

성요소는 다음의 여러 권리이다. *

우선 첫째로, 선거권·피선거권, 리콜권 같은 권력기관의 인적구성을 결정하는 여러 권리가 국가의 형성 그 자체에 관한 시민의 권리의 기본적 구성부분임은 당연하다. 시민의 직접적 선거로 모든 권력기관의 인적 구성이 결정되는 것은 아니다. 선거→선임→임명이라는 경로로 권력기관의 인적 구성의 방대한 부분이 구성되는 것이 현실이다. 그러나 이들 모든 경로는 대표제 기관(협회의 권력기관)에 기원을 가지며, 그 대표제 기관은 시민의 선거로 구성된다(나라에 따라서는 말단 사법기관도 이와 같이 구성된다). 이러한 형태는 물론 논리적으로 사회주의 사회에서 가능한 유일한 형태인 것은 아니고 역사적으로 선택된 형태이기도 하다.⁷⁰⁾

그런데 둘째로 이와 같은 권력기관형성의 권리가 실현되기 위한 전제로서 사회의 성원에게(즉 권리의 주체에게) 의사표시의 자유, 표현의 자유가 확보되어 있지 않으면 안 된다는 것은 당연하다. 이 자유는 시민 스스로가 구성한 권력기관의 정책결정에 끊임없이 새롭게 참가할 것을 보장하는 전제로서도 중요하다. 표현의 자유는 의사형성의 자유를 뿌리로 하고, 그리고 의사형성의 자유는 사회과정·정치과정의 객관적 인식과 제어의 가능성이라는 문제와 불가분이다. 따라서 표현의 자유의 문제를 사회주의 사회의 발전법칙과 무관하게 논할 수는 없다. 그러나 이 자유가 시민의 기본적 권리로 법적으로 확인된다는 것의 의미는 무엇보다 먼저 권력기관의 형성과 그 정책결정에의 근로자의 주체적 참가, 즉 정치적 민주주의의 확보라는 점에 있다. 언론·출판·집회의 물적 시설이 사적자본의 손에서 해방되어 사회의 구성원의 공유물로 되어 있는 사정이 표현의 자유의 실질적 보장으로서 강조되는 것도 이 사실과 관계가 있다. 그리고 또한 그것이 헌법상 규정에 명기되어 있든(소련헌법, 체코슬로바키아헌법 등), 명기되어 있지 않든(폴란드헌법, 중국헌법 등), 표현의 자유가 '근로자의 이익에 적합'해야 한다는 조건이 붙어있는 것도 이 민주주의가 다름 아닌 프롤레타리아독재의 한 측면 혹은 프롤레타리아독재 그 자체의 조직형태라는 사실에서 나오는 것이다.

이와 같이 자유가 동시에 민주주의의 문제이며 게다가 이 민주주의가 프롤레타리아적인 민주주의라고 한다면 표현의 자유의 실질적 보장도 단순히 언론·집회의 물적 시설의 보장의 문제에 국한될 수가 없다. 그것은 사회의 관리에의 시민의 주체적 참가의 다양한 경로, 파이프의 존재라는 사실과 결부시켜 이해되지 않으면 안 될 것이다. 이 경우 참가는 집단주의적 형태를 주요한 형태로 한다. 생산의 장에서, 소비생활에서, 문화생활에서, 시민이 자발적으로 여러 가지 집단을 조직할 권리(결사의 자유, 단결의 권리)가 승인되어 있다는 사실은 참가의 집단주의적 형태와 관련이 있다. 동시에 여기서도 인민주권에 반역하는 집단의 조직이 부정되는 것은 사회주의 하 민주주의의 성격이 갖는 당연한 귀결이다.(헌법상 명문규정을 두든 두지 않든)

그러나 이미 말한 바와 같이 인민의 국가라고 해도 국가가 존재하는 한 국가와 시민 사이에 일정한 모순이 존재한다는 사실에 우리는 깨어있어야 한다. 표현의 자유, 단결의 권리 등이 때로는 국가와 시민 사이의 모순을 드러내고 이를 제거하는 기능을, 때로는 국가와 시민 사이의 거리를 메우는 기능을 수행하는 측면을 간과할 수는 없다(국가 존재하는 한 이 모순이 완전히 사라지지는 않지만). 그리고 이러한 모순이 불가피적이라고 한다면 다른 한편에서 또 다음과 같은 요청이 나오는 것도 당연하다. 즉 여러 권력기관, 혹은 이를 구성하는 특수한 관리자 집단의 행위가 미리 시민에 의해 직접 형성되는 대표제 기관이 정립하는 일반적 준칙(법률)에 구속받아야 한다는 요청이 당연히 나오는 것이며, 시민의 권리라는 측면에서 보면 권력기관을 구성하는 관리자집단·무장집단 중 개개 부분의 행동이 이 일반적 준칙을 일탈하고 자의적 성격을 띠게 될 경우에 이를 체크(check)함으로써, 한편으로는 공적으로 승인된 시민의

70) 유고슬라비아의 '근로자 자치'의 실험이나 중국의 '문화대혁명' 실험에는 이런 관점에서 음미되어야 할 문제가 포함되어 있는 것처럼 보인다.

지위를 지키고, 다른 한편으로는 정립된 일반적 준칙 그 자체를 지키기 위해 시민 및 비국가적 사회단체들 편에 일정한 수단이 유보되어 있어야 한다는 필요이다. 사회주의적 적법성이라고 일컬어지는 레짐(regime)을 구성하는 여러 권리는 이에 속한다. 사회주의적 적법성은 원래 인민주권 하에서의 국가기구의 체계 내부에 있어서의 여러 국가기관(대표기관, 집행기관, 사법기관, 검찰기관)의 상호관계가 존재하는 형태에 따라 법률적으로 확보되어 있으며, 그것은 말하자면 시민의 총체로서의 인민 자신의 자기규율이라고도 할 수 있는 모습을 가지고 있다. 그러나 여기서 문제되는 것은 개인인 시민 혹은 인민의 여러 부분의 권리로써 구성되어 있는 것에 관해서이다. 행정기관 내지 공무원의 위법행위에 대한 소원권 혹은 재판청구권, 형사소추에 있어서 적정한 법률절차 혹은 피의자·피고인을 위한 여러 권리가 이에 속한다. 동시에 사회주의 나라들에서는 적정 혹은 타당한 국가기관의 행위를 적극적으로 요구하는 제안권⁷¹⁾, 또는 여러 가지 경로와 형태를 통해 수행되는 시민 측으로부터의 여러 통제권(인민적 통제)이 시민의 권리를 보장하는 적극적 형태로서 중시되어 있음을 주목해야 한다.

셋째로 이상과 같은 여러 권리의 체계는 그것에 표현되고 있는 시민의 지위를 근본적으로 지탱하고 있는 사회체제 그 자체를 옹호하고 그 발전을 위한 활동에 참가할 시민의 의무와 대응되고 있다. 사회주의적 사회체제의 기초를 이루는 사회주의적 소유(사회주의 사회의 공동재산)를 보전하고 강화시킬 의무, 사회적 부의 생산·확대재생산에 참가할 의무(즉 노동의 의무), 사회적으로 조직된 노동과정에서 노동의 규율에 따르는 의무, 그리고 사회성원의 공동의 의사결정을 표현하는 헌법을 비롯한 여러 법률을 준수함과 동시에 이 사회의 사회규범('사회주의적 공동생활 규칙')을 존중하는 의무, 마지막으로 이 사회주의적 사회체제를 국외의 계급 적(敵)의 공격으로부터 방위할 의무(조국방위의무, 병역의무)를 시민은 진다. 사회주의 사회에서는 흔히 권리와 의무가 불가분의 통일을 이루고 있다고 하지만 이것은 실정법상의 개개 권리규정과 의무규정이 균형 있게 대응하고 있다는 것을 의미하지 않는다. 그것은 사회주의 사회에 있어서 그 성원이 기본적으로 그와 같은 권리의 체계와 의무의 체계가 결합하는 지점에 존재한다는 것을 의미하는 것이라고 할 수 있다.

(2) 논리

앞에서 개괄했던 사회주의 사회의 '시민의 기본적 권리·의무'를 인권의 논리와 비교한 경우, 거기에는 이데올로기 형태로서의 어떠한 특수성이 있는 것일까? (앞에서 말한 체계구성 그 자체 속에 구체적으로 표현되어 있는 바에 더하여) 마지막으로 이 점에 대해 검토를 하고자 한다.

① 사회주의 사회의 시민의 기본적 권리의 특징으로서 보통 가장 강조되는 것은 그것이 형식적 선언이 아니라 실질적으로 보장된 것이라는 점이다. 이것은 인권카테고리와 사회주의 사회의 '시민의 기본적 권리·의무'가 모두 각각의 사회의 사회관계의 총체, 그 전체적 구조의 반영이면서, 전자에는 이데올로기적 전도의 논리가 고유한 것이며 후자에는 그것이 존재하지 않는다는 것을 가리킨다는 점에서 원칙적 의의를 갖는다. 그러나 실질적 보장이라는 개념은 그 자체 속에 일정한 모순을 포함하고 있다. 왜냐하면 실질적 보장이란 보통 사회체제 그 자체가 권리의 실현을 담보하고 있음을 가리키는 것이지만, 이 보장이 완전한 경우에는 실은 권리가 권리로써의 특수한 논리를 상실하게 되기 때문이다.⁷²⁾ 따라서 실질적

71) "시민 및 단체는 대표제 기관 기타의 국가기관에 제안, 의견 진술, 이의신청을 할 수 있다. 국가기관은 충분히 책임 있게 적시에 그것을 해결할 의무를 진다" (체코 슬로바키아 1960년 헌법 29조)

72) "사람의 여러 권리를 완전히 달성하는 데는 정치권력이 더 이상 이들 권리(따라서 의무 또한)를 공포되고, 강제되고, 보장되는 '물'로서 구성할 필요가 없게 되는, 사회=경제적 조건들이

보장이란 인권카테고리에서 발견되는 것과 같은 현실의 이데올로기적 전도의 논리가 원리적으로 존재하지 않는다는 의미에서만 말할 수 있으며 사회주의 사회의 '시민의 기본적 권리·의무'도 또한 형식적·추상적 성격은 변할 수가 없다는 것을 간과해서는 안 된다. 그리고 실질적 보장 그 자체는 권리를 권리가 아니게 하는, 즉 권리의 사멸을 가져오는 사회주의 사회의 운동=발전방향 속에 있으며 구체적으로는 이 발전의 정도에 따라서 내용을 채워가는(권리를 권리가 아니게 하는 실질적 보장의 내실을 만들어가는) 것이라고 생각되어야 할 것이다.

② 이와 같이 사회주의라는 역사적 단계로 인해 제약받는 일정한 형식적·추상적 성격은 여전히 면하지 못하고 있다고 하더라도 사회주의 사회의 '시민의 기본적 권리·의무'는 인권카테고리처럼 전(前)국가적, 전(前)헌법적 권리라고 하는 논리=픽션을 필요로 하지 않는다. 그것은 사회주의 건설의 일정한 단계에서 사회와 그 성원, 사회주의 국가와 시민과의 상호관계의 일반적·기본적 측면을 국가권력이 구체적으로 법규범으로서 규정함으로써 현실적으로 이뤄지는 것이며, 이 점에서는 '시민의 기본적 권리·의무'는 헌법상 다른 여러 규범과 원리적으로 구별되지 않으며, 또 실정법 여러 영역의 다른 권리·의무 일반과도 원리적으로 구별되지 않는다(물론 이 사실은 그들 사이의 구별 일반을 조금도 부정하지 않는다). 인권카테고리라고 하더라도 부르주아 권력이 구체적으로 설정하는 법규범을 떠나서 존재하는 것은 아니며, 그런 의미에서 차이는 없다고 할 수 있을지도 모른다. 물론 "현실에는 '자연'권이라든가 '인권'이라든가 하는 문제는 존재하지 않았던 것이며 존재했던 것은 언제나 시민의 권리, 즉 ...국가가 제정한 권리였다"73)라고도 할 수 있을 것이다. 그러나 생산수단의 소유자와 비소유자와의 (특정한 역사형태를 취한) 계급적 관계의 보편적 실재가 사람 일반의 자연적 권리라는 이데올로기 형태를 지탱하고 부르주아지에 의한 정치적 지배의 구체적으로 규정된 존재방식이 이 인권의 보전을 위한 사람들의 '약속'이라는 이데올로기 형태를 지탱하고 있는 점에야말로 특수한 역사적 카테고리인 인권카테고리의 논리가 존재하는 것이며, 이 역사적으로 규정된 이데올로기 형태의 특수한 논리를 빼고는 사회주의 사회의 '시민의 기본적 권리·의무'가 갖는 역사적 논리의 특수성도 명확하게 다가오지 않는다. 사회주의 사회에서는 국가에 의해 조직되는 사회와 그 성원과의 기본적 관계는 전(前)국가적 권리라는 특수한 이데올로기적 외피를 필요로 하지 않는 것이다.

그러나 한편 '시민의 기본적 권리·의무'가 국가의 법규범으로서 구체적으로 규정되는 것이라는 것은 그것이 die Grundrechte als bloße Reflexrechte 라는 개념으로 파악할 수 있다는 것을 의미하지 않는다. 사회주의 사회의 '시민의 기본적 권리·의무'는 본래 인민주권과 불가분의 것이다. 국가에 의한 규범의 정립은 사회의 성원=전 인민집단이 일정한 역사조건 하에서 스스로의 내부 편성을 규정하는 과정의 매개형태이며 시민의 권리는 사회성원의 공동의 자기규정으로서의 의미를 갖는다. 따라서 그것은 국가에 대한 권리라는 성격을 갖지 않음과 동시에 시민에 대립하는 국가에 의한 질서규제의 단순한 반사, 혹은 이 국가에 의해 시민에게 수여되는 선물이라는 성격의 것도 아니다. 인민 자신의 자기규정의 소산으로서 그것은 현실적으로 권리인 법적·정치적 내실을 갖는 것이다.

이런 사실과 관련되는 일이지만, 사회주의 사회의 '시민의 기본적 권리·의무' 혹은 시민의 자유는 국가권력의 개입에 대해 한계를 갖는다고 하는 원리를 갖는 것은 아니다. 시민의 권리와 자유가 그 이름에 값하는 것으로서 보장되기 위해서는 국가의 적극적 활동, 바꿔 말하면 사회주의적 생산을 조직하고 문화 건설을 추진함으로써 사회성원의 물질적·문화적 생활수준을 부단히 높여, 그를 통해 인간이 자연과 자

필요하다. 따라서 이들 권리·의무의 현실의 성취는 또한, -국가와 법의 사멸에 대응하여- 정치적·법적 제도인 권리·의무의 소멸을 가져온다" Imre Szabo: Socialist Concept of Human Rights (Budapest, 1966)

73) Imre Szabo: Socialist Concept of Human Rights (Budapest, 1966)

기의 노동을 통제할 수 있는 가능성을 다시 부단히 확대하기 위한 국가의 조직적·계획적 활동이 요구된다. 그리고 또한 시민의 권리와 자유는 시민 자신이 개인으로서, 또 집단을 통해 이와 같은 국가의 활동에 적극적으로 참가함으로써 실현되는 것이다. 이와 같은 참가는 국가의 조직적 활동을 보다 유효한 것으로 만들지만, 거꾸로 국가 자신의 활동에는 이와 같은 시민참가의 경로, 형태를 다양하게 설정하면서 참가를 조직한다는 모멘트(moment)가 불가결한 것이 된다. 이리하여 '시민의 기본적 권리·의무'는 사회주의·공산주의 건설을 위한 사회성원의 공동활동의 기본적 준칙으로서 조정(措定)된 것이라고 할 것이며, 혹은 사회주의적 사회관계의 생산·재산을 위한 공동형성권(Mitgestaltungsrecht)⁷⁴⁾이라고도 개념화될 수 있는 성격을 갖는 것이라고 해도 될 것이다. 따라서 또 그 보장에 관해서도, 본래 법률적 보장 또는 사법절차에 의한 보장이 그 어떤 절대적인 merkmal(표지表識 또는 지표指標)로 될 수 있는 성격의 것은 아니고, 국가와 시민 및 여러 집단(사회단체)의 사회주의적 사회체제의 부단한 개선과 공산주의 사회의 건설을 향하는 '투쟁'이, 혹은 그 주체적 전체인 시민의 혁명적 창의를 고도의 발전수준이 결정적 보장이라고 해도 될 것이다. '시민의 기본적 권리·의무'에 있어서의 권리와 의무와의 통일이라는 논리도 바로 여기에 그 기초를 갖는 것이다.

③ 이와 같이 사회주의 하에서의 시민의 권리는 인권카테고리와는 이질적이며 또 그것과의 역사적 단절을 나타내는 특수성을 가지고 있다. 그러나 그렇다고 해도 다음 점이 간과되어서는 안 될 것이다. 즉 앞에서 말한 바와 같이 국가와 시민 사이에 일정한 모순이 있는 이상(인민주권의 국가이며 시민의 권리 보장을 위해 그 적극적 활동을 의무로 하는 국가라고는 해도), 여전히 국가권력을 담당하는 인간집단의 이런저런 부분이 그 행동에서 '인민의 일반의사'⁷⁵⁾로부터 이탈하지 않도록 그 행동이 법률이라는 형식으로 설정되는 일정한 규칙에 따라 수행될 것이 요구된다는 점, 이 일이 사회주의 사회라는 단계에서는 객관적 근거를 갖는다는 점이다. 이른바 사회주의적 적법성 카테고리라는 사회주의 하에서의 법이 이런 의미에서 국가기관의 자의적 행위를 제약한다는 기능을 지님을 나타내고 있는 바, 이 사실은 사회주의 사회의 '시민의 기본적 권리·의무'에 대해서도 해당된다. 그런 의미에서, 즉 사회주의 단계가 미처 '사회적인 힘'을 '정치적인 힘'이라는 형태로 자기자신으로부터 떼어내지 않을 수 없는 단계, 그런 의미에서 인간적 해방의 완성이 아직 성취되지 않는 단계인 이상, '시민의 기본적 권리·의무'는 인권카테고리가 갖는 고유의 논리를 원리로서는 지니지 않음에도 불구하고, 여전히 인권카테고리에 역사적으로 연속되는 측면을 갖는 것이라고 하지 않으면 안 된다. 앞에서 말한 바와 같은 전 인민집단에 의한 그 내부편성의 자기규정(자기보장)은 이와 같은 모순을 전제로 하고, 따라서 또한 그 처리형태의 설정을 당연히 내포하는 것이 아니면 안 되며, '공동형성권' 개념 또한 사회주의 단계에서의 역사적으로 제약된 국가와 시민의 관계에 대한 깨어 있는 태도를 전제로 하고, 따라서 또 법적·정치적 카테고리인 '시민의 기본적 권리·의무'의 사멸 프로세스를 매개하는 것으로 파악할 필요가 있다. 이 일에 대한 자각 없이는 '공동형성권'이라는 새로운 개념은 오히려 사회주의 하에서의 인간소외의 잔존형태를 은폐하는 이데올로기로 전락할 위험성이 없다고 하기 어렵다.

그럼에도 불구하고 '시민의 기본적 권리·의무' 카테고리 '인민의 일반의사'에 의해 국가권력기관의 행위를 제약한다는 측면을 갖는다고 해도, 그 경우 법이 정치에 우월하고 정치를 복속시킨다는 논리(이데올로기 형태)는 여기에 없고, 오히려 정치가 법에 우월하는 것이며 공산주의 건설의 완성을 향해 사회제관계의 운동의 방향을 부여하는 프롤레타리아트의 정치적 중핵의 정책결정이 국가에 있어서의 시민의

74) 독일민주공화국(동독) 법률학자들은 이를 '사회주의적 기본권'의 중핵적 원리로서 파악하고 있다.

75) 소련의 법학 문헌에서는 때로 법률이 인민의 '일반의사'의 표현·체현으로서 언급된다. 소비에트 법이론에 루소적 요소가 있음을 지적하는 학자들이 있다.

지위의 구체적 내용에 대해 결정적으로 중요하다는 것이 확인되지 않으면 안 된다. 국가와 시민 사이의 모순에 관해서도 사회주의적 적법성이 유일한 해결(물론 이것은 궁극적 해결이라는 의미가 아니다)수단은 아니며 또 사회주의적 적법성 그 자체도 권력기관의 자의에 대한 제약을 그 하나의 측면으로서 지니는 데 지나지 않는다. 사회주의적 적법성의 유효한 실현을 위해서도 시민의 다양한 형태·경로를 통한 권력기관의 활동에 대한 참가와 권력기관의 구성원에 의한 시민 속에서의 조직활동, 즉 사회주의적 민주주의의 말하자면 대중노선적 전개가 지렛대 역할을 하며, 이것이야말로 그 모순의 기본적 처리형태이다. 원래 구체적·역사적 상황 하에서는 모순을 처리하기 위한 이러저러한 형태가 전면으로 내세워지곤 한다. 그러나 그럼에도 불구하고 권력의 자의에 대한 제약이라는 사회주의적 적법성의 한 측면이 그 자체로서 하나의 원리로 내세워지는 일은 없다. 따라서 '시민의 기본적 권리·의무'에 관해서도 분명 그것을 국가와 시민 사이의 일정한 모순과 떼어서 파악할 수 없다고 하더라도 인권이 갖는 고유한 논리를 그것에 끌어다 옮기는 것은 물론 안 된다. 그것은 어디까지나 인권카테고리에 표현되는 유형과는 완전히 다른, 국가와 시민 사이의 관계의 독자적인 역사적 유형인 것이다.

근대 입헌주의형 인권보장과 사회주의형 인권보장 - 그 원리적 시론 -

하리우 세이키치 (針生 誠吉)

1. 머리말

인권을 막연히 인간해방에의 요구 일반을 의미한다고 해석한다면, 그것은 당연히 역사의 어떠한 단계에서도 보편적으로 존재했다고 생각할 수 있다. 이 공동연구는 그와 같은 일반적 견해와는 달리 '기본적 인권'이라는 용어가 엄밀하게 근대헌법에 의해 보장된 특수한 구조를 갖는 것으로 파악한다. 따라서 근대 입헌주의형 인권은 사회주의형 인권과는 상이한 것이라고 이해해야 한다. 근대 헌법은 '국가권력에 대한' 법규범에 의한 제약을 통해 인권을 수호하려고 하지만, 사회주의 헌법은 계급지배의 도구인 국가권력의 해체를 통해 인간의 전면적 해방을 이루는 것을 궁극적인 목표로 하는 것이며, 과도기에서는 해당 국가의 여러 조건과 발전단계에 대응하는 복잡한 형태를 취한다.

이 연구에서는 근대 자본주의국가, 현대 자본주의국가, 사회주의국가에 관한 총론이 따로 있기 때문에 그 내용과 중복되는 문제를 논하지 않을 것이다. 또한 각국의 실정에 대한 실증적 분석은 각론이 맡을 과제이다. 여기서는 다만 각국 인권의 비교연구를 진행할 때의 전제조건과 주의해야 할 이론상 문제점을 제시하는데 그치고자 한다.

헌법의 유형은 그 나라의 역사적 발전단계, 사회구성체에 대응하는 것이며, 인권이라는 문제를 생각할 때는 그것이 어떤 성격의 국가권력에 대응하는 것인지를 고려할 것이 필수적이다. 이런 필요성은 이 연구에 참여한 다른 연구자들이 절대주의 국가권력의 성격, 그것과 대결하는 부르주아지의 근대 자본주의 국가의 성격, 그것을 궁극적으로 규정하는 생산관계의 문제를 제기하면서, 바로 그것을 시발점으로 해서 복잡한 분석을 진행하는 것에도 잘 나타나 있다.

인권의 근대 입헌주의형과 사회주의형을 논할 경우 무엇보다 먼저 주의해야 할 것은, 두 개념은 현실에서 여러 가지 변용을 나타내고 있으며 현실의 자본주의법, 사회주의법을 담고 있는 역사적 조건은 복잡하다는 점이다. 그러나 오히려 그렇기 때문에 첫 출발점으로서 본질적 구별을 분명히 해둘 필요가 있다는 것을 유의해야 할 것이다. 이는 인권에 대한 사회과학적 연구의 대전제이며, 이와 같은 본질적 차이를 강조하는 일을 두고 일종의 정치적 슬로건이라고 여기는 것은 소박한 오해이다. 원래 문제는 거기(본질적 차이를 분명히 하는 일)에 머무는 것이 아니라 거기서부터 출발하는 것이다. 본질적으로 상이한 원리가 시기, 조건, 발전단계에 따라 어떻게 변용되고 있는지를 분석하고, 그런 연후에 원리로서 어떤 일반성이 있는지, 특수성이 있는지를 밝혀내는 것이 사회과학의 임무인 것이다. 이 전제는 외국의 헌법이나 인권 연구의 문제로서 중요한 것이라기보다 다른 아닌 우리 헌법을 연구하는데 매우 중요하다. 일본국 헌법은 과거의 자본주의국가, 사회주의국가들의 어떠한 헌법사(史) 상 경험에서도 발견할 수 없는 복잡한 성격을 가지고 있다. 그것은 제1조 천황제문제부터 시작해서 끝까지 우리를 괴롭힌다. 그런데도 인권 연구에서도 근대 입헌주의가 국가독점자본주의 시기에 변용을 겪는 문제에 관해서 영국, 서독 식의 복지국가론을 안이하게 도입하면서 일본 상황에 기계적으로 적용시킴으로써 인권이 확대·발전했다고 좋아하는 경향이 있는 것이다. 그러나 노동재해, 공해, 교통전쟁 등을 발생시키는 특수한 외곡을 안고 있는 일본의 현 상황에서는 복지국가의 건설은커녕 독점과 국가권력의 결합을 통해 확대되는 산업기반 정비나 고도성장에서 오는 새로운 리바이어던에 의한 인권의 대량파괴를 어떻게 해서 막아내느냐는 것이

긴급한 과제인 것이다. 수입 이론에 대한 안이한 의존에서 발견되는 본질 규명을 위한 노력 태만은 전제 조건 연구에 대한 끝없는 방만함으로 이어진다. 그것은 인권의 수호자인 최고재판소의 위헌입법심사권(일본국 헌법 81조)을 논할 경우에도 마찬가지다. 미국형 이론을 무조건 기계적으로 적용시킬 경우 스나가와(砂川) 사건 최고재판소 판결인 통치행위론이나, 에니와(惠庭) 사건 사뵤로 지방재판소 판결인 헌법 판단 회피를 어떻게 설명하느냐가 바로 문제된다.

이러한 유의는 자본주의형 헌법을 문제 삼을 경우 뿐 아니라 사회주의 헌법 경우 더욱 더 중요하다. 사회주의혁명이 끝나고 이미 공산주의적 단계에 도달했다고 하는 소련 법학계 이론을 직수입해서 일본 헌법의 인권문제를 논하거나, 후진국형 사회주의혁명에서 출발하여 프롤레타리아 독재 강화단계에서 한창 상부구조 측면에서의 엄혹한 계급투쟁을 하고 있는 중국 인권의 양태를 곧장 서유럽형 혹은 소련형과의 아날로지(유추)를 가지고 이해하려는 따위가 전형적인 오류라고 할 수 있다. 덧붙여 소련형 인권의 경우는 스탈린 시대의 적법성 무시라는 소비에트혁명의 역사적 조건으로 규정된 매우 특수한 상황을 고려해야 할 것이다. 그것이 20차 당대회 이후 소비에트 법이론으로서 내세워진 경우, 어떤 의미에서 일반성을 가지며 또 그 경우 어떤 특수한 한정조건이 필요한가를 연구하는 일이야말로 우리 사회과학자의 책임인 것이다. 중국 경우도 마찬가지다. 반(半)봉건 반(半)식민지였던 중국의 전근대적 인권의 놀라운 부패, 그 반작용인 중국 공산당 변경구에서의 부르주아적 인권의 계승, 통일전선 속에서의 부르주아적 권리가 갖는 복잡성 등에 대한 이해가 없으면 중국의 혁명이론에서의 인간해방 문제 연구의 기초적 조건을 결하는 것이 된다. 그것은 원래 사회주의법의 일반이론에 일정한 기여를 할 수 있을 것이다. 그러나 중국법의 대중노선중시, 법규범, 제도에 의존하지 않는 모랄(moral)중시 등 경향은 소비에트법이나 청상형의 근대자본주의의 발전을 전제로 한 나라들 법의 기성개념과는 완전히 이질적인 것이다. 따라서 그와 같은 전제조건을 무시하여 기계적으로 일본의 인권문제에 갖다대는 것 등은 도저히 생각할 수 없는 일이다. 그러나 중국의 이론은 인도, 동남아시아 여러 나라처럼 평화공존이나 인권은커녕 물론 수백만명의 대량아사 등 오늘날 여전히 최저의 생존마저 보장받지 못하고 있는 광대한 후진지대 인민의 인간해방의 이론으로서의 역사적 의미를 가지고 있다. 이 중국의 전제조건에 대한 연구는 다른 논문에서 전개될 것이다.

엄밀한 과학성을 가지고 원(原)이론과 발전단계론을 구성할 수 있는 경제학과 달리 사회과학적 연구가 걸음마 단계인 헌법학에서 인권보장에서 근대입헌주의형과 사회주의형의 원리론을 구성하는 일은 대단히 어려운 일이다. 그러나 그 노력 없이는 일본의 사회과학자로서 일본의 헌법문제를 비교헌법적인 넓은 시야 속에 놓고, 그것이 갖는 규범성의 정위(定位)를 정확히 측정할 수는 없다. 나아가 그 기초 위에서 일본 토양 속에서 독자적인 의의를 갖는 헌법운동의 이론 속에 마르크스·레닌주의 이론을 창조적으로 적용하는 일도, 험난한 일기기는 하나 일본의 사회과학이 장기에 걸쳐 수행해야 할 중요한 역사적 과제의 하나라고 할 수 있을 것이다.

2. 근대입헌주의형 인권보장

근대입헌주의 헌법의 원(原)이론에서 본다면, 고도로 발달된 국가독점자본주의단계 헌법의 한 유형을 구성하면서 헌법의 여러 원리와 모순되는 안보체제 하에 종속되어 있는 일본국 헌법은 매우 특수한 성격을 가지고 있다. 거기에서 인권보장을 설명하기 위한 원리에는 근대입헌주의의 이념이 동원되고 있으나 구체적 실현의 프로세스에서 이 특수 역사적 성격에 얼마나 제약받고 있는지는 정신적 자유권, 사회권에 관한 약간의 판례를 고찰하면 거의 분명해진다. 일본국 헌법을 이해하기 위한 근대입헌주의에의 단순한 주물(呪物) 숭배(맹목적 숭배, fetishism)는 일본국 헌법이 사회주의헌법으로 이행하는 문제를 완전

히 정체시킬 만큼 뿌리 깊은 것이다. 일본의 자본주의적 사회구성체 변혁의 구체적 프로세스에서 단순한 고전적 근대입헌주의 그 자체에 대한 주물숭배는 사회주의형 헌법원리에 대한 나쁜 의미에서의 교조주의적 이해와 마찬가지로 현실의 인권보장에 오히려 해롭다. 뿐만 아니라 우리의 사회과학적 고찰을 가지고 보아도 비과학적이다.

원리론에서 보면 근대입헌주의의 궁극적 목적은 기본적 인권 옹호에 있으며, 그 목적달성을 위한 수단으로서 권력분립론의 조직원리에 의한 국가기구론이라는 문제가 있다. 거기서의 입법, 사법, 행정의 개념은 기술적으로 명백한 일의(一義)적 개념은 아니며, 고전적 권력분립론에서 시대적 제약을 제거함으로써 근대국가의 권력분립기능론을 보편화시키려고 하는 시도가 포기되어야 한다는 것은 여러 번 주장한 바 있다. 이 지적은 현실적으로도 최고재판소가 권력분립론을 이데올로기적으로 남용하는 결과인 통치행위론으로의 도피 등(기본적 인권과 평화에 관한 중요한 문제에 관해 기능정지)을 비판할 역할을 지닌다.

이 글에서도 마찬가지로 기본적 인권에 관한 근대입헌주의의 원리론이 각국의 발전단계와 그 특수한 역사적 사회경제적 조건에 의해 다양한 변용을 입을 것을 주장의 전제로 놓고 고찰하고자 한다. 사회주의 헌법의 새로운 단계의 과제가 되고 있는 사회주의적 적법성의 문제에 대해서도 “마르크스·레닌주의 법이론이 제공하는 법의 계급성과 사법의 2대 명제는 일반적 지도원리에 지나지 않으며 이들 원리를 소비에트에 적용하는 것과 중국에 적용하는 것과는 다르다”라고 주장했던 필자의 과거 연구방법을 바꿀 필요는 느끼지 않는다.

앞에서 개진해온 입장에서 이번 종합연구에서의 다수 의견, 즉 기본적인권 개념의 특수 역사적 이데올로기적 성격의 시인에 필자는 찬성한다. 근대 헌법에서의 기본적 인권 존중과, 종교적 인간존중 일반 등과는 일단 떼어내야 한다. 또 기본적 인권과, 인간이 인간으로서 살기 위한 불가결의 조건 일반과를 동일시할 수는 없다. 따라서 원리론에 있어서의 근대입헌주의형과 사회주의형의 구별, 그리고 (다카하시 유우지 교수가 주장하는)사회주의형에 있어서의 기본적 인권의 완성이 아닌 인권의 사멸 이론에 찬성한다. 또 시바가키 교수의 야심적 시도(<자본주의 경제와 기본적 인권>)인, 기본적 인권을 경제적인 거리에서 재배열하는 작업도 검토할 가치가 있다고 생각한다. 원래 이 주장에는 국가권력의 문제, 정신적 자유권의 문제, 상부구조에 대한 일반적 의문 등 여러 가지 문제점이 있다는 것을 인정하지만, 그러고도 여전히 예리네크 이래의 과거 인권목록에 대한 고정관념을 타파해야 한다는 입장에서 그것은 높이 평가되어야 한다.

시바가키(자뵤) 교수의 논문에서 우노(宇野) 이론을 적용한 문제도 필자의 입장에서 보면 근대입헌주의 헌법과 사회주의 헌법의 원리론에 있어서의, 절대주의 헌법, 근대입헌주의 헌법, 국가독점자본주의 헌법과 사회주의 헌법, 공산주의 단계의 사멸론이라는 발전단계론의 설정이라고 일단 해석할 수 있을 것이다. 그러나 이와 같은 각도에서의 이론구성도 미흡한 헌법학의 현 상태에서는, 기본적 인권의 경제로부터의 거리라는 문제도, 전(全)인민국가의 단계에 있어서의 소비에트 인권보장의 문제나 일본의 종속형 국가독점자본주의 헌법에 있어서의 인권의 문제 등 각국의 저마다의 구체적 현상분석을 시도한 다음에 거기서부터 이론의 정밀화를 도모하는 것이 현재의 요청이라고 할 수 있다. 또 근대입헌주의형, 사회주의형이라는 범형(範型, 규범틀?)은 각국 헌법의 복잡한 동태연구를 매개로 함으로써 얻어지는 것이다. 따라서 여기서 말하는 원리론은 별개 목적을 위한 시론에 그치는 것이다. 이렇게 전제해놓고 인권보장에 있어서 근대입헌주의형의 원리적 고찰에 들어가고자 한다.

근대입헌주의 헌법의 기본적 이념이 어떤 과정을 통해 나왔느냐는 역사적 프로세스는 다카야나기(高柳) 교수의 <근대국가의 기본적 인권>에 묘사되어 있다. 로크는 당시 영국의 복잡한 역사적 조건에 제약받으면서도 절대주의 사회의 ‘무장된 마음의 습관’을 타파하여 통치구조의 코페르니쿠스적 전환을 감행

함으로써 '국가권력에 대한' 부르주아 헌법의 기본 이념을 그야말로 보편적인 것으로 확립했다. 독점단계에 있는 오늘날 선진국에서는 이와 같은 근대입헌주의의 인권이념은 철저히 수정되고 변용되어 있다. 또 아시아 아프리카의 신흥국에서는 근대적 헌법을 제정해도 유럽 나라들과는 달리 복잡한 민족적 과제를 지고 있다. 식민지 지배와 타협하고 있는 종속국의 인권은 그 실정헌법상의 규정에도 불구하고 흔히 완전히 명목적인 것이 되고 있다. 그리고 무장해방투쟁을 통해 적나라한 저항권의 이름 아래에서만 인권을 주장할 수 있는 나라들도 있다.

일본은 특수한 왜곡을 갖는다. 고도로 발달된 자본주의국이기 때문에 그 근대입헌주의형 인권의 전형인 자유권은 독점의 필요에 따라 공공의 복지라는 이름으로, 혹은 새로운 사회권이라는 이름으로 침해되어 있다. 아니면 독점의 이익에 따르는 개입, 침해의 필요로 하지 않는 부분만이 간신히 남아 있다고 표현해도 된다. 이 사실은 언론·출판·표현의 자유에 대한 대중매체나 교과서를 통한 통제, 그리고 대중시위에 대한 규제 등 실태를 깊이 분석하면 저절로 판명될 것이다. 이와 같은 자유권의 붕괴현상은 사법권이 사회적으로 어떤 위치에 놓이는가의 차이에 따라서 당연히 다르게 나타나지만, 미국, 프랑스, 서독 등 나라와도 공통적인 성격을 가지고 있다.

