

칼라스 재판과 볼테르

박홍규*

머리말 - 계몽사상과 근대적 법제도의 형성

18세기 이전까지 유럽에서는 세계를 신의 것과 인간의 것으로 나누는 기독교의 세계관이 지배했다. 그것을 18세기의 계몽사상이 거부하기 시작했다. 그 최고조의 시기인 18세기말, 칸트Immanuel Kant(1742-1804)는 말했다. <계몽이란 인간의 미성숙 상태에서의 출발이다.>라고. 그러나 미성숙은 이성의 결여 탓이 아니다. 칸트는 이어서 말한다. <남들의 지도없이 이성을 사용할 결의와 용기가 결여되어 있기 때문이다.>¹⁾

우리는 계몽주의를 철학의 한 흐름으로 이해하는 경향이 있다. 그러나 계몽주의는 죽은 사변의 놀음이 아니라, 당대의 현실에 대한 치열한 투쟁이었다. 특히 법과 정치에 계몽주의의 가장 중요한 주제였다. 그래서 계몽과 혁명의 18세기는 법의 역사에서도 근대적인 법사상과 법제도가 형성되는 시기였다. 이 글을 쓰는 이유는 근대법의 진정한 면모를 이해하기 위해서이다.

먼저 법사상에 있어 우리는 그 계몽주의를 대표하는 세 사람의 이름을 기억한다.

* 영남대학교 법과대학 교수

1) 피터 게이, 편집부 역, 계몽시대, 한국일보타임-라이프, 1978, 11쪽에서 재인용.

바로 『법의 정신』*Esprit de Lois* (1748년)을 쓴 몽테스키외의 Monte-squieu(1689-1755)와 볼테르 François Marie Arouet Voltaire(1694-1778) 그리고 『에밀』*Emile* (1762년)과 『사회계약』*Contract Social* (1762년)을 쓴 루소 Jean Jacques Rousseau(1712-78)이다. 각각 귀족, 중산계급 그리고 장인계급 출신이었다. 당시 프랑스는 법과 정치를 둘러싸고 법원을 장악한 귀족과 그것에 대립하는 국왕의 힘이 갈등 상태에 놓여 있었다.

그들 중 우리는 유독 볼테르에 대해서는 잘 모른다. 『철학서한·철학사전』²⁾ 외에 번역된 책도 없고, 소개한 책도 없다. 다른 두 사람의 책은 널리 알려져 있으나 그것들만큼 알려진 책도 없다. 그러나 정작 다른 두 사람보다도 계몽사상을 대표한다고 할 수 있는 사람은 볼테르였다. 그런 점에서 우리의 프랑스 계몽주의에 대한 이해는 기형적이다. 따라서 우선 그 세 사람에 대해서 공정한 소개와 평가가 필요하다.

먼저 몽테스키외이다. 그의 『법의 정신』을 제대로 읽은 법학도는 우리 나라든 물론 다른 나라에서도 그다지 많지 않다. 자기가 읽은 고전의 인용과, 당시 여행객과 자신이 보고 들은 이야기들을 난잡하게 모은 책이어서 지난 2세기 이상 독자들을 몹시 투덜대게 한 책이었다. 게다가 지금 수준으로는 유치하기도 하다. 예컨대 그 기본 사상의 하나는 기후가 사회를 결정한다고 하는 것이다. 그리고 이를, 같은 오페라가 영국에서는 차고 둔하게, 이탈리아에서는 생생하고 자극적으로 느껴졌다는 식으로 설명한다.

그런 엉성한 논리임에도 불구하고 그 책이 정작 말하려고 한 것은 <자유>였다. 즉 전제정치는 어떤 경우에도 나쁜 것이므로 저지해야 하는데, 그것이 영국에서처럼 권력분립에 의해 가능하다고 보았다. 그래서 우리는 몽테스키외를 권력분립 이론의 선구자로 본다. 그러나 사실 영국에서 권력분립은 분명하지 않아 그의 생각은 많은 비판을 받아 왔다. 여하튼 권력분립을 옹호한 점 외에도 그는 형사법제도의 자유주의적 개혁을 주장한 점에서 주목할 필요가 있다. 그런데 정작 더욱 중요한 문제점은 귀족 출신답게 그가 강력한 귀족정치를 옹호했다고 하는 점이었다.

2) 정순철 역, 문우사, 1973.

이러한 몽테스키외를 비판한 볼테르는 당시의 국왕 체제를 전제로 자유주의를 옹호한 정치적 실용주의자였다. 우리 식으로 말하면 실학자였다. 그러나 볼테르의 삶에서 무엇보다도 중요한 것은 만년의 그가 적극적인 재판 투쟁과 형사법 개혁 투쟁을 벌였다고 하는 점이다. 우리는 이 글에서 그것을 상세하게 소개할 터이니 여기서 선부른 요약은 하지 않겠다.

마지막으로 루소를 살펴보자. 그는 흔히 <자연으로 돌아가라>고 말한 사람으로 이해되고 있으나, 사실은 그런 말을 한 적이 없고 일단 사회에 들어가면 사람은 그곳을 떠날 수도 없으며, 그래서 안된다고 말하면서 문명에 어울리는 인간과 사회를 창조하고자 했다. 1762년에 동시 간행된 『에밀』은 이상적인 인간의 교육, 『사회계약론』은 이상사회에 관한 책이었다.

이성이 아니라 감성을 중시한 전자는 이미 교육의 고전으로서 현대인에게도 충분히 공감되는 것으로서 특히 아직도 지식의 암기를 교육이라고 하고 있는 지금 우리 나라의 교육에 시사하는 바가 크다. 반면 후자는 복잡한 책이다. 그는 이 책에서 여론을, 옳은 <일반의지>와 나쁜 <전체의지>로 구분하나, 그다지 쓸모있는 것은 아니다.

이상 나는 매우 주관적으로 몽테스키외와 루소를 간단하게 소개하고, 평가했다. 요컨대 별것이 없다는 것이다. 그러나 그들에 비해 볼테르는 우리에게 전혀 소개되지 못한 점에 비해 그 둘보다 훨씬 더 중요하다고 생각한다. 이런 평가가 편견이라고 하더라도 앞서도 말했듯이 그 둘에 비해 볼테르가 철저하다고 할 정도로 무시되어 온 것을 고려하면 그다지 심한 것도 아니다. 여하튼 계몽사상에 대해서는 이 정도로 이야기하고, 다음 그 시대의 법제도에 대해서도 간단히 살펴보자.

18세기는 근대적 법제도가 형성되는 시기였다고 앞에서 말했다. 특히 형사법의 영역에서 계몽사상과 법제개혁은 긴밀하게 연결되어 범유럽적으로 그 근대화가 전개되었다. 그 상징이 체자레 벅카리아(Cesare Beccaria)(1738-94)가 1764년에 『범죄와 형벌』(*Dei Delitti e delle Pene*)을 출판한 것이었다. 지금 그 책은 흔히 <형법학의 성서>라고도 한다.

이 책은 출판 직후 바로 베스트셀러가 되어 유럽과 아메리카 대륙을 휩쓸었

고, 고문 폐지, 형벌 완화, 종교 범죄의 소멸, 죄형의 균형과 법정이라고 하는 현대 형사법의 원리를 18세기 후반의 몇 년만에 완성하게 했다. 물론 저항도 만만치 않았다. 위 책의 출판 직후 성직자와 법학자는 엄청난 비판을 퍼부었고, 그 책은 금서목록에 들어가서 1962년 금서목록이 폐지되기까지 약 2백년간 금서였다.

근대적 법제도는 18세기말의 대혁명에 이르러 일용 완성된다. 그것은 구체제에 존재했던 복잡한 정의를 루소식의 <일반의지의 표명>인 법으로 일원화하는 과정으로서, 그로부터 죄형 법정주의와 사면 부정이라는 것이 나왔다. 또한 법이 복잡했던 시대에 필요했던 법률가가 더 이상 필요하지 않게 되어 계몽사상가로 대체되는 과정, 즉 종래의 형식적인 <법 전문가주의>가 <법 일반인주의>로 변화되는 과정이기도 했다. 그 중요한 보기가 바로 배심제의 채택이었다.

이러한 발전 과정은 볼테르와 벡카리아를 비롯한 계몽주의자들의 이론적인 노력만이 아니라, 그러한 이론을 낳은 재판 투쟁에 의해서도 전개되었다고 하는 점을 우리는 주목할 필요가 있다. 또한 한국의 현행 법제도에 비추어 볼 때 우리가 과연 프랑스의 18세기적 상황을 제대로 경험하고 극복했는지를 다시 생각하도록 요구한다. 가령 지금 우리에게 고문이 문제되고, 형벌이 과도하며, 사상 범죄가 여전히 존재하고, 사면이 상행하며, 배심제는 채택은커녕 논의조차 되고 있지 못하지 않은가?

이러한 문제점을 포함하여 우리는 이 글에서 첫째, 18세기 형사법의 획기적인 발전을 초래한 계기가 된 역사적인 몇 가지 재판 사건, 둘째, 볼테르의 재판 비판 투쟁 및 형사법 개혁 사상 그리고 프랑스 대혁명의 형사법 개혁을 검토하도록 한다.

