원리를 선언한 후 이를 제3장에서 구체화했습니다.

또한 ‘국정은 국민의 엄숙한 신탁에 의한 것이다.’라고 한 후에 ‘그 권위는 국민에 유래하며 그 권력은 국민의 대표자가 행사하며 그 복리는 국민이 향유한다.’라고 규정하여 국민주권의 내용을 분명히 강조했으며 국민주권을 ‘인류보편의 원리’로 규정했습니다(전문). 그리고 이 주권자인 국민들의 인권을 확보하는 데에 적합한 권력분립원리에 기초한 통치기구가 제4장에서 제6장에 걸쳐 규정되어 있습니다. 위에서 말하는 ‘신탁’이란 일정한 약속 하에 역할을 맡기는 것을 의미합니다. 그러나 일본국헌법은 정치를 좌우하는 권력은 본래 국민의 것이고 정부는 국민의 인권을 확보하기 위해서만이 정치를 일임할 수 있다고 하는 원리가 여기서 주장되고 있습니다.

따라서 헌법정신 즉, 입헌주의 정신은 결국 인권보장을 실현하기 위해서 국가 권력의 행사에 제한을 두어 방향성을 결정짓기 때문에 일본국헌법에는 통치기구가 모범적으로 채택되어 있습니다.

나중에 (Ⅲ·1에서) 기술하겠지만, 메이지헌법의 경우에는 전근대적인 성격이 강했음에도 불구하고 제2장에서 ‘신민권리의무’를 보장한 후 제3장 이하의 통치기구를 규정했습니다. 이 헌법을 제정할 때인 1888년에 통치기구를 둘러싸고 모리 아리노리(森有礼;문부대신)와 이토 히로부미(伊藤博文;수상) 사이에 이루어진 논쟁은 헌법의 개념에 대해서 흥미 있는 자료를 제공했습니다. 즉, 모리 문부대신은 신민은 천황에 대해서 책임을 질뿐인 존재이기 때문에 ‘신민권리의무’를 ‘신민의 신분’으로 개선하자고 주장했습니다. 이에 비해서 이토 히로부미는 권리보장 규정을 설치하지 않는다면 ‘헌법을 마련할 필요가 없다’고 반론했습니다. 이 주장은 이토 히로부미가 입헌군주제의 입장이었다고는 하지만 헌법의 본래적 의미를 올바르게 해석했다는 사실을 보여줍니다. -헌재에도 ‘의무가 적고 권리규정이 너무 많다’라며 일본국헌법을 비난하는 정치가가 있습니다. 그러나 이들은 이토 히로부미보다 헌법을 훨씬 이해하지 못했다고 할 수 있습니다.

### 3. 근대헌법의 변천

**입헌주의 헌법과 '외견적 입헌주의' 헌법** 근대헌법은 18세기 말경 구미에서 탄생되었습니다. 봉건제 또는 절대주의 왕정 하에서 인간의 자유·평등을 제창한 계몽사상을 배경으로 경제적 역량을 증대시킨 시민계급(부르주아지)이 민중과 동맹해 구체제를 전복했습니다. 이러한 시민혁명의 성과를 선언·확보하기 위해서 제정된 법이 근대헌법입니다. 따라서 근대헌법의 형태는 각국의 역사적 조건에 따라 다릅니다.

즉, 한편에서는 자본주의 경제가 발달하여 근대적 변혁이 확실히 이루어진 국가에서는 입헌적인 정치제도가 발전했으며 근대헌법이 전형적인 형태로 성립되었습니다. 우선, 영국에서는 청교도혁명(1642~1647), 명예혁명(1688~1689)을 거쳐 17세기 말에 '법의 지배'와 권력분립이 성립되었습니다. 영국에서는 성문헌법은 제정되지 않은 채 현재에까지 이르고 있습니다만, 대표제·양원제·장관책임제·의원내각제 등이 탄생했습니다. 그리고 이들 정치제도와 원리는 나중에 각국에 도입되었습니다. 이 때문에 영국은 입헌주의의 모국으로 불립니다.

미국에서는 1776년에 『독립선언』이 발표된 후, 이 해부터 1784년에 걸쳐 북미 각 주에서 헌법이 제정되었습니다. 이 헌법이 역사상 최초의 성문근대헌법입니다. 이 중에서 대표격인 『버지니아권리장전』(1776)은 영국의 『권리청원』(1628)과 『권리장전』(1689)을 모델로 삼아 존 로크의 정치사상에 기초하여 천부불가양(天賦不可讓)의 자연권으로서의 인간의 권리, 국민주권, 혁명권 등을 선언했습니다. 그리고 같은 원리에 입각해 1788년에 합중국헌법이 제정되었습니다.

프랑스에서는 급격하고 철저하게 수행된 1789년에 일어난 혁명이 이 해의 『인간 및 시민의 권리선언』(프랑스 인권선언)을 탄생시켰습니다. 이는 미국 여러 주의 헌법을 선례로 삼아 신성불가침한 인간의 권리, 국민주권, 일반의사의 표명인 법률, 권력분립 등의 원리 등을 선언한 것입니다. 1791년에는 이들 원리에 기초한 헌법이 제정되었습니다.

이러한 미국·프랑스의 헌법과 인권선언은 근대헌법의 원형과 전형을 보여주었으며 그 후 각국의 헌법에 커다란 영향을 끼치게 되었습니다. 다음 세기인 19

세기에는 이러한 형태의 헌법이 벨기에, 스위스 등 유럽각국으로 번져갔습니다. (이 때문에 19세기를 ‘헌법의 세기’라고 부르기도 합니다).

다른 한편에서는 자본주의의 발달이 늦어져서 시민계급의 성장이 미흡해 시민혁명이 철저하게 이루어지지 않은 여러 국가에 등장한 헌법은 진정한 입헌주의적 헌법이 아닙니다. 특히 독일에서는 남독일 제국에서 1830년대에 헌법이 제정되어 1850년의 프러시아 헌법, 1871년의 독일헌법으로 전개되었습니다. 이들 헌법은 표면적으로는 근대헌법의 여러 제도들을 많이 갖추고 있었지만 헌법의 내용은 인권보장과 권력분립을 실현하지 못한 것이었습니다. 즉, 국왕은 종래와 마찬가지로 통치권의 주체이며 국민은 ‘신민’이라고 규정되어 국민을 대표해야 하는 의회의 지위가 낮았고 국민의 권리보장에는 ‘법률유보’조항이 첨가되었습니다. 또한 헌법의 성립형식도 군주가 제정한 내용으로 구성된 ‘흙정헌법’을 채택했습니다.

이러한 헌법형태는 앞에 기술한 미국·프랑스의 헌법과 근본적으로 다르며 독일적 입헌주의 또는 ‘외견적 입헌주의’라고 불립니다. 일본의 메이지 헌법도 이러한 사상에 기초한 법으로 특히 프러시아 헌법을 모방해서 제정되었습니다.

**현대헌법으로의 전개** 19세기 말, 특히 20세기에 들어서자 기존에 근대헌법을 성립시켰던 사회적 경제적 조건이 크게 바뀌었습니다. 다시 말해 자본주의가 자유경쟁 단계에서 독점자본주의, 나아가 국가독점자본주의(제국주의) 단계로 진행된 사실을 배경으로 자본주의의 모순이 빈부 격차의 확대·고정화, 실업, 불황 등을 통해 드러났으며 노동자계급 운동도 활발해졌습니다. 특히 제1차 세계대전 중인 1917년에 일어난 러시아혁명에 의해 지구 역사상 최초의 사회주의국가인 소련이 탄생했습니다. 그리고 1918년에 발표한 『근로 및 피착취 인민의 권리 선언』과 헌법에서 실질적 평등, 사회보장, 물질적 자유의 보장 등을 제정한 일이 사회문제를 안고 있는 자본주의 각국에 커다란 영향을 끼쳤습니다.

따라서 각국은 자본주의 그 자체를 유지하기 위해서 노동자계급 운동을 억압하고 동시에 양보하면서 자본주의를 체제내화하는 길을 선택했고 헌법에 자본가의 재산·영업에 대한 일정한 제한과 노동자 등 사회적·경제적 약자에 대한 사회권 보장을 명기하게 되었습니다. 그 전형이 러시아혁명이 일어난 지 2년 후에 제정된 바이마르헌법(『1918년 8월 11일에 공포된 독일헌법』)입니다. 이 바이

마르헌법에는 소유권 제한, 기업의 사회화, 모든 사람의 인간다운 생활의 보장, 노동자의 단결권·경영참가권 등이 규정되어 있습니다. 이로써 근대헌법은 18·19세기 헌법(“고전근대”헌법)에서 20세기 헌법(“현대헌법”)으로 역사적 발전을 이뤘다고 할 수 있습니다.

