2기 인권운동연구소 세미나 자료모음

기본적 인권론

③자유권

2004. 1.

2기 인권운동연구소 세미나 자료모음 기본적 인권론 ③ 자 유 권 2004. 1

2기 인권운동연구소 세미나 자료모음

기본적 인권론

③자유권

2004. 1.

기본적인권론 ③ 자유권

<목차>

<신앙의 자유>

1. 종교적 관용 - 신앙의 자유의 사상사적 배경 P 2

<인신의 자유>

2. 인신의 자유의 절차법적 보장-헤이비어스 코퍼스의 인신보호영장적 기능 성립사 P 16
: 堀部政男(호리베 마사오)
3. 영국법의 기본권-"인신의 자유"의 제도적 정착과정에 대하여 P 40
: 下山瑛二(시모야마 에이지)

<영업의 자유>

4. 영국혁명과 인권 -'영업의 자유'의 성립과정 : 堀部 政男(호리베 마사오) P 61
5. 영업의 자유 - 그 성립의 역사적 조건 : 高橋 幸八郎(다카하시 코하치로) P 75
6. '영업의 자유'와 '독점' 및 '단결' : 岡田 与好(오카다 도모요시) P 88

<표현의 자유>

7. 19세기 프랑스의 '출판의 자유'-정기간행물에 대한 법적 규제를 중심으로 P100
: 稻本 洋之助(이나모토 요노스케)
8. 현대의 언론·출판의 자유 : 芦部 信喜(아시베 노부요시) P121
9. 학문의 자유와 대학의 자치 : 高柳 信一(다카야나기 싱이치) P146
10. 집단시위운동의 자유 : 隅野 隆德(수미노 다카노리) P187

종교적 관용
- 신앙의 자유의 사상사적 배경 -

"종교심은 이제 세계의 정책을 고무하지 않는다. 신앙을 위한 군사적 열정은 사라져 버렸다. 그 단 하나의 추억은 교회의 지하성당 무덤 위에 서 있는 십자군 기사의 대리석상뿐이다." J.W.드레이퍼

1. 머리말

근대사회의 기본적 인권관념의 근간을 이루는, 이른바 자유권에 대하여 그 역사적 유래를 더듬어 보면 대부분이 신앙의 자유 내지 종교적 자유의 문제에 원류를 가지고 있음은 명백하다. 유럽의 사상사에서는 중세적 그리스도교적 보편세계가 전제가 되지 않을 수 없는 한, 인간정신의 자유의 자각이 신앙의 자유를 주장한다는 형식을 취한 것은 어쩌면 필연이었을 것이다. 따라서 또 우리는 여러 가지 정치적 자유의 주장이 '신앙'의 자유라는 가면을 쓰고 등장한다는 측면도 놓칠 수는 없다. 예를 들어 종교개혁기 독일 여러 영방에서 많은 영방 군주들이 프로테스탄티즘으로 기울었을 때, 그것은 종교적 순수성에서 나오는 요구라기보다 오히려 로마의 지배체제로부터 벗어남으로써 세력의 증대를 도모하려고 하는 정치적 요구가 우선해 있었다고 볼 수 있다. 그러나 유럽 중세에서 근대로의 전환기에서는 "가장 정치적인 문제는 바로 종교상의 문제였다(C.J.프리드리히)"라고 할 수 있으며 이 두 측면을 칼로 베듯이 구별하여 문제를 생각하는 것은 불가능한 노릇일 것이다.

일본국 헌법에서 '신교의 자유'라는 말로 통괄되어 있는 개념 속에는, 서구의 전통에 따라서 생각하면 내면적 신앙의 자유인 '양심의 자유'와 종교적 행위의 자유인 '종교의 자유'의 두 가지 관념이 포함되어 있다고 할 수 있다. 그리고 '양심의 자유'의 문제는 멀리 고대에까지 거슬러 올라갈 수 있다. 예를 들어 소크라테스가 <변명>에서 "정의(법)를 위해 싸우는 자는 사인(私人)이어야 한다"라고 말했을 때, 거기에 공적 규제로부터는 자유로운 개인의 내면이라는 의식을 읽어낼 수가 있을 것이다. 그러나 소크라테스가 폴리스의 법에 복종하고 죽어간 사실에 전형적으로 나타나듯이 이와 같은 의미의 '양심의 자유'는 그 사회적 표현을 적극적으로 주장하지도 않고 또 주장했다고 해도 허용될 수 없는 것이었다. 그리고 그런 사태는 기본적으로 중세적 세계에서도 변하지 않았다고 할 수 있다. 로마 교황청에 의한 '양심'의 원리적 독점은 신비주의라는 형태의 내면세계의 주장에까지는 제약을 가하지 않았으며, 따라서 일정한 자유가 허용되었다고 하더라도 그것이 일단 사회적인 운동으로서 등장할 경우에는 이단으로 규정되어 철저한 억압이 가해졌던 것이다. 이런 점에서 생각하면 철저히 내면적인 문제로서 파악되고 있는 '양심'에 대해서마저 그것이 '자유'의 관념과 결합할 때는 정치적 의미를 지니지 않을 수 없었음은 명백하다.

이에 대하여 내면적 신앙의 확신이 가장 내면적인 것으로서 주장되면서, 바로 그 주장으로 인하여 '종교의 자유'에의 길을 열어버린 것이 종교개혁일 것이다. 게다가 그것은 '자유'를 부정함으로써 '자유'를 낳았다는 역설을 지니면서였다. 즉 신비주의가 말하자면 각 개인의 외면적 생활을 무시함으로써 고립적일 수 있었던 데 대하여, 종교개혁에 있어서의 신앙의 내면화는 내면세계에 전 생활을 끌어들임으로써 외면적 생활까지도 뒤덮는 보편적인 주장으로서 제출되었던 것이다. 따라서 거기에는 보편주의끼리의 원리적 대립이 출현하지 않을 수 없었던 것이며, 그 결과는 한편에서의 종교전쟁이나 종교적 박해의 격화와 동시에 다른 한편에서는 이와 같은 대립·항쟁을 필연적이라고 받아들인 조건에서 자기와 다른 신앙·종교를 서로 용인하는 '종교의 자유'의 점차적인 실현이었던 것이다.

이와 같은 의미의 '종교의 자유'는 무엇보다도 먼저 '종교적 관용'의 문제로서 제시되었다. '종교의 자유'가 정치권력과의 관계에서 개개인의 참된 자유 즉 자유권으로서 정립되기 위해서는 자율적 '개인'의 관념이 성립되기를 기다려야 했으며, 또 그것이 실정법적 표현을 획득하는 일은 17세기 중엽에 이르러 비로소 실현되었던 것이다(예를 들어 1647년의 <인민헌장>, 1667년의 <로드아일랜드 헌법> 등). 그때까지의 과정에서는 신앙의 자유를 획득하기 위한 투쟁에는 이중의 과제가 있었다고 할 수 있다. 즉 그것은 한편에서는 전통적인 교회권력 및 이와 결합한 정치권력에 대한 것이며, 이 투쟁에서의 승리는 강한 내면적 확신으로 지탱됨으로써 가능한 것이었다. 그리고 그 성과는 당장은 정치권력측에서 베풀어주는, 자기와는 다른 신앙을 용인하는 '위로부터의' 관용 이상의 것일 수는 없었다. 반면에 이와 같은 강한 내면적 확신은 칼빈이즘의 신정정치에의 지향 속에 전형적으로 드러나듯이 여러 종파 간의 항쟁을 빚어내지 않을 수 없으며, 그 결과인 (말하자면 횡적관계에 있어서의) 피로 피를 씻는 투쟁에 마침표를 찍는 일이 또 하나의 과제였다. 이 지점에서 등장했던 것이 종교적 원리에 대한 천착을 별도의 문제로서 제쳐둠으로써 평화를 이루려고 하는, 정치적 판단에 근거한 관용의 사고방식이었다고 할 수 있을 것이다.

이와 같이 생각할 수 있다면, 기본적 인권 주장의 원류가 되었던 신앙의 자유의 역사에서 결정적인 전환점은 종교개혁에 있다고 하지 않으면 안 된다. 그러나 이미 말한 바와 같이 종교개혁 그 자체는 결코 직접적으로 자유를 낳는 것은 아니었다. 자유를 낳기는커녕 그것은 내면적 신앙의 올바름에 대한 절대적 확신에 근거하는, 기존 체제에의 도전이며 저항이었다. 그리고 이런 점에서 종교의 자유의 역사는 저항권 주장과 중요한 사상적 관련을 갖는다. 저항권 사상은 기본적으로는 중세적 신분질서를 전제로 한 것이며, 거기서의 여러 특권 신분이 군주권 내지 황제권에 의한 침해에 대하여 자기의 특권을 방위하려고 한 것이라고 생각할 수 있겠지만, 이 주장의 근간을 이루는 것은 (신앙도 포함한) 법 내지 관습에 대한 판단의 권리를 쟁탈하기 위한 투쟁이었던 것이다. 따라서 신앙의 올바름에 관한 투쟁으로서의 종교개혁은 저항권 주장이라는 전통에 편승되어 전개됨과 동시에 전자는 후자의 발전에 중요한 지렛대 역할을 수행하는 결과가 되었던 것이다. 앞에서 말한 '위로부터의' 관용의 실현은 저항권의 종교적 측면의 성과라고도 볼 수 있을 것이다.

어느 편이든 종교적 관용이라는 사고방식이 앞에서 살핀 바와 같은 형태로 정치적 판단에 근거하여 사실로서 실현되어갔다는 의미에서는, 그것은 근대시민사회의 정신을 적극적으로 담당하는 것은 아니었고, 그와 같은 의미에서의 신교의 자유 주장은 사상의 자유, 학문의 자유, 언론의 자유 등의 강력한 추진자가 될 수는 없었다. 이들 자유의 방향은 '관용'의 주장이 정치적인 지배-피지배 관계까지도 (여러 종파 간의 대립항쟁관계를 넘어선) 개인의 독립성과 독자성을 적극적으로 확인하고자 하는 주장(전형적으로는 로크의 관용론)으로서 전개됨으로써 비로소 실현되어갔다고 할 수 있다. 그것은 말하자면 사실상의 관용론에서 원리적인 관용론에의 전환이라고 할 수 있을 것이다. 따라서 이 글의 과제는 종교개혁기 이후의 종교적 관용론의 전개과정을 더듬어 봄으로써 신앙의 자유 주장의 사상적 배경을 밝힘과 동시에 근대시민사회의 원리에 종교사상이라는 측면에서 조명을 주는데 있다.

2. 종교개혁의 원리와 '관용'

종교개혁과 관련해서 인간의 '자유'를 생각할 때 무엇보다 먼저 떠오르는 것은 그 유명한 <그리스도자의 자유>의 주장이 왜 개혁의 지도원리라는 의미를 가질 수 있었는가라는 문제이다. 루터 (M. Luther)의 테제에 따르면, "그리스도자는 한 사람의 자유로운 주인이며, 모든 것의 위에 있으며, 누구에게도 종속되지 않는다."와 동시에 "그리스도자는 만인에 봉사하는 종이며, 누구에게도 봉사한다.". 이 두 가지 명제는 명백히 서로 모순적 내용을 포함한다. 이 모순을 통일적으로 이해하는 일은, 그가 그리스도자를 '정신적'

이며 '내적' 존재와 '육체적'이며 '외적' 존재로 분단함으로써 비로소 가능해졌다고 할 수 있다. 그리고 이와 같은 개인 그리스도자의 정신적·내면적 세계와 외면적 세계와의 분단이야말로 외면적 세계인 지상의 나라에서의 개혁 에너지를 만들어내는 원류가 되었다고 볼 수 있다. 즉 개인의 내면에서의 자기에 대한 절대적 확신은, 신의 '절대성'이라는 의식에 지탱되면서 외면적 질서와는 무관하게, 혹은 오히려 그것을 부정하는 형태로 형성됨으로써, '자유'의 실현일 수 있는 것과 동시에, 바로 그것이 외면적 질서와 분단되어 있음으로써 외면적 세계에 대해서는 총체적인 변혁의 원리를, 즉 신의 이미지의 다양성을 제시하게 되었던 것이다. 이 원리가 관철되는 한, 지상의 나라에서는 종교적 확신의 각축과 불관용은 불가피하다.

그러나 한편 각도를 달리해서 생각해보면 무엇보다 먼저 '내면적 자유'의 전개로서 파악할 수 있는 종교개혁은 그 직접적인 결과로서 실은 외면적 세계의 '자유'까지도 결과하지 않을 수가 없을 것이다. 중세 기독교 공동체 이념에서 보면, 교황권에 의한 정통성 독점은 당연한 귀결이었으며, 보편적 통체(統體)인 문화는 종교에 종속되고, 개인의 양심은 교회에 의해 대위(代位)된다. 따라서 거기서는 권리적으로는 '사회적 개인'의 관념은 성립될 수 없으며, 또 '개인의 자유' 관념도 성립될 수 없다. 무엇보다 먼저 저항권의 사상으로서 전개되는 실체적인 자유의 주장은 기존 이데올로기와 기존 체제에 대한 원리적인 용인 위에 제 신분의 특권으로서만 의미를 가질 수 있었던 것이다. 게다가 '종교적' 관용의 주장이 저항권와 결합되어 갈 때에는 종교의 원리는 후퇴하고 세속적 이해관계가 표면화 하지 않을 수 없다. 이에 대하여 종교개혁이 가져온 '자유' 주장은, 그것이 무엇보다도 내면세계의 것이라는 사실로 말미암아, 자율적인 '개인'의 관념을 낳았으며, 또 실체적인 자유는 매개항인 '개인'이라는 관념을 지님으로써 '종교적 관용'의 원리적 실현으로서, 즉 '신교의 자유'를 향해 전개되기에 이른 것이다. 좀 (W. Sohm)가 날카롭게 지적하고 있듯이 인간은 개혁자들의 이념에 있어서는 신의 나라와 지상의 나라 쌍방에 속한다고 해도, 지상의 나라의 시민으로서만 실정적인 자유권의 담당자일 수가 있었으며, 또 권리 주체의 자격을 가질 수 있었던 것이다. 그렇다면 개인의 내면적 자율성의 확립이 '개인의 자유' 주장을 탄생시켜 갈 것은 당연한 노릇이었다.

이와 같이 생각할 때 종교개혁이 가져온 직접적인 결과는, 한편으로는 종교적 확신의 각축과 불관용(나아가서 그 결과인 종교전쟁)이며, 다른 한편에서는 종교적 관용이었다고 할 수 있을 것이다. 그리고 이 얼핏 보기에 완전히 상반되는 두 방향이 바로 종교개혁의 귀결이라고 생각하지 않을 수 없는 지점에 '종교적 관용'의 문제를 해명하기 위한 열쇠가 존재한다고 할 것이다. 즉 구체적인 역사과정과 관련시켜서 본다면 '관용'은 결코 하나의 종교적 원리의 실현으로서 현실화 되어 간 것은 아니다. 그것은 오히려 앞에서 든 두 가지 방향이, 구체적인 역사 상황 속에서 그 실현을 도모하려는 과정에서, 결과로서 탄생한 것임이 확실하다. 예를 들어, 이른바 종교개혁 지도자들 중 리버럴한 사고양식을 지니고 있었던 사람은 루터였고 그 대극에 있던 사람이 칼뱅 (J. Calvin)이었다고 생각되지만, 영방(領邦) 교회제와 결합된 루터주의는 '개인의 자유'를 영주의 자유로 바꿔치기 하게 되었으며, 칼뱅주의는 그 원리적인 불관용 때문에 결과적으로는 많은 섹트를 낳게 되어, 섹트 사이의 항쟁은 원리로서의 종교적 관용을 낳게 되었다고 해석할 수 있는 것이다. 이 두 가지 예를 생각하기만 해도 '관용' 문제와 관련해서 사실관계가 가지고 있던 무게는 명백하다. 따라서 이 문제를 해명하기 위해서는 종교개혁의 역사과정을 다시 한 번 사상사적으로 되돌아보는 일이 필요하다.

중세 보편사회의 붕괴는 정신사적으로는 르네상스와 종교개혁으로 촉진되었다고 할 수 있지만, 보편사회가 인간의 의식 내지 사고활동의 관습으로서 형성되고 있는 이상 거기로부터의 탈출에는 오랜 기간을 필요로 하는 것이며, 그것은 단순히 '95개 항목'의 제출 등으로 달성되는 것은 아니다. 그 프로세스는 정치적·종교적 권력의 측면에서 본다면 로마교황의 최고권의 일원적 지배를 타파해 나가는 과정이며, 또

사회적 측면서 본다면 개인의 종교적 구속으로부터의 해방의 과정으로 생각할 수 있을 것이다. 그리고 먼저 첫째 측면부터 본다면, 그것은 종교권력의 다원화와 정치권력의 다원화라는 이중의 과제를 짊어지고 있었다고 할 수 있다. 그리고 이 양자는 근대국민국가의 형성에 이르기까지 부단한 결합과 각축의 관계를 되풀이 하게 되는 것이다. 게다가 그 결과 생겨난 것은 개인 입장에서 보면 종교적 권위의 교대를 의미하는데 지나지 않는다. 즉 로마에의 종속 대신에 로마로부터 독립한 왕국·영주의 종교적 권위에의 종속이 요구되는 결과가 된 것이며, 그와 같은 권위로부터의 해방이 사회적 과제로서 등장하게 된다.

이 최후의 점을 종교 그 자체의 문제로서 생각할 때 종교개혁이 짊어지지 않을 수 없었던 모순은 명백하다. 즉 종교개혁의 본질은 중세 보편사회에 대해 영감(靈感)을 기초로 한 개인의 보편성을 대치(對置)시키는데 있었다고 판단되지만, 거기에 태어난 종교적 개인주의 (나아가 그 구체적 표현인 '만인사제주의')는 기본적으로는 내면적 세계에의 지향성 밖에 갖지 못한 것이었다. '보이지 않는 교회', '정령의 교회' 등 관념은 현실적인 사회유대를 만들어내는 일은 없고, 게다가 종교적 권위의 다원화가 당연한 방향인 이상은 종교적 개인주의의 귀결은 아나키를 지향하지 않을 수 없다. 그러나 현실적으로 프로테스탄티즘이 가톨릭에 대한 대항세력으로서 형성되고 유지되기 위해서는 '보이지 않는 교회'는 '보이는 교회'로 조직화 되지 않을 수가 없다. 그리고 여기에 프로테스탄티즘 입장에서 가장 어려운 과제의 하나인 종교적 개인주의를 기초로 한 교회 (그것은 흔히 공동사회와 동의어이다)의 조직화라는 문제가 생긴다. 조직화는 때로 정치권력에 의해, 때로 종교권력에 의해 강행되지만 거기서는 만인사제주의와 종교적 개인주의 원리는 후퇴하지 않을 수 없다. 이리하여 프로테스탄티즘은 아나키와 강권적 통합의 양극 사이를 동요하면서 어떤 형태로든 조직화 방향을 향해 전개되어갔다고 볼 수 있는 것이다. 그리고 프로테스탄티즘 그 자체 속에 '관용'의 문제가 사상적 과제로서 등장하는 것은, 실은 이와 같은 강권적 통합과의 관계에 서였던 것이다.

그렇다면 현실의 정치적 통합은 어떻게 수행되었던 것일까? 이른바 '고(古) 프로테스탄티즘'의 정치와 종교와의 관계양상에 대해 살펴보면, 거기에는 두 가지 유형을 인지할 수 있을 것이다. 첫째는, 루터주의에 전형적으로 볼 수 있듯이 '보이지 않는 교회'인 신앙자의 정신적 공동체를 강조함으로써, 실은 '보이는 교회'는 현실의 사회체제에 의존하여 형성되어 가는 경우이다. 앞에서 말한 정치권력의 다원화 경향이 이와 같은 지향성과 결합될 때 그기에 태어나는 것은 어떤 형태로든 정치권력과 종교권력과의 유착이며, 그 결과는 영방교회제 내지 국교회제이다. 이 경우 신앙의 입장에서는 지상의 나라와 신의 나라의 상이함이 강조되고 따라서 정치와 종교의 이원론이 주장된다. 그러나 현실에서 종교는 정치의 수단으로 변해갈 수밖에 없으며, 종교 그 자체가 정치화된다. 그리고 신앙의 순수성은 개인의 내면으로 갇히게 됨으로써 유지되는 것이며, 신앙의 개인화와 신비주의적 경향의 강화가 진행된다. 그것은 말하자면, 종교의 정치에 대한 현실주의적인 대응의 결과라고 볼 수 있다.

이에 대하여, 신앙은 인간의 전 생활영역을 뒤덮는 것이며, 신앙의 귀결은 현세에서, 혹은 오히려 현세에서야말로 관철되어야 한다고 생각되는 경우에는 '보이지 않는 교회'가 지향될 필요가 없다. 신앙자의 (현세적) 공동체의 원리는 전 사회생활에 관철되지 않으면 안 되는 것이며, 따라서 사회 그 자체가 성화(聖化)되어야 한다. 거기서는 이미 종교와 정치의 이원론은 무의미하며, 종교 입장에서의 일원화 강행이 당연한 귀결이다. 그리고 모든 정통성은 종교권력 손에 독점됨으로써 형태야 어떻든 신정(神政)정치가 현실의 과제로서 등장하게 된다. 열광적인 신앙은 항상 신정정치에의 지향성을 갖지만, 이와 같은 사고가 칼뱅주의라는 형태로 전개되기에 이르렀을 때 프로테스탄티즘에는 질적인 변화가 왔다고 할 수 있을 것이다. 그것은 "프로테스탄티즘의 루터적 현실주의에서 앵글로색슨적 이상주의로의 전화"이다.

그러나 여기서 주목할 것은, 이 두 유형은 모두 그 뿌리에 있어서 인간의 내면적 자율성을 전제로 하고 있다는 사실이며, 따라서 통합과정은 항상 그 내부에서 '신앙의 자유' 내지 '관용'의 요구를 만들어내

지 않을 수 없다는 점이다. 그런 의미에서는 개인의 종교적 구속으로부터의 해방이라는 과제는 프로테스탄티즘 그 자체에 대해서도 향해지고 있는 것이다. 그리고 이 점에 관해서는 두 가지 유형에 대응하여 각각 상이한 문제점이 나온다고 할 수 있다. 즉 첫째 유형 경우에는 신앙의 자유의 기본적인 문제는, 영방조교 내지 국가종교에 대해 자기의 신앙의 순수성을 어떻게 지킬 것인가라는 문제이며, 정치권력 입장에서 보면 개인에 대한 자유의 용인은 반드시 자기의 정통성의 기초를 무너뜨린다고 할 수 없다. 다른 측면에서 본다면, 그것은 자유의 용인 내지 관용의 문제가 원리로까지 거슬러 올라 다투어질 일이 없음을 의미한다. 이에 대하여 둘째 유형 경우에는 정통성을 독점하고 있는 종교(=정치) 권력에 대한 신앙의 자유 주장은 무의미하며, 각 개인 입장에서도 권력(의 정통성)에 대한 의문은 신앙의 본질과 관련되지 않을 수 없다. 따라서 현실적으로 '자유'가 주장될 때 그것은 늘 정통성을 둘러싼 투쟁이 되는 것이고, 그 결과 전정정치로의 경도(傾倒)는 실은 신앙공동체의 끊임없는 내부 분해와 섹트화 경향도 내포하게 마련이다. 그리고 섹트간의 정통성 투쟁은, 결과적으로 생겨나는 '관용' 주장에 대해, 원리적인 해결을 요구하게 될 것이다.

고(古) 프로테스탄티즘과의 관련에서 '관용'의 문제는 대체로 이상과 같이 설명할 수 있을 것이다. 그리고 신앙의 논리 그 자체 속에 본래적으로 관용의 가능성을 내포하고 있었던 것은 첫째 유형 뿐이다. 이 점은 가톨리시즘을 포함해서 생각해도 마찬가지라고 할 수 있다. 둘째 유형에서 전 사회생활의 성화가 목표로 되는 경우와는 기본적으로 다르다고는 해도, 가톨릭적 보편 공동체의 관념은 그 근원에 있어서 자기와 다른 신앙의 존재를 용인하지 않는다. 중세 전체를 통해 끊임없이 이단이 등장한 사실은, 정통과는 다른 주장은 끊임없이 이단이라는 사회적 위치를 감수하지 않으면 안 되었음을 의미하는 것이며, 더더구나 그것은 때로 화형이라는 수단으로 규탄 받지 않으면 안 되었다. (J. Hus 경우) 따라서 가톨리시즘 경우에도 관용이 문제가 되는 것은 사실의 진전과 그 압력에 의하는 것에 다름 아니다. 1555년 아우구스부르크 화의(和議)에서 루터주의가 공인되었다는 사실은, 가톨리시즘의 원리에 근본적인 변경을 요구했을 터이지만, 그것도 사실의 압력에 대한 타협으로서 처리되어버린다. 그리고 토리엔트 공회의 이후 반 종교혁명 노력이 계속되면서도 프로테스탄티즘의 존재라는 사실은 신앙의 논리 그 자체에 큰 압력을 미쳐, 가톨릭 신앙 그 자체의 지역적 분해과정이 진행된다. 1516년 '정교(政敎)조약'을 기초로 하는 프랑스의 갈리칸교회는 이와 같은 경향을 앞서 간 것이라 볼 수 있을 것이다.

이와 같이 볼 때 관용 논리의 전개를 검토하기 위해서는 역사 상황의 진전과의 관련 하에 분석할 것이 불가결의 조건이 된다. 특히 정치권력과 여러 종파와의 결합관계가 어떤 것이었는지는 사상가의 발상 그 자체마저도 규정해버린 것처럼 보인다. 가톨리시즘이든 프로테스탄티즘이든 어느 종파의 일원적 지배가 확립되어 있는 사회 내부에서는 종교적 관용론이 제출되는 일은 없다. 그 예는 가톨리시즘 경우에는 스페인 · 오스트리아와 이탈리아에, 프로테스탄티즘 (특히 루터주의) 경우에는 북유럽 나라들에 볼 수 있다. 이에 대하여 어떤 사회 내부에 여러 종파의 각축이 있는 경우에는, 그것은 반드시 정치권력을 둘러싼 투쟁과 관련되어 있었던 것이며, 관용론의 전개 그 자체도 정치상황의 반영인 측면을 강하게 가지고 있다. 그리고 이런 점에서 본다면 독일 · 프랑스 · 영국은 각각 전형적인 사례를 제공하고 있는 듯이 생각된다. 이에 이 3개국의 역사 상황과 관용론의 전개와의 관련을 추적해보기로 한다.

3. 종교적 관용론에서 원리적 관용론으로

[1] 신성로마제국

루터파 제후와 가톨릭파 제후 사이에서 벌어진 슈마르카르덴 전쟁은 1555년 아우구스브르그 강화로써 종결되었다. 그리고 신성로마제국 내부에서 루터파는 가톨릭교도와 평등한 법적권리를 획득하여 또

제후 및 제국도시 당국이 채용한 종교가 그 토지의 종교를 결정하게 되었다. 이로써 독일의 종교개혁은 하나의 결론으로 나아가게 되었으며, 신성로마제국의 형해화가 진행되고 16세기 이래 명료해지고 있던 제 영방의 독립성 강화의 경향과도 상호작용하면서 영방권력과 종교의 유착과 상호의존관계가 19세기에 이르기까지 유지된다.물론 그 사이에는 많은 정치적 · 종교적 변동이 있었지만, 제 영방의 병존관계와 각 영방 정치권력과 종교의 유착의 결과인 영방교회제에는 기본적으로 변동이 없었다. 그리고 이 사실은 첫째로 제국 내부에 가톨리시즘과 프로테스탄티즘의 공존관계가 성립되었다는 것, 둘째로 각 영방에서 상당한 정도까지 종교의 일원화가 수행되었다는 것을 의미한다. 어떤 영방에서 칼뱅주의가 채택된 경우에도 그것은 영방교회화된 칼뱅주의로 변질하는 경향을 보인다. 그렇다면 이와 같은 상황에서 관용론은 어떻게 전개되는가? 이 점에 대해서는ㅇ 두 문제점이 존재할 것이다. 그것은 ① 가톨리시즘과 프로테스탄티즘과의 공존관계를 지탱하는 논리는 어떤 것이었는가? ② 영방권력과의 관계에서 개인의 신앙의 자유는 어떤 특징을 가지게 되었는가? 이다.

① 이 문제는 먼저 가톨릭 측으로부터의 대응과 루터주의 측으로부터의 대응이라는 두 측면에서 검토할 필요가 있다. 그리고 이 경우 중요한 의미를 갖게 되는 것은 르네상스적 휴머니즘의 전통이다. 종교개혁기의 1524년부터 휴머니즘의 대표자인 에라스무스 (D. Erasmus)와 루터 사이에서 유명한 '의사의 자유' 논쟁이 전개되고, 휴머니즘과 루터주의의 간극은 결정적인 것이 된다. 이 경우 루터의 교회개혁 주장에 동정적이었던 에라스무스가 루터에 대해 비판적이 되지 않을 수 없었던 기본적인 문제점은, 루터의 '신에 절대적으로 예속된 의사'라는 사고가 초현세적인 원칙론에의 집착을 결과하여 따라서 또 이 세상에 투쟁을 낳는다고 생각되었다는 점에 있다. 즉 신은 때로 신앙자 개인과 동일화되어 (바로 이 점에야말로 자율적 인간상의 맹아가 내포되어 있는 것이지만), 따라서 또 신학론에서의 판정권의 독점을 기초로 하여, 외면적 조직인 보편교회에 대한 완전한 부정이 이루어질 가능성이 발견되었던 것이다. 이에 대하여 에라스무스가 대치(對置)했던 것은 인간의 (자유로운) 이성을 신뢰하는 평화의 이념이었다. 판정권은 바로 인간에 공통적인 이성에 내맡겨져야 하며, 따라서 루터는 "그 판단을 완화해야 한다" (<자우의사론>) 이와 같은 사고방식우로부터 도출되는 것은 평화를 절대가치로서 인정하는 까닭에 나온 신학논의에서의 절충주의와 사실상의 '관용'이라고 할 수 있다.

가톨릭 입장인 이와 같은 '관용-불관용'론을 다소 아이러니칼한 형태로 전형적으로 제시하고 있는 것은 토머스 모어 (T. More)의 논의이다. 에라스무스에서는 다(多)종파의 공존이 자각적으로 주장되는 일은 없으나, 모어는 <유토피아>에서 "자신이 진실이라고 믿는 바에 동의하도록 타인을 힘과 협박으로써 강제하는 일"은 "부적절하고 우스꽝스러우며, 또 오만불손한 태도"라고 주장한다. 그러나 이런 사실은 유토피아에 있어서의 완전한 관용을 의미하는 것은 아니다. 유토피아에서도 예배와 신앙의 강제는 존재하며, 다만 그 예배는 모든 종파의 동의를 전제로 수행되는 것이다. 여기서는 다 종파간의 이성적 일치가 전제되고 있다고 할 수 있다. 그러나 이와 같은 '관용=신앙'의 강제가 유토피아에서만의 이야기임은 자명하다. 모어의 의식에서 보면, 이단 측이 사회에 대해 폭력적으로 도전하고 있는 것이며, 따라서 "제후는 그 인민이 이단 측으로부터 오염되고 타락되는 고통을 받지 않도록 할 의무" (<대화편>)를 다함으로써 사회질서를 지켜야 한다. 물론 그의 입장에서 보면 정통은 가톨릭이다. 그러나 이 논리에 의하면 제후의 신앙은 프로테스탄티즘이어도, 폭력적이 아닌 이상은, 문제가 없다. '올바른 신앙'이라는 사고방식은 후퇴되고 관용의 논리를 이끄는 것은 신학의 귀결이 아니라 정치적 · 사회적 상황이며, 그것은 기본적으로는 사회질서의 문제라고 해도 된다. 그리고 이와 같은 입장은 16세기를 통해 정치권력 측에 꽤 광범위하게 공통된 입장이었다. 이 경우 일정한 정치적 영역 내부에서는 종교의 일원적 지배가 확립되어 있는 것이 물론 바람직하다.

로마교회 입장에서 이와 같은 형태의 관용-불관용론이 제출되는 일은 불가능하다. 그러나 교황권이

세속화 경향을 강화하고 또 각 대주교들은 교회재산을 기초로 정치권력으로서 독립화 하는 길을 가고 있다고 한다면, 그와 같은 관용에 대한 정치적 입장이 용이하게 수용되어가는 것은 당연한 귀결이라고 할 수 있을 것이다. 아우구스부르크 강화 이후도 가톨리시즘의 통일성을 유지하고자 많은 노력이 있었던 것은 사실이다. 그러나 그것은 이미 로마 교황권에 의한 일원적 지배를 목표로 한 것일 수는 없으며, 또 사실상 루타주의의 존재를 전제로 하고 가톨릭 내부의 단결을 강화해 나가고자 하는 노력에 다름이 아니었다. 반 종교개혁운동이 고조되는 가운데 이단 사냥의 강화가 있었지만, 그것은 종교적 다원화 경향과 그에 대한 정치적·종교적 권력의 저항을 역설적으로 표현하고 있는 것이라고 볼 수도 있을 것이다. 그리고 영방교회라는 형태로 종교적 다원성이 인정되고 있는 조건에서는 영민(領民)에 대해서도 그것이 사회질서를 문란케 하는 것이 아닌 이상 어느 정도의 신앙의 자유를 인정하지 않을 수 없었던 것이며, 그런 지점부터 비공인 종교가 세력을 확대해 갈 가능성도 열려 있었다고 할 수 있다. 아우구스부르크 강화에서 승인된 신앙의 자유는 영주층과 특권신분들만의 것이었으며, 일반 영민에 대해서는 가정신앙의 자유마저도 용납되지 않았다. 만약 영민의 신앙이 영주의 신앙과 충돌된다면 영지를 떠날 자유가 있었을 뿐이다. 그러나 30년전쟁의 결과인 베스트팔렌조약이 사정신앙의 자유를 공인하지 않을 수 없었던 것은 실은 이 조약에 선행하는 '시실'이 있었기 때문이다.

이상과 같은 상황은 루터주의 측에서도 기본적으로 다른 것이 없었다고 할 수 있다. 루터의 개혁자적인 입장은 에라스무스와의 논쟁에서도 분명하듯이 자기의 교의와 신조가 절대적으로 옳다고 주장하는 것이었다. 따라서 원칙적으로는 불관용이 당연하다. 그러나 이와 같은 입장이 관철되기 위해서는 루터파의 정치적 우위가 확립되어 있진 않으면 안 된다. 영주권력과 결합된 루터파 입장은 농민전쟁을 계기로 급격하게 전환되었으며, 1530년대에 들어서자 재세례파를 중심으로 한 과격파을 탄압하기 위해서는 가톨릭 세력과의 연합까지도 불사하게 된다. 그리고 이와 같은 과정에서 '평화와 질서'라는 관점이 전면으로 나오게 되어, 영방교회제에의 길이 열리는 것이다. 루터주의를 기초로 한 교회의 제도화에서 그 추진력이 된 메란히턴 (P. Melanchthon) 경우에는 인간 이성에 관한 에라스무스적 관전이 전면적으로 부활하게 되어, 그는 단지 정치에만 머무르지 않고 교의에서도 타 종파와 타협하려 큰 노력을 기울이게 된다. 그리고 영주권력과 결합된 루터주의에서는 초기 루터 사상이라기보다 차라리 메란히턴의 영향 쪽이 더 강했다고 볼 수 있다. 그러므로 아우구스부르크 강화의 결론에 대한 대응에서 루터주의와 가톨리시즘 사이에 거의 차이가 없었던 것도 당연한 노릇이라 할 수 있다.

