

면서도 그러나 진정 인민의 자발적인 의지에 기초한 것이 아니라, 반대로 대중은 많은 경우 교육과 선전 기구를 지배하는 권력의 조작대상이 된다는 사실이 인권상황에 영향을 주는 큰 문제로 존재한다. 인민대중의 사고양식 지도, 즉 두뇌의 회로를 만드는 일에 당이나 교육기관을 통한 노력을 기울인 것은 파시즘 및 사회주의 나라들이지만, 사상의 체제순응 경향은 '전체주의국가'에 한정되지 않는다. 국가독점자본주의 단계에서의 국가에 대한 충성 요구는 반공을 축으로 한 선전과 교육을 위한 노력을 결과하게 되어, 전자에 못지 않은 통제가 '자유'의 이름으로 수행되는 것을 당연한 것으로 여기는 지경에 이르렀다. 이러한 이데올로기 경쟁이 히스테릭하게 진행되면, 50년대 초반 미국에서처럼 빨갱이를 사냥하는 우익의 발호로 인해 사상의 자유시장이 폐쇄되는 것과 같은 사태가 발생할 것이다. 거기까지 가지 않는다 하더라도 TV, 라디오 등 대량통신 미디어의 조작을 통해 국민의 사고에 일정한 방향을 주거나, 무관심을 유도하는 우민화 정책이 취해지는 경향이 보이는 만큼, 인권과 민주주의의 공동(空洞)화 위험은 매우 크다고 할 수 있다. 하물며 선전·교육과 함께 공포의 치안기구가 인민의 내면에까지 침투하게 되면 기본적인 권은 그 존재근거를 상실하게 될 것이다. 현대국가의 이러한 사상통제 메카니즘은 인권과 입헌질서에 심각한 영향을 주는 문제가 되고 있다.

넷째로, 이상의 여러 문제와 관련해서, 근대 입헌제 기구와 그 인권보장기능이 근본적으로 검토되어야 한다. 현대의 새로운 상황 속에서, 그것은 현실의 시험에 얼마만큼 견딜 수 있는 의미를 가지고 있는가? 근대 시민이 그 '자유'를 지키기 위해 전제에 대해서 고안했던 입헌정치의 조직은 현대에서도 통하는 것일까? 이 마지막 질문을 가지고 좀더 상세한 고찰을 시도해보고자 한다.

#### [4] 입헌제 원리와 그 변질

근대입헌제의 원리는 성문헌법 제정, 권력 분립, 법률에 의한 재판, 민선 의회를 통한 정부 통제(즉 법률에 의한 행정) 등으로 이루어진다. 근대 시민계급의 자유주의에 근거한 입헌제의 제 원칙은 오늘날에도 흔히 민주적 제도와 같은 의미로 해석되고 있다. '자유 제국(諸國)'에서는 법치주의를 비롯해서 그 여러 제도는 불가변의 원칙으로서 통용되고 있다고 할 수 있다. 예컨대, 미국 입헌주의의 역사를 상세히 서술한 A.E. 서더랜드도 다음 다섯 가지를 그 기본원칙으로 들고 있다. ① 가장 중요한 것은, 자신의 정치·경제상의 운명을 인민이 결정할 자유를 갖는다는 것 (popular control of government) ② 정치는 정의롭다는 요청 (정의를 따르는 정부=government subject to justice) ③ 만인이 기본적으로 평등하다는 관념 (사람들에게 평등하게 수행되는 정치=government applied equally to men) ④ 정부가 자유에 대해 너무 강하지 않도록 통치권은 나누어져 있어야 한다는 원칙 (여러 권력을 확산·분리한 정부=government with diffused and segmented powers) ⑤ 사람에 의한 정치가 아닌, 법에 의한 정치를 위해 성문헌법을 갖는다는 생각 (쓰인 계약을 근거로 한 정치=government by written compact). 이들은 근대 입헌공화제에 공통된 아이디어이며 새삼스러운 점은 없다. 여기서는 오히려 이런 제 원칙이 사회의 여러 조건의 큰 변화에도 불구하고 '서방측' 국가들에서 의심의 여지가 없는 것으로 여겨지고 있음을 유의해야 한다. 우리는 제도 목적인 인권의 관점에서 이들 입헌제의 유효성을, 현대 사회의 조건 속에서 측정해보아야 한다. 이를 위하여 특히 권력분립을 중심으로 하는 기구에 주목하면서 그 인권보장기능을 검토하기로 한다.

고전적인 권력분립의 사상과 제도가 18-9세기에 수행했던 역할을 아마도 과소평가해서는 안 될 것이다. 그러나 오늘날 그것을 유지하고 있는 나라들에서 권력의 전제(專制)화나 인권에 대한 압력이 얼마나 방지되고 있는지를 생각하면 그 보장기능의 현저한 감퇴는 숨길 수가 없을 것이다. 아니, 권력분립 그 자체가 현대에서는 이미 유지되기 어렵게 되고 있다는 것이 일반적인 상태라고 해도 될 것이다. 원래 정

확한 의미로 권력분립은, 예를 들어 몽테스큐가 그 이론 설정의 모범이라고 생각했던 영국에서도 존재하지 않았으며, W. Bagehot에 의하면 역으로 거기서는 '행정권과 입법권의 밀접한 결합, 거의 완전한 융합'이야말로 영국 국가구조의 실질적인 비밀이라고까지 설명되고 있었다. 또 가장 충실하게 삼권분립을 채택해온 미국에서도 대통령 수중에 주어진 권한이 극도로 커진 것과 함께 여러 권력간 상호협조의 요구도 더욱 강하게 제기되고 있다. 19세기 말의 어느 판결(Kilbourn v. Thompson, 103U.S.168, 1881) 중에서 최고재판소가 3권의 엄격한 분립 필요성을 강조한 예를 들면서 W. 프리드만은, 현대에서는 사태가 완전히 변해버렸다면서 다음과 같이 말한다. '20세기 중반에서는 -이런 말을 하는 것조차 진부한 일이지만- 권력분립의 딱딱한 독트린은 이론적으로 말이 안 되는 것이며, 실제로도 불가능해져버렸다. 현대의 어떤 국가구조에서도 앞의 판결로 최고재판소가 상정하고 있는 것과 같은 엄격성을 가지고 그 독트린이 실현될 수는 없다.' 지금도 많은 교과서는 몽테스큐 이래의 고전적인 권력분립제가 거의 그대로 운영되고 있는 것처럼 쓰고 있지만, 실태와 원리 사이의 거리는 멀리 벌어져버린 지 오래다. 형식적인 3권분립에, 국가권력의 집중과 강대화를 방지하고 개인의 자유를 지킨다는 의미는 이미 존재하지 않게 되었거나 아니면 현저히 후퇴해버렸다고 해도 될 것이다.

이와 같은 사태는 보통 행정권의 강화 또는 집행권의 우위라는 현상에서 발생하는 여러 권력 간의 균형 상실로서 주목되어왔다. 국가의 행정작용 확대는 행정권을 장악하는 관료의 지위와 실권을 높임과 동시에, 행정의 능률과 신속에 대한 요구에 부응하기 위하여 준입법(quasi-legislation) 권한까지도 그 손에 쥐어주게 된다. 본래 의회의 전권(專權)이라고 인식되어온 추상적인 규범의 정립이 더욱 더 넓게 행정권에 위임되는 상태는 현대국가에 공통적으로 발견되는 행정권 강화의 현저한 현상이라는 인식이 보편화되었다. 이 '위임입법'의 실질적 근거로서, '근대적인 국가활동의 전 영역을 법률을 통해 규제하는 것은 일반적으로 불가능하다'는 사정과 (행정권에 의한) 명령만이, 항상 변화하는 사정에 적응할 수 있기 때문에, 행정의 필요와 긴급사태로부터 오는 요구를 충족시킬 수 있다는 이유가 거론되지만, 그렇다고 하더라도 광범위하고도 포괄적인 위임입법의 증대는 법치주의와 권력분립제의 질적인 변화를 나타내는 징후라고 해야 한다. 이는 동시에 의회제의 민주적 기능이 후퇴되는 것을 의미한다.

## 2. 입헌제에서 여러 기구의 인권 보장기능

### [1] 대표 신화의 파탄과 의회의 후퇴

권력분립에서의 균형상실현상을 입법부 측에서 본다면, 무엇보다도 20세기에 있어서 의회의 권위의 쇠퇴가 눈에 들어온다. 19세기에는 많은 나라들에서 거의 '종교'적 신앙의 대상으로까지 되었던 의회제는 이제 옛 위신을 지닐 수 없게 되었다. 이미 20세기 초에 대표적인 민주주의 나라에서조차도 의회의 존재이유가 흔들리고 있음은 명백했다. 국민대표의 신화와 현실은 정당 파벌의 추악한 싸움이나 금권에 의한 부패 등으로 인하여, 매우기 어려운 간극을 노정(露呈)하고 있었다. 게다가 이와 같은 의회제에 대한 불신은 자본주의 나라들을 강타한 여러 차례의 경제공황이나 사회적 위기 고조에 효과적으로 대처하지 못한 이런 나라들의 무능함 때문에 한층 확대되었다. 이 경향이 좌·우 독재국가의 성립과 이에 따르는 국제적 긴장의 고조에 따라 증폭되었음은 주지하는 바와 같다. 그리고 '무능하고', '늘어진' '수다쟁이들의 기관'이 전체주의국가(그것은 칼 슈미트의 말대로 '본질적으로 행정국가이다')에 의해 폐기될 즈음에는, 많은 자유주의국가에서도 의회는 대폭 후퇴하고, 그만큼 행정권(및 군사권)이 앞서게 되었다. 말할 나위 없이 의회의 이와 같은 무력화는 그대로 의회를 통한 정치 통제 of 形骸)화를 의미하고, 그것은 또 필연적으로 의회의 인권보장기능의 상실을 의미하는 것이었다.

자유를 바란 근대 시민이 의회에 대해 걸었던 기대는 (다소 단순화한다면) '악한 정부'에 대해 민선의 하원을 중심으로 하는 '강한 의회'의 통제를 가한다면, 전제(專制)나 자의(恣意)를 누르고 '자유'를 지킬 수 있다는 점에 있었다고 할 수 있다. 이와 같은 의미에서 19세기 유럽에 확산된 법치국가는 칼 슈미트 말대로 '입법국가'였다. 그리고 '사람이 아닌 법이 지배하는' 원칙을 가진 입법국가에서는 법률의 정립과 적용, 즉 입법과 행정의 분리가 그 '필연적인 구성원리'가 되어, 모든 국가생활은 '적법성 원리'에 복종하게 된다. 이 입법국가의 '합법성 체제'에서는 국민대표의 협동을 통해 정립된 국가적 규율 즉 법률이 '법'이며, 저항을 용납하지 않는 '법률의 지배'의 원칙은 질서의 보증인인 입법자의 정의와 이성에 대한 신뢰에 법의 권위의 기초를 둬으로써 성립된다고 생각된다. 민주적인 선거를 통한 국민의 대표자는 민의에 근거해서 입법한다. 그러니까 국민이 이 대표자가 만드는 법률에 따르는 것은 스스로의 의지에 따르는 것이다. 이런 '자율'의 이데올로기도 '입법국가'나 '의회주의'가 정당화되기 위한 핵심적인 이유가 되었다. 그와 같은 '자율'의 가설이 현실에 대충 맞는 조건으로 지탱되어 있었다면 의회를 통한 인권의 보장은 신뢰할 만한 것이 되었을 것이다. 그러나 현실의 사태는 진정 자유를 바라는 사람들의 기대를 채워주지 못했다.

국민대표신화의 공허함을 대중으로 하여금 뼈저리게 느끼게 한 현상은, 당리당락에 세월 가는 줄 모르는 정당의 타락, '민'의나 '국가이익'을 머릿수로 결정하려 하는 다수의 횡포, 그에 대항하는 야당의 의사 진행 방해 (filibuster), 유력한 압력단체의 횡행과 무력한 대중의 무시당하는 이익 등등, 정말 헤아릴 수도 없이 많다. 게다가 표면에 드러난 광경 배후에 의회정치 존재의의를 근본부터 되묻지 않을 수 없는 심각한 문제가 숨어 있는 경우도 결코 드물지 않다. 예컨대, 공정해야 할 선거가 돈으로 좌우된다는 낮은 현상도 의회가 경제적으로 우월한 자들의 지배의 도구로 타락되는 원인이 될 것이다. 또 예를 들어, 자주 되풀이되는 의사방해도 의회의 통합능력 파탄을 의미할 뿐 아니라, 여야 사이에 대화나 타협도 불가능할 정도의 근본적인 대립이 존재한다는 것, 바꾸어 말하면 의회정치의 전제조건이 결여되어 있기 때문에 이 제도 자체가 의문시되는 상태에 있다고 할 수 있는 것이다. 이 두 가지 예만 보아도 국민→선거→대표→입법이라는 수순으로 입법 작업이 진정 민주적으로 행해지고, 따라서 '법률'은 모두 민의에 따라 국민 전체의 이익을 수호한다는 것과 같은 신화가 얼마나 믿을 수 없는 것인지를 누구도 알 수 있을 것이다. 현실의 입법이나 정책 결정은, 자본주의사회의 경제적 우월자인 부유한 계층(특히 거대기업을 좌지우지하는 경영자나 자본가)의 기본적 이익에 봉사하든지, 혹은 적어도 그 이익에 반하는 일이 없다고 한다면 밑바닥 대중의 이익이나 권리는 무시되든지 아니면 고작 부차적으로 고려되는 데 그칠 것이다. 그와 같은 의회가 인권의 강력한 수호자가 되기보다는 오히려 대중운동을 억압하는 입법을 제작하는 기관이 된다고 해도 조금도 놀랄 일은 아니다. 어쨌든 인권보장 기능을 대표의회와 그 '법률'에 기대한다는 것은 현 상태에서는 난망하다고 하지 않을 수 없다.

## [2] 복지국가와 행정권 확대

의회는 후퇴는 동시에 행정권의 전진을 의미했다. 사회생활의 복잡화와 그에 따르는 다양한 문제의 처리를 위해서는, 의회에서의 법률에 대신하여 전문기술적인 능력을 지닌 행정부의 활동이 필요하다. 경제=사회의 광범한 영역에 걸쳐, 국가적 처리를 필요로 하는 문제가 분출하면, 그에 즉각 대응할 수 있는 시책이나 집행을 위해 정부(결국은 행정관료)의 자유재량권도 당연히 확대되지 않을 수 없다. 앞에서 언급한 위임입법도 불가피한 요청으로 인정받게 된다. 이 경향은 이른바 독점자본주의 단계에 도달한 선진국들에 공통적으로 나타나는 현상으로서, '의회'의 우월과 '법'의 지배의 오랜 전통을 자랑한 영국도 그 예외는 아니었다. 특히 제2차대전 후 '복지국가' 정책이 필요하게 되자 '법의 지배'를 중심으로 하는 다이시의 고전적 원칙도 실질적으로 크게 변화되지 않을 수 없다. 하물며 19세기부터 강력한 관료행정조직

을 가지고 있던 유럽이나, 천황제 관료조직과 군사권력을 버팀목으로 해서 약진해 온 일본 등에서는, 집행권 우위의 현상은 보다 연속적으로 진행되었다. '법에 의한 행정의 원칙'이라든가, 행정의 '법률 적합성' 요구 등은 지금도 행정법의 모든 교과서 권두를 장식하면서 표면적으로는 마치 공리(公理)인 양 설명되고 있지만, '법률'을 통한 통제는 갈수록 이름뿐인 것으로 되어가고 있다. '입법국가'는 '행정국가'로써 대치(代置)되기에 이르렀다고 해도 과언이 아니다.

현대의 행정국가, 혹은 그 이데올로기형태인 사회=복지국가는 인권의 보장이나 증진에 대하여 소극과 적극, 어느 쪽 기여를 하는 것일까? 사회=복지국가를 둘러싼 찬반이나 호오의 온갖 주장은 문제를 한층 복잡한 것으로 만들고 있다. 다만 여기서도 과감한 단순화를 무릅쓴다면, 한편에서 사회=복지국가를 적극적으로 주장하는 사람들(복지론자)는 계획경제나 사회보장제도의 확충을 통해 '개인의 기본적 인권을 보장하는 민주주의의 확립'을 향해 가는 것이 사회복지라고 말한다. 그것은 인간적 복지를 목표로 하고, 이른바 혼합경제체제를 취하는 점에서 자유방임의 '야경국가'를 넘어서는 것이지만, '민주주의' 체제 하에서 개개인의 복지를 증진한다는 점에서 사회주의와는 결정적으로 다르다고 인식된다. 따라서 장밋빛 신유토피아를 주장하는 복지론 입장에서는 바로 복지국가에서 기본적 인권은 가장 풍부하게 꽃피는 것이 될 것이다. 다른 한편에서는 이 수정자본주의의 낙관주의에 대해 특히 신랄한 비판을 가하는 사회주의 진영 입장에서 보면, 그것은 자본주의의 종말기에서의 환상이거나, 혹은 그 연명을 위한 자본주의의 정당화 이데올로기에 다름 아니다. 복지론자가 주장하는 완전고용이나 사회보장은 요컨대 피착취계급에 대한 '사탕'이며, 자본주의에 뒤따르는 계급대립의 문제를 일시적·부분적으로 호도할 수는 있어도 본질적으로 해결할 수 있는 것은 아니다. 그것은 오히려 내적으로는 대중의 혁명적 의욕을 꺾어내고, 외적으로는 사회주의를 공격하기 위한 국가독점자본주의의 허구이며, 진정한 인간해방을 늦추는 원리로서 기능한다고 비판된다.

이 양자의 대립은 아마도 그리 멀지 않은 장래에 실천과정에서 어느 편이 옳은지가 결판나리라 생각된다. 따라서 여기서 서둘러 한 쪽 손을 들어줄 필요는 없겠지만, 인권보장이라는 관점에서 볼 때, 복지국가에 플러스와 마이너스 양면이 있음은 인정되어야 한다. 그 플러스 면은, 과거에 '자유'로운 경제경쟁을 위해 방치되어 있었던 빈곤계급의 생활이, 계획경제나 생존권 보장의 정책 등을 통해 향상되는 만큼 인권보장이라는 관점에서 전진이 있다고 인정되어야 한다. 복지국가의 '기만성'을 비난하는 혁신세력에서도 국가에 의한 생활보호를 요구하는 투쟁을 벌이는 것은 바로 그 필요성과 의의를 전제로 하기 때문이다. 복지론 이데올로기를 공격하는 나머지 생존권 확대 등의 의의를 무시하는 것은 아무리 생각해도 정당하지 못하다. 그러나 반면에 복지국가의 마이너스 면을 놓치고 시종 천진스러운 찬미만을 되뇌는 것은 더 우스운 과오를 범하는 것이 될 것이다. 사회주의 측으로부터의 비판과는 별도로, 복지국가에 필연적으로 따라다니게 마련인 행정권 비대화 현상은 이제까지 자본주의의 '자유국가'가 기치로 삼아왔던 자유나 '법치' 원칙에 정면으로 충돌하는 모순을 내포하고 있기 때문이다. 이런 사실은 예를 들어 서독의 '사회국가' 이념을 현대의 필연적인 요청으로서 받아들이는 여러 학자가, 그것과 '법치국가'를 대치(對置)하면서 지적하는 점이다. R.E. Huber은 법치국가와 사회국가의 결합을 목표로 하면서도, 양자 사이에 기본적인 대립이 있다는 것을 다음과 같이 말하고 있다.

법치국가와 사회국가의 대립은 양자가 성립된 역사적 유래의 차이, 지켜야 할 법적 재화의 차이, 국가권력의 범위의 차이 등에 걸쳐진다. 예컨대, '법치국가는 개인의 생명·자유·재산의 보호에 봉사하지만, 사회국가는 사회적으로 상처 입은 계층의 생존이나 완전취업이나 노동력을 보장하는데 봉사한다.' 따라서 '법치국가는 자유나 재산에 국가적 간섭을 가할 것을 제한하도록 요구한다. 이에 반하여, 사회국가는 생존·완전취업·노동력을 보장하기 위해 필요하다고 생각되는 한, 자유와 재산에 대한 강력한 국가적 간섭을 요구한다.' 전자는 '개인의 자유'를 바라는 데 대해 후자는 '사회의 안

전'을 바란다. 전자는 개인의 재산권을 자유나 복지나 문화의 기초로서 보호하려 하는데 대해 후자는 사회적 필요를 위해 그것을 제한하거나 완전한 보상 없이 수용(收用)하는 것까지 요구한다. -

이와 같은 상위(相違)나 대립에도 불구하고 독일의 기본법은 '사회적 법치국가의 원칙, 즉 법치국가와 사회국가의 결합을 요청한다.'고 하면서 Huber는 양자 중 어느 것도 우위에 서지 않는 통일을 주장하고 있다. 그러나 '진정한 사회국가는 법치국가의 성격을 전제로 하고, 참다운 법치국가는 사회국가적 성격을 전제로 한다와 같은 제언으로써 과연 사회=복지국가가 빠지기 쉬운 반 법치주의적인 행정국가화를 벗어날 수 있을 것인가? 이에 대한 답은 아마도 인민이 행정관료의 조직과 권한을 유효하게 통제할 수 있다는 보장이 없는 한, 부정적일 수밖에 없는 것이 아닐까?

### [3] 사법부의 인권 보장기능

분립된 세 권력 중 이른바 정치부문의 2권이 이와 같은 상황이라고 한다면, 그만큼 사법부의 인권보장 역할에 대한 기대는 클 수밖에 없다. 특히 재판소는 어느 입헌국가에서든 제도적으로 사법권 독립을 보장받아, 정치권력이나 제 세력의 압박 등으로부터 보호받고 있다는 점에서 헌법 및 인권보장의 보루로 여겨지는 지위에 있다. 원래 '법 앞의 정의' (justice under the law)라거나, '법에 의한 재판'이라거나 하는 말이 가리키는 바와 같이, 사람에게 의하는 것이 아닌, 객관적인 법에 준거한 재판을 통해 자의적인 지배로부터 인민의 권리를 지킨다는 것이 법치주의에 포함된 가장 주된 의미였다. 그리고 실제로 많은 나라들에서 사법부의 노력으로 권리 보장이 이루어져 있다는 것은 인정해야 할 사실이다. 세심한 제도적 신분 보호로 '재판의 독립성'이 담보된 만큼만 인권의 수호자로서의 책무가 법관에게 지워지는 것이다. 특히 재판소에 위헌심사권이 주어지고 이른바 '사법권 우월'의 태세가 취해진 곳에서는 바로 법관이 말하는 법이 나라의 궁극적인 '법'이 됨으로써 인권 보장기능은 제도상에서도 한층 커진다. 그리고 재판소가 인권의 수호자로서 책임감을 가지고, 공정한 재판을 수행하도록 노력하고, 또 국민의 대다수가 재판소를 신뢰하고 이를 지지하는 나라에서는 사법부가 수행하는 인권 보장기능은 현실적으로도 대단히 크다고 하겠다.

그러나 재판소에 의한 권리 보호의 범위는 사실은 그리 넓은 것은 아니다. 최근에는 인권규정의 이른바 제3자적 효력이 점차 인정되기에 이르러, 사적 관계에서 발생한 인권침해사건에도 재판소에 의한 구제 가능성이 미치게 되었다. 그러나 사인간 문제에 헌법규정을 직접 승인 하는 것은 아직 일반적으로 승인된 상태가 아니다. 그보다도 더 큰 실질상의 제약은, 재판소에 구제나 보호를 청하는데 소송절차를 요한다는, '제도본질적'이라고나 할 사항에서 발생하는 것이다. 자명한 일이지만, 재판에는 상당한 비용과 시간이 필요하다. 이것에 견딜 수 있을 만큼 자력(資力)과 여유를 갖지 않으면 소송을 제기할 수 없을 것이다. 법 개념으로서의 '소송능력'이 아닌, 지극히 일상적인 재정상의 조건을 의미하는 소송능력 없이는 재판을 통한 인권 보호는 그림의 떡과 같은 것이라고 해도 지나친 말이 아니다. 경우에 따라서는 자력도 지식도 없는 빈자들이 소송을 제기하지 못하고 있는 조건에서, 재판소가 권리를 주장할 수 있는 부자의 권리를 옹호해주는 행위는 반사적으로 빈자의 인권을 억압하는 결과마저 낳을 수가 있는 것이다. 라스키가 말했듯이 '법 앞의 평등'은 법이 사람들에게 부여하는 기회를 이용할 경우의 대가가 평등하게 지불될 때 비로소 존재하는 것이다. 이 점에서 사법권의 전통을 자랑하는 자본주의 나라들에서도 '법 앞의 평등'은 결코 진정한 평등을 의미하지 않는다. 법관들이 아무리 성실해도, 그리고 인권보장에 아무리 힘을 써도 법정에서 사회적으로 소외되고 있는 사람들의 인권까지를 구제할 수는 없다.

여기에 나타난 계급관계는 법조의 존재양태에도 영향을 주지 않을 수 없다. 라스키는 '가장 유능한 변호사가 보수를 많이 줄 것 같은 사람들에게만 봉사하는' 경향을 들어, '잘 나가는 변호사(영미의 제도에

서는 사법부 성원은 대부분 이 계급 출신이지만)는 우리 사회 지배계급에 봉사하면서 생애를 보낸다'라는 통렬한 코멘트를 하고 있다. 이는 그도 말하듯이 결코 '법률가나 법률제도의 선의'를 깎아내리려 한 것이 아니라, 자본주의사회의 법조활동이 '통틀어 불평등의 유지에 유리하게 기우는' 것을 지적한 것으로, 오늘날에도 진지하게 되씹을 만하다. 같은 시각에서 (혹은 보다 넓은 정치=사회학적 관점에서) 계급사회의 재판관의 중립성을 문제 삼지 않을 수 없다. '법의 지배' 또는 법치주의의 이념에는 '법 앞의 평등'이라는 계급중립성 이데올로기가 포함되어 있다. 그러나 법 자체가 일정한 계급적 지배의 제도에 지나지 않는 곳에서는, 재판관이 순수하게 중립적일 수 없다고 보아야 할 것이다. 또 설령 입법의 계급성을 문제 삼지 않는다 하더라도, 법관 특히 최고법원의 판사들이 완전히 비정치적으로 선출될지는 의심되는 바가 있다. 일반적으로 사법부의 구성은 지배계급이 그것에 전혀 무관심하지 않는 이상 (넓은 의미의) 정치 이슈일 수밖에 없다. 최고법원 법관들 임명에 정치권력을 쥐고 있는 세력의 정치적 의향이 반영되고 있다면 최종적인 법적 판단의 장에서 정치적 편향(적어도 그 세력에 치명적 상처를 입히는 판단을 내리지 않는다는 의미의 '편향')이 들어가는 것은 자연스러운 노릇이다. 이런 의미에서 재판소의 중립·공정에 과도한 신앙을 가져서는 안 될 것이다.

'재판소는 일군(一群)의 법을 조립할 경우, 제정법의 말이나 법률에 관한 전제로부터 법을 논리적으로 연역하는 것이 아니라, 결정작용을 갖는 복잡한 구성체(그것은 의심의 여지없이 '정치적'인 것이다) 속에서 '참신'이 접하는 위치를 고려해서 법을 조립한다. 바로 그런 정도에 따라 재판소는 정치에 간여하는 것이다.' 그와 같은 정치적 고려는, 예컨대 연방국가의 헌법재판소 또는 최고재판소가 권한분배를 둘러싼 다툼을 재정하는 경우라든지, 조약이나 중요한 국책입법의 합헌성이 다투어지는 경우에 가장 단적으로 드러난다. 그리고 인권이라는 견지에서 중요한 것은 많은 선진 '법치'국가에서 흔히 '고도의 정치적 문제'가 바로 점지적인 배려에 따라 사법심사 외에 두어진다'는 사실이다. 미국의 '정치문제', 유럽의 '통치행위' 이론과 실례는 여러 가지 문제를 제기해온 것은 잘 알려져 있다. 이 경우 '고도의 정치성' 때문에 재판소가 판단을 중지함으로써 인권 보장에 중대한 지장이 발생한다는 사실이다. 가뜰이나 행정작용이 확대되어 재판소 등의 점검을 받지 않는 자유재량의 범위가 확대되는 경향이 존재하는데, 거기에 사법권이 심사권을 행사할 수 없는(혹은 행사를 삼가야 하는) 문제영역을 더욱 광범하게 인정한다는 것은 그만큼 인권보장의 진공지대를 확대한다는 이야기가 될 것이다. 권력분립이라는 제도상 이유 혹은 사법권에 내재하는 제약 등 이유로 '통치행위'를 용인하는 경향은 유럽이나 미국에서도 일본에서도 오히려 '통설'이 되어왔지만, 인권옹호라는 관점에서 본다면 심각한 검토를 거쳐야 할 문제라고 하지 않을 수 없다.

### [4] 권력분립론의 현대적 성찰

이렇게 본다면 고전적인 권력분립 기구도, 의회를 비롯한 여러 기관도 자유로운 인권을 지키는 조직으로서 불안한 형해(形骸)로 추락해버린 부분이 적지 않다는 결론에 이르게 된다. 그렇다면 권력분립을 중심으로 하는 입헌기구는 현대의 정치적 조건 속에서 이미 존립될 수 없는 것, 혹은 무의미한 형식에 지나지 않는 것이 되어버린 것일까? 이 반문에 가장 명료하게 '그렇다'고 답하는 것은 물론 부르주아국가에 통렬한 비판을 가해온 사회주의 입장이다. 이미 19세기 중간 쯤 엥겔스는, 부르주아 학자들이 '신성 불가침한 원리로서 매우 깊은 외경심을 가지고 있는 권력의 분립'제에 대해, 그 이데올로기성을 날카롭게 지적하고 있다. 엥겔스에 의하면, 권력분립제는 결국, '세속적인 산업상의 분업을, 단순화와 관리 목적으로 국가기구에 응용한 것 외의 아무것도 아니다. 그것은 기타의 모든 신성·영원·불가침의 원리와 마찬가지로, 다만 현존의 제 관계에 해당되는 한도에서 응용되기'는 것이다. 그러므로 그 실시도 그로부터

31) <신 라인신문 (1848년 7월 11일호)>

의 이탈도 '특별한 법률에 규정되어 있지 않는 한 허용되지 않는다'는 부르주아적 '심원함'이 비웃음의 대상이 되는 것이다. 권력분립제를 프롤레타리아트 독재를 통해 양기(揚棄)한 오늘의 사회주의국가들이 신랄한 비판이나 공격을 가한다 해도 이상할 것은 없다. 예컨대 I.D. 레빈의 비판은 다음과 같다.

첫째로, 국가기관 상호의 상대적 독립성이나 '억제와 균형'을 목표로 한 분립체제는, 이전에는 부르주아 국가기구의 계급적 성격을 은폐하는데 편리한 도구 노릇을 수행했다. 그러나 자본주의가 일반적 위기에 직면한 현대에서는 '권력의 집중'이 분립보다도 '결정적으로 우위에 있다.' 즉 제국주의 국가활동의 강화와 국가독점자본주의의 발달로 인해 집행기관의 권한 강화는 자본주의국가에 일반화되지만 그것은 과거에 권력분립제를 채택케 한 조건이 없어지고, 역으로 집행권을 제한하는 제도가 번거로운 것이 되었기 때문이다. 다만 현재의 계급 세력관계 하에서는 독점자본도 권력분립 원리를 전면적으로 폐기할 수 없기 때문에 그것은 '집행기관에의 최대한의 권력 집중을 목적으로 이용되고 있'는데 지나지 않는다. 따라서 '억제와 균형' 체계 하에서 '자유가 보장된다'고 설명하는 권력분립론의 이데올로기적 정당화는 이미 파탄된 것이다. 그 좋은 예가 '권력분립의 고전적인 국가인 미국에서의 흑인 및 재판적 억압의 수많은 희생, '충성심' 심사 등이다. -

자본주의국가 분립제의 실태를 냉정하게 분석하면 여기서 지적된 바와 같은 이데올로기적 성격이나 기능 상실의 현실을 부인할 수가 없을 것이다. 특히 배분의 불평등에서 발생하는 사회적 모순이 권력 분립제에 의한 '자유 보장'의 의미를 크게 손상시켜온 것은 앞에서 살펴본 바와 같다. 게다가 현대 국가의 집행권력의 집중화 때문에 실질적으로는 이미 균형도 억제도 거의 사라져버린 상황(그리고 군사·치안 권력의 비대화)를 함께 생각하면, 사회주의사회로부터의 비판이나 도전을 기다릴 것도 없이 심각한 검토가 필요하다.

그러나 이와 같은 상황에서 곧바로 서구적 입헌제의 유산인 권력분립 원리를 청산해야 한다는 결론을 도출할 수 있을지는 의문이다. 집행권이나 군사권의 비대화가 진행되면 될 수록, 인권 보장을 위하여 그런 권력들의 전권(專權)화를 방지하기 위한 제도적 고안은 더욱 더 필요해지는 까닭이다. 독점자본이나 군 권력이 이를 떨쳐내려고 한다면, 바로 이 사실이야말로 현대에 적합한, 효과적인 억제기구가 인민 측에서 요구되지 않으면 안 됨을 실증하고 있다고 할 것이다. 사정은 다르지만, 일부 권력자 층이 자의적인 지배권을 자기 것으로 삼는 것을 방지하거나, 관료주의의 폐해를 제거하기 위해서는 사회주의국가에서도 어떤 것이든 제도적 보장이 필요한 것은 마찬가지다. 소비에트 체제에서는 '인민과 그 '전제'에 대한 공포, 및 집단과 개인 사이의 적대적 항쟁이라는 주요한 동인이 완전히 결여해 있기 때문에' 권력분립제는 불필요하다는 주장은 너무도 소박하고 형식주의적 변명이며, 설득력을 결한다고 하지 않을 수 없다. 사회주의국에서도 인민의 진정한 자주적·자각적 정치참가가 이루어지지 않는다면, 권력이 반인민적으로 남용 또는 악용될 기회는 얼마든지 있을 수 있다. 인민주권의 원리에 안주하지 않고, 현대에 맞는 권력 남용방지 메카니즘을 확립하는 일은 사회주의국가에서도 중요한 과제가 되어야 한다.

### [5] 제도에 대한 물신적 숭배 극복

-생략-

## 3. 현대국가의 군사기구

### [1] 군사권력의 전진과 비대화

현대국가의 특징 중 하나는 태내(胎內)의 군사기구와 그 권력의 현저한 증대에 있다. 근대의 민족국가 형성 이래 오늘날만큼 보편적으로 군사권력이 비정상적으로 증대하고, 재정, 외교 등 면에서 큰 발언권을 가진 일은 없었다. 무엇보다도 군사의 의미가 개인의 완력을 중요한 단위로 하고 있던 근대 이전과는 달리, 과학기술과 결합된 거대한 파괴력을 보유하기에 이르렀다는 점에서 현대의 군권 우월화 현상은 국가론에서도 각별한 중요성을 띠고 있다. 주지하는 바와 같이 제1차 대전을 경계로, 전쟁은 국민생활의 모든 면을 뒤덮는 가열한 총력전 양상을 띠기 시작했다. 게다가 항상 전쟁을 위한 준비를 하는 군사적 노력을 통해 자유를 지상과제로 삼는 입헌국가도 점차 경직된 병영국가로 변질할 경향을 가지게 된다. 특히 자본주의 나라들 사이의 제국주의적 욕구의 대립과 이른바 '전체주의' 국가들의 대두에 따르는 긴장의 증대에 의해 국가간의 군비경쟁도 격화되어, 내정·외교면에서의 군부의 비중도 커지면서 입헌체제도 뿌리로부터 흔들릴 것은 불을 보듯 분명하다. 위기 속에서는 법도 침묵한다. 긴급태세 아래 평상시의 입헌기구가 후퇴하지 않을 수 없는 것은 불가피적인 운명이다.

① 격렬한 군비경쟁 하에서는 어디서나 나라의 재정적 면에서 군의 발언권이 강화된다. 제국주의 시대 일본의 '비상시' 군부는 '제국의 안전이나 '생명선'을 위해 국민생활에 대한 압박을 무릅쓰고 국력에 걸맞지 않은 군비를 요구했지만, 그와 유사한 예는 오늘날 얼마든지 발견된다. 1960년 중반에 정부의 전 지출 중 군사비에 20% 이상을 지출하는 나라는 미국(51%)을 비롯하여 서독, 스위스, 프랑스, 캐나다 등 부유한 서방측 나라들 뿐 아니라, 중국, 대만, 한국, 남베트남, 캄보디아, 이스라엘, 터키, 이란, 그리스 등 가난한 중동과 아시아 나라들에까지 미치고 있다. 그리고 일단 확대된 군사비는 삭감이 거의 불가능하며, 그 비율은 오히려 증대하는 경향이 있다. ② 이런 사정과 얽히면서 경제적 면에서의 군사 비중도 필연적으로 높아진다. 중공업 생산국에서는 군수의 증대는 곧바로 그로 말미암아 이익을 보는 기업과 군의 밀접한 관계를 만들어낼 것이다. 군비경쟁에 의한 군사산업의 발전은 국내에 거대한 실력을 가진 세력을 낳는다. 그 사회·경제적 영향은 엄청나기 때문에 이에 대해서는 따로 서술하고자 한다. ③ 셋째로 군의 조직과 실력의 확대에 따라, 내정에서의 적극적 개입도 피하기 어려운 것이 된다. 위기의 진행과 더불어 의회의 지위가 군에 찬탈당하는 일은 일본에서도 이미 겪어본 일이다. 이는 현실로 세계 여러 나라에서 현재 경험하는 사실이기도 하다. ④ 외교면에 무관이 진출하는 것도 위기의 시대의 필연적인 현상일 것이다. 대외적으로 마련된 군사 정보망이 군의 발언권을 증대시키는 측면도 있지만, 국제적 긴장 속에서는 대외정책의 결정은 군부의 사상에 대폭 좌우되기가 쉬운 까닭이다. W. 밀즈도 '장군들과 그들의 군사적 추상론에 의해 가장 큰 영향을 입은 결정영역은 외교정책과 국제관계이다.'라고 말하고 있다. ⑤ 그리고 이와 같이 군이 위세를 떨치게 되면 끝내 국민의 생활이나 사상에까지 그 힘이 미치는 결과를 가져온다. 생산·통신·교통·소비 등 생활면에서의 통제에 머무르지 않고 총력전을 위해서는 국민의 충성심도 강요된다. 사상·학문의 자유의 가치 등에 대체로 맹목적인 군이 '비상시'를 핑계로 난폭한 문화통제로 나아가는 것도 전쟁이나 국제적 긴장 속에서는 지극히 당연한 일이다.