그리고 일본국 헌법은 샌프란시스코조약, 미일안전보장조약에 의해 법적으로 제약받으며, 또 일본의 국가체제 전반에 걸쳐 직접·간접의 제약을 받고 있기 때문에 일본국 헌법은 근대입헌주의형 인권의 중핵적 이념인 '국가권력에 대한 규범적 제약'이라는 부분에서 매우 중요한 변용을 입고 있는 것이다. 따라서 자위대에 의한 생활과괴현상이 인권의 문제로서 다툼의 대상이 될 때 국가권력의 가장 중요한 부분을 점하는 자위대에 대해 재판소가 헌법위반이라는 완전히 부정적인 판단을 내리는 일은 불가능하다. 그것이 인권문제라 하더라도 최고재판소는 통치행위론을 동원하거나 혹은 헌법판단을 회피하는 등 이외의 방법이 없을 것이다. 그러나 주의하지 않으면 안 되는 점은, 일본국 헌법은 이와 같은 약점을 지니면서도 민주주의와 평화를 지키는 헌법운동의 힘에 의해, 제정 후 수십년이 경과된 오늘날 국민 사이에 일정하게 인권감각을 정착시켰다는 점이다. 즉 생활권옹호투쟁에서 재판규범을 통해 일정한 성과를 획득하고 폭넓은 헌법운동의 확대에 의해 인권조항의 규범력을 지탱하는 역관계가 생기고 있다. 즉 공동화(空洞化)되어가는 헌법을 새롭게 규범적으로 확립하기 위한 조건이 지금 민중의 편에서 성장해오고 있다. 이 점에서 헌법의 인권조항이 갖는 규범적 측면을 과소평가할 수는 없을 것이다. 그러나 일본국 헌법은 가끔 나쁜 의미로 개헌론자로부터 맥아더헌법이라고 불리듯이 결국 외압헌법이다. 따라서 외압을 통해 주어진 인권감각을 주체적으로 이해하는 방식에 일정한 약점이 있다는 것은 부정할 수 없다. '강요헌법'론을 이유로 하는 개헌론자의 주장에 대해 일본국 헌법 제정 시기 일본의 민주세력의 적극적 수용자세를 강조하는 과거의 호헌론의 통설의 단계는 넘어서지 않으면 안 된다. 오히려 우리는 과거의 약점을 솔직하게 분석하고 현실의 인권옹호투쟁을 한층 더 확대함으로써 권력측의 인권에 대한 '야금야금식 파괴'를 정면으로 비판함으로써 일본국 헌법의 인권조항의 규범성을 민중의 측에서 주체적으로 그리고 적극적으로 새롭게 확립해야 한다.

일본국 헌법은 이와 같은 헌법사상 미증유의 복잡한 상황 속에 있다. 이와 같은 실천적 과제의 해결을 도모하기 위한 전제조건으로서 우리 연구자들은 일본국 헌법의 인권조항의 규범적 정위(定位)를 비교헌법적인 넓은 시야를 가지고 측정할 필요가 있다. 일본국 헌법을 둘러싼 이와 같은 여러 조건에 대한 정확한 분석에 의해서만 일본국 헌법에 의한 평화와 인권을 지키고 그것을 다시 인간을 전면적으로 해방시키기 위한 에너지로 고양시킬 수가 있다. 여기서는 우선 많은 연구자에게 문제의 소재를 제시하기 위해 과거 아카데미즘의 연구성과로부터 출발한다.

과거 원리론에 있어서 통설적 견해로서 '고유의 의미의 헌법'과 '근대적 의미의 헌법'라는 분류가 널리 쓰여 왔다. 고대 사회에서의 통치의 기본법과 구별하여, 기본적 인권의 보장, 권력의 분립, 법의 지배 등

입헌주의(constitutionalism)의 이상을 받아들이고 있는 근대국가의 기초법만을 이상적 의미의 헌법이라거나 '근대적 의미의 헌법'이라고 부르는 것이다. 근대입헌주의의 정의, 기본적 인권의 정의는 여러 가지이며 여기에 전개한 원리론이 유일한 것이 아니다. 과거 사회과학적 법이론의 전형인 파슈카니스 이론에서의 국가권력이론을 보충하여 더 나아가 적극적인 공권력에 대한 과학적 원리론에의 전망을 가리키는 헌법의 원리론은 이제 막 확립기에 들어섰을 뿐이다. 여기서 근대입헌주의 이론을 차용한 것은 오히려 사회주의 헌법의 인권보장에 있어서 최근 중요한 문제로 등장한 '사회주의적 적법성' 문제와의 대비를 염두에 두고 이 글의 시각을 설정했기 때문이다. 즉 근대입헌주의형의 사고방식의 밑바닥에는 국민의 기본적 인권을 확실하게 보장하기 위해서는 국가권력이 국가기구의 메커니즘에 의한 법적 제한을 받지 않으면 안 된다는 사고방식이 있다. 이것은 인간성은 존엄하다는 고래로부터의 생각이나 사회주의 국가의 원리론인 인민대중의 자기조직에 의한 실질적 보장, 그것을 향한 국가권력의 해체방향과도 다르다.

여기서 근대입헌주의 원리론을 깊이 이해하고 있는 두 사람의 이론가를 소개하면서 부르주아 헌법의 원리론의 문제점을 추출해보기로 한다.

미국의 맥킬웨인(McIlwain)은 근대입헌주의에 대한 고전적 연구로 헌법 학자들에게 잘 알려져 있다. 그의 저서 <고대와 근대의 입헌주의>(Constitutionalism ancient and modern, 1947)는 중세 영국에서의 왕권행사가 근원적으로는 보통법에 의해 구속되어 있음을 말하면서 입헌주의의 역사적 발전을 논증한 것이다. 여기서는 비슷한 시기(1939)에 쓰인 그의 <Constitutionalism and the changing world>에 수록된 <Government by law>라는 한 논문에서 문제점을 추출해 보자. 거기서 그는 "오늘날 광기의 세계에서 여러 가지 현상을 뒤덮는 하나의 큰 문제는 입헌주의와 전횡적 정부 사이의 문제이다. 가장 근본적인 차이는 군주제와 민주제 사이에 있는 것도 아니고, 그 차이가 극단적인 자본주의와 사회주의(또는 공산주의) 사이에서 있는 것도 아니다"라고 주장한다. 그리고 사회주의적 또는 공산주의적 체제에서도 현재의 부르주아민주주의에서와 마찬가지로 유지되고 보호되어야 할 권리가 존재할 것이다. 그러나 자본주의 체제를 취하느냐 다른 체제를 취하느냐라는 문제보다 더 깊은 문제는 우리가 "법에 의해 지배될 것인가 전횡적인 자의에 의해 지배될 것인가"라는 문제라고 그는 주장한다. 그리고 자의가 법에 대해 승리할 때 자유와 민주는 끝난다면서 "우리의 현재의 위기는 단순히 자유와 민주주의 위기가 아니라 모든 인권의 전제주의에 대한 항쟁에 있다"라고 그는 말한다.

여기에 근대 입헌주의자의 기본적 인권에 대한 원리론의 한 유형이 있다. 즉 국가권력의 자의나 전횡에 대한 법적규제가 없으면 자유도 민주도 인권도 없다는 생각이 그것이다.

일본 법학자들 사이에도 근대 입헌주의의 이 원리를 고정된 기준으로 받아들여, 프롤레타리아 독재 하의 사회주의형 헌법을 비판하면서, 거기에서는 국가권력에 대한 법적 제한이 국가기구의 메커니즘을 관통해서 확립되어 있지 않으므로 자유도 기본적 인권도 없다는 생각을 하는 사람들이 적지 않다. 그들은 차라리 일상적으로 나치즘과 사회주의를 혼동하기조차 한다. 그러나 본래 근대 입헌주의의 원리론은 특수하게 역사적·이데올로기적인 것이며, 초역사적 보편성을 갖는 것은 아니다. 뿐만 아니라 현재의 국가독점자본주의 단계에서 이와 같은 국가권력의 법적·규범적 제약의 공동(空洞)화 현상이야말로 보편적인 것이며, 이 사실은 자본주의국가의 유능한 헌법학자들이 공히 우려하는 바이다.

여기서 잠시 칼 레벤슈타인의 이론을 소개하고자 한다. 근대 입헌주의의 생리에 깊은 이해를 지닌 그는 원리론의 병리현상에 대한 분석에 예리한 칼을 휘둘러 왔다. 근대 입헌주의는 이미 사회주의 헌법에 대한 비판의 원리일수 없을 뿐 아니라 그 내부 병리의 진행 정도에 따라서는 붕괴의 위기에까지 처해 있음을 알기 위해 굳이 마르크스주의 이론에 기댈 필요도 없다. 그의 대표적인 저서 <Political power and governmental process>는 일찍 소개된 이후로 많은 헌법학자들에게 읽히고 있으며, 최근(1965)의 신판은 공산권의 변화, 아시아·아프리카 군사국가의 문제 등 현대 헌법의 문제점을 따로 Postscript라

는 장을 마련하면서 전개하고 있다. 그 특징은 차라리 고전적으로 건강한 근대 입헌주의 이해에 입각하고 현대적 병리에 조명을 비추는 데 있는데, 그는 기본적 인권을 짓밟는 국가권력의 악마성을 강조하고 통제 받지 않는 권력은 악 그 자체라고 본다. 그러나 그는 이 국가권력을 제한하기 위한 도구인 권력 분립의 개념은 오늘날 완전히 쇠락해서 쓸모가 없게 되었다고 말하는 한편, 20세기 독점 단계에서의 거대한 압력단체 등 통제되지 않는 다원적인 여러 단체와 자유의 문제를 거론하면서, 그것을 통제하기 위한 새로운 수단을 발견하지 못하면 자유권은 잠식되고 끝장나게 되고 그와 함께 입헌민주제는 과멸에 이른다고 설파한다. 게다가 그는 국가권력이 이 다원적인 여러 단체를 통제하는 방향으로 나아가게 한다면 거기에 기본적 인권을 삼켜버릴 새로운 '리바이어던'의 위협이 발생할 것이라고 경고한다. 어쨌든 국가권력에 의한 다원적 여러 단체의 해체와 사멸을 바라볼 수 없는 독점단계인 현대 헌법은 (그의 새로운 국가기구 3분법 제시에도 불구하고) 인권 보장을 위해 진정 효과적인 새로운 기술을 아직 찾아내지 못하고 있다. 이와 같은 해결책 상실 상태는, 나치즘과 동일시되는 코뮌리즘적 권력국가에 대한 불필요한 공포라는 상황을 만들어내고 있다. 흔히 국가권력에 대한 법적 통제의 '요체'라고 이해되고 있는 사법권의 적극성도 본질적으로 정치문제라는 성격을 갖는 헌법문제에서 사법의 정치화를 가져올 것이며, 권력자의 반격을 받고 사법권의 약체화로 끝날 것이라고 그는 전망했다. 풍부한 비교헌법 지식을 갖는 그는 세계적으로 보편적 현상이 되어버린 성문 헌법의 가치 감퇴, 사실상 헌법의 기능 정지, 헌법 개정마저도 무시하는 권력자들의 공공연한 헌법 위반 등 문제에 대해 말하고 있다.

그는 끊임없는 위기의식에 시달리면서도 반면에 그 광범한 비교헌법 지식을 동원하여 소비에트 체제가 반드시 권력주의적 일당독재를 계속한다고 볼 수 없다고 말한다. 그런가 하면 소비에트에서의 사회권 내실화는 서구적인 의미의 자유권 부재를 보완하며, 장래에도 계속 자유권이 부정된다고만 볼 것이 아니라면서 20차 당 대회 이후 소비에트 체제의 변화에도 일단 이해를 보내기도 한다. 그는 자유주의 진영이 무력을 가지고 전체주의 침략자 (공산주의)를 부정한다면 그 자유와 평등의 교의와 모순된다는 점도 지적한다. 그의 저작에는 고전적 근대입헌주의에서의 기본적 인권의 의미를 잘 이해하고 있을 뿐 아니라 부르주아 사회과학의 분석 능력을 지닌 한 연구자의 고뇌와 혼란이 드러나 있다. 그는 1965년 신판에 추가한 보론 중에서 소비에트를 여전히 Totalitarian and Authoritarian government라는 한 절에 포함시키면서도, 빈곤과의 투쟁, 인민대중의 생활수준 향상 등으로 말미암은 양체제의 접근에 대해 이야기하고 있다. 레벤슈타인의 주장하는 바는, 그 결론에서 도출되는 사회개혁의 요구를 주저할 때 용이하게 반동으로 전회될 위험성을 가지고 있다. 이는 일본을 포함한 모든 유능한 근대 입헌주의자들이 가지고 있는 경향이기도 하다.

이제까지 근대 입헌주의 원리가 갖는 문제점을 (근대 입헌주의에 관한) 역사적 연구자와 현대적 병리 연구자라는 두 사람을 통해 검토해왔다. 그러나 이 인권보장을 위한 원리적 논의가 겨냥하는 한 가지는 일본국 헌법에 있어서의 근대 입헌주의의 문제 및 그 주체적 담당자의 문제이다. (일본 문제는 이 시리즈 원리론에 해당하는 제1권보다 제3권에서 상세하게 전개될 것이다) 이 점에 대해 간단한 몇 가지만을 지적하고자 한다.

---304쪽 15행부터 305쪽 4행까지 생략---

또한 일본의 국가권력은 메이지(明治) 절대주의 이후 오늘날의 고도 경제성장기까지 한결같이 적극적 국가였으며, 국가권력의 적극적 발동이 악 그 자체라고 여겨진 시대는 없었으므로 소극적 국가를 전제로 하는 근대 입헌주의는 항상 이데올로기적 변용을 겪지 않을 수 없었다는 점은 메이지 시대의 인권사상을 생각하는데 한 가지 요점이다. 이 사실은 아래로부터의 인민해방전선 없이 외압에서 시작되고 현재까지도 종속체제 하에 있는 일본국 헌법에 있어서도 여전히 국가권력과 대결하는 입헌주의의 담당자가 존재했느냐는 문제와 관련하여 근본적으로 검토할 문제라 하겠다. 일본국 헌법 제헌과정에서의 외압(2차대

전 패전 후 미 점령군이 일본에 민주헌법을 '강요'한 사실을 말함-역자)을 민주헌법의 역사적 필연성이라는 관점에서 설명하면서 일본국민의 적극적 주체성을 평가하려는 호헌진영의 통설만으로는 이제 충분하지 않다는 점은 이미 지적했다. 동요하면서 반동화하는 국가독점자본주의 단계의 국가권력과 맞서 일본국 헌법을 지키기 위한 저항의 이론을 강력하게 세워, 국민 각층으로 구성된 통일전선을 구축하고 나아가서는 사회주의체제로 이행하는 문제까지도 시야에 넣는다면 적극적 변혁의 주체라는 문제를 다시 한번 적극적으로 재검토할 필요가 있을 것이다. 공동(空洞)화 되어 가는 일본국 헌법의 문제를 생각함에 있어서 근대 입헌주의의 주물(呪物)숭배(fetishism), 그리고 (사회주의 헌법이론 연구도 그 예외가 아닌) 외국 이론에 대한 안이한 의존은 결국 이 자주성에 대한 연구를 근원적으로 밀고 나가지 못하는 안이함에 그 원인이 있는 것일 터이다. 일본국 헌법의 규범적 자리매김을 과대평가도 과소평가도 없이 정확하게 분석하여 적극적인 인권옹호이론을 전개할 수 있는 자주성이 무엇보다 먼저 확립되어야 할 것이다.

3. 사회주의형 인권보장

국가권력에 대한 법적·규범적 제약을 통한 기본적 인권 보장은, 앞에서 말했듯이 근대 입헌주의의 기본적 사고방식 중 하나이다. 그러나 헌법전 안에 권리의 장전 (Bill of Rights)과 국가기구(Frame of Government)를 완비한다는 방식은 각국의 구체적 조건에 따라 여러 가지 변용을 나타낸다. 영국헌법에서는 기본법(Fundamental law)에 보장된 기본적 인권이라는 개념은 존재하지 않으며, 거기서는 기본법이 존재하지 않는다는 사실 자체가 오히려 자유권의 사회적 실재를 실증하는 형국이 되어 있다. 왜냐 하면 보통법에 의한 법적 규제를 받지 않는 한 만사가 자유이기 때문이다. 이와 반대로 독일형 법치국가에서는 근본규범을 정점으로 하는 헌법전의 존재, 권력 분립, 행정권의 법률 적합성 등의 존재가 인권 보장의 법형식의 존재를 의미한다고 생각되고 있었다. 그러나 이와 같은 인권의 형식적 보장의 법체계를 완전히 갖추는 것이 곧 인권보장의 실재를 의미하는 것은 아니며, 칼 슈미트는 이와 같은 형식적 법치국가의 완성으로 오히려 "그와 동시에 실질적·내용적 합법성의 배제를 완료하여 순(純)법률국가가 되었다"라고 그 허무주의를 비판했다. 사실 이러한 법치국가론은 나치의 진정 민족적 법치국가론이라는 주장 앞에서 어이없이 무너져버렸던 것이다. 독일형 법치국가는 "일반적으로 목적 및 내용을 의미하는 것이 아니라 이것들을 실현시키려는 방법 혹은 성격을 의미하는데 지나지 않는다". 따라서 기본적 인권 목록의 완벽한 법전화는 기본적 인권의 실재 그 자체를 의미하지 않으며, 또 규범체계의 단계구조에 의한 합법성 확립은 인권의 실재를 의미하지 않는다. 전후 서독 헌법학은 이와 같은 규범주의에 대한 심각한 반성에서 출발하고 기본권의 형식적 규범성이 아닌 실질적 가치 내용을 방위하려고 했다. 그런데도 법치국가론은 오늘날 서독 행정권의 특수 우월성을 전제로 하는 사회적 법치국가론에 있어서 기본적 인권에 대한 노골적인 침해를 의미하는 각종 치안입법과의 결합을 심화시키고 있다. 오늘날의 아시아·아프리카 신식민주의 지배 하 나라들에서의 '법의 지배'론의 반동적 역할에 대해서는 더 말할 필요도 없을 것이다. 따라서 맥길웨인처럼 국가권력에 대항하는 법적 제한이 없으면 자유도 없다고 단정하는 한 가지 기준으로 사회주의형 헌법의 인권보장을 비판하는 논법은 지극히 뚜렷한 이에올로지적 특색을 지니게 마련이다. 게다가 레벤슈타인이 예견한 바와 같이 소비에트는 전(全)인민적 국가의 단계에서 인민의 권리에 대한 법적 절차를 강화하면서 국가기관의 권한을 인민의 여러 단체로 이행시켜 오고 있는 것이다. 이 사실은 프롤레타리아독재 하의 사회주의국가에서 인권보장의 전망이나 법과 권력의 사멸의 문제를 Tyranny (전제자)를 인민에게 납득시키기 위한, 달성불가능한 선전이라고 생각하고 있던 자본주의 국가 법학자들을 혼란에 빠뜨렸다. 동시에 최근 날이 갈수록 강화되고 있는 소련의 사회주의적 적법성은 서유

립형 합법성과의 차이의 문제뿐만 아니라 마르크스주의 법 이론의 특수 소비에트화와 과도기의 방침을 강하게 내세운 현재 중국에서의 프롤레타리아 독재의 법리의 문제를 사회주의법 연구자들의 새로운 과제로 만들고 있다. 기본권의 불가침성을 옹호하려 한다면 형식적 법규범의 존재에만 사로잡히지 말아야 한다. 그 헌법규범이 사회구성체 내에서 어떤 자리매김을 부여받고 있는지를 측정하지 않으면 안 된다. 그렇게 하지 않으면 헌법의 규범성 그 자체마저도 유지하기 어렵게 된다는 것이 과거 헌법사의 명백한 교훈이다.

소비에트형 보장의 역사적 전망이나 현상분석은 제3권에서 후지타 이사무(藤田勇) 씨나 와다하루키(和田春樹) 씨의 논술이 예정되어 있기 때문에 여기서는 지금까지 말해온 원리론의 관점에서 소비에트에서의 사회주의적 적법성과 인권 보장의 문제를 거론해본다. 현재의 소련에서는 국가권력으로부터의 보장을 가장 중요하게 여기는 근대 입헌주의형 또는 '법의 지배'에 대표되는 고전(古典)형과는 같지는 않지만 시민의 권리의 법적 보장 확립이 중요하게 다루어지고 있다. 잡지 <소비에트국가와 법>에서 바출린은 다음과 같이 논한다. 즉 전(全)인민적 국가는 시민의 권리 및 자유의 가장 완전한 실현에 관심을 가지고 있으며, 그 실현은 '사회주의국가 측으로부터의 적극적 지지'에 의해 이루어지는 측면이 있으나, 그 사실은 개개의 국가기관 혹은 공무원 측에서 시민의 권리나 합법적 이익을 침해할 가능성을 배제하는 것이 아니라 하는 것이다. 그래서 국가뿐 아니라 여러 사회단체가 보장해야 할 시민의 합법적 이익 회복을 청구할 권리를 개개인에게 확인해줄 필요가 있다는 것이다. 그는 이의신청권에 관한 통일법령의 발포를 제안했고, 공무원 혹은 국가기관의 불법행위에 대해 구제를 요구할 수 있다는 일반규정이나 공무원의 불법행위로 인한 손해에 대해 배상을 요구하는 규정, 그리고 이의신청의 심리를 관료주의적으로 연기하는 행위에 대해 책임을 추구하는 규정 등을 설치할 것을 제안했다. 22차 당대회 이후의 이런 경향은 현재도 한층 강화되는 방향으로 가고 있다. 바출린은 공산주의 단계에서의 법의 사멸문제를 현재의 사회주의적 적법성의 전면적 확립과 강화라는 복잡한 프로세스 후에 있을 것으로 전망한다. 그러나 법의 사멸문제를 실현 불가능한 자기모순이라고만 이해할 필요는 없다. 소련에서는 다른 한편으로 법규범의 도덕화, 공산주의적 인간개조도 동시에 진행되고 있는 것이다. 또 권력기관이 인민의 자기조직으로 해체되는 과정도 부분적이기는 하나 진행중이다. (동지재판, 인민경찰대 등) 현재의 중국에서는 과도기 프롤레타리아 독재 강화의 시대에서의 법의 계급적 측면과 억압적 기능을 증시하는 한편, 현실적으로는 변구(邊區) 이래의 대중노선에 있어서의 공산주의적 자치의 계기를 (프롤레타리아 독재의 강력한 전개를 뒤에서 지탱해주는 형태로) 교묘하게 전개하고 있다. 이는 현재의 소비에트형과 상당히 다른 점을 가지고 있다. 일본의 사회과학 입장에서는 중국·소련 중 어느 편이 '옳은가'라는 것은 부차적 문제이며, 그와 같은 비생산적 감정론에 들어가기 전에, 왜 소련에서는 그런 방식을 취했고 왜 중국에서는 다른 방식으로 인간해방을 추진하는가 하는 문제, 그 사회경제적 원인을 전문가가 각각 근원적으로 밝혀내는 일이야말로 긴급한 기본적 과제일 것이다. 이 점에 대해서는 별도로 고찰이 있을 것으로 안다.

여기서 원리론적으로 문제되는 것은 무엇보다도 근대 입헌주의형의 인권보장과는 완전히 다른 프롤레타리아 독재시기에서의 사회주의적 자유와 민주주의 이론이다. 이 원리론은 전(全)인민적 국가의 단계에까지 이르는 프롤레타리아 독재 발전의 시기, 단계, 조건에 따라 그 모습을 달리 한다.

일반적으로 근대 입헌주의형 인권의 원형이라고 생각되고 있는 프랑스의 인권선언과 대비되어 사회주의형 인권의 원형으로 받아들여지고 있는 것은 1918년의 <근로하고 착취당하고 있는 인민의 권리선언>이다. 여기서는 인권은 '계급권'으로서 본질적으로 변화했다. (사회주의형에서는 기본적 인권이라고 부르지 않고 고민권 등의 용어를 사용하지만 여기서는 임시적 편의로 '인권'이라고만 부르기로 한다) 사회주의형 인권의 원리론의 한 전형으로서 1918년에 레닌이 쓴 <프롤레타리아혁명과 배교자 카우츠키> 중 문제가 되는 점을 몇 가지 들고자 한다. 이는 사회민주주의자나 소부르주아지가 부르주아적 자유나 순수

민주주의라는 개념을 휘둘러대며 집요하게 반혁명을 시도하던 역사적 시점에 나온 전투적 문서이며, 원리론으로서의 정당함도 그와 같은 조건을 도의시하고 부당하게 확대시키는 일이 있어서는 안 될 것이다.

① 여기서 프롤레타리아 독재는 근대 입헌주의형 평등을 발전·완성시키는 것이 아니라 파괴하는 것이라는 점이 어떤 기만도 없이 확인 되고 있다. ② 프롤레타리아 독재 하에서는 착취자는 무권리자이며, 사회주의적 자유와 민주주의 대상에서 제외된다. 레닌은 1919년의 <프롤레타리아 독재 시기의 경제와 정치>에서 노동자와 농민의 차별과 불평등도 은폐 없이 공공연히 인정하고 있다. 따라서 계급성을 무시한 합법성 요구는 사이복의 고기 한 파운드 이상은 아무 것도 필요 없다는 주장과 같은 것으로 인식된다. 여기서 프롤레타리아 독재는 직접 폭력에 입각하여 어떤 법률에도 구속되지 않는 권력이라는 사실이 확인된다. ③ 인권의 사멸 문제가 제기된다. 공산주의사회에서는 민주주의는 변화하여 습관화됨으로써 사멸하는 것으로 예측되는 바, 자유도 역시 마찬가지일 것이다.

이와 같은 사회주의형 인권의 원리론은 근대 입헌주의가 전형적으로 발전하고 있었던 자본주의국가에서 일어난 것이 아니라 러시아, 중국 등 후진국적 성격을 지닌 나라들에서 발전되었다는 사실에 주의할 필요가 있다. 또한 후진국형이라고 해도 중국과 소련의 조건에는 상당한 차이가 있다.

러시아는 당시 세계 유수의 강대한 전체적·중앙집권적 행정기구를 가지고 있었고, 후진국이라고는 해도 공업도시에는 정치적 의식이 높은 노동자가 있었으며, 혁명의 원동력이 될 수 있었다. 이에 비해 중국은 광막한 농촌지대로 뒤떨어져 있고, 그 농촌을 근거로 도시를 포위하는 것이 혁명의 목표가 되었다. 사회주의혁명의 중국형과 소비에트형의 문제는 중·소논쟁을 계기로 근본적 재검토가 필요하게 되고 있지만 거기서 태어난 인권과 계급권의 양상도 당연히 달라지게 마련일 것이다. 사회주의형 인권 보장에서 하나 더 유의해야 할 것은, 동유럽 인민민주주의형 헌법의 문제이다. 동유럽 인민민주주의혁명의 특징 자체에 대해서는 이미 많은 연구가 있다. 최근의 체코 슬로바키아 신헌법에서는 자본주의국가의 법학자가 사회주의와 파시즘을 혼동하는 주요한 요인이 되고 있었던 일당 독재가 부정되어 있다. 또 17조에서는 사회주의적 적법성의 완전한 적용이 명기되어 법률준수의 역할은 여러 인민단체에 맡겨지고, 제5조에서는 국가기관의 임무가 여러 인민단체에 이관될 것이 규정되어 있다. 사회주의적 적법성의 문제는 소련이나 동독 등 동구권 사회주의국가에서는 앞으로 헌법 개정의 중심과제가 될 것이다.

필자는 각론에서 사회주의 중국법에 대한 집필을 담당하게 되었으나, 여기서는 전제가 되는 몇 가지 점을 열거하는데 그치겠다. 자본주의국가의 법학자가 중국형과 근대 입헌주의형을 대비하면서, 자유가 있느냐 없느냐를 문제 삼을 경우 놓쳐서는 안 되는 것은, 신 중국은 100년여에 걸친 식민지 지배와의 투쟁 속에서 태어났다는 평범한 사실을 진정한 의미에서 파악하는 일이다. 구 식민주주의사회는 모든 의미에서 인권이라는 개념과 무관한 사회이다. 이 사실은 에드가 스노우의 <중국의 붉은 별>에 나오는 1929년 중국에서 일어났던 한발(=가뭄)에 관한 르포르를 일독하기만 해도 간단히 이해할 수 있을 것이다. 그는 그 지방의 아사자 수백만 명이라는 계산을 별로 의심할 생각이 없다고 말하면서 "공포를 과장되게 말할 의도는 조금도 없다"고 쓰고 있다. 게다가 읍에서는 고리대금업자나 지주가 쌀 사재기를 일삼으면서 기생놀음에 정신없고, 외국자본이 지배하는 대도시 조계(租界)는 번영을 누리고 있었던 것이다. 이러한 상황에서 중국인들은 근대화를 추구하지 않았던 것은 아니다. 모택동이 말했듯이 "진보를 추구하는 중국인들은 새로운 지식에 관한 것이라면 무엇이든 읽고" 그것으로써 중국을 구해낼 수 있다고 생각했던 것이다. 그러나 "제국주의의 침략은 서방으로부터 배우려는 중국인의 미망을 여지없이 깨버렸다. 참 이상한 일이다. 왜 선생은 언제나 학생을 침략하는가? 중국은 서방으로부터 많은 것을 배웠지만 소용이 없었고, 이상은 언제나 실현될 수 없었던 것이다." 중국인은 근대 입헌주의사상도 열심히 추구했다. 손문은 <중국문제의 참 해결>이라는 논문에서 '평등의 권리', '인간 고유의 재산권', '언론의 자유' 등 근대 입헌주의형 인권에 대해 낙관적인 신뢰를 가지며 또 그 독창적인 적용마저 생각하고 있었다. 그러나 "손중

산은 한 평생 동안 헤아릴 수 없을 만큼 자주 자본주의 나라들에 원조를 호소했지만 끝내 아무것도 얻지 못하고 오히려 가차 없는 타격을 받았"던 것이다. 민주주의에 대한 이대초(李大超)의 이해의 심오함, 마찬가지로 공산주의자가 된 진독수(陳獨秀)가 근대사상으로부터 출발했던 사실 등을 생각할 때, 근대사상을 추구하려는 그들 노력의 깊이는 그 절망의 깊이와 비례한다는 사실을 알게 될 것이다. 거기에는 일본의 천황제 절대주의 하에서처럼 의견적인 것이라고는 하지만 어쨌든 근대 입헌주의를 성립시킨 나라 지식인들이 양심을 도피시킬 수 있었던, 그런 여지마저도 없었던 것이다. 중국은 사회주의에 편향된 것이 아니다. '선생님'들의 침략으로 인해 "제국주의 쪽으로 기울지 사회주의 쪽으로 기울지 둘 중 하나밖에 없었고 절대로 예외는 없"으며, "양다리 걸쳐서는 되는 일이 없고, 제3의 길은 없다"는 것을 뼈저리게 알았던 것이다. 그리고 그 일을 가장 통렬하게 가르쳐준 것이 바로 일본제국주의였다는 평범한 사실도 우리는 잘 이해해야 할 것이다. 과거 일본의 학계는 중국에 대한 오해를 쌓아왔다. 요컨대 과학적 기초 연구가 매우 불충분한 것이다.

중국 인민의 근대 입헌주의형 인권에 대한 희망과 절망이 얼마나 깊었는지는, 해방구에서도 각급 인민 법원은 인민의 자유와 권리를 수호하는 것이라면 설령 그것이 국민정부의 반동적 법령이라 하더라도 적용했으며, 국민정부 지구에서의 인권 무시와는 정반대로 '변구(邊區)에 인권이 존재했다는 사실에서도 알 수 있을 것이다. 인민에 봉사하는 정부를 만들어냈다는 사실이 승리를 획득한 중요한 원인이었던 것이다.

중화인민공화국 헌법 성립 이후 근대 입헌주의형 인권 보장이 문제가 된 것은, 첫 번째가 1957년 정풍운동 시기였다. 그 때 우파 분자는 인권의 법적 보장, 법전에 의한 보장 없이 어떻게 인민의 기본적인 권리를 지킬 수 있느냐는 문제를 제기했다. 거기서는 부르주아법 계승성의 주장과 소비에트법에서의 적법성 문제가 혼동되어 이용되면서 반혁명에 연결되어 있다. 여기서도 중국에는, 소비에트법 이론이 수정주의로서 비판되어야 할, 복잡한 국내적 조건이 있는 것이다.⁷⁶⁾

나아가 중소논쟁 이후 전(全)인민의 국가와 법의 이론에 대한 비판이 있었고, 중국에서의 과도기 프롤레타리아 독재의 법리가 공식화된 이후 현시기의 프롤레타리아 문화대혁명 시기가 근대 입헌주의형 인권 보장이 문제가 된 두 번째 시기이다. 이 때는 <부르주아지의 자유, 박애, 평등의 베일을 벗기자>⁷⁷⁾라는 논문의 제목으로도 미루어 짐작할 수 있듯이, 모든 자본주의국가 지식인들의 공격에도 불구하고 학자, 지식인 중심의 자유 요구는 계급적 내용을 무시하는 것으로서 엄중하게 비판되고 있다. 거기서는 노동대중에 의한 새로운 독자적인 사회주의적 인간 해방의 길이 추구하고 있는 것이다. 무장투쟁이나 일탈 행위마저 가져온, 중국을 둘러싼 국내외 조건의 엄혹함은 우리의 상상을 훨씬 넘을 것이다. 그러나 중국은 중국식 방법을 가지고 이 고난을 극복해 나갈 것이다. 일본 학계는 장래에도 과학적 중국 연구를 한

76) 반 우파 투쟁의 문제에 관한 가장 상세한 기본 문헌은 상하이(上海) 법학계의 <華東政法學報>와 <法學>이다. 이 학술잡지들은 상하이 법학계의 기관지적 성격을 가지고 있었다. 상하이 법학계에는 부르주아 법학의 교양을 지닌 학자가 다수 존재했다. 베이징의 <政法研究> 보다 더 실증적 성격이 강한 <法學>은 반 우파 투쟁의 과정에서 정간된 것으로 생각된다.

77) <北京週報> 24호 1966년. 사회주의형 인권 보장이라고 할 때 '인권 보장'이라는 말은 한정적으로 생각되어야 한다. 여러 인민단체의 역할, 법의 도덕화, 권력의 사멸이라는 문제와도 연관시켜서 그 구조적 자리매김을 고민하지 않으면 안 된다. 또한 체코나 동유럽 나라들의 적법성 강화현상과 자본주의 헌법형의 자유권 확대현상의 문제도 공산주의 단계에의 이행의 문제와 수정주의화·자본주의화의 문제와도 얽혀 분석하기가 곤란한 문제로 남아 있다.

층 더 발전시키지 않으면 안 된다. 중국에서 법의 규범성의 자리매김은 근대 자본주의사회의 정상적인 발전 위에 구축된 법 개념을 기준으로 해서는 안 된다. 그것은 또 소비에트형과도 다르다. 이러한 전제 조건을 무시한다면 중국은 인권무시의 천지로 보일 것이다.

근대 입헌주의형 인권 보장이라는 고정관념의 보편화에 힘입어 사회경제적 조건이 상이한 나라들의 문제를 일방적으로 판단하는 일은 물론 비과학적이다. 동시에 특수한 사회주의국가의 이론과 실천을 현재 일본의 조건에 그대로 적용시키는 일이 얼마나 잘못된 일인지는 더 이상 언급하지 않겠다. 아시아의 후진국형 사회주의혁명의 새로운 이론 구성, 그 속에서도 또 특수한 위치를 점하는 일본의 헌법운동의 이론적 문제는 아마도 앞으로 장기간에 걸친 사회과학의 대문제가 될 것이다. 그것은 과거 사회과학 이론의 일본에서의 창조적 적용의 문제가 새로운 단계에 도달했다는 것을 의미한다. 그러한 거대한 문제를 해결하기 위한 하나의 발판이 사회과학으로서의 헌법학의 원리론, 발전단계론, 현상분석론에 대한 근본적 검토를 시도하는 이 종합연구에서 탄생할 것을 기대해마지 않는다.

기본적 인권의 사상사적 배경

-저항권 이론을 중심으로-

1. 머리말

[1] 기본적 인권사상의 역사성

일본국 헌법 제97조는 '이 헌법이 일본국민에 보장하는 기본적 인권은 인류의 다년에 걸친 자유획득의 노력의 성과'임을 명언하고 있다. 이것은 인권사상이 인류의 오랜 투쟁을 통해 형성되어 왔다는 것을 말하는 것이다. 그리고 그것은 단순히 인류의 다년에 걸친 문화적 영위의 결과물이라는 추상적인 의미를 가지는 것이 아니라, 거기에는 서유럽이라는 특수한 지역의 특수한 역사적 시기에, 그 고유한 여러 조건 아래 지극히 서서히 생성·발전되어 왔다는 함의가 있는 것이다. 오늘날 우리가 '기본적 인권'이라는 말에 접할 때 우리는 그것이 매우 자명한 개념이며 어떠한 시대의 어떠한 지역의 인간에게도 인간인 이상 인정되는 가장 기본적인 권리라고 생각하기 마련이다. 분명 이 권리가 오늘날 그와 같은 영원한 권리라고 관념 되어 있다는 것은 앞의 헌법 97조가 이를 '침범할 수 없는 영구한 권리'라고 규정하고 있는 것에서도 추지할 수 있다. 그러나 이 사실은 기본적 인권이 오늘과 같은 형식과 내용을 가지고 인간의 역사와 더불어 오랜 옛날부터 인정되어 있었다는 것을 의미하는 것은 아니다. 그것은 서유럽의 지극히 특수한 역사적 발전을 통해 매우 서서히 형성되어 온 것이다. 이것은 다음 두 가지 점에서 우리에게 중요한 의미를 갖는다.

