

## 기본적 인권

하세가와 마사야스(長谷川 正安)

- <마르크스主義法學講座 ⑤ プルジョア法の基礎理論>(일본 日本評論社 1980년) 중 제5장

### 1. 머리말

일본국 헌법은 제3장에서 '국민의 권리 및 의무'에 대해 규정하고 있다. 그리고 그 제11조는 '국민은 모든 기본적 인권의 향유를 방해받지 않는다. 이 헌법이 국민에게 보장하는 기본적 인권은 침범할 수 없는 영원한 권리로서, 현재 및 장래의 국민에게 부여된다'라고 선언하고 있다. 나아가 제10장 '최고법규' 중 제97조는 기본적 인권에 대해 '이 헌법이 일본국민에게 보장하는 기본적 인권은 인류의 다년에 걸친 자유 획득을 위한 노력의 성과이며, 이들 권리는 과거 수많은 시련을 견디고, 현재 및 미래의 국민에게 침범할 수 없는 영원한 권리로서 신약된 것이다'라고 하고 있다.

여기서 첫째로 주목할 것은 헌법 제3장에 규정된 국민의 제 권리가 영원 불가침의 '기본적 인권' (the fundamental human rights)라고 지칭되고 있다는 사실이다.

프랑스대혁명의 출발을 장식한 1789년 <사람 및 시민의 권리선언> 제16조가 말하고 있듯이 '권리의 보장'과 '권력의 분립'은 당시로서는 사회가 갖는 헌법에 불가결의 2대 요소라고 여겨지고 있었다. 그 후 프랑스를 비롯한 많은 국가들이 헌법전을 갖게 되었으며, '권리의 보장'에 관한 규정과 '권력의 분립'에 관한 규정을 갖는 것이 근대 헌법의 일반적인 원칙이 되어 오늘에 이르고 있다. 1789년 권리선언에 말하는 '권력의 분립'이 그 후의 헌법전에 규정된 각국의 국가기구를 대표할 조직원칙인지 여부는 문제이며(즉, 의회주의와의 상이와 공존 가능성문제), 또 거의 모든 국가의 헌법전에 규정되어 있는 '권리의 보장'이 어떤 명칭으로 불리며, 어떻게 다루어지고 있는지에 대해서도 국가에 따라서 또 시대에 따라서 다르기 때문에, 그것을 '기본적 인권'과 동일시해도 되는지의 여부는 문제로 남는다.

일본국 헌법에서 '기본적 인권'이라고 불리고 있는 것도 앞에서 인용한 것 외의 조문에서는 '이 헌법이 국민에게 보장하는 자유 및 권리' (12조)라거나, '생명, 자유 및 행복추구에 대한 국민의 권리' (13조)라는 식으로 기술되어 있으며, 표현이 반드시 일관되어 있는 것은 아니다. 국가에 따라, 시대에 따라, 헌법에서 '권리의 보장'이 다루어지는 방식이나 그 명칭은 반드시 한결같은 것은 아니다.

주지하는 바와 같이 헌법전을 갖지 않는 영국에서 헌법 (the constitutional law)을 구성한다고 생각하고 있는 '권리의 보장'에 관한 법률은 <마그나 카르타>(1215)를 별도로 보면, <권리청원>(Petition of Right-1628)과 <권리장전>(Bill of Rights-1689)이다. 영국에는 헌법상 권리는 있지만, 그것이 법률상 권리와 구별되어 '기본적' 권리라거나 '인권'이라고 관념되는 법적 전통은 없었다. 자연권이란 특정한 자연법 사상가의 사유의 산물이며, 구체적 권리로서 존재했던 것은 제정법 및 코먼 로 상의 권리뿐이다. 그리고 그 중 어떤 것이 17세기의 두 차례 혁명을 거쳐 근대적인, 헌법적인 의미를 갖게 된다. 그러나 헌법적 의미를 가졌다고 해서 특별한 명칭으로 불리는 특수한 법적 성격을 갖는 것은 아니다.

1789년 권리선언의 선구로 인식되고 있는 <버지니아 권리장전>(the Virginia Bill of Rights-1776)은 그 명칭이 나타내듯이 영국의 권리청원, 권리장전을 모범을 한 것이지만, 거기서 전개된 권리를 다루는 방식은 영국의 전통과는 완전히 다른 특색을 지니고 있었다. 그 차이는 <버지니아 권리장전>이 17-8세기의 자연법사상, 특히 존 로크의 정치사상의 성문화라고 해도 될 지점에서 태어났다는 점에 있다. 즉 특정한 제 권리가 모든 인간에게 생래(inherent)의 것이라고 생각되고, 그 제 권리가 정치조직의 기초를 이룬다고 생각되고 있는 점이다. 여기서 모든 인간에게 생래의 제 권리라고 주장되고 있는 것은 생명과

자유, 향유이며, 이 향유는 재산을 취득, 소유하고, 행복과 안전을 추구하고, 획득할 수단을 수반하는 경우에 실현되는 것으로 여겨지고 있다.

같은 해 발표된 미 합중국 독립선언에서는 '모든 사람은 평등하게 창조되고, 조물주에 의해 일정한 양도할 수 없는 제 권리를 부여받고 있다'는 것이 자명의 진리라고 생각되고, 그 제 권리 중에는 '생명·자유 및 행복의 추구'가 들어간다고 규정되어 있다. 여기서도 로크 식의 자연법사상이 반영되어 있음은 분명하지만, 영국법의 전통 탓인지 '일정한 제 권리'와 여타 일반적 권리와 관계가 아직도 그리 명확한 것은 아니다.

인권선언에서 선언된 특정한 제 권리의 성격을 명확하게 한 것은 프랑스대혁명 과정에서 만들어진 1789년 이후의 인권선언들이다. 우선 1789년 권리선언의 정식 명칭인 <사람 및 시민의 권리선언>이 나타나고 있듯이 선언된 제 권리가 사람(l'homme)과 시민(le citoyen)의 것으로 구별되어 있으며, 그것이 자연법사상에서 말하는 자연권과 시민적 권리에 대응해 있음이 주목된다. 로크 경우에는 자연상태에서의 권리와 시민사회에서의 권리가 구별되지만, 1789년 권리선언 경우에는 혁명 후 프랑스 사회(그것은 이미 시민사회가 되어 있었다)에서 두 가지 성격이 상이한 권리가 동시에 인정되었던 셈이다. 그리고 1789년에는 자유·소유·안전 및 압제에의 저항이 소멸됨이 없는 사람의 자연권이라고 생각되었다. 거기서 시민의 권리라고 규정되고 있는 것은, 조세의 용도를 추급(追及)하고, 조세의 총액이나 할당 등을 규정할 권리 (14조), 행정에 대해서 공무원의 보고를 요구할 권리 (15조) 정도에 지나지 않는다. 인권선언에서는 자연권과 비교해서 시민적 권리는 그다지 중요시되고 있지 않다. 혁명은 갖 출발했을 뿐이며, 인권선언의 주 임무는 새로운 사회와 정부의 원칙을 선언하는 데 있었기 때문이다.

자연권과 시민권을 구별하는 것은 관념적으로는 쉽다. 그러나 현실의 사회에서는 이미 시민사회는 성립되어 있고, 이 사회는 정부를 가지고 있기 때문에 거기서 승인되는 제 권리 중 어떤 것을 자연권이라고 부르고 어떤 것을 시민권이라고 부를지의 문제는 그리 간단하지 않다. 특히 무엇을 자연권으로 할지는 사회와 정부를 보는 기본적 관점과 관계되는, 이론적임과 동시에 고도로 정치적 의미를 포함하는 문제였기 때문이다. 자연권의 내용, 그 배열의 순서는 89년, 93년의 두 가지 (지롱드와 몽타냐르) 인권선언, 95년의 것을 비교만 해도 미묘하게 변하고 있음을 알 수 있다. 그 변화에는 혁명의 과정을 지도하는 정치적 당파의 교체가 뚜렷이 반영되어 있었고, 나아가 그 토대에 있던 여론의 변화마저도 반영하고 있었다고 할 수 있을 것 같다.

인권선언 속에서는 그리 중시되고 있지 않는 시민적 권리에 대해서도 같은 이야기가 가능하다. 시민적 권리라고 하면 1793년의 지롱드 헌법 초안 머리부분에 규정된 '인간의, 자연적, 시민적, 정치적 권리의 선언 초안'이 특히 눈길을 끈다. 그 제1조는 '인간의 자연적, 시민적, 정치적 권리는, 자유, 평등, 안전, 소유, 사회적 보장 및 압제에 대한 저항이다'라고 규정함으로써 자연권은 물론, 시민적 권리와 구별하여 정치적 권리를 인정하고 있는 까닭이다. 이 사실은, 1791년의 프랑스에서 첫 헌법전을 거쳐, 인권선언의 제 권리가 헌법상 권리로서 구체화되고, 그 내용이 풍부하게, 그리고 상세하게 갱신되어 왔음을 반영하고 있다. 91년 헌법은 루이 왕조(백색 깃발)와 혁명적 파리(청색 및 적색 깃발)의 국민적 타협에 의한 입헌군주제 헌법이었지만, 그 모두에 89년의 선언을 내걸고, 제1장에 '헌법이 보장하는 기본규정'을 두고, '자연적, 시민적 제 권리'를 열거하고 있다. 거기에 열거되어 있는 제 권리는 인권선언보다 구체적이며, 거기서는 시민적 권리에 중점이 두어지고 있다. 그 시민적 권리의 한계나 권리 실현을 위한 절차의 많은 부분은 법률에 위임되고 있다.

이렇게 하여 '권리의 보장'은 인권선언, 헌법, 그리고 법률이라는 세 단계에서 각각 문제가 된다. 그리고 이 '권리'의 핵심을 이루는 것이 '자연권'인 까닭은 17-8세기의 자연권사상으로 말미암은 것이며, 그것을 '인권'이라고 부르는 것은 자연권을 '인간의 권리'라고 자각적으로 부른 프랑스대혁명의 역사적 경험으

로 말미암은 것이다. 또 로크 식의 자연법사상에서는 자연권을 정부의 기초로 보며, 헌법전을 갖는 나라에서는 헌법이 보장하는 권리는 법률상 권리의 기본이므로 헌법상 권리는 기본권이라고 불린다. 91년 헌법 제1장에 '기본규정'으로서 인권이 언급되어 있었던 사실에 대해서는 이미 지적했지만, 1848년에 프랑크푸르트 국민회의는 일련의 권리를 '독일 인민의 기본권'으로서 선언했으며, 1919년의 바이마르 헌법은 '독일인의 기본권 및 기본의무'라는 제2편을 가지고 있었다.

이와 같이 볼 때, 일본국 헌법에 말하는 '기본적 인권'이라는 명칭, 유엔헌장이나 세계인권선언 전문에서 사용되고 있는 '기본적 인권'이라는 용어가 18세기 이래의 자본주의 나라들의 '권리의 보장'에 관한 법적 경험을 총괄할 수 있는 것이라고 해도 크게 틀린 말은 아닐 것이다. 어떤 종류의 권리군(群)을 '인권'이라고 부를지, '기본권'이라고 부를 지에는 각자 그 나름의 법사상적 근거가 있을 것이며, 실천적 의도에 차이가 없는 것은 아니지만, 그와 같은 근거에 대한 탐색을 일단 별도 문제로 친다면, 오늘날 '기본적 인권'이라는 호칭이 헌법상 '권리의 보장'에 관한 가장 일반적이며 포괄적인 거이라고 해도 될 것이다. 그것을 요약해서 '인권'이라고 할 때, 그 '인권'은 '사람의 권리' 즉 '자연권'을 지칭하는 것이 아님(용어상 문제로서) 미리 알려두고자 한다.

각국의 헌법이 국민에 보장하는 권리나 자유를, '기본적 인권', 혹은 요약해서 '인권'이라고 부르는 것은 부르주아혁명 이래 자본주의사회에서 승인되어 온 특정한 사고방식에 근거하고 있다. 그것은 자본주의에 고유한 생각이며, 봉건사회에서는 승인할 수 없는 사고방식이었다. 또 이 생각이 그대로 상태로는 사회주의사회에서도 승인할 수 없는 사고방식임은, 다음에서 설명하는 바와 같다. 그렇다면 '기본적 인권'의 사고방식이란 어떤 것인가? 그 핵심을 이루는 것은 이렇다.

인권의 주체는 인간이다. 이 인간은 한 사람의 인간으로서, 태어나면서 인간에게 고유한 권리를 갖는다. 로크는 인간에게 고유한(proper) 권리로서 생명·자유·재산을 들어, 이것들을 총괄하고 'Property'라고 불렀다. 그것은 인간이 시민사회를 결성하기 전의 자연상태에서 지니는 권리가기에 '자연권'이라고 불렀다. 프로퍼티는 글자 그대로 인간에게 고유한, 인간에게 불가결한, 인간의 본성(nature)라고 생각되고 있었으므로 그런 의미에서도 자연권이었다.

프랑스 및 미국 인권선언의 사상적 원류를 이루는 로크에서, 인권의 주체가 자유롭고 평등한 한 사람 한 사람의 인간이며, 사회나 정부는 이 인간이 태어나면서 갖는 권리인 자연권을 보다 잘 지키기 위해, 그 인간들의 동의에 기초하여 형성되었다고 생각되고 있다는 사실은 인권이란 것의 역사적 성격을 잘 나타내고 있다.

모든 인간이 공동체의 성원이며, 또 특정한 신분 속해 있던 봉건사회에서, 우리는 자유롭고 평등한 각각의 인간으로부터 사회나 국가의 성립을 설명할 수 없다. 그와 같은 인간을 발견할 수 있게 되는 것은, 처음에는 자유로운 상품교환이 인정되는 거래관계에서지만, 이와 같은 사회관계가 전 사회적 규모로 인정되게 되는 것은 말할 나위도 없이 자본주의사회에서이다.

자본주의사회는 토지·건물·기계·원료 등의 생산수단을 소유하는 계급과 노동력 이외에는 아무 것도 소유하지 않는 계급을 전제로 성립된다. 이 두 계급에 속하는 인간은, 사회경제적으로 보면 서로 결코 평등하지 않으며, 그 입장을 자유롭게 교환할 수 있는 것도 아니다. 그러나 자본주의사회에서는 일체의 생산수단은 물론, 노동력도 상품화하므로 두 계급의 존재에도 불구하고 모든 인간은 상품 소유자로서 상품시장에서 상품교환을 수행하는 한 자유롭고 평등한 인간으로서 나타난다. 상품교환은 등가교환의 법칙에 따라 행하여지기 때문에, 상품 소유자는 상품을 시장에 가져와 교환의 상대방을 발견하기만 하면 족하다. 이, 가치법칙이 관철되는 상품의 유통관계에서 볼 수 있는, 상품 소유자의 자유롭고 평등한 존재 양태야말로 인권의 주체에 적합한 것이다. 실제로 우리는 일상생활에서 수없이 되풀이되고 있는 상품교환에서, 그것이 가치대로 교환되기만 한다면 상품소유자가 누구인지, 그 성별, 나이, 직업, 사회적 지위

등은 문제가 되지 않는 것을 알고 있다.

그러나 자본주의사회는 또 하나의 측면을 가지고 있다. 생산수단을 갖지 않는 노동자는 그 생활을 유지하기 위해 노동력이라는 상품을, 그것을 필요로 하는 자본가에게 팔지 않으면 안 된다. 노동력 시장에서 노동자와 자본가는, 노동력을 그 가치대로 매매한다는 점에서는 평등하며 자유롭다. 그러나 자본가가 그렇게 구매한 노동력을 소비하여 자기가 관리하는 공장에서 생산을 수행하는 경우에 양자는 결코 평등하지도 자유롭지도 않게 된다. 노동자는 매일 일정한 시간 공장 내에서 일해야 한다. 생산의 방법, 즉 노동력을 소비하는 방식은 어느 상품의 소비에서도 마찬가지로인 듯이, 상품을 구매한 자본가의 자유에 속한다. 노동자는 자본가가 정하는 공장 내 규율에 따라야 한다. 그리고 생산의 결과 발생한 잉여가치는 모두 자본가의 소유가 된다. 노동력이 그 가치대로 지불되고 있는 이상, 잉여가치가 그 생산자인 노동자의 것이 되거나 노자(勞資)간에서 분배될 이유는 없다. 유통과정에서의 노동력 상품의 교환이 가치법칙대로 이루어지지만 하면 잉여가치의 법칙도 또한 관철되는 것이다.

가치법칙이 관철되는 사회에서는 인간은 자유롭고 평등한 존재로서 나타나지만, 거기에다가 잉여가치의 법칙이 관철되는 사회에서는 인간은 자유롭지도 평등하지도 않다. 자본주의사회가 이 두 가치법칙이 동시에 관철되는 사회라고 한다면, 17-8세기의 인권사상이 자본주의사회의 일면만을 반영하고 있으며, 다른 한 면을 무시하고 있었음이 명백하다. 로크가 생각했던 시민사회란 바로 그와 같은 일반적인 것이었던 것이다. 이 사실은 '사람의 권리'라고 불리는 권리의 내용을 검토한다면 보다 구체적인 형태로 분명해진다.

주지하는 바와 같이, 1789년 선언은 자연권으로서 '자유·소유·안전·압제에의 저항'을 들고 있지만, 거기서 평등은 '권리'로서 대접을 받지 못하고 있다. 그런데, 93년 지롱드 인권선언에서는, '자유·평등·안전·소유·사회적 보장 및 압제에의 저항'이 자연적, 시민적·정치적 권리로서 열거되어 있다. 앞의 네 가지가 자연권이라고 보아 무리는 없을 것이다. 같은 해에 나온 몽타냐르 인권선언에서는 '평등·자유·안전·소유'가 자연권이라고 규정되고 있다. 그러던 것이 테르미도르 반동 후인 95년 인권선언에서는 '자유·평등·안전·소유'가 '사회에서의 사람의 권리'라고 규정되었다. 여기서는 자연권의 내용은 완전히 같고, 달라지는 것은 권리의 서열과 '평등' 및 '압제에의 저항'을 취급하는 방식이다. 평등은 93년에는 자연권의 하나, 그것도 자코뱅 지배 하에서는 으뜸가는 권리가 되고, 95년에는 저항권은 조심스럽게 자연권에서 배제되고 있다. 그런 차이를 넘어서 일관되게 중시되고 있는 것은 89년 인권선언 제17조에서 '하나의 신성하고도 불가침의 권리'라고 규정되고 있는 소유권이다.

지롱드 인권선언에서는 '소유권은 모든 사람이 임의로 그 재산, 자본, 소득, 및 그 노무(勞務)를 처분할 수 있는 지배자라는 사실에 기인한다' (18조)라고 설명하고 있다. 그리고 뒤이은 19조에서는 '노동·상업·경작'의 자유가 규정되어 있다. 이런 사실에서, 당시 노동이나 노무를 자유롭게 처분할 노동자의 소유권과, 자본이나 재산을 자유롭게 처분할 수 있는 자본가의 소유권이 같은 권리로서 여겨져 있었음은 명백하다. 그리고 이 사실은 1793년이라는 대혁명 고양기에서 자본가와 노동자·농민이 같은 이해관계 속에서 협력하고 있었다는 것을 나타내고 있다. 그러나 자본가와 노동자의 소유권의 공통성은 이미 말한 바와 같이 상품소유자로서의 소유권에 한정되며, 그 내용이 같지 않음은, 혁명이 진행되고 자본가와 노동자·농민의 이해가 대립하기 시작하자 바로 명백해진다.

인권선언에서 중시되고 있었던 것은 자연권이지만, 그것을 받아들인 헌법전의 규정으로서 중시되고 있는 것은 시민적 권리인 이 시민권에서, 권리의 주체는 사람에서 시민으로 구체화된다. 사람 일반에서 시민으로 구체화된다는 것은, 로크의 사상에서는, 사람이 모두 그 사회적 의미를 바꾸어 시민이 된다는 것을 의미하지만, 현실의 헌법사에서는 그렇지 않고, 사람 일반이 시민과 시민 이외의 인간으로 분화했다는 것을 의미했다. 그것은 무엇보다 먼저 국민과 식민지 주민 사이의 구별로서 드러난다. '아시아·아프

리카 및 아메리카에서의 프랑스 식민지·보유지는 프랑스제국의 일부를 이루고 있기는 해도 이 헌법은 적용되지 않는다(91년 헌법 제7장 8조 2항). 주권을 갖는 '국민'에는 군주·귀족·자본가·노동자·농민 등 국내의 모든 인간을 포함하지만, 식민지의 인간은 포함하지 않는다는 것이다.

나아가서, 시민적 권리의 내용을 본다면, 거기에는 시민과 시민 이외의 차별의 맹아가 보인다. 91년 헌법 제1장은 '기아(棄兒)를 양육하고, 병약한 빈자를 구원하고, 실업중인 건강한 빈자에게는 노동을 제공하기 위해 공적구제시설을 설치한다'라고 규정하고 있다. 여기서 구제의 대상이 되고 있는 빈자는 형식상은 시민이지만, 실질적으로는 시민이 아니다. 빈자에게는 담세(擔稅)능력이 없음과 동시에 공직에 취임할 기회가 인정되고 있지 않다. 91년 헌법에 의하면, 선거권을 갖는 것은 적극시민뿐이며, 적극시민의 자격은 프랑스 태생의 프랑스인이며, 만 25세, 법정기간 도시나 군(郡)에 거주하고, 왕국의 어디선가 적어도 3노동일의 가치에 해당하는 직접세를 지불하고, 그 증명서를 제시하고, 그 거주지구에서 국민위병의 등록을 하고, 시민적 선서를 한 자로서 입주고용인의 상태에 있지 않은 자로 되어 있었다. 거기서는 직접세를 내지 않는 노동자나 국민위병이 될 수 없는 여성이 배제되고 있다는 사실에 주목해야 한다. 헌법상 시민권은 인권선언의 시민권보다 그 주체가 뚜렷이 한정되어 있는 것이다. 헌법은 사실상 시민이 아닌 자를 분명히 밝히고 있으며, 법률로 내려오면 그 한정은 한층 더 상세해진다.

프랑스 19세기의 역사는 같은 소유권을 가지고 출발한 자본가와 노동자를, 소유권의 신성·불가침이라는 개념으로 보호된 자본가와 노동권을 요구하는(1848년 헌법) 노동자로 분화시켜, 헌법상, 인간 일반은 물론, 시민마저도 권리의 일반적 주체일 수 없음을 나타내게 된다. 인권선언에서는 사람의 권리와 시민의 권리가 구별되었지만, 19세기의 헌법사에서는 같은 시민이라는 이름 하에 자본가의 권리와 노동자의 권리가 점차 구별되기 시작한다. 산업혁명을 거쳐 기계제 대공장이 출현하게 되면 노동운동의 전진과 더불어 이 구별은 더욱 명확해진다. 헌법상의 제 권리는 자연법사상으로는 설명할 수 없는, 실정법적인 성격을 농후하게 가지게 된다.

프랑스에서 서유럽 제국으로, 그리고 동유럽을 거쳐 아시아 나라들에까지 보급되어가는 헌법전 속에서, 인권은 시민적 권리로서 그 내용을 풍부하게 만들어간다. 소유권의 불가침을 중심으로 한 경제적 자유, 사상·신앙의 자유와 일체의 표현의 자유와 같은 정신적 자유, 법 앞의 평등 등에 더하여 교육을 받을 권리나 사회보장을 받을 권리가 전 사회적 규모로 구체적·현실적 의미를 지니게 된다.

사람과 시민과는 별도로, 노동자가 인권의 주체로서 헌법의 규정에 정착하는 것은 제1차 세계대전에서 패배한 독일 바이마르 헌법(1919)에서이다. 거기서는 독일인의 경제생활이 '인간의 가치에 걸맞은 생활을 보장하는 목적을 갖는 정의의 원칙에 적합하지 않으면 안 된다'(151조 1항)라고 규정되어 있을 뿐 아니라, 노동자의 권리와 자유가 보장되고, '노동력은 라이히의 특별한 보호를 받는다'(157조 1항)고 규정되었다. 이 헌법은 독일 사회민주당의 주도하에 제정된 것이지만, 그 인권규정에는 1년 전에 세계 최초의 사회주의혁명을 성공시킨 러시아에서 나온 <근로파착취인민의 권리선언>이 강한 영향을 주고 있었다. 근로대중에 의한 사회주의 헌법(1918년, 러시아사회주의연방 소비에트공화국 헌법)의 제정은 자본주의 아래 착취당하고 있던 근로자에게 실질적인 자유와 권리를 보장하게 된다. 바이마르 헌법에서의 노동자 증시는 이 사회주의 헌법에 대항하기 위한 것이었다.

제2차 세계대전의 결과, 동유럽과 아시아에 복수의 사회주의국가가 탄생하고, 사회주의 헌법을 갖게 된다. 1918년 이래 소련 헌법에 규정되기에 이른 사회주의국의 '권리의 보장'은, 사회주의적 '인권'으로서 사회주의 헌법 일반의 문제가 된다. 자본주의국에서는 바이마르 헌법의 시도가 확대되어 1947년의 일본국 헌법도 국민 일반에 머물지 않고 근로자의 권리를 보장하게 된다. 사회주의국가에서는 생산수단을 국유화함으로써 자본가계급을 없앤 연후에 근로자의 권리가 보장되지만, 자본주의국에서는 근로자의 권리 보장은 자본가의 권리의 제한에 의하지 않을 수 없다. 이 제한이 현실적으로 어디까지 가능하겠느냐가

근로자의 권리 실현의 바로미터가 된다.

제2차대전 후 두 체제에 각각 속하는 계급적 본질이 상이한 헌법은 각각 인권규정을 가지고 서로 영향을 주고받기에 이른다. 유엔총회에서 1948년에 성립된 <세계인권선언>이나, 1976년에 발효한 <국제인권규약> 등은, 국가는 물론 두 체제를 초월한 보편적 인권의 존재를 생각하고 있지만, 이 일 자체는 자연법사상에 근거한 인권관의 전개라고 볼 수 있다. 그러나 이 점을 강조하면 할수록, 자본주의국가에서의 인권과 사회주의국가에서의 인권의 상위(相違)를 문제 삼지 않을 수 없게 된다. 좋든 싫든 오늘날 인권은 자본주의 헌법만의 문제가 아니게 되었다.

사회주의 헌법의 '권리 보장'을 '기본적 인권' 혹은 '인권'이라고 부를 것인가의 여부는 이미 자본주의 헌법의 그것에 대해 검토한 것과 마찬가지로 검토할 필요가 있다. '자본주의와 인권'을 주제로 하는 이 글은 직접 사회주의 헌법을 다루는 글이 아니지만, 인권문제의 국제화, 사회주의 사회에서의 인권의 새로운 존재양태를 전망하면서 이 주제를 추구할 필요성을 느낀다.

## 2. 국가·사회·개인

프랑스대혁명의 과정에서 태어난 인권선언을 살펴보면, 거기에는 당시의 자연법 사상가의 생각을 반영하여 시민·사회·국가의 통일적 시스템이 고려되고 있는 것을 알 수 있다. 이미 언급한 1789년 선언 제16조는 '권리의 보장이 확보되지 않고, 권력의 분립이 규정되어 있지 않은 모든 사회는 헌법을 갖는 것이 아니다'라고 선언하고 있다. 보장되는 권리의 주체는 사람 및 시민이며, 권력이 분립되는 것은 정부=국가이다. 시민과 국가의 기초에, 혹은 그 중간에, 모든 시민으로 구성되는 사회가 있다. 그래서 '주권 전체의 근원은 본질적으로 국민에 있다(제3조)라고 말할 때, 이 나시옹과 소시에떼가 어떤 관계에 서게 되는지가 문제이다.

93년의 두 가지 인권선언은 공화제의 것이며, 거기서는 주권은 '인민 전체(지롱드) 혹은 '인민'(몽타냐르)에 있다고 이해된다. 95년에는 주권은 '시민 전체'에 있다고 규정되었다. 91년의 입헌군주제 때의 나시옹에는, 시민 외에 군주나 귀족이 포함되어 있었지만, 93년, 95년에는 군주나 귀족이 배제되어, 주권 담당자는 인민 혹은 시민 전체가 되었다. 여기서는 인민 혹은 시민 전체는 사회 그 자체라고 볼 수 있을 것이다. 이리하여 시민·사회·국가라는 근대 헌법의 시스템이 완성된다. 이 경우 개개의 시민이란 인권의 주체이며, 사회는 시민의 총체로서 주권이 존재하는 곳이며, 국가란 통치를 행하기 위해 사회가 갖게 되는 정부이다.

이 계몽기의 자연법사상에 근거한, 시민·사회·국가의 통일적 시스템의 기본을 이루는 것은 사회이다. 몽타냐르 인권선언 제1조는 '사회의 목적은, 공동의 행복이다. - 정부는 사람에게 자연적이며 소멸함이 없는 자연권을 보장하기 위해 설치된다'라고 선언한다. 여기서 자유란 인간의 본성이란기보다 타인과의 관계로서 파악되고 있다. '자유는 타인의 권리를 침해하지 않는 모든 것을 할 수 있는 권리이다. 그것은 자연을 원리로 하고, 정의를 기준으로 하고, 법을 옹호자로 한다'(6조). 그리고 '법은 총의의 자유롭고도 엄숙한 표명이다. 법은, 보호를 주는 경우도 처벌을 가하는 경우도 모든 자에게 동일하다. 그것은 정당하고 사회에 유익한 것만을 명할 수 있다. 그것은 사회에 유해한 일만을 금지할 수 있다.'(4조)

자유와 권리를 갖는 각각의 시민을 결합시키고 모든 시민을 위해 국가를 기능케 하는 것은 사회이며, 서유럽 제국의 부르주아혁명이란 무엇보다도 먼저 시민사회를 만들어내기 위한 것이었다. 그러기 위해서는 시민사회의 형성을 가로막는 도시의 특권적 길드, 농촌의 공동체적 규제, 교회의 정신적 지배 등을 타파하지 않으면 안 되었다. 이것은 봉건적 사회단체의 배제를 의미했으며, 근대 헌법의 토대 위에 새로운 시민사회가 형성될 필요가 있음을 결코 부정할 것은 아니다. 이와 같은 시민사회에서 비로소 시민은

자유로우며, 평등하게 되는 일이 가능했다. 프랑스 인권선언은 이런 사실을 분명히 하고 있다.

거기서는 한 사람 한 사람의 시민의 대극(對極)에 있는 것은 전체로서의 사회이다. 국가는 개인의 인 권과 사회의 공동의 행복을 조절하는 제도일 뿐이다. 그러나 영국이나 프랑스와 달리 시민사회가 충분히 형성되기 전에 헌법을 만들 필요에 직면한 나라들은 국가는 전체사회와 동일시되고, 개개의 시민은 사회 가 아닌 국가와 대항하는 것으로 인식된다. 독일에서는 프랑크푸르트 헌법(1849년) 이래 독일 국민의 기 본권은 란트 혹은 라이히와의 대항관계에서 파악되었다.

엘리넥의 <공권(公權)의 체계> 및 <일반 국가학>에 의하면 국민의 공권을 결정하는 것은 국가에서의 국민의 지위이다. 여기서는 헌법상 권리의 주체인 국민은, 국가의 성원인 개인이므로 개인의 권리가 그 국가에서의 지위에 의해 결정되는 것은 당연하다.

국민 개인의, 국가로부터 자유로운, 소극적 지위에서는 자유권이, 국가에 대한 적극적 지위에서는 개인 적 이익을 위해 국가의 적극적 급부를 요구하는 청구권이, 그리고 국가에 대한 능동적 지위에서는 참정 권이 나온다. 첫 번째의 자유권이란 국가의 부작위를 통해 발생하는 단순한 자유로운 상태를 말하는 것 은 아니라, 자유를 침해하는 모든 국가적 행위의 부정을 요구하는 청구권이며, 두 번째의 것은 재판을 받을 권리처럼 국가의 구성원으로서 청구권이며, 세 번째 것은 국가기관인 지위의 담당자로서 인정받을 것을 요구하는 청구권이며, 국가행위를 행하기 위한 허가를 요구하는 청구권이기도 하다. 어쨌든 국민의 기본적 인권은 국가의 내부에서의 그의 지위에 따라 결정된다. 그리고 그 지위를 결정하는 것이 헌법이 요 법률임은 말할 나위도 없다.

엘리넥의 영향하에 있던 미노베 다츠기치(美濃部 達吉)가 그의 대표작 <헌법활요(憲法活要)>에서, 명치(明 治) 헌법에 있어서 '국민의 권리·의무'를 다루는 방식은 앞에서 살핀 바와 거의 같은 것이었다. 거기서 는 국민의 공(公)의무, 국민의 자유권, 수익권(적극적 공권), 참정권으로 분류하고 있는데, 그 취지는 엘 리넥의 분류와 완전히 같다. 여기서는 엘리넥 이상으로 국가와 국민 개인의 관계만이 문제가 되며, 그 중간에 있는 사회적인 것이 고려되는 여지는 전혀 없다. 국가주의의 관점이 압도적이며, 사회적인 것은 모두 국가에 의해 흡수되거나 통제되고 있었던 명치국가 아래에서는, 인권은 모두 국민의 국가에 대한 관계로 결정되어도 하등 이상할 것은 없었다. 그러나 이 미노베의 엘리넥적 해석마저도 명치 헌법을 다 소 미화한 것이었으며, 거기서 규정되어 있었던 것은 국민의 권리·의무가 아닌, '신민(臣民)의 권리·의 무였다. 신민이란 인권의 주체이기보다 국가에 종속되는 입장의 국민을 지칭하는 말이다. 프랑스의 '사람 의 권리'는 독일에서 '독일인의 기본권'이 되고, 명치 헌법에서는 '신민의 권리'가 되었다. 거기서는 국가의 우월적 지위가 점차 높아지고, 사회의 존재가 점차 희박해지고 있음을 분명히 볼 수 있다.

프랑스에서는 1848년 제2공화제 헌법에서도 대혁명 당시의 사회개념은 여전히 활발한 역할을 다하고 있다. 동시에 거기에는 새로운 사회개념의 맹아가 벌써 발견된다. 헌법 제2장 '헌법이 보장하는 시민의 권리' 제13조는 다음과 같이 규정한다.

'헌법은 시민에게 노동 및 노무의 자유를 보장한다. 사회는 무상의 초등교육을 통한 노동의 발달, 직업교육, 노사관계의 평등, 구제 및 신용제도, 농업제도, 임의 결사, 실업 노동자를 사용할 토목공사 를 나라·도·시 등 단위로 조성·장려한다. 사회는 고아·병약자 및 자산이 없는 노인을 구제한다. 단 그 가족이 구제하지 못하는 경우에 한한다.'

여기서는 노동의 자유의 주체인 '시민', 교육·노사관계, 신용제도 등을 배려하는 '사회', 토목사업을 제 공하는 '국가'라는 3자가 구성하는 시스템의 존재는 명확하다. 그러나 이 사회는 이미 노사의 계급대립을 잉태하고 있으며, 그로 말미암아 노동의 자유의 주체는 실질적으로 노동자가 되고, 토목사업을 제공하는 국가는 노사의 시련적 불평등을 해소하는 방향으로 그 기능을 수행할 것이 요청되고 있다. 이 헌법이 2월혁명 후의, 프랑스의 혁명과 반혁명과의 치열한 강동 속에서 제정되었다는 것이 프랑스 헌법사의 문

제이다.

프랑스의 인권선언과 헌법의 역사가 결코 망각하는 일이 없었던 '사회'라는 개념이 독일의 헌법사(史) 상에 등장하는 것은 1919년 바이마르 헌법 이후의 일이다. 일본에서는 1947년의 현행 헌법 이후가 된 다. 바이마르 헌법 제2편은 '독일인의 기본권과 기본의무'를 다루고 있지만, 제1장 개인, 제2장 공동생활, 제3장 종교 및 종교단체, 제4장 교육 및 학교, 제5장 경제생활이라는 장별 구성을 보면 개인과 국가의 중간에서 각종 사회단체가 고려되고 있는 것은 분명하다.

제1장이 법률 앞의 평등, 인신의 자유, 표현의 자유 등을 들고 있는데 대해 제2장에서는 혼인과 집, 어린이 교육, 집회·결사의 권리, 선거의 자유, 지방자치, 공무원의 기득권 등이 다루어지고 있다. 집·정 당·지방자치체 등의 사회단체가 문제로 되어 있다. 그리고 제3장에서는 종교단체가, 제4장에서는 학교 와 대학이 다루어진다. C. 슈미트는 <헌법론>에서 집이나 대학이나 지방단체 같은 특정한 제도에 헌법이 부여한 특별한 보호를 '제도적 보장'이라고 하면서 진정한 기본권과 구별하고 있는데, 그것은 기본권이라 는 것을 비사회적인 개인의 권리라고 생각하고 있기 때문이다. 그러나 바이마르 헌법은 과거의 헌법이 소홀히 여겨온 개인의 사회관계를 적극적으로 다루었다는 데 의의를 지니며, 그것은 인권이 갖는 사회적 성격의 복귀라고 할만한 것이었다.

제5장 경제생활이 인권의 사회와의 관계를 정면으로 다루었을 뿐 아니라, 사회개념에 새로운, 구체적인 내용을 덧붙였다.

제5장 모두의 151조 1항은 '경제생활의 질서는 모든 사람에게 인간의 가치에 걸맞은 생활을 보장할 목적을 갖는 정의의 원칙에 적합하지 않으면 안 된다'라고 규정하고 있다. 프랑스 인권선언의 '사회'는 여 기서는 '경제생활의 질서'라고 표현되고 있다. 물론 양자는 같은 뜻이 아니다. 프랑스 사회는 시민의 전 체로서 등질적으로 파악되어 있지만, 독일에서의 경제생활의 질서는 기업자와 노동자라는 대항하는 두 주체로 구성된다. 독일인의 '개인의 경제적 자유'가 앞의 경제적 질서의 한계 내에서만 인정된다는 것의 의미는, 노동자가 소유하는 노동력이 라이히의 특별한 보호를 받는 (157조 1항) 한편, 자본가·경영자의 소유권은 의무를 수반하며, '그 행사는 동시에 공공의 복지에 이바지해야 한다.' (153조 3항)라는 규정에 표현되어 있다. 시민 중 특정계급의 권리를 보장하기 위해서는 대항하는 다른 특정계급의 권리를 제한해 야 한다는 것을 바이마르 헌법은 승인했다. 인권은 국가와 국민 개인의 관계로 파악될 뿐 아니라 국민 상호의 사회적 관계를 통해 그 내용을 변화시킨다는 사실이 이 5장으로 명백해진다. 그것은 경제생활에 한정되는 것은 아니다.

일본국 헌법도 바이마르 헌법과 마찬가지로, 제3장의 국민의 권리 및 의무에는, 개인의 자유와 평등에 서 시작하여, 집·정당 등 공동생활에서의 자유와 평등, 그리고 종교나 교육이 다루어진 후에 제27조의 근로의 권리에 더하여 제28조는 근로자의 단결권·단체행동권을 인정하고 있다. 그리고 제29조가 재산 권의 불가침성을 인정하면서 '재산권의 내용은 공공의 복지에 적합하도록 법률로 이를 정한다.(2항)라고 하고, '사유재산은 정당한 보상 하에 이를 공공을 위하여 사용할 수 있다(3항)라고 한 것은 제28조와 깊은 관계가 있다. 여기서 헌법은 자본주의사회에 기본적인 노자(勞資)의 계급관계를 전제로 하고 있는 것 이다.

1789년 인권선언에서 1947년 일본 헌법까지, 자본주의 제국의 인권이 어떤 사회적 시스템 아래 파악 되어 왔는지를 검토했다. 모든 헌법에 일관하고 있는 것은 개인→사회→국가라는 17-8세기의 자연법 사 상가들이 고안했던 시스템이며, 인권선언이나 헌법에서는 시민사회를 토대로 한 개인과 국가의 관계가 인권을 파악하기 위한 사고의 틀이 되었다. 그 결과 프랑스에서는 사회가 개인에 해소되는 경향을 보였 지만, 독일에서는 사회가 국가에 흡수됨으로써 근대 헌법의 시스템은 국가와 개인의 대항관계라는 과도 하게 단순화된, 잘못된 헌법관과 그것에 근거하는 인권관이 생겨났다. 그리고 이와 같은 인권관이 국가

주의의 주도 아래 전전(戰前)의 일본을 지배했던 것이다.

인권을 국가와 개인의 관계로서만 파악하는 것은 봉건사회에 존재했던 특권적 제 사회단체를 비판하고 그것을 해체시키는 데 유용하다. 그러나 그것은 자본주의사회가 애당초부터 지니고 있는 자본가와 노동자의 계급관계, 그리고 거기서부터 유래되는 인권 자체에 내재하는 모순을 은폐하는 결과가 된다. 예컨대 소유권에 대해, 자본소유와 노동력 소유에 따라 달라지는 사회경제적 의미가 거기서는 사상되고, 법적으로는 같은 권리로서 인정되는 결과를 가져온다.

이와 같은 이치는 인간의 자연권이라고 인정된 다른 개인적 인권에 대해서도 성립된다. 재산과 마찬가지로 생명이나 자유마저 자본주의사회에서는 만인에게 평등하게 주어지지 않는다. 평등한 것은 권리에 있어서이며, 법 앞에서 뿐이다. 누구의 생명이나 법적 절차 없이 빼앗을 수는 없다. 그 점에서는 만인에게 평등하다. 그러나 실업한 노동자가 생활고 때문에 굶어 죽어도 그는 누구로부터도 생명을 빼앗기지 않았던 것이 된다. 실업자에게 생명의 권리, 생존할 자유는 현실적으로는 굶어죽을 권리며 자유였다. 이 현실을 사상하지 않으면 생명을 만인의 권리라고 인정할 수는 없다. 자본주의사회의 현실에서는 생명마저 그 자체에 모순을 잉태한 인권인 것이다. 자유에 대해서도 마찬가지지만 그에 관한 상세한 논의는 다음 장에서 개진하기로 한다.

이와 같이 사인(私人)간의 인권 규정의 효력이라고 일컬어지는, 현대 자본주의에 특징적인 헌법문제가 등장하게 된다. 직접 국가와 개인과의 관계에서는 포착할 수 없는, 사회관계에 나타나는 사인 사이의 인권문제이다. 자본주의사회의 기본적 계급관계가 바이마르 헌법 이래 특히 제2차 세계대전 후의 여러 헌법에서 다루어지게 된 것은 이미 언급했다. 문제는 더 나아가 다른 사회관계에까지 확대되고 있다는 사실이다.

기업 내의 노사관계가 헌법에서 다루어지고 있다는 것은 이미 언급했다. 그러나 오늘날 기업과 기업 외의 개인과의 관계가 문제로 되고 있다. 기업과 국가와의 관계는 개인과 국가의 관계로서 파악할 수 있다. 그러나 기업과 개인의 사회적 관계는 양자 모두 사인(私人)이라는 이유로, 사회적 관점을 지니지 못하는 헌법학에서는 과거 사적 자치에 속하는 영역으로서 자유로 방임되는 경향이 있었다. 그러나 기업, 특히 현대의 독점적 대기업이 사회적 세력을 지니게 되자, 기업 대 개인이라는 관계를 헌법 외로 돌리게 되면 시민의 인권을 현실적 의미를 갖지 못하게 될 것이다.

