

2기 인권운동연구소 세미나 자료모음

# 기본적 인권론

② 영국/미국/프랑스/독일

2004. 1.

2기 인권운동연구소 세미나 자료모음  
기본적 인권론  
② 영국·미국·프랑스·독일  
2004. 1.

2기 인권운동연구소 세미나 자료모음

## 기본적 인권론

② 영국/미국/프랑스/독일

2004. 1.

## 기본적인권론 ② 영국/미국/프랑스/독일

### <목차>

1. 영국법에서 '개인적 자유의 권리'에 대하여 P 2  
-블랙스톤의 '절대권'의 관념을 중심으로 : 内田力藏(우치다 리키조)
2. 미국 독립전쟁과 인권선언 : 鈴木 圭介(스즈키 게이스케) P 25
3. 1789년 <사람 및 시민의 권리선언> - 그 시민혁명에 있어서 자리매김 P 32  
: 稻本 洋之助(이나모토 요노스케)
4. 1789년 인권선언의 '보편성' - 그 역사적 기원을 찾아서 P 55  
: 辻村 みよ子(츠지무라 미요코)
5. 프랑스 인권선언과 형사입법 개혁 P 77  
: 新倉 修(니이쿠라 오사무, 고쿠가쿠인(國學院)대학 교수)
6. 독일의 '기본권' 관념 - 그 성립에 관한 약간의 고찰 P 87

# 영국법에서 '개인적 자유의 권리'에 대하여 -Black Stone의 '절대권'의 관념을 중심으로-

우치다 리키조 (内田力藏)

## 1. 머리말

영국법에서 '개인적 자유' 또는 '인신의 자유'의 권리(the right of personal freedom or liberty)에 대하여 이른바 '기본적 인권'의 일부인 '인신의 자유'에 관한 일종의 비교법적인 효과를 노린 고찰을 하려고 하면 그에 앞서 도대체 영국의 통치구조에 관한 법(the law of the constitution; the constitution of law)에는 '기본적 인권'이라는 관념 또는 제도 그 자체가 존재하는지 여부가 의문이다. '개인적 자유' 또는 '인신의 자유'라는 같은 명칭인 권리가 그와 같은 관념 또는 제도의 일부를 형성하고 있는지 없는지에 따라 그것이 되는 법적 의미 내지 기능은 꽤 달라질 것임이 분명하기 때문에 그리고 만약 '기본적 인권'의 확인 내지 선언이 혁명적 문서나 성문 헌법전 속에 담기는 것이 현대국가의 공통적인 현상이라면, 그러한 혁명적 문서나 성문으로 된 헌법전이 없는 영국의 통치구조의 역사와 그 통치구조의 법에는 '기본적 인권'의 관념은 발견되지 않으리라고 상상된다. 그러나 영국의 통치구조의 전개과정에서 근대 유럽(미국)의 구미나라들의 인권선언이나 기본적 인권의 실정법적 확인을 위한 사실상의 원형 내지 모범이 제시되었다고 하는 사실은 공평한 관찰자라면 누구나 인정할 것이다. 만약에 그렇다면 영국의 통치구조의 역사에는 근대적인 인권선언에 실질적으로 대응하는 현상이, 또 영국의 통치구조의 법에는 현대적인 기본인권에 기능적으로 해당하는 관념 내지 제도가 생겨났고 또 전개되고 있음에 틀림없다. 그래서 그와 같이 인권선언과 기본인권에 실질적으로 대응하고 기능적으로 해당하는 것을 배경으로 하고, 또는 그 일부를 형성하는 것으로서 영국인의 '개인적 자유' 또는 '인신의 자유'에 대해 얼마간의 개괄적인 고찰을 하는 것이 이 글의 목적이다.

그러나 그와 같은 배경 하에 '기본적 인권'에 실질적으로 해당하는 영국인의 '개인적 자유' 내지 '인신의 자유'의 권리를 비교법적 효과를 노리면서 밝혀나가는 작업은, 설령 그것이 개설적인 단계에 머무는 것이라 하더라도 꽤 오랜 역사에 대한 고찰과 복잡한 현상분석을 함께 하지 않을 수 없는 것인 이상 결코 단순하고 용이한 것일 수는 없을 것이다. 그래서 이 글에서는 본격적으로 그 작업을 진행시키는 대신, 근대 영국법의 역사에 나타난 대표적인 학구적 법률가의 유명한 저작을 상세하게 소개한다는 수단을 취한다. 관점에 따라서는 이와 같은 수단을 수행하는 일은 이 작은 글의 궁극적인 목표인 그 본격적 작업의 일부를 이룬다고도 말할 수 있을 것이다.

## 2. 영국법에는 '기본적 인권'이라는 관념은 없다는 데 대하여

영국법에 관한 포괄적인 설명 속에는, 혹은 이른바 '통치구조의 법'(the law of the constitution) 즉, '실질적인 의미의 헌법'에 관한 원리적인 해설 속에는, 이른바 '기본적 인권'(fundamental human rights)이라는 말 또는 그에 해당하는 표현을 찾아볼 수 없는 것이 오늘날의 상식이다. 그 이유는 결국 연합왕국에서는 미합중국이나 대륙법계 나라들처럼 최고법규인 성문 헌법전에 실정법적 제도로서 기본적 자유 내지 권리가 보장되어 있지 않기 때문이다. 영국에도 통치구조와 관련해서 고대로부터 상당히 많은 성문법, 국회가 제정한 법들이 있는 까닭에 통치구조에 관한 법, 즉 '실질적인 의미의' 헌법이 불문법이라고 단순히 단언할 수는 없을 것이다. 다만 국회에서 제정된 이들 법은 하나의 법전으로서 통일됨이 없이,

또는 그것들은 보통의 제정법이기 때문에 그런 것으로서의 효과밖에 갖지 못하고 게다가 통상적인 절차에 따라 개폐될 수도 있는 것이다. 만약에 어떤 자유 또는 권리가 국회에 의해 제정된 법으로 보장되었다고 해도 그 보장은 그 국회 제정법을 일반적인 개폐 절차에 따라 개폐하는 것을 통해 언제든지 어떻게든 한정할 수 있으며 없앨 수도 있는 것이다. "연합왕국은 미합중국과 같은 성문헌법을 갖지 않기 때문에 이런 의미의 기본적 권리는 없다. 영국에서 이와 같은 '여러 권리'에 대해 말하려고 할 때 그런 언어가 불명확한 것이라는 사실이 바로 드러나는 것이다" 이것은 Sir I. Jennings의 『법과 통치구조』 중 '기본적 자유'라는 장에 나오는 한 구절이다. 그러나 통치구조법에 관한 해설서 속에 이와 같이 '기본적인' 자유 혹은 권리에 관한 장이 들어가는 일은 예외적이다. 뿐만 아니라 제닝스 경우가 그렇듯이 그와 같은 관념 또는 제도가 영국 통치 구조에서는 인지할 수 없다는 것을 강조하기 위해 그런 언급이 이루어진다 고 해도 될 것이다.

영국 통치구조법에 관한 기술 속에서 시민(영국법 영어에 의하면 신민(the subject))이 국가에 대하여 어떠한 자유 내지 권리를 가지며 또 어떠한 의무를 지느냐는 문제는 '시민과 국가'(the citizen and the State) 또는 '신민의 권리'(the rights of the subject) 아니면 '신민의 의무'(the duties of the subject)와 같은 항목 속에서 언급되는 것이 보통이다. 그리고 거기서 언급되는 여러 자유나 권리에 대해 '기본적'(fundamental; basic)이라는 형용사가 붙은 일은 거의 없으며, 더구나 '인권'이라는 다소 정서적인 높은 울림을 갖는 말의 수준에까지 그것이 끌어올려지는 일은 일반적으로 없다. 예컨대 Stephen의 책 이름 『영국법의 해석』의 제 4권에서는 '신민의 통치구조상의 지위(the constitutional position of the subject)라는 장이 마련되어, 그 '신민의 권리'라는 절에는 다음과 같은 서론적 설명이 포함되어 있다.

"이제 우리는 신민의 권리를 생각하기로 하자. 충성에 대한 보답으로서 왕은 그 신민에 대해 보호를 공여하지 않으면 안 된다고 말한다. 그러나 이 일이 과거의 시대에 무엇을 의미했든 그 보호 의무는 오늘날 국왕의 어떤 관리도 어느 신민이 제기한 불법행위상의 소송(an action of tort)에서 국가행위(an act of State)의 답변을 대항케 할 수 없다는 것을 의미할 뿐이다. 바꾸어 말하면 신민은 그 충성에 대한 보답으로서 보통의 법의 보호(the protection of the ordinary law)를 받을 권리를 갖는 것이다. 이 이익은 충성과 서로 관계가 있는 것이기 때문에 국내에 거주하는 우호적 외국인에게도 있다.

그런데 법의 보호에 대한 이 권리의 중요성은 과장되지 말아야 한다. 신민은 법을 공평하게 실시할 것을 요구할 권리를 갖는다. 이 범위까지는 신민은 여러 권리를 확보할 수가 있는 것이다. 그러나 신민은 법이 자기에게 손해가 되도록 변경되어서는 안 된다는 권리를 전혀 갖지 않는다. 바꾸어 말하면 신민은 국회의 제정법에 대항하여 보장되는 절대적 권리(absolute rights which are guaranteed against Act of Parliament)를 전혀 갖지 않는 것이다. 이런 사실은 국회가 가장 높은 존재라는 일반 원리로부터의 하나의 귀결인 것이다. 그러나 신민은 마땅히 절대적인, 또는 보장된 권리(absolute or guaranteed rights)라고 생각되는 여러 권리를 갖지 않음에도 불구하고 신민이 가지고 있는 약간의 common law 상의 권리는 각별히 신성한 것(peculiarly secret)이라고 여겨지고 있는 것이다. 국회는 어떤 여타 권리든 감축할 권한을 가진 것과 마찬가지로 그러한 권리들을 감축할 수가 있다. 그러나 국회가 그렇게 하는 일은 (적어도 보통 상황에서는) 도저히 있을 법한 일이 아니다. 그리고 적어도 그 권리들 중 몇 가지에 대해서는 국회가 그와 같은 감축 의사를 명시하고 있는 일이 절대적으로 명백한 경우를 제외하고, 재판소가 그 권리들에 간섭하는 방향으로 어떤 국회 제정법을 해석하는 것을 배제하는 명확한 추정이 존재한다고 말해도 그것은 그리 엉뚱한 말은 아닐 것이다."

즉 영국인은 보통의 법에 의해 보호된다는 의미에서 권리 및 자유를 갖는데 지나지 않으나 몇몇 common law 상의 권리 및 자유는 '절대적으로 보호된' 것이라고 말할 수 없다고 하더라도 전통적으로 '각별히 신성한 것'이라고 여겨져, 전능의 국회도 통상적인 상황에서는 그것을 감축할 개연성은 없다는 이야기다. 만약에 영국법에 '기본적 인권적인 것'에 근접하는 뭔가가 있다고 한다면 이런 common law 상의 권리 또는 자유야말로 그것에 해당한다고 해야 할 것이다. 그리고 여기서 주목할 것은 이 저자가 언제나 어떻게든 이런 common law 상의 자유와 권리를 감축하는 권능을 갖는 국회가 그 권능을 결코 함부로 행사하는 일이 없으며, 재판소 또한 그러한 전제에 서서 법 해석을 할 것이라는 점에서 품고 있는 신뢰와 자신이다.

그런데 앞의 저자는 뒤이어 '각별히 신성한 것'이라고 보이는 몇몇 'common law 상의 권리'를 "이들 이른바 절대적인 여러 가지 권리"(the varieties of these so called absolute rights)라고 부르면서 그 각각에 대해 설명을 하고 있다. 거기에 포함되는 것은, ① 개인적 자유의 권리(the right of personal freedom) ② 재산권의 권리(the right of property) ③ 논의의 자유 및 출판의 자유의 권리(the right of freedom of discussion and freedom of the press) ④ 결사의 권리(the right of association) ⑤ 공적 집회의 권리(the right of public meeting) ⑥ 양심의 자유(liberty of conscience)이다. 그리하여 이 저자가 이 절의 설명 끝부분에서 결론적으로 주장하는 바는 다음과 같다.

"앞의 여섯 가지 절대적 권리의 기초를 이루는 것은 '모든 영국인은 법률로써 금지되어 있지 않는 한 하고 싶은 것을 할 권리를 지닌다는 영국법의 근본적인 원리'(the fundamental principal of English Law that every Englishmen is entitled to do what he pleased so long as it is not prohibited by law)이다. 엘리버러 경(卿)이 왕 vs 코벳 사건(1804)에서 말한 바와 같이 '영국법은 자유의 법이다'.

다른 한편 집행부는 많은 (유럽)대륙 나라들이 가지고 있거나 혹은 최근까지 가지고 있었던 것과 같은, 국가의 이익을 위해 집행부가 필요하다고 생각하는 모든 것을 행할 내재적인 권리(an inherent right)를 갖지 않는 것이다. 그런 까닭에 우리는 '보통의 개인은 일단 무엇이든 할 수 있는 권리를 갖는 반면 집행부는 신민의 권리에 간섭하기 위해서는 먼저 common law 상의, 또는 제정법에 의한 명확한 수권이 있다는 것을 증명해보여야 한다는 원리'에서 출발하는 것이다. 이와 같은 상황에서는 영국법이 개인이 할 수 있는 것이 아니라 개인이 해서는 안 되는 것을 명확히 하고 있는 것은 자연스럽다. 국가가 공익을 위해 무한정 간섭할 권능을 가지는 일이 승인되어온 나라들에서는 분명히 사정이 다르다. 그것은 그러한 나라에서는 신민의 기본적 자유는 정상의 원칙이 아니라 오히려 정부의 내재적인 여러 권리에 대한 한낱 예외에 해당하는 것이며, 그런 예외적인 것으로서 헌법전에 명기되면서(영국인에게는 부당하게 느껴질 만한) 현저함(undue prominence)을 부여받고 있는 것도 정당한 일이기 때문이다."

이로써 이 저자가 품고 있는 자신 혹은 신뢰의 기초에는, 자유의 법인 영국법의 근본원리 즉 영국인은 법률로써 금지되어 있지 않는 한 무엇이든 하고 싶은 일을 할 권리를 갖는다는 원리가 놓여있다는 것을 알 수가 있다. 그렇다면 그러한 원리는 도대체 어떤 과정을 통해 승인되고 확립되기에 이르렀는가? 또한 이 저자는 common law 상 몇 가지 권리나 자유가 각별히 신성시되어 '이른바 절대적 권리'라고 불릴 정도라고 단언하지만, 누가 언제 그렇게 부르고 있느냐는 점에 조금도 언급하지 않는다. 도대체 누가 언제 그와 같은 호칭을 부여했는가? 필자가 아는 한 실은 W. Blackstone이 그 유명한 책명, 『영국법 해설』(Commentaries on the laws of England, 4vols. 1765-69) 속에서 그렇게 부르고 있는 것이다.

Stephen의 『영국법 해설』은 블랙스톤의 『해설』의 현대판이다. 그리고 이 저자는, 영국신민은 '보통의 법의 보호를 받을 권리'를 갖는다고 말하고, 또 바로 그 내용에 다름 아닌 '몇몇 common law 상의 권리'의 '각별한 신성시'에 대해 단언하고 있지만, 그와 같이 신성시 될 정도의 권리 보호를 실시하는 것은 당연히 재판소이다. 재판소 판결의 결정이라고 할 수 있는 common law에 의해 승인되는 몇몇 권리 또는 자유가 '신성시되고', 즉 '불가침시 되고' 전능의 국회권력도 그에 의해 일정한 구속을 받는다는(혹은 자제한다는) 영국 통치구조상의 특징, 즉 통치구조법의 그렇게도 중요한 부분이 그와 같은 판례에 의해 담당되면서 형성되어 있는 것이다. 이와 같은 사실은 A. V. Dicey가 (주로 영국통치구조법에서의) 이른바 '법의 지배'의, 특히 그 제3의 의미로서 주장한 것에 다름 아니다. 덧붙이자면 Dicey가 영국에서 개인의 권리는 재판소의 판결의 결과라며 자랑스럽게 말할 때 그는 여러 외국에서의 근대 '인권선언' 또는 그와 비슷한 것이 영국의 통치구조법에는 없다는 것을 동시에 주장하고 있는 셈이지만, 거슬러 올라가면 1215년의 마그나카르타, 또 시대가 내려오면 1689년의 권리장전 등이 실질적으로 일종의 '인권선언'에 해당된다는 사실은 Dicey 또한 다른 법률가들처럼 승인한다. 다만 마그나카르타나 권리장전이 비교적 오래되었고 그 발현의 형식이나 내용에서 튀지 않고 차분하며, 일반적인 원리를 선포할 것을 목적으로 한다가 보다는 개개의 고충의 개진과 그 구제에 주안을 두고 있다는 것을 누구도 부정할 수 없을 것이다. 예를 들어 1215년에 나온 마그나카르타 제38장, 제39장 및 제40장은 개인의 자유에 관한 기본적인 원리를 실현하는 것이라고도 받아들일 수 있고, 영국인은 확실히 전통적으로 이런 것들을(특히 제39조를) 개인의 자유에 관한 기본적인 원리를 실현하는 것으로 받아들이고 있는 것이지만, 다른 60개장은 봉건법상 신분이나 토지의 권리에 관한 고충처리, 상거래와 상인에 관한 사항의 규제, 재판소의 소재나 소권과 관련된 요구의 충족등과 관계가 있는 것이다. 또 1689년의 권리장전은 그 정식명칭이 '신민의 권리와 자유를 선언하고 나아가 왕위의 계승을 확정하는 국회제정법'(an Act declaring the Rights and Liberties of the Subject and Settling the Succession of the Crown)으로 되어있는 것에서도 알 수 있듯이 그 앞부분은 일종의 '권리선언'의 형식을 취하고 있지만 그 내용을 이루는 13개 항목은 모두 신민측의 구체적인 고충의 표명이며, 그것도 고래의 법률과 관습에 의해 승인 받고 있는 권리와 자유를 국왕이 침해했다고 하는 것이 그들의 고충의 알맹이인 것이다.

그리고 그 성립의 역사부터 권리장전이(그것이 획득한 중요성에도 불구하고) 일개 국회 제정법(Act)에 지나지 않는다는 사실에 우리는 주목해야 한다. 보통 법률에 지나지 않기 때문에 그것은 보통의 법률에 관한 절차에 따라 개폐될 수도 있다. 그래서 보통의 법률에 의해 승인되는 권리와 자유는 이른바 기본적인 권의 경우와 같은 특별한 보호를 받고 있다고는 할 수 없는 것이다. 여기서 우리가 유의하지 않으면 안 되는 점은 이와 같이 영국법에서 신민의 기본적 권리와 자유에 관한 특별한 보장이 없다는 사실의 또 하나의 다른 측면이다. 즉 영국법에서는 기본적인 권리도 자유도 모두 보통의 법률이 승인하고 혹은 정하는 절차와 구제방법에 따라 보호되는데 지나지 않는다는 것이다. 그리고 그 의미는 이들 권리나 자유의 보호는 보통의 형법이나 불법행위법 속에 장치되어 있다는 데 있다. Wade, Philips 공저인 『통치구조법』에서 서술되어 있는 바를 살펴보자.

"우리의 이른바 개인적 자유(personal freedom) 및 그와 같은 종류인 공적 집회의 권리(the kindred right of public meeting)를 포함하는 언론의 자유(liberty of speech)의 권리들은 헌법전 속에 규정되면서 부여되는 권리는 아니다. 아일랜드 자유국의 헌법전은 개인의 자유를 보장하는 법전을 갖는 대륙 여러 나라와 마찬가지로 그 신민에 대해 그들의 자유의 향유를 약속하고 있다. 그러나 그와 같은 법전은, 행정부가 그 여러 자유를 정지하고 전체적인 권력을 장악해도 될 상황을 규정하는 것이 통례이다. 영국의 통치구조하에서는 그와 같은 보장은 어디에도 없다. 그 대신 법은 그 동

포시민의 인적 재산권을 침해하는 자, 및 그 명성에 상처를 입히는 불법행위자에 대해 충분한 구제를 제공한다. 결국 영국인들이 그 자유에 대한 보호를 발견하는 것은 국토의 common law의 일부인 범죄와 (사적)불법행위의 법(the law of crimes and torts), 기본적인 통치구조법이 아닌 보통의 법(the ordinary law)에서인 셈이다. ...”

### 3. 블랙스톤(1723-80)의 '절대권' 관념과 그 속에서의 '개인적 자유' 권리의 자리매김에 대하여

#### [1] 블랙스톤의 '절대권'에 관한 몇 가지 문제점

앞에서 인용된 Stephen의 <영국법 해설>에 현대 영국법의 해설로서 언급되어 있듯이, 영국법 내지 영국 통치구조법에는 '절대적인, 보장된 권리'인 이른바 '기본 인권'은 없지만, "각별히 신성한 것으로 여겨지는", "신민의 몇 가지 커먼 로 상 권리는 틀림없이 있다. 그들 권리는 분명히 영국법사(史)의 비교적 가까운 어느 단계에서 명백하게 '신성한' (sacred) 것으로서 상급재판소 재판관에 의해 선명(宣明)되고, 또 유명한 학구적 법률가에 의해 '절대적인(absolute) 것'이라고 주장되고 있는 것이다. "인간이 사회상태에 들어갈 때 겨냥한 대목적은 그 재산권을 보장하는 데 있었다. 그 권리아말로, 전체의 이익을 위해 어떤 공적인 법률에 의해 탈취되거나 또는 감축되어 있지 않은 모든 경우에, 신성하고도 나누어 줄 수 없는 것(sacred and incommunicable)으로서 보존된다". - 이는 1765년의 일반적 영장에 관한 지도 판례로서 유명한 Entick 대 Carrington 사건에서 인민소송재판소의 수석 재판관 캄덴 경(卿) (Lord Camden, 1714-94)가 내린 판결 중 한 부분이다. 그리고 누구도 캄덴 경의 이 발언에서 사회계약설의 그림자와 얼마간의 자연법 사상의 분위기를 느낄 것이다. 그런데 캄덴 경이 그와 같은 발언을 한 커먼 로 재판소에서 했던 바로 같은 해, 블랙스톤은, 그 때까지 옥스퍼드에서 했던 강의에 기초하여, 그의 유명한 <영국법 해설>의 제1편 '사람의 권리'를 공간(公刊)하고, 그 제1절 첫 부분에서 사람의 권리 중 재산권을 포함하는 몇몇은 개인의 '자연상태'에서의 권리인 '절대적'인 것이라고 주장하고, "사회의 주된 목적은 이들 절대적 권리의 향유와 관련해서 개인을 보호하는 데 있다"고 단언하고 있는 것이다. 이 블랙스톤의 단언과 캄덴 경의 발언 사이에는 용어와 표현에서 놀라운 유사성이 있다는 것을 알 수 있을 것이다. 그리고 이러한 사실에서 우리는 블랙스톤이 제창했던 '절대권'의 관념에 해당되는 것을 당시 재판관 상층부도 굳게 믿고 있었으며, 또 그런 의미에서 이런 관념은 당시 영국법의 정통적 해석의 한 부분을 이루고 있었으며, 일반적으로 용인된 관념이었다고 말할 수 있을 것이다.

블랙스톤의 <영국법 해설>이, 영국법사(史) 및 미국 독립 후의 미국법의 전개까지 포함하여, 커먼 로 발전사에 차지하는 위치의 중요성, 그리고 그 영향의 폭과 깊이는 일본 법학계에서도 거듭 언급되면서 오늘날 거의 상식이 되었다고 해도 과언이 아니다.

블랙스톤을 영국법의 역사, 사상사, 학설사 등에서 한 과도기에 속한 법률가라고 특징짓는 것이 크게 무리는 아닐 것이다. 그를 과도기의 법률가라고 규정하는 근거는, 그에게 '신의 법' 내지 자연법적 사고방식이 강하게 남아 있어, 그가 어떤 경우에는 그것에 반하는 모든 법률은 무효라고 언명하는가 하면, 또 다른 경우에 그가 국회가 만능이며 그 입법권은 무제약적이고도 절대적이라고 언명하고 있다는 사실에 부분적으로는 있다고 할 것이다. 그런데 블랙스톤 이후 영국 통치구조의 전개는 국회주권의 전면적인 확립을 실현하고 있기 때문에 그런 의미에서 그의 자연법 우위의 사상은 시제로 완전히 매장되었다고 볼 수 있는 셈이다. 게다가 국회주권의 확립과 정규의 입법을 중심으로 하는 실정법 우위의 승인은, 자연법 사상을 포함하는 블랙스톤 사상에 대한 전면적 비판자인 벤담 (J. Bentham)의 공리주의적 법률관 (

및 벤담의 제자인 존 오스틴(J. Austin)의 법 실증주의)과 불가분으로 결합되어 있었다고 할 수 있을 것이다. 그래서 블랙스톤의 자연법적 사상의 일부인 '절대권' 내지 '자연권'의 관념도 물론 영국 법률가들의 일반적 지지를 잃어 과거의 유물로 전락해버렸다는 추론이 가능하다.

그러나 블랙스톤의 '절대적 권리'에 내재하는 자연법적인 사상이 과연 완전히 사라져 버렸다고 말할 수 있는 것일까? 필자의 느낌으로는 아무래도 그렇지 않다. 우선, 앞에서 인용된 Stephen의, 영국 신민의 권리에 관한 해설이 한편으로는 '절대적 권리'의 존재를 부정하면서도 다른 한편으로는 '각별히 신성한' 권리의 존재를 긍정하고 있다는 사실을 사기해주기 바란다. Stephen의 <해설>이 블랙스톤 <해설>의 현대판이라는 사실을 다소 감안해서 생각해야 하겠지만, '신성'하다고 여겨진다는 표현을 통해 그가 실질적으로는 '절대적'인 것을 거의 용인하고 있음을 우리는 엿볼 수가 있다. 다음으로, 영국의 법률가들, 특히 그 통치구조법에 대해 논하는 법률가나 정치 연구자들이 영국 신민의 몇몇 자유와 권리에 대해 언급할 경우에 사용하는 어법에서 발견되는 모종의 공통성이다. 그것은 앞에서 인용된 "모든 영국인은 법률에 의해 금지되어 있지 않은 한 자기가 하고 싶은 것을 할 권리를 가진다는 영국법의 근본적 원리"와 Stephen의 <해설>에서 정의되고 있는 표현과는 대동소이하다. 예를 들어 다이시는 이렇게 말하고 있다. "모든 영국인은 법에 의해서만, 오로지 법에 의해서만 지배된다. 사람은, 영국에서는 어떤 법률위반에 관해서 처벌되어도 된다. 그러나 사람은 그 외 어떤 일이 있어도 처벌되어서는 안 된다." "그러기에 누구도 만약에 그가 법률상 할 수 있는 권리를 갖지 않는 어떤 진술을 (구두로, 문서로, 또는 인쇄물로) 공표한다면 아마도 엄한 처벌을 받아야 한다는 제약의 범위에서, 무슨 일이든 그가 하고 싶은 말을 하고 또 쓸 수 있다." 또한 제닝즈는 다음과 같이 쓰고 있다. "개인적 자유에 대한 권리는, 법으로써 박탈당해 있지 않은 한도의 개인적 자유에 대한 권능이다. 그것은, 위법이 아닌 일은 모두 합법이라는 합법성의 원리 (the principle of legality, that everything is legal that is not illegal)를 주장한다.

그런데 이 '합법성의 원리'는 제닝즈 자신이 분명히 인정하고 있듯이 말하자면 '동어반복적인 원리' (tautologous principle)이며, 그것에 의해 우리는 웬지 배신당했다는 느낌을 품게 됨을 부정할 수 없다. 그리고 영국 통치 구조법에 관한 대표적인 해설자들이 굳이 그와 같은 무뚝뚝하고 불친절하게 느껴지는 표현에 호소하는 것을 볼 때, 실질적인 설명 또는 이유가 되는 무엇인가가 거기에 숨어 있거나 혹은 당연한 전제로서 용인되고 있는 것이 아닌가, 라는 의심을 우리는 갖게 된다. 필자에게는 그 실질적인 설명이 되는 것은, 실은 블랙스톤이 '절대적 권리'에 근거를 주고 지지하기 위해 원용한 존 로크의 사회계약설, 즉 "사회의 주된 목적은 절대적 권리를 향유할 수 있도록 개인을 보호하는 데 있다"라는 명제의 바닥에 있는 국가관에 다름 아닌 것이 아닌가라고 생각하게 되는 것이다. 독자들은 앞에서 인용된 스티븐(Stephen)의 '영국법의 근본적인 원리'가 "모든, 이들 이른바 절대적 권리의 기초를 이루는 것"이라고 정의되고 있음을 상기할 것이다. 그래서 필자는 블랙스톤의 자연법 사상은 그 '절대적 권리'의 관념을 통해 오늘날의 영국 신민의 자유권이라는 생각 속에 널리 실질적으로 살아 있는 것이 아닐까, 라는 하나의 착상을 여기서 개진해보고자 하는 것이다. 다소 거칠게 말한다면, 예를 들어 다이시가 '법의 지배'와 영국인의 자유에 대해 전개하고 있는 사고방식은 실질적으로 거의 블랙스톤 이론의 현대적 가공에 지나지 않는다고 볼 수 있는 부분이 적지 않게 포함되어 있는 것이다.