첫째로, 이 권리가 가장 명확한 형태로 전형적으로 공식화된 것은 18세기말의 미합중국 여러 주(州)의 헌법이나 1789년 프랑스의 인권선언에 있어서이며, 그때 비로소 이 권리가 실정법적으로 보장된 권리라는 성격을 갖는다는 것이 선언된 것이지만, 이 사실에서 곧바로 이 시기에, 말하자면 거기에 성립되어 있던 하부구조의 발출(發出)물로서 그들 권리가 태어난 것처럼 생각하는 것은 근거가 없다는 사실이다. 하부구조와 상부구조와의 대응문제는 인권연구에 매우 중요한 문제임은 당연하지만 그 상호영향관계는 극단적으로 복잡하며 하부구조가 '궁극적으로' 상부구조를 규정할지 여부에 대해서조차도 의문은 남으며, 그와 같은 단정에서 출발하여 조금씩 발출론(發出論)적인 단순화에 빠지는 일을 경계해야 한다. 그런 의미에서는 거기에 이르기까지의 복잡한 사상사적 발전을 되도록 극명하게 더듬으면서, 그것과 하부구조와의 관련양상을 밝히기 위한 노력이 있어야 할 것이다. 이 일은 하루아침에 한 개인이나 한 연구단체의 힘으로 이를 수 있는 일이 아니다. 우리들의 이 공동연구마저도 근근이 그 발단을 만드는 작업에 지나지 않으며 더욱이 이 글은 그 속에서의 매우 한정된 하나의 기여(상부구조 내부의 전개과정의 규명)에 지나지 않는다. 이 문제를 밝히는 작업에 있어 사상사적 접근이 매우 중요하다는 것을 강조하는 일이 이 글의 주된 목표가 될 것이다. 하부구조와의 상호관계를 밝히기 위해서는 따로 책임자가 필요하다.

둘째로, 기본적 인권의 사상사적 배경이 특수하게 유럽적이라는 사실이다. 일본 헌법의 기본적 인권의 원류는 유럽의 문화적 전통 속에 있고 일본 고유의 문화적 전통 속에는 없다는 것에 대해서는 아무도 이론을 제기하지 않을 것이다. 그러나 기본적 인권뿐만 아니라 크게 보아 서유럽의 사회적 제도를 지탱하고 있는 것과 같은 사상, 같은 요구는 일본의 역사적 전통 속에도 있으며, 결코 유럽의 독점물은 아니라는 생각이 최근에 확산되기 시작했다. 그리고 이 사실자체는 필자도 비교 문화론의 견지에서 바람직한 일이라고 생각하며 과거에 우리가 자국 문화에 충분한 이해를 가지려고 노력하지 않았고, 오로지 시선을 서구를 향해 보내고 있었다는 데 대한 환영할만한 반성이라고 생각된다. 그러나 성급한 나머지 우리 문

화권의 과거의 사상가들의 몇 마디 속에 저항의 사상이나 사회 계약적으로 해석되는 사상이 엿보인다고 해서 바로 일본에도 저항권 혹은 사회계약의 사상적 전통이 있었다는 결론에 곧바로 도달하려고 하는 것은 잘못이다. 이제부터 살펴보듯이 서유럽에서 저항의 사상이 왜 저항권의 사상이 되었는지, 또 국가의 기원을 왜 계약에 찾았는지에 대해서는 그럴만한 역사적 조건이 있었기 때문이며, 결코 한 두 사람의 사상가가 고안해낸 것은 아니었다.⁷⁸⁾ 거기에는 적어도 기독교와 로마법사상과 게르만 법사상이 세 가지 역사적 요소가 작동하고 있는 것이며 천수백년을 거쳐 그것이 유럽인의 생활의 뿌리에까지 침투되어 있으며 그 기반위에 전개된 것이 이 저항권 사상이며 사회계약의 사상인 것이다. 이 세 가지 요소가 없었던 일본에서 사상의 대동소이한 역사적 발전이 만약에 발견되었다면 그것은 오히려 매우 놀라운 일이라고 하지 않을 수 없다.

이 글은 기본적 인권의 기본적 이해를 위하여 이와같은 사상사의 전개과정을 구체적으로 추구할 것을 목적으로 한다.

[2] 이 글의 범위

앞에서 말한 목적을 달성하기 위해서는 적어도 이 문제를 둘러싼 서유럽 사상사 전체를 더듬어야 한다. 그러나 이 작업은 필자의 역량을 넘는 일이며 설령 그것이 가능하다고 해도 공동연구의 일환을 이루는 이 글로서는 그와 같은 방법은 적절하지 않을 것이다. 그래서 이 글에서는 큰 틀에서 이해를 돕기 위해 약간 간단한 전사적 고찰을(서유럽의 성립을 중심으로 중세까지) 시도하지만, 그 핵심을 저항권을 둘러싼 16세기의 정치 및 법사상에 두고자 한다. 이 주제에 관한 16세기의 사상이 얼마나 중요한가는 이 글의 전개과정에서 밝혀질 것이다. 그런데 16세기의 정치 및 법사상은 중세사상에서 근대사상으로 넘어가는 과도적 단계를 대표하며, 그 사상은 여전히 중세적 사고의 잔영을 지니면서 근대적 사상의 맹아를 키워가는 것이며, 이 시대는 서유럽 근대사상을 이해하는데 매우 흥미롭고도 현저히 중요한 시기인 것이다. 그러나 여기서 주의할 것은 중세에서 이 시대에 이르는 정치 및 법사상이 현저히 기독교 신앙 논쟁의 외양을 띠고 전개되어 있다는 사실이다. 신학적인 토대에 입각하지 않는 정치나 법 이론은 이 시대에는(예외는 있으나) 거의 중요성을 지니지 않는다고도 말할 수 있다. 따라서 기독교나 그 신학을 비근대성의 대표처럼 생각하고 충분한 검토를 거치지 않은 채 경시 내지 무시하는 일은 이 시대의 사상을 올바르게 이해하려고 하는 자가 엄격하게 삼가야 할 사항이다. 이 일은 예를 들어 피기스(Figgis)가 「Studies of political thought from Gerson to Grotius」에서 매우 설득력 있게 밝히고 있다. 그 몇 가지를 인용하고자 한다. "중세에서는 정치학은 아리스토텔레스나 로마법에 유래되는 혼합물이 있었다고는 하나 신학의 한 부문이었다. 그 기초는 신정(神政)정치적이었다. 마키아벨리가 이 견해의 반대를 대표한다. 그는 국가 활동의 윤리적·법적 그리고 신학적 기준을 배척한다. 종교개혁은 어떤 측면에서는 세속화경향을 지연시켰다. 왜냐하면 그것은 정치학을 보다 더(보다 덜이 아니다) 신학적으로 만들었기 때문이다. 끝내 서로 싸우는 여러 종교의 충돌덕분에 순 세속적인 국가이론이 전개되기에 이르렀다." "그러나 우리는 정치이론 속에는 중세적인 논의나 방법에 많은 부분이 18세기까지 존속했다는 사실을 명기해

78) 계약관념이 중세에서 근세에 이르는 유럽의 사회의식 전체를 지배하고 있었다는 사실을 우리는 충분히 명기(銘記)해두지 않으면 안 된다. "우리는 이와 같은 설(사회계약설)이 사람들에게 널리 극히 자연스럽게 받아들여졌고, 언제든지 실천적 행동의 유효한 기초가 될 수 있었던, 그런 사태를 고려하지 않으면 안 된다. ... 이 시대에 이 이론은 비역사적으로 보이지 않았으며, ... 그것은 봉건제의 자연스러운 성과였다. 봉건제의 결점이 어떤 것이든, 그것은 정치권력에도 경제세력에도 똑같이 권리·의무의 상호성을 인정했던 제도였다. ... 봉건적 유대는 본질적으로 계약적이였다." (Figgis)

야 한다. 어떤 형태로든 신권설 논쟁은 1천년이나 계속되었다. ...우리가 근대적이라고 생각하고 있는 권리의 많은 부분은 중세세계, 아니 그보다 이전까지 거슬러 올라갈 수 있다. 카 라일은 최근 키케로에서 루소까지의 정치사상의 연속성을 증명했다. 실로 한편에서는 평등이라는 근본관념, 다른 한편에서는 절대적 통치권이라는 근본관념은 스토아파와 로마법 및 교부(敎父)들을 통해 고대세계까지 거슬러 올라간다. 다른 한편 정치에서의 자유나 결사의 사상은 튜턴적이며, 바꿔 말하면 위그주의는 게르만적이며 래 디칼리즘은 라틴적이다. "전체적으로, ...종교적 동기가 종교개혁의 시대 뿐 아니라, 그 후 1세기 그 이상의 기간 동안 정치사상의 밑바닥에 있으며, 법적 방법이 그 형식을 규정했다. 이탈리아 르네상스의 세기에서는 그렇지 않았다. 거기서는 정치학은 북방에서보다 훨씬 일찍 근대적 토대 위에서 논의되었다. 그러나 일반적으로 말하면 우리가 알고 있는 것과 같은 정치적 자유나 세속적 정치학이 탄생한 것은 서로 투쟁하는 종교의 충돌과 그 생존경쟁 가운데서였다." "중세에서 근대로의 사상의 변화는 고대에서 근대로의 그것보다 어느 의미에서는 크지만, 점진적이며 끊임없으며 그리고 지금도 아직 끝나지 않았다. 우리의 정치학은 교회의 투쟁에서 많은 것을 얻고 있지만 우리는 그것을 경멸하는 경향이 있으며, 혹은 신학상의 싸움에서 많은 것을 얻고 있으나 그것을 무시한다. 17세기 말부터 지금까지 정치사상이 매우 신학적이었던 사실 때문에 우리는 그 방법을 이해하지 못하고 껍데기 속에 핵을 분간하지 못한다. 우리의 근대적 정치사상이 아직 어리고 약했을 때 여러 교회단체가 그 유모였다는 사실 때문에 그것은 일 반으로 보급되고 그 생존을 계속하고 있는 것이다. 이들 단체가 전멸을 면하기 위해 그 권리를 활용할 수 있었기 때문에 그들 이론은 강보를 벗어던지고 근대 세계에 영향을 줄 수 있게 된 것이다. 루소를 이해하기 위해서는 로싸에우스(Rossaeus)를 읽어야 한다. 그리고 로싸에우스를 평가하기 위해서는 아퀴나 스, 힐데브란트 그리고 아우구스티누스로 거슬러 올라가야 한다. 독립선언이나 인권선언의 낭랑한 어구는 독창적 발견이 아니다. 그것은 모든 시대의 상속인, 70세대에 걸친 문화의 감정이나 사상의 수혜자이다. ..."

이상의 말들이 오랜 기독교적 전통을 자랑하는 영국 독자에 대해서 던져지지 않을 수 없었던 것이라고 한다면 그와 같은 전통이 없는 동양나라에서는 이 혼계는 얼마나 필요한 것인가. 특히 마르크스나 베버의 이론을 그 역사적 조건으로부터 떼어내고 오로지 고금동서에 타당하는 수학공식과 같은 것으로서 밖에 이해하지 못하는 사회과학자가 적지 않다는 것을 생각할 때 이런 사실을 강조해두는 것도 결코 헛수고는 아닐 것이다.

2. 유럽의 성립과 저항권 사상

[1] 저항권 사상과 서유럽 그리스도교

저항권의 원어는 'right of resisting' 등 여러 가지가 있으나 여기에 보이는 바와 같이 이 개념은 하나의 권리로 구성되어 있으며, 단순히 부당한 권력의 행사에 대해서는 사실상 저항할 것이 허용되며 저항한 자가 비난받지 않는다고 하는 의미만이 아니라, 그것이 하나의 법적으로 보장된 권리라는 것을 의미하고 있다. 그리고 주지하는 바와 같이 서유럽적인 의미의 법 혹은 권리는 소송과 불가분하게 결합되어 있다.

그런데 부당한 권력의 행사에 대해서는 저항할 것이 허용되어 있다거나 그렇게 하는 것은 옳다거나 하는 사상은 서유럽의 독점물은 아니다. 중국에도 일본에도 그와 같은 사상을 인지할 수가 있다. 무릇 인간인 이상 이유 없는 억압에 대하여 반발하는 것은 지극히 자연스러우며 일종의 정신물리적인 반작용이라 해도 될 것이다. 그런 의미에서는 억압에 대한 저항은 자연권이라고 못할 바가 아니다. 그러나 그

것은 어디서든 소송절차를 통해 실정법상 실현할 수 있는 권리라는 의미에서의 저항권 개념으로서 열매를 맺은 것은 아니다. 그와 같은 저항권 개념은 로마법적인 특수한 법 관념을 받아들임과 동시에 그리스도교에 의해 그 정신구조의 전체가 강하게 규정되어 있는 서유럽인 속에서 오랜 역사적 발전을 통하여 형성되어온 특수 서 유럽적 관념이다. 물론 저항권이 실정법상의 권리로 인정될 수 있는가라는 문제는 오늘날도 유럽에서 부정적 견해가 유력하지만, 문제는 서 유럽 인이 왜 집요하게 이를 실정법상의 권리로 구성하기 위해 고난에 찬 노력을 계속해왔는가, 또 왜 현재까지도 그것을 되풀이 문제 삼고 있는가라는 점에 있다. 그것은 서유럽의 특수한 역사적 조건과 결코 무관하지 않다. 아마도 여기서도 맑스 베버가 그의 『종교사회학 논집』의 머리말에서 지적하고 있는 것과 같은 사태의 하나의 예라고 할 수 있을 것이다. 그는 말한다. "아시아의 국가이론에는 아리스토텔레스적인 동질적 체계화나 합리적 개념 일반이 결락되어 있다. 한편 합리적인 법 이론에 대해서는 인도에서의 단서(미마무사파)에도 불구하고, 특히 근동에서의 포괄적 법전 편찬에도 불구하고, 그리고 인도 기타의 법서에도 불구하고, 로마법이나 그 가르침을 받은 서유럽법의 저 엄밀한 법적 도식이나 사고형식이 없다. 더욱이 카논법과 같은 구성물은 오로지 서유럽만이 알고 있는 것이다."

이 특수 서유럽적인 것의 일반적인 뿌리는 무엇인가에 대해서는 간단하게 답할 수는 없지만 서 유럽 그리스도교(이것은 그리스도교 일반은 아니다)의 특수성이 그 하나의 중요한 인소(因素)를 이루고 있음은 부정할 수 없다. 그리고 필자는 이 특수성은 4세기 초의 콘스탄티누스제의 그리스도교 공인을 하나의 전기로 하는 그리스도교의 로마법화에 원인이 있는 것이 아닌가라고 생각한다. 카논법과 서로마교회와의 불가분의 결합은 이 인소를 무시해서는 충분히 이해할 수 없다. 왜냐하면 원시 그리스도교 속에는 그 자체로서 교회법의 명확히 보이는 것과 같은 로마법적 요소는 포함되어 있지 않기 때문이다. 아니, 좀더 그 유명한 정식 "교회법은 교회의 본질과 모순된다"처럼 교회법은 그리스도교의 본질과는 무관하다고도 말할 수 있는 것이다. 그렇다면 그리스도교의 로마법화(동시에 그것은 로마법의 그리스도교화까지도 야기했다)가 어떤 과정을 통해 전개되었는가. 이것은 여전히 미래의 연구과제이다.

그러나 이것만으로는 서유럽그리스도교의 특수성을 완전히 규정할 수 없다. 왜냐하면 로마법의 영향은 동로마의 그리스도교가 보다 강하게 받고 있다고 할 수 있기 때문이다. 그래서 비잔틴과 유럽을 가르는 역사적 조건을 찾아내지 않으면 안 되지만, 그것은 바로 유럽의 성립이라는 문제 그 자체이다. 유럽 성립의 과정을 통해 비잔틴에서와 같은 일원적인 그리스도교 정치를 단적으로 용납하지 않는 역사적 조건이 만들어져갔다는 것을 인정할 수 있는 것이다. 그리고 그 과정 속에 또한 저항권사상의 전제도 준비되어 있었다고 할 수 있을 것이다.

[2] 유럽의 성립과 저항권 사상

유럽 성립의 문제는 서양사의 중요한 테마이며 필자는 여기서 그 문제를 상세하게 다룰 생각은 없다. 여기서는 앞으로의 논의에 대한 이해를 돕는 한도에서 간단하게 언급하는데 그친다.(이후 필자는 코샤커(P. Koschaker)의 상세한 논의를 요약하기로 한다.)

널리 알려져 있듯이 유럽이라는 지리적 명칭은 아주 오래전부터 존재했지만, 이것이 하나의 문화적·정치적 통일체로서 의식되기에 이른 것은 훨씬 후이다. 코샤커는 유럽을 두고 "하나의 역사상 산물"이며 "유럽이라는 부인의 생일은 기원 800년의 크리스마스, 교황 레오3세가 로마에서 샤를르마뉴 머리에 왕관을 놓았던 시점이다."라고 한다.

사실은 다음과 같이 진행되었다. 교황 레오3세(제위 795-816)가 즉위한 무렵 로마에는 롬바르드족의 세력이 삼투(滲透)되어 있었고, 그것은 그리스도교에 대한 일대 위협이었다. 또한 그의 즉위에 대해서 로

마의 유력자 사이에 강한 반대가 있었고, 교황은 신체적 위해(危害)를 입었으며 생명에 위협마저도 느끼고 있었던 것이다. 그러나 과거에 교황에 대하여 권력을 가지면서 그의 보호를 담당하고 있던 동로마 황제의 위세는 이미 로마에는 미치지 못하는 상태가 되어 있었다. 그것은 7세기쯤부터 시작되는 이슬람의 지중해 제패에 의해 동로마의 서방에 대한 지배력이 저지되어 있었기 때문이다. 교황은 그 선거의 결과에 대해서도 처음에는 동로마황제의 승인을 받고 있었지만, 이와 같은 정세 하에서 동로마황제의 기반(羈絆)을 점차 벗어남과 동시에 서방세계로 그 세력을 확립하기 시작한 카롤루스왕국과 밀접한 유대를 갖기 시작했다. 교황레오3세는 이와 같은 사정에서 당시 서방세계에 군림하고 있었고 또 열성적인 그리스도자였던 샤를르마뉴에게 구원을 요청하기로 했던 것이다. 샤를르마뉴는 서방세계에 그리스도자에 의한 제국을 건설하고 싶어 했는데, 그 정신적 지주인 교황의 손에서 제관(帝冠)을 받는 것은 매우 중요한 의의를 가지고 있었던 것이다. 이리하여 800년 크리스마스의 샤를르의 대관(戴冠)은 정권과 교권과의 일치되는 이해에 따라 실현되었다고 할 수 있다.

그러나 이와 같은 사실은 양자의 진정한 의도가 서로 일치되었다는 것을 의미하는 것은 아니다.

교황 측에서는 이 대관을 계기로 서로마제국이 부활했다고 해석할 수 있었다. 그것은 5세기에 서로마제국이 멸망한 후 로마에는 황제는 존재하지 않았지만, 교황은 정치적으로도 모든 대중이 인정하는 서로마의 정당한 대표자라고 인정되어 있었으며, 따라서 그가 손수 거행하는 대관식은 서로마의 제권(帝權) 수여라는 의미를 가질 수 있었다.

그러나 샤를르마뉴는 대체로 로마제국의 부활이라는 생각은 없었다고 전해진다. 그는 로마를 반그리스도교적이라고 생각하고 있었기 때문에 그와는 완전히 다른 새로운 그리스도자에 의한 제국 건설을 의도하고 있었다. 앙리 피렌느는 샤를르마뉴가 이 대관을 받드시 쾌히 받은 것은 아니었다고 주장하고 있다. “자기의 피보호자라고 생각하는 누군가로부터 왕관을 받는다는 일 따위는 그에게는 황당한 일이라고 생각되었음에 틀림없다. 그가 로마에 온 것은 폭동을 종식시키기 위해서였으며 불과 며칠 전에는 교황과 로마시의 유력자 사이의 다툼에서 재판관으로서 재정(裁定)을 하고 있었기 때문에”

어쨌든 이와 같이 하여 800년을 기점으로 동로마제국으로부터 명실 공히 완전 독립한 그리스도교 제국이 출현했다는 것은 부정할 수 없는 사실이다. 코샤커는 말한다. “800년의 황제대관을 계기로 만들어진 새로운 제국을 카를르(샤를르마뉴) 자신 비잔틴 제국 미카엘 1세 앞으로 쓴 서한 속에서 적절하게 표현했다. 즉 그 서한에서 그는 비잔틴과의 강화체결 후 동방제국과 서방제국과는 교회에 대한 지도와 보호를 위해 다시 일치 협력해 나가야 한다고 쓰고 있다.” 이 서방제국이야말로 유럽의 조상인 것이며 우리는 여기에 그 탄생을 인지한다.

그리고 앞에서 본바와 같이 제권(帝權)과 교권, 혹은 정치권력과 교회권력의 격렬한 갈등의 싹은 이 탄생의 사실 속에 숨겨져 있다. 그리고 이 권력의 뿌리 깊은 이원성(그것은 대립과 의존의 긴장관계이다)이야말로 날카로운 저항권 사상을 탄생케 하는 지반이었다고 할 수 있다.

여기서 또 하나 주의해야 할 사실이 있다. 그것은 이렇게 하여 태어난 서방제국이 게르만제국이라는 사실이다. “카를르의 이 ‘프랑크인의 나라’는 본질적으로 게르만적 국가이며 카를르 자신 게르만인인 지배자였다. 그것은 아직도 독일도 프랑스도 아니었고, 그것은 이 시대는 아직도 독일국민도 프랑스국민도 존재하지 않았다는 단순한 이유에서이다. 그것들은 형성 도상에 있었다. …카를르는 프랑크인이었다. 그리고 로마화를 지극히 미미하게 밖에 겪지 않았던 오스토라지아 출신인 게르만인이었다. 단순히 그 외관 뿐만 아니라 그 사고나 감정에 있어서도 그러하였다”라고 코샤커는 지적하고 있다.

우리가 앞에서 주목했던 세 가지 요소, 즉 그리스도교와 로마법 사상과 게르만법 사상이 서로 얽히고 설친 상황의 뿌리는 분명히 여기에 있다고 할 수 있을 것이다.

3. 중세의 저항권 사상

중세에서는 저항권 사상에 관한 두 가지 큰 조류가 합류하여 서 유럽적 저항권 관념의 중핵이 형성되어 온다. 그것은 후의 저항권 사상의 뿌리를 이루는 것이며 매우 중요하지만 여기서 그 전체를 상세하게 설명할 수가 없기 때문에 주로 프리츠 케른(Fritz Kern)의 설에 의거하면서 그 대략을 설명하고자 한다.

[1] 게르만적 저항권 사상

게르만민족 사이에서는 일찍부터 저항권 사상이 존재하고 있었던 것 같다. 그것은 지배자와 피지배자와의 관계를 계약적인 것이라고 이해하는 사고방식에 기인한다. 이 사상은 봉건적 주종관계가 확립됨에 따라 그 계약적 색채가 한층 더 선명해진다.

이 게르만적 저항권이라는 사고방식이 게르만 민족 사이에서 꽤 널리 퍼져있었다는데 대해 케른은 북 유럽의 국왕전설 중 국왕 올라프(Olaf)에 관한 다음과 같은 이야기를 전하고 있다. “국왕이 국민의 의사에 반하여 노르웨이 인과 화평을 체결할 것을 원하지 않았을 때 늙은 법판고자(法判告者-Gesetzsprecher)⁷⁹⁾는 그에게 이렇게 말했다. 이 국왕은 누구에게도 자기와 서로 대화할 것을 허락하지 않고, 자기가 기분 좋게 듣는 말 이외에는 아무것도 들으려고 하지 않는다. 게다가 자기 마음에 드는 일은 모든 열정을 기울여 실행한다. …그는 노르웨이 인을 지배하려고 하고 있지만 이와 같은 일은 그 이전의 어떤 스웨덴 국왕도 바라지 않았다. 그 때문에 많은 사람들이 불안감을 느끼면서 생활하게 된다. …그러므로 우리 농민은, 국왕 올라프여, 당신이 노르웨이 국왕과 화평을 체결하고 그에게 당신의 딸을 아내로서 줄 것을 우리는 원한다. …그러나 당신이 우리의 희망을 실행할 의사가 없다면 우리는 당신을 쫓아내거나 당신을 죽임으로써 이 이상 불화와 불법을 인내할 일은 없을 것이다. 그것은 우리 조상이 정한 법이기 때문에…”

올라프는 10세기 말부터 11세기 초까지의 스웨덴을 지배했던 국왕이지만, 이 전설에서도 이야기되고 있듯이 국민에게 저항권이 있다는 생각은 상당히 오랜 전통에 뿌리를 가지고 있는 듯하다. 케른은 이 전설의 특수 북 유럽적 요소라고 판단되는 것을 제외한다면 거기에 게르만적 저항권의 중핵을 인지할 수 있다고 주장한다.

그러나 이와 같은 사상은 항상 현재(顯在)적으로 기능하고 있었던 것은 아니고, 중세초기에는 왕권은 실제로 상당히 절대주의적인 색채를 농후하게 나타내고 있었다고 전해진다. “그러나 이 실제상의 절대주의는 중세초기에서도 이론적인 무계약이라는 색채를 띤 일은 결코 없었다. 국민의사와의 일치는 이론상은 늘 유지되도록 노력되었고, 지배자가 법의 구속을 받고 있다는 설은 여전히 타당성을 가지고 있었다”고 케른은 지적하고 있다.

그렇다면 이와 같은 사상 아래에서는 지배자와 피지배자와의 관계가 어떻게 인식되어 있었는가. “이와 같은 지배자의 실력에 대해서는 중세의 일반적 법 관념에 따르면 피지배자도 또한 실력을 가지고 대항할 것이 허용되어 있었다. 아니, 경우에 따라서는 허용되어 있었던 것이 아니라 명령되어 있었다. …작센 슈피겔은 각 개인이 관(官= 높은 분들?-Obrigkeit)의 불법적인 행위에 반발할 권리 또는 의무를 다음과

79) 이 번역어는 세라(世良 晁志郎) 교수에 의한다. 교수는 이를 또한 ‘법을 말하는 사람’이라고도 번역하고 있다. “법은 원시시대의 문화가 문자를 결했던 것과 조용하여 불문(不文)법이다. 그것은 구두(口頭)로 전승되었다. 즉 ‘법을 말하는 사람’이 법을 교시(敎示)함으로써 전승되었다” (H. 미타이스)

같은 말로 표현하고 있다. '사람들은 그 국왕 및 재판관에 대해서도 또한, (그 자가) 불법을 (저지를 때에는) 저항하고, 그리고 어떤 방법으로든 (이를 저지하도록) 노력하지 않으면 안 된다. 그 자가 자신의 근친자 또는 (封)주인 경우에도, 그리고 그가 그렇게 하는 것이 성실의무에 대한 위반은 아니다.'

케른은 이와 같은 관계를 보다 일반적으로 다음과 같이 설명하고 있다. "신하는 복종의 의무를 지고 있었다고 하기보다 성실의 의무를 지고 있었다. 성실은 복종과는 반대로 쌍방적인 것이며, 그 속에는 한편의 당사자는 상대방도 그 성실의무를 지킨다는 조건에서만 다른 한편에 대해 의무를 진다는 유보가 포함되어 있다. 이것을 단순히 하나의 계약이라고 생각해서는 안 된다. 근본사상은 오히려 다음과 같은 것이다. 즉 지배자도 신하와 똑같이 법에 구속되며, 양 당사자의 성실은 본래 법에 따라 효력을 갖는다. 법이 쌍방의 성실의무에 교차점이다. 그리하여 국왕이 법을 깨면 그 사실만으로도 그는 자신의 행위에 의해 신하에 대한 복종의 청구권을 상실하는 것이다."

케른은 여기서 중세초기의 '법의 지배'를 강조하면서 저항권도 오히려 주종관계라는 법 관계에 당연히 수반되는 것으로서 반드시 계약에 의한 것은 아니라는 점을 주의하고 있지만, 그러나 중세를 통해 봉건계약이 발전함에 따라 앞의 관계에 이미 내재되어 있는 쌍무계약의 요소가 점차 명확해져 온다는 것을 부정하고 있지 않다. "주종의 의무의 상호성, 그와 동시에 저항권 발생의 기초인 성실개념은 물론 렌법에서 전형적으로 전개되었다. 그러나 그것은 이미 렌법 이전에 그 밖의 법이나 관행 속에 존재해 있었다. 그러나 곧 렌제(制)의 협력에 의해 계약사상의 여러 종류의 고조가 추진되게 된다. 그중에서도 카를르 대머리왕이 유력한 신하들과 맺은 몇 개의 안전보장계약은 이미 그러한 성격을 가지고 있었다. 여기서 저항권은 바로 계약법에 근거하고 있다. 렌법은 더 나아가 다음과 같은 여러 개념을 가지고 있었다. 즉 주군(主君)의 성실의무 위반과 가신의 저항권은 계약사상의 토대 위에서 명백한 법 형식을 획득한다. 권리를 침해받은 가사(家士)의 거절권은 덜 명확했던 란트법적 저항권의 법적 명확함을 가지고 형식과 내용을 부여했다. 봉주의 재판 거절은 가사에게 무력에 의한 자위권을 부여했으며 양자를 독립적인 세력으로서 대립케 했다. 그리고 정의의 싸움은 때로 재계약으로서 끝났지만 그 조건에는 무운(武運)이 반영되어 있었다. 신종관계에 있어서보다 훨씬 확실하게 렌제에서는 하위자는 상위자에 대해 실력을 가지고 권리를 유지할 수 있었다. 그 권리는 원래 계약에 근거한 것이었다. 이리하여 엄격한 렌법에 의해 규정되고 정리된 십자군 파견국의 국법에서는 저항권은 특히 명백한 법적 구성을 얻기에 이르렀다. 무력자위권이 정력적인 앵글로 노르만 지배자에 의해 특히 일찍 근절되어 있었던 잉글랜드에서조차 바론들은 헬에 대한 무력자위권적 보복수단의 사상을 란데스헬에 대한 공적인 자유의 보호에 최대한으로 이용함으로써 1215년(마그나카르타의 조인날짜)에 중세적 저항권의 고양을 가져오는 것이다."

그러나 이와 같은 계약사상에 근거한 저항권의 논리를 더 밀고 가면 정치적 지배자의 권력의 법적 기초는 무엇인가라는 근본문제에 부딪친다. 주지하는 바와 같이 근대적인 사회계약론은 이 문제에 대한 계약사상에 입각한 대답이지만, 그와 같은 사고방식의 단서는 이미 중세에 이미 그 단서를 드러내고 있는 것이다. 이 경향을 낳기에 이른 계기는 이른바 'Lex Regia'를 둘러싼 논쟁이다. 중세에서도 왕권의 절대성에 근거를 부여하려는 여러 가지 시도가 있었으나 그 하나로서 생겨난 것이 이 움직임이다. 이것은 이미 11세기말의 왕권론자 속에 나타나 있다고 한다. 그러나 그것이 본격적인 것이 되는 것은 12세기 경 로마법학의 부흥에 따라 정치적 이론에 대해서도 로마법의 법원(法源) 속에 그 전거를 찾는 일이 일반화된 후부터이다. 이와 같은 움직임은 중세인 일반을 지배하고 있었던 지적 성향을 생각할 때 지극히 당연할 일이었다고 할 수 있다. 코샤커는 이 지적 성향을 다음과 같이 설명하고 있다. "중세인은 비판적·역사적으로 사고한 것이 아니라, 그 사고는 권위에 의해 결박되어 있었으며, 그것이 머리를 숙이는 것은 보편적인 권위에 대해서였던 것이다. 우리는 오늘날 중세가 모든 것을 성서에서 끌어내어, 그 내용을 그대로 현실로서 대하고 있었던 것을 잊고 이를 웃곤 한다. 성서의 가르침이 어떠한 관계를 고려해서 쓰였

는지 그것은 역사적으로는 어떠한 의미를 가지고 있었는지, 이런 의문은 중세인에게는 생기지 않는다. 그러니까 자기의 현실과 성서를 비교한다는 것은 도저히 생각될 수가 없다. 성서는 그에게 하나의 권위 있는 문서이며 그 가르침이나 실례는 직접적인 효력을 가지고 있다.... 중세인에게는 또한 로마 이념도 로마의 과거도 권위를 가지고 있다. 그러므로 중세의 로마인이 그 여러 제도 속에서 '로마의 원로원과 인민'에 대해 말하고, 독일 황제가 로마의 카에사르들을 자기의 선배라고 주장할 경우, 그것은 그들에게는 과거의 개념의 유희는 아니고 그것과의 단순한 비교도 아니고, 직접적인 현실인 것이다. 왜냐하면 현재의 여러 조직이 그와 같이 과거 속으로 투영되어 과거의 조직에 대응하는 여러 제도와 동일화되기 때문이다." 이와 같은 배경 아래 학자는 코르푸스 유리스 속에 권위 있는 논거를 찾아본 결과, 그 몇 군데에서 로마의 인민이 Lex Regia에 의해 그 권력을 황제에게 양도했다는 취지의 구절을 발견했던 것이다. 이 Lex Regia 그 자체는 코르푸스 유리스 속에서 발견된 것은 아니지만 이에 언급하고 있는 구절이 권위로서 인용되어 이를 둘러싼 해석의 차이가 생겨나게 되었다. 이것이 바로 Lex Regia에 관한 논쟁이다. 이 문언(文言)은 국왕의 권력을 절대시하려고 하는 학자에 의해 국민의 권리·권력은 지배자에게 양도된 것이므로 국민 측은 권리라는 점에서는 제로이며, 지배자의 전능이 이것으로써 확립된 것이라는 식으로 해석되었다. 그러나 케른은 다음과 같이 말한다. "그러나 국왕의 성실한 법학자들의 진격은 실정법 측면에서도 전혀 반격을 받지 않았던 것은 아니다. 여기서도 테제는 안티테제를 불러, 이 싸움에서는 상대방을 설득하기보다는 오히려 '뭔가를 말했다라고 인정받기 위해' 상대방의 논거를 반박하는 일이 중요했기 때문에, Lex Regia론은 이윽고 국왕의 적대하는 측에 의해 그 정반대의 것으로 전락되었다. 바로 절대주의적 지배권력의 옹호자에 의해 도입된 논거가 군주제 원리의 불구대천의 적으로서 나타난 사상, 즉 국민주권을 태어나게 했다."

그러나 이 국민주권의 원리를 중세에서 가장 명확하게 최초로 주장했던 것은 독일의 수도사 마네골트(Manegold Von Lauten Bach)였다. 여기서 상세한 내용을 소개할 수는 없지만, 이 사상은 비교적 알려져 있지 않다고 생각되기 때문에 개략을 설명해두고자 한다. 마네골트는 11세기의 80년대에 국민주권의 관념을 가지고 Lex Regia를 기초로 해서 국왕 권력의 절대성을 주장하는 왕권론에 대해 과감한 공격을 했지만 그 논거는 대충 다음과 같은 것이었다. "국민이 지배자에게 일정한 통치목적을 위해 권력을 위탁하여, 지배자가 이를 이행하지 않으면 국민이 그 지배권을 도로 되찾아 보다 나은 관리자에게 그것을 위탁하는데 무슨 문제가 있단 말인가. 지배자에 대한 권력의 위탁은 왜 철회불능이어야 하는 것인가.... 주권자인 국민이 그 지배자에 대해, 마치 농민이 그의 돼지 사육사에 대해 (그자가 부실하면) 평생 부양해 주는 것이 아니라 임금을 지불하지 않고 농원에서 쫓아내는 것과 마찬가지로 다루는 것을 막을 수 있겠는가." 이와 같은 급진적인 국민주권 사상은 당시의 시대감각을 멀리 앞지르고 있었기 때문에 마네골트와 같은 진영의 학자들도 이를 지지하지 않았다. "그러나 마네골트의 설은 Lex Regia에 의한 철회불능인 지배권의 양도라는 반대론보다도 중세의 저항의 실제에는 더 가까웠다. 그리고 어떤 중요한 점에서 마네골트 자신이 고대의 모범을 중세화 시켰다. Lex Regia는 허망하게도 일개 계약으로 변화되기에 이르렀다. 마네골트에 의해서도 군주는 지배에 대한 계약상의 권리를 갖는 것이다. 마치 피고용인이 그 보수에 대한 권리를 (그에 의무를 다 하는 한) 하나의 독립된 불가침의 권리로서 갖는 것과 마찬가지로 이리하여 계약의 신성함은 전체의 주권적인 의사 위에 선다. 복종계약은 일방적으로 국민 측에서 해약할 수는 없다. 군주가 계약의무를 깬 경우에만 국민은 그 급부를 면할 수 있다." 이리하여 저항권도 또한 국민이 제멋대로 행사할 수 있는 것은 아니고 지배자의 계약위반이 있다는 것이 그 행사의 요건이다.

