

2기 인권운동연구소 세미나 자료모음

기본적 인권론

①역사/총론

2004. 1.

기
인
권
운
동
연
구
소
세
미
나
자
료
모
음
기
본
적
인
권
론
①
역
사
/
총
론

2
0
0
4
·
1

2기 인권운동연구소 세미나 자료모음

기본적 인권론

① 역사/총론

2004. 1.

기본적 인권론 ① 역사/총론

<목차>

1. 근대국가의 기본적 인권 ; 高柳信一(다카야나기 싱이치)	P2
2. 현대국가와 인권-입헌제의 인권보장기능에 대한 검토 ; 小林直樹(고바야시 나오끼)	P60
3. 현대자본주의와 기본적 인권 ; 渡辺洋三 (와타나베 요조)	P81
4. 자본주의 경제와 기본적 인권 - 여러 권리와 경제와의 거리 ; 시바가키 가즈오	P102
5. 사회주의 사회와 기본적 인권 ; 藤田 勇(후지타 이사무)	P117
6. 근대 입헌주의형 인권보장과 사회주의형 인권보장 - 그 원리적 시론 : 針生 誠吉(하리우 세이키치)	P133
7. 기본적 인권의 사상사적 배경 -저항권 이론을 중심으로-	P144
8. 인권의 관념 ; 辻村 みよ子(츠지무라 미요코)	P177
9. 기본적 인권 ; 長谷川 正安(하세가와 마사야스)	P190
10. 기본적 인권 연구에 대하여 ; 長谷川 正安(하세가와 마사야스)	P216
11. 일본의 법적 사고 발전과 기본적 인권 ; 石田 雄(이시다 다케시)	P226
12. 자유민권운동의 '기본적 인권'론과 그 기반 ; 大石 嘉一郎(오이시 가이치로)	P239
13. 현대국가에 있어서 인권이론의 동향 ; 川添 利幸(가와조에 도시유키)	P251
[첨부자료] <현대국가에 있어서 인권이론의 동향>에 대한 몇 가지 문제 제기와 답변	P258

근대국가의 기본적 인권

高柳信一

1. 머리말

(1) 기본적 인권의 관념

기본적 인권이란, 대체로 다음과 같이 설명되곤 한다.

- '인간이 인간이라는 단지 그 사실만으로 당연히 지니고 있다고 생각되는 권리'
- '인간이 태어나면서 지니는 권리, 즉 生來의 ... 빼앗을 수 없는 ... 또는 타인에게 양도할 수 없는 권리'
- '인간으로 하여금 인간적 존재 혹은 인류의 한 사람이게 하는 본질'
- '인간의 존엄을 떠받치는 초석' 즉 '개인이 가장 유효하게 그 자치(self-management), 보장, 만족을 실현하려 할 때 그에게 잠재하는 모든 능력과 재주를 가능한 한 충분히 발휘하는데 부족함이 없을 만큼의 자유를 부여하는 본질'

이들 정의를 내용적으로 더욱 천착하고 역사 사회의 기본구조와 관련지어 이해를 심화시키는 것이 이 글의 목적이다. 우리는 처음부터 여러 가지 어려운 문제에 봉착하게 된다.

우선 '기본적 인권'이라는 용어가 문제이다. 이는 인간의 '자유'와 같은 말일까? 시민혁명 전야에 시민혁명의 이론가로서 활약했던 사상가들(로크, 몽테스키외, 루소 등등)이 논한 것은 인간의 '자유'에 관해서였다. 그러나 프랑스혁명 시기 <사람 및 시민의 권리선언> 이래 사람들은 '인권'이라는 말을 많이 써왔다. 그 '인권'의 내용인 즉 종교의 자유, 사상의 자유 및 의견 표명의 자유 등등 바로 앞의 사상가들이 설파했던 여러 '자유'인 바, 그것을 정치권력이 침범해서는 안 된다는 당위성을 지닌 실천적 개념으로 헌법적 차원에서 문제 삼을 때 이를 '인권'이라고 부르는 것이 語感상 매우 적절하다고 인식되었던 것 같다.

Thomas Paine이 Edmund Burke의 프랑스혁명 비판에 반박하기 위해 썼던 프랑스혁명 옹호론에는 <The Rights of Man>이라는 제목이 붙어 있다. 이는 프랑스어 droits de l'homme를 그대로 영역한 것일 터이다. 그러나 영어로 위의 의미의 인권을 나타내는 말로는 human rights가 있으며 최근에는 이 말이 오히려 일반적으로 쓰여지게 됐다. 로크는 '자연권(natural rights)'이라는 형태로 자유론을 전개하고 있지만 기본적으로 그 영향 하에 있는 영국의 Sir William Blackstone 같은 사람은 영국인의 자유를 '개인의 절대적 권리들(absolute rights of individuals)'라고 표현하고 있다. 마찬가지로 로크의 자연권론에 입각해서 영국의 미국에 대한 정책을 비판했던 Richard Price(1723-91)는 자신의 저서에서 'civil liberty'라는 말을 사용했다. 독일에서는 프랑크푸르트헌법(1849) 이후 일반적으로 '기본권(Grundrechte)'이라는 표현이 사용되고 있다. 2차 대전 후 유엔헌장(1945)은 '인권 및 기본적 자유(human rights and fundamental freedoms)'라는 표현을 채택했다. (1-3, 13-1-b, 55-c, 76-c) 포츠담선언(1945)는 주지하는 바와 같이 '기본적 인권(fundamental human rights)'의 존중을 일본 항복조항의 하나로 제시하고 明治 欽定憲法體制 아래 '법률의 범위 내'의 '신민의 권리 의무' 밖에 몰랐던 일본 국민에게 커다란 충격을 주었다. 이 획기적 역사체험의 시야 속에서 제정된 일본국 헌법은 지극히 자연스럽게 '기본적 인권'이라는 말을 사용하고 있다.

위에서 살핀 바와 같이 사람의 '자유', '인권', '자연권', '기본권', '기본적 자유', '기본적 인권', '시민적 자유', '절대적 권리' 등등 여러 가지 명칭은 존재하나 각 명칭이 포괄하는 뜻에 차이가 있다고 생각할 필요는 없을 것이다. 원래 이런 각각의 이름 하에 논해지고 있는 내용은 논자와 시대에 따라 차이가 있을 수

밖에 없지만 그것은 동일 주제에 대한 관점의 차이일 뿐이요 시대적 변천의 반영일 뿐이다. 미국인이 '시민적 자유'라고 하는 경우, 독일인이 '기본권'이라고 하는 경우, 그리고 영국인이 '영국인의 고래의 권리'라고 하는 경우 그 의미하는 바는 똑같지 않고 사고방식에 큰 차이가 있다는 것도 사실이지만 이 글에서는 그 차이를 바로 구체적으로 검토하겠다는 태도를 취하지 않을 것이다. 우선 여러 상이한 사고방식의 배경에서 근대국가의 기초적 구조적 특징에 의해 규정된 (국가의) 권력과 (개인의) 자유와의 관계에 관한 기본적 원칙을 찾아내는 데서 시작하고, 그런 원칙과의 관련하여 기본적 인권의 '일반론'이라고 할만한 것을 구성하여 그런 연후에 이런 일반론에 비취 개개 인권 관념의 차이를 살펴 갈 것이다.

(2) 자유의 자명성과 권리성

'인간이 인간이라는 이유만으로 당연히 일정한 권리를 불가침·불가양의 것으로서 갖는다'는 것은 무엇을 의미하는가? 확실히 인간을 짐승과 구별짓는 인격적 존재에게 하는 무엇인가가 있어, 인간이 인간인 이상 그것을 태어나면서 가지고 있다고 말하는 것은 가능할 것이다. 그러나 인간이 그것을 '갖는다'는 것은 무엇을 의미하는 것일까? 어느 의미에서 인간은 언제 어떤 정치체제 아래서도 그와 같은 무엇인가(인격적 존엄의 근거)를 항상 당연히 가지고 있었던 것이다. 노예제 하에서도 전제정치 하에서도 외국의 정복 압제 하에서도 인간이 인간인 이상 그것을 상실해 있었다고 말할 수는 없다. 그것은 사실(가지고 있었다)의 문제가 아니라 당위로서 '가져야 한다'의 문제이며, 결국 인간은 이런 권리를 타인, 특히 국가에 대해 불가침의 것으로서 요구할 수 있는 권리를 갖는 것이라고 해석해야 한다.

그렇다면 인간이 오랜 옛날부터 언제 어디서나 그런 것을 '권리로서' 가지고 있었다는 것을 어떻게 논증할 수 있을까? 자연권 이론, 사회계약설은 바로 이 점을 설명하기 위해 자연상태, 그런 상태에서의 자연권, 그 보다 나은 보장을 위한 사회계약 등의 독창적이고도 교묘한 이론을 전개한 셈인데, 그들이 논하는 바가 객관적(혹은 역사적) 사실에 의해 검증되어야 할 이론이 아니라 이데올로기적 주장을 도출하기 위한 일종의 擬制적 설명이라는 것은 그들 자신도 어쨌든 인정하고 있었던 것이다.

미국 독립선언(1776)에는 '모든 사람이...조물주에 의해 일정한 빼앗길 수 없는 천부의 권리를 부여받'고 있음을 '자명의 진리로서...믿는다'라고 되어 있다. Helmann Klenner는 자명의 진리라 함은 '증명이 불가능함을 고백하는 것'이라고 비꼬고 있다. 그는 부르주아적 자유의 기만성을 치기 위해 이렇게 말하는 것이지만 증명할 수 없다는 점은 분명한 사실이다. 인간이 자유를 불가침의 권리로서 갖는다는 것은 자유의 요구를 시인하고 의심하지 않는 자에게는 잘 된 설명이되 이와 반대되는 입장에서는 자에게 검증할 수 있는 객관적 사실로 이유를 대고 논증하는 것은 어렵다. 인간은 자유롭기 때문에 자유를 침해해서는 안 된다?!

인간이 불가침의 권리를 갖는다는 명제를 논증하는 일은 보통의 의미의 실증과학의 문제가 아님은 그와 같은 자유론에 입각한 역사 이해를 보면 알 수 있다. 즉 이 입장에 설 때 '인권을 억압해 온 대부분 인류의 역사를 어떻게 이해해야 하느냐'라는 어려운 문제가 있다.

'무릇 어떠한 곳에서도 어떤 인간을 주인으로, 다른 인간을 노예로...미리 정하는 자연법칙은 없으며, 또한 이에 준하는 종교, 과학, 이성도 존재하지 않는다. 따라서 인간의 역사를 통해서 군사, 경제, 종교, 정치 등등 강제력을 수반한 그럴듯한 구실 아래 모든 전제주의 정부는...이들의 인권을 자의적으로 무시하고 억압해 왔다...' 그리고 '지나간 18세기의 위대한 정치혁명'을 거쳐 '당시 주로 억압받고 있던 인권의 여러 부분이 인권선언이나 인권헌장으로 구체화 된 것'이라고 주장되는 것이다. 인류가 지구상에 등장했던 원시시대 이후 인간은 인신의 자유, 소유권의 자유, 직업 선택과 이동의 자유, 언론·집회·결사의 자유, 혼인의 자유 등등을 이미 가지고 있었다고 생각하고, 다만 사악한 의사가 수십만년 동안 그것을 침

해하고 박탈해왔다는 식으로 생각하는 것은 대단히 현실과 동떨어진 주장이라는 느낌을 금할 수가 없다. 그렇게 생각하는 것은 자유겠지만 그런 역사 이해는 이미 과학이라고 할 수 없다.

또한 앞의 이론에 의한다면 18세기의 근대 시민혁명으로써 인권을 빼앗는 사악한 의사를 지닌 권력이 타도되어 인권이 온전한 모습으로 나타났다는 결론에 이르게 되는데 사태는 그렇게 단순 명쾌한 것은 아닐 것이다. 기본적 자유를 권리로서 요구하는 인권이념은 바로 그런 당위성은 내포하는 것임을 앞에서 지적했으나 그와 같은 요구가 보장되어야 한다고 '인권선언'이나 '권리장전'에 규정되었다고 해서 현실에서 보장되어 있다는 이야기가 될 수는 없다. 프랑스에서 인권선언(1789) 및 뒤이은 여러 헌법에서 언론·출판의 자유가 보장되었음에도 현실적으로는 신문의 발행과 편집에 대한 가혹한 규제가 있었음은 Dicey에 의해 누누이 지적된 바다. 수정 1조 이하 수십개 조항의 권리장전으로 고도의 자유가 보장된 미국에서도 냉전 하에 매카시즘이 맹위를 떨쳤다. 정통 이데올로기에 대한 충성을 의심받은 자가 생존에 위협을 느낀 정도는 심각했으며 분명히 사상의 자유는 없었다. 자유의 선언은 자유의 존재와는 전혀 다른 문제인 것이다.

한편 만약 자유를 '사실'이 아닌 '요구'라고 파악한다면 인류 역사의 특정 시기, 특정 범위에 한정한다면 그것이 (자유에 대한 요구) 없었다고 할 수는 없다. 요구 혹은 주장만 생각한다면 그것은 고대 노예제 사회에서도 중세 봉건제 사회에서도 있었던 것이다. 자유를 '사실'로 파악할 경우에도 그것은 중세 이전 사회에서도 한정적으로는 존재했었다. 일반적으로 정신적 자유가 일체 없었던 것처럼 설명되는 중세에서도 종교개혁운동에 대한 로마 카톨릭 교회의 반격이 시작되기 (1545-63 토렌토 종교회의가 그 가시적인 표징이다) 전에는 이단 서적에 대한 탄압이 그리 강압적이 아니었음을 밀턴이 지적하고 있다. 중세 대학에서는 로마 교회의 정통교의를 의심하거나 부정하는 연구의 자유가 없었음은 분명하지만 교의로써 적극적으로 정해져 있는 영역은 극히 일부에 지나지 않았고 그 외의 매우 넓은 부분에서는 이성 에 기초한 자유로운 사고활동의 여지가 상당히 있었으며, 그런 영역의 학문 연구의 자유는 매우 고도의 것이었음이 인정되고 있다. 이사회가 마음에 들지 않는 언동을 했다는 이유로 쉽게 교수를 해고하는 미국 대학과 비교할 때 과연 어느 쪽에 더 학문의 자유가 있었다고 해야 하는가?

근대 시민혁명은 중세 1000년의 암흑시대를 마감하고 자유의 왕국을 실현시켰다고들 한다. 그러나 근대 이전의 부자유와 근대 이후의 자유는 상대적인 것이 아닐까?

이와 같이 기본적 인권의 이념은 당연하고 자명한 것처럼 보이지만 한 발짝 나아가면 이해하기 어렵고 설명하기 곤란한 문제점을 적지 않게 포함하는 문제임을 알 수 있다. 인간이 천부 불가침의 인권을 갖는 것을 자명한 것으로 알고 그 이유나 근거를 묻지 않고 이른바 의심의 여지없이 올바른 이념의 성실한 수용과 그 실현에만 전념할 것인가? 아니다. 그렇지 않다. 2세기 전, 기본적 인권이 자랑스럽게 선언되고 그 가치가 확신되어 있었던 때와 달리 현대사회에서는 기본적 인권에 대한 회의와 도전이 증대되는 한편 그것을 옹호해야 한다는 요구는 선언 당시에는 상상도 못했을 넓은 계층에 의해 다양한 새로운 의미 부여와 함께 주장되고 있다. 이 같은 현대적 문제의 뿌리는, 그것이 의식되어 있지 않았던 인권의 성립기로 거슬러 올라가 탐구되어야 하며, '자명'이라고 여겨졌던 문제를 감히 들춰냄으로써 '근대국가의 기본적 인권'의 의미와 기능을 탐구하는 노력을 기울이지 않으면 안 된다.

우리는 시민혁명의 이론가들이 주장했던 천부 불가침의 인권 (시민적 자유)를 '자명'이라고 생각하지 않으며 따라서 인간이 모든 역사 시대에서 끊임없이 이를 당연한 권리로서 가지고 있었거나 항상 이와 같은 내용의 것으로서 요구하고 있었다고 생각하지 않는다. 그러나 한편으로는 기본적 인권을 탐구함에 있어 무엇보다도 먼저 인간의 초 역사적인 요구인 인간해방에 대한 요구를 전제로 하지 않을 수 없다고 생각한다. 세상에 태어난 모든 인간이 자신의 모든 정신적 물리적 자질을 전면적으로 전개하는 일이 무엇과도 바꿀 수 없는 가치라는 사실은 널리 보편적인 인류적 요구라고 전제할 수 있는 것이 아닌가 한

다. 이런 전제는 물론 과학이라기보다 희망 내지 주장이라고 볼 수 있다. 그러나 기본적 인권의 이념은 가치적 및 실천적 요인을 포함하는 이념이며 자연계의 현상처럼 인간의 주관을 떠나 순수하게 객관적으로 존재하는 것은 아니다. 자유는 인간의 일정한 심적 태도 없이 존재하는 것이 아니며, 권리는 요구를 전제로 해서 비로소 권리라고 관념될 수 있는 것인 까닭이다. 이를 떠나서 자유나 권리가 존재하느냐 아니냐를 五感으로 알려고 하는 것은 불가능한 노릇이다. 인간해방의 요구를 전제로 하지 않고서 애당초에 기본적 인권이라는 이념 그 자체가 나올 수가 없다. 자유나 인권은 이 요구를 전제로 해서 비로소 의식되고 이론화된 것이라고 생각된다. 필자는 '기본적 인권'이라는 주제를 사회과학적으로 고찰함에 있어서 그 고찰 태도에서 인간해방의 요구를 배제하지 않고 이를 전제로 함을 숨기지 않음과 동시에 그것을 시민적 자유와 동일시 혹은 혼동하는 것을 경계하면서 전자(인간해방)의 초 역사적 요구 속에서 후자(시민적 자유)가 역사적으로 어떤 구조와 기능을 가지고 등장했으며 어떤 역사적 역할을 하는 것인지를 밝히려고 한다는 것을 미리 강조해두고자 한다.

아마도 인간이 분업도 공동도 없이 각자가 자연에 작용하면서 손에서 입으로 식으로 생활했던 단계를 떠나, 분업을 통해 자기가 필요로 하는 이상의 것을 생산하기 시작한 후로 문명이 발생하는 한편 지배가 출현하고 개인의 특수적 利害와 그가 속하는 집단의 공동 利害와의 분열이 생겼으며, 사회가 붕괴해버리는 것을 막기 위해 개인의 자유는 전체라는 관점에서 제약을 받게 된다고 말할 수 있을 것이다. 개개 인간은 자신에게 떠맡겨지고 거기서 떠나지 못하는 특정한 전문적 활동영역을 가지고 그 것을 통하지 않으면 자신의 생존을 유지하지 못하는 존재가 되고 그의 노동의 결과는 그에 대해 외적인 힘으로서 대립하는 결과가 되었다.¹⁾ 본래 인간이 주인이 되어 자기를 위해 봉사케 해야 할 노동의 결과가 역으로 인간을 지배하고 돌도 없는 개성의 전면적 전개에의 희망을 좌절케 함으로써 인간이 인간성을 되찾고 자유를 실현하는 일은 인류의 영원의 과제로 되는 것이다. 필자는 기본적 인권의 이념은 이 인류의 영원의 과제의 한 역사적 시점에서의 특수적 표현이라고 생각한다. 국가를 필요악으로 여기고 이런 국가권력으로부터의 자유를 요구의 핵심적 부분으로 삼는 기본적 인권(이 때문에 그것은 적절하게도 '시민적 자유'라고 불린다)에 대한 요구가 모든 시대에 있어서 인간의 자유에 대한 요구의 내용을 이루는 것이 아니라, 따라서 이와 같은 시민적 자유의 보장이 실현된다면 그것으로써 인간의 자유가 당연히 달성된다는 것도 아니다.

기본적 인권의 이념은 근대라는 한 역사적 사회에서 국가권력과 개인의 자유와의 관계를 지배하는 원칙을 가장 본질적 집중적으로 표현하는 이념이다. 그러나 그것은 역사의 진행이 일정한 단계에 도달할 때 당연히 발생하는 것은 아니다. 그것은 일정한 가치관에 입각한 인간의 의욕적인 정신활동에 의해 처음으로 구상되고 불굴의 현실활동에 의해 실현되는, 그런 것이다. 그것은 역사의 발전단계와는 무관하게 인간이 언제든 어디서든 마음대로 사고할 수 있는 것도 아니지만 때만 되면 저절로 생겨나는 것도 아니다. 기본적 인권의 이념은 이런 의미에서 매우 복잡하고 어려운 측면을 가지고 있는 것이다.

2. 중세 봉건사회에서 자유와 권력

(1) 중세적 자유의 관념

기본적 인권의 이념은 특정한 역사 사회에서의 권력과 자유에 관한 가장 근원적인 원칙의 집중적 표현이다. 근대국가의 권력과 자유의 관계를 이해하기 위한 기본적 관점을 얻기 위해, 그리고 기본적 인권

1) 마르크스·엔겔스 <도이취 이데올로기>

이념이 성립되기 위한 이론적 전제를 얻기 위해 우리는 중세 봉건사회의 권력과 자유의 관계부터 고찰을 시작해야 한다.

중세에서도 자유는 존재했다. 도시의 자유, 귀족의 자유, 기사의 자유 등 자유에 관한 요구와 설교는 중세를 통해서 흔히 들을 수 있다. 단순히 자유가 요구됐을 뿐만 아니라 그것을 보장하기 위한 기구 또한 어떤 의미에서 강력했다. 지배자는 즉위할 때 신민의 자유의 기초인 '古來의 좋은 법'의 옹호를 맹세하는 것이 보통이었다. 그가 이 서약을 깨면 신민은 실행행사로써 법과 자유를 되찾을 수 있다고 생각되고 있었던 것이다.

근대적 자유(기본적 인권)을 이와 같은 중세적 자유와 대비해서 밝히려 할 경우 양자의 차이를 양적 자유라고 이해하는 일은 어느 정도 가능할 것이다. Ritchie는 중세에 투쟁으로 요구된 것은 'liberty'가 아니라 'liberties'였다고 했지만 이 말은 중세에서 문제가 된 것은 특정 단체나 사회계급의 자유 등 이러저러한 자유였지 근대국가에서처럼 모든 인민의 자유 즉 일반적 자유가 아니었음을 의미하는 것일 터이다. 모든 사람의 자유가 특정 집단의 자유보다 양적으로 많은 것은 의심의 여지가 없으며 이런 관점에서 근대적 자유를 자유의 양적 증대로 설명하려 한다면 당연한 이야기라고 해야 한다.

그러나 그것 뿐이라면 근대적 자유의 본질을 간과하게 될 것이다. 즉 이런 이해는 '세상이 전진함에 따라서 점점 자유가 증대된다'라는 상식적 명제로 이어지기 쉬울 것이다. 이 같은 이해는 너무 피상적인 것이다. 여러 역사 사회에서의 자유는 각각 특징적 구조를 가지고 있었던 것이고 그와 같은 자유의 질을 입체적·동태적으로 파악해야 한다.

이렇게 볼 때 중요한 사실은 중세 봉건제 사회에서는 법이 主權의이며 自己目的的이었다는 사실, 바꿔 말하면 법은 국가 이전에 존재하고 국가는 법이 실현되기 위한 도구였다는 사실이다. 근대에서는 국가가 주권적이다. 국가는 무엇이 공익인지를 판단하고 이를 실현하려고 결단하고 이 국가의 의사가 법이라는 형태로 나타나는 것이다. 즉 법은 국가라는 주인의 결단을 실현시키기 위한 下人인 셈이다. 이 국가의 의사가 바뀌면 그에 따라 법도 바뀐다. 그러나 중세 봉건국가에서는 법이 국가의 주인이며 국가는 법에 봉사하고 법의 고유의 목적을 실현하기 위한 수단이었다. 법이 우선 존재하고 국가는 이에 구속되며 법을 바꿀 수 없으며 국가는 오로지 기존의 법을 옹호하고 실현시켜야 하는 존재라고 관념되고 있었던 것이다.

이 사실로 우리는 중세법이 우리의 그것과 매우 달랐음을 알 수 있다. 신이 모든 법의 근원이며 유일한 입법자이며 법은 초자연적인 계시의 한 형태였다. 법은 신적인 세계질서의 일환이며 따라서 당연히 영원하고 뜯어고쳐서는 안 되는 것이었다. '법은 오랜 것'이었다. 중세에는 법과 윤리의 峻別은 없고 실정법과 理想法과의 구별도 없고 법은 언제나 신적 혹은 도덕적이었다. 또 '법은 좋은 것'이었다. 따라서 국가가 입법한다는 것은 있을 수 없었다. 물론 중세에도 사리카법전, 작센슈피겔 등의 법전을 비롯해서 봉건법, 장원법, 도시법 등이 있어, 법조항 형태를 취한 규범의 정립은 있었다. 따라서 '입법이 있었다고도 해석할 수는 있다. 그러나 입법의 의의는 오늘날과는 판이했다. 당시에는 입법이란 '오래 된 좋은 법'의 발견이었으며, 재확인되었던 것이다. 그것은 '불법, 혼탁, 오해 및 망각과의 부단한 투쟁상태에 있는' 진정하고도 좋은 법의 끊임없는 피력, 명시, 순화에 다름 아니었다. 오늘날의 입법상 대원칙은 後法優位(신법은 구법을 쫓는다)이다. 국가는 당대의 공익을 실현할 것을 임무로 삼고 있으며, 국가는 그런 견지에서 기존의 법을 개변한다. 여러 법규가 상호 모순, 저촉될 경우 늘 보다 새로운 법이 우선하는 것이며, 구법은 신법과 모순, 저촉되는 경우에 효력을 잃는 것이다. 그러나 중세에는 반대(구법은 신법을 쫓는다)였다. 실정법은 언제나 오래 된 이상법에 비추어 음미되었던 것이고 오래 된 법과 모순될 경우에만 그 효력을 잃었다. 법은 초자연적 계시의 구체화이며 지배자는 이를 개변할 수 없으며, 오로지 이를 충직하게 옹호해야 했다. 이상법이 불명료해질 경우 앞에서 언급한 '입법'으로써 이를 명료하게 해야 했다.

주의할 것은, 신적 초월적 권위와의 관계에 있어서 법의 옹호와 실현이라는 책무에 있어서 지배자와 신민은 본질적으로 다르지 않았다는 사실이다. 법의 존재를 확인할 수 있는 場은 첫째로 모든 도덕적이라고 일컬어지는 것이 자리잡는 곳, 즉 사람의 양심, 다시 말해 민중의 법감정이었고 둘째로 고래의 전통이었다. 입법이란 이와 같이 민중의 법감정 및 전통 속에 존재하는 '오랜 좋은 법'을 발견하여 顯在化시키는 행위를 의미했던 것이다. 입법과 재판은 분화되지 않았고 법을 발견하는 것이 입법이며 동시에 재판이기도 했던 것이다. 그리하여 그것은 마을 공동체에서 흔히 보듯이 공동체 구성원 또는 그 대표자의 집회에서 사회자가 공동체의 법에 대해 묻고 회중이 이에 답하는 형태로 이루어졌다. 보다 상급 차원에서도 대충 마찬가지여서 국왕은 그 '주술적·종교적' 힘에 의해 보통 사람보다 월등히 올바른 법을 찾아낼 능력을 부여받고 있다고 믿어지고 있었지만 법을 정립하고 발견하는 일은 지배자가 일반적으로 행하는 것이 아니라 민중이 자신의 법감정과 전통 속에서 이어받고 저장하고 있는 것을 지배자의 물음에 응답하면서 꺼내어 명시함으로써 행하여졌던 것이다.

이는 대개 새로운 정책은 인민에게 새로운 의무를 과하는 것이라면 시행할 수 없다는 것을 의미한다. 지배자의 인민에 대한 요구권은 내용에 있어서 특정적·구체적이며 양적으로 한정된 것이며, 게다가 고래로부터의 전통과 관습에 의해 정해져 있었다. 지배자는 아무리 공공의 이익을 실현시키려 해도 이 이상의 것을 요구할 수가 없었던 것이다. 새롭게 법을 제정하고 이에 근거해서 새로운 급부와 賦役을 요구하거나 전통과 관습에 근거하지 않는 새로운 의무를 과하는 일 등은 일체 불가능했다. 그와 같은 법은 '오랜 좋은 법'에 위반되는 것으로 무효이며, 이런 일은 오로지 신민 스스로가 동의할 경우에만 가능했던 것이다. 중세의 지배권 내지 통치권은 내용이 특정된 구체적인 요구권의 집합체였으며, 추상적인 지배 가능성 일반은 아니었다.

법과 권리의 미분화 및 공법과 사법의 미분화 또한 이상의 상태를 설명한다. 객관적 법질서가 먼저 존재하고 거기에 근거해서 개개의 주관적 권리가 파생되는 것이 아니라 국민 공동체 전 구성원의 모든(주관적) 권리를 굽어모은 것이 바로(객관) 법질서를 이루었다. 그리하여 예를 들어 국왕의 왕위에 대한 권리와 농민의 한 떼기 땅에 대한 권리와 사이에 질적 차이는 없고 어느 것이나 본인의 동의에 의하지 않고서는 입법을 통해서도 합법적으로(즉 폭력을 통한다면 모를까) 이를 감축하거나 폐기할 수 없다는 의미에서 불가침했던 것이다.

오늘날 공법규범의 정립을 통해 私權의 범위는 일방적으로 변동시킬 수 있다. 조세법, 토지 수용법의 정립·집행을 통해 국민의 화폐 소유권, 토지 소유권 내지 그 범위는 본인의 의사와 관계없이 감축될 수 있으며, 일정한 행위를 금지하는 경찰법규의 정립으로 국민은 일방적으로 부작위 의무를 지게 되고 자유의 범위가 축소될 수도 있다. 그러나 중세에서는 그런 일은 불가능한 일이었다. 私權에 변동을 가하는 공법규범의 정립은 있을 수가 없었던 것이다. 私權의 전체가 객관적 국가법질서를 이루었던 것이고, 후자는 私權으로부터 독립해서 사권의 근거가 될 존재가 아니었다. 지배권 또한 이들 사권과 어깨를 나란히 하는 객관적 국가법질서의 한 구성요소에 지나지 않았다. 지배자의 책무는 이들 모든 사권을 保全하는 일이었다. 그는 그의 이런 책무를 다하고 있는 한 그의 왕관에 대한 권리를 확보할 수 있었다. 지배자와 신민 사이는 이와 같은 관계에서 나오는 상호 충성에 의해 맺어져 있었다. 지배자가 이 책무를 배임하여 신민의 권리를 일방적으로 침해하면 그것은 지배자의 충성 의무 위반이며 스스로 지배권의 기초를 무너뜨리는 결과를 낳았다. 그는 더 이상 국왕이 아니라 참왕(僭王=Tyrann)에 지나지 않으며 신민에게는 저항권이 발생했던 것이다. 저항권은 오늘날처럼 법질서를 전복시키는 법 외적 내지 초 법규적 혁명권이 아니었다. 신성한 법질서를 침해한 참왕을 放伐하는 일은 헌법상의 권리이며, '오랜 좋은 법'에 의거해 '오랜 좋은 법'을 실현시키기 위한 정당한 권능이었다. 저항권에 의해 법은 변혁되는 것이 아니라 유지되었던 것이다.

중세에 자유를 말할 때 그 자유의 근거가 되는 법은 이상과 같은 성격을 가지고 있었다. 여기에 중세적 자유의 매우 중요한 특징이 있다. 도시의 자유, 기사의 자유 등의 중세적 자유는 본인의 동의 없이는 빼앗을 수 없는 절대적 자유였다는 사실이 바로 그것이다. 특정한 법 주체가 '오랜 좋은 법'에 기초하여 자유를 가질 때 누구도 법을 개변·폐지하지 못하는 까닭에 그 자유는 영원히 존속되는 것이며 그의 자유의 영역은 그 자신의 의사에 의하지 않고서는 결코 감축되거나 변경되지 않았다. 이리하여 중세적 권리는 모두 기득권 내지 특권이라고 해석되어야 한다. 혹은 절대불가침의 권리라는 의미에서 현상적으로는 그것은 모두 '기본권'이었다고 표현해도 될 것이다. 단, 그것은 어디까지나 앞에서 말한 의미에서 그렇다는 이야기지 실제 혹은 의의는 기본적 인권과는 완전히 다른 것임은 말할 나위도 없다. 어쨌든 중세 봉건국가가 우월한 법에 완전히 종속된 법치국이었다는 사실은 매우 흥미롭다.

(2) 중세적 자유의 기능

이와 같은 신민의 절대적 자유를 보장하는 중세 '법치국'이 구체적으로 어떻게 운영되었는지가 궁금하다.

① 여기서 말하는 신민의 자유의 주요부분은 구체적으로 귀족, 승려, 기사 등 봉건 지배자의 특권에 다름이 아니었다. 그들은 국왕에 대하여 臣從關係에 있지만 국왕은 물리적 강제권력을 독점하는 주권자가 아니라 (중세에는 본래 주권 개념이 존재하지 않는다), 봉건적 지배자 중 (최대의) 한 사람에 지나지 않으며, 그들은 국왕과 더불어 지배권을 분유하고 있었다. 국왕과 그들 사이의 봉건법적 신종관계는 지배권을 분유하는 봉건적 지배자가 그들의 직접 생산자에 대한 지배를 공동으로 유지하기 위해 맺은 동맹관계였던 것이다. 중세에서 자유가 일방적 감축이 불가능한 기득권성을 지녔다는 사실은 지배권을 분유하는 지배자 중 상호간의 관계에 있어서는 어느 정도 자연스러운 현상이었고 이로 말미암아 그들의 피 지배자에 대한 지배권이 절대적이고도 고정적으로 보장될 수 있었던 것이다.

봉건적 지배자인 장원 영주의 농민에 대한 지배권은 원래 힘(폭력)으로써 세워졌을 것이다. 그러나 양자 사이의 권리·의무관계는 이윽고 관습으로 고정되기에 이르렀다. 그 관계의 요체는 봉건 영주가 생산 수단인 토지를 독점적으로 영유하여 자립적 소경영주체인 농민이 영주에 대해 인신적 예속관계에 놓인 채 그 토지의 일부를 경작하고 잉여노동(그 형태는 여러 가지 있다)을 영주에게 제공한다는 데 있었다. 봉건 영주에 대한 농민의 인신적 예속(부자유)은 매우 일반적이고도 광범위하였다.

중세법이 '오랜 좋은 법'으로서 강고하게 유지했던 것은 바로 이 같은 관계였다. 이 각종 요구권(농민 입장에서 보면 부담, 부자유)은 영주가 자기 의사로 이를 포기하지 않는 이상 영구·불가침으로 보장되었다. 이 질서가 초자연적 계시에 근거한 신성한 질서로서 앞에서 언급한 법 발견 절차를 통해 공동체 성원들의 법감정에 매개되면서 재생산되었던 것이다.

② 이론적으로 고정적인 중세법은 현실에서는 그 반대였다. 법은 이론적으로는 개폐할 수 없는 것이었지만 법전 속에 또는 공적 편찬에 의해 기록되지 않는 이상 (이런 일은 다 중세에는 예외적이었다) 쉽게 망각되었다. 따라서 이를 기억에 남기기 위해 유형 상태로 보존할 능력과 수단을 지닌 자의 권리·자유는 보전되고 이런 것들을 지니지 않는 사회적 약자의 권리·자유는 사실상 쉽게 빼앗기지 않을 수 없었던 것이다. 또한 이와 함께 법과 윤리의 구별 및 실정법과 이상법의 구별이 존재하지 않은 사실도 법을 流動化시키는 기능을 했다. 지배자는 '진정하게 옳은 법'을 실현시킬 의무가 있으며 형식적으로 존재하는 법을 그대로 적용·집행하는 것이 구체적 타당성을 결한다고 판단할 경우에는 '공정'을 이유로 실질적으로 법을 개폐할 수 있었다. 이 경우에도 이를 할 수 있는 자는 봉건적 위계질서의 상위에 위치하는 강자에 한정돼 있었다. 망각으로 말미암아 혹은 기록이 불안전함으로 말미암아 법이 불명료한 상태에 빠져

있는 경우 무엇이 법인지를 결정한 자는 결국 보다 큰 실력의 보유자였던 것이다.

중세 봉건법은 일견 매우 안정적으로 보이고 신민의 자유 보장은 매우 확고해 보이지만, 그것은 농업 생산을 기축으로 한 중세 봉건사회의 발전이 정체적이었다는 사실에서 나오는 것으로서 반드시 법이 안정되어 있다는 것을 의미하는 것은 아니었다. 현실에서는 힘을 배경으로 한 恣意가 관철되고 '정치의 요구가 ... 폭주하는' 조건은 충분히 존재했다. 중세의 법적 불안정성은 오히려 컸으며 중세법을 과연 '법'이라고 명명할 수 있는지조차 의심해야 할 만한 상태였다. 실력이나 강제가 농업사회의 정체성으로 말미암아 관습이나 법에 기초한 권리로 고착했을 뿐이었던 것이다. 예속 농민의 광범위하고도 일반적인 부자유가 고정적으로 유지되어, 그런 조건에서 힘을 배경으로 한 자의가 발동할 수 있는 여지가 비합리적인 형태로 유보되어 있었던 것이다.

③ 이상과 같은 양태로 존재했던 법은 토지소유를 기축으로 사회관계가 형성되어 있던 농업생산 사회의 전 구조를 반영하는 것이었으며, 나아가 이를 규정하는 것이었다. 전 생산과정은 원칙적으로 장원 공동체(이들은 나아가 몇몇 개의 촌락 공동체로 이루어지고 있었다)를 단위로 하는 협소한 지역에서 폐쇄적으로, 그리고 화폐를 매개로 하지 않고 현물경제적으로 수행되었다. 장원이라는 단위는 자족적인 생산·소비 공동체이며, 그 자체가 독립적 소유주를 이루고 있었다. 농민은 자기의 경제를 유지하는 자연적 조건으로 Hufe(영주가 부여하는 균등·균질의 농민 보유지)를 보유하지만 Hufe의 경제적 실현은 공동체에 의해 매개되어 있으며 농민의 토지에 대한 권리는 공동체적 규제으로써 제약되고 있었다. 봉건 영주의 장원적 지배도 이 공동체적 규제를 매개로 수행되었다. 그들의 자의가 앞에서 거론한 바와 같은 여러 가지 비합리적 조작을 거쳐 발동할 여지가 남아 있었지만 영주의 의지도 당장은 이런 매개관계를 통해서 제약되어 있었으며, 공동체적 규제는 그런 의미에서 농민의 공동체 내부에서의 권리·이익을 보장하는 것이기도 했던 것이다. 거기서는 권리자의 사적 의지는 제약 없이 자유롭게 발동할 수가 없다. 권리는 대상물에 대한 전면적 배타적 지배의 권능이 아니라 늘 내재적 제약의 계기를 포함하는 것일 수밖에 없다.

