身體의 自由와 現代의 問題狀況(上)

東國大 法大 敎授 韓 相 範

一. 身體의 自由의 본래의 뜻

身體의 自由는 그 본바탕에 깔린 역사적인 흐름속에서 제기되었던 問題意識과 그에 따른 理念과 制度의 전개과정을 이해하지 않으면 바르게 인식할 수 없다. 이 말은 다른 각도에서 따져 보면 身體의 自由의 보장이란 形式的인 法律制度의 정립으로 그칠 수 없는 정치의 문제이고 동시에 문화수준의 문제이기도 하다는 것을 지나쳐서는 아니되겠다고 하는 것이다. 한 가지 예로서 政治權力이 국민을 업신 여기는 政治風土에서는 아무리 신체의 자유를 보장하는 법률제도가 있다고 해도 별로 큰 의미가 없는 것이다. 또 그 사회에서 문화나 생활양식이 생명을 함부로 다루는 곳에서는 신체의 자유는 고사간에 마음놓고 살아갈 수도 없다는 것을 일본의 "사무라이"가 배가르고 자살하기를 美德으로 행하고 있었을 때에는 백성들의 목이 언제 무우 잘리듯 할지 몰랐던 사례만 들어 봐도 알 수 있다. 인간자체에 대한 멸시와 학대가 횡행하는 곳에선 身體의 自由는 커녕 자기 몸둥이가 제대로 부지하는가 하는 것이 문제인 것이다. 여기서 身體의 자유라고 할 때에 그것은 단순히 物理的인 拘束의 문제에 그치는 것이 아니라는 것은 상식에 속하는 일이다.

身體의 自由라고 할 때에는 우선 物理的인 拘束을 당하지 아니하고 신체활동을 할 수 있는 것을 생각한다. 물론 그것이 핵심이 되는 내용이지만, 그 前提로서 生命保存의 權利가 보장되어야 하며. 생명보존의 권리라고 하는 것은 生命尊重의 風土에서 말할 수 있고 또 생명존중의 풍토인가 여부는 그 사회에서 인간이 恐怖로부터 해방되어 자유로이 살아가고 있느냐 하는 것으로 그 징표를 찾아 볼 수 있는 것이 아닌가? 여기서 신체의 자유가 물리적 구속의 문제에 그치지 아니하는 社會政治的 與件의 문제라고 하는 점을 확인해 볼 수 있는 것이다. 그러면 英國에서의 신체의 자유의 보장제도는 어떠한 사회 정치 문화의 풍토에서 발달하였는가 하는 점을 좀더 法律의 形式論理의 次元을 넘어서 살펴봐야 할 것 같다.

英國의 立憲主義의 발달에 중대한 역사적 사건으로 삼는 마그나 칼타는 신체의 자유의 보장제도의 초석이 된 문서로 꼽고 있다. 13세기초에 제정된 이 文書는 원래 封建的인 契約文書에 지나지 않는 것이지만, 國王의 權力을 法의 이름으로 제한하였다고 하는 점을 지적한다. 그런데 그것과 함께 주의하여야 할 것은 王權의 橫暴에 스스로의 힘으로 대결하여 자기를 방위할 수 있었던 貴族의 세력이 있었기 때문에 專制王權으로 굳어지지 않으므로써 그것이 이른바 法의 支配로 발전할 수 있는 실마리가 되었다고 하는 점일 것이다. 당시의 마그나 칼타의 혜택을 누리는 주체는 주로 貴族層이었지만, 그것이 시일이 갈수록 일반 신민(臣民)에게까지 점차 범위가 확대되어 갔을 뿐만 아니라, 그것이 專制王權의 權力에 한계를 설정하므로써 신체의 자유의 보장면에서도 크게 공헌하는 바가 되었다.