게르만적인 저항의 전통적 관념에는 그 행사를 위한 명확한 형식상의 요건은 갖추어지지 않았다고 한다. 케른에 의하면 "재판절차를 통한 형식을 갖춘 지배자의 폐위라는 관념은 없었다. 국민은 국왕을 버렸던 것이다. 국민은 복종을 거부하고 새로운 지배자를 선택했다." 그렇다면 앞에서 본 것과 같은 중세

의 명확한 계약적 관념은 어디서 유래하는 것일까. 그것은 그리스도 교회의 저항권에 관한 사고방식인 것이다. 그래서 다음으로 제 2의 조류로서 교회의 저항권 개념을 개관해보자.

[2] 그리스도 교회의 저항권론

그리스도 교도는 로마 제국의 판도 내에 태어났으나 제국에 의한 그리스도교도의 공인에 이르기까지는 소수파이며 정치에 대해서는 완전히 무관심했다. 다만 정치권력이 신앙을 억압하는 폭거로 나올 때 그 신앙을 지켜내기 위한 저항이 필요했다. 그리스도교도는 성서 속에 이 두 가지 태도의 상응하는 가르침을 구했다. 전자에 관한 것은 유명한 예수의 말 “카이사르의 것은 카이사르에게, 신의 것은 신에게”이며, 이것은 그리스도자의 나라가 이 세상의 나라와는 무관하며 정치권력에 대해서도 그것이 신앙의 영역을 침범하지 않는 한 관심을 갖지 않는다는 것을 나타낸 것이다. 그러나 국가가 신앙에 반하는 명령을 내린 경우에는 죽음으로써 이에 저항할 것이 당연하고 생각되었다. 이에 관한 것이 사도행전 5장 29절에 전해지는 “사람에 따르기보다 신에 따르라”라는 구절이다. 그러나 이 저항은 어디까지나 소극적인 것이며, 초대 교회의 당국자는 신도에 대하여 신앙에 반하지 않는 한 현세적 권위에 복종해야 한다고 설교하고 있다. 로마서 13장의 유명한 바오로의 가르침 등이 이것이다. “저항의 원리와 수인적(受忍的) 복종의 원리는 동가치(同價値)적으로 대립되어 있었다. 이들 두 가지 가르침 사이의 긴장은 이교적 정치권력 하에서의 일신교적 공동생활이 시작된 이래 피할 수 없는 것임은 명백했다. 순교자들은 실제로 이 이율배반을 다음과 같이 해결했다. 분명 그들은 황제 숭배를 거부했지만, 그들이 신으로써 예배할 것은 거부하지만 신에 의해 세워진 권력이라고 인정하는 그 같은 황제에 의해 처형당할 것을 저항 없이 수인(受忍)했다.” 그러나 이는 그리스도자가 소수파였을 때의 일이다.

로마 황제에 의한 그리스도교 공인으로 사태는 일변한다. 황제 스스로가 그리스도자가 되고, 그리스도교가 국교가 되기에 이르자 그리스도자는 국가에 대하여 공동책임을 지게 된다. 이미 거기서는 초대 교회 시대의, 정치에 무관심하다는 태도를 계속 취할 수는 없다. 이리하여 적극적·능동적 저항의 문제가 대두된다. 그것은 저항의 권리라기보다도 오히려 저항의 의무의 문제이다. “문제는 이론적으로 말한다면, 항상 신의 명령과 인간의 명령과의 대립과 관계된다. 신의 대리자인 권력이 신에 대하여 부정한 행위를 저지름으로써 죄를 범할 때 신민은 어떻게 행동해도 좋은지가 아니라, 어떻게 행동해야 하는가가 문제된다.” 이 저항 의무가 가장 전형적으로 작동하는 것은 지배자가 이교도 혹은 이단인 경우이다. “이단자는 그 사실만으로 무계약적인 명령권력의 담당자일 수가 없다. 어떠한 그리스도자도 그에 대하여 단순한 신민으로서의 의무를 지는 일은 있을 수 없다.” 이 원칙은 중세를 통해 회의되는 일이 없었으며 가장 열성적인 군권 불가침론자도 이를 다룬 자는 없다고 한다.

이 교회적인 사고방식은 쉽게 게르만적인 저항권의 관념과 결합된다. 게르만의 법감정에 따르면 나쁜 국왕은 그 악행 또는 그 부적격으로써, 그것만으로 지배권을 상실한다. 부정한 국왕은 신 앞에서 더 이상 지배자일 수가 없다. 왜냐하면 Rex(왕)와 Rectum(올바름)과는 불가분의 개념이기 때문이다. 그리고 이 부정한 국왕이라는 개념은 국왕인 자격 그 자체를 결하는 폭군(tyrannus quoad titulum)과, 국왕의 자격을 갖지만 그 왕권의 부당 행사 때문에 폭군(tyrannus quoad exercitium)이 되는 경우와의 두 가지로 구별됨에 이르지만, 이 구별은 후세 폭군론에서 자주 사용되는 구별이다.

그런데 이와 같은 폭군론에서 특징적인 것은 국왕이 폭군으로 전화되는 것은 누군가의 판정에 의한 것이 아니라 그 행위 자체에 의한다는 점이다. “이 교회적·자연법적 폭군론에서는 지배권 상실의 게르만적 사고방식에 있어서와 마찬가지로 군주는 그 행위에 의해 자기 자신을 심판하는 것이라는 결정적인 기본사상이 있었다. 지배자가 지위를 상실하고 혹은 어쨌든 이 자에 대해 반항해도 좋다는 것을 확인하

는 인간의 판단은 단순히 선언적 성격을 가지며 창설(創設)적인 것은 아니었다. 부정한 지배자는 그 자체로써 무효이며, 판결은 이 기성의 사실을 확인하는데 지나지 않는다.”

여기서 특히 주목할 것은 이미 본 바와 같이 게르만적 저항권의 관념이 명확한 소송절차와 결합하지 않았는데 대하여, 교회의 저항권 개념이 소송절차를 통하여 명확화 된 권리로서 구성되어 있다는 점이다. 서유럽 근대의 소송절차는 로마법, 게르만법 및 교회법의 세 원류가 합류한 결과 생겨났다고 전해지지만 저항권에 관해서도 이 설명은 맞다. “확인판결이 성립되기에 이르는 그 방식에 있어서 교회적 저항권은 게르만적 관념에 대하여 현저한 진보를 가져왔다. 게르만적 저항권에서는 판결은 전체의, 즉 인민중의 각인에 법 확신에 내 맡겨져 있었다. 이에 대하여 교회에서는 이 확인을 위하여 재판관의 질서 있는 재판절차가 존재하고, 그것은 국왕에 대한 형식을 갖춘 재판절차에까지 이를 수가 있었다.” 이 국왕의 교회에 의한 단죄와 처형의 적법성을 일반신도는 회의하지 않았지만, 교회의 징계가 국법상의 효과까지 갖는 것인지 어떤지, 그리고 신하는 교회의 이 판결을 자력으로 집행하는 일이 허용되는가라는 문제에 관해서는 교회 내에서도 큰 논쟁이 발생했다. 한편에서는 초대 교회의 전통에 따라, 양심의 문제에 대해서는 저항을 인정하지만 그 밖의 점에 대해서는 현세의 권력에 대해 수인(受忍)적 복종을 주장하는 관점이 있었다. “다른 적극적으로 사태를 추진하는 진정 중세적·교회적 견해는, 그리스도교 공동체를 건설한다는 만인의 책임이라는 관점에서, 폭군을 신의 공동체 속으로 투입(闖入)한자로서 이를 제거하고, 자연법적으로 상실한 지배권을 실정법적으로도 박탈하고, 그 부차적·개인적 운명을 넘어서, 진정한 왕 그리스도의 지휘아래 보다 나아진 권력과 함께 신의 나라를 구축하는 일을 도와야 한다는 의무를 만들어 냈다. 이로써 모든 권위에 복종하라는 바오로의 가르침과도 일치된다고 믿어졌다. 물론 거기서는 과변적인 기술 없이 일이 진행된 것은 아니다. 지배자가 비행 자체로 말미암아 폐위 당한다는 사실은, 중세적인 개념실재론에 의해 지배자는 왕이라는 범주에서 폭군이라는 범주로 전화된 것이며 따라서 권력이 아니게 되었다는 식으로 설명되었다. 이로써 ‘폭군’과의 투쟁은 이론적으로는 ‘권력’에 대한 무조건적인 존경과 양립될 수 있다는 것이다.”

[3] 저항권론에 대한 반동으로써의 신권론

앞에서 본 바와 같은 게르만적·교회적 저항권론은 그 첨예화와 명확화가 진행됨에 따라 그 대립자인 교회적 신권론과 세속적 신권론과의 양자의 첨예화를 촉진하지만, 여기서 저항권론을 이해하는 데 필요한 한도에서 이를 언급하기로 한다.

교회 권력을 세속권력에 우월하는 지상의 권력이라고 하는 생각은 힐데브란트(Hildebrand), 즉 후일에 교황 그레고리우스 7세(1073-85년 재위)에 의해 매우 대담한 양태로 주장되었다. 케른은 이에 대해 다음과 같이 말한다. “그레고리우스 7세는 현세적 저항권과의 그 정치적 동맹을 인정하기는 했지만 이 토대 위에 완전히 새로운 어떤 것을 구축해냈다. 게르만적인 저항권의 혼돈(混沌)한 잡다성에 대하여 어떤 이질적인 대원칙을 대치(對置)시켰다. 교황적 군주제, 군주도 인민과 함께 복종하는 최고의 초월적인 재판소의 무류(無謬)의 판결. 그는 교황에 의한 국왕의 폐위라는 미증유의 광경을 세계에 대해 보였다. 그는 엄숙하게 신민을 국왕에 대한 복종 의무로부터 해방했다. 저항권은 이후 엄격하게 규정(規正)된다.”

성스러운 사탄이라고 불린 그레고리우스 7세의 이와 같은 격렬한 증오로 가득 찬 저항권의 가르침은, 그러나 복음으로부터는 거리가 멀어 “건너기 어려운 심연을 사이에 두고 있었다.” 따라서 이러한 사고방식은 그리스도교계 전체에 의해 이의 없이 받아들여진 것은 아니었다.

그런 반대의 국가감정의 물결을 타고 거꾸로 국가수장의 법적인 무답책(無答責) 이론이 왕권론자에 의해 수립되기에 이른다. 그것은 앞에서 본 초대 교회의 소극적 복종의 가르침의 전통에 선다. “수인(受忍)

적 복종의 가르침은 결코 그리스도교계의 전통에서 절멸되는 일은 없었다. 이제 그것은 국가적 공동체의 절박한 필요와 합치되기에 이르렀다." 카 라일에 따르면 중세 정치사상의 본류는, 정치권력을 가지고 법으로써 제한된 것이었으며, 신하는 불법한 지배자에 저항할 권리가 있다고 인정하면서도 11-12세기에는 국가는 신적인 제도이며, 정치권력도 교회권력도 똑같이 신의 유래한다는 관념도 유력하게 존재했던 것이다. 그러한 생각에 따르면 국왕 또는 지배자의 권력은 신에 유래하는 것이므로 어떠한 정황 하에서도 이에 저항하는 것은 불법이다. 그래서 이와 같은 입장에선 성직자 일부는 그레고리우스 7세의 하인리히 4세의 폐위에 대해 반대론을 폈다고 카 라일은 말하고 있다. 그러나 여기에서는 상세한 논의에 들어가지는 않겠다. 케른은 이 반대론은 테제에 대한 안티테제로서 당연히 생겨난 것이라고 본다. "게르만적 저항권의 전(全) 이론적 기초 (그와 같은 것이 이 저항권에 필요하다면)는 법과 조약에 대한 항상 되풀이되는 국왕의 자기 구속에 있었지만, 이는 개개의 경우에 반대를 만나는 일은 있어도 순 게르만적 견지에서 근본적으로 뒤집어지는 일은 없었다. 이에 반하여 교회의 저항권은 문헌적인, 반은 신학적이고 반은 법적인 이론 위에서 있었다. 그것은 고유의 방법, 종교와 이성을 통해 성서의 전거(典據)와 권위를 가지고 싸웠다. 테제가 만들어지면 언제나 그 안티테제가 요구되기 마련이지만 이 경우도 일방적인 저항이론과 그 남용으로부터 지배자의 무담책이라는 새로운 이론이 태어났다. 그것이야말로 신권설 중 결론 부분을 구성하는 것으로서, 교회적 저항론에 대립할 뿐만 아니라 저항 일반에 대립하는 것이었다. 이 이론은 수인(受忍)적 복종론과 하나가 되어버리는 것은 아니지만 양자는 방패의 양면이라는 관계에 선다."

그러나 정치권력을 저항이 저항되지 않는 절대 신성한 것으로 보는 관점은 카 라일에 의하면 "중세의 통설은 아니었다." 그것은 케른이 인정하는 바이기도 하다. "게르만적 민족 감정으로 보아도, 군주는 어떤 식으로 행동하든 속죄의무로부터 벗어나 불가침이어야 한다는 설에는 어딘가 부자연스럽고 어떤 의미에서 견디기 어려운 바가 있었다. 모든 인간을 똑같이 교육의 필요가 있다고 해서 교회에 내 맡긴다는 그리스도교의 민주주의적인 가르침은, 그 명백하고도 설득력이 있는 단순함에 있어서 일반인의 정의감에 한층 잘 맞는 것이었다. 이와 같은 인간은 개개의 반역자를 신용하지 않을 수는 있다. 그러나 어떠한 저항권도 원칙적으로 배제한다는 것은 그들의 감각에 반하는 것이었다. 공동체가 '한 사람의 인간 때문에' 절멸되려고 하는 경우에 신하는 입에 담기조차도 어려운 것을 저항도 하지 않고 참고 견디어야 하는 것일까." 그와 같은 감각이 오히려 중세의 일반인들을 지배하고 있었다고 할 수 있다. 이와 같은, 말하자면 인권감각의 중핵이라고 할 만한 것은 아마도 인류와 역사와 함께 지속되는 것일 것이다. 이런 의미에서 케른이 이 뛰어난 저작의 마지막 부분에서 말하고 있는 바는 참으로 옳다. "(저항권과 복종의무라는) 이 이율배반은 인간적인 사상의 본질에 뿌리를 두고 있는 까닭에 아주 필연적으로 언제까지나 풀기 어려운 것이라는 것을 사람들은 물론 끝내는 승인하지 않을 수 없을 것이다. 입헌 군주제라는 근대적 주문(呪文)도 또한 지배자의 권리와 국민의 권리와 사이의 분쟁의 가능성을 제거할 수는 없었다."

[4] 중세적 저항권 사상의 변모

앞에서 본 바와 같이 중세적 저항권 사상은 그 대립자인 신권론과의 긴장관계 속에서 전제되어 온 것이지만, 거기에 명백히 나타나 있듯이 그 양자의 배경에 있는 국가관은 지배자와 인민이라는 이원적 요소의 대항 긴장관계 위에 성립되어 있다. 더욱이 거기에는 교권과 정권과의 이원 대립이 얽히면서 매우 복잡한 양상을 나타내고 있다. 그리고 이 이원관은 앞에서 밝혔듯이 원래 유럽이 성립된 초창기부터 유럽인의 사상 속에 뿌리를 박고 있는 것으로서, 그 일원적 해결은 아마도 유럽인에게는 영원한 과제일 것이다. 그러나 실제문제로서는 그것은 어떠한 형태로든 잠정적으로라도 해결되지 않으면 안 된다. 그리고 중세에서는 케른이 강조하듯이 지배자도 인민도 함께 이를 구속하는 법의 지배아래 있으며 이 법이야말로

로 지고(至高)하다는 공통된 확신이 존재해 있었기 때문에 이 이원 대립은 하나의 조화를 유지하고 있었던 것이다. 그러나 시대가 나아감에 따라 이와 같은 공동확신이 흔들리기 시작할 때 다른 방향으로 그 해결을 모색할 수밖에 없다. "중세적 국가관의 이 양 변종, 즉 국왕의 절대적 신권과 인민주권이 여전히 똑같이 중세적 세계관의 영향을 받아 따로따로의 미완성의 시도로서 대립되어 있다. 이 후자(중세적 세계관의) 해체를 통해 비로소 양자는 독립성을 갖기에 이르렀다. 그러나 이 두 사상이 일단 신권 정치적 사상체계의 후견으로부터 해방되어 일정한 성장을 이루게 되면, 양자는 서로 이해할 가능성 없이, 화해할 수 없는 지경에까지 대립될 것은 이미 분명하다..... 그 투쟁은 해결 불능이다. 왜냐하면 그 양 쪽 다 중세 초기의 게르만적·교회적 국법으로부터 그 구성요소를 받아들여 이를 일방적으로 절대화하여 강조했기 때문에." 케른은 이렇게 말하면서 이 해결책으로서 등장하는 것이 제한군주제라고 주장한다. "헌법으로서 제한된 군주제는 군주제 원리와, 지배자는 법에 구속되어 있다는 것과의 종합을 의미한다. 이 종합에 의해서 지배자는 오로지 신하, 즉 국민대표와 장관과의 공동 결정을 통해서만 가장 중요한 국가 행위를 수행할 것이 허용된다. 그러나 그 합헌행위에는 확고한 취소 불능의 효력이 인정되며, 그것은 어떤 저항권도 인정하지 않는다." 그리고 케른에 의하면 이 종합의 길은 중세적인, 국가 권력의 부당 행사에 대한 형사책임 추급(追及) 또는 폐위라는 사후 광정(匡正)의 길로부터 오히려 저항권 행사의 필요를 줄이는 예방의 길로의 전환을 의미한다고 말하고 있다. "그것은 입헌 군주제로의 길이었다. 그것은 사후 광정(匡正)을 개선하는 것이 아니라 신하의 동의를 일정한 형식으로 만드는데 있다. 현실의 진보는 그 지점의 밖에 있을 수 없었다. 매우 오래된, 그리고 결코 사멸되지 않았던 사상, 즉 군후(君侯)와 인민은 함께, 그리고 오로지 그 공동으로써만 국가를 구성하고 있다는 사상은, 저항권과 절대주의와의 투쟁의 가능성을 같은 식으로 감소시키는 방식으로 실현되지 않으면 안 되었다.... 절대주의의 길은 사후 광정(匡正)권으로부터 모든 이론상의 효과를 제거하려고 욕구한데 대하여, 입헌주의는 사후 광정을 예방으로 바꿈으로써 실제상 그 자율신경을 절제(切除)하려고 했던 것이다. 중세 국가에 대한 이러한 진보는 신분제 국가가, 그리고 그 후에 대의제 입헌 국가가 이를 실현하려고 시도한다." 이것이 케른의 중세 저항권에 관한 저작의 마지막 부분의 표현이다. 우리는 다음으로 이 신분제 국가의 있어서의 저항권론에 시선을 돌리고자 한다.

4. 16세기의 저항권사상 - 모나르코마키의 저항권론

[1] 기본적 인권사상에서의 16세기의 중요성

16세기라는 시대는 서유럽의 사상사에서 매우 중요하며 특히 정치사상사에서는 놓칠 수 없는 중대한 시기이다. 그것은 종교개혁의 시대이며 이 시대의 사상의 대 격동 속에서 근대적인 사상의 맹아가 자랐다. 이 시대의 사상은 모두 여전히 중세사상의 강한 영향 아래 있으나, 종교개혁이나 종교전쟁을 둘러싼 이 시대의 수많은 극적인 사건을 통해 이들 사상은 스스로 의식함이 없이 근대적 자유(양심의 자유, 신앙의 자유)나 인권의 사상을 탄생시켰다. 중세 세계의 통일원리였던 카톨릭시즘은 종교개혁 운동 속에서 카톨릭시즘과 프로테스탄티즘의 2대 조류로 분열했지만, 이 양 교회는 상대방에 의해 완전히 절멸되지 않기 위해 모든 힘을 다하여 투쟁하지 않을 수 없었다. 그리고 그것은 피비린내 나는 실행행사나 정치적 권력투쟁을 수반했지만 그 본질에서는 매우 사상적인 투쟁이었다. 피기스는 말한다. "그들이(양 교회) 원했던 것은 자유도 관용도 아니었고 지배와 독립이었다. 다행스럽게도 국가의 힘은 어디서든 그들의 소망보다 지나치게 강했던 것은 명백했다(아마도 짧은 기간 동안의 스코틀랜드를 제외하고). 그러나 그들은 지배를 달성하지 못했지만 더 좋은 일 즉, 관용을 확보했다. 정치적 자유는 교회의 적대관계의 잔여 재

산 수유자(受遺者)였다.” 이 관용이라 자유는 피기스에 의하면 교회나 교파가 ‘의식하지 않고’(inspite of themselves) 키워낸 것이었다. “인권”을 확보하는데 가장 힘쓴 두 개 종교단체는 실재상은 개인의 자유에 가장 관심이 없고 우월권을 획득했을 때는 언제나 사적 개인의 생활을 가장 침해했다. 그것은 두 개 종교였으며 하나는 로마카톨릭교회, 다른 하나는 프레스비테리안이었다. “종교개혁의 여러 교파는 그 생존경쟁을 위해 절대주의를 억제하는 일반적 통치론을 구성하고 절대주의를 통제할 수단이었거나 또는 수단일 수 있었던 낡은 제도를 모조리 연구하고 부활시키지 않으면 안 되었다. 그보다 더 나아가 칼뱅주의의 체계는, 루터주의도 앙그리카니즘도 로마교회주의도 그러하지 않았던 것, 즉 하나의 민주적이라고까지는 할 수 없지만 공화적 체계였다. 실제로는 칼뱅주의는 확실히 설교자의 과두제, ‘교황제보다 더 나쁜’ 지배적 장로들의 전제였다. 분명히 그것은 개인적 자유를 조장하지는 않았다. 그러나 이 자유는 세속 권력의 간섭에 대해 이론적으로 대항하게 되었고, 독자적인 방법으로 왕권에 대항하게 되었다. 이리하여 칼뱅주의는 스스로 의식하지 않고 프랑스에서도 네덜란드에서도 스코틀랜드에서도 사상의 세계와 실제의 세계를 묻지 않고 근대적 자유의 기초가 되었다.” 이런 의미에서 근대적 자유나 기본적 인권의 문제를 생각할 때 16세기의 사상을 그 시대적 정황의 맥락 속에서 명확하게 해두는 것이 얼마나 필요한가를 알 수 있을 것이다. 그리고 그 경우 이 문제가 단지 정치 내지 법사상의 문제로서가 아니라 무엇보다도 먼저 종교의 문제로서 논의된 것에 주목하지 않으면 안 된다. 피기스도 이를 강조한다. “주목할 점은 자유가 종교상의 투쟁의 결과라는 점이다. 만약에 그렇지 않았다고 한다면 자유는 일반적인 왕제적 경향에 굴복했을 것이다.” 그리고 피기스는 이 문제를 조감하는데 주의를 요하는 일반적 사실로서 다음 네 가지를 들고 있다.

① 이 전 투쟁의 제1 운동인(因)은 종교적이었다. 사권(私權)은 제2차적이며 목적에 대한 수단이며, 종교상의 신앙에 대한 위험이 공리적 동기보다 높은 동기에 의한 저항의 결의를 참여화시키지 않는 한 프로테스탄트 측에서도 카톨릭 측에서도 결코 성공적으로 보장되지는 않았다.

② 논의는 거의 언제나 계약을 국가의 기초로 하고 있다.

③ 그런 까닭에 그것은 오늘날의 의미에서 말하는 법에 앞서는 자연법의 관념에 기초한다. 이같은 관념에 근거하여 국가의 국제적 무책임을 제한하는 원칙의 체계가 구축된다.

④ 법이란 ‘한 사람 또는 다수의’ 무답책(無答責)인 주권자의 자의적 명령이라는 법 관념은, 법이란 ‘이성의 목소리, 세계의 조화’이며 국가권력의 기초이며 그 결과가 아니라는 법 이론에 입각해서 부정된다.

정치이론의 투쟁이 그리스도교의 토대 위에서 수행되었다는 사실은 중세에서도 마찬가지였음은 이미 본 바와 같지만, 16세기의 특색은 다음과 같은 점이다. “중세의 국왕 권력은 다수의 제한 특히 교회권력의 제한에 복종하고 있었다. 그러나 국왕이 교황에 의해 견책되고, 혹은 파면되기까지 했다고 해도 그 종교는 결코 그 신민의 종교와 다르지 않았다. 그는 교회분열과 혹은 파문된 자일 수는 있었지만 결코 진정하게 이단은 아니었다. …그러나 종교개혁은 이 전부를 바꿔놓았다. 이 결과 어느 국왕은 그 인민 또는 인민 중세의 어떤 세력, 어떤 부분의 종교와는 다른 종교에 속하는 가능성이 생겼다. 그리고 이 사실은 (이단에 대한) 박해의 의무를 그리스도교 국가의 주권자에게 과해진 의무로서, 또 이를 무신론적·마키아벨리적 국가로부터 결별하기 위한 징표로서 모든 종교단체가 요구하고 있었던 시대에 일어난 일이었다. 이 점에서는 녹스도 베즈도 루터도 부셰(Boucher)나 루이 도를레안(Louis d'Orleans)과 일치되어 있었다. … 박해받은 한 종교가 그 생존을 유지할 수 있는 기회는 오로지 폭동의 권리에 호소함으로써만 가능했다(관용이론이 받아들여진 경우에는 별문제이다).” 이와 같은 투쟁이 가장 치열하게 벌어진 것은 주지하는 바와 같이 프랑스에서였다. 따라서 여기서는 그에 관한 문헌도 많다. 이 중 근대적인 인권 사상에 가장 큰 영향을 주게 된 이론이 전개되었던 것은 모나르코마키(Monarchomachi)라고 불리는 일군의 사람들의 저작에서이다.⁸⁰⁾ 모나르코마키라고 불리는 사람들의 중심을 차지한 사람들은 프랑스의

위그노였지만 물론 그들에 한정되는 것은 아니다. 이밖에 프로테스탄트에서는 독일인, 스코틀랜드인이 있었으며 또 카톨릭의 모나르코마키도 존재했다. 여기에는 프랑스인 외에도 스페인인들이 포함되어 있다. 이하에서 이 모나르코마키 이론의 기초가 된 칼뱅의 이론(카톨릭측의 모나르코마키도 칼뱅파의 모나르코마키 이론을 역용하고 있으며 군주제론이라는 점에서는 동일한 사상에 입각하고 있다)을 살펴보고 그 다음으로 프랑스의 모나르코마키 이론을 중심으로 이 문제를 조감한다.

[2] 칼뱅주의와 저항권론

① 개관

이미 살펴봤듯이 종교개혁은 저항권사상, 아니 보다 넓게 근대적인 인권사상의 발전에 큰 영향을 미쳤다. 그러나 그것은 결코 종교개혁의 주인공들이 저항권이나 인권 일반에 대해 근대적인 사상을 전개하고 있었다는 의미가 아니다. 특히 루터는 저항권에 관해서 (그 태도에는 상당한 동요가 있다는 것은 확실하지만) 매우 소극적이었으며 부정적이었음은 분명하다. 그리고 루터주의는 루터이후에서도 근대적인 저항권 사상의 발전에 적극적으로 기여한 일은 없었다.

이에 대해 칼뱅 경우는 정반대이다. 나중에 살펴보듯이 칼뱅 자신은 저항권 문제에 관해서는 역시 상당히 소극적이기는 했지만, 그러나 루터와는 달리 그 주된 저작인 <그리스도교 요강> 1543년 개정판 이후에는 이 문제에 대해 상당히 명확한 발언을 했다. 그리고 칼뱅의 후계자들에 의해 전개된 칼뱅주의는 정치적 정황에 촉발되어 점차 근대적인 저항권이론을 키워가게 된다. 다만 이제부터 밝히게 되는 바와 같이 칼뱅주의의 이 문제에 관한 가장 선봉적인 이론가인 모나르코마키에서도 중세적 사상을 토대로 하고 있으며, 완전히 근대적인 저항권이론은 17세기의 이론가들, 특히 존 로크의 노력까지 기다리지 않으면 안 된다. 여기서 흥미로운 사실은 그리스도교의 신학적 이론으로부터 완전히 단절된 순 세속적 국가론이 16세기에서는 칼뱅주의자들에 의해서가 아니라 카톨릭 이론가에 의해 먼저 만들어졌다는 사실이다. 기르케는 말한다. “신정정치사상에 새롭게 에너지를 불어넣은 것은 바로 종교개혁이었다. 모든 견해 차이에도 불구하고 루터, 메란히턴, 쾰링거 및 칼뱅은 권력의 그리스도교적 사명, 따라서 또 그 신적 권리의 강조라는 점에서 일치되고 있다. 그들은 한편으로 교회 영역을 정도 차이는 있어도 단호히 국가에 종속케 하고, 다른 한편으로는 국가가 종교적 의무를 얼마만큼 수행했는지에 따라서 국가의 자격을 측정함으로써 ‘모든 권력은 신으로부터 나온다’는 바오로의 말에 그 이전에는 인식되지 않았던 폭을 부여하고 있다.

그것을 둘러싸고 국가나 지배자의 권리의 순 세속적 구성을 위하여 모든 정신상의 무기를 가지고 작업을 한 것은 종교개혁의 가장 열성적인 반대자, 특히 도미니코파와 예수회였다. 그들은 국가를 교회에 대하여 최대한 날카로운 대립점에 두는 한편, 교회 내에서는 신정정치사상을 극도로 고양하기 위해서, 그리고 인간의 업과 신의 창조 사이의 이 대립에서 세속권력의 영적권력에 대한 종속의 필연성을 추론하기 위해서 이렇게 행동했던 것이다. 교회와의 관계가 이와 같이 권외(圈外)에 위치하게 됨으로써 비로소 그들은 실제로 모든 교의상의 전제로부터 자유로운, 순 철학적으로 기초가 마련된, 그리고 철두철미 세속적인 국가론을 전개했던 것이다.”

80) “국가권력의 담당자가 그 권한의 한계를 넘었다면 국민은 그 행사에 반대해도 된다는 이론은 모나르코마키의 창조가 아니라, 이미 수세기 전의 국가론 속에 존재하고 있었다. 그러나 모나르코마키에 의해 처음으로 이 이론은 국가 및 법에 관한 학문의 근본문제의 지위를 차지하기에 이른다.” (K. Wolzendorff)

② 칼뱅의 저항권론

칼뱅 자신은 세속적 권력이 신에 의해 세워진 것을 인정하고 있으며 그의 <그리스도교 요강>에서는 특히 재세례파(애니배티스트)의 무정부주의적인 경향을 강하게 비판하면서 세속권력의 존재이유를 적극적으로 긍정하고 있다. 예를 들어 그는 인간은 영혼과 신체로 이뤄져 있듯이 그리스도의 영적인 나라와 이 세상의 질서는 구별되어야 한다는 것을 인정하면서도, 그렇다고 해서 재세례파의 주장처럼 이 세상의 질서는 영적 발전에 방해가 된다고 하는 것은 잘못된 것이라고 말한다. “그러나 이 구별은 우리가 정치 권력을 두고 더러운 것, 그리스도자에게 무관한 것이라고 보기 위한 이유를 제공하는 것은 절대로 아니다. 확실히 동상가들(재세례파를 지칭한다)은 통제 불능의 방자함을 추구하고 오늘날 다음과 같은 논법을 동원한다. 즉 우리는 그리스도로 인하여 이 세상의 사항에 대해서는 죽은 몸이며, 신의 나라로 옮겨져 하늘의 존재가 된 것이므로, 이 세상의 일에 관한 불순하고 속된 이와 같은 걱정에 몰두하는 것은 우리에게 너무도 아비하고 또 우리의 품위에 맞지 않는 것으로서 그리스도자는 그와 같은 일로부터 완전히 거리를 두고 무관해야 한다고. 법률은 변론이나 판결 외에 무슨 쓸모가 있단 말인가라고 그들은 말한다. 그리고 변론은 그리스도자에게 아무런 관계가 없다. 죽이는 일이 허락되지 않는다고 해도 법을이나 판결을 우리는 왜 가져야 하는가라고.

그러나 이미 밝혔듯이 이런 종류의 제도는 그리스도의 영적이고 내적인 제도와는 다르다. 즉 다른 면에 있어서 이 세상의 제도는 그리스도의 영적이고 내적인 제도에 대립하는 것이 아니라는 사실을 알아야 한다. 진정 영적인 후자는 이 지상에서 이미 우리의 마음에 하늘나라의 맛을 얼마간 제공하기 시작했으며, 언젠가는 죽어 없어져야 할 이 잠시 동안의 생애 있어서도 불사·불멸이라는 지복의 맛을 조금씩 주기 시작한 것이다. 그러나 이 세상의 제도의 목적은 신에 대한 외적인 봉사, 순수한 설교나 종교를 키우고, 유지하고, 교회를 전체로서 수호하고, 인간이 서로 살아 있는 동안 그들의 공생에 필요한 형평에 맞도록 우리를 양성하고, 우리의 습속을 사회정의에 맞도록 만들며, 우리가 서로 협력하고 서로 돕고 그들으로써 공동의 평화와 안녕을 보호하는 데 있다.” 이와 같은 비판에 이어 칼뱅은 더 나아가 그 적극적 효용에 대해 설명한다. “정치권력의 효용에 대해 말하는 것이 더 적절할 것이다. 현재로서는 우리는 정치권력의 필요성이 인간에 대해 빵이나 물이나 태양이나 공기보다 못한 것이 아닌 이상, 정치권력을 배제하는 것은 비인간적 만행이라고 말하고 싶다. 더구나 정치권력의 품위는 훨씬 크다. 왜냐하면 정치권력은 인간의 공동생활을 가능케 할 경우, 인간이 먹거나 마시거나 그밖에 생활하는데 필요한 일에만 관계하는 것은 아니다. 물론 이들의 행위 모두가 포함되지만 정치권력의 효용은 그것만이 아니다. 정치권력은 이상승배, 신의 말씀이나 진리에 대한 모독, 종교에 대한 그밖의 부정이 공공연히 저질러지거나 인민의 마음 속에 심어지지 않도록 노력하고, 공공의 안녕이 문란해지지 않도록 노력하며, 각자가 자기의 것을 보장받을 수 있도록 노력하고, 사람들이 사기나 약의 없이 함께 사귄 수 있도록 노력하고, 그들 사이에 정직과 절제가 지배하도록 노력하는 것도 그 권한에 속한다. 요컨대 그리스도자 사이에 종교의 공적 형식이 나타나 인간 상호간에 인간성이 존속되도록 하는 것이다.”

이와 같은 정치권력에 대해 칼뱅은 인민이 순순히 복종해야 한다고 주장한다. 그는 정치제도를 구성하는 요소를 키케로를 따라 세 가지로 나눈다. “첫째는 시정관(施政官)이며, 그는 법률의 수호자이며 유지자이다. 둘째는 시정관이 지배의 근거로 하는 법률이다. 셋째는 인민으로, 그들은 법률로써 통치되고 시정관에게 복종해야 하는 존재이다.” 그리고 시정관에 대한 인민의 복종에 대해서는 다음과 같은 매우 엄격한 태도를 취한다. “장상(長上)에 대한 신민의 첫째 임무는 그들의 신분에 대해 크고도 높은 존경을 품고, 그 업무를 신이 내려주신 의무임을 인정하고, 그런 까닭에 그들에 대해 신의 대리인으로서 명예와 존경을 바치는 일이다. 참으로 개중에는 그 시정관에 대해 상당히 순종적이며, 그렇게 하는 것이 공공의 선을 위하여 아무래도 필요하다는 것을 알기 때문에 자신이 복종해야 할 장상이 존재하지 않은 것을 바

라지 않는 자도 있다. 그러나 이런 사람들은 그것이 인류에 대해 필요악이라는 이유만으로 시정관에게 존경심을 품고 있는 것에 지나지 않는다. 그러나 성 베드로는, 그가 우리에게 왕을 존경할 것을 바라고 있는 경우(베드로 제1서간 2-17) 더 큰 것을 우리에게 요구하고 있는 것이며, 솔로몬이 신과 왕을 외경하라고 명령하는 경우도 마찬가지다. 왜냐하면 성 베드로는 ‘존경한다’라는 말로써 우리가 왕에 대해 품어야 할 좋은 의견과 평가를 의미하고, 솔로몬은 또 왕을 신에 결부함으로써 왕에게 크나큰 품위와 존경을 돌리고 있는 것이다. 성 바오로 또한, 그가 우리는 분노 때문만 아니라 양심 때문에 장상에게 순종해야 한다고 할 때(로마서 13-5) 그들에게 지극히 존귀한 자격을 부여하고 있는 것이다.” “여기서 또 한 가지 사항이 나온다. 그것은 이와 같이 장상을 존경하기 때문에 신민은 그들에게 매우 순순히 복종해야 하며, 예를 들어 그들의 지시에 복종해야 하며, 조세를 내야 하며, 공동의 방위에 필요한 어떤 공공의 부담은 져야 하고, 혹은 어떤 명령에도 따라야 하는 등이다. 성 바오로는 말한다. 모든 사람은 높은 권위에 따라야 한다. 왜냐하면 권위에 반항하는 자는 신이 세운 질서에 반항하는 결과가 되기 때문이다라고.” 그리고 칼뱅은 이와 같은 복종에 대해 설명한 것은 정당하게 권력을 행사하는 시정관에 관한 경우이며, 폭군인 경우에는 신민이 복종을 거부할 심정을 갖기에 이르는 것은 이해할 수 있다고 인정하면서도, 그래도 역시 신민에는 복종의 의무가 있다고 명언한다. “우리가 신의 말씀에 따라 설명한다면 다음과 같이 된다. 우리는 정당하게 그 직무를 수행하고 충실하게 그 의무를 다하는 군후(君侯)의 지배에 대해서뿐만 아니라 얼마간의 우월한 지위를 갖는 모든 사람에 대하여, 설령 그들이 그 신분에 어울리는 행동을 전혀 하지 않아도 순종하지 않으면 안 된다. … 공적인 우월권을 갖는 사람은, 악하기에 모든 존경에 값하지 않을 경우에도, 그 사람에게는 신이 그 말씀으로써 그 관리자에게 주신 것과 같은 품위와 권력이 있는 것이며, 신민은 그 장상에 대해 지는 복종의무에 관해서 말한다면, 선량한 왕을 가지고 있었던 경우 이에 대하여 표명할 것과 같은 크기의 존경의 의무를 이에게 지고 있다.” “어떤 사람은 말할 것이다. 장상도 신민에 대하여 상호 의무를 지고 있다고. 나는 이미 이 점을 인정했다. 그러나 누군가가 이 점을 들어 사람은 올바른 군주에 대해서만 복종의 의무가 있다고 결론짓는다면 그 논의는 잘못된 것이다. 물론 남편이나 아버지는 아내나 자녀에 대하여 어떤 의무를 지고 있다. 그런데 그들이 이 임무를 올바르게 수행하지 않는다고 할 경우, 즉 아버지가 자녀를 잔혹하게 다루고, 또 아이를 화나게 하지 말라는 가르침(에베소서 6-4)에 반하여 아이를 모욕하거나, 혹은 남편이 그 아내를 신의 가르침에 따라 깨지기 쉬운 그릇처럼 마음을 다하여 지키며 사랑하지 않으면 안 됨에도 모욕하거나 학대할 경우, 자녀는 아버지에게 대하여, 아내는 남편에 대하여 순종하지 말아야 한단 말인가. 아니다. 신의 가르침에 의하면 전자는 후자에 대하여, 자기에게 아버지나 남편이 악하고 불공정하더라도 복종해야 하는 것이다.” 칼뱅의 이 가르침은 분명 앞에서 우리가 설명했던 그리스도교의 전통적인 소극적 수인(受忍) 의무를 계승한 것이다. 이 점에서는 저항권을 원리적으로 부정했던 루터와 거의 다르지 않다. 그러나 칼뱅의 주장을 더 상세하게 본다면 그 사상 속에는 지금까지 보아온 저항권 부정론을 상당히 수정하는 생각이 존재하고 있으며, 베즈를 거쳐 모나르코마키에서 명확한 형태로 개화할 저항권 이론의 맹아가 발견된다.