독점적 대기업인 제약회사가 대량의 소비자의 건강을 좌지우지하는 약품을 제조·판매할 경우, 식품회사가 식품에 방부제 기타 첨가물을 섞을 경우, 소비자는 형식적으로는 선택의 자유를 갖지만 실질적으로는 자유가 없는 것과 마찬가지다. 소비자는 그 건강을 유지하기 위해 이와 같은 기업에 대하여 어떤 인권을 주장할 수 있을 것인가? 일본국 헌법 제25조는 '모든 국민은 건강하고 문화적인 최저한도의 생활을 영위할 자유를 가진다'고 규정하기 때문에 이 생존권에 근거하여 국가에 대해 직접 약품의 검사나 제조 금지조치를 청구할 수 있는가? 아니면 기업에 대하여 민사적 손해배상 뿐 아니라 직접 제조금지를 청구할 수 있는 새로운 인권을 고안해낼 필요가 있는가?

독점적 대기업이 신문·라디오·TV와 같은 보도기관인 경우 기업자체에 보도의 자유가 있는 것은 물론이지만, 문제는 사실상 동일한, 혹은 한정된 소수의 대신문을 읽어야 하고, 특정한 라디오·TV를 청취해야 하는 시민에게, 독자 또는 시청자의 인권을 없애는 것도 문제이다. 보도기업이 정부나 특정 정당의 영향 하에 있어, 일정한 사실을 보도하지 않거나 특정한 경향의 코멘트 밖에 하지 않는다고 하면 시민의 '알 권리'는 어떻게 보장되는가? 나라가 보도를 지도하는 것이 아니라, 또 보도기업의 자율규제에 내맡기는 것이 아니라, 광범한 시민의 정당한 요구에 응답하기 위해서는 어떤 인권을 필요로 하는가? 보도기업에 직접 작용하기 위한 '엑세스권'이 문제가 되는 것도 이와 같은 사정에서이다.

개인으로서 갖지 못하는 사회적 세력을 갖는 단체와 단체 외의 개인과의 관계가 인권문제가 된다고

한다면, 기업에 한정되지 않고 정당, 노동조합, 종교단체 등에 대해서도 같은 문제가 발생할 가능성이 있다. 물론 개인의 인권 보장에 관해서이지만, 새로운 문제가 발생한다. 창가학회(創價學會-일련종이라는 불교의 한 종파가 만든 일본 최대의 신흥종교단체. 공명당의 기반이다.)의 언론 억압사건은 그 구체적인 예였다. 기업 내에서 노동조합과 비조합원과의 관계에서 일어나기 쉬운, 조합에 의한 차별문제도 있다. 정당과 일반 시민과의 관계에서도 여러 가지 문제가 존재한다.

앞에서 살펴본 개인·사회·국가의 시스템에 대해 요약하면 다음과 같이 된다. 이 시스템은 로크와 같은 자연법 사상가에 의해 주장된, 부르주아 민주주의적 사회관이며, 그것이 인권사상의 기초가 되었다. 그러나 그것이 의회에 의한 인권선언으로서 구체화될 때 '사회'의 위치가 애매해지고 인권이 헌법전의 여러 조항으로 정착하게 되면 개인은 권리의 주체이며, 국가는 그 규제자로서 그 존재가 명확해지지만, 사회가 수행하는 역할은 더욱 더 애매해지게 마련이다. 사회(시민 전체)의 총의라야 했던 법률이 어느덧 직접적인 제정자인 국가의 법률이 되어버린다. 그리고 이미 19세기 독일이나 전전(戰前)의 일본에 대해 언급한 것과 같이 시민사회가 충분히 형성되지 않았던 곳에서는 국가와 개인과의 관계가 모든 것이 되고, 국가의 우위 아래 인권이 사고되게 된다. 인권사상으로는 원점이어야 할 개인은 인권선언과 특히 헌법의 규범 속에서는 국가 앞에 희미한 존재가 되게 마련이다. 그리고 그것이 법률의 차원에서 사고된다고 한다면 국가의 우월성은 압도적이다. 인권이 현실적으로 보장되는지의 여부는 국가가 취하는 구체적 정책(입법·행정·사법)에 따라 결정된다. 인권의 규범은 국가의 정책에 일정한 방향을 주기는 하지만 결국 현실의 정책이 인권의 유무를 결정한다.

자본주의사회에서는 인권의 사상과 규범과의 사이에 중요한 어긋남이 있을 뿐 아니라 인권의 사상이나 국가가 취하는 현실의 정책 사이에는 근본적인 상위(相違)가 있다. 이 상위는 17-8세기의 부르주아 혁명기, 근대적 헌법의 발족 당시부터 이미 존재해 있었지만, 국가독점자본주의의 단계에 도달한 현대에서는 한층 더 극단적인 것이 되어 있다. 그 구체적 내용에 대해서는 계속 검토하기로 한다. 다만 여기서는 인권이 매우 국가적인 것이 되어 가고 있다는 점만을 지적해두는데 그치려고 한다.

### 3. 자유권

인권선언 및 헌법전의 여러 권리 규정은 자연법사상이라는 큰 사고의 틀로 파악할 수는 있지만, 그 구체적 내용은 여러 국가나 사회의 차이를 반영해서 매우 다양하다. 권리의 사상이 규범화되는 시대나 지역의 차이에 따라 또 헌법 제정과정을 지도하는 당파의 이해나 타협을 하는 방식에 따라 어떤 권리가 어떤 순서로 배열되는지가 결정된다. 그것이 결정되는 양태는 특정한 사상이나 이론에 의한다기보다 정치적·실천적 요구, 그것도 여러 요구 사이의 타협의 결과이기도 하다. 따라서 인권을 논하는 경우 항상 현실적으로 존재했던 제 규정을 떠난 과도한 일반화, 추상화는 피해야 할 것이다.

인권의 구체적 내용을 보면, 자본주의적 인권에 공통된 것은 자유에 관한 규정이 가장 많고 그만큼 중요시되고 있다는 점이다. 자유란 무엇인가? 철학자는 여러 가지로 그 본질에 대해 논쟁하지만, 법률가가 자유를 문제 삼을 경우, 누구의 무엇이 누구로부터 자유로운가가 논점이 된다. 인권론에서는 인간의 자유 일반이 문제가 되는 것은 아니다.

자유는 각각의 인간이지만, 자유가 관련되는 영역은 몇 가지 관점에서 분류할 수 있다. 1793년 지롱드 인권선언은 제1조에서 '인간의 자연적·시민적·정치적 권리는 자유·평등·안전·소유·사회적 보장 및 압제에 대한 저항이다'라고 선언하고 있는 바, 이를 '자유·평등·안전·소유'가 자연권이고, '사회적 보장'이 시민권이고, '압제에의 저항'이 정치적 권리라고 해석할 수도 있겠지만, 그것은 인권의 세 측면을 지적한 것으로 볼 수도 있다. 실정헌법의 문제로서는 세 가지 인권이 있다고 하기보다, 모든 인

권에 세 가지 측면이 있다고 이해하는 편이 유익하다. 이 점에 대해서는 차차 분명해질 것이다.

이 관점에 따르면 자유에도 세 측면이 있다. 신앙의 자유 같은 자연권적 측면, 집회의 자유 같은 시민권적 측면, 청원의 자유 같은 정치적 권리의 측면이다. 이 분류는 개인의 내심의 자유이며 타인과 상관 없는 순수하게 개인적인 것, 많은 사람들과 관련되는 사회적인 것, 그리고 통치와 관련된 정치적인 것, 이렇게 세 가지로 구분되며, 앞 절에서 언급했던, 인권선언의 개인·사회·국가의 세 주체에 각각 관련되는 것이다. 그것은 자유가 실현되는 영역의 성질과 관련된다.

슈미트의 <헌법론>은 개인의 권리에 관한 총괄적 개관으로서, 첫째로, '고립된 개인의 자유권'을 든다. 양심의 자유, 신체의 자유, 사유재산, 주거의 불가침(서신의 비밀)이 그것이다. 둘째로, '타의 개인과 결합된 개인의 자유권'으로서 표현, 언론, 출판, 예배, 집회, 결사의 자유(단결의 자유는 정치의 영역에 들어간다)가 열거된다. 셋째로, 국가 내에서의 공민으로서의 개인의 권리로서 법 앞의 평등, 청원권, 평등한 선거권 및 투표권, 공무에의 평등한 취임권 등이 열거되고, 넷째로, 국가의 급부를 요구하는 개인의 권리로서 노동권, 보호 및 부조 청구권, 교육을 받을 권리가 열거되고 있다. 이 분류방식을 가지고 말하면, 첫째가 자연적, 둘째가 시민적, 셋째가 정치적 권리가 된다. 슈미트는 넷째를 사회주의적 권리로 보고 있다.

슈미트에 의하면, 자유권은 첫째와 둘째까지이며, 셋째, 넷째에서 자유권은 문제가 되고 있지 않다. 그러나 셋째의 공민의 권리 대목에서 청원의 자유와 투표의 자유를 꼽는 것도 가능하다(자유는 자연적, 권리는 정치적이란 식으로 전제해버리지 않는 한). 슈미트의 분류를 권리의 주체와의 관련에서 말하면, 권리는 정치적이란 식으로 전제해버리지 않는 한). 슈미트의 분류를 권리의 주체와의 관련에서 말하면, 사람, 시민, 공민, 노동자의 자유·권리가 되고, 권리의 성격이라는 관점에서 말하면, 자연적, 시민적, 정치적, 사회(주의)적인 권리·자유가 된다. 사람과 시민이 구별되는 것은 근대적 자연법사상에서 일반적이지만, 사람과 공민이 구별되는 것은 독일적 특색이라고 할 수 있을 것이다. 또 이런 분류에서는 '제도적 보장'이 제거되고 인권과는 별도의 것으로 논해지고 있는 점이 슈미트적 특색이라고 할 수 있다.

여기서 자유·자유권·권리라는 용어에 대해 검토해두기로 한다. 인권선언에서는 자연권으로서 89년에는 자유·소유·안전·압제에 대한 저항이 규정되었고, 93년(몽타나르)에는 거기에다 평등이 추가되고 있다. 이는 자유가 소유 기타와 함께 자연권의 내용을 이루고 있음을 나타내고 있다. 또한 평등이 나타내고 있듯이 그것이 자연권의 하나로 간주될 수 있는지 아닌지는 어려운 문제가 있다는 것도 이해가 된다.

89년 인권선언 제4조에 의하면, '자유는 타인의 권리를 침해하지 않는 모든 일을 할 수 있다는 데 존재한다.' 같은 권리를 사회의 다른 구성원 모두가 가지고 있다는 사실이 자유의 한계가 되고, 이 한계는 법만이 규정할 수 있다. 뿐만 아니라 '법은 총의의 표명이다'(6조). 여기에 말하는 총의란 시민 전원(즉 사회)에 공통의 의사를 말한다. 93년 지롱드 인권선언 제3조는 '자유는 총의의 표명인 법에의 복종에 의존한다. 법으로써 금지되지 않는 모든 방해할 수 없으며, 또 누구도 법이 명하지 않는 것을 하도록 강요받지 않는다'고 규정한다. 자유란 법이 금지하지 않는 모든 것을 할 수 있다는 의미가 된다. 여기서는 타인에게 피해를 주지 않는다는 것과 법의 금지에 위반되지 않는다는 것과는 같은 의미이다. 자유는 무엇보다도 자연권으로서 인간이 태어나면서 갖는 것이지만, 타인과의 사회관계에서 파악되고 있음을 알 수 있다. 슈미트가 말하는 순수하게 개인적인 자유는 인권선언에서는 문제가 되지 않는다. 자연권으로서의 자유는, 한편에서는 타인에게 피해를 주지 않는 이상 인정되는 자연의 자유이며, 다른 한편에서는 법에 위반하지 않는 한 인정되는 권리이다. 여기서는 자유와 자유권의 구별은 여전히 분리되지 않고 있다. 그것은 자연권이라는 용어의 애매함과 관계가 있다.

인간이 무언가를 생각하고 그것을 행위로 표현하고자 할 때, 타인으로부터 방해받지 않는 것이 자유이며, 만약 방해받으면 스스로의 힘으로 지켜야 하는 것이라면 그것은 자연의 자유에 지나지 않는다. 자유

가 방해받을 때 국가가 그 방해를 제거하고 자유가 회복되도록 국가에 대해 청구할 수 있다면 그것은 자유권이요 법적 자유요 시민적 자유라고 할 수 있다. 자연의 자유에서는 국가는 개재될 여지가 없다. 자유권에서 국가는 사회관계의 당사자로서가 아니라, 제3자로서 등장한다. 국가는 자유의 수호자이며, 창조자가 아니다. 그것이 인권사상의 원리임을 잊어서는 안 된다.

권리란 일반적으로 권리주체의 이익의 내용이 법에 의해 승인되고, 그 실현이 보장되어 있는 경우를 지칭한다. 자유권의 권리성도 자유의 내용이 법에 의해 승인되고 그 실현이 보장되어 있는 경우에 인정된다. 단, 자유의 내용은 항상 타인의 부작위를 통해 실현되기 때문에, 타인의 작위를 통해 실현되는 권리와는 그 성격이 소극적이라는 차이가 있다는 것은 분명하다.

부르주아 혁명기의 인권선언에서는 자유의 침해자는 타인이며, 공권력의 필요는 사람 및 시민의 권리 보장을 위한 것(1789선언 제12조)이므로 공권력이 자유의 침해자라고 생각하고 있는 것은 아니다. 개인의 자유를 침해하는 타인의 하나로서 국가가 존재한다고 하더라도 자유의 침해자가 주로 국가이며, 헌법상 자유란 국가로부터의 자유라는 사고방식은 인권선언에도 헌법에도 존재하지 않는다.

자유를 오로지 국가로부터의 자유라고 생각한 것은 국가에 대한 개인의 지위의 성격에 따라서 기본권을 분류했던 엘리벡 식의 독일 국법학에서이다. 거기서는 국가는 전체 사회를 포섭하고, 국민은 국가의 구성요소이며, 개개의 국민은 국가 내부에서 통치의 객체이다. 따라서 국민에게 자유가 있다면, 그것은 국가가 통치권이 미칠 것을 자제한 영역에 지나지 않으며, 그 영역을 설정하는 것이 헌법·법률이다. 따라서 국민의 자유는 국가에 의해 결정되고 자유를 확대하는 것도 제한하는 것도 국가이다. 따라서 기본권인 자유를 실현하는 것도 침해하는 것도 국가이며, 헌법상의 인권규정은 오로지 국가와 국민의 대항관계에 적용되며, 국민 상호의 관계에서의 자유는 국가도 법도 상관하지 않는다. 즉 자연의 자유이며 자유권이 아니라는 이야기다. 자유에 대한 이와 같은 관점은 절대주의 국가가 지배하고 있던 19세기 독일이나 전전(戰前) 일본에서 받아들이기 쉬운 것이었다. 거기서는 개인주의적, 자연권적 자유의 형식이 국가측으로부터 설명됨으로써 환골탈태(換骨奪胎)되어버리고 말았다. 같은 자유권에 관해서도 이만한 차이가 있으며, 일본에서는 자유를 국가와의 대항관계에서 보는 관점만이 지배적이며, 영국, 미국, 프랑스에서의 인권관의 전통은 아직 충분히 이해되고 있다고 보기 어렵다. 필자가 여기서 개진했던 내용이 아직도 검토도 되지 않았다고 해도 될 것이다.

다음으로 자유권을 영역에 따라 개별적으로 검토하기로 한다.

1789년 선언에서는 신앙의 자유(10조), 사상·의견 교류의 자유(11조), 그리고 93년 몽타나르 선언 제7조는 출판 기타의 방법으로 사상·의견을 표현할 권리에 더하여 평화적으로 집회할 권리, 제사의 자유를 들고 있다. 그것은 '이들 권리를 성명할 필요성은, 전제주의의 존재 또는 최근의 기억을 전제로 하는 것이다'라고 하고 있다. 그것은 루이왕조의 절대주의 아래에서 대혁명을 거쳐 새로운 국가 창건을 경험하고 있는 사람들에게 가장 절실한 자유가 신앙의 자유, 사상·의견 표현의 자유, 집회의 자유 등이었음을 나타내고 있다. 문제는 소유권이다. 그것은 1789년 선언에서는 자유와는 별도의, '하나의 신성하고도 불가침의 권리'로 되어 있으며, 93년에도 별도 대우를 받고 있다. 즉 자연권으로서 자유와 함께 열거되고 있는 것이다. 소유·안전·평등을 보면, 그것은 어느 것이나 자유와 관계가 있지만 자유와는 별도의 관점에서 이해하지 않으면 안 되는 내용을 가지고 있으며, 소유·안전·평등 각각의 특색을 밝힘이 없이 그것들을 자유권의 하나로 보는 것은 부정확한 관점이라고 하지 않을 수 없다. 평등에 대해서는 다음 절에서 다루기 때문에 여기서 언급하지 않겠다.

몽타나르 선언 제16조는, '소유권은 모든 시민이 임의로 그 재산, 소득, 노동 및 노무의 성과를 수익하고 처분할 권리이다'라고 하고 있다. '임의로'란 '자유롭게'과 같은 의미이다. 같은 선언 제8조는 안전에 대해 이렇게 설명한다. '안전은 사회가 그 구성원 각자에 대해 그 신체, 권리 및 소유의 보전을 위하여

보호를 부여하는데 있다. 여기서는 신체의 자유가 그 의미로서 내포되고 있다. 역으로 말하면, 신체의 자유, 소유권 기타의 권리가 확립되어가면, 안전이라는 자연권은 그 독자적인 존재이유를 상실한다. 그러나 소유권이 자유권의 하나가 아니라 자유권과 함께 독자적인 존재이유를 과시하는 서유럽 19세기는 소유권의 중요성에 주목케 할 뿐 아니라 동시에 자유권의, 그 관계하는 영역의 상위(相違)에 따르는 사회적 의미의 상위(相違)까지도 알 수 있도록 한다.

서유럽적 그리스도교 문화 아래, 가장 역사도 오래 되고 또 현대적 의의를 가진 자유권은 신앙의 자유, 종교상의 의식을 거행할 자유이다. 프랑스 대혁명을 사상적으로 준비했던 백과전서파가 절대왕제와 굳게 결합된 프랑스 가톨릭교회를 노골적으로 비판했다. 물론 백과전서파의 가톨릭 비판은 프랑스에서 출판하지 못하고 제네바나 런던 등지에서 출판되고 본국으로 밀반입되었다.

1789년 선언 전문은 '국민의회는 지고의 존재의 면전에서, 그 비호 아래 다음과 같이 사람 및 시민의 권리를 승인하고 선언한다.'라고 되어 있으므로 신 그 자체가 부정되고 있는 것은 아니다. 그러나 종교의 세계에서 가톨릭이 지배하는 프랑스에서 어떠한 기성 종교에도 속하지 않고 특정한 제식(祭式)을 갖지 않는 신(=지고의 존재)을 인정한다는 것은, 격렬한 가톨릭 비판 아래, 종교적 관용보다 한발 더 나아간 신교의 자유를 인정하는 결과가 되었다. 혁명이 진행됨에 따라 앙라제(과격파)는 각지의 교회를 파괴했다.

신앙의 자유는, 발전하면 당연히 사상의 자유가 된다. 사상 및 의견의 자유로운 교류는 '사람의 가장 귀중한 권리의 하나이다.'(1789 선언 제 11조). 따라서 모든 시민은 자유롭게 발언하고, 기술하고, 인쇄할 수 있다. 신앙의 자유에 제사를 거행할 자유가 불가결하듯이, 사상 및 의견의 자유에도 그 표현의 자유는 똑같이 불가결하다. 이들을 인간의 정신활동과 관련된 정신적 자유라고 본다면, 다음으로 인간의 경제활동을 지탱하는 경제적 자유의 제 규정이 있다는 것을 문제 삼게 된다.

경제적 자유에서 첫째로 지적되는 것은 소유권이지만, 소유권이 자연권의 하나로 열거되는 자유권과는 별개의 것으로 다루어지고 있었음은 이미 설명했다. 그러나 소유권이란 모든 사람이 그 자본, 재산, 소득 등을 처분하는 주인이며, 그 일을 함에 있어 타인의 간섭을 용납하지 않는 권리라고 한다면, 그것은 자유권의 측면을 지니고 있음은 확실하다. 다만 재산의 독실에 대해서는, 정신적 자유의 경우와 달리 소극적으로 불간섭을 요구할 뿐 아니라 적극적으로 그 내용이 실현될 것을 법률로써 보호받고 있다는 점에서 자유라기보다 권리라고 부르는 편이 적절할 것 같다.

소유권 특히 자본가의 생산수단과 관련된 사적 소유권은 자본주의사회에서의 법적 관계의 핵심을 이루는 것이다. 부르주아혁명기 인권선언 속에서는 자본 소유권자와 노무 소유권자는 같은 상품 소유권자로서 대등하게 다루어지고 있지만, 현실의 자본주의사회, 특히 그 생산과정에서는 자본 소유자는 노동력 소유자보다 우월해 있으며, 이 사실이 선거권의 유무를 정하는 적극시민과 소극시민의 차별에도 반영되어 있었으므로, 같은 소유권이라고 해도 생산수단의 소유권이 노동력의 소유권보다 사회적으로 지도력을 가지고 있었음은 부정할 여지가 없다.

자본주의사회에서 자본가적 소유를 신성·불가침의 인권으로 만드는 것이 소유권이라고 한다면, 자본주의적 경제활동의 자유를 표명하는 것이 영업의 자유이다. 지롱드 선언 제19조는 소유권을 규정한 제 18조 다음으로 '어떤 종류의 노동·상업·경작도 모든 사람에게 금지할 수 없다. 그 사람은 모든 생산물을 제조하고, 매각하고, 운반할 수 있다.'라고 규정하고 있다. 그것은 모든 종류의 경제활동에 대한 봉건적 규제의 배제이며, 전통적 길드나 특권적 매뉴팩처가 폐지되고, 입시세(入市稅)와 같은 지역적 장벽이 배제된, 글자 그대로 모든 영업의 자유 규정이다. 그리고 이는 또한 인권선언 속에서는 노동의 자유도 의미하고 있었다.

여기서 일본국 헌법의 경제적 자유권으로서 소유권과 함께 열거되는 직업선택의 자유에 대해 한마디

히두고자 한다. 자본 소유자에게 어떤 직업도 자유롭게 선택할 수 있다는 것은 영업의 자유를 인정받은 것과 완전히 같다. 직업선택의 자유를 글자 그대로 직업만을 선택하는 자유이며, 선택한 직업을 영업하는 것은 별개라고 생각하는 것은 의미가 없다. 영업의 자유는 당연히 직업선택의 자유를 포함하고 있다. 그러나 직업선택의 자유를, 노동자가 일할 직업·직장을 선택할 자유를 포함한다고 해석하면, 취직한 노동자에게 영업의 자유는 있을 수 없으므로 직업을 선택할 자유의 존재가 이유 있는 일이 될 수 있다. 필자는 일본국 헌법에서는 제27조에서 '근로의 권리'가 보장되어 있으므로, 제22조의 '직업선택의 자유'란 직업을 주체적으로 행할 자유, 즉 영업의 자유와 같은 것으로 해석해야 한다고 생각한다. 필자가 인권선언 그 자체가 사용하는 것도 아닌 '영업의 자유'라는 용어를 채용한 것은, 그것이 '직업선택의 자유'보다 인권선언의 규정에 적합하며, 오해의 소지가 없다고 생각했기 때문이다.

노동의 자유는 노동의 성과를 처분할 권리로서 소유권 속에 포함되며, 소상품 생산자처럼 자기가 소유하는 직장에서 노동할 경우에는 영업의 자유에 포함된다. 이것이 인권선언 시대의 인식이다. 노동의 자유라는 범주는 아직 독립해 있지 않았다. 그러나 자본주의적 경제활동의 자유는 물적으로는 소유권이, 그리고 기능적으로는 영업의 자유가 그것을 표현할 수 있는 것이지만, 노동의 자유로써 보완되지 않으면 완성되지 않는다는 것이 당시에 이미 이해되고 있었다고 생각할 수가 있다. 그와 같은 의미에서 경제적 자유권은 소유권(자본의 자유), 영업의 자유, 노동의 자유로 구성되어 있었다고 해도 될 것이다.

자유권을 정신적 자유와 경제적 자유로 분류하는 것은, 자본주의의 발전을 통해 양자가 점차 다르게 취급되기에 이르는 역사적 사실을 반영하고 있다. 동시에 헌법 해석론으로서 현대적 의미를 가지고 있다.

자본주의가 발전하여, 독점자본주의 단계에 도달하면 자유경쟁이 만들어낸 독점자본의 지배에 의해 경제적 자유는 독점에 봉사하기만 하게 되어, 일반적으로는 형해(形骸)화해버린다. 독점자본과 국가가 유착하는 국가독점자본주의 경우에는 경제활동에 대한 국가통제가 눈에 띄게 된다. 경제적 자유가 독점을 위해서만 도움이 되고, 일반적으로는 자유가 상실됨으로써 정신적 자유권을 지탱하는 경제적 기반이 없어지고, 사회의 어느 영역에서도 정신적 자유는 명목상의 것으로 전락하게 마련이다. 자본가계급은 이제 정신적 자유의 기수일 수가 없다. 그러나 노동자·농민의 운동이나 여러 가지 민주주의운동을 통해, 형해화한 정신적 자유를 다시 현실적인 것으로 만들려는 정치적 요구가 점차 강해진다. 이 사실은 자본주의의 발전에 따라 그 담당자를 바꾸어가면서도 정신적 자유권의 인권으로서의 존재이유는 조금도 변하지 않는다는 것을 의미한다. 정신적 자유는 그 담당자를 바꿈으로써 오히려 다수 사람들의 것이 된다.

그런데 경제적 자유권은 동일한 형태로 계속 인권으로서의 의미를 가질 수가 없다. 사회질서의 기초(1795년 인권선언 의문 8조)라고 규정된 소유권도 바이마르 헌법에서는 '소유권은 의무를 수반한다'(153조 3항)고 규정했다. 1795년에 '의무'라고 표현된 것은 소유권을 지키기 위한 일반국민의 의무라는 뜻이었으나, 그로부터 1세기 지난 1919년에는 소유권자야말로 일정한 사회적 의무를 지게 되었다. 이 1세기 동안에 소유권은 불가침이 아니게 되었다. 그것은 '공공의 복지'를 이유로 한 제한을 수반하는 것이 당연한 일로 여겨지게 된 것이다. 물론 소유권의 법적 제한은 독점자본의 지배를 통제함과 동시에 독점자본을 위하여 자본 일반을 통제한다는 양날의 칼 역할을 수행하지만, 소유권의 규범형태는 변화했다. 정신적 자유처럼 담당자를 바꿔가며 신성·불가침한 성격을 유지할 수는 없는 것이다.

또 노동의 자유는 노동권이 됨으로써 경제적 자유의 보완물이 아니게 되었으며, 경제적 자유에 대항하는, 인권의 독자적인 영역을 형성하기에 이른다. 노동권의 독자성은 1848년의 프랑스에서 헌법제정의회의 논란의 초점이 되었듯이, 경제적 자유권을 제한한다는 기능을 명확히 가지게 되는 것이다. 이 점은 나중에 다시 언급하겠다.

이 절의 결론으로서 정신적 자유권에도 경제적 자유권에도 속하지 않는 자유권에 대해 언급해두고자

한다. 인간의 경제활동, 정신활동을 검토한 다음에 남겨진 것은 사회활동과 정치활동과 관련된 자유, 그리고 이들 활동을 수행하는 인간의 존재 그 자체와 관련된 자유가 있다.

1791년 헌법은 제1장 기본규정에서 '평온하게, 무기를 들지 않고 집회할 자유'를 경찰법규에 위반하지 않는다는 조건으로 인정하고, 이어 '개개인이 서명한 청원을 당국에 제출할 자유'를 인정하고 있다. 사상의 자유의 당연한 귀결로서 언론·출판의 자유를 생각하게 된다면, 집회 또한 표현의 한 형태라고 볼 수 있지만, 여기서는 혁명의 과정에서 흔히 있었던, 사회적·정치적 성격이 강한, 옥내·외에서의 다수인의 집합이 생각되고 있었던 것은 확실하다. 또 청원의 자유에 대해서 말한다면, 선거권이 적극 시민에게 밖에 인정되지 않았던 시기에는 모든 시민에게 인정된 가장 중요한 정치적 자유였다고 할 수 있다. 이는 개인을 주체로 한 정신적 자유로 분류할 수 없는 자유이다. 집회의 자유 또한 마찬가지다.

인간의 존재 그 자체와 관련된 자유로서는 신체의 자유가 있으며, 이는 자연권의 하나인 안전의 내용을 이루고 있었다. 영국의 헌법이라고 여겨지고 있는 인신보호법(1679년)은 범죄의 용의로 신병을 구속할 당한 자의 신체의 자유를 보호하는 법률이며, 프랑스 인권선언에서는 법률에 의한 절차, 죄형법정주의의 원칙, 무죄 추정 등이, 간접적이기는 하나 신체의 자유의 보장규정이었다.

#### 4. 평등권

자본주의적 인권 속에서 특수한 지위를 차지하는 것이 평등권이다. 부르주아혁명의 성공으로 봉건적 구속으로부터 해방된 시민에게 자유와 평등은 거의 같은 의미를 지니고 있었다. 프랑스혁명에서 제1신분(승려), 제2신분(귀족)이 갖는 신분적 특권이 폐지되고, 시에스가 말하듯이 제3신분인 시민이 '모두'가 되었을 때, 시민은 모두 권리에 있어서 평등해짐과 동시에 봉건적 구속으로부터 자유로워지고, 생각을 하는 것도 표현을 하는 것도 자유로워지고, 어떤 직업이든 자유롭게 가질 수 있게 되었다. 일본에서는 명치유신 때 사농공상의 신분이 철폐되어 4민평등의 시대가 왔지만, 이는 무사나 농민을 비롯해서 모든 인간이 자유롭게 그 직업을 선택할 수 있게 되는 것이라고 생각되었다. 그것이 많은 점에서 명분뿐이었다는 것은 별도 문제로 치고, 그런 한에서는 자유와 평등은 봉건적 구속으로부터의 해방의 두 측면을 나타낸다고 해도 좋을 것이다. 프랑스혁명의 유명한 슬로건인 자유·평등·연대는 그런 사정을 잘 나타내고 있다. 그러나 프랑스의 인권선언을 잘 살펴보면 자유와 평등은 반드시 같은 식으로 다루어지고 있지 않을 뿐 아니라, 평등이 다루어지는 방식에는 혁명의 경과를 반영한 상당한 차이가 있음을 알 수 있다.

1789년 선언은 제1조에서 '사람은 자유롭고 권리에 있어서 평등하게 태어나, 생존한다. 사회적 차별은 공동의 이익 위에만 둘 수 있다.'라고 규정하지만, 제2조에서 자연권을 열거(列記)하면서 자유·소유·안전·압제에의 저항이라는 네 가지 권리를 들면서 평등은 제외했다. 그런데, 93년 지롱드 선언은 제1조에서 자연권으로서 자유 다음으로 평등을 열거했고, 몽타냐르 선언 제2조는 자연권으로서 평등을 첫 번째로 꼽고 있는 것이다. 테르미도르 반동 후인 95년 선언에서는 자유와 평등의 순위가 역전, 지롱드 선언과 같은 순서로 돌아갔다.

이와 같은 사실들은 무엇을 의미하는가? 89년 선언이 자연권에 평등을 넣지 않았던 것은, 평등을 독립적인 권리라고 보지 않고 모든 권리가 모든 인간에 대한 관계 혹은 상태라고 보았기 때문이 아닌가 한다. 제1조가 인정한 것은 태어나면서부터의 인간의 평등 그 자체가 아니라, '권리에 있어서'의 평등이었던 것은 그런 까닭이었을 것이다. 평등은 권리가 아니고, 권리가 존재하는 상태이며, 인간이 권리를 갖는 상태였던 것이다. 이 사실은 여기서 문제가 되고 있는 평등이 인간의 형식적 평등이며, 실질적 평등이 아님을 의미하고 있다. 권리에 있어서의 평등이란 모든 사람이 '소유권'을 갖는 일에 방해받지 않으면 실현되는 것으로서, 모든 사람이 어떤 물건을 평등하게 가지고 있어야 하는 것은 아니다. 이 점은

자유권과 다르다. 신체의 자유가 있다는 이야기는 자유를 권리로 인정받기만 하면 실현되는 것이 아니라, 현실적으로 부당한 구속을 받지 않고 있다는 것을 의미하기 때문이다.

93년에는 평등은 권리라고 인정되는데, 그것은 '권리에 있어서의 평등'이며 '법 앞의 평등'이라는 점에서 89년과 달라진 것이 없다. 다만, 권리에 있어서의 평등이 적용되는 구체적 사례가 점점 증가하는 점에서 진전이 보인다. 95년 선언은 평등을 설명하기를 '평등은 법이 보호하는 경우에도 처벌하는 경우에도 모든 사람에게 동일하다는 데 있다. - 평등은 어떤 출생 차별도 어떤 권력의 세습도 인정하지 않는다.'(제3조)라고 하며, 나아가 '각각 시민은 직접 또는 간접으로 법을 작성하고, 인민의 대표자 및 공무원의 임명에 협력할 평등한 권리를 가진다.'(제20조)라고 규정하고 있다.

평등이 자연권의 하나로 인정되지 않거나, 권리로 인정되더라도 형식적 평등에 지나지 않는다면, 자유권과 완전히 다른 취급방식은 그 후의 자본주의 인권에 공통되는 특색이 되었다. 그것은 자본주의사회에서 자본가계급이 자유에 대해 나타내는 신뢰와는 다른, 평등에 대한 불신감의 표현이라고 해도 될 것이다.

평등권은 이와 같이 우선 '법 앞의 평등'으로서 출발한다. 그것은 무엇보다도 모든 인간에 대한 평등한 법 적용을 의미한다. 영국식으로 말한다면 '법의 지배'와 일맥상통하는 바가 있으며, 유럽대륙식의 법치주의와도 무관하지는 않을 것이다. 법률의 적용이 평등하게 된다는 것은 봉건시대에는 없었던 일로서 자본주의사회가 자의적인 '사람에 의한 지배'보다 합리적인, 예측 가능한 법률을 통한 지배를 요청하고 있다는 것을 나타내고 있다. 이 점은 하나의 커다란 사회적 진보이다. 그러나 법률의 적용이 아무리 평등해도 법률의 내용에 차별이 담겨 있다면 '법 앞의 평등'도 '권리에 있어서 평등'도 너무도 실질적 평등과는 거리가 먼 것이 되어버린다. 그렇다면 법률의 내용으로서 어떤 차별이 금지되고 어떤 차별이면 인정되게 되는가?

앞에서 인용한 95년 선언은 권력의 세습과 출생으로 인한 일체의 차별을 '법 앞의 평등'에 반하는 것으로서 금하고 있다. 그러나 공무에 취임하는 시민을 그 그릇·덕성·재능에 의해 차별하고, 조세를 능력에 따라 배분할 것을 89년 선언은 인정하고 있고, 93년에는 특정한 시민에 대한 공적 부조가 인정되었다. 법률의 내용으로 해서는 안 되는 차별과 그렇지 않은 것을 분간하는 것은 그리 간단하지 않다.

이상을 다소 일반화시켜 말한다면, 인간의 출생을 근거로 한 차별, 인간의 의사나 노력으로는 해결할 수 없는 이유를 근거로 한 차별은 봉건적 차별로서 금지된다고 해도 될 것이다. 1948년에 유엔총회에서 채택된 <세계인권선언> 제2조에서 금지되고 있는 차별은 '인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적 혹은 기타의 의견, 국민적 혹은 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 지위'지만, 여기서는 출생에 기인하는 것에 더하여 자유권으로서 인정되고 있는 것과의 두 종류가 있다. 인종, 피부색, 성, 언어 등은 명백하게 출생에 기인하는 것이고, 종교, 정치적 의견은 물론 재산 등은 출생으로 인한 것은 아니지만, 그것들은 자유권으로서 인정되어 온 것이기에 그것을 이유로 하는 차별이 금지된 것일 터이다. 이렇게 볼 때 평등권에 대한 생각은 200년 동안 별로 변하지 않았다고 할 수 있다.

그러나 문제를 구체적으로 본다면, 인권선언 당시는 남녀의 평등은 없었고, 인종이나 피부색을 이유로 한 차별은 식민지나 노예제의 존재를 생각하면 일반적이었다. 출생으로 인한 차별의 금지라고 해도 그것은 매우 한정된 범위였음은 명백하다. 하물며 재산을 이유로 한 차별은 시민을 적극·소극으로 나누는 가장 중요한 기준이며, 자본주의사회의 토대를 이루고 있었다고 해도 될 것이다. 법률의 내용으로 해서는 안 되는 차별은 봉건적 차별이었지만, 그 구체적 내용이 무엇이었던지는 당시의 의식수준에 의해 결정될 수밖에 없었다. 95년 선언에서 권력의 세습(군주제)이 금지된 것은, 그것이 부르주아 공화제의 인권선언이었기 때문이며, 출생을 이유로 한 일체의 차별도 금지되어 있었지만, 그것은 오늘날의 기준에서 볼 때 도저히 '일체의'라고 할 수 있는 수준이 아니었음은 명백하다. '법 앞의 평등'이라는 평등권의 형식



은 불변이지만, 법의 내용의 평등에 대해서는 시대와 더불어 크게 변해왔고 앞으로도 변해갈 것이다.

자유권으로서 인정한 종교, 사상, 표현 등을 이유로 인간을 차별하는 것은 같은 인권선언으로서 모순이라고 할 수 있다. 그러나 이런 이야기가 가능한 것은 정신적 자유에 관해서이며, 경제적 자유 경우는 또 다른 문제가 발생한다. 정신적 자유를 아무리 인정해도 그것으로써 인간의 다양화는 생겨나지만 불평등은 생겨나지 않는다. 그러나 경제적 자유를 방임하면 인간의 경제적 불평등은 커지기만 할 것이다. 재산은 자유이므로 재산으로 인한 차별은 법률상 일체 해서는 안 된다고 한다면, 재산상의 불평등은 계속 조장되어 모든 자본주의 국가가 경험하는 심각한 사회문제가 발생한다. 여기서는 자유와 평등은 명백히 모순된다.

평등권은 '법 앞의 평등'으로서 출발하고, 권리에 있어서의 형식적 평등을 요청함과 동시에, 권리의 내용에서 점점 차별을 배제하게 되었다. 자본주의 입장에서 자본주의적 합리성이 인정되지 않는 차별이, 이해관계인의 차별철폐운동을 배경으로, 점차적으로 배제된다. 같은 자본주의 사회에서도, 18세기에 배제된 것은 신분적 차별이었으며 권력의 세습이었으나, 오늘날에는 인종, 신조, 성별, 사회적 신분 등을 이유로 차별을 해서는 안 된다는 것은 거의 보편적인 원칙이 되고 있다.

문제는 자본주의 사회 그 자체가 전제로 받아들이고 또 그것을 재생산하고 있는 경제적 불평등을 평등권이 어떻게 다룰 것인가이다. 자본주의 사회의 자본가계급과 노동자계급의 대립적 존재는, 가치법칙과 잉여가치의 법칙이 관철됨으로써 재생산되는 것이며, 법률이 그것을 만들어내는 것은 아니다. 따라서 아무리 자본주의 사회의 법률이라고 하지만, 적극적으로 경제적 불평등을 조장하는 것과 같은 내용을 가질 필요는 없다. 자유롭게 방임해두는 것이 경제적 우위에 서는 계급을 모든 생활면에서 지배적인 것으로 만든다. 소유권이 자본주의 사회에서 신성·불가침이라고 인정되는 것은 자본의 자유를 최대한으로 인정하는 것을 의미했다.

자본주의 사회가 만들어내는 인간의 실질적 불평등을 극복하기 위해서는 과거에 두 가지 방법이 고안되었다. 그 하나는 자본주의제도 그 자체를 근본적으로 변혁하여 사회주의를 건설한다는 혁명적 방법이다. 다른 하나는 자본주의제도 그 자체는 승인하고 그것에 수정을 가한다는 개량적인 방법이다. 첫째 방법의 최초의 예가 1917년의 러시아혁명이었으며, 둘째 예가 1919년 독일의 경우이다.

1917년 러시아에서의 사회주의 국가의 성립과 이듬해인 1918년의 러시아 사회주의 연방 소비에트 공화국 헌법 제정은 세계의 헌법과 인권의 역사에 하나의 획기를 가져왔다. 이 헌법 제1편에는 이미 채택되고 있었던 <근로, 피착취민민의 권리선언>이 들어갔다. 사회주의 국가의 헌법은 제2차 세계대전 후 동유럽이나 아시아에서 복수의 존재가 되지만, 사회주의 헌법에서의 <근로, 피착취민민의 권리선언>은 자본주의 헌법에서의 1789년 권리선언(<사람 및 시민의 권리선언>)과 같은 중요성을 지니고 있다고 해도 좋을 것이다.

여기서 선언된 것은 무엇보다도 중앙과 지방의 모든 권력이 노동자·병사·농민 대의원의 소비에트에 속한다는 것이며, '인간에 의한 인간에 대한 모든 착취의 폐지, 사회의 계급으로의 분열의 완전한 폐지, 착취자에 대한 용서 없는 억압, 사회주의적 사회조직의 확립'이었다. 사회주의의 국가와 사회조직의 확립을 도모함으로써 근로인민의 권리를 실현하려고 하는 것이었으며, 인간의 실질적 평등도 이와 같은 혁명을 통해 비로소 실현된다고 생각되었다. 이 목적을 달성하기 위해서는, '착취자에 대한 용서 없는 억압'이 당연한 것으로 여겨졌다. 사회주의 하에서의 인권은 이와 같은 혁명적 변혁을 전제로 해서 생각되어 왔다.

사회주의적 인권과 자본주의적 인권을 비교할 때, 전자는 후자의 역사적 발전형태이므로 양자는 많은 공통점을 가지고 있으나, 본질적인 차이가 있다는 것을 무시해서는 안 된다. 인권은 개개 인간과 사회 및 국가와의 관계에서 생겨나는 생각이기에 때문에 사회 및 국가의 계급적 성격이 근본적으로 변한다면

인권의 성격도 변할 수밖에 없다. 자본주의 사회에서는 평등권은 아무리 법률의 내용에서 차별을 배제해도 일체의 경제적 차별을 배제할 수는 없으며, 결국 '법 앞의 평등'의 틀을 넘어설 수는 없다. 그러나 사회주의 사회에서는 평등권은 권리의 평등에 그치지 않고 노동자·농민의 경제·사회·정치생활에 있어서의 실질적 평등을 무한히 추구해 나갈 수가 있다. 계획화된 사회주의 경제에서는 경제활동이 평등과 모순되는 일은 없기 때문이다.