그리하여 이런 생산·소비관계는 동시에 직접적인 형태로 정치적 성격을 지니고 있었다. 공동체의 질서를 관철하여 이를 지탱하고 있는 것은 기본적으로 봉건 영주의 권력(즉 토지에 대한 지배권 및 그 지배를 보장하는 영주재판권)이며, 영주적 토지소유는 토지에 대한 단순한 사적 소유에 그치는 것이 아니라 동시에 공법적 지배를 포함하고 있었다. 토지가 부의 기초형태였으며, 토지에 대한 영주적 지배가 사회의 공법적이자 사법적인 여러 관계의 등뼈를 이루고 있었다. 권리나 의무는 흔히 토지에 부착하는 資質(Qualitäten)이라고 관념되어, 법규는 토지의 부속물로서 타당한 것이었다. 사람들은 일정한 신분 속하고 특정의 토지에 결박된 존재로서 세상에 태어나 그런 신분 및 토지에 부착된 권리·의무 및 부담을 스스로의 의사에 의하지 않고 당연한 것으로 짊어지워졌다. 그들이 자기의 자유의사로 권리관계를 형성하거나 변동케 할 여지는 원칙적으로 없었다. 자유의사의 주체인 추상적 인격에 관한 법관념은 성립되기 어렵고 따라서 이와 같은 법인격에 관한 추상적 내지 객관적 법과 구체적 내지 주관적 권리가 명확하게 구별되지 않았던 것은 차라리 당연한 일이었다. 사람과 사람 사이의 (주관적) 권리관계는 동시에 객관법의 요인을 자신 내부에 가지며 권리 내지 자유는 앞에서 언급한 대로 거기에 내재하는 객관적 계기에 의해 구속받고 있었다. 로마법에서 권리는 '일방적 무제한적 권능'이다. (그것은 타인의 권능에 의해 외부로부터 제한되든지 아니면 본인의 다른 의무에 의해 마찬가지로 외부로부터 제약될 뿐이다.) 그러나 게르만법에서는 권리는 도덕적으로 제한된 意思力이며 그 자신 속에 제약의 계기를 지니고 있었다. 권리가

2) 이런 관점에서만 본다면 다수의 공동체를 뒤덮는 국가적 형성체는 반드시 필연적으로 요구되는 것은 아니고 이런 개개의 자족적인 생산·소비 공동체가 말하자면 하나의 국가를 이루고 있었다고 할 수 있을 것이다.

이 제약을 넘어서면 그것은 비권리=불법으로 전화하는 것이며, '권리는 권능의 본질적 필연적 corollary (당연한 결과: 부수물)로서 내부에 동시에 의무를 가지고 있었'던 것이다.

이와 같이 주관적 권리가 객관법의 계기를 내재적으로 포함하고 있으며 사람의 자유의사의 범위로부터 분리되었다는 것은 또한 그가 태어나면서부터 소속하는 공동체가 그의 전 인격을 요구하는 것이었음을 의미한다. 공동체는 그의 삶의 모든 측면을 파악하고, 그는 근대사회에서처럼 인격의 지극히 한정된 한 측면을 가지고 어떤 단체에 소속하고 또 다른 측면을 가지고 다른 단체와 관계를 맺는다는 식의 일을 할 수가 없었던 것이다. 비록 당시에도 사람이 복수의 공동체에 가입하는 일은 있었지만 그들 공동체는 말하자면 동심원적 관계에 있었으며 각각 사람의 전 인격을 지배했던 것이다. (같은 비유를 사용한다면 근대 사회의 결사 소속관계는 '교차원적 관계'라고 할 수 있다.) 공동체의 여러 관계는 사람의 보편적 관계(국가 전체에 대한 관계), 구체적으로는 다른 사회구성부분으로부터의 사람의 분리와 배제의 관계를 규정했다는 의미에서도 공법적 내지 정치적 성격을 가지고 있었다. 그리고 그 결과 국가 전체와 관계되는 보편적 사항은 (역설적이게도) 인민으로부터 유리된 특수한 계급 (봉건 지배자와 그 가신)의 특수적 직무로서 나타나게 된다. 자유·권리를 국가에 대하여 불가침의 '기본권'으로서 보장하는 듯 보이는 중세 봉건사회의 법은 이리하여 실은 인민을 국가 전체와 관계되는 보편적 사항으로부터 疏隔시켜 그들의 정치적 무권리를 규정했던 것이다.³⁾

특수적 계급인 봉건적 지배자들이 종사하는 국정 사항은 앞에서 보았듯이 봉건적 지배를 확보하기 위한 그들 상호의 동맹제휴관계의 내용을 구성하는 것에 다름이 아니었다. 그들은 각각 스스로의 권리 내용을 실현하는 실력을 고유의 것으로서 보유하고 있으며 그들 상호간의 관계는 국가적 관계라고 하기에 너무도 완만하고 소원한 관계였다. 권력 특유의 비 정서적 기구적 강력성이 희박했으며 유대의 핵심은 차라리 충성이라는 윤리적 심정적 요인에 있었다. 거기에는 본래적 의미의 정치는 없었다고 해야 할 것이다. 주권도 국가이성도 없고 지배자의 결단도 없었다. 정치는 윤리 및 종교로부터 명확하게 독립되어 있지 않았으며 거기서 정치라고 불린 것은 충성을 둘러싼 도의적 관계 및 인간의 의사를 초월하는 신적 계시의 끊임없는 현재화였다. 지상의 사물은 천상으로부터의 투영에 지나지 않으며 그 자체가 고유의 가치를 지니는 것은 아니었고 인간이 사회·자연에 자각적 능동적으로 작용함으로써 이를 변혁한다는 정념(pathos)은 형성될 여지가 없었다. 지배란 '각자에게 그의 것'이라는 전래적 기성질서를 옹호함으로써 법적 평화를 실현하는데 그치고 있었던 것이다. 본래 아무리 정제된 사회라고 해도 중세의 법생활이 항상 같은 일의 되풀이였다는 따위는 있을 수 없다. 아니, 새로운 법적 규제를 필요로 하는 새로운 현상은 늘 발생했을 것이다. 그러나 중세법의 명분 하에서는 법의 발전은 지극히 비합리적 방법으로 이루어지지 않을 수가 없었다. 법 발전자는 때로 어쩌면 자신도 기만하면서 '오랜 법'을 발견함으로써 실제로는 과거에 존재한 일도 없었던 새 법을 정립했다. 지배자도 먼 과거의 전설적 입법자의 이상법을 재현한다는 명분 아래 현행법을 개편했다. 이것이 이른바 정치를 형성한 셈이지만 정치는 따라서 인민이 疏隔되는 가운데 천상에 보다 가까운 특수계급에 의해 행해졌던 것이다. 천상의 의사에 호소하면서, 신비적 비합리적 방법을 통해, 이런 점에서도 민중적 합리적 통제를 벗어나, 자의적으로... 신민의 저항권에 의해 담보된 중세 법치국의 실제의 기능은 이와 같은 것이었다.

3. 근대적 공권력의 형성

(1) 영주제적 소유주의 해체

3) K. 마르크스 <유대인문제에 부쳐>

이상과 같은 중세 봉건사회에서의 자유와 권력의 구조는 그러나 곧 이 사회의 내부에서 아주 서서히 생산력이 발전함에 따라 차차 흔들리게 된다. 이 과정은 여러 관점에서 고찰할 수 있지만 이 글의 주제의 관점보다 우선 12세기 이후의 '상업의 부활'이라고 불리는 현상에 주목해보기로 한다. '상업의 부활' 현상과 더불어 상인층 및 상업단체가 생겨 교환과 함께 화폐경제가 장원경제 속으로 침투하여 잉여생산물을 교환하면서 시장을 위해 생산하고 싶다는 지향이 증대했다. 이들은 의심의 여지 없이 앞에서 고찰했던 바 낡은 질서를 붕괴시킬 작용을 했다. 그러나 화폐경제가 진전함에 따라 그것과는 양립할 수 없는 현물경제의 질서가 해체·후퇴하면서 이윽고 화폐경제가 뒤를 이었다는 식으로 직선적으로 생각해서는 안 될 것이다. 봉건적 지배자 층은 앞에서 살폈듯이 새로운 현상을 봉건적 지배질서 틀 속에서 체제의 논리를 가지고 처리할 수 있는 제도적 수단을 가지고 있었다. 그들은 구 질서의 여러 원칙과 반드시 맞지 않았음에도 이 새 현상을 (적어도 처음에는) 자기 이익이라는 관점에서 처리하려 했고, 현실적으로는 어느 정도 그렇게 했던 것이다. 따라서 상업의 부활 내지 발달을 통해 형성되어야 할 새로운 생산양식은 기존의 생산양식·권력구조가 어떠하였는가에 따라 여러 가지 양태를 취하면서 나타났다. 지금은 사회경제사학에서 논쟁이 분분한 이 문제에 깊이 들어갈 필요는 없을 것이다. 이 글에서 문제가 되는 것은 각 역사 사회에서의 자유, 권리, 권력 및 법의 존재구조와 관념이며, 이 규명을 위해 필요한 최소한의 범위에서 이 과정을 고찰하기로 한다.

우선 우리가 그냥 지나칠 수 없는 것은 '봉건적 경제의 위기'라고 불리는 사태이다. 즉 상업의 발달과 더불어 봉건적 지배자 층의 화폐수입의 필요 내지는 화폐에 대한 욕망이 증대하여 이것이 농민에 대한 억압의 강화로 이어져, 생산방법의 수준이 낮고 발전성도 빈약했던 당시 이 억압의 강화는 농촌의 황폐화를 결과했다. 그리고 이 황폐화는 봉건 지배자들이 서로 보다 많은 토지(부의 유일한 원천)를 획득하려는 투쟁을 전개하는 결과를 가져왔고 다시 농업의 쇠퇴를 촉진했다.⁴⁾ 이 위기에 대한 봉건적 지배자 층의 대응은 여러 양상으로 나타나지만 이 글의 관점에서 볼 때 그 여러 양상들 속에 '오래 된 법=권리'의 존재구조를 변혁하는 공통의 요인이 숨어 있음에 주목하지 않으면 안 된다.

①은 태어나면서부터 한 조각 땅에 결박된 농민의 (전통과 관습에 의해 고정된 부역 의무를 바탕으로 하는) 장원의 자급자족 현물경제가 붕괴하기 시작했다는 점이고, ②는 국민국가적 규모의 중앙권력(왕권)이 사회의 재생산 과정에 대한 능동적 관계를 여러 정도와 형태로 갖기 시작했다는 점이다.

① 즉 부역을 기초로 하는 장원경제의 붕괴는 각 봉건 영주가 어떻게 대응하느냐에 따라 그 양태를 달리 한다. 예컨대 영국에서는 그것은 농민에게 일정한 인격적 자유를 줌으로써 부역이라는 강제노동관계를 일종의 계약관계로 변화시키면서 진행되었다. 즉 거기서 많은 영주는 전통과 관습에 의해 고정되어 그 이상의 가중이 어려웠던 농민의 부담(부역)을 금납(화폐지대)화 했다. 영주는 이렇게 함으로써 비로소 농민의 부담을 증가시킬 수가 있었다. 농민 또한 보다 많은 인격적 자유를 수반하는 화폐지대를 환영했던 것이다. 그리하여 종래 농민의 부역으로 경작되고 있었던 영주 直領地는 定期小作용 땅으로 변하든가 아니면 고용노동으로 경작되기에 이르렀다.

그런데 이런 일이 가능해지려면 첫째로 고용노동의 생산력이 임금보다 얼마간 높아지는, 생산력의 제고가 있어야 했다. 부역이라는 강제노동은 매우 비능률적이며, 이런 방식으로 영위되었던 시대의 농업 발전은 극히 미미한 것이었지만 어쨌든 일정한 정도로 고용노동의 생산력이 임금보다 높아진다는 조건이 충족되어 고용노동이 도입되자 그것은 부역노동보다 능률이 높았기 때문에 생산력을 더욱 증대시키

4) 이하 중세 말기에서 근대 초기로 이행하는 유럽 경제사의 서술에 대해서는 주로 M. Dobb의 연구성과를 참고한다.

게 된다. 다음으로 영주 直領地를 임차할 수 있는 부유한 농민과 쥐꼬리만한 임금과 자신의 노동력을 맞바꿔 노동하려는 상대적으로 가난한 농민들의 분화가 진행되고 있어야 했다. 13세기 이후 한 편에는 농법을 개량해서 생산력을 상승시킨 상대적으로 부유한 농민과, 다른 한 편에는 보유지가 모자라 타인의 수확을 거드는 등의 일을 하지 않으면 생계를 유지하지 못하는 小屋住農(머슴살이?)과의 분화가 일정하게 진행되고 있었다.

이 두 가지 요건은 어쩌면 같은 사태의 양면일 수가 있다. 하여간 이와 같은 생산력의 제고로 인해 상업이 발전할 수 있는 기초가 될 소비분량 이상의 얼마간의 잉여생산물이 존재할 여지가 생긴다. 그리고 그로 인한 이득은 봉건적 부담으로부터 일정하게 해방된 부유한 농민의 손에 남겨지게 된다. 그들은 여기 저기 흩어진 띠 모양의 농민 보유지를 집중시켜 농법을 개량하고 고용노동을 사용하여 농업을 영위했다. 여기에 맹아적 형태의 상품생산자적 농민이 형성되어갔던 것이다. 15-6세기에는 신대륙의 발견, 해외무역의 발생 등에 힘입어 보다 넓은 단위로 자급자족 경제가 무너지기 시작해, 분업이 시작되고 시장을 위한 농업생산이 한층 진전했다. 새로운 여러 사태에 대해 봉건적 권력은 먼저 지적했듯이 봉건적 영주제의 틀을 가지고 대응하면서 자신의利害라는 관점에서 이를 처리하려 했지만, 그러나 그 대응·처리의 과정을 통해서 중세 봉건적 제 관계는 결국 내실에 있어서 구조적 변화를 겪지 않을 수 없었던 것이다.

그리고 이에 따라 그와 같은 질서의 기반 위에서 있었던 중세의 법과 자유는 크게 변질하게 된다. 토지의 경작은 특정의 토지의 부속물로서 태어난 농민의 (자신의 의사에 의하지 않는 태어나면서부터 짊어지는 부담인) 부역으로써 하는 것이 아니라 토지의 지배권자와 농민과의 합의를 거쳐 하게 되었다. 그것을 오늘의 의미로 (자유로운) 계약이라고 부르기에 여전히 당사자의 자유의지와 양립되지 않는 수많은 강제적 요소가 붙어 있기는 했으나 어쨌든 그런 계약의 맹아라고나 할 관계가 형성되고 있었던 것이다.

농업노동자는 현저히 가동적이 되었다. 그들이 노동을 제공할 대상은 영주 외에도 상품생산적 농민의 경작지가 있었으며, 그들은 보다 높은 임금을 좇아 고용주를 선택했다. 그 선택은 때때로 마을 내에서의 (영주 직령지에 대한) 취로를 거부하여 이촌하는 (상품생산자적 농민에게 고용되는) 방향을 취했기 때문에 국가입법에 의한 저지가 도모되는 결과를 가져오지만 그와 같은 입법의 존재는 바로 농지의 경작이 개인의 의사를 가지고는 요지부동인 신분제적인 부담·의무로서 행해진 것이 아니라 노동하는 자의 의사와 선택에 기초해서 행해지기 시작하고 있었음을 의미한다. 결과적으로 현실의 (농민의) 이동의 자유는 없었으며, 그런 의미에서 부역제 하의 중세와 크게 달라진 점도 없었지만, 태어나면서부터 토지에 결박되어 이동의 자유를 본래적으로 갖지 않는다고 하는 사태와 스스로의 의사를 가지고 이동하는 능력=자유를 갖는 자를 국가가 입법으로써 제한한다는 사태와는 근본적으로 다르다. 둘 사이에는 자유(혹은 부자유)의 질적 단계적 차이가 존재한다는 사실에 주목해야 하는 것이다.

그리고 또한 이들 움직임은 원래 영주의 화폐수입에 대한 욕망에서 비롯된 것이었으므로 자급자족적 현물경제의 조건은 소멸의 추세로 가고 있었던 것이다. 소규모나마 차츰 농업생산물의 시장 및 토지 시장도 형성되고 있었다. 물건에 대한 지배권이 내재적으로 의무·제약을 포함하고 있고, 물건을 전면적 배타적으로 지배하지 못했던 중세적 권리관념은 교환의 발달에 현저한 장애가 되고 있었다. 낡은 생산양식이 해체의 길을 갈 수밖에 없는 상황에서 새로운 생산양식이 전개되기 시작하면서 법, 권리 및 자유의 관념 또한 새로운 전개를 겪게 되는 것이고, 새로운 사회적·경제적 제 관계를 형성하는 담당자들은 바로 이 새로운 권리·자유에 의거하면서 이를 행사함으로써 새로운 제 관계를 더욱 추진해 나갈 수가 있었던 것이다.

그런데 봉건적 위기에 대한 대응은 이상에서 설명된 바와 전혀 다른 여러 가지 방법으로도 행해졌다.

여기서는 그 중 앞의 설명과 완전히 대조적인 '재판 농노제'의 경로를 지적하는데 그칠 수밖에 없다. 경작 농민의 궁핍상태가 그리 절망적이지 아니며 농민이 이용할 수 있는 토지가 비교적 운택한 경우라든가 인구 감소가 이미 상당히 진척된 단계에 도달한 까닭에 노동이 극도로 부족한 경우 등에 있어서는 부역의 금납화 방향은 임금이 높기 때문에 채택되지 않고 역으로 농민을 강하게 토지에 결박하면서 그 부역 부담을 가중시키는 길이 생겨났다.

이 경우 영국에 비해 낡은 중세 봉건법적 관계들과 관념은 보다 더 잔존하게 되었다. 그러나 여기에서도 그 본래의 특징들은 현저히 변용되지 않을 수 없었다. 영주의 관심은 부역노동으로 생산된 곡물을 시장에서 판매하는데 있었다. 시장을 위한 생산에서는 영주가 요구하는 부역량의 전통과 관습에 의한 고정, 영주의 토지에 대한 권리(상급 소유권)의 농민의 그 토지에 대한 권리(하급 소유권)에 의한 내재적 제약은 실력에서 더 강한 당사자에 의해 무시당하는 필연성이 있으며, 영국 경우와는 현저히 상이한 양상이기는 하되, 중세의 낡은 질서 아래의 법과 자유는 구조 전환을 겪지 않을 수 없게 되었다.

위의 현상은 앞에서 제시한 ②의 문제 즉 중앙권력의 신장이라는 현상과 관련된다. 이 문제는 나아가서 여러 가지 측면으로 나눌 수 있겠지만 우선은 첫째로 장원 단체가 과거에 가지고 있던 정치적 자기 완결성의 상실, 둘째로 초자연적 계시에 봉사하는 자로서 법의 주권 아래 종속되어 왔던 정치권력의 신적 권위로부터의 해방, 즉 국가이성의 관념의 확립이라는 두 측면에서 고찰해야 한다.

장원이 경제적으로 자급자족적인 생산·소비 공동체였다는 사실은 그것이 정치적 및 법적으로 자기 완결적인 소유주를 이루고 있었음을 의미한다. 거기서의 재생산의 총 과정은 영주의 권력(농민의 부역 의무의 이행)을 확보하기 위한 영주재판권 및 군사력에 의해 지탱되면서 진행되었고 원칙적으로 그 이외의 외재적 권력에 의한 개입·보장을 필요로 하지 않았다. 그러나 봉건적 위기의 내용을 이루는 것은 농민의 도망·분산에 의한 농촌의 황폐화이며, 이러한 위기의 극복은 도저히 개개의 장원 영주가 해낼 수 있는 것이 아니었다. 예를 들어 영국에서는 영주들은 12-13세기에 협정을 맺어 도주 농민들에 대한 타 영내에의 추적권을 서로 인정했으며, 또 체포한 농민을 교환하기도 하고 도주 농민들의 구 영내에의 인도에 상호 협력하게 되었다. 여기에 이미 장원 영주권력의 자기 완결성의 붕괴 조짐을 볼 수가 있다.

그러나 그 정도의 상호 협조를 가지고 봉건제의 위기가 극복되는 것은 아니었다. 14세기가 되면 상승하여 부유해지고 있는 상품생산 농민들이 고용노동 수요의 강력한 경쟁자가 되어 나타나기 시작한다. 임금은 노동력 부족 때문에 부단히 상승하는 경향을 나타내고 있었고, 앞에서 언급한 대로 봉건적 인신구속제도로부터 어떤 형태로든 해방된 농민들은 높은 임금을 좇아 이동하게 되었으며, 봉건적 토지소유제는 이를 억지함으로써 자기를 위해 노동력을 확보하지 못하면 해체하지 않을 수 없는 위기에 봉착하게 되었다. 게다가 손을 써야 할 대상은 반드시 법질서의 틀 밖에 새어나가 평화를 교란하는 부랑인들이라고만 할 수 없었다. 그들은 주로 다른 토지소유자(농업 경영주체)의 지배하에 있든가 또는 그 지배하에 들어가고자 하는 유출 노동력이었으며, 개개의 영주권력을 가지고는, 혹은 영주들의 협력을 가지고는 이런 사태를 유효하게 처리할 수가 없었던 것이다. 이에 국가법의 제정이 필요하게 되었고 예를 들어 영국에서는 1349년의 칙령 및 1351년의 노동자규제법 등으로 이들 노동력을 부랑자로 규정함으로써 구 영내로 도로 끌어들이려는 노력을 하게 된다. 봉건적 토지소유제는 왕권에 의해 보장됨으로써 봉건적 위기를 넘길 수 있게 되는 것이다.

경우에 따라 사태는 더욱 심각해지고 있었다. 도주했던 농민은 숲이나 야산에 들어가 부랑자로서 치안을 위협했다. 나아가 그들은 서로 연합해서 봉기를 일으켜 14세기에는 대규모 농민 봉기가 발생했다. 이들에 대한 진압 또한 전국적으로 결합된 군사력에 의존하지 않을 수가 없었던 것이다.

그런데 이렇게 처음으로 봉건적 재생산과정을 유지·확보하기 위해 개입할 것을 요청 받은 중앙권력의 기능은 흔히 양면적이었다. 그것은 붕괴에 직면한 봉건 영주제 질서를 재건하기 위한 버팀목의 기능

을 했던 것이지만 그러나 동시에 그것은 영주권을 누르는 상위 권력으로도 기능했다. 이미 살핀 바와 같이 상업의 발달로 인한 봉건 영주들의 화폐수요 증대는 (농민에 대한 착취 강화→농경지 황폐화→보다 많은 토지를 확보하기 위한 영주간 투쟁) 그들 사이의 투쟁을 야기했으며, 소 영주는 강대한 영주가 감행해 오는 경쟁이나 약탈에 대해 자신의 영지와 노동력을 지키기 위해 국왕 재판소가 주는 법의 보호를 요청하게 된다. 왕권(중앙권력)이 그 기대에 부응하여 재판권을 발동했을 때 그것은 강대한 영주의 자의를 억제하는 기능을 다했던 것이다.

원래 봉건적 위기=농촌의 황폐는 상업의 부활=화폐경제의 진전이라는 새로운 경제상황에 대해 봉건적 지배자층이 영주제적 권력의 틀과 논리를 가지고 대응한 결과 발생한 것이었다. 따라서 대응이 영주제 틀과 논리의 테두리에서 행해지는 데 머문다면 위기는 심화할 뿐이며, 그 극복은 그런 틀과 논리의 수정을 통해서 비로소 가능해지는 것이었다. 즉 왕권 및 그 재판소는 때로 영주권력의 농민에 대한 자의적인 압박에 대해 (부분적으로나마) 농민을 보호함으로써 봉건적 질서의 붕괴를 막아내는 작용을 했던 것이다. 중앙권력이 개개의 영주권력을 보강했을 뿐 아니라 그것을 국민국가적 규모로 전 봉건제 질서의 이익이라는 관점에서 규제하는 역할을 했음을 간과해서는 안 된다. (따라서 이 시기 각 국민국가에서의 왕권의 힘의 차이는 봉건적 위기 극복의 방식과 중요한 관계가 있다.) 15-16세기에 봉건적 위기를 영주제 토지소유의 위협이라는 관점에서 극복하면서 새롭게 창출된 권력질서는 영주제 질서를 유지·보강하려 했던 것이라는 점에서 본질적으로 봉건적이며, 그것은 재편성된 봉건적 권력질서였지만 그것이 고전적 봉건제와 상이한 점은 재생산 과정이 강대한 국왕권력에 의해 지탱되고 유지되었다는 점에 있다. 국왕권력은 봉건제 해체에 농민의 반 봉건투쟁을 억압함과 동시에 제멋대로였던 영주권도 제약함으로써, 이를 테면 영주권 일부를 중앙 차원으로 빨아 올려 통합 재편성하면서 강화된 봉건적 지배를 이룩했던 것이다.

이리하여 새롭게 등장하게 된 국가권력은 당연히 낡은 중세법의 관념 속에 윤택될 수는 없는 것이어서 그것을 타파하고 새로운 법 관념으로 발전하게 된다. 중세에서는 법이 주권적이며, 국가는 이에 구속되고 이를 改變할 수 없고 오로지 충직하게 법의 고유의 목적 (즉 神意)을 실현시키기 위해 이에 봉사하는 존재였다. 거기서는 본래적 의미의 국가이성도 입법도 있을 수 없고 국가는 오직 과거의 이상법을 거듭 드러내야 하는 것으로 되어 있었다.

그런데 이제 이와 같은 국가관은 근본적으로 개변되지 않을 수가 없게 되었다. 왕권(중앙권력)의 눈앞에 다가온 과제는 영주제 권력의 틀을 깨고 일탈하는 직접생산자의 처리라는 낯선 것이었다. 왕권은 이미 살펴보았듯이 그들의 반항을 제압하고 그들을 영주제의 틀 안으로 도로 끌어들이기 위해 영주권력을 도왔지만 이와 같은 과제를 낳은 원인이 새로운 사회현상인 이상 국가가 '오랜 좋은 법'을 다시 드러내는 것만으로는 문제 해결은 불가능했고 이 시점에서 진정 요구되었던 것은 새로운 결단이었다. 영주권 아래 복속하는 농민에 대하여 국왕은 원래 직접적인 지배권을 갖지 못했던 것이며, 이에 왕권이 미치지 않는다는 것은 영주와 경합을 벌이는 결과가 된다. 그런 의미에서 그것은 영주권의 축소를 의미했으며, 따라서 왕권이 새로운 요구권을 주장하는 것을 의미했다. 왕권은 실질적으로 '오랜 좋은 법'이 인정하지 않는 지배권, '오랜 좋은 법'을 넘어서는 새로운 지배권을 요구하고 있었던 것이다. 또한 국왕이 전 봉건제 질서의 붕괴를 막아내기 위하여 개개 영주의 농민에 대한 무지막지한 압박에 제약을 가할 경우도 왕권은 더 노골적으로 '오랜 좋은 법'이 승인해 온 영주권을 일부 침해하는 것으로서 행동했다. 더 나아가서 후일 국왕이 부랑자 矯正을 위하여 조세를 과하고 또 안으로는 농민의 반 봉건투쟁에 대하여, 밖으로는 타의 국민국가의 공격에 대하여 국가의 질서와 안전을 유지하기 위해 강대한 군사력을 세우고자 했을 때 국왕은 '오랜 좋은 법'에는 포함되지 않는 새로운 요구권을 주장하게 된다.

이런 것들은 '오랜 좋은 법'이 승인하지 않는 '법외적' 요구였으며, 국왕이 당연히 이를 감행할 수 있는

것은 아니었다. 국왕은 이들을 관계 당사자들의 승인 아래 비로소 행할 수가 있는 것으로서, 그렇지 않을 경우에는 '불법'이었다. 等族國家의 시대를 통하여 국왕은 '등족회의'로까지 조직화 된 여러 봉건 영주권력의 승인을 확보하려고 하고5) '오랜 좋은 법'과의 적합한 관계를 유지하기 위한 노력을 하는 것이지만 그것은 결국 모양새를 갖추기 위한 노력에 지나지 않았고 실질적으로는 '승인'을 '강요'했던 것이다. 단적으로 그것은 새로운 권력의 鑄造에 다름 아니었다. 이 일이 왕권과 봉건 제후와의 오랜 격렬한 항쟁을 거치면서 이루어졌음은 잘 알려져 있는 바다. 주의할 것은 중앙집권적 권력 형성과정의 이 봉건법적 차원의 사건과 현상(국왕 vs 제후의 항쟁)에 관심을 집중하는 나머지 단순히 지방 장원 영주권력의 약화라는 현상만을 생각해서는 안 된다는 점이다. 문제의 뿌리에는 장원법적 차원의 사건과 현상이 있으며, 전 과정은 총체적으로 고찰되어야 한다. 즉 중세 후기의 (상품 교환의 발달을 비롯한) 여러 원인에서 비롯된 농민의 영주제적 (특히 인격적) 구속에서의 부분적 해방이라는 중대한 사태가 있으며, 사적 영주권력만으로는 이 (비록 부분적이라지만) 해방된 노동력을 영주제 생산=권력기구의 지배하에 재장악할 수 없었던 까닭에 사적 영주권력을 일부 보완하고 일부 대체하는 존재로서 전국적 규모의 국가권력이 등장하게 된 것이었고, 직접 생산자는 결국 후자(왕)의 권력 하에 장악되는 결과를 가져온 것이다. 봉건 제후의 희생 위에 진행된 왕권의 신장·확대는 분명 중앙권력의 직접생산자에 대한 이와 같은 장악을 수반하면서 진행되었다는 점은 중요하다.

그런데 과거의 본래적 영주제 지배는 공동체적 강제를 매개로 해서 유지되었고, 그 지배권은 또한 동일 대상 토지에 대한 농민의 권리에 의해 내재적으로 제약되면서 관습과 전통에 의해 고정된 (내용이 특정된) 요구권의 집합이었다. 그러나 공동체를 떠나 토지를 버리고 관습과 전통의 규제를 스스로 무시하는 농민은 새롭게 직접적으로 압박을 가해오는 중앙권력에 대해서는 종래의 권력 제약요인을 가지고 대항할 수가 없게 되었다. 물론 중앙권력은 그들을 영주제 생산질서로 도로 끌어들이는 방향에서 행사되었고, 그들이 결과적으로 공동체로 돌아가 토지의 보유를 잃지 않은 경우가 많았지만, 그래도 봉건제 재편성 시대에 직접 생산자의 권리의 성격과 구조가 근본적으로 변해버렸다는 사실은 결정적으로 중요하다. 절대왕제는 엔클로우저의 진전에 대해 오히려 저지하는 방향으로 대응했고, 적극적으로 그 강력한 권력을 휘두르며 소농민으로부터 토지를 빼앗는 짓을 했던 것은 아니었던 듯하지만, 시민혁명 후의 부르주아 권력 하에서 토지로부터 농민을 떼어내는 거대한 과정이 진행되기 시작했을 때는 이미 농민의 권리는 이에 저항하지 못할 만큼 변질되고 있었으며, 이 변질은 분명 절대왕정 시절부터 준비되고 있었던 것이다.

그러나 이 글의 과제는 이와 같은 복잡한 여러 국면을 가진 새 국가권력 형성의 현실적 과정을 규명하는데 있지 않다. 그것은 근대 기본적 인권의 특징을 이해하는데 필요한 한도에서 근대 공권력의 관념 구조를 분석하고 이해하는 데 있다. 그리고 이런 현실적 과정 또한 이념적 기초작업 없이는 수행될 수 없었던 것이며, 권리, 권력, 법 그리고 국가에 관한 관념의 변혁은 앞의 과정에서 지극히 중요한 한 요소를 이루었던 것이다. 국가권력(구체적으로는 왕권)은 무엇보다도 초자연적 계시에 의한 呪文으로부터 자신을 해방시키지 않으면 안 되었다. 정치는 윤리로부터 독립되어 행동의 자유를 획득할 수 있어야 했다. 또한 통치권은 '오랜 좋은 법'에 의해 승인된 (내용이 구체적으로 특정되어 있는) 개개의 요구권의 단순한 집합이 아닌, 그 때 그 때의 공공의 이익을 주권적으로 판단하여 그것을 실현해 나가는 추상적 지배

5) 등족회의는 원래 이처럼 절대군주로 상승하려는 국왕의 주창으로 국왕의 이해에 봉사하기 위해 만들어졌지만 언제까지나 그런 것으로 남는 것은 아니었다. 일단 이 세상에 태어난 자는 스스로의 발로 걷기 시작하고 스스로의 힘으로 자신의 사명을 열어 나간다. 영국에서는 (의회는) '국왕의 누르기 힘든(irresistible) 의사 때문에 탄생했지만 이룩고 인민 측에서 irresistible한 의사를 표명하게 된다.'

가능성 일반으로서 자신을 확립할 수 있어야 했던 것이다.

(2) '리바이어던'적 국가

마키아벨리 및 홉스의 군주와 국가에 관한 이론은 바로 이런 새로운 공권력의 관념을 이론화 시켜 국왕에 의한 중앙집권국가 형성을 이념면에서 지원하는 의의를 갖는 것이었다. 마키아벨리의 사상이 '부도덕'이라는 당대의 비난을 한 몸에 받았고 홉스 이론이 '무신론', '위험사상'이라며 배척당한 사실은 이들 이론이 권리, 법, 및 국가에 관한 과거의 관념에 대해 얼마나 도전적이었는지를 증명하고 있다.

그러나 좋은 싫든 그들의 이론으로써 가장 적절히 설명할 수 있는 구조를 가진 권력이 현실적으로 鑄造되어갔던 것이다. 이런 과정과 동전의 양면관계에 있는 과정이 바로 직접생산자의 영주제적 구속으로부터의 해방의 과정이었다. 얼마간의 자유를 획득했고 그 자유를 발판으로 더욱 큰 해방에의 지향을 품게 된 '인민'이 목전에 그 대항물로서 가진 것은 바로 이 새로운 국가권력이었다. 따라서 기본적 인권론에서는 이 부분에 대한 탐구가 필수적이다. 이와 같은 입장에 서서 이제 이들 사상가가 주장했던 바를 소재로서 사용함으로써 새로운 국가권력의 구조적 이해를 시도하기로 하겠다.

마키아벨리와 홉스의 이론은 그 의도, 방법, 내용 등에서 여러 가지 차이가 있지만 양자의 국가에 관한 생각은 중세적인 국가관과 대비할 경우 근본적인 차이를 공유하고 있었다.

첫째로 그들의 사상에서는 이 세상을 천상의 영원한 질서의 투영으로 파악하고 현세 생활은 내세의 진정한 생활을 위한 준비라고 생각하고 따라서 국가는 이 영원한 구원을 원활히 하기 위해 존재한다는 국가에 대한 중세적 관념이 폐기되고 있다. 초자연적 계시가 아닌 인간의 자연적 본능이 사회적 결합의 출발점에 위치하게 된다. 마키아벨리는 인간을 이기적 존재라고 파악하고 인간은 '배은망덕하고, 말이 많고 거짓되고, 겁이 많고, 인색하다'고 규정한다. 따라서 정치현상을 지배하는 기본적 요인은 '狹量한 私利'이다. 이와 같은 물질주의적 개인주의에 입각할 때 정치는 종교적 가치 및 도덕적 가치로부터 완전히 독립된다. 인간의 정치생활의 주요한 자각적 기초는 오로지 물질적 변영에 있다는 것이다. 그는 도덕적 가치를 존중하지만 그것은 냉혈적인 정치적 가치를 실현하기 위해 이용되어야 하는 것에 지나지 않는다.

홉스도 인간의 자연적 본능인 '자기 보존'에서 출발해서 국가에 이론적 근거를 부여할 것을 시도하는데, 국가를 '인공적 인간' 혹은 '인위적' 구성체로 파악한다. 국가에 이론적 근거를 부여함에 있어 고찰의 기초가 되는 자연법은 '현세에서 인간이 생명을 유지하는데 도움이 되는 여러 법칙'이며, '死後에 영원한 幸福을 얻는 데 도움이 되는' 그것은 아니다. 그 또한 어느 의미에서는 종교를 존중한다. 그러나 그것은 결국 통치의 편익을 위한 것이며 경험적 사실에 기초하지 않는 神意에 의한 정치의 지배는 원리적으로 승인하지 않는다.

이와 같은 이기심 내지 자기 보존이라는 자연적 본능으로부터 출발해서 그들은 타율적, 강제적 권력단체인 국가에 이론적 근거를 부여하는데, (마키아벨리는 바로 정책론으로 들어가기 때문에 논외로 하고) 홉스는 흥미진진한 이론을 전개한다. 그는 자연상태에서의 인간의 자연적 능력의 평등이라는 자연적 사실에서 출발하고 '평등'으로부터 필연적으로 생기는 것은 '불신'이며 '불신'에서 필연적으로 발생하는 것이 '전쟁'이라고 주장하면서 자연상태를 '만인의 만인에 대한 전쟁상태'라고 규정한다. 각자는 거기서 '자연권'을 갖는데, 그것은 '자기 보존'을 위해 모든 것을 할 권리며, 타인의 신체에 대한 권리를 포함한다. 그와 같은 상태에서는 사람이 현실에서 살아남는다는 보장은 없고 따라서 공동의 信約(covenant)으로써 각자의 '자연권'을 포기하고 그들 위에 오직 하나 '자연권'을 갖는 공동의 권력을 두고 평화를 확보할 수 밖에 없게 된다. 이렇게 설치된 것이 바로 커먼 웰스에 다름이 아니다. 그리고 이를 구체적으로 실현하는 유일한 방법은 사람들이 본래 자연적으로 갖는 모든 권력과 힘을 다수결로 모든 사람의 의사를 하나

의 의사로 할 수 있을 한 사람 혹은 합의체에게 부여하는 방법이다. 이것이 바로 신민의 평화와 방위에 필요한 모든 것을 할 권한을 갖는 '주권자'인 것이다.

이와 같이 자기 보존 및 그를 위한 자연권이라는 기본적 경험적 규범(제1의 자연법)으로부터 출발하고 평화를 위해 필요한 한도의 자연권을 포기해야 한다는 제2의 자연권에 도달함으로써 타율적 강제단체인 국가 및 절대적 주권에 이론이 부여되는 것이다. 그리고 인간이 생존하기 위해서 전쟁상태는 어쨌든 피해야 하는 것인 이상 전쟁상태에서 빠져 나와 또는 다시 이에 되돌아가지 않는 것에 최고의 가치가 부여되며 이를 실현시키기 위한 주권자의 결단이 모두 구체적 善이 된다. 이런 사고방식은 과거의 국가와 법에 관한 사고방식에 대해 코페르니쿠스적 회전을 요구하는 것이다. 중세적 관념에서는 법이 먼저 존재하고 국가는 이를 실현하는 것을 그 존재목적으로 삼았다. 즉 옳고 그름은 국가 이전에 정해져 있었던 것이다. 그러나 홉스는 국가가 설치되기 이전(자연상태)에서는 모든 인간은 모든 것에 대해 권리를 가지고 있으며, 어떠한 행위도 그른 것은 아니다. 전쟁상태에서는 강력과 기만이 주요한 덕목이며 해서 좋은 일과 나쁜 일과의 구별은 없다. 각자가 획득할 수 있을 만큼이 그의 것이고 그가 그것을 보유할 수 있는 한 그의 것이다. 네 것과 내 것의 구별도 없다고 해야 했다.