필자가 이 글 제2절 마지막 부분에서 말한 부분에는 대체로 네 가지 문제점이 포함되어 있다. ① 이 절(제3절)의 주제로 내 건 블랙스톤의 이른바 인간의 '절대적 권리'란 어떤 내용을 가지는 것인가 ② 영국인이 법률로서 금지·제한되는 범위를 제외하고 무엇이든 할 수 있는 자유 내지 권리를 갖는다고 하는, 현대 영국 법률가들이 자주 사용하는 표현의 배후에 있는 사고방식은 도대체 무엇인가 ③ 영국법사(史)에도 신민의 권리 내지 자유에 대한 일종의 '선언'은 있었지만, 그것이 미국이나 유럽 대륙 나라들의 권리의 선언과 다른 점은 무엇인가 ④ 영국인이 그 자유와 권리의 보장을 위해 현실의 구제방법을 착실하

고도 정밀하게 확보하는 데 최대의 노력을 기울여, 그들의 지혜를 집중시켜왔다는 역사적 사실을 어떻게 이론적으로 설명하는가. 그것이 바로 유명한 '법의 지배'에 의해 표명되는 사태라고 볼 수 있다고, 필자는 이미 언급했지만, 주의해야 할 것은 '법의 지배'가 단순한 민주정치적인 슬로건, 단순한 추상적 통치의 기본 원리가 아니라, 자유와 권리의 보장의 현실적인 구조를 정비하는 것, 실제로 유효한 수단을 만들어가는 일로서 형사법이나 민사법이라는 통상적인 법률의 일상적인 실시 속에 구현되어 (약간 격식 있게 이야기한다면) 영국 통치 구조의 하나의 실제적인 특징(characteristic)으로서 나타나 있다는 점이다. 그리고 이 글의 주제와 관련해서, 이들 네 가지 문제점 중 첫 번째를 제외한 나머지 세 가지에 대해서 말한다면, 현대 영국의 법률가들, 특히 통치구조법을 해설하는 사람들에 대한 블랙스톤의 '절대권'의 영향이 농후하게 존재한다고 필자는 생각한다. 그런 의미에서 이른바 '절대적 권리'를 둘러싼 블랙스톤의 주장 밑바닥에 가로놓인 일종의 자연법적인 사상은 오늘도 여전히 살아 있다고 결론지을 수가 있을 것이다.

그런데 블랙스톤의 법사상 중 '절대권'이라는 자연법적인 것의 연원이 존 로크의 자연상태라는 관념에서 비롯되었다는 것은 잘 알려진 사실이다. 블랙스톤 자신이 명백히 그렇게 말하고 있기 때문이다. 로크가 <시민통치에 관한 두 가지 논문>(Two treatises of civil government)의 두 번째 논문에서 고생 끝에 상세하게 전개한 '자연상태'(the state of nature), '자연법'(the law of nature), '이성의 법'(the law of reason), '완전한 자유상태'(the state of perfect freedom) 또는 '자연적 권능'(natural power) 등등 관념을 블랙스톤이 오히려 안이하게 주어 담아, 가벼운 마음으로 법학 이론 구축에 차용한 혐의가 있다는 것을 부정하기 어려울 것이다. 우리는 그 안이함을 비판하고 그 가벼운 마음을 경멸마저 할 수 있을 것이다. 그러나 영국법사(史)에서 최초인 그 전면적인 체계적 기술 속에, 이런 개념들을 인간의 '절대권'이라는 개념으로 집약시켜 법률 세계에 일단 안정되게 자리를 잡게 함으로써, 그 후 오늘날에 이르기까지 영국 법률가들의 사고 속에 실질적으로 연명계 했다고 볼 수 있는 점은 블랙스톤의 공적으로서 평가되어야 할 것이다. 덧붙여 이 문제와 관련해 우리는 블랙스톤의 자연법적 생각에 대해 그 숨통을 완전히 끊는 역할을 수행했다고 해석되곤 하는 벤담과 오스틴의 '법실증주의' 속에, 특히 오스틴 이론에서 공리(功利)의 이론이 명백하게 신의 법, 즉 자연법의 일부에 대한 색인(index)이라는 지위를 가지고 있다는 의미에서 역시 '자연법'이 대규모로 잠입하고 있다는 사실을 지적해두고자 한다.

블랙스톤의 '절대권' 관념에 대해서는 더 주목해야 할 점이 세 가지가 있다는 것을 알 수 있다. 첫째는, 그것이 '상대적인 권리'와 대립되어 있다는 사실이다. 그는 전자를 개인의 자연상태에서의 권리로서 파악하고, 후자를 사회에서의 제 관계, 예를 들어서 통치자와 피통치자, 남편과 아내, 부모와 자식 등 관계에 뒤따르는 개인의 권리라고 생각하고 있다. 둘째 점은, 블랙스톤이 '절대적 권리'에 대한 '보조적·종위(副位)적 권리'(auxiliary, subordinate rights)를 구상하여, 전자가 후자를 전제로 해서만이 실제로 보장되고 실현된다고 생각하고 있다는 사실이다. 그리고 이 보조적인 권리들 중에는 국회의 구성이나 권능, 국왕 대권에 대한 제한, 재판소에 제소할 권리, 소원권, 그리고 압제에 대한 일종의 저항권인 무기휴대권이 포함됨으로 영국 통치구조 전체가 그가 말하는 '절대권'의 보장을 위한 수단을 이루고 있다고 생각되고 있는 셈이다. 블랙스톤의 쉬운 표현을 차용한다면 "사회의 주된 목적은 이들 절대적 권리를 향유할 수 있도록 개인을 보호하는 데 있다"라는 이야기다. 끝으로 세 번째는, 블랙스톤은 '절대적 권리'를 단 세 가지라고 생각하고 있다는 점이다. 즉, '개인의 안전에 대한 권리'(the right of personal security), '개인적 자유의 권리'(the right of personal liberty), 및 '사적 재산권의 권리'(the right of private property)가 그것이다.

이상의 세 가지 중 첫 번째는 블랙스톤의 독창적인 생각이라고 보아도 될 것이다. 물론 로크에게도 블랙스톤이 열거하는 여러 가지 사회 관계에 뒤따르는 권리와 의무에 대한 상당히 깊은 논의가 있다. 그러

나 개인의 권리에 대해 이와 같은 구별을 로크가 생각하고 있었던 흔적은 없다. 그는 통치권의 근거를 탐색할 목적을 가지고 그들의 권리·의무를 논하고 있는 것이다. 그러나 두 번째와 세 번째 점은 로크의 재탕 내지 재정리라고 여겨진다는 점에는 의문의 여지가 없다. 두 번째 점에 대해서는 특히 설명할 필요도 없을 것이다. 그리고 세 번째 점에 대해서는 로크가 그 <제2논문>의 제2장 '자연상태에 대하여'의 처음 부분에서 자주, 사람은 타인을 '그 생명, 건강, 자유 또는 소지물과 관련해'(in his life, health, liberty, or possession) 피해를 주지 말아야 한다거나, 또는 타인의 '생명, 자유, 건강, 사지 또는 물품'(the life, the liberty, health, limb, or goods)을 보존하기 위해 기여하라고 말하는 것, 또 '정치적, 시민적 사회에 대하여'(Of political or civil society)라는 장에서 사람은 태어나면서부터 타인의 침해에 대하여 '그 재산권, 즉 그 생명, 자유, 및 재산'(his property—that is, his life, liberty, and estate)을 보존할 권능을 갖는다고 단언하고 있다는 사실을 알았을 때, 이들 표현의 내용과 블랙스톤의 세 가지 '절대권'과의 진화 관계는 일목요연할 것이다.

## [2] '절대권'과 자연법 사상

'절대적 권리'에 대해 블랙스톤이 말하고 있는 바는 대체로 다음과 같다.

① "자연적 자격이란 점에서 생각되는 사람(persons)의 권리는 절대적 및 상대적인 두 종류로 나눌 수 있다. 절대적인(absolute) 권리란 개인 또는 단일의 사람인 개개의 인간에게 당연히 소속하고 부속하는 것이며, 상대적인(relative) 권리란 사회의 성원이며 서로 여러 가지 관계 속에 서는 자인 개개의 인간에게 뒤따르는 것이다." - 이것이 <해설>의 제1편 제1장 모두에서 상대적 권리와 대비하면서 블랙스톤이 절대적 권리에 대해 부여한 정의이다. 그리고 그는 이어서 그 정의를 이렇게 부연한다. - "개인의 절대적 권리(the absolute rights of individuals)란, 그 본래적이고도 가장 엄격한 의미에서 권리인 것, 순수하게 자연상태(the state of nature)에서 개인의 인격에 속할 것이며, 모든 인간이 그 사회의 밖에 있건 안에 있건 향유할 자격을 갖는, 그런 것을 의미한다."

이어서 블랙스톤은 이른바 '절대적 의무'(the absolute duties)와 대비하면서 '절대적 권리'와 인정(人定)법(Human laws)과의 관계를 다음과 같이 설명한다.

"그런데 인간이 단순한 개인이라고 생각될 때 이행하지 않으면 안 되는 절대적 의무에 대해서는 사람이 만든 국가법(human municipal law)이 그 절대적 의무를 설명하고 그것을 강행하는 일은 기대되어서는 안된다. 그와 같은 법률의 목적과 취지는, 단지 사회의 성원이며 서로 여러 가지 관계에 서는 경우의 인류의 행동을 규제하는 데 지나지 않으며 따라서 그 법률은 사회적 또는 상대적인 의무 이외의 어떠한 의무와도 아무런 관계가 없는 것이기 때문이다. 그러므로 어떤 사람이 아무리 분방한 주의를 가지고 또 그것을 실행하는 데 있어서 악덕의 극치를 간다 하더라도, 그 사람이 그 사악함을 자신 내부에만 가지고 있고 공적 단정함(public decency)에 관한 여러 준칙에 반하지 않는 한 그 사람은 인정법의 대상 밖에 있는 것이다. 그러나 만약 그 사람이, 설령 그 악덕이 (명정(醜刑)이나 혹은 그와 비슷한) 주로 그 사람 자신에게 영향을 미치는 것이라고 판단되는 경우라 하더라도, 그것을 겉으로 드러낸다면 그런 악덕은 나쁜 모범을 제시함으로써 사회에 해로운 효과를 갖는 것이 된다. 그리고 그런 까닭에 그 악덕을 교정하는 일은 인정법이 해야 할 일이 되는 것이다. …… 그런데 권리에 대해서는 이야기가 다르다. 인정법은 단순히 개인이라고 생각되는 인간에게 속하는 여러 권리마저도 한 사회에서 타인과의 관계 속에서 살아간다고 생각되는 인간에게 속하는 권리들과 마찬가지로 명확하게 하고 강행하는 것이다.

그 이유는, 사회의 주된 목적이, 불변의 자연법(the immutable laws of nature)에 의해 개인에게 귀속되기는 했으나, 그러나 우호적이고도 상호존적인 공동사회의 창설을 통해 얻어지는, 그 상호적인 원조와 교제 없이는 평온하게 보존할 수 없었던 그 절대권을 향유할 수 있도록 개인을 보호하는데 있기 때문이다. 따라서 인정법의 본래적이고도 가장 중요한 목적은 개인의 절대권을 유지하고 규제하는 데 있다는 이야기가 된다.

사회적이고 상대적인 여러 권리는 국가와 사회가 성립된 결과 생긴 것이며, 그 성립 뒤에 오는 것이며, 따라서 이들 권리를 유지하고 규제하는 일은 명백히 후차적인 고려사항이 되는 것이다. 때문에 인정법의 주요한 목적은 우선 소수이며 단순한, 절대적인 여러 권리를 설명하고, 보호하고, 그리고 강행하는 데 있으며, 또는 당연히 늘 그래야 하는 것이며, 그 다음으로, 여러 가지 관련해서 생겨나는 까닭에 훨씬 다수이며 복잡할, 상대적일 여러 권리를 그렇게 하는 데 있으며, 그리고 당연히 늘 그래야 하는 것이다. 이들 상대적 권리는 어떠한 법전에서도 보다 큰 지면을 차지할 것이며 따라서(실제로는 그렇지 않은데도 불구하고) 절대적인 여러 권리 이상으로 주목을 받고 있다고 보일 때도 있을 것이다.

② 인정법이 무엇보다 먼저 절대권을 명확화하고 강행할 것을 목표로 하는 것이라면 그 한도는 어떻게 되는 것일까. 블랙스톤은 “그러므로 모든 법률이 얼마만큼 이들 절대권에 주목하고 있으며 또 그 영속적인 보장을 위해 규정을 만들어야 하는가, 그리고 영국법은 현실적으로 얼마만큼 그렇게 하고 있는가를 검토하는 데 착수”한다. 우선 일반론으로서 인정법이 절대권에 대해 규제해야 할 한도를, 블랙스톤은 절대권의 본질을 검토함으로써 밝히고자 다음과 같이 말한다.

“선과 악을 구별하는 식별력과 자기에게 가장 바람직하다고 생각되는 조치를 선택할 힘을 부여받고 있는 자유로운 작인(作因)이라고 생각되는 인간의 절대적 권리들은 보통 인류의 자연적 자유(the natural liberty of mankind)라는 하나의 일반적인 명칭으로 요약된다. 이 자연적 자유는 자연법에 의하는 경우를 제외하고 어떠한 제약 또는 통제를 받지 않고 본래 사람이 적절하다고 생각하는 바에 따라 행위하는 권능에 속하는 것이며, 그것은 우리 인간에 내재하는 태어나면서부터의 권리이며, 또 신이 인간에게 자유의사의 기능(the faculty of free-will)을 부여했던 인간 창조 때 신이 함께 주신 것 중 하나이다. 그러나 모든 인간은 그 사회 상태에 들어갈 때 이렇게도 귀중한 획득물의 대가로서 그들의 자연적 자유 일부를 포기한다. 그리고 상호적 교제의 이점을 받는 대가로서 공동사회가 확립되기 위해 필요하다고 생각하는 그 법률을 준수할 의무를 스스로 지는 것이다. 법률에 대한 이런 복종과 준수는, 사회상태를 취득하기 위한 희생인, 그 방종하고도 비문명적인 자유보다는 무한히 바람직한 것이다. 그것은 누구든 잠시라도 생각하는 사람은 자기가 하고 싶은 일은 뭐든지 할 수 있다는 절대적, 무통제의 권능을 유지할 것을 바라지 않을 것이기 때문이다. 대체로 그와 같은 권능을 유지한다는 것은 다른 모든 사람 또한 같은 권능을 갖는다는 것을 의미하는데, 그 경우에는 개인은 인생의 어떠한 즐거움의 대해서도 아무런 보장을 받지 못하는 결과가 될 것이다. 그러므로 사회 성원의 자유인 정치적 또는 시민적 자유란 공공의 일반적 이익을 위해 필요하고도 편리한 한도에서 인정(人定)법으로써 제약된(그러나 그 이상으로는 제약되지 않는) 자연적 자유(natural liberty so far restrained by human laws) and no father) as is necessary and expedient for the general advantage of the public)에 다름 아닌 것이다. 이것을 기초로 우리는 다음과 같이 추론할 수 있을 것이다. 즉 어떤 사람이 그의 동포시민에 대해 피해를 줄 것을 제지하는 법률은(그것이 자연적 자유를 감소시킴에도 불구하고) 인류의 시민적 자유를 증대하는 것이라는 것, 그러나 신민의 의사에 대한 자의적이고 이유 없

는 제약은(군주, 귀족 또는 민중의 집회를 통해 과해지든 아니든) 일정한 폭정이라는 것, 아니, 우리의 동의를 얻어 만들어졌든 아니든 법률 그 자체마저도 만약에 좋은 목적의 유의함이 없이 별로 중요하지 않은 사항과 관련해 우리 행동을 규제하고 제한한다고 하면 자유를 파괴하는 규칙이지만, 이와 반대로 만약에 어떤 공적 이익이 그와 같은 규칙을 준수하는 데서 생길 수 있다면 한두 가지 점에서 우리의 개인적 취향을 통제하는 일은, 그것만이 우리의 독립성을 확보할 수 있는 그 사회 상태(state of society)를 지지함으로써 한층 더 중요한 다른 사항과 관련해서 우리의 일반적 자유(general freedom)를 보존하는 데 기여한다는 것 등등이다. ……따라서 세심한 주의를 가지고 설정된 법률은 결코 자유를 뒤집지 않으며, 오히려 자유를 도입하게 마련이다. 즉 (로크가 정당하게도 말했듯이) 법이 없는 곳에 자유는 없기 때문이다. 그러나 다른 한편(공익상 어떤 지시 또는 제한이 요구되는 여러 경우를 제외하고) 신민을 자기 행동의 완전한 주인으로 유지해두는 통치의 기본구조 또는 틀, 법률의 조직이야말로 시민적 자유를 유지하는데 적당한 것이다.”

③ 이와 같이 블랙스톤에게 인간의 절대적 권리를 인정하고 이를 보장하고 강행하는 일은 인간의 자연적 자유를 최소필요한도로 제한하고 규제함으로써 ‘정치적 또는 시민적 자유’로서 최대한으로 그것을 보존하는 것에 다름 아니다. 그래서 도대체 인정법으로서의 영국법은 그와 같은 시민적 자유를 실제로 통치구조상 얼마만큼이나 보존하고 있는 가, 라는 문제를 먼저 고찰해놓고 나서, 블랙스톤은 영국법에서의 절대권 보호문제의 역사적 구명과 현실에 대한 분석에 들어가는 것이다. “이 정치적 또는 시민적 자유의 관념과 실행은 이들 왕국에서 최고의 경고함을 가지고 변형하고 있는 것이며, 거시서 그것은 거의 완벽의 경지까지 달하고 있다. 다만 소유자나 입법부의 愚行이나 과오 때문에 상실되거나 파괴될 수 있는데 지나지 않는다. 그리고 물론 영국법은 해아릴 수 없이 귀중한 이 혜택을 가장 천한 신민에게조차 보존해주는데 각별히 적합한 것이다.” - 블랙스톤은 영국 통치구조에서의 시민의 자유를 이런 말로써 찬양하고, 나아가 로마법계(系)인 대륙 나라들의 통치구조와 비교하면서, 영국법에 얼마나 ‘자유정신’(spirit of liberty)이 침투되고 있는가를 다음과 같이 자랑한다.

“(그것은) 유럽대륙의 다른 나라들의 현대적인 통치구조 및 (로마)제국의 법의 정신과는 현저히 다르다. 그것들은 일반적으로 신민의 권리를 통제하는 자의적이고도 전제적인 권력을 군주에게, 또는 소수의 최고 귀족에게 귀속시키기에 적합하기 때문이다. 그리고 이 자유의 정신은 우리 통치구조에 매우 깊이 심어져, 또 우리 토양에 뿌리를 내리고 있기 때문에 어떤 노예 또는 흑인도 그가 잉글랜드에 상륙하는 순간 영국법의 보호를 받게 되어, 그 범위에서 자유인이 되는 것이다. 단 그 노예의 부역에 대한 주인의 권리는 아마도 여전히 계속되었지만…”

④ 영국인의 ‘절대권’은 역사적으로 볼 때 어떻게 보호받았을까, 라는 문제에 대해 블랙스톤은 “모든 영국인의 절대적 권리들(그것들은 하나의 정치적인 넓은 의미에서 그들의 여러 자유라고 불리는 것을 통틀어 한다)은, 그것들이 자연과 이성이라는 기초 위에서 있듯이, 우리의 통치형태와 나이테를 같이 한다. 단, 때로 동요와 변전을 면할 수 없었다. 그 확립은(뛰어난 것이기는 했지만) 역시 인간적인 것이기 때문이다.”라는 말로 답변을 시작한다. 영국인의 절대권이 “우리의 통치형태와 나이테를 같이 한다”는 표현은 그것들이 영국의 통치 내지 정부의 형성, 즉 영국 공동사회의 형성과 동시에 영국인의 시민적 자유로서 성립했다는 것을 의미하는 것일 터이다. 우리는 거기서 영국인의 권리 내지 자유를 항상 고래의 관습 또는 커먼 로에 의해 승인되었던 것에 대한 재확인이라는 형태로 주장해온 영국 법률가들의 전통적인 생각과 블랙스톤의 자연법 이론과의 기묘한 부합(符合)을 읽게 된다. 영국인의 절대권이라는 블랙스



톤의 관념이, 다이시와 같은, 후 세대 대표적인 영국 법률가들의 저작 속에 실질적으로 존속되어 있는 일의 비밀은 바로 그 지점에 있다고 생각된다. 블랙스톤은 다음과 같이 계속한다.

“우리는 어떤 때는 그 권리들이 오만한 폭군들 때문에 저하되고, 또 어떤 때는 무정부 (어떤 통치든 완전히 없는 것보다는 낫기 때문에 폭정 그 자체보다 나쁜 상태)로 기울 만큼 운택한 것을 보고 있다. 그러나 우리의 자유로운 통치구조의 정력은 항상 민족을 이런 곤혹스러움으로부터 구출해왔다. 그리고 다행히 뒤이은 동란이 조식되자 우리의 자유와 권리의 균형은 그 본래의 수준에서 안정되었던 것이다. 또 그들 중 기본적 항목 (their fundamental articles)은 그것들이 위기에 처해 있다고 판단될 때마다 수시로 국회에서 주장되어(asserted)왔던 것이다.”

여기서 블랙스톤이 “수시로 국회에서 주장되어(asserted)왔던 것이다.”라고 말하고 있는 것은 주로 1215년의 마그나 카르타, 1628년의 권리청원, 1689년의 권리장전, 및 1701년의 왕위계승법을 통한 자유와 권리의 주장과 선언을 가리키고 있다. 그 중 마그나 카르타는 원래 원저 동남쪽 레니미드의 들판에서 강제적으로 존 왕으로부터 박탈된 ‘특허장’이므로 “국회에 의해 주장되었다”라고 할 수는 없겠지만, 그것은 존의 아들인 헨리 3세 치세에 국회에서 재확인되어 있기 때문에 그런 의미에서 그렇게 말하지 못하는 바는 아니다. 영국적인 권리 선언에 대해 블랙스톤이 말하는 바를 들어보자.

① 우선 저 자유의 대헌장 (the great charter of liberties)에 의해 선언되고 있다. 그것은 칼을 손에 쥐고 존 왕으로부터 획득되어, 후에 약간의 변경을 가하고 그의 아들 헨리 3세에 의해 국회에서 승인되었다. 그 헌장은 지극히 소수의 새로운 양보를 포함한 것으로, 오히려 에드워드 콕 (Sir E Coke)가 평하는 것처럼 대부분 영국의 기본적 인 법률들의 주요한 근거를 선언하는 것이었다. (후에는 헌장확인특허장 (confirmatia cartarum)이라고 불리는 제정법에 의해.) 그로써 대헌장은 커먼 로로서 용인될 것(to be allowed as the common law)이 지시되어, 그에 반하는 모든 판결은 무효임이 선언되고, 그 복사본이 모든 대가람교회로 송부되어 1년에 두 차례씩 낭독되어 사람들에게 들려주어야 한다는 명령이 내려지고, 또 (어떤 정도로든) 그것에 반하는 행위나 모든 행위자에게 부당한 과문이 선고되고 있는, 그런 존재로서 조재해야 한다는 것이 지시되고 있는 것이다. ② 다음으로 에드워드 1세로부터 헨리 4세에 이르는 시기에 꼬리를 물고 이어진 수많은 보강적 제정법들 (즉 경의 계산에 의하면 32개)에 의해 선언되고 있다. ③ 그 후 긴 세월을 사이에 두고 권리청원 (petition of right)에 의해 선언되고 있는 것이지만, 그것은 국회에 의한 인민의 자유선언이며, 국왕 찰스 1세 치세 초기에 왕의 동의를 얻은 것이다. 그 후 그 복이 없는 군주가 국회와의 치명적인 결렬에 앞서 국회에 대해 행한 더욱 폭넓은 양보 및 많은 유익한 법률들, 특히 인신보호법 (the habeas corpus act)이 곧바로 이어졌다. ④ 이들 뒤에는 권리장전 (the bill of rights), 즉 1688년 2월 13일에 귀족(원)과 서민(원)에 의해 오렌지공과 공妃에 대해 교부되고 후에 그들이 국왕과 왕비가 되었을 때 국회에서 제정법화된 선언이 이어졌는데, 그 선언은 다음과 같은 눈부신 말로 끝을 장식하고 있다. 즉 “그리하여 그들은 전기의 여러 사항 하나하나를 그들의 의심의 여지 없는 권리 및 자유로서 청구하고 요구하고 그리고 주장하는 바이다”라고... 그리고 그 국회제정법 그 자체가, “앞의 선언에서 주장되고 또 청구된 모든 권리 및 자유가 이 왕국 인민의 참된, 고래의, 그리고 의심의 여지 없는 권리 (the true, antient, and indubitable rights of the people of this kingdom)임을 승인하고 있는 것이다. ⑤ 마지막으로 이들 자유는 다시 현세기[18세기] 초에 왕위계승법(the act of settlement)에서 주장되었는데, 이 법으로 왕관은 현 국왕폐하의 빛나는 가계에 한정되었다. 그리고 우리의 종교, 법률 및 자유를 보다 잘 확보하

기 위한 약간의 새로운 규정이 이 다복했던 시대에 첨가된 것이지만, 그 제정법은 그 사항들을 커먼 로의 고래의 법리에 의한 “영국 인민의 생득의 권리” (“the birth right of the people of England”, according to the ancient doctrine of the common law)라고 선언하고 있는 것이다.”

이것이 영국인의 권리와 자유의 선언의 역사에 대한 블랙스톤의 간결한 기술인 바, 독자는 그 결론의 몇 줄에 자연법 사상과 커먼 로 법리와 교묘한 결합 또는 타협이 담겨 있음을 읽어낼 수 있을 것이다. 그런데 이와 같은 결합 혹은 타협이 블랙스톤의 손에 의해 만들어진 것이 아니라, 왕위계승법 그 자체가 그와 같은 결합 혹은 타협을 포함하는 문언을 사용하고 있음을 알 수 있다. 왕위계승법 제4조 규정은 다음과 같이 나간다.

“또한 영국 법률은 그 인민의 생득의 권리이며 (the Laws of England are the Birthright of the People thereof), 이 領國의 왕위에 오르는 모든 국왕 및 여왕은 바로 전기의 법률에 따라 이 領國을 통치하지 않으면 안 되며, 또 그들의 관리 및 사무수행관은 바로 각각 이 법률에 따라 그들에게 봉사하지 않으면 안 되는 까닭에, 전기의 성직 및 속계의 귀족과 서민들은 그러하기 때문에 더욱 국교회 및 이 領國의 인민의 권리 및 자유를 확보하기 위해 이 領國의 모든 법률 및 제정법, 그리고 현재 시행되고 있는 이 領國의 모든 다른 법률 및 제정법이 추인되고, 확인되도록 삼가 간절히 원하는 바이다. 그리고 이와 같은 법률들은 성직 및 속계의 귀족과 서민들의 조언과 동의에 따라 국왕폐하에 의해, 그리고 위 사람들의 권위에 의해 추인되고 확인되는 바이다.”

### [3] 개인의 안전에 대한 권리

블랙스톤의 ‘절대적 권리’ 중에 개인의 안전과 자유에 대한 권리가 포함되어 있는가, 그리고 만약 포함되어 있다면 ‘절대적 권리’의 별자리 속에서 그것은 어떤 위치를 차지하는가, 이런 문제를 생각해보자. 블랙스톤은 영국인의 절대적 권리들을 ‘선언’한 마그나 카르타에서 왕위계승법에 이르는 특허장 혹은 제정법을 개관한 후 이렇게 계속한다.

“우리의 권리 및 의무의 선언 (declaration)에 대해서는 이 정도로 끝내고자 한다. 이들 몇 개의 제정법으로써 이와 같이 명확화된 권리들 그 자체는 약간의 사적(私的)인 면제 (private immunities)에 존재하는 것이지만, 그것들은 앞에서 말한 바에서 실제, 혹은 자연적 자유 중 사회의 법률에 의해 공공의 편의를 위해 희생할 것을 요구 받지 않는, 그 잔여 부분(residuum)이거나, 아니면 그와 같이 개인이 포기한 자연적 자유 대신 사회가 공여할 것을 약속한, 시민적 특권(civil privileges) 외의 아무 것도 아니라는 것을 알 수 있을 것이다. 그런 고로 이런 것들은 이전에는 계승 혹은 취득을 통해 모든 인류의 권리였던 것이다. 그러나 세계의 대부분 다른 나라들에서는 오늘날 정도 차이는 있어도 저하되고 파괴되어 그것들은 현재 하나의 독자적이고도 힘찬 모습으로 영국 인민의 권리로서 존속되고 있다고 말해도 무방하다.”

