

일본국 헌법 제9조의 성립과 해석에 관한 일고찰*

- 입헌주의의 시각으로부터 -

강광문**

목 차

- I. 들어가며
- II. 일본국 헌법 제9조를 위한 예비적 고찰: 입헌주의에 대한 각종 이해
 - 1. 근대 입헌주의의 성립과 변화
 - 2. 형식적 의미의 입헌주의와 실질적 의미의 입헌주의
- III. 일본국 헌법 제9조의 성립: 헌법과 평화문제
 - 1. 전쟁과 무력행사에 관한 헌법의 규제
 - 2. 일본국 헌법의 승계와 단절
 - 3. 일본국 헌법의 제정과 제9조
- IV. 일본국 헌법 제9조의 해석: 입헌주의와 평화규정
 - 1. 일본국 헌법 제9조에 대한 각종 해석
 - 2. 형식적 의미의 입헌주의와 일본국 헌법 제9조
 - 3. 실질적 의미의 입헌주의와 일본국 헌법 제9조
 - 4. 소결
- V. 일본국 헌법 제9조의 미래

[국문 요약]

전쟁포기를 규정한 일본국 헌법 제9조는 일본 헌법학 나아가 일본 사회에서 매우 중요한 논쟁거리 중 하나다. 2012년에 출범한 아베정권은 이 헌법 제9조에 대한 정부의 해석을 다시 한 번 크게 바꾸어 놓았다. 아베내각이 각의결정(閣議決定)의 형식으로, 일본은 개별적 자위권뿐만 아니라 집단적 자위권을 행사할 권한도 있다고 선언한 것이다.

본 논문은 최근 헌법 제9조를 둘러싼 일본 헌법학계의 관련 논의를 이해하기 위한 하나의

* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2016학년도 학술연구비 지원을 받음. 논문은 중국 베이징에서 개최된 학술회의 “日本和平憲法の創製與歷史演變”(2015.12.06)에서 발표한 글을 보완한 것임. 이 논문의 중국어 번역문(일부 내용 수정)은 해당 학술회의 논문집으로 향후 중국에서 출판될 예정임.

** 서울대학교 법과대학/법학전문대학원 부교수, jianggw@snu.ac.kr

실마리를 제공하려는 데 그 목적이 있다. 구체적으로는 입헌주의의 시각에서 출발하여 일본국 헌법 제9조의 입법과정, 해석 및 그 변경 가능성에 대해 검토하려 하는 것이다. 특히 논문에서는 이른바 형식적 의미의 입헌주의와 실질적 의미의 입헌주의를 구분하고, 이러한 입헌주의에 대한 이해가 헌법 제9조의 해석과 어떻게 관계되는지에 대해 자세히 살펴보았다.

[주제어] 입헌주의, 평화주의, 일본국 헌법, 헌법 제9조, 아베정권

I. 들어가며¹⁾

1946년에 제정된 일본국 헌법(형식적으로는 헌법개정 절차에 따름)은 평화주의와 관련된 내용으로 유명하다. 제2차 세계대전과 일본 군국주의에 대한 반성에 기초하여 일본국 헌법은 그 전문(前文)과 제9조에서, 일본은 전쟁을 포기하고 전력(戰力)을 보유하지 않으며 자신의 교전권(交戰權)을 포기한다고 명확히 규정하는 동시에, 미래 일본의 안전과 생존을 “평화를 사랑하는 세계 모든 국민의 공정과 신의”에 맡긴다고 선언하였다. 이 헌법이 제정된 후, 이상주의 색채가 강한 이러한 평화주의 관련 조항을 어떻게 해석해야 하는지가 일본에서 줄곧 쟁점이 되어 왔다.²⁾

1) 논문의 심사단계에서 본 논문이 ‘법사학’ 논문으로서 적합한지에 대해 의문이 제기되었다. 논문이 제9조를 비롯한 일본국 헌법에 규정되어 있는 평화주의 조항의 입법 역사 또는 이러한 조항의 해석 역사 등 ‘역사’에 관련해 새로운 논점을 제시하거나 면밀한 논의를 전개하지 못하였다는 점을 부정하지 않는다.

제9조의 입법사와 해석 등에 관해 일본에서는 다양한 연구가 이루어져왔다. 본 논문은 법의 ‘역사’ 보다는 어디까지나 이러한 “일본 헌법학의 연구 특히 최근 헌법학계의 관련 논의를 이해하기 위한 하나의 실마리를 제공하려는 데 그 목적이 있다. 구체적으로는 ‘입헌주의와 평화라는 문제의식’에서 출발하여 관련 헌법 규정들을 살펴보고 입헌주의의 시각에서 일본국 헌법 제9조의 입법과정, 해석 및 그 변경 가능성에 대해 검토하려 하는 것이다.” 일본국 헌법 제9조에 관해 지금까지 한국에서 발표된 논문들과 다른 시각에서 일본의 논의를 정리하고 바라보자는 것이 본 논문의 출발점이다.

2) 일본국 헌법에서 규정하고 있는 평화주의 관련 조항의 핵심은 헌법 제9조이다. 다만, 헌법 제9조 이외에 헌법 전문(前文)에도 전쟁문제에 관한 중요한 내용이 포함되어 있다. 따라서 본 논문에서 말하는 평화주의 관련 조항은 헌법 제9조와 헌법 전문의 관련 내용을 포함한다.

“일본 국민은 정당하게 선출된 국회의 대표자를 통하여 행동하고, 우리와 우리의 자손을 위하여 세계 모든 국민들과의 평화적 협력에 의한 성과와 우리나라 전 영토에 걸쳐서 자유가 가져오는 혜택을 확보하며, 정부의 행위에 의하여 또다시 전쟁의 참화가 일어나지 않도록 할 것을 결의하고, 이에 주권이 국민에게 존재하는 것을 선언하며, 이 헌법을 확정한다.

일본 국민은 항구적인 평화를 염원하고, 인간 상호관계를 지배하는 숭고한 이상을 깊이 자각하며,

헌법의 평화주의 조항에 관해, 일본 정부는 처음에 엄격해석주의(嚴格解釋主義)를 취하면서 일본 헌법이 요구하고 있는 것은 모든 전쟁의 포기이고 일본은 향후 자위력을 포함한 어떠한 무력도 가질 수 없다고 하였다. 이러한 관점은 일반적으로 ‘비무장평화주의(非武裝平和主義)’ 또는 ‘절대평화주의(絶對平和主義)’라고 불린다. 전후 일본의 주류 헌법학계 특히 이른바 진보 진영에 속하는 헌법학자들은 일본국 헌법 제9조에 대해 대체로 이러한 해석 태도를 취했다. 그러나 1950년 한국전쟁의 발발, 동서냉전의 시작 및 미국의 대일정책 변화에 따라 일본 정부는 애초의 해석을 변경하여, 일본국 헌법이 포기한 전쟁행위에는 자위전쟁이 포함되지 않고 일본이 자신을 방위하기 위해 필요한 전투력은 제9조가 금지하고 있는 전력에 포함되지 않는다고 하였다. 미국의 묵인 하에 일본 정부는 1950년대 이후 재무장을 시작하였고 ‘경찰예비대(警察豫備隊)’, ‘보안대(保安隊)’를 거쳐 1954년에 정식으로 ‘자위대(自衛隊)’를 발족시켰다. 그 후 미일안보조약이 체결되고 자위대의 규모와 활동범위도 조금씩 확대되어 왔다. 이처럼 일본 정부는 헌법개정 없이, 헌법해석의 변경만을 통해 일본의 재무장과 자위대에 합법성을 부여하는 전략을 취한 것이다. 이러한 수법은 헌법 위반의 가능성이 다분히 있고 헌법학계로부터 여러 가지 비판을 받아왔지만 일본의 대다수 국민들은 현실적 고려 하에 자위대의 존재와 일본의 재무장을 용인할 수밖에 없었다. 다만, 일본 정부는 현행 헌법 하에서 일본은 자국이 아닌 동맹국과 같은 기타 국가가 무력공격을 받았을 때 행사할 수 있는 이른바 ‘집단적자위권(集團的自衛權)’은 가지고 있지 않고 자위대도 기본적으로 전수방위(專守防衛)의 원칙 하에서 조직되고 활동해야 한다고 주장해왔다. 즉 일본국 헌법의 평화주의 조항에 관해 ‘절대평화주의’ 해석에서 ‘상대평화주의(相對平和主義)’ 또는 ‘온건평화주의(穩

평화를 사랑하는 세계 모든 국민의 공정과 신의를 신뢰하여 우리의 안전과 생존을 보유했을 것을 결의하였다. 우리는 평화를 유지하고 전제와 예종, 압박과 편협을 지상으로부터 영원히 제거하려고 노력하고 있는 국제사회에서 명예로운 지위에 서고자 한다. 우리는 전 세계의 국민이 다 같이 공포와 결핍으로부터 벗어나 평화롭게 생존할 권리를 가진다는 것을 확인한다(헌법 전문 내용 중 일부).

본 논문에서 일본국 헌법의 인용은 모두 헌법재판연구원 외국헌법재판정보의 번역본에 근거한 것이다. <https://ri.ccourt.go.kr/cckri/cri/world/selectCountryList.do>.

健平和主義)’ 해석으로 변경한 것이다.³⁾

그런데 2012년에 출범한 아베정권은 헌법 제9조의 해석을 다시 한 번 크게 바꾸는 조치를 취하게 된다. 2014년 7월 1일에 아베내각은 각의결정(閣議決定)의 형식으로, 일본에 대한 직접적인 무력공격이 발생했을 경우뿐만 아니라 일본과 “밀접한 관계가 있는 타국에 대해 무력 공격이 발생하고 이로써 우리나라(일본)의 존립이 위협받고 국민의 생명, 자유 및 행복추구의 권리가 근저로부터 전복되는 위험이 발생할 경우”에 필요한 무력을 행사하는 것은 현행 일본 헌법에 위배되지 않는다고 선언하였다.⁴⁾ 즉 일본은 개별적 자위권뿐만 아니라 집단적 자위권을 행사할 권한도 가지고 있고 자위대도 그에 상응하도록 활동영역을 넓혀야 한다는 것이다. 그 후 이러한 헌법해석을 반영한 일련의 안전보장관련법안(安全保障關聯法案)이 국회에서 통과되어 2016년 3월부터 시행되었다.⁵⁾ 아베정권과 일본 자민당의 궁극적인 목표는 헌법 개정을 통해 제9조를 포기하고 일본을 전쟁을 할 수 있는 소위 ‘보통국가(普通國家)’로 거듭나도록 하는 것이다. 다만 헌법개정이 아직 어려운 상황에서, 일본 정부는 차선의 선택으로 헌법해석의 변경이라는 방법으로 예상 목표를 잠정적으로 달성하였다. 아베총리는 자신의 대외정책을 ‘적극적평화주의(積極的平和主義)’라고 포장하고 있지만 실제로는 ‘평화주의의 폐기(廢棄)’이고 결국 평화주의 헌법을 유명무실하게 만드는 것이다. 따라서 지금까지 제9조에 대한 일본정부의 해석은 ‘절대평화주의’(제1단계)에서 ‘상대평화주의’(제2단계)로 변화하였고 최종적으로 ‘평화주의 폐기’(제3단계)로 향하고 있다고 평가할 수 있다.