② 신성로마제국에서의 정치적·종교적 권력 측이 베푸는 관용에 대해서는 대체로 이상과 같이 생각할 수 있지만, 이미 본 바와 같이 여기에 확립된 영방교회제는 신앙의 자유가 생겨날 여지를 남기는 것이었다. 그러나 그 길은 결코 평탄한 것이 아니다. 확립된 영방교회제가 먼저 가져온 것은 격렬한 종교적 대립관계였다. 1570년대 이후 가톨릭과 루터파 사이에는 무수한 논쟁이 벌어졌는데, 그 대부분은 타 종파의 존재를 일절 거부할 것을 주장하는 것이었다. 그리고 그 과정 속에서는 교회에 대한 영방 군주의 공공연한 개입까지도 주장되기에 이른다. 이단 사냥을 수행하는 가톨릭은 말할 것도 없이, 루터파의 가톨릭 추급(追及)도 가혹한 것이었으며, 그 과정에서 루터주의의 교조주의화가 진행된다. 비슷한 종교적 대립관계는 루터파와 개혁파 사이에도 있었으며, 루터파의 생각은 프랑스에 대한 적대감정도 가세하여, 가톨릭에 대한 것과 또 다른 의미에서 한 층 가혹한 것이었다. 이에 대해 개혁파 측은 부단히 타협의 움직임을 보이지만, 그것도 신성로마제국 내에서의 시민권을 미처 획득하지 못한 데서 오는, 어려운 처지를 일시적으로 모면하기 위한 방편이었던 것으로 생각된다. 다른 한편 이와 같은 종파간 대립관계가 격렬해질수록 영방 내부에서의 '관용'의 주장도 강하게 표면에 떠오르게 된다. 그리고 이 점에 관해서는 가톨릭과 루터주의 사이에 큰 차이가 있었다고 볼 수 있다.

영방교회제 성립은 종교적 대립을 단순한 종교적 '내분'으로서 처리할 수 없게 만들었으며, 거기에는

끊임없는 국제적 개입이 예상되었다. 아무리 영방제가 확립되고 있었다고 해도, 본래 황제권력 및 로마와의 강한 결합관계를 가지고 있는 가톨릭 측으로서는 개입은 말하자면 당연한 사태였으며, 거기서 직접 관용론이 나오는 일은 없다. 이에 대해 루터주의로서는 개입이 예상되면서 대립의 해소가 긴급한 과제라고 생각된 것은 당연했을 것이다. 루터파에서 처음으로 명확한 형태로 '관용'을 주장했던 사람은 16세기 말에서 17세기 초에 이르는 카멜라리우스 (F. Cameralius)와 게르하르트 (J. Gerhard)였다고 생각되는 바, 카멜라리우스의 생각은 "만약 군주가 칼을 가지고 두 종파 사이에 서서 좌에도 우에도 기울지 않는다면 내란은 확실히 끝난다"라는 그의 말에 잘 드러나 있다. 여기서는 영방군주가 신조의 차이를 묻지 않고 종파로부터 초월함으로써 힘을 배경으로 종교문제를 일단 제쳐두고 평화를 유지해야 한다는 생각이 나타나 있다. 이런 생각이 본래적으로 종교적인 문제에 대한 해결책이 되지 않는 것은 물론이다. 그러나 그것이 사실상의 '관용'을 결과하게 되는 것도 분명하다.

이에 대해 게르하르트의 주장은 종교 내부에서 주장되는 '관용'이었다고 할 수 있다. 그는, 기본적으로 올바른 신앙은 하나 밖에 없으며, 그 신앙은 절대로 고수해야 한다고 생각하면서도, 어느 것이 올바른 신앙인지는 인간에게 알 수 없다고 하면서, 거기서 '관용'에 의한 평화의 필요성을 설파하는 논리를 끌어내는 것이다. 즉 그는 신앙이 개인의 문제에 머무는 이상 그 완전한 자유를 인정하면서, 여방군주에게 평화와 안전을 유지하기 위한 조정자 역할을 요구하는 것이다. 외견적으로는 카멜라리우스와 비슷하지만, 그에게 정치적 평화와 신학적 타협은 구별되어 있는 것이며, '관용'이 주장되는 것은 어디까지나 평화유지라는 정치적 목적과 관련되어서이다. 신학적 '타협' (이것은 메란히턴에서 발견된다)은 참된 신앙을 왜곡하는 것이며, '관용'의 논리에 대한 거부에 다름이 아니다. 이런 사고방식은 내면적 신앙의 자유를 완전히 보장하려고 하는 것이라고 할 수 있을 것이다. 그러나 이는 신앙의 사회화에 대해서는 저해(沮害)요인으로 작용하는 것이며, 내면적·신비주의적 신앙의 강화를 가져오지 않을 수 없다. 30년전쟁의 귀결인 베스트팔렌 조약은 칼뱅주의에 대한 공인 외에도 '가정신앙의 자유'와 '양심의 자유'를 인정했지만, 칼뱅주의 인정의 논리적 기초는 카멜라리우스에 의해 전개된 것과 별 차이 없는 것이었다. 또 이 조약에서의 '양심의 자유'란 어디까지나 내면생활에서의 자유에 머무는 것이며, 신앙의 사회적 전개가 용납되지 않는 점에서 게르하르트의 사상에 대응하고 있었다고 할 수 있다. 그리고 그것이 바로 독일적 신앙의 한계였다.

'가정신앙의 자유'의 한계를 넘어서 어느 정도까지 교회조직의 자유를 인정한 예외적인 사례는 브란덴부르크·프로이센에서 발견된다. 종교개혁 이후 그 영내에서는 루터주의가 지배적이면서도 요한 지기스문트 이하의 역대군주가 칼뱅주의를 신봉하게 된 브란덴부르크·프로이센에서는 17세기 초 치래 루터파 교회와 개혁파 교회를 함께 공인한다는 방식으로 신앙의 자유가 인정되었다. 그리고 이와 같은 관용정책은 17세기 후반에는 정책의 기본원리 중 하나로까지 제고되어, 가톨릭 교회에 대해서마저 (혐오감을 나타내면서)자유와 보호가 주어진다. 그러나 여기서 실현되어 간 신앙의 자유 또한 독일적 색채가 강한 것이었다. '관용'이라는 개념은 본래적으로 권력 측으로부터 주어지는, 따라서 '위로부터의' 자유라는 성격을 가질 것이며, 그런 점에서 '정치적' 역할을 가지는 경우가 많은 것은 당연한 일이지만, 브란덴부르크·프로이센에서의 관용이란 신앙을 어디까지나 개인의 문제로 이해하고, 개인 속으로 가둠으로써 정치권력은 종교로부터 상대적으로 자율화 한다는 형태로 실현된 것이었다. 즉 거기서는 개인의 신앙의 다양성과 그 자발적인 결합을 인정하는 것이 아니라 '교회'의 다양성을 인정함으로써 각 개인을 그 틀 속에 자발적으로 가두고, 나아가 각 교회는 영방교회로서 군주 지배 하에 둔다는 것이었다. 그것은 말하자면 '양심의 자유'를 '교회의 자유'로 대치해 나가는 것이었다고 할 수 있을 것이다. 이와 같은 정책이 실현 가능했던 것은 프로이센의 강대화를 전제로 해서였음은 물론이지만, 이와 같은 형태로 종교를 '교회'로 '가둠'으로써 자유에 대한 요구를 정치적 국면에서는 자발적 복종으로 재편해 나가는 것도 가능해져, 군

주권력의 강화를 가져왔다는 측면도 놓쳐서는 안 될 것이다. 그 결과는 정치적 자유의 결여와 내면적 자유의 강조라는 독일적 패러독스였던 것이다.

[2] 프랑스

독일에서의 종교대립은 기본적으로는 가톨릭과 루터주의 사이에서 일어난 것이었는데 대해, 프랑스에서 대립관계에 선 것은 가톨릭 대 칼뱅주의였다. 그리고 이 점은 프랑스의 신앙의 자유가 독일과 다르게 전개되는 이유이다. 루터파가 '보이지 않는 교회'를 열망하고 인간의 내면적 변혁을 지향하는 강한 경향성을 가지고, 그런 까닭에 독일적 '양심의 자유'로 만족하고 또 신비주의 경향을 증대시킨 데 대하여, 프랑스의 프로테스탄티즘은 칼뱅의 강한 영향을 받음으로써 처음부터 하회생활 전체에 칼뱅주의적인 '신의 말씀'을 관철케 하려 하는 래디컬리즘을 진고 있었다. 따라서 프로테스탄티즘이 가톨릭적 보편주의와 정면으로 대립하여, 정치권력을 탈취하기 위한 피비린내 나는 투쟁을 전개하게 된 것도 당연하다 할 것이다. 더구나 신성로마제국이 여러 영방에의 분해로 인한 영방국가체제의 확립으로 향하는데 대해 프랑스는 시스마 이래 중앙집권화로 강하게 기울고 있었으며, 특히 가톨리시즘을 기초로 한 프랑스 국교회의 성립이라고도 할 수 있는 갈리칸교회의 형성(그것은 왕권에 복속되는 교회라고 할 만한 것으로, 특히 국왕이 고급성직자를 임명하는 제도 때문에 로마의 영향력은 최소화 되었다)은 이 상쟁(相爭)을 각 지방(領邦)의 독립성을 강화함으로써 조정케 한다는, 그런 형태의 수습책을 불가능한 것으로 만들고 있었다. 그 결과는 이른바 위그노 전쟁이었으며, 또 낭뜨의 칙령이라는 프랑스형 관용의 실현이었다고 할 수 있을 것이다. 이것은 '고(古) 칼뱅주의'가 몰고온 하나의 역사적 귀결이기도 했다.

신앙의 자유와의 관련에서 '고 칼뱅주의'를 생각할 때, 거기에는 두 가지 서로 모순되어 보이는 측면이 있었음을 놓쳐서는 안 될 것이다. 먼저 종교적 관용에 대해서 본다면, 그것은 제네바에서의 신정정치에 전형적으로 나타나듯이 불관용이 원칙이었다. 세속적 권력까지도 신의 의사에 의한 것으로서 긍정하는 칼뱅의 교의 (이 점에서는 루터와 별로 차이가 없다)에 의하면 때로 타협이나 인내로써 일치를 이룰 것이 설교되기도 해서, 거기서 '칼뱅적 관용'이라는 관점도 제시되곤 한다. 그러나 문제가 신학적 교의와 신앙으로 한정되는 한 거기에는 타협을 위한 한 가닥 노력도 없으며, 철저한 불관용의 태도가 주장되는 것이다. 미카엘 세르베투스 (M. Servetus)의 분살(焚殺)과 그것을 정당화하기 위해 쓰인 <삼위일체론의 옹호>는 이를 잘 나타내고 있고, 신정정치는 사회생활 전체의 철저한 성화(聖化)를 지향하는 그의 교의의 필연적 귀결이었다고 할 수 있다. "시은 스스로의 말로써 만든 것 말고는 어떠한 신앙도 유지할 것을 명하지 않는" 것이다. 그리고 이와 같은 생각은 그의 협력자이며, 후계자인 테오도르 베즈 (T. Beze)에 의해 더욱 철저해진다. 관용을 주장하는 세바스티안 카스텔리오 (S. Castellio) 등에 대한 공격은 매우 날카롭다.

한편 이와 같은 철저히 불관용한 사고방식은 흔히 세속적 권력과의 충돌을 빚지 않을 수 없다. 그리고 거기서 저항권의 논리가 전개되는 것이다. 루터에서는 세속권력과 영민(領民)과의 신앙이 다른 경우에는 그 군주 밑에서 도망침으로써 신앙의 순수성을 간직할 것을 설교할 뿐이며, 따라서 저항권의 계기를 명료하게 읽어낼 수가 없다. 그리고 그의 겨우 세속권력의 근거를 '신에서 나온 것'이라고 주장한 흔적도 없다. 이에 대해, 칼뱅은 열악한 세속권력마저 '신에서 나온 것'이라고 하며, 신에 의한 세속적 질서에의 절대적 종속을 설교함으로써 저항권은 표면적으로는 완전히 부정된다. 그러나 동시에 수동적 불복종은 긍정되며, 그 불복종은 사회생활 전체의 성화를 지향하는 강한 신앙으로 관철된 것이 되지 않을 수 없다. 그 결과 만약 칼뱅주의가 승리한 경우에는 신정정치의 경향이 강화되며, 철저한 사회개혁을 지향하게 되며, (여기서 칼뱅 사상을 혁명 독재라고 보는 관점이 나온다) 또 수동적 불복종 주장 속에도 (설령 칼뱅은 자각하지 않고 있다고 해도) 저항권의 계가가 포함되지 않을 수 없을 것이다. 이런 점은 칼뱅보

다도 베즈 등에서 더 명료한 것이 된다.

프랑소아 오트만 (F. Hotman)은 위그노 옹호를 의도하는 그의 저서 <프랑코 갈리아>에서 프랑스 역사와 정통에 근거를 찾으면서 입헌군주제적 논의를 전개하고 신민의 권리를 주장하려고 한다. 거기서는 저항권에 대한 종교적 근거 부여는 약하다. 그러나 베즈의 <통치자의 신하에 대한 권리>나 <폭군에 대한 반항의 권리>는, 세속권력에 대한 복종은 신이 명한 것이라고 하면서도 절대적 권위는 오로지 신에만 있는 것이며, 거기서 직접 자연법적인 관점에서 세속권력의 한정성을 주장하고 있다. 그리고 세속권력은 피치자(被治者)의 안전과 복지를 위해 존재하는 것이며, 신의 법을 어기고 그 권력을 남용하고 폭군으로서 행동할 때에는 피치자 측에 저항의 권리가 있다고 주장되는 것이다. 주지하는 바와 같이 이 피치자의 권리(저항권)는 그들로부터 권리를 위탁받은 자, 즉 귀족이나 도시귀족 등등에 의해 집행되어야 한다고 한다. 그러나 신앙을 기초로 하고 세속권력에 대한 반항의 권리가 정통화될 때, 신앙의 자유의 문제는 내면적 세계의 '양심의 자유'에서 현세 내적·정치적 자유로 전개되지 않을 수 없을 것이다. 그것은 칼뱅주의가 가지고 있던 '현세 내적' 성격에 대응하는 것이었으며, 따라서 표면적인 모순은 깊은 내적 관련을 가지고 있었다고 생각할 수 있다.

고(古) 칼뱅주의에 포함되어 있던 이 두 측면은 종교적 대립을 격화시키는 요소를 포함하는 것임 (다만 제2의 측면은 위그노전쟁의 격화가 가져온 정신적 귀결이라고 할 수 있다)과 동시에 대립을 결코 개인 레벨에 해소해버리지 않는다는 점에서 주목할 만하다. 그리고 그것은 프랑스에서의 종교전쟁의 전개와 선명한 대응관계를 나타내고 있다. 즉 다른 이른바 종교전쟁과 비교해볼 때, 프랑스의 위그노전쟁의 큰 특징은, 그것이 프랑스 전 사회를 가톨릭과 위그노와의 두 진영으로 (이를테면) 종(縱)으로 가르고 포함하는 형태로 싸움이 이루어졌던 점이라 할 수 있을 것이다. 기즈 세력과 콩데 세력을 정점으로 하는 권력싸움의 영향은 신앙을 매개로 하여 민중 레벨로까지 내려가고, 바로 그런 것인 까닭에 정점에서는 끊임없이 타협과 거래가 되풀이 되면서도 그것은 저변에 이르기까지 유효하게 기능할 수가 없는 것이다. 특히 성(聖) 바르테르미의 밤 이후 대립은 결정적으로 저변에까지 내려가 버렸다고 할 수 있을 것이다. 그 결과 절대왕제에의 발걸음은 비참한 종교적 내란을 통해 진행되었던 것이다. 그리고 이와 같은 대립에는 로마와 가톨릭 세력의 개입 가능성이 늘 미묘한 그림자를 드리우고 있는 것이며, 이 사실은 종교적 독립성을 강화하고 있던 (갈리카니즘) 왕권의 가톨릭에 대한 전면적 의존을 불가능케 하고 있는 것이다. 이리하여 프랑스에서는 국교회제의 강화에 의한 종교적 일원화도, 또 신·구 양파의 양보에 의한 공존도 모두 현실적 가능성을 상실해 버렸다고 할 수 있다. 이 같은 사태에 직면하여 가장 유력한 주장으로서 등장하게 된 것이 종교적 대립을 정치적으로 처리하려 하는 '관용'론이었다. 주지하는 바와 같이 위그노의 영수였던 나바르의 앙리 (Henri de Navarre)는 기톨릭으로 전향함으로써 왕위를 계승하여, 그리고 1598년에는 낭트의 칙령으로 거의 완전한 관용정책 (내면적 신앙의 자유, 예배의 자유, 재판의 평등, 양파에 대한 관직 개방 등)을 실현한다. 그것은 앙리의 정치적 이유로 인한 전향에 전형적으로 나타나 있듯이 왕권에 대한 종교적 원리의 굴복이라고 할만한 것이었다. 그리고 이와 같은 관용정책의 이론화는 장 보댕 (J. Bodin)을 정점으로 하는 포리티크 (politique? 정치가? 행정관료? 정치학자?)에 의해 수행되었으며, 또 정책의 실현과정 그 자체도 포리티크에 의한 바가 크다. 개괄적으로 생각하면 포리티크는 가톨릭 신앙을 갖는 사람들로 구성되어 있다. 그러나 그들의 기본적 문제는 신앙의 순수성을 지키는 것보다도 프랑스를 통일시키는 일이 우선이었다. 그리고 이런 관점에서 본다면 "종교에서 일어나는 싸움만큼 크고 위험한 것은 없"는 것이다. 그것은 단순히 나라를 둘로 나누고 내란을 벌이는 비참을 초래할 뿐 아니라, 가산국가체제의 재편성기에 있는 미묘한 유럽의 국제관계 속에서 프랑스 그 자체까지도 희생시킬 가능성을 내포하는 것이었다. 이와 같은 태도는 위그노 속에도 동조자를 찾아낼 수가 있었던 것이며, 대학살 후인 1574년에는 포리티크와 위그노 사이에 동맹도 성립한다. 나아가서 거슬러 올라가면 1561년

오를레앙의 관용령 이후 수차례의 관용령의 배후에 있었던 것은 이와 같은 사고방식이었다고 해도 될 것이다. 그리고 이 같은 포리티크는 점점 나바르의 앙리 밑으로 결집해 가는 것이다.

그렇다면 포리티크의 관용론이란 도대체 어떤 것이었는가? 1576년에 나온 보댕의 <국가론 6편>은 이 입장을 전형적으로 보이는 것이었다고 할 수 있다. 그는 카트린 드 메디치에 보이는 바와 같은 마키아벨리즘에 대해서는, 그것이 무신앙과 부정에 의해 왕국의 기초를 파괴하는 것이라며 강하게 반대하면서도 저항권을 강하게 주장한 폭군 방벌(放伐)론에 대해서도 날카로운 공격을 퍼붓는다. 그것은 자유의 이름 아래 아나키를 초래하는 것에 다름이 아니라는 것이다. 그리고 자연사회인 가족을 기초로 하여 주권의 절대성을 강조하는 논리를 전개한다. 거기서는 "영혼의 구제보다도 왕국과 가정의 안전"이 선행한다. 종교적 신조의 상이는 주권과의 관련에 있어서 상대화된다. "우리는 … 종교를 바꿔도 국가와 왕제가 살아남는다는 것을 경험했"지만, 1국 내에 있어서는 종교의 통일성이 유지되어야 하며 (통일된 신앙, 통일된 법, 한 사람의 왕), 그럼으로써 "국가의 안전이 지탱"된다. "우리는 이와 같이 신성한 일이 경멸받거나 다툼에 의해 의문이 제기되거나 하지 않도록 주의하지 않으면 안 된다. 국가의 존망은 이에 달려 있다." 이런 논리로 보면 이와 같은 종교의 통일성을 힘으로써 유지하려 한다는 것은 그 자체 모순이다. 따라서 왕은 공정함을 통해 모범을 보여야 하며, "왕이 진정한 신앙을 추구할 때 …그는 힘이나 형벌에 의하지 않고 신하의 마음과 의사를 그 신앙으로 끌어당기는 일이 가능"한 것이다. 당장 요구되는 것은 '관용'이다. 그리고 신조의 차이는 왕국의 통일성을 위해 뒤로 미뤄두지 않으면 안 된다.

여기에 제시되고 있는 신앙에 대한 상대적인 관점은 절대군주가 절대군주일 수 있기 위해서, 성장 도상에 있던 부르주아지의 (특히 빠리를 중심으로 한) 안전과 질서에 대한 요구에 대응해서 종교적 관용이라는 형태로 답한 것이라고 할 수 있을 것이다. 그리고 그것은 갈리칸교회의 원리의 재생이었다고 볼 수도 있다. 그러나 여기에 보이는 강한 세속성은, 이 관용의 관점이 결코 신앙의 문제를 원리적으로 해결한 것이 아니었음을 의미하고 있다. 특히 현세 내에서의 신앙의 논리 관철을 주장하는 칼뱅주의 입장에서는 매우 불완전한 자유를 의미하는 데 지나지 않는다. 사실 종교의 국가주권에의 봉사라는 형태로 전개된 관용론은 일단 절대군주권이 확립된 후에는 (낭트의 칙령의 '영구적이며, 폐기될 수 없으며'라는 보장에도 불구하고) 군권신수설로서의 역전을 경험하지 않을 수 없었던 것이다. 그리고 프랑스 사회에서는 왕권과 결합된 가톨릭 하에서 조금씩 기정사실화의 세속화가 진행되어 갔다고 할 수 있다. 프랑스혁명기의 헌장이 '신앙의 자유' 문제에 특히 큰 관심을 보이지 않고 있는 점은 이 문제점을 전형적으로 드러내고 있다고 할 것이다.

[3] 영국

퓨리턴혁명의 와중인 1647년에 급진파인 레벨러즈가 내놓은 이른바 <인민헌장>은 신앙의 자유에 대하여 "신앙의 문제와 신을 예배하는 방법과는 어떤 인간적인 힘에도 신탁되지 않는다"라고 규정했다. 왜냐 하면 "우리는 신이 우리의 양심에 신의 마음으로서 가리키고 있는 것을 인간적인 힘에 위양(委讓)할 수 없"기 때문이다. 여기에 제시된 신앙 내지 양심의 자유의 관점은 독일 내지 프랑스에서 전개된 관용론과 비교하면 질적인 차이를 포함한다고 볼 수 있다. 신이 "우리의 양심에 신의 마음으로서 가리키고 있는 것"은 설령 서로 모순된다 하더라도 절대적인 것이며, 따라서 그것은 세속적 권력은 물론, 인간의 사회관계에 있어서도 타자로부터의 개입을 용납할 수 없는 것으로 생각되고 있는 것이다. 여기서의 '자유'의 문제는 이제 '관용'의 문제가 아닐 수도 있다. 막스 베버의 말을 빌면 "양심이 개개인에 대한 신의 계시가 되고 있다" (<프로테스탄티즘의 윤리와 자본주의의 정신>) 그리고 이와 같은 사고방식이 등장하는 배경에는 영국 퓨리턴이즘의 역사가 큰 역할을 하고 있다고 생각된다.

여기서 영국 프로테스탄티즘의 역사를 더듬을 여유는 없지만, 무엇보다도 유의할 것은 영국 국교회가

로마와는 완전히 단절된 형태로 독자의 교회제도를 만들어놓고 있었다는 사실이다. 이 사실은 영국에서의 종교적 대립이 계층간의 대립이라는 측면을 가지고 있다는 사실과 부합된다고 볼 수 있다. 왕권과 결합된 국교회와는 달리, 영국의 실질적인 종교개혁은 퓨리턴에 의해 진행되었다고 할 수 있지만, 퓨리턴 내지 non-comformist로서 일괄되는 사람들의 구성은 결코 프랑스의 위그노와 같은 단일성을 지닌 것이 아니다. 그것은 대별하면 presbiterian (장로파), congregationalsm (독립파 및 분리파), 그리고 baptist(세례파) 등 3-4 그룹으로 나눌 수 있을 것이다. 이들 3-4개 파는 각각 국교회에 대한 태도를 달리 하고 있으며, presbiterian이 (스코틀랜드에서의 활동에서 충분히 유추할 수 있듯이) 국교회 그 자체의 개혁을 목표로 한 데 대해, 독립파는 국교회 내부에 있어서의 독자적인 집회를 생각했고, 또 분리파는 국교회와 분리된 형태의 교회를 생각한다. 그리고 baptist는 국교회와 관계없이 독자의 조직을 구상했다고 할 수 있을 것이다. 그리고 이와 같은 국교회와의 거리는 또한 사회계층의 차이와 대응하고 있었던 것이다. 퓨리턴의 기반은 일괄한다면 신흥 상공업계급이라고 부를 수 있겠지만, 그것은 분해과정을 겪고 있는 계층이었다. 그리고 여기에 든 순서는 정치권력에 대한 태도와도 대응하고 있었던 것이다. 프랑스의 종교적 대립을 사회적으로는 세로(縱) 나누기 형이라고 부를 수 있다면, 영국에서의 대립은 바로 가로(橫) 나누기 형이었다. (그러나 빈농층은 왕당파=국교회의 기반이라고 할 수 있다)

그렇다면 이와 같은 영국사회의 종교적 구성 속에서 앞에서 말한 종교적 자유 주장은 어떤 계보를 가지고 있었던 것일까? 국교회가 원칙적으로는 불관용임은 물론이다. 나아가 presbiterian의 관점은 앞에서 말한 칼뱅 내지 위그노의 관점과 동일선상에 있다고 할 수 있다. (다만 녹스(J. Knox)에서 이미 저항권의 계기가 명료하다는 것은 주목할 만하다) 이에 대하여 congregationalst 특히 분리파 그리고 baptist의 관점은 앞에서 검토했던 루터주의나 칼뱅주의의 생각과는 기본적으로 이질적인 것을 포함하고 있었다. 그런 의미에서 이미 여기서는 고(古) 프로테스탄티즘으로부터 신(新) 프로테스탄티즘으로의 전환이 시작했다고도 할 수 있을 것이다. 즉 이 양파가 탄생시킨 것은 '자유로운 교회'와 '정교분리주의'의 주장이며, 그 전제에는 이미 '신에 의해 설정된 세속권력'이라는 관점은 없다. 신의 질서와 세속적 질서는 완전히 별개의 것으로 생각되고, 동시에 신앙을 같이 하는 자가 현세 내에서 스스로의 신앙공동체의 순수성을 유지해 나갈 것을 지향하는 것이다. 그것은 말하자면 자기들의 사회를 국가 내에 만들려는 노력이라고 할 수 있을 것이다. 물론 양파의 주장 사이에는 상당히 큰 뉘앙스 차이가 있다. 그것은 분리파가 칼뱅주의의 정통의 적자(嫡子)의 하나인데 대하여 baptism이 칼뱅주의와 세례파의 흐름을 이어받는 자였다는 점에서 볼 때 당연하다 할 것이다. 그러나 각각의 요소가 수행했던 역할은 함께 큰 것이었다고 판단된다.

먼저 분리파를 볼 때 그 주장이 전형적인 형태로 나타나는 것은 'congregationalsm의 아버지'라고 일컬어지는 브라운 (Robert Browne)에서이다. 그는 "그리스도교도란 <u>자유로운 의사에 근거하여</u> 신과 계약을 체결하고, 신과 그리스도와의 통치를 받는 … 신앙자의 공동체 혹은 집합이다"라고 설명한다. 여기에는 이미 사회생활 전체를 신의 예정 아래에 있는 것으로 전제하고 철저히 성화(聖化)해 나가려고 하는 고(古) 칼뱅주의에 특징적인, 그리고 신정정치를 가져오기 위한 원동력이 된 사고양식은 보이지 않는다. 그러나 "인간은 각자 신에게서 소명받은 길을 걸어야 한다"는 강한 소명관, 그리고 신앙의 현세내적 성격에 있어서는 큰 차이는 없다. 아니, 신앙공동체 내부의 문제로서 보면 이와 같은 성격은 보다 강화되었다고도 볼 수 있을 것이다. 즉 신앙공동체는 세속권력과는 무관한 것이라고 생각됨과 동시에 그 내부에서는 철저한 성화가 도모되는 것이다. 그것은 게마인데 내부에 있어서의 신정정치의 강화라고도 할 수 있을 것이다. 더욱이 이 사고에서는 규범의 객관성이 완전히 상실되어 있음으로써, 자기 내부에 무한한 분리주의가 생기지 않을 수가 없다고 할 것이다. 그것은 말하자면 칼뱅주의의 현세 내적인 성격을 남긴 상태 그대로의 철저한 개인화에의 길을 여는 것이었다고 말할 수 있다. 브라운이 국교회로 복귀했을 때,

그것은 '전향'이라고 일컬어진다. 그러나 그의 분리주의와 국교회제와의 사이에는 소명관을 기초로 생각할 때 근소한 거리 밖에 인지할 수 없을 것이다. 그리고 그의 주장이 분리주의 방향으로 한 발짝만 더 나아갈 때에는, 그것은 처음에 설명한 것과 같은 의미에서 '신앙의 자유'라는 관점을 낳지 않을 수 없겠지만, 그럴 경우 그의 신앙체계 그 자체가 붕괴되지 않을 수 없는 것 또한 명백하다.

신앙의 개인화라는 방향을 추진하는 데 있어서 하나 더 큰 역할을 수행했던 것은 baptism의 관점이다. 앞에서 언급한 <인민헌장>이 권리로서의 신앙의 자유를, 코먼 로도 자연법도 아닌 개인의 양심 위에 기초를 두고 있다는 것은, 당시의 법사상을 상기할 때 주목할 만한 사실이라고 해야 한다. 그리고 거기에는 재세례파 및 spilitualism에 원류(源流)를 가진 '신의, 개인의 양심 내지 이성에 대한 직접적인 계시'라는 생각이 강한 영향을 주고 있다고 생각되는 것이다. baptism 그 자체의 계보는 네덜란드의 아르미니우스파의 영향하에 형성된 일반세례파와 칼뱅의 교의를 기초로 하고 독립파로부터 갈라져 나오는 특별세례파로 나뉘는 것이지만, 양자에 공통적인 것은 개인의 자유의사를 존중하고 (성인세례는 그 상징이다), 동시에 그 개인의 의사 내지 이성에 신의 계시가 주어졌다고 하는 생각이었다. (그 극단적인 표현은 baptism의 전통 속에서 태어난 퀘이커에서 발견된다) 여기서는 이미 칼뱅적 이중예정설은 포기되지 않을 수 없으며, 그럼으로써 분리파가 아무리 해도 넘어설 수 없었던 소명관=elitism을 넘어설 수 있게 되고, 각 개인은 대등한 평면에 서게 되는 것이다. 더욱이 개인 의사의 존중이 주장되고 있다는 사실은 이 관점이 신비주의에 수렴되어버리는 것이 아님을 의미하고 있었다고 할 것이다. (우리는 baptism에 에라스무스, 나아가서는 카스틸리온의 영향을 읽어낼 수도 있다.)

어쨌든 장로파에서 baptism까지에 이르는 영국 퓨리턴이즘을 관통하는 큰 특징의 하나는 그 현세 내적 신앙이라는 측면이었다. 게다가 그런 것들이 말하자면 가로(橫)로 가르는 식으로 구성되어 있었던 것이다. 이와 같은 종교사상적 상황을 배경으로 혁명이 일어났을 때 그것이 퓨리턴혁명으로서 수행되어 갔던 것은 이를테면 당연한 사태였다. 그리고 혁명의 주도권이 계속 급진파의 손으로 넘어갈 때, 분리파나 baptism의 신앙은 영국 전체로 침투해 갈 수밖에 없다. 더욱이 이와 같은 사태의 진전은 정치권력 대 퓨리턴이즘의 항쟁을 퓨리턴이즘 내부의 섹트 대 섹트의 항쟁으로 바꿔 나가는 결과를 가져온 것이다. 그 때 신앙의 개인화 원리가 <인민헌장>으로서 열매를 맺은 것은 조금도 이상한 일이 아니었다. 다만 퓨리턴이즘을 기초로 한 '신앙의 자유' 주장은 개인의 양심 내지 이성을 통치적 기능과 완전히 분리하고 있지는 않다는 것, 바꿔 말하면, 완전히 외면적인 것인 정치사회를 구성하는 개인상(像)을 형성하고 있지 않다는 점, 따라서 또 자연적 이성의 자율성을 확보하고 있지 않다는 점에서 불완전한 것이었다. 그것은 시민혁명이 퓨리턴혁명으로서 수행되지 않을 수 없었던 이상 당연했다고 할 수 있을 것이다. 그리고 이와 같은 불완전함을 보완함으로써 종교적 관용론을 신앙의 자유로서 이론적으로 확립했던 사람은 존 로크였다고 생각된다.

4. 맺음말 - 관용과 자유

종교적 관용과 종교적 자유는 보통 대립적인 개념으로 파악된다. (예를 들어 T. Paine) 그것은 '관용'을 권위 내지 권력의 측으로부터 주어지는 것으로 이해함으로써 권리주체로서의 개인 입장에서 보면 '자유'의 저해요인이라는 의미를 갖는다고 생각되는 데서 온다고 하겠다. 그리고 그 점에서는 이와 같은 관점은 '자유'의 주체적인 실현에 길을 여는 것이라고 할 수 있다. 그러나 인간의 종교의식이라는 측면에서 본다면, 이러한 사고방식이 신앙의 개인화와 사회생활의 탈종교화인 신 프로테스탄티즘의 전개 이후에 생기는 문제의식일 뿐이라는 것도 명백하다. 절대자로서의 유일신 이 전제되고 더욱이 그 신이 전 사회생활까지도 지배하고 있다고 생각되는 고(古) 프로테스탄티즘의 의식구조 하에서는, 기본적으로는 모든

권위와 모든 권력은 신으로부터 나오는 것이다. 따라서 관용은 사실의 강제력 하에서밖에 실현될 수 없으며, 또 확고한 신앙이 유지되는 한 관용으로서의 자유 외의 자유는 있을 수 없다. 동시에 관용은 결코 권력 대 개인의 관계에서만 실현되는 것이 아니라, 개인 대 개인의 관계에서도 실현의 장을 가지고 있었던 것이다. 따라서 역설적으로 말한다면 신앙의 자유는 개개인의 관용에 의해서 밖에 실현될 수가 없는 것이라고도 말할 수 있을 것이다.

그렇다면 이와 같은 개인 측으로부터 베풀 '관용'을 지탱하는 것은 무엇이었던가? 그것은 종교적 열광과 대항적인 관계에서 주장되는, 인간의 '이성' 내지 '의사'에 대한 용인(容認)이었다. 과감하게 말하면, 그것은 신과는 무관한 인간의 영역을 설정함으로써 현세적 질서를 회복하려고 하는 시도의 하나의 표현(물론 그 진서 전체가 신의 것으로서 전제되는 것이지만)이었다고도 할 수 있다. 이 관점에서 생각해보면, 에라스무스에서 baptist에 이르기까지, '관용'론을 전개한 논자가 모두 인간의 의사 내지 이성을 강조하는 입장에 서 있었던 것은 당연했다고 할 것이다. 프랑스에서의 포리티크의 주장은 예외라고 생각될 수도 있지만, 그러나 그것은 말하자면 신을 신을 잠시 뒤로 미뤄두는 것이었다고 한다면, 포리티크 또한 이 계보에 포함시켜 생각함은 부당한 일은 아닐 것이다. 그리고 이와 같은 계기가 영국의 퓨리턴이즘에 있어서 섹트적 신앙과 결합되기에 이르렀을 때, 그것은 '관용'의 원리적인 주장으로서의 신앙의 자유와 양심의 자유의 관념을 탄생시켰다고 볼 수 있다. 그러나 섹트적 신앙에서는 '이성'의 계기는 상실되고, 압도적 비중은 '의사'의 계기에 걸리게 마련이다. 그런 의미에서는, 이와 같은 사고방식은 신정정치적 경향에의 역전 가능성을 늘 포함하는 것이며, (아메리카 식민지 경우에는 이것이 가끔 현실화되었다) 그런 점에서는 신앙의 자유는 수동적인 것일 수밖에 없었다. '이성'의 계기를 강조함으로써 '신앙의 자유'의 적극적인 실현을 도모하기 위해서는 신에 대한 위치 부여 그 자체가 전환될 필요가 있었다.