그런데 블랙스톤이 “영국 인민의 권리로서 존속되고 있다”라고 자랑해 마지 않는 영국인의 절대권에는 어떤 권리 혹은 자유가 포함되는 것인가? 블랙스톤에 의하면 앞에서 지적되었듯이 이들 절대권은 “소수이며 단순하다.” 그리고 사실 그가 주요한 절대권이라고 열거하는 것은 세 가지에 지나지 않는다. 이들 권리가 어떻게 ‘단순’한지는 그의 설명으로 확인할 수밖에 없다. 블랙스톤은 중요한 절대권의 세 가지 양

태에 관해 다음과 같이 말한다.

“그리고 이들 권리는 개인의 안전에 대한 권리 (the right of personal security), 개인적 자유의 권리 (the right of personal liberty) 및 사적 재산권의 권리 (the right of private property)라는 세 가지 주요하고 원초적인 항목으로 귀착된다. 왜냐하면 이들 중요한 권리 중 어느 하나를 침해하거나 또는 감소시키는 것 말고는 강요 혹은 인간의 자연적인 자유의사를 삭감하는 (알려진) 다른 방법은 없으므로 이들 권리를 침해되지 않는 상태로 보존하는 것은 그 최대·최 광범한 의미에서 우리의 시민적 면제(=자유)를 보존하는 것을 포함한다고 말해도 결코 부당하지 않기 때문이다.”

그리하여 블랙스톤은 위의 순서에 따라 이들 세 가지 절대권에 대해 해설하고 있는데, 그 순서가 동시에 이들 권리 사이의 중요성의 서열을 나타낸다고 볼 수 있을 것이다.

“개인의 안전에 대한 권리는 어떤 사람이 그 생명, 그 사지(四肢), 그 신체, 그 건강 및 그 세평(世評)을 합법적이고도 중단되지 않고 향유하는 (a person's legal and uninterrupted enjoyment of his life, his limbs, his body, his health, and his reputation) 데 존재한다.” - 블랙스톤은 개인의 안전에 대한 권리에 관한 설명을 이와 같은 표현에서 시작한다. 생명과 신체라고만 해도 될 것을 생명, '사지', 신체라고 말하고 있는 점과 '세평'을 포함하고 있는 점이 눈에 띈다. 곧 밝혀지겠지만, 블랙스톤은 생명과 사지를 일괄해서 파악하고 이 두 항목을 중심으로 개인의 안전의 권리를 설명하려고 하는 것이지만, 그것은 생명을 방위하고, 또 그러기 위한 투쟁에 사지가 필요하기 때문이라는 생각에 기초하고 있다. 또 세평 혹은 명성의 향유에 대한 권리를 생명 내지 신체의 향유에 대한 권리 계열 속에 포함시키는 것은, 이를 결합할 경우 다른 권리들이 '완전한 것이 될 수가 없기 때문이라고 그가 생각하고 있는 결과이다. 그것은 영국인이 그 명예를 중시하고 명예훼손의 사적인 소송을 매우 빈번하게 일으키는 오늘날의 실정에도 관계있는 사고방식일 터이다.

(1) '생명' (life)은 블랙스톤에 의하면 “신의 직접적인 선물, 태어나면서부터 모든 개인에게 내재하는 권리”이며, 그것은 법적 관점에서는 태아가 “어머니 태내에서 움직일 수 있게 되자마자 시작되는” 것이다.

(2) 다음으로 '사지(四肢)' (limbs)에 대해 블랙스톤은 이렇게 말한다.

“인간의 사지 (필자가 이해하기를 이는 인간이 투쟁할 때 도움이 되고, 또 그것을 잃는 일만이 커먼 로 상의 사지손상죄 (mayham)에 해당되는, 그런 신체부분을 가리킨다) 또한 자연 상태에서 외적인 침해로부터 자기를 지키는 능력을 인간에게 부여하기 위한, 현명한 조물주로부터의 선물이다. 따라서 이것에 대해 인간은 자연적인 고유의 권리를 가진다. 그리고 시민적 자유의 명백한 침해 없이 그것들은 제멋대로 손괴되거나 무력화될 수는 없는 것이다.”

그런데, 인간의 생명과 사지의 향유에 대한 권리, 개인의 안전에 대한 권리는 영국법상 어떤 내용을 갖는 것일까? 또는 어떻게 보호되는 것일까? 블랙스톤은 대체로 세 가지 측면을 들고 있다. 첫째는, 폭넓은 자기방위의 권리가 인정되고 있는 점이다. 둘째는 법이 생명과 사지를 유지하기 위해 필요한 것을 공급하는 점이다. 셋째는 합부로 사형 (capital punishment)이 과해지지 않는 점이다.

먼저 첫째 점에 대해 블랙스톤은 이렇게 말한다.

“어떤 사람의 생명과 사지의 쌍방은 영국법의 평가에서 매우 높은 가치를 지니는 것으로 인정되기

때문에 영국법은 살인마저도 만약 그것이 자기 방위를 위해, 즉 생명과 사지를 보존하기 위해 저질러지는 것이라면 사면하는 것이다. 왜냐하면 생명 또는 사지를 구하기 위해 누군가에 의해 저질러지는 일은 최고의 긴급성과 강제 하에서 저질러졌다고 간주되기 때문이다. 그러므로 만약 어떤 사람이 죽음 또는 사지 상해의 공포를 통해 증서에 날인하고 혹은 다른 어떤 법적 행위를 하도록 설득된다면, 이들 행위는 다른 모든 필요한 형식을 수반하고 있음에도 불구하고, 그가 이행하지 않을 경우 그의 생명 또는 그의 사지를 잃을 것이라는, 충분히 근거 있는 우려를 수반하면서 그에게 강요된 것이라면 나중에 취소할 수 있다. 그리고 이것은 (제4권에서 분명해지듯이) 많은 경죄(misdemesnors)를 범할 경우에도 충분한 면책사유가 될 것이다.”

그런데 블랙스톤에 의하면 이 경우 강제는 바로 강박(duress)에 해당되는데, 그것은 두 종류로 나누어진다.

“어떤 사람이 이상과 같은 상황에서 받는 강제는 법률상 라틴어의 *durities*에서 따온 *duress*라고 불리는데, 이에는 두 종류가 있다. 즉 어떤 사람이 자유를 상실할 경우인 감금의 강제 (duress of imprisonment) -이에 대해서는 곧 설명할 것이다- 및 압제가 단순히 협박되고 압박하고 있는데 지나지 않는 경우인 협박에 의한 강제 (duress per minas)가 그것인 바, 후자는 우리가 지금 논하고 있는 문제이다. 협박에 의한 강박은 생명 상실의 공포에서 오든지 아니면 사지 상해 또는 사지 상실의 공포에서 오든지 둘 중 하나이다. 그리고 이 공포는 충분한 이유가 없으면 안 된다. ... 구타 (battery), 즉 때 맞는 공포는 아무리 충분한 근거가 있다 해도 강박이 되지 않는다. 자신의 가옥을 방화 당하고, 동산을 탈취당하거나 파괴당한다는 공포 또한 강박이 되지 않는다. 왜냐하면 이들 경우에 설령 그 협박이 실행되었다고 하더라도 사람은 동등한 손해배상을 회복함으로써 보상을 얻을 수 있으나 생명 또는 사지의 상실에 관해서는 하등 적절한 보상이 이루어지지 않기 때문이다. ...”

둘째 점에 대해 블랙스톤은 이렇게 말한다.

“법은 단순히 생명과 사지를 존중하고 그것을 향유할 수 있도록 모든 사람을 보호할 뿐 아니라, 나아가 모든 사람에게 생명과 사지를 부양하는데 필요한 모든 것을 공급하기도 하는 것이다. 왜냐하면 빈민을 구제하기 위해 제정된 몇 개의 제정법으로 인하여, 공동사회의 비교적 부유한 부분으로부터 모든 생활필수품의 충분한 공급을 요구할 수 없을 만큼 빈곤한, 또는 비참한 사람은 존재하지 않기 때문이다. 하나의 인도(人道)에 걸맞은 규정이다. 또한 사회의 원리에 따라 지령된 것임에도 불구하고 로마의 법률은 이에 찬성하고 있지 않다.”

여기서는 구빈법에 의한 구제가 영국의 개인의 안전에 대한 권리에 어울리는 것으로서 사회원리에 기초하여 명확하게 의식되고 있으며, 이른바 복지국가 체제 하에서의 현대적인 생활권 보장에 대한 승인도 여기서부터 그리 어려운 비약의 한 걸음은 아니라는 것을 느낄 수 있을 것이다.

마지막으로 세째 점에 대해 블랙스톤이 분명하게 말하는 바는 다음과 같다.

“자연적 생명은 앞에서 말했듯이 위대한 조물주의 직접적인 선물이기 때문에 어떠한 개인에 의해서도, 그 사람 자신에 의해서도, 혹은 그의 동포인 인간 중 임의의 타자에 의해서도 단순히 그들 자신의 권한에만 기초하여 합법적으로 처분되고 처분되거나 파괴되는 일은 없다. 그러나 그럼에도 불

구하고 그것(생명)은 신의 허가에 의해 사형이라는 제재를 가지고 시행되는 사회의 법률에 위반함으로써 때로 형벌의 집행이라는 형태로 상실되는 경우가 있다. 그 사형의 성격, 제약, 편의성 및 합법성에 대해서는 나중에 이 <해설> 마지막 권에서 보다 쉽게 구명할 수 있을 것이다. 현재로서는 나는 다만 무릇 어떤 국가의 통치구조가 어떤 한 사람 또는 한 무리의 사람들에게 법률의 지시를 기다리지 않고 자의로 그 신민의 생명 또는 사지를 파괴하는 권능을 부여하고 있는 경우에 그 통치구조는 항상 최고도로 폭정적이라는 사실, 그리고 무릇 어떤 법률이 경미하고도 사소한 원인에 대해 그와 같은 파괴를 지시하고 있는 경우 그 법률도 항상 (전자보다는 덜하지만 - 왜냐 하면 이 경우 신민은 자기가 직면하고 있는 위험을 미리 알고 신중하게 조심함으로써 그에 대비할 수 있으므로) 마찬가지로 폭정적이라는 사실을 지적하는데 그치고자 한다. 이런 까닭에 영국의 제정법이 최고의 필요성에 근거하지 않는 한 생명 또는 사지에 미치는 어떤 처벌을 가하는 일은 극히 드물며, 또 커먼 로는 결코 그런 식으로 하지 않는 것이다. 그리고 (영국의) 통치구조는 명시적인 법의 수권(授權) 없이 신민을 죽이고, 혹은 그 손발을 절단하고 불구를 만든다는 전횡적 권력과 전혀 인연이 없는 것이다. 대헌장은 이렇게 나간다. "어떤 자유인도 같은 계층[시대?] 사람의 적법한 판결에 의하거나 또는 국토의 법에 의하지 않고서는 파괴되지 않는다"라고. "의하지 않고서는 파괴되지 않는다"는 글귀는 에드워드 1세 경에 의하면 단순히 살해 및 불구로 만드는 일에 대한 금지뿐 아니라, 나아가서 (우리의 법률에서는 찾아낼 수 없는) 고문이나 불법적인 권한에 기대는 모든 억압의 금지를 포함하는 것이다..."

여기서 우리는 19세기 초에도 여전히 경미한 재산범죄 등에 대해 준엄한 사형이 지극히 빈번하게 과해졌다는 사실, 그에 대한 인도적 이유 기타에 기초한 비판과 반대운동이 오늘의 영국에서의 사형 폐지론에 이어져 있다는 사실, 그러나 그러한 역사적 사실에 관계없이 이 점에 관한 블랙스톤의 주장이 오늘날 노동당 체제 아래에서 이미 현저하게 실효를 거둔 사형 폐지론과 그 운동의 일반적인 기초가 되어 있음을 지적해두고자 한다.

(3) 블랙스톤은 생명과 사지 이외의 '신체', '건강', '명성'의 안전에 대해서는 아주 간단하게 언급할 뿐이다. 그는 말한다.

"자기를 방위하고 또는 그 적을 괴롭히기 위하여 어떤 사람에게 필요하게 될 수도 있는 사지 및 신체부분 외에, 그 사람의 신체 혹은 육체 또한 같은 자연권에 의해 강박, 폭행, 구타 및 상해라는 육체적인 모욕 (corporal insult)에 대해 (그들 모욕이 생명 혹은 사지의 파괴에 이르지 않음에도 불구하고) 안전을 보장 받을 권리를 갖는다.

어떤 사람의 건강을, 그것을 해치고 또는 괴롭히는 행위에 대해 보존하는 것, 그리고 비난과 구두로 하는 비뻤(誹毀)의 술책에 대하여 어떤 사람의 세평 혹은 명성의 안전을 보장 받는 것은, 이성과 자연적 정의에 의해 모든 사람이 받을 자격을 갖는 권리이다. 왜냐하면 이들 권리를 결할 때 다른 모든 이점 또는 권리를 완전히 향유하는 일은 불가능하기 때문이다. 그러나 이들 세 가지 항목은 (앞에서 말한 것들 및 앞으로 말할 것들보다 중요도가 훨씬 작기 때문에) 다만 개인의 권리 속에 열거하는데 그치며, 그 각각의 부분의 보다 상세한 논의에 대해서는 이 <해설> 중 개인적 불법행위 항목에서 이들 권리의 침해론을 논하고 있는 부분을 참조하도록 하면 충분할 것이다."

#### [4] 개인적 자유의 권리

"영국법은 개인의 안전 다음에 개개인의 개인적 자유 (the personal liberty of individuals)를 생각하고, 주장하고, 보존한다. 이 개인적 자유는 정당한 법의 절차에 의하지 않는다면 (unless by due

course of law) 감금 또는 억제 (imprisonment or restraint)를 당하지 않고, 이동하는 것 (loco-motion), 위치를 변경하는 것 (changing situation), 또는 자기 몸을 스스로의 의향이 지시하는 어떤 장소에든 이전하는 것 (moving one's person to whatsoever place one's own inclination may direct)의 권능 속에 존재한다. 이에 관해서 우리는 앞에서 전개한 것과 같은 주장을 할 수 있을 것이다. 즉 그것은 엄격하게 자연적인 권리라는 것, 영국 법률은 결코 충분한 원인 없이 그것을 감축한 예가 없다는 것, 및 이 왕국에서는 그것은 법률의 명시적인 허가 없이 집행관의 단순한 재량으로써 결코 감축될 수가 없는 것이라는 것이 그것이다."

블랙스톤은 이와 같이 개인적 자유의 권리의 성격규정과 그것을 보호했던 영국법의 역사적인 실적에 대한 확인과, 그리고 현재에 있어서의 영국법의 원리로서의 그 관철에 대해서 서술한 후에, 그 역사적 실적을 나타내는 것으로서 마르나 카르타 이후의 몇 가지 제정법을 검토하면서 이 자유권의 중요성을 밝히고, 나아가서는 그 권리에 대한 침해 형태인 감금의 성격에 대해 논하고, 마지막으로 개인적 자유권의 하나의 효과인 자국내 거주권 문제에 논급하고 있다.

(1) 영국에서는 개인적 자유의 권리를 보호하기 위해 어떤 입법적 조치가 강구되어왔는가? 블랙스톤은 이렇게 답한다.

"여기서도 또 ① 대헌장의 말은, 모든 자유인은 그 동배(同輩- 같은 계층에 속한 사람? 같은 시대에 속한 사람?)의 적법한 판결에 의하거나 또는 국토의 법에 의하는 외에 체포 또는 감금당하지 않는다는 것이다. 그리고 그 후의 많은 제정법은, 누구도 그것이 합법적인 정식 기소 또는 커먼 로의 절차에 의하는 것이 아니면 국왕 또는 그 고문회의에 대한 시사(示唆) 또는 청원에 의해 체포 또는 감금당하지 않는다는 취지를 명시적으로 지시하고 있다. ② 찰스 1세 치세 제3년의 권리청원에 모든 자유인은 그가 법에 따라 답변할 수 있는 원인을 제시 받음이 없이 감금 또는 구치되지 않는다는 내용이 제정되어 있다. ③ 찰스 1세 치세 제16년 법률 제 10호에 의하면, 만약 어떤 사람이 위법한 재판소의 명령 혹은 판결에 의해, 또는 국왕폐하 스스로의 명령에 의해, 혹은 추밀원 회의의, 또는 추밀원 어느 고문관의 영장에 의해 그 자유를 제한 받게 되면, 그 사람은 그의 변호사의 요구에 의해 그 신병을 왕좌재판소 또는 인민소송재판소의 전면에 제출케 하기 위해 인신보호영장 (a writ of habeas corpus)을 받을 수가 있으며, 그들 재판소는 그 사람의 수감의 원인이 올바른지 아닌지를 결정하고, 그에 기초하여 정의에 적합하도록 조치하지 않으면 안 된다. ④ 보통 인신보호법 (the habeas corpus act)라고 불리는 찰스 2세 치세 제31년 법률 제2호에 의해 이 영장을 입수하는 수단은 매우 명백하게 지적되고 강행되는 까닭에, 이 제정법이 비난받지 않고 존재하는 한 영국의 어떤 신민도, 법이 그 구치를 요구하고 그에 대한 정당사유를 부여하고 있는 한, 오랫동안 옥사에 구치당하는 일은 없는 것이다. 또 ⑤ 불합리한 보석금 (unreasonable bail)을 요구함으로써 이 국회 제정법이 회피되는 일이 없도록 하기 위해서 과대한 보석금이 요구되어서는 안 된다는 취지가 윌리엄과 메리 치세 제1년 제2법 2장에 의해 선언되고 있는 것이다."

영국의 개인적 자유에 관한 마르나 카르타 이후의 중요한 국회제정법의 규정 요지를 기술함에 있어 블랙스톤이 헤이버스 코퍼스의 영장, 즉 신병제출(身柄提出) (=인신보호) 영장에 중점을 두고 있는 것이 눈에 띈다. 그는 개인적 자유에 관한 해설 뒷부분에서 1679년의 인신보호법을 "저 제2의 마르나 카르타, 그리고 우리의 자유의 흔들림 없는 보루"라고 불렀다.

(2) 그런데 개인적 자유의 중요성은 도대체 무엇일까? 블랙스톤은 말한다.

“이 개인적 자유의 보존이야말로 공중에게 크게 중요한 것이다. 그것은, 만약 일단 (프랑스에서 날마다 국왕에 의해 실행되고 있듯이), 최고의 것이라 하더라도 어느 집행관의 권력에 그 집행관의 속료(屬僚)가 적당하다고 생각하는 사람을 누구든 자의로 감금할 것이 방임되었다고 한다면 곧 다른 모든 권리 및 자유는 중언을 고하게 될 것이기 때문이다. 집행관의 자의에 의한 부당한 공격은 생명이나 재산권에 관한 것조차도 신민의 개인적 자유에 대해 가해지는 공격만큼 국가에 대해 위험하지 않다고 생각하는 사람들도 얼마간 있다. 기소 또는 재판 없이 어떤 사람으로부터 생명을 빼앗는 것, 또는 폭력에 의해 그 재산을 몰수하는 것은, 곧바로 폭정의 경보를 전 왕국의 구석구석까지 전달하지 않을 수 없을 만큼 심각한 악명 높은 전제정치행위일 것이다. 그러나 옥사에 비밀리에 급송(急送)함으로써 개인을 감금하는 일(confinement)은, 거기서 그 사람의 수난은 알려지지 않거나 혹은 잊혀지는 것이기 때문에 덜 공개적인, 덜 눈에 띄는, 따라서 위험성이 보다 큰 전제적 정치의 한 도구인 것이다.”

그런데 그 위험성이 높은 전제적 통치 수단을 일시적으로 용인하지 않으면 안 될 때가 있다고 블랙스톤은 말한다. 그리고 자의적인 감금이라는 형태로 저지르는 개인적 자유에의 공격에 대한 가장 효과적인 방어방법이 영국법에서 인신보호의 명령장에 담겨 있는 이상, 그 위험한 전제정치의 수단에 대한 일시적 용인이 인신보호법의 정지라는 절차를 통해 행해지는 일은 자연스럽다. 블랙스톤은 다음과 같이 말한다.

“게다가 때로 국가가 진정 위험에 빠질 경우에는 이상과 같은 조치마저 필요하게 되는 것이다. 그러나 다행스럽게도 우리의 통치구조는 어떤 경우에 국가의 위험이 이와 같은 조치를 정당화시킬 만큼 중대한지를 결정하는 일이 집행관에게 방임되어 있지 않다. 왜냐하면 로마의 원로원이 공화국이 어떤 절박한 위험에 직면해 있다고 판단할 때 항상 절대적인 권한을 갖는 집행관인 독재자(의 제도)를 채용했듯이, 언제나 적절하다고 인정할 때 국왕에 대해 짧고 한정된 기간에 한해서 인신보호법을 정지함으로써, 이유를 밝히지 않고 용의자를 감금하는 권한을 줄 수 있는 것은 오직 국회 또는 입법권뿐이기 때문이다. 통상적으로 이 집행관 지명에 선행했던, “공화국이 손해를 입지 않도록 집행관으로 하여금 진력케 하라”라는 원로원의 명령은 ‘궁극적으로 긴요한 원로원령’이라고 불리었다. 마찬가지로 이러한 실험도 역시 긴급한 경우에만 시도되어야 할 것이다. 그리고 이런 경우에는 국민은 그 자유를 영구히 보존하기 위해 잠시 동안 그것을 위임하고 포기하는 셈이 된다.”

(3) 개인적 자유, 즉 자유로운 이동의 권리를 침해하는 행위는 ‘감금’ (imprisonment)이지만, 그 감금은 어떤 모습으로 성립되는 것일까? 블랙스톤은 이렇게 답한다.

“어떠한 방식으로든 개인을 구금하는 일은 감금이다. 따라서 어떤 사람을 그 의사에 반하여 사적인 가옥에 구치하는 것, 그 사람을 창고를 주기 위해 대중 앞에서 있게 하는 것, 그 사람을 거리에서 체포하거나 강제적으로 억류하는 것은 곧 감금이다.”

그리고 이어서 “법은 불법한 구금을 불허하기 때문에 만약 누군가가 감금의 강박을 받으면서 (under duress of imprisonment) ... 해제조건부 날인증서 또는 그와 유사한 서류에 날인하게 되었다면 그 사람은 이 강박을 호소함으로써 그 해제조건부 날인증서를 취소할 수 있는 것이다. 그러나 만약 누가 합법적으로 감금되어 있는 조건에서 자신의 석방을 확보하기 위해, 또는 기타 정당한 사유 때문에 해제조건

부 날인증서 등에 날인한다면, 이는 감금의 강박에 의한다고 볼 수 없으며, 그 사람은 그것을 취소할 자유를 갖지 못한다.”라고 말한 후, 블랙스톤은 어떤 경우에 감금이 합법성을 지니는지를 논하고, 거기에 헤이비어스 코퍼스가 작용하는 장이 있음을 다음과 같이 밝힌다.

“감금을 합법적이게 하기 위해서는, 그것은 재판소로부터의 명령장(process)에 의하든지 혹은 옥사에 수용하는 권한을 갖는 법 관리(官吏)로부터의 영장(warrant)에 의하든지 둘 중 하나가 아니면 안 된다. 그리고 그 영장은 (필요한 경우에는) 인신보호영장에 근거하여 검토를 거치기 위해 치안판사의 서명과 인장이 있는 서면이 첨부되어야 하며, 감금의 원인을 명시하지 않으면 안 된다. 만약 거기에 어떤 이유도 명기되지 않는다면 옥리는 그 수인을 억류해둘 의무를 지지 않는다. 왜냐하면 법은 이 점에 대해, (에드워드 4세 경은 말한다) 수인으로서 송치하면서도 그 사람에 대해 고발된 죄를 명시하지 않는 것을 부조리하다고 판단하기 때문이다.”

(4) 블랙스톤은 개인적 자유의 자연적인 귀결로서 영국인이 ‘자국 내에 거주하는 권리’ (a right to abide in his own country), 즉 추방당하지 않는 권리를 갖는다는 것을 분명히 하고 있다. 추방(exile)이나 유형(transportation)은 커먼 로 상 인정되지 않고 커먼 로의 관할구역 외 또는 해외에서의 감금은 제정법 상 금지되며, 또 공무를 위해 영국 신민을 그 의사에 반해서 해외로 파견하는 것도 용납되지 않는다고 한다. 그는 말한다.

“이 개인적 자유의 하나의 자연적이고도 정상적인 결과는, 모든 영국인이 원한다면 자국 내에 거주하고, 법의 선고에 의하지 않고서는 쫓겨나지 않을 권리를 갖는다는 것이다. 국왕은 실제로 그 대권으로써 ‘왕국퇴거불허가 명령장’을 발부하고 모든 신민이 허가 없이 외국으로 가는 것을 금지할 수 있다. 이는 국가의 공무와 보호를 위해 필요할 수도 있을 것이다. 그러나 지상의 어떠한 권력도, 국회의 권위를 제외하고는, 어떠한 신민이든 그 의사에 반하여 국토 밖으로 내보낼 수는 없다. 아니, 범죄자조차도 그렇게 할 수는 없는 것이다. 왜냐하면 추방과 유형은 현재로서는 커먼 로에 알려져 있지 않은 형벌이며, 오늘날 유형이 과해지는 경우는 언제나 사형을 면하기 위해 범죄자 자신이 선택했거나, 아니면 현대의 국회제정법의 명시적인 지시로 말미암거나 둘 중 하나일 수밖에 없다. 이와 같은 취지로 대헌장은, 모든 자유인은 그 동배(同輩)의 판결에 의하거나 또는 국토의 법에 의하지 않으면 추방되지 않는다고 선언하고 있다(39조).”

그리고 찰스 2세 치세 제31년 법률 제2호, 인신보호법 (제 2의 마르나 카르타, 그리고 우리의 자유의 흔들림 없는 보루)에 의해 잉글랜드, 웨일즈, 혹은 벨릭의 주민인 이 영국(領國)의 어떠한 신민도 (그들이 커먼 로의 전폭적인 이익과 보호를 받을 수 없는 장소인) 스코틀랜드, 아일랜드, 저지, 갠시 또는 해외의 여러 지역에 수인으로서 이송되어서는 아니 되며, 또 그와 같은 모든 감금은 위법으로 정하고, 이 법에 반하여 감히 사람을 수감하는 자는 누구나 관직에 취임하는 능력을 상실하며, 왕권 모욕의 죄를 초래하게 되고, 게다가 국왕의 은사를 받을 자격마저 잃는 것으로 하며, 또 피해 당사자는 수감을 집행한 자와 그를 원조하거나 교사하거나 조언을 한 자에 대해 사소(私訴-민사소송?)를 제기할 권리를 가지며, 어떠한 배심도 500파운드 이하 액수를 평결해서는 안 되는 손해배상에다가 3배의 소송비용을 회복(=청구)할 권리를 가진다는 내용이 규정되어 있는 것이다(12조).”

마지막으로 블랙스톤은 공무를 이유로 신민을 해외로 파견하는 국왕의 권능에 대해 말한다.

“법은 이 점에서는 신민의 이익을 위해 매우 은혜롭게, 그리고 자유롭게 해석되고 있으므로, 영국(領國) 내에서는 국왕은 그의 모든 충절한 신하의 봉사와 근무를 명할 수 있음에도 불구하고, 그는 공무에 기인하는 경우라 하더라도 그 고용의 성격이 필연적으로 하나의 예외를 이루는 해병과 육병을 제외하고 누구도 영국(領國) 외로 파견할 수 없다. 국왕은 어떤 사람을 그 의사에 반해서 아일랜드 총독으로 임명하는 일마저도 할 수 없으며, 또 그 사람을 외국 대사로 임명할 수도 없다. 왜냐하면 이는 결국 명예로운 추방이 될 수도 있는 것이기에.”

#### [5] 재산권의 권리

“모든 영국인에게 고유한 제3의 권리는 재산권(property)의 권리이며, 그 권리는 오직 국토의 법률에 의하는 경우만을 제외하고 그 어떠한 통제도 감축도 받음이 없이 그의 모든 취득물을 자유롭게 사용하고, 향유하고, 처분할 것 (the free use, enjoyment, and disposal of all his acquisitions without any control or diminution save only by the laws of the land)에 존재한다.” - 블랙스톤은 재산권에 일단 이와 같은 정의를 부여하고 나서 그 기원과 성격 및 영국법사(史)에서의 그 보장의 실적에 대해 간단한 설명을 시도하고 있다.