원래 身分制 社會에서는 人間의 가치가 그 주어진 身分에 따라서 높고 얕음의 差異 내지는 差別이 있는 것이지만, 일단 귀족에 의한 왕권에 대한 견제는 후에 市民階級이 성장함에 따라 시민의 정치적 사회적인 지위 향상에 도움이 되었던 것이다. 여기서 自由의 保障을 위한 制度的인 裝置로서 國會를 통한 견제와 또 국회가 제정한 법률에 의한 합법성의 보장을 관철하는 것이었다. 특히 그것은 오랜 전통을 지니고 국왕권력에 견제해 온 司法制度와 거기서 싹터서 발전되어 온 普通法이라고 하는 裁判官이

만든 法理가 법률생활의 주도적인 원리로써 작용해 온 보통법의 지배의 관행의 확고한 정착을 들 수 있다. 그런데 여기서 거듭 말하지만 이를 뒷받침하여 온 것은 裁判過程에 市民이 참여하는 배심제도(陪審制度)를 통해서 그것이 가능하였다고 하는 점을 지나쳐 버려서는 아니 된다. 國會에 市民의 목소리가 반영되고 裁判에 市民의 입김이 스며드는 市民參與의 조건속에서 英國의 立憲主義와 그 일환으로서의 시민의 신체의 자유는 꽃피운 것이라는 점을 잊어서는 아니될 것이다.

二. 身體의 自由保障制度에 대한 英美法的인 遺産과 大陸法的인 遺産

다른 自由와 權利도 그러하지만, 身體의 自由는 특히 보장받는 主體의 主體的이고 能動的인 노력이 없이는 얻을 수 없다는 것을 英美法系의 權利文書는 그 자체가 생생하게 알려주고 있다. 13세기의 마그나 칼타는 그 제정경위 자체가 王權에 대한 투쟁에서 비롯된 것이라고 함은 이미 말하였거니와 다른 權利文書도 사정은 흡사하다. 1628년에 제정된 權利請願은 찰즈 1세가 對外戰爭費用을 염출하기 위하여 法律에 근거없이 강제로 금전을 모으고 이에 응하지 아니하는 사람들을 無法하게 투옥하고 이들에게 人身保護令狀의 발급도 거절하는 등, 영국의 傳統的인 法治의 慣行을 무시하는 國王에 대한 항의에서 발단되었다. 國會의 庶民院이 上院과 협력하여 제정, 1628년 5월 28일에 양원을 통과해 6월 2일에 국왕에게 제출하였으나 국왕은 그에 대한 회답을 피하려고 하였다. 이에 대하여 兩院은 國王에게 강경한 태도로 임하자 마침내 국왕을 굴복, 여기서 權利請願이 성립하기에 이른 것이다.

權利請願(1628)의 본래의 이름은 〈이 國會에 소집된 僧俗의 貴族 및 市民에 의하여 국왕 폐하에게 봉정되고 이에 대하여 폐하가 國會全體에게 勅答을 내린 請願〉이라고 되어 있다. 이러한 형식의 청원이므로 사실상으로는 국왕이 이에 응하지 않으면 아니되겠끔 되어 있다고 하는 그나름의 강열한 요구가 있고 만일 王權이 이에 응하지 아니한다고 하면 英國의 歷史는 다시 새로이 기록되지 않으면 아니 되었을 것이다. 이 請願의 身體