헌법 제9조의 해석 및 자위대의 합헌성 등의 문제에 관해 일본 헌법학계

3) 헌법 제9조에 대한 일본 정부의 해석의 변화에 관해서는 大石真, 「憲法9条の政府解釈」, 『法学教室』 第277号(有斐閣, 2003年10月), 4-12면 참조.

4) 日本政府の閣議決定(2014年7月1日), 「国の存立を全うし、国民を守るための切れ目のない安全保障法制の整備について」.

5) 집단적 자위권의 개념 및 이에 대한 일본 정부의 해석의 역사에 관해서는 서보건, 「일본의 집단적 자위권과 헌법해석의 변경에 관한 최근의 논의」, 『유럽헌법연구』 제15호(유럽헌법학회, 2014년), 169-201면 참조. 아베정권이 추진한 안보관련법의 제정과 그 내용 등에 관해서는 이경주, 「일본 안보관련법의 위헌성과 한반도 평화」, 『안암법학』 제49호(고려대학교 안암법학회, 2016년), 1-49면 참조.

내부에서도 의견이 크게 갈리고 있다. 일본국 헌법이 규정하고 있는 평화주의에 대한 해석은 헌법 문구 자체에 대한 해석의 문제만이 아니라 일본국 헌법 특히 제9조의 입법 배경, 근대 이후 평화나 무력에 대한 헌법 규정의 발전 역사, 헌법 기본원칙의 변경가능성 등의 문제와 연관되어 있다. 나아가 일본 전쟁책임의 청산, 천황제 문제, 미일관계를 포함한 국제정세의 변화 등 일견 헌법학 외의 상황들도 일본국 헌법 제9조의 해석 및 향후 변경 시 고려되어야 하는 중요한 요소들이다. 이와 관련해 일본에서는 지금까지 다양한 연구가 이루어졌고 각종 학설, 논점들이 축적되어 왔다.

본 논문은 이러한 일본 헌법학의 연구 특히 최근 헌법학계의 관련 논의를 이해하기 위한 하나의 실마리를 제공하려는 데 그 목적이 있다. 구체적으로는 ‘입헌주의와 평화’라는 문제의식에서 출발하여 관련 헌법 규정들을 살펴보고 입헌주의의 시각에서 일본국 헌법 제9조의 입법과정, 해석 및 그 변경가능성에 대해 검토하려 하는 것이다. 이러한 연구는 제9조를 중심으로 한 일본국 헌법에 대한 이해는 물론 입헌주의와 평화문제에 관한 헌법학의 일반적인 논의를 위해서도 시사점을 제시하리라 기대된다.

이를 위해, 본 논문은 이하에서 우선 근대 입헌주의의 개념과 주요 내용 및 그 변화에 대해 간단히 정리한다(제2장). 다음으로 근대 이후 성문헌법이 평화문제에 관해 어떻게 규정해 왔는지를 살펴보고, 이러한 헌법 발전사의 맥락에서 일본국 헌법의 평화주의 조항을 이해하며, 일본국 헌법 제9조의 구체적인 입법 과정에 대해 검토한다(제3장). 이어서 헌법 제9조의 각종 해석을 종합하고, 입헌주의와 평화의 관계를 실마리로 헌법 제9조의 해석을 둘러싼 논의를 정리한 후(제4장), 마지막으로 제9조를 중심으로 일본국 헌법의 미래에 대해 전망하고자 한다(제5장).

Ⅱ. 일본국 헌법 제9조를 위한 예비적 고찰 : 입헌주의에 대한 각종 이해

1. 근대 입헌주의의 성립과 변화

1) 근대 입헌주의의 성립

입헌주의(立憲主義, Constitutionalism)라 함은 일반적으로 헌법을 제정하여 헌법에 따라 국가 권력을 행사하고, 헌법의 최고규범성을 보장해야 한다는 원리를 의미한다. 입헌주의에 입각한 정치제도가 서양에서 처음으로 실현된 것은 근대 이후의 일이지만 그 사상적 기원은 서양 중세, 로마와 그리스 시대로 거슬러 올라갈 수 있다. 중세 유럽에서는 황제와 군주를 포함한 각종 권력은 모두 ‘법’ 아래에 놓여있고 ‘법’에 따라 행사되어야 한다고 여겼다. 물론 여기서 말하는 ‘법’이란 국가나 왕이 제정한 성문법이라기보다는, 자연법 또는 오랫동안 전해 내려온 관습법 내지는 정의(正義)와 이성을 표방하는 규범체계를 가리킨다. 권력이 법을 만들어내는 것이 아니라 권력은 어디까지나 법질서의 일부분으로서 법이념의 실현을 위해 봉사해야 한다. 이것이 중세의 ‘법의 지배’의 원리 또는 중세 입헌주의의 원리이다.⁶⁾

근대 이후 국가권력의 집중, 주권 개념의 형성에 따라 법과 권력의 관계에도 새로운 변화가 생기게 되었다. 법을 초월한 최고 권력으로서의 주권(군주 주권 또는 국가주권)의 개념이 형성되고, 반대로 법은 주로 군주 또는 국가의 입법을 통해 생성되는 규범으로 인식되기 시작했다. 무소불위의 국가권력에 정당성을 부여하는 한편 이러한 근대국가 체계 하에서 개인의 자유를 보장하기 위한 각종 정치 이론들이 고안되었다. 국가권력에 정당성을 부여하기 위한 이론으로는 사회계약론과 인민주권이론이 있고, 개인의 자유를 보장하기 위한 이론으로는 천부인권설이나 권력분립이론을 들 수 있다. 즉 모든 권

6) 입헌주의의 역사와 발전 과정에 관해서는 주로 다음과 같은 문헌을 참조하였다. 樋口陽一, 『近代立憲主義と現代国家』(東京: 勁草書房, 1973年), 高橋和之, 『立憲主義と日本国憲法』(東京: 有斐閣, 2005年), 佐藤幸治, 『立憲主義について 成立過程と現代』(東京: 左右社, 2015年) 등.

력은 인민에서 나오고 오직 인민만이 최고의 주권자이며 기타 권력에 정당성을 부여할 수 있고(루소의 인민주권론), 한편으로 권력남용을 방지하고 개인의 자유를 보장하기 위해 권력은 분립되고 서로 견제해야 한다(몽테스키외의 권력분립이론). 이러한 사상과 이론들을 결합하여, 근대입헌주의의 이념을 체계화하고 프랑스혁명과 프랑스의 첫 성문헌법인 1791년 헌법을 위해 이론적 토대를 마련한 대표적인 이론가가 바로 프랑스의 E.J.시에예스(Sieyès, 1748-1836)이다.⁷⁾ 근대 입헌주의 이론에 따르면, 국민은 헌법제정을 통해 주권을 행사하고 각종 국가권력을 창출하게 되며 이러한 국가권력은 헌법에 규정된 범위와 절차에 따라 행사되어야 한다. 여기서 헌법을 제정하는 권력과 헌법에 의해 만들어진 권력이 구별된다. 모든 권력의 정당성은 근본적으로 국민으로부터 유래하지만 헌법이 제정된 이상 각종 구체적인 국가권력은 헌법 아래에 놓이게 된다. 중세의 ‘법’의 지배가 헌법의 지배로 나타나는 것이다. 한편으로, 국민주권은 헌법제정행위로 실현되지만 헌법의 제정으로 주권은 헌법에 의해 ‘동결(凍結)’되고 국민은 각종 국가권력을 직접적으로 행사하지 못한다. 이로써 ‘국민주권’이 일종의 ‘헌법주권’으로 변화했다고도 할 수 있다. 물론, 국민은 헌법개정권 등을 통해 주권을 행사할 수 있는 가능성을 여전히 보유하고 있다.

19세기 이후 이러한 입헌주의 사상이 유럽과 유럽 이외의 지역으로 확산되기 시작하고 많은 국가들이 앞다투어 성문헌법을 제정하게 된다. 다만 입헌주의가 보장해야 하는 기본원리나 주요 내용이 구체적으로 무엇인지에 대해서는 의견이 일치하지 않는다. 또한 성문헌법을 제정한 국가가 모두 입헌주의를 실현했다고 할 수는 없다. “권리의 보장이 확보되지 않고 권력의 분립이 확정되지 않는 사회는 헌법이 없는 사회이다”(1789년 「인간과 시민의 권리선언, 제16조). 근대 입헌주의를 정의할 때 자주 인용되는 프랑스 인권선언의 이 문구에서도 알 수 있듯이, 개인의 권리가 보장되지 않고 권력분립

7) 시에예스의 헌법 이론에 관해서는 슈테른(Klaus Stern), 『도이츠憲法』 I(赤坂正浩など訳, 東京: 信山社, 2009年), 427면 참조. 그의 주권을 중심으로 한 프랑스 혁명시기 각종 헌법 이론에 관해서는 성낙인, 『프랑스憲法學』(법문사, 1995년), 159-201면 참조.

이 실현되지 않는 체제 하에서는 헌법, 적어도 입헌주의적 의미의 헌법이 있다고는 할 수 없다. 이처럼 ‘권리 또는 자유의 보장’과 ‘권력분립’은 입헌주의의 기본적인 내용을 구성한다. 그 외 ‘국민주권원리 또는 인민주권원리’⁸⁾와 ‘법의 지배’원리도 일반적으로 입헌주의의 중요한 규범원리로 간주된다.⁹⁾

2) 근대 입헌주의의 변화¹⁰⁾

근대 입헌주의 원리 및 그를 토대로 하는 헌법제도는 20세기에 들어와 특히 제2차 세계대전 이후 여러 가지 변화를 겪게 된다.

자유와 인권의 보장 측면에서 보자면, 각국의 헌법제도는 전반적으로 ① 자유권 중심에서 사회권을 강화하는 경향을 보이고, ② 의회가 정한 법률을 통한 자유와 인권의 보장과 더불어 헌법을 통한 자유와 인권의 보장제도—의회가 만든 법률을 무효화시키기도 하면서—를 도입하게 되었으며(헌법재판제도, 일반 재판소의 위헌심사권), ③ 행복추구권이나 환경권과 같은 새로운 인권 개념들이 나타났다. ④ 한편, 인권은 더 이상 주권국가 내부만의 관심사항이 아니라 국제적 측면에서도 중시되어 그에 따른 인권보장제도가 정비되었다(인권보장에 관한 각종 국제조약, 국제인권재판소의 설립 등).

국가기관 간의 권력의 배분형태도 변화하여 현대 국가는 그전에 비해 행정국가, 사법국가 및 정당국가의 특징을 강하게 나타내고 있다고 할 수 있다.¹¹⁾ 즉 ① 행정권 및 관료조직이 비대해지고 국민의 대표기관인 의회가 행정권을 통제하지 못하는 위험성이 나타나 근대 입헌주의에서 상정한 소극국가에서 이른바 적극국가로 변모하고, ② 헌법재판소가 제4의 권력기관으로 새로 탄생되거나 또는 일반 사법기관이 위헌심사권을 적극적으로 행사함으

8) 물론, 헌법학에서 말하는 이른바 ‘국민주권’과 ‘인민주권’은 엄격한 의미에서 서로 다른 개념이다. 이에 관해서는 본 논문과의 연관성을 고려하여 자세히 논하지 않는다. 성낙인, 위의 책, 164면 이하 참조.