##### (1) 우선 재산권의 기원과 성격에 대해,

“사적 재산권의 기원은 이 <해설> 제2권에서 보다 상세히 설명되겠지만, 아마도 자연 속에 기초를 두고 있는 것일 터이다. 그러나 확실히 우리가 현재 사적재산권이 그것에 복(服)하고(=따르고) 있음을 보는 여러 가지 개변(改變), 현 소유자에게 그것을 보존하는 방법, 및 그것을 사람으로부터 사람에게 이전하는 방법은 완전히 사회에 유래하는 것이며, 모든 개인이 그의 자연적 자유를 위임하고 포기했을 때 맞바꾼 시민적 이점 중 몇 가지인 것이다. 영국의 법률은 그러므로 명분과 정의의 문제로서 이 권리를 확립하고 보호하는데 대해서 극도로 조심스러운 것이다.”

##### (2) 그러나 그와 같이 영국법이 “명분과 정의의 문제로서” 추구해야 할 사적재산권 보호의 연혁에 대해서 블랙스톤은 마그나 카르타를 원용하면서 간략하게 기타의 제정법에 언급할 뿐이다.

“이 원리에 기초하여 대헌장은 어떠한 자유인도 그 동배(同輩)의 판결에 의하거나 또는 국토의 법에 의하는 외에, 그 자유보유 부동산권, 그 여러 특권, 혹은 자유로운 관습을 침탈당하거나 박탈당하지 않는다는 취지를 선언하고 있다. 그리고 여러 가지의 오랜 제정법에 의해 그 누구의 토지나 부동산도 대헌장과 국토의 법에 반하여 국왕 수중에 압수당할 수 없다는 것, 그 누구도 그가 정당하게 답변할 기회가 주어지고 또 법의 절차에 따라 배제되는 것이 아닌 이상, 그 특권상속재(特權相續財=franchises) 혹은 자유보유 부동산권과 관련해서 그 상속권을 박탈당하거나 침탈되어서는 안 되는 것이며, 만약 그에 반하여 무슨 일이 저질러진다면 그것은 교정되어야 하고 무효라고 판단되어야 한다는 내용이 제정되어 있는 것이다.”

##### (3) 다음으로 사적재산권이 제한을 받는 경우로서 블랙스톤은 공익을 위한 토지 수용(收用)과 세금 징수를 들고 있다. 토지 수용에 대해서는 오로지 국회의 개입이 있어야 하며, 충분한 보상을 지불하는 조건으로 비로소 허용된다는 것이 강조되고 있다는 것, 또 세금에 대해서는 오로지 본인의 동의(따라서 국회의 동의)를 얻은 후에 비로소 부과할 수 있다는 것이, 몇 개의 오랜 제정법이 원용되면서, 영국의 ‘기본법’(fundamental law)이라고 주장되고 있다는 사실을 눈여겨 볼만하다.

토지 수용에 대해 블랙스톤은 다음과 같이 확인한다.

“뿐만 아니라 사적재산권에 대한 법의 배려는 매우 크기 때문에 법은 그 최소의 침해조차 용납하지 않는다. 아니, 전(全) 공동사회의 일반적인 이익을 위해서조차 그것을 용납하지 않는 것이다. 예를 들어, 한 가닥의 새로운 도로가 한 개인의 사유지를 꿰뚫고 만들어지게 될 경우, 그것은 아마도 널리 공중에게는 편리할 것이다. 그러나 법은 그 누구에게도, 또는 그 어떠한 사람들의 집단에도 그 토지 소유자의 동의를 얻지 않고 이를 실행할 것을 허락하지 않는 것이다. 개인의 이익은 공동사회의 이익에 대하여 당연히 양보해야 한다고 역설해도 소용없다. 왜냐하면 어떤 사인(私人)도 어떤 공적 심판소도 이 공통의 이익의 판정자가 되어 이 공사가 편의에 맞는지, 맞지 않음을 결정할 권한을 갖는다는 것은 위험하기 때문이다. 게다가 공익은 어떠한 일에 대해서도, 국가법에 의해 형성되는 것인 모든 종류의 개인의 사적 권리를 보호하는 일 이상으로, 관심을 가지는 일이 없는 것이다.

이런 경우 (및 유사한 경우) 오로지 입법부만이 개입하여, 묵인하도록 개인을 강제할 수 있으며, 또 가끔 그렇게 하고 있는 것이다. 그러나 입법부가 어떤 식으로 개입하고 강제하는가? 그것은 자의적인 방법으로, 신민으로부터 그 재산권을 무조건 박탈함으로써가 아니라, 오히려 그로 말미암아 입을 피해에 대한 충분한 보상과 동가물 (a full indemnification and equivalent)을 그에게 수여함으로써 이루어진다. 공공(公共)은 이 경우에는 교환하기 위해서 한 개인과 교섭하고 있는 한 개인이라고 생각되고 있는 것이다. 입법부가 행하는 것은 소유자에게 상당한 가격으로 (for a reasonable price) 그 소유물을 양도하지 않을 수 없게끔 만드는 일 뿐이다. 게다가 이 일마저도 입법부가 경건한 마음으로 향유하고, 입법부 외의 누구도 수행할 수 없는 권력의 행사인 것이다.”

또한 세금 징수에 대해 <해설>이 말하고 있는 바는 다음과 같다.

“그리고 이것(=토지 수용)은 국토의 법이 사적재산권의 신성하고도 불가침의 권리 (the sacred and inviolable rights of private property)에 대하여 공적 필요성마저도 뒷전으로 돌리고 있는 유일한 사례는 아니다. 왜냐하면 영국 신민은 누구나 그 자신의 동의, 즉 국회에서의 그들의 대표의 동의에 의해 과해지는 것을 제외하고는 왕국의 방위 또는 정부의 유지를 위해서조차도 어떤 특별원조금(aids) 또는 세금 (taxes)을 지불하도록 강제당하는 일이 없기 때문이다.

에드워드 1세 치세 제25년(1297년) 법률 제5장 및 6장에 의해 국왕은 국왕의 공통의 동의에 의하는 경우를 제외하고 그 어떠한 특별원조금이나 부과금 (tasks)도 징수해서는 안 된다는 것이 규정되었다. 그리고 그 공통의 동의가 무엇인지에 대해서는 에드워드 1세 치세 제34년 제4법(1306년) 제1장에 의해 한층 더 충분히 설명되고 있는 바, 이 법은 어떠한 부과금이나 특별원조금도 대사교, 사교, 백작, 남작, 기사, 시·읍민 및 기타의 국토의 자유인 동의 없이 징수되어서는 안 된다는 것이 규정되어 있다. 또한 에드워드 3세 치세 제14년 제2법률(1341년) 제1장에 의해 고위성직자, 백작, 남작, 및 서민, 시민, 시·읍민과 상인은, 만약 그것인 국회에서의 귀족과 서민의 공통의 동의에 의하지 않는다면 그 어떠한 특별원조금을 납부하도록 명령받을 수 없다고 규정되어 있는 것이다.

그리하여 이 기본법이 많은 후속 군주 치하에서 진실하고도 자발적인 동의 없이 강요된 강제 차상금(借上金=compulsive loan) 및 선의상납금(善意上納金=venevolence)라는 명분으로 부끄럽게도 회피되었기 때문에 누구도 국회제정법에 의한 공통의 동의 없이는 어떠한 증여, 차상금 또는 선의상납금, 세금, 또는 그것들과 똑같은 부담을 할 것을 강제되지 말아야 한다는 내용이, 찰스 1세 치세 제3년의 권리청원(1628년) 중 한 조항으로 자리잡게 되었던 것이다. 그리고 마지막으로 윌리엄 및 메리

치세 제1년 제2회기 법률 제2호의 제정법(1689년)에 의해 국왕의 대권에 가탁(假托)하여 국회의 허락 없이 왕이 사용하기 위해 금전을 징수하는 행위, 그리고 그것이 허락되어 있으며, 혹은 허락될 것이 예상되는 기간 보다 장기간에 걸친 기간동안, 그리고 허락된 (될) 바와 상이한 양태로 그렇게 (징수)하는 일은 위법이라는 취지가 선언되고 있는 것이다.”

## [6] 보조적·종위(縱位)적 권리

이른바 ‘절대적 권리’가 마그나 카르타 이후의 저명한 국회제정법에 의해 점점 명확하게 주장되고 선언되기에 이른 역사를 더듬는 과정에서, 블랙스톤이 얼마나 힘주어 이들 권리의 보호와 보장을 위한 수단(유효한 구제방법)의 존재에 언급하고 있는지를 우리는 살폈다. 거기에는 말하자면 ‘권리 있는 곳에 구제 있다’라는 격언의 충실한 실행이 있다. 여기서 도대체 무엇이 그와 같이 이 격언의 실현을 가능케 하고 있는가라는 질문이 저절로 나올 법하다. 그리고 이 물음에 대한 블랙스톤의 답은, 이미 시사되고 있는 바와 같이 영국법의 조직 전체가, 아니, 영국의 전(全) 통치구조 자체가 이들 권리의 보장을 위해 존재한다는 것이었다. 즉 그 법조직의 발동 내지 운용을 촉진할 수 있다고 하는 힘 또는 권리나, 그 통치구조의 전개에 영향을 미칠 수 있다고 하는 권능 등이 이들 절대권을 보장하기 위한 직접적인 수단 내지 구제방법의 배후에 있어, 그런 직접적인 수단 등을 보조하면서 간다는 것이다. 이 점에 관한 블랙스톤의 말은 다음과 같다.

“앞의 3절에서 우리는 모든 영국인에게 권리로서 귀속하는 주요한 절대적 권리에 대하여 간단한 검토를 시도했다. 그러나 만약 영국의 통치구조가 이들 권리의 현실의 향유를 보장하기 위한, 다른 어떤 수단도 준비하고 있지 않았다면, 이상의 권리들은 법률의 사문(死文)에 의해 공허하게 선언되고 확정되고 보호되었을 것이다. 그러므로 영국의 통치구조는 개인의 안전, 개인적 자유 및 사유재산이라는, 세 가지 중대하고도 본원적인 권리들을 보호하고 또 유지하기 위한 방책(防柵)으로서 기능하는, 일정한 다른 보조적·종위적 신민의 권리(certain other auxiliary subordinate rights of the subject)를 확립해놓고 있는 것이다.”

그리고 블랙스톤에 의하면 그와 같은 보조적인 신민의 권리는 다음과 같은 다섯 개 항목과 관련해서 인정된다. ① ‘국회의 구성, 권능 및 특권’이다. ② 국왕 대권의 제한이다. ③ 이른바 국토의 법에 의한 보통재판소의 재판을 통해 권리 침해에 대한 구제방법이 실현된다는 영국 사법권의 존재방식이다. ④ 소원권이다. ⑤ 자위를 위한 무기휴대에 대한 권리다. 블랙스톤이 <해설>의 이 부분에서 가장 강조하고 있는 부분은 세 번째 항목이다.

(1) 우선 ‘국회의 구성, 권능 및 특권’에 대해 블랙스톤은 다음 장에서 상세히 논하겠다고 예고하고, 여기서는 “일반적 자유를 파괴하는 법률이 제정될 것을 불가능케 하기 위하여 입법권을 올바른 건강과 활력 상태로 유지한다”는 정도의 지적만을 하고 있다. 그리고 제1편 제2장 ‘국회에 대하여’라는 부분 초두에 그는 다음과 같은 한 구절을 두고 있는 것이다.

“모든 폭정적 통치에 있어서는 최고의 지배권(supreme magistracy) 혹은 법률을 만드는 것(making), 및 그것을 강행하는 것(enforcing)의 두 권리는 동일한 한 사람 또는 한 집단에 속해 있다. 그리고 이상의 두 권력이 합일(合一)되어 있는 경우에는 어떠한 공적 자유도 없다. 즉 지배자는

정의 실시자라는 성격을 띠고, 입법자로서의 그가 스스로에게 부여할 것을 적당하다고 생각하는 모든 권력을 가지는 것이므로 그는 폭정적인 법률을 제정하고, 이를 폭정적인 방식으로 집행할 수가 있는 것이다. 그러나 입법적 권한과 집행적 권한이 별개의 손 안에 있는 경우에는 전자는 자신의 독립성을 타도함과 동시에 신민의 자유를 타도하는데 이용될 우려가 있을 만큼의 광대한 권력을 후자에 부여하는 일이 없도록 조심할 것이다. 그러므로 영국에서는 이 최고의 권력은 두 부문으로 나누어진 다. 하나는 입법부문, 즉 국회이며, 이는 국왕, 귀족, 및 서민으로 이루어져 있다. 다른 하나는 집행부문이며, 이는 국왕만으로 이루어진다. 브리튼 국의 국회에 대해서 생각하는 것이 이 장(章)의 작업인 바, 이 국회에는 입법권과 물론 국가의 최고이자 절대적 권위가 우리의 통치구조에 의해 귀속되는 것이다.”

(2) 국왕의 대권에 대한 제한에 대해 블랙스톤은 “국왕의 대권을 매우 확실하게, 그리고 일반에 널리 알려진 한계로써 제한하고, 그럼으로써 국왕이 오해하거나 아니면 인민의 동의를 얻지 않고 합법적으로 그 한계를 넘는 일이 불가능하게 되는 것”이라는 식으로 설명적으로 항목을 세워, “이에 대해서도 나는 적당한 부분에서 논할 것이다.”라고 예고한 다음, 그것이 “집행권이 입법권이 형성하고 확립하는 법률을 넘어서거나, 혹은 그에 위반해서 행위할 것을 제한함으로써 집행권에 대한 방위자가 된다”고 확인할 뿐이다. 그리고 그는 그 ‘적당한 부분’에서 다음과 같이 논하고 있다.

“앞의 한 장(章)에서 다음과 같은 것이 논해졌다. 그것은 즉 시민적 자유의, 또는 (환언하면) 브리튼 국의 통치구조의 주된 보루 중 하나는 매우 확실하게, 일반에 널리 알려진 한계로써 국왕의 대권을 제한하고, 그럼으로써 국왕이 한편으로는 인민의 동의를 얻지 않고, 다른 한편으로는 모든 국가에 있어서 묵시적으로, 그리고 우리 국가에서는 가장 명시적으로 존속하고 있는, 저 원시계약(original contract)에 위반함이 없이 그 한계를 넘어서는 일이 불가능케 될 것이라는 점이었다. 이제 이 대권을 상세히 고찰하여, 그 필요성을 논증하고, 나아가 가장 중요한 사례에 관하여 그 개개의 한도와 제약을 명확하게 제시하는 일이 우리의 작업이 될 것이다. 그리고 이와 같은 고찰에서는 다음과 같은 결론, 즉 영국의 법률에 의해 국왕에게 귀속되고 있는 여러 권능은 사회를 유지시켜 나가기 위해 필요하며, 우리의 시민적 여러 자유를 유지하는데 편리하다는 것 이상으로 우리의 자연적 자유를 침해하지 않는다는 결론이 명료하게 나올 것이다.”

이어서 블랙스톤은 이와 같이 국왕 대권의 한계에 대해 논할 수 있다는 것 자체가 이미 그 자유의 증거가 되고 있다는 것, 튜더·스튜어트 왕조라는 예외는 있지만 왕권에 제한을 두는 것은 영국법의 고래의 전통적 원리라는 것을 확인하고 있는 것이다.

(3) 제3의 보조적 권리와 관련해서 블랙스톤은 이렇게 말한다. 즉 “모든 영국인의 제3의 종위적 권리는 침해에 대한 구제를 재판소에 호소하는 권리이다. 법은 영국에서는 모든 사람의 생명, 자유 및 재산권에 관한 최고의 재결(裁決)자이므로 재판소는 항상 신민에 대하여 공개되어 있으며, 법은 거기서 정당하게 실시되지 않으면 안 된다. 마그나 카르타의 힘 있는 말이며, 법을 판단함에 있어서는, (에드워드 국경은 말한다) 늘 그의 모든 재판에 출석하여 그 말을 되풀이 하고 있는 (라고 일컬어지는) 국왕 자신이 말했다는 말은 다음과 같다. “누구에 대해서도 우리는 저의 혹은 사법(司法)을 팔아먹지 않으며, 누구에 대해서도 우리는 그것을 거부하거나 지체하지 않는다.” 그리고 그러기에 신민은...“이라고 그 박학한 저자(국)는 계속한다. “동산·토지 또는 인신에 관하여 자기에게 가해진 침해에 대해서는 그것이 성직자건

속계인든 상관없이, 어떠한 다른 신민에 의한 것이든 예외 없이, 법의 절차에 의해 그 구제를 받고, 자기에게 가해진 침해에 대해 매대 없이 자유롭게, 그 어떠한 거부도 없이 충분히, 또 지체 없이 신속하게 사법과 정의를 받을 수가 있다. 정의가 국토의 법에 따라 실현되어야 한다는 것이 지시되고 있는 긍정적인 국회의 제정법을 모두 헤아리면 끝이 없을 것이다. 그리고 그 (국토의) 법이 무엇인가를 모든 신민은 알고 있거나 또는 (원한다면) 알 수가 있는 것이다. 왜냐 하면 그것은 임의의 재판관의 전횡적인 의사에 의지하는 것이 아니라 항구적이며, 확정되고, 국회의 권위에 의하지 않으면 변경할 수 없는 것이기 때문이다. 나는 그러나 특히 대권에 의한 사법의 남용, 곡해, 지체가 제한되어 있는 몇 가지 거부적인 제정법의 예를 드는데 그칠 것이다. 어떠한 자유인도 국토의 법에 의하지 않고서는 법률의 보호와 이익을 빼앗기지 않는다는 취지가 마그나 카르타에 의해 제정되어 있다. 또 윌리엄과 메리 치세 제1년 제2회기 법률 제2호(권리장전)에 의해 국회의 동의 없이 왕의 권위에 의해 법률 또는 법률의 집행을 정지시켜, 혹은 사면하는 것에 대해 주장되는 권능은 위법이라고 선언되었다.

단순히 법의 실제적 부분, 또는 사법적 결정만이 아니라 그 형식적인 부분, 혹은 절차의 방법 또한 국회에 의하지 않고서는 변경할 수 없다. 왜냐 하면 일단 이들 방식이 타파되면 법의 본체 그 자체에 모든 양태의 개신에 대한 발판이 생길 것이기 때문이다. 국왕은 분명 새로운 재판소를 설치할 수 있을 것이다. 그러나 그 재판소는 커먼 로의 오랜 확립된 형식에 따라서 절차를 밟지 않으면 안 된다. 그런 이유로 찰스 1세 치세 제16년 법률 제 10호에서는 성실(星室)재판소를 해소할 때 다음과 같은 일이 선언되고 있는 것이다. 즉 국왕폐하도 추밀원도 (로마에서 빌려온 성실재판소의 절차 과정이던) 대법관재판소 영어소장, 청원, 교회재판소 기소장, 교회재판소 신청서에 의해, 혹은 기타 어떤 자의적인 수법으로 이 왕국의 신민의 토지 또는 부동산을 심사하여, 문제 삼고, 결정하고, 혹은 처분하는데 대해, 그 어떠한 판결권도 권능도 권한도 지니지 않는 것이며, 그것은 보통의 재판소에 있어서 그리고 법의 절차에 따라 심리되고 결정되어야 한다.

(4) 청원권에 대해 블랙스톤은 앞의 항에서 말한 보통재판소에서의 법 절차에 의한 구제가 미치지 못하는 경우의 보조적 구제방법임을 지적하면서 이렇게 말하고 있다. “만약 보통의 절차의 효력이 미치지 않는다면 너무도 결함이 많을 것 같은, 비정상적인 침해 또는 앞의 여러 권리의 침범이 일어난다 해도, 모든 개인에게 본래 속하는 제4의 중위적인 권리, 즉 국왕 또는 국회의 어느 쪽의 원(院)에 대해 고충의 구제에 대해 청원할 권리가 여전히 남아 있다. ...영국에서 청원에 대해 과해지는 제한은 지극히 사소하며, 그 제한은 평화의 정신을 촉진하는 한편으로 결코 자유에 대한 억제가 될 수가 없다. 청원을 한다는 핑계 아래 신민이 소란이나 소동을 피우는 일이 없도록 주의가 있어야 한다. ...그러나 이상의 제한 아래 윌리엄과 메리 치세 제1년 제2회기 법률 제2호(권리장전)에 의해 신민은 청원권을 갖는다는 것, 또 그와 같은 청원에 대한 모든 수감과 소추는 위법이라는 것이 선언되고 있는 것이다.

(5) 무기휴대에 관해서 블랙스톤은 다음과 같이 말하고 있다.

“내가 드는 신민의 다섯 번째이자 마지막 보조적 권리는, 그 상태와 계급에 적합하고도 법으로 허용되어 있는 무기를 자위를 위해 소지한다는 권리이다. 이 또한 같은 윌리엄과 메리 치세 제1년 제2회기 법률 제2호(권리장전)에 의해 선언되고 있다. 그리고 실제로 그것은 사회와 법률의 제재가 억압의 폭력을 제한하기에는 불충분하다는 것을 알게 되었을 때, 저항과 자기보존의 자연권 (the natural right of resistance and self-preservation)을 정당한 제한 아래 공적으로 용인하기 위한 것이다.”

[끝]

## 미국 독립전쟁과 인권선언

스즈키 게이ске (鈴木 圭介)

### 1. 머리말

“18세기 미국 독립혁명이 유럽의 중간계급에 대하여 경종을 울린 것과 마찬가지로, 19세기의 미국 남북전쟁은 유럽의 노동자 계급에 대하여 경종을 울렸다.” (K. 마르크스)

미국은 식민지시대에서 독립전쟁을 거쳐 남북전쟁에 이르는 시기에 선주민족인 인디언에 대한 잔학한 소멸(掃滅)적 타격이나, 서부의 토지 약탈이나, 북부 공업의 부인과 아동노동 착취나, 남부에서의 노예노동과 ‘북부 자본’에 의한 노예무역 등에서 추악한 측면을 드러내고 있었다. 이와 같은, 인간의 권리나 민주주의에 분명히 반하는 현상을 속에 내포하면서, 그럼에도 불구하고 이 사회는 전체로서 ‘진보’의 방향으로 나아가고 있었던 것이다. 독립혁명은 역시 민족해방의 대사업이었으며, 영국에 이어 (큰 한계는 있었지만) 프랑스를 앞서는 시민혁명의 요소를 지니고 있었고, 유럽에서의 시민혁명의 전개를 위한 자극제가 되었다. 남북전쟁은 이 독립전쟁에 뒤이은 시민혁명 완성의 영웅적인 싸움이었으며, 이미 사회주의를 바라보고 있었던 유럽의 혁명세력이 기다리고 기다리던 낭보(朗報)였다.

미국 인권선언과 이를 포함하는 여러 민주적 입법은, 이리하여 독립혁명을 획기로 하여 성립되었고, 남북전쟁은 그것을 완성으로 이끄는 중요한 요인이었다.

### 2. 미국 인권선언의 성립

미국 독립전쟁의 군사행동은 1775년 4월 19일의 렉싱턴과 콩코드 전투 및 7월 17일의 뱅커 힐 전투로 막이 올랐다. 그에 앞서기를 약 반년, 1774년 10월 17일, ‘권리선언’ (Declaration of Rights and Grievances)이 제1회 대륙회의에서 채택되었다. 이 단계의 역사적 상황은 그 전 해인 1773년의 보스턴 차회(茶會)사건에 의해 특징지어지는데, 독립전쟁의 실력행동이 이미 시작된 시기였다. 그러나 이 ‘권리선언’은 여전히 민족독립을 위한 혁명선언은 아니었다. 그것은 ‘생명, 자유, 재산의 권리’는 자연법이라고 천명하고 있지만, 그 인권을 무조건적으로 주장하고 있는 것은 아니다. 그 주장은 대영제국의 구 식민지 체제에 대한 비판을 스스로 포기하고, 그 체제의 한계 내에서 자치를 주장하고 있는데 지나지 않는다. 즉, 영국 국왕의 대권은 부정되지 않았으며, 영국 헌법과 식민지에 대한 특허장을 인정하고 미국이 식민지라는 것을 승인해놓고 그 개량을 요구한 것이었다. 본래 ‘생명, 자유, 재산’의 권리도 민족의 해방을 전제로 하는 것이다. 본국 국왕의 권력에 의한 식민지 연속 하에서 참된 인권은 없다. 시민혁명 없는 인권선언은 결국 힘을 쓰지 못하기 마련이다.

일반적으로 미국에서의 인권선언의 ‘선구’(=최초의 인권선언)라고 인식되는 것은 1776년 6월 12일, 버지니아 식민지 협의회 (‘인민의 대표’에 의한 ‘완전하고도 자유로운 회의’)에서 채택된 ‘버지니아 권리장전’ (The Virginia Bill of Rights)이다. 이는 ‘정부의 기구’ (Frame of Government)와 합쳐져서 보통 ‘버지니아 헌법’이라고 일컬어진다. ‘권리장전’을 기초한 사람은 버지니아의 planter로서 급진파의 지도자였던 조지 메이슨 (George Mason)이었으며, 그는 이를 영국 식민체제로부터의 분리상황 속에서 집필했다. 그 인권은 ‘태어나면서’ (by nature)의 것이며, ‘불가양’, ‘불가포기’의 것으로 표현되었다. ‘자유롭고 독립적인’

모든 사람은 일정한 권리를 가지며, 그것은 '재산을 취득·소유하고, 행복과 안녕을 추구하고, 획득할 수단을 수반하면서, 생명과 자유를 향유할 권리'이다. 그리고 그 권리는 인민에 속하는 것이며 정부·행정관에 속하는 것은 아니다. 뿐만 아니라 사회의 다수가 원한다면 '정부를 개량·변개·폐지할 권리'가 주어진다. 삼권분립, 자유로운 선거, 배심재판, 언론·출판의 자유, 문관에 대한 군대의 복종, 신앙의 자유 등은 이 인권의 내용이다.

이어서 1776년 7월 4일 대륙회의에서 채택되어 의원 56명이 서명하여 각 邦(나중의 州)에 비준이 요청된 '독립선언(Declaration of Independence)'은 한 걸음 더 나아가 영국 헌법을 부정하고 그 테두리 외에 있는 자연법인 '사람의 권리'를 선언했다. '독립선언'에 의하면 인간이 평등한 것은 자명한 진리이며 생명·자유·행복을 추구하는 것은 인간의 천부의 권리이며 그 권리에 어울리는 '새로운 정부'를 만들 권리가 있다. 영국 식민주의는 '악행과 찬탈의 역사'였지만, 여기에 대영제국의 속박에서 벗어나 '자유롭고 독립적인 국가'를 선언했던 것이다. 이 민족독립의 선언은 동시에 해방된 근대적인 독립인의 권리를 주장하는 것이며 시민혁명의 결과인 자유와 평등을 요구하고 있다.

이 역사적 문서의 발표에 뒤이어 각각의 邦헌법이 제정되고, 나아가 연합규약(1781)을 거쳐 합중국 헌법의 초안 결정(1787)이 이루어졌다. 독립선언과 헌법초안에 대해서는 각 방의 비준문제가 남아 각각의 방의 내부사정에 따라 비준이 이루어지는 시기와 적극성에서 차이가 있었다. 다만 주의할 것은 일반적으로 독립전쟁의 혁명적 달성을 법적으로 총괄하게 되어 있었던 합중국 헌법은 오히려 보수적 경향을 나타내는 결과로 끝났다. 그런데 각 방의 내부사정(정치과정)은 사회계층 그리고 드러나기 시작한 여러 계급간의 이해와 이데올로기 대립, 그 지도자들의 대항, 또 그런 문제들을 내포한 여러 州 사이의 대립, 흥정과 격돌의 결과였지만 이 여러 문서를 둘러싼 정치경제적 관계를 검토하기 전에 먼저 그 문서들을 훑어보기로 한다.

각 방의 헌법은 '권리선언'을 독립적으로 갖는 것, 그것을 헌법 속에 포함시켜서 포함하는 것 등 여러 가지였는데 그것은 앞에서 언급한 1776년 버지니아헌법을 선두로 1780년 메사추세츠헌법을 13번째로 하고 모든 주의 헌법이 성립되었다. 이들은 모두 자유·독립과 사유재산, 신앙의 자유, 언론·출판의 자유, 배심제도, 공정한 재판 등을 선언했다. 사회는 계약에 의해 구성되며 인민주권, 혁명의 권리, 공화제를 천명하는 것이었다. 이 인권사상이 영국의 사상적 영향 하에 있었는지, 또 프랑스혁명의 사상적 선구로서 프랑스에 영향을 준 것이었는지에 대해서는 필자가 단정할 수 있는 문제는 아니겠지만 적어도 이들이 "유럽의 중간계급에 대해 경종을 울렸다"는 관찰은 정당할 것이다.

다음으로 1781년 '연합규약'은 '미합중국(The United States of America)'이라는 호칭을 처음으로 채용하고, 국방·외교·화폐제도는 연합회의에 위탁되었지만, 이미 이 단계에서 주의 권리가 대폭 인정되어 중앙정부의 집권적 확립에의 발걸음은 지지부진했다.