의 자유에 관한 부분만을 여기서는 살펴 보기로 한다. 〈3항〉은 同輩에 의한 合法的 裁判, 國法에 의하지 아니하고 하는 체포 구금·자유박탈·법의 방치나 추방 등의 금지를 어긴 國王의 非違를 지적하고 있고, 〈4항〉은 法이 정한 正當한 節次에 의하여 答辯의 機會가 부여되지 아니하고는 추방·체포 구금·상속권 침해·사형금지 등이 보장되어 있는 것을 어겨 왔음을 〈5〉항에서 지적하면서 또한 人身保護令狀制度가 거부되어 온 것이 규탄되고 있다. 〈7항〉에서는 大憲章(마그나 칼타) 및 國法이 정하는 바에 의하지 않으면 生命이나 身體에 대한 침해를 가할 수 없음에도 불구하고 이를 위반하였음을 상세하게 지적하고, 이어서 수권장(授權狀)에 의한 군법시행에 의한 생명신체의 침해에 대한 규탄이 있고 〈8항〉에서는 "위에 든 수권장을 구실로 몇 사람의 폐하의 시민이 위에 든 관리중의 몇 사람에 의하여 죽음을 당하다. 이 경우에 만이 그들이 나라의 법률에 따라 사형을 받아야 마땅하다면 그들은 그 나라의 법률에 따라 재판을 받아 처형될 것이지 다른 법률에 의하여 재판받고 처형될 것은 아니다."라고 하고 있다. 〈9항〉도 계속하여 수권장 남용에 대한 규탄으로 특히 그러한 권력 남용의 범법자들이 처벌을 모면하고 있는 사실의 不法·不當性이 지적되고 있고 끝으로 〈10항〉에서는 수권장은 철회되어야 하고, 또한 무효임을 또 향후 그러한 수권장 발행이 있어서는 아니 된다고 하는 것을 밝히고 있다. 이 文書는 形式은 請願이지만, 실제로는 國會의 意思를 國王에게 요구한 것이고 또 국왕이 그것을 수락하는 칙답을 내리지 않을 수 없는 구속력을 가지고 있었다는 점에 그 뜻이 있다.

英美法이 인류에게 물려준 훌륭한 유산 가운데 하나는 인신보호영장제도(人身保護令狀制度)이다. 우리에게는 그것이 구속적부심사제도(適否審査制度)라는 형태로서 알려지고 있다. 재판관앞에 "신체를 제출하라"는 令狀이란 뜻에서 인신보호영장(writ of habeas corpus)이라고 한다. 원래는 이 제도는 裁判의 원활한 진행을 도모하기 위하여 관계 당사자를 출정시키는 强制措置였고 또 국왕의 재판권을 領主나 지방의 裁判所에 대항하여 강화하는 수단으로서 이용된 것이기도 하였지만, 후에는 普通法裁判所가

국왕의 악명높았던 衡平法裁判所인 星室裁判所(court of star chamber)에 해당하기 위한 수단이 되었다. 이러한 제도의 운영과정을 통하여 人身保護의 유력한 보루가 되기에 이른 것이다. 人身保護法이라고 하는 단행법이 제정된 것은 1679년으로 되어 있으나, 1628년에 권리청원에 國王이 人身保護令狀을 거부한 것의 不法性을 지적한 것이 기록되고 있음은 이미 본 바 있거니와 1640년의 星室裁判所를 폐지한 법률에도 이에 관한 규정이 있다.

그러나 그러한 규정은 재판소가 休廷中에는 인신보호영장의 발부를 거부할 수 있게 했고 또 이에 의하여 석방될 사람을 해외로 빼돌리기도 하였다. 1679년의 人身保護法은 그러한 폐단을 시정하자는 목적으로 제정된 법률로서 그 원래 법률 이름은 "신민(臣民)의 자유를 보다 잘 보장하고, 해외에서의 감금(監禁)을 방지하기 위한 법률"이다. 이 법률이 제정된 당시에는 범죄 피의자로 구속된 자에게만 적용되었으나, 그후 비형사적(非刑事的) 사건에도 적용되기에 이른다.

英國市民革命의 완성은 名譽革命에 이르러서 절정에 이른다. 이 명예혁명은 무혈(無血)혁명이란 뜻에서 부쳐진 말이라고 하지만, 딸과 사위가 아비와 장인을 쫓아내고 왕의 자리를 빼앗았다는 점에서 보면 東洋倫理로서는 "명예로운 혁명이란 말은 쓰지 이니 할른지 모르지만, 영국인들은 아무런 꺼리낌없이 명예혁명을 자랑스럽게 생각하고 있다. 거기에는 그나름으로 이 혁명이 지닌 歷史的인 意義가 있으리라고 본다.

