전쟁책임과 일본국헌법

-헌법제정사를 중심으로-

이 경 주*

목 차

Ⅰ. 머리말
Ⅱ. 일본국헌법 제9조와 '국민'
1. 일본국헌법 제9조와 자위대
2. '국민'과 국적법
Ⅲ. 일왕의 전쟁책임과 일본국헌법 제9조
1. 일본국헌법 제9조의 제정과정
2. '피뢰침'으로서의 일본국헌법 제9조
Ⅳ. 전후보상과 '국민'
1. 외지법(식민법)의 유산
2. '국민'과 기본권의 주체
3. 전쟁책임과 '국민'
Ⅴ. 맺음말

Ⅰ. 머리말

일반적으로 헌법을 지키려는 세력은 보수적이라고 하고, 헌법을 지키지 않으려는 세력을 반체제적이라고 한다. 그러나 이러한 스테레오타입을 일본사회에 대입시켜 보면 그것은 여지없이 어긋나고 만다. 일본국헌법(日本國憲法)이

* 경북대학교 법과대학 법학부 전임강사

1946년 11월 3일 공포된 이래 지금까지의 일본의 헌정사는 보수적인 정치세력이 일본국헌법을 지키지 않기 위해 발버둥쳐왔던 역사였음을 알 수 있다.[1] 심지어 헌법을 지키려는 세력은 반체제세력의 오명을 뒤집어 쓸 정도이다. 그리고 이와 같은 반체제세력의 이론제공자들은 헌법학자들이라는 것이다.[2]

그렇다면 일본의 헌법학에서는 왜 반체제세력이라는 오명을 뒤집어 쓰면서까지 일본국헌법을 지켜려 하였는가가 궁금하지 않을 수 없다. 그것은 아마도 일본국헌법이 국민주권주의와 평화주의를 규정하고 있기 때문일 것이다.

패전 전의 일본이 근대문명의 상징처럼 내세웠던 메이지(明治)헌법(정식명칭은 大日本帝國憲法, 1889년 2월 11일 공포, 이하 메이지헌법으로 통칭한다)은 일왕(天皇=텐노, 이하 인용부분을 제외하고는 일왕으로 번역하기로 한다)이 주권자임을 선언하고 있었으며, 자위를 위한 전쟁을 당연시하고 있었다. 그러나 자위를 위한 전쟁은 침략전쟁으로 이어졌고, 주권자인 일왕은 침략전쟁의 우두머리가 되어 있었다. 이와 같은 헌정사에 비추에 보면 일본국헌법에 국민주권주의와 평화주의를 규정한 것은 획기적인 사건에 다름 아니었다.

그러나 50여년이 지난 오늘날에 돌이켜보면, 현실은 기대에 미치지 못하고 있다. 일본국헌법 제9조가 시퍼렇게 눈을 뜨고 있음에도 불구하고 해상자위대는 시퍼런 동해의 깊은 물살을 가르고 있으며, 강제 연행되어 일본땅에 정주하는 재일 외국인들은 '국민'주권 하에서도 참정권조차 부여받지 못하고 있다. 심지어 세계 유수의 군사력으로 실재하고 있는 자위대가 누구를 위해 자기생명을 바쳐 싸우는가를 명확히 하기 위해 결국은 일왕을 구심점으로 군국주의화하지 않겠는가 하는 조금은 성급한 예측이 들리기도 한다.[3] 다시 말해 일본국헌법은 전혀 획기적이 아니다[4]는 것이다.

이와 같은 상반된 상황을 정리할 수 있는 것은 아무래도 일본국헌법의 제정과정인 것 같다. 일본국헌법 태생의 비밀을 벗겨봄으로써 일본국헌법이 갖는 획기성과 그 한계가 명확해질 것이기 때문이다. 따라서 이하에서는 우선 일본국헌법의 제9조와 '국민'개념의 편의적 운용실태를 간단히 점검해 보고

---

1) 渡辺治, 『日本國憲法「改正」史』(日本評論社, 1987).
2) 江藤淳, 『1946年憲法-その拘束』(文藝春秋, 1980); 憲法硏究會(神川彦松 外)『日本國自主憲法試案』.
3) 한계옥, 『일본 · 일본군-어디로 가려는가』(돌베개, 1994), 95면.
4) 姜尙中, 『アジアから讀む日本國憲法』(かもがわ出版, 1993年), 3-24면.

(II), 그러한 자의적 운용실태의 근원을 헌법제정과정에서 찾아보기 위해 전쟁책임이라는 화두를 가지고서 주로 분석해 보고자 한다(III,IV).

II. 일본국헌법 제9조와 '국민'

1. 일본국헌법 제9조와 자위대

일본국헌법은 1946년 11월 3일 공포되어, 1947년 5월 3일부터 시행되었다. 그 중 가장 특징적인 것은 제9조이다. **제9조 제1항에서는 "일본국민은, 정의와 질서를 기조로 하는 국제평화주의를 성실히 희구하고, 국가권력의 발동에 의한 전쟁과, 무력에 의한 위협 또는 무력의 행사는, 국제분쟁의 해결수단으로서는, 이를 영구히 포기한다"고 규정하고 있으며, 제2항에서는 "전항의 목적을 달성하기 위하여, 육해공군 그 밖의 戰力은 이를 보유하지 않는다. 국가의 교전권은 인정하지 않는다"**고 규정하고 있다.

1) 학설[5]

헌법학자 미야자와 도시요시(宮澤俊義)는 이와 같은 일본국헌법 제9조에 대하여 다음과 같이 설명한다. "세상에서 전쟁을 없애기 위해서는 모든 나라가 절대로 전쟁을 하지 않겠다고 결심할 필요가 있다. 그러나 결심만으로는 불충분하다. 수많은 군대와 군함, 비행기를 갖고서 전쟁을 하지 않겠다고 약속하는 것은 어불성설이다. 전쟁을 정말로 안 하겠다고 결심한다면, 군대는 필요 없는 것이므로 군대를 전부 없앨 필요가 있다. …이런 생각에서 헌법 제9조에서 전쟁을 포기했다.… 전쟁을 포기한다고 하는 것은 **첫째는 전쟁을 부인한다는 뜻이고, 침략전쟁뿐만 아니라 자위전쟁도 포기한다는 뜻이다. 둘째는 무력의 행사나 위협도 포기한다는 뜻이다. 셋째는 군비를 철폐한**

5) 法學協會, 『註解日本國憲法 · 上卷』(有斐閣, 1953), 187면 이하; 樋口=佐藤=中村=浦部, 『註解日本國憲法 · 上卷』(青林書院, 1984), 164면 이하; 杉原泰雄, 『憲法II』(有斐閣, 1987), 93면 이하.

다는 뜻이다".[6]

2) 판례

이와 같은 통설의 견해를 최고재판소는 적극적으로 받아들이고 있지는 않다.[7] 하지만 지방법원 차원에서는 이와 같은 통설의 견해를 받아들여 보다 적극적인 사법적 판단을 시도한 바 있다. 예를 들어 나가누마(長沼)사건에 대한 삿포로지방법원의 판결이 그것이다. 방위청이 홋가이도(北海道)의 나가누마라는 지역에 항공자위대의 지대공 미사일기지를 건설하기 위해 보안림지정을 해제한 것에 대하여 지역주민들이 들고 일어나 보안림지정해제처분의 취소를 청구한 소송에서 삿포로지방법원은 다음과 같이 통설의 견해를 비교적 명쾌하게 수용하고 있다.