1919년 바이마르 헌법은 러시아와 달리 혁명적 정세가 지나간 후에 개량주의적인 사회민주당의 주도로 제정되었다. 따라서 자본주의제도는 견지된 상태에서 인간의 실질적 평등을 회복하기 위한 일정한 개량적 조치가 시도되었다. 거기서는 이웃 나라 러시아에서의 사회주의 헌법에 대한 대항의식이 작동하고 있었음을 부인할 수 없을 것이다.

바이마르 헌법에서는 모든 독일인의 '법 앞의 평등'이 선언되고, 출생 및 신분을 이유로 한 차별 금지는 남녀의 동권(同權)에까지 미치고 있다.(109조) 그리고 더 중요한 것은 '모든 사람에게 인간의 가치에 걸맞은 생활을 보장할 목적'에 적합한 경제생활의 질서가 우선적으로 고려되고, 개인의 경제적 자유는 그 한계 내의 것이며(151조 1항) 소유권은 의무를 수반하는 것이라고 규정되었다.(152조 3항) 경제적 자유를 제한하고, 그 핵심을 이루는 소유권을 어느 정도 사회화함으로써 자본주의 사회에서 상실되고 있던 인간의 실질적 평등을 회복하려고 했다. 헌법의 표현에 의하면 '인간의 가치에 걸맞은 생활'을 모든 사람에게 보장하려 했던 것이다.

또 바이마르 헌법은 노동자 및 피용자(被傭者)에게 기업자와 동등한 권리를 인정하고 있다. 여기서는 독일인의 권리 일반이 아니라 노동자와 기업자라는, 자본주의 사회에서 특정한 사회적 역할을 담당하고 있는 계급에 속하는 자의 권리가 문제가 되고 있다. 평등권에서 형식적 평등에서 실질적 평등으로 관심이 확대되기 위해서는, 경제적 자유의 제한과 평등권의 주체의 구체적 인격에의 분화가 필요해지고 있음을 바이마르 헌법은 가르치고 있다.

바이마르 헌법이 독일 국민에게 얼마만큼이나 '인간의 가치에 걸맞은 생활'을 줄 수 있었는지는 의문이다. 1933년에 나치가 정권을 잡고 수권(授權)법을 제정함으로써 바이마르 헌법은 완전히 형해화 했고, 나치의 범죄행위가 시작된다. 바이마르 헌법이 기능한 기간은 매우 단기간이었으며, 그것도 폐전 직후의 피폐한 시기였다. 그러나 바이마르 헌법이 지닌 헌법사적 의의는 크며, 오늘날 자본주의 사회에서 헌법을 연구하는 자는, 인권의 발전사로서 혁명적인 레닌 헌법의 길과 개량적인 바이마르 헌법의 길이 있었음을 알고 있는 것이다. 이 두 가지 길은 제2차 대전 후 동서 두 체제 하에서의 두 가지 길로서 각각 상이하게 발전해왔다.

이 문제는 헌법의 바람직한 존재양태 전체에 관계되는 문제로서, 인권에만 한정해서 논하는 것은 과학적이지 못하다. 나아가 이 글처럼, 평등권에 한정해서 검토해도 충분한 검토가 될 수 없음을 분명하다. 그러나 자본주의적 인권의 발전이 자유권으로부터 출발하면서 평등권의 형식적 성격에서 실질적인 것으로 가는 경향을 매개로 하고, 사회적인, 근로자권의 승인으로 향하고 있다는 현실을 생각할 때, 사회주의적 인권에 언급하지 않을 수 없는 것은 당연하다고 생각된다.

특히 오늘날, 고도로 발달된 자본주의 나라들에서는 과거의 역사적 경험에는 없었던, 의회에서의 안정적인 다수를 기초로 하고 합법적으로, 평화적 형태로 사회주의화를 달성하려는 생각이 유행해지고 있다. (이 글이 쓰인 것은 1970년대 말 - 번역자) 이 사회주의혁명의 평화적 프로세스에 있어서는 무력혁명에서 자명한 것으로 여겨졌던 '착취자에 대한 용서 없는 억압'이라는 방법은 회피될 것이다. 자본가·지주 등 착취자의 인권이 완전히 무시되는 일은 없다. 여기서는 어떤 인권이 존중되며, 어떤 인권이 제한될지는 실제로 존재하는 사회층의 모두에 대해 구체적으로 검토될 것이다. 그 결과 자본주의적 인권과 사회

주의적 인권의 본질적 상위(相違)보다도, 자본주의에서 사회주의로의 과도기에 있어서의 인권의 '보편타당성' 쪽이 훨씬 주목을 받게 될 것이다. 그리고 이런 과정이 평화적으로 성립할 사회주의국가와 사회에 있어서의 인권의 내용에 일정한 영향을 주게 될 것이다. 이 인권의 미래상은 현실에 존재하는 사회주의 헌법이 규정하는 인권 그 자체는 아닐 것이기에...

## 5. 근로자권

자연권의 주체는 '인간=사람'이었고, 시민적 권리의 주체는 '시민'이었다. 그렇다면 이제부터 검토하게 될, 근로자를 주체로 하는 헌법상 권리는 근로자권이라고 부르는 것이 마땅하리라 필자는 생각한다.

이제까지 서술해온 자유권이나 평등권을 18세기적·자유권적 기본권이라고 부르는 자는 이제부터 다루게 될 근로자권을 20세기적·생존권적 기본권이라고 부르거나 사회권적 기본권이라고 부른다. 그 문제에 관한 시비를 여기서 가릴 생각이 없다. 여기서는 바로 자본주의적 인권이 20세기 들어 직면하게 된 근로자의 인권에 대해 검토하기로 한다.

이미 소유권과 관련해서 말했듯이 부르주아혁명기 인권선언에서는 시민에게 노동은 자본과 마찬가지로 자유로운 처분의 대상이며, 노동의 자유와 영업의 자유는 같은 경제적 자유로서 다루어지고 있었다. 스스로 노동하는 수공업자나 자영농민에게 노동의 자유와 영업의 자유를 구별하는 의미가 없었음은 이미 말한 대로이다.

노동과 소유권이, 그리고 노동의 자유와 영업의 자유가 뚜렷이 구별되고 노동 그 자체가 중요하게 인식되는 것은 2월혁명의 결과 태어난 제2공화국 헌법(1848년)에서이다. 이 헌법의 전문은 '프랑스 공화국은 자유·평등·연대를 원리로 한다. 프랑스 공화국은 가족·노동·소유·공공질서를 토대로 한다(IV)라고 규정하고, 공화국은 그 재원의 범위에서 노동을 보장함으로써 빈곤한 시민의 생존을 확보하지 않으면 안 된다고 명하고 있다.(VIII)

헌법 제2장 '헌법이 보장하는 시민의 권리' 제13조는 시민에게 '노동의 자유'를 보장하고 있지만, 1848년 당시의 노동의 자유는 대혁명 당시와는 달리, 그 주체가 일반 시민이 아닌 분명하게 근로자로 되어 있다. 그러기에 같은 조문은 실업자대책으로서 국가와 지방의 행정기관에 공공사업의 진흥을 명하고 있는 것이다. 그것은 초안 심의 단계에서 부정된 '노동의 권리'(le droit au travail)에 가까운 발상을 가지고 있었다.

48년 헌법에서는 세액(稅額)에 관계없이 시민적·정치적 권리를 갖는 21세 이상의 모든 프랑스인이 선거인이 될 것이 인정되었기 때문에 시민의 정치적 평등은 전진했다. 노동자·농민이 소극시민으로서 투표에서 배제될 일은 없어졌다. 그러나 그에 반비례해서 시민의 경제적 불평등이 확대되었다. 공장을 소유하는 시민과 노동력 밖에 소유하지 않는 시민은, 헌법상은 같은 자격을 가지고 투표장으로 향할 수 있었지만, 그 사회적·경제적 지위는 크게 달랐다. 프랑스에서는 산업혁명이 진행되고 있었던 것이다.

노동권의 주체는 근로자, 특히 노동자이며, 노동권이란 노동으로 생활할 수 있는 권리이다. 그것은 당연히 나라 또는 지방공공단체에 노동의 기회를 부여할 것은 청구할 수 있는 권리라고 생각되었다. 48년 헌법 제13조가 드러내듯이 근로자가 무상의 초등교육, 직업교육, 공공사업, 사회보장 등을 요구할 권리와 같은 성격의 권리이며, 이 조항은 그 노동의 기회를 제공하는 자는 '사회'라고 하고 있다. 이것은 당시 이 권리가 사회적 요청이기는 했어도 여전히 현실의 것이 되고 있지 않았음을 나타내고 있다. 그와 동시에 노동권이 본래 노자관계에서 발생하는 사회문제이며, 그 해결이 아직 나라의 의무로서 생각되지 않았음을 나타내고 있었다.

노동의 자유가 자유로운 노동력의 매매를 통해 실현되고 노동의 권리가 노동력을 팔 기회를 국가가

보장함으로써 실현한다고 하면, 노동자에게 필요한 기본적 인권이란, 자본주의사회의 노자관계 속에서 노동자 자신이 스스로의 생활을 확보할 수 있도록 노동자 자신에게 인정된 권리라고 할 수 있다. 그 첫째는 노동자가 노동조합에 단결할 수 있는 권리이며, 둘째는 단체교섭, 태업, 파업 등 단체행동을 할 권리이다. 노동자라고 해도 그 한 사람 한 사람은 시민으로서 사상의 자유, 표현의 자유, 결사의 자유를 가지고 있으며, 사회적·정치적으로 행동하는 자유가 인정되어 있다. 보통선거가 당연한 일이 된 현재, 노동자 개인이 갖는 시민적 자유를 부정하는 자는 없을 것이다. 문제는 노동자의 이런 행동이 하나의 기업 내에서, 혹은 동종의 산업 내에서, 나아가서는 한 나라의 경제질서 내부에서, 자본가의 영업의 자유, 소유권과 사회적으로 집단적인 형태로 충돌할 경우이다. 인권선언은 그 출발점인 부르주아 혁명기부터 그 자신 속에 아무런 모순을 갖지 않았던 것은 아니다. 인권의 주체인 시민은 '법 앞에 평등'한 존재로서, 법적으로는 특권적 승려·귀족의 존재를 배제했지만 사실상은 동시에 자산이나 교육이 없는 근로자를 배제하고 있었다. 법적으로, 그리고 사실상 두 계층을 배제함으로써 모든 '시민'은 자유롭고 평등한 존재일 수가 있었던 것이다. 따라서 인권선언에 존재하는 모순은 시민 개인의 인권과 시민 전체=사회와의 모순이며, 그것은 총의의 표명인 법률로써 조율할 수 있다고 생각되었던 것이다. 시민 상호간에 분열은 없고, 시민적 자유나 권리 사이에 해결하지 못할 모순이 있다고는 인식되지 않고 있었다. 현실로 존재하는 제4신분(노동자·농민)과 그 무권리상태는 사상되고 있었던 까닭이다.

인권의 주체가 두 계급으로 분열되고, 그 현실을 자본주의법이 인정하지 않을 수 없게 되는 것은 19세기의 프랑스가 전형적으로 드러내고 있는 계급투쟁의 결과이다. 그리고 아직 근로자의 정당이 존재하지 않았던 당시로서는 노동자의 단결과 단체행동이야말로 노동자계급의 최대의 표현이었다. 그리고 그것이 법적으로 인정받지 못할 때에는 노동자의 단체행동은 지하활동이거나 어떤 위장적 형태를 취하지 않는 한 혁명적 봉기나 반란이 될 수밖에 없었다.

1791년 르 사플리에법은 '노동의 자유'를 확보하기 위해, 노동의 집단적 정지를 목적으로 하는 단결을 범죄로 규정했고, 1810년 형법전은 노동자와 사용자의 단결을 쌍방 모두 금지했다. 그리고 1864년 '자유화'된 제2 제정 아래 형법개정이 이루어져, 단결에 대한 형사벌의 적용이 없어질 때까지 프랑스의 노동운동은 복잡한 형태를 취하지 않을 수 없었다. 사용자의 단결을 금지한 형법은 19세기를 통해 단 한 번도 적용되지 않았다고 하지만 노동자에게 형법은 그리 관용한 것은 아니었다.

파리의 인터내셔널 사무국 멤버이자 파리 콤플루아르 의원이었던 브노와 마롱은 망명지 스위스에서 <프랑스 프롤레타리아트 제3의 패배>(1871)를 썼다. 제1의 패배는 1831년, 수일간 리옹을 지배했던 견직(絹織)공의 봉기이며, 제2의 패배는 1848년 '노동의 권리'를 기치로 2월혁명을 성공시킨 파리의 노동자가 부르주아 공화파가 지배하던 헌법제정의회 하에서 '자유나 죽음이나'라는 슬로건을 내걸고 싸웠던 6월의 시가 전에서의 패배이다. 그리고 보불전쟁으로 제2 제제(帝制)가 붕괴한 후 1871년 콤플루아르의 제3의 패배가 온다. 마롱은 자신의 경험을 제3의 패배로서 솔직히 솔회하고 있지만, 이 세 패배에는 각각 그에 선행된 노동자 운동의 현저한 고양이라는 사실을 놓쳐서는 안 될 것이다.

드레앙 <노동운동사> 전3권은 프랑스의 노동운동사를 다루고 있고, 1830년부터 서술을 시작하고 있지만, 이 해의 7월혁명을 성공시킨 것은 파리의 소시민, 직공, 노동자, 학생 등의 봉기이며, 7월왕제 하에서 프랑스의 산업혁명이 시작되었다. 단결을 금지당했던 노동자는 상호부조적인 연락을 취하든지, 주로 중소 부르주아지의 단체인 '인권 모임' 등에 들어가는 외의 방법은 없었다. 아니면 '가족 모임', '계절의 모임' 같은 중간층과 함께 만드는 비밀결사, '유인(流人)동맹', '의인(義人)동맹' 등과 같은 망명자나 저널리스트가 많은 비밀결사와 관계를 맺었다. 경제공황을 거친 40년대에는 파리, 리옹, 그 밖의 도시에서 파업이 확산되고, 노동자의 공통의 요구를 내거는 신문 <아틀리에>가 발간된다. 거기에는 노동시간 제한, 최저임금제, 노령퇴직자 수당 등과 함께 집회·결사·단결의 자유에 대한 강한 요구가 실렸다.

48년의 2월혁명은 프랑스에서 최초의 사회혁명이었으며, 임시정부에는 노동자 대표가 파견되었다. 그러나 루이 블랑이 제안했던 노동문제 정부조사위원회(육상부르위원회), 실업자 구제를 위한 국립공장, 시립공장 등은 블랑기가 선두에 서서 제포된 5월사건 후에 폐지되었고, 노동자는 6월반란으로 내몰리게 된다. 루이 블랑의 개량적 방법과 블랑기의 봉기주의의 쓴 경험을 거쳐 60년대에 간신히 프랑스 노동운동은 국제적인 노동운동과 연대하면서 다시 고양기를 맞게 된다.

1864년 파리 노동자의 '60인 선언'은 다음과 같이 말한다. 제2 제제가 '자유화' 되고, 단결에의 형사벌이 없어진 해이다.

"보통선거는 우리 노동자를 정치적으로는 성년자로 만들었다. 그러나 여전히 우리는 사회적으로 해방되어야 할 사람들로 남겨져 있다. 제3신분이 강력하게, 인내하면서 자기 것으로 만든 자유는, 프랑스에, 민주적인 나라에, 그리고 모든 시민에게 널리 미쳐야 한다. 평등한 정치적 권리는 필연적으로 평등한 사회적 권리를 의미한다"

프랑스의 인터내셔널 가맹자는 66년 제1회 제네바 대회 때는 500명에 지나지 않았지만, 68년에는 2,000명, 그리고 70년 초에는 245,000명까지 증가되었다. 이 급속한 증가는 노동자 단체가 증가하고, 그것이 단체 단위로 인터내셔널에 가맹하게 되었기 때문이었다.

노동조합이 법률상 승인되는 것은 파리 콤포트 후 10년 이상의 공백을 거친 1884년이었다. 노동자의 상호부조적인 연대에서 시작되고 정식의 노동조합 결성에 이르는 19세기 프랑스의 노동운동사는 참으로 파란만장한 것이었으며, 고양과 실패를 거듭하면서 법률상으로는 노동자의 단결·단체행동에 대해 점차로 형사벌과 민사벌을 면할 수 있게 되었다. 그러나 인권선언이나 헌법전을 갖지 않은 프랑스 제3 공화제(1875년) 하에서는 이 노동자의 법률상 권리가 인권으로서 선언되거나 헌법상 기본적 인권으로서 취급되는 일은 없었던 것이다. 그러나 현실의 사회관계로서는 인권의 개념은 노동자에 대하여 확대되어갔다고 해도 좋을 것이다. 19세기 말 프랑스에서는 노동자의 단결권, 단체행동권은 헌법상 권리가 되어 있었다고 할 수 있다.

이와 같이 노동자의 권리를 기본적 인권으로서 규정하는 최초의 자본주의 헌법이 된 것이 1919년의 바이마르 헌법이다. 그리고 바이마르 헌법이 선례가 된 노동자의 권리와 노동자를 위한 사회적 제 권리는 제2차 세계대전을 거쳐 프랑스 제4공화국 헌법(1946년), 이탈리아 공화국 헌법(1947년), 그리고 본 기본법 (1949년) 등 서유럽 헌법으로 확산되어갔다.

프랑스 제4공화국 헌법은 전문에서 1789년 인권선언을 재확인하고, 새롭게 그것을 보완하기 위한 여러 규정을 두고 있다. 노동자에 직접 관계되는 것은 다음 구절이다.

'각자는 노동의 의무와 일거리를 받을 권리를 갖는다. 누구도 그 출생, 의견, 혹은 신앙을 이유로 노동 혹은 일을 침해받지 않는다.

누구도 그 권리 및 이익을 조합활동으로써 방위하고, 그가 선택한 조합에 가입할 수 있다.

파업권은 그것을 규제하는 법률의 범위 내에서 행사된다.

노동자는 모두 대표자를 통해 노동조건을 집단적 결정, 및 기업의 관리에 참가한다.

재산, 기업으로서, 그 운영이 나라의 공역무(公役務) 또는 사실상 독점의 성격을 갖는 것, 또는 갖기에 이르게 되어 있는 것은 모두 집단의 소유가 되어야 한다.'

앞의 문장에 여러 가지 사회보장의 규정이 이어진다. 그리고 이 1946년 헌법의 전문에서 '보완된 인간의 권리'는 현행 제5공화국 헌법(1958년)에서도 확인되어 있는 것이다. 제4공화국과 제5공화국 헌법에는 큰 차이가 있지만, 그것은 주로 통치기구에 관해서이며, 인권의 이 점에는 변화가 없다.

이탈리아 공화국 헌법은 그 기본원리 제1조에서 '이탈리아는 노동에 기초를 두는 민주공화국이다'라고 선언하고 있는 만큼, 노동자의 인권에 대하여 자본주의국으로서는 가장 잘된 규정을 두고 있다.

제1부 시민의 권리 및 의무는 제1장 시민적 관계, 제2장 윤리적·사회적 관계, 제3장 경제적 관계, 제4장 정치적 관계로 분류되고 노동자의 인권은 주로 제3장에서 다루어지고 있다. 남·녀 노동자의 권리, 특히 조합결성의 자유, 파업권, 기업 관리에 참가할 권리 등이 상세하게 규정되고, 앞의 기본원리에 따라 공화국이 노동의 보호자로서 규정되어 있는 점이 주목된다. 이 사실은 당연히 소유권의 사회화를 수반하게 되어 있으며, 독점적·공익기업 혹은 중요한 공역무의 집단화, 사적 토지소유의 제한, 수공업의 보호 등, 법률에 의한 적극적 시책이 기대되고 있다.

자본주의사회에서 근로자의 인권은, 매뉴팩처 단계에서는 '노동의 자유'로서 다루어지고 있었지만, 산업혁명에 의한 대공장의 출현과 더불어 '노동권'으로서 문제가 되고, 독점자본주의 단계에 도달하자 새로운 인권으로서 단결권·단체행동권 등이 보완되었다. 게다가 이 근로자의 인권에 대한 승인은, 자본주의 사회의 구조에 대한 일정한 비판적 파악을 전제로 하고 있을 뿐 아니라, 경제관계의 실태에 따라 자본가적 소유의 제한을 수반하지 않을 수 없으며, 나아가서 자본주의사회가 근로자에게 주는 폐해를 구제하기 위한 이른바 사회적 권리, 생존권적 기본권을 인정하지 않을 수 없게 된다. 실업자·노령자·직업병·공중위생·직업교육(의무교육) 등에 관한 제 권리의 주체는 현실적으로는 근로자에게 속하는 자일 수밖에 없다. 근로자의 인권을 인정한다는 것은 자본주의적 인권의 구조를 크게 바꿀 뿐 아니라, 국가의 정책을 근본적으로 바꾸지 않을 수 없게 된다. 이 변화에 대하여 사회주의의 인권과 헌법의 존재가 큰 영향을 주고 있음은 바이마르 헌법 이래로 부정할 수 없는 사실이다. 프랑스의 46년 헌법, 이탈리아의 47년 헌법 제정과정에서 수행했던 두 나라 공산당의 역할은 사회주의의 영향을 자국 헌법에 맞게 적극적으로 받아들이는 데 있었다.

## 6. 생존권

로크는 자연권으로서 생명·자유·재산을 인정하고 이들을 총칭하여 Property라고 불렀다. 이들 세 가지는 인간에 고유한 것이며, 그 어느 하나를 결해도 인간으로서 존재할 수 없는 불가결의 것이라고 인식되었다. 이 세 가지는 인간에게 불가결한 일체이며, 중요도에 있어서 서열이 있는 것은 아니다. 생명 없이 자유나 재산을 생각할 수 없는 것은 당연하지만 자유 없이 생명이나 재산을 생각할 수는 없으며, 또 재산 없는 자유나 생명도 생각할 수 없다고 생각한 점에 로크의 인권사상의 시대적 특색이 나타나 있었던 것이다.

프랑스대혁명의 과정에서 생겨난 인권선언에서는 자유·평등·안전·소유·압제에의 저항 등이 자연권으로 규정되어, 그 중 몇 가지가 일정한 순서로 조합되고 각각의 인권선언 모두를 장식하고 있다. 이 조합의 방법에는 일정한 시대적 배경이 있었을 뿐 아니라, 권리 중의 권리라고 인식된 개개의 자연권도 시대적 배경의 변화에 따라 그 의미를 조금씩 바꾸고 있었다는 사실에 주목해야 한다. 평등이 자연권으로서 어떤 대우를 받아왔는지, 소유권의 의미가 어떻게 다방면에 걸쳐 있었는지에 대해서는 이미 언급했다. 자연권은 원래 실정법상 권리가 아니고, 그것을 만들어내고 그것을 기능케 하는 원리였기 때문에 거기서부터 많은 권리가 생산될 만큼 추상적·일반적 표현이 사용되기 마련이었다. 그러기 위해서는 널리 입힌 자연법 사상가들의 저작이 이용되고, 거기에 정치적 고려가 가미되고 있다. 프랑스대혁명 당시에는 루소나 몽테스큐는 단순히 사상가가 아니라, 루소주의자나 몽테스큐주의자가 혁명의 일익을 담당하고 있었다.

인권선언의 선구라고 일컬어지는 버지니아 권리장전(1776)은 그 모두에서 '모든 사람은 태어나면서 똑같이 자유롭고 독립적이며, 일정한 생래적인 권리를 갖는다'고 하고, '생래적인 권리'로서 '재산을 취득·보유하고, 행복과 안전을 추구·획득할 수단과 함께 생명과 자유를 향유'한다고 규정하고 있다. 여기서는

생명과 자유를 향유하는 일이 인간의 생래적인 권리이며, 재산, 행복, 안전은 그 권리를 실현하기 위한 수단이라고 인식되어 있는 점에 주목된다. 그것이 독립선언(1776)에는 '생명, 자유, 행복 추구'가 저항권과 함께 불가양의 권리로서 열거되어 있는 것이다.

프랑스의 인권선언에서는 89년, 93년, 95년 어느 단계를 봐도 자연권으로서 생명을 들고 있는 것은 하나도 없다. 물론 89년 선언 제1조는 '사람은 자유롭고 권리에 있어서 평등하게 태어나, 생존한다'라고 했기 때문에 생명을 소홀히 여기고 있지 않음은 분명하다. 인간의 생래적인 권리를 인정하는 자연법사상에서는 인간으로서 태어나, 계속 산다는 것이 자연권의 토대가 되어 있다는 것은 명백하다. 이 사실을 합의로 성립된 사회의 유지가 시민적 권리의 토대로 되어 있는 것과 마찬가지로, 개인의 생명이 자연권의 토대를 이루듯이 사회의 유지가 시민적 권리의 토대를 이룬다. 그럼에도 불구하고 프랑스에서는 왜 생명이 자연권 그 자체로서 파악되지 않았던 것일까?

리치는 <자연권> 중 '생명의 권리'를 다룬 부분에서 로베스 피에르가 자코방 클럽에서 그 인권선언안을 제안했을 때의 에피소드를 소개하고 있다. 한 사람의 회원이 로베스 피에르에 반대하여 다른 제안을 했다. 그 모두에는 이런 말이 들어가 있었다. '상 클로트'의 자연권은 아이를 낳고, 의류를 몸에 두르고, 식사를 할 능력이다.' 좌중은 웃음바다가 되고, 지지하는 사람은 한 사람도 없었다고 하는 것이다.

이 에피소드는 동물적 본능의 충족만을, 즉 다만 산다는 것만을 자연권으로 보는 입장에 대한 풍자이다. 버지니아의 인권선언도 재산을 가지고 행복과 안전 속에서 생명을 enjoy하는 것을 자연권으로 보고 있으며, 인간의 생명만을 중요시 하고 있는 것은 아니다. 생명은 인권의 당연한 전제지만 생명 그 자체를 인권으로 채택하는 방식에는 나라에 따라, 시대에 따라 다르다. 생명 그 자체의 중요성은 보편적이라 하더라도 그것이 인권으로서 어떻게 표현될지는 또 다른 문제이다.

93년의 몽타냐르 선언 27조는 '주권을 침탈하는 모든 개인은 즉각 자유로운 사람들에 의해서 사형에 처해져야 한다'라고 규정하고 있다. 이 조문은 물론 주권의 중요성을 강조한 것이지만, 인권선언 중에서 사형이 명기되고 있다는 점에 주목해도 될 것이다. 길로틴이 명위를 떨친 93년 뿐 아니라, 당시는 어느 나라에서도 최고형으로 사형이 인정되었다. 미국도 마찬가지다. 그러나 평상시에 인간의 생명을 빼앗을 것을 합법으로 보는 유일한 경우가 사형이라고 한다면, 범죄의 수사, 조사, 재판이 법률에 근거하는 공정한 것이며, 범죄 용의자·피고인의 이익이 최대한으로 지켜지고 있을 필요가 있다는 것은 당연하다. 누구도 법률이 정한 경우, 그 명하는 형식에 의하지 않고 소추되고, 체포되고, 구금되지 않는다거나, 유죄의 선고가 있을 때까지의 무죄 추정, 형벌법규의 소급효 금지, 죄형법정주의 원칙 등 인권선언에 담긴 여러 규정은 신체의 자유를 보장하는 규정임과 동시에 인간의 생명의 존중을 확보하려 한다고 생각해도 크게 빗나간 것은 아닐 것이다.

인간다운 삶이 인권으로서 문제되는 것은 노동운동의 진전과 함께였고, 프랑스의 1848년에는 노동권이 생존권으로서 논해진 일도 있었다. 이 맹아는 1791년 헌법의 '기본규정'에도 있다. 공적부조라는 발상에 이미 나타나 있는 것이다. 거기서 추구되고 있는, 기아(棄兒)를 기르고, 빈곤한 병자를 돕고, 실업중인 빈자에게 노동을 제공하는 공적부조의 확립은 서유럽적인 생명관에 근거하고 있음과 동시에, 그것이 사회적·종교적 자선으로서가 아니라 공적인 부조로 되어 있는 점에 노동권과 아울러 생존권의 맹아를 발견하게 되는 것이다. 생존권이란 인간이 다만 생명을 갖는다는 것만이 아닌, 인간다운 생활을 영위할 권리를 이르는 것이다.

근로자권과 함께 생존권이 헌법에 명기되는 것은 바이마르 헌법이 최초이다. 이 헌법이 모든 사람에게 실현하려고 했던 '인간의 가치에 걸맞은 생활'을 현실적으로 결하고 있던 사람들은 주로 근로자들이었으므로 자본주의사회의 사회적 피해를 수정하려고 하는 가운데 인정되는 근로자권과 생존권은 같은 뿌리에서 생겨난 두 개의 줄기라고 할 것이다. 그리고 이 생존권이 헌법상 권리로서 일반화하는 것은 제2차

대전 후의 일이었다. 이미 언급한 이탈리아 헌법에는 제3장 경제적 관계 속에 노동자권과 생존권은 통일적으로 다루어지고 있다. 그것이 가능했던 것은 이탈리아가 '노동에 기초를 두는 민주공화국'이 되었기 때문이었다.

제2차 대전 후 생존권은 일반화되었을 뿐 아니라 새로운 전개를 보이게 된다. 그 전형적 사례로서 우리는 일본국 헌법을 들 수 있다. 그것은 나중에 언급하게 될 평화적 생존권의 문제이다.

부르주아혁명기의 생명의 권리가 인간 한 사람의 생존에서 출발하고 있다면, 제1차 대전 후 헌법에 나타나게 되는 생존권은 '인간의 가치에 걸맞은 생활'을 할 수 없게 된 근로자계급으로 하여금 인간다운 삶을 회복케 할 것을 목적으로 하고 있었다. 그 목적을 위하여 공적부조를 비롯한 광범위한 사회정책이 국가 및 지방자치체의 책무라고 인식되었던 것이다. 이 점을 일본국 헌법과 관련해서 본다면, 제25조 1항은 '국민은 모두 건강하고 문화적인 최하한도의 생활을 영위할 권리를 갖는다'라고 규정하고 있다. 그리고 같은 조 2항은 이 생존권을 실현하기 위해 '국가는 모든 생활 부면세 있어서 사회복지, 사회보장 및 공중위생의 향상 및 증진에 노력하지 않으면 안 된다'라고 규정하고 있다. 유력한 학설은 이 25조에서 시작되는 26조(교육을 받을 권리), 27조(근로의 권리), 28조(근로자권), 등 여러 권리를 생존권적 기본권이라고 부르고, 20세기적 기본권이라고도 부른다. 그렇게 보는 한 그 선구적 형태는 바이마르 헌법에 인지된다. 그러나 이미 검토했듯이 생존권은 오히려 근로자권의 발전과정을 따라 파악하는 편이 보다 과학적이라고 필자는 생각하는 것이다.

일본국 헌법에 정착된 생존권은 두 가지 길을 따라 더욱 발전하고 있다고 생각된다. 그 하나는 제2차 대전 후의 국제정치를 배경으로 한 헌법의 평화주의와 관련되는 것이고, 또 하나는 전후 일본의 독점자본주의의 부활·강화와 관련이 있다.

일본국 헌법은 전문에서 항구평화의 원칙을 선언하고, 그 같은 부분에서 '우리는 전 세계의 국민이 똑같이 공포와 결핍으로부터 벗어나 평화 속에 생존할 권리를 지닌다는 것을 확인한다'라고 했다. 그리고 본문에서는, 항구평화 달성을 위한 수단으로서 침략전쟁을 부정할 뿐 아니라 일체의 전력을 포기한다는, 세계 헌법사상 유례없는 조치를 취할 것을 결정했다. 그 결과 이 헌법은 전쟁과 군대와 관련된 일체의 규정을 갖지 않게 되었던 것이다. 명치(明治)헌법과 비교하면 명백해지듯이 계엄이나 비상사태 규정이 없을 뿐만 아니라, 병역의 의무가 없어지고, 해외 이주의 자유가 인정되는 등 국가의 정책 및 국민의 인권에 커다란 변화를 가져오게 되었다. 헌법 제9조 '전쟁의 포기' 규정 도입의 주된 동기가 천황제를 온존하기 위함이었다고 하더라도, 제9조를 규정한 사실이, 그 규정의 객관적 의미에 근거하여 현행 헌법의 기본적 성격을 형성하고 있음을 부정할 수는 없는 것이다.

그러나 헌법이 제정된 미군 점령 하에서, 1950년의 한국전쟁을 경계로 하고 경찰예비대라는 명목의 재군비가 시작되어, 1952년의 점령 종결과 미일 안보체제의 시작과 함께 그것이 보안대가 되고, 54년의 미국과의 MSA협정이 체결되던 해에 오늘날의 자위대가 창설되었다. 그 이후 한길로 자위대의 증강이 진행되고 있는 것이다. 이 헌법의 평화주의 및 제9조라는 헌법 규범과 구체적 헌법관계의 극단적인 괴리를 눈앞에 보면서 평화적 생존권 주장이 최근 10년 동안(1970년대 - 번역자) 헌법학계에서 점차 강화되어왔다.

일본은 미일 안보조약에 근거하여, 점령중부터 계속 미군기지와 미군주둔을 인정하고, 그 핵병기의 확산 속에 일본의 안전을 보장한다는 대미 종속정책을 취해왔다. 자위대는 극동 미군의 일익을 담당하는 것으로서 편성되고 그에 걸맞은 장비를 가지고 있다. 일본이 미국의 군사적 종속 하에 있음은 누구의 눈에도 명백하다. 그런데 오늘의 국제정치에 있어서는 미국과 소련의 대립을 중심으로 하는 핵병기를 포함하는 군비경쟁이 치열하며, 소련을 가상(假想)적국으로 하는 일본은 미소전쟁이 발발할 경우 소련의 핵공격을 받을 공산이 매우 큰 군사적 위치에 있다.

핵전쟁이 예상되는 현대, 일단 평화가 침범된다면 일본민족의 생존이 위협에 빠지게 되어 있다는 의미에서 일본국민의 평화적 생존권 주장이 전개되고 있다. 이 생존권은 국내적으로는 국가가 일체의 군비를 포기하고, 국제적으로는 어떠한 군사동맹에도 참가하지 않는 외교정책을 취하는 일에 대응하는, 국민의 기본적 인권이라고 할 수 있을 것이다. 1973년 9월 7일의 사보로 지방재판소 판결은 나가누마(長沼) 나 이키기지사건에서 나가누마 정민(町民)의 '평화 가운데 생존할 권리'를 인정했다. 이 권리는 주둔 미군이나 자위대의 강화가 진행되고, 일본을 둘러싼 아시아에 전쟁위기가 증가할수록 현실적 의미를 더해갈 것이다. 세계에 핵 전면전쟁 위기가 깊어지면 평화적 생존권은 전 세계의 인류의 권리가 되지 않으면 안 되며, 생명의 권리는 이제 인류의 것이 되어가고 있다.

다른 하나는 1960년대의 '고도성장' 정책의 과정에서 독점자본 위주의 정책이 채택된 결과, 국민생활의 전반에 걸쳐서 각종 공해가 속출한 것과 관련된다. 독점자본과 유착한 정부는 사전의 공해대책을 세우지 않았기 때문에 공해 피해자는 자력으로 반대운동을 일으켜 재판을 통하여 피해의 구제를 도모하지 않으면 안 되었다. 이 피해자를 중심으로 한 공해반대운동과 공해재판 관정에서 근로자뿐이 아닌 지역 주민의 전체, 나아가서 국민 전체의 생존을 위협하는 새로운 인권이 문제로 제기되어왔다. 환경권이라는 권리도 일정 지역 주민의 생존과 관련되는 새로운 인권의 구체적 예라고 할 수 있다. 국가독점자본주의 하에서 생존권이 취하는 새로운 형태라고 할 수 있을 것이다. 그런 의미에서는 선진 자본주의국 모두가 정도 차이는 있어도 공해와 그에 대응하는 인권이라는 새로운 문제에 직면해 있는 것이다.

인간 한 사람의 '생명의 권리'에서 전 세계의 인류 그 자체의 생존에 관계되는 '평화적 생존권'에 이르는 길은 그리 가까운 것은 아니다. '생명의 권리' 그 자체가 인권으로서는 일반적으로 인정되지 않았기 때문에 생존권의 발전을 앞에서 개진한 것과 같은 형태로 다루는 것은 약간 도식주의의 경향을 띠는 비판을 받을 여지도 있을 것이다. 필자는 다만 같은 인간의 생명이 자본주의 틀 안에서 시대에 따라 얼마나 다르게 다루어질 수 있는지를 제시하고 싶었을 뿐이다.

## 7. 마무리

'자본주의와 인권'이라는 주제로 전개해온 필자의 인권론에는 방법론적으로 볼 때 다음과 같은 한정이 있다. 이 점을 마무리로서 언급해두고자 한다.

자본주의사회에 특유한 '인권'은 우선 인권의 사상으로서 나타난다. 예를 들어 로크의 자연법사상이다. 그러나 인권의 사상은 어디까지나 주관적 사상인 것이며, 그것이 그대로 인권의 규범으로서 객관화 되는 것이 아니다. 그것은 로크의 자연법사상과 로크의 조국인 영국의 실정법을 비교해보면 극히 명료하게 드러난다. 코먼 로의 나라 영국 헌법에는 로크의 사상적 영향은 없다. 이 사실은 로크의 사상을 18세기 계몽사상을 통해 간접적으로 받아들인 프랑스나 직접적인 영향 하에 있는 미국이 헌법에서는 영국의 후진국이라는 사실을 가리키고 있다. 영국 헌법사의 획기를 이루는 17세기 혁명 속에서 태어난 로크의 인권 사상이 프랑스나 미국 헌법사에 일정한 영향을 준 것이다.

필자는 이 글에서 인권의 사상을 다루지 않았다. 필자가 다룬 것은 인권선언이나 권리장전에서 문장화된 가장 프리미티브한 인권의 규범이다. 이미 머리말에서도 말했듯이 인권의 규범은 인권선언, 헌법전, 법률이라는 순서로 점차 상세해지고 구체화되면서 한 나라의 실정법체계 속에 편입되어간다. 그런 가운데서 인권선언은 가장 인권의 사상에 가깝고 인권이 갖는 자본주의법으로서의 이데올로기를 가장 단적으로 표명하고 있는 것이다. 그런 의미에서 필자는 인권선언을 다루었다.

인권선언을 검토해보면 거기에는 현재 우리가 당면하고 있는 인권문제의 거의 모두가 맹아적 형태이기는 하나 이미 다루어지고 있다는 것을 알 수 있어 새삼 프랑스대혁명의 역사적 의의를 재확인하게 되

었다. 또 인권선언의 문장의 뉘앙스에서 오늘날의 인권문제를 다루는 방식이 잘못되었음을 알게 된 경우도 여러 번 있었다. 이미 언급한 바와 같이 인권에 있어서의 '사회' 즉 시민사회의 중요성에 대한 인식은 이 글에서 필자의 인권론의 핵심을 이룬다고 해도 될 것이다.

인권론은 필자가 개진한 것으로 끝나는 것은 아니다. 헌법 및 법률상의 인권에 대해서는 각각의 나라의 헌법학자·법률학자가 연구를 쌓고 있다. 그에 더하여 인권의 실현을 보장하는 법제도의 연구도 함께 있지 않으면 각국 인권의 구체적 실태를 알기란 불가능하다. 인권의 선언이 단순한 선언으로 끝나지 않기 위해서는 실정 헌법·법률에 있어서 법규범이 될 뿐 아니라 재판소와 같은 제도를 통해 규범의 내용이 실현되지 않으면 안 된다.

이와 같이 해서 최종적으로는, 각국의 구체적 사회관계 속에 각각의 인권이 어떻게 정착되어 있는지, 혹은 있지 않은지가 검토되어야 한다. 법관계로서 보는 인권의 문제이다. 필자가 이미 이 강좌 제6권에서 발표한 <현대 일본의 기본적 인권>은 '현대 일본'에 한정해서 일본국 헌법이 보장하는 인권을 구체적으로 검토하고 있다. 따라서 주로 인권선언을 다룸으로써 규범론에 초점을 맞춘 이 글은 제6권의 논문과 서로 보완하는 관계에 있다. [끝]

## 기본적 인권 연구에 대하여

<現代人權論> (公法學研究 I: 일본 法律文化社, 1982년) 수록논문  
하세가와 마사야스 [長谷川 正安]

### 머리말

1980년 6월, <마르크스주의법학강좌> 전8권 간행이 완료되었다. 필자는 그 제6권(현대 일본법 분석)에 <현대 일본의 기본적 인권>을, 그리고 제5권(부르주아법의 기초이론)에는 <기본적 인권>이라는 두 논문을 실었다. 두 논문은 각각 기본적 인권의 기초이론과 (일본에서의) 현상을 다룸으로써 불충분하기는 해도 서로 보완관계에 있으며, 나아가 결과적으로 보면, 기본적 인권의 '사회적인 것'을 강조하고 있는 점에서 일관된 바가 있었다. 기본적 인권을 국가와 개인의 대항관계만으로 파악하는 경향이 강한 일본 헌법학설과 판례에 대하여 개인·사회·국가라는 도식으로 기본적 인권을 재검토해야 한다는 것, 즉 인권 문제에서의 '사회'의 복권이 그 두 논문에서는 강조되고 있었다.

그러나 필자의 이 문제제기에서 강조했던 '사회' 혹은 '시민사회'의 개념이 애매하다는, 학계 일각으로부터의 비판적 논평이 있었다. 필자는 <마르크스주의법학 강좌> 제3권 (법의 일반이론)에 '법의 현상형태'라는 또 다른 논문을 실었는데, 거기서 1957년 <헌법학의 방법> 이래 취해온 법 현상 분석을 위한 카테고리화 관련해서 필자의 주장에 대한 수정을 시도했다. 그것은 '법관계'라는 카테고리의 위치에 관한 것이었다.

필자는 이제까지 법 현상을, 법의식, 법규범, 법제도라는 3개 카테고리로 파악하고, 이들 카테고리에 의해 규정된 사회관계를 법적 사회관계=법관계라고 생각해왔다. 즉 법관계를 독자적인 카테고리라고는 생각하지 않았다는 이야기다. 따라서 사회관계 속에 규범적인 것이 발생해도 그와 같은 사회관계를 법 혹은 법의 맹아라고 보지 않고, 법과는 구별되어야 할, 법 이전의 현상이라고 생각해왔다. 법사회학자가 중시하는 '살아 있는 법'을 법 그 자체라고 보는 데 대해 강하게 반대했던 것도 그런 까닭이었다.