군의 이익이나 의지에 반하는 정부를 실력으로 타도하는 쿠데타 경우에는 입헌질서에 대한 군의 적성(敵性)은 가장 극명하게 드러난다. 그러나 그 지경에 이르지 않더라도 군의 실질적인 정치 결정력이 커지면 인권에 대한 위협도 간과할 수 없을 것이다. 아니, 그 이전 단계에서도, 강대한 무력조직인 근대적 군대가 존재하기 시작했을 때부터 군이 혁명이나 반역을 방지하고 억압하기 위한 가장 유력한 수단이 되었다는 사실이 상기되어야 한다. 확실히 패전이나 내분 같은 사정으로 군대가 제대로 기능하지 않는

32) C.W. Mills <파워 엘리트> 이어서 그는 말한다. '평화적인 협정을 목적으로 하는 교섭이 사실상 모두, 배신이 라고 여겨지지 않더라도, '유화책'이라고 간주될 만한 시대가 되면 외교관의 적극적인 역할은 무의미해진다. 왜냐하면, 외교는 단순히 전쟁에의 서막이거나 전쟁과 전쟁 사이의 막간에 지나지 않게 되며, 그런 상황에서는 외교관은 전쟁귀족(장군)으로 대체되어버리기 때문이다.'

경우를 별도로 본다면, 군대를 끌어들이든지, 혹은 적어도 그 호의적 중립을 조건으로 하지 않는 한, 상당히 강한 혁명세력이 존재한다 하더라도 혁명의 성공은 거의 있기 어려울 것이다. 뿐만 아니라, 구체제의 타도에 성공한 혁명도 반혁명 세력과 대항하면서 혁명을 완성시키기 위해서는 강력한 조직력을 필요로 하는 까닭에 '혁명으로 태어난 정치체제의 마지막 히든카드도 역시 군사력인 것이다.' 이런 의미에서 군사력은 오랫동안 국가의 존립을 결정하는 가장 중요한 세력이었다고 할 수 있다. 현대적 상황에서는 많은 나라에서 그것이 한층 전면에 나와, 활성화된 정치세력이 되고 있는 점에 주의할 필요가 있는 것이다.

## [2] 군산협동체의 문제점

군사권력의 대두와 관련해서, 자본주의국가에서 가장 주목되는 현상은 이른바 군부-산업 복합체의 형성과 발전이다. 국비에 의한 방대한 군수품의 조달은 발주를 받는 산업부문과 군부와의 밀접한 관계를 형성할 것이다. 그리고 서로 의존하고 제휴하는 이 양자가 군비경쟁에 박차를 가하고 더욱 더 많은 군수를 창출해내게 되면, 그 영향은 심각한 것이 된다. 그렇게 될 때 양자의 관계는 인사의 교류에까지 미치게 되며, 양(量)적으로는 국민의 상당부분(현역·퇴역 군인과 그 가족, 군사산업에 종사하고 의존하는 노동자와 그 가족)은 그 '공존공영(共存共榮)에 목숨을 걸게 되므로, 군비확장경쟁→긴장 증대라는 사이클에 중첩되어 보다 큰 군수→보다 큰 국방비→산·군의 발언권 증대→보다 큰 군수 하는 식의 악순환에 빠지기 쉽다. 이 순환이 일정한 정도까지 진행되면 그 국가는 경제적으로 이미 군비 축소 방향으로 되돌릴 수 없는 체질로 바뀌어버린다. 입헌국가의 구조에 관계없이 군국주의화가 진행되는 것은 바로 이와 같은 경제와 군사의 유착에 그 최대의 원인이 있는 것이다. 그것은 국민이 깨닫지 못하는 사이에 진행되는 현대 자본주의의 병리현상이다. 현대에 있어서 가장 큰 규모로 이를 진행시키고 있는 예는 미국이다. 제2차 세계대전 후의 미국이 방대한 국방예산을 쏟아 붓고 군사생산에 광분한 결과 위험한 '군국'(garrison state)가 되었다는 사실은 수많은 사람들이 지적하는 바다. 역설적이게도 군인 출신인 아이젠하워는 다음과 같이 말했다.

'거대한 군사조직과 군수산업의 결합체라는 현상은 과거 우리나라에는 없었던 새로운 현상이다. 연방 정부의 모든 부문, 모든 주 의회, 미국의 모든 도시에서 이 결합체는 경제적으로, 정치적으로, 아니 정신적으로도 강력한 영향력을 발휘하고 있다. 우리는 이와 같은 사태가 필요하다는 것은 인정한다. 그러나 그 증대한 의의, 즉 우리의 근로, 자원, 생활, 나아가서 미국 사회의 구조 그 자체가 이 문제와 관련을 가지고 있다는 것을 간과해서는 안 된다.

우리는 정부 부내에서 진행되는 회의에서 군부-산업 블록이 의식적으로, 또는 무의식적으로 부당한 세력을 획득하려 하는데 대해 경계하지 않으면 안 된다. 부당한 세력이 맹렬히 대두해올 가능성은 현실적으로 존재하고 있으며, 앞으로도 변함이 없을 것이다.'

군-산 세력이 개개의 정책에 영향을 미치는 것도 문제지만, 군부의 정치적 대두와 그와 결합된 경제의 힘이 나라의 전 정치구조를 결정하는 것으로 되어 있다는데 문제의 심각성이 있는 것이다. 이 점에 대하여 W. 밀즈는, 군과 대기업 사이의 밀접한 인사교류가 단순히 군수계약을 위한 편리한 수단임에 그치지 않고 미국의 구조적 사실을 알기 위한 실마리가 되는 것으로서 중요하다고 말한다. 즉 정치 상층부 예의 군의 개입이나 군-산의 연계, 그 기반이 되는 군사예산 증대의 배후에는 '항상적인 전쟁경제로 향하는 현대 미국 자본주의의 거대한 구조적 변화가 존재한다.'는 것이다.

현대의 미국에서 '전쟁귀족(warlords=장군)들은 결정적인 정치상 관계를 갖기에 이르러 이제는 미국 군사구조의 상당부분은 정치적 구조로 되어 있다. 겉보기에 항구적인 군사 위협은, 군부를 격려하고 인

간·물자·자금 및 권력에 대한 군의 통제를 촉진한다. 사실상 모든 정치적·경제적 행위가 현실에 대한 군사적 관점에서 판단되는 것이다.' 그리고 나아가서 '미국 자본주의의 상당 부분은 군사적 자본주의이며, 대기업과 국가의 가장 중요한 관계는, 군부와 기업의 요구와의 일치에 기초를 두고 있다. 엘리트층 전체 속에서 고급 군인과 기업 수령들 사이의 이 이해의 일치는 양자를 강화할 뿐 아니라, 본래 정치가인 사람들의 역할을 저하시키고 만다. 정치가가 아니라, 기업의 간부들이 군인과 한 자리에 앉아서 전쟁을 위한 조직을 계획하는 것이다. -

이 경향은 전쟁귀족과 '죽음의 상인'의 제휴로, 국가권력에 구조적인 변화가 생기고 있음을 의미한다고 할 수 있다. 적어도 그렇게 됨으로써 문민통제가 전혀 믿을 수 없는 껍데기뿐인 제도가 되고 있는 것이다. 그리고 쉽사리 되돌아갈 수 없는 데까지 나아간 군국화 추세가 인권에도 입헌질서에도 매우 위험한 병리를 의미한다는 것은 불을 보듯 뻔한 노릇이다.

## [3] 군국(garrison state)의 인권

군국주의가 지배하는 나라에 고도의 인권 보장을 기대하는 것은 본질적으로 불가능하다. 그러나 군사국가에의 경향이 이른바 독재제의 나라에 한정되지 않고, 본래 인권이나 평화를 중요시해야 할 '자유국가'에도 생기는 것은 실제로 미국의 예만 보아도 분명하다. 그 건국의 아버지들이 상비군의 위험성에 대해 매우 경계했고,<sup>33)</sup> 또 전통적으로 문민통제를 가장 신뢰할 수 있을 만큼 확보해온 미국이 이제는 제동이 불가능한 군비 확대에 곤혹스러워 하는 것은 큰 아이러니라고 하지 않을 수 없다.

미국 군국화의 현저한 징후는 다음과 같은 사실에 응변되고 있다.

① 2차 대전 돌입 이후 미국 국방비는 전쟁 직후 한 때를 제외하고 언제나 국가 총예산의 50% 이상이었으며, 국민의 세금 부담이 매우 높다. ② 방대한 군수 발주로 수많은 회사가 군수에 관계하고 있으며, 전 노동인구의 약 10%가 군부에 의존하여 생활하고 있다. ③ 국내 군사기지나 시설도 미국 전토에 6,000을 헤아리며, 각 주 지사나 출신 의원들도 주민의 생활을 위해 그 유치나 유지에 분주해야 한다. ④ 거대산업과 군과의 인사 교류가 양자의 깊은 관계를 만들어내고 있다. 이미 1960년경에 록히드를 비롯한 상위 100개사가 계약액의 60% 이상을 차지했다. 이들 대회사에는 영관급 이상 퇴역장교가 1400명 이상(그 중 퇴역장군은 260명)이나 자리잡고 있었다. ⑤ 이런 구조에서 빚어지는 국민의 심리적 경향은 군축에 반대하고 국제 긴장이나 국지적 전쟁을 환영하는 분위기에 쏠린다. 이 경향은 가상적국의 증오나 편견을 만들어내는 세력에 편리한 정신적 토양이 된다. ⑥ 문민통제는 형식뿐인 것이 되고, 군인들의 지향이 국책을 결정하게 된다. ⑦ 고도로 발전한 기술과 무기체계는, 그것을 관리하는 권한을 집중적으로 하부기구로 옮기는 경향이 있다.<sup>34)</sup> 거대한 군부 기구가 문관의 통제를 떠나, 나라를 지배하기 시작한다. 아울러 자본과 기술이 낳은 무기가 인간의 통제를 벗어나 우발적 전재의 위험이 증대된다.

이와 같은 군사 우월의 나라에서 본래적인 기본적 인권은 기대할 수 없을 것이다. 군인은 그 직업상 본성이라고도 할 측면에서 인권에 대해 소아적 광포성을 가지기 쉬운 존재이다. 물론 모든 군대가 민주

33) 그 한 예를 조지 워싱턴의 <고별사>에서 찾아보자. 그는 연방제를 채택함으로써 군비의 과도한 비대화를 피할 수 있다고 말하면서 '이 군비라는 것은 어떠한 형태의 정부 하에서도 자유라는 관점에서는 불길한 것이며, 특히 공화적 자유에는 적대적인 것이라고 생각되어야 한다'

현대의 미국인들은 이 위대한 초대 대통령의 말을 완전히 잊고 있는 것 같다.

34) J.F. Cook는 근대적 무기의 가공할 스피드나 파괴력 때문에 '군인이 국가를 지배하기 시작했듯이 무기가 군인을 지배하게 시작했다.'고 지적하고, 나아가 '즉시 발사의 강력한 무기를 집중적으로 하부의 인간이 관리하는 일은 무분별하고도 무책임한, 때로는 미친 행동을 유발할 위험을 가져온다.'라고 경고한다. <Jaggernaut -The Warfare State>

주의의 적대세력이라고 할 수는 없지만, 적어도 직업군인 계층이 반동화 하기 쉬운 위험한 세력임은 엄연한 경험적 사실이다. 역사적으로 '직업적 장교단을 가진 장기 복역제 군대는 좌익으로부터의 영향에 대해서는 거의 감염되는 일이 없지만, 우익으로부터 발생하는 파시스트적 영향에 대해서는 현저히 감염되기 쉽다고 할 수 있다.'(K. Chorley)

#### [4] 현대국가의 백혈병

-생략-

### 4. 인권을 둘러싼 사상 상황

#### [1] '전체주의'국가의 사상통제

민주주의가 그 이름에 값하는 질서를 형성하기 위해서는 정신의 자유를 불가결의 요건으로 할 것이다. 인민이 완전히 수동적으로 지배받기만 하는 존재이며 알 자유고 말할 자유도 가질 수 없는 곳에 어떤 의미에서도 데모크라시는 존재하지 않는다. 이 점에서 현대국가는 자본주의 사회주의 할 것 없이 심각한 문제를 안고 있다고 하지 않을 수 없다. 앞에서 말한 군사기구의 비대로부터 직접적으로 발생하는 사상의 편향, 군국주의적인 사고방식의 확장과 함께 국제적 및 국내적인 위기가 권력에 의한 사상통제를 만들어왔기 때문이다. 지배세력이 그 지배를 확고히 하기 위해, 혹은 '국가의 위기'를 구하기 위해, 국민의 복종·지지 나아가서 충성을 요구하는 것은 필연적 경향이다. 그 중에서도 좌우의 독재주의국가에서는 (흔히 통틀어 '전체주의국가'라고 불렀듯이) 일당독재를 통해 국민의 사상 '통일'을 도모하는 정책이 경제 등의 계획이나 통제 못지않게 힘을 다하여 추진되었다. 나치 독일에서 추진된 '균제(均制)화(Gleichschaltung)'는 온갖 지배의 기술을 구사하면서 일체의 적대적 사상을 제압하고, 히틀러의 '신질서' 아래 인민대중을 복종시키는 독재 권력의 가공할 운동이었다. 그 밑에서의 사상통제의 실태와 방법은 파시즘만의 비정상적인 병리가 아닌, 현대국가가 빠지기 쉬운 위험한 권력증세로서 정면으로 직시해두지 않으면 안 된다.

'균제화'의 극명한 특징은 ① '지도자'들이 '위험'하다고 간주한 반체제 사상에 대한 무자비한 조직적 탄압, 특히 노골적인 폭력 테러를 통한 물리적 배제이다. 그것은 공산당원은 물론, 자유주의자들에 대해서 까지 냉혹하게 휘둘러졌다. ② 직접적인 테러와 함께 일반대중에 대한 교묘한 심리조작을 통한 억압과 지도가 감행된다. 언제 '말소'될지 모르는 공포나 불안감을 조성하여, 비판적 언론을 봉쇄할 뿐 아니라, 인민 상호간의 시기나 절망감을 심어, 저항을 위한 힘을 거두어버리는 것이 나치의 수법이었다.<sup>35)</sup> 칼 만 하임이 나치의 질서는 '모든 인간이 배신당하고, 고립되고, 자신의 이웃을 누구 한 사람 믿을 수 없는 세계이다.'라고 하는 것도 결코 과장이라 볼 수 없다. ③ 나치에 의한 사상의 노예화는 나치 체제를 과시하는 대량선전에 의한 적극적 측면을 병행시키는 것이었다. 선전과 테러는 동전의 앞과 뒤였던 것이다.

선전과 공포를 통한 사상통제는 파시즘의 전매특허는 아니다. 그것과 반대의 극에 있는 사회주의국가에서도, 내용과 성격은 달라도 형식상은 매우 닮은 '균제'가 진행된다. 거기서의 사상 획일화는 나치와 같은 비합리적인 인종 편견의 사이비 '철학'은 아니고, '사람에 의한 사람에 대한 착취'를 폐절하기 위한 해방의 철학에 근거하지만, 반체제사상을 단호히 용납하지 않는 점에서는 궤를 같이 하고 있다고 보아도

35) 1930년대 나치의 보안대(S.D) 아래에는 10만명의 밀정이 있었으며, 이들은 모든 국민생활에 침투해서 나치 지배에 대해 조금이라도 적의가 있다고 해석되는 언동은 살상이 보고하도록 지시받고 있었다.

된다. 예컨대 소련 헌법 131조가 '공공적·사회주의적 소유를 소비에트체제의 신성하고도 불가침의 기초로서' 존중할 의무를 시민에게 부과하고, 그것을 침해하는 자를 '인민의 적'이라고 규정하고 있는 점은 사상의 일원성이나 일당 독재체제를 전제로 하는 체제의 헌법적 표현이다. 게다가 스탈린 치하에서 오랫동안 지속된, '반 혁명분자'에 대한 용서 없는 탄압과 테러는 사회주의 사회에 음울한 그림자를 드리웠다. 물론 반공진영의 악의에 찬 선전처럼, 프롤레타리아 독재를 본질적으로 나치와 같은 '전체주의'라고 하는 공격은 정당하지 않다. 그렇다고 하더라도 과거 비밀경찰의 지배, 2차 대전 후 헝거리사건 등에서의 힘에 의한 탄압, 혹은 현대 중국에서 진행된 대량의 사상 획일화운동 등이, 사상·언론의 자유를 박탈함으로써 자본주의와는 또 다른 유형의 '인간소외'를 낳았다는 사실은 단적으로 직시되어야 한다. 사회주의국이 그 체제의 민주성을 실증하기 위해서는 '과도기'의 일시적인 현상을 극복하고 인간으로서의 본질적인 자유를 진정 보장하는 방향으로 가는 수밖에 없다. 그러기 위해서는 체제와 그 지도자의 무류(無謬) 신화를 강제하는 것이 아니라, 반대로 독재 권력이 빠지기 쉬운 병리를 정확하게 인식하는 데서부터 출발할 필요가 있다.

#### [2] '자유국가'에서의 충성 요구

'자유국가'인 경우 정신의 자유를 누르는 권력의 중압은, 자유가 체제의 상징이며 그것을 수호한다는 명분으로 사상의 획일화가 진행되는 만큼 심각한 패러독스가 발생한다. 이 패러독스는 실제로 미국과 그 동맹국들에서 거대한 규모로 진행되었다. 사태가 비극적인 것은 '자유를 위해' 권력적인 억압을 휘두르는 나라들에서, 인민이 이 패러독스를 깨닫지 못하고 스스로는 '자유'의 낙원에 살고 있으며, 그 생활양식을 지키기 위해 당연한 일을 하고 있다고 믿는다는 점에 있다. 단적으로 미국 인민은 오랫동안 이런 환상 속에서 살아왔다.

미국에서는 1930년의 대공황 후 내외의 긴장과 불안을 반영하여 비미활동(非美活動)위원회(1938년)이나 스미스법(1940년) 등이 만들어지기 시작하여, '국제적 음모'나 '정부 전복' 등 활동에 대한 치안체제가 준비되었다. 특히 제2차 대전 후 한국전쟁을 계기로 노골적인 반공체제를 취하기에 이르면서 레드에 대한 불관용은 극단적인 것으로 되었다. 매카시즘이라는 이름으로 불리는 한 때의 히스테릭한 충성 심사나 빨갱이 공격은 이 나라 사상의 자유를 심하게 압박하고 음산한 광경을 연출했다. 1953년에서 54년에 이르는 동안, 8008건의 위험인물 케이스가 정당하게 임명된 위원회에 의해 발견되었다. 그 중 3002명이 위험인물로서 해고되고 5006명이 사건 심리가 끝나기 전에 사임했다. 어느 학자는 이 광기 속에서 다음과 같은 큰 사회적 손해가 있었다고 말한다. 즉 우선 국가의 안전을 확보하는데 별로 중요하지 않은 분야에서 일하는 직원에게까지 심사범위를 넓힌 결과 사회적 손실이 매우 컸다는 점. 더 중요한 것은 '전에는 가치 있는 것으로 승인되어 있었던 것들이 깨닫지 못하는 사이에 어느새 그 가치를 인정받지 못하게 되었다는 점', 그리고 '처음에는 예외적인 조치라고 생각되었던 적절하지 않은 절차가, 시일이 경과하면서 통상적인 절차로서 승인되는 경향이 있다는 점' 등이 그것이다.

아마도 눈에 보이는 피해보다 더 심각한 사회적 손해는 충성심사라는 형식의 사상공격을 통해 사상이나 언론의 자유가 대폭 후퇴한 데 있을 것이다. 심사의 소용돌이에 휘말려 소수라도 희생자가 나오면 다수자는 위험을 피하기 위해 침묵하게 될 것이다. 또 국가의 안전이라거나 공공질서 따위에 대한 '위협'이라는 불명확한 기준이 동원될 때 허용되는 논의와 허용되지 않는 논의의 경계가 애매해지고, 그 결과 '일반 인민은 자신이 그 선을 넘었다고 판정받을 것을 두려워하는 나머지 지극히 중대한 문제에 대해서도 말을 아끼게 된다.' 이런 유의 '침묵의 위협'은 '언론의 위협'보다 훨씬 중대한 위협이라고 할 수 있다. 이러한 상황은 미국에 한정되지 않고 미국과 동맹을 맺는 거의 모든 나라에서 목격되는 현실이다. 사상

의 '균제화'는 결코 파시즘 국가의 독점물은 아닌 것이다.

### [3] 정치경찰과 감옥국가의 공포

사상·언론에 대한 공세는 보통 사회생활의 이면에서 하는 감시나 통제와 세트를 이루기 마련이다. 권력 측에서 통치와 치안을 위한 정보나 선전기관을 두고 특히 반대세력의 동향을 감시하는 것은, 19세기 말 경부터 자본주의사회 내외의 위기 확대와 병행되어 각국에 치안입법이 정비된 것과 보조를 같이 한다고 볼 수 있다. 대외적 방위를 위해 방위력을 갖추며 동시에 대내적인 방위의 메카니즘인 정치경찰과 치안입법이 강화되어온 것은 현대국가의 현저한 특징 중 하나라고 할 수 있다.

사상·언론·집회와 결사의 자유 뿐 아니라, 때로는 인신의 자유나 프라이버시에 대해서도 직접·간접으로 중대한 압박과 침해를 미치는 것은 이른바 비밀경찰과 그 활동이다. 비밀경찰의 문제점은, 첫째로, 그것이 보통 사람의 눈에 보이지 않는 곳에서 공작을 수행하기 때문에 개인의 프라이버시나 사상·행동의 자유는 아무리 피해를 입어도 이를 효과적으로 막을 방법이 없다는 데 있다. 그것은 막연한, 정체모를 공포로 그 사회를 채색한다. 둘째로, 비밀활동의 문제는 개인에 대해서만 아니라 의회나 인민에 의한 통제를 불가능케 한다는 점에서 더 심각하다. 영국 같은 의회 만능의 국가에서조차 의회는 비밀경찰에 대한 아무런 지배권을 갖지 못하며, 첩보기관에 주어지는 예산의 총액은 알아도 그 용도 등에 대해서는 알 길이 없다고 한다.

비밀경찰은 또한 이중의 의미에서 네가티브한 직능의 성격을 갖는다. 첫째로 그것은 사상적인 면에서도, 정치활동의 면에서도 주로 반대자의 저지·억압·근절을 목표로 하는 활동을 하므로 많은 경우 사상·언론·결사 등의 자유에 대해 '부정적'이다. 둘째로, 정보나 사상공작에 사용하는 수단의 대부분이 인간의 존엄이나 도덕에 상처를 입힌다는 점에서도 부정적인 성격을 가지고 있다. 도청·밀고·서신 검열·사기·절도 등 통상적인 인간이라면 용서받지 못할 행위를 하거나 혹은 하게 하는 기관은 행위자에게도 교사자에게도 또 그 대상이 되는 사람에게도 각각 상처를 입히는 반인도적 조직이다. 그리고 이와 같은 비밀경찰이 지배기구의 핵심을 차지하고 인민이 상시 그 감시 하에 있어야 하는 사태는 현대국가가 빠져들기 쉬운 병리라고 해야 한다.

### [4] 치안입법의 증강과 인권

체제를 지키기 위해 대립되는 이데올로기를 지닌 특정의 단체나 개인의 행동을 단속하는 수단인 치안입법은, 다만 그 직접적인 피해자만에 관한 문제가 아님을 인식할 필요가 있다. 치안입법은 사상적인 적에게 엄한 처벌을 준비하고 있다는 사실만으로도 국민 전체의 사상·언론의 자유에 큰 영향을 미치는 것이다. 문제를 고도 자본주의에만 한정해서 보더라도 치안입법의 존재는 거기서 '자유'로워야 할 각종 상업매체의 영업에 눈에 보이지 않는 강한 규제를 미치게 된다. 그리고 많은 경우 치안입법은 좌와 우의 극단주의자나 전체주의를 단속한다는 자세를 취하면서도 현실적으로는 우익에 대해서 관대하고 좌익에 대해 훨씬 엄한 규제를 미치는 것이 보통이다. 치안입법과 그 운영에 나타나는 이러한 반공의 자세는 '빨갱이'와는 무관한 자유주의 운동이나 사상에도 간접적으로 영향을 미치게 마련이다. 특히 지배계급의 위기감이 '빨갱이'에 대한 증오나 편견을 만들어내는 경우에는 열광적인 반공신자의 사상 색명증을 불러 일으키면서 그것을 매개로 사상 일반에 대한 단속을 강화하는 경향을 보인다.

치안입법은 애매한 구성요건에 근거한 단속으로써 법치주의를 흔들고 입헌체제를 필연적으로 경직화시킨다. 왜냐하면 그것은 자유롭고 진보적인 사상의 표명이나 발전을 가로막고 사상의 자유시장을 현저

히 축소하기 때문이다. 지배층이 치안입법에 의존하여 사상을 폭력적으로 억압하려 하면 할수록, 그런 수단으로 지키려고 하는 입헌질서는 실제로는 취약해지지 않을 수 없다. 그렇게 취약해진 입헌체제는 다시 질서 유지를 위하여 폭력장치의 발동을 필요로 한다. 이런 관계는 억압하는 편과 당하는 편 쌍방에 위기감을 증폭시키기 때문에 어쩔 수 없이 악순환에 빠지게 되어 있다. 지배층이 '자유'로운 사상을 두려워하는 나머지 언론을 억압하면, 언론을 통할 것을 단념한 급진분자들은 폭력을 사용하거나 지하로 잠행하는 길을 택한다. 이 때문에 억압의 폭력기구는 더욱 강화되고, 그리고 그에 대항하는 측의 전술도 첨예해진다. 결과는 '국가위기'와 '긴급사태'의 항상화이다.<sup>36)</sup>

이와 같은 악순환을 포함하는 치안입법은 만약 그것이 진정 입헌민주체제의 수호를 목적으로 한다면 구제불능의 패러독스에 빠지게 된다. 치안입법은 인권에 대한 직접적인 타격도 타격이지만 한층 더 깊은 규모로 민주제를 쪼개는 작용을 하는 것이다.

### [5] 대중사회의 사상 상황 -편견과 정치적 무관심

-생략-

## 5. 결어 -평화와 자유와 저항권

### [1] 평화 -인권 보장의 조건

앞에서 개관해온 현대국가의 기구나 생태와 밀접하게 관련되면서, 그러나 그 어느 것보다도 더 기본적으로 인권의 전제조건이 되는 것으로 평화와 전쟁의 문제를 회피할 수는 없다. 과거의 전쟁도 전쟁이지만 특히 현대의 전쟁은, 비전투원까지도 삼켜버리는 처참한 살육과 대량 파괴를 특징으로 하는 것으로서, 인권에 대한 근본적인 부정임이 명백하다. 전쟁은, 직접 죽임을 당하거나 집이 불타거나 하는 피해자 뿐만 아니라, 전쟁이 빚어내는 긴장이나 마찰에 따라 앞에서 언급한 것과 같은 군사=치안체제를 만들어 낸다. 결국 가해자의 나라에서도 인민의 자유로운 인권은 전쟁이 계속되는 한 협난하다.

### [2] 대처를 요하는 현대의 기본문제

#### ① '동서'문제

-생략-

36) 가케야마 히데야 (影山 日出弥) 교수는 <사회적 법치국가에서의 '치안입법'의 특질 (1)(2)>라는 논문에서 '현대의 치안입법'을 '독점자본주의 단계의 부르주아국가에 특수한 법체계'라고 규정하고, 나아가서 그것을 '독점자본주의 국가(권력) 및 사회질서를 보장하고 강화하기 위하여 국가권력 및 정책에 반대 혹은 저항하는 세력을 국가의 강제적 조치로써 억압하는 입법이다.'라고 설명하고 있다. 현대 자본주의국가의 치안입법을 그 특유의 권력구조 속에서 분석하려 하는 태도는 평가 받아 마땅하다. 그러나 이 인용부분의 '독점자본주의'라는 말을 그대로 '사회주의' 또는 '인민민주주의'라는 말로 바꾸어도 이 개념은 그대로 성립될 것이다. 보통 '치안입법'이라고 불리는 법을 '독점자본주의' 국가에 '특유'의 법체계라고 규정하는 것은 아무리 보아도 협소한 감이 있으며, 그렇게 규정함으로써 사회주의국가의 '치안입법'이나 그 역할에 눈을 감는 결과가 된다면, 그러한 태도는 공정하지 않을 뿐 아니라 비과학적이라고 해야 한다. 이 문제에 한정되는 일은 아니지만, 마약 '국가독점자본'의 비판과 분석에 사용된 날카로운 메스가 사회주의에 대해서는 반대로 그 결함을 덮어버리는 부드러운 솔로 변한다면 '과학'과는 거리가 먼 데마고기로 타락할 가능성이 있음을 생각할 때, 출발점에서 공정한 태도를 취할 것이 요청된다.

② '남북'문제

-생략-

③ 인구문제

-생략-

[3] 당면하는 문제 -입헌적 자유를 위하여

앞에서 필자는 여러 가지 각도에서 현대국가의 내외 조건이 자유로운 인권에 대해 불리하게 작동한다는 것을 설명했다. 거기서 명백해진 것은 고전적인 입헌기구가 인권 보장에 별 쓸모가 없는 것이 되어가고 있다는 것, 현대의 새로운 리바이어던인 국가가 군사와 치안 권력을 증대시켜 병영=감옥 국가로 기울고 있다는 것, 그리고 그러한 상황 속에서 인권은 온갖 고난과 중압에 직면해 있다는 것 등이었다. 여기서 나오는 실천적 문제는, 과연 그리고 어떻게 해서 권력에 대한 입헌민주제의 통제력을 회복하고 인권 보장을 위한 보다 적극적인 조건을 만들어 나갈 수 있는가의 문제일 것이다. 이 물음에는 통치구조의 이른바 '위(권력)로부터의 기본적 정책과, '아래'(인민)의 운동이나 자세라는 두 경로로 나누어 고찰할 것이 가능하다. 통치의 구조나 기구에 대해서는 이미 언급했으므로 여기서는 주로 원리적인 문제를 생각해 보기로 한다.

이런 의미에서 첫째로 입헌민주국가가 그 본래의 원칙을 실현하기 위하여 인민의 자유와 그에 근거한 자발적인 정치참여의 길을 가능한 한 넓혀 갈 것이 필요하다고 생각한다. 바꾸어 말하면, 현대국가는 과거에 취해온 '단한' 태도(즉 반체제 사상에 대한 편협한 억압, 이질체제에 대한 적대시 등)를 버리고 관용과 현명함을 되찾는 일부터 시작하지 않으면 안 된다. 사상과 그 표현에는 가능한 최대한의 자유를 보장하고, 터부(taboo)나 편견을 제거해 나간다면 치안입법이나 경찰력을 확실하게 절약할 수 있을 것이다. 나라의 조직적 폭력을 통한 탄압에 의존하여 체제를 경직화 시키는 마이너스의 크기는, 적어도 장기적인 안목으로 민주주의를 생각한다면, 견디기 어려운 것이 될 것이다. 물론 이와 같은 요구는 낡은 자유주의의 부활을 의미하는 것은 아니다. '열린사회'의 실현은 오늘날의 상황에서는 오히려 고전적 자유주의의 극복을 통해서만 이루어질 수 있다. 이미 독점자본주의 하에서 진행 중인 '복지국가'의 과정에서조차 사회적 소유권의 제한, 권리의 사회화·계획화나 그에 필요한 집행권의 확대와 같은 반자유주의화의 방향이 뚜렷이 나타나 있는 것을 보아도 그것은 분명하다. 많은 '서' 측 나라들이 자유와 계획의 통일, 혹은 법치주의와 사회국가화의 종합이라는 과제를 지는 것은 이제는 필연이라고 해야 할 것이다.

이와 같은 동향은, 성공적으로 진행된다면 아마도 계획으로써 생산관계를 조정하고, '구래의 사회의 계급성을 초월할 것'을 가능케 한다는 점에서 라스키가 적극적 자유라고 부른 새로운 자유로 이르게 될 것이다. 그러나 현실적으로는 많은 독점자본주의국가가 가고 있는 길은 이미 언급한 치안입법에 의한 '국가 위기'와 '긴급사태'의 길이며, 자유에 대해 가공할 저해조건을 만들어내는 것이다. 더욱이 그 길은 '자유를 지키기 위해'라는 목적을 내걸면서도 실은 '자유를 인정하지 않는 반민주사상에까지 자유를 인정해 줄 수 없다'는 논리로 민주적 관용을 포기하는 것이었다. 이런 유의 불관용은, 지배계급의 '자유'를 지키기 위해 피통치자의 '자유'를 두려워하는 데서 비롯된 하나의 거대한 패러독스이다. 그러나 이 때문에 현대판 리바이어던이 가져오는 '공포'는, 그로부터의 자유를 인간이 보장받지 못하는 한, 절대주의시대 못지않은 인간소외를 낳게 될 것이다.

앞의 이야기는 '서방측'뿐만 아니라 원리적으로는 사회주의국가들에도 해당된다고 필자는 생각한다. 사회주의국가가 무어라고 하든 진정 민주주의를 목표로 한다면 장기적으로는 어떻게든 자유 확대의 방향으로 나아가지 않을 수 없을 것이다. 사회주의사회에서의 '자유'는 부르주아사회의 그것과 본질적으로 다

르다는 것은 정치·경제·사회의 구조가 상위한 이상 분명 맞는 말이지만, 부당한 구속이나 억압이나 공포로부터의 자유는 여기서도 똑같이 인간이 민주적으로 생활할 수 있기 위한 조건일 것이다. '자유'의 이질성을 강조하는 나머지 인간의 존엄에 걸맞지 않은 억압이나 공포까지도 사회주의적 '자유'라고 강변할 수는 없다. 사회주의사회의 자유란 구체적으로 어떤 자유인가? '착취로부터의 자유'는 확보되어도, 그것만으로는 근대 부르주아지의 자유에 대한 부정일뿐이며, 여전히 고차원의 적극적 자유를 의미하는 것이 아닐 터이다. '그곳에서는 자유의 문제에 관한 한, 아직 에어 포켓처럼 진공에 가까운 상태에 있다고 해도 되지 않을까?' 자본주의사회의 '자유'의 허위성을 통렬하게 비판하는 '동측'에 자랑스러운 고차원의 자유가 있다고 하는 것은, 솔직히 말해 현실적으로는 아직 너무도 거리가 먼 진술일 것이다. 이 점에 대해서는 사회주의에 공감을 갖는 한 정치학자가 말했듯이 '만약 그 사회주의적 건설을, 자유의 역사적 발전의 궤도 위에 올리지 못한다면 그 나라들의 사회주의체제는 곧 영혼을 잃은 인형이 되어버릴 수도 있다.'고 하지 않을 수가 없다.

그러나 반면 경쟁적 공존이 계속된다면 사회주의국가에서 보다 적극적인 자유의 확대가 실현할 가능성은 점차 커질 징후도 있다. 아이작 도이처가 과거에 다음과 같은 전망을 세운 것은 장기적으로는 '동측' 어느 나라에도 해당될 것이다. 즉, '소비에트의 새로운 세대는 자유의 여신을 자기들 진영으로 영입하기를 원하고 있다. 여신은 그들 진영으로 유입되어 들어갈 수도 있다. 그렇게 된다면 과거에 서방측이 지니고 있던 모럴의 강점은 빛을 잃어갈 것이다.' 양진영의 나라들은, 평화와 자유와 안정을 원한다면 이와 같이 자유를 확대재생산의 방향으로 밀고 나가는 경쟁으로 스스로 들어가야 한다고 필자는 생각하는 것이다.

[4] 맺음말 -기본적 인권의 복권을 위하여

그러나 인권의 보장과 확대는, 위로부터의, 권력기구에 의한 자의의 억제나 지배계급의 '현명함'에만 의존해서는 기대할 수 없다. 역사적 경험이 가리키는 바로는, 인민의 권리 확장은 항상 아래로부터의 인민의 저항이나 요구 없이 이루어지지 않았다. 이런 의미에서는 기본적 인권을 지탱하는 주요한 조건은 인민의 의식과 운동에 있다고 할 것이다. 인민 측에 자유와 인권을 갈망하는 의식이 없고 불평등과 차별을 감수하는 감각 밖에 없을 때, 인권을 주장하는 운동도 일어날 수 없으며, 따라서 기본적 인권이라는 것도 존재할 여지가 없다. 있는 것은 고작 지배자가 위에서 던져주는 은혜인 '자유'와 '권리'뿐이며, 지배계약 이전의 기본적 인권은 아니다. 인민이 노예에 가까운 수동적인 피치자에 머물러 있는 한 그들은 눈앞에서 부당한 인권유린이 벌어져도 모르는 척 하든가 혹은 스스로 강자를 방조함으로써 가해자가 되기도 할 것이다. 지배자의 권위를 등에 업고 같은 인간의 이웃에 대해 탄압이나 고문을 가하는 사티스트들이나 이웃을 밀고하거나 하는 인간이 속출하는 것은 추악하게 비틀린 사회지만, 그런 곳에서는 인권이라거나 인간의 존엄 등의 말은 미친 소리로 밖에 들리지 않을 것이다. 기계문명의 진보에도 불구하고 현대국가는 늘 이런 '비틀리고 닫힌' 사회로 전락하기 쉬운 상황에 처해 있는 것이다. 이 글에서 살펴온 바와 같이 현대의 대중사회에는 인권의 존립을 위협하는 마이너스 조건이 증첩되어 있다. 군이나 치안권력을 비롯한 압도적으로 강대한 국가의 권력 장치들은 힘없는 개인이 볼 때 마치 하루살이와 공룡 이상으로 격절된 존재이다. 또 권력의 조직적인 선전·정보의 수단도 대중을 선동적으로 조작하는 힘과 기술을 갖추고 있으며, 여론은 자주 작위적으로 유도되기도 한다. 더욱이 개인은 보통 뿔뿔이 흩어져 있어 연대감을 느낄 수 없는 고독한 존재로서 텅포 빠른 문명의 파도 속으로 빨려 들어가, 소비와 향락에 쫓겨 피곤한 생활을 영위하고 있다. 이런 상태로는 자유의 정신은 더욱 위축되어 정치적 무관심이 만연되어, 인민의 정치 참가도 이름뿐인 의식(儀式)으로 전락함으로써 인권을 억압하는 권력이 나타나도 억제할 수가



없게 될 것이다. 바로 상태가 이와, 같이 비관적인 까닭에 더욱, 자유를 바라고 행복을 추구할 권리를 가지고 있다고 원하는 자각적인 사람들이 자유와 자립의 청신을 확산시켜가는 운동을 만들어야 한다. 자유를 위한 투쟁 속에서 자주적인 인간이 한 사람 한 사람 키워진다면 입헌민주제가 빠져 들어가게 될 재난을 극복할 수 있을 것이다. 교육과 운동을 통해 자주적인 인간을 육성해 나간다면 인권 실현을 가로막는 대부분 어려움은 극복할 수 있을 것이다.