1. 칼라스 재판

구체제의 사법제도³⁾

3) David A. Bell, *Lawyers and Citizens: The Making of a Political Elite in Old Regime France*, Oxford University Press, 1994.

먼저 프랑스 대혁명 이전의 구체제 하에서 사법제도가 어떻게 운영되었는지를 간단히 살펴보도록 한다. 앙상 레짐이라는 구체제 하에서 <모든 정의는 국왕에서 나온다>는 원칙 아래 국왕은 <옳은 재판을 하는 유일한 사람>으로 간주되었다. 그러나 현실적으로 재판은 위임되어 여러 가지 법원이 만들어졌다. 즉 일반 법원과 특별 법원이었다.

일반 법원은 3심제로서 그 각각의 이름은 다양하게 불려졌다. 그런데 우리의 대법원에 해당되는 최종심은 하나가 아니라, 13개의 파르르망parlement 법원과 4개의 최고 평정원으로 구성되었다. 그리고 그 위에 현재의 파기원에 해당되는 국왕 국무회의가 있었는데, 이는 법해석과 판례의 통제를 목적으로 하였으므로 파기된 재판을 직접 다루지 않고 파르르망 법원 등에 이송했다. 단 형사사건 중 중대 범죄는 2심제가 기본이었다. 곧 중대 범죄는 파르르망 법원에 바로 상소되었다.

형사재판의 절차는 아래에서 살펴보는 재판에서 보듯이 기본적으로 현대의 그것과 그다지 다르지 않다. 그러나 모니트와르라고 하는 증언명령서와 고문 제도가 인정된 점이 현대의 그것과 특히 달랐다. 증언명령서란 중대 범죄의 정보수집을 위해 재판관의 요청에 의해 교회법원이 포고하고, 사제가 교회의 일요 미사시에 <이러한 사실에 대해 아는 자는 증언하라>고 명령하는 것으로서 불응하면 파문되었다.

한편 현대의 형법에 해당되는 단일 법전은 존재하지 않았고, 개별적으로 죄형을 규정하는 단일 법률들이 다수 존재했다. 그 중에는 특히 모독, 이단, 마술 등의 종교적 범죄도 다수 있어서 법과 종교 및 도덕이 결합되어 있었다. 또한 형벌은 가혹했고, 신분에 따라 불평등하게 취급되었으며, 죄형의 자의적인 전단이 일반적이었다. 따라서 범죄인을 개선한다고 하는 현대 형법 사상은 전혀 나타나지 않았고, 강력한 형벌에 의해 잠재적인 범죄자를 억제한다고 하는 위하의 사상이 지배적이었다.

칼라스 재판의 역사적 의의

18세기 후반의 칼라스 재판은 19세기말의 드레퓀스 재판⁴⁾과 같이 유명한

<오판 사건>이었다. 후자가 졸라와 연결되듯이 전자는 볼테르와 연결된 점에서 유사했다. 아들이 가톨릭으로 개종하는 것을 저지하고자 살해했다는 혐의를 받은 아버지인 프로테스탄트 장 칼라스Jean Calas는 무죄를 주장했다으나 사형을 선고받아, 사지가 찢기는 능지처참형에 처해졌고, 사후에는 불 속에 던져졌다.⁵⁾

당시로는 흔히 볼 수 있었던 이 사건은 볼테르에 의해 프랑스의 국가적 재판, 나아가 유럽의 세계적인 재판이 되었다. 볼테르는 편지, 팜플렛, 그리고 판화까지 동원하여 그 사건의 문제점을 알렸고, 마침내 재심에서 무죄를 얻어냈다. 지방도시에서 행해진 평범한 일반인의 재판을 지식인이 그렇게 다룬 것은 이 사건이 세계 역사상 처음이었다.

볼테르는 이 사건 말고도 당시의 많은 사건에 관여했는데, 우리는 그것들을 이 글에서 함께 살펴 볼 것이다. 만일 이러한 볼테르의 노력이 없었다면 1세기 지난 뒤의 드레퓔스 재판에서 졸라가 <나는 탄핵한다>고 절규하지 않았을 것이고, 지식인에 의한 부당한 재판에의 탄핵이 없었을 지도 모른다. 그러나 우리 사회에는 아직도 그런 탄핵이 없다.

또한 이 사건에 촉발되어 벡카리아는 1764년에 합리적이고 인도적인 형사법을 주장한 불멸의 고전인 『범죄와 형벌』을 썼다. <형법과 형사절차에서 잔혹하고 야만적인 요소를 일소하고, 계몽적인 인도주의 시대를 열었으며, 근대적 형사법의 초석을 놓는 데는 본서의 기여가 거의 절대적이라고 해도 과언이 아니다. ... 고문과 사형의 철폐를 본격적으로 제기한 사실 하나만으로도 본서의 생명력은 앞으로도 영구할 것이다.>⁶⁾

4) Nicholas Halarsz, *Captain Dreyfus: The Story of a Mass Hysteria*, 1955, 번역은 니콜라스 할라즈, 황의방 역, 나는 고발한다, 한길사, 1998.

5) 이하 칼라스 사건에 대한 해설은 David D. Bien, *The Calas Affair, Persecution, Toleration, and Heresy in Eighteenth Century Toulouse*, Princeton University Press, 1960; Jacques van Den, *L'affaire Calas et autres affaires*, Gallimard, 1975 참조.

6) 체자레 벡카리아, 이수성, 한인섭 공역, 범죄와 형벌, 길안사, 1995, 7쪽. 그런데 이 책에 소개되어 있는 칼라스 사건에는 약간의 오류가 있다. 우선 칼라스의 둘째 아들이 가톨릭으로 전향했다고 하나 오류이고, 셋째 아들이 전향했다. 또한 사건 다음 날 보르도의 시법원 판사가 검시했다고 하나 그런 기록은 없다. 또한 검시 현장에서 누군가 장남이 가톨릭으로 개종하려 하여 살해되었다고 소리치는 것을 듣고 체포했다

사건의 개요와 배경

우선 사건을 간단히 살펴보자. 사건이 터진 곳은 프랑스 최남단인 툴루즈의 포목 상점이었다. 툴루즈는 중세의 마녀재판을 불러 일으키게 된 이단의 발생지이기도 했다. 따라서 다시금 그런 사건이 터졌는지도 모른다.

사건이 터진 1761년, 신교도 장 칼라스는 63세로서 4남 2녀와 가톨릭을 믿는 하녀를 두고 있었다. 그해 10월 13일 밤, 먼 친척딸인 라베스가의 고베르가 저녁 식사에 초대되었다. 식사후 칼라스의 차남인 피에르가 고베르를 보내고자 계단을 내려가다가 장남인 마르크가 목을 매고 죽어 있는 광경을 보았다. 의사를 불렀으나 그는 소용이 없었다.

시의 형사사건 담당 공무원은 이를 종교적 편견에 의해 발생한 사건, 곧 광신적인 프로테스탄트가 가톨릭으로 개종하고자 한 아들을 독살한 것이라고 생각했다. 그러나 아버지로서는 아들이 자살했다는 사실만을 숨기고자 했다. 왜냐하면 당시에는 자살은 중대한 범죄로서, 시체에 대해 재판이 행해져 능지처참되고, 매장도 금지되며, 재산까지 몰수되었기 때문이었다.

당시 프로테스탄트는 극단적인 탄압 상황에 놓여져 있었다. 그 극단의 법이 루이 14세가 내린 1685년의 폰텐브로 칙령이었다. 그것은 프랑스인은 모두 가톨릭이므로 신교도는 존재하지 않는다고 하는 이유에서 낭트 칙령을 영구히 철회한다는 것이었다. 그 결과, 신교의 목사는 국외로 망명하던가 가톨릭으로 개종해야 했고, 신교 교회는 철거되고 예배는 금지되며 신생아는 신부의 세례를 받아야 했다.

18세기에 와서도 1724년의 국왕 선언은 가톨릭을 유일교로 정하고, 다른 종교 예배 집회에 참가하면 남자는 종신형, 여자는 삭발과 함께 종신 구금되고 재산을 몰수 당하며, 무기를 가진 자나 예배의 주재자는 사형에 처한다는 것이었다. 또한 공직 등예의 취업을 위해서는 훌륭한 가톨릭 교도임을 증명하는 증명서가 필요했다.

툴루즈에서도 폰텐브로 칙령이 내려지기 직전에 신교 교회는 파괴되고 신교

도는 시외로 퇴거하도록 요구 당했다. 칼라스 사건이 터질 무렵 그곳에는 2백명 정도의 신교도가 있었으나, 구교도와는 알력은 그다지 심각하지 않았다. 신교도인 장 칼라스는 40년동안 상업을 했고, 마찬가지로 신교도인 고베르의 아버지도 변호사였다.