그러나 1930년대에 들어서자 세계 각국이 파시즘의 폭풍우에 휩싸였고 특히 일본·독일·이탈리아 등에서 헌법은 철저히 유린당했습니다. 이들 국가들이 일으킨 제2차 세계대전은 반파시즘의 승리로 끝났으며 전후 자유주의·민주주의가 활발히 진행되는 가운데 일본의 1946년 헌법(일본국헌법)을 포함한 대부분의 헌법이 제정·개정되었습니다. 이들 전후의 각국헌법들의 주요한 특징은 다음과 같습니다.

우선, 세계대전의 참화를 되풀이하지 않겠다고 결의하여 평화 지향성이 현저히 강해졌고 이 중에서도 일본국헌법에서는 세계평화달성에 대한 이상이 전쟁과 군대의 절대적 부정이라는 철저한 문구로 구체화됐습니다. 또한 파시즘 체험에 기초해 자연법사상의 회생을 배경으로 헌법보장제도, 특히 헌법재판(헌법소송) 제도가 널리 채택됐습니다. 그리고 사회국가 이념이 한층 명확해진 것도 공통적인 특징입니다.

이처럼 세계의 헌법은 사람들의 쓰라린 경험과 이상실현을 위한 노력으로 점철되어 왔습니다. 그리고 21세기인 지금 정치행위를 헌법에 따라 정하는, 말 그대로 헌법정치를 확립하는 일의 중요성을 다시 강조하고 싶습니다. 특히 일본의 경우, 정치 측면에서는 과거의 비참한 경험을 항상 되돌아보고 헌법이 정한 국민주권과 인권보장, 평화주의를 실현하기위해 전념해야 합니다. 이러한 일을 통해서만이 진정한 국제공헌을 할 수 있을 것입니다.

이제까지 언급한 헌법사의 흐름에 근거해 일본헌법의 역사를 개관해 보겠습니다.

### Ⅲ. 일본국헌법의 역사와 개헌 목적

## 1. 일본의 19세기 헌법

**헌법을 탄생시키지 못했던 메이지유신** 일본에서는 에도시대에 사농공상(士農工商)의 신분질서와 막번체제(幕藩體制)라는 강력한 봉건적 질서가 존재했습니다. 이러한 상황 속에서는 모든 인간이 선천적인 인권을 갖고며 국가권력은 이러한 인권을 확보하기 위해서 존재한다고 하는 사상이 자연히 싹틀 수 있는 조건이 빈약했습니다. 개국(1854년)으로 인해 서양사상이 유입되고서야 비로소 일본에서도 근대 입헌주의에 대해서 논하게 되었으며 막부 말기이후에는 인권사상이 사람들 사이에 퍼져 나가는 상황도 발생했습니다. 그리고 1868년에 에도 막번체제가 무너지고(메이지유신) 근대국가로 첫발을 내딛게 되었습니다. 그러나 이 메이지유신에 의해 근대헌법이 제정되지는 않았습니다. 프랑스의 경우에는 1789년에 일어난 근대혁명이 곧바로 근대 인권선언·헌법을 탄생시켰습니다. 그러나 이와는 반대로 일본의 경우에는 ‘메이지유신’으로부터 21년 후인, 프랑스혁명으로 부터 꼭 100년째인 1889년에 겨우 헌법이 제정되었습니다. 나중에 바로 언급하겠지만, 이 헌법은 시대에 뒤쳐진 내용을 담은 헌법이었습니다.

이러한 상황이 초래된 이유는 일본의 근대혁명이라고 불리는 메이지유신이 프랑스 혁명에서 전형적으로 나타나는, 시민계급(부르주아지)이 민중과 손을 잡고 이룩한 ‘아래로부터의 개혁’이 아니라 사쓰마(薩摩)·죠슈(長州) 등의 하급무사들을 중심으로 실행한 ‘위로부터의 개혁’이었기 때문입니다. 따라서 메이지정부는 폐번지현(廢藩置縣; 번을 없애고 현을 두는 것 -역주)등을 성공시켰습니다만, 국민의 권리를 확보하기 위해서 정부의 권한을 제약하고 국민이 선출한 의원으로 구성된 의회를 설치한다고 하는 사고는 받아들이지 않았습니다. 이러한 상황을 보면 천황을 정점으로 하는 중앙집권적인 번벌(藩閥) 전제정치였음을 알 수 있습니다.

**자유민권운동과 메이지헌법 제정** 번벌 전제정치에 대항하여 자유민권운동이 전개되었으며 국회의 설치·기본적 인권의 확립·지조(地租; 토지 수익에 대하여 부과하는 조세 -역주)개정 등을 주장했습니다. 정부는 1875년의 참방률(讒謗律; 관리를 비판하는 자를 처벌한다)·신문지조례, 1880년의 집회조례, 1887년의 보안조례 등을 잇달아 만들어 자유민권운동을 탄압했기 때문에 자유민권운동은



실패로 끝나게 되지만, 일본의 인권역사에 커다란 발자취를 남겼습니다.

국회설치·헌법제정은 국민의 강한 요구였고 1880년 전후로 각종 헌법시안(‘사의헌법’이라고 불립니다)이 속속 발표됐습니다. 이 헌법시안 중에는 천부인권설·국민주권론에 기초한 안들도 있었습니다. 특히 공화제·혁명권 등을 주창한 우에키 에모리(植木枝盛)의 『동양대일본국헌안』(1881)과 무명의 청년들(치바 타쿠사부로; 千葉卓三郎 등)이 만든 『이즈카이치 헌법초안』(1881)은 크게 주목받을만 합니다. 이들 사의헌법 사상은 메이지정부가 적대시하여 실제로 헌법에는 반영되지 않았습디만, 역사의 복류(伏流)가 되어 2차 세계대전 후에 지표로 흘러나와 일본국헌법에 합류했습니다.

헌법제정을 요구하는 국민의 목소리가 있었고 구미 선진국과 대등한 관계에 서기 위해 근대국가 체재를 갖출 필요가 있었기 때문에 정부는 1881년 10월에 ‘국회 설치의 칙유(勅諭)’를 발표하여 1890년에 국회를 설치하고 그 때까지 헌법을 제정하기로 약속했습니다. 정부는 헌법제정을 제정함에 있어서 미국이나 프랑스를 모델로 한 것이 아니라 세습군주에게 강력한 권력을 인정하고 이러한 군주 밑에서 군이 정치로부터 독립해서 움직일 수 있는 구조를 갖고 있는 프러시아 헌법을 모방한다는 방침을 택했습니다. 이에 1882년에 이토 히로부미(伊藤博文)를 프러시아에 파견했습니다.

이토 히로부미는 다음해에 귀국한 후 이노우에 코와시(井上毅)·이토 미요지(伊東巳代治)·카네코 켄타로(金子堅太郎)·아라카와 호조(荒川邦藏), 그리고 당시 소위 ‘고용 외국인’으로서 초빙됐던 법학자 H.레슬러와 A.모스 등 소수의 사람들과 함께 이토 히로부미의 별장(나쓰시마; 夏島)에서 헌법제정 작업을 하여 아주 비밀리에 헌법초안을 완성했습니다. 이 헌법초안이 추밀원의 심의·자문을 거친 후 『대일본제국헌법』(메이지헌법)이라고 이름 붙였습니다. 그 후 메이지헌법은 1889년 2월 11일(‘기원절’)에 천황이 내각총리대신인 구로다 키요타카(黒田清隆)에게 하사한다고 하는 ‘흠정헌법’의 형식으로 공포되었습니다. 따라서 국민들은 이 헌법의 내용을 알 방법이 없었습니다. 헌법의 공포를 ‘비단 핫피(法被; 일본의 전통복장 -역주)를 천황이 내려주신’ 것이라고 생각한 국민이 적지 않았다고 하는 일화는 메이지헌법이 위로부터 강요당한 헌법이었다는 사실을 잘 말해 주고 있습니다.



**시대에 뒤쳐진 메이지헌법의 성격** 이러한 과정을 통해 제정된 메이지헌법은 모델로 삼은 프러시아 헌법보다 근대성에 있어서는 더 뒤쳐진 헌법이었습니다. 즉, 일본은 건국 이래 ‘만세일계(萬世一系)’(3조)의 천황이 통치해 왔다라고 하는 신화에서 국가통치의 기초를 찾았으며 ‘신성불가침의 존재’로 규정된 천황이 국가의 모든 권력을 장악한다고 하는 원칙을 세웠습니다. 국민은 통치대상에 불과한 존재로 규정되었습니다. 따라서 국민의 권리는 선천적으로 갖는 불가침의 인권이 아니라 천황의 은혜로 허용된 신민(臣民)의 권리에 불과하기 때문에 법률의 범위 내에서만 행사할 수 있는 권리(‘법률의 유보’)로 보았습니다.