9) 한국에서 근대입헌주의 내용에 대한 최근의 연구로서 정극원, 「성립 면에서 본 근대 입헌주의적 헌법과 현대 사회국가적 헌법의 비교」, 『유럽헌법연구』 제18호(유럽헌법학회, 2015년), 199-223면 참조.

10) 근대 입헌주의의 변화에 관해서는, 정극원, 위의 글, 高橋和之, 앞의 책, 29-32면, 佐藤幸治, 『日本国憲法論』(東京: 成文堂, 2011년), 8-19면 참조.

11) 佐藤幸治, 위의 책, 11면 이하 참조.

로써 재판소가 각종 현안의 최종 결정기관으로 부상하게 되었으며, ③정당이 헌법상의 합법적 지위를 획득하게 되어 현실 정치에서 강력한 힘을 발휘하는 새로운 권력자로 부상하였다.

국민주권원리의 변화는, 근대 입헌주의에 비해 현대 헌법제도가 각종 직접 민주주의의 요소를 더욱 강조하는 데서 나타난다. 예컨대, 국민투표제와 같이 국민이 직접 권력을 행사할 수 있는 제도들을 도입하게 되고, 대표와 선거인의 관계도 이른바 ‘純粹대표제’에서 ‘半대표제’로의 변화 경향을 보여, 국민대표와 대표기관은 독립된 국가기관으로서 권력을 행사하는 동시에 자신을 선출한 선거인의 의견을 가능한 한 반영하도록 변화하게 된 것이다.¹²⁾

마지막으로 법의 지배 원리의 측면에서 보자면 ① 근대 입헌주의의 ‘의법 재판(依法裁判)’과 ‘의법행정(依法行政)’에서 ‘의법(=헌법)입법’으로 발전하여, ② ‘법률을 통한 재판과 행정의 합법성 보장’에서 ‘헌법을 통한 법률의 합법성 보장’으로 진화함으로써, ③ 국민의 인권과 자유를 침해할 수 있는 위험성을 내재하고 있는 법률 역시 위헌심사제도를 통해 무효화될 수 있게 되었다(법률 등에 대한 위헌심사제도의 필요성).

2. 형식적 의미의 입헌주의와 실질적 의미의 입헌주의¹³⁾

이처럼 입헌주의는 우선 특정한 역사시기(근대)와 특정한 공간(서양 각국)에서 형성된 제도원리이지만, 각국의 서로 다른 정치체제와 환경 속에서 서로 다르게 표현되고 그 내용도 시기에 따라 변화해왔다. 입헌주의를 오로지

12) 성낙인, 앞의 책, 185면.

13) ‘형식적 의미의 입헌주의’와 ‘실질적 의미의 입헌주의’는 필자가 전쟁과 평화문제에 관한 각종 헌법 이론을 정리하면서 본 논문에서 도입한 개념이다. 논문 작성 과정에서, 일본 헌법학 내에는 입헌주의에 대해 기본적으로 두 가지의 이해가 대립하고 있다는 愛敬浩二 교수의 논의를 접했다. 愛敬浩二 교수는 이 두 가지 입헌주의를 각각 ‘입헌주의의 실정법적 이해(立憲主義の實定法的理解)’와 ‘입헌주의의 헌법이론적 이해(立憲主義の憲法理論的理解)’라고 명명하면서, 실정헌법의 틀에서만 입헌주의를 정의하는 전자에 비해 후자는 입헌주의 배후에 있는 정치철학을 이해하려 한다고 해석했다. 이러한 구분은 본 논문에서의 ‘형식적 의미의 입헌주의’와 ‘실질적 의미의 입헌주의’의 구분과 유사한 면을 가진다. 愛敬浩二, 『近代立憲主義の原像—ジョン・ロックの政治思想と現代憲法学—』(京都: 法律文化社, 2003年), 6-9면 참조.

‘헌법에 따른 통치’나 ‘국민의 헌법제정’만으로 이해한다면 성문헌법이 있는 국가는 모두 입헌주의를 실행하고 있다고 말할 수 있다. 그 헌법이 어떠한 내용을 규정하고 어떠한 이념이나 가치를 추구하든 간에, 국민이 헌법을 제정하여 각종 국가권력을 창설하고 국가 정치가 헌법에 따라 작동된다면 그 국가는 입헌주의 국가에 속한다고 할 수 있다. 극단적으로 이야기해서, 국민은 헌법개정을 통해 개인의 권리나 자유를 부정하거나 권력분립체제를 포기할 수도 있다. 이는 입헌주의원리에 대한 일종의 형식적인 이해이다.

그러나 헌법학의 통상적인 이해에 따르면, 입헌주의는 헌법제정과 헌법에 의한 통치뿐만 아니라 반드시 특정한 가치를 구현하고 특정한 내용-예컨대 개인의 자유 보장, 국민주권원리-을 담아야 한다고 한다. 헌법이 이러한 특정한 가치를 부정하게 된다면 이 헌법은 더 이상 입헌주의 헌법이라고 불릴 수 없다. 만일 이러한 가치와 내용을 부정하는 헌법개정이 이루어진다면, 이는 형식적으로는 헌법의 개정이지만 실제로는 ‘헌법의 자살’ 또는 ‘헌법의 혁명’이라고 봐야 할 것이다. 본 논문에서는 이러한 해석을 입헌주의에 대한 실질적인 이해라고 명명한다. 물론, 입헌주의가 반드시 담아야 하는 내용, 반드시 구현해야 하는 가치에 대해서는 의견이 서로 갈리고 있다.

위와 같이 실질적으로 이해되는 입헌주의는 민주주의와 서로 조화를 이루고 중첩되는 부분이 있는 한편 서로 모순, 충돌하는 측면도 있다. 예컨대, 민주주의의 절차에 따르기만 한다면 국민은 어떠한 헌법 내용이나 조항도 개정하거나 삽입할 수 있는가? 국민의 헌법제정권과 헌법개정권에는 한계가 있는가? 입헌주의에 대한 실질적인 이해에 입각해서 본다면, 헌법의 핵심 가치나 기본 원리를 변경하거나 포기하는 헌법개정-그것이 민주주의의 작동원리에 부합되게, 적법한 절차에 따라 진행되었다고 하더라도-은 허용되지 않는다고 말할 수밖에 없다. 왜냐하면 그러한 헌법은 더 이상 입헌주의 헌법으로 불릴 수 없기 때문이다.

Ⅲ. 일본국 헌법 제9조의 성립: 헌법과 평화문제

1. 전쟁과 무력행사에 관한 헌법의 규제¹⁴⁾

국가권력을 제어하고 감독하는 것은 입헌주의의 기본 출발점이고 이러한 국가권력에는 무력을 행사하고 전쟁을 일으키는 권한도 당연히 포함된다. 국가의 군사력을 통제하고 전쟁이 쉽게 일어나지 않도록 각종 장치를 마련하는 것은 근대 헌법이 해결해야 할 과제 중 하나다. 유럽의 첫 성문헌법인 1791년 프랑스 헌법은 군대의 구성과 조직, 지휘권에 대해 비교적 자세히 규정하고 있고(제4편), 프랑스는 “정복을 목적으로 하는 어떠한 전쟁”도 하지 않으며 그 무력을 기타 국민의 자유에 반하는 데 사용하지 않는다고 하였다(제6편).¹⁵⁾ 즉 침략을 목적으로 하는 전쟁을 부정하고 전쟁과 무력이 자유에 대한 가장 큰 위협이라는 점을 암시하고 있다.

그 후 1848년 프랑스 헌법, 1891년 브라질 헌법 등에서도 침략을 목적으로 하는 전쟁을 포기한다는 조항을 규정하였다. 제1차 세계대전 이후 전쟁 반대의 움직임이 세계적으로 나타나기 시작하였고 전쟁이 끝난 이듬해에 체결된 「국제연맹규약」(1919년)은 전쟁과 전쟁의 수단이 되는 무력에 대한 국제적 차원의 관리를 지향하고 국가 간의 분쟁을 전쟁이 아닌 중재나 사법재판을 통해 해결할 것을 강조하였다. 1928년의 「파리부전조약」은 국제분쟁 해결을 위해 전쟁에 호소하는 것을 부정하고 “국가정책의 수단으로서의 전쟁”을 포기할 것을 선언함으로써, 국제분쟁의 해결을 위한 전쟁은 불법이라는 개념을 정착시키고 국가정책의 수단으로서의 전쟁을 포기해야 한다는 점을 명확히 했다.¹⁶⁾ 이러한 전쟁 포기와 평화주의에 관한 이념은 그 후 일부

14) 전쟁과 무력행사에 관한 헌법규정의 역사에 관해 본 논문은 주로 다음의 문헌을 참조했다. 권영성/민경식 「平和主義의 憲法的 保障」, 『아카데미論叢』 제8집(세계평화교수협의회, 1980년), 117-131면, 정극원 「헌법상 평화조항에 관한 일고찰」, 『세계헌법연구』 제18권제3호(국제헌법학회, 2012년), 119-138면,樋口陽一, 『憲法』(改訂版, 東京: 創文社, 1998年), 130-135면, 山室信一, 『憲法9條の思想水脈』(東京: 朝日新聞出版, 2007年), 60-63면 등.

15) 樋口陽一, 위의 책, 132면, 권영성/민경식, 위의 글, 118면.

16) 山室信一, 앞의 책, 186면, 권영성/민경식, 위의 글, 118면.

국가의 헌법에 도입되었다. 예컨대 1931년 스페인 헌법은 ‘국가정책의 수단으로서의 전쟁’을 포기한다고 규정하였다.¹⁷⁾

제2차 세계대전 이후, 평화주의의 이념을 고취하고 정복이나 침략을 목적으로 하는 전쟁을 포기한다는 점을 명확히 하는 헌법 규정이 보다 보편화되었다. 독일 기본법(1949년)은 “세계국가의 평화적 공존을 방해하는 데, 특히 침략전쟁의 수행을 준비하는 데 적합한 행위 및 그러한 의도로 행해지는 행위는 위헌이다. 이러한 행위는 처벌되어야 한다”(제26조 제1항)고 하고 군대의 설치, 임무, 국방행정 등의 사항에 대해 자세한 규정을 두고 있다(제87조 a, b).¹⁸⁾ 1946년 프랑스 헌법은 그 전문에서 1791년 헌법에서 정한 “정복을 위한 전쟁”의 포기와 기타 “국민의 자유에 반하는 무력행사”를 하지 않는다고 선언하였고 이 전문은 1958년 헌법에 계승되었다.¹⁹⁾ 그 외 1947년 이탈리아 헌법 및 대한민국 헌법에도 침략전쟁을 부인하는 명확한 조항이 있다(대한민국 헌법 제5조 제1항). 마지막으로, 제2차 세계대전 이후 설립된 국제연합도 그 헌장에서, 회원국이 국제분쟁을 평화적 수단에 의하여 해결할 것과 국제관계에 있어서 “다른 국가의 영토보전이나 정치적 독립에 대해 무력의 위협과 무력행사”를 하지 않도록 요구하고 있다.²⁰⁾

이처럼 헌법에서 평화주의를 주장하고 침략전쟁을 부정하며 군대와 무력에 대해 입헌주의적 통제를 하는 것은 제2차 세계대전 이후 각국이 취한 보편적인 조치이다. 제9조를 핵심으로 하는 일본국 헌법의 평화주의 관련 조항

17) 樋口陽一, 앞의 책, 133면.