헌법 제9조2항에서 모든 '전력(戰力)'을 보유하지 않는다고 한 이상 군대 그 밖의 전력에 의한 자위전쟁·제재를 위한 전쟁도 사실상 행할 수 없게 되었다. 일본국의 자위권행사에는 외교교섭, 경찰력, 군민봉기, 침략국 국민의 재산몰수·국외 추방 등이 생각될 수 있을 뿐이다. 자위대의 편성·규모·장비·능력을 살펴보건 데 **자위대는 명백히 '외적에 대한 실력적 전투행위를 목적으로 하는 인적, 물적 수단으로서의 조직체', 즉 군대이며, 제9조가 이를 금지하고 있는 '육해공군'이라는 '전력'에 해당한다.**[8]

3) 자위대의 조직·편성 및 전력

그런데도 불구하고 일본정부는 "자위대는 헌법 제9조에서 규정한 전력(戰力)이 아니라 자위를 위한 필요최소한의 실력이다"[9]는 궤변으로 일관하고 있

---

6) 宮澤俊義,『あたらしい憲法のはなし』(朝日新聞社, 1947), 61면 이하.
7) 最判1982.9.9民集36券9号.
8) 判例時報 712号(1973年 9月 7日)
9) 이와같은 일본정부의 공식견해가 정식화된 것은 「鳩山內閣統一見解」(1954年 12月 22日)이다. 이와 같이 조문을 바꾸지 않고서 문안의 해석만을 달리하여 개헌에 버금가는 효과를 거두는 편법을 일본의 헌법학계에서는 '해석개헌'이라고 비판하고 있다. 명문개헌을 하지 못하는 것은 여러 가지 이유가 있지만, 헌법학계와 국민들의 반대여론이 거센 것이 가장 큰 이유이겠다.

다. 현재 일본의 자위대는 세계 제3위(1995년) 또는 제4위(1996년)에 이르는 군사예산을 쓰는 아시아 최대의 군사적 조직이다.[10] 일본의 방위비는 남북한의 방위비를 합한 것보다 많고, 대한민국 방위비의 약3배에 이른다.[11]

육상자위대 · 해상자위대 · 항공자위대의 인원과 각군 종별 부대 편성, 방비 등 방위력의 정비 · 유지 · 운용에 대해서는 「국방의 기본방침」에 따른 「방위계획의 대강」과 매 단계에서의 「중기(5개년) 방위력 정비 계획」 등에 명시되어 있는데, 병력은 육상자위대 17만9천380명, 해상자위대 4만5천752명, 항공자위대 4만7천207명, 합계 27만2천339명을 정원으로 하고 있다. 그리고 현재 23만8천여 명이 자위대원으로 활동하고 있다.[12]

군대라고 표현하지 않고 자위대로 표현한다든지, 병사를 대원이라고 하고 장교를 간부라고 한다든지, 구축함이라는 용어를 쓰지 않고 호위함이라고 한다든지 하는 것은 헌법위반이라는 비판을 피하기 위한 개념조작에 불과할 뿐이며 그 실질은 사실상의 군대이다.

게다가 1997년 9월 17일에는 국제평화유지활동에 협력한다는 명분으로 육상자위대 시설(공병)대대를 캄보디아에 파병하였다. 자위대라는 이름으로 재군비를 한 지 꼭 43년만의 일이었다.

2. '국민'과 국적법

1) '국민'

일본국헌법은 제1조에서 **"천황의 지위는 주권이 존재하는 일본국민의 총의에 기초한다"**고 하여 일왕이 주권자임을 부정하고, 전문 제1단에서는 **"주권이 국민에게 있음을 선언하고 이 헌법을 확정한다"**고 함으로써 국민주권주의를 명확히 하였다. 그리고 기본권의 향유주체를 신민(臣民)에서 국민으로 바꾸었다. 즉, **제11조**에서는 **"국민은 모든 기본적 인권의 향유를 방해**

---

10) 국제전략연구소, 『Military Balance 1997/1998』(U.K); 日本國勢図會, 『日本國勢図會』(國勢社, 1998), 534면에서 재인용.

11) 防衛廳, 『防衛白書』(1998), 142면.

12) 日本國勢図會, 『전게서』, 533면.

받지 않는다", 제14조에서는 **"모든 국민은 법앞에 평등하다"**고 규정한 것이다.

그러나 **"일본국민의 요건은 법률로 정한다"** 고 하여 기본권의 향유주체를 국민이라는 협소한 울타리에 가두려고 하였다. 그와 같은 움직임은 일련의 입법에서 찾아볼 수 있다. 자신들의 의지와는 상관없이 일본에 강제 연행되어 일본에 체류하고 있던 재일 외국인에 대한 아무런 법적 처우가 언급되지 않은 채 1950년 5월 4일 「국적법」이 제정되었다. 이어 소련을 제외한 연합국과 일본간의 전쟁종결선언에 해당하는 샌프란시스코 강화조약(일명 평화조약)[13]이 발효되는 1952년 4월 28일부터는 이제 법형식 논리상으로도 재일 외국인들은 외국인일 수밖에 없었다[14]. 그리고 1952년 4월 30일 「전상병자전몰자유족등원호법」(이하 「원호법」)의 부칙 제2항에서는 "호적법의 적용을 받지 않는 자는 당분간 이 법률을 적용하지 않는다"고 함으로써 결국 호적법의 적용을 받는 것이 국민임을 명확히 하였다.

물론 표현의 자유와 같이 모든 사람들을 인권의 향유주체로 규정한 조항도 없지 아니하다. 그러나 주요한 규정에 대해서는 '국민'을 그 향유주체로 하고 있다. 특히 법 앞의 평등과 관련하여서는 집요하게도 국민이 그 주체임을 명시하고 있다.

2) 국민개념의 편의적 적용

인권의 향유주체를 헌법에서 '누구든(person)'으로 통일하지 않고 '국민'으

---

13) 샌프란시스코 강화조약은 1951년 9월 8일 조인되어 1952년 4월 28일 발효되었다. 그 주요한 내용은 첫째, 연합국과 일본국 사이의 전쟁상태를 종결, 주권을 회복한다(제1조)는 것이고, 둘째 일본의 영토주권을 제한한다(제2조-4조)는 것이다. 특히 제2조에서는 '일본국은 조선의 독립을 승인하고 제주도, 거문도 및 울릉도를 포함한 조선에 대한 모든 권리와 권원 및 청구권을 포기한다'고 규정함으로써 한국의 독립을 추인하였다. 조약의 전문 및 교섭경위에 대해서는 다음을 참조할 것. 大嶽秀夫, 『戰後日本防衛問題資料集 第2卷(講和再軍備本格化)』(三一書房, 1992), 177면 이하.

14) 1952년 4월 19일, 일본 법무부민사국장에 의한 通達(「平和條約の發效に伴う朝鮮人臺灣人等に關 する國籍および戶籍事務の處理について」)에서는 조선 및 대만이 조약발효일로부터 일본국 영토에서 분리됨에 따른 조치로서 '조선인 및 대만인은 일본 내지에 있는 자를 포함하여 일본국적을 상실한다'고 규정하였다(法務民事甲 第438号).

로 한 것은 헌법조항만의 돌출적인 일은 아니었다. 일본국헌법이 제정되기 이전인 1946년 4월 2일에 발표된 「일본에 있는 비(非)일본인의 입국 및 등록에 관한 각서」와 1947년 5월 2일 「외국인 등록령」에서는 "재일 외국인을 당분간 외국인으로 간주한다"고 하여 외국인을 인권의 향유주체로부터 배제할 뜻을 내비추었다. 특히 1945년 12월 (개정)중의원선거법 부칙에서는 "호적법의 적용을 받지 않는 자의 선거권을 당분간 정지한다"[15]고 하여 참정권 부인의 뜻을 구체화하였다.

그러나 전범수형자의 보상요구에 대해서는 원호법부칙 제2항을 들어 이를 거부하면서도, 수형자에 대한 형집행만은 계속하였다. 샌프란시스코 강화조약 제11조에 의해 형집행 의무가 규정되어 있기 때문에 형집행을 계속한다는 것이었다. 즉 전쟁 범죄시에 일본국적이었으며 샌프란시스코 강화조약까지는 일본국적소유자라는 것이다.