그러나 그 과정에서는, 편견이나 위기감에 몰린 지배 권력이 손에 쥔 거대한 힘을 사용해서 인권을 위한 투쟁을 깨부수려고 시도할지도 모른다. 그러한 폭력적 억압에 대해서도 평화와 자유와 민주주의를 바라는 자는 바로 평화와 자유의 이름에 걸맞은 이성적인 방법을 사용해야 한다. 다만 무도한 탄압이나 폭력에 대해서는 그 정도에 맞는 저항의 권리가 있음을, 인민은 모든 기회에 자각을 새롭게 할 뿐만 아니라, 지배자에 대해서도 알려야 한다. 민주주의 제도는 가능한 한 저항권을 적나라하게 사용하지 않아도 되도록 고안되고는 있지만, 궁극적인 지점에서는, 미국 독립선언이 정당하게도 선명하고 있듯이, 어떠한 정치형태이든 국가의 목적인 기본적 인권을 훼손하기에 이르렀을 때에는, '인민은 그것을 개폐하고 ... 새로운 정부를 조직할 권리를 갖는다'는 것을 승인하지 않으면 안 된다. 정부가 인민의 그와 같은 '자유'와 저항의 권리의 발동을 바라지 않는다면, 무엇보다 먼저 밝고 '열린사회'를 위해 힘을 다해야 한다. 인민 측에서도 또한 극한적인 저항권을 발동하기 이전의 장에서 부단한 노력을 해 나가는 것이 자신과 지손의 행복을 위해 가장 확실한 길인 것이다. [끝]

## 현대자본주의와 기본적 인권

渡辺洋三 (와타나베 요조)

### 1. 머리말

우리는 이 글에서 현대국가의 기본적 인권에 문제를 다루지만 언론에 들어가기에 앞서 전제로서 약간의 문제에 대해 고찰할 필요를 느낀다.

기본적 인권이란 무엇인가? 그것을 어떻게 이해해야 하는가? 이에 대해 우리 연구회는 논의를 거듭해왔다. 그러나 기본적 인권이라는 말을 어떤 의미로 사용할 지는 용어의 문제이다. 기본적 인권이란 무엇인가를 추상적으로 논의해도 그것은 무의미하다.

기본적 인권이 무엇인가라는 물음은 결국 우리가 '기본적 인권 연구'라는 주제를 가지고 어떤 문제를 추구하느냐는 우리의 문제의식 속에 해답을 발견할 수밖에 없을 것이다. 문제를 설정하는 방법은 여러 가지일 수 있지만, 어떻게 문제를 설정하는가에 따라 무엇을 어떻게 분석하느냐는 달라진다. 해석학에서는 보통 헌법에 규정되어 있는 기본적 인권의 여러 조항을 어떻게 해석해야 하는가(해석하는 것이 옳은가)하는 문제를 출발점으로 하고 그것의 답을 주기 위해 기본적 인권의 의미를 정리하고 설명하고 있지만, 이와 같은 해석학적 문제는(그 자체는 중요한 문제임을 부정하지 않지만) 여기서 문제 삼지 않아도 될 것이다. 우리 연구소의 공동 연구로서 추구되어야 할 문제는 기본적 인권이라는 법현상에 대한 사회과학적 분석이라야 한다.

그런데 필자가 관심을 갖는 문제는 현대자본주의 국가의 법(현대법)의 역사적 구조를 밝히는데 있으며, 기본적 인권의 분석도 현대법 분석의 일환을 이룬다. 필자는 오래전부터 근대자본주의(산업자본주의)에 대응하는 자본주의법을 근대법이라고 규정하고, 현대자본주의(국가독점자본주의)에 대응하는 자본주의법을 현대법이라고 규정해왔다. 따라서 현대법이란 막연히 현대의 법을 지칭하는 것이 아니라 근대자본주의법과 구별된다는 의미에서의 현대자본주의법을 가리키는 것이다. 따라서 현대의 기본적 인권의 문제를 다루는 시각도 이런 의미에서 현대법의 일부인 현대 기본적 인권에 특수 현대적 법구조의 분석이다. 바꿔 말하면 현대 기본적 인권이라는 현대 법현상을 통하여 현대 자본주의법의 역사적 특징을 해명하는 것이 필자의 과제이다. 그것은 경제현상의 분석을 통하여 현대자본주의를 해명하는 경제학 분야의 작업과 근본적으로 공통의 학문적 목표를 지향하는 것을 의미한다.

필자의 문제의식이 이와 같은 것인 이상, 여기서 기본적 인권이라고 할 때는 자본주의 사회의 법 현상으로서의 기본적 인권을 지칭하는 것으로 한정한다. 사회주의 국가나 신흥독립국가, 식민지 등에서의 기본적 인권은 당장에는 이 글의 시야에는 들어오지 않을 것이다. 이런 사실은 물론 사회주의 국가나 신흥독립국가 등에서 기본적 인권 연구가 필요 없다는 것을 의미하는 것은 아니다. 기본적 인권이라고 하는 법사상이나 법 개념이 존재하는지 여부는 별 문제로 하고 자본주의 국가에서 기본적 인권의 문제로서 나타나는 여러 문제, 즉 국가권력과 국민(시민)과의 사이의 일정한 권리관계=사회관계를 둘러싼 여러 문제가 자본주의와 체제를 달리하는 환경에서는 어떠한 문제로서 나타날지, 혹은 그것이 어떻게 처리되고 있는지 등이 따로 규명되어야 할 것이다.

극히 일반적 추상적(따라서 초역사적)으로 말한다면, 어떠한 역사적 사회이든 인간은 인간으로서 살아가기 위해 여러 가지 요구를 가지고 있으며 그 중에는 기본적인 것과 그렇지 않은 것이 있다(기본적 요구와 파생적 요구). 그러나 보다 구체적으로 생각할 때, 인간은 항상 일정한 역사적 사회에 의해 규정된 구체적 존재이다. 그러므로 역사적으로 규정된 인간의 요구내용은 각각의 역사적 사회에서 구체적으로 다루며 또한 그 요구가 나타나는 양태 및 그 처리방법도 각각의 역사적 사회에 따라 차이가 있다. 법 사

회학에서 문제되는 것은 각각의 역사적 사회에서 인간(구체적으로는 근로인민)이 살아가는데 어떠한 기본적인 요구를 가지고 있는지, 그 요구의 실현은 어떠한 형태로 처리되어야 하는 것으로서 체제상 자리가 매겨져 있는지, 이 인민의 요구와 체제 내부에서의 그 요구의 위치는 어떠한 관계에 서는가, 거기에는 어떠한 모순 내지 한계가 존재하는가 등을 확정하는데 있을 것이다.

특히 중심적인 문제는 국가와 개인 사이의 사회관계이다. 이 사회관계의 존재양태의 역사적 구조가 개인의 입장에서 보면 기본적인 요구의 존재양태를 결정하며 국가의 입장에서 보면 그 요구를 체제내부에 짜 넣기 위한 형태·절차를 규정하게 된다. '기본적 인권'연구는 그런 의미에서 항상 일정한 국가지배체제를 전제로 하면서, 그 체제의 틀 안에서 인민의 요구가 어떠한 메카니즘으로 실현되고 있는가 내지 실현될 수 없는가 라는 과제를 근본으로 설정하지 않으면 안 될 것이다.

고유의 의미로 '기본적 인권'이라는 법사상 및 법 개념은 자본주의 사회(그리고 그 기초가 되는 보편적인 상품 교환 사회)라는 특정한 역사적 사회에 의해 규정된 인간의 기본적인 요구가 어떻게 나타나는지를, 그리고 그 체제 내부에서 그것을 특수 법적으로<sup>37)</sup> 어떻게 처리해야 할지를 표현하는 것이다. 즉 이 역사적 사회에서 인간이 살아가는데 불가결한 기본적인 요구는 기본적 '인권'이라는 형태로 나타나고, 또 '인권'으로서 처리(만족)될 것을 법적으로 요청 받고 있는 것이다. 그 근거는 자본주의 사회에서의 국가와 개인과의 일정한 역사적 관계 속에서 찾아내야 할 것이다.

이 글은 이러한 관점에서 현대자본주의 국가의 기본적 인권에 대해 논하려고 하는 것이다. 자본주의 사회에서의 국가와 개인의 역사적 관계는 자본주의인 이상 근대자본주의 경우도, 현대자본주의의 경우도 같은 구조를 가지고 있지만, 다른 한편 그 자본주의 체제의 틀 안에서는 양자 사이에 상당히 큰 차이가 있다. 그런 의미에서 우리는 자본주의 사회의 기본적 인권 일반이 아닌 근대 자본주의에 대응하는 근대적 기본적 인권과 현대 자본주의에 대응하는 현대적 기본적 인권을 구분할 수 있으며, 또 구별해야 한다. 원래 이 글에서는 역사적 과정을 직접 다루지 않으며, 따라서 자본주의의 각각의 역사 단계에서 기본적 인권의 문제가 구체적으로 어떻게 변화하면서 현재에 이르고 있는지에 대한 근거를 역사적으로 서술할 것을 목적으로 하지 않는다. 이 글의 취지는 기본적 인권의 현대적 법 구조를 이론적으로 어떻게 파악하느냐에 관한 이론 가설을 제시하는데 그칠 것이다. 그것을 제시하는데 있어 필요최소한의 역사적 과정을 언급하지 않을 수 없다고 하더라도 그것은 이론적으로 조정(措定<sup>38)</sup>)된 한도에서의 근대적 기본적 인권의 구조와의 대비에서 서술할 필요가 있는 것이며, 근대에서 현대로의 역사적 전개 그 자체는 이 글의 범위 밖에 있다.

## 2. 근대적 기본인권과 현대적 기본인권

### (1) 근대적 기본인권

자본주의 사회에서 인간이 인간으로서 살아가기 위한 기본적인 요구가 기본적 '인권'으로서 나타나게 되는 배경은 보편적인 상품교환 사회의 성립이다. 인권사상의 사상적 계보는 물론 자본주의 이전부터 있었다. 그러나 그 사상이 보편적인 사회사상으로서 받아들여지기 위해서는 사회적 기반이 필요하다. 그 사회적 기반으로서는 보편적인 상품교환 사회의 성립을 지적하는 데는 아마도 이론의 여지가 없을 것이다.

37 여기서 '특수 법적'이라 할 경우 두 가지 의미가 포함되어 있다. 즉 첫째는 체제의 논리에 의해 승인되고 있다는 의미, 둘째로 그것이 자본주의국가에서는 '권리의무'라는 특정한 형태를 취하고 있다는 의미.

38 조정(措定)- 논리학에서 어떤 물건을 대상으로서, 또는 존재하는 것으로서 규정함.

인권사상의 기초는 인권의, 인간으로서의 자연적 권리라는 점에 있으며, 이 자연권 사상에는 다음의 세 가지 내용이 포함된다. 첫째로, 인간의 자연적 권리라고 할 경우 개인인 인간이 전제가 되고 있으며 따라서 인간이 개인으로서 존중된다는 원칙이 밑바닥에 가로놓여 있다. 둘째로, 인간의 자연적 권리라고 할 때, 그것은 모든 인간이 인간인 이상 태어나면서부터 가지고 있는 권리어야 하기 때문에 신분, 재산, 계급 등의 차이에 관계없이 모든 인간이 평등하다는 원칙을 도출한다. 셋째로, 인간의 자연적 권리라는 사상은 그 권리가 국가의 의해 주어지는 것이 아니라 국가 이전에 태어나면서 가지고 있는 것이기 때문에 결국 어떠한 국가 권력을 가지고도 박탈할 수 없는 불가침의, 그리고 불가침의 권리라는 원칙을 도출한다.

이와 같은 자연권 사상 및 이에 포함되는 원칙이 단순히 사회의 일부 사람들의 머리 속에서 태어난 사상이 아니고 사회를 구성하는 모든 사람의 사상으로 널리 승인 받기 위해서는 단지 인간의 관념 속에서 아니라 현실의 역사적 사회에서 실제로 모든 사람이 개인으로서 등장하고 개인으로서 존중되면서 서로 자유 평등한 인간으로서 승인한다는 원칙이 규범으로서 확립되어 있지 않으면 안 된다. 그리고 그와 같은 규범의 존재는 보편적인 상품교환이 성립됨으로써 비로소 역사적으로 가능해지는 것이었음을 말할 나위가 없다. 그런 의미에서 보편적인 상품교환 사회 성립의 기점이 되는 근대 시민혁명은 그 이전에 부분적으로 등장해 있던 기본적 인권사상의 성과를 집약적으로 나타냄과 동시에 그 이후에 전개될 인권사상이 전 사회적·보편적 규모로 출발하는 시발점이 되는 것이었다.<sup>39)</sup>

이리하여 근대 시민혁명기를 출발점으로 하는 근대적 인권사상은 그 담당자가 시민이며 그 내용이 자유권을 특징으로 한다. 이런 의미에서 근대적 인권을 혹은 시민적 인권이라고 부르고, 혹은 자유권적 인권이라고 불러도 될 것이다. 여기서 말하는 시민적 인권의 담당자인 시민이란 자유시장에서 자유경쟁을 통해 사적 이익을 추구하는 인간으로서 관념적으로 조정(措定)된 자유·독립·평등의 근대적 시민=상품 소유자에 다름 아니다.<sup>40)</sup>

또한 인권의 내용이 자유권이라고 할 때, 그것은 흔히 지적되듯이 국가로부터의 자유라는 의미이며 그것은 인간생활의 기본적인 요구가 실질적으로는 경제적 시민사회 내부에서 충족될 것을 전제로 하고 시민이 경제사회 내부에서 그 요구를 실질적으로 충족시키기 위한 인간활동을 자유롭게 수행하는데 대해 국가가 간섭·침해해서는 안 된다는 의미이다.<sup>41)</sup> 따라서 자유권은 국가에 대한 경제적 시민사회의 자율성을 전제로 하고 또 이를 법적으로 표현하는 것이다. 즉 기본적으로 인간으로서의 생활상 요구는 경제사회 내부에서의 자유로운 경제법칙을 통해 실현되어야 하며, 따라서 요구의 구체적 내용 그 자체는 경제문제이며 권리=법의 문제가 될 수 없다는 기본적 전제가 여기에는 있다. 그러므로 국가가 개입·간섭하지 않지만 한다면 '시민'의 기본적 요구는 경제적 시민사회 내부에서 충족 될 것이며, 이와 같은 국가로부터의 자유라는 점만이 두드러지게 권리=법적 문제로서 정면에 떠오르게 된다. 근대적 인권이 자유권으로서 구성되는 이유가 여기에 있다.

39 이 글에서는 시민혁명기의 인권선언을 염두에 두고 있지만, 이 사실은 물론 현실의 역사에서 인권선언에 규정된 시민적 자유가 즉각 실현된 것을 의미하지 않는다.

40 시민적 인권의 담당자인 시민이 역사적 구체적으로 도대체 어느 계급에 속했는지에 대해서는 하나의 논점이 될 수 있다. 이것은 앞으로 각국의 역사에 비추어 밝혀져야 할 문제이다. 특히 시민적 인권의 담당자가 상공업 부르주아지를 중심으로 하는지, 아니면 독립자영농민에 전형적인 소부르주아층을 중심으로 하는지는 기본적 인권의 평가와 밀접하게 관련된다.

41 시민적 자유가 국가로부터의 자유임은 시민혁명기의 사상이지만, 경제적 시민사회의 국가에 대한 자율성이 완성되는 것은 산업자본주의 단계의 자유방임주의 시대에 와서이다.

자유권적 인권은 다음과 같은 세 가지 범주로 분류할 수 있다. 즉, 재산권의 자유(소유권의 자유, 그 필연적 귀결인 계약의 자유, 직업선택의 자유 등), 정신적 자유(종교·양심·학문·표현의 자유 등), 인신(人身)의 자유이다. 이 삼자의 자유는 불가분인 일체이며 이 중 어느 것을 결해도 시민의 자유는 근본적으로 위협받는다든 내적 연관성을 가지고 있다. 즉 재산권의 자유는 상품 소유자인 시민의 생존의 기초인 경제활동을 지탱하며, 정신적 자유는 그 경제활동 위해 성립되는 정신적 활동을 지탱하며, 인신의 자유는 그 양자를 포함한 인간활동의 근본적 차원을 지탱한다. 이 어느 것을 결하여도 물질적/정신적 존재로서의 인간생활의 자유로운 영위, 즉 자유롭게 살 권리는 부정된다. 따라서 이 삼위일체의 자유는 바로 시민이 살기 위해 필요불가결한 자유이며 이것을 포괄하는 것이 시민적 기본권인 자유권의 다름 아니다.

## (2) 현대적 기본 인권

이와 같은 근대적 인권과 대비하면서 현대의 기본적 인권(‘현대적 기본인권’이라고 부른다)의 현상 형태를 살펴본다면, 그것은 근대적 인권 그 자체가 일정한 수정·변화를 받게 될 것을 의미함과 동시에 근대적 인권에는 없었던 새로운 형태의 기본 인권이 등장한다는 것을 의미한다. 그리고 이 양자는 같은 기반 위에서 나오는 문제이며 서로 불가분하게 결합되어 있다. 첫째 문제는 근대적 인권의 수정·변화의 문제이다. 자유권의 변화 중 특히 재산권의 변화가 중심적 문제이다. 그리고 재산권이 변화함에 따라 다른 자유권에도 크든 작든 변동이 생긴다. 어쨌든 앞에서 말한 자유권의 삼위일체성이라는 총체적인 구조는 무너져 가지 않을 수 없다. 둘째 문제는 새로운 형태의 기본 인권의 등장이다. 노동기본권을 중심으로 하는 현대적 기본권의 등장이 그것이다. 근대적 기본인권의 담당자가 상품소유자인 추상적 시민인데 대해 현대적 기본권의 담당자는 노동자, 실업자, 빈곤자 등 보다 구체적 규정성을 부여받은 인간이며 기본적 인권이 갖는 의미는 계급 혹은 계층에 따라 달라진다. 그리고 이는 자유권적 기본권의 구조에도 반영되어 재산권의 자유, 정신적 자유, 인신의 자유 등 고전적 자유권이 여러 계급과 여러 계층에 대해 갖는 의미도 또한 달라진다. 고전적(근대적) 자유권의 변모와 현대적 기본권의 등장의 상호간의 매개·규정 관계의 구조 및 그 전개 과정을 각각의 사회의 경제구조와 관련지으면서 역사적·실증적으로 분석하는 일은 현대적 기본 인권의 사회과학적 분석의 주요 과제이다.

근대적 기본인권에서 현대적 기본인권으로 변화 발전을 촉진하는 것은, 자본주의 발전이 초래하는 시민사회의 변모 및 그 결과인 국가와 경제적 시민사회의 관계(따라서 또 그 법적 표현으로서의 국가와 시민과의 법 관계)의 변화이다. 특히 현대자본주의에 있어서 경제적 시민사회의 자율성이 무너져 이에 대한 국가의 개입이 전면적·결정적이 됨에 따라 이 변화 또한 결정적이 되기에 이르렀다. 즉 경제적 시민사회의 자율성의 상실은 그 자율성의 법적 표현인 국가로부터의 자유라는 의미의 자유권이 고전적 형태로 존립할 수 있는 객관적 기반의 변화를 의미한다. 물론 현대자본주의에 있어서 국가 개입의 증대나 적극화는 사회주의의 경우와 달리 경제적 시민사회 내부의 경제법칙 즉, 사적 상품교환의 운동법칙을 근본적으로 부정하는 것은 아니며 오히려 거꾸로 이 법칙에 의해 태어난 것이고, 따라서 경제적 시민사회의 자율성 상실이라고 일컬어지는 현상도 경제적 시민사회가 소멸하고 국가가 이에 대신한다는 의미에서의 전면적 붕괴를 의미하지 않고, 오히려 경제적 시민사회의 전면적 붕괴를 막기 위하여 경제적 시민사회에서의 자본의 운동이 그 자율성의 일부를 스스로 포기하고 국가활동으로 하여금 대체·보완케 함으로써 스스로를 유지하기 위한 것에 지나지 않는다.<sup>42)</sup> 그런 의미에서 사적 자본의 운동에 의해 규정되

42 경제적 시민사회의 국가에 대한 자율성이 전면적으로 전개되는 것은 산업자본주의 단계에서의 자유방임주의 하에서이다. 원시적 축적 단계의 국가에 의한 개입은 경제적 시민사회가 미쳐 자신의 발로 자립하지 못하는 단계로서, 그 자율성을 (말하자면) 창출하기 위한 국

는 경제적 시민사회의 자율성은 그 부분적 상실에도 불과하고, 혹은 그 부분적 상실을 통해 여전히 근본적으로 유지되고 있다. 자본주의 경제가 아무리 개입을 받아도 근본적으로 사적 상품 교환관계 위에 성립되는 경제이기를 그치지 않는 한 그 기본적 관계의 변화는 없다.

이렇게 본다면 경제적 시민사회의 자율성의 법적 표현인 자유권이 현대 자본주의에서도 여전히 기본적인 의의를 가지고 있으며, 현대적 기본 인권의 기저를 떠받치고 있는 것도 당연하다. 즉 우리는 자본주의 사회의 기본적 인권을 논할 경우 (사회주의의 경우와는 달리) 오늘날에도 자유권을 기초·기점으로 삼지 않으면 안 된다. 재산권의 자유, 정신적 자유, 인신의 자유 등이 현대국가의 헌법에서도 여전히 기본적 인권의 중핵으로서 규정되고 있는 이유가 여기에 있다. 그것은 또한 자본주의 사회의 인간이 현대 자본주의 사회에서도 기본적으로는 사적 상품 소유자인 시민의 입장을 유지하고 있으며 그런 의미에서 시민적 기본권의 담당자로서 존재하고 있다는 사실의 당연한 귀결이기도 하다.

한편 그럼에도 불구하고 경제적 시민사회가 국가의 개입을 필요로 하는 정도가 깊고 넓어짐에 따라서 국가로부터의 자유라는 원칙은 그 한도 내에서 여러 가지 수정·변모를 겪지 않을 수 없다. 국가를 필요악으로 규정하면서 그 불가입을 전제로 하고 경제적 시민사회의 자율적 운동을 통해 인간의 인간으로서의 기본적 요구의 충족을 지상 명제로 했던 자유주의 경제시대와는 달리 국가 개입을 불가결한 것으로 규정하면서 적극적인 국가활동에 의존함으로써만 경제적 시민사회가 스스로를 유지할 수 있게 된 현대에서는, 인간생활의 기본적 요구도 국가와 분리된 경제적 시민사회 내부의 시민 상호의 관계로서 자주적으로 처리될 것은 불가능하게 되었다. 즉 경제적 시민사회가 인간생활의 기본적 요구를 충족할 수 있는 자기 완결적인 사회가 아님이 명백해진 이상(그 요구를 충족시키기 위해 시민사회 (자본주의 경제) 그 자체를 폐기하는 (혁명의) 길을 채택할 경우는 별도로 하고) 사적 상품 교환 사회로서 시민사회를 전제로 하면서 국가의 개입을 통해 여전히 인간 생활의 기본적 요구의 충족을 실현한다는 길을 채택하지 않을 수 없다.

이와 같이 근대에서는 자유권 체계가 바로 기본적 인권의 체계였는데 비해 현대에서는 고전적 자유권의 체계만으로는 기본인권의 체계를 구성할 수 없게 되고, 한편으로는 고전적 자유권 그 자체가 국가의 개입에 의해 일정한 변화·수정을 겪게 됨과 동시에 다른 한편으로 자유권과 별개의 (국가 개입을 통해서만이 의의를 가질 수 있는) 새로운 기본 인권이 등장하기에 이르렀고, 현대적 기본 인권의 체계는 서로 다를 뿐만 아니라 때때로 서로 대립하기까지 하는 각종 인권으로 구성된다는 복잡한 구조를 갖게 된다. 이것이 현대적 기본 인권의 목록을 어느 각도에서 인식하고, 어떠한 것으로서 구성하느냐를 둘러싸고 여러 가지 견해 대립이 발생하는 까닭이다.

## 3. 재산권의 자유와 그 제한

고전적 자유권의 변화라는 점에서는 재산권의 자유의 변화가 가장 현저하고, 가장 전형적이다. 재산권의 자유는 현대적 인권체계에서는 앞에서 말한 3위 일체의 자유 중 가장 기초적 부분을 구성하고 있었는데 이 기초적 부분의 변동이 근대 인권체계에서 현대 인권체계로의 변모의 기초를 이루고 있다. 재산권의 자유변화는 주로 두 가지 측면에서 고찰해야 한다. 하나는 자본주의적 재산권 성장의 결과 재산권의 자유가, 자본에 지배되는 혹은 자본과 대항관계에 있는 인간(노동자 기타)의 기본적 생활요구를 압박

가의 개입이며, 이에 대해 현대의 국가에 의한 개입은 일단 확립된 자율성이 그 후의 자본주의의 전개에 의해 붕괴되어가는 과정에서 불가피적으로 생겨나는 개입이다. 양자의 개입의 의미와 기능은 완전히 다르다.

하기에 이르기 때문에, 그 사람들의 기본적 생활요구를 충족시키기 위해 자본주의적 재산권의 자유를 제한하지 않을 수 없다는 문제가 발생한 사실이다. 또 하나는 자유주의 단계에서 국가독점자본으로 변모함에 따라 국가=총자본의 입장에서 개별자본의 재산권 자유를 제한하고 규제하지 않을 수 없다는 문제가 발생한 사실이다. 이 두 가지 점을 보다 상세하게 고찰하기로 한다.

### (1) 재산권에 대한 국가의 개입

재산권의 자유는 자본주의 사회에서 모든 인간이 상품소유자로 등장하는 한, 모든 상품소유자=시민이 향유하는 자유인바, 이 자유가 현실의 경제사회에서 갖는 의미는 구체적 계급·계층에 따라 차이가 있다. 이를 대별하면 소상공 생산자, 자본소유자, 노동자(노동력 상품소유자)로 나누어진다. 독립자영농민을 전형으로 하는 소상공 생산자에게 재산권의 자유는 생활의 기초를 지탱한다. 소상공 생산자에게 소유(및 경영)와 노동은 분리되지 않은 일체이며 재산권의 보장은 생활수단의 보장을 의미하고 나아가 노동생산물 향유의 보장도 의미한다. 그들은 스스로 생산수단을 소유하며 스스로 이마에 땀흘려 노동하고 그 노동의 성과를 소유하고 그것을 처분함으로써 생활을 영위하는 독립적인 생산자이다. 소유와 노동은 일치되며 누구도 착취 지배하지 않고, 누구로부터도 착취 지배받지 않는다. 여기서 인간답게 살 것을 근본에서 보장하는 것은 무엇보다도 재산권의 자유에 다름 아니다. 따라서 소상공 생산자에서 재산권의 자유는 인간생활의 기본적 요구 충족을 위한 것이며, 글자 그대로 인간으로서 살 권리와 불가분하게 결합되어 있다고 할 수 있다.

이에 대해 자본주의적 생산관계하의 자본소유에 있어 생산수단의 소유와 노동은 분리되고 따라서 자본소유는 노동으로부터 분리된, 노동에 기초하지 않은 소유이며 타인의 노동에 대한 지배와 착취에 기반한 소유이다. 여기서 재산권의 자유란 실질적으로 타인의 노동을 지배 착취하는 자유를 의미하게 된다. 즉 자본소유자의 재산권의 자유는 자본에 의해 지배받는 인간의 기본적 인권에 대한 대립물이다.

물론 이와 같이 자본주의적 재산권의 자유가 노동자를 지배 착취하는 자유라는 실질적 의미를 가지고 있다는 것은 이미 자본주의의 출발점부터 존재해왔던 일이며, 현대 자본주의에 특유한 현상은 아니다. 그러나 근대 자본주의의 자유방임의 시기에는 이 지배 착취의 자유 또한 방임되어 있었던 것이며, 오히려 이런 방임을 통해 자유로운 산업자본주의는 전개될 수 있었던 것이므로, 자본주의적 재산권의 자유에 포함되는 이 실질적 의미는 이 시기에는 미처 국가의 개입을 필요로 하는 법의 문제가 되기에 이르지 않았다. 재산권의 자유에 포함되는 지배 착취라는 이 실질적 측면이 법의 문제로서 새롭게 주목받기에 이르는 것은 독점 단계 이후이다. 또한 이 독점단계에서 재산권의 자유 사상은 고전파 경제학 등의 자유 사상과는 반대로 독점형성의 자유(카르텔, 콘체른, 트러스트 결성의 자유)를 옹호하는 사상으로 전환된다. 또 독점단계에서 주식회사가 보급됨에 따라 원래 소유와 경영과의 일치 위에 성립되어 있던 재산권은 소유와 경영의 분리를 구조 변화를 이루면서 자본주의적 재산권의 전형을 만들어 낸다. 자본주의적 재산권은 독점단계 이후 특히 주식회사 조직을 통해 단순히 타인의 노동에 대한 지배뿐 아니라 더 나아가 타인의 자금을 대한 지배도 만들어 낸다. 게다가 대기업의 자본주의적 재산권은 생산뿐 아니라 유통의 여러 과정을 통해서 중소기업이나 농민도 지배하고 나아가 부합(附合)계약을 통해 소비자 대중 일반도 지배하게 된다. 이리하여 대기업의 재산권 자유는 노동자·농민·중소자본가·소시민·소비자 등의 생활을 위협하면서 그들의 인간으로서 살 권리를 압박하기에 이른다.

시민사회가 등질·평등한 시민(상품소유자) 상호의 관계로서 만들어진 사회라는 점에 주목하면서 구성된 시민일반의 재산권(이것은 민법적 관계로 집약된다)이라는 관념은 현실사회의 각 계급·계층에 따라서 각각 다른 내용과 의미를 갖는 것임이 의식되면서 그 이질성이 법의 시야에 들어오게 된다. 예를 들

어 기업의 재산권과 노동자의 재산권과 농민의 재산권은 각각 사회에서의 실질적 의미는 완전히 다르다. 근대법의 재산권은 이 차이를 추상하여 상품소유자인 시민의 재산권이라는 공통 면에서 이를 파악한다. 그러나 현대법에서는 이 차이가말로 중요하며 이 실질적 차이를 무시함으로써 이들 이질적인 재산권을 일률적으로 기본인권으로 구성하는 것은 무의미 할 뿐만 아니라 유해하다고 관념되기에 이른다.

사용자의 재산권과 노동자의 재산권의 대립 혹은 대기업의 재산권과 중소기업·농민·소비자의 재산권과의 대립 등은 대등한 상품소유자 상호의 대립으로서 파악되는 한 국가(행정권)의 불개입, 그리고 재판규범에 기초한 사법적(私法的) 사후적 처리의 원칙에 내맡겨지는데(司法的 개입), 그것이 추상적인 '상품소유자' 상호간의 대립으로서가 아니라 구체적으로 서로 다른 각 계급·계층의 이해의 담당자인 인간 즉 사용자와 노동자, 대기업과 중소기업·농민·소비자 등의 대립으로서 나타날 때 국가는 그 대등하지 않은 인간들의 구체적 이해를 조정하기 위해 나서지 않을 수 없게 된다. 게다가 이해의 대립 내지 분쟁을 미연에 방지할 필요성, 혹은 인간들 사이에 생길 모순을 사전에 처리할 필요성이 증대한다. 근대법에서의 국가의 불개입이란 사법권에 의한 권리의 사후구제의 원칙을 의미했다. 분쟁이 발생한 후에 처리한다는 국가의 역할은 자유주의 단계에 적합한 것이었지만 시민사회 내부의 모순이 격화함에 따라, 그리고 생산력이 발전함에 따라 분쟁이 발생하기에 앞서서 미연에 사태를 수습하지 않으면 안 된다는 요청이 증대된다. 특히 기업 규모가 커질수록 그것이 국민 대중에 주는 영향은 크며, 예를 들어 그것이 초래할 각종 대규모 재해나 손해를 발생 시점까지 방지한다면 수습할 수 없는 혼란을 가져오게 될 것이다. 이 때문에 공중 보호라는 관점에서 기업의 재산권을 행정활동으로써 사전에 규제할 것이 필요하게 된다. 국가의 이런 행정적 개입은 오늘날 광범한 영역에 걸쳐져 있다.

대립하는 사적 이해의 조정이라는 관점에서의 국가의 개입을 첫 번째 형태라고 하면 (물론 이와 밀접한 관계가 있지만) 두 번째 형태의 국가 개입은 경제적 시민사회 전체의 이익 유지를 위한 개입이라고 할 것이다. 앞에서 말했던 바, 국가의 사법활동을 통한 사적 분쟁의 사후 통제로부터 행정활동을 통한 사전 통제에의 추이는 바로 경제 과정에 대한 국가의 개입이 공황 발생 후의 뒤처리라는 사후개입 형태에서 공황을 미연에 방지하기 위한 사전개입 형태로 전개하는 것과 일치된다. 이런 의미의 사전개입은 경제적 시민사회(자본주의경제 사회)를 전체로서 유지하기 위한 것이다.

물론 근대에서도 국가는 시민사회 전체의 이익(질서) 유지에 복무한다. 그러나 이 시기에는 사적 상품소유자(내지 개별 자본의)의 자유로운 운동을 통해 사회 전체의 이익을 도모하는 것이 원칙이었으므로 사적 상품소유자의 사적 이익과 별도로 그것과 독립된 사회 전체의 이익(공익, 국가이익)이 특별하게 관념되는 일은 없었다. 그러나 국가가 전면적으로 경제적 시민사회 내부에 개입하고 사적 상품소유자 내지 개별자본의 활동을 대신·보충하는 국가활동에 의해 사회 전체를 지탱하고 있는 현대 자본주의에 있어서는 이 국가활동으로 지탱되는 사회 전체의 이익은 사적 상품소유자 내지 개별자본의 사적 이익과 별개의, 사적 상품소유자 내지 개별자본으로부터 독립해 있을 뿐 아니라 이를 규제하는 공익(국가이익)이라고 관념되기에 이르는 것이다. 이 국가활동은 국가권력을 장악하고 있는 총자본의 요구에 기초해서 수행된다. 총자본의 대리인인 현대국가는 경제적 시민사회에서의 전체로서의 생산관계, 생산력의 권력적 유지를 위해 복무하지 않을 수 없으며, 이를 위해서는 물론 사적 재산권의 자유를 일정한 범위에서 제한·규제하는 일도 수행하지 않을 수 없다. 따라서 이 총자본적 관점에서도 사적 재산권의 절대성·불가침성은 이미 유지할 수가 없다.

이 국가활동은, 법형태로서는 이른바 국민경제의 유지·발전이라는 공익 유지를 위한 국가개입으로서 나타나는 것이며, 각종 경제정책을 통한 국가의 개입 즉 사적 재산권에 대한 규제와 보호(경제법의 전개)가 그 전형적 형태이다. 예를 들어 국가는 때로 카르텔을 조장하고 또 때로는 그것을 금지하기도 한다. 국가는 전쟁시의 경제통제 같은 직접적인 규제를 하는가 하면 보조금 정책, 조세정책, 재정투융자와

같이 화폐형태를 통해 개입하기도 한다. 그 개입형태는 나라에 따라 시대에 따라 천차만별이지만 어쨌든 이들 국가활동이 시민사회와 그 밑뿌리를 이루는 자본제 경제의 생산·유통 제 과정을 권력적으로 유지·보장하기 위한 것임에는 차이가 없다.

이리하여 국가독점자본주의 성립에 있어서 재산권 관념의 전환은 불가결의 전제이다. 자연적 기본권으로서의, 혹은 신성불가침한 것으로서의 재산권 관념은 이렇게 포기된다. 바이마르헌법에서의 소유권 사회화 규정의 등장, 뉴딜 하에서의 재산권 제한 입법에 대한 합헌판결 확정 등은 그 획기적 지표가 되는 것들이다.

## (2) 공공의 복지와 재산권

이상에서 고찰한 바와 같이 사적 재산권에 대한 국가의 개입에는 일단은 두 가지 형태가 있었다. 즉 대립하는 사적 이익의 조정이라는 관점과 시민사회 전체의 이익(질서)이라는 관점에서의 두 형태가 그것이다. 그러나 물론 이 두 관점은 상호 중첩적이기도 하고 상호 보완적이기도 하다. 대립하는 사적 이익 조정을 위한 개입이라고 할 때 그 배후에 조정을 통해 사회 전체의 질서를 유지한다(조정할 수 없으면 사회가 붕괴한다)는 국가목적이 존재하고 있으며, 또 사회 전체의 이익 유지를 위한 개입이라고 할 때 그 전체의 이익 속에는 당연히 개별적 사적 이익의 조정이라는 관점도 이미 포함되어 있기 때문이다. 그런 의미에서 국가의 역할은 근본적으로 항상 자본주의 생산관계의 유지라는 계급적 역할이며, 결코 이해 조정의 중립적 역할일 수 없다.<sup>43)</sup>

그러나 그럼에도 불구하고 관점을 어디에 두느냐의 차이가 재산권의 규제 내지 보호의 법원리나 법체계의 차이를 생기게 하는 것도 간과할 수 없다. 국가활동에 의한 재산권의 규제는 헌법상(넓은 의미에서) '공공복지'에 의한 재산권의 자유 제한이라고 불리고 있는 것이지만, 이 재산권 규제 활동 중 전자(대립하는 사적 이익의 조정)의 관점은 자본주의적 재산권의 자유가 자본에 의해 지배되는 대중의 생활이익 내지 생활요구를 위협하는 점에 주목하면서 수행되는 국가활동이며, 이 경우 '공공복지'는 공중(公衆)의 복지라는 의미를 갖는다. 이는 보통 강학(講學)상 사회법적 관점이라고 일컬어지는 것으로서 뒤에서 말할 광의의 생존권이라는 관념과 연결된다.

