

가져올 것이다. 바꿔 말하면 봉건적 에 관계의 기초로서 특수한 사회적 성격을 부여받고 있던 토지소유를 물적 소유 일반으로 해소함으로써 토지소유관계에 있어서의 봉건제의 폐기를 등가교환의 법리에만 근거하여 끝까지 설명하는 일이 가능해지는 것이다. 시민혁명 초기의 이와 같은 '법률의 세계'의 형성은, 법률에 의해 혁명을 의제(擬制)하고, 혹은 법률적 개량에 의해 혁명을 회피하기 위한 일체의 전제로서 이루어진다는 점에 주의할 필요가 있다. (이른바 '법률혁명'의 사상)

89년 권리선언의 협의의 역사적 성격은 이와 같이 봉건제의 폐기에 관한 89년 8월 5-11일의 데그레(봉건적 여러 세(稅)의 유상폐기를 예정한다)와의 밀접한 관련 하에, 헌법을 포함하는 전(全)실정법 규범을 구속하는 것으로서 소유권의 신성불가침성과 사전 정당보상의 원칙을 내건 일에 가장 현저하게 드러나 있다. 권리선언의 혁명 초기적 성격은 단순히 거기에 나타나는 중농주의의 일반적 영향 때문에 인정되는 것이 아니라, 중농주의의 여러 요구를 법률의 평면에서 근대적으로 재편하고, 그럼으로써 토지개혁의 본격적인 진행을 억지한 사실 때문에 인정된다. 이 법률상의 근대적 재편을 가능케 한 것은 중농주의 학설이 '봉건적 외피' 아래 토지소유에 우월적 경제적 지위를 승인하고, 그 안전을 위한 정책적 보장을 강하게 주장함에 있어 그 논리의 철학적 기초를 자연권의 승인에 두고 있었다는 사실이다. 시에스에 있어서는 이 중농주의의 기초에 놓인 자연권의 체계를 재편함으로써 '봉건적 외피'를 '시민법적 외피'로 변환하는 일이 중요했던 것이다.

원래 시에스의 권리선언 초안은 중농주의 학설의 다면적 요구(궁극적으로는 토지소유의 보호에 귀착되지만)를 광범하게 받아들이고 있으며, 그 모든 것이 단지 앞에서 말한 바 '변안'에 시종했던 것은 아님은 물론이다. 그러나 그 다채롭고 체계적인 경제적 제 자유에 관한 규정이 89년 권리선언의 제정과정에서 큰 영향을 주면서도, 최종적으로는 소유권의 신성불가침이라는 단순한 명제로써 대표된 경위를 볼 때, 당시 입헌국민의회에서는 경제적 제 자유의 확립보다도 토지소유 그 자체의 보전에 상대적으로 큰 관심이 집중되어 있었음을 짐작할 수 있다. 따라서 89년 권리선언에서는 경제적 자유는 토지소유의 안전 위에 비로소 승인되는 원리로서 소유권 규정에 종속되고 그 한 내용으로서 포괄되어 있었던 것으로 볼 수 있으며, 또 그런 해석은 정당할 것이다.

## [2] 1793년의 두 가지 권리선언

1792년 9월, 공화제에의 이행과 더불어 새로운 공화국 헌법의 제정사업이 시작되었다. 국민공회의 헌법위원회는 헌법전 초안과 함께 권리선언 안을 새로 기초하여 1793년 2월 15일 헌법전 초안과 함께 국민공회에 상정했다. 이 권리선언 안은 약간의 수정을 거쳐 4월 26일에 <사람의 자연적·시민적·정치적 제 권리 선언>(33개 조항)로서 가결되었지만 헌법전 자체가 불성립으로 끝났기 때문에 폐안이 되었다. (이른바 지롱드헌법 초안 권리선언) 이에 대신된 것이 지롱드파 패배 후 다시 기초되어 의결된 93년 6월 24일 헌법전의 <사람 및 시민의 권리선언>(35개조, 이른바 산악파헌법 권리선언)이다.

이들 제정과정에서 헌법전에 선행되어 그 제정을 구속해야 할 권리선언이 헌법전의 변경에 따라 변경되는 일의 모순은 지적되어 있지 않지만, 그것은 혁명의 진전에 따라 이전의 권리선언이 실효되어 그것을 다시 쓰는 일이 불가피해졌다는 생각보다도, 89년 권리선언을 체계적으로 재편하여 이 선언에서 정해져야 했음에도 정해지지 않았던 규정을 보충한다는 생각이었기 때문이다. 따라서 적어도 권리선언에 관해서는 그 계승을 전제로 새로운 초안이 만들어졌다고 보아야 한다. 이 두 권리선언을 89년 권리선언과 비교 대조할 경우 머리말에서 언급했듯이 그들 사이의 차이가 헌법전 자체의 차이만큼 명확하지 않은 것은 이런 까닭에서이다.

지롱드헌법 초안의 권리선언에 특징적인 것은 ①법률주의 철저 (제3, 24, 30-32조 등) ②경제적 제

자유를 명문으로 계승 (제18-20조) ③ 사회적 규정 존재 (제23, 24조) ④ 합법적 저항권·헌법개정권 명문화 (제31-33조) ⑤ 조문구성의 체계화 등이지만, 대체로 89년 권리선언을 이미 그 제정과정에서 분명했던 논점에 따라 철저하게 하고, 보완하고, 체계화했다는 성격이 (특히 시에스 초안에 의한 89년 권리선언의 재보충으로서의 성격이) 이 권리선언에서는 현저하다. (단, 시에스가 권리 발생사적 체계를 구축한 데 대해 지롱드 권리선언은 규범명제의 정합적 배열에 의한 체계화에 주된 관심을 모으고 있는 점에서 일정한 차이가 있다) 이 사실은 지롱드 권리선언의 기초자가 당시의 지도적인 중농주의자의 한 사람인 콘도르세였다는 점에서도 이해가 가지만, 기본적으로는 89년 권리선언이 본래 시에스 초안의 여러 규정을 널리 채용할 수 있는 것이었다는 점, 그리고 89년의 입법자 다수를 지배했던 '법률혁명'의 사상이 93년 초에도 여전히 지롱드파 헌법위원회를 지배하고 있었다는 사실에서 이해되어야 할 사항이다.

산악파 권리선언은 지롱드 권리선언의 조문 구성을 승계하지만 그 체계는 다시 발생사적 체계에 접근하고 있다. 규정 내용의 특징은 ①사회권적 규정의 확충 (제18조 말미, 21조) ②정치적 권리의 구체화 (제7(집회권), 32(청원권)조), ③ 권력규제 및 저항권의 강화 = 반역의 의무화 (제9, 27, 28, 31, 33-35조) ④ '권리에 있어서의 평등' 관념의 후퇴 (제2, 3조) 등이 지적될 수 있지만, 지롱드 권리선언에서 많은 규정을 계승하고 있기 때문에 통틀어 지롱드 권리선언의 사악파적 개량물이라고 할 수 있을 것이다.

이렇게 개관한 대로 국민대표의회의 의결을 거친 세 권리선언 사이에는 보충, 체계화, 개량 등 전차적 발전이 인지된다. 이 발전이 현저한 것은 특히 사회적·정치적 여러 권리의 영역에서이며, 예를 들어 시에스 초안에는 없고 89년 권리선언 제정과정에서 다수에 의해 격렬하게 공격받은 5인위원회 초안 제10조의 집회권이 로베스 피에르의 영향 하에서 산악파 권리선언에서 처음으로 긍정되었듯이, 또 89년 권리선언에서는 추상적 자연권의 열거에 머문 저항권이 지롱드 권리선언에서는 합법적 저항권으로, 산악파 권리선언에서는 반역의 권리와 의무로 제고되었듯이, 그 예는 많다.

이에 대해 이른바 경제적 자유에 대해서는 산악파 권리선언에 이르기까지 모든 권리선언이 시에스 초안의 틀 안에 머물고, 그 자연권적 소유권 규정에 의거하고 있다는 점이 주목된다. 이 여러 권리선언의 시에스 초안에의 귀일(歸一)을 올바르게 이해하기 위해서는 로베스 피에르가 1793년 4월 21일에 자코뱅 클럽에서 낭독하고, 더 보정(補正)을 가하고 24일에 국민공회에서 발표한 권리선언 초안(38개조항)을 보지 않으면 안 된다. 로베스 피에르는 사람의 생존과 자유만을 '기본적 인권'으로 하고 (제2조), 그 평등을 자연에 근거케 하고, 사회는 오로지 "평등을 환상이라고 하는 힘의 남용에 대하여 평등을 보장하는 것만"을 수행한다(제3조 2항)고 했다. 그 결과 '소유는 자연권에서 추방되어 하나의 사회적 관계로 돌아가, 그 "힘의 남용"이 "평등을 환상으로 하는" 것을 금지하기 위해 "인민의 의사의 자유롭고도 엄숙한 표명"인 법률에 의해 소유권의 한계가 정해진다(제5조). 단적으로 말하면 소유가 단순한 사회적 존재인 이상 그 모든 것은 사회계약을 통해 규정되는 것이다. 이와 같은 사회적 존재로서의 소유권과 그것을 규제하는 법률의 적극적 관념이 시에스의 '소유권' 및 '법률' 관념과 기본적으로 대립되는 것임은 말할 필요가 없다.

로베스 피에르 초안은 또한 거기서 도출되는 정책적 귀결에 있어서 시에스의 배경에 있는 중농주의 농업정책과 서로 용납될 수 없는 것을 내포하고 있었다. "소유권은 우리의 동배(同輩)의 안전·자유·생존 및 소유를 침해할 수 없다." (제8조) "이 원칙에 반하는 모든 거래는 본질적으로 위법하고 부도덕하다"(제9조) "필수품이 없는 자에게 불가결의 구제는 잉여를 취득하는 자의 부채이다. 이 부채의 변제방법을 정하는 것은 법률이다"(제11조). 법률은 이를 위하여 누진과세(제12조)와 농산물 가격통제를 정하는 것이다.

이상의 검토에서 명백한 바와 같이 시에스 및 중농주의와 대립하는 로베스 피에르 초안은 89년 권리선언, 93년 지롱드 권리선언 및 그 '개량'인 산악파 선언과, 특히 그것들의 소유권 및 경제적 자유에 관

한 규정에서 대립하는 하나의 기본적 인권의 사상체계를 제시한 것이었다. 여기서 로베스 피에르가 어디까지나 소유권 박탈(=토지 균분)을 부정하면서 그 행사의 제한을 기본적 인권의 보장으로 요구했던 것을 아울러 생각한다면, 똑같은 시민혁명의 소산으로서 소유권 박탈을 부정하고 그 행사의 자유에 기본적 인권의 실현을 찾은 89년 권리선언과의 대비가, 그리고 89년 권리선언의 혁명 초기적인 역사적 성격이 선명해질 것이다.

### [3] 시민혁명과 <사람 및 시민의 권리>

시민혁명 전 기간을 통해, 국민회의의 의결에 의해 선언된 '사람 및 시민의 권리'는 항상 헌법에 선행되었으며, 헌법에 의한 정체의 결정과 공권력의 형성을 구속하는 근본규범으로서의 지위를 승인 받았다. 이 특수한 법 이데올로기형태의 창설은, 첫째로 국민을 주권자로 자리매김하고, 주권자에 의한 일체의 합의에 (그것이 과도적으로 국왕과 국민 사이의 합의라는 형식을 취하든, 국민상호간의 합의라는 형식을 취하든) 전 국민을 구속하는 실정법 규범으로서의 효력을 부여할 것을, 그리고 둘째로 이 합의의 내용에 원리적 틀을 부여할 것을 목적으로 하고 있다.

① 첫째 점, 즉 주권자로서의 승인은 그 합의에 따라 국가가 형성되는 이상 국가를 형성하는 권력과 그에 의해 형성된 국가권력을 준별하고, 제1의 권력이 제2의 권력을 창출한 후 다시 그것을 개폐할 것을 인정한다는 논리를 그 자체 속에 포함하고 있다. 즉 국민주권(souverainete nationale)은 그 발현의 모든 장에 있어서 인민의 주권(souverainete peuple)으로 귀일(歸一)될 수 있다는 보장이 주어지지 않으면 안 된다. 국민주권의 이와 같은 관념은, 시민혁명기에, 그 이전의 혁명의 여러 행위를 과거의 압제에 대한 저항으로서 정당화하는 논리 속에 맹아적으로 형성되어, 그 후의 혁명과정에서 헌법으로써 보장되는 저항권과 헌법개정권을 승인하는 가운데 확립되었다.

이 저항권은 법률에 의한 '사람 및 시민의 권리' 침해에 대하여 피 침해자가 저항하는 방법을 헌법이 규정해야 한다는 것을 포함하고, 다른 한편 헌법개정권은 "하나의 세대는 그 법률(헌법 포함)에 장래의 세대를 복종시킬 권리를 갖지 않는다"는 것을 전제로 하고 있다. (지롱드 권리선언 제32조, 33조. 산악파 헌법 제28조) 따라서 헌법에 정하는 방법에 의해 법률의 변경을 청구하는 권리와 헌법 그 자체를 변경할 권리를 인민에게 부단히 인정하는 것이 국민주권의 성립조건이 되는 것이다. 나아가 인민이 이런 권리마저도 빼앗길 경우에는 당연히 국민주권의 성립이 위험에 빠지게 되고, 그 결과 인권의 사회적 보장을 결하게 될 것이다(지롱드 권리선언 제25조. 산악파 권리선언 제23조). 이와 같은 경우에 여전히 "압제에의 저항을 법적 형식에 맞추는 것은 폭정에 최후의 미화를 부여하는 것"(로베스 피에르 초안 제31조)에 다름이 아니며, 그런 경우에는 비합법의 저항 또한 정당화된다. 산악파 권리선언이 그 마지막 조에 규정한 혁명권(반역의 권리와 의무)은 이와 같은 논리에 의해 도출된 국민주권의 극한적인 속성으로 이해된다.

시민혁명기의 권리선언이 추구한 국민주권의 관념은 첫째로, 그리고 주로 주권자의 합의=법률(헌법 포함)의 지배를, 둘째로는 헌법적 절차에 따르는 법률 변경권의 승인을, 셋째로는 헌법개정권의 승인을, 그리고 넷째로는 극한적 상황에서의 혁명권의 예외적인 허용을 각각 도출하기 위한 전제로서 중요한 의미를 지녔다. 즉 인민의 주권에 늘 귀일(歸一)되어야 할 국민주권의 관념이야말로 헌법(=정체의 결정 등등) 및 법률의 전면적 지배와 그것들의 가변성에 통일적으로 기초를 부여하기 위해 필요했던 것이다.

이와 같이 시민혁명기의 권리선언은 국가적 강제로 지탱된 실정법규범에의 복종을 요구함과 동시에 항상 "하나의 세대가 그 법률에 장래의 세대를 복종시킬 권리를 갖지 않는다"는 것, 즉 정체의 상대적인 선택 가능성을 포함해서 실정법질서의 '세대'에 의한 변경 가능성을 승인하는 점에 그 큰 특징을 지닌다.

시민혁명기 후의 일정한 과도기적 단계(자본의 이른바 원시적 축적의 본격적 과정)에서는 국가제정법 그 자체가 원시적 축적을 수행하는 고유하고 최대의 수단이 되기 때문에 '축적'의, 즉 전 사회적 규모의 자본-임노동관계의 형성의 정도에 대응하여, 그것을 완성하기에 적합한 실정법제가 잇달아 창출되어 간다는 것, 그리고 경제적 지배계급의 구성 변화에 따라 이러한 법과 경제와의 관계를 매개하는 국가권력의 형태도 단계적으로 선택되어 갈 것이 필요해진다. 여기서는 권리선언이라는 시민혁명기의 특수한 법 이데올로기형태가 자본주의 형성에 있어서 지닐 수 있었던 첫째의 규범적 의의를 이상과 같이 보아두는 것으로 한다.

② 다음으로 그 제2의 목적 즉 '주권자의 합의에의 원리적인 틀 부여'라는 점에서 시민혁명기에 '사람 및 시민의 권리'의 선언이 이루어진 것의 의의를 고찰하기로 한다. 주로 자연적 권리들로서 내걸린 각종 자유권은 어떤 경우에는 이미 혁명적 실천에 의해 획득된 권리로서, 또 어떤 경우에는 성립된 새로운 정체 아래, 또는 계속되는 혁명적 실천에 의해 획득되어야 할 권리로서, 또 어떤 경우에는 혁명적 제 개혁을 촉진하기 위한 방책으로서, 또 어떤 경우에는 그것을 회피하고, 그것에 대항하기 위한 방책으로서, 여러 가지 관심과 이해에 입각해서 주장되었다. 이들 사정은 다소나마 권리선언의 문언이나 구성에 영향을 미치고 있다. 여기서 경제적 제 자유의 규정으로 돌아가면, 89년 권리선언에서는 그 모두가 소유권의 신성불가침의 명제에 의해 대표되고, 그럼으로써 봉건적 여러 세(稅)의 무상폐기에 대항하는 논거를 제공했지만, 유상폐기의 원칙이 부정된 후에 의결된 권리선언에서는 신성불가침성의 명제가 사라지고 소유권의 정의와 경제적 자유에 관한 개별규정이 그에 대신한다는 변화가 발견된다.

그러나 앞에서 말한 바와 같이 93년 권리선언의 경제적 자유에 관한 규정들이 이미 시에스 초안에 있었고, 그 사이에 큰 변화가 없었고 로베스 피에르 초안마저도 이 경제적 자유에 관해서는 산악파 권리선언에 거의 영향을 주지 못했다는 것, 즉 권리선언 상에서는 물자와 노동의 사적소유에 입각한 경제적 제 활동의 자유가 타인의 동종(同種)의 권리행사를 방해하지 않을 것을 유일한 제한으로 하고 언제나 승인된 것에 여기서는 주목해야 한다. 특히 상품의 생산 및 거래의 자유의 전제로서 한편에서는 자본의 자유와 노동의 자유가 같은 논리로 긍정되고, 다른 한편에서는 노동주체의 자유와 그 노동력의 양도계약의 자유의 대응관계가 파악되고 있는 것이 중요하다. 포괄적인 인신 소유권 관념의 귀결로서 자본과 노동의 자유를 함께 하나의 인격의 속성으로 보는 논리를 증축에 놓으면서도 노동주체와 노동력의 명확한 구별을 통해 노동력의 구매자와 판매자라는 두 개의 대등한(산악파 권리선언 18조는 이를 "배려와 감사의 계약관계"라고 표현하고 있다) 인격에 자본의 자유와 노동의 자유를 분유시킬 것을 부정하지 않는다. 그리고 이 자유로운 노동의 소유자는 자기의 '소유'를 가지고서만이 상대방의 소유와 관계를 가질 수 있는 것으로, 자기의 '생존'으로써 상대방의 소유를 구속하는 것(로베스 피에르 초안 제8조)은 허용되지 않는다.

한편, 소유권의 현실의 대상으로서 입법자의 의식에 있던 것은 주로 언제나 토지소유였음에도 권리선언 상에서는 오로지 재산 소유권 일반의 자유가 규정되고, 토지와 그 생산물의 소유권에 대해 특별한 규정을 둔 여러 초안은 모두 배척되었다. 그 결과 토지는 법논리상 그 자연적 사회적 조건에서의 일체의 특수성이 사상되고, 다른 상품과 같은 법리에 따라 자유롭게 처분되고 이전되는 하나의 상품 이외의 아무것도 아니게 되는 것이다.

시민혁명기의 권리선언은 앞에서 본 것처럼 한편에서는 토지소유를 다른 재산 소유와 동일한 원리에 다르게 함으로써 토지소유 위에 구축된 특수한 사회적 제 관계를 법률상 지위버림과 동시에 장래를 향하여 토지를 상품유통 일반의 법리에 내맡겨 토지소유의 분해를 가능케 하는 일반적 조건을 만들어내고, 다른 한편에서는 노동의 자유와 자본의 자유를 하나의 인격 하에 동일한 원리에 다르게 함으로써 소유자 이외의 의사에 의한 일체의 규제로부터 법률상 해방함과 동시에 노동력을 상품 유통의 일반 법리에

내맡김으로써 노동의 소유자와 자본의 소유자를 두 개의 인격으로 분열케 하는 논리적 전제를, 즉 자본-임노동관계의 성립을 가능케 하는 일반적 조건을 만들어내는 이데올로기를 선명한 것이라고 할 수 있다. 원래 권리선언 상의 경제적 자유의 규정은 토지소유의 분해 및 자본-임노동관계의 형성을 그 자체로서 직접 촉진시키는 역할을 부여받은 것은 아니다. 다시 말하면 권리선언 상의 경제적 자유에 관한 제 규정은 소상품 생산자를 봉건적 토지소유관계 및 절대주의적 직업·산업규제로부터 해방함과 동시에, 소상품 생산자의 새로운 분해를 촉진하기 위한 일반적 조건을 만들어낸다는 의미에서 자본주의 발전에서 일정한 역사적 의의를 지닐 수 있는 것이다. 따라서 시민혁명기에 '사람 및 시민의 권리'로서 전개되는 특수한 법 이데올로기는 소생산자의 이데올로기임과 동시에 그 위에 자본제적 재생산구조의 규범적 표현체계 일체를 구축할 자본주의사회 일반의 추상적인 최저강령이라는 두 측면의 성격을 항상 부여받는 것이라고 할 수 있을 것이다. [끝]

## 1789년 인권선언의 '보편성' - 그 역사적 기원을 찾아서 -

츠지무라 미요꼬

### 1. 1789년 인권선언 제정과 의의

#### [1] 1789년 인권선언의 역사적 의의

프랑스의 1789년 인권선언은 근대 인권선언의 전형으로서 "세계를 일주"하고 세계의 인권사에 큰 영향을 주었다. 그 제정 200년을 맞이하는 오늘에도, 영국의 마그나 카르타나 권리장전과는 달리 '사람' 일반의 권리를 확립한 인권선언이라고 평가되면서 그 보편성이 강조되고, 프랑스혁명사, 프랑스 헌법사 뿐 아니라 세계의 인권사, 헌법사상의 의의를 인정받고 있다.

그러나 반면에 18세기의 근대 시민혁명의 소산인 1789년 선언에는 시대적·계급적 성격에 기인하는 한계도 불가피적으로 존재한다. 1789년 선언이 "당초부터 다양한 해석과 비판의 대상이 되어 왔다"는 것도 그 때문이다. 더욱이 역사학계의 혁명사 연구나 헌법학계에서의 인권론에 일정한 변화가 발견되는 요즘 1789년 선언에 대한 해석도 여러 가지이다. 200주년 축하에 즈음한 컨센서스 형성에도 불구하고 1789년 선언의 의의를 둘러싼 논의에는 재검토를 필요로 하는 과제가 적지 않다.

우선 첫째로, 프랑스혁명사상의 1789년 선언의 의의에 대해서는, 과거 역사학계의 지배적 혁명론에 의해 대략 두 가지의 의의가 확인되어 왔다. 하나는 오라르가 지적한 바, '앙시앙 레짐의 사망증서'라는 네거티브한 의의이며, 다른 하나는 새로운 제 원리 확립이라는 포지티브한 의의이다. 르페브르는 인권선언에 향해진 추상적·형이상학적 성격이라는 비난에 대해 그 제정의 '역사적' 성격을 내세워 항변하면서, 인권선언이 당시 애국파에게는 앙시앙 레짐을 단죄하는 네거티브한 가치를 가지고 있었음을 그 이유로 들었다. 또 르페브르는 당시 의원들에게 인권선언의 제 원리는 결코 추상적이거나 형이상학적이 아니었으며, 미래를 건설하기 위한 일정한 구체적 방향을 제시하고 있었다고 주장했다. 인권선언에 대한 이와 같은 평가는 지배적인 프랑스혁명론 속에 정착되었다. 마피에, 르페브르의 뒤를 이은 소볼도 이를 1789년 7월부터의 민중혁명의 성과로서 파악하고 "부르주아지의 이념을 표명하고 신질서의 기초를 세워 정치적 민주주의의 상징이 되었다"라고 지적했다.

이에 대하여 프랑스혁명 전체를 '하나의 블록'이라고 해석할지의 여부가 역사학계의 논쟁점이 되어 있는 최근에는 혁명기 인권선언사 속의 1789년 선언부터 1793년 선언으로의 과정을 하나의 블록이라고 해석할지의 여부가 우선 문제가 된다. 이 점에 대하여 지배적 혁명론 즉, '정통파'의 입장을 계승하는 보베르는 89년부터 93년으로의 혁명의 전개 속에서 1789년 선언의 한계나 불충분함이 인식되어, 새로운 운동 속에서 그것이 극복되어 간다는 발전적·계속적인 관점을 중요하게 여겼다. 한편 "혁명은 끝났다"라고 하면서 '일탈'으로서의 1793년에 대항하는 의미로 1789년을 평가하는 뤼레 등에게는, 1789년 선언에는 프랑스혁명 전체의 성과라는 의미가 부여된다. 그것은 '89년'의 여러 원리를 축복하는 것, 혹은 '93년'의 범죄를 단죄하는 것이 20세기 중간까지의 프랑스 정치현상의 중심에 계속 존재했다고 해석하기 때문이다. 혁명사의 이해에 대하여 이와 같은 뤼레의 입장을 지지할 경우에는, 헌법사의 관점에서 1789년 선언을 자리매김할 경우에도, 스스로 그 의미가 달라질 것이다. 최근 융성하는 1789년 선언 연구 중

에도 이와 같이 1793년에 대한 부정이라는 의미를 담아 1789년 선언의 의의를 재확인하고, 나아가서 그 한계를 검토하려고 하는 것이 많은 것처럼 보인다.

둘째로 프랑스헌법사 상의 의의가 문제된다. 헌법사 상의 1789년 선언의 의미부여를 함에 있어서 혁명기의 1793년과의 관계를 명확히 한 검토는 많지 않다(헌법학에서 1793년 헌법을 예외적으로 다루어 온 것도 그 이유이다). 그러나 1793년 선언과 지롱드 초안과의 동질성이나 제정 과정에서의 계속성, 지롱드 초안과 1789년 선언의 유사성에 주목한다면 과거에 지적되어 온 것과 같은 차이(자유를 강조한 1789년 선언에 대하여 평등을 실질적으로 보장했던 1793년 선언이라는 기본성격의 차이)를 인정하고도 여전히 소유권의 절대불가침성을 전제로 한 경제적 자유주의를 보장했다는 점에서 두 선언 간에는 공통성·계속성이 존재한다는 것을 직시하지 않으면 안 될 것이다. 또 그 후의 헌법사 상의 의의에 대해서도, 1848년 선언에 대한 영향이나, 제3공화제 하의 헌법원리·인권원리에 대한 영향은 지적되나, 여러 헌법과 1789년 선언과의 직접적인 관계와의 언급되는 일도 그리 흔하지 않았다. 오히려 19세기 초반의 드 메스토르 등 군주주의자로부터의 반혁명적·전통주의적인 인권선언론 비판이나 19세기 후반의 마르크스주의로부터의 인권선언 비판 등 비판적 해석들이 전면에 나왔다고 볼 수 있을 것이다. 프랑스 헌법학 상 명확한 형태로 1789년 선언의 검토가 필요하게 되는 것은 역시 헌법원 판례의 전개를 통한 헌법규범성의 승인 이후의 일이다. 이런 의미에서 1789년 선언의 프랑스헌법사 상에서의 의의에 대한 검토는 특히 1970년대 이후의 프랑스 헌법학의 과제라고 할 수 있을 것이다.

셋째로 세계헌법사 상, 세계인권사 상의 의의가 문제가 된다. 이에 대하여 프랑스 1789년 선언의 '근대인권선언의 전형'으로서의 의의와 그 인권의 '보편성'이 강조되어 왔다는 것은 주지하는 바와 같다. 영국의 마그나카르타나 권리장전 등과 달리, 1789년 선언이 '근대인권선언의 전형'이라고 인식되는 것은 전자가 신분적 특권을 가진 일부 영국인의 권리를 보장하고 있었는데 대해 후자는 신분적 특권으로부터 벗어난 개인의 권리를 '보편적' 인권으로서 보장했다는 것이 그 이유이다. 이것은 1989년 7월에 파리에서 개최된 선진국 수뇌 회의 때 논란을 불러일으킨, 인권선언에 관한 대처 전 수상의 코멘트에 대한 미테랑 대통령의 반론 속에도 나타나고 있었다. 그러나 1789년 선언의 이와 같은 세계인권사 상의 의의, '보편적' 인권의 보장이라는 명제에 대해서는 오래전부터 의문이 제시되지 않았던 것은 아니다. 인권의 '보편성'에 대한 19세기 초 이래의 여러 비판에 더하여, 그 역사적 기원을 둘러싼 엘리네크의 비판과 이에 기인하는 유명한 '인권선언 논쟁'이 존재한다. 거기에 더하여 인권의 '보편성'의 도그마에 대해서는, 최근에 그 반페미니즘이나 유태인 배척주의에 대한 비판이 나와, 새로운 '보편성' 재검토의 움직임이 있다.

이에 이 논문에서는 최근의 '89년'에의 컨센서스의 중핵인 1789년 선언의 현대적 의의를 재검토하면서, 그 '보편성'의 내실을 밝히기 위하여 가능한 한 실증적인 검토를 시도하기로 한다.

## [2] 1789년 인권선언의 기원 - '인권선언 논쟁'의 현재

1789년 인권선언의 기원에 대해서는 제정시에 제시된 여러 초안이나 진정서, 아메리카 여러 주의 권리선언, 사회계약사상·자연법학과나 중농주의의 영향 등 다양한 요소를 지적할 수 있다. 법률잡지 <Droit> 제8호의 권두에서 스테판 디아르스가 '제 기원의 수수께끼'를 논하면서, 계몽사상의 복잡함 그 자체에 의해 이미 1789년 선언의 일의적 성격이 약화되어 있었다고 지적한 것처럼, 실제로 인권선언의 여러 요소 중에 동질성을 인정하는 것은 불가능하다. 또 같은 특집 속에서 마르셀 토만도 1789년의 국민의회의 의원 속에 미국의 영향을 받은 존 로크의 흐름과 프랑스의 전통적인 합리주의 철학인 루소의 흐름이 있다는 것을 지적하고, 그와 관련되는 엘리네크와 부토미의 고전적인 논쟁을 검토하고 있다. 이 '인권선언 논쟁' 당시에 나온 마르카기의 <1789년 인권선언의 제 기원>이라는 제목의 연구 속에서도, 첫째

로 미국 여러 선언의 영향, 둘째로 루소의 영향이 지적되고 그밖에 자연법학과나 중농주의의 영향이 검토되고 있었다.

이와 같이 1789년 인권선언의 기원에 대하여 엘리네크가 제기한 미국의 여러 선언의 영향과, 부토미가 반론에서 주장한 루소의 영향의 존재 자체는 오늘날에도 승인될 수 있는 것이다. 물론 엘리네크가 1895년 논문 속에서 루소의 <사회계약론>에 인권선언의 연원을 인정할 것을 거부하고 그 모범을 주로 북아메리카 여러 주의 권리선언에 찾은 것과 같은 배타적인 입장에는 의문을 제기하지 않을 수 없을 것이다. 이 점에서는 <사회계약론>이 인권선언과 적대한다고 해석한 엘리네크에 대하여 반론을 제기한 부토미의 논리 쪽이 인권선언의 기원의 다원성을 인정하는데 있어서 설득력을 갖는 것처럼 보인다. 루소의 이념이 인권선언의 정신에도 침투해 있었다는 부토미의 주장은 그 자체로서 부정할 수는 없겠지만, 더 나아가 시에스 초안 등에 인정되는 중농주의의 영향 등을 아울러 이해함으로써 인권선언의 기원의 본질에 한층 더 다가갈 수 있다고 생각된다.