앞에서도 본 바와 같이 칼뱅은 신민의 절대복종 의무를 주장하고 있으며 그것은 세속권력의 절대성의 시안을 의미하는 것처럼 보이지만 사실은 그렇지 않다. 물론 칼뱅도 결코 인민주권 원리를 인정했던 것은 아니다. 정체에 관하여 군주제·귀족제·민주제 세 가지를 구별하는 부분에서 그는 민중이 권력을 잡는 경우 반란으로 타락하기 쉽다는 것을 인정하고 있다. 그러나 그렇다고 해서 그가 군주제를 찬양하고 있는 것도 아니다. 그는 “지배의 권한을 갖는 왕 또는 다른 자가 쉽게 폭군으로 타락하는 것은 분명하다”라고 하면서 오히려 귀족제의 장점을 인정하고 있다. 그 이유는 통틀어 인간에는 결점이 있는 것이므로 다수자가 통치하고, 그들은 서로 돕고, 그들은 그 직무에 대해 서로 훈계하고, 어떤 한 사람이 지나치게 두각을 나타낼 경우에는 다른 자가 이에 대해 감독자 및 주인이 되어야 한다고 말하고 있다. 그것은

권력의 전횡과 자의를 방지하기 위하여 균형과 억제에 의한 정치를 주장하는 것이며, 권력에는 본질적으로 제한이 있다는 것을 통찰하고 있는 것이라고 하지 않으면 안 된다. 그는 재세레파의 무정부주의와 함께 권력의 절대화도 배격한다. 그는 말한다. "다른 한편 군주에게 아부하는 자들은 군주의 권력을 도를 넘어서 무한히 찬양하면서 거의 신과 막상막하의 지위까지 올리려고 한다. 그럼으로 이 두 가지 폐단(재세레파의 무정부주의와 절대주의)을 배척하려고 하지 않는 경우에는 신앙의 순수함은 완전히 무너질 것이다."

그리고 이 점에서 가장 주목할 것은 그가 <그리스도교 요강>의 마지막 가까운 제4편 31장 속에서 덧붙이고 있는 한 구절이다. 중요한 부분이기 때문에 약간 길지만 전체를 인용해 둔다. 여기서 칼뱅은 사인에게는 저항권이 인정되지 말아야 한다고 하면서 일정한 국가기관에는 저항권을 인정한다. "군주는 이 이야기에 귀를 기울이고 그리고 두려워하라! 그러나 우리는 장상의 권위를 모욕하거나 훼손하거나 하는 일이 없도록 주의해야 한다. 이 권위는 신의 수많은 심판에 의해 확인되어 있는 바이기 때문에 위엄으로 가득차 있는 것이다. 이 일은 매우 어울리지 않는 사람들, 더구나 자신의 악의에 의해 그 권위를 더럽히는 사람들의 경우에도 역시 마찬가지다. 아주 무질서한 지배에 대한 응징은 신의 복수이지만 그렇다고 해서 그 응징이 우리에게 허용되거나 우리의 손에 주어지게 되는 것은 아니다. 우리에게는 복종하고 수인해야 한다는 명령 외에는 주어지지 않는다. 나는 여기까지 계속 사인에 관해 말하고 있는 것이다. 사인이 복종과 수인의 의무를 저야 하는 것은, 현재 인민을 지키고 왕의 과대한 욕망이나 방자를 억제하기 위해 설치된 시정관이 존재한다면 (예를 들어 로마의 호민관, 아테네의 데마르크, 라케다이몬의 에포르(ephore), 그리고 오늘날 아마도 각 왕국에 3신분회의가 존재하듯이) 나는 이와 같은 경우에 있는 사람들에게 대하여, 그들이 그 직무상의 의무에 따라 왕의 폭정 또는 잔학에 반대하여 저항할 것까지를 금할 생각은 없기 때문에. 만약에 그들이, 왕이 불쌍한 민중을 무법하게 괴롭히는 것을 보면서 모르는 척 하는 것만으로도 그와 같은 무관심을 그들의 선서를 어기는 것으로서 규탄 받아야 한다고 생각한다. 그들은 신의 성스러운 의사에 따라 인민의 자유 보호자로 임명되었다는 것을 자각해야 함에도 이와 같은 무관심으로 그 자유를 악의를 가지고 배신하는 것이 되기 때문이다."⁸¹⁾

이상으로 칼뱅의 저항권에 관한 생각은 거의 분명해졌다고 생각한다. 거기서는 시정관의 일정한 경우에서의 예외적 저항권의 시인을 따로 생각한다면 완벽한 저항권 부정론이 인지된다. 이 때문에 후에 보는 바와 같은 칼뱅주의자들의 정면으로부터의 저항권론은 칼뱅 자신의 생각에 반하여 발전했다고 보는 학자도 있다. 그런 평가는 올바른 것일까? 표면적으로 나타난 바로는 루터와 칼뱅의 태도는 같다고 생각되지만 양자의 기본적인 생각에는 근본적인 차이가 있음을 놓쳐서는 안 된다. 그렇지 않다면 루터주의 속에는 나중에도 왜 칼뱅주의에 보이는 바와 같은 급진적인 저항권론이 태어나지 않았는지에 대한 설명을 할 수 없을 것이다. 여기서 이 문제에 더 이상 들어갈 여유는 없다. 막스 베버 등의 뛰어난 분석을 참고하기 바란다. 다만 여기서는 다음과 같은 점을 간단하게 지적해두고자 한다. 베버 및 에른스트 트렐치에 의하면 양자의 근본적 차이는 그 예정설의 차이에 있다. 루터에서는 한번 신에게 선택받아도 그 은총은 늘 상실될 가능성이 있으며 따라서 선택받은 자는 항상 이 은총의 상실에 대한 염려 때문에 내면생활에 대한 관심이 중심이 되어, 외면생활은 돌아보지 않게 될 경향을 갖는다. 따라서 루터파는 그와 같은 문제는 완전히 세속권력에게 맡기고 오로지 내면생활에 침잠하게 된다. 세속권력의 전횡에 대해서

81) 인용문 중 '에포르'라고 하는 것은 스파르타(라케다이몬)에 있었던 감독관 직책으로서, 일반적으로 국왕의 권력을 견제하는 기관이라고 해석되지만, 그 기원·창설 목적 등은 잘 알려져 있지 않다. 5인으로 이루어지며, 그 권한은 매우 강했다고 한다. 특히 국왕을 정치재판소로 소환할 수가 있었다. 다만 직무 임기는 1년이었다. 아리스토텔레스도 그의 정치학 속에서 가끔 언급하고 있다.

도 소극적 수인 태도로 임하게 되는 것은 당연한 귀결이다. 이와 반대로 칼뱅의 예정설에서는 한번 선택된 자는 더 이상 그 은총을 잃을 우려는 없다. 따라서 그는 신의 영광을 위하여 마음 놓고 이 세상의 모든 활동에 적극적으로 참여할 수 있으며 또 종사하지 않으면 안 된다. 또 칼뱅은 세속권력을 신이 세운 것이라고 본다는 것, 그것은 이미 살핀 바지만 그러나 그는 그것을 신의 자연법에 따라 합목적적으로 구성할 수 있는 것이라고 인정한다. "국가질서 및 법질서는 진정한 종교를 유지한다는 종교적 목적과, 평화, 질서 및 번영의 실현이라는 사회적·공리적 목적의 양 목적을 위해 합목적적으로 구성될 수 있으며 또 구성되어야 한다." "더구나 그 이상으로 칼뱅은 실증적인 국가형식이라는 것은 시간이나 상황에 따라, 국민성이나 정치적 요구에 따라, 국가의 자연법적 이념이 실정법을 통해 형성된 것이라고 인정함으로써 국가형식을 매우 밝게 상대주의적으로 생각하고 있다."(트렐치) 앞에서 말한 시정관의 저항권이라는 사상은 이와 같은 국가관에 근거하고 있다. 따라서 사인의 저항권의 배제라는 것도 칼뱅의 국가관의 필연적인 귀결은 아니며, 단순히 그의 상황판단과 결합되어 나온 구체적인 해결책에 지나지 않는다고 보아야 할 것이다. 그러므로 다음과 같은 트렐치의 분석은 매우 올바르다고 해야 한다. "칼뱅에 있어서 사인은 이와 같은 권리로부터 엄격하게 배제되어 있다고는 하나 올바른 이념을 반영하는 국가질서를 도입하기 위한 공동의 노력으로부터 사인을 떼어놓고 있는 것은 다만 취약한 벽에 지나지 않으며, 그 벽은 모든 관련적 부분이 무력화되는 순간에 붕괴될 것이다. 칼뱅의 자연법은 그의 출발점이 되었던 루터적 자연법보다 한층 더 카톨릭 자연법에 가깝다. 특히 거기에는 루터의 특유한 반합리주의는 존재하지 않는다. 그 형식으로서의 권력을 위한 권력의 지배는 존재하지 않는다. 경건한 군주는 이 권력을 교회를 위해 충만한 축복 속에 사용하는 일도 있겠지만 보통은 사랑의 대립물인 고뇌와 인내를 가지고 참고 견디어야 하는 것이다. 이 차이는 ... 상황에 따라 더 현저하게 심화되어 칼뱅주의의 전발전사에 있어서 근본적인 것이 되었다."

[3] 모나르코마키의 저항권

모나르코마쿠스(monarchomachus)라는 명칭은 16세기 후반, 성 바르트로메오 학살(1572년 8월 2일) 후에 프로테스탄트, 카톨릭 양 진영에서 지기 신앙의 입장을 지키기 위해, 이를 압박하는 군주권력에 대해 정당하게 저항할 수 있음을 논증하는 무수한 문서가 생겨났는데, 이들의 저자들을 일괄해서 부르기 위해 버클레이(Barclay)가 만들어낸 명칭이라고 한다. 이는 그리스어의 군주(monarchos)와 동사 투쟁하다(machomai)의 파생어 '투사'의 합성어이며, 반군주론자라는 의미이다. 여기에 어떤 사람들을 포함시킬 것인가는 반드시 이렇지 않으며, 또 그 이론도 결코 모든 점에서 일치되어 있는 것은 아니다. 그러나 투샤르(Touchard) 등이 공동으로 펴낸 <정치사상사>는, "그들의 견해를 모두 단 하나의 완전히 명확하고 수미일관된 이론에 짜 넣기는 불가능하다고 해도, 이들 모나르코마쿠스의 저작이 지극히 특징적인 일체를 이루면서 이 세기 말기에서의 정치논쟁에 결정적인 방향을 부여하는 안 요소를 가져다 준 것은 역시 부정할 수 없다"라고 하면서 그 특색으로서 '전대주의의 배제', '인민의 동의', '계약이론' 및 '폭정에 대한 저항'을 들고 있다. 그런데 모나르코마키 중 정치사상사에서 특히 중요한 인물은 칼뱅주의의 기초 위에서는 위그노(hugucnos)라는 사실은 분명하므로 이하 대표적인 위그노의 세 작품을 중심으로 문제를 조감해보기로 한다.

① 테오도르 드 베즈(Theodore de Beze)의 <신민에 대한 시정관의 권리에 대하여>의 저항권론
칼뱅의 저항권론을 더욱 발전시킨 사람은 제네바에서의 칼뱅의 후계자 테오도르 드 베즈였다. 드 베즈는 칼뱅 자신이 후계자로 지명할 정도로 가장 충직한 칼뱅주의자였다. 그는 1519년에 프랑스의 베즈레

(Vezelay)에서 태어난 부유한 귀족 출신으로, 칼뱅과 마찬가지로 법학을 공부한 학자지만, 칼뱅주의에 귀의하고 1548년부터 제네바로 피신하여, 이 시 및 로잔에서 교수로서 일했다. 칼뱅과는 반대 성격으로, 온화하고 정중한 인물이었으며, 칼뱅 노년의 불편한 심기를 완화시키는 데 큰 역할을 했다고 한다.

1575년 성 바르트로메오 학살 후, 이에 자극을 받아 무명의 한 소책자 <신민에 대한 시정관의 권리에 대하여> (De iure magistratum in subditos)가 나왔는데 오늘날 이 책은 드 베즈에 의한 것이 널리 인정되고 있다.

이 글은 기본적으로는 칼뱅의 저항권론을 답습하고, 어떤 폭정에 대해서도 사인(私人)의 저항권을 인정하고 있지 않지만, 시정관의 저항권 내지 저항의무는 정면으로 다루어, 그 내용을 상세하게 검토하면서 이론적 기초를 만들고 있으며, 특히 정치권력이 부제한이 아니라는 것, 그 제한이 일종의 계약에 유래하며, 또 그 계약 내용은 자연법에 근거함을 논증한 것으로, 그 후의 저항권론이나 국가계약론에 큰 자극을 주었다.

드 베즈에 따르면, 권력은 신이 세운 것이기 때문에 사람은 권력이 반종교적 내지 불공정한 것을 명령하지 않는 한 이에 복종해야 한다. 어떤 시정관이 이와 같은 잘못을 저지른 경우에도 그 상위자에게 호소할 길이 있는 한 저항권의 문제는 발생하지 않는다. 결국 문제가 되는 것은 최고권력이 불공정 내지 반종교적이 될 경우이다.

그런데 최고의 권력을 보유하는 군주는 누구든 인민을 위해 존재하므로 인민이 군주를 위해 존재하는 것이 아니라는 점이 에라스무스가 말한 대로라고 한다면 절대군주라는 것은 있을 수가 없다. 왜냐하면 인민을 위한 인민에 의한 국왕 이외에 국왕이라는 것은 존재할 수가 없기 때문이다. 즉 인민의 동의에 의하지 않는 군주라는 것은 존재하지 않는다. 그래서 군주라는 존재는 인민과의 사이에 이루어지는 진정한 계약에 의하지 않으면 안 된다. 그런데 드 베즈에 따르면 이 계약의 내용은 자연법으로 정해지며 당사자의 의사와는 관계가 없다. 그리고 이 계약은 명시적임을 필요로 하지 않는다. “공포 때문에도 폭력 때문에도 아니고, 올바르게 공평하게 통치된다는 명시 혹은 묵시의 조건 없이 어떤 주권자에게 전면적으로 복종해버릴 만큼 정신없는 국민이 과거에 있었다.” 따위의 주장은 아무도 하지 않을 것이다. 여기서 베즈가 계약관념의 기대고 있는 것은, 이미 말했듯이 당시 계약사상이 일반적으로 매우 깊이 침투해있었다는 시대적 배경을 염두에 둘 것이 필요하다. 그래서 베즈는 권력에 대한 제한이 자연법에 기인한다는 것을 계약이라는 관념에 기대어 설명한다. 이 계약에서는 ‘이성과 자연적 형평에 근거하는 사항은 표시된 것으로 간주된다’라고 하는 식으로 설명하는 것도 그 때문이다. 그래서 메나르도 말했듯이 인민의 권리는 시효와 관계없는 양도할 수 없는 것이며, 실은 계약에 의해서도 인민 측에서 포기할 수 없는 것이다. 또 이는 왕국의 기본적 법률이며 군주는 선거 또는 성별(聖別)의 날에 이 기본적 법률에 대한 충성을 맹세한 것이므로 군주 또한 이 계약을 벗어날 수는 없다.

이리하여 살페본바와 같은 특수한 내용을 갖는다고는 해도 그것이 계약인 이상 당연히 계약의 모든 효과가 발생한다. 계약 당사자의 한 편이 본질적인 채무의 불이행을 범하면 다른 편은 계약을 해제할 수 있는 것은 당연하며, 폭군이 신에 법률에 반하는 것을 명령하는 것은 바로 이런 경우이기 때문에 인민은 이 자로부터 군주의 자격을 박탈할 수가 있는 것이며, 거기에 저항권의 근거가 있다. 다만 앞에서 말했듯이 드 베즈도 모든 개인에게 저항권을 인정하고 있는 것은 아니고, 시정관에게만 이를 인정하고 있다. 그러나 시정관은 그의 모든 권력을 인민으로부터 얻고 있는 것이며, 최고 권력자 또한 단순히 최고의 시정관에 지나지 않으며 그 권력도 그에게 고유한 것은 아니다. 따라서 메나르가 말하듯이 주권의 궁극적인 근거는 인민에게 있다는 결론이 나온다. “권력의 원천이 인민에 있기 때문에 드 베즈의 정치철학은 하나의 민주주의적 이론이다... 다만 여기서 문제가 되는 민주주의는 결코 자유주의적인 것이 아니다.”

② 프랑소아 오토만(F. Hotman)의 <Franco-Gallia>

오토만은 독일계이며 그 조상은 실레지아의 귀족이었으며 1470년부터 프랑스에 정착했다고 한다. 그의 이론이 게르만 전통을 매우 중시하고 있는 이유 중 하나는 그의 출신성분에 있을 것이다. 그는 1524년에 파리에서 태어나 성장한 후 오를레앙에서 칼뱅, 뒤무란 등과 함께 법학을 공부했던 당시의 저명한 법학자였다. 칼뱅주의자이며 프랑스 외에 스위스, 독일 등 여러 대학에서 교수직을 지냈으며, 또 외교관으로서도 일했다. 그 신앙은 진지하고 열정적이었으나 성격은 반드시 정상적이었다고 할 수 없었던 것 같다. 1590년 바젤에서 사망했다.

그의 저서는 많지만 특히 유명하고 우리 문제에 깊은 관계가 있는 작품은 1573년에 라틴어로 제 1권이 출판된 <Franco-Gallia>이다.

이 책은 성 바르트로메오 학살에 대한 격렬한 항의로서 쓰여진 것으로, 오토만은 왜 이와 같은 저주스러운 사건이 발생했는지, 그 원인을 추구하고 역사를 거슬러 올라가 이를 검토하려고 한다.

그에 따르면 “우리 조상은 프랑스 정부를 훌륭하게 세울 만큼 현명하고 분별이 있었다.”라고 하면서 갈리아시대부터의 역사를 검토한다. 그리고 갈리아 시대에는 지방의 수장은 인민집회에서 선출되었으며, 로마의 권력은 이 위에 중첩해서 존재했다고 주장한다. 역사를 내려와 프랑크 시대에서는 게르만의 전통이 갈리아 땅에도 침투하여, 군주는 인민의 의해 선출되고 있었던 것이다. “프랑스 왕위로 추대된 자는 그들에게 과해지는 일정한 법률과 조건 아래 국왕으로서 선출되었다.” 그러므로 프랑스 왕위 계승의 원칙이라고 여겨지는 사리카법(loi Salique)은 후세의 오해에 기인한다고 하면서 사리카 법을 상세하게 검토하고 있다.

이리하여 왕위의 행방은 인민집회가 결정하는 것이다. “갈리아 프랑크왕국의 최고이자 주요한 관리는 이후 3신분회의라고 불리게 될 국민의 전체회의에 속해 있었다.” 국왕·귀족·인민은 그 회의에서 키케로가 정치를 음악에 비유했듯이 조화를 이루고 있었다. 국왕은 거기서 의견의 현명함과 그 권위의 선량함으로 위엄을 나타내, 귀족은 공사에 대한 관심을 표명하고, 인민은 매우 차분하게 올바르게 그 희망을 표명했다.

전 신분회의는 공사에 관한 결정, 국왕의 선거 및 파면, 군주의 범죄에 대한 판결 등등을 독점했다. “이리하여 프랑스 인민은 과거에는 자기가 그 표결로서 인가했던 법률 이외의 법률은 지킬 의무가 없었”지만, 불행하게도 법률의 상부문구이자 인민의 승인을 의미하는 ‘tel est notre placite’(이와 같은 것이 우리 신분회의의 결정이다)라는 말이 악의적으로 ‘tel est notre plaisir’(이와 같은 것이 짐의 의사이다)라는 절대주의의 문언으로 바뀌어 버렸다. 메로빙조, 카롤링조에서는 전(全)신분 회의의 주권은 확정적이며, 15세기에 이르기까지도 그러하였다. 그러므로 폭군의 비도(非道)로 인해 인민이 유린되어 억압될 때는 정당하게 집합한 시민의 모든 집회에 도움을 요청하는 것만큼 정당하고 필요한 일은 없다. “여기에 인민의 저항권의 근거를 찾을 수 가 있다. 제3판에서는 국왕과 왕국을 엄밀하게 구별해야 한다고 주장되어 있다. 그에 따르면 국왕은 인체에 비유하면 머리이며, 인민의 집합으로 구성되는 왕국은 신체이다. 그리고 이 신체는 머리를 마음대로 바꿀 수가 있다. 그러므로 국왕은 그 의사가 왕국의 의사와 합치할 때에만 정당한 주권의 보유자일 수가 있는 것이다. 국왕은 전 신분회의를 인민의 의사를 표명하는 것이라고 인정하고, 필요한 만큼 자주 이를 소집해야 하며, 그 전신분회의의 동의 없이는 아무것도 할 수 없다.

③<폭군에 대한 권리 주장> (Vindiciae contra tyrannos)

위그노의 저항론 중에서도 가장 유명하고 영향력이 강했던 1579년에 출판된 <폭군에 대한 권리 주장>이라고 불리는 책이다. 이 책의 기본사상은 앞에서 설명한 드 베즈의 그것과 거의 차이가 없지만 저항권

의 기초를 다지는 데는 보다 이론적이고 상세하며, 후세의 국가 이론에도 큰 영향을 주었다는 점에서 주목할 만하다. 바커(E. Barker)는 다음과 같이 말한다. "(이 책의 저자는) 우리가 자연법이라고 부르는 것에 근거하여 '인민'이 주권을 갖는 것을 인정하는 것처럼 보인다. 그런 의미에서 그는 17세기의 그로티우스나 푸엔도르프나 로크에서 1776년 아메리카 독립선언에 이르는 자연법학과의 창시자 중 한사람이다."

이 책은 Junius Brutus라는 가명으로 출판되었고, 그 진짜 저자가 누구인가에 대해서는 오늘날도 최종적으로 해결되지 않았다.

이 책은 네 개의 부분으로 이루어져 있으며 각 부분의 모두에 물음을 내걸어 이에 답하는 형식을 취하고 있다. 네 가지 물음은 다음과 같다.

- (1) 군후가 신법에 반하는 것을 명령할 경우 신민은 군후에게 복종해야 하는가.
- (2) 신법에 위반하고 또 교회를 멸하는 군후에게 저항하는 일은 적법인가. 누구에 의해, 어떻게, 어느 정도로 이를 하는 것이 적법인가.
- (3) 국가를 억압하고 또는 이를 멸하는 군후에게 저항하는 것은 적법인가. 또 이와 같은 저항은 어느 범위까지 가능한가. 누구에 의해, 어떻게, 그리고 어떤 권리 또는 법에 의해 그것은 허용되는가.
- (4) 근린의 군후 또는 국가는 진정한 종교를 가진 까닭에 괴롭힘을 당하고 또는 명백한 폭정에 의해 억압되어 있는 다른 군후의 신민을 도울 수 있는가. 혹은 법에 의해 도울 의무가 있는가.

이들 물음에 답하면서 폭군에 대한 저항의 정당성을 논증하고 있다. 이하 주로 세 번째 물음까지를 살펴보기로 한다.

(1) **원시계약** 우선 저항권의 기초로서 저자는 인민과 통치자 사이에 계약이 존재한다고 설명한다. 이는 이미 보았듯이 이 시대의 일반적인 관념에 호소한 것이지만, 이 책에서는 이 계약의 관념이 한층 명확해져 있다. 물론 이 계약관계가 봉건계약과의 유비(類比)에 의해 설명되어 있다는 것은 역시 시대적인 제약을 강하게 받고 있음을 나타내고 있다. 저자에 의하면 국가의 시원(始原)에는 이중의 계약이 존재한다. "국왕을 세울 경우 우리는 두가지 계약이 있다는 것을 알고 있다. 첫째는 신과 국왕과 인민 사이에서 인민이 신의 인민이 된다는 계약이다. 둘째로 국왕과 인민 사이에서, 인민은 충실하게 복종하고 국왕은 올바르게 명령한다는 계약이다." 그런데 첫째 계약으로써 국왕은 신에 대하여 신의 인민을 올바르게 통치할 것을 약속하고 있는 것이며, 이런 의미에서 확실히 국왕은 신에 의해서 세워져 있고, 신은 국왕에 대하여 봉주의 지위에 있다. 신은 왕의 왕이며, 주의 주이다. 그러므로 국왕이 신법에 위반하면 이것은 felony(봉건법상의 성실의무 위반)을 구성한다. "스스로 왕국을 영유하려고 하는 반역적인 가사(家士)는 모든 법률에 비추어 felony을 범하는 자로서 근절되어야 하듯이, 신법을 지키려고 하지 않는 가사는 바로 같은 의미로 유죄이다.... 가사가 그 주군에 의해 그 봉지에서 서임(敍任)되는 것과 거의 같은 방식으로, 신은 국왕을 그 왕국에서 서임(敍任)했기 때문에, 우리는 국왕은 신의 가사이며 그들이 felony을 범한다면, 마치 반역적인 가사가 그 봉지를 빼앗기듯이 그들이 주군으로부터 받는 이익을 빼앗겨 마땅하다고 결론을 내리지 않으면 안 된다. 이와 같은 전제가 인정된다면 이 첫 번째 물음은 쉽게 풀수 있다. 왜냐하면 신이 최고의 영주의 지위를 가지고 있다면, 그리고 국왕이 가사라면, 우리는 가사에게 복종하기 보다는 오히려 최고자에게 복종해야 한다는 것을 누가 부정할 수 있겠는가. 신이 어떤 일을 명령하고, 국왕이 그 반대를 명령한다면 신의 명령을 어기지 않기 위하여 국왕에게 복종할 것을 거부하는 자를 반역자라고 부르는 것은 오만이다. 반대로 신에 복종하지 않고, 또 신에 복종할 것을 금지하는 국왕에게 복종하려고 하는 자야말로 단죄되어야 하며 진정 반역적이라고 인정되어야 한다."

다음으로 인민과 국왕사이의 계약에 대해서 저자는 로마법상의 문답계약을 관념을 원용하여 인민에 유리해지도록 계약을 구성하고 있다. "인민은 문답계약에 의해 계약의 이행을 요구할 수 있다. 국왕은 약속했다. 그런데 약속이행을 요구하는 자의 조건은 법률에 의하면 약속이행을 승낙하는자의 조건보다 우월하다. 인민은 국왕에 대하여 올바르게, 법률에 따라서 통치할 것인지를 묻는다. 국왕은 그렇게 하겠다고 약속한다. 그 전이 아닌 그 때 인민은 국왕이 올바르게 통치하는 한 성실하게 복종하겠다고 답한다. 그러므로 국왕은 단순히, 절대적으로 약속하고, 인민은 조건부로 약속한다." 이 책의 저자는 국왕은 본래 인민보다 뛰어난 존재인 것이 아니라 오히려 인민의 존재를 전제로 하는 국왕이라는 것을 명언한다. "누구도 이제까지 머리에 왕관을 이고 손에 지팡이를 잡고 태어난 일이 없었듯이, 누구도 자기 스스로의 힘으로 왕이 될 수도 인민 없이 군림할 수도 없다. 반대로 인민은 스스로의 힘으로 존속할 수 있으며, 그들이 왕을 각기 훨씬 이전부터 존재했던 것이므로, 이런 사실에서 필연적으로 국왕은 처음에 인민에 의해 세워졌다는 결론을 얻을 수 있다." "인민이 그들의 왕을 선택하고 세운다고 한다면 인민의 전체는 국왕보다 상위에 있는 것이 된다. 왜냐하면 타인에 의해 세워진 자는 이를 세운자의 하위에 있으며, 그 권위를 타인으로부터 받은 자는 그 권력의 원천인자보다 열등한 것이기 때문이다." "그리고 국왕의 위치에까지 올라간 자는, 그들이 타인보다 미모가 뛰어나거나 혹은 양치기가 그 양의 무리를 다스리듯이 타인을 다스리는 성질이 얼마간 뛰어나기 때문에 왕으로 올라간 것이 아니라, 오히려 그들은 인민의 다른 자들과 함께 완전히 같은 집단을 이루도록 만들어져 있기 때문에, 자기들은 말하자면 그 권력과 권위를 차용하고 있는 것이라는 사실을 인정해야 한다."

그리고 주목할 점은 이 책은 통치라는 사실을 일종의 공리주의적 방법으로 고찰하고 있다는 점이다. "첫째로 우리는 본성으로 자유를 사랑하고 예속을 증오하고 복종하기보다는 명령하도록 태어났기 때문에 타인에 의한 통치를 기꺼이 받아들인 것은 아니다. 말하자면 자연적 특권을 포기하고 타인의 명령에 복종하기에 이른 것이지만, 그것은 그렇게 함으로써 기대할 수 있는 특별하고 큰 이익 때문이라는 것은 누구나가 인정할 것이다. 아이소포스가 말했듯이 '옛날 말은 자기가 원하는 데로 뛰어다니는 일에 익숙했기 때문에 자기 입에 재갈이 물리거나 그 등에 사람을 태우는 일을, 그와 같이 하면 숫소[雄牛]에도 이길 수 있다고 생각했기 때문이 아니었더라면, 결코 받아들이지 않았을 것이기 때문이다. 또 국왕은 그 신민이 땀 흘려 획득한 재산을 국왕만이 사용하기 위해서 선출되었다고 생각할 수는 없다. 왜냐하면 각자는 자기 자신의 것을 사랑하고 소중하게 여기기 때문이다. 국왕이 인민의 권력의 권위를 자기 쾌락의 보조자로서 봉사케 하기 위하여 받은 것은 아니다." 그러므로 이와 같이 살펴볼 때 국왕은 인민의 이익에 대한 관리자에 지나지 않는다는 결론이 나온다. "결론을 말한다면 국왕은 왕국 재산의 소유자도 용익권자도 아니며, 아무래도 단순한 관리자에 지나지 않는다는 결과가 나온다. 그렇다면 국왕의 사인의 재산 소유권, 사용권, 또는 수익권을 자기 것이라고 주장할 수는 없으며, 완전히 국가에 것을 수밖에 없는 공공의 수입을 자기 것이라고 주장할 이유도 없다."

(2) **저항권** 앞에서 보았듯이 통치권력이 인민과 통치자 사이의 계약에 의해 발생하고 그 계약에 의해 제한받고 있다고 한다면, 이와 같은 계약이 없는 곳에서는 정당한 권력은 성립될 수 없으며, 또 일단 계약으로 성립된 정당한 권력도 그 계약상 제한 밖에서 행사된다면 그것은 정당한 권력의 행사라고 할 수 없다. <폭군에 대한 권리 주장>의 저자는 계약의 기초를 갖지 못한 이와 같은 통치권력자를 tyrannus(폭군)이라고 부른다. 그런데 이 설명에서도 알 수 있듯이 폭군은 두 가지 범주로 구별된다. 즉 하나는 계약의 기초 없이 마음대로 권력자임을 참칭(僭稱)하고 있는 폭군으로 저자는 이를 '자격 없는 폭군'이라고 부른다. 다른 하나는 일단 정당한 군주가 된 후 계약에 위반하여 권력을 행사한 결과 폭군으로 전락한 자로서 이를 '행사에 의한 폭군'이라고 부른다. 이 구별은 실은 드 베즈의 저작에서도 주장되었던 바이며, 이미 말했듯이 중세 이래 일반적으로 받아들여졌던 구별이다.

무론 이 기준에 의해 어떤 경우에 폭군이라고 판정될지는 어려운 문제를 포함하기 때문에, 저자는 폭군은 무엇인가에 대한 설명을 상세히 하고 있다. 여기서는 몇 가지 인용으로 이를 예시하는데 그친다. "우리는... 다음과 같이 결론하지 않을 수 없다. 즉 자기 자신의 이익이나 쾌락에만 몰두하여, 혹은 쉽게 그런 사태에 이를만한 목적에 몰두하고, 모든 법을 멸시하거나 왜곡하고, 야만적인 적이 저지르는 것보다 더 가혹하게 그 주민을 사역하는 군후는 현실적으로 폭군이라고 불려야 하며, 또 이와 같은 방식으로 그 왕국을 통치하는 자는, 그 범위가 광대하지 않아도 적법한 통치자라기보다 부정한 약탈자, 해적이라고 해야 옳다." "우리에게는 폭군에 관해 더 상세하게 논하는 작업을 해야 한다. 우리는 상속을 통해 귀속되었는지, 선거를 통해 위탁되었는지를 묻지 않고, 왕국을 적법하게 통치하는 자는 국왕이라는 것을 분명히 했다. 그래서 다음과 같은 결론을 얻게 된다. 국왕에 대립하는 자로서 폭력 또는 간접적인 수단으로 왕국을 손에 넣은 자이든, 적법한 선거 또는 상속을 통해 서임되었지만 왕국을 법과 형평에 의하지 않고 통치하는 자이든, 혹은 그가 왕으로서 추대되었을 때 엄격하게 그 이행의 의무를 졌던 그 계약이나 협정을 이행하지 않는 자이든 그들은 모두 폭군으로 간주된다. 이 모든 현상이 동일인에게 발생하는 일도 흔히 있다. 첫째 것은 일반적으로 자격 없는 폭군이라고 불리며, 둘째 것은 행사에 의한 폭군이라고 불린다. 그런데 폭력으로써 왕국을 점유하고 있는 자가 올바르게 통치하거나 적법한 자격이 있는 자가 부정하게 통치하는 일은 자주 일어난다. 그러나 왕국은 상속 재산이라기보다는 하나의 권리이며, 재산이라기보다 직무이므로, 잘못된 문으로 들어가 그 자리에 앉은 자보다 그 의무를 올바르게 이행하는 자 쪽이 오히려 폭군의 이름에 걸맞다." 이와 같이 저자는 '행사에 의한 폭군' 쪽을 실질적으로는 악질이라고 보고 있다. "요컨대 행사에 의한 폭군은 그 포학(暴虐)을 그 자격의 정당성으로 얼버무리려고 헛되게 애를 쓰고 있지만, 애초의 부당침입이라는 포학을 적법하고 올바른 통치를 계속함으로써 속죄하고 있는 자격 없는 폭군보다 훨씬 더 비난에 값하는 자이다."