名譽革命의 경과는 두루 아는 사실이지만, 이를 간단히 경위를 살펴보면 1685년에 즉위한 제임스 2세가 舊敎를 강요하는 정책을 실시하여 新敎徒의 세력인 議會측과 반목하기에 이르고 이에 의회 세력은 국왕의 큰 딸인 메리의 남편인 오렌지공(公) 윌리암과 내통하여 국왕 타도에 성공하기에 이르는 일련의 드라마가 전개되는 것이다. 경위야 어떠하든 이 혁명이 지닌 역사적인 의의는 참으로 중대한 것이라고 하겠다.

이 革命에서는 議會가 國王이 될 사람들에게 국왕이 되는 조건으로 제시한 것이 바로 이 〈權制章典〉이다. 그렇기 때문에 이 권리장전에서는 먼

저 前王의 非行을 항목 별로 나열하고 있다. 여기서 신체의 자유에 직접으로 관계되는 항목을 인용해 보면 다음과 같다.

1. 〈9〉 또한 최근 심리(審理)에 있어서 불공평하고 부패했으며, 또 자격이 없는 陪審員을 선정하여 그 임무를 맡겼다. 특히 대역죄(大逆罪)의 審理에 관해서는 自由土地保有者가 아닌(따라서 대역사건의 배심원이 될 자격이 없는)자가 많았었다.

〈10〉 刑事事件으로 수감된 사람에게 대하여 臣民의 自由를 위하여 만들어진 법률을 이용하는 것을 회피하기 위해 과다(過多)한 보석금(保釋金)을 요구하였다.

〈11〉 과다(過多)한 罰金을 부과하였다. 불법하고 잔혹한 刑罰을 가하였다.

〈12〉 有罪의 決定 또는 判決이 나기 앞서 그 사람에게 부과될 罰金 또는 沒收에 관하여 약간의 권리의 부여 또는 약속을 하였다.

이들 모든 것은 이나라의 法律 및 自由에 완전히 또 직접으로 배반되는 것이다.

이에 따라 의회가 선언하여 국왕의 즉위에 조건으로 인정하게 된 것을 보면 다음과 같다.

〈10〉 過多한 保釋金을 요구하여서는 아니 된다.

〈11〉 陪審名簿에 이름이 오르는 사람은 正當한 方法으로 選任되어야 하며, (그 가운데서) 배심원은 정당한 방법으로 선임되어야 한다. 또 大逆罪로 訴追된 사람의 심리를 하는 배심원은 자유토지보유자가 아니면 아니 된다.

〈12〉 有罪의 決定이 있기 전에 그 자에게(부과될) 벌금 또는 몰수에 관하여 권리의 부여 및 약속을 하는 것은 모두 違法이고 無效이다.

그 후 王位繼承法(1701)이 이 법률 3에서 裁判官의 身分을 보장하므로써 身體의 自由의 節次的인 保障의 측면에서 보다 확고한 것이 되게 끔 하였다. 그밖에 신체의 자유의 보장과 관련해서 꼭 적어둬야 할 것은 英國은 美國보다 30여년을 앞서서 奴隸制度를 폐지하였다는 점이다. 근대 西方文

明의 가장 恥部이고 人權의 白人中心的인 생각을 드러내는 것이 노예제도와 人種差別이다. 영국의 奴隷制廢止法은 1833년 8월 22일에 제정된 이 법률의 본래의 명칭은 "영국의 모든 식민지에서 노예제도를 폐지하고, 해방된 노예의 근면을 촉진하고 또 종래 이들 노예의 노무를 받는 권리를 가졌던 사람들에게 보상을 부여하는 법률"이라고 되어 있다. 이 법률의 제정을 계기로 각국에서 노예제폐지운동이 크게 추진되게 이르렀음은 말할 것도 없다.

1776년의 독립선언을 시발로 독립혁명을 완성하여 새 共和國을 창건한 美國은 비록 英本國으로 부터 이탈하였지만, 영국법제의 계승자인 점은 변함이 없다. 오히려 그들이 獨立의 이유가 英國法이 보장하는 自由와 權利의 향유를 가로막는 본국 정부의 불법·부당한 처사에 항의하는 데서 독립혁명이 발달된 것이라고 해야 할 것이다.