여기에서도 엿볼 수 있듯이, 일본정부는 강제 연행되어 일본에 체류 중인 재일 외국인들의 권리향유에 대해서는 적극적으로 제한하면서도 이들에 대한 권리제한에 대해서는 폭넓게 인정하는 등 '국민'개념이 자의적으로 운용되고 있다.

Ⅲ. 전쟁책임과 일본국헌법 제9조

앞에서도 언급하였듯이 일본국헌법 제9조에 대하여 통설과 판례는 자위전쟁도 포기하고 군비를 철폐하는 것이라고 하고 있음에도 불구하고, 현실적으로는 세계 유수의 군사력인 자위대가 존재한다. 그렇다면 이와 같은 일본국헌법 제9조는 어떠한 역사적 경위에 의하여 조문화된 것일까 궁금하지 않을 수 없다.

---

15) 비록 日本內地에 국한되었다고는 하지만, 패전전에는 조선인과 대만인에 대하여도 「日本內地」에 사는 경우 「帝國臣民」으로써 참정권이 인정되었다. 중의원선거에는 총12명이 입후보하였고, 朴春琴씨가 東京에서 2번 당선된 바 있다.

1. 일본국헌법 제9조의 제정과정

1) 모스크바 3상회의와 극동위원회

일본의 패전은 일본정부가 1945년 8월 14일 포츠담선언을 수락하여 연합국에 무조건항복을 하면서 시작되었다. 미국은 미국 이외의 연합국가들이 일본에 대한 점령통치에 관여하기 전에 일본을 미국식의 체제로 재편하여 두고자 하였으며, 그래서 헌법개정작업을 서둘렀다. 특히 일본의 점령관리문제를 협의하기 위한 모스크바3상회의의 결과 소련 등이 참가하는 극동위원회가 발족되게 되고, **일본의 헌정기구의 근본적 개편에 관해서는 극동위원회의 승인을 얻어야 하였으므로[16] 극동위원회가 활동을 본격화하기 이전에 일본의 헌정질서를 재편**하여 기정사실화 할 필요가 있었다.[17]

2) '국체유지(國體護持)'와 GHQ의 헌법초안

그 때문인지 일본점령군 사령관 맥아더는 일본점령 초기부터 일본정부에 메이지헌법의 개정을 촉구하였다. 그러나 마쓰모토 죠지(松本 烝治)국무대신이 이끄는 헌법문제위원회의 작업은 진척이 느릴 뿐만 아니라, 이른바 甲案이나 乙案이나 하는 일본정부측 초안[18]들은 모두가 점령군이 동의할 수 있는 수준과는 너무나도 동떨어진 것이었다.

두개의 초안 모두가 결국은 **일왕을 패전전과 같은 형태로 온존시키는데 급급**했지, 미국이 생각했던 어느 정도 설득력을 갖는 수준의 헌법개정, 즉 왕제(天皇制)에 대한 과감한 손질과는 거리가 먼 것이었다.

그래서 연합국최고사령부(General Headquaters/Supreme Commander for the Alied Powers, **이하 GHQ로 통칭)는 1946년 2월 13일 헌법초안(이른바 맥아더헌법**

---

16) 일본에 대한 점령관리방식을 둘러싼 1946년 12월 16일의 모스크바 3상회의의 결과에 의하면 「일본의 헌정기구(constitutional structure)의 근본적인 개혁」은 미국, 영국, 중국, 호주 등 11개국이 참가하는 극동위원회가 활동을 시작하면(1946년 2월 26일) 그 결정에 따르지 않으면 안되었다. 豊下樽彦, 『日本占領管理體制の成立』(岩波書店, 1992), 361면 이하.

17) 管英輝,『米ソ冷戰とアメリカのアジア政策』(ミネルヴァ書房, 1992), 195면 이하.

18) 佐藤達夫編, 『日本國憲法成立史』제1권(有斐閣, 1962), 373면.

초안, 이하 GHQ초안으로 약칭)[19]을 제시하고 이것을 일본정부안으로 공표하도록 하였는데 그 골자는 일왕을 정치적 실권이 없는 상징적 존재로 하되 전력(戰力)은 폐지한다는 것이었다

이상과 같은 경위를 들어 보수적인 정치세력들은 일본국헌법은 '강요된 헌법(押し付け憲法)'에 지나지 않음을 강변한다. 1952년 샌프란시스코강화조약에 의해 점령상태도 종결이 되었으니 이제는 자주적인 헌법을 만들어야 한다는 것이다.[20]

그러나 이와 같은 주장은 일면적인 타당성이 있음에도 불구하고, 왜 맥아더 점령군사령부가 지도안을 만들지 않을 수 없었던가에 대한 설명에 대해서는 굳게 입을 다물고 있다.

3) 일본국헌법 제9조의 제안자

더군다나 자주헌법제정을 주창하는 세력이 결정적인 근거로 삼고 있는 제9조가 누구의 아이디어 또는 제안에서 비롯되었는가 하는 것을 살펴보면 '강요된 헌법(押し付け憲法)'에 불과하다는 주장은 더욱 더 그 설자리를 잃게 된다.

(1) 시데하라 제안설

1945년 8월 30일 연합군최고사령관 맥아더는 일본점령을 개시하여, 9월 2일에는 항복문서에 대한 조인을 받았다. 도쿄만에 정박한 미국의 전함 미주리호 위에서 시게미즈 마모루(重光 葵)와 우메즈 요시지로(梅津 美治郎)가 전권을 위임받아 항복 문서에 조인하였다. 이어 맥아더는 일본에 군정을 실시할 것을 요구하였으나, 일본 외무성이 간접통치를 간청하여 결국 점령은 간접통치의 방식을 취하였다. 그 결과 일왕과 국가의 권한은 연합군사령관에게 종속되었다. 그리고 연합군은 비군사화 민주화를 화두로 하는 점령정책을 실시하기 시작하였는데, 이 때의 일본측 시정책임자는 시데하라 키쥬로(幣原 喜重郎)수상이었다.

---

19) 古關彰一, 『新憲法の制定』(中央公論社, 1989), 96면 이하.

20) 自民党憲法調査會, 「中間報告」(1983年 8月); 自主憲法制定國民會議, 「新憲法の制定を要請する決意」(1980).

GHQ는 10월4일, 일왕에 대한 자유로운 토론, 정치범석방, 사상경찰폐지, 내무대신과 특고경찰 전원 파면, 통제법규폐지 등을 주요 내용으로 하는 「민주화지령」을 발표하였다. 군국주의와 국가주의를 일소하기 위한 것이었다.

이와 같은 일련의 사태에 직면한 시데하라수상의 고민은 왕제(天皇制)의 장래에 관한 것이었다. 특히 연합국의 일원인 소련, 호주 등은 일왕의 존재자체를 위험시하였다. 전쟁이 일왕의 이름으로 시작되었고 일왕의 이름으로 종결되었기 때문에 극동위원회를 비롯한 국제여론은 전쟁을 일으킨 장본인으로서의 일왕처벌을 강력하게 요구하고 있었기 때문이다. 그래서 시데하라는 병중에도 불구하고 천황제를 유지하는데 골몰하였다. 고민 끝에 그가 내린 결론은 다음과 같은 것이었다.

"이(일왕처벌문제-필자) 때문에 맥아더가 상당히 곤란에 처해 있는 것 같다. … **전쟁포기를 세계에 밝히어, 일본국민은 이제 전쟁을 하지 않을 것이라는 결심을 밝혀 신용을 얻고, 천황을 정치적 심볼로 할 것을 헌법에 명시**하면 강대국들도 이에 응할 수 있을 것이다".[21]

맥아더 자신도 전쟁포기의 제안자와 관련하여, "이 아이디어(전쟁포기)는 시데하라가 가르쳐 준것이다"[22]고 회고하고 있다.