18) 본 논문에서 독일연방공화국 기본법의 인용은 헌법재판연구원 외국헌법재판정보의 번역본에 근거한 것이다. <https://ri.ccourt.go.kr/cckri/cri/world/selectCountryList.do>.

19) 권영성/민경식, 앞의 글, 122면, 참조. 1946년 프랑스헌법 전문(前文) 제14조는 다음과 같이 규정하고 있다. “전통에 충실한 프랑스 공화국은 국제공법상 諸원칙을 따른다. 프랑스 공화국은 정복을 목적으로 한 어떠한 전쟁도 기도하지 않을 것이며 어떠한 국민의 자유에 반하여 군대를 행사하지 않을 것이다”. 이 번역문은 성낙인, 『프랑스憲法學』(법문사, 1995년) 附錄에 수록된 자료에 의한 것임.

20) “모든 회원국은 그들의 국제분쟁을 국제평화와 안전 그리고 정의를 위태롭게 하지 아니하는 방식으로 평화적 수단에 의하여 해결한다”(『국제연합 헌장』 제2조 제3항), “모든 회원국은 그 국제관계에 있어서 다른 국가의 영토보전이나 정치적 독립에 대하여 또는 국제연합의 목적과 양립하지 아니하는 어떠한 기타 방식으로도 무력의 위협이나 무력행사를 삼간다”(제2조 제4항). 번역은 한국 외교부 홈페이지에 수록된 법령정보에 의함 <http://www.mofa.go.kr/main/index.jsp>.

도 우선 이러한 헌법 발전의 흐름 속에서 이해해야 한다.

2. 일본국 헌법의 승계와 단절

다만, 평화주의에 관한 일본국 헌법 규정의 특수성은 그 내용의 철저성과 절대성에 있다. 일본국 헌법은 침략전쟁과 국제분쟁 해결수단으로서의 무력 사용을 부인했을 뿐만 아니라 모든 전력과 교전권을 포기함으로써 일본이 향후 자위전쟁을 포함한 어떠한 전쟁도 수행하지 못하게 했다(이 점에 관해서는 해석상 논란이 있음).

일본 국민은 정의와 질서를 바탕으로 하는 국제평화를 성실하게 추구하고, 국권의 발동인 전쟁과 무력에 의한 위협 또는 무력행사는 국제분쟁을 해결하는 수단으로서 영구히 이를 포기한다. 전항의 목적을 달성하기 위하여 육해공군 기타의 전력(戰力)은 보유하지 아니한다. 국가의 교전권(交戰權)은 인정하지 아니한다(일본국 헌법 제9조).

이 헌법조항의 문구만으로 봤을 때, 헌법 제9조가 포기한 것은 ① 국제분쟁의 해결 수단으로서의 전쟁과 무력행사, ② 모든 전력, ③ 국가의 교전권이다. 또한 헌법 전문에서 “일본 국민은 항구적인 평화를 염원하고, 인간 상호관계를 지배하는 숭고한 이상을 깊이 자각하며, 평화를 사랑하는 세계 모든 국민의 공정과 신의를 신뢰하여 우리의 안전과 생존을 보유했 것을 결의”하고 “전 세계의 국민이 다 같이 공포와 결핍으로부터 벗어나 평화롭게 생존할 권리를 가진다는 것을 확인한다”고 선언하였다.

군대나 국방문제에 대한 규정을 일반적으로 두고 있는 기타 국가 헌법에 대해, 일본국 헌법은 군대 등 무력의 설치나 통제에 대해 특별히 언급하고 있지 않다. 이는 일본국 헌법의 입안자들이 애당초 일본이 향후 재무장할 것이라는 상황을 상정하지 않았다는 점을 시사하고 있다. 당시 제2차 세계대전에 대한 반성과 미래 국제사회에 대한 기대에 기초하여, 일본은 모든 무장력

을 철저히 포기한 중립적이고 평화를 사랑하는 국가로 재탄생할 것이며, 일본의 안전보장은 국제연합을 중심으로 한 집단안보체제로 실현될 것이라고 믿었던 것이다(비록 이러한 믿음은 쉽게 무너졌지만).

따라서 전쟁과 평화문제에 관한 근대 헌법 규정의 역사로 볼 때, 일본국 헌법은 승계와 단절의 양면을 가지고 있다.²¹⁾ 즉 일본국 헌법은 한편으로 1791년 프랑스헌법 이후의, 침략전쟁을 반대하며 무력에 대해 헌법적 통제를 가하는 평화주의의 흐름을 계승하여 발전시켰다고 할 수 있다. 다른 한편으로, 일본국 헌법의 규정은 그 철저함과 절대성으로 평화주의에 관한 각국 헌법의 규정과 단절(또는 비약)되어 있는 측면도 가지고 있음을 부정할 수 없다. 즉 헌법에서 평화이념을 추구하고 침략전쟁을 부정했을 뿐만 아니라 모든 전쟁행위, 무력의 보유 및 국가의 교전권까지 포기한다고 명확히 선언한 것이다. 이를 적극적으로 평가하자면 일본국 헌법은 이른바 헌법평화주의의 새로운 시대를 열었다고 할 수도 있다.

그렇다면 제9조를 중심으로 하는 이러한 평화주의 관련 헌법 조항은 어떻게 입법화하였고, 어떠한 배경 하에 이루어졌으며, 그 과정에 누가 주도적인 역할을 한 것인가? 이를 밝히기 위해 일본국 헌법 제9조의 입법사에 대해 간단히 살펴볼 필요가 있다.

3. 일본국 헌법의 제정과 제9조

1945년 8월 15일에 일본은 「포츠담선언」의 수락을 결정하고 무조건 항복을 선언하였다. 그 후 미군을 위주로 한 연합국 군대가 일본을 점령함으로써 일본의 모든 권력은 연합국최고사령부(GHQ, 미국 태평양육군최고사령관인 맥아더가 연합국 최고사령관 겸임)에 복종하게 된다. 일본의 군국주의를 청산하고 일본 사회의 민주화를 실현하기 위해, GHQ와 맥아더는 일본에서 새로운 헌법의 제정이 필요하다고 주장했다. 그러나 일본 정부와 집권세력은

21) 樋口陽一, 앞의 책, 134면.

처음에 새 헌법의 제정에 적극적이지 않았고 일본제국헌법(명치헌법)의 일부 조항에 대한 개정만으로 충분하다고 인식하고 있었다. GHQ와 맥아더의 압력 하에 일본 정부는 1945년 10월 25일에 헌법문제조사위원회를 설치하고 헌법개정 작업에 착수하게 된다. 1946년 2월 일본의 한 일간지가 일본 정부의 헌법개정초안을 공개했는데, 그 주요 원리나 내용이 일본제국헌법과 크게 다르지 않았다.²²⁾ 이에 실망한 맥아더는 GHQ 산하 민정국에 헌법안을 직접 기초하도록 명하면서 헌법안에 반드시 들어가야 할 몇 가지 내용을 제시하였다. 이른바 ‘맥아더 3원칙’ 또는 ‘맥아더 노트’이다. 맥아더가 제시한 3원칙 중 두 번째가 전쟁에 관한 것이고 이 내용이 후에 헌법 제9조의 원형이 되었다(기타 두 원칙은 각각 천황제 문제와 일본의 봉건제도 및 화족제도의 타파에 관한 것임).²³⁾

국권의 발동(發動)로서의 전쟁은 폐지(廢止)한다. 일본은 분쟁해결의 수단으로서의 전쟁 나아가 자기의 안전을 보장하는 수단으로서의 전쟁을 포기한다. 일본의 방위와 보호는 현재 세계를 움직이고 있는 숭고한 이상에 맡긴다. 일본이 육해공군을 가지는 권한은 미래에도 부여되지 않고, 교전권(交戰權)은 일본군에게 인정되지 아니한다.²⁴⁾

이 ‘맥아더 노트’ 중의 평화주의 발상의 기원, 즉 이 내용이 맥아더 본인의 생각인지 아니면 다른 사람의 생각을 맥아더가 정리한 것인지에 대해서는 의견이 엇갈린다. 지금까지의 연구에 의하면, 일본의 前수상 시데하라 기쥬로(幣原喜重郎)가 맥아더와 회견할 때 일본은 장래에 군대를 가지지 않고 재무장을 할 필요가 없다는 생각을 피력했는데, 이에 대해 맥아더 역시 크게 공

22) 일본국 헌법의 성립 역사 일반 및 관련 자료에 관해서는 杉原泰雄 編集代表, 『日本国憲法史年表』(東京: 勁草書店, 1998年); 樋口陽一/大須賀明, 『日本国憲法資料集』(東京: 三省堂, 2000年) 등 문헌 참조.

23) 이와 관련해서는 최경욱, 『日本國憲法上 憲法 第9條와 맥아더노트와의 관계』, 『미국헌법연구』 제 17권제1호(미국헌법학회, 2006년), 97-126면, 참조.

24) 이는 高橋和之 等, 『憲法』 I (第五版, 東京: 有斐閣, 2012年), 149면의 자료에 의해 필자가 번역한 것임.

감하고 그 생각을 위의 제2원칙으로 정리하였다고 한다.²⁵⁾

GHQ 민정국은 맥아더의 지시에 따라 헌법안을 작성하여 일본 정부에 제시하고, 동시에 일본 정부가 만약 이 헌법개정안을 거부한다면 기타 연합국이 일본 천황의 전쟁책임을 추궁하는 위험성도 배제할 수 없다는 점을 암시하였다. GHQ 민정국에서 작성한 초안에서는 위의 ‘맥아더 노트’ 중에서 “자기의 안전을 보장하는 수단으로서의 전쟁”이라는 문구를 삭제하고, “일본의 방위와 보호는 현재 세계를 움직이고 있는 숭고한 이상에 맡긴다”는 부분을 헌법 전문으로 옮겨 규정하였다. 일본 정부는 GHQ헌법 초안을 일본어로 번역하여 간단한 수정을 가한 후 「제국헌법개정요강」이라는 명칭으로 사회에 공표하였다. 그 후 헌법개정안은 일본제국헌법이 규정한 헌법개정절차에 근거하여 추밀원(樞密院)의 자문, 제국의회(제국의회)의 중의원(중의원)과 귀족원(귀족원)에서의 심의, 천황의 재가 등의 절차를 거쳐 1946년 11월 3일에 정식으로 반포되었다. 헌법 개정안이 의회에서 심의되는 단계에서 제9조의 내용에 관해 약간의 수정이 있었는데, 그 중 제2항에 “전항의 목적을 달성하기 위하여”라는 표현이 추가되었다. 이른바 ‘아시다 수정(芦田修正)’이라고 불리는 헌법규정의 변화이다.²⁶⁾

당시 일본 정부가 헌법개정안을 공표했을 때, 헌법 학자를 포함한 일본의 대다수 지식인 및 국민들은 이 헌법개정안에 대해 환영하고 지지하는 태도를 보였다고 한다. 또한 제9조의 내용도 헌법초안의 국회 심의 시 주요 쟁점이 되지 않았다. 이는 당시 일본 국민들이 이 헌법안에서 규정하고 있는 절대평화주의나 전쟁포기 조항을 대체적으로 인정하고 반대하지 않았다는 점을 의미한다. 물론 일본 국민과 일본 정부가 헌법 제9조의 내용을 받아들인 이유는 동일하지 않다. 일본 국민들은 지난 전쟁에 대한 비참한 기억과 군국주의 자들에 대한 분노의 감정에서 출발하여 다시는 전쟁에 휘말려서는 안 된다는 생각이었고, 일본 정부나 보수 세력이 우선 고려한 것은 일본의 국체 즉 천

25) 小林直樹, 『憲法第九條』(東京: 岩波書店, 1982年), 29-32면, 河上曉弘, 『日本國憲法第九條成立の思想的淵源の研究』(東京: 専修大學出版局, 2006年), 98-122면.