이 문제를 1789년 선언의 제정과정을 더듬으면서 보다 상세하게 검토해 보기로 한다. 우선 미국의 영향을 나타내는 예로서 1789년 8월 18일의 국민의회에서 라보 상테티엔느가 한 말이 있다. "당신들은 인권선언의 구상을 채택했다. 왜냐하면 도레앙스의 까이에가 그렇게 할 의무를 과했기 때문에. 그리고 당신들의 까이에에는 그것에 대해 말했다. 왜냐하면 프랑스에는 미국이라는 모범이 있었기 때문에. 그러나 그 때문에 우리의 선언이 미국의 선언들과 같은 것이어야 한다고는 말하고 있지 않다. 상황은 같지 않다... 만약 국민의회가 인권선언을 선택한다면 맹목적으로 따를 것이 아니라, 즉 합중국의 모범에만 한정해서는 안 된다." 또 구주 카르투는 8월 12일에 "나는 주로 미국의 헌법집을 사용했다"라고 말함으로써 미국 헌법의 선례를 따랐다는 것을 명시했지만, 기타의 여러 초안도 참고로 했다는 것을 밝히고 있었다. 이밖에 몽 모랑시 공작의 8월 1일의 발언등과 같이 미국 인권선언·헌법의 내용이라고 하기보다 오히려 인권선언을 제정함으로써 전 세계에 그 모델을 제시했다는 점에서 미국의 위업을 칭찬하는 일도 흔히 있었다.

이와 같이 미국의 여러 인권선언의 형식·내용이 프랑스 인권선언 제정에 큰 영향을 주었다는 것은 사실이라고 해도 될 것이다. 그 배경에는 1789년 당시의 주불 미국대사였으며, 1776년의 독립선언을 기초했던 제퍼슨의 공헌이 있다고 생각된다. 제퍼슨은 1789년 6월 3일에 <국왕과 국민을 위한 권리헌장>을 쓰고 라보 상테티엔느와 라파예트에게 보낸 사실이 알려져 있다. 그리고 스스로 미 독립전쟁에도 참가하고 직접 미국의 인권사상을 배워 제퍼슨과의 개인적 친교를 심화시키고 있던 라파예트야말로 1789년 선언에 미국의 인권사상을 담은 중심인물이었다. 1789년 1월에 이미 인권선언 초안을 기초해 놓고 있었던 라파예트는 미국 독립선언을 따라 "사람의 권리란 그 재산, 그 자유, 그 명예, 그 생명을 확보하는 것"임을 명백히 하고, 같은 해 7월의 초안에서도 미국식 자연권 사상을 전개하고 있었다. 7월 11일 초안에서는 "자연은 사람을 자유롭고 평등하게 만들었다" "모든 사람은 양도할 수 없으며 시효로 소멸되지 않는 권리를 가지고 출생한다"라고 규정하고, 자연권의 내용으로서 일체의 의견의 자유, 명예와 생명에의 배려, 소유권, 신체·근로·모든 능력의 완전한 분배, 가능한 한 모든 수단을 통한 사상의 전달, 복리의 추구, 압제에의 저항을 들었다. 라파예트 초안에서는 사람의 권리=자연권과 구별된 '시민의 권리'의 개념이 명확하지 않고 그 제목에서도 '사람 및 사회에서 사는 사람의 권리'라는 표현이 사용되고 있었다. 이와 같은 '사람의 권리'의 중시와 '시민의 권리'의 불명확함으로 라파예트 초안과 1789년 인권선언과의 중요한 차이로서 기억되어야 할 것이다.

그러나 한편으로는 크레니에르와 같이 미국 선언에 따라 기초될 것을 비난한 예도 있으며 미국 선언보다도 오히려 프랑스의 계몽사상 전통이나 루소의 영향을 알 수가 있다.

먼저 국민의회의 심의과정에서 세르방, 크레니에르, 당트레이그, 고르티에 등 많은 의원들이 명시적으

로 루소에 언급하고 있었다. 초안 내용으로 봐도 루소의 원리에 가장 가깝다고 보이는 인권선언 제6조는 세르방과 크레니에르의 초안에 의거했다는 사실이 밝혀지고 있다.

또 미라보는 루소의 영향을 받은 당시의 제네바학파라고 볼 수 있는 뒤로브레, 크라비에르, 뒤몽 등의 영향 하에 인권선언 초안을 기초했다는 사실이 알려지고 있다. 미라보가 인권선언 전문을 기초했을 때의 연설, 및 인권에 대한 망각과 모델이 공공의 불행의 유일한 원인임을 말한 전문의 표현이 1767년에 제네바에서 뒤로브레가 쓴 철학적 논문에 기원을 갖는 것에서도 확정된 인권선언 전문에 대한 계몽사상의 영향이 인지된다.

이밖에 30가지 정도 있는 중요 초안 중에서 가장 '철학적'인 것 중의 하나가 시에스의 초안이다. 시에스는 프랑스아 케네나 미라보 후작(경제학자로서 미라보의 아버지)등의 1760년대의 중농주의 사회경제사상의 영향을 받고 있으며, 이런 사실은 당시 국민의회에서도 지적되어 있었다. 시에스 초안에서 전개된 자연권론이 케네의 이론과 근접하고 경제적 자유에 관한 이론이 곡물거래의 자유를 중심으로 하는 당시의 중농주의 경제이론에 의거하고 있었다는 사실은 인권선언에 대하여 시에스 초안이 미친 영향의 정도를 볼 때 간과할 수 없는 것이다. 시에스 외에 콩도르세 등을 매개로 혁명기 의원에게 전송된 중농주의 경제사상의 계보를 밝히는 일은 과거 '인권선언 논쟁' 속에서 충분히 검토되지 않았다고 할 수 있는 인권선언의 기원을 아는데 있어서, 특히 옐리네크에 대항하기 위한 논점으로서 중요할 것이다.

이들 주요 초안의 내용이나 제정과정은 다음에 보기로 하고 여기서는 인권선언의 기원의 다원성을 재확인하는데 그치고자 한다. 국민의회의 심의에서는 앞에서 지적한 여러 요소 외에 보통 시에스 초안과 대비되는 무니에 초안이나 8월 19일의 라리토란달 초안과 같이 영국 헌법사상이나 영국의 여러 권리 선언을 '칭찬하는 것이 있었음은 지적해 둘 만하다. 어쨌든 이들 다양한 기원을 확인하는 일은 옐리네크의 주장에 대항하는데 있어 오늘날도 여전히 유효한 논거이며 흥미로운 바가 있다.

### [3] 1789년 인권선언의 제정과정

생략

### [4] 여러 초안의 특징 - '인권'의 구조를 중심으로

1789년 인권선언의 제 기원과 제정과정을 통해서 보면, 많은 진정서나 초안의 존재를 무시하고는 인권선언의 특색을 논할 수가 없다는 것을 알 수 있다. 특히 이미 보았던 5단계의 제정과정의 각 기간에는 ①라파예트 초안 ②무니에 초안 ③시에스 초안 ④미라보 초안(5인위원회 안) ⑤제6부회 안 등이 각 중요한 역할을 수행했다.

① 우선 라파예트 초안은 미국 권리선언의 영향을 가장 강하게 받은 것으로서 주목되지만, 이 사실은 자연권사상 강조에 나타나 있다. 그의 7월 11일 초안에서는 제1조에서 "자연은 사람을 자유롭고 평등하게 만들었다. 사회질서에 필요한 차별은 일반적 이익만에 기인한다"라고 정하고, 제2조에서는 "모든 사람은 양도할 수 없고 시효로 소멸되지 않는 권리를 가지고 출생한다"라고 했다. 또 여기서 말하는 자연권의 내용으로서, 일체의 의견의 자유, 명예와 생명에 대한 배려, 소유권, 신체·근로·모든 능력의 완전한 분배, 가능한 한 모든 수단을 통한 사상의 전달, 복리의 추구, 압제에의 저항을 열거했다. 여기서 특히 자연권의 내용을 명확하게 하고, 생명·복리·저항에 관한 권리를 든 것은 미국 독립선언이나 여러 주의 권리선언의 영향이다. 또 "모든 주권의 연원은 국민에 있다. 어떤 단체도 어떤 개인도 국민으로부터 명시적으로 나오지 않는 권위를 갖지는 못 한다"라고 정한 제5조나, "자연권의 행사는 사회의 다른 성원에

게 그 향유를 보장하기 위한 것 이외의 한계를 갖지 않는다"라고 권리의 내재적 제약을 정한 제3조 등은 확정된 1789년 인권선언의 제3조와 제4조에 채용되어 있다.

나아가 라파예트 초안에서는 '사람의 권리'와 '시민의 권리'의 구별이나 '시민의 권리'의 개념이 명확하지 않고 사회상태에서의 '시민'은 제목에서는 '사회에서 사는 사람'이라고 표현되고, 제7조에서 언급되는데 그쳤었다. 이 사실은 그 '인권'의 구조를 보는데 매우 중요하며, 7월 9일의 무니에 보고 속에서는 '사람의 권리'와 프랑스 정부 아래에서의 '시민의 권리'와의 구별이 전제가 되어 있었던 사실이나, 시에스 초안에서도 사람과 시민의 권리의 구별이 명확했던 것과 대조적이다. 프랑스인권선언의 전통적 구조가 사람과 시민의 구별을 전제로 하고 있었는데 대해, 미국 여러 주의 권리선언에서는 이 구별이 명시적으로 존재하지 않았다는 특징이 여기서도 나타나 있었다는 사실은 흥미롭다.

② 7월 9일의 무니에 보고(위원회 안)도 제1조에서 인간의 시효불소멸의 자연권을 선언하고 그 유지를 정부와 헌법의 목적으로 했지만, 다른 조항은 거의 정체에 관한 원칙에 할애되고 군주제의 원리가 중요시되어 있었다. 인권에 대해서는 제4조에서 "프랑스 국민의 여러 권리를 선언하는 일부러 시작하지 않으면 안 된다. 그 다음에 국왕의 권리를 선언하지 않으면 안 된다"라고 규정했던 바에서도 나타나듯이, 국민과 국왕의 권리의 관계에서 프랑스 국민의 인권이 주목되는데 그치고 있었다. 7월 27일의 무니에 초안(23개조의 헌법위원회 안), 및 이를 간결하게 만든 16개조의 초안('사람 및 시민의 권리선언')도 모두 군주정체 내지 통치원칙과의 관계에서 인권이 거론되고 있으며 "무니에에서는 정체에 관한 국왕과 국민의 협약=합의에 미리 주어져 있는 제약으로서 '사람의 여러 권리'가 원용되어" 권리선언에 프랑스헌법을 구속하는 것이라는 의미가 주어져 있었다는 것이 지적된다.

무니에의 23개조 안('사람 및 시민의 권리선언')에서는 제1조에서 모든 사람이 행복추구예의 성향을 갖기 때문에 사회를 형성하고 정부를 확립한 것이며, 정부는 전체의 행복을 목적으로 하지 않으면 안 된다는 원칙을 정하고 나서, 제2조에서 국민주권을 선언하고, 인권의 원칙을 제3~8조에 정했다. 그 3조("자연은 사람을 자유롭고 권리에 있어서 평등하게 만들었다. 따라서 사회적 차별은 공동의 이익에 근거하지 않으면 안 된다.")에는 이미 살펴본 라파예트 초안 제1조의, 또 그 제2조에는 라파예트 초안 제5조의 직접적 영향이 인지된다. 나아가 무니에의 16개조 초안에서도 이들 기본 조항은 그대로 유지되었고, 정부가 모든 사람의 자연권을 보장하지 않으면 안 된다는 구조가 확인되어 있었다(제4조). 여기서 말하는 '사람의 권리(자연권)'의 내용은 "자유, 소유, 안전, 명예와 생명에 대한 배려, 사상의 자유로운 전달, 압제에 대한 저항"이라고 규정되었다. 한편 시민은 법률에 평등하게 복종하는 것인 동시에 법률의 제정에 동의할 부여하는 존재로서 규정되어 있었지만, 그 제목과는 달리, 시민의 권리로서 명확한 내용이 주어지지 않은 존재하지 않았다.

③ 오래전부터 무니에 초안과의 차이점이 주목되어 온 시에스 7월 초안(32개조)에서는 마찬가지로 사회계약·자연법 사상을 전제로 하고, 정치적 결합의 목적이 만인의 최대의 행복이며(제2조), 모든 사회가 전 구성원의 협약에 의한 자유로운 산물(제1조)임이 전제로 되어 있었다. 중농주의 영향 하에서 노동을 통한 소유의 관념을 논리적으로 전개했던 시에스의 체계에서는 "모든 사람은 그 신체의 유일한 소유자이며, 그 소유는 불가양이다"(제3조)라는 것이 기초였다. 여기서는 사회상태에서도 자연권이 계승되어, 사람의 권리(자연권)가 사회상태에서는 시민의 권리로서 보장된다는 근거에서 "시민의 자유, 소유, 안전은 모든 침해에 대하여 우월하는 사회적 보장 아래 놓이지 않으면 안 된다"(제9조)라고 규정되었다.

7월 20-21일에 제출된 초안('사람 및 시민의 권리의 승인 및 이론적 표명') 중의 장문의 서술에서 제시된 시에스 초안의 '인권'의 구조는 기본적으로 (a) 자연적 권리(droit naturel)·(b) 시민적 권리(droit civil)·(c) 정치적 권리(droit politique)의 삼분설로 이루어지며, (a)(b)의 각각을 의미하는 '사람 및 시민의 권리'는 사회에서는 일체화되어 보장된다고 인식되었다. 이들 중 (a)(b)가 "그 유지와 발전을 위해 사

회가 형성된 권리" 즉 '수동적 권리'인데 대하여 (c)는 "그것에 의해 사회가 형성된 권리" 즉 '능동적 권리'라고 하며 양자가 구별되었다. 또 시에스의 구상에서는 소유권 등의 자연권이 사회상태에서도 계승되어 보장되므로, 사회에서는 (a)(b)의 주체는 모두 '시민' 즉 사회의 모든 구성원인 '수동시민'이라고 하고, (c)의 주체인 '능동시민'과 대비되어 있었다.

무니에 초안과의 차이에 대해서는, 시에스 초안에서는 1793년 선언에도 관통되는 헌법개정권이나 공적부조를 받을 권리("필수품의 비축에 관하여 무력한 모든 시민은 동포의 원조를 받을 권리를 갖는다"(제25조)), 저항의 수단, 의무로서의 공무 등에 대해 명시적인 규정이 있었던 점 등 많은 차이점이 인정된다. 전체로서 시에스에게는 제도의 합리적 재구축이 중요했던 데 대하여, 무니에는 보다 전통적인 명예에 매인 온건한 입헌군주제론이며, 보다 '사회적'이 아니었고 리버럴하지 않았다고 할 수 있다. 나아가 헌법과 인권에 대한 자리매김의 방식 자체가 달랐다. 즉 "기본적 인권이라는 특수한 법 이데올로기 형태는, 무니에에 있어서는 헌법(=정체의 결정)에 선행되는 전제적 규범으로서, 시에스에 있어서는 헌법(=공적시설의 결정)에 결실되는 근원적 규범으로서 채용되고 주장된다"

④ 미라보에 의한 5인위원회 안은 '형이상적인' 시에스의 체계에 대항하는 것으로서 성립되었다는 이유도 있어서 비체계적이며 전체로서 조화를 결하고 있었다. 이런 사실이 국민의회에서 이 안이 폐기된 이유 중의 하나이다. 다만 폐기되었음에도 불구하고 전문과 관련하여 이 5인위원회 안이 채용되는 등 석연치 않은 경과가 존재했다는 것은 이미 살펴본 바와 같다. 19개 조항의 배열은, 제1조에서 모든 사람이 자유·평등하게 태어나 타인의 권리행사로 인한 것 외의 제약은 없다는 것을 지적한 다음, 제2~6조에서 명시적·묵시적인 사회계약의 존재를 전제로 하는 정치체와 개인과의 관계, 국민주권, 일반의사의 표명인 법률과 시민의 권리의 보장에 대해 규정했다. 여기서는 시민이란 '사회상태에 있는 사람'을 의미하며, 모든 시민의 자유, 소유, 시민적 평등을 보장하는 것이 법률의 목적이라고 인식되었다. 그 때문에 제7조 이하에서 구체적으로 규정된 인신의 자유(제7조)나 사상·표현의 자유(제8조), 거주이전의 자유(제9조), 재산의 취득·점유·제조·거래·처분 등의 자유(제11조) 등이 모두 '시민'의 권리라고 규정되어 있으며 더욱이 법률의 유보 아래 있었다는 것이 특징적이다. 이와 같이 라파예트 초안, 무니에 초안 등에서 사람의 자연권으로서 거론되어 온 이들 여러 권리에 대한 의미부여가 5인위원회에서는 달랐기 때문에 국민의회에서의 논의에 혼란을 빚었다고 할 수가 있다. 이 사실은 한편에서는 당시의 '인권'관념의 불통일을 나타냄과 동시에 다른 한편에서는 이유도 분명하지 않은 채 이 안을 폐기했던 의회 속에 '사람 및 시민의 권리'의 개념에 관한 공통인식이 막연하게나마 형성되어 가고 있었다는 것을 암시하는 것처럼 보인다.

⑤ 한편으로 "추상성을 결하기 때문에 배척"되었던 5인위원회 안에 대하여, "그 추상성 때문에 채용되었다"라고 설명되는 제6부회 안에는 일정한 체계성이 갖추어져 있었다. 제6부회 안이 축조심의의 원안으로서 채용되면서도 실제로는 반드시 원안으로서의 기능이 충분하지 않았다는 사실에서 보면, 그 '인권'관념에 대한 공통인식의 확립 정도는 의심스럽지만, 그래도 제6부회 안에는 '사람 및 시민의 권리선언'의 기본구조가 이미 일정한 정도 확립되어 있었다고 해석할 수도 있을 것이다.

실제로 '사람 및 시민의 권리선언' 초안이라는 제목이 달린 24개조의 제6부회 안 속에서는, '각인(各人)'을 주체로 하는 사람의 자연적 권리에 관한 제1~7조와, '시민'을 주체로 하는 권리·의무에 관한 제11조 이하가 구별되어, 제20조에서는 이 양자(사람의 권리와 시민의 권리)의 보장으로서 공적인 무력을 필요로 한다는 것이 명시되어 있었다. 전자에 속하는 '사람의 권리'로서는, 자기보존과 행복추구권(제1조), 자유와 소유(제2, 3조)가 규정되고, "각인은 그 자유와 그 소유에 대해 평등한 권리를 갖는다"(제4조)는 것, "사회는, 수단의 불평등 속에 있어서 권리의 평등을 유지할 필요에서 형성된다"(제6조)는 것이 규정되었다. 또 사회에 결합된 사람들 즉 시민에게는, 그 능력에 따라 사회에 봉사하는 것이 제1의 의무이며,

그리고 시민은 모든 공직에 취임할 권리를 갖는다(제11조)라고 규정되었다. 시민은 일반의사의 표명인 법률의 제정에 '직접적으로' 협력하지 않으면 안 되며(제12조), 그 재산의 이용 등에 관해 법에 정해진 조건 하에서가 아니면 소추되지 않으며(제14조), 신앙으로 인하여 불안한 처지가 되지 않는다(제18조)는 것도 규정되었다. 나아가 사상의 자유로운 전달은 시민의 권리임으로 타인의 권리를 침해하지 않는 한 그 자유는 제약되어서는 안 된다(제19조)라고 규정되었다. 이들 여러 권리를 확인한 위에 "권리의 보장이 확보되지 않고, 권력의 분립이 정해지지 않은 모든 사회는 진정한 헌법을 갖지 않는다"(제24조)라는 원칙이 확립되었던 것이다.

이상과 같이 주요한 여러 초안을 기초로 하는 제정과정을 개관해보면, 확정된 1789년 인권선언은 라파예트, 무니에, 시에스 등의 개인적 초안을 비롯한 다수의 초안(및 진정서)의 영향을 받으면서 '모자이크'적으로 형성되면서도 점차 사회계약의 존재 및 '사람의 권리'와 '시민의 권리'의 구별을 전제로 한 일정한 체계로 수렴되어갔다는 것을 이해할 수 있다. 이런 것이야말로 이미 지적했던 바와 같이 '모자이크' 속에 '공통의 관념'이 존재했다는 것을 증명하는 것이며, 1789년 인권선언이 '보편적' 인권선언으로서 세계적 영향력을 가질 수 있었던 이유이기도 하다.

또 의회에서의 심의과정에 직접적 영향을 미치지 못했던 많은 초안 속에도 일정한 체계적인 구상을 갖추었던 초안이 적지 않으며, 8월 중순에 제출된 마라 초안과 같이 사회계약을 경계로 하고 사람의 자연권과 시민의 권리가 명확하게 구별되었던 것이 주목된다.

이와 같이 '사람의 권리'와 '시민의 권리'의 구별을 큰 특징으로 하는 1789년 인권선언의 내용과 체계를 밝히는 것을 통하여, 1789년 인권선언 및 거기서 보장된 '인권'의 '보편성'의 현대적 의의를 재검토하는 일이 이 글의 다음 과제이다.

## 2. 인권선언의 구조와 인권의 '보편성'

### [1] 1789년 인권선언의 구조

1789년의 '사람 및 시민의 권리선언'은 '사람'일반의 '보편적'인 권리를 세계를 향해 선언했던 최초의 체계적인 인권선언이라는 점에서, 이에 선행되는 영국의 여러 선언, 미국 독립선언 및 여러 주의 권리선언과 달랐다. 1789년 인권선언은 앞에서 본 것과 같은 기원의 다원성, 제정 과정에서의 여러 조항의 '모자이크'성에도 불구하고 일정한 논리적인 체계를 갖추고 있었다. 특히 수많은 초안을 취사선택하면서 작성된 인권선언의 제목, 전문과 17개조 속에는 '추상성'이라는 현저한 특징이 나타나 있으며 그로 인해 '보편적'인 인권선언으로서 후세의 세계에 심대한 영향을 미치는 것이 가능했다고 할 수 있을 것이다.

이것은 우선 전문에서 신(최고 존재)의 비호 아래 모든 사람과 시민의 권리를 승인했다는 것, 특히 사람의 양도할 수 없는 자연권을 강조하고 만인의 행복이라는 목적을 명시했다는 것 등에 나타난다. 인권선언의 '신성함'과 '보편성'이 아울러 특징이라고 인식되는 까닭이다. 또 '사람 및 시민의 권리선언'이라는 제목 자체에, 그것이 의거하는 계몽기의 정치사상 특히 사회계약이론의 영향이 나타나 있었다. 홉스에 의해 자연상태에서의 사람의 자연권과 사회상태에서의 법률상의 권리가 구별되고, 로크에 의해 재산권을 중심으로 하는 자연권의 내용이 명확화 된 후, 루소에 의해 이와 같은 자연권의 실현을 위한 원칙(인민주권)이 논해져 왔다. 그 이래 사회계약론자 사이에서 '자연권'이라는 키(key) 개념에 보다 보편적·기본적인 '인류의 권리'라는 의미가 부여되어 왔다. 이리하여 사회계약이나 입법 등의 법적 행위를 계제시키면서, 사회 내지 실정법의 목적이 자연권을 보전하는 데 있다는 생각이, 1789년 인권선언의 기초(제2조

“모든 정치적 결합의 목적은, 사람의 시효에 의해 소멸되지 않는 자연적인 제 권리의 보전에 있다”)가 되었다. 제정과정에서는 이와 같은 자연상태와 사회상태의 구별은 일반적으로 승인되어, '자연상태에 있는 사람'의 권리와 '사회상태에 있는 사람(시민)'의 권리와 구별이 전제가 되었다. 미국의 여러 선언의 영향을 강하게 받고 있었던 라파예트 초안에서는, 자연상태에서의 권리와 사회상태에서의 권리의 구별이 반드시 명확하지 않았고, 미라보 등의 초안에서도 이 구별이 '자연상태에 있는 사람'과 '사회상태에 있는 사람'의 권리로서 제시되어 있었는데 대하여, 시에스에서는 더 한층 시민의 개념이 명확했다는 점은 이미 본 바와 같다.

이와 같은 '사람의 권리'(자연권)와 '시민의 권리'와의 구별 위에 1789년 인권선언의 17개조는 논리적인 체계성을 가지고 구성되어 있었다. 즉 1789년 인권선언의 체계로서는, 첫째로 모든 사람이 태어나면서 자연권을 가지며 사회상태에서도 계속 유지된다는 것이 선언되었고, 둘째로 이 자연권을 보전한다는 목적을 위해 정치적 결합(국가)의 형성이 승인되고, 셋째로 이 목적(국가에 의한 자연권의 보전)을 실현하는 수단으로서 국민주권·권력분립의 원칙과 주권자 국민의 구성원인 시민의 여러 권리가 선언된다는 3단계 논리가 존재하고 있었다.

그 **첫째 국면**에서는, 우선 모든 사람(개인)이 (자연상태에서) 자유롭고 권리에 있어서 평등하게 태어나, 그리고 (사회상태에서도) 계속 자유롭고 권리에 있어서 평등할 것이 선언되었다(제1조 1항). 심의과정에서도 문제가 되었듯이 라파예트초안 제1조 (“자연은 사람을 자유롭고 평등하게 만들었다”)와 같은 자연적 질서 아래에서의 자유·평등 뿐 아니라, 사회적 관계 속에서도 그것이 유지될 것에 주된 목적이 있었다고 해석된다. 또 여기서 말하는 자유란, 제2조에서 자연권의 하나로 열거되는 그것보다도 광의의 개념이며, 주로 앙시앵 레짐 하의 신분적 구속으로부터의 자유(신분상의 자유 혹은 그것을 전제로 한 개인의 '자연적 자유'=개개의 자유권의 총체)를 의미하는 것으로 생각된다. 그 때문에, 자유와 함께, 권리의 평등이나 사회적 차별이 문제가 되었던 것이며, 여기서는, 자유를 실현하는 조건으로서, 모든 사람이 권리라는 점에서 형식적으로 평등하게 다루어져야 한다는 것을 밝힌 것이다. 여기서 '권리의 평등'으로서 표현된 것은, '자유 원년(元年)'에 해당하는 1789년 인권선언에서는 평등의 개념 자체가 아직 권리로서 이해되기에 이르지 않았고, 자유의 조정원리, 그런 의미에서의 형식적 평등으로 머무르고 있었음을 가리키고 있었다(이에 대해 '자유 제4년, 평등 원년'인 1793년에는, 평등은 권리의 맨 앞에 위치하게 되고 실질적 평등의 실현이 추구되기에 이른다). 나아가 “사회적 차별은 공동의 이익에 근거하지 않으면 설정할 수 없다”(제1조 2항)면서 사회의 공동이익에 언급된 것에도, 자유·평등이 다 함께 사회적으로 구속되어 사회적 관계의 기초 위에 성립되어 있음을 나타내고 있었다(사회적 관계에서의 권리 보장의 문제가 중요시되고 있었음은, 제2조 1항에서 자연권의 보전을 정치적 결합=국가의 목적으로서 기술한 것에서도 엿보인다).

그리고 사회적인 보장 아래 유지되어야 할 영구불변의 자연권의 내용에 대해서는 제2조에서 자유·소유·안전·압제에 대한 저항의 네 가지가 열거되었다. 여기에 말하는 자유란, 정신적 자유를 주요한 내용으로 하는 협의의 개념이라고 해석하는 것이 인권선언의 구성으로 볼 때 타당할 것이다. 경제적 자유는 소유(제17조), 신체적 자유는 안전(제7, 8, 9조)의 규정으로 별도로 보장되어 있으며, 남은 제10조(의견의 자유), 제11조(표현의 자유)에서는 정신적 자유가 보장되어 있기 때문이다. 따라서 이들 신체적 자유, 정신적 자유, 경제적 자유에 관한 6개조항이 제2조의 열거에 대응하는 각론적 규정으로서 위치가 부여되어 있다고 해석할 수 있다. (이들 '사람의 권리'의 내용에 대해서는 뒤에서 검토한다)

다음으로 자연권의 보전을 위해 정치적 결합(국가)의 형성을 인정하는 **제2의 국면**에서는, 말하자면 사회상태에서의 권리의 제약·존립조건을 정하고, 제3의 국면에서 권리 보장을 실현하기 위한 구체적 원칙·시민의 제 권리 규정으로 연결하는 끈으로서의 논리가 전개된다. 이 제2·제3의 국면에 상당하는

조항을 엄밀히 분류하는 일은 어렵지만, 감히 제2국면에 상당하는 조항을 추출해서 논한다면, 그것은 자유나 제 권리의 사회적 제약을 일반적으로 규정하는 제4조, 제5조, 제6조 1~3항이 될 것이다.

먼저, “자유란 타인에게 피해를 주지 않는 한 무엇이든 할 수 있다는 데 있다. 따라서 각인의 자연적 제 권리의 행사는 사회의 타의 구성원에게 이와 동일한 권리 향유를 확보하는 일 외의 한계를 갖지 않는다. 이들 한계는 법률에 의하지 않고서는 정할 수가 없다.”라는 제 4조는 종래부터 자유의 정의와 권리의 내재적 제약을 정하는 규정으로 이해되어 왔다. 분명 여기서는 널리 자연권 일반으로서 이해하는 것도 가능하다고 생각되는 광의의 자유가, 사회상태에서는 타인의 자유(권리)를 침해하지 않는 범위에서 밖에 행사할 수 없다는 제약을 나타내며, 인권 일반의 내재적 제약을 명시하고 있다. 그런데, 이 조문 속에서 그 한계가 법률에 의해서만 정할 수 있음을 명백하게 함으로써 인권(자연권)가 법률과의 긴장관계가 출현한다. 즉 사람의 자연권을 절대적·추상적 형태로 선언했다고 하는 1789년 인권선언은 동시에 이 자연권이 사회적 질서의 틀 안에서밖에 행사될 수 없으며, 더욱이 법률에 의해 보장되고 제한된 범위에서밖에 위력을 발휘할 수 없다고 해석함으로써, 이른바 '법률의 유보'를 인정하고 '법률에 의한 자유'의 원칙을 확립했던 것이다. 한편으로 전(前)국가적인 자연권의 존재를 전제로 하면서, 또 한편으로 국가의 제정법으로써 그 자연권의 한계를 긋는 일은 얼핏 모순인 것처럼 보인다. 그러나 1789년 인권선언은, 이와 같은 권리의 보장과 제약이 만인에게 평등하게 이루어질 것('권리의 평등' 내지 '법률 앞의 평등'), 그리고 법률 자체의 적용이 사회의 목적을 따라 평등하게 이루어질 것(제5조, 6조 3항), 및 법률 자체의 제정에 시민 모두가 참가할 것(제6조 2항)을 명시함으로써 이 모순의 회피하려고 했던 것이라고 할 수 있다. 제5조에서는 법률은 사회에 유해한 행위밖에 금지할 수 없음을 정함으로써 법률에 의한 권리의 제약이 사회의 목적에 적합할 것을 분명히 했다. 또 “법률으로써 금지되지 않는 모든 행위를 막지 못하며, 또 누구도 법률이 명하지 않는 일을 강제당하지 않는다”고 정함으로써 법률의 권리제한적인 기능을 명시적인 것에 한정했다. 이리하여 법률의 적용을 한정해놓은 다음에 더 나아가 그 법률 자체를 민주적이고 오류 없는 것으로 만들기 위해, “법률은 일반의사의 표명이다. 모든 시민은 … 그 형성에 참가할 권리를 갖는다”(제6조 1, 2항)고 규정했다. 법률을 일반의사의 표명이라고 하면서 루소의 <사회계약론>의 공식을 채용한 것은, 루소가 전제로 한 법률(일반의사)의 일반성·보편성·무류(無謬)성을 승인함으로써 자연권에 대한 존중과 법률에 의한 그 제약과의 조정을 도모한 것으로 생각된다. 다만 루소가 의도했던 것과 같은 법률의 무류성이나 입법의 민주성이 구체적인 헌법제도 속에서 실제로 실현될 수 있었는지의 여부는 별개의 문제이며, 이와 같은 '법률에 의한 자유' '일반의사의 우위'가 그 후 프랑스헌법의 전개 속에서 어떻게 정착되고 변용되었는가는 필자의 다른 논문에서 검토한 바 있다.