영국 경험론의 전통은 홉스 (T. Hobbs)에 이르러 자율적인 정치사회의 전체상을 그릴 것을 가능케 했다. 그리고 로크는 신앙과 이성의 두 개 영역을 준별함으로써 자연적 이성의 자율성을 확보하려고 한다. "이성은 자연의 계시이며, 그 이성으로써 영원한 빛이며 모든 지식의 원천인 신은 인간에게 그 자연적인 능력이 도달할 수 있는 범위 안에 있는 진리의 얼마간을 전달하는 것이다." (<인간 오성론>) 신앙의 초자연성을 승인하고 있는 점을 별도로 생각하면, 그것은 이신(理神)론에의 전환이라고 할 수 있다. <관용에 관한 서신>에서 그는 통치의 기능을 완전히 외면적인 것으로 설명하고, 그런 점에서 가해지는, 내면적 확신에 근거한 신앙 문제에의 개입을 일체 거부하는 논리를 전개한다. 그 경우 그의 이미지 속에 있는 신앙이란 퓨리턴이즘에서 이어받은 '자유로운 교회'의 그것이라고 할 수 있을 것이다. 그리고 개인의 내면에 있어서의 신앙의 완결성이 강조되고, 따라서 또 완전한 '관용'이 주장되는 것이다. 그러나 여기서의 신앙의 내면화는 이제 루터주의의 경우와는 완전히 의미를 달리 한다. 외면세계를 다루는 것은 '이성'이며, 그리고 '관용'은 이성의 명령에 다름 아닌 것이다.

만약 로크에서 '종교적 관용'이 원리적으로 확립되었다고 한다면, 그것은 또한 신앙의 자유의 무(無)내용화라는 의미에서의 형해(形骸化)의 출발점도 함께 이루고 있었다고 볼 수 있다. 그들에서 발견되는 이신론의 계기는 '계몽'에 의해 신앙의 초자연성을 부정하는 방향으로 급속히 전개된다. '이성의 시대'가 개화(開化)했을 때, 거기에는 이미 과거와 같은 의미에서의 신앙의 자유=관용이 주장되어야 할 필요성은 거의 소멸되어 있었던 것이다. 그리고 신앙의 사회적 기능이 상실되어 갈 때에는 권력 측 또한 그 통제에 큰 관심을 기울이는 일은 없다. 신앙의 자유는 '혼'의 문제에서 교회세의 배분방법이나 공립학교에서의 종교교육의 문제로 전환되어 간다. 국교회제도가 엄연히 존재하면서도, 그것이 정치적 쟁점으로서 뜨거워지는 일마저 없어져 가는 것이다. 그런 의미에서는 '신앙의 자유'는 신앙의 묘비명(墓碑銘)이었다고 해도 될 것이다. [끝]

인신의 자유의 절차법적 보장
헤이비어스 코퍼스의 인신보호영장적 기능 성립사

호리베 마사오 (堀部 政男)

1. 머리말

[1] 인신의 자유의 절차적 보호 - 헤이비어스 코퍼스

인신의 자유는 근대국가의 인권 중에서도 가장 기본적인 인권에 속하는 자유이다. "어떤 설명도 구제도 주어지지 않고 인신구속이 가능할 때에는 모든 형식의 자유가 침해된다. 투옥된 자는 교회에 갈수도, 토론 할수도, 출판할 수도, 집회할 수도, 재산권을 향유할 수도 투표소에 갈 수도 없다." 그런 까닭에 인권선언이라고 이름 지어진 모든 문서는 어떤 방법으로든 인신의 자유를 보장하고 있다고 할 수 있을 것이다.

그 보장 방식은 이념적으로는 크게 나누어 선언적 보장과 절차법적 보장으로 나뉜다. 선언적 보장은 매우 실효적인 경우도 있으나 실효성을 담보하는 방법을 결하기 때문에 때로 무시당할 수가 있다. 이에 대해 절차법적 보장은 인신의 자유 원칙을 선언하고 있지는 않지만 구체적인 구제수단으로서 인신의 자유를 보장하고 있기 때문에 매우 실효적이다. 이들 두 보장방식이 서로 보완할 경우에는 더욱 실효성을 발휘한다.

그런데 인신의 자유의 보다 효과적인 보장방식인 절차법적 보장(구제방법의 준비)은 영국(및 미국)에 그 전형을 찾을 수 있다. 영국에서는 일반적으로 '권리 있는 곳에 구제방법 있다'라는 원칙이 오랜 옛날부터 자명한 사실이라고 생각되어 권리와 구제 방법이 밀접하고도 불가분의 것으로 여겨져 왔다. 이 문제에 대하여 블랙스톤은 "만약에 국가구조가 현실의 향유를 확보하기 위한 다른 어떤 방법도 준비하고 있지 않다면 이들 권리(=절대권)는 여러 법이 사문화됨으로써 공허하게 선언되고, 확인되고, 그리고 보호될 것이다."라고 말하면서 권리에 구제수단이 수반되지 않으면 무의미하다는 주장을 펴고 있다. 인신의 자유와의 관련에서 같은 지적을 하고 있는 다이시(A.V.Dicey)는 '개인의 자유는 보장된다'라는 벨기에헌법 제7조의 규정을 들어 다음과 같이 말하고 있다. "'보장된다'라는 표현은 이미 필자가 지적했듯이 매우 중요하다. 즉, 그것은 인신의 자유는 국토의 통상의 법(the Ordinary of Law of the Land)을 넘는 그 어떤 힘(Power)에 의해 벨기에인에게 보장되는 특수한 권리라는 개념을 의미한다. 이것은 영국인의 사고방식을 가지고 볼 때 매우 이질적인 사고방식이다. 왜냐하면 우리에게는 인신의 자유는 특수한 권리가 아니라 재판소에 의해 강행되는 국토의 통상의 법의 결과이기 때문이다."

그렇다면 인신의 자유의 절차법적 보장에는 어떤 방법이 있는가. 다이시는 인신의 자유침해에 대한 구제방법으로서 ① '체포에 대한 구제' ② '헤이비어스 코퍼스'(habeas corpus)[1]를 들고 있다. 그리고 그는 헤

1) habeas는 subjunctive present의 2인칭 단수이며, 따라서 habeas corpus는 'thou must have the body.' (몸(신병)을 제출해야 한다)라는 뜻이 된다. 이를 때로는 '인신보호영장' 혹은 '신병 제출영장'이라고 번역하나, 헤이비어스 코퍼스의 역사적 전개를 연구한 결과, 이 말을 '인신보호영장' 혹은 '신병제출영장'이라고 번역하는 것은 헤이비어스 코퍼스가 역사의 전개과정에서 지녀 왔던 의미의 다양성을 외면하는 번역이라 하지 않을 수 없다. 따라서 이 글에서는 라틴어인 habeas corpus를 영어식 발음으로 표기한 '헤이비어스 코퍼스'라는 용어를 사용하기로 한다.

이비어스 코퍼스 설명에 들어가기 직전에 "법이 사람의 적법한 자유에 대한 모든 종류의 침해를 처벌하는 것에 더하여 법률상의 정당사유 없이 구금되는 모든 사람이 자유를 얻을 수 있다는 적절한 보장을 부여하지 않는 한 자유는 확실하지 않다. 이 보장은 유명한 헤이비어스 코퍼스 및 헤이비어스 코퍼스에 관한 법들에 의해 주어진다."[2]라고 말하고 있다. 즉 헤이비어스 코퍼스는 다이시가 말하듯이 인신의 자유의 절차법적 보장수단으로서 중요한 역할을 하고 있는 것이다. 이 문제에 관해 다이시는 다른 장소에서 "권리있는 곳에 구제방법이 있다…, 헤이비어스 코퍼스 관련 법들은 원칙을 선언하거나 권리를 정의하거나 하지 않지만 그 법들은 실제적인 목적을 위해서는 개인의 자유를 보장하는 백개의 헌법상 조항의 가치에 맞먹는다."라고 그 유효성에 대해 설명하고 있다.

이와같은 지적은 이미 많은 사람들이 해온 바이다. 예를 들어 데닝(A.Denning)은 "국왕의 재판관 중 한 사람이 착석할 때에 어떤 신청이 행해지면 그것은 오랜 전통에 의해 다른 모든 신청에 우선한다. 변호사는 '각하, 저는 신민의 자유에 관한 신청을 하겠습니다'라고만 말하면 되는 것이며, 그렇게만 하면 재판관은 즉각 다른 모든 사항을 제쳐놓고 그 신청을 심리한다. 그것은 헤이비어스 코퍼스를 요구하는 신청 아니면 보석을 요구하는 신청일지도 모르지만 그것이 어떤 방식을 취하든 가장 먼저 심리된다. 이것은 물론 절차에 관한 사항에 지나지 않지만 개인의 자유에 관한 영국법은 재판 절차로부터 만들어져 오고 있는 것이다."라고 신민의 자유에 관한 심리의 우선성과 절차법적 보장수단의 중요성을 강조하고 있다. 또 갤혼(W.Gellhorn)은 프랭크퍼터(F.Frankfurter)의 "자유의 역사는 대부분 절차적 보장의 준수였다."라는 말을 인용하면서 헤이비어스 코퍼스 헤이비어스 코퍼스의 절차적 성격과 관련해 "이들 (절차적) 보장이 없었다면 민주주의 사회가 갖는 많은 가치들은 망해 버릴 것이다."라고 지적하고 있다.

이 글은 인신의 자유에 관한 여러 가지 보장 방법 중 절차법적 보장 수단으로서 가장 중요한 역할을 수행해 온 헤이비어스 코퍼스를 문제 삼는다. 근대적 내지 현대적 의미에서의 헤이비어스 코퍼스는 타인의 신병을 구속하고 있는 자에 대하여 그 신변을 재판소 또는 재판관 면전에 구금의 이유와 함께 제출할 것을 명하고 구금의 이유가 불충분한 경우에는 재판소 또는 재판관이 피구금자를 석방할 수 있는 영장이며 이미 분명해졌듯이 부당한 인신구속으로부터 신속하게 인신의 자유를 회복할 수 있는, 매우 효과적인 구제 수단이다.(이 사실은 "검열은 피해갈 수가 있다. 사상에 대한 소추는 좌절할 수도 있다. 그러나 감옥의 벽은 현실로 존재한다. 헤이비어스 코퍼스만이 그 벽을 뚫는 힘을 가지고 있다."라는 지적에 의해 상징적으로 표현되고 있다고 할 수 있다) 이 헤이비어스 코퍼스는 영국에서 생성·전개되고 미국에서 현저한 발전을 보이고 있다. 헤이비어스 코퍼스 연구의 당장의 과제는 영국에서의 역사적 전개를 검토하는 일이다. 여기서는 그중 가장 중요하다고 판단되는 시민혁명기를 중심으로 고찰을 진행하기로 한다.

[2] 헤이비어스 코퍼스의 역사적 전개

이 글은 영국에서의 헤이비어스 코퍼스의 역사 중 시민혁명기에 있어서의 전개를 중심으로 검토를 진행하지만 여기서 그 전제가 되는 혁명기 이전의 생성·전개에 대해 개관하기로 한다.

헤이비어스 코퍼스는 영국에서의 다른 기본적인 법제도와 마찬가지로 매우 긴 역사를 가지고 있으며 그 기원에 관한 연구는 매우 어렵다. 그 때문에 헤이비어스 코퍼스의 기원에 대해 여러개의 서로 다른

2) 고 다카야나기 켄조 박사는 "대륙 나라들 헌법에서도 다 인신의 자유는 보장되어 있다. 그러나 그것이 실천적으로 무시되는 것은 절차적 보장을 결하기 때문이다. 이에 반하여 영국에서 신체의 자유가 충분한 보호를 받고 있는 것은 인신보호령장이라는 절차의 보장이 존재하기 때문이며, 추상적인 보호가 있기 때문은 아니다. 적어도 영국·미국인들은 그렇게 생각한다."라고 하고 있다.

견해가 있다. ① 팬덱트(Pandect)의 기원을 찾는 견해(팬덱트 기원설)와 ② 마그나카르타에 기원을 찾거나 아니면 마그나카르타에 포함된다고 하는 견해(마그나카르타 기원설)로 크게 나누어지며, 후자는 더 나아가 마그나카르타 36조설과 마그나카르타 39조설로 나눌 수 있다. 이들 주장은 어느 것도 헤이비어스 코퍼스가 그 시작에 있어서 어떤 것이었는지를 구명하는 일을 하지 않고 인신의 자유를 보호하는 영장 또는 그 제도를 탐구하면서 근대적 내지는 현대적 의미에서의 헤이비어스 코퍼스의 유사한 기능을 가지고 있는 것만이 있으면 거기에 기원을 찾으려고 하고 있다고 볼 수 있다. 그런데 헤이비어스 코퍼스의 초기적 기능은 사료가 밝히는 한 인신의 자유를 보호하는 일은 아니었으며 인적 소송의 중간 영장(Mesne process)의 일부로써 피고의 출두를 강제하는 것이었다. 따라서 팬덱트 기원설도 그리고 마그나카르타 기원설도 모두 잘못된 것이며 과학적 비판을 견딜 수 있는 것이 아니었고, 13세기의 헤이비어스 코퍼스는 중간 영장이었다고 보는 것이 옳다.

피고의 출두를 강제하는 기능을 가지고 있었던 헤이비어스 코퍼스는 한 재판소가 다른 재판소의 재판권을 침해하는 일이 가끔 발생했던 14, 15, 16세기에는 써시오래일리(Cerdiorari)적 기능을 수행하면서 재판소간의 재판권 다툼의 수단으로서 이용되기에 이르렀다. 그 시기는 ① 국왕과 각별한 관계를 가진 재판소가 주로 지방적 및 특권적 재판소의 재판권을 침해해갔던 시기(대체로 14, 15세기)와 ② common law재판소가 국왕평의회, 대법관재판소, 海事재판소, 소액채권재판소, 고등宗務官재판소 등의 재판권을 침해해갔던 시기(16세기)의 두 시기로 나눌 수가 있다. 이들 두 시기 중 첫째 시기의 헤이비어스 코퍼스는 거의 신병제출 영장적인 기능밖에 수행하지 못하고 있었다는 것이 당시의 빈약한 기록으로부터도 분명하지만, 둘째 시기의 헤이비어스 코퍼스는 첫째 시기의 그것과는 매우 다른 성격을 가지기 시작하는 것이다. 즉 그것은 여기서 말하는 첫째 시기에는 다른 재판소에 계류되어 있는 사건을 당사자와 서류를 함께 자기 재판소로 이송케하는 기능을 수행하고 있었지만 둘째 시기에는 같은 기능에 의해 사건을 이송케할 뿐만 아니라, 예를 들어 대법관 재판소에서 모욕을 이유로 구금된 자의 구금 이유가 불충분한 경우에 그 자를 석방하는 일이 때로는 행해지게 되었다. 바꾸어 말하면 둘째 시기의 헤이비어스 코퍼스는 인신보호영장적 기능을 수행하는 일도 있었던 것이다. 예를 들어 정치적 색채가 농후했던 1588년의 서치사건(Searche's case)에서는 집사와 경비장관에 의해 구금된 윌리엄 서치가 민소재판소에 헤이비어스 코퍼스를 신청하고 이 신청에 근거해 그 재판소에서 헤이비어스 코퍼스가 발부되었다. 이 헤이비어스 코퍼스에 대해 서치의 구금 이유는 다음과 같다라는 답변이 있었다. 즉 여왕은 그녀의 개봉직 허장에 의해 존 맥이라는 자와 그의 보증인을 여왕의 보호아래 두고 누군가가 맥 또는 그의 보증인인 누군가를 체포하고 또 체포케 한다면 궁정의 경비장관 혹은 그의 적법한 대리자가 이와 같은 자를 잡아 구금할수 있는 것이며 전기 윌리엄 서치는 존 맥의 보증인 중 한사람인 존 프랜스톤을 체포케 했다라고. 재판소는 이 답변서를 심사하고 서치를 석방하도록 명했다. 그리고 재판소는 서치가 다시 체포되었을 때 그를 다시 체포한 사람들에게 체포영장(attachment)을 발했다. 판례집에 나오는 이 기록만으로는 석방을 명한 이유등이 불명료하지만 아마도 구금이유가 불충분했기 때문이라고 사료된다. 같은 1588년의 호웰사건(Howel's case)도 집사와 경비장관에 의한 구금사건이었지만 재판소는 답변소 속에 호웰의 구금이유가 명시되어 있지 않기 때문에 답변은 불충분하다고 하면서 그것을 보완하도록 유예를 주었다. 그래서 집사는 답변을 보완하고 추밀원 전체의 의견과 명령으로 구금했다라고 답변했다. 재판소는 내키지 않는 마음으로 답변은 충분하다고 인정했지만 피구금자는 특권을 가지는 경우가 있기 때문에 늘 신병을 제출하도록 하라고 말했다. 이 사건에서는 석방되지 않았지만 이와같은 헤이비어스 코퍼스의 이용은 절대왕제에 큰 문제를 던졌다. 그래서 추밀원은 헤이비어스 코퍼스에 의한 구금으로부터의 석방을 묵과할 수 없게 되어 1591년에 '앤더슨 결의'라고 일컬어지는 재판관 결의를 내게 했던 것이다. 이 결의는 추밀원 전체 또는 국왕의 특별한 명령에 의한 구금이 유효하다는 것을 인정한 것으로서 대략 다음과 같은 내용

을 가지고 있다.

①여왕 스스로의 명령에 의해 또는 추밀원 회의(Council Board)로부터의 명령에 의해 구금되는 자 또는 1인 혹은 2인의 추밀고문관에 의해 대역죄를 이유로 구금되는자는 석방되지 않는다.

②그러나 재판관은, 이와같은 자의 신병을 재판관 면전에 내놓기 때문에, 여왕의 영장을 줄 수가 있다. 그리고 그에 대한 답변을 심사하고 구금의 이유가 증명될 경우에는 재판관은 피구금자를 석방하지 않고 원래 장소에 재구류하지 않으면 안된다.

이 시기의 헤이비어스 코퍼스는 이상의 서술에서 명백하듯이 인신보호영장적인 기능의 맹아를 나타냈지만 '국왕의 특별한 명령에 의한'과 같은 매우 전횡적인 구금 이유를 인정하는 전 근대적인 것이었다. 그것이 17세기에 있어서의 국왕과 의회의 대립항쟁의 과정을 거쳐 국왕의 전횡적인 체포·구금을 부정하는 근대적 헤이비어스 코퍼스로 성장하게 되는 것이다. 이 글은 영국의 시민혁명기에 있어서 정치적·경제적 여러 조건과의 관련에서 헤이비어스 코퍼스의 인신보호영장적 기능의 성립과정을 고찰할 것을 목적으로 한다. 그리고 여기서는 1660년을 경계로 하고 전기와 후기로 나눠서 검토한다.

2. 인신보호영장적 기능의 성립 前期 (1) -재정 문제와 헤이비어스 코퍼스-

[1] 17세기 초의 헤이비어스 코퍼스

헤이비어스 코퍼스는 앞에서 살핀 바와 같이 16세기에는 인신보호영장적인 기능의 맹아를 나타냈지만 17세기 초에는 그와같은 것으로서 많은 사건에서 이용되게 되었다. 그래서 우선 헤이비어스 코퍼스의 운용 실태를 파악하기 위하여 그들 사건 중 몇몇을 문제가 된 재판소 또는 기타의 기관별로 보기로 한다.

우선 첫째로 대법관 재판소(Court of Chancery)에 관한 사건으로서는 1615년의 글랜빌사건(Glanvill's case)이 중요하다. 이는 대법관 엘즈미어의 명령으로 구금된 자를 왕좌재판소에서 수석재판관 쿡(Coke)이 석방한 사건이다. 그랜빌은 대법관부의 판결을 이행하지 않았다는 이유로 제임스 1세 치세 제11년(1614년)의 미켈머스 開廷期 마지막 날에 푸리드 감옥에 구금되었다. 헤이비어스 코퍼스에 대한 답변으로 사건은 다음과 같은 것이었음이 밝혀졌다. 그랜빌은 젊은 신사인 코트니에게, 실제로는 20파운드 가치밖에 없는데도 360파운드 가치가 있다고 거짓말을 하면서 하나의 보석을 매각했고, 100파운드로 그 외 세 개의 보석을 매각했다. 코트니는 이 사기를 발견하고 대법관부로 소장을 제출하여 후에 common law재판소에서 금전지불을 위해 내려진 판결을 파기하기 위한 오심영장도 신청했으나 그 판결은 확정되었다. 그후 대법관부의 심리를 근거로 판결이 내려졌지만 그랜빌이 이 판결을 이행하지 않았기 때문에 그는 구금되었다. 쿡 수석재판관은 대법관부의 이 판결과 구금은 common law상의 판결이 내려진 후였기 때문에 위법이며 왕좌재판소는 그랜빌을 구제하지 않으면 안된다라고 말했다. 그 이유로 쿡은 1465년의 콥 vs 무어(Cobb v. Moor)사건의 판결을 인용했다. 이 사건에서는 common law상의 판결이 내려진 뒤에는 대법관부에서는 구제될 수 없는 것이며 의회로 소장을 제출할 수밖에 없다고 판시되었다. (그를 구제하기 위해 의회에서 특별한 제정법이 성립되었다). 쿡은 또 엘리자베스 치세 제39년에서 40년(1598년)의 미켈머스 개정기의 선례인 Sir. Moyle Finch v. Throg Morton 사건을 인용했다. 잉글랜드의 모든 재판관이 이 문제와 관련해 소집되었고 이 일이 그들 앞에서 토론되었다. 그리고 재판관 전원 일치에 의해, 이 소장은 에퀴트(형평법)의 문제를 포함하고 있으며, common law상의 판결을 받은 지금은 피고는 에퀴트 재판소에 오는 것이 늦어진 것이며, 에퀴트 재판소에서 구제받을 수 없다고 판시되었다. 그래서 쿡과 전 재판관은, 당사자는 보석되어야 한다고 판시하고 그를 차기 개정기까지 보석상태로 둔

후 차기 개정기에 석방했다. 이 그랜빌 사건에서는 대법관 재판소의 명령에 의해 구금된 그랜빌이 헤이비어스 코퍼스에 의해 common law재판소에서 석방되었다는 중요한 의미를 가지고 있다.

둘째로, 소액채권재판소 사건선집에는 다음과 같은 기록이 있다. "피고인들은 그 당시 common law 재판관의 지지에 기대어 소액채권재판소를 대담하게 무시하게 되었다. Jukes v. Smith & Gardner 사건에서는 피고인들은 1600년 4월 21일 소액채권재판소의 명령으로 체포되어 Whitehall에 연행되었다. 피고인들은 거기서 프리트 감옥장에게 인도되었으나, 민사재판소에서 발부된 헤이비어스 코퍼스에 의해 석방되었다." 여기서는 소액채권재판소에 의해 구금된 자가 common law재판소가 발한 헤이비어스 코퍼스에 의해 석방되고 있다.

셋째로, 고등종무관재판소에 관해서는, common law 재판소와의 사이에서 헤이비어스 코퍼스가 문제된 사건은, 1608년의 Roper 사건, 1611년의 Throgmorton 사건, 1613년의 Chancey 사건, 1615년의 Bradston사건 등이 있다. 이들 사건 중 Chancey 사건에서는 Chancey의 처가 남편의 간통과 아내에의 부조금 지불 거절을 이유로 하여 고등종무관 재판소에 제소해서 이 재판소는 Chancy에게 부조금의 지불을 명했지만, 그가 명령에 따르지 않았기 때문에 재판소 모욕으로 구금한 것이 헤이비어스 코퍼스에 의해 문제가 되었다. 쿡을 중심으로 하는 왕좌재판소는 간통 및 아내에의 부조금 지불 거절을 이유로 고등종무관 재판소는 누구도 구금할 수 없다고 판시함으로써 Chancy의 석방을 명했다. 여기에서도 고등종무관 재판소에의해 구금된 자가 common law 재판소에서 헤이비어스 코퍼스에 의해 석방된 예를 볼 수가 있다.

넷째로, (생략)

다섯째로, (생략)

여섯째로, common law재판소 자체에서 문제된 사건을 보면, 1615년의 Alphonso 사건에서는 헤이비어스 코퍼스에 대한 답변서의 형식만을 수정할 수는 있으나 구금을 정당화하게 되는 사실을 수정해서는 안된다고 판시되었다. 또 1616년의 Bagg사건에서는 헤이비어스 코퍼스에 대한 답변서의 내용이 진실인지 아닌지에 대해서는 재판소는 간여하지 말아야 하지만, 그것이 법률상 충분한지 아닌지에 대해서는 심리할 수 있다는 것이 판시되었다. 또 1617년의 Hawkeridge 사건에서는 헤이비어스 코퍼스에 대한 답변서는 어느 정도로 쓰여져 있으면 충분한지가 문제가 되었다.

이상의 여러 사건을 종합할 때 헤이비어스 코퍼스는 17세기 초에는 인신보호영장적 기능을 수행하고 있었음이 명백해진다. 그러나 여기서 본 여러 사건 중 대부분은 common law재판소 이외의 재판소에 의해 구금된 자가 common law재판소에서 인신의 자유를 회복하고 있는 것이며, 국왕의 전횡적인 명령에 의해 구금된 자의 문제는 명백하지 않다. 그래서 다음으로 국왕에 의한 부당한 구금, 특히 "국왕의 특별한 명령에 의한"라는 구금이 문제가 된 1627년의 Darnel사건을 검토하지 않으면 안된다.

[2] 1627년 Darnel사건의 개요와 판결취지

1627년 Darnel사건 또는 5인의 기사사건은 나중에 말하는 바와 같이 17세기 초에 있어서의 국왕과 의회의 대립항쟁의 초점이 된 재정문제와 관련되어 구금된 자 중 다섯명의 기사가 왕좌재판소에 헤이비어스 코퍼스를 신청했던 사건이다. 거기서는 당시의 정치정세를 반영하여 마그나카르타나 선례를 인용하는 이론이 활발하게 교환되고 있는 것과 동시에 '국왕의 특별한 명령에 의한'이라는 답변의 부당성이 다투어지고 있다. 그러나 결과적으로는 국왕에게 유리한 판결이 내려져 그것이 하나의 계기가 되어 1628년의 권리청원이 성립되기에 이르렀다. 이 사건은 그런 의미에서 정치적으로도 또 절차법적으로도 매우 주목할 만한 사건이다.

①사건개요

국왕 찰즈 1세는 1626년 1월에 의회를 해산함으로써 의회의 원조금(Aid)이 들어올 가능성을 스스로 차단했지만, 게다가 전쟁을 수행할 생각이었기 때문에 금전을 조달하기 위한 모든 가능한 수단·방법을 고안해낼 필요가 있었다. 그리고 강제공채(Forced Loan)에 의해 금전을 조달하기로 하고, 그를 위해 자산이 있는 자들의 이름과 그들이 얼마만큼 돈을 낼 수 있는지를 보고하도록 각 주의 지사(Lord Lieutenant)들에게 편지를 보냈다. 또 징수관이 임명되어 지불을 거절한 자의 이름을 보고하도록 명령을 받았다. 그런데 많은 사람들이 돈을 낼 것을 거부했기 때문에 수감되었다. 잉글랜드에서 수감된 자는 상당한 수를 헤아렸지만 피구금자 중 헤이비어스 코퍼스를 신청했던 자는 다섯명에 지나지 않았다(Sir Thomas Darnel, Sir. John Corvet, Sir Walter Earl, Sir. John Heveningham, Sir. Edmund Hampden).

Thomas Darnel은 국왕의 법무총재가 서명한 영장에 의해 11월 3일에 프리트 가옥에 수감되었다. 그는 감옥장 앞으로, 그의 구금이유를 왕좌재판소에 제시하고 그에 근거하여 그의 구금이 적법인지 위법인지를 결정되도록, 헤이비어스 코퍼스(habeas corpus cum causa)[3]를 인정해줄 것을 그의 변호사를 통해 신청했다. 이 영장 신청은 11월 8일 목요일에 답변하도록 재판소에 의해 받아들여졌다. Darnel은 그의 영장에 대해 그 날 답변서가 제출될 것을 기대했지만 그것은 지연되었다. 그래서 11월 10일 토요일에 답변서가 제출되도록 신청했기 때문에 헤이비어스 코퍼스의 제2영장[4]의 신청이 지연되었다. 그러나 토요일에 영장에 대한 답변서가 제출되지 않았기 때문에, 11월 15일 목요일에 답변되도록 제2영장이 발부되었다. 그 영장에 따라 프리트 감옥장은 Thomas Darnel의 신병을 왕좌재판소로 제출하고 다음과 같이 답변했다. "이제까지 Sir Thomas Darnel의 신병은 귀하의 구금 아래 있었으므로 이는 귀하에게 계속 그를 구금하도록 요구하며, 그리고 그는 폐하의 특별한 명령에 의해(by the special command of his Majesty) 구금되어, 현재도 그러하다는 사실을 귀하에게 알리기 위한 것이다…"

1627년 11월 22일, Sir. John Corvet, Sir Walter Earl, Sir. John Heveningham, Sir. Edmund Hampden의 신병이 법정에 제출되었다. 이들 4명의 피구금자에 대한 답변도 Darnel에 대한 답변과 같은 내용이었다.

이 답변에 대해 Darnel과 Heveningham의 변호사인 Bramston은, 구금의 이유에 대해, "국왕의 특별한 명령에 의해(by the special command of his Majesty)'라고 표현되어 있지만 이는 너무도 일반적이며, 불명확하다. 왜냐하면 이것이 어떤 종류의 명령인지 분명하지 않기 때문이다."라고 반론했다. 또 헤이비어스 코퍼스의 목적에 대해 "헤이비어스 코퍼스는 신민이 그의 자유를 얻기 위해 가지는 유일한 수단이며, 이 영장의 목적은 당사자가 석방되어야 하는지의 여부를 이 재판소에서 심리할 수 있도록 구금의 이유를 답변케 하는 데 있다"라며, "그러나 이 답변을 가지고서는 그렇게 할 수가 없다"라고 답변의 불충분성을 지적하고 있다. Bramston은 나아가 인신이 자유보호의 제정법이나 마그나 카르타 39조 등을 인

3) 헤이비어스 코퍼스에는 ad respondendum, ad subjiciendum et recipiendum, ad faciendum et recipiendum 등 종류가 있는 바, 이들 중 인신의 자유를 보호하는 기능을 하는 것은 habeas corpus ad subjiciendum et recipiendum이다. 그런데 Darnel 사건 기록에 나와 있는 habeas corpus cum causa는 차라리 ad faciendum et recipiendum에 해당된다. Houlesworth는, Darnel사건에서 사용된 헤이비어스 코퍼스는 ad subjiciendum et recipiendum라고 말하고 있지만 기능적으로는 그 말도 맞다. 이런 사실을 보면 16세기 말까지는 헤이비어스 코퍼스의 종류 분화가 되었다고 하지만 여전히 완전한 분화는 아니었던 것으로 보인다. Darnel사건에서 50년이 지난 1677년의 Jone사건 쯤에서는 거의 완벽하게 분화되어 있다.

4) 헤이비어스 코퍼스에 대한 답변을 강요하는 방법으로는 제2영장 및 제3영장을 신청하는 방법이 있다. 이에 따르지 않을 경우 당연히 체포영장(attachment)이 발부된다.

용하기도 하고 또 선례를 인용하기도 하면서 본건에서의 답변의 부당성을 주장했다. 다른 피구금자들도 각각 변호사들을 통해 같은 주장을 했다.

이상의 변호인의 주장에 대하여 법무총재인 Heath는 국왕 측 주장을 개진했다. 그는, 피구금자 측은 첫째로 답변의 형식, 둘째로 답변서의 내용에 대해 선례를 들어가면서 문제 삼고 있지만, 이 문제는 본건에서 제출된 답변서 그대로로 된다고 주장했다.

② 판결 취지와 문제점

11월 28일 수석재판관 Hyde, 재판관 Doderidge, Jones, Whitelock가 출정했고, 수석재판관 Hyde는 다음과 같이 판시했다.

"…이는 대단히 중요하고 큰 기대가 걸려 있는 사건이다. …

우리가 지금 판단해야 할 것은 국왕의 권한에 의해 구금되어 있는 자를 보석할(deliver him by bail) 것인가, 아니면 재구류할 것인가이다. … 사건이 답변서로써만 우리에게 분명해지는 경우에는, 우리는 답변서의 진실성을 심리하도록 구속받는 것이 아니라, 그 충분성을 심리하도록 구속받는 것이다. 생각하건대 충분성과 진실성 사이에는 커다란 차이가 있기 때문이다. …

본건에서는 영장이 요청하는 구금의 이유는 충분히 답변되고 있으며, 따라서 우리는 이 답변서 형식은 충분하다고 판시한다. 다음으로 결정해야 할 사항은 법률상의 주요한 문제로서, 그것은 국왕의 특별한 명령에 의해 수감되었다는 것을 증명하는 답변의 내용이 충분한지의 여부이다. 즉 이것이 법률적으로 충분한지 어떤지가 문제이다. … (선례를 검토했다…) 그러나 현재의 문제는 우리가 이 신사를 석방할 수 있는지의 여부이다. 여러분은 과거 모든 국왕의 시대에서 어떤 일이 관행(practice)였는지, 그리고 여러분 자신의 기록을 알고 있을 것이다. 즉 전(全) 재판관에 의한 결의 (=1591년 앤드슨 결의)에는 배울 것이 있으며, 우리는 우리의 조상의 발자취를 따라가는 것 외에 다른 무엇을 할 수 있단 말인가.…

…만약 여러분이 국왕께 청원한다면 국왕께서는 여러분이 구금된 이유를 아실 것이기에 자비를 내려주실 것을 확신한다. …공평하게 재판하고 우리가 여러분을 석방하지 않으면 안 된다면 우리는 그렇게 할 것이다. 그러나 이들 이유, 이들 기록, 선례 및 결의에 비추어 사료한다면 우리는 여러분을 석방할 수 없으며, 여러분은 재구류되어야 한다. …"

Darnel사건은 이상의 사실에서 분명하듯이, 첫째로 정치적으로는 국왕과 의회의 대립항쟁의 초점이 된 재정문제와 관련되어 발생한 사건이며, 둘째로 절차법적으로는 '국왕의 특별한 명령에 의하여'라는 답변의 정당성이 재판소에 의해 인정되어 인신의 자유에 불리한 결과를 가져온 사건이며, 셋째로 역사상 중요한 문서라고 여겨지는 1628년의 권리청원이 서립되는 하나의 계기를 마련했던 사건이라는 점에서, 헤이비어스 코퍼스의 역사적 전개 속에서 대단히 중요한 의미를 가지고 있다. 권리청원에 대해서는 나중에 독립적으로 설명하기로 하고 우선 첫째, 둘째 점을 살피기로 한다.

[3] 정치적 · 경제적 배경으로서의 재정문제

17세기 초에 있어서 재정문제를 둘러싼 대립항쟁의 한 편의 당사자인 국왕은 왕권신수설을 신봉하여, 16세기 이후 진행되어온 가격혁명과 행정의 확대에 따르는 지출 증대를 감당하기 위해 여러 가지 명목으로 과세를 했다. 이에 대해 다른 한 편의 당사자=의회의 서민원의 주요 구성멤버였던 신흥 중산계급은 조세부담이 사업 발전의 저해요인이 되었기 때문에 재정문제로 국왕과 다투었다. 조세문제를 계기로 발생한 1606년의 유명한 베이츠(Bates)사건을 통해 이 시기 재정문의 일단을 본다면 다음과 같다. 이 사

건은 Levant의 상인 베이츠가 런던 항에 수입한 건포도에 대하여 과해진 금액을 지불하지 않았던 것이 문제가 된 사건이다. 베이츠는 제임스 1세 치세 제 1년에 법률 제 33호를 인용하면서 여기에 규정되어 있는 금액은 지불했다고 주장하고 그 이외의 금액을 지불하지 않았던 것은 그것이 부당하게 부과되어 국토의 법에 반하기 때문이라고 주장했다. 그러나 재무재판소는 선례를 인용하고 혹은 국왕은 악을 저지르지 않는다라는 법리를 들어 건포도에 대한 국왕의 이러한 과세는 정당하다고 판시했다. Clark 재판관은 그 이유 중 하나로서 "신민과 정부가 없는 왕국은 왕국이라고 할 수 없는 것과 마찬가지로 세입이 없는 국왕은 국왕이 아니다. 왜냐하면 세입이 없다면, 국왕은 그의 영토를 평화롭게 유지할 수 없으며, 전쟁을 수행하는 것도 그의 피용자에게 보수를 주는 것도 가능하지 않기 때문이다... 국왕의 세입은 바로 국왕의 지위의 불가결한 부분이며, 국왕으로부터 그것을 빼앗는 자는 국왕의 머리에서 왕관을 빼앗은 것과 마찬가지다. 세입은 국왕으로부터 떼어낼 수 없는 것이기 때문이다"라고 설명했다. 이 사건의 결과 국왕측은 의회를 열지 않고 과세를 할 수 있는 권능을 얻게 되어 1608년에는 대장경(大藏卿)인 Salisbury, 즉 Cecil은 많은 부가세를 과하기에 이르렀다. 제임스 1세의 제1의회(1611년 2월 9일 해산) 중에 의회 측과 국왕과의 사이에서 조세문제에 대해 타협이 될 뻔 했으나 다른 문제에 관해 새로운 다툼이 생겨 이 협상은 결렬됐다.