시데하라제안설은 헌법초안작성을 직접 지휘했던 휘트니(Whitney)장군의 회고에서도 엿볼 수 있다. 휘트니는 맥아더노트의 제2원칙(군비폐지)은 맥아더원수가 시데하라수상과의 회견 직후에 적어 넣은 일반원칙을 표현한 것이라며 다음과 같이 1946년 1월 24일의 상황을 술회하고 있다. "… 오후 두시 반에 시데하라가 물러난 뒤 맥아더를 만나러 방에 들어갔다. 회견 전과 다른 맥아더의 표정을 통하여 무언가 중대한 것이 일어났음을 직감하였다. 맥아더는 다음과 같이 설명하여 주었다. 그(시데하라-필자)는 새로운 헌법을 제정할 때 전쟁과 군비를 영구히 포기하는 조항을 넣을 것을 제안하였다. … 그리고 헌법초안의 준비를 서두르도록 나에게 지령을 내렸는데 이 때 다음 원칙을 반드시 넣어야 한다고 하였다. 즉 '국권의 발동에 의한 전쟁은 포기한다'. 이 원칙은 총사령부의 운영위원회가 만든 초안(GHQ초안-필자)에 들어있다. 총사령부와 마쯔모토위원회 멤버사이에 한달 여에 걸친 헌법초안에 대한 토의가

21) 田中英夫, 『日本國憲法制定過程の覺え書』(有斐閣, 1979), 94면.
22) Douglas · MacArthur, *Reminiscences*, (N.Y., McGraw-Hill, 1964), 302-3면.

있었음에도 불구하고 전쟁조항만은 일본측으로부터 한번도 그리고 어떠한 형태로도 반대나 고충을 들어본 적이 없었다".[23]

(2) 맥아더 제안설

한편, 원활한 점령통치를 위해 일왕의 이용가치에 주목한 것은 스팀슨(H. L. Stimson)육군장관과 맥아더였다. 류오지마(硫黃島), 오키나와(沖繩) 등을 점령하는 과정에서 일어났던 일본군의 격렬한 저항을 피하기 위한 방안을 고민해 왔던 스팀슨 미육군 장관은 일찍이 일왕의 존재에 대하여 주목하였다. "각지에 산재하여 아무런 권위에도 복종하려 하지 않는 일본군을 확실하게 항복시키기 위해서는 천황을 존속시켜 천황을 미군의 지휘감독 하에 둘 필요가 있다. 천황은 일본인의 국가관에 있어서 유일한 권위의 원천이 아닌가".[24]

또한 맥아더자신도 이러한 일왕의 이용가치에 대해 주목하였다. 한발의 총성도 없이 한방울의 피도 흘리지 않고 일본본토를 점령할 수 있었던 데에는 일왕의 항복선언이 절대적인 영향력이 있었음을 간파한 맥아더는 이에 전율하면서도 동시에 일왕을 점령통치에 효과적으로 이용하는 방법을 생각하지 않을 수 없었다.

그러나 맥아더 사령관이 전력(戰力)폐지를 규정한 이러한 헌법안의 작성을 지시한 것은 단순히 일왕을 살려 점령통치에 이용하기 위한 것만은 아니었다. 게다가 그것은 전쟁의 참화를 일선에서 겪은 맥아더가 전쟁에 대한 회의와 반성 때문에 평화주의자로 재탄생 하다 보니 그런 것은 더더욱 아니었다. 그는 여전히 '병기와 전쟁, 더욱이 희생적 행위를 전문으로 하는 직업은 국가를 위해 여전히 필요하며 전쟁에서는 승리만이 최고이다'는 직업군인으로서의 사고를 일본국헌법 제정 후에도 변함없이 술회하고 있다.[25]

노회한 직업군인 맥아더는 제2차 세계대전을 좌우했던 것이 공군력이라고 본능적으로 판단하고 있었다. 그래서 **"일본본토를 戰力을 폐지한 형태의 헌**

---

23) 憲法制定の經過に關する小委員會, 『日本國憲法制定の由來』(時事通信社士, 1961), 271-2면.

24) 『전게서』, 75면.

25) Theodore H · McNelly, "General MacAther's Pacifism", *International Jounal on World Peace* 6, no.1 (Jan.-Mar. 1989), 41-59면.

법 하에 두고, 그 대신에 강력한 공군기지를 오키나와에 두면 동북아시아에서의 미국 이해는 얼마든지 관철시킬 수 있을 것"[26]이라고 생각했다. "미국의 전략상의 경계선은 이미 남북아메리카의 서해안에 있는 것이 아니라, 아시아대륙의 동해안선에 위치한다"고 전제하고 "과거에는 방위문제의 중심은 필리핀부근에 있다고 보았지만 이제는 그렇지 않다"[27]고 맥아더는 생각하였다. "미국이 전략상의 경계선으로 삼아야 할 곳은 알류우산열도, 일본의 구 위임통치제도, 필리핀, 오키나와를 포함한 유자형 지역이고, 오키나와는 이중에서도 사활적 중요성을 갖는 지점"[28]이라고 보았던 것이다.

즉 맥아더는 오키나와의 군사화를 전제로 본토의 비무장화를 생각하고 있었던 것이다.

(3) 제9조의 제안자

이상과 같은 맥아더의 인식은 헌법 제9조의 제안자가 누구였는가 하는 문제를 이해하는데 있어 많은 시사점을 준다. 일설에는 일본국헌법 제9조에 대한 맥아더의 생각을 1935년의 필리핀헌법에서 구하기도 한다. 물론 1935년 필리핀헌법은 제2조 제4절에서 "필리핀은 국책수행의 수단으로서의 전쟁을 포기하고, 일반적으로 확립된 국제법의 제원칙을 국가법의 일부로서 채용한다"고 규정하고 있다. 그리고 맥아더가 1935년 필리핀 국민군의 군사고문이었고, 따라서 맥아더가 GHQ초안을 만들 때 필리핀의 1935년 헌법을 염두에 두었으리라[29]는 것은 충분히 생각해 볼 수 있겠다. 하지만 위에서 살펴본 바와 같은 맥아더의 비무장개념='본토만의 비무장'을 생각해볼 때는 필리핀헌법과의 관련을 유추하여 맥아더를 평화주의자·이상주의자로 규정하는 것은 논리적 비약일 것이다.

일본국헌법 제9조는 일왕을 전범으로부터 제외하여 살려보고자 하는 일본측의 물밑교섭과 미국 특히 맥아더의 군사전략 개념이 빗어낸 합작품임을 알

---

26) Views of Jeneral of the Army Dogulas MacArther on Rearmament of Japan(Annex B of JCS 1380/48) April 16, 1948, U.S. National Archives.

27) "Conversation between MacAther and Kennan", March 5, *Foreign Relations of the United States 1948*, VI, 701면.

28) Ibid., 704면.

29) 古關彰一, 『전게서』, 105면.

수 있다. 다시 말해 일본국헌법 제9조를 평화주의자 맥아더가 자기이상을 실현하기 위하여 일본측에 일방적으로 강요했다는 주장은 그다지 현실성을 갖지 못한다.

2. '피뢰침'으로서의 일본국헌법 제9조

1) 일본정부측의 수락

이러한 우여곡절 끝에 만들어진 GHQ초안은 1946년 2월 13일 일본정부측에 전달되었다. 이 자리에 일본정부에서는 요시다 시게루(吉田 茂)외무대신, 마쯔모토(松本)국무대신 및 시라스 지로(白洲 次郎)종전(終戰)연락국사무국차장 등이 참가하였다.[30] 휘트니는 "일전에 일본측이 제출한 헌법개정안은 자유와 민주주의의 문서라고 보기 곤란하여 최고사령관이 이를 수용할 수 없다고 합니다"고 전제하고서, 그러나 "일본국민이 과거와 같은 부정과 전제적 지배로부터 자신들을 지킬 자유롭고 개명적인 헌법을 강렬히 요망하고 있음에 비추어 작성된 이 문서가 일본정세가 요구하고 있는 원리들을 구현하고 있으므로 이를 전하라고 명령하였습니다"[31]고 하였다.