사건이 터진 1750년경까지는 신교도에 대한 <일반적인 무관심에 의한 관용>이 있었다. 그러나 사건이 터질 무렵 사회적 알력이 돌출하여 사건 후에는 <확신에 근거한 관용>이 형성되었다. 따라서 칼라스 사건이 1761년이 아니라 그 5년전, 또는 그 1년 뒤에 터졌다면 자살사건으로 처리되었을 것이라고 하는 추측도 있다.⁷⁾

그 사회적 알력의 요인은 7년전쟁이었다. 1756년에 신교인 프로이센과 구교인 오스트리아의 대립에서 빚어진 이 전쟁은 전자가 영국, 후자가 프랑스 및 러시아 등과 동맹을 맺고, 아메리카와 인도까지 전장으로 확대되는 식으로 발전되었고, 전쟁의 결과 프랑스는 해외 식민지를 상실하고, 민중은 중과세와 물가고에 허덕이게 되었다. 툴루즈의 상업도 침체하고, 밀의 가격도 2배 이상 급등했다.⁸⁾

또 하나의 요인은 과거의 기억에서 비롯되었다. 즉 칼라스가 처형된 1762년은 툴루즈의 <해방 기념> 2백주년이었다. 그 2백년전 신교도 4천여명이 학살당했던 것이다. 그리고 그 10년 후 파리에서 바르데르미 학살사건이 터졌다. 툴루즈 시는 2백주년을 맞아 로마 교황의 교서를 받아 8일간에 걸친 성대한 행사를 했다.

마지막 요인은 사건 발생 1개월 전에 비슷한 사건이 터졌다는 것이었다. 곧 툴루즈 부근에서 로셋트라는 신교도 목사가 체포되고, 그를 구하기 위해 무기를 소지했다는 이유로 귀족들이 구속되어 사형당한 사건이었다.

소송의 경과와 1심 판결

재판은 1, 2심으로 나누어졌다. 1심은 8명의 공무원으로 툴루즈 시청 법원

7) D. D. Bien, *op. cit.*, pp. 178-180.

8) *Ibid.*, p. 74.

에서였다. 지금도 당시 1심 소송기록 80개 정도가 남아 있다. 피고는 5명으로 칼라스 부부, 차남 피에르, 하녀, 고베르였다.

사건 당일 심아의 제1회 피고인 심문에서 피고들은 마르크의 시체가 누워있었다고 말하여 자살인 것처럼 답했다. 그러나 그 직후 피고인들을 면회한 변호사가 사건이 심각하다고 설명하여, 피고들에 대한 체포 명령이 내려진 후의 제2회 심문에서 피고인들은 시체가 목을 매단 형태였다고 말하여 자살이라고 한 최초의 진술을 변경했다.

사건 다음날인 10월 14일, 증인 심문에서 4개 항목에 대한 질문이 제시되었다. 제1항목은 마르크가 이단 공식 포기 선언을 한 것을 안 아버지와 차남 피에르가, 마르크를 자주 죽이겠다고 위협하고, 매일 학대하는 것을 보고 듣고 알았는가 하는 것이었다. 이어 제2항목은 사건 당일 밤, 피고들이 마르크를 자택에서 학대하고 후자가 죽기 싫다고 외친 것을 알았는가 하는 것이었다. 그리고 제3항목은 범행 후 회색옷을 입은 청년이 칼라스의 집에서 나온 것을 알았는가, 제4항목은 변사의 범인과 공모자를 알았는가 하는 것이었다. 이상의 증인 심문 항목은 마르크가 공식으로 개종하고자 했다는 추정, 그것을 이유로 한 학대, 그리고 모살이라는 시나리오에 입각한 것이었다.

이러한 증인 질문을 내용으로 한 증언명령서는 10월 18일 일요일, 툴루즈의 많은 교회에서 낭독되고 게시되고 이어 일요일마다 되풀이되어, 모살 시나리오는 당국과 민중이 공유하게 되었다. 볼테르는 뒤에 『라 바르 기사의 죽음에 관한 보고Relation de la mort du chevalier de la Barre』에서 교회가 파문을 위협하면서 증언의 명령을 경고하는 이러한 증언명령서를 <밀고라고 하는 치욕스러운 직무를 행하는 것이 교회에 의해 통달되는 명령이다. 만일 당신이 당신 가까이 있는 사람을 생명의 위험에 떨어뜨리지 않으려고 한다면 당신은 지옥에 떨어진다는 위협을 받게 된다. ... 증언명령서가 법에 반하는 것이라고 하는 점의 중대한 증거, 그것은 증언명령서가 사법관으로부터 직접 내려지는 것이 아니라, 그것을 내리는 것이 교회권력이라는 점이다. 사형의 판결을 할 수 없는 성직자가 이렇게 하여 그에게 금지되어 있는 칼을 재판관에 손에 놓아 두는 것은, 얼마나 기묘한 일인가?>9)

교회와 관련되어 칼라스의 운명을 결정지운 또 하나는 마르크의 매장이었다. 소송이 종결되지 아니한 11월 6일, 검사는 시체에 안치된 시체의 매장을 청구하여, 11월 8일 그것은 교회 묘지에 매장되었다. 이는 마르크의 죽음이 자살이라고 하는 가능성을 배제한 것이었고, 마르크가 가톨릭으로 개종했거나 개종하려 했다는 것을 전제로 한 것이었다. 그리하여 <순교자 마르크>라는 이미지가 <광신적인 칼라스들>에 대비되었다.

그러나 칼라스의 유죄를 결정하는 증거나 증언은 없었다. 피고인들은 자백하지 않았고, 칼라스 집안에 다툼이 있었다는 증거도 없었다. 증인의 수는 제1심에서 87명, 제2심에서 62명이었으나, 살해 현장의 목격자는 한 사람도 없었다. 증인 중 몇 명은 사건 당일의 밤에 절규를 들었다고 했으나, 그 내용은 각각 달랐다. 또한 마르크의 개종에 대해서도 그를 교회에서 보았다는 증언이 있었으나, 그 사람이 정말 마르크였는가, 그가 개종 때문이 아니라 교회의 음악이나 미술품을 감상하기 위해 온 것은 아닌가, 그가 변호사가 되고자 했기 때문에 교회로부터 증명서를 받기 위해서가 아닌가 하는 등등의 가능성이 있었다. 그가 개종하고자 상담한 신부도 없었다. 반대로 증인 중 41명은 칼라스에 호의적이었다. 단 한 사람이 모살설에 가까운 증언을 했으나, 그 내용은 사건 당일 많은 신교도가 칼라스 집에 출입했다고 들었다고 하는 소문이었다.¹⁰⁾

11월 10일, 검사가 칼라스 부부와 차남을 교수형에 처하고, 사체는 불에 태우며, 그 재는 바람에 날려보내야 한다고 구형했다. 그리고 고베르와 하녀는 그 세명의 처형을 지켜보게 하고, 각각 무기형과 5년형에 처한다는 것이었다.

11월 18일, 판결을 내릴 7명의 공무원 앞에서 최후의 피고인 심문이 행해졌다. 그 중 보고판사는 자살이라는 이유에서 피고인 전원의 무죄를 주장했다. 그러나 최종 판결은 칼라스 부부와 차남은 보통 및 특별 고문, 나머지 둘은 그 고문에 입회시킨다는 것으로 내려졌다.

9) Voltaire, *Relation de la mort du chevalier de la Barre*, dans Voltaire, *Mélanges*, Bibliothèque de la Pléiade, Paris, 1961, p. 760.

10) D. D. Bien, op. cit., pp. 125-126.

제2심 판결과 장의 처형

제1심 판결은 당일 피고인과 검사에게 통지되었고, 쌍방은 제2심 법원에 항소했다. 피고인들은 시청의 구치실에서 법원의 감옥으로 이전되었다. 감옥에는 로셋타 목사와 귀족들도 함께였다. 그들은 다음해 2, 3월에 판결이 나기까지 발에 쇠사슬을 찬 채 거울을 지내야 했다.

당시에는 제2심에서 최종 판결을 내리기 전에 중간판결을 내렸다. 12월 5일, 법원은 제1심 판결을 파기했다. 그것은 피고인 고베르와 하녀에게 고문에 입회시킨다는 판결을 내릴 권리가 하급 법원에는 없다고 하는 이유에서였다. 그래서 새로운 심문이 시작되었다.

피고인측도 새로운 변호사에게 의뢰했다. 변호사는 신교에 대한 법원의 편견을 비판하고, 제1심의 절차상 문제점을 지적했으며, 마르크의 개종 의사에 의문을 제기하고, 자살은 물리적으로 가능하므로 모살일 수 없다고 주장했다. 특히 29세의 건장한 청년이 아무런 저항없이 살해될 수 없다든가, 가톨릭 하녀와 손님이 와있는 중에 살해할 리가 없다는 점 등을 의문으로 제기했다.

그러나 1762년 2월 13일, 검사는 칼라스가 3인에게 사형 및 고문을 선고하고, 나머지 2명에 대해서는 <더욱 상세한 증거 조사>를 요구했다. 이어 법원에서 약 10회의 중인 심문이 행해졌으나 새로운 증인은 없었고, 13명의 평결 끝에 칼라스는 고문과 함께 2시간에 걸친 참혹한 능지처참형에 처한다고 결정되었다.

처형은 3월 10일 오후, 시청에서 판결문을 읽고, 고문실에서 고문을 당하는 것으로 시작되었다. 칼라스는 자신의 신분을 밝힌 후, 살인이 단독인가 공범이 있는가라는 질문에 대해 자신은 무죄이고 공범자는 없다고 답했다. 신체를 잡아 당기는 보통 고문이 가해졌으나 대답은 마찬가지였다. 이어 5리터의 물을 먹이는 특별 고문과 함께 같은 질문이 가해졌으나 여전히 혐의를 부정했다. 법원 당국은 예상밖의 결과에 당황하여 내심 동요했다.

