

(1) 미국 인민을 통치하는 헌법상 권능은, 모두 법안조직인 정치체의 구성원으로서 활동하는 인민 자신에 속한다. 확실히 그들은 '피치자'이다. 그러나 그들은 또한 '통치자'이기도 하다. 정치적 자유는 지배(government)의 결여가 아니다. 그것은 자치(self-government)이다.

(2) 헌법으로써 인민은, 입법부, 집행부, 사법부와 같은 하위의 종속기관을 설치하고, 그것에 할당되는 통치(governing)를 실행하기 위해 필요하다고 인정되는 특별한 한정적 권력을 이 각각의 기관에 위임한다.

(3) 인민은 그 주권적 권력 모두를 위임하지 않는다. 수정 10조는 '주(州)에 유보된' 권력 뿐 아니라 '인민'에 유보된 권한에 대해 말하고 있다.

(4) 헌법 제1조 제2절은, 인민이 스스로의 직접적인 활동을 통해 행사한다고 결정했던 유보된 권한에 대해 이렇게 말하고 있다. '대의원은 각 주의 인민에 의해 2년 마다 선정되는 성원으로 구성된다. ...'라고. 여기에, 인민이 선거인으로서, 법률의 대상인 그들 자신과 법률의 제정자·집행자·해석자인 그들의 기관을 통치하는 일에 적극적으로 참가하는 투표권력(voting power)이 규정되어 있다. 현대 정치에서는, 직접적인 선거행위는 헌법 제1조 제2절이 채택된 당시의 규정보다도 광범하지만, 헌법상의 원칙 내지 의도는 같은 것이다.

(5) 따라서 수정 제1조의 혁명적 의도는 모든 하위기관에 대해 인민의 선거권력(electoral power)의 자유를 감축하는 권한을 부정하는 것이다.

이상의 제 원칙을 이해하기 위해서는, 피치자의 '권리'와 통치자의 '권력'과의 사이의 결정적 상이(相違)를 명확하게 해두어야 한다. 그리고 이런 점에서 '권리의 장전'이라는 타이틀은 부정확하다. 그것은 '권리의 장전'이 아니라 '권력과 권리의 장전'이라야 한다. 수정 제2조에서 제9조에 이르는 부분은, 개인적인 '피치자의 권리'가 정당하게 존중되도록 하위기관의 권력을 제한하고 있다. 수정 제1조와 수정 제10조는 인민의 통치 '권력'이 그들의 사용인으로서 설정된 제 기관에 의해 축소되는 일이 없도록 수호하고 있다. 우리의 '권리' 영역에서는, 각자는 '법의 정당한 절차'를 주장할 수 있다. 우리의 통치 '권력'의 영역에서는 '정당한 절차'의 관념은 관계가 없다. (통치 '권력' 즉 '통치적 중요성'을 지니는 활동은 절대로 축소(abridge)되지 않는다.)

메이클론의 이상과 같은 결론에 대해서는, 첫째로, 정치적 언론(그가 말하는 '통치적 중요성'을 지닌 언론)을 절대시한다는 점에서 재판상의 기준으로서는 적절하지 않고, 둘째로, 정치적 언론과 그렇지 않은 언론, 공공의 사항에 관한 언론과 사익에 관한 언론과의 구별도 명확성을 결하고 주관적으로 결정될 우려가 있기 때문에 소송에서 유용성 있는 기준이라고 할 수 없다는 취지의 반론이 가해진다.

메이클론 이론에 그와 같은 약점이 포함되어 있다는 점은 부정할 수 없을 것이다. 그러나 그는 글자 그대로 언론의 자유의 절대성을 주장했던 것은 아니다. 정치적 언론이라고 해도 그 시간과 장소 그리고 방법에 관해서는 '통치적 중요성'을 지닌 언론을 억압하는 의도를 은폐하는 것이 아닌 이상, 의회는 규제(regulate)할 수 있는 것(예를 들어, 공공장소에서의 집회의 자유는 때와 장소와 방법 및 절차방식에 관해, 사회의 요청에 응하지 않으면 안 되므로 그 규제는 정치적 자유를 침해한다고 할 수 없다)이라고 설명하고 있다. 단, 그 규제가 통치적인 성격을 갖는 활동의 자유를 축소하는 것이어서는 안 된다고 주장하고 있는 점에서 수정 제1조가 보장하는 범위 내에 속하는 '통치적 중요성'을 지닌 활동은 조건 없이 보장되어 있다고 할 수 있다.

다음으로 메이클론이 말하는 '통치적 중요성'을 지닌 언론의 범위도 소송에서 전혀 유용성이 없을 정도로 막연하고 불명료한 것은 아닌 것 같다. 그에 따르면, 수정 제1조는 시민이 '통치하는' 경우의 사상이나 커뮤니케이션 활동(언론·출판·평화적 집회 또는 청원)의 자유를 보장하고 있지만, 그 밖에 수정

제1조의 범위에 포함되는 활동으로서, 우선 첫째로, '투표'의 자유, 즉 공공정책의 쟁점에 관한 자치적인 인간의 판단을 공적으로 표명하는 구체적 행위를 들 수 있다. 그러나 그는 둘째로, 투표자가 투표할 경우 적절한 판단을 내리는 데 도움이 되는 광범한 형식의 사상·표현도 포함된다고 주장한다. 즉 모든 면에서의 교육, 철학이나 제 과학의 업적, 문학이나 예술, 공적인 쟁점에 관한 공적인 토론(이들 쟁점에 관계있는 정보 및 의견의 유포), 이들은 모두 수정 제1조에 의해, 축소되지 않도록 보호 받는다고 설명된다. 이 설명에서는 확실히 '통치적 중요성'을 지닌 활동의 범위는 명확하지 않지만, 그러나 이 이론이 소송에서도 나름의 유용성을 가진다는 것은, 최근의 헌법 판결에 의해 실증되고 있다. 예를 들어, '공공의 사항에 관한 언론은, 자기표현 이상의 것이다. 즉 그것은 자치의 본질이다.'고 하는 관점에서 재판관을 비판한 언론에 주(州) 형사명예훼손법 적용을 거부함으로써 무죄 판결을 내린 1964년의 Garrison v. Louisiana 사건은 그 하나의 전형이다.

메이클론의 이론에 대해서는 더 논해야 할 문제도 적지 않다. 그러나 언론 자유가 존재해야 할 이유가 진리의 발견이라고 적극적으로 주장하는 전통적 이론을 배척하고, 앞에서 인용한 (1X2)에서 분명하듯이 자치(自治)를 현실화하는 점에 있다고 주장한 점, 그리하여, 표현행위를 자치의 기능과 관련된 것과 그렇지 않은 것으로 구별하고, 그 보장 정도에 차이가 있음을 명확하게 했다는 점, 나아가서 언론의 자유의 우월적 지위의 근거를 대의적 자치의 원칙에서 찾는 통설(즉 언론의 자유, 특히 정치적 의견 표명의 자유는, '민주제의 기초를 구성하는 것이며, 이 기본 원칙과 직접적으로 관련이 없는 경제적 자유에 비해서 헌법질서에서 우월한 보장을 받는다고 주장하는 학설)과 공통된 사상을 전개함으로써 우월적 자유 이론에 큰 영향을 주었다고 생각되는 점, 그리고 일정한 표현을 모두 헌법적 자유의 범위 외에 두는 판례의 이론을 배척하고, 예컨대 공직에 있는 자의 명예를 손상하는 표현이라 해도 헌법상 보호를 상실하지 않는 경우가 있을 수 있다고 하는, 종전보다 다각적인 접근을 시사했다는 점, 즉 '일정한 유형의 표현을 헌법의 보장에서 배제하는 일이 가능하다는 생각'을 채택하지 않고, '그 표현의 실제 기능을 구체적으로 분석한 다음에 헌법적 보장에서 배제할 수 있는지 여부를 결정해야 한다'는 접근을 내놓은 점 등등은 여러 가지 의미에서 주목할 가치가 있다.

③ 다만 타임즈 판결(New York Times Co. v. Sullivan (1964))에는 보다 현실적인 고찰을 가하면 중요한 문제가 남아 있다. 그것은 '공적 쟁점에 관한 공적 토론'에 관하여 신문이 명예훼손적 기사를 실어도 그것이 판결에 의해 보호되게 되면, 판결은 일반 국민의 공적인 토론을 저지하는 직접적인 영향력을 가질 수도 있게 되기 때문이다. 이 가능성은, 일본처럼 신문이 자본의 압박을 받는 일이 비교적 적고, 정당색도 유럽이나 미국처럼 강하지 않은 경우라면 모를까, 그렇지 않은 구미 나라들에서는 결코 적지 않다. 그런 의미에서 타임즈 판결은 공적 토론에 대한 국민의 관심을 약화시키고, 소수자의 자유를 영속시키는 등의 실제적인 효과를 미칠 위험성이 있다는 평가에도 일리는 있다고 할 것이다. 판결이 신문의 횡포를 허용하는 듯한 의의를 갖는다면 공공의 쟁점에 관한 신문기사라고 하더라도, 이 글 첫머리에 말한 대로, '여론 형성의 권력이 대가를 치를 능력을 갖는 소수자 손에 집중되고 있는' 현재, 자유로운 언론의 체제에 역행하는 사태를 초래할 위험성도 있을 것이다. 그런 의미에서 독점적인 신문은 신·구(新·舊) 양 사상이나, 여러 가지 계층의 주장을 반영하는, 말하자면 '반향판(反響板)'으로서 행동할 적극적 책임이 있다고 해야 한다. 이는 헌법적 자유 확립을 위해 불가결의 요건이다.

4. 우월적 자유를 규제하는 입법에 대한 위헌성 판정기준

언론의 자유를 규제하는 입법의 합헌성이, 경제적 자유를 규제하는 입법의 경우보다도 엄격한 기준으

로 판정되어야 하는 것은, 언론의 자유가 대표민주제의 필수적인 전제이며, 그 불가결의 기반을 구성하는 것임을 근거로 하고 이 자유에 인권의 목록에서의 우월적 지위를 부여하는 이론에 기초한다. 그러나 그 뿐 아니라 앞에서 에머슨의 분석에 따라 지적했던, 과거 언론의 자유에 대한 제약의 실태가. 역사의 교훈으로서, 제약기준의 엄격성을 강하게 요청하고 있다는 데 주목할 필요가 있다. 다만, 언론의 자유에 대한 규제입법에 대해서는 '합리성'의 기준만으로 구제의 합헌성이 판정되는 경제적 자유의 경우와 달리, 표현의 수단·유형 또는 구체적 상황에 따라 다양한 제약기준을 적용해 나가지 않으면 안 된다. 그 중 최근 특히 주목을 받고 있는 논점을 들어 고찰하기로 한다.

[1] 명백하고 현재하는 위험

먼저 언론의 자유의 우월적 지위 이론과 결합하여, 1940년대 미국에서 언론의 자유를 지키기 위한 가장 강력한 무기 역할을 수행했던 '명백하고도 현재하는 위험'의 기준에 대해 짚고 넘어가겠다.

① 이 기준은 최근 일본에서 호별(戶別)방문을 금지하는 공직선거법의 취지가 헌법21조에 위반하는지의 여부에 대해 다투어진 몇 사건에 대해, 판결들이 정면으로 대립된 것이 하나의 계기가 되어, 다시 그 적용범위에 대한 관심이 모아지고 있다. 미국에서도 위험의 테스트는 미국에서도 위험의 테스트는 최근 법원 모독이라는 특별한 영역에서 (그것도 입법 그 자체의 헌법 적부의 판정기준으로서가 아니라, 피고인의 유죄·무죄의 판정기준으로서) 한정적으로 적용되었을 뿐이라고는 해도, 1962년의 Wood v. Georgia에서 부활하고, 후술하는 형량의 테스트 (balancing test)와의 관계에서 꽤 활발한 논의를 불러일으키고 있다.

그러나 이 테스트는 1940년대에서와 같은 생명력을 가질 수 없는 것이 아닌가라는 비판은 여전히 강하다. 더욱이 대법원 태도도 일관되지 않고, 상당한 동요가 보인다. 예컨대, 1964년의 Garrison v. Louisiana 사건은 검사가 기자회견에서 '계속주의 형사사건 중 다수의 미결이 존재하는 것은 재판관들의 비능률과 태만 및 너무 과도한 휴가 때문이다.'라는 발언을 하고, '휴가에 정신이 팔려 있는 8명의 재판관의 명예를 손상했기 때문에 기소된 사건인바, 실질적으로는 재판소 모욕사건이라고도 할 수 있는 것'이므로, 위험 테스트를 적용할 수 있었음에도, 뉴욕 타임즈 판결이 적용되고 있다. 또 언론에서 발생된다고 생각된 위험이 치안방해와 같은 불법행위의 위험인 사건에서는 과거에 위험의 기준이 적용되었지만, 1963년의 Edwards v. South Carolina 판결에서는 '폭력의 위험은 Feiner v. New York의 경우와는 달리 최소한도였다'라는 취지의 지적은 있지만, 그러나 위험 테스트 그 자체는 적용되지 않았다.

그러나 일본에서는 이 테스트의 적용에 대해 소극적인 대법원 판결과 달리 학설은 오히려 적극적이며, 피고인의 유죄·무죄의 판정기준으로서 뿐 아니라 더 나아가 입법 그 자체의 합헌성 판정기준으로서도, 위험의 테스트가 널리 타당하다는 견해가 매우 유력하다. 반대로 위험의 테스트는 '모종 표현 내용의 사회적으로는 무효과인, 따라서 크든 작든 추상적·무해한 표현행위 (혹은 표현 내용)만이 허용된다는 점'을 특히 강조하고, 위험의 테스트에 소극적인 입장을 취하는 것은 일부 소수설에 머문다. 다만, 이 소수설과 같은 논거는 미국에서는 위험의 기준에 소극적인 각종 주장 속에서 그리 큰 비중을 차지하고 있지 않다. 위험의 기준이 학설상 비판에 드러나 있는 기본적인 이유는 아마도, 이 기준이 언론에 너무도 지나치게 두터운 보호를 부여했기 때문에 공산주의자의 위협에 대처하기에는 부적절했다는, 널리 퍼진 감각은 아니냐는 이야기들이다. 다만 앞에 인용한 일본 소수설처럼, 언론의 자유를 보다 두텁게 보장한다는 관점에서, 다음에 소개할 위험의 테스트의 문제점을 지적하는 유력한 학설도 적지 않다. 그것을

둘러싼 최근의 논의는, 일본의 앞으로의 헌법해석에 시사를 던져줄 것 같다. 이하 에머슨 교수가 지적하는 위험의 기준의 문제점을 열거하면서 약간의 코멘트를 덧붙이고자 한다.

(1) 위험의 테스트는 일단 표현이 어떤 타당한 사회적 목적의 달성을 위협하자, 그 표현은 금지할 수 있다는 것을 가정한다. 그러나 그 같은 제약 하에서는, 어떤 표현의 자유 제도도 자랄 수가 없다. 어떤 표현이 효과적 (effective)이라는 상태에 접근하자마자 나라가 그것을 절단하는 것을 허용하는 것은 본질적으로 추상적 또는 무해한 표현만을 인정하는 결과를 가져온다. 요컨대, 주로 표현이 행동에 효과적인 영향을 주느냐 어떠한 형태로 형성된 법적 정식(定式)은 자유로운 표현 행사와는 모순된다.

(2) 명백하고도 현재하는 위험 테스트는 매우 막연하다. 경험이 가리키고 있듯이, 연방 대법원에 의한 그 적용은 무엇 하나 확인할 수 있는 결과를 도출하지 못하고 있다. 그리하여 표현의 자유 제도에의 중요한 참가자 (한편에서는 경찰, 검찰 및 기타 공무원, 다른 한편에서는 자기 권리를 행사하려 하는 개인)에게 이 테스트는 사법적 결정 이전에는 거의 명확성을 제공하지 않는다.

(3) 다만 단순한 상황은 차치하더라도, 그 이외의 모든 상황에서 재판소에 요구되는 사실판단을 사법절차를 사용하면서 수행하는 것은 곤란 내지 불가능하다. 예컨대 연방대법원이 데니스(Dennis) 사건에서 사실상의 쟁점을 진지하게 채택하고, 공산당의 발언이 실제로 명백하고도 현재하는 위험을 구성할지 여부를 평가하려고 한다면, 미국 내외의 공산당의 지위·세력에 관한 다수의 역사적·정치적·심리적 및 사회적 사실의 고찰에 몰두하지 않을 수 없었을 것이다. 이와 같은 판단은 어떠한 법원도 부여할 능력이 없는 평가와 예언을 포함했을 것이다. 따라서 많은 상황에서 위험의 테스트는 총명하게 적용할 수는 없는 것이다.

(4) 이 이론은 형벌 또는 그와 같은 종류의 제재로써 일정한 표현을 직접적으로 금지할 경우의 사건으로부터 생겨난 것으로서, 표현의 자유에 대한 다른 종류의 간섭에 적용하는 것은 의심스럽다. 예를 들어 의회에 의한 국정조사 사건에서, 위원회에 어떤 실질적 해악의 명백하고도 현재하는 위험을 만들어낼지도 모를 표현에 대하여 조사할 것을 인정하는 규칙은, 표현에 관한 조사범위에 어떤 제한도 과하지 않을 것처럼 생각된다. 문제의 규제가 특정한 발언을 직접 처벌할 것을 목적으로 하지 않고, 세법 또는 노현 요구의 경우처럼 지극히 일반화된 방법 또는 간접적인 방법으로 표현의 자유에 영향을 줄 경우에는 특별한 발언이 특별한 위험을 만들어낼지 어떤지라는 견지에서는 쟁점은 형성되지 않는다.

(5) 위험의 테스트는 그 발전과정에서 표현이 행동을 야기할 때 주는 직접적인 충격 이외의 요소까지도 포함하도록 확대되었다. 이리하여 예방할 필요가 있는 해악의 성질 및 중대성, 국가권력에 대해 열려 있는 다른 취할 수 있는 방책, 및 두려움의 대상인 위해와의 관계에서 표현이 갖는 가치 등의 여러 요소가 고려되었다. 그러나 그렇다고 하면 위험의 테스트는 다음에 논하는 특별한 형량의 테스트(즉 재판소는 개개의 사건에서 표현의 자유에 있어서 개인적·사회적 이익을, 표현을 제한하는 규칙이 추구하는 사회적 이익과 형량하지 않으면 안 된다고 하는 공식)와 구별할 수 없게 되고, 그것과 같은 약점을 갖게 된다.

명백하고도 현재하는 위험의 테스트는 데니스 사건에서 연방대법원의 다수 의견으로 포기되었다. 다만 이 이론에는 여전히 약간의 피는 남아 있으며, 일정한 상황(재판소 모욕)에서는 사용되어 왔다. 그러나 수정 제1조의 한계에 관한 일반적인 테스트로서는 인정할 수 없다고 생각된다.

② 이상과 같은 에머슨의 비판에는 물론 위험이론의 문제가 날카롭게 지적되어 있지만, 동시에 여러 가

지 이론도 있을 수 있다. 그중 유력한 반론을 한 가지 인용하면서 약간의 코멘트를 달아보겠다.

(1) 위협의 테스트가 무해한 표현만을 인정할 가능성이 있다는 에머슨의 (1)비판은 다음과 같은 문제점을 가지고 있다. 첫째로 위협의 테스트에 말하는 '중대한 해악의 위협'은 과연 에머슨이 말하는 '어떤 타당한 사회적 목적의 달성'에 대한 위협이라는 정도의 것과 같은 의미인지가 의심스럽다는 점이다. 예를 들어 중소기업의 보호를 타당한 사회적 목적이라고 인정한다면, 그 보호법에 찬성하는 의원에게 투표하지 않도록 주장하는 표현은 '어떤 타당한 사회적 목적의 달성'을 위협하는 것이라고 볼 수도 있겠지만, 이와 같은 표현이 위협이론에 근거해서 처벌된다고는 누구도 생각하지 않을 것이다. 위협이론은 표현의 자유가 어디까지나 원칙이라는 것을 전제로 한다. 둘째로 위협의 테스트는 에머슨이 지적하는 대로 분명 '어떤 표현이 효과적이라고 할 수 있는 상태에 접근하자마자 그것을 절단할' 것을 요구하고 있지만 거기서 말하는 효과적이란, 민주적 과정의 범위 내에서 목표에 도달하는데 효과적이냐의 여부의 문제가 아니라 형법에 저촉하는 행위를 야기하는데 효과적이냐의 여부의 문제라는 사실에 주의해야 한다. 어떤 표현이 국회에서 만들어진 정책의 달성을 위협할 경우, 그 표현의 절단을 허용하는 것은 오히려 위협이론에 반대하는 행량론자이다. 위협의 테스트에 적극적인 학설은, 어떤 언론이 가장 근본적인 이익(예컨대 정당한 정치과정을 무의미한 것으로 만들어버리는 것과 같은 직접적·물리적인 법률의 침범에 의한 것은 아니고, 정당한 정치과정을 통해 법률을 개정한다는 법치주의의 이익)을 위협할 경우에 그 언론을 절단할 것을 인정하는데 지나지 않는다. 더욱이 언론이 합헌적으로 처벌되는 것은, 그 언론이 의회가 저지하는 권능을 갖는 중대한 실질적 해악(그것은 언론 이외의 것이다)의 명백하고도 현재하는 위협을 구성할 경우에 한정된다. 언론의 자유의 보장규정은 의회가 어떤 언론을 아무리 중대하고 실질적인 해악이라고 믿는다 해도, 언론 그 자체의 다양성은 금지하고 있지 않다고 해석해야 한다.

(2) 위협의 테스트에 대한 에머슨의 (2)비판은, 미국에서의 이 기준의 적용역사를 돌아볼 때 그 정당성을 부정할 수 없지만, 위협이론 자체의 장점을 크게 손상할 만한 이유라고는 할 수 없을 것이다. 이 점에서 샤피로의 다음과 같은 주장은 경청할 만하다. 첫째로 위협의 테스트의 막연함은, 파이너(Feiner), 다우즈(Doubs) 및 데니스(Dennis)와 같은 위협이론의 본래적인 취지를 몰각한 판결에 기인하는 바가 크다는 것, 둘째로 위협이론은 모든 언론사건에 적절한 기준은 아니라는 사실, 또한 재판관이 이 룰을 과도하게 확대하려고 하기보다도 일정한 상황에 따르는 대체의 룰을 발전시키지 않으면 안 된다는 사실 등등이 솔직하게 인정한다면 (1940년대에는 이것이 충분히 인정되지 않았다) 위협의 룰의 적용에 상당한 명확성이 기대할 수 있다는 것, 셋째로 모든 룰은 생각할 수 있는 모든 사실상황에서 어떤 결과가 발생할지를 정확하게 말할 수 없다는 의미에서는 막연할 수밖에 없다는 것 등이다.

(3) 재판소의 능력으로는 위협테스트의 충명한 적용은 불가능하다는 비판은 매우 중요한 논점이다. 과거 필라도 일본에서의 이런 유의 의문에 '충분한 이유가 있다'는 것을 지적한 일이 있었지만, 그러나 위협이론은 그것과 사상을 달리 하는 기준(ad hoc balancing의 테스트는 그 전형이다)과 비교해서 재판관의 능력에 더 큰 요구를 하는 것은 아니다. 미국에서는 법사회학이 일반의 관심을 끌게 되면서부터, 재판관이 그 사회적·정치적 책임을 다하려고 한다면, 로제타 비석의 상형문자를 판독하는 것 이상의 일을 하지 않으면 안 된다는 사실은 일반적으로 이해되고 있다. 그러나 위협의 테스트는 행량의 테스트를 적용할 경우와 달리, 거대한, 운곡이 뚜렷하지 않은 사회적 이익을 장기적 전망 하에 사정(査定)하는 것과 같은 일(예를 들어 어떠한 이익행량이 궁극적인 이상사회에 대해 가장 공헌할지를 계산하는 것)은 요구하지 않는다. 하나의 이익추구가 다른 이익추구에 대하여 어떤 충격을 미치느냐 라든가, 얼마만큼의 국가 안전을 획득하기 위하여 얼마만큼의 언론이 상실되느냐 라든가 하는 것을 재판관이 정확하게 결정할 필요도 없다. 위협의 테스트는 행량의 이론에 보이는 것과 같은, 목전의 상황과 먼 장래의 상황과의 행량이 아니라, 목전의 상황(즉 이미 일어난 사건, 또는 언론이 제지되지 않았다고 가정한다면 매우 가까운

장래에 일어날 것이 예상되는 사건)만을 재판관이 다룰 것을 요구한다. 다만 제3자의 헌법적 자유를 침해할 가능성이 있음을 이유로 규제입법의 문면상 무효의 주장을 인정하는, 이른바 톰힐 이론(Thornhill Doctrine)이 타당한 경우에 한정해서 재판소가 문제의 법률에 장래 어떤 위헌적 적용의 가능성이 있는지를 예언할 것을 요구받는데 그친다.

그런데 에머슨은 앞에서 인용했듯이, 재판소에 요구되는 사실판단이 곤란 내지 불가능한 예로서 데니스 사건을 들지만, 데니스 사건 경우에 위협의 룰이 요구하는 정치적 판단은 결코 그리 미묘하지도 곤란하지도 않다. 왜냐하면 데니스 사건의 피고인은 합중국 정부의 전복을 창도하는 공모로 기소된 것이기 때문에, 외국의 어디선가에서 혁명의 명백하고도 현재하는 위협이 있었는지 어떤지를 밝힐 필요는 없었고, 게다가 피고인의 표현이 스파이 행위나 태업과 연결되어 있었다는 증거도 없었으므로, 그런 측면에서의 국제적인 분석도 필요가 없었다고 생각되기 때문이다. 즉 위협의 테스트 하에서 재판소가 검토해야 했던 것은 데니스의 표현이 합중국에서 합중국의 정부를 전복할 직접적인 위협을 만들어냈는가 여부의 문제뿐이다. 이 문제가 재판소에 대하여 엄청난 범위의, 또는 비정상적으로 심각한 정치적·사회적 분석을 요구했다고는 생각되지 않는다.

그러나 에머슨의 견해에 대한 이상과 같은 반론이 정당하다고 하더라도, 위협의 테스트를 동원할 경우에 형사법을 구체적 사건에 적용할 때 재판소에 기대되고 있는 것과 같은 정도의 사실판단만으로 항상 족하다고 말할 수는 없다. 위협의 테스트가 입법 그 자체의 헌법 적부의 판정기준으로서 사용될 경우에는 입법사실이 문제가 되기 때문에, 재판관이 사법과정을 통해서 수행하는 데에는 상당히 어려운 사실인 정도 당연히 있을 수 있다. 그러나 그런 점에서는 여타의 위헌성 판정기준 경우도 거의 마찬가지이며, 위협이론만이 특히 재판소의 불가능을 강요하는 것은 아니다. 오히려 위협이론이 원칙적으로 적용되지 않는, 언론의 시간·장소·방법을 규제하는 입법의 헌법 적부의 판정(그것은 미국에서는 '덜 제한적인 다른 선택할 수 있는 수단'의 테스트를 통해 행해지는 경우가 많다)의 경우 쪽이 광범한 사회적 사실의 인정을 필요로 한다고 말할 수 있을 것이다.

다만 위협의 테스트는 ad hoc balancing의 테스트는 아니지만, 어떤 의미에서는 늘 행량을 불가결한 요소로 한다. 언론의 자유의 우월적 지위 내지 위협의 테스트와 이익의 행량과는 결코 모순되는 것은 아니다. 즉 위협의 테스트에 의하면 '어떤 금지 또는 제한되어야 할 언론이, 가까운 장래에 실질적 해악을 야기할 개연성이 명백하고, 그 해악이 시간적으로 긴급절박하고 있음과 동시에 중대하며, 더욱이 금지 또는 제한이 그 해악을 피하는데 절대 필요한(즉 제한의 목적에 합리적·실질적 관계를 지님과 동시에 적절한) 수단인 경우'에 한정해서 언론에 대한 제한이 정당화될 수 있는, 즉 위협의 절박성, 중대성 및 수단의 필요성의 3요소를 충족할 것이 필요하지만 중대성의 인정에는 사회적 이익의 광범한 평가가 필요하고, 또 수단의 필요성의 인정도, 의회는 언론을 불필요하게 제한하는 것과 같은 목적달성 수단을 선택해서는 안 된다는 것, 만약 '충분한 토론의 기회' 내지 '토론을 통해 허위와 오류를 밝혀낼 시간'이 존재한다면 긴급성은 없으며, 의회가 정한 억제수단은 정당화될 수 없다는 것을 밝히지 않으면 안 되므로, 거기에 행량(이를 샤피로처럼 '명백하고도 현재하는 위협과 우월적 지위의 접근의 범위 내에서의 행량'이라고 부를 수 있다)의 요소가 존재하는 것은 부정할 수 없을 것이다. 만약에 그렇다고 한다면 위협의 테스트의 의의를 과대평가하고, 그 적용범위를 지나치게 확장함으로써 에머슨이 (4) 및 (5)에서 비판했던 것과 같은 사태를 초래하게 된다면 오히려 언론의 자유 보장을 높이는 결과가 되지 않는다고 할 수 있을 것이다. 그런 의미에서 위협의 기준의 뛰어난 특색을 인정함과 동시에, 미국에서는 언론의 자유의 한계를 정하는 여러 가지 기준 중 경험상 '가장 성공하지 못했던 하나'라는 평가조차 존재하는 이유를 생각하면서 이 테스트의 비판론의 취지를 충분히 고려하여 적용범위를 일정한 분야의 문제에 한정하는 것이 타당할 것이다.

[2] 비교형량 (比較衡量)

명백하고도 현재하는 위협의 테스트가 결코 비교형량을 배척하는 취지가 아니라는 것은 앞에서 언급했지만 이는 언론의 자유의 한계를 판정하는 기준 중 사전억제금지의 이론, 막연성 때문에 무효의 이론에 근거해서 언론규제 입법이 문면상 무효(void on its face)라고 판정되는 경우를 제외한다면 어떠한 기준을 적용하는 경우이든 모두 일정한 비교형량을 결여할 수 없다는 것을 의미한다고 할 수 있다. 일본 헌법해석에 '위험'이론을 광범하게 도입하는 견해를 전개했던 이토 교수가 '헌법의 자유에 법적규제를 가할 때에는 공익과 공익과의 대립을 어떻게 조화되도록 할 것인가라는 사회적 이익에 대한 교량이 항상 필요하다'는 취지를 지적하고 있는 것도 같은 뜻일 것이다. 그러나 일정한 형량이 불가결하다고 하는 것은, 미국 대법원의 프랭크 파트 재판관에 대표되는 형량론자가 주장하는 것과 같은, 우월적 자유이론을 전제로 하지 않은 ad hoc balancing의 테스트(뒤에서도 언급하지만 '규제권력과 표현의 자유를 평면적으로 등치하여 양자를 케이스 바이 케이스로 판정하는 이외에 해결의 길은 없다는 사고방식'이라는 형태로 일본에 소개되고 있는 접근법)가, 언론의 자유와 규제의 헌법 적부를 판정하는 일반적 기준으로서 타당하다는 것을 인정하는 취지가 아님은 말할 나위가 없다.

그런데 일본 최고재판소 판결 내지 학설이 취하는 비교형량론에는 실질적으로 미국의 ad hoc balancing(이하 ahb)의 테스트와 거의 차이가 없는 견해가 적지 않다. 거기에 일본의 헌법소송의 하나의 큰 문제가 존재하는 것이지만, 이와 같은 ahb의 테스트가 언론의 자유 보장에 얼마나 문제인가에 대해서는 에머슨의 견해를 인용하면서 오쿠다이라 교수도 날카로운 분석을 시도하고 있다.

위험의 테스트 대신에 ahb접근법이 최고 대법원 다수의 의견으로서 확립된 것은 1950년의 아메리카 통신협회 대 다우즈 사건(American communications association v. Douds)부터이다. '법률 또는 명령의 수정 제1조의 자유 행사에 대한 영향이 비교적 작고, 수호되어야 할 공익이 실질적인 경우에는, 국가의 안전에 대한 절박한 위협의 입증을 요구하는 경직된 테스트가 바보스러운 것이라는 점은 명백하다'라는 다우즈 판결로부터의 짧은 인용에서도 분명하듯이, ahb이론의 가장 큰 특색 중 하나가 위협의 룰에 대한 강한 대결자세에 있다는 것은 의심의 여지가 없을 것이다. 그런 의미에서 이 이론의 의도는 재판소가 사건에 개입하지 않으면 안 된다는 강제를 조금도 느끼지 않을 수 있을 만큼 막연하고 자위적인 합헌성 판정의 기준을 낮음으로써, 과거에 대법원을 언론의 자유 보호로 내몬 우월적 자유의 이론, 그것과 결함해서 주장된 위협의 테스트의 특징을 모두 배척하는데 있었다고 말할 수 있을 것이다. 형량론이 '절대주의자(헌법이 말하는 '언론'에 속하지 않는 일정한 표현행위를 제외하고, 언론의 자유 제한은 절대로 허용되지 않는다고 주장하는 논자)와 마찬가지로 '순수하게 기술적인 효용을 위해 고안되었다'라고도 평가되는 이유는 바로 거기에 있다. 따라서 형량론의 당부(當否)는 현대국가의 정치과정 하에서 언론의 자유에 관한 헌법사건에 대하여 재판소가 어떠한 태도로 임해야 하는가라고 하는, 이른바 사법의 적극주의와 소극주의와의 대립의 문제와 밀접하게 관련되어 있다.

그러나 앞에 지적한 바에 의하면 위협의 테스트도 비교형량을 전면적으로 배척하는 것은 아님으로, 위협의 테스트와 ahb의 테스트와는 적대관계에 있는 것이 아니라, 공존의 가능성을 남겨놓고 있는 것처럼 보인다. 그러나 위협의 테스트를 제1차적인 위헌성 판정 기준으로 하고, 그 범위 내에서 우월적 자유의 이론을 기초에 깔면서 이익의 형량이 행해질 경우와, 기본적으로는 우월적 자유의 이론을 취하지 않고 ahb의 정식이 일반적인 기준으로서 타당하다는 입장을 취하는 경우는, 같은 형량이라고 해도 그 성격은 전혀 다르며 그 효과에도 본질적인 차이가 있다. 노드롭(Northrop)은 '법에 관한 기본적인 철학의 교체는, 구체적인 사건이 해결되는 방법에 획기적인 변화를 초래한다'라고 말하고 있지만, 앞에 두 가지 형량

론 사이에는 기본적인 철학의 차이가 있는 것처럼 생각된다. ahb의 테스트가 적용된 사건으로, 예컨대 다우즈판결처럼 '실질적 해악의 범위와 중대성은 쉐크(Schenck) 사건에서 제시된 '테스트'에 의해 측정되지 않으면 안 된다'라고 마치 위협의 기준을 동시에 채용하고 있는 것처럼 보이는 주장도 있지만, 거기서의 위협의 테스트가 해악의 중대성을 결정하기 위한 단지 부차적인 부분으로서 사용되고 있는데 지나지 않는 것은 그 예이다. 이런 의미에서 '비교형량 방법이 원칙인 곳에서는 위험이론은 그것이 가지고 있는 여러 장점이 모두 무(無)가 되어 버리고, 끝내는 전자에 병탄(併呑)되어 버릴 것이다'라는 오쿠다이라 교수의 지적은 정곡을 찌른 비판이라고 할 것이다.

이와 같이 필자는 비교형량이라고 해도, 위협의 테스트에 부수되어 사용되는 경우와 ahb 접근법에서 사용되는 경우 사이에는 본질적인 차이가 있다는 입장이다. 필자가 강조하고 싶었던 점은 일정한 기준(예컨대 위협의 테스트)이 어떤 종류의 헌법사건에 타당하다고 해도, 거기에 일정한 의미의 형량(즉 위협의 테스트 경우에는 '명백하고도 현재하는 위협'과 우월적 지위의 접근법 범위 내에서의 형량)이 불가피하다는 것, 그런 의미에서 헌법사건에는 사회적 사실에 대한 인정이 매우 중요하다고 하는 것이며, ahb의 접근법이 일반적인 기준으로서 언론의 자유에 관한 모든 사건에서 타당성을 가진다고 주장한 것은 아니다.

(중략)

이익형량의 성격을 크게 좌우하는 요소로서 언론의 자유의 우월적 지위의 이론 내지 그 정신을 전제로 하느냐 아니냐를 무시할 수는 없지만, 우월적 지위에 역점을 두고 이익의 형량이 행해질 경우에도 형량이라는 행위 그 자체에는 주관적인 자의를 허용할 위험성이 필연적으로 수반된다는 것을 잊어서는 안 된다. 그런 의미에서 미국의 ahb의 접근법의 문제점이 어디에 있는지를 밝혀둘 것이 필요할 것이다. 그것은 흔히 판례상 인권의 한계가 규제권력에 대해 유리한 이익형량에 의해 안이하게 정해지기 쉬운 현실에서는 중요한 문제일 수가 있기 때문이다. ahb 테스트의 주요한 문제점은 에머슨 교수의 다섯가지 지적에 망라되어 있다고 할 수 있다. 즉 (1) 재판소의 판정기준인 거점·핵심이 존재하지 않는다. (2) 이익형량에 필요한 사실관계의 판정이 사법과정에 적합하지 않을 만큼 극도로 어렵다. (3) 현실적으로는 입법부의 판단에 대하여 압도적인 중점을 두는 형량이 행해진다. (4) 입법부의 판단이 합리적인 이상 위헌은 아니라는 결론이 도출된다. (5) 법집행자·국민 각자에게 어떠한 권리행사가 보호될 것인지에 대해 적절한 예측가능성을 주지 못한다. 여기서는 특히 다음 두 가지 점만을 지적하고자 한다.

첫째는 진정한 비교형량이 성립되기 위해서는 서로 대립되는 이익이 같은 수준에서 신중하게 형량되어야 함(즉 사회적 이익은 개인적 이익이 아닌 다른 사회적 이익과만 형량할 수 있다)에도 불구하고 미국에서 지배적인 ahb 접근법에서는 그것이 사실상 거의 무시되어 있다는 점이다. 예컨대 비미활동위원회(충성심사위원회)에 소환되어 자기의 정치적 활동에 관한 질문에 응답을 거부했다고 해서 기소된 증인의 언론의 자유 위반 주장을 배척한 바렌 블레트 사건의 다수의견은, 충분히 정보를 포착한 입법부를 갖는 일의 사회적 이익을, 결사의 프라이버시를 유지하는 일의 사회적 이익과 형량한다거나, 특정한 질문에 대한 답을 알 의회의 특별한 필요성을, 문제의 정치활동의 프라이버시를 유지할 시민의 특별한 이익과 형량한다거나 하는 접근법을 취하고 있지 않다. 국가의 안전을 유지하는 이익(공익)이 특정질문에 대하여 침묵을 지키는 특정 개인의 특정한 이익(사익)과 형량된 데 그친다.