이에 대한 일본정부내의 반발도 만만치 않았다. 3월 18일 마쯔모토국무상은 자신의 안을 옹호하기 위해 「헌법개정안설명보충」을 총사령부에 제출하였다. 그러나 총사령부는 이를 단호히 거절하였다. 2월 22일 일본정부는 시데하라 수상으로 하여금 맥아더와 직접 회담하게끔 하여 맥아더의 진의를 확인코자 하였다. 그러나 맥아더와의 회담 후 시데하라수상은 이 GHQ초안의 포인트로서 "천황을 국가의 상징으로 하는 규정과 전쟁포기 규정을 맥아더가 대단히 열심히 설명하였음을 각료들에게 생생하게 소개하였을 뿐이었다". 왕이 실권 없는 상징에 불과할 수도 있다는데 놀란 각료들이 기나긴 난상 토론에 들어간 것은 너무나 당연한 일일지도 몰랐다.

---

30) リチャ-ド・B・フィン(內田健三監修), 『マッア-サ-と吉田茂』上(同文書院インタ-ナショナル, 1993), 156면 이하.

31) 「一九四六年二月一三日, 最高司令官に代わり, 外務大臣吉田茂氏に新しい日本國憲法草案を手交した際の出來事の記錄」, 高柳賢三外, 『日本國憲法制定の過程』第1卷(有斐閣, 1972), 323면.

그러나 한편으로는 당시의 시데하라 수상을 비롯한 일부의 권력자들은 오히려 연합국에 의한 점령관리체제의 진전이 왕제(天皇制)의 폐지에까지 이르게 될지도 모른다는 데에 더 큰 두려움을 가지고 있었다.

이러한 사태의 추이를 누구보다 민감하게 받아들인 것은 일왕이었다. 요시다를 데리고 시데하라가 일왕을 방문하여 이 헌법개정안에 관한 의견을 요구하였으나, "놀랍게도 천황은 주저하는 기색도 보이지 않았다. 오히려 천황은 시데하라에게 설령 자신의 정치적 기능 모두를 빼앗기더라도 전면적 지지를 보내도록 권유하였다"[32]는 것이다.

일왕을 전쟁범죄인으로 처벌할 것을 요구하는 세계여론이 비등하는 가운데, 마쯔모토의 헌법개정안 정도로는 이 파고를 헤쳐나갈 길이 없다는 것을 누구보다 빨리 간파한 것은 다름 아닌 일왕과 시데하라였던 것이다. 시데하라수상과 일왕은 결국 맥아더사령부가 작성한 헌법초안을 받아들이는 것만이 일왕의 목숨을 보전하는 길임을 알고 이를 수락하였다.[33]

2) 징벌적 의미로서의 일본국헌법 제9조

이상과 같이 일본국헌법 제9조는 일왕에게 돌아갈 낙뢰를 회피하기 위한 피뢰침으로서의 역할을 하였음을 알 수 있다.

물론 일본국헌법 제9조가 평화주의 이념을 선구적으로 구현하고 있음은 부정할 수 없다. 앞에서도 언급하였지만, 헌법학자 미야자와 도시요시(宮澤俊義)는 제9조의 대하여 다음과 같이 설명했다. "세상에서 전쟁을 없애기 위해서는 모든 나라가 절대로 전쟁을 하지 않겠다고 결심할 필요가 있다". 이와 같은 논지는 1928년의 켈로그·브리앙 조약(부전조약)을 염두에 두고 있는 것 같다. 이를 체계화하여 후카세 타다카즈(深瀨忠一)는 일본국헌법 제9조는 1928년의 부전조약(켈로그·브리앙조약)을 헌법에 선구적으로 명문화했다고 하였다.[34] 그러므로 일본국헌법 제9조는 비록 점령하에 만들어졌다고 할지라도 보편적인 이념을 구현한 것이며, 이를 지켜야 한다는 논리이다.

---

32) 憲法制定の經過に關する小委員會, 『전게서』, 301면.
33) 浦田, 『전게서』, 6면.
34) 深瀨忠一, 『戰爭抛棄と平和的生存權』(岩波書店, 1987), 68면, 155면 이하.

하지만, 이러한 논리에도 나름대로의 함정이 도사리고 있다. 일본국헌법 제9조를 이와 같은 몰역사적인 헌법정신에 근거하여 강조하는 것은 자칫 하면 일본국헌법 제9조에 대한 징벌적 의미를 망각하는 논리에도 연결될 가능성이 있다.[35] 그리고 왜 군비철폐를 명문으로 규정하였는가에 대한 직접적 계기를 설명하지 못하는 맹점도 가지고 있다.

아무튼 일본국헌법 제9조는 그 획기성에도 불구하고 전범 일왕을 위한 피뢰침으로서의 역할도 하였던 것이다. 그것은 일본국헌법 제9조가 결과적으로 전쟁책임에 대한 징벌의 의미를 함축하고 있음을 알 수 있다.

Ⅳ. 전후보상과 '국민'

일본국헌법이 비록 일왕을 상징적 존재로 남기기는 하였으나, 일왕이 주권자임을 정면으로 부정하고, 전문 제1단에서는 "주권이 국민에게 있음을 선언하고 이 헌법을 확정한다"고 함으로써 국민주권주의를 명확히 하였다는 것에 대해서는 앞에서도 언급한 바 있다. 그러나 이와 같은 획기적인 변화에도 불구하고, 자신들의 의지와는 상관없이 일본에 강제 연행되어 일본에 체류하고 있던 재일 외국인의 법적 처우는 그리 달라진 것이 없었다. 특히 이들에 대한 아무런 법적 처우가 언급되지 않은 채 1950년 5월 4일 「국적법」이 제정되고, 호적법의 적용을 받는 자를 국민이라고 규정한 것은 전쟁책임과 어떠한 상관관계에 있는 것일까.

1. 외지법(식민법)의 유산

35) 직접적인 연관성은 없으나 전쟁책임을 망각하고자 하는 정치논리로 등장한 '보통의 국가'론, '보통의 헌법'론 역시 몰역사적인 헌법정신에 기초하고 있다. '보통의 헌법'론이란 군대를 규정한 헌법을 지칭하는 것으로 군대를 갖지 못하도록 규정한 헌법은 '이상한 헌법'이라는 것이다. 이는 자위대를 합헌화시키려는 개헌논의에 다름아니다. 이러한 비판적 논지를 펴는 것으로서는 浦田一郎,『現代平和主義立憲主義』(日本評論社, 1995).

1) 호적에 의한 내지인과 외지인의 구별

외국인을 배제하기 위해 내지인과 외지인을 구별하고 그 기준을 호적법을 중심으로 하던 법해석은 식민통치시대의 법제에 그 뿌리를 두고 있다. 패전전 일본은 조선과 대만을 합병하여 식민통치를 행하면서도 메이지헌법을 식민지에 적용하지 않았다. 식민지에 메이지헌법이 적용되는지 여부에 대해서는 입헌주의학파라 불리는 미노베 타쯔키치(美濃部 達吉)[36]조차도 식민지에는 메이지 헌법이 적용되지 않는다고 하였다. 식민지에 메이지헌법의 적용을 주장한 것은 오히려 신권주의학파인 호즈미 야쯔카(穗積 八束)[37]였다. 그러나 그 경우도 인권보장 또는 내외평등과는 거리가 멀었고 제국의 영토인 이상 당연히 적용되어야 한다는 차원의 패권주의적 발상에 지나지 않았다.

결국 메이지 헌법의 적용을 받는 것은 '일본인으로서 피를 나눈 사람들' 즉 (일본)호적법(戶籍法)의 적용대상자에 불과하였다. 조선민사령(朝鮮民事令, 1912년)과 조선호적령(朝鮮戶籍令) 적용대상자 그리고 대만인(臺灣本島人)에 대한 특별율령(特別律令, 1932년), 대만총독부령(臺灣總督府令, 1933년), 호구규칙(戶口規則, 1935년) 적용대상자는 외지인으로 취급되어 일본 신민의 축에도 끼지 못하였다. 인권조항이 있으면서도 장식적 의미 밖에 갖지 못하였던 메이지헌법, 그리고 거기에서의 신민에도 외지인들은 끼지 못하였던 것이다. 외지인들에게는 그저 식민지 백성으로서의 의무만이 존재할 뿐이었다.

