

<연구노트>

한국에서 일본법사를 공부하는 의미

金昌祿*

I. 머리말

필자에게 주어진 주제는 ‘한국에서의 일본법사 연구의 현황과 전망’이다. 주제에 충실하자면, 시간적으로는 고대에서 현대에 이르는, 그리고 영역적으로는 법사의 전영역을 포괄하는, 일본법사에 관한 우리나라에서의 지금까지의 연구사와 그것을 토대로 한 장래의 전망에 대해 발표하지 않으면 안 될 것이다.

하지만 이것은, 우선 일본 헌법의 역사를 근대와 현대에 국한하여 그것도 아주 조금 공부해 본 경험을 가지고 있을 뿐인 필자로서는 애당초 불가능한 일이다. 그리고 덧붙여서, 우리나라 연구자들에 의해 일본법사가 부분적으로 관심의 대상이 되어 오기는 했지만, 그것에 대한 본격적인 연구는 아직 없다고 해도 좋을 상황이 또한 고려되지 않을 수 없다. 일본법사란 우리나라에서는 ‘생소한’ 학문분야라고 해도 좋을 것이다. ‘법제사’ 혹은 ‘법사상

* 부산대학교 법과대학 전임강사.

사'라고 하면 서양의 그것들을 의미하는 것으로 통용되고 있고, 같은 명칭의 강의에서도 서양의 그것들이 가르쳐지고 있으며, 따라서 우리나라의 법제사와 법사상사의 정체성의 확립이 우선적인 과제가 되어야 하는 상황에서, 일본법사에 대해 이야기하는 것 자체가 사치스럽다는 느낌조차 든다. 물론 필자는, 이와 같은 우리나라에서의 현황에도 불구하고, 일본법사에 대한 연구의 필요성은 인정되지 않으면 안 된다고 믿는다. 다만 위와 같은 사정들이 있는 까닭에, 아래에서는 필자의 개인적인 공부 경험을 토대로 하여 한국에서 일본법사를 공부하는 의미를 살펴 보는 것에 국한하여 서술해 나가기로 한다.

II. 이해의 대상으로서의 일본법사

우선 일본법사에 대한 연구는, 일본에 대한 모든 연구가 그러하듯이, 일본이라는 나라에 대한 이해를 위해 필요하다고 생각된다. 무릇 일정한 나라에 대한 이해는 그 역사 그리고 그 일부로서의 법사에 대한 이해 없이는 완전할 수 없을 것이기 때문이다.

예를 들면, 최근의 일본에 대한 이해와 관련하여, 우리의 관점에서 중요한 문제의 하나는, '과연 일본이 군사대국을 지향할 것인가'라는 것이다. 그런데 이 문제에 대한 적절한 해답을 얻기 위해서는, 물론 일본의 군사력에 대한 연구나 일본이 맺고 있는 국제관계에 대한 연구도 필요할 것이지만, 그에 못지 않게 일본 현대헌법사에 대한 연구 또한 요구된다고 할 것이다. 戰爭의 永久放棄, 戰力の 不保持, 交戰權의 否認을 규정한 「일본국헌법」 제 9조는, 그 내용이 세계 헌법사상 유례를 찾아 볼 수 없는 파격적인 것인 까닭에, 「일본국헌법」을 이른바 「평화헌법」으로 불리게 하는 근거가 되어 왔다.

하지만, 역사적으로 더듬어 들어가면, 그 조항은 결코 전쟁의 참화에 대한 반성이나 세계평화의 숭고한 이상에서 우리나라의 것이 아니라, 패전의 와중에서 전쟁책임과 관련하여 위태롭게 된 천황제를 유지하기 위한 수단으로서 만들어진 것, 즉 ‘國體護持를 위한 費用’으로서의 의미를 가지는 것이었다. 그 때문에 한국전쟁과 냉전의 격화라는 상황의 변화 속에서 일본은 일찌감치 ‘위험적’인 전력증강의 길에 나섰으며, 그것을 정당화하기 위한 明文改憲과 ‘解釋改憲’의 끊임없는 시도로 현대 일본헌법사는 메워져 온 것이다. 이러한 사실의 확인은, 일본의 군사력에 대한 수량적인 점검이나 미국을 중심으로 하는 국제관계에 대한 전술적인 검토 이상으로 위의 문제에 대한 해답을 명확하게 제시해 줄 수 있다고 생각된다.