필자는 현재도 '살아 있는 법'을 법 자체라고 인정하면서 '사회 있는 곳에 법 있다'라고 생각하는 법사회학의 경향에는 반대하지만, 사회관계 속에 자생하는 규범적인 것을 모두 비(非) 법적인 것으로 보는 태도는 비과학적이라고 생각하기에 이르렀다. 법현상을 구성하는 요소로서, 법의식, 법규범, 법제도와 함께 법관계를 인정하도록 수정한 것은, 법을 태어나게 하는 토대이자 법에 규정되면서 변용하는 사회관계를 중시하는 경향의 표현이라고 해도 좋을 것이다. 이 방법 수정이 필자의 법사회학 비판에 어떻게 영향을 주게 될지는 모르지만, 여기서는 그 점을 언급하지 않는다. 다만 확인해두고 싶은 것은, 필자의 기본적 인권론에 있어서의 '사회적인 것'에 대한 중시는 현대 일본의 인권문제로부터의 실천적 요구에 답하고 있을 뿐 아니라, '법관계'라는 카테고리를 재발견한 필자의 법학 방법론과 이론적으로 관련되어 있다는 점이다.

<마르크스주의법학 강좌>에 실은 세 논문은 쓰인 때도 장소도 다르기 때문에 앞에 언급한 관련을 충분히 밝히지 못하고 있다고 생각한다. 필자가 사용한 '사회', '시민사회'의 의미가 새삼 애매하다는 인상을 주게 된 것은 그런 연유에서가 아닐까 생각해본다. 그것은 분명 필자 자신의 책임이므로, 이 글에서는 과거 논문에서 부족했던 부분을 보완하면서 기본적 인권을 연구하는 데 중요하다고 생각되는 문제점을 다시 검토해보고자 한다.

## 1. 헌법에서 국가와 개인

일본 헌법학의 역사에서 기본적 인권은 어떤 관점에서 파악되어 왔는지를 우선 검토하고자 한다.

메이지[明治] 헌법 제2장은 '신민의 권리 의무'를 규정하고 있었다. 이 장은 신민의 요건(18조)에서 시작되고, 공무에 취임할 권리(19조), 그리고 병역(20조)과 납세(21조)의 2대 의무를 규정한 후에 거주·이전의 자유(22조) 이하 약간의 신민의 자유와 권리를 열거하고 있다.

메이지 헌법을 기초한 중심인물인 이토 히로부미(伊藤 博文)가 쓴 <헌법의해(義解)>는 거주·이전의 자유를 해설하면서 '입헌국가는 모두 신민 각 개인의 자유 및 재산의 안전을 귀중한 권리로 여기며, 이를 확보하고 있다. 단, 자유는 질서 있는 사회에 서식하는 것이다. 법률은 각 개인의 자유를 보호함과 동시에 또 국권의 필요에서 생기는 제한의 범위를 분획(分割)하면서 양자 사이에 적당한 조화를 이룬다.'라고 말하고 있다. 여기서는 개인의 자유가 국권의 필요와의 관계에서 파악되고 있음이 명백하다. 그리고 같은 부분에 붙여진 교주(校註)자의 주에 의하면, 의해(義解) 고본(稿本)은 여기서 '그의 프랑스 권리선언에 이른바 천부의 자유는 타인의 자유를 방해하지 않는 한, 전혀 제한을 받지 않는다는 설은 망상적인 공론에 지나지 않는다.'고 하면서 천부인권설을 부정하고 있다고 한다.

메이지 헌법이 '입헌 국가'에 불가결이라고 여긴 개인의 자유와 권리를, 메이지 헌법 하에서 가장 체계적으로 설명했던 헌법학자는 미노베 다츠키치(美濃部 達吉)였다. 미노베는 <헌법 활요(撮要)>에서, 국가에 대한 국민 개인의 지위에 따라, 국민의 공(公)의무, 자유권, 수익권, 참정권을 논하고 있다. 국민의 기본적 인권을 국가에 있어서의 국민 개인의 지위(status)에 따라 분류하는 것은 미노베가 스승으로 모시고 있던 G. 옐리넥의 생각이며, 그의 <공권의 체계>(1892)에 의하면 국가에서의 개인의 입장은 소극적, 부정적, 적극적, 능동적이라는 네 가지 지위에 귀결된다. 소극적 지위에서는 공적 의무가 생기고, 부정적·적극적·능동적 지위에서 각각 미노베가 말하는 자유권·수익권·참정권이 생긴다. 미노베는 옐리넥의 학설을 그대로 원용하면서 메이지 헌법의 인권규정을 설명했다.

이 독일 공법학의 영향 하에 형성된 메이지 헌법의 기본적 인권에 대한 생각은 전후 일본 헌법학에도 큰 영향을 주었다. 다만 패전 후, 헌법전이 변화하여 그 인권규정에도 현저한 변화가 있었기 때문에 미노베=옐리넥의 분류가 그대로 계승되는 실정법상 근거는 사라져버렸다.

미노베=옐리넥을 이어받은 기본적인 생각이란, 기본적 인권을 국가와 국민 개인과의 관계로서 파악하는 방식이다. 거기서는 개인은 당초부터 국가의 구성원으로 간주된다. 이런 사고방식은 19세기 독일이나 전전(戰前) 일본에서는 자명한 것으로 인식되었다. 그러나 현행 헌법의 사상적 원류인 18세기의 근대 자연법사상에서는, 존 로크가 대표적으로 주장하듯이, 인권이 먼저 문제가 되는 것은 자연상태에서이며, 그것이 인정되는 것은 시민사회에서이다. 자연상태에서의 자연권과 시민사회 형성 후에 인정되는 시민적 권리가 '사람 및 시민의 권리' 즉 기본적 인권을 구성하고 있다. 1789년, 프랑스 대혁명 발발 시에 제정된 인권선언의 정식 명칭은 '사람 및 시민의 권리선언'이며, 거기에 담겨 있던 것은 자연권과 시민적 권리였다. 자연권은, 사상적으로는 국가 이전의 것이며, 시민적 권리마저도 어떤 의미에서는 국가 이전의 것이다. 여기서는 인간 개인과 사회와의 관계가 제1의 문제이며, 정부는 사회의 필요에 따라 설립된다. 거기에는 개인과 사회를 모두 포괄하는 국가라는 것이 미리 설정되어 있지 않다. 지롱드 헌법 초안인 인권선언(1793)은 '인간의, 자연적, 시민적 및 정치적 권리선언'이라고 하고 있으므로 각각의 권리는 개인, 사회, 국가에 대응하고 있다는 것을 알 수 있다.

로크 식의 근대적 자연법사상이 그대로 현대 헌법의 인권규정으로서 정착되어 있는 것이 아님은 분명하다. 그러나 기본적 인권에 있어서 국가와 개인과의 관계를 생각할 경우, 국가권력과 인권의 대항에서 전자가 아니라 후자에 중점이 있다는 사고방식은 로크 이래의 것이다. 그리고 오늘날에는 자연권과 시민

적 권리는 논리적으로 구별됨이 없이 '기본적 인권'으로서 통일적으로 파악되고 있으며, 인권의 주체인 인격의 성격과 권리의 내용에 따라서, 인권의 여러 규정이 정리·분류되어 있을 뿐이다.

국가와 개인의 관계에서 개인을 중시한다 해도, 우리는 과학적 근거 없는 자연상태를 전제로 할 수 없을 뿐만 아니라, 고립된 인간 개인을 전제로 할 수도 없다. 헌법학이 전제로 할 수 있는 것은 일정한 사회생활을 하고 있는 시민 개인이다. 옐리넉의 <일반 국가학>이 가리키듯이, 미리 국가사회학과 구별된 국법학에서 개인의 공권(公權)이 국가에 있어서의 그의 지위에 따라 결정되었다고 하더라도, 인권의 현실태(態)는 시민사회의 역사적 변화와 거기서의 개인의 사회관계에 따라 결정된다는 사실을 부정할 수는 없다. 기본적 인권을 이해하기 위해서는 국가와 개인이라는 대항하는 카테고리 사이에 사회를 넣고 생각해야 한다는 것을 강조했던 것이, 저자가 쓴 <마르크스주의법학 강좌>의 두 논문이었다.

문제는 기본적 인권론에 도입되는 '사회', '시민사회'란 무엇인가라는 것이다. 또 과거의 헌법현상에서는, 국가와 개인에 대해 사회는 어떻게 자리가 매겨져왔느냐를 밝혀내지 않으면 안 된다.

## 2. 인권론에 있어서 사회

1789년 프랑스 인권선언은 제16조에서 다음과 같이 규정하고 있다.

'권리의 보장이 확보되지 않고, 권력의 분립이 정해져 있지 않은 모든 사회는 헌법을 갖지 않는다.'

이 조문은 인권보장과 권력분립이 근대 헌법에 불가결의 요소임을 설명하는 근거로서 자주 인용된다. 권력분립이란 국가권력을 조직하는 방법이며, 보장되는 권리란 시민 개인의 것이므로, 국가의 기본조직을 의미한다고 인식되어 온 전통적 헌법관이 여기서 인권을 불가결한 것으로 받아들임으로써 근대화되었다고 생각되는 것이다. 같은 Constitution이라는 말이 프랑스에서는 부르주아혁명의 시기에 그 의미를 변화시킨 셈이다.

여기서 문제는, 인권선언에서 권력분립과 인권보장을 내용으로 하는 헌법을 갖는다고 일컬어지는 '사회'에 대해서이다. 이 '사회'는 국가(=정부)와 개인의 관계를 지탱하고 있는 토대인 '사회'이다. 17-18세기의 근대적 자연법사상이, 자연상태에 대해 시민사회를 대치(對置)했던 것은, 서유럽의 문명사회가 새롭게 발견된 미개사회에 대해 느끼는 우월성의 확신에서였을 것이며, 전란(戰亂)과 부질서가 계속된 역사적 과거와 대비된 미래의 새 사회에 대한 기대이기도 했을 것이다. 그것은 당시의 영국, 프랑스처럼, 부르주아혁명을 거쳐 새로운 정부를 갖기에 이른 자본주의사회의 투영(投影)에 다름 아니다. 그런 의미에서는 근대적 자연법사상에서 말하는 시민사회(Civil Society)란 초기 자본주의사회의 이념형이라고 해도 될 것이다.

1789년 인권선언에서 헌법의 존립기반이라고 인식되었던 '사회'란 앙시앵 레짐 하의 봉건사회의 대립물이며, 자본주의사회라고는 해도 산업혁명 이전의 매뉴팩처 단계에 있던 사회이다. 그것은 자유롭고 평등한 시민 '모두가 구성하는 전체사회'이며, 스스로 설치하는 '국가'에 의해 통치된다고 생각되었으므로, 법적으로는 '사회'와 '국가'가 동일시되어도 크게 잘못은 없었다. 거기서 자연권이라고 여겨진 자유·소유·안전과 권리에 있어서의 평등은 자본주의사회를 구성하는 시민 개인의 특성이며, 압정(壓政)에 대한 저항은 봉건사회와 구(舊)제도의 부정을 의미했다. 신분적으로 차별받고, 영업의 자유도 신체의 안전도 보장되지 않는 혁명 이전의 사회와 달리, 새로운 사회는 평등한 권리를 보유하고 자유로운 의사를 가지고 행동하는 시민 개인으로 이루어지는 것으로 생각되었다.

인권선언에서는 철저한 개인주의가 채택되고, 전체사회와 개인 중간에 사회단체의 존재가 인정되지 않았던 것은, 코르브라시옹(조합)·교회·대학 등 당시의 유력한 사회단체가 모두 봉건적이며, 그것은 부정의 대상이었기 때문이다. 그 결과, 사회단체에 기대되는 사회적 기능의 모두가 국가(=정부)의 기능이라고 생각되는 경향이 나타난다. 인권선언 속에서 국가와 사회는 완전히 동일시되고 있는 것은 아니다. 그러나 국가의 기능과 사회의 기능은 명확하게는 구별되지 않고, 현실적으로는 사회와 개인의 문제가 법적으로는 국가와 개인의 문제로서 구성된다. 인권선언에는 국가와 사회의 뚜렷한 대치(對置)는 없고, 근대적 자연법사상에서의 사회의 우위가 형해(形骸)화되면서도 남아 있다.

문제는, 부르주아혁명을 통해 꽃핀 매뉴팩처 단계의 자본주의사회가 산업혁명을 거쳐 기계제 대공장 중심의 공업사회가 되고, 자유경쟁의 결과 독점화가 진행되어, 나아가서는 국가와 독점이 유착하는 국가독점자본주의 단계에까지 도달하는 과정에 따라서 헌법이나 인권이 어떻게 변화하느냐에 있다. 이 자본주의의 발전과정에 따라서 '사회'의 양태가 현저하게 변화하는 것은 당연하다. 시민의 권리에든 큰 변화가 나타날 수밖에 없다. 인권의 문제로서 가장 주목할 것은, 자본주의사회의 발전에 대응하는 '국가와 사회'의 관계의 변화이다. 국가와 개인의 문제에 앞서서 이 국가와 사회와의 관계가 밝혀져 있어야 한다.

부르주아혁명이 생산하는 근대적 헌법과 기본적 인권은, 자본주의사회의 사회법칙을 반영하고 있지만, 그것은 전면적인 반영이라고 할 수 없다. 권리에 있어서 평등한, 대등한 시민의, 자유로운 의사에 입각한 계약의 체결이라는 시민법적 사회현상은, 자본주의사회의 상품이 가치대로 교환되는 동가교환의 법칙을 반영하고 있다. 모든 상품 소유자는 상품시장에서 자유롭고 평등하며, 거기서는 가치법칙이 지배하고 있다. 기본적 인권의 핵심을 이루는 생명·자유·재산(존 로크) 혹은 자유·소유·안전(89년 인권선언)이라는 것은, 앞에서 말하는 시민을 법주체로 보고 있다. 여기서는 자본가도 노동자도 똑같이 상품(자본과 노동력) 소유자이며, 대등한 시민으로서 취급된다.

그러나, 자본주의사회에는 가치법칙과 함께 잉여가치의 법칙이 작동되고 있다. 자본주의사회는 주지하다시피, 생산수단을 소유하는 소수의 자본가계급과 노동력 밖에 가진 것 없는 노동자계급의 존재를 전제로 하고 있다. 제공한 노동력에 대해 가치대로 지불받은 노동자는 자기의 노동력이 생산한 잉여가치에 대해 아무런 법적 권리를 인정받지 못한다. 잉여가치는 모두 생산수단을 소유하는 자본가의 것이 된다. 노동력 상품이 가치대로 지불되고 있는 동안 자본가가 취득하는 가치가 계속 증가하는 것이므로, 잉여가치 법칙 하에서는 노동자와 자본가는 대립되는 계급이며, 결코 대등할 수는 없다. 이른바 시민법은, 가치법칙을 당위(當爲=Sollen)로서 법규범화 함으로써, 잉여가치 법칙이 낳는 사회현상을 사실(事實=Sein)로서 법의 세계로부터 잘라낸다. 이리하여 시민법은 논리적 정합성을 유지하지만, 자본주의사회가 발전되어 계급대립이 격화되면 규범과 사실의 괴리는 점차 극단적인 것이 되지 않을 수 없다.

1789년 인권선언에서 헌법의 담당자로서 인정되어 있었던 '사회'도, 법의 차원에서는 국가와 거의 동일시되고, 국가와 사회의 상위(相違)는 헌법론으로서 자각되는 일이 적지 않다. 이와 같은 상태에서, 헌법론 속에 사회가 복위(復位)하게 되는 것은 1848년 2월혁명을 계기로 해서이다. 거기에 인권선언이라고 이름 박힌 것은 없지만, '진정한 인권선언' (오라르, 게체비치 편 <인권선언> 1929년)이라고 지목된 48년 헌법의 전문 및 모두(冒頭)의 3장에 의하면, 사회는 다음과 같이 다루어지고 있다.

이 제2공화국 헌법에서는, 국가의 지위는 확립되고, 공화국과 시민의 대치(對置) (전문 3항)가 헌법의 기본구성이 되고 있는 것은 사실이다. 전문은 공화국과 시민을 구속하는 상호적 의무로서, 각각의 의무를 다음과 같이 규정한다.

'시민은 조국을 사랑하고, 공화국에 봉사하고, 그 생명을 희생으로 이를 방위하여, 그 재산에 따라 나라의 부담에 참가해야 한다. 시민은 노동을 통해 생활수단을, 예견을 통해 장래의 재원(財源)을

확보해야 한다. 시민은 우애의 마음을 가지고 서로 원조함으로써 공동의 행복에, 그리고 사회·가족 및 개인을 지배하는 도덕법칙과 성문법을 준수함으로써 일반적 질서에 협력해야 한다.

공화국은 시민을 그 일신(一身), 그 가족, 그 종교, 그 소유, 그 노동에 있어서 보호해야 하며, 나아가 모든 사람에게 불가결한 교육을 각자의 손이 닿는 곳에 두어야 한다. 공화국은 우애적 원조를 통해 빈곤한 시민에 대하여, 그 자원의 한계 안에서 노동을 획득케 함으로써, 또는 노동할 수 없는 사람들이 가족이 없을 때 이에 원조를 부여함으로써 이들의 생존을 확보해야 한다.

앞에 말하는 공화국의 의무가 바로 시민의 권리인 바, 제2장 '헌법이 보장하는 시민의 권리' 제13조는 다음과 같이 규정한다.

'헌법은 시민에게 노동 및 노무의 자유를 보장한다. 사회는 무상의 초등교육을 통한 노동의 발달, 직업교육, 사업주와 노동자 관계의 평등, 구제 및 신용제도, 농업제도, 임의적 결사, 나라·현(縣)·시(市)·읍·면·리에 의한 실업 노동력을 이용할 토목사업을 조성(助成)하고 장려한다. 사회는 버림받은 아이, 병약자, 및 자산 없는 노약자에게 구제를 부여한다. 단 그의 가족이 구제하지 못하는 경우에 한정한다.'

1789년 인권선언에서 사회는 헌법의 주체일 뿐 아니라, 모든 공무원으로부터 보고를 요구할 권리(제15조)를 가지고 있었다. 93년 지롱드 헌법 초안에서는 초등교육을 담당하는 것은 사회로 되어 있었다. (권리선언 제23조) 몽타냐르 헌법 경우도 같지만, 이 시대의 '사회'는 어디까지나 자유롭고 평등한 시민의 총체를 지칭하고 있으며, 사회와 개인의 본질적인 모순도 없고, 사회와 국가의 모순도 인정되지 않았다. 따라서 사회의 권리는 개인의 권리이며, 사회의 의무는 국가의 의무라고 이해해도 그리 큰 문제는 없었다.

그러나 48년 헌법에서 문제가 되는 사회는, 그와 같이 등질적인 것이 아니다. 이 헌법은 '프랑스 공화국은 가족·노동·소유·공공질서를 기초로 한다.(전문)라고 말하고 있듯이, 노동과 소유는 이미 뚜렷이 구별되고 있다. 최초의 사회혁명은 사회에 노동자계급과 자본가계급이 있음을 명백히 했다. 그것은 시민 일반의 노동자와 자본가와의 분열이요 소유일반의 노동권과 소유권에의 분열이기도 했다. 48년 헌법은 노동권 그 자체는 인정하지 않았지만 노동의 자유를 확립할 뿐 아니라, 이미 인용한 조문이 가리키듯이, 노동자계급에 대한 사회보장을 적극적으로 수행할 것을 규정했다. 그리고 소유권은 불가침이라고 하면서도 '공익'을 이유로 제한할 수 있음을 규정하고 있다.

법적 표현으로서는 소유권의 주체도 노동의 주체도 같은 시민이며, 사회적 의무는 국가에 의해 현실화할 수밖에 없지만, 시민은 이미 노동자로서 혹은 자본가로서 구별해서 취급되고 있고, 사회적 의무를 실현하는 제도로 특상부르 위원회 같은 새로운 법제도가 생겨난 것이 주목된다. 인권이 사회화함과 동시에 국가 또한 사회화하지 않을 수 없다.

프랑스 대혁명으로부터 반세기가 지나, 산업혁명이 시작된 프랑스 사회에서는, 헌법을 국가와 개인의 문제로 단순화 할 수는 없다. 헌법의 토대에 있는 사회의 변화는 헌법 내부에도 어떤 형태로든 반영된다. 그 가장 큰 것이 바로 이미 언급한 노동과 소유의 분리지만, 사회문제 해결을 위하여 국가 외에 각종 수준의 지방단체가 인정되고 있는데다가, 개인 외에 가족이 중시되고, 여러 가지 사회단체의 활동이 기대되고 있는 것도 1789년 당시에는 생각도 할 수 없었던 현상이다.

프랑스에서는 인권문제를 애당초부터 국가와 개인이라는 단순한 schema(도식)로 이해하려 한 것은 아니지만, 19세기 중엽이 되어 앞에서 말한 형태로 그런 사실이 분명해졌다. 사회는 헌법의 토대일 뿐

아니라, 가족·사회단체·지방단체 등 형태로 헌법의 내용을 풍부케 하면서 인권문제의 양상을 복잡하게 만들어 갔던 것이다.

### 3. 고전적 인권과 현대적 인권

근대헌법은 초기 자본주의사회를 토대로 하여, 거기에 전개되는 시민 상호, 및 시민과 국가의 관계를 규제하는 기본법이었다. 거기서는 자본주의사회에 고유한 계급적 모순은 사상(捨象)되고, 등질적인 시민과 그 인권을 보장하기 위한 국가가 법적으로 표현되어 있었다. 현재로서는 이미 고전적이 되어버린 시민적 자유와 권리는, 그와 같은 근대헌법의 주요부분을 구성하고 있었던 것이다.

고전적 인권에서는, 따라서 시민 개인 상호간에 해결하기 어려운 본질적 모순은 없고, 사회와 국가 사이에도 대립관계는 없었다. 개인·사회·국가는 원칙적으로 조화되는 것으로서 법적으로 구성되어 있었다. 그리고 거기서 무시되고 잘려 나간 사회적 모순이 드러나는 것을 방지하기 위해, 헌법상 약간의 장치 마련되어 있었고, 법률이 제정되었다. 89년 인권선언과 관련해서 말하면, '공공질서'라든지 '공공의 필요' 같은 일반조항이 그것이다. 법률로서는 공안을 문란케 한다고 해서 노동자의 단결을 금지한 르 샤플리에법(1791)처럼 노골적인 것도 있고, 시민을 적극시민과 소극시민으로 나누어 후자로부터 선거권을 박탈하는 선거제도도 있다.

서유럽 나라들, 특히 프랑스에서는 19세기를 관통해서 자본가와 노동자의 계급투쟁이 격렬하게 전개되었다. 자본주의는 산업혁명을 거쳐 독점자본주의 단계로 올라간다. 그 과정에서 군주제·공화제·제제(帝制)로 통치형태가 정신없이 변화되고 헌법도 계속 새롭게 갱신된다. 이 정치적·법적 변혁의 획기(劃期)가 되는 것이 48년 2월혁명이었으며, 71년 쾰문운동이었다. 이 한 세기 동안에 노동자는 단결권을 획득하고, 노동조건 개선을 위해 노동조합을 결성할 뿐 아니라, 사회주의적 변혁을 목적으로 하는 정당에 결집하게 된다. 19세기 말, 그것은 프랑스에서는 75년 헌법률을 갖는 제3공화제 하에서였지만, 시민적인 사상의 자유는 자본가적 사유와 노동자적 사유로 분열되고 후자는 사회주의사상의 자유가 되고, 결사의 자유는 노동자에게는 단결권이 되고, 사회주의 정당 결성의 자유가 되었다. 그러나 이 변화는 어느 나라 헌법규범에도 그대로 표현되는 것은 아니다. 그 증거로 제3공화제 그 자체가 헌법전도 없고 인권선언도 가지고 있지 않았던 것이다.

20세기에 들어 헌법은 완전히 새로워진다. 그 획기(劃期)가 되는 것은 1917년 러시아혁명이었다. 인류 역사상 최초의 사회주의혁명은 레닌의 지도 하에 1918년에 '근로파착취 인민의 권리선언'을 낳았다. 그것을 원칙으로 해서 최초의 사회주의 헌법인 '러시아 사회주의연방 소비에트공화국 헌법'이 제정된다. 고전적 인권선언과 근대 헌법의 역사는 러시아에서 자본주의제도를 타도함으로써 완전히 새로운 길을 걷기 시작한 것이다.

'(러시아공화국 18년) 헌법은, 민주주의적인 권리 및 자유를 선언했을 뿐만 아니라, 인류사에서 처음으로 정치적으로도 물질적으로 진정 이를 보장했던 것이다. 그 단적인 예로, 헌법 제14조는 "자기의 의견을 표현하는 현실적인 자유를 근로자에 보장하기 위하여, 러시아 사회주의연방 소비에트공화국은, 출판이 자본에 종속되는 상태를 없애고, 신문·소책자·책 기타 모든 출판물을 내는데 필요한 모든 기술적, 물질적 수단을 노동자계급 및 빈농계급에 맡기고, 이들 출판물을 자유롭게 전국에 배포할 것을 보장한다."라고 규정하고 있다. 사회·경제적 권리에 관해서 말한다면, 이를 실현하기 위해서는 사회적 수요를 충족시킬 탄력적인 펀드가 필요했다. 이와 같은 펀드는 경제적 황폐를 극복하고 사회주의적 국민경제를 정착시킴으로써 비로소 획득 가능한 것이었다. 그런 까닭에 러시아



공화국 18년 헌법에는 노동의 권리, 노후를 풍요롭게 생활할 권리 등등의 규정은 없었던 것이다. 간신히 교육을 받을 권리가 제17조에 규정되었지만, 그것마저도 소비에트 국가는 "완전하고도 전면적인 교육을 무료로 노동자 및 농민에 부여할 것을 자신의 과제로 한다."고 하는 정도의 강령적 성격을 갖는 것이었다. (트포르닌 <소비에트 헌법론>)

앞의 인용에서 알 수 있는 것은, 사회주의사회에서의 인권의 주체는 노동자·농민이라는 근로자이며, 자본주의적 인권과의 선명한 차이는 자유나 권리가 물질적 근거를 가지고 진정 보장된다는 점에 있다. 그리고 이와 같은 인권관 입장에서는, 사회주의 헌법은 생산력이 낮기 때문에 아직 물질적 보장이 불가능한 것을 인권으로 인정하지 않는다. 이런 사회주의적 인권의 관점은, 시민 일반에 인권을 인정하면서도 근로자에게 그것은 현실의 것이 되지 않고, 또 많은 자유나 권리가 실현 불가능한 자본주의적 인권에 대한 비판으로 되고 있다.

자본주의사회의 발전과 더불어 격화하는 계급대립, 그로 인한, 근로자 입장에서의 인권의 형해화를 사회주의혁명을 통해 극복하려 했던 것이 러시아의 예였다. 여기서 사회주의 헌법과 인권의 새로운 역사가 시작된다. 이 사회주의적 인권의 역사는 서유럽 사회와 비교해서 생산력이 낮은 러시아에서 시작되었기 때문에 자본주의적 인권과의 대비는 쉽다. 여기서는 사회주의적 인권의 질적 상위(相違)를 확인해 둘 뿐이다.

자본주의제도를 유지한 채 그것을 개량함으로써 고전적 인권을 보완하려 했던 것이 제1차 대전에서 패전한 독일이다. 1919년의 바이마르 헌법은 사회민주당 정권 하에서 러시아혁명을 의식하면서 제정된 것인 만큼, 독일인의 경제생활에 관한 인권을 보장하고, 노동자의 권리를 보장한다는 새로운 경향을 출발시켰다. 여기서도 인권의 주체로서 독일인 일반에 더하여 노동자와 기업자가 등장하고, 인간의 구체적 생활조건 개선이 도모되고 있다.

제2차 대전을 거쳐 사회주의국가는 복수가 되고, 새로운 사회주의사회와 발달된 사회주의사회에서 인권이 사회주의자가 기대했던 대로 개화하느냐의 문제가 관심사가 된다. 그리고 그 문제를 해결하기 위해서는 사회주의국가에서 개인의 고전적 자유와 권리가 얼마만큼 현실적으로 보장되고 있는지를 아는 것과 동시에, 사회주의사회에서의 개인의 생활의 실태를 아울러 고려하지 않으면 안 될 것이다. 사회주의가 성숙되면 이론적으로는 개인·사회·국가의 관계는 조화적이 된다. 그것이 실제로 실현되고 있지 않은 점이 있다면 그 원인을 사실에 근거하여 사회과학적으로 추구할 필요가 있다.

바이마르헌법에서의 새로운 인권의 관념은 제2차 세계대전 이후 프랑스, 이탈리아의 신 헌법에도 채용되고, 메이지헌법을 대신한 일본 헌법도 그 예외는 아니었다. 자본주의사회에 고유한 사회문제 해결을 목표로 하고, 근로자의 인권, 생존권 보장이 정착된다. 시민적·정치적 자유와 권리에 사회·경제적 권리가 부가된다. 일본 헌법 인권규정의 분류로 18세기적·고전적 인권과 20세기적·생존권적 인권이라는 틀을 많은 헌법학자들이 채용하게 된다.

선진 자본주의국인 일본에서 현대적 인권이라면 무엇보다 먼저 생존권적 인권을 가리킨다. 그것은 메이지헌법에 규제되는 일본 근대에서는 완벽하다고 할 만큼 실현되지 않았던 인권이다. 그런 만큼 현대 일본 헌법 25조에서 28조까지가 갖는 현대적 의미는 크다고 해야 할 것이다. 그리고 생존권(25조), 교육을 받을 권리(26조), 노동자권(27조) 어느 것을 보아도, 그것은 본래 사회적으로 해결해야 할 인권문제이며, 거기에 국가가 등장한다 해도 그것은 고전적인, 권력으로서가 아니다. 개인의 이익과 국가의 정책을 헌법상 조화시키기 위해서는 '사회적인 것'에의 현실적 고려가 필요하다.

현대적 인권을 일본 현실에 비추어 한 발 더 나아가서 검토해보자.

문제는 두 가지이다. 하나는, 명치유신 이후 위로부터의 급속한 자본주의 육성을 위하여 민주주의를

회생시키고 근대화를 추진해온 과거를 반영하고 있다. 즉 고전적 인권의 전통 결여가 현대적 인권에 미치는 영향이다. 다른 하나는, 제2차 대전 후 세계정치의 구조적 변화 및 급격한 기술혁신과 산업구조 변화에 따르는 '새로운 인권'의 등장이다.

일본 헌법의 인권규정을 시민적, 자유권적 기본권과 사회적, 생존권적 기본권으로 분류하는 것은 역사적 근거가 있지만, 이 분류를 국가와 개인의 소극적 관계와 적극적 관계라는 식으로 이론적으로 정식화하는 데는 문제가 있다. 기본적 인권으로서, 전자와 후자는 대치(對置)되는 것은 아니고, 후자는 전자의 발전이며, 전자를 그 속에 내포하고 있는 까닭이다. 예컨대 노동자의 인권으로서 사상의 자유와 단결권은 대치(對置)되는 것이 아니라, 단결권에는 단결하는 개개 노동자의 사상의 자유가 내포되어 있지 않으면 안 된다. 이런 이치는 전자로부터 후자가 장기간의 헌법사(史) 과정에서 전개되어 온 서유럽 사회에서는 거의 자명하다. 그런데 오늘날의 일본사회에서는, 기업별 조합을 원칙으로 하는 이유도 있고 해서, 노동조합의 단결을 이유로 개개 노동자의 사상의 자유가 침해되는 케이스가 속출하고 있다. 단결권과 사상의 자유는 마치 본래 대립되는 것 같은 인상을 사람들에게 주고 있는 것이다.

일본의 이와 같은 현대적 인권상황은 일본사회의 역사와 현상의 특징을 빼고는 설명할 수 없다. 개개 노동자의 사상의 자유를 기초로 하지 않는 단결권의 형해화 혹은 관료화의 문제는 고전적 인권의 전통을 갖지 않는 사회주의사회에도 마찬가지로 발생할 가능성이 있다. 폴란드의 자유노조 '연대'의 문제에는 현대 일본과 공통의 문제가 있는 것과 동시에, 폴란드가 사회주의국이라는 이유 때문에 사태가 권력적으로 증폭되어 있다고 할 수 있을 것이다.

'새로운 인권'에 대해서는 인권의 주체인 민족의 등장과 인권문제의 국제화가 주목된다.

유엔 제3차 총회가 채택한 세계인권선언(1948)에는 그 당시까지 자본주의국의 헌정사가 도달했던 인권 보장의 성과가 일반적 형태로 담겨 있다. 이 세계인권선언의 발전으로서 유엔 21차 총회에서 채택된 두 가지 국제인권규약은 다 그 모두(冒頭) 부분 제1부에서 민족자결을 규정하고 있다. 일국의 인민을 주체로 하고, '그 정치적 지위를 자유롭게 결정하고, 동시에 그 경제적, 사회적 및 문화적 발전을 자유롭게 추구할(제1조 1항) 권리란, 일국 단위로 볼 때는 인민의 주권이지만 오늘의 국제사회에서 그것이 '인권'으로서 이해되고 있다는 점에 주목하고자 한다.

제2차 대전에서의 민주주의 제국 승리를 계기로, 50년대에는 아시아에서, 그리고 60년대에는 아프리카에서 많은 식민지가 독립국이 되었다. 민족자결권을 모두에 내건 국제인권규약이 60년대에 유엔총회에서 채택된 것은, 바로 아시아·아프리카 신흥국에 의한 국제사회의 변화를 상징하는 것으로 볼 수 있다. 이들 신흥국은 정치적으로는 분명 독립했다. 그러나 경제적으로는 구(舊) 종주국에 의존하고, 자주적 발전을 방해받는 경우가 적지 않았다. 경제대국의 '원조를 핑계로 한 경제 진출이나 다국적기업의 자본 투하도 시작되었다. 구(舊) 제국주의 지배로부터 신 식민주주의로의 이행이다. 민족자결권이 단순히 한 민족이 한 국가를 형성한다는 정치 내용으로부터 '스스로를 위해 그 천연의 부 및 자원을 자유롭게 처분하는' 경제적 내용이나, '어떠한 경우에도 그 생존을 위한 수단을 빼앗기지 않(제1조 2항)는 사회적 내용으로 확대해 가는 것은 국제사회의 현황을 반영하고 있다.

일본은 선진 자본주의국으로서 저개발국들에 대해서 신 식민주주의적 진출을 감행할 가능성이 있음과 동시에, 미일 안보조약을 통해 미 제국주의의 지배 하에 있어서, 서로 대립하는 서유럽 나라들과 저개발 나라들이 지닌 온갖 모순된 성격을 한 몸에서 지니고 있다. 그런 사실이 일본에서 민족자결권을 논할 경우 충분히 고려되어야 한다. 예를 들어, 오키나와 미군 기지는 일본 국가주권에 대한 중대한 침해임과 동시에 오키나와 주민의 심각한 인권문제가 되고 있다. 또 일본의 한국이나 동남아시아 나라들에의 경제 진출은 그 나라 인민의 민족자결권을 침해하는 가능성을 내포하고 있는 것이다.

일본 국내의 새로운 인권문제로는 헌법에 규정이 없는 '환경권'이 있는데, 이 문제는 선진 자본주의국

은 물론 사회주의국에서도 널리 발생하고 있다. 환경문제가 생산기술의 혁신과, 그것이 가져오는 환경 파괴에의 무관심이라는, 기술의 불균형한 진보의 결과임은 60년대 일본의 '고도성장'이 전형적인 사례를 제공하고 있다. 고전적 인권으로서 인간의 생명이 인정되고 있으며, 그것이 20세기에는 근로자를 주체로 하는 생존권으로 전개되어 왔다. 이 인간의 생명이나 근로자의 인간다운 생존이 도시와 농촌을 가리지 않는 각종 공해로 인한 환경 파괴에 의해 전체로서 위협받고 있는 것이 현실이다. 거기에 '새로운 인권'이 등장하게 될 사회적 기반이 있다.

#### 4. 법과 사실 - 맺음말

인권론과 관련해서 복위(復位)되어야 할 사회란 무엇이었는가? 지금까지 말해온 것을 여기서 정리해두고자 한다.

문제는 국가와 사회의 관계를 헌법이 어떻게 표현했느냐는 데서부터 시작된다. 국가는 사회를 총괄하지만, 그 총괄 방식은 원칙적으로 사회의 계급 구성에 따른다. 헌법은 국가권력의 조직과 통치기능의 기준이 되는 규범이지만, 그것이 사회의 법칙을 그대로 반영하는 것이 아님은 이미 말했다. 자본주의적 헌법은 자본주의국가의 조직과 기능의 근본규범이지만, 그것은 자본주의사회의 가치법칙을 반영하되 잉여가치의 법칙을 은폐하고 있다. 자본주의적 헌법의 이데올로기적 성격의 본질은 거기에 있다.

인권문제에서 자유나 권리의 주체가 인간 및 시민이라고 할 때, 그것은 자본주의사회를 구성하는 개인의, 자유롭고 평등한 면을 표현함과 동시에 부자유하고 불평등한 면을 무시하고 있는 것이다. 그 경우 규범이란 있어야 할 모습을 그리는 것이며 사실을 표현하는 것이 아니라고 하면서 법규범의 일면성이 정당화 되곤 한다. 인권문제에서는, 자본주의사회 구성원이 누려야 할 처지가 표현되고 있는 것이고, 그렇지 않은 현실은 그 이상에 접근되도록 노력해야 한다고 설명된다. 법이란 국가권력에 의해 그 실현이 보장되어 있는 사회규범이다. 그리고 이와 같이 생각하면, 인권문제에서의 사회의 역할은 간접적인 것이 되지 않을 수 없으며, 결정적인 것은 국가라는 결론을 얻게 된다. 사회를 사상하고 인권문제를 국가와 개인의 관계로 단순화 해버리면, 인권 본연의 모습은 국가의 정책을 통해 어떤 식으로든 규정할 수 있는 것이 된다. 이런 의미에서라면 메이지헌법의 제2장도 인권규정임에는 틀림없다.

인권문제를 검토함에 있어, 사회가 복위(復位)될 필요성을 강하게 느끼는 것은 인권문제의 동요와 헌법이 변화하는 원인을 밝히기 위함이다. 형식적으로는 시민이면서도 현실적으로는 노동자인 까닭에 소극 시민이라고 규정되면서 선거권을 행사하지 못하는 자들은, 정치에 참가하기 위해서는 청원권이나 표현의 자유를 평온하게 행사하지 않으면 안 된다. 그래도 목적이 실현되지 않으면 초법적인 혁명에 호소하는 수밖에 없다. 헌법은 규범이지만, 하나의 헌법에서 다른 헌법으로의 변화는 결코 규범적으로 이루어지는 것이 아니다. 인권은 시민 일반에게 규범이지만, 사실상 인권을 부정당하고 있는 사람이 인권을 획득하기 위한 투쟁은 늘 규범적이라고만 할 수 없다. 헌법이나 인권이 발전해 온 역사는 법적 연속과 단절의 일련의 과정이며, 그 밑바닥에 있는 것이 사회인 것이다. 특히 구(舊) 규범이 기능을 정지하고 새로운 규범이 등장하는 단절의 시대에 사회는 법을 깨고 또 만드는 사실로서 문제의 표면에 얼굴을 내밀게 된다.

인권의 역사를 추진하는 동인이 되는 것은, 사회의 생산력의 발전과 그에 수반하는 생산관계의 변화이다. 그리고 자본주의사회에서 생산관계의 변화는 계급대립의 격화를 잉태하며, 그것이 노동자·농민 등 근로계급의 인권의식을 향상케 한다. 헌법이나 인권의 토대가 되는 사회란, 생산관계의 총체와 그 위에 전개되는 계급적 사회관계의 전체를 지칭한다. 그것은 법이라는 관점에서 보면 바로 사실의 세계인 것이다.

사회는 복위(復位)로서 두 번째로 문제가 되는 것은 사실로서의 사회 변화가 헌법이나 인권의 체계 속

에 어떠한 법적 형식을 취하면서 반영되느냐는 점이다. 이미 역사적으로 개관했듯이 사회 변화는 무엇보다 먼저 인권 주체의 구체화로서 나타난다. 시민적 자유의 주체인 인간 및 시민으로부터 생존권의 주체인 노동자 및 근로자가 등장하고, 그 사실은 제한된 소유권의 주체인 자본가 및 경영자의 존재를 시사하게 된다.

인권 주체의 구체화는 주체의 집단화에 의해서도 보충된다. 사상·신앙의 자유의 주체는 개인이지만, 결사의 자유를 행사하는 정당은 집단으로서만 인권의 주체가 된다. 결사의 자유를 개인의 인권이라고 생각하는 것은, 시민법적 의제(擬制)에 지나지 않는다. 인권의 집단적 주체로는, 전통적인 것은 교회(신앙의 자유)·대학(학문의 자유) 등을 들 수 있다. 현대적인 것으로는 노동조합(단결권)이 이에 해당된다. 인권의 주체로서 인간집단을 인정하게 되면, 그와 같은 집단 내부의 인간관계, 집단과 외부와의 인간관계도 또한 인권문제로서 인정하지 않으면 안 되게 된다. 과거에 사인(私人)간 관계로서 헌법과는 무관하다고 여겨져 온 광범한 영역이 인권문제로서 헌법적으로 거론되기에 이른다.

기업 내의 노자관계에 헌법이 (직접·간접으로) 적용될 것은 명백하지만, 기업과 기업 외의 노동자, 기업과 그 제품의 소비자와의 관계가 오늘날 중대한 문제가 되고 있다. 정당이나 종교단체 내부의 인간관계, 단체와 단체 외 개인의 관계 또한 마찬가지로 문제가 된다. 개인과 국가의 중간에 어떠한 사회단체를 개재케 하는 것이 현대의 인권문제 해결에 도움이 되는가? 인권주체의 집단화에는 그런 문제가 내재되어 있다.

인권의 내용으로 말한다면, 고전적 인권이 개인적·시민적·정치적이었던 것과 달리, 현대적 인권은 사회·경제적인 것이 특징이다. 17-18세기에는 인간의 생명의 권리였던 것은 20세기에는 근로자가 인간의 가치에 걸맞은 생활을 영위할 권리가 되고, 나아가서 핵전쟁의 위기가 외쳐지는 오늘날에는 인민 혹은 민족이 평화롭게 살 권리로서 거론되고 있다. 인권 주체의 집단화와 권리 내용의 사회경제화는 자본주의사회의 독점단계에의 발전과 어느 정도 대응하고 있다. 근로자에 의한 사회문제 해결을 위한 노력과, 거기에 대한 자본가적 대응이 인권의 내용을 풍부하게 만들어 간다. 그것이 어떤 형식을 취하고 인권으로서 정착할지는 각각의 자본주의국 헌법과 인권의 전통에 따라 다르며, 인권투쟁의 형태와 그 강약 차이에 따라 서로 달라진다.