2) 국적보유자란 호적을 내지에 두고 있었던 자

호적에 의한 내외차별은 일본이 전쟁에 패한 후에도 계속되었다. 1945년 12월에 개정된 중의원선거법 부칙에서는 여전히 '호적법 적용을 받지 않는 자의 선거권을 당분간 정지'한다고 하여 일본민족으로서의 피를 공유하지 못한 자를 배제하고 있다.[38] 재일 조선인은 치안문제와 결부시켜 생각하였을 뿐이며, 단속의 대상일 뿐이었다. 1946년 4월 2일 「일본에 있는 비(非)일본인

---

36) 미노베의 헌법사상에 대한 분석으로서는 김창록, 「일본에서의 서양헌법사상의 수용에 관한 연구」(서울대학교 박사학위논문, 1994) 특히 68면 이하를 참조.
37) 호즈미의 헌법사상에 대한 분석으로는 「같은 논문」, 33-51면 참조.
38) 姜尙中, 『전게서』, 21면.

의 입국 및 등록에 관한 각서」가 GHQ에 의해 발표되자 일본정부는 「외국인 등록령」(1947년 5월 2일)을 발표하고, '당분간'이라는 조건을 붙였지만 **외국인으로 간주한다는** 뜻을 명확히 하였다. 등록대상이 된 조선인들은 등록과 관련된 각종 의무를 지워야 했고 의무위반자에 대해서는 형벌과 퇴거명령을 가하였다.[39]

그리고 일본민주화를 달성하기 위한 총화로서 만들어진 일본국헌법이 제정된 이후에도 이러한 상황은 그다지 변하지 않았다. 1950년 5월 4일 「국적법」에서는 재일 외국인 특히 60여 만명에 달하는 재일 조선인에 대한 법적 처우에 대하여 아무런 규정을 두지 않고 있다. 다만 1952년 **「법률 제126호」**에서 재일 조선인의 잠정적 재류만을 인정하고 있을 뿐이었다.[40] 더군다나 1952년 4월 30일 제정된 「전상병자전몰자유족등원호법」(이하 「원호법」) 부칙 제2항에서는 "호적법의 적용을 받지 않는 자는 당분간 이 법률을 적용하지 않는다"[41]고 하여 호적에 의한 내외차별을 명확히 하고 있다.

이러한 내외차별은 수형자에 대한 형집행에 있어서는 위선적으로 나타났다. 재일 조선인들에게 권리를 부여하는 법률 등에서 국적을 이유로 이들을 차별하였다면, 의무를 부과하는데 있어서도 이들을 달리 취급하였어야 마땅할 것이다. 그러나 이들에게 의무를 부과하는데 있어서는 내외국인을 동등하게 대하였다. 형식논리상 1952년 샌프란시스코강화조약까지는 일본국적소유자이고, 전쟁 범죄시에 일본국적을 가지고 있었으며, 강화조약 제11조에 의해 형집행 의무가 있음을 이유로 형의 집행을 계속하였던 것이다.[42].

2. '국민'과 기본권의 주체

호적에 의한 내외차별이 일소될 수 있는 역사적인 계기가 전혀 없었던 것은 아니었다. 미국을 비롯한 연합국은 새로운 헌법의 제정을 통하여 일본의

---

39) 姜徹, 『在日朝鮮人の人權と日本の法律』(雄山出版社, 1994), 151면.
40) 『같은 책』, 152면.
41) 『같은 책』, 173면.
42) 福岡安則, 『在日韓國人・朝鮮人』(中公新書, 1993), 38면; 內海愛子, 『朝鮮人BC級戰犯の記錄』(勁草書房, 1982) 참조.

전쟁책임을 묻고 평화적이고 인권을 존중하는 국가로 태어날 수 있도록 하고자 하였다. 포츠담선언 수락은 일본의 최종적이고 무조건적인 패전을 의미하였으며, 패전국 일본에 대한 연합국의 태도는 강고하였다. 일본이 다시금 전쟁을 일으키지 않도록 당장은 무장을 해제하는 것이 급선무였다. 그리고 그에 못지 않게 중요하게 생각되었던 것은 일본이 두 번 다시 군국주의 국가가 되지 않도록 국가적 토양을 바꾸는 작업이었다.

이러한 방침은 점령이전 단계에서도 명확히 드러났다. 1945년 6월 12일 삼성조정위원회(SWNCC)가 작성한 「(일본)항복 후의 미국의 초기 대일 방침」(이하 「초기대일방침」) 에서는 군정의 목적을 비군사화, 민주화, 자유주의화라고 설정하고, '인권존중'을 강조하였다. 그리고 이러한 「초기대일방침」을 구체화한 것이 「일본 통치제제의 개혁」이라는 문서였다.

1) 「일본통치체제의 개혁」

미국이 1946년 1월 7일 「일본통치제제의 개혁」이라는 문서에서 인권을 강조한 것은 메이지헌법 하의 인권상황에 대한 통렬한 비판을 표현한 것이었다. "일본의 국민은 특히 과거 15년간 사실상 헌법이 그들에게 보장하고 있는 인권의 대부분을 빼앗겼다. 헌법에서조차 법률에 의하면 제한할 수 있다고 하여 많은 국민이 무권리상태에 있었을 뿐만 아니라 이를 일본신민에 한정하고 있어서 더욱 더 문제였다"고 지적하여,[43] 군국주의 국가의 토양은 다름 아닌 인권무시와 내외차별에 의해 형성되었음을 밝혔다.

이와 같은 상황인식에 기초하여 「일본통치체제의 개혁」이라는 문서에서는 "일본신민 및 일본의 통치권이 미치는 범위에 있는 모든 사람(all persons within Japanese jurisdiction)에 대하여 기본적 인권을 보장해야한다"고 특별히 명시하였던 것이다. 자신들의 의사와 관계없이 일본에 끌려와 있는 많은 외국인을 겨냥하여 이 문서가 위와 같이 규정한 것임은 두말할 나위 없을 것이다.

"일본의 헌법(메이지헌법-필자)은 다른 헌법에 비하여 기본적 제권리가 제대로 보장되고 있지 않다. 모든 사람(all person)에 대하여 기본권을 인정하는

---

43) SWNCC228 「Reform of Japanese Government System」, 高柳賢三外, 『日本國憲法制定の過程』(有斐閣, 1972), 429면.

것이 아니라 일본 신민에 대해서만 적용한다고 규정하여, 일본에 있는 다른 사람들은 보호대상에서 제외하고 있기 때문이다".[44] 그러므로 「일본 신민 및 일본의 통치권이 미치는 범위내에 있는 모든 사람에 대하여 기본권을 보장한다는 취지를 헌법에 명문으로 규정해야 한다(explicit provision in the constitution). 이는 민주주의이념 발달을 위한 건전한 조건을 창출하고, 일본에 있는 외국인(foreigners in Japan)에게도 이제까지 누리지 못하였던 보호를 부여하기 위한 것이다".[45]

2) GHQ초안[46]

1946년 2월 13일에 일본정부측에 전달된 GHQ초안은 이상과 같은 「일본통치제제의 개혁」이라는 문서의 지적을 다음과 구체화하고자 하였다.

제13조 : 모든 자연인은 법 앞에 평등하다(All natural persons are equal before the law) 인종, 신조, 성별, 사회적 신분, 카스트 제도나 출신국(national origin)에 따라 정치적 관계, 경제적 관계 또는 사회적 관계에서 차별해서는 안된다.

제16조 : 외국인은 법의 평등한 보호를 받는다(Aliens shall be entitled to the equal protection of law).