이로써 알 수 있듯이 폭군이란 통치권을 부여한 계약이 없거나 계약의 조항에 의하지 않고 통치하는 자를 가리키지만, 중세 이래의 계약이론을 이 경우에 적용한다면 그 당연한 결과로서 그와 같은 폭군에 대해서 인민은 저항할 권리를 가지며 그럴 의무마저 갖게 된다. "그러므로 신의 법을 헌신짝처럼 버리고, 신의 교회를 폐지하는 국왕에게 저항하는 것은 적법하다. 뿐만 아니라 이 의무를 게을리 하는 자는 그 국왕과 동죄이며 같은 형벌을 받아야 한다는 것을 명심해야 한다." 이는 국왕의 신법위반인 경우지만, 통치계약 위반에 대해서는 어떻게 생각하고 있는 것일까. "우리는 이미 모든 국왕은 그 왕권을 인민으로부터 받고 있으며 하나의 집단으로서 인정된 인민은 국왕보다 강대하며 보다 높다는 것을 증명했다. 또 국왕도 황제도 왕국 및 제국의 제1의 최고 통치자 및 재상에 지나지 않으며, 인민은 절대적인 주권이며 왕국의 소유자라는 것도 증명했다. 그래서 폭군은 마치 그 서임조건을 위반하여 felony의 상태에 있는 봉주와 마찬가지로, 인민의 존엄에 대한 반역의 죄가 있으며 같은 형벌을 받아야 한다...는 결론에 이르게 된다. 그러므로 발토루스가 말하는 대로 '그는 자기보다 상위인 영주의 사람들에 의해 그 지위를 받거나 아니면 통치권에 대하여 폭력을 휘두른 자를 처단하는 율리아법에 의거하여 처벌받아야 한다.' 인민의 집단은 그 집단을 대표하는 사람들의 주권자이어야 할 것이다. 그것은 어느 곳에서는 선거이며, 공정이며, 귀족이며, 다른 곳에서는 전 신분회의이다. 그리고 폭정이 정착되어버려 그것을 배제하려면 힘에 호소하는 수밖에 없는 경우에는, 이들은 인민에게 무기를 들도록 호소하고, 군대를 징모하고, 그 전 권력을 동원해서 폭군에 대하여, 국가의 적에 대한 것과 마찬가지로 모든 수단과 전술을 사용하는 것은 적법하다." "옛부터 그리고 도처에 인민과 군주 사이에는 쌍무적·상호적 의무가 존재하고 있다. 한 편은 선량하고 현명한 군후이기를 약속하고, 다른 한편은 군후가 올바르게 통치하는 한 성실하게 복종할 것은 약속한다. 그러므로 인민은 군후에 대하여 조건부로 의무를 지고, 군후는 인민에 대하여 조건 없는 의무를 진다. 이리하여 군후가 약속을 게을리하면 인민은 복종을 면하게 되고, 약속은 무효로 간주되고

채무에 대한 권리는 무력화된다. 다음으로 국왕이 부정하게 통치하면 그는 선서위반의 책임을 지고, 인민이 국왕의 적법한 명령을 어기면 그 또한 선서위반의 책임을 진다. 그러나 폭군의 부정한 지배를 공적으로 부정하는 인민은 분명 모든 배신의 죄를 면할 수 있다.

..... 이리하여 왕국의 관리들은, 그 전부이든 그 중 상당한 수이든, 폭군을 능가할 것이 허용된다. 그것은 그들에게 단순히 적법일 뿐만 아니라 그들의 의무가 명백히 그것을 요구하고 있는 것이다."

(3) 누가 저항권을 현실적으로 행사할 수 있는가 앞에서 본 바와 같이 인민에게 저항권(혹은 차라리 의무)이 있다는 것은 분명하다. 그러나 여기서 인민이라고 지칭되어 있는 것은 개개의 인간을 가리키는 것일까. 앞의 인용문 군데군데에서 언급되어 있듯이 저자는 이점에 있어서 완전히 칼뱅 및 드 베즈의 선에 충실하게 따르고 있다. 저자는 결코 근대적인 의미에서 민주주의자인 것은 아니다. 그는 개개의 인민에 대해서는 신용을 두고 있지 않다. 그것은 Herr Omnes라고 부르면서 인민을 멸시했던 루터 시대에서 멀지 않은 이 시대로서는 오히려 당연한 일인지도 모른다. 저자는 '인민의 저항권'이라는 문제를 제기할 경우 있을 수 있는 세상의 반대를 예상하여 다음과 같이 말한다. "나는 다음과 같은 반론이 제기되리라 는 것을 알고 있다. 무슨 소리를 하는가? 수없이 많은 머리를 가진 동물인 전 인민이 국사를 처리한다면 반란적 무질서에 빠지지 않을 수 없지 않은가? 통제하기 어려운 분방한 군중에 어떤 목적지와 방향이 있단 말인가? 국무를 처리하는 어떤 분별과 지혜가 있단 말인가?" "우리가 전 인민이라고 할 때 그 의미는 인민으로부터 그 권력을 받고 있는 자뿐, 즉 국왕보다 하위에 있지만,.... 주권의 침해를 억제하고, 인민의 전 집단을 대표하는 호민관적 권력을 갖춘 시정관을 가리킨다. 우리는 또 모든 국무에 절대적으로 관여하는 전 신분회의도 생각하고 있다. 이것은 왕국의 축도에 다름 아니다. 이와 같이 해서 전 이스라엘, 전 유다야 및 베니아민, 기타가 집회했다. 그런데 전 인민이 한 사람 한 사람 거기에 와서 모였다는 도저히 있을 것 같지 않다. 그 순위에 대해서는, 잘 통치되는 모든 왕국에는 군후, 궁정의 관리, 귀족, 최대 최고의 영주, 지방의 대의원이 있으며, 그 사람들에 의해 통상적인 신분회의 또는 의회 또는 세계의 여러 나라들에서 다른 명칭으로 불리는 기타의 회의가 구성된다. 이 회의의 주요한 관심은 교회 또는 국가간의 무질서나 손해를 방지하고 개혁하는 일이다." 저항권을 행사할 수 있는 것은 이와 같이 개인이 아니다. "개인 또는 사인은 자기를 강제하여 우상숭배자로 만드는 군후에 대하여 무기를 들 의무는 없다. 신과, 신의 인민이고자 하는 전 인민과의 사이의 계약은, 그 인민에게 그렇게 할 것을 의무지우지 않는다. 왜냐하면 전체의 보편적 집단에 소속되는 것은 결코 개인에게 고유한 일이 아니며, 마찬가지로 집단이 부담하고 이행할 의무가 있는 것은, 어떠한 이유에서도 개인으로부터는 요구되지 않기 때문이다." 아니 개인은 저항하지 않아도 될 뿐만 아니라 저항할 것이 허용되지 않는다. "모든 사인은 어떤 권력도 갖지 않는다. 그들은 지배권을 갖지 않으며 권력의 칼을 뽑을 사명도 없다." 다만 자격없는 폭군에 대해서는 사인도 저항할 수 있다. "그러나 개인이나 사인은 행사에 의한 폭군에 대해서는 칼을 뽑아서는 안 된다. 왜냐하면 그들은 개인에 의해 세워진 것이 아니라 인민의 전 집단에 의해 세워진 것이기 때문이다. 그러나 자격 없이, 인민과의 계약도 협정도 없이 침입한 폭군에 대해서는 누구에게도 차별없이 이에 반대하고 배제할 것이 허용된다." 이러한 이유로 저항권을 행사할 수 있는 것은 전 인민을 대표할 자격이 있는 자이며, <폭군에 대한 권리 주장>의 저자는 이어서 이렇게 말한다. "군후는 사인이나 개인에 의해 세워진 것이 아니라 전 집단으로서 인정된 모두에 의해 세워졌다. 따라서 사인은 군후에 대하여 무언가를 도모하기 전에, 전체의 즉 왕국, 주, 도시, 또는 적어도 그 중 어느 것의 대표적 집단의 명령을 기다리지 않으면 안 된다." 이러한 인민으로서의 대표기관인 전 신분회의에 대하여 저자는 다음과 같이 말한다. "옛날에는 해마다, 그 후에는 그 만큼 빈번하지는 않지만 무언가 긴급한 필요가 요구할 때 전 신분, 즉 3신분이 집회하여, 거기에는 어떤 규모든, 모든 주나 도시, 즉 시민, 귀족 및 성직의 전부가 그 대의원을 보내, 거기서 그들은 공적으로 국가에 관한 것을 토의·결정했다." "만약 법률에 단축하거나 부가하

거나 혹은 삭제해야 할 무엇인가가 있다면, 군후는 전 신분을 소집하여, 그 충언 및 결정을 요청하고, 그 전체가 전 신분에 의해 우선 적법하게 검토되어 승인되기까지는 어떤 일도 감히 공표하지 않는다는 것이 군후의 의무이다. 법률이 일단 공표되면 우리는 그것에 복종하지 않으면 안 된다.”

[4] 모나르코마키 사상의 문제점과 근대적 정치사상에의 영향

앞에서 말한 바에서 알 수 있듯이 모나르코마키 사상은 여전히 중세사상의 강한 영향 하에 있다. 그러나 동시에 이들의 사상 속에는 그것을 넘어 근대적인 정치사상으로 발전해 가는 맹아가 숨어 있다는 것도 부정할 수 없다. 분명 트로이만이 말하듯이 이들 사상가들은 “회의와 신앙, 권위에 대한 종속과 자주성을 위한 투쟁 같은 징표로 근세와 중세를 함께 가지고 있다. 그러나 그럼에도 불구하고 그들은 근대 데모크라시의 조상으로 인정해야 한다”

여기서 앞에 소개했던 3인의 모나르코마키를 포함하여 그 전체에 대해 이와 같은 관점에서 몇 가지 문제를 고찰해본다.

첫째로 모나르코마키의 원시계약사상은 이미 중세부터 존재하고 있던 사회계약 내지 국가계약의 사상을 이어받고 있지만, 이 점에서는 반드시 명확한 사상을 내놓고 있지 않다. 적어도 사회 내지 국가를 구성하는 개인이 어떻게 해서 그와 같은 법이나 권리의 주체로서의 인격을 형성하는가라는 문제는 정면으로 다루지 않고 있다. 따라서 원시계약은 오로지 국가권력이 군주와 인민 사이에서 어떻게 성립하고, 어떻게 군주가 담당하게 되는가라는, 이른바 지배계약으로서 고찰되고 있다. 거기서는 인민이 본래의 권력의 주체지만, 인민이 이를 계약에 따라 군주에게 양도 내지 허여(許與)한 것이 되지만, 모나르코마키는 인민이 이 권력을 인민에 이익이 되도록 올바르게 행사할 것을 조건으로 군주에게 허여한 것이라고 생각한다. 거기에는 필연적으로 두 계약 당사자가 대립하게 된다. 그래서 계약론을 논리적으로 관찰해 나가면 계약위반이 있었는지의 여부를 누가, 어떤 규범을 근거로 판정하는가가 무제가 되지만, 모나르코마키에서는 인민주권의 입장에서 인민이 그 판정자가 되지 않을 수 없다. 그러나 그것은 결국 소송당사자의 한 편이 동시에 재판관이 되는 것을 인정하는 결과 되므로, 법이론으로서는 매우 큰 약점을 갖는다고 하지 않을 수 없다. 이 점을 찌른 사람이 홉스였으며, (다음 시대가 되고 나서였지만) 그는 이 난점을 회피하기 위한 교묘한 사회계약론을 고안해냈다. 홉스에 의하면 자연상태에서의 개개인인 만인의 만인에 대한 투쟁 아래 놓여 있기 때문에 이 전쟁상태를 종식시키기 위해 사회계약을 맺지만, 그것은 개개의 인간이 서로 계약해서 하나의 법인을 만들고, 동시에 이 계약 속에서 자연상태에서 가지고 있던, 자기가 자기를 통치하는 권리를 제3자인 한 사람 또는 집단으로서의 통치자에게 완전히 양도한다. 이 계약은 일종의 제3자를 위해 맺는 계약이며, 제3 수익자는 인민과의 사이에서 아무런 계약도 맺지 않으며, 따라서 인민에 대해 하등의 의무도 지지 않지만, 반대로 인민은 그들 상호의 계약을 통해 통치자에 대해 절대적인 복종의 의무를 지게 된다. 이와 같이 절대주의의 이론적 기초가 놓인다. 이 홉스의 사고 틀을 이어받으면서 인민의 절대주권을 인정한 사람이 루소였다. 그에 따르면 자연상태에서 시민상태로의 이행에 사회계약이 존재하는데, 이를 통해 개개인은 홉스 이론에서처럼 서로 권리·의무의 관계에 서는 것이 아니라, 개개인은 이 계약에서 이를테면 설립주의의 사단(社團)과 계약을 맺는 것이며, 그 내용은 장래의 법인인 인민의 단체를 주권자로 하고, 개개인은 이 인민 전체에 복종한다는 것이다. 이런 범위에서는 모나르코마키의 지배계약의 이론과 그리 다르지 않아 보인다. 왜냐하면 인민의 단체와 개인 사이의 상호계약이라고 한다면 주권자인 인민을 계약위반의 중국적 판정자로 하지 않을 수 없으며, 그것은 당사자가 재판관이 된다는 남점을 여전히 수반하기 때문이다. 루소는 모나르코마키의 선에 따라 인민주권의 원리에 서면서 이원적 국가론에 빠지는 것을 피하려는 노력을 하고 있으나, 그가 주장하는 바는 상당한 문제

를 내포하고 있다. 그는 사회계약을 매우 특수한 계약이라고 설명한다. “이와 같은 문제의 모두를 충분히 결정하기 위하여 우리는 사회계약이 특수한 성격을 가지고 있으며, 인민은 자기 자신과 밖에 계약하지 않는다는 점에서 완전히 독특하고 고유한 것이라는 사실을 늘 기억하는 마음가짐이 필요하다. 즉 이는 주권자인 단체로서의 인민과 신민으로서의 개개인의 계약이다. 이는 정치기구의 전(全) 기교(技巧)와 작동을 만들어내는 조선이며, 그것 없이는 불합리하고 폭정적이며, 가장 심한 남용 가능성이 있는 계약 관계가 될 수도 있는 것을 정당하고 합리적이며 위험이 없는 것으로 만들 수 있는 유일한 조건이다.”⁸²⁾ 라고 말한다. 그리고 루소는 사회계약의 두 계약 당사자 중 계약위반의 우려가 있는 것은 개인뿐이라는 주장을 하는 것이다. 루소의 이 설을 잘 이해하기 위해서는 그의 유명한 ‘일반의사’ 개념을 이해할 필요가 있지만 여기서 깊이 들어갈 수는 없다. 다만 우리는 루소가 모나르코마키의 인민주권의 원리를 살리면서 그 난점을 극복하기 위해 얼마나 악전고투했는지를 이해하는 것으로 족하다.

이와 같이 해서 국가론은 17세기, 18세기를 통하여 이론적으로 정리되어 가지만, 저항권의 이론은 이와 같은 국가의사의 일원화에 의해 오히려 그 기초가 약화되어 가는 것도 부정할 수 없다.⁸³⁾ 이 이미에서는 저항권 문제를 생각하기 위해 다시 한 번 모나르코마키 이론을 충분히 검토하고, 현대에 있어서는 이미 이런 이론을 되살릴 여지가 완전히 없는 것인지를 반성해볼 필요가 있는 것이 아닐까?

또, 이 지배계약을 작동되게 하는 법으로서 어떤 것이 고안되고 있었던 것일까? 이 계약이 글자 그대로 원시계약이라고 한다면, 이 계약의 성립 전에는 국가가 존재할 수 없으므로 국가법은 없다는 이야기가 된다. 결국 그것을 작동되게 하는 것은 자연법이 되겠지만, 이 점은 그리 명확하게는 논의되고 있지 않다. 트로이만은 다음과 같이 말한다. “저항권은 모종의 제한을 전제로 하고 있으며, 그 제한에 대한 위반이 결과적으로 이 권리를 실현시킨다. 모나르코마키는 이 제한을 단순히 신법이나 자연법에서 찾았을 뿐 아니라, 또 실정법에, 즉 지배자가 인민으로부터 받은 법률이나 지배계약의 조항에서 이를 찾았다.” “모나르코마키로서는 국가가 한 개의 계약, 한 개의 법의 근거를 두고 서 있다는 것, 그래서 국가가 법에 의해 존재한다는 것이 중요한 것이다. 모든 실정법규는 자연법에 의해 그어진 동그라미 안 쪽에 머물러 있어야 한다. 고대에서와 마찬가지로 법은 만들어지는 것이 아니라 발견되는 것이다...” 이 것은 국가권력이 절대적이지 아니라 법에 의해 제한되고 있다는 사실의 중세적 사고선상에서의 표현이라고 해도 틀리지 않을 것이다. “모나르코마키는 지배자에 대한 법의 제한을 구했다. 권력은 법률에 결박되지 않으면 안 된다는 요망을 표명함으로써 그 주장은 건대적인 법치국가사상에의 이행을 나타내고 있다. 법의 제한을 일탈하는 권력에 대해서는 저항이 허용되는 것이다.”

둘째로 생각해 할 것은 인민주권의 사상일 것이다. 이 사상도 결코 모나르코마키에 비롯되는 것은 아니지만, 그것이 주장하는 바는 앞에서 본 바와 같이 매우 선명하고도 래디컬하다. 기르케(Gierke)가 주장하듯이 이 사상에는 카톨릭 내부에서 교황 지상주의에 대항해서 15세기부터 16세기에 걸쳐 격렬하게 주장된 공회의 지상주의가 큰 영향을 주고 있음을 감안할 때,⁸⁴⁾ 사상적으로는 살은 선상에 있는 프로테

82) <에밀> 제5편

83) “신분제 국가에서 절대국가에의 이행과 더불어, 그리고 이와 결합된 국가 내부의 이원성의 해소와 더불어, 실정법 제도로서는 저항권은 독일 영방 내에서는 배제되어버렸다”(Hayland)

84) 이 설 (인민주권설)은 교황과 공회의 사이의 대 분쟁으로 그 문제가 교회로 옮겨짐으로써 보다 높은, 그리고 보다 일반적인 의미를 지니기에 이르렀다. 교황적 절대주의의 이론은 그 최성기에 있어서도 교회 전체를 대표하는 공회의는 어떤 의미에서 군주제 원리를 쥔 권리가 있다는 생각을 완전히 불식하지 못했지만, 이 맹아의 발전으로부터 이미 순 교회법의 영역에서 다음과 같은 설이 나올 수가 있었던 것이다. 즉, 그것에 의하면, 교황의 통상의 위

스탄트의 모나르코마키가 거기서 많은 것을 받아들인 것도 충분히 상상할 수 있을 것이다. 특히 <폭군에 대한 권리 주장>(Vindiciae...) 속에서 명확하게 주장되고 있는, 국왕이라 할지라도 본질적으로는 어떤 인간보다 뛰어난 것이 아니라 완전히 평등하다는 사상은, 그리스도교의 근본사상의 하나이며, 그것이 위그노 이론에도 명료하게 읽힐 수 있듯이, 그리스도교의 서 유럽 정치·사회이론에의 가장 큰 기여 중 하나였음을 기억해야 한다. <Vindiciae> 전반에 관통되는 봉건적 사상의 강도에도 불구하고 원리적으로는 (실제로는 이 책 저자의 생각에는 귀족주의 색채가 강하지만) 인간의 평등이 기초로 되어 있다는 사실에 주목해야 한다.

다음으로 인민주권과 관련해서, 인민은 주권을 양도할 수 있는지의 문제가 있다. 홉스가 그 양도를 인정하고 있는 것은 당연하지만, 드라테 (Derathe)에 의하면 그로티우스 이하 많은 자연법학자도 이를 인정하고 있었다. "자연법학과의 원리에 따르면 인민이 주권을 양도할 수 있다는 생각에는 (그 양도에 동의하기에 이른 동기가 어떤 것이든) 아무런 문제가 없다. 이 점에서는 모든 사람이 일치되어 있다. 이에 반하여 주권자도 또한 이 권리를 지니며, 그도 인민으로부터 받은 이 권리를 원하는 대로 양도할 수 있는지에 대해서는 의견이 갈린다."라고 하고, 그로티우스는 주권을 소유권과 동일시하고, 주권자는 이 권리를 완전한 소유권으로서 보유할 수 있으며, 또 이를 용익(用益)권으로서도 보유할 수 있다고 하고 있다. 이에 대해 루소는 주권을, 양도할 수 없으며, 시효 적용이 없으며, 거래할 수 없는 권리라고 주장하고 있다. 그것은 그가 주권을 소유권과 동일시하는 것이 아니라, 개인의 자유와 동일시하기 때문이다. "소유권은 인간의 약속에 지나지 않으며, 제도에 지나지 않기 때문에 누구도 그 소유하는 것을 뜻대로 처분할 수 있다. 그러나 자연의 본질적인 선물에 대해서는 같은 논리가 해당되지 않는다. 예를 들어 생명이나 자유와 같은 것은, 각자가 그것을 향유할 권리가 있으나, 그것을 포기할 권리가 있는지 여부는 적어도 의심스럽다... 그것을 포기하는 일이 인정된다면, 어떤 대가를 받는 포기든, 자연과 이성을 손상시키는 결과를 가져올 것이다"고 루소는 말한다. 그것은 인민주권도 마찬가지다. 드라테는 그 이유로서 "왜냐하면 인민주권이야말로 시민사회에 있어서 개인의 자유에 대한 유일한 보장이기 때문이다"라고 한다.

이 점에 대해 모나르코마키는 어떻게 생각하고 있었을까? 이 점은 이미 드 베즈의 이론을 소개하면서 간단히 언급했지만, <Vindiciae> 속에는 인민주권 불가양을 떠올리게 하는 다음과 같은 발언이 있다. "대부분의 국왕이 그것에 훌쩍 빠져 그럼으로써 그 국왕들을 견디기 어려운 존재로 만들고 있는 그 방자하고 무통제한 권력은, 이를테면 장기간 계속됨으로써 그 권리가 시효취득된 것이며, 그리고 인민은 그것을 행사하지 않은 결과 자기들의 정당하고도 오랜 권력을 (상실하지 않는다 하더라도) 암묵적으로 포기한 꼴이 되었다... 그러나 그와 같은 어떠한 시효도 핑계도 인민의 권리를 정당하게 침해할 수는 없다. 국고는 인민의 권리에 대하여 어떠한 시효의 규정도 인정하지 않는다고 일반적으로 주장되지만, 하물며 인민의 전 단체에 대해서 그럴 수는 없는 노릇이다. 그 권력은 국왕의 권력에 우선하며 국왕은 인민의 권리에 근거하여 그 특권을 받는 것이기 때문이다. 군후는 단순한 관리자에 지나지 않으며 인민이야말로 공공의 재산의 진정한 소유자인 것이다." 이 말은 인민의 재산권을 국왕이 마음대로 처분할 수 없다는 것을 말하는 것처럼 보이지만, 이 저작에는 별도로 '인민의 재산은 국왕에게 귀속되는'이라는 제목으로 논의되는 부분이 있는 것을 볼 때 보다 기본적인 인민의 권리를 대상으로 하고 있다고 봐도 된다. 나아

월성에 불구하고 어떤 관계, 어떤 상태에 관해서는 (교회) 전체의 예외적 우월성이 타당하다는 것이다." (기르케) "세계사의 가장 혁명적인 공식문서는 아마도 교황에 대한 공회회의의 우월성을 인정하고, 천년에 걸친 신적 권위를 미온적인 입헌주의 속으로 몰아넣으려는 콘스탄츠 공회회의의 의결일 것이다. 이 운동은 중세 입헌주의의 정점을 이룬다. 그것은 중세 세계와 근대세계 사이의 분수령을 이룬다" (Figgis)

가 이 문장에 뒤이어 다음과 같은 서술도 있다. "...어떠한 폭군적 침입 또는 찬탈도 그와 같은 상태의 계속도 세월이 지났다고 해서 적법한 자유를 시효에 걸리도록 하는 일은 있을 수 없다. 국왕은 5백 년 전에 살고 있던 인민에 의해 왕위에 오르고 그리고 그 인민으로부터 그 권력을 받았기 때문에 현재 살고 있는 인민으로부터 받은 것은 아니라고 반발할지 모르지만, 나는 말한다. 국왕이 차례차례 이 세상을 떠나도 국가는 결코 죽지 않는다. 왜냐하면 늘 흐르고 있는 물이 강을 영속적으로 존재케 하듯이 생사의 끊임없는 교체가 인민을 불멸케 하고 있는 것이기 때문이다."

마지막으로 대의제의 문제를 지적해두고자 한다. 이미 봤듯이 모나르코마키의 이론가들은 저항권의 행사를 각 개인에게는 인정하지 않고 이를 일정한 공직에 있는 자에 한정했다. 이 점에서는 매우 회귀한 예외로서 개인에게 저항권의 행사를 인정했던 부카난을 제외하면, 모든 모나르코마키의 의견은 일치되어 있으며, 위그노가 칼뱅의 주장에 충실했던 것은 당연하다고 하더라도 카톨릭 측에서도 거의 같은 현상을 보인다. 그리고 앞에서 봤듯이 인민주권 원리 위에 서면서 이들 이론가들은 실제로는 저항권 행사의 가장 바람직한 형태로서는 인민의 대표인 전신분회의가 이를 행사하는 것이라고 생각하고 있었던 것 같다. 그것은 이미 본 오트만이나 <Vindiciae>의 저자에게는 매우 명료하게 나타나 있다. 그들은 분명 전(全)신분회의를 인민의 대표기관이라고 생각하고 있었다고 보지만 거기에 대의제에의 지향이 발견된다고 할 수 있다. 이 관점도 기르케에 따르면 이미 중세시대에 교회법의 법리로서 발전되어 있던 것으로서, 모나르코마키는 여기서도 중세사상의 계승자이다. "이와 같이 중세에 형성된 대의제 원리의 이론은 16세기에는 새로운 사상에 의해 풍부하게 만들어지는 일은 없었다. 인민의 총체에 정치적인 권리를 인정했다는 의미에서, 사람들은 대체로 신분회의에 의한 그 행사를 자명한 일로 받아들이고 있었지만 그 대리의 직무의 기초를 더 나아가서 구명하는 일은 없었다... 이리하여 일반적으로 말하면 모나르코마키의 일부만이 그 인민주권설의 실제상의 수행에 거의 없어서는 안 될 대의제 원리에 얼마간 심화된 관심을 나타냈을 뿐이다. 그러나 그들도 대체로 일반적이고 불명확한 주장에 머물러 있었다." "반대로 직접적인 인민집회에 최고결정권을 유보한 주장은 드물지만 유니우스 부루투스는 '왕국의 축도'(Epitome Regni)인 '인민의 대표자'의 집회에 인민에 대한 것과 동등한 권리를 인정했다. 그러나 이 집회를 '제정권력자인 인민'에 종속되는 것이라고 생각하고 인민대표는 그 불이행이나 결정으로서 인민의 권리를 현실적으로 손상할 수 없음을 자세히 논했다. 동시에 한편으로는 칼뱅의 에포르설의 영향으로, 다른 한편으로는 주어진 신분적 제도와의 관련에서, 모나르코마키의 국가는 그 인민대표와의 수적균형을 맞추기 위해 데모크라틱한 기본원리에도 불구하고 강한 귀족주의의 각인을 지니고 있었다." 이 대의제의 원리는 더 나아가 아루투지우스에 의해 보다 체계적으로 전개되지만 대륙에서는 이윽고 절대왕제가 확립됨으로써 이 이론은 잠시 침묵하기에 이른다. 그것은 주로 영국의 현실과 이론 속에서 발전되지만 대륙에서는 몽테스키외에 의해 부흥되었다. 루소가 대의제를 부정한 것은 잘 알려져 있지만 이런 점에서 그는 모나르코마키의 계승자는 아니었다.

5. 맺음말

이상으로 저항권 사상이 서유럽에서는 아주 오랜 옛날부터 많은 곡절을 겪으면서, 많은 이론가들의 노력에 의해 구성되어 왔다는 것이 명백해졌다고 생각된다. 이 글에서는 일단 16세기까지의 발전을 더듬었을 뿐이며, 그후의 역사도 계속 연구되어야 하지만 여기서는 그것을 수행할 수는 없다. 우리는 결론으로서 이 연구를 통해 도달한 다음과 같은 점에 주의를 환기하는데 그치고자 한다.

첫째로 이와 같은 저항권의 발전을 불완전하게나마 살펴본 바에 의해서도 이 관념이 근대적 기본적인 권리의 중핵을 이루는 것이라는 점은 분명하다. 저항권은 그 이론적 기초로서 국가권력이 본래 제한된

것이라는 점을 근거로 하고 있다. 더욱이 그 제한은 개개 인민의 기본적 자유(루소 식으로 말하면 자연적 자유)의 보장을 위한 불가결의 요건으로서 의식되고 있는 것이다. 이 의미에서 그것은 근대적인 자유주의·개인주의와 결합되어 있으며 오늘날에는 이미 전면적으로는 타당하지 않다고 할 수 있을지도 모른다. 그러나 우리의 문제는 우리 자신이 지금도 여전히 이 중심적인 사상을 자기 것으로 만들지 못하고 있다는 점이다. 우리는 자유주의·개인주의의 사상을 자기 것으로 하면서, 이를 넘어서 보다 고차적인 입장에 도달한 것이 아니라 오히려 이를 건너 뛰어버렸던 것이다. 따라서 기본적 인권 문제에 대해서도 (일본국 헌법 식으로 말하면) 서유럽에서 오랜 세월의 노력으로 쟁취된 그 성과만을 이를테면 주어진 것으로서 향유하고 있는 것이며 그것을 스스로의 노력으로써 쟁취한 것은 아니라고 해야 한다. 거기에는 이 기본권이 얼마나 귀중하며 얼마나 부단한 의식과 노력으로써 지켜져야 하는가라는 진정한 의미의 인권감각은 존재하지 않는다. 권리인 이상은 계약에 의하든 법에 의하든 그 기초에 보편적인 근거가 있어야 한다. 자기의 이익이나 입장을 지키기 위해서도 늘 이와 대립되는 상대방의 입장까지도 고려하면서 보편적인 기초에 서는 상호양해의 노력을 포기해서는 안 될 것이다. 앞에서 봤듯이 16세기의 저 피비린내 나는 종교전쟁 한가운데서도 한편의 진영이 다른 편 진영을 단순히 무력으로써 타도할 것을 생각하고 있었던 것이 아니라, 이론적으로도 일반인을 납득시키고자 하는 끊임없는 노력이 있었다는 것을 잊어서는 안 된다. 원시계약에 대해서도, 인민주권과 현실의 국가권력의 담당자와의 관계에 대해서도, 혹은 저항권을 누가 행사할 수 있는지에 대해서도, 당시 일반 사람들의 공통의 의지처였던 성서나 로마법 이론을 동원하면서 얼마나 정교한 법이론이 전개되고 있었는지에 충분한 주의가 기울여져야 한다.

둘째로 역사가 가르치는 바는, 저항권 사상의 발전을 통해 국가권력의 유한성, 국가의 상대성이 밝혀졌다는 점이다. 국가계약의 이론은 인민이 국가를 만든 것이며 국가를 위해 인민이 있는 것이 아니라는 것, 자연상태의 불편함을 제거한다는 목적 아래 국가를 만든 것이며 국가는 그 목적달성을 위한 수단에 지나지 않음을 명백히 했다. 신권설은 국가의 절대불가침을 주장하지만 국가계약설의 전통이 없는 일본을 비롯한 동양 나라에서는 오히려 신권설적인 국가관이 무심코 받아들여질 소지가 존재한다. 그러므로 우리는 국가계약설을 충분히 이해하고 소화할 필요가 있다. 이 이론의 발상지인 서유럽에서는 오늘날 이미 국가계약설을 제대로 승인하는 자는 없다. 그러나 이를 국가의 역사적 기원의 문제로서가 아니라 그 권리근거의 문제로서 생각할 때, 이를 가지고 황당무계하다고 평하는 일은 엄하게 삼가야 할 것이다. 1936년에 <사회계약론>을 쓴 고우흐는 “1세기 전에는 진보적 정치사상의 희망이었던 자유주의의 여러 원리가 전 유럽에서 방기되고 짓밟히고 있는 오늘날, 사회계약에 관한 책을 쓴다는 것은 무의미한 것처럼 보일지도 모른다. 왜냐하면 자유를 위한 모든 장비 속에서 이것은 아마도 가장 많이 닳아빠지고, 비평가들로부터 가장 조롱받고, 그 생존경쟁에서 오늘날 가장 쓸모없는 것이라고 할 수 있기 때문이다. 게다가 개인자유와 절대주의에 대한 투쟁은 여전히 현실의 것이며, 우리의 근대적 폭정의 출현은 확실하게 절대주의를 부활시키고 있기 때문에, 정치적 자유는 단순히 대중의 경제적 착취를 의미하는데 지나지 않는다는 마르크스주의의 논의에도 불구하고, 우리가 대중의 자유를 위한 투쟁 속에서 사회계약이 수행했던 역할을 다시 연구하는 것은 시간낭비라고 할 수는 없을 것이다. 오늘날에는 17-18세기에 전제정치에 반대하기 위하여 고안된 논의와는 또 다른 논의가 필요하지만, 잘못된 또는 지지하기 어려운 많은 것들 속에, 더욱이 계약설의 외형의 밑바닥에, 하나의 진리가 가로놓여 있음을 우리는 발견한다”라고 말하고 있다. 고우흐는 바로 이어서 다음과 같이 말하기도 한다. “실제로 우리가, 국가 또는 정부의 기원은 개개 인간의 모종 상호협정에 기인하는 바 크다고 논의되는 것을 볼 때, 그 협정이나 합의가 상정하고 있는 조항이 어떤 식으로 차이가 나든, 그 협정을 나타내기 위해 사용된 정확한 술어가 어떤 것이든, 우리는 본질적으로 사회계약에 의해 고안된 관념인 정치적 여러 관념세계 속에서 움직이고 있는 것이다. 이들 관념이 언제 누구에 의해 최초로 계약이라는 말로써 표현되기에 이르렀는지를 탐구하는 것은 흥미로운

일이며, 또 실제로 중요한 결과를 만들어가고 있다고는 해도, 어느 의미에서는 그와 같은 표현은 부수적인 것에 지나지 않는다. 왜냐하면 용어의 문제보다, 나아가서 계약설이 진리나 오류냐의 문제보다, 더 깊은 중요성을 갖는 것은 계약론자가 궁극적으로 옹호하려고 했던 원리이다. 결국 문제는 정부의 권리와 권력이 궁극적으로는 개인의 생득의 권리와 권력에 유래된다고 생각하는 자와, 이를 부정하고 권위는 원래 국가 자체에 속한다고 주장하는 자 속에 존재한다. 국가는 실제로 개인의 인격의 온전한 발전을 확보하는 수단으로 존재하는가, 아니면 절대적, ‘전체주의’ 국가야말로 전능의 실재인이며, 개인은 그 모범에 따라 만들어지고, 개인은 다만 그 목적에 봉사하기만 해야 하는가?” 고우흐가 말하는 이와 같은 국가계약의 기본사상은, 그것이 홉스에서처럼 절대주의 국가의 기초근거에 도움이 되고 있는 경우에 있어서조차도, 원리적으로는 국가가 하나의 수단에 지나지 않음을 전제로 하고 있다는 것은 매우 주목할 만한 일이다. 이 점에 대해서 피터 코르넬리우스(P.Cornelius)와 마이어 타슈(Mayer-Tasch)가 <Thomas Hobbes und das Widerstandrecht>(1965)에서 상세하게 논하고 있지만⁸⁵⁾ 여기서는 그것을 본격적으로 소개할 여유가 없다. 다만 몇 군데만 인용해 두기로 한다. “개개인의 상호적인 약속은, 국가권력으로 변한 지배자의 ‘만인에 대한 권리’에 대한 저항의 포기를 본질적으로 의미한다. 그러나 국가 구성의 목적과 사명은 ‘만인의 만인에 대한 보호’, 평화의 보장이다. 따라서 어떤 시민에 대하여, 지배자 또는 그 관리층에서, 이 시민이 국가계약을 (적어도 의제(擬制)적으로) 공동으로 체결함으로써 피하려고 했던 그 위험과 같은 위험을 가지고 협박이 이루어진다면 시민에게는 복종의 의미는 없어진다. 이웃에서 오는 그 어떤 공격으로부터 안전을 얻기 위해서만 그는 그 힘을 국가에게 위탁한 것이다. 이웃 대신에, 그것과 비교도 안 되는 강력한 리바이어던이 그를 위협한다고 하면 그는 소난(小難)을 벗어나 대난(大難)에 빠지는 결과가 된다. 이와 같은 상황에서도 복종과 인내를 요구하는 것은 불합리할 것이다. … 그리고 홉스도 실제로, 누구도 폭력에 저항할 권리를 계약에 의해서 포기할 수 없다고 명언하고 있다. 원시계약의 내용은 이리하여 그 목적에 의해 제한되어 있다.” 마이어 타슈가 말한 대로 홉스에 따르면 자연상태에서의 만인의 만인에 대한 투쟁을 피하기 위하여 사람들은 국가계약을 체결했던 것이다. “안전과 질서가 국가라는 것의 목표의 별이다. 이를 끝까지 지켜내기 위하여 개개인은 그 자연의 권리를 포기했다.(The End of Obedience is Protection) 다만 지배자가 제공하는 보호만이 시민이 제공하는 복종을 정당화한다. 보호와 복종은 국가상태와 불가분리로 결합된 기본적 상관자이다. … 국가가 공공의 질서를 유지할 수 없게 되면 각 국민은 다시 자기의 자연적 권리의 주인이 된다. 원시계약에 의한 의무는 지배자의 현실의 힘에 의해서 그 의무의 엄수가 보장되는 한에서 구속력을 갖는다. 이 힘이 아직도 또는 이미 존재하지 않는다면 모든 계약상의 의무도 또한 소멸된다. 복종 의무와 함께 국가적 통합의 수단도 그리고 국가 그 자체도 소멸한다. …” 이것이 홉스 이론의 논리적 귀결이다. 마이어 타슈에 의하면 많은 학자가 충분한 근거 없이, 홉스는 원시계약을 철회불능이라고 인정했다고 하고 있지만 그것은 정확하지 않다고 하면서 다음과 같이 말한다. “홉스 자신 단 한 군데에서 이 문제에 대해 명백하게 말하고 있다. 리바이어던 6장 20절에서 그는 이렇게 쓰고 있다. ‘최고의 국가권력은 개개의 국민이 서로 맺은 계약에 의해 세워지는 것이며, 그리고 일반적으로 모든 계약의 효력은 계약자의 의사에서 발생함과 동시에 그 효력은 또한 그 합의에 의해 소멸되고 또는 해제되므로, 아마도 모든 신민의 일치로써 최고의 국가권력은 소멸될 수 있다는 결론에 이르게 될 것이다.’ 물론 구성원 전원이 국가계약을 해소한다는 것은 실제로는 일어날 수 없다는 것은 계약의 성립의 경우와 마찬가지로, 계약론의 원래 취지는 국가가 오늘날 일반적으로 생각되고 있는 것처럼 절대적인 것도 신성한 것도 아니라는 것을 나타내는 데 있다. 근세에서 오늘에 이르기까지 국가의 지상권이 확립됨에 따라 국가 내의 질서는 강고해지는 반면, 중세시대의 저 법이 지배하는 세계는 소멸되고, 세계는 거꾸로 자연상태로 빠져들어, 국가를 단위로 하는 만인의 만인에 대한 투쟁

85) 홉스의 저항권에 관한 연구. 매우 재미있고 내용도 뛰어나다.