26) 최경옥, 앞의 글, 111면.

황제의 유지였다. 천황이 전쟁책임을 추궁당하지 않게 하려면 이 조항을 받아들일 수밖에 없다고 인식한 것이다. 헌법 제9조의 수용은 천황의 면책을 위해 어쩔 수 없었다는 것이 이른바 ‘피뢰침(避雷針)’의 논리이다.²⁷⁾

이를 종합해보면, 일본국 헌법 제9조의 도입에는 맥아더와 같은 일부 영향력 있는 인물의 역할이 크게 작용한 면이 있다. 동시에, 일본의 무조건 항복, 연합국의 점령과 대일정책 등이 일본국 헌법이 평화주의를 도입하게 되는 시대적인 배경이 되었다. 일본 국내 상황에서 보자면, 제2차 세계대전의 경험 이 국민들의 전쟁에 대한 반감과 전쟁을 주도해온 군부 세력에 대한 증오의 감정을 증대시켰고 미래를 지향한 평화주의를 갈망하게 하였다. 그밖에 천황제의 유지와 천황의 전쟁책임 문제도 제9조의 채택과 연관되어 있다.²⁸⁾

IV. 일본국 헌법 제9조의 해석: 입헌주의와 평화규정

1. 일본국 헌법 제9조에 대한 각종 해석

일본국 헌법 제9조는 크게 세 가지 내용으로 구성되어 있다. 즉 ① 전쟁의 포기, ② 전력의 불보유(不保持), ③ 교전권의 부인이다. 일본국 헌법이 성립된 후, 헌법 제9조에 관해 각종 해석이 생겨나고 서로 대립해 왔는데, 그들의 분기점은 주로 위의 세 가지 내용을 어떻게 해석하는가에 있었다. 헌법 제9조에 관한 각종 해석들을 크게 다음과 같이 분류할 수 있다.²⁹⁾

1) 전쟁의 완전 포기와 전력의 절대 불보유(不保持)

이는 제9조에 대한 일종의 절대평화주의적 해석이다. 또한 헌법 규정을 문구 그대로 이해하면 이러한 결론에 이르게 될 가능성이 높다. 즉 헌법 제9조

27) 헌법 제9조의 도입과 천황제의 관계에 대해서는 小林直樹, 앞의 책, 33-35면, 참조.

28) 小林直樹, 위의 책, 23-26면, 참조.

29) 제9조에 관한 각종 헌법학설의 정리에 관해서는 高橋和之 等, 앞의 책, 160-181면 참조.

에 의해 일본은 자위전쟁을 포함한 모든 전쟁 가능성 및 자위력을 포함한 모든 군사력을 포기하게 되는 것이다. 이에 따르면 현재 존재하고 있는 일본 자위대는 헌법에 위배된다.

2) 전쟁의 한정적 포기와 전력의 불보유

이 관점은 다시 두 가지 의견으로 나뉜다.

① 전쟁의 한정적 포기(자위 전쟁권은 보유)와 전력의 절대 불보유
제9조는 자위전쟁을 부정하지 않았지만 모든 전력을 포기했으므로, 실제로 자위전쟁도 불가능하게 되었다. 자위대는 제9조가 금지한 전력에 속하므로 헌법에 위배된다. 전후 일본의 대표적인 헌법학자들이 오랫동안 이러한 견해를 주장해왔다.

② 전쟁의 한정적 포기와 전력의 불보유

자위권은 국가의 고유 권한으로서 제9조가 있음에도 포기할 수 없다. 비록 헌법 제9조는 어떠한 전력도 보유하지 않는다고 했지만 자위권을 위해 필요한 제한적인 무장력은 제9조가 포기한 전력에 포함되지 않는다. 따라서 자위대는 헌법에 위배되지 않는다. 1950년대 이후 일본 정부는 대체로 이와 같은 해석을 통해 자위대의 합헌성을 주장하였다.

3) 전쟁의 한정적 포기와 전력의 불완전 보유

헌법 제9조가 포기한 것은 자위전쟁 이외의 전쟁행위이고, 자위권 및 자위전쟁을 위한 전력은 부정하지 않았다. 즉 일본은 침략전쟁을 포기하고 침략전쟁에 필요한 무장력은 보유하지 않지만 그 외의 자위력은 헌법 제9조에 의해 부인되지 않는다. 따라서 일본은 자위전쟁의 권리 및 자위전쟁에 필요한 군사력을 보유할 권한을 가지고 있다. 이러한 해석은 제2차 세계대전 이후 각국 헌법에 규정한 평화주의 관련 내용에 거의 접근한다.

1950년대 이후 일본 정부는 자위권에 필요한 전력은 헌법 제9조가 금지한 전력에 포함되지 않는다는 교묘한(?) 해석을 통해, 헌법개정이 이루어지지 않는 조건 하에 자위대를 창설하고 그 규모와 활동영역을 점차 넓혀갔다. 일본 정부가 개발한 논리는 다음과 같다. 헌법 제9조는 모든 전력을 금지하고 있지만 자위권 행사에 필요한 최소한도의 병력은 여기에 포함되지 않는다. 왜냐면 자위권은 모든 독립국이 포기할 수 없는 권리이고 이를 위해서는 반드시 일정한 무장력이 필요하기 때문이다. 일본 정부의 이러한 공식 견해는 1954년경에 확정되었다고 한다.³⁰⁾ 즉 자위를 위한 필요한 한도의 방위력은 헌법 제9조에서 정한 전력에 포함되지 않고 따라서 자위대도 헌법에 위배되지 않는다는 것이다. 한편으로, 일본 정부는 오랫동안 자국이 아닌 제3국이 공격당할 경우 행사할 수 있는 이른바 집단적자위권을 현행 헌법에서는 허용되지 않는다고 공언하고 국방비의 비율을 한정하며 자위대의 해외파병을 금지하는 등 평화 외교의 원칙을 표명해왔다.³¹⁾ 그러나 1990년대 이후 국제정세의 변화에 따라 이러한 제약이 하나씩 제거되면서, 현재 일본은 국방비 규모가 세계에서 매우 큰 국가 중 하나가 되었고 일본의 자위대 역시 강력한 무장력으로 발전하여 언제든지 대규모 전쟁을 수행할 수 있게 되었다. 드디어 2014년에는 아베정권이 집단적자위권을 허용하는 데까지 이르게 되었다.

일본 정부의 이러한 헌법 해석의 변경과 자위대 창설 및 확대 행위에 대해, 헌법의 최고보장기관이며 위헌심사기관인 일본 최고재판소는 기본적으로 사후 추인 또는 헌법판단 회피의 태도를 취해왔다. 우선, 일본 자위대의 합헌성에 대해 최고재판소는 줄곧 정면으로 판단을 내리지 않고 있다.³²⁾ 대표적으로, 자위대의 전신인 경찰예비대가 설립된 후, 이러한 경찰예비대가 무력을 금지한 헌법 제9조에 위배되는지를 묻는 소송에서, 최고재판소는 원

30) 일본 정부의 공식견해는 당시 방위청 장관이 국회에서 한 답변에 잘 나타나 있다. “헌법 제9조는 독립국으로서 일본이 자위권을 갖는 것을 인정하고 있다. 따라서 자위대와 같은, 자위를 위한 임무를 갖고 또한 그러한 목적을 위해 필요한 상당한 범위의 실력부대를 두는 것은 헌법에 위반되는 것이 아니다”. 이경주, 앞의 글, 20면에서 재인용.

31) 이경주, 위의 글, 9-12면, 참조.

32) 高橋和之, 『立憲主義と日本国憲法』(東京: 有斐閣, 2005年), 51면.

고의 청구가 “구체적인 법률관계에 관한 분쟁”에 속하지 않는다는 이유에서 청구를 각하하고 경찰예비대의 위헌성에 대해서는 판단하지 않았다³³⁾. 그의 주일미군 및 이를 허용한 미일안보조약의 위헌성에 관해, 최고재판소는 주일미군이 헌법 제9조에 위반된다는 하급재판소의 판단을 파기하면서, 안보조약의 위헌성 여부에 대한 판단은 “순사법적(純司法的) 기능을 그 사명으로 하는 사법재판소의 심사에는 적합하지 않은 성격을 지니고 있으므로, 일견 극히 명백한 위헌무효가 인정되지 않는 이상 재판소의 사법심사권의 범위 밖에 있는 것”이라면서, 이에 대한 판단은 내각과 국회, 나아가 국민의 정치적 판단에 맡겨야 한다고 판시하였다.³⁴⁾ 결과적으로 최고재판소는 제9조와 관련하여, 헌법해석의 변경을 통해 헌법 규정을 무력화하는 일본 정부의 전략에 대해 유효하게 제어하거나 견제하는 역할을 하지 못한 것이다.

2. 형식적 의미의 입헌주의와 일본국 헌법 제9조

일본국 헌법은 평화주의의 이념을 제창하는 동시에 모든 국가권력기관의 헌법수호의무를 규정하였다. “천황 또는 섭정 및 국무대신, 국회의원, 재판관 그 밖의 공무원은 헌법을 존중하고 옹호할 의무를 진다”(헌법 제99조). 또한 헌법의 최고법규성 원칙도 천명하고 있다. “헌법은 국가의 최고법규로서, 이에 반하는 법률, 명령, 조칙(詔勅) 및 국무에 관한 그 밖의 행위의 전부 또는 일부는 효력이 없다”(헌법 제98조 제1항).

형식적 의미의 입헌주의 즉 ‘헌법을 제정하여 헌법에 따라 통치를 하고 헌법의 최고법규성을 보장’하는 원칙에 따르면, 일본 정부를 포함한 모든 국가 권력은 일본 국민이 제정한 헌법의 규정-제9조를 포함-의 내용을 엄격히 준수해야 한다. 즉 무장력을 다시 설립하고 발전시키거나 전쟁을 준비하고 교전권을 행사하는 행위는 헌법에 위배될 가능성이 있다. 국가기관이나 단체의 어떠한 행위가 헌법에 위반되는지 여부에 대한 최종적인 판단권은 최고재

33) 이른바 ‘警察予備隊違憲訴訟’(最高裁昭和27年10月8日大法廷判決).

34) 이른바 ‘砂川事件’(最高裁昭和34年12月16日大法廷判決).

판소에 있다. “최고재판소는 모든 법률, 명령, 규칙 또는 처분이 헌법에 적합한지 여부를 결정할 권한을 가지는 중심재판소이다”(헌법 제81조).