3월 18일, 다른 피고인에 대해 판결이 선고되었다. 차남은 종신 추방형, 칼라스 부인과 고베르는 석방이라고 하는 가벼운 것이었다. 게다가 차남의 형벌은 형식적인 것이어서 성밖으로 쫓겨났다가 성안의 수도원에 와서 가톨릭을 배운다는 것이었다. 그는 4개월 뒤에 그곳을 도망하여 제네바로 갔다.

볼테르의 재심 청구 운동

3월 하순, 볼테르는 칼라스 사건을 알게 되었으나, 처음부터 누명을 덮어 쓴 사건이라고는 생각하지 않았고 사건을 당국의 판결대로 믿었다. 그러나 차차 의문을 품기 시작하여 오판의 가능성이 있다고 믿게 되었고, 4월에 와서는 무죄를 확신했다. 그 확신은 볼테르가 칼라스 집안 사람들을 실제로 만나 이야기를 듣고 사람들을 관찰함에 따라 더욱 강해졌다.

볼테르는 먼저 파리의 저명한 변호사에게 칼라스 부인을 소개하는 편지를 써서 사건을 의뢰하고, 다음 자신의 문필활동을 통해 여론을 환기하는 것으로 이어졌다. 그는 친구와 유력자에게 1년 사이에 약 2백통의 편지를 보냈다. 그 중에는 프로이센의 프리드리히 대왕과 러시아의 예카테리나 2세도 포함되었다.

그리고 칼라스 가를 대신하는 취지서나 청원문 등의 팜플렛을 작성했다. 이는 1762년 6월말, 『톨루즈에서 행해진 판결과 칼라스씨의 죽음에 관한 원자료집』으로 출판되었다. 또한 영국 재판제도가 특히 재판의 공개라고 하는 점에서 뛰어나므로 칼라스 사건과 같은 불행한 결말에 이르지 않은 재판을 『엘리자베스 킨닝과 칼라스 일가의 이야기』에서 소개하여 같은 해 8월에 출판했다. 더욱 유명한 『관용론 *Traité sur la Tolérance*』은 1762년 겨울에 완성했으나, 제2심 법원이 소송기록의 사본 공개를 지연시킨 탓으로 1763년 11월에야 출판되었다.

그러나 볼테르의 노력에도 불구하고, 칼라스 사건의 재심은 결코 쉽지 않았다. 법원과 정부의 반대가 극심했다. 법적으로도 정부가 재심 청원을 수리한다고 해도, 원심을 바꾸기 위해서는 사실 판단과 절차 문제에 분명한 오류가 있어야 했다. 변호사측이 지적인 질차상의 흠은 다음과 같았다.

첫째, 피고인의 체포가 문제되었다. 피고인들은 10월 13일에 연행되었으나, 체포명령은 10월 15일에야 내려졌다. 당시의 형사소송법(1670년 형사왕령) 제10장 제9조는 현행범이나 추적에 의한 체포시에만 사후 영장의 발급이 가능했다. 따라서 칼라스 사건의 경우가 현행범이나, 추적이 있었느냐가 문제되었다.

둘째, 범행현장의 조서가 문제되었다. 위 법 제4장 제1조는 부상자나 사체가 발견된 상태의 조서는 즉시 현장에서 작성되어야 한다고 규정했다. 그러나 칼

라스 사건의 기록은 사건 다음날 시청에서 작성되었고, 가택 검증조서도 3일 후에 작성되었다. 그런 탓으로 중요한 증거가 상실되었을 가능성이 높았다.

셋째, 사체 검증보고를 한 의사의 검진과 대질이 문제되었다. 위 법 제8장 제12조는 전문가도 증인과 같이 개별적으로 청취되고, 검진 및 대질을 받아야 하나, 칼라스 사건의 경우 그것이 행해지지 않아 무효였다.

넷째, 모니터와르는 교회법원의 승인을 얻어야 했으나, 칼라스 사건의 경우 툴루즈 대주교가 없었던 탓으로 대리인에 의해 인가가 난 것이 교회법에 위반되었다. 또한 모니터와르에는 구체적인 인명이 없어야 했으나, 칼라스 사건의 경우 마르크의 이름이 수없이 등장하여 이중으로 무효였다.

다섯째, 증인 심문에서 판사는 유죄를 입증하는 증인만이 아니라 무죄를 입증하는 증인의 증언도 들어야 했으나, 칼라스 사건의 경우 후자의 증언을 듣지 않았다.

여섯째, 마르크 시신의 매장을 허가한 재판관이 제1심 판결에 참여한 것이 문제되었다. 당시의 민사소송법(1667년 민사왕령) 제24장 제17조는 재판관이 스스로 기피당할 가능성이 있으면 기피 신청이 있기 전에 신고해야한다고 규정되어 있었다.

재심의 과정

최종심인 제2심 판결에 대한 파기는 사법관계 국무회의에서 판단되어야 했다. 볼테르는 국무회의의 변호사에게 편지를 내어 파기의 방법을 상의했다. 이어 여러 가지의 소송취지서가 만들어졌고, 국무회의 관계자들도 적극적으로 움직였다. 파기 청원은 먼저 파기부에서 검토되어야 했다. 1763년 3월, 파기부는 <수리 가능>으로 판단하여 국무회의에 상정하였다. 약 1백여명이 참석한 회의에서 전원 일치로 청원의 수리가 승인되었고, 제2심 법원에 대해 소송기록의 송부를 명령했다.

이 소식을 들은 볼테르는 파기 결정이 <민중의 소리가 신의 소리이다>라는 것을 보여준 것이라고 찬양하고, <지상에 정의가 있고 인간애가 있다>는 것을 기뻐했다. 아직 파기 여부가 결정되지도 않은 단계였지만, 그는 <이제 소송은

형식만이 남았다」라고 하면서 승리를 확신했다.¹¹⁾

그러나 제2심 법원은 서류의 복사에 시간과 비용이 든다고 하는 이유에서 그 비용 1천5백 프랑을 칼라스의 미망인에게 요구했다. 게다가 법원측은 파기를 요청한 소송취지서를 압수했다. 이러한 사태에 대해 볼테르는 적극적으로 대응했다. 먼저 토마스 아퀴나스의 『신학대전』을 복사하는 데도 2백 프랑으로 충분한데도 그 7배가 넘는 소송비용은 너무나도 과다하다는 것을 지적하고, 관련 재판관 등은 사형에 처해야 한다고 주장했다.¹²⁾ 또한 소송취지서의 압수에 대해서도 <변호사에게 변론할 권리가 없다면 프랑스에는 더 이상 권리도, 법도 없는 것이 된다>고 비판했다.¹³⁾

소송기록의 복사는 7월말에 보내어져 서면상의 조사가 시작되었다. 그후 약 1년이 지난 1764년 6월, 국무회의는 제1, 2심 판결이 피고인과의 대질 이전에 검진이 없었다고 하는 절차상의 흠을 이유로 하여 파기한다고 결정하고, 사건을 <궁정 소원 심사관 법정>으로 이관했다.

1765년 2월, 피고인이었던 4명은 파리의 콩세르주리 감옥에 수용되어 심리를 받았다. 그러나 그것은 형식에 불과했고, 사실 그들은 명사들의 방문으로 분주했다. 6회의 심리 끝에 전원 일치의 무죄 판결이 내려졌고, 피고인들에게 3만 6천 프랑의 형사보상금이 내려졌다. 이 완전한 승리에 볼테르는 눈물을 흘리며 <승리를 초래한 것은 철학>이었다고 말했다.¹⁴⁾

실방 재판

1761년, 툴루즈 부근에서 토지관리인으로 있던 실방의 딸이 실종되어 시체로 발견되었다. 실방은 신교도였으나, 그 딸은 가톨릭으로 개종하고자 했다. 실방은 칼라스처럼 가톨릭으로 개종하고자 한 딸을 죽였다는 혐의로 체포 명령이 내려졌으나, 그는 이미 스위스로 도망치고 없었다. 그러나 피고인이 없는 채로

11) Voltaire, *Correspondance*, Bibliothèque de la Pléiade, t. 7, Paris, 1980, pp. 157-158, 162, 169.

12) Voltaire, *Correspondence*, t. 7, p. 225.

13) Voltaire, *Correspondence*, t. 7, p. 89.

14) Voltaire, *Correspondence*, t. 7, p. 1092.

재판은 행해져 그는 사형에 처해진 것이 되었다.

볼테르가 칼라스 사건에 이어 재심활동을 한 것이 실방 사건이었고, 사건의 내용도 유사했다. 볼테르가 두 재판의 배후에 있는 당국과 민중의 종교적 편견 및 광신을 비판하고 관용의 사상을 주장한 점도 마찬가지였다. 그러나 칼라스 사건에서는 아버지가 처형되었으나, 실방 사건에서는 일가가 스위스로 탈출하여 피고인이 없는 채로 재판이 행해진 점에서 달랐다.