이와 같이 반언론적 이익(예컨대 국가의 안전)을 극도로 일반적인 수준에까지 높이면서, 사상표현의 이익은 발언자 개인의 특정 이익에까지 저하시켜버리는 접근법으로는 국가의 안전에 주어지는 비중이 너무나도 커져, 형량은 단순한 수사적 속임수로 타락할 것이다. '프랭크 파터는 실제로는 아무것도 형량

하고 있지 않다. 다만 의문의 형식으로 결론을 말하고 있는데 지나지 않는다라는 혹평마저 존재하는 것도 그런 까닭이다. 따라서 형량이 하나의 위헌성 판정 기준으로서 성립되기 위해서는, 언론의 이익을 보다 일반화시키고, 규제의 이익을 보다 특정화할 필요가 있을 것이다. 이는 언론에 대한 제약이 해당사건에서의 특정 개인뿐만 아니라 다른 불특정 다수의 사람까지도 위협하는 일반적인 작용을 한다는 것을 생각하기만 해도 수긍된다.

그러나 자유일반의 이익과 국가의 안전일반의 이익과를 형량할 것은 불가능하다. 적어도 그런 유의 형량으로부터 풍요로운 결론을 도출할 수는 없을 것이다. 즉 형량을 국가행위의 합법성 판정의 하나의 정식으로서 기능케 하기 위해서는 완전히 일반적인 수준과, 완전히 개인적인 수준과의 사이의 어느 단계에서, 일반적인 고찰과 특수적 고찰을 섞어짜면서 이익의 형량이 행해져야 한다는 것이다.

둘째로 ahb의 테스트는 재판소가 의회의 판단에 항상 종속된다는 결과를 초래하는 점이 특히 지적되어야 한다. 이는 앞에서 언급한 첫째 점과도 밀접하게 관련되지만, 보다 근본적으로는 ahb의 테스트가 원래 사법소극주의와 결합되어 고안된 기준이기 때문이다. 이 특색은 프랭크 파터 재판관의 다음과 같은 의견에서 간취할 수가 있다.

‘국가의 안전의 이익은 원래, 민주사회에서의 자유로운 언론에 대한 요청은, 도그마를 공표하는 것을 통하기보다도, 사법과정의 범위 내에서 서로 다투는 이익을 공정하게 그리고 내용을 숙지해서 형량함으로써 보다 잘 충족된다. 우리 눈앞에 있는 상황에서 서로 다투는 이익을 조절할 제1차적 책임은 필연적으로 연방의회에 속한다. 서로 다투는 이익을 어떻게 하면 가장 잘 조절할 수 있는가를 판단하는 것은 의회의 임무다. 따라서 의회가 내놓는 형량은 공평한 판단의 범위 외에 있는 것이 아닌 한은, 우리의 형량으로 대체되어서는 안 되며 존중되어야 한다. 자유로운 언론의 사건도 우리가 입법자가 아니라는 원칙에 대한 예외는 아니다.’

이리하여 형량은 에머슨이 지적했던 (4)점에 시사되고 있는 바와 같이 ‘실제로는 흠즈 류의 낮은 합리성을 이외의 아무 것도 아니다’라고 말할 수 있다. 그런 의미에서 에머슨이 든 (5)점과는 반대로, 특히 공산주의 관계의 사건에서는 ‘어떠한 권리행사도 보호되지 않는다’라는 예측이 가능하다고 할 수도 있다. 사실 ahb의 테스트는 과거 상당히 높은 정도의 예측가능성을 내놓았다고 평가된다. 그러나 만약 ahb가 언론의 자유 측의 비중을 부당하게 약화시키는 것과 같은 왜곡된 형태가 아닌 다른 형태로 행해졌다고 한다면, 사건의 귀추는 개개 사건의 사실의 미묘한 차이든가, 어떤 결과가 누구에게 언제 일어날지에 관한 재판관의 영묘한 추정 같은 것에 의존하는 바가 매우 커진다. 그 결과 어떤 사건에 관한 대법원 판결을 하급심이 다음 사건에서 지침으로서 이용하는 일은 극도로 어려워진다고 하지 않을 수 없다. 여기에 이 기준에 문제점이 있다.

이상으로 명백하고도 현재하는 위협과 ahb라는 대척적인 위헌성 판정 기준의 문제점을 개관했지만, 검열금지, 막연성 때문에 무효의 이론에 대해서도, 예를 들어 교과서 검정, 세관검열, 청소년보호조례를 비롯하여 일본국 헌법 하의 여러 문제를 분석하면서 논급할 것이 필요할 것이다. 그러나 여기서는 이들 문제에 깊이 들어갈 여지가 없다. 그래서 마지막으로 약간 시각을 바꾸어 이 글 모두에서 지적했던 크로스만의 ‘정치혁명’ 하의 언론의 자유의 특징까지도 훑어보면서 글을 마치려고 한다.

5. 언론의 자유의 현대적 과제

‘독점자본주의 하에서의 매스커뮤니케이션의 특징은 언론기관의 거대화과 독점에 의한 언론의 일원화에서 볼 수 있다. 신문의 독점은 이미 20세기 초두에 완성되었다. 방송사업은 “결과적으로 독점된 사업은 아니고 ‘독점으로부터 출발한 사업’으로서 언론의 독점을 더 진행시켰다. 나아가서 정보산업의 중핵은

로서 통신사의 정보루트의 독점과 네트워크의 성립은 언론의 일원화를 더욱 확실한 것으로 만들었다. 또한 텔레비전의 출현은 방송산업을 점점으로 하는 정보 제산업 간의 입체화·유기적 결합관계를 만들어 내고 이데올로기적 독점을 강화한다. 여기에 지적된 것과 같은 독점적 매스미디어의 출현이 고전적인 자유의 관념과 기능에 어떠한 영향을 주었는가? 그 주요한 문제점을 우선 개관해두고자 한다.

[1] 대중의 사상 표현수단

첫째로 주목되는 것은 소수의 사상의 발신자와 증대되는 사상의 수신자와의 분리가 극단화된 것과 더불어 수신자 대중의 사상표현의 자유의 양태에 현저한 변화가 생겼다는 점이다. 집단행동의 자유가 사상 표현수단으로서 새로운 의의를 담당하고 그 중요성을 증대한 것은 하나의 현저한 예라고 해도 된다. 그런 의미에서 ‘현대사회에서 대부분의 민중은, 인쇄(신문·잡지 등), 전파(텔레비전, 라디오 등) 등 대규모적이고 가장 유효한 사상전달의 수단인 매스커뮤니케이션을 실제로는 거의 구사할 수 없으며, 따라서 이들 수신자에게는 자신의 사상을 주체적으로 표명할 수단으로서, 집회, 집단행진, 집단시위운동 등등은 매우 중요한 역할을 수행하는 것이며, 또 대의정치 하에서는 그 정상적인 운영상, 선거권을 보완하는 참정권적 요소를 갖는다’라는 입장을 밝힌 교토북학원 사건 하시모토 판결(1967)을 비롯한 최근의 하급심 판결이, 데모대를 폭도시하는 관념 내지 대표민주제의 신화를 강조하는 데모 불필요론 등을 배척한 사실이 주목된다. 또 1965년의 Cox v. Louisiana 사건에서 골드버그 재판관은 ‘순수한 언론을 통해 사상을 전달하는’ 자와, ‘도로나 하이웨이를 행진하거나 거기서 피켓팅을 하는 것과 같은 행위를 통해 사상을 전달하는’ 자를 구별해서 논의했지만, 이 순수한 언론(pure speech)과 행동적 언론(speech plus)과의 구별도, 앞에 인용한 하시모토 판결과 마찬가지로 현대사회의 사상표현의 자유의 양태를 밝히는데 하나의 중요한 시사를 던지는 것이라고 볼 수 있다. 그러나 집단행동의 자유에 대해서는 별도 논문으로 상세하게 소개되기 때문에 여기서는 수신자 대중의 사상표현의 하나라는 점에서 데모행진과 같은 성격을 지니는 전단돌리기, 벽보붙이기의 자유에 대하여 최근의 판례를 인용하면서 언급하는데 그친다.

① 교통변반한 도로상에서 전단 기타 인쇄물을 교부하는 행위에 대해서는, 도로교통법 제77조에 말하는 ‘일반교통에 현저한 영향을 미치는 것과 같은 통행의 형태 혹은 방법을 통해 도로를 사용하는 행위에 해당된다고 해서, 종래 관할 경찰서장의 허가를 필요로 하는 행위라고 생각되어 왔지만, 1962년 허가를 받지 않고 전철 유라쿠 조 역부근에서 일본공산당 치요다 구위원회 사무소가 발행한, ‘전국유세제 일성 국회보고 대연설회’ 제하의 인쇄물 및 ‘전쟁준비를 서두르는 미국의 핵실험을 즉각 중지하라’ 제하의 인쇄물을 행인에게 배포한 사안에 대하여, 도쿄지방법판소 및 도쿄고등재판소가 도로교통법을 엄격하게 해석하여, 본건 교부행위는 허가를 요하지 않는다며 무죄를 선고한 사실이 주목된다. 즉 판결은 전단 돌리기가 표현의 자유의 한 형태임을 고려하여 ‘이와 도로에서의 위험의 방지 내지 교통의 안전을 원활하게 도모할 필요를 조화시켜, 그 타당한 한계를 긋기 위하여 특히 “일반교통에 현저한 영향을 미치는 것과 같은 행위”이어야 한다는 조건이 두어진 것이라고 생각할 때는, 그것(일반교통에 주는 지장의 정도)은 상당히 고도의 것을 가리킨다고 해석하지 않으면 안 된다’라고 하면서 역 부근에서의 전단돌리기는 당시의 교통상황에 비추어 생각하면 이와 같은 의미에서의 현저한 영향을 미치는 우려는 없었다고 판정하고 있다. 이 판결이 모든 전단돌리기에는 허가는 불필요하다는 일반적 원칙을 내놓지 않았다는 점은 비판받을 수도 있을 것이다. 교통질서의 유지라는 견지에서 일정한 규제가 필요하다고 하더라도, ‘표현의 자유’라는 요청과 도로교통의 질서유지의 요청이 법의 규칙상에서 어떻게 조정되고, 또 법이나 규칙의 해석에 있어서 어떻게 배려되어 있는가가 제시되어야 함’에도 불구하고, 지방재판소 판결처럼 ‘규칙이 사회통념상 일반교통에 현저한 영향을 미친다고 인정되는 양태, 방법을 통한 인쇄물의 배포행위에 대하

여 법이 규정하는 절차 내용에 따라 관할 경찰서장의 사전 허가를 받도록 한 규제를 가했다고 하더라도, 그것이 헌법 제21조에 위반하는 것이라고 할 수 없다'라고 말하는 데 그쳐, '법이 규정하는 절차내용'을 분석평가하지 않고, '합헌성을 추상적으로 판단하고 있는' 점은 분명 문제가 있다. 그러나 그 점을 제외한다면 적어도 지방재판소 판결도 말하는 바와 같이 '한 사람 또는 소수의 사람이 사람의 통행의 상황에 따라 그 방해로 피하기 위해 언제든지 이동할 수 있는 상황에서, 행인에게 인쇄물을 교부하는 행위와 같은 것은, 그 양태, 방법에 있어 사회통념상 일반적으로, 일반교통에 현저한 영향을 미치는 행위 유형에 해당되는 것이라고 하기는 어렵다'는 것은 의심의 여지가 없다고 할 것이다. 또한 도로가 정보나 의견을 유포하는데 매우 자연스럽게 적절한 장소라는 점에서 말하면, 도로상에서의 전단배포를, 그것이 다른 장소에서도 행사할 수 있다는 구실을 가지고 제한하는 것도 허용되지 않는다고 생각해야 한다. 따라서 '전단 배포를 시작한 시간에는 교통에 영향을 미치지 않더라도, 인파로 상태가 변할 수도 있으므로, 허가는 받아들여야 하는 것이 무난하다'라고 하는 것과 같은, 너무도 교통단속상의 편의만을 강조하는 단속당국의 견해는 현대사회의 언론의 자유의 기능에 관한 정확한 평가를 결여하고 있다는 비난을 면키 어려울 것이다. 공공의 장소에서의 전단 등 배포를 금지하는 조례를 위헌이라고 판단한 미국의 판례, *Schneider v. Irvington*(1939)을 대비검토하는 것도 무의미하지 않을 것이다.

이 판결은 우선 '팜플렛은 자유를 옹호하는데 역사적인 무기였'지만, 인쇄물 배포의 권리는 약간의 명백한 규제에는 따라야 한다(예컨대 교통규제에 반하여 혼잡한 도로의 중앙에 서서, 모든 교통을 방해하는 것과 같은 형태로 전단을 돌리는 권리를 행사할 수 없다)는 것을 분명히 하고, 이어서 '기본적인 개인적 권리와 자유로서의 표현의 자유가 쟁점이 되는 사건에서는 서로 다투는 이익을 인권의 측에 보다 큰 비중을 두고 형량할 것이 필요하다는 입장에서 다음과 같이 말하고 있다.

'법률에 의한 권리의 축소가 주장되는 모든 사건에서 법원은 공격된 입법의 효과를 검사하는데 있어서 기민해야 한다. 공공의 편익에 속하는 사항에 관한 단순한 의회의 선호 또는 신념으로도, 다른(즉 언론의 자유 이외의) 개인적 활동을 겨냥한 규제라면 충분히 지지할 수는 있지만 민주적 제도를 유지하기 위해서 매우 중요한 권리의 행사를 축소하는 것과 같은 일을 정당화하기에는 불충분하다. 따라서 사건이 일어나면 여러 가지 상황을 형량하여, 권리의 자유로운 향유를 규제할 것을 지지하기 위하여 제출된 여러 가지 이유의 실체를 평가한다는, 미묘하고도 곤란한 임무가 재판소에 부과된다... 우리는, 도로를 청결하게 그리고 보기 좋게 유지한다는 목적은, 사람이 공적인 도로에서 스스로 받으려는 사람에게 정당하게 인쇄물을 전달하는 것을 금지하는 조례를 정당화하기에는 불충분하다고 믿는다. 그와 같은 배포의 간접적인 결과로서, 도로를 청소하고 관리하는데 있어서, 시 당국에 과해지는 부담은, 언론출판의 자유를 헌법상 보장하고 있다는 데 기인하는 것이다.'

이 판결은 출판의 자유를 사전에 억제한다는 관점에서 조례를 '문면상 무효'로 만든 *Lovell v. Griffin* (1938)사건과는 접근법을 달리 하고, 출판의 자유와 도로의 청소유지의 이익과의 비교형량에 근거하여 조례의 위헌을 선언하고 있다. 그것은 로벨 사건에서 쟁점이 된 조례가 '어떠한 종류의 문서'이든, 게다가 '어떤 장소, 시간 및 방법으로 배포하는' 경우에도, 배포하는 데는 시 당국의 사전의 허가를 받지 않으면 안 된다, 라는 일반적인 금지를 정한 것이었는데 대하여, 슈나이더 사건에서 문제가 된 네 가지 유사한 조례는 상당히 일반적이었다고는 하나 배포의 장소, 시간 또는 방법에 일단 한정을 두고 있었기 때문이다. 그러나 어쨌든 조례가 위헌이라고 판단된 점에서는 차이가 없다.

그러나 슈나이더 판결에서 말하는 전단돌리기의 권리는 1942년의 발렌타인 대 크리스텐센 사건 판결에서 판단하는 한, 상업광고의 전단 배포에까지 미치는 것이라고는 해석되지 않는다. 상업광고를 내용으로 하는 전단 배포에 대해서는 그 특수성 때문에 특별한 규제가 허용된다.

그러나 비상업적 전단배포에 대해서는, 배포자가 전단을 도로상에 직접 뿌리는 것, 혹은 교통을 직접 방해할 것을 저지하기 위한 조항, 또는 배포의 합리적인 시간을 제시하는 조항이라면 모르되 일률적으로 전단배포를 요허가행위라고 하는 것과 같은 법규는 위헌이라고 해석되어야 한다. 일본도로교통법도 그 취지에 따라 해석되지 않으면 안 된다. 그런 의미에서 슈나이더 판결의 논지가 일본에서의 전단 돌리기 권리에도 타당하다는 점에서는 아마도 이론은 없다고 생각된다.

② 그러나 벽보붙이기에 대해서는 별개의 관점을 가미할 필요가 있을 것이다. 도로 기타 공공장소에서 전단돌리기와는 달리, 벽보붙이기에 대해서는, 첫째로 그것이 주로 광고의 수단으로서 사용되고, 정치적 의견의 발표수단으로서의 중요성은 그리 크지 않다는 사실, 둘째로 전봇대·울타리·벽 기타의 건조물 등 벽보를 첨부하는 장소를 관리하는 자와의 관계, 및 교통의 안전, 미관유지 등의 사회적 이익과의 관계에서 제약이 존재한다는 것을 인정하지 않으면 안 되기 때문이다. 일본에서는 경범죄법 제1조 33호, 각 자치체의 옥외광고물단속조례 등으로 규제되고 있다.

그러나 벽보의 내용이 상업적인 광고인 경우는 별도로 하고, 일정한 정치적 의견을 표명할 경우에는, 전단돌리기에 준하여 이 법규의 적용을 신중히 하고, 벽보붙이기의 권리를 최대한 존중하는 해석을 할 필요가 있다. 그런 의미에서 최근의 판결, 즉 첫째로 '일한회담 반대 일본공산당 ...'라고 인쇄된 벽보를 전봇대 관리자의 승낙을 얻지 않고 붙인 행위에 대하여 '본건 사안이 기본적인 인권인 표현의 자유에 관한 것임은 명백하고 전봇대 등에 대한 벽보붙이기의 단속이 일반적으로는 거의 방치상태에 있다는 사실과 대비할 때, 경범죄법 제4조의 입법취지에 비취 신중하게 다루는 것이 바람직하다는 것, 이상의 여러 사정을 고려하여 피고인에게 형을 면제한다'라는 판결(1965), 또 둘째로 지사의 허가를 받지 않고 관리자의 승낙도 받지 않고, '조선의 평화통일을 가로막는 한일조약에 반대하자' 등, 한일조약반대 취지의 문헌이 인쇄된 한일조약반대 제일조선인투쟁위원회 명의의 벽보를 전봇대에 모두 4장 첨부한 사건에서, '본건은 벽보가 붙여진 거리를 비롯한 도처의 전봇대에 각종 벽보류가 잡다하게 첨부되어 있었다는 사실, 이들은 모두 정규의 허가를 받은 것은 아니라는 사실, 이에 대하여 소관 토목사무소의 별다른 단속조치도 없었고, 말하자면 방치상태에 있었다는 사실' 등 사회상황과의 관계에서 위법성을 평가한 결과, 다음과 같이 판시한 판결(1967년)의 논리는 원칙적으로 정당하다고 해석할 수 있을 것이다.

'이 벽보붙이기 행위에 의해 지역의 미관풍치를 손상시키는 바는 지극히 경미한 것이라고 인정해야 하며, 또 소유자 측의 피해감의 정도도, 그것이 주택·사무소 등 경우와는 일반적으로 미관에 관한 관심의 정도를 현저히 달리 한다고 보이는 본건 대상물(전봇대)의 성격을 생각할 때, 거의 무시할 수 있는 것이라고 인정되며, 한편 벽보의 내용은 하나의 정치적 의견을 표명하고 이를 세인에게 호소하는 취지의 것이며, 또한 형상색채·첨부양태 등에서도 특히 추악 이상의 느낌도 인정할 수 없는 것이며, 피고인 등의 본건행위는 각각의 입법목적에서 이를 실질적으로 보아, 옥외광고물단속조례 및 경범죄법에서 가벌대상으로 할 정도의 위법성을 지니지 않는 것으로 인정해야 한다고 생각된다.'

특히 도쿄도 게이힌 급행의 역사 뒤측 벽에, '삼시(三時)작전 반대, 매국과 반동의 사토 자민당 내각 타도, 민청동맹'이라고 인쇄된 벽보 한 장을 첨부한 사안에 대하여, (중략)

본건 판결은 마지막으로 수신자 대중의 언론의 자유의 중요성을 다음과 같이 강조했다. '특히 정치적 의견의 발표에 대해서는, 그 방법이 지나치게 좁게 한정되지 않는 것이 민주주의 정치체제를 유지하는데 있어 매우 중요하다. 정부에 대한 비판이 봉쇄된 사회만큼 가공스러운 것은 없으며, 반성할 기회를 주어지지 않는 권력만큼 저주스러운 것은 없다. 이에 반하여 정부의 시책에 대한 논란이나 비판이 공중의 이목에 자유롭게 들어오는 사회야말로 그 국민에게도 그 정부에 대해서도 축복받을 만한 것이다'

[2] 국민의 알 권리

독점적 매스미디어의 출현이 언론의 자유 관념 내지 기능에 준 영향 중 두 번째로 중요한 점은 수신자 대중에게 언론의 자유는, 의견발표의 자유보다도 오히려 의견향수의 자유(듣는 자유, 읽는 자유, 보는 자유 등의 알 권리)를 의미하게 되었다는 것, 그리하여 이 '의견향수의 자유를 중핵으로 하는 언론의 자유 관념'이야말로 민주주의 헌법의 본질을 구성하는 것'이라고 생각되기에 이르렀다는 사실이다. 언론의 자유를 이와 같이 의견향수의 자유라는 관점에서 파악하는 것은, 언론의 자유가 말하는 사람이나 쓰는 사람에게만 속하는 개인적 권리라기보다도 오히려 민주적인 공동사회에 고유한 권리 즉 매우 사회적인 성격을 갖는 권리임을 의미한다.

그런데 국민의 알 권리는 위긴즈(Wiggins)에 따르면 (1)정보를 입수할 권리 (2)사전억제 없이 인쇄할 권리 (3)적정절차에 의하지 않는 보복을 받는다고 하는 두려움 없이 인쇄할 권리 (4)커뮤니케이션에 필수적인 시설과 자료에 접근할 권리 (5)법을 아래에서 활동하는 정부 또는 법률을 무시하고 활동하는 시민에 의한 간섭 없이 정보를 확산시킬 권리 등을 포함하는 넓은 개념이지만, 이 중 (1)의 권리가 가장 중요하다고 할 수 있을 것이다. 그런데 이 알 권리는 '국내적 및 외교적 사건이 함께 복잡화하고, 정부의 절대적인 규모가 증대함에 따라', 국가권력측의 비밀주의 증대에 의해 제한을 받는다. 즉 '정부 내부의 비밀주의 경향은, 국민을 위한 정보가 출판계에 제공되는 경우의 안전도에 대한 공포와 의혹에 자극받아, 국민은 정부의 주인이며 하인이 아니라고 하는 자유국민의 감각으로부터 우리를 멀리 분리하고 있다.' 그리하여 이 비밀경향은 미국·독일 등 오늘날 많은 나라에서 민주주의 자체의 생명력을 위협할 만큼 공격사항에 관한 정보의 이용가능성을 심하게 제약하는데까지 도달하고 있다고 설명된다. 그러나 이와 같은 상태는 위긴즈의 다음 말에 보이는 것과 같은 위험을 포장한다고 하지 않을 수 없다. '통치가 비밀스러워지면 질수록 그것은 더욱더 자유가 아니게 된다. 통치에 관한 인민의 정보를 감소시키는 일은, 인민의 통치에의 참가를 감소시키는 것을 의미한다. 보다 많은 비밀을 찾는 주장은 보다 적은 자유를 찾는 주장이다.'

원래 폭로를 위한 폭로가 민주주의사회에서 정치적으로 필요불가결하다고 하는 것은 아니다. 반대로 민주주의는 여러 가지 면에서 비밀 내지 프라이버시를 크게 허용하고 그것을 장려하기까지 한다. 특히 사법과정에서는 공평한 재판을 유지하기 위해 고도의 자유의 한계가 있다는 것은 주지하는 바이다. 그러나 행정과정에서는 베버의 관료제에 관한 고전적인 분석에도 제시되어 있듯이 '관료제적 행정은 항상 공개성을 배척하는 경향을 가진 행정이다. 관료는 할 수만 있으면 그들의 지식이나 행동을 비판의 눈으로부터 은폐하려고 한다.' 이리하여 비밀이 자기목적화하는 경향마저도 있는 것이다. 일본에서도 종래 의원의 국정조사권과의 관계에서 자주 논의의 대상이 되었으나, 최근 북조선의 비밀공작원이 외무성 사무관을 통해 기밀문서를 입수했던 사건이나 방위청의 비밀문서누설 사건을 계기로 하여 기밀보호법 제정움직임이 일어나는 한편, 무엇이든 숨기는 경향을 가진 정부의 자세에 대한 의문도 제기되어, 일반의 관심을 모았다. 이 국가의 비밀과 국민의 알 권리 내지 민주주의를 어떻게 조화시킬 것인가. 그것은 현대국가가 직면하는 매우 큰 과제의 하나이다.

국민의 알 권리가 직면하는 보다 중요한 문제는 매스미디어와의 관계에서 발생한다. 왜냐하면 국민의 알 권리는 실제로는 국민에게 뉴스를 제공하는 매스미디어를 통해 주로 구체화되는 것이 사실임에도 불구하고, 그 매스미디어는 어느 나라에서도 많은 적든 소수자에 독점되는 경향이 강하기 때문이다. 예를 들어 미국에서는 일간 신문의 수는 1909-10년에 2202였지만 1953-4년에는 1760이 되고, 경쟁지를 갖는 도시의 수는 689에서 87로 격감하여, 반대로 경쟁지를 갖지 않는 시의 수는 518에서 1361로 증가되고 있다. 일본에서도 1966년 4월 현재의 일간신문의 총발행부수는 2994만 8천부에 이르며, 미국 소련에 이어 제3위를 점하게 되었지만 이 3천만부의 약 반수 가까이를 중앙신문 3사가 차지하고 있다. 더욱

이 3대신문의 내용에 현저한 차이가 없다는 점을 생각할 때 신문의 독점 내지 과점의 상황은 유례가 없다고 할 수도 있다. 신문이 과도의 경쟁상태에 있음은 과거 토크빌이 말한 바와 같이 결코 바람직한 현상은 아니다. 그러나 신문을 비롯하여 전파미디어가 독점화됨으로써 국민의 알권리는 중대한 문제에 직면한다.

첫째로 알 권리는(특히 자본과 국가권력으로부터의 독립이 의심스러운 전파미디어와의 관계에서) 그것을 지키기 위한 적극적인 방책을 필요로 하는 단계에 있다는 것을 주목해야 한다. 매스미디어의 언론의 자유를 국가권력으로부터 지킨다는 측면도 원래 중요하지만, 현재는 그것만으로는 불충분하며, '적절한 정보에 대한 시민의 권리를 지키는 것도 긴급한 과제인 것이다.' 이런 의미에서 예를 들어 서독에서 '1961년 헌법재판소의 이른바 제2텔레비전 소송 판결은, 방송사업에서의 독점형태 중에서 방송의 자유를 보장하기 위하여 "사회적 여러 세력의 적절한 참가"를 인정하는 것이 하나의 중요한 내용이었다'라고 설명되지만, 이 사상을 구체화하는 것으로서 이 판결이 시사했던, 여론을 대표하는 합의제적 기관의 설치와 같은 방책은 독점적인 전파미디어 기업으로부터 국민의 알 권리를 옹호하기 위한 하나의 적절한 조치라고 할 수 있을 것이다. '미디어의 경영자나 소유자에게는 자기들이 마음에 드는 것을 공공화시킬 권리 따위는 없다. 표현의 자유는 하나의 도덕적인 권리이므로, 그들은 "공중으로 하여금 듣게 하는 가치가 있는 사상은 모두 공중에게 들려준다"라는 것을 알아야 한다. 그리고 어떤 사상이 공중으로 하여금 듣게 할 가치를 가지고 있는가에 대한 결정에는 편집자나 소유자뿐만 아니라 공중도 참가할 수 있어야 한다.(Peterson) 일본의 방송법이 정하는 프로그램심의회 등 제도는 그와 같은 관점에서 조직되고 운영되어야 하며, 프로그램 내용에 대한 간접적인 정치적 개입을 허용하는 루트가 되어서는 안 된다.

그러나 둘째로 매스미디어의 거대화과 독점화가, 그 자본과 국가권력으로부터의 독립을 곤란하게 만들 위험이 있다는 것을 지적하지 않으면 안 될 것이다. 특히 전파미디어는 그 가능성이 한 층 더 강하고, 그 때문에 방송이 갖는 강도의 공익적 성격도 있어, 활동에 많은 제약을 받게 된다. 다만 신문에 관한 한, 특히 일본에서는 외국과 비교해서 광고주인 기업으로부터도 정치권력으로부터도 어느 정도 강한 독립성을 유지하고 있다고 할 수 있다. 그럼에도 불구하고 신문도 그 자체 하나의 거대한 기업이며 영리사업이므로 자본과의 결합이 생겨나거나 나아가서는 정치권력으로부터 100퍼센트 자유롭지 않게 되는 사태가 일어나거나 하는 가능성은 최근 일본에서도 문제가 되었듯이 여전히 부정할 수 없다. 미국에서도 '민주사회의 신문의 역할이 비밀과 정부·신문의 협조와의 경향이 강화된 것에 의해 큰 위협을 받고 있다'라고 설명된다. 만약 이와 같이 정부에 대한 비판자·검열자인 신문 본래의 역할이 후퇴하고, 정치적 내지 영리적 고려에서 뉴스의 선택 내지 보도 방법에 자주적 규제를 가하는 상황이 생겨난다면, 수신자 대중의 알 권리가 크게 감소되는 것은 피할 수 없을 것이다. 이런 의미에서 '명백히 매스미디어의 기본적인 책임은 자유에 있으며, 그 자유는 어떠한 곳에서 오는 도전에 대해서도 수호되어야 한다. 정부로부터도, 반대의 정치론으로부터도, 기업이나 계급의 의무로부터도, 권력단체의 압력으로부터도, 미디어 자신 속에 있는 특수한 이익의 힘으로부터도 수호되어야 하는 것이다'

(이하 생략)

[3] 매스 미디어의 공공성

(이하 생략)

[끝]

학문의 자유와 대학의 자치

基本的人權 제4권 (일본 東京大學出版會 1968년 초판) 중 제8장
다카야나기 상이치 (高柳 信一)

1. 시민적 자유와 학문의 자유

[1] 문제의 소재

진리의 탐구는 본래적·본질적으로 자유로우며, 또 자유로워야 한다. 이를 부정하는 사람은 없을 것이다. 연구(진리 탐구)의 결과에 대해 미리 제한을 두고, 일정한 결론을 내는 것을 금지하거나, 반대로 일정한 답을 내기 위하여 연구를 명하거나 한다면, 그것은 애당초에 진리 탐구라고 할 수 없다. 또한 연구 방법을 제한하거나, 일정한 방법을 사용할 것을 금지해도 마찬가지로 진리 탐구는 될 수 없다. 진리 탐 방법을 제한하거나, 일정한 방법을 사용할 것을 금지해도 마찬가지로 진리 탐구는 될 수 없다. 진리 탐구는, 연구자가 다만 사실을 근거로 하고, 이성 에 따라서, 이성 이외의 무엇으로부터도 영향 받음이 없이, 그런 의미에서 자유롭게 제시되어야 한다. 이런 길만이 진리 탐구를 가능케 한다.

따라서 학문의 자유 보장이, 이런 의미에서 진리 탐구의 자유를 보장하고, 이 과정에 대한 간섭·침해를 금지하는 것이라면 그러한 보장은 정통성과 의의를 갖는다는 것은 거의 의문의 여지가 없다. 이런 의미에서 학문의 자유를 기본적 인권의 하나로서 보장한다는 것은 너무도 당연한 노릇이다.

그런데, 문제는 간단하지만은 않다. 왜냐하면 학문의 자유는 시민적 자유의 목록 속에 본래 당연히 포함되는 것은 아니며, 시민적 자유의 관점에서는 오히려 학문의 자유에 대하여 일정한 의문이 제기되고 있는 것이다. 즉, 학문의 자유를 성문헌법으로써 보장한다는 주의를 비교적 일찍 확립한 독일 이외의 서유럽 민주주의국, 특히 미국에서 학문의 자유에 대한 회의 내지 반감이 있다는 사실이 주목된다. 원래 이념이나 제도라는 것은, 아무리 대다수 사람들이 인류의 역사상 귀중한 유산으로 그 가치를 높이 평가한다 해도, 그것에 대한 회의나 반감이 전혀 없다는 것은 있을 수 없다. 민주주의나 기본적 인권 일반도 그런 의미에서는 예외일 수 없다. 그러나 여기서 문제 삼으려는 회의·반감은 민주주의나 자유나 인권 일반에 대해서 일어날 수 있는 그것이 아니다. 우리가 민주주의사회의 귀중한 원리이며, 기본적 인권의 중요한 일환이라고 생각하는 학문의 자유에 대해 민주주의를 지지하고 시민적 자유(기본적 인권)을 존중하는 입장에서, 혹은 오히려 그와 같은 입장에 서기 때문에 더욱, 의문·반감을 갖게 된다는 사실이 우선 주목되어야 하는 것이다.

예컨대, 미국 대학교수협회(American Association of University Professors)의 회장을 역임한 바 있는 맥크랩(F. Machlup)은 <아카데미 프리덤에 대한 약간의 잘못된 견해에 대하여>라는 흥미로운 글에서, 이 자유에 관하여 흔히, 그리고 꽤 일반적으로 발견되는 잘못된 견해(정확하게 이해된 경우에는 학문의 자유의 명제에 모순되는 '비판적 또는 소극적 정언(定言)')을 열세 가지 정도 들어 그 각각에 대해서 논박하는 형태로 학문의 자유론을 전개하고 있는데, 그가 맨 먼저 골라낸 소극적 정언은 다음과 같은 것이다. '학문의 자유는 분노를 사지 않도록 (lest it be resented) 눈에 띄는 형태로 공언되어서는 안되며, 그것은 단순히 일반적인 언론의 자유의 한 측면으로서 제시되어야 한다고 주장되고 있다'라고. 즉, 일반 사람들은 대학교수가 '특별한 자유(special liberties)를 갖는다는 따위 주장에 대해서는 반감을 갖게

되므로, 학문의 자유를 어느 시민에게도 인정되는 '일반적인 사상 및 표현의 자유 이상의 아무 것도 아닌' 것으로서 제시하는 것이 현명하다는 사고방식이 강하다는 것이다.

또 미시간 대학의 슬로센(P. Slossen)은 대학교수의 특별한 자유('모종의 직업적 면책특권'(a kind of occupational immunity))는 유럽에서는 일반적으로 인정되고 있는 듯하지만, 미국에서는 존재할 여지가 없다면서 다음과 같이 말한다. '(미국에서는) 대학교수는 단순히 일개 시민이며, 군집 속의 한 사람이다. 그의 대학의 가운은 그의 기교(奇矯)한 언동(eccentricities)에 대하여, 은행원의 코트나 우편배달부의 제복 이상의 엄호(掩護-shelter)를 제공하는 것은 아니다. 그는 미국적 상황이 모든 사람에게 보장하는 그와 같은 자유(그것은 결코 경멸되어야 하는 것이 아니다)를 향유할 것이다. 그러나 그 이상으로는 아무 것도 향유하지 않는 것이다.'라고.

그리고 버클리(W. F. Jr. Buckley)의 <예일(Yale)의 신과 사람 -아카데미 프리덤의 미신>이라는 센세이셔널한 표제가 달린 저서에 서문을 쓴 체인벌린이라는 인물은 아카데미 프리덤의 요구는 대학교수적 불가촉(不可觸) 엘리트 (elite of professional untouchables)를 확립하려고 하는 것이라고 주장하면서 다음과 같이 단정하고 있다. '그것은 교육에 적용된 카스트제도(caste rule)이다. 그것을 파시즘이라고 부르는 것은 미안한 일일지 모르지만, 그러나 그것은 의심의 여지없이 데모크라시는 아니다.'

진리 탐구가 자유로워야 한다는 것은, 앞에서 말한 바와 같으며, 이에 대하여 누구도 이론을 제기할 여지가 없을 만큼 자명함에도, 앞의 두세 주장에 보이는 바와 같이, 학문의 자유에 대하여 바로 민주주의나 시민적 자유 존중의 입장에서 회의와 반감이 던져지는³⁴⁾ 것은 무슨 까닭에서인가? 그것은 학문 연구가 주로 대학에서 대학인에 의해 영위되는 것인 이상, 학문의 자유는 대학이라는 특수한 사회단체 및 대학교수라는 특수한 사회적 신분의 특별한 자유·특권이 되기 쉽기 때문이다.

생각건대, 학문의 자유 보장이라고 해도 보장의 대상은 학문이라는 비인격적인 연구결과가 아니라, 학문연구라는 인간행동·사회적 기능인 바, 학문연구라는 인간행동·사회적 기능은, 똑같이 헌법에 자유가 보장된 신앙, 사상, 언론, 출판 등의 인간행동·사회기능과는 약간 다른 특이한 성격을 가지고 있다. 그것은, 후자의 여러 행동은 모든 사람이 그 직능·지위 등에 관계없이 일반적 시민의 입장에서, 보편적으로, 당연히 수행할 수 있지만, 학문연구는 그것을 평생의 직업으로 선택한 전문 직능집단(profession)에 속하는 사람들만이 갈수록 유효하게, 유의의하게 영위할 수 있는 것이 되고 있으며, 따라서 학문의 자유 보장은 이와 같은 특정한 범위의 사람들의 특권이 되기 쉽다는 숙명을 지니고 있기 때문이다. 독일에서 학문의 자유의 헌법적 보장이 프랑크푸르트 헌법(1849)에 처음으로 규정되었을 때, ('학문 및 그 교수는 자유롭게 할 수 있다' [152조]) 그것은 거의 전적으로 대학의 하문연구의 자유를 지칭하는 것으로 생각되고, 따라서 그 내용은 주로 '대학에서의 교수의 자유'를 의미하는 것으로 생각되었던 것이다.