3) 일본정부안

(1) 3월5일 초안

GHQ초안을 비밀리에 전달받아 일본정부가 자신들의 문장으로 재구성하여 처음 선보인 것은 1946년 3월 5일이었다. GHQ초안에서 "모든 자연인은 법 앞에 평등하다"고 한 것을 일본 정부의 3월5일 초안은 "모든 국민은 법률 앞에서 평등하다"로 수정하였다. 이에 대하여 GHQ 측에서는 '국민'을 '자연인'으로 되돌려 놓으라고 지적하였다. 그리고 일본 정부안이 '인종, 성별, 사회상의

44) 『같은 책』, 431면.
45) 『같은 책』, 433면.
46) 『같은 책』, 274-5면.

신분 및 문벌'이라고 표현한 곳에 national origin(외무성 번역으로는 국적기원)이 들어 있지 않다고 지적하였다.

이에 대하여 일본측에서는 GHQ초안의 제16조에 "외국인은 법의 평등한 보호를 받는다"고 규정하고 있는데, 이 조항과의 관계는 어떻게 되느냐고 반문하였고, 이에 대하여 GHQ측은 일본국민과 평등하게 보호를 받는다는 의미라는 응답을 하였다.[47]

결국 GHQ초안의 제16조가 삭제되었으나 일본정부의 3월 5일 초안은 다음과 같이 수정되어 「일본통치제제의 개혁」의 지적을 크게 벗어나지 않았다.

모든 자연인은 **일본국민인가의 여부를 묻지 않고** 법 앞에 평등하며, 인종, 신조, 성별, 사회상의 신분 또는 문벌 또는 국적에 의한 정치상 경제상 또는 사회상의 관계에서 **차별을 받지 않는다.**

(凡テノ自然人ハ其ノ日本國民タルト否トヲ問ハズ法律ノ下ニ平等ニシテ人種、信條、性別、社會上ノ身分若ハ門閥又ハ國籍ニ依リ政治上、經濟上又ハ社會上ノ關係ニ於テ差別セラルルコトナシ)[48]

(2) 헌법개정초안 요강(3월6일 초안)

GHQ측은 이상과 같이 협의된 내용을 포함한 초안전체를 3월 5일 중에 발표할 것을 제안하였다. 그러나 일본정부는 자구정리와 그 밖의 준비 등의 형편을 이유로 하루 연기하였다. 그리고 이 단계에서도 재일 외국인을 평등조항으로부터 배제하기 위한 개악의 시도가 있었다. GHQ의 지적에 의해 삽입하기로 되어 있었던 national origin이 삭제되었으며, '일본국민인가의 여부를 묻지 않고'(日本國民タルト否ト=Japanese or alien)가 다시 삭제되었다.

이상과 같은 일본측과 GHQ와의 줄다리기 끝에 발표된 3월 6일 초안의 평등조항은 그 주어를 '모든 사람은'이라고 유지하기는 하였으나 다음과 같은 문구로 바뀌어 있었다. 다시 말해 GHQ초안으로부터 멀어져 가고 있었던 것이다.

모든 사람은 법앞에 평등하며, 인종, 신조, 성별, 사회적 지위 또는 문벌에 의한 정치적, 경제적 또는 사회적 관계에서 차별을 받지 않는다.

(凡テノ人ハ法ノ下ニ平等ニシテ人種、信條、性別、社會上ノ身分若ハ門閥ニ依

47) 佐藤達夫, 『日本國憲法成立史』第3卷(有斐閣, 1994), 118면.
48) 『같은 책』, 165면.

リ政治上、經濟上又ハ社會上ノ關係ニ於テ差別セラルルコトナシ)[49]

4) GHQ와의 줄다리기(4월13일 초안)

일본정부측은 여기에 만족하지 않고 그 후에도 세 차례에 걸쳐 GHQ와의 끈질긴 줄다리기를 시도하였다. 특히 일본정부측은 '모든 사람은'을 '국민은'으로 바꿀 것, '누구든'을 '국민'으로 변경한다는 내부방침까지 정하였다.[50] 그러나 GHQ의 긍정적인 대답을 얻지 못할 것으로 예상하여 결국은 세 차례에 걸친 교섭에 내비치지 않은 채, 교섭의 결과라고 내세운 4월 13일 초안에서는 영문은 그대로 놓아둔 채 일본어번역문을 다른 조항과 함께 슬그머니 다음과 같이 바꾸었다. 이 조항이 속한 장의 명칭이 '국민의 권리와 의무'이므로 그 주어도 모두 국민으로 바꾸어야 한다는 것이었다. 그 결과 다음과 같이 '모든 사람은'이 '모든 국민은'으로 바뀌고 말았다.

모든 국민은 법앞에 평등하며, 인종, 신조, 성별, 사회적 지위 또는 문지에 의한 정치적, 경제적 또는 사회적 관계에서 차별을 받지 않는다.[51].

그러나 그것도 궁색하기 짝이 없는 명분이었다. 16조(청원권),18조(苦役금지), 20조(신교의 자유), 31조-35조(적법절차 등)의 '국민'은 GHQ의 요구대로 그 주체가 누구든(person)으로 되어 있었던 것이었다.

이와 같은 줄다리기는 자신들의 의사와 관계없이 일본에 끌려와 일본에 정주하고 있는 많은 외국인들을 전후보상으로부터 배제하기 위한 것이었다. 정확히 이야기하면 의무는 지우되 권리의 향유주체가 되지 못하도록 하기 위한 일본정부의 의도가 깔려 있었다고 할 것이다.

3. 전쟁책임과 '국민'

새로운 헌법의 제정으로 말미암아 일본민족이라는 말은 우익의 전매특허가 되고 평화주의 또는 진보적인 견해를 갖는 사람들에게는 기피해야 하는 단어로 바뀌었다. 그러나 일본민족에게만 인정되던 신민의 권리가 일본인으

---

49) 『같은 책』, 190면.
50) 『같은 책』, 242면.
51) 『같은 책』, 338면.

로 바뀌었다고는 하지만 내용상 변한 것은 별로 없었다. 일본국민 또는 국민주권이라는 말에서의 국민의 범위가 결국은 호적법을 토대로 하였기 때문에 일본국내에 거주하는 구식민지 출신자는 여전히 국민으로부터 배제되고 있었던 것이다. 대표적인 예가 **호적에 의한 원호대상자의 차별**[52]이다.

원래 일본 패전 전부터 실시되고 있던 전쟁희생자에 대한 원호정책에 대하여 점령군은 못 마땅해 하였다. 특히 1945년 11월의 GHQ각서 제338호에서 GHQ는 "군대에 복무하였다하여 일반인보다도 두텁게 보상하는 제도는 군국주의의 온상이므로 이를 인정할 수 없다"고 하였다. 결국 1946년 2월 군인 은급은 폐지되고, 같은 해 9월에는 공습피해자를 대상으로 한 「전시재해보험법 및 전상자에 관한 군사부조법」까지 폐지하였다. 그리고 필요한 경우는 일반적인 사회보장제도에 의해 구제하여야 한다고 하고 이를 위해 생활보호법이 제정되었다.

미군 점령기에는 이러한 정책이 유지되었으나, 1952년 4월 28일 샌프란시스코 강화조약의 발효에 의해 일본이 주권을 회복하게 되자 일본정부는 다시금 전쟁희생자의 원호를 재개하였다. 우선 전상병자·전몰자유족 등 원호법(1952년)이 제정되고 '전상병자'와 '전몰자유족'이 그 대상이 되었다.

그러나 군에 복무했으면서도 구 식민지출신자들은 외국인이라는 이유로 배제되었다. 전범수형자의 보상요구에 대해서는 원호법부칙 제2항을 들어 "조선인들은 일본의 국적은 가지고 있어도 식민지에 호적을 두고 있기 때문에 일본의 호적법이 적용되지 않는 자들이므로 원호법의 적용대상에서 제외"[53]되었다. 이후 미귀환자, 인양자, 피폭자 등을 대상으로 각종 원호입법이 제정되었다. 이들 대부분은 '국적조항'을 두고 있다.[54][55]

---

52) 『같은 책』, 173면.