마지막으로, 앞에서 언급했던, 평화롭게 살 권리가 지니는 문제성에 대해 한 마디 해두고 싶다. 그것은 일본에서는, 자위대 나가누마(長沼) 미사일 기지사건 제1심 판결(1973 삿포로 지방재판소)에서 승인된, 평화적 생존권이다. 일본 헌법 전문에 규정된 이 권리의 주체는 미사일 기지가 있는 나가누마 주민이지만, 미국의 핵우산 아래 있는 일본 국민을 그 주체로 할 것도 가능하다. 권리의 내용은 지역주민, 민족에서 더 나아가 인류의 존속 그 자체라고도 볼 수 있다. 이와 같이 본다면, 평화롭게 살 권리는, 인권 주체의 집단화와 권리 내용의 사회경제화를 극한으로까지 밀고 간 것이라고 해석할 수 있을 것이다. 그리고 현재 자본주의와 사회주의를 불문하고 문제가 되고 있는 새로운 인권인 환경권에 대해서도 같은 식으로 말할 수 있다. 여기서는 사회는 한 나라에 한정되지 않고 국제적인 성격을 가지게 된다.

자본주의법의 체계는 모순되는 사회적 사실의 한 쪽을 잘라내서 버림으로써 그 논리적 정합성을 유지해왔다. 잘라내지 못하게 된 사실은 기성의 법 개념을 수정하여, 논리를 다원화함으로써 법 규범 속에 반영시켜왔다. 그러나 자본주의사회와 국제사회의 발전은 오늘날 (자본주의제도를 부정하지 않는 한) 새로운 사회적 사실을 기존의 법체계에 더 이상 반영시키기 어려운 한계 근처에까지 온 것이 아닐까? 이른바 '새로운 인권'에는 자본주의사회에서 발전해온 인권의 한계가 드러나 있다. 이 한계를 어떻게 다루느냐의 문제가 현대 헌법론의 하나의 과제이다. [끝]

# 일본의 법적 사고 발전과 기본적 인권

基本的人權 前5권 (일본 東京大學出版會 1968년 초판) 중 제2권 제1장  
이시다 다케시 [伊田 雄]

## 1. 기초적 시각

'기본적 인권'이란 단순히 인권 중 중요한 것이라는 의미는 아니라고 해석하고자 한다. '기본적'이라는 의미는 헌법 기타 법률로써 규정된 권리라고 하기 이전에 이른바 근대법 체계를 성립을 가능케 하는 기초가 되는 권리라는 의미일 것이다. 요약하면 '인간성으로부터 논리 필연적으로 파생되는 전 국가적, 전 헌법적 성격을 지니는 권리'라고 할 수 있을 것이다. 이는 당연히 두 가지 함의를 갖는다. 하나는, 기본적 인권이 똑같이 헌법에 규정되고 있는 경우에도 다른 실정법상 제 권리와는 상이한 성격을 갖는다는 점이고, 다른 하나는, 단순히 몇몇 기본적 제 권리의 무질서한 집합이 아니라, 그 것들 사이에 하나의 체계가 있으며, 그 밑바닥에는 일정한 가치체계가 존재한다는 점이다. 이 가치체계는, 역사적으로는, 미국 독립선언 및 여러 주 헌법에서처럼 그리스도교 신앙에 터를 잡고 있는 경우도 있고, 프랑수아 혁명 과정의 여러 인권선언처럼 세속적인, 로고스의 카리스마화(M. 베버)에 의한 자연법사상인 경우도 있다. 그러나 어느 쪽이든 기본적 인권은 실정법체계를 넘어서는 요소를 포함하며, 혹은 그 전제 내지는 기초가 되어 있다는 것은 의심의 여지가 없다.

게다가 '기본적 인권'으로서 권리라고 인식되는 까닭은, 그것이 단순한 법 외적인 이념에 머무르지 않고 현실의 법질서에 기초를 부여하는 것이며, 또 현실적으로 실정법 질서 속에서 관철되어야 하는 것으로서 최소한의 법적 표현형태를 취하기 때문이다. 법적 표현형태는 반드시 성문헌법일 필요가 없다. 영국처럼 현실의 판례 속에서 그 권리가 실제로 정착되어간 경우도 포함한다. (물론 대륙법 형 경우와의 유형적 비교는 중요하다.)

단순한 법 외적인 이념도 아니고 실정법적 권리도 아닌 '기본적 인권'의 양면적 성격 혹은 과도기적(시간적 의미가 아니다. 오해를 피하기 위해 '중간적'이라고 해도 좋다) 성격에서 나오는 다음 두 가지 중요한 문제가 지적되어야 한다. ① '기본적 인권'이 합법성과 정당성의 접점에 서서 법 외적인 것(혹은 법 이전의 것)과 법적 세계를 잇는 역할을 하고 있다는 사실이다. 더욱이 그것들을 잇는 방식은 '일종의 제도화 된 저항권'이라는 형태이다. 원래 저항권은 말하자면 저 이전의 것이며, 가장 제도화와 어울리지 않는 것이지만, 그것인 국민주권, '기본적 인권'이라는 형태로 법적 제도의 정점(혹은 가장 밑바닥의 기초라고 해도 좋다)에 두어지는 것이다. 따라서 앞에서 언급한 과도기적 (=중간적) 성격 때문에 거기에는 긴장을 내포하고 있는 것은 당연하다. 미국 독립선언에 보이는 '정치형태를 개폐할 권리' ('... 정당한 권력은 피치자의 동의에 유래하는 것을 믿는다. 그리고 어떠한 정치형태라도, 만약 이들 목적(천부인권을 확보한다는 목적)을 훼손하게 될 경우에는 인민은 그것을 개폐하고, 그들의 안전과 행복을 가져온다고 인정되는 주의를 기초로 하고, ... 새로운 정부를 조직할 권리를 갖는다는 것을 믿는다.) 같은 것은 그 긴장을 가장 잘 나타내는 예이다. 즉 '기본적 인권'은 그것이 법적 권리인 이상 법질서의 기초가 되지만, 동시에 특정한 법질서를 개폐한다는 측면(적어도 최종적 가능성)을 가지고 있었던 것이다. 그리고 이와 같은 긴장을 내포하고 있는 까닭에, '기본적 인권'이라는 사고방식은 동적으로 역사를 움직일 힘을 가지고 있었던 것이고, 또 오늘날에도 민주적인 정치형태의 논리적 전제(동시에 가치적, 혹은 철학적이기도 할 수 있는 전제)를 이루고 있다고 할 수 있다.

② 그런데, 앞에서 말한 '기본적 인권'의 과도적 (=중간적) 성격과 관련해서 주목해야 할 두 번째 점은, '기본적 인권'이라고 일컬어지는 것들 속에 포섭되는 개개의 권리의 문제로서가 아니라, 전체 법질서, 및 법이라는 것에 관한 일정한 생각(법관념 일반)과 관련지어 '기본적 인권'을 볼 필요가 있다는 점이다. 실정법에 선행된다는 자연권의 존재를 인정하고 -그것이 신에 의해 주어졌는지, 아니면 이성(이성)에 의해 '자연'이라고 생각되는지를 묻지 않고- 그 자연권 확보를 위해 현실의 법질서가 존재한다는 법관념이 '기본적 인권'을 파악하기 위한 기초이다. 필자가 이하에서 일본의 사례를 생각할 경우 특히 법관념 전체와의 관련을 중요시하려 하는 것은 바로 이런 이유 때문이다.

그러나 한정된 지면 속에서 근대 일본 법사상사 전체를 기술할 수는 없다. 나중에 살펴볼 바와 같이, 명치(明治)헌법 제정 이후에는 '기본적 인권'과 관련된 법사상은 거의 찾아볼 수 없게 된다. 그래서 필자가 초점으로 삼고 싶은 문제는, -권력적 억압이나 언론 부자유 문제는 있었다고 해도, 사상 내재적으로 보아- '기본적 인권'과 관계되는 법사상의 발전이 일본에서 충분히 이루어지지 않았던 까닭이 무엇인 가라는 점이다. 일본 법사상의 발전 속에서 이와 같은 의문을 풀기 위해 중요하다고 생각되는 약간의 특성을 지적하고자 하는 것이 이 글의 목적이 될 것이다. 이와 같은 방식이 아니라면, 앞에서 말한 것과 같은 한정된 의미의 '기본적 인권' 문제를 일본에서 살펴보려고 할 때, 명치헌법 제정부터 8.15까지 시기는 완전히 대상 외에 두지 않을 수 없을 것이다.

'기본적 인권의 관념이 왜 전전(戰前) 일본에서 전개되지 않았는가?'라는 문제를 법사상 내재적으로 생각하려 할 경우, 약간의 방법론적 코멘트를 덧붙여두는 일이 필요할 것이다. 왜냐하면, 다음과 같은 견해가 있을 수 있기 때문이다. 즉 '기본적 인권'이라는 관념은 근대 자본주의사회라는 특정한 역사적 사회의 소산이므로, 그 관념의 존부(存否) 또는 그 존재양식도 이 하부구조에서 설명되어야 한다는 생각이다.<sup>86)</sup> 분명 이 견해는 충분히 고려되어야 한다. 그러나 법 현상은 규범체계로서 나타나기 때문에 그 자신 상대적 독자성을 지니며, 반드시 하부구조와의 조응(照應)이 직접적·정합(整合)적이 아님은 말할 나위도 없다. 필자가 이 글에서 역점을 두고 싶은 것은 이 독자성의 측면이다. 이 논집의 중 몇 편은 하부구조와의 관계를 집중적으로 다루는 것으로 예상되는 까닭이다.

필자의 분석 시각에 대해 예상되는 다른 비판은, 역사적 소산인 '기본적 인권'이라는 관점에서 일본의 법관념을 파악하려 하는 것은, '기본적 인권'이라는 파악 방식의 역사적 한계를 무시하고, 그것을 부당하게 신성화 하는 결과가 될 수 있다는 점이다.<sup>87)</sup> 여기서 다시 한 번 필자가 맨 처음에 언급했던 '기본적 인권'의 의미 내용을 상기하기 바란다. 분명 역사적 소산으로서 기본적 인권에 대한 생각은 당초에 소유권의 절대라는 특수 역사적인 관념과 불가분의 형태로 나타났다. 필자가 이 글에서 기초적인 시각으로 삼으려는 '기본적 인권'의 관점은 그와 같은 역사적 소산에서 추상화된, 말하자면 근대 민주주의의 공리(公理)라고나 할 만한 것이다. 여기서 공리라고 한 것은, 근대 민주주의 정치체제 및 법질서가 성립되고 유지되기 위해 논리적으로 꼭 전제가 되어야 할 사고방식이라는 의미이다. 좀더 구체적으로 말하면, 근대 민주주의의 공리로서의 '기본적 인권' 관념이란 입법을 가지고도 침범할 수 없다는 관점으로 사상 및 양심의 자유, 신앙의 자유, 집회·결사·표현의 자유를 바라보는 사고방식을 말한다. 따라서 필자가 말하는 '기본적 인권'의 시야 속에는 현저히 역사적 피 규정성을 지닌 소유권의 절대(absolute)는 포함되지 않는다. '기본적 인권' 사상의 역사적 발전과정을 분석하기 위해서는 이와 같은 사상(捨象)은 역사 분석으로서는 부적당할 것이다. 그러나 분석의 기초시각을 결정할 경우에 이와 같은 추상화는 불가피하며, 또 때로 필요

86) 예컨대, 와타나베 요조 (渡辺 洋三) '현대 자본주의와 기본적 인권' (<기본적 인권> 1 총론 제3장, 도쿄대학출판회 1968년)

87) 예컨대, 하리우 세이키치 (針生 誠吉) '인권보장에 있어서 근대입헌주의형과 사회주의형' (<기본적 인권> 1 총론 제5장, 도쿄대학출판회 1968년)

하기도 하다. 예를 들어, 100년 전에 쓰인 마르크스의 <자본론>은, 만약 경제학설사적으로 파악한다면 그 자체 역사적 소산으로서, 고전과 경제학으로부터의 전개를 문제 삼고, 또 동시에 마르크스가 살았던 시대까지도 고려할 필요가 있을 것이다. 그러나 <자본론> 속에 제시된 상품생산사회의 구조라는 시각을 그 자체로서 추상화하는 일은 가능하다. 마찬가지로, 약 2세기 전에 쓰인 존 로크의 <시민정치론>도 그 자체 역사적 소산이며, 이를 역사적으로 자리매김 하려면 선행하는 사상적 계보와 명예혁명 당시의 정치 상황을 볼 필요가 있다. 그러나 그가 제기했던 문제 중에서 근대 민주주의 정치체제의 논리구조를 추출하는 일도 가능하다. 필자가 앞에서 '공리'라고 부른 것은 바로 이와 같은 구조의 기초에 있는 '기본적 인권'인 것이다.

이와 같은 시각을 채택하는 일은 결코 '기본적 인권'이 이미 근대 민주주의체제 하에서 잘 보장되고 있다는, 현상 신성화를 의미하는 것은 아니다. '기본적 인권'이라는 관념은 근대 민주주의의 공리이며, 동시에 '요청'이다. 오히려 이 사실을 분명히 하는 일을 통해서만이 C.W. 밀즈가 미국에 대해 탄식했듯이 '시민적 자유를 칭송할 뿐, 옹호하지 않는다'라는 상황을 극복할 수 있을 것이다. '기본적 인권'이라고 하는 파악방식의 역사적 피 제약성을 강조하는 나머지, 이 '요청' 그 자체를 부르주아적인 것이라며 배척한다면 도대체 달리 어떤 시도가 이 일을 해낼 수 있단 말인가? 거기에는 '근대의 초극(超克)'의 현실적 귀결과 마찬가지로, 파시즘에의 길이 열릴 위험성이 없다고 단언할 수 있을까?

## 2. '천부인권'에서 '국부(國賦)인권'으로

가와카미 하지메 (河上肇=일본 초창기 마르크스 경제학자)는 1911(명치 44)년에 <일본에 독특한 국가주의>라는 논문에서 '서양의 천부인권, 민부국권(民賦國權)과 일본의 국부인권, 천부국권 - 서양인의 인격과 일본인의 국격'의 대조를 기막히게 그려냈다. 명치헌법 제정 이후의 상황을 생각할 때 이런 대조는 정곡을 찌르고 있다. 왜냐하면, 흥정(欽定)된 <대일본제국 헌법> 속에서 '신민의 권리'로서 일련의 권리가 '법률의 범위 내에서' 인정된 이후로, 이 체제 하에서 앞에서 언급했던 것과 같은 '기본적 인권'의 관념을 발표한다는 것은 합법적 언론의 범위 내에서는 불가능해졌기 때문이다. 즉 그와 같은 체제 하에서 '기본적 인권'이라는 생각을 말한다는 것 자체가 <대일본제국 헌법>의 정당성 근거를 문제 삼는 일을 의미할 수밖에 없었던 것이다. 헌법에 열거된 '신민의 권리'는, '이는 천부의 권리가 아니며, 국권에 반항할 수 있는 권리도 아니며, 헌법(국권)의 보장을 통해 행정의 남권간섭(濫權干涉)을 면할 수 있는 권리에 지나지 않으며, 오랜 인습(因襲)의 예로서, 이를 헌법전에 열거한 것도 실은 당초부터 중대한 의미를 지니는 것은 아니다. ... 천부인권 사상은 현재의 헌법이 채택하는 바가 아니다.'라는 호즈미 야츠키 (穂積八束)의 정의는 바로 이들 권리가 '국부인권'이었음을 천명하고 있다. 물론 명치헌법 하의 법학이론은 호즈미의 견해만으로 대표되는 것은 아니다. 그러나 미노베 다츠기치(美濃部 達吉)의 이른바 '천황기관설(天皇機關說)도 요시노 사쿠조(吉野 作造)의 '민본주의'론도 국민주권의 문제를 건드리지 못했고, 또 '인권'을 실정법의 제한을 넘는 것으로 설명하는데 이르지 못했다는 점에서 '기본적 인권'의 관점으로부터 멀리 떨어진 것이었다. 단, '신민의 권리'를 명치헌법체제 하에서 가능한 한 확대하려고 하는 방향성을 가지고 있었음은 물론 존중되어야 한다. 그러나 정체로서 보면 일본 기본적 인권론에서 명치헌법 제정부터 1945년 8월 15일까지는 공백이었다고 해야 한다.

그렇다면, 자유민권운동 당시 그렇게도 융성했던 '천부인권'론이 어째서 그토록 급속하게 '국부인권'론의 지배 하에 들어가 버렸는가? 물론 권력적 억압이 그 원인의 하나임은 분명하다. 그러나 이 주지의 사실에만 원인을 돌릴 수는 없다. 일본에서의 법적 사고의 특징이 어떤 의미에서든 중요한 역할을 했던 것이 아닌가 하는 것이 필자가 논하려는 문제이다. 이 문제를 생각함에 있어, 그 배경으로서 서구 자연법

사상이 섭취되었을 때의 지적 분위기, 혹은 그 섭취 시의 특징을 고려할 필요가 있다.

### [1] '성법(性法)'의 이해

주지하는 바와 같이 서구 자연법사상은 먼저 '성법(性法)'이라는 이름으로 일본에 섭취되었다. 이 경우 '성법'이라는 번역어가 사용됨으로써 <중용>에 전형적으로 제시된 바와 같은 유교적 '성'이 연상되었을 것임은 상상하기 어렵지 않다. 다만 이는 '성'이라는 말이 사용되었다는 단순한 이유 때문이 아니다. 널리 서구의 법 개념을 섭취할 경우에 일어난 유교적 이해의 일환으로 이해해야 한다.

'막말(幕末=도쿠가와(德川)막부 시대 말기)의 대외교섭 이래 식자들 사이에 소위 세계 보통의 공법이라는 개념이 보급되어, 丁禮良이 번역한 <만국공법>을 잘못 읽어, 공법을 바로 공도(公道)라고 해석하고, 공도의 가르침은 화란의 호가(虎將= 후고 그로티우스)에 비롯된다는 식으로 말하고 있었다.'라는 일반적인 분위기가 우선 고려되어야 한다. '사법(司法)을 '치도(治道)라고 번역하는 등 '법'과 '도'가 호환적인 것으로 나타나고 있는 용어에도 이 같은 분위기 속에서 처음으로 이해할 수 있다.

한편 중국의 법 개념 발전을 본다면, 전국에서 진한에 걸쳐 전개된 법가의 사상에 그 원류를 찾을 수 있을 것이다. 법가 사상에서 법은 국가권력에 의한 확립적 행동기준을 확정하는 것으로 관념되어, 그 때문에 똑같이 사회질서 유지를 목표로 하면서도 여러 가지 사회관계에서의 지위에 따라 상이한 행동규범을 제시한 유가의 예와는 대립되는 것이었다. 그러나 한편에서는 유가 자체 내에 있어서의 공자로부터 순자(荀子)에 이르는 예의 외면화 경향(이는 유교가 중화제국의 정통사상이 되어 관료제와 결합됨으로써 더욱 현저해진다)과, 다른 한편에서는 한(漢) 이후의 법의 유교화 경향에 의해, 예와 법과의 대항관계가 희박해져, 거꾸로 양자의 연속, 친화관계가 생긴다. 이리하여 법과 예, 나아가서는 도(道)와의 긴밀한 일체화가 이루어져 있었다는 것을 전제로 해서 생각한다면, 서구의 법 관념을 유교적으로 이해했을 때 법과 도(道)와의 호환성이 생겨난 것을 쉽게 이해할 수 있을 것이다. 특히 '성법(性法)'의 경우에는 법의 규범성이 강조되므로 실증주의적인 법가 법 관념의 잔재를 느끼게 하는 '법'보다도 차라리 '도(道)' 관념 쪽이 보다 '성법'에 가까운 것으로 받아들여졌다고 해도 하등 이상할 것이 없다. 웹스터의 <신간대사서화역자휘(新刊大辭書和譯字彙)>(1888년에 발간된 웹스터 영일대사전)에서 law의 번역어에 '천도' '도리(道理)'가 있다. 참고로 law of nature에는 (명치 중기까지의 사전에 거의 예외 없이) '천도'나 '천리(天理)'라는 번역어가 올라 있다. 자연질서와 사회질서와의 동일시를 의미론적 측면에서 증명하고 있다.

이와 같은 사상적 상황 하에서 자연법에 '성법'이라는 번역 말이 쓰인 데는 그만한 이유가 있었다. 1881(명치14)년에 공간된 보아소나드 강의 이노우에(井上 操) 필기 <성법 강의>에는 다음과 같은 말이 있다. 우선 그 머리말에서는 '이 책에 논하는 바는 오로지 민사에 관계된 천연(天然)법의 강령이며, 아울러 성문법의 요지에도 언급한다'며, '천연법'이라는 말을 쓰고 있다. '천연법'은 당시 이 책 말고도 사용된 예가 있다. 그러나 <성법 강의> 본문에 삽입된 주(註)에서 부러 이 '성법'이라는 용어법이 필요한 이유를 설명하고 있다. '나는 일본 법제에는 없는 것으로, 올해부터 여러분에게 온 세계에서 준수하지 않으면 안 되는, 법률의 기본을 가르치겠다. 프랑스어에서 '드로아 나추레르'라고 하여, 일본어로 자연법이라고 부른다. [나는 이를 성법이라고 기술한다. 성(性)은 천명자연(天命自然)을 의미한다.] 자연법이란 자연의 형상(形狀)으로 생활하는 사람의 법, 즉 금수(禽獸)와 같이 그 친족과만 생활하는 사람의 법이라는 뜻이 아니다. [성법이라는 번역어를 사용해야 함은 이와 같이 의심의 여지가 없다.]라고. '자연'이라는 말을 사용하면 '금수와 같은 상태를 상상할 우려가 있다'며, 이를 피하고 '천명=성=도'라는 일련의 규범적 개념을 사용한 데는 그만한 이유가 있었다.

보아소나드는 앞의 인용 부분에 이어서, 자연법에 말하는 자연이란 '금수와 같'은 자연 상태를 말하는

것이 아니라, 로크가 말한 자연 상태를 가리키는 것임을 다음과 같이 설명한다. '무릇 사람은 그 동류와 함께 생활하는 자이므로 반드시 사회를 만들고 여러 사람이 서로 모여 서로 교통한다. 따라서 여러 친족이 서로 합쳐서 부락을 만들고, 여러 부락이 또 모여 나라를 이룬다. ... 그 물산을 무역하고 그 밖의 기예학술의 발명에서 법률에 이르기까지 서로 교환하고 쌍방의 이익을 도모한다. 이것이 바로 사람의 자연 상태이다.'라고. 그런데 일본에서의 근대사회의 발전이 이러한 '사회'의 성숙 위에 이루어진 것이 아니라, 말하자면 외압에 대응하기 위한 급속한 서구법 체계의 섭취라는 면을 강하게 가지고 있었기 때문에 '성법'에 대한 이해는 보아소나드의 강의 그대로 이루어진 것은 아니었다. '성법' 이해의 문제를 법의식과의 관련에서 본다면 대체로 다음 세 가지로 나눌 수 있을 것이다.

① 첫째 유형은 '성법'에 대한 유교적 해석이다. 이는 이미 말한 '법'과 '도'가 호환적으로 사용되었던 당시의 전통을 이어받는 것이다. 여기서는 중국의 전통 속에서의 법과 예의 대립관계를 조리(條理)에 의해 통일하려는 (이미 중국에서도 있었던 것과 같은) 경향을 볼 수 있다. 주의할 것은 이 예와 법과의 관계를 서구적 의미의 법에도 그대로 적용하려 하면서 '중국 옛 성현의 책에 많이 발견되는, 하등 신기한 것들이 아니다'라고 한다. '정사(政事)의 주의(主意)는 인민을 양육하고 기갈(飢渴)하는 일이 없도록 하는데 있다'는 고래로부터의 유교적 안민주의를 가지고 서구적 법의 이념인 조리(條理)와 동일시할 수 있는 것이라고 생각한다.

이 논자들은 서구적 법질서의 수용이 불가피적인 사실임을 전제로 하고, 이와 같은 사태를 유교적 입장에서 사후적으로 정당화하려고 시도한 것으로 보인다. 현실의 법체제는 이와 같은 유교적 정당화의 범위를 넘어서 급속히 전개했으므로, 이런 기도는 과도기의 일시적 현상으로서 곧 그 영향력을 잃어갔다.

② 다음 유형은 성법을 지탱하는 '사회'의 미발달 때문에 '성법'이 국가목적과 결부되어 가는 경향이다. 그들은 '성법이란 국가를 세워서 생활하는 사람의 성(性)에 가장 잘 맞는 법을 말한다.'고 규정하고 따라서 '성법은 국가의 목적에 적합'해야 한다고 주장한다. 여기서는 '성법'의 기초를 이루는 '사회'가 쉽사리 '국가'로 대체되고, 그로 인해 '천부인권'에서 '국부인권'으로의 이행을 용이하게 합리화하고 있다. 이런 주장도 명치헌법 발포 직후쯤에 나온 것을 볼 때, 아마도 논자들은 그 때까지 법학의 정통적 사상이었던 '성법'로 사용하면서 '국부인권'의 헌법체제를 합리화하고 있는 것이라고 해석해도 될 것이다. 그러나 이 유형의 주장도 곧 소멸된다. 왜냐하면 '국부인권'을 정한 헌법체제가 확고한 기초를 굳히면서 이와 같은 '성법'적 근거 부여가 필요하지 않게 되어, 오히려 자연법적 사고를 일반적으로 배제하고 법학을 실정법의 해석기술에 한정하려는 방향이 급속하게 추진되었기 때문이다. 사실 명치 전기(前期) (대체로 1880년대 및 90년대)의 법률잡지를 보고 있노라면, 어떤 것은 발행부수 5000부를 넘어서기도 한다. 이들 출판물은 재판관, 변호사, 경차관 및 간수 등 법률지식을 필요로 하는 모든 직업을 가지려는 사람들에게 법 기술적 지식을 제공하고 있었는데, 그것들을 보면 '성법'론이 급속히 후퇴하여, 이를 대신하여 법적 기술론이 급속히 발전하고 있다는 사실을 알 수 있다. 그리고 그런 경우에는 이미 자유나 권리 관념의 정치적 의미에 대해서는 거의 언급하지 않고 있다는 특징을 가지고 있다.

③ 시대적으로는 앞의 ①②에 선행되지만, '자유민권'운동에 이어지는 '성법' 이해 전개의 세 번째 유형, 즉 '천부인권'론에 대해 설명해야 한다. '성법'의 이름으로 일본에 소개된 자연법론이, 앞에서 말한 것과 같은 유교적 규범주의에 의한 해석을 배격하고 '기본적 인권'에 역점을 둔 형태로 전개된 것이 '천부인권'설이라고 해도 좋을 것이다. 그러나 이 형태로 '기본적 인권'이 주장되었던 바로 그 시기에 이 유형의 자연법론은 새로운 논적(論敵)인 진화론에 직면해야 했다. 아니, 관점에 따라서는 진화론으로부터 공격을 받기 시작하면서 '천부인권'론은 스스로 엄격한 자기 인식의 필요를 절감했을 것이라고 해도 될 것이다. 왜냐하면, '천부인권'론의 대표적 저작인 바바(馬場 辰猪) <천부인권론>(1883년; 명치16년), 우에키(植本 枝盛) <천부인권변(辨)>(같은 해)는 모두 진화론 입장에 선 가토(加藤 弘之)의 <인권 신설>(1882년)에

대한 반론으로서 쓰인 것이었기 때문이다. 주지하는 바와 같이 가토는 처음에는 자연법 입장에 섰지만, 민권운동이 고양함에 따라 급속하게 전향하여, '천부인권'이 망상에서 나온 이유'를 주장하기에 이르렀다. 이 때 가토가 선 입각점은 당시의 신학설로서 그 스스로가 해설한 진화론 입장이었다. '진화주의를 가지고 천부인권주의를 박격(駁撃)하는 것은 마치 리(理)를 가지고 망상을 박격하는 것과 같다. 이를 한 방으로 분쇄하는 것은 전혀 어려운 일이 아니다.'라고 가토는 말한다. 이에 대하여 바바는 '진화주의에 따르면 망상도 확설(確說)의 기초가 될 수 있으며, 반드시 유해하다고 할 수 없다.' '천부인권주의는 우주만물과 더불어 불소불멸(不消不滅)의 자연력으로부터 발생했다.'는 식의 논법을 펴면서 '천부인권주의가 꼭 진화주의에 반대되는 것인 양 사유하는 일이' 잘못이라고 논박하려 했다. 바바의 논법이 가토의 진화론적 입장에 내재된 논리적 모순을 공격하는 데 주력했다면 우에키는 더 나아가 '천부인권'론의 본질을 정면으로 주장한다. '천부인권'이라는 것은 진정 천연(天然)의 인권을 말하는 것이다. 국가가 있는 후에 그 법률상에 생긴 것과는 다르다.'라고 말 그대로 '기본적 인권'론을 전개한다. '가토 씨는 권리라는 것이 사람의 지우강약(智愚強弱)에 따라 달라져야 한다고 생각하는가? 가토 씨는 권리가 힘에 예속된 것이라고 생각하는가? ... 권리라는 것은 바로 (사람이) 할 수 있는 일을 표명한 것으로서, 이를 그 사람의 분수에 따라 방해받는 일이 없음을 말하는 것이라고도 해야 하며, 때에 따라서는 그 속에 정적이 머문다고 말하기도 한다.'라고 하면서, 특히 가토의 실력설에 대해서는, '사람의 권리라는 것은 원래 일종의 실체 있는 것이 아니라, 반드시 무형이며 길이나 너비나 두께를 가진 것도 아니고, 오로지 전적으로 그 사람을 따르면서 실존하는 것이다.'라는 입장에서 '사람의 권리는 사람의 세력과 다르며, 권리의 본연은 그 권리를 시용(施用)하는 실력기계과 같지 않다.'면서 이 점을 구별하지 않는 데 가토의 오류가 있다고 한다. 더 이상 인용은 하지 않지만, 요컨대 그 논지는 자연법적인 '기본적 인권'론으로서 일관되어 있다.

## [2] '자유민권'운동의 문제

그렇다면 왜 이와 같이 '천부인권'론의 이름으로 전개된 '기본적 인권'의 생각이, 헌법제정 후에까지 일정한 영향을 미칠 정도로 뿌리를 내리지 못했는가? 여기서 '자유민권'운동이 이 문제를 다룬 방식을 검토할 필요가 있다. 분명 '민권신장'을 요구하는 목소리는 전국 방방곡곡에 울려 퍼졌다. '어느 지방에서는 어린이에 이르기까지 "민권, 분권" 하면서 자장가까지 만들어 불렀다는 이야기를 들었다.' 그러나 문제 삼지 않을 수 없는 것은, '민권 신장'이라는 형태로 대중운동이 전개되었다는 점이다. 자세히 말하면, 여기에는 두 가지 문제가 내포되어 있다. 그 하나는 '인권'이 아닌 '민권'이었다는 점, 다른 하나는 '신장'에 포함된 실력설적인 경향이다.

우선 첫째 점부터 살펴보자. 이미 1879(명치 12)년, 후쿠자와 유키치(福澤 諭吉)는 <통속 민권론> 제 2편 원고 중에서 다음과 같이 말하고 있다. '민권의 '민'을 인민이라는 뜻으로 해석하고, 인민과 정부가 쌍방 서로 대치하면, 그 관계는 인간 사회 속에서 가장 무겁고 커서 우선 맨 먼저 사람의 이목에 들어오기 때문에 그런 표현이 나타났을 것이다.' 여기서 후쿠자와가 지적하고 싶은 것은, 정부에 대항하는 '인민'이라는 집단 전체의 권리로서 '민권'이 주목을 끌고 있는 점이며, 후쿠자와가 늘 강조하고 있는 것은 그 '인민'이라는 집단 속에서도 '인권' (또는 '사권(私權)')이라고도 한 다의 중요성이 간과되어서는 안 된다는 측면이었다. '민권'이 '인민' 전체의 권리로서 파악되는 경향을 어찌면 집단 실재론적 경향의 한 표현이라고도 볼 수 있을 것이다. 여기서 말하는 집단 실재론이란, 집단이 여러 개인으로 이루어진다는 점을 경시(輕視)하고, 집단은 개인을 초월한 하나의 자연적·유기체적 일체로서 실재한다는 사상을 말한다. 이와 같은 사상에서는 집단 내부에서의 의사 결정의 절차문제가 간과되고 집단으로서의 전체적 의사가 당연히 실재하는 것으로 생각되기 쉽다.

‘민권’이라는 표현에 포함된 또 하나의 문제는, 후쿠자와가 ‘민권론이 떠들썩하고 게다가 그 논봉(論鋒)을 정권이라는 한 방향을 향했다.’고 비판하는 정권 편중의 경향이라는 점이다. 구체적으로 말하면, ‘민권’이라는 말로써 ‘기본적 인권’의 문제보다도 참정권, 혹은 정권 탈취(전제정권 타도) 쪽으로 많은 관심이 쏠렸다는 점이다. 후쿠자와에 의하면 진정한 민권은 참정권과 사권(인권)의 양쪽을 다 포괄하는 것으로 생각되었지만, 현실적으로는 ‘정권’ 편중의 결과는 ‘사권’ 또는 ‘인권’의 경시로서 나타났다. 이리하여 ‘정권’과 ‘인권’을 구별하는데 민감하지 못하다.’고 하는 상태가 생긴다. 이 특징은 후쿠자와가 ‘일본 정부가 20여 년간 정치를 수행하는’ 데 있어서 저지른 잘못으로서 지적하고, ‘자가(自家)의 권력은 매우 견고하지 못해서 오히려 인민을 향해 그 사권(私權)을 침해한 점이 많았던 점을 비판한 것이지만, ‘정권’과 ‘인권’의 구별에 민감하지 못하다는 비판은 그대로 ‘자유민권’운동 측에도 해당했다. 따라서 후쿠자와는 ‘사권’의 문제야말로 ‘정권’의 문제에 선행되어야 한다는 점을 되풀이 강조하고 있다. ‘근래는 정의에 대한 논의만 떠들썩하고, 사회의 공권 즉 정권의 수수(授受)와 관련해서 이를 지키려고 하는 자도 얻고자 하는 자도 자꾸만 열을 오리며 싸우는 것은 매우 당연한 일이지만, ‘공공의 정권을 지키고자 하고 또 이를 얻고자 하는 데 있어서 우선 한 사람의 사권을 공고히 하는 것이 중요하다. ‘사권이 아직 공고하지 못함으로써 이를 침해하는 자도 침해당하는 자도 태연한 이런 막연한 사회에서, 오로지 열을 올려 정권에 대해서만 논란을 벌이는 것은 어쩌면 전후 완급을 거꾸로 세운다는 비난을 면할 수 없다.’고 하면서 실제로는 ‘사권에 관한 불평을 정권으로 쏟으려는 자’가 적지 않음에 대해 경고를 보내고 있다. ‘설령 시빌은 아직 부자유스러워도, 포리티컬만 자유스러우면’이라는 사고방식이 이 시대 민권운동의 상태를 잘 나타내는 말이었다 하겠다.

‘민권’을 파악하는 이와 같은 방식은, 실은 ‘신장’이라는 사고방식과 밀접하게 관련되어 있다. ‘권리 넓혀 [장(張)]라, 자유 늘려[신(伸)]라, 민선의원 빨리 세워라’라고 부른 ‘민권 농요’의 한 구절은 ‘민권신장’이라는 사고방식을 기가 막히게 잘 표현하고 있다. 거기에는 이미 우에키가 <천부인권변>에서 개진했던, 사실상의 힘 관계에 의해 좌우되지 않는 규범인 ‘인권’이라는 생각이 아니라, 정부와의 힘 관계에 따라 ‘신장’되어야 할 ‘민권’이 머리 속에 있음은 분명하다. 이런 경향을 필자는 일단 ‘실력설’적 경향이라고 부르기로 한다. 이 실력설적 경향은 바로 ‘천부인권’론의 논적으로서 나타난 가토의 진화론에 가장 현저하게 제시된 것에 다름 아니었다. 이런 유의 사고방식은 로베스 피에르가 ‘관습 대신 원리를 가지고 … 자연이 요구하는 바를 수행하고, 인류에 정해진 바를 실현시키고, 철학의 약속을 지킬 것을…’(1794년 2월 연설)이라고 말한 그 ‘자연’법적 사고와는 완전히 다른 것이었다. 따라서 ‘번벌(藩閥)전제정부가 실력으로 ‘자유민권운동’을 억압하고, 동시에 한편으로는 명치헌법을 통해 (제한된 형태이기는 했으나) 참정권 실현을 도모했을 때, 실력설적 지향성을 가진데다가 ‘정권 편중’의 경향을 가지고 있던 ‘자유민권’운동의 사상적 영향이 급속히 감퇴한 사실은 결코 우연이 아니다.

이 문제에 대해 방증이 되는 것은 ‘자유민권’운동의 와중에서 태어난 수많은 사의(私擬)헌법 내용이다. 즉 명치헌법 제정 직전에 최대 쟁점이 된 것은 ‘주권론’이었으며, (이는 바로 ‘정권 편중’의 소산이었다) 이에나가 사부로(家永 三郎) 등이 정리한 42개의 헌법구상을 보면, 주권에 대해서는 매우 다양한 차이가 있지만, ‘기본적 인권’이라는 점에서는, 국민의 인권을 명확하게 법률의 유보 없이 보장하고 있는 것은 ‘우에키 안(案)과 ‘입지사(立志社) 안’ 뿐이다. 이 ‘우에키 안’은 예를 들어 우에키 안 72조처럼 ‘정부가 자의적으로 국헌을 위배하고 인민의 자유권리를 침해하고 건국의 취지를 방해할 때는 일본국민은 이를 복멸(覆滅)시켜 신정부를 건설할 수 있다.’ 등 저항권 규정이 명시되어 있는 것이 특징이다. 그러나 이와 같은 것은 예외적이어서, 많은 사의헌법은, 주권이 군주에게 있음을 명시하는 5개를 제외하고, 압도적 다수가 주권재민 혹은 군민공치(君民共治)의 입장을 취하면서도 ‘기본적 인권’ 규정에 대해서는 법률의 유보를 인정하고 있다.

<일본의 법학 -회고와 전망>에서 ‘당시 자유민권론이 그토록 유력하게 주장되었음에도, 그것이 결국 그 후의 법제 및 법학에 거의 흔적을 남기지 않고 끝난’ 까닭이 무엇인가라는 문제를 수에히로 겐타로(末弘 嚴太郎)가 제기하고, 이에 대해 수에히로 자신은 다음과 같은 답을 주고 있다. ‘벤담 및 그 일당이 그 사이[사상과 입법의 사이-인용자]에 서서 그 사상들을 법률사상 혹은 법률제도로 순화시켜주기 위한 조작을 하고 있는 데 대하여 일본에서는 이런 유의 기술적 조작이 결여되고 있었던 것이 원인이라고 한다. 이 같은 경향은 수에히로가 과거부터 ‘입법학’을 제창하고 있는 사실과 조응하는 것이지만, 이 같은 기술적 조작의 필요성이 강하게 의식되지 않았다는 문제를 법 관념이라는 각도에서 추적해 간다면 역시 ‘정권 편중’의 ‘실력설’적 법 관념의 문제에 닿게 되어있는 것처럼 보인다. 즉 ‘성법론’이 유교적 규범주의에 의한 해석을 불식하고 ‘자유민권’운동의 ‘천부인권론’이 될 때, 우에키와 같은 소수의 예외를 제외하고, 운동 일반으로서는 ‘실력설’적 이해의 경향을 강하게 나타내며, 심지어는 논적인 가토적인 진화론과도 공통된 성격조차 드러냈다. ‘자유민권’사상도 진화론도 공히 ‘실력설’적 경향을 지니는 한에서는 유교적 규범주의와의 사이에 단절점이 있는데, 동시에 다음 두 가지 점에서 양자는 연속되어 있었다. 즉 그 하나는 ‘민권’의 집단실재론적 경향이나 가토적 진화론의 같은 경향은 유교적 윤리의 집단주의적 경향과의 연속면을 가지고 있었다는 점이다. 즉 ‘개인’의 불가양의 권리로부터 사회관계를 구성한다는 논리가 약했다는 것이다. 다른 하나의 연속면은, 일본의 실력설적 경향이 ‘천하의 대세’라는 사고방식과 어우러지기 쉽고, 그런 의미에서 유교에서의 사회질서와 자연질서를 동일시하는 주장으로 이어지는 면을 지니고 있었다는 점에 있다. 더욱이 이들 두 가지 점을 통해 발견되는 가장 근본적인 특징은 법제도를 개인의 합의에 따라 작위(作爲)된 것으로 하고, 그럼으로써 법제도를 개인의 자유와 규율(즉 합의를 통한 자기규제로서)와의 이율배반을 해결하기 위한 하나의 ‘의제(擬制)’로서 파악하려는 방향의 결여이다. 우에키가 ‘천부인권론’을 주장했을 때 특히 ‘사람의 권리라는 것은 원래 일종의 실체 있는 것이 아니라’라는 점을 강조하지 않을 수 없었던 까닭도 여기에 있었다. 법에 관한 형식이나 절차에 대한 로마법적인 민감함의 전통이 없고, 사상사(史)상 nominalism[유명(唯名)론 -중세 스콜라 철학에서 보편의 실재성을 부정하고 진정한 실재는 개개의 물(物) 뿐이라고 주장함]의 세례를 받지도 않았던 일본에서는 근대적 법적 사고를 섭취할 경우 개념 실재론적 경향을 어떻게 극복할 것인가의 문제는 중요했다.

실제로 명치헌법 이후 진행된 것은, 법체제 정비에 따르는 법학자, 사법관, 대언(代言)인(변호사) 기타 법률 관계자들의 해석기술에의 전념(專念)화 경향과, 권력자 측에서 오는 ‘법을 통한’ 준엄한 통치 강화(‘법을 통한 지배’이며, ‘법의 지배’가 아니다)라는 사태였으며, 국민 측에서 법을, 자신의 권리를 국가권력에 대해 주장하고, 또는 개인 상호간의 권리관계를 처리하기 위한 수단으로서 관념한다는 경향은 현실에서 멀리 떨어져 있었다. 따라서 법학자 사이에서의 지배적 경향은, 해석기술을 고도로 세련시키거나 혹은 실력설적 경향(이는 사실상 법률학에 대한 진화론의 영향으로서 나타났다)에 의해 법현상을 설명하려 하는 둘 중 하나였다. 우리의 지금 당장의 관심사는 후자이다.

### 3. 약간의 유산

명치헌법체제 아래 법적 사고의 전개과정에서, 앞에서 살핀 특징의 유산이라고 생각되는 경향들 중 약간을 적출하고자 하는 것이 이 제3절의 과제이다. 즉 ‘일본에서 왜 ‘기본적 인권’이라는 사고방식이 쉽게 뿌리를 내리지 못했는가?’라는 문제와 관련된 법적 사고의 특징이 그 후 법학 발전에 어떻게 영향을 주었느냐는 관점에서 서술을 진행하고자 한다. 일본 법학사를 일반적으로 개관하는 것이 아니라, 매우 한정된 앞의 관점에서 약간 예시적으로 특징을 지적하는 데 그치게 될 것임을 미리 말해둔다.