만약 이상과 같다면, 거기에 시민적 자유의 입장에서부터의 회의나 반감이 생겨난다고 해도 그것은 까

34) 다만 이상은 모두 미국의 논고에서 인용된 것이다. 여기서도 짐작되듯이, 이와 같은 회의나 반감은 주로 미국이라는 특수한 정신풍토 하에서 명료한 형태를 취하는 경우가 많다는 것에는 주의해야 한다. 슬로센은 미국에 대해 논하고 있는 것이고, 이 문제가 미국 사회에 뿌리 깊게 존재하는 반지성주의와 관계가 있다는 것은 부정할 수 없다. 그러나 그와 같은 배경 하에서 나오는 명제 자체에는 미국적 특수성을 넘어서는 '학문의 자유' 일반에 관계되는 문제가 포함되어 있다고 생각한다.

닭 없는 일은 아니다. 대학의 교수·연구자도 한 시민으로서 일반 시민과 같은 사상·신교의 자유, 언론·출판의 자유 등 정신적·정치적 자유를 향유하겠지만, 만약 그들이 이런 '일반적' 시민적 자유 외에 '학문의 자유'라는 이름 하에 그 어떤 '특별한' 자유를 향유한다고 하면, 그것은 '법 앞의 평등'이라는 시민적 자유의 기본적 내재원리와 모순적일 것이고, 또 만약 반대로 그들이 '특별한' 자유를 갖는 것이 아니라, 그 이른바 '학문의 자유'는 사상·신교의 자유, 언론·출판의 자유 등 '일반적' 시민적 자유의 교육·연구라는 특수한 '한 국면'에서의 현상형태에 지나지 않는 것이라면, 이를 별개의 독립된 종류의 자유로서 구성하고 보장하는 일은 의미가 없다고 하지 않을 수 없다.

우리가 일본국 헌법 하에서 학문의 자유를 논하려고 할 경우, 이 문제와의 대결을 회피해서는 안 될 것이다. 우리는 우선 학문의 자유가 시민적 자유와의 관계에서 갖는 원리적 문제성(그것은 현실 구체적 것으로는 시민의 이해, 반감으로서 표현된다)과 정면으로 대결하고, 이를 이론적으로 해결하고, 학문의 자유를 광범한 국민 일반의 시민적 자유의 기초 위에 다시 올바르게 구축하는 일이 필요할 것이다. 지금 유럽 광범한 국민 일반의 시민적 자유의 기초 위에 다시 올바르게 구축하는 일이 필요할 것이다. 지금 유럽 광범한 국민 일반의 시민적 자유의 기초 위에 다시 올바르게 구축하는 일이 필요할 것이다. 지금 유럽 광범한 국민 일반의 시민적 자유의 기초 위에 다시 올바르게 구축하는 일이 필요할 것이다. 지금 유럽 광범한 국민 일반의 시민적 자유의 기초 위에 다시 올바르게 구축하는 일이 필요할 것이다.

이 점과 관련하여 우선 시민혁명의 선진국인 영국, 미국에서 혁명의 강령이자 동시에 성과의 확인 선언문인 권리장전(즉 시민적 자유의 목록) 중에 학문의 자유 항목이 없다는 사실이 주목된다. 이는 독일이 그 시민혁명 당시부터, 더욱이 미완성인 시민혁명임에도 불구하고, 학문의 자유 보장 조항을 그 성문 헌법 중에 명확하게 내걸고 있었다는 사실과 현저한 대비를 이룬다.³⁵⁾ 뿐만 아니라, 독일에서는 학문의 자유 이념은 헌법에 규정되기보다 일찍, 근대적인 대학의 성립(1810년 베를린 대학 설립을 가시적 징표로 한다.)과 함께 '독일대학의 기본권'으로서 확립되어 있었다고 인식되는데 대하여, 영국 미국에서는 학문의 자유를 가리키는 말조차 없었다는 것이다. 현재는 academic freedom이 이에 해당되는 것으로 널리 사용되고 있지만, 이는 말하자면 독일어의 akademische Freiheit의 직역이며, 1870년 이전에 이 영어 낱말은 거의 쓰이지 않았다고 한다. 말이 없었다는 것은 중요하다. 그것은 그에 해당되는 관념이 없

35) 앞에서 언급한 프랑크푸르트 헌법 제152조 '학문 및 그 교수는 자유롭게 할 수 있다'. 이 조항은 1850년 프로이센 헌법에 그대로 채용되고 (제20조), 나아가 이런 취지는 그 후 독일의 여러 헌법에 전승되었다. 1919년 바이마르 헌법 '예술, 학문 및 그 교수는 자유롭게 할 수 있으며, 국가는 이를 보호하고 그 육성에 참여한다.'(제142조) 그리고 1949년 본 헌법 '예술 및 학문, 연구 및 교수는 자유롭게 한다. 교수의 자유는 헌법에 대한 충성을 면제하지 않는다.'(제5조 3항) 등등

었다는 것, 그것은 나아가서 그와 같은 관념을 낳는 문제적 상황이 없었다는 것을 의미하기 때문이다. 단적으로 말하면 거기서는 기본적 인권의 보장을 목표로 수행된 시민혁명에 있어서 학문연구의 자유가 특별히 보장되어야 한다는 문제의식이 전혀 없었던 것이라고 생각해도 될 것이다.

[2] 영국 시민혁명과 '학문의 자유' 관념의 부재

그러나 이런 사실은 영국에서 진리 탐구의 자유가 없었다는 것을 의미하는 것은 아니다. 시민혁명의 달성으로 개인의 여러 가지 시민적 자유(신교·사상의 자유, 언론·출판의 자유 등)가 획득되고, 이를 통해 진리 탐구의 자유도 보장되게 되었다. 중심을 이루는 것은 종교적 자유일 것이다. 로마교회의 최고권에 담보된 정통교의가 일원적으로 지배하고, 이로부터의 일탈이 이단으로서 박해받은 곳에서는 지적 자유는 존재의 여지가 없었지만, 종교개혁 이후 복수 종교의 경쟁이 필연이 되자, 신앙의 확실함에 대한 의식의 상대화를 가져오게 되고, 힘을 통한 신앙 강제와 유효성에 의문이 생겨나, 서서히 종교적 관용의 정신이 등장했다. 그리고 한편에서 진리는 고정적·정태(靜態)적인 것은 아니고, 끊임없는 자기 현현(顯現)을 이루어 나가는 동태적인 것이라는 통찰이 힘을 얻고, 다른 한편에서 인간은 과오를 피할 수 없는 존재라는 인식이 확산되어갔다. 인간의 과오를 처벌(이단으로서 박해)하는 것은 영원하고 절대적인 진리를 전제로 하기 때문이지만, 만약 그와 같은 진리관이 성립되지 않는다면, 인간의 회의나 과오는 보다 새로운 진리의 추구과정에 있어서 불가피한 한 단계로서 가치를 지니게 된다. 영국에서는 특히 알미니우스파(Arminians)가 이러한 견지에서 종교적 관용을 추진하고, 후의 영국 합리주의사상의 기초를 구축했다. 종교적 관용의 진전은 동시에 지적 탐구의 자유를 신장시켰던 것이다.

이러한 동안 대학도 절대주의 권력에 저항하면서 스스로의 자유를 옹호했던 것이지만, 그 투쟁 또한 이와 같은 시민적 자유(특히 종교적 자유) 전개과정의 당연한 일환이었으며, 하등 특별한 자유를 위한 투쟁을 형성하지 않았다. 예컨대, 제임스 2세는, 1687년, 신앙자유령(Declaration of Indulgence)을 내고, 옥스퍼드의 마다렌 칼리지(Magdalen College)에 대하여 제정법을 무시하면서 로마 가톨릭교도를 장(長)으로 선임할 것을 강요했고, 또 케임브리지에 악명 높은 제프리스(Jeffreys) 판사를 들여보내어 끝내 그 학장(Vice-Chancellor)을 쫓아내는 등의 간섭을 감행했다. 양 대학은 이에 격렬하게 저항했는데, 거국이 결국은 전 국민의 복고왕조 타도 투쟁의 선구가 되어, 사태는 그대로 명예혁명으로 접속되기에 이른 것이다.

종교적 자유를 위한 투쟁은 기존의 대학에서 수행되었을 뿐 아니라, 그 밖에서 다음과 같은 주목할 형태로도 진행되었다. 비(非) 국교회학원(dissenting academies)의 설립이 그것이다. 왕정복고 및 1662년의 예배통일법(Act of Uniformity)에 의해 영국의 신학자 중 약 20%는 국교 반대자로서 대학에서 쫓겨나게 되었는데, 그들은 독자적인 고등교육기관을 설립하고, 비 국교회 자녀를 교육했던 것이다. 이 학원은 그 후 문호를 널리 신흥 중산계급 자녀에게까지 넓혀, 기존의 대학보다도 과학·실용학을 중시하고, 자유로운 연구·교육방향을 채택하면서 18세기를 통해 많은 인재를 배출했다.

이와 같이 영국에서는 종교적 자유 획득을 위한 투쟁과 그 승리가 시민적 자유와 지적 탐구의 자유를 동시에 초래했다. 그것은 교회권력을 지배의 지주(支柱)로 하는 절대주의 군력을 타도하고, 일반 시민 손에, 기존의 대학에, 나아가서 그 밖에 있는 새로운 고등교육기관에 종교적 자유를 중심으로 하는 시민적 자유와 지적 탐구의 자유를 가져온 것이다.

다만 시민혁명에 의한 시민적 자유(기본적 인권)의 보장 실현이라는 명제는, 많은 한계가 있음을 인정해야 할 명제이다. 초기 시민국가의 주된 관심은 합리적이고도 예측 가능한 권력기구 확립과 신중 시민계급의 의회를 통한 정치권력의 장악이었으며, 시민적 자유 보장은 여전히 완전하지 않았다. 신교·사상의 자유도 언론·출판의 자유도, 많은 적든 여러 가지 제약을 면할 수 없었으며, 진리 탐구의 자유도 다른 자유들과 거의 마찬가지로 부자유했다. 기존의 두 대학(옥스포드, 캠브리지)에서는 국교에의 선서가 요구되었고, 1828년의 심사법(Test Act)이 폐지될 때까지 비 국교도는 대학으로부터 배제되었다. 외부세력으로부터의 대학의 독립도 완전하지 않았으며, 대학은 학외로부터의 간헐적인 종교적·정치적 간섭에 어쩔 수 없이 드러나 있었다. (앞의 '심사법'도 대학의 의사에 반하여 강요된 국가의 간섭이다.) 그러나 여기서 가장 주목할 것은 시민혁명 후 영국을 지배한 위그 과두제 (Whig oligarchy)의 지도자와 대학인 사이에 계급적 동질성이 성립했다는 사실이다. 양 대학은 젠틀리의 자식과 성직자가 되려고 하는 자를 교육하고, 이들이 당시 영국의 지배계급을 구성했다. 당시 영국의 지배계급이 대학의 이해(利害)나 자유를 치명적으로 해치는 일은 보통 있을 수 없었다. 대학은 사실상 독립과 자치를 향유했지만, 이와 같은 조건 하에서는 이것이 '특별한 자유'로서 의식될 필연성도 필요성도 없었던 것이다.

명예혁명의 특유의 성격 때문에 본래 중세적 연혁을 갖는 자율적 단체 (의회, 교회, 지방단체 등)의 특권이 유지되게 되었는데, 대학도 그런 단체들 중 하나로서 그와 같은 종류의 자율성과 특권을 유지했다. 대학은 교수 연구자에 의한 완전히 자치적인 관리체제를 가졌으며, 그 중에서도 막대한 기본재산으로 자치를 위한 공고한 재정적 근거를 가지고 있었다. 이와 같이 대학이 정치적으로 학외권력과 기본적인 이해 대립을 갖지 않고 재정적으로 어떠한 학외세력에도 의존하지 않고, 조직적으로도 거의 완전한 자율을 보유하고 있는 경우, 대학인(교수 연구자)이 개인으로서의 시민적 자유를 보장받으면 그것을 통해 진리 탐구의 자유는 동시에 충분히 실현되었다고 할 수 있다. 거기서는 대학의 특별한 자유도, 교수 연구자의 한 시민으로서의 일반적 자유 이상 특별한 자유도 존재할 필요가 없었던 것이다.

[3] 미국의 Freedom for the College

미국에는 중세적 자치와 특권을 가진 대학이 없었으며, 그런 조건에서 영국과 상황이 완전히 달랐다. 그러나 종교적 자유를 중심으로 하는 시민적 자유를 달성함으로써 동시에 진리 탐구의 자유를 실현하여, 그것을 넘은 교수 연구자의 '특별한' 자유를 의식하지도 요청하지도 않았다는 점에서 영국과 같았다.

미국의 식민지로서의 발족이 영국 본국과의 종교적 자유를 둘러싼 투쟁에 뿌리를 가지고 있었으며, 따라서 식민지의 사회구조도 대학도 종교적 계기에 의해 규정받고 있었다. 즉 종파가 같은 식민자들이 서로 모여 지역사회를 구성하고, 이러한 종교적 동질성을 지니는 지역사회가 그 신조를 영원히 보전하기 위하여 소규모의 칼리지를 설립, 유지했던 것이다. 대학 교수는 주로 당해 종파의 성직자들이었지만, 그들은 어떤 의미로는 아마투어 학자에 지나지 않았고, 당시의 풍조로 보아 지역사의 프린티어 확대보다 지식상의 프린티어 확대에 생애를 바치는 것이 더 가치가 있다는 의식은 생기기 어려웠으므로, 고정적인 전문직능으로서의 교수 연구자 층의 형성은 미숙했다. 그들은 종교적 신조를 같이 하는 칼리지에서 교육 연구의 직책을 도맡은 것이었으며, 그들이 신조를 달리하는 칼리지에 머물기 위한 특별한 자유를 주장한다는 따위는 아마도 생각조차 하지 않았을 것이다. 대학의 자유도 교수 연구자의 자유도 없었던 것은 아니지만, 그 자유는 모두 종교적 자유를 중심으로 하는 시민적 자유에 포함되어, 이것으로써 완전히 설명

할 수 있는 것이었으며, 그것과 별개의 특별한 학문의 자유는 역시 의식되거나 주장될 여지가 없었던 것이다.

[4] 독일에서의 akademische Freiheit

이와 같이, 정신적 가치를 독점하고, 교회를 지배의 지주(支柱)로 하는 절대주의 권력의 타도를 통한 시민적 자유 획득은, 적어도 초기 시민국가에서는 동시에 다른 아닌 지적 탐구의 자유를 실현하는 것이었음이 이해되는 것이지만, 이와 같은 이해에 입각한다면, 거꾸로 독일처럼 '학문의 자유' 보장을 특별히 의식하고 내건다는 것은 어떤 의의를 지니며, 어떤 역할을 수행하는 것인가에 대한 의문이 제기되지 않을 수 없다.

독일 (주로 프로이센이 고찰의 대상이 되겠지만)의 정신적·문화적 생활을 살펴 본다면, 우선 대학이 원칙적으로 국립이라는 점에 관심을 가지게 된다. 그것은 강력한 신중 시민계급의, 자유 신장을 위한 노력의 일환으로서 그들의 주도로 설립된 것이 아니었다. (영국에서 '영국의 대학은 영국 국민의 창조물이며, 영국 국가의 창조물은 아니다'라고 회자되고 있는 점을 상기해야 한다.) 자치를 보장받은 근대 독일 대학의 원형은 이미 말한 바와 같이 베를린 대학(1810)이지만, 그것은 그 존재도 특권도 군국주의적·귀족계적 지배계급이 부여한 것이었다. 18세기 말의 독일에서는 강력한 부르주아지에 기초를 둔 시민적 교양계층의 충분한 성숙은 없었지만, 이 시기 계몽절대주의가 채택한 강력한 국민교육정책의 결과, 교육의 담당자인 학교 교사를 모태로 한 광범한 교양인 층이 형성되어, 이들을 중심으로 철학과 문학의 현저한 고양이었다. 독일의 대 나폴레옹 전쟁 패배는 이 분위기에 새로운 자극을 주게 되어, 여기에 민족의 진정한 힘은 정신과 문화에 있다는 생각이 조성되고, 철학과 교육은 높은 존경과 기대의 대상이 되었다. 한편, 지배계급도 패전이라는 위기에 직면하여, 스스로의 지배적 지위를 흔드는 일 없이 스스로를 새로운 엘리트로 개조하면서 귀족 출신의 인재를 엘리트로 양성하고 지배계급 속에 흡수하는 일을 긴급한 사업으로 의식하게 되었다.

이양자의의식은 독일민족의 재흥이라는 점에서 쉽게 일치점을 발견했다. 정신의 세계에서 물질적 파괴의 타격을 치유하고, 삶은 것을 탈환하기 위하여, 학문연구의 메카가 될 자유로운 대학의 설립이 기대되고 실현되기에 이른 것이다. 이것은 군권(君權)=관료세력과 지식=교양계급과의 타협의 산물이라 할 수 있을 것이다. 전자는 대학에 자유를 부여함으로써 스스로를 시대정신을 이해하는 계몽적 지배자로 현시(顯示)할 수 있으며, 또 대학의 조합단체적 자치의 원리를 재흥함으로써 프랑크혁명으로 파괴된 중세 독일제국의 전통을 이어받는 충실한 담당자 행세를 할 수도 있었다. 다른 한편, 지식계급은 그 당시까지만 해도 충분히 부유하지 않았던 시민계급과, 문화·교양에 무관심하거나 혹은 예외적으로 그것에 관심을 갖는 경우에는 오로지 프랑스의 문화·교육에 폭 빠진 귀족계급과의 사이에서 거의 지적 특권을 행사하기 위한·장을 갖지 못했던 것이지만, 이제 새로운 대학에서 자유로운 지적 활동 전개를 위한 무대의 제도화를 더욱 더 향유하게 되었던 것이다.

3월혁명을 맞아 학문의 자유의 헌법적 보장이 확립되었을 때, 그에 의해 확인되고 보장의 내용을 이룬 거슨 다음과 같은 여러 관계였다. 그것은 원래 시민적 자유가 부재하는 곳에서 대학교수에게, 대학교수이기 때문에 주어진 특권이었다. 교수는 자신의 역량을 최대한 자유롭게 발휘하여, 전문 학문분야에 관하여 고유의 방법론을 가진 정치하고도 장대한 학문체계를 구축하고, 이를 강의하는 강좌장으로서 학

내에서 절대적인 권위를 누렸다.

그러나 대학의 자유·자치는, 어차피 국가가 국가이익의 관점에서 부여하는 범위 내의 것일 수밖에 없었다. 대학의 행정적 자의로부터의 진정한 독립을 위해서는 자치의 재정적 뒷받침이 중요했지만, 대학의 재정적 자치는 의식적으로 거부되었다. 대학의 자치라고 해도 그것은 유보가 달린 것이일 수밖에 없었다는 점에 주의해야 한다. (영국의 오랜 두 대학이 튼튼한 재정적 독립을 가지고 있었다는 점과는 대조적이다.) 영국과는 결정적으로 달리, 고등 연구 교육기관의 설치자이며, 따라서 그 최고의 관리주체인 정부와 연구 교육기능을 실질적으로 담당하는 대학 교수 연구자 사이의 이해 대립 혹은 이질성은, 대학의 자유·자치의 정도와 범위에 관하여 법적인 확정을 필요로 했던 셈이다. (다만 그 확정이 얼마만큼 실제로 준수되었는가는 또 별개 문제지만)

대학교수의 특권과 자유도 또한 국가가 부여한 틀 내의 것일 수밖에 없었다. 그것을 한 발짝이라도 넘어서는 곳에서는 (더욱이 학외활동에 관해서는) 대학교수는 일반 시민과 마찬가지로 정치적 부자유를 맞보지 않을 수가 없었다. 교수 또한 고상한 순리(純理) 속에 들어박혀 실용이나 공리(功利)를 비 학문적인 것으로 배척하고, 또 가치중립성을 견지하면서 실천이나 현실정치와의 관계를 배제한다는 특유의 학적 생활원리를 스스로 형성하여, 이를 이론화했다. 이것이 '대학의 이념'이며, 위로부터 주어진 제약을 지닌 대학 자치는 대학 교수 자신에 의해 적극적으로 합리화되는 결과를 가져온 것이다.³⁶⁾

그리고 이와 같은 특유의 체제야말로 실은 관헌(官憲)적 전제국가 내에서 지적 탐구활동으로 하여금 그 자유를 유지케 하는 근거였던 것이다. 이로써 지배계급의 이익과 지식계급의 이익 사이의 아슬아슬한 균형이 간신히 유지되었다. 교수는 강좌제라는, 그가 군림하는 자기 왕국 내부에서, 혹은 그 학문적 표현인 장대한 학문체계 내의 세계에서 정부의 어떠한 지휘·감독으로부터도 해방되어 독립자존을 누렸고, 동시에 현실사회의 정치적 압력이나 계급적·종교적 충격으로부터도 격리되어 안전했던 것이다. 여러 가지 정도에 있어서, 그리고 복잡한 양상에 있어서 보수적인 광범한 중간층을 안고 있던 당시 독일사회에서, 현실정치나 실리실용을 차단하는 대학 자치의 격벽(隔壁)이 없었다면, 대학은 반민주적인 데마고기의 범람 속에 던져져, 대학이 한정된 범위에서 누릴 수 있었던 활동의 자유도 결국 그런 범람에 휩쓸려 사라져버렸을 것이라는 주장도 그리 근거 없는 것은 아닐 것이다. (당시 대학의 학생은 행정관료, 사법관, 교사 등 체제 내 엘리트 코스를 지향하고 있었으며, 따라서 국가주의적 혹은 적어도 체제적 이데올로기를 신봉하는 자가 많았다)

36) 파울센의 다음 말은 매우 특징적이다. '학자는 정치에 간여할 수 없고, 또 간여하지 말아야 한다. 학자는 그들이 천직의 요구에 따라 능력을 발달시키고 있을 때에는 정치에 간여할 수 있는 것이 아니다. 학문연구가 그들의 직책이며, 학문연구는 여러 사상과 여러 이론을 (그것들을 사실과 조화시킨다는 목적을 가지고) 끊임없이 검토한다. 이는 것을 의미한다. 여기서 이들 사색자들은 서로 반대되는 측면에 관하여 이론적 공정우사의 습성을 배양하고, 만약 사실과 보다 잘 적합한 이론에 이를 다른 길을 발견할 경우에는 주저 없이 그 길을 선택한다는 마음가짐을 가질 의무가 있다.' '이와 달리 정치적 행동은 이론에 종사하는 자에게 치명적인 습성임을 입증하는 기회주의라는 습성을 만들어 낸다. 목표가 실천적 목적을 실현하는 데 있는 경우는 언제나, 여러 조건을 계산하고 스스로를 상황에 적응시키고, 타협하고, 원칙을 일단은 격언(格言)이라고 간주하는 일이 필요해진다. 이 모든 것은 이론에 종사하는 자에게는 혐오스러운 행동일 것이다. 이론에 종사하는 자는 조건이 아니라 관념의 창조를 자신의 일로 여겨야 하고, 현실이 아니라 진리를 문제 삼아야 하는 것이다. 이리하여 그는 타협 없는 사람이어야 하는 것이다.' (F. Paulsen: The German Universities and University Study :1906)

이와 같은 내용을 가진 독일적인 대학의 자치는, 지식=교양계급이 프로이센 정치와 일체감을 지닐 수 있었던 독일민족의 국민주의적 투쟁의 시대에는 약간의 역사적 의의가 있었으나, 비스마르크제국의 시대가 되자 강대한 국가권력 앞에 충분한 저항의 역할을 수행하지 못하고, 아니, 오히려 자유로운 재야적 입장에서 분출하는 혁신적 학문 (마르크스주의, 프로이드의 심리분석학, 니체철학 등)에 대해서는, 이들을 학계에서 배척하는 학문적 권위주의 역할을 영위하기에 이르렀다.³⁷⁾ 게다가 간과할 수 없는 것은, 순리(純理)나 정치적 중립을 논리적 귀결로서 갖는 '대학의 자치' 이념 하에서 지배계급의 마음에 드는 이데올로기적 편향은 반드시 억압되지 않았다는 사실이며, 극단적인 소비니즘, 호전적 군국주의 및 반유태주의 등등의 강의는 상당히 관대한 대접을 받았다는 사실이다.

학문의 자유에 대한 허널적 보장은 이와 같은 내용을 가졌다. 그것은 가장 직접적으로는, 대학은 국가의 기관이기는 하지만, '대학은 학문에 봉사하는 것이고, 국가 또는 교회에 봉사하는 것이 아니'라는 것, 그리고 그와 같은 대학에서 교수는 '어떤 권위에도 구속됨이 없이 그 스스로가 온몸으로 그의 학설에 책임을 지는' 것 등을 의미했다. 그 명제는 진리가 절대 확실한 것으로서 주어져 있고, 교회는 그와 같은 진리를 독점하고 있다는 전제 하에, 대학은 재가(裁可)되고 허용된 학설만을 가르쳐야 한다고 인식된 중세적 학문관·대학관을 타파하는 것이며, 그런 의미에서 이론을 제기할 여지가 없는 것이었다.

그러나 그것이 시민혁명의 철저한 수행을 통한 시민적 자유 획득의 결과로서 당연히 획득된 것이 아니었다는 의미에서 문제를 남겼다. 학문의 자유가 시민적 자유의 부재(3월혁명 이전) 또는 불충분(3월혁명 이후)이라는 상황 하에서 위로부터 주어짐으로써, 그것은 대학 및 대학 교수의 특별한 자유 내지 특권으로서 기능했다. 그것은 이윽고 광범하게 분출한 민중의 자유로운 지적 에너지에 의해 지탱되면서 이 에너지를 받아들임으로써 민중에 봉사함과 동시에 사회의 끊임없는 진보에 대하여 지적 리더십을 발휘한다는 귀중한 역할을 수행하는 일이 없이, 민중 에너지에 대해 냉랭하게 소격(疏隔)적으로 대처하면서 취약한 자유에 머무는 숙명을 지니게 되었던 것이다.

이상 우리는 진리 탐구의 자유를 보장하는 일은 너무도 당연하다는 관점에서 출발하고, 실은 그 자유는 시민적 자유 일반을 획득함으로써 당연히 달성되어야 하는 것이며, 그 외에 특별하게 학문의 자유 보장을 내거는 일은 학문연구·고등교육을 민중적 기초 위에 확립하는 데 있어서 문제를 내포한다는 사실을 인식했다고 생각한다. 그래서 다음으로 문제 삼아야 할 것은, 그렇다면 시민적 자유 외에 학문의 자유를 보장하는 일은 별 의의가 없거나 심지어 유해한 것인가라는 점이다. 좀더 내용으로 들어가 부연한다면, 교수 연구자도 한 시민으로서 사상·양심·신앙의 자유, 언론·출판의 자유 등등 시민적 자유를 갖는 것이겠지만, 그들이 그 이상으로, 지적 연구에 종사하고 있음을 이유로, 일반 시민이 갖지 않는 특별한 자유를 요구한다면, 그것은 지적 탐구자의 오만이며 시민적 자유의 대원칙에 반하는 용서받지 못할 행동인가가 문제이다. 그리고 국민의 세금 중 상당한 부분을 국립대학 설립에 투자하고, 혹은 사인이 특정한 신념에 입각해서 사재를 각출하여 사립대학을 설립하고 또 이를 재정적으로 유지하고 있는 경우, 실질적인 대학 설립자(납세자, 각출자 기부자)보다 대학 관리권한을 위탁받은 자(정부, 이사회)가 당해 대학을 전자(설립자)의 다수결 의사에 따라 관리하는 것이 민주적 국가 및 시민사회의 당연한 원칙임에도, 이러한 관리권을 전적으로, 또는 부분적으로 부정하는 대학의 자치(교수 연구자의 특별한 자유)를 주장하는 것은, 민주주의 및 시민법의 여러 원리를 침해하는 특권적·독선적 주장인가가 문제이다. 다음으로

37) 영국은 독일에서처럼 관학(官學) 대 재야적 학문의 대립을 알지 못한다. 베이컨에서 J.S 밀에 이르는 영국의 위대한 철학자들은 대학의 벽에 구속되지 않는 넓은 지적 환경을 활약의 무대로 하고 있었다.

이들 점에 대해서 고찰하기로 한다.

2. 연구수단으로부터 단절된 연구자의 진리 탐구의 자유

[1] 연구자의 연구수단으로부터의 분리

진리를 탐구함에 있어, 이에 종사하는 자의 개인으로서의 시민적 자유가 보장되어 있다는 것이 진리 탐구의 자유를 실현하기 위한 근본적인 전제임은 당연하다. 연구의 결과인 천문학상 학설이 성서에 나타난 천지창조의 교설에 저촉된다고 해서 투옥당하거나, 또 특정한 헌법학설이 '신성한 우리 국체에 위배되며', '황실의 존엄을 모독하는' 것으로 규탄되거나, 혹은 어떤 경제사상에 관한 연구논문이 '조헌(朝憲)을 문란케' 하는 것으로서 처형당하거나 한다면, 진리의 자유로운 탐구는 불가능하다. 진리 탐구의 자유가 확보되기 위해서는 연구자인 개인이 사상·양심·신앙의 자유, 언론·출판의 자유를 비롯한 여러 시민적 자유를 광범하게, 그리고 충분히 보장받을 것을 필요로 한다. 이 사실은 이미 언급한 바와 같다.

그러나 여기서의 문제는 학문연구의 자유를 보장한다고 할 경우, 그것으로 충분한가라는 점이다. 즉, 연구자 개인의 시민적 자유를 보장한다면 그것은 그것대로 사회 내지 국가로서 학문연구의 자유를 보장한 것이 되느냐는 문제이다.

여기서 우리는 근대 시민사회에서는, 학문연구가 연구수단으로부터 단절된 연구자에 의해 하나의 전문적 직능 (profession)으로서 수행된다는 점에 주목하지 않으면 안 된다. 분명 우리는 누구나 선호하는 주제에 대해 선호하는 방법으로 자유롭게 연구할 수 있다. 거기에 제약은 없고 국민은 누구나 이런 자유를 보장받고 있다. 그러나 사람이 자기 집에서 (혹은 어디서건) 선호하는 연구를 수행하고, 하고 싶은 실험을 하고, 세상에 내놓고 싶은 이론을 원하는 대로 저술·간행하고, 그 자유가 충분히 보장되고 있다고 하더라도, 그것만으로 학문연구의 자유가 보장된다고는 할 수 없는 것이다.

그 사람들은 연구하기에 앞서 먼저 살아 있어야 한다. 인간은 (논리적으로는) 우선 생존할 조건이 주어지고 나서 다음으로 연구할 수가 있다. 그렇다면 앞에서 말한 연구하는 사람들은 어떻게 생존할 수 있는 것일까? 첫째로 그들은 봉급생활자로서, 상점주로서, 또는 농민으로서 생활자료를 벌고 있는 경우가 있을 것이다. 단적으로 말하면, 이 경우 연구는 여가활동거리라는 이야기다. 따로 본업이 있고, 그의 사회적 분업에서 수행해야 할 주된 역할이 따로 있고, 그 여가에 여력을 가지고 학문연구를 하고 있다는 것이다.

이와 같은 연구도 연구라는 점에서 다른 종류 사람들에 의한 연구와 차이가 없으며, 그것이 존중되어야 한다는 점, 그 자유가 보장되어야 한다는 점에서 하등 특별한 문제가 없다. 다만 누구도 인정하지 않을 수 없는 것은, 연구대상이 급속도로 복잡해지고, 연구방법이 계속 정밀화하는 근대과학에서는 이와 같은 여가활동으로서의 연구는, 좋은 실든, 예외적인 경우가 되고 있으며, 학문연구 전체에서 이런 경우가 차지하는 비율이 감소되고 있다는 사실이다.

다시 말해, 학문연구의 양적·질적으로 중요한 부분은, 둘째로, 학문연구를 주된 사회적 사명으로 삼는 연구자에 의해 수행되는 것이다. 그런데 그들은 첫째 범주의 연구자처럼 달리 생활의 수단을 얻을 길을

가지고 있는 것은 아니다. 그들의 사회활동에서의 에너지는 대부분 학문연구를 위하여 쓰인다. 따라서 그들이 생계를 얻을 길은 다름 아닌 학문연구라는 사회적 분업을 통해서일 수밖에 없다. 그들은 오로지 연구자로서 생존하면서 연구할 수 있어야 하며, 그들은 생활자료뿐 아니라 또한 연구수단도 가져야 한다. 그러나 연구자가 연구수단을 스스로 소유하고 있다는 것은 근대 자본제 사회에서는 원칙적으로 있을 수가 없다. 연구자(이하고자 하는 자)는 대부분 경우 생활수단과 동시에 연구수단으로부터 단절되어 있는 것이다.

따라서 이와 같은 입장에 있는 연구자가 연구를 본업으로서 해 나가는 길은 누군가가 학문연구라는 기능에 가치를 인정하고, 그들을 고용하고 그들에게 생활자료와 연구수단을 제공하고 연구케 한다는 사회제도가 성립될 경우, 그런 제도를 통해서일 수밖에 없다.

그와 같은 사회제도는, 서유럽의 현실 역사과정에서는 '대학'으로서 구체적 존재를 부여받았다. 대학은 연구기관임과 동시에 고등교육기관이라는 성격을 갖추어 왔다. 학문연구가 이와 같은 이중의 성격을 지닌 대학이라는 사회제도를 통해 수행되는 것이 합리적인지의 여부에 대해서는 오래 전부터 논쟁과 비판이 끊이지 않지만, 그러나 대학이라는 제도가 폐지되지도 않고 존속되고, 뿐만 아니라 종래 이 전통을 알지 못했던 신흥국가들 사이에서도 널리 채용되어 더욱 발달하고 있음은 부정할 수 없는 사실이다. 학문연구를 수행하는 여러 기관 중 대학이 차지하는 압도적 비중에 비추어, 앞에서 말한 정언(定言)을 이하에서 대학 및 대학 교수에 관한 것으로 이해해도 될 것이다.

그런데 이 정언에서 주의할 것은, 교수 연구자가 타인이 설치한 연구 교육기관에 급여를 받고 고용되는 고용인(employee)이라는 지위에 있다는 사실이다. 대학의 설치자가 국가 (혹은 지방공공단체)인 경우, 교수 연구자는 당연히 국가 (또는 지방) 공무원이라는 법적 지위를 갖는다. 공무원도 타인이 설치한 연구 교육기관에 의해 급여를 반대급부로 받고 고용된다는 점에서 사립대학의 교수 연구자와 성격적으로 같으며, 어느 경우에도 고용인의 지위를 가졌다고 해도 된다. 여기서 다시 질문으로 돌아간다면, 과연 이와 같은 고용인의 지위에 있는 교수 연구자가 진리 탐구를 수행하는 데 있어서, 그의 개인으로서의 시민적 자유가 보장되면 그것으로써 진리 탐구의 자유는 충분히 보장되는 것인가가 문제인 셈이다.

결코 그렇지 않다. 어떤 사람이 특정한 목적을 달성하기 위해 타인을 고용하고, 그 업무를 수행케 할 경우 고용인이 일하는 방식이 마음에 들지 않으면 고용주는 이를 해고하고 자기의 의도에 보다 잘 맞는 자로 바꾸고 싶다고 생각하는 것은 당연하며, 그가 그렇게 하는데 결국 법적 장애는 없다. 그렇다면 타인에게 고용되고 고용인으로서 연구 교육을 수행하는 교수 연구자에게는 진리 탐구의 자유는 없다고 하지 않을 수 없다.

교수 연구자의 연구활동의 결과인 사상·견해·학설 등이 고용주인 관리기관의 마음에 들지 않는다고 해서 교수 연구자가 쉽게 해고된다면 그들은 도저히 엄정한 의미에서 진리 탐구에 종사할 수 없기 때문이다. 또 반드시 연구 결과에만 고용인의 업무에 관한 지배권이 그치는 것은 아니다. 그는 고용인인 교수 연구자에게 업무를 수행케 함에 있어서 업무 수행에 관한 기준을 정하고, 방법을 지시할 수도 있을 것이다. 또 수행하는 과정에서 구체적인 지휘·명령을 내릴 수도 있을 것이다. 이들 조치 어느 것도 다 교수 연구자의 연구 교육의 자유를 일정하게 침해한다. 이런 일이 거리낌 없이 행해진다면 결국 교수 연구자의 진리 탐구의 자유는 존재의 여지가 없다.

즉 이상의 설명으로 말할 수 있는 것은, 교수 연구자가 사용자인 입장에서 진리 탐구를 수행한다는 사태 아래에서는 (이 사태는 근대 자본제사회에서는 구조적으로 필연화 되고 있다) 그들의 개인으로서의 시민적 자유를 보장하는 것만으로는 진리 탐구의 자유는 보장될 수 없다는 것이다. 여기에 만약 진정한 진리 탐구의 자유를 보장하려고 한다면, 각자가 개인으로서 보장받고 있는 시민적 자유 외에 뭔가 '특별한' 진리 탐구의 자유를 보장해야 한다는 결론을 얻게 되는 것이다. 다만 이와 같은 사태는 자유로운 학문연구에 대한 저해적 기능을 항상 현실적으로 발휘하는 것은 아니다. 영국에서는 19세기 중엽까지는 옥스퍼드, 캠브리지라는 두 고전적 대학이 존재할 뿐이며, 이들은 방대한 기본적 재산을 가지고 거의 완전한 재정적 자치를 누리고 있었기 때문에 교수 연구자의 개인적·시민적 자유를 보장하면 진리 탐구의 자유도 당연히 보장되었으며, 그 밖에 학문의 자유를 특별히 보장할 필요도 요구도 관념도 존재하지 않았다. 또 식민시대 및 건국 당초의 미국에서는 각 종파=지역사회는, 자유롭게 자기 칼리지를 가질 수 있었으며, 교수 연구자에게는 신조를 같이 하는 칼리지에서 교육 연구를 하는 일이 바로 그 자유를 실현하는 것이었기 때문에, 이 또한 진리 탐구의 자유를 위해서는 개인적·시민적 자유 보장 외에 특별한 자유의 보장은 필요한 것이 아니었다. 그러나 19세기 후반, 영국에서는 주로 산업가 및 지방 대도시에 재정적으로 의존하는 지방도시 대학(provincial or civic universities)이 등장하고, 그리고 미국에서는 대학의 세속화가 진행되어, 대학이 주(州) 및 산업가에 의해 재정적으로 지지되기에 이르자, 앞의 사태는 금방 그 기능을 발휘하게 되고, 개인적·시민적 자유 외에 '학문의 자유'가 의식되고 논해지고 그리고 그 보장이 요구되기에 이르는 것이다.

