





자기 자신의 저작인 『영국법개론』에서 모든 독점은 마그나카르타에 위반된다고 단언하고 있다. 즉, 『영국법개론』 제 2부의 마그나카르타 제29조에 관한 주석에서 '니베르타데스에 대하여' 다음과 같이 설명하고 있다.

"니베르타데스라는 말은 세가지 의미를 가지고 있다.

첫째로 그것은 '왕국의 법'을 의미하며 이점에 있어서 이 현장은 자유로운 현장이라고 불린다.

둘째로 그것은 잉글랜드의 신민이 소유하는 자유(freedoms)를 의미한다.

셋째로 리버티즈(liberties)는 중죄인, 법외방치자(out of laws)의 동산(goods and chattels) 및 기타 같은 종류의 것들처럼, 국왕의 증여(gift)로서 신민이 갖는 특권, 또는 난파물(wreck), 유기도품(waifs), 떠돌아다니는 것(straie), 및 그밖의 같은 종류의 것들처럼, 신민이 취득시효에 근거하여 청구하는 특권을 의미한다.

(여기서 쿠크는 앞의 다시 사건을 예로 든다)

일반적으로 모든 독점은 이 대헌장에 위배된다. 왜냐하면 그것은 신민의 자유, 국토의 법에 반하기 때문이다."

쿠크가 독점이 대헌장에 위배된다는 근거를 신민의 자유에 두고 있는 것이 잘못이라는 지적도 있지만, 여기서 중요한 것은 17세기에 독점을 공격하기 위하여 마그나카르타에 호소하고, 그리고 그 위반의 이유를 신민의 자유에서 구하고 있다는 사실이다. 그런 의미에서 쿠크의 주석은 검토될 가치가 있다. 그래서 그가 주장하는 바를 더 소개한다면 마그나카르타 30조에 관한 주석 속에서 "영업 및 거래에 관한 독점은 이 대헌장에 의해 선언되고 부여된 자유에 반하며, 또 이 현장에 관한 좋은 주석인 의회의 다른 여러 가지 법률에 위배된다."라고 하고 있다. 그는 독점이 자유에 위반한다는 것을 여기서도 강조하고 있는 것이다.

쿠크의 주장은 그가 왕좌재판소의 수석 재판관(재임 1613-16년)으로서, 혹은 서민원 위원으로서(1928년 권리청원은 그가 기초했다) 일정한 한계를 지니면서도 국왕과 대결하고 신민의 자유의 옹호를 위해 투쟁한 것을 생각할 때 그 시기에 있어 상당한 영향력을 가지고 있었다고 추측된다. 쿠크의 마그나카르타 주석을 수록하고 있는 『영국법개론』 제2부는 제1부와 같은 시기에 완성되었지만 당시의 정세하에서 쿠크의 주장을 공개하는데 당연히 뒤따르는 위험을 피하기 위해 그 출판이 1641년(성실재판소가 폐지된 해)으로 연기되어있었던 사실을 주목할 필요가 있다.

### 3. 시민혁명과 '초기독점'의 폐기

#### [1] 찰스1세의 독점부여와 독점폐기의 포고

17세기의 반독점투쟁과 그 성과는 1624년 독점법의 성립을 경계로 하여 두 시기로 나누어 생각할 수 있다. 그 제2기는 다시 1660년의 왕정복고에 의해 둘로 나뉘진다고 할 수 있다. 여기서는 먼저 1624년 독점법의 성립 이후부터 장기의회의 개회까지 시기에 대하여 간단히 검토하고자 한다.

1625년의 왕위에 오른 찰스1세는 재정상 필요로 즉각 의회를 열지 않을 수 없게 되었지만 이후 그는 의회와 정면충돌하게 되었기 때문에 의회의 승인을 얻은 수입이 없어 의회 외 수입, 특히 독점부여를 남발하지 않을 수 없게 되었다. 그래서 그는 1624년의 독점법을 교묘하게 이용했다. 이 법률은 앞에서 말한 바와 같이 몇몇 적용제외를 정하고 있는데, 그 구조는 cooperation 조직에 의한 독점을 인정하고 있었다. 즉 제9조는 다음과 같이 규정되어 있다. "...이 법 또는 이 법에 포함되는 어떤 규정도 런던시, 또는 본 왕국내의 어떠한 시, 바라 또는 자치도시(town cooperate) 또는 그들 중 어느 것에든 주어진 어

떠한 권리 부여, 특허장 또는 개봉칙허장에 관하여, 또는 그들 혹은 그들의 어느 것에 의해 또는 그 속에서 사용되고 있는 하나 또는 여러 종류의 어떤 관습에 관하여, 그들 도시에 대하여 또는 어떤 기예, 거래, 직업 또는 수공업의 cooperation, company, 또는 동업조직(fellowship), 또는 상거래의 유지, 확대, 또는 질서를 위하여 설립된, 본 왕국의 어느 상인 company 또는 제단체(societies)에 대하여, 어떠한 방법으로든 확대되거나 분리하게 되어서는 아니되며, 전기의 특허장, 관습, cooperation, company, 동업조직 및 제 단체, 그리고 그들의 특전(liberties), 특권(privileges), 권한 및 면제특권(immunities)은 이 법 제정 전과 동일한 효력을 가지며 또한 계속 동일한 효력을 가질 것이, 이 법에 그에 반하는 어떤 규정에도 불구하고, 여기에 다시 의도되고, 선언되고 그리고 제정된다..." 이 1624년 독점법은 이와같은 적용제외 규정을 정해놓고 있었기 때문에 그 실질은 매우 영성한 법이었고, 이 법률이 있었음에도 불구하고 "이 제정법의 통과와 장기의회 사이에 지나간 15년간에는 그 이전의 어떤 치세에 있어서보다도 많은 company가 법인격을 부여받았고 그리고 그들중 대부분은 독점을 확보한다는 뻔한 의도를 가지고 설립되는" 상태였다. 그러나 다른 한편 위기가 심화되어 있었다는 사실도 지적하지 않을 수 없다. 찰스는 1629년부터 1640년까지는 의회를 소집하지 않고 친정을 수행했지만, 그것은 절대군주가 의회와 인민대중을 이미 통제하지 못하게 되었다는 것을 나타내고 있다. 또 1635년부터 40년까지 철저한 탄압정책을 취했지만 그것은 탄압에 의하지 않고서는 절대군주제를 유지할 수 없다는 증거였다. 그 때문에 찰스는 1640년의 단기의회 전에 일정한 독점을 폐지하는 취지의 포고를 내지 않을 수 없게 되었다. 1639년 3월 31일에는 '일정한 특허 및 commission을 취소하는 포고를 준비할 것을 명하는 추밀원령'이 공포되었고, 또 같은해 4월9일에는 '일정한 특허 및 commission을 취소하는 찰스1세의 포고'가 공포되었다. 그리고 1640년 4월 13일에 열린 의회는 찰스1세에 대한 공격의 도가니가 되어 5월5일에는 해산되었던 것이다.(단기의회)

#### [2]장기의회와 청원에 의한 독점공격

1640년 11월 3일에 소집된 이른 바 장기의회는 독점에 대한 공격과 함께 시작되었다고 할 수 있다. 이 시기의 반독점 투쟁은 팜플렛에 의한 독점공격, 청원에 의한 독점 비난, 의회에 의한 독점폐지, 길드 민주화투쟁, 재판소의 독점에 관한 판결 등으로 나눌 수 있다. 여기서 검토할 수 있는 것은 많지 않다. 우선 팜플렛에 의한 독점공격에서는 다음과 같이 묘사되고 있다. 즉, "독점에 반대하는 폭풍은 오랜 세월 물아쳤고, 그리고 1640년에 그것은 축적된 힘을 가지고 폭발했다. 많은 팜플렛이 공간되고 '악마와 같은 기업가, 저주받을 독점자를 공격하고 또 그들에 대해 승려나 재판관과 함께 지옥으로 떨어지라는 벌을 선고했다.'라고 전해진다.

장기의회가 시작한 직후인 1640년 11월에는 많은 청원이 서민원에 제출되었다. 그 당시의 기록속에 보이는 청원은 이 일을 명확하게 나타내고 있다. 그들 중 몇가지 예를 든다면 다음과 같다.

① 1640년 11월 18일 (서민원에 대한) 주점(Cooper)의 청원. 그들은 헨리7세 제16년에 설립된 오랜 company로서, 또 런던시의 자유인이며, 따라서 특히 런던시내에서는 그들의 영업에 어떤 간섭도 받지 말아야 한다. 과거 장기간 그들은 상인으로부터 포도주를 구입하고, 그것을 포도주 상인으로서 소매로서가 아니라, 용기 및 포도주의 작은 통으로 다시 판매하는 것이 보통이었다. 1638년 청원인들이 4만 파운드액에 이르기까지 포도주를 구입했을 때 포도주 상인들은 국왕에 대해 통 당 40실링을 지불할 약속을 함으로써 주점이 포도주를 판매할 것을 금지하는 포고를 국왕으로부터 끌어냈다. 그것은 주점이 물을 탕다는 것을 핑계로 해서 었지만 실제로는 그 모든 영업을 그들 자신의 손에 넣기 위함이었다. 그리하여 그뿐만 아니라 포도주 상인과 맥주 양조자는 제정법에 의해 허용되어 있는 것 이상으로 주점을 그들의

집에 가뒀는 것이다. 고충구제를 청원한다.”

② 1640년 11월 23일 “담배거래를 하고 있는 식료잡화상인 및 폐하의 충실한 신민인 그 외 사람들의 청원. 그들은 담배 매매의 면허 부여에 관하여 피 수여자의 지배 때문에 그들이 겪고 있는 압박에 불평을 말하면서 구제를 청원하다.”

③ 1640년 11월 25일 “런던의 펠트(felt) 제조자들의 청원. 그것은 그들과 같은 영업을 하는 일정한 범버가 ‘비버제조자(Beaver Makers)’로서 그들의 법인격을 획득하고 청원자들에게 큰 손해를 준데 대하여 구제를 청원하다”

④ “런던시의 와이어 판매자 및 와이어 제조자의 청원. 그들은 성실재판소 및 기타 재판소에서 그들에게 제기되는 濫訴(vexatious suits), 및 핀 제조자라고 불리는, 새롭게 설립된 company에 대하여 국왕으로부터 부여된 독점에 의해 그들의 영업에 과해진 여러 제한의 불평을 말하다 구제를 청원하다”

⑤ 1640년(일월 불명) “런던의 비단상인의 청원. 그들의 영업은 生絲, 금사, 및 은사의 구입, 염색, 및 판매, 그리고 그들로서 제조된 몇몇 제품으로 이뤄져 있었다. 그들은 윌리엄 미들튼 경 및 그 외의 자가 특허와 포고를 획득하여 그에 근거하여 런던에 사무소를 설립하고 그 사무소에서 생사의 모든 포장이 등록받을 것을 요구받고, 그리고 과중한 요금에 그 등록에 과해지는데 대한 불평을 말하다. 구제를 청원하다.”

⑥ 1640년부터 41년 4월 3일 “양피거래를 하는 상인의 청원. 토마스 그로바 경에게 부여된 물개모피의 특허가 회수되어 있음에도 불구하고 그것이 여전히 효력을 지니고 있어 모피 한 장당 15펜스가 엄하게 징수된다. 그 문제에 관한 신속한 명령을 청원하다.”

⑦ 1641년 “피혁판매업자 및 기타의 피혁거래업자단체의 청원. 토마스 그로바 경에 대한 폐하의 개봉특허장에 근거하여 수입된 피혁에 과해지는 조세의 결과 영업에 대해 큰 손해가 날 것 같다. 왜냐하면 짐승가죽의 매매가 매우 감소되어 있기 때문에, 이런 사정이 없었더라면 완제품으로 만들어질 많은 피혁이 가치 없는 것으로서 폐기되어 있기 때문이다.”

이들 청원은 각각 주점, 담배를 거래하는 식료잡화상, 펠트 제조자, 와이어 업자, 비단상인, 양피상, 피혁업자 등 가지각색 업자로부터 제출되어 독점을 비난하는 역할을 수행하고 있는 것과 동시에 문제의 심각함을 명확하게 제시하고 있다. 또 장의회의 개최 전이지만 런던시민이 청원을 제출하고 있는 예를 들자면, 청원자들은 “상품에 대한 절박한 그리고 비정상적인 세 부담...영업을 쇠퇴시키는 독점, 특허 및 보증(warrants)이 많다는 것...”를 그들의 고충으로서 제시하고 있는 것이다. 그 청원도 문제의 긴급성을 말하고 있다.

### [3]의회에서의 반독점운동

의회에서의 독점비판은 먼저 독점과 관련된 의원을 제명하는 일부터 시작했다고 할 수 있다. 1640년 11월 3일에 소집된 의회는 이미 9일에는 “모든 기업자 및 불법한 독점자 또는 독점이나 기업으로부터 어떠한 이익을 받고 있는 자는...본 의회의 명령에 따라 의원으로서 의석을 가질 수가 없다.”라는 결의를 했다. 또 같은 달 12일에는 “여기에 있는 누군가가 어떠한 기업자 또는 독점자이든 알고 있다면 그는 그자의 이름을 밝혀야 한다는 것이 발의되었다.” 나아가 같은 달 16일에는 “독점 또는 기업에 관한 왓킨스 씨 및 그밖의 자의 비행을 심사하고, 그리고 독점자 또는 기업자에 반대하는 명령이 작성된 이후, 그 명령에 위반하여 누군가가 이 의회의 의석을 가지고 있는지를 조사하기 위한 위원회로서 지명된 서민원 의원이름의 성명의 일람표”가 기록되어 있다. 이와같은 독점관계 의원 조사위원회의 설치와 그 활동의 결과 1641년 1월 21일 서민원은 11월 9일의 독점반대 명령에 따라 4명의 의원을 제명하기에 이르렀다.