**제3의 국면**에서는, 이와 같은 '법률에 의한 자유'의 보장, 즉 국가에 의한 인권보장의 체제와 법률의 우위·입법의 민주화라는 과제를 실현하기 위한 여러 원칙, 및 그를 위한 시민의 권리가 규정된다. 국민주권의 원칙을 정한 제3조, 인권보장과 권력분립이 근대적 헌법의 주요한 요소임을 정한 제16조 외에, 권력작용을 민주적인 것으로 하기 위해 모든 관리에게 보고할 것을 요구할 권리가 있다고 정한 제15조, 모든 시민의 입법 참가권을 정한 제6조, 권리의 보장에 필요한 공적인 무력과 조세의 분담, 시민의 조세 결정권을 정한 제12조와 13조 등이 그것이다.

우선, “모든 주권의 연원은 본질적으로 국민에 있다. 어떠한 개인도 국민으로부터 명시적으로 나오지 않는 권위를 행사할 수 없다”고 정한 제3조는, 앙시앵 레짐 하의 군주주권을 부정하고, 주권 즉 국가권력의 원천이 국민 측에 있음을 명시했다. 이 조문은 그 후 1791년 헌법 하의 통치권리와 결합하여 모든 국민(관념적·추상적인 국적 보유자의 총체)을 주권보유자로 하고, 주권자로부터 위임받은 국민대표를 주권행사자로 하는 '국민주권-국민대표제'의 체제를 성립시켰다. 이런 사실에서, 1791년 헌법의 모두(부頭)에 게재된 1789년 인권선언의 주권조항과 관련해, 권력의 정당성을 군주가 아닌 국민에 귀속시키는

'국민주권'으로서 이해하는 것이 일반적인 것처럼 보이지만, 1789년 인권선언의 주권원리를 독립적으로 파악할 경우, '국민주권'이 아니라 '인민주권'을 채용한 것이라고 볼 것인지의 여부를 둘러싸고 (일본 학계에서) 논쟁이 있다. 주권원리의 이해에 대해서는 많은 논쟁과제가 있으며, 1789년 인권선언 제정단계에서의 주권원리를 판정하는 데는 당시의 국민개념이나 주권개념을 둘러싼 상세한 실증적 연구가 필요할 것이다. 그러나 여기서는 당장의 이해로서, 1789년 단계에서는 (1793년 헌법 제정단계에서 논의되는 것과 같은) '국민주권'과 '인민주권' 개념의 구별은 미처 분명하지 않았고, 1789년 인권선언 제정에 영향력을 가진 무니에 등 중도 우파나 시에스 등 중도 좌파 부르주아지 입장에서는, 후일 민중의 이익에 맞게 전개될 '인민주권' 원리를 추구할 실익도 존재하지 않았다는 사실(실제로 1789년 8월 말 단계에서 이미 제한선거의 구상이 나와 1789년 12월 법제로 이것이 확립되어 있었다) 등에서, 1789년 인권선언의 주권원리를 '국민주권'과 구별되는 '인민주권'으로 이해하는 것은 곤란하다는 점을 지적하는 데 그치고자 한다. 굳이 말한다면 그것은 군주주권과의 대항관계 아래 있으면서도 '인민주권'과 아직 분화되기 전인 '넓은 의미의 국민주권원리'라고 이해할 수 있을 것이다. 이런 해석은, 루소의 '인민주권'에 충실한 조항이라고 읽히는 경향이 있는 제6조 "모든 시민은 스스로, 또는 그의 대표자를 통해, 법률의 형성에 참가할 권리를 갖는다"에도 해당되며, 이는 시민이 직접 입법에 관여하는 직접민주제='인민주권'의 방향과 간접민주제·순수대표제='국민주권'의 두 방향의 가능성을 포함하고 있었던 것이다. 나중에 1789년 선언과 일체화된 1791년 헌법에서는 이 두 가지 중 후자의 체계가 선택되어, 제한선거 등을 통해 민중을 배제한 부르주아지의 전제가 실현된 것이다 (이에 대해 1793년 헌법에서는 여러 한계를 지니면서도 보통선거를 기초로 하고 인민이 직접 주권을 행사하여, 국가권력의 실체를 인민의 것으로 하는 전자의 체계를 지향하고 있었다).

또 1789년 인권선언 제16조에서 근대헌법의 기본적 요소로서 규정된 권력분립의 원칙이 1793년 헌법이 아닌 1791년 헌법의 체계와 결합하는 것이었다는 사실을 감안할 때, 1789년의 여러 원리를 1793년 헌법의 체계와 결부시켜 이해하려는 태도에는 유보가 필요하다. 다만, 제6조나 제14조에서 모든 시민의 입법 참가권이나 조세결정 참가권을 인정하고, 제13조에서 능력에 따르는 평등한 조세분담을 정한 것 자체가 1791년 헌법의 체계를 넘어선 것으로 해석할 여지가 있는 것 같이 보이기도 하지만, 1789년 인권선언에서는 추상적 원리의 선언에 머물렀기 때문에 인민의 주권행사나 실질적으로 평등한 조세분담 등을 지향하지 않았던 1791년 헌법과도 결합할 수 있었다고 해석하는 것이 타당할 것이다.

## [2] '사람의 권리'의 내용과 한계

모든 인간의 자연권의 존재를 승인한 1789년 인권선언에서는, 이와 같은 '사람의 권리 (자연권)'의 주체는 국가에 대처하는 사람=개인이었다. 1789년 인권선언의 특징으로서 개인주의적 성격이 지적되는 것도 바로 그와 같은 개인의 권리가 존중되었기 때문이었다. 제정과정에서는 입법자가 행복을 실현하는 대상으로서 인구 2,400만 명의 구성권 (모든 국민)을 상정한 논의도 있었으나, 거의 모든 초안에서는 자연적 제 권리의 주체로서 '모든 사람 (tous les hommes; tout homme)'라는 전체적이고 추상적인 인격으로 표현되어 있었다.

이와 같은 규정의 한계에 대해서는 잠시 후에 검토하지만, 추상적인 '사람' 개념의 구체적 내용에 대해서는 최근에 겨우 의문이 제기되기에 이르렀다. 실제로 1789년의 국민의회에서는 '사람'개념의 구체적 내용에 대해서는 전혀 문제가 되지 않은 채, 모든 사람에게 자연적으로 귀속된다고 이해되고 있었던 4가지 권리로서 '자유', '소유', '안전', '압제에 대한 저항'이 규정되었다.(제2조)

① 제2조에서 열거된 네 가지 권리 중 첫 번째로 오른 '자유'에 대해서는, 그 구체적 규정으로서 10

조, 11조에서 정신적 자유의 보장이 정해졌다. 제10조에서는 "누구도 그 의견의 표명이 법률로써 정해진 공공의 질서를 문란케 하지 않는 한, 그것이 종교상의 것이라 하더라도, 그 의견에 대해 불안감을 가질 일이 있어서는 안 된다"라고 함으로써 의견표명의 자유를 규정했지만, 그 원안(제6부회 안 제17, 18조)에는 공적인 예배의 존중과 종교적 자유·예배의 자유의 문제가 포함되어 있었기 때문에 심의는 분규했다. 성문에서는 예배의 자유가 삭제되고 종교상 의견표명의 자유가 선언되었을 뿐이지만, 거기에도 "법률로써 정해진 공공의 질서를 문란케 하지 않는 한"이라는 한정이 붙어 있었다. 이 점에서는 심의과정에서 미라보 등에 의해 강조된 제약 없는 종교의 자유의 내용이 사회적인 제약에 의해 후퇴되었음을 알 수 있다. 또 "사상 및 의견의 자유로운 전달은 사람의 가장 귀중한 권리 중 하나"임을 정하는 제11조에서는, 사람의 자연권으로서의 사상·표현의 자유가 보장되었다. 그러나 여기서도 "모든 시민은 법률로써 정하는 경우에 그 자유의 남용에 대해 책임을 지는 외에는, 자유롭게 말하고, 쓰고, 인쇄할 수 있다"라고 함으로써 법률의 범위 내에서의 표현의 자유에 머물렀다. 이와 같은 권리의 주체가 '모든 사람'이 아닌 '모든 시민'이라고 표현된 것에도, 전(前)국가적인 자연권인 사상·표현의 자유를 사회상태에서 행사할 경우의 사회적 제약의 필요성이 나타나고 있었다. 이와 같은 '법률에 의한 자유'의 실현이라는 프랑스적 전통이 후일의 제3 공화제 하에서 확립되어, 현재의 제5 공화제 하에도 영향을 남기는 상황을 낳게 된다. 여기서 출판의 자유를 포함하여 널리 표현의 자유가 인정되었음에도 결사의 자유가 명문화되지 않았던 문제에 대해서는, 특권적인 동업조합 (corporation)의 폐지가 프랑스혁명의 주된 과제였으며, 1791년의 르 사플리에법에 의해 동업조합의 폐지와 재건의 금지 (결사 금지)가 확립된 것과 함께 이해되지 않으면 안 된다. 1789년 인권선언 뿐 아니라, 1793년의 여러 선언에도 결사의 자유가 보장되지 않았던 것은 프랑스혁명 원리의 중핵인 '중간단체 부정의 사상'이 나타난 것이며, 여기에야 말로 국가권력에 직접 대처하는 자유로운 여러 개인을 권리 주체로 한 1789년 인권선언의 특징이 드러나 있다고 하겠다.

이와 같이 1789년 인권선언의 정신적 자유의 규정에는 첫째로 인권의 보편성을 추구하기 위한 예배의 자유 배제, 둘째로 중간단체의 부정(개인주의)을 추구하기 위한 결사의 자유 배제라는 특징이 존재하고, 셋째로 명시적으로 보장된 사상·표현의 자유에 대해서도 법률의 한정이 첨부되어 있었다는 사실까지를 특징으로서 지적할 수 있다.

② 다음으로, 제2조에 규정된 '안전'에 대해서는, 신체적 자유(인신의 자유)를 둘러싼 여러 규정이 1789년 인권선언 속에 풍부하게 담겨 있다. 법률에 의한 처벌의 평등 (형벌 평등의 원칙- 제6조 3단), 소추·체포·구금 등에 관한 법정절차의 보장 (제7조), 죄형법정주의·형벌 불소급의 원칙 (제8조), 무죄 추정의 원칙과 과도한 강제 금지 (제9조) 등이 그것이다. 이들은 모두 제2조에서 보장된 '안전'이라는 자연권으로서 구상되었지만, 실제로는 법률을 통해 개인의 안전을 보장하는 원칙이 관철되어 있었다. 즉 체포자에 대한 불필요하게 엄한 강제를 억지하는 것도 법률이고(제9조 2단), 또 시민을 소환·체포하는 것도 법률에 의하지 않으면 안 되며(제7조 3단), 법률에 의한 소환·체포에 즉각 복종하지 않는 시민은 그 저항으로 인하여 유죄가 되었다(제7조 4단). 이와 같은 법적 보장의 강화는, 한편으로는 자의적인 체포명령 등이 횡행하고 법적 절차가 발달되지 않았던 프랑스의 관행을 폐하고 신체의 '안전'을 확립하기 위한 것이었고, 또 한편으로는 일반의사의 표명인 법률 자체의 우위를 확립하기 위한 것이었다.

③ '소유'에 대해서는 제17조 한 조에만 규정되었다. (심의 종료 직전에 거의 심의도 없이 가결되었다) 제2조에서 '소유'가 자연권의 하나로 꼽힌 것을 받아 제17조에서는 소유는 "신성하고도 불가침의 권리"로서 선언되고, 일정한 조건하에서가 아니면 침해되지 않는다고 규정되었다. "적법하게 확인된 공공의 필요가 명백히 그것을 요구하는 경우로서, 정당하고도 사전에 보상이 이루어진다는 조건 하에서가 아니면 그것을 박탈당하지 않는다"라는 규정에서도 분명하듯이 그 조건이란 명백하고 적법한 필요성 및 정당한 사전 보상을 의미했다. 이와 같이 한편으로 소유의 신성불가침성을 전제로 하면서, 또 다른 한편에서 법



적요청에 의한 그 제약을 인정하는 것은 국민의회에서 8월 4일~11일에 봉건제의 유상폐기를 정한 당시 부르주아지에게 특별한 의미를 가지고 있었다. 즉 한편으로는 혁명의 성과로서 봉건적 특권(특권재산)의 침해와 부르주아지의 재산취득을 확보하면서 또 한편으로는 “정당하고도 사전”의 보상이라는 조건 하에서가 아니면 특권재산을 침해할 수 없다고 정함으로써 봉건제의 ‘유산폐기’ 노선을 정당화하는 의미를 가지고 있었다고 해석할 수 있다. 이리하여 “봉건제의 폐기에 관한 데클레 ... 와의 밀접한 관련 하에 헌법을 포함하는 전(全) 실천법 규범을 구속하는 것으로서 ‘소유권’의 신성불가침성과 사전 정당보상의 원칙을 둔 것”에 1789년 인권선언의 혁명 초기적 성격이 가장 현저하게 나타나 있었다고 볼 수 있다.

④ 마지막으로 제2조에서 네 번째 자연권으로서 열거된 ‘압제에 대한 저항’에 관해서는 17개 조항 중에 구체적인 규정이 없다. 저항권의 존재에 대한 공통인식은 이미 라파예트 초안, 시에스 초안, 5인위원회 안 등을 포함하는 많은 초안 속에서 밝혀지고 있으며, 7월 14일 이후의 국민의회에서는 바스티유 습격사건을 정당화하기 위해서라도 필요한 권리라고 해석되고 있었다. 예를 들어 5인위원회 안 제6조에서는 “시민의 자유란 법률에만 복종하고, 법률에 의해 확립된 권위에만 복종하고, 형벌을 두려워함이 없고, 법률에 의해 금지되어 있지 않은 자신의 모든 능력을 행사할 수 있으며, 그 결과 압제에 저항하는 데 있다”라고 하면서, 1793년 선언의 제33조(“압제에 대한 저항은 다른(그 외의?) 인권의 귀결이다”)를 선택하는 것과 같은 형태로 저항권을 규정하고 있었다. 그러나 1789년 인권선언에서는 압제에 대한 저항의 권리의 존재를 명시적으로 선언한 반면, 이를 구체화하는 규정을 두지 않고, 오히려 이를 명확하게 하지 않음으로써 법률의 지배를 우위에 두는 구성을 취했다. 이미 본 제7조에서 법률에 근거한 체포에 저항하는 자가 즉각 유죄라고 정한 것도 그 예이다. 여기서는 불법한 체포를 금하는 한편, 억압적인 악법에 대한 저항도 함께 금지함으로써 저항권의 존재와 모순되는 규정을 두었다고 할 수 있다. 다만 형식적으로는 압제에 대한 저항은 인정되어도 법률에 대한 저항은 용납할 수 없다는 논리로써 정합성이 유지되어 있었다고도 생각할 수 있다. 이와 같은 배경에는 국민의회의 의원들이 저항권을 선언할 필요성을 인식하면서도 거기에 포함되는 무정부 상태에 빠질 위험에 대하여 경계하는 태도를 취했음을 엿볼 수가 있다.

이와 같이 1789년 인권선언에서는, 한편으로 보편적인 인권, 신성불가침한 자연권을 선언하면서 한편으로 법률의 우위, ‘법에 의한 자유’ 원칙을 우선시킴으로써 부르주아지배의 안정이 도모되었음을 이해할 수가 있다. 또 그런 의미에서, 보편적이라고 인식된 ‘사람의 권리’의 내용에도 일정한 한계가 뒤따르고 있음을 알 수 있다.

### [3] ‘시민의 권리’의 내용과 한계

앞에서 ‘사람의 권리’가 사회상태에서 보장될 경우에, 법률에 의한 제약이라는 한계를 가지고 있었음을 지적했다. 이에 대하여 ‘시민의 권리’ 쪽은 원래 사회상태에서 권리의 보장이나 권력분립 기타의 제 원칙 아래에서 인정되는 권리이므로 법률에 의한 구체화나 제약은 당연하다고 생각되어 있었다.

우선 자연권위 주체인 ‘사람’에 대치되는 ‘시민’의 개념이 문제가 된다. 당시의 일반적 용어법으로는, ‘도시의 주민’이나 ‘국왕의 신민’이라는 상태에서 해방된 자유로운 개인’의 의미, 나아가서 혁명에 주체적으로 참가했던 ‘혁명적 민중’임을 강조하는 의미도 있었지만, 여기서는 1789년 인권선언이 말하는 ‘시민의 권리’의 주체인 ‘시민’은, 제정과정에서도 자주 지적되고 있는 바와 같이 ‘사회상태에 있는 사람’ 즉 사회구성체의 조직·운영에 참가하는 통치의 주체인 개인을 의미하는 것이었던 것으로 짐작된다. 바꿔 말하면 그것은 제3조에 정한 주권자로서의 국민의 구체적인 구성원이다. 1789년 인권선언에서는 국민주권의 내용을 통치원리와 결부시켜 명확하게 제시했던 것이 아니기 때문에 주권자의 구성도 선언 자체 속에서는

분명히 밝혀져 있지 않다. 1789년 인권선언 채택 직후부터, 이미 살펴 본 시에스의 구상에 따라, ‘시민’을 ‘능동시민’과 ‘수동시민’의 두 종류로 분류하고, 전자에게만 참정권을 인정하는 제한선거제의 채용이 의제로 오른 것을 볼 때, 대부분 국민의회 의원이 ‘능동시민’만을 본래의 ‘시민’으로 이해하는 입장을 취하고 있었음이 짐작된다. 그러나 1789년 10월 22일에 로베스 피에르가 1789년 인권선언 제6조의 ‘시민’이란 (조세 요건과 관계없이) 모든 시민임을 주장하면서 제한선거제에 반대하고 있었던 사실을 보면, 국민의회의 ‘시민’ 개념이 이 단계에서 반드시 획일적인 것이 아니었음을 알 수 있다. 그런데 후일의 1791년 헌법에서는 추상적인 국적보유자의 전체를 주권자로 하는 ‘국민주권’ 입장에 서서 ‘시민’의 개념이 구체화되었다. 즉 이 헌법에서 프랑스 시민의 정의는, 프랑스인을 아버지로 하고 프랑스에서 태어난 사람, 및 일정한 조건을 충족하는 시민선서를 한 외국인 등이며(제2편 제2, 3조), 통상적인 국적보유자의 개념과 일치되어 있었다. 이런 점에서도 ‘국민주권’ 아래에서는 주권자인 ‘국민’이란 국적보유자인 프랑스 시민의 총체 = 의사결정 능력을 필요로 하지 않는 추상적·집합적 존재임을 알 수 있다. (이에 대해 ‘인민주권’을 표방한 1793년 헌법 하에서는 ‘인민’의 구성원으로서의 프랑스 시민의 요건 속에 이미 연령조건이 포함되어 ‘시민’=의사결정능력을 갖춘 구체적 존재임이 요청되어 있었다.) 참고로 국민의회 의원이나 지방의회 의원의 (간접)선거인의 선거자격을 갖는 ‘능동시민’(25세 이상인 일정한 조세요건을 충족시키는 성년 남자)의 수는 1791년 5월의 통계로 429만8360명이며, 전 인구 약 2,700만 명의 15.6%(25세 이상 성년 남자의 61%)였다. 이리하여 인구의 84.4%가 ‘수동시민’으로 분류되어, 여성이나 미성년자, 일정한 조세 지불능력이 없는 성년 남성을 모조리 ‘수동시민’에 포함시킨 시에스의 구상이 채택되고 있었음을 알 수 있다.

1789년 인권선언에서 ‘시민의 권리’의 구체적 내용에 대해서는, 제6조와 제14조에, ①입법 참가권, ②공직 취임권, ③조세 결정권의 세 가지가 정해지고, 제15조에 행정보고 청구권이 정해졌다.

① 우선 제6조 2단은 “모든 시민은 스스로, 또는 그 대표를 통하여, 법률의 형성에 참가할 권리를 갖는다”고 하면서 시민의 입법 참가권을 규정했다. 이 조항은 루소의 이론의 영향을 받고 있었음에도 “또는 그 대표자를 통하여”라는 말이 삽입됨으로써 루소의 직접민주제를 버리고 ‘국민주권’원리에 적합한 순수 대표제를 확립할 길이 마련되었다. 이 점은 이미 르네 카피탕이 강조한 바지만, 모든 시민에게 입법 참가권을 인정할 것 자체의 중요성은 부정할 수 없다. 이 문제는 후에 제정된 1791년 헌법의 입법절차(즉 대표제를 채택하고, 법적으로 선거민으로부터 독립적인 의회에 입법권이 위임되는 구성을 가지고 있었다- 제3편 제2, 3조)와의 비교를 통해 한층 더 분명해진다. 1791년 헌법에서는 주권자인 ‘국민’은, 위임에 의하지 않고서는 그 권력을 스스로 행사할 수 없다고 규정되었으며, 모든 시민의 참정권은 권리로 실현되어 있지 않았기 때문이다. (참고로, 참정권을 시민의 권리로 한다는 것은 지롱드 초안에서는 명문화되지 않았으며, 1793년 선언 제29조에서 다시 정식화된다)

② 다음으로 같은 제6조(4단)에서 시민의 공직 취임권이 정해졌다. “모든 시민은 법률 앞에 평등하므로 그 능력에 따라, 그 덕행과 재능 이외의 차별 없이, 똑같이, 모든 위계(位階), 지위 및 공직에 취임할 수 있다”라는 규정은 법 앞의 평등 원칙을 구체화한 것이기도 하며, 그 후의 1793년 선언이나 지롱드 초안에도 기본적으로 계승되었다. 또 제12조, 13조에서는 권리의 보장에는 공적인 무력이 필요하며, 그 유지와 행정지출을 위해 공동의 조세가 불가결함을 전제로 하고, 공동의 조세가 모든 시민들에 의하여, 그 능력에 따라 평등하게 분담되어야 한다고 규정되었다. 그러기 위하여 모든 시민은 “스스로, 또는 그 대표자를 통해” 조세의 필요성을 확인하고, 그 사용 경과를 추적하고, 액수·기초·징수·기간을 결정할 권리를 갖는 것으로 인식되었다. 이와 같은 조세결정권은 조세부담의 평등을 담보하기 위한 수단이며, 시민이 직접 조세의 결정에 참가할 수단이 인정된 것은 직접민주제의 가능성으로 통하는 것으로서 주목할 만하다. 1793년 지롱드 초안(제22조)가 같은 식으로 “스스로, 또는 그 대표자를 통해” 직접·간접

로 조세 결정에 참가할 권리를 정한 데 대하여, 1793년 선언은 이 말을 삭제함으로써 직접민주제의 위양상을 유지했던 사실도 중요하다(제20조). 이와 같은 조세의 필요성이나 참가권에 대해서는, 국민의회에서의 일정한 컨센서스가 형성되어 있으며, 소유자의 능력에 따르는 비례적인 세제도 승인되어 있었지만, 소유권의 신성불가침과의 논리적 관계 등에 대해서는 분명한 자각이 있었던 것 같지 않다.

③ 끝으로 사회가 모든 관리에 대해 행정에 관한 보고를 요구할 권리를 정한 제15조도 주권자인 국민이 행정관의 행위를 감시할 입장에 있음을 전제로 한 점에서 '인민주권' 원리에도 적합한 민주적 절차를 정한 것이었다고 해석할 수 있다. 여기서는 단순히 행정공개원칙을 정했다는 데 그치지 않고, 사회=시민의 전체(=국민)를 주체로 하는 보고 청구권으로서 구성했다는 점이 중요하며, 제3조의 국민주권 원리를 기초로 하여 사회가 주권자인 국민과 동일시되고 있었다고 해석함이 타당하다.

이상과 같이 1789년 인권선언에 규정된 '시민의 권리'의 내용은 그 자체 직접민주제·'인민주권'의 체계와도 적합할 수 있는 민주적 성격을 지니는 것이었음을 알 수 있다. 이것은 이들 중 많은 부분이 '인민주권'을 표방한 1793년 선언에도 채택되었다는 데서도 드러난다. 그러나 1789년 인권선언의 '사람의 권리'가 법률의 우위에 의해 한계를 안게 된 것과 마찬가지로, '시민의 권리' 경우에도 1793년 선언과의 구별을 가능케 하는 중대한 한계가 있었다. 그것은 첫째로 '시민' 개념의 불명료함·추상성이며, 이 사실은 제6조 문언의 보편적인 외관과는 달리, 많은 국민의회 의원들이 시민을 '노동시민'으로 한정해서 이해하고 있었다는 사실에서 드러난다. 1789년 인권선언에서 '시민의 권리'는, 이미 살핀 바와 같이 1791년 헌법 속에서 그 시민개념이 일부 선량(유산계층)에 한정됨으로써 그 완전한 실현으로의 길은 막히게 되는 것이다. 둘째로, 1789년 인권선언의 '시민의 권리'를 실현시키기 위한 수단으로서 직접·간접적 참정수단을 병존시켰다는 점이다. 이미 언급한 르네 카피탕의 지적대로, 1791년 헌법이 간접적 참정수단을 선택하여 순수 대표제를 확립함으로써 1789년 인권선언의 민주성을 손상시키는 결과를 가져왔다고 할 수 있다.

#### [4] 1789년 인권선언의 '보편성'과 한계

1789년 인권선언이 '사람'과 '시민'의 보편적 권리를 일반적으로 보장한 보편적인 인권선언으로서 높은 평가를 받아온 점에 대해서는 여러 번 언급했다. 그러나 '사람의 권리'와 '시민의 권리'의 내용과 한계를 구체적으로 본 지금, 여러 권리의 주체로서의 '사람' 및 '시민'의 개념 자체에 그 '보편성'을 의심케 하는 한계가 있었다는 것도 이미 분명해졌다. 이들 개념에 대해서는 당시의 국민의회에서도 논의가 회피되어 있었던 탓도 있고 해서, 종래 연구 대상에서 제외되어 왔지만, 최근에 와서 이 선언의 '보편성'을 강조하는 과거 경향에 대해 비판적 입장에서의 재검토가 진행되기에 이르렀다. 그것은 예를 들어, 1789년 인권선언의 '사람' 개념의 과도한 추상화가 권리에 대한 논의의 불일치를 은폐하는 것이었다는 관점에서의 비판이다. 거기서는 1789년 인권선언에 있어서의 이데올로기성이 '계몽주의의 적자(嫡子)인 인종주의를 낳았다며, '사람' 개념과 인종주의의 관계를 묻는 관점도 제시되고 있다. 또 이와 같은 관점은 크리스틴 포레의 '보편성과 그 균열(龜裂)에 대한 재검토' 속에도 발견된다.

포레에 의하면 첫째 검증과제는 '사람 및 시민의 전체성(totalite)'이다. 시에스의 7월 초안 제1조가 "모든 사회는, 모든 구성원 간의 협약의 자유로운 산물에서 다름 아니다"라고 정의한 것을 비롯하여, 1789년 인권선언 제정 당시의 여러 초안은 거의 다 '사회구성원 전체'를 권리의 주체로서 인정하고 있었다. 거기서는 신체의 유일한 소유자인 '모든 사람', 법률에 똑같이 복종하는 자인 '모든 시민' 등 '사람'과 '시민' 전체가 상정되고 있으며, 세르방이나 크레니에르 등 초안에서도 시민사회에 결합한 구성원 전체를 염두에 두고 있었다. 당시의 국민의회 의원은 자연 상태와 시민사회와의 계속성을 확인하고 있었기 때문

에 이와 같은 전체성을 거듭 인정하는 것은 그들의 임무를 확대하는 일에 이어지지 않았다. 또 특권의 폐지를 통한 국민 재통합의 과제에 직면해 있던 당시의 국민의회에서는, 뵘란드리나 피죤 뒤 갈랑의 초안이 각각 "배타적인 특권은 모든 시민의 자유와 권리에 반한다", "모든 차별, 배외, 특권 ...은 무효이며, 부당하다"는 것을 주장하고 있었듯이, "만민에게 통일적인 법률" (라 파예아트)의 형태를 취함으로써 사회의 통합적 계기를 추상화해서 제시할 것이 필요했던 것으로 생각된다.

그러나 이 보편성에 대한 생각도, 시민 전체를 포함하는 정치적 개념을 산출하기에 이르지 못했다. 페티용은 결합자의 보편성이라는 원칙을 승인하면서도 권력의 2차적인 재분배의 필요를 인정했다. 시에스도 "만민으로 이루어지는 시민사회의 관념"과 "일정한 자로 이루어지는 저치사회의 관념"을 구별한 다음에 이들을 공존시키기 위한 노력을 하고, 후자의 구성원에서 여성, 어린이, 외국인, 그리고 그 밖의 '수동 시민'을 배제했다. 시에스는 "적어도 현 상황에서는 여성, 어린이, 외국인 그리고 공적시설 유지에 하등 공헌할 수 없는 자는 공적 문제에 조금도 영향력을 행사해서는 안 된다"라는 논리로 일정한 자에 대한 차별과 제한 선거제를 정당화했던 것이다. 그리고 시에스가 개인적 자유에 관해 인정했던 (개인적=신체적) 소유와 자유의 상호 호환성에도 불구하고, 소유권자가 될 수 있어도, 과부를 제외하고 개인적 자유를 향유할 수 없었던 여성은 정치적 활동에서 배제되어 있었다. 여기서도 '사람과 시민의 전체성의 관념'이 사회적·정치적 실패와 반대였음이 확인된다.

이어서 둘째로 '프랑스인의 보편성'이라는 문제가 있다. 초안에서는, "프랑스인은 여러 인민의 모델이다"라고 했던 테름이나 "프랑스인의 자유의 재건"을 서정적으로 찬양했던 부슈 등 예외를 빼면 국민적이 의식은 별로 나타나지 않았고, 의회의 심의에서도 받아들여지지 않았다. 그러나 포레에 의하면, 인권선언 반대파가 지적했던 비 영토화 (deterritorisation)의 움직임은 일시적인 것에 지나지 않으며, 프랑스인의 모범이라는 생각을 통해 보편성 관념의 재영토화가 시작되고 있었다. 이런 생각은 1789년 인권선언을 프랑스 국민의 외교사절로 한다는 언설 속에도 드러나 있었다. 그리고 셋째로 '종교상의 보편성'의 문제이며, 그것은 구성원의 1/4이 성직자였던 국민의회에서의 1789년 8월 23일의 신교의 자유를 둘러싼 논의(특히 관용에 관한 미라보의 연설과 예배의 자유에 관한 라보 상테티엔느의 연설) 속에 단적으로 나타나 있었다. 당시는 가톨릭의 지배 하에서 사회적 차별의 희생자였던 프로테스탄트의 경계심이 가톨릭의 예배의 요구를 불가능케 했듯이, 개인의 종교가 '사람'의 보편성을 분단하는 중요한 요소가 되고 있었던 것이다.