이에 대해 후자의 관점은 국민경제의 유지, 보다 구체적으로는 총자본이 요구하는 자본제 경제질서의 유지·보장을 위해 수행되는 국가활동이며 이 경우 '공공복지'는 자본의 이익 유지라는 의미를 갖는다. 자본의 활동은 규모가 클수록 국민경제 중에서 점하는 지위는 크며, 따라서 국민경제를 공공의 이익으로서 파악하는 관점에서 본다면 대기업일수록 공공성 내지 공익성이 강한 것이 되고 대기업이야말로 공공복지의 담당자라고 인식되는 것은 당연하다. 특히 사적독점 대기업은 그 사적 자본의 활동을 통해 한편으로 국민경제를 지탱하면서 다른 한편으로 거대한 독점이윤을 확보하고 있다. 여기서는 공공복지의 확보는 동시에 사적 자본의 이윤을 확보를 의미한다. '공공복지=국민경제 유지=대기업 중심 혹은 우위의 경제정책'이라는 도식이 성립한다. 이 경우 공공복지는 기업의 사적 재산권을 제한하는 논리가 아닌, 오히려 국가권력이 보통의 경우 이상으로 이를 극진히 보장하고 또는 특권을 주기 위한 논리로 전환된다. 공익의 이름으로 하는 사적 기업의 방위,<sup>44)</sup> 자본축적의 보장<sup>45)</sup> 등이 그 전형이다. 이와 같은 '공익'과

43 국가의 계급성은 국가가 항상 부르주아계급의 이익을 위해 행동하는 것을 의미하지 않는다. 노동자 등 일반시민의 이익을 위해 기업의 재산권을 제한하는 것 자체가 체제 유지라는 부르주아계급의 목적에 봉사하기 위한 것이다.

44 상법에서 '기업 그 자체'라는 개념이 등장하고 기업의 공익성이 강하게 주장되거나 기업의 바위라는 공공성의 이름 아래 노동자의 파업권이 제한되거나 기업이 도산하게 되면 국가

'사익'의 일치하는 국가독점자본주의의 뚜렷한 특징이다. 그러나 그것은 자본제생산관계의 기본모순인 생산력의 사회화와 생산관계의 사적 성격 사이의 모순, 바꿔 말하면 한편으로는 사회적 생산력의 담당자이며 또 한편으로는 사적 이윤추구의 담당자라는 자본제 기업에 내재하는 모순이 국가독점자본주의 하에서 전면적으로 전개하는 것을 의미하기도 하는 것이다.

'공공복지'에 의한 재산권 자유의 제한이라는 과제는 앞의 두 관점을 포함하면서 등장하고, 이는 동시에 '공공복지'를 둘러싼 법이데올로기의 대립이라는 결과를 가져와, 그 의미를 다양하게 만들고 있다. 극단적으로 표현한다면, 공공복지의 내용을 자본에 의해 지배되는 공중의 생활이익 옹호를 위해 자본주의적 재산권의 제한을 도모하는 것으로 생각하느냐, 아니면 자본의 사적 이익과 결합된 독점대기업 본위의 국민경제를 옹호하기 위해 공중의 생활이익 제한을 도모하는 것으로 생각하느냐에 따라 공공복지의 의미와 내용은 완전히 다른 것이 된다. 이것은 공공복지를 둘러싼 계급이데올로기의 대립이며, 그와 같은 계급대립이 생겨나는 것은 현대에서는 불가피하다. 법률학자는 때로 공공복지에 의한 재산권의 규제를 정당한 것으로 안이하게 평가하는 경향이 있다. 그리고 그가 어떤 계급적 입장에서 서 있는지는 매우 애매하다. 그러나 앞에서 말한 대로 공공복지에 있어서의 계급적 이데올로기의 대립이 명백한 이상 법률가 또한 그 입장을 분명히 하지 않고 현대에 있어서의 재산권을 논할 수 없을 것이다.

이와 같은 공공복지의 두 측면에 주목한다면 공공복지와 재산권과의 관계는 다음과 같은 두 가지로 정리할 수 있을 것이다. 하나는 자본에 의해 지배받는 공중의 이익을 위해 자본주의적 재산권이 제한되는 경우이다. 이 경우 공공복지란 요컨대 자본에 의해 지배받는 대중의 인권 보장을 의미하며, 따라서 공공복지라는 개념을 사용하지 않아도 인권보장이라는 관점만으로 설명할 수 있다. 노동기본권의 등장으로 자본주의적 재산권이 제한되는 경우를 생각하면 이 점은 분명하지만 그 밖의 경우에 대해서도 같은 식으로 생각할 수 있다.

이에 대해 경제정책에 기초하여 재산권이 제한되는 경우에는 공공복지라는 일반조항의 실질적 내용은 정책판단 내지 공익판단으로써 정해질 수밖에 없으며, 게다가 재산권의 자유 일반을 부정할 수 없는 자본주의 하에서는 재산권의 자유 제한(내지 규제)는 많은 적든 정도의 문제, 양(量)의 문제로 환원된다. 즉 문제는 경제정책적 관점에서 얼마만큼이나 재산권의 자유를 제한할 수 있는가의 문제로 집약된다. 이런 사실은 만약 일단 정책에 의한 제한을 인정한다면 재산권은 이미 자연적 기본권으로서의 의미를 지니지 않게 되었음을 의미하게 될 것이다. 정책이나 이데올로기에 좌우되는 자연적 인권이란 개념모순에 지나지 않는다. 현실에서도 헌법이 공공복지를 내걸음으로써 재산권의 헌법론적 의미는 없는 것과 같은 결과를 가져왔다. 재산권을 어디까지 제한하는 것이 합헌이며, 어디서부터가 위헌이 되는지의 기준은 헌법론으로서 나올 수가 없기 때문이다. 합헌이나 위헌이냐의 구별은 법논리적으로 질적인 구별이요 단절을 수반하는 구별인데 대해 재산권의 자유 제한의 정도는 정책판단의 문제이며, 양적·상대적 따라서 단절을 수반하지 않는 구별인 까닭이다.

이와 같이 오늘날 공공복지에 의한 재산권 제한의 정도는 법논리적으로는 확정할 수 없다. 그러나 경제의 논리로서는 명백히 한계가 있다. 자본주의적 재산권은 자본주의체제의 기초가 되는 권리이며, 체제의 틀 안에서 이를 제한할 수는 있어도 부정할 수는 없다. 그러기에 재산권 제한의 정도를 결정하는 것

가 이를 규제하거나 (단, 국가는 대기업의 도산 위기에는 나서지만 중소기업의 도산은 거들떠 보지도 않는다) 회사 갱생법이 생겨 강제화의 절차가 취해지거나 하는 등.

45 공익을 담당하는 행정주체가 사적 자본의 축적을 위해 여러 가지 활동을 하는 것도 오늘날 널리 알려져 있다. 예를 들어 공업용 수도라는 사유재산 보호를 위해 보조금을 낸다거나, 사회자본 내지 산업기반 정비를 위해 막대한 돈을 투하한다거나, 지역개발의 이름으로 사적 자본이 수행해야 할 일을 공행정이 대신 해주거나 하는 등.

은 사적 자본의 경제의 문제이며,\* 그것은 이미 법의 문제라고 할 수 없다. 자본의 이윤법칙에 반하는 자유의 제한은 자본주의사회에서 성립될 여지가 없음이 명백하다.

#### 4. 정신적 자유

다음으로 정신적 자유의 문제 일반은 이 글의 범위를 넘기 때문에 생략하지만 재산권문제와의 관련되는 한도에서만 몇 가지 점을 지적해둔다.

앞에서 말한 바와 같이 근대적 시민적 인권체계에 있어서 재산권의 자유와 정신적 자유는 불가분의 이체를 이루고 있었다. 특히 소유와 노동이 확연히 분리되지 않았던 소상품 생산자에 있어서 이 일체성은 가장 잘 구현되어 있었다고 해도 좋을 것이다. 이런 재산관계에 서서 누구도 지배·착취하지 않고, 누구로부터도 지배·착취당하지 않으며, 스스로의 발로 독립하는 인간이라는 입장에 있는 소상품 생산자(소시민)의 존재는 재산적 활동뿐 아니라 정신적 자유 즉 정신적 활동에서도 다른 누구로부터도 간섭받지 않고 다른 누구도 간섭하지 않는다는 정신적 자유·독립을 받아들인데 가장 적합한 기반이었다.

또한 정신적 자유는 마치 재산권의 자유가 국가의 불개입 속에서의 자유로운 상품시장의 성립을 전제로 해서 구체적으로 의미를 갖는 것과 마찬가지로 국가의 불개입 속에서의 사상·언론·신교 등의 자유시장의 성립을 전제로 해서 구체적으로 의미를 갖는 것이었다. 시민은 누구나 이 사상·언론의 자유시장에 등장하여, 때로는 발신자로서 자신의 사상·신앙을 자유롭게 발표하고, 혹은 수신자로서 타인의 주장을 자유롭게 들을 수가 있는 것이며, 국가는 이 자유시장의 형성과 이 시장에서의 자유로운 등장을 일체 방해해서는 안 된다는 점에 정신적 자유가 '국가로부터의 자유'이어야 하는 핵심적 의미가 있었다. 인간의 정신적 활동의 충족이 자유권이라는 형태를 취하면서 나타난 것은 이와 같은 조건하에서였다. 그것은 또한 시민사회의 자율성의 법적 표현이기도 했다. 즉 각 시민이 정신적 자유시장에 현실로 등장할 수 있는지의 여부는 시민사회 내부의 사실문제인 것이며, 국가=법이 간여할 문제가 아니라고 인식되고 있었다. 그러나 물론 현실의 역사적 사회에서는 모든 시민이 평등하게 이 자유시장에 등장할 수 있었던 것은 아니며, 이 시장에 실제로 등장하기 위해서는 일정한 재산적 기반을 필요로 했던 것이다. 그리고 소상품 생산자 상호의 관계가 전제되는 한, 시민은 그 정신적 시장의 형성과 그것에의 등장을 위한 재산적 기반을 거의 비슷하게 가지고 있었다는 의미에서도 소상품 생산자는 '정신적 자유'의 구체적인 담당자일 수가 있었던 것이다.

그러나 자본·임노동관계의 전개는 사상·언론 등의 시장을 소시민적 인 것에서 부르주아적인 것으로 변형시켜 나간다. 그 시장의 범위가 확대해 나감에 따라서 시장에 등장하기 위해 필요한 재산적 규모도 확대된다. 일정한 재산적 기반을 갖는 자만이 시장에 등장할 수 있고, 재산적 기반을 갖지 않는 자는 시장에 등장할 수 없게 됨으로써 시민은 사상·언론의 발신자 입장에 설 수 있는 자들과 수신자 입장에 밖에 설 수 없는 자들로 분열되고 그런 상태가 고정화되기에 이른다. 사상·언론 등의 시장은 이리하여 그것을 지배할 수 있는 재산적 기반을 가진 부르주아지 손에 장악되고 모든 시민을 위한 정신적 자유가 실은 부르주아지를 위한 정신적 자유라는 사실이 명백해진다.

이런 경향은 독점단계 이후 매스 미디어의 발달과 언론기관의 독점화에 의해 한층 더 현저해지고, 더 나아가 전파 미디어의 등장으로 결정적인 것이 되었다. 언론기관은 단순히 대자본의 손아귀에 장악될 뿐 아니라 전파 관리권을 장악하는 국가의 통제 하에 들어가게 된다. 이런 의미에서 전파 미디어의 등장은 언론시장에 대한 국가의 개입에 하나의 전기(轉機)를 가져와, 고전적인 언론의 자유의 의미를 변질케 하기에 이른다. 전파 미디어에 있어 사람은 국가의 개입=승인을 전제로 해서만 언론(표현) 행동을 할 수 있으며, 따라서 국가와 대자본이 결합할 때 매스컴을 지배함으로써 용이하게 국민의 언론을 통제할 수

있는 시스템이 성립되는 것이다. 현대에 있어서 표현의 자유의 문제는 따라서 국가로부터의 자유라는 의미의 고전적 자유권의 문제에 해소될 수 없다. 국가와 대자본 측이 감행하는 이 같은 실질적 언론시장에의 개입에 대해 이를 어떻게 법적으로 통제할 수 있는가라는 과제가 새롭게 등장하는 것이다.

더 나아가 언론시장에서의 송신자와 수신자로의 분열 및 그 고정화에 따라 두 가지 문제가 발생한다. 하나는 송신자의 권리와 구별되는 의미에서의 수신자의 권리 보장이라는 문제이고, 다른 하나는 언론시장에서 수신자 입장에 서는 대중을 송신자 입장에 서게 하기 위한 새로운 표현수단인 대중행동의 권리 보장이라는 문제이다. 후자와 관련해서, 대중행동(집회·집단시위운동)은 현대 매스컴 시대에서 언론시장에 등장할 기회를 거의 갖지 못하는 대중이 자신의 의사를 표현할 수 있는 유일한 형태라고 해도 틀린 말이 아니며, 그런 까닭에 이 집단적 표현행동은 대중의 입장에서는 현대의 가장 중요한 정신적 자유권이라는 의미를 갖는다. 대중적인 집회나 시위는 원리적으로는 표현의 자유의 한 형태로서 자유권의 범주에 들어가지만, 고전 시민적 표현의 자유와 다소 다른 성격을 가지고 있다. 그것은 첫째로 시민 개인의 행동이 아니라 조직된 집단의 행동이라는 점, 둘째로 일반 공중에게 개방되고 이용되고 있는 공공시설을 이용하고 점거하는 행동이라는 점, 그리고 셋째로 크든 작든 다른 일반 공중의 이용과 충돌하고 이를 배제하는 점에서 그렇다. 이와 같은 특수성에 주목할 때 대중행동의 권리는 현대적 자유권의 전형이라고도 할 수 있을 것이다. 표현행동에 대해서 국가는 개입하지 말아야 한다는 점에서 그것은 여전히 자유권임과 동시에 국가가 관리하는 공공시설(재산)의 독점적 이용을 적극적으로 요구하는 권리라는 점에서 단순한 '국가로부터의 자유'라는 문제로 해소될 수가 없다. 국가는 지배·관리하고 있는 공공시설(공원, 도로, 건물 등 시설)의 이용을 허락하지 않는다는 형태로 간접적으로 이들 행동에 개입할 수 있으며, 만약 이런 형태의 개입을 인정한다면 실제로는 이들 행동은 금지되는 것과 차이가 없기 때문이다. 따라서 대중행동의 권리 보장은 다만 자유권 일반으로서의 보장에 머물지 않고 그것을 실현시키기 위하여 필요한 국가행위를 요구할 수 있는 내용을 포함하지 않으면 무의미한 권리가 되는 것이다.

일반적으로 추상적인 시민적 자유권 경우와 달리 현대적인 자유권은 국가에 대한 자유 실현의 구체적 보장을 요구하는 것으로서 나타난다. 재산적 행동에 있어서 (앞에서 살폈듯이) 그 관점이 근대에서의 추상적 시민적 재산권의 보장에서 현대에서의 구체적인 인간생활의 요구 보장으로 이행했듯이, 정신적 행동에 있어서도 추상적인 정신적 자유의 보장이라는 관점에서 구체적인 정신활동의 실현을 위한 국가적 보장이라는 관점으로 이행한다. 물론 이 사실은 고전적인 정신적 자유권이 불필요해졌다는 것을 의미하는 것이 아니라 오히려 현대가 그와 같은 추상적 자유권의 보장만으로는 인간의 정신활동의 기본적 요구를 충족시킬 수 없는 단계에 이미 와 있음을 의미하는 것이다.

인간의 정신적 활동은 항상 일정한 재산적 물질적 기초 위에서만 성립되게 마련이다. 이 정신적 활동을 담보하는 현실적 경제조건이 시민사회 내부의 자유로운 경제관계에 내맡겨져(放任) 있는 조건에서는 시민은 추상적인 자유권의 확보보써도 정신적 활동을 충족시킬 수 있었다. 그러나 정신적 활동이 확대됨에 따라 그것을 실현시키기 위해 현실적으로 필요한 경제적 조건의 준비를 시민사회 내부에서 자율적으로 처리하지 못하게 되는 단계에서 국가의 손에 의한 대체·보충이 필요하게 된다. 이리하여 현대적 자유는 정신적 활동에 불가결한 현실적 경제적 조건을 정비하기 위한 국가활동을 필연적으로 요구하게 되는 것이다. 바로 이 점이 추상적 근대적 자유권과 현대적 자유권의 차이를 결정짓는 연유이다.

예를 들어, 학문의 자유라는 문제를 생각할 때도, 학문의 규모가 크지 않고 사회 내부의 개인의 경제적 기초 위에 학문활동이 영위되고 있는 조건에서는 법적으로 '국가로부터의 자유'라는 원칙만이 학문적 활동 요구를 충족시키는 기본적 요구일 수 있었다. 그러나 현대처럼 학문연구의 규모가 커지고 또 거액의 시설이나 돈을 필요로 하는 단계에서는 그 경제적 조건의 구체적 충족 없이 다만 추상적으로 학문의 자유를 보장한다는 것만 가지고는 학문연구에 대한 요구를 실질적으로 충족시켰다고 볼 수 없다. 따라서

이 요구를 실제로 충족시키기 위해서는 학문연구에 필요한 경제적 조건의 확보를 반드시 국가에 대해 요구할 수 있어야 하고, 이것 없이는 학문의 자유도 사실상 형해(形骸)가 될 수밖에 없다. 현대에서 학문의 자유를 논할 때는 추상적인 학문의 자유 원칙이 확보되어야 한다는 자명한 전제 외에 구체적 경제적 조건의 충족을 어떻게 확보할 수 있느냐는 문제까지 나아가야 하는 것이다. 국가에 대한 그와 같은 요구와 이에 대한 국가의 의무 부여가 보장됨으로써 학문의 자유는 비로소 보장된다.

이 일을 전형적으로 드러내고 있는 것이 현대적 기본인권의 하나로서 주목받는 '교육을 받을 권리'이다. '교육을 받을 권리'가 근대적 자유권인 교육의 자유와 구별되는 점은 국가에 대해 의무교육의 실시나 교육시설의 정비를 요구할 수 있는 권리를 포함하고 있다는 점이다. 교육은 돈이 있는 자가 자기 돈을 내고 자녀를 교육시키는 일이라고 이해되고 있었던 시대에는 '교육의 자유'만으로도 충분했다. 그러나 돈이 없는 자도 기회균등하게 '교육을 받을 권리'가 있다는 사상은 국가의 손에 의해 기회균등을 실질적으로 보장할 것을 요구하는 것까지 당연히 그 권리 속에 포함하고 있는 것이다. 이와 같은 국가활동 없이 현대공교육은 성립되지 않는다.

그런데 정신적 활동에 대한 앞의 여러 가지 국가활동의 증대는 그것이 이와 같은 정신적 활동의 실질적 보장을 의미하는 한도에서 근대적 자유권을 알차게 만든다는 측면을 가지고 있다. 그러나 다른 한편, 정신적 활동에 대한 국가활동의 증대가 그 물질적 원조의 범위를 넘어서 정신적 활동의 내용에 대한 국가의 개입으로까지 확대해 갈 위험성도 또한 현대에서는 증대하고 있다. 계급적 지배의 권력이라는 본질을 갖는 국가는, 그 본질규정에 따라 국가에 대해 혹은 지배계급에 대해 유해한 정신적 활동을 늘 탄압하려고 하는 의도를 지니지 않을 수 없다. 국가는 그 의도를 달성키 위해 자기에게 주어진 정신적 활동의 물질적 원조의 의무를 역으로 이용하여 자기에게 유리한 것으로 전화시켜, 원조라는 이름 아래 시민의 정신적 활동의 자유를 규제하고 혹은 그 내용에 개입하려 한다. 예를 들어, 국가는 국가(혹은 국가 권력을 장악하는 지배계급)에 유용한 학문에는 재정적 원조를 부여하면서 반대로 국가에 유해한 학문에는 원조하지 않는다거나, 혹은 교육에 대한 국가의 의무·배려를 이유로 교육 내용을 규제한다거나, 교과서를 무상으로 배포하는 대신 이를 통제한다거나, 국가편에서 하는 보호·육성·원조는 동시에 정신적 자유의 국가적 간섭의 유력한 무기로 사용되는 것이 현실이기도 하다.

이렇게 볼 때 현대에서 시민의 정신활동과 국가와의 관계는 서로 대립하는 두 측면에 의해 지탱되고 있음을 알 수가 있다. 그 하나는 시민의 정신적 활동을 실질적으로 보장해야 하는 존재로서의 국가의 책임과 역할이 증대되고 있다는 측면이고, 이 측면에서의 국가활동의 증대는 말하자면 근대에서의 시민적 자유의 실질적 확대를 의미한다. 이에 반해 다른 하나는 시민의 정신적 활동에 대한 국가적 보장(보호·배려)이라는 이름 아래 정신 내부에서의 국가의 개입이 증대되고 있다는 측면이며, 이 측면의 국가활동의 증대는 근대적인 시민적 자유권의 실질적 제한·축소를 의미한다. 말할 나위 없이 인민의 편에 선 인권 사상의 전개는 바로 전자의 측면에서의 국가활동의 증대를 요구하는 것이며, 반대로 제국주의 국가권력은 후자의 측면에서의 국가활동의 증대를 요구한다. 제국주의국가들에 있어서 정치적 반동의 실패는 유감없이 이 사실을 나타내고 있다. 이에 대해 인권옹호의 입장에 선 법률학은 이증기준 등의 법이론을 통해 경제적 자유에 대한 국가의 개입을 인정하면서 정신적 자유에 대한 국가의 개입을 인정하지 않기 위한 해석론적 근거를 세울 것을 과제로 삼아 왔다. 이 점에 관한 상세한 논의는 이 글의 범위를 벗어나기 때문에 생략하지만, 이 문제를 보다 근본적으로 추구하는 일은 현대 법률학이 안은 가장 중요한 과제 중 하나일 것이다.<sup>46)</sup>

46 필자는 해석론으로서 이증기준을 지지하고 있는 것은 아니다. 오히려 비판적이다. 이증기준론이 유효한 경우도 있기는 하나, 이에는 역시 한계가 있다.

## 5. 노동기본권

### (1) 노동기본권의 성격

노동기본권은 현대 자본주의국가에서 새롭게 등장해온 기본인권 중 가장 중요한 기본인권이라고 할 수 있을 것이다. 자본주의사회에서의 '시민'의 대부분은 '노동자'이므로 그 '노동자'가 인간으로서 살기 위한 기본적 요구로서 나타나는 노동기본권이 현대적 기본인권의 중심이 되는 것은 당연하다. 노동기본권에 관한 근본적인 이론문제는 노동기본권의 구조나 성격을 어떻게 파악할 것인가의 문제와 그것이 왜 현대국가에서 기본권으로서 등장하는가의 문제이다. 이 두 문제는 물론 밀접하게 연관되어 있다. 노동기본권에 대한 근본적 이해에 대해서는 이미 살펴보았기 때문에 여기서는 그것을 보완하는 의미로 몇 가지 점을 지적하겠다.

노동기본권은 법학적으로는 보통 단결권, 단체교섭권, 단체행동권을 포함하는 것으로 이해되고 있다. 이는 현행 실정헌법이 이 세 가지 권리를 일괄 보장하고 있는데서 연유하는 것일 터이다. (일본 헌법 28조) 헌법에서 '모든 국민은' 혹은 '누구나'라는 표현을 쓰지 않고 국민 중 일부인 '근로자'라고 규정하는 것은<sup>47)</sup> 이 조문뿐이다. 이 점에서도 노동기본권은 다른 기본권과 현저히 다른 특징을 가지고 있다. 또한 헌법상의 이 세 가지 권리는 넓은 의미의 단체행동에 관한 권리이며, 권리 주체가 단순한 개인이 아니고 단체라는 점에서도 독특한 특색을 가지고 있다. 즉 노동기본권은 헌법상 노동자 개인의 권리도 아니고, 비 노동자 단체의 권리도 아닌, 노동자의 단체에만 인정된 기본권으로서 헌법상에 구성되어 있다. 노동해석법학에서 노동자성과 단체성의 두 가지 특색이 강조되어 온 것은 실정헌법상의 이와 같은 조문구조에 기인하는 바가 클 것이다. 그러나 각국 헌법에 있어서 노동기본권을 다루는 방식은 나라마다 여러 가지여서 일본국 헌법의 조문구조로부터 곧바로 현대 자본주의에서의 노동기본권의 구조를 끌어낼 수는 없을 것이다. 따라서 헌법 조문을 떠나서 노동기본권에 대한 일반적 고찰을 해야 한다.

노동기본권은 노동자인 시민의 기본권이다. 따라서 첫째로 그것은 시민이 시민으로서 일반적으로 갖는 시민적 기본권을 부정하지 않고 이를 전제로 한다. 그러나 둘째로 그것은 시민 일반의 기본권에 해소되는 것이 아니라 시민이 노동자라고 하는 특수한 지위에 기초해서 보유하는 기본권이다. 이 시민으로서의 일반성과 노동자로서의 특수성과의 복합적 구조를 갖는 기본권이라는 점에 다른 기본권과 구별되는 노동기본권의 특수성이 있다. 또 이 사실이 노동기본권에 관한 인식이나 평가를 둘러싸고 여러 가지 대립이 생기는 기본적 이유가 되기도 한다.

노동기본권의 담당자인 노동자란 자본주의사회에서는 노동력이라는 상품을 소유하는 노동자이다. 상품소유자라는 점에서 노동자 또한 자본가와 대등한 '시민'이다. 그러나 노동자가 지니는 상품은 시민 일반이 지니는 상품과 달라 노동력이라는 특수한 상품이며, 따라서 노동자가 노동기본권이라는 특별한 기본권을 필요로 하는 근거는 노동력상품의 특수성 속에서 찾아야 한다.

상품 교환의 일반법칙은 말할 나위 없이 가치법칙인 바, 노동력상품의 거래에 있어서는 노동자가 개인으로서 나타나는 한 가치 대로 노동력상품을 팔 수가 없다. 노동력상품은 다른 상품과 달리 잉여가치를 낳는 상품이기에 때문에 잉여가치를 추구하는 자본가는 노동력상품을 가치 이하로 구매함으로써 잉여가치를 최대화시키려는 필연적 경향을 가지고 있으며, 노동자는 개인으로서의 거래능력이 약한 까닭에 이 경향을 거스를 수 없다. 따라서 노동자는 단결하여 거래능력의 취약함을 극복하고 단체의 거래력에 의존함으로써 가치법칙의 실현을 도모할 수밖에 없다. 이와 같이 노동상품 소유자는 개인이 아닌 단체를 통해,

47 실정헌법의 해석으로서 '근로자'라는 규정 속에 임노동자 외의 근로인민도 포함된다고 해석해야겠지만, 이 글에서는 임노동자에 한정해서 고찰한다.

그리고 단체의 힘에 의존함으로써 상품교환의 장에 나서지 않을 수 없다.

그러나 문제는 이와 같은 객관적 사실의 세계에서의 법칙이 노동자의 법적 권리와 어떤 대응관계에 서느냐에 있다. 다시 말해, 이런 의미에서 단결의 필연성은 자본주의경제의 출발과 동시에 존재해왔으며, 따라서 단결의 필연성이라는 사실의 법칙에서 곧바로 노동기본권이 논리적으로 도출되는 것이라면 시민의 일반 기본권과 마찬가지로 노동기본권은 산업자본주의 초기 단계부터 존재할 수 있었을 것이기 때문이다. 그런데 많은 나라들에서 단결의 필연성은 산업자본주의의 (적어도) 초기 단계에서는 권리로서 적극적으로 인정되지 않았을 뿐 아니라 오히려 위법으로 간주되고 있었던 것이다. 그러던 것이 적극적으로 기본권으로서의 지위가 주어지게 되는데, 그것은 국가독점자본주의의 단계에 접어들면서부터였다. 그런 까닭에 단결의 필연성 일반 혹은 노동력상품의 특수성 일반으로부터 곧바로 노동기본권의 성립을 논리적으로 설명하는 일은 곤란하다. 또한 만약에 노동기본권의 등장을 사회적 정치적 힘 관계로 설명할 수 있다면 현대에 들어와 노동자계급의 사회적 정치적 역량이 증대한 결과 노동기본권을 쟁취하기에 이르렀다고 설명할 수 있을지도 모르겠다. 그러나 물론 이런 요인도 노동기본권 성립에 크게 기여는 했겠지만, 그럴 경우 힘 관계 그 자체가 과학적으로 설명되어야 할 것이다. 어쨌든 노동력상품의 특수성이 자본주의 발전의 각 역사적 단계에서 어떻게 나타났는지에 대한 역사적 분석을 통해 노동기본권을 바라보는 수밖에 없다.

## (2) 노동기본권의 역사

노동기본권이 확립되는 역사적 과정은 자본주의 각국의 여러 역사 조건에 따라 복잡하고 다양하지만, 지극히 거칠게 일반적 흐름을 정리한다면 세 단계로 나눌 수 있을 것이다. 제1단계는 노동자의 단결활동이 금지되었던 시대, 제2단계는 단결활동이 방임(소극적 용인)되기에 이른 단계, 제3단계는 단결활동이 노동기본권으로서 적극적으로 승인되고 있는 현 단계이다.

제1단계는 시민혁명부터 산업혁명까지의 단계로서 많은 나라에서 처음에는 단결이 금지되었다. 이 단결 금지는 산업혁명이 완료하고 자유방임주의가 정책의 기초로 자리를 잡을 때까지 오랜 동안 계속되며, 이를 어떻게 평가할지는 사회정책학, 경제학, 노동법학에서도 의견이 갈린다. 이 단계에서의 단결 금지에는 전기(前期)적 전(前)시민법적 법사상에서 나온 단결 금지와 근대적 시민법적 법사상 즉 '노동의 자유'라는 시민법적 자유에 근거를 두는 단결 금지(前期的 직업집단의 해체)가 있으며, 이 두 금지는 성격이 다르다. 어쨌든 단결 금지의 기초는 전기적인 것으로부터 시민법적인 것으로 서서히 이행해 가는 것이고, 영국의 1799년, 1800년 일반 단결금지법, 프랑스의 1791년 르·샤프리에법<sup>48)</sup> 등은 그 전형이다.

단결금지법의 배경에 있는 역사적 상황에 대해서는 각국의 노사관계의 역사적 현실에 비추어 실증해야 할 사항이지만, 예를 들어 최근의 역사적 연구의 성과는 영국에서조차 이 단계에서의 임노동의 역사

48 이 법은 시민적 자유(기본권)의 입장에서 단결 금지를 분명하게 규정하고 있다. 즉 "신분, 같은 직업의 모든 종류의 시민의 동업조합의 폐지는 프랑스헌법의 본질적인 기초이므로 어떠한 명목 및 어떠한 형식 하에서도 그것을 재건할 것을 금한다"(제1조) "만약 자유와 헌법의 원칙에 반하여 같은 직업·기술 및 수공업에 속하는 시민이 결의로써 그들의 재능 또는 노동의 조력을 일치하여 거절하거나 일정한 가격으로만 승낙하는 협정을 맺을 경우, 이 결의 및 협정은 위헌, 자유 및 인권선언에 위반하여 무효임이 선언된다."(제4조) 그런 까닭에 로베스 뻬에르, 뻬시옹 같은 좌파마저도 이 법안에 반대하지 않았고, 법안은 당연한 것으로 받아들여졌다.

적 유형(類型)은 여전히 '2중의 의미에서' 자유로운 임노동자일 수 없으며(노동자와 생산수단 소유가 완전히 분리되지 않았다), 또 매니팩처의 담당한 기술적 기초(K. 마르크스)에 제약되어 생산과정에서의 작업 관리, 노무 관리 상의 대폭적인 권한이 여전히 직접적 생산자 손에 굳게 장악되어 있었다는 사실, 이와 같은 역사적 조건에서 자본이 노동력 부족 문제를 해결하고 노동자의 소생산자로서의 역전 경향을 저지하면서 구입한 노동력으로부터 잉여노동을 취할 자유를 확보하기 위해서는 노동자의 단결금지를 비롯한 일련의 권력주의적 노동정책을 취하지 않을 수 없었던 사실 등을 실증적으로 밝혀내고 있다.

이리하여 이 단계에서는 노동자는 단결을 금지 당함으로써 일반 시민 수준의 권리조차 보장받지 못하였다. 즉, 이와 같은 노동정책은 개인으로서의 가치법칙에 따라 상품을 판매할 능력을 지니지 못한 노동력상품 소유자의 특수성을 부정하는 것이며 그 특수성을 인정받지 못하면 상품소유자로서의 일반적 지위조차도 확보할 수 없는 노동자의 권리를 부정한다는 결과를 가져오는 것이었다. 그러나 노동자가 단결하지 않을 수 없는 필연성이 있는 이상 단결이 금지된 이 시기에도 숙련공이 그 권리를 지키기 위한 노동조합 운동은 꾸준히 발전하고 있었다.

제2단계는 산업혁명을 지나 자본·임노동관계가 결정적이 되는 단계이다. 이 단계에서 단결 금지는 철폐되어 시민적 자유의 기초위에 노동자의 단결 및 단결 활동은 국가의 형벌권으로부터 해방되었다. 영국의 1824·25년 법, 프랑스의 1864년 법, 독일의 1869년 법(북독일 연방영업법-나중에는 라이히영업법), 미국의 1842년 판례법 등이 그 지표로서 꼽힌다. 이 단계에서의 경제정책은 주지하는 바와 같이 자유방임 정책이다. 노동정책에서도 노동력의 거래를 노사의 자유로운 단체교섭에 내맡겨 국가는 개입하지 않고 다만 여자·아동 등 노동자에 대해서만 예외적으로 노동보호법의 정립(공장입법)을 통해 개입한다는 정책이 기초가 되어 따라서 전 단계의 권력주의적 규제들은 이 단계에서도 여전히 아주 소멸했던 것은 아니지만 자유방임 정책의 기초에서 볼 때 근본적 비판을 면치 못하게 되었음은 당연하다.

이 자유방임 정책의 기초가 되었던 역사적 조건은 임노동의 역사적 유형이 완전히 소생산자적 성격을 탈피하여 산업자본이 거기에 퇴적된 노동력에 의존하면서 자립적 축적 운동을 전개하는 것이 가능해졌다는 것, 생산과정에서 자본의 임노동자 지배가 한층 직접적이고도 강화되었다는 것, 그럼에도 불구하고 작업관리나 노무관리는 여전히 숙련 노동자·직인적 장인 노동자 손에 절반은 장악되어 있다는 것 등이다. 자본은 이들 숙련 노동자를 주체로 한 노동조합 운동을 한편으로는 탄압하면서도 다른 한편으로는 그것을 말살해버릴 수 없음을 인식하여 오히려 이를 필요최소한의 범위에서 용인하여 단결금지를 해제하면서 필요한 규제를 남기고 나아가 노동운동이 숙련노동자가 아닌 일반노동대중에 파급할 것을 방지하려고 한다. 이와 같은 역사적 상황에서 노동자의 단결 및 단체행동은 국가형벌권의 직접적 탄압으로부터 일단은 해방되기에 이르렀다.

그러나 이런 의미의 단결권 방임, 즉 시민적 자유로서의 결사의 자유 보호는 노동력상품의 특수성에 대한 국가의 소극적 확인을 의미하는 것이며, 말하자면 노동자가 인간으로서 살겠다는 요구를 시민적 기본권의 수준에서 보장하려고 하는 것이다. 그러나 이 단계에서도 노동자 조직이라는 것이 개인의 자유로운 의사에 따라 결성되는 일반적 시민단체와 질적으로 다르며 노동력상품의 특수성 때문에 필연적으로 결성되지 않을 수 없는 단체라는 관점은 아직 법의 시야 속에는 들어오지 않았다. 그러므로 노동력 상품의 거래 주체는 법적으로는 여전히 시민 개인인 노동자라고 이해되고 있었으며 다만 개인이 자유롭고 자발적인 의사를 가지고 집합할 것을 인정하되 지나지 않는다.<sup>49)</sup> 따라서 단결권은 여전히 시민적 기본권의 일환을 구성하는데 그치고 노동력상품의 특수성에 근거한 노동기본권이라는 관념은 아직 등장하지

49 때문에 이 단계에서의 시민적 자유로서의 단결의 자유는 노동자의 단결 및 단결활동으로부터의 각개 노동자의 '시민적 자유' 보호를 동시에 수반하는 것이었으며, 단결을 강제하기에 이르는 행위는 어느 나라에서도 여전히 국가의 형벌권에서 해방되지 않았다.



않았다.

이것은 사상적으로는 산업자본주의 단계의 자유주의 사상에 유래하는 것이며, 경제적으로는 노동조합이 여전히 숙련공을 중심으로 하는 노동자들에 의해 조직되고 있었다는 사실에 유래하는 것이다. 즉, 일정한 숙련에 따르는 숙련공의 기능은 일반적으로 인간이 만들어낸 상품과 유사한 일종의 재산으로서 관념되어, 따라서 이와 같은 재산을 소유하고 있는 노동자의 객관적 지위 및 의식은 무산자라기보다 일반 상품소유자=재산소유자의 지위와 의식에 가까웠다. 그것은 본래 상품으로서 생산된 것이 아니라는 의미에서도 다른 상품과 구별되는 노동력 상품의 특수성이 여기서 현저하게 드러나지 않았던 것이다(주체적 조건). 또 숙련공을 시민법 내부의 자유방임에 내맡겨도 아웃사이드로 전락하는 경우가 드물었고 단결이 나중 시대에 비해 비교적 지켜지기 쉬웠다는 사정도 있었을 것이다.<sup>50)</sup> 이와 같이 노동자의 단결권에 대한 소극적 용인, 즉 단결활동의 자유방임은 자유권의 보장=국가의 불개입이라는 형태로 노동자의 생존 요구를 충족시키기 위한 것이었다.