헌법회의의 또는 연방회의는 1789년 5월 필라델피아에서 개최되었지만, 독립혁명의 정치적 총괄은 합중국 헌법에서 표현되어야 했음에도 불구하고, 채택된 헌법은 혁명의 총괄이라고 할 만한 것은 못 되었고 오히려 보수파의 반격이 반영된 것이었다. 권리의 장전에 대해서도 합중국 헌법에는 그런 선언은 없었다. 그리고 버지니아·메사추세츠의 급진파의 주장에 의해 1791년 12월 15일 헌법수정 제1조에서 10조까지가 권리의 장전을 대신하게 되었다. 신앙의 자유(기독교 범위에 한정되었다), 국교의 부정, 언론·출판·집회·청원의 자유, 민병과 인민무장의 권리, 병사의 사영(舍營)거부의 권리, 수색·체포·압수 거부의 권리, due process of law에 의하지 않고서는 생명·자유·재산을 박탈당하지 않을 권리 등등이 수정헌법에 규정되었다. 그리고 이 헌법은 1787년 12월 7일 델라웨어에서 시작하고 1790년 5월 29일 로드아일랜드에 이르기까지 모든 주의 비준을 끝냈다.

이상의 여러 입법은 '자유인'의 인권을 인정하고 그것을 옹호할 것을 주장했지만 노예의 권리에 대해

서는 전혀 언급이 없었다. 합중국 헌법에서는 노예무역을 이후 20년간(1808년까지) 금지하지 않는다는 결정을 했으며 1808년 그 금지가 법률화된 이후에도 그 법은 공공연히 짓밟혔다. 노예제를 (국부적이기는 하지만) 명확하게 금지한 것은 1787년의 서북부 조례(Northwest ordinance)였다. 이 조례로써 오하이오강 서북부에서의 노예제도와 강제노동이 금지되었다. 그러나 그것도 타협적이었으며 도망노예는 체포하고 노예주에게 인도한다는 규정이 있었다. 미국의 인권선언(='권리장전')이 중대한 한계를 가지고 있었던 것은 명백했다.

### 3. 미국 인권선언에 대한 각 주의 태도

여기서는 미국의 여러 인권선언 중에서 독립선언, 각 주 헌법, 합중국헌법의 세 가지에 대한 각 주의 입장을 일별하기로 한다.

#### [1] 독립선언에 대한 각 주의 입장

독립선언의 혁명적 성격은 물론 충분한 것은 아니었고 그것에 대하여 많은 비판이 있는 것은 당연하다. 독립선언의 초계급적 성격이나, 사유재산으로 말미암은 불평등을 제거하지 않았다는 점이나, 신앙의 자유를 천명하면서도 기독교의 틀이 존재함으로써 정치적 권력에 접근하기 위해서는 종교적인 테스트를 받을 필요가 있었던 점 등에서 문제가 있다고 하더라도 그것은 말하자면 독립선언의 역사적 한계인 것이며, 독립선언의 시민혁명적인 성격이 사회주의에의 전망을 곧바로 가질 수 없다는 점을 생각하면 당연한 현상이다. 그러나 이 독립선언에 대한 각 주의 태도는 여러 가지였으며 찬성은 노스캐롤라이나, 로드아일랜드, 메사추세츠만의 여러 도시들, 버지니아, 코네티컷, 뉴햄프셔였고, 주저하거나 혹은 반대의 입장을 취한 것은 펜실바니아, 뉴욕, 메릴랜드, 사우스캐롤라이나, 조지아였다. 즉 일반적으로 북부 여러 주는 찬성이었고, 주저 내지 반대했던 것은 중부 및 남부의 식민지였다. 이 중에서 노스캐롤라이나와 버지니아가 남부 식민지이면서도 일찍 독립에 찬성하는 입장을 채택한 사실이 눈길을 끈다. 물론 이 시점은 독립혁명의 시기였으며 남북전쟁기는 아니었기 때문에 남북의 대립이 두드러진 것은 아니지만 그래도 이런 점은 주목할 만한 점이라고 생각된다.

#### [2] 각 주 헌법과 '권리의 장전'

1776년 버지니아(및 뉴햄프셔)헌법에서 메사추세츠헌법에 이르는 각 주 헌법은 각각 특색을 가지고 있었고 또 급진·보수의 차이가 있었다. 일반적으로 펜실바니아, 노스캐롤라이나 등은 '급진적'이었으며 메사추세츠, 뉴욕 등은 '보수'였으며 버지니아는 그 중간쯤이라고 보통 인식되고 있다.<sup>1)</sup> 즉 남부에도 '급진파'라고 인식되는 주가 있고 반대로 메사추세츠 등도 '보수'로 분류되어 있는 것은 주목할 만하다. '급진파'라고 여겨지는 펜실바니아는 선거인에게 재산자격을 필요로 하지 않는 일원제 의회가 최고 권위를

1) 다카기(高木 八尺) 교수는 다음과 같이 말한다. "각 주 헌법은 이를 대체로 3 가지 유형으로 분류할 수 있다. 그리고 가장 대표적인 3 개 헌법은 ① 민주적 계급의 요구 관철이 많이 발견되고, 1원제이며, 급진적인 펜실바니아 주 헌법, ② 타협의 성과인 버지니아 주 헌법, ③ 자산계급의 지도 하에 이루어진 보수적인 메사추세츠 주 헌법이다." (<미국정치사서설> 1931년). 그리고 패트릭 헨리에 의하면 버지니아 헌법 경우는 "독립을 쟁취하기 위해 데모크라시를 희생시켰다".

한편 후지와라(藤原 守胤) 교수는 다음과 같이 말한다. "어느 방(邦)에서도 급진분자 또는 보수분자의 한편이 완전히 승리를 차지하기가 어려워, 많은 방(邦) 헌법은 양파의 타협의 산물이었다. 그러나 버지니아, 노스캐롤라이나, 펜실바니아 및 조지아에서는 급진파의 승리가 비교적 현저했다. 이와 반대로 메릴랜드, 뉴욕 및 메사추세츠에서는 보수파의 승리가 한층 명백했다." (<미국건국사론> 하 1940년)



가지고 있으며, 채무투옥의 규정을 개정하고 채무자인 수공업자와 농민의 이익을 보호했던 것 등 '급진'의 이름에 값하는 것이었다. 노스캐롤라이나의 경우도 선거권의 자격제한은 경미했다. 한편 뉴욕, 메사추세츠에서는 재산자격은 상당히 무겁고 또 이원제를 채택하는 등 '보수'적 성격을 드러냈다.

### [3] 합중국 헌법에 대한 태도

합중국 헌법에 대한 각 주의 태도는 비준 시기, 반대표의 크기 차이 등에 있어서 각각 찬성과 주저의 색채의 차이가 있었다. 최초로 비준한 것은 1787년 12월 7일 델라웨어였고, 아홉 번째는 뉴햄프셔(1788년 6월 21일)였고, 이로써 헌법은 발효했지만 그후 버지니아, 뉴욕이 이에 합류했다. 끝까지 헌법에 반대하다가 워싱턴이 대통령에 취임한 후에야 어렵게 비준한 주가 노스캐롤라이나와 로드아일랜드였다. 헌법의 보수성에 저항하여 비준을 거부한 것이 '급진적'이고, 일찍 적은 반대표로 비준한 주가 '보수적'이라고 한다면, 노스캐롤라이나와 로드아일랜드는 가장 급진적이었고, 델라웨어, 뉴저지, 조지아 등은 보수적이었다. 펜실바니아, 메사추세츠, 뉴햄프셔, 버지니아, 뉴욕은 모두 상당한 수의 반대표를 가지고 있었으며 중간적 입장 내지 비판적 찬성의 입장이었다고 할 수 있다.

이상 독립선언, 주 헌법, 합중국 헌법의 3대 문서에 대한 각 주의 태도를 개관한다면, ① 세가지 문서에 대한 태도가 모두 급진적인 주는 노스캐롤라이나와 로드아일랜드 ② 버지니아는 타협적이라고 여겨지면 서도 대체로 비판적 입장을 고수했고, ③ 메사추세츠는 내부에 유력한 보수파 지도자를 안고 있었기 때문에 급진파의 입장을 관철하지 못했고, ④ 펜실바니아는 처음에는 보수적이었지만 나중에 웨이커 상인의 힘이 타파되어 급진방향으로 향했다. 합중국 헌법 비준은 두 번째로 했지만 약 1/3의 반대표를 가지고 있었다. ⑤ 뉴욕은 대체로 보수의 세력이 강했다. ⑥ 노스캐롤라이나와 버지니아를 제외하는 남부 주들은 대체로 보수라고 규정해도 된다. 즉 거칠게 북부와 남부로 나누고 급진과 보수로 색깔을 하려고 한다면 몇몇 큰 주의 입장이 쉽게 이해할 수 없는 요소를 가지고 있다. 다만 얼마간 억지로 유형을 만들어 본다면, 남부의 대부분과 중부(펜실바니아와 뉴욕)는 보수적이었지만 이육고 (특히 펜실바니아는) 급진으로 바뀔 요인을 가지고 있었다. 이와 반대로 로드아일랜드 등 북부 주들은 대체로 급진적이었으며 그 속에서 메사추세츠와 같은 지도적인 큰 주는 중간적 입장 내지 보수적 경향을 가지고 있었다. 남부·중부·북부의 분류는 충분히 유효하지 않지만 그러나 일정한 경향성을 가지고 있다고 생각된다.

## 4. 인권선언의 경제적·사회적 배경

### [1] 그 한계

미국 인권선언의 세계사적 의의는 영국에 있어서 '사람의 권리'를 명확하게 규정하고 근대시민사회의 원칙을 선언했다는 점에 있다. 그리고 바로 그 점에 또한 인권선언의 역사적 한계가 있었다. 즉 한편으로는 '인권'일반이라고 주장된 것이 실은 자본주의 사회에서의 근대적 권리이며, 봉건적 '무권리'에 대치될 때 위대한 일보전진이지만 훗날에 사회주의적 '권리'와 비교되어야 할 운명을 가지고 있다는 점이다. 이 점에 있어서는 미국 인권선언뿐만 아니라 영국의 권리장전, 프랑스의 권리선언도 같은 한계를 가지고 있는 것이며 여기서 굳이 문제삼을 일은 아니다. 그러나 다른 한편 미국 독립혁명에서, 그 시민혁명의 성격에서, 특히 미국의 독특한 불충분성 내지 한계가 존재했기 때문에 그것이 미국 인권선언에도 반영되면서 한계가 드러난다는 문제가 있다. 이는 이른바 '인권선언'일반의 한계가 아닌 미국의 한계, 아메리카 '인권선언'의 한계이다. 그리고 거기에 대한 각 주의 특징은 이미 살펴봤다.

미국 시민혁명의 불철저성의 최대의 원인은 식민지 사회 내부에서의 근대적 제 관계의 성숙도에 대한

제약이었다. 그리고 그 사실은 흑인노예제 배제의 불철저성이라는 형태로 나타나, 또 노예제의 존재 그 자체가 미국에서의 자본주의 발달에 거꾸로 족쇄를 채우는 결과가 되었다.

흑인인구는 식민지 말기에 60만, 그 중 노예는 55만명이며 흑인은 총 인구의 20%를 차지하고 있었다. 독립 직후 1790년에는 흑인노예인구는 70만명 정도가 되었고 그 중 65만명은 남부에 있었다. 그리고 가장 수가 많았던 주는 버지니아였으며 이어서 사우스캐롤라이나, 메릴랜드, 노스캐롤라이나로 이어진다. 그러나 곧 버지니아에서는 노예인구가 포화상태가 되어 따라서 노예인구의 증대도 정체하게 된다. 사우스캐롤라이나는 면작의 증대와 더불어 급속한 노예인구의 증대가 계획되었다. 노스캐롤라이나도 (사우스캐롤라이나보다는 완만했지만) 상당한 증대를 보였다. 어쨌든 남부를 중심으로 하는 노예제도를 그대로 유지하고 발전시킨다는 것은 인권에 대한 증대한 한계였다.

또 뉴욕에서 매너(manor)라거나 페이턴트(patent)라고 불린 거대 토지소유가 '의사(擬似) 봉건제'의 여러 관계를 지닌 채 독립혁명 후에도 잔존하여, 프랑스혁명처럼 토지혁명을 완성시키지 못하고 차지농을 억압한 사실은 '미국형의 길'을 따라서 농업자본주의가 전개되는 것을 방해했다. 그것은 또한 동시에 뉴욕 차지농의 인권에 대한 제한이며 뉴욕이 '인권선언'에 대할 때 취한 태도를 규정하는 것이었다. 이들 한계는 독립혁명 후의 자본주의 발전을 기초로 하는 시민혁명의 완성을 향한 투쟁(그 정점은 남북전쟁)에서 해결되어야 할 한계였다. 그리고 미국 독립혁명기의 인권선언은 이 한계를 불문에 부쳐 그 영원성과 절대성을 믿는 것으로서 선언되었다. 합중국 헌법에서 노예수입을 "연방의회는 1808년 이전에 이를 금지할 수 없다"라고 규정함으로써 인권의 범위에 큰 탈락을 인정하고, 나아가 1808년에 불가피하게 노예무역이 금지된 후에는 공공연한 노예밀수입에 의해 그에 대한 실질적 부정을 감행했던 것, 이런 현상들은 이 시기에 그 한계가 타파되지 못했다는 점을 증명하고 있다. 그리고 또한 이 한계를 타파하기 위한 조건이 성숙되어 있지 않았던 것이야말로 각종 인권선언에 대해 남부 주들 특히 노스캐롤라이나와 버지니아가 '급진적' 주 속에 그 이름을 넣게 된 기본적 조건이었다.

### [2] 급진적 주들의 두 가지 유형

정치과정에서의 여러 주의 움직임은 일의적으로 경제적 기초과정과 연결시키는 방식은 물론 잘못된 것이다. 그 점만을 보면 비어드에 대한 브라운 등의 비판도 무조건 물리칠 수는 없을 것이다. 그러나 그것은 경제적 결정론이 과오라는 것을 의미할 뿐이고, 정치과정이 '소그룹 지도자층의 발의'에 의해 좌지우지된다고 하는 주장은 더 큰 과오라고 하지 않을 수 없다.

여기서 급진적 주들 중 특히 남부의 노스캐롤라이나를 하나의 유형의 대표로 하고, 로드아일랜드와 펜실바니아를 다른 유형의 대표라고 분류해 보기로 한다.

노스캐롤라이나는 남부 중에서도 비교적 북부적인 주였다. 사우스캐롤라이나나 버지니아에서 토지귀족의 지위가 중요한데 비하여 여기서는 그리 중요하다고는 할 수 없으며, 18세기 중간쯤에 급속한 인구증가가 일어나 그 인구가 피드먼트 일대의 변방에 개척농민으로서 입주함으로써 1백 에이커에서 5백 에이커까지의 중농층의 비율이 백인 인구의 대부분을 차지하고, 소수자층의 토지집중은 비교적 없는 편이었다. 이 점은 노스캐롤라이나의 특징이었지만, 그 반면에 식민지 시대에 면역(免役)지대의 징수는 (메릴랜드와 비슷하게) 현저했으며, 1774년만으로도 두 식민지 합쳐서 면역지대로서 10만 달러의 징수가 있었다. 그리고 독립혁명기의 토리에 대한 반격은 특히 강했고 대토지소유는 엄하게 제약되었다. 헨리·E·메칼로크의 영지가 80가족으로 나누어 매각된 것은 그 하나의 예에 지나지 않는다. 이와 같은 상황은 독립 이후 노스캐롤라이나의 정치적 입장에 하나의 방향을 주는 것이었다. 물론 노스캐롤라이나는 인권의 테두리 안에 노예를 포함시키지 못했고, 그 '급진'성에도 한계가 있었던 것은 물론이다.

제 2의 유형인 로드아일랜드와 펜실바니아는 노스캐롤라이나와는 달리 북부의 여러 가지 특징을 가지

고 있었다. 로드아일랜드는 전기적 상업자본이 강력했지만 독립혁명을 통해 그 가장 전기적인 부분이 추방되었다. 농민당은 부채농민의 이익을 대표하여 1786년에 10만 파운드의 지폐를 발행함으로써 실질적으로 채무를 1/4로 절하했다. 이런 사건은 이미 식민지 시대에 진행되었던 토지은행을 둘러싼 싸움의 재판이었다. 1710년부터 1750년까지 9개의 토지은행이 설립되어 46만5천 파운드의 통화가 발행되고, 농민은 새롭게 토지은행이 설립될 때마다 그 채무를 다시 차환(借換)할 수 있었다. 식민지 시대의 이와 같은 투쟁을 통해 농민의 힘은 커지고 상인은 패퇴하는 경향이 있었지만, 1751년 영국 본국의 영향력 행사에 의해 Currency Act(통화조례)가 제정되어 토지은행과 법화(法貨)의 발행이 금지되어 농민의 진출이 억제되기에 이르렀다. 독립혁명 후에는 영국 본국의 영향력은 없어졌지만, 전기적·중계무역적 성격을 갖는 '자본'은 잔존할 수 있었고, 오히려 어떤 의미에서는 더 강력해져 있었다. 이는 미국의 시민혁명인 독립전쟁의 한계를 나타내는 것이었다. 그리고 또한 헌법제정에 있어서 '급진'과가 비준을 서두르지 않는다는 소극적 저항의 자세에 머물러버린 이유이기도 하다.

펜실바니아에서는 펜가(家)에 하부(下付)된 뉴욕 남측 땅 중 1만 에이커 이상을 구매하는 자에게 barony 또는 manor의 칭호가 주어져 식민지 시대에 그 수는 78을 헤아렸다. 이 때너에는 거대한 것도 있었지만 그 성격은 뉴욕 경우와 달리 그리 강한 '봉건적' 성격은 갖지 않았다. 그러나 펜가 주변의 펜실바니아 동부 상인들은 전기적 성격이 강했으며 경건과 독일인 이민도 이와 같은 성격을 가지고 있었다. 이에 반해 변방에 있던 스코틀랜드·아일랜드계인 장로파 농민은 펜가의 지배에 불만을 품고, 면역지대에 반대하고, 투기적 토지상인에 반대하고, 사스캐하나 유역의 상업독점에 반대함으로써 펜실바니아에 또 하나의 방향을 주려고 하는 존재였다. 펜실바니아의 철공업이 남부의 철공업과 달리 철가공업과 결합하여 '국지적' 시장을 확립하고 나아가 전기적 상업자본의 성격에서 점차 탈피하는 경향을 나타낸 것도 그와 같은 맥락이었다. 펜실바니아가 처음에는 소극적이었지만 이윽고 '급진'과의 대표 중 하나의 주가 되어갔던 것은 이와 같은 경제적 기초로 말미암은 것이다.

즉 '급진'과 여러 주 중에도 북부와 남부의 차이는 이미 명료하게 드러나 있지만 이 단계에서는 아직도 노예제를 둘러싼 입장이 결정적인 대항관계로서 발전되지 않고 있었다. 그리고 북부 주들의 전기적 상인은 노예무역에 참가함으로써 남부와와의 격차가 결정적이 되는 상태까지 도달하지 못했으며 오히려 양자의 공동과 통일이 중요한 관심사였다. 그러나 그럼에도 불구하고 남부의 상극은 인지할 수 있는 단계로 들어서고 있었던 것이다.

### [3] 시민혁명으로서의 독립전쟁

식민지 시대 아메리카에서는 북부에서 타운시스템을 기초로 하여 영국의 요먼 출신자를 중핵으로 그 기층적 하부에 비교적 근대화된 농업사회가 형성되어 있었다. 그리고 그 타운을 하나의 시장으로 하여 그 내부에서 직업분화의 다양성을 특징으로 하는 사회적 분업의 성장과 국지적 시장이 성립되고, 나아가 지역적인 상업도 활발했다. 이와 반대로 남부는 계절노동자와 노예를 사용하는 대토지소유가 성행되어 램(藍, 푸른 염색료)·담배 그리고 나중에는 면화를 재배하고 독립 이후에도 영국 산업자본의 재생산권 속에 내포되는 방향으로 갔다. 거칠게 말하면 북부는 시민혁명의 완성이로 나아가는 조건을 가졌고 남부는 식민지 상태에서 독립하는 일에 이익을 느끼면서도 시민혁명의 조건은 성숙되지 않았다고 할 수 있을 것이다.

그러나 그 북부에서도 매뉴팩처의 성장은 아직 맹아단계에 머물러 있었으며, 전기적 상인의 힘은 독립혁명을 통해서도 청산되지 않고 오히려 독립 이후 몇몇 전기적 상인은 한층 더 강화되었다. 메사츄세츠 주의 보스턴 associates는 그와 같은 것의 전형이었다. 앞에서 언급한 뉴욕의 매너 중 전쟁중에 독립측에 가담함으로써 전후에도 몰수당하지 않고 오히려 독립 이후의 지도적 상층으로서 살아남은 거대 토지

소유자도 미국의 '근대화'에 진력하는 듯 보이면서도 시민혁명에 대한 저지적 역할을 했다. 이와 같은 한계를 가지고 있었기 때문에 메사츄세츠나 뉴욕과 같은 지도적 주들이 그 '귀족적 상층계급'의 영향 하에 '타협적' 내지 '보수적' 입장을 취하기에 이르렀다.

이와 달리 노스캐롤라이나나 버지니아 등이 노예제 문제를 내부에 안으면서도 '급진적' 내지 '선진적'인 입장을 취했던 것은 앞에서 본 바와 같다. 그리고 이런 문제들을 전제로 하면서도 역시 북부와 남부의 차이가 이미 존재했다는 것은 인정해야 할 것이다. 특히 사우스캐롤라이나, 메릴랜드, 조지아 등이 보수적인 입장을 관철한 것은 남부의 방향성을 충분히 시사하고 있다고 해도 될 것이다. 그리고 흑인노예제를 해결하고 부인(婦人)에 대하여 '사람의 권리'를 부여하는 일은 남북전쟁 이후를 기다리지 않으면 안 되었다.

## 5. 맺음말

남북전쟁을 통해 노예해방이 선언되고, 산업자본을 보호하기 위한 고율의 모릴 관세, 농업에 있어서 미국형 자본주의의 길의 하나의 조건이라고 인식되는 홈스테드법, 국내시장 개발을 위한 대륙내부 개발에 관한 법률, 북부은행을 중심으로 하는 은행업의 통일을 목표로 하는 국법은행제도 등을 통해 시민혁명의 완성과 산업자본주의의 승리가 선언되었다. 남부에서는 패배한 플랜터(planter)의 토지를 몰수하기 위한 법들이나 그 토지를 매각하기 위한 직접세법이 제정되고, 농민에 대하여 토지 하부(下付)를 촉진하는 서면 장군의 포고나 남부 홈스테드법이 발표되었다. 그러나 북부산업자본은 남부 플랜터의 이빨을 뽑은 것을 확인한 후 오히려 거꾸로 그들과 타협하고 그들을 이용하는 방침으로 방향을 틀었다.

미국에서의 인권선언도 이와 같은 상황에 따라 변화가 일어났다. 즉 1865년부터 70년에 걸쳐서 헌법에 세 가지 수정이 가해졌다. 노예해방(수정 제13조), 흑인에 대한 시민권 부여(제14조), 흑인에 대한 투표권 부여(제15조)가 이것이었다. 이와 함께 부채노예금지법(1867년), 강제노동금지(1874년), 부인 참정권(수정 제19조, 1920년) 등이 제정되었다. 이상은 미국에서의 인권선언이 독립혁명의 불철저성으로 말미암아 지니고 있던 한계를 타파하고 '사람의 권리'를 모든 사람에게 미치는 작용을 다하는 듯 보였다. 그런데 이들 조치와 거의 같은 시기에 이들 진보적 법들의 효과를 무력화시키기 위한, 흑인에 대한 여러 가지 차별적 입법이 만들어졌다. 즉 1865년 이후의 작물선택권법, 부랑자단속법 등등 수많은 입법이 있었으며 남북전쟁 이전의 노예법이 흑인법으로 변환되어, 이른바 짐·클로우 입법들이 흑인의 권리를 실질적으로 차별하는 작용을 했다. 특히 1876년 북부는 남부를 점령하고 있던 군대를 철병함으로써, 아직 스스로를 방위할 능력을 갖지 않는 흑인을 복수심에 불타는 플랜터 앞에 내던지는 행동을 취하지만, 이와 같은 해 남부 홈스테드법은 철폐되어 그 짧은 실시의 생애를 마쳤다.

흑인노예제를 기초로 하는 플랜테이션 경제는 형식적으로 남부에서 사라졌지만 실질적으로 그를 대신하는 웨어크로퍼제(분익소작제)가 나타나 흑인의 생활에 큰 제한이 만들어졌다. 독점자본주의 시대에 들어선 후에도 이 인권침범은 회복되지 않았다. 이미 주어졌다고 하는 공민권 관련 법안이 최근에 와서 자주 성립되고 특히 1964년 케네디 대통령이 서명한 공민권 법안은 '링컨 이래 가장 획기적'이라고 칭송되었지만 그 발표 이후도 흑인 인권을 요구하는 운동이 더욱 격발하는 것을 보면 과거에 흑인에 대한 공민권이 이름뿐이었음을 알 수 있는 대목이다. 웨어크로퍼에 대해서 말한다면, 크로퍼는 반드시 흑인에게만 한정되지 않고 백인 크로퍼도 한때 흑인의 수에 근접할 정도로 늘어났던 것이며, 또 백인노동자의 여러 권리가 흑인의 무권리를 배경으로 하면서 침해되는 것은 주지하는 바와 같다. 인민 중 일부 사람들의 인권이 침해될 때 다른 사람들의 인권도 상치입지 않고 있을 수는 없는 것이다. [끝]

# 1789년 <사람 및 시민의 권리선언> - 그 시민혁명에 있어서 자리매김 -

이나모토 요노스케 (稻本 洋之助)

## 1. 머리말 -문제의 한정-

이 글은 1789년의 <사람 및 시민의 권리선언>(이하 '89년 권리선언'이라고 부름)이 프랑스 시민혁명의 권리선언으로서 어떤 역사적 성격을 띠고 있는지를 밝히기 위한 하나의 시도이다.<sup>2)</sup> 89년 권리선언

2) 89년 권리선언에 대하여 '기본적 인권의 비교적 종합적 연구'라는 관점에서 연구를 진행함에 있어, 우리의 공동 연구에서 자주 문제가 된 것은 그 역사적 성격 외에 다음의 두 가지 점이었다.

① 권리선언의 법규범적 성격이다. 기본적 인권의 보장에 관한 원리적 규정은, 조항적 구성을 갖는 명문의 '선언'으로서 일단 헌법전과는 별개의 형식으로 정해지는 경우와, 헌법전의 조항으로서 수록되는 경우가 있으나, 프랑스 혁명기의 인권규정은 전자의 형태를 취하며, 89년 권리선언은 그 전형적 예였다. 그리고 이들 '선언'은 국민대표회의의 의결로써 제정되므로 '일반의사의 표명'으로서 법률적 성격과 형태를 갖지만, 그것이 헌법전 이하의 실정법규범과 동일한 법규범적 성격 내지 법률적 효력을 지닐지는 별개로 고려되어야 할 문제이다.

89년 권리선언은 나중에 상세히 검토하는 바와 같이 인간의 자연적 계 권리와 국가를 형성해야 할 시민의 계 권리(이하 '시민적 계 권리')를 아울러 규정하고, 자연적 계 권리의 '보존'을 '정치적 결합'(=국가의 형성)의 목적으로 하고, 시민적 계 권리의 실현을 국가형성의 방법으로서 자리매김한다. 따라서 이 선언은 국가형성의 전제가 될 이념의 선명(宣命)으로서, 그리고 그렇게 함으로써 헌법제정에 시간적으로도 논리적으로도 선행하여, 헌법제정을 구속하는(제16조 "권리의 보장이 확보되지 않는 ... 사회는 결코 헌법을 갖지 않는다") 선언으로서, 말하자면 그 전(前)국가적·전(前)헌법적인 성격을 명확하게 나타내고 있으며, 그 규범적 성격은 실정법규범의 그것이라기보다, 헌법(제정)=국가형성에 대한 원리적 구속이라는 점에 있다고 하겠다.