한편, 1789년 인권선언의 '보편성'의 재검토는, '모든 사람'의 자유와 평등이 선언되었음에도 불구하고 권리의 주체에서 배제되고 차별받고 있던 사회적 약자·소수자(특히 시에스의 구상 속에서 '노동시민'의 권리로부터 소외되고 있던 여성, 어린이, 외국인, '공적 시설의 유지에 하등 공헌할 수 없는 자')의 모두에 대해 실증적으로 이루어져야 한다. 이들 중 여성의 권리에 대해서는 다음 절에서 검토하기로 하고, 여기서는 1789년 인권선언이 규정한 '보편적' 인권과 권리의 평등 원칙의 한계로서 문제가 된다고 생각되는 사회·경제적 종속자, 즉 피차별자인 유태인이나 유색인종, 복비(僕婢) 등의 권리에 대해 일별하기로 한다.

우선 소수자(minorite)로서의 유태인문제가 있다. 1394년 이래 특별한 허가가 없으면 프랑스에 거주할 수 없었던 유태인은 18세기 후반에는 니르(Nimes)등 특별한 지역에 공동체를 형성하고 거주하며, 프랑스인으로 동화(同化)하고 있었다. 많은 부분이 사인이었으며, 3부회를 위한 동업조합의 집회에서는 몇 명의 유태인이 선출되는 경우도 있었지만, 혁명 후에도 곧바로 시민권이 인정되지 않고 있었다. 우선 포르투갈계, 스페인계, 아비뇽계라고 알려져 있던 유태인이 프랑스 시민의 권리를 향유할 것을 국민의회가 결정한 것은 1790년 1월 28일이었다. 이 날의 데크레에 의해 '노동시민'의 여러 요건을 충족하는 이들 유태인이 '노동시민'으로서 집회에 참가할 것이 인정되고, 이어서 1791년 9월 27일에 기타 유태인에 대

해서도 '농동시민'의 권리가 인정되었다. 또 유태인이 지방의 '공직'에 취임할 수 있게 된 것은 1792년 가을이었으며, 같은 해 12월의 지방선거에서는 유태인 시장도 탄생했다. 그러나 그 후에는 분쟁이 계속되고, 테르미도르 이후의 민중협회 등에서는 유태인을 배척하는 등 반 유태주의가 현저해졌다. 혁명기에 토지소유의 권리나 시민권이 인정되고, 혁명 후 (1808년)에는 유태인 인구가 혁명 전에 비해 두 배로 늘어났지만 사실상의 차별은 잔존해 있었다.

다음으로 식민지의 노예나 유색 자유인의 권리가 문제가 된다. 혁명 당시에는 프랑스령 서인도 제도 등 식민지에는 약 60만 명의 흑인노예가 있었으며, 또 여러 개인은 대체로 세 그룹으로 분류되어 있었다. 백인(Blancs- 유러빈 및 그 자손), 흑인(Noirs- 아프리카인 및 그 자손), 및 양자의 중간인 혼혈 내지 유색인이라고 불리는 사람들이다. (혁명 전에는 이들 인종에 의한 차별 외에, 자유인과 비 자유인 사이의 차별이 있었으며, 후자에게는 재산소유 등이 인정되지 않았다) 도레앙스의 까이에 중에는 소유자인 유색 자유인으로부터의 요구도 존재했지만, 3부회에서 식민지 주민의 대표는 확보되어 있지 않았으며, 국민 의회의 논의는 1789년 선언의 '보편성'과 차별의 실태와의 괴리를 여실히 드러내는 것이었다. 1790년 3월 8일의 데크레는 식민지 주민 의견의 수렴을 인정하면서도 프랑스헌법 속에 포함시킬 것을 거부하고, 같은 해 10월 12일의 데크레도 국민의회가 식민지 의회의 결정을 무효로 할 수 있음을 정해 놓고 있었다. 그리고, 1791년 5월 11일~13일의 국민의회에서의 로베스 피에르 등의 논의를 거쳐 간신히 5월 15일(~6월 1일)의 데크레에 의해 식민지 주민에게도 정치적 권리가 인정되었다. 그러나 그것은 "자유인인 양친 사이에 태어난 자"에 한정해서 백인인 식민자와 동등한 시민적·정치적 권리를 인정하는 것이었다. 이것이 유색자유인 및 흑인 모두에 대한 평등으로 발전한 것은 1792년 봄이었으며, 유색자유인의 평등을 인정한 3월 28일(~4월 4일)의 데크레에 의해서였다.

비 자유인인 노예의 폐지는 1793년에 각지에서 발생한 폭동을 경과한 1794년 2월 4일의 데크레를 기다리지 않으면 안 된다. 파리의 클럽 등에서 이 운동의 성과로서 산악파 주도하에 국민공회에서 전체적인 노예 폐지가 결정되었지만, 그것도 잠깐, 나폴레옹 1세 치하에서 1802년 5월에 이 폐지령이 무효로 선언되고 프랑스 식민지에서의 노예제가 부활했다. 그 후는 왕정복고 시기와 7월왕정 시기를 통해 타협적인 방책이 강구되었지만, 1804년에 독립한 아이티공화국을 제외하고, 전 프랑스령 식민지에서의 노예제 폐지는 1848년에 이르러서야 이루어졌다.

이 밖에도 사회·경제적으로 종속된 존재인 이른바 도메스티크 (domestique) 즉 복비(僕婢)의 권리도 검토되어야 한다. 앙시앵 레짐 하에서부터 왕후귀족 등의 하인으로서 도메스티크는 다수 존재했는데, 1789년에는 그 권리를 둘러싸고 논의가 벌어졌다. 10월의 심의에서는 그 신분은 임금 고용인 (賃奉公人: serviteur a gages)과 동일시되어, 같은 해 12월 22일의 선거법에서는 '농동시민'의 다섯 가지 조건 중에 국적·연령(25세 이상)·거주(1년 이상)·조세(3노동일분의 직저세)와 함께 "도메스티크의 신분, 즉 임금 고용인의 신분이 아닌 자"가 포함되어 있었다. 이 원칙에 따라 이듬해(1790) 6월 18일의 국민군 창설에 관한 데크레에서도 '농동시민'이 아닌 도메스티크는 배제되고, 지방행정이나 사법, 교회관계의 직무와 관련하여도 참가 자격을 받지 못했다. 이들 조치는 개인으로서 자립해서 의사결정을 하지 못하는 도메스티크에게 투표권을 인정한다면 그 주인·고용주에게 두 표를 주는 결과가 된다는 이유에 근거하고 있으며, 이런 주장은 1790년 6월의 심의에서도 시에스에 의해 분명히 제기되었다. 또 국민의회는 왕족의 영향력을 따돌리기 위해 1791년 6월 9일에 모든 임금 고용인의 피선거권 자격을 부정하는 결정을 내렸지만, 그 때도 "타인에게 절대적으로 종속되어 있는 자는 모두 그 의사의 표명에 있어서 자유롭지 못하다"는 것이 그 이유였다. 1791년 헌법에서도 '농동시민'에서 도메스티크를 배제할 것이 정식으로 승인되었다(제3편 제2절 제2조). 그 후 1792년 8월 11일의 '농동시민'과 '비 농동시민'과의 구별 철폐 데크레에서도 도메스티크의 배제는 유지되었지만, 1793년 헌법에서는 21세 이상의 모든 남성에게 시민권과 선거권이 인

정되었다. 나아가 1793년 선언 제18조에서는 인신매매를 금지하고, "법률은 복비(僕婢)를 인정하지 않는다"는 것을 천명했다. 이리하여 1793년 헌법에서 일단 그들의 권리가 인정되었지만, 이 헌법의 시행 연기로 인해 사실상 차별의 해소에는 이르지 않았다. 그리고 테르미도르 이후는 국민군으로부터 도메스티크 배제가 부활되고 (1795년 6월), 1795년 헌법에서 다시 "시민권의 행사는 ... 개인 내지 가사를 위한 고용노동에 종사하는 복비 신분에 머무는 동안 정지된다"고 정해지기에 이른다. 이와 같은 도메스티크의 배제가 법제상 소멸된 것은 1848년 헌법에 의해서였다.

이리하여 1789년 인권선언의 문언에 반하여 권리의 주체에서 배제되고 차별 받고 있던 소수자들은 혁명 이후의 법제 속에서 부분적 내지 일시적으로 그 권리의 향유를 인정받고, 대체로 19세기 중엽쯤까지는 적어도 법제상으로는 권리의 평등이 확립되게 된다.

그러나 그들과 마찬가지로 소수자로서 취급받으면서 실제로는 결코 소수자가 아니었던 여성의 권리에 대해서는 1789년 인권선언 직후부터 세계 최초의 '여권선언' 등을 통해 계속 주장되었음에도 불구하고, 그 실현에는 혁명 후 150년이라는 오랜 세월이 흘러야 했던 것이다.

### 3. 인권선언에 대한 비판론의 전개

#### [1] 비판론의 여러 조류

1789년 인권선언은 그 제정 직후부터 내외의 비판의 대상이 되었다. 20세기 초의 A. 베르트랑의 연구에 따르면, 1789년 인권선언에 대한 비판의 양태는, 우선 다른 것으로 바꿔 놓음(換置)이 없이 파괴하려는 부정적 비판과 다른 것으로 바꿔 놓을 것을 인정하는 긍정적 비판으로 구별된다. 전자는 다시 이 선언의 형식에 대한 비판과 내용에 대한 비판으로 구별되고, 후자는 권리를 이익의 조정으로 바꿔 놓는 입장과 힘의 우위로 바꿔 놓는 입장으로 구별된다고 한다. 그리고 이 네 가지 입장은 각각 인권선언 중의 결락(缺落)부분을 비판하는 드 메스트르, 그 원리를 비판하는 G. W. F. 헤겔, 영국 공리주의 입장에 서는 J. 벤담, 힘을 우월시키는 독일의 비스마르크 등의 주장에 따라 설명되고 있다.

실제로 1789년 인권선언에 대한 비판이 18세기의 E. 버크로부터 19세기의 K. 마르크스를 거쳐 현대의 여러 조류에 이르기까지의 여러 가지 사상조류 속에서 전개되어왔음은 주지의 사실이다. 여기서는 프랑스혁명에 대한 최근의 이론상황을 감안하면서, 1789년 인권선언의 제정 후 약 반세기 동안에 그 '인권' 개념이 어떻게 부정적으로 재구축되었는지를 검토하기 위해 먼저 인권선언 비판의 여러 조류를 거칠게 훑어보기로 한다.

B. 비노슈가 정리한 바에 따르면, 첫째 조류는 경험론으로부터의 비판이며, 여기에는 버크의 전통주의적 비판과 벤담의 공리주의적 비판을 들 수 있다. 둘째는 이른바 섭리주의 혹은 신의설(神意說)로부터의 비판이며, 드 메스트르가 그 대표자이다. 셋째는 합리주의적 역사주의로부터의 비판이며, B. 콘스탕의 자유주의적 비판이나 A. 콩트의 실증주의적 비판이 포함된다. 넷째는 사회유기체설로부터의 비판이며, F. C. de 사비니 외에도 변증법적인 헤겔 입장에서 나타난다. 마지막으로 다섯째는 사적유물론으로부터의 비판이며, 초기 마르크스의 프랑스혁명 비판 등이 이에 해당된다. 비노슈에 의하면 이들 매우 이질적으로 보이는 언설의 연결을 정당화 할 수 있는 것은 '연속성'이다. 버크가 1790년에 프랑스혁명을 격렬하게 비판했을 때, 그것은 무엇보다도 이 '연속성'의 이름에서였으며, 프랑스혁명을 '추상'으로서 이해하는 일과 관련해서는, 문자 그대로 형이상학적 의미로, 이 '연속성'이 19세기에 새로운 기초를 부여했기 때문이다. 헤겔과 마찬가지로 벤담에게, 또 콘스탕과 마찬가지로 드 메스트르에게, 프랑스혁명은 그 '연속성'

을 사상하려고 했던, 명백히 몰상식적인 시도였다. 거기서는 상황 속에 존재하는 여러 국민의 현실이 상상되고, 특히 한 시기에는 평등을 위해 길로틴을 사용하고, 자유를 위해 학살하고, 법의 이름으로 테러를 합리화하는 '서민의 전제'라는 새로운 전제정치가 출현하고 있었다.

이리하여 프랑스혁명에 비판적인 19세기 전반(前半)의 여러 조류는 인권의 '보편성'을 의문시하고, 그것을 상대적인 것으로 파악하고, 쓸데없는 것으로까지 이해하려는 경향을 보이고 있었다. 이하에서는 그 중 이 글의 과제인 1789년 인권선언의 '보편성'과 비교적 관계가 깊은 버크, 벤담, 드 메스트르, 콘스탕 그리고 마르크스의 비판 등을 살펴보기로 한다.

## [2] 영국 공리주의로부터의 비판 - 버크와 벤담

버크는 <프랑스혁명에 대한 성찰>(1790) 속에서 연속설 입장에서 프랑스혁명을 비판했다. 그는 이 일을 통해 혁명 당시의 '반 혁명파(contre-revolutionaire)' 뿐만 아니라 19세기의 '혁명 반대파=혁명 부정론자(anti-revolutionaire)'들의 지지도 받았다. 그의 저작은 계몽철학의 한계 속에 프랑스혁명의 비극의 원인을 발견하고자 했던 후일의 여러 조류의 원천이 되었고, 인권선언의 추상적인 원리를 일거에 부정함으로 말미암아 혁명에 대한 철학적 비판론의 모델을 제시했다고 할 수 있을 것이다.

버크에게 1789년 인권선언 비판의 기초는 프랑스 계몽철학에 대한 의문과 루소의 사상에 대한 반발이었다. 버크는 일반의사의 지배에 개인의 자유가 흡수되어버리는 것에 대해, 진정한 자유, '진실의 권리'를 수호할 것을 기도했을 뿐 아니라, 자유주의적 여러 요구를 이론적으로 재구축할 것을 목표로 하고 볼 수 있다. "만약 시민사회가 인간의 이익을 위해 만들어진다면, 그것이 겨냥하는 모든 이익이 인간의 권리가 된다"라는 버크에게 '진실의 권리(real rights of men)'이란 시민사회 형성의 목적인 인간의 이익이며, 근로의 성과에 대한 권리나 가족을 부양하기 위한 재산과 유산에 대한 권리, 교육, 종교, 각자의 자유에 대한 권리 등을 내용으로 하고 있었다. 그러나 이들 권리는 일률적인 자연권과는 다른 것이었다. 그는 "통치는 자연권으로 인하여 만들어지는 것은 아니다. 자연권은 통치로부터 완전히 독립적으로, 그리고 훨씬 큰 명백함과 훨씬 높은 추상적 완전성에 있어서 존재할 수 있으며, 존재하고 있다. 그러나 그 추상적 완전성을 그것의 실제적인 결함이다. 모든 것에 대해서 권리를 가짐으로써 이것은 모든 것을 결여(want)하는 것이다."라고 말하면서, 통치는 (자연권을 보전하기 위해서가 아니라) "인간의 여러 욕망에 대해 배려하기 위해 인간의 지혜가 만들어낸 것"임을 지적했다. 또 "이들 이론가가 주장하는 여러 권리는 모두 극단적이며, 그리고 그것들이 형이상학적으로 옳은 데 비례해서 도덕적 및 정치적으로는 허위이다. 인간의 권리란 일종의 중간적 존재(middle)이며, 정의할 수 없는, 그러나 구별할 것은 불가능하지 않은, 그런 것이다."라면서 공리주의에의 공감에서 1789년 인권선언의 형이상학적 성격, 비현실성을 비판했다. 나아가 이 선언이 내포해 있던 경제적 불평등을 간파하고, 루소적인 인민주권 원리도 부정하면서 인권의 추상화의 결과 구축되는 중앙집권적 권력을 기피했던 것이다. 프랑스혁명에 대한 비판적 검토 속에서 새로운 전제와 불평등이라는 악패를 예견하고, 1789년 인권선언에 대하여 사회적인 비판을 가한 버크의 주장은 마르크스에 이르는 후의 인권선언 비판의 계보에 이어지는 요소를 다분히 포함하고 있다고 할 수 있다. 단, 버크의 자유주의가 후의 프랑스의 콘스탕 등의 자유주의와 구별되는 지점은 버크 자신 고전적인 자연법론이나 '진정한' 자연권의 존재를 전제로 하고 있었다는 점에 있다.

이에 대하여 같은 영국 경험론 흐름 속에서 공리주의 입장에 서서 가해진 벤담의 비판 경우에는 자연권에 대한 부정이 보다 명확하게 나타나 있다. 벤담은 그의 저서 <Anarchical Fallacies (깨번론)>에서 자연권을 근본적으로 부정함으로써 인권선언에 통렬한 비판을 퍼부었다. 그는 모든 권리는 실정법을 통해 발생하는 것이며, 자연권의 존재 자체가 픽션이라고 주장하면서 자연권에 기초를 두는 인권선언을 비

판했다. 그에 의하면 "자연권이란 완전한 년센스지만, 자연적이고 시효 불소멸의 권리 따위는 수사(修辭)상의 년센스요 허풍만 가득한 잠꼬대요" 유해하기조차 하다. 그는 1789년 선언 제2조에 대한 비판 속에서 "그들은 자연권의 이름으로 말하고 있는 것이 무엇인지를 모른다. ... 그들이 아무런 근거 제시도 없이 불멸의 권리의 존재를 선언한 목적이 무엇인가? 그것은 모든 법률에 대한 저항의 정신, 모든 정부에 대한 저항의 정신, ...을 고무하고 유지하는 것 외 아무것도 아니었다."라고 말하면서 그 선언이 무정부적이고 위험한 것임을 주장했다. 그의 주장의 밑바닥에는 "계약에 정부의 기원을 찾는 것은 단순한 픽션, 환상에 지나지 않는다"면서 사회계약의 존재를 부정할 목적이 있으며, 또 이와 같은 사회계약을 전제로 한 1789년 선언의 '사람'과 '시민'의 구별을 부정하는 생각이 있었다. 버크의 비판이 "전체로서 추상적이다"라는 점에 머물러 있었는데 대해, 벤담은 1789년 선언 및 1795년 선언, 시에스 초안에 대해 개별적으로 검토하면서 프랑스혁명 시기의 인권선언에 대한 주도한 비판을 전개했다. 그의 공리주의, 경험론 입장에서 보면 당연하다고 할 수 있으나, 그 비판의 주요한 역점(力點)은 권리와 사실의 불일치, 이론과 실천의 모순에 맞춰지며, 특히 소유권의 불가침성과 권리의 평등과의 모순, 평등 원칙과 사실상의 불평등과 모순이 지적되었다. 예를 들어, 제1조에서 모든 인간의 자유·평등이 선언된 것과 널리 사회적인 종속이 존재해 있었던 사실 사이의 모순, 제13조에서 조세의 비례적 부담을 정한 것과 산술적 평등과의 모순, 제17조에서 소유(재산)권의 불가침성이 선언된 것과 사실상의 불평등의 존재 사이의 모순 등이다. 여기서는 1789년 선언 내부의 논리적 결함과 동시에 평등을 실현하는 수단을 구체적으로 창설하지 않았다는 실천적 결함에 대해서도 비판이 가해졌는데, 그 반면에 벤담은 비취프와 같은 사실상의 평등의 실현을 목적으로 한 것도 아니며, 거꾸로 사회적인 종속관계가 결코 넘을 수 없는 것임을 인정하고 사회의 서열화를 용인하고 있었다고 할 수 있다. 또한 최대다수의 최대행복을 추구하면서, 법제도의 기초를 최강의 권력에 둔 벤담의 이론으로는 여러 개인은 결국 국가권력으로부터 자신을 방어할 수 없다는 귀결만이 나올 것이다.

이상과 같은 앵글로 색슨 세계에서의 1789년 인권선언 비판은 그 자유주의, 반 루소주의 등등 점에서 후일의 자유주의나 보수주의 등 사조와도 공통되는 것이며, 인권선언 비판의 원천으로서 중요한 위치를 차지했다.

## [3] 프랑스 전통주의로부터의 비판 - 드 메스트르의 섭리주의와 콘스탕의 자유주의

반혁명 이론가 보나르드가 <정치적 권력과 종교적 권력의 이론>을 쓴 것과 거의 같은 무렵, 19세기를 지배했던 또 한 사람의 반혁명 이론가 드 메스트르가 <프랑스에 대한 고찰>(1797)을 출판했다. 그는 갖 제정된 1795년 헌법에 반대하고, 나아가 이 헌법을 옹호한 자유주의 이론가인 콘스탕의 최초의 정치논문 <헌정권의 힘과 그것에 결집할 필요에 대하여>를 비판했다. 드 메스트르는 J. B. 보슈에나 상 토크이스탕으로부터 이어받은 섭리주의의 유산을 통하여 버크의 프랑스혁명에 대한 비판을 혁신시키려고 했다. 그의 저서를 "우리를 예측시킴이 없는 부드러운 쇠사슬로 우리는 모두 신좌(神座)에 연결되어 있다"라는 말로 시작하고 있는 것으로도 알 수 있듯이 그의 주장의 근거에는, 버크에서는 가설에 지나지 않았던 신의 섭리가 놓여 있었다. 드 메스트르는 신의 섭리에 따라 혁명적 현상에 대해 비판적 검토를 해나갔지만, 그것은 비판적 해석을 완전히 뒤엎는 '부정의 긍정'의 논리도 가능케 하고 있었다. 그는 프랑스혁명을 단순한 이상사태, 단순한 혼돈과 무질서에서 태어난 기괴한 창설물로 여기는 일에 매달리지 않고, 프랑스혁명의 '악마적 성격', 즉 특권신분을 박탈하기 위한 '음모'로서의 성격을 지적했다.

더 나아가 그는 버크의 인권선언에 대한 비판마저도 섭리주의적으로 변형시키면서, 1795 헌법을 비판한 저작의 제6장에서 독자적인 권리론을 13항목으로 나누어 전개했다. "사람은 그 활동범위 내에서 만

물을 변형할 수 있다. 그러나 아무 것도 창조할 수는 없다. 이것이 사람의 물리적·정신적인 법칙이다. 사람은 아마도 씨를 뿌리고 나무를 가꿀 수는 있다. ... 그러나 나무를 만들어내는 능력은 없다. 그렇다면 헌법을 만들 능력이 있다는 것은 어떻게 상상할 수 있을까? 경험을 통해서...?"라고 문제를 제기한 다음에, 자유로운 헌법은 모두 상황의 집적(集積)에 의해 혹은 특정한 작가에 의해 형성된다고 주장하고 통치형태 등에 대해 다음과 같은 점을 지적했다. "① 어떠한 헌법도 심의로부터 귀결되지 않는다. 인민의 여러 권리는 결코 성문화될 수 없으며, 혹은 적어도 헌법조항이나 성문의 기본법은 기존의 여러 권리의 선언적인 증서에 지나지 않는다. ... ③ 본래의 의미에서 인민의 제 권리는 흔히 주권자의 양도에 기인하지만, ... 주권자나 귀족의 여러 권리, 그리고 적어도 헌법적이고 근본적인 기본권은 굳이 말한다면 작성날짜도 저자도 갖지 않는다. ... ⑥ 성문화하면 할수록 제도는 약체화한다. 이유는 분명하다. 여러 법률은 권리의 선언에 지나지 않으며, 여러 권리는 그것이 공격을 받을 때밖에 선언되지 않는다. 따라서 성문의 헌법적 법률의 증가는 붕괴의 위기와 충격의 증가를 나타내고 있는데 지나지 않는다."

이리하여 드 메스트르는 헌법이나 권리선언의 존재 자체에 대한 불신을 표명하고 나아가 1795년 헌법에 대한 비판으로서 혁명 초기 이래 프랑스인을 미망에 빠뜨려왔던 이론의 오류를 지적했다. 그것은 다음과 같은 유명한 비판이다.

"1795년 헌법은 그 이전의 헌법과 마찬가지로, 사람을 위해 만들어져 있다. 그러나 전 세계에 사람이 라는 것은 존재하지 않는다. 나는 지금까지 생애에서 프랑스인이나 이탈리아인, 러시아인 등을 만났다. 그리고 몽테스키에 덕분에 페르시아인이 있다는 것도 알고 있지만, 그러나 사람에 대해서는 현재까지 만난 적이, 없다는 것을 선언한다. 만약 존재한다면 그것은 내가 모르는 사이에 존재할 것이다. ... 중국에서 제네바까지 헌법이 모든 인적 결합에 대해 제시할 수는 있다. 그러나 모든 국민을 위해 만들어진 헌법은 완전히 누구를 위한 것도 아니다. 그것은 단순한 추상이며, 이상적인 가설에 따라 공론을 휘두르기 위해 만들어진 스킨라학적 산물에 지나지 않는다."

이리하여 드 스메트르는 인권선언을 포함한 혁명적 헌법이 모두 추상적 인간을 전제로 하고 제정된 추상적, 공상적 산물이라는 점을 비난했다. 그리고 그에 대체되는 그의 헌법관에 대해서는 "인구, 풍속, 종교, 지리적 상황, 정치적 제 관계, 부, 국민성의 장·단점" 등 구체적인 문제를 고려하여 그에 걸맞은 법규를 발견하는 것이라는 주장을 했다. 거기서는 추상적 인간 대신에 구체적인 국민이 그 기초에 놓이고, 국적이라는 귀속에 의해 결정된 개인이 중요했다는 것이 특징이다.

한편, 혁명 후의 부르주아지를 대표한다고 여겨져 온 콘스탄트는 자유주의적 입장에서의 비판에 더 몰려 있었다. 콘스탄트는 한편에서는 혁명을 정당화하면서, 다른 면에서는 장래의 급진적인 변화를 혐오하는 보수적인 입장에서 인권론을 검토했다. 1819년의 <근대인의 자유와 비교한 고대인의 자유에 대하여>라는 논문에서, 고대적 자유와 근대적 자유를 구별하면서 고대적 자유를 전제로 한 루소나 마블리의 교의를 근대에 적용시키려 하는 데 대해 비판의 화살을 돌렸다. 즉 "먼저 현재의 영국인, 프랑스인, 아메리카 합중국 주민이 자유라는 말로 이해하고 있는 바를 물어보아라. 그것은 각자에게, 법률에만 복종하는 권리며, ... 의견을 말할 권리, 직업을 선택하고 영입할 권리, 그 재산을 처분하고 이용할 권리, 허가 없이 왕래할 권리 등이다"고 하면서, "주권의 대부분을 집단적으로, 그러나 직접 행사하고, 선전(宣戰)이나 강화(講和)를 심의하고, ... 법률을 채택하거나" 함으로써 고대적 자유 즉 시민이 사회체의 일부로서 활동할 자유와 구별했다. 여기서 시민의 정치적 권리에 기초를 부여하는 것으로서 사람의 자연적 권리를 선언함으로써 '시민의 권리' 속에 '사람의 권리'를 흡수해버렸다는 인권선언 비판이 도출되는 것이다. 여기서 콘스탄트가 말하고자 했던 것은 사람의 자연권이 시민의 정치적 권리를 통해서 밖에 유효하게 존재할 수 없다는 사회계약론의 패러독스이며, 이 점에서 그는 휴머니즘적 자유주의에서 개인주의적 자유주의로 전환을 시도했다고 볼 수 있다.

그런데 콘스탄트는 혁명의 단절을 정당화할 것을 자연권을 모조리 배척하는 듯 보이면서도, 다른 한편으로는 '제 개인의 기본적 권리'라고 부르는 권리의 존재를 명확하게 승인하고 있었다. 이런 점에서 그는 벤담을 비판하게 되고, 그의 효용의 원리의 위험성을 지적하면서 "권리가 본질이며, 효용은 그 귀결에 지나지 않는다"고 말했다. 콘스탄트는 사회계약론을 비난하고 있었기 때문에 결코 자연권이라고 부르지 않았지만 마찬가지로 전(前) 헌법적인, "모든 사회적·정치적 권위로부터 독립된" 불가양의 권리를 인정하면서도 애써 추상론을 배척하고자 했던 것이라고 볼 수 있다. 그리고 콘스탄트는 정치이론의 중심에 개인적 자유를 놓고, '사람'을 '개인' (즉, '사람'의 자연적 보편성에 대비되는 개별적 존재이며, 국가에 대비되는 시민사회의 구성원으로서의 '시민'으로부터 철저히 분단된 사람)으로 바꿔 놓(환치(換置)았던 것이다. 그러나 개인의 권리가 역사적인 것이라고 해도 그것은 과도적인 것에 지나지 않으며, 조만간 새로운 공격과 모순에 직면할 것은 불가피했다. 그의 이론이 "결국 이데올로기화 된 자유론과 이를 중핵으로 한 정치제도론"이었음에 더하여, 그가 염두에 둔 여러 자유가 "이미 사회화된 부르주아적 자유라는 성격을 가지며", 그의 사상이 "로크가 완성했던 자유주의적인 정치기구론 속에 마음 편안하게 몸을 내맡기고 있었"던 것이 그의 한계로서 지적되는 것은 어쩌면 당연하다 할 것이다.

#### [4] 사적 유물론으로부터의 비판 - 초기 마르크스

마르크스가 1843년의 <유대인문제>에서 전개했던 프랑스 인권선언 비판의 계보는 프랑스혁명의 말러나 바뮈프에게까지 거슬러 올라간다. 일반적으로 말하면, 이들 프랑스혁명의 인권선언 비판의 입장은 '전(前) 과학적 사회주의'라기보다 차라리 '인민주의적 자유주의'이며, '사람'의 권리를 '인민'의 권리로 바꿔 놓(換置)았다는 점에서, 포퓰리즘의 특징을 부여할 수 있다. 그 중에서도 공화력 4년(1796년)의 바뮈프의 음모에서는, 비밀공안정부가 "인민에게, 그 권리 행사를 회복케 하기 위하여" 설치될 것이 선언되고, 다음과 같은 데크레가 준비되어 있었다. "파리의 인민은, 전제를 박멸한 후에, 자연으로부터 받은 그 권리를 사용하여, 프랑스인민에 대하여 다음과 같은 일을 승인하며, 선언한다. - 재산과 노동의 불평등한 분배는 예속과 공공의 불행의 끝없는 원천이라는 것. ... 프랑스의 전 재산의 소유권은 유일하게 그 배분을 결정하고 변경할 수 있는 프랑스 인민에게 본래적으로 귀속된다는 것. 갓 창설된 국민의회에 대하여 1793년 헌법을 수정하여, 즉각 그 시행을 준비하고, ... 현명한 제 제도를 통해 프랑스공화국에 불변의 평등과 자유와 행복을 보장할 것을 명령하는 것" 등이다. 바뮈프는 1789년 선언의 여러 원칙 (제1, 2, 3, 6조 등)에 반하는 '노동시민'과 '수동시민'의 구별이나 1791년 헌법을 비판하면서 인권선언의 추상성이나 이데올로기적 기만성을 폭로했다. 그는 또한 <권기문> 등 문서 속에서 1793년 헌법에 높은 평가를 부여했으나, 소유권의 불가침성이나 평등원칙의 불철저함 등의 한계에서 1793년 헌법을 수정해서 시행할 것을 바라고, 사회적 평등 실현을 위한 사유재산제 부정이라는 결론에 도달했다.

한편 프랑스 사회주의의 전통이나 헤겔의 변증법적 철학으로부터 시사를 얻은 마르크스는 특히 바뮈프로부터 인권선언의 부르주아성에 대한 비판과 혁명수행의 필요성을 배웠다고 할 수 있을 것이다. 초기의 <유대인문제>에서 전개된 마르크스의 비판은 다음의 유명한 구절에 나타나 있다.

"사람의 권리(droits de l'homme) 즉 인권은 그 자체로서는 시민의 권리(droits du citoyen) 즉 시민권과 구별된다. 시민으로부터 구별되는 사람이란 누구인가? 시민사회의 성원에 다름 아니다. 왜 시민사회의 성원은 '인간', 그냥 인간이라고 불리고, 왜 그의 권리는 인권이라고 불리는가? 이 사실은 어디서부터 설명되는가? 정치적 국가의 시민사회에 대한 관계, 정치적 해방의 본질, 에서이다.