따라서 메이지헌법은 일본 최초의 근대헌법이라고 불리어도 순수한 근대적 입헌주의가 아니라 앞에서 말한 ‘외견적 입헌주의’ 헌법이었고 더욱이 천황주권의 성격이 강한 헌법이었습니다. 이러한 내용으로 구성된 메이지헌법은 제정 후부터 제2차 세계대전 패전 때(1945년)까지 약 반세기동안 한 번도 수정이 가해지지 않았으며(不磨의 大典; 불마의 대전이라고 불리었습니다) 국가를 운영하는 기준으로 자리매김 되어 일본역사에 규정적인 영향을 끼쳤습니다.

다만, 동시에 메이지헌법은 19세기에 있어서 구미이외의 국가에 도입됐던 거의 유일한 헌법이었기 때문에 근대적 측면이 있었다는 점 또한 간과할 수 없습니다. 민중은 이러한 측면을 활용하려고 노력했습니다. 특히 중의원의 선거권을 고액납세자에 한하지 않고 모든 성인남자에게 인정하는 ‘보통선거’제를 요구하거나 의회다수당이 정부를 구성해 의회에 책임을 지게 해야 한다는 정당 내각제를 주장했습니다. 이 주장들은 이른바 다이쇼(大正) 데모크라시 시대에 일단 실현됐습니다. 그리고 부인참정권을 요구하는 운동도 끈질기게 계속되었습니다.

그러나 국가권력은 치안유지법 등 많은 억압적인 입법을 통해 국민들의 자발적 운동이나 자유로운 의견들을 탄압했습니다. 특히 1931년의 ‘만주사변’에서 태평양전쟁까지의 15년간에 걸친 대외침략전쟁(‘15년 전쟁’) 시기에는 군국주의의 지배 하에서 자유와 민주주의가 완전히 유린당했습니다. 바로 이러한 국민들의 뼈저린 체험이 패전 후에 새로운 평화헌법을 탄생시켰다고 할 수 있습니다.

## 2. 일본국헌법의 탄생

**패전과 신헌법의 필요** 일본, 독일, 이탈리아 등 파시즘 국가들이 일으킨 제2차 세계대전은 반파시즘 측인 연합국의 승리로 끝났고 일본도 1945년에 패전을 맞이했습니다. 이러한 결과가 메이지헌법 하에서의 천황주권 정치로 인해 초래되었다면 일본국헌법은 당연히 결정적인 변혁을 하지 않을 수 없었습니다.

연합국 측인 미국, 영국, 중국(후에 소련도 참가)등이 1945년 7월 26일에 ‘포츠담 선언’을 발표해 일본에게 항복을 요구했습니다. 포츠담 선언은 일본의 군국주의 세력의 제거와 민주주의·기본적 인권의 확립을 요구했습니다. 그러나 일본의 권력담당자들은 국민의 생명·생존보다 천황통치의 온존(소위 ‘국체호지(國體護持)’). 여기서 말하는 ‘국체’란 신인 천황이 통치하는 일본만의 독특한 국가형태를 의미했던 당시의 용어입니다)을 우선시하는 방침을 갖고 있었기 때문에 이를 묵살하고 전쟁을 계속했습니다. 그리고 1945년 8월 6일·9일에 이루어진 미국의 원폭투하, 8월 8일의 소련의 대일참전을 거쳐 결국 8월 14일에 포츠담선언을 수락했고 다음날인 8월 15일, 천황의 옥음(玉音)방송을 통해 ‘종전’을 국민들에게 알렸습니다.

포츠담 선언의 수락은 천황주권이라는 메이지헌법의 근본규범이 배제됨을 의미하였고 메이지헌법은 이 때 실질적으로 폐지·소멸되었습니다. 일본이 항복 후 곧바로 점령(일본정부를 폐지하지 않고 일본정부를 매개로 하여 통치하는 ‘간접점령’ 방식을 취했습니다)을 개시한 연합국 군대(사실은 미국군입니다)는 일본의 민주화와 비군사화를 목표로 하는 ‘전후개혁’을 추진했기 때문에 메이지헌법의 근본적인 개정은 불가피한 과제가 되었습니다.

**정부에서 GHQ의 손으로** 일본의 권력담당자들은 헌법개정에 매우 소극적이었습니다. 그러나 1945년 10월에 연합국군 최고사령관 총사령부(GHQ:General Head Quarters)의 지시에 의해 한편에서는 고노에 후미마로(近衛 文麿) 공작이 나이다이진후(府)에서 개헌작업에 착수했고 다른 한편에서는 내각도 마쓰모토 죠지(松本 丞治) 국무대신을 위원장으로 하는 헌법문제조사위원회를 설치했습니다. 위에서 전자는 최고사령관 더글러스 맥아더 장군이 자신은 관여하지 않겠다고 성명을 냄으로써 11월에 개헌작업을 끝냈습니다. 따라서 후자가 개헌작업의 핵심루트가 되었습니다.

이 마쓰모토(松本)위원회는 개헌작업의 경과를 한번도 국민에게 공개하지 않았

습니다. 그러나 다음 해인 1946년 2월 1일자 마이니치신문의 특종기사로 밝혀졌습니다. 마쓰모토 안은 메이지헌법 3조의 천황의 ‘신성’불가침을 ‘지존(至尊)’으로, 11조 등의 ‘육해군’을 ‘군’으로 바꾸는 등 자구를 수정했을 뿐으로 헌법원리를 전혀 바꾸지 않았습니다. 당시 각 정당이나 개인·단체에서 민간초안이 제출되었는데 이 중에는 주권재민·천황제 폐지를 내용에 포함시킨 안도 있었습니다 (공산당 안, 다카노 이와사부로(高野岩三郎) 안, 일본국헌법에 근접한 안으로서 헌법연구회 안). 그리고 보수정당인 자유당과 진보당의 안조차 마쓰모토 안보다는 진보적이었습니다.

마쓰모토 안은 2월 8일에 GHQ에 정식으로 제출됩니다만, 바로 거부당합니다. GHQ는 이미 일본정부에는 민주적인 헌법을 제정할 의사와 능력이 없다고 판단하고 있었기 때문에 같은 달 3일에 맥아더 장군이 3원칙(천황제 존속·전쟁 포기·봉건제 폐지와 영국형 예산제도 채택)에 근거한 헌법기안을 내놓도록 민정국(GS:Government Section)에 명령했습니다. 기안 작업은 급속도로 진전되었고 같은 달 13일에 후에 『맥아더 초안』라고 불린 현행 일본국헌법의 기초가 된 초안이 일본정부 측에 건네졌습니다. 당시 정부는 계속해서 천황통치의 원칙을 고수한다는 것을 지상명제로 삼고 있었기 때문에 국민주권 원리에 입각한 맥아더 초안을 수락하는 데에 상당한 저항을 표시했습니다. 그러나 결국 맥아더 초안을 모델로 하여 작성된 정부안을 『헌법개정초안요강』이라고 이름 붙여 3월 6일에 발표했고 이 정부안을 조문형식으로 수정하여 4월 17일에 『헌법개정초안』으로 완성시켰습니다. 이 『헌법개정초안』이 추밀원의 심의를 받고 그 후 제국의회 의 중의원과 귀족원의 심의에서 여러 수정을 거친 후에 『일본국헌법』으로서 11월 3일에 공포되어 다음해인 1947년 5월 3일부터 시행되었습니다.

**제정과정의 문제점** 이러한 일본국헌법을 제정하는 과정에서 나타난 문제는 첫째, ‘국체호지’를 고집한 공권력 담당자들의 강한 집념입니다. 이러한 집념은 3번에 걸쳐 나타났다고 할 수 있습니다. 우선, 패전이 불가피한 태평양전쟁 말기에 계속 후퇴만 하고 있던 전장과 연일 공습을 받고 있던 본토 양쪽에서 국민의 막대한 희생이 초래되고 있었는데도 전쟁을 그만두지 않았던 이유는 단지 천황제를 옹호하기 위해서였습니다. 또한 포츠담 선언 후에도 국민주권의 헌법으로 바꾸는 움직임을 철저히 방해했습니다. 그리고 맥아더 초안을 받아들였어도

‘인민의 주권(sov​er​eign)의사’라고 명기했던 부분을 정부안에서는 ‘국민 지고(至高)의 총의’라고 바꾸어 의회에 상정했습니다(중의원 심의를 거쳐 ‘주권’으로 수정됐습니다. 현행헌법 1조를 참조해 주십시오). 그러나 이러한 수정행위는 번역 기술을 사용해서라도 천황제를 지켜내고자 했던 최후의 저항이었습니다. 따라서 일본국헌법에 국민주권을 명기했다는 사실의 의의는 아무리 강조해도 지나치지 않다고 할 수 있습니다.