즉, 이날 퍼드(Perd)씨가 독점관계 의원 조사위원회의 보고를 하고, 그 보고에 근거하여 결의가 이루어졌다.

의회에서는 이와같은 독점관계 의원의 추방과 함께 독점에 대한 비판연설이 감행되었다. 1640년 11월에 존 콜페퍼(Sir. John Colepeper)는 다음과 같은 매우 유명한 연설을 했다. “저는 여러분에게 제출할 또 하나의 고충을 가지고 있다. 그러나 이 하나는 많은 것을 포함하고 있다. 그것은 별집 혹은 해충의 큰 무리이며, 그들은 이 땅에 들어왔다. 즉 저는 독점이나 인민의 지도자를 의미하는 것이다. 이들은 이집트의 개구리처럼 우리의 주거를 점거하여 그로 인해 우리집에는 그들이 없는 방은 거의 없다. 그들은 우리의 컵에 입을 대고, 우리의 접시에 손을 대고, 우리의 벽난로 앞에 앉아 있다. 우리는 그들이 염색통이나 세숫대야나 분통 속에 있는 것을 본다. 그들은 요리인의 박스 속에서 그들과 이익을 나누고 그들은 머리끝에서 발끝까지 우리에게 표지를 찍는다. 의장, 그들은 우리에게 조금도 양보하지 않는다. 우리는 그들의 중개료 없이는 우리 자신의 옷도 살 수 없다.” 그리고 그는 “의장, 저는 여러분에게 왕국의 외침을 전한 것이다. 저는 여러분에게 그들의 희망을 말하고자 한다.”라고 말했다.

의회에서는 1641년 12월 1일에 찰스 1세에게 ‘청원을 수반하는 대항의문’이 제출되었다. 이 항의문에서는 204항목중 제1항부터 119항까지는 치세 당초 이후의 실정사실과 이에 의한 국민의 공상, 제120항부터 180항까지는 장의회의가 행한 각종 교정책과 이를 방해했던 귀족원의 감독 및 구교파적 의원의 책모, 제181부터 204항까지는 교회개혁문제를 중심으로 하는 앞으로의 개선책을 주로 다루고 있는데, 그 제27항은 “비누, 소금, 포도주, 가죽, 석탄의 독점, 및 얼마간은 가장 보통의 필요한 용도에 사용하는 모든 것의 독점”, 제 28항은 “신민의 주거, 영업 및 기타 사업의 있어서 그들의 자유에 대한 제한”, 또 제 36항은 “상인이 그들 자신의 이익이 되는 항구에 그들의 상품을 내릴 것을 금지당하고, 그리고 독점자 및 기업자에게 큰 이익이 될 장소에 그것들을 운반하는 것을 강제당하는 것”을 호소하고 있다. 그리고 제115항에서는 “독점 중 한 해 100만파운드를 넘어 신민에게 손해를 준 독점은 모두 억압되어야 한다.”, 제116항에서는 “비누는 10만 파운드”, 제117항에서는 “포도주는 3만 파운드”를 넘는 독점은 폐지되고, 제118항에서는 “가죽은 앞의 양자를 넘을 필요가 있고 그리고 소금은 그것보다 적지 말아야 한다.”, 또 119항에서는 “계다가 하위의 독점은 그것들이 정확하게 계산해낼 수 있다면 큰 액수가 될 것이다”라고 주장되고 있다.

비판받고 혹은 폐지된 이들 독점은 ‘초기독점’의 종류로 말하면 ‘산업독점 내지는 수익특권이며 중세적 길드나 17세기 초의 공격받고 있었던 모험상인조합 그리고 기타의 특권적 무역 company는 그 지배적 지위에 있었던 대상인들이 혁명진영에 들어가 있었기 때문에 1640년부터 42년 시점에서는 혁명진영으로부터 공격받는 일은 없었다. 그러나 Dobb가 말하듯이 “이런 사람들이 의회 진영내의 주요한 극우세력 이었던 것은 명백하며, 그들은 국왕에게 압력을 넣어 그들의(대권) 중 어떤 것을 포기케 하는 일에 반대하지는 않았지만, 그렇다고 해서 국왕과 완전히 결별하는 것까지는 바라지”않았던 것이다. 그 때문에 혁명이 내전으로 돌입하고 장로파의 세력을 떨구면서 나아감에 따라 새로운 형태의 반독점투쟁이 출현했다. 그 하나는 모험상인조합 및 기타 특권적 무역 company에 대한 공격이었으며, 또 하나는 길드 민주화투쟁이었다. 지면계약상 길드 민주화 투쟁에 관한 검토는 생략하고, 전자에 대해서만 고찰한다면 “이 나라의 고귀한 그리고 최고의 권능인 소집된 의회의 서민원에 대하여” 평등파가 1647년 8월에 제출한 “신의 영광, 나라의 자유, 및 모든 사람들의 평화를 열심히 회구하는 수천명의 조출한 청원” 속에서 “모든 새롭고 위법한 특허는 귀하(=서민원)에 의해 폐지되어 있지만, 그러나 모험상인 및 기타의 억압적 독점은 여전히 존속되고 있으며 인민의 자유를 크게 감소시켜, 직물 또는 기타 모직물업에 의지하는 모든 근로인민에게 커다란 손해를 주고 있으며(그것이 이 나라의 주요상품이기 때문에), 또 모든 종류의 영업자 海員에게 커다란 실의와 불이익을 주면서 또 선박과 항해를 저해하고 있다”라고 호소하고 있다. 또

같은 해 8월 1일에 독립과가 제출한 '군대에 의해 제출된 제안요강'에는 "모든 독점 및 영업의 자유에 대한 제한이 제거되어야 한다."라는 항목이 눈에 띈다. 나아가 1648년 1월에 "잉글랜드의 최고의 권능인 의회에 소집된 서민원에 대하여" 제출된 '자유'의 몸으로 태어난 이 나라의 많은 인민의 열심인 청원' 속에서는 다음과 같이 청원되고 있다. "모든 종류의 독점은 이 고귀한 의원에 의해 국토의 기본법에 반한다고 선언되어 왔으며, 영업에 대한 이와같은 모든 제약은, 그 결과 자유 뿐만 아니라 재산마저도 손상시키기 때문에 어떠한 것이든 모든 독점 특히 저 억압적인 모험상인조합이 즉각 폐지되고 그리고 자유로운 영업이 회복되어야 한다는 것, 및 모든 독점획득자가 국가, 특히 그들에 의해 침해를 받은 개개의 당사자에 관하여 충분한 보상을 할 수 있고, 또 이 나라에서 유력하고 책임있는 어떠한 직책도 가질 수 없도록 해야 한다는 것, 및 그들이 이 의원의 의석을 갖는 것에 반대하는 1640년 11월 19일의 의회결의가 즉각 적절하게 실행되어야 한다는 것" 이 1648년 1월 청원 중 여기에 열거한 항목에는 당시까지의 독점에 관한 문제가 요약적으로 제시되고 있다. 그리하여 특히 모험상인 조합이 '억압적' 이라고 형용되어 즉각 폐지되어야 한다는 것이 청원되고 있다는 사실에 주목해야 한다.

이 장기의회의에서의 반독점운동은 제임스가 말하고 있듯이 "모든 독점을 폐지하는 일반적이고도 포괄적인 법률을 통과시키기 위한 것이었다고 생각될지 모른다." 그러나 "그들이 채용했던 공격의 방법은 개개의 권리부여를 비난한다"는 방법이었던 것이다. 그 결과 예를 들어 산업독점에 분류될 수 있는 비누독점처럼 "찰스 치하에서와 마찬가지로 장기의회 및 호민관 아래에서도 승인을 얻는데 성공했던" 것도 있었지만 많은 '초기독점'은 폐지되고 개개의 분야에서 '영업의 자유'의 성립이 달성되었다고 볼 수가 있다. 다시 제임스에 기대한다면 "산업사 분야에서는 독점의 실질상 폐지가 1640년과 1660년 사이에 이루어진 가장 구체적인, 그리고 성공을 거둔 전개였다는 사실에 아무런 의문이 없다"

#### [4] 독점에 관한 재판소의 판결

시민혁명기의 독점에 관한 재판소의 판결은 많지 않고 여기서는 헤이즈(Hays) vs 하딩(Harding) 사건을 보기로 한다. 이 사건의 판결은 문제가 된 특허를 1624년의 독점법 적용을 받지 않는다고 한 것이었고, 독점을 무효라고 선언한 것은 아니었지만 일단 특허가 신민의 자유와 영업의 자유에 위배된다는 인식이 엿보이는 점에서 중요한 의미를 가지고 있다. 이 사건의 사실은 다음과 같다. 국왕은 1637년 5월 22일자 개봉특허장에 의해 비누제조업 난립을 방지·개선하고 그 영업을 보다 효율적으로 관리하기 위해 잉글랜드와 웨일즈에 하나의 비누제조단체(body cooperate)가 존재하도록 명령했으며, 그리고 그 특허장은 그 단체가 도제에 관해서 배타적인 권한을 가지고 영구히 존속할 것을 인정하는 것이었으며 이와같은 특허장의 대가로서 단체가 비누에 대한 조세외에 국왕에게 4만3천파운드를 지불한다는 내용이 있었다. 문제는 이것이 법인격 부여의 유효한 칙허장인지, 혹은 제임스1세 치세 제21년 법률 제3호(1624년 독점법)에서 말하는 독점에 해당하는지라는 것이었다. 재무재판소는 1656년에 다음과 같은 판결을 내렸다. "본 재판관은 이 특허는 독점에 반대하는 전기 법률의 적용을 받지 않는다고 생각한다. 일반적인 그리고 통속적인 판단은 이와같은 모든 특허에 크게 반대하며, 신민의 자유와 영업의 자유에 반하는 것으로서 그것을 이해하기도 전에 비난하지만 이를 보다 신중하게 검토하는 자는 그렇게 경솔하지도 무분별하지도 않다. 왜냐하면 진지하게 검토한다면 영업의 적절한 규제 및 질서 그리고 그들에 대한 보다 나은 관리에 도움이 되는 특허와 규칙이 언제나 법에 의해 허용되어 온 것은 확실하기 때문이다. 그러나 영업, 상업 및 제조업을 하나 또는 몇 개의 손 안에 독점시키는 일은 이미 불합리하고 부당하다고 늘 판시되어왔다. 따라서 본 재판관은 ...쿠크의 판례집 제11권에 있는 독점사건(앞에 나온 다시 vs 알랜 사건)에는 동의하지만, 그러나 우리의 이 사건은 완전히 별개이다. 그 이유는, 이 사건에서는 이 영업을 행하

고 있는 많은 사람들로 이루어지는 법인(격 부여)가 존재하고 다른 모든 사람들이 그들의 도제 기간을 끝까지 근무한다면, 입회가 허용되는 자유가 주어지고 있는 것이다. 그리고 그들은 자유를 갖지 못하고 있지만 그 단체의 허가를 얻어 입회가 허용된다. 그 차이는 많은 선례에 기초를 가지고 있다."

이 사건에서는 첫째로 재판소도 인정하고 있듯이 일반적인 그리고 통속적인 판단에 의하면 이와같은 모든 특허는 신민의 자유와 영업의 자유에 반하는 것이 일단 인식되고, 둘째로 1602년에 다시 vs 알랜 사건과 이 사건이 구별되고 있다는 점이 주목할 만하다. 이 사건은 의회가 칙허장을 무효로 하지 않았기 때문에 독립적인 비누제조업자가 1624년 독점법에 위반하고 있다고 해서 제기했던 소송이었지만, 그러나 피고인 런던company는 유복했기 때문에 특별 평결, 오심영장(writs of error) 등 판결을 연기하기 위한 온갖 종류의 수단에 기대며 12년간 이상에 걸쳐 싸워 드디어 승소했던 것이다. 『서민원의사록』에 의하면 상소된 것 같지만 1657년 6월 26일에는, 소송절차는 의회의 명령에 의해 정지되었다. 비누독점은 이와같이 재판소의 판결에 의해서도 유효라는 결과가 나온 것이다.