그러나 신약이 이루어지고 공통의 권력이 설치되면 이 신약을 깨는 일은 그른 것이 된다. 즉 평화를 지키기 위해 신약이 이루어지는데, 평화가 지상의 가치인 이상 사람이 신약을 파기할 경우 그로 말미암은 이익보다도 더 큰 불이익(형벌)을 위반자에게 과함으로써 이 신약의 이행은 모든 사람에게 평등하게 강요할 것이 필요한 일이 된다. 이와 같은 커먼 웰스의 성원이기에 사람들이 준수하도록 구속받는 법이 시민법(civil law)이다. 이리하여 '신약의 유효성은 사람들로 하여금 그것을 준수케 하는데 충분한 사회적 권력의 설립을 통해서만 시작되는 것'이며 따라서 또한 '정의와 소유권'도 '커먼 웰스의 설립과 동시에 시작된다'. 즉 사람은 평화를 획득하고 자기 보존을 도모하기 위해 국가를 만들고 동시에 시민법이라는 인공의 敎育을 만든 것이며, 이 시민법을 통해 선과 악의 구별이 비로소 정해지는 것이고, 시민법에 의해 '내 것'과 '나의 것'을 구별하여 '내 것'을 타의 모든 사람들이 사용할 것을 배제하는 '소유권'이 성립된다.

여기서 중대한 귀결이 나온다. 하나는, 법과 권리는 분리되어 권리(특히 소유권)은 기득권적 성격을 상실하여 자유는 법의 면제에 지나지 않은 것이 된다는 것. 다른 하나는, 권력은 시민법에 구속되지 않고 오히려 주권자의 구체적 결단이 법(시민법)이 되고, 여기에 평화와 안전을 유지하기 위해 필요하다고 생각되는 모든 일을 결정하고 행할 수 있는 권력 즉 추상적 지배 가능성 일반으로서의 공권력이 성립된다는 것이다.

첫째 귀결부터 본다면, 자연상태에서 각자는 자기 자신의 힘으로 스스로를 확보하면서 타인의 것을 침범할 권리를 가졌으나 그것은 현실의 안전의 결여를 초래하는 것이었기 때문에 시민법이 만들어지고 법의 보호가 주어짐과 동시에 자연적 권리는 상실된 것이었다. 권리는 행하거나 또는 행하지 않거나의 자유이며, 법은 자연이 부여한 이 같은 자유를 박탈하는 것이다. 옛날처럼 본인의 동의가 없는 한 공권력에도 감축할 수 없는 기득권이 있어, (객관적) 법은 이 같은 (주관적) 권리의 집합에 다름 아닌 존재가 아니라 각자의 의사와 행동범위는 법(시민법)에 의해 규정·제약되며 공통의 권력에 의해 보호받음으로써 성립되는 것이 된다. 주관적 권리 외에 객관법이 분리되어 더우기 그것은 추상적 질서로서, 구체적 권리의 보호의 기준으로서 이에 선행하는 것이다. 따라서 자유는 법이 침묵하고 있는 경우에 그 한도에서 존재하는데 지나지 않는다. 주권자가 그 어떤 규칙을 정하지 않았을 경우 신민은 자기가 생각하는 대로 행하거나 행하지 않거나의 자유를 갖는다. 신민의 자유는 주권자가 묵과한 사항에만 존재하는 것이고, 따라서 자유는 주권자가 공공의 이익 실현을 위해 행하는 입법의 여하에 따라 넓어지기도 좁아지기도 한다는 결과가 된다.

이와 같이 권리(행하거나 또는 행하지 않거나의 자유)는, 국가에 선행하여 그 결과 감축될 수 없는 것은 이제 아니게 되고 국가법의 결과라는 이야기가 되는 셈인데, 이 권리(의 국가에 대한 관계)관념의 전환은 특히 소유권과 저항권에 있어서 특징적이다. 중세에서 소유권은 (가장 중요한 부를 이루는 토지에 대한 봉건 영주의 領有권 및 농민의 보유권은 공히) 절대적이며 국가가 공공의 필요에서 이를 收用하거나 또는 그 내용을 감축하는 일은 불가능했다. 그런 일은 아예 생각조차 할 수 없는 일이었다. 그러나 홉스에서는 소유권은 대상물에 대한 타의 신민의 권리를 배제하는 것이지만 주권자의 권리를 배제하는 것은 아니다. 만약 후자의 권리가 배제된다면 대상물에 대해 주권자의 보호가 없어지고 그것에 대해 다른 사람들이 모두 평등한 권리를 가지게 됨에 이르러 국가를 만든 목적이 상실된다. 이는 背理다. 그러므로 소유권은 국가가 성립된 결과 발생한 것이고 국가에 대해 절대불가침성을 주장할 수 있는 것이 아니라 결과로 나온다.

이 소유권에 관한 이론이 화폐 소유권에까지 확대될 때 국가의 과세권에 이론적 기초가 부여되게 된다. 주권자가 국가의 필요와 위험을 예견함에도 불구하고 신민의 화폐 소유권을 침해하게 될까 두려워하여 필요한 화폐의 조달을 주저하게 되면 결국은 국가는 멸망에 직면하게 되고 그 떠맡겨진 책무를 저버리는 결과가 된다. 따라서 이 같은 사태에 이르지 않도록 주권자가 '자기의 양심에 따라 필요하다고 판단할 때 필요하다고 판단하는 만큼의 화폐...를 징수할 권한'이 주권의 내용으로서 당연히 승인되어야 하는 것이다.

저항권에 관해서도 같은 논리가 가능하다. 주권자의 명령에 대한 복종 거부는 각 私인이 행위의 선·악을 판정할 권리가 있다는 전제에서 출발하는 것이지만 그런 일은 자연상태에서야 진실일 수 있어도 국가생활에서는 용납될 수가 없다. 국가생활에서는 선악을 판단하는 잣대는 시민법이며 선악에 대한 판정자는 입법자=주권자이다. 신민이 그 사적 판단에 기초하여 시민법에 따르거나 등을 돌리거나 한다면 커먼 웰즈는 혼란에 빠지고 약해진다. '법은 不正일 수 없다'.

주권자는 평화를 확보하기 위해 사람들의 信約에 근거하여 그 존재를 부여받은 것이기 때문에 주권자가 이 신약을 깨면 신민은 그 명령에 대해 복종을 거부할 자유를 회복한다고 생각하기가 쉽지만 그것도 아니다. 신약은 신민들 사이의 것이며, 주권자는 신약에 근거해서 권리가 주어지는 하지만 신약의 당사자가 아니다. 그러므로 그가 신약에 위반한다는 것은 있을 수 없으며 신약 위반을 이유로 臣從을 거부하는 행위도 있을 수 없다. 가사 주권자가 모든 신민과 신약을 맺어놓고 거기에 위반한다는 경우가 있을 수 있다고 하더라도 약간의 신민이 그렇게 주장할 뿐이며, 다른 신민들이 신약 위반이 아니라고 생각한다면 (그리고 적어도 한 사람, 즉 주권자 자신은 반드시 신약 위반이 아니라고 생각할 것이다) 이 경우 논쟁을 판가를 내는 판관은 존재하지 않으므로, 다시 전쟁상태로 되돌아 가버리는 것이기 때문에, 주권자의 신약 위반을 이유로 하는 복종 거부 역시 있을 수 없다.

앞에서 말한 두 번째 귀결 (주권의 절대 무제약성 즉 평화와 안전을 유지하기 위해 필요하다고 생각되는 모든 일을 결정하고 행할 수 있는 권력 즉 추상적 지배 가능성 일반으로서의 공권력의 성립)도, 결국 같은 이야기를 다른 각도에서 설명하는 것이 되겠지만, 위의 첫 번째 귀결에서 나온다. 주권자는 선악의 판정자이며 그 판정을 내용으로 하는 시민법의 입법자인 까닭에 시민법에 복종하지 않는다. 만약 주권자가 시민법에 복종해야 한다면 그의 위에 법을 두는 결과가 되며, 따라서 그를 판정하는 재판관 및 그를 처벌하는 권력을 그의 위에 두는 결과가 되며, 새로운 주권자를 만드는 결과가 된다. 같은 이유로 제2의 주권자를 처벌하기 위해 제3의 주권자를 만들게 되고 이런 과정이 한없이 계속되게 되면 커먼 웰즈의 혼란과 해체를 가져오게 된다. 이는 背理에 지나지 않는다. 그러므로 주권자는 법을 따르지 않는 절대 무제약의 권력을 갖는다고 생각해야 한다. '사람들은 이러한 권력으로부터 수많은 바람직하지 못한 결과가 발생한다고 생각할지 모르나, 그러나 그 절대권력이 없음으로써 생기는 결과, 즉 각자의 이웃에

대한 설 새 없는 전쟁 쪽이 훨씬 나쁘' 며, '주권이 너무 강대하다고 생각하고 이를 제한하려는 자는 누구나 그것을 제한할 수 있는 권력, 즉 보다 강대한 권력에 臣從할 수밖에 없는 것이다.'

이와 같은 권력은 중세의 왕권에 견주어 量的으로 보다 크고 강할 뿐이 아니다. 여기에는 중대한 질적 변화가 있다. 중세 왕권은 내용이 구체적으로 특정된 여러 요구권의 집합에 지나지 않았다. 그러나 여기서 새롭게 관념되고 있는 공권력은 공공의 이익을 위해 필요하다고 생각되는 모든 일을 할 수 있는 추상적 지배 가능성 일반이다. 즉 주권자를 설치하는 목적은 신민 모두의 평화와 방위이며, 목적에 대한 권리는 수단에 대한 권리를 포함하는 것이기 때문에 그는 평화와 방위 및 그 수단에 대해 장애 혹은 방해가 되는 일에 대한 판정자가 되며, 평화와 안전을 유지하기 위해 그가 필요하다고 생각하는 모든 일을 할 수 있다고 생각되는 것이다.

이와 같이 평화와 안전이 지상가치가 되고 주권자에게 그것의 유지와 회복에 필요한 사항의 판단권이 독점되고 있는 곳에서는 주권자는 '어떠한 의견이나 설교가 평화에 반하고 또 공헌하는지'를 판단할 권한을 갖는다. 따라서 언론·출판의 자유는 존재할 수가 없다. '사람들이 어느 경우 어느 정도로 무엇을 군중에게 말할 것을 허용받는가'는 주권자가 판단할 일이며, 검열제가 존재하는 것은 당연하다. '평화와 화합이 자연의 법에 반할 수 없는 것과 마찬가지로, 평화와 모순되는 교설은 진리일 수가 없기 때문이다.' 특히 주권적 정치체의 명령에 대한 항의(protestation)은 비합법이다. 비 주권적인 명령, 대표합의체의 명령에 대한 항의는 '대로 합법적일 뿐 아니라 시의에 맞는 일이기도 하다' 왜냐 하면 그렇게 하지 않는다면 타인이 제멋대로 한 계약이나 타인이 저지른 죄에 대해, 이에 무관한 자가 문책을 받는 결과가 빚어질 수도 있기 때문이다. 그러나 주권적인 명령에서는 이 항의 내지 비판의 자유는 인정되지 않는다. 왜냐 하면 그것은 주권을 부정하는 것이 되기 때문이다.

또한 단체(하나의 利害 또는 사업을 매개로 결합한 사람들의 모임)는 커먼 웰즈가 승인해야 비로소 합법이 된다. 이에 의해 승인되지 않는 단체는 비합법이다. 결사의 자유는 있을 수가 없다.

이상이 홉스에 의해 이론화된 바 국가권력이다. 이는 결국 하나의 사상이며, 이 사상이 14-15세기 이후의 봉건제의 위기라는 새로운 사회적 기초 위에 봉건제를 재편성하면서 유지한다는 임무를 띠고 형성되어갔던 절대주의 권력이라는 실체와 얼마만큼이나 조용하고 있는가에 대해서는 더 면밀한 고찰을 필요로 하는, 그 자체 흥미진진한 주제이다. 지금 그 고찰에 들어갈 여유는 없지만 이 국가론은 대국적으로 보면 앞에서 다소 상세히 소개한 현실 역사과정의 전개가 중세 말기에 잉태하고 있던 권력문제를 매우 적확하게 파악하면서 이를 대단히 특징적으로 이론화하고 있는 것이라고 이해해도 될 것 같다. 근대적 자유의 요구는 이런 구조를 가진 공권력에 대해 던져졌으며, 그 요구의 내용은 이 공권력과 대응관계 속에서 규정되었던 것이다.

이제 이 문제의 고찰로 나아가게 되는 셈이지만 그러기 전에 홉스에 의한 국가권력의 이론화 속에 이미 단순한 전제독제가 아닌, 근대적 자유를 도출하기 위한 기초가 되는 여러 계기가 잠재적으로 포함되어 있음을 지적해줄 필요를 느낀다. 결국 그의 이론은 자연상태에서의 사람의 자유, 즉 자연권으로부터 출발하고 있다. 국가는 인간이 특정한 목적(상호간의 평화와 안전 확보)를 위하여 그 자유를 서로 포기함으로써 인공적으로 형성한 목적단체이다. 국가는 따라서 시민법에는 복종하지 않지만 자연법이라는, 자기 보존을 내용으로 하는 '이성으로써 발견된 일반법칙'에는 복종한다. 사람의 인격, 자유는 완전히 국가에 포섭·흡수되는 것이 아니라 특정한 목적으로 위해 부분적으로 포기되어 있을 뿐이다. '각 신민은 그 권리가 신약으로써도 양도되지 않는 모든 일에 대해서 자유를 갖는 것은 명백하다'고 홉스는 말한다. 다만 홉스의 자연법은 로크처럼 자연권과 자연권의 관계를 규율하는 실체규범인 것은 아니고 '사람들로 하여금 평화와 복종으로 항하게 하는 성격(qualities)'을 가졌고, 결국 '시민법에의 복종'을 실현시키는 것이고, 시민법을 내용적으로 규정하는 원리가 될 수도 없는 것이고, 또 신약으로도 양도되지 않고 신민에

게 유보된 자유도 무엇이 평화 확보를 위해 필요한가에 대한 주권자의 광범한 판정권에 압도되어 국가 권력에 직접 대항할 수 있는 자유라는 의의를 가질 수가 없는 것이지만, 그럼에도 그의 논리는 절대·최고의 주권을 매우 주목할만한 형태로 제약하고 있다.

첫째, 자기 보존을 내용으로 하는 자연법은 주권자의 판단이 개재할 여지가 없는 생존의 극한상황에서는 주권자를 대 신민관계에서 구속하고 있다. 신민은 다만 자기 보존을 이루기 위하여 그 자연권을 포기하는 신약을 했던 만큼, 이와 모순되는 명령 즉 자기 보존을 이루지 못하게 하는 명령에 대해서는 복종하지 않을 자유를 갖는다. 그들은 또한 자신의 신체를 침해하는 것에 대해서는 실령 그것이 합법적이라 하더라도 이에 저항하고 자기를 방위할 자유를 갖는 것이다.

둘째, 홉스가 말하는 자연법은 시민과 시민과의 관계를 규율하는 규범으로서 국가법(홉스가 말하는 시민법) 속에 구체화되도록 (간접적이고 미약하기는 하지만) 주권(입법권)에 얼마간의 규정성을 미치고 있다. 인간이 생존하는데 불가결한 '자기 자신의 신체를 지배할 권리, 공기·물·운동... 을 향유할 권리' 등이 평화상태에 들어갈 경우의 자연권 포기 때도 유보됨으로써 타인에 의한 침해로부터 보호를 받게 된다. 또한 '신약은 이행되어야 한다'라는 자연법사의 규범은 시민법의 내용에 반영되지 않을 수 없다. 나아가서 국가는 자기 보존을 이루기 위해 형성된 것이기 때문에 거기서 시민에 의한 다른 시민에 대한 생명·신체의 침해가 허용될 리가 없다. 선·악, 정·부정의 구별은 시민법에서 정해지는 것이며, 따라서 '시민법이 없는 곳에서는 범죄도 없다'라고 설명되고 있지만, 시민법이 소멸해도 '죄악이 아니게 되는 일은 결코 없는 것이 적어도 의식되고 있는 것이다. 위법의 인식이 犯意의 성립을阻却하지 않는 종류의 범죄(자연법)와 그것을 저각하는 종류의 범죄(법정법)과의 구별에 대해 설명하는 대목이 있다. 주권자의 공익 판단을 통하여 국가법으로써 신민에게 의무가 지워지는 것과 그런 국가법이 소멸해도 여전히 죄악으로 남는 것을 구별하는 개념이 (맹아적이고 잠재적이기는 해도) 존재한다는 것은 나중에 살펴보겠지만 국가 내에서의 인민의 자유라는 관점에서 지극히 중요한 것이다.

셋째로, 더욱 주목할 것이 있다. 자연권을 기초원리로 하는 국가에서 권력이 발동될 때 절차적 정의의 원칙의 확립은 필연적으로 요청된다. 자기 보존의 원리는 사람에게 자신을 방위하지 말라고 명하는 것을 불가능케 한다. 따라서 사람은 처벌에 대해 저항하지 않을 의무를 질 이유가 없다. 누구도 자신을 처벌로 몰아가도록 고소할 의무가 없는 것이다. 당연히 자백하도록 강요받지도 않아야 한다. 나아가서 무죄 추정 원칙에 입각한, 신분의 고하와 관계없는 공정한 재판이 요청되며, 사후법에 의한 처벌의 금지, 죄형 법정주의 등의 여러 원리가 본질적 내재적으로 법체계의 기초를 이루게 된다. 절대·무제약의 주권을 형성함에 있어서 언론·출판의 자유, 집회·결사의 자유 등 실제법상의 기본권은 당연히 성립될 여지가 없었지만, 그것보다 먼저 형사절차에 있어서의 기본권이 보장되어야 한다는 것이 이론화되고 있었음은 주목할만하다. 생각하건대 법이 초자연적 계시의 드러남인 이상 재판은 神意의 탐구라는 주관성·비합리성을 벗어나지 못하고, 법 판단을 오로지 소송 당사자의 공격과 방어의 결과에 의존케 한다는 당사자주의 및 절차의 자기 법칙성 확립에 도달할 수가 없다. 중세 말기의 리바이어던 국가가 이미 절차적 정의에 관한 합리적 제 원칙을 본질적 내재적으로 포함하는 것이었다는 사실은 일본의 천황제 국가가 20세기 후반에 이르기까지 절차적 정의의 이념을 도저히 체질적으로 받지 못했다는 사실과 견주어보면 특별히 주목을 끄는 대목이라고 하지 않을 수 없다.

4. 기본적 인권의 성립

중세적 자유는 국가 이전에 존재하고, 국가를 그 보장 실현의 수단으로써 자신에게 봉사케 하는 '오랜

좋은 법'에 기초를 두는 기득권적 자유였다. 그것은 구체적 계급(귀족, 승려, 기사, 도시시민 및 한정된 범위의 농민 등)의 구체적 내용을 갖는 자유라는 특색을 가짐과 동시에 중세적 국가와의 관계에서 존재 구조상의 특색을 가지고 있었다. 그러나 이제 앞에서 보아온 바와 같이 국가가 법에 대하여 주권을 주장하고 국가의 주권이 확립해오에 따라서 자유에 대한 인민의 요구는 국가에 대한 관계에서 근본적으로 상이한 형태로 주장되지 않을 수 없게 된다. 인간의 인격적 자유가 신분제적 구속을 털어내고 인간의 이성적 활동이 보다 넓은 기능영역을 획득하고 있을 때 바로 때를 같이 하여 선악·정부정의 판단권 및 물리적 강제권력을 독점하는 리바이어던적 국가가 등장하고 있었다. 자유에 대한 인민의 요구는 국가의 절대 무제약인 권력에 대하여 어떤 형태로 어떤 내용의 것으로서 대항하게 되며 어떻게 승인을 쟁취해나갔던 것일까? 이하에서 이 흥미로운, 그러나 매우 어려운 주제를 고찰해보기로 한다.

(1) 상품교환관계의 진전

이 새로운 자유에 대한 요구를 발생케 한 역사적 원동력은 앞에서 살폈듯이 전개되기 시작한 상품교환관계라고 말할 수 있다. 그것이 현물경제를 기반으로 자급자족적 소우주를 이루고 있던 장원경제를 점차 무너뜨렸던 것이며, 또한 그것은 상품소유자의 의사에 의해 매개되는 자유로운 관계로서 신분제적 구속을 기초로 한 부자유한 관계를 대신해나갔던 것이다. 그러나 여기서 주목해야 할 것은 상품교환관계의 확대는 곧바로 당연히 자유의 요구를 수반했던 것도 아니고, 더구나 그것을 실현하는 것도 아니었던 점이다.

앞에서 언급했듯이 12세기 이후 상업의 부활현상이 발견되는 바, 시장이 충분히 발달치 않고 교통수단이 원시적인 당시 상황하에서는 상품교환은 자유가 아니라 오히려 통제와 독점의 계기를 내재적으로 가지고 있었다. 여러 생산물이 그 가치대로(등가로) 교환되는 한 상업이운은 성립될 수가 없는 것이며 그것이 성립되기 위해서는 판매시장에서의 결핍과 구매시장에서의 공급과잉이 동시에 일어나지 않으면 안되었다.6) 그래서 상인이 상인으로서 상업을 영위해 나가기 위해서는 위와 같은 상태를 인위적으로 만들어내고 두 시장간에 가격편차를 확보하는 것이 아니면 안되었다. 당시 상업은 미발달한 여러 공동체의 교환을 매개함으로써 쌍방을 착취할 것을 주된 기능으로 삼은 것이었으며, '비싸게 팔기 위해 싸게 산다'라고 하는 것이 상업의 법칙이었다.7) 위와 같은 조건은 상업에 종사하는 사람들의 수가 늘어나 그들 사이에서 자유로운 경쟁이 이루어지면 바로 사라지는 것이라고 생각되었다. 또한 이와같이 상호고립된 지방시장밖에 존재하지 않는 조건에서는 수요와 공급의 미세한 변동도 시장가격에 어울리지 않게 큰 영향을 미친다고 생각되었다. 그래서 당시의 상업에는 독점, 통제 및 특권이 따라다니게 마련이었다. 즉, 상업에 종사하는 자의 수를 제한하고 이를 특정집단으로 하여금 독점케 하여 공인된 시장 근처에서 경쟁시장의 형성을 금지하고 상인집단이 시장에서의 거래조건을 통제할 수 있도록 하면서 매입시장과 판매시장 사이에 특권적 애로를 만들어 양 가격 사이에 차익을 만들어낸다는 것이 상업의 존립조건이었다.8) 상인길드의 독점권과 도시의 시장통제권은 바로 이런 조건을 제도적으로 실현하는 것이었다.

이윽고 이들 중세도시의 시민계급이 분화하기 시작했는데 그것은 갈수록 자유의 반대물(배타적 특권과 통제)을 강화했다. 생산에서 떠나 상업을 전문으로 하는 (특히 도매상업에 어느 특수한 분야를 독점하는) 상업단체가 형성되어 그들은 도시행정권을 손에 넣음과 동시에 특권을 늘리고 이것을 가지고 수공업자를 자기에게 종속시키게 되었다. 13·14세기 유럽의 많은 도시에서 발견되는 부유한 도시귀족에

6) M. Dobb

7) K. Marx

8) M. Dobb

의한 과두정치는 이와 같은 사태를 표현하는 것에 다름 아니다.

또한 상인적 요소가 제거된 수공업조합에서도 흔히 그와 같은 배타정책이 모방되어 높은 가입금제도가 채택되고 가입이 제한되게 되었으며 여기서도 수공업자의 이윤이 신참자의 경쟁으로 감소되지 않도록 의도되었다. 한편으로 자본축적의 조건을 갖는 비교적 부유한 수공업자와 다른 한편으로 길드와 도시의 입법으로 부유한 수공업자에 의해 통제·지배되어 단체결성이나 집회개최를 시도하자마자 가차없이 탄압되는 가난한 직공 층이 분화되었던 것이다.

이리하여 신흥 도시부르주아지(도시귀족, 부유한 수공업경영자)는 16세기 경에는 상당한 성장을 이루었다. 그들이 영위하는 상공업은 화폐를 매개로 하는 상품교환관계로서 신분제적 부담을 기초로 하는 자급자족적 현물경제인 장원경제를 손상시키며 약화시켰다. 그러나 여기서 가장 주목할 것은 이와 같은 발전이 필연적으로 새로운 원리에 입각하는 질서를 형성하지 않았다는 사실이다. 즉 그들 신흥 도시부르주아지는 매우 쉽게 봉건제 지배질서와 타협했던 것이다. 당시에 사회경제적 조건(생산기술, 시장 및 임노동의 미발달) 아래에서는 그들은 오로지 정치권력자로부터 특권을 쥘라 획득함으로써만 번영할 수가 있었던 것이며 따라서 그들은 권력자에게 아부하여 봉건적 질서에 기생함으로써 획득했던 특권을 유지하기 위하여 지극히 보수적이 되었다. 그들의 세력층대는 부자유 체제로서의 봉건적 질서를 양기하지 않고 특권에 기초한 과두제적 지배와 억압을 실현했던 것이다.

본시 그들의 그칠 줄 모르는 이윤추구=이기심은 중세봉건사회의 정신적 지주였던 교회의 윤리를 무시하고 현세의 고유한 가치를 인정하지 않는 중세적 금욕주의에 도전하는 것이었으며 거기에 과거의 인습으로부터의 자유를 추구하는 정신을 발견할 수 있는 것은 분명하다. 그러나 그것은 과거의 계율에 구애되지 않고 부 혹은 권력을 추구한다는 충동적 삶의 해방이었으며 그 노골적인 異敎적 利慾·권세욕은 일체의 기성권력·관계를 철저히 이용한다는 방향으로 연소했던 것이며 정치사회의 원리적 기초를 재고할 것을 강박하고 이를 새롭게 창조한다는 방향으로 발휘되는 것은 반드시 아니었다. 그것은 생성하고 있던 절대주의와 용이하게 야합하는 결과가 되었던 것이다.

그렇다면 이와 같은 배타적 독점과 억압에 대항하는 자유의 요구는 어디서 어떤 식으로 나온 것일까?

우리는 시선을 농촌으로 던져야 한다. 14·15세기 영국에 있어 농민층의 분화가 진행하여 비교적 부유한 농민층이 출현해 있었음은 앞에서 살폈지만, 16세기에서는 도시상인이 농촌의 토지 매입을 위해 열띠게 투자를 하는 현상이 발견되며 여기에 상당한 자본력을 갖는 요먼 및 젠틀맨 계층이 형성되고 있었다. 그들 중 혹자는 투기 또한 지대 수취를 목적으로 자본을 투하한 흔적이 있지만 그러나 대부분은 토지 개량을 위해 또 경지를 목장으로 바꾸기 위해 자본을 투하하여 도시시장을 겨냥한 곡물·과실·야채의 생산 혹은 당시 유리해지기 시작했었던 양모무역을 위한 牧羊 경영을 하기에 이르렀던 것 같다. 그들은 흔히 토지를 에워싸 집합농장이나 집합보유지를 만들어 경영을 확대했다. 소농민은 엔클로저에 희생되어 토지를 잃어 농촌프롤레타리아 또는 반 프롤레타리아가 되었다. 부유한 농민은 이들 농촌프롤레타리아로부터 끌어낸 임노동을 고용하는 자본가적 부유농민으로 변신해갔던 것이다.

한편 16·17세기에 있어서 외재적 요인으로 인한 급격한 자본의 축적이 이루어졌다. 수도원이 해산될 때에 해방된 자본 및 무역, 해적행위와 약탈 등으로 해외로부터 획득된 자본 등이 그것이다. 이와 같은 요인은 영국의 직물공업, 석탄업, 철공업 등의 발전을 급속히 촉진시켰다. 앞에서 말한 부유한 농민 중 공업에 투자하는 자도 나타났다. 그러나 도시의 크레프트 길드의 공업생산에 대한 규제는 뿌리깊게 남아 있었으며 생산의 확대에 대한 장애요인이 되어 있었다. 그래서 축적된 풍부한 자본은 크레프트 길드의 규제가 미치지 않는 농촌으로 넘쳐가 그곳에서 생산을 행하려고 했다. 게다가 농촌에는 농업상의 변화로 토지를 잃은 농민의 저렴한 노동력이 널려 있었던 것이다. 여기에 정치적 특권으로서 주어지는 독점권이나 (시장 및 노동의 대항) 규제권을 존립의 조건으로 하는 것이 아니라 오히려 이들의 철폐를 유리하다

고 인식하는 일군의 제조업자가 등장했다. 그들이 특권을 필요로 하지 않는다는 것은 생산판매를 함에 있어 독점상인처럼 특권으로서 상품의 수량을 제한하고 생산자에의 경제적 압박을 강화함으로써 이윤을 올리는 것이 아니라 생산양식을 바꾸고 그 내재적인 생산력을 높임으로써 이윤을 올리려고 하는 것임을 의미한다.

이와 같은 행동양식이 성립되기 위해서는 여러 가지 조건이 필요했을 것이다. 자본의 상당한 축적이 이루어지고 원하던 원치 않던 자본가적 제조업자 사이의 경쟁이 불가피해졌던 것은 그 한 예이다. 그러나 노동의 생산력이 낮았던 당시에서는 생산에 대한 투자가 얼마간에 정치적 특권의 도움 없이 이윤을 낳는다는 사고방식은 쉽게 성립될 수가 없었던 것이며, 농촌사회의 변동으로 풍부하고 싼 노동력이 항상 제공될 수 있다는 전망이 어느 정도 서 있는 것이 그 경영태도의 성립에 결정적으로 필요했다. 그밖에 어느 정도의 생산기술의 발달이 있어 그 개량에 의한 생산력 향상의 가능성이 일정한 정도 예견된다는 조건 없이는 안되었다. 어쨌든 16·17세기 봉건사회의 태내에 있어 이와 같은 독점권이나 규제에 의거하지 않는 자유로운 상품 생산교환관계가 성장해갔던 것이다.

(2) 소유권의 자유

그렇다면 봉건적 지배질서는 이와 같은 동향에 대해 어떻게 대응한 것일까? 앞에서 살폈듯이 당시 영주적 제권력을 일원적으로 통합 재편성하는 절대왕제가 형성되어 있었던 것이지만 그것은 당초에는 신흥 도시부르주아지에 대해 매우 호의적으로 행동했다. 절대왕제는 자기의 군사력·경제력을 강화하고 내외의 경쟁자를 압도하면서 인민의 반봉건 투쟁 속에서 신흥 도시부르주아지를 떼어내기 위해 신흥 부르주아지와 제휴를 필요로 했다. 왕은 그들에게 특권을 부여하고 상공업을 보호·장려하여 새로운 자본주의적 부의 일부분을 자기의 몫으로 차지하려고 했던 것이다. 또한 절대왕제는 예를 들어 영국에서는 종교개혁 당시 수도원을 해산시켰지만 그 사실은 막대한 토지를 시장에 방출함으로써 부르주아지가 발전하는 데 바람직한 자극을 주어 그들을 기쁘게 했다. 또한 앞에서 말한 무역이나 신대륙으로부터의 약탈 및 이에 이어지는 강력한 식민정책을 펴고 있어 강대한 국가권력이 부르주아지의 손에 자본이 축적되도록 도왔다는 것은 말할 나위도 없다.

신흥 부르주아지는 또한 독점적 이익을 배타적으로 보장해주는 '특권'체제를 이윤 성립을 위해 필요로 했을 뿐만 아니라 다음과 같은 이유들에서도 절대왕제와 동맹하는 것을 유리하게 여겼다. 집권화 된 일원적 권력에 의해 공동된 법과 도량형이 전국에 일률적으로 시행된 통일국가는 상인들이 바라마지 않은 것이었다. 국왕재판권의 (현저한 경우에는 국민국가 전역에 걸친) 관할권의 확대 및 거기에서의 값싸고 신속한 재판은 통상이 발달하는데 더없이 중요한 조건이었다. 강력한 왕권은 또 외부의 경쟁상대를 타파했을 뿐 아니라 내부에서 민란과 반동을 진압하는 것에 의해서도 상인이 필요로 하는 질서와 안전을 만들어내고 보장했다. 절대왕제는 또한 엔클로저 등으로 토지를 잃고 부랑자가 된 가난한 농민을 범죄인으로서 다루면서 구빈법에 의해 가혹한 처벌을 가하고 실업자에게 강제노동을 가했지만 그것은 절대왕제의 의도적 정책이었는지는 별 문제로 하고 결과적으로 부랑민의 임노동자화에 기여하고 자본가적 사회의 발전에 기여했던 것이다.

이와 같이 절대왕제하에서 어느 의미에서는 이미 소유권의 자유(물건에 대한 봉건적 구속으로부터 해방된 독점·배타적인 지배), 계약의 자유(생산수단, 노동력 및 생산물 매매의 자유) 및 이동의 자유(토지에 대한 신분제적 결박으로부터의 해방)가 사실상 실현되고 있었다. 자본제 사회가 성립되는데 필요최소한의 조건은 이로써 충족되어 있었다고 해도 될 것이다. 기본적인 인권의 이념 및 제도는 이들 소유권의 자유 등을 기초조건으로 하는 것은 확실하지만 그러나 그에 그치는 것은 아니었다. 오히려 그에 그치는

한 그것은 기본적 인권이라는 이름에 갇히지 않는 것이며 기본적 인권은 보다 고도의 보다 광범위한 자유의 체계를 의미한다. 그것은 소유권의 자유 등 자본재 생산에 필요최소한의 자유의 사실상의 실현을 내용으로서 갖는 절대왕제를 타도한 지점에서 비로소 성립되는 것이다. 그렇다면 그 이유는 무엇인가?

부르주아지의 부는 여러 형태로 집적되었지만 앞에서 말한 것처럼 농촌공업의 조직자가 대두됨에 이르러 절대왕제의 부르주아지에 대한 태도는 분열하지 않을 수 없었다. 즉, 왕제는 농촌공업의 발전이 일반적으로 기존의 사회질서를 흔들며 특히 체제가 확보하려고 했던 공업과 농업의 균형을 깨고 소지주의 영지나 요만의 농장을 위한 노동력의 공급원을 손상할 것을 두려워하고 이를 저지하려고 했다. 왕권은 농촌공업의 대두에 적대하여 특권과 산업규제에 매달려 있던 독점 대상인 및 도시 편에 가담했다. 절대왕제는 자본주의로부터 그 이득의 일부분을 자기 몫으로 차지하려고 하면서도 그것이 입각하는 봉건적 기반 때문에 자본주의의 급속한 발전을 완화하는 방향으로 대응하지 않을 수 없었던 것이다. 그것은 봉건적 토지 소유자의 이익을 위해 생산과 자본 축적을 제한하려고 했다. 그것은 독점권을 팔아 넘기고 그 대상으로서 통제권을 장악하는 형태에서만 산업과 무역의 발전을 허용하려고 하고, 붕괴하거나 붕괴의 위기에 처한 도시길드에 의한 지방적 통제를 대신하여 전국적 규모의 독점과 산업규제의 방식을 수립하려고 했던 것이다.

이 모든 처사는 생성초기의 자본주의 생산이라면 몰라도 어느 정도 자본을 축적하여 상당정도의 염가 노동력을 눈앞에 갖는 산업자본에 대해서는 보다 넓은 발전을 이루는데 현저한 족쇄가 되었다. 이미 투하되어 있는 자본의 수익성을 유지하고 높이기 위한 정책의 하나로서 독점적 제한이 있다는 것은 이미 살펴본 대로지만 그러나 그것은 시장을 제약함으로써 산업자본의 전면적 전개에는 장애가 되는 것이며 당시의 산업자본 대 절대왕제의 대립은 바로 이를 둘러싼 것이었다고 해도 될 것이다.

그런데 이와 같은 기본적 대립 위에 이와 불가분하게 결합되는 여러 대립이 중첩되어 대립은 확대·심화되면서 이윽고 과국으로까지 나아가게 되는 것이다.

앞에서 자본주의적 농업·산업경영자의 등장은 낡은 농업 및 산업관계의 해체 및 소규모 경영자와 농민의 프롤레타리아화를 수반한 것을 확인했지만 이들 빈곤화된 민중은 부르주아지의 지배에 대해 자주 반항하고 절대왕제도 엔클로저를 처벌함으로써 그들을 보호하려고 했으며 그 지점에 근소하나마 왕실과 빈농의 이해의 연대가 성립될 여지도 없지는 않았다.

그러나 왕실 및 봉건적 지배자 층은 직접 생산적 기능을 영위하지 않는 봉건적 질서의 기생자이며, 당시의 경제적 변동(특히 16세기 이후의 가격인플레이션)에 의해 재정적 위기 상태에 있었으며, 그 재정정책상의 비합리적인 주먹구구식 편법은 결국 가난한 민중에게 최대의 타격을 주었다. 봉건적 공조의 부활확대 및 버터, 청어, 소금, 비누 등 헤아릴 수 없을 만큼 많은 생활 필수품에 대한 독점권이 그 예이다. 그리고 또한 왕권이 민중의 부르주아지에 대한 반항, 바뀌 말하며 부르주아지의 민중에 대한 공포를 간파하여 자신을 불가결한 존재라고 믿어 그 정책에서 더욱더 오만해진 것, 나아가 경제적 곤란이 증대된 봉건적 지배자 층이 더욱더 왕실에 매달려 독점권 수여를 매개로 하여 자본주의적 이윤에 기생한다는 불합리한 정책을 왕실이 고집·강화하도록 갈수록 강하게 요구한 사실 등이 어우러져 왕정을 결정적으로 반 부르주아적으로 몰고 갔던 것이다.

이와 같은 상황에서 권력은 극히 독선적이 되기 마련이다. 국왕이 긍정하는 바가 인민의 복지라고 여겨졌다. 비판은 탄압되어 문자를 파는 자가 범람하면 어쨌든 자유를 입에 올리면서 국가의 치안을 위태롭게 할 것이라는 전제하에 자유로운 정신 활동이 적대시되었다. 영국에서는 대권재판소는 원래 common law에서 이를 악용하는 부패를 제거하여 common law로써 다 처리할 수 없는 상업상의 소송 사건을 처리하는 등의 역사적 역할을 부여받아 일단 그런 대로 역할을 수행했던 것이지만 common law가 개혁되어 불필요해진 그후에도 존속됨으로써 치안유지의 도구로써 이용되게 되었으며, 그 포괄적

인 집행권은 부르주아지에게 공포의 대상이 되었다. 자의적 체포·과세가 횡행되었다. 경제는 국가권력의 교란적 개입에 의해 예측가능성을 손상 받고 혼란해지고 참으로 "양시양레짐에 있어서는 안전한 투자는 없다"라는 상태였던 것이다.