이러한 결석재판이라는 점이 재심활동을 곤란하게 만들어 최종의 명예회복에는 10년이 걸렸다. 그러나 볼테르가 최초로 취한 방침은 칼라스 사건과 같이 국무회의에의 호소였다. 그러나 그것이 유효하지 못해 결국 실방이 목숨을 걸고 당국에 출두하여 재심의 길이 열렸다. 그밖에도 영주재판이라고 하는 점도 달랐다.

라 바르 재판

영화로 유명해진 풍네프 다리는 파리에만 있는 것이 아니다. 우리 식으로 말하면 <새로 지어진 다리>, 곧 <신교>라는 뜻에 불과하기 때문에 사실 프랑스의 어디에도 있다. 파리 북쪽 야브빌이란 동네에도 그런 다리가 있다. 그리고 그 다리에는 거의 반드시라고할 정도로 십자가상도 있다. 지금으로부터 232년 전인 1765년 8월, 그 다리에 있는 목제 십자가상에 칼로 그런 흔적이 생겼다. 칼라스 사건에서 본 바와 같은 증언명령서가 여러 교회에서 읽혀졌다.

몇일 뒤 어느 교사가 라 바르 등이 자기 학교에 와서 6월의 성체 행렬시에 모자를 벗지 않았고 무릎을 꿇지도 않은 것을 자랑했다고 증언했다. 이어 라 바르 등이 석고 십자가상을 파괴하려고 했다는 증언도 있었다. 문제가 된 라 바르는 아직 20세도 되지 않았고, 관련된 나머지 둘은 15-6세였다. 9월에 그 3명에 대한 체포 명령이 내려져 그들은 도망쳤으나 곧 체포되었다. 그리고 다음 해, 칼라스처럼 그들은 고문을 당하고, 사형에 처해졌으며, 시신은 불태워졌다.

볼테르의 재판 비판 활동 중에서 라 바르 사건은 <신에 대한 대역죄>라고 하는 종교 범죄에 대한 것인 점에서 특이했다. 법과 도덕, 법과 종교가 준별되지 않은 구체제 형법제도 아래 종교의 신성을 범한 죄는 중죄였다. 반면에 앞

서 본 칼라스나 실방의 경우는 종교적인 배경을 가지나 사안 자체가 종교적인 것은 아니었다. 따라서 재판관이나 검사를 공격하는 것만으로 해결될 수 없는 문제였다.

따라서 유죄판결을 뒤엎어 재심에서 무죄를 얻어내기란 더욱 어려웠다. 앞 두 사건에서는 사실인정이 문제된 것으로서 무죄인 자를 유죄로 한 오판이었으므로 재판관에게 변명의 여지가 없으나, 라 바르의 경우 경미한 불경행위라고 해도 법으로 금지된 것이었으므로 재판관으로서는 그것에 대한 유죄판결이 당연했고, 문제가 되는 것은 그것이 과연 잔혹한 신체형에 해당될 수 있는가 하는 형법 자체였다. 라 바르의 명예회복은 볼테르가 죽은 뒤, 게다가 혁명 후인 1793년에야 가능했다. 당시의 국민공회는 라 바르를 <미신과 무지의 희생자>라고 불렀다.

또한 라 바르 사건은 당국이 계몽사상을 공격하고자 한 점에서도 심각했다. 압수된 책 중에는 볼테르의 『철학사전 *Dictionnaire philosophique portatif*』(1764년)이 있었는데, 그 책은 1766년 라 바르의 처형시에 불살라졌다. 말하자면 이 사건에서는 볼테르의 저술이 피고였던 것이고, 볼테르 자신이 위협을 느낀 사건이기도 했다. 그래서 그는 이 사건에 더욱 비판적이었고, 형법제도의 근본적인 개혁까지 생각하게 한 사건이었다. 그 결과가 1766년(출판은 1768년)의 『라 바르 기사의 죽음에 관한 보고』였다. 볼테르가 죽고 난 직후 파리에서 <라 바르 기사>라는 연극이 상연되었다. 그후 모든 종교적 범죄의 소멸을 말하는 경우에 항상 라 바르가 인용되어 자유사상의 상징이 되었다.

2. 볼테르의 형사법 사상

『범죄와 형벌』

앞서도 말했듯이 <형법학의 성서>라고 하는 벡카리아의 『범죄와 형벌』은 1764년에 출판되었으나, 우리말 번역은 1995년, 곧 물경 231년 뒤에야 번역되었다. 그래서 그런지 우리 나라에는 벡카리아가 231년에 말한 것들이 아직도 개선되지 않고 남아 있는 실정이다. 단적으로 그가 그렇게도 강력하게 주장한

사형 폐지는 우리의 경우 아직도 실현되지 못하고 있다. 그런데 우리말 번역은 원본의 이탈리아판에서 번역된 것이 아니라 영어판 증역이라는 점에서 문제가 있다.

이 책의 성립에는 1760년대 밀라노에서 생긴 젊은 계몽주의자 그룹의 영향이 결정적인 역할을 했다.¹⁵⁾ 벡카리아는 특히 프랑스 계몽주의의 『백과전서』, 몽테스키외의 『페르샤인예의 편지』, 디드르의 연극론 등과 함께 흠의 형이상학으로부터 지대한 영향을 받았다. 볼테르를 비롯한 프랑스 계몽사상가들이 벡카리아를 적극적으로 수용한 것은 바로 그런 사상적인 연결 탓이었다.

그런데 <형법학의 성서>라고 하는 등의 벡카리아 평가에 대해서는 최근 여러 가지 비판이 제기되고 있다. 특히 형사법 제도의 개혁자로서 그는 볼테르나 몽테스키외보다 못하다는 평가는 주목된다. 또한 벡카리아가 기본적으로 보수주의자였고, 『범죄와 형벌』도 보수적인 책이라고 하는 평가도 있다. 즉 혁명을 회피하기 위해 사회변혁 없는 범죄방지를 목표로 한 책이라는 것이다.¹⁶⁾

볼테르의 형법 개혁론

18세기 계몽사상을 대표하는 볼테르는 문학이나 철학으로도 저명하나, 라바르 사건을 경험한 1766년 이후 그 생애의 마지막까지 이룬 10여년은 재판비판과 형법개혁을 위한 투쟁으로 점철되었고, 그것은 그후 형법개혁운동의 모델이 되었다. 그런데 볼테르의 이러한 측면은 그다지 주목되지 못했다. 특히 한국에서는 볼테르에 대한 연구나 번역이 거의 전무하다. 이는 같은 시대를 산 루소에 대한 상당한 연구에 비하면 놀라운 일이다.

볼테르의 형법사상을 보여주는 최초의 책은 1766년에 출판된 『한 지방변호사에 의한, <범죄와 형벌>이라는 책에 관한 주석 *Commentaire sur le livre Des délits et des peines par un avocat de province*』(이하 『주석』으로 약칭함)이었고, 이어 죽기 1년 전인 1777년에 『정의와 인간애의 상 *Prix de*

15) Marcello Maestro, *ibid.*, p. 9, 46.

16) Philip Jenkins, Varieties of enlightenment criminology: Beccaria, Godwin, de Sade, *British Journal of Criminology*, vol. 24, no. 2, 1984, pp. 112, 117, 128.

la justice et de l'humanité (이하 「상」으로 약칭함)을 출판했다. 전자는 70대, 후자는 80대에 쓰여진 책이었다. 그는 죽기 직전까지 형법 문제에 관심을 집중했다.

앞에서도 말했듯이 벡카리아의 「범죄와 형벌」은 라 바르 사건 2년전인 1764년에 출판되어 유럽과 아메리카 대륙을 휩쓸었으나, 그 책에 대한 반발도 만만치 않았다. 예컨대 그 해, 그 책은 베니스에서 금서가 되었고, 1년 뒤 베니스에서 간행된 「〈범죄와 형벌〉이라는 제목의 책에 관한 주석과 논평 *Note e osservazioni sul libro imtitolato Dei delitti e delle pene*」은 어떤 수도사가 쓴 책으로서, 벡카리아를 크리스트의 적으로 규정하고서, 벡카리아의 책이 교회 성직자와 수도원 및 이단심문을 비난하고, 군주를 폭군으로 보며, 군주에게 사형을 부과하는 권리를 인정하지 않고, 개인의 이익을 사회의 이익보다 중요하게 보았다고 비판했다.¹⁷⁾ 이어 1766년에는 벡카리아의 책이 교황청의 금서목록에 포함되었고, 1777년에는 마드리드 종교법원에 의해 금서가 되었다.

볼테르의 책은 위의 수도사가 쓴 책에 반발하여 벡카리아의 책을 변호하기 위해 쓰여졌음은 그 제목에서도 알 수 있다. 볼테르는 1762년에 출판된, 통화에 대한 벡카리아의 최초의 책을 읽고 감동을 받았으며, 「범죄와 형벌」도 프랑스어로 번역되기 직전인 1765년에 읽고 동감했다.