(bellum omnium contra omnes)이 계속되어 온 것이 현실의 세계의 모습이다. 현대는 국가가 상대화됨에 따라 오히려 세계적 규모에서의 법의 지배를 실현해야 할 시기에 와 있다고 해도 될 것이다. 이런 의미에서도 국가계약설의 현대적 의의는 매우 크다.

마지막으로 앞에서 살펴온 저항권의 역사가 가르치는 바는, 서유럽에서는 저항권이라고 불리는 것에 두 가지 원류가 있다는 사실이다. 하나는 그리스도교적 저항권의 흐름이며 여기서는 그리스도자의 신앙의 순수성을 유지하기 위한 소극적 저항, 차라리 저항의 의무가 주장된다. 그것은 본래 국가의 차원 외에 성립되는 자연법적 저항권 내지 저항의무이며, 1789년의 인권선언의 용어법에 따르면 '인간의 권리'(droit de l'homme)의 범주에 속한다. 이에 대하여 다른 하나의 원류는 게르만적 국가관에서 나오는 것으로서, 이 국가관에서는 국가권력은 그 본질상 무제한이 아니라는 것이 주장되는 점에 특색이 있고, 그것이 주장하는 바는 국가권력에 대립되는 국민전체의 권리로서의 저항권 주장이며, 이 저항권은 정치적 색채가 강한 권리이며, 적극적 저항의 권리라고 할 수 있다. 인권선언의 용어에 따르면 '시민(차라리 국민)의 권리'(droit du citoyen)의 범주에 속한다. 이 두 가지는 중세부터 16세기에 이르는 저항권 이론과 실천의 발전 속에서 교회법적 저항권으로서 점차 떼어낼 수 없이 결합을 강화해 왔지만, 오늘날처럼 정교분리가 근대국가의 기본원리로서 인정되는 조건에서는 이 양자는 각각 별개의 관점에서 고찰되어야 할 것이다. 이 점에 대해서는 이론적으로 더 상세한 설명을 필요로 하므로 이 글에서는 다만 문제를 제출하는 의미로, 주로 '국민의 권리'로서의 저항권과 관련된 몇 가지 사건을 개진한다.

그런데 16세기까지 저항권이 국민의 법적권리로서 지극히 명확하게 주장될 수 있었던 것은, 이미 본 바와 같이 주권자로서의 국민의 총체와 국가권력을 국민으로부터 위양(委讓)받은 국왕이 지배계약의 두 당사자로서 대립되어 있다는 것이 이론적으로 일반에게 의심되지 않았음에 기인하고 있다. 그러나 근대적인 사회계약론에 의해 이와 같은 관점이 국가 의사의 이원성을 인정하는 결과가 되고, 그것은 결국 국가개념과 모순된다고 비판받기에 이른 후로는, 국가 의사의 일원성을 확립하기 위하여 이와 같은 대립을 이론적으로 해소하고자 하는 탐구가 진행되었고, 그 결과 근대적 법치국가에서는 저항권을 인정하는 것은 논리적으로 모순이라고 여겨지기에 이른 것이다. 그러나 이 사실은 국가권력과 이 권력의 궁극적인 원천인 국민과의 법적 일원성을 확립했다는 것을 의미할 뿐이며, 사실의 세계에서 이 이원성이 소멸되었다는 것을 의미하는 것은 아니다. 국민의 총체를 진정하게 행위능력을 갖는 일개의 인격으로 조직화하는 일이 불가능한 이상, 주권자로서 국가의사 형성의 권리능력자이기는 해도 그 행위능력을 가질 수 없는 국민은 대표기관을 통해 행위할 수밖에 없으며, 따라서 국민과 국가권력의 담당자와의 사실상의 이원대립은 결국 해소되지 않을 것이다. 다만 국민의 총체를 조직화하는 일이 절대로 불가능한 것은 아니며 루소의 이상에 따라 가능한 한 직접민주제의 실현을 궁리한다면 그것을 통해 일정한 조직화는 가능할 것이다. 그러나 이 또한 실제로는 한계가 있다. 따라서 근대국가에서는 대의제가 일반의사 형성을 위한 피할 수 없는 정치기술이라고 한다면, 대리인인 대의기관의 현실의 의사와 본인인 국민의 현실의 의사와는, 실질적으로 완전히 괴리되어 있는 경우에도, 법적·형식적으로는 일치된 것이라고 간주될 수밖에 없다. 이와 같이 해서 오늘날 합법적 독재 내지 폭정이 성립될 가능성이 있다는 것은 나치의 체제가 매우 명확하게 가리키고 있다. 그러나 나치는 그것을 극한적으로 나타냈을 뿐이며, 실은 이 가능성은 모든 근대국가에 내재되어 있다. 그런데 이와 같이 법적으로 국민의사라고 간주되는 국가권력의 현실의사에 대하여 진정한 국가의사의 원천인 국민의 현실의사를 우월시키는 것(그것이 바로 저항권이다)은 과연 실정법 외의, 자연법상의 저항이라고 할 수 있을 것인가. 이 경우에는 국가계약론적으로 말하면 pactum associationis(즉 국민을 하나의 인격으로 구성하는 계약)의 해소는 문제가 아니라, 차라리 pactum subjectionis에 있어서의 국가권력 담당자의 권력의 부당행사에 대하여 계약위반(혹은 신탁위반)을 국민측에서 주장하는 것이 문제인 것이며, 따라서 여기서는 자연상태의 차원의 문제가 아니라, 여전히 시민

상태(status civilis-오히려 이것은 국가상태라고 불러야 마땅하다)의 차원의 문제이다. 필자는 이런 의미에서 이와 같은 국민의 저항권은 자연법상의 것이 아니라 실정법 상의 것이라고 생각한다. 이와 같은 저항권은 단순한 개인의 넓은 의미의 '양심적 반대'와는 달리 국민주권(이것은 실정법 상의 개념이다)의 하나의 속성인 것이다. 그리고 국민 각자는 루소 식으로 말하면 주권을 나눠가지고 있는 것이므로, 모든 국민은 헌법에 저항권에 관한 명문이 없어도, 주권자의 당연한 효과로서 이 권리를 가지고 있다고 해야 한다. 다만 문제는 개인이 이 권리를 행사할 경우 그는 주권자의 자격으로만 행동해야 하기 때문에 그것을 행사함에 있어 매우 신중하지 않으면 안 된다. 칼뱅이나 모나르코마키가 정치적 저항권에 한정해서 그 행사를 일정한 자격을 가진 자에게만 제한하려고 했던 이유는 여기에 있다고 할 것이다. 이와 같이 보면 이 의미의 저항권(양심적 반대라는 개인의 고유 자연법적 저항권과는 별개의)은 특히 헌법에 규정할 필요 없이 국민주권의 하나의 발현으로서 파악할 수 있을 것이다. 다만 기본적 인권의 많은 부분은 역시 이론상은 국민주권으로부터의 당연한 귀결이기는 해도 이것을 헌법에 규정하는 일에 의의가 있는 것과 같은 의미로, 적어도 정치적 저항권을 헌법에 규정하는 것은 반드시 무용하고 무의미하다고까지 할 필요는 없다.

정치적 저항권의 필요는 결국 국가권력의 '악마화'에 유효하게 대항하기 위한 것이지만 권력의 악마화는 결코 어느 시점에 갑자기 생겨나는 것은 아니다. 이 점에서 라우슈닝의 다음 말을 새겨들어야 한다. "우리 시대의 시련 속에서 우리의 주제(저항권)에 관하여 우리 전체에 대한 하나의 의무가 하나의 과제로서 우리 속에 생겨났다. 즉 폭력과 자의의 모든 시도에 대하여 시의적절한 저항을 하고, 근대의 법치국 자체에 의해 그어진 국가의 전능에 대한 한계로부터의 이탈을 향해 사태가 진전해갈 때, 그 단서를 적시에 인식한다는 것이다. 저항의 성공, 그것을 법의 이탈의 당초에, 그리고 국가만능에의 진전의 단서에서 수행하는 것에 얼마나 결정적으로 달려있는가를 우리 모두가 체험했다고 생각한다. 'principiis obsta'(초동에 저항하라). 우리는 국가의 자의 및 질서의 폭력적 변경을 위한 시도가 모두 다 많은 변장 아래 수행된다는 것을 체험했다. 모두 다 법의 옷을 두르고, 입법의 형태를 취하며, 국가기관의 재량으로서 일어날 수 있다. 우리를 위협하고 있는 위험은 우리가 과거에 체험하고 우리가 그것에 굴복했던 것과 같은 형태를 취한다고 장담할 수 없다. 그것은 현실에 존재하며, 장래에 일어날 수 있는 그것이며, 바로 옆에 굴러 있는 것이며, 직접 현실적으로 우리에게 관계가 있는 바로 그것이다. 폭력과 자의는 어떤 결연한 소수파가 혁명적 폭력행위에 의해 국가를 자기 것으로 만들려고 하는 경우, 또 합법적으로 권력을 장악한 입법자 또는 국가권력의 관리자가 개인 또는 정부 다수파로서 때로는 공공연하게 때로는 은연중에 감행하는 쿠데타를 통해 뻔뻔스럽게도 폭군이 되는 것과 같은 경우에만 이를 인지하고 이에 저항한다는 것으로는 부족하며, 합법적 입법과정에서 사회의 본질 및 에토스가 과거 일반적으로 타당해온 법규범을, 또 과거에 실정법 위에 타당해 온 법을 깨고 변경될 경우에도 저항은 이뤄져야 하는 것이다." "저항은 법에 대한 위반이 이미 발생한 경우에 비로소 이루어져야 하는 것은 아니고, 정치적 의사형성의 표명의 통상적인 과정에서, 즉 공동책임을 자각하고, 다수파에 의해 자신의 결단의 조정방법으로서 존중받는 반대를 통하여, 대표자의 책임의식을 통하여, 여론기관이나 여론형성을 통해 항상 이뤄져야 하는 것이다." "여기에 있어서야말로 사람들은 연방공화국의 법의 발전과 헌법생활 속에 입법자나 국가지도의 선한 의도에 의해서도 바로잡히지 않았던 결점이 존재한다는 것을 인정하지 않으면 안 된다. 즉 비판이 금지되고, 여론형성기관이 통제되고 감시되는 곳에 자기권력의 한계를 넘은 국가로 향한 치명적인 진전의 발단이 이미 존재했던 것이다. 자유사회의 대표적인 국가형식 속에서의 의사형성의 모든 절차는, 이미 애당초부터 자의나 폭력 및 국가권력의 전능에의 확대에 대한 저항을 최후의 의지처로 삼고 있는 것이다. 이 저항은 일상적인 의회활동, 각 시민의 정치에 대한 일상적인 책임 속에서 표명된다. 여론 통제 의 단서는 쉽게 오인되기도 하고 간과되기도 하기 때문에 그와 같은 여론통제에의 동기 및 충격에 대한

끊임없는 적시의 예방이야말로 유일하고 유효한 구제수단이다.” 이와 같이 볼 때 국가권력의 담당자에게도 주권자인 개개 국민에게도 저항권이 주권의 당연한 속성으로서 국민에 속해 있다는 인식은 건전한 민주정치의 존립에 불가결한 것이라고 할 수 있을 것이다.

우리는 프랑스의 두 석학의 말을 가지고 이 연구를 끝맺는다. 제니(F. Geny)는 말한다. “(저항권을 인정하는 것은) 말의 모순이며 무질서는 질서가 될 수 없다라고 말하지 말라. 나는 답한다. 이른바 무질서란, 여기서는 보다 완전한 이상을 위한 반항의 외침에 다름 아니며 경험이 가르치는 바에 의하면 문명과 법의 가장 결정적인 진보는 혁명이라는 대가를 지불함으로써 비로소 획득되는 것이라고... 그러므로 반란의 권리에 대해 말하고 압제에 대한 저항을 하나의 진정한 법제도라고 인정하는 것은 배리도 아니고 쓸데없는 일도 아닌 것이다.” 또 Burdeau 교수는 말한다. “중요한 것은 저항의 성공 또는 실패에 있는 것이 아니라 그 가능성에 있다. 만약에 저항이 가능하다면 위정자의 지위는 변한다. 만약에 저항이 정당하다면 그로 말미암아 영향을 받는 것은 전 정치제도이며 그로 말미암아 풍부해지는 것은 개인의 법적 지위다. 그렇다면 문제는...이 새로운 사실이 정치관계의 기초에 어떤 영향을 미치는지를 고찰하는데 있다. 압제에의 저항은, 그 집단적 시위가 그 역사적 성과만을 보고 있는 한 간과할 위험이 있는 하나의 의미를 띤다. 즉 분명한 사실은, 이미 봉기한 군중의 열광이나 분노가 아니라, 이들 시위의 격발을 넘어서 권력은, 모든 권력은, 그것이 지배하는 사람들의 판단에 종속되어 있다는 사상이다.” “통치자가 경우에 따라서는 단호한 투쟁적인 반대에 직면할지도 모른다는 것을 명심하고 있는 것은 바람직한 일이다. 그들은 이리하여 그들의 정책이 여론 속에 빚어내는 반항을 가장 높은 확률로 측정할 수 있을 것이다.” “그들에게는 주저할 것이 허락되지 않는다. 그리고 다른 면에서 피통치자 또한 음모적이고 일반적으로 말해 무용한 소동 대신에, 그 확신의 열의가 그들이 무릅쓸 위험의 크기로써 측정되는 것과 같은 결연한 태도를 취함으로써 그 책임을 승인하지 않으면 안 될 것이다.”

인권의 관념

츠지무라 미요코 (辻村 みよこ)

* 이 글은 <講座 憲法學 3 權利の保障[1]> (일본평론사 1994년)에 수록된 것을 번역한 것임.

1. 인권과 인권론을 둘러싼 문제상황

[1] 인권을 둘러싼 국제환경

모든 인간의 자유·평등을 선언한 1789년 인권선언부터 200년이 지난 오늘날, 인권이라는 가치는 세계의 많은 나라에서 컨센서스를 얻어 세계적 규모의 인권 보장의 실현이 요구되고 있다. 1989년의 천안문사건이나 소련 형 사회주의의 붕괴, 유엔 인권조약의 추진 등을 배경으로 여러 나라들이 앞 다투어 ‘인권 선진국’임을 자처하는 가운데 더욱더 ‘인권=선(善)’이라는 가치관에 입각하는 ‘인권의 보편성’론이 강화되고 있는 것처럼 보인다.

반면, 동서·남북을 불문하고 전 세계에서 인권침해가 꼬리를 물고 있으며, 인권침해의 용인이나 인권 부정의 언설이 현존하는 것 또한 사실이다. 특히 인권을 서유럽 나라들의 문화제국주의의 산물이라고 여기는 제3세계로부터의 비판은 ‘문화상대주의’ 입장에서 인권이라는 가치관의 강요에 대해 반발하는 것으로, 결코 무시할 수 없는 힘을 지니고 있다. 또 ‘인권 선진국’ 내부에서도 과거에 보편적이라고 일컬어졌던 인권의 한계를 지적함으로써 그 본질을 비판적으로 검토하려 하는 동향이 인지된다. 현실적으로 인권 선언 200주년 축하로 들뜬 1989년 7월의 파리에서는 안티-서미트 집회나 페미니스트 집회에서 근대적 인권의 부르주아적 성격이나 반 페미니즘적 성격이 비판되어, 그 후에도 인권사(史)에 대한 비판적 재검토가 계속되어 왔다. 이리하여 냉전 후의 신 세계질서 건설이 외쳐지는 90년대 초의 세계적 격동 속에서 근대적 인권의 확립으로부터 200년을 경과하면서 새롭게 인권의 가치와 그 보편성이 도마 위에 오르 고 있는 것이다.

[2] 인권론의 현황과 과제

한편, 헌법학이나 법철학·정치철학 등 인권의 기초이론을 과제로 하는 학문영역에서는, 인권보장의 확대나 새로운 인권 주장에 의한 이른바 ‘인권의 인플레이션’·‘인권의 범람’이 운위되는 가운데 인권론은 주요한 연구과제로 대두되기에 이르렀다. 1960년대 말에 <기본적 인권> (전5권)과 같은, 인권의 역사적 전개에 주목한 기초이론 연구가 출현한 이래, 70-80년대 이후는 특히 법철학·정치철학 분야에서의 인권론 연구가 활발해졌다. 그러나 반면, 헌법학계에서는 헌법소송론의 융성에 영향을 받아 인권보장의 기술론을 중시하는 경향에 흐르는 속에서 인권의 기초이론 연구가 그리 발달되지 않았고, 인권체제론이나 인권주체론, 인권관념의 역사적 연구도 반드시 충분하다고는 볼 수 없을 것이다. 일본 최고재판소의 판례동향이, 미국 판례이론에 의거해 온 헌법소송론의 성과에 반하여, 인권보장이라는 점에서 큰 문제를 가지고 있음을 생각하면, 이러한 연구경향을 반성하면서 인권론의 현황을 재검토하여 인권의 기초이론을 재구축하는 일이 헌법학계의 급선무라고 하지 않을 수 없다. 인권을 둘러싼 국제환경이나 세계적인 이론 동향 속에서 새롭게 인권의 보편성이 문제가 되고 있는 지금이야말로, 인권의 역사적 전개와 인권의 근거와 관련된 기초이론 연구에 입각한 ‘인권총론’이 요구되고 있다.

이에 이 글에서는 이상의 상황인식을 담고 일본국 헌법론의 기초과제인 인권의 관념·주체·유형론

등에 대해 제검토를 가해본다. 역사적·기초이론적 접근을 중시하면서, 이 강좌의 다른 항에서 다루어지는 여러 가지 헌법해석론적 과제에 대해 유효한 가교가 되고자 하는 것이 이 글의 목적이다. 그리고 앞에서는 인권이라는 말을 엄밀하게 정의하지 않고 대범한 일반적 용법으로 사용했지만 다음 절에서는 다시 그 정의나 용법을 검토하는 일부터 시작해야 한다.

2. 인권의 관념과 인권 비판론·정당화론의 전개

[1] 인권의 관념을 둘러싼 문제

인권의 정의

인권 (human rights / droit de l'homme / Menschenrechte)이란 일반적으로 '인간의 권리', '사람이 다만 사람이라는 사실 때문에 갖는 권리'라고 정의된다. 미야자와[宮澤] 교수에 따르면 "인권 또는 기본적인 인권"은 "인간성"으로부터 말하자면 필연적으로 생기는 권리"이며, "인간이 태어나면서 가지고 있는 권리, 즉 생래(生來)의 권리", "빼앗을 수 없는 권리 또는 타인에게 양도할 수 없는 권리"이다. 그러나 이와 같은 정의 방식에는 분명히 하지 않으면 안 될 많은 논점이 있다. 우선 첫째로, 인권과 기본적인 인권과의 용어상 이동(異同)의 문제, 둘째로, 인권 내지 기본적인 인권의 연원과 특성의 문제(자연권 및 실정법상 권리와와의 관계), 셋째로, 그 권리의 구체적 내용의 문제이며, 이 세 가지는 서로 관련을 갖는다. 그리고 넷째는 인권 내지 기본적인 인권의 근거의 문제로서 '인간성'에서 논리 필연적으로 생긴다고 할 때의 이론 구성에 관한 것이다.

인권·기본적 인권의 용법

첫째 논점인 인권과 기본적 인권 (fundamental human rights)의 용법에 대해 많은 헌법학설은 미야자와 교수와 마찬가지로 이들을 구별하지 않고 같은 뜻으로 사용하고 있는 것처럼 보인다. 이에 대해 인권이라는 말을 광의로 파악하고, 그 속에서 특히 중요하고 기본적인 것에만 기본적 인권이라는 말을 사용하는 등 구별적인 용법도 이론적으로는 가능하지만, 인권 중 기본적인 것과 비 기본적인 것이라는 구별을 두는 데 대해서 의문을 제기하지 않을 수 없다. 다만 인권과 기본적 인권을 같은 뜻으로 사용하는 경우도 그 법적 성격이나 연원에 관해서는 이들을 전(前)국가적인 자연적 권리로서 이해하느냐, 실정법상 권리로서 이해하느냐, 후자 경우에는 어떤 내용을 인정하느냐가 문제가 되며, 여러 학설의 견해가 갈라지게 된다. 왜냐하면 일본국 헌법은 포츠담선언에 말하는 "언론, 종교와 사상의 자유 및 기본적 인권의 존중은 확립되어야 한다"라는 문언을 받아, 제11조·제97조에 '기본적 인권'이라는 말을 사용하여, 모든 인간이 당연히 향유해야 할 권리로서의 기본적 인권을 헌법에서도 보장한다는 구성을 취하고 있기 때문이다.

이 점과 관련해, 미야자와 교수는 "일본국 헌법에 말하는 기본적 인권은 ...전(前)국가적 성격을 지니는 고유의 인권을 의미한다"고 해석한다. 일본국 헌법상 기본적 인권 내지 인권에 대해 고유성·불가침성·보편성이라는 특질을 드는 아시베[芦部] 교수도 기본적으로는 같은 입장에서 있다고 해도 될 것이다. 이에 대해 사토 코지[佐藤幸治] 교수는, 한편으로 "인권 또는 기본적 인권"을 같은 뜻으로 파악하고, 이와 대항적으로 실정 헌법이 보장하는 것을 "편의상" "기본권"이라고 부르면서, "또 다른 차원"에서는 다음과 같이 설명한다. 즉 "그와 같은 '인권' 중 특정한 내실을 지니고 기본적 중요성을 갖기에 이르렀다고 인정될 때, 헌법전 중에 명기되고, 혹은 포괄적 기본권 규정 등을 통해 헌법이 보장하는 '법적 권리'가 된다"라고, 여기서는 배경적 권리와 법적 권리와와의 대비 속에서 '인권' (=자연권으로서의 기본적 인권)과

실정법상의 권리로서의 '기본적 인권'이 구별되고, 실정법상 권리로서 파악된 '기본적 인권'을, 나중에 살펴보는 바와 같이, 자유권을 의미하는 가장 협의의 기본적 인권에서 가장 광의의 기본적 인권까지를 구별하고 있다.

한편 오쿠다이라[奥平] 교수는 인권과 기본적 인권을 같은 의미로 상호 교환적으로 사용하고, 양자에 대하여 한편으로는 실정법상 용어임을 인정하면서도, 본질적으로는 인권 내지 기본적 인권은 "실정법의 세계 바깥 또는 그것을 초월한 곳에서 활발하게 살아 있으며, 바로 그럼으로써 각별한 의의를 지니는" 관념이라고 파악한다. 이를 "초 실정법적 혹은 실정법 도전적 성격이 강한" 관념으로 정의하는 데서 오쿠다이라 교수는 그 용어법의 확대에 반대하고, 용어법의 혼란을 피하기 위해서 실정법상 권리를 "헌법이 보장하는 권리"라고 부른다. 인권의 실정법 도전적·정치요구적 성격을 새삼 강조하는 점에 의문의 여지가 없는 것은 아니나, 어쨌든 그 초 실정법적 성격을 중시하고 그 용어법을 한정하는 입장이 특징적이며, '인권의 범람'을 피하는 의미에서 중요한 지적이라고 할 수 있다. 다만 이와 같은 자기의 용어법에 따라 논의를 진행한 결과 80년대에 선거권을 기본적 인권에 포함시키는 여러 학설과의 사이에서 다분히 오해로 인한 '논쟁'이 전개되었다. 당시 '논쟁'은 오로지 기본적 인권의 정의와 관련된 것으로서 상대방의 논고(論稿)를 충분히 이해하고 있었다면 적어도 '논쟁'이라고 불리는 것으로까지 발전할 필요가 없었을 것이다. 즉 그 상대방이었던 하세가와[長谷川] 교수는 기본적 인권이라는 말을 "헌법상 '권리보장'에 관한 가장 일반적이고도 포괄적인 것"으로 파악하고, "그것을 요약하고 '인권(human rights)'라고 부를 때는 '사람의 권리' 즉 '자연권'을 지칭하는 것은 아니"라는 것을 미리 명확하게 하고 있었기 때문이다.

이 밖에도 제2차대전 후의 포츠담선언이나 일본국 헌법 속에서 사용된 기본적 인권 및 세계인권선언에서 사용된 인권이라는 말이 지극히 역사적 개념이라는 것을 중시하고, 이들이 "유엔 창설 이래 ... '자연권'이라는 말을 대신하게 되었다"고 하는 지적도 있고, 오쿠다이라 설과는 대조적으로 현대적인 실정법상의 개념으로 파악하는 입장이 존재한다. 나아가 최근에는 "헌법전이라는 실정법으로 보장되어 있는 주관적 이익을 괄호 속에 넣은 '기본적 인권' 또는 '기본권'이라고 총칭하고", "자유를 기저에 두면서 국가의 방해 배제로서 기능하는 자유권만을 '인권'이라고 부른다"는 독자적인 용어법도 등장했다.

이와 같이 인권과 기본적 인권의 용어법에 대해서는 학설에 따라 크게 차이가 있음을 알 수 있다. 그리고 그 모두가 여러 외국의 인권론에 관한 이론적·역사적 검토를 근거로 하고 있는 만큼, 이와 같은 "용어상의 '문란'"은 방치해둘 수 없다는 느낌이 절실히 되지 않을 수가 없을 것이다. 그 배후에는 인권에 관한 특정 외국의 용어법에 의거하면서 이론을 구축하는 방법에 문제가 있는 것처럼 생각된다. 특히 기본적 인권이라는 말이 사용되는 것은 주로 미국이며, 미국의 논의를 중심으로 이론을 전개할 경우에도 그것이 결코 인권론에 있어서 유일하고 고유한 것이 아니라, 오히려 다른 나라들의 개념과의 비교고찰이나 역사적 고찰에서 부족한 부분이 있음을 유의하여야 한다. 타국의 용어와의 차이, 예를 들어, 사람의 권리와 시민의 권리를 구별하여, 나아가 자연권적인 인권과 구별하여 실정적인 '공적 자유'(libertes publiques)의 개념을 사용해 온 프랑스나, 자연권적 인권관념을 사용하지 않고 '시민적 자유'(civil liberties)를 문제로 하는 영국, '자연권적 인권'(Menschenrechte)과 구별된 '실정법상의 기본권'(Grundrechte)을 문제로 하는 독일 이론 등과의 차이를 분명히 인식한 위에서 종래의 용어법이나 논의를 정리할 것이 새삼 필요하다고 생각된다.

자연권과의 관계

그런 의미에서도 첫째 논점은 둘째인 인권의 연원에 관한 논점(자연권과의 관계)과 깊은 관계를 가지고 있다. 자연권이란, 일반적으로 인간성에 근거한 전(前)국가적인 권리라고 이해되지만, 그 기초에 있는 자연법사상 자체가 근세에서 오늘에 이르는 과정에서 역사적 변천을 겪었으며, 자연권의 개념규정도 그

리 용이한 것은 아니다. 일본의 전후 헌법학에서는 이미 보았듯이 미야자와 설이 기본적 인권을 “인간성에서 논리 필연적으로 파생하는 전(前)국가적·전(前)헌법적인 성격을 지니는 권리”라고 이해한 것을 비롯해서 일반적으로 그 자연권성을 인정하고, “기본적 인권은 인간이 인간이기 때문에 태어나면서부터 당연히 가져야 할 권리라고 하는 자연권적 사상에 유래하는 것”이라고 이해해왔다. 그리고 기본적 인권의 자연권성을 승인함과 동시에 그것이 헌법 제3장에서도 보장되고 있다고 해석하는 입장이 통설이 되었다. 이리하여 오늘날, 본래 자연권적인 기원을 갖는 권리로서의 인권 내지 기본적 인권이 실정법상에서도 보장되고 있다는 이해를 전제로 하기 때문에 양자의 구별이 애매한 상태로 남겨져온 경향이 있다. 그래서 사토(幸) 교수는 “자연권과 ‘인권’ 사이의, 보편성·불가양성·정부로부터의 독립이라는 공통점과, 자연권의 절대성·초역사성이라는 상이점을 드는 미국 학설에 의거하면서 양자의 구별의 필요성을 주장한다. 그런 전제 위에서 인권 내지 기본적 인권을 자연권적으로 협의로 파악하는 학설, 그 중에서도 인권을 자연권적으로 엄밀하게 이해하는 입장에서, 헌법상 권리에 대해 이와 다른 ‘기본권’이라는 말을 사용하는 독일류의 학설을 비판하는데, 이는 다음에 살펴볼 인권 내용의 확장적 이해에 근거하고 있는 것이다. 이 점에서는 오키다이라 교수가, 본래 자연권적 성격을 갖는 기본적 인권(내지 인권)과 실정적 권리를 구별하기 위해 저항권 등의 자연권을 예시하고 있듯이, 권리의 구체적 내용에 따르는 구별을 분명히 밝힐 것이 요구된다. 특히 기본권 인권(내지 인권) 속에 자연권적 권리와 실정적 권리를 함께 인정하는 통설적 견해에 있어서는 그 경계 영역에 있는 권리의 내용에 대해 구체적으로 검토할 것이 필요하게 된다.

인권 내용의 확대의 한정

이리하여 문제는 다음으로 헌법 제3장에서 보장되는 권리와 (자연권적인) 기본적 인권의 내용으로 옮겨간다. 과거 많은 학설은, 자연권을 중심으로 한 자연적 권리뿐만 아니라 사회권이나 참정권도 기본적 인권 관념에 내포되는 것으로 해석하고, 배상 청구권이나 형사보상 청구권 등 수익권만이 기본적 인권에 포함되지 않는다는 이해에 입각하고 있다. 오늘날 유력설인 사토(幸) 설에서는 자유권을 최협의의 기본적 인권, 이에 참정권을 더한 것을 협의의 기본적 인권, 거기에 사회권을 덧붙인 내용을 광의의 기본적 인권이라고 부르며, 역사적 전개에 따라서 차차 기본적 인권 관념이 확대되어 온 것을 밝힌다. 이와 같이 요즘은 자유권을 중심으로 하는 근대적인 인권에서 사회권을 중심으로 하는 20세기적 인권·현대적 인권으로, 더 나아가 환경권 등 새로운 인권이나 발전의 권리 등을 중심으로 하는 제3세대의 인권으로, 이렇게 역사적 전개를 딛고 점차 인권 내용을 확장하는 경향이 정착되어왔다.

이에 대해 자각적으로, 인권 내지 기본적 인권을 극소개념으로 포착하고, “인간이 인간인 이상 당연히 갖추어져 있는 권리”로서의 자연권적 권리와 ‘국가로부터의 자유’만을 거기에 해당시켜, 이를 “헌법이 보장하는 권리(헌법상 권리)”와 대치(對置)하는 오키다이라 교수의 입장이 주목된다. 오키다이라 교수는 최근의 ‘국제인권론’이나 헌법론에서 인권 개념을 확장하는 것은 한편에서는 “실정법의 맹점을 치는데 유효한 무기일 수 있다”고 하더라도, 한편에서는 “인권론의 본래적인 위력에 약간의 흠이 생기는” 결과를 가져왔으며, 또 집단적 ‘인권’을 인정하는 것은 본래의 개인적 ‘인권’과의 관계에서 문제가 있음을 지적한다. 또 히구치[樋口] 교수도 근대 국민국가에서의 인권개념 성립이 국가 대 개인의 양극대립의 산물이었다는 사실에서, ‘인권 개념의 질적 한정’과 ‘인권 개념의 양적 확장’을 지향하는 오늘날의 두 입장 중 전자를 중시한다. 그것은 “사람 일반의 권리로서의 인권이라는 정식(定式)이 갖는 의미의 무게를 중시하고, 인권이라는 호칭을 한정적으로 사용함으로써 ‘히든 카드로서의 인권’을 확보하려는 입장”이며, 거기서 “법인의 인권”이라는 정식화에 대한 의문을 제기한다. 이들 견해는 인권 개념을 본래의 자연권적 권리에 한정하려는 점에서는, 독일 헌법이론의 영향 하에 ‘기본권’의 개념을 도입하는 학설과도 부분적으로는 공통된

바가 있다. 그러나 후자의 배후에는 근대적인 자연권 개념의 부정과 실정법 우위의 사상이 존재하는 데 대해, 오키다이라 교수나 히구치 교수 경우에는 이와 반대로 근대의 자연권적 권리가 갖는 ‘히든 카드로서의 인권’을 중요시하는 입장이 있으며, 목표로 하는 바가 대조적으로 다름을 유의할 필요가 있다.

사건을 말한다면, 인권의 역사적 전개를 추적하면서 그 내용의 확대를 인정하는 견해는 인권 본래의 의의와 체계를 이해하는 데 수많은 문제를 내포하고 있다고 생각한다. 근대의 인권은 국가와 개인과의 대립 위에, 국가로부터의 자유를 확보하는 것으로서 자유권을 중심으로 구성되었지만, 그와 같은 인권의 본질은 그 후의 역사적 전개 과정에서도 결코 변화하지 않고 있다. 그럼에도 불구하고 일단은 최협의의 기본적 인권으로서, ‘모든 사람의 권리’인 자연권적·전국가적 인권을 승인하면서, 이를 점차 광의의 것으로 확장해 나가는 과정에서, ‘모든 사람’을 주체로 하는 것이 아닌 사회권이나, ‘사람’이 아닌 ‘시민’을 주체로 하는 시민의 권리인 참정권까지도 기본적 인권의 관념에 포함시키는 것은, 그 기본적 인권의 본질을 애매하게 만드는 일인 까닭이다. 또 이와 같은 역사적 확장과정을 승인함에 있어 “이유고 ‘참정권’도 ‘기본적 인권’으로서 관념되기에 이를 것이다”고 해석하는 것은 ‘사람’의 권리와 ‘시민’의 권리를 애당초부터 논리적으로 밀접 불가분의 것으로서 보장하고 있던 프랑스나, 기본적 인권 관념을 기피해온 영국이나 독일을 염두에 둘 경우에는, 인권의 역사에 충실한 해석이라고 볼 수가 없을 것이다. 이런 의미에서도 종래의 기본적 인권 확장론은 재검토를 요하는 것으로 생각된다. 덧붙여 이와 같은 기본적 인권 확장론에 대한 비판적 입장은, 후에 보게 될 인권의 역사적 전개에 관한 실증적 검토의 결과로서 도출되는 것이며, 이미 본 첫째, 둘째 논점인 기본적 인권의 용어법·성격에 대해서도 한정적인 입장에 선다는 것을 의미하고 있다.

나아가서 이와 같은 입장에서 본다면, 기본적 인권의 근거라고 여겨지는 ‘인간성’, ‘개인의 존엄’ 등 인권의 본질론과의 관계에서도, 종래의 기본적 인권 확장론은 재검토되어야 할 것이다. 이를 위하여 다음으로 넷째인 인권의 근거를 둘러싼 논쟁을 보기로 한다.

[2] 인권의 근거, 혹은 인권가치의 정당화론

미야자와 교수는 인권의 근거에 대해 “오늘날 많은 나라에서는 인권을 승인하는 근거로서 이제 특별하게 신이나 자연법을 동원하는 것이 아니라, ‘인간성’이라거나, ‘인간의 존엄’이라거나에 의해 그것의 근거를 마련하는 것으로 충분하다고 생각하고 있다.”라고 하고 있다. 이와 같은 사실인식에 대해서는 사토(幸) 교수로부터 비판이 제기되고, 또 인권의 근거 부여에 대하여 최근의 정치철학의 여러 견해가 검토되고 있다. 말할 나위 없이 인권을 “인간성에 근거해서 모든 인간에 당연히 갖추어져 있는 권리”라고 이해할 경우에는, 인간이라는 사실명제와 당연히 권리를 갖는다는 당위명제 사이에 논리의 비약이 발생한다. 이 양자 사이에 어떻게 다리를 놓을 것인가가 인권론의 과제라는 것도 이미 밝혀져 있다.