이에 부르주아지가 진정 소유권의 자유를 확립하려 한다면 그것은 절대왕제라는 정치체제를 폐기할 수밖에 없었다. 그들은 시민혁명으로써 그것을 수행하여 혁명의 강령이자 혁명 승리 후에 그것을 확인한 것인 권리장전에서 '소유권의 자유'를 중심으로 하는 상품생산, 유통의 자유의 보다 완전하고 보다 보편적인 자유를 요구했던 것이다. 근대의 모든 인권선언의 선구라고 일컬어지는 버지니아의 권리장전(1776)은 빼앗길 수 없는 사람의 생득적 권리로써 무엇보다 먼저 '재산을 취득·소유할 권리'를 들고 있다(1항). 프랑스혁명의 인권선언(1789)도 소유권을 '신성불가침의 권리'라고 구가하며(17조) 또 '소유권의 '보전'을 자유, 안전 및 압제에의 저항이라는 여러 권리의 보전과 함께 '모든 정치적 단결의 목적'이라고 규정하고 있다(제2조).

다만 여기서 놓치지 말아야 할 것은 혁명의 리더십은 부르주아지가 취했지만 그 원동력은 광범한 노동자 대중으로부터 나왔다는 사실이다.⁹⁾ 부르주아지는 그들을 두려워하면서 왕정을 민주주의에 대한 방벽으로 삼으려고 생각하고 왕정과 타협할 여지가 없지는 않았다. 그러나 왕제의 앞에서 살핀 것과 같은 반동화는 그것을 불가능케 했으며 부르주아지는 자신의 요구를 실현하기 위해 광범한 노동자 대중과 손을 잡고 전제와 독선의 체제를 폐기하여 자유와 평등의 체제를 건설하지 않을 수 없었다. 이 일은 나중에 언급할 정신적 자유의 고찰에 있어서 중요한 의미를 갖는 것이지만 이 단계에서 시민혁명 일반의 성격으로서 특히 이 사실을 인식해둘 필요가 있다고 생각된다.

한편 이 '소유권의 자유'를 중심으로 하는 상품 생산유통의 자유를 극히 단순 명쾌한 논리와 강한 설득력으로 이론화시킨 사람이 존 로크이다. 우리가 역사적으로 확인한 소유권의 자유의 발전이 시민혁명의 이론가에 의해 어떻게 설교되었는가를 들어보는 것은 흥미 있는 일일 것이다.

로크가 논한 바는 널리 알려졌다고 자연상태에서 시작된다. 논리전개의 전제로서 자연상태를 상징하는 것은 흠스에서 이미 취해진 방법이지만 그것은 국가와 자유의 문제를 과거의 일체의 전통적 기성관념에 구애되지 않고 누구도 부정할 수 없는 확실한 사실만에 입각하여 합리적으로 이론화시키려고 할 경우 아무래도 필요한 논리적 전제였을 것이다. 그와 같은 확실한 기초적 사실은 무엇이나고 하면 인간이 자연 속에 생을 부여받았고 생존을 유지하려하는 강한 욕망(자기보존의 본능)을 가지고 있다는 사실이다. 인간 앞에는 대지와 대지가 생산하는 과실과 대지에 생겨나는 풀을 먹고사는 동물이 주어졌다. 이들은 특별한 근거가 없다면 누군가가 독차지할 수 없는 것이며 본래 인류 전체에게, 즉 공유물로서 주어졌다고 생각할 수밖에 없다. 그러나 한편 사람은 각각 자신의 신체를 가지고 있다. 이는 그의 '사유 재산'이다. 그의 신체를 다른 누군가가 지배해도 되는 것은 아니다. 이 또한 의심의 여지없는 사실이다. 따라서 그의 신체의 노동과 그의 손의 세공은 본래 그의 것이다. 이리하여 인간이 자기를 보존해야 한다면 그가 본래 인류의 공유재산인 자연물에 자기의 노동을 가하고 그 노동의 결과를 자기의 사유재산으로 하는 것은 누구도 부인할 수 없다는 결론이 나온다. 다만 개인이 인류의 공유물에 제멋대로 노동을 가하고 그 결과를 공유물로부터 떼어내지는 못함으로 그가 그것을 자기 것으로 하기 위해서는 전 인류의 동의를 필요로 한다는 논의가 있을 수 있다. 그러나 만약에 그렇게 생각해야 한다면 인간은 신으로부터 부여받은 자연물들을 눈앞에 두고 굶어죽을 수밖에 없다는 결과가 된다. 이는 자기보존의 기본원칙에 반하는 논의인 것이다. 그리고 인간이 생존하는데 필요한 만큼만 자기의 것으로 만들어도 타인에게 불이익을 주지는 않는다. 여기에 생활을 위한 소비가 '노동에 의한 소유권의 한계'라고 인식되지 않으면 안 되는 것과 동시에 그 한계 내라면 신은 인간이 공유물로서 주어진 제한을 인간의 이익이 되게 이용하도록

9) H. Laski <The Rise of European Liberalism>

록 인간에게 부여한 것이라고 이해하지 않으면 안되게 된다.

뿐만 아니라 토지 및 자연은 주어진 상태 그대로로는 무가치하며 인간의 노동에 의한 독점으로 가치를 낳은 것이며 노동에 의한 독점은 인류의 공유재산을 증가시키는 행위이다. 노동은 이와 같이 사유재산의 기초이며 또한 인류의 공유재산을 풍부케 하는 근원이지만 그러나 동시에 그것은 만물에 가치의 차이를 부여하는 원인임을 주의하지 않으면 안 된다.(아메리칸 인디언은 풍요로운 땅을 부여받으면서도 노동으로 이를 개량하지 않기 때문에 영국의 일용노동자보다도 조잡한 의식주를 누리는데 지나지 않는 다라고 로크는 지적한다) 어떤 사람이 보다 많은 노동과 근면으로서 자신의 소비한도 이상의 것을 독점하여 헛되게 썩이면 그것은 타인의 것을 도둑질하는 것과 마찬가지로 그가 그것을 필요로 하는 타인에게 양도하면 공유물자를 허비함이 없이 또 타인의 몫을 침범함이 없이 타인의 욕망충족(자기보존)을 도운 것이 된다. 따라서 그것은 하등 비난받아야 할 일은 아니고 완전히 인정된 행위가 된다. 여기에 화폐가 발명되자 사람들은 그 근면의 정도에 따라 차등 있게 획득한 재산을 유지하여 그것을 확대시킬 기회를 부여받는 것이 된다. 금, 은 등 본래 인간 생활에 거의 쓸모 없는 금속이 가치를 갖는 것은 사람들의 동의를 통해서이기 때문에 화폐에 의해서 발생한 소유의 불평등도 사람들의 동의의 결과라고 간주되어야 한다.

이와 같이 로크는 물건에 대한 사람의 사적 독점과 배타적 지배권, 따라서 사람이 소유하는 물건을 누구에게도 간섭받지 않고 자유롭게 이용할 수 있는 권리를 일원화했다. 그와 같은 행위는 이 세상에 생을 부여받은 인간이 목숨을 보전하기 위한 신성한 의무이며 또 common wealth의 풍부화를 가져오는 미덕이다. 국가는 그것을 존중해야 하며 함부로 간섭, 교란해서는 안 되는 것이다.¹⁰⁾ 이는 절대왕제 하에서 이미 부분적으로 성립되어 있던 협의의 소유권의 자유를 확인하는데 그치는 것이 아니다. 국가의 간섭주의에 반대하는 경제정책인 자유주의의 요구이다. 여기서 부정되고 있는 것은 자의적인 간섭, 불합리한 통제, 편협한 특권부여, 중압적인 여러 부담들 등등, 자유롭게 안전한 상품 생산유통에 대한 국가권력의 교란적 개입이다. 이 취지를 참되게 달성하기 위해서는 당연히 통치구조 및 사회체제의 변혁을 추구하지 않을 수 없다.

첫째로, 이와 같은 국가권력의 상품 생산유통에 대한 자의적·교란적 개입이 자행되지 않는, 합리적인 예견이 가능한 통치구조가 세워져야 한다.

둘째로, 이와 같은 자유로운 생산유통활동(부를 위한 부의 추구)에 대한 제어는 통치구조 이전에 전래의 사회체제 혹은 의식 속에 공고히 존재해있던 것으로서 그것이 국가권력의 지원을 받아 완강하게 가로막고 있었던 것이기 때문에 부르주아지는 이 '튼튼하게 무장한 습관과 사상'을 타파하여 자유를 확립하지 않으면 안되었던 것이다.

여기에 시민혁명의 강령이 소유권의 자유를 중심으로 하는 경제활동의 자유에만 머물지 않고 여러 정신적 자유 및 통치원칙에 관한 요구에까지 미친 근거가 있다. 그리고 정신적 자유와 통치원칙에 관한 요구는 부르주아지의 계급적 이익의 직접적 주장인 경제활동의 자유에 비해, 얼핏 간접적·부차적으로 보이는 하지만, 그러나 기존의 여러 관계의 확인·확충인 후자와는 달리 앞의 두 가지는 통치구조 및 사회체제(의식)의 코페르니쿠스적 회전을 요구하는 획기적인 사건이며, 기본적 인권의 목록에서는 오히려 양적·질적으로 훨씬 더 중요한 의의와 지위를 점하는 결과가 되었던 것이다.

이하 편의상 종교적 자유부터 살펴보기로 한다.

10) '만약 재산이 노동의 산물이라면 그것은 명백히 보장되어야 할 권리다. 왜냐하면 그것은 "그 때문에 사람들이 사회에 결합할 경우의 위대하고도 중요한 목적"인 까닭이다.' (H. Laski 앞의 책)

(3) 종교적 자유

중세 봉건 사회에서는 종교는 오늘날보다 훨씬 넓은 외연을 가지고 있었다. 교회는 세례부터 장의까지 인간의 모든 활동을 이끌었다. 국가권력이 미치는 범위는 매우 좁은 것이었다. 교구라는 교회행정상의 단위가 지방행정상의 역할을 담당했으며, 교회는 오늘의 관점에서 보면 국가적이라고 판단되는 기능을 국가를 대신해서 수행했다. 예를 들어 교회는 아이들을 교육하고, 빈민부조를 수행했다. 교회는 교구마다 자신의 성직자를 가졌으며, 성직자는 어느 집에도 출입하면서 존경을 획득하고, 사람들에게 무엇을 믿고 어떻게 처신하는지에 대해 가르치고, 명령할 수가 있었다. 그리고 거기서 설교된 내용은 영원절대의 일원적 진리의 체계이며 그것은 로마교회의 최고권에 의해 단순히 정신적으로만이 아니라 물리적으로도 공고히 담보되어 있었다. 인간이성은 이에 의해 유권적으로 설정된 좁은 틀 안에서만 활동할 수 있었던 것이다. 이 교의를 의심하고 이에 도전하는 일은 이단으로서 그 배후에 몸서리쳐지도록 무서운 지옥의 불을 불태웠던 교회권력의 위협과 비난을 받았다. 거기서는 인간의 정신적 자유는 있을 수 없었다. 사상이나 양심의 자유를 입에 올리는 것은 인륜의 기본을 짓밟고 지배 계급을 공포에 빠뜨리는 일에 다름이 아니었다. '양심의 자유란 교황정치와 입장에서 볼 때 모든 국가적 및 도덕적 질서를 폐기하는 것과 조금도 차이가 없었다'

따라서 근대에서 인간의 내면적 자유확립의 제 일보는 이와 같은 물리적 힘에 의해 지탱되었던 일원적 정통교의에 대한 도전으로써 시작되었던 것이며, 또한 이 도전을 회피해서는 어떠한 내면적 자유의 확립도 있을 수 없는 상황이었던 것이다. 정태적 논리적으로는 종교적 자유의 내용을 이루는 신앙의 자유, 종교활동의 자유 및 종교교육의 자유는 각각 일반적인 사상·양심의 자유, 언론·출판의 자유 및 교육의 자유의 종교차원에서의 현상이며, 그 보장은 일반적 자유의 보장의 종교라는 특수국면에서의 재확인 이상의 의미를 갖는 것이 아닌 듯한 외관을 가지지만, 그러나 역사적으로는 종교적 자유는 그와 같은 각론적·부차적 의의만을 갖는 것은 아니며, 근대의 모든 정신적 자유의 선구적 역할을 짊어졌다. 그런 이유로 이 글에서는 이를 특히 독립적으로 고찰할 필요를 느끼는 것이다.

그리고 또한 종교가 수행하는 기능은 앞에서 말했듯이 광범위했기 때문에 사회적 투쟁은 불가피하게 종교적 투쟁이 되었다. 동시에 인간성의 전면적 전개에의 요구의 하나인 정신적 자유의 요구는 종교적 지배를 지배의 중요한 일환으로 갖는 정치체제 그 자체의 변혁에 이르지 않을 수가 없었던 것이다.

이 국면에서도 투쟁의 리더십을 잡은 것은 부르주아지였다. 그것은 사회 전체에 스며든 종교의식이 부르주아지의 영리활동에 대해 큰 장애로서 나타났기 때문이다. 중세사회에서는 경제질서는 우주에서의 신의 계획의 일부를 표현하는 것이었다. 현세는 내세에 대한 준비이며, 현세적인 부 획득의 영위는 종교적 권위의 재가아래 과해진 많은 도덕률에 의해 제한되어 있었다. 부는 개인이 자유롭게 사용, 수익, 처분할 수 있는 사적재산이 아닌 사회적 의미를 갖는 공적자산이며, 부자는 부를 자기 자신 또는 부 자체를 위해서가 아니라 사회를 위해서 사회를 위해 관리해야 하는 자 라고 생각되었다. 부를 위한 부의 추구의 정신은 존재할 수 없었으며, 부의 생산과 분배는 '내세에서의 개인적 구제'라는 맥락에서 생각된 사회적 복지에 대한 고찰에 의해 구속되어 있었다. 원래 영리는 인류의 역사와 같이 오래된 것이라고 한다. 그러나 중세에서는 개인의 이니셔티브에 기초한 부를 위한 부의 추구가 신성한 제재로부터 해방되어 자기 목적으로서 인정된 일은 없었다. 경제활동은 경제와 무관한 외적인 초자연적 신의의 재생산이며, 이 정태적 질서는 로마교회의 절대적 sanction에 의해 담보되어 있었다. 이 질서 아래에서는 서서히 고조되어 온 잠재적 생산력은 더 이상 발전할 수 없게 되어 생산력은 이 질서를 장애로 여겨 이를 타파하기에 이른다. 중세적 질서로부터의 해방, 즉 종교적 자유는 새로운 생산관계가 본격적으로 전개함에 있어 돌파되어야 할 최대의 관문이 되었던 것이다.

그 일은 여러 가지 단계를 거쳐 수행되었다. 이미 보았듯이 르네상스기에 있어 신흥 도시부르주아지가 중세교회의 계율을 무시하고 이득의 추구를 일삼았을 때, 그것은 공고한 종교적 이데올로기에 대한 도전의 첫 걸음이었다. 또 예를 들어 16세기 영국에서 맹아적 자본제적 지주가 상업의 발달에 대응하여 구래의 관습과 전통을 무시하고 지대를 터무니없이 끌어올려, 그것을 지불할 수 없는 농민을 거리로 내몰면서 태연했을 때, 일어나고 있었던 일은 단순한 경제적 혁명이 아니라 동시에 도덕적 혁명이기도 했다. 그러나 이를 가지고도 체제의 정신적 지주였던 교회의 권력은 반드시 흔들리는 것은 아니었다. 특히 기성도시의 독점 대부르주아지는 종교개혁이 진행됨에 있어 대체로 재건 가톨릭 교회와 제휴하여 반 종교개혁의 전선을 구성했으며, 이 경우에도 역시 기성체제를 유지하는 편으로 가담하는 일이 많았던 것이다.

체제화된 종교적 지배에 대한 투쟁은 주지된 바와 같이 우선 종교개혁으로써 시작되었다. 종교개혁은 현세적 삶을 로마교회의 권력으로써 담보된 공고한 이론적 지배의 체제로부터 해방하려고 했다. 그러나 종교개혁은 그것을 승려계급적 지배나 사클라멘토의 수괴로부터 해방하려고 했던 것이며, 그 현세 긍정은 르네상스처럼 금욕주의의 부정을 내용으로 하는 것은 아니었다. 종교개혁에서는 준엄한 원죄 관념과 확고부동의 내세관이 견지되어 있으며, 인생은 천국을 위한 시련 실증의 장이라는 관념은 가톨릭의 경우 이상으로 강했다고 까지 말할 수 있다. 다만 구원의 확실성은 인습적 가톨릭 교회의 여러 제도를 통해서가 아니라 각 개인의 스스로의 경험을 통해 획득되어야 하는 것이라고 인식되었으며, 동시에 그 확실성의 자각은 순 주관적으로가 아닌 성서를 중심으로 하는 객관적인 것을 매개로 하여 보증되어야 하는 것이라고 생각되었다.

이는 수세기에 걸쳐 사람들의 마음을 지배해온 일원적 종교적 권위 및 그것을 지주로 하는 정치적 지배체제에 대하여 뼈아픈 타격을 주는 것이었지만 다만 그것은 개인의 종교적 자유를 실현할 수 있는 것은 아니었다. 루터는 모든 신도가 성직자이기를 요구했으며 그 신도가 그와 다른 교의를 신봉할 권리를 인정하지 않았다. 루터는 또한 군주에게 그 신민의 종교를 통제할 권리가 있다고 여겼다. 종교개혁은 루터주의에서도 칼뱅이즘에 있어서도 국민교회를 만들어냈고, 국가의 목적은 신앙을 옹호하는데 있다고 했다. 이단을 근절하는 일은 국가의 의무라고 여겨지고 개인의 종교의 자유는 성립할 여지가 없었던 것이다.

종교개혁은 이와 같이 직접 개인의 종교적 해방을 의도하는 것은 아니었지만 개인의 해방을 자극했으며, 그 계기가 되었으며, 간접적 내지는 결과적으로 그것을 촉진했다. 종교개혁은 로마의 최고권을 타파함으로써 사람들의 생활에 대한 전통의 지배권을 이완시켰다. 불가침의 절대적 권위로써 근거지워져 있던 교의를 논의의 도마 위에 올림으로써 합리주의적 사고에 강렬한 자극을 주었다. 특히 종교개혁에 있어 광대한 교회의 영지가 몰수된 경우에는(영국) 그것은 앞에서 말한 바와 같이 부르주아지 손으로 자본이 축적될 것을 가능케 했다는 점에서 자본제 생산을 직접 자극했을 뿐만 아니라 경제적 영역에 있어 교회의 권위를 타파함으로써 심리적으로도 이를 자극했던 것이었다. 개인의 생활활동의 구석구석까지 구속하고 있었던 중세적 우주관의 붕괴를 통해 자본제 생산양식은 의심의 여지없이 발달할 가능성을 일정하게 부여받는 결과가 된 것이다.

그런데 앞에서 말한 바와 같이 종교개혁으로써 개인의 종교적 자유는 실현되지 않았으므로 종교적 박해의 논리도 치명적일 수 없었다. 각 종파는 자신의 신조를 정치적으로 관철하려고 했으며, 이에 장기에 걸친 종교적 내란과 종교전쟁의 시대가 이어지게 되었다. 이는 질서와 안전을 추구하는 부르주아지와 그 자본제 생산의 이해에 치명적이었으며 그들의 종교적 자유에 대한 강한 요구가 제기되는 결과를 초래하게 되었다. 그리고 자신의 군사력의 기초를 부분적으로 자본제 생산에 두는 절대왕제가 그 권력에의 의지를 적나라하게 드러내면서 이 부르주아지의 요구에 양보했을 때 여기에 종교적 자유로 한층 접근한

종교적 관용이 성립하게 된다. 즉, 만약 종교적 박해가 성공할 전망이 있다면, 국가의 종교적 양심은 이단에 대한 완벽한 박해를 통해 보전되어야 한다. 그러나 만약 박해가 성공할 전망이 없다면(즉 종교전쟁이 불가피하며 비참과 혼란이 필연이라면) 국가는 종교적 양심 때문에 멸망하지는 말아야 한다고 생각되었다. 절대군주는 그 지위를 보전하기 위하여 성장하고 있었던 부르주아지의 안전과 질서에 대한 요구에 종교적 관용이라는 형식으로 응답해주지 않을 수 없었던 것이다.

그러나 이 일은 시민혁명 이전에 종교적 자유가 성립했다는 것을 의미하는 것은 아니다. 그때 달성된 것은 종교적 관용이었으며, 그것은 불완전한 종교적 자유였다.¹¹⁾ 진정한 종교적 자유는 획득되지 않았다. 게다가 그 종교적 관용조차도 박해가 성공할 전망이 없는 경우에 국가가 다른 고려(안전과 질서)에서 감수하는 타협에 지나지 않았다. 타협 없이 안전과 질서를 확보할 수 있는 경우에 종교적 관용이 인정된다는 보장은 없었던 것이다.¹²⁾

더구나 한편으로 국가는 종교개혁을 경과하고 종교적 관용을 인정함으로써 세속국가로서 거듭나고 있었다. 국가는 종교적 양심과 질서 및 안전을 저울에 놓고 공리적으로 較量하면서 후자를 선택함으로써 종교적 관용을 인정한 것이었다. 말하자면 천국적 이익에 기초해서가 아니라 지상적 이익에 기초해서 정치적 결단을 내린 것이었다고 할 수 있는 것이다. 그것은 개인의 경제활동이 종교적 계율에서 해방됨과 동시에 국가 또한 그것으로부터 해방되었다는 것을 의미한다. 뿐만 아니라 국가는 종교를 도구로 이용하면서 종교로 하여금 국가에 봉사케 했다. 군권신수설에 의한 절대권력의 정당화는 그 단적인 표현이었으며, 국가권력은 종교적 권위를 업고 고유불가침의 것으로 주장되었고 그러한 것으로서 수용할 것을 강요했다. 거기서는 인민의 종교적 자유는 역시 성립될 수 없었다.

특히 부르주아지와 왕권과의 동맹이 깨어져 양자의 대립(특권 대부르주아지는 왕권 편을 들었다)이 결정적이 되었을 때 교회는 왕권 측에 가담하여 그 권력의 도구가 되었다.¹³⁾ 여기에 참된 의미의 종교적 자유의 보장은 시민혁명의 가장 큰 과제의 하나가 되었던 것이다. 시민혁명의 과정을 거쳐 보다 넓은 민중적 기반 속에서 신교의 자유, 국교분리의 요구가 제기되기 시작하는 것이다. 부르주아지는 앞에서 살폈듯이 이미 절대주의 하에서 체재내화된 종교적 지배를 사실상 무시하기 시작하고 있었다. 여기서도 체제종교의 압력을 정면으로 받고 있었던 것은 직접 생산자 대중이었으며, 시민혁명의 과정에서 제기된 그들의 종교적 자유의 요구야말로 진정 혁명적이었던 것이다!¹⁴⁾(단, 그들은 당시 미처 충분히 조직되어 있지 않았으며, 혁명의 과정에서 급진적 종교운동에 의해 에너지가 분산되는 결과를 가져왔다).

11) '종교적 관용(religious toleration)'이란 어떤 의견, 신앙 및 종교적 행위가 교회 또는 국가에 의해 재가(approve)되고 있는 한편, 다른 의견, 신앙, 종교적 행위가 용인(accept)도 재가(approve)도 되지 않은 채 관용되고 있는 국가정책을 지칭한다. 이에 여러 가지 편차가 있었다. 관용이 그리스도교의 특정 종파에만 주어지는 경우가 있었고 또 관용은 관용된 사람들의 공직이나 일정한 직업으로부터의 배제를 수반하는 경우도 있었다. 이에 대하여 '종교적 자유(religious liberty)'는 예배가 모든 단체에 자유롭게 허용되며, 어떠한 교회의 성원에게도 민사적 능력제한이 과해지지 않는 국가정책을 말한다.

12) 따라서 참된 종교적 자유를 추구하는 자는 종교적 관용을 비난했다. '내가 볼 때 무제한의 종교적 자유는 지극히 신성한 권리이며, 그것을 관용이라는 말로 표현하는 것은 그 자체가 일종의 專制이다. 관용하는 권위는 또한 관용하지 않을 수도 있으므로' (미라보). '관용은 불관용의 반대(opposite)가 아니라 그의 偽裝(counterfeit)이다. 양자는 다 전체주의이다. 하나는 양심의 자유를 인정하지 않는 권리를 가진다고 주장하는 것이고, 다른 하나는 그것을 부여할 권리를 가진다고 주장하는 것이다. 하나는 화형의 불길로 무장한 교황이며, 다른 하나는 면죄부를 팔아먹는 교황이다.' (페인)

13) 프랑스에서는 '거의 대혁명의 전야에 이르기까지... 왕위와 제단(카톨릭 교회)의 동맹은 당시의 민심을 혼드는 일 없이 계속되었다' (H.Laski <French Revolution and Socialism>)

14) levellers (수평파)가 그 대표적 경우이다.

신교의 자유 조항은 시민혁명 후에 권리선언 속에서 주요한 지위를 차지했다(프랑스 인권선언 10조, 버지니아 권리장전 16조 등). 영국의 경우 명예혁명 후의 권리장전(1689)에는 중무관 재판소의 금지(1항) 및 신교도의 자위를 위한 무기 휴대권(1항7호) 외에 직접 이를 정하는 규정은 없지만 실질적으로 퓨리탄 혁명이 정치적 지배에서 교회가 수행하는 역할을 뿌리로부터 뒤엎고 인민의 종교적 자유 형성에 기여한 정도는 헤아릴 수 없다. 퓨리탄 혁명 후 '국교회는 권력의 도구가 아니게 되었고 품위의 표시가 되었다'라고 한다.

이와 같은 종교적 자유의 이론화로써 여기서도 로크의 이론을 발판으로 해본다. 그의 종교적 관용론 속에는 이미 살펴봤듯이, 절대군주의 적나라한 현세적 이익에 적합하다는 관점에서 종교적 관용이 필요하다고 주장하는 공리적 측면도 포함되어 있다. 그는 종교적 박해가 피 박해자로 하여금 외국으로 망명케 하여 국가가 그 지식과 기술을 이용하는 기회를 잃어 그만큼 외국을 이롭게 하게 됨으로써 국가의 불리하게 작용한다는 점을 지적하면서 바로 그 때문에 종교적 관용이 필요하다고 주장하고 있다. 그러나 그는 거기에 머물러 있지 않다. 그의 종교적 관용론의 핵심은 정치사회의 문제의 외면성과 종교적 신조의 내면성의 통찰에 있다. 그에 의하면 국가의 임무는 사람들의 사회적 이익(생명, 자유, 건강, 신체의 안전, 화폐, 토지 등의 외면적인 물자의 소유)의 확보, 유지, 촉진에 있으며 그 기능은 이 임무를 달성하기 위한 형벌부과라는 외면적인 힘을 행사하는 데 있다. 이에 대하여 '진정한 구제를 위한 종교는 마음의 내면적 확신에 존재하는 것이며, 신앙고백도 예배도 '그것을 수행하는 사람들이 마음 밑바닥으로부터 그 고백의 진실성을 믿고 그 예배가 신에게 받아들여짐을 믿고 있는 것이 아니라면 영혼의 구제에는 도움이 되지 않는다'.

그래서 첫째로, 사람이 이와 같은 내면적 확신에 기초함으로써 비로소 가능한 자신의 구제에 대한 배려를 포기하고 이를 타인(따라서 정부)의 선택에 맹목적으로 내맡긴다는 일은 있을 수 없다. 따라서 영혼과 관련된 배려는 정부의 위임된 것은 아니다, 라고 생각하지 않을 수 없다.

둘째로, 정부의 기능은 형벌의 부과라는 외면적인 힘을 행사하는데 있으며, 외면적 힘으로써는 "사람들의 내면적 판단을 면하게 하거나 신념을 생기게 하는 일"을 할 수 없으므로 영혼의 문제는 정부의 권한이 아니다, 라고 해석할 수밖에 없다.

셋째로, 설령 국가가 국민이 신봉해야 할 종교를 정하고 강제하여 인민이 '자신의 이성의 빛을 버리고 자신의 양심의 명령을 어기고 맹목적으로' 이에 따르도록 해도 그것은 영혼의 구제에 도움이 되지 않기 때문에 영혼 구제의 문제는 정부의 소관이 아니다, 라는 결론에 이르지 않을 수 없다.

이리하여 당시의 정신생활에 중추부분인 종교에 있어서 국가권력이 관여할 수 없는 내면적 자유가 확립되었다.15) 종교개혁은 신앙의 권리의 주된 기준으로서 권위에 대신하는 이성을 내세웠지만 종교적 신념의 분열은 걱정을 나아 처참한 종교적 불관용·박해와 종교투쟁을 초래하여 절대군주의 공리에 입장에서 종교적 관용을 거쳐 결국 참된 종교적 자유에까지 고양되었던 것이다.

15) 로크의 주장을 논리적으로 철저히 밀고 가면 국가는 커먼 웰즈를 교란할 듯한 형태의 종교적 신앙에 대해서는 간여할 수 있겠지만 그 외의 모든 신앙에 대해서는 자유를 인정해야 하는 결과에 도달할 것이다. 그러나 로크도 그 시대의 자식이었으며, 역사적 구체적 현실에 제약 받은 의식의 한계에서 두 가지 신조(신앙)을 그 자신의 논리에 반하여 종교적 관용 밖에 두고 있었다. 하나는 로마 카톨릭시즘이다. 이유는 그것이 '신앙은 이교도와 공통으로 지니는 것이 아니며', '파문 당한 국왕은 그 왕관과 광국을 물수당하는' 것임을 가르치기 때문이라고 설명되었다. 다른 하나는 무신론이다. '인간 사회의 유대인 계약, 聖約, 선서는 무신론자에게는 무력하다. 사상에서만이라 하더라도 신을 제거하면 모든 것이 붕괴한다. 뿐만 아니라 무신론을 가지고 모든 종교를 흔들고 멸망케 하는 자에게는 관용의 특권을 요구할 종교적 명분이 없다'.

(4) 사상 및 그 교환의 자유

그런데 종교적 관용보다 진정한 종교적 자유로 고양하는데는 국가라는 것에 관한 사고방식의 근본적 전환을 필요로 했다. 국가 권력의 구성과 운영에 관하여 새로운 사고방식과 원칙이 주장되어 확립되지 않으면 안되었다. 그런 사고방식과 원칙은 이미 살핀바 있는 절대왕제와 신흥부르주아지 사이의 정치적 동맹의 분열의 과정을 거쳐 구상되고 표명되어 왔다.

절대왕제와 신흥 부르주아지 사이의 동맹은 일정한 시점(영국에서는 16세기 초)까지는 진척되었다. 그러나 그 후 양자의 이해는 대립하게 된다. 절대왕제가 부르주아지에 대하여 동맹을 요청한 것은 자신의 경제력·군사력을 강화하여 농민의 반 봉건투쟁을 분쇄함과 동시에 다른 봉건적 지배자들을 압도하여 유일 최고 절대권을 세우기 위한 것이었으나, 이 일이 성공하면 할수록 부르주아지와 동맹이 파탄에 직면하는 것은 사실은 당연한 일이었다. 즉 동맹덕분에 국왕을 그 권력을 강대화·절대화 할 수 있었다. 한편 국왕이 군사적 노력을 하면 할수록 신흥 부르주아지는 부를 늘렸다. 통합 재편된 것이라고는 하나 절대군주의 권력은 본질적으로는 봉건적인 권력이며 봉건적 사회질서가 자본제적인 질서로 전환해버릴 것을 절대군주는 허용할 수가 없었다. 그는 부르주아적 부의 증대, 자본제적 여러 관계의 무분별한 발전에 대해서는 다른 일반 봉건적 토지 소유자와 마찬가지로, 아니 그 이상으로 중대한 위협을 느꼈던 것이다.

그러나 비야흐로 최고 절대화에 도달해 있던 권력은 자기 자신 내부에 밖에 가치기준을 갖지 않으며 따라서 그 행동양식은 지극히 독선적이며 자의적인 것이었다. 특히 위기감을 느낄 때 그것은 일반적으로 불필요하게 위압적이며 비합리적이기 되기 마련이다. 예를 들어 영국에서 엘리자베스 1세는 현명하게도 침묵하고 있었는데도 제임스 1세는 거창한 군권신수설을 떠벌리곤 했다. 그러나 다른 한편 일정하게 성장한 자본제 생산은 합리적 계산의 틀을 행동의 준칙으로 한다. 자본제 생산에 있어 이와 같은 독선적 자의적 권력은 예측가능성을 실증케 하는 것으로서 위험한 존재였던 것이다. 자유로운 소유권 자체는 봉건제 틀 안에서 자생적으로 생성해 온 것이지만 이를 확보하여 참되게 실현시키기 위해서는 이제 그 담당자인 부르주아지의 명확한 자각적 행동을 필요로 하게 이르렀다. 앞에서 말했듯이 절대주의 체제는 소유권의 자유와 안전에 대해 중대한 위협으로 변하고 이를 확보하기 위해 체제의 변혁이 필요 불가피하게 되었던 것이다.

대결의 초점이 체제의 고수와 변혁이라면 변혁을 요구하는 측이 단순한 소유권의 자유에 그치지 않는 광범위한 비판과 행동의 자유를 요구하고, 체제를 고수하려는 측은 일반적으로 (위기감이 높을수록 특별하게) 모든 비판을 봉쇄하고자 자유일반에 대한 억압자로 변해갈 것은 정해진 이치다. 실제로 사태는 그와 같이 진전되었다. 그리고 이 경우에도 자유를 요구하여 행사함에 있어 앞장선 것은 누구보다도 부르주아지였다. 그들은 상공업에 영위하는 입장에 있는 자로서 당초는 상공업에 대한 국가의 자의적 간섭에 대하여 개별적으로 반대·항의함으로써 그런 자유를 행사했다. 예를 들어 제멋대로 정해진 휴일이나 성인축일을 강제하는데 대하여 부르주아지는 장사에 대한 방해라며 반대했다. 독점기업 앞에 또한 부르주아지는 독점기업에 대해 반대했는데 그것이 불가등귀의 원인이 되고 국왕을 뇌물로 부패시킨다며 항의했던 것이다. 그들은 대규모 상사회사 대해서도 그것이 자유로운 신민의 근로의 자유로운 행사를 상수할 기회를 부정한다는 이유로 반대했던 것이다.

그러나 이와 같은 반대·항의에 대해 독선화하고 있었던 절대주의 권력은 귀를 기울이려고 하지 않았다. 부르주아지의 입장 또한 당시로서는 안전과 질서를 위해 강대한 국가권력 그 자체를 부정하지는 못하고 특히 산업혁명에 의한 기계제 공업의 성립을 통해 자본의 노동에 대한 강력한 지배가 확립하기 전에는 권력에 의한 얼마 간의 보호 및 특권부여 없이 자립할 수도 없었기 때문에 그 권력에 대한 항의·

반대도 개별적 조건 부 대응일 수밖에 없었고 고작 국가의 권력행사가 되도록 부르주아지의 의향을 감안해서 행해질 것을 요구하는데 그쳤다. 그것은 공권력의 정통성의 기초가 되어야 할 언론의 자유의 이념까지는 여전히 상당한 거리가 있었던 것이다.

그러나 양자의 대항이 체제의 존폐를 둘러싼 대결로 고조되어 가는 과정에서 부르주아지의 산발적인 항의나 반대의 충동은 이윽고 점차 언론의 자유라는 원리적 요구에까지 제고되어갔다. 즉 왕권 측은 체제의 이해가 얽힌 개개의 정책을 관철시킴에 있어 때때로 일체의 비판을 억압하고 인민의 언론 일반을 탄압하는 폭거를 저질렀기 때문에 그 정책에 대한 인민의 반항은 싫든 좋든 또 당사자가 의식하든 못하든 개개의 정책에 대한 반대운동이기를 넘어서 언론의 자유일반을 옹호하기 위한 투쟁으로까지 전화 확대해가지 않을 수가 없었던 것이다.

엘리자베스조 시대의 독점정책과 부르주아지의 반대투쟁은 그 전형적 사례이다. 여왕은 당시의 부르주아적 발전아래 이를 교묘하게 체제 내로 흡수하면서 절대권력을 형성 강화해나가는 과정에서 일반 의원에게는 이해하기 어려운 복잡한 정책을 교묘하게 추진했기 때문에 하원에서의 언론의 자유를 위협하고 성가신 것으로 여겼다. 그녀는 언론의 자유가 어떤 의제이든 자유롭게 토의할 수 있다는 것을 인정하려 하지 않았고 그녀가 적절하다고 생각하는 의제만을 토의할 자유를 가리킨다는 생각을 고집하려 했다. 그것은 당연히 의회로 하여금 언론의 자유의 소중함을 자각케 함으로써 반발을 불러일으켰던 것이다.

17세기에 들어서 앞에서 말했듯이 절대왕제의 재정정책은 왕권과 의회의 이해가 대립하는 가장 중대한 계기가 되어 의회는 재정을 통해 왕권에 압력을 가하려 하고, 왕권은 재정에 관한 의회의 발언권을 봉쇄하려 했다. 제임스 1세는 베이츠 사건(Bates's case : 1605)에서 세 조세 부과권에 관한 유리한 판결을 얻은 것을 기화로 "수출입 상품에서 세금을 과하는 국왕의 권력 혹은 대권의 대해 논의를 해서는 안 된다"라는 명령을 하원에 들이댐으로써 하원의 격렬한 비난을 초래했다. 토론의 자유 부정은 의회의 자유의 죽음을 의미하는 것이었기 때문에 이는 당연한 일이었다.

찰스 1세의 시대가 되자 의회 내부에서 왕실을 지지하는 구 귀족, 보수적 젠트리 및 독점업자 등과 이에 반항하는 진보적 젠트리 및 부르주아지와와 분열이 생겨, 후자가 의회 밖의 민중에 호소하여 그 지지를 획득하려고 한데 대해 전자는 이에 강경하게 반대함으로써 산업의 자유를 위한 투쟁과 언론 출판의 자유를 위한 투쟁은 일치하여 합쳐지게 이르렀다. 1641년 진보적 젠트리 및 부르주아지는 국왕의 부패와 실정을 공격하는 대 항고(Grand Remonstrance)기초하여 국민에 호소하기 위해 출판하려 했으나 왕실을 지지하는 세력은 광범한 민중을 선동하는 일이 자기들의 우월한 지위를 확보해주는 사회질서의 붕괴를 초래할 것을 두려워하여 이에 반대했던 것이다. 진보적 젠트리 및 부르주아지의 반 절대왕제 투쟁이 수행되는 과정에서 언론의 자유에 의거하는 새로운 정치행동의 방식이 생겨 나온 것이다. 그 자유는 부연한다면 다음과 같은 여러 자유를 포함한다고 할 수 있을 것이다. 정치 목표 구상설정의 자유(사상의 자유), 그 표현·교환의 자유(언론·출판의 자유), 및 그 실현을 위한 행동의 자유(집회·결사의 자유) 등이 그것이다. 부르주아지의 재산의 자유와 안전에 관한 요구는 필연적으로 이와 같은 정치적 발언과 행동의 자유에 도달하지 않을 수 없었던 것이다. 그것은 국가권력의 구성과 운영에 관한 특정 원칙의 제창이며, 결국 '국가 목적의 재정의'에 다름 아니다. 그것을 실현하고 실행하는 일이 곧 혁명이며, 부르주아지의 소유권의 자유와 안전에 관한 요구는 바로 이 시민혁명을 필요로 했던 것이다.