둘째, ‘강요’헌법론은 근거가 없다는 사실입니다. 앞서서도 (I·2)에서 언급했습니다만, 일본국헌법은 점령 중에 미국에 의해 강요된 헌법이기 때문에 (‘첩(妾)헌법’이라고 부른 장관까지 있었습니다) 독립한 이상 즉시 ‘자주헌법’으로 바뀌어야 한다는 내용의 주장입니다. 그러나 일본국헌법의 원리인 국민주권·인권보장과 평화주의는 미국의 헌법원리이기도 커녕 인류사의 도달점(전문에서 말하는 ‘인류보통의 원리’)이기 때문에 모든 국가, 특히 침략전쟁과 이를 초래한 파시즘에 대한 통절한 반성 위에 헌법을 제정하는 일본에서는 더더욱 이러한 헌법원리에 입각하는 태도가 명백히 요구되었습니다. 실제로 일본국헌법은 국민에게 환영받았습니다. 반대로 일본의 공권력담당자들은 이러한 사실을 인식하지 못하고 GHQ로부터 1945년 10월부터 다음해인 1946년 2월까지 개헌작업을 위임받았음에도 불구하고 사실상 개헌하지 않는 쪽으로 노력을 기울였습니다. 이들은 물론 강요받는 느낌을 가졌다고 할 수 있습니다.

그리고 셋째, 일본국민 자신들이 헌법제정에 직접 참여한 적이 없었다라고 하는 문제입니다. 헌법의 내용만 좋으면 상관없다고 하는 것은 잘못된 생각입니다. 앞에서 본 바와 같이 맥아더 초안보다 더 민주적인 민간초안도 나왔으며 ‘헌법제정국민회의’ 설치를 제창하는 목소리도 있었습니다(‘헌법보다 빵이다’가 아니라 ‘빵을 위한 헌법을’). 그러나 GHQ는 일관되게 국민에게 헌법제정을 위임하려고 하지 않았습니다. 그 이유는 미국이 일본을 자국의 전후 세계전략에 입각해 반소련의 블록에 편입시킨다는 방침을 취하고 있었기 때문입니다. 국민들은 헌법을 제정한 후에 이 헌법을 살리는 노력을 계속하고 있습니다. 이러한 거듭되는 노력이 있어야만 비로소 스스로의 손으로 진정한 헌법을 제정할 수 있는 계기가 마련될 것입니다.



### 3. 삼위일체의 기본원리

**일본국헌법의 구성** 일본국헌법은 전문과 11장 · 103조의 본문으로 구성되어 있습니다. 전문 앞에 상유(上諭;천황의 재가를 명시한 문장 -역주)가 첨부되어 있습니다. 상유는 단순히 천황이 헌법을 공포하는 취지를 기술한 문장(공포문)이지 헌법의 구성부분이 아닙니다. 다만, 일본국헌법이 형식상 천황이 ‘공포를 하도록’한 사실에 대해 주의할 필요가 있습니다. 일본국헌법의 내용이 명백히 국민주권의 민정헌법임에도 불구하고 천황을 이러한 형식으로 헌법제정과정에 관여시킨 것은 메이지헌법과의 연속성을 배려한 때문이라고 할 수 있습니다.

‘전문’은 제정의 유래 · 목적, 기본적인 이념 · 정신 등을 선언한 것입니다. 전문은 4개의 단계로 이루어져 있습니다. 1단계에서는 국민주권과 평화주의를 ‘인류보편의 원리’로서 선언하고 헌법의 최고법규성을 밝히고 있습니다. 2단계에서는 모든 용어가 평화에 대한 열성을 표명하고 있습니다. 이 중에서 ‘평화 속에서 살아가는’ 것이 전 세계 국민들의 ‘권리’임을 소리 높여 선언하고 있습니다. 3단계에서는 국제협조주의를 강조함과 동시에 국가주권을 유지하는 태도를 밝히고 있습니다. 전문은 1조, 2조라는 조문의 형식으로 표현되어 있지 않고 문장 표현상으로도 조금 문학적입니다만, 이 때문에 전문의 법적 성격이 부정되지는 않습니다. 전문은 본문의 각 조항을 해석할 때에 지침이 되며 본문 중에서 어떤 사항이 해당되는 조항이 없을 경우에 직접 적용됩니다.

본문 제1장 ‘천황’은 국민주권의 원리와 국민주권 아래 천황제를 규정합니다. 제2장 ‘전쟁포기’는 평화에 대한 권리(The Right to Peace -역주)를 비전쟁(非戰爭) · 전력불보유 · 교전권 불인정이라는 구체적인 제도규범으로 표현하고 있습니다. 제3장 ‘국민의 권리 및 의무’는 기본적 인권의 보장을 선언한 조항입니다. 말하자면 일본의 인권선언, 권리장전입니다. 제4장에서 제8장까지의 ‘국회’ · ‘내각’ · ‘사법’ · ‘재정’ · ‘지방자치’ 등 5개의 장은 국민주권 · 권력분립과 지방자치의 원칙에 기초한 통치기구에 관한 규정입니다. 그리고 제9장 ‘개정’과 제10장 ‘최고법규’ 등 2개의 장에서 헌법이 정하는 질서의 존속과 안정, 즉 헌법보장을 위한 조치가 규정되어 있습니다. 그리고 마지막 제11장 ‘보칙’에서 경과규정 등이 첨부되어 있습니다.

**헌법의 기본원리** 위와 같은 내용을 담고 있는 일본국헌법은 그 기본원리(기본원칙)로 일반적으로 국민주권(민주주의) · 기본적 인권의 존중 등을 들 수 있습니다

첫째, 국민주권을 채택했다는 사실은 일본국헌법이 인류사의 보편적인 도달점에 서 있음을 의미합니다. 메이지헌법은 신권적인 천황제를 헌법원리로 삼았기 때문에 이를 근본적으로 바꾼 것입니다. 다만 일본국헌법은 천황제를 국민주권과 조화시킬 수 있는 범위 내에서이기는 하지만 존속시키고 있기 때문에(상징 천황제) 이 점이 특수하다고 할 수 있습니다.

둘째, 평화주의입니다. 전후의 각국 헌법이 공통적으로 침략전쟁을 금지하는 차원을 넘었으며 일본국헌법은 평화로운 삶을 국민의 권리로 규정한 후 일체의 전쟁의 금지 · 전력(戰力)의 부정이라는 철저한 평화주의로까지 진전됐습니다. 따라서 일본국헌법은 세계의 헌법사에서 매우 선진적인 위치에 서 있습니다. 이 점에서 일본국헌법의 뛰어난 독자성을 인정할 수 있습니다.

셋째, 일본국헌법은 기본적 인권을 천부적이고 고유하며 영구적이고 불가침의 권리로 보는 근대 자연법사상의 흐름에 따라 이해했습니다. 그리고 메이지헌법이 채택한 천황의 은혜로 허용된 법률의 유보 하에 있는 신민의 권리라고 하는 사상을 원리적으로 극복했습니다. 또한 현대적 인권인 생존권을 사회보장 · 교육 · 노동 등 각각의 권리로 구체화하여 인권보장의 세계사적 성과를 흡수했습니다. 나아가 제정 이후에 생성된 환경권이나 프라이버시권 또는 ‘알 권리’ 등의 새로운 인권에도 대응할 수 있는 개방적인 헌법이라고 할 수 있습니다.

이 3가지 기본원리는 이 중 어느 하나가 빠지면 다른 두 개가 성립하지 않는 ‘삼위일체’적 원리로 보고 있습니다. 즉, 인권은 그 주체가 국가의 주인공이라는 국민주권의 토대에서 성립되고 인권보장과 국민주권은 평화주의가 유지되어야 비로소 실현될 수 있다고 할 수 있습니다. 그리고 그 근거에는 인간존엄의 관념이 존재합니다.

또한 일본국헌법의 기본원리를 들 경우, 이상의 3가지 원리를 전제로 나아가 국가의 독립성을 의미하는 국가주권, 일본의 민주정치는 의회를 중심으로 성립된다고 보는 의회제 민주주의 및 국민주권 · 인권보장을 전제로 한 지방자치의 원칙, 국제협조주의나 법의 지배 등을 포함하는 견해도 있습니다. 어쨌든 기본원리



는 헌법개정의 한계를 형성하는 것으로 중요한 의미를 갖습니다.