현대 인권론의 여러 조류

이와 같은 인권의 근거에 대한 유럽과 미국의 논의는 여러 가지로 소개되어 있지만, 여기서는 일일이 다 소개할 수 없으므로 편의상 펜녹(J. R. Pennock)과 게워드(A. Gewirth)의 논의에 기대면서 현대 인권론의 경향을 간결하게 정리한 사사키(佐々木) 교수의 소론을 소개하기로 한다. 여기서는 최근 영미 정치철학에서 인권론의 조류로서 다음의 일곱 가지가 열거된다.

- ① 직각(直覺)설: 독립선언에서 주장된 것과 같은 모종의 불가양의 권리를 인간이 가지는 것은 자명의 이치라고 주장한다. (R. 노즈워크)
- ② 사회계약설: 무지의 베일 배후에 있는 사람들을 포함하고 이성적인 사람들에 의한 합의에서 정의의 룰

혹은 권리의 세트를 도출하려 한다. (J. 롤즈)

㉔사회통념설: 권리는 사람들이 임의로 받아들여 온 관습에서 생겨난다고 주장한다. (H. 시지위크)

㉕제도설: 권리는 제도가 갖는 공식 혹은 비공식의 규칙 속에 근거를 갖는다고 주장한다. (H.L.A. 허트)

㉖이해(利害)설: 사람들은 이해를 갖기 때문에 권리를 갖는다고 한다. (H.J. 매크로스키)

㉗신학이론: 인간은 본질적인 존엄을 갖기 때문에, 혹은 신의 자녀이기 때문에 도덕적 권리를 갖는다고 주장한다. (J. 마리탱)

㉘수정된 자연주의이론: 인간은 이성적이며 목적을 지닌 행위자라는 사실에서 논리적으로 인권을 도출하려 한다. (A. 게워드)

이들 중 ㉔㉕를 제외한 다섯 개 입장에 대해서는 게워드 자신이 결함을 지적하고, 사사키 교수 등에 의해 검토도 되었다. 게워드에 의하면 인권의 모든 주체는, 인권이 인간 행위의 필수적 조건이라는 사실 때문에, 모든 주체가 인권을 갖는다는 것을 부정할 수 없는 것이며, 자유와 복지에의 권리인 인권은 자유와 복지의 승인이라는 행위의 목적에 의해 정당화된다. 여기서는 그와 같은 인권의 주체는 목적 적합적으로 행위할 수 있는 이성적 존재임이 전제가 되고, 이와 같은 목적 적합적인 행위를 할 수 있는 인간의 인격적 자질이 현대적 인권의 기초 마련을 위해 중요한 요소가 되고 있다고 할 수 있을 것이다.

이와 같이 영미 정치철학에서의 인권의 기초 마련은 반(反) 공리주의적 정의론을 기초로 하는 롤즈 (J. Rawls)나 개인의 인권을 '히든 카드'로 삼아 다수의 이익에 제한 받지 않는 자유를 추구하는 드워킨 (R.M. Dworkin) 등, 전체로서 개개 인권보다 전체의 이익을 우선시키는 공리주의에 대한 비판이라는 성격을 지니며, 자유주의적인 경향을 드러내는 점이 특징이다. 다만 '국가로부터의 자유'를 가장 중요시하고 권력을 필요악으로 이해하는 자유주의의 조류에 대해서는 고전적 자유주의와, 국가의 역할을 다시 '야경국가' 작용으로 한정하면서 '극소국가'론을 주장하는 노직 (R. Nozick) 등의 주장을 구별해둘 것이 필요하다.

이에 대하여 프랑스의 인권론에서는, 마르크스주의의 인권비판에 대한 반론을 기초로 보편적 인권의 의의를 검토하는 르포르(C. Lefort)나 공화주의적인 인권론을 제창하는 펠리(L. Ferry) 등에 의해 '국가로부터의 자유'보다 차라리 '국가에 의한 자유' 내지 시민권·참정권의 중요시를 통한 '국가에의 자유'가 강조되는 경향을 보인다고 하겠다. 개괄적으로 보면 "자유권을 중심에 놓고 사회권, 시민권을 받아들이려고 하는" 영미형에 대해 "시민권을 중심에 놓고 자유권, 사회권을 받아들여려고 하는" 프랑스형이 구별된다고 할 것이다.

[3] 인권비판론의 역사적 전개

앞에서 살펴본 바와 같이 오늘날까지 인권의 근거를 마련하기 위한 여러 가지 다양한 이론이 모색되어 왔지만, 이들 이론은 모든 '추상적 인간'의 보편적 인권의 존재를 승인하는 것을 전제로 하는 입장이 주류를 이루고 있다. 그러나 그 반면에 이와 같은 '모든 인간'이라는 '추상적 인간상(像)'을 전제로 한 자연권적 인권론에 대해서는 근대 이후, 1789년 권리선언에 대한 버크(E. Burke)의 비판부터 시작하고 19세기의 마르크스(K. Marx)의 비판을 거쳐 현대에 이르는 여러 가지 비판론이 제기되어 왔다. 앞의 항에서 검토한 현대 인권론의 역사적 기원과 오늘의 논의와의 관련성을 확인하는 의미로, 역사를 거슬러 올라가 고전적인 인권비판론의 여러 조류를 살피기로 한다.

보수주의·공리주의로부터의 인권비판론

이는 주로 근대적 인권의 형이상학적 성격·자연권적 성격을 공격의 대상으로 삼았다. 우선 버크의 전

통주의적 비판은, 인권의 추상화와 루소의 인민주권원리로부터 발생하는 인민의 전제(專制)를 기피하면서 1789년 선언의 형이상학적 성격과 비현실성을 공격했다. 그러나 버크 자신 고전적인 자연법론을 전제로 하고 있었다는 사실에서 콘스탄 (B. Constant) 등의 비판과 구별된다. 이와 달리 같은 영국 경험론 입장에서 가해진 벤담(J. Bentham)의 비판에서는 자연권론의 부정이 보다 명확하게 전개되었다. 벤담은, 모든 권리는 실정법에서 나오는 것이며, 자연권의 존재나 사회계약의 이론 자체가 픽션이라고 하면서 인권선언에 대해 통렬한 비판을 퍼부었다. 그에 의하면 영구 보편의 자연권이란 넌센스이며, 자연권을 전제로 한 프랑스혁명의 논의는 부정부적인 궤변에 지나지 않았다. 그는 또 1789년 선언의 논리적 결함이나 평등실현의 수단과 관련된 실천적 결함도 비판했는데, 바뵈프(G. Babeuf) 같은 사실상 평등을 지향한 것이 아니라 거꾸로 사회적인 종속관계나 서열화를 용인한 것이라고 볼 수 있다.

이상과 같은 앵글로색슨 세계에서의 1789 선언 비판은 그 후의 고전적 자유주의나 보수주의의 전개에 매우 중요한 의의를 가진 것이었다. 이와는 달리 프랑스 국내에서는 19세기 전반(前半)에 드 매스트르(De Maistre)의 이른바 섭리주의로부터의 비판이나 콘스탄의 자유주의·합리주의적 역사주의로부터의 비판이 출현했다. 드 매스트르는 버크의 인권선언 비판을 섭리주의적으로 변용시켜, 추상적인 인간상을 기초로 하는 자연권론이나 혁명기 헌법을 다음과 같이 비판했다. 즉 "사람은 그 활동범위 내에서 만물을 변형시킬 수는 있다. 그러나 아무 것도 창조할 수는 없다. 바로 이것이 사람의 물리적, 정신적인 법칙이다. 사람은 아마도 씨를 뿌리고 나무를 가꿀 수는 있다. ... 그러나 나무를 만드는 능력을 갖는다고는 결코 생각할 수가 없다." "1795년 헌법은 그 이전의 것과 마찬가지로, 사람(homme)을 위해 만들어져 있다. 그러나 세계에 사람이라는 것은 존재하지 않는다. 나는 이제까지의 생애에서 프랑스인이나 러시아인 등을 만난 적은 있다. ... 그러나 사람이라는 것을 만난 적 없다고 명언할 수 있다. ... 모든 국민을 위해 만들어진 헌법은 전혀 누구를 위한 것도 아니다. 그것은 추상에 지나지 않으며, 이상적인 가설에 따라 공론(空論)을 휘둘러대기 위해 만들어진 스킨라학적인 산물에 지나지 않는다."

이상과 같은 근대적 인권의 자연권적·형이상학적 성격에 대한 비판은 옐리넥(G. Jellinek)의 <인권선언 논쟁>에도 나타나듯이 19세기 말 독일의 공법학에도 영향을 미쳐, 이를 경유해서 국가법인설을 기초로 한 전쟁 전·후의 일본 공법학설에도 계승되었다.

마르크스와 마르크스주의로부터의 비판

이는 인권의 계급적(부르주아적) 성격에 대한 비판이다.

1789년 권리선언의 추상성이나 이데올로기적 기만성, 그리고 1793년 헌법에서도 보장되었던 소유권의 불가침성에 대한 비판은 프랑스혁명기에 이미 바뵈프 등이 지적했었다. 마르크스는 바뵈프의 비판을 계승하여, 1843년의 <유태인문제에 붙여> 중에서 다음과 같이 말했다. "무엇보다 먼저 우리가 확인할 것은, 이른바 인권, 즉 시민(공민)의 권리와는 구별된 사람의 권리가, 시민사회의 성원의 권리, 즉 이기적 인간의, 인간과 공동체로부터 분리된 인간의 권리에 다름 아니라는 사실이다." 여기서는 시민의 권리와 구별된 사람의 권리가 "이기적 인간의 권리"에 지나지 않으며, 그것이 "결국은 '사적 소유라는 인권'으로 수렴된다는 것"이 지적되었다. 나아가 "시민은 이기적인 인간의 하인이라고 선언되고, ... 결국 시민(시토피아)인 인간이 아니라, 부르주아 (시민사회의 일원)인 인간이 본래적인 진정한 인간이라고 생각되었다." 라고 하면서 시민의 권리를 부르주아지 손에 내맡김으로써, 실제로는 사람의 권리까지도 제한할 수 있었던 구조의 문제에 대해 비판이 가해졌다. 이와 같은 "사적 소유권을 중핵으로 하는 인권의 추상성·기만성"에 대한 마르크스의 비판은 그 후의 마르크스주의자들에게 계승되어, '근대적 인권의 양기'가 강조되어 왔다. 그러나 현실적으로는 1918년 헌법과 <근로·피착취 인민의 권리선언> 이래 사회주의적 기본권이라는 이름 아래 근대적 인권개념의 승인을 거부해온 소비에트연방에서 붕괴 직전인 1991년 9월 <인

간의 권리와 자유의 선언>이 발표되기에 이르러, 인권의 보편성과 사회주의원리와의 관계를 밝히는 일이 급선무가 되었다.

· 인권주체론에 관한 페미니즘으로부터의 비판

근대적 인권비판의 세 번째 조류는 인권주체론 관점에 선 '인권의 보편성'에 대한 비판이다. 근대적 인권의 주체가 남성 (homme=부르주아)에 한정된 데 대해서는 이미 프랑스혁명기부터 오렐프 드 구주(Olympe de Gouge)나 메리 울스톤클래프트(Mary Wollstonecraft)에 의해 비판이 제기되었지만 현대에서는 여성의 인권 배제에 대한 비판이나 선주민족·장애인 등 사회적 약자의 인권 배제에 관해 '인권의 보편성'론을 비판하는 논의가 드세다. 특히 최근의 프랑스에서는 이들을 시민권과의 관계에서 문제 삼는 관점이 눈에 띈다.

3. 인권 주체와 내용·유형의 역사적 전개

[1] 근대적 인권의 보편성과 그 한계

신분적 권리와 근대적 인권

근대 인권선언의 기원을 마그나 카르타(1215년)나 권리장전(1628년) 혹은 권리장전(1689년)이 아닌 18세기의 미국 독립선언이나 프랑스 인권선언에서 찾는 것은 이미 일반적으로 승인되어 있다. 전자에서는 특권적 신분의 이익이 국왕에 의해 승인된 데 지나지 않으며, 권리장전에서도 '영국인 고래의 권리'가 선언되었을 뿐이기 때문이다. 이와 반대로 후자에서는 봉건적 특권을 폐하고 사람을 봉건적 신분차별로부터 해방하여 자유롭고 등질(等質)한 시민사회를 형성했던 근대 시민혁명의 성과로서 '모든 사람'의 보편적인 인권이 선언되었다. 이와 같은 인권의 보편성과 자연법사상·사회계약사상의 영향 하에서 만인의 자연권의 승인을 통해 근대적 인권의 특징이 성립된다는 것이 종래의 정설이었다.

분명 1789년 권리선언의 제정과정을 보면 당시의 기초자에게 자연권을 강조하고 만인의 행복이라는 목적을 명시하고, 인권선언의 신성함과 보편성을 제시하는 일이 얼마나 중요했는지를 이해할 수 있다. 여기서는 자연권의 개념에, 보편적인 '인류의 권리'라는 의미가 부여되고, 그 위에 사회계약론에 근거하여 정치적 결합(국가)의 목적이 자연권의 보전에 있다는 구조가 분명히 되었다. 이미 자연상태와 사회상태의 구별이 승인되고 있었다는 사실에서 '자연상태의 사람'의 권리(자연권)와 '사회상태의 시민'의 권리가 구별되었지만, 그 각각에 대해 모든 사람과 시민의 권리를 문제로 하는 전체성과 보편성이 특징이었다.

그러나 실제로는 1789년 선언이 '모든 사람'과 '모든 시민'의 권리를 선언했음에도 여성이나 유대인, 식민지 노예 등 다수의 사회적 약자가 권리의 주체에서 배제되어 있었다. 특히 시에스의 구상 속에서는 '만인으로 이루어지는 시민사회의 관념'과 '일정한 자로 이루어지는 정치사회의 관념'이 구별되고, 후자의 구성원에서 여성, 어린이, 외국인 기타의 수동시민이 배제되었다. 그는 "적어도 현 상황에서는 여성, 어린이, 외국인, 그리고 공적 시설의 유지에 하등 공헌할 수 없는 자는 공적 문제에 하등 능동적으로 영향력을 행사해서는 안 된다."라는 논리로 여성이나 무산 남성 등에 대한 제한 선거제를 정당화했다. 특히 여성은 근대적으로 재편된 가부장제 하에서 종속을 강요받아 소유권이나 정치적 표현·결사의 자유 등을 제한당하고 시민의 권리인 참정권에서 배제되었다. 또 특정한 지역에 공동체를 형성하고 거주하고 있던 유대인, 프랑스령 서인도 제도 등에 거주했던 식민지 노예나 유색의 자유인, 사회=경제적 종속자인 복비(僕婢) 등도 시민의 권리를 거부당했다.

미국에서도 1776년의 독립선언이 '모든 사람(man)은 평등하게 창조되었고, 조물주에 의해 일정한 빼앗길 수 없는 권리를 부여받았으며, 그 중에는 생명, 자유 및 행복의 추구가 포함된다'고 함으로써 모든 인간의 '보편적인' 인권을 선언했다. 그러나 실제로는 인신매매된 흑인 노예, 인디언, 여성 등은 각종 권리를 제한 받고 있었다. 실제로 합중국 헌법 제1조에서는, 연방 하원의원 선거의 기초가 되는 주(州) 인구를 산정함에 있어 '납세의무가 없는 인디언을 제외하는 자유인의 총수에 자유인 이외의 인원수의 5분의 3을 더할 것'이 정해져, 자유인 이외의 흑인 노예는 자유인의 5분의 3의 가치 밖에 인정받지 못했다. 이에 1830년대부터 노예해방운동이 전개되어, 남북전쟁 후인 1866년에 나온 시민적 권리에 관한 법률에 의해 인종차별이 금지되었다. 헌법 제1조의 '5분의 3' 조항도 1868년에 개정되었지만 1960년대부터의 법제화를 거친 오늘날에도 여전히 적지 않은 문제가 남아 있다.

권리주체로서의 '사람'과 '남성'

이상과 같이 보편적 인권을 선언했다고 하는 근대 인권선언에서는 모든 인간이 아닌, 당초에는 부르주아 남성의 권리가 보장되었을 뿐이었다. 근대적 인권의 주체인 '사람'이 남성이었을 뿐이라는 데 대한 비판의 조류가 존재했다는 것도 이미 언급했다. 이 조류는 원래 1789년 인권선언의 공포 직후에 오렐프 드 구주가 인권선언의 문언에 따라 <여성 및 여성 시민의 권리선언>을 쓰고 여성 권리의 간과와 모멸을 비난한 데서 비롯된다. 남녀평등의 관점에 선 언설은 구주 이전에도 존재해 있었지만, 그녀는 여성의 권리를 확립하는 관점에서 서서 사람의 권리와 시민의 권리에서 여성이 배제당하고 있었던 현실과, 그런 사실을 알면서도 '보편적 인권'을 선언했던 인권선언(및 당시의 제정자들)의 기만성을 날카롭게 비판했다.

또 영국에서도 버크의 인권선언 비판에 반대하여 <인간의 권리 옹호>(1790년)를 쓴 메리 울스톤클래프트는 2년 후에 <여성의 권리 옹호>를 쓰고 남성과 동등한 여성의 권리를 요구했다. 또 이들 여성의 권리 요구의 흐름은 1848년에 미국에서, 1776년 독립선언을 기초로, 선언된 <여성 소신선언>으로 이어져 있다.

이와 같이 인권의 주체인 '사람'이 남성에 한정되어 있었던 문제에 대해서는 영국에서 흥미로운 논쟁이 있었다. 선거인 명부를 처음으로 완비하고, 선거 자격자의 요건을 일정한 토지 점유자에 한정된 1732년 선거법을 심의할 때, 선거권의 주체와 관련된 'person'이라는 말을 둘러싸고 여성의 권리문제가 도마에 올랐는데 결과적으로는 'male person'만이 선거권을 갖는다고 정해졌다. 그리고 제2차 선거법 개정 때는 인민대표법안의 선거권 주체는 'man'으로 되어 있으며, 여기에 'woman'도 들어가는지의 여부가 의회에서 심의되었다. 1866년에 여성 참정권 실현을 위한 청원을 의회에 제출했던 밀(J.S. Mill)도 1867년 5월 20일 심의에서 선거권의 주체를 'man'에서 'person'으로 고칠 것을 요구했지만, 이 동의는 부결되었다. 의회 밖에서는 맨체스터의 여성 5,000명이 선거인 명부에의 등재를 요구했고, 이 문제로 소송도 제기되었지만 1868년 11월 9일의 판결은 인민대표법의 'man'에는 'woman'은 포함되지 않는다고 판시했다.

이와 같이 권리주체로서 '사람=남성' 개념과 관련해서는 자각적인 논의가 전개된 예도 적지 않다. 실제로는 여성의 참정권과 관련해서 권리주체인 '사람'의 의미가 문제되었지만 종래의 헌법학이나 인권론 분야에서는 이 문제에 대해 별로 명확한 문제의식을 지니지 않았다고 할 수 있을 것이다. 이런 사실이 다음으로 보게 될 인권 내용의 확장론 속에서 여성의 인권에 관한 관점을 결락케 하는 결과로 이어졌다고 할 수 있다.

[2] 인권의 내용과 역사적 전개

근대적 인권의 구조와 특징

근대적 인권선언의 전형으로서 가장 체계적인 구조를 지니고 있던 1789년의 <사람 및 시민의 권리선언>에서는 '사람의 권리'인 자연권의 내용으로 자유(정신적 자유), 안전(신체적 자유), 소유(경제적 자유), 압제에 대한 저항 등 네 가지가 열거되었다. 정신적 자유권에 대해서는 사상의 자유나 출판의 자유를 포함한 광범한 표현의 자유가 보장되었지만, 반면에 예배의 자유 배제, 중간단체의 부정(개인주의)을 추구하기 위한 결사의 자유 배제, 사상·표현의 자유에 관한 법률의 유보 등 특징을 가지고 있었다는 점이 지적된다. 또 근대 시민혁명의 주요한 성과였던 경제적 자유와 영업의 자유에 대해서는 소유권의 신성불가침성과 그 제약에 대한 정당한 사전보상의 조건이 명시되었다. 여기서는 봉건적 특권의 배제와 길드의 폐지(중간단체의 금지)를 전제로 하는 영업의 자유와 추상적인 소유권개념이 확립된 것이 중요한 의미를 지녔다.

이상과 같은 자유권을 중핵으로 하는 자연권을 보전하기 위하여 국가(정치적 결합)의 존재가 정당화된 인권선언 체계 아래에서는 국가권력(주권)의 행사, 특히 일반의사의 표명인 법률의 제정에 모든 시민이 간여함으로써 주권자 자신이 인권을 보장하는 구조가 형성되어 있었다. 그 경우 시민이란 국가의 조직·운영에 참가하는 통치의 주체인 개인, 바꿔 말하면 구체적인 주권자의 구성원이다. 다만 1789년 선언에서는 통치권리가 명시되지 않고 있기 때문에 주권자의 구성도 분명하지 않다. 1791년 헌법형의 국민주권 하에서는 모든 국적보유자가 주권자가 되어 스스로 주권을 행사할 수가 없기 때문에, 시에스의 구상을 따라 능동시민과 수동시민으로 구별하고, 전자에게만 참정권을 인정했다. 이에 대해 인민주권을 표방한 로베스 피에르 초안이나 1793년 헌법에서는, 시민은 의사결정능력을 지닌 구체적 존재라고 규정되어, 남자 보통선거제 아래 모든 (남성)시민에게 참정권이 인정되었다. 덧붙여 시민의 권리로서 선거권을 포함하는 입법 참가권 외에 공직 취임권이나 조세 결정권, 행정보고 청구권 등이 규정되어 있었다.

인권의 역사적 전개와 내용

이와 같이 근대 인권의 성립기에는 자연권인 인권 보장을 위한 이른바 절차적 권리로서 주권 참가권=주권 행사권인 시민의 권리가 동시에 확립되어 있었다. 따라서, 자유권의 보장에 뒤이어 단계적으로, 참정권이 기본적 인권으로서 관념되었다고 하는 일반적 이해는, 참정권이 기본적 인권(사람의 권리)이 아니라 시민의 권리라고 하는 논점 이외에는, 역사적 전개에서 봐도 타당하지 않다고 할 것이다. 시민혁명기에는, 국가와 개인이라는 양극대립이 자각되고, 국가권력에 능동적으로 간여하는 시민의 권리가 확립됨으로써 자연권으로서의 인권의 보장이 문제로 떠오른 것이며, 그런 의미에서 "시민이 됨으로써 사람이 된다" 즉 공권(公權)=시민의 권리(參政權)가 인권의 전제가 되고, 주권원리가 확립됨으로써 비로소 인권 보장이 문제가 될 수 있었다는 구조를 이해해둘 것이 필요하다.

나아가 인권의 역사적 전개라는 관점에서 각 권리의 역사적 의의를 재검토할 필요도 있다. 예컨대 청원권이나 재판받을 권리 등 수익권은 일반적으로 인권의 유형론에서는 기본적 인권에서 배제되거나 또는 자유권⇒참정권⇒사회권 내지 적극적 권리라는, 기본적 인권의 확대과정에 따라 설명되어 왔다. 그러나 청원권은 전(前)근대의 군주에 대한 청원을 시민의 권리로 발전시킨 것이고, 동배(同輩)의 공평한 재판받을 권리도 마그나 카르타 이래 보장되어 온 사실을 생각한다면 이들을 근대적 인권에서 제외하거나 현대적 인권에 포함시키는 식으로 그 자리를 매기는 일은 타당하지 않음을 알 수 있을 것이다.

또 역사적으로 고찰한다면, 교육을 받을 권리나 생활부조예의 권리 등 현대적 인권=20세기적 인권이라고 일컬어지는 사회적 권리도, 18세기, 19세기에 이미 그 맹아가 있었다는 것을 무시할 수는 없다. 이른바 사회권이 20세기의 바이마르 헌법 이후, 특히 제2차 세계대전 후의 각 헌법에 채용된 것을 가지고 20세기적 인권이라거나 현대적 인권이라고 정의하는 것은 그런 의미에서는 타당할지 모르지만, 논리

적 구조상 근대적 인권과 완전히 적합하지 않았던 것은 아니라는 사실에도 유의할 필요가 있다. 예를 들어, 프랑스의 1793년 헌법이나 로베스 피에르 초안 혹은 1848년 헌법 1차 초안에서는 생존을 위해 대비할 권리나 노동권 보장 등이 여러 근대적 인권이나 주권원리에 의거하는 인권보장원칙과 조화적으로 파악되어 있었기 때문이다. 이들 여러 권리의 역사적인 생성과정과 내용을 검토하고, 각각의 권리에 대하여 교육의 자유나 노동의 자유, 나아가서는 근대적 인권의 특징인 경제적 자유권과의 관계나 근대 시민헌법원리의 '틀'을 밝힘으로써 종래의 '자유권에서 사회권으로'라는 단순한 도식에 대한 비판적 재검토를 시도해볼 것이 가능해질 것이다. 그렇게 함으로써, 시민이 실제로 정치 참가권을 유효하게 행사하면서 권력을 담당하는 일을 통해 인권을 보장하는, 이른바 '권력의 민주화를 통한 인권보장'이라는 체계 하에서는 국민(인민)주권에 근거를 둔 여러 권리의 사회적 보장이라는 구조 속에서 사회·경제적 약자의 권리 보호에 대한 요청이 논리상 필연적으로 도출되어 있었음을 이해할 수 있는 것이다. 역사적 전개와 개괄적 파악으로서, 근대적 인권의 '그늘' 부분인 사회·경제적 불평등과 계급 격차의 발생, 노동자 계급과 노동운동의 성립 등을 배경으로, 점차 헌법상 권리의 내용이 사회권에도 확대되어갔다는 사실을 인정한다 하더라도, 이와 같은 사실과, 인권체계론 속에서의 사회권의 의의와 위치를 일단은 구별하여 검토할 것이 필요하다 하겠다. 이렇게 하는 일은, 종래의 자유권·사회권 2분론의 재검토라는, 현 시대 헌법학의 과제에 대해서도 유효한 관점을 제공할 것처럼 보인다.

인권의 주체와 내용의 확대 - 제3·제4세대의 인권?

이와 같이 '근대적 인권에서 현대적 인권으로', '18·19세기적 자유권에서 20세기적 사회권으로'라는 도식은 인종·성·계급 차별의 철폐를 통한 인권주체 확대와 인권 내용 확대라는 양자를 연관지으면서 비판적으로 재검토되어야 한다. 특히 오늘날 되풀이 논의되고 있는 '제3세대의 인권', '제4세대의 인권'론에 대해서도 인권주체와 내용의 관련이 문제가 되기 때문이다. 여기서는 '제1세대의 인권'이 지금까지 본 것과 같은 자유권 중심의 고전적인 자연권적 인권, '제2세대의 인권'이 사회적 약자의 인권(20세기에 확립된 남녀의 보통선거권, 노동자의 사회권이나 피착취자의 권리, 그리고 '제1세대의 인권'에서 배제되어 있었던 마이너리티의 인권)이라고 설명되는 데 대하여, 오늘날 '제3세대의 인권'으로서 발전도상국의 개발의 권리나 신체장애자 등 집단적 인권이 운위되고 있다. 이 논의는 80년대 후반 이후, 제3세계를 중심으로 국제적인 인권보장의 입장에서 강조되어 왔지만, 이에 대해서는 본래적인 인권의 정의라는 관점에서 보아도, 또 이미 살펴본 인권의 양적 확대나 질적 한정이냐는 논점에서도 진지하게 검토해야 할 문제를 안고 있다. '제3세대의 인권'이라는 개념 아래 정보·과학기술 발전에 따르는 여러 권리나 생명 유지 등에 관한 자기 결정권·인격권 등과 한 묶음으로 발전도상국의 개발권이나 특정 집단의 권리 등등을 승인한다는 것은 인권보장의 실천적 효과라는 면에서는 몰라도, 인권 이론의 정밀화에는 결코 바람직한 일이 아니라고 생각되기 때문이다.

[3] 인권유형론의 문제점

엘리넥의 4분류의 유효성

이상과 같은 인권의 전개과정을 염두에 둔다면, 국가에 대한 국민의 지위라는 관점에서 엘리넥이 제시한 4분류를 기초로 한 종래의 인권유형론이나 그 영향 하에서의 인권 확대론은 그대로 상태로 유지할 수 없음을 알 수 있다. 전전(戰前)의 공법학에서 독일 공권론의 분류가 미노베(美濃部) 교수 등에 의해 소개된 배경이나 엘리넥 이론의 역사적 한계를 이해한 기초 위에서 종래의 유형론을 비판적으로 검토하고, 인권의 역사적 전개와 그 구조에 적합한 유형론을 구축해야 할 과제가 주어지고 있다고 할 것이다.

이 점에서는, 전후(戰後) 헌법학계에서 4분류를 기본적인 차원에서 승인하면서, 경제적 자유권과 사회권을 통합하여 사회경제적 기본권으로 하고, 이를 자유권적 기본권에 대치(對置)하는 유형론에 대한 수정론이 전개되었던 것은 평가해도 될 것이다. 그러나 이 사실이 과거의 '자유권에서 사회권으로'라는 역사적 인식과 어떤 관계가 있는지, 그리고 역사적 전개에 대한 과거의 관점까지도 수정할 의도를 포함하는지의 여부 등, 반드시 명확하지는 않다는 점이 문제가 될 것이다. 최근에는 이른바 '새로운 인권'을 자리매김할 필요에서 인권의 존재형태에 대해 도덕적 권리·배경(背景)적 권리·법적 권리(추상적 권리와 구체적 권리)를 구별하면서, 일본국 헌법상의 법적권리인 인권체계에 대해서는 포괄적 인권·소극적 인권(자유권)·적극적 인권(수익권과 사회권)·능동적 인권(참정권)이라는 분류를 제시하는 견해도 있어, 인권유형론의 활성화가 기대되고 있다.

인권의 가치 서열화 시도?

이리하여 오늘날(일본국 헌법의) 11조-14조 인권의 근본원칙 규정 중 포괄적 인권으로서 13조가 보장하는 개인의 존엄이나 행복추구권을 인권의 근본에 놓고, 인권을 가치 서열화함으로써 인권의 새로운 분류를 시도하는 일이 과제로서 대두되고 있다. 또 다른 한편으로는 위헌심사 기준론에서의 '2중 기준론'을 통해 -직접적으로는 절차론적 사고에 속한다 하더라도- 적어도 결과적으로 경제적 자유권에 대한 정신적 자유권의 우위라는 형태로 인권의 가치 서열화가 인정되고 있다고 할 수 있다. 이와 같이 '국가로부터의 자유'의 근원이기도 한 개인의 정신적 자유에 상위의 가치를 부여하는 견해에 대해서는 최근 각 방면으로부터 비판론이 제기되고 있어, 인권론을 재검토하는데 있어 중요한 논점을 형성하고 있다. 한편, 생명이나 건강에 대한 권리 등을 인권의 중핵에 놓고, 말하자면 '사회적생존가치'에 따르는 서열화를 시도하는 학설도 존재하지만, 인권 보장을 실효화 시키기 위한 정치적 표현의 자유나 참정권 등이 2차적인 존재로 밀려날 가능성이 있어 우려된다. 인권의 역사적 전개와의 관계로 보아도 여러 가지 의문이 남으며, 인권의 가치 서열화 시도는 앞으로의 과제라고 할 수 있다.

제도적 보장론과 인권규정의 성격

인권 보장의 실효성이라는 관점에서 본다면, 인권을 개인에게 보장하는 인권규정 외에 일정한 제도를 객관적으로 보장할 것을 목적으로 하는 규정을 인정하느냐의 여부가 문제이다. C. 슈미트의 이론에 기원을 갖는 제도적 보장론에서는 역사적으로 형성되어 온 지방자치나 대학의 자치, 사유재산제도 등을 법제도상 보장함으로써 인권보장의 실현에도 기여할 것이 목표가 되었다. 일본의 헌법학설 중에도 정교분리, 대학의 자치, 혼인·가족제도, 사유재산제도, 지방자치 등에 대해 제도적 보장론을 중시하는 입장이 존재한다. 그러나 예컨대 정교분리에 관한 최고재판소 판례에 나타나듯이, 제도적 보장의 내용이나 범위를 논리적으로 정하지 못하는 결과, 제도적 보장 때문에 오히려 개인의 인권 보장이 약해진다는 난점도 지적되고 있다. 독일 공법학에 있어서의 권리와 제도와의 대립적 파악을 전제로 한 이 제도적 보장 개념의 도입에 대해서는, 일본헌법 하의 인권보장이란 관점에서 볼 때 오히려 개인의 인권을 2차적인 것으로 여기게 된다는 점에서, 소극적·한정적인 태도를 취하지 않을 수 없을 것이다. 헌법 24조에 관련해서도, 헌법의 입장은 가족제도의 보장보다도 가족을 구성하는 부부의 평등이나 개인의 존엄을 중시하는 관점에서 있으며, 제도의 강조는 이와 서로 맞지 않다는 것도 그 소극설의 논거의 한 예이다.

4. 맺음말 -'인권총론' 안에서의 해석론적 과제

이상 개괄해온 바에서 일본의 헌법학계는 '인권총론'에 있어서 풀어야 할 무진장한 과제를 안고 있음

을 알 수 있을 것이다. 이제까지 일본의 많은 헌법 연구자들이 미국의 기본적 인권이나 영국의 시민적 자유, 독일의 기본권, 프랑스의 '공적 자유' 등에 대해 개별적으로 연구를 쌓으면서, 그것들과 일본 헌법학에서 말하는 인권(내지 기본적 인권)론과의 관계를 밝혀내며, 일본의 해석론적 과제에 활용하는 과제를 충분히 수행했다고 보기 어렵다는 것이 필자의 생각이다.

지면의 제약 때문에 이 글에서는 언급하지 못했던 구체적인 인권론에는 인권주체론에서의 외국인의 인권론(특히 외국인의 참정권문제)이나 법인의 인권론 등이 있다. 이들은 어느 것이나 인권론의 본래적인 장에서의 이론화보다도, 국제적 인권보장론으로부터의 인권 확대요청이나 기업사회의 현실에 대한 즉시적인 대응 필요성 쪽을 중시하고 있는 것 같다.

법인에 대해서는, 비록 재산권 등 일부의 헌법상 권리를 법인에도 보장할 것이 타당하다고 하더라도, 본래 자연인인 개인에 고유한 정신적 자유(정치활동의 자유나 그것과 관련된 사상·표현의 자유) 등에까지 법인에 자연인과 같은 자격을 부여하면서 보장을 확대한다는 것은, 인권이 원래 중간단체(법인)로부터의 자유를 확보하기 위해 역사 속에 등장했다는 역사적 과제에 반한다는 것을 문제 삼지 않을 수 없다. 오늘날 기업사회의 현실에 대해 법인(특히 영리법인)에 더 많은 자유를 인정하는 방향을 선택할지의 여부는 그 자체 헌법 해석론으로서 논란의 여지가 있다 해도, 그와는 별도로 인권의 역사나 체계의 기초 이론에 대한 정밀한 조사에 입각한 논의를 망각하는 일은 용납되지 않을 것이다. 법인에 대한 기본권 보장을 명기한 독일의 헌법이론은, 헌법상 기본권과 자연권을 구별한 위에 성립된 것으로, 결코 이론적 정밀성을 결한 무한정의 인권 확대론은 아니기 때문이다.

그리고 일본 헌법학계에서의 인권의 역사나 체계와 관련된 이론의 정체나 혼란은 이 글에서도 이미 지적했던 참정권의 법적 성격을 둘러싼 논쟁에도 나타나 있다. 이 경우에도 프랑스 인권선언 이래의 '사람의 권리'와 '시민의 권리'의 구별을 전제로 한 근대적 인권의 구조와 주권적 권리인 참정권의 본질을 잘 이해하고 있다면 적어도 과거(철의의) 선거논쟁에서의 오해나 혼란은 피할 수 있었을 것이다. 그리고 현재의 외국인 참정권문제에 대해서도, 이를 단순한 국제인권 보장의 문제나 외국인의 인권주체성에 관한 문제로서 다루는 경우에는 결국 궁극적인 이론적 과제를 해결하지 못하지 않을까 우려된다. 외국인의 참정권과 관련된 논란에는 참정권의 본질이나 주권론의 구조, 특히 국민(인민)주권 하에서의 국정(國政)선거에의 주권자 국민(인민)의 참가와 지방선거에의 주민참가와와 질적 이동(異同)을 논하는 일이 불가결하기 때문이다. 타의 외국인의 인권 일반의 문제와 구별하여 참정권문제를 다루는 것과 동시에, 국민주권론에서의 주권주체론을 해명하는 일- 그리고 예를 들어, 유럽연합조약이 인정한 유럽시민권 개념처럼, 주권자 인민을 구성하는 시민의 개념 속에 외국인을 포함하는 것과 같은 이론을 구축하는 일-이 문제를 해결하기 위해 유효할 것이다.

이와 같은, 소모적으로 에둘러 가는 것처럼 보이는 기본적 고찰이나 역사적 검토를 소홀히 여기고, 혹은 인권의 본질론을 불필요하다고 주장하면서 단순한 인권보장 확대론을 통한 현실문제 해결을 우선하는 듯한 분위기가 존재한다면, 그야말로 오늘의 헌법학계의 문제성을 드러내는 것이며, 그것 또한 앞으로의 헌법학이 극복해야 할 최대과제라고 해야 할 것이다. [끝]

* 각주 생략.