위의 예를 통해서도 알 수 있듯이, 현재 우리나라와 중요한 관계를 맺고 있는 일본이라는 나라에 대한 이해를 위해 일본법사에 대한 연구는 불가결하다. 물론 이것은 기본적으로는 외국에 대한 모든 연구가 당연히 내포하여야 할 일차적인 의의를 지직한 것에 지나지 않는다. 하지만, 한국의 모든 학문영역에서 그렇듯이, 법사학의 영역에서도 일본에 대한 연구가 가지는 이러한 의의는 특별히 강조되지 않으면 안된다고 생각된다. 그것은 지금까지 그 의의가 상대적으로 경시되어 왔기 때문이다.

이러한 의미에서의 일본법사 연구의 의의는 일본법에 대한 이해와 관련해서도 타당할 것이다. 즉 현대 일본법과 법이론에 대한 올바른 이해를 위해 일본법사에 대한 연구가 필요하다는 것이다. 역사적인 맥락을 무시한 외국법이론의 무분별한 도입에 따르는 문제점은 물론 서양법이론과 관련해서도 지적되지 않으면 안된다. 하지만 이 문제와 관련해서도, 상대적으로 서양법사에 대해서는 많이 알려져 있는 데 반해 일본법사에 대해서는 거의 알려져 있지 않다는 사정과, 우리와의 의견상의 유사성 때문에 일본법사에 대한 이해의 필요성 자체가 그다지 인식되지 않고 있다는 사정을 생각할

때, 일본법이론의 도입에 있어서의 그 역사적 맥락의 이해의 필요성이 또한 특별히 강조되어야 할 것이다.

Ⅲ. 청산의 대상으로서의 일본법사

다음으로, 일본법사에 대한 연구는 우리의 과거청산이라고 하는 또 하나의 실재적인 과제를 해결하기 위해서도 필요하다고 생각된다. 이것은 말할 것도 없이 일제에 의한 35년간에 이르는 피강점의 경험 때문에 생겨나는 필요이다.

광복 50주년이었던 지난해 우리 학계는 ‘일제잔재의 청산’이라는 과제에 온 힘을 쏟았다. 한국법사학회도 적극적으로 그 과제의 해결에 참여하여 「“법”, 그 속에 잔존하는 일제유산의 극복」이라는 공동과제를 수행했다. 그 공동과제 수행에 참가하기도 했던 발표자가 그 과정에서 재삼 확인한 것은 일제 자체의 법사에 대한 연구의 필요성이었다. 청산을 위해서는 일제잔재의 실체를 명확하게 하는 것이 필요하고, 그것을 위해서는, 피강점기의 법사에 대한 이해가 필요하며, 다시 그 이해를 위해서는 일제 자체의 법사에 대한 이해가 필수적이라고 느꼈기 때문이다.

이러한 의미에서의 일본법사 연구의 필요성은 위의 과제수행에 참여했던 모든 연구자들이 느낀 점이었을 것이며 따라서 당연한 것이라고 할 수 있을 것이다. 하지만 필자는 그 당연한 사실을 다시 한번 강조해야 할 필요성을 느낀다. 그것은 위의 과제수행 과정에서 발표자를 괴롭힌 다음과 같은 의문 때문이다.

필자는, 자신이, 위의 학술대회에서의 발표문 속에서 그리고 그 후 단행본으로 출간된 논문집(광복50주년기념사업위원회, 『광복50주년 기념논문집

1 『과거청산』, 한국학술진흥재단, 1995.)에 실린 논문 속에서, 한편으로 일제의 법제도 및 법사상 자체에 대한 이해의 중요성을 강조하면서도, 결국은 서양의 법제도 및 법사상을 당연한 전제로 하고서, 일제에 의해 만들어진 법제도 및 법사상 중에서 그것과 상충되는 부분을 두드러지게 한 다음, 그 부분을 제거하는 것이 필요하다라는 논지를 펴고 있는 것을 발견하고, '이것으로 과연 충분할 것인가?'라는 의문이 솟아나는 것을 피할 수가 없었다. 보다 구체적으로 설명하자면, 필자는 '일제의 지배구조의 기본성격'에 대해 논하면서, 입헌주의라고 하는 원리를 전제한 다음, 일제의 지배는 그 입헌주의에 반하는 것이었으며, 따라서 그 점에서 청산되지 않으면 안된다는 논지를 전개했다. 물론 필자는 거기에서의 '입헌주의'를 '인류보편'의 원리로서, 그리고 우리 민족이 일제의 지배를 받기 이전에도 그 지배가 끝난 이후에도 추구했어야 할 원리로서 상정함으로써, 일제잔재의 청산이 곧 서양지향은 아니라는 논리를 전개했다. 하지만, 그럼에도 불구하고 자신의 주장이, '결국은 서양 중심의 근대주의가 아닌가? 그런데 그 서양의 나라들도 일본 못지 않은 식민지 지배를 한 것 아닌가? 그렇다면 일본의 지배만을 특별히 비난해야 할 이유가 있는가?'라는 반박을 얼마나 감당할 수 있을 것인가라는 의문이 필자에게서 떠나지 않았던 것이다.