입헌주의에 대한 이러한 이해에 따르자면, 1950년대 이후 일본 정부가 취해온 헌법해석과 각종 정부 행위-헌법개정을 거치지 않는다는 전제 하에 자위대를 창설하고 군비를 확장하며 해외에 파병하거나 동맹국에 대해 군사원조를 행하는 등-은 일본국 헌법이 제9조를 통해 설정한 평화주의원리에 위배된다고, 즉 위헌이라고 판단할 수밖에 없다. 또한 일본의 최고재판소는 정부의 이러한 위헌행위를 통제하거나 제어하는 등 헌법보장기관으로서의 직무를 제대로 이행하지 못한 것이다. 일본 정부와 재판소의 이러한 태도는, 헌법은 반드시 준수되어야 하고 헌법의 최고법규성은 보장되어야 한다는 입헌주의원리가 일본에서 충분히 실현되지 못하게 되는 결과를 초래했다. 이로써 헌법 제9조는 애당초 취지에서 벗어나 점차 공허한 문구로 전락하게 되었고 입헌주의원리도 그 범위 내에서 파괴되었다.

물론, 1950년 이후 국제정세를 비롯한 시대적 상황의 변화는 일본 정부가 헌법해석을 변경하여 제9조의 원래 취지에서 이탈하게 된 가장 큰 이유이다. 일본 국민 역시 현실적인 고려에서 이러한 일본 정부의 작법(作法)에 대해 묵인하거나 지지하는 태도를 취한 측면이 있다. 위와 같은 일본의 역사를 감안할 경우, 형식적 입헌주의의 이해에 따르자면 이러한 위헌 상태를 해소하고 이미 기정사실화된 무장력(자위대)에 대해 보다 유효한 통제와 감독을 시행하기 위해서는, 헌법 제9조를 개정하여 군대에 관한 조항을 신설하는 것이 보다 합리적이고 현실적인 방안일 것이다. 즉 일본 국민이 헌법개정권을 행사하여 1946년 헌법의 일부 내용을 변경하는 것이다. 그 과정과 절차가 합법적으로 이루어진다면, 헌법 제9조의 내용 또는 평화주의원리가 크게 수정된다고 하더라도 이러한 헌법개정은 입헌주의에 위배되지 않는다(이 역시 일본 국민의 선택이기에). 개헌, 특히 일본 국민에 의한 자주적인 헌법개정을 주장해온 일본의 자민당과 아베정권은 입헌주의에 대한 이러한 이해에 입각해 있는 것이다.³⁵⁾

3. 실질적 의미의 입헌주의와 일본국 헌법 제9조

그러나 위와 같은 입헌주의에 대한 단순한 형식주의적인 이해에서 벗어나, 입헌주의를 특정한 가치나 특정한 이념을 대표하고 나아가 “인류의 보편적 원리”(일본국 헌법 전문)를 구현해야 하는 개념으로 이해한다면, 일본국 헌법 제9조 및 평화주의는 입헌주의와 어떠한 관계에 놓이게 되는가?

1) 입헌주의와 헌법 제9조의 조화

일본의 헌법학은 일반적으로 ‘개인 권리의 보장’, ‘국민주권원리’와 함께 ‘평화주의’를 일본국 헌법의 3대 기본원리라고 해석한다. 즉 헌법 전문과 제9조에서 천명한 평화주의원리가 일본국 헌법의 핵심 원칙인 것이다.³⁶⁾ 나아가 개인의 권리 보장과 국민주권을 주장한 기타 국가의 헌법에 비해 일본국 헌법은 평화주의를 추가함으로써 새로운 형태의 입헌주의의 모델이 되었다. 이를 ‘평화입헌주의’ 또는 ‘입헌평화주의’ 헌법이라고 명명할 수 있다.³⁷⁾ 이로써 평화주의 및 일본국 헌법 제9조는 입헌주의의 발전의 연장선에 놓여 있다.

나아가 개인의 권리와 자유의 보장은 평화로운 사회 환경을 필요로 하고 평화헌법은 권리보장과 입헌주의 실현의 대전제가 된다. 일본국 헌법 전문에서 규정하고 있는 “공포와 결핍으로부터 벗어나 평화롭게 생존할 권리”는 자유권, 참정권과 사회권에 이어 헌법이 보장하는 새로운 인권, 즉 평화생존권

35) 일본국 헌법이 반포된 후, 자민당을 비롯한 일부 보수 세력은 이 헌법이 미국의 압력 하에 제정되었다는 이유로 그 정통성에 대해 이의를 제기하고 일본 국민은 언젠가는 반드시 독립, 자주적으로 새 헌법을 제정하거나 기존 헌법을 대폭 개정해야 한다고 줄곧 주장해왔다. 현행 일본국 헌법은 이른바 ‘押し付け憲法’(강요한 헌법)이라는 주장이다.

36) 예컨대, 일본에서 가장 대표적인 헌법 교과서로 알려진 芦部信喜 교수의 憲法 교과서에서는 ‘국민주권’, ‘기본적인 인권의 존중’ 및 ‘평화주의’를 일본국 헌법의 3대 원리라고 하였다. 芦部信喜, 『憲法』(第五版, 東京: 岩波書店, 2011年), 35면. 그 외 현재 일본을 대표하는 저명한 헌법학자인 樋口陽一 교수 역시 ‘국민주권의 원리’, ‘평화주의의 원리’ 및 ‘인권의 원리’를 일본국 헌법의 기본원리로 기술하고 있다. 樋口陽一, 앞의 책, 105면 이하, 참조.

37) 이른바 ‘입헌평화주의’에 관해서는 山内敏弘, 『改憲問題と立憲平和主義』(東京: 敬文堂, 2012年), 上田勝美, 『立憲平和主義と人権』(法律文化社, 2005年) 및 浦田一郎ほか編, 立憲平和主義と憲法理論(京都: 法律文化社, 2010年)에 수록된 각 논문 참조.

이다. 따라서 평화주의는 실질적 의미의 입헌주의의 일부분으로 볼 수 있고 헌법 제9조 해석 시에는 이러한 입헌평화주의의 입장에서 출발해야 한다.³⁸⁾

즉 헌법 제9조가 구현하고 있는 평화주의는 일본국 헌법의 기본원리인 동시에 개인의 권리와 자유를 보장하기 위한 전제조건이다. 헌법개정과 헌법 해석은 이와 같은 기본원리에 대해 변경을 가할 수 없다. 왜냐하면 헌법의 기본원리를 변경하는 헌법개정은-비록 국민의 헌법개정권 행사를 통해 진행된다고 하더라도-헌법에 대한 수정이 아니라 ‘헌법 혁명’ 또는 ‘헌법의 자살’로 이어지기 때문이다. 이러한 해석의 전제 중 하나는 이른바 ‘헌법개정한 계론’, 즉 헌법의 일부 조항은 그 헌법의 핵심 내용을 구성하기에 헌법개정 절차를 거치더라도 개정하거나 변경할 수 없다는 헌법이론이다.³⁹⁾ 1945년 이후 일본 국민이 헌법제정을 통해 평화주의를 헌법의 기본원리로 확정지었기에, 이 원리 및 이 원리를 구현하고 있는 헌법 제9조는 개헌을 통해서일지라도 포기할 수 없다는 것이다.

이러한 주장은 일본국 헌법에서 규정한 평화주의가 입헌주의원리와 조화되고 입헌주의원리의 핵심에 평화주의가 포함되어야 한다는, 입헌주의에 대한 특수한 이해를 바탕으로 하고 있다. 이에 대해서는 우선 입헌주의 원리를 여기까지 확대 해석할 수 있는지에 대해 반론이 가능하다. 그 외 절대평화주의를 표방한 헌법 제9조를 문구 그대로 해석할 경우, 현재 국제질서 속에서 일본의 안보를 어떻게 보장할지, 또 실제로 엄연히 존재해 온 자위대와 같은 무장력의 위헌성 문제를 어떻게 처리해야 할지에 대한 의문이 제기된다.

2) 입헌주의와 헌법 제9조의 긴장

이에 대해, 일본국 헌법이 규정하고 있는 평화주의, 특히 제9조의 내용은 입헌주의의 필연적인 귀결이나 구성부분이 아니라는 주장도 가능하다. 입헌주의를 실행하는 대부분 국가의 헌법은 모든 전쟁과 무력을 포기하는 등의

38) 일본국 헌법이 제시하고 있는 평화생존권의 개념, 비전 등에 관해서는 上田勝美, 위의 책, 153-203면 및 杉原泰雄ほか編, 『恒久世界平和のために-日本国憲法からの提言-』(東京: 勁草書房, 1998년) 제4부 「平和的生存権の確立と拡充」에 수록된 각 논문 참조.

39) 헌법개정한계론 일반에 관해서는 허영, 『헌법이론과 헌법』(제5판, 박영사, 2011년), 93-95면 참조.

절대평화주의의 내용을 담고 있지 않다. 입헌주의의 역사에서 볼 때, 일본국 헌법 제9조는 변이(變異)고 특례이지 입헌주의의 일반적인 형태가 아니다. 절대평화주의는 인류의 아름다운 이상을 대표하고는 있지만 입헌주의와 필연적인 연관성이 있다고는 할 수 없고, 경우에 따라서는 입헌주의와 긴장관계에 놓여있다.⁴⁰⁾

일본을 대표하는 헌법학자이며 前동경대학 법학부 헌법교수인 하세베 야스오(長谷部恭男)는 이러한 주장의 대표주자이다.⁴¹⁾ 하세베 교수에 따르면, 근대 입헌주의원리는 공동체에서 공공영역과 사적인 영역을 구분하여, 공공영역에서는 이성적인 토의와 민주절차에 근거한 정책결정이 요구되는 반면에, 사적인 영역에서는 개인적 가치의 다원화를 보장해야 하고 개인들에게 특정한 생활양식이나 가치체계를 강요해서는 안 된다. 절대평화주의는 특수한 가치판단에 기초한 특정한 생활양식으로, 헌법을 통해 이러한 것을 개개인에 강요하는 방식은 입헌주의가 요구하는 개인 자주 선택의 원리에 반한다. 각국이 병립해 있고 서로 경쟁하고 적대시하기도 하는 현행 국제환경 하에서, 절대평화주의를 고집하는 것은 평화를 실현하지 못하고 개개인의 권리와 자유를 보장하지 못할 뿐만 아니라 평화를 파괴하게 되어 개인의 자유 실현에 오히려 위협적이다.

비록 일본국 헌법이 평화주의를 제창하고 헌법 제9조를 규정하고 있지만 일본의 영토와 국민의 안전에 필요한 자위권과 자위력이 현행 헌법에 의해 금지되어 있지는 않다. 헌법 제9조의 문구는 하나의 원리(평화주의)를 표명한 것이지 반드시 엄격히 준수해야 하는 룰(모든 전쟁과 무력의 포기)을 정한 조항이 아니다. 따라서 일부 학자들이 주장하는 절대평화주의는 결코 입헌주의의 기본 원리가 될 수 없다. 입헌주의는 인권의 보장과 권력분립을 요구하고 있지만 무력의 전면금지과 자위권마저 포기하도록 요구하고 있지는 않다. 무력의 전면금지는 오히려 국가의 평화질서 나아가 입헌주의에 대한

40) 高橋和之, 앞의 책, 46면.

41) 하세베 교수의 주장에 관해서는 長谷部恭男, 『憲法と平和を問いなおす』(東京: 筑摩書房, 2004年), 長谷部恭男, 『平和主義と立憲主義』, 『ジュリスト』第1260号(有斐閣, 2004年1月), 56-67면 등 참조.

위협을 초래할 수 있다.