#### 4. '영업의 자유'의 성립

##### [1] 왕실광산법과 권리장전

1660년에 왕정복고 후에 있어서는 산업보호적인 성격을 갖는 마인즈 로이알과 같은 특권이 부활하여 '초기독점'은 더욱 문제가 되지만 여기서는 지면관계상 1688년 명예혁명 시기의 그와 같은 특권의 폐기로 한정하여 1688년의 왕실광산법과 1689년의 권리장전을 중심으로 간단한 고찰을 시도해본다. 1688년에 왕실광산법, 즉 '금은을 증산하는 것에 반대하는 헨리 4세 치세 제 5년에 만들어진 제정법을 폐지하기 위한 법률'은 윌리엄과 메어리 치하에서 제정되고 그 제3조에는 "구리, 주석, 철, 혹은 납 등 어떠한 광산도 금 및 은이 거기서 나온다고 하더라도 이후 왕실광산이라고 판단되어 간주되고 또는 오해되어서는 안된다."라고 규정되었다. 이 법률에 의해 "이들 금속의 광업권은 최종적으로 국왕으로부터 박탈되어 토지소유자에게 보장되었다. 그리고 그 결과 악명높은 광업독점, 즉 마인즈 로이알, Mineral and battery Works, 및 나중에 이들 두 독점의 결합체인 왕실광산단체의 존재이유는 일소되었던" 것이다.

또 유명한 권리장전, 즉 '신민의 권리 및 자유를 선언하고 또 왕위 계승을 정하는 법률'은 "제임스 2세는 그가 기용한 온갖 사악한 고문관, 재판관 및 정신의 보좌에 의해 신교 및 우리 왕국의 법률과 자유를 다음과 같은 수단으로 파괴하고 근절하려고 기도했다" 라고 하면서 우선 첫째로 "의회는 동의없이 법률을 무시하고 법률을 집행하지 않는 권한, 법률의 효력을 정지시켜, 법률의 집행을 정지할 권한을 참취하여 행사했으므로" 라고 말하고 있다. 권리장전에서는 독점이라는 말은 사용되어 있지 않지만, 여기에서 말하는 '법률의 무시'라고 하는 것은 독점의 문제에 비추어 생각하면 "국왕이 국왕대권에 의해 법을 무시하는 것"이며 "국왕은 당시 효력을 가지고 있었던 법에 대한 숙보이는 구실에 의한 해석으로서 또는 공공연히 법을 회피함으로써 의회를 무시하고 독점을 부여하고 있었다."는 것이었다고 이해되고 있다. 그래서 '권리장전'은 "승속의 귀족 및 서민은 (그들의 조상이 같은 경우에 행했듯이) 그들의 고래의 자유와 권리를 옹호하고 주장하기 위하여" 라고 하면서, "(1) 국왕은 왕권에 근거하여 의회의 승인없이 법률의 효력을 정지시키고, 또는 법률의 집행을 정지시킬 수 있는 권한이 있다고 말하지만 그와같은 행위는 위법이다. (2) 국왕은 왕권에 근거하여 법률을 무시하고 또는 법률의 집행을 하지 않을 권한이 있다고 말하고 최근 이와같은 권한을 참취하여 행사했으나 그와 같은 행위는 위법이다."라고 선언하고 있다. 그리고 이 권리선언에 의해 "독점자에게 우호적인 국왕과 독점자에게 적대적인 의회사이의 장기에 걸친 잠재적인 투쟁은 최종적으로 의회에 유리하게 해결되었다"라고 말할 수 있을 것이다.

이와같이 하여 '초기독점' 명예혁명을 획기로 해서 최종적으로 해체되었고 '영업의 자유' =경제적 자유가 성립했다. 그것은 국왕과 의회와의 항쟁 사이에서 성립되었다고 할 수 있을 것이다. 그러나 17세기의 반독점운동을 단순히 '초기독점'에 반대하기 위한 것이었다고 보는 것은 문제의 본질의 한 측면만을 보고 있는데 지나지 않으며, 나아가 초기 독점을 지탱하는 권력적 기초인 절대군주제에 대한 권력투쟁, 즉 부르주아 혁명운동의 일환으로서 전개되었다고 보는 것이 마땅할 것이다. 바꾸어 말하면 영국혁명은 초기 독점을 신민의 자유, 특히 영업의 자유에 반한다고 하면서 그것을 폐지함과 동시에 그 기초인 절대군주제를 타도하고 자유경쟁을 실현했던 것이다. 영국의 절대군주의 산업정책인 로이알 마칸틀리즘(Mercantilism)은 붕괴했지만 의회주권을 확립한 의회는 자유방임정책을 채택하기 까지에는 이르지 못하고 의회적 폴베르주의, 즉 보호무역정책을 채용했다. 새로운 의회의 정책은, 국내산업에는 영업의 자유를 가급적 인정하고, 외국무역은 보호한다는 내용이었던 것이다.

## [2] 국왕대권과 '영업의 자유'

영국혁명기에 있어서 '초기독점'의 폐기=영업의 자유의 성립은 경제적인 문제임과 동시에 매우 법적인 문제이기도 하다. 한편으로 국왕대권에 기초를 둔 '초기독점'이 존재하고 다른 한편으로 그와 저촉되는 '신민의 자유(특히 '영업의 자유')가 주장되고, 양자의 대립항쟁이 의회에서의 가장 중요한 문제가 되었다는 것은 거기서 법이 수행한 역할이 매우 컸다는 것을 의미한다. 1966년에 출판된 『영국법사회사』의 저자 하딩(Alan Harding)은 "16세기의 첫째 만큼 영국사회의 역사에서 법이 중요한 역할을 수행한 일은 없었다. 그 이유는 정치상의 쟁점이 그 당시 신민의 권리에 대립되는 것인 국왕의 권리였기 때문이다." 라고 밝히고 있다. 이 일은 17세기가 '법의 지배'의 역사에서 중요한 의미를 가지고 있다는 사실에서도 수긍할 수 있을 것이다. 그리고 여기서 가장 주목해야 할 일은 그 당시의 기록에서 이미 명백하듯이 '신민의 자유' '영업의 자유'라는 주장이 독점과의 관련해서 (특히 그에 대립되는 개념으로서) 주장되고 있다는 사실이다. 독점 이외의 문제에 관하여 '신민의 자유'가 어떤 식으로 주장되고 있는지에 대한 연구가 없는 현 단계에서는, '신민의 자유'라는 주장이 '초기독점'을 폐기하기 위한 투쟁 속에서 생겨나왔다고까지는 단정할 수 없다고 하더라도, 마치 오늘날 여러 나라에서 헌법위반 혹은 인권침해라는 말로써 여러 가지 문제를 비판하는 것처럼, '신민의 자유에 반한다' 혹은 '영업의 자유에 반한다'라는 용어으로써 독점을 비난하고 있었다고 볼 수 있을 것이다. 바꾸어 말하면 '신민의 자유'와 거의 동의어로서 사용되기도 했던 '영업의 자유'는 국왕대권에 기초를 둔 독점과의 대항 속에서, 영국혁명기에 성립됐다고 볼 수가 있는 것이다. 이 사실을 다소 일반적으로 표현한다면 영국에서의 인권은 국가권력과 권력의 지배를 받는 인민과의 대항관계 속에서 생겼다고 할 수 있을 것이다. 따라서 보편적·초역사적인 인권(사상)의 존재를 전제로 한 후에 국가가 그것을 보호하는 역할을 담당한다고 생각하는 자연법 사상(예를 들어서 존 로크)을 가지고는 영국시민혁명기에 있어서의 인권의 성립을 설명하기는 불가능하다.

## 영업의 자유

### - 그 성립의 역사적 조건 -

다카하시 코하치로 (高橋 幸八郎)

일반적으로 '영업의 자유' ('이전의 자유', '직업선택의 자유'도 여기에 포함된다)라고 불리고 있는 근대 시민사회의 여러 원칙=기본적인권의 법적 형식이, 각각의 나라의 구체적인 역사 발전과정에 조용하면서, 어떻게 상이한 경제적 내용을 혹은 '사회적 혼'을 포괄하고 있는지를 (거칠게나마) 比較史적으로 검토해 보는 것이 이 글의 목적이다. 이와 같은 원칙들이 자본제 상품생산사회에 어울리는 '시민적' 자유의 원리에 입각해 있음은 말할 나위도 없겠지만, 우리는 이 시민적 '자유' (Freiheit / liberte)의 원리는 각국의 역사적인 사회경제적 조건에 의해 그 구체적인 혹은 계급적인 내용을 달리할 것으로 생각하기 때문이다. 봉건적 토지소유를 기초로 하는 사회에서는, '산업의 자유'나 '이동의 자유' 따위의 '자유'는 원칙적으로 존재할 수 없다. 통틀어 '경제적 자유주의'라고 불리는 근대 시민사회의 경제원리는 봉건적 생산양식의 일반적 부정 위에 성립되는 것이므로 여기서 우리의 문제 처리도 '영업의 자유'를 낳은 시민혁명의 입장에서 봉건제에 대해 가하는 비판 내지 부정을 둘러싸고 전개될 것이다.

### 1. 명치(明治)유신과 프랑스혁명

우선 대상을 명치 100년 '근대화'라는 현 시점에서의 단골 주제에 알맞게 선정한다면, 일본 '근대화'의 기점으로서 제시되고 있는 명치유신의 역사적 성격, 혹은 명치유신의 세계사적인 자리매김과 관련된 문제가 될 것이다. 그러나 명치유신의 역사적 평가는, 한편으로 일본사의 역사적 계열에 있어서는 제2차 세계대전 후의 일본의 전후 개혁(농지개혁, 재벌해체 등등)과의 필연적 관련에서 이루어져야 할 것이고, 다른 한편으로 국제적 구도에 있어서는 세계사상 가장 '고전적'인 시민혁명인 프랑스혁명(1789)과의 대비에서 이루어져야 할 것이다. 당장 명치유신의 역사적 성격을 집약하는 것으로 나타난 <대일본제국 헌법> (명치 22 / 1889)의 고문(告文) 및 본문 제1장 '천황' 또는 제2장 '신민 권리의무' 등 규정 및 내용을 <일본국 헌법> (1946)의 전문 및 본문의 제3장 '국민의 권리 및 의무', 제10장 '최고법규' 등 규정이나 내용과 비교·검토하기 바란다. 제2차 세계대전에서의 결정적 패배라는 시련을 거쳐 비로소 1789년 프랑스혁명의 <인권선언>을 본받아 "여기에 주권이 국민에게 있음"을 선언하고, 이것이 "인류 보편의 원리"임을 확인하면서 기본적 인권을 보장하는 규정을 둘 수가 있었던 것이다. "이 헌법이 국민에게 보장하는 기본적 인권은 인류의 다년에 걸친 자유획득을 위한 노력의 성과이며, 이들 권리는 과거의 수많은 시련을 견디고 현재 및 장래의 국민에 대하여 침범할 수 없는 영구적인 권리로서 신탁된 것이다." (일본국 헌법 97조) 구(舊) 제국헌법 (명치유신을 계기로 확립된 국가의 기본법)에서의 제국 '신민'의 권리·의무 규정과 제2차 대전 후의 신 헌법에서의 일본 '국민'의 그것과의 대비는 명치유신이 갖는 '시민적' 변혁의 역사적 한계를 명시함과 동시에 프랑스혁명의 '고전적' 시민혁명이 갖는 현대적=세계사적 의의까지도 분명히 해줄 것이다.

명치유신과 프랑스혁명, - 이 비교연구는 일본 근대사 연구자에게 말하자면 하나의 필수적인 통과증(通過證)이 되고 있다. 그런데, 일본에서의 프랑스혁명 연구는 일본사회의 현실과 어떤 관련을 가지고 있었는가? 물론 일본의 여러 사회과학이 그렇듯이, 근대적인 역사 과학으로서의 의식과 방법을 가지고 프

프랑스혁명을 연구가 이루어지기 시작한 것은 비교적 최근에 와서이다. 그러나 이미 일찍 명치유신을 거쳐 유럽문화와 접촉하면서 근대적 국가형태로의 준비가 지향되기에 이르렀을 때, 당시 사람들은 (당연한 일이지만) 프랑스혁명 및 그에 직접 선행하는 계몽의 세기에 마땅한 관심을 갖기 시작했고, 예를 들면 몽테스키외나 루소 저작 번역이 나타나, 그것들은 자유민권운동이나 당시의 민주주의적인 여러 경향에 크든 작든 영향을 주게 되었던 것이다. 그러나 프로이센 헌법을 본뜬 <대일본제국 헌법> (국가 기본법의 제정을 획기적으로 하는 명치 절대주의적 체제 확립) 이후는 자유주의·민주주의를 지조로 하는 프랑스혁명의 정치사상 (혹은 사회이념)은 배제되어, 그 후 독일 관념론 계보인 절대주의적 이데올로기가 일본의 사상계나 교육계를 주도하고 정착되어, 따라서 모두 아는 바와 같이 그런 방향으로 일본의 근대국가가 정비되고, 일본 자본주의를 구축되었던 것이다.