그러나 볼테르를 형법개혁으로 이끈 것은 1766년의 라 바르 처형이었다. 당시 볼테르는 실방 사건에 관심을 집중하고 있었는데, 그 경우 실제 처형이 없었던 탓으로 상당히 낙관적이었다. 그러나 곧 라 바르가 참수되고, 라 바르의 집에서 압수된 볼테르 자신의 책도 불탄 탓으로 엄청난 충격을 받았다. 그래서 곧 스위스로 떠났다. 그곳에서 쓴 「라 바르 기사의 죽음에 관한 보고」는 정식 명칭이 <국왕 국무회의 변호사 캣상씨에 의한 벡카리아 후작앞으로>였다는 점에서도 볼테르의 벡카리아에 대한 경의를 읽을 수 있다. 그 전에도 볼테르는 벡카리아에게 <당신은 이성과 인간애를 위해서 분투하고 있다>라고 시작하는 찬양의 편지를 보냈다.

17) Marcello Maestro, *Cesare Beccaria and the Origins of Penal Reform*, Philadelphia, 1973, pp. 35-36.

볼테르의 『한 지방변호사에 의한, <범죄와 형벌>이라는 책에 관한 주석』은 판을 거듭했고, 영어, 독어, 이탈리아어, 네덜란드어로도 번역되었으며, 특히 『범죄와 형벌』의 부록으로 함께 간행되었다. 그 영어판은 볼테르의 저서로서는 처음으로 간행된 책이었다.

볼테르의 형벌론

볼테르의 책은 재미있다.¹⁸⁾ 『주석』은 18세의 아름다운 처녀가 방금 교수형을 당한 뉴스로부터 시작된다. 그녀는 실수로 갖게된 아이를 낳아 수치심으로 유기하였는데 아이가 다음날 사체로 발견되어 사형에 처해졌다. 여기서 볼테르는 그녀가 과연 사형을 당해야 하는가를 묻는다. <그녀는 아이를 죽인 것이 아니다. 그녀는 진심으로 누군가 지나가는 사람이 아이를 발견하여 돌보아 주기를 바랬다. 그녀 자신도 그 아이를 찾아 나서서 필요한 도움을 줄 작정이었다. 이러한 감정이 어머니의 마음이라고 추측되어야 할 지극히 자연스러운 감정이다. 그런데 그곳의 법은 그 소녀에 분명히 반대한다. 그러나 그 법이야말로 부정의이고, 비인간적이며, 유해한 것이 아닌가?>¹⁹⁾

법을 바라보는 볼테르의 기준은 정의, 인간에 그리고 유용성이다. 그는 이와 다음과 같이 말한다. <그 법은 자신의 아이를 죽인 자와 유기한 자를 구별하지 않기에 부정의이다. 그것은 또한 자신의 유약함과 불행의 결과를 숨기기에 급급한 것밖에 비난받을 수 없는 불운한 여성을 잔혹하게도 죽이는 점에서 비인간적이다. 그리고 그것은 사회로부터 한 사람의 시민을 빼앗는 것으로서, 그 시민은 인구감소가 개탄되고 있는 지역에서 국가에 복수의 신민을 주는 것임에 틀림이 없다는 점에서 유해하다.>²⁰⁾

18) 볼테르에 대한 일반적인 논의로는 Ira wade, *Studies on Voltaire*, Russel & Russel, 1967; Ira Wade, *The Intellectual Development of Voltaire*, Princeton University Press, 1969; A. Owen Aldridge, *Voltaire and Century of Light*, Princeton University, 1975; Jean Orieux, *Voltaire*, Doubleday, 1979; Peter Gay, *Voltaire's Politics*, Yale University Press, 1988; Peyton Richter & Ilona Ricardo, *Voltaire*, Twayne Publisher, 1980; William F. Bottiglia, *Voltaire: A Collection of Critical Essays*, Prentice Hall, 1968 참조.

19) 주석, 제1절.

볼테르는 정의의 차원에서 범죄와 형벌의 균형을 주장하고, 인간애의 차원에서 잔혹한 형벌 부과를 비판하며, 유용성의 차원에서 무익한 형벌의 전환을 촉구한다. 그리고 최종의 목표로 범죄를 예방할 수 있는 제도(에컨대 어머니의 명예와 아이의 생명을 동시에 구제하는 병원시설)를 주장한다. 그리고 형벌을 잔혹하게 만들지 않고, 범죄를 감소시키는 방법을 요구한다.

볼테르는 1771년, 『백과사전에의 의문 Questions sur l'Encyclopedie』의 <정의>항에서 무죄의 칼라스가 사형에 처해지고, 라 바르와 같이 3개월의 구금 형으로 충분한 자가 극형에 처해진 부정의의 사례를 들고서, 그것이 폭군이나 광신에 의한 것이라고 지적했다.²¹⁾ 이러한 죄형 균형의 문제는 백카리아의 『범죄와 형벌』이나 몽테스키외의 『법의 정신』에서도 하나의 장으로 다루어졌다. 나아가 볼테르는 극도의 불균형한 형벌의 부과는 범죄에 대한 공포심을 감소시키고 법 자체를 파괴한다는 것을 경고했다.²²⁾ 또한 <눈에는 눈, 이에는 이>라고 하는 탈리오의 법칙에 대해서도 유용성과 인간애의 차원에서 비판했고, 신분에 따른 형벌의 차별도 자연에 반하는 것으로 비판했다.²³⁾

당시의 종교적 범죄에 대해서 볼테르는 그것이 범죄가 될 수 없다고 한 점에서 당시 법률가의 통설과 특히 대립했다. 나아가 볼테르는 법전문가에 대해 불신하여 <법의 정신이 왜곡되어 있는가 아닌가>를 선언하는 것은 법률가만이 아니라, 모든 사람에게 위임된다. 국민 전체가 죄가 없다고 보고 존경하는 사람을 한줌의 인간들이 유죄로 판단하여 시형에 처하는 것은 비극적인 모순이다>라고 했다.²⁴⁾ 또한 법이 정하지 않은 형을 부과한 재판관은 모두 처벌되어야 한다고 하여 전횡적이고 자의적인 형벌 부과에 반대하며 <법이 처벌하는 것이 아니라 인간이 처벌하는 것이 아니다>라고 했다.²⁵⁾ 그리고 법은 국민이 제정하므로 우위라고도 설명했다.²⁶⁾

20) 주석, 제1절.

21) 이는 전집판 『백과사전 Dictionnaire philosophique』에 수록되었다.

22) 주석, 제15절.

23) 주석, 제5절.

24) 주석, 제15절.

25) 상, 제14, 19항.

26) 상, 제25항.

볼테르가 잔혹한 형벌 부과를 비판한 기준으로 삼은 <인간애humanité>란 1770년대부터 자주 사용되었고, 특히 대혁명기에는 의회 연설에서 가장 자주 등장한 말이었다.²⁷⁾ 볼테르는 인간애의 차원에서 특히 능지처참형을 폭군정치의 산물로써 비판하고 <신체형은 단순한 죽음을 넘어서는 허용될 수 없다>고 주장했다.²⁸⁾ 이는 대혁명후에 제정된 1791년의 형법전 제2조에 그대로 규정되었다. 그러나 생명의 자유라는 법리로부터 사형의 폐지를 주장한 백카리아와 달리 볼테르는 절대적인 사형폐지론자는 아니었다. 이러한 점은 루소가 사회계약의 차원에서 사형을 정당화한 것과 같았다.²⁹⁾

볼테르의 범죄론

앞서도 말했지만 볼테르는 국가 공인의 교의와 다른 이단을 처벌하는 종교적 범죄에 대해 비판적이었다.³⁰⁾ 마녀재판에 대해서도 10만명 이상을 사법이 살인한 것이라고 비판했다.³¹⁾ 볼테르는 자신이 관여한 라 바르 사건에 대해서도, 라 바르는 당시의 젊은이들이 그랬듯이 종교행렬에 무릎을 꿇지 않았다는 이유로 신에 대한 최대의 불경죄에 처해졌으나, 증거라고는 옛날 유행가를 술자리에서 불렀다는 것뿐이었다고 성토했다.

여기서 볼테르는 묻는다. 도대체 불경죄의 요건은 무엇인가? 신을 죽이는 것인가? 신의 존재를 부정하는 것인가? 그러나 라 바르는 그 어떤 짓도 하지 않았다.³²⁾ 그는 몽테스키외의 <신을 존경해야 하나, 그렇다고 신을 위해 보복해서는 안된다>는 말을 인용하여 <이 말은 공공질서의 유지를 포기하라는 것이 아니다. 그것은 『범죄와 형벌』의 저자가 옳게 말했듯이 벌레가 지고한 존재의 원수를 갚는다고 생각하는 것은 바보같은 것이다>라고 했다.³³⁾ 볼테르는

27) Shelby T. McCloy, *The Humanitarian Movement in Eighteenth-Century France*, University of Kentucky Press, 1957, pp. 1-4.

28) 상, 제26항.

29) 루소, *사회계약론*(1762년), 제2편 제5장.

30) 주석, 제3, 4절; 상, 제8항.

31) 주석, 제9절; 상, 제9항.

32) 상, 제10항.

33) 주석, 제5절.