[2] 사용자 권능의 제약

이상이 학문의 자유의 첫째 근거이며, 학문의 자유의 내용은, 무엇보다도 이 계기에 의해 규정된다. 그것은 결국 앞에서 말한 그런 관계에 있어서, 고용인인 교수 연구자의 진리 탐구의 자유를 손상하는 여러 장애물을 배제하는 데 있다. 구체적으로는 교육 연구기관에서 고용주 입장에 있는 자가, 근대 시민법상(공법, 사법 포함) 고용주로서 갖는 권능 중 진리 탐구 기능의 본질과 모순·저촉하는 부분을 제한·배제하는 데 있다. 예를 들어 이런 기관의 업무 수행과 관련하여 고용주가 갖는 지휘·명령권 및 해고권 등이다.

이런 것은 국·공립대학 경우에도 사립대학의 경우에도 기본적으로 마찬가지다. 다만 일반 공무원 관계와 일반 사적 고용관계와는 현실에서 근무하는데 있어 권리·의무관계에 약간의 차이가 있으므로 (그것은 나라에 따라, 시대에 따라 다르다) 그 각각에 대한 수정 계기인 '진리 탐구의 자유'의 내용은 국·공립대학과 사립대학의 경우에 따라 중점이 달라진다.

공무원인 경우 특히 독일이나 일본에서는 일찍부터 신분보장이 강하게 인정되고 있으며, 법에 정해진 사유에 해당되는 경우 이외의, 임명권자에 의한 자의적인 면직처분은 일반적으로 용납되지 않기 때문에, 학문의 자유 요구로서 대학 교수에 관해서 신분 보장 그 자체를 새삼스럽게 제기할 필요는 없고, 보장의 정도·절차를 잘 만들면 되는 셈이 된다. 따라서 독일에서 akademische Lehrfreiheit가 거론될 경우 우선은 대학 교수의 훈령(訓令)·직무명령으로부터의 자유가 주장되었던 것이다. 그렇다고는 하나 국립대학 교수 신분을 보장하지 않으면 그 진리 탐구의 자유가 확보되지 않는다는 것은 엄연한 사실이며, 이를 잊어서는 안 된다. 이 것은 학문의 자유에 대한 심각한 침해사건은 대학 교수의 신분박탈이라는 형태로

나타난다는 사실에서도 알 수 있다.

그러나 일반적 사적 고용관계에서는 해고의 자유에 대한 부당노동행위제도 등 노동법상 견지로부터의 제약을 별도로 하면, 특히 미국 등에서는 '고용도 해고도 고용주 마음 원칙' (the hire and fire philosophy)가 지배하고 있기 때문에, 대학 교수의 진리 탐구의 자유를 보장하고자 할 경우 우선 이와 같은 해고 자유의 원칙 그 자체를 문제 삼는데서 출발하지 않을 수 없었다. 보다 구체적으로 말하면 고용의 형태도 사용자가 자유롭게 결정할 수 있으므로, 대학 교수를 단기간의 계약기간을 정해서 채용한다면 계약 갱신을 거부(혹은 계약기간 만료 시에 아무런 조치를 취하지 않음)함으로써 해고와 같은 효과를 실현할 수가 있었던 것이며, 먼저 그와 같은 고용계약형태 그 자체가 개선되어야 했다. 그래서 미국에서 academic freedom을 실현하려고 할 경우, 노력의 최대의 중점은 테뉴어 (Tenure) 제도의 확립에 두어졌던 것이다. 이는 전문직능상의 적격성 결여(professional incompetence) 기타 한정적 부적격사유에 해당되는 것으로서 엄격한 고정절차를 거쳐 인정된 경우 외에는 정년까지³⁸⁾ 계약 갱신 등을 필요로 하지 않고 그 기관의 교수 지위를 유지할 수 있는 제도이며, 보통 수년 동안의 시용(試用)기간(probationary period)에서의 능력 실증 후에 이 지위를 보장하고, 그럼으로써 대학 교수로 하여금 파면의 위협으로부터 해방된 자유로운 교육 연구활동에 매진케 하려는 것이다.³⁹⁾

생각건대 진리를 탐구하고 그 연구 결과를 학생에게 교수하는 교수 연구자는 가장 상식적인 의미에서 사람의 스승(master)인 자라고 해도 될 것이다. 그는 본래 오로지 진리를 위해 봉사하는 자이며, 사개인의 사적 이익 실현을 위해 봉사하는 하인(servant)일 수는 없다. 플라톤의 아카데미아에 모여, 지식을 원하는 청년들을 가르친 철학자들은 누군가에게 고용되고 봉사하는 하인은 아니었다. 그들은 신의 사랑과 지(知)를 탐구하는 스승이었던 것이다. 그러나 근대 자본제사회에서는 진리를 탐구하고, 이를 지식을 원

38) 테뉴어 제도는 상식적으로는 professional life에 관하여 주어지는 것을 내용으로 하나, 정확하게는 그것은 이것과 특정기간에 관한 것으로 나누어진다. 전자가 indefinite, continuous or permanent tenure이고, 후자는 limited tenure이다.

39) 테뉴어 제도는 대학 관리기관이 스스로 이를 인정하고 채용하는 것이 아니면 실현되지 않으며, 관리기관이 이를 채용할지 여부는 자유이다. 공립 초등 중등학교 교원에 대해서는 주(州)법으로 테뉴어 제도를 채용하는 경우가 많다. 어떤 형태의 테뉴어법도 갖지 않는 주는 1967년 12월 현재로 9개 주에 지나지 않는다. 그러나 대학에 관해서는 제정법에 의한 테뉴어 제도 도입은 현재 발견되지 않는다. 설령 그것이 실시되었다고 해도 그것은 사립대학에 까지 미치지 않는다. 따라서 테뉴어는 (대학 관리기관이 교수 연구자와 그런 내용의 계약을 체결할 것을 동의한 경우의) 교수 연구자의 계약상 권리(contractual rights)인 것이다. 거기에 이와 같은 유리한 계약 내용을 쟁취하기 위한 교수 연구자의, 대학의 틀을 넘어서 노동조합과 유사한 단결과, 그것을 배경으로 한 단체교섭이, 미국의 아카데미 프리덤의 중요한 계기를 이룬다는 사정의 근거가 있다. 다만 여기서 주목할 것은 대학 관리기관이 스스로의 의사에 근거해서 테뉴어 제도를 채용할 경우에 재판소에 의해 위헌 무효판결을 받는 경우가 있다는 사실이다. 주 헌법이 주립대학에 언급하면서, 주립대학의 관리권을 이사회에 부여한다는 취지의 규정을 두는 경우가 있는데, 테뉴어 제도는 이런 종류의 규정에 위배된다는 것이다. 예를 들어, *Worzella v. Board of Regents* (1958)에서 사우드 다코타주 최고재판소는, 이사회는 테뉴어 위원회 및 학장의 적극적인 담신이 있는 경우에 교수를 파면할 수 있다는 것을 내용으로 하는 테뉴어 제도에 대하여, '고용인을 고용할 권리와 파면할 권력 없이' 관리권은 유명무실화 되며, 따라서 이 테뉴어 제도는 '이사회(Board of Regents)의 헌법상의 대학 관리권을 위법하게 침범'하므로 위헌 무효라고 선언했다. 이와 같은 판례이론이 통용하는 조건에서는 테뉴어 제도의 확립은 매우 어렵게 된다. 판례는 유동적이며, 이 논점에 관한 연방 최고재판소의 판례는 아직 나오지 않고 있다. 연방 최고재판소는 *Sweezy v. New Hampshire* (1957)이나, *Keyishian v. Board of Regents* (1967) 등에서 아카데미 프리덤을 명확하게 헌법상 자유로 인정하는 입장을 분명히 해오고 있으며, 따라서 *Worzella* 법리를 취할 가능성은 경향성으로서는 작지만, 그러나 이 쟁점은 어쨌든 판례법상은 미정이라고 할 수밖에 없다.

하는 청년들에게 가르치는 것을 사명으로 하는 교수 연구자는 하인의 지위를 강요받고 있다. 그들은 연구수단으로부터 단절되고, 이를 소유하고 조달하는 자에게 고용되는 것을 통하지 않으면 연구수단을 손에 넣을 수가 없다.

· 게다가 그들이 사명으로 하는 직능은 정신적 창조력·구상력의 발휘를 통한 사회·자연에 관한 법칙의 인식이며, 또 교육이라는 무형의 가치 생산이다. 이는 타인이 외부로부터 명령함으로써 수행되는 일은 아니다. 여기에 물적 가치를 생산하는데 있어서 고용주가 통상적으로 갖는 고용인에 대한 권능은, 일의 성격상 교육 연구라는 정신적 가치의 생산에 그대로 행사되어서는 안 된다는 요청이 당연히 생겨나는 것이다. 학문의 자유는 무엇보다 먼저 진리 탐구의 자유를 확보하기 위해서 이와 같은 요청에 응하여, 교육 연구자에게 부여되어야 할, 본래적 의미의 시민적 자유를 넘는 자유인 것이다. 그러나 실은 이 정언(定言)에는 이 장에서 설명해온 내용을 넘는 계기가 포함되어 있다. 이 점을 밝히기 위하여 다음 문제점으로 옮겨가야 한다.

3. 전문 직능적 자유

[1] 전문 직능 (Profession)

연구 교육이라는 기능은 하나의 전문 직능이다. 그것은 전문적 지식·능력 및 정신적 창조력 (mental productivity or creativity)와 지적 성실함 (intellectual integrity)을 요구한다. 그것은 단순한 물재(物材)의 처리나 상업적 가치의 직접적인 판매와 다르다. 교관 연구자가 그 사명을 다하기 위해서는 이들 무형의 정신적 능력이 고급적 고도로 구체화되고 실현되어야 한다. 이와 같은 전문적 직능에 있어서는, 사람은 단순한 기술적인 또는 손끝 기교가 아니라 그의 전 인격을 직무(役務)영역에 투입한다. 이에 종사하는 자는 거기서 인생행로의 비교적 이른 시기에 생애의 진로를 선택하고, 상당한 장기간에 걸친 수련과 준비기간을 갖지 않으면 안 된다. 의사, 법률가 및 (약간 유보를 달고) 기사(技師) 등이 이런 의미의 전문적 직능에 속하며, 교수 연구자도 이들과 함께 전문적 직능인의 하나를 구성한다.

그런데 전문적 직능이 그 직무를 적절히 제공하기 위해서는 그것을 수행하는 자가 앞에서 말한 정신적 여러 능력이 요구하는 바에 자유롭게 따를 수 있는 여러 조건이 주어지지 않으면 안 된다. 여기에 그들이 전문적 직능으로서 사회에 대한 사명을 수행하는 데 필요한 전문 직능상의 자유(professional freedom)가 요청되는 것이다. 그것은 역사적으로 서서히 형성되고 사회에 의해 승인되어 왔다.

펜 데이빗 및 콜링즈는 그와 같은 전문 직능적 자유의 내용으로서 다음 네 가지를 들고 있다.

- ① 특정한 기능의 실행에 관한 독점권 (예를 들어 의사의 의료 독점, 변호사에 의한 소송대리행위 독점)
- ② 전문 직능에의 가입을 통제함으로써 기량(技倆), 학식(erudition) 및 그 결과인 지위(status) 유지.
- ③ 직능단체 서원의 유리행동 규율권 (전문적 직능 자신이 공주의 이익을 지킬 것을 공중에 대해 납득시키고 비전문가의 간섭을 배제할 것을 목적으로 한다) 및 성원 간 경쟁의 규제권 (경제적 안전의 보장을 목적으로 한다)
- ④ 전문직능의 고객에 대한 계약상 책임을, 당해직능이 승인한 직무의 수행 및 마찬가지로 그것이 승인한 방법을 통한 수행에 엄중히 한정하고, 성원이 이 기준에 따라 업무를 수행한 이상 책임을 지지 않도록 하는 것.

전문적 직능인은 이들 자유가 침해될 때 직능의 내용을 이루는 기능을 적절히 수행할 수 없게 되어, 나아가서는 고객 및 그 총체인 사회에 대하여 사명을 다할 수 없게 된다. 예컨대 의사는 치료를 함에 있어, 그 전문지식·능력을 최고도로 발휘해서 옳다고 믿는 판단을 내리고, 이를 실행함으로써 의뢰에 답하는 것이 그 사명을 다하기 위한 길이며, 의학 외적 고려를 앞세우면서 자기가 옳다고 믿는 의학적·전문적 판단을 짓밟았다면, 그것은 의사로서 맡겨진 사명을 다하지 않는 것이 된다. 전문적 직능은 그 긴 기간의 수련을 통해 습득하고, 끊임없이 발전시키려고 노력하는 전문적 지식·능력에 충실해야 하며, 외적 간섭에 구속되지 않는다는 의미로 자유로워야 한다. 따라서 환자가 특정한 증상에 대하여 의사에게 치료를 요구할 경우 치료방법에 관하여 의사에게 명령할 수 있는 것이 아니다. 환자는 의사에게 치료를 요구하고, 의사는 이를 승낙하고 따라서 치료함으로써 환자에게 봉사하는 셈이지만, 그 봉사의 내용은 환자가 아니라 의사가 결정해야 하는 것이다. 이와 같이 의뢰를 받은 자가 그 책임을 가지고, 의뢰된 역무의 내용을, 전문적 지식·판단으로 결정한다는 데 전문적 직능의 봉사하는 방법의 기본적 특색이 있다. 그런 점이, 단순한 사업적 가치의 이전이나 협의의 기술적 역무의 제공의 경우처럼 고객이 바라는 것을 충실히 제공하는 것과 다른 점이다. 원래는 의뢰자인 시민 자신의 의사도 존중되어야 하며, 시민은 전문 직능적 판단에 일방적·절대적으로 지배되지는 말아야 한다. 그러나 의뢰자의 뜻은 의뢰의 상대방인 전문지식인을 선택한다는 방식으로 살려져야 하고, 특정한 전문 직능인으로 하여금 그 전문적 지식·판단이 명하는 바와 다른 조치를 취하지 않을 수 없도록 강제한다는 형태로 관철되어서는 안 될 것이다. 의사가 자기 전문적 판단을 버리고, 환자의 희망에 따라, 자시의 판단에 따른다면 보다 열악하다고 믿는 직무를 제공하는 것은, 의사로서 고객에 대한 직책을 다하는 일이 되지 않는 것이다.

이 이치는 또한 고객의 총체인 사회와의 관계에 있어서도 해당된다. 사회가 당해 전문적 직능에 내재하는 고유의 법칙을 무시하고, 당해 전문적 직능인으로 하여금 이에 충실하게 따를 수가 없도록 밖에서 간섭한다면, 사회로서 당해 전문적 직능이 제공하는 직무를 충분히 얻지 못하게 된다. 사회에 의한 직능적 자유에 대한 침해는 사회의 이익을 실현하는 것도, 전문적 직능의 적절한 실시를 확보하는 것도, 또 그 직능의 한층 높은 수준 향상을 달성하는 것도 아니다. 전문적 직능은 모든 직업과 마찬가지로 결국 사회에 봉사해야 하는 것이지만, 그 봉사는 물적 가치의 생산·제공의 경우처럼, 고객(내지 그 총체인 사회)의 구체적 지휘명령 하에서가 아니라, 바로 스스로의 전문적 지식을 바탕으로 한 정신적 창조력의 발휘에 의해 (자유롭게) 수행되어야 한다. 그리고 또 전문적 직능에 직능적 자유를 인정하고, 당해 전문적 직능으로 하여금 그것에 내재하고 이를 지배하는 법칙에 보다 잘 따르게 하는 것은, 당해 전문적 직능의 수준을 한층 더 향상케 하고, 결과적으로 그것으로부터 사회가 받는 봉사·이익이 보다 커진다는 것을 의미한다.

전문적 직능이 당해 기능의 실시를 독점하고, 그 기능의 내용·방법을 자율적으로 결정해야 한다고 하는 말은 이런 뜻이다. 연구 교육에 대해서도 완전히 같다. 특정한 전문영역의 연구를 어떻게 진행시키느냐, 또한 그것을 어떤 체계와 방법으로 학생에게 가르치느냐는 당해분야의 학문연구에 생애를 바치고 있는 연구 교육자의 전문적 판단에 맡길 수밖에 없다. 그들이 '자유롭게 생각하고, 연구하고, 쓸 수 있는 것이 아니라면, 사회에 봉사하고, 사회의 복지를 증진한다는 교육의 고매한 목적을 좌절하고 마는' 것이다.

그럼에도 불구하고, 비전문적 부외자가 연구 교육의 내용·방법에 대하여 간섭하고, 어떤 사항을 어떤

방법으로 가르쳐야 하는지를 강제하거나, 또 어떤 연구를 하라거나, 어떤 연구를 해서는 안 된다거나, 혹은 특정한 연구 결과를 공표해서는 안 된다 등등을 명령한다면, 그것은 연구 교육자의 연구 교육기능 독점에 대한, 또 기능의 내용·방법의 자율적 결정에 관한 직능적 자유를 침해하는 것이 된다. 그것은 단순히 전문적 직능인의 주관적 권리 내지 특권을 침해할 뿐이 아니다. 그들의 사회적 사명 수행, 즉 그들의 사회에 대한 봉사를 불완전 내지 불가능케 한다. 사회는 그들이 그 전문적 지식, 정신적 창조력을 충분히 발휘한 경우 받을 수 있을 이익을 빼앗기는 것이 되는 것이다. 사회는 연구 교육이라는 고도의 정신적 기능이 밖에서의 개입·간섭에 의해 교란됨이 없이, 그 기능에 내재하는 이성의 법칙에만 이끌려 최고도로 전개할 수 있도록 필요한 조건을 허용해야 하며, 그것이 사회로서 그 직능의 봉사를 최대로 누리는 길이며, 그것이 직능적 자유를 보장한다는 것에 다름 아닌 것이다.

또 당해 전문적 직능에의 가입 결정권, 및 규율권도 마찬가지다. 연구 교육이라는 고도로 전문적 지식 및 정신적 창조력의 발휘를 내용으로 하는 직능을 수행할 적격성이 있는지의 여부는 그 자체 전문적 판단을 필요로 하는 사항이다. 이것이 당해 전문적 직능 자체의 손에 맡겨지는 것이, 그 직능으로 하여금 충분히 사회에 대한 사명·봉사를 다하게 할 길이다. 만약 이 직능적 자율 내지 자유를 침해하고, 예컨대 정치적 신조 등을 근거로, 외재적 권력 내지 세력이 교수 연구자의 취임이나 징계에 간섭하거나 개입한다면, 교수 연구자의 완전한 능력 발휘를 기대할 수 없게 되는 것이다.

예를 들어 미국에서 매카시즘의 광풍이 몰아치고 있었을 때, 하원 비미(非美)활동위원회가 많은 대학 교수를 소환하여 사상·신조에 대해 악의적인 조사를 하고, 피소환자가 질문에 대하여 자기귀책(歸責)금지특권(privilege against self-incrimination)을 행사하여, 이를 둘러싸고 많은 논쟁이 있었는데, 이 회조사권 행사에 있어서, 학문의 자유와의 관계에서 가장 문제되는 부분은, 바로 앞의 직능적 자유 중 ②와 ③을 침해하는 점이다. 알렌 바드(A. Barth)가 1953년 3월에 말한 바에 의하면, 그 때까지 39명의 대학 교수가 자기귀책금지특권을 행사하여 질문에 대한 회답을 거부하고, 그 중 37명은 소속대학에서 면직되었다고 한다. 이 위원회는 대학을 조사한다고 했지만, 그것은 실은 이와 같이 대학 교수를 숙청(purge)했던 것이다. 정통 이데올로기에 순응적이지 아니라고 해서 찍힌 교수는 소환되고, 동료의 정치적 신조나 정당 소속관계와 관련하여 스파이적 진술을 강요당하거나 혹은 자기귀책금지특권 행사로 몰리거나 했다. 후자의 헌법상 특권행사(=응답 거부)가 대체로 자동적으로 면직으로 이어졌다는 사정으로 말미암아, 의회는 연구 교육이라는 전문적 직능에 대해 그 가입·배제의 강대한 권능을 장악하게 이른 것이며, 그럼으로써 당해 직능의 직능적 자유 ②, ③에 중대한 침해를 가했던 것이다.

[2] 연구 교육의 전문적 직능으로서의 특수성

이들 전문직능적 자유는 각각의 전문적 직능의 내용을 이루는 기능이 갖는 특수한 성격에 규정되어, 직능인 자신의 상호부조와 자조(自助)적 단결에 의해 형성되고, 사회 사람들의 양식에 의해 존중되어 왔다. 그것들은 반드시 모두 헌법상 보장으로 승격되어야 하는 것은 아니다. 그러나 연구 교육이라는 전문적 직능은 이러저러한 전문적 직능 가운데서도 주목할만한 특수성을 지니고 있으며, 그것이 연구 교육자의 직능적 자유 보장문제를 생각함에 있어서 중요한 관련성을 드러낸다.

제1은, 교수 연구자는 개개의 고객과의 관계에서 업무를 수행하는 것이 아니라, 집단인 고객에 대해 역무를 제공한다는 점이다. 그는 고객과 직접적인 업무 수수의 계약관계에 들어가는 것이 아니라, 고객

을 집단화하는 제3자로부터 초빙되어, 후자와의 계약관계에 들어가, 이를 통해서 연구 교육기능을 수행하는 것이며, 보수도 전자(고객)로부터 직접 받는 것이 아니라, 후자로부터의 봉급이라는 형태로 받는다. 그가 전문적 직능을 행사하는 기회는 그와 고객과의 중간에 서는 이 제3자의 의사에 의존하게 된다.

제2는, 교수 연구자의 전문적 직능은 사회화(socialize)되어 있다는 점이다. 그는 통상적으로 대학이라는 연구 교육기관에 소속되고, 그 일원으로서가 아니면 전문적 직능의 내용을 이루는 기능을 발휘하지 못한다. 그는 그 기능을 수행하는데 필요한 시설편익을 스스로 소유하고 갖출 수 있는 것이 아니라, 그가 소속된 연구 교육기관에 의해 제공되는 것을 가지고 그 업무를 수행하는 것이다.

제3은, 이 전문적 직능의 내용을 이루는 기능은 정신적 창조력이 발휘되는 가운데 보다 특수하게 사상의 표명이라는 점이다. 흠즈 재판관은, 사상은 모두 선동이라고 했지만, 사상은 그런 의미에서 적극적·소극적인 격정적 방응 내지 반발을 받기 쉽다. 그렇다면, 사상의 표명을 주된 직책으로 하는 이 전문적 직능은 가장 위험하고 상처입기 쉬운 직능의 하나라는 이야기다. 원래 사상의 표현의 자유를 행사하는 사람은 누구나 이 반응 또는 반발을 각오해야 하며, 이 사실은 교수 연구자에 관해서 특별한 사항은 아니다. 그러나, 일반적인 경우 사람은 사상을 표현하지 않을 자유를 가지고 있지만, 교수 연구자는 다름 아닌 사상의 표명 그 자체를 직책으로 하고 있으며, 사상을 표현하지 않을 자유를 갖지 않는 것이다.

[3] 전문직능적 자유의 보장

연구 교육이라는 전문적 직능은 이상과 같은 특성을 가지고 있다. 그것은 가장 상처입기 쉬운 전문적 직능이다. 그들이 독립적 사상을 자유롭게 형성하고, 이를 자유롭게 표명하는 일이 그들로서 사회에 대한 직책을 다하는 길임에도, 본질적으로 선동적 성격을 갖는 사상을 자유롭게 표명하는 것은, 각종 보복을 초래하기 마련이다. 그런 보복 중 공적인 제재는 시민적 자유가 보장됨으로써 방어할 수 있다. 그런 정도에 이르지 않는 사회적·경제적 내지 사실상의 보복에 대해서는, 이 전문적 직능이 사회화되고 있다는 사실과 관련하여 특별한 문제가 발생한다. 그와 같은 보복은 원래 시민적 자유 행사에 수반되는 당연한 대상(代償)일 것이다. 하고 싶은 말은 하는 자유란, 궁극적으로 그 말하고자 하는 바와 양립되지 않는 견해를 공격하는 자유이며, 그것은 당연히 공격당한 자로부터 사상 표현이라는 형태의, 또는 그 밖의 형태의 반발을 각오해야 한다. 교수 연구자가 전문적 직능의 업무실시의 독립적인 주체라면, 사상의 자유로운 표명이라는 업무실시에 수반하는 고객과의 사이의, 혹은 그 총체인 사회와의 사이에 오가는 충격(impact)의 상호적인 교환관계는, 보다 직접적으로 나타날지도 모른다. 보복이 부당하게 강하고, 당해 직능이 불안정한, 리스크가 큰 것이 되면, 이에 종사하는 자는 감소하고, 당해 직능의 가격은 높아지고, 고객의 총체인 사회는 양보하지 않을 수 없게 될 것이다. 또 전문적 직능은 업무 독점권을 근간(根幹)으로 하는 제휴와 단결으로써 고객의 총체인 사회에 압력을 가할 수도 있다.

그러나 직능이 사회화되고 있는 교수 연구자의 업무 실시는 연구 교육상의 시설편익을 제공하는 기관을 매개로 행해지며, 그 기회는 연구 교육기관 설치 관리자의 의사에 의존하고 있다. 그의 사상의 자유로운 표명에 대한 각종 형태의 보복은, 그가 소속된 연구 교육기관을 거칠 때의 굴절하는 방식에 따라서는 그의 직능상 업무실시에 치명적 타격을 줄 가능성이 있다. 바꿔 말하면, 그의 직능 행사는 그가 소속된 연구 교육기관의 내부구조에 따라서 크게 규정되는 것이다. 더욱이 교수 연구자의 이 기관에 대한

소속관계는, 본래 생활수단 및 연구수단으로부터 단절된 교수 연구자에게 불리한 계약관계 또는 공무원 관계이다. 그와 같은 상황에 처해 있는 교수 연구자의 직능적 자유는 다른 그것보다 강도의 바장을 필요로 한다고 하지 않을 수 없다.

이 문제를 논하는 많은 미국 논자들은 직능적 자유인 교수 연구자의 자유는, 침해받을 경우 재판상 보호를 요청하는 것은 어렵다고 지적하고 있다. 그리고 혹자는 이 자유의 보전은 '학문연구 공동체 내부에서의 단호한 자조활동(determined self-help activity)'에 의해서일 수밖에 없다고 주장한다. 이는 요컨대 이 자유의 보전에는 헌법적 보장이 필요하다는 것을 시사하는 것일 것이다. 그와 동시에 이 자유의 헌법적 보장의 밑바닥에는 교수 연구자 전체의, 스스로의 직능적 자유를 옹호하기 위한, 힘을 합친 '자조활동'이 있어야 하며, 헌법적 보장은 이를 통해 비로소 실효성을 갖게 되는 것임을 인식하게 된다. 어쨌든 이 상에서 본 바에 의하면, 이 자유는 연구 교육기관의 구조에 의해 강하게 규정되는 것이다. 다음으로 이 측면을 고찰하지 않으면 안 된다.

4. 학문연구 공동체 내에서의 자유

[1] 사물기업(proprietary enterprise)인 대학

대학은 중세 이래 자치적인 공동체로서의 전통을 지니며, 우리의 관념에서는 대학은 늘 그와 같은 것으로 전제되고 있다. 그러나 이 글은 기성의 것의 존재근거를 감히 캐묻고, 시민적 자유의 원리에 입각한 합리적인 근거 마련을 목적으로 하는 것이므로, 대학의 자치적 공동체성도 전제되는 것이 아니라, 설명(시민적 자유의 관점에서 합리적으로 근거가 제시되면서)되어야 한다. 그런 견지에서는, 중세대학의 자치의 전통이 없는 곳에서 시민사회의 통상적인 논리에 따라 대학이 존재하게 된 미국의 역사적 사실이 소재로서 적합할 것이다.

시민사회에서 (사립)대학은 하나의 재산임은 부정할 수 없다. 미국에서는 그것은 보통 다음과 같이 해서 설립되었다. 기부 등으로 대학을 설립하고 유지·운영할 수 있을 만큼의 재정적 조건이 갖추어지면, 주 정부의 특허장(charter)이 발부되고, 특허장법이 제정되고, 그것을 근거로 대학을 조직하고, 관하고 그리고 이를 자손을 위해 유지할 권한을 가진 이사기관이 법적으로 설립됨으로써 대학은 존재하게 된다. 따라서 대학은 그 소유자 및 관리자가 이를 어떻게 처리할지를 자유롭게 결정할 권능을 가지는, 사물기업(私物企業-proprietary enterprise)에 다름이 아니다.

대학이 이와 같은 것이라고 생각되면, 교수 연구자는 대학의 소유자·관리자(구체적으로는 이사회)가 대학이라는 기업의 목적을 달성하기 위해 고용한 종업원이라고 관념되는 것은 너무도 당연하다. 여기에 커크패트릭(J. E. Kirkpatrick)가 '종업원 칼리지(hired man's college)'라고 부른 대학의 모습이 드러난다. 즉 대학은 하나의 기업이며, 기업의 대표(=이사)가 총지배인(=학장)을 고용하고, 후자가 다시 일반 종업원(=교수단)을 고용하고, 교수들은 주어진 일(교육·연구)을 경영자가 결정한 방침에 따라 처리하는 셈이다.⁴⁰⁾⁴¹⁾

40) 공립학교에서 진화론을 가르치는 것을 금지한 테네시주법을 합헌으로 한 유명한 판결 Scopes v. State (1927)가 취하는 논리도 이것이다. 그것은 다음과 같이 판지한다. '우리 앞에 있는 제정법은 개인 상호간의 행동 및 계약을 규율하기 위한 주(州)의 police power의 행사가 아니다. 또 한편으로는 그것은 법인기업, 소유자, 고용

(사립)대학의 설치자·관리자가 대학의 여러 관계를 이와 같이 생각하는 것은 어느 정도 무리가 아닐 것이다. 그러나 여기서우리가 가장 흥미를 갖게 되는 것은, 대학 교수 연구자까지가 이와 같은 사고방식에 저항을 느끼지 않고 오히려 이를 당연한 것으로 받아들이는 경향이 있다는 사실이다. 예를 들어, 캘리포니아대학 충성선서사건의 소용돌이에 휘말린 톰슨(A. R. Thompson)은 다음과 같이 말한다. '4분의 1세기나 이 (교수의) 직에 있으면서 동료들, 그를 법적으로 비전문가로 구성된 이사회와 고용인이라고 생각하는 기존의 질서에 대해 회의를 제기하는 것을, 과거에 들은 일이 없었다. ...나 자신이 이 일을 문제로 제기하면 대개 경우 상대방은 나의 질문을 전혀 이해하지 못하거나, 무관심하거나, 혹은 동료 중에 "위험한 과격파"(dangerous radical)가 있는 것이 아니냐는 식의 경악과 의심을 나타내거나, 어느 한 가지 반응을 보였다.'

만약 이와 같다면, 대학 내에서의 교수 연구자의 지위는 극히 불안정해지지 않을 수 없다. 법인의 업무를 수행하는데 필요한 일손이 고용되고, 불필요 내지 유해한 일손은 해고되는 것이며, 필요한지 아닌지의 인정권은 이사기관에 있는 것이다. 그렇다면 전문적 지식과 지적 창조성을 바탕으로 한 독립적 판단의 행사를 통해 고객 및 사회에 봉사하는 전문적 직능이 성립될 여지는 없다. 그들의 사상이나 그 표명이 이사기관의 세계관과 대립되고, 또는 그럼으로써 법인의 업무수행 상 유해하다고 인정되면 쉽게 목이 날아가기 때문이다. 다만 이 과정에서 교수 연구자의 사상·연동과 이사기관의 처분은 언제나 반드시 직선으로 연결되는 것은 아니다. 오히려 중간에 몇 개의 매개항이 들어갈 경우가 많다. 교수의 약간의 정치적 연동이 대학의 중요한 큰 기부자의 반감을 불러, 이사기관이 이를 달래기 위해 소동의 장본인에게 책임을 추궁한다거나, 특정한 교수의 성(性)이나 도덕에 관한 자유로운 사상이 지역사회의 양식 있는 사람들을 분노케 하고, 저런 교수가 있는 대학에 우리 자식은 보내지 않겠다는 압력이 걸려 같은 결말에 이르는 동등이다.⁴²⁾ 이와 같이 해서 과거 (1915년) 파운드(R. Pound)가 대학의 관리체제를 '혁명과 암살의 공포로써 완화되어 있는 절대 전제제도(absolute despotism)'에 비유한 것은 반드시 과장이라고만 할 수 없을 것이다.

이와 같은 대학상(像)에는 미국 사회에서 자유와 동전의 앞뒤로 존재하는 성공에의 강력한 충동 (그리고 그 성공은 돈과 권력과 명성으로 측정된다), 따라서 그것과 불가분의 관계로 연결되어 있는 돈에 대한 애착이라는, 미국 특유의 요소가 얽히고 있음은 부정할 수 없다. 그러나 거기에는 이 미국적 특수성을 사상하고도 여전히 남는 일반적인 것이 있으며, 그것은 자본가적 사회에서 자리 잡은 대학이 불가피적으로 짊어질 숙명으로서, 전면적으로 부정할 수 없는 것으로 보인다. 우리는 이와 같은 여러 관계를 우선 전제해야 할 것이다. 거기에는 학문의 자유라는 고상한 이념은 한 조각도 찾아볼 수 없다. 거기서

주(employer)로서의 주의 의사결정이다. 그것은 종업원이 수행해야 할, 혹은 차라리 수행해서는 안 될 업무의 성격에 관한 고용주의 포고이다. 자기 업무에 종사하는 자기의 종업원을 다루는데 있어서, 주는 테네시주 헌법 1조 8절의 제한에 의해서도 또 연방 헌법 제1 수정의 제한에 의해서도 구속되는 일은 없다.'

41) 이상의 도식 속에서 학장이 차지하는 지위와 역할은 사실상 중대되는 경향이다. 즉 교육 연구에 대해서 비전문가인 중역회(이사회)는 그것에 대한 전문가인 총지배인(학장)의 조언을 필요로 하고, 후자가 이사회와 교수단 사이의 중개적 간부로서 강력해지고, 결국 학장이 실질적으로 교수 연구자의 직접적인 고용주의 지위를 점하는 것과 같은 경영체가 형성되어 간 것이다.

42) 공립대학에서는 경우에 따라 교수 연구자의 사상에 반대하는 시민이 납세자 자격으로 재판을 통해 교수 연구자의 지위를 박탈할 수 있다. 버트랜드 러셀이 뉴욕 시립대학 철학교수에 임명된 데 대하여 뉴욕 시민이 납세자 소송을 제기하여, 이 임명행위의 취소판결을 받았다는 주목할 사건이 있다.

어떻게 하여 학문의 자유에 대한 요구가 나오는 것일까? 또 학문의 자유에 대한 요구가 나올 경우 그것은 그것과 도저히 어울리지 않는 전제 위에서 있는 대학의, 어디를 어떻게 움직이며 생성된 것일까? 혹은 생성되지 않은 것일까? 이런 문제를 고찰해볼 필요가 있다.

우리는 사물기업으로서의 대학을 출발점에 있는 것으로 전제했지만, 그것은 이와 같은 대학상이 역사적으로 먼저 있었다는 것을 의미하지 않는다. 퓨리턴의 의식과 전통으로 지탱된 식민시대 및 건국시대의 미국에는 이와 같은 대학관은 존재하지 않았다. 그러나 거기에는 시민적 자유로써 커버할 수 없는 학문의 자유의 문제성이, 앞에서 언급했던 대로, 원래 존재하지 않았던 것이다. 거기서는 연구 교육의 자유의 문제는, 처음부터 끝까지 대학에 대한 자유(freedom for the college)의 문제였고, 대학에서의 자유(freedom in the college)의 문제로 되지는 않았다. 사물기업적 대학관은 대학에서의 자유가 의식되기 시작하면서 비로소 나타나는 법이데올로기이다. 그러나 대학에서의 자유가 의식되기에 이른다는 것은 이미 사물기업적 대학상(像)에 회의가 생겨, 이와 다른 대학상이 모색되고 있음을 의미한다. 역사적으로 어느 편이 먼저인지를 논란하는 것은 의미가 없을 것이다. 이 글이 사물기업적 대학상을 출발점에 놓고 전제로 한다는 것은, 따라서 논리의 문제로서일 뿐이다. 그리고 논리적으로 이와 같은 순서를 취한다는 것은, 요컨대 대상에 대한 이해(내지 해석)방법의 문제이다. 말할 나위 없이 이 글은 이와 같은 이해방법이 주제의 현대적 과제를 고찰하는데 있어서 중요하다고 생각하고 있는 것이다.

[2] 대학상의 변모

그런데 미국에서 방금 말한 것과 같은 문제를 포함하는 대학의 제도 및 이념이 적극적으로 의식형태화 되고, 동시에 이에 대한 도전도 받게 된 것은 대체로 남북전쟁 전후였다. 남북전쟁 후의 급속한 공업화에 따라 사회 전체에서 학문 연구가 차지하는 역할이 크게 변했다. 한편으로 과학과 고등교육의 실제적 유용성에 대한 확신이 증대되고, 다른 한편으로 부유하고 영향력 있는 사람들 사이에서 과학에 관심을 갖는 사람이 조금씩이지만 증가했다. 발흥하고 있던 산업계급이 고등교육·학문 연구의 문제를 자기의 이해와 관련해서 명확하게 의식하고, 서서히 이와 관계를 갖기에 이른 것이다. 이 이전은 각 종파가 세운 종교적 색채가 짙은 소규모 칼리지나 다수 있었고, 학문적 수준은 그리 높지 않았지만, 이 무렵부터 한편으로는 전문적·직업적 교육을 목표로 하는 MIT 같은 대학이나 연방정부로부터 땅을 받은 칼리지(land-grant colleges)나 주립대학 등이 설립되고, 다른 한편으로는 순수한 과학연구, 연구자 양성을 목적으로 하는 존스 홉킨스대학이 설립되고 또 하버드대학도 과거 대학의 성격을 일신하는 개혁을 겪는 등 획기적 움직임이 있었다.