그러나 1920년대 말 경부터 30년대에 걸쳐, 특히 세계경제의 일반적 위기 단계에서 노동운동 및 농민운동의 고양 속에 현재화해온 일본자본주의의 기구적 모순과 동요에 직면하여 일본의 사회과학자들이 일본자본주의의 구조적 특징을 해명하도록 몰렸을 때, 근대국가 형성의 기점이라고 여겨지는 명치유신의 역사적 성격을 새롭게 검토하지 않을 수 없게 되었다. 이른바 자본주의 논쟁 (또는 봉건 논쟁)이 그것이다. 널리 알려져 있다시피, 명치유신이 본래적인 의미의 부르주아혁명이었는지 여부의 문제를 둘러싸고 특히 마르크스주의 역사가와 경제학자들의 갈라진 두 학파 사이에서 격렬한 논쟁이 전개되었으며, 이 논쟁 속에 포함된 쟁점은 전쟁 중 표면에서 사라진 듯 했지만 전후 여러 개혁사업과 관련해서 다시 물 위로 떠올라 현재까지도 꼬리를 끌고 있는 것이다. 물론 이 논쟁 자체는 프랑스혁명의 실증적 연구를 포함하지 않는다. 그러나 명치유신의 역사적 본질을 고전적 부르주아혁명에 비정(比定)하려고 한 점에서 일본에서의 프랑스혁명에 대한 본격적인, 그리고 문제의식을 가진 연구를 촉발시키고 촉진하게 되어 있었다. 특히 봉건적 토지소유의 전 기구적인 폐기를 부르주아혁명의 본래적인 역사적 과제로 간주하는 입장에서는, 명치유신의 역사적 본질을 전후 개혁과의 필연적 관련에서, 그리고 그 전체를 세계사에서 가장 '전형적인' 시민혁명인 프랑스혁명과의 대비를 통해 해명해 나가려는 논리가 필연성을 가지게 된다. 특히 제2차 세계대전 패배 후 일본의 경제적·사회적 및 정치적 여러 변혁은 한층 명백한 문제의식을 가지고, 명치유신의 '개혁'으로는 본격적으로는 처리되지 않은 채 일본사회 내부에 뿌리 깊게 남겨져 그 근대화화를 가로막고 있었던 봉건제를 제거하는 일에 전후 일본의 민주화=근대화의 기본선을 발견하려고 했기 때문이다.

그런데 어느 나라에서도 이 봉건적 토지소유의 규범에 많은 적든 손을 대지 않고서는, 따라서 어떤 방법으로든 '농민해방'을 수행하지 않고서는 '근대화'를 창출하기 위한 기점을 줄 수는 없었다. 17세기 중엽의 영국혁명, 18세기 말의 프랑스혁명 등 서유럽의 '고전적' 시민혁명에서는 말할 것도 없고 나폴레옹 전쟁 패배의 결과 수행하지 않을 수 없게 된 슈타인=하르덴베르크의 '개혁'을 기점으로 하는 19세기 전반(前半) 프로이센의 '농민해방', 다소 늦게 19세기 중엽 크리미아 전쟁 패배를 계기로 하는 제정 러시아의 '농노해방', 또 일본 명치유신 때의 '지조(地租)개혁' 혹은 제2차 세계대전 패배 직후 일본의 '농지개혁' 등등, 이들은 모두 각각의 나라들의 근대화 과정에서 구(舊) 봉건적 제 관계 처리에 관한 특정한 방식을 나타내는 것일 터이다. 이리하여 프랑스혁명은 광범한 전 국민적 운동을 받으면서 봉건제 폐기의 문제를 혁명의 핵심적 과제로서 일정에 올려, 봉건적 토지소유의 규범으로부터 자유로운 독립 농민층=중·소상품 생산자층을 전면적으로 해방하면서 자유주의의 원칙을 확립했다는 의미에서 '고전적' 시민혁명으로 불리는 데 부족함이 없다. 이에 반해서 명치유신의 토지개혁은 봉건적 토지소유의 본질을 제거하지 못하고 따라서 농민층=중·소생산자층을 해방함이 없이, 오히려 지주지배나 재벌 독점의 기초를

굳혔던 것이며, 바로 그런 까닭에 제2차 세계대전 후의 이 '농지개혁'이 처음으로 기구(機構)로서의 지주제를 폐기함으로써 일본사회의 근대적 발전을 제약해온 봉건적 속박을 풀었던 것이며, 제2차 대전 후의 사회적 정치적 변혁 (전후 개혁)이 비로소 '자유'를 풀어놓으면서 프랑스혁명의 <인권선언>을 본 따서 일본 신 헌법에 기본적인 인권의 보장규정을 담을 수가 있었던 것이다.

## 2. 봉건적 토지소유와 영업의 자유

그런데, 근대 시민사회에서 사람은 자기가 원하는 바에 따라 자유롭게 직업을 선택할 수 있으며, 원하는 곳으로 이전하고 거기서 원하는 경제행위를 영위할 수도 있는, 그런 자유를 가지고 있다. 또한 법률 앞에 평등하며 신분상 차별을 없으며, 독립적인 자유로운 인격자로서 대등의 입장에서 서로 계약을 맺을 수도 있고, 그리고 사적 소유권은 외부로부터 침범되지 않는 배타적인 것으로서 보장되고 있다. 이런 것들은 상품교환의 경제방식 위에 서는 근대 자본주의사회에서는 자명한 '기본적' 인권으로서 인정되고 있다. 사실 이와 같은 법적 보장 없이는 자본주의의 사회적 영위는 불가능할 것이다. 이에 반해 토지소유(=보유) 위에 서는 봉건사회에서는 이러한 자유의 원칙은 존재하지 않는다. 따라서 이들 원칙(=법규범) 그 자체는 봉건제 및 자본주의의 경제구조의 역사적 특징 속에 깊이 뿌리를 박고 있다고 보지 않으면 안 된다.

여기서는, 봉건제와 자본주의와의 경제적 특징을 현물(=자연)경제와 상품(=화폐)경제와의 대립 속에 보려고 하는 종전의 경제사가들 견해는 너무도 일반적이며, 당면의 문제를 푸는 데 별 쓸모가 없다. 봉건제가 토지소유에 입각하는 한, 또 자본주의사회의 부가 상품(=화폐) 형태를 띠고 나타나는 한, 확실히 그렇게 말할 수도 있을 것이다. 그러나 상품이나 화폐가 유통되고 있다는 것 자체는 근대 부르주아사회에 특유한 현상은 아니다. 고대 로마에서도 일본 봉건시대 후기에도 막대한 양의 농산물이 상품화되어 전국에 유통되고 있었다. 인간의 노동생산물이 상품화되고 화폐화한다는 조건만으로는 그 사회가 자본주의라고 규정하기에 여전히 불충분하다. 단순한 상품생산 혹은 단순한 상품(=화폐)유통은, 말하자면 모든 역사적인 사회구성에 공통되어 존재했기 때문이다. 따라서 농업생산물이나 토지가 상품화되고 화폐화된다는 것만으로 그 농업경영이 자본주의화 되고 그 토지소유가 근대화되었다고 말할 수는 없을 것이다. 그런데 만약 우리가 상품이나 화폐의 단순한 유통 면에서 뿐 아니라, 그 상품이 어떠한 생산방법으로 생산되고 있는가, 또 그 화폐가 어떤 사회적 재생산을 매개하고 있는가라는, 상품생산의 방식 또는 재생산의 사회적 양식으로부터, 특히 그 생산양식의 기저(基底)인 노동력(=노동주체)의 사회적 존재형태로부터 문제를 파 내려간다면 봉건제 및 자본주의의 역사적 본질에 보다 잘 접할 수 있을 것으로 생각된다. 근대 시민사회(=자본주의사회)에서 노동력의 기본적인 형태인 임금노동자는 고대나 중세의 노예나 농노와 달리 법률적·신분적으로는 자유로우며, 또 농민이나 수공업자 혹은 단순 상품생산자와도 달라서 토지 기타의 생산수단으로부터 유리되어있다는 의미에서도 '자유롭다'. 이와 같은 노동력의 일반적인 존재형태는 근대 자본주의사회에서만 특징적으로 발견될 것이다. 여기서는 봉건사회 경우에는 달라서, 또 단순한 상품생산 경우와도 달라서, 노동주체와 노동 제 조건(=생산수단)과는 분리되어 있다. 생산수단 및 생활자료는 직접생산자(=노동주체)로부터 분리되어, 자본으로서 대상화되어 노동자와 대립하고 있으며, 동시에 노동력 그 자체도 자유로운 임노동으로서 상품형태를 띠며 존재하고, 자본의 구성적 계기로 대상화되어 있다. 자본주의사회에서는 이와 같은 방식이 사회적 생산의 기본적인 형태를 이루고 있기 때문에 그것이 순수하게 나타나는 한 자본과 임노동은 상품교환의 경제법칙에 입각하고, 혹은 그것을 매개로 하고, 대립하면서도 서로 결합하는 것이며, 또 이와 같은 방식으로만 스스로를 유지하고 스스로를 재생산해 간다.

노동력이 상품형태를 취하고 자본가와 임노동자가 상품소유자의 자격으로, 따라서 상품교환의 경제법칙에 매개되어 서로 관계를 맺는다. - 이와 같은 경제구조는 근대 부르주아사회에서만 특징적으로 볼 수 있는 것이며, 전(前) 자본주의적 사회구성에서는 찾아 볼 수 없는 것일 터이다. 토지소유(=보유)가 사회적 부의 기초형태를 이루고 있는 봉건사회에서는 그 기본적인 노동력인 농민(및 수공업자)은 생산수단을 가지고 있다. 혹은 직접생산자는 생산수단(=토지)과 결합하고 있다. 다만, 이 농민(농노)은 명목상의 토지 소유자인 영주에게 그 잉여노동(또는 잉여노동 생산물 내지 그 가격)을 '지대'로서 급부하지 않으면 안 되므로 이 농민의 토지소유는(그 내용에 대해서는 나중에 다시 되돌아와서 상세히 설명하지만) 근대 시민법에 규정되는 것과 같은 배타적·독점적인 토지사유와 구별하여, 일반적으로 농민의 토지보유(tenure)라고 불리고 있지만, 그 경제적 내용에서 말한다면 이 농민은(수공업자도 마찬가지지만) 생산수단의(즉 토지의) 적어도 사실상의 소유자이며, 그 점에서 근대 부르주아사회에서 생산수단으로부터 유리된(expropriation) 임금노동자와 본질적으로 다르다. 영주에 의한 잉여노동의 영유(領有)는 자본가의 경우처럼 상품교환에 의해 매개되지 않는다는 의미로 직접적이며, 상품교환의 경제법칙에 매개되지 않는다는 의미로 '경제외' 강제(強制)의 일종이다. 이 '강제'는 직접생산자와 생산수단의 결합이라는 토지소유의 규범 그 자체에 뿌리를 둔 것이며, 그들은 실령 상품으로 전화하는 것이 있다 하더라도(예컨대 단순상품 생산자로서 나타나는 경우처럼) 그것은 그들의 노동생산물의 일부이며, 그들의 노동력은 아니므로, 봉건사회에서의 노동력의 사회적 재생산 또한 자본주의사회에서와 같이 상품교환에 매개되는 것은 아니다. 봉건사회에서의 노동과정 그 자체도 공동체적 강제(Flurzwang으로서 표현되는 농촌공동체적 규제든, 또 Zunftzwang으로서 표현되는 도시 길드공동체적 규제든)에 의해 매개되고, 농업 및 수공업경영이 그 에 의해 규제되는 사실은 중전의 역사 연구로써도 상세하게 실증된 바이다.

이와 같은 봉건적, 경제외적 강제 하의 노동력의 전형인 농노의 신분규정(존재형태)를 주의 깊게 살펴보면, 가장 고전적으로 규정되어 있는 농노신분에 있어서는, ① 예를 들어, 농노는 특히 자기 토지 재산을 자유롭게 처분(매각, 교환, 양도, 遺贈)할 법률적 능력을 결여하거나 제한당하고 있었다. 이를 통해 영주적 토지소유의 독점이 확보되는 셈이지만, 이와 같은 법적능력의 제한이 자유로운 상품유통의 전개에 대해, 혹은 자기 노동생산물을 상품으로서 자유롭게 교환하는 사회관계의 성립에 대해, 역방향임은 명백하다. 이 같은 법적능력의 제한과 동시에 ② 예를 들어, 농노는 영주의 허가 없이는(특히) 영외 사람과의 혼인은 금지되어 있으며, 농민은 이 허가를 영주로부터 매입하지 않으면 안 되었다. 결혼의 자유는 노동인구의 이동을 예상하기 때문이며, 이와 같은 인격적 부자유규정을 통해 농민을 토지에 결박하고, 노동력을 확보한다. 이와 같은 노동인구 이동의 자유 제한이 자본관계의 형성에 대해 역동(逆動)적이라는 것도 명백하다. 나아가 최근의 역사가는 농노제의 또 하나의 중요한 특징을 지적한다. 즉, ③ 농노제적 수탈에 있어서의 '영주의 의지가' '장원(莊園)적 관행'보다 우위에 있다는 것이다. 바꿔 말하면, 농노신분의 농민은 부역·세공(歲貢) 기타의 영주와의 수취(收取)(=급부) 관계에 있어서 부락의 관행이나 약정에 제약됨이 없이 영주의 자의적 전횡에 의존한다는 것이다. 서유럽에서는 농민은 대체로 13세기부터 16세기에 걸쳐서(노동지대의 해체과정 속에서) 이들 농노신분의 여러 규정으로부터 해방된다(이른바 중세의 농노해방). 그러나 이 해방은 농민의 봉건지대 지불의 무로부터의 해방은 아니다. 농노신분에서 해방된 농민은 여전히 일정량의 봉건지대를 일정한 시기에 지불하지 않으면 안 되었으며, 지대 수취(收取)(=급부관계)에 있어서는, 농민은 그 농노신분 해소의 결과 영주의 '자의'로부터 해방되어 영주와 '예약된' 약정(約定)적 관계, 즉 계약에 의해 규제되는 관계에 들어가게 되었을 뿐이며, 이 지대 지불 '계약'은, 그것이 봉건지대의 본질을 잃지 않고 있는 조건에서, 편무

(片務)적으로 봉건적인(즉 '경제외' 강제로 지탱된) 약정이며, 독립적인 사적 생산자가 자기의 노동생산물을 상품으로서 서로 교환하는 경우처럼 '근대적' 계약관계의 성립을 배제하는 성격을 가진 것이다. 그리고 이와 같은 근대적 계약관계의 도래는 봉건지대 그 자체를 폐기할 부르주아혁명의 '농민해방'을 기다려야 하는 것이다.