— 일본국헌법은 상기와 같은 변천을 거쳐 지금까지 약 60년간 일본국민에게 수용되어 사회에서 활용되어 왔습니다. 그동안 일자일구(一字一句)를 바꾸는 일은 없었습니다. 그러나 지금 헌법개정을 시도하려고 하고 있습니다. 헌법개정이 어떠한 변화를 가져올지 다음 장에서 생각해 보기로 하겠습니다.

#### 4. 개헌은 무엇을 가져오는가? — 자민당 『신헌법초안』을 검토

##### (1) 국가와 사회의 전면개조(改造)

현재 나와 있는 개헌구상들은 지금까지 말해 온 일본국헌법의 이념과 내용—정신과 형태—을 전면적으로 바꾼 안이라고 하는 근본적인 특징을 갖고 있습니다.

개헌정당과 헌법조사회의 동향과 여러 개헌제안들은 다음 장(IV)에서 지방자치에 초점을 맞추면서 설명하겠습니다. 이 중에서 개헌흐름을 선도하고 현재 가장 잘 정리된 형태로 나온 안은 자민당이 2005년 10월 28일에 공개하고 다음 달인 11월 22일 창당 50주년 기념 당대회에서 정식 발표한 『신헌법초안』이라고 할 수 있습니다. 이 초안에는 현재의 개헌이 어떠한 변화를 가져올지에 대해 자세히 나타나 있습니다.

자민당의 『신헌법초안』의 주요한 문제점은 일본을 ‘해외에서 전쟁을 할 수 있는 국가’로 만들며 ‘약육강식의 자기책임 사회’를 형성하며 그 근저에 있는 입헌주의의 체계를 바꾼다는 점입니다. 이 때문에 많은 조문을 삭제·개정했습니다만, 특히 전문과 제2장(9조2항) 및 제8장을 전면적으로 개정하려고 하고 있습니다. 따라서 지방자치도 기존의 모습이 완전히 바뀌게 됩니다. 본서에서는 지방자치의 주제는 다음 장에서 다루기로 하고 여기서는 기타 중요한 사항에 대해서 말하겠습니다. 그리고 이에 앞서 이 자민당 초안이 일본국헌법이 예정하고 있는 헌법 ‘개정’의 틀을 벗어난 안임을 언급하겠습니다.

즉, 헌법‘개정’은—지금까지 존재하지 않았던 가치에 헌법을 창출하고 또는 기

존의 헌법과는 별개로 새로운 헌법을 마련하는 ‘제정’과는 달리— 현행 헌법을 전제로 그 헌법이 정하고 있는 개정조항(일본국헌법에서는 96조)에 의거해 이루어 집니다. 따라서 개정은 현행헌법의 기본원리에 구속되어 이를 부정할 수 없다는 한계를 갖고 있습니다. 일본국헌법의 경우에 11조에서 기본적 인권은 ‘영구한 권리’로서 ‘장래의 국민’에게도 보장된다고 규정되어 있습니다. 또한 평화주의에 대해서는 전문에서 ‘항구적인 평화’라는 이념을 내건 후 9조에서 전쟁을 ‘영구히’ 포기한다고 명시하고 있습니다. 그리고 국민주권에 대해서도 전문에서 ‘인류보편의 원리’라고 주창하고 있습니다. 일본국헌법은 이처럼 3대원리를 장래에도 유지되어야 하는 원리로 보아 이 3대원리를 부정하고 쇠퇴시키는 개정을 인정하지 않습니다. 96조에 의한 개정은 어디까지나 기본원리를 벗어나지 않는 범위 내에서 이루어져야 합니다.

자민당 초안은 이러한 개정 원칙을 지키지 않는 안입니다. 상세한 것은 나중에 바로 기술하겠습니다만, 인권과 관련해서는 국익을 인권 위에 두고 인권을 제한합니다. 민주주의와 관련해서는 개헌절차나 지방자치의 개편, 그리고 국가기구인 행정부에 권력을 집중시킴으로써 민주주의의 가치를 저하시키고 있습니다. 평화주의와 관련해서는 평화주의를 근본적으로 부정하고 자위‘군’이 해외에서 군사 활동을 전개할 수 있는 시스템을 만들었습니다. 이는 헌법 그 자체를 바꿔버리는, 말 그대로 신헌법 제정이지 도저히 현행헌법을 존중한 개정작업이라고는 할 수 없습니다.

앞에서도 언급했습니다만, 자민당은 원래 현재의 헌법을 점령 하에서 GHQ에 의해 ‘강요’된 것으로 보아 될 수 있는 한 신속하게 현행헌법을 폐기하여 ‘자주헌법’을 제정해야 한다고 하는 인식을 갖고 있습니다. 따라서 지금 헌법개정을 하기 위해 본격적으로 나서고 있는 것입니다. 이번에 나온 『신헌법초안』은 이러한 입장에서 나온 일종의 법적 쿠데타를 기도한 것이라고 할 수 있습니다.

## (2) ‘해외에서 전쟁 가능한 국가’로의 전개

**자민당 초안의 안전보장조항** 한편 자민당 초안을 구성하는 있는 가장 핵심적인 내용은 군사국가로 전환한다는 것입니다. 우선, 항구적 평화와 불재전(不再戰)을 맹세하고 평화적 생존권의 보장을 내건 전문 전체를 완전히 삭제한 후 ‘일

본국민은 귀속하는 국가나 사회에 애정과 책임감과 기개를 갖고 스스로 지킬 책무를 공유한다'라고 규정하여 국민에게 국방의 책무를 부과합니다. 또한 미국이 각국에 침략·선제공격을 할 때에 사용하는 '압정이나 인권침해를 근절시킨다' 등의 상투적인 문구를 넣어 미군과 공동군사행동을 하겠다는 태도를 분명히 하고 있습니다.

그리고 9조와 관련해서는 1항은 그대로 두었습니다. 이 '전쟁 포기' 조항을 남겨 두었다는 사실은 사람들에게 의외라는 생각을 하게 합니다. 그러나 자민당이 이 조항이 종래부터 자위(自衛)를 위한 전쟁을 포기한 것이 아니라고 해석했습니다. 한편 동서고금을 막론하고 모든 전쟁을 자위의 명목으로 일으켜 왔다고 하는 사실에 비추어 보았을 때 자위를 위한 전쟁을 인정하는 것은 모든 전쟁을 허용한다는 얘기가 됩니다. 15년 전쟁 시의 일본의 중국 침략과 현재의 미국의 이라크 공격도 모두 '자존자위(自存自衛)', '자국의 안전'을 위해서라며 일으킨 것입니다. 그렇기 때문에 평화를 관철한 일본국헌법은 종류를 불문하고 어떠한 전쟁도 포기한다고 하는 입장을 정한 것입니다. 자민당이 이러한 취지에 반한 1항의 해석을 한 이상 1항을 남겨두어도 전쟁 가능한 국가로 나아가는 데에는 아무런 제약도 받지 않습니다. 여기서 초점은 2항입니다.

자민당 초안은 현행 9조 2항을 전면 삭제했습니다. 제2장의 '전쟁 포기' 표제를 '안전보장'이라고 바꾼 후에 '자위군을 보유한다'라고 명기했습니다(9조의2 제1항). 자위'군'의 활동은 9조의2 제3항에서 ①'일본의 평화 및 독립, 국민의 안전을 확보하기 위한'(1항) 활동, ②'국제사회의 평화와 안전을 확보하기 위해서 국제적으로 협조하여 이루어지는 활동 및 ③긴급사태 시에는 공공의 질서를 유지하며 국민의 생명 또는 자유를 지키기 위한 활동'이라고 규정되어 있습니다. 그리고 현행 2항의 제2문에 있는 '국가의 교전권은 이를 인정하지 않는다'라는 교전권 부인의 자구는 당연한 것처럼 삭제했습니다.

우선, 이러한 개정이 초래할 변화에 대해 두 가지 지적하고자 합니다.

**헌법에 '군대'를 규정한 의미 - 군사국가로** 하나는 헌법상에서 정식적인 '군대'의 보유규정이 갖는 의미입니다. 제안자 측인 고이즈미 준이치로(小泉純一郎) 수상은 '현재 존재하는 자위대를 단지 헌법에 명기하기 위해서 헌법을 바꾸는 것입니다'라고 말했습니다. '자위대는 사실상 이미 군대이기 때문에 이를 솔직히 표

현한 것입니다'라고 설명하는 자민당 정치가도 있습니다. 그러나 결코 그렇지 않습니다. 헌법에 '군대'조항을 둬으로써 일본은 다음과 같이 크게 변화됩니다.