‘자유민권’운동에서의 ‘기본적 인권’적 관점의 약체화는, 직접적인 효과로서 ‘민권’과 ‘국권’과의 교착(交

錯), 또는 '민권'에서 '국권'으로의 이행을 가져왔다. 흑룡회의 강령이 '법치주의의 형식에 지우쳐 인민의 자유를 속박하는' 일에 반대하고, '천황주의의 묘체(妙諦)를 발휘'하는 것을 목표로 하고, 현양사(玄陽社) 3칙이 '제1조, 황실을 경대(敬戴)한다. 제2조, 본국을 애중(愛重)한다. 제3조, 인민의 권리를 고수한다'라고 나열하고 있는 것에도 이 사실은 상징되고 있다. 물론 양자 사이에 직접적·일(一義)적 인과관계를 찾는 것은 잘못이다. 보다 정확하게 말하면, 후쿠자와가 비판했던 것과 같은 사권 경시, 정권 편중의 경향은 '민권'에서 '국권'으로의 증점 이행을 제약하기 위한 중요한 요소를 결하는 것이었다고 규정해야 할 것이다. '민권'에서의 '인민'의 집단실재론적 파악은 '국민'의 그것으로 이행했고, 나아가서는 '국가'의 그것으로 이행했다. 정부에 대한 '실력설'적인 대항논리는 또한 대외 강경론의 논리로 이행될 수 있었다. 그리고 이에 대해 췌기를 박을 수 있는 '기본적 인권'의 관점이 약했다. 이런 관점이 '췌기'가 될 수 있는 것은, 첫째로 어떠한 상황 하에서도 빼앗길 수 없는 '원리'로서 존속된다는 의미와, 그리고 둘째로 그와 같은 개인의 권리가 '운동' 집단 속에서 확립되고, 그 권리를 살리기 위한 절차가 정해져 있으면 운동 전체가 무원칙하게 전향하는 것을 통제할 수 있기 때문이다.

이 사례는 단지 매우 '정치적' 영역에서의 사례이다. 그러나 근대 일본에서의 법적 사고 발전을 생각하는데 있어 이 사례는 역시 선구적인 상징성을 가지고 있다. 왜냐하면 다이쇼(大正= 메이지(明治)와 쇼와(昭和) 사이에 위치한 일본 연호 1912년부터 1926년까지 계속되었다) 말부터의 단체법론 또는 단체주의 경향이 '기르케에의 회귀'에 이르고, 나아가서는 '아시아의 사회적 본질인 협동단체적 성질' '화경(和敬)의 도덕' '의용(義勇)은 공공에 봉사한다'는 덕을 긍정적으로 평가하는 '대(大) 아시아주의'로까지 발전했기 때문이다.

여기서 다시 돌이켜, 법률진화론 이후의 법적 사고의 전개를 검토할 필요가 있다고 생각한다. 법률진화론은 호즈미 진주(總積 陳重)라는 이름과 함께 일본 법학계에 큰 영향력을 행사했다. '인류사회는 유기물이다' '법률학은 사회학의 일부이다. 사회학은 생물학의 일부이다.' 이런 주장을 했던 호즈미는 진화론의 이름으로 자연법을 부정한다. '우리는 법률의 원리를 탐구함에 있어, 자연법이라는 공상에 근거하지 않고, 정리(正理)주의의 독단교에 의지하지 않고, 고금동서의 법률 사실을 수집·휘류(彙類)하고, 그 사실에 관통될 보편적 현상을 찾아내기 위해 노력해야 한다.' 이런 그의 방법은 법에 대한 과학 확립을 지향함과 동시에 '기본적 인권'의 관점에서 멀어질 위험도 내포하고 있었다. 다만 호즈미 자신에 대해 말하면, 적어도 1888(메이지21)년의 <권리의 감상> (여기서 감상(感想)은 '관념'과 같은 의미로 쓰이고 있다)에서는 '한 나라의 분자인 한 개인이 충실(充實)해지면 집합체인 한 나라도 그에 따라서 공고해지고, 한 개인의 권리가 신장되면 국권 또한 저절로 신장된다.'라고 하면서 개인의 권리의식의 중요성을 강조하고 있다. 이는 실은 '정의에서 권리로'라는 법률진화의 법칙의 하나로서 강조되고 있었던 것이다. 더욱이 자연법에 대해 '19세기의 과거장(帳)에 시호(謚號)를 남겨야 하는 것'으로서 진화론이 전개되었을 때, 그 귀결은 무엇이었는가? 분명 호즈미는 가토만큼 극단적이지 아니었다. 그러나 '천황 기관설'을 '자연'에 반하는 것이라면서, '역사 즉 진화가 절대 자연적 원인·결과의 연쇄(連鎖)라고 한다면, 우리 족부(族父)통치의 국체도 또한 필연적으로 절대 자연적 원인·결과의 연쇄로 오늘에 이르고 있다.'라고 주장하는 가토와, '일본의 강점은 어디에 있는가? ... 그것은 위는 조정에서 아래는 인민의 각자에 이르기까지 조상숭배를 사회생활의 기초로 하고 있되, 국민의 숭배와 황실의 숭배는 한 점으로 모아져, 서로 어그러지지 않는다는 사실이 우리나라가 세계에서 탁월한 까닭의 하나라고 해야 한다.'라는 호즈미 사이의 차이는 결코 명백한 것이 아니다.

일본 근대 형법학자의 시조라고 할 수 있는 오카다 아사타로(岡田 朝太郎)는 <일본형법론> 2권(1895

88) 단, 이 경우에도 당시 일본에서 이해된 기르케는 기르케 그 자체가 아니었다. 간단히 말하면 그 이해는 기르케 속에 있는 개인주의 측면을 경시한 것이었다.

년)에서 국가의 형법권은 '인류의 결사(結社)적 생활에 필요한 조건에 대한 부인을 도태하기 위한 강력'이라고 여기고, 형법권의 기본에 관한 '민약[사회계약]주의' 등을 비판하는 자신의 입장을 '자연법주의'라고 불렀다. 이 자연법주의가 의미하는 것은 진화론이었다. (이 용어법은 상징적으로 일본인의 자연관을 드러내고 있다)

법해석 기술론이 현저한 비중을 차지하는 일본 법학계에서, 법률진화론은 결코 법학의 중심적인 흐름일 수가 없었지만, 그러나 법에 대한 사회과학적 접근을 시도하는 사람들에게 항상 영향을 미친 중요한 요소였음은 주목할만하다. 여기서는 그 한 예로서 마키노 에이이치(牧野 英一) 경우를 보고자 한다. 아즈마 사카에(我妻 榮)는 마키노의 <일본형법> 첫 구절, '범죄라는 것은 생존경쟁의 여파(餘弊)이다.'라는 말에 강한 인상을 받았다고 회고한다. 또 일본 마르크스주의 법학의 건설자인 히라노 요시타로(平野 義太郎)은 호즈미의 법률진화론과 마키노의 <법률의 에너지론적 고찰>(1917년)을 중시하고, 특히 후자가 <법률에서의 계급투쟁>(1925년)을 사색해 나가는 나에게 시사를 주었다.'고 했다. 참고로 히라노에 관해 본다면, 법률진화론의 영향을 받은 후의 그는, 군프로비치, 라젠호퍼, 오펜하이머 등의 하회학적 국가관의 영향을 받은 후에 마르크스주의에 이른다. 여기에 일련의 실력설적·집단실재론적 경향을 엿볼 수가 있다.

'세계적인 20세기의 추세를 따라가야 한다.'고 하는 마키노는 '개인법적인 것이 점차 사회법적인 것으로 진화를 계속하는 세계적 사실을 고찰'하여 다음과 같이 말한다. '19세기의 개인주의에 대해 20세기의 법률의 사회화를 주장하고자 한다. ... 거기에 자유법론의 진화론적 의의가 성립한다. ... 이런 의미에서 과거의 민법 상법에서의 개인주의가 비판되어야 한다. 그리고 과거의 형법의 응보주의가 개조되어야 한다. '사회권'의 이념이 새롭게 법률의 전체를 통제해야 한다.' 그렇다면 마키노가 말하는 '법률의 사회화'란 무엇이었는가? 그는 1913(대정 2)년의 개강사(開講辭)를 인용하면서 이를 회고하며 다음과 같이 말한다. '나는 법률의 원리로서 '공공의 질서, 선량의 풍속'이라는 것을 새롭게 의식해야 한다고 하며, '법률과 도덕의 접근 합일'이라는 것을 주장했다. 그것이 입법해석상 어떻게 적용되어야 하는지를 고찰한 후, '권리의 존중과 그 제한'(즉 권리로부터 책무로의 진화), '자유라는 관념의 진화'(즉 심리적 자유로부터 윤리적 자유로의 진화) ... 및 '개인의 해방에서 사회통일로의 발전'(즉 그 해방이 국가적으로 의의 있는 것이 되어야 한다)을 설명하면서 법률의 도덕화, 법률의 사회화라는 것을 주장했던 것이다.'

이리하여 마키노의 진화론 및 에너지론의 귀결은 다음과 같이 된다. '에너지론이라 함은, 이를 국가에 관해서 볼 때, 그 활동의 효과를 최대한으로까지 높여야 한다는 사고방식이다. ... 요컨대 국가총동원법 제1조에 규정된 원리를 30년 앞선 당시에 고찰했다는 것 뿐이다.' 마키노는 '법률의 사회화'와 함께 '사회주의'라는 말도 진화론적 입장에서 긍정적으로 사용하지만, 그 의미하는 바는 오늘의 사회주의와는 완전히 다른 것이며, '단체주의'를 의미했다. 즉 그는 아즈마의 <근대법에서의 채권의 우월적 지위>에서 인용하고, 다나카 고타로(田中 耕太郎)의 <주식회사법 개정의 기본문제>의 결론에서, 주식회사법 개정을 둘러싸고 주주의 고유권 중시로부터 변화해온 점을 '법률학에서의 사회학적 방법의 철저함을 나타냄과 동시에, 법률관념의 추이(개인주의에서 단체주의로)를 반영하는 것이다.'라는 부분을 인용하고, 나아가 마키노 자신의 <법률에 있어서 윤리의 기술화와 기술의 윤리화>(1931년)에서 다음 구절을 인용한다. 즉 '자본주의적 문화가 난숙함에 따라, 사회이상(社會理想)은 더욱 그 걸음을 재촉하지 않을 수 없었다. 그것은 개인 인격의 고조(高調)를 지양하고, 사회 그 자체의 실체를 응시해야 한다는 것이었다. 이 의미에서 그것은 사회주의라도 불려야 한다.' 여기서 말하는 '사회주의'의 진정한 의미는 무엇인가? 그것은 다름 아닌 파업권의 제한으로 귀착되어 있다. '과거 이른바 사회정책의 시대에 파업권을 주장했던 우리는 지금 이 국방국가 아래, 도리어 파업의 범죄성을 논하지 않으면 안 되게 되어 있는 것이다. ... 그것은 사회정책의 시대에 예정되었던 소유권 및 계약의 자유 사상이, 그 반면에서 의식되기 시작한 책임성의 자각을 심화시킬

에 따라서, 거기에 실현된 새로운 진화의 당연한 결론인 것이다' 이리하여 '국가의 권력이 법률에 의해 제한되는 것이라고 생각해온 법치국가에서, 그 권력이 문화의 부담자로서 기술과 호의(好意)에 기대면서 법률상 효과적으로 추진되는 문화국'에의 변화라고 보는 관점에 따라 마키노의 '자유법론'은 드디어 '자유'의 '법률'로부터 '통제의 법률'로의 이행을 정당화하는 결과가 되었다. 구체적으로는, 사상범보호관찰법(1936(소화 11)년), 개정 치안유지법(1941(소화16)년) 중 예방구금제도와 같은 '기본적 인권'에 대한 가장 철저한 위협도 또한 19세기로부터 20세기에의 진화의 귀결로서 평가되기에 이른다.

이런 경향은 '근대시민법질서의 초극(超克)'이라는 공통의 지향을 지닌 것으로서, 혹은 '민법전으로부터의 결별'이라는 표현을 취하면서, '일본법리' 또는 '일본고유법'에의 회귀라는 표현을 쓰게 된다. 마르크스주의자 가자하야 야소지(風早 八十二)가 <전국 민사판례 유집(類集)>(1944년)에 쓴 해제에서는, 사실로서 존재하는 관례를 객관적으로 수집·분석한다며 '가족제도'의 원리를 칭송하고, '촌방삼역(村方三役)' ['마을의 세 임원'이라는 뜻]에 의해 매개되어 온 고래로부터의 일본 사회제도가 본래 '유기적 질서'를 갖는 것으로 여기고 있다. 이와 같은 사실의 객관적 추구가 어느새 기성사실의 규범화로 빠지기 쉽다는 것은, 역시 '기본적 인권'의 관점에 선 제어장치가 없었다는 사실과 관련이 있는 것처럼 보인다. 혹은 집단실재론적 경향은 수에히로 겐타로의 '가단(家團)론'에 드러나듯이 실질적으로는 '기본적 인권'으로부터 떨어져 나가는 방향으로, 그리고 그런 까닭에 초 국가주의적 법이론의 방향으로 이용당할 가능성을 강하게 드러내고 있었던 것이다.

이상 약간의 사례를 적출한 것은, 이로써 이들 집필자들의 책임을 규탄하려함이 아니다. '자유민권' 당 시부터 존재했던 일본의 법적 사고의 한 경향성이 그 후 법학의 정밀한 전개에도 불구하고, 여전히 계속적으로 영향을 미쳤음을 예증하기 위함이다. 그리고 무엇보다 중요한 것은 이와 같은 영향이 전쟁 중에 명백한 초 국가주의적 형태를 취했던 것은 결코 예외적 현상이라고 할 수 없으며, 하나의 유형의 법적 사고의 극한상황을 나타냈을 뿐이라는 점이다. 따라서 같은 경향이 전후(戰後)에도 일정한 영향을 남기고 있다고 한다면, 앞에서 인용한 전쟁 중의 사례는 결코 과거의, 특정 개인의 '과오'였다고 함으로써 끝낼 수 없는 문제를 내포하고 있다고 생각한다.

#### 4. 전후의 문제

패전과 뒤이은 점령은 흔히 '제2의 개국'이라고 일컬어지지만, 이 시기는 '제2의 천부인권론'의 시대라고도 할 수 있는 특징을 나타내고 있었다. '언론, 종교 및 사상의 자유, 그리고 기본적 인권의 존중은 확립되었다.'라고 했던 포츠담선언에 의해 많은 일본인은 '기본적 인권'이라는 말을 낯선 것으로 받아들였다. 그러나 점령군이라는 절대적 권력으로 담보되어 있던 '민주화' 정책은, 널리 국민 내부에 존재했던 '민주주의' 지향적 풍조에도 지탱되었으며, '민주주의'라는 말은 '주문(呪文)'과도 같은 기능을 수행하기에 이르렀다.

역시 '제1의 천부인권론 시대'로부터 '대일본제국 헌법' 제정에의 과정에서와 달리, '일본국 헌법' 제정에 이르는 과정에서는 '기본적 인권'을 법률로도 제한할 수 없는 것이라고 규정한 사안(私案)이 다수를 차지하고 있었다. 오히려 기본적인 '자유'의 제한하는 법률은 공안 유지를 위하여 필요한 경우에 한하여 제정할 수 있다고 하는 일본 진보당의 안 같은 것은 소수의 예외에 속했다. 그러나 '일본국 헌법' 제정에 이르는 과정에서 가장 큰 관심을 끌고 격렬한 논쟁의 대상이 된 것은 '천황제'의 문제였다. '주권' 논쟁이 중심이 되고, 그러므로 '기본적 인권' 문제에 대한 관심이 그만큼 희석되는 경향이 있었다는 점에서는 '제2의 천부인권론 시대'는 제1의 그것과 공통의 특징을 가지고 있다.

전후의 '정권' 편중 경향과 집단실재론적 경향 또한 '자유민권'운동 당시와 비슷한 경향이었다. 1945년

말부터 46년에 걸쳐 신문 제목에 '천황제'라는 말이 집중되었고, 이에 대해 '전선(戰線)' (즉 민주전선, 민주인민전선 등)이라는 말이 또한 1946년에 집중한 사실에서 알 수 있듯이 '천황제'를 둘러싸고 '반동'세력과 '민주전선'과의 싸움이 날카롭게 벌어졌다. 그러나 전후기와 '제1의 천부인권론' 시대와의 차이는 다음과 같은 점에 있었다. '자유민권'운동 당시에는 '민권'으로서 통일적으로 파악된 것은 사족(士族=무사계급 출신자), 농민 또는 지주(상류 '민권론'의 경우) 같은 반 정부집단이었지만, '제2의 천부인권론' 경우에 '전선'의 중핵을 이룬 것은 물론 조직노동자였다. 따라서 이 경우의 실력설적 경향은 '헌법보다 밥이다'에 상징되며, 집단실재론적 경향은 계급실재론으로서 나타났다. 계급실재론적 경향이란 기존의 조직을 혁명조직과 안이하게 동일시하거나 현실에 조직되어 있는 노동자 집단을 그대로 이론적 범주인 '계급'과 혼동하는 경향을 의미한다. 이 경우에도 다른 집단실재론과 마찬가지로, 계급(실체로는 이와 동일시된 조직노동자의 집단)을 소여(所興)의 유기적 존재라고 생각하기 때문에 집단과 그 속의 개인과의 관계에 관한 민감성을 결하게 되고, 집단의 의사는 자연적으로 자명한 것으로 여겨진다. 집단 내부의 의사 결정과정이 중요시되지 않는 경향이 생기는 것도 이 때문이다.

집단실재론적 경향이 집단 의사를 '자연적' (즉 유기적이라고 하는 일본적 의미의 '자연'이며, 자연법이라는 의미가 아니다)인 것으로 여기는 것과 달리, 다른 '자연적'인 것을 긍정하려 하는 경향은 '욕망자연주의'이다. 이 또한 '자유민권'운동 당시의 '오로지 정욕을 존중하는 론'의 개정 신판으로서 연속성을 가지고 있다. 그러나 대중사회 상황에서의 사화(私化 = privatization)가 진행됨에 따라 자꾸만 증대되는 이 '욕망자연주의'는 비정치적 태도의 기초가 되어 정치적 무관심을 고양시킨다. 헌법의 '행복 추구'의 이상은 어느 사이엔가 이미 있는 '행복의 향유'로 경사한다. 물론 이와 같은 '사화'에 따르는 소비 지향적 보수감각은 그 자체 양의(兩義)성을 가지고 있지만, '기본적 인권'을 '자연권' (이 경우의 '자연'은 이성의 당연한 요청이라는 의미로서, 욕망자연주의의 '자연'과는 완전히 다른 것이다)이라고 관념하는 사고와는 전혀 다른 것이다. 이 유형 보수감각의 증대는 한편으로는 앞에서 말한 계급실재론적 사고의 타당성을 약화시키지만, 동시에 이와 같은 경향이 있음으로써 도리어 그에 대한 대항을 위해 계급실재론적 사고가 촉진된다는 측면도 있다.

어쨌든 위험한 것은 이 어느 경향도 '기본적 인권'이라는 시각을 간과케 하는 요소를 포함하고 있다는 점이다. 그리고 '기본적 인권' 관점의 공백에 다음과 같은 반동이 다가올 가능성이 있다는 점이다. 즉 다카야마 이와오(高山 岩男)에 의하면, '일본의 국가적, 사회적 의무를 경시하고, 개인의 인권을 극도로 존중하는 권리 일변도의 기초는, 실로 사회사상 발생 이전의 유물이며 ... 신 헌법의 신 시대성, 진보성을 보장하는 것은 아니다. 사회 공공복지를 위하여 자유주의적인 권리 편중을 억제하는 의무존중의 사회주의적 정신을 경과한 후의 신 단계에서는, 권리와 의무를 어떤 정도로 조절할지가 가장 진보적인 사상적 입장의 과제라야 한다. 이런 관점에서 볼 때 일본 헌법은, 그 사상의 기초에 있어서 사회주의 이전의 단계에 속하는 시대착오적인 것이라고 평해도 될 것이다.' 이 논조가 '일본국 헌법'의 반동적 개정을 의도하여 쓰였고, 이 인용 중 '사회주의'라는 말이 너무도 애매한 의미로 사용되고 있음을 비판하는 일은 쉬울 것이다. 그러나 이와 같은 논조가 여전히 상당한 영향력을 가질 수 있는, 법적 사고에서의 문제점이 일본의 정신상황 속에 있다는 사실도 간과해서는 안 된다. 어느 저명한 작가가 '일본에는 자유가 넘쳐난다'라고 발언했을 때, 그것은 매우 진지한 동기에서 나온 발언이기는 했지만, '자유'를 이미 향유하고 있는 '무엇' (그러기에 양적으로 계량할 수 있는 것)이라고 생각하고, 무한히 추구되어야 할 '요청'으로서 파악하지 않았다는 것도 앞에서 말한 정신상황의 한 표현에 지나지 않는다.

이와 같은 상황에 대해 법학자 중에도 아직 '제1의 천부인권론 시대'로부터 이어받고 있는 진화론적, 집단실재론적, 혹은 실력설적 경향은 남아 있다. 예컨대, '사실에 대한 냉철한 관찰'에서 출발하려 하는 와타나베 요조(渡辺 洋)는 다음과 같이 말한다. '19세기의 자유주의국가의 시대라면 행정권의 개입을



되도록 억제하고 자유 일반을 신장할 것을 생각했다. 그러나 오늘날에는 권력(행정권)과 자유와의 관계도 일반적으로는 논할 수가 없게 되어 있다. 독점 측에서도 행정권 확대를 필요로 하는 사정이 생기고 있는 것과 동시에, 같은 사정은 민중 측으로부터의 행정권 확대를 필요로 하는 것으로도 되고 있다. 형식적으로는 '행정권 확대'라는 점에서 비슷해도 그 내용은 어느 계급적 입장에 서느냐에 따라서 전혀 다른 것이 되고 있는 것이다. 여기서는 '권력(행정권)과 '민중'과의 이원적인 집단 의사가 실재론적으로 예칭되어 있다. 같은 법체계를 둘러싼 이 이원적 집단 의사의 상정은 '더블 스탠더드'의 난점을 피할 수가 없다.<sup>89)</sup>

차라리 '기본적 인권' 관점에서 중요한 것은, 와타나베가 유기적 자연처럼 존재를 예정했던 집단 의사의 결정과정이다. 집단실재론적 입장을 취하면, 이 집단의사 결정과정의 문제가 간과되기 쉽다는 것은 앞에서 살펴본 바와 같다. 예컨대 와타나베에 의하면, '단체의 자유와 권리는, 개인의 자유와 권리의 기초에 있다. 단체의 자유 사멸은 개인의 자유 사멸에 다름 아니다. 따라서 현대의 정신적 자유의 문제로서는, 단체활동의 자유 보장을 중핵에 놓지 않으면 안 된다'는 결론을 얻게 된다. 오늘날 단체활동의 자유가 중요한 의미를 지닌다는 것을 누구도 의심하지 않을 것이다. 그러나 그것을 '결사의 자유'의 문제로 파악하지 않고, '개인의 자유'의 '기초'에 있는 '단체의 자유'에 있다고 생각한다면, '기본적 인권'의 중핵을 이루는 (따라서 근대 민주주의제도의 기초적 전제가 되는) 개인이 태어나면서 갖는 전(前) 법률적 권리라는 사고방식은 어떤 자리를 갖게 되는 것일까? 그것은 이미 19세기의 소신이며, '19세기의 과거장(帳)에 시호(讖號)를 남겨야 하는 것'이라는 진화론적 입장에서 논단(論斷)해야 하는 것일까? 만약 그렇다고 한다면 앞에서 인용했던 다카야마의 논리와 어디서 어떻게 자신을 구별하는 것일까? 그것은 결국 '어떤 계급적·입장에 설 것인가'에 따라 실력설적으로 해결될 수밖에 없다고 하는 것일까?

이상 논술한 것은 일본의 역사 및 현상에 대한 너무도 비판적인 견해이며, 일종의 '결여(缺如)이론'이라고 비난받지 모른다. 그러나 필자도 '일본국 헌법'이 점차 국민의 의식 속에 정착되어가고 있다는 사실을 부정하지는 않는다. '기본적 인권'에 관한 문제로서 말하면, '인권감각'의 광범한 보급이며, 그것은 특히 젊은 세대에 현저하다. 그러나 일반적으로 말하는 '인권감각'이란 반드시 법의식에서의 근본적 변화를 결과한다고 말할 수 없다. 왜냐하면 그것은 흔히 '현실적 이익'에 대해 민감한 보수감각과 연결되고 있으며, 그런 의미에서 반드시 늘 '기본적 인권'이라는 원리적 사고와 친화성을 가지고 있다고 할 수 없을 뿐 아니라, 오히려 일상적 현실이익에의 민감함으로 말미암아 원리적 사고로부터 멀어질 경향도 내포하고 있기 때문이다.

개별적이고도 즉각적인 '인권감각'을 전(全) 법질서의 전제까지도 되묻는 '기본적 인권'이라는 원리적 사고에까지 어떻게 발전시킬 것인가? 이 점이 오늘의 '기본적 인권' 연구자에게 주어진 중요한 과제라고 믿는다. 이 글에서 다룬 일본의 법적 사고의 약간의 특징도 이 '기본적 인권'의 원리적 사고를 발전시키기 위하여 반드시 자각되어야 할 요소로서 지적된 것이다. 따라서 비판의 대상으로 인용된 문장도 필자 자신을 포함해서 많은 일본인이 빠지기 쉬운 법적 사고의 예에 지나지 않으며, 그 집필자를 개인적으로 공격할 의도가 없다는 것을 충분히 이해해주시기 바란다. [끝]

89) 와타나베 요조 '현대자본주의와 기본적 인권' (<기본적 인권> 1 총론 제3장, 도쿄대학출판회) 여기서 말하는 '더블 스탠더드'는 '정치적 자유에 대한 국가의 개입을 인정하되, 정신적 자유에 대한 개입을 인정하지 않'기 위한 해석론적 근거를 세울 경우의 것으로서 언급되어 있지만, 그래도 '더블 스탠더드'의 문제는 더 넓게 타당한 것이다.

## 자유민권운동의 '기본적 인권'론과 그 기반

基本的人權 前5권 (일본 東京大學出版會 1968년 초판) 중 제2권 제3장  
오이시 가이치로 [大石 嘉 一郎]

### 1. 머리말

이 글의 과제는 일본 자본주의 성립기의 '기본적 인권' 문제 - 즉 '기본적 인권'이 어떻게 문제화 되고, 그것이 어떻게 처리되었는가, 그리고 그 문제화와 문제처리 과정에 나타난 주관적 정치적 대립은 어떤 객관적 경제적 의의를 가지고 있었는가-의 특징을, 자유민권운동에 있어서의 '기본적 인권' (시민적 자유와 정치적 자유)의 요구를 중심으로 밝혀내는 데 있다.

여기에 말하는 '기본적 인권' 문제란 당장은 부르주아 민주주의혁명의 과제(정치적 자유와 시민적 자유)가 사회적으로 불가피한 과제로서 다루어지기에 이른 계급대립 상황 정도의 의미이다.

일반적으로 서구 선진자본주의국의 '근대화' 과정에서 자연권으로서의 시민적 권리가 전(全) 체제적으로 규범화 되는 것은 절대왕정의 타도인 시민혁명을 통해 달성되었다고 설명된다. 그 경우 봉건적 속박으로부터의 '정치적 해방'인 시민혁명이 단순히 정치(=권력형태의 변혁)에 머무르지 않고, 자연권인 인권(기본적 인권)의 확립까지도 달성하는 것은, 그 정치 변혁이 동시에 구(舊) 시민사회인 봉건사회의 변혁이기도 하기 때문이다. 즉 한편으로, 시민사회의 정치적 성격을 양기함으로써 시민사회의 구성원을 정치(=공동체)로부터 분리된 '이기적 인간'(=자연적 인간)으로 분열케 함과 동시에, 다른 한편으로 국가(=공동체)를 시민사회로부터 분리된 보편적인, 순수하게 정치적인 국가로 만들기 때문이다. '정치적 국가의 구성과 독립된 개개인으로서의 시민사회의 해체(특권이 신분 속의 인간 및 동업조합 속의 인간들의 관계였듯이 법률(=권리-변역자 주)은 이 개개인의 관계이다) 하나의 동일한 행위를 통해 완수된다. 그러나 시민사회의 성원인 인간, 즉 비정치적 인간은 필연적으로 자연적 인간으로서 나타난다. 인권(droits de l'homme)은 천부(=자연)권(droits naturels)으로서 나타난다.' (K. Marx <유태인문제에 관하여>)

이와 같이 시민혁명을 통한 정치적 국가와 시민사회와의 분리에 의해 시민사회를 구성하는 개개인 상호의 관계가 천부인권으로서 수립되는 것과 동전의 앞뒤를 이루면서, 시민과 정치적 국가와의 관계, 여러 개인의 정치적 공동체(=국가조직)에의 참가가 인권의 일부가 된다. '그것이 속하는 범주는 정치적 자유의 범주이며, ... 공민권(droits du citoyen)의 범주이다.' (K. Marx 같은 책) 게다가 근대 부르주아국가에서는 '공민성과 정치적 공동체가 정치적 해방자의 지위로부터 소위 인권이라는 것을 수호하기 위한 수단으로 격하되어, 그 결과 공민(citoyen)이 이기적 인간(homme)의 시녀라고 선언되(공법의 사법에 대한 중속)는 것이지만, (K. Marx 같은 책) 그것은 시민혁명에 의한 '정치적 해방'이 정치 그 자체로부터의 시민사회의 해방이기도 했던 데서 연유된다.

이리하여 서구 선진자본주의국가의 시민혁명은 시민사회를 정치적 국가로부터 분리하여, 인권(=시민적 자유)을 확립함과 동시에, 그것과 불가분의 관계에 있는 공민권(=정치적 자유)을 기초로 하는 부르주아 국가 고유의 입헌체제까지도 동시에 창출했다고 인식되고 있다.

그런데 이상과 같은 서구 선진자본주의국에서의, 시민혁명을 획기로 하는 '기본적 인권'의 확립에 관한 일반적 명제, 및 그것을 가능케 했던 기초과정 (즉, 직접생산자의 인격적 자립과 자유로운 개성 발전을 위한 필요조건인 하나인 자유로운 독립자영농민층(소상공생산지층)의 일반적 형성과, 그 양극분해를 통한 자유로운 자본-임노동관계의 광범한 전개에 의한 (반(半)) 봉건적 토지소유와 절대주의적 산업규제

(=전기(前期)적 독점체제) 압도)에 관한 '서양경제사학의 연구' 성과를 검토하는 것은 이 글의 과제가 아니다. 여기서는 이 글의 주제와 관련된 다음 두 가지 점에 대해서만 언급해둔다.

① 하나는, 국가와 시민사회의 분리, 시민사회의 이기적 여러 개인으로의 분열은 시민혁명을 통해 처음으로 달성되는 것이지만, 그 단서(端緒)적 형성은 '그 자체 부르주아적 발전의 소산인' 절대주의의 성립을 통해 이루어진다는 문제이다.

'정치적인 여러 신분의 시민적인 여러 신분으로의 본래적인 변화는 절대왕제에서 이루어진다. 관료제는 국가 내의 여러 국가들에 대해 통일이라는 이념을 강제했다.' 즉 절대왕정(=민족적 통일국가)의 형성으로 개개의 영주적 토지소유로부터 그 직접적 속성인 정치적 권력적 성격이 점차로 분리되고, 그 영주권이 차차 국가로 집중되어, 그리하여 신분적 예속관계에 입각한 봉건적 토지소유관계가 점차 계약에 의한 반(半)봉건적 토지소유관계로 변화(농노해방)와 토지 매매의 자유 공인)된다는 것이다. 산업규제와 관련하여, 개개의 영주적 및 길드적 규제의 권력적 계기가 차차 분리되고 절대왕정 아래 집중되어, 소영업에 대한 도매제적 지배의 국가적 규제체계 아래로 포섭되어간다. 그러나 여전히 그 단서적 사적소유는 완전히 자유로운 사적 소유로 되지 않고 있으며, 그 단서적 정치적 국가는 완전히 보편적 추상적인 정치적 국가가 되지 않고 있다. 국가가 여전히 시민사회의 특수이익 (비경제적인 수취(收取)의 실현)을 직접적으로 지탱하고 있는 것이다.

그것은 어쨌든 간에, 절대왕정 성립기에서 이미 인권문제가 발생하고, 그것이 부분적으로 용인되면서, 체제적으로 기본적 인권으로서 수립되지 않는다는 점이, 일본의 유신정부를 고찰할 경우 중요한 논점의 하나가 된다.

② 다른 하나는, 시민사회 구성원의 이기적 개인으로의 분열이 그 현실적 기초를 가지고 완료되는 것은, 노동력의 상품화(=임노동)가 일반적으로 성립되는, 자본의 원시적 축적의 최종단계인 산업혁명기에서 일 것이라는 점이다. 무릇 이기적 개인들의 상호관계는 상품소유자 상호의 관계에 다름이 아니며, 임노동의 일반적 성립을 통해서만이 비로소 여러 노동생산물의 상품형태가 일반화되기 때문이다. 상품생산(=소유자의 자유로운 상품교환)을 꿰뚫고 있는 가치법칙이 현실적인 기초를 가지고 일반적으로 성립되는 것은 노동력의 상품화가 일반화되는 단계이다. 시민혁명은 봉건적 토지소유와 절대주의적 규제를 정치적으로 부정함으로써 산업혁명(=자본관계의 일반적 성립)을 바라보는 자본의 원시적 축적을 체제적으로 밀고 나가는 획기가 되었다. 그런 의미에서 기본적 인권의 문제가 최종적으로 완료되는 것은 선진 자본주의국에서도 산업혁명(=산업자본 확립기)이라는 사실은 일본의 자본주의의 성립을 고찰함에 있어 중요한 논점의 하나가 된다.

굳이 말할 필요도 없이, 명치유신 이후의 일본 자본주의에서는 기본적 인권(시민적 자유와 정치적 자유)이 전(全)체제적으로는 성립되지 않았다는 점이, 서구 선진자본주의국의 경우와 대비되면서, 흔히 논해져왔다.

시민적 자유에 대해서는, 소유권의 자유의 기초를 이루는 근대적 토지소유권이, 명치유신 이후의 법제상 개혁들(=영주제 해체)에도 불구하고 현실적으로 창출되지 않고, 국가권력에 의해 대위(代位)·보충된 경제외적 강제와 촌락공동체적 규제에 의해 지탱된 반(半)봉건적(=지주적) 토지소유가 유지·재현되었다는 점이 지적되어 왔다. 또한 동시에 그 농업에서의 반(半)봉건적 관계를 기초로 성립된 자본제 생산에서도 근대적인 노동계약 및 노동관계의 성립이 저지되어, '거기서는 가치법칙의 관철이 (법적 측면에서는 소유권의 '자유', 및 그 동적인 현상형태인 계약·인격의 '자유'라고 하는 특수(=근대적)한 카테고리)의 확립이) 구조적으로 방해받고 있다'는 점도 지적되어 왔다.

시민적 자유와 표리일체를 이루는 정치적 자유에 대해서는, 제국헌법 공포로써 성립된 천황제 국가는 정치적 자유를 체제적으로 보장한 근대 입헌국가가 아니라, 본질적으로 절대주의적인 '외견적 입헌제'이

며, '체제의 저변에 존재하는 촌락공동체 질서가 국가지배에 불가결한 것으로 여겨져, 그 질서원리가 국가에 제도화되고 ... 그것을 통해 권력국가와 공동체(態)국가라는 이질적인 두 원리에 의한, 천황제에 고유한 양극적 이원적 구성이 자각적으로 성립'되었던 특수한 절대주의국가였다는 사실이 지적되어 왔다. 그리고 혹은 명치헌법체제는 봉건적 신분질서를 해체 (四民平等)하면서도, 근대적 시민(citoyen)을 형성할 것을 허용치 않고, 군주 아래 피치자(被治者=subject)로서 등질성을 갖춘 본래 무권리인 '신민'을 새롭게 만들어내어, 그 '신민'에 의한 일종의 '합의' (익찬(翼贊))를 통한 지배라는 외견을 취하면서 초월적 권력의 사실상의 지배가 관철되는 (그것은 '일견 비정치적인 촌락공동체를 기초로 하여 기생지주를 정점으로 하는 유력자 지배'를 기초에 두는) 특수한 지배체제를 만들어냈다는 것이 지적되어 왔다.

이 글은 그와 같이 '기본적 인권'이 미성립으로 끝난 일본 자본주의 성립과정의 특징을 (특히 국가와 경제와의 특징적 관계를 중심으로) 밝혀낼 것을 궁극적인 목표로 하고 있다. 그러나 여기서는 그 문제를 일본 자본주의 성립과정(=천황제 성립과정)에 발생한 자유민권운동(일본에서 '기본적 인권'을 그 자체로서 주장했다는 점에서 드문 정치투쟁이었다)을 중심으로 생각해보기로 한다. 그것은 거기에 일본 자본주의 성립기에 있어서 '기본적 인권' 문제가 집중적으로 표현되고 있다고 생각되기 때문이다.

## 2. 자유민권운동의 '기본적 인권'론이 지닌 특징

자유민권운동은 일본 자본주의 성립기에 국민적 규모로 투쟁이 전개된 유일한 부르주아 민주주의혁명 운동이었으며, 자연권으로서의 인권(천부인권) 확장과 입헌정체의 수립이 운동의 지도이념으로서 제출된, 희귀한 정치운동이었다. 지금 자유민권운동의 발전단계를 호리에 (堀江 英一) 교수를 따라 '사족(士族)민권' - '호농(豪農)민권' - '농민민권'으로 나눈다면, 민권운동이 이와 같은 부르주아 민주주의운동이 된 것은 '호농민권'의 단계에서였다. 따라서 우리는 우선 '호농민권' 단계에서의 자유민권론이 어떤 특질을 가지고 있었는지를 확인해볼 필요가 있다.

① 우선 첫째로, 명치 7년에 이타가키 타이스케 (板垣 退助) 등이 제출한 민선의원설립건백서나 그것을 보완한 애국공당의 논리에서 제시된 초기 민권론 ('사족민권')에서는, '하늘이 똑같이 인민에 내리신 '통의권리(通義權理)'를 주장하면서, 인민의 참정권을 우선 '사족 및 호가(豪家)의 농상(農商) 등' '유신의 공신을 배출한 자'에게만 보유케 하려는 주장 밖에 없었다. 그러나 '호농민권'의 민권론에서는 이와 같은 상등사회와 하등사회를 구별하는 타협적인 민권론은 거부되었고, 모든 인민의 정치적 자유(=권리의 평등)이 주장되었으며, 그 주장을 떠받치고 있던 논거는 자연권사상에 근거한 이른바 '천부인권'설이었다. 특히 우에키 에모리 (植木 枝盛)에 의해 체계적으로 전개된 자유민권론에서는 권력 대 자유의 문제가 절대주의의 권력 대 시민적 자유의 대립으로서 올바르게 파악되고, 시민적 자유에 있어서 '언론·사상'이나 '인신'의 자유가 '민간의 공예(工藝)' '제산(製産)'이나 '근로' 및 '생활'의 자유와 떼어낼 수 없는 것으로서 주장되었다. 거기서는 재산권(=소유의 자유)과 근로(=영업의 자유)가 시민적 자유의 기초로서 이론적으로는 거의 정형화 되고 있었다고 볼 수 있다.

② 둘째로, 앞의 사항과 관련해서, 이타가키 등 상류 민권론에서는, 민권론과 국권 확장론이 불가분리의 관계로 결합되어 있어, 때때로 민권에 대한 요구가 국권 확장을 위한 국민통합의 수단으로 자리매김되고, 민권론은 오로지 국가적 요청에 응답할 수 있는 자주자치의 정신론으로 변하여, 끝내는 민권이 국권 속에 매몰되어버리는 경향마저 있었다. 그러나 시민적 자유의 이론을 기초로 한 급진적인 민권론에서는 민권에 대한 요구가 국권 확장론에 종속되는 일은 없었다. 그리고 이러한 민권론은 우에키가 말했듯이 '인민이 국가를 결성하는 이유는 생명을 유지하고, 자유를 유지하고, 재산을 유지하기 위함이 아닌가?' 라는, 국가란 인간이 자연스럽게 가지고 있는 생명·재산·자유를 한층 안전하게 확보하기 위하여 인간

상호의 계약을 통해 성립된 것으로 보는 '사회계약설'을 기초로 하고 있었다. 따라서 이런 국가관의 논리적 필연으로서 급진적인 민권론에서는 공화제 국가를 이상으로 했으므로, 사실 일본도 언젠가는 공화정체로 이행하지 않을 수 없다는 논의가 있었지만, 당면하는 과제로서 공화정체는 비현실적인 것으로 인식되고 '군민(君民)동맹' 혹은 '군민공치(君民共治)'라는 근대 입헌정체가 요구되었다.

③ 셋째로, 이와 같은 '사회계약설'에 서는 조건에서, 국가(=정부)의 압제로 인해 시민적 자유가 침해되고, 사회계약이 파기된 경우 인민은 자연권을 스스로 방어하기 위하여 국가에 저항할 수 있다고 하는 저항권 혹은 반항권이라는 주장이 당연히 생기는 바, '호농민권'의 급진적인 민권론의 특징은 이 저항권 주장을 당당히 내걸었다는 데 있었다. 그들은 '천연의 자유를 회복'하기 위하여 '압제정부의 전복'을 주장했던 것이다.

이와 같이 '호농민권'의 급진적 민권론에는 서유럽의 고전적 시민혁명의 이론적 지주가 된 혁명적 자연법사상이 불완전한 형태로나마 그대로 계승되어, 자연권에 근거한 자유권, 사회계약설에 근거한 참정권, 나아가서는 저항권·혁명권까지가 주장되었다. 뿐만 아니라 이런 주장은 일부 민권론자의 전유물에 머무르지 않고 명치 10년 경 이후의 국회개설운동과 지방 민회(民會) 투쟁의 과정에서, 특히 명치 15년 이후 격화된 여러 사건 속에서 점차 각지의 민중 속에 널리 삼투되어, 정도 차이는 있어도 그와 같은 정치 이념에 떠받쳐진 민중의 조직적인 반정부투쟁이 전개될 수 있었던 것이다.

그런데 이상에서 본 바와 같이 자유민권의 정치이념과 정책적 요구는 그 사상적 추상적 표현에서는 서유럽의 고전적 시민혁명 경우에 견줄 정도의, 상당히 고도의 형태를 가졌지만, 그러나 자유민권운동이 투쟁했던 당시의 현실 정치·경제구조에 비추어 그 이념과 요구에 포함된 구체적 내용을 볼 때, 그것은 고전적·시민혁명의 경우와는 매우 다른 (단순히 정도 차이는 아니다) 특징적인 내용을 표현하고 있었음을 금방 알 수 있을 것이다.