이상으로 우리는 특정한 생산양식에 있어서의 특징적인 노동력의 사회적 존재형태에 특히 주의를 기울이면서, 봉건사회 및 근대 부르주아사회에서의 지배-예속관계의 경제적 내용과 그 특징을 살폈다. 요약하면, 근대 자본주의사회에서와 같이 양자의 관계가 상품교환의 경제법칙(등가교환의 필연성)에 의해 매개되는 경우 법 앞에서의 평등(=형식적 평등)에의 기점(基點)이 주어지게 되며, 따라서 프랑크혁명의 <인권선언>에 보이는 바와 같은 시민사회에서의 기본적 인권이 그와 같은 것으로서 진지하게 고려될 수 있는 사회적 조건이 주어지게 되는 것이다. 이와 반대로 봉건사회에서처럼 양자의 관계가 토지소유의 규정성(상품교환의 경제방식에 의하지 않는다는 의미에서 '경제외' 강제)에 의해 직접 매개될 경우에는 상하의 신분관계(=신분적 질서)가 전제되며, 부르주아적 기본 인권을 위한 사회적 조건은 배제되게 된다. 그러나 이와 같은 신분적 관계는 때로 근대사회에도 들어와 부르주아적으로 의제되면서 재생산되고 기본적 인권의 성립에 굴곡적으로 작용한다. 어떤 방향이 결정되는가는 각각의 나라의 부르주아적 발전의 소산인 각국의 시민혁명(=농민해방)의 내용 여하에 달려 있다고 할 수 있는 것이다.

### 3. 부르주아적 진화와 그 유형들

봉건사회에서의 영주와 농민 사이의 지배-예속관계의 경제적 내용은 봉건지대 속에 응집되어 표현되고 있다. 여기서 봉건지대만이 잉여노동의 지배적·통제적 형태로서 나타나 있는 것이며, 이 '지대'는 잘 알려지고 있듯이 직접적인(生の) 노동형태를 취하는 경우(Gutsherrschaft에서의 부역노동=노동지대)도 있고, 노동생산물 내지는 그 가격의 형태를 위하는 경우(reine Grundherrschaft에서의 물납 세공(歲貢)=생산물지대 내지 화폐지대)도 있다. 이들 부역노동, 물납세공, 화폐지대는 봉건지대의 세 가지 형태임과 동시에 그 자체가 농민의 노동생산력의 발전을 단계적으로 표시하는 것일 터이다. 그러나 어느 경우든 지대 지불 농민은 독립된 자립적 농민은 아니라, 명목상의 토지 소유자인 영주와 이정한 지배-예속관계(소유관계가 동시에 직접적인 지배-예속관계 [마르크스], 혹은 고전적인 역사가가 명확하게 의식하고 있었듯이, 인간의 '인간과 토지에 대한 지배' [위티히])를 맺고 있는 예속농민(농노 혹은 예농)이며, 이 같은 토지소유의 규범으로서의 지배-예속관계에 매개되면서 봉건지대는 실현되고 재생산되고 있다. 그리고 이와 같은 개별 영주의 소유(=지배)기구가 이른바 장원(manor)이며, 이런 토지소유의 규정성에 근거한 영주지주적 지배의 경제적 형태(생산관계) 일반이 봉건적 토지소유인 것이다.

그런데 장원 내의 토지는 영주의 본래의 토지(=영주 본령지(本領地)-Salland)와 농민의 토지(Fufe)와의 두 부분으로 이루어지는데, (본령지는 농민의 부역노동에 의해 영주(또는 그 대리인)가 이를 직접 경영하는 경우도 있고, 양시앙 레짐의 프랑스처럼 주·소 경영지로 분할해서 정기임대 되는 경우도 있지만 여기서 그 경영의 내용 또는 규모의 대소는 문제삼지 않는다), 그 장원 전체는 명목상 영주의 소유(領有)로 되어 있으며, 농민의 토지는 근대 시민법에 규정되는 것과 같은 배타적·독점적인 토지 사유가 아니라, 그것에는 일정한 영주제적 '지대'(봉건지대)가 부과되고 있다. 그러나 농민의 그 토지에 대한 권리 내용은 단순한 차지(借地)권 또는 용익(用益)권과는 본질적으로 다르며, 이를 농민은 사실상 자기의 '소유'로서 세습적으로 보유하고 용익하고 있기 때문에 이를 일반적으로 농민적 토지 보유라고 부르고 있



다. 따라서 이와 같은 봉건적 토지소유의 규정 하에서는, 농민의 토지에 대해서는 명목상의 토지소유자로서 '봉건' 지대를 수취(=領有)하는 영주의 상급소유권과 사실상 자기 것으로서 세습적으로 보유하고 용익하는 농민의 하급소유권이라는 2종의 권리가 행사되고 있는 셈이며, 근대 시민사회로의 이행을 위한 '필요한 통과점'으로서 수행된 '농민해방'은 법적 형식에서는 이 영주의 상급소유권의 폐기 내지 해소가며, 따라서 '토지보유' 농민이 사적 '토지소유' 농민으로 전화되는 과정으로 나타난다. 상급소유권(=봉건지대)의 폐기는 (그것이 내재적인 역사적 발전의 결과 성립된 것이라고 한다면) 우선 직접적으로는 농민의 봉건지대 지불의무로부터의 해방이며, 동시에 봉건지대는 산업이윤의 성립을 제약하므로, 이 지점에 봉건지대를 폐기하려는 농민층과 부르주아지의 공통의 지향이 시민혁명의 역사적 필연성으로서 주어지게 된다. 그러나 이 사실은 '농민해방'의 법적 형식에 관한 일이며, 그 경제적 내용은 각각의 나라의 역사적 발전에 따라 (즉 봉건제에서 자본주의로의 이행의 구체적 과정에 따라 달라진다. 지금 이를 요약적으로 투시(透視)한다면 다음과 같다.

① 영국에서는 14세기 말에서 15세기에 걸쳐 부역노동을 기축으로 하는 봉건적 토지소유 (이른바 manor=고전 장원)은 해체되어 노동지대 대신 화폐지대 (fixed money rent)가 전면적·본격적으로 성립되었다. 영국사에서 'commutation'이라고 불리는 과정이 그것이며, 그것은 동시에 농노제가 소멸되는 과정이기도 했다. 영국에서처럼 (또한 이 현상은 영국에서만 자생적으로 보이는 것이지만) 화폐지대가 본격적으로 현물지대 (노동지대 및 생산물지대)를 대신하게 되고 화폐지대가 그런 상태에서 유지되어 갈 때 영주와 농민 사이의 종래의 인격적 신분관계가 더욱더 대물(對物)적인 '순수한' 화폐관계로 전화되어 갈 뿐 아니라 일정액으로 고정된 이 화폐지대는 노동생산력의 부단한 발전과 화폐가치의 계기(繼起)적인 저락에 따라 더욱더 적은 잉여노동 밖에 표현할 수 없게 되어, 직접생산자인 농민에게 그만큼 많은 보류(保留)분 (즉 필요부분 이상으로 나오고, 그러나 지대부분에 흡수되지 않는 초과부분)을 남기게 되어, 이 초과부분은 농민에 의해 상품으로 전화되고 화폐로 실현될 것이다. 사실 15-6세기의 서 유럽 (특히 영국이나 프랑스의 일부)에서는 화폐지대가 포함하는 가치가 너무 근소했기 때문에 농민에 의해 '무시'되고, 농민은 사실상 봉건적 토지소유의 규정에서 해방되어버렸거나 아니면 자기의 토지 (농민 보유지)에 부과되어 있는 봉건지대를 '도로 되삼(還買)'으로써 법률상으로도 완전히 자유로운 자기 소유지로 전화할 수 있었다. 이와 같이 하여 영국에서는 말하자면 자율적인 경제적 진화의 과정 속에서 사실상 (여타 나라들에서 있었던 것과 같은 법적 조치를 기다림이 없이) 봉건적 토지소유 규정에서 독립된 자유로운 토지소유농민(=독립자영농민층)이 성립되기에 이른다.

17세기의 영국 시민혁명이 프랑스혁명에서 보이는 것과 같은 고유한 농업문제 (=토지문제)를 갖지 않았던 것처럼 보이는 것은 이 때문이다. 물론 17세기의 퓨리탄혁명을 특징짓는 저 '반독점' 운동이 봉건적 토지소유의 규범 자체의 폐기와 관계되는 것이었음은 새삼 말할 필요도 없다. 여기서 경제적 진화라고 하는 것은 화폐지대가 이미 봉건지대의 본질을 잃었다고 하는 의미가 아니다. 다만 영국에서처럼 (또 영국에서만 나타나는 것처럼) 화폐지대가 전면적·본격적으로 성립되고, 그와 같은 것으로서 국민적 규모로 유지되고 재생산될 수 있었던 것은 사회적 분업의 전개에도 힘입어, 노동생산력이 발전되고, 여전히 일부 자기의 생산 및 생활에 필요한 부분을 현물경제적으로 실현하고 있다 하더라도, 다른 더욱더 많은 부분을 항상 상품으로서 생산하고 화폐로 실현시킬 수 있는 사회경제적 조건이 성숙되고 있었다는 것을 의미하며, 즉 이 획기에 있어서의 영국의 농민경제는, 한편에서는 여전히 일부 토지소유의 규범에 제약되어 있다 하더라도, 다른 한편으로는 갈수록 점점 상품교환의 경제방식으로 이행하고 있었다는 이야기이다. 사실 영국에서는 이와 같은 사회경제적 사정에 매개되면서 독립자영농민층이 광범하게 창출됨과 동

시에, 부단히 시장에 드러들지 않을 수 없었던 이들 농민층은 상품생산자로서의 자격에 있어서 급속하게 자본-임노동에의 양극분해를 이루어 간다는, 이와 같은 경제적 내용이 중요한 것이다.

② 이에 비해 프랑스나 독일에서는 농민해방(=봉건지대의 폐지)은 법적상 조치로서 진행되었다. 혹은 혁명 또는 개혁으로서 일정에 올라가기 마련이었다. 프랑스혁명의 중심과제는 바로 이와 같은 농업(=토지)문제였지만, 이 문제를 처리하는 방식에 따라 두 가지 대립되는 체계가 구별되었다. 즉 1789년 봄 이래, 특히 7월 14일의 바스티유 공격에 자극되어 급속히 전국에 확대된 농민운동의 중압의 직접적인 영향 하에 이루어진 '8월 4일 밤'의 결의 및 뒤이은 법령, 그것은 '국민의회는 봉건제도를 완전히 파기한다'라고 전제하고, 농노신분, 영주재판, 교회 십일조는 무상으로 폐지되고, 그 밖의 봉건적 제 권리, 즉 본래적인 봉건지대는, 금납이든 물납이든, 모두 '도로 환매(還買)할 수 있다'라고 선언되었다. (물론 이들 봉건지대는 환매가 완료될 때까지 계속 지불되어야 한다고 규정되었고, 매입 양식 및 지불되어야 할 금액은 이듬해 5월의 법령에 의해 결정되었다. 즉 환매는 개별적·임의적으로 (즉 일반적·강제적이 아닌) 영주와의 계약을 통해 이루어져야 하고 환매를 위한 지불수준은, 그것이 화폐 또는 현물로 지불했어야 할 기준에 따라, 일년 지대의 20배 내지 25배로 정해졌다) 이리하여 봉건지대 '환매(rachat)' 규정을 통한 봉건제도 해소의 체계가 성립된다. 귀족의 특권은 폐지되고 영주제의 원칙적 해소와 국민적 통일의 형식은 달성되어, 바야흐로 인권선언의 급속한 기초(起草)를 가로막는 것은 아무 것도 없는 듯이 보였다. 1789년 8월 26일, 국민의회는 '7월 14일 및 8월 4일 밤의 사업 요약', 그리고 '89년 혁명의 상징'인 <인간과 시민의 권리선언>을 채택했는데, 그것이 새로운 프랑스헌법의 '전문'을 이루고 있다는 것은 주지하는 바와 같다. 이리하여 89년의 '법률혁명'은 종료된다.