우선 첫째, 군대와 전쟁을 위한 법적인 시스템, 법제도가 즉시 만들어지고 강화됩니다. 즉, 누가 군대의 최고지휘권자인지 헌법상 정해집니다. 메이지헌법에서는 천황이었습니다. 자민당 초안에서는 총리대신으로 되어 있습니다(9조의2 제1항). 선전포고와 강화(講和)를 체결할 시의 권력 소재에 대해서도 규정됩니다. 메이지헌법에서는 이러한 권력도 천황이 소유했지만 자민당 초안에서는 법률에 위임하고 있습니다. 또한 전쟁 가능한 국가가 되면 당연히 전시국제법에 대응할 수 있는 제도를 정비해야 합니다. 이 문제와 관련해서 포로의 경우는 이미 유사입법의 일부로서 제네바조약의 선택의정서를 비준하고 있습니다만, 본격적인 법제도로 진전될 것입니다.

나아가 국가긴급권을 헌법에 채택(9조이 2 제3항이 자위군의 임무로서 '긴급사태시의 공공의 질서' 유지를 내건 것은 이를 보여줍니다)함으로써 현재 진행되고 있는 '국민보호'를 명목으로 한 유사법제가 전면적으로 정비됩니다.

그리고 군사법원의 설치입니다. 군사법원은 이미 자민당 초안에 들어가 있습니다만 ('사법'의 장(章) 76조 3항), 일반 사법법원이 군대문제에 관여하지 않도록 하기 위해서입니다.

따라서 군대를 헌법에 규정하자마자 즉시 군대를 통솔하는 법제도의 '정비'가 시작됩니다.

둘째, 국민에게 국방의 의무가 부과됩니다. 헌법이 군대를 정면에서 인정해 군대를 가치 있고 국가에 꼭 필요한 조직으로 대우하면 군대를 유지하고 군대에 기여하는 일이 국민의 당연한 의무로 간주됩니다. 자민당 초안의 전문에서 말하는 '국가를 지키는 책무' 즉, 국방의 의무는 법적으로는 병역의 의무를 의미하며 법률에 따라서는 징병제 실시도 가능하게 합니다. 군대가 이러한 내용으로 규정되면 메이지헌법처럼 헌법상의 인권은 긴급사태 시에는 보호받지 못하고 군인의 인권은 군대의 법령이나 규율 아래 복종한다고 하는 사태가 발생할 수밖에 없습니다.

그리고 셋째, '군사주의'가 일상화되고 군사문화가 사회 속에서 광범위하게 물들여져 갈 것입니다. 특히 이러한 경향이 강하게 나타나는 곳이 교육현장입니다.



군대와 전쟁을 당연하고 정당한 권리로 가르치고 이러한 내용의 애국심을 강제하는 교육에 힘을 기울일 것입니다. 교육기본법 개정이 시도되고 있는 것도 이와 궤를 같이 합니다. 이러한 변화는 제일 먼저 학습지도요령과 교과서에 나타나기 때문에 학생들은 곧바로 그 영향을 받습니다. 또한 학교에서는 군대에 기여하는 활동을 촉구하는 상황이 발생합니다. 자위군 모집은 학교와 직장·지역에서 정면으로 일어나게 될 것입니다. 그리고 군사훈련은 국민보호법제에 기초해 협력요청을 호소하는 권리에서 강제되는 국민의 의무로 바뀝니다. 또한 예산 측면에서는 교육·의료·사회보장보다도 군사적인 필요를 우선시하는 등 모든 면에서 군사적인 가치를 인권 위에 두는 정치가 이루어질 것입니다.

-따라서 ‘군대’를 헌법에 규정하는 것은 현 상황을 헌법에 반영하기는커녕 군사국가로 이끌어 사회를 크게 변화시킨다는 것을 의미합니다.

**해외에서 무력행사의 길을 열다** 자민당 초안이 끼칠 또 하나의 변화는 군대에 해외에서 전쟁할 수 있는 지위를 부여한다는 점입니다. 앞에서 든 3가지의 자위군 활동 가운데 해외에서의 무력행사와 직결되는 조항은 위의 ②, 즉 ‘국제사회의 평화와 안전을 확보하기 위해서 국제적으로 협조하여 이루어지는 활동’이라는 조항입니다. 이에 따라 (a)집단적 자위권에 입각한 파병(구체적으로는 미일 군사동맹으로 미국과 공동으로 무력행사), (b)집단안전보장에 입각한 파병(유엔결의로 결성된 다국적군·유엔군에 참가), (c)유엔결의가 없는 ‘유지연합(Coalition of the willing -역주)’에 참가(이번 미국의 이라크공격에 가담 등), (d)PKF(유엔평화유지군)를 포함한 PKO에 참가 등 모든 종류의 해외파병·해외에서의 무력행사가 가능하게 되는 것입니다.

즉, 현실적으로 현재의 자위대는 군대가 아님을 대전제로 하여 만들어져 운영되고 있는 조직이며 커다란 제약을 갖고 있습니다. 이번 이라크 파병처럼 자위대를 해외로 파견할 경우에도 그 근거법으로 특별조치법을 만든 후에 비전투지역으로 한정하며 무력행사를 하지 않는다고 하는 방침을 세울 수밖에 없습니다. 미국과의 공동군사행동에는 현재 갑갑한 족쇄가 채워져 있습니다. 그런데 자위대를 헌법에서 군대로 규정하면 이러한 제약이 모두 풀리게 됩니다. 여기에 핵심인 2항의 개정의유가 있습니다. 결국 해외에서 미국과 공동으로 무력행사를 할 수 있도록 하는 것 - ‘미일동맹’을 미영동맹 형태의 전지구 규모로 만드는 일 -이야



말로 개헌의 가장 긴급한 목적이라고 할 수 있습니다.

그리고 자민당 초안에는 정교분리원칙을 완화하여 야스쿠니신사 공식참배를 가능하게 하는 전쟁 가능한 국가 건설에 꼭 필요한 시스템이 포함되어 있다는 사실에 주목할 필요가 있습니다. 현행헌법 20조 3항은 ‘국가 및 그 기관은 종교 교육 기타 어떠한 종교적 활동도 해서는 안 된다.’라며 국가와 종교의 엄격한 분리를 규정하고 있습니다. 그러나 자민당 초안은 이 조항을 ‘국가 및 공공단체는 사회적 의례 또는 습속적 행위의 범위를 넘는 종교교육, 기타 종교적 활동과 종교적 의의를 가지며 특정 종교에 대한 원조, 조장 또는 촉진, 압박 또는 간섭이 되는 활동’을 제외하고는 종교 활동을 할 수 있다라고 바꾸었습니다(20조3항). 여기에 쓰여진 문구는 대법원을 그대로 따온 것입니다만, 자민당은 이 문구를 수상 등 공인들의 야스쿠니 신사참배를 정당화하는 근거로 이용하고 있습니다. - 따라서 자민당의 헌법안 전체가 전쟁 가능한 국가로 나아가는 방침으로 구성되어 있습니다.

### (3)약육강식의 ‘자기책임’사회 건설

전쟁 가능한 국가와 함께 자민당 초안의 중대한 목표는 약육강식의 사회건설에 있습니다.

즉, 약자의 생존권 보장을 없애고 시장원리와 자유경쟁·자기책임 논리를 관철시키는 경제지상주의 사회, 소위 신자유주의 사회를 지향하고 있습니다. 고이즈미 수상은 5년 전 내각출범 때 연설에서 ‘고통을 견디기 바란다’고 호소했습니다. ‘자조·자립’을 강요한 것입니다. 국민이 이러한 ‘고통을 견디어’ 온 결과가 지금의 격차사회입니다.

자민당 초안이 이러한 사회원리 또는 이를 추진하는 시스템을 주장하는 4가지 사항을 언급하겠습니다.

첫째, 전문의 ‘자유롭고 공정하고 활력 있는 사회’라고 하는 문구입니다. 이 말은 ‘강자위주의 사회’를 다르게 표현한 것입니다. 또한 전문에서 기본적 인권의 존중과는 다른 용어로 사용되고 있는 ‘자유주의’도 여기서는 신자유주의의 의미를 부여했다고 생각합니다.

둘째, 현행헌법의 ‘공공복리’를 대신해 모든 인권을 제약하는 ‘국익’과 같은 의

미를 가진 ‘공익 및 공공의 질서’라고 하는 개념이 도입된 점입니다. 현행헌법 25조부터 28조에 걸쳐 규정되어 있는 사회권은 약자보호의 방파제가 되는 아주 중요한 권리입니다만, 사회권을 포함한 모든 인권이 커다란 제한을 받게 됩니다. 이 개념에 대해서는 다음의 (4)에서 검토하겠습니다.