그런데, 89년 권리선언은, 앞에서 말한 바와 같이, 91년 헌법의 성립을 거쳐, 이 91년 헌법의 모두(冒頭)에 그것에 선행하는 것으로서 제시된다. 이 단계에 이르러 법체계는 원리적 선언 - 그 헌법적 보장 - 개별적 법률에 의한 보장이라는 구성을 갖추게 되는 것이지만, 그 때까지에는 실정 헌법이 존재하지 않으므로, 권리선언이 지닌 법규범적 성격은 앞에서 말한 것과 다소 다른 것이었다고 할 수 있을 것이다. 입헌국민회의는 그 성립(전(全)신분회의의 재편) 후 곧바로 헌법제정사업에 착수했지만, 이 사업은 혁명의 진행 하에서 현저하게 지체되어, 그 사이에 토지개혁(=봉건적 여러 세금의 철폐)을 비롯한 여러 개혁이 입법회의의 법률(헌법적 법률)을 통해 헌법제정에 앞서서 점차적으로 진행되었다. 이들 여러 입법에 관한 입법국민회의의 토의를 본다면, 89년 권리선언이(같은 해 8월 5일~11일의 봉건제 폐기의 선언적 데크레와 함께) 때로 여러 입법의 근거로서 직접적으로 헌법적 규범성을 지닌다고 주장되고 있는 것을 알 수 있다. 그 때문에 혁명 초기 특히 헌법제정에 이르기까지의 입헌의회기에 있어서 여러 개혁이 이루어지는 과정에서 89년 권리선언이 어떤 기능을 수행했는지가 하나의 문제가 된다. 다만 그 기능은 권리선언이 보편적 원리의 추상적 정립이라는 문헌형식을 취하는 까닭에, 구체적인 개혁을 촉진하는 방향으로도, 적지 않는 방향으로도 작동하고, 그런 의미에서는 권리선언의 법규범적 성격을 상대적으로 불명확하게 한다.

② 둘째는 89년 권리선언이 헌법체계와의 관계에서 가지는 효력, 바꿔 말하면, 그 현행선언적 성격이다. 일반적으로서 유럽의 권리선언은(헌법전 중의 조항으로서 일체화되어 있는 경우를 제외하고) 항상 역사적 전제로서 승인되고, 명시적으로 '선언의 폐지'라는 수순이 취해지는 일은 드물다. 그러나 89년 권리선언은 그에 머물지 않고 그 후의 선언이나 헌법전에 의해 명시적으로 현대적 효력을 확인받고 있다. 1958의 현행 헌법전이 그 전문에서 "프랑스 인민은 1946년의 헌법전 전문에서 확인되고, 보충된 1789년의 선언에 의해 정의된 것과 같은 인간의 계 권리와 국민주권의 계 원칙에 따를 것을 엄숙히 선언한다"라고 규정하고 있는 것이 그 예이다. (이는 기본적 인권의 규정을 결한 이 헌법이 여전히 인권보장의 관념을 포기 하고 있지 않음을, 89년 권리선언과 1946년 헌법 전문

은 시민혁명의 한 전형으로서 세계사적 의의를 지니는 프랑스혁명의 '법원칙적 결정(結晶)'이라고까지 일컬어진다. 따라서 그 역사적 성격을 묻는 일은 넓게 말하면 법의 역사 속에서 시민혁명이란 무엇인가를 묻는 일이기도 할 것이다. 또 대상을 압축해서 기본적 인권이라는 특수한 법 이데올로기 현상 그 자체에 대한 분석에 관심을 집중시킨다 하더라도 89년 권리선언의 역사적 연구는 근대 자본주의국가에서의 이 특수한 법 이데올로기 현상의 포괄적인 역사성을 밝히는데 중요한 의미를 지닐 것이다.

그런데, 89년 권리선언의 역사적 연구라고 할 경우도, 그 과제는 항상 이중의 의미를 갖는다. 하나는, 예를 들어 시민혁명기 프랑스에서 기본적 인권이라는 특수한 법 이데올로기 형태가 성립되고, 국민대표회의의 법률제정절차에 따라 선언적 형식으로 국가적 승인이 내려지는 일이 프랑스 자본주의의 발전과 관련해서 어떤 역사적 의의를 갖는 것이었는가의 문제, 다른 하나는, 프랑스혁명 초기에 전(全)신분회의를 재편했던 입헌국민회의의 의결로써 채택된 89년 권리선언이 시민혁명의 그 후 전개와 대비할 때 여전히 특수한 역사적 한정(限定=한정적 의미[역사])을 부여 받을 수 있는가의 문제, 즉 혁명이 진행됨에 따라 새로운 권리선언 기초라는 형태로 89년 권리선언의 보완·수정이 기도되었던 것을 어떻게 평가해야 하는가의 문제, 다른 말로 하면, 89년 권리선언은 그 제정 시기( 및 직접적인 제정자인 의회)와 관계에서 특수한 역사적 한정을 띤 권리선언이라고 보아야 하느냐의 문제이다.

이미 일찍부터 혁명사 연구에서 프랑스 혁명을 복수의 성격이 다른 혁명이 필연적으로 잇따라 일어난 총체라고 파악하는 견해가 제시되었고, 또 다카하시 교수에 의해 근대적 진화의 두 가지 부르주아적 체계의 대항으로서 파악하는 이론가설이 제시되었지만, 이들 여러 혁명의 대립 또는 체계의 대항 혁명기 정치 세력의 교체에 따르는 혁명기 실정법 규범 체계의 각 법 영역 또는 전체구조의 있어서의 변동에 때로 명료하게 나타나는 것이며, 그 때문에 혁명사 연구에서는 이 변동의 여러 국면에서의 법 체계의 특수한 역사적 성격을 밝히는 일이 불가결의 과제가 된다. 권리선언 연구에서도 89년 권리선언이 얼마만큼, 또 어떤 의미에서 혁명초기의 법 이데올로기 현상으로서 파악될 수 있느냐는 물음에 답해야 한다.<sup>3)</sup>

이 글에서는 앞에서 말한바와 같은 과제를 의식하면서 89년 권리선언의 성립과정을 통해 그 규범내용의 역사적 분석을 시도한다. 연구의 주요한 대상은 '재산의 자유'의 관념을 전(前)국가적·전(前)헌법적인

중의 인권규정의 효력을 인정한다는 형식으로 나타내려고 했던 것이며, 이 점에 대해서는 별도로 고찰해야 한다.) 또 단일한 성문 헌법전이 존재하지 않았던 제3공화제 하에서도 89년 권리선언의 현대적 효력의 내용 내지 법적 성격이 여러 학파 사이에서 격렬한 논란거리가 된 것에 대해서는 널리 알려진 바와 같다.

이와 같이 89년 권리선언이 시대의 변천에 아랑곳없이 오늘날까지 각 시기에서 각각 현행 선언적인 효력을 인정받아 온 것은 문제의 단서를 제공하는 것으로서 주목할 가치가 있다 하겠다. 거기서는, 한편으로는 89년 권리선언의 포괄적인 역사성(자본주의 국가체제의 존속을 전제로 하는 권리선언의 보편성)의 문제로서의 '거슬러 올라감'(역행), 그리고 다른 한편으로는 앞에서 말한 권리선언의 법규범적 성격을, 그 현대적 효력이란 무엇인가를 물음으로써 한층 명백하게 하기 위한 실마리를 얻을 수 있을 것이다. 그와 동시에 19세기 말 이후의 프랑스 국가법체계의 이데올로기적 측면의 변용을, 89년 권리선언의 '확인'과 '보충'에 조응(照應)해서 검토하는 일도 흥미로운 사항이다.

3) 그러나 이와 같은 검토에는 참으로 곤란한 문제가 존재한다. 그것은, 앞에서 89년 권리선언의 역사적 성격으로서 말했듯이, 이 선언이 프랑스 시민혁명의 법 이데올로기 일반을 표상(表象)하는 성격을 지님을 부정할 수 없는데서 비롯된다. 예를 들어 1791년 헌법과 1793년 헌법을 대비해볼 때, 거기에는 각각의 제정 시기에 있어서의 혁명의 성격의 현저한 차이가 반영되어 있음을 볼 수 있는 것이지만, 91년 헌법에 부가(附加)된 89년 권리선언과, 93년 헌법에 부가된 산악파 권리선언의 차이는, 같은 정도로 명료하지 않다. 또 일반적으로 말해서 혁명기에 있어서의 선언적 문서로서의 중요성 내지 보편성이라는 점에서의 전자(89년 권리선언)의 비중은 압도적이며, 그 혁명 초기적 특징을 파악하기 위해서는 성립과정에 대한 상세한 분석을 필요로 한다. 혁명기의 제 권리선언의 역사적 성격 정의에 따르는 이와 같은 어려움에 대해서는 주(1)의 설명에서도 이해될 것이다.

기본권으로서 법적으로 표상하는 여러 규정과, 그것을 지탱하는 권리선언 전체의 법 이데올로기 구조이다. 일반적으로 사용되는 자유권의 분류법(재산적 자유·신체적 자유·정신적 자유)을 차용한다면 ①재산적 자유권의 내용 ②그것과 뒤의 두 가지와의 논리적 관련 및 그 관련의 배후에 있는 일정한 자연권 사상 ③이들 자연권적 자유권과 그 보존을 목적으로 하는 국가 형성의 방법에 관한 시민적 여러 권리와 의 관계, 특히 재산적 자유의 제도적 보장 등이 고찰의 범위에 들어간다. 나아가서 재산의 자유의 내용에 관해서는, 특히 봉건적 소유관계의 폐지(근대적 토지소유권의 법적 구성) 및 상품생산·유통에 관한 봉건적 내지 절대주의적 규제의 폐지(‘영업의 자유’ 및 ‘노동의 자유’의 법적 승인)와 관련되는 여러 사항이 그 중심이 될 것이다.

그리고 문제의 한정(限定)에 관하여 다음과 같은 사실도 분명히 해 두고 싶다. 그것은 89년 권리선언의 역사적 성격을 묻는다고 할 경우도 권리선언이라는 특수한 법 이데올로기 형태의 역사적 성격이 문제인 것이며, 당시의 계몽사상, 혁명사상과 권리선언의 관계일반을 문제 삼는 것은 아니라는 사실이다. 또 과거 89년 권리선언의 법학적 검토에서는 이 선언의 연원 탐구에 노력이 경주되어, 미국의 여러 권리선언으로부터의 사상적 계보와 영국 및 프랑스 계몽사상으로부터의 사상적 계보에 대한 평가 관련해서, 20세기 초의 예리네크와 부토미의 논쟁을 비롯하여 많은 논의가 거듭되어 왔지만, 이 글에서는 이들 연구의 일반적인 성과를 전제로서 승인한 기반위에서 앞에서 제시했던 구체적인 문제 한정과의 관련에서 중요한 의미를 갖는 중농주의 사회 경제사상과 권리선언과의 관계를 특히 다루는데 그친다.

89년의 권리선언의 사상적 계보에 관한 논쟁 및 이 권리선언의 제정 과정에 관해서는 수 년 전부터 홋카이도(北海島)대학의 후카세(深瀬)교수가 계속 본격적인 연구를 하고 있으며, 이미 그 성과의 단편을 발표했다. 교수의 사료구사의 정확성과 거기서부터 도출되는 여러 결론의 중요성을 우리 연구에서 확인할 수가 있으므로, 허용되는 한 거기에 근거하면서 고찰을 진행시키기로 한다. 또 이 글의 직접적인 대상은 아니지만 권리선언의 성립과 밀접한 관계를 가지며, 그 배경을 이루는 국민주권 관념의 전개에 대해서는 히토츠바시(一橋) 대학의 스키하라(杉原) 교수의 최근의 상세한 연구가 있다. 이 연구는 프랑스 혁명의 역사적 이해라는 점에서 이 글과 반드시 일치하는 것은 아니지만 헌법사상의 국민주권 관념의 실증적 분석에서 종래 수준을 멀리 뛰어넘는 것이며, 이 글도 그것으로부터 많은 교시를 받았다는 것을 명기해둔다.

## 2. 89년 권리선언의 규범구조와 제정과정

### [1] 권리선언의 규범구조

1789년 8월 26일의 ‘사람 및 시민의 권리선언’은 자연적 제 권리의 존재를 선명(宣明)하고, 그것을 보존하기 위하여 정치적 결합(=국가)의 형성을 인정하고, 이 국가 형성의 기본원칙으로서 시민적 권리를 보장한다는 논리구조를 내포하고 있다.

① 자연적 권리로서는 ‘자유, 소유권, 안전 및 압제에 대한 저항’이 명시적으로 규정되어 있다(제2조). ‘평등’은 이들 자연적 권리를 향수하기 위한 조건임(제1조, 제4조)과 시민적 권리를 향유하는 조건의 자연적 기초를 이루지만(제1조, 제6조, 제13조) 그 자체로서 상대적으로 독자적인 자연권이라고는 인식되어 있지 않다. 이에 대하여 ‘자유’는 하나의 자연권이라고 인식되지만, 넓은 의미에서는 “타인을 해하지 않는 모든 것을 할 수 있는 것”이라고 표현된다. 따라서 ‘자유’는 ‘자연적 권리의 행사’의 조건인 ‘평등’의 적극적·주관적 표현이기도하며, 타인의 자연적 권리의 평등한 행사를 방해하는 경우에만 ‘법률’에 의해 그 한계를 그을 수가 있는데 그친다(제4조, 제5조).

② 자연권적 기본권중 정신적 자유에 대해서는 ‘사상 및 의견의 자유로운 전달’(발언·기술·인쇄의 자유)가 ‘사람의 가장 귀중한 권리의 하나’로서 강조되지만, 집회·결사의 자유는 명시되지 않는다. 다른 한편 신앙의 자유는 정면으로 규정되지는 않고 다만 종교상의 의견표명이 ‘안전’의 관점에서 보호되는데 그친다. 또 일반적으로는 표현의 자유의 보장은 ‘법률로써 정해진 공공의 질서를 교란하고’, 또는 ‘법률로써 정해진 경우의 그 자유 남용’에 해당될 때는 유보된다(제10조, 제11조).

③ 재산적 자유에 대해서는 ‘소유권’이 ‘자유’, ‘안전’과 함께 자연적 여러 권리의 하나라고 전제되면서 그 신성불가침성이 따로 규정되어 있지만(제17조), 선언의 문언 상으로는 그 구체적 귀결은 법률에 의해 소유관계가 강제적으로 변동될 때 ‘정당하고도 사전의 보상’을 조건으로 하는데 있으며, 전체적으로 재산적 ‘자유’의 관점보다도 재산적 ‘안전’의 관점에서의 보장 요구가 보다 구체적으로 표현되어 있다. 자연적 권리인 재산적 자유에 대해서는 따로 개별 규정이 없고, 영업·노동 등의 자유는 언급되어 있지 않다. 덧붙여 시민적 여러 권리로서 능력에 따르는 조세평등 부담의 원칙 및 조세 부과방법 결정에의 부담자 참가가 규정되어 있다(제13조, 제14조).

④ 인신의 자유에 대해서는, 형벌 평등의 원칙(제6조), 법정 절차의 보장(제7조), 형벌 필요 최저한의 원칙, 형사 소급의 금지(제8조), 무죄추정 및 과도한 강제 금지(제9조) 등이 자연권으로서의 ‘안전’을 보장하는 것으로서 규정되어 있지만 이들 보장은 오로지 법률적 보장에 한정되어 있으며, 법정 절차에 의한 인신적 강제에의 저항은 그 자체로서 범죄라고 간주되어 있다(제7조).

⑤ 국가형성(Constitution)의 원리인 시민적 권리의 보장은, 국민주권(제3조) 및 권력분립(제16조)에 관한 기본규정 및 국민(대표의회)의 법률(조세) 제정권(제6조, 제14조), ‘공적인 강력’(재판소, 경찰, 군 등등)의 공정한 행사(제12조), 공무원의 행정에 관한 보고 의무(제15조)등의 개별규정에 의해 주어져 있다. 권력 분립 형태 및 3권의 제도적 구성 등은 모두 나중에 헌법으로써 확정되어야 할 사항이며, 인권선언에서는 시민의 기본적 권리라는 관점에서 헌법에 선행하여 그 큰 틀을 정하는데 한정되어 있다. 그리고 이들 ‘권리가 확보되지 않고 또는 권력의 분립이 정해지지 않는 모든 사회는 Constitution을 갖지 않는다’(제16조), 즉 국가를 형성할 수 없는 것으로 인식되며, 거슬러 올라가 국민주권의 관점에서는 ‘어떠한 단체도 어떠한 개인도 국민으로부터 명시적으로 유래되지 않는 권위를 행사할 수 없다’(제3조)라고 규정되어 있다. 이들 원리에 반하는 권위 내지 국가형성은 궁극적으로 자연적 권리를 해치는 ‘압제’이며, 그에 대한 ‘저항’(제2조) 그 자체가 하나의 자연적 권리라고 간주되는 것이다. 그러나 이 89년 권리선언은 ‘압제에의 저항’이라는 자연권을 보존하는 ‘정치적 결합’의 형태, 다시 말하면 저항권의 시민적 권리체계에 있어서의 보장에 대해서는 언급하고 있지 않다.

⑥ 마지막으로 권리선언에서의 ‘법률’(la Loi)의 개념에 대해 아래와 같은 점에 주의할 필요가 있다. (a) ‘법률’은 ‘일반의사의 표명’이며, 전 시민의 협력을 통해 명문적으로 형성된다(제6조). (b) ‘법률’은 한편에서는 자연적 권리의 국가적 보장(정치적 결합에 의한 보존)의 형식이며, 다른 한편에서는 자연적 권리행사의 조정형식이다(제2조, 제4조). 앞에서 말한 바와 같이 자연적 제 권리 실현의 조건으로서 ‘평등’이 요구되지만, 이 조건은 ‘평등’이 ‘법률’에 체현되며, ‘법률’이 모든 시민에게 평등함으로써 충족된다. (c) ‘법률’에 의한 금지 내지 강제는 한정적이어야 한다. ‘사회에 유해한 행위’만이 ‘법률’에 의한 금지의 대상이며(제6조), 명백히 필요한 신체적 강제 또는 재산적 강제만이 ‘법률’에 의해 정해지며, ‘법률’에 의해 그 남용이 금지된다(제8조, 제9조, 제11조, 제17조). 이와 같은 ‘법률’에 의해 ‘공공의 질서’(제10조 참조)가 형성된다. (d) 이상을 요약하건대 그 자체 평등하며 규제에 있어서 필요에 비례하는 법률이 일반의사의 표명으로서 국민 대표 의회에 의해 제정될 경우, ‘법률’에 의한 실정적인 규범질서가 성립되어, 그것이 자연적 제 권리의 실현을 구체적으로 담보하고 규제하게 된다. 바꾸어 말하면 자연적 제 권리의 보장을 선언한 권리선언은 동시에 ‘법률’에 의한 실정적 규범 질서의 성립을 선언했던 것이며, 이 질서의 성립에

의해 자연적 제 권리와 시민적 제 권리의 논리적 구별은 배후로 물러나, 단일한 모순 없는 법률 체계의 지배가 실현되기에 이르러 것이다. 시민혁명의 이와 같은 법 이데올로기의 역사적 성격에 대해서는 나중에 고찰하기로 한다.

## [2] 89년 권리선언의 제정 과정

프랑스 혁명 초기에 있어 '사람 및 시민의 권리선언'이라는 형식의 의결에 의해 입헌국민회의의 의사표명이 이루어지는 과정은 다음과 같다.

① 1789년 6월 17일, 전 신분회의(삼 신분 1155명)를 재·개편함으로써 성립된 국민회의는 헌법 제정사업에 착수하기 위해 7월 6일에 헌법사항 배분위원회 설치를 결정했다. 이 위원회는 당시 국민회의의 전 의원이 배분되어 있던 30부회(bureau)의 각각에 있어서 호선을 통해 선출된 30명의 의원으로 구성되었다. 30명중 26명은 제3신분 선출위원이며 성직 신분은 한 사람도 포함되어 있지 않았지만, 그것은 앞서서와 같은 선출 절차를 채택했기 때문이다.

② 배분위원회가 7월 9일에 했던 헌법전(憲法典) 구성 및 헌법 제정 절차에 관한 개괄적인 보고는, Constitution을 정제(권력의 배분 내지 양여)에 관한 왕권과 국민의 협약(=합의)이라고 보고 있는 점에서 전통적인 Constitution의 관념을 기초로 하면서, 다른 한편으로 국민이 이 협약의 당사자가 됨으로써 국민주권이 성립된다고 여겨, 이 협약(=합의)에 '사람의 불멸하고 자연적인 제 권리'에 의한 제약을 가하고, 모든 정치는 사람의 권리 보존을 유일한 하지 않으면 안 된다'라고 요구했다. 이로 인해 헌법전은(보고자 무니에 따르면) "모든 사회에서 사람이 향유해야 할 여러 권리의 선언 후, 진정한 왕정을 형성하기 위한 여러 원칙, 뒤 이어 프랑스 인민의 여러 권리로 옮겨 간다. 국민의 대표는 국왕의 여러 권리의 선언을 엄숙하게 확인하고, 그 권위를 불변의 기초 위에 세운다. 이어서 국민과 왕권의 각각 여러 권리의 행사를 보장할 모든 수단이 검토된다."라는 순서에 따라 인권, 국왕과 국민의 기본관계, 그리고 권력의 배분에 대해 규정되어야 한다고 보고 되었다. 권리선언은 헌법전의 전문으로써 먼저 논의되지만, 헌법전 제정까지는 미확정의 선언에 머무는 것이라고 보고 되었다.

이 헌법 사항 배분위원회의 보고가 이 글의 과제와 관련하여 중요한 것은, 헌법을 그 전통적 관념에 따라 왕권과 국민의 협약(=합의)이라고 보는 한편 거기에 사람의 자연적 제 권리에 의한 제약을 가했다는 것, 그 결과 권리선언이 헌법 제정과 불가분으로 관련되는 입헌국민회의의 가장 중요한 의제라고 여겨지게 이르렀다는데 있다. 사람 또는 시민의 권리 확인을 요구하는 목소리는 전 신분회의에 제출된 전국 여러 지방의 진정서에 수 없이 발견되며, 따라서 이미 권리선언 제정의 국민적 운동이 존재해 있었다고 할 수 있지만, 그것이 국민회의에서 최종 의제가 되는데 있어서는 헌법 제정 사업의 시작 특히 전통적인 헌법 관념에 의한 최초의 위원회 보고가 중요한 의미를 지녔던 것이다.

③ 진정서에 포함된 권리선언 안 외에 라파이어트 초안(7월 11일 의회 제출), 기타 약간의 초안 또는 헌법 요강에 대해 검토하고 그들에 포함된 여러 원리를 통일한 하나의 초안을 작성하기 위해 7월 14일 새롭게 헌법위원회가 설치되었다. 위원회는 7월 27일에 일반보고 및 진정서의 총괄 보고를 하고 헌법 초안(권리선언 및 정제원칙)에 관한 모두(冒頭)의 2장)을 제출 했다. 이 사이 헌법 위원회 제출된 중요한 초안으로, 시에스, '사람 및 시민의 권리의 승인 및 이론적 선언'(32개조. 이하 시에스 7월 초안이라고 부른다), 무니에의 '사람 및 시민의 권리선언'(16개조) 및 타르제(Target)의 '사회에서의 사람의 권리선언'(31개조)등 각 초안이 있다.

나중에 보듯이 이들 초안 중 시에스 초안이 준 영향은 크다. 위원회 초안은 무니에가 자기 초안에 약간의 가필 수정을 가한 것이지만, 무니에의 개인 초안에는 이미 시에스 7월 초안의 영향이 발견된다. 다

만 샴피옹 드 시세(Champion de Cice)가 그 일반 보고 속에서, 무니에 초안은 라파이어트 초안을 비롯한 여러 초안을 검토하고, 그것들을 근거로 기초되어 있으며, 규정 상호간의 논리적 관련은 명확성을 결하지만 문언이 평이하고 이해하기 쉬운데 대해, 시에스 초안은 완성된 엄밀한 체계성을 지니며, 그 사실 자체에 오히려 일반의 이해를 넘는 불편함이 존재하는 점을 지적하면서 무니에에게 위원회 초안을 맡긴 이유를 밝히고 있다는 점에도 일단 유념할 필요가 있을 것이다. 그러나 나중에 보듯이 시에스 초안은 단순히 그 논리적 체계성 때문이 아니라 중농주의 경제사상을 배경으로 한 그 사상적 체계성 때문에 그 이후의 심의 과정에서도 부정하기 어려운 힘을 지녔고, 그로 인해 이 초안의 영향을 다분히 받으면서도 그것을 직접적인 기초로 삼지 않았다 위원회 초안은 각 부회에서 결정적인 지지를 받을 수는 없었던 것이다.

④ 위원회 초안이 다른 초안과 함께 각 부회의 검토에 맡겨져 있는 동안, 국민회의에서는 권리선언의 제정을 전제로 하고, 그것과 헌법전과의 법 논리적 관계 및 형식적 관계(의결의 선후, 권리선언의 위치 등)에 관한 토의가 계속되었다. 국민회의는 8월 4일부터 12일에 이르는 봉건제 폐기선언 및 데클레 채택을 위해 권리선언에 관한 심의를 일시 중단했지만 8월 13일에는 여러 초안을 다시 통일하기 위해 새롭게 5인 위원회를 설치했다. 이 사이 제6부회의의 '사람 및 시민의 권리선언'안(24개조), 세르방(Servan)의 '사람 및 시민의 권리선언'안(13개조), 투레(Thouret)의 '사회에서의 사람의 권리의 승인 및 헌법의 기초에 관한 기본관념의 분석', 시에스의 '사회에서의 사람의 권리선언'안(42개조. 이하 시에스 8월 초안이라고 부른다), 구쥬 카르통(Gouges-Carton)의 '권리선언'안(71개조), 부슈(Bouche)의 '프랑스 헌법의 기본 목적에 관한 헌장'안(81개조), 라보 드 상테티엔느(Rabaud de Saint-Etienne)의 '모든 헌법의 원칙'(5개조), 무니에의 '정체 특히 프랑스에 적합한 정체에 관한 고찰'등이 의회에 제출되어 각각 의회에 의해 인쇄 배포되었다. 또 헌법과 권리선언의 관계에 대한 토의에서 크레니에르(Creniere)로부 그 기본적 사상에 특징이 있는 9개조의 초안이 제출되었다. 이들에 대해서는 나중에 언급하기로 한다.

⑤ 8월 13일에 선임된 5인 위원회는 17일에 미라보를 보고자로 하여 19개조로 이루어진 신 초안을 의회에 제출했다. 신 초안은 미라보에 의하면 "자유는 결코 철학적 연역을 통해 만들어진 교설의 소산이 아니라, 일상의 경험에서의, 그리고 사물에 의해 환기되는 단순한 추론으로부터의 소산임"을 고려하여, "슬기로운 자의 진정한 용기가 선(善)에 있어서도 진정한 중도를 유지한다는 것을 잊지 않고" 기초된 것이다. 그러나 제안에 이어 벌어진 토의는, 과거 격렬하게 다투어져 여전히 확정적인 해결을 보지 못하고 있는 권리선언의 법 규범적 성격이나 헌법과의 논리적 및 형식적 관계와의 문제, 체계성, 평이성, 실효성 등에 관한 의문에 더하여, 사회적 혼란의 확대에 따르는 새로운 고려, 즉 권리선언은 사회적 소란을 조장하지는 않을까라는 의구심의 표명에 의해 혼란의 극을 치달았다. 그 결과 신 초안은 이를 후인 19일, 하등 명확한 일치된 폐기 이유도 없는 채, 축조심의의 대상으로서 채용하지 않기로 결정되었다.

⑥ 이와 같이 여러 초안의 통일 가능성을 잃은 국민회의는 투표에 의한 한 초안의 단순한 선택으로 방향을 전환하지 않을 수 없었다. 투표 결과 제6부 회의 안이 축조심의의 원안으로 결정되어, 2위였던 시에스 초안 이하 모든 초안은 배제되었지만, 이 선택이 의사진행을 위한 편의적인 성격의 것에 지나지 않았음은 축조심의에 들어간 후 곧바로 명백해졌다. 8월 20일의 본 회의에 제6부회 초안이 상정되자 곧바로 이 안은 "단순한 초안 메모에 지나지 않으며", "힘과 표현을 결하고", 특히 "앞의 12개조는 뻔히 알려진 진리나 또는 그리 중요하지 않은 진리밖에 포함하지 않으며,..... 생략해야 한다"등 오로지 소극적 평가만이 퍼부어졌다. 전문은 5인 위원회 초안 전문으로 대체되었으며, 확정조항은 제1조에서 제5조까지는 제6부회 초안에 규정과 관계없이 채택되었고, 제6조에서 제11조까지는 제6부회 초안의 관련조항(제11-19조)이 제안과 동시에 다른 안으로 대체되어 토의가 시작되었고, 원안과는 별개의 문언에 의해 채택되었다. 겨우 확정조항 제12조에서 제16조까지가 제6부회 초안 제20-24조에 따라 채택되었지만, 그

것마저도 의사록에 의하면 어느 위원의 “(원안) 제 20조의 유일한 결합은 제6부회에 의해 기초되었다는 데 있다.”라는 “예기치 않은 지적”에 의해 확정조항 제12조가 수정 없이 가결되어 그것이 계기가 되어, 이 조이하의 원 조항 안이 급속하게 채택되었던 것이다. 또 소유권에 관한 확정조항 제17조는 제6부회 초안이 이와 같은 종류의 규정을 완전히 결해 있었기 때문에 의사 종료 직전에 한 위원의 제안을 무수정으로 즉시 가결하여 성립된 것이다.