그런데, 이와 같은 입헌의회에서의 (말하자면) 지주적인 봉건제 해소의 체계에 대하여 (말하자면) 농민적인 봉건제 폐기 체계가 특히 입법의회 이후 강력하게 전개되어, 자코뱅 독재하의 '농민혁명' (르페브르) 과정에서 전자를 완전히 제압하기에 이른다. 그것은 1792년 8월 법령, 그리고 93년 7월의 가장 결정적인 법령을 통해 완성되었다. 즉 모든 토지소유는 모든 봉건적 제 권리 (=제 부담)로부터 자유로운 것으로 간주되고, 일체의 영주적 부과조(租), 즉 봉건지대는 완전히 '무상'으로 폐지되어, 봉건제도 부활의 일체 가능성을 배제하는 보장으로서 관련된 모든 서류의 인도와 소각이 명령되었다. 이는 혁명기간의 농민운동 (즉 영주에 대한 끊임없는 공격)의 법적 추인이며, 이리하여 봉건지대는 무조건적으로 소멸되어, 해방된 농민의 토지소유는 완전히 자유롭고 자주적인 것이 되었다. 이와 동시에 혁명은 이미 그 초기에 있어서 교회 승족(僧族)령을 국유화 했는데, 망명귀족의 영지 (영주 본령지)도 국유화 하여, 국유화된 토지 재산은 매각을 통해 농민 및 시민에게 재분배되었다. 이리하여 봉건 영주제는 종국적으로 분쇄되었다. 농민혁명의 강한 힘은, '국민의회는 봉건제도를 완전히 파기한다'라는 89년 '법률혁명'의 명제에서의 귀결을 남김없이 끌어내어 농민을 완전히 해방함과 동시에 부르주아혁명을 보다 광범하고 보다 민주적인 반봉건적 국민운동의 기반에 결합시킬 수가 있었던 것이다. 이미 일찍 장 조레스는 그의 <프랑스혁명사>에서 '협소하고 과두(寡頭) 전제적인 부르주아혁명'과 '광범하고 민주적인 부르주아혁명을 날카롭게 구별할 수 있었지만, 프랑스혁명에서는 이 두 체계가 대립하여, 봉건지대 '무상' 폐기의 농민적(=민주적) 방식이 '유상' 해소의 지주적(=과두적)인 방식을 제압해버림으로써 봉건적 토지소유는 뿌리로부터 전 기구적으로 분쇄되어, 중·소 상품생산자층은 해방되고, 자유로운 소농적 토지소유는 근대 부르주아적 사적 소유로서 스스로를 확립시킬 수가 있었던 것이다.

③ 그러나 프랑스에서는 실현되지 않았던 상급소유권(=봉건지대) '유상' 해소 방식은 프로이센의 '농민

해방'이나 일본의 '지조(地租)개정'에서는 스스로를 관찰시킬 수가 있었다. 19세기 초부터 시작된 프로이센의 '농민해방'은 Gutsherrschaft를 개정(改裝)하고 Junkertum으로 개편해 나가는 획기였다고 볼 수 있다. 여기서의 '개혁'은 프랑스와의 전쟁으로 패배함으로써 진행하지 않을 수 없게 된 '위로부터의' 개혁이었으며, 농민을 농노제적 부담에서 '유상'으로 해방함으로써 국가재정에 필요한 돈을 농민층으로부터 끌어내면서 반 나폴레옹적인 '해방전쟁'에 편성한다는 정치적 필요를 기점(基点)으로 한 것이었기 때문에 여기서의 농민해방(=상급소유권 폐지)은 자코뱅 독재하의 프랑스와는 반대로 유상해방이며, 상급소유권(봉건지대)의 '환매(還買)규정을 골자로 하는 것이었다. 따라서 이 농민'해방'을 통해 옹거는 그 토지소유를 현저하게 확대하고 그 경영을 개선함과 동시에 그 사회적 지위를 강화할 수 있었다. 이리하여 옹거 지주는 계몽화 절대왕정의 '농민보호' 정책으로부터도 해방되고, 그 농민을 토지로부터 추방할 자유를 획득하게 된다. 그것은 농민해방이라기보다 '지주해방'이었으며, 옹거귀족적 토지소유의 확대·강화라는 결과를 초래했다. 그것은 마치 '지조(地租)개정'을 통해 일본의 지주적 토지소유가 확대·강화된 것과 같은 현상이다. 이에 반하여 '해방'된 직접생산자(=농민층)의 경제는 더욱더 어려워지고, 그 재생산은 파탄지경에 이르게 된다. 본래적인 의미의 국내시장은 그만큼 더욱 협소해지고, 따라서 자본주의의 자유로운 자율적 전개는 저지되었다. 프로이센에서의 '영업의 자유', '이동의 자유'의 입법과정 또한 이와 같은 '농민해방'의 기초과정을 반영하고 있는 것이다.

프랑스형의 무상해방이든 프로이센형의 유상보상이든 농민해방 ('영업의 자유'를 위한 필수조건)은 법적형식에서 봉건영주권의 소멸(=부정)이며, 따라서 법적 형식에서는 농민의 토지 보유에서 자유로운 토지·사유로의 전화이다. 그러나 그것은 농민해방의 법률적 형식에 관한 문제이고, 그 경제적 내용은 나라의 역사적 발전에 따라 현저하게 다르다. 그리고 우리가 여기서 문제로 삼고 있는 것도 농민의 '자유로운' 사적 토지소유의 성립이라는 법적형태에 관해서가 아니라, 그 '자유'의 형식 속에 스스로를 체현해 가는 사회범주의 경제적 내용이 문제라는 점이다. 시민혁명(=농민해방)에 의해 정립된 '영업의 자유'(Gewerbefreiheit: 즉 요약컨대 상품생산 및 유통의 부르주아적 자유)에 대해서도 마찬가지다. 그 '자유'의 현실적 내용에 대해서는 각각의 나라들에 있어서의 자본주의 형성의 구체적인 역사 과정을 감안하고 고찰해야 한다는 것이다.

#### 4. 공동체적 규정들과 초기독점

앞에서 말해 온 바에서 쉽게 짐작되듯이, 산업자본의 형성(엄밀한 의미에서의 '영업의 자유'로의 기본동력)은 토지소유와 밀접한 내면적 관련 위에서 있다. 주어진 경제권 내부에서 사회적 분업의 전개에 매개되면서 노동생산력이 진보하여 봉건적 토지소유가 해체되기 시작하자 농민층(=소상품 생산자층) 내부에서의 분해가 진행되고, 그 속에서 자본-임노동 관계(본래적인 자본관계)의 형성을 보게 된다. 이와 같은 관계의 성립은 농업부문에서도 공업부문에서도 동시적·병행적으로 나타난다. 그런데 소규모 농민경제와 독립수공업 경영은 봉건적 생산양식의 '기저(基砥)'(<자본> 제1권 제11장 주24)를 이루고 있지만, 토지소유의 범주가 지배하고 있는 봉건사회에서는 도시 수공업 조직 또한 농업(=토지소유)의 성격과 형태와 유사하다. 아니, 유사하다기보다 토지소유의 기초규정에 스스로를 의제(擬制)한다고 할 수 있을 것이다. 그런데 본래적인 의미에서 수공업은 그 노동수단이 기계가 아닌 손으로 쓰는 도구라는 점에서 근대 공장제공업과 구별되고, 그 생산이 시장 일반을 위한 상품생산이 아니라 개별 특정화된 고객생산이라는 점에서 상품생산과 구별된다. 특히 이 수공업자는 작업장이나 도구·원료 등 생산수단을 가지고 있다는 점에서, 근대 자본주의사회의 '자유'임노동자와 구별될 것이다. 통틀어 봉건사회에서는 농민도 수공업

자도 생산수단을 가지고 있다는 것, 그리고 봉건적 생산양식은 직접 생산자와 생산수단의 결합을 전제하고 있다는 것, 이런 사실이 본질적인 점일 것이다. 그리고 동시에 이런 사실은 사회적 생산의 낮은 수준도 의미하고 있다.

본래 수공업에서는 노동주체는 노동 제 조건과 분화되지 않고 통일되어 있기 때문에 근대 공장제 공업에 있어서처럼 생산수단이 자본으로서, 또 기계체계로서 노동자에 대해 대립되면서 객관화되어 있는 것과 달리, 수공업자가 말하자면 도구의 주체이며, 모든 운동은 이 노동주체로부터 출발한다. 따라서 여기서의 자본이 아닌, 수공업자 자신의 개인적·경험적 기술 즉 수공업적 숙련이 결정적인 의미를 가지게 되고, 이런 조건에서 수공업적 기술을 습득하여 그것을 사회적으로 유지·재생산하기 위한 조직이, 도제(徒弟, apprentice)⇒직인(職人, journeyman)⇒우두머리(? master)라는, 수공업에 특징적인 노동력의 계층제(=신분제적 질서)의 형성이 필연적이다. 이와 같이 수공업은 장기에 걸쳐진 개인적인 기술도야를 전제하기 때문에 수공업자의 부는 말하자면 '비전(秘傳)'으로서 전해지는 유기적·경험적인 숙련 그 자체이며, 화폐로 수량적으로 평가되는 것이 아니며, 그 소유자의 일정한 개인적·경험적인 노동과 불가분리의 결합을 이루고 있다. 그것은 '신분적 자본'(독일이데올로기)이라고 불릴 만하다.

그런데 독립수공업경영이라고 일컬어지는 것은, 그 수공업자(우두머리)가 생산수단의 소유자라는 것, 다시 말해서 그들은 자기 일터에서, 자기 소유에 속하는 도구(생산수단)를 가지고, 그가 구입한 원료(노동대상)를 가공하는 것이며, 따라서 그 노동생산물은 그들의 소유에 속하는 것으로서 그 생산과정을 떠나 그 자신이 그것을 직접 소비자에게 판매하기 때문이며, 그런 의미에서 독립수공업자(=우두머리)는 '산업가인 동시에 상인'인 셈이다. 그리고 이와 같은 독립수공업자가 서로 맺고 있는 관계가 수공업길드-촌프리트(도시 공동체)라는 것, 그것은 농민이 서로 맺고 있는 관계가 농촌공동체인 것과 유사하며, 농촌공동체적 제 규제(즉 삼포(三圃)제도나 개방경지(耕地)제·혼재지(混在地)제·경지공동방목 등에 표현되는 Flurzwang)가 관행적 규율로서, 따라서 강제로서 개별 농민의 사적창의(私的創意)를 배제하면서 농업경영을 제약하고 있듯이, 도시 길드 공동체적 제 규제(Zunftzwang)가 전통적 규율로서, 강제로서 개별수공업자의 사적창의를 배제하면서 수공업경영을 제약하고 있는 것이다. 더 구체적으로 말하면 촌프리트강제(=도시공동체적 규제)는 길드 내부에서는 독립수공업자(=우두머리) 층 상호간의 '기회 균등'을 유지하고 길드 외부에 대해서는 수공업 경영의 독점을 유지하는 점에 존재의 의미가 있었다. 즉 촌프리트 내부에서는 도구나 원료, 제품의 판매, 가격 제정 등 유통과정까지 규제되어 있으며, 수공업경영은 촌프리트 규제에 따라 모두 '전래적'인 방법으로 이루어져야 했기 때문에 개별 수공업자의 자유로운 창의와 발전의 여지는 없고, 사적 자본의 분출(分出)은 용납되지 않았다. 촌프리트 강제는 외부에 대해서는 길드 특권도시에 의한 수공업 경영의 독점으로서 나타나는 것이며, 그 길드에 소속되는 자 이외는 수공업을 영위할 수 없었고, 그 공업재판권 및 공업경찰권이 행사되는 범위의 농촌에서 길드에 소속되지 않은 채 수공업에 종사하는 자가 있으면 '무허가' 또는 '세력권 침범'으로서 가차 없이 박해 받았다. 촌프리트 강제의 본질이 '영업의 자유'를, 즉 상품생산 및 유통의 자유(경제적 경쟁)를 배제하는 점에 있음은 지극히 명백하다.

그러나 독립수공업자의 '독립'은 상인자본의 전대(前貸-미리 빌려줌)도매상적 지배 아래 편성되는 일을 통해 부정된다. 마치 봉건적 토지소유의 영주제적 지배 하에 편성된 농민이 그 '독립'성을 부정당하고 예농(=농노)로 전화(轉化)되는 것과 유사하다. 즉 촌프리트 강제에도 불구하고 생산력의 발전은 노동과정의 분화(分化)를 초래하고 과거에 동일 수공업자 아래 통일되어 있었던 생산과정이 몇몇 부문으로 분해되어, 하나의 제품이 완성되기까지는 몇 사람의 수공업자의 작업장을 통과하지 않을 수 없게 된다. 수공

업자(=우두머리)는 이전과 마찬가지로 자기 작업장에서, 이전과 마찬가지로 자기 노동수단을 가지고, 혹은 단독으로, 혹은 도제나 직인(職人)의 보조노동을 얻어 생산에 종사하지만 그 생산물은 이미 그들이 직접 고개들에게 판매하는 것이 아니라, 이 생산자와 소비자 사이에 서는 '중개자(仲介者 middle men)'인 도매상인에게 인도된다. 본래 독립수공업자는 '산업가인 동시에 상인' (독일이데올로기)이었으나 이 독립공업자의 상업적 기능 (원료 구입과 제품 판매)은 그로부터 분리되어 상인 손으로 집중되게 되며, 이리하여 수공업자는 시장으로부터 차단되어 그 독립성을 상실하기에 이른다. 수공업자는 상인으로부터 원료를 전대(前貸) 받아 그것을 가공하지만 그 상품은 상인 손으로 넘어가 상인에 의해 상품으로 전환된다. 그리하여 한편으로는 독립수공업자에게 통일되어 있던 생산과 판매와의 분리가 진행되는 것과 동시에 다른 한편으로 상인기업가인 도매상 아래에서 상업과 공업의 결합이 이루어져 이 도매상인에 의한 춘프트 수공업 지배가 진행됨에 따라 수공업자의 상인자본에의 예속이 강화된다. 이와 같이 전대 도매상 제도는 상인자본에 의한 외부로부터의 생산'지배'이며, 생산과정 즉 노동사정 자체에는 당장 아무런 변화는 없고, 오히려 전대 도매상인은 춘프트 수공업조직을 자기 의 전제로서 유지한다. 춘프트 강제는 이제 도매상제적 지배를 위한 것으로, 춘프트 독점은 이제 상인자본의 독점을 위한 조건으로 전환된다. 그러므로 엄밀한 의미의 전대 도매상제는 직접생산자가 상품생산자로서 독립·상승하여 시장에서의 자유로운 경쟁을 통해 자본과 임노동으로 분해하는 방향을 저지하는 방향으로 작용하는 것이고, 자본주의 상품생산은 아니다. 그것은 마치 농민의 부역노동 내지 물납세공을 수취하는 영주가 이 지대생산물을 상품으로 전화시켜 화폐를 실현해도 그것이 자본주의가 아닌 것과 같다.