셋째, 자치체가 신자유주의 사회건설을 담당하고 있다는 점입니다. 제8장 ‘지방자치’의 전면개정으로 ‘지방의 구조개혁’이 한층 더 진행됩니다. 자치체 행정은 주민의 인권과 복지를 보호하는 분야가 ‘규제완화’·‘민간위탁’으로 후퇴되고 자주재원의 확보와 건전재정운영이 필요하게 됩니다. 또한 이러한 구조개혁과 걸맞게 진행되고 있는 시정촌(市町村) 합병에 의한 광역자치체·도주제(道州制;일본을 7개~13개가량의 광역지자체, 즉 도나 주로 나누어 국가 사무의 상당부분을 도·주에 위임해 지방분권, 지방자치를 강화하자는 것임)가 신자유주의 사회건설을 추진하는 역할을 맡고 있습니다. 이러한 지방자치의 개편문제는 다음 IV에서 조금 더 상세하게 기술하고자 합니다.

그리고 넷째, 자민당 초안에서는 행정부, 특히 수상의 권한 강화를 시도하고 있다는 점을 지적합니다(54조 1항, 72조 1항 등). 수상의 권한 강화도 사회의 모습을 변화시키기 위해서 꼭 필요한 장치라고 할 수 있습니다.

#### (4)국가권력을 구축하는 입헌주의 헌법을 국민을 관리하는 헌법으로

‘공익 및 공공의 질서’ 등장 지금까지 말해 온 전쟁 가능한 국가·약육강식의 사회건설이라고 하는 국가·사회의 개조구상의 토대에는 입헌주의에 대한 태도 변화가 있다고 할 수 있습니다. 입헌주의란 권리보장과 권력분립으로 권력을 제한하고자 하는 원리입니다. 특히 근대에서는 인권보장을 위해서 국가권력의 손을 묶는 것을 의미했습니다. 근대헌법은 바로 ‘국민이 국가에 보낸 명령서’라고 평가해도 좋을 것입니다. 일본국헌법은 이러한 원리를 모범적으로 구체화한 헌법이라고 할 수 있습니다. 이에 비추어 자민당 초안을 살펴보면 이러한 근대입헌주의의 정신을 존중하지 않고 헌법을 국민에 대한 관리규범으로 바꾸는 안이라고 할 수 있습니다.

이러한 사실은 이 초안이 ‘책무’나 ‘책임과 의무’를 강조함과 동시에 특히, 인권을 일반적으로 제약하는 용어으로써 ‘공익 및 공공의 질서’를 명시했다는 점에

서 확실히 알 수 있습니다. 즉, ‘공익 및 공공의 질서’는 권리보전의 책임을 말하는 12조, 개인의 존중을 규정한 13조 및 재산권 보장의 29조 2항 등 3개의 조항에 들어 있습니다. ‘공익 및 공공의 질서’는 현행헌법의 ‘공공복리’를 대신한 것이라는 형식을 취하고 있습니다.

**현행 ‘공공복리’의 사이비** 일본국헌법에는 위의 3개 조항 외에 경제활동의 자유를 규정한 22조 1항에 즉, 4개의 조항에 ‘공공복리’가 들어가 있습니다. 공공복리는 인권을 보다 쉽게 실현·확보할 수 있게 하기 위한 용어입니다. 흔히 기본적인 인권은 그 위에 있는 ‘공공복리’에 의해 제한된다고 하는 견해가 있습니다만, 이것은 틀린 말입니다. 인권은 본질적으로 불가침의 권리이기 때문에 모든 헌법규정은 인권을 확보하고 인간의 존엄을 실현하기 위해서 만들어졌습니다. 대등한 인간들 사이에서 충돌이 일어났을 경우에 양자를 조정하고 사회적 강자의 경제적 권리행사에 제한을 가해 약자의 권리를 보호하는 역할을 하는 것이 ‘공공복리’입니다. 공공복리의 개념이 국가정책에 반영될 때에는 국민 대다수의 권리가 실현될 경우에만 바람직합니다.

**국익을 인권 위에 두다** 이와는 반대로 ‘공익 및 공공의 질서’는 ‘공공복리’와는 원리적으로 다릅니다. 용어만으로는 확실하지 않습니다만, 자민당 안의 구조를 살펴보면 확실히 알 수 있습니다. 즉, 헌법의 기본정신을 말한 전문에서 국민에게 국가를 ‘스스로 지키는 책무’를 지게하고 12조에서 조문표제를 ‘국민의 책무’로 하여 자유와 권리에는 ‘책임과 의무’가 따른다고 한 후 ‘공익 및 공공의 질서’를 주장하고 있습니다 (12조 전체를 언급해 두겠습니다. - ‘이 헌법이 국민에게 보장하는 자유 및 권리는 국민의 부단한 노력에 의해 유지되어야 한다. 국민은 이를 남용해서는 안 되며 자유 및 권리에는 책임 및 의무가 따른다는 사실을 자각하고 항상 공익 및 공공의 질서에 반하지 않도록 자유를 향유하고 권리를 행사하는 책무를 진다.’). 요컨대 ‘공익 및 공공의 질서’는 국민들에 대해 의무를 강조하는 것과 동일시됐던 ‘국익’을 의미하는 개념이라고 할 수 있습니다.

**경제활동에는 제한규정 두지 않다** 그리고 자민당 안에서 중대한 사안은 경제활동의 자유를 규정한 22조를 어떻게 취급할지에 대한 문제입니다. 일본국헌법은 국민생활 보호의 관점에서 대기업 등 강자의 횡포를 억제한다는 취지로 ‘공공복리’라는 제한규정을 두었습니다. 그러나 이러한 제한규정을 없애고 게다가

22조에서만 ‘공익 및 공공의 질서’ 규정을 두지 않았습니다. 이는 강자의 경제활동을 방치하는 시스템을 만들었다고 볼 수도 있습니다.

따라서 ‘공익’·‘공공의 질서’라고 하는 아주 막연한 용어 속에 체제의 가치인 국가권력과 사회적 권력이 만들어내는 이익이나 질서가 제한 없이 들어가 있습니다. 여기서는 특히 군사적 필요성이 강조되어 유사법제와 결국 징병제조차도 ‘공익’·‘공공의 질서’로 규정되어 국민들의 협력이 의무화될 것입니다.

결국 자민당의 『신헌법초안』은 현행 일본국헌법을 여러 가지 이유로 부분적인 수정을 하려는 것이 아니라 헌법의 근본적인 원리, 즉 입헌주의 원리를 바꾸는 것임이 명백합니다. 다시 말하면 국가권력을 억제하여 인권 보장에 기여하는 헌법을 국가가 국민을 제한하는 도구로 바꾼다는 데에 이 초안의 핵심이 있습니다. 이러한 점을 파악하여 해석함으로써 이 초안이 안고 있는 본질적인 문제를 확실히 밝힐 수가 있습니다.

#### (5)개헌 준비작업을 위한 ‘헌법개정절차법안’(국민투표법안)

##### (i) 개헌절차법의 급부상-제정을 서둘러야만 하는가?

자민당을 비롯해 개헌 입장을 갖고 있는 민주·공명 각 당은 헌법개정구상을 제시함과 동시에 개헌을 위한 절차법 제정을 서두르고 있습니다. 2006년 5월 26일 제164회 정기국회에 여당(자민·공명)은 『일본국헌법의 개정절차에 관한 법률안』(이하, 여당 안)을, 민주당은 『일본국헌법의 개정 및 국정의 중요한 문제에 관련된 안건의 발의절차 및 국민투표에 관한 법률안』(이하, 민주당 안)을 각각 중의원에 제출했습니다. 이 안들은 향후의 개헌동향과 깊은 관계가 있기 때문에 여기서 덧붙여 언급하고자 합니다.

일본국헌법 96조에는 헌법개정과 관련해 국회양원의 3분의 2이상의 발의(제안)와 국민투표의 과반수 찬성에 의한 승인이라고 하는 절차가 규정되어 있습니다. 따라서 96조에 의거해 발의와 국민투표, 각각의 절차를 구체화하는 법률이 제정되는 것 자체는 일반론으로서 헌법이 예측하고 있다고 할 수 있습니다. 그러나 문제는 언제, 어떠한 상황에서, 어떠한 내용의 법률을 제정하는가에 있습니다.