제3단계는 독점단계 이후의 자본주의 경제의 변모 및 그 변모에 의해 규정된 노사관계의 변모과정을 통해 단순한 시민적 기본권과 구별되는 노동기본권이 적극적으로 용인되는 단계이다. 이 변모를 먼저 노동력상품의 존재형태와 관련해서 본다면 대량의 반(半)숙련·불(不)숙련 노동자의 등장에 의한 노동력시장의 변모라는 사태를 지적할 수 있을 것이다. 숙련노동자의 경우와 비교하면 반숙련·불숙련 노동자에 있어서 기술과 기능이 갖는 의미는 약하고, 노동력상품은 육체와 결합되어 따라서 노동자는 자신의 육체를 팔아 살아갈 수밖에 없는 프롤레타리아트 내지 무산자의 입장과 그 자각을 뚜렷이 갖기에 이르렀다. 또 숙련노동자 경우와 비교해서 반숙련·불숙련 노동자의 노동시장은 현저히 확대되어 대량의 프롤레타리아트 발생은 끊임없이 수많은 아웃사이드를 만들어냄으로써 만약에 자유방임에 내맡긴다면 노동조합의 거래능력은 크게 떨어질 수밖에 없다. 자본주의 경제의 경기순환에 뒤따르는 공황의 심각화는 대량의 현재(顯在)적 잠재적 실업자군을 발생시킴으로써 노동자의 거래능력을 한층 저하시킨다. 나아가서 자본의 시장지배가 독점화함에 따라 노동자도 노동력 통제와 독점화를 통해 이에 대항하면서 거래능력을 높일 필요성이 한층 증대한다. 이리하여 이 단계에서는 제2단계에서의 숙련노동자 중심의 직종별 조합이 아닌 광범한 반숙련·불숙련 노동자를 산업적으로 조직하는 본격적인 프롤레타리아트의 노동운동 전개를 배경으로 단결권, 쟁의권 확립을 요구하는 목소리가 높아졌다.

이 요구가 어떤 과정을 통해 또 어떤 논리로써 국가정책 속에 편입되는 지는 각국의 역사적 조건의 차이에 따라 크게 다르다. 다만 일반적으로 말하면 독점단계 때부터, 나아가서 국가독점자본주의 단계에 있어서, 자본이 자유방임 정책을 통해 노동력상품을 구입하고 잉여가치를 취득함으로써 자본을 축적하는 일은 이미 불가능해져, 이 시점에서 노동정책이 과거로 돌아가는 일이 불가능해진다. 첫째로 자본에 의한 노동시장 통제는 진행되고 특히 제2차 대전 후의 완전고용정책은 노동력상품에 대한 국가의 개입=통제를 결정적인 것으로 만든다.

둘째로, 그에 따라 노동력상품의 가격=임금에 대한 통제도 불가피하게 진행되지 않을 수 없다. 그것은 한편으로는 최저임금제 등에서 보는 바와 같은 국가의 직접적 임금통제라는 형태를 취함과 동시에 다른 한편으로 단체교섭을 인정하고 그 단체교섭을 통해 간접적으로 임금수준을 규제한다는 형태를 취한다. 그러므로 자본의 입장에서는 단체교섭권을 법으로 인정하는 것은 노동통제 정책의 중요한 기둥이 된다. 좀더 구체적으로 말하면 노동조합 운동의 필연성을 부정할 수 없는 이상 노동기본권을 적극적으로 인정함으로써 노동조합 운동을 체제내부의 자리매김과 동시에 거꾸로 노동조합을 노동통제를 위한 기구로서 이용하는 것이 현대 국가의 자본의 지배적 노동정책이 된다. 그 전형적 형태는 단체교섭을 중앙집권화

50 숙련공 조합은 도제(徒弟) 제도와 결합되어 노동력 공급 제한을 지렛대로 봉쇄적으로 노동시장을 지배하고 있었다.

시켜 그 지도자를 통해 하부조합원 대중의 요구를 규제하는 형태이다. 중앙집권화 된 단체교섭을 통해 임금을 규제하고 그것을 넘는 조합원 대중의 높은 임금 요구를 누르는 일은 자본입장에서도 또 중앙집권화 된 조합간부 입장에서도 필요하다. 자본입장에서는 단체교섭을 거부하고 노사분쟁을 격화시키는 것보다 단체교섭기구인 조합을 중앙집권화시켜 그 관료화된 간부를 통해 임금을 규제하는 편이 보다 현명하고 보다 합리적이다. 단체교섭을 통한 이와 같은 임금통제는(정도차이는 있지만) 국가독점 자본주의 단계의 발달된 자본주의 국가의 중요한 노동정책으로서 일반성을 가지고 있다고 할 것이다.

이를 위해서는 노동조합에 체제 내부의 합법적 단체교섭기구라는 위치를 부여하고 게다가 조합 내부의 민주주의를 공동화시켜, 반체제를 끝내는 노동자의 정치적 자유나 표현의 자유, 기타 시민적 자유도 탄압하고, 나아가서 조합민주주의나 반체제 운동의 핵을 이루는 전위정당의 지배를 배제하는 등 요컨대 이빨을 뽑고 나서 안전을 확인한 다음에 노동조합 운동과 노동 기본권을 보장한다는 정책이 등장하게 된다. 이와 같이 현대 자본주의에서의 노동기본권의 보장은 자본축적을 위한 노동시장·임금의 통제정책의 일환으로서 자리가 매겨져 새로운 역사적 조건하에서의 자본의 노동지배를 담보하는 역할이 부여된다. 노동기본권이 역사적으로 확립되는 과정은 노동계급운동의 전개과정이자 그 운동에 대한 자본제 경제체제에의 포섭과정이며 그 바닥에는 자본축적의 법칙이 계속 엄연히 작동하고 있다.

### (3) 노동기본권의 법구조

노동기본권은 이상에서 살핀 세 단계를 거쳐 자본제 사회에서 승인을 확보함에 이르렀다. 단결권을 중심으로 하는 노동기본권의 법구조, 그것과 결사의 자유 내지 개인의 시민적 자유(가입·탈퇴의 자유)와의 관계, 즉 단결권의 성립에 의한 개인의 시민적 자유 제한이 얼마만큼 인정되어야 하는가 등의 문제는 각 국의 실정헌법의 구조나 노동법 체계의 차이에 따라 상당한 차이가 있지만 여기서는 깊이 들어가지 않는다. 특히 영·미처럼 헌법상 '단결권의 보장' 규정을 두지 않고 형사상·민사상의 위법성의 제거(영국)라든가 행정의 개입에 의한 보호(미국의 부당노동행위 제도) 등 형태로 단결권이 용인되는 경우와, 프랑스·독일·일본처럼 헌법상 '단결권의 보장'이 규정되어 소유권 등 다른 기본권과 어깨를 나란히 하는 독자적인 기본권으로서 단결권이 보장되는 경우와는 법적 구성의 차이는 현저하다. 그러나 그 차이는 법기술상의 차이이며 어느 편이든 노동자의 단결권이 일반 시민의 단순한 결사의 자유권 및 그 외 시민적 권리와 다른 독자적인 권리로써 현대의 노동기본권을 구성하고 있다는 것은 공통적이다.

노동기본권 보장의 논리적 근거로는 노동력의 집단적 통제의 법리(미국형), 집단적 자유방임의 법리(영국형), 종속노동의 법리(독일형) 등이 있으며 일본에서는 독일의 영향을 받고 종속노동의 법리를 발전시켜, '생존권' 법리에 의거하는 설이 다스인 듯 하나 영미형의 사고에 기초한 논리도 무시할 수 없는 영향력을 가지고 있다. 결론만 말한다면 단결권(공의)은 노동력상품의 특수성과 거기서 나오는 노동자 단결의 필연성을 법에 특별히 보장함으로써 노동자를 일반 상품 소유자의 지위에까지 끌어올리기 위한 것이다.

즉 단결권은 노동자에게 개인주의적 자유방임적인 결사의 자유 수준의 보장을 주는 것만으로는 도저히 시민 수준의 권리조차 보장되지 않는다는 것이다. 바꿔 말하면 시민으로서의 기본적 생활요구마저도 충족시킬 수 없게 되었다는 특정한 역사적 단계에서 노동자 단체에 결사의 자유 이상의 특별한 보장을 부여함으로써 노동자의 기본적 생활요구의 충족을 도모하기 위한 권리이다. 다시 말해서 노동자상품의 동가교환이 이루어지기 위해서는 일반 상품 소유자(시민) 수준의 권리로써는 불충분하다는 역사적 조건하에서 단결권은 승인되는 것이며, 그것은 일견 노동자에게 시민법상의 권리 이상의 특별한 권리를 부여하는 것처럼 보이지만 실은 오히려 일반 상품 소유자보다도 낮은 지위에 있는 노동자(노동력상품 소유

자)를 단결권을 통해 일반상품 소유자의 지위에까지 끌어올리기 위한 것이다. 그 보장 없이 노동자는 시민으로서의 생활마저 확보할 수 없다는 의미에서 노동기본권은 노동자인 시민의 시민적 기본권이라고도 할 수 있다. 국민 가운데 노동자가 접하는 비중이 커질수록 국민의 더욱더 많은 부분이 노동기본권 없이 시민적 생활 요구를 실현할 수 없는 상황, 즉 시민으로서 건강하고 문화적인 최저생활의 요구를 실현할 수 없는 상태에 빠진다. 이런 의미에서 노동기본권은 생존권과 결합된다. 혹은 노동기본권은 생존권을 기초로 하고 있다고도 할 수 있다. 그러나 이 경우 생존권이란 추상적 초역사적인 인간의 살 권리를 말하는 것이 아니라 자본제 사회를 전제로 하고, 따라서 가치법칙의 실현을 통해 건강하고 문화적인 최저생활을 영위할 시민=상품소유자의 권리를 일컫는 것이다. 그러므로 이런 의미의 생존권이란 바로 시민적 기본권이며 시민적 기본권의 실현을 위해 노동자인 시민에게는 노동기본권이 불가결한 것이 되는 것이다. 역사적 사회적 실재인 노동계급이 그 시민적 기본권의 테두리를 넘기 위해서는 시민(상품소유자)인 입장, 즉 임노동자인 입장을 넘어서지 않으면 안 되며, 그것은 자본·임노동관계의 폐기, 즉 혁명에 기대하지 않으면 안 된다.

노동기본권이 이와 같이 노동자인 시민의 시민적 기본권인 까닭에 그것은 상품교환에 기초를 두는 자본주의 체제의 테두리 안에서 자본가 계급이 장악하는 국가권력 아래에서도 그 권리성을 승인 받을 수 있는 것이다. 즉 노동기본권이 국가권력의 승인을 받는 국가법상의 권리이기 위해서는 그 시민적 기본권이라는 틀을 넘을 수는 없다. 다만 이 '시민'이 추상적인 시민일반이 아닌 '노동자'인 '시민'이라는 특수성을 국가권력으로 하여금 승인케 하면 되는 것이다. 그리하여 현대자본주의 국가는 앞에서 말한바와 같이 이를 국가법상의 권리로서 승인함으로써 노동자의 생활요구를 시민적 생존권의 테두리 안에 가두고 그 요구가 시민적 생존권의 테두리를 넘어 체제변혁의 에너지로까지 고양될 경우 이를 철저히 억압하는 체제를 확보한다.

그러나 한편 노동자 측에서 보면 노동기본권은 그것 없이는 시민의 지위와 생활을 확보할 수 없는 불가결한 것이기 때문에 마치 초기자본주의 하에서 소생산자 층의 재산권이 시민적 생존권의 기초이며 신성불가침한 것이었던 것과 같은 의미로 오늘날 노동자에게 신성불가침의 권리라고 할 수 있을 것이다. 그것은 따라서 공공복지에 의해 제한될 성질의 권리가 아니다. 만약에 노동기본권이 시민적 기본권 이상의 특별한 권리를 국가정책에 의해 주어진 것이라고 한다면 그것을 국가정책에 의해 제한하는 것 또한 가능하다고 할지 모르지만, 그렇지 않고 그것 없이는 시민적 기본권(생존권) 조차 실현할 수 없는 것이라고 한다면 그것을 국가정책으로써 박탈할 수 없음은 말할 나위도 없다. 노동기본권을 확보하는 일은 현대 자본주의하에서 살아가는 노동자에게 바로 최소한의 요구이다.

그 뿐이 아니다. 노동기본권은 앞에서 말한 바와 같이 노동조합의 체제화, 조합민주주의의 공동화를 전제로 하고 체제 속에 자리가 매겨져, 자본의 노동통제 내지 지배의 도구로서의 역할을 다하고 있는 것이기 때문에 단순한 노동기본권의 보장만을 가지고서는 노동자의 생존요구는 결국은 실현되지 않는다. 노동기본권이 노동자의 인간으로서의 생존요구를 실현하기 위해 유효한 수단이기 위해서는 노동자 계급에 대한 여러 가지 탄압이 배제되고 또 조합민주주의가 보장되어 있지 않으면 안 된다. 이를 위해서는 노동자의 정치적 자유, 표현의 자유(대중행동의 자유를 포함), 인신의 자유 등이 노동기본권과 불가분으로 결합되면서 보장되어 있지 않으면 안 될 것이다. 근대적 인권체제에서 재산권, 정신적 자유, 인신의 자유가 삼위일체인 불가분의 권리였음을 대신하여, 현대적 인권체제에서는 노동자인 시민에게 노동기본권, 정신적 자유, 인신의 자유가 삼위일체인 불가분의 권리가 되었다. 이들 시민적 자유는 노동자인 시민에게만 고유한 것은 아니지만 노동자나 노동운동의 지도자인 시민에게 불가결한 것이다. 앞에서 말한바와 같이 변모하고 있는 자유권은 그 새로운 형태에 있어 노동기본권과 서로 밀접하게 결합되면서 현대적 인권의 체계를 구성하고 있다. 이 상호관계를 한층 더 깊이 파고 들어가 연구하는 일은 앞으로의 과제일

것이다.<sup>51)</sup>

## 6. 사회보장의 권리

사회보장의 권리는 오늘날 가장 고유한 의미로 생존권적 기본권이라고 불리는 것들이다. 그 실정법상의 근거가 헌법에 규정되어 있지만 생존권이라는 권리가 어떠한 성질의 권리인가에 대해서는 과학적 인식의 문제로서도 해석학적 문제로서도 아직 불명확한 점이 너무 많다.

자본주의 사회에서 사람은 상품교환의 법칙을 통해서만 자신의 생존을 확보할 수 있는 것이며 그 법칙에 따라서 생존을 확보할 권리를 필자는 시민적 생존권이라고 규정한다. 노동기본권의 밑바닥에 있는 생존권이 이와 같은 의미의 시민적 생존권이라는 것도 앞에서 설명했다. 여기서는 일한 분량에 상응하는 임금(노동시간과 강도에 대한 임금)을 달라고 하는 노동력상품의 등가법칙에 따르는 요구, 즉 give and take의 원칙이 시민적 생존권을 떠받치고 있다. 물론 상품교환의 법칙을 통해 생존을 확보한다는 원칙 자체는 자본주의와 함께 있는 것이며, 현대 자본주의에 고유한 것은 아니다. 그리고 경제적 시민사회 내부의 자율적 운동과정에서 이 법칙이 관철되고 있는 이상 개인의 생존확보도 또한 사회내부의 문제이며 국가의 개입을 필요로 하지 않는다.<sup>52)</sup> 그러므로 근대적 인권체제에서는 생존권이라는 특별한 권리는 아직 등장하지 않는다(예외적인 국가의 개입과 보호, 특히 부녀자에 대한 개입을 제외하고).

시민으로서의 생존확보의 요구가 생존권으로서 법 위에 나타나기 위해서는 경제적 시민사회의 자유로운 운동을 통해서 생존을 확보할 수 없다는 상황이 일반적 보편적이 될 것을 필요로 한다. 노동기본권의 등장은 현실로 노동력을 판매하고 있는 노동자에게 시민적 생존권의 확립을 불가결한 것으로 만들었다. 그러나 실업, 질병 등에 의해 노동력을 상품으로써 판매할 수 없는 사람에게는 상품교환의 원칙에 참여하는 일 자체가 불가능하다. 이런 사람들의 존재가 개인적 사정에 기인하는 우연한 존재인 이상 그것은 일시적 예외적 문제로서 처리될 수 있었다. 또 실업이 공황 등에 따르는 사회적 문제로서 나타나게 된 이후에도 그것은 노동조합 내부의 혹은 노사관계 내부의(어느 편이든 경제적 시민사회 내부의) 자율적 구제 내지 자기방위(상호구제나 보험)로서 처리될 수 있었다. 그와 같은 생존권 확보 수단은 개인(가족) 생활 내부에 있어서의, 혹은 노동조합 내부에 있어서의 생활 자동회복력을 전제로 한 것이었다. 그러나 독점 단계 이후의 구조적 실업문제의 발생이나 그 규모가 확대화 함에 따라 빈곤의 문제는 경제사회 내부의 자율적 구제로는 처리할 수 없게 되어 국가의 개입이 필요하게 된다. 이리하여 사회보험의 체계가 만들어진다. 그러나 사회보험은 그것이 각출제의 보험인 한 기본적으로 자기가 낸 것을 회수하는 구조를 전제로 하며, 그러기에 give and take의 원칙이 여기서는 여전히 관철된다. 그런 의미에서 사회보험의 권리는 역시 상품교환의 원칙위에 서는 시민적 권리라고 할 수 있을 것이다. 언제 실업이나 질병

51 노동기본권과 기타 시민적 자유와의 삼위일체적 결합이 확보되어 있는지의 여부에 따라 노동기본권이 노동자의 인간으로서의 생활요구 실현수단으로 유효하게 기능할지 아니면 자본의 노동지배의 수단으로 유효하게 기능할지가 결정될 것이다. 예를 들어 정치파업의 문제 등도 이 각도에서 검토해야 할 문제이다. 또 조직론적으로 말하면 조합 내부의 민주주의가 확보되어 있는지의 여부가 노동기본권을 노동자의 것으로 확보할 수 있는지 여부의 문제의 기초가 될 것이다.

52 자유주의 단계에서는 개인의 생활의 확보는 개인의 책임이라고 인식되었다. 근대적 합리주의적 에토스의 체현자인 임노동자의 도야(陶冶)는 이와 같은 자조(自助)적인 생활윤리와 결합된다.

을 겪게 될지 모를 노동자에게 노동기본권과 사회보험의 권리는 양자가 어우러져 상품교환법칙위에 서는 시민적 생존권의 밑바닥을 떠받치게 된다.

독점자본주의의 모순이 한층 더 깊어져 각출제의 보험원리를 가지고도 그 모순을 처리할 수 없게 되는 단계에서 무(無)각출의 생활구제, 즉 공적부조에 의한 생활보장이라는 문제가 등장한다. 넓은 의미의 공적부조제도 그 자체는 주지하는 바와 같이 은혜적인 형태로 자본주의 초기부터 존재하고 있었다. 그러나 이 단계의 공적부조와, 사회보험의 모순의 전개 속에서 떠오르는 현대의 공적부조는 성격이 다르다. 전자는 국가에 대한 경제적 시민사회의 자율성을 창출하기 위한, 혹은 그 자율성을 전제로 하는 부조제도였는데 비해 후자는 국가에 대한 경제적 시민사회의 자율성이 무너져 국가의 개입이 불가결해지는 단계에서의 부조제도이다. 국가의 개입의 불가피성 내지 불가결성은 국가활동을 의무로써 요구하는 것이며, 여기에 공적부조는 국가의 의무로서 수행하지 않으면 안 되는 제도로 전화된다. 이 국가의 의무는 국민 측에서 말하면 공적부조를 요구할 수 있는 권리이며, 그것은 인간의 생존확보를 요구하는 생존권으로서 나타난다. 이런 의미의 생존권은 따라서 시민적 생존권의 테두리를 넘는 것이며 경제적 시민사회에 대한 국가의 개입이 전면적으로 불가결해지는 국가독점자본주의 단계에서 등장하는 것이다.

특히 제2차대전 후의 국가독점자본주의 전개가 완전 고용정책 내지 복지국가를 기치로 국민의 최저생활의 보장 정책을 내놓는 것과 함께 최저생활의 권리라는 개념도 보다 보편적으로 받아들여지기에 이른다. 최저 생활의 권리란 무엇을 의미하는가? 그것은 가치법칙의 관철이 전면적으로 국가권력에 의해 매개되어 있다는 것을 의미할 것이다. 즉 국가의 책임으로 가치법칙의 유지·관철이 도모되게 된 이상 가치법칙을 통해서 살아갈 것을 요구받는 자본주의 사회의 개인의 생활 또한 국가의 책임 하에 두어지는 것은 당연하며 그것은 또 국민의 생활수준이 국가의 규제·관리 하에 들어진다는 것도 의미한다. 한편으로 앞에서 말했듯이 여러 가지 형태의 국가의 노동통제(시장규제·임금규제)가 진행됨과 동시에 다른 한편으로 노동자를 중심으로 하는 국민의 소비생활에 대한 규제 또한 본격적으로 전개된다. 이와 같은 단계에서 국민의 최저생활의 보장이란 과제는 자본제 국가의 불가결한 책임으로 되는 것이며 그 사실이 거꾸로 자본주의 체제 내부에서 국민의 최저생활에 대한 권리를 확립케 하는 근거가 되는 것이다. 즉 가치법칙은 권리형태를 지탱하는 기초이며 그것이 현대에서는 국가에 의해 매개된다는 사실이 생활보장을 둘러싼 국가-국민과의 관계를 권리관계이게 하는 것의 근거이다.

그리고 또 이 사실이 다른 아닌 자본주의 사회에서의 생존권 내지 최저생활의 권리의 한계를 긋는 근본적 이유가 되기도 한다. 자본주의 국가가 이들 권리를 보장하는 것은 그 자체가 목적인 것이 아니라 전사회적 규모에서의 가치법칙의 유지·관철이라는 현대 자본주의 국가의 본래적 근본적 임무에 비추어 생활보장정책이 불가결해지는 상황의(말하자면) 반사이며 따라서 국민의 생활보장이 가치법칙의 유지라는 자본제 국가의 근본적 과제의 일환을 짊어지고 있는, 그 범위에서만 국가는 그 책임을 지지만 생활보장이 가치법칙의 관철을 저해하고 혹은 파괴할 위험이 있을 경우 자본주의 국가는 그것을 보장할 수 없으며 또 보장할 리도 없다. 이 사실은 사회주의 사회에서의 사회보장의 권리와 본질적 차이를 드러내는 것일 터이다.

과거에 사회보장의 권리 특히 최저생활 보장에 대한 권리를 이해하는 데 있어, 그것이 운동을 통해 쟁취된 것이며 국가=총자본의 양보에 의해 성립된 것이라는 이해가 일본학회에서는 많은 적든 있었다고 할 수 있을 것이다. 혹은 한편으로 운동론적 관점에서 사회보장에 대한 권리의 권리성을 강조하고 다른 한편으로 인식론적 관점에서 권리의 한계를 강조한다는 논리적 모순 때문에 이원론에 빠지는 경우도 적지 않게 발견되었다고도 말할 수 있을 것이다. 그러나 올바른 운동론을 전개하기 위해서도 우선 올바른 인식론에 입각하지 않으면 안 된다. 인식론으로서 사회보장의 권리를 권리이게 하는 그 같은 근거가 바로 권리의 한계를 긋는 근거이기도 하고 따라서 그 권리성의 지적과 권리의 한계의 지적과는 다른 이

야기를 하는 것이 아니라 사물의 동일한 측면을 말하자면 앞과 뒤에서 지적하는 일에 다른 아니리는 점이 중요하다.

사회보장의 권리는 보통 실정법 해석학에서 노동기본권과 함께 생존권적 기본권이라고 이해되고 있다. 그러나 노동기본권과 사회보장에 대한 권리와 관계에 대해서는 더 검토해야 할 문제가 많을 것 같다. 노동자가 그 노동력 상품을 판매할 수 있는 입장에 있을 때에는 노동기본권의 보장을 통해 생존을 확보하고 노동력 상품을 판매할 수 없는 입장에 있을 때에는 사회보장에 대한 권리 보장을 통하여 생존을 확보한다는 의미에서 이 두 가지 기본권은 모두 노동자의 생활에 불가결하다. 이런 점에 주목하면서 양자를 일괄 생존권적 기본권의 범주에 넣는 것에는 충분한 근거가 있다. 그러나 우리는 양자의 차이에도 충분히 주목하지 않으면 안 될 것이다.

사회보장의 권리, 특히 공적부조의 권리는 노동기본권과 다음과 같은 점에서 다르다. 첫째, 노동기본권은 노동력상품의 교환=계약관계를 전제로 하는 권리인데 비해 공적부조의 권리는 계약관계를 전제로 하지 않고 국가와 국민과의 직접적 관계에서 생기는 권리이다. 둘째, 노동기본권은 상품교환법칙의 관철을 추구하기 위한 권리이며 give and take의 원칙에 지배되는데 대해 공적부조의 권리는 take만 있고 give는 없다는 비(非)등가교환을 전제로 성립되는 권리이다. 셋째, 노동기본권은 항상 집단을 전제로 해서 성립되는 권리인데 대해 공적부조의 권리는 이와 같은 집단을 반드시 전제로 하지 않는다.

이와 같은 차이 때문에 공적부조의 권리는 자본주의 법체계 안에서는 노동기본권과 같은 의미의 명확한 형태를 가진 권리성을 부여받지 못한다.<sup>53)</sup> 게다가 공적부조의 권리 내용은 국가의 손에 의한 최저생활 확보를 요구하는 것이며 그 최저생활을 어느 수준에서 결정하느냐는 점이 권리의 내용에 결정적으로 중요한 의미를 갖는다. 이 수준은 근본적 경제적으로 당해 역사적 사회의 일정한 생산력 수준에 규정받으면서 구체적으로는 그때그때의 정치적 사회적 여러 조건, 힘 관계, 정책 등 여러 가지 요인에 의해 결정되는 것이며 권리의 구체적 내용이 이와 같은 법 외적 정책적 요인에 의해 직접 규정되는 것이 공적부조에 대한 권리의 특징이다.

나아가서 최저생활의 보장은 국가의 입장에서 볼 때 국가의 손에 의한 국민의 소비생활에 대한 규제를 의미하는 것이며 국가에 의해 보장되는 최저생활비의 수준은 각종 보험으로 보장되는 생활비의 수준이나 최저임금제와도 결합되면서 일반노동자의 임금수준에도 영향을 주게 된다. 그런 의미에서 공적부조의 문제는 생산과정으로부터 탈락한 빈곤자의 문제에 머물지 않고 노동자계급을 중심으로 하는 국민일반의 문제로서 등장하는 것이며 노동자 계급은 이 국민적 과제를 제기하지 않을 수 없다. 이리하여 노동기본권과 사회보장의 권리(특히 공적부조의 권리)란 앞에서 말한 바와 같이 권리구조로서는 이질적인 것임에도 불구하고 이 두 기본권의 담당자는 모두 노동자계급이며 따라서 운동론으로서 노동운동 속에서 이 양자는 통일적으로 파악되어 발전되도록 노력해야 하는 성격을 가진 것이다.

53 그러니까 예를 들어 (일본) 헌법 25조(생존권)와 관련해서는 이를 '프로그램규정'이라고 해석하는 견해가 공공연히 주장되고, 또 학계에서도 상당한 지지를 얻고 있는 것이지만, 같은 헌법 제28조의 노동기본권 규제를 '프로그램규정'이라고 부르는 자는 오늘날 한 사람도 없을 것이다.

# 자본주의 경제와 기본적 인권

## -여러 권리와 경제와의 거리-

시바가키 가즈오 (집필 당시 도쿄대학교 사회과학연구소 조교수)

### 1. 머리말

경제학 전공이며 법학에 대해 문외한인 필자가 각종 인권사상이나 각국 헌법의 인권 규정을 훑어보면 서 느끼는 것은 여러 권리의 열거방식이 매우 나열적이며 각각 권리의 상호관련 혹은 경중의 차가 문면으로는 거의 알 수가 없다는 곤혹스러움이다. 그러나 이와 같은 곤혹스러움은 반드시 필자의 법학에 대한 무지 때문만은 아닐 것이다. 예를 들어 와타나베 요조 (渡辺 洋三) 교수는 기본적 인권에 관한 법학계의 연구 상황에 대해 다음과 같이 말하고 있다. 즉

“일반적으로 기본적 인권에 대한 과거의 많은 설명은 법률학자가 법해석의 문제와 관련시키면서 논한 것이나 사상학자가 인권사상의 원리나 '사고의 방식'과의 관계로 논한 것이 많고, 따라서 사회과학의 입장에서 기본적 인권의 역사적 구조를 규명한 것은 의외로 적은 것 같다. 사회과학 특히 법률학의 입장에서 특정한 역사적 사회에서 누구의, 어떠한 권리가, 누구에 대해, 왜, 법제도로써 보장되어 왔는가에 대한 사실관계와 변화의 법칙이 밝혀지지 않으면 안 된다. 물론 부분적으로 이와 같은 작업은 있었지만 각종의 기본적 인권에 대해, 그것도 역사적 변화 속에서 이를 전체로서 구조적으로 파악하고 그 인권을 자리매김한다는 일은 여전히 이루어지지 않고 있다.”

또 고바야시 나오키 (小林 直樹) 교수는 와타나베 교수와 다소 다른 관점에서 '인권목록의 재구성'을 시도하면서 “기본권 목록 속에 들어간 여러 권리가 그 의미·성격 및 중요도, 따라서 제약을 받는 정도 등에 있어 서로 상당한 차이가 있다는 것”에 대한 인식의 중요성을 강조하고 있다.

법학계의 연구 상황을 대체로 이와 같이 이해해도 된다면 법학·정치학과 경제학과의 공동연구로서 편성된 우리 연구회 작업의 일환으로 경제학 입장에서 각종의 인권선언이나 헌법에 나열적으로 열거되어 있는 여러 권리가 근대사회에서 점하는 위치 내지 상호관계를 경제학의 시스템에 따라 다시 정리해보는 것도 일정한 의미가 있다고 생각된다. 이 글은 그런 작업을 진행시키기 위한 틀을 설정함에 있어 하나의 시론을 제공하고자 하는 것이다.

그런데 구체적 고찰에 들어가기 전에 약간의 전제가 되는 논의가 필요할 것이다. 첫째로 필자가 의거하고자 하는 '경제학의 시스템'이란 무엇이나는 점이다. 그것을 한마디로 표현하면 마르크스의 <자본론>이나 레닌의 <제국주의론> 등 통틀어 이른바 마르크스경제학에 입각하여 그것을 기초로 하면서도 그것을 원리론, 발전단계론, 현상분석론 등 이른바 삼단계론으로서 체계화한 우노 고조 (宇野 弘藏) 교수의 시스템을 가리킨다. 그것을 간략하게 설명한다면 다음과 같다. 즉 '원리론'이란 일정한 역사적 추상에 기초하여 상품경제관계가 생산과정을 포함하여 전면적으로 지배하는 실험실적인 '순수한 자본주의사회'를 설정하여 거기서 자본주의의 일반적 운동법칙을 완결적인 논리체계 속에 파악하는 것이다. 이 세계상은 단순한 관념적인 이념형은 아니고 19세기 중반 영국에서 나타난 경제과정이 상품경제라는 측면에서 일원적으로 순화되는 경향을 근거로 추상된 것이며, 따라서 여기서는 한편으로는 이른바 상부구조에 속하는 여러 관계가, 다른 한편으로는 국제관계가 사상되어 있다. 마르크스의 <자본론>의 세계가 대충 이에 상당

하는 것이라고 보아도 될 것이다. 다음으로 '단계론'은 이 원리를 기준으로 하면서 상인자본에 의한 중상주의, 산업자본에 의한 자유주의, 금융자본에 의한 제국주의라고 하는, 자본주의의 세계사적인 생성·발전·난숙(爛熟)이라는 여러 단계를, 각각의 단계를 전형적으로 대표하는 나라들과 그곳의 있어서의 자본의 지배적 존재형태 속에 확정하는 것이며, 따라서 그 논리는 '원리론'이 개념의 자기운동이라고도 할 수 있는 논리의 전개로서 설명되는데 대해 자본주의의 세계사적 발전에 의미를 갖는 역사적 계기들, 즉 '원리론'에서는 사상되어 있었던 생산력의 구체적 수준, 국제관계, 국가의 경제정책 등을 포함한 역사적 논리로서 전개된다. 따라서 여기서는 한편으로는 선진국과 후진국의 관계를 통해 자본주의의 세계사적 제단계의 변천의 논리가 밝혀짐과 동시에 다른 한편으로는 발전단계의 변천에 따라 변화하는 국가의 역할을 통해 유물사관에서 말하는 상부구조와 하부구조의 상호관계가 해명된다고 할 수 있다. 마지막으로 '현상분석론'은 앞의 '원리론'을 기준으로 하고, '단계론'을 매개 규정으로 하여 세계경제 내지는 각국 자본주의의 현실과정을 각각의 실태를 감안하면서 해명하는 것에 다름 아니다. 그리고 이같은 경제학에 있어서 '삼단계론' 시스템은 필자에게는 사회과학에 있어서 '삼단계론'으로서 비로소 완전한 것이 된다고 생각하는 것이지만, 당장 이와 같은 시스템에 따라 기본적 인권 고찰의 장을 생각한다면 그것이 주로 '단계론'이하의 차원에 속한다는 것을 미루어 짐작할 수 있을 것이다. 각국에서의 기본적 인권문제는 말할 나위 없이 '현상분석론'의 과제이지만, 기본적 인권이라는 것이 현저하게 국가권력과 시민사회의 관계에 관한 개념인 이상 상부구조와 하부구조의 관련을 해명할 것을 과제로 하는 '단계론'의 무대아말로 기본적 인권론의 일반적 고찰에 가장 적절한 장이라고 할 수 있을 것이다.

전제가 되는 논의의 두 번째는 여기서 거론할 기본적 인권의 내용을 어떠한 성격의 것으로서 설정하느냐는 문제이다. 이에 대해서는 크게 나누어 두 가지 방법이 있다고 생각된다. 그 하나는 기본적 인권에 속한다고 생각되는 여러 가지 권리를 이른바 실정법적인 규범성을 가진, 혹은 가져야 할 권리라고 파악하고 그 개개의 권리의 관철이 실효하느냐의 여부 혹은 어떤 형태로 관철되는지를 감안하면서 고찰한다는 방식이며, 그 두 번째는 기본적 인권을 하나의 글로벌한 사상체계로 파악하면서 그 체계의 내부구조를 고찰하는 방법이다. 이 두 가지 방법은 그 어느 것에 입각하느냐에 따라서 상당히 다른 논의가 전개될 것이 예상되며, 거기에 또한 흥미 있는 문제가 숨어있다고도 할 수 있지만, 우선 이 글에서는 전자의 시각에서 고찰을 진행시키고자 한다. 후자의 시각에서의 논의에 관해서는 이 글의 마지막 부분에서 약간의 문제점을 지적할 예정이다.

마지막으로 이런 시각에 입각해서 이 글에서 고찰할 여러 권리의 목록을 열거해둔다. 이는 고바야시 교수의 저서에 나온 목록을 그대로 열거한 것이지만, 이를 앞에서 말한바와 같은 경제학의 시스템에 따라 재구성 해보겠다는 것이 이 글의 내용이다.

### 기본권의 목록(54)

#### I. 기본권의 원칙

- (1) 개인존중의 원칙
- (2) 법 아래 평등

#### II. 개인적 기본권

- (1) 인신(혹은 신체)의 자유에 관한 것

54) 小林直樹 <憲法の構成原理> (東京大學 出版會 1961) 고바야시 교수는 이 도표에 대해 현대헌법의 인권체계의 목록으로서 완전한 것이 아니라고 부연하고 있다.

- a. 법의 정당절차의 보장/ .b. 부당한 체포 등으로부터의 자유/ c. 노예적 구속 및 고역으로부터의 자유/ d. 고문, 잔학형의 금지
- (2) 정신의 자유에 관한 것
  - a. 사상·양심·신교 등의 자유/ b. 언론·출판의 자유/ c. 집회·결사의 자유

### III. 사회적 기본권

- (1) 경제사회적 자유권
  - a. 재산(소유)권/ b. 주거·이전·직업선택의 자유
- (2) 생존권적 기본권
  - a. 협의의 생존권/ b. 노동에 대한 권리/ c. 노동자의 권리/ d. 노동자의 단결권/ e. 교육에 대한 권리/ f. 가정생활에 대한 권리

### IV. 참정권 및 청구권적 기본권

- (1) 능동적 관계있어서의 제권리
  - a. 참정권 또는 공무원 선정 임명권/ b. 청원권 /c. 재판받을 권리
- (2) 청구권적 제권리
  - a. 배상청구권/ b. 형사보상 청구권

## 2. 자본주의 경제의 일반적 존립에 관한 기본권

경제학의 '원리론'이 분명히 하고 있듯이, 자본주의를 그 이전의 사회구성체로부터 구별하는 기본적 특징은, 어떠한 사회든 그 사회가 존립하기 위한 불가결의 조건인 물질적 재생산(생산수단 및 생활 자료의 재생산과 노동력의 재생산)이 자본주의 내부에 있어서는 권력적 요소를 완전히 재외한 순 경제적인 관계로 일원적으로 확보된다는데 있다. 이 순 경제적인 관계라는 것은 말할 나위 없이 상품경제를 가리키지만 이 사실은 이를 봉건사회에서의 물질적 재생산 방식과 비교할 때 일목요연할 것이다. 즉 일반화해서 말하면 봉건사회는 일종의 이원적인 사회구조를 이루고 있는 것이며, 첫째로 기본적인 생산관계라는 점에서 영주와 봉건농민 사이에서 영위되는 자연경제를 기반으로 한 물질적 재생산의 공동체적인 구조가 있고, 둘째로 그에 부수되는, 마르크스의 이른바 '공동체의 틈새'에 상품경제가 존재한다. 그리하여 우선 기본적인 생산관계를 이루는 영주와 농민과의 관계는 지배=예속을 내용으로 하는 권력적인 관계에 매개되어 있으며 직접적 생산자인 농민은 인격적으로 부자유한 토지의 부속물로서 권력적으로 토지에 결박된 물질적 재생산의 담당자이다.<sup>55)</sup> 바꾸어 말하면 권력적 관계가 물질적 재생산 조직 내부에 포함되어 있다고 할 수 있으며 따라서 거기서는 이른바 상부구조와 하부구조의 구별은 존재하지 않고, 또한

55) 따라서 여기서는 직접 생산자인 농민과 착취계급인 영주와의 관계는 '경제외적 강제'에 의해 매개되고 있다. 이 개념은 말할 나위 없이 자본주의사회에서 관철되는 '경제적 강제'를 기준으로 해서 정립되는 개념인 바, 마르크스의 고전적 정의에 의하면, "인격적인 종속관계. 정도 차이는 있어도 인격적인 비자유 및 토지의 부속물로서 토지에 결박되어 있어야 한다. 본래적 의미의 예속이다." (<자본론> 제3권) 그 내용의 본질이 농민의 토지에의 결박, 즉 '이전의 자유' 제한임을 주목해야 한다.