獨立宣言에서도 영본국과 독립하여야 할 이유로 제시한 항목중에서 사법적 정의(司法的 正義)의 不在를 비롯한 배심에 의한 재판을 받을 권리의 제약과 恣意的인 人身침해 등이 지적되고 있는 것을 볼 수 있다. 1787년의 연방헌법에서 본문 제 1 조에서 탈권법(奪權法)의 금지규정을 일찍부터 정하고 있었다. 그러나 그것도 부족하다고 생각되어 1791년의 추가된 修正 10개조에서는 신체의 자유에 관한 규정을 다음과 같이 상세하게 정하기에 이른다. 여기서 조문별로 그 요지를 살펴보면 다음과 같다.

수정 제 4 조·不當한 搜索 逮捕의 금지와 令狀制度의 보장

수정 제 5 조·大陪審에 의한 起訴가 없이는 死刑 또는 파렴치죄의 책임부과금지. 2중 처벌(위험)의 금지. 默秘權의 보장. 適法節次에 의하지 아니하고는 生命·自由 등 인권제한의 금지.

수정 제 6 조·公平한 陪審에 의한 迅速한 公開裁判을 받을 권리 및 고소의 성질과 이유 등을 告知받을 權利. 불리한 증인과의 대심을 하고 강제 절차에 의한 증인을 확보할 권리. 辯護人 依賴權.

수정 제 7 조·普通法上의 사건에서 陪審裁判을 받을 權利.

수정 제 8 조·過多한 額數의 保釋金 요구나 過重한 罰科金의 부과금지.

잔혹하고 이상한 刑罰의 부과금지.

이상의 규정은 수정 조항 10개조에서 5개조인 절반에 이르고 있다. 이러한 점 하나만으로 봐도 身體의 自由에 대한 배려가 얼마나 치밀하였는가 하는 점은 엿볼 수 있다.

그러면 다음에는 大陸法系 나라의 身體의 自由에 관한 理念과 制度를 프랑스革命을 전후하여 대강 살펴보기로 하자. 議會制度가 발달하지 못한 체 專制王權의 오랜 지배를 받아 온 대륙계 나라 가운데서 가장 일찌기 계몽사상(啓蒙思想)이 꽃피운 18세기 후반의 프랑스에서는 專制政權의 야만적인 拷問, 刑罰, 부당한 人身拘束과 구금제도의 남용에 대한 날카로운 批判意識이 싹트고 있었다. 당시의 대표적인 계몽사상가인 볼테르는 그가 쓴 《哲學辭典》(1764)에서 死刑制度의 矛盾性을 다음과 같이 꼬집고 있다. 즉 "인간이 어머니의 뱃속에 있을 때의 植物상태와 최초의 유년시대의 상태인 순연한 動物상태에서 이성(理性)이 성숙하기 시작하는 상태에 이르기까지는 20년을 필요로 한다. 인간의 구조를 조금이라도 알기 위해서는 30세기를 필요로 했다. 그 혼(魂)에 관해서 무엇인가 알기 위해서는 영원을 필요로 할 것이다. 인간을 죽이는 데는 순간을 필요로 하는데."라고. 이 말은 소박하지만 生命의 尊嚴과 人格의 尊重을 말하는 것이었고. 또 그것은 볼테르 개인의 소리가 아니라 당시대 知性의 代辯이었다.

당시의 時代的인 課題로서 身體의 自由의 문제를 집약적으로 제시한 천재적인 작품으로서 우리는 계몽사상가인 이탈리아의 형사학자 베카리아가 쓴 《犯罪와 刑罰》(1764)을 들 수 있다. 그는 專制政治 아래서 刑事制度가 안고 있는 문제전반을 날카롭게 분석·비판하고 있는데 그 가운데서도 인간을 가장 타락시키는 密告와 잔혹한 拷問제도에 대하여 메스를 들이대고 있다. 市民國家에서는 密告가 아니라 공개적인 규탄과 탄핵에 의해 正義를 구현하며 또 拷問이 아니라 被疑者나 被告人의 正當한 權利를 인정하는 合法的인 節次에 따른 科學的 搜査에 따라 合理的인 根據를 가지고 사람을 斷罪하는 것이기 때문이다. 프랑스革命 前夜에 있어서 베카리아의 思想은 大陸系의 近代的인 刑事法 思想인 罪刑法定主義, 拷問의 금지와 형