그밖에도 종교적 문제를 재판으로 해결하려는 것 자체를 비판하여 법과 종교를 구별하고, 종교적으로는 관용, 법적으로는 탈주술화와 형벌 완화를 주장했다.³⁴⁾ 볼테르는 또한 당시에 교회법의 영향으로 중죄에 처해진 중혼과 간통, 이교도간의 결혼, 근친상간, 남색, 자살 등에 대해서도 그 법적 규제를 상대화하고자 했다.³⁵⁾ 즉 그는 시대를 초월하는 보편적 의무와 지역에 따라 상이한 특수적 의무를 구별하여 혼인규제를 포함한 종교규제는 후자라고 보고, 후자에 대한 엄벌은 불합리하며, 도리어 도덕으로 규제해야 한다고 주장했다.

특히 간통에 대해 그것의 금지는 남자들이 자신의 아내를 재산으로 생각한 탓이었으나, 이제는 시대가 변하여 처벌할 수 없게 되었다고 주장했다.³⁶⁾ 또한 당시에는 중대한 범죄였던 자살에 대해서도 그것이 십계의 <죽이지 마라>에 자살이 포함되었고, 사람은 국가의 소유라고 하는 사고에서 비롯되었으나, 성서가 자살할 지경에 이른 사람의 죽음을 금지한 것이 아니라고 비판했다.

볼테르의 형사소송론

볼테르는 1670년의 형사왕령이 <오직 피고인을 파멸시키려고 한 것으로 생각된다. 그것은 왕국 전체에 통일적인 유일한 법률이다. 그것은 죄인에게는 두렵고, 죄없는 자에게는 유리한 것이 되어야 하지 않는가?>라고 말했다.³⁷⁾

그는 먼저 로마 형사법을 말한다. <로마에서는 증인이 공개리에 피고인의 면전에서 물어지고, 피고인은 증인에 답할 수 있었으며, 거꾸로 스스로 질문하는 것도, 또는 변호사를 세울 수도 있었다.>³⁸⁾ 이에 비해 프랑스에서는 모든 것이 비밀이다. 즉 재판관 한 사람이 서기와 함께 증인을 한사람씩 심문한다. 볼테르는 이것이 라틴어를 잘못 읽은 탓이라고 말한다. 곧 증인을 <비밀>로 심문한다고 하는 <비밀secretum>이란 재판관실을 뜻한다는 것이다.

이러한 비공개는 심리절차는 피고인을 파멸시키는 요인이 된다. <증인들은

34) 주석, 제7절; 상, 제11항.

35) 상, 제12-14항.

36) 상, 제12항.

37) 주석, 제22절.

38) 주석, 제22절.

보통 하층 민중이고, 재판관은 그들과 밀폐되어 자신이 바라는 어떤 것도 말하게 할 수 있다.>³⁹⁾ 그리고 그것을 변경하면 위증죄로 처벌 받으므로 처음의 위증을 끝까지 유지할 수밖에 없다. 그러면 재판관은 무죄인 자에게 유죄판결을 언제나 내릴 수 있다.

또한 그는 영국의 배심제를 찬양한다. 그곳의 배심원은 피고인의 변호사와 같은 것이었으나, 어떤 피고인에게도 2명의 변호사를 채용할 수 있게 되었는데, 이는 배심원은 사실을 판단하는 재판관이고, 변호사는 법해석의 전문가이기 때문이다. 그래서 볼테르는 <프랑스의 형사법전은 시민을 파멸시키고자 하나, 영국의 그것은 시민을 구제하기 위한 것이다>라고 말한다.⁴⁰⁾

나아가 금전이 문제되는 민사에서는 변호사가 인정되는데, 생명이 문제되는 형사에서는 변호사가 인정되지 않는 점을 비판한다.⁴¹⁾ 변호사가 없기 때문에 피고인은 도망할 수밖에 없다. 그러나 실방 사건에서 보듯이 결석재판은 피고인에게 지극히 불리하다. 도망했다는 사실만으로 무죄의 자가 유죄 판결을 받기 때문이다. 게다가 민사에서는 원고의 주장이 입증되어야 하나, 형사에서는 그렇지 않다.

더욱 중요한 문제는 고문이다. 볼테르는 고문은 피고인에게 진실을無理하게 이끌어내려는 소송절차이자 투옥의 혐의를 부과하기 위한 하나의 형벌이라는 점에서 사형 자체보다 극심한 것이라고 비판했다. 볼테르는 로마에서는 네로와 같은 황제도 단 한 사람의 시민을 고문한 적이 없고, 영국, 러시아, 독일에서도 이미 고문이 폐지되었고 범죄는 늘지도 않는데, 왜 프랑스에는 여전히 남아 있는가 하고 개탄했다.

<프랑스에서 법전을 대신하는 책에 나오는 것은 다음과 같은 무서운 단어뿐이다. 즉 사전 고문, 가고문, 보통 고문, 특별 고문, 증거유보 고문, 증거유보무 고문, 2인 재판관 입회하 고문, 의사 입회하 고문, 비임신여성 고문, 이러한 책들은 모두 형리에 의해 편찬된듯하다.>⁴²⁾ 따라서 결론은 분명하다. <문명의

39) 주석, 제22절.

40) 상, 제23항.

41) 주석, 제22절.

42) 상, 제24항.

진보를 자랑하는 국민은 인간애에 넘치는 것으로도 자랑스럽다고 생각해야 되지 않을까? 그것이 단지 관습이기 때문이라고 하는 구실만으로 비인간적인 실무를 고집해야할까?>43)

또한 볼테르는 판결문에 판결의 이유가 없는 점을 비판하고, 형집행 전에 판결문이 공시되어야 한다고 촉구했으며,44) 재심의 비용이 높아 재심을 청구하고자 해도 가족이 빈곤에 빠진다는 점 등을 비판했다.45)

볼테르 사상의 계승

볼테르의 형법개혁 사상은 어떻게 계승되었는가? 먼저 당시 학문활동의 중심이었던 아카데미의 현상논문을 통해서 살펴보자. 아카데미는 국왕에 의해 인가된 특권적인 학술단체로서 1635년에 시작되어 계몽사상의 중심이 되었다. 18세기의 아카데미 현상논문으로 우리에게도 알려진 것은 루소의 『학문예술론』(1750년)과 『인간 불평등 기원론』(1755년)이다.

아카데미 현상논문의 주제로 형법개혁이 나타난 것은 볼테르가 죽은 1년 뒤인 1779년 이후였다. 그해의 당선 논문들은 근본적인 형법개혁을 요구했고, 형사절차에서는 소송의 공개, 피고인에 대한 선서 강요의 금지, 고문의 폐지, 변호의 완전한 자유, 자유 심증의 체계, 배심재판의 요구와 같이 볼테르의 사상을 잇는 것이었다. 이러한 논문은 이어 계속 나타났다.

형법개혁의 중심을 이룬 또 하나의 중요한 문건은 변호사들이 작성하는 소송취지서였다. 이는 당시 형사재판에서 변호가 인정되지 않은 현실에서 중요한 피고인 변호 자료였다. 그것은 1만부 이상까지 팔리는 베스트셀러가 되었을 정도로 대중적인 인기를 얻었다. 당시에 신문이 보통 2천부 정도 팔렸으므로 그야말로 놀라운 인기였다고 할 수 있다. 여성들에게도 소설 대신 소송취지서가 읽힐 정도였다. 따라서 그것으로 인해 변호사의 역할이 사회적으로 크게 변했다. 작가와 법률가를 구별할 수 없게 되었다는 평가도 있다.46) 모차르트가 작

43) 주석, 제12절.

44) 주석, 제23절.

45) 상, 제22항 제2절.

46) David A. Bell, *ibid.*, pp. 152-154.

곡한 『피가로의 결혼』의 작가로 유명한 보마르세도 베스트셀러가 된 몇 편의 소송취지서를 썼다.

계몽기의 배심제 도입론

이러한 노력 끝에 행해진 실제의 형법 개혁은 1780년의 감옥 개혁과 사전 고문의 폐지로 시작되었다. 그러나 근본적인 개혁은 역시 프랑스 대혁명 이후에 본격적으로 전개되었다. 그 중에서도 가장 중요한 것이 배심제의 도입이었다. 그것은 구체제 규문주의형 형사소송과의 결정적인 단절을 뜻하는 것이었다.

즉 배심제의 도입은 필연적으로 자유심증주의를 채용하게 만들었다. 왜냐하면 배심제의 채용에 의해 당사자가 증언 및 증거 그리고 그것을 둘러싼 토론을 직접 배심원에게 제시하고(당사자주의, 서증배제=직접주의=구두변론주의), 그 인상으로부터 배심원이 자유롭게 심증을 형성하는 것(자유심증주의)을 요구하는 것이었기 때문이다.

몽테스키외는 『법의 정신』에서 고대 로마에서는 배심원이 영국의 그것과 같이 피고인이 유죄인가 무죄인가를 결정할 뿐이고, 형벌은 법에 부과된다고 했고,⁴⁷⁾ 이어 아테네와 같이 재판권력은 인민의 단체로부터 일정 기간만 선출되는 사람들에 의해 행사되어야 하고, 범죄인이 배심원을 기피할 수도 있어야 하며, 배심원은 피고인과 같은 신분이어야 하고, 그들은 법의 언어를 말하는 입에 불과하며, 그 힘이나 엄격함은 완화되어서는 안된다고 주장했다.⁴⁸⁾ 그러나 몽테스키외는 귀족이 재판을 받는 경우에는 귀족으로 구성되는 특별한 재판기관이 담당해야 한다고 주장했다.