남북전쟁 전에는 대학의 교수 연구자는, 근본적 문제는 해결된 상태이고, 위대한 진리는 획득되고 축적되어 있다고 생각했고, 따라서 남은 문제는 그것을 꺼내기만 하면 되고, 그것이 바로 교육이요 연구라고도 생각하는 분위기가 지배적이었다. 그러나 이제 과학의 발달이 산업혁명을 가져와, 진보야말로 사회의 법칙이라고 하는 확신이 생겨나, 교수 연구자는 보다 많이 알고, 보다 정확하게 앞으로써 진보에 공헌하고 싶다는 희망을 갖게 된다. 이와 같은 입장에서는 진리는 이미 발견된 것이 아니고, 잠정적으로 통용하는 가설에 지나지 않으며, 늘 검증·수정되고, 또 확장·발전되고 있어야 하는 것이라는 생각을 하게 된다. 거기서는 기성의 관념이나 권위에 구애받지 않고 이를 의심하고, 이에 도전하는, 독창적이고 자유로운 사상과 그 사상의 자유로운 교환이 결정적으로 중요해진다. 또 학문연구는 장기에 걸친 수련과 전문적 연찬(研鑽)을 필요로 하는 것이 되고, 교수 연구자의 전문적 직능으로서의 자각도 증대했다. 이들

모든 것은 다 앞에서 본 바와 같은 전제(專制)적인 대학 내부 질서와 날카롭게 대립되어, 그 정통성을 의심하고 '대학 내에서의 자유(freedom within the university)'를 추구하지 않을 수 없도록 만드는 법이다.

이와 같은 입장에서 독일의 대학의 자유(교수의 자유 및 대학의 자치)가 특별한 주목을 집중시킨 것은 당연하다고 할 것이다. 앞에서 언급한, 독일어의 직역 영어인 academic freedom이라는 자구가 대학인 사이에서 사용되고, 그것에 담긴 이념이 높은 존경과 평가를 받기에 이른 것은 이 무렵부터였던 것이다.

[3] 교수단의 자치 (autonomy of faculty) 형성

이리하여 19세기 말 경부터, 대학이란 무엇인가에 대하여, 또 대학의 바람직한 모습에 대하여 여러 가지 논의가 새롭게 적극적으로 제기되는 것이지만, 그런 논의들은 대개 대학인의 전문적 직능에 대한 자각을 기초로 하고 있었다. 전문 직능인으로서의 직책의 수행은, 이미 보았듯이, 장기에 걸친 깊은 수련을 통해 얻어진 전문적 지식·지적 창조력을 바탕으로 한 독립적 판단을 필요로 한다. 이 직능의 실시에 대해 비전문가인 이사기관이 명령권·감독권을 갖는다는 것은 있을 수 없다. 이사회는 그와 같이 개입할 능력도 도덕적 의무도 없다고 생각된다. 직능적 자유의 자각은 이처럼 단순히 정치사회의 권력 행사를 제약할 뿐 아니라, 연구교육기관의 내부구조를 규정하기에 이르는 것이다.

그것은 특히 다음 점에서 명백해진다. 즉, 교수 연구자가 실시하는 기능이 비전문가의 판단에 의해 통제할 수 없을 만큼 고도로 전문적인 것이라면, 애당초에 특정한 교수 연구자를 그와 같은 기능을 행사할 수 있는 적격성을 지닌 사람으로서 연구 교육기관에 채용함에 있어, 누가 그 적격성 판단을 내리느냐가 문제지만, 이 입장에서는 그것은 당연히 전문직능 자신, 즉 동료인 교수 연구자라고 생각된다. 이에 법률상, 이사기관이 갖는 권한이 정면으로 부정됨을 보게 된다. 이 이치는 당연히 교수 연구자의 지위를 박탈할 경우에도 적용되어가지 않을 수 없다. 앞에서 고용인 처지에 있는 연구자가 진리 탐구의 자유를 얻기 위해서는 테뉴어 제도에 의해 고용주의 해고권을 제한해야 한다는 것을 보았지만, 이 제도에 근거하여 한정적 면직사유에 해당될지 여부를 판정할 권한 또한 실질적으로는 동료 교수 연구자(교수단)에 돌아가는 것으로 인식된다. 형식적으로는 이사기관의 이름으로 행해져도 그 처분은 실질적으로 교수단의 결정에 근거하지 않으면 안 되는 것이 된다. 매클럽(Machlup)은 매우 강한 어조로 '교수단 위원회(faculty committee)의 조언을 거치지 않는, 혹은 그에 반하는 대학 관리기관에 의한 면직처분은 아카데미 프리덤의 원칙에 대한 중대한 침해이다.'고 말한다. 나아가서 교수 연구자가 그 전문적 직능을 실시함에 있어서, 그 불가분의 요소를 이루는 여러 사항(연구 주제·방법, 교육 커리큘럼 등)도 당연히 그들의 결정에 내맡겨야 할 것으로 생각되게 된다.

이와 같이 해서 본래 법적으로는, 그것에 대해 경제적 부담을 질 용의가 있는 자의 의사에 따라 존재하게 되어, 설립자·관리자의 전권(全權)으로 운영되어도 누구도 의심하지 않았던 사물기업인 대학에서, 고용자-종업원이며, 경영자 의사의 집행자에 지나지 않았던 교수 연구자가 대학의 본체적 기능에 대한 담당자의 위치를 요구하게 된 것이다. 이 대학의 본체적 기능인 연구교육에 관한 교수 연구자의 결정 참여 요구는 교수단의 자치 (autonomy of the faculty) 요구라고 부를 수 있다. 이러한 교수단의 자치 요구는, 이사회 최후적·전적인 관리권 (the final and complete authority of governance)을 척추로 하는 대학법의 원칙에 대한 전면적인 도전이었다.⁴³⁾ 따라서 그것은 이사회에 대한 강한 반발을 야기했고, 이 반

발을 극복함으로써만 실현될 수 있었던 것이다. 그리고 그것은 또한 전문직능적 자유를 다음과 같은 의미에서 올바르게 자각한 결과 가능했던 일이었다. 그것은 직능적 자유는 사람의 단순한 개인적 자유가 아니라, 당해 전문적 직능 전체의 자유이며, 더욱이 동시에 사회의 이익을 위하여 인정된 (다시 말해, 당해 전문적 직능이 사회에 대한 임무를 다하기 위하여 필요한) 직능적 책임이기도 한 자유라는 점이다.

교수 연구자의 자유가 이와 같은 성격을 지닌 자유라는 사실에서 나오는 첫째 요청은, 예외적 소수자의, 그것도 흔히 비정상적 사태에서 받은 자유 침해에 대해 직능 전체가 자기들 자신의 자유에 대한 침해로 받아들여, 그 배제를 통한 자유 확보를 위해 협력해서 싸워야 한다는 것이다. 그것은 직능적 자유를 침해하는 (즉 연구 교육 직능인의 다수가 합리적인 것으로 인정하지 못할) 교수 연구자에 대한 해고 기타의 불이익처분은 설사 한 사람에 대한 것이었다 하더라도 직능 전체에 대한 공갈(intimidation)의 효과를 지니며 (예컨대 다른 많은 교수 연구자가 문제를 일으킬 우려 없는, 보다 안전한 주제나 보다 안전한 견해로 자신을 억제함으로써), 직능 전체가 기능을 유효하게 수행할 것을 방해하기 때문이다. 따라서 또 통틀어 이사회에 대한 관계에서도 정부에 대한 관계에서도 문제를 일으킬 가능성 없는 '안전한' 학문영역의 연구자라 하더라도 특이한 학문영역 연구자의 비정상적 예외적인 수난을 방관해서는 안 되게 된다. 그것은 연구자가 기성관념에 도전하고 새로운 진리의 탐구에 매진할 조건을 해치며, 그 결과 사회 일반이 진보에 참여할 것을 불가능케 하기 때문이다. 직능적 자유가 사회의 이익을 위한 것이라는 주장은 구체적으로는 이와 같은 것을 의미하며, 이상과 같다면 또 교수 연구자는 예외 소수자에 대한 자유 침해에 대하여 이를 직능 전체에 대한 자유 침해라고 감지하고 그 배제와 진압을 위하여 싸우지 않으면 안 되는 것이다.

그리고 교수 연구자가 이사회에의 전권과 싸우고 교수단의 자치를 획득해 간 것은 그들이 바로 이와 같은 의미에서의 직능적 자유를 자각하고 그것을 행동으로 보였기 때문이었다. 1870년대, 미국에서 진화론을 강의하는 교수 연구자는 이를 금압하려 하는 이사회와 대립하고, 이사회에 의해 탄압받았지만, 이 대립 항쟁은 결국 교수 연구자의 승리로 끝났으며, 거기에는 개개 대학을 넘어서는 교수 연구자의 직능적 연대의 힘이 있었던 것이다. 진화론을 옳다고 생각하는 교수 연구자는 탄압에 굽히지 않고 서로 협력해서 싸웠다. 이는 비전문가의 관리 (lay government)의 대학체제 하에서 아카데미 프리덤이 형성되는 과정의 획기적인 사건이었다. 다윈니즘을 둘러싼 분쟁 과정에서 교수 연구자의 groups of reference (사람이 그 판단을 가지고 자기 행동의 기준으로 하는 그룹)가 변했다고 전해진다. 이전에는 이사회가 아직

43) 이 글은, 중세 대학의 전통이 없는 자본가적 사회의 통상적 논리로 대학을 만들면, 그것이 이사회에의 전권을 배경으로 실력자인 학장이 좌지우지하는 사물기업적 조직체가 되는 것은 어느 정도 당연하다고 보고, 그것이 전문적 직능으로서의 사명을 자각한 교수단의 자치 요구에 의해 어떻게 수정되었는가는 시각으로 고찰을 진행해왔지만, 그 전제인 대학상(像) 그 자체에 대해 내재적 견지에서 비판이 있다는 것은 말할 나위도 없다.

예를 들어, 통슨은 이사회로부터 권한을 위임받아 전제(專制)적 권력을 휘두르는 학장 제도는 미국의 정치·경제에서 지배적인 '조직상 원칙에 비추어 볼 때, 기묘한 변칙 (curious anomaly)을 보이며, 합리적 근거를 결한다고 한다. 즉 대통령은 의원내각제에서의 내각 수장과 비교해서 분명 강력하지만; 그는 선거민인 인민에 책임을 지고, 또 기업의 총지배인은 노동자의 단체교섭권·파업권에 직면하고 있다. 그러나 대학의 학장은 이사회 이외에 대해서는 그 어떤 책임도 지지 않으며, 제약적 대항세력을 갖지 않고, 교수 연구자는 이에 대하여 다만 청원(petition)할 수 있을 뿐이므로, 이와 같은 제도의 합리성은 찾아볼 수가 없다는 것이다.

또 머니페니 (Monypenney)는 대학은 기업임에는 틀림없을 테지만, 그것은 교육기업이므로, 교육이라는 목적이 달성될 만한 기업 운영이 되어야 하며, 그를 위해서는 교육과정에 최대한의 자치가 인정되어야 함은 당연한 노릇이 아니냐고 반문한다.

도덕적 권위를 가지고 있었다. (학문적·전문적 사항에 관한 권위는 그 이전에 벌써 상실되어 있었지만) 교수 연구자는 이사회에의 판단을 일단 존경하고, 이를 가지고 행동의 준칙으로 삼았다. 그러나 진화론을 둘러싼 분쟁 과정에서 그들은 전문이 같은 연구자의 판단에 의거하여 그 지지가 있으면 이사회에의 권력과 투쟁할 용기를 얻었다. 즉 교수 연구자의 행동기준 (standard of conduct)가 변한 것이며, 그것이 직능적 자유의 자각을 기초로 하는 것이 되었다는 사실 때문에 아카데미 프리덤은 결정적인 전진을 이룩하게 된다.

[4] 교수단의 대학 관리에 대한 참가

이와 같이 해서 직능적 자유의 자각은 대학이라는 연구 교육기관 내부에서의 교수단의 자치를 만들어 나갔지만, 이와 밀접하게 관련되면서 이와 나란히, 학문의 자유는 또한 대학이라는 연구교육기관에서의 정책 형성 (구체적으로는 이사회)에 대한 교수 연구자의 참가 요구로서 제시되어 갔다. 대학의 본체적 기능이 교육 연구라면, 바로 연구 교육의 담당자인 그들은 이 지능의 방침·방법 등에 관한 의사형성에 참가해야 하며, 대학의 최고의 의사형성(관리) 기관이 이사회라면, 그들이야말로 이에 참가할 자격이 있다고 생각했던 것은 너무도 당연할 것이다.

그러나 이 요구가 교수 연구자 사이에서 넓은 지지를 얻고 실현을 쟁취하는데 있어서는, 사상 내지 이념에서의 획기적 전진이 이루어지고, 그것이 이 요구의 기초를 이룬다는 상황이 있어야 했다. 대학교육의 목적, 나아가서는 대학의 기본적 성질에 관한 사고방식의 변혁의 문제이다. 즉 만약 고등교육의 목적이, 학생으로 하여금 개인적인 성공·출세를 얻게 하는데 있다면, 고등교육에 관한 정책형성은 기술적·경영적 견지에서 이루어져도 될 것이다. 그러나 고등교육의 목적이 사회의 복지 실현에 있다면, 그것은 깊은 사상을 배경으로 하고, 높은 이념에 입각해서 수행되어야 한다. 그것은 대학의 경영적 측면을 담당하고 있는 이사회만이 결정할 사항이 아니라, 특정한 전문과학의 연구를 통해, 또 청년에 대한 교육을 통해, 사회의 어떠한 가치가 실현되는 것인지를 낱알이 생각하게 되면서 직무를 수행하는 교수 연구자가 참여해야 할 고차원의 문제라고 생각해야 하는 것이 된다.

또한 만약 그렇게 생각한다면, 대학이라는 것에 대한 생각에도 근본적 재검토가 요구되게 된다. 즉 대학은, 이를 만든 사람이 그의 개인적인 의사나 취향에 따라 마음대로 처리할 수 있는 사유재산이라고는 더 이상 생각할 수 없게 되는 것이 아닌가? 대학은 (사립이든 주립이든) 인민 전체에 속하는 것이며, 공적 재산이라고 생각해야 하는 것이 아닌가? 만약 그렇다면, 대학을 특정한 교의나 이데올로기의 교의 주입 혹은 세뇌 (indoctrination)를 위한 수단으로 삼는 것은 용납될 수 없으며, 교수 연구자를 특정한 경영목적 달성을 위한 수족으로 인식하는 것도 배척되어야 한다는 결론에 이르게 된다. 대학은 공공의 복지를 실현하기 위한 신탁재산이며, 이사회야말로 대학의 그 목적 달성을 사무적 측면에서 돕는 공복(公僕)이고, 교육 연구를 통해 그것을 내용적으로 실현하는 교수 연구자는 간부직원(public functionaries)이라고 인식해야 한다는 것이 된다. 후자는 개개의 이사회관에 책임을 지는 것이 아니라, 오히려 사회 전체에 대하여 책임을 지는 것이고, 사회에 대한 책임의 일환으로서 스스로의 전문적 직무에 관한 정책형성에 당연히 참가해야 한다고 인식되기에 이른다는 것이다.

어쨌든 이와 같은 새로운 이념적 기초 위에 서서 교수 연구자의 이사회 참가 요구가 나오고, 그 일부는 실현되었다. 그러나 이에 대한 원리적 반대는 우리의 상상을 훨씬 초월한다. 역시 이사회를 중역회의

로 보고, 교수 연구자를 종업원으로 보는 관점은 뿌리가 깊고, 이런 관점에서는 종업원이 기업의 경영관리에 참여하는 것은 원리적으로 받아들이기 어려울 것이다. 또 이사는 스스로 경영의 전문가라고 자처하고 있으며, 교수 연구자는 경영 관리에 대해서는 무관심하거나, 비현실적인 이상주의자이거나, 위험한 혁신가이거나 하다며 무시당하기 마련이다. 최근에도 어떤 저명한 대기업 간부는 이 문제에 대하여 조사 검토를 하고 다음과 같은 결론을 냈다. 즉, '교수단 대표이사가 이사회에 출석하고 학장과 논쟁을 하고, 혹은 감시자(watch-dog)로서 학장의 업적을 교수회로 가져가 보고한다는 것은 명백히 좋은 조직체의 모든 원칙에 모순·저촉된다.'

[5] 학문연구 공동체 (academic community)

이와 같이 각양각색의, 그리고 여러 강도의 저항이 있는 가운데, 교수단의 자치와 교수 연구자의 이사회 참가를 2대 요소로 하는 학내 자치의 원리가 연구 교육기관에서 형성되고, 실현되어 갔다. 그 실현의 정도, 양태도 또한 다양했다. 그것은 결국 법형식적으로 존재하는 이사회에 전권을 제약하는, 넓은 의미의 관행 형성이라고 해도 좋다. 이와 같은 관행으로써 규정되는 내부질서를 갖는 대학은 이미 커크패트릭이 말하는 '종업원 칼리지'와는 질적으로 다른 것이라고 생각해야 할 것이다. 또 파운드가 말한 전제(專制)대학도 아니다. 교수 연구자는 주어진 일을 경영자의 지령에 따라서 충실하게 실행하고, 경영자의 기분을 거스르면 즉각 해고당하는 것과 같은 종업원=고용자가 아니라, 이 기관의 정책형성에 부분적으로 참가하고 교수 연구자 이사 및 연구 교육 사항에 관해서 실질적·자치적 결정권을 지니는, 연구 교육 기관의 능동적 구성원이기 때문이다.

이러한 자율적 내부질서를 갖는 연구 교육기관을 우리는 학적 공동체 내지 학문 공동체라고 불러도 된다고 생각한다. 사회화 내지 집단화 되어 있다는 특수성을 가진 이 전문적 직능(연구 교육)의 자유가 실질적으로 확보되기 위해서는 그 실현의 장인 소(小)사회 내지 집단에 대하여 이와 같은 원리가 요구되는 것이다. 대학이 그런 '공동체'라는 것은, 그것이 일련의 공동의 기준(common standard)에 의해 지탱될 뿐 아니라, 그런 기준이 권위에 의해 위로부터 과해지는 것이 아닌, 구성원의 공통의 지능(shared experience) 속에서 형성되고, 성원 사이의 상호작용을 통해 전개되는 것이라는 것을 의미한다. 즉 '공동체'라고 할 경우 거기에는 그 속에서 여러 기능이 분화되어 있어서, 그들의 전문화된 조화적인 전체로까지 통합되는, 그런 조직체가 전제되어 있는 것이지만, 그 통합이 상하의 명령 복종관계적 기구를 통해서가 아니라, 동의를 원동력(dynamic of consensus)를 통해서 실현된다는 점이 중요하다. 연구계획과 방침, 교육의 내용·방법 등 대학의 본체적 기능 및 그 담당자인 교수 연구자의 인사 등은 위로부터 명령되어 결정되는 것이 아니라, 대학을 구성하는 여러 요소 사이의 동의에 의해 결정된다. 권한은 일반의 관청이나 기업체에서처럼 상하의 관계에 위계적으로 배분되는 것이 아니라, 대학의 여러 구성요소 사이에 평등하게 배분·분유(分有)된다. 그리고 이와 같은 권력의 분유는 상호 존경에 의해 지탱되는 것이다.

우리는 교수 연구자의 진리 탐구의 자유를 위한 조건을 찾아, 연구자는 연구수단으로부터 단절되어 있다는 관점에서, 또 연구 교육이라는 전문적 직능은 사회화 내지 집단화 되어 있다는 관점에서, 그들의 직능이 수행되는 장인 연구 교육기관의 내부구조의 여하가 그들의 자유에 결정적으로 중요하다고 생각하고 고찰을 해왔다. 이상의 고찰을 기초로, 우리는 교수 연구자의 진리 탐구의 자유는, 연구 교육기관이 교수 연구자의 자치 및 그들의 연구 교육에 관한 정책형성에의 참가 등을 내용으로 하는 학문연구 공동체로서의 내실을 가짐으로써 실현의 조건이 주어진다는 결론을 얻을 수 있다고 생각한다. 연구자 개

인의 시민적 자유를 보장하는 것만으로는 그들의 진리 탐구의 자유는 보장되지 않는다. 그것에 더하여 그들의 학내적 (intra-academic) 자유가 보장되어야 한다. 이것은 그 연구 교육기관이 국·공립이거나 사립이거나에 관계가 없다. 학문의 자유를 보장한다고 하는 이상 (특히 헌법으로써 보장할 경우는 더욱 그러하다), 그것은 자유로운 연구활동에 대한 권력적 제재의 배제 뿐 아니라, 모든 대학에서의 학내적 자유의 보장을 내포하는 것이라야 한다. 어쨌든 연구 교육기관이 교수 연구자의 학내적 자유를 실현하는 학문연구 공동체의 내실을 갖추어 그들의 진리 탐구의 자유가 보장되는 것이다.

그런데, 학문의 자유의 한 계기로서 널리 교수 연구자의 학내적 자유가 인정되는 학문연구 공동체라고 할 경우, 그 내용은 나라에 따라, 대학의 유형에 따라 상당한 차이가 있다. 미국 경우에는 지금까지 고찰한 바와 같이 법형식적으로는 이사회가 갖는다고 설명되는 그 전면적 관리권에 대항하고, 교수단의 자치가 관행으로서 형성되고, 양자의 관계는 여전히 유동적이기는 하나, 평균적으로 말하면 이사회에 재정관리 권한과 교수단의 연구·교육관리의 권한이 균형을 이루는 형국이 되어 있다.

이에 가까운 것은 영국의 지방도시 대학으로, 그것은 지역사회의 적극적 발의와 재정적 기여에 의해 존재하게 되었으며, 따라서 거기서는 주로 지역사회에 대한 재정적 관심이 표명될 상의회(商議會-Council)에 의한 재정관리와, 교수 연구자로 이루어지는 평의회(Senate)의 연구·교육관리가 균형을 이루었다. 이와 달리 영국의 고전적 두 대학에서는 밖과 안에 대한 자치가 중세 이래 거의 완벽하게 계승되고 있으며, 위와 같은 관리권의 양분, 대항, 균형은 없다.

독일에서는 강좌제를 배경으로 한 강좌 주임교수의 학적 권위와 자유가 대학자치의 근간이며, 따라서 이러한 주임교수의 연합정부인 교수회의 자치가 대학자치의 기저(基底)라고 인식된다.

이들 중에서 미국형 대학자치의 특색은 다음 점에 있다고 볼 수 있다. 즉 독일형 대학에서는 학부는 강좌 주임교수를 구성단위로 한다고 설명되는 것과 달리, 미국에서는 교수단은 (그것은 학부별이 아니라, 전학일체로서 관념되는 점에서 이미 전자와 다르지만, 그에 더하여) 차라리 학과(department)를 구성단위로 한다고 생각되는 상태에 있다. 학과는, 전문영역을 달리하고 그 견지에서 서로 보완하는 관계에 있는 복수의 같은 등위(等位)의 교수들로 이루어지며, 능률적인 균형잡힌 연구단위임을 주안으로 하고 있고, 내적으로는 강한 공동연구의식과 기능적 분업으로 결합되고 있다. 이 department가 활발한 연구 추진의 모체인 바, 다수의 그것을 능률적으로 움직이는데 있어서는 상근의 행정 전문가를 필요로 하고 (교수 연구자의 겸업적 행정운영으로는 처리할 수 없다), 따라서 교수 연구자의 자치는 부분적이 되지 않을 수 없고, 교수단 자치는 어떤 의미에서는 대학 행정상의 방편(device)이라는 성격을 지닌다.

미국형 교수단 자치에서, 그것이 전통으로서 당연히, 혹은 국가적 제도에 의하여 주어져 있는 것이 아닌, 관행으로서 또는 행정상의 방편으로서, 게다가 부분적으로 실현되고 있다는 것은, 당해 자치를 강화해도 약하게도 한다. 교수단의 전문적 직능으로서의 자각이 불충분한 대학에서는 자치는 지극히 빈약하며, '종업원 칼리지'적인 의식이나 제도가 여전히 강할 것이다. 그러나 그 자각이 강한 대학에서는 직능적 자유의 본질계기인 직능적 단결을 기초로 하여(미국 대학교수회), 노동조합형의 행동을 통해 강한 신분보장이나 좋은 연구조건이 쟁취되고, 매우 유효한 자치의 보장이 되고 있는 듯하다.

이와 같이 유형의 차이는 있어도, 어쨌든 교수단 자치를 기초로 한 학내적 자유 없이는 연구자의 진리

탐구의 자유는 실질적 기초를 잃게 되는 것이고, 그런 관점에서 연구 교육기관은 학문연구 공동체이어야 하는 것이다.

5. 연구재정상의 자유

[1] 재정적 종속으로 말미암은 학문의 자유에 대한 제약

이제까지 우리는, 교수 연구자 개인의 연구의 자유를 확립하기 위해서는 그의 학문연구 공동체 내부에서의 자유를 보장해야 한다는 것을 검토해왔다. 그러나 그것이 보장되었다고 해도, 다음으로 학문연구 공동체 그 자체가 대외적 관계에서 자유 내지 독립적이지 않으면 그것은 교수 연구자의 연구의 자유로 되돌아와, 이를 제약하게 된다는 점을 보아야 한다. 대외관계에서 종속적인 대학은 진정한 학문의 자유를 갖지 못한다.

단, 여기서 대학이 대외적 관계에서 자유롭다거나 독립적이지 않다거나 하는 것은 무엇을 의미하는지를 분명히 해둘 필요가 있다. 국·공립대학 등에 대해서는, 대학을 설치·유지하는 국·공공단체의 대학에 대한 각종 행정권(교수 직원에 대한 인사권, 문적 시설에 대한 관리권, 수지(收支)에 대한 재정·회계 감독권)과의 관계에서 이른바 대학의 자치의 문제로서 대학의 자유 내지 독립성이 바로 문제가 되는 것이지만, 사립대학에 관해서는, 이를 강력하게 감독 통제하는 독재국가에서라면 모를까, 보통 그 자유내지 독립성은 문제가 되지 않는 것처럼 생각되기 쉽다. 확실히 권력적 감독 통제의 유무라는 면에서 말하면, 사립대학은 보통 그런 것을 받지 않는다는 의미에서 자유로우며 독립적이다. 그러나 이 글이 대학의 대외적 관계로서 문제 삼고 싶은 것은 사회경제적 독립성, 특히 재정적 자치에 대해서이다. 이 점이 교수 연구자의 학내적 자유와 중대한 관계가 있다고 생각되는 것이다. 그 내용인 즉 이렇다.

앞에서 우리는 연구자의 연구수단으로부터의 단절에 대해서 검토했지만, 실은 연구자의 공동체인 대학도 일반적으로는 홀로 설 수 있는 경제적 기초를 갖지 못한다. 물론 대학은 단순히 소비주체는 아니며, 사회에 매우 유용한 역무(교육)를 제공하고, 그 대가(수업료)를 얻고 있는 것이지만, 그것으로 대학의 활동에 필요한 경비를 전적으로 충당한다는 것은 어느 나라에서도 있을 수 없다. 설령 그것이 가능한 대학이 있다고 해도 그와 같이 경영하적으로 우등생 대학은 학적 기준에서 볼 때 틀림없이 낙제생일 것이다. 대학이 생산하는 가치 중 가장 귀중한 것은 대가 없는 (팔리지 않는) 무형의 내면적 가치 (진리에 대한 사랑, 과학적 정신)이며, 혹은 여러 해 후에라도, 그것도 대학 외에서 가치를 실현하는 잠재적 창조력일 터인데, 대학이 이와 같은 진정 기본적 사명에 충실하면 할수록 수지가 맞는 일은 그만큼 적은 까닭이다. 그것은 요컨대 대학은 애당초부터 남의 돈을 기대하지 않으면 꾸러나갈 수가 없다는 것을 의미한다. 대학은 수업료만으로 수지를 맞추고 기능을 수행해 나갈 수는 없다. 그 학외로부터의 돈은 국립대학 경우 수업료 수입의 수십 수백 배의 국가예산의 지출이거나, 사립대학 경우에는 혹은 사인의 직접 기부이거나 혹은 국·지방공공단체의 보조금이거나 또 어느 대학이든 국가의 과학연구비 지급이거나, 그 형태는 여러 가지일 수 있다. 그러나 어쨌든 대학은 국·공립이고 사립이고 간에 학외자로부터 다액의 자금(그것은 해마다 늘어나고 있다)을 제공받고 비로소 그 기능을 영위할 수 있는 것이다. (옥스퍼드, 캠브리지처럼 막대한 기본재산을 보유하고 재정상 독립이 가능한 대학은 매우 드문 예외지만, 그러나 그마저도 2차 대전 후는 영국정부로부터의 국고보조에 대해 과거의 불수령의 태도를 버리고 이를 수령하게 되어 있다.)

이와 같은 사태는 대학 내 연구의 자유에 대해 다음과 같이 중대한 위협을 주게 된다. 시민사회에서는 소유권자는 소유물을 사용수익처분하는 자유의 절대적 권능을 가지고 있다. 돈을 지니는 자는, 싫다면 이를 타인에게 줄 필요는 털끝만치도 없으며, 가사 주고 싶어져서 줄 경우에도 어떤 방식으로 줄지는 완전히 자유다. 돈의 용도를 지정해서 줄 수도 있고, 사전에 조건을 달고 그것을 수락하는 자에게만 돈을 줄 수도 있을 것이고, 계속적 내지 단속적으로 증여하고 있는 경우 도중에서 상대방이 마음에 들지 않게 되면 그것을 끊을 수도 있다. 상대방은 이를 제약이 붙지 않는 돈을 달라고 요구할 권리를 갖지 않으며, 이들 제약이부당하다고 생각하면, 할 수 있는 일은 고작 당당하게 수령을 거부하고 상대방을 경멸해주는 정도이다. 그러므로 이와 같은 금전의 수수에 관하여 시민사회에서 통상적으로 지배하는 논리가 대학·학술연구에 관한 자금을 수수할 때 그대로 통용된다면 대학의 연구의 자유는 현저하게 영향을 받을 수밖에 없는 것이다.

국비의 경우도 어느 정도는 마찬가지다. 국가가 국립대학을 설치한 이상, 그 운영을 위한 예산을 계상(計上)하지 않는다는 자유는 없겠지만, 그러나 얼마나, 어떤 방식으로 내줄지는 어떤 의미에서 자유이다. 적어도 법적으로 의무화 할 수는 없다. 또 고등교육의 수요는 계속 증가하고 있으며, 학문연구의 내재적 법칙은 연구대상 및 심도의 끊임없는 확대 심화에 있으며, 대학·학술재정의 실질적 문제점은 이에 따라 중대일로의 경향을 가는 연구 교육자금 요구에 대해 이를 어떻게 취사선택하고 또 그들 중 어디에 중점을 두느냐는 데 있다. 그리고 국민의 세금으로 이루어진 국비의 상용인 이상, 보통은 이와 같은 재정정책의 결정·구체화는 국민에 책임을 질 수 있는 형태로 행해지는 것은 당연하다. 즉 정부가 그 정책에 따라 책정한 원안(예산안)을 기초로, 국회가 최종적으로 이를 결정하고, 예산 지출의 권한과 책임이 있는 각 부, 각 청의 장이 이를 지출하고, 회계검사기관이 납세자에 대한 회계책임의 원칙이라는 입장에서 이를 감사하는 것 등이다. 그러나 대학·학술재정에 관해서 통상의 예산·회계원칙이 그대로 적용된다면 대학에서의 연구의 자유는 또한 중대한 영향을 받게 될 것이다.

예를 들어, 주요한 재원을 기부에 기대하는 미국 사립대학의 경우, 재원에 관한 배려는 대학인의 의식·행동에 미묘한, 그러나 결과적으로는 중대한 영향을 주지 않을 수 없다. 앞에서 기부자가 마음에 들지 않으면 교수 연구자의 파면에 이를 수 있는 사례를 언급했지만, 연구의 자유에 대한 이와 같은 사후적인, 현실의 침해는 차라리 드물며, 진정한 위협은 이와 같은 사태가 대학인의 마음을 일상적으로 지배하고 있다는 데 존재한다. 미국의 대학은 끊임없는 확대충동을 가지고 있는데, 그것은 대학으로 하여금 현실적으로 혹은 잠재적으로 재정지지자의 호감을 사고 싶다는 '학내의 영합욕'을 조성케 하고, 대학 당국으로서는 공중에 주는 대학의 이미지에 신경을 쓰고, 교수 연구자로서는 대학의 인기에 신경을 쓰게 된다. 그것은 대학의 대 공중관계를 손상하지 않으려는 배려를 낳아, 결국은 당대의 학계 또는 사회의 풍조에 순응한 대학 인사에 열중하는 예방적인 자기규제를 무의식적으로 형성해버린다. 대학의 학외 자금원에 대한 관심은 대학인의 마음을 사전에 지배하고, 또 대학 내에서의 연구의 자유에 대하여 잠재적으로 큰 규제력을 부여하고 있는 것이다.44)

44) 이와 같은 사전의 자주규제의 잠재적 필연성을 전제한다면, 학문의 자유에 대한 침해가 없다는 주장 쪽에 차라리 두려움을 느끼게 된다. 스코트(Scott)는 어느 미국 동부의 명문대학 교수가 '우리 대학에서는 거의 학문의 자유에 대해서 문제가 발생한 적 없다. 왜냐하면 우리는 우리의 스태프를 선임하는데 있어서 대단히 신중하기 때문이다.'라고 솔직하게 말한 것을 이 논점과의 관련 속에서 소개하고 있다.

또 영국처럼 학문의 자유에 대한 침해가 드물러, 대학에 대한 국고 보조에 있어서는 '원조하되 통제하지 않는다' (support but not control)의 원칙이 취해지고 있다고 하는 나라에서도 국고 보조에 따르는 모종 영향력을 피할 수가 없다. 예를 들어, 1934년 London School of Economics의 H. Laski 교수가 모스크바의 공산당 아카데미에서 '영국에서의 혁명의 전망'이라는 강연을 함으로써 물의를 일으킨 일이 있었는데, 영국 의회 하원에서는 당장 이 사건이 의제로 채택되고, 바로 국고보조의 관계에서 문제가 되었다. 한 의원은 재무부 재무 차관에게 다음과 같이 질문하고 있다. '이 대학(LSE)이 폐하의 정부로부터의 보조금으로 운영되고 있다는 사실에 비추어 귀관은 이 보조금이 이러한 행동을 조장하기 위하여 주어지는 것이 아니라는 사실에 대해 주의를 환기할 조치를 취할 용의는 없는가?' 또 이를 후에도 다른 의원이 마찬가지로 납세자의 입장에서 재무 장관을 서면으로 추궁하고 있다. '그 대학은 공공의 보조금을 받고 있으므로, 이 대학의 교수가 납세자로서 각출을 강요당하고 있는 다수의 영국시민을 모욕할 것을 목적으로 하는 듯한 정치적 강연을 해외에서 하는 것을 제압하기 위한 조치를 취할 생각은 없는가?' 이와 같은 국민의 대표자의 공격에 대하여 흥미로운 것은 정부 측은, 대학 보조금은 정부가 직접 지급하는 것이 아니라, 대학 보조금 위원회가 배분 지급하는 것이라는 점 등 행정기술적 이유를 동원하면서, 예봉을 피하고 있는데, 그것은 어쨌거나 국고금의 수수는 그 지급자 측에다 수급자의 사상 및 그 표현의 내용에까지 개입할 구실을 주어, 이를 정치적 무대에서 공공연하게 탄핵할 기회는 주게 되는 것이다.

[2] 시민법상 자의의 억제

이상과 같은 사정을 감안할 때, 학문의 자유가 존중되기 위해서는 적어도 다음 두 가지 원칙이 수립되어야 할 것이다. 첫째는, 대학 및 학문 연구에 관한 자금의 수수에 관해서는 시민법(공법, 사법)의 통상의 원칙은, 실질적인 연구의 자유와 저촉되는 한, 수정되어야 한다는 것이다. 예를 들어, 수급자의 사상 신조를 조건으로 하거나 연구의 내용 내지 구체적 과정에 관한 통제권을 유보하거나 하는 자금 교부는 공금이든 사금이든 허용되지 말아야 한다. 원래 특정한 학문분야나 연구시설 등에 특별한 이해와 열성을 가진 개인 또는 단체가 용도를 지정한 기부를 하는 경우, 그 의사는 존중되어야 한다. 그러나 그 제약이 앞에서 말한 정도가 된다면, 통상적인 기부 경우에는 허용되더라도, 학문 연구에 관해서는 부정되어야 할 것이다. 또 미국에서 국방교육법이 학생에 대하여 학비를 대여할 때 신조에 관한 서약서 (affidavit) 제출을 요건으로 하고 있었기 때문에 강한 반대에 봉착하고 결국 법률을 개정하지 않을 수 없었던 일이 있지만, 국방교육이 아니더라도 이와 같은 조건은 이 첫째 원칙에 비추어 철저히 비판받아야 할 것이다.

그리고 이 기회에 비교적 간과되기 쉽기 때문에 강조해두고 싶은 것은, 앞의 시민법 원리의 수정은 지급자의 행동에 대해서 뿐 아니라, 수급자의 행동에 대해서도 적용되어야 한다는 점이다. 연구자는 연구의 자유를 구속하는, 또는 그 우려가 있는 연구비를 받지 말아야 한다. 이는 의문의 여지없는 분명한 제1명제이다. 진리 탐구를 사명으로 하는 자가 돈 때문에 영혼을 파는 것은 자신의 직능의 본질을 파괴하는 것을 의미한다. 그러나 문제는 여기에 그치는 것이 아니다. 앞에서 말했듯이 연구자는 연구수단으로부터 단절되어 있으며, 대학은 연구에 필요한 충분한 자주적 재원을 갖지 못한다. 더욱이 대학 및 대학의 교수 연구자에게는 연구 교육을 수행함으로써 사회 복지에 기여해야 할 전문직능상의 의무가 있다. 이는 돈이 없으면 안 해도 된다는 의무가 아니다. 연구자에게는 '연구하지 않는 자유'는 도의적으로 없다. 일반 시민법상은 누구도 자기 신조에 반하는 내용의 계약은 체결하지 않을 자유를 갖는다. 그러나 학문 연구에 있어서는 다만 거부하기만 하는 것으로 문제가 끝나지 않는 것이다. 연구자는 연구수단을 얻어, 연구함으로써 사회적 사명을 다해야 한다. 그렇다면 어떻게 생각해야 하는가? 여기에 연구비 지급자 측

의, 연구비에 조건을 달지 않아야 한다는 의무 (시민법 수정)에 대응하여, 수급자 측에 연구에 필요한 자금을 청구할 권리라는, 시민법상으로는 존재하지 않는 권리가 생긴다고 생각된다. 아마도 많은 사람들은 그것은 법적인 권리가 아니라 도의상 내지 정치상 요구에 지나지 않는다고 말할 것이다. 헌법의 규정 (학문의 자유 보장)이 정신규정이라고 말한다면 그것은 맞는 말이다. 그러나 만약 헌법의 규정이 법적 규범이며, 게다가 모든 실정법규에 우월하는 최고의 법규범이라고 한다면, 그 법규범성은 논리상 당연히 연구자금 청구의 권리성으로서 나타난다고 해석할 수밖에 없다. 단 그것은 통상의 청구권과는 완전히 같은 것으로 생각할 수는 없다. 그것은 사물의 성질에 규정되어 특유의 구조를 가지고 존재한다. 여기서 문제는 다음 원칙으로 연결되는 것이다.