그런데 국왕의 지출은 1612년에는 수입을 한 해 20만 파운드나 웃돌고, Cecil이 30만 파운드로 축소시키는데 성공한 국왕의 부채는 1613년에는 68만 파운드로 올라갔다. 그 때문에 제임스 1세는 1614년에 제2의회를 소집하지 않을 수 없게 되어 이 의회에 대해 금전의 공여를 요청했으나 실패했다. 제 2의회는 법안 하나 성립시키지 못하고 두 달 만에 해산되었기 때문에 '무위(無爲)의회 (Addled Parliament)'로서 알려져 있다. 1621년 제 3의회에 뒤 이어 제 4의회는 1624년에 열렸다. 제3 및 제 4의회는 일세기 반 이상 사용되지 않았던 탄핵권을 부활시켜 1621년에는 Mompesson을 독점의 혐의로, Bacon을 수뢰 혐의로 탄핵하고 나아가 1624년 의회는 Cranfield를 탄핵했다. 이들에 대한 탄핵은 국왕 측에 대한 의회의 저항 자세를 나타내고 있다.

1625년에 제임스 1세 뒤를 이은 찰즈 1세는 재정적 필요에서 즉각 의회를 열지 않을 수 없었다. 찰즈 또한 아버지 제임스와 마찬가지로 왕권신수설의 신봉자였으며, 서민원의 적인 Buckingham을 중용했다. 국왕의 주요한 재원은 Ton세와 파운드세였으며, 의회는 과거 200년간의 어떤 새로운 국왕에 대해서도 평생 동안 이 조세를 공여했으며, 임시비용도 그때 그 때 공여하고 있었다. 그러나 이 의회의 지도자 John eliot등은, 제임스가 의회를 열지 않고 국정운영을 할 수 있었던 이유 중 하나는 이 정기적 수입이 있기 때문이라고 생각하여 Ton세와 파운드세의 공여를 일년으로 한정했다.

다른 한편 국왕은 당시 스페인과 전쟁을 하고 있었기 때문에 의회를 열지 않을 수 없었으며, 찰즈의 제 2의회는 1626년에 소집되었으나 의회는 Buckingham의 탄핵 등을 주장했기 때문에 국왕은 엘리어트를 투옥하기에 이르렀다. 국왕은 이제 재원이 고갈되어 비상수단을 취하지 않을 수 없게 되었다. 그것이 바로 강제공채였다. 그러나 각지에서 거센 반대가 일어나고 추밀원은 가난한 자에게는 병역의 의무를 과하고 부유한 자를 구금했다. 1627년 Darnel사건은 스튜어트조 시작 이래 계속된 재정문제를 배경으로 발생했던 것이다. 16세기에 그 맹아를 나타낸 인신보호영장적인 헤이비어스 코퍼스는 그 때까지 비교적 비정치적인 장=재판권을 둘러싼 재판소 사이의 다툼에서 쓰여져 있었지만, 이 5인의 기사사건에 이르러서는 정치적인 장=재정문제를 둘러싼 국왕의 신민과의 대립항쟁에 있어 이용되었던 것이다.

[4] '국왕의 특별한 명령에 의하여'라는 답변

근대적 내지 현대적 의미의 헤이비어스 코퍼스는 타인의 신병을 구속하고 있는 자에 대하여 그 신병을

재판소 또는 재판관의 면전에 구금의 이유와 함께 제출할 것을 명하는 영장이며, 구금의 이유가 불충분한 경우에는 재판소 또는 재판관은 피 구금자를 석방할 수가 있다. Darnel사건에서 문제가 된 것은 헤이비어스 코퍼스에 대한 답변, 즉 구금의 이유의 불충성 내지 부당성이었으며 Darnel등의 신병을 구속하고 있는 프리트 감옥장이 왕좌재판소에 그들의 신병을 제출함과 동시에 '폐하의 특별한 명령에 의해'라는 구금 이유를 제출한데 대하여 변호인이 답변의 표현은 너무나도 일반적이고 또 불명확하다고 그 불충분성 내지 부당성을 다툰 것이다. 그런데 재판소는 "..... 사건이 답변서로서만 우리에게 분명해질 경우에는 우리는 답변서의 진실성을 심리하도록 구속받는 것이 아니라, 그 충분성을 심리하도록 구속받는 것이다."라고 진실성과 충분성을 구별하면서 "본건에서는 영장이 요청하는 구금의 이유는 충분히 답변되고 있으며, 따라서 우리는 이 답변서 형식은 충분하다고 판시한다."라고 했던 것이다.

이 Darnel사건에서 재판소가 의거한 선례는 몇 가지가 있지만 그 중 유력한 근거의 하나는 1591년의 이른바 엔더스의 결의이다. 헤이비어스 코퍼스는 이미 보았듯이 16세기 말에는 인신보호영장적 기능을 수행하게 되어 있었기 때문에 왕 내지 추밀원의 명령에 의해 구금된 자라도 그것에 의해 석방되는 사태가 발생하고 있었다. 그래서 추밀원이 1591년에 재판관으로 하여금 발표하게 한 것이 바로 이 결의이다. 이는 이미 설명했듯이 추밀원 전체 또는 국왕의 특별한 명령에 의한 구금의 유효성을 인정한 것이었다. '국왕의 특별한 명령에 의한'이라는 구금 이유의 충분성은 1591년에 엔더스의 결의에 의해 확립되어 있었다고 볼 수 있다. 따라서 5인의 기사사건은 그 원칙의 적부를 심사하기 위한 적절한 사건이었던 셈이며, 결과적으로는 하이드 수석 재판관은 "전(全) 재판관에 의한 결의에는 배워야 할 것이 있으며, 우리는 우리의 조상의 발자취를 따라가는 이외에 다른 무엇을 할 수 있단 말인가"라고 말함으로써 이 결의를 따랐던 것이다. 거기에는 체제적 원인과 개인적 원인이 있었을 것이다. 이를 부연하자면 첫째로 재판관의 독립이 체제적으로 인정되게 되었던 것은 1701년의 왕위계승법 이후 일이었으며, 17세기 초에는 사법권 독립은 없었고 국왕에게 불리한 판결을 내리는 일은 동시에 자신의 지위를 위태롭게 한다는 것을 의미하고 있었다. 둘째로 하이드 재판관은 그 전임자 Crew가 강제공채를 위법이라고 판결했기 때문에 국왕에 의해 파면된 직후에 수석재판관에 임명되었을 뿐만 아니라 에드워드 쿡(E. Coke)처럼 자기 주장을 관철시키는 성격은 아니었다고 여겨진다. "쿡이 재판관 지위에 머물러 있었다면 그는 아마도 어떠한 이유가 있어도 재판소의 우위를 주장할 기회를 잡았을 것이다. 그러나 하이드는 쿡 같은 사람은 아니었다"라고 역사가 Gardiner는 평하고 있다.

'국왕의 특별한 명령에 의한'이라는 답변이 다시 문제가 된 것은 다음으로 검토할 1628년 권리청원에 있어서였다.

3. 인신보호영장의 성립 前期 (2)
-국왕 대 의회의 대립 격화와 헤이비어스 코퍼스-

[1] 1628년의 권리청원

찰즈 1세는 핍박한 재정상태를 타개하기 위해 그의 제3의회를 열지 않을 수 없게 되었다 '국왕의 특별한 명령에 의해' 구금되어 있던 5인의 기사들은 1628년 1월 29일에는 국왕의 명령에 의해 석방되었지만, 그 무렵 3월 17일에 개회예정이었던 의회 의원을 선거하기 위한 영장이 발해져 공채로 인해 고통받고 있던 사람들이 각지에서 다수 선출되었다. 그리고 찰즈의 제3의회는 예정대로 3월 17일에 열렸다. 이 의회에서는 그 전 해의 Darnel사건 등 강제공채 등에 관한 사항이 의제로 채택되었을 뿐만 아니라 구금에 관한 법안이 쿡에 의해 제출되었다.(3월 21일) 또 3월 31에는 구금에 관한 세 개의 결의가 서민

원의 위원회에서 전원일치로 채택되고, 나아가 4월 29일에는 쿡에 의해 신민의 자유에 관한 법안이 제출되는등 인신의 자유에 관해 활발한 논의가 전개되었다. 그런데 이들 법안은 그들의 자유를 보장하는데 있어 반드시 효과적이지는 않았다. 그래서 서민원은 신민의 자유를 보장하는 고래의 법률들의 유효성의 재확인과 그들의 법률에 관한 서민원 생각에 따르는 해석 승인을 그 내용으로 하는 법안을 제출하려고 했다. 그러나 국왕이 그것을 승인하지 않을 것은 명백했기 때문에 쿡의 발안에 의해 국왕이 대권을 행사함으로써 법률을 무시했을 때 개인이 구제를 요청하는 수단인 청원이라는 형식을 취하기로 했다. 이리하여 권리청원은 5월 8일에 제출되어 여러 논의를 거친 후 5월 28일에는 귀족원에 의해 채택되고 같은 날 의장은 이를 국왕에게 제출했다. 국왕은 애매한 답변을 하면서 당장은 그것을 피하려고 했으나 양원이 다 강경한 태도를 유지했기 때문에 끝내 굴복하고 6월 7일 권리청원에 재가했다.

이상과 같은 과정을 거쳐 성립된 권리청원은 <본 의회에 소집된 승속의 귀족 및 서민에 의해 신민의 여러 권리 및 자유에 관하여, 폐하께 봉정(奉呈)되어, 그에 대하여 폐하께서 의회 전체에 칙답을 주신 청원>이라는 것을 그 정식 명칭으로 하고 그 속에서 국왕의 여러 가지 비행을 열거하고 있다. 그 중 헤이비어스 코퍼스에 관한 조항인 제5항만을 든다면 다음과 같다.

"그럼에도 불구하고 앞의 여러 제정법 기타 이상의 목적을 위하여 정해진 폐하의 왕국의 올바른 커먼로 및 여러 제정법의 취지에 반하여 폐하의 많은 신민이 하등 이유를 제시 받음이 없이 최근 구금되어 있다. 그리고 그들을 석방하기 위해 폐하의 헤이비어스 코퍼스에 의하여 그들이 재판관 면전에서 재판소가 명령하는대로 수인(受忍) (undergo and receive)하도록 폐하의 재판관 면전으로 출두해야 했으며, 그리고 그들의 신병 구속자(keepers)가 그 구속의 이유를 밝히도록 명령받은 경우에 그들은 폐하의 추밀원 의원에 의해 제시된, '폐하의 특별한 명령에 의해' 구금되었다고 하는 이유 외에 어떤 이유도 제시하지 않았으며, 게다가 법에 따라 답변할 수 있는 이유로 그들은 소추 받지 않고 각각의 감옥으로 다시 연행되어 갔던 것이다."

권리청원의 이 제 5항은 이유를 제시하지 않는 구금, 헤이비어스 코퍼스에 의한 피구금자 신병의 제출, '국왕의 특별한 명령에 의한'라는 구금이유 및 그 결과를 명확히 지적하고 있는 것에서 분명하듯이 직접적으로는 Darnel사건의 판결을 요약한 것이라고 볼 수 있다. 5인의 기사사건의 영향은 권리청원에 그 내용이 요약될 만큼 큰 것이었다고 할 수 있다.

권리청원은 제 5항의 예에서 보이듯이 국왕의 여러 가지 비행을 열거한 후 제 8항에서 그 모든 열거사항에 관해 다음과 같은 문장으로 청원하고 있다. 즉 "따라서 의회에 소집된 승속의 귀족 및 서민은 삼가 지존하신 폐하께 다음과 같은 사항을 탄원해 올린다."라고. 그리고 그 속에서 "자유인은 앞에서와 같은 방법에 의해 구금 또는 억류되지 않을 것"이라는 탄원을 하고 있다. 이것이 앞의 제 5항을 가리키는 지는 분명하지 않지만 구금에 문제에 관해서만 서술하고 있는 것은 제 5항 이므로 제 8항 중의 이 조항은 제 5항에 대응하는 것으로 해석해야 한다.

1627년 Darnel사건에서 다투어진 '국왕의 특별한 명령에 의한'라는 구금이유의 부당성은 1628년의 권리청원에서 확인되었다. 그 후의 권리청원의 당해 조항의 유효성은 다음 6인의 위원사건에 의해 어느 정도 분명해질 것이다.

[2] 1629년의 6인의 의원 사건

국왕이 권리청원을 재가하고 서민원의 적이었던 Buckingham이 사망했기 때문에 찰즈와 그의 재3의회와의 관계는 좋아지기 시작할 것이라고 기대하고 있었다. 그러나 Ton세와 파운드세에 대한 의회의 동의를 비롯하여 많은 미해결 문제가 쌓여 있었기 때문에 양자의 관계는 개선될 가망이 없었다.

1629년 3월 2일에 의회가 다시 소집되었을 때 엘리어트는 국왕에 대한 공격을 재개했다. 엘리어트가 공격을 시작하자마자 의장은 자리에서 일어나, 의회는 일주일 동안 휴회하라는 국왕의 명령을 가지고 있다고 말했다. 엘리어트는 연설하겠다고 주장했고, 서민원 의원들은 그가 연설을 속행해야 한다고 외쳤다. 의장이 다시 일어나 의장석을 떠나려고 했을 때 두명의 의원, 즉 Denzil hollis와 Valentine이 의장을 팔을 잡고 의장석으로 도로 데리고 갔다. 다음날인 3월 3일 Hollis, Sir Miles Hobart, Eliot, Sir Peter hayman, 세르덴, William coriton, Walter long, William stroud, Valentine에 대하여 추밀원에서 체포영장이 발부되었고, 거기에는 4일에 출두하도록 쓰여져 있었다. 홀리스, 엘리어트, 코리튼, 발렌타인 4사람은 출두했으나, 의회에서 무엇이 논의되고 또 무엇이 이루어졌는가에 대해 답변할 것을 거절했기 때문에 런던탑에 구금되었다. 추밀원으로부터 체포영장이 발부된 그 밖의 의원들의 구금이 어떻게 이루어졌는지는 명확하지 않지만, 1629년 이스터 개정(開廷)기에는 스트로우드의 신병을 제출하도록 헤이비어스 코퍼스가 발부되어 그에 대하여 다음과 같은 답변이 제출되었다. "윌리엄 스트로우드씨는 국왕의 추밀원 의원 12명이 서명한 영장에 의해 우리가 관리하는 곳에 구금되었다. 그 영장은 대체로 다음과 같이 표현되어 있다. 귀하가 윌리엄 스트로우드의 신병을 귀하 관리 하에 구금하고, 폐하 또는 본 회의(=추밀원 회의)로부터의 다른 명령을 받을 때까지 중금고의 수인으로서 구속해두는 것은 폐하의 희망이며 명령(his majesty's pleasure and commandment)이라는 사실을 귀하는 숙지하지 않으면 안 된다.....1629년 4월 2일"

스트로우드는 또한 폐하가 친필서명을 한 영장으로 구금되어 있었는데 그 영장의 취지는 다음과 같다. "귀하는 우리의 추밀원 의원의 영장에 의해, 또 짐의 특별한 명령에 의해 윌리암 스트로우드의 신병을 구속하고 있으나, 이 구금은 그가 우리 자신 및 우리의 정부에 대하여 범한 명백한 모욕을 이유로 하고, 또 우리에 대하여 치안방해를 선동한 것을 이유로 하고, 집행되어 있다는 것을 숙지해야 한다..... 1629년 5월 7일"

롱의 신병을 제출하도록 국정경비장관에 대하여 발부된 헤이비어스 코퍼스도 스트로우드에 관한 답변과 마찬가지로 답변되었다.

스트로우드의 변호사인 Ask와 롱의 변호사인 Mason은, 이 답변서는 불충분하다고 주장했다. Ask는 그 이유로서 "왜냐하면 그의 구금에 관해 어떤 이유도 제시되지 않고 있으며, 이것은 의회의 결의 및 현 국왕 치세의 권리청원에 명백히 위반하고 있기 때문이다"라고 주장했고 또 메이슨도 같은 식으로 주장했다.

같은 해, 트리니티 개정기에 셀덴의 신병을 제출하도록 헤이비어스 코퍼스가 발부되었으나 또한 스트로우드와 같은 경우의 답변이 제출되었다. 셀덴의 변호사인 Littleton도 이 답변은 실질적으로 불충분하고 주장하면서 셀덴의 보석을 신청하였다. 셀덴과 같은 날에 호바트, 발렌타인, 호리스의 신병이 헤이비어스 코퍼스에 의해 재판소에 제출되었다. 이 개정기에는 재판소가 판결을 내리지 않았기 때문에 구금된 신사들은 긴 휴정기간 중 계속 구금된 상태로 있었다. (이 사건은 롱, 스트로우드, 셀덴, 호바트, 발렌타인, 홀리스 6명에 대한 헤이비어스 코퍼스에 관한 사건이므로 '6인의 위원 사건'이라는 호칭을 사용한다.)

본 건은 이상의 사실에서 명백하듯이 1629년 사건이지만 1640년 4월 13일부터 5월 5일까지 열렸던 이른바 단기의회(Short Parliament)중의 일지에도 기록되어 있다. 그러나 재판소의 판결에 관해서는 분명하지 않다.

이 6인의 위원 사건은 첫째로 그 위원들이 '국왕의 특별한 명령에 의해' 구금되었지만, 그러나 둘째로 그 구금이유의 불충분성이 권리청원을 근거로 해서 다투어지고 있는 점에서 주목할 만 하다. 첫째점은 이미 고찰한 바와 같이 Darnel사건에서 다투어졌고 또 권리청원에서 공격된 문제와 관련 있다. 그리고 권리청원에서 그 불충분성이 확인되었음에도 불구하고 재정난에 허덕이는 국왕 측은 재가 했던 권리청

원을 무시하고 다시 폭거를 저질렀다고 할 수 있다. 이에 대항하기 위해 피구금자인 의원들은 헤이비어스 코퍼스를 신청하고 둘째 점으로서 지점했듯이 그에 대한 답변을 권리청원에 위반한다고 주장하면서 공격하고 석방을 요구했던 것이다.

헤이비어스 코퍼스는 17세기 초에 있어서 정치적으로 중요한 사건 혹은 문서에서 이용되고 언급됨으로써 매우 유명해졌다고 할 수 있다. 그러나 인신의 자유의 보장수단으로서의 유효성은 절대왕제하의 재판소에서는 충분히 발휘되었다고 평가할 수는 없으며, 그 해결은 의회로 넘어갔다고 볼 수 있다.

[3] 찰즈의 무의회 지배기의 헤이비어스 코퍼스

찰즈 1세는 1629년에 의회를 해산하고 이후 11년간에 걸쳐 의회를 열지 않고, 전횡적인 정치를 했다. 문제의 Ton세와 파운드세는 국왕의 권한만으로 과해졌고, 지불을 거절한 자는 추밀원 또는 대권재판소의 하나인 성실(星室)재판소(Court of Star Chamber)에 의해 구금되었다. 그러나 신민은 그것을 알면서도 저항했기 때문에 국왕의 재정고문들은 다른 방법을 고안해내지 않으면 안되었다. 먼저 1년에 40파운드의 가치가 있는 토지의 소유자에게 기사 작위를 받을 것을 강요하는 강제기사작위에 관한 법률을 1630년에 부활·시행하고, 기사의 작위를 받을 것을 게을리하고 있는 자에 대하여 다액을 지불할 것을 요구했다. 다음으로 1634년 및 그 후에 여러 삼림법의 부활에 의해 다액의 금전을 조달했다. 나아가 일반 소비자에 대해서는 독점을 통해 공격을 가했다. 그러나 그들이 고안했던 것 중 선박세이다.[5] 이 조세 그 자체는 새로운 것은 아니었지만 찰즈 1세의 선박세는 부담을 과하는 방법, 횟수가 빈번해졌다는 점 및 그 적용범위가 광범위하다는 점에서 과거와는 달랐다. 특히 1636년에 발부된 3번째 영장에서는 선박세가 항구적인 부담이 되어가고 있다는 것이 명백해지고 있었다. 그리고 이 영장의 합법성의 1637년의 Hampden사건에서 커먼로 재판소에서 문제가 되었다. 이것은 존 함덴이 할당된 금전의 지불을 거절했기 때문에 재무실 재판소(Exchequer Chamber)에서 커먼로 재판관 12명 전원에 의해 심리되었는데 7대 5로 국왕에게 유리한 판결이 내려진 사건이다.

찰즈 1세의 이상과 같은 전횡적 지배하의 헤이비어스 코퍼스의 운영상황을 조사 가능한 소수의 사건을 통해서 본다면 다음과 같이 될 것이다. 우선 1629년 Chambersss사건은 나라가 과한 조세의 지불을 거절한 사건이라는 점에서 주목해야 한다. 즉 본건은 리처스 챔버스가 국왕의 재정난 타개를 위해 자의적으로 과해진 조세의 지불을 거절했을 뿐만 아니라, 추밀원에서 "세계의 어느 나라 상인도 영국에서처럼 착취당하는 일은 없다. 터어키의 상인쪽이 더 우대받고 있다."라고 말한 것을 이유로 성실재판소에 의해 프리트 감옥에 구금된 사건이다. 챔버스는 헤이비어스 코퍼스를 신청했고, 절차에 따라 그의 신병은 프리트 감옥에서 왕실재판소로 제출되었다. 헤이비어스 코퍼스에 대한 답변은 "그의 말은 폐하의 정부와 터어키 정부를 비교하여 그럼으로써 신민에게 폐하의 행복한 정부가 터어키 전제정치라고 부를 수 있음을 믿게 하려고 의도했다." 라고 그 구금 이유를 밝혔으나 이는 성실재판소 챔버스를 구금했던 이유와 같은 것이었다. 챔버스는 성실재판소의 판결은 커먼로 또느 제정법에 의해 담보되지 않고, 또 성실재판소를 창설했던 헨리 7세 치하 제3년 법률 제1호는 말만을 이유로 처벌하는 권한을 주지 않고 있다면서 석방을 신청했다. 그러나 왕좌재판소는 "성실재판소는 헨리7세 치세 제3년의 제정법에 의해 설치된 것이 아니라 훨씬 이전부터 존재했던 재판소이며, 가장 고귀하고 또 명예있는 재판소이다. 하나의 재판소에 의해 내려진 판결로써 구금된 자를 석방하는 것은 본 재판소의 관행이 아니다"라고 챔버스에게 선

5) 해항(海港)에 대해 국왕이 사용하기 위한 배를 제공하도록 영장을 발부하는 일은 오랫동안 전시(戰時)의 관습이었다. 그러나 제임즈 1세가 1619년에 큰 해항도시로부터 선박 대신 50,000파운드에 이르는 돈을 조달한 일이 있어, 선박세 그 자체는 결코 새로운 세금이 아니었다.

고하면서 그를 재구류했다. 그는 그 후 6년간 계속 구금되어 있었다. 다음으로 장기 의회 개회 전후의 헤이비어스 코퍼스 관련 사건은 점점 추밀원에 의한 구금을 제한하는 경향을 보였다는 점에서 주목된다. 이 시기에는 예를 들어 이유가 전혀 제시되어 있지 않은 경우에는 왕좌재판소는 추밀원에 의해 구금된 자를 석방한다고 판시했던 1639년 Barkham사건, 영장이 충분한 범죄 사실을 개진하고 있지 않은 경우에는 추밀원에 의해 구금된자는 보석될 권한이 있다고 판시한 1641년의 Freeman사건 등이 있다.

[4] 1641년 헤이비어스 코퍼스법

찰즈 1세의 11년간에 걸친 전제정치는 재정적 문제뿐만 아니라 종교적 문제도 안고 있었다. 신민은 국왕의 재정정책으로 말미암아 반대세력이 되었으며, 캔터베리 대주교가 된 Laud의 종교정책으로 말미암아 국왕의 적이 되었다. 국왕은 종교문제로 잉글랜드인은 스코틀랜드인과도 대립했다. 즉 찰즈는 칼빈파 장로교회가 국교로 되어있는 스코틀랜드에 대해 잉글랜드의 국교주의를 강요하려고 했기 때문에, 스코틀랜드인과 싸우게 되었던 것이다. 그리고 그 반항을 누르기 위하여 다액의 금전이 필요했기 때문에 1640년에는 의회를 열지 않을 수 없게 되었다. 이 의회는 4월 13일에 열려, 5월 5일에 해산되었으므로 단기 의회로서 알려지고 있다. 단기 의회에서는 1629년 6인의 의원사건에 관한 문제가 채택되고 이때 피 구금자중 발렌타인과 스트로우드가 자유를 얻었다. 국왕은 이 의회에서도 금전을 조달하지 못하고 스코틀랜와의 관계는 더욱 악화됐다. 그 때문에 국왕은 단기의회 후에 다시 의회를 열지 않을 수 없었다. 이리하여 1640년 11월 4일에 이른바 장기의회가 열렸다.(이 의회는 형식적으로는 1660년까지 20년간 계속되었기 때문에 장기 의회 (Long Parliament)라고 불린다.)

장기의회는 처음부터 국왕의 반항하고 세 가지 주된 목적을 내걸었다. 첫째로 전횡적인 통치로부터 피해자를 석방할 것, 둘째로 전횡적인 통치가 확립되도록 충고했던 자를 처벌할 것, 셋째로 전횡적인 통치의 재확립을 불가능케 할 것 등이었다. 나아가 이 의회는 독점에 대한 공격을 감행했다. 첫째 목적은 성실재판소나 고등종무관 재판소의 주된 회생자를 석방했고, 그들에게 보상을 줌으로써 달성되었다. 두 번째 목적은 국왕의 유력한 지지자였던 Strafford나 Laud를 탄핵하는 일이었으며 의회는 사권(私權)박탈법을 통과시켜 스트래포드(1641년 5월 12일)와 로드(1645년 1월 10일)를 처벌함으로써 그 목적을 달성했다. 셋째로 의회는 전횡적인 통치가 다시 확립될 것을 방지하기 위해 여덟 개의 법률을 제정했다. 그 법률들은 모두 중요하지만 이 글의 주제와 직접 관계있는 법률만을 설명한다면 다음과 같다.

장기의회가 제정했던 법률 중 헤이비어스 코퍼스에 관계가 있는 것은 1641년 7월 5일에 국왕이 재가했던 '추밀원을 규제하고 성실이라고 일반적으로 불리는 재판소를 폐지하기위한 법률 (An Act for the Regulating of the Privy Council, and for taking away the Court commonly called the Ster Chamber)'이다. 이 법률은 보통 '성실재판소 폐지법 (Ster Chamber Abolition Act)'또는 '헤이비어스 코퍼스법'이라고 불리워지고 있다. 이 성실재판소 폐지법은 전문에서 마그나 카르타를 비롯한 많은 제정법에 의한 인신의 자유 보장을 분명히 하고 전횡적인 재판을 했던 각종 재판소의 폐지를 규정했다. 그 중 헤이비어스 코퍼스에 관한 제6조는 대강 다음과 같이 규정하고 있다. "누구도 성실재판소와 유사한 권한을 행사하는 재판소에 의해, 또는 국왕이나 추밀원의 명령에 의해 구속될 경우에는 왕좌재판소 또는 민소(民訴)재판소 재판관에게 헤이비어스 코퍼스를 신청할 수 있다. 옥리는 영장을 발부한 재판소 재판관 면전에 피구금자를 세워놓고 구속의 진정한 이유를 제시하지 않으면 안 된다. 재판소는 이와 같은 답변이 있은 후 3일 이내에 답변을 심리하고 정의에 적합하는 바에 따라 피구금자를 석방, 보석, 재구류하지 않으면 안된다."

이 제6조는 첫째로 성실재판소와 유사한 재판소 또는 국왕의 추밀원의 명령에 의한 구속인 경우에 헤

이비어스 코퍼스 신청권을 명문으로 인정했다는 것, 둘째로 단순히 '국왕의 특별한 명령에 의하여'라는 구금 이유가 아닌 옥리에게 '진정한 이유'를 제시해야 할 의무를 주었다는 것, 셋째로 답변의 심리 개시 기간을 3일 이내로 한정했다는 점에 있어 중요한 의미를 가지고 있다고 볼 수 있다. 이들 중 첫 번째 점과 세 번째점에 대해 앞에서 고찰해온 문제와 관련을 짓는다면 다음과 같이 될 것이다. 우선 1629년의 챔버스 사건에서는 ①"하나의 재판소에 의해 내려진 판결에 의해 구금된 자를 석방하는 것은 본 재판소(=왕좌재판소)의 관행이 아니다. ②"성실재판소는 가장 고귀하고도 명예 있는 재판소의 하나이다" 따라서 ③챔버스를 석방할 수 없다라는 삼단논법을 쓰고 있었다고 보지만 이 법률에 의해 성실재판소 자체가 폐지되었기 때문에 소전제가 존재하지 않게 되어, 따라서 챔버스 사건의 준칙은 적용할 수 없게 되었다고 할 수 있다. 그러나 대전제에 입각하면 소전제로 어떤 재판소가 들어와도 챔버스 사건의 준칙은 확대되지만, 제6조는 "성실재판와 유사한 권한을 행사하는 재판소에 의한" 구금 경우를 규정하고 헤이비어스 코퍼스 신청의 권리를 부여했던 것이다. 다음으로 1591년 앤더스 결의에서 확립된 '국왕의 특별한 명령에 의하여'라는 구금 이유의 정당성은 1671년의 Darnel사건에서 확인되었지만, 1628년의 권리청원에서는 부정되었다. 그러나 1629년 6인의 의원사건에서는 권리청원의 조항에도 불구하고 그 구금이유의 정당성이 인정되었다고 할 수 있다. 제6조는 '진정한 이유'를 제시할 것을 요구함으로써 '국왕의 특별한 명령에 의하여'라는 답변의 부당성을 분명히 했다고 볼 수 있다.

이 법률은 '최초의 헤이비어스 코퍼스법'라고 표현되어 있듯이 헤이비어스 코퍼스 관계의 최초의 제정법으로서 매우 중요한 의미를 가지고 있다고 평가해야 한다. 그러나 그 반면에 최초의 것인 만큼 인신의 자유를 보호하는 데는 불충분했으며 그 후 여러 가지 결함을 드러내는 결과가 되었던 것이다.

[5] 공화제 시대의 판결과 입법

영국의 시민혁명기 특히 시민전쟁 시기에 있어서의 법의 문제에 관한 연구는 거의 없다. 그 원인은 첫째로 이 시기의 중요성이 법학에서는 과거에 인식되지 않았다는 점, 둘째로 사료의 부족·불비·불충분에 있을 것이다. 이것은 헤이비어스 코퍼스에 관해서도 해당된다. 따라서 이 글에서도 특히 이 부분은 앞으로 보다 면밀한 검토를 기다려야 하며, 여기서는 판례와 제정법에 대해 간단한 소묘를 시도하는데 그친다.

우선 판례에 대해서 본다면 몇 가지로 나누어 고찰할 수 있다. 첫째로 다른 재판소에 의한 구금사건으로서 1649년 사건과 1652년 사건을 들 수 있다. 전자는 해사(海事) 재판소의 판결에 근거하여 형이 집행되고 있는 사람을 위하여 헤이비어스 코퍼스가 신청된 사건이다. 이 신청에 대하여 Roll 재판관은 다음과 같이 판시했다. "해사 재판소에서 소추 받고, 판결이 내려지고, 그에 근거해 형을 집행 받고 헤이비어스 코퍼스에 의해 본 재판소에 신병이 제출될 경우, 및 답변에 의해 해사재판소가 그 사건의 재판권을 가지고 있었다고는 사료되지 않고 다만 그 재판소의 규칙에 반하여 판결을 내린 것처럼 사료될 경우에는, 본 재판소는 피구금자를 형의 집행에서 석방하지 않는다. 그 이유는 피구금자는 형을 집행받기 전에 상소해야 했기 때문이다. 이 일은 다른 Equity 재판소에서의 절차에 관해서도 마찬가지다." 후자(1652년 사건)는 치안판사재판소 명령에 의해 구금된 자를 위해 헤이비어스 코퍼스가 신청된 사건이며, 거기서는 보증인을 찾을 때까지 구금되어 있어야 하는 것으로 되어 있었기 때문에 롤 재판관은 1000파운드의 날인 금전 채무증서(bond)가 평화유지를 위해(for the keeping of the peace)필요하다고 말하면서 그런 조건으로 헤이비어스 코퍼스를 발부했지만 반드시 좋은 보증인을 데리고 오라고 명했다. 둘째로 중죄를 이유로 구금되어 있는 자에 관한 사건으로서 1654년 사건을 두 가지 들 수 있다. 하나는 중죄를 범한 곳에서는 법익 박탈이 취소될 때까지 심리할 수 없다는 이유로 중죄를 범하여 법익을 박탈당한 자를 위

해 헤이비어스 코퍼스가 신청된 사건이다. 롤 재판관은 "헤이비어스 코퍼스에 의해 피구금자의 신병을 본 재판소에 제출하고 법익 박탈을 취소하지만 그가 현재 구금되어 있는 곳에서 심리할 수 있도록 재구류하겠다"고 판시했다. 다른 하나는 중죄를 범하고 노센프튼 감옥에 구금되어 있는 자를 석방해달라고 헤이비어스 코퍼스가 신청된 사건이며, 이 사건에서는 옥리가 그를 학대한다는 선서 공술서가 제출되었지만 롤 재판관은 헤이비어스 코퍼스를 발부하지 않겠다고 결론을 말했다. 중죄를 이유로 구금당하고 있는 자와 헤이비어스 코퍼스의 관계에 대해서는 1679년의 헤이비어스 코퍼스법에 규정이 있기 때문에 나중에 보기로 한다. 셋째로 희귀한 사례라고 생각되지만, 헤이비어스 코퍼스 영장을 분실한 사건이 있다. 그것은 1651년 Pease v. Shrimpton 사건으로서 새로운 헤이비어스 코퍼스 발부가 신청되었다. 롤 재판관은 헤이비어스 코퍼스가 실제로 분실되었는지 여부를 조사하기 위하여 테트라는 자에게 출정을 명하고 새로운 헤이비어스 코퍼스를 발부했다. 넷째로 피구금자를 증인으로서 증언케 하기 위한 헤이비어스 코퍼스 ad testificandum이 신청된 사건으로서 1649년의 사건이 있다. 본건에서의 헤이비어스 코퍼스는 왕좌재판소의 구치소에 있는 피구금자가 다리 주(Darly shire)의 다음 순회재판에서 심리되는 사건의 증인이 되기 위해 신청되었다. 그러나 롤 재판관은 "우리는 헤이비어스 코퍼스를 발부하지 않을 것이다. 왜냐하면 이 신청은 피구금자 스스로가 이 긴 휴정기에 매사냥을 가기 위해 인신의 자유를 얻으려는 시도이기 때문이다"라고 말했다. 이 사건의 헤이비어스 코퍼스에 대해서는 <Styles의 판례집>에는 단순히 영문자로 habeas corpus라고만 기록되어 있으나, 여기서 사용되고 있는 영장은 인신의 자유를 보호하기 위한 헤이비어스 코퍼스가(habeas corpus ad subjiciendum et recipiendum)아니라 피구금자를 증인이로서 증인케하기 위한 헤이비어스 코퍼스(habeas corpus ad testificandum)라고 할 수 있을 것이다. 비슷한 헤이비어스 코퍼스의 사례는 1650년에도 볼 수 있다.