이러한 입헌주의에 대한 이해를 바탕으로 현행 헌법을 해석한다면 자위권과 자위력의 존재는 헌법에 위반되지 않고 반대로 입헌주의의 이념에 부합한다고 해야 한다. 따라서 헌법 제9조의 개정 없이 일본은 자위권을 행사할 수 있고 자위대도 현행 헌법에 위배되지 않는다. 이는 1950년 이후 일본 정부가 제9조에 대해 취해온 해석과 결과적으로는 크게 다르지 않다. 다만, 자민당이나 아베정권은 현재 제9조의 변경을 주장하고 있는데 반해 하세베 교수는 제9조를 개정해야 한다고는 주장하지 않는다. 비록 입헌주의는 절대평화주의를 요구하지 않고 절대평화주의가 오히려 입헌주의에 위협적일 수 있지만 헌법 제9조는 입헌주의와 양립할 수 있도록 해석될 수 있기에 개정이 불필요하다. 반대로 헌법 제9조의 존재는 전쟁과 무력행사에 대한 위정자나 국가권력의 발호(跋扈)에 대해 어느 정도 제어하는 역할을 해왔고, 일본이 1945년 이후 전쟁에 휘말리지 않는 데는 이러한 헌법 규정의 존재와 무관하지 않다는 것이다. 많은 일본인들이 헌법 제9조의 비현실성을 인정하는 한편 이 조항의 개정에는 반대하는 이유도 이 점에 있다.

그런데 제9조가 엄연히 존재하고 있음에도 불구하고, 입헌주의에 대한 이러한 실질적인 이해에서 출발하여 헌법 규정에 관해 이렇게 해석할 수 있는지, 또한 이러한 해석이 허용된다면 권력에 대한 규제 장치로서의 성문헌법이 무슨 의미가 있는지 등에 대해서는 의문이 들 수 있다.⁴²⁾

3) 입헌주의와 헌법 제9조에 대한 또 다른 해석

위와 같은 헌법 해석을 ‘수정주의적 호헌파(修正主義的護憲派)’라고 비판하면서, 입헌주의적 이해에 따르면 안전보장문제는 헌법에 구체적으로 규정되어야 하는 사항이 아니기에 헌법 제9조를 아예 삭제해야 한다고 하는 학자도 있다.⁴³⁾ 이러한 주장에 따르면, 근대 입헌민주주의 체제는 이른바 ‘법의

42) 하세베 교수의 주장에 대한 반론으로는 笹沼宏志, 「平和と立憲主義」, 『法学セミナー』第650号(日本評論社, 2009년2월), 70-74면, 井上達夫, 「九条問題再說」, 竹下賢 等編, 『法の理論 33 特集〈日本国憲法のゆくえ〉』(東京: 成文堂, 2015년), 3-50면 등 문헌 참조.

43) 대표적인 학자로 일본의 법철학자인 동경대학 법학부의 井上達夫가 있다. 井上達夫의 위의 논문

지배 원리를 현실화하고 구체화하는 제도적 장치로서 특정 정치세력의 신념을 강요하는 것보다 그러한 정치세력의 신념을 타자에 강요하지 못하도록 하는 공정한 정치투쟁의 룰(公正な政治闘争のルール)을 정하는 데 그 중점이 있다. 한 국가의 합리적인 안전보장체제는 무엇인가라는 문제는 바로 민주주의 정치과정을 통해 논의되어야 하는 정책과제이므로, 이를 헌법규범을 통해 ‘고정(固定)’시키거나 ‘동결(凍結)’시키려고 하는 것은 헌법을 정쟁을 위한 공정한 룰에서 ‘정쟁의 도구(政争の具)’로 타락시키게 된다.

헌법 제9조를 문구 그대로 해석하면 모든 전쟁과 무력을 금지하고 있는데도 불구하고, 헌법개정을 하지 않는다는 전제하에 헌법 해석을 통해 자위전쟁과 자위력이 용인된다는 주장, ‘전수방위만을 위한 자위대와 안보(專守防衛の自衛隊・安部)’는 헌법에 위반되지 않는다고 하는 주장, 자위력은 헌법에서 규정한 전력에 포함되지 않는다는 주장 등은 모두 자기기만에 불과하다. 즉 그들은 자위대의 존재와 같은 헌법 제9조와 명백히 조화되지 않는 현실을, 헌법질서와 헌법규정 간에 엄연히 존재하고 있는 괴리를 은폐하기 위해 말장난을 하고 있다는 것이다. 헌법학자들의 이러한 이데올로기적인 호헌(護憲) 태도는 결국 헌법에 대한 국민들의 신임을 저하시키고 입헌주의 원리를 파괴하게 된다. 따라서 헌법 제9조를 삭제해야 비로소 일본의 안전보장문제를 일본 국민의 민주주의 숙의(熟議)의 장으로 끌어들이어 일본 국민이 자각적이고 주체적으로 논의할 수 있게 되는 것이다.⁴⁴⁾

이러한 입헌주의원리의 이해에는, 평화주의와 입헌주의 간의 긴장관계에서 한 발짝 더 나아가 헌법 제9조와 같은 평화주의 조항은 입헌주의에 반한다는 주장이 깔려 있다. 즉 전쟁이나 평화문제는 애당초 입헌주의와 무관한 내용이라는 것이다. 입헌주의와 평화문제에 관한 이러한 이해에 따르면 국민이 헌법을 통해 전쟁이나 무력에 대해 특별히 규제하는 방식은 바람직하지

및 井上達夫, 『リベラルのことは嫌いでも、リベラリズムは嫌いにならないでください』(東京: 毎日新聞出版, 2015年), 참조.

44) 井上達夫의 위의 문헌 및 郭舜, 「憲法第9条削除論-世界正義論の観点から-」, 瀧川裕英ほか編, 『逞しきリベラリストとその批判者たち-井上達夫の法哲学-』(京都: ナカニシヤ出版, 2015年), 179-193면 참조.

않다. 이는 입헌주의의 실질적 의미 및 입헌주의와 평화의 관계에 대한 또 하나의 해석이다.

이에 대하여 헌법 규정을 통해 군대나 전쟁문제에 대해 규정을 두어 통제하는 것이 결국 입헌주의에 반하는가에 관한 반론이 있다. 특히 현실적으로, 전쟁과 무력행사에 대해 헌법적 규제를 제거하고 이를 국민의 토의나 민주주의 절차에 맡길 수 있을 만큼 일본사회가 성숙되고 일본의 대의정치(代議政治)가 잘 작동되는가에 대해서는 의문이 들 수밖에 없다. 1930년대 이후 일본의 군국주의 세력이 대중의 지지를 등에 업고-적어도 민중의 적극적인 반대 없이-무모한 전쟁에 돌진하여 처참한 결과를 빚어낸 제2차 세계대전의 경험이 이 점에 대해 잘 말해준다.

4. 소결

이처럼 형식적 의미에서의 입헌주의적 해석에 따르면-국민이 헌법을 제정하고 수정함으로써 각 국가권력이 헌법에 따라 설정되고 행사되어야 하지만, 그 헌법이 어떠한 내용을 담아야 하는가를 우선적으로 고려하지 않는다면-제9조와 같은 현행 일본국 헌법 규정과 정치현실(자위대의 존재나 집단 자위권의 승인)의 불일치를 해소하기 위해 일본 국민과 집권세력은 헌법이 정한 절차에 따라 헌법개정을 진행하여 일부 헌법 조항의 내용을 조정해야 할 것이다. 반대로 실질적 의미의 입헌주의적 해석에 따르면-입헌주의는 반드시 특정한 내용이 포함되고 특정한 가치를 구현해야 하며, 이러한 내용과 가치를 부정하게 되면 해당 헌법은 더 이상 입헌주의 헌법이라고 할 수 없다-일본국 헌법 제9조 등 평화주의의 내용은 입헌주의의 가치와 조화를 이루는 측면과 긴장 내지는 서로 충돌하는 양면성을 가지고 있다고 할 수 있다. 결국 이는 입헌주의의 이념을 어떻게 이해해야 하고 일본국 헌법에서 규정하고 있는 평화주의를 어떻게 설정해야 하는가 하는 문제와 연관된다. 간단히 말하면, 이는 헌법 제9조에서 규정한 평화주의를 일본국 헌법의 기본원칙으로 인정해야 하는지 그리고 이러한 평화주의를 입헌주의의 필연적인 결과나

전제조건으로 봐야 하는지에 대한 판단에 달려 있다.

결론적으로, 일본국 헌법이 애당초 전쟁과 무력행사에 관해-헌법 제9조와 전문의 내용을 그대로 이해한다면 - 비무장중립론과 절대평화주의를 명확히 했다는 점은 부정할 수 없다. 그 후 국제정세 등을 이유로 이러한 이상주의적 발상이 무너지면서 일본 정부는 헌법 해석의 변경을 통해 헌법 내용을 점차 무력화시키고 일본 국민 역시 이를 대체적으로 추인(追認)해왔다. 입헌주의(형식적 의미의 입헌주의)의 입장에서 보자면 이는 명백한 헌법 위반이고 이러한 위헌상태를 해소하기 위해 일본 국민이 원한다면 헌법개정을 추진할 수밖에 없다. 다만 이러한 헌법개정은 적어도 헌법 규정 상 일본국 헌법의 근본적인 변화를 의미하게 되므로 이러한 개정 작업은-제2차 세계대전 등 일본국 헌법 성립의 역사적 배경을 감안한다면 - 더 이상 일본 국내에 국한되는 문제만이 아니고 동시에 주변 국가를 포함한 국제적 관심사라는 점을 인식하여야 한다.

한편으로, 입헌주의 발전의 역사 및 각국의 헌법 규정을 고려해 볼 때, 모든 전쟁과 무력을 포기하는 이른바 절대평화주의가 입헌주의의 구성부분이라고 하는 주장은 성립되기 어려워 보인다. 헌법 제9조 및 제9조에서 드러나는 절대평화주의는 일본국 헌법의 기본원리일 수는 있으나 헌법의 일반적인 기본원리는 될 수 없다. 입헌주의의 기본원리나 주요 내용에 대한 각종 논의가 가능하고 제9조와 평화주의 조항에 대한 해석을 서로 다르게 할 수는 있겠지만, ‘입헌주의 헌법’이라는 이유로 제9조의 내용을 절대화하거나 이를 일본국 헌법의 해석에만 적용할 수는 없다. 그보다는 입헌주의가 실제로 어떠한 이념과 가치를 추구하는 것인지에 대한 고민과 함께 헌법을 통해 향후 일본이라는 국가의 전쟁행위와 무력을 유효하게 통제, 제어하는 장치를 고안해나가는 것이 더욱 현실적일 것이다.⁴⁵⁾

45) 이 점에 관해서는 石川健治, 「軍の持続的な統制は可能か」, 水島朝穂 責任編集, 『立憲的ダイナミズム』(東京: 岩波書店, 2014年), 115-134면, 참조.

V. 일본국 헌법 제9조의 미래

헌법 제9조의 해석을 둘러싸고 일본 헌법학계에서는 의견이 갈리고 있고 일본 정부의 입장도 시간에 따라 변해왔다. 전후 일본의 주류 헌법학자들이 자위대가 헌법을 위반할 가능성이 있다고 주장했지만, 일본 정부는 헌법개정을 하지 않은 채로 헌법해석의 변경을 통해 헌법에서 정한 평화주의 원리를 점차 무력화시키는 방식을 취해왔다. 향후 일본국 헌법 특히 제9조의 내용 및 그에 대한 정부의 해석이 어떻게 변해갈지는 단순히 헌법 해석학의 문제에 그치는 것이 아니라 일본의 정치상황, 국제형세, 미국의 태도 등 여러 요소들과 밀접히 연관되어 있을 것이다.