[3] 자주적 연구재정체제

즉 둘째는, 대학 및 교수 연구자의 대학 경비 및 연구비에 관한 앞의 권리를 구체적으로 실현하기 위한, 대학 및 교수 연구자의 자주적인 체제가 세워져야 한다는 원칙이다. 연구재정문제는 학문의 자유 그 자체의 내용을 이루는 요소라는 점이 명확하게 인식되어야 한다.

대학에 관해서 말한다면, 그것은 이른바 대학의 재정적 자치의 문제이다. 베를린대학에서 시작되는 근대 독일의 빛나는 대학 자치의 원리가 재정적 자치의 의도적으로 제외된 것이었음은 앞에서 본 바와 같으며, 일본 국립대학의 제도 또한 재정적 자치의 결여에 관한 한 이에 충실하게 따르고 있다. 그러나 학문의 자유가 단순한 개인적 자유(각자 좋아하는 것을 좋아하는 방식으로 연구할 자유)가 아니라, 학문연구 공동체에서의 연구의 자유이며, 이 공동체도 연구자도 연구수단으로부터 단절되어 있음에 비추어, 대학의 재정적 자치권을 부정하는 것은 국민의 개인적인 연구의 자유만을 인정하고 그 이상의 실질적인 연구의 자유(아카데미 프리덤)를 인정하지 않는 것과 같다. 원래 아카데미 프리덤을 인정하지 않는 입장은 얼마든지 있다. 그와 같은 입장을 취하는 것은 자유지만, 만약 아카데미 프리덤의 존중을 공언한다면, 대학의 재정적 자치 또한 당연히 인정해야 할 것이다. '학문의 자유는 존중한다. 그러나 돈의 문제는 별도다. 국비와 관계되는 이상 그것에 대해서 정부가 책임을 지는 방식으로 밖에 사용케 할 수 없다'라는 설명은 그럴듯해 보이나 사실은 앞뒤가 맞지 않는 이야기다. 학문의 자유를 인정하는 이상은, 돈의 문제를 그 자유와는 별개의 사항으로서가 아니라, 그 자유 그 자체의 문제, 그 중요한 일환을 이루는 문제로서 생각하는 것이 아니라면 학문의 자유를 인정하는 것이 되지 않는다.

다만 연구수단을 위한 돈에 관한 권리라고 해도, 그것만으로는 막연하다. 어떤 연구자가 느닷없이 재판소에, 국가든 특정한 개인이든 상대로 연구비를 내놓으라는 소를 제기하고 만족스러운 결과가 나올 만한 청구권이 존재하는 것이 아님은 물론이다. 이와 같은 구성적(構成的) 권리는 실효성을 위한 제도적 뒷받침을 가져야 한다. 연구자의 시민적 자유 이상의 것으로서의 학문의 자유가 학문연구 공동체 내에서의 테뉴어 제도, 교수단의 자치, 대학 관리기관에 참가 등 제도적 보장 위에 비로소 실효성을 갖는 자유가 될 수 있었듯이, 학문의 자유의 한 계기인 대학의 재정자치의 요구는 그것을 받쳐주는 제도에 관한 요구이기도 한 것이다.

그 제도는 반드시 이래야 한다는 하나의 고정적인 것일 수는 없다. 요컨대 연구수단을 충당하는 금전을 지배하는 자가 그것을 지급하는지 안 하는지, 어느 정도 어떤 균형으로 지급하는지 등을 자유롭게 결정할 힘을 가지고, 그럼으로써 연구자의 연구의사 및 연구 내용을 직접·간접으로 통제해서는 안 되고,

반대로 연구비가 연구자의 사회적 사명 달성을 가능케 할 만큼 충분히 지급되고, 그것에 대해 연구자 자신의 자주적 결정의 길이 확립되어 있어야 한다는 것이다.

미국의 주립대학 중 헌법상 독립법인 (the constitutionally independent corporations)의 지위가 부여된 대학의 재정 자주권은 상당히 높다. 미시간대학, 미시간주립대학, 캘리포니아대학, 아이다호대학, 미네소타대학, 오크라호마대학 등이다. 이들 대학은 헌법상, 입법부, 사법부 및 행정부와 대등이라고 설명되고, 주 정부의 제4부문을 구성한다고 한다. 그 독립성은 다소 차이는 있으나, 그 내부 행정(재정을 포함)에 관해서, 다른 권력 (특히 입법부)의 간섭을 받지 않는 점이 중요하다. 주 의회가 대학 예산의 집행에 관해서 조건을 달아도 그것은 원칙적으로 무효이며, 대학은 예산이 배정된 모든 대학 기금을 백지수표로 자유롭게 지출할 수 있다. 어떤 감독 또는 통제도 없다고 설명된다.

또 예컨대 인디애나주 등에서는 주립대학의 예산에 대해, 대학 자신에, 한 학생 당 경비에 관한 객관적 기준을 조사 산출케 하고, 그것에 년도의 예상 학생수를 곱하고 주립대학 전체의 필요액을 산출하는 등 대학 측의 산정기준을 존중함으로써 대학 예산이 객관적·자동적으로 확정되도록 하려고 하고 있다.

보다 본격적이고 주목할 제도는 앞의 라스키 사건과의 관련에서 언급된 영국의 대학 보조금위원회일 것이다. 이는 1919년, 대학 (영국은 모두 사립대학이다)에 대한 국고보조가 본격화 될 때, 재무장관의 관할 하에 놓이게 된, 주로 대학인으로 구성된 독립성이 강한 위원회로서, 각 대학에서의 교육 연구상의 재정수요를 조사하고, 실질적으로 대학 보조금 예산의 원안이라고 할만한 것을 책정할 것을 주된 임무로 한다. 그것이 교육에 관한 전문적 지식을 지니지 않는 재무부에 두어진 것은 중요하다. 그것이 대학의 자유를 확보하는 길이라고 생각되고 있는 것이다.⁴⁵⁾ 이 위원회의 대학 보조금 예산 원안은 재무부에서도 의회에서든 거의 그대로 승인된다고 한다. 이는 실질적으로 대학의 재정 자치를 인정한 것이라고 해도 무방하다. 그리고 더 놀라운 것은 1950년대까지는 이 막대한 국고보조금의 사용에 관해서 의회의 회계검사가 전혀 행해지지 않았다는 점이다. 그 후 의회 회계감사위원회의 강한 요구로, 대학측의 약간의 양보가 있었지만, 대학의 회계장부가 회계감사원의 감사를 받는 일은 여전히 없다고 한다.

납세자의 의식이 그토록 강하고, 또 납세자의 대표자인 의회의 공금에 대한 권한이 그토록 강한 영국에서 대학 국고보조금의 요구·사용에 관하여 이만큼 자주성을 인정한다는 것은 대서특필되어야 할 사항이다. 이는 영국이 얼마나 대학의 국가권력으로부터의 독립성에 대해 배려하고 있는가를, 또 대학의 이런 의미의 독립성에 있어서, 재정상의 독립성이 얼마나 큰 비중을 차지하는가를 말해주고 있다. 학문의 자유를 보장한다는 것은 이와 같은 제도적 손질을 통해서 대학의 독립성과 자유를 확보하는 것이어야 하는 것이다.

[4] 연구자의 연구비에 대한 권리

그렇다면 필자가 주장하는 대학 경비·연구비에 대한 연구자의 청구권 이론은, 사인(私人)에 대해서는 어떻게 되는지에 관한 의문이 제기될 것이다. 조건부가 아니면 기부하고 싶지 않다는 사인에 대하여 조

45) "만약 대학이 국가의 정치적 부서인 교육부(청-Board of Education)을 통해 보조를 받는 것으로 되어 있었다면, 대학의 자치는 상실되었을 것이다. 전형적인 영국적 타협안이 안출되고, 보조금은 교육에 대하여 아무런 지지도 갖지 않는(!), 재무부 및 행정관리에 의해 직접 지급되게 된 것이다." (Chorley)

건 없는 기부를 하라고 요구할 수는 없다. 연구자가 어디까지나 조건 없는 기부를 원하고, 다른 당사자가 그것에 응할 의사가 없다면, 결국 기부는 이루어지지 않는다. 국부적으로 보면 그 뿐이다. 연구자·연구기관 측에 이 이상의 것을 요구할 '권리'는 없다. 그러나 사물은 언제나 전체적으로 조감되어야 한다.

나라에 따라서, 사인으로부터 대학에의 직접 기부가 매우 많은 나라(미국)와, 학외로부터의 보조는 대부분 국고로부터의 보조인 나라(영국)와의 차이가 있다. 각국의 국민성, 전통, 기타 세제 등의 상위에 따라서 이들 차이가 생기는 것은 당연하다. 그러나 차이는 형식상의 것이고 본질적인 것은 아니다. 기본적인 사태는 이미 말했듯이, 대학은 그 본체적 기능을 수행함에 있어서 국민경제로부터의 다액의 자금 유입을 필요로 한다는 것이고, 그것이 어떤 형태로 이루어지는지는 (이윤을 올린 산업가의 직접 기부라는 형태로 이루어질지, 세금으로서 거두어진 후에 국고보조금이라는 형태로 이루어질지)형식 차이에 지나지 않는다.

따라서 앞의 설문으로 돌아간다면, 사인이 조건부 기부 밖에 원하지 않는 이상 이 자산가의 희망에 반하여 대학 또는 연구자는 연구비에 대한 권리를 실현할 수는 없다. 그러나 후자는 영원히 연구비로부터 떨어져 있어야 하는 것이 아니라, 사적 소스로부터 얻을 수 없다면, 국가에 대하여 앞에 설명한 시스템을 통해 지급되어야 할 것을 요구할 권리가 있다고 생각된다. 연구자가 자기 자산으로 연구할 수 있다는 것은 예외 중의 예외일 수밖에 없으며, 이와 반대의 사태가 일반적인 이상, 그런 전제 하에서 연구의 자유를 보장한다는 것은 (연구자는 연구비가 없으면 연구하지 않아도 된다는 것은 아니기에), 최후에는 국고에서 연구비를 주고, 게다가 연구의 자유를 침해할만한 아무런 조건 없어야 한다는 것이며, 연구자로서는 국민경제로부터 어떤 형태이든 조건 없는 연구비를 청구할 권리가 있다는 것이라고 생각해야 할 것이다.

이상 연구수단으로부터 단절된 연구자가 연구수단을 충당하는 자금을 요구할 권리를 갖는다는 것을 설명했지만, 그러나 실은 연구자에게 아무래도 돈을 주고 싶지 않는 자 (개인이든 사회든 국가든)에게 돈을 내게 할 요구권이 있는지 없는지를 논할 필요는 별로 없다. 왜냐하면, 국가·사회가 고등교육·학문연구에 전혀 돈을 내고 싶지 않다고 생각한다는 것은 있을 법하지 않기 때문이다. 산업혁명을 통해서 과학의 발달에 의한 자연 지배가 얼마나 인간에 큰 힘을 부여하는지가 인식되고, 고등교육·학문연구가 지배의 중요한 요인이 인식되었을 때, 근대 대학의 문제는 시작된다. 신형 시민계급은, 혹은 근대 시민 국가는 고등교육·학문연구에 강한 관심을 가지고, 그 관심은 구체적 행동으로 나타났고, 행동은 언제나 금전 지출을 수반했다. 이와 같은 재정적 뒷받침을 가진 관심의 증대를 통해 학문연구는 본격적으로 발달할 기회를 부여받고, 동시에 또 학문의 자유의 문제가 자각되었다. (그 이전은 영국·미국에서는 academic freedom이라는 말조차 없다) 이런 사실은 학문의 자유가 돈의 지배력과의 대항관계에 있어서의 자유의 문제임을 가리킴과 동시에 그 내용은 돈 일반에 대한 요구권이 아니라, 현실로 존재하는 학문 연구에 관한 국가·사회의 강한 관심의 경제적 뒷받침으로서의 연구비의 제공의사를, 어떻게 학문 자체에 내재하는 원리의 관점에서 통제할 수 있느냐는 문제임을 가리키는 것이다.

국가·사회는 학문 일반을 위하여 돈을 내지 않는다. 아니 돈을 내고 싶지 않다는 것이 아니라, 다만 그것을 자기의 이해의 관점에서 통제하고 싶다는 욕망을 가지고 있는 것이며, 문제는 그것을 연구자로서 충분하게, 그리고 학문연구에 봉사할 수 있는 용태(容態)로 누리는 데 있다. 따라서 문제의 중점은 앞에서 고찰된 통제의 제도, 즉 대학·연구자 측의 자주적 체제의 문제로 귀결된다. 그리고 연구자의 연구비

에 대한 권리라는 관념은, 화폐소유자가 시민법상 갖는 권능 (줄지 주지 않을지의 자유, 어떤 용태로 줄지의 자유권)을 진리탐구의 대의의 관점에서 억제·통제해야 하는 것이라고 하는 명제의 밑바닥에 놓인 전제(前提)원리적 관념인 셈이다.

[5] 학외의 연구보조금과 학내의 합의

그런데, 우리는 교수 연구자의 학문연구 공동체 내부에서의 자유의 문제부터 시작하고, 그것을 진정하게 확립하는 조건으로서 학문연구 공동체의 대외적 (특히 재정적) 독립성의 필요와 그 조건을 문제 삼아 왔지만, 앞에서 본 학문연구에 대한 국가·사회의 적극적 관심은 또한 학문연구 공동체 내부의 연구체제에 인팩트를 가져오는 것으로, 대학을 진정 대외적으로 자주적이게 하기 위해서는 실은 학문연구 공동체 내부의 자유 확립이 필요불가결하다는 점에 유의해야 한다.

특히 제2차 세계대전 후 국가·사회의 과학 연구에 대한 관심은 비약적으로 증대했으며, 그것은 기술혁신으로 지탱되면서 고도성장을 이룬 경제가 스스로의 이해의 관점에서 학문연구와의 보다 강한 결합을 원했기 때문이며, 또 평화헌법을 갖지 않는 외국들, 그 중에서도 강대국에서는 군사적 견지에서 국가의 존망에 관계되는 문제로서 과학의 발달과 봉사에 크나큰 기대를 걸었기 때문임은 말할 나위도 없지만, 그것은 어떻든, 그에 수반되는 위탁연구의 증대는 학문연구 공동체의 내부질서의 관점에서 특별히 주목해야 할 여러 문제를 발생시켰다. 즉 국가·사회의 학문연구에 대한 성급한 관심은, 종래처럼 대학에 대하여 그 일반적 재원으로 쓰이도록 기부를 하거나 국비를 지출하거나 하는 것이 아니라, 연구성과의 취득에 직결되는 형태로, 그것도 다액의 연구기금을 수여한다는 방식을 선호하기 시작한 것이다. 이와 같은 형태의 연구기금은, 연구목적이 학문적 관점에서 보아 평가할 수 있는 것이고, 지급조건 중에 앞에 고찰한 것과 같은 부당한 조건이 들어 있지 않고, 교수 연구자의 학문연구 공동체에서의 연구 임무와 양립되는 것인 이상, 교수 연구자로서 거부해야 할 이유는 없을 것이다.

그러나 그 수령방식은 큰 문제를 가지고 있다. 이것이 대학을 통해서 급부되면, 학내의 어느 기관 또는 개인 (학장, 학부장, 학과 주임, 연구반, 개개 교수)에게 연구비 지출을 통제할 권한이 주어지느냐에 따라 학문연구 공동체 내부의 힘 관계가 변동된다. 그것은 대학이나 학부의 통제력을 강화하고 연구자의 연구의 자유를 제한하는 결과를 가져올 수가 있다. 한편, 대학을 통하지 않고 연구자 개인에게 직접 주어진다면, 연구자 개인의 직접적인 연구 자유는 신장하지만, 그의 연구의 자유를 정치적 경제적 압력에 대한 관계에서 방호(防護)하고 있는 제도적 뒷받침은 내부적 균열을 입게 된다. 그의 학문적 충성심은 분열되고, 학문연구 공동체의 일체성은 파괴될 우려가 있는 것이다. 어느 경우든 학문연구 공동체는, 내부적 긴장에 직면하면서 그것을 극복할 과제를 안게 된다. 더욱이 그 긴장이 연구의 자유를 침해하는 자와 연구의 자유를 지키려는 자와의 사이의 긴장이 아니라, 함께 연구의 자유를 지키려는 입장 사이의, 연구의 자유에 대한 이해의 차이에 기인한 대립·긴장이므로 문제는 간단하지 않다. 즉 한쪽은 자기 연구를 비약적으로 전개할 수 있는 절호의 기회를 눈앞에 두고 (특히 과거에 연구비 부족 때문에 연구의욕을 억누르지 않을 수 없었던 경우) 연구자적 양심의 견지에서 연구의 수행을 열망하고 있으며, 다른 쪽도 학문연구를 외재적 요인으로 교란당하지 않고, 순수하게 학문 고유의 요구의 관점에서 가장 유효하게 수행할 수 있는 이상적 조건을 가진, 혹은 가져야 하는 것으로서의 학문연구 공동체의 역할을 귀중하게 생각하고, 이 연구체제를 문란케 하는 행동을 억제하려고 하는 것이다. 특히 이와 같은 학외의 발의(發意)에서 나오는 연구기금은 그 성격상 당연히 부분적·특수적이며, 대학 전체의 조화 있는 연구체제

를 왜곡하는 작용을 하게 마련이다. 실용적 연구가 편중되고, 기초과학이 찬밥신세가 되는 경향이 있음은 많은 논자가 지적하는 바다. 더욱이 그 중 어떤 것은 대학의 경상의 연구비 예산에 비하여 현저하게 다액이며, 어떤 것은 외국의 기관·재단에 유래하는 일이 비일비재하다.

이와 같이 최근의 국가·사회(국경도 넘는다)의 학문연구에 대한 관심의 증대는 학문연구 공동체에 무시 못 할 인팩트를 주고 있다. 주목할 것은 증대한 학문연구정책상 결단이 대학 밖에서 이루어지고, 저항하기 어려운 유혹·압력을 가지고 학문연구 공동체 내부로 들어온다는 점이다. 이들은 모두 대학이 학문연구 공동체로서 학문연구를 주체적으로, 자율적으로 수행해 나갈 것을 어렵게 만들고 있다. 대학의 대외적 독립성은 현저히 동요되고 있는 것이다.

이와 같은 사태에 직면하면서 대학이 학문연구 공동체로서의 독립성을 확보하는 길은, 공동체 내부에 진정 자유롭고 자치적인 체제를 확립하는 길 밖에 없을 것이다. 이런 유의 연구비는, 이를 거부하면 그 것으로 문제가 해결된다는 것이 아니며, 대학이 앞으로 더욱 더 이런 문제에 직면하지 않을 수 없을 것이 예상된다. 연구자로서 무엇보다 먼저 연구재정상의 자유를 원리적으로 올바르게 파악하고, 이 문제에 대처하기 위한 확고한 이념적 태도를 수립해야 함은 물론이다. 그런 바탕 위에서 대학의 자유와 연구자 개인의 자유와의 관계에 대해, 학문연구 공동체 내부에서 진정 자유롭고 민주적인 토론을 거듭하면서 공통의 이해와 합의를 형성하려는 노력을 해야 한다. 그리하여 개개 연구자의 지적 창조의 힘과 의욕에 가장 적합한 환경이 주어지고, 대학은 자유의 보루가 될 수 있을 것이다. 대학은 그와 같은 연구의 자유에 관한 전 학교의 공통의 이해(理解)와 합의에 의해 지탱됨으로써 연구교육에 대한 학외로부터의 강력한 의사에 대항하고, 대학의 자유와 독립을 지킬 수가 있는 것이다. 그리고 또한 대학이 스스로의 내부에서 그러한 공통의 이해와 합의에 도달하기 위해서는, 대학에서 그 진리 탐구에 종사하는 모든 사람들이, 대학의 의사 형성에 참여할 수 있는, 진정 자유로운 내부체제가 확립되어 있지 않으면 안 된다. 이 점에서 우리는 교수 연구자의 학내적 자유를 진정 확보하기 위해서는 더 나아가 대학의 대외적 독립이 필요하다는 것을 생각해온 셈이지만, 이와 같이 실은 대학을 진정하게 대외적으로 독립케 하기 위해서는, 또한 대학에서의 자유로운 내부질서가 확보되어야 하는 것이 재확인 되는 것이다.

6. 대학의 자유와 사명

[1] 진리 탐구의 자유

우리는 교수 연구자의 진리 탐구의 자유가 성립되기 위한 조건을 추적하고, 그 파면(연구환경 및 수단 박탈)으로부터의 자유, 전문 직능상의 자유, 연구 공동체 내부의 자유 및 연구 공동체의 대외적 (특히 재정상) 자유 등을 고찰해 왔다. 그런데 이들 구체적 제도를 통해 보장되어야 할 진리 탐구의 자유 그 자체가 마지막으로 다시 고찰의 대상이 되어야 한다. 진리의 탐구는 자유이며 또 자유로워야 한다는 명제 자체가 실은 상세한 검토를 필요로 한다. 문제는 원점으로 돌아가, 처음에 전제로 했던 바를, 이제까지의 고찰에 의해 풍부해진 문제의식을 가지고 다시 탐구하고 이를 심화시켜야 하는 것이다.

중세에서 학자 교사는 신의 하인이었으며, "말씀"의 수호자 내지 전달자였다. 신에 대한 두려움이 지(知)의 시작이며, 진리는 여러 가지 지식을 찾는 무목적적인 모색이 아니라, 초자연적·초물질적 질서에 대한 깨달음을 통해 얻을 수 있다고 생각되었다. 이것은 신성한 일이며, 이에 종사하는 학자·교사는 원

칙적으로 성직자이며 보통 독신을 지키고 세속의 허영을 물리쳤다. 그들이 영원한 진리를 추구할 때, 그것은 속인(俗人)의 간섭 침해로부터 자유로워야 했다. 이 자유는 신의 '말씀의 수호자'로서의 사명에 유래하는 것이며, 그것은 사람의 차원을 넘는 질서에 유래한다고 생각되었다. 그들은 금지를 가지고 이 자유를 강인하게 지키고, 속인의 침해에 대해서는 단결하여 이에 반격을 가했던 것이다.

여기서 주의할 것은, 거기에 말하는 진리는 영원절대의 진리이며, 신의 하인 내지 '말씀의 수호자'만이 이에 다가갈 수 있었다는 점이다. 그들의 자유는 이와 같은 정신적 질서의 고위에 위치하는 자의 특권적 자유이며, 또 그들의 신의 '말씀'을 찾는 신성한 행위에 대하여 일반 속인의 비판을 배척하는 배타적 자유였다.

그러나 시민혁명은 이와 같은 특수계급에 의한 진리의 독점을 배척했다. 만인이 진리에 이를 수 있지 않으면 안 된다고 했다. 영혼의 지배자인 교회권력이 폐기되고, 정신적 가치를 독점하는 독선전제의 정치체제가 타도됨으로써 인간의 정신활동은 의심의 여지없이 보다 많은 활동범위를 가지게 되고 서서히 과학의 발달이 이루어졌다. 사람은 권위나 신앙의 원조 없이, 이성만으로 자연의 신비를 풀 수 있음을 알게 되고, '자유롭게 생각하는 권리'를 자각했다. 그리고 일단 이성의 자유로운 활동이 해방되자 자연법칙에 대한 인간의 지식은 급속하게 진보하고, 자연에 대한 인간의 지배는 현저히 증대됨으로써 현재의 과거에 대한 우월 및 인간의 끊임없는 진보의 관념이 생겨났다.

여기서는 영원절대의 진리는 존재할 수가 없다. 만약 영원절대의 진리가 존재하고, 그것이 발견된 것이라면, 그 순간부터 진보는 있을 수 없는 것이 된다. 미래는 보다 가치 많은 시대가 아니라고 생각해야 하는 것이 되고 만다. 그와 같은 일이 일진월보(日進月步)의 과학의 발달을 눈앞에 보고 피부로 느끼고 있는 근대인에게는 생각도 할 수 없는 일이었다. 그들에게는 미래가 현재보다, 인지(人知), 따라서 자연의 지배에 있어서 한층 진보해 있을 것임은, 현재가 과거보다 진보해 있는 것과 마찬가지로 확실한 일이었다.

이와 같다면, 지식은 부단한 검증과 수정을 필요로 하고, 현재의 지식상의 명제는 항상 부분적이고 불완전하다는 이야기다. 진리는 현재로서는 일단 자연과 사회의 여러 현상을 모순 없이 통일적으로 설명할 수 있는 잠정적 가설에 지나지 않으며, 그것은 관찰용구·인식시각의 발달에 의하여 종래의 가설로써 설명할 수 없는 새로운 형상이 발견됨에 따라서 그것까지도 통일적으로 설명할 수 있는 새로운 가설에 의해 수정되고, 이에 대체되지 않으면 안 되게 된다. 거기서는 신에 대한 두려움이 아니라 현재의 진리에 대한 의심이 지식의 출발점이 된다. 지적 권위에 도전하고, 대다수 사람들이 당연한 것으로 받아들이고 있는 기성의 상식을 의심하는 것은 이단으로서 탄압받아야 할 사항이 아니라, 부단한 진보의 과정에서의 불가피한 한 단계라고 생각되게 된다. 그것이 진리라고 부를 만한 가치가 있는지의 여부는 사실로써 검증되고, 사상의 자유시장에서의 경쟁에서 이기고 살아남을 수 있는냐는, 시간적 계기를 포함하는 프로세스의 결과와 관계되는 것이고, 현재의 다수자가 그것에 반대하고 있고 내지는 그것을 불쾌하게 생각하고 있다는 것에 따라 결정되는 것이 아니라는 이야기가 된다. 즉 어떤 사상이든 이 프로세스 내지 경쟁의 무대에 등장할 권리를 갖는 것이며, 그 등장 자체가 권력(다수결)으로써 억눌러서는 안 되는 것이다. '사상을 두려워하고' 탄압하는 것은 이와 같은 '사상의 자유경쟁'이라는 민주주의사회의 기능원리의 기초를 파괴하는 것을 의미하며, 바꿔 말하면 사상의 자유와 그 자유로운 교환이야말로 사회가 보다 진보하고, 진보가 민중에 보다 큰 복지를 가져오기 위하여 지켜지지 않으면 안 되는 기본적인 원칙이 되는 것이다.

근대의 대학이, 그 속에 존재하고 있는 사회는, 이상과 같은 원리 위에서 있다. 대학은 그와 같은 사회에서 자유롭고 독립적이어야 하는 것이다. 근대 대학의 자유는 진리에 대한 만인의 평등한 권리와 사상 및 그 교환의 자유를 인류 진보의 기초적 조건이라고 믿고 존중하는, 자유로운 사회에서의 자유인 것이다.

[2] 시민적 자유와 학문의 자유의 동질성

이와 같은 대학의 자유는 시민적 자유와 동질적이며, 시민적 자유의 중요한 일환을 이룬다는 점에 주의해야 한다. 이제까지 우리는 학문의 자유에 대하여, 시민의 개인적 자유를 넘는 '특별한' 자유라는 식으로 표현해왔지만, 그 의미를 우리는 여기서 보다 깊이 파 내려가 다시 이해해야 할 것이다. 즉 여기서, 앞에서 말한 것과 같은 자유로운 사회에서 대학 및 교수 연구자의 '특별한' 자유가 왜 요청되는지를 상기해보면, 그것은 연구수단이 연구자로부터 단절되고, 연구 교육기관 설치자의 사적 소유권·공적 관리권의 지배 하에 있는 곳에서는 사상의 자유 및 사상의 교환의 자유의 원리가, 연구 교육기관 속에 들어가 그 속에서 타당할 수가 없는 까닭이었다. 즉 교수 연구자의 '특별한' 자유란, 사상의 자유 및 사상의 교환의 자유 등의 시민적 자유를 연구 교육기관 내부에 관철시키기 위한 자유였다. 시민적 자유와 학문의 자유는 그 본질이 같으며, 대학의 내외 외와의 법적 환경의 차 때문에 그 현상형태를 달리 할 뿐인 것이다.

그것은 중세에서 '말씀의 전달자'였던 학자·교사가 초자연적 질서를 인식함에 있어, 신으로부터 재가(裁可) 받고 가지게 된, 속인의 비판을 배척할 특권과는 다르다. 또 그것은 절대주의 프로이센에서 학문 발달을 통해 조국을 재흥케 할 사명을 담당한 대학 및 대학 교수가 일반적·시민적 자유가 존재하지 않은 곳에서 특권으로서 위로부터 부여받은 아카데믹한 자유와도 다른 것이다.

이와 같이 근대의 시민적 자유와 학문의 자유는 본래 동일한 가치를 지향하는 것으로서, 그 사이에 본질적 모순이나 대립이 없다는 것은 매우 중요한 사실이며, 그 중요함은 아무리 강조해도 충분하지 않다.

이런 사실에서 및 가지 대단히 중요한 귀결이 도출된다. 첫째는, 시민적 자유와 학문의 자유는 그 존립에 있어서 상호존재적이며, 따라서 그 옹호에 있어서도 상관적이라고 하는 사실이다. 두 가지 자유는 공히 인류가 부단한 진보를 이룩하기 위하여 필요한 민주적인 정치원리가 기능할 수 있는 기본적인 조건이 되고 있다. 학문의 자유, 대학의 자유는 사회에서 시민적 자유가 보편적으로 보장되고 있다는 상태 하에서만 존립할 수 있다. 동시에 권력에 의하여, 또는 재력에 의하여 압박을 받게 대학에서의 진리 탐구의 자유가 답답한 상태에 빠진다면, 사회에서의 시민 일반의 권력 비판의 자유, 기성관념에 도전할 자유는 치명적 타격을 입어, 취약해진다. 대학은 이와 같은 의미에서 스스로의 자유가 인민의 자유 존립에 결정적으로 중요하다는 것을 자각하고 스스로의 자유를 옹호하기 위해 투쟁할 의무를 인민에 대해 가지고 있는 것이다.

그런데, 속류화된 민주주의 이론은 대학의 자유를 인민의 자유·민주주의와 대립된 것으로 파악하고, 전자를 인민의 자유·민주주의를 빙자하여 제약하려고 한다. 즉 민주주의는 민중적 통제이며, 민중적 통제는 정부의 국민 대표의회에 대한 책임으로써 보장되고, 정부는 책임을 다하기 위해서는 권한을 가져야

한다고 주장하면서 따라서 정부는 (국립)대학을 하여금 국민에 봉사케 할 책임을 다하기 위하여 대학의 관리에 관하여 권한을 가져야 한다는 것이다. 그리고 시대에 뒤떨어진 '대학의 자치'를 해체하고 대학을 '국민의 대표자의 관리 하에 두는 것이 대학을 민주화하고 대학을 민중에 봉사하도록 만들 수 있는 길'이라고 주장하는 것이다.

이와 같은 대학의 자치 부정론은, 민주주의의 옷을 입고 있는 탓도 있어서, 민중에 어필하기 쉬운 것임은 분명하다. 그러나 이 논의가 배리(背理)인 이유는 이 글이 지금까지 말해 온 바에서 명백하다. 대학에서의 학문연구와 인재 양성은 정치적 지배력의 중요한 한 요소이며, 따라서 체제권력이 이에 강한 관심을 가지는 것은 당연하다. 학문연구와 고등교육이 민주주의의 이름으로 체제의 이해에 봉사하는 관점에서 통제를 받을 것인가, 아니면 진리 탐구와 인격의 전면적 전개라는 인류의 영원한 대의의 관점에서 수행되는가가 걸려 있는 것이며, 문제는 민주주의나 반 민주주의냐가 전혀 아니다.

이들 문제에 대해서는 이미 충분히 논했으므로, 여기서는 그것을 전제로 하고 시민적 자유와 학문의 자유의 동질성 및 상관성의 지적을 직접 받아, 다음과 같은 점을 강조해두고 싶다. 그것은 대학인 자신이 연구자 및 대학의 '특별한' 자유에 관하여, 민주주의 및 시민적 자유와 양립되지 않는 것과 같은 죄의식을 느껴, 대학의 자유를 옹호함에 있어서 소극적이거나 대학의 자유에 대한 공격에 대해 타협적으로 대응한다면, 그것은 연구자 및 대학의 사명 달성을 배반하는 것이 되며, 결국은 민주주의 및 시민적 자유를 손상케 하는 것이라는 점이다.

예를 들어, 1949년 캘리포니아대학에서의 교수에 대한 선서 종용사건은 이 견지에서 특별하게 주목되어야 한다. 당시 캘리포니아 주 의회의 상원 비미(非美)활동위원회가 테니(Tenney) 위원장 하에서 공산주의자의 적발과 탄핵을 부르짖으며 활발하게 활동하고 있었는데, 그 칼끝이 곧 캘리포니아대학을 향해 질 것은 누구의 눈에도 분명했다. 그런 상황에서 이 대학의 스프롤(Sproul) 학장은 예상되는 테니 위원회의 대학에 대한 보다 심한 조치를 빚나가기에 하겠다는, 완전한 선의에서 비교적 현실적 피해가 적은 선서를 대학 내에 도입하려고 했던 것이다. 이는 주 공무원에게 일반적으로 요구되는 충성선서(loyalty-oath)를 넘는 정치적 conformity인 신조선서(belief-oath)이며, 따라서 이와 같은 선서를 한다는 것은 진리를 탐구하고 진리를 주장하는 교수 연구자의 직책과 본질적으로 모순적이라는 강한 반대가 당연히 있었다. 즉 그들은 스스로의 마음으로 믿고 머리로 생각한 것을 말함으로써 비로소 진리를 탐구하는 대학 교수일 수가 있는 것이고, 미리 일정한 사상·신조에 몸을 내맡길 것을 맹세하는 것은, 일정한 것을 생각하도록 돈을 받은 자, 일정한 것을 말하도록 고용된 자로 전락하는 것을 의미하기 때문이다. 그러나 대학 당국은 이와 같은 학문의 자유의 원리에 입각해서 주 의회의 주립대학 공격에 정면으로 대결하려 하지는 않았다. 공산주의는 사상의 자유를 인정하지 않고, 이를 민주주의의 전통을 파괴하는 것이며, 따라서 이것이 주립대학을 오염하는 것을 저지해야 한다는 주 의회의 호소를 단호히 물리치는 것은 여론이 용납하지 않는다고 느낀 것일 터이다. 또 그것은 의회를 격양케 함으로써 보다 강경한 조치를 부르고, 결국은 대학의 자유를 보다 많이 손상시킨다고 생각했을 터이다. 대학 당국은 대학의 자유가 입을 피해를 최소한으로 줄이기 위해 정치권력의 공격에 대해 말하자면 알아서 기었던 것이다.

그러나 이와 같은 '유화(宥和-appeasement)'에 의한 대응으로 학문의 자유는 어떻게 수호되었을까? 자기에게 얽히고, 진리 탐구의 사명에 충실한 교수 연구자는 선서를 거부하고 (그들이 공산주의자였다는 증거는 없다고 한다), 대학 관리기관은 이들을 무너뜨림으로써 대학의 자유를 나타내 보이려고 했고, 대

학은 극도의 혼란 때문에 고통을 받게 되었다. 대학 구성원 상호간에 불신과 의심이 지배하고, 학문연구 공동체의 도의적 생명력은 완전히 황폐했다. 혹자는 소송을 제기했고, 혹자는 대학을 떠나고, 다른 대학의 교수 연구자는 이에 항의하고, 또 이 대학에의 취임 초청을 거부했다. 이리하여 캘리포니아대학은 공산주의적 교수의 존재로 인하여 입었을지도 모르는 억측상의 손해(그런 것이 실재했다고 치더라도)와는 비교가 안 될 정도의 치명적인 타격을 입은 것이다. 그것이 대학으로서 사회에 대한 사명을 배반하는 것이었음은 분명하다. 이것이 국민 또는 주(州)민을 대표하는, 민주적으로 조직된 권력에 대한 겸손(혹은 조심스러움?)에서 유래된 것이라는 점에 특별히 관심을 기울일 필요가 있다. 이 사건에 휘말린 이 대학의 한 과학자는 깊은 반성을 하면서, 학문의 자유 옹호는 '암거래(conniving)나, 흥정(bargaining)나, 타협(compromising)에 의해서가 아니라, 항상 가장 높은 원리(highest principles)의 견지에서' 이루어져야 한다고 말하고 있다. 대학이 스스로의 자유를 지킴에 있어서 조심스럽거나 겸손하거나 타협적이라는 것은 사회에 대한 대학의 사명의 달성 그 자체를 망친다는 것을 알아야 한다.

[3] 자유로운 사회와 자유로운 대학

학문의 자유와 시민적 자유의 동질성에서 나오는 제2의 명제는, 학문의 자유·대학의 자치는 사회가 대학 및 연구자로 하여금 그 사명을 다하게 함에 있어서, 그 직무 수행상의 불가결의 조건으로, 사회 자신의 이해(利害)의 관점에서 이를 부여한 것이라는 점이다. 사회 자신이 질서보다 자유를 무거운 것으로 여기고, 인류의 부단한 진보를 믿고, 그럼으로써 보다 많은 민중의 복지를 가져올 것을 신조로 하고 있다. 이와 같은 사회는 다름 아닌 진리 탐구를 사명으로 하는 대학에 대하여 당연히 사회의 지적 진보를 위한 리더십을 기대할 것이다. 그리고 대학은 이 기대에 부응하기 위해서는, 외부에 대하여 그리고 내부에 있어서 진리 탐구가 가능한 여러 조건을 확보하지 않으면 안 된다. 그것이 대학의 자유이며 학문의 자유이다. 대학은 이들 자유를 보장받을 때 진리 탐구를 수행할 수 있으며, 그럼으로써 사회에 봉사할 수 있다. 따라서 그와 같은 자유는 얼핏 '특별'하고 민주주의와 양립되지 않는 것처럼 보이지만, 높은 이념의 차원에서는 사회 자체가 그 이해(利害)의 견지에서 이를 대학에 인정하는 것이다.

이 사실은 더 나아가 몇 가지 관점으로 나누어 고찰할 수 있다.