무엇보다도 먼저 우리가 확인할 것은 이른바 인권, 즉 시민의 권리와는 구별된 사람의 권리가 시민사회의 성원의 권리, 즉 이기적 인간의, 인간과 공동체로부터 동떨어진 인간의 권리에 다름 아니라는 사실

이다.“

여기서는 '시민의 권리'와 구별된 '사람의 권리'가 '이기적 인간의 권리'에 다름 아니며, 나아가 그것이 "결국 '사적 소유라는 인권'으로 수렴되는 것"이 지적되었다. 마르크스는 이것을 1789년 인권선언이 아닌, 그 자신이 "가장 래디컬한 헌법"이라고 부른 1793년 헌법의 인권선언에 관해 검토했다. 1793년 선언 제 16조 이하의 소유권 규정은 바로 "자유인권의 실제상의 적용은 사적소유라는 인권"이라는 것, 즉 인권선언 중의 자유란 사적 소유의 자유에 다름 아니며, "임의로, 타인과 상관없이, 사회로부터 독립적으로, 그 자력(資力)을 수익하거나 처분할 권리, 즉 이기의 권리이다." 평등도 "방금 말한 자유의 평등"이며, 사실상의 평등이 아닌 법률 앞의 평등에 지나지 않는다. 더욱이 안전도 각자에게 재산을 평온하게 소유케 하기 위한 것이며, "이기주의의 보증"일 뿐이라고 하면서, 프랑스혁명기 인권선언의 부르주아적 본질을 철저히 폭로했다. 동시에 "시민(citoyen)은 이기적인 인간(homme)의 하인이라고 선언되고, ... 결국 citoyen인 인간이 아닌 부르주아(시민사회의 일원)로서의 인간이 본래적인 진정한 인간이라고 생각되었다."고 하면서 '시민의 권리'가 '사람의 권리' 보전을 위한 수단이 되어버린 구조를 밝혔다. 이리하여 그는 '시민의 권리'를 부르주아지 손에 한정함으로써 실제로는 '사람의 권리'마저도 제한할 수 있었던 이론상·실천상의 모순에 대해 비판을 가했던 것이다. 이 모순은 예를 들어 "안전이 인권의 하나로서 선언되고 있으면서도 서신의 비밀에 대한 침해가 공공연히 토의되었"던 것과 같은 혁명 실천상의 문제와 이론상의 문제와의 모순이기도 했다. 구체적으로는 테러에 관한 난문에 집약되지만, 비노슈에 의하면 마르크스는 당시 이미 문제가 되고 있던 "1793년은 1789년의 불가피한 귀결인가, 아니면 이와 모순되는 일탈인가"라는 양자택일 식의 문제제기를 배제하려 하고 있었다. 1793년이 1789년의 완성인가, 아니면 부정인가는 마르크스의 관심사가 아니었고, 오히려 이론과 실천, '시민'과 '사람' 사이의 모순 쪽에 관심이 있었다. 마르크스에게 '시민'은 에고이스틱한 부르주아로서의 '사람'의 상상(想像) 상의 이면(裏面)에 지나지 않지만, 양자의 모순은 정치적 국가와 부르주아사회와의 모순에 대응하고 있었다. 그리고 그 양자의 분리에 의해서만이 법이 존재할 수 있는 것이라 해도, 그 분리로 인해 이득과 그것도 소멸한다면, 궁극적으로는 법과 국가의 소멸로 마르크스를 인도하는 논리가 준비되고 있었다.

이와 같은 "사적소유권을 중핵으로 하는 인권의 추상성·기만성"에 대한 마르크스의 비판은 그 후의 마르크스주의자들 사이에서 계승되고, '근대적 인권의 양기(揚棄)가 인권론의 과제로서 관심의 대상이 되었다. 이에 대하여 1980년대에는, 60년대 이후의 정치철학 분야에서의 '인권론의 부활'에 의해, 새로운 인권론의 전개가 있으나 이 글에서는 인권선언을 둘러싼 비판론의 개관으로 만족하고, 최근의 전개에 대해서는 다음 장에서 검토하기로 한다. [끝]

## 프랑스 인권선언과 형사입법 개혁

<市民革命と法> (강좌: 革命と法 제1권: 일본 日本評論社 1989년) 수록논문  
나이쿠라 오사무 [新倉 修- 고쿠가쿠인(國學院)대학 교수]

### 1. 머리말- 형사법의 현재

마르크 앙세르에 따르면, 현대의 형사법은 인도(人道), 과학, 사회공존으로 구성된다. 그 목적은 사회의 방위(보전)이며, 그 수단은 범죄자의 사회복귀를 목적으로 하는 형벌이다. 또 형벌에 대해서는, 범죄와 형벌의 사전고지를 목적으로 하는 죄형법정주의, 범죄자의 개별적이고 일신(一身)적인 책임의 양(量)에 상응하는 형벌을 과한다는 책임주의가 필요한 전제이다.

그러나 범죄와 관련된 사회관계는 복잡하다. 또 범죄에 대한 사회의 반응은 국가장치로서 구조화된 사회적 힘들의 작용이므로, 형벌과 관련된 사람들의 이미지 또한 다양하다. 거칠게 말한다면, 인간의 사회적 제 관계 속에서 이루어지는 범죄라는 사회현상은 이에 대한 형벌적 대응이라는, 그 자체 또한 독자적인 사회관계 속에서 처리된다. 나아가 이와 같은 형벌적 대응을 조직화하는 일 자체가 상대적으로 독자적인 사회현상으로서 출현하게 된다. 이 형벌적 대응 속에, 무엇을 처벌의 대상으로서 골라내느냐는 범죄적 행동의 사전 선별 과정을 포함시켜서 생각한다면, 이와 같은 선별과정의 조직화도 그 나름으로 사회현상을 드러낸다는 것을 인정하지 않으면 안 된다. 또 범죄라고 규정된 사회적 행동도 단순히 사회의 형벌적 반응에 결합되는 것은 아니다. 범죄라고 인식되면서도 형벌적 처리에서 제외되는 수도 있다. 한편, 범죄가 형벌 외의 사회적 반응을 불러일으키는 일도 통상적으로 있는 일이다.

여기에 1789년의 인권선언 및 1791년 헌법에 나타나는 사회구성·국가구조의 구상이 어떤 것이며, 또 범죄에 대한 사회적 대응이 어떤 식으로 구상되고 있었는가를 죄형법정주의 개념의 형성과정과 형사절차의 형성과정에 비추어 검토하도록 하겠다.

### 2. 1789년의 사람 및 시민의 권리선언과 형사입법의 원리와 구조

혁명 초기는 앙시앵 레짐의 사법제도, 특히 형사사법제도에 대한 비판을 기점(起點)으로 하고 있었다. 그것이 한편에서는 죄형법정 원리의 확정으로 열매를 맺고, 다른 한편에서는 배심제의 채용을 포함하는 형사사법제도의 근본적 개혁으로 열매를 맺는다. 그 논리를 검토하는 것이 이 장에서 다루는 문제이다. 그러나 동시에, 결론을 먼저 말한다면, 나폴레옹의 정권 장악을 획기로 하여 형사사법제도가 과거로 돌아가, 1808년의 치죄(治罪)법전, 1810년의 형법전을 기본 축으로 하는 형사법제도가 오늘에 이르기까지 프랑스의 근대적 형사법제도의 기본적인 틀을 형성하고 있다.

#### [1] 앙시앵 레짐의 형사사법제도와 사법개혁 요구

앙시앵 레짐에서는 영주재판소, 통상(通常)국왕재판소, 및 이들의 상소 배판소인 고등법원(빠를르망) 외에, 왕령(王命)으로 정해진 특별재판소(해사, 삼림하천, 수렵 어로...) 등, 경제·재무 등의 역무(役務)마다 설치된 전문기관이 재판권까지도 나누어 가지고, 나아가서는 유보(留保) 재판권 등을 주장하여 영

주재판소—이 토지관할에 속하는 사건이라도 국왕재판소의 사물관할을 우선시키는 제도가 있어, 배판관 할이 불명확하고, 요컨대 재판권이 귀속되는 곳을 달리 하는 복잡다기한 재판소가 마치 비늘처럼 산재해 있는 상태였다.

앙시앵 레짐의 형사절차를 정한 기본법인 1670년의 루이 14세 왕령에 따르면, 이들 재판소의 절차는 피해자 (고소인 혹은 원고)의 신청서 또는 '받아쓰기'(proces-verbal= 신청인의 구술을 듣고 법관의 면전에서 서기가 작성한다) 또는 검찰관에 의한 고소를 통한 사건계속(繫屬)도 인정하고 있지만, 주로 재판관에 의한 직권소추를 널리 인정하는 규문형(糾問型) 절차였다. 더욱이 '예비심문(question preparatoire)'이나 '선결(先決)심문(question preamble)'라는 이름의, 고문을 수반하는 비공개 서면심문이었으며, 피의자에게 선서케 하고 공술(供述) 의무를 과하고, 공금소비(公金消費) 등 일정한 중죄를 제외하는 사형범죄에 대해서는 피의자에게 변호인 입회를 허용하지 않았다. 또 판결절차는 비공개인 평의부(評議部)에서 진행되었다. 이와 같은 재판 절차에 의하지 않고, 국왕이 직접 감금, 체재(滯在)금지, 직무박탈을 수행할 수 있는 봉인장(封印狀)은 신교도, 안센이스트, 철학자에 대해 많이 사용되었다. 그리고 가혹하고 다양한 형벌을 특징으로 하면서도, 특권계급에 대해서는 너그러운, 그런 신분차별도 있었다. 더구나 전국 단일의 형법전은 존재하지 않았다.

앙시앵 레짐 말기(1760년 이후)에는 사법(司法) 비판운동, 특히 형사사법 비판(볼테르, 베카리아)이 사법제도 그 자체에 대한 비판으로 고양되고, 1766년에는 글레노블 고등법원 차장검사 세르방의 연설이 형사사법개혁의 필요성을 강하게 주장함으로써 위로부터의 개혁<sup>4)</sup>이 시도되었다. 1780년 8월 24일의 국왕포고(布告= '마포의 개혁')로써 '예비심문'을 폐지되지만, '선결심문'은 폐지되지 않았다. 1788년 5월 8일의 왕령으로(라모외농의 개혁), 고등법원 폐지를 비롯해서, '고문대 위'에서의 심문과 선결심무 폐지, 최고법원 판결에 이유를 부기(附記)할 의무, 무죄 피고인에 대한 구금으로 인한 손해배상제도 설치 등이 지시되었지만 실시되지 않았다.

## [2] 1789년의 사람과 시민의 권리선언 성립사

국민이 범죄와 형벌의 내용을 결정하고, 법률의 형식으로 사전에 명시된 규범에 따라 재판을 받는다. 이것은 형사정책 모델로서 보면, 명백히 '자유주의적 법치국가(=사회) 모델' 구상에 해당되는데, 이와 같은 구상으로 수렴되는 과정은 역사적 경위를 더듬으면 다음과 같이 확인할 수 있다.

우선 앙시앵 레짐의 행정단위인 '바이이'재판소, '세네살'재판소 마다 왕국을 구성하는 3신분 (귀족원, 승려, 제3신분)은 각각 전(全)신분회의에 앞서서 개혁요구를 진정서 형식으로 국왕에게 제출했다. 이에 세제(稅制) 문제와 함께 형사제도의 문제가 많이 거론되고 있었다.

1789년 5월 5일에 개최된 전신분회의에서 채결(採決) 방법과 관련된 논쟁으로부터 급진화된 제3신분은 국민의회 설치, 헌법 제정으로 국가의 기본적인 구성 그 자체를 문제 삼는 방향으로 나아갔다. 자유주의적인 귀족원이나 하층 승려를 포함한 제3신분은 대의원 중에 압도적인 수의 법조를 보유<sup>6)</sup>하면서 기본적으로 사회가 어떻게 존재해야 하는지를 문제 삼고, 인권선언 구상을 토의의 중심적 의제로 채택토

4) 지식층에 의한 사법개혁 플랜 응모가 헌법제정의회의에서의 작업을 위한 준비작업이 되었다.

5) 낡은 파리 감옥 폐지 외에도 1775년 12월 15일 왕령은 탈주병에 대한 형벌을 완화한다. 루이 16세는 1788년에 베르사이유에서 친좌(親座)재판을 시도하는데, 이를 계기로 귀족의 반란의 징후가 있었다. 고등법원은 반항하고, 지방에서는 봉기가 발생, 왕권은 최종적으로 양보한다.

6) 고등법원 재판관 약 30명, 바이이재판소 재판관이 약 30명, 하급심 재판소 재판관과 변호사가 각각 200명씩, 그 밖에 공증인, 검찰관도 있었다.

록 만들었다.

먼저, #법제의 통일을 요구하고 (왕국 전체의 통일법), #재판소 관할을 명확하게 정할 것을 요구하고, #재판소 특권 · #예외재판소 · #영주재판소의 폐지를 주장하고, #왕국에 하나의 행정재판소 설치도 요구하고 있었다. 또 상통주의 성직자 진정서는 #관직주(官職株) 폐지를, 아랑송 제3신분 진정서는 #재판관 공선(公選)제를 제안했지만, 많은 진정서는 #지방의회가 재판관을 추천하고 국왕이 이를 임명하는 제도와 신분보장 및 보수 지불을 요구하는 등 이 단계에서는 재판관직의 국민적 기반에 대한 관심은 그리 높지 않다.

형사사법 개혁에 대해서는, 인신의 자유를 두텁게 보장할 것을 요구한다. 즉 #헌행법 또는 '공중의 환성(喚聲)'에 의해 추적 받고 있는 자를 제외하는 모든 시민에 대해서 체포 · 강제출두를 폐지할 것, #24시간 이내에 심문을 시작할 것, #과형(科刑)은 일신전속이어야 할 것, #구인구류장에 3명 이상의 재판관의 서명이 없으면 신체를 구속할 수 없다는 것 등을 요구했다. 나아가서 (직권 또는 사선) #변호인의 도움 · #피고인의 선서(宣誓) 면제 · #판결에의 이유 부기(附記) · #적용법률 명기를 요구하고, #고문을 폐지하고 #형벌을 완화(형벌의 균형)하고, #사형에 부가된 야만적인 체형을 폐지할 것을 요구했다. 또 #유죄판결은 피고인의 친족에 미치지 않는다는 것, #감옥 개량, #토퇴(土牢=cachot) 폐지, #심문대에서의 심문 폐지를 요구했다. 또한 #배심에 의한 중죄판결 절차, #오인(誤認)체포일 경우의 보장, #국립감옥 폐지, #정신병자의 형사책임 무능력, #보석제도 도입, #경미범죄(輕微犯罪=수렵)의 처벌 완화 등 요구도 있었다.

이미 8월 17일의 헌법위원회 보고에 의해 재판소 개혁이 헌법제정의회의 의사일정에 올라 있었지만, 그 토의가 지지부진한 가운데 의사 진행은 인권선언 채택으로 흘러갔다. 사법개혁은 인권선언의 내용 확정과 병행하여 국민의회의 관심을 모으는 결과가 되었다. 그래서 잠정적으로 제시된 사법개혁 플랜은, 전국을 3개 층으로 나누어, 최소 재판관할구인 canton (소군[小郡])에는 치안판사를 두고, 프로방스마다에 법원 (cour de justice)을, 그 중간에 하급재판소를 설치하고, 예외재판소를 폐지하고, 사법기구를 간소화한다는 구성을 취했으며, 재판관은 국왕이 임명하지만 제1차회가 지명하는 후보자 리스트 (후보자는 임명될 재판관의 3배수) 중에서 임명되어야 한다는 것이었다. 또 영국의 헤이버스 코퍼스를 모방한 자유보장제도의 도입, 심문 · 변론의 공개, 배심제 도입, 형벌 완화, 경찰 개선 등에 대한 제안도 있었다. 이 제안은 심의중이었던 인권선언 속에 채택되었다. (제 7, 8, 9조) 형사사법의 근본적 개혁에 대해서는 의원들의 의견이 일치되었다. 문제는 사법기구의 재편과 민사재판의 개혁이었다.

사태가 움직이기 시작한 것은, 7월 14일 바스티유 점거사건의 여운이 아직 사라지지 않고 있는 가운데, 베르사이유에서 토의 중인 헌법초안에 반대하기 위해 빠레 로와얄에 사람들이 결집하고, 결국 파리 시 집행부의 지지를 얻지 못한 채 불만이 커져 (8월 30일-31일), 군중이 들러싼 가운데서 파리 시장 트로와예가 살해당하는 사건이 일어난 다음 날부터였다.

9월 10일에 파리 콤포문으로부터 사법개혁 요망서가 제출된 것을 계기로, 헌법제정의회는 사법위원회(7명)를 설치하고, 형사사법개혁안을 제출할 것을 요청했다. 그 보고서는 거의 그대로 승인되어, 1789년 10월 9일의 법률이 발표되었다. 그는 피고인의 권리 보호를 기조로 하는 응급조치로서 24시간 이내에 재판관 면전으로 인치, 판결절차 공개, 판결절차 · 심문절차에서의 변호인 입회 허가, 심문대에서의 심문 · '고문' · 피고인의 선서 등을 당연하다는 듯이 폐지했다. 그리고 개혁에 적대적인 고등법원에 대해 헌법제정의회는, 고등법원에 휴가를 부여하는 방법으로 대항했다. (11월 3일 법률. 그 후 고등법원이 개최되는 일은 없었다.)

봉건제 폐기 · 인권선언 · 세제 개혁 · 종교법제 · 지방행정제도 개혁 · 군제도 개혁 등등 잇달아 새로운 국가제도의 골격이 논의되어 가는 가운데, 인권선언에서 확인되었던 제한왕정의 틀 안에서 국

민주권의 확대가 국가기구의 축에 놓이게 된다. 사법개혁도 능동적 시민을 기초에 두면서, 왕권의 관여를 어떻게 배제해 나가느냐는 방향으로 검토되게 되었다.

사법위원회 위원들의 개별적 제안(톨레, 뒤블, 랑쥬이네, 르 샤플리에, 타르제, 트롱시에, 시에스)들을 받아 의회는 1790년 3월 24일에 사법기구의 전면적 개혁을 결정했다. 헌법제정의회는 세 가지 제안(톨레, 뒤포르, 시에스)에 한정해서 심의를 시작하여, 중요한 점부터 점차 의결했는데, ①배심제 도입 ② 'assises' 방식과 '순회 itinerant' 재판관 방식 ③심급제도 또는 상소제도 폐지 ④재판관의 임기 ⑤재판관 임명방식 ⑥검찰관 설치 ⑦파기(破棄)재판소 설치 등을 결정했다.

그 주요한 쟁점에 대해 차이를 확인해두면,

우선 배심제도에 대해서는, 그 채용을 전제로 하면서도, 톨레는 형사배심 (그것도 판결배심에 한정된다)만에 한정하고, 뒤블은 민사와 형사의 배심 설치를 요구했다. (이는 라메뜨, 로베스 피에르, 그리고 좌익이 지지했다) 순회재판관 제도에 대해서는, 뒤블은 영국식의 순회제도(현(縣) 총재가 작성하는 적격자 명단을 근거로 인민선거로써 선출된다. 앙시앵 레짐의 사법관직 부활 저지)의 채용을 권장하지만, 톨레는 반대한다. (제1차회를 통해 선출된 치안판사와 배석의 식자(識者)에 의한 500리블(?) 이하 소액(訴額)에 관한 재판, 경험 3년 이상으로 25세 이상인 사람 중 선거에서 선출된 5명으로 구성하는 district 재판소, 정부가 임명하는 국왕 대리관) 또 상급재판소 제도에 대해서는, 톨레는 수읍(首邑)의 district 재판소가 상소재판소를 겸하는 안을 제시하고, 뒤블은 상소제도를 부정한다. 1790년 7월의 폐치옹 제안 (district 재판소가 서로 상소를 담당한다)이 승인된다.

더욱이, 사법개혁의 중심에 위치하게 될 관료제 재판관제도의 폐기에 대해서는, 직업재판관 (관직주 매매, 고등법원의 정치적 주장에의 불신)에 대신하는 치안판사(=명망가)에의 지향이 현저해지고, 뒤블은 치안판사에 의한 중재기능을 기대했던 것과 달리, 톨레는 치안판사에게 하급심 재판소 기능을 기대하여, district 재판관에게 법률적 전문기능(技能)을 요구했다. 이와 같은 상황을 딛고, 재판관 선임방식에 왕권이 어떤 식으로 관계할 것인가가 문제가 되어, 직접선거제로 선임하자는 안과, 선거로 뽑힌 후보자 중에서 국왕이 임명하는 안이 제안되어, 전자의 방식이 채택되었다. 이로써 국왕의 권한을 억지하는 방향이 정해졌다.

마지막으로 사법에 대한 국왕의 대표성에 대해서는, 재판관 선임(選任)론으로 배척되고, 공소관의 선거제로 배척되고, 결국 법정에서 법률의 적용을 청구하는 대리(代理)관을 임명하는 방식이 취해진 데 그친다.

### [3] 구조: 인권 카타로그와 인권보장기구

인권선언은, 내용의 보편성이라는 점에서 여러 나라 혁명운동의 좋은 목표가 되었다. 이는 한편에서 자유 · 재산 · 안전 · 압정에 대한 저항을 인간으로서 향유할 수 있는 자연권으로 인정하면서, 다른 한편으로 시민에게 일반의사의 형성에 참가할 자격을 인정했다. 그리고 모든 인간의 자연권을 보장할 기구로서 권력분립의 구조를 갖는 국가를 설립하고, 그 국가기구의 설립 · 운영에 시민의 참가를 보장한다는 논리구조를 갖는 것이었다. 그 전제는, 인간은 태어나면서 자유롭고 법 아래 (=권리에 있어서) 평등하다는 인간상이었다.

그 논리구조에서는 당연한 일이지만, 범죄자도 외국인도 유태인도 이민자도 집시도 자유 · 재산 · 안전 · 압정에의 저항 등 자연권 외에, 이 인권선언이 보장하는 다음과 같은 형사적 기본권을 향유할 것이 예정되어 있었다. 즉,

7조: 누구도, ... 법률이 정한 형식에 의하지 않고서는 소추되고 체포되고 또는 구금되지 않는다.

8조: 법률은, 엄격하고도 명백하게 필요한 형벌이 아니고는 정할 수 없다. 누구도 범죄에 앞서서 설정되고 공포되고 또 적법하게 적용된 법률에 의하지 않고서는 처벌받지 않는다.

9조: 누구도 유죄라고 선고되기 전까지는 무죄로 추정된다. 따라서 체포가 불가결하다고 판단된 경우에도 그 신빙 확보에 있어서 필요 이상의 강제는 모두 법률에 의해 엄중히 억지되지 않으면 안 된다.

그러나 인권의 가타로그라는 관점에서 볼 때, 잔학한 형벌이나 고문을 받지 않을 권리, 배심재판을 받을 권리, 변호인 의뢰권, 심문권, 압수수색을 받지 않을 권리, 이중처벌을 받지 않을 권리 등은 인권선언의 여러 초안에는 규정되어 있었지만 1789선언에는 명확하게 규정되었던 것은 아니다. 또 형사법상의 원칙이라는 관점에서 볼 때도 형사책임능력, 고의(故意)처벌의 원칙, 형사책임의 일신전속성도 인권으로서 인정되어 있는 것은 아니었다.

예를 들어, 보랑드리 초안 (8월 21일)은 모두 8조 74항으로 이루어지며, 제1조 38항에 비교적 상세한 형사 관련 인권규정을 가지고 있으나, 그 형사 기본권의 포괄적 구상은 1789년 인권선언에 규정되지 않았다. 그것은,

① 체포 · 구금에 관해서는, 자의적이고 합법적인 형식을 거치지 않고 체포 · 추방 · 구금을 명하는 장관령이나 봉인장을 영구히 금지하고 (21항), 합법적 명령에 의한 경우 감옥 이외의 적절한 장소에 유치해야 하고 모든 점에서 시민의 존엄에 걸맞은 취급을 보장한다(25항). 나아가서는 구금 후 24시간 이내에 심문을 받고, 12명의 동료 또는 배심원의 결정에 의하지 않으면 감옥으로 이송되지 않는다(25항). 보석과 관련해서도, 주거를 갖는 시민이 소추된 경우, 사형에 해당되는 죄를 제외하고, 12명의 동료 또는 배심원의 결정에 따라, 재판관이 정하는 충분한 액의 보증금을 제공하면 석방된다(27항). 또 중죄(重罪)사건의 수사 및 최초의 심문은 범죄지에서 한다(29항)고 규정하고, 인신 보호에 대한 섬세한 배려를 나타내고 있다.

② 수색과 압수에 대해서는, 법률이 정하는 경우가 아니면, 또 그 형식에 따라지 않고는 가옥에 대한 수색 · 임검(臨檢) · 서류의 압수를 금지한다(26항).

③ 중죄사건 피고인의 권리로서, 중죄 피고인은 자백 또는 스스로의 증언을 근거로 재판 받지 않을 것 (30항), 고문 금지(31항), 중죄사건의 심문 및 판결 공개, 자연스럽고 정당한 방어수단의 자유로운 사용, 자기가, 또는 청구에 따라 재판관이 선임한 변호인의 도움을 받을 권리(32항)를 보장하는 규정을 두고 있다.

④ 형벌의 균형에 대해서는, 과도한 벌금의 금지(33항), 죄형의 균형, 잔학한 형벌 금지, 과형(科刑)의 평등 등을 정하고 있다.

이 외에도, ⑤ 수형자의 재산 몰수는 정의에 반한다(35항)며, 앙시앵 레짐 하에서의 이른바 '민사사(死)'를 폐지하고, 나아가서 무죄 피고인에 대한 형사보상의 원형이라고도 할 소추자 또는 국가의 배상 책임을 정한다(37항).

특징적인 것은, ⑥ 배심에 의한 재판을 규정하고 있는 점이다. 이미 살펴보았듯이 감옥에서의 미결구금 및 보석에 대해서 배심에 의한 결정을 매개로 하는 구상에 더하여 사실 또는 재산에 다툼이 있는 경우, 민사에 있어서도 동료 또는 배심에 의한 재판을 받을 권리가 있다(38항)고 규정한다.

이들 중 어느 것은 다른 인권선언 초안 속에서도 구체적으로 혹은 추상적으로 언급되어 있으며, 그런 의미에서 형사에 있어서의 인권보장의 방법에 기본적 합의가 있었다고 보아도 무방할 것이다. 더욱이 왕권을 최고 집행권으로 규정함으로써, 재판을 통한 형벌제도의 실현이라는 프로세스와, 형사절차 전체에 대한 법률의 통제라는 기초를 예정하고 있는 점에서도 많은 초안들은 기본적으로 일치되어 있다. 다만, 형사절차의 조직으로서 명확하게 배심제도를 예정하는 것은 그리 많지 않고, 보랑드리 초안 또한 '동료



또는 배심'이라고만 하고 구체적인 구성에 대해서는 법률의 규정에 맡겨놓고 있다.

어쨌든, 역사적 사실로서는, 인권선언 채택 후에 시작되는 헌법 제정 (=자연권을 보전하는 기구인 통치제도 구축)과, 헌법에 근거하여 법률을 통해서 이루어지는 형벌제도 · 재판제도 및 각각의 절차가 구체적으로 정립되어가는 것이다.

### 3. 인권선언과 혁명 초기의 형사입법

헌법 제정의회의에서의 형사사법 개혁은 사법제도 전체의 개혁과는 일단 별도로 진행되었지만, 그것은 제한 왕권과 국민주권이라는 국가기구의 기본적 구상을 둘러싼 논쟁과 직접 · 간접으로 관계가 있다. 이 논쟁은 결국 국민주권 · 공화제의 선택이라는 형태로 끝나지만, 왕권을 제한하기 위해 구상된 여러 제도가 국민주권에 기초하는 국가기구의 정비 · 재판 속에서 어떤 변용을 겪었느냐는 문제를 검토할 필요가 있다.

먼저, 인권선언의 구상은, 자연권을 보전하는 국가기구를 구성하기 위한 전제를 확정한다는 의미를 가지고 있었다. 그 검토시각으로서, ① 형사법의 트리아글 (=triangle 즉 권력(3권)분립) ② 보편성과 특수성의 교착(交錯) ③ 형벌제도의 전 인민적 기반의 가상과 현실이라는 각도에서, 헌법제정회의에서의 형사입법의 기본 축을 밝혀내는 일이다.

범죄의 경중에 따라, 이와 균형을 이루는 형벌을 사전에 법률로 정한다는 것이 죄형법정 원칙의 기본적인 구상이다. 그리고 혁명 초기의 형사입법은 철저한 권력분립제도 위에, 국민대표에 의한 일반적 법규범(=법률)의 정립을 전제로 하고, 국가의 작용을 법률의 적용과 집행으로 엄밀하게 나누어, 각각 입법 · 사법 · 행정으로 하여금 분장(分掌)케 했다. 이렇게 보면, 1791년의 형법전이 고정(固定)형 제도를 채용한 것은 당연했다. 그러나 경중에 따라 위경(違警)죄, 경죄, 중죄로 범죄를 나누고 형사절차를 별도로 하는 것은 이미 죄형법정 원칙만으로 설명할 수가 없다. 또 형법전 규정을 보면 범죄의 무게와 형벌의 무게와의 관계는 논리적으로는 전자가 전제가 되어야 하지만, 실제로는 후자가 전제로 되어 있으며, 이와 같은 규정방식은 그대로 1810년의 형법전으로 계승되어 오늘에 이르고 있다.

여기서 중요한 것은 중죄절차와 그 이외의 경죄 · 위경죄 절차와의 기본적인 차이이다. 즉 중죄가 '단일하고 불가분인 왕국 또는 공화국'이라는 표현으로 표시되는 국법질서에 위반하는 행위라고 관념되고 있었다는 이야기다. 이와 달리 경죄 · 위경죄는 지방마다의 불균등성을 전제로 했으며, 지방당국이 세운 법규범에 위반하는 행위라고 관념되고 있었다. 게다가 경죄 절차 · 위경죄 절차의 주체는, 혁명기에서도 변천이 있지만, 어느 것이든 지방 자치체가 깊이 간여하고 있다. 거기에는 국민주권에 기초하는 국가와 주민자치에 기초하는 자치체에 의한 형벌권의 분유라는 상황이, 능동적 시민이라는 자격으로 한정된 시민에 의한 사법작용에의 참가라는 논리로 정당화되는 구도가 보인다.

우선, 위경죄 사건에 대한 절차는 콤포트 단위로 구성되고, 경찰과 형사사법이 분화되지 않는 상태에서 결합되어, 더구나 행정기관과 사법기관이 융합해 있었다. 즉 자치체가 보유하는 지역적 치안유지기능의 일환으로서 경찰령 제정권이 자치체에 분유(分有)되고 그 실효를 거두기 위해 500리블(?)의 벌금 또는 8

일 이하의 구금형 부과가 법률에 의해 허용되었다. 따라서 지자체 경찰기능은 당해 자치의 일부로 관념되어, 행정의 수장이 장악하고, 콤포트 관리로 구성되는 지자체 경찰재판소(3명. 큰 시에서는 5명, 파리는 9명. 콤포트 관리의 호선을 통해 재판관을 선출한다)에서 콤포트 총대(總代) 또는 그 보좌관이 논고를 한다는 구조였다. 단 지자체 경찰재판소 판결에 대해서는 디스트릭트(지역. 郡部?) 재판소에의 상소가 허용되어 있으며, 이리하여 시 · 읍 · 면 자치를 전제로 사법적 통제가 이루어졌다.