### [3] 확정조항의 형태와 성격

89년 권리선언 확정조항의 문언을 여러 초안 문언과 비교대조해보면 그 대부분은 라파이어트 초안, 시에스 초안, 무니에 초안 (및 헌법위원회 초안)에 포함되는 여러 조항에 귀결되는 것이지만, 그것은 직접적으로는 개개 조항의 문리적 근사성을 의미하는 것이며, 체계 내지 사상의 근사성을 의미하는 것은 아니다. 특히 8월 20-26일의 심의과정을 보면 89년 권리선언은 하나의 모자이크에 지나지 않으며, 하나의 논리적이고 사상적 체계성을 가질 수 있는 직접적인 근거는 아무것도 없다.

그 결과 역으로 적어도 다음과 같은 점이 지적될 수 있을 것이다. 첫째로, 최종적인 심의과정에서는, 예를 들어 5인위원회안을 일방적으로 배척하면서 제6부회 초안의 전문을 버리고 곧바로 5인위원회 초안 전문을 채택한 데서 알 수 있듯이 개개 초안이 다소나마 갖는 사상적 체계성을 특별히 고려함이 없이 오로지 문언상의 타당성을 추구하는 데 관심이 집중되어 있었던 것이다. 그러나 이 사실은 개개 초안과는 별개 차원에서 권리선언의 성격 및 사상적 내용에 대해 평균화된 공통의 관념이 일단 존재했다는 것을 의미한다. 여기서 여러 초안의 개개 규정의 추상성이야말로 (그들 상호의 비교대조를 통해) 초안 그 자체의 사상적 색채나 논리구조의 특수성에 관계없이 하나의 평균적인 의미와 내용을 만들어내어, 그 총화에 개괄적으로 대응하는 권리선언의 공약(公約)적 관념을 낳은 전제조건이었다. 따라서 축조(遂修)심의로 들어가는 단계에서는 “일상의 경험에서의, 그리고 사물에 의해 환기되는 단순한 추론으로부터의 소산”으로서, 예를 들어 “시민이 공적인 사물에 대해 협의하고, 그들의 수입자(受任者)에게 지시를 주고, 또는 그들의 요구의 확인을 요구하기 위해 적법한 형식으로 집회할 권능을 그들로부터 박탈하는 것은 시민의 권리 침해 없이 수행될 수 없다”고 규정하는 5인위원회 초안 (제11조)는 추상성을 결하는 까닭에 배척되어, 이에 대해 추상적인 문언으로 시종하는 제6부회안이 일단 채용되며, 축조심의에서는 제6부회안은 그 문언의 추상적 성격 때문에 임의로 다른 똑같이 추상적인 여러 규정안으로 치환(置換)되기에 이르는 것이다.

둘째로, 헌법위원회 내부에서 당초에 있었던 무니에와 시에스 사이에 있었던 불일치는 축조심의 단계에서는 이미 드러나지 않고, 오히려 양자의 초안 여러 규정이 개별적으로 제6부회안의 대한 또는 수정안으로서 혼재되어 확정조항으로 채택된다. 이 사실은 무니에 초안과 시에스 초안의 당초의 불일치가 반드시 배타적인 것이 아니며, 약간의 거리를 두면서도 모두 입헌국민의회 추기의 주류적 경향에 포괄될 수 있는, 일종의 공통성을 지니고 있었음을 짐작케 한다. 이 점에 대해서는 ①무니에와 시에스 각자가 권리선언이라는 특수한 법 이데올로기형태에 어떤 의미로, 어떤 비중을 부여하고 있었는가. ②시에스 초안의 명확한 사상적 체계와 그 내용은 무니에 초안을 포함해서 그 후의 여러 초안 및 심의과정에 어떻게 영향을 주었는가. ③양자의 불일치를 상대적인 것으로 만들고, 양자를 일치시키는 방향으로 작용하는 이질적인 성격을 갖는 제3의 초안은 존재하지 않았는가. ④최종적 심의과정에서 치환 가능한 추상적 문언의 모자이크를 가능케 했던 ‘사람 및 시민의 권리’에 관한 평균적 관념은 무엇인가. 등등이 구명되어야 한다.

89년 권리선언의 복잡한 제정과정을 개관함으로써 얻어지는 문제는 이상과 같다. 이하에서 이들 점에

대해 검토하면서 89년 권리선언의 역사적 성격의 고찰로 나아가고자 한다.

## 3. 입헌국민의회에서의 ‘권리선언’과 ‘헌법’ 관념 구성

### [1] 무니에의 자연권과 헌법

무니에를 시에스와 상대적으로 구별하는 주요한 점은 권리선언, 특히 사람의 자연적 제 권리 보장의 자리매김에 있다. 앞에서 말한 바와 같이 무니에 있어서는 정체(政體, gouvernement)에 관한 국왕과 국민의 협약(=합의)에 미리 과해져 있는 제약으로서 ‘사람의 권리들’이 원용(援用)되는 것이며, ‘사람의 권리들’의 존중이 보장되는 한 이 협약(=합의)을 통해 국왕과 국민 상이에서 권력을 배분하여 정체를 결정하는 일이 constitutionnel인 것이다. 무니에의 ‘사람 및 시민의 권리선언’ 전문은, “우리 프랑스 국민의 대 표는, … 우리에게 위임자의 권위에 의해, 프랑스 제국 헌법으로서 이하에 표명되는 것과 같은 정체의 공리(公理)와 기본적 원칙 및 형태를 선언하고 규정한다”라고 하고 있는 바, 여기에도 나타나듯이 권리선언은 “정체의 공리(公理)와 기본적 원칙 및 형태”의 선언에 다름 아니다. 사람의 자연적 조건에 관한 규정은 제1장 전반(前半)의 “자연은 사람을 자유케 하고 또 권리에 있어서 평등케 했다”라고 한 부분뿐이며, 그 이하는 광의의 정체에 관한 규정이다. 정체에 관한 협약(=합의)은 그에 선행되는 제약으로서 “모든 정체는 일반의 행복을 목적으로 해야 한다”(제2조) “정체는 자유, 소유, 안전, 자신의 명예와 생명에의 배려, 자신의 사상의 자유로운 전달, 압제에의 저항과 같은 모든 사람에게 속하는 불멸의 제 권리를 특히 보장하지 않으면 안 된다”(제4조)라는 한정이 과해지며, 이들 권리를 의무와의 대응에 있어서 보장하기 위해 “명확, 간결하고도 통일적인 법률”을 정할 것이 정체에 과해지는 것이다. (제4, 5조) 이와 같은 (말하자면) 정체의 법률적 형태에서의 과약은, 국민주권 (협약=합의의 당사자로서의 지위)의 승인과 더불어, 법률의 우위와 권력의 분립을 도출하며 (제3, 6, 9조), 권리선언은 “정체의 공리와 기본적 원칙 및 형태”로서 명확하게 규정되면서 프랑스의 헌법을 구속한다는 위치를 갖게 된다.

### [2] 시에스의 자연권과 헌법

시에스에 있어서는 ‘사람 및 시민의 제 권리’는 하나의 완결된 존재이며, 그것을 “표명하고, 확대하고, 보장하는 것만이 모든 constitution politique의 목적”(시에스 7월안 전문)이다. ‘사람 및 시민의 제 권리’는 자연적 권리들과 사회적 권리들의 총체인 바, 후자는 전자의 ‘연장’에 지나지 않으며, 사람의 자연적 조건(필요와 그 충족수단을 자연으로부터 부여받고 있음)을 기초로 해서 형성되는 자연적 권리들의 발전된 형태에 지나지 않는다. 즉 사람은 그 자연적 필요를 충족시키기 위해 주체적 수단으로서 능력을 부여 받고, 그 수단으로써 외재적 수단(=물건 또는 사물)을 취득한다. 이들 수단은 자기의 필요를 충족시키기 위하여 주어진 고유의 수단이며, 그 자유로운 최분은 자연의 권리며 의무이다. 자기에게 고유한 것을 행사하고 처분할 이 자유는 상호의 효용을 위해 약무(約務)를 지는 자유로 전개되고, 이 자유의 상호적 행사로써 한층 더 자연적 필요의 충족(=행복)이 실현된다. 따라서 이 자유로운 약무를 통해 형성되는 “사회질서는 자연적 질서의 한 연장이며, 일종의 보충 같은 것”에 다름이 아니다.

이와 같이 시에스에 있어서는 ‘사람 및 시민의 제 권리’(7월초안의 표제)는 일체로서 ‘사회에서의 사람의 제 권리’(8월초안 표제) 혹은 droits civils로서 파악되고, 이 총체에 droits politiques가 대립된다고 주장된다. 전자는 사회형성의 목적이며, 후자는 사회형성의 수단이다. 전자 즉 droits passifs는 사회의 모든 사람에게 주어지고, 후자 즉 droits actifs는 ‘공영조물(公營造物)’의 유지를 부담하는 자(능동시민)에

게 주어진다.

그렇다면 시에스가 말하는 바 constitution의 관념은 어떤 것이었는가? 사람의 자연적 필요를 충족하는 수단은 사회질서에 있어서 '공적수단' (moyens publics)의 형태를 낳고 이 "사람 및 사물로 이루어지는 공적 수단의 총체"가 '공영조물'을 형성한다. '공영조물'은 하나의 정치체 (corps politique)이며, 인체와 마찬가지로 그 의사와 행동을 갖는다. 입법권이 의사를, 집행권이 행동을 체현하는데, 이 입법권과 구별된 집행권을 정부 (gouvernement)라고 부른다. 그리고 "인민의 헌법은, 그 정부와, 인민 및 정부의 쌍방에 법률을 부여할 것을 임무로 하는 권력의 형성(constitution)에 다름이 아니며, 단지 그것뿐이다. 따라서 시에스에서는 입법권과 집행권(행정·사법을 포함)의 분립 및 의사(=입법권)에 의한 행동(=집행권)의 규제 (즉 법률의 우위)가 헌법의 규정내용이 되는 것이다.

무니에와 시에스의 차이는 이상과 같이 헌법과 권리선언의 관계 혹은 국가형성과 사람의 권리들을 파악하는 (방식의) 차이에 있으며, 기본적 인권이라는 특수한 법 이데올로기 형태는, 무니에에서는 헌법(=정체의 결정)에 선행되는 전제적 기능으로서, 시에스에서는 헌법(=공적 시설의 결정)에 결실되는 근원적 규범으로서 채용되고 주장되는 것이다. 양자에 공통된 주요한 귀결은 법률 우위의 원칙이며, 그것을 보장하는 "권력의 분립(이 내용에 대해서는 양자가 일치되지 않는다)이 정해져 있지 않은 모든 사회는 헌법을 갖지 않는다"라는 사상이다.

### [3] 크레니에르(Creniere)의 '권리선언'

마지막으로 권리선언과 헌법과의 관계 내지 헌법의 성격에 대하여 무니에와 시에스의 차이를 상대적인 것으로 만든 다른 관점, 즉 양자가 공통으로 반박할 수 있는 관점이 89년 권리선언 제정과정에서 국민의회에서 주장되어, 헌법위원회 밖에서 약간의 영향력을 가지고 있었다는 사실에 주의를 환기시키려 한다. 그것은 권리선언을 헌법의 모두에 두어야 하느냐 아니냐에 관한 토의에서 크레니에르가 제시한 다음과 같은 constitution 관념이다. "올바른 의미의 권리선언이란 인민의 헌법(constitution du peuple) 문서에 다름 아니다. (이와 달리) 인민이 스스로를 조직하는 문서는 인민의 정치의 헌법 (constitution du gouvernement du peuple)을 형성하는 것이어야 한다." 즉 권리선언이 헌법이며, 조직법이 정체헌법이다. 전자는 정치체 (corps politique)에 존재를 부여하는 것이고, 후자는 그것을 보존하는 제도를 정하는 것이다. 이와 같은 개념을 분별하기 위한 전제에는 다음과 같은 자연권사상이 있었다. "사람이 결합한다는 단순한 행위로서 얻어지는 권리는 자연적이다. 왜냐하면, 그의 첫째 배려가 자기 보존에 대한 배려이며, 첫째 소망이 행복에 대한 소망이며, 첫째 능력이 의사(意思)의 능력이라면, 이 배려를 버리고, 이 소망을 포기하고, 그리고 의사를 지니지 않기를 바란다는 것은 자연에 반하며, 따라서 있을 수 없는 일이기 때문이다." 그런 까닭에 "사회에 있어서의 사람은 자연의 불멸의 권리를 가진다." "이 자연의 불멸의 권리는 실질적인 또는 상대적인 권리만을 정하는 법률보다 앞서는 것으로서, 그 정립이야말로 내가 말하는 인민의 헌법이다. 나는 이 헌법문서가 다른 권리를 선포해야 한다고 생각하지 않는다." 즉 사회적 결합을 통해 자연권이 정립됨과 동시에 사회적 결합이야말로 권리의 내용을 이루는 것이며, 그것은, 거기서 파생하는 실정법이나 여러 국가제도와는 구별된, 사회에 있어서의 사람의 자연권이며, 그것을 선포하는 권리선언만이 독자적인 존재인 인민의 헌법이라는 논지이다.

그 결과 권리선언(=헌법)은, 각 시민이 '불멸, 불가침, 신성한 자연권' (크레니에르 초안 제9조)로서 '자신의 의사를 표명하고 법률의 형성에 참여하는 권리' (1조), 법률 외의 사적 의사에 따르지 않을 권리 (2조), '법률을 시행케 할 것을 목적으로 하는 권력의 설치에 참여할 권리' (3조), '기존의 법률 및 제도의 존속 또는 폐지 및 새 법률과 제도의 창설을 요구할 권리' (4조), '모든 권력의 조직 형성에 참여할 권리'

(5조) 및 이들 권리 행사를 위임할 권리 (6조), 의회의 회기 등 결정권 (7조), 조세 동의권 (8조)을 가질 것을 정하고, 그 외를 정하지 않는다.

이와 같은 크레니에르의 주장이 무니에 및 시에스의 입장에서 배척되는 이유는 정치체를 형성하는 원칙과 정치체를 조직하는 원칙을 준별하여 전자를 헌법으로서의 권리선언에, 후자를 실정법률로서의 정체헌법에 분속케 하는 것 자체에 있지 않다. 또 전자를 절대적인 법으로, 후자를 상대적인 법으로 하고 후자의 개폐 가능성을 결론짓는 것(다만 이 점에서는 무니에와 시에스가 일치되지 않는다)도 아니다. 중요한 것은 이러한 준별의 결과로서 권리선언이 국가형성을 위한 시민적 권리들 밖에 포함하지 않게 된다는 데 있으며, 국가형성의 목적인 자연적 권리들을 포함하지 못하게 되는데 있다. 이 점이 무니에 및 시에스와의 본질적인 대립점이다. 이런 주장이 "사람의 불멸의 자연적 권리들 선언으로부터 헌법은 시작되지 않으면 안 되"(무니에 작업요강 제1조)는지의 여부를 둘러싼 본회의의 토의에서 제기되었다는 사실은, 헌법위원회 내부의 대립을 보다 내부적인, 따라서 조정 가능한 것으로 생각하는 것을 수월하게 했던 것이다. 덧붙여 고드쇼 (J. Godechot)는 크레니에르의 앞의 주장을 중농주의와 무관하며 루소의 영향을 받은 것이라고 주장하고 있지만 그것은 빛나간 주장이라 할 수 있다. 크레니에르에는 루소의 영향은 없으며, 오히려 중농주의 학설에 대한 잘못된 이해에서 출발하고 결과적으로 루소의 주장과 약간 비슷한 부분을 갖게 되었다고 보아야 한다.

## 4. 시에스 초안과 중농주의사상

### [1] 시에스 권리선언 초안의 체계와 사상

시에스의 권리선언 초안의 체계성은 이미 살펴보았듯이 자연질서와 사회질서의 관련, 양자를 포함하는 시민적 질서와 정치적 질서의 대비, 정치체의 두 가지 권능⇒권력 분립⇒법률 우위⇒국민주권의 논리 등을 통해 사람의 자연적 조건인 필요와 그 충족수단부터 국가형태까지를 하나의 논리적 전개로서 제시했다는 점에 있었다. 그러나 시에스의 권리선언 초안이 입헌국민회의에서 큰 영향력을 가질 수 있었던 것은 앞의 논리적 전개가 하나의 명확한 사회경제사상에 근거를 가지고 있었다는 사실에서 오는 것이며, 단순한 추상적 개념구성의 탁월함으로 인한 것은 아니었음을 알아야 한다. 시에스 초안은 89년 권리선언 제1-7조, 제11-16조 문언에 직접·간접으로 영향을 주고 있으며, 동시에 그 자체로서는 체계적이지 못한 89년 권리선언 배후에 하나의 평균화된 공통의 사상을 형성함에 있어서 결정적인 영향을 주었다고 생각된다.

이 점을 밝히기 위해서는 시에스의 '소유' 관념에 주목하면 된다. 앞에서 말한 바와 같이 사람은 그 자연적 필요를 충족시키기 위하여 주체적 수단(=능력)을 부여받고 그것으로써 외적 수단(=사물 혹은 물질)을 취득하는 것이며, 이들 수단은 자기에게 유유한 것 (propriete)을 형성한다. 이하 시에스의 propriete 관념의 전개를 본다.

"그의 인신(人身)의 소유는 여러 권리 중 첫째가는 것이다. 이 시원적 권력에서 행위의 소유와 노동의 소유가 파생된다. 왜냐하면 노동은 그의 능력의 유효한 사용에 다름 아니기 때문이다. 노동은 명백히 인신과 행위의 소유에서 발생한다. 외재적 사물의 소유 또는 물적 소유는 마찬가지로 인적 소유의 연장이며, 확대에 다름이 아니다. 우리가 마시는 공기, 우리가 마시는 물, 우리가 먹는 과실은 우리 신체의 무의식적 또는 의식적인 노동의 결과로서 우리에게 고유한 물질로 변한다. 의사에 보다 더 종속된다고는 하나, 거의 같은 작용에 의해 나는 누구에게도 속해 있지 않지만 그러나 내가 필요

로 하는 물질을 노동을 통해 자기 것으로 만든다. 노동은 그것을 바꾸고 나의 사용에 적합하게 만든다. 나의 노동은 나의 것이었으며, 지금도 나의 것이다. 내가 노동을 결합시켜 노동을 투하한 물질은, 모든 사람의 물질이었듯이 나의 물질이었다. 그것은 내가 그것에 타인보다도 제일 점취자(占取者)의 권리를 지녔기 때문에 타인의 것 이상으로 나의 것이었다. 이들 조건은 이 물질을 나의 배타적 소유물로 만들기에 충분하다. 사회상태는 더 나아가 일반적 합의의 힘에 의해 그것에 일종의 법적 승인을 부가한다. 이 최후의 행위를 상징하는 것은 '소유'라는 말에, 우리가 문명사회에서 그것('소유'라는 말)에 부여하는 일에 익숙해져 온 모든 의미의 외연을 부여하기 위해 필요한 일인 것이다. 토지소유는 물적 소유의 가장 중요한 부분이다. 오늘날 상황에서는 토지소유는 개인적 필요보다도 사회적 필요에 보다 관계가 있는 것이다. 그 이론은 별도로이며, 그것을 나타내는 장소는, 여기가 아니다."

시예스의 자연적 권리들의 체계 속에서 더 특징적인 것은, '소유'가 '자유'의 귀결이 아니라 전제라는 것, 달리 말하면 기본적 인권으로서의 모든 자유권은 자연적 권리인 '소유'에서 도출된다는 것이다. 즉 인적·물적 소유의 행사가 방해받지 않는 것의 보장으로서 자유권이 필요한 것이며, "이리하여 모든 시민은 머물고, 왕래하고, 사고하고, 집필하고, 인쇄하고, 출판하고, 노동하고, 생산하고, 보존하고, 운반하고, 교환하고, 소비하는 등의 권리를 지닌다." 그 한계는 타인의 권리를 침해하지 않는 것뿐이다. 시예스의 자유권에 관한 이 사상은 그 권리선언 안(案) (여기서는 8월 초안에 의한다) 제5-10조에서 다음과 같이 명제화 된다.

제5조: 모든 사람은 그의 인신의 소유자이다. 그는 그 역무(役務) (또는) 그 시간을 계약할 수 있으나 자신을 매각할 수는 없다. 이 제일의 소유권은 양도할 수 없다.

제6조: 모든 사람은 타인의 권리를 침해하지 않는 한 그 개인적 능력의 행사에 있어서 자유로워야 한다.

제7조: 따라서 누구도 자기 사상에 대해서도, 감정에 대해서도, 책임을 지지 않는다. 모든 사람은 말하고 또 침묵할 권리를 지닌다. 누구에 대해서도 그 사상 및 감정을 공표할 어떠한 방법도 금지되지 않는다. 특히 각자는 타인의 권리를 침해하지 않는 것을 유일한 조건으로 하고, 자기가 좋다고 생각하는 것을 쓰고, 인쇄하고 또 인쇄케 하는 것에 있어서 자유롭다. 끝으로 모든 저술가는 그 저작을 판매하고, 또는 판매케 할 수 있다. 그는 저작을, 신뢰의 남용을 염려함이 없이, 우편으로, 또 다른 모든 방법으로 자유롭게 유포시킬 수 있다. 서신은 특히 쓰는 자와 상대방 사이에 개재하는 모든 사람에 의해 신성시 되지 않으면 안 된다.

제8조: 모든 시민은 마찬가지로 그 노력(勞力), 근로, 자본을 자기에게 양호·유익하다고 판단하는 바에 따라 자유롭게 사용할 수 있다. 그에 대해서는 어떤 종류의 노동도 금지되지 않는다. 그는 좋아하는 것을 좋아하는 대로 제조하고, 생산할 수 있다. 그는 모든 종류의 상품을 그 의사에 따라 보존하고, 운반하고, 그것들을 도매 혹은 소매로 매각할 수 있다. 이들 여러 가지 직업에 있어서 어떠한 개인도 어떠한 단체도 그를 방해할 권리를 갖지 않으며, 그를 저지할 권리를 더더욱 갖지 않는다. 법률만이 다른 자유에 대해서와 마찬가지로 이 자유에 부과할 한계를 그을 수 있다.

제9조: 모든 사람은 마찬가지로 좋다고 생각되는 때 및 방법으로 자유롭게 왕래하고 머물고, 도래 또는 출발하고, 나아가 왕국으로부터 출국하고 또 왕국에 귀국할 수 있다.

제10조: 끝으로 모든 사람은 그가 좋다고 판단하는 바에 따라 자유롭게 그 재산 및 수입을 처분하고 사용할 수 있다.

이 규정을 훑어보면 시예스의 인신, 행위, 노동, 재산 등 모든 것을 포괄하는 '소유'의 관념은, 그에게는 궁극적으로, 경제적 활동의 자유를 사람의 자연적 권리로서, 그리고 정신적 활동의 자유와 통일적인 논리에 의해 확립시키기 위해 불가결한 관념이었음을 이해할 수 있을 것이다. 경제적 활동의 자유를 제약하는 유일한 한계는 "다른 자유에 대해서와 마찬가지로" 타인의 권리를 침해하지 않는 것이며, 법률에 의한 규제도 그런 한도에서 허용될 뿐이다. 시예스는 자연적 필요를 충족시키는 수단이 각자에게 고유함과 동시에 불평등하다는 것을 긍정하고, 다만 수단의 소유 및 해사에 대한 권리에 있어서 평등하다고 주장한다. 사회질서는, 이 자연적 불평등을 부정하는 바는 아니고, 다만 그것이 부당하게 조장(助長)되지 않을 것을 요구한다. 즉 사회는 법률에 의해 '자유'에 상호성의 한계를 긋고, 그럼으로써 모든 사람의 평등한 권리를 확인하는 데 그친다. "법률은 시민의 전체를 그 후견적 권위로서 덮음으로써 모두에게 그 권리의 완전성을 보장하는" 것이며, 따라서 자연질서에 있어서의 경제적 활동의 자유는, 사회질서에 있어서 권리의 평등을 정한 법률에 복종할 뿐이다. 말하자면 법률상의 평등을 부정하지 않는 한, 경제적 활동을 통한 불평등의 확대는 사회질서에서 완전히 승인된다. 이와 같이 해서 사람은 그 자연질서에 있어서의 필요충족 수단을, 따라서 부의 불균형을 하등 잃지 않고, 희생하지 않고 사회를 형성하는 것이다. 그렇다면 시예스는 이런 체계적 사고의 원형을 무엇으로부터 얻은 것일까?

## [2] 시예스 초안에 있어서 중농주의사상의 전개

미라보는 5인위원회 초안에 관한 토의에서 시예스의 앞에서와 같은 설명을 인용한 후 다음과 같이 말했다. "이것 (시예스로부터의 인용)은 시예스 선생의 표현이 아니라 그의 사상이다. 이 한 구절은 권리선언의 전부이다. 모든 것은 나의 아버지(미라보 후작, 대표적인 중농주의 경제학자)와 그의 저명한 벗 케네(F. Quesnay)씨가 30년 전에 확립한 이 고상한, 자유롭고 풍요로운 원리 안에 있다. 시예스 선생은 그것을 아마도 다른 누구보다 잘 설명했다. 사람의 모든 권리, 모든 의무는 여기서부터 파생한다." 이 당시 대인 미라보의 지적이 없어도 중농주의가 시예스의 사상체계에 준 영향은 다음과 같은 대조에서도 분명하다. 프랑소아 케네의 <자연권>이라는 이름의 논문(1765)은 이렇게 말한다.

"사람의 자연권을 고찰하기에 앞서, 사람 그 자체를 그 상이한 육체적·정신적 능력에서, 또 타인과의 관계에 따르는 상이한 상태에서 고찰할 필요가 있다."

"각자의 자연권은, 현실에서는 그의 노동을 통해 취득할 수 있는 부분 (초판에서는 - 사람의 향유에 고유한 것의 일부분)에 축한(縮限)된다." 즉 "사람은 필요로 하는 것에 대한 자연권을 노동을 통하지 않고서는 향유하지 않는다."

"육체적·정신적 능력 및 각자의 개인적인 다른 여러 수단을 생각한다면, 우리는 거기에 여전히 사람의 자연권 향유에 관한 큰 불평등을 발견한다."

"사회의 형태는 (많은 적든) 각자가 보유하고, 또 보유할 수 있고, 그리고 그 보존과 소유를 바라는 재산에 의존한다. 실정법률과 하나의 후견적 권위(=군주)에 종속하고, 또는 차라리 그런 것들의 보호를 받는 사람은, 그 소유자로서의 능력을 크게 확장하며, 따라서 그 자연권의 행사를 제한하는 것이 아니라 크게 확대한다."

"사회에 결집한 사람들은 따라서 자연의 법칙과 실정법률을 받아들여야 한다."

"실정적 입법은 사회에 결집한 사람들에게 명백하게 가능한 한 가장 이익이 있는 질서를 구성하는 자연법칙의 선언이다."

"무지만이, 예를 들어 왕국 토지의 부의 규칙적이고 연차적인 재생산과 배분의 질서에 반하는 실정법률의 도입을 도울 수 있을 것이다."



자연법칙의 진행을 명찰할 수 있는 경지로까지 계발되고, 인도되고, 도달한 이성, 가능한 최량의 정체의 필요한 원칙이 된다. 거기서는 이 승고한 법률의 준수를 통해 사람들의 생활수단과 후견적 권위의 유지에 필요한 부가 풍부하게 증대된다. 이 후견적 권위에 의한 보호가 사회에 결집한 사람들에게 그 부의 소유와 그 인신의 안전을 보장한다. 따라서 각자의 자연권은 사회에 결집한 사람들에게 가장 이익 있는 질서를 구성하는 가능한 최량의 법률을 준수하려고 노력하는 것에 비례해서 확대될 것이 명백하다.“

시에스가 그의 <사람 및 시민의 권리의 승인과 이론적 선언>에서 전개한 자연권론이 그 전체구조에 있어서, 또 개개의 문언에 있어서 케네의 자연권론에 근접해 있음은 위의 인용에서 분명하다. 양자의 상이는 케네가 '실정법률'과 함께 '후견적 권위'에 의한 보호를 주장하는 데 대해 시에스가 '사회적 법률'(=실정법) 자체를 '후견적 권위'로 간주하고 그 보호만을 주장하는 데 있다. (그러나 이것도 시에스가 가능한 한 중농주의 학설에 의거해서 권리선언 안을 집필하고 있다는 방증이라고 보아야 한다.)