여기서 가장 주목해야 할 것은 시민혁명의 과정에서 언론의 자유의 원리가 인민 대중 속으로 깊이 스며들어가 그것이 결국 혁명을 승리로 이끌었다는 점이다. 예를 들어 1642년 영국에서 의회파가 찰스 1세에 대해 투쟁을 시작함으로써 투쟁의 단초를 열어 혁명이 시작되었을 때, 의회파의 대열은 결코 통일된 것이 아니었다. 거기에는 대 상업 부르주아지, 자유무역을 바라는 부르주아지, 진보적 젠트리, 요먼 및 소농민, 수공업자 등등의 대중이 모여 있었으며 신분의 차이, 종파(장로파, 독립파, 비국교)의 차이,

그리고 출신지의 차이 등등이 유효하고도 강력한 혁명전투의 수행을 방해하고 있었다. 이때 크롬웰은 혁명과, 특히 군대 내부에 완전한 토론의 자유를 도입하여 무엇을 위해 싸우는지를 그들의 철저한 토론에 내맡겼다.(혁명과 내부에서도 장로파는 국왕의 부당함을 인민에게 솔직히 호소함으로써 자기들이 급진적 민주주의에 과도에 휩쓸릴까 두려워했으며, 완전한 토론의 자유를 결단하지 못하고 주저하고 있었다.) 그 결과 그들은 혁명의 목적을 자기 자신의 것으로 자각할 수가 있었고, 이 때문에 혁명은 승리할 수가 있었다. 그들은 혁명의 과정을 통해 사상·언론의 자유를 자기 자신의 것으로 만들어 갔으며, 혁명에 승리함으로써 자유를 실현했던 것이다.

혁명의 성취에 의해 다만 권력행사가 바뀌기만 한 것은 아니다. 새로운 체제가 세워진 것이다. '사람의 지배가 아닌, 법의 지배'가 슬로건이 되었다. 다시 말해 정치적인 뿐 아닌 정신적 가치를 독점하는 절대 무제약의 권력자의 의지(자의)가 아닌 무엇이 국민적 이익인가에 대해 인민대중의 이성애 기초한 자유로운 토의의 결과 각자의 확신 속에서 나온 일반의사=법이 지배해야 하는 것으로 인식되었던 것이다. 다만 혁명의 가장 기저부분을 담당했던 계층의 요구는 혁명 후 반드시 그대로의 형태로는 실현되지 않았지만, 이 기저의 추진력이 존재함으로써 비로소 부르주아지의 혁명지도가 가능했던 것이며 이 기저의 원리가 부르주아지가 세운 체제에 대하여 규정적 영향력을 미치고 있다는 사실은 부정할 수 없을 것이다. 이제 새로운 원리의 이론화와 관련해서 로크의 주장을 살펴본다.

로크에 의하면 자연상태에서 처음부터 지배나 강제가 있을 수 없다. 그런 것들이 존재하지 않는다는 의미에서 인간은 자유롭다. 그러나 자유롭다는 것은 방종을 의미하는 것은 아니다. 인간은 자기를 보존하여야 하며, 즉 자기신체 혹은 소유물을 자유롭게 처분할 수 있지만, 그러나 그것을 그대로의 상태로 보유하는 것보다 더 유용한 목적에 사용하는 것이 아니라면, 소유물을 파괴할 수 있는 것은 아니다. 즉 자연상태에는 자연법의 지배가 관철되어 있으며, 각자는 이에 구속받는다. 인간은 똑같이 자유롭다는 의미에서 서로 평등하며 각자가 자기를 보존해야 함으로 자기보존이 생존경쟁을 이유로 하지 않는 한 타인의 생명 및 생명보존의 수단(자유·건강·손발·재산)을 침해하는 것은 용납되지 않는다.

다만 전 인류의 평화와 보존을 목적으로 하는 이 자연법을 준수하는 일은 자연상태에서는 각자의 손에 내 맡겨지지 않을 수 없다. 완전히 평등한 상태에서는 한 사람의 다른 사람에 대한 우월은 없는 것이므로 이 자연법의 침해를 방지하기 위해서는 자유·재산을 침해받은 자가 침해자를 처벌할 수밖에 없다. 그러나 당사자는 자기 자신의 이해 때문에 편견을 가지고 있기 때문에 자연법을 공정하게 적용할 수 없을 것이다. 이와 같은 상태에서는 생명과 자유의 보존 및 그 기초인 사유재산은 안전하다고는 할 수 없다. 이에 각자가 법의 집행자라는 불편을 없애고, 이들의 자유를 보다 잘 보존하기 위해 서로의 동의(계약)에 기초하여 국가를 형성하고 갖가지 개인적 판단에 영향받음이 없이 자연법을 해석 적용하는 기관을 설치하여 각자가 가지고 있었던 처벌권을 이에 떠맡기게 된다. 이것이 바로 국가이다. 국가는 이와 같이 신탁된 권력을 갖는 것이며, 결국 국가의 존립 목적은 각자의 생명·자유·재산의 보다 완전한 보존에 있다고 설명되는 것이다.

이와 같은 사회계약설을 출발점으로 로크의 사상은 국가 권력의 구성과 행사에 관한 기초적 원칙들을 제시하기 시작한다. 그리고 여기서 중요한 것은 국가 권력의 기초는 인민의 신탁(Trust)위에 놓이며, 정치적 지배의 유일한 정통적 근거는 인민의 동의(consent)에 있다는 사실이다. 이는 '신으로부터 수여 받았다'라는 픽션을 거침으로써 인민에 대한 정치권력을 국왕에 고유한 것으로서 규정하는 군권신수설을 정면으로 타파하는 것임은 말할 나위도 없지만, 이 국가 권력의 근거를 180도 전환시킴으로써 이번에는 국가권력의 변질을 결과하지 않을 수 없다. 즉 국가 권력은 특정 목적을 위해 신탁된 한정적인 내용을 같은 것이 되는 것이다. 그 목적은 가장 직접적으로는 인민의 재산권보호지만 다소 일반화시켜 말하면, 인민이 자연상태에서 가지고 있었던 권리(자연권)의 보호라는 이야기이다. 이와 같이 권리를 실정국법(따

라서 국가)의 산물로 보지 않고 국가 이전의 것으로서 구성하여, 국가를 이 자연권의 보호라는 특정 목적을 달성하기 위한 임의적 구성물로 이해했다는 사실은 결정적으로 중요하다.

첫째로, 국가의 권력과 권위는 사람들을 규율하는 실체규범의 원천이 아니라 국가 이전에 존재하는 실체규범(자연법)의 타당함을 보장할 강제적 권력이라고 생각된다. 앞에서 보았듯이 로크에서는 자연상태는 무질서 상태가 아닌 자연법이 지배하는 상태이며, 자유란 “누구도 하고 싶은 일을 하는 자유”가 아니라 “자기가 그 아래 있는 법(자유법)이 허용하는 범위 내에서 그의 신체, 행동, 소유물 및 그의 전 재산을 원하는 대로 처분하고 처리하고, 그렇게 함에 있어 타인의 자의적인 의사에 종속되지 않고 자기 스스로의 의사를 따르는 자유”(2-57)를 의미한다. 즉 자유란 자연법을 준수하는 일이며 해도 되는 일과 안 되는 일(실체적 권리와 의무)은 이 자연법으로써 규범지어져 있는 것이다. 원래 사람들이 서로의 동의(계약)에 의해 정치사회를 설립하고 이에 정치권력을 신락한 후에는 자연법에 의해 주어진 사람들의 자연적 자유는 국가 권력에 의해 제약을 받게 된다(2-129). 그러나 국가상태에 들어감에 있어 각자가 포기하고 국가에 신락했던 것은 “자연법의 집행권”(2-74, 89, 131) 즉, “자연법에 반하는 범죄를 자신의 사적 판단을 행사하여 처벌할 권력”(2-88)이다. 그것은 강제명령 권력 일반이 아닌 극히 한정된 내용 구조의 권력이다. 그 점은 로크의 입법권의 정의를 볼 때 잘 이해가 된다. 입법권은 국가권력의 중핵이라고 인정되어 있는 바 그것은 글자 그대로 실제상·절차상의 모든 규범을 정립할 수 있는 권력이 아니라 “사회구성원 사이에서 저질러진, 그가 처벌을 받아야한다고 생각되는 여러 범죄에 대하여, 어떠한 처벌을 가해야 하는가를 정하는 권력”(2-88)이다. 실제 규범의 정립(해서 될 일과 안될 일 경계를 정하는 것)은 국가의 임무가 아니다. 국가는 국가 이전의 사회에서 받아들여지고 있는 실체규범을 관철시키기 위한 제재(피해자 입장에서는 구제)를 정하고 그 부과기구 및 절차를 정하는 것을 임무로 한다. 즉 여기서 상정되고 있는 국가법은 사법(司法)법이며 국가의 입법권이란 주로 사법(司法)법을 정립할 권한에 다름이 아니다. 그리하여 행정권은 입법자가 정립한 규범을 충직하게 집행하는데 그치는 것이며 독립적인 자유계약권을 갖지 않으므로 정치사회형성후의 국가권력에 의한 인민 자유의 제약이라고 해도 그것은 구조적으로 매우 한정된 것임을 알 수가 있다. 국가 권력의 기초가 변했을 뿐만 아니라 국가 권력이 특정한 구조를 갖는 것으로서만 그 존재를 인정받고 있다는 사실을 주목해야 한다.

둘째로, 국가는 사람들이 특정의 목적을 위해 서로의 합의로써 구성하는 것이므로 그것은 인간의 자각적 의사활동의 소산이며, 하나의 목적단체라는 사실에 주목한다. 여기에 국가의 존립목적의 범위 밖에서 국가권력이 관여하지 않는 “인간의 사적 생활 영역”이 존재할 수 있는 여지가 나온다. 국가는 인간이 태어나면서부터 자신이 그 속에 포착되어 있다고 느끼는, 그리고 인간의 전 인격을 흡수하는 자연생적(自然生的) 단체가 아니라 자유로운 인간이 그 자유의사에 기초하여 그 자유를 보다 잘 보존하기 위해 그 자유(자신의 신체와 재산에 대한 지배)의 일부를 포기하고 이를 신락하면서 구성된 목적단체이기 때문에 인간의 前국가적 자유 중 국가설치목적과 무관한 부분은 그 자신의 “사적 자유”로서 국가로부터 자유롭게 존속한다.

다만, 인간이 정치사회를 구성하고 이에 권력을 신락한 이상 이 권력이 인간의 생활의 모든 측면에 미치고 권력에 의한 제한을 벗어나는 자유의 영역은 존재하기 어려워질 가능성이 있다. 그러나 로크의 이론은 “자기보존”이라고 하는 인간행동의 기본원칙 및 사회계약의 기본적 전제를 들어 이 가능성을 부정한다. 즉 사회나 정치에 관한 논의는 누구도 부정할 수 없는 인간의 기본적 본능을 전제하고 있으며 이 누구나 인정하지 않을 수 없는 전제를 감히 배척하는 것이 아닌 이상 이런 가능성은 부정될 수밖에 없는 것이다. 즉 인간은 원래 자연상태에서 자신의 생명을 자유롭게 처분할 권리를 갖지 않았던 것이다. 따라서 그는 계약으로써 원래 자기가 갖지 않는 것을 타인에게 줄 수가 없다(2-135, 149, 168, 172). 따라서 사람이 정치사회에 양도하는 권력은 그가 자연상태에서 갖고 있던 권력 즉, “자연법이 그 자신

및 다른 사람들을 보존하기 위해 인간에게 부여한 정도의 권력”(2-135)이며 생활여탈의 부제한의 절대권일수는 없다. 루소도 말하고 있듯이 자신의 자유일반을 포기하는 계약은 “인간으로서의 자격...뿐만 아니라 인간의 의무를 포기하는 것”이며 “그와 같은 포기는 인간의 본성과 모순된다” 왜냐하면 “인간의 의사로부터 자유를 모두 배제 해버리면 그 행위로부터 모든 도덕성을 제거하는 결과가 되기” 때문이다. 한편 절대적 권위를 주고 다른 편에 무제한의 복종을 의무로 규정하는 계약을 생각한다는 것은 논리모순이며 그와 같은 내용의 권리의무관계를 계약으로써 설정하는 것은 논리적으로 불가능하다. 또 설령 사람은 스스로 맺은 계약에 속박을 받는다고 하더라도 그는 어른이 되면 그와 마찬가지로 자유로와 질 그의 자손까지도 속박하고 그의 자유까지도 미리 박탈해버리는 것과 같은 예속의 계약을 체결할 권리를 갖는 것은 아니다. 어쨌든 국가 권력은 “사회가입의 목적이었던 자기보존이라고 하는, 이 근본적인, 신성하고 불변의 법칙”에 의해 구속되어 큰 한계를 갖는 것이며, 그 한계 너머에는 국가권력이 관여할 수 없는 인간의 사적 자유(인간정신의 자유)가 존재하게 되는 것이다. 이는 단적으로 국가는 부르주아지의 재산을 지키기 위해 존재하고, 국가는 부르주아지가 그 재산을 자유롭게 사용하면서 이익을 견고 또 처분하는 것을 방해해서는 안 된다는 주장일 것이다. 그들의 재산의 자유와 안전에 관한 요구는 자연적으로 정치적 발언과 행동의 자유에까지 고조되고 나아가 국가권력의 구성과 운용의 관한 새로운 원칙을 제창하기에 이르지 않을 수 없었던 것이다.

5. 기본적 인권의 전개

(1) 초기 시민국가

시민혁명¹⁶⁾은 로크가 주장하고 구상했던 바를 그림에 그린 듯이 실현시켰다. 로크의 정부론의 집필 시기를 정확히 확정하는 것은 어렵지만, 그것이 찰스 1세 치하 로크가 네덜란드에 망명 중이었을 때 구상된 것은 확실하며, 다만 출판은 명예혁명 후였다. 따라서 이를 명예혁명을 정당화하기 위하여 쓰여졌다고 볼지, 혁명을 추진할 이념을 개진하려고 한 것으로 볼지, 다른 해석이 가능하지만 이 글에서는 그것은 아무래도 상관없으며 우리에게 중요한 것은 시민혁명으로 실현된 바가 대체로 그가 주장한 바와 일치되어있다는 사실이 중요한 것이다. 로크의 주장과 대조할 필요에서 아무래도 영국의 시민혁명을 검토할 것이 필요하다.

첫째로 봉건적 토지 보유 관계는 이미 사실상 거의 해체되어 있었으나, 1646년 명시적으로 폐기되었다. 교회의 왕실과 다수 왕당파 거물들의 땅은 크롬웰 혁명 정부에 의해 몰수되어 매각되었다. 기사파도 파산에 직면할 정도의 과세를 부과 받아 그 영지를 매각하지 않을 수 없는 경우가 많았다. 이들 대부분 토지는 투기적 구매자 손으로 들어갔고, 그들은 대부분 부르주아지였다.

왕정복고로 교회령과 왕실령은 반환되고 부유한 왕당파 사람들은 토지를 되찾았지만, 이미 그 동안 소유를 확대했던 부르주아지는 경작을 개량하고 엔크로저를 수행하고 지대를 시장수준까지 끌어올리고 있었기 때문에 이를 토지를 회복한 사람들은 새롭고 자유로운 시장관계에 적응하지 않으면 안되었다. 그들 대부분은 17세기가 저물 무렵에는 그들의 토지를 저당 잡히고 다시 그것을 매각해버렸다. 결국 혁명 전

16) 한 마디로 시민혁명이라고 해도 그 과정에서 소시민·노동자층의 급진이 있었고, 왕당파·대 부르주아지로부터의 반동이 있었으며, 그것은 결코 단순한 것은 아니었다. 영국에서는 크롬웰 혁명-왕정복고-명예혁명, 프랑스에서는 부르주아 과두제-소부르주아 독재-테르미도르 반동에 의한 부르주아적 안정 등등 고찰해야 할 많은 문제가 있으나 여기서는 생략한다.

에 기생적인 구 지배계급의 지배하에 있어 자본이 투하되지 않고 경제적으로 개발되지 않은 채 방치되어 있던 대량의 땅이 혁명 후에는 자본의 지배하에 들어가게 된다. 그리고 농업부분에의 자본투하를 가로막고 있던 봉건적인 여러 제약과 부담은 전면적으로 폐기되었던 것이다.

한편 등본토지보유농(copy holder)은 그들의 소유권에 대해 평등한 보증을 확보하는데 실패했다. 소유권의 절대자유성이 확립되고 등본토지보유농은 토지소유권자의 뜻대로의 지배하에 들어가게 되었다. 소유권자는 지대의 가혹한 착취, 엔크로저, 토지 없는 프롤레타리아들의 창출을 자유 자재로 할 수 있게 되었다. 이어지는 150년 동안 광범한 엔크로저와 토지수탈은 튜더·스튜어트 시기의 그것과 비교도 되지 않는 규모와 속도로 수행되었으며, 그것을 가능했던 것은 정부에 대해서도 차지농에 대해서도 절대로 자유로운 소유권이 시민혁명에 의해 확립되었기 때문이다.

또한 산업의 자유도 확립되었다. 산업에 대한 국가의 자의적 통제·간섭, 특히 독점은 폐지되었다. 길드나 도제에 관한 여러 입법도 공위(空位) 시대에 폐기되어 왕정복고 후에도 부활되는 일은 없었다. 요먼 층에서의 특권조합의 민주적 운동은 증대하여 그 중 몇몇은 독립된 법 인격성의 획득(incorporation)에 성공하여, 그럼으로써 상인적 요소의 지배로부터 스스로를 해방했다. 외국무역 분야에서는 여전히 배타적 특권에 기초한 무역조합이 존속되곤 했지만(동인도회사), 역시 독점과 특권은 상당한 정도 축소되었다(단, 국내상업의 경우와 달리 국외에서의 진정한 자유무역은 19세기까지 실현되지 않았다). 이와 같이 자유로워진 산업과 무역은 급속히 팽창했던 것이다.

둘째로, 국가 권력의 편성과 발동에 관한 원칙은 로크가 주장했던 바와 매우 비슷한 것이 되었다. 왕정복고는 형태상으로는 낡은 정치제도 “요컨대 1641년 8월의 헌법 그대로의 부활이었다” 그러나 그 내용은 크게 변화해 있었다. 국왕의 대권은 결정적인 타격을 입어 국왕은 독립적인 행정권을 잃었다. 대권재판소는 부활되지 않고, 설령 국왕이 독립적인 행정권을 가졌다 하더라도 그를 위한 중요불가결의 손발인 대권재판소는 완전히 사라져버렸던 것이다.

의회는 재정을 장악하는 힘을 강화했고, 혁명시대에 채용된 위원회 제도를 존속시켜 이후 이를 가지고 행정에 대한 지배력을 차츰 증대시켜 갔다. 그러나 그것은 의회가 최고권을 장악하고 의회가 지배의 유일한 주체가 되었다는 것을 의미하는 것은 아니었다. 국왕(의 정부), 상원, 하원 및 보통법(재판소)이 서로가 서로를 불가결한 것으로 인정하면서 공존한다는 기본적 헌법원칙은 불변이었으며, 정부는 뇌물(bribery)이나 역직(役職)공여(patronage)라는 수단으로 통치하는데 필요한 의회와의 타협을 이루어 나가기가 십상이었다(이 방식이 불가능해지고 폐기되었던 것은 겨우 1832년의 선거법 개정 이후이다). 의회는 국왕의 정부에 대한 이와 같은 관계에 있어서 “방해하는 방법 이외에 정부정책에 영향력을 미칠 수단을 갖지 못했다”라고 하는 것은 사실이지만, 그러나 의회가 끝까지 반대할 경우에는 정부도 정책을 실행할 수가 없었으며, 결국은 의회가 국왕에 우월하다는 대해 이제 논쟁의 여지는 없”는 것이 되었다. 결과적으로 “국왕은 계약적인 권리장전에 의해 의회에 결박되어 버렸”던 것이며 실질적으로 의회의 우위가 확립되었다고 말해도 될 상황이었던 것이다. 의회(하원)의 주된 구성요소는 젠트리(자본가적 지주)이며, 그들은 또한 치안판사로서 지방행정을 지배했다.

또한 common law는 에드워드 코크 卿에 의해 자본주의 사회의 필요에 적응하게 되었으며, common law 재판소의 독립은 1701년 이후 확립되게 된다.

시민 혁명후의 이와 같은 헌법 상황에서 중요한 것은 소유권의 절대적 자유(특히 토지)가 바로 그 절대자유로운 기능을 발휘하여 자의적으로 엔크로저를 수행하고 농민을 내몰았을 때, 앞에서 설명한 바처럼 조직된 국가권력이 이 과정을 전면적으로 승인하고 거리낌없는 진행을 지원했다는 사실이다. 부르주아적 지주의 지배하에 있던 의회는 희생자인 농민의 이익이라는 관점에서 앞의 과정을 저지한다는 일은 전혀 일어나지 않았다. 또 common law 및 그 재판소는 절대자유인 소유권을 왕실의 자의적인 간섭으

로부터 보호함과 동시에 레벨라즈(수평과)나 디거즈(diggers)등 대토지소유제 폐지 혹은 공유지에 대한 자유경작권 확립과 같은 급진적 요구로부터도 소유권을 보호했던 것이다. 산업자본주의가 성숙하기 위해서는 단순히 부르주아지 손에 자본이 집적될 뿐만 아니라 노동력의 공급부족이나 생산기술 및 시장의 미발달이 해소되어 또한 도시의 길드적 규제나 대무역회사의 지배가 폐기되지 않으면 안 된다. 이와 같은 이유로 소생산자와 지방시장을 중심으로 하는 과거의 생산양식은 해체되기 시작했고, 그것은 또한 정치권력이 누구의 손에 있었느냐가 중요했다. 이런 관점에서 젠트리및 부르주아지가 실질적으로 정치권력을 장악하고 있었다는 사실은 산업자본주의 성숙에 결정적으로 중요한 요인이었던 것이다.

인민의 자유라는 문제와 관련해 시민혁명이 수행했던 중요한 역할은 이상과 같은 것이었다. 즉 첫째로 소유권의 절대적 자유확립이었으며, 둘째로 그 소유권의 확립이 그와 같이 현실화 되도록 국가권력을 편제하고 운용한 일이었다. 그러나 시민혁명의 권리선언에 아름답게 구가되고 있는 기타 여러 자유를 볼 때 그런 것들이 현실적으로 얼마나 보장되었는가가 문제이다. 분명 절대왕제의 전제와 억압의 권력기구는 전복되어 자유로운 체제가 들어섰지만 그 자유로움은 대부분 앞에서 본 민주적인 권력체제와 관계되어 이로부터 나온 것이었으며, 신교의 자유, 언론·출판의 자유, 집회·결사의 자유, 나아가서 거주이전의 자유·직업선택의 자유 등 기본적 인권은 반드시 인권선언에 규정되어 있는 것처럼 완전히 보편적으로 보장된 것은 아니었다.

예컨대 우선 종교의 자유를 본다면 이렇다.

영국에서는 크롬웰 혁명은 권력의 도구였던 국교회를 타도했다. 왕정복고로 국교회는 다시 부흥했지만 부흥된 국교제도는 과거의 그것처럼 국왕이 신봉하는 교의를 정치적으로 실현(비 국교도를 개종시킴)시키려고 하는 것이 아니라, 앞에서 말했듯이 국왕의 단순한 품위의 표징이 된 것은 분명하다. 그러나 역시 이상과 같은 변화는 권력기구 속에서 종교가 수행하는 역할의 본질적 전환이며, 개인의 신교의 자유차원으로 내려오면 그것은 종교적 관용의 범위를 크게 벗어나는 것은 아니었다. 국교회는 비 국교도를 차별하고 종속을 강요했으며, 카톨릭교의 부활과 카톨릭 제도의 보급은 엄중히 저지되었다. 1689년의 신앙 관용법(Toleration Act)도 그다지 관대하지 않았고 신교의 비 국교도에 대한 조치도 형의 輕減이 고작이었다. 그들의 공민권 상실(civil disabilities) 및 카톨릭 교도에 대한 제정법 상의 구제 결여는 19세기까지 계속된다.

대혁명 후의 프랑스에서도 인권선언에 규정된 종교적 사상의 자유 보장 조항(10조)을 놓고 종교의 자유와 부자유가 격렬하게 교차됐다. 카톨릭이 압도적으로 우위인 프랑스에서 혁명 직후에는 신교도도 공직에 취임할 것이 허가되어 일정한 종교적 관용이 실행되었지만 유태인은 이런 관용의 대상에서 제외되고 있었다. 1790년에는 벌써 승려에 관한 민정헌법에 의해 국교회가 재조직되었다. 1795년 법령으로 국교 분리가 진행되고 모든 신앙 사이의 균형화가 도모되었으나, 이 세속국가의 관념과 정책의 결과는 神人兩愛教(Theophilanthropy)라는 새로운 합리주의 종교에 대한 정부에 공식·비공식적인 보호를 가져온 것 같다. 집정정부의 시대가 되자 나폴레옹은 이것을 타도하고(1801년) 다시 카톨릭교를 국가의 특별보호 아래 두게 되었다. (승려는 국고에서 봉급을 받았다) 국교제도는 1905년의 분리가 이루어질 때까지 계속되었다. 여기서도 ‘종교의 자유’의 실패는 인권선언에서 내세워진 바와 상당한 거리가 있었던 것이다.

언론·출판의 자유 보장도 시민혁명 후 자동적으로 실현된 것은 아니었다. 영국에서 1695년에 출판면허법이 폐지(갱신 거부)됨으로써 출판이라는 형태의 표현활동에 대한 사전억제(prior restraint)가 없어진 것은 사실이다. 그러나 common law 상의 범죄인 선동적 문서 비취(誹毀) (seditious libel)는 존속되어 운영하기에 따라서는 정부를 비판하는 표현활동은 현저히 탄압을 받을 수가 있었다. 원래 시민혁명 과정에서 부르주아지가 실현시키기 위해 열심히 투쟁해서 혁명 후에 쟁취해 낸 것은 앞에서도 말했듯이 의회의 특권으로서의, 내지는 의회에 있어서의 언론의 자유였던 것이고 시민 개인의 표현의 자유가 아니었

던 것이다. 시민 개인의 정치 비판은 때로 의회를 모욕하는 것으로서 '자유로운 언론의 부(附)인 의회에 의해 탄압되기가 십상이었던 것이다. 또 출판 검열제는 폐지되었지만 무대 검열제는 그 후로도 유지되었으며 표현 일반이 자유로워진 것은 아니었다. 밀턴에 의한 검열제 폐지론도 대체로 위대한 지식인의 자유의 옹호였으며, 일반 시민의 권력비판의 자유, 다수자가 증오하는 이단적 사상의 표현의 자유의 승인이었다고 하기 어려웠다.

프랑스 경우는 앞에서 언급한 대로 1793년에 벌써 치안 방해적 저작의 유포를 저지할 목적으로 자유로운 의견의 표현을 억압하는 법률이 만들어졌으며, 1814년에는 검열제도가 시행되고, 1819년에 폐지되었지만 바로 이듬해(1820) 부활하는 등 언론·출판활동의 자유는 '출판의 무제한적 자유' (1793년 헌법 제122조)의 보장에도 불구하고 그리 쉽사리는 실현되지 않았다.

가장 주목되어야 하는 것은 노동관계일 것이다. 인권선언을 바닥에 둔 근대 민주국가의 원리에 기초한다면 사람(즉 이 경우는 노동자)은 모두 자유롭고, 또 평등(자본가와 대등)하며, 거주이전, 직업선택의 자유를 가지며 스스로의 자유의사로 좋아하는 공장·사업소에서 마음에 드는 조건으로 고용되고 일을 한다는 이야기가 되어야 한다. 그러나 현실은 이 같은 이미지와는 동떨어진 것이었다. 예를 들어 영국에서는 1662년의 거주법 (Settlement Act)은 노동자의 이전의 자유를 제한하고 그들을 교구에 결박했다. 기업가들은 노동자의 자유에 가해진 국가법상의 제한을 '악용'하여 유리하게 노동을 지배할 수 있었다. 또한 1601년의 엘리자베스 1세 치하 救貧법은 시민혁명 후에도 본질적인 변화를 겪음이 없이 그대로 유지되었고 노동 능력 있는 빈민 (able bodied poor)에게는 노동이 강제되었다. 또 여전히 빈궁 내지 실업(부랑)은 범죄로 규정되어 이에 형벌이 과해졌다. 18세기에는 노역장(Workhouse) 제도가 도입되어 이것이 형벌을 대체하는 것이지만, 노역장은 때로 私人이 청부하는 바가 되어 사인의 관리하에서 흔히 '공포의 집(House of Terror)'으로 되었다. 게다가 노동자의 단결과 파업은 형벌이라는 협박수단을 가지고 엄중히 금지되었다. 어쨌든 노동관계는 평등한 당사자간의 자유로운 권리·의무관계라고는 도저히 말할 수 없는 강제와 부자유의 계기가 늘 따라다니게 마련이었던 것이다. 당시 노동의 생산력은 여전히 낮았다. 또 17세기 후반부터 약 1세기 동안은 항상 노동력 부족상태를 보였으며, 자본이 법의 도움을 받지 않고 노동을 완전히 지배하지는 못했다. 노동력 구입의 자유를 보호·육성하기 위해 근대적 임금노동자가 소생산자로 역할할 것을 저지하는 방향으로 노동시장에의 권력 개입이 필요했던 것이다.

지금까지 고찰해 온 바에서 말할 수 있는 사실은 '시민혁명으로 기본적 인권의 보장이 실현되었다'라는 명제가 오해를 낳기 쉬운 명제라는 사실이다. 단적으로 말하면 거기서 실현된 것은 소유권의 절대적 자유 및 그 보장기구였다. 정신적 자유는 '선언'되고는 있었으나 그 실태는 '선언'과는 상당한 거리가 있었다. 그것은 구가되고 있는 것처럼 '무제한' (무조건) 보장되는 일은 거의 없었다. 이 시점에서는 우리가 뒤에 고찰할 소수자의 사상의 자유 및 그 표현과 행동의 자유가 다수자와의 관계에서 절대적으로 보장되어야 한다는 이념과 제도는 아주 미약하게 의식되었을 뿐이다. 또한 거주이전·직업선택의 자유 보장은 노동자에게 대체로 환상의 차원에 머물렀다. 인권의 중심은 소유권이었으며, 초점은 그것이 온전히 기능하기 위한 정치권력의 장악이었던 것이다. 프랑스 인권선언에서 소유권의 신성불가침성은 맨 끝에 다소곳이 규정되어 있지만 이것이야말로 '모든 시민의 권리 중 가장 깊은 본질이었던' 것이다. 참으로 '자유'의 인권의 실제상의 적용은 소유권의 인권이었다. 프랑스 인권선언이 '권리의 보장이 확보되지 못하고 권력의 분립이 규정되어 있지 않은 모든 사회는 헌법을 갖는 사회가 아니다' (16조)라고 단정할 때 거기서 말하는 '권리'란 주로 소유권을 의미했으며, '권력 분립'은 그 소유권 확보를 목적으로 하는 것을 의미하는 것이며, 따라서 위 조항은 사회가 '헌법'을 갖는 것은 '권력 분립(제)'을 실현하여 그것으로써 '권리(소유)의 '보장'을 '확보'하기 위한 것임을 단적으로 표현한 것에 다름 아니었던 것이다.

(2) 자유주의국가

그러나 여기서 중요한 것은 소유권을 보장하기 위함이란 무엇을 위함이란 독선, 비합리, 전제의 정치 체제 및 물리적 힘으로 담보된 일원적 진리의 체계가 타도되고, 이에 대신해서 합리적이고 예측 가능한 권력질서가 도입됨으로써 크게 인간성이 해방되었고 과학의 발달이 이루어졌다는 사실이다. 시민혁명은 일정한 정도의 산업기술의 발달에 의한 생산력의 고조가 없으면 발생할 수 없었으며 근대 전야의 과학 및 기술의 발달이 전제가 되고 있는 것이지만, 시민혁명 후의 합리적인 사회체제 아래 그것은 한층 발달하게 된다. 사람은 과학의 성과가 사람에게 자연을 지배하기 위한 보다 큰 힘을 부여하자 권위나 신앙의 도움 없이 이성 스스로 자연의 신비를 풀 수 있다는 것을 더욱 더 확신하게 되었다. 이 자신은 당초에는 과학자라는 한정된 범위 사람들이기는 했지만 '자유롭게 생각할 권리'를 자각하게 되었고 그를 위해 싸운다는 정신을 심기에 이르렀다. 기술적 진보에 의해 관찰용구가 개선되자 자연법칙에 대한 통찰은 더욱 진전되었고 과학은 비약적으로 발달했다.

부를 추구하는 충동은 자연을 보다 많이 지배하고 부를 보다 많이 획득하기 위해 이 과학적 성과를 차지하려는 욕구를 가져왔다. 적대적으로 자유롭다는 소유권을 발동시켜 부를 획득하려는 충동이 강할수록 생산기술의 진보 개선에 대한 욕구는 강하고, 그것은 과학의 발달을 한층 더 재촉했고, 그것이 다시 생산력의 상승을 가져왔다. 이리하여 18세기 중반에 먼저 영국 자본주의가 산업혁명으로 돌입하게 되는 것이다.

산업혁명에 의해 생산의 기술적 기초는 현저히 변화했고 생산과정은 크게 변했다. 과거에는 생산자가 그 개인의 의사에 기초하여 생산을 했고, 거기서는 도구는 인간에 부속되는 물건이었으나, 이제 인간이 기계와 기구의 부속물이 되고 생산과정은 인간과 기계라는 두 가지 요소를 조합한 team 단위로 이루어지게 되었다. 또한 새로운 생산단위는 상당히 큰 자본이 소요되는 것이 되고, 그것은 많은 자본을 가진 자에 의해서만 조직되고 기획될 수 있는 일이 되었다. 자본에 대한 노동의 종속은 결정적이 되었다. 자본가는 공업의 지휘자이며, 노동대중에 대한 권위적 규율의 화신이 되었다. 그 때까지 생산을 위한 투자의 자기 운동적 증대를 가로막고 있던 여러 요인이 제거되는 결과를 가져온 것이다. (그 때까지는 수익을 낳기 위해 자본이 투하되는데는 일정한 정도로 정치권력의 후원이 필요하다고 인식되고 있었다.) 한편 증기 기관과 새로운 자동적 매카니즘과의 결합은 인간 노력의 절약이라는 거대한 투자분야를 열었으며, 투자 확대에 큰 자극을 주었다. 그리고 상존해 있던 개개 직인의 소생산에 기초한 낡은 생산양식은 이 같은 상황에서 이미 존속할 수 없게 되어 소생산자 계급은 해체되고 방대한 공장 프롤레타리아트가 창출되면서 노동력 부족에 관한 우려는 사라졌다.

사태가 이에 이르면 산업자본은 스스로의 발로 서고, 생산에의 투자는 자기 운동적으로 증대될 수 있게 된다. 그리고 정치적 권력에 의한 보호는 오히려 경제의 진보에 대한 장애로 여겨지게 되었다. 그것은 투하한 자본의 수익성을 유지해주긴 하지만 시장 확대의 가능성을 봉쇄하기 때문이다. 그렇게 할 것이 아니라, 새로운 상황에서는 생산력을 높이는 기술의 개량으로 현재의 투자분야를 집약화시키는 편이 훨씬 유리하다고 생각되기에 이른 것이다.

산업혁명에 의한 산업자본의 확립은 널리 알려지고 있듯이 자유방임주의라는 주장을 낳는다. 그것은 당연히 우리의 주제인 기본적 인권의 이념 및 그 구체적 실현에 큰 영향을 주었다. 앞에서 본 바와 같이 '선언된 바와 매우 상이한 실태로 존재했던, 소유권 이외의 여러 기본적 인권은 큰 자극을 받았던 것이다.

첫째로, (특히 노동자의) 거주이전, 직업선택이다. 앞에서 말한 경과를 거쳐 풍부한 노동력이 형성되었던 바, 자립하고 자기증식할 기반을 확립한 산업자본은 노동력이 가동적인 것으로서 (가장 필요한 장소

에서 적당한 양만큼 얻을 수 있는 것으로서) 존재할 것을 원했다. 정주법(定住法), 舊 구빈법 등 노동자의 이동의 자유를 제한하고 노동의 강제를 수반하는 법제는 (아담 스미스에 의하면 '자연적 자유와 정의'를 명백히 침해하는 것으로서) 강한 공격에 부딪히고 개정되든지 혹은 新 구빈법(1834년)으로 대체되었다. 이에 비로소 거주이전·직업선택의 자유가 실현되게 되었다. 그러나 그것이 동시에 노동시장에서의 무제한의 자유거래를 보장함으로써 노동자의 생존권(economic citizenship)을 위협하는 것이었음은 간과되지 말아야 한다. 국가의 권력적 간섭은 오히려 자기자신을 보호할 힘이 있는 '자유로운 행위자'인 성인 남자의 노동력 거래의 '자유방임'을 충분히 실현시키기 위해 자기자신을 보호할 힘을 갖지 않고 '자유로운 행위자'가 아닌 미성년자와 부인 노동자를 보호하는 (공장법) 형태로 진행되었다.