길드 공동체든 농촌 공동체든, 어쨌든 이와 같은 공동체적 강제가 공동체의 분해(=사적 자본의 分出)를 저지하면서 말하자면 봉건적인 재생산의 '매개의 계기'로 되어 있다. 자본관계 형성의 기점(基点)이 주어지기 위해서는 농민 및 수공업자는 이 공동체적 강제 (그 자체가 토지소유의 규범이다)로부터 스스로를 해방하고 독립하여, 사적 생산자로서 강제로부터 자유롭게 되지 않으면 안 된다. 자립적인, 상호 독립적인, 사적 노동의 생산물만이 서로 상품으로서 대응하기 때문이다. 그러나 또한 이들 강제는 직접생산자와 생산수단의 결합의 규정성 내에 있으므로, 이들 강제체계의 해체 (사적소유와 노동의 '부르주아적' 자유의 전제)는 직접생산자로부터의 생산수단의 유리(遊離)를 위한 조건을 만들어낸다. 실은 서 유럽에서는 이와 같은 공동체적 강제로부터의 '자유'(=공동체의 해체)는 그 경제적 과정에서 이미 자율적으로 진행되고 있었던 것이며, 시민혁명은 말하자면 그것을 기정사실로서 추인했는데 지나지 않다고 할 수 있다.

그런데 <자본> 제3권의 상업자본의 역사를 다루는 주지의 대목(20장)에는 '자본제 사회에 선행하는 제 단계에서는 상업이 산업을 지배하지만, 근대사회에서는 그 반대이다'라고 하며 상업자본의 산업자본에 대한 '종속'을 논하면서, '봉건적 생산양식으로부터 (자본제 생산양식으로서의) 이행은 2중으로 이루어진다.' 즉 첫 번째 길은 '생산자 자신이 상인 (상품생산자)이 되고 자본가가 되는 길'이며, 이는 현실적으로 '혁명적인 길'이다. 두 번째 길은 '(비 생산자인) 상인이 생산을 직접 지배하고, 상인이 산업가가 되는 길'이며, '이는 구 생산양식을 보존하고 그것을 자기의 전제로서 유지하는' 보수적인 길이며, 본래적인 '자본제 생산을 저지하는 것이며, 그 발전에 따라 쇠망하는 것'이라고 기술되고 있다. 매우 함축적인 이 지적은 자본주의 형성의 두 가지 방향을 가리키고 있으며, 또 앞에서도 언급이 되었듯이 장 조레스가 프랑스혁명의 과정에서 지적한 부르주아적 변혁의 두 측면, 즉 '광범하고 민주적인' 시민혁명과 '협소하고 보수적인' 시민혁명과의 경제적 내용까지도 조명한다.<sup>14)</sup>

14) 산업혁명 전의, (따라서 노동수단이 아직 기계가 아닌 손으로 쓰는 도구인 단계의) 자본제 생산(=산업자본의

## 5. 산업자본의 전개와 영업의 자유

우선 시민혁명기까지 서 유럽의 매뉴팩처 산업자본은, 굳이 말한다면 미미한 규모였고, 주로 간신히 소자본가로서 상승하기 시작했던 독립자영농민이나 중·소규모 상품생산자인 중산층에 의해 담당되고 있었던 것이며, 절대왕정의 국가권력과 유착해 있던 독점상인이나 특권기업가 혹은 정상(政商)재벌인 haute bourgeoisie에 의해 담당되고 있었던 것은 아니라는 사실이다.<sup>15)</sup> 서 유럽의 경제적 진화에 특징적인 일은 이 두 가지 대립적인 사회세력 중 전자의 억눌릴 수 없는 자유로운 발전이 후자의 독점적인 지배를 압도하면서 (그 역사적 획기가 서 유럽 근대 시민혁명이었다) 근대 자본주의의 형성을 주도한 것이며, 그 반대가 아니라는 점이다. 직접생산자인 농민층 자신 속에서의 ('비 생산자'인 영주·지주 또는 상인 혹은 금융업자 속에서가 아니다) 사회적 분업의 전개(=노동생산력의 발전), 이와 같은 농민적(=소부르주아적) 상품생산 및 유통이라는 경제기구(=재생산권)의 형성 및 확충 속에서만이 등가교환의 경제적 필연성이 내재하고 있으며, 이와 같은 농민적(=소 부르주아적) 경제의 발전만이 봉건적 토지소유(=사회적 재생산의 봉건적·신분적 질서)를 분쇄하면서 등가교환의 원칙이 원칙으로서 확립될 수 있는, 혹은 상품교환의 경제법칙이 전 분야에서 스스로를 관철할 수 있는 경제사회, 즉 근대 자본주의에의 전망을 확립해 나가기 때문이다.

이미 일찍 W 쾰바르트도 16세기 이후의 공업의 농촌화와 도시의 쇠퇴를 지적함으로써 초기 자본주의 시대의 '공업입지' 위에 발생한 근본적 변화에 주의를 기울이고 있지만, 사실 16세기 이후는 특권도시의 춘프트 수공업은 생산력적인 의미에서는 이미 그 중요성을 잃고 있었으며, 공업생산력의 비중은 길드도시에서 농촌으로 이행하여 농민 아래 농촌공업으로서 특히 직물(織物)업이 널리 확산되어 갔다. 그 이유는, 서 유럽 농촌에서는 화폐지대의 성립을 계기로 봉건적 토지소유가 해체되어, 유복한 독립자영농민층(=소상품생산자층)이 광범하게 성립되어 가는 것과 동시에, 농민층의 분해가 진행됨에 따라 말하자면 자

존재형태)를 우리는 매뉴팩처 (manufacture)라고 부르고 있다. 이 본래적인 의미의 매뉴팩처 내지 매뉴팩처 산업자본의 특징은, 노동수단은 여전히 손으로 쓰는 도구 (따라서 수공업)이지만, 수 명의, 십 수 명의, 때로는 수 십 명의 노동자가 일정한 장소(manufacture, fabrique)에 집중되어 있다는 것, 그 노동자는 (노예나 농노가 아닌) 자유로운 임금노동자이며, 여기서는 이 임금노동자의 협업, 특히 분업에 기초한 협업이 수행되고 있다는 것이며, 여기에 비로소 자본주의 생산에 특유한 상대적 잉여가치의 창출이 가능해지며 또 필연이 된다. 이상과 같은 것이 단계적으로 말하면, 산업혁명 시작까지의 매뉴팩처, 내지 매뉴팩처 사업자본의 존재형태였다고 말할 수 있을 것이다. 때문에 당면 우리가 해명해야 할 문제는 이와 같은 본래적인 의미에서의 자본제 생산의 제1단계인 매뉴팩처가 어떻게 본격적으로 성립되었는가라는 역사적 과정에 관한 것이 될 것이다.

15) 이미 막스 베버는 근대자본주의의 '정신'을 다루었을 때, 그것을 상업과 함께 시작된 '화폐추구'의 지향 속에 찾아, 상업이 존재하는 곳에 (상업은 상품 및 화폐가 유통되는 곳에서는, 고대사회에서도 봉건사회나, 아시아 사회에서도 공통적으로 존재했다) 자본주의정신이 있었다는 견해에 자신의 견해를 대치시키면서, 근대에 특유한 자본주의적(=산업적) 발전의 담당자는 지주(landlord)가 아니라 '합리적인' 농업경영자이며, 토지귀족 (Junker)가 아니라 독립자영농민(yeoman)과 차지(借地) 농업경영자(farmers)였음을 강조하면서, 투기적 모험상인이나 대 금융업자, 도시귀족 및 봉건귀족과 합리적 시민적 경영의 담당자인 '상승하고 있는 산업적 중산자층'과의 대립 및 영국에서의 후자의 전자에 대한 승리에 특히 유의하고 있다. 모리스 뒤도 제2차 세계대전 후이기는 하나 소생산양식 (petty mode of production)의 봉건적 지배로부터의 독립 및 분해의 프로세스 속에 자본주의 형성의 기본선을 보았다. 당시의 자본제 생산의 담당자는 흥룡(興隆)하고 있던 독립자영농민층이나 중·소규모의 수공업경영자이며, 특히 kulak yeoman farmers는 점차 그 농업경영을 개선하여 보다 빈곤한 이웃을 고용하면서 경영규모를 확대해 나가, 동시에 그들은 또한 농촌 직물공업의 조직자(=매뉴팩처 경영자)로서 나타나고 있었다. 같은 유형의 공업경영자는 도시 수공업에서도 분출(分出)하고 있다.

생적으로 매뉴팩처가 형성되었지만, 이와 같은 농촌에서는 촌프리트 강제가 존재하지 않거나, 존재했다고 해도 그 지배는 길드 도시에 비해 약체였으므로 길드 도시에서 그 자유로운 발전이 묶여 있던 수공업자는 도시로부터 농촌으로 이주하여 (산업혁명기 이후의 rural exodus와 반대로 urban exodus), 거기서 농촌의 직물공이나 직물업자와 합체하면서 농촌공업으로서 자유롭게 기지개를 켜기 시작했다. 그리고 사실 서 유럽에서는, 근대 공업도시는 중세특권도시에서가 아니라, 이와 같은 농촌공업의 중심지가 산업혁명을 경과하면서 농촌으로부터 탈피하면서 형성되었던 것이며, 산업자본 (자본제 생산)은 도시 상층 시민층 (상인자본가)과 대항하면서 전개된 이와 같은 농촌공업에서 농민층의 분해(=탈 농민화) 과정을 통해서 형성된 것이다. '생산자가 상인이 되고 자본가가 된다'라는 경로가 서 유럽의 경제, 근대자본주의의 본래적 성립에 대해 결정적 의미를 가지고 있는 것처럼 생각된다.

여기서 중·소상품 생산자 층이 독점상인이나 특권기업자·대 금융업자에 대항하면서, 라고 했던 것은 구체적으로는 다음과 같이 될 것이다. 도시의 상인자본은 촌프리트 수공업을 그 지배 하에 뚫고 동시에 농촌에 광범하게 전개되기 시작한 수공업 (특히 섬유공업)까지도 그 도매제적 지배 하에 넣으려고 노력했다. 즉 농촌의 방모(紡毛)공이나 직물공에게 원료인 양모 또는 모사(毛絲)를 전대(前貸)하여 이에 가공케 하면서, 그 생산물 (실 및 베)을 상인 손에 집중하고, 이를 상품으로서 판매한다는 전대 도매제를 통해서 이며, 그것은 소생산자를 시장관계 (예를 들어 원료 구입, 제품 판매)로부터 차단함으로써 소생산자의 상품생산자로서의 독립을 부정하면서 그를 상인자본의 지배 아래 예속시키는 체계이다. 이 도매상인으로부터 전대를 받는 자에게는 특히 방모공 (여성이었다) 같은 단순한 가내노동자도 있었고, 특히 직물업자처럼 이미 약간의 노동자를 고용하면서 자기 작업장에서 생산하고 있는 소(小) 우두머리 내지 소 매뉴팩처 경영자도 포함되어 있었다. 그리고 이들 중·소생산자, 특히 직포(織布) 공정을 담당하는 직물업자나 직물공은 전대 도매제적 규제에도 불구하고 점차 그 경영규모를 확대함에 따라 도매제도의 상인지배로부터 독립해 가는 경향을 나타냈고, 사실 서 유럽에서는 독립하는 일이 가능했던 것이다. 그리고 이와 같은 독립적인 중·소 공업경영까지도 영국에서는 보통 domestic system이라고 부르고 있다. (그러나 독일의 Hausindustrie는 가장 흔히 도매제적 지배 속에 포섭되어 있었다) 이와 같이 전대 도매제 상업자본은 봉건적 토지소유가 해체하고 있었던 서 유럽 농촌에서는 자유롭게 그리고 급속하게 또 광범하게 전개되어 가는 농촌공업을 전면적으로 장악할 수 없었고, 또 전대 도매제 상업자본의 지배 하에 놓인 경우에도, 특히 직포 공정을 담당하는 직물업자나 직물공은 도매제도 아래 포육(哺育)되면서도 점차 그으로부터 독립해 가는 경향을 보였던 것이다.