시에스가 8월 초안 제8조(7월 초안 제 6조)에 내건 경제적 활동의 자유(이하 경제적 자유라고 한다)에 관한 여러 병제는 이미 18세기 중반 이래 중농주의 경제학자가 중상주의 경제정책에 대한 다면적 비판을 시도하는 과정에서 '격률(格率)화'되어 온 바에 기초를 두고 있다. 특히 국내 관세의 철폐를 통한 자유로운 상품유통의 보장, 상공업에 대한 국가 및 동업단체에 의한 직업·영업규제 폐지 요구에 관해서 중농주의 경제사상의 영향은 명료하다. 원래 중농주의 정책체계의 중핵은 내외 곡물거래의 자유와 농업경영자본의 안전보장에 있었던 것이며, 예를 들어 "소유권 안전은 사회의 경제 질서의 본질적 기초이다."라는 명제에서 도출되는 격률(格率)이 "토지자산 및 (농업용의) 동산적 재산의 소유권이 그 정당한 보유자에게 보장되어야 한다"인 것과 같은 의미로, "토지가 유일한 원천이다"라는 기본인식으로부터 도출되는 여러 명제와, 노동과 자본의 자유 일반에까지 확대되고 추상화되는 권리선언의 여러 명제와를 등치(等置)할 수는 없을 것이다. 또 앞에서 언급한 바와 같이 시에스는 투지소유가 물적소유의 가장 중요한 부분이며, 개인적 필요보다도 사회적 필요에 보다 더 관련되는 것임을 말하면서도 "그 이론은 별도로" 권리의 이론적 선언 속에서는 언급하지 않겠다고 말하고 있는 것에 주의해야 한다. 당시의 '에코노미스트'(중농주의파를 가리킨다)의 여러 명제가 권리선언 상의 명제가 되기 위해서는 단순히 그 '합법적 전제주의'의 요소를 사상할 뿐만 아니라 '토지소유'를 '물적 소유' 일반으로 확대하여 전화(轉化)한다는 논리적 프로세스가 필요한 것이다. 이 점은 나중에 언급하겠다.

다른 한편, 권리선언에 준 영향이라는 점에서 간과할 수 없는 것은 중농주의 학설의 경제정책체계의 정치적 운명과는 별도로, 하나의 사회경제사상으로서 튜르고, 콘도르세 등이 산업론, 국가론 등 영역에서 전개했던 개혁에 대한 여러 요구가 농업생산·곡물유통의 자유와 경쟁, 농업경영자본의 안전과 효율화라는, 본래의 에코노미스트의 요구와 혼재되어, 전신분회의에 제출할 진정서를 기초한 상층 부르주아에 강한 영향을 주었다는 사실이다. 권리선언 초안을 최초로 기초함에 있어 헌법위원회는 "첫째로 많은 진정서 곳곳에서 발견되는 명지(明智)를 집약해서 제시해야 하며" "우리가 볼 수 있었던 진정서에 기록된(우리에의 위임자)의 의사를 검토하는 일부터 시작해야 한다"고 하면서 그 작업의 결과를 보고하고, 초안 기초의 자료로 삼고 있지만, 이들 진정서에는 누벨 지방 누무르 재무관구의 제3신분의 진정서처럼, 재산적 자유에 관한 규정을 포함하는 명확한 권리선언 조항 안을 제시하는 것이 있었고, 특히 파리시 제3신분의 진정서는 권리선언 및 헌법의 요강과 함께 전신분회의에서 의결되어야 할 기본법 조항으로 이루어져 있다는 점에서 주목할 만하다. 기본법 조항은 재정(20개조), 농업(23개조), 상업(23개조), 상사재판권(21개조), 종교(37개조), 입법(40개조)로 나뉘며, 특히 농업, 상업 조항에는 중농주의의 영향이 발견된다. 이들 진정서에 포함되는 권리조항에는 후일 시에스의 초안에서 체계화된 여러 규정이 술하게 발견되는 것이다.

또한 국민의회에 제출되고, 각 부회에서 검토된 여러 의원이 기초했던 권리선언 안에는 고드쇼가 지적한 대로, 중농주의사상에 주요한 연원을 갖는다고 판단되는 것이 많으며, 통틀어 89년 권리선언에의 여러 철학사상의 영향 속에서 중농주의의 그것이 "의심의 여지없이 지배적이었다." "여러 초안에는... 어쨌든 그 거의 모든 것에 중농주의자의 관념이 깊이 삼투되어 있었다"는 점은 일반적으로 인정되어야 한다. 그러나 고드쇼가 권리선언에 대한 중농주의자의 영향이 지배적이었다고 말할 때, 여러 초안 중 '자유' '소유' '안전' 등을 자연권으로서 자리매김 하는 것 모두를 중농주의적이라고 규정하고 있는 것이며, 이 점은 재검토되어야 할 것이다.

우리의 고찰에서는 '에코노미스트'의 여러 명제와 권리선언 상의 그것과는 논리적으로 별개의 차원에 위치되어야 한다는 것, 즉 중농주의 학설의 여러 명제가 시에스에게 준 영향과, 시에스의 권리선언 안의 여러 명제가 다른 여러 초안 및 심의과정에 준 영향을 구별하여, 후자에 포함되는 문제를 검토해야 한다. 그것은 다음 두 가지 점으로 나누어진다. 첫째는, 시에스의 권리선언을 관통하는 '필요 - 충족수단 - 수단의 소유 - 소유자의 자유 - (그 유일한 제한인) 권리에 있어서의 평등'이라는 구성(=사회에 있어서의 사람의 자연권 체계)의 영향이며, 둘째는 노동 및 자본의 자유에 집약되는 경제적 자유에 관한 여러 규정의 영향이다.

## 5. 89년 권리선언에 준 시에스의 영향

### [1] 시에스의 '체계'와 89년 권리선언

시에스의 '사회에서의 사람의 자연권' 관념은, 수단 소유의 불평등 및 그 행사의 자유는 사회질서에의 이행에 의해 전혀 희생되지 않는다는 것, 권리의 평등을 유일한 유보로 하여 사람의 자연권 보전을 도모하는 것이 정치적 결합의 유일한 목적이라는 것, 이 두 가지 귀결과 함께 그후의 여러 초안에 결정적인 영향을 주었다. 시에스의 7월 초안 후에 제출된 그밖의 여러 초안 중, 헌법위원회 초안(제3, 4, 5, 7, 9, 10조), 투레 초안(1-①③, 2-①②③, 3-①), 타르제 초안(제2, 3, 7, 12, 13, 15조), 구쥬 카르통(제1-15조), 부슈(제1, 3, 7, 15조), 라보 드 샤테티엔느 초안(1-①~⑩, 2-①~④)에는 시에스의 영향이 현저하며, 제6부회 초안은 그 평이한 구성 속에 시에스 체계의 골자를 포함하고 있다.

제6부회 초안의 구성에 의하면 사람은 자연으로부터 자기보존의 권리와 행복의 소망을 부여받고(제1조), 이 필요를 충족시키기 위해 자연으로부터 능력을 부여받고, 이 능력의 행사에 있어서의 자유(제2조)와 그 행사의 성과인 소유(제3조)에 대해 평등한 권리가 인정되(제4조)지만, 다른 한편 사람은 그 권리들을 행사할 수단을 평등하게 소유하지 않고 오히려 인간의 불평등은 자연적 존재이며(제5조), 이 수단의 불평등 속에 권리의 평등을 만들어내기 위해 사회가 형성된다(제6조). 사회에서는 권리는 상호적으로 승인되며(제7조), 권리 의무의 이중관계가 성립되고(제8조), 이 이중관계에서 법률이 형성되고(제9조), 그를 통해 권리가 보장되고 의무의 이행이 확보된다(제10조). 이 제6부회 초안의 여러 조항은 앞에서 말한 바와 같이 최종 심의과정에서 "잘 알려진 진리(제1~6조)이거나, 그리 중요하지 않은 진리(제7조 이하)"를 규정한 것으로서 소극적 평가를 받지만 여기서는 이 자명의 진리라고 인식된 여섯 개 조항이 시에스 체계의 요약에 다름 아니라는 점이 우리의 관심을 끈다(제7조-제10조는 헌법위원회 초안 제5-8조에 유래된다).

국민의회의 최종 의결(=확정조항)은 의사경과에서도 분명하듯이 선언의 체계성에는 하등 특별한 고려를 하고 있지 않기 때문에 직접적으로는 하나의 모자이크에 머물지만, 그 자연적 권리에 관한 규정에는 시에스의 체계를 전제로 한 명제가 많이 포함되어 있다. 우선 자연질서에서 사람은 평등하지 않고 다만

그 '권리에 있어서 평등'임을 규정하는 제1조는 라파에트 초안 제1조를 무니에가 시에스 7월 초안에 따라 수정한 것이다. 이 자연적 권리의 평등은 그 행사의 자유의 상대성으로서만 나타나는 것이지만, 상대적이라고 해도 이미 거기에 자유의 한계가 그어지는 이상, 사회질서에서는 법률만이 그것을 할 수 있다고 시에스는 생각하고 있다. 확정조항 제4조 제2항 및 제3항은 이 점을 나누어 설명하고 있으며, 나아가서 확정조항 제6조는 "법률은 보호하는 경우도 처벌하는 경우도 모든 사람에게 동일"하며 "모든 시민은 법률의 눈으로 보면 평등하다"는 것을 명백히 하고 있다. 이와 같이 시에스의 '사실에 있어서의 불평등'과 '법에 있어서의 평등'의 통일적인 이해가 확정조항에 정착하게 되는 것이며, 거기서 하나의 부동의 귀결로서 '평등화법은 법에 있어서의 평등에 반한다(예를 들어 토지균분법은 권리선언에 반한다)라는 정식이 나중에 도출되는 것이다.

마지막으로 중농주의 학설의 계보에 속하지 않고, 시에스의 권리선언 체계에 대립하는 입장을 명확하게 제시한 한 초안을 들어 시에스를 전형으로 하는 입헌국민의회의 권리선언 관념을 측면에서 밝히기 위한 자료로 삼고자 한다. 그것은 그루노블 고등법원 소속 변호사 세르방이 국민의회로 보내고 각 부회에서 토의된 13개 조항의 초안으로, 고드쇼가 정확하게 지적하듯이 루소의 영향을 강하게 받고 있다. 세르방의 초안에 따르면 '사회 전 성원의 합의' 즉 "각자의 이익을 위한 전원의 결합인 사회계약"에 의해 '시민사회'가 형성된다(제1, 2조). "시민사회의 목적은 시민적 자유로 요약될 수 있다. 시민적 자유란 시민이 그의 능력을 법률로써 금지되지 않는 모든 범위에서 행사할 권능이다"(제8조). "시민의 능력은 그의 사상, 인신 및 소유를 처분하는 것으로 요약된다"(제9조). 즉 '사회계약→시민사회→시민적 자유→능력→소유'라는 논리적 전개가 제시되어 있으며, 이를 예를 들어 시에스의 '필요와 충족수단→능력→소유→자연적 자유→사회질서→사회적 법률'이라는 논리구성과 대비한다면 양자의 차이는 명료하다. 이와 같은 세르방의 논리구성은 '법률' 또는 '법률의 체계'에 관한 적극적인 관념을 도출하기 위한 전제에 다름 아니다. 맨 처음에 '유일한 법률인 일반의사가 조정(措定)되고, 그것을 통해, 그리고 그것을 통해서만이 "공통의 선이란 무엇인가가 결정될 수 있다"(제3조). '공통의 선'이란 본래 "각자의 이익을 위한 전원의 결합"의 목적이므로 '각자의 이익'도 '공통의 선'에 포함되어 '법률'에 의해 결정된다. 따라서 각자는 '법률'만에 복종할 의무를 진다(제4조). '법률'과 '시민적 자유'는 각각 '일반의사'와 '사회계약'에 유래하며 다른 한편 '일반의사'에 의해 '사회계약'의 내용이 결정되므로 "진정한 입법이란 시민적 자유와 일치되어 시민적 자유를 그 중핵으로 하고 그것으로 향해야 할 여러 법률의 체계에 다름 아니다"(제10조). 따라서 법률의 체계는 시민적 자유의 전 영역을 뒤덮는 결과가 된다. 법률은 ①정치적 법률 ②민사적 법률 ③형사적 법률 ④종교적 법률 ⑤여론의 법률로 분류되고, 앞에 4가지는 각각 ①입법권 및 집행권 ②소유권 ③행위 ④도덕을 규율함으로써 시민적 자유로 '인도하고', '합치하고', 마지막 것은 ⑤실정법률이 규정하지 않는 영역에서 공공의 선으로의 지향을 규율함으로써 시민적 자유를 '유지한다'(제11조). 이와같이 법률의 주도하에, 법률에 의한 제한을 유보하여 사상, 행동, 소유의 자유가 보장된다(제12조). 이들 "시민적 자유의 유일한 보장"은 "국민의회의 형성의 자유"로 귀결되고(제13조), '법률'의 자유로 귀결된다.

'법률'의 지배를 굳힘에 있어서 '자연'이라는 의제에 근거를 찾느냐, '일반의사' 내지 '사회계약'이라는 의제에 근거를 찾느냐는 그 자체 큰 차이가 있는 것은 아니지만, 자연에 있어서의 수단의 불평등과 권리의 평등을 대응시켜 권리에 있어서의 평등을 확립하는데 법률의 필요하고도 충분한 의의(후견적 권위)를 발견하는 시에스 등 입장과, 논리구성에 평등의 계기를 포함하지 않고, 개별의사에 대한 일반의사의 우위로부터 법률에의 복종을 결론지으며, 이 법률에 사람을 시민적 자유로 인도하고 시민적 자유와 합치되어 그것을 유지하는 적극적 역할(이른바 지도적 권위)을 부여하는 세르방의 입장 사이에는 하나의 단절이 있음은 명백하다. 이 후자의 입장은 89년 권리선언의 제정과정에서는 소수의 이단적 존재에 머물렀고 권리선언 초안으로서 기초된 것은 (우리가 아는 한) 이 세르방 초안뿐이지만, 후에 1793년 산악파 헌법

의 권리선언 기초과정에서는 일정한 영향력을 갖게 된다.

## [2] 시에스 초안의 경제적 자유와 89년 권리선언

경제적 자유에 관한 시에스의 명제는 ①노동의 자유와 노동력 이동의 자유 ②자본의 자유와 재산처분의 자유 ③상품생산 및 유통(보존, 운반, 매각)의 자유 ④직업·산업규제의 철폐와 법률의 유보 등으로 이뤄지며 특정한 산업부문에 관한 고려는 명시되지 않는다. 그리고 주로 물적 소유와 노동의 소유를 포괄하는 통일적인 '소유자'의 자유가 추구되고 있지만 나중에 검토하는 바와 같이 역무(役務) 및 시간(노동)의 계약의 자유에도 언급하고 있다는 것을 주목해야 한다.

시에스 7월 초안 이후의 여러 초안은 거의 둘로 나누어진다. 제1군은 경제적 자유를 개별적으로 내걸지 않고 단순히 소유권의 안전에 대해 어떤 형태로든 규정을 두는 것이다. 헌법위원회 초안(무니에 초안도 같다)은 소유권 안전에 관한 규정으로서 소급효과의 일반적(따라서 민사소급효 효과도 포함한다) 금지(제13조), 재산침해에 대한 법률에 의한 신속한 구제(제15조)를 정하고, 제6부회 초안은 조세동의권(제22조)만을 정하고 있다.

제2군은 경제적 자유에 관해 개별적 규정을 두는 것으로서, 소유권의 안전에 대해서도 동시에 규정하는 것이 많다. 구주 카르통 초안은 시에스의 규정(제8~10조)을 그대로 수록하고 있다(제12, 15조). 이 초안은 사람의 권리, 시민의 권리, 사회의 권리의 세 부분으로 이루어져 경제적 자유를 '시민의 권리'로서 규정하고, 그 기초로서 "소유권을 취득하고, 원하는 자에게 이전하고, 보유하고, 힘에 대하여 힘으로써 방위할 권리"(제6조)를 '사람의 권리'로서 규정하고 있다. 이에 대하여 부수 초안은 매매·노동·이동의 권리의 기초를 자연적 법률로 하고, 그것을 사회적 법률로써 제약한다는 논리구성으로 규정하(제15조)지만, 어느 것이든 시에스의 '사회에서의 사람의 자연권' 관념의 해석적 논리구성이라고 보아야 한다. 투레 초안(2-③)은 노동의 자유를, 타르제 초안(제7, 15조)은 노동 및 이동의 자유와 재산의 사용 및 처분의 자유를 각각 규정하지만, 시에스의 규정에 비하면 간략하다. 미라보 등 5인위원회 초안(제9, 11조)에서는 이동(여행·주소변경·출국)의 자유, 소유권의 취득·보유·처분의 자유, 상품생산 및 거래의 자유, 근로의 자유 등이 법률의 유보 아래 규정된다. 시에스 및 중농주의 학설의 영향을 강하게 받고 있다. 마지막으로 보와란드리 초안은 중농주의 학설의 영향을 직접 받은 규정을 풍부하게 가지고 있다는 점에서 특징적이다. 이동의 자유(제10조), 재능·근로·자본의 자유로운 사용, 모든 종류의 노동의 자유, 제조·구입·판매의 자유(제11조)를 규정한 후, "농산물 및 상품을 왕국의 끝에서 끝까지 자유롭게 어떤 장애도 질곡도 없이 유통시킬" 권리(제12조), 모든 직업·기예의 존중(제13조), 동업조합, 우두머리제도 등의 배타적 특권 폐지(제14조), 하천·간선도로의 자유이용권(제41조), 소유지 또는 경작지에서의 조수(鳥獸)포살권(제42조) 등을 법률의 유보 없이 상세히 규정하고 있다.

개략적으로 이와 같은 여러 초안의 경제적 자유 규정은 시에스가 중농주의사상으로부터 끌어낸 명제에 직접·간접적으로 의거하고 있다. 동시에 이들 초안은 제1군인 헌법위원회 초안 및 제6부회 초안과 달리 단순히 조세동의권뿐만 아니라 공공목적에 이유로 한 소유권 박탈에 대하여 엄격한 보상규정을 두고 있는 점에서도 주목된다. 투레 초안(3-②-1)은 "확인된 공공의 필요"와 "완전한 보상"을, 타르제 초안(제16조)은 "절대적인 공공의 필요"와 "최저한 같은 액수"의 사전보상을, 부수 초안(제54조)은 "공공의 효용"과 정신적 손해배상을 포함하는 "즉시, 최고액 지불"을, 5인위원회 초안(제12조)은 "공공의 필요"와 "같은 액수 보상"을, 보와란드리 초안(제40조)은 "공공의 이익의 요구"와 "사전의 같은 액수의 이익에 의한 배상"을 각각 요건으로 하고 있으며 이들이 확정조항 제17조의 내용을 결정함으로써 이 조항의 의원 제안 즉시 가결을 가능케 한 것임은 의심의 여지가 없다.

그러나 여기서 약간의 주의가 필요하다. 그것은 시에스 초안이 이 공공목적에 의한 소유권박탈의 보상 규정을 결하고 있다는 사실이다. 이 사실은 확정조항이 마찬가지로 제17조에서 소유권의 신성불가침성을 설명할 뿐 그밖에(조세동의권(제14조)을 별도로 한다면) 시에스 초안에서 전개된 경제적 자유의 개별 규정을 일절 포함하지 않고 있다는 것과 함께, 확정조항의 평가를 어렵게 하고 있다. 다만 시에스 초안에는 없는 보상규정이 확정조항에 들어간 점에 대해서는, 시에스 초안에서 경제적 자유 규정을 받아들인 여러 초안이, 시에스 초안에서 말하는 “시민의 자유, 소유 및 안전은 모든 침해에 우선하는 사회적 보장 하에 두어져야 한다”(7월 초안 제9조, 8월 초안 제11조)라는 추상적 규정을 공공목적에 의한 소유권 박탈의 경우에 대해 구체화시켜 그것을 확정조항으로 전달했다고 일단 볼 수 있을 것이다. 문제는 확정조항이 왜 경제적 자유에 관한 개별규정을 결했느냐는 점이다. 우선 다음과 같은 사정을 고려해야 한다. 첫째는 제6부회 안이 시에스의 ‘사회에서의 사람의 자연권’ 관념을 계승하면서 그 골자만을 제시하고 자연적 여러 권리를 개별 구체적으로 전개할 것을 억제했다는 것(다만 정신적 자유 특히 종교적 자유에 대해 3개 조항의 규정이 존재하는 것에 대해서는, 부회 의장 샴피옹 드 시세(보르도 대주교)의 개인적 영향이 짐작된다), 그리고 앞에서 말한 바와 같이 이 추상성과 간결성 때문에 5인위원회 초안의 폐기 후에 축조심의 원안으로서 채용됐다는 점이다. 둘째는 최종심의과정에서의 시간적 촉박 즉 헌법제정 작업에의 이행의 필요성이다. 8월 26일의 의회의사록의 관련 부분은 다음과 같이 기술하고 있다.

“(확정조항 제16조의 채용 후 헌법 개정 규정을 권리선언에 추가하기 위한 동의를 부결한 뒤) 위원 대다수는 이제 헌법전으로 이행할 것을 원했다. 다른 의원은 소유권에 관한 한 개 조를 삽입하지 않고 권리선언을 끝내는 일이 없음을 원했다. 듀포르 씨는 한 개 조를 제안했고 이 조항은 많은 수정도 없고 다수의 대안도 없는 채 즉각 다수의 찬성을 얻었다. 이 조항은 다음과 같이 가결되었다.(본문 생략)…”

이와 같이 확정조항의 내용은 축조심에 들어가는 단계 및 최종적 심의과정에서의 부대적 사정에 의해 흔히 좌우되었지만 경제적 자유의 규정을 결한 것의 실질적인 원인은 다음과 같은 점에 있었다고 해야 한다. 그것은 고드쇼가 지적하듯이 경제적 자유에 대해서는 진정서가 그 지방, 계층, 직업 등의 차이에 따라 산업·직업규제나 공동체 규제에 대해 복잡다양한 요구를 제시하여, 그 통일적인 파악이 당장에는 곤란했다는 점이다. 그 결과 헌법위원회의 최초의 사업으로서 진정서에 포함된 여러 요구의 취합을 수행한 클레르몽·토네르가 진정서를 통해 ‘시민권 원칙’으로서 내걸 수 있었던 것은 “소유권은 신성해야 한다”라는 하나의 가장 단순한 명제뿐이었다.

따라서 이 단순한 명제가 “소유권에 관한 1개 조”로서 확정조항 제17조에 채용되었다는 것은 경제적·재산적 자유에 관한 풍부한 규정안이 여러 초안 속에서 제시된 후에도 진정서의 수준으로 되돌아가 그것들을 1개 조항으로 통합하는데 적합했던 명제는 여전히 소유권의 신성불가침이었다는 것을 의미하고 있다. 물론 이는 앞에서 말한 바와 같이 심의과정의 구체적인 정황을 생각한다면 하나의 논리적인 가능성에 그치는 것이지만, 확정조항 제17조에서 거슬러 올라가 국민의회의 수준에서의 그 의미내용을 탐색한다면 “소유권은 하나의 신성하고도 불가침의 권리이다”라는 문언이 시에스에 의해 명확하게 명제화되어, 여러 초안이 그것을 따른 경제적 활동의 자유를 내포한 하나의 요약임을 알 수가 있는 것이다. 시에스가 권리선언이라는 헌법에 선행되는 근본적 규정 속에서 특별히 상세하게 경제적 자유에 관한 규정을 내건 것은 그가 그의 ‘사회에서의 사람의 자연권’의 체계 속에서 특히 이 부분을 중요시하고 있었기 때문이며, 따라서 확정조항에서 결과적으로 다시 가장 단순한 명제로 축감(縮減)되었다는 사실은 시에스의 영향에 대한 평가를 얼마간 감소시키게 될 것이다. 그러나 이런 사실에서, 후일 지롱드 헌법 초안의 권리선언(제18-20조)가 시에스를 따라 경제적 자유에 관한 비교적 상세한 규정을 둔 것과 대비하여, 89년 권리선언의 특수성을 끌어내는 일에는 한층 자제를 요하는 것이다. 그 이유는 곧 밝혀질 것이다.

## 6. 89년 권리선언의 역사적 성격

### [1] 권리선언의 혁명 초기적 성격

89년 권리선언의 제정과정에 관한 이상의 분석은 시에스의 권리선언 초안이 89년 권리선언에 준 광범한 영향과 중농주의 사회경제사상이 시에스 초안에 준 중요한 영향을 밝히고 있다. 이 사실은 중농주의 사회경제사상이 89년 권리선언의 주요한 연원의 하나였음을 짐작케 하지만, 오히려 여기서 강조될 수 있는 것은, 중농주의 사회경제사상이 시에스 체계와 사상을 매개로 비로소 프랑크혁명기 권리선언의 존재양태를 기본적으로 결정할 수 있었다는 점이다. 시에스는 튜르고가 다른 측면에서 선구적으로 시도했듯이 법 이데올로기 측면에서 중농주의 사상의 합리적 재편을 시도하고 그것을 이루어냈다고 해도 될 것이다. 앞에서 말한 바와 같이 케네 및 특히 그 후계자들이 강조했던 ‘후견적 권위’의 관념은, 군주를 후견적 권위자로 하고, 국민을 그 보호 하에 두는 것으로, 그것은 절대주의적 군주권을 자연법의 기속(羈束)에 의해 합리화 하면 했지(합법적 전제주의) 그것을 부정하는 것일 수는 없었던 것이다. 시에스는 군주를 후견적 권위의 지위로부터 방축(放逐)하고 법률만을 유일한 후견적 권위로서 승인하고, 군주(=정부)와 인민은 각각 이 법률 속에 그 권리의 보장을 찾아내어야 하는 존재로 못을 박았다. 중농주의사상이 권리선언에 정착함에 있어 첫째로 시에스의 ‘법률의 우위’와 그 후견적 성격의 관념을 거치는 일이 필요했던 것이다.

둘째로, 중농주의 사회경제사상의 중핵을 이룬 ‘토지소유=부의 원천’이라는 관념은 시에스의 체계를 매개로 하여 권리선언에 어떻게 전달되고, 또 전달되지 않았는가? 시에스의 ‘이론적 선언’은 곡물생산과 거래의 자유 → 그 ‘좋은 가격’의 실현 → 농업경영자본의 안정과 규모의 확대 → 토지소유자의 수입 증대 → 토지 단세(單稅)론이라는 중농주의 경제정책의 골자를 건드림이 없이, 다만 토지소유의 방식이 개인적 필요보다도 사회적 필요에 보다 더 관계되는 것을 지적함으로써 그 사회적 재생산구조에서의 특수한 지위를 시사하고 있지만, 이 점에 대한 고려는 소유권의 법이론 구성의 평면에서는 완전히 사상(捨象)되고 하등 특수한 ‘토지 소유권’의 범주를 만들어내지 못하고 있다. 법률의 세계에서는 “부의 유일한 원천인 토지소유”는 ‘물적 소유’ 일반과 동일시됨으로써 비로소 그 ‘자유’를 실현하기 위한 보장을 부여받을 수가 있다. 이와 같이 경제적 범주인 토지소유의 특수성의 유보와, 법적 범주인 ‘소유권’ 일반에의 추상화라는 이중의 논리 구성에 의해 토지소유의 보전과 거기서 발생하는 여러 가지 경제적 자유에 대한 요구를 권리선언의 소유권 규정의 내용으로 제고시키고 정착시키는 데 시에스가 수행해야 할 역할이 있었던 것이다.

이 논리는 한편에서는 앞에서 말한 ‘유일한 후견적 권위로서의 법률’의 관념에, 다른 한편에서는 필요충족수단 소유의 불평등의 승인 위에 세워진 ‘권리에 있어서의 평등’의 관념에 대응하여, 이들 관념과 함께 경제적 제 관계로부터 독립적인 하나의 완결된 모순 없는 추상적인 법률의 세계를 형성할 것을 가능케 한다. 권리선언이 갖는 가장 광의의 역사적 성격(=자본주의사회에서의 보편적 성격)은 우선 이 점에 있을 것이다.

그러나 여기서 더 중요한 것은 이와 같은 법률의 세계 형성이 봉건적 토지소유의 폐기가 요구되는 단계에서, 헌법에 선행되는 권리선언의 과제로서 추구되었다는 점이다. ‘토지소유’를 ‘물적 소유’ 일반으로 환원하는 것은, 토지소유관계의 강제적 변경을 ‘소유권’ 일반에 대한 침해와 그 보상의 관념을 축으로 하여 법률적으로 구성하는 일을 가능케 하고, 나아가 그 이외의 해결을 배제하는 것(소유권의 신성불가침성)을 의미하는 것이며, 따라서 거기서 봉건적 여러 세(稅)의 유상폐기(환매(還買))의 원칙, 토지권리관계의 소급적 변경 금지의 원칙, 토지 몰수와 재매각의 가급적 제한의 원칙 등이 잇달아 도출되는 결과를