둘째로, 정신적 자유권이다. 산업혁명은 이미 살펴봤듯이 '자유롭게 생각할 권리' 행사의 결과인 과학적 발달·기술적 진보와 불가분의 관계에 있었다. 그것이 국가로부터 홀로서는 경제(자유방임), 끊임없이 투자하는 자본의 증대(자본주의적 진보)의 관념을 낳은 것이다. 과학적 진보의 관념과 자본주의적 진보의 관념(다소 관점을 바꿔 말하면 '자유롭게 생각할 권리'와 산업에 있어서 '자유방임주의')은 얽힌 두 가닥 새끼줄처럼 서로 자극하면서 나선(螺旋) 모양으로 상승하는 사회의 발달을 가져왔다. 그것은 ① 과거에 대한 우월감의 확신을 가져왔다. 지식의 진보는 극적으로 급속했으며 획득된 지식은 막대했기 때문에 과거는 황금시대가 아니라 암흑시대라고 인식되게 된다. 사람들은 앞을 볼 권리가 있다는 확신을 갖게 되며 인류의 간단없는 진보를 확신하게 된다. ② 그것은 자연에 대한 인간의 우월감의 확신을 가져왔다. 인간은 자연법칙을 압으로써 자연으로부터 행복을 따는 능력이 있다는 신념이 생겨, 인간은 자연의 지배자로서 자연을 정복하고 이로 하여금 인간에게 봉사케 할 당연한 권리를 갖는다는 생각에 이르게 된다. 동물·식물·자연은 오로지 인간의 행복에 기여하는 한에 있어서 가치를 지니는 것으로서¹⁷⁾ 자연의 주인인 인간과 자연과의 결정적 차이는 인간이 이성을 지니는 데 있다고 생각된다. 여기에 이성을 지니는 인간 인격의 생득적인 존엄성에 대한 자각이 생긴다. 그리고 인간이 자연의 지배자이자 주인일 수 있는 까닭은 인간이 이 이성을 가지고 자연법칙을 인식할 수 있었다는 점에 있으며, 그와 같은 인식은 권력이나 권위로부터 해방된 이성의 자유롭고 합리적인 활동의 소산이므로 여기에 인간 정신의 자유의 가치가 매우 구체적으로 (어떤 의미에서는 공리적으로) 자각되기에 이르는 것이다.

이들 인류의 영원한 진보, 인간 이성(인격)의 생득적 존엄성, 그리고 인간 정신의 자유의 관념은 1세기 이상이나 전에 '선언'된 바 기본적 인권(특히 정신적 자유)에 내실을 부여하고 그것을 고양시키는 요소로 작용하지 않을 수 없다. 인간의 정신(이성)이 인간을 짐승(자연)으로부터 구별하고 그의 주인이게 하는 기초라면 이 인간 정신(이성)의 영위(사상·언론)를 다수자의 의사로써 제한하고 혹은 박탈할 것은 용납

17) 이 문제 (인간과 자연)는 근대 시민사회의 인권의 특이한 측면을 드러내는 하나의 흥미로운 관점을 제공한다. 인권은 '국가 이전의 자연상태에서의 자연권'이라거나, '자기보존의 본능'이라거나 하는 주장은 '자연'이나 '본능'이라는 개념으로 이론구성되어 있는데, 여기에 말하는 '자연' 혹은 '본능'도 '생(날 것)'의 것이 아니다. 만약 그렇다면 동물이나 식물도 본능에 기초하여 살 '권리'를 지닌다는 이야기가 된다. 그리고 자유나 인권을 논함에 있어 인간에 대한 동물의 '권리' 혹은 그들에 대한 인간의 '의무'를 논하지 않을 수 없을 것이다. 그러나 근대 시민사회에서 인간의 자연권 관념은 본문에서 설명했듯이, 인간의 지칠 줄 모르는 생명력이 넘치는, 인간의 복지를 위해 자연을 지배할 권리인 것이다. 다만 이런 사실은 인간이 자연의 생명을 불태우든 죽이든 잔혹하게 다루든 자유자재임을 의미하는 것은 아니다. 이 인권감각은 인간의 복지에 도움이 안 되는 동·식물에 대한 파괴를 인간의 동·식물에 대한 의무 위반으로서가 아니라 인간의 인간성 자신에 대한 범죄행위로서 비난하는 것이다. 리치(Richie)는 말한다. '동물에 대한 잔혹행위는 곧 인도적 감정을 훼손하는 행위일 것이다. 우리의 동물에 대한 의무는 인간사회에 대한 의무이다. 불필요한 고통, 불필요한 위해('불필요'란 인간의 복지에 대해 불필요함을 의미한다)를 가하는 일은 문명생활에 대한 범죄이다.'

되는 일이 아닐 것이다. 자연법칙에 관한 인간의 인식이 끊임없이 진보하고 영원 절대의 진리가 존재하지 않는 것이라면 새로운 진리의 등장을 (그것이 소수자의 진리라 하더라도) 다수결로 누르고 국가권력을 가지고 매장해버린다는 것은 용납될 수 없을 것이다.

여기에 산업에서의 자유방임주의는 국가론의 심화를 초래하게 된다. 앞에서 살핀 것과 같은 조건 아래 산업은 간단없는 투자의 확대를 수반하는 더 많은 이윤을 올리기 위해 국가권력에 의해서도 구속됨이 없는 자본과 노동의 자유로운 거래 및 노동 생산성의 계속적인 향상을 요구한다. 그것은 과학기술의 진보를 전제로 하고, 과학기술의 진보는 인간 이성의 자유를 필요로 하는 것이기 때문에 국가는 경제에 대해서도 인간 정신에 대해서도 간섭하지 말아야 한다는 결론이 나오는 것이다.

단 이 양자의 자유 요구를 직선적으로 당연한 것으로서 결부해서 고려하는 것은 옳지 않을 것이다. 산업상의 자유 요구의 기초는 지칠 줄 모르는 이윤 추구의 욕망이다. 따라서 부르주아지는 다만 영리에 필요한 만큼만 기술의 진보를 추구하고 인간 정신의 영원한 진보나 인간 이성의 자유와 존엄이라는 고상한 이념을 반드시 품은 것은 아닐 것이다. 특히 나중에 보게 되는 바와 같이 반대 계급을 포함하는 모든 사람의 이성활동의 보편적 무조건적 자유의 보장은 진보를 이룬 후에 모든 것(따라서 현존의 체제마저)을 유한한 것으로서 매장해버리는 필연성을 내포하는 것이기 때문에 부르주아지는 진보나 자유를 다만 영리에 직접적으로 필요한 정도에 한정하면서 그 이상의 진보와 자유를 억누르고 제한하려고 생각하지 않을 수 없는 입장에서 서게 되는 것이다. 이에 短見인 관점에서 허용되는 한정적인 자유와 참된 보편적 자유는 모순과 긴장을 내포하면서 대립관계에 서지 않을 수 없다. 그러나 지식은 본래 불가분하며 진리는 본질적으로 보편적이기에 이를 함부로 분할해서 부분적이고 한정된 것으로서만 존재케 하는 것은 장기적으로는 불가능하다. 또 '부르주아지'는 생산용구를, 따라서 생산 제 관계를, 따라서 전 사회적 제 관계를 부단히 변혁하지 않고서는 존재할 수 없다.¹⁸⁾ 그들은 진보 그 자체를 포기할 수 없으며, 또 그렇다고 해서 진보를 한정된 불구의 것으로서 억누르는 일은 궤변에 의하지 않고서는 해낼 수가 없는 것이다.

이리하여 19세기 중반, (우선 영국에서) 내재적 모순과 긴장을 내포하면서이기는 하나, 인권의 단순한 '선언'과는 한 단계 차원을 달리 하는 기본적 인권의 내실이 다져졌다. 시민혁명 및 그 이론가들에 의한 인권의 실현은, 먼저 권력기구를 군주로부터 의회로 개편하고, 절대적으로 자유로운 소유권을 부르주아지 의회의 自己支配 아래 둠으로써 진행되었다. 그런데 이제는 부르주아 사회의 발전 속에서 이제 의회의 간섭 그 자체를 배제하여 사람의 보편적 본원적 자유를 다수자의 지배로부터도 해방시킬, 보다 고차원의 인권 요구와 이념이 역사의 무대에 등장하게 되는 것이다.¹⁹⁾

6. 기본적 인권에 대한 의미부여

(1) 사법 차원의 자유와 공법 차원의 부자유

우리는 기본적 인권을 인간의 야만 혹은 무지로 인해 억압되어 있던 자유가 역사의 진보와 더불어 회복 내지 (때로 비약적으로) 증대했다고 보는 수량적 이해를 배척하고 이를 각 역사사회의 권력의 성격·기능과의 관계로서 구조적으로 파악하려는 문제의식을 가지고 고찰을 시작했다. 그 결과 시민혁명의 이론가들에 의해, 사람은 태어나면서부터(국가 이전에) 기본적 자유를 지니며 국가는 이 자유를 보전하기

18) K. Marx <자본론> 1권

19) H. Laski <The Rise of European Liberalism>

위하여 사람들의 합의(자유의사의 합치)로서 나중에 인공적으로 만들어진 것이라 규정되었다. 즉, 자유의 전(前) 국가성이 그 자유를 기본적 인권이라고 인식하기 위한 핵심적 계기로서 설명되고 있음에도 사실은 중세적 자유야말로 그와 같이 이론구성되기에 걸맞은 것이며 근대적 자유는 오히려 리바이어던적 국가에 의한 이와 같은 중세적 자유의 부정 위에 비로소 성립할 수 있었음을 인식했던 것이었다. 중세적 자유는 국가이전에 존재하고 그때 그때의 국가의 공익에 관한 주권적 판단에 의해 감축(減縮)·변개(變改)될 수 없는 기득권적 자유이며 또한 자유의 소유자(권리주체)는 그 내용을 실현시키기 위한 권능과 수단을 갖추고 있었다. 이와 같은 중세의 전 국가적 자유는 특정한 구체적 신분의 구체적 자유였으며 당연히 자유의 신분적 차등, 따라서 불평등을 본질적 내재적으로 수반하여 결코 모든 인간의 평등한 자유를 실현하는 것은 아니었다. 국가가 선포될 수 없었던 중세의 자유는 광범한 직접생산자 대중의 인격적 연속·정치적 무권리를 신이 승인한 신성한 질서로서 시인하고 정당화하고 영원히 유지하는 것이었다.

모든 인간의 존엄성과 자유가 실현되기 위해서는 먼저 그 전제로서 리바이어던적 국가에 의해 이와 같은 전 국가적 자유(바꿔 말하면 그런 자유의 기초인 고유의 권력)가 모두 부인되고 배제되어 모든 권력이 국민국가의 손안에 이론적으로 집중 흡수될 것을 필요로 했다. 국가는 타율적 강제권력의 유일한 원천이 되고 그와 같은 권력은 누구도 당연한 것으로서 갖지 않고 사람(내지 단체)은 오로지 국가로부터의 위임에 기초해서만 이런 권력을 가질 수가 있었다. 사람은 누구나 이와 같은 유일 정통의 국가권력 이외의 어떠한 타율적 권력에도 복종하지 않는 존재가 되었다. 국가에 대한 사람의 권리의무관계는 추상적으로는 동일하고 등질한 것이 되었다.

국가는 공익, 선악, 정부정(正不正)의 판단권을 독점하여 사람의 권리·의무는 무엇이 공익인지에 관한 국가의 판단(그것은 법에 표현된다)에 의해 자유롭게 그 내용을 규정받는 것이 되었고, 권리는 바로 “커먼 웰스(commonwealth)와 함께 시작하는” 후(後)국가적 존재가 되었다. 물리적 강제권력 또한 국가가 독점하여 사람은 정당하게 보유하는 권리의 내용을 스스로의 힘으로 실현할 수 없고 오로지 국가의 권력(사법권)에 의거해서만 이 권리를 실현할 수 있었다. 이런 의미에서 인민의 권리 내지 자유는 국가의 주권적 판단 여하에 따라 신축되는 완전히 타자 의존적 수동적인 劣弱한 존재가 되었던 것이다. 아마도 이는 한마디로 인민의 일반적 부자유 상태라고 해야 할 것이다.

그러나 실은 이와 같은 과정은 다른 관점에서 보면 자유로운 제 관계의 창출과정이기도 했다. 즉, 봉건영주의 영지에 대한 고유의 지배권은 부정되고 토지에 대한 순수하게 사적소유권이 성립함과 동시에 예속농민의 토지에 대한 고유한 보유권도 배제되었다. 시간적 경과를 사상하여 단적으로 말하면 그것은 한편으로 여러 신분(구 영주, 부유농민, 도시상인부르주아지)으로 이뤄진, 토지를 사적으로 독점하고 배타적으로 지배(소유)하는 계층과 다른 한편으로 토지에 대하여 이들 계층의 지배권과 양립되지 않는 고유의 지배의 권능을 일체 갖지 못하게 된(즉, 토지를 잃은) 농민과의 並存을 만들어냈다. 전자의 토지에 대한 권리는 영주제 및 공동체적 규제로부터 해방되어 있다는 의미에서는 자유로운 소유권이었으나 후자(농민)는 또한 앞의 과정을 통해 각각의 장원영주에 대한 신분제적 예속으로부터 해방되었으며 그런 의미에서 인격적으로 자유로운 존재가 되었다. 농민은 생산수단(토지)으로부터 분리되어 있는 이상 자신의 노동력을 파는 것 외에 생존할 방법이 없으며 자신의 의사에 기초하여 타인(토지소유자)에게 고용되어 임금을 받고 생계를 유지하게 되었으며 그런 의미에서도 자유로웠다. 국가 외에 이제 아무도 타율적 강제권력을 갖지 못하게 되었으므로 사회 구성원 상호관계는 모두 각자의 자유의사와의 합치에 의해 형성될 수밖에 없게 되었다. 다만 임금을 받고 타인을 위해 일하는(노동력을 파는) 자의 고용주에 대한 관계는 사실상 종속적이었으나 이 관계가 타율적 강제적으로 형성된 것이 아니라 당사자의 의사와 의사의 합치에 의해 성립된 것이었다는 의미에서 그것은 여전히 (자유로운)이라고 형용되어야 할 관계였던 것이다.

자유라는 개념은 다의적이며, 하나의 과정은 이와 같이 한편으로 인민의 국가에 대한 관계에서의 부자유 상태를, 다른 한편으로 사람의 사람에 대한 관계에서의 자유를 초래한 것이었으며 잠시 전자를 공법적 차원의 문제, 후자를 사법적 차원의 문제라고 부른다면 리바이어던적 국가의 형성은 공법적 차원에서의 부자유와 사법적 차원에서의 자유를 동시에 만들어내는 과정이었다고 할 수 있다. 게다가 사법적 차원에 있어서의 자유는 자본과 임노동의 관계라는 사회경제적으로 부자유한(종속적인) 관계를 내포하는 것이었던 것이다. 기본적 인권의 이념은 이 3중으로 중첩된 부자유-자유-부자유라는 관계의 전 국민국가적 규모에서의 격렬한 운동의 소산으로서 특정의 역사적 주체에 의해 쟁취되었던 것이다.

제3항(근대적 공권력의 형성), 제4항(기본적 인권의 성립)에서 살펴본 바를 이런 공식에 따라서 표현하자면 다음과 같이 된다. 사법적 차원에서의 자유로운 여러 관계는 일정한도까지는 부자유한 공법체제 아래에서 생성될 수 있었다. 그러나 이윽고 사법적 자유는 공법적 부자유 아래에서는 발전을 꺾어 당하는 결과가 되어 공법적 부자유를 폐기하려고 시도하기에 이른다. 그 경우 고유한 권원(權原)에 입각하여 지배권을 나누어 갖는 다원적 제권력(영주권, 도시의 특권 등등)이 리바이어던적 권력에 의해(정도 차이는 있으나) 타도되고 인민이 사회의 여타의 구성부분으로부터 분리·배제된다고 하는 상황에서 해방되어, 모두가 공통적으로 국가적 사항에 직면하게 되었다는 사실이 국민국가적 규모에서의 체제변혁을 위한 인민의 운동을 가능케 했던 추상적 전제조건을 만들어내고 있었다. 한편 사법적 차원에서의 자유로운 제 관계는 현실로는 항상 부자유한 공법체제의 폐기를 지향하기만 하는 것은 아니었다. 역설적이게도 내부의 부자유한 관계(자본과 임노동 관계)를 포함하는 자유로운 사법관계가 어느 정도 형성되어 거기서의 내적 대립관계가 그 어떤 사회적 긴장력을 낳는 일이 없으면 공법체제의 폐기를 지향하는 일은 없었다. 전형적 비합리적 권력체제 아래에서 인격적으로는 자유로우면서 공법적 및 경제적으로 이중의 의미에서 부자유한 지위를 강요받고 따라서 최대의 희생자인 입장에 빠질 뿐 아니라 인격적 자유를 획득하고 있는 만큼 비합리적 권력체제를 참을 수 없는 것으로 느끼면서 이에 반항하는 직접생산자 대중의 잠재적 사회적 에너지의 일정한 고조가 있고 비로소 이와 같은 체제변혁의 지향이 사회적 규모에서 빛어졌던 것이다.

그러나 체제변혁을 위한 행동은 당연히 정신적 자유를 필요로 한다. 앞에서 말한 바와 같이 이 체제는 교회를 지배를 위한 중요한 지주로 삼고 있었으므로 정치투쟁은 당연히 종교적 투쟁(종교적 자유를 위한 투쟁)을 포함하지 않을 수 없었다. 단순히 최고의 정치적 가치(주권)뿐만 아니라 최고의 윤리적 정신적 가치의 담당자임을 자임하는 절대군주의 지배체제를 타도하는 투쟁에 있어서는 이미 살갓듯이 사상의 자유, 언론·출판의 자유 및 집회·결사의 자유 등의 정신적 자유의 요구는 반체제투쟁의 중요한 요소를 이루게 된 것이다.

(2) 자율적 시민사회

그러나, 여기서 중요한 사실은 자유가 반체제투쟁에서 그 수단으로서 요구·주장되었음에 그치고 투쟁의 승리와 함께 방기되어 버렸다고 하는 것은 아니고, 투쟁의 주도권을 잡은 부르주아지는 투쟁(시민혁명) 승리 후에 스스로가 수립한 지배의 체제에서 자유(공법 차원에서의 자유)를 실현했다는 사실이다. 그것은 부르주아지가 그 주인인 자본제적 생산관계가 경제외적 강제를 필요로 하지 않은 독특한 지배체제였다는 사실과 관계가 있다.

거기서는 노동력은 자유로운 임노동이라는 상품형태를 취하고 있다는 사실이 중요하다. 자본가는 노동력 및 상품으로서 존재하는 기타의 생산요소를 시장에서 구매하여 생산을 수행한다. 그는 생산의 결과인 생산물을 시장에서 상품으로서 판매함으로써 이를 화폐로 바꾸어 다시 상품형태의 생산요소들을 구입하

여 이를 생산과정에 재투입함으로써 생산을 계속한다. 즉 자본의 재생산은 상품교환의 방식에 따라서 수행된다. 한편 노동력 또한 상품교환의 방식에 따라 재생산된다. 임노동자는 자본가로부터 받은 임금 수입으로 생활자료를 상품으로서 구입하고 이에 의해 자기 및 가족의 생활을 유지하는 것이다. 자본제 생산양식에서는 이와 같이 산업자본과 임노동이 상품교환의 경제방식을 매개로 하면서 서로 대립하고 서로 결합하는 것이다.

그런데 상품교환이라는 과정은 상품의 등가적 교환이라는, 재화에 내재하는 가치의 법칙 그 자체에 의해 규정되어 재화 외에 있는 어떠한 힘(경제외적 강제)도, 따라서 국가권력도 필요로 하지 않는다. 그리고 자본과 노동의 결합도, 자본 및 노동력의 각각의 재생산도 모두 상품교환의 경제방식에 매개되어 행해지기 때문에 사회의 총과정은 가치법칙에 의해 규정되어 그것은 국가권력에 의한 매개 없이 자율적 자기완결적으로 영위되는 것이다. 이리하여 한편으로 사회로부터 분리된 개인이 먼저 고립적으로 존재해 있어 그가 자유의사에 의해 합의를 이룸으로써 사회관계에 들어가는 것처럼 보이고, 다른 한편으로 사회는 국가로부터 독립적으로 독자적 존재를 가지고 국가이전에 자연적으로 존재해 있는 것처럼 관념되는 것이다.

앞에서 말했듯이 로크가 홉스와는 달리 자연상태를 자연법이 지배하는 질서 있는 상태로 보았다는 사실은 이 맥락에서 각별히 흥미롭다. 홉스에서는 자연상태에서의 자연권은 스스로 살기 위하여 타인의 신체 재산을 침범할 권리도 포함하는 것이었는데 대해, 로크에서는 자연상태에서 사람은 각각 모두 자기를 보존해야 하며 타인의 생명 및 생명보존의 수단(자유·건강·손발·재산)을 침범하는 것은 자기보존을 내용으로 하는 자연법에 반한다고 생각되었던 것이다. 이와 같이 국가 이전에(그들이 주장하는 바에 의하면 자연상태에서) 자족적 규범(그들의 표현에 의하면 자연법)에 의해 규율되는 자율적 질서가 존재한다는 생각은 그 당시의 많은 사상가가 생각했던 바이다.

예를 들어 토마스 페인은 다음과 같이 말한다. “인류를 지배하고 있는 질서의 대부분은 정치의 결과가 아니다. 그것은 사회의 제 원리와 인간의 천성에 유래된다. 그것은 정부 이전에 존재하여 정부조직이 폐지된 후에도 존재할 것이다. 사람과 사람 사이의, 그리고 문명적인 커뮤니티의 구성원 상호간의 의존과 상호이익은 사회를 결합하기 위한 커다란 통합의 유대를 만들어낸다. 지주, 농민, 제조업자, 도매상인, 소매상인 및 모든 직업은 각자가 타자 및 전체로부터 받는 원조에 입각하여 번영한다. 공동의 이익이 그들의 관심사를 규제하고 그들의 법을 형성한다. 그리고 그들의 공동의 관행이 명하는 바인 법은 정부의 법보다도 큰 영향력을 갖는다. 결국 사회는 정부에 귀속된 일 중 거의 모든 것을 스스로 행하는 것이다.” “문명이 보다 완전하면 할수록 점점 정부가 필요 없게 된다. 왜냐하면 문명은 갈수록 자기자신을 처리하고 자기자신을 지배하기 때문이다.” “사회는 중요한 법들은 모두 자연법이다. … 그 법들은 준수된다. 그렇게 하는 것이 당사자의 이익이기 때문이며, 정부가 강요하거나 삽입하는 것과 같은 공식적인 법률의 힘에 의해서가 아니다.”

이와 같이 사회가 국가 이전에, 국가로부터 독립적으로, 국가의 간여 없이, 자율적 자족적으로 존재한다고 생각한다면 국가의 역할은 이 사회에 의해 강하게 규제된다는 결론이 나온다. 이와 같은 자족적 질서의 인식은 필연적으로 그에 관한 적극적 평가를 수반하기 때문이다. 로크에서도 페인에서도 이런 규범 체계는 사회성원의 자기보존, 따라서 사회 그 자체의 존립, 따라서 또 공공이익을 실현하는 것이라고 생각되고 있다. 그리하여 유일한 문제는 이와 같은 규범에 대하여 침해가 가해질 경우 여하히 가해자에게 제재를 가하여 피해자에게 구제를 줌으로써 규범의 타당성을 확보하느냐는 문제뿐이다. 그리고 사회는 그 본성상 이와 같은 타율적 강제기능을 수행할 수단을 갖지 않기 때문에 이 기능을 수행할 국가를 만들어내어 국가에 이 기능을 위탁한다고 하는 발상으로 가지 않을 수 없는 것이다.

이에 국가의 임무, 기능 따라서 권력은 극히 한정된 것이 되지 않을 수 없다. 국가 이전의 자족적인

규범체계에 의해 지탱된 자율적 질서가 존재하고 그것이 사람의 자기보존과 커먼웰스의 복지를 실현하고 있는 것이기 때문에 국가가 오로지 이와 같은 질서 및 규범을 유지하기 위해서만 권력이 주어졌다고 생각되는 것은 매우 당연하다. 프라이스는 말한다. “통치는…그 본래의 성질에 있어 신탁이며 그 모든 권력은 특정의 목적을 달성하기 위한 대리자이다.” “모든 대리적 권력은 종속적이어야 하며 제한되어 있지 않으면 안 된다.”

즉 여기에 앞에서 살핀 것과 같은 자율적 성격을 가진 자본제 생산과정의 담당자인 부르주아지의 국가에 관한 이데올로기의 하나로서 지극히 자연스럽게 “제한된 권력의 정부”(government with limited powers)의 이론이 도출되는 것이다. 이것은 국가 대 인민(공법) 관계에 있어 의심의 여지없이 자유를 실현한다. 권력은 울타리로 둘러싸인 일정한 범위 내에 갇혀 그 밖으로 나갈 것을 금지 당한 것이므로 울타리 외의 권력에 의해 방해받지 않은 인민의 자유로운 영역이 성립하는 것이 된다. 물리적 강제권을 독점하는 주권적인 리바이어던적 국가에서는 본래의 의미의 국가 이전(以前)적 자유는 존재할 수 없는 것이지만, 그러나 거기서 실현된 자유로운 사법관계는 그 자유를 참되게 실현하기 위해 부자유한 공법관계를 폐기하여 본래 최고이자 절대적이었던 권력을 인민의 의사에 “종속”하는 “제한적”인 인민의 “대리권력”으로 함으로써 공법관계에 있어서의 인민의 자유를 실현했던 것이다.

시민혁명 때의 (국가권력에 대한 인민의)자유이념의 주안점은 앞에서 말해온 점에 있었다고 해도 될 것이다. 이런 계열의 사상이 중 선두주자인 로크에서는 다수결에 의해서도 박탈할 수 없는 절대불가침의 자유라는 주장은 없다.²⁰⁾ “종속적이고도 제한된 권력”의 실현이 주된 관심사이며 여기서 말하는 제한이란 명예혁명 후에 헌법구조에서 전형적으로 볼 수 있는(제권력의 상호의존 및 억제에 의한) 제한이며, 여기서 말하는 인민에 대한 권력의 종속이란 여러 권력의 상호관계에서의 입법권의 상대적 우위에 다른 아니었던 것이다.

그러나 그 국가권력을 외부로부터 제한하여 종속케 함으로써 인민의 자유를 실현시키려는 사상과 제도는 당연히 국가권력의 내용적 제한에 의한 인민의 보다 고차적인 자유의 이념과 제도를 잠재적으로 포함하며 전자의 자유의 현실의 기능 발휘와 그에 대한 저항을 통해 보다 고차적인 자유를 실현해가지 않을 수 없었다. 앞에서 보았듯이 논리적으로 국가 이전의 (자본제 생산)사회의 자기완결적인 규범체계가 결정되고 그것은 사회성원의 생명의 보존과 사회전체의 복지를 실현하는 것이라고 생각되었던 것이지만 만약에 그렇다면 국가는 그 입법권에 의해 자본제 생산사회의 규범과 완전히 다른 것을 정할 수 있을지가 의문으로 남는다.

예를 들어 “계약은 지켜져야 한다”라는 규범은 상품교환의 기초적 규범이며 따라서 또 그 총과정이 상품교환방식에 의해 영위되는 자본제 사회의 기초적 규범인 바, 국가는 이 규범을 국가법 속에 채용하지 않거나 이와 모순 저촉되는 국가법을 제정하거나 한다는 것은 도저히 생각할 수 없을 것이다. 자본제 생산양식을 그 기초과정으로서 갖는 근대 부르주아국가는 추상적으로는 어떠한 법도 제정할 수 있고 입법권의 제한은 없지만 현실적으로는 “계약을 자유롭게 깨도 좋다”라거나 “계약은 이행하지 않아도 좋다”거나 하는 국가입법을 할 수가 없는 것이다. 또한 ‘계약은 지켜져야 한다’는 규범의 당연한 귀결(corollary)인 “고의 또는 과실에 의해 타인의 권리를 침해한 자는 그 손해를 배상해야 한다”라거나 “페어플레이의

20) 로크는 사람들이 재산의 안전한 향유를 위해 통일체로서 행동할 수 있는 권력을 갖는 하나의 공동사회를 구성할 경우 이 공동사회가 다수자의 의사와 결정에 따라 행동하는 것은 당연하다고 말한다. 다수결에 의하지 않고서는 그것이 통일체로서, 공동사회로서 행동하는 것이 불가능하기 때문이다. (Of Civil Government, II § 95,96) 그리고 정부(입법부 또는 군주)가 인민의 신탁에 반한 경우의 인민의 자유를 지키기 위한 조치 여하라는 문제와 관련해서, 그는 인민의 혁명권을 가지고 답하고 있다. 신탁을 철회하고 지배를 와해시켜 본래적 자유의 출발점으로 돌아가 다시 목적에 맞는 정치사회를 설립하는 것이다. (같은 책, II § § 221,222)

원칙에 반하여 상품을 부동가로 교환(남을 속이고 혹은 협박함으로써 부당하게 비싸게 팔거나 부당하게 싸게 사거나)해서는 안 된다"라는 규범과 모순·대립하는 규범을 국가법으로서 정한다는 것은 부르주아 국가에서는 추상적으로는 가능할지 모르나 현실적으로는 완전히 불가능하다. 결론적으로 시민국가는 시민사회의 기초법(로크 등이 말하는 바, 자연법)인 상품교환에 관한 법을 세부라면 몰라도 근본적인 차원에서는 승인하여 국가법으로서 실정화 하지 않을 수 없는 것이다. 폐인이 말하듯이 "정부는 사회의 제 원칙에 기초하여 행동하는 국민의 association 이외의 아무 것도 아닌" 것이다. 그렇다면 로크에 의해 "공동사회의 최고권"(로크 2-134, 명예혁명 후의 헌법실태에 비취 말하면 여러 권력중의 우위자)이라고 명명된 입법권도 그 현실의 기능은 반드시 절대무제약이라고는 말할 수 없다는 결과가 된다. 그것은 "사회적 제 원칙"(폐인) 내지 "제 1의 근본적 자연법"(로크)에 의해 규정되어 내용적으로 제한되어 있다고 생각하지 않을 수 없게 된다.

그리고 이와 같은 사실은 자본제 사회의 요구에 규정된 국가에 있어서는 그 권력은 주로 사법권으로서 발동하게 마련임을 의미한다. 국가는 시민사회가 갖지 않은 타율적 강제권력을 갖는 것이지만 그것은 시민사회의 기초법인 상품교환관련법(자연법)의 관철을 담보하는 구제·제재권력으로서 기능할 것이 기대되고 있다는 것을 의미한다. 이와 같은 권력은 적극적 능동적으로 기능할 수는 없으며 피해자 또는 공익대표자의 청구에 따라 수동적으로 사후적으로 그리고 소극적으로(침해된 기존의 법질서를 회복 再興하기 위해) 기능할 것을 그 본질로 한다. 국가권력이 오로지 이와 같은 형식으로 발동해야 하는 것으로 생각되고 또 현실적으로 그렇게 한다면 그 국가권력이 일체의 기득권을 인정하지 않고 물리적 강제권력을 독점하는 것이라고 하더라도 거기에는 매우 광범한 인민의 자유가 존재하는 것이 된다. 발의와 능동은 '인민 내지 사회에 맡겨지고 국가는 그것이 시민사회의 기초법을 침해했을 때 사후적 수동적(구제·제재를 위하여)으로 그 뒤치다꺼리를 위해서만 등장하는 것이 된다. 보다 단적으로 말하면 사회의 영위가 원활하게 행해지고 분쟁이 생기지 않는다면 국가는 대체로 얼굴을 내밀지 않는다는 것이다. 또 자본가사회의 논리를 따른다면 국가권력은 상품의 등가적 교환이 행해지는 장을 확보하기 위해서 행사되며 결코 그 장 안에서 행해지는 상품교환과정 그 자체에 내용적으로 또는 능동적으로 관여하지 말아야 한다고 주장되는 것이다.

그러나 이런 사실에서 근대국가의 권력은 약한 권력이라고 생각하고 또 자본제 사회는 국가가 없어도 존재·기능할 수 있다고 생각해서는 안 될 것이다. 자본제 생산은 국민국가적 규모에서의 일원적 권력이 국가이전적 자유(생산 제요소에 대한 지배)와 그 내용실현을 위한 고유한 실력수단을 박멸함으로써 비로소 국민국가적 규모로 성립할 수 있었던 것이지만 국가는 국민국가의 규모를 유지할 수 있을 만큼 거대한 실력을 유지할 수 있는 것이 아니면 안 되었다. 또한 강대한 중앙집권적 권력에 의해 질서와 안전이 유지된다는 것 없이 자본제 생산은 존립할 수 없다. 그리고 이기심을 원동력으로 하는 상품교환과정은 이기심의 자기부정으로서의 제재권력을 전제로 하지 않고서는 전 사회적 규모로 성립될 수가 없을 것이다. 상품교환관계는 각 당사자가 상대방을 자유로운 상품소유자=권리주체로서 서로 인정함으로써 성립되지만 자연적 힘(체력·지력)에서 불평등하고 이기심에 영향 받는 사회성원이 타자를 자기와 평등한 자유로운 권리주체라고 인정할 수 있게 하기 위해서는 그들로부터 물리적 강제력을 떼어내어 자기(통합적 권력)에게 집중시키면서 사회 구성구석까지 감시할 수 있는 광범하고도 강력한 통합적 권력이 전제되지 않으면 안 되었다. 특히 상품교환이라고 해도 생산관계에 있어서 상품교환은 노동력의 매매이며 노동력은 그 판매자인 노동자라는 살아있는 인간과 떼어낼 수가 없다. 통상적인 상품매매와 달리 노동력을 매매함에 있어서는 계속적인 의사(擬似)종속적인 관계를 수반한다. 소수의 고용자가 계속적으로 다수의 노동력 판매자의 의사를 지배한다는 것은 사후적이라 하더라도 계약내용의 실현을 담보해주는 강력한 국가권력의 존재를 전제로 하지 않으면 불가능한 것이다.

유통 면에 있어서 상품교환(화폐경제)이 지배하고 있던 로마에서 근대시민법과 유사한, 아니 오히려 근대시민법이 모범으로 삼은 상품거래법이 시행되고 있었다. 그러나 로마에서는 국가권력은 약하고 그 규율하는 범위는 사회의 한정된 여러 관계들 사이에 머물러 있었다("법은 집안에서는 필요 없다"). 이에 대하여 노동력이 상품화된 근대국가에서는 법은 모든 사회관계에 미치는 규범이며 국가권력은 이를 담보할 수 있도록 매우 강대하지 않으면 안 된다. 또 근대국가권력은 중세의 국가권력이 특권 내지 기득권을 개편하거나 폐지할 힘을 추상적 가능성으로서 지니지 못했던 것과 달리 모든 사회관계를 개편할 수 있는 힘을 추상적 가능성으로서 가지고 있다. 그런 의미에서 그것은 모든 권리의 원천인 주권성을 갖는다. 다만 이 공익달성을 위한 무제한의 지배가능성 일반으로서의 국가권력을 부르주아지는 시민혁명을 통해 자신의 손에 장악하여 그것이 충실하게 부르주아 사회의 논리에 따라 발동되도록 후 국가적 제도에 의해 틀을 만든 것이다. 이 틀 짜기의 주안점은 국가권력이 다만 시민사회의 기초법의 관철을 담보하는 구제·제재권력 내지 사후적·수동적·분쟁해결권력으로서 발동한다는 점에 있다.21) 이와 같이 소극적으로만 발동하는 국가권력은 본래 강렬함에도 불구하고 현상적으로는 매우 약한 것으로(적게 지배한다) 보인다. 여기에 현실적으로 국가권력이 미칠 가능성이 없는 영역이 관념될 수 있게 된다.22) 그리하여 바로 그 자리에 국가권력이 발을 들여놓지 못하는 인민의(공법적 차원에 있어서의) 자유의 영역이 성립된다. 근대에서의 기본적 인권이란 이 특유한 구조와 성격을 가진 인민의 자유를 의미하는 것에 다름 아니라고 생각되는 것이다.

다만 앞에서 본 바와 같이 시민사회의 총 과정이 외재적 권력의 도움 없이 완전히 자율적으로 운행되기에는 산업혁명에 의한 자본의 노동에 대한 지배의 확립이 필요했던 것이며 시민혁명 시의 사회(국가 이전의 자연상태)의 자율적 독자적 존재성에 관한 사상은 여전히 현저히 관념적이다. 그것은 산업혁명 후 시대에 보다 현실적 기초를 가진 레세페르(자유방임) 사상으로 완성되게 된다. 그리고 이를 벗어난 자본주의적 진보가 과학적 진보를 조건으로 하는 이상, 여기에서의 "국가로부터의 자유" 요구는 국가의 간섭을 받지 않는 자본의 자유로운 기능발휘 요구와 함께 불가분적으로 "자유롭게 생각할 권리"를 포함하며, 그런 권리로 확대되지 않을 수 없었으며, 기본적 인권의 이념은 다수자의 기성관념에 대한 새로운 진리(소수자가 어깨에 짊어진)의 도전을 허용하는 역동적인 사회발전의 원리가 되지 않을 수 없었다.

21) '자유로운 국가는 그 자체 자유로운 것과 동시에 그 모든 성원을, 방종을 배제하고 그들의 신체와 재산과 명성을 침해로부터 지킴으로써 자유롭게 한다. ... 사회적 침해로부터 개인의 자유를 보장하는 일이 모든 올바른 통치의 목적이다. 때문에 개인의 자유에 간섭하는 일이 통치의 본성에 속하는 일이라는 것을 나는 엄밀하게 옳다고 생각하지 않는다. 개인적 자유의 행사가 타인의 자유를 침범할 경우를 제외하고는 국가는 간섭하지 말아야 한다.' (프라이스)

22) 사회에서 이와 같은 자율적 자족적 규범체계가 확립되어 있기 때문에 국가는 간섭하지 말아야 한다. 사회 및 그 구성원의 자유를 인정해야 한다는 '자유주의' 요구가 나온다. 아담 스미스에서는 "모든 실정적인 제도와 무관한 정의의 자연적 규율"에 의해서도 훨씬 잘 할 수 있다. 안전이 보장되면 더 이상의 정치적 행동의 필요는 거의 없다. ... 더 이상의 정치적 자유는 작위적이며 부자연스럽다.' (H. Laski <유럽 자유주의의 발달>) 여기서 각자가 이러한 사회의 자율적 자족적 규범(시민사회의 기초법)에 위반하는 일은 용납되지 않으며, 그 위반(자연법, 불법행위)이 제재를 받게 됨은 '자유'와 모순되는 것이 아니며, 오히려 시민적 자유를 진정 시민적 자유에게 하는 논리적 전제라고 설명된다. 아담 스미스에서는 '정책이 지켜지고 폭력이 행사되지 않는 이상' 산업활동은 국가의 간섭으로부터 해방되어 각자의 자유에 맡겨져야 한다는 것이었다. 여기에 시민적 자유=기본적 인권의 불가침성의 원리, 즉 기본적 인권은 그 행사의 결과로서 시민법(시민사회의 기초법)을 침해(자연법, 민사상의 불법행위, 채무 불이행 등)하지 않는 이상 어떠한 국가권력에 의한 제재와 진압도 받지 않는다는 원리가 성립된다.