경죄사건은 벌금 또는 2년 이하 구금형에 해당되는 범죄인데, 재판기구는 canton(소군[小郡]) 단위로 조직되어, 명망가와 시민에 의한 지방자치의 일환으로 인식되고 있었다. 즉 재판관은 법률 전문지식을 반드시 필요로 하지 않는 치안판사 및 비전문가 배심이었고(그 구성은 지역에 따라 여러 가지였다), 소추는 지자체 총대(procureur de commune) 또는 지자체의 위탁을 받은 법률가가 담당했다. 여기에서도 행정과 사법이 분화되지 않는 상태가 확인된다. 그 배경에는, 경죄사건에서는 사법적 조치보다도 가부장적(paternal) 조치가 보다 질서 유지 · 회복에 바람직하다는 생각, 순수하게 행정적인 문제를 배심으로 넘기는 것은 좋지 않다는 생각이 있었다.

중죄절차에 대해서는, 죄형법정 원칙이 관철되어, 배심제가 절차의 두 국면, 즉 기소 단계와 판결 단계에서 채용되었다. 말하자면 실제형법의 형성과 적용(정확하게 말한다면 법 적용의 전제인 사실 인정)에 있어서의 국민주권 원리가 그 구성원리로 되어 있다. 그러나 거기서의 큰 특징은 사권(私權)의 보호와 공공의 질서유지와와의 기계적 분리이며, 인권선언의 논리를 사용한다면 인간의 자연권인 '안전'과 관련하여, 개별적인 이익 · 권리의 보호보다도 집단으로서의 안전 보호라는 관점의 우위이다. 그것은 주권의 주체가 추상적인 일반의사인 '국민'이며, 이와 같은 의사주체의 범위를 능동적 시민에 한정한다는 구상과 딱 들어맞는다.

헌법제정회의의 중죄절차의 구상은 정식절차인 기소배심과 판결배심이라는 면과 비공식절차인 예비수사 · 예비심문이라는 면과의 이중구조로 구성된다. 이는 앙시앵 레짐에서의 법률가(특히 상층 법조)를 배제하면서, 민주의 직접적 간여를 예정하지 않는다는 구상에 뿌리를 가진 것이다. 이 이론은 각각 별개의 이유에서 생겼지만, 형사사법제도의 성립기반을 좁은 것으로 만들었다. 민주의 직접적인 간여를 부정하는 것은 민중의 정동성(情動性) · 낮은 교육수준 등 때문이라고 설명되었다. 또 상층 법조를 배제하기 위하여 재판기구를 철저히 분산시키며, 사람들의 생활권(圈)에 맞는 재판소 배치 및 재판관 임용(계다가 선거제이다)를 목표로 했기 때문이다. 따라서 사법의 담당자는 지방정치에 뿌리 내린 명망가 층(특히 도시의 중소 부르주아지) 속에서 모색되었다. 사법관 · 보조 법률직의 특권화를 경계하고 더욱 세밀한 권한 분산 · 상호감시 체제를 구상했다.

형사절차의 시작은 관할기관에 의한 범죄사실의 인지부터이지만, 재판에 의한 사실 확인과 법률의 적용이라는 법치주의 제도를 채택하고, 게다가 규문(糾問)절차를 배척하고 탄핵적 절차구조를 취하기 때문에 판결기관과 소추기관과의 분리가 필요하게 된다. 나아가서 판결기관에는 사실의 인정과 법률의 적용을 분리하여 판결재심을 채용했다. 소추기관에는 판결절차에의 이송 결정과 판결절차에 있어서 소추 수행을 분리하고, 기소배심을 두고, 공판을 유지하고 법률의 적용을 청구하기 위하여 집행권의 대리관(=代埋官. 즉 국왕위원, 정부위원)을 두었다. 이상의 정식절차를 지탱하기 위해 증거를 수집하고 피의자의 신병을 확보하는 직무, (기소배심 절차까지도 탄핵형으로 구축했기 때문에) 기소배심에 공소를 제기하는 공소관, 기소배심절차를 지휘하는 기소 지도관, 그리고 증거수집 등 수사절차를 맡는 치안판사 등이 설치되었다.

결국 중죄절차는 다음과 같은 지역적 범위를 가진 3층 구조의 절차(예비심문, 탄핵, 판결절차)로서 구성된다. 즉 ① canton(소군)에서의 경찰관리 즉 치안판사에 의한 취조, 절차의 단서는 피해자에 의한 고소 또는 제3자에 의한 공적 고발(denonciation civique)인 바, 현행법 경우는 치안판사가 직권으로 사건

7) 형벌 완화와 관련하여, 1791년 형법전은 중죄에 대해서는 사형을 존치했지만(로베스 피에르 등은 사형폐지론), 철환(鐵丸)형, 징역, 금고, 구금, 추방, 공민권 박탈, 고랑·족쇄 등을 정했다. 1792년 7월 법률은 경죄 및 지자체 경찰의 형벌로서 구류, 벌금, 죄체(罪體)물수를 규정했다. 은사권 · 무기형의 폐지도 입법자 진영의 사상에서 나오는 것이다. 1810년 형법전에서는 형기에 폭이 있는 법정형, 경감사정이 정해져, 무기형도 부활했다. 은사권도 공화력 10년 프롤레타르의 법률에서 부활되었다. 참고로 법 앞의 평등한 인간이라는 논리가 19세기 감옥개혁운동의 출발점이 되었다는 점도 자주 지적된다.

을 담당할 수 있다.<sup>8)</sup> 사건을 수리한 치안판사는, 구인장으로 피의자를 인치하고 심문하여 기록서면을 작성한다. 소추의 이유가 있다고 판단한 경우에는 피의자를 구인구류장으로 수감한다. 단 치안판사가 수리를 거부한 경우에는 고소자, 고발자가 직접 기소배심에게 소를 제기할 수 있다. ② district (市區 · 郡部)에서의 기소배심. 6개월마다 district 재판소 재판관 중에서 순번으로 임용되는 배심지도관이 치안판사로부터 사건의 이송을 받아, 탄핵의 이유가 없을 경우에는 district 재판소가 국왕위원의 의견을 듣고 면소판결을 내리고, 탄핵의 이유가 있거나 또는 district 재판소가 탄핵의 이유가 있다고 판단할 경우에는 기소배심<sup>9)</sup>으로 넘긴다. 고소인 또는 고발인이 소추에 관여해서 기소장을 작성하여, 배심이 배심지도관의 소집으로 그 사회 하에서 비공개로 심문하고, 배심원 중 장로가 좌장이 되고 배심지도관의 관여 없이 평의하고(다수결), 기소할 경우 배심지도관은 신체구속명령을 내린다. 기소를 하지 않기로 할 경우에는 배심지도관에 의해 피의자는 석방된다. ③ departement (현(縣))의 중죄재판소 (임기 6년의 선거된 재판장 및 district 재판소에 소속된 3명의 재판관 및 12명의 배심으로 구성된다)의 공판. 배심원에 의한 사실 인정과 재판관에 의한 양형(量刑)을 절차상 분리하여 구두 공개대질을 한다(재판장은 변론을 요약하고, 배심원이 평의해야 할 사항에 관해 질문서를 제시한다). 배심원은 3분의 2의 다수로 1심이자 종심으로서 평결한다.<sup>10)</sup>

이와 같은 기본구조를 볼 때 국민(=농동시민)의 직접 또는 간접적인 관여는 관철되어 있는 것처럼 보인다. 예컨대, 치안판사 · 배심지도관 · 공판재판관(재판장과 3명의 district 재판관) 및 공소관은 모두 중죄 재판소 소재지의 district의 농동적 시민이 공선(公選)한다. 기소배심의 8명의 배심원 및 판결배심의 12명의 배심원은 모두 지자체 집행부가 작성한 일정한 나이와 수입을 갖는 농동시민 명단에서 추첨되어 선임된다. 게다가 판결배심은 일심이자 종심이며, 평결은 다수결제이다. 또 국왕위원은 집행권(=왕권)과 사법권과의 조정기능을 갖는다고 하여 행정부가 임명하는 종신제 관리였지만, 그 직무는 공판을 유지하여 법률의 적용을 청구하는 일에 한정되어 있었고, 나아가 임명권자에 의한 간섭을 배제하기 위해 일정한 신분보장(종신제)과 직무의 독립이 보장되어 있었다.

헌법제정의회가 만든 재판제도는 논리적으로 일관되어 있으며, 거의 완벽했다(민법전 · 민사소송법전이 아직 없었다)고 평가되며, 특히 배심제도를 채용한 중죄재판소에 대해서는, 재판관 선거는 1791년에 있었고, 거물이 속속 선출되었다.<sup>11)</sup> 배심원은 중소 부르주아지, 직인(職人), 상인 등 도시 시민이 대부분이었으며, 농민은 많지 않다. 파리에서는 매월 후반에 개정했다. 처음 변호사는 직업재판관을 대하는 것과 마찬가지로 배심원이 이해하지 못하는 라틴어를 인용해서 변론을 했지만, 곧 적용하여 배심원을 설득하는 방법을 고안해냈다는 에피소드도 전해지고 있다.

그러나 배심제가 시민의 직접적인 사법권 행사를 충분히 확보하는 것일 수는 없으며, 앞에서 본 바와 같은 한계를 지닌 것임은, 민사사건 및 경죄사건에 관한 배심제가 제정과정에서 부정되어 있다는 사정에

8) 예심판사가 직권으로 사건을 담당하는 것은, 현행범인 경우 외에 살인 또는 사인 불명 내지는 범죄로 인한 의심이 있는 사망의 통지를 받은 경우이다.

9) 기소배심은 district 총대(總代)가 작성하는 명단 (30명)에서 8명이 추천(薦?)으로 선임되고, 국왕대리관 면전에서 배심지도관으로부터 소추의 이유가 되는 사실에 대해 설명을 듣는다. 평결은 다수결이다.

10) 판결배심은 선거인 유자격자가 등록하는 특별등록부를 기초로 현(縣) 총대가 일반 명부를 작성하고 난 다음 200명의 회기 명부를 작성하고 현 집행부의 승인을 받는다. 매월 초 중죄재판소 소장이 일람표를 작성한다. 그리고 검찰관으로서 국왕이 임명하는 국왕위원은 중죄 기소에 대해 의견을 말할 권리와 법률의 이익을 위해 청구할 권리만을 갖는데 지나지 않는다. 기소배심을 거치지 않는 경죄 사건에 대해서는 기소권을 갖는다. 공소(公訴)관은 1792년 10월 10-22일의 데끄레, 1793년 헌법, 공화력 3년 헌법까지 설치되어 있었지만, 공화력 8년 헌법에서 폐지되었다.

11) 파리에서는 뒤쁠 (소장), 로베스 피에르 (공소관) 등의 이름도 보인다.

서도 명백하다. 또 중죄절차의 배심제가 반드시 잘 운영된 것이 아님은, 배심의 구성이 거의 우연, 혹은 재판관의 자의에 내맡겨져 있었기 때문에, 공화력 4년 브뤼메르 3일의 형법전에서 변경되었으며, 배심원 일람표 작성과 관련된 재판소의 관여를 배제하여 등록부(簿)의 보관만에 관여케 하도록 변경(공화력 8년 제르미나르 5일법, 공화력 9년 프뤼비오즈 2일법)한 것에서도 분명하다.<sup>12)</sup>

그리고 국가공안에 관한 사건에 대해서는 배심을 배제한 특별재판소의 설치가 향상화 된다. (공화력 9년 프뤼비오즈 2일법, 공화력 10년 프롤리아르 23일법, 치죄법 553, 554조) 여기에는 권리 · 원칙으로서의 배심재판에서 특권 · 은혜로서의 배심재판으로의 관점의 전환이 숨겨져 있는 것이다. 또 중죄사건의 수사 · 기소 절차를 치안판사에게 맡긴 점에 비판이 일어, 전문적 소양 있는 예심판사 · 검찰관제도의 부활이 일정에 올라오게 되는 것이다.

#### 4. 끝으로

혁명의 추이는 헌법제정의회에서 구상된 형사사법제도가 그 자체로서 사회 내부의 요구에 따라 기능할 것을 용납하지 않았다.<sup>13)</sup> 봉건제도의 폐기에서 출발하고 농동시민의 주권을 축으로 전(全)사회구조를 재편성하는 새로운 사회구성체의 형성은, 그 세부에 있어서의 국가기구 · 사회조직의 편성에 착수한 것과 동시에 낡은 사회구성체의 적나라한 힘과 충돌하게 된다. 군사력을 중심으로 한 사회구성체가 그 영역적 지배를 확대하는 국면에서는, 이와 같은 팽창운동을 지탱하기 위하여 사회구성체 그 자체의 편성에 일정한 변화가 발생한다. 그것은 사회의 평시(平時)적 편성에서 비상시적 편성에의 변화로서 파악된다 하더라도, 대외전쟁을 수행해 나가는 과정에서 물질의 재생산구조의 변경을 강요할 뿐만 아니라, 사회편성의 정치적 논리에 있어서도 과거와는 다른 것을 필요로 하게 된다.

즉 프랑스의 근대법 원리 형성이라는 문제를 보아도, 나폴레옹 제정기의 법전 완성을 가지고 획기로 볼 수가 있지만, 이 시기의 사회구성체의 편성 그 자체가 어떤 의미로 근대사회의 내실을 지닐 수 있었느냐는 문제에 대한 검토가 필요하다. 그것은 단순히 자본제 생산양식이 아직 사회의 전면을 뒤덮지 못하고 있었다는 점 뿐 아니라, 국가라는 정치적 지배기구로 묶어지는 하나의 사회구성체가 다른 사회구성체와 군사력으로 충돌하면서 주변의 사회구성체를 정치적 경제적 지배관계 속에 편입한다는 팽창운동 한가운데 있었다는 의미에서도 특수한 국면이었기 때문이다. 그렇다고는 하지만, 근대법 원리의 형성과 전개라는 관점에서 본다면, 그 후 거의 200년에 이르는 프랑스 사회의 법적인 사회구성 논리가 이 시기의 법전에 의해 규정받고 있다는 사실을 놓쳐서는 안 된다.

현재, 1789년의 인권선언 및 1791년 헌법에 가려진 '형사입법 개혁'은 그 자체로서 프랑스 근대법의 모형(母型)으로서 취급받지 못하고 있다. 그것은, 프랑스의 근대적 형사입법 그 자체가 나폴레옹 법체제에 직접적으로 의거하고 있으며, 1808년 치죄(治罪)법도 1810년 형법전도 1791년의 형사입법의 단순한 계승이 아니라는 의미이다.<sup>14)</sup> 나아가서는 나폴레옹 제정 그 자체도 자코뱅 독재에 의한 혁명정부를 거

12) 이 밖에 배심원의 지나친 발언을 없애기 위해, 중죄법원 재판장은 배심원에 대해 복잡한 설문, 대답할 수 없는 설문을 하지 말 것이라든가, 배심원 자격을 사회 상층에 한정하는 식의 운영이 이루어졌다는 점이 지적되고 있다. 평결방법에도 변천이 있다. 즉 전원 일치 (공화력 4년 형법전) - 특별다수제 (공화력 5년) - 다수결제 (치죄법) 단 피고인에게 불리한 평결인 경우 재판관은 평의를 다시 하게 할 수도 있었다.

13) 이 점과 관련하여, 혁명기의 제도가 탄핵주의의 불편한 점을 제거하지 못했다는 점, 사소(私訴)의 불충분함을 보완하는 진정한 검찰관이 부족했다는 점, 경찰의 불충분, 빈곤한 예심제도, 배심원이 제대로 모이지 않았다는 등이 1791년 및 공화력 4년 입법이 좌절하게 된 원인이라는 견해가 일반적이다. 이에 대해 자유주의적 제도의 실패 원인은 정치적 동란에 있으며, 범죄 증가는 자유주의적 제도 탓이라고는 반드시 단정할 수 없다는 반론이 있다.

14) Donnedieu de Vabres는 나폴레옹 법체제를 나폴레옹에 의한 반동이라고 부르며, 위협에 의한 사회 치안의

처, 게다가 그 단순한 계승으로서가 아니라, 바로 쿠데타라는 직접적인 힘의 행사를 통한 정권 찬탈을 매개로 하면서, 권력의 정당성의 근원을 혁명의 정신(=인권선언)에서 찾는다는 모순적인 성격을 지니며, 나폴레옹 형사입법에도 이와 같은 특수한 정치적 태생으로 인한 성격이 각인되어 있기 때문이다.

그러나 무엇보다도 오늘의 시점(視點)에서 문제로 삼아야 할 것은, 보통법상의 범죄와 정치범죄 · 군사범죄와의 구별이라는 형법상 범죄개념의 구별에 의거한 재판소 구성 · 절차의 구별에 나타나는 정치범죄 · 군사범죄의 특수한 존재양태이다. 거기에는 보편적이고도 평등한 인간에 대하여 자연권으로서의 안전을 확보한다는 구상에서 출발했으면서도 범죄자 중에 구별을 설정한다는 모순이 노정되고 있는 것이다. 나아가서 이런 모순은 원래 범죄자 그 자체를 인간으로서 대우할 것을 승인하면서도, 시민으로서의 권리를 박탈한다는 근대 형사법의 아이러니 속에 농후하게 드러나 있는 것이 아닌가?

형사정책의 위기가 외쳐지고, 근대형사법의 마이너스 유산인 예외재판소, 특별절차의 폐지가 기본방침으로 재확인되고 있는 오늘날, 근대 형사법의 틀 그 자체를 다시 문제 삼을 필요가 있다고 하겠다. 범죄 · 일탈의 개념화와 사회적 대응과의 관계를, 사회를 구성하는 정치 이데올로기에 의해 다시 파악해보려는 M. Delmas-Marty의 파라다임은 바로 그와 같은 시도라고 보아야 한다. 나아가 형사정책의 수법인 비형벌화 · 비범죄화 · 비시설화라는 관점에서가 아니라, 사회의 억압기구로서의 형벌제도를 총체적으로 문제시 하는 abolitionism의 관점은 근대법의 틀 그 자체의 재검토를 필요로 하는 것이다. [끝]

확보라는 정책목적의 우위라고 규정하면서, 베카리아, 루소의 관점에서 배당의 관점으로의 전환이라고 자리를 매긴다. 또 앙시앵 레짐의 가혹한 형법이나 혁명기의 지나친 관대함과 달리, 1810년 형법전은 타협적인 성격 때문에 성공했다고 말한다. Sabatier은 사회적 혼란의 수습이라는 관점에서 나폴레옹 형사법제를 평가한다.

## 독일의 '기본권' 관념 - 그 성립에 관한 약간의 고찰

### 1. 문제의 의미

독일 국법학의 권위 라반트(Paul Laband)는 그 저서 <Das Staatsrecht des Deutschen Reiches>에서 다음과 같이 말하고 있다.

"자유권 혹은 기본권은 국가권력이 스스로에 대해 부여한 스스로를 위한 규범이며 여러 관청의 권한의 한계를 정한 것이다. 그것은 개인에 대하여 어떤 특정 범위의 자연적인 행위의 자유를 보장하지만, 국민의 권리를 정한 것은 아니다. 그것은 어떤 내용도 갖지 않기 때문에 권리가 아닌 것이다."

기본권(규정)은 개인에게 권리=주관법을 확보하기 위한 것이 아니라, 오히려 국가의 내부 조직에 관한 규범=객관법일 뿐이라고 주장하는 라반트의 이해는 19세기 후반부터 20세기 초에 걸쳐 독일 공법학의 지배적인 경향을 대표하는 것이었다.

현재 우리가 의미하는 기본적 인권은 물론 단순한 객관법이 아니며, 또 이와같은 법의 반사도 아니고, 국가의 전 작용으로 향한, 관철할 수 있는 권리=주관법 그 자체이다. 그렇다면 라반트가 정식화한 '기본권'이란 것은 이른바 기본적 인권과 그 성질을 달리 한 제도 위에 서는 관념이라고 보지 않으면 안 된다.

이 독일에 특유한 '기본권'의 관념은 직접적으로는 당시의 실정법 구조의 반영에 다름 아니다. 그리고 이와 같은 실정법 구조 및 그 반영인 기본권 관념은 결코 추상적인 사유의 산물이 아니라 사회적인 여러 힘에 규정되어 요청된 것임은 말할 나위도 없다.

이 글은 이와 같은 독일적인 '기본권'을 비교적 글로벌한 역사적 맥락에서 밝히려고 하는 것이다. 이 주제는 다원적인 고찰을 요하는 작업인 만큼, 이 글은 후일의 보완작업을 전제로 하는 소묘에 그치게 될 것이다.

### 2. 나폴레옹 지배와 그 반동

#### [1] 나폴레옹 지배의 영향

독일 봉건제는 엘베강 서쪽의 그룬트첼샤프트와 동쪽의 구츠첼샤프트와의 두 가지 사회구조 아래 18세기 말쯤 각각 상위한 국면을 드러내면서 붕괴 · 해체의 계기를 잉태하고 있었다. 프랑스혁명의 결과 프랑스혁명군의 라인지방 점령 및 독일 제방(諸邦)에서의 나폴레옹 지배를 거침으로써 봉건제의 붕괴는 결정적이었다.

프랑스의 직할지배를 받은 라인지방은 나폴레옹 민법전의 도입에 집약되는 바와 같이, 거의 프랑스혁명의 방식에 따라 봉건적인 여러 구속이 폐지과정에서 들어갔다. 바덴, 뷔르템베르크, 바이에른 등 독일 남쪽 제방에서도 프랑스 부용국으로서 신설된 베스트팔렌과 마찬가지로 신분적 특권의 폐지, 교회재산의 부정 등 조치가 취해졌고, 봉건적인 지대부담으로부터의 해방이 전개되는 계기가 주어진다. 이들 방(邦) 중 몇몇 곳에서는 나폴레옹 민법전이 도입되고, 혹은 도입이 준비되어 프랑스적인 사법 · 행정제도가 섭취된다.

한편 엘베강 동쪽 프로이센도 1806년 예나의 패전을 거쳐 구츠첼샤프트에 특유한 예농제의 개혁에

착수하지 않을 수 없게 된다. 이리하여 1807년의 10월 칙령에 의해 농민의 인신적인 예속의 폐지가 선언되어, 1811년 9월 이른바 조정령에 의해 구츠헬=농민관계의 소멸을 위한 배상방식이 정해졌다. 그러나 아 프로이센 토지개혁은, 영주적 지배를 벗어나려는 농민에게 큰 배상을 요구하는 것이었기 때문에 결국 구영주의 대토지소유는 유지되어, 하층농민인 인스트로이테를 농업노동자로 하는 지주직영의 대경영, 이른바 옹커 경영을 성립케 하기에 이른 것은 널리 알려져 있는 바와 같다. 그것은 어쨌든, 10월 칙령에서 농민의 토지에 대한 결박이 해제되어, 따라서 이전 및 직업의 자유가 승인됨과 동시에, 1808년에 나온 일련의 칙령을 통해 길드조직의 해체 및 그 규제의 배제가 진행되어, 1810년 10월의 재정(財政)칙령 및 11월의 영업세에 관한 칙령에 의해 영업의 자유는 일반적인 것으로서 기초가 확립됨에 이르렀다.

이와 같은 생산 및 상품유통의 자유화 정책(이것은 어떤 의미에서는 전쟁에 의한 국가채무 부담·프랑스에의 배상지불 의무에 의해서도 요청되는 것이지만)에 대응하여, 프로이센은 1808년 이래 중앙관청 및 도시의 행정개혁에 착수함과 동시에 병제(兵制)에서의 신분적 여러 제약을 폐지하는 개혁을 수행했다. 즉 권력장치의 정비 확립이 도모되었다. 이런 가운데 앞의 1810년 10월의 재정칙령은 국왕 및 하르덴베르크의 이름으로 “국민에게 각 주 단위 및 전방(全邦)을 위한 합목적적으로 설립될 대표의회를 부여할 것” 즉 방의 입헌화를 약속한 것이었다. 이 약속은 1815년 5월, 다시, 이번에는 더 자세하게 발표되었다. 즉 주의회 선출의원에 의해 구성되는 방대표 의회를 베를린에 설치하고, “공민의 인격상, 재산상의 여러 권리 및 조세에 관한 입법의 전 대상을 심의”케 하자고 하는 것이었다. 정부는 이렇게 대표의회의 설립을 약속했음에도 불구하고, 의회제에 필수적인 정치결사의 자유를 부인하는 칙령을 이듬해 1월에 발표함으로써 그 행동으로 약속을 어겨버렸다. 실제로 프로이센에서는 그 후에도 입헌제 채용을 재삼 약속하면서 1848년 3월혁명이 일어날 때까지는 끝까지 공수표 발행을 거듭했다.

## [2] 독일동맹

나폴레옹의 몰락과 더불어 구 왕조 부활을 목표로 하는 정통주의와 세력균형주의를 표방하는 메테르니히의 주도 아래 오스트리아 및 독일 제방(도시)은 빈 회의(1814년 9월~1815년 6월)를 열게 되었다. 이 결과 방 주권의 전제를 허물어뜨림이 없는 느슨한 연합체, 독일동맹이 성립되었다. 동맹규약에는 그리스도교 신앙의 자유(제18조), 동맹 내에서의 토지소유의 자유, 이전의 자유, 문무관 취임의 권리 등이 정해지는 것과 동시에 “동맹의회는 그 제1회 회의에서 출판의 자유 및 출판에 대한 저자 및 출판인의 권리보장에 관하여 통일적인 조치를 정하는 규정을 작성할 것이다”(제18조)라고 규정했다. 이들 규정은 직접적으로 개인에게 부여하기 위해 만들어진 것은 아니고, 오로지 동맹 각 방에 대한 프로그램에 지나지 않았다. 그러나 이와 같은 시도가 있었다는 것 자체에 프랑스혁명의 촉압을 느낄 수가 있을 것이다. 실제로 동맹규약 작성에는 훔볼트(Wilhelm von Humboldt)와 같은 계몽정치가가 참가하고 보다 광범한 기본권 카탈로그의 초안을 제출했으며, 앞의 동맹규약의 여러 규정은 이를 부분적으로 반영했다고 보아도 될 것이다.

다만 동맹규약의 여러 규정은 단지 법적인 성격이 없을 뿐 아니라, 거기서 언급되어 있던 출판의 자유 보장과 같은 것은 독일 통일을 목표로 내거는 학생운동, Burchenschaft의 고양에 대처하기 위해, 동맹이 그 탄압책에 나섬으로써 완전히 폐기되어 버리는 것이다. 즉 1819년 9월 발생한 이른바 ‘칼스바트 결의’는 출판검열법·대학감독법·혁명활동조사법 등 세 가지 법을 포함하여, 첫째 법으로써 동맹 제방에 사전검열의 채용·강화를 요구하고, 둘째 법에 의해 제방에 대학생뿐 아니라 대학교육 및 교육활동 전반에 걸쳐 감독을 의무화시키고, 셋째 법에 의해 동맹 전역의 혁명운동에 대한 조사·사찰에 종사하는 중앙조

사위원회를 설립했던 것이다. 여기서는 출판검열법만을 검토하는데 그치지만, 애초에 5년간의 한시입법으로서 제정된 이 법은 동맹결의를 통해 효력이 연장되어 1832년에는 기한의 한정마저 배제되어, 3월혁명 직전까지 독일전역을 지배·구속한 것이므로 중요하다. 이 법이 제정되었을 때 남독일에서는 이미 출판검열을 폐지했던 방도 있었지만, 이 동맹법에 의해 그것을 부활하지 않을 수 없었다. 나아가 1830년 프랑스의 7월혁명의 영향을 받아 헌법을 제정했던 여러 방이나, 바덴처럼 새로운 출판법을 제정하여 검열폐지 조치를 취한 곳에서는 동맹의 엄한 압력 아래 칙령으로써 이를 부활시키지 않으면 안 되기도 하는 것이다.

독일동맹은 요컨대 봉건반동조직이었으며 그와 같은 조직의 성립을 용납하는 객관적인 조건 하에서 기본권 법제가 성립될 수 없는 것은 당연한 일이었다.

## [3] 남독일의 초기 입헌주의

프로이센에서는 입헌적 요소없이 오로지 ‘위로부터’ 일방적으로 개혁정책이 만들어져, 그런 만큼 개혁 내용은 늘 철저한 것이 못 되었다. 그러나 바이에른, 뷔르템베르크, 바덴 등 남독일 제방은 1818~19년에 걸쳐 홈정헌법(바이에른, 바덴) 및 협약헌법(뷔르템베르크)을 제정하여, 이원제 의회를 설치함과 동시에 공민의 권리의무를 내거는 여러 규정을 가지게 되었다. 이것을 초기 입헌주의라고 부르며, 프로이센과 같은 후기 절대주의와 대비하는 것이 통례처럼 되어 있다. 그러나 남독일 제방의 헌법은 뚜렷한 군주주권 원리의 관철, 3권의 미분리, 의회에서의 신분제의 잔재라는 점에서 특징적이며, 더욱이 이를 헌법 제정 이전에 이미 구축되어 있던 중앙집권적 관료조직을 전제로 해서 바라볼 경우<sup>15)</sup>, 그것은 본질적으로는 ‘위로부터의’ 통합을 목적으로 하는 것이었으며, 프로이센이 (입헌제 없이) 가고 있던 것과 기본적으로는 같은 노선에 있었다고 할 수 있을 것이다. 이들 헌법은 공민의 자유권·정치적 권리 등의 카탈로그를 가지며 많은 자유권은 ‘법률의 유보’에 종속되는 것으로 한다. 이 때문에 사람들은 흔히 여기서 그 독일법치주의의 원형을 찾곤 한다. 그러나 주의할 것은 법률안의 제안권은 의회에는 없고, 또 무엇이 의회의 필요적 심의사항인지가 불명확하며, 어쨌든 정부측에 긴급명령은 물론 그밖의 독립적 명령(입법권)이 유보되어 있었던 것이다. 더욱이 법치주의 성립을 위해서는 국가와 사회의 분리가 실제적으로 전제되지 않으면 안 됨에도, 남독일은 이데올로기적으로 자유주의적 분위기가 강한 측면은 있었지만, 산업의 발전이라는 점에서는 오히려 영업의 자유가 기정사실화되면서 확대되고 있던 프로이센 쪽이 훨씬 앞서 있었다는 사정이 있다.

이렇게 볼 때 남독일의 초기 입헌주의는, 대외적으로는 독일동맹 내에서의 신흥 제방으로서 동맹적인 헌법의 강요를 선취하면서 대내적으로는 국민에게 일정한 지위와 권리를 부여하고, 배신(陪臣)화한 귀족에게는 상원의 의석을 주면서 군주제를 확보하려고 하는 것, “바로 절대주의 발전을 기초로 하여, 군주제의 줄기에 입헌주의적 제도를 접목하여 생긴 특이한 헌법형태였으며, 의회주의와는 상위한 정치적·역사적인 배경을 가진 것”이었던 것이다.

## 3. 3월 전기(前期)

### [1] 3월 전기의 일반 상황

15) 이들 방에서는 관료가 동시에 의석을 가질 수 있다는 점에서 특징적이다. 19세기 40년대 중간까지는, 제2위의 석의 약 절반을 관료가 차지했으며, 1846년에 겨우 1/3 정도로 줄었다.

프로이센은 1815년 빈 회의에 의해 구 영토 베스트팔렌을 회복함과 동시에 라인지방을 새롭게 입수하여, 독일 최선진지역을 영유하게 되었다. 대륙봉쇄 해제에 의해 선진국 영국의 침입을 방지하는 한편, 60가지 가까운 관세벽을 철폐하여 국내시장의 통일을 이루기 위해 1818년 프로이센관세법을 제정했다. 그후 인접 제방을 프로이센 관세제도에 가맹시켜, 이에 대항하여 1828년에 결성된 남독일 관세동맹 및 중부독일 통상동맹도 프로이센의 제도와 연계하지 않을 수 없게 되어, 드디어 프로이센 주도 아래 이들 3자가 합쳐져 1833년 독일관세동맹이 성립되었다.