그런 까닭에 경제가 경제로서 정치나 종교로부터 분화되지 않은 상태가 존재하고 있는 것이다. 한편 봉건사회에서는 (고대사회의 경우도 마찬가지) 이와 같은 기본적 생산관계가 일원적으로 전 사회를 지배하기 위한 동력을 가질 수 없었던 것이며 이런 생산관계가 지배하는 영역 외부에 주로 유통과정을 담당하는 상품경제에 존재의 여지를 주고 있었던 것이다. 그리고 이 상품경제는 기본적 생산관계에 대해 부수적인 존재이면서도 거꾸로 그에 대해 강력한 해체작용을 주는 것으로서 존재해 있었던 것 이며, 그런 점에서 봉건사회를 파악하는데 있어 사상할 수 없는 구성요소라고 하지 않으면 안 되는 것이다.

이에 대해 자본주의 사회는 앞서서도 지적한 바와 같이 상품경제가 물질적 재생산을 일원적으로 장악한 지점에 성립한다. 봉건사회의 구조와 관련해서 설명하면, 자본주의 사회란 봉건사회에서는 유통 면에서의 부분적 지위밖에 차지하지 못했던 상품경제가 물질적 재생산의 과정에까지 그 지배를 미치게 됨으로써 성립되는 사회라고 말할 수 있다. 원래 부분적인 존재에 지나지 않았던 상품경제가 물질적 재생산을 장악하는데 필요한 과정과 조건은 무엇인가? 당연한 이야기이지만 봉건사회의 기본적 생산관계를 이루는 영주와 농민의 관계, 즉 이른바 경제외적 강제에 기초한 관계가 양기(揚棄)되지 않으면 안 된다. 이 경우 상품경제 또한 앞에서 지적한 바와 같이 경제외적 강제에 기초한 관계를 사실상 해체시켜 가는 작용을 가지고 있는 것이지만, 그러나 그 자체의 힘으로 이 해체를 완성할 수는 없으며, 거기에 폭력내지 권력을 지렛대로 한 마르크스의 이른바 원시적 축적(본원적 축적)의 과정 즉, '생산자와 생산수단과의 역사적 분리과정'<sup>56)</sup>을 필요로 하는 것이다.

이 원시적 축적은, 구체적으로는 토지의 부속물로서 영주의 지배 하에 있던 봉건농민을 토지로부터 떼어내고 그들을 이중의 의미로 자유로운 노동자로 전화시킴으로서 자본가적 재생산의 존립조건을 이루는 노동력 상품화의 전제조건을 만들어 낸다. 즉 이 무산계급 창출의 대극(對極)에는 토지를 포함하는 일체의 생산수단 및 생활수단의 배타적·독점적인 사적소유가 형성되어, 그와 함께 생산수단은 자본으로 전락되는 것이며, 여기에 어떠한 사회에서도 공통되는 생산수단과 노동력의 결합에 의한 노동생산과정인 생산수단의 소유자인 자본가와 노동력의 소유자인 노동자 사이의 (상품으로서의 노동력 매매를 통해 실현되는) 생산관계, 즉 상품경제에 의한 물질적 재생산의 일원적 구조가 형성되는 것이다.<sup>57)</sup> 다만 이런 관계가 한 사회를 전면적으로 지배하기 위해서는 원시적 축적만으로는 불충분하며 노동으로부터 숙련을 박탈함으로써 노동력의 상품화를 구조적으로 보장하는 기계제 공업의 생산력 수준(현실적으로는 산업혁명을 통해 실현된다)이 주어져 있지 않으면 안 되지만, 어쨌든 이런 원시적 축적의 기본적 내용에 포함되는 두 측면(즉, 생산수단으로부터 분리된 자유로운 노동자의 형성과 생산수단의 사적소유의 확립)은 자본주의 사회가 하나의 사회로서 존립되기 위한 불가결한 조건을 이루는 것이라고 할 수 있다.

그런데 이와 같은 배경을 놓고 기본적 인권문제를 생각할 때, 앞에서 제시한 고바야시 교수의 목록 중 에서 III. 사회적 기본권 중 (1)경제적 사회적 자유권으로서 정리된 두개의 기본권, 즉 '재산(소유)권'과 '거주·이전·직업 선택의 자유'를 주목하지 않을 수 없다. 이 두 가지 기본권이 각각 자본주의 사회의 존립조건에 관한 경제적 내용과 직접적인 관련을 나타내는 권리라고 할 수 있기 때문이다. 즉 '재산(소유)권'은 생산수단의 자본가에 의한 사적 소유의 형성, '거주·이전·직업 선택의 자유'는 노동력 상품화

56) <자본론> 1권

57) 노동력의 상품화를 통해 형성되는 자본=임노동 관계의 물질적 재생산 과정은 상품을 가지고 상품을 생산하는 과정이다. 자본은 생산수단과 노동력을 상품으로서 구입하고 그것을 생산과정에서 결합시켜 소비함으로써 생산물을 생산하고, 그 생산물(생산수단 및 생활자료)을 상품으로서 판매한다. 노동자는 노동력을 판매함으로써 구입한 화폐를 가지고 자본가로부터 자신의 노동력을 재생산하는데 필요한 생활자료를 상품으로서 도로 사들인다. 즉 노동력의 상품화를 통해 일체의 생산물이 상품으로서 생산되게 되는 것이다.

의 전제인 토지로부터 해방된 자유로운 노동자의 형성과 관계가 있다는 것이다. 기본권이라는 측면에서 말한다면 이 두 가지 권리는 자본주의 경제가 한 사회를 지배하기 위해 불가결한 권리로서 자리가 매겨져야 할 성격의 권리들이다.

다만 이 두 가지 기본권은 경제 과정과의 관련의 성격에 약간 차이가 난다고 생각된다. 이렇게 생각하는 이유는 이 양자가 법적 규범으로서 한 사회의 전체를 구속하는 권리로서 확립되는 것은 자본주의 사회에 도달하면서라고 해도, 또 이 양자가 공존하고 있는 것이 자본주의 사회의 존립조건이라고 해도, 양자의 형성과정에서 이하에서 보는 것 같은 상대적으로 독자적인 논리가 있는 것처럼 보이기 때문이다.

즉 첫째로 '재산(소유)권'은 경제학적 범주와 관련해서는 단서적·일반적으로 우선 '상품'으로 비롯되는 '유통형태'(상품·화폐·자본)와 직접 관련되는 권리라고 생각하는 것이며, 권리개념 구성에 '산업자본', 즉 '자본의 생산과정'을 필요로 하지 않는다. 부가 상품형태를 취하는 그 순간 상품 소유자는 영유도 아니고 보유도 아닌, 그 상품에 대한 배타적·독점적인 사적소유권자가 되는 것이며 그런 의미에서는 소유권은 상품교환이라는 인간의 경제행위가 직접적·사실적으로 만들어내는 권리라고 할 수 있을 것이다. 유통형태인 상품이 상품으로서 운동하려고 하는 한 상품교환 주체의 존재(판매자와 구매자)를 필요로 하며 그 상품교환의 실현은 교환주체의 상호동의(계약)를 통해 수행될 수밖에 없으며 게다가 교환주체의 상호동의를 통해서만 상품교환이 실현된다는 것은 교환주체가 서로 상대방을 사적소유권자로서 인정하고 있다는 것을 전제로 하기 때문이다. 이런 사실은 역사적으로도 예를 들어서 증명할 수 있는 사실이며, 앞서서도 말했듯이 상품경제는 한 사회에 부분적인 것으로서는 자본주의 이전부터 존재하지만, 고대사회든 봉건사회든 상품유통이 지배하는 그 범위에서는 소유권이 사실상 형성되어 있었다고 말 할 수 있는 것이다.<sup>58)</sup> 고대 로마에 있어서 상품경제는 직접생산자인 노예자신까지도 부분적으로는 상품으로 하는 상품경제였지만, 거기서의 상품경제의 전개는 근대자본주의법이 계승할 수 있는 물권=소유권 개념을 로마 법이라는 성문법 중에 까지도 형성했던 것이다. 더구나 주목할 것은 재산(소유)권은 앞에서 말한 바와 같이 상품유통 그 자체와 직접 관련해서 사실적으로 형성되는 것인 까닭에 역사적으로는 처음부터 반드시 사인 개인의 '인권'으로서 나타나지 않는 경우도 있다는 사실이다. 예를 들어 봉건영주가 영지 내 생산물을 상품으로서 판매한다면 그 순간 그는 봉건영주인 채 그 상품의 교환주체로서 사실상의 재산(소유)권자가 되어 있는 것이며, 극단적인 경우를 생각하면 원시공동체가 타 공동체와 상품교환을 행할 경우 공동체 자신이 교환주체로서 소유권자가 되고 있는 것이다. 재산(소유)권이 '인권'으로서 확립하기에는 그것이 사회적으로 전면화함과 동시에 (앞에서 지적했듯이 자본의 원시적 축적에 의한) 봉건적 생산관계의 해체를 필요로 하는 것이지만, 그리고 또한 재산(소유)권의 '인권'으로서의 확립과 그 사회적 전면화를 조건으로 자본주의는 존립할 수 있는 것이지만, 이 권리 그 자체의 논리적·역사적 단서는 자본주의가 아닌 상품유통 일반에 있다는 사실을 간과해서는 안 된다.

그러나 두 번째의 '거주·이전·직업 선택의 자유'는 이와 다르다. 그것은 범주적으로는 '자본', 그것도 '산업자본'의 정립을 위한 불가결한 조건으로서 비로소 요청되며 역사적으로도 자본주의의 성립과정에서 처음으로 발생하고 확인되는 권리일 뿐만 아니라 '재산(소유)권'이 한 사회에 전면화 될 것을 가능케 하는 권리이다. 재산(소유)권이 (그것이 '인권'이기는 하지만) 물건에 대한 인간의 지배를 매개로 한 권리이며, 따라서 물건이 부분적이라 하더라도 상품화되는 한 사실상 형성되고 게다가 상품유통의 확대에 대응

58) 그러나 자본에 의해 생산된 상품이 아닌, 고대나 중세의 상품(이른바 단순상품)은 그 자체 상품으로서 순화되어 있지 않으며, 그것은 원래 상품으로서 생산된 것이 아닌 생산물이 우연(偶然)상품이 되는, 따라서 상품으로서 실현하지 못하면 그대로 단순한 사용가치로서 소비하는 것도 가능하다는 점에 나타나 있는데, 이 상품으로서의 순화의 불철저함에 대응하여 여기서 형성되는 재산(소유)권 또한 함께 불순한 것임을 잊어서는 안 된다.

하여 그 지배영역을 양적으로 확대할 수 있는 권리인데 대하여, '거주·이전·직업 선택의 자유'는 물건을 생산하는 인간의 사회적 존재형태 그 자체에 관련된 권리인 것이다. 물건의 경우 (노예가 생산한 것이든, 봉건농민이 생산한 것이든) 일정한 조건에서 상품이 될 수 있으며, 또 일단 상품이 되어 버리면 그것이 어떻게 생산되었는지는 아무래도 상관없다. 바로 여기에 앞에서 지적한 것과 같이 봉건영주가 봉건영주인 채 상품교환의 주체로서 사실상의 소유권자가 될 수 있는 근거가 있다. 그런데 거주·이전·직업 선택의 자유는 인간 자신의 사회적 존재형태와 관련된 성격을 갖는 자유이므로 물건의 생산과정의 형태, 즉 생산관계의 형태와 불가분으로 결합시켜 생각하지 않을 수 없다. 실제로 거주·이전·직업 선택의 자유라는 권리는 봉건사회에서와 같은 권력적 요소를 물질적 재생산 과정 속에 내포한 생산관계, 즉 직접생산자인 농민이 경제외적 강제에 의해 토지에 결박되어 있음으로써 성립될 수 있는 생산관계와는 달리 근본적으로 맞지 않는 권리이며, 만약에 그것을 실현하려고 한다면 이 봉건적인 생산관계를 근본으로부터 양기하기 않으면 안 되는 성격의 권리인 것이다. 물론 이 권리의 경우에도 앞에서 지적했던 상품경제에 의한 분해 작용을 통한 봉건적 생산관계의 부분적 해체정도에 따라 실질적·양적인 확대가 없는 것은 아니나, 그 정도는 생산관계의 내부구조와 관련된 권리인 만큼, 재산(소유)권 경우보다도 덜하다고 하지 않을 수 없다. 봉건적 생산관계를 극복하기 위해서는 자본의 원시적 축적과정이 필요하며 그 기본적 내용이 토지로부터 분리된 자유로운 노동자의 창출이었음은 이미 말했지만, 이야 말로 기본권에 용어로 번역하면 바로 '거주·이전·직업 선택의 자유'의 자유를 실현하는 것에 다름 아니었던 것이다. 이 권리의 실현을 통해 노동력 상품화의 전제조건이 실현되고 물질적 재생산이 상품경제아래 일원적으로 파악되는 일이 가능해지는 것이다.

게다가 직접생산자의 토지로부터의 분리 그 실현을 통해 비로소 분리된 토지 그 자체를 사적 재산(소유)권 대상으로 만들 수 있는 것이며, 여기에 재산(소유)권도 앞에서 말한 부분성을 극복하고 한 사회 속에 전면화 되기에 이른다. 왜냐하면 한편에서는 노동력의 상품화를 통한 자본-임노동 관계의 형성에 의해 노동자가 생산하는 생산수단 및 생활 자료의 상품화=사유재산화가 가능해지는 것이지만, 토지는 노동의 생산물이 아님에도 불구하고 노동=생산과정에 불가결한 생산수단이며, 이 생산수단으로서의 토지가 재산(소유)권의 대상이 되고 따라서 상품화한다는 것은 일체의 생산수단 및 생활자료의 상품화=사유재산화를 완성한다는 것을 의미하기 때문이다.

이리하여 재산(소유)권 및 거주·이전·직업 선택의 자유라는 두 가지 권리는 (경제과정과의 관련에 있어 전자는 유통형태와 관련하고 후자는 생산과정과 관련한다는 차이는 있어도) 자본주의 사회 존립의 불가결한 존재조건으로서 모든 자본주의 사회에서 기본적으로 확보되고 보장되지 않으면 안 되는 성격의 권리라고 할 수 있을 것이다.

다만 이 두 가지 권리가 확보되는 현실적 형태는 자본주의의 세계사적 발전단계의 변화에 따라 차이가 있을 것이며, 개별적으로는 선진국 경우와 후진국 경우에서 차이가 있을 것이다. 경제과정의 자본주의화가 이들 권리를 현실적으로 형성해간 선진국 경우에는 그것을 이데올로기적으로 강하게 확인할 필요가 없는 경우(영국)도 있을 것이고, 독일이나 일본 같은 후진국 경우에는 원래 국가에 대해 주장되어야 할 권리가 국가에 의해 경제적 주체의 형성에 앞서 '위로부터' 법으로 인정되는 경우도 있다. 또 독점단계에 접어들자 재산(소유)권이 부분적으로 제한되면서 상대화된다는 것은 흔히 지적되는 바이며, 또 이 단계에서는 (후에 살펴볼) '노동기본권'의 등장과의 상대적 관계에서 그 제한이 논의되는 경우도 있다. 특히 오늘날 국가독점자본주의하에서 '공공의 복지'를 이유로 한 그 제한은 폭 넓게 보편화되어 있다고 할 수 있다. 거주·이전·직업 선택의 자유만 해도 거슬러 올라가면 원시적 축적기의 영국에서처럼 부랑민에 대한 단속이나 그들을 임노동자로서 도야(陶冶)하기 위한 강제노동, 가깝게는 제2차대전 하의 파시즘 국가의 노동력 통제 같은 사실이 있다. 그러나 이들 현상은 각각의 역사적 단계, 혹은 각각의 자본주

의국의 구조적 특징을 받고 있는 것이며 지배적 자본 그 자체의 재산(소유)권이 기본적으로 침해되는 일은 있을 수 없으며, 또 강제노동이든 노동통제가 자본에 의한 노동력 상품의 확보를 보장하면 했지, 결코 그것을 부정하는 것이 아니라는 점에 주목해야 한다. 어쨌든 이들 문제는 경제학적으로 말하면 자본주의의 '단계론' 혹은 '현상분석론'의 국면에서 해명되어야 할 두 가지 권리의 역사적 현실형태의 문제인 것이다. 그러나 그 실제의 해명을 할 여유도 능력도 지금의 필자에게는 없다는 것을 양해 받으면서 논의를 진행하기로 한다.

### 3. 자본주의 사회 여러 권리의 상대적 성격

#### (1) 머리말

앞에서 본바와 같이 기본적 인권을 구성하는 여러 권리 중 재산(소유)권 및 거주·이전·직업 선택의 자유는 자본주의 경제의 존립조건인 노동력의 상품화를 기초로 한 상품경제의 전면적 지배에 직접 관계되는 것으로서 한 사회가 자본주의사회인 이상 기본적으로 확보되어야 하며 또 실제 확보되고 있는 권리지만, 잠시 시선을 돌려 앞에서 열거한 고바야시 교수의 목록에 포함되어 있는 다른 여러 권리를 고찰할 때 필자에게는 그런 권리들이 앞에서 말한 두 가지 권리와는 매우 성격을 달리한다는 인상을 갖지 않을 수 없다. 예를 들어 III. 사회적 기본권의 (2)로서 열거되어 있는 생존권적 기본권, 특히 그 d. 노동자의 단결권 등은 자본주의 일반에 공통된다고 하기보다는 그 독점 단계 이후에 처음으로 등장한다고 하는 지극히 역사적인 규정성을 가진 권리라고 할 수 있다. 또 IV. 참정권 및 청구권적 기본권, II. 개인적 기본권 등은 자본주의의 여러 발전단계나 나라의 차이에 따라 그 존재형태는 매우 다양하며, 권리개념을 구성하는 방법의 차이, 권리 그 자체의 지배영역의 정도 차이, 그리고 경우에 따라서는 권리 자체가 존재하는지 여부까지도 문제가 되지 않을 수 없는, 그와 같은 성격의 권리들이라고 생각된다. 이런 차이는 전쟁 이전의 제국헌법 하 일본에서 재산(소유)권이나 거주·이전·직업 선택의 자유가 기본적으로 확보되어 있었던 반면에 여타 권리가 거의 존재하지 않았거나 혹은 존재했다고 해도 매우 큰 제한을 수반했던<sup>59)</sup> 것을 생각할 때 자명할 것이다.

이런 사실은 이들의 여러 권리가 앞의 두 가지 권리와 달리 자본주의 경제에 반드시 절대적으로 필요한 것이 아니라는 것, 바꾸어 말하면 경제과정으로부터의 거리가 멀고, 그 만큼 그 존재 형태가 상당한 폭을 가진 것임을 가리키고 있는 것처럼 생각된다. 그리고 이 경우의 자본주의 경제에 대한 상대성의 크기, 혹은 상대성의 근거의 차이에 따라 여타 여러 권리를 아래와 같은 세 가지 그룹으로 대별할 수 있다고 생각한다.

#### (2) 인신의 자유, 참정권 및 청구권적 기본권

우선 첫째 그룹은 고바야시 교수의 목록 중 II. 개인적 기본권 (1)에 열거되어 있는, '법의 정당절차의

59) 여기서 '여타 권리가 거의 존재하지 않았거나 혹은 존재했다고 해도 매우 큰 제한을 수반했다'고 함은, 그렇다고 해서 봉건적인 경제외적 강제에 기인한 인격적 비자유가 존재해 있었다는 의미가 아니다. 거기서부터 해방되어 있으면서도 여전히 여러 권리가 권리로써 사회적으로 확인되지 않고 있다. 혹은 그것이 제한되고 있다는 의미이다.

보장, '부당한 체포 등으로부터의 자유', '노예적 구속 및 고역으로부터의 자유', '고문·잔학형의 금지'<sup>60)</sup> 및 IV. 참정권 및 청구권적 기본권으로서 열거되어 있는 '참정권 또는 공무원 선정 임명권', '청원권', '재판을 받을 권리', '배상 청구권', '형사보상 청구권' 등이며 이들은 모두 자본주의 사회에서의 시민과 국가의 관계에 직접 관련되는 성격의 권리들이다. 물론 이데올로기적 체계로서 모든 기본적 인권은 자연권 사상에 입각한 전 국가적인 사인의 고유의 권리로서 국가를 구속하고 국가가 그것을 확보해야 하는 것으로서 주장되지만, 앞의 절에서 본 경제=사회적 자유권이, 경제과정이 실제적 근거를 가지고 사실적으로 형성한 것, 혹은 형성할 수 있는 것을 추상적인 국가가 추인 혹은 선인(先認)하는데 그치는 것인 반면에 여기에 열거한 여러 권리는 이와 같은 권리들에 대한 확인을 통해 구체적인 국가가 그 자체를 구성하는 원리, 혹은 구체적인 국가의 시민사회에 있어서의 행위규범을 확정하는 것이라는 점에 차이가 있다고 할 것이다. 여러 권리의 경제과정으로부터의 거리라는 관점에서 말하면 그것은 경제과정에서 국가를 매개로 해서 확정되는 인권에 다름 아니다.

그런데 자본주의 사회에 있어서 국가란 앞에서 말한 바와 같이 경제학적으로는 '원리론'의 대상이 아니라 '단계론' 이후에서 해명되어야 할 대상이었다. 아니, 경제학은, 자본주의 사회가 산업혁명 후 영국에 있어서 물질적 재생산을 일원적으로 상품경제로서 포섭하고 일체의 권력적 요소를 종교적·관습적인 제 요소와 함께 경제과정으로부터 배제하는 경향을 가지고 있었던 까닭에 원리적 세계상을 구성함에 있어 국가를 사상할 수가 있었다. 그러나 현실의 자본주의 사회는 최종적으로 국가를 배제할 수 없고, 한편으로 자본주의 세계를 복수의 국민경제의 집합체로서 구성함과 동시에 다른 한편으로 각각의 국민경제에 경제적 하부구조와 구별된 상부구조인 국가권력을 형성하는데, 이와 같은 두 가지 동인(動因)이 자본주의의 세계사적 단계의 변전(變轉) 요인을 이루기 때문에 경제학은 '단계론' 이하의 연구 영역을 필요로 했던 것이었다. 그러므로 자본주의에 일반적인 국가라고 하는 것은 존재하지 않으며, 그것은 자본주의의 세계사적 단계의 차이, 선진국과 후진국의 차이에 따라 상이한 유형을 구성하는 것으로서 존재하는 것이며, 구체적으로는 중상주의 국가, 자유주의 국가, 제국주의 국가, 그리고 그 각각에 있어서의 선진국형과 후진국형의 국가로서 존재하는 외에 존재방식은 없는 것이다. 그리고 자본주의 사회에서의 이와 같은 국가의 존재형태와 관련해 생각한다면 여기서 문제가 되는 인신의 자유, 참정권 및 청구권 등 여러 인권은 실질적으로 자유주의 단계의, 그것도 선진국에 있어서 확보되기에 알맞은 권리들이라고 할 수 있을 것 같다.

왜냐하면 자유주의 단계에서의 국가의 기능은 주지하는 바와 같이 '시민사회'에 대한 '아경국가' 혹은 '값싼 정부'의 이데올로기가 표현하고 있는 바와 같이 경제과정은 그 자본가적 상품경제에 의한 자율적 운동에 내맡기면서 그 자율적인 시민사회의 말하자면 바깥 틀을 유지하는 점에 한정되는 것이며, 국가는 구체적으로는 시민사회에서 경제의 자율적인 운동을 저해하는 요소(기본권과 관련해서 말하면 재산(소유)권이나 주거·이전·직업선택의 자유 등을 부정하거나 방해하는 것)를 배제하는 점에만 그 권력의 발동이 한정된다. 그리고 여기서 문제 삼고 있는 여러 인권 경우, ① '참정권'은 시민사회에 의해 국가행위의 범위를 구체적으로 한정하기 위한 권리로서, ② '인신(또는 신체)의 자유'는 본질적으로는 집중적인 강제력에 다름 아닌 국가권력의 발동형태를, 인격적 자유를 전제로 하는 시민사회의 질서에 따라 지속하여 그 적나라한 폭력의 자의적 행사를 배제하기 위한 권리로서, ③ '청구권'은 권력의 발동이 사개인에게 부

60) '인신의 자유' 각항, 특히 '노예적 구속 및 고역으로부터의 자유' 및 '고문·잔학형의 금지'는 어느 의미에서는 앞의 '거주·이전·직업선택의 자유'와 함께 노동력 상품 창출의 전제로서의 봉건적 인격 예속으로부터의 해방과 관계되는 인권이라고도 말할 수 있다. 그러나 자본주의사회를 전제로 하고서도 여전히 부르주아 국가의 행위규범의 문제와 관계되는 인권이라고 생각되므로 여기서 논하기로 한다.

당한 손해를 준 경우 국가의 배상 또는 보상의 의무를 과함으로써 시민사회의 재산권 및 인격적 자유에 대한 권력의 침해를 실질적으로도 배제하기 위한 권리로서 존재하는 것이기 때문이다. 즉 이들 권리는 뒤집어서 말하면 시민사회에 대한 국가의 기능의 한정규정이며, 그럼으로 자유주의 단계의 선진국에서와 같은, 경제과정의 자율적 운동이 현실적으로도 국가를 네가티브한 것으로 만들어가는 경향성을 가지고 있는 곳에서야말로 객관적 근거를 가지고 존재할 수 있는 성격의 권리라고 할 수 있는 것이다.

그러나 이런 점에 관해서는 실은 약간 복잡한 문제가 존재한다. 즉 앞에서 말한 논리에서 본다면 이들 권리는 19세기 중반의 영국, 즉 산업혁명 후의 영국에서 최대한 꽃핀 것이지만 현실의 역사과정에서는 영국에서 중상주의단계에서의 부르주아 혁명의 전개를 배경으로 그것이 주장되어 서서히 확인되어 간 것이었다. 또 이데올로기적인 개화(開化)라는 점을 말한다면 나중에 고찰할 '정신의 자유'에 관한 여러 권리와 함께 프랑스혁명의 인권선언이나 미국 독립선언 등 후진국들에서 더 높이 구가되어 있는 것이다. 이 점을 어떻게 설명할 지에 대해서는 필자 스스로 명확한 답을 내놓은 자신은 없지만, 우선 이들 권리가 앞에서 말한 바와 같이 경제과정의 자본주의적 발전에 직접 규정되어 확립되는 성격의 것이 아니라 국가를 매개로 해서 논의되는 성격의 것이며 따라서 국가의 현실적인 존재형태와 그에 대응하는 시민사회 즉 경제과정의 성숙도와와의 두 가지 요인, 및 이 두 가지 요인의 상호관계가 나라에 따라서 어떻게 차이가 나느냐에 따라 자본주의 발전단계 그 자체로부터는 일정한 오차가 생기는 데 기인한다고 설명해 두고자 한다.

영국처럼 이미 일찍부터 봉건제도가 사실상 해체된 곳에서는 부르주아 혁명의 과정 그 자체가 미온적인 것으로도 족하며 따라서 중상주의국가의 자의가 존재하는 한 그 자의에 대한 대항으로서 인권의 확립이 요구되는데 그칠 것이다. 특히 산업혁명 이후의 이른바 '야경국가'가 형성되고 자본의 자율적인 운동이 실질적으로 확보되어간다고 하면 새삼스럽게 인권을 확립할 필요도 없다는 이야기가 될 것이다. 한편 프랑스처럼 자본주의적 발전이 미숙한 조건에서 절대왕조에 의한 봉건반동이 강한 곳에서는 소농민의 광범한 존재를 기반으로 한 쾰리부르주아 이데올로기의 폭발도 가세하면서 부르주아 혁명이 급진적인 형태를 취하고, 따라서 인권선언이 높이 외쳐지는 결과를 가져오기도 한다. 그러나 이 경우 혁명에 상당한 기간에 걸친 이른바 나폴레옹 독재의 반동체제로 역전되는 것이며 산업자본의 확립이 불충분한 사실과 대응한 자유주의국가의 미확립이 인권의 실질적 확보를 어렵게 하는 결과를 가져온 것일 터이다. 미국 경우에는 영국 식민지로부터의 해방이라는 특수한 사정과 봉건제도의 부존재 및 그 후의 자본주의적 발전에 있어서의 광범한 국내시장의 존재라는 요인들을 무시할 수 없을 것이다.

후진국 인권의 전형적인 형태는 차라리 독일에 있었다고 보아도 될 것이다. 1848년의 이른바 3월혁명에 이르는 19세기 전반기를 통해 서서히 실시된 봉건적 여러 제한의 철폐, 전형적으로는 프로이센에서 발견되는 흡정헌법에 의한 입헌체제의 확립은 '위로부터의 개혁'으로서 그 전근대성을 지적하는 견해도 있지만, 이와 같은 개혁들이 설령 '위로부터'의 것이었던 아니었던, 후진국 독일자본주의의 급속한 발전을 위한 요청으로부터 자극받으면서 다시 그 자본주의의 발전을 보장하는 것이었음은 의심의 여지가 없다. 정치적 측면에서 보면 기본권의 온전한 확인을 요구하면서 투쟁했던 '혁명파'가 패배하고 (그런 의미에서 독일혁명은 유산되고) 따라서 여기서 문제 삼고 있는 개개의 기본권 확인도 프랑스혁명 등의 경우와 비교해서 훨씬 제한된 범위에 지나지 않으며, 또 이데올로기로서의 기본권 즉 자연권사상은 완전히 부정되어 있다고도 말할 수 있지만, 경제의 논리에서 본다면 여기서는 자본주의의 발전 자체가 선진국과의 대항에 있어서 국가의 강력한 보호·육성을 필요로 한 것이었으며, 따라서 '야경국가'나 '값싼 정부'는 독일 자본주의에 오히려 바람직하지 않았던 것이다. 독일에서 발견되는 이러한 사태는 세계사적으로는 자유주의 단계 말기에 부르주아혁명을 실현하고 제국주의단계에의 이행기에 산업혁명을 수행할 수밖에 없었던 일본에서는 한층 더 명확하게 나타난다. 즉 명치유신의 변혁에서 자본주의의 일반적 존립에 관련된 재산

(소유)권이나 거주·이전·직업선택의 자유 등 기본권은 확인되면서도 다른 한편으로 전제적인 천황제 국가체제를 적극적으로 만들어내는 결과를 가져온 것이다.

이와 같이 본다면 여기서 말하는 기본권 즉 '인신의 자유' '참정권' '청구권' 등은 자본주의 경제에 대해 결코 결정적인 것이라고는 할 수 없으며 세계사적 단계에 규정된 각국 자본주의의 특수성이 요구하는 국가의 역할 차이에 따라 그 실현의 정도가 상대적으로 결정되는 성격의 권리라고 말할 수 있다. 뿐만 아니라 이와 같은 권리들의 상대적 성격은 세계사적인 제국주의단계에의 이행에 따라, 뒤에서 고찰하는 바와 같은 자본주의 경제의 불순화와 그와 동시에 진행되는 경제과정에 대한 국가의 개입이 증대됨에 따라, 선진국에서도 그 규범성을 실질적으로 형해화 시켜가는 것이 보통이다. 입법부에 대한 행정부의 우위, 혹은 행정권의 재량의 여지 증대 현상은 그 하나의 예라고 할 수 있다. 또한 제국주의 단계에서의 국가권력의 반동화는 전쟁이나 혁명 등 체제적 위기상황 하에서, 예를 들어 파시즘에서 나타나듯이 이들 인권을 정면으로 부정하는 사태도 생길 수 있다. 그 뒷면에서는 거꾸로 이 단계에서 본격적으로 등장하는 사회주의를 위한 조직운동이나 노동운동이 이들 여러 권리를 자신의 요구로서 내걸게 되지만 앞에서 지적한 바와 같은 여러 권리의 실질적 형해화의 메카니즘이 존재하는 조건에서는 파시즘 경우와는 반대로 여러 권리를 형식적으로 확대 내지 새롭게 인정함으로써 이런 반체제적 운동을 체제내로 포섭하기 위한 미끼로서 이용될 수도 있게 된다. 즉 제2차대전 후 서독·일본·이탈리아 등의 헌법에 보이듯이 형식적으로는 완성되어갈 것 같은 외양을 띠면서도 실질적으로는 경제과정으로부터의 관련성을 희박화시키면서 지배계급과 피지배계급 사이의 계급투쟁의 도구로 변해버리는 것이다.

### (3) 정신의 자유

자본주의 사회의 기본적 인권의 상대적 성격을 더 단적으로 표현하는 것이 고바야시 교수의 목록에 들어 있는 II. 개인적 기본권 중 (2)정신의 자유, 즉 '사상·양심·신교 등의 자유' '언론·출판의 자유' '집회·결사의 자유' 등의 권리들이다. 정신의 자유가 근대사회의 산물이며 따라서 넓은 의미로 자본가적 상품경제의 산물임은 말할 나위도 없다. 정신의 자유가 개인의 자아의 형성과 불가분의 관계에 있으며 개인의 형성이 상품경제에서의 사적소유의 형성을 토대로 하는 사실에서 보아 그것은 당연한 일이다. 그러나 여기에서 주의해야 할 것은 정신의 자유 요구가 상품경제를 토대로 하여 처음으로 등장하는 것이라고는 해도 거꾸로 정신의 자유가 그 표현의 자유를 포함하여 충분히 확립되어 있지 않으면 상품경제가 발달할 수 없거나 혹은 자본주의로서 확립될 수 없다 라고는 결코 말할 수 없다는 사실이다. (역(逆)은 반드시 진(眞)이라고 할 수 없다) 이 점에 대해서는 이미 살펴본 바와 같이 '인신의 자유'나 '참정권' '청구권'에 대해서도 어느 정도 타당하지만 '정신의 자유'에서는 더 극단적이다. 전자 경우에는 자본주의 경제가 추상적으로는 배제할 수 있는 것이면서도 역사적 현실에서 불가결하게 필요로 한 국가라는 객관적 존재가 갖는 기능의 한정규정으로서, 말하자면 '단계론'적 차원에서 경제과정과 대응하는 권리로서 생각할 여지가 있었지만, 후자(정신의 자유)는 그만한 객관성조차도 지닐 수 없으며, 각국의 각 시대에서의 정신적 자유의 구체적 존재형태(그것이 존재하지 않은 경우도 포함하여)의 근거는 현상분석적으로 해명할 수밖에 없는 것처럼 보인다.

정신의 자유 및 그 표현의 자유라는 것은 경제외적 강제에 의한 인격적 예속을 내포한 봉건적 생산관계와는 서로 용납할 수 없는 자유이며, 이와 같은 자유의 부정이 봉건적 생산관계를 지탱하는 것으로서 존재하는 한 봉건적 생산관계의 해체를 전제로 해서만 성립할 수 있는 자본주의는 이 자유의 부정을 제거할 필요를 느끼는 것은 분명하다. 그러나 자본주의가 자유를 필요로 하는 것은 그런 점에서 머무는 것이며 그 이상 적극적으로 필요로 하는 것은 아니다. 봉건적 생산관계 해체에 의한 무산노동자의 창출을



통해 자본주의가 자율적 발전을 이루는 조건을 얻게 된다면, 기본권적 용어로 말한다면 재산(소유)권의 확인과 거주·이전·직업선택의 자유가 획득되기만 하면 그 후의 자본주의 발전에 이들 자유는 반드시 필요한 것이 아닐 수도 있는 것이다. 즉 자본에 대한 장애가 되는 것은 봉건적 생산관계의 지주였던 '자유의 부정'인 것이며, 봉건적 생산관계와 무관한 즉 직접생산자의 토지결박을 통한 인격적 예속과 무관한 이와 같은 자유의 부존재는 결코 자본주의 발전에 장애가 되는 것은 아니다. 아니, 경우에 따라서는 자본 자체가 이와 같은 자유의 부존재를 요구하는 일마저 있을 수 있는 것이다. 여기서도 그 예로써 독일이나 일본과 같은 후진자본주의국에 있어서의 무권리상태, 그리고 제국주의단계 이후에 대두되는 사회주의 운동에 대한 제한(그 극단적인 사례는 과시즘이다) 등등의 예를 들 수 있을 것이다.

다만, 자본주의 자체가 이와 같은 자유를 부정한다고 해도 그것은 글자 그대로 자유일반에 대한 획일적 부정을 의미하는 것은 아니다. 자본주의가 개인의 인격적 자유를 전제로 하는 상품경제사회이며, 그 상품경제가, 그 상품경제에 대한 여러 개인의 관련양상의 차이에 따라 여러 가지 이데올로기를 발생케 하며 또 구시대로부터의 여러 이데올로기를 잔존케 하고 있는 이상 사상·양심·신교 등 이데올로기를 전적으로 부정해버릴 수는 없다. 구체적으로는 각각각색으로 존재하는 이데올로기 중 특정한 것을 개별적으로 부인하는 것만이 가능하다. 즉 봉건적 여러 제한을 철폐하고 나서 일단 자신의 발로 자립한 자본주의 사회와 '사상·양심·신교의 자유'(그 표현의 자유를 포함하여)와의 관계를 일반적으로 말하면, 그것은 특정한 나라의 특정한 시대에 있어서의 자본주의 국가가 그 구체적 상황에서의 자신의 존립에 이용 가치가 있는 자유는 옹호하고, 이용가치는 없되 방해가 되지 않거나 크게 방해가 되지 않는 자유는 일정한 정도까지는 허용하고, 자신의 존립에 위기를 가져올만한 것은 금지한다는 관계에 있다고 해도 무방할 것이다. 그 구체적 내용은 구체적 사정에 따라 결정될 것이다. 그리고 이 자본주의 국가와 정신의 자유를 매개하는 구체적 사정이란 주로 계급투쟁의 발전정도를 내용으로 한다고 생각되며, 그런 의미에서 이와 같은 자유와 자본주의 사이의 거리는 경제과정에서 직접 규정되는 '경제사회적 자유권', 국가를 매개로 해서 규정되는 '인신의 자유' '참정권' 등보다도 한층 더 우회적인, 따라서 그 구체적 존재양태의 상대성도 한층 더 폭이 큰 자연권이라고 할 수 있을 것이다.