다음 백카리아가 『범죄와 형벌』에서 배심제를 주장한 부분을 읽어보자. 이는 제7장 <증거와 재판형식>에 나오는 부분인데, 그 앞장들에서 저자는 <형벌의 기원과 형벌권>(제2장), <법적 귀결>(제3장), <법의 해석>(제4장), <법의 애매성>(제5장), <미결구금>(제6장)에 대해 설명했다. 그리고 제7장에서는 증거의 종류를 설명하고, 이어 다음과 같이 서술한다.

47) 법의 정신, 제6편 제3장.

48) 법의 정신, 제11편, 제6장.

그러나 증거의 심증적인 확실성은 정확히 법정되기는 곤란하고, 그보다 감각적으로 느끼기에 용이한 것이다. 이 점에서 나는 주심판사에게도 추첨으로 선정된 몇 명의 배심원을 두어 그를 보조하게 하는 법제가 낫다고 본다. 왜 그런가 하면, 판결함에 있어서 무지한 자는 직감에 의해 판단하기 때문에, 불확실한 견해에 의거하여 판단하는 법률 전문가보다 오히려 잘못을 범할 가능성이 적은 탓이다.

법이 명확하고 정밀하게 되어 있다면, 법관의 임무는 사실의 확인뿐이다. 범죄의 증거를 조사하는 데 능력과 수완이 요구된다면, 또 증거조사로부터 결과를 도출해내고, 그 결과에 대한 법적 판단을 내리는 데 명확성이 필요하다면, 그것은 보통의 상식으로 충분하다. 보통 사람의 상식은 확실히 전문법관의 지식보다 틀릴 가능성이 적다. 사람들을 유죄로 판결하는 데 오랫동안 익숙해진 법관은 언제나 사물을 그가 받은 교육에 따라 만들어진 인위적인 체계로 환원하는 경향이 있다.

법률에 대한 지식이 일종의 <학문>으로 될 필요가 없는 나라는 얼마나 행복한가?

또 각자가 동일한 신분의 사람에 의해 재판받도록 하는 법률은 현명하고도 유용하다. 왜냐하면 문제가 어떤 시민의 자유와 재산에 관련되어 있는 경우, 신분의 불평등이 야기시킬 감정은 이 경우 개재될 수 없기 때문이다. 그리고 이런 재판에서는 힘있는 자가 약자에 대해 갖는 우월감도, 하류층이 상류층에 대해 갖는 경멸감도 작용할 여지가 없다.

그러나 만일 어떤 범죄의 범인과 피해자가 다른 신분에 속해 있는 경우, 재판관의 절반은 피고인과, 다른 절반은 피해자와 같은 신분에 있는 자로 구성하는 것이 마땅할 것이다. 그렇게 하면 아무리 노력해도 대상에 대하여 우리들의 눈을 왜곡시키는 사적 이해관계 사이에 세심한 균형이 잡힐 것이고, 오직 법률과 진실만이 말해지게 될 것이다.⁴⁹⁾

다음 볼테르는 『주석』에서 칼라스 등이 배심원에 의해 재판을 받았다면 상황 증거만으로 유죄가 되지는 않았을 것이라고 주장했다. 이어 그는 『파리

49) 벵카리아, 위의 책, 49-50쪽. 단 번역문은 필자에 의해 약간 수정되었다. 특히 마지막 문장은 번역서에서 오역되었기에 완전히 고쳤다.

파르르망 법원의 역사』(1769년)에서 동일 신분의 자에 의해 재판을 받을 권리는 그리스, 로마로부터 영국의 배심제에 이르기까지 오랜 역사를 지니며, 재판에 참여없이 재판만 받는다면 노예일뿐이라고 말했다. 이러한 배심제의 주장은 혁명기에 더욱 적극적으로 전개되어 마침내 채택되었다.

혁명기의 형사법 개혁

구체제의 정의는 <국왕>을 비롯한 복잡한 여러 권위에서 비롯되었으나, 혁명후의 정의는 오직 <법>에서 비롯되었다. 전자의 경우 앞서 보았듯이 죄형은 자의적인 응보형이고, 종교적 범죄는 물론 자살도 처벌되었으나, 혁명후에는 죄형법정의 교육형으로 바뀌었고, 종교적 범죄와 자살에 대한 처벌이 금지되었다. 즉 1789년의 인권선언은 죄형법정주의를 선언하고, 1791년 형법전은 사면, 신분에 의한 상이한 형벌, 종신형도 폐지했다. 그 초안에서는 사형도 폐지되었으나, 형법전에서는 살아 남았다.

사법제도 전반의 개혁은 1790년에 행해졌다. 즉 각 종래의 재판기구를 지역적으로 평등하게 설치하는 것으로 개혁하고, 파기법원이 설치되었다. 그리고 재판관의 매관제를 철폐하고, 모든 재판관은 원칙적으로 공선하며, 중죄법원에 배심제가 도입되었다. 또한 변호사회가 폐지되었으며, 변호 업무가 자유화되었다. 이는 앞서도 말했듯이 <법전문가주의>가 <법일반인주의>로 대체되었다고 하는 것을 뜻했다. 1793년, 반혁명 범죄를 재판하는 단심의 혁명법원이 설치되어 사법의 정치화가 가속화되었다. 우리는 그 재판의 사례를 뒤의 단통 재판에서 볼 수 있다. 그후 나폴레옹이 집권하고 제정한 1800년 법원구성법이야말로 지금까지의 프랑스 사법제도의 기본을 형성한 것이었다. 그것에 의해 항소법원이 신설되고, 재판관 선거제가 임명제(치안판사는 공선)로 바뀌었다. 그리고 1804년 민법전이 성립되었고, 법학교가 설립되었으며, 변호사회가 부활되었다는 점에서 <근대법>의 출발로 평가된다.

드레뤼스 사건과 졸라

마지막으로 드레뤼스 사건을 간단히 살펴보자. 그것은 1894년 프랑스 군대

에서 반역행위가 발각되면서 시작되었다. 그리고 유태인이라는 이유로 스파이 혐의를 받아 드레퓔스(1859-1935)가 종신유배형을 받았다. 이후 이 사건은 잊혀졌으나 3년이 지난 1897년 파리의 다락방에서 친구인 화가 폴 세잔과 공동생활을 하며 소설을 써서 유명해진 졸라가 드레퓔스를 옹호하는 <나는 고발한다>라는 공개 편지를 신문에 실었다. 졸라는 군을 <범죄집단>으로 불러 명예 훼손죄로 고소당하여 벌금형을 선고받았다.

그러나 드레퓔스 재판을 다시 검토해야 한다는 여론은 그치지 않았다. 그러나 확정 판결의 권위는 강력했으므로 특별법이 제정되어 1899년 재심이 행해졌다. 반면 반대 여론도 거세어 드레퓔스의 변호사는 숙소를 얻지도 못하고 법원에 가는 도중 총격을 당할 지경이었다. 변호사를 재워준 교수 부부는 그후 결국 살해 당했다. 드레퓔스는 10년으로 감형되고 10일 뒤 특사로 풀려났다. 이어 1906년 대법원은 그 판결을 무효로 했고 드레퓔스는 복권되었다.

이 사건은 20세기의 중요한 사회운동과 사회발전의 초석이 되었다. 먼저 이 사건을 계기로 언론에 등장하는 작가나 학자들이 <지식인>이라고 불려졌다. 또한 이 사건을 계기로 프랑스에서는 정교분리를 원칙으로 하는 공화국이 1905년에 탄생했다. 그리고 드레퓔스 무죄 투쟁기에 <인권연맹>이 출현했다. 또한 유태인들이 박해를 피해 팔레스타인으로 가고자 한 시온주의 운동이 시작되었다. 반면 이 사건에 불거진 민족주의자들에 의해 그후 제1차 세계대전이 터졌다. 그러나 무엇보다도 중요한 것은 정치사에 여론의 중요성이 부각된 점이었다.⁵⁰⁾

50) 중요한 문헌으로는 G. W. Stevens, *The Tragedy of Dreyfus*; Leslie Derfler, *The Dreyfus Affair*, Heath, 1958; Leslie Derfler, *The Dreyfus Affair: Tragedy of Error*, Heath, 1963; Douglas Jhonson, *France and the Dreyfus Affair*, Blandford Press, 1966; Guy Chapman, *The Dreyfus Trials*, Stein & Day, 1972; Egal Feldman, *The Dreyfus Affair and the American Conscience, 1885-1906*; Jean-Denis Bredin, *The Affair: The Case of Alfred Dreyfus*, Braziller, 1986; Robert Louis Hoffman, *More than a Trial: The Struggle over Captain Dreyfus*, Collier Macmillan, 1980; Norman L. Kleeblatt (ed.), *The Dreyfus Affair: Art, Truth and Justice*, University of California Press, 1987; Michal Burn, *Rural Society and French Politics: Boulangism and the Dreyfuss Affair, 1886-1900*, Princeton University Press, 1984; Peter Lefcourt, *The Dreyfus Affair: A Love Story*, Random House, 1992.