단일 관세제도의 광역화 자체가 통일 국내시장의 확대원인이며 결과이지만, 이에 대응하여 1836년 이후 급속하게 철도건설이 전개되는 점도 중요하다. 특히 프로이센에서는 3월혁명 전야인 47년에는 이미 베를린을 중심으로 다섯 가닥의 방사선상의 철도가 부설되어 있었던 것이다. 이와 같은 철도 건설의 전개는 관련 산업부문·노동력 조달의 발달과 무관하지 않음은 말할 나위도 없다. 영국에서는 산업혁명 완성의 지표인 철도건설은 독일에서는 산업혁명의 기점을 상징한다.

이상과 같은 경제구조의 변화는, 프로이센의 경우 정치체제의 변경(입헌화)도 개인에 대한 정치적 권리·시민적 자유도 부여함이 없이 진행되었다는 점에서 특징적이다.

앞에서도 서술했듯이 1815년 5월 프로이센 국왕은 대표의회의 신설, 성문헌법의 제정을 약속했음에도 불구하고 온존되어 있던 구세력의 반대 때문에 실현불능상태에 빠져 있었다. 하르덴베르크는 재상으로 재임하던 마지막 해 1820년 1월에 국가채무법을 제정하여, 일정액 이상의 국가채무인수에는 “장래 대표의회의 소집과 협찬”이 있어야 한다고 선언했다. 바야흐로 재정이 긴박한 상태에 있었던 중, 앞에 요건에 해당되는 채무부담이 조만간 있을 것을 예상하여 의회의 협찬을 주장했던 것이다. 이는 세 번째의 입헌제 약속이었다. 그러나 하르덴베르크가 실각한 후 프로이센은 이후 20년간 강고한 관료제가 잔존한 채, 고도로 보수적인 세력들만이 정권을 담당하게 된다. 대표의회 설립계획은 완전히 소멸하여, 그에 대신하여 주 단위의 의회가 개설되었다. ‘오랜 독일헌법의 정신’에 근거한 신분제 의회의 재흥(再興)은 ‘사필귀정’이라고 생각되었다. 다만 현실로 구성된 주의회는 이미 신분제의회와의 재현 그 자체일 수는 없었으며, 새로운 주의회는 새로운 신분대표를 인정하지 않을 수가 없었다. 그러나 어쨌든 주의회는 고래의 원리에 근거하는 것이며, 주 사항의 입법에 대해 관여하는 권한밖에 인정되지 않았으며, 국민대표기관과는 먼 거리에 있었다.<sup>16)</sup>

## [2] 입헌운동의 대두

1840년, 43년 동안 국왕으로 있던 프리드리히 빌헬름 3세가 사망하고 4세가 뒤를 이었다. 신흥 부르주아지는 새로운 왕의 개혁을 기대했지만, 그는 40년 9월, 동·서 프로이센 양 의회가 거의 전원일치로 부왕이 1815년에 약속했던 국민대표기관의 설치, 성문헌법의 제정을 요구했을 때, 그후로도 두근두근 입에 올리는 말로써 이를 배척했다. 가로되, “양피지 위에 쓰여진 국가기본법”은 의미가 없다. 영국처럼 역사적으로 형성된 불문헌법만이 우리의 이상이다, 라고.

이 조치는, 그때까지 나폴레옹 민법전을 비롯한 프랑스적 여러 제도를 계속 고수하면서 프로이센 중앙 정부에 거리를 두고 대치하고 있던 라인지방의 부르주아지를 자극하고 반정부운동에 나설 것을 부추겼

16) 그럼에도 불구하고 미증유의 사회변동의 전개과정에서 국가활동은 끊임없이 증대하기 때문에 그 담당자는 당연히 관료층일 수밖에 없다. 해겜은 “보편적인 국가적 이익이나 법률적인 것을 (시민사회의) 특수한 권리 속에 낳고, 특수적 권리를 보편적 국가이익에 귀착케 한다”고 하는 통치권을 위하여, 행정관리, 그 조직 등을 말하고 있지만, 이는 추상적 사유의 산물이 아니라, 1820년대 관료의 현실을 반영하는 것이기도 했다. ‘위로부터의’ 개혁노선은 기본적으로는 주(州)의회의 설치로 인한 영향을 받음이 없이 진행된다.

다.

통일시장이 확대되면 될수록 관권적 세력은 부르주아지의 현실적인 질곡이 되어 그들 앞을 가로막았다. 1840년을 기점으로, 지식인만이 담당해왔던 자유주의 운동에 부르주아지가 처음으로 본격적으로 가담하게 되었다. 1844년 라인 주지사는 내무장관에게 보낸 보고서에서 다음과 같이 기록하지 않을 수 없었다. “이 주에서 현저해지고 있는 불평불만은 하층계급으로부터가 아니라 이른바 교육받은 놈들로부터 나오고 있으며, 그들은 어떠한 희생을 치르더라도 출판의 자유와 보통선거를 실현시키려고 의도하고 있다. 그들은 정도 차이는 있어도 모두 상층계급에 속해 있으며, 공산주의적인 경향과는 거의 무관한 것 같다. 그러나 그 목적을 달성하기 위해, 혹은 적어도 그들의 완전히 사적인 이익의 획득에 도움이 될 만한 사회불안을 야기시키기 위해, 공산주의를 이용할 가능성은 크다고 소관은 생각하는 바이다.”

국왕은 철도차관 기타의 재정문제를 해결하기 위해 1842년 10월 각 주의회의 대표자로 이뤄진 ‘합동위원회’를 베를린에 소집했지만, 위원회는 스스로를 1820년 국가채무법에서 이른 바 대표의회라고 볼 수 없다고 하면서 차관승인을 거부했다. 국왕은 이어서 1847년 4월 각 주의회의 ‘합동의회’를 베를린에 소집했지만, 이 또한 직접선거를 통한 의회가 아닐 뿐더러 심의권·승인권이 현저히 한정되어, 정기개회의 보장도 없이, 무엇보다도 산업부르주아지 중간층이나 노동자를 결하고 있었다. 어쨌든 열린 ‘합동의회’에서의 국왕의 개회연설은, 전쟁터에서 한 사람의 의사에 결정권이 내맡겨져 있는 것과 마찬가지로, “이 방의 운명 또한 한 사람의 의사에 의해 지도된다”라고 하는 반입헌적 시대착오를 노정하는 것이었기 때문에 의원들의 격분만을 샀다. 의원은 ‘권리선언’을 가지고 이와 대립했다.

국왕의 전술은 완전히 빗나갔다. 즉 차관에 대한 동의를 얻지 못했을 뿐만 아니라 이를 통해 통합되기 어려운 반정부세력을 집약집중시키는 결과를 가져왔던 것이다.

통치기구 내부에서 이와 같이 헌법문제 해결을 회피·지연하고 있는 상황 속에서, 1844년에는 슬레지엔의 직공폭동, 프라그의 경사날염공의 반란이 발생하고, 거기에 더하여 1847년에는 기근이 휩쓰는 가운데 대규모로 식량폭동이 일어나, 도시의 노동자계급의 힘과 움직임이 무시할 수 없는 중대문제가 되고 있었다.

봉건적 대토지소유자를 제외한 유산계급들은 노동자계급의 지지를 획득함으로써 구 정치권력을 타도하여, 통일과 자유를 위한 신정권을 수립할 가능성이 성숙되어 있었다. 이것이 바로 혁명전야의 상황이었다.

## 4. 3월혁명과 그 좌절 - 프랑크푸르트 헌법

### [1] 프랑크푸르트 국민의회

1848년 2월 프랑스국왕 루이 필립은 파리에서 쫓겨나, 프랑스로망국이 성립되었다. 이 2월혁명의 영향은 독일, 오스트리아로 즉각 파급되어 각지에서 출판의 자유, 집회·결사의 자유, 배심재판, 그리고 특히 대표의회를 위한 선거권 등을 요구하는 ‘3월 요구’의 대중운동이 전개되었다. 봉건반동의 역할만을 수행해온 독일동맹마저도 (3월초 조심스러운 한정을 달고) 검열폐지를 각주에 허용하는 결의, 흑·적·금의 통일독일 국기의 승인결의, 동맹헌법 작성을 위한 17인위원회의 설치결의 등으로 대응하지 않을 수 없었던 것이다. 한편 3월초 서남독일의 정치가들이 중심이 되어 통일독일헌법 제정을 위해 준비의회를 열기로 하고, 3월말부터 4월초에 걸쳐 프랑크푸르트 암마인의 바울교회에서 준비의회가 열렸다. 이 회동은 사적인 것이었지만 독일동맹은 이 회동에서 제안된 헌법제정국민의회의 의원선거를 각 주정부에 위탁하는 조치를 취했으므로<sup>17)</sup>, 5월 8일 다시 바울교회에서 개최된 이른바 프랑크푸르트국민의회는 명백

히 공적인 조직이다. 혁명상황에 떠밀려 독일동맹이 헌법제정을 위한 열쇠를 시민층에 넘겨준 형국이다.

그러나 프랑크푸르트국민의회는 무엇에 관하여 어떤 권한을 지니느냐는 점에 대해 동맹 및 각 방으로 부터 명확한 위임을 받지 않고 성립되었다. 그 때문에 도처에서 어려운 문제에 봉착하게 된다. 의회는 6월 '잠정적 중앙권력의 설치에 관한 법률'을 제정하여, 미리 오스트리아 및 각 방의 양해를 받음이 없이, 오스트리아의 요한대공을 섭정으로 하고, 이에 통일독일을 위한 집행권·통수권을 주기로 했지만, 오스트리아 자체가 이에 반대했을 뿐더러 각 방도 또한 이와 같은 중앙권력의 존재에 승인을 주려고 하지 않았다. 프랑크푸르트국민의회는 이리하여 권력조직도 재정적 기초도 없는, 손발은 마비되고 머리만 큰 조직과 같은 것으로서 가지 않을 수 없게 된다.

## [2] 프로이센의 혁명과 반혁명

2월혁명의 영향 하에 프로이센에서는 3월 17일부터 이틀 동안 베를린 시민봉기가 발발했다. 국왕은 3월 요구를 받아들여 검열을 폐지함과 동시에 "가장 광범한 기반에 입각한 입헌제"의 채택을 약속하고, 몇몇 시민적 자유들에 관한 프로그램을 밝혔다.<sup>18)</sup> 국왕 및 보수세력의 숙적이었던 라인 자유주의자인 캄프하우젠(Ludolf Camphausen) 및 한제만(David Hansemann)이 각각 수상과 재무부장관에 임명되었다. 이 캄프하우젠 내각은 내키지 않는 마음으로 프로이센 국민의회를 위해 보통선거권의 채택을 결정했던 것이다. 이것이 바로 혁명의 성과였다.

그러나 이 3월내각은 뒤에서 언급할 프로이센 국민의회 혁명적 요구에 대응하지 못했을 뿐만 아니라, 오히려 그 급진성을 두려워한 나머지 구세력과의 타협을 도모했기 때문에<sup>19)</sup> 부르주아적인 경제요구 그 자체인 동엘베 대토지소유자의 봉건적 특권 철폐조차도 관철하지 못한 채, 먼저 6월 캄프하우젠이 수상직을 사임하고, 그 뒤를 이은 아우엘스발트=한제만 내각도 9월에 파면되었다. 실제로 3월혁명에 대한 공공연한 반혁명의 움직임은 (프랑스 6월사건에서의 노동자권리와 이에 대한 군사적 진압이라는 측면원조를 받아) 이해 여름에 이미 조직화되었다. 8월 중순 베를린에서 열린 '재산보호와 모든 계급의 복지를 위한 협회', 이른바 '옹커의회'가 그 상징이었다. 혁명운동에 대한 농민의 환멸, 자유주의 다수파의 노동자계급에 대한 공포, 소부르주아의 산업자본 증대에 대한 위기감 등등을 이용하면서 동부의 토지귀족들은 옹커적 이익에 입각한 '국가유기체론'을 말하기 시작한다. 이 세력이 국왕 및 그 측근에 접근하면서 군사반동정권 수립에 성공하는 것은 11월초였다.

이와 같은 반혁명의 전개는 혁명의 성과인 보통(그러나 간접)선거제도에 의해 성립된 프로이센국민의회(1848년 5월 22일) 속에 발견되는 급진적인 요구와 직접적으로 대응한다. 즉 의회에서는 구질서의 파괴·혁명권의 법인(法認)·국민주권 원리 등등을 내포하는 '혁명의 승인'을 요구하는 제안이 나와, 정부가 제출한 헌법초안을 제쳐놓고 스스로 헌법위원회를 설치하여 초안을 작성했다. 이 초안은 군주제를 전제로 하는 것이기는 했지만 보수파에게는 참을 수 없는 의회주의 원리의 강조가 있다고 느껴졌다. 의회는

17) 독일동맹 의회는 이른바 7인위원회의 제안에 근거하여, 7만 명에 대해 1 명의 의원을 선거할 것을 원칙으로 하고, 그 세목은 각 방 정부에 위임하는 결의를 해놓고 있었지만, 프랑크푸르트 준비의회는 명확히 보통선거제를 채택할 것을 요구하고, 독일동맹 의회는 이를 수용하여 5만 명에 1 명의 비율로, 모든 독립적인 성인 남자의 선거권을 전제로 의원을 선출할 것을 각 방 정부에 요청하는 제2의 결의를 했던 것이다.

18) 이 중 '헌법 도입에 관한 칙령'이 제시하는 시민적 자유에 관한 가타로그를 열거한다면, ①인신의 자유 보장 ② 자유로운 집회·결사권 ③보통시민 방위조직 및 그 지도자 자유선거 ④장관 책임제 ⑤형사사건, 특히 모든 정치범죄 및 출판범죄사건에 배심재판 도입 ⑥재판관 신분의 독립 ⑦영주재판권·영주경찰권 등 폐지.  
19) 3월 내각의 부르주아적 한계에 대해서는, 3월 전기(前期)의 한제만의 사상체계에 뚜렷이 드러난다. 즉 부산자에 대한 경멸, 인민주권의 부정, 보통선거권의 거부, 자유의 대가로서의 군주제 및 특권귀족의 용인 등등이다.

귀족제의 폐지, 영주특권의 무상폐지 등 대체로 프랑스혁명기의 요구들을 잇따라 결의하여, 특히 과거에 법문 속에서 관행적으로 사용되어온 '프로이센 국왕'의 형용어인 '신의 은총에 의해'라는 문구를 위원회 헌법초안 전문에서 삭제하려고 시도했기 때문에, 국왕과 보수파들은 의회내에서의 분열경향을 이용하면서, 베를린의 치안상황 악화를 이유로, 11월 의회를 정회하고 브란덴부르크에의 이전을 명령하기에 이르렀다. 의회는 이전을 거부했기 때문에 12월 5일 국왕은 이를 해산하고, 바로 그날로 흠정헌법을 발표했던 것이다. 이리하여 프로이센의 반혁명은 완성되었다.

흠정헌법의 제정은 (국왕은 원래 그런 것을 원하지 않았지만) 인심을 수습하기 위한 잠정적인 것으로서 의도되었고 또한 예상되는 프랑크푸르트 헌법에 대항할 목적을 가지고 있었다. 그와 같은 것으로서 그것은 프로이센 국민의회에 제출했던 정부 원안에 약간의 (결코 사소하지 않은) 수정을 가한 것이었다. 그 제2장 '프로이센인의 권리'는 거칠게 말하면 후일 제정될 프랑크푸르트 헌법의 자유권 규정과 친근관계에 있으며 의외로 자유주의적인 성격을 가진 것이라고 할 수 있다. 그러나 이 글에서는 그 내용에 깊이 들어가지 않을 것이다. 어차피 그것은 단명한 것이었으며 국정상 거의 진지하게 시행되는 일도 없었고 곧 1850년의 이른바 프로이센헌법에 자리를 내주기 때문이다.

## [3] '독일 국민의 기본권에 관한 법률'

한편 바울교회에 모인 프랑크푸르트 국민의회는 앞에서 본 바와 같이 성립되자마자 어려움에 봉착했을 뿐만 아니라, 프로이센과 마찬가지로 여러 방에서 3월혁명이 좌절되어, 프랑크푸르트 국민의회 성립기반이 오히려 위기에 직면하게 되었다.

프랑크푸르트 국민의회는 주의 사정이 악화되어가는 가운데 통일독일을 위한 헌법제정사업에 몰두하지만, 권력구조 자체에 통일적인 이미지를 갖지 못한 채 오히려 자유권 법제부분에 힘을 쏟아, 그 결과 프로이센 흠정헌법의 발표에 약간 뒤처져, 12월 12일 우선 '독일 국민의 기본권에 관한 법률'을 탄생시킨다. 이 법률이 이듬해인 49년 3월 27일에 성립될 프랑크푸르트헌법 제6장 '독일 국민의 기본권' 자리에 그대로 들어가게 되는 것이다. 프랑크푸르트의회와 이와 같은 조치는 혁명적 상황이 무너지기 시작한 것과 대응하여, 시의를 잃지 않기 위해 취해진 것이지만, 사실은 이미 때늦은 몸부림일 수밖에 없었다.<sup>20)</sup> '독일 국민의 기본권에 관한 법률'도 프랑크푸르트헌법도 모두 제방, 특히 큰 방들에는 어떠한 직접적인 효력도 미치지 못하고 무시당하게 되는 것이다.

## [4] 총괄

독일부르주아지는 3월혁명 고양기에 있어서 정치권력 자체를 전면적으로 장악하고, 국민주권 원리에 근거한 인민정부를 수립하고 봉건적 잔재를 일소하는 가운데, 거기서부터 시민의 자유·권리의 보장 법제를 전면적으로 꽃피워야 했을 것이다. 그러나 현실적으로 그들이 했던 것은 많은 적든 기존 권력, 특히 각 방의 군주제기구 등 구질서를 주어진 전제로 하고, 고작 보통선거권에 의한 의회제도의 수립을 추구하거나, 이것저것의 자유권 카탈로그의 고안이나 그 보장 형성의 논의에 시종한 느낌이 있다. 결국 타

20) Giese는, 먼저 구체적인 국가조직이 존재하지 않으면 기본권 규정은 무목적이며 무의미하다는 것을 깨닫지 못했던 점에 프랑크푸르트 국민의회 오산이 있었다고 지적한다. 이 평가는 국가권력이 조정(措定)되고, 이것이 기본권을 부여하는 것이라는, 나중에 언급할 법실증주의에 입각하고 있다고 판단되는데, 그렇지 않고, 프랑크푸르트 국민의회에 모인 부르주아지들이 기존 권력조직을 타도하고, 부르주아 정권을 수립하여, 기본권 규정을 세심했어야 했다는 의미를 갖는다면 정당한 지적일 것이다.

도해야 할 구세력을 온존시켰을 뿐 아니라, 이와 타협을 거듭함으로써 거꾸로 구세력의 반혁명을 초래하게 되고, 그것에 압도당하고 만 것이었다.<sup>21)</sup> 이런 사실은 독일부르주아지의 취약함, 역으로 말하면 옹기와 같은 구세력의 강대함을 표현하는 것에 다름아니다. 부르주아지의 취약함은 혁명세력의 일익을 짊어진 프롤레타리아트와의 대항관계와도 얽혀, 시민혁명의 전면적 전개에 제동을 걸어, 구세력과 구질서측에 접근하는 현상으로서도 나타난 것이었다.

## 5. 프랑크푸르트 헌법과 프로이센 헌법

### [1] 프랑크푸르트 헌법의 기본권

프랑크푸르트 헌법은 오스트리아를 포섭하려 하는 대(大) 독일주의를 배척하고, 프로이센 주도의 통일독일을 구상하는 소 독일주의를 채택했다. 프랑크푸르트 국민의회는 프로이센 국왕을 독일 황제로 하는 헌법규정에 근거하여 프로이센 국왕에게 황제 취임을 제안했다. 그러나 이미 혁명의 전 성과를 부정하는 입장에서 서 있던 프로이센 국왕은 이 제안을 거부하고, 그 결과 이 헌법은 정치적 실효성이 없는 문서가 되어버렸다.

그런 의미에서 이 헌법은 이념에 침잠하고 관념의 세계로 비상(飛翔)하며, 현실 관철성을 소홀히 여기기 십상인 독일 지식인의 산물에 참으로 어울리는 운명을 가지고 있었다고 할 것이다. 그러나 이것은 어쨌거나 혁명으로 인해 처음으로 분출구를 찾은 독일인의 통일과 자유에의 갈망의 결정체였던 것이며, 당장의 실효성을 결하는 측면은 있었지만 그 자체로서 약간의 고찰을 시도할 가치가 있는 문서라고 할 수 있다.

헌법은 먼저 “독일 국민에게 이하의 기본권이 보장되어야 한다. 이들 기본권은 독일 각 방(邦)의 헌법에 대해 규범으로서 기여할 수 있는 것이어야 하며, 독일 각 방 헌법 혹은 법률은 이들을 폐지 또는 제한할 수 없다.”(제130조)고 하면서 통일독일 국민의 기본권이라는 관점을 명료하게 내놓고 있다. 후일 바이마르 헌법, 본 헌법으로 계승되는 ‘기본권’이라는 개념은 이 문서에서 비롯되었다는 점에서도 주목할 만하다.

통일독일 국민의 소망은, 통일 국내시장의 형성이라는 계기에 있어서 물질적인 근거를 갖는 것이며, 헌법에서는 통일국의 공민권, 부동산의 취득·처분의 자유, 전 독일에 적용되는 영업법, 국외 이주의 자유 등등으로 결실되어 있다.(제131-36조)

혁명의 소산을 어떻게 요약하고 있는지를 보면, 우선 ‘법 앞의 평등’을 말하고, 귀족신분·신분적 특권의 폐지를 규정함과 동시에(제137조), 신종(臣從)관계·예민(隸民)관계의 소멸, 영주 재판권·영주 경찰권 기타 봉건적 특권 등의 무상 폐지, 타인의 토지에서의 수렵권 기타 급부 청구권의 무상폐지, 10분의 1세 등의 토지 부담의 상각(償却) 등등 조치가 취해지고 있다. (제165-71조) 단, 이 모든 것들이 헌법 자체에 의해 소멸되는 것이 아니라, 통일독일법(라이히 법률) 혹은 방(邦)의 법률에 맡기고 있는 부분도 있다 (예: 교회의 재산권 제한 (제165조 2항), 가족세습재산제의 폐지(제170조))

21) 크로체 <19세기 유럽사>는 프랑크푸르트 국민의회 상층부 멤버들에 관해, “이 사람들은 원래 그 본성으로 보아, 구래(舊來) 독일 (여러 군후(君侯)국으로 이루어진 독일)에 묶여 있었으며, 프로이센 국왕에 대해서는 지극히 공손하고, 그들 중 다수가 헌신과 신복(臣服)을 전통으로 하는 학자·과학자·교수였다. 여러모로 매우 존경할 만 한 인물들이었지만, 혁명이 스타일은 아니었다. 본질적으로 혁명가의 소질을 갖추지 못했기 때문에 논의·채택한 의결을 저항하면서 고수하지도 못하고, 또 적어도 그 태도로서 이론적 항의 내지는 부언의 항의를 표하거나, 미래에의 提訴를 비치는 일조차 할 수 없었던 것이다.”고 기술하고 있다. 영겟스가 했던 프랑크푸르트 의회에 대한 혹평은 유명하다.

시민적 자유에 관해서는, 인신의 자유 불가침 및 주거·서신의 불가침에 관해 상세한 규정을 두고 있으며(제138-42조), 특히 이 영역에서의 경찰권력의 행사를 억제하고, 독립하고 공평한 재판소의 역할을 중시하고 있는 점에 특색이 있다. 출판의 자유 및 집회·결사의 자유 보장규정(제143조, 161-2조)도 주목할 만하다. 특히 출판의 자유에 대해서는 검열=사전 허가를 금지하고 있을 뿐 아니라, 보증금제나 인쇄·서적 판매의 제약, 우편의 금지 등 일체의 예방적인 조치를 금지하고 있는 점에서 획기적이다. 여기서도 행정적·경찰적인 권력을 배제하고 오로지 사후적인 재판통제만을 허용하는 방침이 현저하다. 이 밖에 신앙의 자유, 학문의 자유(제144-50조, 제152-8조)의 보장이 규정되어 있다.

시민적 자유에 관한 보장규정들은, 3월 이전의 자의적인 경찰권 행사에 주목하면서, 그 재발을 방지하려 하는 관점을 분명히 지니고 있다. 개별적인 부분에서 여전히 광범하게 ‘법률의 유보’를 수반하는 것으로 되어 있지만, 다른 한편 ‘법률’으로써도 빼앗길 수 없는, 헌법 자체가 보장하는 자유권이라는 구성이 시도되어 있는 것도 역사적인 직접경험에 뿌리를 둔 결과일 것이다.

이제 개별적인 기본권 규정들의 배후에 있는 문제, 즉 도대체 프랑크푸르트 국민의회는 기본권의 본질을 어떻게 파악했는지, 다시 말해, 자연법 이론을 따라 신성불가침의 전(前)·초(超) 국가적인 인간의 권리를 생각했는지, 아니면 국가의 입법행위에 의해 비로소 부여된 국가법상의 권리라고 파악했는지에 대한 문제를 고찰해야 한다.

법문에 나타난 범위에서는, 아메리카 합중국 독립선언과 여러 주의 헌법이나 프랑스의 ‘사람 및 시민의 권리선언’, 지롱드 헌법 초안 등에 보이는 인간이 태어나면서 가진 권리라는 개념은 없다. 압도적으로 많은 규정은 오히려 ‘독일인’을 권리 주체로 하고, 그 권리 범위를 지정한다는 구성을 취하고 있다. 중점은 자연적인 인간의 권리라기보다 ‘독일의 국가 공민권’의 권리 내용을 창출했다는 점에 있는 것으로 보인다.

물론 3월 전기(前期)의 헌법투쟁에서도, 또 이른바 3월 요구에 나타난 권리투쟁에서도, 그 후 이 나라에서는 거의 완벽하게 소멸하게 될 자연법적인 인권론이 매우 지배적이었으며, 프랑크푸르트 준비의회나 국민의회에는 베르커(Welcker), 아렌스(Ahrens) 등 3월 전기(前期) 이래의 이론적 활동가를 통해 자연법적인 인권론이 주장되기는 했다. 그들은 프랑스인의 권리만을 말하는 1814년 프랑스 헌법보다는, 1789년의 프랑스 인권선언이나 1793년 지롱드 초안의 인권선언에 친근감을 가지고 있었다.

한편, 그러나 “우리는 오늘날, (프랑스 인권선언과 같은) 추상적인 관점을 초극하여, 공민의 입장에서 있는 것이며, 단순한 인간의 권리로서 파악해서는 안 된다.”라든지, “기본권 규정은 이중의 의의를 갖는다. 그것은 국민의 기본권인 동시에 또 전(全) 독일국민의 장래 입법의 기초이기도 하다. 그것은 프랑스에서의 최초의 혁명 시 인권처럼, 입법을 구속하는 일정한 원칙을 내걸고, 입법 자체에는 규정하지 않는 나머지 것들을 맡긴다는 성격의 것이 아니다.”<sup>22)</sup>라고 하는, 자연법적인 인간의 권리라는 구성을 뚜렷이 배척하는 사고방식도 유력했다. 국민회의의 심의록에 근거한 고찰로, 에크하르트, 바울교회에서는 기본권을 실정법 상 국가에 의해 부여된 권리라고 이해하는 축이 오히려 지배적이었다고 결론짓고 있다. 아마도 이 결론은 앞에서 본 헌법의 법문 구성으로 보아도 수긍되는 바가 있다.

프랑크푸르트 헌법은 독일 헌법사상 기념비적 존재로서 높은 평가를 얻고 있다. 그러나 이 헌법을 가지고서도 이 나라에서는 전·초 국가적인 인간의 권리를 선언할 수가 없었다는 점, 뿐만 아니라, 여기서

22) 그리고 예를 들어 다음과 같은 주장도 있다. “일반적인 인권은, 가정된 자연상태에서 추상화된 것이며, 모든 국가조적에 선행하고 초월해서 인간에게 인정되는 것이다. 그러므로 적어도 다음과 같은 결과를 수반한다. 즉 이들 인권은 본래적으로 국가의 입법대상이 될 수 없으며, 국가의 입법 밖에 있는 범접할 수 없는 것이라는 점이다. (이에 반하여) 기본권은 이런 추상적인 것은 아니다. 그것은 전(前)국가적·초국가적인 원시상태와 관련된 것은 아니다. 이 점에서 우리는 무소파보다도 실정(實定)적이다. 그것은 국가 내에 있는 인간이 공민으로서 갖는 권리라야 한다.”

등장하는 기본권이 보편적인 인권과 구별된 별종의 것이라고 이해되었다는 점은 중요하다. 사람들이 말하듯이 분명 프랑크푸르트 헌법의 개개 기본권은 그 후 라이히법에 의해 개별적으로 입법화되고 실현되기에 이른다. 프랑크푸르트 헌법의 기본권은 이와 같이 야금야금 기정사실화하는 형태로 실현되는 데 적합했다고 할 수 있는지도 모른다. 그러나 (말할 필요도 없겠지만) 야금야금 기정사실화하는 실현과정은, 체계적·통합적인 자유권 원리에 근거함이 없이도 이루어질 수 있으며, 또 이와 같은 원리를 당연한 소산으로 하는 것도 아니다.

## [2] 프로이센 헌법의 기본권

프로이센에서는 흡정헌법 제정 후 보통선거에 의한, 하원까지 포함한 국민의회가 열리고, 흡정헌법의 승인이 요청되었다. 그러나 하원은 흡정헌법의 수정을 요구하면서 오히려 프랑크푸르트 헌법의 채택을 결의했던 것이다. 국왕은 49년 4월, 의회를 해산시켜 5월에는 3월혁명의 몇 안 되는 성과 중 하나인 보통선거법 대신 그 악명 높은 3급간접선거법을 긴급칙령 형식으로 발표했으며, 이 개악 선거제에 의거하여 구성된 신 의회는 흡정헌법 개정을 위한 작업을 명령받았다. 국왕은 자신이 만족할 때까지 개정을 요구했고, 1805년 1월 안이 마련되었다. 이것이 바로 프로이센 헌법이다.

이 헌법의 특징은 이미 흡정헌법 속에도 산재해 있던 군주의 권한을 한층 체계화한 점에 있다. '군주제 원리의 관철'이 프로이센 헌법의 중핵이라면 상원에서의 대표적 요소의 후퇴, 하원의 여러 권한 제약(특히 재정심의권과 군사심의권), 3급선거제의 확정 등등은 그 중핵을 측면에서 지탱하는 규정들이다.

이 헌법도 제2장에 '프로이센인의 권리' 규정을 두지만, 전형적으로는 출판의 자유에 관한 규정(제27조)이 단지 검열을 폐지할 뿐, 나머지 제한은 (예방적 조치도 포함하여) 일체를 '법률'에 유보해버린 데서도 알 수 있듯이, 자유 존중의 대전제는 완전히 사라졌다.<sup>23)</sup> 시민적인 자유의 후퇴와 매우 대조적으로, 그리스도교 교회조직, 공교육시설 및 군대라는 세 제도에 상세한 헌법상 근거를 부여하고 있는 점이 눈길을 끈다. 이들 이른바 '제도적 보장'은 국가와 시민사회의 분리에 대응하는 시민의 자유와는 역으로 국가와 시민사회를 융합시켜 혼합시키는 장치에 다름 아니다.