바로 그 의문 속에서 일본법사에 대한 보다 철저한 연구의 필요성을 필자는 절감했다. 위의 의문에 적절히 대답하기 위해서는 당연한 전제로서 상정된 서양법에 대한 왜곡으로서만 일본법을 바라보아서는 안된다는, 다시말해 소거의 의도를 전제한 가운데 일본법사에 접근해서는 안된다는 결론에 이르렀기 때문이다. 이러한 결론은 물론 서양법에 대해서도 보다 파고 든 객관적인 연구도 요구한다. 하지만 마찬가지로 정도로 일본법에 대한 심도있는 연구가 요구된다고 하지 않으면 안될 것이다.

IV. 비교의 대상으로서의 일본법사

끝으로 일본법사에 대한 연구는 비교라고 하는 보다 학문내적인 요구 때문에도 필요하다고 생각된다. 이것은 특히, 19세기 말 이후의 일본법사와 우리법사가, 한편으로 유교법적 전통 속에 수용된 서양법을 출발점으로 하여 형성·발전해 왔다는 공통점을 가지면서, 다른 한편으로 구체적인 전개 과정에서는 서로 다른 모습을 보여주고 있다는 사실에서 생겨나는 필요이다.

이와 같이 우리법사와 특수한 관계에 있는 일본법사에 대한 연구는 우선 우리법사에 대한 이해를 증진시키는 데 기여할 수 있을 것이다. 다시 말해 일본법사와의 유사성과 차별성을 확인하는 가운데 우리법사에 대한 이해를 심화시킬 수 있으리라는 것이다. 다음으로 일본법사에 대한 연구는 서양법사에 대비되는 동양법사의 이해, 특히 동양사회에서의 서양법의 수용의 의미를 이해하는 데, 나아가 궁극적으로는 그 이념형을 구성하는 데 도움을 줄 수 있을 것이다.

이 점과 관련해서는 특히 일본에서의 서양법 수용에 관한 연구성과들이 우리에게 일정한 시사를 줄 수 있을 것이다. 일본에서도 19세기 후반 이후 법학은 주로 서양의 그것에 의존했다. 그러나 다른 한편에서 '고유한 것'에 대한 추구도 동시에 이루어져 왔다. 법학의 중심은 주로 '서양적인 것'에 기울어져 있었지만, 천황을 중심으로 하는 神權主義에 의해 지배되었던 패전 전은 물론이고, 패전이라는 부담을 딛고 세계제일의 경제대국으로 성장함으로써 그 원동력이 주목되게 된 최근에도 일본에 '고유한 것'에 대한 추구는 이어져 오고 있는 것이다. 시대에 따라 균형점이 이동한 일본에서의 양자의 긴장관계 속에서 전개된 다양한 시각과 그에 대한 이론적인 검토들

은 우리나라에서의 양자의 관계를 살펴보는 데, 나아가 그것을 동양사회에서의 서양법의 수용이라고 하는 문제상황 속에서 일반화시켜 이해하는 데 시사하는 점이 있을 것이다.

V. 맺 음 말

이상에서 극히 간략하게 살펴 본 것처럼, 일본법사에 대한 연구는 우리와 밀접한 관련을 맺고 있는 일본이라는 나라에 대한 이해를 위해, 우리의 어두운 과거에 대한 청산을 위해 그리고 비교를 통한 우리법사와 동양법사에 대한 보다 심화된 이해를 위해 필요하다.

이러한 필요성을 인정할 때, 장기적으로는 법사학계 차원에서 일본법사 전문가를 양성하여 일본법사에 대한 개괄적이고도 전문적인 연구를 착실하게 해 나가는 것이 요구된다고 할 것이다. 하지만, 그러한 장기적인 연구자 양성에 앞서, 우선 당장, 우리와 직접 관련된 부분, 즉 우리법사의 이해를 위해서 그 일부분으로서 당장 포섭하지 않으면 안될 일본 근대법사에 대한 소개와 연구만이라도 서두르지 않으면 안될 것이다.