53) 구서독의 연방전쟁희생자원호법(Bundesversorgungsgesetz)은 독일 국적보유자의 여부를 묻지않고 해당자는 급부청구권을 갖는 것이라고 하였다.

54) 예외적으로 「국적조항」이 없는 법률이 있는데, 그것은 「원폭피해자의 의료등에 관한 법률」, 「원자폭탄피해자에 대한 특별조치에 관한 법」, 「원자폭탄피해자에 대한 원호에 관한 법률」이다. 이 법에서는 일본에 재류하는 원폭피해자에 대해서는 국적과 관계없이 수혜대상이 된다.

55) 일련의 원호입법의 「국적조항」의 부당성을 다투기 위한 4건의 재판이 東京, 大阪, 京都, 大津의 재판소에서 있었다. 1994년 7월에는 東京지방재판소가, 1995년 10월에는 大阪지방재판소가 원고패소판결을 내렸다. 東京지방재판소의 경우 "입법부작위의 상황

그밖에 각종 사회보장관계법령으로부터 국적에 의한 차별이 이어지고 있다. 국민연금법의 피보험자의 자격이 '일본국내에 주소를 둔 20세 이상 60세 미만의 일본국민(제7조)'으로 되어 있다가, 김현균(金鉉鈞)씨 소송[56]을 계기로 1982년 '일본 국내에 주소를 둔 20세 이상 60세 미만인 자'로 개정되었다. 생활보호법(1950년) 제1조에서 "생활이 곤궁한 국민에 대하여 … 최저생활을 보장한다"고 규정하였다가, 1981년 일본이 난민조약에 가입하면서 국적조항 삭제하기 위해 국민을 주민으로 바꾸었을 뿐이었다.

결국 주요한 인권조항이 그 향유주체를 국민으로 하고 있는 것은 전쟁희생자에 대한 각종 원호입법과 사회보장입법에서 재일 외국인을 배제하기 위한 것이었으며, 이들의 존재를 인정하지 않음으로써 전쟁책임에 비롯한 각종 전후보상으로부터 벗어나기 위한 헌법적 시도가 아니었나 생각된다.

V. 맺음말

이상과 같이 일본국헌법은 그 획기성에도 불구하고, 그 획기성이 전쟁책임에 대한 자주적 반성에 기초하여 이루어 졌다기 보다는 전쟁책임을 회피하는 과정에서 탄생되었다는 것을 알 수 있다. 전쟁책임 추궁의 성난 파도가 한풀 꺽이면, 전쟁책임보다는 무책임의 논리가 고개를 들 것이고, 평화보다는 실력이, 평등보다는 차별이 앞서는 현실이 전개되리라는 것은 어쩌면 예견된 것이었다고도 볼 수 있을 것이다. 일본국헌법이 찬사와 혹평을 한몸에 받았던 것은 이러한 태생의 한계에도 그 원인을 찾아볼 수 있다 할 것이다. 일본국헌법 제9조에도 불구하고 자위대가 실재하며, 평등을 내세우면서도 강제 연행된 재일 외국인들의 권리는 제한하고 있는 현실이 이를 입증하고 있다 하

에 있음"을 지적하는데 그쳤고, 大阪지방재판소의 경우 "위헌의 의심이 있다"고 지적하는데 머물렀다. 東京지방재판소의 원고인 石成基씨(1921년생)는 군속으로 남방전선에 끌려나가 부상을 입고 오른 팔을 절단(제3항 病)하였다. 같은 부상을 당한 일본인 상이군인은 1952년 원호법제정부터 1993년까지 6000여만엔의 보상을 받은 바 있다.

56) 1910년부터 일본에 거주하고 11년에 걸쳐 보험료를 납입, 1983년 항소심에서 승소. 吉岡增雄外, 『在日外國人と日本社會』(社會評論社, 1984), 141면 이하.

겠다.

일본국헌법이 탄생의 우여곡절에도 불구하고 보편적인 가치를 담보한 헌법[57]으로 찬사를 받기 위해서는 헌법규범에 맞게 자위대가 폐지되어야 할 것이고, 기본권의 향유주체를 국민에 한정하지 않고 인간의 권리로 위치 지울 수 있는 헌법해석상의 고려가 필요할 것이다. 그리고 이를 위해서는 피해당사국의 하나인 한국의 법학계가 일본국헌법의 성립사를 좀더 우리의 관점에서 분석하고 역사적으로 인식할 필요가 있다 하겠다. 그리고 그 실마리는 아마도 전쟁책임의 문제로서 일본국헌법사에 접근해보는 일일 것이다.

외국의 법제사를 비교 소개하는 것은 단순한 소개자체로서도 그 의의를 갖을 있겠으나 일본국 헌법의 경우 그 성립사적인 측면에서 보았을 때 그 이상의 현재적 의미를 발견할 수 있는 것은 바로 이와 같은 이유 때문일 것이다.

---

57) 물론 이러한 한계점이 노출된 이후에도 일본헌법학계의 다수가 일본국헌법을 비교헌법사를 동원하여 보편적 가치를 담고 있으며 선구적이라고 강조하면서 현행 헌법을 지켜야 한다고 할 수밖에 없었던 것은 물론 그 현실성이 전혀 없는 것은 아니다. 문제점을 시정하기 위한 헌법개정은 일본국헌법 제9조에 대한 개정으로 이어질 것이고, 이는 자위대를 합헌적인 실체로 추인하고 말 위험성이 내포되어 있었을 것이다.

Responsibility of the WWII and Constitution of Japan

Lee, Kyeong-ju*

Japanes especilay professor who major in constitution were proud of the the Constitution of Japan. Because the most important principles of the Constitution of Japan are pacifism and popular sovereignty. Pacifism took concrete article 9. and Article 9 of the Constitution of Japan renounces all forms of the war.

But there are "Zieitai"(self-defence forces) which use the enermous defense budget, and "Zainichi"(people who settle down in Japan) can not receive compansation of WWII, so that "Zainichi" and Asian people do not appreciate the Constitution of Japan.

This treatise is for why the principles of pacifism and popular sovereignty are not appreciated by Zainich and Asian people. For this aim this treatise take historical analysis about enactment of the Constitution of Japan.

MacAthur ordered the General Headquaters of the supreme Commander for Alied Powers(here after GHQ) staff to prepare their own draft of the constitution, based on the judgement that the Japanese governmnet would fail to live up to its commitment in the Potsdam Declaration. Although a number of the victorious Alied nations insisted that the Emperor be subject to a war crimes investigation, MacAthur and Shidehara prime minister of Japan intended to retain the Emperor. For this Shidehara proposed to MacAthur the idea of renunciation of war. Article 9 played lightning rod of the Emperor's responsibility of WW II.

GHQ think that the "meizi" constitution(Japanese Constitution until 1946) falls short

* Professor, Law College, Kyungpook University

of other constitution in its guarantee of fundermental rights. Instead of granting those rights to all persons it stipulates that they shall apply only to Japanese subjects, leaving other persons in Japan without their protection. So that explicit provison in the Constitution for the guarantee of fundamental civil rights both to Japanese subjects and to all persons within Japanese jurisdiction would create a healthy condition for the development of democratic ideas and would provide foreigners in Japan with degree of protection which they have not heretofore enjoyed. GHQ draft took concret this to article 13, All natural persons are equal before the law,and article 16, Aliens shall be entitled to the equal protection of law.

But Japanese government change these articles to like this that all of the nations are equal under the law(article 14). To evade the compansation for aliens who settle down in Japan from the WW II.

The principes of pacifism and popular sovereignty are epoch-making thing, but these were enacted to evade the responsibility of WW II. therefore, "Zieitai" exist in spite of article 9, and "Zainichi" can not receive compasation of WW II in spite of popular sovereignty.

These principles to be true, and for the responsibility of WW II , "Zieitai" must be abolished, and "Zainichi" must be equal under the law.