개괄적으로 말하면, 자유민권운동이 가장 광범한 민중의 지지를 얻어, 가장 적극적으로 요구했던 현실적 정책은, 첫째로 입헌정체 수립 내지 입법권의 확립 (국회 개설과 지방자치), 둘째로 조세·공과 (특히 지조(地租))의 경감, 셋째로 조약 개정이었다. 그 중에서도 자유민권운동가들이 중심에 둔 것은 입헌정체의 수립이었다. (운동의 기초인 일반 농민은 직접적인 부담경감이 으뜸이었다.) 그 때문에 후쿠자와 유키치(福澤諭吉)의 비판<sup>90)</sup> 이래 정권 일변도론이라는 비판이 가해지는 것이지만, 그리고 우리도 자유민권이 참정운동을 중심으로 하지 않을 수 없었던 이유를 적극적으로 밝혀야 하는 것이지만, 그러기 위해서도 그 입헌정체 수립(정치적 자유)에 대한 요구가 여타 시민적 자유 요구와 어떻게 관련되어 있었는지를 살피지 않을 수 없다. 거칠게 말하면, 그 관련은 다음과 같이 파악할 수 있을 것이다.

우선 두 번째인 조세 경감 요구의 논거로서 조세·공과의 중압이 '인민의 이해'를 저해하고, '민간의 공'에 '재산'·'근로'의 자유로운 발전을 저지하고 있다고 주장되고, 한편으로 그와 대치(對置)된, 그 조세 수탈을 기초로 하는 일부 특권 상공업자에 대한 '보호권장' (즉 간섭) 정책에 대한 비판이 전개되었다. 자연권으로서 이론적으로 자리가 매겨진 재산권(=소유의 자유), 상품생산(=영업의 자유)란 그와 같은 조세·공과의 중압으로부터의 자유였다. 또 첫 번째 요구인 입헌정체는 무엇보다도 그와 같은 정부의 조세 수탈(=보호 간섭)에 의해 현실적으로 저해받고 있는 '시민적 자유'를 확보하고 유지하기 위한 조세공의(共議), 예산심의를 위한 기관으로서 요구되었던 것이며, 그 입헌정체(=국가) 성립의 근거가 '사회계약설'으로써 보강되었던 것이다. 그러한 요구와 운동이 신문지조례·집회조례 등에 의해 억압된 데 대하여 언론·

90) 후쿠자와 코스와 나중에 자유당을 이룬 자유민권운동과 코스와의 대립은, 전자의 도시부르주아 코스 대 후자의 농촌 소생산자 코스와의 대립이다. 전자는 흔히 권력과 연계하는 '정상(政商)'적 자본이며, 민권론보다 국권론이 우위에 있다. 후자는 그 경제적 정치적 미성숙으로 말미암아 직접적·경제적 요소가 직접 권력타도 요구로 연결되고, 미래의 정체 구상이나 법규범체계의 구상이라는 면에서 열세에 머무르지 않을 수 없을 것 같다.

집회의 자유가 요구되고, 혹은 더 나아가 그와 같은 소유권의 자유, 영업의 자유나 언론·집회의 자유에 대한 침해를 배제하고 '권리의 회복'을 위하여 '압제정부의 전복'조차 주장되고, 그것이 저항권·혁명권의 사상에 의해 정당화 되었던 것이다.

이리하여 자유민권운동에서는 그 정치이념의 계승성에도 불구하고, 서유럽 고전적 시민혁명의 경우와 같은 '농민적 토지소유'를 봉건적 여러 규범으로부터 철저히 해방하고 완전히 자유로운 소농민 토지소유(=독립자영농민경영)로 전화케 하는 이른바 농민적 농업혁명(=토지변혁)의 문제나 자본주의적 진화에 있어서의 직접생산자형(型)으로의 길을 열어줄 국가적, 절대주의적 '산업규제' 폐기의 문제가 직접 그 자체로서는 제기되지 않았다. 거기서는 토지소유(=재산권의 자유)의 문제는 지조(地租)의 문제에 집중적으로 나타나고, 산업규제의 폐기(=영업의 자유)의 문제도, 예컨대 영업의 자유를 슬로건으로 삼은 '주점(酒店) 회의'가 주조석세(酒造石稅)의 중압에 대한 반대운동이었듯이, 재정(=조세문제)에 집약되어 나타난 것이다. 여기에 우리는 부르주아민주주의운동으로서의 자유민권운동이 지니는 특징적 성격 (단순히 불철저함의 문제가 아니다)을 인식할 수 있는 것이다.

자유민권운동이나 지조개정 반대 농민봉기를 일본 근대화 과정의 단순한 협잡물(挾雜物) 혹은 '혁명의 후산(後産)'이라고 보는 견해가 아니라, 그것이야말로 일본 '근대화'에서의 변혁적 경로를 표현한 것이며, 그것과의 대항, 그것에 의한 억압을 통해서만이 현실에서 추진된 명치정부에 의한 자본주의의 '이식'이 진행되었다고 보는 입장에 서는 한, 우리는 민권운동이 이와 같은 특징을 지닐 수밖에 없었던 이유를 적극적으로 밝혀야 한다. 그리고 그러기 위해서는 운동 발생의 직접적인 기반 뿐 아니라, 운동이 처한 당시의 국가와 경제와의 특수한 관련을 문제 삼지 않으면 안 된다. 여기서는 그 문제를, 특히 '소유권의 자유'와 '영업의 자유'의 문제에 초점을 맞추어 고찰하기로 한다.

### 3. 자유민권에서 '소유의 자유'와 그 기반

자유민권운동에서의 재산권(=소유의 자유), 특히 그 기초가 되는 근대적인 사적 토지소유 확립에 대한 요구는 어떤 구체적 내용을 가지고 있었을까? 종래의 연구 성과, 특히 고토 야스시(後藤 靖) 교수의 연구 성과를 통해 자유민권과의 토지문제론을 요약하면 다음과 같다.

자유민권운동에서 토지소유문제를 처음으로 체계적으로 파악하고, 그것을 근거로 정부비판을 전개했던 것은 명치 10(1877)년의 입지사(立志社) 건백(健白)이었다. 우에키가 기초하고 입지사 수뇌가 수정을 가하고, 가타오카 겐키치(片岡健吉)가 총대표가 되어 천황에게 직접 상서(上書)한 이 건백서는 자유민권운동의 3대 강령인 국회개설·지조경감·조약개정을 처음으로 통일적으로 제기했다는 의미로 자유민권운동사상 획기적인 문서라고 할 것이다. 이 건백서에서 '국가독립의 기본을 배식(培植)하고 인민의 안녕을 도모하려면, 민선의원을 설립하고 입헌정체의 기초를 확립하는 길 외에는 없다.'라는 주장의 중요한 논거 중 하나로서 '세법이 번거롭고 가혹해서 인민이 이에 견디지 못한다.'라는 전제정치에 대한 비판이 있었다. 즉 '조세 부담이 공평하다'고 했던 지조 개정은 실제로는 전제의 결과 '무한히 엄한 법'으로 변하고, 오히려 '불공평의 폐단'을 더 크게 했을 뿐 아니라, 인민이 그것에 견딜 수 없어 '모여 원망을 토로하고' '거적 깃발과 죽창'을 가지고 봉기하지 않을 수 없을 만큼 인민의 '보전(保全)의 본(本)'을 잃게 하고, '행복 안전'을 파괴하기에 이르렀다고 하고 있다.

이 입지사 건백을 지탱하고 있는 정치이념을 가장 잘 표현하고 있는 것은 우에키의 자유민권론이었다. 우에키는 지조 개정의 결과 농민이 고율·금납 지조를 납입하기 위하여, 무리하게 상품경제에 휘말리고, 어쩔 수 없이 그 소유 경지를 담보로 잡히지 않으면 안 되었다고 하는 현실인식을 가지고, 이 상황을 구제할 궁극적인 방법은 '전제무한의 정치를 버리고 전국 인민에게 참정의 권리를 허용하고, 이른바 군민

공치(군민공치(君民共治)의 정체로 바꾸는 방법 밖에 없다고 주장한다. 그에게 농민의 토지소유의 상실은 '천하의 정의'인 농업생활 그 자체의 파괴를 의미하고 있었던 것이다. '사유는 부유의 근원'이라고 할 때 우에키에게 사적소유야말로 인민자립의 기초이며, 부유·지식·건강의 물질적 기초였다. 이 같은 사적소유=시민적 자유 확립을 위해 입헌정체의 수립=정치적 자유의 확립이 요구되었으며, 그런 의미에서 우에키의 이론은 당시 지조개정 반대 붐기를 감행하고 있던 소토지 '소유' 농민의 즉자적 요구를 정치이념에까지 높인 것이라고 할 수 있을 것이다.

그런데, 입지사 건백에 제시된 토지문제론을 국회 개설운동의 전국적 고양 속에서 보다 명확한 논리로 제기한 것이, 명치 13년에 8만7천 명의 청원인을 대표한 가타오카 겐키치(片岡健吉)와 고노노 히로나카(河野廣中)가 제시했던 <국회 개설 운가(允可)를 상원(上願)하는 서(書)>였다. 이 국회개설 청원서는 너무도 유명하며, 특히 그 제6항은 (그것이 농민적 농업혁명(=토지혁명)의 요구를 포함하고 있는지에 대해서는 논쟁이 있으나) 중요하므로 그 논지를 요약한다면 이렇게 된다. 즉, 이미 지조를 개정하고 지권(地券)을 발행한 이상 국토가 정부의 사유가 아님은 명백하며, 국토가 정부의 사유 아니기 때문에 '인민의 신명(身命)재산'도 또한 정부의 사유가 아니다. 정부가 그에 대해 조세를 징수하는 것은 '인민의 사유(私)에서 징수한다'고 하지 않을 수 없다. 또한 조세는 국가를 위해서 하는 것이므로 징수된 조세는 '나라의 공유물'이라고 해야 한다. 그리고 사유는 그 사유주 1인으로 이를 처분할 권리가 있는 바, '공유는 대중과 함께 도모하지 않으면 안 된다'는 것은 당연한 이치이다. 그렇다면 사유에서 징수하고 국가의 공유물이 된 조세금을 처치하기 위해서는 정부만으로 하는 것이 아니라 반드시 전국 인민과 함께 상의하지 않으면 안 된다. 조세를 인민과 함께 논의하기 위해서는 국회를 개설해야 하는 것이다. 그것은 앞의 우에키 주장과 마찬가지로 토지 사유론을 전제로 조세 공의(共議)권의 확립 즉 국회 개설(및 조세 경감)을 요구하는 것이지만, 거기서 주목할 것은, 지조 개정은 원래 토지 사유를 창설해야 하는 것이었는데, 조세 공의권이 없기 때문에 엄밀한 의미에서 토지 사유가 성립되어 있지 않다는 인식이다. 바꿔 말하면 무한·배타적인 권력을 갖는 정부가 일방적으로 징수하는 조세(특히 지조=지대) 때문에 토지 사유권의 확립이 방해받고 있다는 인식이다. 그리고 실제로 이 절대주의적 지조(=지대)의 수취는 당시 일본에서 잉여노동·잉여생산물 수취의 가장 주요한 관계 (그 지조가 잉여노동의 경제적 실현의 주요한 형태)였으며, 이런 요구는 당시 농민의 가장 광범한 기본적 요구였던 것이다.

여기서 문제는 우에키에 대표되는 '호농민권'론에는 형성되고 있던 지주적 토지소유에 대한 직접적인 비판이 포함되어 있지 않다는 점이다. 그리고 이 사실을 근거로 '호농민권'론의 농업혁명에 있어서의 불철저성이 흔히 지적되어왔다. 확실히 '호농민권'에서는 농민(=토지)문제를 지조문제로 환원하고 있었다는 점, 기존의 토지소유관계의 변혁(=토지혁명)의 과제가 그 자체로서는 제기되지 않았다는 점은 분명하다. 그것이 어떠한 토지문제를 실제로 의미하고 있었는지를 밝히기 위해서는 '토지=재산의 균분을 목표로 하는 농민적 토지혁명'이라고 규정되는 명치 17년의 '격화(激化)제(諸)사건'에 대해 자유민권파의 토지소유론과 현실의 농민의 과제와의 관계를 보지 않으면 안 된다.

지치부(秩父)사건에 대표되는, 곤민당(困民黨), 차금당(借金黨), 소작당(小作黨) 등에 의한 각지에서의 연달아 일어난 자연발생적인 농민소요를 사회적 배경으로 해서 발생한 명치 17년의 '격화제사건'은 때로 '호농민권'과 대비하여 '농민민권'이라고 규정되며, 전자의 지주·부르주아적 개량적 민주주의와 대비되는 농민적 혁명적 민주주의로서 평가되며, 막부(幕府) 말기에서 유신 시기의 '세상 바꾸기 민란'의 발전 선상에 자리 매겨져 있다. 그러나 그것이 '세상 바꾸기 민란'과 준별되는 특징은, 그 폭동의 규모와 조직성에서 진전된 것이었을 뿐 아니라 중하층 농민·반(半) 프롤레타리아·직인(職人)층 등의 여러 가지 경제적 요구('빈민구출')가 자유당원의 지도 하에 '전제정부 전복·자유정부 수립'이라는 정권 변혁과 연결되어 지향되었다는 점에 있다. 그런 의미에서 자유민권파의 정치이념이 크든 작든 그 투쟁과 관련되어 있

있던 것이며, 그 정치이념을 대표하는 것으로서 오오이 겐타로(大井憲太郎)의 <시사요론>(명치 19년)을 들 수 있다.

오오이는 당년 일본 상황을, 부자가 더욱 더 부를 집중하고 빈민은 더욱 생계에 고통을 받는 상황으로 파악하고, 이 빈부 분화를 촉진한 요인으로, ① 명치 초년 이래의 공채·지폐정책에 의해 국채·지폐가 '화족(華族=귀족)이나 호농상(豪農商)의 손에 집중되고, 그들은 그것을 자금으로 하여 소작미(米)나 고리(高利)를 얻어, 그것이 '농공상의 자본이 되어 그 생산력을 돕는 일이 없'는 상황에 이르렀다는 것, ② 부자가 국비의 부담을 면하고 중농과 빈자가 그것을 부담하는 (특히 빈자가 부자=지주에게 '지조와 소작미'라는 이중의 조세를 부담하고, 부자는 세 부담을 빈자에게 전가하는) 조세체계, ③ 지조 개정에 의한 고정적인 '정액세법' 때문에 인민이 필요경비 이상으로 가혹한 납세를 하지 않을 수 없는 점을 설명한다. 그리고 그 빈민구제='빈부평균'의 적극적인 방법으로서 ㉠ 조세체계의 변혁, 즉 '중농과 빈민'만이 부담하는 세법을 개혁하여 누진과세법을 채택할 것, ㉡ '정액세법'을 지양하고 저부의 필요경비에 따르는 '배당세'로 고칠 것, ㉢ 보다 근본적인 해결방법으로서, '다수 인민에게 항산(恒産)을 얻도록' 하기 위해 '집 마다 균등하게 경지를 보유케 하고, 전매(典賣)를 금하고 영세의 자산으로' 만들기 위해 '토지 평분(平分)법'과 '전매(典賣) 금지'를 실시할 것을 요구했다. 이와 같은 토지 균분론의 이론적 근거는, 토지는 원래 '천제가 국가공중에 부여한 특종의 은사물'이며, '공공의 재산'이며, 토지는 '사유할 수 있는 것이 아니라' '보유할 수 있는데 지나지 않는다는 점에 있다. 여기서 그는 사유재산론을 비판하고, 나아가서 '토지 국유론'을 주장해서 그것을 최상의 인민 구치책(救治策)이라고 주장했다. '우리는 자유를 소중하게 생각한다. 그러나 만약 자유 일부를 희생시켜 공공의 큰 이익을 얻을 수 있다면 이를 용이하게 받아들이고자 할 뿐이다. 생각건대 저 공산당, 사회당처럼 소유권을 보호하는 것이 가장 좋은 법이라고 생각하는 사산(私産)당에 비하면 우리가 몇 배나 더 자유를 사랑하는 것이라고 하겠다.' 즉 자유권의 발전으로서 사적소유보다도 소유의 평등을 존중하는 것이다.

그런데, 이와 같은, 절대주의적 조세체계의 변혁에 머무르지 않고, 빈부 분해와 형성 도상에 있는 지주적 토지소유를 저지하기 위해 '토지평분'과 토지 전매 금지를 주장하는 오오이의 입장은, 분명 명치 17년 '격화제사건'의 '빈민구출' 요구에 이론적 기초를 마련한 것이었다. 그러나 그의 토지 국유론과 초기 공산주의적 급진사상은 다분히 수입사상의 색채를 띤 것으로, 현실의 투쟁주체인 빈민(=농민)·반(半)프롤레타리아 층의 투쟁과의 관계에서 말한다면, 그 무자각적인 '세상 바꾸기'(=토지재산 균분요구) 요구를 극도로 선진적으로 이론화 한 것이라고 할 것이다. 17년 '격화제사건'의 배경이 된 농민 소요의 중심적 요구는 부채 반환(返辦), 즉 빛의 거치(据置)·담보로 잡힌 땅의 반환 또는 유질(流質) 저지·조세공과 감면이었다. 그에 비하면 소작문제를 둘러싼 대립은 부분적·부수적이었으며, 그것도 소작료 감면이 중심적 요구였고, 지주적 토지소유의 폐기나 경작권 확립의 요구는 일어나지 않았다. 즉 이 경우도 기성의 토지소유관계 변혁은 중심적 과제가 아니었고, 오히려 진행하고 있던 고리대 자본의 수탈과 그를 통한 지주-소작으로의 분해를 저지하는 투쟁이었던 것이다. 더욱이 그 부채 누적⇒질지(質地-저당잡힌 땅) 소작화의 진행은 기본적으로 지폐정리와 군비확장과 상관계가 그 특징이었던 당시의 강력한 재정=조세 수탈에 기인하는 것이었다. 따라서 이 '농민민권' 격화단계에서, '호농민권' 단계에 비해서 직접적인 토지소유문제가 표면에 나타났다고는 하나, 그 중심문제는 농민적 토지소유가 무너지려고 하는 데 대한 문제였던 것이며, 기존의 지주적 토지소유에 대한 투쟁은 부분적이며 맹아적인 것에 머물렀다. 전(全)기구적으로 볼 때, 이 단계에서도 여전히 재정, 즉 조세수탈로 인해 경영적 발전을 저지당하고 있던 (호농도

91) 자유민권론의 주류는 서구의 사회주의·공산주의사상을 배척하고 있었다. 그런 점에서 이 오오이의 사상은 주목되어야 하지만, 이와 같은 사회주의사상에의 경사(本질은 소부르주아 급진주의)는, 오오이 뿐 아니라 우에키에게도 그리고 자방의 자유당원들에게도 발견된다.

포함한) 전 농민층과 '국가'와의 대립이 기본적으로었던 것이다. 소유권의 자유도 기본적으로는 조세 수탈 →부채 또는 저당 잡히기→저당 잡힌 땅(質地)의 소작화라는 과정(過程)적인 문제로서 의식되고 있었던 것이며, 농민적 토지소유를 보전하기 위해, 고리대적 수탈의 자유(토지 겸병(兼併))에 대한 반대가 정치 의식화 된 것이다.

이상과 같이 자유민권운동에 있어서의 소유권의 자유, 근대적 토지사유 요구의 구체적 내용이 조세문제(조세 공의(共議)권과 조세 경감)에 집약되지 않을 수 없었던 것은, 현실적으로 당시 잉여노동 수취의 기본적·중심적 관계가 조세수탈관계(잉여노동의 기본적·중심적 실현형태가 조세형태)였으며, 지주적 토지소유에 기초한 잉여노동의 수취(그 실현형태는 소작료)는 여전히 부수적인 관계였던 까닭이다. 이런 사실 때문에 당시의 기본적 생산관계를 '봉건적 국가적 토지소유'라고 규정하는 견해도 성립되는 것이지만, 이와 같은 상태는, 고대 아시아적 전제국가라면 모르되, 사유재산제가 발전된 이 단계에서는 지극히 비정상적이고 혹은 과도적인 국가와 경제의 관련양식이며, 안정적인 사회구성체일 수 없는 상태이다. 일반적으로 계급국가에서는 지배적 생산양식에서의 경제적 지배계급이 동시에 정치적 지배계급이며, 그들이 혹은 그들의 일부가 직접 또는 간접으로 국가를 장악하는 것이 통례이다. 예외적 국가인 절대주의국가에서도 그 고전적인 형태에서는 배타적 전제군주가 동시에 최대의 개별 영주이며, 개별·사적인 영주적 및 지주적 토지소유(통틀어 반(半)봉건적 토지소유)가 지배적 생산관계(한편으로 부르주아적 생산관계와 대립하면서)였다. 자유민권기의 국가는 여전히 본질적으로는 절대주의였지만, 그런 점에서는 지극히 특수한 절대주의였다. 구(舊) 영주·무사계급은 여전히 국고에 '금록공채(金祿公債)'의 원리(元利) 청구권을 가지고 있었다고는 하나 이미 그들은 봉건적 토지소유자가 아니었다. (다만 상인자본(동시에 특권적 산업자본에의 전화 방향을 갖는다)=지주적 토지소유에의 전화 방향을 가지고는 있었다) 지주계급은 일부 지역을 제외하고 그 토지소유가 여전히 국가적인 조세수탈에 종속적이며, 조세수탈로 인해 안정적인 토지소유를 할 수 없는 경우에는 국가와 상대적 대립관계에 서기조차 했다. 이른바 정상(政商=특권적 상인자본-산업자본에의 전화 방향을 지닌다)가 가장 국가로부터 이익을 얻고 있었지만, 그들 또한 안정적인 경제적·정치적 지배계급이 되고 있지 못했다. 이리하여 명치정권은 일시적으로 의거할 계급적 기초를 장악하고 있지 못하는(새롭게 만들어내고 있는) 단계였으며, 이 사실이 정부로 하여금 더욱 전제적이게 하는 요인이 되었던 것이다.

이와 같은 명치 전기(前期) 국가의 특수한 존재양태를 가져온 근거는 명치유신 변혁의 특수성에 있다 하겠다. 왕정복고(폐번치현(廢藩置縣)- 즉 藩을 폐하고 縣을 두는 중앙집권적 행정개편)으로 성립된 유신정권은 선진열강에 의한 정치적·경제적인 반(半)식민지화라는 위기 속에서 조속하게 격화된 국내의 계급대립에 기초를 두고 성립된, 본질적으로 절대주의적인 군사관료 전제국가였다고 볼 수 있다. 이 유신정권은 무엇보다도 대외적으로 통일주권국가이고자 급속하게 대내적인 권력기구 집중·정비를 수행했는데, 그러기 위해서는 우선 그 재정적 기초를 확보해야 했다. 지조 개정과 질륙(秩祿=녹봉)처분도 일차적으로는 그 재정적 기초의 확보를 위해 필연적이라고 생각되었던 것이며, 여기에 일거에 이루어진 영주적 토지소유 폐기와 괴멸의 필연성을 내포한 '농민적 토지소유'의 공인이라는, 고전적 절대주의와 견주면 비정상적으로 특수한(외견적으로는 매우 과격한) 토지개혁이 실행되었던 것이다. 즉 소유권의 경제적 기초인, '근대화의 기점(起點)'인, 근대적 농민적 토지소유가 성립되어 있지 않음에도 불구하고, 그 대립·저해물인(반) 봉건적 토지소유가 자립적인 지배형태로서 존재하지 않는다는 특수한 사태가 빚어졌던 것이다. 자유민권운동이 토지소유의 변혁을 제기하지 못했던 근거 중 하나는 여기에 있다.

그런데, 필자는 이미 다른 글에서 자유민권운동기의 자생적인 여러 생산력의 발전에 규정된 농민경제의 발전단계에 대해 다음과 같이 논증한 바 있었다. 즉 그 단계는, 농민층 분해의 초기 단계(농민경제의 부르주아적 발전)는 불가피했지만, 농민층의 상품생산자적 발전(부르주아적 양극분해)이 끊임없이 왜곡되

어 기생지주·소작관계를 만들지 않을 수 없는 단계, 공업과 관련해서 말한다면, 농민적 가내공업이 그 선봉에 단서적 매뉴팩처를 낳을 정도로 소영업으로서 발전하고 있으면서도, 그 발전이 끊임없이 도매(都賣)제 가내공업의 확대에 귀결되지 않을 수 없는 단계에 있었다는 것이다.

물론 명치기에서는 이 농민층 분해의 정도나 범위가 국제적·국가적인 구조적 규정성을 받고 있는 것이지만, 기본적으로 이런 단계 하에서는 경제발전의 기본적으로 대립되는 두 가지 길은, 농민층의 부르주아적 발전(분해)을 추진하는 변혁적 코스와, 이 부르주아적 발전을 가로막으면서 기생지주=상업·고리대업에 의한 소작(=빈농) 지배를 만들어가는 반동적 코스였다. (당시 일본에서 그 상업·고리대 자본은 특권적으로 산업자본으로 전화(다른 한편에서는 소작농(=빈농)은 반(半)프로레타리아화 되어갔다)하고 있었다.)

그런데, 이 변혁적 코스에 제동을 가하는 최대의 것은, 막부시대 말에는 영주(→마을 유력자)의 공조(貢租)공과 수탈이었는데, 명치유신 이후에는 정부와 지방청이 통틀어 수행하는 조세·공과의 수탈이었다. 즉 조세·공과 수탈이 심하면 심할수록 농민층 분해의 변혁적 코스가 방해를 받고, 그만큼 지주적 토지소유를 생산해내는 관계에 있었던 것이다. 그런 의미에서 조세 경감요구는 부채반변(返辨)·질지(質地)반환의 요구와 공통의 기반 위에서 있었던 것이다. 조세 경감을 '기본모순'에서의 투쟁이되 변혁적이지 아니라고 하고, 질지반환을 '상대적 모순'에서의 투쟁이되 토지혁명적이라고 하면서 양자를 기계적으로 분리하는 것은 잘못이다. 자유민권운동이 호농(豪農)층을 지도자로 하고 일반 농민층이 참가했던 운동이었다는 점에서 그 자유권 요구가 조세문제에 집중되었던 것은 이런 까닭에서였다. 명치17년의 '격화제사건'에서도 기본문제는 마찬가지로였다.

그러나 이런 단계에서는 새로운 모순, 즉 생성되고 있던 기생지주(=상업·고리대 자본)와 소작(=빈농-상업자본이 산업자본으로 전화되고 있는 한, 산업자본과 임노동과의 대립을 동시에 선구적으로 내포한다)과의 대립이 중요한 '기본인권' 문제로서 등장하고 있었다. 이 새로운 생산관계는 아직 생성과정에 있었고, 그렇기 때문에 앞의(조세문제를 둘러싼) 기본적인 대립과 떼어낼 수 없이 결합되고 있는 한, 현실의 계급투쟁은 전자(前者)의 투쟁과 얽히면서 전개된다. 명치17년 '격화제사건'은 이런 사실을 실제로 드러내고 있는데, 일부 선진지역에서는 전자의 기본적 대립과는 독자적으로, 지주와 소작의 대립이 나타나 있다. 그것은 훗날의 소작쟁의의 선구적 형태이며, 오오이(大井)의 토지 국유론은 그런 의미에서는 명치중기 이후의 토지 국유론의 선구형태라고 해도 될 것이다.

#### 4. 자유민권의 '영업의 자유'와 그 기반

이른바 '영업의 자유'(산업=노동의 자유) 요구에서는 '소유권의 자유'에서만 자유민권운동은 구체적 내용을 제시하지 않았다. 거기에는 서유럽의 고전적 시민혁명에서와 같은, 절대왕정의 촌프트적인 '산업규칙'(즉 전기적 독점)의 폐기로서의 '영업의 자유' 요구는<sup>92)</sup> 거의 찾아 볼 수 없다.

자유민권운동 속에서 '영업의 자유'를 직접적 정치이념으로 한 운동은 '주점(酒店)회의'의 운동이 가장 전형적인 사례일 것이다. 우에키가 지도한 '주점회의' 개최를 위한 격문(명치14년)은 '영업의 자유'를 다음과 같이 선명하게 내걸고 있었다.

92) '산업의 자유'는 시민혁명기 중산 시민층(=부르주아지)의 슬로건이었다. 사실 근대 시민적 의미의 산업=노동의 자유(상품생산 및 유통의 자유) 즉 절대주의의 촌프트적 '산업규칙'의 폐기는, 형식적으로는 프랑수아혁명의 과정 중에 중국적으로 달성되었다. ... 그러나 그것은 18세기 중 농촌공업·농촌 매뉴팩처의 광범한 전개가 스스로 달성한 기성의 사태를 사후적으로 법인(法認)한 것에 지나지 않는다. (다카하시 고하치로(高橋 幸八郎) <시민혁명의 구조>. 그리고 여기서 '산업의 자유'는 '노동의 자유'도 의미하고 있었음을 기억해야 한다.

‘우리 국민은 아주 주조(酒造)업을 영위할 수 없게 되는 것인가? 우리 모두 처음부터 주조 영업을 하지 않았을 걸. (???) 그러나 이제 와서 주조 영업을 금지하지 말아야 한다. 또한 금지해야 할 일도 아니다. 원래 당연히 자유롭게 영위할 수 있어야 할 뿐이다. ?????? 원래 정부는 국가의 질서를 바로잡고 인민의 자유권리를 보호하는 데 머물러야 한다. 감히 우리의 사사(私事)에 간섭하여 이를 억제해서는 안 되는 것이다.’

그러나 이 경우에도 주조석세(酒造石稅)의 증징(增徵), 그 부담의 과중에 대한 반대가 주조업자의 운동이 발생한 직접적인 계기였으며, 절대주의적 ‘산업규칙’ 폐기가 직접의 과제였던 것은 아니다. 명치10년대에는 주조세칙(稅則)의 개정·증세(增稅)가 자주 있었고, 특히 명치13년 지폐정리방침의 설정 이후 증세는 심해졌다. 그것을 계기로 운동이 일어났던 것이다. 분명 명치15년 해군 확장비를 핑계로 한 주조세칙 개정추기는 주조세 증징 뿐 아니라, 증세와 주조업 개업제한을 통해 농촌의 영세 주조업자를 정리하고, 대 주조업자에 생산을 집중·독점케 함으로써 대 주조업자를 대상으로 안정적인 징세체제를 굳히기 위한 의도 아래 감행되었다고 할 수 있다. 그러기에 이 주조세 증징에 대한 비판에서 민권과 신문 논설도 도시의 대 주조업자와 지방의 소 주조업자와의 이해 대립을 명확하게 지적했다. 즉 이 번 증세로써 백석 이하 소 주조업자의 수는 감소하고 수년 후에는 소멸될 것이다. 그 결과 술은 유한 주조업자의 전매로 귀결될 것이므로 대 주조가는 많은 세금을 내도 수지는 맞을 것이다. 따라서 이번 세칙 개정으로 영업상 현저하게 불리한 것은 소 주조업자들이다. 이렇게 그 계급적 성격을 똑바로 지적했던 것이다. 그런 의미에서 ‘주점회의’의 원동력이 된 것은 지방의 소 주조업자였으며, 그 운동은 (단순한 ‘일본형 부르주아지’ (지주 겸영 매뉴팩처)의 부르주아 자유주의 투쟁이 아니라) 정부 보호 하에 상업자본으로부터 상업자본으로 전화하고 있던 특권자본에 대항하면서 자생적인 소부르주아적 발전을 지향하고 있던 지방 주조업자=호농층의 입장에 선 것이었다고 볼 수 있는 바, 이 지방 호농층의 소부르주아적 발전을 저해하고 있던 직접적인 주요한 질곡은 ‘산업규제’가 아니라, 차라리 조세 증압이었던 것이다. 더욱이 이 ‘주점회의’운동은 자유당파의 민권운동에서는 주류의 운동이 되지 못했다.

[이 부분 '요코하마 연합 생사(生絲) 하예소(荷預所)사건'에 대한 부분 생략]

자유민권운동에서 정부의 보호(=간섭) 정책에 대한 비판의 많은 부분은 조세 수탈에 비례된 정부의 ‘간섭 익금(益金)’으로 향해졌던 것이다.

자유민권의 ‘영업의 자유’ 요구가 여전히 국민적 부르주아 민주주의혁명운동의 정치이념으로서 일정한 역할을 수행하고 있었음에도, 그것이 구체적인 현실적 내용을 지닌 것으로 만들어지지 않았고, 거의 조세(=재정문제)를 통해서만 나타난 까닭은 무엇인가? 물론 우리는 이 물음에 대한 답을, 당시 이미 절대주의의 춘프트적 산업규제체계가 (서유럽 시민혁명과 마찬가지로) 해체되고 있었기 때문이라고 간단히 내놓아서 안 된다. 명치유신 정권이 권력형태로서는 본질적으로 절대주의라는 사실은 정치사(史)상 분명하기 때문이며, 또 직접생산자 입장에서 보면, 그들의 자유로운 상품생산자화와 그 자유로운 자본-임노동에의 분해는 끊임없이 저지되고 있었기 때문이다. 오히려 일본에서는 서유럽의 절대왕제 하에 있었던 것과 같은 국가적 산업규제는 (막부시대 말기에 그 맹아가 부분적으로 나타났다고는 해도) 역사과정에서 아직 본격적으로 성립조차 하지 않았던 것이며, 따라서 그것이 농촌공업·농촌 매뉴팩처의 광범한 전개에 의해 사실상 그 의미를 상실하여 그 기성의 사태를 혁명(일본 경우 명치유신)을 통해 말하자면 사후적으로 법인(法認)한다는 사실은 전혀 발견되지 않았던 것이다. 이 문제를 분명히 하기 위해서는 단

순한 비교법사적 방법에 머무르지 않고 명치유신과 천황제국가의 성립과정(=일본 자본주의의 원시적 축적 과정), 세계사적 규정성에 의해 부여된 특수한 구조를 문제 삼지 않으면 안 된다.

우선 ‘산업규제’와 그에 대한 농민의 투쟁은 막부시대 말기에 찾아 볼 수 있다. 그것은 거칠게 말하면 다음 두 경우에 볼 수 있다. ① 막부에 의한 주요도시의 특권상인을 담당자로 하는 전국적인 상품유통규칙과 그에 대한 저항 상인 (호농·호상(豪商) 층을 지도로 하는 광범한 조직을 가진 반독점 ‘국소(國訴)’의 전개, ② 각 번(藩) 및 막부령(領)에서의 번 전매제·번영(藩營) 매뉴팩처와 특권상인을 통한 상품유통-상품생산의 규제와 그에 대한 상품유통·생산의 자유를 요구하는 농민반란 (특히 ‘세상 바꾸기’ 봉기가 그것이다. 그러나 그 경우의 특징은, 첫째로 직접 생산자의 투쟁 주 대상이 상인 길드였다는 점이다. 수공업자 길드는 작은 도시에서의 무사계급의 사치품 및 군수품 제조를 중심으로 한 지역적·부분적인 것이었으며, 따라서 계급투쟁의 규모도 작다. 전국적인 규모의 도시 수공업 길드는 거의 존재하지 않았다. 둘째로, 각 번(藩) 전매제 등에 의한 상품 유통규칙은 많은 경우 번 재정의 보전(補填)이 제일의 요인이었으며, ‘산업규제’로서는 체계적인 것이 아니었다. 따라서 농민 봉기의 공격은 ‘규제’와 관계된 특권상인(=마을 유력자)의 개인적 행동에 좌지우지 되는 경우가 많았다. 게다가 이 유통규제를 중심으로 한 ‘산업규제’가 하부의 호농 층까지 포함한 광범한 조직이 되는 것은 막부 시대 말 이후이며, 이 단계에서는 막부와 서남지방의 유력한 번들(長洲藩, 薩摩藩 등)과의 유통규제를 둘러싼 대립이 격화되어, 전국적 규제는 오히려 약체화되어갔다. 요컨대, 막부 시대 말기의 자생적인 발전으로는 ‘산업규제’는 고전적인 절대주의 하의 그것과 비교해서 훨씬 비성숙했으며, 그에 대한 투쟁도 농촌 매뉴팩처 산업자본의 전개를 기초로 할만한 것은 되지 못했다.

유신정권의 성립은, 앞에서 언급한 바와 같이, 대외적 계기로 인하여 조산(早産)했다. 즉 특수한 절대주의국가에의 이행이며, 그리하여 유신정권은 대외적으로는 늘 선진 열강이 강요하는 ‘자유무역’에 대응하기 위하여 제도적으로는 ‘산업규제’ 체계를 만들어내지 못하면서도 대외적으로 통일 주권국가로서 자신을 확립하기 위해, 대내적으로 실질적으로 전국적 유통기구의 장악을 도모한다는, (그리고 그런 점에서는 과거의 여러 번의 ‘산업규제’를 해체하여 ‘자유화’한다) 모순된 대책을 취하기에 이른다.

이 명치정부의 대책을 가장 잘 표현하는 것으로서 우리는 ① 유신 후 바로 설치된 상법사(商法司)-상법회소(商法會所), 통상사(通商司)-통상회사·환(換)회사, ② 명치6년의 ‘생사(生絲)제조단속규칙’에 따라 설치된 생사개회사(改會社), ③ 명치16년의 요코하마(橫濱)연합생사하예소(荷預所)를 들 수 있다. 이들 3자는 모두 외국 상인 혹은 외국 공관으로부터 ‘길드’라고 비난받고, 국내유통조직 통일에 일정한 성과를 거두면서도 그 압력 하에 제도적으로는 해체하지 않을 수 없었다. 당시의 상품유통의 주요한 것들이 모두 외국무역과 밀접한 관련을 가지고 있던 점을 생각하면 그에 대한 전국적 규제가 다 외압으로 인해 해체되지 않을 수 없었다는 사실에서, 명치정부에 의한 전국적 산업규제가 제도상 존재하지 못했던 이유를 이해할 수 있을 것이다.

그러나 다른 한편에서는, 그 국가적 내지 국가의 비호를 받은 특권적 상인층에 의한 전국적 ‘규제’가 직접 생산자 층의 산업자본적 발전에 의해 해체된 것이 아님을 주목할 필요가 있다. 그러므로 그 여러 ‘규제’ 체계의 제도상의 해체는 반드시 특권상인층에 의한 상품 생산자에 대한 사실상의 ‘규제’(=중속체제)의 배제를 의미하지 않았던 것이다. 그 제도적 ‘규제’ 해체 후에는 명치18년 ‘동업조합준칙’처럼 생산자 사이의 자주적인 조합규제에 내맡겨지고, 법제상은 그 조합의 준칙이 마련되는 데 그치지만, 실제로는 자금상의 독점을 배경으로, 지방관현의 지도 아래, 상인자본의 직접생산자에 대한 지배기구가 확충되어갔던 것이다. 그리고 상인자본이 산업자본으로 전화(轉化)되어갈 경우에는 그 조합에 의한 자주적 규제는 임노동에 대한 규제가 되어 작용하게 된다.

자유민권운동의 고양·격화의 직접적인 기반이 된 농민경제의 자생적 발전단계는, 앞에서 보았듯이 농

민중 분해의 초기단계에, 공업에서 말한다면, 그 소부르주아적 발전이 왜곡되고, 끊임없이 도매제자본-농가 가내노동의 확충에 귀결되지 않을 수 없는 단계에 있었다.

자유민권운동을 추진하는 농민층이 격화했을 때, (타율적 계기에 의해 촉진된, 농민경제에의 상품경제의 삼투의 심화, 따라서 농민층의 소작(=빈농)에의 분화의 일방적인 확산이라는 차이가 있었다고 하더라도), 그것은 막부 시기 말기의 '세상 바꾸기' 붐기의 성격을 여전히 벗어나지 못했다. 절대주의적 '산업규제'가 제도적으로 성립되지 않은 가운데, 사실상 고리대적인 전대(前貸)도매제 지배와 질지(質地-담보로 잡힌 땅)지주 지배가 진행되고 있었던 상황에서는 '영업의 자유'를 위한 투쟁은, 그 도매제적·질지지주적 지배-종속관계를 추진시키는 조세 수탈에 대한 반항을 기본으로 하고, 직접적으로는 전대도매제적·질지지주적 지배에 대한 부채 반변(返辨)이나 질지 반환을 요구하는 폭동이라는 형태에 머무르지 않을 수 없었던 것이다.

이와 같은 투쟁이 그 고립분산적인 소생산자적 성격에 기인한 한계로 인하여, 용이하게 국가권력에 의해 억압되어 굴복했을 때, 국가권력의 비호를 받은 상인자본(=질지지주)⇒산업자본의 직접생산자에 대한 지배, 권력적 계기가 시민사회의 수취(收取)관계 속으로 사실상 들어가 있는 국가(정치)와 시민사회(경제)와의 특징적 분리 하에서, '영업의 자유'의 문제는, 그 새로운 관계 속에 '노동=소생산의 자유'의 과제로서 남겨졌던 것이다. [끝]

#### 이런 생각 저런 생각 (번역자)

[1] 근대 시민혁명(명치유신)을 이루어놓고도 명치체제가 절대왕조로 남은 기이한 '자본주의'!!! 일본자본주의에 전근대성의 잔영이 끈질기게 남아 있는 것과의 관련성??

[2] 영국 경우와 다른 경로를 간 이유?

[3] 농민봉기가 전대주의를 부정하는 전국적 조직투쟁으로 이어지지 않았고, 자유민권과의 투쟁이 제도에 대한 투쟁으로 발전되지 못했던 이유. 따라서 일본에서 근대 시민혁명이 절대왕조 타도에 이르지 못했던 이유.

## 현대국가에 있어서 인권이론의 동향

<公法研究> 제34호 (日本公法學會: 일본 有斐閣 1972년 수록)

가와조에 도시유키 [川添 利幸]

### 1. 이 글의 과제

시민혁명기의 근대헌법이 선언했고 보장하고 있던 기본적 인권은 일견 철학적, 윤리적 모습을 가지고 있었음에도 역사적으로 제약된 것이었으며, 본질적으로 시민계급적 성격을 지니는 것이었다. 이 사실은 특히 최근의 사회과학적 접근을 통한 뛰어난 연구들이 이구동성으로 지적하는 바다.

그러나 성립기의 기본적 인권이 이와 같이 역사적으로 제약된 것이며, 본질적으로 시민계급적인 성격을 지니는 것이라면, ① 그와 같은 기본적 인권이 현대국가라는 새로운 상황 속에서 과연 이에 적용할 수 있는 것일까? ② 만약 그것이 가능하다면, 그것은 근대적 기본적 인권의 어떠한 특징 때문인가? ③ 그것은 어떤 기술과 형태로써 가능한가? ④ 그것은 어떤 법학적 과제에 직면하게 되는 것인가?

이런 것들이 필자가 이 글에서 다루려고 하는 문제들이다. 이 글은 사회주의국가에서의 여러 문제를 제외하고 있으므로 결국 현대 서구 민주주의국가의 기본적 인권이라는 범위에 한정된다.