① 하나는 이에 따라 사회에 대한 대학의 봉사 방식이 규정된다는 것이다. 대학은 원래 사회에 봉사해야 하는 것이다. 그러나 그 봉사는 대학이 사회의 그때그때의 요구에 비주체적으로 추수(追隨)함으로써 수행되는 것은 아니다. 대학은 진리를 탐구함으로써 사회의 진보에 공헌할 수 있는 것이며, 그것은 대학이 내부에서 사상의 자유 및 사상의 교환의 자유를 실현하고, '독립적 사고와 비판의 부(府)가 됨으로써 수행된다. '대학이 사회가 과하는 여러 가지 직접적인 힘으로부터 독립적일 것'이 대학이 사회에 봉사하는 방식이다. 대학이 사회의 기성의 질서 속에 안주하고, 그 변혁을 망각한다면 대학은 사회의 진보에 공헌하지 않는 것이 된다. 대학이 기성의 지적 권위에 종속하고 비판을 피한다면, 대학은 인지(人知)의 새로운 영역을 열어 나갈 것을 원하는 사회의 기대에 부응하지 못하는 것이 된다. 대학은 기성의 질서나 권위에 대하여 독립적이고 비판적인 정신을 견지함으로써 사회에 봉사할 수 있는 것이다. 대학은 사회의 봉사자(servant)지만, 대학은 사회의 leader로서만이 사회의 servant가 될 수 있는 것이다.

이런 의미에서 민의적합(民意適合)대학(popular university)과는 논리모순이며, 논쟁적(controversial)이 아닌 대학은 대학이 아니라는 것이다. 또 대학의 사명은 정통에 대한 반역(unorthodoxy)을 지지하는 데 있으며, 그 기능은 본질적으로 기성의 권위에 대해 파괴적(subversive)이어야 한다는 것이다. 대학은 이

러한 얼핏 반민주적인 행동원리로 관철됨으로써만이 실은 진정 민주적 사회에 봉사할 수가 있다.

② 두 번째는, 대학은 사회 자체의 이해의 견지에서 사회가 부여하는 자유를 행사하면서 사회에 봉사함에 있어서, 그 사명을 가장 잘 수행할 수 있는 자유로운 내부질서를 스스로 형성할 책무를 가지고 있다는 점이다. 앞에서 우리는, 교수 연구자의 교육 연구의 자유를 실현하기 위해서는 그들의 학내적 자유(교수단의 자치와 대학 관리에의 참가)가 확보되어야 한다는 것을 보았지만, 사회의 진보에 기여해야 할 대학의 사명이라는 관점에서 볼 때, 그 대학의 내부적 자유는 한층 더 고도하고도 광범해야 한다는 사실을 인식하게 된다. 대학은 '새로운 진리의 샘'이 됨으로써 사회의 진보에 대하여 리더십을 잡을 수 있는 것이지만, 그러기 위해서는 일반 사회 이상으로 자체 내에서 자유로운 질서를 가져야 한다. 진정 창조적 정신, 독창적 두뇌는 고도로 자유로운 정신적 풍토에서 비로소 자랄 수 있기 때문이다. 다른 생각, 이단적 사상은 존중되어야 한다. 다른 사고방식들 사이의 토론이 새로운 진리가 생성되기 위한 가장 중요한 요건의 하나이기 때문이며, 사상의 형성·교환 및 검증은 최대한 자유로워야 하는 것이다. 이 과정을 억제하는 권위(관리권)의 계층적 편제의 원칙은, 이 과정을 내용으로 하는 학문연구 공동체의 관리원칙으로서 가장 부적절하다. 언제나 토론하겠다는 자세와 이설(異說)에 대한 관용이 이 공동체 성원의 중요한 덕목이 된다.

그러나 그것은 온실적인, 따뜻미지근한 환경을 의미하는 것은 아니다. 거기서는 철저한 검증 및 자기와 타자에 대한 엄격한 비판이 요구된다. 독창적 구상력은 엄정한 실증과 이성의 바탕 위에 가능한 것이며, 이론상·행동상의 타협이나 눈속임은 이들 기준에 따라 가차 없이 음미되어야 한다. 이런 의미에서 이단을 최대한으로 관용하는 자유로운 내부질서란 미온적인 응석과는 정반대 지점에 있다. 다만 이성만을 기준으로 하고, 그것에 반하는(학자적) 자의(恣意)·이기심을 억제하는 것이 이설에 대한 관용이며, 그것이 바로 사상 교환의 자유의 기초가 되는 것이다.

그러나 대학은 그 내부에서 이와 같은 자유를 보다 고도로 실현하면 할수록 보다 잘 그 사명을 달성할 수 있는 것이지만, 대학은 교수 연구자만으로 구성되어 있는 것이 아니다. 대학은 단순한 연구기관이 아니라 동시에 고등교육기관이다. 즉 학생도 대학의 중요한 구성원이며, 교수 연구자는 스스로 연구하면서 연구한 바를 학생에게 가르치며, 더욱이 이 연구와 교육이 유기적으로 일체를 이루면서 통합되어 있다는 데 대학이 대학인 이유가 있는 것이다. 많은 사람들이 인정하고 있듯이, 거기서 학생들은 교수가 조금씩 단편적으로 떼어주는 기성의 지식을 수동적으로 삼키기만 할 것이 아니라, 동태적인 지적 탐구과정에 어떤 형태로든 참여하고, 그와 같은 참여를 통하여 주체적으로 배우는 것이다. 만약 대학의 본체적 기능이 교수 연구자의 일방적 활동에 의해서가 아니라, 그들과 자발성을 가진 학생들과의 사이의 정신적 상호적 매개 작용을 통해 영위된다면, 대학이 사명을 다하기 위해 필요로 하는 내적 자유는 바로 이런 관계에 적용되어야 할 것으로 생각된다. 즉 대학은 보다 자유롭고 보다 주체적인 학생을 상대로 하면 할수록 그 진리탐구의 기능을, 따라서 또한 사회에 대한 직책을 보다 잘 수행할 수 있는 것이다.

[4] 기능적 자유

③ 셋째로, 시민적 자유가 확립된 사회에서 학문의 자유가 보장될 때, 그 보장의 대상은 진리 탐구라는 과정 내지 기능 그 자체라는 점이다. 그것은 두 가지를 의미한다. (1) 하나는 이런 의미의 학문의 자유는 특정한 신분(신분)에 부착하는 특권이 아니라는 것이다. 영원절대의 진리가 전제되는 세계에서는 이에 접

근하고 이를 인식할 수 있는 자는 신분적으로 한정된다. 그리고 이를 추구하는 행위는 성화(聖化)되고 이에 종사하는 자는 특권적 자유를 부여받았다. 중세의 학자 교사의 자유는 이와 같은 의미로 폐쇄적·신분적 자유였다고 할 수 있다. 또 시민적 자유가 일반적으로 존재하지 않는 곳에서 형성된 학문의 자유도 여러 가지 한계를 안고 있게 마련이다. 그 배경에는 인민의 자유로운 지적 에너지에 대한 불신과 멸시가 있다. 따라서 학문의 자유는 지배계급의 정책의도에 따라서 위로부터 주어지는 셈이다. 그 경우 당연히 인적 범위는 한정되고, 자유의 범위도 제약(制限)을 수반하지 않을 수 없는 것이다.

이와 달리 광범하게 쟁취된 시민적 자유의 바탕 위에 학문의 자유가 보장될 때, 그것은 진리 탐구의 과정을 자유로운 것으로 만드는 것을 주된 내용으로 한다. 만인의 사상의 자유, 사상의 교환의 자유가 존중되고, 그런 바탕 위에 대학의 진리 탐구의 기능에 사회진보의 지적 리더십이 기대되면서, 이에 특별한 자유가 보장되게 되는 것이다. 따라서 이 자유는 진리 탐구에 종사하는 모든 사람에게 보장되어야 하는 것으로 생각된다. 앞에서 보았듯이 대학의 진리 탐구기능은 교수 연구자와 학생 사이의 상호적 작용을 통해 영위되는 것이므로 근대사회의 학문의 자유는 진리 탐구의 기능에 종사하는 한, 교수 연구자에게도 학생에게도 모두 보장되어야 하는 것은 당연하다.

(2) 둘째는, 진리 탐구과정의 자유가 보장된다고 할 경우, 그것은 잘못을 저지를 자유를 포함하지 않을 수 없다. 원래 교수 연구자는 진리를 탐구하고 진리를 가르치려고 의도하는 것이지만, 진리만을 발견하고 가르친다는 것은 불가능할 것이다. 커크랜드(E. C. Kirkland)는, 대학은 진리를 가르치는 곳이라고 하지만, 역사적 경험이 가르치는 바에 의하면, 대학은 거짓말이나 틀린 것만 가르쳐왔다고 말하고 있다. 이는 물론 역설일 것이다. 잘못을 저지를 가능성이 없는 기존의 지식을 다만 전달하는 것이라면 보호받을 필요도 없이 안전하게 수행할 수 있다. 미지의 문제에 대해서 가설을 세워, 이를 검증해 나가는 데 새로운 지식의 개척이 있는 것이고, 그것은 늘 잘못을 저지를 가능성을 포함하는 것이며, 이와 같은 프로세스이기에 귀중함과 동시에 보호를 필요로 하는 것이라고 생각해야 한다. 따라서 진리 탐구의 자유란 역설적으로 말하면, 잘못을 저지를 자유이며, 진리 탐구의 자유 보장이란 진리 탐구과정에서의 성실한 과오를 관용하는 것에 다름 아니다.

그리고 만약 근대의 학문연구란 잘못을 저지를 자유를 포함하는 이와 같은 다이내믹한 과정에 참여하는 것이라고 한다면, 교수 연구자만이 그 성과를 향유할 수 있으며 또 이를 향유할 자유를 보장받아야 하는 것일 수는 없다. 대학은 이론이나 학설 같은 유형의 성과를 남기고 축적한다는 것보다도 (물론 그것도 당연히 중요하지만) 다음 세대를 위하여, 그들이 미래에서 직면하게 될 미지의 어려운 문제를 극복할 수 있는 독립적 사고와 창조적 정신을 육성해줄 것을 중요한 사명으로 하는 것이며, 학생이야말로 그와 같은 과정에 주체적으로 참여할 권리와 자유를 보장받아야 하는 것일 터이다.

[5] 대학의 자유와 학생의 자유

④ 넷째로, 학문의 자유는 이제까지 고찰해온 바와 같이 시민적 자유와 동질적이며, 특정한 폐쇄적 신분(신분)에 부착하는 특권이 아니지만, 그러나 그럼에도 불구하고 현실의 기능에서 독선적 특권으로 타락할 위험성을 항상 내포하고 있다는 것을 유의해야 한다. 그것은 본래 인민의 광범한 자유로운 자적 에너지의 전개 위에, 이에 떠받쳐지면서 존립할 수 있는 것인데도, 이에 배타적으로 대응하고, 이를 봉쇄(封殺)할 가능성을 가지고 있다.

예를 들어, 교수 연구자의 연구의 자유를 확보하기 위하여 그들의 고용관계·공무원 관계상의 지위를 강화하려는 신분보장제도는 '연구의 자유'뿐 아니라, 동시에 불가피적으로 '연구하지 않을 자유'까지도 보장하는 결과가 되지 않을 수 없다. 또 교육연구 전문기능의 업무수행의 높은 수준을 확보하기 위하여 불가결한, 직능상의 적격성에 대한 당해 직능에 의한 자율적·독점적 판단 특권은, 본래의 목적을 위하여 행사되지 않고, 오로지 파벌적 관심에 따라 행사될지도 모른다. 또한 그들의 교육내용·교육방법 결정권은 학생이 요구하는 바와 현저히 어긋나는 방향으로 행사될 수도 있다. 그리고 만약 영국에서처럼 납세자가 제공하는 막대한 대학보조금이 대학의 독립성 존중이라는 견지에서 국민대표회의의 감사를 면한다면, 그것은 납세자의 귀중한 세금의 자의적인 낭비를 의미한다고 할 수도 있는 것이다.

이에 대하여, 그렇기 때문에 대학 및 교수 연구자의 '특별한 자유'는 부정되어야 한다는 견해가 있다는 것은 우리가 잘 알고 있는 바다. 그러나 만약 이 글이 지금까지 고찰해온 바가 틀리지 않았다면, 그 견해가 제안하는 방향은 진리 탐구의 자유를 실현하는 것은 아니고, 그것을 붕괴시킬 것은 분명하다. 그렇다면 방금 전에 지적했던 여러 가지 위험성이나 가능성에 대해서는 어떻게 생각해야 하는 것일까?

필자는, 문제의 해결은 학문연구 공동체 내부에서 찾아야 한다고 생각한다. 대학이 수행하는 유용한 기능 때문에 이를 체제적 이해(利害)의 직접적인 하인이게 하려는 압력에 대하여, 대학은 대학에서의 학문연구 고등교육을 이성 및 인간인격의 전면적 전개라는 인류영원의 기준 위에 세우도록 자치와 독립을 견지하지 않으면 안 된다. 그러나 대학이 외부에 대하여 자치를 주장하기 위해서는, 대학은 내부에서, 자치가 독선으로 변하지 않기 위한, 또 대학의 기능이 이성과 인간성의 기준에 적합하기 위한 고도로 자유로운 체제를 확립해야 한다. 진리 앞에 학문연구 공동체의 성원은, 학생까지도 포함하고, 모두 평등하며, 그들 사이에 참되게 자유로운 토론과 비판의 기회가 보장되어야 한다. 이런 것들이 실현된 경우의 자유롭고 진정 학문적 분위기가말로 이 공동체의 도의적 생명력을 유지할 수 있는 근원인 것이다.

그 중에서도 특히, 앞에서 말한 것처럼 교수 연구자의 전문직능적 자유가 타락할 경우 그 직접적인 피해자는 학생이므로, 그들의 대학의 바람직한 존재(방식)에 대한 주체적 관심과 솔직한 비판은 중시되지 않으면 안 된다. 또 가장 순수하고 왕성한 연구의욕에 넘치고 학문분야에 따라서는 학계의 최첨단 연구에 종사하는데도, 흔히 각종 제도적 제약 때문에 교수회의의 멤버십 외에 있어야 하는 젊은 연구자(조교·대학원생)의 발언도 중요하다. 학문연구 공동체가 이들의 발언·비판 및 요구를 향해 열려 있을 때 그것은 전문직능적 자유에 수반할 수도 있을 퇴폐를 극복할 수 있는, 내적인 도의의 힘을 확신할 수가 있다. 연구하지 않을 자유, 파벌적 인사, 시대에 뒤떨어진 커리큘럼 혹은 자의적 회계 등등은 이들의 힘으로 극복되어야 하는 것이다.

이 글에서는 이들 문제를 극복하기 위한 구체적 방법에 대해서 본격적인 논의를 할 여유가 없지만, 단, 이 글의 맥락과의 관계에서 짧게 언급한다면, 학내에서의 교수 연구자의 자치적 기관(평의회, 교수회)이 학내 행정의 관리권을 확보해야 한다는 것은, 대학 외에 대한 독립성을 유지하고, 그렇지 않다면 대학 내에 들어오지 못할지도 모를 '사상의 자유, 사상 교환의 자유'를 학내로 도입하기 위한 지렛대였던 셈이지만, 그 평의회·교수회의의 관리권이, 어렵게 도입된 '사상의 자유, 사상 교환의 자유'의 학내에서의 관철을 방해하는 방식으로 행사되어서는 안 된다는 것이다. 대학을 밖에 대해서 자유롭게 하는 요인이, 대학을 내부에서 자유롭게 못하게 한다면, 학문의 자유를 시민적 자유와 동질적이게 하는 계기가 상실되

어버릴 것이다.

대학이 기성의 편한 지식을 학생들에게 단편적으로 주입하는 것이라면, 학생의 자유는 각별히 필요하지 않을 것이다. 그러나 대학이 잘못을 저지를 자유를 포함하는 지적창조와 혁신을 사명으로 하고, 그 정신적 과정이 귀중한 가치를 갖는 것이라면 대학의 기능은 자유로운 학생을 이에 주체적으로 참여케 하여, 학생으로 하여금 이 소중한 지적 과정의 가치를 몸소 체득케 함으로써 수행될 수밖에 없다. 대학의 기능은 고상한 진리 탐구가 아닌, 세속적인 샐러리맨 양성에 머물러 있다면 더 이상 이야기할 필요가 없는 것이다. 그러나 만약 그렇다면 자유로운 학문연구 공동체에의 학생의 능동적 참가가 불필요할 뿐 아니라 대학 자체의 대외적 자유·자치도 불필요할 것이다. 대학은 산업계가 요구하는 인적 생산수단을 산업계가 요구하는 대로 충실하게 만들어내고 공급하면 되는 것이다. 대학이, '독립적 사고와 비판의 부(附)로서의 사명에 충실하려면, 그것은 밖으로 향해 자유·자치를 요구해야 함과 동시에 또한 안에서 진정 자유로운 '학문연구 공동체'를 실현하는 것이어야 하는 것이다.

이상 말한 것은, 근래 대학 밖에 있는 국가·사회의 대학에 대한 여러 형태의 영향이 점점 강화되어오고 있는 현실과의 관계에서 한층 그 문제성이 절실해지고 있다. 앞서도 고찰했듯이 현대사회의 산업구조 고도화에 따라, 그 대학에 대한 요구는 점점 강하고 또 성급해지고 있다. 국가·사회는 대학에서의 새로운 산업기술의 개발, 그 비대화 된 행정 및 기술관리부문을 충족할 인재 양성 등등을 대학에 요구한다. 국가·사회는 대학의 증가·거대화를 바라고, 대학에 대해 각종 위탁연구비·보조금을 교부한다. 대학에 대한 이들 국가·사회의 관심 증대는 한편으로 대학의 번영을 가져오는 것은 사실이다. 일본 뿐 아니라 세계의 많은 나라들에서의 급속한 대학교육 보급 및 여러 대학에서 성취된 눈부신 연구성과는 이 일과 밀접하게 관계되어 있다. 그러나 거기에는 다른 한편으로 유형·무형의 각종 위험이 잠재되어 있다. 대체로 이미 언급한 바지만, 자의적인 연구비 교부는 대학의 균형 있는 연구체제를 왜곡하고, 특별한 이익의 공여는 그 대가로 교수 연구자의 충성을 요구하기도 하고, 또 거대화 한 대학은 학생으로 하여금 가장 인간성을 존중해야 할 교육에서 인간성의 상실을 맛보게 하고 있다.

이들을 통하여 대학은 '현대'가 던지는 새로운 과제의 해결을 요구받고 있으며, 대학이 진리 탐구의 부(附)로서의 이념에 충실한 입장에서 이 과제를 해결해 나가기 위해서는 대학은 모든 구성원의 기탄 없는 의견 교환을 통해 학문연구 공동체로서의 합의와 공통의 이해를 확립해 나갈 수밖에 없을 것이다. 그 경우 학생도 이 공동체의 정통적인 구성원으로서 적극적으로 참여할 수 있어야 한다. 그 이유는 다음과 같다. 즉 대학의 기능에 대한 국가·사회의 성급한 관심이, 대학에서의 연구 교육 내용에 개입·간섭하고 또 교수 연구자의 충성을 요구함으로써 그 진리 탐구자로서의 도의적 기초를 파괴하는 일 등을 동시에 수행할 경우, 이로 인해 대학교육의 진수(眞髓)를 빼앗기는 최대의 피해자는 학생이기 때문이다. 시민적 자유라는 바탕 위에서 있는 학문의 자유는 교수 연구자 자신을 위해서만 있는 것은 아니다. 그것이 침해되고, 교수 연구자가 돈에 팔려간 사상 밖에 말하지 않게 된다면, 다음 세대가 진리를 빼앗기는 것이다. 대학이 기성의 체제적 가치를 비판할 것을 금지당할 때, 사회가 진보를 저지당하는 것이다. 또한 대학이 피교육자의 인간성의 전면적 전개를 추구하지 않고 사업계의 요구에 굴복하고 인간성을 무시한 몰타기 교육에서 기계의 부품과도 같은 인적 생산수단의 대량생산에 종사한다면, 학생이 인간성을 침해당하는 것이다. 학문의 자유 보장은 교수 연구자 자신만의 자유를 위한 것일 뿐 아니라, 동시에 다음 세대, 후일의 사회 및 학생이 진리, 진보 그리고 인간성을 누리기 위해서 있는 것이라 할 수 있다. 학생이 현실적으로 학문연구 공동체에 소속하고 있는 이상 그들은 '학문의 자유', '대학의 자치'를 자기 자신의 자유

로서 요구할 권리가 있다. 교수 연구자와 학생 사이의 신뢰관계를 바탕으로 한 협력이 앞에서 말한 합의의 기초가 되어야 한다.

그리고 여기서 간과할 수 없는 것은, 대학의 가장 중요한 성원인 교수 연구자는 모종의 의식상·행동양식상 특징을 가지고 있다는 점이다. 밀렛(J. D. Millett)은 대학 교수가 학자로서 새로운 사상을 추구하고 지식의 변혁을 수행하고, 정치나 경제의 체제에 대하여 혁신적 입장에서 비판적임에도, 기묘하게도 대학의 조직이나 운영에 관해서는 변화를 바라지 않고 현저히 보수적이라는 점을 지적하고 있다. 또 에머슨(T. I. Emerson)과 헤이버(D. Haber)도 교수단의 대다수는 그 성질·수련 및 환경이라는 조건으로 말미암아 보험이나 위험을 원하지 않는다고 말한다. 이들 교수 연구자의 체질적이라고도 할 의식상·행동양식상의 특질은 그 자체로서는 반드시 결함이라 할 수 없을 것이다. 그러나 앞에서 살폈던, 대학이 직면하는 변질과정에서, 상황에 따라서는 이런 체질을 가진 교수 연구자가 인민의 자유로운 지적 에너지에 대하여 반동적·독선적으로 대응하지 않는다는 보장은 없다. 사르트르가 말했듯이 지식인은 체제적 권위에 대하여 '의의를 제기하는 사람'으로서 행동할 사명을 가지고 있음과 동시에 '지배계급의 개' 역할을 담당할 숙명 또한 안고 있는 것이다. 대학이, 앞으로 더욱 더 증대할 국가·사회로부터의 강력한 영향에 대해, 진리 탐구, 인간성의 전면적 전개라는, 인류 영원의 대의라는 견지에서 대응해 나갈 경우 필연적인, 학문연구 공동체로서의 합의·공통 이해는, 교수 연구자뿐 아니라 학생까지도 포함한 것이 아니면 안 된다. 그것은 학생을 대학의 관리에 참가케 한다면 불행한 갈등도 사라지고, 만사가 잘 될 것이라는 의미가 전혀 아니다. 갈등은 진보에 따라다니게 마련이다. 사회가 진보의 길을 걷고, 대학이 그 속에서 새로운 사명을 수행하려고 할 경우, 갈등은 늘 발생한다고 보아야 한다. 그러나, 그 갈등의 처리에는 진리 탐구의 부(府)인 대학에 걸맞은 태도와 방식이 반드시 있을 것이다. 종래의 대학의 이념은 이에 제대로 답하지 못하고 있다. 우리는 끊임없이 학문의 자유의 원리적 근거로 되돌아가, 이를 다시 이해하고 다시 구성하기 위한 노력을 게을리해서는 안 될 것이다.

생각건대, 이 글이 고찰한 바에 따르면 학문의 자유는, 사상·양심·신앙의 자유, 언론·출판의 자유 등 시민적 자유와 동질적이기는 하지만, 그 기능구조에서는 이들 개인적 자유와 달리, 진리 탐구의 자유를 가로막는 경제적·사회적·정치적 여러 장애를 억제하고, 진리 탐구의 자유를 확보하기 위한 제도적·기능적 자유였다. 그 내용은 시대적 환경에 따라 똑같지는 않다. 독립적인 소생산자가 다수 경쟁하는 사회와 산업구조가 고도화하고 거대한 독점기업이 지배하는 관리사회에서는 대학에서의 과학 연구·고등교육에 대한 사회의 요구는 다를 것이고, 만약 그렇다면 그에 조응해서 대학의 기능의 자유 확보를 위해서 필요한 보장의 내용도 다를 것이다. 또 개인적으로 관리할 수 있는 규모의 연구수단을 가지고 연구되고 있던 시대와, 한 나라에서 하나 정도밖에 가진 수 없는 거대한 실험시설에서 연구가 진행되는 big science의 시대에서는, 연구자의 진리 탐구의 자유를 확보하기 위하여 필요한 보장의 내용은 또 다를 것이다. (협회의 대학 자치에 대한 보장만으로는 당해 학문분야에서의 진정한 연구의 자유가 보장되었다고 할 수 없는 경우가 있을 것이다.) 우리는 격변하는 현대사회에서 그 구조적 법칙성을 파악하고, 그 속에서 진리 탐구의 자유를 확보하기 위하여 필수불가결의 여러 조건을 통찰하면서, 이를 이론화하기 위한 노력을 게을리해서는 안 되는 것이다. [끝]

집단시위운동의 자유

基本的人權 제4권 (일본 東京大學出版會 1968년 초판) 중 제6장
수미노 다카노리 (隅野 隆徳)

1. 서론

이 글은 표현의 자유 중에서 현대의 한 중심문제로 되어 있는 집단시위운동, 내지 데모의 자유에 대하여, 그 역사적·논리적 분석을 시도하는 글이다. 집단시위운동이라는 개념은 반드시 확정된 것은 아니지만, 여기서는 우선 일반적으로 이해되고 있는 것처럼, 다중이 가로에서 하는 시위행진 및 일정한 장소에 정지한 채 진행되는 집회에서도 시위적 행위를 수반하는 것을 의미한다고 해석하고 논의를 진행하고자 한다. 영어의 'demonstration'이라는 말이 거의 이에 해당된다고 생각한다.

[1] 고찰의 시각

집단시위운동의 문제를 헌법상 기본적 인권 속에 어떻게 위치 부여를 하면서 그 자유를 보장해 나가느냐는, 다른 인권에 대해서와 마찬가지로 그리 단순 명료한 것이 아니다. 집단시위운동 그 자체는 근대 국가의 탄생과 더불어 나타나, 때로 역사 발전의 기동력이 되기도 하고, 오늘날에는 세계 각지에서 민중이 스스로의 의사나 요구를 나타내기 위하여 널리 행해지고 있다. 그러나 그것을 헌법과의 관계 속에서 볼 때, 명문으로 집단시위운동의 자유 보장을 직접적으로 규정하고 있는 것은, 사회주의국가나 인민민주주의국가의 헌법 이외에는 없으며, 다른 자본주의국가 헌법에서는 집회의 자유나 표현의 자유와의 관련에서 보장되고 있으며, 그 보장의 정도도 가지각색이다. 이 사실에서만 보더라도 집단시위운동의 자유의 문제는 인권사(史)상 그 지위를 확정하는 데 여전히 새로운, 현대의 문제이며, 그만큼 해결을 기다리는 여러 가지 문제가 있다고 하겠다. 특히 자본주의국에서 집단시위운동은 권력에 대한 민중의 손업고도 직접적인 의사표현수단으로 자주 쓰이는데, 그에 대한 권력 측의 규제도 엄격하여, 거기에 법적으로도 여러 가지 문제가 발생한다.

이와 같은 집단시위운동의 자유라는 문제를 해명하기 위해서도, 우선 그것이 자본주의 발전과정에서 어떤 과제와 역할을 가지고 생성되고 전개되어 왔는지를, 그 점에서 많은 경험을 갖는 유럽 및 미국에서의 문제를 역사적으로 고찰함으로써, 고찰하고자 한다. 필자는 이런 작업을 통해서 현대의 문제에 대한 고찰의 시각을 밝혀 나갈 생각이다.

이 고찰을 할 경우 그 전제로서, 집단시위운동에 대한 일본의 현실이라는 문제가 있고, 그것에 관한 일본 법학계의 연구 상황이 있으며, 이 연구가 그런 요소들에 의해서 규정되고 있다는 것은 말할 나위도 없다. 그러나 일본에서 이 문제가 헌법상 자유와의 관련 속에서 문제가 되고 고찰되어 온 것은 워니 워니 해도 제2차 대전 후였으며, 따라서 경험과 축적은 아직 깊지 못하여, 또 그런 까닭에 여러 외국의 역사와 경험을 단기간 사이에 급속하게 응축하면서 경과되어 왔다고도 할 수 있다. 그러한 전후 일본에서의 이 문제의 전개과정에 대한 검토는 다른 기회로 미루기로 하고, 여기서 당장은 일본에서의 집단시위운동의 자유에 관해서 이룩된 연구를 개관해두는 정도로 넘어갈 수밖에 없다.

[2] 일본에서의 연구 상황

일본에서는 집단시위운동의 자유의 문제가 특히 각 지방의 이른바 공안조례와의 관계로서 논해져 오고 있음은 주지하는 바와 같다. 그리고 과거에 이 문제와 관련해서 발표된 연구는 대단히 많은 분량이라고 볼 수 있으며, 취급된 문제영역도 다양하다. 그 가운데서도 몇 가지 특징은 인지되는 데, 연구대상은, 하나는 1948년-1950년에 각지에서 제정된 공안조례의 입법과정 및 1961년 전후에 약간의 지역에서 있었던 공안조례의 개정과정을 다룬 것이 있으며, 또 공안조례의 운영, 따라서 집단시위운동에 대한 규제 의 실태에 대해서도 어느 정도 해명되고 있다. 그러나 연구 노력의 대부분은 판례연구를 향하고 있다. 공안조례에 관한 1954년과 1960년 최고재판소 판결을 중심으로, 하급재판소의 각종 판결에 대해서도 근래 차차 연구가 증가해오고 있다. 이 밖에 공안조례의 문제에 한정하지 않고, 집단시위운동 내지 대중 행동 일반에 대하여, 혹은 1958년의 경찰관직무집행법 개정문제와의 관련 속에서 경찰권의 문제로서 다루거나, 혹은 1960년 일·미 안전보장조약 개정문제와 관련시켜, 당시 전치 상황에 연결시키면서 원리적으로 검토를 가하는 연구도 있다. 그리고 여러 외국의 문제에 대해서도 얼마간 연구가 진행되고 있으며, 특히 미국에 대해서는, 일본의 공안조례를 지도했던 것이 미 점령군이었다는 요인, 미국이 이 문제와 관련된 풍부한 판례상 경험을 가지고 있다는 요인, 또 일본 헌법과의 밀접한 관련이라는 요인이 작용하여, 가장 많은 연구 성과가 나와 있다. 그 밖에는 충분한 것은 아니지만, 영국, 프랑스, 독일에 관한 연구가 약간 씩 있는 정도이다.

이상과 같은 여러 연구를 접하면서 느끼는 것은, 일반적 경향으로서 일본의 입법이나 판례를 연구할 경우, 법 해석에 관련된 비교적 좁은 영역에서의 고찰에 머물러 있으며, 그것을 사회구조, 특히 경제적·정치적 관계 속에서 자리매김 하거나, 또 역사적 변화 속에서 파악한다는 방향이 드물다는 사실이다. 그 때문에 과거 연구들은, 필자가 볼 때 집단시위운동의 자유의 현대적 의의와 장래에 대한 전망이라는 점에서 충분한 이해를 결여하는 경향이 있는 듯하다. 다만 이러한 결함을 시정하는 연구가 없는 것은 아니다. 특히 가네코(兼子 仁) 교수가 1960년 최고재판소의 공안조례 합헌판결과 관련해서, 현대의 공안조례를 전전(戰前)의 치안유지법에 있는 '전근대형 치안입법'과 대비하여 법적으로는 사상의 자유 보장을 표방하면서도 현실적으로는 반권력·반체제사상의 억압을 도모하는 '현대형 치안입법'임을 논증했던 것은, 치안입법의 역사적 유형에 대하여 여전히 고찰의 여지를 남기면서도, 공안조례의 역사적 자리매김을 시도했다는 점에서 중요한 문제를 제기한 연구였다고 생각된다.

또 와타나베 요조(渡辺 洋三) 교수는 집단시위운동의 자유의 현대적 의의에 대하여 전과 미디어를 중심으로 하는 매스 미디어가 국가권력 및 거대자본에 독점되고 있는 오늘날, 그것으로부터 소외되고 있는 근로자 대중에게 유일 최대의 사상표현행동으로서, 집단시위운동의 자유야말로 현대 표현의 자유의 중핵적 지위를 차지한다고 지적한 바 있다. 이는 집단시위운동의 자유의, 현대사회에서의 역할과 의의를 해명할 뛰어난 연구이다. 이는 현재로서는 헌법학계에서 거의 전적으로 인정되고 있는 견해이며, 같은 취지의 견해는 근래 하급 재판소 판결에도 일정 한도 나타나고 있다.

이와 같이 이 영역의 연구도 이 공동연구가 공통과제로 하는 기본적 인권의 역사적·논리적 분석의 시도가 단편적으로나마 존재한다. 이 방향은 앞으로 이 문제에 관한 판례연구 등 면에서도 진행되어야 한다고 생각한다. 그것은 또한 이 문제에 관한 외국법 연구에 대해서도 요청되며, 그 성과와 함께 진행되어야 할 것이다. 이 글은 그와 같은 문제의식을 가지고, 그 과제에 대한 한 시론으로서 쓰이는 것이다.

2. 역사적 개관

유럽과 미국에서 집단시위운동의 자유가 어떻게 형성되어 왔는지, 따라서 그것과 앞뒤의 관계에 있는 집단시위운동에 대한 법적 규제가 역사적으로 어떤 변천과정을 거쳐 왔는지를 검토한다는 것은 쉬운 일

만은 아니다. 일본에서는 아직 이 분야의 연구가 매우 드물다. 그러나 상세한 역사적 구명은 일단 다른 기회로 미루고, 앞날을 위하여 일반적인 문제제기만 한다면, 자본주의국에서는, 특히 영국을 중심으로 본다면 다음의 세 시기를 지적할 수 있을 것이다.

제1기는, 부르주아혁명부터 산업혁명이 시작되기까지의 기간이다. 이 시기에는 의회 또는 국왕에 대한 청원과 결합된 집단행동으로서 행해졌다. 당시의 민중에게 의회 등에 의견이나 요구를 제시할 경우 법적으로 보장되는 것으로는 청원권이 거의 유일한 것이었으며, 그것마저도 청원이 의회 내지 지배체제에 위협을 주는 경우 엄혹한 경찰 규제 하에 놓였다. 예를 들어, 영국에서 푸리턴혁명기에 다수의 시민이 집단으로 의회에 청원을 제출하고는 했다. 그 경우 의회의 주장에 찬성하는 것은 받아들여졌지만 그것에 반대하는 청원을 한 청원자들을 경찰은 해산시키기도 했고 심지어는 체포하기도 했다. 그리고 그 후 1661년의 제정법에 의해 청원 서명자는 치안판사 등의 승인이 없는 경우 20명 이하, 청원 제출은 10명 이하로 해야 한다는 내용이 규정되었다. 또 1790년대에서 1820년대에 걸쳐서 영국에서는 민중운동에 대한 일련의 탄압입법이 만들어졌다. 당시의 산업혁명의 진전으로 임노동자가 양산되어 가는 가운데, 프랑스혁명의 영향, 및 영국에서는 중산계급이 지도하는 급진주의운동의 영향으로 청원권 행사와 결합되어 정치적 집회나 결사가 퍼져나갔다. 이에 대하여 토리당 내각은, 1795년의 선동적집합법 (Seditious Meeting Act)에 의해, 청원을 위한 집회는 인정하면서도 50인 이상의 집회에 대해서는 치안판사예의 사전통지, 주권자 혹은 정치체제에 대한 모욕적 언론의 금지, 그에 대한 위반은 체포 내지 해산이라는 것을 정하고, 1817년의 선동적집합법 제23조에서는 의회 개회 중 웨스트민스터 홀에서 1마일 이내에서 청원을 위한 50인 이상의 집회를 금지했다. 또 1799년의 선동적단체법 (Seditious Societies Act)나 1799, 1800년의 단결금지법 (Combination Act)로써 결사의 자유나 노동자의 단결권이 금지되었다.

이와 같이 청원과 관련된 것 이외의 집단행동은 제한 내지 금지되고 있었지만, 그런 가운데서도 산업혁명 후의 노동자의 경제적 빈곤을 타개하고, 나아가서 선거법 시정을 요구하는 여러 가지 운동 속에서 사태는 진전되어 갔다. 1824, 25년 법으로 단결금지법이 폐지되고, 노동자의 단결활동이 방임된 영향도 있고 해서, 1832년의 선거법 개정 때에는, 노동자계급은 부르주아를 중심으로 하는 중산계급과, 중산계급의 지도 하에 동맹하고 행동했다. 그 결과 그들은 선거법 개정의 성과를 스스로는 누리지 못하고, 그 후 계속 보통선거권 등 획득을 목표로 하는 차티스트 운동을 추진한다. 이 또한 1848년의 운동을 정점으로 실패로 끝나, 산업부르주아지의 정치적 지배체제는 굳어져 간다. 이러한 운동 속에서 집단시위운동은 여전히 조직적인 시위운동이 되지 못하고, 기본적으로는 의회에의 청원과 결합되면서, 그리고 집회·결사·노동조합 등 여러 활동과 결합되면서 전개된다. 단, 노동자의 운동이 고양되자 1848년의 차티스트의 행진처럼 1661년법 등으로 금지되기에 이른다.

이상과 같은 영국에서의 전개가 같은 시기 다른 나라들의 어떤 사태와 대비되는지는 검토해볼만한 문제이다. 여기서 간단하게 지적하고 넘어가자면, 여러 나라 헌법에 청원권과 나란히, 혹은 독립적으로 집회의 자유의 보장이 규정되어 있다는 사실이다. 즉 1791년의 미국헌법 수정 제1조에는 '인민의 평온하게 집회할 권리가 보장되어 있고, 이는 현재에 이른다. 프랑스에서는 1793년 자코뱅헌법 제7조에 '평화적으로 집회할 권리가 있고, 1848년 헌법 제8조는 '시민이 평화적으로, 무장함이 없이 집회할 권리'를 '권리의 행사가 타인의 권리 및 자유 그리고 공공의 안전만을 한계로 하고 인정하고 있다. 그러나 이들 헌법은 모두 단명했으며, 프랑스의 동시대 다른 헌법들과 비교해서 민주적 경향이 강한 헌법에만 집회의 자유가 보장되어 있음이 주목된다. 또 1850년의 프로이센헌법 29조는 '모든 프로이센인은 미리 관청의

허가를 받지 않고 평온하고 무기를 휴대하지 않고 옥내에서 집회할 권리를 갖는다'고 규정하고, 옥외 집회는 법률적 사항으로 하고 있다. 이와 같이 집단시위운동과의 관계에서는, 여러 헌법 중에 집회의 자유라는 형태로 규정되어 있지만, 그 의의에 대해서는 각각의 역사 사회에서의 적용과정을 별도로 검토해보지 않으면 안 될 것이다.