헤이비어스 코퍼스에 관한 제정법을 보면, 1649년의 '채권자에게 지불 불가능한 빈곤 피구금자를 구금으로부터 석방하기 위한 법률 (An Act for discharging from Imprisonment poor Prrisoners unable to satisfie thir Creditors)'의 제정이 주목된다. 그 법률은 시작 부분에서 이렇게 규정한다.

"소송 원인이 원래 금전채무 또는 약속, 계약 또는 날인 계약 위반을 이유로 할 때, 어떤 강제집행 영장 또는 어떤 다른 집행영장 (any Execution or any other Proces)에 근거하여, 잉글랜드, 웨일즈령, 또는 트위드 강변 벨위크 읍(Town of Berwick upon Tweed)내의 어떤 현, 시, 읍, 또는 지역에서 1649년 12월 22일 현재 재감중이거나 또는 당일 수감되는 자가, 그가 그와 같이 구금되어 있는 현, 시 내지 읍 또는 지역의 어떠한 치안판사(Justice of Peace)에 대해서도 그의 신청에 의해 전기(前記) 감옥에 주장(州長), 옥리(獄吏) 또는 구치자에게 치안판사의 서명날인이 있고 관계기록이 첨부된 헤이비어스 코퍼스(Habeas Corpus cum causa)의 성격을 갖는 영장을 발부하고, 치안판사 면전에 그 재감자의 신병을 지체 없이 제출하고, 그리고 그의 구금이유를 답변하도록 … 청구할 경우에는, … 앞에서 말한 치안판사가, 앞에서 말한 주장, 옥리 또는 구치자에게 관계기록이 첨부된 헤이비어스 코퍼스 영장의 성격을 갖는 영장을 신속히 발부할 권한을 이 법에 의해 부여 받으며, 또 향유되어야 할 것이, 본 의회에 의해 그리고 그 권위에 의해 정해지는 것으로 한다....."

그러나 본 법의 적용을 받는 것은 5파운드를 넘지 않는 옷과 직업용 도구를 제외하고 5파운드 가치까지의 재산을 소유하는 자에 한정되었다. 그리고 치안판사는 피구금자의 빈곤상태를 심리하여 그 사건의 기록을 강제집행영장을 발한 재판소로 이송하여, 기록을 이송 받은 재판소는 피구금자가 구금되기에 이른 소송 당사자에게 고지영장을 발하고, 그 후에 피구금자는 석방된다는 절차가 취해졌다. 이 법률은 1650년에 개정되었지만 왕정복고 때 공화제 시대에 제정된 법률은 무효라고 선고되었기 때문에 갖고 있지 않다. 그러나 이 제정법은 민사적 사건에 관련해서 구금된 자로서 빈곤한 자에게 헤이비어스 코퍼스를 신청할 권리를 인정했다는 점에서 획기적인 의의를 지니는 것이다.

4. 인신보호영장적 기능의 성립 後期 (1)
-왕정복고 후 헤이비어스 코퍼스의 결함-

[1] 외재적 결함- Clarendon伯의 전횡적 재판

인민에 의한 정치를 시작한 크롬웰 정부는 그 통치에서 반드시 성공한 것은 아니었기 때문에 인민의 불만을 살 결과를 초래했고, 또 1658년에 크롬웰이 병사한 후에 그 아들 리처드 크롬웰이 호민관에 취임했지만 인민의 반대가 거세어 반동적인 분위기가 넘쳤다. 이와 같은 정세 하에서 스튜어트 왕가의 지배가 1660년에는 부활되기에 이른다. 이것이 왕정복고인 바, 이 복고 후는 국왕과 의회의 대립항쟁의 중심 중 하나는 재정문제에서 종교문제로 이행했다. 그리고 이 시기에 인신의 자유의 문제와 직접적인 관련을 가지고 등장하는 것은, 종교문제를 둘러싼 항쟁 속에서 사람들이 일련의 종교 입법을 비난의 의미를 담아 'Clarendon법전'이라고 불렀던, 바로 그 본인인 Clarendon백(伯)이 대법관으로서 행한 재판이었다.

반동적인 Clarendon은 1667년 의회에서 탄핵되지만, 그 탄핵의 이유나 절차는 <State Trials>에 상당히 자세히 기록되어 있다. 우선 그 사건의 제목은 '대역죄 기타 중대한 범죄 및 경죄를 이유로 하는, 잉글랜드 대법관 에드워드 클라렌든에 대한, 의회에서의 소송절차 - 찰즈 2세 치세 제15년에서 19년, 서력 1663-1667년'으로 되어 있다. 그리고 이 중의 소제목에는 '대역죄 및 중대한 경죄를 이유로 하는 탄핵에 기초한 1667년 Clarendon백(伯)에 대한 소송절차'로 되어 있으며, Clarendon의 비행 등이 기록되어 있다. 그 중 '1667년 11월 6일'이라는 날짜가 있는 곳에 다음과 같은 기록이 있다.

"고발의 이유는 표제와 같이 요약된다고 Thomas Littleton경(卿)은 보고하고, 그것을 그의 좌석에서 낭독한 후에 그것을 서기관 책상으로 가져갔다. 그것은 다음과 같다."

그리고 1부터 17까지 Clarendon의 비행이 열거되어 있는 데, 4가 특히 인신의 자유의 문제와 관련이 있다고 보인다.

"4. 그는 폐하의 여러 신민이 법에 반하여 원격의 섬, 주둔지, 기타의 땅에 감금되어야 한다고 진언하고, 알선하고, 그럼으로써 신민이 법의 은혜를 받을 것을 방해하고, 폐하의 그 밖의 신민을 같은 방법으로 감금하는 데 유리한 선례를 제공했다는 점."

이들 Clarendon의 비행 지적에 대해 그는 스스로 변명하고 있다. 즉 1667년 11월 14일에 Clarendon은 4항 중 '그는'을 '저는'으로 바꾸고 그대로 인용하면서, 거기에 대해 다음과 같이 변명했다.

"저는 이 탄핵조항이 지극히 일반적이며 특정인의 이름이 적시되어 있지 않으므로 뭐라고 답변해야 할지 모릅니다. 그러나 모욕의 사건을 이유로 대법관재판소의 절차에 따라 정당하게 구금된 사람을 제외하고는 제가 어떠한 사람도 투옥한 사실이 없다는 것은 일번에게 잘 알려져 있습니다. 그것은 아마도 제가 추밀원에 있었을 때 일일 것입니다. 즉 그 당시는 많은 사람들이 구금되도록 명령을 받았던 것이고, 그 사람들에 대한 구금은 추밀원의 현인(賢人)들에 의해 정당하고도 필요하다고 생각되었던 것입니다. 그런 고로 저는 그들이 했던 것 말고는 답변할 수 없습니다. 다만 저는 구금은 지극히 정당하고 지극히 필요하다는 의견을 때로 가지고 있다고는 말씀드릴 수 있습니다. 이와 같은 구금으로써 때로 반란이 방지되었다는 것, 그리고 나중에 대역죄를 이유로 체포되고 처형되는 다른 자가 심문 받을 때 혹은 죽을 때, 그들의 목적은 그들이 주로 의존하고 있었던 그들의 동지가 투옥되지 않았더라면 이러이러한 때 기병(起兵)하게 되어 있었다는 것을 자백한다는 것은 잘 알려진 사실입니다. 폐하의 부친인, 서거하신 국왕을 처형했다는 이유로 체포된 사람들 중 대부분은 런던탑에

서 나와 몇몇 섬 및 주둔지로 쫓겨 가는 것이 적절하다고 생각되었다는 사실을 저는 잘 기억하고 있습니다. 그리고 마찬가지로 몇 명이 그런 땅에 송치되었다고 한다면 저는 그에 관한 적절한 심문을 통해 그렇게 하는 것을 매우 정당하다고 생각하게 되는, 그런 이유를 근거로 그렇게 했다고 생각합니다."

이와 같은 Clarendon의 변명에서도 명백하듯이 그도 원격의 땅이나 주둔지로 사람들을 송치한 것을 부정하고 있지는 않다. 다만 그렇게 할 필요가 있기 때문이라고 명언하고 있는 것이다. Clarendon의 전횡적인 재판의 구체적 내용이나 빈도는 분명하지 않으나, 영국인의 인신의 자유 향유가 방해받고 있었던 것은 확실하다. (다만 구금의 정당한 사유가 있을 때는 구금되는 것이 당연하지만, 여기에 언급되어 있는 정치적 범죄 경우에 정당한 구금이유가 있는지 여부는 의심스러운 경우가 많다.) 특히 원격의 땅이나 주둔지로 옮김으로써 헤이비어스 코퍼스를 이용하지 못하게 했다고 할 수 있을 것이다. 이와 같은 외재적 결함이라고 할 수도 있을 Clarendon의 전횡적 재판이 가능했던 것은, 한편으로는 왕정복고 후의 반동적인 분위기가 있었기 때문이며, 다른 한 편으로는 나중에 고찰하게 될 헤이비어스 코퍼스의 절차적 결함이 있었기 때문이라고 해도 될 것이다.

[2] 내재적 결함 - 영장 발부권을 둘러싼 여러 문제

Clarendon의 전횡적 재판은 헤이비어스 코퍼스의 결함과 밀접한 관계를 가지고 있었다고는 해도 이른바 외재적인 결함이었다. 그러나 이 시기에는 헤이비어스 코퍼스의 절차에 내재적 결함이 많이 드러나고 있었다. 그 중 특히 중요한 것이 재판소의 영장 발부권을 둘러싼 문제였다.

1641년의 헤이비어스 코퍼스법, 즉 성실(星室)재판소폐지법은 앞에서 말한 바처럼 그 6조에서 "누구도 성실재판소와 유사한 권한을 행사하는 재판소에 의해, 또는 국왕이나 추밀원의 명령에 의해 구속될 경우에는 왕좌재판소 또는 민소(民訴)재판소 재판관에게 헤이비어스 코퍼스를 신청할 수 있다. 옥리는 영장을 발부한 재판소 재판관 면전에 피구금자를 세워놓고 구속의 진정한 이유를 제시하지 않으면 안 된다. 재판소는 이와 같은 답변이 있은 후 3일 이내에 답변을 심리하고 정의에 적합하는 바에 따라 피구금자를 석방, 보석, 재구류하지 않으면 안된다."고 규정했다. 그러나 이 규정으로는 영장을 발부할 수 있는 재판소, 그 시기, 영장의 종류 등은 분명하지 않았다. 그래서 각 재판소에 관하여 이들 문제에 대한 판례·학설을 본다면 다음과 같다.

우선 **왕좌재판소**에 대해서는 문제는 많지 않고, 개정(開廷)기 뿐만 아니라 휴정기에도 영장을 발부하고 있었다. Hale은 왕좌재판소는 writ ad faciendum et recipiendum을 개정기에도 휴정기에도 발부할 수 있으나 writ ad subjiciendum은 개정기에만[6] 발부할 수 있다고 설명하고 있다.

다음으로 **민소(民訴)재판소** (또는 재무재판소)를 보면, 민소재판소의 영장발부권에 가장 많은 문제가 있었다. Hale은, 민소재판소도 재무재판소도 영장을 발부할 수는 있으나 그것은 어떤 자가 특권을 지니는 경우이거나 또는 그 자를 커먼 로 상의 소송 당사자로 하는 경우가 아니면 안 된다고 설명하고, 죽은 아무런 특권이 없어도 왕좌재판소로부터 헤이비어스 코퍼스를 받을 수 있으며, 민소재판소 또는 재무재

6) 휴정기에 헤이비어스 코퍼스를 발부할 수 있는지에 대해 크게 문제가 된 것은 개정기가 매우 짧았던 반면 휴정기가 길었기 때문이다. 각 시대에 따라 다소 차이는 있지만 1873년 법 개정까지는 영국의 재판소는 4개 개정기(terms)에만 재판을 했다. 각 개정기는 다음과 같다. Hilary Term (1월 22일 (혹은 23일)부터 2월 12일(혹은 13일)까지), Easter Term (부활절 후 17일째 되는 날부터 26일 동안), Trinity Term (5월 22일 내지 6월 15일부터 20일 동안), Michaelmas Term (10월 9일 (혹은 10일)부터 11월 28일 (혹은 29일)까지.

판소에서는 그곳의 직원 또는 특권을 부여받은 자가 받을 수 있다고 설명하고 있다. 그런데, 배심에 관한 사건으로 유명한 Bussshell사건 (1670년)에서도 민소재판소의 영장발부권이 문제가 되었다. Busshell은 배심원으로서 증거에 반하고, 법률문제에 관하여 재판관의 설시(說示)에 반하는 평결을 했기 때문에 구금되었다. 그래서 그는 민소재판소에 헤이비어스 코퍼스를 신청했다. 민소재판소에서는 Wild, Archer, Tyrel 각 재판관은, 이 재판소는 영장을 발부할 수 있다는 의견을 말했지만 Vaughan 수석재판관은 영장을 발부할 수 없다고 주장했다. 그러나 3명의 재판관의 의사에 입각해서 영장은 발부되었다. 이 Busshell사건은 이듬해인 1671년 사건의 선례가 되었다. 1671년 사건에서도 Vaughan 수석재판관은 영장을 발부할 수 없다고 주장했지만 다른 3명의 재판관에 의해 헤이비어스 코퍼스는 발부되었다. 또 1677년 Jone사건에서도 민소재판소의 헤이비어스 코퍼스 발부권을 두고 재판관 사이에 의견의 대립이 있었지만, 헤이비어스 코퍼스 발부는 인정되었다. 이와 같이 민소재판소는 실제로는 헤이비어스 코퍼스를 발부하고 있었으나 그에 관한 통일적 의견이 없고, 불안정한 상태에 있었다고 할 수 있다.

그리고 **대법관재판소에** 관해서는, Hale은 대법관재판소는 writ ad subjiciendum은 휴정기에만 발부할 수 있다고 설명하지만 룩은 개정기에도 휴정기에도 발부할 수 있다고 설명한다. 1676년의 Jenkes사건에서는 런던의 길드 홀 연설대에서 했던 연설을 이유로 휴정기에 추밀원에 의해 구금된 Jenkes가 룩의 견해를 근거로 헤이비어스 코퍼스를 신청했다. 그런데 Nottingham경(卿)은 룩에게 절대로 과오가 없다고 할 수 없다면서, 대법관재판소가 휴정기에 이와 같은 영장을 발부한 선례가 없음을 이유로 영장 발부를 거부했다.

덧붙여, 재판소의 영장발부권 외의 절차적 결함을 한 가지 든다면, 그것은 영장이 발부되어도 옥리(獄吏)가 제2영장 또는 제3영장이 발부되는 것을 기다리면서 헤이비어스 코퍼스의 실효성을 감소시키는 점이었다. 이런 예는 1627년의 Darnel사건이나 1653년의 Lilburne사건에서 발견되지만, 제1영장에 따르게 하는 절차적 수단이 없었다는 데 그 원인을 찾을 수 있다. 또 이 일과 관련되지만, 옥리는 즉각 강제 받는 일이 없었기 때문에 영장의 송달을 피할 목적으로 피구금자를 다른 장소로 옮기기도 하고 심지어는 재판소의 재판권 밖으로 이송하는 일까지 있었다고 한다.

[3] 인신의 자유 회복을 위한 비열한 수단

이상과 같은 헤이비어스 코퍼스의 외재적·내재적 결함이 엄존했던 왕정복고 후 시기에 있어서는 인신의 자유를 회복하기 위한 매우 비열한 수단이 강구되는 일도 있었다.

저작가이자 해군사관이기도 했던 Pepys의 1667년 7월 7일자 일기에는 구금된 자가 인신의 자유를 회복하기 위해 매수를 한 사례가 기록되어 있다.

"현재 자유의 몸이 되었고, 그 자유의 대가로서 500파운드를 바치기로 되어 있는 Moyer 씨 사건에 있어서 재판소에서 취해진 절차의 비열함에 대해 Mr. Moor 씨는 나에게 좀더 이야기 했다. … 그렇게 한다는 것은 매우 유감스러운 일이다. 우리는 이런 짓들이 정의를 위해서가 아니라 오로지 국왕을 둘러싼 사람들을 기쁘게 하기 위해서만 저질러지고 있다는 것을 공공연히 고백한다. 라고 그는 말했다. 오! 신이여, 우리를 용서하소서!"

또 Cambell이 쓴 대법관의 전기에도 유사한 사건이 다음과 같이 기록되어 있다.

"헤이비어스 코퍼스는 무시되었다. 코로넬 해친슨은 오랫동안 구금되어 있었던 까닭에 죽었는데, 이를 하나의 예로 들 수 있겠다. 다액의 금액이 부당한 구금에서 석방되기 위하여 흔히 오가고, …그 일부는 대법관에게까지 갔다"

이 글에서는 이들 예 정도 밖에 소개하지 못하지만, Cambell이 말하듯이 "다액의 금액이 부당한 구금

에서 석방되기 위하여 흔히 오가고" 있었음은 능히 짐작되는 바이다. 헤이비어스 코퍼스는 무시되고 있었던 것이다. 그 법률적 원인의 하나는 이미 살펴본, 헤이비어스 코퍼스의 외재적·내재적 결함에 있는 것이며, 그들 결함의 사법적, 입법적 개혁은 긴급한 문제가 되어 있었다고 할 수 있다. 그러나 결함의 사법적 개혁은 이미 검토한 바에서 명백하듯이 매우 어려운 문제였던 것이다.

5. 인신보호영장적 기능의 성립 後期 (2)
-결함의 입법적 개혁 움직임과 1679년법-

[1] 1679년 헤이비어스 코퍼스법의 성립과정

앞에서 검토해온 헤이비어스 코퍼스의 외재적·내재적 결함은 사법적 개혁으로써 시정될 전망이 없었기 때문에 입법적 개혁의 움직임이 나타났다. 이 시기 최초의 개혁 시도는 Clarendon백이 탄핵된 이듬해인 1668년였다. 이 해 4월 10일 서민원 일지에 의하면 "헤이비어스 코퍼스 발부의 거부를 방지하기 위한 법안 제출을 허락하도록 명을 받았다."라고 기록되어 있다. 이 법안은 그 회기에 위원회를 통과하지 못했지만 그 때 이후로 같은 법안이 잇달아 제출되게 되었고, 1669-1670년 회기에는 재감자(在監者) 유형방지법안이 서민원을 100대 99로 통과했다. 그러나 귀족원에서는 이 회기 3월 25일에 부결되었다. 이 법안은 은사를 받을 것을 조건으로 이송에 동의한 중죄범인을 예외로 하고, 잉글랜드왕국, 웨일즈령, 또는 트위드강변 벨위크(Townof Berwick-upon Tweed)에 태어난 국왕의 신민은 재감자로서 잉글랜드왕국에서 스코틀랜드, 아일랜드, 저지(Jersey), 건지(Guernsey) 또는 해외의 어떠한 땅에도 이송되어서는 안 된다는 취지를 규정한 것이었다.

이와 같이 법안이 부결되었음에도 서민원은 신민의 자유를 수호하기 위한 투쟁을 계속하여 1673-74년 회기에서 신민의 자유와 관계되는 두 가지 중요한 법안을 통과시켰다. 하나는 2월9일에 귀족원으로부터 송부된 것으로, 1669-70년 법안이 '출생으로 말미암은 신민] (native born subjects)만에 적용되는 것으로 되어 있었던 것을 '귀화한 자' (naturalized subjects)에게도 적용되도록 된 것 외에는 1669-70년 법안과 거의 같았다. 다른 하나는 2월 23일에 귀족원으로 송부된 것으로, '형사사건을 이유로 수감된 재감자를 신속히 구제하기 위한 법률'이라는 제목이 붙어 있었다. 전자는 귀족원의 위원회 단계까지 도달했고, 후자도 귀족원에서 심의되었지만 정회(停會)로 통과되기에 이르지는 않았다.

다음으로 1675년 6월 4일, 신민의 자유에 관한 법안, 바꿔 말하면 국왕의 신민의 자유를 보호하기 위한 법률이 서민원에서 귀족원으로 송부되었다. 이 법안의 전문은 1679년법의 전문과 같고, 나머지는 1673-4년 법안과 거의 같았다. 그러나 회기 만료 때문에 성립되지 않았다.

또한 1677년 3월 26일, 신민의 자유에 관한 법안, 즉 신민의 자유를 보다 낫게 보장하기 위한 법률이 서민원으로부터 귀족원으로 송부되었다. 이는 1675년 법안과 대체로 같았으며, 몇 차례 심의되었지만 정회로 인해 더 이상 심의되지 않고 끝났다.

1679년, 해외 신민의 감금을 방지하는 법안과 헤이비어스 코퍼스 절차를 개선하려는 법안의 각 조항이 하나로 묶여 서민원을 통과한 후 '신민의 자유를 보다 낫게 보장하고, 해외에서의 감금을 방지하기 위한 법률'로서 심의되기에 이르렀다. 이 날 귀족원 일지에는 "'방금 낭독된 수정을 가하고 이 법안을 통과시키느냐 마느냐'라는 질문이 나왔다. 찬성이 결의되었다. 민소재판소 수석재판관 및 앳킨즈 재판관에 의해 서민원에 메시지가 보내졌다. - …귀족원은 이 법안에 수정을 가하고 (그에 대한) 서민원의 동의를 희망한다-"라고 기록되어 있다. 5월 27일 귀족원 일지에는 "토머스 클라지스 경(卿) 및 기타 사람들이 서민원에 메시지를 가져왔다. -신민의 자유를 보다 낫게 보장하기 위한 법안에 관해…자유로운 양원 협

의를 희망한다-. '이 자유로운 양원협의회를 즉각 여느냐 마느냐'라는 질문이 나왔다. 그리고 찬성이 결의되었다."라고 되어 있다. 그러나 수정에 대해 합의에 도달한 것은 양원 사이에 협의회가 몇 차례 열린 후였으며, 게다가 그것은 회기의 마지막 날, 마지막 협의회에서였다. 귀족원 일지에는 이상의 사실이 간략하게 기록되어 있을 뿐이지만 실은 이 법안의 운명은 마지막 양원협의회를 열 것인가 아닌가의 결의에 달려 있었다. 그리고 투표 결과 57대 55라는 근소한 차이로[7] 가결되었던 것이다. 이 다수결은 투표 계산자가 한 사람의 뚱뚱한 귀족을 농담으로 10인이라고 계산한 결과라고 전해지고 있다.[8] 이야말로 Trevelyan이 말했듯이 "영국에서 과거에 발해진 농담 중 가장 훌륭한 농담이었다" (It was the best joke ever made in England!)

이와 같이 이 법안은 아마도 투표계산자 농담으로 인한 계산 착오의 결과 성립한 것이겠지만, 이상에서 살핀 바에서 명백하듯이 헤이비어스 코퍼스의 외재적·내재적 결함은 이미 드러났고, 그 입법적 개혁이 긴급한 문제로 되어 있었던 상황을 생각할 때 이 법안은 조만간 성립될 필연성을 가지고 있었다고 볼 수 있다. 이 단계에서 성립되지 않았더라면 1689년 권리장전 속에 담겼을 것이라고 해도 크게 틀린 말은 아닐 것이다.

[2] 1679년 헤이비어스 코퍼스법의 성과와 문제점

이상과 같은 과정을 거쳐 어렵게 성립된 것이 바로 '신민의 자유를 보다 낫게 보장하고, 해외에서의 감금을 방지하기 위한 법률' (An Act for the better securing the Liberty of the Subject, and for Prevention of Imprisonments beyond the Seas) 즉 '1679년 헤이비어스 코퍼스법'이었다. 이는 (나중에 설명하지만) 이전에 나타난 결함을 시정하고 형사사건을 이유로 구금된 자를 구제하기 위한 상세한 규정을 갖는 매우 중요한 법률이었다.

이 1679년법은 앞에서 말한 바와 같이 해외에서의 신민의 감금을 방지하려고 하는 법안과 헤이비어스 코퍼스 절차를 개선하려는 법안의 각 조항이 하나로 묶인 것이어서 크게 두 부분으로 구성되어 있다. 하나는 '신민의 자유를 보다 낫게 보장'하려는 부분 (전문에서 제10조까지)이고, 다른 한 부분은 후반인 '해외에서의 감금을 방지하기 위한' 부분 (제11, 13, 14조)이다. 여기서는 이 법률의 주요한 부분에 간단한 검토를 가해본다.

① 전문

1628년 권리청원이나 1641년 헤이비어스 코퍼스법과 비교해서 전문을 쓰는 방식이 다르다는 것을 알 수가 있다. 권리청원 등에서는 이전의 법률을 인용하여 그것을 준수할 것을 요청하고 있는 데 비해 이 1679년 헤이비어스 코퍼스법은 주장(州長), 옥리(獄吏), 기타 관리가 헤이비어스 코퍼스의 실효성을 감소시키고 있음을 지적할 뿐이다. 앞의 두 가지가 매우 정치적 문서인 데 대해 후자는 절차에 중점을 두고 있다고 할 수 있을 것이다.

"형사사건 (근거가 있는 것이든 없는 것이든)을 이유로 국왕의 신민을 수감하고 있는 주장, 옥리, 기

7) 57+55는 112. 112명의 귀족이 있어야 하는데 실제로 그 때 101명 밖에 없었다고 한다.
8) Burnet <History of my Own Time>에 의하면 "Grey경(卿) 과 Norris경(卿)이 투표계산 담당자로 지명되었다. 노리스경은 우울증에 걸린 사람이었기 때문에 그가 하고 있는 일에 늘 주의를 기울이지 못했다. 그래서 그레이경은 한 사람의 뚱뚱한 의원이 왔을 때 처음에는 농담으로 그 한 사람을 10인이라고 했다. 그런데 노리스경이 그 농담에 주의를 기울이지 않은 것을 보고 10인이라는 잘못된 계산대로 집계를 계속했다. 그래서 이 법안에 찬성인 자는 다수라고 보고되고, 그와 같이 선언되고..."

타의 관리가 그들의 의무 및 나라의 널리 알려진 법률에 반하여 제2, 제3의 헤이비어스 코퍼스, 그리고 때로는 그 이상의 여러 차례의 영장에도 따르지 않고, 또 이런 영장에 따르기를 피하기 위한 다른 수단으로, 그들에게 향한 헤이비어스 코퍼스에 대하여 답변하기를 현저히 지연시켜, 그로 인하여 많은 국왕의 신민이 과거에 법률상 보석 가능한 경우에도 장기간 감옥에 구금되어 왔으며, 앞으로도 그와 같은 일을 당할 것이다. 이런 사실은 신민의 중대한 부담과 고통의 원인이 되고 있는 것이다. 이와 같은 사태를 방지하고 이와 같은 형사사건(근거가 있든 없든)을 이유로 감금된 모든 사람에 대하여 보다 신속한 구제를 주기 위하여 … 다음과 같이 정한다."

이 전문은 1645년에 제안된 '국왕의 신민의 자유를 보호하기 위한 법률' 전문과 거의 같다. 이 전문 중 문제점은 제2, 제3회까지 지연되는 것, 및 이 법이 적용되는 범위가 '형사사건(근거가 있든 없든)'에 한정되어 있다는 점이다. 제2의 헤이비어스 코퍼스까지 기다리는 예는 앞에서 보았듯이 Darnel 및 릴번(?) 사건등의 경우였다. 그리고 이 결함은 이 법 제4조에 의해 제거된 것이다. 둘째 문제점인 이 법의 적용범위에 대해서는 나중에 설명하고자 한다.

② 제1조

"…전기(前記)의 한 명 혹은 여러 명의 관리, 그 하료(下僚=under-officers), 또는 대리자는 영장이 송달된 후 3일 이내로 (반역죄 또는 중죄를 이유로 수감되고, 수감영장에 명료하고도 특정적으로 표현되어 있는 경우 제외) …이와 같은 영장에 대해 답변을 하고 수감되어 속박을 받고 있는 당사자 신병을 전기(前記) 영장이 명하는 바에 따라, 대법관, 당장은 잉글랜드 국새(國璽)보관관, 혹은 전기(前記) 영장을 발부한 재판소의 재판관 앞에, 또는 전기(前記) 영장이 답변을 하도록 지정한 한 명 혹은 여러 명 앞에 송치하고, 또는 송치케 하고, 그리고 재감자를 구속 또는 감금하는 진정한 이유를 명시하지 않으면 안 된다."

이 조항은 1673-4년 회기에 제출된 신민의 자유에 관한 두 법안 중 하나, 즉 '형사사건을 이유로 수감된 재감자를 신속하게 구제하기 위한 법률'에서 이미 기초되어 있었던 것이다. 이 제1조 조문은 답변해야 할 기한을 3일이라고 명기하고 있지만 거리가 먼 곳에서 답변하기에 3일은 너무 짧기 때문에 그런 사정을 보완하는 단서가 있다.

③ 제2조

"주장, 옥리, 기타의 관리가 이와 같은 영장의 취지를 모르는 척할 수 없도록 앞에서 말한 권위에 의하여 다음과 같이 정한다. 이와 같은 영장은 모두 '찰즈 2세 치세 제1년의 법률에 의하여'라고 명기하고, 그것을 발부한 자에 의하여 서명되지 않으면 안 된다."

제2조에서 가장 중요하다고 생각되는 것은 과거에 휴정(休廷)기에 헤이비어스 코퍼스를 발부할 수 있는지 여부로 논란이 있었던 바를 명문으로 해결했다는 점이다. 제2조는 계속된다.

"한 명 혹은 여러 명이 휴정기간에 (in the vacation time, and out of term) 어떤 범죄를 이유로 (수감영장에 명시적으로 표시되어 있는 반역죄 또는 중죄를 제외한다) 수감되거나 계속 수감되거나, 또는 구속되거나 계속 구속되는 경우, 그와 같이 수감되고 혹은 구속된 자 (합법적인 절차에 따라 유죄판결을 받고 혹은 형의집행을 받는 자를 제외한다) 또는 그 자를 위하여 행위하는 자가, 대법관 또는 국새보관관, 또는 왕좌재판소 또는 민소재판소의 재판관, 또는 상급법정 변호사의 자격을 갖는 재무재판소의 재판관에 대하여 호소(appeal or complain)하는 것은 적법한 것으로 간주한다(shall and may lawful)."

이렇게 휴정기 영장신청을 가능케 하는 한편, 재판관이 헤이비어스 코퍼스를 발부할 수 있는 권한 및

그 의무에 대해 제2조는 곧 뒤이어 다음과 같은 규정을 두었다.

"전기(前記)의 대법관, 국새보관관, 여러 명 또는 한 명의 재판관은, 수감영장 및 구속영장의 등본을 열독하고 나서, 그렇지 않으면 재감자를 구속하고 있는 자에 의해 이와 같은 등본을 받는 것이 거부되었다는 선서에 기초하여 … 헤이비어스 코퍼스를 부여하는 권한을 부여 받으며, 또 그렇게 할 것을 요구 받는다."

제2조의 규정에 의하여 과거에 영장 발부권을 둘러싸고 견해가 갈리고 하나의 결합이라고 여겨져 온 부분이 신민의 자유를 보호한다는 관점에서는 가장 유리하게 해결되었다고 말할 수 있을 것이다. 제2조 또한 1조와 마찬가지로 1673-4년 회기에 제출된 신민의 자유에 관한 두 법안 중 하나, 즉 '형사사건을 이유로 수감된 재감자를 신속하게 구제하기 위한 법률'에서 이미 기초되어 있었다.

④ 제3조

그러나 헤이비어스 코퍼스를 신청할 권리도 이를 바로 행사하지 않으면 휴정기에는 헤이비어스 코퍼스의 부여를 받지 못한다는 규정을 둠으로써 신속하게 구제를 청하지 않는 자에게는 불리한 조건을 주고 있는 것이 이 조항이다. "감금 후 만(滿) 두 개정기 동안, 그 석방을 요구하기 위한 헤이비어스 코퍼스 요청을 고의로 게을리 한 자는 이 법에 따라 휴정기에는 헤이비어스 코퍼스의 부여를 받을 수 없다"

⑤ 제4조

헤이비어스 코퍼스의 수신자인 관리가 제1조의 단기 답변 의무, 제2조의 구속영장 등본 교부 의무를 어기는 경우 엄한 제재를 받게 된다.

"한 명 또는 여러 명의 관리, 그의 한 명 또는 여러 명의 하료(下僚) 또는 대리자가 전기(前記)의 각 기간 내에 전기(前記)의 답변을 하는 일, 또는 전기(前記) 영장이 명하는 바에 따라 한 명 또는 여러 명의 재감자 신병을 제출하는 일을 게을리 하거나 거부하는 경우, 또는 재감자 혹은 그 자를 위해 행위하는 자에 의한 요구에 기초하여 … 이와 같은 재감자의 수감 또는 구속영장의 정확한 등본의 교부를 거부하고 또는 요구 후 6시간 이내에 거부(?)하지 않을 경우에는, 이와 같은 감옥의 전옥(典獄) 및 구치관장 및 재감자를 구속하고 있는 자는 모두, 초범의 경우는 100파운드, 재범의 경우는 200파운드를 재감자 또는 피해자(party grieved)에게 몰수당하며, 이 법에 따라 전기(前記)의 직위에 재임하고 직무를 수행할 자격이 없는 것으로 한다."

제4조에는 이어 구체적으로 벌금 징수방법도 규정한다. 이 또한 1조, 2조와 마찬가지로 1673-4년 회기에 제출된 '형사사건을 이유로 수감된 재감자를 신속하게 구제하기 위한 법률'에서 이미 기초되어 있었다.

⑥ 제5조

제5조는 "헤이비어스 코퍼스에 의해 석방되거나 자유를 얻은 자는 앞으로 어떤 경우에도 어떤 자에 의하더라도 동일한 범죄를 이유로 다시 감금 또는 수감되는 일이 없다."라고 규정했다. 이와 유사한 것은 1588년 Searche사건에서 판시되어 있었고, 아마도 이 사고방식의 밑바닥에는 재판소의 명령에 따르지 않는 자를 재판소 모욕의 죄로 처벌하겠다는 것이 있지 않은가 한다. 이 규정 또한 1673-4년 회기에 제출된 '형사사건을 이유로 수감된 재감자를 신속하게 구제하기 위한 법률'에서 이미 기초되어 있었다.

⑦ 제6조

이는 수감영장에 대역죄 또는 중죄의 용의로 수감되었음이 기재되어 있는 경우에 대해 규정한다.

"한 명 또는 여러 명이 수감영장에 명료하고도 특정적으로 표시된 대역죄 또는 중죄를 이유로 수감되고, 개정기의 첫째 주(週), 또는 순회재판 또는 일반 재감자 석방 순회재판 개정기 첫날에 공개된 법정에서 심리를 받고 싶다는 청원을 하고, 그리고 이와 같은 수감 후의 다음 개정기 또는 순회재판 또는 일반 재감자 석방 순회재판의 개정기에 소추되어 있지 않은 경우에는, 왕좌재판소 재판관 및 순회재판 또는 일반 재감자 석방 순회재판의 재판관이 … 재감자를 석방하는 일은 적법할 뿐 아니라 그렇게 할 것이 요청된다."

이와 같이 신속한 소추에 의하여 신속한 재판을 할 것을 촉진하고, 그렇게 되지 않을 겨우에는 재감자는 석방되어야 한다고 규정하고 있다. 이 조항은 헤이비어스 코퍼스와는 직접 관계는 없으나, 중죄를 이유로 감금되어 헤이비어스 코퍼스의 은혜를 입지 않는 (제2조) 자도 이 조항에 규정된 바와 같은 구제를 받을 수가 있는 것이다. 이 조항 또한 1673-4년 회기에 제출된 '형사사건을 이유로 수감된 재감자를 신속하게 구제하기 위한 법률'에서 이미 기초되어 있었다.

⑧ 제7조

이 조항은, 금전채무소송 기타 소송으로 피고가 되거나 모든 민사사건의 소장 송달을 받은 자를 감옥에서 석방시키기 위해 이 법이 이용되어서는 안 된다는 취지를 규정하고 있다.