사절차의 개선이란 人道的인 刑事節次의 원칙의 확립이란 점에 크게 기여하는 바가 되었음은 두루 아는 사실이다. 여기서 이러한 점에 관해 베카리아의 말을 일부 인용해 보기로 한다.

"市民의 生命과 自由에 대한 침해는 가장 무거운 犯罪이다.

法律만이 犯罪와 刑罰을 결정할 수 있다. 犯罪와 刑罰 사이에는 일정한 비율이 있어야 한다. 어떠한 裁判官도 비록 열성이나 公共福利를 구실로 할지라도 法律에 의해 미리 결정된 형벌은 가중할 수 없다.

누구든지 有罪가 확정되기까지는 犯罪者라 판단되지 아니한다.

裁判官이 그에게 有罪를 宣告하기 전에는 監獄은 시민의 보호의 범위를 넘어설 수 없다. 투옥은 고통스러운 것이므로 될 수 있는 한 짧은 기간에 그쳐야 하고, 과혹(過酷)한 조건은 극력 피해야 한다.

……형벌의 목적은 감성적(感性的) 인간에게 고통을 주는데 있는 것이 아니다. ……그 犯罪者가 사회에 대해 더 害惡을 끼치는 것을 막고, 또 다른 사람이 같은 違法을 자행하는 것을 막는 데 있다.

범죄를 처벌하는 것보다 이를 방지하여야 한다. 이것은 좋은 立法의 基本的 原理다. …… (베카리아의 『犯罪와 刑罰』, 1764에서 이용)

프랑스革命이 바스티유監獄의 함락에서 본격화하였다고 하는 것은 결코 우연이 아니다. 抑壓과 拘束의 상징이 함락되므로써 새 시대의 막은 열리기 시작한 것이다. 1789년의 혁명의 정신을 기록한 〈人間과 市民의 權利宣言〉은 "人權의 부지(不知)·망각 또는 멸시가 공공의 불행과 정부의 부패의 제 원인에 지나지 아니한다고 생각하여 하나의 엄숙한 선언 속에서 사람의 양도할 수 없는 신성한 自然權을 제시할 것을 결의하여 이의 준수를 만인에게 촉구하기 위해 공포된 것이다. 이 人權宣言이 밝히고 있는 身體의 自由에 관한 원칙은 (1) 法律에 의하지 아니하고는 소추·체포·구금의 금지, (2) 罪刑法定主義, (3) 無罪推定한 받을 권리, 체포의 경우에 불필요한 강제조치를 부과하여서는 아니되는 보장 등이 정해지고 있다.

여기서 인권선언의 조문을 참고로 인용해 보면 다음과 같다.

(프랑스 人權宣言에서 身體의 自由에 관한 부분의 인용)

제 7 조 누구든지 法律이 정한 경우에 규정된 형식에 따르는 것이 아니면 소추당하거나 체포 구금되지는 아니한다. 자의적(恣意的)인 명령을 청하고 발령하고 집행하고 또한 집행시키는 자는 처벌된다. 다만 법률에 의하여 소환되고 체포된 때에는 그에 따라야 한다. 그것에 저항하는 것은 범죄행위다.

제 8 조 法律은 嚴密·明白히 必要한 刑罰만을 정해야 하며, 누구일지라도 犯罪에 앞서서 제정·공포되고, 또 適法하게 적용된 법률에 의하지 아니하면 처벌할 수 없다.

제 9 조 모든 사람은 유죄(有罪)의 선고를 받을 때까지는 무죄(無罪)의 추정을 받는다. 어떤 사람의 체포가 필요하다고 인정되는 경우에도 그 신체를 구속하기 위해 불필요한 강제조치를 과하는 것은 엄중히 금지된다.