그러나 그와 같이 한정했다고 하더라도 그것이 커버해야 할 문제의 범위가 매우 방대한 것은 마찬가지다. 그것을 거칠게 파악하는 일조차도 해박한 지식과 예리한 역사적 통찰력을 결하는 자에게는 거의 불가능한 일이라 하지 않을 수 없다. 따라서 필자 경우도 여기서 이런 문제에 대해 특별히 새로운 지적을 내놓을 자신은 전혀 없지만, 이미 공간되어 있는 선배들의 연구 성과를 딛고 이를 필자 나름으로 정리하는 것으로 만족할 수밖에 없다.

### 2. 전통적 인권의 피 제약성

자유권을 주체로 하는 전통적 인권은 그 보편적 형식에도 불구하고, 글자 그대로 모든 사람의 자유와 해방을 약속하는 것은 아니었다. 그것은 이중의 의미에서 제약되고 있었다고 할 수 있다. 그 하나는, 성립기에 특히 현저하게 발견되는 현실적 제약이며, 다른 하나는 전통적 인권 메커니즘에 유래하는 내재적, 논리적 제약이다.

#### [1] 성립기 인권의 현실적 제약

근대 시민혁명의 슬로건이, 혹은 '자유와 평등'이며, 혹은 '자유와 재산'이었음은 다 아는 바와 같다. 정신, 신체, 재산의 자유나 평등원칙에 관한 여러 규정이 찬란하게 열거되어 있었다는 것은 사실이다.

그러나 그럼에도 불구하고, 진정 보장되어 있었던 것은 재산권뿐이며, 그 밖의 자유나 평등의 보장은, 현실적으로는 매우 불완전한 것일 수밖에 없었다. 이 사실은 결코 재산권 이외의 자유나 평등의 선언이 거짓된 것이었음을 의미하는 것은 아니다. 시민혁명이 한편에서 경제적 자유의 실현을 추구하고 있었던 것과 함께, 다른 한편에서는 봉건적 신분을 철폐하고, 정신이나 신체에 관한 정치적 자유의 확보를 목표로 하고 있었다는 것은 의심의 여지가 없다. 그러나 동시에 시민혁명을 주도했던 시민계급의 주된 목표

가 자본주의 확립에 필요한 절대적 소유권의 보장에 있었다는 것도 사실이다. 따라서 이론적으로는 몰라도 현실적으로는 정치적 자유나 평등은 경제적 자유의 절대적 보장만큼은 강한 보장을 받는 일이 없었다. 그리고 절대적 소유권의 보장기구와 모순을 이룰 정도까지, 순수한 형태로 정치적 자유나 평등이 보장된 것도 아니었다.

이리하여 종교의 자유가 추상적으로 인정되어 있음에도 불구하고 실제로는 여전히 종교적 차별이 있었고, 언론·출판의 자유 하에서 시민의 정치적 비판의 자유가 '의회 모독'이라는 이름으로 당연한 것처럼 탄압되고 있었다. 선거의 평등에서도 사정은 마찬가지였다. 잘 알려지고 있듯이 시민혁명기의 헌법이 국민주권과 대표제를 채용하고 있음에도 실제로는 법률의 수준에서 선거권에 재산적인 자격제한이 가해졌고, 유산계급의 의사가 국민의 이름으로 관철된다는 구조였던 것이다.

그러나 이들 제약은 비교적 노골적으로 성립기의 전통적 인권의 성격을 드러낸 것에 지나지 않는다. 그것은 단순하고 양성적이어서 이론적으로는 분명한 데 대해, 문제는 오히려 전통적 인권의 메카니즘에 유래하는 내재적, 논리적 제약이라고 해야 할 것이다.

## [2] 전통적 인권의 논리적 제약

전통적 인권의 제2의 제약은 그 메카니즘에 유래하는 내재적, 논리적 제약이다. 앞의 첫 번째 제약이 이를테면 전통적 인권의 성립기에서의 '미숙함'에 기인하는 것이라고 볼 여지도 있었지만, 제2의 제약은 전통적 인권의 본질에 관한 것이라고 할 수 있다. 그런 만큼 전통적 인권의 현대적 적응의 가능성을 탐색하려 할 경우 한층 더 중요한 의미를 갖게 된다.

전통적 인권의 현저한 구조적 특징은 그 형식의 추상성·보편성에 있다. 이 점에서 봉건적 특권이 특정 신분을 빼고는 생각을 할 수 없었던 것과 결정적으로 다르다. 그리고 그것은 또 사회주의국가에서의 사회주의적 권리가 원리적으로 계급적인 것이라고 인식되는 것과도 결정적으로 구별되어야 한다.

전통적 인권의 이와 같은 형식의 추상성·보편성은 권리주체의 초계급적 표현 가운데 가장 전형적으로 나타나 있다. 각종 '권리선언'이나 인권조항이 '누구도 ... 할 권리를 침해당하지 않는다.'라거나 '모든 사람은 ... 할 권리를 갖는다.'라는 형식으로 이루어져 있다는 것은 잘 알려져 있다. 그러나 전통적 인권의 형식의 추상성과 보편성이 결코 그 실질적 초계급성을 보장하는 것이 아니었다는 사실이 중요하다.

물론 전통적 인권의 기반인 시민사회는 정치적으로도 경제적으로도 신분적 특권에 의존하지 않고 구성될 수 있는 사회로서 고유의 논리를 가지고 있었다. '제3신분이란 무엇인가? 그것은 모두이다.'라는 말에 상징되듯이, 사람은 누구나 개인으로서 자유, 평등하다고 생각되는 것이 시민사회의 논리적 전제였다. 그러나 그것은 주지하다시피 사회적 힘 관계를 완전히 사상(捨象)해서 성립되는 논리였으며, 모든 사람의 자유와 평등이 실질적·현실적으로 보장되는 것을 의미하는 것은 아니었다. 아니, 도리어 재산상의 불평등이 전제가 되고, 그것이 사실상의 강제로서 '자유롭게' 기능할 것이 기대되고 있었다고 해도 될 것이다. 인권의 형식에 있어서 보편성은 인권의 초계급적인 실질을 담보하기커녕 거꾸로 시민사회 내부의 경제적인 약육강식을 법의 이름으로 조장한다는, 지극히 계급적인 기능을 영위하지 않을 수 없었던 것이다. 이리하여 '기본적 인권(시민적 자유)의 보장은 그 추상적·보편적 외관과 관계없이, 혹은 차라리 그 추상적·보편성으로 인하여, 전(全)인민에게 '똑같이' 아닌, 생산수단을 소유하는 자들에게 특별히 유리하게 기능하는' 결과가 되었다고 하지 않을 수 없는 것이다.

## 3. 현대국가에서의 새로운 상황

앞에서 전통적 인권이 현대사회에 적응될 것인가의 문제를 해명하기 위한 실마리의 하나가, 전통적 인권의 구조와 논리 속에 숨어 있음을 강조했다. 그러나 여기서 전통적 인권의 적응을 강제하는 현대국가의 새로운 상황에도 눈을 돌리지 않을 수 없다.

원래 현대의 새로운 상황이라고 해도 여러 가지가 있겠지만, 여기서는 전통적 인권의 구조와 논리에 직접 관계가 있는 사회적 조건의 변화에 초점을 맞추어 개관하는데 그칠 수밖에 없다.

무엇보다 먼저 주목되어야 할 것은, 현대사회에 있어서 개인의 등질성의 붕괴이다. 앞에서 지적했듯이 전통적 인권의 기초가 되었던 근대 시민사회는 정치적으로도 경제적으로도 자유·평등한 개인을 전제로 하고 구성되어 있었다. 봉건사회의 신분적 특권은 철폐되고, 각 개인은 상품교환주체라는 관점에서 형식적으로 평등한 인격을 지니는 것으로 인식되었다. 이리하여 처음으로 보편적·초계급적 형태로 모든 사람의 인권을 선언할 수가 있었던 것이다. 즉 전통적인 인권은 시민사회에서의 개인의 등질성을 전제로 해서만 성립되는 것이었다. 다만 이미 지적했듯이 시민사회에서의 개인의 등질성은 반드시 실질적인 등질성을 의미하는 것은 아니었으므로, 전통적 인권의 보장은 그 보편적 외관과 관계없이, 아니, 차라리 그 보편성 때문에 오히려 시민계급적인 기능을 영위했던 것이다. 성립기의 전통적 인권에서마저 그러했다. 하물며 자본주의가 고도화된 현대사회에서는 자본과 노동의 대립을 비롯한 각종 날카로운 이해 대립이 속속 드러나 있는 것이다. 사회적, 경제적 힘 관계의 격절(隔絶)은 옛날과는 도저히 비교도 할 수 없을 정도로 커지고, 그것은 이제 새로운 의미의 '신분'이라고 할만한 것이 되어버렸다.

이와 같은 현대사회에서의 개인의 등질성 붕괴는 그 자체가 전통적 인권의 논리적 전제를 갈아엎어버리는 것이지만, 그 영향은 이에 그치지 않는다. 우선 시민사회의 자율성, 또는 사적 자치의 원칙을 흔들으로써 국가권력의 새로운 역할을 요청하게 된다. 동시에 인권의 적을 국가권력에만 한정하려는 전통적 사고방식은 수정되지 않을 수 없게 되어, 인권의 새로운 적인 사회세력에도 눈을 돌려야 하는 상황이다. 뿐만 아니라, 시민사회에서의 개인의 등질성 부재는, 의회의 국민대표성에, 그리고 그것이 제정하는 법률의 타당성에 중대한 의문을 제기하게 된다. 왜냐하면, 의회가 실질적으로 전 국민의 대표로서 입법권 기타의 권한을 행사하기 위해서는 적어도 전 국민 사이에 기본적인 이해의 일치가 존재해야 하기 때문이다.

이상은 시민사회에서 개인의 등질성 붕괴가 전통적 인권의 기능을 내부로부터 마비시켜, 그 이데올로기적 성격을 한층 높인다는 점을 지적한 것이었다. 그러나 전통적 인권의 기능을 질식케 하는 외적 조건이 존재한다는 것도 잊어서는 안 된다. 그것은 말할 나위도 없이 전쟁의 문제이다. 전쟁 그 자체, 또는 전쟁에의 위협이 인권을 마비시키는 요인이 된다는 것은 새삼스러운 주장이 아니다. 그러나 특히 현대에 있어서 그것이 문제로 여겨지는 이유는 핵무기의 등장에 의해 전쟁의 양상과 성격이 근본적으로 변화한 데 있다. 핵전쟁은 인권을 마비, 질식시킨다는 정도의 호락호락한 문제가 아니라, 인권을 세계와 함께 날려버린다고 해도 될 것이다.

## 4. 전통적 인권의 적응과 형태

그렇다면 도대체 전통적 인권은 현대의 새로운 상황에 직면하여, 이에 적응할 수 있을 것인가? 만약 할 수 있다면, 그것은 어떤 이유에서인가? 그리고 그것은 어떤 형태로 이루어질 것인가?

### [1] 적응의 가능성

결론부터 먼저 말한다면, 전통적 인권의 현대에의 적응은 결코 불가능한 일이 아니다. 그것은 무엇보



다도 근대에서 현대에 이르는 인권의 역사가 웅변해주고 있는 바이다.

그러나 그와 같은 적응이 어떻게 가능해지는 것일까? 그 비밀은 주로 전통적 인권의 추상적·보편적·초계급적 형식 속에 숨어 있는 것처럼 생각된다.

이미 보았듯이 전통적 인권은 그 추상적·보편적·초계급적 형식에도 불구하고, 아니 도리어 그런 형식 때문에 시민계급의 이데올로기 노릇을 하지 않을 수 없었다는 측면을 갖는다. 그러나 바로 그 사실이 전통적 인권이 새로운 사회적 조건에 유연하게 적응해 나갈 수 있었던 비밀까지도 말해주고 있다. 그 이유는, 그 형식이 추상적·보편적·초계급적인 만큼, 새로운 상황에도 유연하게 대응할 수 있었을 뿐 아니라, 과거에 사상되어 있던 사회적, 경제적인 힘 관계의 factor(인자, 요인)를 적극적으로 문제로서 다루므로써, 전통적 인권이 지니고 있던 이데올로기성까지도 극복할 수 있었기 때문이다.

## [2] 적응의 제 형태

앞에서 말한 바에서, 우리는 전통적 인권의 형식적 보편성이, 이를테면, '양날의 칼'과 같은 역할을 수행하는 것임을 인식할 수 있을 것이다. 그리고 그 둘 중 어느 칼날이 쓰이느냐의 문제는, 사회적·경제적인 힘 관계라는 factor를 실질적으로 고려하느냐, 마느냐에 달려 있는 것이다. 즉 사회적·경제적 힘 관계를 완전히 사상(捨象)해버린다면, 전통적 인권의 형식적 보편성은 바로 시민계급의 이데올로기 역할을 수행하게 된다. 반대로, 그와 같은 factor를 의식적·적극적으로 문제로서 고려하게 되면, 전통적 인권의 형식적 보편성은 새로운 사회적 조건에 적응하여, 진정 보편성을 지니는 인권의 실현을 가능케 하는 '지렛대' 역할을 수행하게 되는 것이다.

이와 같이 살펴본다면, 전통적 인권이 현대사회에 적응하는 그 모습을 분석할 경우에 무엇이 문제가 되어야 하는지도 스스로 명백해질 것이다. 이하에서는 이와 같은 인식을 전제로 하고, 주로 사회적·경제적인 힘 관계의 factor가 거기서 어떤 형태로 고려되고 있는지에 따라서, 전통적 인권이 현대에 어떤 형태로 적응하는지를 생각해보고자 한다.

### ① 이념의 복귀

일반적으로 법의 목적이, 일정한 사회적 조건을 전제로 하고 일정한 법리나 제도의 형태를 취하는 경우, 사회적 조건이 변화함에 따라서 그 법리나 제도가 새로운 사회적 조건에 적합하지 않게 되고, 그것을 고집함으로써 오히려 소기의 목적에 반하게 될 것이 명백해질 경우에는, 일단 당초의 목적으로 돌아가, 새로운 사회적 조건에 맞는 법리나 제도를 만들어내지 않으면 안 된다. 전통적 인권 경우에는 이와 같은 일반적, 추상적 의미만으로 그와 같이 말할 수 있는 것은 아니다. 이미 지적했듯이 전통적 인권의 경우 그 구조와 논리에서 매우 보편 인류적, 초계급적 성격을 지니는 것으로 조정(措定)되어 있었다. 따라서 전통적 인권의 경우에는 당초의 목적으로 돌아가 새로운 조건에 적합한 법리나 제도를 만들어내다 기보다 오히려 법리나 제도의 본래의 기능을 방해하고 있는 장애물을 제거해준다는 의미에서 이념의 복귀가 강조되어야 할 것이다.

최근 환경문제에 관한 논란이 활발하지만, 예를 들어, 이와 같은 새로운 인권을 확립케 할 경우(일본 헌법 제13조 '개인에 대한 존중'이나 '행복 추구'권에 그 근거를 찾는 일이 적지 않다. 이와 같은, 말하자면, 인권보장의 '일반조항'으로 되돌아가는 경향은, 전통적 인권이 현대의 새로운 상황에 적응하려고 할 때 흔히 사용되는 하나의 기술에 다름이 아니다.

### ② 경제적 자유 제한

사회적, 경제적인 힘 관계를 실질적으로 고려함으로써 전통적 인권을 적응케 하려는 의도가 가장 단적

으로 나타나 있는 것은 경제적 자유에 대한 사회적 규제이다.

이미 말했듯이, 시민혁명기의 인권선언 중에서 실질적으로 가장 강한 보장을 받고 있었던 것이 소유권을 중핵으로 하는 경제적 자유였다. 그리고 전통적 인권의 구조와 논리로 보아도 그 추상적·보편적 외관에 관계없이 생산수단을 소유하는 사람들에게 각별히 유리하게 기능하도록 되어 있었다. 이런 메카니즘이 자본주의의 역사 진행과 더불어 사회적, 경제적인 힘 관계의 격절(隔絶)을 강화하여, 그것이 또 한층 더 전통적 인권의 본래 기능을 방해하는 결과를 낳았던 것이다.

따라서 전통적 인권의 적응을 도모하고 그 이념을 올바르게 실현하기 위하여, 우선 무엇보다도 문제를 낳는 근원인 경제적 자유에 대한 제한이 가해져야 한다.

그것은 먼저 '소유권은 의무를 수반한다. 그 행사는 동시에 공공의 복지에 기여해야 한다.'는 바이마르 헌법 이후에 제정된 서유럽 민주주의형의 여러 헌법에 널리 발견되는 것은 잘 알려져 있다.

그러나 재산권에 대한 사회적 제한은 이와 같은 입법에만 한정되는 것은 아니다. 미국 판례에서 형성된 '폴리스 파워' 이론이나, 정신의 자유의 우월적 지위에 대한 승인은(그 관점은 다르지만) 모두 재산권에 대한 사회적 규제의 강화에 기여한다는 점에서 공통의 의미를 갖는다. 일본 헌법의 '공공의 복지'에 대한 해석에 대해서도, 제29조나 제22조 같은 경제적 인권을 제약하는 공공의 복지의 의미를, 다른 인권을 제약하는 공공의 복지의 의미로부터 구별하여, 정도 차이는 있어도 강한 규제를 내포하는 것으로 이해하려 하는 학설 등은 역시 재산권의 사회적 규제라는 의의를 갖는 것이라 할 것이다.

### ③ 사회적 승인

20세기에 들어 등장한 이른바 사회권도 또한 전통적 인권이 현대사회의 현실에 적응하려고 제시했던 하나의 모습에 다름 아니다. 더욱이 이는 경제적 자유에 대한 제한과 함께 마치 동전의 앞뒤를 이루는 것으로, 양자는 한 세트가 되어 사회적, 경제적 힘 관계의 불균형을 조정하는 역할을 수행하고 있다. 따라서 이 또한 인권 적응의 전형적 형태라고 할 수 있을 것이다.

주의해야 할 것은, 여기서도 또한 앞에서 말했듯이 사회권을 보장하는 실정 헌법규정이 명시적으로 있는지의 여부는 본질적인 문제가 아니라는 점이다. 예를 들어, 미국 헌법 경우는 사회권 규정을 결하고 있지만, '폴리스 파워'에 대한 해석을 둘러싸고 형성된 판례법이 이에 해당하는 기능을 하고 있기 때문에 사태의 본질은 같다고 보아야 한다.

### ④ 정신적 자유의 전개

사회적, 경제적인 힘 관계의 factor를 고려함으로써 전통적인 인권의 적응을 도모하고자 하는 노력은 표현의 자유와 같은 정신적 자유의 영역에서도 볼 수 있다.

현대사회에서 표현의 자유는 이른바 매스 미디어의 발달을 통해 과거의 그것과는 완전히 다른 상황 하에 있게 되었다. 추상적인 표현의 자유 보장은, 말하고 쓴다는 소박한 표현수단 밖에 없었던 시대에는, 실질적인 자유와 평등을 약속할 수 있었다. 그러나 출판, 신문, 라디오·TV 등 미디어가 등장한 이후에는 이미 추상적인 표현의 자유 보장만으로는 실질적 자유·평등을 보장할 수 없게 되어버린 것이다. 왜냐하면, 추상적인 표현의 자유 보장은 매스 미디어를 구사할 수 있는 사회적 강자의 표현의 자유만을 보장하는 결과로 전락할 수가 있기 때문이다. 현대의 대중사회 상황과 여론조작의 문제 등도 결국 이와 같은 문제와 관련되어 있는 것이다. 최근, 부쩍 '알 권리'의 문제가 논해지기 시작한 것도 현대사회에서 표현의 자유의 공동(空洞)화를 막아내고 그 실질을 확보하려는 적응 노력의 표현에 다름 아니다.

### ⑤ 대(對) 사회적 인권의 이론

인권보장 규정의 효력이 대(對) 국가적인 것으로부터 대(對) 사회적인 것으로 확대되어 가는 현상 또

한 전통적 인권의 현대에의 적용의 모습이라고 할 수 있을 것이다.

과거 학설에 의하면, 인권보장 규정의 효력은 오로지 대 국가적인 것으로 한정된다고 생각되고 있었다. 그리고 이는 시민적 경제사회의 자율성이 강하게 요청되고 있던 시대의 사회구조에 대응하는 것이었다. 그러나 시민사회 내부에서 법주체(法主體) 간의 등질성이 무너져, 국가 이외에 인권의 적이라고 인식되는 강대한 사회적 세력이 속속 등장하기 시작하자, 인권보장의 장도 대 국가적인 것으로부터 대 사회적 것으로 확대되지 않을 수 없게 되었다.

그러나 문제는, 사적 자치의 원칙과의 관계이다. 그 이유는, 시민사회의 자율성이 자본주의가 고도화함에 따라 크게 후퇴하지 않을 수 없게 되었다고는 하나, 그것이 아주 존재하지 않게 된 것은 아니기 때문이다. 바꿔 말하면, 아무리 인권보장 규정의 대 사회적 효력이 인정되게 되었다고 해도 인권보장 규정의 모두가 그대로 무조건적으로 사인(私人) 상호간의 법률관계를 구속한다는 것을 결코 의미하지 않는다는 이야기다. 따라서 어떤 인권규정이, 어떤 조건 하에서, 어떤 사인의 행위에 그 효력을 미치는지가 명확해야 한다. 그리고 이 점에 관해서 이미 여러 가지 학설이 존재한다. 이 글에서 상세한 설명을 하기는 어렵지만, 그 많은 부분이 각각 어떤 형태로든 인권보장 규정의 대 사회적 효력에 대해 (무한정 인정하는 것이 아닌) 어떤 형태로든 정밀한 제한을 두는 공리를 하고 있다는 사실에 유의할 필요가 있다. 예컨대, 이른바 '직접 적용설' 경우도 글자 그대로 모든 인권 규정이 일률적, 기계적으로 사인을 구속하는 것이 아니라, 그 내용, 본질, 기능을 면밀히 검토하면서 결론을 내야 한다고 주장한다. 또 일본과 독일에서 통설이라고 할 수 있는 '간접 적용설'이, 예를 들어 일본 민법 제90조와 같은 사법의 일반조항을 매개로 하고 인권 규정의 사인간의 적용을 인정함으로써 일정한 제한 효과를 노리고 있음은 굳이 길게 이야기할 필요가 없을 것이다. 그리고 미국의 '사적 통치설'도 이런 관점에서 보면 사인의 행위에 제한을 가하면서, 일정한 요건을 충족시킨 사인의 행위만을 국가의 행위에 준하는 것으로서 인권 규정의 구속력 밑에 두려고 하는 공리라고 할 수 있을 것이다.

이와 같이 본다면, 인권보장 규정의 사인간에서의 효력의 문제는 이제 그것이 인정되어야 하는지를 논하는 단계가 아니라, 한 발 더 나아가, 그것이 어떤 범위와 정도로 인정되는지를 개별적, 구체적으로 상세하게 검토하지 않으면 안 되는 시기에 와 있다는 것을 알 수 있다. 그리고 여기에도 또한 시민사회 내부에서의 개인간의 사회적·경제적 힘 관계에 대한 실질적인 고려가 전통적 인권을 현대에 적용시키는 일을 가능케 하고 있는 실례를 볼 수가 있는 것이다.

#### ⑥ 인권의 국제화

마지막으로 전통적 인권의 현대사회에의 적용의 모습을 국제사회와의 관계에서 훑어보기로 한다.

이미 되풀이 말했듯이 근대헌법이 보장하는 인권은 적어도 그 형식에 있어서 보편 인류적, 초계급적인 것으로 선언되고 있었다. 그러나 현실은 반드시 그러하지 않았다. 이 사실은 단지 국내 사회에서 그랬을 뿐 아니라, 국제적 차원에서도 그랬다. 국내사회에서의 사회적인 힘 관계의 격차가 인권의 초계급성을 공동(空洞)케 했듯이, 국제사회의 현실도 인권의 보편 인류적 성격의 관철을 가로막는 각종 요인을 포함하고 있었다. 그것은 현대에서도 본질적으로 변하지 않았다. 그러나 그 반면, 현대의 상황은 인권을 국제적 규모로 생각하면 된다는 시대가 아니라는 것을 뚜렷이 드러내고 있다.

예컨대, 교통, 통신수단의 놀라운 발달을 통해 국제사회가 긴밀함을 점점 심화시켜 온 점이나, 국제적 규모로 사회적 세력이 출현하고 있는 점 등을 들 수 있겠으나, 무엇보다도 현대 세계에서 인권에 가장 심각한 위협을 주고 있는 것은 저명전쟁의 위험일 것이다. 여기에 국제평화를 인권의 전제조건으로 하는 생각이 생겨나는 근원을 볼 수 있을 것이며, 또 인권 주장이 국제적 규모로 확산되는 원인을 찾을 수도 있을 것이다.

#### 5. 맺음말 - 인권이론의 한 과제

지금까지의 고찰을 통해 전통적 인권의 현대사회에의 적용 가능성, 그리고 그 적용의 메카니즘과 주요한 형태가 지극히 거칠게나마 그려졌다고 생각한다. 그러나 동시에 우리는 여기서 하나의 문제에 직면하게 된다. 그것은 인권의 '권리'의 표지(標識)가 애매해진다는 경향이다. 이는 이중의 의미에서 어쩔 수 없는 측면을 지니고 있다. 그 하나는 일반적으로 성립기의 법보다도 적용기의 법이 현실과의 더 큰 간극에 고통을 겪지 않을 수 없다는 의미에서이다. 그리고 다른 하나는 특히 근대 시민법 경우는, 그 논리에서 모든 사람을 추상적으로 자유·평등한 개인으로서 조정(措定)하고 난 후에 권리의 관념을 구성하고 있었기 때문에, 그런 범위에서는 비교적 간명(簡明)할 수 있었지만, 현대의 인권은 바로 모든 사람의 실질적 자유·평등을 확보하기 위해 현실사회의 사회적·경제적인 힘 관계라는 factor를 고려해야 하기 때문에 그 내용이 복잡해지고, 그 결과 권리의 개념이 애매해질 수밖에 없는 경향이 있다는 의미에서이다.

그러나 이 경향은 결코 승인되어야 할 사항이 아니다. 그와 같은 경향이 필연성을 띠면 필수적 법학은 이를 방지하기 위해 노력하지 않으면 안 될 것이다. 단순한 사회적 요청의 존재로부터 직선적으로 새로운 인권을 창출하는 것과 같은 안이한 방식은 경계되어야 한다.

그런데, 무엇이 인권의 표지(標識)나 는 문제는 매우 큰 문제이다. 왜냐하면, 본래 '권리'란 무엇인가라는 문제 자체가 오랜 논쟁의 역사를 갖는 어려운 문제인데다가 '공권'과 '법의 반사', 헌법상 '기본권'과 '인권'과의 차이 등, 문제는 끝도 없다. 따라서 여기서 이 문제를 정면으로 다룰 수는 없다. 다만, 그와 같은 문제가 다루어질 때, 재판적 구제를 어떻게 자리매김 할 것인가가 아무래도 명확하게 되어야 한다는 것만은 강조하고 싶다. 재판적 구제의 가능성이 인권의 표지가 될 것인지는 물론 전통적 인권에 대해서도 중요한 문제라고 여겨졌었지만, 현대적 인권의 전형인 사회권 경우는 결정적 의미를 지닌다고 할 수 있기 때문이다.

다만 한 마디로 사회권이라고 해도, 그 법적 성격을 일률적으로 논할 수는 없지만, 일본 헌법의 이른바 생존권 보장을 선언하는 제25조의 규정이 통설과 판례에 의해 '프로그램'적 성격을 가진 것으로 인식되고 있음은 주지하는 바와 같다. 이를 비판한 '추상적 권리설'에서도 '이를 구체적으로 실현하는 입법이 없는 경우에는 소(訴)를 통해 이를 주장할 수 없다.'라고 하고 있다.

이 경우 선거를 통해서 입법기관을 감독한다는 방법으로 생존권의 실현을 보장하는 길이 열려 있기 때문에 재판적 구제를 결하고 있어도 '인권'이 아니라고 할 수는 없지만, 재판적 구제의 가능성을 인권의 표지라고 하는 입장에 선다면, 생존권은 인권이 아니라는 결론에 이를 수밖에 없다. 재판적 구제가 만능이라고 할 수는 없지만, 의회제 민주주의의 위기가 외쳐지고 입법권에 의한 인권 침해를 재판소의 위헌심사권을 통해 통제할 필요성이 증대되고 있는 현대에서는, 생존권의 재판적 확보 가능성이 더 정력적으로 추구되어야 할 것이다. 이와 같은 새로운 인권이 전통적 인권의 공동화를 막아내고, 실질적인 자유와 평등을 말 그대로 '모든 사람'에 보장하기 위해 등장했다는 것, 다시 말하면 인권이 현대사회에 적응하려 하는 하나의 모습임을 생각할 때 이런 주장은 더욱 강조되어 마땅하다. [끝]

# <현대국가에 있어서 인권이론의 동향>에 대한 몇 가지 문제 제기와 답변

<公法研究> 제34호 (日本公法學會: 일본 有斐閣 1972년 수록)  
가와조에 도시유키 [川添 利幸]

## 의견 1:

필자는 현대에 있어서 인권론의 역할로서, 이념으로의 회귀를 제안했고, 그 적용 가능성, 기술형태의 문제, 나아가서는 그것이 당면하는 여러 문제를 이야기 하고 있다. 그런데 그러한 문제제기의 필요성은 인정하나, 그런 제안의 결과라는 것도 생각해야 한다.

자본제 초기 단계에서 기본적 인권론이 전개되었던 것과는 또 다른 자본제사회의 현대적 특수성이 현재 존재하고 있다고 생각한다면, 이 국가독점자본주의 단계에 특유한 복지국가적인 인권론 어프로치의 존재를 간과할 수 없다. 즉 국가독점자본주의가 스스로의 모순이 현재화되어가는 가운데, 살아남기 위해 서라도 종래의 자본주의적 인권론의 재구축이라는 형태로 체제 측으로부터의 요구가 제출되고 있다는 측면이 있지 않겠느냐는 점이다. 예컨대, 공해문제가 환경권으로서 큰 사회문제가 되고 있는 반면에, 인권을 뿌리부터 부정하는 국가의 무장권 등은 그리 문제 삼지 않게 된다는 사실이 있다.

그런 상황 속에서 인권론의 이념에의 회귀라는 주장은 체제 측의 요구를 강조해주는 기능을 동시에 갖는 것은 아닌가?

## 답 1:

자유권에서 사회권으로 가는 움직임은 복지국가에의 이행, 혹은 복지국가 이념의 채용이라는 것에 다름 아니다. 다만, 그 경우 복지국가론은 장밋빛 말 뿐이 아닌, 반면에 경계해야 할 면을 가차고 있다. 하나는, 사회보장적인 일을 한편에서 하면서, 다른 편에서는 더 굵은 파이프가 경제적 사회적 강자 쪽으로 연결되어 있다는 위험성이다. 다른 하나는, 사회권 그 자체가 단순한 환상이며, 혹은 프로그램에 머물러 버려 결코 이익이 아니라는 위험성이다.

전자는 정치구조 전체의 움직임에 관련되는 문제여서 글에서 생략했지만, 후자의 위험성에 대해서는, 나의 글은 바로 그 문제를 강조하고 싶다는 의도 아래 쓰인 것이다. 분명 사회권, 보다 일반화해서 말한다면, 근대적 인권을 이념으로 복귀해서 탄력적으로 생각함으로써 새로운 요청에 응답하는 것만으로는 법 이론으로서서는 대단히 약하고, 또 쓸데없는 환상을 품는 결과가 될 수도 있다.

따라서 기본적으로 재판적 구제에 의해 뒷받침된 전통적 권리의 관념이라는 것 (이것은 확정적인 것이 아니라 발전성을 내포하고 있지만)을 하나의 시험으로 하고, 그것에 얼마나 견딜 수 있느냐라는 것을 검사하면서 권리론을 전개해 나가지 않으면 안 된다는 것을 강조했다고 생각한다.

물론 권리성을 강화시키는 방향으로 노력하지 않으면 안 된다는 것, 혹은 데모크라시의 루트를 통해서 그 실현을 위해 노력한다는 것은 필요한 일이지만, 그러나 권리의 실제 이상의 환상을 품는 것에 대해서는 경계해야 한다. 그런 의미에서 전통적인 권리의 카테고리에 해당되는지 여부를 엄밀하게 테스트하지 않으면 안 된다고 생각하는 것이다.

## 의견 2:

필자는 근대적 인권을 실질적으로 관찰해 나가기 위해서는 헌법을 기준으로 해서, 헌법에 의해 법률의

적용에 재량을 주는 일이 필요하다고 제안했다고 생각한다.

나는 이 점에 대해서 자본주의권에서는 실현될 수 없는 일이라고 생각한다. 라드브르흐는 바이마르헌법의 소유권 규정이, 공공의 복지를 위해 의무를 진다고 규정하는 점을 들어, 그것은 일종의 간판이며, 재판관이 직접 그것에 의해 재판할 수 있는 성격의 것이 아니다. 그 규정을 실현하는 일은 불가능하다고 말하고 있다. 라드브르흐가 제1차 대전 후에 말한 이 말은 현대 자본주의국에서도 통용된다고 생각한다. 이에 대해 사회주의국 중에서는 소련, 중국처럼 기본적으로 그 이전의 자본주의법을 모두 폐기하거나 동독처럼 헌법을 공포하는 것과 동시에 승계된 자본주의법을 새 헌법에 맞게 다 개정하는 것이기 때문에 자본주의 하에서의 그런 난문제의 해결은 완벽하게 달성되어 있다고 할 수 있다.

따라서 필자의 보고와 같은 제안은 사회체제가 변하지 않는 한 실행할 수 없는 일이 아닌가?

## 답 2:

근대적 성립기의 인권, 특히 자유권은 법률을 기준으로 하고, 그것에 적합하는 행정재판이라는 형태로 담보되고 있었다. 그러나 사회적, 경제적인 국민간의 등질성 붕괴 이래의 매우 뚜렷한 새로운 의미의 신분이라고 해도 좋을 기본적 대립이 생겨나면, 입법권 자체가 반드시 국민의 의사와 썩 잘 밀착되고 있다고 할 수 없게 된다. 그래서 입법을 통한 인권 침해라는 사태가 발생하게 된다. 따라서 그런 사태에 대응하기 위해서는 입법을 헌법으로써 통제한다는 데까지 가지 않으면 현대에 있어서의 인권 확보는 어렵다고 말했다고 생각한다.

질문자는 자본주의국가라는 체제에서는 그것은 불가능하다고 지적했지만, 나는 반드시 그렇게만 생각하지 않는다. 왜냐하면, 사회권이 프로그램성을 근거짓는 논거로서 하나는, 자본주의체제의 한계, 또 하나는, 재판상의 기술적 한계가 열거되는 것이 보통이지만, 자본주의의 한계라는 것은 사회권 모두에 해당되는 것이 아니라, 그 중 어떤 특정한 항목에 대해서만 타당하다고 생각하기 때문이다. 구체적인 예를 들면, 근로의 권리라고 할 경우, 그 내용은 적어도 세 갈래로 생각되고 있다.

- ①은 일자리를 나라에 대해서 요구할 권리,
- ②는 고용정책을 수행할 권리,
- ③ 그래도 일자리가 없을 경우 적절한 생활비 보장을 받을 권리이다.

이 세 가지가 단계적으로 헌법 27조의 내용으로 되어 있는 셈이지만, 그 중 자본주의 체제가 권리 실현을 이론상 불가능케 하는 것은, 두 번째 권리까지이며, 세 번째 권리로 말하면 어렵지만 불가능하지는 않다고 생각한다.

즉 일자리를 구하는 권리라면 자본주의국가에서는 일자리를 나라가 소유하지 않는 원칙을 가지고 있기 때문에 소유하지 않는 것을 나라가 부여할 의무를 저도 실현할 수 없다. 이것은 자본주의의 한계라고 할 수 있지만, 그러나 그 외의 사회권은 사정이 다르다. 기타 사회권은 재정조치가 필요한 까닭에 입법의 권한과 재판소의 소극적인 사법권의 한계와의 관련에서, 권리로서 인정하기에는 자유권 경우와 다른 어려움이 있을 뿐이라고 생각한다.

따라서 내가 제기한 것은 종래 행정권을 통제해온 재판소가, 이 때에는 헌법을 기준으로 법률을 통제해야 한다는 이야기였기 때문에 그 점에서 자본주의적 한계는 존재하지 않는 것이 아닌가? 실제로 명치 헌법 시대에 인정되지 않았던 위헌입법심사권이 현재 인정되고 있고, 혹은 행정의 부작위를 다루는 소송이 현재 인정되게 되었다. 나아가서 헌법상 부작위에 대해서도 논문이 나오고 있는 상황이다.

그래서 전통적인 사법권의 테두리 안에서 (근본부터 원칙을 뒤집지 않고도) 꽤 발전시킬 가능성을 가지고 있다고 생각한다. 그리고 입법에 대한 통제, 입법을 명하는 일은 불가능하다 하더라도, 나의 글에서 언급했던 것과 같은 위헌성 확인 정도는 결코 불가능하지 않을 것이다. 다만 사법권을 통한 통제만

있으면, 권리는 안심이라는 식으로 일은 간단하지는 않을 것이다. 예를 들어 서독에서도 바이마르 시대의 재판관의 현실적인 행동을 크게 참작하면서, 사법재판소는 헌법문제를 심사할 수 있으며, 합헌 판단을 내릴 수 있지만, 위헌이라는 결론에 도달했을 때는 사안을 헌법재판소로 가져가야 한다는 시스템을 채택하고 있다. 통상적인 사법적 통제에 권리 보장을 전면적으로 의존할 수 있다는 식으로 낙관적으로 생각해서는 안 된다. 오히려 의회에 의한 민주주의 경로를 통해서 권리를 실현할 수 있으면 가장 바람직하다.

어쨌든 현실 상황을 생각할 때, 한정된 범위이기는 하나 사법권의 입법권에 대한 어떤 형태로든 통제 가능성을 이론적으로 탐색함으로써, 과거에 프로그램이라고 이해되었던 각종 평등 원칙이라거나, 사회권을 권리 속에 건져내는 일은 법 이론으로서 의미 있는 일이라고 생각한다.

의견 3:

사회주의사회가 되고 헌법이 제정되어, 구 자본주의 헌법과의 명백하게 다른 내용이 새 헌법에 담겼다 하더라도, 거기서 단절되는 것은 헌법규범이며, 그 주위에 존재하는 사람들의 헌법의식이라는 것은 구사회에서 신사회로 이월될 것이라고 생각한다. 즉 법 현상의 연속성과 단속성이라는 문제를, 방금 말한 것과 같은 형태로 다시 파악해본다면, 자본주의 헌법 하에서 최대한 가능한 이론 구축을 (인권의 이상에 접근시키면서) 하는 노력은 결코 무의미하지 않을 뿐 아니라 실은 중요한 의미를 가지고 있는 것이 아닐까?

구사회로부터 신사회로 이월되는 헌법의식 중에는 두 방향의 서로 모순되고 대립되는 헌법의식이 있는 셈이어서, 그 중의 새로운 헌법의식이 새로운 헌법규범에 정착하고, 일정한 형식적인 법규범으로서의 표현형태를 취하는 것이지만, 그것이 현실적으로 사회에서 기능을 수행할 경우에는 시대에 뒤떨어진 구 헌법의식이 발목을 잡고, 때로는 새 헌법의식을 변질시키는 것과 같은 사태도 예상되므로, 그런 의미에서는 자본주의 헌법 하에서 필자가 제안한 것과 같은 이론 구축을 해 나간다는 것은 사회주의의 관점에서 보아도 매우 중요한 의미를 갖는다.

그리고 인권의 원점의 회귀라는 형태로 이론 구축이 거듭되고 쌓인다면, 사회주의 하에서 존재하는 노동의 권리와, 그와 같은 새로운 이론 구축 과정에서 만들어지는 자본주의 하의 노동권이라는 것이, 질적으로 차이가 있으면서도 여전히 상당한 근접성을 가질 수 있다고 생각한다.

다만 개인적으로는 필자의 이론이 자본주의체제 속에서 과연 실현 가능한지 여부에 대해서는 여전히 잘 모르겠다.

의견 4

사회주의와 자본주의 사이에는, 그것을 건너지 않으면 사회주의로 갈 수 없는 '루비콘 강'이 있으며, 그것을 건너는데, 해석론이라는 배가 유효하지 않다고 생각하는 점에서 사회과학의 여러 학설은 일치해 있다. 다만, 양 체제를 관통하는 인간의 의식의 연속성이라는 것은 사회현상으로서 헌법현상을 보는 한, 무시할 수는 없는 것이어서, 자본주의 단계에서 인권의식이 고양되는 양상 여하에 따라서 사회주의사회에 넘어간 후의 기본권의 모습에 영향을 준다는 것을 지적하고 싶다.

의견 5:

사회권 중에서 프로그램적인 권리도 자본주의 하에서 실현 가능하다고 생각한다는 필자의 회답에 대해 의견을 말하겠다.

이것은 이론의 문제라기보다 객관적 사실의 문제로서 검토해야 할 문제라고 생각한다. 예를 들어 필자

가 말한 노동권 문제에 대해서 말하면, 기업은 사기업이므로 나라는 어쩔 수 없다. 재정적 조치를 취하면 실업자 구제는 가능하다는 취지였다. 그러나 재정조치라고 해도 자본주의의 경제법칙을 무시할 정도의 세금 징수를 하면 그 사회는 붕괴할 수가 있는 것이어서, 그런 의미에서 재정조치 그 자체가 어디까지 가능한 것인지, 혹은 바로 지금의 국가예산에서 실업자 구제에 쓸 수 있는 액수가 얼마나 되는 지에 대한 객관적이고 구체적인 문제를 함께 검토하지 않으면 사회과학으로서의 헌법학의 입장에서 이 문제에 답할 수가 없는 것이다.

그런데 자본주의사회에서 실현 불가능하다는 결과가 나와도, 그 후에는 해석론 차원에서 우리는 되도록 실현할 수 있는 방향으로, 예컨대 노동자 입장에 선다면 노동자의 생활이 보다 나아지는 방향으로 해석론을 구성해 나가게 되는데, 거기에는 사회과학적 견지에서 보아, 실현의 곤란성이 크면 클수록, 어떤 의미에서 매우 확대된 해석론을 취하지 않을 수 없는 실천적 요구가 존재하는 것이다.

다만 해석론에 힘을 쓰면 때로 무한히 해석이 가능한 것 같은 착각에 빠지기 쉽다. 이런 위험성은 이 데올로기 영역에서 언제나 존재하기 때문에 주의하지 않으면 안 된다.

답 5:

내가 말하고 싶었던 것은 자본주의라는 이유로 논리 필연적으로 사회권의 실현이 불가능하다는 결론을 낼 수 없다는 점이었다. 재정조치가 자본주의 하에서 무한히 취해져서 사회권이 보장될 수 있다는 취지가 아니었다.