⑨ 제8조

이 법률에 정해져 있는 경우 외에, 관리에게 구속되어 있는 자를 그 감옥 또는 구속으로부터 다른 관리에게 옮겨져서는 안 된다고 규정한다. 이 법에 정해진 경우란, 헤이비어스 코퍼스 및 기타 적법한 영장에 근거하는 경우, 재감자를 일반 감옥으로 이송하기 위해 그 재감자를 경찰관 등에게 인도할 경우, 순회재판관 또는 치안판사의 명령에 의해 일반 빈민원 (common workhouse), 또는 교정(矯正)원으로 보내는 경우, 재감자를 법의 상당한 과정에 의해 심리하거나 석방하기 위해 한 감옥 또는 장소로부터 동일 주(州) 내의 다른 감옥 또는 장소로 옮길 경우, 불의의 화재 또는 전염병의 만연 기타 긴급한 경우이다. 이는 앞에서 결함 중 하나로 꼽은, 영장의 송달을 피하기 위해 피구금자를 다른 장소로 옮기는 것을 방지하기 위한 규정이라고 할 수 있다. 역시 1673-4년 회기에 제출된 '형사사건을 이유로 수감된 재감자를 신속하게 구제하기 위한 법률'에서 이미 기초되어 있었다.

⑩ 제9조

"앞에서 말한 바와 같은 재감자가 헤이비어스 코퍼스를 왕좌재판소 또는 민소재판소에 신청하고 이를 받는 것은 적법할 뿐 아니라 대법관재판소 또는 재무재판소에 신청하고 이를 받는 것도 적법하다."

이는 제2조가 각각의 재판관에 호소하는 것을 적법하다고 규정하고 있는 데 대하여, 재판관 뿐 아니라 재판소에 대해서도 헤이비어스 코퍼스를 신청할 수 있다는 것을 분명히 한 것이다. 이 조항 후단에서는, 전단과 같은 경우에 재판관이 휴정기중에 이런 신청을 받고, 이 법에 의해 부여되지 않으면 안 되게 되어 있는 헤이비어스 코퍼스의 발부를 거부할 때, 재판관이 피해자에게 지불해야 할 벌금의 액수가 규정되어 있다.

⑪ 제10조

"이 법의 진정한 목적과 취지에 따르면 헤이비어스 코퍼스는 왕권주(州) (county palatine), 5항(cique, ports), 기타 잉글랜드왕국 내의 특권을 부여 받은 지방, 웨일즈령, 트위드 강변 벨위크

(Berwick-upon-Tweed), 저지(Jersey)섬, 건지(Guernsey) 섬에 대해서도 발부할 수 있으며, 이들 지역에 대해서도 효력이 있다. 이 효력은 이에 반대되는 법률이나 관습이 있어도 유효하다."

6. 1679년 헤이비어스 코퍼스법의 평가

먼저 헤이비어스 코퍼스의 인신보호영장적 기능 및 1679년법의 성립에 대해 개관한다면 다음과 같다. 영국에서 헤이비어스 코퍼스는 이미 밝혔듯이 13세기에 중간영장으로서의 초기 기능부터 시작하고, 14, 15세기에는 재판소 사이의 재판권 다툼의 수단으로 옮겨가, 16세기에는 인신보호영장적인 기능을 갖게 되었다. 그것이 17세기의 국왕과 의회의 항쟁과정에서 완전히 인신보호영장적인 기능을 구비하게 되었다. 그리고 그 과정에서 헤이비어스 코퍼스의 유효성과 한계성이 명백해지고, 국왕과 대립하는 세력은 유효성을 확대하기 위하여 결함의 시정을 사법적으로도 입법적으로도 시도했던 것이다. 1679년법은 이와 같은 입법적 개혁의 총결산이었다. 그 전 과정은 Harvey와 Hood가 말하듯이 다음과 같이 파악하는 것이 타당할 것이다. 즉 "헤이비어스 코퍼스는 17세기에 있어서 혁명적 투쟁의 소산이었다. 시민전쟁에 선행하는 시대에 있어 의회의 지도자들과 긴밀하게 동맹했던 커먼 로 법률가들은 전제적인 스튜어트왕조 국왕들에 의해 행사된, 재판 없이 전횡적으로 구금하는 권한에 반대하여 견실한 투쟁을 전개했다. 그리고 그들의 목적에 맞도록 헤이비어스 코퍼스를 발전시켰다. 1660년의 왕정복고 후 국왕이 재차 전횡적 구금을 행사하지 않을까 하는 공포가 1679년의 헤이비어스 코퍼스법 통과를 궁극적으로 가져왔다. 이 법률은 영장을 강화하여, 재판을 하지 않는 구금에 대한 유효한 보호수단으로 변하게 했던 것이다. 이처럼 그 영장은 시민적 자유가 젊은 자본가 계급의 봉건국가와 반혁명에 대한 진보적인 투쟁을 통해 확대된 시대로부터의 유산이다." 영국에서의 인권은 국가권력과 권력의 지배를 받는 인민과의 대항관계 속에서 생성되어 왔으며, 헤이비어스 코퍼스의 인신보호영장적 기능 및 1679년법의 성립도 같은 식으로 파악할 수가 있는 것이다.

다음으로 1679년법의 적극적 측면과 소극적 측면 중, 전자에 대해서는 앞에서 말한 바와 같지만, 블랙스톤 등에 의한 평가를 보아도 명백하다. 그는 이 법률을 "제2의 마그나 카르타, 우리의 자유의 견고한 요새" (that second Magna Carta, and stable bulwark of our liberties)라고 불렀고, 홀즈워드 (Holdsworth)는 "신민의 자유를 보호하기 위해 과거에 고안된 가장 유효한 무기"라고 절찬했다.

이와 같이 획기적인 의의를 갖는 1679년법도 반면에서 몇 가지 결함을 가지고 있었다. 그 주요한 것은 ① 1679년법이 형사사건을 이유로 구금된 자를 구제할 것을 목적으로 했기 때문에 형사사건 외의 이유로 구금된 자들에게는 적용되지 않는다는 점, ② 헤이비어스 코퍼스에 대한 답변 내용이 진실인지 여부를 재판관 또는 재판소가 심리할 권한을 갖지 않는다는 점이 그것이다. 이 두 가지 헤이비어스 코퍼스의 결함은 결국 1816년 헤이비어스 코퍼스법에서 입법적으로 해결되는 것이지만, 18세기 헤이비어스 코퍼스는 이들 두 가지 주요 결함을 안고 전개되는 것이다.

그러나 이들 소극적 측면도 그 적극적 측면에 의하여 보완될 수 있을 정도의 것으로, 이 법률에 대해 치명적인 결함은 아니었다. 중요한 것은 1679년법이, 과거 시기에 나타난 결함의 주요한 것들을 입법적으로 개혁하여 인신의 자유의 절차법적 보장을 한층 강고한 것으로 만들었다는 사실이다.

영국법의 기본권
-"인신의 자유"의 제도적 정착과정에 대하여-

시모야마 에이지(下山瑛二)

1. 머리말

[1] 영국법의 기본권에 관한 법형식의 특이성

"(이 나라) 헌법에서 구시대의 여러 헌장 속에 포함되어 있는 권리선언들 및 1688년 혁명시 결정으로 과해진 국왕의 자의적인 권력에 대한 여러 제약을 떠나서는 어떤 법형식상의 자유보장이라는 것도 존재하지 않는다는 것을 우리는 이미 보아왔다. 형법을 어기고 범죄를 저지르거나 혹은 타인의 권리를 침해하지 않는다는 조건 아래 시민은 자신이 가고 싶은 곳으로 가고, 하고 싶은 일을 하고, 그리고 말하고 싶은 것을 말할 수 있다."

이 문장은 한 영국 헌법 교과서 중 '인신의 자유'(personal freedom)항 모두(冒頭)에 쓰여진 문장이다. 그리고 이러한 지적은 그 표현에 여러 차이가 있다 하더라도 거의 모든 헌법 교과서에 쓰여져 있는 문구이다.

그런데 이 문장을 읽고 우리가 바로 상기해야 할 것은 유명한 다이시(A. V. Dicey)의 <헌법연구서설>(1885)에 나오는 '법의 지배'의 세 가지 '의미'일 것이다. 이 세 가지 의미에 대해서는 일본에서도 여러 연구자에 의해 이미 소개되어 있기 때문에 상세한 설명을 생략한다. 다만 그 세 번째 '의미'인 '헌법의 일반준칙은 나라의 통상법의 결과이다'라는 점에 대해서만 언급하고자 한다.

이 세 번째 '의미'라고 하는 것은 다음과 같이 설명되고 있다.

"'법의 지배'는, 우리에게는, 헌법(외국에서는 당연히 헌법전의 부분을 형성하는 준칙)은 여러 개인의 여러 권리의 원천이 아니라 결과이다. 그리고 그 여러 권리는 (통상) 재판소에 의해 한계 지어지며 강행되는 것이라는 사실을 표현하기 위한 정식으로서 사용될 것이다. 요약한다면 사인에 관한 법의 원칙은 재판소 및 국회의 행위에 의해 국왕 및 그 사용인의 지위를 결정하기에 이르기까지 확장되었다는 사실을 표현하기 위한 정식으로서 사용될 것이다. 따라서 헌법은 나라의 통상법의 결과인 것이다"

그리고 이 점은 일본의 '법의 지배'의 소개자에 의해 흔히 무시되거나 경시되어온 점이지만 다이시에게는 매우 중요한 요소가 있었던 것이다. 즉 대륙법 나라들에서는 헌법전에 자유권의 일반원칙이 규정되고 그것이 하급규범에 의해 구체화되어간다는 형태를 취하며 그 구체화의 과정에서 일반원칙을 왜곡화시켜가는 일이 흔히 발견되는데 대하여, 영국법에서는 통상법에 의해 권리의 구체적 형태가 규정되어, 그 실효성이 보장되어 있기 때문에 시민의 권리는 명실공히 구체적으로 보장되어 있다라고 하는 것이 다이시의 주장이며, 따라서 영국에는 권리의 선언은 없지만 영국만큼 진정으로 권리가 보장되어 있는 나라는 없다라고 주장되는 것이다.

이상의 다이시의 지적이 오늘날 여전히 유효한 지적인지의 여부는 경솔하게 판단할 수는 없을 것이다.[9] 그러나 영국법의 자유권 혹은 일본에서 말하는 기본적 인권에 해당되는 것을 고찰하고자 하는 자

에게 마그나카르타, 권리청원, 인신보호법, 권리장전, 왕위계승법 등등 이른바 권리선언적인 문서만을 고찰해도 그 실태를 밝힐 수 없다는 것은 앞의 지적에서 충분히 엿볼 수 있다고 생각된다.

다시 인신의자유로 이야기를 되돌릴 경우, 영국법에서는 이 글 맨 앞에 인용한 문장에서 알 수 있듯이 통상법의 일부를 구성하는 형사법, 불법행위법, 나아가서 계약법, 가족법까지 포함해서 고찰하지 않으면 그 실태를 파악할 수 없다는 것을 지적해둔다.

[2] '인신의 자유' 개념의 규정방법

그렇다면 영국법에서 (헌법전에 인신의 자유에 관한 명문규정을 갖지 않는다면) '인신의 자유'가 어떤 개념내용을 포섭하고 있는지를 밝히지 않으면 안 될 것이다.

그런데 오랜 영국법 역사의 과정에서 이 개념규정은 여러 가지로 변화했으며, 그것만으로도 하나의 연구사(史)를 형성할 것이다. 그러나 현재의 영국헌법 교과서 등에서 사용되고 있는 규정 중 고전적인 것을 더듬어 본다면 역시 다이시의 주장으로 귀착한다는 것을 알게 되므로 여기서는 일단 그의 서술을 채택하기로 한다.

그는, "영국에서 이해된 인신의 자유의 실체는 법적 정당성을 인정하지 않는 그 어떤 방법으로서도 구금, 체포 혹은 그밖의 육체적 강제에도 복종하지 않는 사람의 권리를 의미한다" 라고 말하고 있다. 이 개념규정은 그 이전 사람들, 예를 들어 블랙스톤에 의해 이해된 personal liberty 등과 반드시 범위가 같은 것은 아니며, 오히려 그가 <헌법연구서설>에서 비교했던 벨기에 헌법 제7조의 규정과 대비하면서 그 개념의 외연을 한정한 것이라고 추량할 수 있다.

그래서 지금 일단 그의 개념규정을 받아들인다면 다음 작업은 영국법에서 파악되어 있는 이 권리를 이와 같은 개념규정에 따라 정리하기 위해 그것을 규제하는 법적 정당성을 가지고 구금, 체포, 기타의 육체적 강제를 가할 경우를 각각 열거한다는 것이 아니면 안 된다. 지금 현대 영국법의 '인신의 자유'의 주된 법적 제약을 열거하면 다음과 같다.

ⓐ 일정한 법적 조건 아래에 이뤄지는 범죄용의자의 체포 또는 구류 (detention)

ⓑ 유죄결정 후의 구금 (imprisonment) 및 사형

ⓒ 채무불이행 및 재판소 모욕(contempt of court) · 의회모욕(contempt of parliament)을 이유로 하는 구금

ⓓ 정신이상자 · 아동 · 전염병환자 등에 관한 특별법을 근거로 한 수용 (detention)

ⓔ 미성년자에 대한 친권(parental authority) 행사 및 그 연장인 학교에서의 교사의 아동에 대한 징계권 행사 등이다.

즉 이들 정당사유를 갖는 경우 이외에는, 영국 시민은 '인신의 자유'를 향유할 수 있다는 결과가 나온다.

그러나 이런 지적만으로는 '인신의 자유'라고 하는 것이 법적으로 보장되어 있다고는 할 수 없다. 앞에

---

9) 그 이유는 3가지이다. ① 영국 자체의 체제적 변화문제이다. 다이시는 19세기 중엽의 영국 법제도를 염두에 두고 있지만 그 후 19세기 80년대 경부터 영국의 법제도 자체가 변화하여, 오늘날 현저한 차이를 보이고 있다. ② 19세기 중엽에 영국은 분명 가장 선진적인 자본주의국이었으며, 따라서 법제도에서도 절대주의의 유제를 가장 완벽하게 불식한 상태였다. 그러나 현재처럼 각국이 고도로 발달한 자본주의국으로 발전한 조건에서 영국과 그들 나라들과의 질적 차이는 없지 않을까 하는 의문이 있다. 이 문제는 각국의 현상분석을 정확하게 하면서 그 양적 차이를 과학적으로 측정하는 것 외에 답은 없겠지만 이런 작업은 아직 어디서나 이루어지지 않고 있기 때문에 논할 수가 없다. ③ 제1차 대전 이후 출현한 사회주의국가들과 비교 · 대조할 수 있는 기준이 학문적으로 확정되어 있지 않다는 점에 있다.

서 열거한 경우 이외에, 권한을 넘어서거나 권한이 남용되었을 경우에, 그것을 보장할 방법이 완비되어 있지 않으면 무(無)로 돌아가 버린다. 그래서 '인신의 자유'를 논할 경우에 영국법에서는 늘 그 보장수단도 아울러 고찰하는 방법을 취하고 있다. 그리고 또 그 고전적인 지적은 다이시로 귀착하는 것이다.

그가 지적하는 주요한 점을 발췌해 본다.

> "현재 영국에서는 이와 같은 의미에서의 인신의 자유는, 누구도 법의 적정한 절차에 따르는 경우(in due course of law)를 제외하고, 즉 (물론 매우 일반적인 표현으로 다시 말한다면) 어떤 법적 권한 부여장 혹은 법적 권위(legal warrant or authority)에 근거하는 경우를 제외하고 체포 또는 구금되지 않는다고 하는 원칙의 엄격한 유지에 의해 확보되어 있다. 그리고 더 중요한 점이지만 그것은 이 원칙의 강행을 위한 적당한 법적수단을 준비함으로써 확보되어 있다."

이 중 전자는 이른바 적정절차 혹은 법정절차조항으로서 각국의 헌법에 담겨 있는 것과 공통적 성격을 가지고 있으며, 후자는 이른바 구제절차를 말하는 것이다. 이 구제절차에 대해서 다이시는 형사소추(prosecution) 혹은 민사상의 소(action)와 인신보호영장(writ of habeas corpus)을 들어, 나아가서 그 각주에서 자기방위(self-defense)를 들고 있기 때문에 결국 세 가지 방법을 생각하고 있었던 것이다. 그러나 현재의 헌법교과서 중에는 이 세 가지에 '보석(bail)'을 덧붙여 설명하고 있는 것도 있다.

이 구제방법에 보석을 덧붙여 설명할지 여부는 별도로 하고, '인신의 자유'의 권리를 고찰할 경우에는 합법적으로 그 권리를 제약할 수 있는 정당사유를 갖는 침해행위와 그것이 불법적으로 침해되었을 경우의 법적구제방법을 아울러 고찰하지 않으면 그 권리를 포괄적으로 파악할 수는 없을 것이다. 이는 앞에서 말한 바에서 명백하다.

[3] 이 글의 과제

그러나 이런 문제에 일일이 상세한 고찰을 해 나간다는 것은 그 자체로서 방대한 원고량을 필요로 하기 때문에 여기서는 '인신의 자유' 연구서설로서 이들 고찰의 전제가 되는 점, 즉 자유권의 일환인 '인신의 자유'라는 법적 관념이 언제 어떻게 해서 제도적으로 정착했는가라는 문제에 좁혀서 고찰해보고자 한다.

무릇 어떤 시대에도 어떤 사회에서도 모든 사람이 완전히 인신의 자유를 빼앗기고 있다는 것은 생각할 수가 없다. 문제는 그것이 어떤 사회구성원 사이에, 어떤 정도의, 또 어떤 종류의 것으로서 보장되어 있었는가라는 것이다. 영국법에서 이 주제를 추적할 경우에도 문헌적으로 거슬러 올라갈 수 있는 한 그 변천사를 연구하는 것도 분명 가능하고 또 필요하기도 할 것이다. 그러나 현대의 '인신의 자유'를 밝히려는 관점에 설 경우에는 현대의 법관념 혹은 제도적 원리의 확립과정을 추적하는 일이 먼저 이뤄져야 할 작업일 것이다.

이와 같은 관점에 설 때 이 글 서두에 인용했던, 법을 어기지 않는 한 시민은 어떤 언동도 자유롭다, 라는 지적을 상기하지 않으면 안 된다. 왜냐하면 이와 같은 사상이 제도적으로 정착하는 과정이 어떤 것이었는지야말로 중요한 점이기 때문이다. 영국에서 이와 같은 사상을 체계적으로 표현한 것이 자연법 사상, 특히 로크라는 사실은 새삼 설명할 필요가 없다. 그러나 그것은 어디까지나 일개 사상에 지나지 않으며 이와 같은 사상이 제도적으로 정착해가기 위해서는 더 많은 시간을 필요로 한다. 그리고 또 이 정착과정이 영국법의 자유권의 법적 구조 나아가서는 인신의 자유의 보장구조를 규정하는 것이라고 생각된다.

그래서 이 글에서는 '인신의 자유' 연구서설로서 이와 같은 '인신의 자유'의 제도적 정착과정에서 큰 역

할을 수행했다고 평가되는 '앤틱 대 캐링톤 사건'(Entick v. Carrington 1765) 등을 포함하는 '일반영장사건'(general warrant cases)을 중심으로 고찰을 진행하고자 한다.

2. 일반영장사건의 '인신의 자유'에 대한 제도적 영향력

[1] 일반영장사건과 윌크스(Wilkes) 사건

일반영장사건이라는 것은 18세기의 60년대에 일어난 일련의 Wilkes사건의 일환을 형성하는 것이다. 그래서 이 윌크스 사건의 사건명을 열기하면 다음과 같다.

① 윌크스 대 핼리팩스 경(卿) 사건(Wilkes v. Lord Halifax, 1763)
② 윌크스 대 우드(Wood) 사건(1763)
③ 엔틱 대 캐링톤사건
④ 리치 대 머니 사건(Leach v. money, 1765)
⑤ 윌크스 대 핼리팩스 사건(1769)

이 중 ②③④를 보통 '일반영장사건'이라고 부르고 있는 것이다. 그리고 이들 사건은 서로 복잡하게 얽혀 있으며 그 사회적 정치적 배경을 빼고는 이해하기 어렵기 때문에 이 점에 대해서는 나중에 설명하기로 한다.

[2] 일반영장사건과 자유권 확립 과정

일본의 기본적 인권 연구에서 흔히 발견되는 현상은 마그나카르타, 권리청원, 인신보호법, 권리장전, 왕위계승법 등을 대상으로 삼는 경우가 많은 반면 이와 같은 사건에 언급하는 일이 많지 않다는 점이다. 이는 앞에서 말한 바에 비추어 문제가 있다고 할 수 있다. 영국에서 이 주제를 다룬 논문이나 교과서를 펼쳐 볼 때, 일본에서의 연구와는 대조적으로, 거의 모든 서술이 인신의 자유 혹은 자유권 일반이 확립되어온 하나의 이정표로서 이들 일련의 사건에 언급하고 있다는 것을 알 수 있다.

예를 들어 옥스퍼드 대학의 휴스톤 교수는,

> "개개의 신민의 자유에 유리하게 커먼 로가 기울어 있다는 것은 잘 알려져 있다. (그러나) 거기에는 하등 원칙을 보장하는 것도 없으며 또 원칙을 기술한 것도 없다. 그 대신에 오랜 세월에 걸쳐 전개된 수많은 독특하고도 유효한 구제수단이 존재해 왔다. 엔틱 대 캐링톤 및 같은 종류의 여러 사건으로부터 도출된 일반적인 원칙이라는 것은, 개개의 자유에 대한 모든 간섭은 특정한 제정법 또는 커먼 로의 준칙이 그것을 정당화하기 위해 제시되지 않을 경우에는 불법이다라고 하는 사실이다."

라고 말하면서 이들 사건이 이 원칙확립에 큰 역할을 하고 있음을 시사하고 있다.

또 법제사가로서 유명한 홀즈워드는,

> "영국의 역사과정을 통하여 영국헌법의 대부분은 사법적 판결에 의해 형성되어 왔다"
>
> "물론 우리는 신민의 자유와 관련된 모든 문제가 당연히 혁명 후 곧바로 최종적으로 확립되었을 것이라고 기대할 수 없다. 일반영장 아래 어떤 사람이 체포될 수 있는지 아닌지의 문제는 캠덴(Camden)경의 윌크스 대 우드 사건 판결 및 맨스필드(Mansfield)경의 리치 대 머니 사건 판결에 이

르기까지 확립되지 않았다. 또 어떤 고서에 근거하여 어떤 추밀원 고문관이 감옥에 수감될 수 있는지 여부의 문제는 국왕 대 캔달 및 로우(Rex v. Kendal & Row) 사건의 홀트(Holt)에 의해 긍정되고 확정되어 있었지만 이 사안은 엔틱 대 캐링톤 사건에서, 만약에 이런 권능이 존재한다고 하더라도 그것은 대역죄에 관한 수감사안에 한정된다라고 판시했던 캠덴 경에 의해 번복되었다."

라고 말하면서 혁명이 내건 신민의 자유의 기치가 현실적으로 제도에 정착된 것은 이들 일반영장사건을 통해서임을 나타내고 있다.

[3] 일반영장사건의 영향력

계다가 일반영장사건의 영향력은 단순히 영국에서의 인권사의 한 이정표 확립이라는 점에만 한정해서 생각될 수 없는 점을 가지고 있다.

예를 들어 C. Reith의 <경찰의 관념>이라는 책 속에서는 이 문제와 관련해 다음과 같이 서술되어 있다. (다만 그는 이 일반영장사건으로서가 아니라 그것을 포섭한 일련의 윌크스 사건 및 그 배경이 된 운동에 중점을 두고 서술하고 있지만 그 때문에 본질적인 의미가 달라지는 것은 아니다)

"이것은, 세계에 대하여 광범한 영향을 행사하기에 이른 궁정세력과 영국인민 사이에 있던 장기에 걸친 항쟁의 단서였다. '윌크스와 자유' 운동은 그 가장 현저한 특징이었던 장난 같은 궤변임에도 불구하고 영국에서의 의회개혁, 출판의 자유, 그리고 우리가 향락하고 있다고 할 만큼 때때로 입에 오르내리는 많은 '개인의 자유'의 기원이었다. 계다가 윌크스 운동은 미국에서 독립전쟁을 야기하는데, 그리고 식민지 사람들에게는 그들이 싸웠던 독립의 완전성을 획득하는데 직접적인 영향력을 행사했다. 그것은 아메리카 식민지의 예에 따라 프랑스혁명의 기인(起因)에 대한 광범한 영향력을 가졌으며 세계에 대해서는 몇 겹의 인과관계를 가졌던 것이다. 이와 같은 인과관계에 대한 윌크스의 영향의 결과는 많은 역사가에 의해 상세히 증명되어 왔으나 여전히 정확한 평가는 (영 제국, 특히 인도사(史)에의 그 효과에 대해서는) 완성되지 않고 있다."

라고 말하고 있다. 이 서술은 그 인과관계를 너무도 먼 지점에까지 관련시키고 있다는 난점이 없지는 않으나, 그와 같은 영향력이 완전히 무시될 수 없다는 것은 다음 사실에서도 명백하다.

즉 버지니아권리장전 제10조에는

"범행사실에 대한 증거 없이 관리 또는 영장전달인에게 의심스러운 장소를 수색할 것을 명하거나, 또는 특정한 이름이 명시되지 않았거나, 또는 그 범죄가 상세하게 기술되고 증거가 제시되어 있지 않은, 어떤 사람의 체포를 명하는 일반영장은 가혹하며, 압제적이며, 따라서 당연히 발부되어서는 안 된다."

라는 조항이 있으나 이 조항은 분명히 영국의 일반영장사건의 영향을 받고 삽입된 것이다.

또 미국연방헌법 수정 제4조인,

"누구도 그 신체, 주거, 서류 및 소지품에 대하여 부당한 수색 및 체포 압수를 받지 않는다는 권리는 침해되지 않는다. 영장은 모두 선서 또는 서약에 의해 지탱되는, 정당한 이유에 근거해서만 발부된다는 것, 그리고 수색장소 및 체포 압수할 사람 또는 사물을 명시할 것을 필요로 한다."

라는 조항도 파운드(R. Pound) 혹은 노튼(T.J.Norton)에 의하면 이들 일반영장사건의 영향을 받고 있다고 지적된다.

나아가 프랑스의 1789년 '사람 및 시민의 권리선언' 제7조인,

"누구도 법률에 의해 규정된 경우이자, 법률이 명하는 형식에 의하지 않고는 소추되고, 체포되고, 또는 구금될 수 없다. 자의적 명령을 청원하고, 발포하고, 또는 집행하는 자는 처벌되어야 한다. 그러나 법률에 의해 소환되고 또는 체포된 시민은 즉각 이에 따르지 않으면 안 된다. 그 자는 저항함으로써 범죄자가 된다."

이들 일반영장사건이 직접 혹은 간접적으로 얼마만한 영향을 미친 것인지는 상세히 밝힐 수 없지만, 일반영장사건 이전의 여러 헌장에서 영장에 관한 '법률'에 의한 기속성(羈束性)을 엄격하게 요구한 조항이 삽입되어 있지 않은 것을 볼 때, 이 점에 관한 앞의 조항의 영향력을 어느 정도 추측할 수도 있을 것이다.

3. 일반영장사건의 사회적 · 정치적 배경

[1] 사회적 · 정치적 배경에 언급할 필요성

앞에서 설명한 바와 같이 인신의 자유 내지 자유권의 보장에 관한 일반원칙을 확립했다고 평가되는 일반영장사건은 고립된 사안으로서 파악할 수 있는 것은 아니고, 윌크스 사건이라고 불리는 일련의 사건과 밀접하게 얽히고, 계다가 그 당시의 정치적 · 사회적 상황 및 정치운동을 사상하고는 그 역사적 의의를 이해하기 어렵기 때문에 여기서 간단히 그 배경에 대해 설명하기로 한다.

[2] 거시적 파악을 통한 배경

우선 거시적으로 이 시기를 파악할 경우, 18세기의 60년대라고 하는 것은, 산업혁명의 전야에 해당된다는 사실을 염두에 두지 않으면 안 된다. 따라서 산업혁명이 몰고 온 사회적변동이 미처 제도에 반영되는 상황은 아니었다고 말할 수 있다. 이런 사실을 분명하게 지적해두는 이유는, 실은 18세기의 60년대부터 19세기 초까지 거의 해마다 사회적 변동을 반영한 민란 · 소요가 계속 일어났지만, 이 18세기 60년대의 일련의 소요는 1780년의 고든의 소요에서 시작되는 일련의 소요와 사회적 성격을 달리하며, 이중 많은 사건에 이 일반영장사건에 관계되는 존 윌크스라는 인물과 관련되어 있었다고 설명된다.

60년대의 소요를 연대기 순으로 기록하면 다음과 같다.

ⓐ "노스 브리튼" 소각사건(1763)
ⓑ 스피탈 필드 직공(織工) 소요(1765)
ⓒ 여러 지방에서의 식량 및 민병 소요(1767)
ⓓ 직공(織工) 소요(1767-68)
ⓔ 그린 소요(1768)
ⓕ 세인트 조지 광장 소요(1768)
ⓖ 직공(織工) 소요(1769)
ⓗ (런던) 시티 서한 데모 사건

윌크스 개인이 일으켰다고 해도 거시적으로 고찰할 때 사회적 경제적 요인을 포함하지 않는 정치운동

이라는 것은 존재하지 않기 때문에 이들 일련의 사건을 윌크스 개인의 성격으로 설명할 수는 없다. 그것은 산업혁명의 전야였다고 해도 중상중의정책의 영향력이 가져온 사회각층에의 효과가 18세기중반부터 점차 모순으로 현저화 되어오고 있었으며, 이들 사건에 반영되어 있다는 것도 놓쳐서는 안 된다.[10]

[3] 사건의 직접적 계기

그러나 이들 사건의 직접적인 계기를 만들어 낸 것은 뭐니 뭐니 해도 1670년 조지 3세의 즉위라는 정치적 요인이었다고 할 수 있다. 이 글에서 이 사건에 대해서 상세하게 논급할 수 없어 중요한 점에 대해서만 간략히 언급하기로 한다.

우선 조지 3세 즉위 전 정치상황은, **첫째**로 1688년 명예혁명 후의 정치를 지배했든 2대 당파인 휘그와 토리는 기본적 성격을 달리 한 것은 아니었지만, 휘그에는 대(大)상인 자본가, 비국교도에 소수의 향신(鄕紳)이 가세했고, 수적으로는 약세였으나 도시 (특히 런던)에서 우세했는데 대해, 토리에는 대토지 소유자와 국교회의 당파적 색채가 보다 강했고 혁명 전의 사상과 감정을 가지고 있었으며, 의회의 법에 의해 통치가 실시되는 신왕조를 선호하지 않다고 한다.

이런 사실은 통치기구에도 반영되어, '국회에서의 국왕'(King in Parliament)에 주권이 있다고 하면서도 의회는 오늘날과 같은 실태를 갖추지 못했고, 혁명 전의 국왕의 보필기관 같은 성격을 유제(遺制)로서 여전히 강하게 가지고 있었고, 소수파인 휘그당이 국왕의 호의에 의해 정권을 담당한다는 상황에 있었다.

따라서 제도적으로 볼 때 국왕의 대권이 여전히 광범하게 잔존하는 상황이었음을 기억해야 한다.

그러나 둘째로는, 혁명 후의 국왕이, 외국인이던 하노바 家 출신에 의해 장악되어 있었다고 하는 영국에 특수한 정치적 요인 때문에 이 국왕 권력은 소수 귀족의 손에 돌아가고, 게다가 소수자가 지배하기 위하여 뇌물과 배수로 다수자를 조작하는 정치형태가 생겨, 이것이 18세기 초반의 그 유명한 월폴(Sir R. Walpole)의 '내각'제라는 형태로 나타난 것도 기억해야 한다.

셋째로, 국책으로서 채택되어 있던 중상주의 정책의 결과 자본주의적인 부의 축적이 촉진되어, 그 이익을 대표하는 정치세력의 발언이 점차 강해져 오고 있었다는 사실을 들 수 있다. 그 하나의 현상은 피트 (W. Pitt)가 월폴을 대신해서 등장한 것이다. 그는 중상주의자이며, 열성적인 시장 획득론자이며, 런던의 대상인 자본 이익의 옹호론자였으며, 그리고 혁명 당시의 휘그 정신을 소생시키려 하고 있었다.

이와 같은 상황 하에서 조지 3세가 즉위하고, 옛 영광을 꿈꾸며 국왕 자신의 권위를 높여 국왕 대권을 부활·확대하려 했던 것이 새로운 정치적 긴장을 추래하는 요인이 될 것은 불을 보듯 명백했다. 국왕은 우선 부패한 수단을 써가며 의회 과반수를 장악하고, 1761년 자기 정책에 반대하는 피트를 사임시키고 궁정파에 속하는 글렌빌 (G. Grenville)을 수상에 취임케 했다. 그리고 1763년에 중상주의의 필연적인 결과인 해외 식민지전쟁에 마침표를 찍는 '빠리 평화조약'을 체결했던 것이다. 이 정책이 점령지를 새 시장으로 기대하고 있던 대상인에게 하나의 위협이 되었을 것은 말할 나위도 없다.

요컨대 윌크스 사건 직전의 정치적 상황은 반(反)혁명적 성격을 갖는 국왕 및 궁정파의 정치세력과, 런던의 대상인을 중심으로 하여 지방정치에 뿌리를 내리고 있었던 신흥 정치세력이 고강도의 긴장관계를 형성하고 있었다는 이야기다.

10) 제2차 엔클로저 운동에 따르는 황폐, 매니팩처의 융성과 인구 이동 등으로 인하여 사회변동이 시작되고 있었다. 그에 따라 '자유·권리·정의'에 대한 새로운 개념이 발생하고 있었으며, 또 기존의 사회적·도덕적 폐해를 용납하지 않으려는 새로운 감정이 발생하고 있었다고 한다. 이들을 배경으로 여러 가지 새로운 운동이 생겨나는 시대였다고 한다.

[4] 윌크스 사건의 개략

위와 같은 정치상황 속에서 일련의 윌크스 사건이 발행하는데, 여기서는 이들 역사적 사실을 상세히 따하갈 필요는 없고, 다만 이 글의 주제에 대응하는 사건개략을 소개하는데 그친다.

① 사건의 발단

먼저 당시 윌크스는 대중에 이름도 알려지지 않았던 일개 하원 의원에 지나지 않았다는 사실을 지적해야 할 것이다. 그는 당시 그의 정치그룹의 기관지로 <노스 브리튼>을 발행하고 있었지만, 이 45호에 국왕의 빠리조약을 권장한 연설을 비판하는 기사를 익명으로 게재했다. 이 기사가 바로 궁정세력과 영국 국민 사이의 장구한 항쟁을 야기하는 우연적인 계기가 되고, 세계적으로도 광범한 영향을 미치는 계기가 되었던 것이다. 그러나 이 사건 그 자체의 의의는 그것이 불러일으킨 결과에 비하면 결코 큰 것은 아니었다. 그러나 이 사건에 대한 반응이 '저자, 인쇄자 및 발행인을 체포하기 위한 일반영장' 발급으로서 나타남으로써 문제는 심각화 해갔다. 그런데 이 일반영장은 국무장관이 발급한 것이었고, '선동적 문서 비훼(誹毁)죄 (seditious libel)' 혐의로 발부된 것이었지만, 그 영장에는 윌크스의 이름도 명기되어 있지 않았고, 또 그 증거에 관해서도 전혀 언급이 없었다. 그럼에도 불구하고 그는 그 의사에 반하여 체포되어 연행되어 런던탑에 구금되기에 이른 것이다.

② 윌크스 대 핼리팩스 경(卿) 사건

그는 체포되기 전에 템플 경(卿)에게 연락하여, 인민소송재판소에 인신보호영장 발급을 신청하도록 의뢰해두었다. 이것이 본건이다. 그리고 이 때의 인민소송재판소 수석재판관이 프래트 (Pratt후의 Camden 경(卿)이다)였으며, 이 윌크스 사건에 하나의 방향성을 부여해 간 재판관이었다.