그리고 헌법 규정상은 "모든 프로이센인은 법률 앞에 평등하다. 신분적 특권은 인정되지 않는다."(제4조)고 규정되고는 있으나, 1854년의 법률 및 1855년 시행령으로 귀족신분의 특권화가 부활하여 헌법규정은 그 관철을 저지당하고 있다. 영주재판권·경찰권 기타 구질서에서의 경제외적 강제는, '무상으로 폐지된다'고 하면서도 그 시행은 '특별한 법률에 유보'되어 있다.(제42조) 이 중 영주재판권 같은 것은 재판권의 국가적 통합이라는 견지에서 일찍 폐지되었지만, 그 밖의 해체과정은 상당히 파행적으로 진행된다.

요약컨대, 프로이센 헌법은 원리적으로는 3월혁명의 성과를 전면적으로 부정해버렸고, 다만 신장개업을 한 군주제도 원리를 관철하는 가운데, 단편적으로 혁명의 결실을 주워 담고 이를 '위로부터' 부여하려고 하는 것에 지나지 않는다. 몇 개 열거된 '프로이센인의 권리'도 거의 전면적으로 '법률의 유보'에 복속할 뿐 아니라, '제도적 보장'을 흔재케 함으로써 자연 생득의 인간의 권리와 거리가 먼, 국가기구 속에 배치된 신민에게 주어지는, 비체계적이고 산뜻하지 않은 (half-hearted) 지위에 지나지 않는다.

프로이센 헌법의 인권규정은 이와 같은 성격과 내용의 권리규정이었지만, 통일 독일의 권리장전 결여로 인하여, 독일=프로이센의 기본권으로서 바이마르 헌법으로 대체될 때까지 거의 그대로의 상태로 지

배를 계속하게 되는 것이다.

## 6. 독일제국의 성립과 기본권

### [1] 에르푸르트 헌법의 기본권

3월혁명은 독일 통일을 가져오지 않은 채 자멸했지만, 반혁명이 성공하고 각 방의 복구(復舊)가 구체화함에 따라 프로이센과 오스트리아는 각각의 저의를 가지고 독일동맹 공작에 착수하게 된다. 여기서는 이 과정을 상세히 설명할 여유는 없지만, 다만 프로이센이 오스트리아의 간섭에도 불구하고 프로이센 주도의 통일책을 추진해 나가는 과정에서, 1850년 3월, 에르푸르트에서 통일의회를 열어, 5월에는 이 의회가 에르푸르트 헌법을 승인했으므로 이 헌법의 기본권 규정에 대해 짚고 넘어가야 할 것이다.

에르푸르트 헌법은 법문 상 프랑크푸르트 헌법의 조항들을 그대로 채용하고 있는 부분이 적지 않다. 기본권 규정(제6장 '독일국민의 기본권' 제128-187조)에서도 마찬가지이다. 그러나 이와 같은 계승사례가 있기 때문에 더욱, 거꾸로 프랑크푸르트 헌법의 규정을 개작하여 별개의 파악을 하고 있는 부분들이 눈에 띄기도 한다. 약간의 예를 들기로 한다. 첫째, 프랑크푸르트 헌법에서는, 기본권 규정들은 각 방이 입법행위를 할 때 규범적으로 작용되어야 하는 것으로 되어 있었으나 (130조), 에르푸르트 헌법에서는 그 규범성은 대폭 후퇴하고, 각 방이 입법을 할 때 그 적용이 기대되는 데 지나지 않는다 (제128조). 통일독일 국민의 기본권이라는 성격은 각 방의 독자성 앞에 현저히 힘을 잃고 있다. 둘째로, 프랑크푸르트 헌법에서는, 출판에 있어서 다만 검열 뿐이 아니라 일체의 예방적 조치가 금지되고(제141조), 집회·결사에 대해서도 사전적 규제를 최소화 하는 것으로 되어 있었다.(제161-2조) 그런데 에르푸르트 헌법은 출판에 관하여 검열 금지를 규정할 뿐, 구체적으로는 "공공의 안전과 제3자의 권리 보전을 위하여" 폭넓은 입법적 재량에 내맡기고 있으며(제141조), 집회·결사에 대해서는 그 권리 행사에 있어서 "공공의 안전 유지를 위하여 법률에 정한 규율을 받는다"는 한정을 도입하고 있다(제160조). 요컨대, 시민적 자유 앞을 치안유지를 목적으로 하는 '법률의 유보'가 가로막고 있는 것이다. 신앙의 자유에서의 세속분리 원칙이 관철되지 않고, 교육사항에 관한 국가적 감독권의 유보 등등 또한 양자의 차이를 느끼게 하는 대목이다. 셋째로, 인신의 자유에 관해서 보면, 프랑크푸르트 헌법에서는 행정상·경찰상의 신병 구속을 제한하고 독립 공평한 재판소의 역할을 전면으로 내세우고 있는데 대해(제138조), 에르푸르트 헌법은 행정상·경찰상의 검속(檢束)제도를 인정해놓고 있다(제136조). 넷째로, 프랑크푸르트 헌법에서는 중죄 및 모든 정치범죄에 관해 배심재판이 요구되고(제179조 2항), 평상시의 군사재판이 금지되고 있었는데(제176조 2항), 에르푸르트 헌법은 중죄 이외의 정치범죄의 배심재판요건은 엄해지고(제177조 2항), 군사재판은 무한정 인정되고 있다(제174조 2항).

이상과 같이 3월혁명 이후 얼마 가지 않아 3월 요구의 거의 모두가 송두리째 수정하지 않을 수 없게 된 모습을 에르푸르트 헌법에서 볼 수 있는 것이다. 그러므로 이 헌법이 봉건적 여러 제도의 해체에 매우 소극적인 점이라든가, 반대로 긴급 시 기본권 정지에는 적극적인 점, 그리고 헌법개정을 의회의 단순 다수와 각 방의 제후(諸侯)회의의 동의를 거쳐야 하는 것으로 함으로써 헌법의 독자성을 죽인 점 등등의 조치를 취하고 있다 해도 그리 놀랄 일은 아닐지도 모른다.

필자의 흥미를 끄는 것은 다만 에르푸르트 헌법의 여러 규정의 후퇴만이 아니다. 이 헌법을 심의한 통일의회에서의 기본권 부정론이 그것이다. 실은 이 의회에는 좌익이 참가를 보이듯 하고 있기 때문에 의원은 모두 중간파·보수파뿐이었다. 보수파는 철저히 기본권 규정 불필요론을 주장했다. 그 전형적 사례는 비스마르크(Otto Bismarck)의 입장에 잘 나타나 있다.

23) 프로이센에서는 3월혁명기에 검열 폐지의 조치를 취함과 동시에 일정한 정기간행물의 보증금제도를 채용하고 있었다. 보증금제도는 흡정헌법(제24조)과 양립되지 않기 때문에 한 때 폐지되었다. 그러나 본문에서 설명한 것과 같은 프로이센 헌법의 후퇴로 인해 보증금제도의 부활이 가능해지고 현실적으로 우선 칙령 형식으로 부활하고, 이어서 프로이센 출판법에 의해 정착되었다.



“우리는 이들 기본권은 모두 평온한 시민의 권리, 즉 관(官)에 의해 평화롭게 보호받을 것을 요청할 권리인 일반적인 기본권을 무시하고, 혁명이 가로챈 것이라고 생각한다. 그러므로 나는 바로 집회라는 것 속에 관의 모든 권위에 반항하고 이를 부정하는 정신이라는 가장 위험한 무기를 발견하는 것이다. 관은 이들 집회를 억압할 권력을 가질 수가 있는데도, 무슨 까닭에 이 억압을 해서는 안 된단 말인가?”

이와 같은 격렬한 기본권 부정론에도 불구하고 어쨌거나 에르푸르트 헌법에 기본권 규정이 잔존했던 것은 어떤 이유에서일까? 그것은 다음과 같은 입장에 요약되어 있는 것으로 생각된다.

“이들(기본권에 대한) 공격 배후에 인권의 망령이 떠돌고 있다. 그러나 과거 암흑시대에 발표된 인권 선언과, 이 초안에 담겨 있는 겸허한 기본권 규정 사이에는 큰 간극이 있다. 우리는 전자를 배척하고, 프랑크푸르트 헌법 또한 허용범위를 허용 한도를 멀리 넘어선 것임을 확인하고, 나아가 5월 28일의 수정 초안도 수정했다. 그런데도 이 초안에 담겨 있는 겸허한 기본권까지도 배척해야 하는 것일까?”

즉 전(前)·초(超)국가적인 인간의 권리가 아닌, 국가가 주는 겸허한 권리규정에 지나지 않는다는 점이 중요한 대목이다.

## [2] 북독일 헌법·독일제국 헌법과 기본권 규정의 결락(缺落)

프로이센 주도에 의한 독일 통일정책은 오스트리아의 개입으로 인해 성공하지 못하고, 에르푸르트 헌법은 끝내 시행되지 않고 말았다. 오르미츠 조약에 의해 프로이센은 오스트리아의 힘 앞에 무릎을 꿇고, 3월혁명 이전의 구 독일동맹이 부흥하여, 이것이 지극히 반동적인 역할을 수행하게 된다.

그런데, 1840년 이후, 라인, 작센, 실레지엔, 베를린 및 남부 여러 도시에서 있었던 대공업의 성장은 현저해, 지방의 가내공업 또한 한층 더 확산되어, 철도 부설이 촉진되고, 대서양 횡단 증기선 항로가 자체의 힘으로 개설되었다. 그러나 국내의 소국 분립제는 독자적인 공업·상업규제를 고집했고, 때문에 자연적 자원의 개발·조달, 자유로운 노동력의 유동이 저지되고 자본의 발전을 누르고 있었다. 해외시장에의 진출도, 이를 보호할 통일독일 정부의 부재로 인해, 경쟁자와 비교해서 현저히 열등한 처지에 있었다. “독일국 공민권과 모든 독일 공민에 대한 완전한 임의 이주권, 통일적인 상업=공업입법, 이런 것들은 이제 과대망상적인 학생들의 애국적인 요구만은 아니었다. 그런 것들은 이제 불가결한 공업의 생존조건이었다.” 통일정책은 지극히 물질적인 조건을 가지고 있었던 것이다.

1862년 9월, 프로이센 재상으로 임명된 비스마르크는, 국내적으로 헌법을 유린하는 철혈정책을 수행하면서 프로이센 부르주아지들의 취약한 반격을 억압하는 한편, 국제적으로는 오스트리아군과 대결하면서 착실하게 입지를 굳혀, 국제적·군사적 우위를 확인하자 의회 부르주아지와 화해를 이루고, 동시에 통일독일정책에 착수, 1866년 북독일연방, 이어서 1871년에는 독일제국의 성립을 이루었다. 이리하여 독일 부르주아지의 오랜 본질적인 요구가 관철되었다.

북독일연방을 위해서는 1867년의 북독일연방 헌법이, 또 독일제국을 위해서는 1871년의 독일제국 헌법(이른바 ‘비스마르크 헌법’)이 각각 제정되었다. 그 후 헌법은 거의 전면적으로 북독일연방 헌법을 계승하고, 다만 신, 가입 방인 나독일 제방에 관한 특별조치 기타에 수정이 가해지는데 그친다. 두 헌법과 기본권과의 관계를 말하라면 한마디로 전무(全無)다. 왜냐하면 양자는 모두 기본권 보장규정을 완전히 결하고 있기 때문이다. 두 헌법은 각 개인을 위해 권리=주관(主觀)법을 확보함으로써 시민사회의 자유를 매개로 한 경제적·문화적인 발전의 기초를 마련한다는 데 목적이 있는 것이 아니라, 후에 내걸게 될 독일 통일시장의 형성 및 자본의 대외진출을 담보하기 위한 라이히 권력을 창설하고, 이 권력행사를 객관법에 의해 보장하려는 점에 주안점이 있었다고 보인다. 각 개인을 매개로 하지 않고 오로지 권력 내부(라이히와 방(邦), 라이히 통치기구 사이에서의 제 관계)의 권한 분배를 도모하는 조직법적인 헌법인 것

이다. 그렇다면, 헌법이라고는 하지만, 통상의 법률과 같은 절차로 개정되고, 다만 국민대표기관이 아닌 연방상원(Bundesrath)에 특별하게 개정 거부의 경로가 주어져 있다는 특성도 이해할 수 있는 것이다.<sup>24)</sup>

북독일연방 헌법에서는 라이히의 법률이 방의 법률을 깬다는 일반원칙을 내걸으면서(제2조) 라이히 법률의 관할사항을 매우 상세히 열거하고 있다. ①이전·거주·이주·공민권·여권·영업·보험 등 조항, 그 밖의 식민지·해외 이주조항, ②관세·무역입법 및 라이히 조세입법, ③ 도량형·화폐제도, ④은행업에 관한 일반적인 규정, ⑤발명권, ⑥정신적 재산권, ⑦해외무역·항로의 일반적 보호조직 및 영사관 사항, ⑧철도 및 육로·운하 정비, ⑨각 방 사이를 운행하는 뱃목·선박, ⑩우편·전신사업, ⑪민사상의 강제집행법, ⑫공적인 문서의 증명, ⑬라이히의 육군·해군, ⑭의사(醫事)·수의사(獸醫事)경찰 등이 이것이다.(제4조) 독일제국 헌법은 이를 거의 그대로 답습하면서 다음과 같은 사항을 라이히 사항에 포섭했다. 즉 ①채권법·형법·거래교환법 및 민사소송법(제4조 13호) ②출판 및 결사에 관한 규제법(제4조 16호)가 그것이다.

열거되어 있는 사항 중 상당한 부분이 직접·간접적으로 시민의 여러 자유에 깊이 관계한다는 사실은 여러 번 말할 필요가 없을 것이다. 헌법은 그러나, 이런 것들이 라이히의 법률사항이라고 지시하는 것 외에 법률 내용에 관계되는 한정은 시도하지도 않는다. 소국 분립제로 골치를 썩혀왔던 독일 부르주아지들은 라이히법=통일법이라는 형식 속에 해방의 희망을 느꼈는지도 모른다.

물론 북독일연방 헌법 경우이든 독일제국 헌법의 경우이든, 그 심의과정에서 원안에는 포함되지 않았던 기권권 규정을 삽입하라는 요청이 있기는 있었다. 그러나 대세는 이를 받아들이지 않았던 것이다. 그 이유는 다음과 같이 요약할 수 있을 것이다. 즉 첫째, 본질적인 것은 라이히의 형성 그 자체인 것이며, 기본권 법제를 도입하려 한다면, 프랑크푸르트 국민의회처럼 너무 시간을 잡아먹고 라이히 형성의 안전이 난항한다. 둘째, 방(邦)들은 이미 헌법전을 가지고 있었고, 기본권 실현을 위해 노력하고 있다. 셋째, 헌법에 추상적인 기본권 규정을 내걸어도 결국 이를 시행할 상세한 법률이 없으면 무의미하다. 넷째, 법률 제정이라는 점에서는, 장래 라이히의 차원에서 가능한 한 시민의 자유에 도움이 되도록 노력함으로써 목적이 달성된다.

이들 논의는 각각 개별적으로 본 경우 중립적으로 보이며, 그런 의미에서 에르푸르트 통일의회에서 전개된 기본권 부정론과는 상이한 것처럼 보인다. 분명 여기에는 단적으로 반동적인 언설은 보이지 않는다. 그러나 양 의회 모두가 헌법상 기본권에 대한 몰이해, 경시, 과소평가가 공통되어 있음은 쉽게 알 수 있다.

북독일연방 헌법 심의 중, 메크렌부르크, 슈트레리츠의 대공은 그 의회와 함께, 기본권의 도입은 메크렌부르크의 국가질서를 붕괴시킬 것이라고 공포의 감정을 표명하고 있었다. 비스마르크는 이와 같은 작은 방들의 반 입헌주의를 교묘하게 이용했고, 독일 부르주아지가 이에 기꺼이 굴복했을 때, 시민적 자유를 결한 번영을 꿈꾸고 있었다고 말해도 될 것이다.

## 7. 법실증주의와 기본권

### [1] 객관법의 반사로서 기본권

24) 북독일연방 헌법(제78조)와 독일제국 헌법뿐만 아니라 프로이센 헌법에서도 헌법개정의 계기가 매우 안이하게 생각되고 있다. 예를 들어, 프로이센 헌법 제 107조는, 21일 이상의 기간을 두고 양원(兩院)이 표결을 요구할 뿐이고, 통상의 법률 제정절차와 같은 단순 다수결로 헌법 개정이 이루어진다고 규정하고 있다. 이 사실은 첫째로, 헌법이라는 법규의 특수성을 중요시하지 않는 사고방식을 나타내는 것이며, 둘째로, 헌법상의 기본권을, 단순한 다수 지배로써 제한·박탈할 수 없는 소수자의 특수권리라고 보는 인식을 결여하고 있음을 의미하는 것이다.

이 글 도입 부분에서 인용한 라반트의 기본권론을 여기서 상기하고자 한다. 라반트는 기본권 규정을 단순히 국가 여러 관청의 권한 배분을 정한 객관법에 지나지 않는다고 하면서, 그것은 내용을 갖지 않기 때문에 권리일 수가 없다고 단언했다. 라반트는 이 권리 부정론을 그의 주저 초판에서 채용한 이래 제5판에 이르기까지 관철하고 있다.

라반트의 주장은, 그에 앞서 나타난 게르버(C. F. von Gerber)의 저서 .....에 의해 기초가 마련되었다. 게르버의 저작은, 사법(私法)적 수법을 가지고 공법상의 권리 구성을 시도한 것으로 높은 평가를 받고 있으나, 그는 이 책에서, 국왕의 권리·관리의 권리·신민의 권리라는 삼분법을 취하면서 신민의 권리에 대해서 다음과 같은 파악을 시도한다. 즉 신민의 국법상 지위는 “국가로부터 지배받는 것”이며, 이 지위가 출발점이어야 한다. 한편, 출판의 자유, 집회의 자유 등 규정은 당장 국가권력의 권한을 지시하는 것, 부정적인 것에 지나지 않으며, 그와 같은 것으로서, 그것은 국가권력 행사에 대한 객관적·추상적인 법명제(法命題)이며, 여기서 곧바로 신민의 권리 부여(주관법으로서의 권리)가 도출되는 것은 아니다. 우선 맨 처음에 국가권력이 있는 것이므로 “설령 국민주권의 개념을 정점에 둔다 해도, 앞에서 말한 틀(신중관계)로부터는 개인에게 주어지는 권리는 전혀 도출할 수 없다”라고 선언한다. 요컨대 기본권 규정은 객관적인 공법에 속하며, 여기서 개인의 이익이 발생하는 일은 있어도, 그것은 공법의 반사(反射)에 불과하다는 것이 그의 생각이다.

우선 조정(措定)되는 것은 만능의 국가권력이며, 이 국가권력이 스스로를 한정하는 것으로서 기본권 규정을 두고, 이렇게 권력에 한계가 설정됨으로써 여러 개인은 자유로운 생활영역을 갖게 된다. 그러나 여러 개인이 자유영역을 갖는 것은, 권리에 의해 그런 것이 아니라, 공법의 반사로서 그런 것이라는 게르버의 주장을 라반트가 본질적으로 답습한 것임은 더 이상 부언할 필요가 없을 것이다.

게르버-라반트의 권리 부정론에 대해서는, 기르케(Otto Friedrich von Gierke)처럼 권리 긍정론을 가지고 반격하는 사람도 있었지만,<sup>25)</sup> 자연법 이론의 추방, 실정법예의 침잠, 법의 내용(실체)이 아닌 형식(절차)의 중요시라는 법실증주의의 지배를 허물어뜨리지는 못했다.

라반트의 제자 중 한 사람인 쏘른(Philipp Zorn)은 ‘국가소속성의 법 내용’이라는 관점에서 기본권문제를 처리하는 수밖에 없다면서, 국가소속성의 법 내용으로서 결국 “국민은 국가에 대해 복종할 의무를 진다거나, 국가는 그 국민을 보호할 의무를 진다”거나 하는 일반적·추상적인 명제로서 만족할 수밖에 없으며, 여기서 기본권을 체계적으로 파악하려는 시도는 단념되어야 한다고 주장한다.

법실증주의의 입장에서는 관념적으로 조정(措定)되는 기본권에 선행하여, 이 기본권을 부여하는 국가권력이 있으며, 이어서 이 권력에 복속하는 신민의 지위가 문제가 된다. 따라서 그들에게는, 기본권의 문제를 ‘국가 소속성’의 문제와 동치하는 방향으로 향하는 것은 논리적 필연인 것처럼 생각되었다. 그리고 ‘국가 소속성’의 근원적인 의의는 신민의 국가 복종 의무, 즉 의무의 체계에 있다고 하는 것도 또한 그들에게는 필연이었지만, 보른하크(Conrad Bornhak)는 이 점을 다음과 같은 극한까지 밀고 가, 국가에 대한 신민의 권리 일반을 개념상 성립될 수 없는 것이라고 결론지은 것은 흥미롭다. 왈 “권리-의무관계는 쌍방 당사자가 그들을 똑같이 지배하고 있는 법질서에 따르고 있는 경우에만 성립 가능하다.” 그런데, 국가는 법질서의 원천이며, 법질서에 복종할지 여부는 국가 자신의 의사로 결정하는 것으로서, 신민은 이 국가의사에 대항할 수 없다. 국가는 입법을 통해 신민에게 권리를 부여하는 일이 있어도 늘 입법에 의해 부여했던 권리를 취소할 수 있다. 이와 같으므로 국가와 신민 사이에는 상호구속적인 권리-의무관

25) 기르케에 따르면, 기본권의 본질은, 공동체적 속박에서 해방된 자유영역에 국가권력이 방해적으로 개입하는 것에 대한 ‘충지를 요구하는 권리’라고 한다. 라반트의 권리 부정론은, 국가권력은 인격의 일부에 밖에 간여할 수 없다는 기본권의 중요한 모멘트를 무시하는 것이라고 비판한다.

계가 성립될 여지가 없다.

보른하크는 기본권의 권리성을 부정하는데 그치지 않고, 신민의 공권(公權) 일반까지도 부정하는 극단으로 치달았지만, 당시의 지배적 견해는 거기까지 가지 않고, 기본권의 권리성을 부정하는데 머물렀다. 그리고 신민이 국가에 대해 어떠한 권리를 갖는지는 결국 행정법 영역의 문제에 속한다고 생각했던 것이다.

기본권은 권리나 아니냐는 문제제기에 자극받아, 공법상의 권리체계를 기도했던 사람은 옐리네크(Georg Jellinek)였다. 그에 의하면 사법(私法)상 권리는 시원(始源)적으로 존재하고 행사할 수 있는데 대해, 공법상 권리는 시원적으로 존재하는 것이 아니며, 이를 행사할 수 있으려면 국가에 의해 창조되지 않으면 안 된다. 이리하여 국가가 신민에 대하여 부여하는 ‘인격성인 공법적 자격’이 없으면 안 된다. 이 자격 부여는 신민이 국가 내에서 점하는 다음 네 가지 상태, 즉 수동적 상태, 소극적 상태, 적극적 상태, 능동적 상태에 의해 구성되어 있다. 이 중 신민이 국가권력의 개입을 받지 않는 상태는 소극적 상태인바, 여러 개인은 국가행위의 금지나 명령을 청구할 권리가 없는 이상, 헌법규범(기본권 규정)에 근거하여 제정된 법률이 여러 개인의 이익에 봉사하는 것이라 해도, 그것은 결국 객관법의 반영에 지나지 않는다. 이 경우 법률이 단순히 사실상의 이익을 주는데 머물지 않고, 더 나아가서 여러 개인에게 이익의 보호와 승인을 청구할 권리를 끼워 넣음으로써 비로소 권리가 발생하는 것이다. 법률에 의한 법적 청구권의 부여가 없는 이상 기본권은 이를 권리라고 구성해도 무의미하다는 이야기가 된다.

옐리네크는 다른 저작에서 자연권사상의 구명을 시도하고 있지만, 자연권적인 사고가 당대 실정법 질서 속에서 성립될 수 없음을 논증하는 결과가 되고 있다고 보아도 된다.

## [2] 행정법과 기본권

게르버는 출판의 자유, 집회의 자유, 사상의 자유 등등은 그 자체로서 정치적인 요구에 지나지 않으며, 법률학적 구성과 맞지 않는다고 이해했다. 라반트, 쏘른 등도 이들 시민적 자유에 약간의 경멸을 가지고 접하고 있다는 것은 쉽게 알 수 있다. 추상적인 자유의 명제가 아니라 구체적·개별적인 실정 법률이 필요하다라는 것이다.

법실증주의에 공통된 이와 같은 기본권관은 앞에서 제시한 북독일연방 헌법, 독일제국 헌법의 기본권 규정의 결여를 설명하는 여러 견해와 마치 복사한 것처럼 합치한다는 사실은 굳이 지적할 필요조차 없다. 법실증주의는 실정법에서만 출발한다는 방법을 취함으로써, 만능의 국가권력을 전제로 하면서, 객관적으로는 비스마르크적인 군주제 원리의 관철을 도왔던 것이다.

확실히 법실증주의자가 말하듯이 독일제국 헌법 아래 라이히 법률은, 통일독일 국민의 권리를 실정적으로 창출했고,<sup>26)</sup> 프로이센이 전형적인 예가 되듯이, 각 방에 행정재판소가 설립되고 권리보장 기능을

26) 북독일연방 성립 이후, 라이히 입법 제정은 착착 진행된다. 특히 주목할 것은 마치 독이 무너진 것과는 같이 통일독일의 공민권의 창출, 그로 인한 이전의 자유·거주의 자유 보장을 목적으로 하는 일련의 법률이 등장한 사실이다.

이와 함께 통일적인 영입의 규제와 자유를 형성하기 위한 입법이 중요하다. 경제과정의 저해요인인 소국 분립제는 이리하여 급속하게 소멸의 길로 치닫는다. 또 출판물에 대한 규제에 관한 라이히 출판법이 제정됨으로써 대체로 과거 어떤 방의 출판법보다도 출판의 자유에 폭넓은 여지를 부여했다. 집회·결사의 통일법은 입법화가 늦어져, 20세기에 들어서 성립하게 된다. 한편, 봉건적인 신분특권의 폐지는 착수되지 않고, 각 방의 경찰상의 신병구속(검속)이나 경찰처벌제도는 유지되고, 배심재판이 전(全) 전치범죄에 적용되지 않은 채 끝난다는 비조적적·과행적인 전개를 보인다. 그리고 이 기간에 악명 높은 반 카톨릭법이나 사회주의자법이 개제하고 있다는 사실에도 주목해야 할 것이다.

충족시켜 나간다. 이와 같은 과정을 딛고 볼젠도르프(Kurt Wolzendorff)는, 이제 저항권에 관한 이론은 역사적 사명을 완전히 다했다고 성급하게도 결론지었다. 그에 의하면 저항권 이론이 목표로 한 권리보호는 근대국가의 성립으로 실정법상 완비된 것으로 되는 것이다.

한편 독일 국법학은 기본권의 권리성을 부정하고 나서, 개별 구체적인 권리는 행정법의 문제라며, 행정법학에 넘겨지 처리를 떠맡긴 것은 앞에서 설명했다. 독일 행정법학의 권위 마이어(Otto Mayer)에 따르면, 기본권 규정은 단순히 '법률의 유보'의 지정에 지나지 않으며, 이 규정은 본래 독립 고유의 권능에 의해 모든 대상을 규율할 수 있는 행정에 대해 '법률의 근거' 없이 권한 행사를 하지 않을 것을 한정 지은 것에 지나지 않는다. 이리하여 한편에서는 행정법상의 관계 속에는 이미 기본권은 등장하지 않으며, 다른 한편에서는 행정은 '법률의 근거'에 입각할 것을 요구받는다고 하더라도 여전히 행정에 고유하고 독립적인 권능은 유지되고 있다. 행정법은, 행정에 고유하고도 독립적인 권능의 자기전개인 성격을 기본적으로는 상실하지 않는다. 그러므로 예를 들어 '경찰권의 한계' 이론을 구명했던 볼젠도르프가 프랑스법적인 접근, 즉 시민의 자유권으로부터 출발하여 경찰권의 한계를 그으려는 방법을 무의미하다고 배척하고, 경찰권이라는 소여(所興)의 권력의 본질로부터 그 한계를 긋는 독일적 수법의 우위를 자랑할 수 있었던 것이다. 사실 독일에서는 경찰목적의 공공의 질서·안전이 '제1의 요청'이라고 생각되고, 이를 유지할 것을 우선시해야 했다. 이리하여 우선 경찰권이 조정(措定)되고 다음으로 경찰권 행사를 한정하는 법률이든 판결이든 나타남으로써 개인의 자유가 성립된다는 순서가 될 것이라고 요약할 수 있을 것이다. 법실증주의적 국법학이 조정한 만능의 국가권력이라는 관념은 행정법학상은 그것이 예를 들어 경찰권의 관념으로서<sup>27)</sup> 이와 같이 형태를 바꾸어 재현되고 있는 것이다. 그리고 경찰권도 포함한, 행정에 고유한 권능이란, 군주의 권능에 근거를 두고 집약되는 것에 다름이 아니기 때문에 이 학문 영역에서도 결국 군주제 원리가 관철되어 있다고 보지 않을 수가 없는 것이다.

### [3] 총괄

독일 '정통파' 재정학은 국가를 지극히 '생산적' '도덕적' 역할을 수행하는 것으로서 파악했다. 이와 같은 국가관 자체는 후진 자본주의국이었던 독일 사회에서의 국가의 현실의 역할, 역으로 말하면, 부르주아지의 취약함을 표현하는 것에 다름 아니다. 법실증주의도 결국은 '정통파' 재정학과 같은 국가관에 입각하여 국가(군주·행정)의 보호·육성이라는 틀 안에서의 시민의 권리·자유를 합리화했다고 할 수 있을 것이다. 그러나 그것은 결코 슈미트(Carl Schmitt)가 말하는 바, '진정한 기본권'은 아니었다.<sup>28)</sup> 그것은 입법·사법·행정의 국가권력 전 측면에 관철될 수 있는 것은 전혀 아니었기 때문에 '반제품(半製品) 구조(half-finished structure)에 지나지 않았다.

바이마르 헌법이, 그리고 본 헌법이 독일 기본권법제의 이와 같은 '반제품 구조'성에서 충분히 해방되었는지의 여부는 따로 연구되고 밝혀져야 한다. [끝]

27) 독일, 특히 프로이센에서는 일반적·포괄적인 수권(授權)에 근거하는 경찰권을 법치주의적으로 설명하려고 행정법학자들은 고심하는 것이지만, 그 경우에 "무릇 국가라는 것을 생각할 때 불가결의 기능이 있다. 경찰권이 바로 그것이다"라는 명제의 정립이 시도되고 있는 사실은 흥미롭다.

28) "학문적으로 유용한 개념이기 위해서는 다음과 같은 것이 확정되어야 한다. 즉 시민적 법치국가의 기본권이란, 전(前)·초국가적인 권리로서 타당하는 것이며, 국가가 법률의 기준에 따라 부여하는 것이 아니라, 국가 이전에 소여의 것으로서 인정되고 보호되어, 국가는 특정한 가측적(可測的)인 범위에 대해, 미리 정해진 절차를 통해서만 침해할 수 있는 권리. 이러한 권리만을 가리킨다는 사실이다." 슈미트는 후에 '진정한 기본권'은 '사법국가'에만 존재할 수 있다고 지적한다. 독일에 특유한 '기본권'은 그 자체로서 완결되어 있었지만, 슈미트의 문제 지적은 그 지극히 세계사적 의의를 갖는 '기본적 인권'과의 대비 요구를 함축한다.