7. 기본적인 권의 기능

다음으로 우리는 앞에서 의미부여를 시도한 기본적인 권이 현실적으로 어떠한 기능을 한 것이었는지에 대해(단편적으로는 이미 언급했지만) 포괄적 고찰을 시도하지 않으면 안 된다. 자유로운 공법관계 형성의 주된 담당자는 말할 나위 없이 신봉시민계급이었다. 그러나 그들은 절대주의 권력과 싸워 이를 타도함에 있어 광범한 노동자대중과 동맹했다. 후자는 미처 하나의 확립된 계급으로서의 고유공통의 이해를 자각하고 있지 않았다. 그들은 구제도가 타도된 후 혁명의 성과가 수확되는 과정에서 부르주아지의 계급이해와 대립되는 그들 고유의 계급적 이해를 자각하게 되었으며, 사실 혁명의 마무리를 둘러싸고 부르주아지와 대립 항쟁하게 되지만(영국혁명에서의 수평파 및 디거스, 프랑스혁명에서의 바뵈프주의자들과 상켈로트) 혁명의 과정에서는 부르주아지의 리더십에 따랐다.

부르주아지는 혁명에 승리하기 위해서는 노동자계급의 지지를 필요로 했으며 또 그들 자신의 해방이 노동자에게도 유리하다고 믿고 있었기 때문에 그들의 입장 및 요구를 보편적인 언어로 표현하고 제시했다. 본래 부르주아지의 지배는 앞에서 살핀 바와 같이 지배계급으로서의 신분적 특권이나 경제외적 강제를 필요로 하지 않은 것이었기 때문에 그들은 스스로를 일반 인민으로부터 신분적으로 격리된 자가 아닌, 인민 일반으로서 의식했던 것이다. 시이 예스가 “제3신분이란 무엇인가? 모든 것이다” “제3신분은 완전한 국민이다”라고 말한 것은 이런 맥락에서였다. 또 그들은 자기 계급만의 해방이 아닌 인민 일반의 해방을 지향하는 자처럼 행동했다. 그들의 자유 요구는 부르주아지의 자유가 아니라 “사람 일반”의 자유 요구로서 제시되었다. 로크, 루소 등의 사상에서도, 시민혁명 시의 여러 가지 인권선언 및 권리장전에서 “모든 사람”의 자유와 평등, “사람” 일반의 자유, “누구도” 침해받지 않는 자유가 구가되고 있는 것이다.

이와 같이 “사람” 일반의 보편적(=초 계급적) 자유와 평등을 보장한다는 것은 도대체 어떤 의미를 갖는 것일까? 이것은 이런 입장에서 무엇이 부자유·불평등이라고 여겨졌는지를 보는 일부터 시작하면 이해하기 쉽다. 중세 봉건사회에서는 귀족의 자식은 아무리 무능해도 관직을 얻을 수 있었지만 농민·서민의 자식은 아무리 유능해도 관직을 얻을 수가 없으며 농민·서민으로 살아갈 수밖에 없었다(능력을 늘리는 교육을 받을 기회 자체도 만족스럽게 주어지지 않았다). 이것은 무엇보다도 불평등하다(신분적 차별). 이는 또한 동시에 부자유하다(직업선택의 부자유). 따라서 자유와 평등의 이념은 이런 상태를 부정한다. 그리고 다음과 같은 것을 요구한다. 즉 무능해도 귀족출신이면 관직을 얻을 수 있는 것이 아니라, 농민·서민 출신이든 누구든 유능한 자가 관직에 취임해야 한다. 일반적 명제를 세운다면 이렇다. “사람은 그 신분에 관계없이 능력에 따라 관직에 취임할 수 있다”

이런 설명으로 명백해지듯이 거기서 불평등이라고 규정되어 있는 것은 능력이 있음에도 불구하고 그가 속하는 신분 때문에 능력이 없는 자보다 열악하게 취급되는 것을 의미한다. 또 부자유라고 인식되는 것은 능력이 있음에도 불구하고 능력을 발휘할 기회가 주어지지 않는다는 것을 의미한다. 따라서 평등이란 신분과 관계없이 능력에 따라 대우를 받는 것이며 자유란 능력 있는 자가 그 능력을 발휘할 기회가 주어진다라는 것을 의미한다. 즉 능력이 있거나 없거나 무차별하게 대우하는 것이 평등이거나 자유이거나 하는 것이 아니라 능력이 있는 자를 그런 자로서, 무능한 자를 그러한 자로서 취급하는 것이 평등의 의미이며 또 자유의 의미이기도 한 것이다. 부르주아지가 주장하는 평등이란 “평등하지 않은 개인의 재능과 따라서 또 불평등한 급부 능력”을 “자연적 특권”으로서 승인하는 것을 의미한다. 그들이 말하는 바 자유란 이와 같은 “재능”이나 “능력”이 현실세계에서 지배하는 것, 그것도 다른 요인으로부터 방해받지 않고 충분히(자유롭게) 지배하는 것을 승인하는 일에 다름 아니다.

다음으로 신교의 자유를 보자. 과거에 구제는 오로지 독점적으로 그리스도교회에서만 발견된다고 확신

되어 로마교회의 교의가 권력적으로 관철되었다. 일반적으로 일원적인 정통교의만이 존재를 인정받고 이 교의로부터의 괴리는 이단으로서 박해받았다. 이단자는 지옥으로 떨어져 영원한 가책에 고통받아야 하는 것이므로, 얼핏 잔인하게 보여도 지옥의 고통에 비하면 훨씬 덜한 지상의 고통을 가함으로써 그를 악마의 주문으로부터 구출해내는 것은 더 없는 선행이며 그리스도교도의 의무이기도 하다. 종교개혁을 통해 로마의 일원적 교의체계는 붕괴했지만 이와 같은 원리는 한결같았다. 하나의 권위가 다른 권위에 의해 대체되었음에 지나지 않았던 것이다. 로마교회를 대신하여 세속의 지배자가 인민이 신봉해야 할 종교를 결정하고 이단의 교리는 국가의 권력으로 탄압되었다.

이에 대하여 근대국가는 인민의 신교의 자유를 인정하고 종교적 가치를 권력의 힘으로써 실현할 것을 포기한다. 종교는 이제 국가적 사항이 아니라 사사로운 일이라고 인식된다. 그러나 그렇게 함으로써 종교적 편집이나 종교적 대립이 지양되는 것은 아니고 그런 것들이 방임되는 것이었다. 국가는 인민의 종교적 자유를 인정함으로써 스스로를 종교로부터 정치적으로 해방한다. 인민은 비종교화 된 국가를 매개항으로 함으로써 마음대로 종교적으로 행동할 수 있게 된다. 종교적 자유가 인정됨으로써 인간이 종교로부터 해방되는 것이 아니다. 종교는 시민사회의 사항이 되고 이기심과 자유경쟁이라는 시민사회의 정신에 따라 제멋대로 운동할 것이 긍정되기에 이르는 것이다.²³⁾

또한 평등, 특히 심각한 사회문제를 수반하는 인종적인 평등을 예로 들어도 거기에는 큰 문제가 내포되어 있다. 헌법은 인종이나 피부색에 의한 차별을 금지하고 따라서 국가의 행위에 의한 인종차별은 위헌이다. 그러나 그것은 사인(백인)이 유색인종을 모욕하고 혐오하고 증오하는 자유를 조금도 제한하지 않는다. 오히려 국가법에 의한 차별이 철폐되어감에 따라 그와 반비례하여 인종적 증오가 고조되어 가는 것이 인종문제를 가진 나라의 현실의 경로이다. 그리고 인종적 모멸감 및 증오가 존재하는 이상 사실상의 차별은 없어지지 않는다.(최근의 미합중국 최고재판소의 판례에서 엇보이듯이 state action의 범위를 확장함으로써 그중 어떤 것은 배제할 수 있으나 분명한 한계가 있으며 문제를 본질적으로 해결할 수는 없다) 부르주아 민주주의 헌법의 평등 사항은 이런 현실에 대해 무력하다. 공적 평등이 진행함에 따라 사적차별도 진행되고 후자가 방임되는 결과를 가져오는 것이다.

이리하여 국가로 하여금 인민의 여러 가지 자유와 평등을 인정케 한다는 부르주아적 자유와 평등은 다음과 같은 것을 의미한다. 국가는 공법생활에 있어 사람의 재산이나 종교·사상의 차이에 구애되지 말아야 하며 국민을 모두 국민주권에 대한 평등한 참가자라고 인정하지 않으면 안 된다. 그러나 그렇게 함으로써 이들의 사실상의 차이가 폐지되는 것은 아니며 오히려 재산이나 종교·사상의 차이가 공공연히 드러나, 재산으로서 종교로서 또 사상으로서 그 특수한 본령을 발휘할 것이 노골적으로 긍정되는 것이다.

이 사실상의 차이=불평등에 있어 가장 근본적인 것은 재산상의 차이이다. 근대 시민사회는 기본적으로 생산수단을 소유하는 계급과 생산수단을 소유하지 않고 노동력을 판매하는 것 외에 생활자료를 얻을 길을 갖지 않는 계급으로 분열되어 있다. 1789년 프랑스혁명 시의 어느 팜플렛은 다음과 같이 말하고 있다. “이제까지 언제나 존재해온 것은 두 가지의 확연히 구별된 계급이었다. 그리고 앞으로도 그럴 것이다. 즉 재산을 갖는 사람들과 아무 것도 갖지 않는 사람들과의 두 계급이다. 전자는 모든 것을 가지며

23) 마르크스 <유대인문제에 붙여>. 그러기에 단순히 종교는 私事(사사)가 되었다고 말하지 말아야 하는 것인지도 모른다. 라스키(Laski)처럼 ‘생활의 안정을 확보해놓고 있는 사람들에게 종교는 시민과 그의 ‘신’ 또는 교회와의 사이의 私事가 되었다. 가난한 자에게는 종교는 공공의 질서를 유지하기 위해 사회적으로 필요한 하나의 제도가 되었다.’ (<유럽 자유주의의 발달>) 라고 말해야 하는 것인지도 모른다. 중산계급은 ‘재산을 지니지 않는 사람들은 얼마간의 위자(慰藉)를 필요로 한다는 것을 예민하게도 의식하고 있었’던 것이고, 현세에서의 근면하고 질서 있는 생활을 내세에서의 구제의 조건이라고 설교하는 종교를 최대한 이용했던 것이다.

후자는 아무 것도 갖지 못한다.” 로크의 사유재산신성의 이론은 소유권을 독립적 개인이 자연에 부과한 노동의 과실로서 설명함으로써 일견 착취관계를 수반하지 않는 독립소상품생산자적 이데올로기의 근거를 제공하고 있는 것처럼 보이지만 그러나 화폐경제가 행해지고 있는 사회에서는 사람은 누구나 개인적으로 소비할 수 있는 것 이상의 재산을 화폐형태로 축적하는 일에 목시적 승인을 부여하고 있는 것이라고 설명함으로써 실은 재산의 불평등을 합리화하고 있는 것이다.

부르주아적 평등 이념은 이제까지 이 재산상의 불평등을 부정한 일은 없다. 오히려 이와 같은 사실상의 불평등을 불가결의 전제로 하고 그것이 사실상의 강제를 수반하면서 최대한 자유롭게(국가나 종교로부터의 간섭 없이) 기능할 것을 정당한 것으로 한다. 빈곤이 없으면 근로의 동인이 상실된다. 빈곤의 존재에 의해 자본과 노동은 비로소 결합되는 것이며 이 결합에 의해 비로소 사회의 부가 생산된다. 예를 들어 페트릭 코혼은 다음과 같이 말한다. “대부분 사람들이 가난하지 않으면 부유는 있을 수 없다. 왜냐하면 부유는 노동의 자식이며 노동은 빈곤상태에서만 나오기 때문이다. 빈곤이란 개인이 어떤 잉여노동도 저축하지 않고 있는, 바꿔 말하면 여러 가지 생업에 있어 끊임없는 근로의 행사에서 발생하는 것 외에는 어떠한 재산 또는 생계수단을 갖지 않는 사회에서의 상태 내지 지위이다. 따라서 빈곤은 사회에서 가장 필요불가결한 요소이며 이것이 없이는 여러 국민과 여러 사회는 문명상태로서 존립할 수 없는 것이다.”(24)25)

또한 계약의 자유도 이와 같은 사실상의 불평등이라는 조건 하에서 수행되는 노동력의 매매에 있어서는 노동력의 판매자에 대해 불리하게 기능하며 더구나 노동력 판매자로서의 경쟁요인이 더해짐으로써 노동력의 시장가격을 억제할 결과를 가져온다. 이와 같은 사태는 부르주아적인 자유 및 평등의 이념에서 볼 때 하등 비난할 만한 것이 아니다. 오히려 노동력의 가격을 끌어올리기 위해 그 독점적 판매자가 되도록 단결하는 일은 시민법에 저촉되는 범죄행위(공동모의)라고 인식된다. 그들의 교리에서는 노동자가 생산수단을 갖지 않기 때문에 내일의 빵을 얻기 위해 불리한 내용의 고용관계에 들어갈 것을 사실상 강요받고(부자유), 그 결과 다시 점차 빈부의 차(불평등)의 증대가 발생하는 일이 자유와 평등의 원리에 위배되는 사항인 것은 아니다. 노동력의 판매자와 구매자가 어떤 제3자의 간섭도 받지 않고 각자의 자유 의사에만 기초하여 이와 같이 서로 상품교환관계로서 100% 자유롭다는 의미에서 평등한 입장으로 거래(노동력 매매)한다는 상품교환관계에 조금이라도 간섭하는 일이 인간성의 기저(의사의 자유와 인격의 평등)를 짓밟는 심각한 침해행위인 것이다.

그리고 얼핏 중립적이고 공평하게 보이는 국가의 “안전과 질서”유지의 권능=경찰권도 결국 주로 이러한 사실상의(부의) 불평등=공평을 강요하는 자본가 사회의 냉혹한 법칙의 방어자로서 역할을 다하는 셈이다. 자본가사회의 법칙의 중핵에 있는 것은 신성한 소유권이다. 자본가가 생산수단의 소유자인 것과 형식적으로는 완전히 같은 의미에서 노동자는 노동력이라는 상품의 소유자이며 양자의 소유물에 대한 지배는 형식적으로는 경찰권에 의해 평등하게 보호된다. 그러나 실질적으로는 의의는 완전히 다르다. 노

24) H. Laski <유럽 자유주의의 발달>

25) 많은 논자에 의해 충분히 지적되고 있듯이 부르주아적 자유는 이와 같은 실질적 불평등의 기초 위에 추상적 형식적 자유를 보장하는 데 그쳐, 자유의 실질적인 획득을 국가의 공적 배려 외에 두고 그것을 각자의 사적 노력이나 사적 경쟁에 내맡기는 것이다. 무산인 노동계급에는 절실한 여러 생활 이익의 실질적 보장이야 말로 중요하지만 이런 것들을 권리로서 요구한다는 것은 부르주아혁명에 있어서는 “번지수를 잘못 찾은 것”, “떨렁한 것”으로서 비웃음의 대상 밖에 되지 않는다. 로베스 뵘에르가 야코뱅 클럽에서 그의 인권선언 안을 제안했을 때 이에 반대한 것은 단 한 사람 Boissel이라는 인물 뿐이었다. 그가 일어서 “생켈롯의 자연권은 아이를 낳고, 옷을 입고, 음식물을 먹는 데 존재한다”라는 인권선언 안을 제안했을 때 만장은 웃음바다가 되어 누구 한 사람 찬성하는 자가 없었다고 한다. (Richie. <Natural Rights> 3rd. ed)

동력 상품은 아무 것도 지배하지 않고 오히려 소유자(노동자) 등의 하에 타인(자본가)의 지배 하(생산과정)에 투입된다. 자본가에 의한 노동력 지배가 지나쳐서 노동자의 노동력에 대한 소유권을 침해하기에 이르면 경찰위반상태라고 여겨져 그 진압배제를 위해 경찰권이 발동될 경우도 논리적으로는 있을 수 있으나 실제로는 이와 같은 일은 극히 드물며(경찰공공의 원칙) 노동자의 자기노동력에 대한 지배권이 경찰권 덕분에 보호된다는 일은 거의 없다. 그러나 자본소유권은 노동력의 판매자의 빈곤을 전제로 하고 이를 재생산하는 무쇠와 같은 법칙의 상징으로서 노동자의 증오와 적의에 대상이 되기가 쉽다. 경찰권은 이와 같은 공격으로부터 자본소유권의 신성함을 수호하고 자본가 사회의 법칙에 대한 프롤레타리아의 반발을 억압하는 강제력으로서 기능하는 것이다.

나아가서 재산에 있어서 사실상의 불평등은 경제적 자유의 영역을 넘어 다른 여러 자유에도 중대한 영향을 주지 않을 수 없다. 예를 들어 빈곤은 정치적 자유(참정권) 거부의 이유가 된다. 가난한 자는 보호를 받아도 국가에 대해 감사해야 할 재산을 갖지 않기 때문에 그들에게는 국가에 대한 관심의 기본적인 전제가 결여되고 있다고 설명된다. 그들은 국가 속에서 숨을 쉬는 이익밖에 갖지 않는다. 그들은 이 나라에 정착한 외국인과 같은 것이며 이곳에서 살고 노동할 권리를 가지고 있는데 지나지 않고 법률을 만들 권리는 국가에 관심을 갖는 유산자에게만 맡겨야 하는 것이라고 설명되는 것이다.

다음으로 사상의 자유 및 언론의 자유도 이와 같은 자본제 사회의 기초적 사실관계에서 영향을 받지 않을 수 없다. 자유롭게 생각하고 하고싶은 말을 자유롭게 하는 기회는 언제나 경제적 독립성의 함수이며 경제적 독립성을 갖지 않는 노동자는 완전한 의미의 사상·언론의 자유를 가질 수가 없다. 이런 자유를 보장한다고 함은 국가권력 측에서 오는 침해를 배제하는 것을 의미하며 고용의 기회를 생산수단 소유자에게 장악당하고 있는 노동자가 사실상 이러저러한 자유를 지닐 수 없어도 그것은 본래의 시민적 자유의 보장과는 관계없는 것이라고 인식되는 것이다.

이와 같이 기본적인 인권(시민적 자유)의 보장은 그 추상적 보편적 외관과 관계없이 혹은 오히려 그 추상적 보편성 때문에 전 인민에게 똑같이 기능하지 않고 생산수단을 소유하는 사람들에게 유리하게 기능한다. 거기서 구가되는 자유와 평등은 계급적 차별과 계급적 지배를 폐기하지 못하고 그것을 유지한다. 그것은 부르주아지의 프롤레타리아트에 대한 계급지배가 사실상 관철되는 것을 배격하지도 저지하지도 않고 시인하고 방임하는 것이다. 기본적인 인권(시민적 자유와 평등)은 그 주요한 현실적 기능에서는 상품소유자로서의 인간의 평등이며 그것은 인간을 상품소유자로서 자유롭게 하는데 그쳐 그것을 풍부한 물리적 정신적 특성을 갖춘 인간으로서 자유롭게 하는 것은 아니다. 그와 같은 시민적 자유와 평등의 원칙은 직접생산자의 실질적 부자유·불평등을 은폐하는 것이며 그것이 현실 속에서 관철됨으로써 인간은 기계의 부속물인 부분적 개인이라는 숙명을 강요당하면서 그 인격의 전면적 해방은 오히려 저지되게 된다. 인간은 그의 행동의 사회적 여러 성과와 마주보지만, 거기로부터 소외되어 있다. 인간의 노동의 성과는 인간의 의지 및 통제에 복종하지 않고 오히려 인간에게 특정한 행동과 특정한 관점을 강요한다. 만들어진 물건이 만드는 자를 지배하고 만드는 자의 인격을 억압하는 것이다.

8. 기본적인 인권과 인간해방

(1) 역사의 모순

여기서 우리는 큰 문제에 직면하게 된다. 기본적인 인권의 보장이 부르주아지의 계급적 이해의 관철을 저지하지 않고 오히려 그것을 덮고 단적으로 그 계급적 이해의 관철의 버팀목이 되는 것이라면 기본적인

인권을 존중하고 옹호하는 일은 부르주아지의 지배를 시인하고 이것을 강화하는 것인가라는 문제이다. 기본적인 인권의 사상은 계급적 이데올로기에 다름 아니고 인류의 귀중한 자랑스러운 유산도 아무 것도 아니라는 문제이다.

그렇게 생각할 문제는 아닐 것이다. 이미 고찰한 바와 같이 자본제 생산양식은 당연히 기본적인 인권을 요구하는 것은 아니었다. 봉건제 태내에서 자생적으로 생성해온 자본제 생산양식은 특권과 독점의 체제와 충분히 타협할 수 있었다. 오히려 자본은 투하된 자본의 수익성을 확보하고 또 높이기 위해서는 독점적 제한을 요구하기까지 했다. 그러나 그것은 시장을 속박하고 투자분야를 제약하는 결과를 가져오지 않을 수 없었다. 자본 임노동 관계가 전개되어 농민층의 분해를 통한 인격적으로 자유로운 직접생산자의 일정한 양적 형성이 있고 또 기술의 진보에 의한 일정한 노동생산력의 향상이 있고 비로소 독점이 아닌 경쟁이 자본의 요구로서 등장하는 것이다. 즉 프롤레타리아트(산업혁명을 거쳐 19세기 중반에 독립된 계급의식을 갖는 것으로서 성립된 공장제 공업화의 프롤레타리아트와는 구별되어야 할 유지한 맹아적인 것이었다)의 어느 정도의 형성과 자유에 대한 요구가 발생하면서 비로소 부르주아지는 독점과 특권의 체제의 폐기(시민혁명)를 지향했다. 당시 프롤레타리아트는 스스로의 요구를 자각적으로 내걸어 그 실현을 위해 결집하는 조건을 갖지 못했고 시민혁명의 강령을 구상하여 그것을 위한 행동을 조직한 것은 부르주아지였으나 프롤레타리아트의 폭발적 에너지 없이는 시민혁명의 수행은 불가능했던 것이다.

그런데 투하자본의 수익성확보에 관한 두 가지 모순된 욕망(시장의 독점적 제한과 시장의 확대)으로 찢겨진 부르주아지로서는 한편으로 시민혁명을 수행하면서 다른 한편으로 부르주아 사회 그 자체의 지양을 포함하는 프롤레타리아트의 충동적 반항(그것은 때로 명확한 역사적 통찰에 의한 기초를 결하고 충동적이며 반동적으로 흐를 경우조차 있었다)을 두려워하여 시민혁명의 완수를 중간에서 방기함으로써 프롤레타리아트를 억압하기 위해 구지배체제와 타협하려는 유혹을 늘 받고 있었다. 이와 같은 문제를 잠재적으로 잉태하는 사태에서는 프롤레타리아트로서는 부르주아지를 그 의사에 반하더라도 반절대주의 투쟁으로 밀어내고 그것을 완수케 하고 부르주아지로 하여금 전 인민을 위해 기본적인 인권을 획득케 할 것이 필요했다. 인민을 전면적으로 또는 대부분 무권리·부자유한 상태로 고착시켜 놓는 반동적 전제권력의 체제가 확고부동일수록 그것은 전 인민에게 비참한 일이며 그 해방을 불가능 내지 곤란케 한다. 인민에 의한 정치적 자유, 언론·출판의 자유, 집회·결사의 자유, 인신의 자유 등등의 획득은 그 자체가 즉각 완전한 해방을 의미하는 것은 아니지만 이러한 자유의 획득 없이는 대체로 모든 해방이 불가능하다. 시민혁명을 완수케 하고 시민적 자유를 획득하는 일은 부르주아지의 지배를 확립하고 프롤레타리아트에게 불리해지는 것이 아니라 오히려 부르주아지보다도 프롤레타리아트에게 '보다' 유리하다. 후진적이고 반동적인 지배체제는 '보다' 야만스럽게 피지배자=민중의 인간성을 유린하고 진보를 '보다' 광포하게 탄압한다. 이 체제를 타도폐기하는 일은 인간이성의 '보다' 광범한 전개의 전제조건을 제공한다. 부르주아지가 반동권력으로부터 쟁취하는 어떠한 자유도 모두 결국 전 인민에게 유리한 것이 되며 도움이 되는 것이며 이들 자유 없이는 모든 변혁과 해방에 필요한 정치적 활동의 자유를 쟁취할 수가 없는 것이다. 26)

26) '부르주아 혁명은 프롤레타리아트에게 극도로 유리하다. 부르주아 혁명은 프롤레타리아트에게 무조건 필요하다. ... 그런데 이런 결론에서는 특히 다음과 같은 명제가 나온다. 그것은 부르주아 혁명은 어느 의미에서는 부르주아지보다도 프롤레타리아트에게 보다 유리하다. 라는 명제이다. 이 명제는 ... 부르주아지에게는 프롤레타리아트에 대항하기 위해 구시대의 약간의 잔존물, 예를 들어 군주제나 상비군 등에 기대는 것이 유리하다는 의미에서 의심할 여지가 없다. 부르주아지에게는 부르주아 혁명이 ... 완전히 한결같은 것이 아니라 끝까지 수행되지 않고 단호하고도 무자비한 것이 아닐 편이 유리하다. ... 이에 반해서 노동자계급 입장에서는 부르주아 민주주의적인 방향의 필요한 개혁이 바로 개량이 아닌 개혁의 길을 따라 수행되는 편이 유리하다. 왜냐하면 개량의 길은 미루적 미루적 길게 끄는 길이며, 국민이라는 유기체의 썩은 부분이 고통을 수반하면서 사멸해 가는 길이

특히 후진국에서는 충분히 성장해 있지 않았던 부르주아지는 프롤레타리아트에 대한 공포 때문에 시민혁명 그 자체를 단념하는 경우가 적지 않았다. 그들은 절대주의와 안이하게 타협하고 자본제 생산양식에 필요한 최소한의 자유(말하자면 사법적 차원의 자유, 즉 협의의 소유권의 자유, 상품교환주체로서의 인격적 자유, 거주·이전·직업선택의 자유 등)만으로 만족하고 혹은 오히려 낡은 체제가 갖는 강제력에 적극적으로 의거하면서 미성숙하기 때문에 충분히 강하지 않은 노동에 대한 지배를 보강하려고 한다. 노동의 생산력을 높이고 시장을 확대하는 광범위한 재생산의 궤도 위에 선 발전방향과는 현저하게 다른 길을 가게 되며 자본주의적 진보와 정신적 자유·진보의 연결의 내적 필연성이 상실된다. 기술적 개선에 필요한 만큼의 한정되고 왜소화된 지적 능력의 향상은 장려되어도 비판적 정신을 포함하는 풍부한 창조적 정신은 혐오되게 된다. 정치권력은 정신적 가치를 고유의 속성으로서 담당하고 끝내 이로부터 단절되는 일이 없다. 전횡적 자의적 지배는 조건 여하에 따라 사실상 완화되는 일은 있어도 체제의 체질적 특징으로서 오래 잔존하여 인민 일반으로서의 공법적 부자유 위에 더하여 특수적으로 (자본에 대한) 경제적 종속을 짊어진 노동자 대중은 가혹하게도 비참한 상황을 강요받게 된다. 이와 같은 경우에는 프롤레타리아트는 부르주아지를 대신하여 기본적인 인권 획득의 역사적 사명을 인수하여 달성하지 않으면 안 되게 되는 것이다.

상황이 이와 같으므로 기본적인 인권을 보전하고 실현시키기 위한 인민의 부단한 노력의 필요는 시민혁명 후에도 영구적으로 남는다. 부르주아지는 시민혁명을 수행함에 있어 스스로 "모든 것"이라고 믿고 스스로를 "인민 일반"과 동일시하고 의심하지 않았지만 절대주의 권력을 타도한 순간 자기에게 대립하는 계급으로서의 프롤레타리아트를 발견하여 자기가 "모든 것"은 아니고 "한 계급"에 지나지 않음을 원하던 원치 않던 인정하지 않을 수 없는 입장으로 몰린다. 참으로 부르주아적 자유=기본적 인권을 그 성립기에도 그 전개기에도 자기를 부정하는 자(프롤레타리아트)의 형성을 불가결의 요건으로 한다는 속명을 진 것이었다. 이렇게 볼 때 그들이 수립한 부르주아 민주주의 체제에서 기본적 인권을 한 때 소박하게 믿어지고 공언되었듯이 보편적 및 절대적으로는 도저히 보장될 수 없는 것이라는 결론을 얻게 된다. 사상의 자유도 언론·출판의 자유도 집회·결사의 자유도 액면 그대로 초 계급적으로 또 보편적으로 보장될 수 있는 것이 아니며 프롤레타리아트의 계급적 이해의 주장과 현실에는 지극히 불리하게 적용되게 된다.

예를 들어 부르주아적 국가관에서는 사상, 그 교환 및 실현을 위한 행동의 자유의 중요성은 거의 의문을 제기할 여지가 없다. 그들에 의하면 국가는 인민의 자연권(자유)을 보장한다는 목적으로 설치된 대리기관이며 목적은 본인(대리권 수여자, 설치자)에 의해 해석되어야 하는 것이며 대리인이 제멋대로 해석해서는 안 되는 것이므로 어떤 사상이 옳은지는 국가(정부)가 결정해서는 안 되는 것이 되고, 그리고 사상은 그 자체로서는 무력하기 때문에 그 교환을 위한 표현의 자유 및 그 전파, 설득, 실현을 위한 집회·결사의 자유가 당연히 보장되어야 한다는 결론에 이르게 된다. 그런데 이와 같은 넓은 의미의 사상의 표현·교환의 자유의 하나이며 생산수단을 갖지 않는 노동자에게 실질적으로 가장 중요한 결사, 집단행동의 자유는 여러 시민적 자유 중에서 특히 무시당하고 경원(敬遠)시되다가 했다. 의견표명(10조) 및 사상·의견전달(11조)의 자유가 구가되고 있는 프랑스인권선언 아래에서 결사의 자유는 샤펠리에법(Chapelier-decret, 1791)에 의해 부정되고 배제되었던 것이다.(앞에서 말한 노동자의 단결의 자유의 제한금지도 이와 관련하여 상기되어야 한다)

또한 모든 사람의 권리 주체로서의 법적 평등성(법 아래 평등)은 부르주아 사회의 기초적 원칙이지만

기 때문이다. 이 부분이 썩어 있기에 맨 먼저 가장 심하게 고통스러워 하는 자는 프롤레타리아트와 농민이다. 혁명의 길은 재빠르며, 프롤레타리아트에게 고통이 가장 적은 수술의 길이며, 썩은 부분을 썩듯 잘라내는 길이며, 군주제 및 그에 대응하는, 혐오스럽고 불쾌하고 썩어 악취를 발하는 여러 제도에 대해 양보하거나 마음을 쓰는 일이 가장 적은 길이다.' (Lenin <민주주의혁명에서의 사회민주당의 두 가지 전술>)

그것은 모든 분야에서 그대로 실현된 것은 아니었다. 선거권 (국민주권에의 평등한 참여권)은 시민혁명 후 오랫동안 너무도 당연한 것처럼 무산계급에는 거부되었다. 그 정치적 논거는 이미 소개했지만 법률론으로는 다음과 같이 설명되었다. 즉 참정권은 법을 통해 창조된 권리이며, 다른 시민적 자유처럼 법 이전에 존재하는, 법으로부터 독립된 권리가 아니다. 누가 선거권을 가져야 하는가는 선협적으로 정해진 사항이 아니라 국가의 특정한 상황에서 정치적 판단에 기초하여 정해져야 한다는 것이다. 그리하여 앞에서 소개한 바 재산과 공적 관심의 관한 논의로 이어져, 불평등한 선거권 즉 무산자의 정치적 무권리가 정당화되었다.

이와 같이 기본적인 인권의 이념 아래 투쟁되었던 시민혁명 이후 자유도 평등도 모든 사람들의 모든 생활관계에서 당연히 실현되었던 것은 아니었다. 그것이 실현된 양상에는 부르주아적 이해가 짙게 스며들고 있었던 것이다. 시선을 개개의 자유·평등으로부터 인권보장체계 전체로 돌릴 때 우리는 이른바 긴급사태 조항에 주목하지 않을 수 없다. (1799년 프랑스 집정 정부 하의 공화국 헌법, 1814년 프랑스헌법 제14조) 자본제 질서의 존립을 위태롭게 하는 중대사태에서는 인민의 기본권은 당연하다는 듯 무시되었다. 그리고 또한 1848년 프랑스 제2공화제 헌법과 관련해 흔히 지적되는 바와 같이 기본적인 인권의 보장에는 항상 '공안'이라는 한계 내지 법률에 의한 제한이 따라다니게 마련이다. '헌법의 어느 조항도 그 자신 속에 자기의 대립물을 포함하며, 상원과 하원을 동시에 가지고 있다. 즉 본문에는 자유를, 각주에는 자유의 폐지를 규정하고 있다.'²⁷⁾라고 할만한 상황이었다.

나아가서 현실의 운용상황을 조금이라도 공들여 살펴본다면 인간의 자유로써 지탱되어야 할 인간의 존엄은 (인민의 상당한 수준의 자각적 노력이 없이) 시민국가의 권력에 의해서는 존중되기 어려운 것임을 알 수 있다. 저항할 기력이나 수단이 빈약한 사회적 약자의 존엄은 (특히 사회의 감시가 잘 미치지 않는 '조건에서) 무시당하기가 일쑤이며, 자본의 지배력에 대해 비판적 입장을 취하는 사람들의 존엄 또한 갖가지 구실로 거부당하기가 쉽다. 구체적인 사례를 들자면 아마도 한이 없을 것이다.

기본적 인권은 시민혁명을 통해 그 실현의 수단을 포함하지 않는 형식성에서는 보장되기에 이르렀다. 그러나 상품 소유자의 자유 평등이라는 한도에서 인간의 해방을 필요로 한 자본제 사회의 논리는 당연히 그 한도를 넘어서는 전 인민의 인격의 전면적 해방을 요구하거나 그 실현을 추진할 수 있는 것은 아니었다. 그러기에 그 달성은 바로 권력으로부터 소외된 광범한 민중의 '끊임없는 노력'에 내맡겨져 있는 것으로서, 모든 사람이 시민적 자유를 (그 주창자인 부르주아지가 설파했듯이) 진정 보편적으로 보장되어야 하는 것으로서 요구·획득하는 일은 (그것이 그대로 인격의 전면적 해방으로 귀결되는 것은 아니겠지만) 매우 중요한 일이라고 해야 한다.

이상에서 고찰한 바와 같이 기본적인 인권의 원리는 부르주아에게도 프롤레타리아에게도 복잡한 자기모순적 의미를 가지고 있다. 부르주아지는 모든 사람의 보편적 (형식적) 자유 평등을 지렛대로 생산수단의 소유자로서의 자연적 실력을 가장 효과적으로 마음껏 발휘할 수가 있다. 그러나 그들은 이런 자유·평등을 자본제 생산양식을 형성함에 있어서 스스로 단독으로 요구·실현했던 것은 아니었으며, 또 프롤레타리아트가 이를 향유하면서 계급적 이익을 주장하고 실현할 것을 항상 두려워하는 것이다. 프롤레타리아트에게 상황은 바로 이를 뒤집은 것과 같다. 그들은 형식적인 (상품 소유자로서의) 자유·평등에 의해 자본주의적 잉여가치 법칙에 服屬하게 되고, 인격의 자기 실현이 아니라 자본의 가치 실현에 봉사하는 것이면서도 다른 한 편으로 (형식적인 것이라 하더라도) 자유와 평등이 없이는 인간성을 압살하는 專制와 예속에서 벗어날 수 없으며, 스스로의 보다 강한 해방 수단을 가질 수도 없는 것이다. 이리하여 우리는 기본적 인권론의 가장 어렵고도 심오한 문제 앞에 서게 된다. 이제 우리에게 약간의 결론적 고찰이 필요하다.

27) 마르크스 <루이 보나파르트의 부위메르 18일>

(2) 해방의 基軸

지금까지의 서술에 대해서는 즉각 예를 들어 다음과 같은 반론이 가해질 지도 모른다. 즉 부르주아지는 자기 및 프롤레타리아트의 상품 소유자로서의 자유 (그런 의미에서 평등한 자유)를 필요로 할 뿐이며, 정신적 자유 (특히 프롤레타리아트의 그것)을 필요로 하지 않고 또 이를 원하지도 않는다. 근대국가의 많은 헌법에 정신적 자유가 규정돼 있다고 해도 그것은 부르주아(시민)국가의 본질적 내재적 요구에 기초한 것이 아니라 완전히 외재적이고 우연적 계기에서 삽입되었을 뿐이다.

그러나 첫째로, 기본적인 인권의 이념은 국가권력기구의 편제에 관한 특유의 提唱과 밀접하게 관련되어 있다. 그것이 없이 기본적인 인권의 구체적 보장도 있을 수가 없었다. 모든 부르주아지가 전체로서 국가권력을 점거하고 이를 행사한다는 것은 일어날 수 없는 일이어서, 국가권력을 직접 행사하지 않는 부르주아지가 반드시 다수 존재하기 마련이며, 부르주아적 지배의 체제는 이런 사태에 의해 강하게 규정받지 않을 수 없었다. 즉 국가권력의 자의적 침해에 대한 일정한 보장은 부르주아지 자신의 이해로 볼 때 피할 수 없는 요구였던 것이다. 이에 이 보장을 구체화시킬 국가권력기구의 편제가 실현되어, 거기에 인민의 일정한 자유가 성립하고, 또 그 자유가 하나의 국가제도에 유래되는 이상 그것은 전 인민에게 똑같이 귀속되지 않을 수 없었던 것이다.

거기에 성립되는 자유에는 적극적·소극적인 여러 가지가 포함되지만 그 중 하나로서 다음과 같은 것을 주목해야 한다. 즉 부르주아지 일부가 직접 권력을 행사하고 있지만 그들은 전체 부르주아지의 대리인에 지나지 않으며, 또 영구적으로 그 자리를 보장받은 것도 아니기 때문에 여기에 대리적 권력의 授權者에 의한 통제와 대리적 권력의 자리를 차지하는 자들의 교체의 '롤'이 확립되어야 한다는 점이다. 전자의 '롤'에 대해서는 이미 언급한 바 있기 때문에 여기서는 후자의 '롤'에 대해서만 한 마디 보태자면, 그 핵심은 소수자가 다수자가 될 가능성이 항상 열려 있어야 한다는 점에 있다. 그것이 달혀 버리면 부르주아적 지배의 논리 그 자체가 자가당착을 일으켜 스스로 무너질 수밖에 없다. 그리고 그 교체의 기준은 부르주아 사회의 본성상 폭력도 혈연도 의리도 아니고 정책의 객관적 우열이 아니면 안 된다. 즉 대리적 권력의 발동 목표(즉 강령)에 관해서 누구나 자유롭게 구상, 제안, 설득할 수 있다고 전제해놓고 이 강령에 대한 (이성에 호소하는) 지지 획득경쟁을 통해 대리적 권력을 관리해 나갈 수밖에 없다. 다수자는 고유의 권능을 가지고 소수자를 지배할 수 있는 것이 아니라, 지배는 완전히 이 경쟁의 결과에 달려 있다. 따라서 모든 사람은 그 경쟁의 장에 출장할 수 있는 권리를 보장받으며, 거기서의 제안, 설득을 위한 여러 행동의 자유는 전적으로 보장되지 않을 수 없다는 결론이 나오게 되는 것이다.