그러나 이 사건은 기묘한 경과를 거치게 되었다. 즉, 우선 프래트 재판관은 그 발급을 인정했으나 그 때 이미 윌크스는 문서 전달관의 손에서 국무장관 손으로 옮겨져 있었기 때문에 발급된 인신보호영장은 무효가 되고 새로운 영장의 신청을 해야 했다. 게다가 그 사이에 그의 집은 범죄용의사실을 뒷받침하기 위한 물적 증거 수색을 이유로 온통 뒤집어졌고, 그 또한 (앞에서 말한 바와 같이) 국무장관 손에서 떠나 새로운 구금을 위한 권한부여장에 근거하여 런던탑에 수감되었던 것이다. 그러나 두 번째 신청된 인신보호영장은 인정되어, 런던탑에서 인민소송재판소로 신병이 옮겨지고, 거기서 프래트 재판관에 의해 석방되기에 이르렀던 것이다. 이곳에서 그의 석방을 기다렸던 군중은 그의 모습을 보자 "Wilkes and Liberty!"라고 함성을 올려 이 함성이 이 시기에 상징적인 슬로건으로서 방방곳곳에 전파되어 갔다고 전해진다.

③ 윌크스 대 우드 사건

앞의 사건에서 정부는 일반영장 그 자체의 법적 효력이 문제 거리가 되지 않았던 것에 만족하여, 그를 정식 재판에 회부하고 의회로부터 추방하려고 도모했으나, 이 때 왕좌재판소에서 절차를 재개하는 데 대해 정부의 법률고문들과 상의한 결과 그들 사이에서 의견이 갈라져 헛되게 시간을 보내고 있었다.

이 때 윌크스는 정부 측에 설 가능성이 있는 맨스필드 경(卿)이 있는 왕좌재판소에서 재판받기보다 그의 편을 들어줄 가능성을 갖는 프래트 재판관이 있는 인민소송재판소에서 선제공격을 가하는 편이 득책이라고 판단, 앞에서 압수당한 문서의 반환을 국무장관에게 청구하고, 그것이 거부되자 국무장관 핼리팩스 등을 절도죄로 고소했다. 그리고 그런 한편으로 윌크스 및 인쇄업자들은 불법침해로 인한 손해배상을 청구했던 것이다. 이 손해배상 청구가 바로 본건이다. 이 사건의 결말은 W. Huckle 및 13인의 인쇄업자가 총액 2900파운드, 윌크스가 1000파운드의 배상금을 받고 끝났다.

④ 리치 대 머니 사건

수일 후 <노스 브리튼> 제45호의 인쇄업자가 아니었음에도 불구하고 불법적으로 체포된 D. Leach가 3인의 문서 전달관 J. Money, J. Watson, R. Blackmore에 대하여 불법침해 및 불법구금으로 인한 손해배상 400파운드를 청구했다. 이 사건은 1765년에 이르러서야 인정되었지만, 이 것이 본건이다.

⑤ <노스 브리튼> 소각사건

그러나 문제는 이들 사건으로는 끝나지 않고 더 발전되었다. 그것은 윌크스가 서방된 후에 기획했던 두 사항과 관련되어 있다. 하나는 <노스 브리튼>을 한 권의 책으로 재발간한 일이었고, 다른 하나는 포프(Pope)의 <인간에 관한 소논문> (Essay on Man)을 패러디 한 <부인에 관한 소논문> (Essay on Woman)이라는 독신(瀆神)적이고 외설한 시문을 몰래 회람한 일이었다. 후자에 관해서는 그의 동정자로서 상층계급에 속한 사람들을 이반케 했고, 귀족원에서는 전원일치로 "지독하게 스캔드러스하고, 외설하고 그리고 불경건한 분서비훼"라는 비난이 채택되었다. 그럼에도 불구하고 중·하층 계급의 지지를 받고 있었음은 주목할 만하다. 이 사건에 대해 하원은 273 대 111로 "허위의, 스캔드러스하고, 그리고 선동적인 문서비훼"라고 결의하고 로열 익스체인지라는 장소에서 공교수리(公絞首吏= common hangman)로 하여금 소각할 것을 명령했다. 귀족원도 이 평결에 가담했고, 이 소각식은 집행리 입회 하에 집행되게 되었지만, 당일 500명 이상의 런던 시민이 그 직무집행을 방해함으로써 소각은 실패했다. 이 사건이 일련의 소요사건의 첫 번째인 <노스 브리튼> 소각사건이며, 이른바 대중동원을 이용한 첫 케이스이다. 나아가 이 사태에서 런던시 참사회는 하원과 대립하여 런던시민 편에 섰다는 사실이 주목된다.

⑥ 제2차 윌크스 대 핼리팩스 사건 (1)

이런 사이에서도 윌크스는 공격을 늦추지 않고 앞의 일반영장의 서명자인 국무장관에 대해 불법행위로 인한 손해배상을 청구했으며, 이에 대해 핼리팩스 또한 윌크스에 대해 문서비훼로 소추를 했다. 그런데 이 사건의 결말은 훨씬 후로 넘겨질 사정이 발생했다.

⑦ 윌크스의 법익(法益)박탈 (outlaw) 사건

그 사정이란 하나의 우연한 사건과 관계가 있었다. 즉 그는 한 국회의원이 그에게 요구한 결투에서 중상을 입었던 것이다. 이 사건으로 인해 그는 공포를 느끼고 삐리로 도피했는데, 반대파들은 호기를 이용하여 그를 문서비훼를 이유로 하원에서 몰아냈다. 또한 왕좌재판소의 미들섹스의 대배심은 <부인에 관한 소논문>과 <노스 브리튼> 제45호의 재발간에 대해 유죄라고 평결하고 그를 체포하기 위한 영장을 발부했지만 그가 국외에 도피해 있어 출석할 수 없었기 때문에, 그를 법익 피박탈자라고 선언했다. 이 일은 앞에서 언급했던 대항적 소송에도 중지부를 찍자 않으면 안 되는 결과를 가져왔다.

⑧ 엔틱 대 캘링톤 사건

이러한 가운데, 윌크스 개인과는 직접 관계없지만 유사한 문서비훼죄를 이유로 일반영장으로 체포된 엔틱이 문서 전달관인 캘링톤 외 3명을 불법침해로 인한 손해배상소송 청구로 맞선 사건에서 프래트 재판관이 원고 승소, 300파운드의 배상을 명하는 판결을 내렸다 (1765). 이 판결은 특히 일반영장에 관한 위법을 상세히 논술하고 있다는 점에서 일련의 윌크스 사건과 밀접한 관련성을 가지고 있었다.

⑨ 스피탈필드 직공(織工) 소요사건

여기서 정치적 상황에 변화가 발생했다. 즉 윌크스의 도피 중에 영국은 경제적 어려움을 겪었으며, 그것은 런던에서 특히 현저했다. 이 무렵부터 소요가 빈발했는데, 이 이후 소요의 특징은 그 목적의 여하에 관계없이 군중이 "윌크스와 자유!"의 함성을 올렸다는 사실이다. 그런데 이 소요의 주된 원인은 빵과 일상용품의 등귀에 있으며, 그 배후에 스피탈필드의 직공, 석탄 운반인 등 노동자계급의 가난과 고통이 있었던 것은 사실이지만, 그러나 아직 많은 경우에 소요의 원인이 계급적 요인과는 연결되지 않았으며, 또 역사가들이 말하듯이 출판의 자유 혹은 참정권의 문제와 직접 연결되지 않았던 것이라고 설명되고 있다.

이와 같은 상황 속에서 1765년 스피탈필드 직공소요가 발생했다. 이 사건은 그들이 수입견(絹=비단)에 증세(增稅)를 요구한 청원서를 귀족원(상원)에 제출했다가 거부당한데서 비롯된다. 그래서 그들은 국왕에게 직접 청원했고, 그 요청은 받아들여질 것이라는 회답을 얻어 평온하게 귀가하려고 했다. 그러나 하루 밤 사이에 상황은 급변했다. 다수의 군중이 웨스트민스터에 모여, 또 귀족원에서 반대연설을 했던 Bedford의 저택을 습격하기에 이른 것이다. 이 경우 그 지도자는 세 갈래로 나누어지며, 1그룹은 직공의 지도자, 2그룹은 국회의 반대파의 정치적 대리인, 3그룹은 대(大)상인 그룹이었다고 추정되고 있다. 이 3그룹은 수상에 글렌빌 대신 피트가 복귀할 것을 원하고 있는 사람들이며, 윌크스의 옹호자들이었으며, 그가 빠리에 피신해 있는 동안에도 접촉을 유지했던 사람들이라고 한다.

⑩ 피트의 등장과 윌크스의 귀국 및 입후보

위와 같은 소요가 이어진 후 글렌빌, 핼리팩스에 이어 로킹햄 (Rockingham), 그래프튼 (Grafton) 등이 등장하지만 결국 시대의 변천을 거스르지 못하고 1766년 다시 피트가 수상이 된다.

그래서 윌크스는 이 벗의 등장에 힘입어 귀국을 시도하지만 실패한다. 그러나 그는 1768년 귀국하여 런던에서 돌연 입후보함으로써 사람들을 놀라게 했다. (이 기간의 사회적 상황은, 지방에서 소요가 산발적으로 일어났을 뿐이었다. 예를 들어 1676년 '식량과 민병의 소요.)

이 선거에서 그는 패배했지만, 그 개인의 인기, 그리고 연설회에서 그가 강조한 'public liberty'가 대중에게 호평을 받았다는 점, 그리고 몇몇 숨은 대상인의 원조로 1200표 남짓을 획득했다. 참고로 당시의 선거는 형식적인 것이었으며, 피트는 선거구에서 한 번도 연설하지 않았고 고작 100표 정도의 대표에 지나지 않았다. 윌크스가 연설을 함으로써 대중적 기반 위에 서려고 했던 점은 이례적인 일이었으며, 선거라는 것에 하나의 전환을 가져온 선구적 역할을 했다고 평가할 수 있을 것이다.

그는 런던에서의 패배 후 곧바로 미들섹스에서 다시 입후보했다. 이 미들섹스와 웨스트민스터는 당시 영국에서 연설력이 매수력에 길항(拮抗)할 수 있는 얼마 안 되는 선거구 중 하나였다고 한다. 그는 연설력으로 대중을 끌어당겼을 뿐 아니라 대중을 동원해 상대방의 선거를 방해함으로써 약 1300표 가량을 얻어 당선했다.

⑪ 세인트 조지 광장 소요

그러나 선거의 결과 그가 관계된 제2월 소요인 세인트 조지 광장 소요가 터지게 된다. 즉 이 선거의 승리에 취한 군중은 사방을 휩쓸고 다니면서 런던을 무정부상태로 빠뜨렸다. 이 사태에 당황한 내각은 의견이 두 가지로 갈라져 수습할 수 없는 상황이었다고 한다.

이 때 윌크스는 다시 주도권을 잡고 앞에서 말한 그의 법익박탈과 관련, 왕좌재판소에 출두했다. 맨스필드 재판관은 이에 당황해서 '법익박탈자를 체포하기 위한 영장'을 다시 발부할 때까지 자유로운 상태로 있어도 좋다고 선언해버린 것이다. 그러나 그의 자유는 오래 가지 않아 일주일 후에 정식 절차가 취해지고 그는 재판소에 출두하게 되었다. 맨스필드 재판관은 그에게 보석을 허가하지 않고 감옥으로 수용

할 것을 명했지만, 그가 재판소에서 나와 런던교를 건너기 전까지 군중이 그를 에워싸 그를 데리고 가려고 했다. 그는 자신이 '국왕의 수인'임을 호소하고 '법'을 지킬 것을 호소했지만 대중들은 오히려 이에 흥분했으며, 결국 어쩔 수 없이 그는 밤에 변장하여 군중의 손에서 도망쳐 감옥으로 찾아가 자진해서 수감되었던 것이다.

한편 장관들은 자방의 치안판사들을 자기편으로 끌어들여 감옥 주변에 스코틀랜드인 보병부대를 배치했다. 그러나 군중은 두려움 없이 감옥을 에워쌌다. 군대는 발포하여 군중을 쫓아냈지만 그 때 한 발의 총알이 무고한 한 런던시민에게 맞았다. 이를 '세인트 조지 광장의 학살'이라고 부른다.

검시관은 발포자의 한 사람인 맥린에게 고의에 의한 '모살'이라는 평결을 내렸지만, 이에 대해 장관들은 그에게 30파운드의 하사금을 보내 그 의무 수행을 칭찬함과 동시에 육군성 장관 발린튼 경(卿)은 "국왕은 그의 행위를 인정하셨다. 그에게는 모든 방어와 보호가 주어진다"고 말했다. 그리고 정식재판을 받은 그는 증거불충분으로 무죄석방 되었지만 그는 린치를 두려워하고 몰래 도망쳤다고 전해진다.

한편, 윌크스의 대리인들은 대중을 선동하여, 그 보살사건의 책임자로서 치안판사 질람을 체포하기 위한 권한부여장을 청구했다. 이 영장은 주어졌지만 법무장관, 재무성 송무관이 그 변호를 담당하고 결국 무죄석방 되었다. 이 일련의 소요를 '세인트 조지 광장 소요'라고 부른다.

⑫ 윌크스의 유죄 결정

한 달 후, 왕좌재판소에서 맨스필드 재판관은 윌크스에 대한 법익박탈 결정은 파기되어야 한다고 결정했지만, 그 10일 후 같은 법정에서 문서비훼죄, 독신(瀆神)죄로 총 22개월 구금과 1000파운드의 벌금형을 선고했다. 하지만 이 절차는 명백한 위법이었다고 한다. 그리하여 구금기간 중 그는 세인트 조지 광장의 왕좌감옥에서 호화판 생활을 보냄과 동시에 국민적 영웅으로 떠받들어지게 되었다.

⑬ 제2차 윌크스 대 핼리팩스 사건 (2)

그가 옥중에서 지내는 동안 <노스 브리튼> 소각사건으로 핼리팩스에 대해 제기했었던 불법침해로 인한 손해배상 청구사건이 윌모트 수석재판관 아래 선고되었고, 그는 4000파운드의 배상금을 받았다.

⑭ 그 후의 경과

1770년 대중적으로 조직된 데모대의 환영을 받으며 출옥한 그는, 그 후 대상인의 원조와 재정력에 의거하면서 시티를 요새로 삼아, 잔존하는 궁정세력을 타파하기 위한 운동을 전개했다.

그 후 윌크스는 런던의 시 참사회원, 시장 등을 역임했고, 오히려 민심을 냉각시키려 애를 썼다고 한다. 또 소요도 1780년의 고든 소요까지 정치적 위기를 몰고 온 소요는 없었다.

[5] '인신의 자유' 관념의 정착시기

이상이 이른바 윌크스 사건이라고 불리는 일련의 사건 경위 및 그 사회적·정치적 배경의 개략이다.

이로써 알 수 있듯이 이 시기에는 현대 영국법질서의 기초를 이루는 통치구조는 미처 완성되지 않았고, 말하자면 밑그림 상태에 지나지 않았다. 따라서 자유권의 일환인 인신의 자유도 이 단계부터 점차 정교화 되어 가는 것이고, 이 단계 이전의 여러 헌장에 의해, 혹은 혁명에 의해 제도적으로 정착한 것이라고 생각하는 것은 무리가 있을 뿐 아니라 로크의 사상이 나온 역사적 단계에서 곧바로 영국법의 제도적 실체가 완성되었다고 생각하는 것은 오류인 것이다.

4. 일반영장사건의 법리와 인신의 자유 - 홀즈워드의 정리를 중심으로-

[1] 일반영장사건의 문제점

앞에서 살핀 바와 같이 이들 일련의 일반영장사건이, 혁명 후의 유제와 정치투쟁의 과정에서 로크 등에 나타난 자유권 사상을 제도적으로 정착케 하는 역할을 수행한 것이라고 한다면, 이들 사건에 포함된 어떠한 법리가 과거의 유제를 폐지하고 그 후의 법제도의 기본원리로서 작용하기에 이르렀는지를 고찰하지 않으면 안 된다.

이 점에 관한 문제점은 이미 법제사가(法制史家) 홀즈워드에 의해 요령 있게 정리되어 있으므로 그 것을 일단 소개하기로 한다.

홀즈워드에 의하면 일반영장사건으로 드러난 헌법상 문제점은 다음의 세 가지로 요약된다. 즉,

① 국무장관이 보유하는 체포권의 범위
② 일반영장의 유효성
③ 국무장관이 선동적 문서비훼죄로 규문(糾問)받는 사람의 문서를 압수하기 위한 권한부여장의 유효성

[2] 국무장관이 보유하는 체포권의 범위

홀즈워드는 이 점을 가장 중요한 점이라고 지적하고 있다. 그것은, 뒤에서 고찰하는 바와 같이, 국무장관의 이 권한이 '법'에 유래하는 것이 아니라 '대권'에 유래하는 것이라는 점에서 그렇다. 다이시의 <법의 지배>의 첫째 '의미'는 '정부 측에서의 자의적인 권한의 결여'였지만 그것은 다음과 같은 것을 의미하고 있었다.

> "자의적인 권력에 대항하는 것인 정규법의 우월 혹은 지배를 의미하며, 정부 측의 자의 또는 특권의 존재 내지는 광범한 재량적 권위의 존재마저도 배제하는 것이다. 영국인은 법에 의해 지배받으며, 법에 의해서만 지배받는다. 우리나라에서는 사람은 법 위반에 대해 처벌받지만 그 이외의 행위에 대해서는 처벌받지 않는다."

여기서는 바로 '법'과 '대권'이 대치되고 있었다. 그리고 그것이 중요한 것은 절대왕조의 유제와 자본제 사회의 시민적 법의식이 날카롭게 대립하는 측면을 나타내고 있기 때문이다.

그런데 일반영장사건의 판결취지 속에서 국무장관의 체포권과 관련해서 이 일이 가장 잘 표현되어 있었던 것은 엔틱 대 캐링톤 사건에서의 그것이다. 홀즈워드는 그 문제점을 다음 4 가지 점으로 정리하고 고찰하고 있어, 일단 그것을 열거해보겠다.

ⓐ 국무장관은 추밀고문관(樞密顧問官) 으로서 체포권을 갖는가?

이 점은 다시 두 가지 문제로 갈라진다. 즉 (1) 국무장관이 갖는다는 권한은 '추밀고문관'으로서 단독으로 영장발부권을 갖는 것이 아니라 '추밀원' 전체로서(즉 기관으로서) 권한을 갖는 것이 아니냐는 점. (2) 만약 국무장관이 단독의 추밀고문관으로서 영장발부권을 갖는다면 그 권한은 도대체 무엇인가라는 점이다.

그러나 이 점을 검토하기 전에 대체 국무장관이란 무엇인가가 무제되지 않을 수 없었다. 프래트 재판

관은 이 점에 관해, 국무장관직은 혁명 당시부터 중요성을 띠기 시작했다고 말한다. 즉 국무장관은 이전에 국왕의 사적 비서였음을 지적한 후 "이 국무장관의 중요성을 설명하는 일은 어렵지 않다. 유럽의 모든 궁정이 상주(常駐)하는 대사를 인정하기 시작할 때부터 자연스럽게 중요해졌다. 왜냐하면 이 새로운 정책의 확립에 따라 모든 외국의 통신이 이 비서의 손을 통해 건네지고 그는 이 수단을 통해 지식을 가지게 되고 신뢰받는 종자(從者=minister)가 된 것이다. 이는 그의 고용관계를 진실되게 서술하고 있는 것으로서, 나는 판관(magistrate)로서 권위를 요구하고 있는 어떠한 부분에 대해서도 모른다"라고 말하고 있다. 이에 의해 알 수 있듯이 국무장관의 지위는 '사실' 상의 지위이며, '법'적인 것이 아니다. 즉 그가 갖는 법적 권한은 추밀고문관으로서 보유하는 권한이거나, 현재와 같이 행정부의 장관으로서 임명된 경우의 그 권한에 근거하는 것이거나, 둘 중 하나였음을 인식해야 한다.

앞의 전제에 서서, (1)의 점에 관해, 국무장관이 갖는다고 주장된 권한은 '추밀고문관'으로서 단독으로 영장발급권을 갖는 것이 아니라 '추밀원' 전체로서 갖는 권한이 아닌가라는 점을 검토해볼 때, 판례들은 우선 추밀원 전체가 권한을 갖는다는 것을 당연한 것으로 용인하고 있다. …(중략)… (단 근대에 있어서 이런 권한에 근거해서 영장이 발급된 사례를 볼 수가 없다.)

다음으로, (2)의 점과 관련, 단독의 추밀고문관으로서 발급할 수 있느냐는 점에 대해서는, 첫째로, 대역죄 경우에는 분명하다(권한이 있다). 문제는 대역죄 이외 경우이다. …(중간 많은 판례분석 생략)…. (1769년 국왕 대 켄덜 및 로우 사건에서의 홀트 재판관은 이를 인정한다. 홀트 재판관이 의거한 문서는 1951년 '추밀원에 의해 구금되는 것에 대한 재판관의 의견서'인 바, 거기서 사용되는 문언이 매우 일반적(포괄적)이어서, 대역죄 이외의 죄에 대해서도 당연히 타당한다고 생각되고 있었다.

이에 대해 프래트 재판관은, 만약 국무장관을 추밀고문관으로 생각한다면, 본 사안은 최근에 그 권한을 행사했던 유일한 사안이 된다고 주장했다. 홀즈워드는 이 이론이 주장되기 위해서는 이런 전거(典據)만으로는 불충분하므로, 법이 치안유지관 혹은 치안판사에 부여한 권한을 국무장관도 보유한다는 것에 보강논거를 구하지 않을 수 없기 때문에, 실은 ⓑ의 문제로서 전개된다고 한다. 결론적으로는, 프래트 재판관은 그 권한을 부정하는 것이지만 …(판례 분석 생략)…

따라서 추밀고문관 개인으로서 수감(收監)권을 갖는다는 주장은 대역죄 경우를 제외하고 본건을 통해 명확히 부정되기에 이르렀다고 볼 수 있다.

ⓑ 국무장관은 치안판사 혹은 치안 유지관으로서 체포권을 갖는가?

피고 측 주장은, 국무장관은 '직무상' 치안유지관 혹은 치안판사의 권한을 부여받고 있기 때문에 모든 종류의 범죄에 대하여 체포를 위한 권한부여장을 발급할 권한을 가지고 있다는 점에 있었다. 그리고 이 주장을 뒷받침하기 위한 전거로서, 국무장관은 '국왕 그 자체와 마찬가지로' 오랜 직무임을, 또 치안유지관 · 치안판사 또한 태고 적부터 존재하는 직무임을, 따라서 치안판사가 코먼 로 상 그 직무에 부수하는 것인 체포권을 갖는다면 국무장관과 같은 고관은 당연히 그 권한을 가지며, 치안판사에게 절차상 이익을 부여하는 제정법은 당연히 국무장관에게도 그 이익을 부여해야 한다는 주장을 했다. 그리고 이 주장을 위한 오랜 판례로서 …(판례분석 생략)….

이에 대하여 프래트 재판관은 엔틱 대 캘링톤 사건에서 문제가 된, 조지 2세 치세 24년 법률 제44호 '치안판사가 그 직무를 수행함에 있어서 보다 안전케 하기 위한, 그리고 또한 순경 및 그 밖의 자가 그 권한부여장에 따라서 행동할 경우 책임을 면제하기 위한 법률'에서의 '치안판사'에 국무장관이 해당하는지의 여부를 검토하고, 국무장관이 치안유지자인지의 여부, 그리고 나아가서 치안유지관은 치안판사와 동일 범주로 파악할 수 있는지에 대해 분석한다. 그 결과 프래트 재판관은, 국무장관은 치안유지관이 아

닐 뿐 아니라, 앞의 법률은 치안판사에 관한 것이지 치안유지관에 관한 것이 아니라는 점, 현대의 법률을 해석하는 최선의 방법은 법률의 문언에 따르는 방법이며, 낡은 법률을 해석한 판례를 현대의 법률에 관한 사안에 적용할 수 없다는 점, 따라서 치안유지관으로서 체포권을 가질 수도 그 특권을 주장할 수도 없다는 점을 주장했다.

그리고 국무장관이 치안판사로서 행위할 수 있는가라는 점에 관해서 프래트 재판관은 리치 대 머니 사건에서 더닝(Dunning?)이 말했듯이 "이 직책은 그 창설 · 구성 및 집행에 있어서 다르다. 다름 아닌 영장의 문언이 국무장관이 자신을 치안판사, 치안유지관 혹은 순경이라고 생각하지 않고 있음을 증명하고 있다."고 하면서 이를 부정하고 있다. (덧붙여, 그들의 영장을 집행하는 역할을 맡은 문서 전달관이 순경의 권한을 가지며, 순경에게 주어진 제정법상 의 보호도 갖는다는 주장에 대해서도 같은 추론이 적용된다고 했다)

ⓒ 이 권한이 사실상 장기에 걸쳐 계속해온 재판소에 의해 '법'적인 것으로 승인되어 온 관행인가?

이 점에 관한 피고 측의 주장은, 이는 17세기를 통해서 보편적인 현상이었으며, 국왕 대 켄덜 및 로우 사건에서의 홀트 재판관에 의해 인정된 바이며, 또 엔틱 대 캘링톤 사건 배심의 사실승인으로 인정된 바라는 것이다. 이 점에 관한 프래트 재판관 의견은 후술하기로 하고, 먼저 엔틱 대 캘링톤 사건에서의 원고 변호사의 흥미로운 변론을 소개해둔다. 즉

"이런 권한부여는 영국법의 정신에 반한다. (배심의) 사실 인정은 국무장관이 혁명 이래 이런 권한부여장을 부여해왔다고 하고 있으나, 만약 그렇다면 그것에 마침표를 찌기 위한 절호의 시기이다. 왜냐하면, 이 발급권이 합법적이라면 이 나라 자유는 끝장이기 때문이다. 문서비훼를 공표하는 것은 범죄지만, 그것을 보존하고 있는 것은 범죄가 아니다. 그러나 그것을 보존하고 있는 것이 설령 범죄라고 치더라도 어떠한 권한도 합법적으로 남의 집에 침입하고 그에게 불리한 증거를 찾기 위해 수색할 수 없다. 그것은 스페인 식 심문보다 더 나쁘다. 사람의 서랍이나 문갑을, 그에게 불리한 증거를 찾아내기 위해 샅샅이 수색하는 일은 사람의 비밀의 사상을 끌어내기 위해 사람의 신체를 찢어놓는 것과 같은 행위이다. 만약 이러한 짓이 합법적이라면 누구도 이 나라에서 생활하는 일을 견딜 수 없게 될 것이다. 수색영장 경우에는 중죄가 이미 저질러지고 그 물품이 그 집에 은익되어 있다는 데 대한 최강의 증거에 의해서만 허용되어야 한다. 뿐만 아니라 그곳에서 도품(盜品)을 발견하지 못했을 경우 그 수색영장을 가지고 침입했던 자들은 모두 불법침해죄를 면할 수 없다.

혁명 이래 이들 권한부여가 아무리 자주 주어져 있다 하더라도 그 일은 이 권한부여를 합법적인 것으로 만들지는 못한다. 왜냐하면 만약에 그것이 최초로 부여되었을 때 불합리하고 불법이라면 그 관행도 그 관행도 그 계속도 그것을 바꿀 수는 없다. 그리고 기억을 초월한 기간 관용(慣用)된 관습도 그 성격 및 특질을 고려해서, 대중에게 해를 끼치고, 공공의 부를 손상한다고 판단되고, 그 기원이 귀족 및 권력자의 압정 및 강탈에 의해 시작된 것이라고 판단될 경우에는 불합리하고 코먼 라이트에 반한다고 해서 때때로 무효가 선언되어 왔다. 게다가 이런 영장(의 역사)은 고작 80년에 지나지 않으며, 그 때 이래 왕좌재판소에서 주재(主宰)해온 권력자를 생각하면 반대에 봉착하거나 논의조차 되지 않았다는 것은 참으로 놀라운 일이다. 그러나 그것은 신민의 자유와 재산(liberty and property)의 보호자이며, 압정의 괴물을 분쇄하고 성실재판소의 폭정의 잔재를 산산조각 낼 본 재판소의 명예를 위해 유보되어 왔던 것이다."

이는 바로 혁명 후 절대왕제의 유제의 잔재를 어떻게 타파하는가라는 문제의 측면을 기록하는 것으로서 매우 흥미롭다.

ⓓ 이와 같은 체포는 국가의 안전을 위하여 필요한가?

이에 관한 피고측 주장은 국왕 대 켄덜 및 로우 사건에서의 로클리 판사의 의견 (=국무장관은 공공의 선을 지키기 위한 파수꾼이기 때문에 수감권을 갖는 것은 정당하다는 의견. 게다가 판사는 이를 정당화시키는 여러 가지 판례를 들고 있다) 및 1761년에 나온 Hawkins의 "추밀원 및 거기에 소속된 한 두 명의 고문관 혹은 국무장관은 합법적으로 반역죄 및 국가에 대한 다른 범죄와 관련해서 사람을 수감할 수 있다. 그것은 모든 시대에 그들이 수행해온 일이다."라는 주장에 의거한 것이다. 또한 리치 대 머니 사건에서도 피고 측의 변호인인 De Grey 법무부 장관은 "국무장관은 공공의 안전을 위한 파수꾼이다. 위반을 방지하는 일, 그리고 위반자를 재판으로 회부하는 일은 그의 의무이다. 그리고 그의 이런 직무를 수행하기 위하여 그에게 이런 권한이 주어져야 한다는 것은 당연하다"라고 말하고 있다. (이 점에 관한 원고 측 의견은 앞의 ⓒ의 엔틱 대 캘링톤 사건 변호사의 변론에 잘 표현되어 있다. 이를 부정한 재판소의 판결에 대해서는 ⓒ의 경우와 마찬가지로 뒤의 [4]에서 언급한다)

이와 같이, 어쨌든 혁명 후 사실상 인정되어 온 체포권·수감권을 국무장관의 보유한다는 관행은 이들 사건에 의해 부정되고, 국무장관 혹은 집행권에 의한 인신의 자유, 나아가서는 자유권 일반에 대한 참해는 '(특별한 법률준칙에 의해 권한행사가 인정되고 있는 경우 및 대역죄 경우를 제외하고 금지되어 치안판사가 발부하는 영장주의의 원칙이 명확화 된 셈이다. 이 점에 관해 홀즈워드는 다음과 같이 말하고 있다.

"(대역죄를 제외하고) 다른 모든 사안에서는 (제정법상 사안 혹은 비제정법상 사안을 가리지 않고) 커먼 로가 신민의 자유를 보호하도록 고안했던 여러 방식을 준수할 의무를 지고 있는 사법관 (司法官)의 기구를 통해서 행위하지 않으면 안 된다. 이런 관점에서 캠덴 경(卿) 판결의 헌법상 효과는, 잉글랜드에 있어서의 성실청 재판소 및 추밀원의 관할권을 폐지한 법률의 효과 및 1679년의 인신보호법의 효과와 견줄 수 있다고 해도 과언은 아닐 것이다. 그 효과가 이들 법률의 효과와 견줄 수 있는 것은, 대역죄 경우를 제외하고 모든 사안에 있어 집행부 재량으로 체포가 자행되는 일을 방지하고, 체포될 경우에도 이미 알려진 법률준칙에 따라 행위하는 정규의 사법관에 의해서만 그것이 수행될 수 있다는 풍부한 보장을 부여했기 때문이다."

[3] 일반영장의 유효성

이 영장의 유효성에 관한 판결의견은, 앞에서 말했듯이, 리치 대 머니 사건에서의 맨스필드 경(卿)의 판결에 가장 잘 표현되어 있다. 이와 같은 일반영장의 위법성을 지적한 주장은 이미 M. Hale 경(卿)의 저서에 나타나 있기는 하지만 이 사건에서 권위 있게 선언된 데 그 의의가 있다고 생각된다. 맨스필드 경(卿)의 판결취지는 다음과 같다.

"현재, … 코먼 로는 많은 사안에서 영장 없이 체포권을 주고 있다. 특히 현행범행으로 (물건이) 절도(竊盜)당한 경우에는 그렇다. 그리고 또한 국회의 개개 법률이 일반영장 아래 체포할 권한을 부여하고 있는 많은 경우가 있다. 예를 들어 원조영장 (writ of assistance) 혹은 어수룩한, 나태한, 그리고 부질서한 사람들을 인치(引致)하는 경우가 그것이다. 그러나 여기서는 코먼 로가 관리에게 체포권을 부여할 것이 주장되어 있지 않다. 또 본건 (과 같은 체포의 정당성을?)을 보증하는 어떤 국회 제정법이 존재한다는 것도 주장되어 있지 않다. 그것은 코먼 로의 여러 원리 위에 입각해야 한다.

고발을 수리하고 혹은 판단하는 일이 관리의 재량에 맡겨져야 한다는 것은 적절치 않다. 판관이 판단을 내려야 마땅하다. 그리고 판관이 관리에게 일정한 지시를 내려야 한다. 이 일은 이성(理性)과 편의에 비추어 그렇다. 전거(典據)에 관해 말한다면, Hale 및 다른 모든 사람들은 불확정의 영장을 무효라고 판시했다. 그리고 이에 반하는 판례 혹은 전적(典籍)은 존재하지 않는다.

'관행이 그러했으며, 또 혁명 이래 오늘에 이르기까지 많은 체포장이 발부되어 왔다'고들 흔히 말한다. 그러나 법이 되는 관행은 일반적인 관행이어야 한다. 그것은 오랜 기간 계속된 연후에 그것을 뒤집는 일이 해악이 되는 것과 같은 관행이다. 본건 경우는 어떤 개별적인 직책의 관행에 지나지 않으며, 게다가 모든 다른 치안판사 및 치안유지관의 관행에 반하고 있다. 이를 관행으로 간주하기에는 합리성이 희박하다. 그것은 아마도 이 영장의 형식이 실정 제정법에서 생겨 오지 않고 있기 때문이다. 그리고 본건 이전의 선례는 그 법이 소멸한 후에도 별 의식 없이 계속 따르던 것이다…."

이와 같은, 일반영장이 위법하다는 확인은 영장요건의 엄격성을 확인한 것으로서의 의의가 크며, 그 후의 영국법뿐 아니라 근대형사절차의 원칙을 확립하는데 공헌했다고 할 수 있을 것이다.

[4] 국무장관의 선동적 문서비훼죄로 규문(糾問) 받은 사람의 문서를 압수하기 위한 권한부여장의 유효성

이 점에 관해서는 엔틱 대 캘링톤 사건에서 프래트 재판관에 의해 철저히 분석될 때까지는 검토되지 않았던 점이다. 이 점은 인신의 자유 그 자체와는 약간 거리가 있는 문제점이지만, 앞에서 열거한 ([2] ⓒⓓ) 문제점과 관계가 있기 때문에 그 법리의 전개 그 자체, 인신의 자유의 문제와 관련해서도 매우 중요한 점이었다고 할 수 있다. 따라서 여기서는 그 판결 취지 중에서, 관행 또는 공공의 이익이라는 이름하에 집행부가 이런 권한을 가질 수 있었는지 아닌지의 문제에 초점을 맞추어 고찰하고자 한다.

"프래트 재판관은, 이와 같은 관행이 과거에 존재했다는 것은 인정했다. 그리고 그 관행이 왕정복고 이래 존재해오고 있으며, 그 역사적 기원은 아마도 1662년 출판허가법[11]에 있고 그 후 확대되어

11) 출판허가법 14조가 관련조항이다. 다음과 같다.
'허가 없이 여러 거리에서 인쇄되는 것을 보다 잘 발견하기 위해 다음과 같이 제정한다. 폐하의 추밀원의 문서 전달관은 폐하의 자필 서명에 근거하여, 혹은 폐하의 주요한 국무장관, 혹은 앞의 인쇄국 장관과 관리자 혹은 …(중략)…의 서명에 근거한 권한부여장을 가지고, 그들이 당연히 필요하다고 생각하는 원조를 그들에게 제공할 순경을 대동하고…
그들이, 이쇄되고, 장정되고, 혹은 봉합되는 어떤 책 혹은 문서, 특히 인쇄소, 서점, 및 창고와 책 장정소와 서점을 알고, 혹은 개연적인 이유를 가지고 의심스러운 경우에는 모든 가옥 및 매점을 수색하고, 그곳에서 인쇄되고, 장정되고, 혹은 봉합되고 있는 것을 검열하고, 그것이 허가받은 것인지의 여부를 심사하고 … (중략)… 허가를 받지 않고 있는 경우 각각의 위반자와 함께 인쇄되지 않아야 한다고 판단된 것만을 압수하고, 그리고 그 위반자가 그 위반과 관련하여 심리 받고 무죄석방 되거나 유죄로 처벌 받을 때까지, 이 법에 의해 이 위반자를 감옥에 수용하고, 그곳에 유치할 것이 요구되는 한 사람 또는 그 이상의 치안판사에게 인치한다. 그리고 앞의 수색인이, 영국교회의 법리 또는 기율에 반하거나 국가나 정부에 반하는 사항을 포함한다고 의심될 만한 어떤 책을 발견할 경우, 이와 같은 겸의에 근거하여 그 책을 압수하고 … 그것을 캔터벨리 대주교 및 런던 주교 앞으로 가져가거나 국무장관에게 …(중략)… 가져갈 권한과 권위가 부여된다.'