덧붙여 정신의 자유에 관해 한 가지 더 지적해야 할 것은, 그것을 요구하는 이데올로기의 성격이 부르주아 이데올로기라기보다는 썬더 부르주아 이데올로기라고 표현하는 것이 정확하다는 점이다. 이 점은 앞서도 살핀 바와 같이 자본주의 자체가 적극적으로 이와 같은 자유를 요구하는 것이 아니라는 점과 관련되지만, 이런 사실은 나중에 살피는 바와 같이 이데올로기 체계로서의 기본권 사상(자연권사상)이 이런 정신의 자유를 그 중핵으로서 구성될 경우 심중팔구 독립소생산자만으로서 구성된 사회를 상정하게 되는 경향 속에서도 나타나 있다. 물론 이러한 사회는 역사적으로는 존재하지 않는다. 그러나 봉건사회의 해체=자본주의사회의 성립과정에 있어서는 봉건적 여러 제한으로부터 해방된 혹은 해방되고 있는 소상품생산자가 광범하게 형성되는 것이며, 이 계층이 부르주아혁명의 과정에서 큰 역할을 하는 나라에서는 (예를 들어 프랑스 경우) 정신의 자유가 소리 높여 외쳐지게 된다.<sup>61)</sup> 자본주의는 말하자면 이 썬더 부르주아적인 에너지를 이용하면서 봉건적 여러 제한의 중국적 철폐를 실현하는 셈이며, 그리고 또한 이런 철폐만 실현된다면 그 후에는 자본주의 존립 그 자체에 연결되지 않는 한 정신적 자유권을 일반적으로 확보할 필요가 없게 되며 각종 이데올로기를 개별적으로 선택하면서 스스로의 정치적 지배유지를 위한 도구로 만들어버리는 것이다. 그리하여 이런 사실의 이면에 존재하는 문제로서는, 제국주의 단계 이후 사회주의 운동이 사회주의 사상의 자유를 요구할 경우, 그것을 똑같이 제국주의 단계에 이르러서 발

61) 미국 독립혁명은 엄밀하게는 부르주아혁명이 아니지만 썬더 부르주아층이 광범위하게 존재했던 사실 때문에 독립선언에 있어서의 정신의 자유 강조라는 결과를 가져온 것일 터이다.

생하는 계급 관계의 불순화, 즉 증대하는 썬더 부르주아지인 중간층의 정신의 자유 일반에 대한 요구와 결합시키게 되면, 여기에 앞에서 본 '참정권' 등등과 마찬가지로, 아니 그 이상으로 여기서의 인권은 경제과정과 완전히 유리된 계급투쟁의 도구로 전화되어 버리는 것이다.

#### 4. 이른바 생존권적 기본권

기본권 목록 중 III 사회권적 기본권 (2) '생존권적 기본권'은, 그것이 기본적 인권을 구성하는 권리로서 등장하고 사회적으로도 인정되는 것이 20세기 이후라는 점에서 앞에서 검토해 온 여러 권리와 다소 이질적이라는 것을 많은 사람들이 긍정할 것이다. 그런데 경제관계와 여러 권리의 관련을 문제 삼고 있는 지금의 필자의 관점에서 볼 때 이 이질성은 상당한 부분 본질적인 문제라고 생각되며, 앞의 여러 권리와 함께 일괄 기본적 인권의 틀 속에 포함시키는 것 자체를 주저하지 않을 수 없다.

이 점에 대한 내용적 논의는 곧 이어 시작하기로 하고, 여기서 먼저 생존권적 기본권으로서 열거되어 있는 것들을 소개하면, '협회의 생존권', '노동에 대한 권리', '노동자의 권리', '노동자의 단결권', '교육에 대한 권리', '가정생활에 관한 권리'가 그것이다. 이 중 마지막 두 가지에 대해서 어떻게 다루어야 할지 현재 필자에게는 반드시 명확하지 않으므로 이들을 검토의 대상에서 제외한다면,<sup>62)</sup> 나머지는 통틀어 법률학에서 이른바 시민법적 권리와 대비되는 사회법적 권리 내지 사회권에 속한다고 할 수 있다. 그런데 (사회법적 권리의 시민법적 권리에 대한 이질성의 법학적 검토는 전문가에게 맡기기로 하고) 경제학의 관점에서 중요하게 여기지 않을 수 없는 점은 앞에서 고찰해 온 권리들이 많은 적든 일차적으로 자본주의 경제의 성립과정 내지 그 확립과 관계가 있었고, 그런 속에서 자본주의 경제의 세계사적 발전단계 내지 개개의 자본주의의 특수성에 규정된 존재형태가 추구되어야 할 성격의 것이었음에 비해, 여기서 다루는 권리(사회권)는 제국주의 단계, 엄밀하게 말하면 아마도 1929년 세계공황 이후의 국가독점자본주의에 대응하고 있다는 사실이다. 즉 이들 여러 권리들이 자본주의 경제의 일반적 존립에 관계되는 성격의 것이 아님은 물론 자본주의의 세계사적 전개에 있어서도 일정한 시기까지는 거의 문제가 되지 않았던 성격의 것임을 의미한다. 그래서 문제는 자본주의가 무슨 까닭에 그 일정한 발전단계에서 이와 같은 여러 권리를 새삼스럽게 기본권의 목록에 짜 넣지 않을 수 없게 되며, 또 그것이 자본주의에 대해 어떤 의미를 갖는지를 묻지 않으면 안 되게 되는 것이지만, 이하에서 이 점에 대해 경제학에서의 제국주의론 및 국가독점자본주의론을 원용하면서 약간의 검토를 시도하고자 한다. 그렇게 하는 이유는 제국주의 단계 및 국가독점자본주의 하에서의 국가와 경제의 관계가 사회권을 해명하는데 하나의 발판을 마련해줄 것으로 기대되기 때문이다.

우선 자본주의의 자유주의 단계로부터 독점 단계 내지 제국주의 단계로의 이행은 자유주의 단계의 선진국인 영국의 발전의 연장선상에 실현되는 것이 아니다. 오히려 자유주의 단계에서는 후진국이었던 독일의 대두를 동력으로 하고, 거기에 대한 영국의 대항을 축으로 하고 실현되는 것이며, 따라서 제국주의의 전형적인 모습은 독일에서 나타나게 되는 것이다. 즉 영국이 이미 산업혁명에 의해 달성한 성과를 도

62) '가정생활에 관한 권리'는 원래 상품경제적 계약관계로는 미처 처리 하지 못하는 가족 관계를 상품경제적 계약관계에 의제(擬制)해서 처리하는데서 발생하는 문제일 것이고, '교육에 대한 권리'는 자본주의 하에서의 생산력의 발전이 자본이 요구하는 노동력의 질을 향상 내지 다양화 시켜가는데 따르는 보통 공교육의 성립 및 그 수준의 향상에 관계되는 문제일 터이다. 기본적 인권의 문제로서 어떻게 거토되어야 하는지에 대한 준비가 지금의 필자에게 없다.

입함으로써 급속한 발전을 이룬 독일 자본주의는 중공업을 무대로 한 거대 주식회사와 은행과의 융합·유착을 통해 금융자본적 독점체를 형성하는데, 다른 한편으로는 그 이면에 광범한 중소기업 및 소농민층을 잔존시켜 그들마저도 금융자본 수탈의 대상으로서 재생산하게 되는 것이다. 요컨대 여기서는 산업자본이 지배하는 자유주의 단계의 영국에서 나타난 계급관계의 3대 계급으로의 분화경향(다른 말로 순수한 자본주의사회에의 접근 경향)은 역전하게 되는데, 이 사실은 금융자본 하에서는 이미 물질적 재생산을 순 경제적인 과정만으로 처리할 수 없게 되었음을 의미하는 것이다. 그 집중적 표현은 경기 순환의 형태변화였으며, 주지하는 바와 같이 공황은 노동력 상품화를 기초로 한 자본주의의 기본적인 모순의 폭발임과 동시에 그 일시적인 해결의 형태이며, 자유주의 단계의 영국에서는 바로 이 공황을 주기적으로 되풀이 하면서 자본주의의 발전이 실현되고 있었지만, 금융자본이 지배하는 독일에서는 독점의 작용으로 말미암아 공황에 의해 과잉자본을 일거에 정리하는 일이 없이, 한편으로는 만성적으로 존재하는 과잉자본을 해외투자로서 처리하려 했고, 다른 한편으로 그 대극(對極)에 만성적 과잉 인구를 체류(滯留)케 함으로써 중소기업이나 소농민에 의한 농업경영이 재생산되는 조건을 만들면서, 그들을 금융자본의 수탈대상으로서 고정화시켰던 것이다. 또한 이와 같은 조건 아래 노동자계급 그 자체의 계급분화나 실업자의 항상적 존재도 발생하게 된다.

한편 금융자본의 성립에 의한 경제적 기초과정의 이런 변화는 국가와 경제와의 관계에도 자유주의 단계에 있어서의 영국과 큰 차이를 가져오지 않을 수 없다. 원래 후진국 독일에서는 자본주의의 형성과정부터 국가의 보호를 불가결한 것으로 했던 것은 앞에서 설명했지만, 이제 국가는 대외적으로는 해외투자를 축으로 한 대외진출을 군사적으로 보장하는 제국주의 정책을, 대내적으로는 앞에서 말한 계급적 변화에 따르는 사회문제(농업문제·중소기업문제·노동문제)의 발생에 대처하기 위한 사회정책을 적극적으로 전개하는 존재로서 등장하게 되는 것이다. 여기서는 제국주의 정책의 문제는 이 글의 주제와 직접 관계가 없어 필자는 더 이상 논하지 않으려 한다. 그래서 사회정책에 대해서 말한다면, 그것은 당장은 금융자본의 운동이 이 결과로서 만들어낸 사회문제를, 말하자면 사후적·호도(糊塗)적으로 '해결'하기 위한 것이다. 이 경우 사회문제가 문제인 것은, 그것이 실은 때를 같이 해서 이 단계에서 처음으로 조직운동으로서 전개되기에 이른 사회주의운동과 관련이 있기 때문에 '문제'인 것이다. 즉 노동운동이든 농민운동이든, 그리고 중소기업층의 운동이든, 그것들은 당장은 독점자본의 착취 내지 수탈에 대한 뿌리 부르주아적 반항으로서 사회문제화 하는 것이지만, 그것들은 용이하게 사회주의운동과 결합할 가능성을 갖는다. 따라서 이에 대처하기 위해 등장하는 사회정책은 단순한 경제정책이 아니라, 그것이 때로 사회주의 운동에 대한 채찍(탄압)의 뒷면인 사랑(회유)이라고 평가되고 있듯이, 한편으로 이와 같은 뿌리 부르주아적 반 독점운동에 대한 양보라는 성격을 띠면서, 그 양보를 통해 그들을 사회주의운동으로부터 떼어내고, 그렇게 함으로써 그들을 금융자본의 지배체제 속으로 포섭하려는, 바로 계급지배의 도구인 국가권력의 본질에 뿌리를 둔 정책으로서 등장한 것에 다름 아닌 것이다.

이 시점에서 필자가 주목하고 싶은 것은, 실은 이런 사회정책 등장의 근거와 그 본질 속에 이 연구의 본래의 문제인 노동기본권을 비롯한 사회권의 요구가 발생하는 근거, 및 그것이 '기본권'으로서 자본주의의 틀 안에서 공인될 수 있다는 사실의 본질적 의미가 맹아적으로 숨어 있는 것처럼 보인다는 점이다. 즉 그 요구의 발생 근거는, 금융자본의 운동이 만들어내는 사회문제 그 자체 속에 있다고 생각되며, 또 이 사회문제가 빚어내는 반 체제적 운동(뿌리 부르주아적 반 독점운동)을 사회주의로부터 떼어내고, 그것을 금융자본이 지배하는 국가체제 내부에서 처리하기 위한 수단으로서(폭력적 탄압이 아직 불필요하거나, 필요하더라도 그것이 불가능한 경우에 비로소) 이 사회권은 '기본권'으로서 공인되기에 이르는 것이라고 여겨지는 것이다.

여기서 명백해지듯이 앞에서 살폈던 여타 각종 기본권이 많은 적든, 직접적이든 간접적이든 자본주의

경제의 전(前) 자본주의적 사회제도에 대한 관련 속에서 등장해 오는 성격의 것임에 반해, 사회권적 기본권은 자본주의의 특정한 발전단계에서의 사회주의(운동)와의 관련 속에서, 그것도 본질적으로 정치적 관련 속에서 등장하는 기본권인 것이다. 따라서 전자의 기본권들이 그 자체 속에 자본주의사회의 계급관계를 반영하지 않고 '시민 일반의 권리'로서 설정되는 데 대해 후자의 기본권은 예를 들어 노동기본권이라는 형태로 '계급'을 등장케 하는 것이고, 따라서 기본적 인권이라고는 하면서도 사인(私人)의 권리를 넘어서는 집단의 권리를 설정하지 않을 수 없는 것이다. 그리고 또한 그 이면에서는 예를 들어 재산(소유)권에 대해서도 일정한 제한을 가하지 않을 수 없게 되며, 본래적인 기본권을 상대화 시키는 원인이 되기도 한다. 본래적인 기본권이 일반적으로 국가로부터의 자유로서 설정되는 데 대해 사회권이 국가에 의한 능동적인 보호를 요구하는 것으로 나타나는 이질성도 이상의 점과 관련지어 이해되지 않으면 안 된다.

그런데 사회권에 대한 승인이 금융자본이 지배하는 국가에 의한 뿌리 부르주아적 반 체제운동을 체제 내부로 포섭하는 수단이라고 해도, 이것이 폭력적 탄압이라는 수단과 달리 지배계급의 일정한 양보를 의미하는 것인 이상, 그 현실적 승인은 단순히 사회문제의 발생이라는 객관적 조건의 발생에서 곧바로 이루어지는 것은 아니다. 사실 사회권의 이데올로기적 주장은 이미 제1차 세계대전 이전에 나와 있었으나 그것이 현실적으로 성문화법에 표현되기에 이른 것은 바이마르헌법에서였으며, 그것마저도 나치 정권 하에서 와해되고, 결국 일반화 된 것은 제2차 세계대전 후였다. 이 사이에 자본주의는 첫째로 러시아혁명의 성공에 의한 사회주의운동의 비약적 발전과, 둘째로는 1929년 세계공황을 경험함으로써 국가독점자본주의로 전환한다. 이 국가독점자본주의로의 이행은, 미국에서의 뉴딜형이든 독일에서의 바이마르-나치형이든, 한마디로 세계공황의 결과 발생했던, 과거의 사회정책의 범위로써는 도저히 호도(糊塗)할 수 없을 정도의 방대한 규모의 실업문제를 내포하는 대불황을 사회주의운동과의 대항관계 속에서 극복하기 위하여, 국가를 전면적으로 경제과정에 끌어들이면서, 특히 금본위제의 최종적인 정지 아래 인플레이션을 통한 실질임금 절하라는 자본-임노동관계 그 자체에까지 권력의 개입을 도모함으로써 실현된 것이었으며, 그만큼 자본주의의 체제적 위기의 심화를 의미하는 것이었다. 이 국가독점자본주의는 제1(?)차 세계대전을 결과함으로써 일단 주요 자본주의국가들에 정착되었다.

국가독점자본주의에서도 지배적 자본은 말할 나위 없이 금융자본이지만, '고전적' 제국주의 단계와의 차이는, 후자에서는 금융자본은 그 자체의 논리로 운동하며, 그것이 만들어내는 여러 모순(국내적으로는 여러 가지 사회문제)을 국가가 사후적인 사회정책을 통해 호도하는 관계였던 것이, 국가독점자본주의 단계에서는 국가와 금융자본의 이와 같은 상대적 독자성은 기본적으로 해소되고 국가의 기능이 금융자본의 운동기구 속에 빌트·인(built-in)되어버린다는 점에 있다. 그리하여 이 국가독점자본주의의 최대과제는 경기 조절을 통해 공황을 회피함으로써 사회 긴장의 격화를 예방하는데 있다. 과거의 농업문제에 대한 농업정책, 중소기업문제에 대한 중소기업 대책, 실업문제에 대한 실업대책 등등의 개별적 사회정책도 전체로서 경기정책인 fiscal policy(재정정책)에 수렴되고 경기 조절을 통한 이른바 완전고용의 달성이 최대의 정책목표로서 자리를 잡게 되는 것이다. 이것이 사회주의의 강대화에 대한 자본주의의 대응책이라는 것은 물론이지만, 이 점에 있어서 제2차 대전 후 여러 나라에서 공인되고, 또 세계인권선언 등에서도 확인되기에 이른 사회적 기본권 또한 이와 같은 국가독점자본주의의 기능의 일환으로서 존재하고 있는 것이 아니냐는 의구심을 필자는 떨쳐낼 수가 없다. 생존권이든 노동기본권이든, 그것이 헌법에서는 지극히 이상형(理想型)적으로 성문화 되고 있지만, 그것이 현실적으로 확보되고 있는지를 물을 때 현실적 계급관계의 실태에 따라 미우 큰 폭이 있음을 인정하지 않을 수 없는 것은 바로 그런 점에서 연유하는 것일 터이다. 그런 의미에서는 이 사회권적 기본권 역시 그 자본주의사회에서의 상대적 성격이라는 점에서 여타 권리와 공통되는 부분이 있다고 해도 될 것이다.

## 5. 맺음말

지금까지 필자가 이 글에서 시도했던 것은, 기본적 인권의 목록에 등장하는 여러 권리 하나하나를 (매우 거칠게나마) 자본주의경제와의 관련 양태라는 관점에서 자리를 메기는 일이었다. 빈약한 법학 지식으로 말미암아 뜻하지 않는 실수를 저질렀을 수도 있겠으나 이 검토를 마치면서 필자는 하나의 흥미로운 문제를 발견했다. 일단 기본권에는 속하지만 상당히 성격이 다른 생존권적 기본권을 도외시하고 생각한다면, 이 글의 고찰이 드러내듯이 자본주의경제와의 관련이라는 점에서는 '재산(소유)권'이나 '거주·이전·직업선택의 자유'가 가장 중심에 위치하고, 다음으로 국가를 매개로 해서 기능하는 '인신의 자유', '참정권', '청구권' 등이 그것을 뒤잇고, '정신의 자유'에 속하는 여러 권리는 자본주의경제와 가장 소극적인 관계밖에 갖지 않는 것으로 위치가 메겨졌다. 그런데 보통 우리가 상식적으로 생각할 경우, 역사적으로도 영국·프랑스·미국 등 부르주아혁명으로 개화하는 인권사상은 이데올로기적 체계로서는 오히려 '정신의 자유'를 중핵으로 구성되어 '재산(소유)권'이나 '거주·이전·직업선택의 자유'는 부수적 위치를 차지하는데 지나지 않은 것이다.

이와 같은 '어긋남'이 무엇을 의미하는지는 그 자체로서 흥미로운 문제이지만 지금의 필자에게 당장 이를 검토할 준비는 없다. 다만 이 글의 모두에서도 시사해둔 바와 같이 예를 들어 프랑스 인권선언이나 미국 독립선언을 그 자체 하나의 글러벌한 사상체계의 표현으로서 사상사적 검토의 대상으로 할 경우 (바꿔 말하면 기본적 인권을 구성하는 여러 권리를 개별적으로 실정법적 검토의 대상으로 하는 것이 아니라면) 필자가 이 글에서 했던 검토는 아마도 무의미하다고 할 밖에 없을 것이다. 그 경우에는 특정 국가의 특정시대에 개화한 사상체계로서, 따라서 나라가 달라지고 시대가 바뀌면 그 자체가 변질하거나 다른 사상체계에 의해 대체되는 것으로서 다루는 수밖에 없다. 그러나 기본적 인권이라는 용어는 구체적 표현에서 자구(字句) 상의 차이는 있어도 결코 특정 시대, 특정 국가에서만 사용된 용어가 아니다. 주지하는 바와 같이 그것은 오늘날 더욱더 인구에 회자되고 있는 말인 것이다. 그리고 그 내용이 그것을 입에 올리는 사람에 따라 지극히 다의적이라는 점에 특징이 있다. 필자가 밝혀내고 싶었던 것은 기본적 인권이 한편으로는 자본주의사회에 와서 처음으로 등장하는 권리임과 동시에 다른 한편으로는 그것이 자본주의사회에 있어서 절대적인 것이 아니라 상대적으로 폭을 가진 것이라는 점, 그리고 그 상대성은 인권의 종류에 따라 그 정도를 달리한다는 점이었다. 필자는 이 점을 지적함으로써 자본주의사회에서의 기본적 인권의 의의와 한계를 확정하고 싶었던 것이다.

## 사회주의 사회와 기본적 인권

후지타 이사무 (藤田 勇)

### 1. 문제의 성격

이 글의 목적은 기본적 인권 카테고리의 역사적·이론적 분석이라는 이 책의 공통과제에 비취 사회주의의 나라에 있어서 '시민의 기본적 권리·의무'라고 불리고 있는 것의 일반적 성격을 검토해보는 데 있다. 정확하게 말하면 그 검토를 위해 필요하다고 여겨지는 하나의 문제시각을 설정해보는 데 있다.

이 문제에 접근할 경우 우선 필요한 것은 기본적 인권 카테고리의 역사적·이론적 분석이라는 과제에 비취 사회주의 사회에서의 시민의 기본적 권리·의무의 성격을 검토한다고 할 때, 기본적 인권카테고리 그 자체를 어떤 관점에서 파악함으로써 그것들을 사회주의 문제에 이론적으로 연결시켜 검토할 수 있는가의 문제를 생각해보는 것이다.

① 인권이라는 개념은 '인간이 인간이라는 사실로 말미암아 당연히 갖는' 권리 혹은 '인간이 인간으로서 살기' 위한 '근원적 권리가 사회적으로 승인되어야 한다는 관념(근원적 권리사상)'을 표현하고 있지만 거기에는 사회적·역사적 카테고리인 인권카테고리가 갖는 다음과 같은 문제성격이 나타나고 있다. 즉, 인권이란 사회현상의 이러저러한 부분, 사회관계의 이러저러한 부분이 아닌, 한 사회의 사회제관계의 총체에(다시말해 사회구성체의 전체적 구조에) 관계되는 문제를 포함하는 카테고리라는 것이다. 이렇게 말하는 까닭은 인권이란 이런 관념에 있어서는 인간적 존재의 본질에 관계되는 문제로서 표상되고 있는 것인데, 인간적 존재의 본질이란 당연히 그 속에서 인간이 자연을 취득하는, 사람과 사람과의 사회적 제관계의 총체 이외에 있을 수 없기 때문이다. 그리고 사회제관계의 총체란 현실적으로는 역사적으로 규정된 것으로서만 존재한다는 것 또한 말할 필요가 없을 것이다. 문제가 이와 같이 역사적으로 규정된 한 사회의 전체적 구조에 관계되는 것이라는 점이 인권을 사회주의 문제에 연결시켜 생각할 때 필요한 첫째 점이다.

② 그런데 사회제관계의 총체(인간에 의한 자연취득이 그 속에서 행해진다)가 역사적으로 규정된 것으로서 존재한다고 할 경우, 그것은 이 사회 제관계를 역사적으로 발전하는 것으로 파악하고 있음을 의미하지만, 당연한 일로서 이 발전은 자연과 자기노동에 대한 인간의 지배·통제력의 발전을 근원적 기동력으로 삼고 있다. 이런 발전과정은 인간이 자연에 의한 지배에서 벗어나 자연에 대한 지배를 달성하는 과정이며 그와 더불어 노동의 사회적 편성이 변화하여, 그 속에서 인간의 정신적·육체적 능력이 일면적 고정화로부터 보다 전면적인 신장으로 나아가는 프로세스라고 생각된다. 이런 과정을 우리는 인류의 진화라고 생각하는 것이지만 이 인류의 진화는 각각의 단계에서 역사적으로 규정된 사회제관계의 총체에 의해 매개되어 있으며, 이 역사적인 사회형태의 질적 전환을 통해 진행된다. '인간자연의 존재방식이 어떠해야 하는지를 인간에게 보편적인 규범으로서 내거는 인권이데올로기의 논리는 역사적으로 규정된 사회형태의 전체적 구조에 관계되는 문제를 포함함과 동시에 이와 같은 사회형태의 전환을 통해 실현되는 인류사에 관계되는 문제를 포함하고 있다고 할 수 있을 것이다. 사회주의 사회가 자본주의 사회보다도 고도의 사회형태라고 인식되는 한 인권카테고리를 사회주의의 문제에 연결시켜 생각하기 위해서는 인류사적 관점이 불가결한 것이 된다.

③ 인권이라는 카테고리는 앞에서 말한 바와 같이 인류의 역사적 발전의 전체적 프로세스에 관계되는

문제를 포함하는 것이지만, 그 자체는 특정한 역사적 사회구성체의 전체적 구조에 규정되는 특수한 논리 구조를 가진 이데올로기 형태이다. 이 논리구조의 특수성은 다른 여러 논문에서 밝혀질 것이지만, 한마디로 말하면 그것은 독립된 여러 개인으로의 사회의 해체, 즉 시민사회와 국가와의 분열을 전제로 하면서 이 여러 개인인 인간의 '본래적' 속성에서 논리적 필연적으로 파생되는 '인간의 권리'를 가지고 분열된 것을 재구성하기 위한 원리로 하는 점, 그리고 이 '본래적' 속성을 자유·평등이라고 생각하고 이 권리를 전(前)국가적 내지 대(對)국가적이라고 여기는 점에 있다고 해도 좋을 것이다. 이와 같은 논리를 갖는 이데올로기 형태가 시민사회를 성취한 부르주아 사회의 고유한 것이라는 점은 여기서 논증할 필요가 없을 것이다. 이를 부르주아 사회의 전체적 구조에 의해 규정되는, 부르주아 사회의 고유한 이데올로기 형태라고 명확하게 파악해두는 것은 사회주의의 문제에 연결시켜서 생각할 경우에 필요한 제3의 관점이다.

그러나 이와 관련하여 한 가지 보완해두어야 할 것이 있다. 그것은 인권이라는 이데올로기 형태가 부르주아 사회에 고유한 것이라고 말할 때, 여기에는 몇 가지 의미가 있다. 첫째로 그것이 인류사의 자본주의적 발전단계에서 처음으로 성립될 수 있는 것이며 봉건제 사회로부터의 인간의 정치적 해방의 결과를 나타내는 것임을 의미한다는 것, 둘째로 인간이 낡은 사회의 분업시스템에 의한 일면화를 벗어나 전면적으로 발달된 인간으로 상승되기 위한 기술적 기초는 형성되면서도 그것이 자본주의적 사회형태로 매개되어 있는 까닭에 오히려 인간의 전면적 발달을 저지하는 사회적 분업시스템이 재편된다는 특수한 역사적 모순이 형성되는 단계에서 이 모순의 일 표현 형태로서 성립·확립되는 것이라는 점이다. 노동의 결과가 노동주체에 귀속되지 않고 노동주체에 대립하여, 나아가 이를 지배할 대상으로 전환된다는, 인간의 자기소외의 극한을 만들어내는 이 단계의 실재에야말로 인간에게 고유한 권리의 관념적 확립이 대응되고 있다는 것은 인권카테고리를 사회주의의 문제에 연결시켜 생각할 경우 염두에 두어야 할 중요한 점일 것이다.

요컨대 인권은 그 자체로서는 특정한 역사적 사회에 고유하고도 특수한 논리구조를 갖는 이데올로기 형태이지만 이 사회가 '인간적 해방'을 인류사적 과제로 만들고 있는 고유한 역사적 모순을 내포하는 역사적 단계의 사회라는 사실로 말미암아 인권카테고리에는 인류의 역사적 발전의 전체적 프로세스에 깊이 관련되는 문제성격이 포함되지 않을 수 없다.

④ 그런데 이와 같은 관점에서 사회주의 국가의 '시민의 기본적 권리·의무'의 성격을 검토하려 할 경우, 실은 다음과 같은 이론적 어려움에 부딪히지 않을 수 없다.

첫째로 이와 같은 관점에서 문제에 접근할 경우 문제해결을 위한 필요하고도 충분한 소재는 인권카테고리의 이론적 성립을 역사적으로 규정하고 있는 특정한 사회구성체를 양기하기 위한 전 역사과정이 완결되어 있는 경우에만 주어지는데, 즉 자본주의 사회로부터 갓 태어난 공산주의 사회인 사회주의 사회뿐만 아니라 그 자체의 기초 위에 전개된 고도의 공산주의 사회가 실현되어 있는 경우에만 주어지는데, 우리가 소재로 할 수 있는 것은 자본주의 사회의 모반(母斑)을 남기는 사회주의 사회뿐이다. 우리가 그 일반적 성격을 검토하려고 하는 '시민의 기본적 권리·의무'는 바로 그러한 사회에 존립하는 현상이며, 고도의 공산주의 사회가 실현된 후에는 사멸되는 것이라고 상정할 수 있는 것이지만, 이 사멸의 전 과정이 완료되는 역사적 시점에야말로 인권카테고리를 지탱하는 역사적 사회구성체에 대신되는 사회구성체가 성숙되는 시점이며, 사회주의단계의 '시민의 기본적 권리·의무'도 이 시점에서 뒤돌아보면서 그것을 자리매김하는 경우에만 인권카테고리와 온전하게 대비할 수 있을 것이다. 오늘날 우리에게는 그 조건은 없다. 즉, 인권카테고리의 역사적 기반에 관해서는 그 성숙을 확인할 수 있는 시점에 도달한 지가 오래인데 대하여 이에 대치되어야 할 역사적 사회는 여전히 그 전면적 성숙에 도달되지 않고 있는 것이다.

뿐만 아니라 둘째로, 오늘 우리가 소재로 할 수 있는 사회주의 나라들의 경험은 사회주의 혁명이 제국

주의적 세계체제의 형성 후에 구체적 일정에 올라 이 세계체제의 개개의 약한 고리를 돌파함으로써 실현되기에 이르렀다는 현실과 관련하여 다음과 같은 의미에서 이론적 일반화를 어렵게 하고 있다. 하나는, 각각의 나라가 사회주의에 들어가는 길이 그 역사적 전제를 반영하여 매우 다양하다는 점이며, 다른 하나는 이러한 사실과 밀접하게 관련되는 일이지만 그 나라들의 변혁의 경험이 인권이데올로기가 완전히 개화한 사회에서의 인권이데올로기의 부정의 경험이 아니며 오히려 인권이데올로기의 확립을 하나의 역사적 과제로 하고 있었던 것과 같은 사회에서의 변혁의 경험이었으며, 따라서 변혁의 프로세스가 매우 복잡한 여러 요인에 의해 형성되고 있다는 사실이다. 원래 다양함·복잡함은 사회주의적 변혁의 경험에 관해서만 말할 수 있는 현상이 아니다. 자본주의 사회의 성립·전개에서도 그것은 마찬가지다. 그러나 이론적 추상을 만들어내는데 있어 양자가 갖는 문제는 같지 않다. 첫째로 앞에서 말한 사회구성체로서의 성숙도(분석대상의 성숙도)의 차이가 있으며, 둘째로 경제적 운동법칙과 정치적·이데올로기 과정과의 상호관계, 혹은 객관적·자연적 법칙과 주체적·의식적 행위와의 상호관련에 있어서의 차이가 있다.

이와 같은 어려움은 과제설정 그 자체에 내재하고 또한 이를 제약하는 어려움이다. 따라서 과제는 오히려 개개의 나라에서의 인권이데올로기에 관한 사회주의적 변혁의 프로세스를 넓은 의미의 과도기의 문제로서 역사적으로 분석한다는 형태로만 설정되어야 할 것처럼 보이기도 한다. 그러나 그럼에도 불구하고 첫째로 이런 역사분석이 단순한 역사기술에 끝나지 않기 위해서는, 그리고 둘째로는 오늘의 사회주의 나라들에서도 여전히 변혁의 과제로서 남는 인간해방의 전망을 명백히 하기 위해서는, 따라서 셋째로는 인권카테고리 그 자체의 역사적 피제약성과 그 종국적 양기의 전망을 밝히기 위해서는 여기에 설정한 과제, 즉 인권카테고리와 사회주의와의 관계에 대한 일반적 고찰, 이 관점에서 수행되는 사회주의 나라들에서의 '시민의 기본적 권리·의무'의 일반적 성격의 검토(그것의 역사적·이론적 구조의 분석)라는 과제의 추구는 피할 수 없다.

## 2. 사회주의 혁명과 인권

구체적 역사적 과정인 사회주의 혁명은 대단히 복잡한 프로세스이다. 그것은 러시아에서처럼 부르주아 민주주의혁명의 성장전화로서 수행되는 경우도 있고, 동유럽 나라들에서 보이는 바와 같이 전 인민적인 반파시즘 운동 및 민족해방운동의 성장전화로서 인민민주주의체제 하에서 수행될 수도 있으며, 또 아시아의 사회주의 나라들처럼 외국제국주의의 식민지 지배에 대한 민족해방전쟁의 연속적 발전으로서 수행되는 경우도 있다. 오늘날의 고도로 발달된 자본주의국 경우처럼 반독점·반제국주의의 인민운동 속에서의 성장전화가 전망되는 것과 같은 경우도 이에 덧붙일 수 있을 것이다. 어느 경우이든 그 구체적 과정은 대단히 복잡다양하지만, 현재까지의 경험에 의하면 사회주의 혁명은 항상 이러저러한 정도에 있어 일반민주주의적 요구를 수반하고 있으며, 거기서는 사회주의적 요구(사적소유의 폐절)가 기본적 인권의 부정이 아니라 자유·평등·권리보장의 요구를 수반하고 있는 것을 발견할 수가 있다.

구체적인 여러 조건을 사상하고 생각하더라도 원래 사회주의 혁명은, 말하자면 각자의 자유로운 발전이 모든 사람의 자유로운 발전의 조건이 될 수 있는 공동사회의 실현을 목표로 하는 것이며, 거기서는 노동자계급의 해방이 동시에 인간일반의 해방이 될 것이 전제로 되어 있기 때문에, 앞에서 살핀 바와 같이 인권카테고리가 인류의 역사적 발전의 프로세스 전체와 관계되는 의미를 갖는다는 관점에서 보면, 인권카테고리가 내포하는 문제는 사회주의 혁명에 있어서 계승되는 측면을 당연히 가지고 있다. 이러한 사실에서 오늘의 사회주의 사회의 '시민의 기본적 권리·의무'를 인권과의 연속선에서, 말하자면 인권의 보다 고도의 실현형태로서 보는 사고방식이 쉽게 성립되는 것처럼 보인다.

그러나 인권이 특정한 역사적 사회인 자본주의 사회의 전 존재구조에 의해 규정된 특수한 논리구조를

갖는 이데올로기 형태라고 본다면, 사회주의 혁명은 설령 인권옹호라는 정치적 슬로건을 수반한다고 하더라도 그 사회적 논리 그 자체로부터 볼 때 역사적 카테고리로서의 인권을 부정하는 것이 되지 않을 수 없다. 원래 사회주의 혁명이 역사적 카테고리로서의 인권을 부정하는 것이라는 사실은, 사회주의 사회를 비인간적 세계로서 그려내려는 사람들이 사회주의 혁명을 인간성에 대한 폭력적 부정이라고 생각하는 것과는 완전히 대립적인 의미에 있어서이다. 사회주의 혁명은 인권카테고리의 부정을 통해(바로 인권카테고리의 목표인) 인간해방이라는 역사적 과제를 실현하고자 하는 것이기 때문이다.

추상적으로 말하면 사회주의 혁명은 사회주의 사회의 실현을 위한 물질적 여러 조건을 이미 만들어져 있는 것으로서 맞이하지만, 이 물질적 여러 조건에 맞는 사회형태는 권력을 잡은 프롤레타리아트에 의해, 사회 제관계의 강력한 재편 프로세스를 통해 창출되어야 한다. 그리고 이 프로세스야말로 인권카테고리를 이론적으로 성립케 하는 사회제관계의 구조(부르주아 사회)를 해체하기 위한 프로세스에 다름 아닌 것이다. 물론 이 프로세스는 다른 한편에서 과도적인 새로운 권리체계를 만들어낸다. 그러나 그것은 이제 더 이상 사람 일반의 권리는 아니다. 거기서는 생산수단의 사적소유자에게는 자유없는 상태가 만들어지며, 또 소유자와 비소유자와의 사이에는 평등하지 않은 상태가 만들어진다. 그리고 이 프롤레타리아 독재 하에서의 새로운 권리체계는 계급적 대립 속에 자리가 주어진 노동자의 계급적 권리라는 성격을 지니지 않을 수 없다. 물론 이런 사실은 '개인의 권리가 무시된다는 것을 의미하지 않는다. 거기서는 노동자 개인의 권리가 무엇보다도 계급의 성원으로서의 권리, 계급적 지배의 확립과 사회관계의 사회주의적 재편에의 노동자 개인의 참가의 권리로서 나타난다는 의미에서 계급적 성격을 지니지 않을 수 없다는 것을 의미하는데 지나지 않는다. 그와 같은 계급적 권리의 확립이 그들의 인간적 해방의 첫걸음이 되는 것이다.

그런데 현재까지의 역사적 경험에 의하면 사태는 더 복잡하다. 첫째로 프롤레타리아 권력이 단순히 사회형태의 재편이라는 과제뿐만 아니라 사회주의의 물질적 제 전제 그 자체를 창출하는 과제를 지는 일이 많으며(예를 들어 사회주의적 공업화의 과제), 이런 사실이 새로운 사회관계를 편성하는 방법, 예를 들어 사회주의적 소유의 관리형태 등에도 영향을 주지 않을 수 없다는 사정이 있다. 관리기구의 과도한 집중화, 그것에 뒤따르는 관리자 집단과 직접적 생산자와의 모순의 복잡화라는 문제는 그런 사정에서 파생되는 문제이다. 둘째로 생산수단의 사적소유의 폐기는 자본주의적 사적소유에 한정되며, 광범한 소상품생산자의 사적소유가 일정한 기간 존속되지만, 거기서는 이를 개조하려고 하는 것과 동시에 개조하기 위해 이를 이용하지 않을 수도 없는 프롤레타리아 권력과 소상품생산자인 농민 사이의 일정한 모순이 불가피하다. 셋째로 이런 조건 아래에서는 사회주의를 건설하는 데 있어 계획적·의식적인 경제관계의 조직이 시장관계에 의해 제약받지 않을 수 없으며 이 양자 간에 모순이 존재한다. 넷째로 권력이 담당한 과제의 복잡함은 경제의 후진성에서 나올 뿐만 아니라 정치적 상부구조에 있어서의 구시대의 유산에서도 나온다. 예를 들어 소련에서 극복되어야 할 관료주의는 혁명전의 그것뿐만 아니라, 개혁 이전의 관료주의의 잔재도 포함하는 '관료주의의 역사적 성층'이라고도 해야 할 것이었음이 이미 지적되어 있다.