이에 따라 부르주아지는 현재 국가권력을 직접 행사하는 입장에 있지 않아도 그 경제활동을 국가권력에 의해 자의로 교란 당하는 일이 없음과 동시에 필요하다면 이 경쟁에 호소함으로써 대리권력의 행사를 보다 직접적으로 관리할 수 있게 되며, 이렇게 함으로써 동시에 모든 인민의 권력으로부터의 자유를 어느 정도는 실현시키게 되는 것이다. 정치권력은 부르주아적 지배를 위한 불가결한 지렛대가 아니다. 부르주아지가 항상적, 직접적, 그리고 전체적으로 권력을 행사하는 것이 아닌 이상 최소한도 앞에서 말한 바와 같은 의미로 사람의 자유와 평등이 보장되지 않으면 안 되는 것이다.

다만 이상의 자유는 당장은 통치기구 운영상의 자유이다. 이 자유는 인간 인격의 전면서 해방의 요구로부터 여전히 거리가 멀다.

그런데 둘째로, 자본제 사회에서 부르주아지도 또한 자기소외의 상황에 처해 있음을 간과해서는 안 될 것이다. 프롤레타리아트는 자기소외를 당함에 있어 좌절감과 무력감을 느끼며 인간성의 상실을 맛보게 됨에 대해 부르주아지는 자기소외의 당함에 있어 득을 보고 쾌적하기 때문에 외견상은 인간다움을 유지하

고 있는 것이지만, 그러나 그것은 겉보기만 그런 것이고 부르주아지 또한 참된 인간성을 보유하는 것은 아니다. 자본제 사회에서 생산물은 무엇보다도 생산자(프롤레타리아트)를 지배하는 것이지만 그것은 또한 수탈자(자본가)도 지배하는 것이다. 부르주아지 또한 자본주의적 생산양식의 내재적 법칙을 외적인 강제법칙으로서 강요당하고 있는 것이다. 즉 자본제 생산에서는 이기심이 원동력이며, 이윤 추구자 상호간의 경쟁이 필연적 숙명이 되고 이것이 자본가를 맹목적으로 지배하는 것이다. 특히 산업혁명 이후의 근대 공장제공업과 관련하여 말할 수 있는 것이지만 그 기술적인 기초는, 이전의 모든 생산양식의 기술적 기초가 본질적으로 보수적이었는데 대해 혁명적이다. 부르주아지는 개개의 차원에서도 국민국가적 차원에서도 생산의 기술적 기초를 끊임없이 변혁하고 갱신하지 않으면 경쟁에서 살아남을 수가 없는 것이다. 이리하여 기본적 인권은 부르주아지의 계급적 지배 관철의 지렛대 기능을 하면서 부르주아지 자신도 지배받지 않을 수 없는 자본가 사회의 내재적 법칙에 매개됨으로써, ①한편으로는 인간 인격의 광범한 전개 조건을 형성하게 된다. 자본가적 생산은 원래 노동자를 기계의 부속물, 즉 기형화된 부분적 개인으로 취급하고 그 보편적 인간성을 짓밟는 것이지만, 서로의 경쟁을 통해 생산의 기술적 기초의 변혁, 따라서 그와 동시에 노동과정의 사회적 결합의 변혁을 결과적으로 초래하여, 그렇게 함으로써 노동에 대한 변화하는 여러 요구에 부응하는 인간 능력의 최대한의 가동성을 요구하고, 궁극에 있어 인간 능력의 다면적 형성의 조건을 제공하게 되는 것이다.

그것은 마찬가지로 법칙에 매개되어 ②다른 한편으로는 인민의 차원 높은 정신적 자유에의 강한 요구를 촉발시켜 그 획득의 조건을 성숙케 한다. 부르주아적 이데올로기인 자유·평등의 이념은 원래는 (앞에서 말한 바와 같이) 영리라는 비속한 충동에 기초한 천박한 상품 소유자로서의 자유·평등에 대한 요구에 다름 아니다. 근대 공업은 앞에서 지적되었듯이 생산양식의 기술적 기초의 변혁을 강요하는 것이지만 그마저도 그 자체로서 영리에 직결된 협소한 기술적 개선의 범위를 넘지 않을 것이다. 그러나 아무리 작은 기술적 개선이라도 (거창하게 말하면) 자연법칙에 대한 인식에 입각하고 그것을 따름으로써 비로소 가능한 것이며, 실용적인 지식에 대한 실리적인 요구는 지식 일반(=진리) 탐구에 대한 적극적인 태도를 빚어 내게 마련인 것이다.

본래 자본가가 과학자를 만드는 것은 아니다. 지적 탐구를 그 자체 기쁨으로 여기고 그 탐구에 대한 현신에 삶의 보람을 느끼는 과학자가 먼저 존재한다. 그들은 어느 시대에도 존재했으며 자본제 사회에서도 누가 부탁하지 않아도 이런 기능을 사명으로 자각하는 진리탐구자 자체로서 존재했다. 부르주아지는 이윤 추구의 필연성에 내몰리면서 직접적으로 혹은 국가제정을 통해 간접적으로 연구에 투자하기도 하고 연구수단으로부터 단절되어 있는 학문 연구자에게 연구를 위한 현실적 조건을 충족시켜주기도 하면서 그들의 직능을 사회적 규모로 성립시키기 위한 기초를 만들어 가는 것이다.

그런데 권력도 금력도 진리를 명령할 수 없다. 진리는 오직 이성에 따라 자연과 사회의 법칙을 추구함으로써만이 획득되는 것이다. 연구에 대한 투자가 효과를 올리기 위해서는 일정한 범위에서 진리 탐구의 자유가 보장되지 않을 수 없다. 그것은 사람으로 하여금 '자유롭게 생각할 권리'를 자각케 하고, 그 권리 행사의 결과 고조되는, 인간의 자연에 대한 지배력의 실감을 통해 인간 정신의 자유와 존엄의 가치를 확신케 하지 않을 수 없다.

그리고 이런 인간 이성에 대한 확신은 또한 그와 표리일체를 이루면서 이성의 활동의 결과에 대한 겸허함을 배양하게 된다. (이 겸허함은) 자연과 사회의 법칙에 관한 낡은 인식이 보다 진보된 인식으로 대체되고 과거의 상식·기성관념은 갱신되어 간다는 사실을 솔직하게 인정하게 되면서 오히려 (이 겸허함이) 그와 같은 인권의 끊임없는 발달을 통한 자연에 대한 보다 강화된 지배를 정력적으로 추진하는 힘이 되는 것이다. 이리하여 야비한 영리를 위한 자유는 지배계급도 그 지배로부터 도망칠 수 없는 자본가 사회의 법칙에 매개됨으로써 고상한 정신의 자유, 인류 진보의 이념으로 고양될 조건을 획득하는 것이

다.

셋째로, 이상의 확신은 (첫째에 대한 설명에서 언급했던) 국가의 사명과 역할에 관한 사고방식에 깊은 영향을 미치지 않을 수가 없다. 즉 국가권력이 정신 내용적 가치로부터 단절된다는 점이다. 국가는 자신 속에 진·선·미라는 정신 내용적 가치의 기준을 갖는 것이 아니라 그와 같은 가치의 선택 내지 판단은 개인 및 사회집단에 맡겨지는 결과를 초래한다. 영원 절대의 진리는 인정되지 않고 사회에서 다원적 가치가 서로 치열하게 경쟁하고 있으며, 끊임없이 새로운 사고방식이 다수자가 지지하는 기성관념에 도전하면서 사상의 경쟁무대에 등장한다. 무엇이 공익이며 무엇이 올바름인지에 대한 사회적 경쟁에서 승리한 사상이 국가의 공적인 의사로서 타당하며 국가를 지배해야 할 사상으로 인식되게 된다. 앞에서 살폈듯이 인류의 자연과 사회에 관한 지식이 끊임없이 진보하고, 자연에 대한 인류의 지배가 한 층 향상되고, 그에 따라 민중의 복지를 더욱 더 증대시킬 수가 있는 것이라면 국가의 역할은 겸손해야 함은 말할 나위도 없다. 국가는 사회에서의 사상의 경쟁이 자유롭게 공정하게 이루어지도록 조건을 확보하는 일에 전념해야 하는 것이다. 아무리 소수의견이든, 아무리 이단적 사상이든, 그것이 사상인 이상 자유경쟁의 장에 나타날 것을 권력에 의해 저지되는 것은 옳지 못하며, 이와 같은 사상 및 그 표현의 자유가 절대적으로 확보되고 있다는 사실이 다수의견이 전체의견이 아닌 부분적 의견임에도 국가의사로서 소수자를 지배할 수 있는 정통성의 근거를 이룬다는 생각에 이르게 되는 것이다.28)

기본적 인권을 보장하는 국가란 이와 같은 것을 원칙으로 하는 국가이며, 그 국가는 이 원칙에 충실한 역사의 발전법칙을 권력으로써 비틀어 왜곡해서는 안 되는 것일 터이다. 그렇다면 역사의 발전법칙에 의해 해방을 약속 받는 계급은 국가권력이 기본적 인권을 충실히 보장하고 역사의 발전법칙의 전개를 담당할 인민의 행동을 억압하지 말 것을 요구할 정당한 권리를 갖는다는 이야기가 될 것이다. 이런 관점에서라면 기본적 인권의 가치를 아무리 높이 평가한다 해도 지나치는 일은 없을 것이다.

그런데 본래 역사가 가르치는 바에 따르면 역사의 발전법칙에 의해 그 몰락을 약속 받는 계급이 이 법칙을 관철되는 대로 방치하거나 그 관철에 적극적으로 기여한다는 일은 있을 수 없는 일이었다. (그들은 그 계급적 편견으로 인하여 역사의 발전법칙을 올바르게 인식하지 못한다) 부르주아 민주주의국가라고 해도 결코 예외는 아닐 것이다. 그것은 그 국가체제의 전개와 더불어 생겨나는 여러 모순에 직면하여 (때때로 스스로 민주주의의 원칙을 짓밟고) 기본적 인권을 침해하는 일을 서슴지 않았다. 기본적 인권을 '부단한 노력'에 의해 확보하고 그 보장을 쟁취해내는 일은 결코 계급적 지배의 관철을 인정하고 그것을 돕는 결과가 되는 것은 아니다. 그것은 계급적 지배에 항거하면서 혹은 그것을 배제하면서 인간 인격의 전면적 해방을 지향하는 귀중한 노력의 일환인 것이다.

이상의 설명과 관련하여 여기서 노파심으로 한 마디 덧붙인다면, 위에서 지적된 '필연성'이나 '법칙성'은 인간의 자각적 행동 없이 저절로 초래된다고 하는 것은 절대로 아니라는 사실이다. 야비한 영리의 자유가 저절로 정신의 자유로 고양되는 것은 전혀 아니며, 근대 국가는 당연히 정신 내용적 가치를 권력에 의해 관철시키려는 시도를 그치는 것은 아니다. 우리가 이 주제의 고찰을 시작함에 있어 전제로 삼은 것은 '스스로를 해방하려는 인간의 의욕과 노력'이었다. 이것 없이 자유가 혼자서 생성되거나 권력에 대한 역제가 자동적으로 이루어지거나 하는 것은 아니다. 그런 의욕이 먼저 존재하고, 그 실현을 위한 노력이 특정한 역사사회에서 영위될 경우 그것이 당해 사회의 구조에 규정되면서 그 실현을 위한 어떠한 조건을 발견하는가를 탐구하는 일이 이 글의 고찰태도였다. 해방을 위한 의욕과 노력은 근대 자본제 사회에서 앞에서 서술된 바와 같은 여러 조건에 규정되면서 '사람 일반의, 사람이기 때문에 향유하는 당연한 권리'라는 형태로 구체적 결실을 따낼 수가 있었던 것이며, 그것은 이 구체적 성과를 지렛대로 삼고 한

28) '... 자유로운 사상의 원칙- 그것은 우리와 의견을 같이 하는 사람들의 자유로운 사상이 아니라, 우리가 증오하는 사상에 대한 자유이어야 한다.' (Holmes)

층 더 나아간 해방을 쟁취하는 것이다.

이에 마지막으로 약간 추상적으로 기운 논의를 다소나마 부연해볼 취지에서 몇 가지 기본권과 관련, 구체적 적용의 일단을 제시하고자 한다.

앞에서 살폈듯이 자본제 생산양식은 그 생산과정이 상품화된 노동력의 매매라는 상품 교환 방식에 입각해서 수행되는 것을 특색으로 하지만, 노동력의 판매자와 구매자의 사실상의 힘의 不對等은 형식적으로는 자유롭고 평등한 이 상품 교환과정을 실질적으로 부자유·불평등케 하여, 노동력의 시장가격을 내리누르는 결과를 수반하는 것이었다. 그러나 이윽고 이와 같은 과정은 자유를 보장받은 노동자가 이 과정을 상품이 등가로 교환되는 과정으로 바로잡고자 노동력이 가치대로 팔 수 있게 될 것을 요구하고, 그를 위해 '자유'를 행사하게 될 것을 유발하지 않을 수 없다. 그것은 노동자의 궁핍화라는 현실을 배경으로 노동자의 저항으로서 나타나는 것이지만 그 저항이 부르주아사회의 법칙(등가교환)의 테두리 안에서 그 논리를 엮고 나오는 한, 부르주아적 자유와 평등의 이념에는 정면으로 대립하는 것일지언정 이를 전면적으로 무시해버릴 수는 없다. 부르주아적 자유·평등의 보장은 보다 실질적인 자유·평등을 요구하기에 이르는 계기가 되고 두 가지 종류의 자유·평등 사이의 치열한 대항을 야기하게 되고, 프롤레타리아트가 실질적인 자유와 평등을 쟁취하기 위해 스스로 계몽하고 결속하고 운동할 것을 가능케 하는 것이다. 이리하여 자유와 평등은 부르주아사회 발전에 따르는 피할 수 없는 필연성(보다 많은, 보다 강력한 프롤레타리아트의 창출)에 규정받으면서 보다 고차원의 보다 보편적인 자유·평등의 보장으로 나아가게 되는 것이다.

다음으로, 인종차별의 법적 폐지는 분명 개인의 인종적 증오를 해소하지 않고 그에 기인하는 사실상의 차별을 禁壓하는 것은 아니었지만, 인종적으로 차별 받고 있는 피억압자가 그 차별의 철폐를 스스로 주체적으로 쟁취해 나가기 위한 중요한 전제와 수단을 제공한다. 그들이 법적으로 차별 받고 자유를 빼앗기고 무권리 상태로 짓눌려 있는 상황과, 부족하나마 법적으로 자유(특히 정치적 자유)와 평등을 부여받고 있는 상황과는 그들의 보다 완전한 자유·평등의 획득을 위한 투쟁의 조건이라는 점에서 결정적으로 다르다. 투쟁의 의욕이 있는 자에게 법적 자유와 평등은 매우 중요한 의미를 갖는다. 그것은 사실상의 차별의 악함을 간파하고, 그것을 철폐할 것을 호소하고, 스스로 계몽하고, 결집하고, 조직하고, 행동할 것을 가능케 한다. 차별의 법적 폐지는 진정한 인종적 평등과는 멀고도 멀지만 진정한 인종적 평등을 실현시키기 위한 중요한 무기가 되는 것이다.

종교적 자유의 보장에 대해서도 같은 이야기가 가능하다. 종교적 자유 보장은 한 측면에서는 종교적 편집(偏執)을 공공연히 방임했으며 또 무산계급의 순치(馴致)를 가능케 하는 조건이었다. 그러나 신교의 자유 보장은 무신론에 대해서도 완전한 자유를 보장하는 것이 되지 않을 수 없다. 로크는 저 철저한 종교적 관용론에서 무신론을 예외로 하고 관용 밖에 두었지만 그렇게 함으로써 그의 이론의 시대적 피제 약성을 폭로했을 뿐 이론으로서의 일관성을 잃은 것이 되어버렸다. 무신론의 자유를 인정하지 않는다는 것은, 헌법해석론적으로 말한다면 사람을 그 신조의 내용에 따라 차별하는 것이 되고, 시민적 자유의 체계 내에 있어서 자가당착을 일으켜 파탄하게 마련이다. 시민적 자유의 이념체계에 整合하는 형태로 종교의 자유를 인정한다면 그것은 무신론의 자유를 동시에 인정하지 않을 수 없게 된다. 그렇게 함으로써 거리낌없이 자유로운 정신과 종교적 편집과의 대항을 촉발하는 것이다. 종교의 자유 보장은 이와 같이 종교로 하여금 종교 자체로서 그 본령을 발휘케 함과 동시에 실로 종교 그 자체가 지양(止揚)되기 위한 계기를 부여하는 것이다.

나아가 사사의 자유, 언론·출판의 자유 및 집회·결사의 자유가 자본 소유권이 갖는 사실상의 지배권 때문에 무산자에게는 무의미·무가치가 되기 쉬움은 앞에서 말했다. 그러나 일단 정신의 창조력을 해방한 이상 그 전개 가능성을 박탈하기란 불가능하다. '자유란 자신에게 충실하다는 것을 의미한다. 그리

고 그것은 반항할 용기에 의해 유지되'는 것이다. '자신에게 충실한 정신'은 형식적으로 밖에 주어지지 않는 자유의 모순·허위성을 주체적으로 인식케 하지 않을 수 없을 것이다. 그리고 '반항하는 용기'로써 이를 참된 실질적 자유로서 실현시키려는 노력에 동기를 부여하지 않을 수 없을 것이다. 일단 존엄성을 지각한 인간 정신이란 자신을 물화에 대한 수단의 지위에 두는 데 만족하지 않고 진정 독립 자유의 존재가 되고자 떨쳐 일어나지 않을 수 없는 법이다. 그것이 부르주아지의 의도를 벗어나는 것이라 해도, 그 자유가 (부르주아지에 의해 주장된 대로) 보편적인 것으로까지 끌어 올려줄 것을 요구해오는 경우, 자유에 대한 요구를 물리칠 수는 없는 것이다. 그에 대해서는 다만 다른 자유를 대항시킴으로써 저지하는 수 밖에 없다. 부르주아적 자유의 원칙에 입각하는 이상 '자유는 타인의 자유에만 그 한계를 갖기 때문이다. (인권선언 제4조) 이 경우 부르주아지가 끌어대는 것은 (협회의) 소유권의 자유이다. 여기서 정신적 자유와 소유권의 자유는 서로 모순되는 것임이 분명해진다. 이 대항관계에서 정신적 자유가 그토록 격조 높은 장엄한 언어로 표현된 사실에 비취보면 소유권의 자유가 궁극적으로 승리할 것은 어렵다고 보아야 할 것이다. 소유권은 시민혁명 당시에 믿어졌던 저 '신성불가침성' (1789년 인권선언 17조)을 박탈당할 것이다. 권력적 억제로부터 해방된 인간 정신은 정신 자체가 갖는 이성의 법칙에 따라 자기 전개를 수행하면서 보편적 자유의 획득으로 확실하게 나아가는 것이다. 자유는 본래 보편적이며, 역사의 일정한 발전단계에서 하나의 계급사회의 논리를 따라 제약된 것으로서 존재를 부여받는다 하더라도 이윽고 자유 자체의 법칙에 의해 이 제약을 깨뜨리고 참되게 보편적인 자유로 고양되어가지 않을 수가 없는 것이다.

[끝]

· 현대국가와 인권

입헌제의 인권보장기능에 대한 검토

基本的人權 前5권 (일본 東京大學出版會 1968년 초판) 중 제2장
코바야시 나오끼 [小林 直樹]

1. 머리말 - 현대 인권의 문제상황

[1] 인권의 사상과 현실 - 세계사적 전망

인권사상은 현대에 이르러 점점 세계를 뒤덮는 인류의 이념이 되어가고 있다. 1948년 유엔 제3회 총회에서 결의된 세계인권선언은 소련을 비롯한 사회주의 나라들이나 남아공 등 8개국의 기권 때문에 전가맹국의 일치된 지지를 얻지는 못했지만, 국가의 틀을 넘어서 지구적인 규모로 인권선언이 채택되기에 이른 것은 '인권' 보편화의 방향을 가리키는 획기적인 사건이었다. 이 선언 개개 규정에는 여전히 문제삼을 점이 적지 않으며, 실제로 그 기초과정에서 동서의 대립되는 이데올로기 사이에 격렬한 논쟁도 있었지만, 상호의 불신감이나 오해가 풀리면 의견의 합치는 상당히 광범하게 이루어졌을 것이라고 생각된다. 예를 들어 법 앞의 평등, 보통선거권, 노동자의 권리 확인, 고문이나 노예제 금지, 종교의 자유 보장, 생존권을 위한 국가적 배려 등등은, 진영의 동서를 묻지 않더라도 현실에서 널리 인정되고 있는 사항이다. 따라서 또한 세계인권선언 전문 앞부분에 내걸린 - '인류사회 모든 구성원의 고유한 존엄과 평등하고 양도할 수 없는 권리를 승인하는 것은 세계의 정의와 자유의 기초이다'라는 원칙적인 생각도 아마도 세계 대다수 사람들이 지지하는 바일 것이다. 이 선언 제1조의 '모든 인간은 태어나면서 자유로우며, 존엄과 권리에 있어서 평등하다'라는 말도, 18세기 미국 독립선언이나 프랑스 인권선언에서 오늘의 사회주의국들의 인권규정에 이르기까지 공통적인 사상의 표명이라고 해도 될 것이다. 그리고 현실적으로 이러한 이념은, 특히 식민지 나라들의 해방과 자립화를 비롯한 제2차 대전 후의 동향을 배경으로 글자 그대로 전 세계로 보급되어가고 있다. 인권사상의 이런 의미의 보편화는 큰 진보를 의미하는 것일 터이다.

그러나 문제는 각국의 헌법이나 세계인권선언에 명기된 이념이 실제로 얼마만큼 구체화되고 있느냐에 있다. 이에 대한 답은 결론적으로 비관적일 수밖에 없을 것이다. 오늘날 세계 도처에서 인권의 실현은 비상한 어려움이나 패러독스에 직면하고 있다. 하기가 과거에도 자유·평등의 아름다운 이념이 때로는 침략이나 억압의 기치가 된다는 아이러니컬한 사례는 나폴레옹전쟁 이후 많았다. 군주나 반동세력에 의해 모양새뿐인 인권마저 너무도 쉽게 무시당한 경험도 헤아릴 수 없이 많다. 그러나 인권사상이 세계화되고 있는 바로 이 때, 역사상 유례 없을 만큼 거대한 위협이나 파멸적인 억압이 발생하고 있다는 사실은 우리 시대의 커다란 모순이라고 하지 않을 수 없다. 그 중 가장 심각한 것은 물론 전쟁이다. 인류는 금세기에 들어 두 번의 대전을 겪었고, '억'을 헤아리는 사상자(사망자만도 1차대전에서 850만, 2차대전에서 1500만)를 냈다. 엄청난 돈과 에너지를 쏟아 부으며 수천만 명을 도살한 이 두 전쟁만큼 '인간의 존엄'을 짓밟은 짓은 없었다. 게다가 이 아픈 경험에도 불구하고 제2차대전 후 대국은 인류의 두뇌가 개발한 과학기술의 진수를 모아, 전 인류를 몇 번 씩이나 멸망시키기에 모자람이 없는 '악마의 힘'을 소유하면서, 위협하기 짝이 없는 군비확장경쟁의 길을 치달리고 있다. 뿐만 아니라, 핵 보유로 막다른 골목에 갇힌 냉전의 와중에도 조선과 베트남에 발생한 뜨거운 전쟁으로 인해 수천만 민중이 실제로 도탄의 고

통을 맛보았던 것이다. 처참한 파괴력을 지닌 오늘날의 전쟁이야말로 현대 인권의 최대·최악의 '적'이며, 특히 국가적 이기주의에 입각한 침략전쟁은 인권의 관점에서 용납될 수 없는 최악의 범죄라고 해야 할 것이다.

전쟁 다음으로 인권을 위협하는 것은 권력에 의한 탄압과 착취다. 이 현상 또한 역사의 모든 시대에 있어왔던 진부한 광경이지만, 현대의 그것은 대량으로 그리고 기술적·조직적으로 저질러진다는 점에 특징이 있다. 아우슈비츠나 다하우에서의 나치의 대량학살은 그 극단적인 예이다. 이만큼 심한 것은 아니더라도, 억압된 민족이나 계급의 아래로부터의 정당한 요구를 동동이나 총검, 필요에 따라서는 군함이나 탱크까지 동원해가며 때려잡으려는 시도는 오늘날 도처에서 발견된다. 제2차 세계대전 후 간신히 독립을 쟁취한 베트남민주공화국은 그 독립선언(1945)에서 '자유·평등·박애의 깃발을 남용'한 프랑스 식민주의자들의 탄압양상을 생생하게 표현하고 있지만,²⁹⁾ 그로부터 20여 년 지난 지금, 프랑스를 대신한 미국이 그곳에서 저질러온 잔학행위는 인권에 대한 위협의 실태를 단적으로 드러내고 있다. 인권을 정한 헌법을 무시하는 나라도 많지만, '인권'의 이름 아래 태연히 인민을 도살하는 거대한 권력국가가 세계의 현병노릇을 하는 현실이야말로 오늘의 인권상황을 단적으로 나타내고 있다고 할 수 있다.

[2] 국권과 인권의 관계 변동

전쟁의 문제를 제쳐둔다면, 현대의 인권문제도, 역사상 그러했듯이 오늘도 주로 국권과의 대항관계를 중심으로 전개된다. 다시 말해, 인권사상과 그 구체적인 발현은, 지배권력과 피지배자 사이의 이해 대립, 각각의 이데올로기의 상극, 억압하는 힘과 저항하는 힘과의 길항(拮抗) - 즉 계급 대립을 중심으로 하는 여러 가지 힘의 관계에 가장 크게 영향을 받아왔다. 국권과 인권 사이의 이 기본적인 관계는 현대에도 그대로 해당된다. 다만 오늘날에는, 인권사상이 보편화하고 (뒤에 살펴보듯이) 질적으로도 알찬 것이 되는 반면에, 국가권력은 과거에 유례를 찾아볼 수 없을 만큼 강대해진다는 상반된 현상이 나타나고 있다. 인권에 대한 요구를 더욱 더 강화하는 원심력과 개인의 모든 생활에까지 '배려'를 미치는 국권의 거대화라는 구심력이, 자꾸만 복잡해지는 현대사회의 제 요인까지 얽히면서, 현대 특유의 문제를 우리에게 들이댄다. 우리는 우선 후자, 즉 국가권력의 급격한 강대화라는 측면을 돌아보는 일부터 논의를 시작해보기로 한다.

근대국가가 생성되었을 때부터 원래 국가는 최고·절대·불가양의 주권(J. 보댕)을 보유하는 존재이며, 개인에게는 바로 '리바이어던'(혹스)이었다. 다만 지배계급인 근대 부르주아지가 무엇보다도 강하게 요구했던 경제적 자유(법적으로는 재산권과 계약의 자유)의 보장을 위해 18-9세기 국가에 기대되었던 것은 '야경'(F. 라살레)으로서의 소극적인 역할이었다. 국가는 시민의 안전과 자유를 지키는 역할만 수행하면

29) 그 한 부분은 현대의 인권을 생각하는 데 음미해 읽을 가치가 있다.

'정치 분야에서 그들은 모든 민주적 자유를 우리에게서 빼앗아갔다. 그들은 비인도적인 법률을 우리에게 강요했다. 그들은 학교보다 더 많은 감옥을 세웠다. 그들은 우리 애국자들을 가차 없이 참형에 처하고 총살했다. 그들은 우리의 혁명을 피의 강에 익사시켰다. 그들은 여론의 목을 죄어, 우리 인민에 대해 우민정책을 실행해왔다. 그들은 우리 인종이 쇠퇴하도록 아편과 알콜 사용을 강제했다.

경제 분야에서는 그들은 우리를 풀수까지 착취했다. 그들은 우리 인민을 빈곤에 빠뜨리고, 우리 국토를 황폐화시켰다. ...'

여기에 말하는 '그들'(프랑스 식민주의자)이 패퇴한 후 태평양 너머에서 군복을 입은 새로운 '그들'이 와서 대량의 폭탄이나 독가스로 이 나라 인민의 자유는커녕 생명·신체·재산의 안전이 나날이 위협받고 있다는 것은 주지의 사실이다. 외국의 강권적 지배자들이 멋대로 착취하고 강압하고 있는 한, 거기서 인민의 인권 따위는 조금도 찾아볼 수 없었다.

되며, 부당하게 개인의 사적 영역에 침입하지 않기 위해 '악한 정부'를 갖는 것이 바람직하다. 국가의 제 권력은 서로 다른 기관에 나뉘어 귀속되고, 서로에 대한 분리와 억제에 의한 균형이 필요하다(몽테스키외). 그리고 권력의 개입 없이 자유로운 거래나 생산이 이루어지면 개인의 욕망은 '보이지 않는 손'(A. 스미스)에 이끌려 공공의 이익에 합치할 것이다. 이런 것이 근대시민의 국가와 경제에 관한 기본적인 신념이요 철학이었다. 18-9세기 말까지의 입헌국가의 구조와 작용은 이와 같은 철학에 입각해서 거의 한결 같이 '소국 국가'였다고 보아도 될 것이다. 20세기에 들어오면 자유경쟁의 경제철학이나 이와 표리를 이루는 입헌제 국가사상은 다른 아닌 자유방임의 결과 발생한 여러 조건으로 인하여, 부르주아지 자신의 입장에서도 유지하기 어려운 것이 된다. 국가는 경제·사회의 모든 면에서 적극적인 작용을 하지 않을 수 없게 되고, 동시에 강대한 권력을 지니고 전면으로 등장하게 된다.

현대국가는 우선 무제한의 경제경쟁에서 발생하는 경기변동(공황, 불경기 등)에 대해 적극적인 조정자로서 나서지 않으면 안 된다. 스미스 이래의 고전적인 경제이론에 의하면, 공황 등도 수급(需給) 사이의 균형을 회복하기 위한 조정기능을 했지만, 20세기 30년대의 대불황과 같은 사태는 경제 내부의 자율적인 조정을 기다리고만 있을 수 없도록 만들었다. 실업자나 노동자뿐 아니라, 은행도 농장주도 기업가도, 즉 자본 자체도 '국가에 구제를 요청'하게 된다. 게다가 이 경향은 일시적인 것으로 끝나지 않고, 역으로 경제사회의 전반에 걸친 국가 간여 방향으로 가게 된다. 나아가서 식민지 쟁탈을 둘러싼 제국주의적인 전쟁이나 그에 뒤따르는 국제적 긴장으로 인해 경제·사상·교육에 대한 국가적 통제가 진행되고, 노동·사회정책 등을 아울러 고려한다면 중요한 국민생활에서 국권이 미치지 않는 면이 없는 지경에 이르게 된다. W. 프리드만의 표현을 빌자면, 국가는 바야흐로 국민에 대한 교사로서, 장군으로서, 고용주로서, 금화(金貨)로서, 혹은 중재자나 의사로서의 다각적인 역할을 떠맡기에 이르는 것이다. 정부를 되도록 약하게 만들어, 권력의 입헌적 통제 하에서 시민의 '국가로부터'의 자유를 최대한 보장하겠다는 부르주아지의 생각도 여기서는 근본적인 수정을 겪지 않을 수 없다.

이와 같은 일반적인 상황은 제1차대전 후의 소비에트연방의 성립, 독일·이탈리아·일본 파시즘의 대두, 제2차대전 후 중화인민공화국의 성립 등을 통해 '자유국가'에 더욱 위기적으로 심화되어갔다. '자유국가'가 그 체제를 '전제주의'의 위협으로부터 방위하기 위해 밖을 향해서는 무장을 강화하고, 안을 향해서는 치안에 힘쓰으로써 국민의 적극적인 충성을 요구하게 되는 것도 당연한 반응이라 할 것이다. 다만 그런 과정을 통해 '자유'를 지키기 위해 통제를 강화하고, 내외의 '위협'이나 '적'에 대해서는 무자비하게 폭력을 휘두르는 패러독스가 현대국가의 생리로서 나타났다면 그것은 '인간의 존엄'이라는 관점에서 방치할 수 없는 심각한 병이라고 해야 한다. 그리고 이 병은 추상적인 자유의 이름으로 인민의 자유나 평화를 파괴한다는 점에서 입헌민주국가의 생명을 위태롭게 할 요소를 내포하고 있다. 우리는 그와 같은 현대 특유의 문제성을 국권과 인권의 내부를 들여다보면서 재검토할 필요가 있을 것이다.

[3] 인권체계의 변화와 권력의 구조

현대 자본주의국가의 기본적 인권은 고전적 자유주의의 퇴조와 표리일체를 이루는 경제적 자유권에 대한 제약의 증대와, 이른바 사회권(생존권적 기본권)의 승인에 의해 특징지어진다. 이 양자는 모두 자본주의의 고도화, 특히 독점자본주의의 전개에 따르는 제 조건과 필요성에 대응하는 것으로, 경제의 통제 외에도 노동자 보호, 실업자의 구휼(救恤)이나 노(老)·유(幼)·병(病)자에 대한 배려 등이 그 체제를 유지하고 안정시키기 위해 불가결한 조건이 되었음을 반영하고 있다. 노동권이나 생존권의 승인이 러시아 혁명 직후에 독일에서 만들어진 바이마르헌법에 비롯된다는 것, 제2차대전 후에 여러 인민민주주의국가의 출현과 대응해서 서방측의 헌법에 사회=복지국가적 조항이 일제히 규정되기에 이른 것은 체제경쟁의

결과라고 해도 좋을 것이다. 20세기 중간 이후의 선진 자본주의국에서는, '보수당의 강령마저도 명백한 사회주의적 색채를 지니고 있다'(E.H. 카)라고 평가되는 것도 이와 같은 동향의 한 측면에 다름 아니다. 자본주의는 이미 과감한 자기 수정 없이는 스스로를 유지할 수 없게 된 것이다.

그러나 이 수정자본주의의 길은 어느 각도에서 보아도 쉽지 않다. 그것은, 마르크스주의자가 비웃으면서 단언하듯이 애당초부터 파산의 운명을 타고났다고는 생각하지 않지만, 그 일에 성공한다 하더라도 자본주의를 무기한 연명케 할 수는 없을 것이다. 오히려 사회국가 혹은 복지국가- 그 명확한 이미지나 플랜은 아직 복지국가 지지자들 사이에서도 확립되어 있지 않지만 -의 성공을 가로막는 요인은 매우 많다. 특히 그 최대의 패러독스는, '자유'를 기치로 내걸고 법치주의를 취하는 서구의 전통적인 명분과 정면으로 충돌하는 듯한 계획이나 복지행정을 추진하지 않을 수 없다는 점에 있다. 게다가 사회주의에 대항하는 이데올로기로서 만들어진 복지국가는 자본주의적 소유를 전제로 하는 한, 자본의 이익과 인민의 이익의 조정에 고심할 수밖에 없으며, 사회모순을 근본적으로 해결하지 못할 것으로 생각된다. 이들 문제를 제쳐둔다 하더라도, 거기서 여러 과제를 수행하기 위해 비대화하는 국권에 대하여, 진정 자유롭고 평등한 인권을 보장할 수 있는지 심각한 회의가 제기되지 않을 수 없다.

앞의 의문과 관련하여, 이 수정자본주의국에서의 국가권력의 구조가 중요한 문제일 것이다. 우선 첫째로 확인해두어야 할 사실은, 군사나 행정 기타 측면에서 거대한 권력경영체가 된 국가와 그 권력이 결코 '중립적'이 아니라는 사실이다. 국가를 철두철미 '계급지배를 위한 기관(레닌)이라고 보는 견해는, 너무 협소하여 복잡한 국가현상의 종합적 파악을 어렵게 하지만, 국가권력의 실패가 계급적인 것임은 분명한 사실이다. 국가는 항상 특정한 계급에 의해 점거되어 그 사적 이익에만 봉사하고 있는 것은 아닐 것이며, 때로는 지배층의 사익(私益)에 반하는 공공의 정책을 수행하기도 하고, 반체제운동의 권리를 옹호하려고도 할 것이다. 권력자의 자의를 허용하지 않는 깐 여론이 작동하는 사회라면, 계급적 이익도 여론의 체크를 거쳐 하층의 피통치자들을 위한 정치가 펼쳐지기도 할 것이다. 그러나 중요한 입법이나 정책 결정에서 우월한 지배계급이 치명적인 문제까지 양보한다는 일은 대체로 없을 것이다. 민주적인 근대국가의 통치구조가 인민의 의지에 따라 권력을 통제할 수 있는 것과 같은 (이른바 초계급적인) 구조를 지니면서도 현실에서는 부르주아지 중심의 지배를 수행해왔다는 것은 역사적 사실이다. 이런 점에 주목한다면, H. 라스키가 말했듯이, 국가는 본질적으로 계급 중립적이지 아니며, '경제적 제 관계의 어떤 한 과정의 권리·의무의 체계를, 다른 과정에 이익이 되도록 변화시키려는 다른 어떤 계급의 침해로부터 보호하기 위해 동원되는 강제적 권력에 지나지 않는다'³⁰⁾라고 설명될 수 있을 것이다.

둘째로, 그러나, 현대 자본주의국가에서도 기본적 정책결정을 수행할 힘을 갖는 계층은 주로 소수의 권력 엘리트지만, 그것은 '부르주아지'라는 한 색깔로 채색되는, 그런 단순한 존재는 아니다. 복잡한 이해가 소용돌이치는 대사회에서의 정치권력은 정당 간부만의 것도 아니고, 제계 엘리트만의 것도 아니고, 장군이나 고급관료도 그것을 나눠 가지며, 나아가서는 각각 분야의 다양한 세력의 길항 위에 이루어져 있다. 물론 다수의 유력 집단의 다원적 존재라는 현상 때문에, D. 리스만처럼 '거부권 행사집단'에의 권력 분산을 지나치게 강조함으로써 권력 위계질서가 없어졌다고 보는 것은 분명한 과오지만, 국권 구성의 복잡한 실태를 간과해서는 안 된다. 인권문제를 고찰하면서도 필자가 맨 앞에서 제시했던 '국권 대 인권'의 길항관계가 단순한 도식으로 설명될 수 있는 것이 아니라, 서로 엇갈리고 얽힌 여러 힘의 동태로 이루어진다는 사실에 주의할 필요가 있다.

셋째로 현대의 권력구조가, 인민주권이나 의회제의 원리를 따라, 형식적으로는 인민대중에 기반을 두

30) H. Laski <The State in Theory and Practice> 인용부분은 이 책 전체를 관통하는 그의 기본적 국가관. 원칙적으로 마르크스주의와 같은 입장이다. 그는 다른 부분에서도 다음과 같이 말한다. '국가의 임무는 항상 어떤 특정한 계급사회의 목적에 필요한 법과 질서를 유지하는 데 있었다.'