개헌을 위한 절차법은 과거 1952년에 선거제도조사회가 3차 답신에서 『일본



국헌법 개정에 관한 국민투표제도요강』을 제안했고 1953년 당시에는 자치청이 『일본국헌법개정국민투표법안』을 기안해 각의에 상정했습니다만, 나중에 동결됐다고 하는 추진경과가 있습니다. 이러한 절차법들은 1950년대에 개헌 움직임이 활발했던 상황 속에서 나온 것입니다. 그 후 이러한 법률들의 제정은 오랫동안 방치되어 왔습니다. 그러나 2000년에 국회양원에 헌법조사회가 설치되었고 다음 해인 2001년 11월에 공산·사민당을 제외한 개헌 측 각 당의 의원으로 구성된 헌법조사추진의원연맹이 『일본국헌법개정국민투표법안』을 공개해 이를 계기로 다시 부각되었습니다. 그 후 여당·민주당이 각각 작업을 추진한 후 앞서 말한 2006년 5월에 양당의 법안이 제출되었습니다.

—이러한 경과는 국민투표를 핵심으로 하는 개헌절차법 제정이 주권자인 국민에 의해 헌법개정에 어울리는 장을 마련한다고 하는 이념을 내건 작업이 아니라 개헌을 용이하게 하기 위해서 오로지 개헌을 기도하는 사람들에 의해 나온 것임을 말해주고 있습니다. 법안 추진자는 헌법 제96조가 있음에도 불구하고 법률이 제정되지 않은 것은 국회의 태만(입법부작위)이며 국민이 주권을 행사할 기회를 빼앗았다고 비난합니다만, 이 주장은 옳지 않습니다. 지금까지 국민의 여론은 헌법을 지키고 활용하기를 기대했고 개헌을 위한 절차법을 요구하지 않았기 때문입니다. 법안은(여당 안, 민주당 안이라고도 합니다) 2006년 가을 제165회 임시국회에서 계속 심의됩니다만, 만약 제정된다면 자민당의 『신헌법초안』으로 대표되는 개헌의 흐름은 급속히 가속화될 것입니다.

(ii)내용상의 문제—주권자인 국민의 의사가 반영되었는가?

헌법개정은 국가와 사회의 기본방향을 결정하는 주권자인 국민에게 가장 중요한 일입니다. 절차법을 제정할 경우, 절차법은 헌법개정을 뒷받침하는데 충분한 내용을 담고 있어야 합니다.

즉, 하나는 국민의 의사가 정확하게 반영되는 방식이 반드시 필요합니다. 이를 위해서는 첫째, 헌법개정에 관한 공정하고 충분한 정보의 홍보(공보)가 반드시 이루어져야 합니다. 둘째, 복수의 개정조항을 국민투표에 붙였을 경우에 쟁점마다 찬반을 물어야 하기 때문에 일괄투표방식은 부적절합니다. 셋째, 국민투표의 성립요건으로 최저투표율을 규정해야 합니다. 넷째, 국민투표의 ‘과반수’는 투표



총수가 아니라 유효투표수로 정해야 할 것입니다. 다섯째, 투표권자의 연령은 헌법개정이 미래를 전망하는 일이기 때문에 선거연령인 20세 이상이 아니라 18세, 18세보다 더 낮은 연령으로 설정해야 합니다.

다른 하나는 헌법개정 여부에 대해서 국민이 자유롭게 서로 논의하는 국민투표 운동의 자유가 보장되어야 합니다. 개헌국민투표는 후보자 또는 정당을 선택하여 정책선택을 결정하는 선거와는 달리 국가의 형태를 결정하는 국민의 직접적인 의사표시입니다. 이러한 근본적인 차이에 유의한다면 개헌국민투표 운동은 완전히 국민의 자유의사에 맡기는 것이 원칙이고 공직선거법의 선거운동 규제조항을 여기에 준용하는 것은 전혀 타당하지 않습니다. 호별방문이나 문서배포는 당연히 규제대상이 되지 않습니다. 이와 마찬가지로 모의투표나 투표예상도 금지되어서는 안 됩니다. 또한 발의에서 투표까지의 기간은 국민들이 숙지한 후에 충분히 개헌국민투표운동을 하는데 부족함이 없는 상당히 긴 시간이 주어져야 합니다.

이상과 같은 요구에 비추어 이번에 나온 여당 안·민주당 안을 살펴보면 양자는 투표연령 20세·18세 중 어느 쪽으로 할지, ‘과반수’의 기준을 투표총수·유효투표수 중 어느 쪽으로 할지 등의 점에서 차이가 있습니다만 이 점들을 제외하고는 모두 일치합니다. 그런데 예를 들어, 개헌안의 불공정한 ‘홍보’를 용인하는 ‘헌법개정안홍보협의회’(민주당 안에서는 ‘국민투표홍보협의회’) 설치나 국민투표 성립요건으로서 최저투표율을 설정하지 않은 점 등 간과할 수 없는 많은 문제점이 있습니다. 또한, 특히 국회의 일상적인 개헌논의의 장인 ‘헌법심사회’ 설치를 목표로 하고 있습니다. 결국 양당의 안은 다름 아닌 현재 작업 중인 개헌을 실현시키기 위한 절차법이라고 할 수 있습니다.

또한 민주당 안은 법안의 명칭 차이에서도 알 수 있듯이 국민투표를 개헌뿐만 아니라 ‘국정의 주요한 문제’에 대해서도 실시하기를 제창하고 있습니다. 국민투표는 일반적으로 직접민주제를 구체화한 것으로서 높이 평가받습니다만, 국민투표를 헌법개정 절차와 묶어서 제안하는 것은 타당하지 않기 때문에 개별적인 법제도로서 그 여부를 논해야 하는 사항이라고 생각합니다.

—현재의 개헌구상은 이러한 중요한 문제를 내포하고 있습니다. 특히 제8장의 지방자치는 어떻게 바뀌려고 하고 있는지 다음 장에서 검토하기로 하겠습니다.

저자 : 고바야시 다케시(小林武)

[약력]

1941년 교토시 출생.

현재 아이치(愛知)대학 법과대학원 교수  
법학박사

[주요저서]

- 『현대 스위스헌법』 (법률문화사)
- 『자치체헌법 [자치체법학전집2]』 (공저, 가쿠요쇼보)
- 『연습강의헌법』 (법학서원)
- 『일본국헌법으로의 초대』 (법학서원)
- 『한스 체니 현대민주정의 통치자』 (번역, 신간사)
- 『지방자치의 헌법학』 (고요쇼보)
- 『인권보장의 헌법론』 (고요쇼보)
- 『헌법판례론』 (산세이도)
- 『법조계에 대한 연습—동시대를 해석한다』 (법학서원)
- 『평화적 생존권의 변증』 (일본평론사)

〈일본어초록〉

## 憲法「改正」と地方自治

### —21世紀に活かすために—

日本国憲法の改定を図る動きは、1950年代と80年代の高揚の後、90年代に入って三度目の波がみられ、とくに跨世紀の時点以降、まことに「奔流」と呼ぶべき勢いで進められています。その特徴は、アメリカの慫慂と関与がこれを強くリードしていること、国会に憲法改正を事実上推進する公式の調査会が設けられたこと、財界が前面に出していること、巨大マスコミが旗振り役を果たしてきたこと、そして、国会議席の大半を占める自公民三党が改憲で一致していること、などの諸点にあります。

現在出されている改憲構想は日本国憲法の理念と内容を全面的に転換させるものであることを、根本的な特徴としています。この中で中心的位置を占めている自民党の『新憲法草案』は前文と第二章（九条二項）および第八章を全面的に改定しようとしています。したがって、地方自治も、その姿をすっかり変えることとなります。

そして、この草案は日本国憲法が予定（九六条による改正）している憲法「改正」の枠を逸脱したものであることから、憲法のあり方そのものを変えてしまう、文字どおりの新憲法の制定であって、現憲法を尊重した改正の作業とは、とうてい言えません。つまり、一種の法的クーデターを企てるものといわざるをえません。

したがって、このような自民党の『新憲法草案』によって改憲が実現される場合、日本社会につきのような変化をもたらすことになります。一つ目は、国と社会の全面改造が行われます。二つ目は、「海外で戦争のできる国」へと歩みだすことができます。三つ目は、弱肉強食の「自己責任」社会づくりが進められます。四つ目は、国家権力をしばる立憲主義憲法が国民を管理する憲法へと転換します。

一方、自民党はじめ改憲の立場に立つ民主・公明各党は、憲法改正構想を提示しているのと並行して、改憲のための手続法の制定を急いでいます。憲法改正の手続きを定めている国民投票法案が制定されることになれば、自民党の『新憲法草

案』に代表されるような改憲への流れは、一気に加速されるものと思われます。