제2기는, 대체로 자유주의 단계라고 불리는 것에 대응하는 시기이다. 산업부르주아지의 지배가 확립되고, 자유방임 정책이 추진되는 가운데, 집단시위운동 혹은 민중운동에 대한 규제도 완화되어 간다. 그것이, 여러 나라에서 입법 내지 사법의 분야에서 보는 한, 1880년대에 하나의 특징적인 경향으로 나타났다. 그것은 집회 내지 시위행진의 자유가 일단 법적으로 보장되기에 이르렀다는 것이다.

영국에서는 *Beatty v. Gilbanks* (1882) 사건에서, 평화적이고 합법적인 집회라면, 그것이 반대파의 방해를 부르고 치안과괴의 우려가 있다는 이유로 그것을 불법집회의 죄로 다스릴 수 없다고 판시했다. 이 판례를 중심으로 당시 집회 내지 시위행진의 자유를 보장한 판례가 있으며, 그런 판례들을 근거로 다이시(A. V. Dicey)는 1885년의 저작에서, 공공집회의 권리를 코먼로 상에 자리를 매겨, '집회의 권리는 개인적인 인신의 자유와 개인적인 언론의 자유에 관하여 재판소가 취하는 견해의 결과 이외의 아무것도 아니다.'라고 지적했다. 또한 그것과 관련하여, 국가권력에 의한 공공집회에서의 간섭·금지는, 현실로 치안의 혼란이 발생하고 있는 경우이거나, 아니면 치안 유지를 위하여 이 이외의 방법으로는 불가능한 긴급상태의 경우에 한해서 인정하고 있다.

프랑스에서는 1881년 6월 30일의 공적집회에 관한 법률로써, 그 때까지 혁명과 반동의 역사 속에서 하나의 쟁점이 되고 있던 집회의 제도에 대해 중지부를 찍고, 자유주의적인 법적 근거를 부여하고 현재에 이르고 있다. 그 제1조는 '공적 집회는 자유롭게 할 수 있다.'고 하고, 사전의 허가 없이 할 수 있도록 정하고 있었다. 단, 법 제정 당시는 신고를 필요로 하고 있었으나, 1907년법으로 신고도 불필요한 것으로 되었다. 시위행진에 대해서는 특히 규정이 없다. 이 점에 대해서, 지방자치법 제97조가 지방자치체의 장에게 부여하는 경찰권에 의해 규제할 수는 있으나, 일반적으로는 시민의 행동이 방임되고 있었다고 한다.

또 미국에서는, 영국 프랑스와 달리, 당시 이미 집회뿐 아니라, 시위행진을 규제하는 각 주의 조례가 제정되어 있었으며, 판례도 각각에 대하여 다른 태도를 보인다. 즉, 시위행진에 대해서는, *프레이지 사건* (*In re Frazer* [Mich. 1886])에 대표되는 것처럼, 재판소는 자유로운 문명사회에서 시위운동이 갖는 의의를 적극적으로 평가하여, 사전허가제를 정한 조례에 대하여 위헌판결을 내렸다. 또 집회의 자유에 대해서는 *데이비스 사건* (*Massachusetts v. Davis* [1897])에 드러나듯이 공원 등 공공적 장소에서의 집회에 사전허가제를 정한 조례를 합헌으로 하는 등 소극적 내지 부정적 경향이 보인다.

그런데 이상과 같은 영국·프랑스, 미국의 여러 경향 사이에서 역사적·사회적으로 어떤 공통점의 기반이 있으며, 또 '차이가 있는지를 검토하지 않으면 안 된다. 그 점의 준비는 유감스럽게도 현재 되어 있지 않지만, 다만 한 가지 지적할 수 있는 것은, 1888년, 영국의 법률잡지 <Law Quarterly Review>에 공공집회의 권리에 대한 참고로, 이탈리아, 프랑스, 스위스, 미국의 문제점을 각각 나라의 학자가 집필하고 있다. 그런 것을 보건대, 당시 영국 학계에서 이상의 문제에 관하여 여러 나라와의 사이에 일정한 교류와 일정한 비교적 시각이 있었음은 인정된다.

또 이상 3개국의 경향을 굳이 비교해본다면, 미국의 집회에 관한 문제를 별도로 생각하면, 일반적으로 집회 내지 시위행진의 자유에 대하여 사전규제를 원칙적으로 부정하고 일반적 처벌법규로 사후적으로 규율하면 된다는 입장을 취하고 있음을 엿볼 수 있다. 오키다이라(奥平) 교수 말을 빌리면, 1880년대는 '좋았던 옛날'이라고 할 수 있을지 모른다.

그와 함께 거기서 인정되고 있었던 집단행동의 담당자에 대해서 본다면, 구세군(1878년 조직) 등의 종교관계자들이 수행한 역할이 있었던 것처럼 보인다. 그것은 영국의 베아티 대 질뱅크스 사건을 비롯하여 다이시가 열거하는 여러 판례에도, 또 미국의 판례에도 보인다. 또 프랑스에서는 종교적인 집단행동이 그 후 비종교적 집단행동과 구별되어 1905년 12월 9일법으로써 신교의 자유의 일부에 포함되어 보호받고 있다고 한다. 이것은 다음 단계의 문제로서 검토된다. 20세기 들어 민중의 정치운동이 고양되어가는 가운데, 그것을 종교적 행동과 구별하여 규제해 나가는 방향과 연결되는 것처럼 생각된다. 그리고 미국에서 시위행진 경우와는 대척적으로 판례상 소극적인 취급을 받은 집회에 대해서는, 그것이 당시 사회주의자·공산주의자 기타의 반체제 측의 사건이 많았다는 것에 양자의 차이의 원인을 찾는 논자가 있다. 이상을 살펴볼 때 이 시기 집단시위운동에 대한 자유주의적 경향도 권력에 비판적인 민중 모두에게 반드시 타당하는 것이 아닌, 한정된 것이었으며, 이미 19세기 말부터 나타나는 제국주의에의 이행, 그에 따르는 계급대립의 첨예화가 이 분야에도 어느 정도 잠재되면서 다음 시기로 진행되어 가는 것일 터이다. 그러나 또한 이 시기에 입법 내지 판례상, 집단시위운동이 일정한 보장을 받았다는 사실은 그 후 법적 규제가 진행되는 경우에도 그 경험이 전제가 되어 자유 보장을 위한 일정한 규정조건이 된다는 점은 평가되어야 할 것이다.

제3기는 19세기 말부터 20세기에 걸쳐 제국주의 단계에 대응하는 시기이다. 자본주의의 모순의 노정과 격화 속에서, 그에 대항하는 노동운동·정치운동은 성장하고, 단결권이나 선거권의 법인(法認)· 정착과 더불어 집단시위운동은 노동자 및 민중에게 불가결한 표현수단으로서 적극적으로 사용되기에 이른다. 그것은 제1차 대전 전후 및 세계공황기의 사회혼란과 불안 속에서 한층 증대된다. 그 경우 파시즘이 권력을 획득하는 과정에서, 또 권력을 획득하고 난 후에도 자신의 사상·견해를 표현하는데 그치지 않고, 때때로 그 세력을 강압적·군사적으로 과시하기 위하여 집단시위운동을 행하고, 노동운동·민중운동과의 사이에 충돌사건을 야기하고 있음은 주목되어야 한다. 이 파시즘과의 관계는 나중에 다루기로 하고, 이와 같은 집단시위운동의 고양에 대해서 지배층은 어떤 조치를 취했는가?

한편으로 나치의 지배 하에서는, 바이마르헌법 제123조로써 일정하게 보장되어 있던 집회의 자유도, 1933년 2월 28일의 '국민과 국가를 보호하기 위하여' 대통령의 긴급명령으로 효력이 정지된 것도 있고 해서 민중 측의 집단시위운동은 일절 부정되기에 이른다. 그런 한편으로 나치와 투쟁하고 파시즘 타도를 목표로 한 영국, 프랑스, 미국에 관해서 본다면, 집단시위운동과 관련하여, 1930년대에 입법상에서도 판례상에서도 많은 규제가 나타난다. 즉 영국에서는 1936년의 공공질서법(Public Order Act)이나 던칸 대 존스 사건(*Duncan v. Jones* [1936]), 토머스 대 소킨스 사건(*Thomas v. Sowkins* [1935]) 등의 판례가 있으며, 프랑스에서는 1935년 6월 8일의 전권(全權)법에 근거하여 '공공질서 유지에 관한 조치의 규제 내지 공공질서 유지의 강화에 관한 1935년 10월 23일 통령(統令)이 제정되고, 미국에서도 많은 주 법이나 시 조례를 통한 규제가 있으며, 그와 관련하여 헤이그 사건(*Hague v. C.I.O* [1939])이나 콕스 사건(*Cox v. New Hampshire* [1941])으로 대표되는 연방 최고재판소 판례가 있다.

거기서는 전 시기에서부터 집회와 시위행진의 법적 구별이 되어 있던 미국을 제외하고, 영국, 프랑스에 시위행진을 집회와 구별해서 입법상 규제하는 현상이 보인다. 이 사실은 앞에서 말한 집단시위운동, 특히 시위행진의 증대에 대하여 규제를 바라는 현실적 요청을 말해주고 있는 것이다. 그러나 규제의 내용에 대해서 본다면, 그 때까지의 집회의 자유에 포함시킬지, 혹은 특히 법적규제를 두지 않고 방임되어 있던 '공도(公道)에서의 행진에 신고제를 채택하고 '공공의 질서를 고한하는 성격의 것' (프랑스 통령 제3조)라고 판단될 경우에는 금지 내지 조건 부여를 행정정이 할 수 있도록 되어 있다. 또 집회에 관해서, 프랑스에서는 1881년법을 이어받아 공도집회를 금지하고 있으며, 영국에서는 공공질서법 제5조에 집회에서의 언론규제에 이어질 위협성을 갖는 규제를 가지고 있으며, 나아가 앞의 판례에 따라 경찰권한의 집회로의 개입·제한을 인정하고 있다. 이와 같은 집회·시위행진에 대한 규제의 강화에 대하여, 입법 초기에는 영국의 공공질서법에서 나타나는 것처럼, 자국에서의 파시즘운동의 전개로 인하여 정치가 군국주의화 되어, 일반 시민의 권리·이익이 침해되는 것을 방지할 것을 목적으로 한다고 설명되었다. 그러나 그 후의 운용을 보면 그 목적보다 오히려 노동운동이나 공산주의자의 정부 비판적 언동 등에 대한 규제를 강하게 겨냥하고 있음을 알 수 있다. 즉 노동운동이나 대중운동 등 자본주의체제에 반대하는, 혹은 그 요소를 갖는 것은, 그것이 권리·자유 영역 내의 것이라 할지라도 법의 적용과정에서 권리·자유를 넘어 민주주의를 부정하는 파시즘의 운동과 동일시된다는 것이다.

또 미국에서는 헤이그 사건에서, 집회에 대하여 사전허가제를 정한 시 조례를 위헌이라고 판시하고 있는 데 대해, 폭스 사건에서는, 가두행진을 한정하는 사전허가제를 합헌으로 하고 있는 것을 볼 수 있다. 이 두 판결에 대표적으로 나타난 집회와 시위행진에 대한 연방 최고재판소의 생각의 차이는, 앞의 시기에 나타난 경향과 역전되고 있다. 이 이유는, 첫째, 참가자라는 점에서, 집회 쪽이 조직성과 대중 내기 반에서 약하고, 따라서 소수의견으로서 존중되어야 한다는 것, 둘째로, 당시 자동차의 증가로 인하여 교통문제가 야기되어 있었으며, 교통방해라는 점에서 가두행진은 좀더 강한 규제를 받아야 할 위치에 있음이 지적되었다. 이 지적은 흥미로운 문제를 제기하고 있는 것처럼 보인다. 즉 1930년대 미국에서는, 시위행진 참가자는 1880년대에서처럼 종교관계자에 머물지 않고 노동조합 등을 통해 노동자층으로 확대되어 간다. 단 그것이 집회의 참가자보다 조직성이 높다고 하더라도 사회에 있어서 소수의견임에는 차이가 없다. 그런데, 그 노동자 등의 시위행진이 교통문제의 증대와 더불어 시민의 도로 이용과의 관계에서 권리 조정을 당해, 규제되고 있다는 사실이다. 이 사실은 영국에서처럼, 직접적으로 파시즘운동의 규제라는 형태를 취하지 않는다는 점에서 전제조건, 따라서 논리에 차이가 있기는 하나, 결과적으로는 반자본주의적 표현행동을 제한한다는 점에서 공통되고 있는 것이다.

이와 같은 집단시위운동에 대한 법적 규제가 또 비상사태에 관한 여러 입법과도 연결되어 있다는 것도 주목된다. 여기서는 한 예를 드는 데 그치지 않, 영국에서는 1914년의 국토방위법 (Defence of Realm Act)이나 1920년의 비상대권법 (Emergency Powers Act)에 의해 비상사태라고 인정될 경우 정부는 의회의 승인을 얻어 규칙제정권을 가지고, 집단시위운동에 대해서도 제한·금지할 수 있다.

이상과 같은 집단시위운동에 관한 1930년대의 법관계는, 영국, 프랑스, 미국에서는 제2차 세계대전 후에도 기본적으로 계승되어 오고 있다. 물론 그 사이에 사회주의의 형성, 자본주의국에서의 노동운동·평화운동 등의 발전이 있었고, 그것은 집단시위운동의 법적 문제들에 직접·간접으로 영향을 주고 있을 것이다. 그 점에 대한 검토는 지금은 하지 않지만, 여기서 주목하고 싶은 것은 앞에서 말한 1930년대의 여러 관계 속에, 오늘의 문제의 기본점이 나타나 있다는 점이다. 그것과의 관련에서 본다면, 당시 나치

하에서 집단시위운동의 자유를 일절 부정했던 독일은, 전후 서독에서 앞의 영국, 프랑스 등 나라들의 법적규제와 비슷한 것이 만들어졌고, 또 전후 일본의 공안조례를 중심으로 한 법관계도 그것들과 공통된 내용과 위치를 가지고 있다고 할 수 있다.

서독에서는 1949년의 본 기본법 제8조에서 '신고 또는 허가 없이, 평온하게 그리고 무기를 휴대하지 않고 집회할 권리를 갖는다'라고 규정하는데, 그 제2항에서, '옥외집회에 대해서는 이 권리는 법률로써 또는 법률에 근거해서 제한할 수 있다'라고 해놓고 있다. 옥내집회와 옥외집회를 법적으로 구별하고, 후자에 대해서 직접 법률에 의한 제한을 예정하는 방식은 1850년 프로이센헌법 이래 발견되는 하나의 특색으로 되어 있다. 이 헌법규정에 근거하여, 1953년 7월 27일의 집회법은 옥내집회와 옥외집회 및 행진으로 나누어 그 권리를 규정하고 있다. 거기서는 일반적으로 기본법에 위반하는 개인 또는 단체의 집회·행진을 금지하고 있(제1조)지만, 현재(1960년대 말-번역자) 이 기본법에 근거하여 독일공산당이 '자유로운 민주적 기본질서'를 침해하는 단체로서 집회·행진 금지판결을 받은 상황에서는, 집회법이 보장하는 권리 자체에 일정한 정치적 편향이 개재될 여지와 한계가 있다는 것을 부정할 수 없다. 옥내집회는 헌법질서에 위배되는 것, 폭력적인 것 등 일정한 경우에 한정해서 금지할 수 있으며, 옥외집회 및 행진에 대해서는 신고제를 채택하고, 동시에 공공의 질서와 안전이 위협받을 경우에는 그것을 금지 내지 해산시킬 수가 있다. 나아가서 연방의회와 란트 의회 및 연방 헌법재판소 주위의 일정 구역에서는, 옥외집회 및 행진이 금지되고 있다. (16조) 그 금지구역은 구체적으로는 1955년의 금지구역법으로 정해졌고, 또 금지에 대한 위반에는 형법 106조에 처벌규정이 있다. 이와 같이 서독에서의 법적 규제가 정비되어 있다는 것은 독일의 특수성과 함께, 제2차 대전 후에 집약적으로 나타난 한 동향으로서 주목된다.

이상 자본주의국에 대해 고찰해왔지만, 다음으로 사회주의국 내지 인민민주주의국 경우에 대해서도 개관해두고자 한다. 사회체제가 변혁된 경우, 권리·자유가 어떻게 변용·전개되는지는 흥미로운 주제지만, 여기서는 다만 헌법규정에 한정해서 고찰하겠다.

사회주의국 내지 인민민주주의국의 헌법에 대해서도 각각의 나라의 역사적·사회적 조건에 따라 규정되는 특수성이 있지만, 동시에 공통되는 면을 가지고 있다. 이제까지의 이들 국가의 헌법제정의 과정과도 관련해서 집단시위운동에 관한 규정을 보면, 1936년 소련헌법 제125조에 하나의 전형이 발견되는 듯하다. 이하 그것을 중심으로 본다면 다음과 같은 특징이 발견된다.

첫째로, 보장되는 시민의 자유로서, 집회 및 대중집회의 자유와 가두행진 및 시위운동의 자유가 규정되어 있다. 여기서 가두행진 및 시위운동의 자유가 헌법상 처음으로 그 명시적 근거를 가지고 있다는 것이 주목된다. 또 집회의 자유에 대해서도, 대중집회의 자유를 특별히 구별해놓고 있다는 것도 흥미롭다. 자본주의 헌법에서는 사회적 실태가 있으면서도 직접적으로 보장되기에 이르지 못했던 것이 사회주의 헌법에서는 인정되고, 그 하위 법률로 구체적으로 보장되는 점은, 자본주의 헌법과 대비해서 사회주의 헌법의 역사적 진보성을 나타내고 있으며, 또 사회주의 헌법 및 그 기저(基底)인 사회주의국가의 대중성과 민주성을 드러내고 있다고 할 것이다.

둘째로, 이 문제와 관련해서, 그들 자유가 '근로자의 이익에 적합하고, 사회주의제도를 공고히 할 목적'으로 보장된다는 것이 규정되고 있다. 집회·시위운동의 자유처럼 정치적 성격이 강한 것은, 사회주의 건설이라는 목적과의 관련에서 그 적극적 의의가 나타나고, 그것이 시민의 이익과 통한다는 사고방식이다. 따라서 시민의 단순한 자유주의적, 분산주의적, 나아가서는 반혁명적인 집회·시위운동은 인정되지 않는다는 결론이다.

셋째로, 그들 자유는, 권리로써 '근로자 및 그 단체에 대하여, 인쇄, 용지, 공공건축물, 가로, 통신수단 및 기타 이들 권리를 행사하기 위하여 필요한 물질적 조건을 제공함으로써 보장된다.' 거기서는 집회·시위운동의 자유가 자본주의 헌법에서처럼 단순히 정신적 자유의 면뿐 아니라, 물질적 제 조건과 일체의 것으로 파악되고 있으며, 그런 의미에서 그들에 대한 구체적 청구권을 수반하는 논리구성을 취하고 있는 점이 주목된다. 또 그 청구권의 주체일 수 있는 것은, 근로자 및 근로자단체이며, 따라서 시민의 집회·시위운동의 자유는 그들을 통해서 가장 잘 보장되는 것이 된다. 즉 그들의 시민의 자유·권리의 보장을 시민 그 자체가 아니라 근로자라는 사회적 위치에서 파악하고, 또 근로자 개인뿐 아니라, 근로자 단체에 대해서도 인정하고 있다는 것은 집회·시위운동의 실제의 주인공을 법적으로 확인한 것으로, 흥미롭다.

이상은 사회주의사회에서의 집회·시위운동에 대한 실태분석을 거치지 않는, 헌법규정에만 근거한 고찰이어서 불충분한 것이지만, 그럼에도 불구하고 그 한도에 있어서 자본주의국 헌법의 이 분야에서의 문제를 검토할 경우, 역사적으로는 그 발전형태로서 시사할 주고 있는 것 같다.

3. 집단시위운동의 자유의 성격

집단시위운동의 자유의 문제는, 이상 개관한 것처럼 역사상 변화·발전해오고 있지만, 현대 자본주의 국가에서 그것이 헌법상 어떤 의의와 성격을 가지고 있는지를 검토하기로 한다.

[1] 사회구조적 위치와 역할

자본주의사회에서는, 상품교환이 전 사회적 규모로 전개하고, 가치법칙이 관철됨으로써 평화적인 상거래질서로서 나타난다. 그와 동시에 시민사회 내부에서는 폭력이 부정되고 평화적인 사상·언론의 자유로운 교환과 선택에 의해 문제는 처리된다. 단, 그러한 평화적인 시민사회질서는 폭력을 독점한 국가에 의해, 시민이 그 대표를 통해 작성에 참가한 법의 지배 하에서, 시민질서를 위반하고 침해하는 자로부터 보호하고 또 보호받는다. 따라서 표현의 자유는 사상·언론의 자유시장에의 참가와 거기에 있어서의 선택의 가능성으로서 생각되며, 사회에서의 소수의견이나 권력과 대립하는 사상·언론도 받아들여지고 존중된다.

그러나 자본주의사회의 이러한 원칙은 시민 자체가 일정한 유산자를 전제로 한 것이며, 따라서 많은 민주에게는 참정에의 길은 닫혀 있고, 사상·언론시장에의 참가도 한정된 것이었다. 게다가 자본-임노동관계의 전개로 노동자는 증가하고 생활조건은 악화된다. 또 인쇄기술의 발달 등으로 언론·출판시장에서의 재산의 지배·영향하는 범위가 증대됨에 따라 더욱 더 민중은 스스로 사상·언론을 표현할 장을 설정해 나가지 않을 수 없게 된다. 그래서 개개인으로는 발언력이나 영향력은 약해도 공통된 입장과 사상·견해를 가진 사람들이 결집하면 일정한 힘을 가지게 된다는 것이, 노동운동을 통해서 체득되어 간다. 즉 언론시장에 직접 참가하는 자산도 사회적 지위도 없는, 노동자를 중심으로 하는 민중에게는 집회나 시위행진이라는 집단적 행동형태를 취하는 것이 공통의 의사를 결집하고, 표명함으로써 하나의 표현의 장을 만들어내는 것이 되는 것이다.

그런데 현대에 있어서는 참정권이 확대되어, 민중의 정치적·사회적 발언력이 높아져, 문제가 없어졌느냐 하면 결코 그렇지 않다. 의회제 민주주의의 형식은 정비되어 있지만, 정치에 있어서의 자본의 지배는 여전히 관철되어 있으며, 민중의 견해나 요구는 정치에 직접 반영되기에 이르고 있지 않다. 즉, 예컨대 소선거구제 등의 선거제도의 비민주성, 정치의 기본방침이 선거와는 관계없이, 재계, 여당, 관료, 군부

등 소수간부에 의해 결정되는 것, 의회에 대한 민중의 압력이나 영향을 제도적으로도 현실의 과정에 있어서도 극력 배제하는 것, 그리고 의회 내에서는 의사규칙을 침해하기까지 하면서 소수의견을 무시 내지 경시하는 것 등, 의회민주주의의 위기가 존재한다. 이와 같이 참정권을 갖는 주권자인 민중이 의회에서 국가의사 형성과정에서 배제되고 있으며, 더욱이 그 요구를 흡수하는 직접민주주의 등의 경로가 보장되어 있지 않을 때, 민중은 의회 등의 폭력에 대하여 직접적인 집단시위운동을 감행하지 않을 수 없다.

민중의 이와 같은 정치운동, 나아가서 반 자본주의운동이 고양되면, 지배층의 측에서는 거기에 대한 적극적 대항책을 취하지 않을 수 없다. 그런 점에서 오늘날 가장 중요시되고 있는 것이 매스 미디어, 특히 전파미디어를 통한 일방적인 사상통제임은 물론이다. 이리하여 현대의 가장 효과적인 표현수단을 통해 보통 언론의 일방적인 수신자 처지에 있는 민중에 대해, 집단시위운동은 자신의 직접적 의사표명을 위한 불가결한 수단이 되는 것이다.

그렇다면 집단시위운동은 어떤 목적 내지 기능을 가지고 있는 것일까? 이 점에 대해서 다음 세 가지 점을 생각할 수 있다.

① 같은 입장·의견·주장·사상을 가진 자끼리의 직접적인 결집과 확인이다. 각 개인은 집단 내에서의 토론 등을 통하여 스스로의 의사를 형성하고, 확인하고, 공고히 한다. 그리고 개인에 있어서보다 한층 넓은 시야와 연대를 가져온다. 거기에는 사상·언론·집회 등 자유의 보호가 불가결의 전제로 되고 있다.

② 집단의 일치된 견해 내지 주장을, 불특정다수의 시민에 호소하고, 선전하고, 그 지지·동조를 구하는 것이다. 그것은 매스 미디어로부터 배제된 민중이, 스스로의 힘으로 여론 형성에 참가하는 하나의 행위이다. 그것은 시위행진에서의 여러 가지 (깃발, 구호, 노래, 전단 돌리기 등등) 행동으로 달성된다. 여기서도 시위행진의 자유와 함께 사상·언론 등 자유가 불가분으로 결합되어 있다.

③ 의회나 정부 등 국가권력기관에 대한 집단의 의사·주장 전달이 있다. 선거 때만이 아니라, 항상적인 민중의 국정에의 참가로서 중요하다. 그것은 또한 현대에서도 청원권의 행사와 결합되어 행해지기도 한다.

[2] 헌법상의 제 문제

이리하여 집단시위운동은 집회라는 형태를 취하든 행진이든, 다수가 공동의 의사와 목적을 가지고, 그것을 일정한 방법·수단으로 공공연히 표현하는 행동이라고 할 수 있다. 그것은 대부분 사회에서의 소수의견의 표현이라는 성격을 지니며, 그러므로 국가권력의 간섭이나 제한을 배제하고, 그 자유는 보장되어야 한다.

집단시위운동의 자유는 헌법상, 역사적으로도 집회의 자유에 포함해서 생각되어왔지만, 현대의 그 다양한 형태로 보아, 협의의 집회에 머무르지 않고, 넓게는 표현의 자유의 한 형태라고 할 수 있다. 단, 언론·출판 등의 표현의 자유와는 달리, 그것은 첫째로 시민 개인의 행동이 아니라, 조직된 집단의 행동이며, 둘째로 건조물·공원·도로 등 일정한 장소의 이용을 전제로 하고 있다는 점에서 특색을 가지고 있다.

첫째 점에서는, 집단의 성격과 행동이 보장되어야 할 자유와의 관계에서 문제가 된다. 언론시장에 개인으로서의 참가할 수 없으며, 또 참가한다 하더라도 발언력·영향력을 가질 수 없는 시민이 집단의 일원으로서 언론시장에 참가하는 것이지만, 그 경우, 집단에는 여러 가지 성격의 것들이 있다. 즉 노동자의 조합뿐 아니라, 파시스트 단체도 있을 수 있다. 다만 집단시위운동에 있어서의 의사표현이라는 점에서는 조직된 민주적인 집단의 민주적 행동이야말로 보장될 가치가 있으며, 또 효과 면에서도 유익하다고 생각

된다. 시위운동에서 물리적 위력을 보이는 것, 나아가 파시즘과 같이 강압적·군사적 힘을 과시하는 것도 생각할 수 있지만, 법적 규제의 점은 별문제로 하더라도, 시민 등에 대한 의사 표현이라는 점만 본다면, 여기서도 다수가 참가하는, 규율과 통일이 있는 행동으로써 민주적 설득을 해나가는 것이 중요하다고 판단된다. 그러기 위해서는 노동조합·대중단체·정당 등에 의한 조직성과 지도성, 그리고 민주성의 존중과 확보가 필요하다. 그리고 신조의 문제는 제쳐두고, 다른 집단의 행동을 방해·파괴하고, 민주성을 부정하는 행동이 시민의 권리·자유를 침해하는 한 법적 책임을 지게 됨은 명백하다.

둘째 점에서는, 집단시위운동이 공고의 장소를 이용할 경우, 특히 공도에서 교통단속의 견지에서 하는 규제문제가 생기며, 또 그 장소가 국가 또는 공공단체가 관리하는 공공시설에 속할 때, 사용허가의 문제가 발생한다. 후자에 대해서는 민중 측에서 공공시설의 '독점적 이용을 적극적으로 요구하는 권리'로서 집단시위운동의 자유를 구성하는 것의 문제가 제기되고 있다. 이 사실은 집단시위운동의 자유를 오로지 국가에 의한 간섭·침해의 배제라는 자유권적 관점에서 파악해온 종래의 연구에 대해, 그 기초 위에 더 나아가 그 자유를 지탱하는 장소적 조건의 보장을 구가 또는 지방공공단체에 대해 청구할 권리로서 구성한다는 점에서 중요한 문제를 제기하고 있다. 이는 앞에서 본 사회주의헌법에서의 자유보장의 형태와 자본주의사회라는, 그 기초가 되는 사회구조에 차이는 있어도 공통되는 문제를 내포하고 있다고 할 수 있다. 그런 의미에서도 이 점에서의 성격규정과 구성을 어떻게 할 것인가는 하나의 과제일 것이다. 이 문제는 이제까지 국가 또는 지방공공단체의 공물 관리권자에 대한 사용허가 청구라는 점에서 일정한 공공시설의 존재를 전제로 하고, 그 틀 안에서 처리되어 왔다고 생각되는데, 앞에서와 같은 관점에 설 때, 예를 들어, 집단시위운동을 하는데 필요한 건물·공원 등이 공공시설로서 존재하지 않을 경우, 혹은 다른 집단에 의한 사용과 경합할 경우, 민간의 것이든 다른 별도의 시설을 공공시설과 동일조건(예를 들어, 사용요금에 대한 일정한 공적 보조)으로 제공할 것을 청구할 수 있는 것이 되는 것일까? 이와 같은 문제를 포함해서 이 과제는 집단시위운동의 자유의 적극적 전개에 있어서 하나의 중요한 논점이 되리라 생각된다.

그리고 집단시위운동에 관하여 그것이 의회 등 국가권력기관에 대한 의사표시와 전달의 수단인 측면을 갖는다는 점에서 그것을 참정권적으로 이해하는 경향이 있다. 그러나 그와 같은 '참정권적 요소'는 집단시위운동을 표현의 자유의 일환으로 파악할 경우, 표현의 자유가 대의제에 있어서의 선거의 전제조건이라는 의미에서, 당연히 포함되는 것이 아닐까? 그리고 그 '참정권적 요소'가 집단시위운동의 주요한 측면이라고도 할 수 없다고 할 것이다. 또 집단시위운동을 참정권으로서 구성하면 참정권이 일정한 연령제한을 받거나 그 밖에 헌법 하의 법률에 의해서 여러 가지 규제를 받고 있으므로 집단시위운동에 대한 국가권력의 개입의 여지를 주는 결과가 된다. 이런 점에서도 집단시위운동은 기본적으로 자유권으로서 파악할 필요가 있다.

4. 법적 규제의 논리

집단시위운동의 자유가 현대 자본주의국가에서 어떻게 보장되어 있는지를 보기 위해서는, 집단시위운동의 자유의 범위가 어디서 어떻게 정해져 있느냐는 것, 혹은 사회의 실태에 비추어 본다면, 집단시위운동의 자유에 대하여 어떤 법적 제한이 과해지고 있으며, 그것이 헌법상 어떻게 자리가 매겨지는지를 밝혀야 한다. 그것은 또한 그들의 법적 규제의 근거에 집단시위운동에 대한 어떤 이해와 파악방식이 있느냐라는 문제와 관련이 있다. 그와 같은 문제를 추구하는데 있어서, 유럽·미국의 이 과제에 관한 법 현상을 망라적으로 검토하는 것은 현재 연구수준으로서는 어렵다. 그래서 여기서는 법제대상·이론상의 세세한 점은 생략하고, 법적규제라는 관점에서 집단시위운동관을 중심으로, 그것에 약간의 일반적 문

제점을 지적하고자 한다.

[1] 시민 이익과의 관계 - '집단폭력'론 등

집단시위운동에 관한 법적규제를 보면, 그 규제대상에서 관혼상제 등의 관습적 행사에 있어서의 행렬·행진 등이 제외되어 있는 경우가 있다. 이 사실은 간접적으로 정치적인 시위운동 등이 이들 법규의 규제대상으로 되어 있음을 가리키고 있다. 시위운동 일반 중에서 정치적인 것이 특히 규제된다는데 우선 문제성이 있다고 하지 않을 수 없다.

그런데, 그들 규제법규에서는 집단시위운동을 어떻게 파악하고, 그 어떤 측면에서 무엇을 보호법적으로 하고, 어떻게 법적으로 규제하느냐는 점이 문제가 된다. 그것을 입법이유이든 법규에 관한 판례 등에서 개괄한다면 다음과 같이 지적할 수 있다. 즉 집단시위운동은 그 자체는 자유를 보장받아야 하는 것으로서 파악되지만, 동시에 범죄화 할 위험성을 내포하고 있으므로 범죄 예방의 관점에서 사전에 규제해야 한다는 것이다. 현대 치안입법은 집단시위운동을 반체제·반권력적인 사상의 표현이기만 하면 일방적으로 금지해버린다는 노골적인 짓은 하지 않고, 그 사상과 관계없이 일단 표현의 자유의 일환으로 그것을 인정한다. 그러나 그것은 한편으로 집단행동이기에 때문에 집단의 힘에 의거하여 감정이 흐르는 대로 행동하고 폭력화 하고, 시민의 이익·공공의 질서를 침해할 위험성을 가지고 있다고 본다. 이것은 일본 법원 판결에 잘 나타나 있는 사고방식이다. 아니면 영국 1936년 공공질서법이나 독일 1953년의 집회법처럼 직접적으로는 파시즘운동에 대한 일정한 규제를 의도하면서도, 집단시위운동이 정치적 성격을 가지고 있으며, 그 남용으로 인해 사상의 자유를 일체 부정하고 '자유민주적 기본질서'를 침해할 위험성을 가지고 있다는 논리를 구성한다. 이리하여 이와 같은 위험성을 방지하기 위해서는 사후규제가 아닌, 행정청에 의한 예방을 위한 필요최소한도의 사전규제로서 신고제 내지 허가제가 인정되어야 한다고 주장된다.

우선, 집단시위운동을 규제하면서 그것이 범죄화 폭력화할 위험성을 본래적으로 내포하고 있다는 논리에 대해서, 일본 판례는 집단시위운동에 수반해서 개별적·우발적으로 일어날 수 있는 위험성을 '군중심리의 법칙'과 연결시켜 전체를 판단하고, 집단시위운동을 범죄시하는 논리구조를 가지고 있다.

(중략)

집단시위운동이 폭도화·폭력화 하는 일은 (외부적 도발 없이는 거의 있기 어려운 일이지만) 그 사회에서 집단시위운동의 자유가 존중되고, 그것이 여론이나 국정에 반영될 가능성과 보장이 있다면 본래 있을 수 없는 일이다. 문제의 핵심은 바로 이 점에 있다고 할 수 있다.

집단시위운동이 시민의 이익과 충돌하는 경우, 구체적으로는 도로교통, 공공시설 이용, 조용함을 요구하는 시민생활과의 마찰 등등의 문제가 있다. 여기서도 기본적으로는 집단시위운동의 현대적 의미에 대한 이해에 입각해서 생각되어야 한다. 시민의 이익·권리는, 집단시위운동이 갖는 높은 사회적 가치와, 그것이 결국은 시민 스스로의 이익에도 연결된다는 의미에서 일정한 제약을 감수해야 한다. 그러나 동시에 시민의 이익·권리 보장이 필요할 경우에는 행정청을 통해 일정한 이익조정이 이루어져야 한다. 그 경우 집단시위운동에 대해서는 그 표현 내용과 관계없이 참가 인원수, 시간, 장소 등 순전히 외형적 측면에서만 조정되어야 한다. 따라서 그것은 관혼상제 등 행진과 완전히 평등하게 다루어져야 한다.

[2] '질서 옹호'론

법적 규제의 또 하나의 측면으로서, 앞에서 본 바와 같은 의회·재판소 등 국가기관의 직무방해 규제라는 관점에서 (즉 공공질서의 관점에서) 사전에 규제하는 경우가 현대 자본주의국에서 일반적으로 발견된다. 그러나 '공공질서'라는 관념은 일반적·추상적이며, 따라서 거기에 시민적·개인적 법익 뿐 아니라, 초개인적·국가적 이익을 도입할 가능성이 생긴다. 그리고 그 공공의 질서 관념에 대한 법적 해석권이, 그리고 집단시위운동이 공공질서에 위반하는지 여부의 인정권이 일차적으로 행정청(경찰)에 내맡겨져 있다. 따라서 그 법규의 운용은 권력의 관점 내지 이익에서 반권력적·반체제적 집단시위운동을 언론의 장에 등장하기도 전에 규제하는 일이 흔히 일어나는 것이다.

이런 경우 자본주의의 자유주의 단계에서는, 자본주의의 발전기이자 또 식민지로부터의 착취·수탈에 의하여 경제적으로도 사회적으로도 일정한 안정을 누리고 있던 지배층은 집단시위운동의 요구에 대하여 서서히 일정한 양보와 용인(容認)을 할 수 있었다. 그러나 1930년대의 자본주의의 전반적 위기 이후는, 국제적으로도 국내적으로도, 어떻게 자본주의체제의 유지를 도모하느냐가 중심과제가 되어, 노동자계급을 중심으로 하는 집단시위운동에 대해서는 법적으로 일정한 승인을 부여하지 않을 수 없는 반면, 그것이 반권력적·반체제적으로 진전되어 가는 경우, 권력의 판단 하에 이를 제한·금지하는 법적조치를 강구하지 않을 수 없었던 것이다. 그리고 거시서는 무엇보다 노동자 내지 공산주의자의 운동에 대한 규제가 실제로 큰 비중을 차지하고 있었다. 그것은 파시즘운동에 대한 규제를 의도하면서도 집단시위운동에 대한 일반적 규제를 정한 영국이나 독일의 그 후의 동향에서 나타나는 바다.

그러나 이와 같이 집단시위운동이 실질상 그 반권력적·반체제적 성격으로 말미암아 제한 금지된다는 것은 그 사회·국가의 민주적 질서 그 자체를 약화시키는 결과를 가져온다.

(중략)

이미 살펴보았듯이 집단시위운동이 사회적 규모로 일어나는 것은 결코 우연이 아니며, 현대 자본주의 체제의 모순 그 자체에 뿌리를 가지고 있는 것이다. 그것이 경제의 불황이나 지배층의 정책 실패, 정치의 부패 등일 경우에는 한층 더 격렬하게 나타난다. 이에 대하여 그 운동을 진압하고자 힘으로 임한다고 해서 그런 진압 상태가 오래 갈 리가 없다. 집단시위운동의 현대적 의의를 충분히 이해하고 지배층은 그 운동으로부터 민의를 측정해야 한다. [끝]