입헌주의의 시각에서 보자면, 향후 일본국 헌법의 전개 가능성에 대해 아래와 같은 몇 가지 시나리오를 예상할 수 있다.

첫째, 일본이 헌법개정 절차를 통해 제9조의 내용을 수정 또는 폐기함으로써 일본국 헌법이 애당초 규정한 절대평화주의를 포기하는 것이다. 헌법에는 여전히 평화주의 이념을 고취하고 침략전쟁을 반대하겠지만 자위권과 자위력을 명확히 하고 자위대와 국방력에 관한 조항을 추가하는 것이다. 이는 아베정권과 자민당이 실현하고자 하는 목표이다.⁴⁶⁾ 즉 일본을 소위 ‘보통국가(普通國家)’, 전쟁을 할 수 있는 국가로 만들겠다는 계산이다. 이를 위해서 절차상으로는 국회 “각 원(院)의 총 의원 3분의 2 이상의 찬성으로 국회가 발의하여 국민에게 제안하고”, 이에 대해서는 “특별한 국민투표 또는 국회가

46) 일본자민당이 2012년 4월 27일에 작성하여 공개한 일본국 헌법개정초안에서는 제9조의 내용을 다음과 같이 변경하였다.

“제9조의 1. 1) 일본 국민은 정의와 질서를 바탕으로 하는 국제평화를 성실하게 추구하고, 국권의 발동인 전쟁과 무력에 의한 위협 또는 무력행사는 국제분쟁을 해결하는 수단으로서는 사용하지 않는다. 2) 전항의 규정은 자위권의 발동을 방해하지 않는다.

제9조의 2 1) 우리나라의 평화와 독립 및 국민의 안전을 확보하기 위해, 내각총리대신을 최고지휘관으로 하는 국방군을 보유한다. 2) 국방군은 전항에 규정한 임무를 수행할 시에는 법률에 정한 바에 따라 국회의 승인 및 기타 통제를 받는다(이하 내용 생략)”.
즉 자위권을 위한 전력을 인정하고 국방군에 관한 내용을 헌법에 명확히 하는 내용이다. 이 헌법초안은 水島朝穂, 『はじめての憲法教室－立憲主義の基本から考える－』(東京: 集英社, 2013年)에 수록된 「自由民主党 日本国憲法改正草案」에 근거하여 필자가 번역한 것임.

정하는 선거에서 시행하는 투표에서 과반수의 찬성을 필요로 한다”(헌법 제 96조).⁴⁷⁾ 당연히, 이러한 일본의 헌법개정 움직임에 대해서 주변 국가와 국민들은 이를 일본의 전쟁책임의 청산이나 천황제 문제와 연계시켜 고려할 것을 요구할 권한이 있다.⁴⁸⁾

다음으로 가능한 시나리오는 헌법의 현 상태를 유지하고 제9조를 포함한 평화주의 조항을 그대로 두는 것이다. 다만, 헌법해석상 비교적 느슨한 평화주의 입장에 입각하여, 입헌주의가 요구하는 것은 절대평화주의가 아니고 자위전쟁 및 이에 필요한 자위력은 현행 헌법에 의해 배제되지 않는다고 하는 것이다. 이는 일본 정부가 지금까지 취한 기본 전략이기도 하다. 그러나 이번 아베정권의 행태-행정부의 일방적인 헌법해석을 통해 집단적자위권을 용인하는-에서 볼 수 있듯이, 헌법에 대한 이러한 이해는 결국 제9조의 내용을 헌법개정 없이 무력화해버리는 위험성이 있으며 헌법해석 변경이 어디까지 가능한지에 대한 의문을 제기하고 헌법의 명문 규정 자체에 대한 허무주의적 태도를 확산시킬 우려가 있다.

마지막으로는 현행 헌법의 규정을 그대로 두면서 제9조의 규정에 대한 엄격한 해석을 견지하는 입장이다. 제9조가 구현한 평화주의는 일본국 헌법의 기본원리이고 제9조의 개정이나 평화주의를 포기하는 주장은 현행 헌법의 개정한계를 벗어나는 주장으로서 이는 바로 일본국 헌법의 기본원리에 대한 위반을 의미한다. 따라서 현행 헌법에 따르면 자위대는 헌법에 위반되지만 현실적 고려 하에 용인될 뿐이다. 일본국 헌법이 규정하고 있는 평화주의는 입헌주의의 미래의 방향, 나아가 인류문명의 발전방향을 제시하고 있다. 일부 진보적인 헌법학자와 시민세력이 헌법 제9조에 대해 취하고 있는 이러한 입장은 강한 이상주의적 경향을 보이고 있어 현실과 커다란 괴리감을 나타내

47) 최근(2016년 7월 10일)에 치러진 일본 참의원 선거에서 자민당을 비롯한 개헌세력이 전체 의석의 3분의 2 이상을 차지하게 되었다. 중의원에서는 자민당을 포함한 참여여당이 3분의 2 이상을 이미 차지하고 있어 아베 정권이 추구해 온 헌법 개정의 가능성이 보다 현실적으로 다가오고 있다. 향후 전개가 주목된다.

48) 정중섭, “한·미·중, 日 개헌 개입 권리 있다”, 문화일보(2014년2월4일), 참조.
<http://www.munhwa.com/news/view.html?no=2014020401033037191002>.

고 있다는 점을 부정할 수 없다.⁴⁹⁾

■ 참고문헌

- 권영성/민경식 「平和主義의 憲法的 保障」, 『아카데미論叢』 제8집, 세계평화교수협의회, 1980년, 117-131면.
- 서보건, 「일본의 집단적 자위권과 헌법해석의 변경에 관한 최근의 논의」, 『유럽헌법연구』 제15호, 유럽헌법학회, 2014년, 169-201면.
- 성낙인, 『프랑스憲法學』, 법문사, 1995년.
- 정중섭, 「한·미·중, 日 개헌 개입 권리 있다」, 문화일보, 2014년2월4일.
<http://www.munhwa.com/news/view.html?no=2014020401033037191002>.
- 이경주, 「일본 안보관련법의 위헌성과 한반도 평화」, 『안암법학』 제49호, 고려대학교 안암법학회, 2016년, 1-49면.
- 정극원, 「헌법상 평화조항에 관한 일고찰」, 『세계헌법연구』 제18권제3호, 국제헌법학회, 2012년, 119-138면.
- _____, 「성립면에서 본 근대 입헌주의적 헌법과 현대 사회국가적 헌법의 비교」, 『유럽헌법연구』 제18호, 유럽헌법학회, 2015년, 199-223면.
- 최경욱, 「日本國憲法上 憲法 第9條와 맥아더노트와의 관계」, 『미국헌법연구』 제17권제1호, 미국헌법학회, 2006년, 97-126면.
- 허 영, 『헌법이론과 헌법』(제5판), 박영사, 2011년.
- 愛敬浩二, 『近代立憲主義の原像-ジョン・ロックの政治思想と現代憲法学-』, 京都: 法律文化社, 2003년.
- 芦部信喜(高橋和之補訂), 『憲法』(第五版), 東京: 岩波書店, 2011년.
- 石川健治, 「軍の持続的な統制は可能か」, 水島朝穂 責任編集, 『立憲的ダイナミズム』, 東京: 岩波書店, 2014년, 115-134면.
- 井上達夫, 「九条問題再説」, 竹下賢 等編, 『法の理論 33 特集 <日本国憲法のゆくえ>』, 東京: 成文堂, 2015년, 3-50면.
- _____, 『リベラルのことは嫌いでも、リベラリズムは嫌いにならないでください』, 東京: 毎日新聞出版, 2015년.
- 上田勝美, 『立憲平和主義と人權』, 京都: 法律文化社, 2005년.
- 浦田一郎ほか編, 『立憲平和主義と憲法理論』, 京都: 法律文化社, 2010년.
- 大石真, 「憲法9条の政府解釈」, 『法学教室』 第277号, 有斐閣, 2003년10월, 4-12면.

49) 高橋和之, 앞의 책, 58-59면.

- 郭 舜, 「憲法第9条削除論-世界正義論の観点から-」, 瀧川裕英ほか編, 『逞しきリベラリストとその批判者たち-井上達夫の法哲学-』, 京都: ナカニシヤ出版, 2015年, 179-193頁.
- 河上暁弘, 『日本国憲法第9条成立の思想的淵源の研究』, 東京: 専修大学出版局, 2006年.
- 小林直樹, 『憲法第九条』, 東京: 岩波書店, 1982年.
- 笹沼宏志, 「平和と立憲主義」, 『法学セミナー』第650号, 日本評論社, 2009年2月, 70-74頁.
- 佐藤幸治, 『日本国憲法論』, 東京: 成文堂, 2011年.
- _____, 『立憲主義について 成立過程と現代』, 東京: 左右社, 2015年.
- 杉原泰雄 編集代表, 『日本国憲法史年表』, 東京: 勁草書房, 1998年.
- 杉原原雄ほか編, 『恒久世界平和のために-日本国憲法からの提言-』, 東京: 勁草書房, 1998年.
- 高橋和之, 『立憲主義と日本国憲法』, 東京: 有斐閣, 2005年.
- 高橋和之 等, 『憲法』 I (第5版), 東京: 有斐閣, 2012年.
- 長谷部恭男, 『憲法と平和を問いなおす』, 東京: 筑摩書房, 2004年.
- _____, 「平和主義と立憲主義」, 『ジュリスト』第1260号, 有斐閣, 2004年1月, 56-67頁.
- 樋口陽一, 『近代立憲主義と現代国家』, 東京: 勁草書房, 1973年.
- _____, 『憲法』(改訂版), 東京: 創文社, 1998年.
- 樋口陽一/大須賀明, 『日本国憲法資料集』(第4版), 東京: 三省堂, 2000年.
- 水島朝穂, 『はじめての憲法教室-立憲主義の基本から考える-』, 東京: 集英社, 2013年.
- 山内敏弘, 『改憲問題と立憲平和主義』, 東京: 敬文堂, 2012年.
- 山室信一, 『憲法9条の思想水脈』, 東京: 朝日新聞出版, 2007年.
- シュテルン(Klaus Stern), 『ドイツ憲法』 I (赤坂正浩など訳), 東京: 信山社, 2009年.

<Abstract>

A Studying on the Establishment and Interpretation of The Article 9 of the Japanese Constitution

– From The Viewpoint of Constitutionalism –

Jiang, Guang-Wen*

Article 9 of the Japanese Constitution renouncing war is one of the most disputed issues in Japanese society. The Abe administration launched in 2012, took great steps to change the interpretation of Article 9, by declaring that Japan has the right to not only exercise individual self-defense, but also collective self-defense.

The purpose of this paper is to provide a perspective for understanding the recent constitutional discussions and studies in Japan. This paper examines the legislative history of the Japanese Constitution, divided interpretations of Article 9, and the possibility of amending this article from the viewpoint of constitutionalism. Especially, this paper distinguishes the formal understanding of constitutionalism from the material understanding of constitutionalism, and looks into how these differences are related to the interpretation of Article 9.

* Professor, Seoul National University, Law School

[Key Words] Constitutionalism, Pacifism, Japanese Constitutional Law,
Article 9 of Constitution, the Abe Administration