이와 같은 사정으로 말미암아 사회주의 건설의 과도기에서의 계급적 여러 모순, 혹은 그런 모순들에 의해 매개되는 계급 내부의 여러 모순은 상당히 복잡한 양상을 드러낸다. 이 일은 과도기에 있어서의 새로운 권리의 체계를, 앞에서 말한 것과 같은 단순한 노동자계급의 계급적 권리로서 파악하기에는 너무나도 복잡한 것으로 만들고 있다. 거기에는 레닌이 말하는 '관료주의적 왜곡을 수반하는 노동자 국가'에 대해 노동자의 물질적·정신적 이익을 옹호한다는 문제가 없으며, 또 농민의 생산과 거래의 활동을 지방 권력의 자의적 간섭으로부터 보호하고 노농동맹을 유지한다는 문제가 없으며, 즉 노농권력의 여러 기관에 의한 노농대중에 대한 권리침해에 대하여 '러시아공화국에서 적법이라고 인정되고 있는 권리를 위한 투쟁의 전 규칙에 따라 자기의 권리를 위해 투쟁할 것을 그들에게 가르칠(레닌) 필요성이라는 문제가

없고 있다. 소비에트 역사에 있어서의 이른바 혁명적 적법성 레짐의 다면적인 전개과정은 이러한 복잡한 사정을 표현하고 있다. 혁명적 적법성이란 혁명적·사회주의적 사회변혁을 조직하고 매개하는 소비에트권력의 법률·결정이 모든 시민, 모든 기업·조직, 모든 국가기관과 국가공무원에 의해 엄격하게 준수될 것을 보장하고자 하는 레짐을 의미하는 바, 그것은 정치적으로는 적대적 제 계급의 상호관계(프롤레타리아트에 의한 부르주아지 억압), 지배계급 내부의 제 관계(민주집중제·계급적 규율), 근로 제 계급의 상호관계(노농동맹)라는 법이 매개하는 사회관계의 구체적 내용에 따라 다면적인 전개를 보임과 동시에 이 다면적인 전개는 사회주의 건설과 계급투쟁의 단계·국면에 따라 지그재그의 복잡한 프로세스를 통해 수행되고 있다.

그뿐만이 아니다. 앞에서 말한 사실들은 주로 새로운 권리의 사회적 성격에 관련되는 복잡화 요인이지만 혁명에 의한 인권카테고리의 부정과 새로운 권리체계 창출의 프로세스, 그리고 그들의 구체적 형태는 혁명의 정치적 과정, 사회주의 혁명 그 자체의 진행과정의 구체적 양상에 따라 매우 다양한 것이 된다. 소련, 중국, 동유럽 나라들 및 기타 나라들의 변혁프로세스를 보면 이 사실은 명백하다. 예를 들어 새로운 권리가 '근로·피착취인민의 권리선언'으로서 표방된 러시아혁명 경우와, 그것이 당초부터 '시민' 또는 '공민의 기본적 권리·의무'로서 표방된 제2차대전 후의 인민민주주의혁명 경우와의 차이, 생산수단의 사적소유자에게는 자유없는 상태가 만들어지고 소유자와 비소유자 사이에는 평등하지 않은 상태가 만들어진다고 하는 경우의, 이 상태의 각국에서의 다양성 등등은 이 일과 관련되어 있다.<sup>63)</sup>

이상의 점은 후에 나라별로(소련 및 중국) 구체적인 역사적 분석으로서 서술될 것이 예상되므로 여기서는 사회주의 사회에서의 '시민의 권리·의무'에 관한 이론적 고찰의 전제로서 필요한 한도로 지적하는데 그치기로 한다.

### 3. 사회주의 사회의 '시민의 기본적 권리·의무' - 역사적 성격

추상적으로 말하면 사회주의혁명의 귀결(제1차적 귀결)인 사회주의 사회에서는 사회의 성원은 사회주의적 생산을 위한 일꾼으로서 등질적인 존재가 되어, 이와 같은 존재로서의 사회 개개성원의 사회 전체 속에서의 자리매김이 완전히 새로운 차원의 문제로서 제기된다. 여기서는 개개성원은 의식적으로 조직된 생산적 결합체의 일원으로서 자신의 노동과정 및 집단의 노동과정에 대한 통제주체이다. 이렇게 보는 한 그들에게 자유와 평등은 사실로서 존재하며 권리로서 요구해야 할 것이 될 수가 없다. 그들의 전인격의 전면적 전개의 기본적 전제는 창출되어 있다. 그러나 이 사회주의 사회에서도 '유적 존재'로서의 인간해방은 여전히 역사적 제약을 받고 있다. 왜냐하면 거기서는 여전히 노동에 따르는 분배의 원칙이 지배하

63) 2차 대전 후 여러 인민민주주의국에서의 초기 헌법, 특히 그 시민의 기본적 권리·의무의 체계에 대해서는 이른바 인민민주주의 혁명의 성격, 그 단계적 推轉의 프로세스와 관련해서 복잡한 문제가 있으며, 사회주의혁명이라는 기준으로 이를 단순히 러시아 10월혁명 경우와 비교할 수는 없으나, 이들 나라가 사회주의혁명의 단계에 있는 시점을 들어, 그 시점에서의 이들 나라의 헌법을 개관할 때, 러시아혁명기의 <근로·피착취인민의 권리선언> 및 1918년 헌법과 비교해서 예를 들어 다음과 같은 점에서 거의 공통된 특징을 가지고 있다. 첫째로, 러시아혁명 경우와 같은 정치적 권리의 계급적 차별(구 지배계급의 선거권 박탈, 노동자와 농민간의 소비에트에의 대표 선출기준의 차별 등)이 없으며(중국과 루마니아는 예외), 역으로 1918년 헌법이나 <권리선언>에는 규정이 없는 '법 앞의 평등'이 전면적 내세워져 있다는 것(파시스트분자나 민족반역분자에 대한 개별적 권리 박탈은 있다), 둘째로, 1918년 헌법이나 <권리선언>에는 규정이 없는 '개인적 권리·자유', 즉 인신의 자유, 주거의 불가침, 통신의 비밀 등이 가조되어 있는 것, 셋째로, 1918년 헌법이나 <권리선언>이 변혁의 起點에 서는 것인 까닭에 세삼스럽게 규정하지 않았던 노동의 권리 등 사회·경제적, 문화적 여러 권리를 당초부터 규정하고 있다는 점 등이다. 통틀어 거기서는 과도기 권리체계의 계급적 성격이 일반 민주주의적 형태에 의해 매개되고 있는 면이 강하다.

고 있으며 그런 의미에서 이른바 '자연적 특권(능력)에 따르는 사실상의 불평등이 형식적 평등(노동의 양을 기준으로 한다)으로 가려져 있기 때문이다. 이 사실은 또한 육체적 노동과 지적 노동과의 상위(相違)라는 낡은 분업의 유산이 아직도 최종적으로 극복되어 있지 않은 사실과 연결된다. 이 형식적 평등의 잣대인 '부르주아적 권리'를 적용하여, 보장해야 할(그것을 揚棄하기 위해서이지만) '부르주아적 없는 부르주아 국가'도 존재한다. 따라서 거기서는 사회제관계는 노동의 권리·의무를 중심으로 하는 여러 권리의 체계에 의해 매개되지 않을 수 없다. 이것은 인간의 자기소외의 말하자면 최종적 잔존형태이며 그런 의미에서 '인권'문제의 최종적 잔존형태이다. 자본주의사회에서 갓 태어난 사회로서, 사회주의혁명의 제1차적 귀결인 사회주의 사회로부터 그 자체의 기초위에 발전된 공산주의 사회로서의 공산주의의 고도의 단계로 이행함으로써, 새로운 차원에서의 사회와 개인과의 관계의 존재양식으로서의 이 권리의 체계도 존립기반을 잃어 사멸한다.

그러나 구체적·역사적으로 보면 우리가 소재로 삼을 수 있는 사회주의 사회는 훨씬 복잡하다. 첫째로 생산수단이 모두 전사회적 규모로 사회화됨이 없이 개별적 집단의 집단적 소유가 오히려 기본적 소유형태로 되어 있다는 사실은(소련에서는 토지는 국유화되어 있으나 체코슬로바키아, 독일민주공화국 등에서는 집단경영에서도 토지소유가 유지되고 있다), 한편에서는 계급관계의 잔존기반을 마련함과 동시에 다른 한편에서는 상품경제의 여러 카테고리의 잔존기반도 마련하고 있지만, 그것들은 그 자체로서 사회주의 사회의 모순요인임과 동시에 다른 일련의 중요한 제 모순을 배양하고 조성하는 요인으로 되어 있다. 둘째로 사회주의 사회에서의 국가는 이른바 꼬문형 국가로 되어 있지 않고(물론 인민에 대립되는 특권화된 카스트, 인민을 억압하기 위한 무장부대인 그것은 아니나) 전문화·직업화된 '관리', '경찰(민경)', '군대'(적군, 해방군)라는, 직접적 생산중사자로부터 정도 차이는 있으나 분리된 관리자 집단, 특수한 무장집단을 가지고 있다. 사회는 자기성원의 일부분을 이와 같은 특수한 인간집단으로서 분리하고 있는 것이다.64) 여기에는 원래 시민사회와 국가와의 이원적 구조는 없으며(생산수단이 사회화되어 있는 한), 여기서의 분리는 계급적 성격을 띠지 않는다(생산수단의 사적소유에 기초하는 계급대립이 존재하고 있지 않는 한). 더욱이 이 분리는 고정적이 아니라 크든 작든 유동적이다. 그럼에도 불구하고 '국가가 제도로서 존재하는 한, 그리고 조직과 행정과 정책이 전면적으로 완전히 공산주의적 성격의 것이 되지 않는 한, 시민 속의 특수한 계층이 국가를 지도하고 관리하는 관료장치의 중추부에 형성될 위험은 여전히 존재하는'65) 것이며, 이 '특권계층' 형성의 위험은 별 문제로 하더라도, 물리적 강제력=국가적 강제력을 집중시키는 특수한 인간집단과 사회의 개개성원과의 사이에는 일정한 모순(인민내부의 모순)이 불가피하다. 그리고 이 모순이 존재하는 방식은 여러 나라의 역사적 여러 조건에 의해 여러 가지로 규정되고 있다. 셋째로 이상의 제 조건은 법적 형태를 사회주의 사회에서의 사회관계의 조직형태, 매개형태로서 광범하게 존립케 하는 기초가 되고 있다. 중국 같은 예외는 있다고 해도 오늘날의 사회주의 국가들에 성립되어 있는 법적 제관계의 규모와 복잡함은, 예를 들어 러시아혁명 당초의 지도자들의 예측을 훨씬 넘어선 것이라고 해도 될 것이다.

따라서 현실적으로 형성되어 있는 사회주의 사회는 자본주의에 대한 부정의 결과로서 이론적으로 상정될 수 있는 사회주의 사회의 논리만으로는 설명할 수 없으며, 그것이 실현되는 역사적 제 조건에 의해

64) 마르크스 <유태인문제에 붙여>의 널리 알려진 명제. 즉 인간적 해방은 "인간이 그 '본래의 힘'을 사회적 힘으로서 인식하고 조직하고 따라서 사회적 힘을 더 이상 정치적인 힘의 모습으로 자기자신으로부터 떼어내지 않게 될 때 비로소" 성취된다. 이런 명제는 일반적·추상적 수준의 고찰로서도, 공산주의의 낮은 단계에서는 여전히 인간이 사회적 힘을 정치적 힘으로서 자기자신으로부터 분리한다는 소외형태가 잔존할 것을 예측케 하는 것이지만, 오늘날의 사회주의 나라들 정치형태는 이 소외 잔존의 특수한 역사적 현상형태라고 볼 수 있다.

65) 쿠바 공산당 기관지 <그람마> 사설 (1967) '관료주의와의 투쟁은 결정적 임무이다'에서

서만 설명 가능한 복잡한 모순을 남겨놓고 있는 과도적 사회라고 말할 수 있을 것이다. 사회주의 사회에서는 사회의 이익과 개인의 이익이, 국가의 이익과 시민의 이익이 일치한다는 것이 흔히 강조된다. 생산수단의 사적소유가 폐기되고 적대적인 여러 계급이 존재하지 않는다는 의미에서는 물론 그것은 사실이다. 그리고 그 사실의 역사적 의의야말로 결정적인 것이라는 것도 의심의 여지가 없다. 그러나 거기서 막바로 사회주의 하에서는 국가와 시민 사이에, 사회와 개인 사이에 아무런 모순도 없다는 결론을 끌어낼 수는 없다. 거기에는 모순이 있으며 그것은 자본주의 사회에서의 모순과는 성격이 다르다고는 해도, 그럼에도 자본주의 사회의 모반(母斑)의 잔존과 연결된 것이다.66)

그런데 사회주의 국가에서 '시민의 기본적 권리·의무'라고 불리는 것은 이와 같은 사회에서의 국가와 시민과의 관계의 가장 기본적 측면을 표현하고 있는 것이며 국가와 시민과의 관계라는 측면에서 파악된다는 의미의 이 사회의 전체적 구조와 관련되는 문제를 포함하고 있다. 여기서의 국가와 시민과의 기본적 관계가 '시민의 기본적 권리·의무'라는 법률적 형태로 표현되어 있다는 사실은, 일반적으로는 이 사회에서 사회관계의 법적 매개 형태를 존립케 하는 기반이 존재한다는 것을 전제로 하지만, 특수하게는 이 국가와 시민과의 관계가 일정한 모순을 내포한다는 것, 그리고 이 모순의 종국적 해결을 위한 사회의 전진운동에 있어서 법적 매개 형태의 일정한 적극적 기능을 기대하지 않을 수 없다는 것을 전제로 하고 있다. 이 경우 이들 모순이 자본주의 사회의 제 모순의 부정의 미완성이라는 의미를 가지며, 인간의 자기소외의 여전히 극복되지 않은 잔존형태라는 의미를 갖는 한에서는 '시민의 기본적 권리·의무' 카테고리에 내포되는 문제는 인권 카테고리가 내포하는 문제와 일정한 연속관계에 있다는 것이 인정되어야 할 것이다. 또한 사회주의 사회의 '시민의 기본적 권리·의무'가 인류발전의 보다 고도의 단계에서의, 즉 인간에 의한 자신의 생존 제조건인 인식·지배의 가능성의 보다 고도의 전개라는 조건에서의 사회 제관계의 총체를 표현하고 있다고 하는 점에서 봐도 인권 카테고리와의 역사적 연속성을 인지할 수가 있다. 그러나 그럼에도 불구하고 특정한 역사적 사회에 고유하고 특수한 논리구조를 갖는 이데올로기 형태인 인권이 프롤레타리아 혁명으로 원리적으로 부정되었다는 것을 전제로 하고, 이 부정 위에 만들어진 새로운 사회에서의 국가와 시민과의 관계의 기본적 측면을 그것이 표현·매개한다는 의미에서는 이 '시민의 기본적 권리·의무'는 인권 카테고리와 질적으로 단절된 것일 수밖에 없다. 그것들은 질적으로 상이한 사회제관계의 총체의(사회와 개인, 국가와 시민이라는 측면에서 본) 기본적 측면을 표현하는 것에 다름 아니기 때문이다.

그러나 이런 설명만으로는 말하자면 사회적 논리 그 자체에서 당연히 도출되는 귀결을 말하고 있을 뿐이며, 이러한 귀결이 인권과 사회주의 사회에서의 '시민의 기본적 권리·의무'와의 이데올로기 형태=법적 형태로서의 논리구조의 상위(相違)로서 어떻게 표현되고 있는지를 밝혀내지 않으면 우리의 과제는 완수되지 않는다. 아니, 오히려 이런 것까지 밝혀내는 일이야말로 우리의 기본적 과제가 되어야 한다.

#### 4. 사회주의 사회의 '시민의 기본적 권리·의무' - 체계와 논리

##### (1) 체계

사회주의 사회에서의 '시민의 기본적 권리·의무'의 체계를 오늘날의 사회주의 국가의 실정법을 소재

66) 사회주의 사회에서 개인의 이익과 사회의 이익 사이에 모순이 존재한다는 것은 누구도 부정하지 않는다. 그러나 문제는 이 모순을 이해하는 방식에 있다. 자본주의로부터 갓 태어난 사회인 사회주의 사회의 사회체제 속에 내재하는 것으로서, 사회체제 전체에 대한 구조분석 속에서 그것을 밝혀내려는 시도는 이제까지 거의 없었다. 자본주의의 잔재와의 결합이라는 문제도 이런 관점에서 밝혀야 하며, '개인적 이익의 반 사회적 이해에 표현되는' '근로자의 의식에 존속하는 자본주의의 잔재의 소산'이라는 관점만으로 이 문제를 보는 것은 불충분하다.

로 하여 개괄적으로 설명하면 대충 다음과 같이 된다.(첨부하는 표를 참조)

우선 첫째로 '시민의 기본적 권리·의무'의 체계의 일반적 전제로서 다음과 같은 점을 인식해둘 필요가 있다. 그 하나는 이들 권리·의무는 사람 일반이 아닌, 개개의 민족국가인 사회주의 나라들에서 그 사회의 성원=시민으로서 프롤레타리아독재 권력에 의해 공적으로 승인된 인간, 즉 각각의 나라의 시민 권을 가지는 '시민'·'공민'을 주체로 하는 것으로서 구성되어 있다는 점이다. 이 점에 대해서는 한편으로는 부르주아 법에서의 사람의 권리와 시민의 권리라는 이원적 구조의 논리와 대비에서, 다른 한편으로는 사회주의 하에서의 인터내셔널리즘과 국가주권과의 상호관계의 문제와의 관련에서 검토되어야 할 이론적 문제가 있지만<sup>67)</sup> 필자에게는 아직 충분한 해답이 준비되어 있지 않다. 일단 사회주의 사회가 시민 사회와 정치적 국가와의 이원적 구조를 양기한 사회라는 논리와, 그리고 오늘날의 사회주의 국가가 자본주의 세계체제로부터의 개별적 이탈의 결과 형성되어 있다는 역사를 '시민의 기본적 권리·의무'의 체계의 일반적 전제를 생각할 경우의 기본적 요인으로서 지적해두고자 한다.

또 하나의 전제는 사회주의 단계에 있는 나라의 사회성원은 공적으로는 평등한 지위를 갖는다는 점이다(평등의 권리). 다만 이미 말한 바와 같이 생산수단의 사회화에도 불구하고 사회주의 단계에서는 여러 개인의 사실상 불평등한 물질적 기초가 완전히 사라지지 않고 있는 한, 이 '평등한 시민'이 사회주의 사회의 여러 개인을 자리매김하는 법적·형식적 표현형태라는 사실에 유의하지 않으면 안 된다. 분명 자본주의 사회에서의 '평등'원리와 비교할 경우 '사회주의 사회에서는 평등은 단순한 법률적 원칙에 머물러 있다고 볼 수 없다'라는 주장은 가능할 것이다. 그러나 이미 말한 바와 같이 사회주의 하에서의 '부르주아적 권리'의 잔존이라는 원리적 관점에서만 봐도 거기서의 평등이 여전히 추상적·형식적 성격을 지닌다는 것을 간과할 수 없다. 앞에서 보아온 바와 같은, 현실의 역사적 사회로서 형성되어 있는 사회주의 국들에 존재하는 사회적 제 모순의 구체적 현상형태를 염두에 둔다면 더욱이 이 점에 유의하지 않으면 안 된다. 그리고 사회주의 사회에서의 '시민의 기본적 권리·의무'의 일반적 전제인 '시민의 평등'이 그 자체 여전히 추상적 성격을 면치 못하고 있다는 사실은 이 사회에서의 여러 개인의 자리매김의 구체적 형태인 여러 가지 권리 또한 많은 적든 추상적 성격을 지닌다는 것을 예정한다. 그러나 그것은 원래 인권과 같은 의미에 있어서 추상적이지는 않다(원리적으로 추상적·신비적 형태를 취하는-이데올로기적 전도-것은 아니며, 여전히 추상적 성격을 남기지 않을 수 없다는 의미에 지나지 않는다).

둘째로 그렇다면 '시민의 기본적 권리·의무'의 체계는 어떤 식으로 구축되는가. 이 체계의 논리적 핵

67) 1789년 프랑스 인권선언도 <사람 및 시민의 권리선언>이라는 표현을 취함으로써 '사람'과 '시민'을 구별하고 있다. 여기에 표현되고 있는 이데올로기형태가 갖는 논리는 어디까지나 전자가 근본적인 것이며 후자는 거기서 파생되는 2차적인 것임을 전제로 하는 것으로 생각된다. 일반적으로 부르주아법의 논리에 따르면 '시민의 권리' 혹은 '국민의 권리'라는 헌법상 표현은 '본래의 인권'을 의미하는 것, 아니면 '외견적 인권'에 지나지 않는 것 중 어느 것인가 분별되게 될 것이다. 그러나 사회주의 경우는 시민사회와 정치사회의 분열, 사람과 시민(공민)에의 인간에 대한 2중화의 논리가 없기 때문에, '시민' 개념에 표현되는 프롤레타리아권력에 의한 사회 성원에 대한 법적 자리매김이 각각의 사회에서의 노동자계급의 혁명투쟁의 역사적 획득물을 향유하고 옹호하는 '기본적 권리·의무'의 일반적 전제가 되는 것은 당연하다. 다만 분명 여기에는 자본의 코스모폴리탄적 성격에 대응하는 '사람의 권리'(자유와 재산)의 초 시민권적 성격이라는 논리는 존재하지 않지만, 이 역사적 획득물은 본래 민족적 폐쇄성을 지니는 것이 아니라 인터내셔널한 성격의 것일 수밖에 없으며, 거기에는 사회주의 하에서의 인터내셔널리즘과 국가주권 개념과의 관계라는 문제가 숨어 있다. 이 경우 문제는 세계 사회주의체제의 역사적 형성과정의 구체적 분석, 국제적 규모에서의 계급적 제관계의 전개의 구체적 분석 속에서 고려되어야 한다. 예를 들어, '시민권'의 승인·박탈에 관한 법적 규제만 보아도 외국인의 법적 지위에 관한 규제를 보아도 사회주의국가간에 차이가 있으며, 또 소련 한 나라만 보아도 1917년 이후 반세기 동안에는 다양한 역사적 변천이 있다.

심을 이루고 있는 것은 어떤 권리·의무인가. 이 글 서두에서 말한 바와 같이 '시민의 기본적 권리·의무'가 그 사회의 사회제관계의 총체에 관계되는 문제를 내포하는 카테고리라고 한다면 그 체계의 핵심은 이 사회의 사회제관계의 전체적 구조의 핵심 그 자체가 아니면 안 되는 것처럼 보인다. 그렇다면 부르주아 사회에서의 인권의 핵심인 자유로운 소유권에 대응하는 것으로서, 사회주의 사회에서의 '시민의 기본적 권리·의무'의 체계의 핵심은 사회주의적 소유(국가적 소유권·협동조합적 소유권)에 있다는 결론을 얻게 된다. 확실히 어떤 의미에서는 그렇다. 그러나 법적 카테고리인 '시민의 기본적 권리·의무'는 사회주의 사회의 전체적 구조를 국가와 시민, 사회와 개인과의 기본적 관계라는 측면에서 표현·매개하는 것이며, 사회주의적 소유는 시민(개인)의 권리의 체계의 기초 중 기초라고 말할 수는 있어도 그 자체를 이 체계 속에 자리잡게 할 수는 없다.

그렇다면 앞에서 말한 평등의 권리는 어떤가. '시민의 기본적 권리·의무' 체계의 일반적 전제라는 의미에서는 그것을 이 체계의 기점(起點)에 둘 수 있을지도 모른다. 그러나 평등의 권리는 그 자체로서는 특정한 역사적 사회인 사회주의 사회의 시민의 제 권리의 특수한 체계의 논리를 표현하지 못한다.

우리는 노동의 권리가 여기서의 '시민의 기본적 권리·의무' 체계의 논리적 핵심이라고 생각한다. 그것은 사회주의적 소유를 기초로 하고, 또 이 사회주의적 소유를 기초로 하는 평등을 전제로 하면서 그 자체로서 사회주의 사회에서의 시민의 제 권리의 체계의 특수한 논리를 표현하는 이 체계의 핵심적 카테고리이다. 그와 같은 존재로서 노동의 권리는 인권의 핵심인 자유로운 소유권에 대응하고 있는 것이다.

① 노동의 권리는 생산수단이 사회화되어 노동주체가 동시에 노동수단과 노동생산물의 소유주체라는 사실, 그것도 그것이 개개의 노동주체로서가 아니라 집단으로서만 소유주체가 된다는 사실에서 당연히 귀결되는, 사회화된 생산수단과 개개의 노동주체와의 관계를 표시하는 것이다. 그것이 생산수단과 직접적 생산자와의 분리, 자본가와 노동자와의 대립을 전제로 하는 자본주의 나라들에 있어서의 이른바 '노동권' 내지 '노동기본권'과 완전히 이질적인 것임은 말할 필요도 없을 것이다. 다만 자본주의 발전의 최고 최후 단계에 있는 여러 나라에서의 '노동권'을 둘러싼 법현상에는 자본과 임노동 관계 폐절을 객관적으로 지향하는 노동자계급의 계급적 법의식의 반영이라는 측면이 있어, 이 측면은 이와 같은 폐절의 결과인 사회주의 사회에서의 노동의 권리에 역사적으로 이어져 있다는 점에는 주목해야 한다.

노동의 권리는 앞에서 말한 의미에서는 매우 포괄적인 내용을 가지는 것으로서 제시되어 있는 셈이지만 그것을 구성하는 여러 요소로 분해해보면 다음과 같이 된다.

사회화된 생산수단과 개개 노동주체와의 관계를, 일단 전사회적 규모로 사회화된 생산수단과 노동주체와의 관계에 한정해서 말하면, 이 생산수단은 국가가 전일(專-)적으로 관리하고 있기 때문에 생산수단과 여러 개인의 노동과의 결합은 국가에 의해 조직되고 또 생산의 결과도 국가에 의해 여러 개인에게 분배된다. 이런 사실에서, 노동 주체가 공동의 생산수단에 노동을 부가하여 그 생산물을 공동으로 분배하는 관계는 노동주체인 여러 개인에서 보면, 우선 첫째로 시민이 노동의 기회보장과 노동에 응하는 소정의 기준에 따르는 보수 보장을 국가에 대해 요구하는 권리라는 법적형태에 의해 매개된다. 여기에는 국가에 대해 적극적인 행정상의 행위를 요구할 권리라는 측면과 국가의 행정기관(기업의 관리부 등)의 이 권리에 대한 침해(부당해고 등) 구제를 사법기관(혹은 여타 행정감독기관)에 요구하는 권리라는 측면이 포함된다.

그러나 노동의 권리는 그 권리주체가 생산수단의 공동소유자인 한에 있어, 단순히 이와 같은 형태로 표현되는데 그치는 것이 아니다. 보다 적극적인 측면, 즉 노동과정의 조직 그 자체, 노동수단의 운용 그 자체에 참가할 권리, 즉 생산의 관리에 참가할 권리를 포함하는 것이라고 해석되어야 한다. 많은 경우 이 권리는 노동조합이라는 조직, 또 노동자협의회, 노동자·직원대표자회의, 상설생산자회의 등등 명칭으

로 불리는 개개 생산단위의 집단을 통해 실현되는 것으로서 구성되어 있다.

노동의 권리는 노동생산물 취득의 권리, 즉 개인적 소유권과 결합되어 있다. 개인적 소유권은 사회주의 사회에서의 시민의 재산권의 주요형태이다. 그러나 시민의 재산권은 노동에 따르는 분배의 결과인 개인적 소유에 머무는 것은 아니다. 그들이 사회의 생산수단의 공동소유자이며 사회주의적·사회적 소유의 주체의 한 구성원인 한, 사회적 총생산물의 일부분으로 구성되는 공동소비펀드(주택, 문화·교육·보건 시설)에 대해 일정한 이용권, 관리참가권을 갖는 것은 당연하다.

노동의 권리는 또 이 공동소비펀드로 말미암아 사회보장을 받을 권리와 결합된다. 노동의 권리도 사회보장을 받을 권리도 원래 생산수단의 사회화를 전제로 한 사회적 생산물의 분배와 관련되어 있지만, 노동의 권리가 노동에 따르는 분배라는 사회주의적 분배원리와 직접적으로 결합되어 있는데 비해 사회보장을 받을 권리는 노동주체가 노동능력을 부분적 혹은 전면적으로 상실한 경우에 공동의 과거의 노동(사회적 총생산물 중 공동소비펀드)에서 추가적 분배(노동에 따르는 분배에 대하여)를 받는다는 측면을 나타내고 있다. 이에 대해서는 다음과 같은 점에 유의할 필요가 있다. 첫째로 사회적 총생산물 중 공동소비펀드에 할당되는 부분의 크기는 국민경제 발전의 구체적 조건에 의존하기 때문에 사회보장의 구체적 내용과 형태에 대해서는 사회주의적 사회형태의 성격으로부터 논리적으로 이를 도출할 수는 없다. 둘째로 사회보장이라는 추가분배 방법은 말하자면 노동에 따르는 분배에 대한 보충적 기능을 지니지만, 이 추가적 분배 자체 속에 거꾸로 많은 적든 노동에 따르는 분배가 반영되지 않을 수 없다. 이 때문에 근속 연수와 임금의 산정(수급조건의 결정)을 둘러싸고 법적 분쟁이 발생한다. 셋째로 사회보장의 주요형태는 사회보험인 바, 사회보장이 보험이라는 특정한 법적형태로 매개되고 있다는 것 자체에 대해서도 노동주체와 소유주체와의 특수한 관계양상이라는 각도에서 주의 있게 생각하지 않으면 안 된다.

노동의 권리는 생산수단의 사회주의적 소유 및 노동에 따르는 분배의 원칙을 전제로 하고 있는 바, 노동에 따르는 분배가 노동의 질과 양(질이 결국은 양에 환원된다 해도)을 기준으로 하는 것인 한, 노동능력의 형성과 관련된 교육을 받을 권리, 그것도 공동의 재산에 의해 그것을 보장받을 권리가 시민의 기본적 권리가 되지 않을 수 없는 것은 당연하다. 그러나 교육을 받을 권리는 단지 분배원리와 결합되어 있을 뿐인 것은 아니다. 사회주의적 변혁이 인간 개인들의 지적·육체적 능력의 전면적 발전을 추구하는 것에 다름 아닌 이상, 이 변혁의 조직화에 책임이 있고 또 교육시설을 專一的으로 관리하는 국가에 대해 시민이 지적 향상의 기회를 적극적으로 보장할 것을 요구한다는 관계가 세워질 것은 당연한 일이며, 교육을 받을 권리는 이런 관계도 표현하고 있는 것이라고 사료된다. 제2차 세계대전 후 사회주의 나라들의 새로운 헌법에서 '시민의 기본적 권리·의무' 체계에 청소년의 지적·육체적 발달이나 과학·문화 발전의 촉진에 관한 시책을 적극적으로 추진할 국가의 의무가 규정되어 있는 것도<sup>68)</sup> 이에 연결시켜 생각해볼 수가 있을 것이다. 한편 시민에 대한 교육의 권리 보장이나 문화·과학의 창조적 활동의 촉진, 그것들에 의한 사회 성원의 지적 수준 향상은 시민에 귀속하는 여러 권리의 시민 자신에 의한 실현의 일반적 전제를 보장한다는 의미에서도 중요하다 하겠다.

이상은 전사회적 규모로 사회화된 생산수단과 노동주체와의 관계, 구체적으로는 국가적 섹터에서의 사회관계에 한정해서 시도한 고찰이지만 제3항에서 말한 바와 같이 오늘날까지의 경험에 따르면 사회주의 사회에서도 농업 분야에서는 개별적 집단(농업생산협동조합 혹은 인민공사 및 그 내부의 생산대(隊), 생산대대)를 안에서만 생산수단이 사회화되는 형태가 상당히 일반적이다. 바꿔 말하면 그러한 형태에서만 농업의 사회주의적 재편이 가능한 것으로 되어 있다. 그런데 이와 같은 형태의 생산수단의 사회화 경우에는 소유와 노동의 관계가 국가적 섹터 경우와는 질적으로 상이한 면이 있다. 따라서 농업에서의 개별적 생산자집단 성원들에게는(그들이 이 집단의 성원이라는 지위를 유지하는 한) 노동의 권리는 독자적

68) 동유럽 및 아시아의 사회주의국 헌법에는 거의 예외 없이 이 문화적 권리가 규정되어 있다.

실현 형태를 취하지 않을 수 없다. 그들은 직접적인 의미에서 소유주체인 동시에 노동주체이며, 공동의 생산수단에 대한 자기 노동의 부가(附加)는 이 집단의 성원(조합원)으로서 존재한다는 그 관계 자체 속에서 卽時的으로 실현되고 있다. 그리고 이 관계의 시작은 자기의 생산수단의 공동화, 조합에의 가입이라는 행위로서 이루어진다. 거기서는 노동의 기회 보장을 국가에 대해 요구한다는 관계는 발생하지 않으며, 노동의 보수 보장을 국가에 대해 요구한다는 관계 또한 발생하지 않는다. 여기서 노동의 보수는 단적으로 공동경영자=공동생산자들의 수입 분배로서 지급된다. 생산 관리에 참가할 권리도 여기서는 조합원이라는 지위 그 자체 속에 포섭되고 있는 것이며, 그것과 별도로 존재하는 것은 아니다. 여기서도 개인적 소유권이 주로 노동에 따르는 분배의 결과라는 점에서는 같지만(분배에 地代형태를 남겨놓고 있는 동유럽의 농업협동조합은 고려 외에 둔다) 노동에 따르는 분배가 임금형태가 아닌 수익분배형태를 취한다는 점에 유의해야 한다.<sup>69)</sup> 이 집단의 성원(조합원)이 일정면적의 택지 부속지에 개인 부업경영을 가지고 그 수입이 개인적 소유의 원천으로서 일정한 비율을 점하는 것이 보통이라는 것, 나아가 조합관계를 해소할 경우 여러 개인에게 생산수단의 사적 소유가 재현할 가능성을 남기는 유형의 협동조합도 존재한다는 사실 등을 추가요인으로서 고려할 때 노동자와 집단경영농민과의 개인적 소유권의 구조 차이는 명백하다. 집단경영농민인 경우의 소유와 노동의 관계의 이 같은 독자성은 사회보장을 받을 권리의 내용도 규정하지 않을 수 없다. 사회주의 나라들의 집단경영농민들의 사회보장은 최근(이 글이 쓰여진 것은 1960년대) 개별경영 내부의 사회부조 형태에서 전 국가적 규모의 사회보장으로 이행하여 이런 의미에서는 노동자와의 차이는 대폭 축소되었지만, 그러나 보험 펀드에의 각출(釀出)과 그것으로부터의 급부의 구조는 같지 않다.

이리하여 사회주의 사회라고 해도 생산수단의 사회화 형태(소유형태)의 차이가 여전히 존재하고 따라서 또한 주민의 계급 구분이 여전히 존재하는 한 노동의 권리를 기점(起點)으로 하는 시민의 기본적 권리의 체계도 순수한 논리적 전개를 허락하지 않는 복잡한 구조를 갖는다. 그러나 여기서의 주도적 측면은 어디까지나 전인민적 소유와 그에 기초한 여러 관계, 그리고 국가에 의한 그런 관계들의 조직이며, 농업 분야에 독자적인 여러 관계 또한 이에 의해 규정되고 있다. 국가의 계획적 경제관리가 농업에서의 개별적 집단의 생산 활동까지도 포섭하고 있음은 새삼스럽게 말할 필요도 없다. 전인민적 소유형태를 주도(主導)형태로서 국가에 의해 편성되는 전국민경제의 통일적 구조를 기초로 하면서 그 구체적 실현형태를 달리하는 노동자의 여러 권리, 농민의 여러 권리가 사회주의 사회의 '시민의 기본적 권리·의무'에 통합 편성되어 있다고 볼 수 있는 것이다.

② 그런데 앞에서 말한 바와 같이 사회화된 생산수단의 관리(국가적 소유)와 사회적 생산의 계획적 조직(두 개의 소유형태, 생산형태를 포함함)이 국가에 의해 수행되고, 그와 함께 이 일을 중심으로 하는 사회생활 전체의 유지·발전을 위해 국가의 손에 물리적 강제력이 집중되어 있다고 한다면, 이 국가의 형성 그 자체에 대한 시민의 권리가(노동의 권리와 연결된) 시민의 권리체계의 또 하나의 축이 되지 않을 수 없다는 것은 말할 나위도 없다. 그것은 생산수단의 공동소유자인 사회의 성원이 개별적 생산단위, 생산부문에서 생산의 관리에 참가할 권리를 갖는 데서 오는 논리적 귀결이며, 보다 높은 수준으로 이 권리를 전개시킨다는 의미를 갖는다. 원래 역사적으로는 프롤레타리아 독재 권력의 형성이 사회주의적 생산의 조직, 사회주의 사회 조직의 전제인 바, 역사적으로 형성되어 존재하는 것의 내부 편성의 논리로서는 이와 같은 경로가 의당 생각되어야 할 것이다.

국가 형성 그 자체에 대한 시민의 권리 또한 지극히 포괄적인 내용을 가지고 있는데, 그 중요한 구

69) 다달이 고정액의 화폐가 '노동에 대한 보수'로서 지불되는 경우도 그것은 국가 섹터에 있어서의 임금과는 다르며, 개별기업에서의 공동소유자간의 수익분배임에는 변함이 없다.