위에 든 人權宣言의 원칙은 刑事法制 전반에 거창한 개혁을 가져 왔다. 프랑스 혁명의 자랑스러운 유산의 하나로 드는 것은 프랑스 刑事訴訟法이다. 이 법률은 봉건적인 前近代的인 불합리하고 야만적이며 불공평한 刑事制度를 폐지하고 새 시대에 알맞는 인도적(人道的)인 형사절차와 국민의 법률생활의 안전성을 보장하는 장치를 제도화한 것이다.

여기서 야만적인 拷問은 不法化되고 잔혹한 각종의 刑罰은 폐지되었다. 고문의 부당성에 대하여서는 16세기에 이미 몽떼뉴도 다음과 같이 말하고 있었다. 즉 그는 말하길 "고문의 발명은 위험한 발명이고, 그것은 진실을 시험하기 보다는 오히려 인내를 시험하는 것으로 생각된다. 그리고 고문에 견뎌낼 수 있는 자는 진실을 감추고, 그에 견뎌 낼 수 없는 자도 그렇다. 왜냐하면 고통은 있지도 아니한 일을 나에게 무리하게 말하게 하는 것보다 오히려 있는 일을 어째서 무리하게 자백시키는지 의문이기 때문이

또한 반대로 사람으로부터 고소당한 일을 하지 않은 자가 충분히 참을성있게 그러한 고통을 견뎌 낸다면, 그 일을 한자는 목숨이 걸려 있는 이상 어째서 참을성이 없겠는가?…… 라고.

형사절차에서 고문의 폐지는 소송전반에 개혁을 의미하고, 그것은 전제정치 아래서의 규문주의(糾問主義)에서 탄핵주의(彈劾主義)에로의 전환을

뜻한다. 專制政治 아래서의 刑事節次는 규문주의로서 이는 裁判官이 檢察의 역할까지 겸하여 被告人을 非公開法廷에서 고문을 통한 심문을 자행하여 斷罪에 이르게 하는 제도이다. 그러나 탄핵주의는 형사소송절차에서 재판관이 검찰의 소추에 의하여 소송을 개시하게 되는 것으로 소송은 소추하는 원고인 檢察官과 피고인이 각기 당사자가 되어서 서로의 입장에서 다투며(當事者主義) 따라서 소송은 공개된 법정에서 口頭辯論을 본위로 하여 진행된다(口述主義, 公開主義). 이러한 재판에 있어서는 피고인이 변호인의 조력을 받고 그러하므로써 當事者主義가 內實이 있는 것이 된다. 또 裁判도 엄격한 證據裁判主義를 따르므로써 恣意나 偏見에 의한 斷罪를 배제하려고 하는 것은 중세의 신판(神判)이나 마녀(魔女) 재판과 같은 不合理한 심판을 배척한다는 뜻 이외에도 被告人의 人權의 보장에 그 가장 중대한 뜻이 있다. 이러한 여러 제도는 近代法이 채택하고 있는 것으로서 당연한 것이고 상식이기도 하지만, 그것이 憲法에서 거듭 되풀이 규정되어 강조되고 있는 이유는 무엇일까? 그에 대한 해답이 바로 신체의 자유가 당면하고 있는 현대의 문제가 아니겠는가?

三. 身體의 自由와 現代의 問題狀況……(以下 次號)

1. 法律主義와 適法節次
2. 强制勞役의 禁止
3. 有罪가 확정되기 전까지는 無罪의 推定을 받을 權利
4. 拷問의 禁止와 默秘權의 보장 및 自白 규정
5. 令狀制度의 보장
6. 人身保護令狀制度
7. 被疑者·被告人의 自己防禦의 權利와 辯護人 依賴權
8. 迅速하고 公正한 公開裁判을 받을 權利
9. 刑罰不遡及의 原則과 二重危險禁止의 原則
10. 過多한 保釋金·잔혹한 刑罰의 禁止

나머지 말