온 것이라고 설명한다.

'본인은 당면의 영장이 이들 수색영장에서 생겨 나온 것이 아닌가 하는 의문을 강하게 가지고 있다. …이 점목 이상으로 그것을 쉽게 설명할 수 있는 것은 아무것도 없는 까닭이다. 양자의 차이는 바로 다음 점에 있을 뿐이다. 즉, 후자(출판허가법)의 인신의 체포는 문서의 압수를 수반할 수 있었던 반면, 전자(엔틱 대 캐링톤 사건의 영장)의 문서 압수는 사람의 체포를 수반할 수 있다는 점이다. 동일한 증거가 같은 식으로 쌍방의 목적에 기여할 수 있을 것이다. 다만 이 실질적 차이 (수색영장은 단순히 범죄적 문서를 영치했지만, 당면의 영장은 모든 것을 압수한다)는 항상 발견될 것이다.'

이와 같은 국무장관의 출판허가법에 근거한 권한의 자의성은 혁명과 더불어 소멸했음에도 불구하고 그 관행이 계속되어, 게다가 아무런 제정법상 근거 없이 그런 일이 행해진다면 결정적으로 비난받을 것은 명백하다.

그리고 앞의 [2] ⓒ와도 관련해서 피고 측이 오랫동안 계속되었기 때문에 이 관행이 합법적이라고 주장하는 데 대하여 프래트 재판관은, '혁명'이 법을 만들어내기에는 그것은 너무도 가까운 과거의 일이며, 따라서 그것은 어떤 관행이 존재했다는 것을 증명하는 데 지나지 않는다고 말하고 있다. 그리고 그것이 설령 오랜 관행이었다 하더라도 보다 확립된 커먼 로 준칙에 대해서 우월할 수 없다는 점, 또 어떤 상황에서도 어느 특정인 혹은 사적 직책의 관행이라는 것은 공적인 사항에 있어서 법을 형성할 수 없다고 말하고 있다. 나아가서 이와 같은 관행의 존재를 재판소에서 문제 삼는 일이 주장에 대해서는,

'유죄와 빈곤이라는 결과가 권력의 손에 내맡겨져 있다는 것, 즉 처벌에 대한 공포라는 것이 존재하고 있었다고 본인은 답변한다. 그러나 이 나라의 모든 인민이, 그것은 약간의 형사적 범죄를 범하는 書籍商만이 (그 법과 맞서) 싸울 것을 두려워하고 있는 보편적인 법임을 인정하지 않으면 안 된다고 주장하는 것은 기묘한 법리라고 하지 않을 수 없다.'

다음으로 [2] ⓓ 문제에도 관련된 '나라의 필요성' (state nessessity) 혹은 나라의 안전의 필요성이라는 점에 대해 프래트 재판관의 유명한 논리가 전개된다. 즉 그는 '좋은 정부' (good government)를 위하여 이런 권한이 필요하다는 주장에 대해, 그 것은 입법부가 고려할 사항이며, 코먼 로 재판소에서는 이와 같은 종류의 주장은 아무런 가치를 갖지 못함을 주장하면서,

"나라의 필요성이라는 주장과 관련해서, 혹은 국가의 범죄와 기타의 범죄 사이에 있어서 목표라고 간주되는 구별에 관해서, 코먼 로는 이 같은 추론을 이해하지 못하며, 우리 나라의 전적(典籍)은 이 같은 구별에 주의를 기울이지 않는다."

라고 말하고 있다. 이 법리는 현재도 권위 있는 것으로 유지되어 있다는 사실을 우리는 마음에 새겨야 할 것이다.

이리하여 엔틱 대 캘링톤 사건의 중요한 쟁점 중 하나였던 이 문제점에 대해, 바꿔 말하면 이 문제에 관한 국무장관의 관할권에 대해 그는 다음과 같은 유명한 지적을 하는 것이다.

"그것은 성실하게 행사된다면 선동적 문서비훼의 저자 또는 발행인으로서 선서에 근거하여 규문(糾問) 받은 사람 (만)의 문서를 압수하는 것이 되겠지만, 만약 그것이 압제적으로 행사된다면 그 영장에 그렇게 기재된 모든 사람에 대해서 (그 사람이 죄 없는 사람이라 하더라도) 권한이 행사될 것이다. 그것은 당사자가 청문 받거나, 혹은 소환되기 이전에라도 당사자에 대해서 집행된다는 것을 의미한다. 그리고 고발자는 물론 고발조차도 알려지지 않고 있다. 그것은 문서 전달관이 적절하다고 생각한 바에 따라서, 당사자 입회가 있든 없든, 그리고 그 집행 시에 무엇이 행해지는지를 증언할 증인이 있든 없든, 순경을 동행케 할 경우에도 아닌 경우에도, 문서 전달관에 의해 집행된다는 사실이다. 그 결과 그 문서가 압수되어 갈 때 유일한 증인은 불법 침해자뿐이므로 피해당사자는 증거가 없는 상태에 놓인다. 마약 이 침해행위가 죄 없는 사람을 덮친다면 그 사람은 구제방법이 없는 상태에 놓인다. 그리고 그 전(全)행위는 書面開示에 대해서도 이와 같이 진행되기 때문에 만약 관리가 은행수표를 가져갈 생각을 하게 될 경우에도 그는 문죄 받음이 없이 그 일을 할 수 있다. 왜냐하면 가져가버린 사람, 가져가버린 것들, 어느 경우에 대해서도 증인이 없기 때문이다. …여기에 표현된 '문서'라는 문언이 법의 견지에서의 선동적 문서에 한정되어야 한다고 우길 근거는 없다. 이 문언은 일반적이어서 선동적 문서에 한정하는 요소는 이 영장에는 전혀 없다. 아니, 본인은 그것이 그 가장 관대한 태도로써 집행되지 않았다고 확신한다. 그렇게 확신하는 까닭은, 윌크스 대 우드 사건에서 문서 전달관이 모든 사본을 가져갈 것을 주저하면서, 국무장관에게 보다 명시적인 명령을 바라고 문의했을 때, 국무장관의 답은 '모든 사본은 모두, 그리고 모든 것이 압수되어야 한다' 였던 것이다. 따라서 모든 것이 압수되어 가고, 윌크스의 사적인 수첩으로 자루의 아가리까지 가득 찼다. …이것이 바로 권력인 것이다. 고로 권한을 부여하는 법은 그 권력이 강대하면 할수록 명확하지 않으면 안 된다는 것을 누구나 기대하는 것은 너무도 당연하다."

그는 따라서 이 권한의 행사와 관련해, 이를 정당화시킬 특별사유는 없다고 판시했다.[12]

[5] 홀즈워드의 평가

이제까지 홀즈워드의 정리에 따라 일반영장사건에서 전개된 재판소의 법리를 살폈다. 이 사건에 대한 홀즈워드의 결론은 다음과 같다.

---

12) 영국법의 수색영장은 특수한 점을 가지고 있다. 즉 도품(盜品) 수색이라든지, 1934년의 '불만을 유인할 것을 금지하는 법률' 경우 등, 특별한 범죄의 경우에 한하여 물건만을 대상으로한 수색영장을 발급할 수 있다. 그 밖의 경우에는 용의자의 체포를 위한 수색이거나 혹은 체포시 범죄사실에 중요한 관련이 있고 증거물이 될 경우에만 수색할 권한을 갖는다.
이 점과 관련 쿡과 헤일 사이에 이견이 있었다. 쿡은 "한 사람 또는 그 이상의 치안판사는 중죄인 또는 도품을 수색하기 위해, 단순한 추측에 근거하여, 어떤 사람의 집을 깨는 것과 같은 권한부여장을 작성할 수 없다. 왜냐하면 국회제정법에 의해 창설된 치안판사는 국회제정법에 의해 하등 이런 권한을 받지 않았기 때문이다. 그리고 단순한 암시에 입각해서 … 어떤 사람의 집을 깬다는 일이 기록재판관인 치안판사의 권한에 속한다고 생각하는 것은 당연히 불합리한 것이다."고 하고 있음에 반해 헤일(Hale)은 "① 그것은 중죄인 발견을 위한 준비작업이며, 그들에게 불리한 증거를 준비하는 작업이며, 자기 물건을 도둑맞은 사람들을 돕기 위한 작업이기 때문이다. ② 경험적으로 큰 효용과 필요성이 있기 때문이다. 특히 중죄와 강도가 빈발하는 근자에 있어서 그렇다. 고로 도품을 발견할 수단은 옛날보다 더 공통적이고도 유용해지고 있다. 따라서 만약 그것이 반대된다면 공중의 불편을 야기할 것이다. 나는 쿡 경의 의견에 찬성할 수 없다." 그러나 영국법에서는 쿡의 의견이 지배되고, 엔틱 대 캘링톤 사건의 프래트 재판관도 이 의견을 따르고 있다는 사실에 주의해둘 필요가 있다.

"신민의 자유에 대한 집행부의 간섭권한 에 관한 일련의 판결에 의해 설정된 여러 제약은 인신의 자유를 확보하도록 기도된 준칙 및 구제방법의 정교한 기구에 최종적인 마무리를 가한 것이었다. 그것은 코먼로와 입법부가 코먼로 역사의 초기부터 늘 정교화 시키기 위해 노력해왔다. 이들 판결에서 선언된 원칙의 두 번째(=일반영장의 위법성)가 명백한 이상, 이들 원칙의 첫 번째 및 세 번째에 대한 최종적 확인이었다(=국무장관의 체포권의 제한 및 선동적 문서의 발표를 규문(糾問) 받은 사람의 문서를 압수하는 영장의 무효). 그리고 이들은 법에 대해서 덧붙여진 부가물이었다. 다른 재판관들은 원조하고 동의를 보내기는 했지만, 이들 원칙이 최종적으로 확인됨으로써 최종적인 손질이 주어진 것은 주로 캠덴 경(卿)의 공적이다. 그의 엔틱 대 캘링톤 사건 판결은 하나의 정교한 마무리였다. 그것은 그의 역사에 대한 박식과 통찰력에 의해, 그리고 코먼 로의 여러 원칙에 대한 정통(精通)함으로 인하여 빛을 발한다. 그는 위대한 헌법학자이며, 위대한 법제사가이며, 위대한 코먼 로이야(common lawyer)이며, 그의 학식과 그의 원칙성으로 말미암아 쿡, 헤일, 홀트 같은 선구자들을 뒤잇는 존경할 후계자였음을 나타내고 있다. 그는 국왕과 신민의 주장을 이와 같이 조정하는 작업을 계속했기 때문에 국가의 권위와 신민의 자유가 유지되었다. - 그들의 작업은 (다름 아닌) 중세기로부터 재판소가 구체적 사안에 대한 그들의 판결로써 정착시키고 또 정교화 시켜왔던 코먼 로로부터의 연역(演繹)물이라는 확고한 대지 위에 국가의 권위와 신민의 자유의 기초를 만들어내는 작업이었다.

우리는 이제 캠덴 경(卿)이, 코몬 로의 원칙들을 적용함으로써, 인신의 자유에 대한 신민의 권리를 공고히 하고, 그 결과 그 근대적 기초 위에 신민의 언론에 대한 자유권을 세우는 데 기여했음을 이해할 것이다."

5. 일반영장사건에서 전개된 법리에 대한 평가

[1] 일반영장사건의 제도적 의의 (1)

이들 일반영장사건을 통해 확립된 법리는 뭐니 뭐니 해도 사법판결에 의한 것이다. 따라서 제도적으로 볼 때 입법부에 의해 확립된 법리와 상당히 차이가 난다는 것은 부정할 수 없다.

원래 법은 권력을 전제로 한 사회의식형태의 하나이다. 따라서 그 법리가 제도 내에서 어떤 지위를 차지하는가는 그것을 지탱한 사회의식의 강도 및 폭에 의존하게 되어 있다고 할 수 있을 것이다. 입법개혁의 경우는, 상대적이기는 하지만 사법판결에 의한 경우에 비해 사회의 많은 이익집단의 관심을 모아, 그 타협 위에 구체적 형태가 만들어지는 데 비해, 사법판결에 의한 경우는 구체적·우연적 계기를 매개로 하고, 한정된 이해관계자의 관심 아래 구체적 형태가 만들어진다.

따라서 이들 일반영장사건처럼 상당히 광범한 사회적 관심을 끄는 사회적·역사적 배경 하에서 그 법리가 확립되었다고 하더라도 다이시 또는 현재의 영국 공법학자들이 상정하는 것과 같은 일반원리가 바로 제도적으로 정착했다고 볼 수는 없다.

예를 들어, 당시의 형벌상황은 오늘날의 우리 인식에서 보면 상상을 초월하는 가혹한 것이었다. 따라서 죄에 상당하는 벌이라는 관념은 없고, 그것은 어느 의미에서는 인신 자유에 대한 부당한 침해로 나아갔다.[13] 특히 영국의 상층계급을 제외하면 그 자유를 실질적으로 향유하는 이익은 매우 희박했다고 해

13) 예를 들어 12펜스 이상의 동산(動産) 절도는 사형에 처할 수 있다고 하는 따위이다. 참고로 로크는 자연상태에서 침범당한 것에 비례하는 정도로 밖에 보복권을 갖지 않는다는 점을 분명히 하고 있다. 따라서 실정법도 당연히 그 이상으로 나아갈 수 없다고 하고 있다. (통치론)

야 할 것이다.

이는 바로 당시 지도자계층의 사회의식, 나아가서는 법의식에 규정된 범위에서 자유권 확보가 시도되었기 때문이다. 따라서 설령 형식적 자유라 하더라도, 법에 반하지 않는 이상은 어떤 시민도 자유롭게 행동할 수 있다는 원칙이 제도적으로 확립되고, 또 침해를 인정한 '법'이 그 자유의 관념에 모순되지 않는 내용을 지니게 되고 또 구제수단을 완비하기 시작하는 것은, 이와 같은 법의식을 요구하는 사회의식이 사회에 보급될 만한 조건이 성숙된 후의 일인 것이다. 그것은 일반영장사건의 주역이 된 대상인이나 소지주계층을 대신해서 사업혁명을 통해 생겨난 산업자본가 계급이 중심이 되어 사회를 구성하는 단계로 접어들고, 그리고 그 이데올로기의 대표자인 J 벤담 등의 사상이 보급하게 된 이후라고 할 수 있을 것이다. 물론 그것은 수많은 입법개혁과 사법판결의 축적 위에 형성되어 가는 것이었다.

이들 제도적 형성·변천과정을 상세히 분석하는 일은 앞으로의 과제이며, 이 글 머리말에서 언급했듯이 자유권을 제약하는 법률준칙 및 그에 대한 구제수단을 개별적으로 검토하는 '각론'에 맡겨진 작업이다.

[2] 일반영장사건의 제도적 의의 (2)

그러나 이와 같이 말했다고 해서 이들 일반영장사건에서 확립된 법리의 의의가 감소되는 것도 아니다. 이들 일반영장사건에서 전개된 법리의 의의를 필자 나름으로 평가한다면 다음과 같다.

① 이미 홀즈워드에 의해 지적된 것과 관련되지만, 정부의 권력을 법의 틀 속에서 파악했다는 점이다. 이는 근대적 의미에서 파악된 '법의 지배' (The Rule of Law)라는 법 관념의 제도적 정착을 표현하는 크나큰 폿대라고 평가되어야 한다.

물론 마그나 카르타 이래 여러 헌장이 있었고, 또 인신의 자유를 확보하는 수단인 인신보호영장의 발달은 있었지만, 현실을 직시할 때, 일반영장사건들 이전에는 국왕 대권의 자의성을 배제하고 정치권력을 법의 규제 하에 두는 상황에까지는 한 번도 이르지 못했다고 해도 지나친 말이 아닐 것이다. 명예혁명을 계기로 출판허가법이 폐지되어도 그것에 대체되는 국무장관의 관행이 새파랗게 존재했다는 것은 앞에서도 고찰했다. 그런데 일반영장사건들을 계기로, 로크에 의해 주장된 작업 즉 정치권력을 시민적 자유라는 기초 위에 놓는 구체적 작업이 크게 현실화 되었다는 점은 평가되어야 한다. 요약컨대, 혁명 이래의 과제였던 '대권'과 '법'의 교체라는 과제에 종지부가 찍힌 것이다.

② 그러나 그 '법'의 내용은 (앞에서도 지적했듯이) 로크가 조정(措定)했던 법의 내용과도, 그리고 19세기에 제도적으로 정착된 것과 같은 자유권을 기초로 하는 법의 내용과도 여전히 거리가 먼 것이었으며, 따라서 이들 사건을 통해 그와 같은 법의 내용이 일거에 확립된 것이 아니었음을 지적하지 않을 수 없다. 그런 법의 내용은, 자연법 사상에 입각하면서도 자연법을 비판하고 출현한 벤담 등의 '공리주의', 및 그런 사상에 입각한 입법개혁에 맡겨진 과제였다.

③ '법'이 '대권'과 교체되었다는 사실은 실은 절대왕제와 교체한 정치제도의 안정화를 표현하는 과정이었음을 지적할 수 있다. 그것은 특히 근대 의회제도의 확립과정으로서 나타나지만 이 문제는 이 글의 범위를 벗어나는 주제이다.

여기서 이 문제와 관련해서 지적해두고 싶은 것은, '저항권'의 소멸이라는 문제이다. 이 문제 또한 한 독립주제로 취급되어야 할 문제지만, 여기서는 인신의 자유 침해에 대한 구제방법의 하나인 '자기방어' (self-defence)의 문제과 관계가 있기 때문에 간단하게 짚고 넘어가기로 한다.

자유권과의 관련에서 저항권사상을 분명히 주장한 사람도 로크였다. 그러나 저항권의 문제는 실정법의 문제가 아니라, 실정법이 스스로 그 사회 조직성을 유지할 수 없게 된 상황에서 일어나는 문제이다. 따

라서 정치제도가 안정될 경우, 그리고 그 실정법 틀 내에서 문제를 해결하는 경향이 증대될 경우에는 이와 같은 사상이 사회의식으로서도 희박해져 가는 것이다. 엔틱 대 캘링톤 사건에서 프래트 재판관이 "폭정은 무정부보다 낫다. 최악의 정부라 할지라도 부존재(不存在)보다 낫다"라는 말을 남긴 것은 그런 시대의식을 표현하는 것으로 인상적이다. 또 이들 사건과 거의 동시기에 발표된 블랙스톤의 <영국법 해설>에서도 저항권의 존재에 언급은 하되 매우 소극적이다. 그리고 저항권은 그 이후의 사상 혹은 법사상에서는 거의 모습을 감추게 되는데, 그것이 다시 역사의 무대에 나타난 것은 바로 사회주의사상에서, 그리고 20세기에 들어 B. 러셀 등에 의해 제창되었다는 사실은 흥미롭다.

그래서 이에 따라 자기방어에 법적 한계가 주어진다는 문제를 생각해보자. 저항권사상의 쇠퇴는 당연히 사적 구제의 부정을 의미한다. 그런데 다이시뿐만 아니라 현대 영국 공법학자들이 이를 구제방법 중 하나로 꼽는 이유는 무엇인가? 사실 영국에서 자기방어에 대해 상당히 넓은 범위가 인정되고 있음에도 판례법상 사례는 드물다는 것도 아울러 고려해야 한다. 이렇게 볼 때 권력 남용에 대한 자기보존을 바탕에 깐 이 관념은, 실정법 질서가 확립되어감에 따라 권력의 행사에 대한 법의 엄격성이라는 사상으로 전화되어, 그 '법'의 내용에 대한 규제, 및 그 남용에 대한 구제수단을 정비하기 위한 기저(基底)적 관념으로서 나타날 수 밖에 없다.

이러한 의미에서 이들 사건에서 전개된 법리는 (간접적이기는 하나) 제도적으로 자유권 보장을 위한 구제수단을 완비케 하기 위한 중요한 주춧돌을 놓았다고 평가할 수 있을 것이다. 단 이들 점에 대해서는 각론에서 상세하게 고찰되어야 할 것이다.

[3] 남겨진 과제

이상에서 이들 일반영장사건에서 전개된 법리가 영국 법제도에서 지니는 의의를 거칠게 평가해보았지만, 끝으로 인신의 자유의 문제로서 여전히 남겨진 큰 과제를 열거하면서 일단 이 글을 마칠까 한다.

첫째로, 이 사건들이 자본주의 사회의 법적 요청인, '대권'에 대체되는 '법'의 지배로 가는 길에 한 주춧돌을 놓은 것이라면, 그 '법'의 내용을 그 후 어떻게 자본제 사회에 걸맞은 것, 특히 사업자본가의 요청에 맞는 자유권 보장체계로 정치화(精緻化) 시켜갔는가?

둘째로, 로크가 파악했던 재산(property)의 관념이 자신의 생명·자유·재산 3자가 통일된 관념이었음에도 어떻게 해서 이들 관념 사이에 분열이 일어나, 각각의 법적 규제양태를 달리하게 되었는가? 그 사회적 조건과 어떻게 관련되었는가? 그리고 다이시와 같은 한정된 인신의 자유 개념이 발생했는가?

셋째로, 영국 자본주의의 변용, 특히 19세기 말(4/4分紀) 이후의 행정권의 확대현상에 따라 각종 자유권이 점차 그 규제를 받아, 또 그 법적 관념도 변질되어가는 과정에서, 이 인신의 자유를 규제하는 법률준칙의 변화를 어떻게 평가할 것인가 (예를 들어 압수수색영장 요건의 완화 등)?

끝으로, 신민지 등에서의 이 문제에 조명을 줄 것.

이들 문제가 말하자면 총론적 과제로서 남겨져 있는 것 같다.

영국혁명과 인권
-'영업의 자유'의 성립과정

호리베 마사오 (堀部 政男)

1. 머리말 -문제 설정과 '초기독점', '영업의 자유'의 의의

[1] 문제의 설정

영국에서는 '기본적 인권'에 해당되는 fundamental human rights라는 말은 보통 사용되지 않으며, 그과 유사한 말은 '신민의 자유'(liberty or freedom of the subject) 혹은 '시민의 자유' (citizen's liberty. civil liberty)라는 말로써 표현되며, 이 경우 '자유'는 '시민은 그가 형법에 위반하여 범죄를 범하고, 또는 타인의 권리를 침해하는 경우가 아니면 자신이 가고 싶은 곳으로 가고, 자신이 하고 싶은 일을 하고 말할 수 있다'는 식으로 소극적으로 파악되고 있다. 이 말은 다르게 표현하면 '모든 영국인은 전횡적 힘의 지배를 받지 아니하며, 보통재판소가 운영하는 보통의 법이 금지 하지 않는 일은 무엇이든 제약 없이 할 자유를 갖는다'가 될 것이다. 이 같은 파악은 첫째로, 영국 헌법에는 권리의 선언 또는 권리의 정의(定義)가 존재하지 않는다는 사실, 따라서 둘째로, 개인의 자유 보호가 기본적인 헌법 속에서가 아니라 국토의 보통의 법의 일부인 형법·불법행위법·계약법 등 속에 있다는 사실에 유래하는 듯하다. 그리고 현실적으로는 '영국인은 스스로가 향유하는 자유를 자랑스럽게 생각한다'라고 일컬어진다. 그러나 연구라는 측면을 볼 때 이 문제에 관한 총합적 연구는 (자유를 어떻게 파악하는가 하는 문제의 영향으로) 현재까지 거의 이루어지지 않고 있다. 이 글은 이와 같은 연구 상황을 감안하면서 영국에서의 이 문제의 역사적·총합적 연구를 위한 준비작업으로서, 자유가 확립되는 프로세스 중 17세기의 문제를 고찰할 것을 목표로 한다.

영국의 17세기는 헌법史 上 획기적인 시기이다. 인권보장의 관점에서 중요한 의미를 지니는 문서로서 흔히 거론되는 1215년의 마그나 카르타, 1628년의 권리청원, 1679년의 인신보호법, 1689년의 권리장전, 1701년의 왕위계승법 중 마그나 카르타만이 13세기에 제정되었지만, 그것이 17세기에 에드워드 쿠크(Edward Coke)가 근대적인 해석을 부여한 이후 '영국인의 자유의 수호신'으로서 칭송되기에 이른 사실을 생각한다면 영국의 인권보장은 주로 17세기에 그 기초를 가지고 있다고 해도 무방하다. 그리고 이 세기는 또한 봉건제로부터 자본주의로의 이행을 이루는 시민혁명기였으며, 절대왕제에서 근대 의회정치로 이행했던 시기이기도 하다.

이처럼 중요한 17세기 중에서도 특히 중요한 의미를 지니는 시민혁명에 대해, 그 기본적인 대항관계를 어떻게 파악하느냐의 문제는 실로 어려운 문제지만, 이 관계는 영주제도 자체의 직접적 폐기라기보다 절대주의의 여러 경제적 규제와의 대결로서 나타났다고 한다. 즉 영국의 '초기독점'은 자본주의 발전을 저해하는, 자생적인 산업자본의 성장에 의해 타파되어야 하는 장애물로서 파악되며, 근대적인 산업의 자유=경제적 자유주의를 요구하는 신흥 산업자본에 의해 시민혁명기에 치명적 타격을 입는다고 이해되고 있다. 돕(Maurice Dobb)에 의하면 "(국왕의) 전횡적인 과세나 구금의 권리를 부정함과 동시에, 왕실이 경제적 특권과 독점을 수여하는 데 대해 반대하는 의회의 도전은 17세기의 혁명 발발을 맞아 중심적인 쟁점이 되었다"고 한다. 이것을 법률적으로 본다면 시민적 인권 혹은 자유권적 인권이라고 불리는, 근대국가 기본적 인권의 세 가지 카테고리, 즉 경제적 자유(재산의 자유), 정신적 자유, 인신의 자유 중 경제

적 자유(소유권의 자유, 계약의 자유, 영업의 자유 등) 특히 '영업의 자유'가 성립되었다고 할 수 있는 것이다. 또한 이 시기에는 정신적 자유, 인신의 자유를 획득하기 위한 투쟁이 일어나, 저마다 일정한 성과를 올렸으며, 17세기 인권의 종합적 고찰을 위해서는 그것들에 관한 연구도 필요하지만, 여기서는 경제적 자유에 대해서만 언급할 것이다. 하지만 경제적 자유 일반에 대해서가 아니라, 영국혁명의 기본적 대항관계라고 여겨지고 있는, 전기(前期)적 상업자본과 신흥 산업자본과의 사이에서 항쟁의 초점이 된 '초기독점'의 폐업, 즉 '영업의 자유'의 성립이라는 문제를 반 독점투쟁의 각 단계를 따라 검토하고자 한다.

그런데 이 문제에 관한 연구는 과거 경제사 분야에서 이루어졌고, 앞으로도 그럴 것이지만, 독점 부여권한의 기초가 국왕의 대권에 있었다는 점을 생각할 때, 이 문제는 국왕 대권이라는 관점에서, 혹은 그와 대립되는 의회 및 국민의 권리라는 관점에서도 검토되지 않으면 안 된다. 그러나 법률학 분야에서 이 문제에 대한 고찰은 전무에 가깝다. 그 이유는 첫째로, '영업의 자유'라는 개념이 (뒤에 언급하듯이) 법률학에서의 기성(旣成)개념이라고는 여겨져 있지 않다는 점, 둘째로, 시민혁명기가 과거의 법률학에서는 그리 중요하게 인식되지 않고 있다는 점을 들 수 있을 것이다. 예를 들어, 시민혁명과 법의 문제와 관련해서 고명한 법제학자인 홀즈워드 (W. S. Holdsworth)는 다음과 같이 말하고 있다. "법제사가(法制史家)는 내란의 시기를 간략히 통과한지 않으면 안 되며, 또 그는 공화제 입법을 전혀 상세히 묘사할 수가 없다. 그 까닭은 그 입법은 모두 왕정복고 때 일소(一掃)되었기 때문이다. 그것이 법제사에서 중요한 것은 다만 이 시기의 여러 사건이 영국 공법의 이후 발전에 영향을 미친 범위에서뿐이다." 이러한 견해는 법률학 내지 법제사학에서의 통설이다. 즉 법률학 분야에서는 이와 같은 문제의식이 만연되어 있어, 연구수준도 그리 높지 않다. 따라서 다른 전문영역에서의 업적을 참고로 하면서 이 과제의 검토를 진행할 수밖에 없다.

[2] '초기독점'과 '영업의 자유'의 의미

시민혁명에서 폐기의 대상이 된 '초기독점'과 그로 인해 성립이 가로막혀 있던 '영업의 자유'의 의미에 대해 고찰한다면 다음과 같다.

우선 '초기독점'의 의미에 대해서는, 그것이 반듯이 엄밀하게 규정되거나 정의되고 있는 것은 아니지만, 당장은 두 측면에서 볼 수 있다. ① 중세적 독점과 비교할 때, 중세적·길드적 독점이 부분적인 시장독점을 기초로 한 국지적·지방적 의미 밖에 갖지 못했는데 비해, '초기독점'은 16-7세기의 독점이며, 일반적으로 내셔널한 즉 국가적·전국적·국민적 규모를 가지고 있었다고 할 수 있다. ② 산업자본주의 확립 이후의 최신형 독점과의 비교에서는, '초기독점'은 다음과 같은 특징을 가지고 있다. (1) 최신형 독점이 기계제 대공장이나 결합격영이라는 거대한 경영적 기초를 기지고 있는 데 비해 '초기독점'은 주로 매뉴팩쳐기(期) 전반(前半)에 형성되었기 때문에 그와 같은 거대한 경영적 기초를 갖지 못했다. 그것은 오히려 역으로 산업자본(매뉴팩쳐)의 발달에 따라 기초가 무너지고 소멸하기에 이른다. (2) '초기독점'이 가장 명료한 모습으로 나타난 것은 전기(前期)적 자본의 본래의 활동분야였던 원격지간 상업, 특히 외국무역과 광산물(鑛産物) 거래분야였지만, 그 뿐만 아니라 영국에서는 명반, 소금, 유리, 비누, 화약, 종이, 무기, 구리, 놋쇠' 등의 제조라는, 당시 이식된 신산업을 무대로 많은 산업독점이 형성되어 이었다. 그러나 이 경우 산업독점이라고 해도 최신형 독점과는 달리 상업독점의 특징을 가지고 있었다. (3) '초기독점'은 특권의 획득이라는 법적 기초를 가지고 있어서, 그 주인공은 산업자본가가 아니라 오히려 특권적인 정상(政商) 혹은 유산(有産)의 정신(廷臣=寵臣)이었다.

이상과 같은, 중세적 독점과도 최신형 독점과도 다른 '초기독점'의 종류에 대해서도 정설은 없으나 몇 가지 분류방법을 보면, '국내독점'(domestic or internal monopoly)과 '국외독점'(foreign or external monopoly), '산업독점'과 '상업독점' 등으로 나뉘며, 논자에 따라서는 그들 중 어느 것을 중심으로 논의를 전개한다. 또 '초기독점'을 '국외독저'과 '국내독점'으로 대별하고 전자에 '무역독점', 후자에 '산업독점'과 '수익특권'이 포함된다고 하는 방법에 의거하는 논자도 있다. 그러나 이 글에서는 종류에 대해 깊이 들어가지 않고 검토를 진행한다.

다음으로 '영업의 자유'에 대해서 보면, 이 또한 엄밀한 규정이 있는 것이 아니며, 법적으로는 '영업의 자유' (freedom of trade)라는 개념보다도 오히려 '영업의 제한' (restraint of trade)라는 말이 일반적으로 사용되고 있다. 이를 '자유'라는 말과 관련시켜 좀더 부연한다면 다음과 같다. 즉 법률학 분야에서 흔히 이용되는 블랙 (H. C. Black)의 <법률사전>에 의하면 '자유'란 '자유로운 상태, 자유, 자기 결정, 제약의 부재, 예속의 반대'라고 설명된다. 그리고 '…의 자유'라는 항목에서는 '신앙의 자유'와 '언론 및 출판의 자유'가 올라 있을 뿐이다. 그리고 '자유'를 의미하는 또 하나의 말인 liberty에 대해서는 '자유, 외적인 규제로부터의 면제'라는 의미가 쓰여 있는 외에 많은 설명이 있으나, 이 항목에서는 '시민적 자유, … 자연적 자유, … 인신의 자유 …' 등이 쓰여 있는데 지나지 않는다. 즉 이 사전에서는 이 글의 대상인 '영업의 자유'라는 항목이 존재하지 않는 것이다. 그런데 여기에는 '영업의 자유'에 대항하는 개념인 '영업의 제한'이라는 항목은 존재한다. 이 사실은 법률학에서는 '영업의 자유'라는 파악방법이 숙성되지 못하고 있다는 것을 의미한다 하겠다. 그러나 이 개념이 전혀 존재하지 않는 것은 아니다. 일종의 법률백과사전인 할즈벌리 (Halsbury)의 <영국의 법> (제3판) 제38권 중 '영업과 노동'이라는 항목 제1부에는 '영업 및 영업의 자유' (trade and freedom to trade)라는 표제가 붙어 있다. 그래서 할즈벌리에 따라 이 개념을 분명히 한다면 '영업의 자유'라는 소항목 설명은 다음과 같다. 즉 '어떤 자가 원하는 때에 원하는 장소에서 어떤 것이든 적법한 영업 또는 직업을 영위할 권한을 갖는다는 것이 코먼로의 일반원칙이며, 개인의 행동의 자유에 대한 모든 제한(그것은 국가의 이익에 대해 유해하다)에 반대하는 것은 공익(public policy)이 되므로, 코먼로는 계약의 자유에 대한 간섭의 위험을 무릅쓰면서까지 영업에 대한 일정한 간섭을 늘 의심을 가지고 주시해왔다. 그 원칙은 '영업'이라는 말의 통상적인 의미에서의 영업에 대한 제한에 한정되는 것은 아니다. 어떤 자가 경영할 수 있는 영업의 수에는 코먼로 상 어떤 제약도 없다'. 또한 할즈벌리의 제7권 중 '헌법'이라는 항목에서는, 인권에 대해서는 서술되어 있지 않지만, 그 제5부 '국왕 대권' 중 제12절 '국왕의 권리 부여'(royal grant) 제4항 '주어지는 또는 주어지지 않는 권리 부여' (grants which may or may not be made)의 한 부분에 '영업의 자유'에 관한 설명이 있다. 즉 '모든 영국 신민은 의회 제정법에 의해 그지되고 또는 제한되는 (예를 들어 면허 취득이 요구됨으로써) 경우를 제외하고 국왕의 영토 및 속령 내에서 영업할 동등한 권리를 갖는다. 따라서 국왕은 칙허(勅許)장 또는 그 외 방법으로 어떠한 개인에게도 또는 법인에도 배타적인 영업면허를 부여할 수 없다. …'라고 설명되고 있다. 그러나 이 설명으로는 '영업의 자유'가 다른 인권과의 관계 하에 자리매김이 되지 않고 있다. 따라서 일정한 이론적 구성이 필요하지만 이 자유는 앞에서 말한 바와 같이 근대국가의 자유권의 세 가지 카테고리 (경제적 자유, 정신적 자유, 인신의 자유) 중 경제적 자유 속에 배치될 것이다. 이하 한정된 지면이기는 하나 17세기 영국에서의 '초기독점'의 폐기='영업의 자유' 성립의 문제에 대해 실증적 견토를 시도해 본다.

2. 반 독점운동과 1624년 독점법의 성립

[1] 1601년 의회에서의 독점 논쟁

17세기 반 독점투쟁과 그 성과는 1624년의 독점법(Statute of Monopoly)이라고 일반적으로 불리고