당시의 또 하나의 공업경영형태로 종래의 경제사가들이 말하는 이른바 매뉴팩처 (또는 패블릭)이 있다. 이 이른바 매뉴팩처는 혁명의 사자(獅子) 미라보의 <프리드리히 대왕 하 프로이센 군주국에 대하여> 제3권 (1788 런던), 제3편 '매뉴팩처'에 관한 기술 속에서 이를 특권적 매뉴팩처라고 부르고, 농촌공업에 보이는 바와 같은 자유로운 분산 매뉴팩처에 대비되고 있는 것이다. 이 매뉴팩처에는 절대왕정의 국가권력 또는 왕실의 특별한 비호를 받아 육성되는 왕립·국립 특권 매뉴팩처와 부랑인이나 빈곤자를 강제수용하고 있는 강제노동장의 두 가지가 포함되어 있었으나, 이 이른바 매뉴팩처는, 그 대부분이 도매제 상인이 경영을 담당하고 있으며, 양모공업에 관해서 말하면, 정모(整毛) 등의 준비 공정 혹은 염색·표백 등의 마무리 공정을 담당하고 있을 뿐이며, 방모(紡毛) 내지 직포 같은 양모공업의 중심적인 공정은 도매제도에 있어서의 농촌공업에 전적으로 내맡겨져 있었다. 따라서 이 이른바 매뉴팩처는 단적으로 전대 도매제의 (말하자면) 응집(凝集)한 형태라고 규정할 수도 있을 것이다. 특히 이 이른바 매뉴팩처에서의 노동력의 성격을 보면 그것은 '자유로운' 노동이라기보다 경제외의 강권에 의한 구치(拘置)노동이 지배적

인 형태였으며, 여기서는 노동력의 긴박(緊縛)을 전제로 하고 있었다. 그것은 소규모적인 매뉴팩처가 자유롭게 발전되고 협업이나 분업의 규모가 점차 확대되면서 성립된 대 매뉴팩처가 아니라, 반대로 소상품 생산자의 독립과 자유로운 상품생산 및 유통의 전개에 적대하는 것으로, 당초부터 인위적으로 구축된 것이었고, 따라서 서 유럽에서는 중·소 생산자 층의 경제적 독립과 상승, 자유로운 농촌 매뉴팩처의 급속한 전개에 따라 이들 상인자본에 의한 생산 '지배'의 형태는 점차 쇠퇴하면서 해체·소멸해버리든가, 아니면 시민혁명의 과정에서 그 상인 전제지배가 배제되어 민주적으로 개변(改變)되든가, 어느 쪽이든 그 나라의 자본주의의 형성을 주도하는 기본선으로부터는 탈락하게 마련이었다. 상인자본에 의한 생산 지배의 체계는, 기구적으로는 봉건적 토지소유와 함께 시민혁명으로 해체되어 '영업의 자유'에의 길은 정비가 되었던 것이다.

서 유럽에서는 자유롭고 독립적인 농민 층(=중·소 상품생산자 층)을 모태로 하고, 그 내부로부터 전개되어 온 매뉴팩처 산업자본(=자본주의 생산의 체계)이 상인자본에 의한 과두지배를 '혁명적으로' 제압함으로써 비로소 근대 부르주아사회의 경제적 질서의 원리, 즉 '경제적 자유주의'의 기초가 확립되었던 것이며, 법률혁명이 설정한 이른바 '영업의 자유' (이것은 일반적으로는 상품생산 및 유통의 자유이다)는 이 때 비로소 근대 민주주의를 위한 경제적 조건이 될 수가 있었다. 그러나 봉건적 토지소유 내부의 강도가 농민층의 독립과 그 자유로운 분해를 배제하고, 중·소 상품생산자 층의 성립과 전개에 대해 여지가 주어지지 않았던 프로이센이나 일본에서는 오히려 도매제 내지 특권매뉴팩처의 상인자본에 의한 생산 지배('상인이 산업가가 된다')의 체계가 주도하여, 구 질서가 '유지'되면서 자본주의가 구축되어 갔기 때문에, 자유주의 및 민주주의 체계의 성립에 이르지 못했다. 이 때문에 세계사에서 근대 부르주아 사회의 원기(原基)형인 서 유럽과, 프로이센·일본과의 자본주의의 구조상 차이(특질)가 발생하는 것이며, 영업의 '자유'의 내용을 규정하는 것도 바로 이 구조상의 특질에 다름 아닐 것이다. 우리에게서는 자유의 형식 그 자체보다도, 그 자유의 형식 속에 스스로를 체현하고 관철해 나가는 사회범주(=여러 세력)의 역사적 성격과 그 경제적 내용이야말로 중요한 것이다.

## ‘영업의 자유’와 ‘독점’ 및 ‘단결’

基本的人權 제5권 (일본 東京大學出版會 1968년 초판) 중 제14장  
오카다 도모요시 (岡田 与好)

일본 헌법학계에서는 ‘영업의 자유’가 헌법 22조 ‘직업선택의 자유’의 한 내용으로서 포함되어 보장되고 있다는 해석이 일반적이다. 예컨대 헌법학의 권위 미야자와 도시요시 (宮澤 俊義) 교수도 단적으로 다음과 같이 말한다. ‘직업선택의 자유란 자신이 종사할 직업을 결정할 자유를 말한다. 그 직업을 행하는 자유 (영업의 자유)도 포함한다.’ 그러나 이와 같은 해석은 법률가에게는 자명한 것이라 할지라도 우리에게는 결코 자명하지 않다. 아니, 매우 불합리하며, 감히 말한다면, 이와 같은 해석이 자명한 것으로 통하는 법률학의 연구 수준에 대해 의문을 느끼지 않을 수 없다. 과거에 미야자와 교수가 정확하게 지적했듯이 ‘개개의 기본권은 인간 및 국가에 관한 일반이론의 논리적 산물과 같은 표정을 하고 있지만, 그것은 그러나 법으로 구체적으로 규정하는 방법에서 역사적으로만 이해할 수 있다. 그것들(기본권)은 잘 알려져 있다시피 무엇보다도 종래 행해진 제한에 대한 부정이다. 과거에 검열이 존재했으므로 출판의 자유가 선언된 것이고, 양심 강제가 지배했으므로 신앙의 자유가 선언되었던 것이다.’ ‘영업의 자유’는 역사적으로는 국가에 의한 영업·산업에 대한 규제로부터의 자유일 뿐 아니라, 무엇보다도 영업의 ‘독점’(monopolies)과 ‘제한’(restraints of trade)으로부터의 자유이며, 이와 같을 것으로서 그것은, 감히 말한다면, 인권으로서 추구된 것이 아니라 이른바 ‘공서(公序=public policy)’로서 추구된 것이었다. 따라서 그것은 자본주의의 전 역사를 통해 동일한 내용과 영역을 갖는 것이 아니라 ‘공서’에 대한 이해의 변화 및 대립 속에서 그것을 반영하면서, 그 내용이나 영역은 변화했다. 국가독점자본주의라고 불리는 현대에서는 의심의 여지없이 ‘독점’과 ‘제한’이 사회의 경제생활을 근본적으로 제약하는 기구(機構)적 정재(定在)로 되어 있으며, ‘영업의 자유’는 (그것이 요청되는 경우에도) 지극히 국한된 영역에서 또 왜곡된 기능을 하게 되어 있는 것이다.

‘영업의 자유’를 ‘직업선택의 자유’ 속에 포함되는 인권이라고 여기는 것은, 이와 같은 역사적 사정을 무시해버리는, 따라서 현대의 ‘영업의 자유’(의 정책)의 의의와 한계에 대한 이해를 근본적으로 오도하는 결과를 초래하게 된다고 생각한다. 그 뿐이 아니다. 인권에 대한 이와 같은 안이한 이해방법이 ‘공공의 복지’에 대한 자의적 해석을 낳는 원인이 되고 있기도 하다는 생각을 하게 된다. 요컨대 법률학에서의 역사적 방법에 대한 경시(輕視)에 문제제기가 있어야 하며, 이런 관점 하에 경제사학 입장에서 우선 ‘영업의 자유’의 본래적 내용에 대해 약간의 기초적 논점을 제시하면서 법률학계에 대해 솔직한 비판을 가하는 것이 이 글의 목적이다.

### 1. ‘영업의 자유’와 ‘독점’

‘영업의 자유’ (freedom of trade)라는 개념이 우리 법률학계에서 이해하기 어려운 것 중 하나라는 사정은 결코 우연한 일이 아니라고 생각된다. 왜냐 하면, 일본 자본주의 역사에는 ‘영업의 자유’를 위한 투쟁도, 그에 반항하는 투쟁도, 사회운동으로서 일어난 일이 없었기 때문이다. ‘영업의 자유’를 둘러싼 사회 여러 계급·계층의 심각한 이해 대립이나, 그로 인한 격렬한 사회투쟁이 거의 완전히 결여되어 있다는 것이 서유럽 자본주의의 역사와 다른 일본의 기본적 특징이며, ‘영업의 자유’에 대한 사회적 무관심이 그 대로 법률학자의 문제의식의 희박성을 낳아, 신분제도, 세습제도의 사회적 부정에 의해 보장되는 ‘직업선택의 자유’가 논리 필연적으로 ‘영업의 자유’를 포함한다는 해석을 자명한 것인 양 인식하도록 만든 것으

로 보인다.

그러나 만약 우리가 허심하게 생각한다면, 법률학계를 지배하는 이 해석이 불합리하다는 것은 한눈에 명백해질 것이다. 미야자와 교수의 말을 다시 인용한다면, 사람이 ‘자기가 종사할 직업을 결정할 자유’를 갖는다는 것과, 결정할 경우의 특정한 ‘그 직업을 행할 자유’가 보장되어 있다는 것과는 별개의 사항이며, 전자의 자유는 논리 필연적으로 후자의 자유를 포함하는 것은 아니다. 오히려 역으로 전자의 자유는 후자의 자유의 범위와 정도에 따라 실질적으로 제약되지 않을 수 없다. 예를 들어 매춘업을 선택할 자유는 -이 직업이 제공하는 서비스에 대한 수요가 کم에도 불구하고- 그 매춘이라는 직업 그 자체에 대한 사회적 부정 때문에 실질적으로 부정되고 있으며, 의사의 직업에 대해서는 그 직업을 선택하는 자는 엄중한 영업자격을 획득하지 않으면 안 되는 것이고, 그 직업은 일반에 대해 개방되어 있지 않다. 또한 담배 제조는 재정적 견지에서 국가적 독점의 대상이 되고 그 영업의 자유는 완전히 부정되어 있다. 이와 같이 바로 인권으로서, 즉 사회의 전 성원에게 보장되어야 할 일반적 권리로서 ‘직업선택의 자유’가 보장되어 있는 경우에도, 어떤 종류의 직업이나 사업이나 산업은 주어진 사회적 조건 하에서 정책적으로 금지되거나, 독점되거나, 제한되거나 함으로써 모든 성원에게 평등하게 개방되어 있지 않다. 달리 말하면, 특정 직업에의 강제적 긴박(緊縛)이나 고정화를 부정함으로써 각 개인을 모든 직업기회로 해방한다는 것과, 사회에서 영위되는 여러 직업 그 자체를 그 폐쇄성·배타성을 부정함으로써 사회의 전 성원에게 개방한다는 것과는 차원을 달리 하는 문제이며, 후자 즉 ‘영업의 자유’는 논리 필연적으로 전자 즉 ‘직업선택의 자유’를 보장하는 데 대해, ‘직업선택의 자유’는 ‘영업의 자유’의 범위와 정도에 따라 -이 범위와 정도는 또한 ‘독점’과 ‘제한’의 넓이와 세기(강도)에 따라- 실질적으로 제약되는 것이다.

이와 같이 볼 때 앞의 미야자와 교수의 해석은 물구나무서 있다고 보지 않을 수 없다. 그리고 ‘직업선택의 자유’와 ‘영업의 자유’와의 구별, 및 양자의 관계를 더 면밀하게 재검토하는 일이 우선 중요하다는 것도 거의 양해될 것이다.

‘직업선택의 자유’는 개인의 성격이나 능력에 적합한 직업을 추구할 자유인 이상, ‘자유는 타인에게 피해를 주지 않는 모든 일을 할 수 있다는 의미다.’ (1789년 인권선언 제4조)라는 ‘개인의 자유’, ‘인간의 자유의 원리에서 직접 끌어낼 수 있으며, 끌어내야 하는 것으로서, 이런 것으로서 그것은 오늘날 전 세계적 규모로 기본적 인권의 불가결한 한 요소가 되고 있다. 이 사실을 확인한 위에서 이 자유가 이미 다른 기본적 인권과는 상이한 논리적 성격을 가지고 있다는 것에 주목해야 한다. 이 점을 문제로 할 경우에는 직업선택의 자유의 결과와 정신적 자유라고 불리는 것의 결과를 비교하는 것이 편리할 것이다.

예를 들어, 신앙의 자유는 ‘무신앙의 자유’나 ‘신앙 포기의 자유’를 포함하고 있어야 하지만, 어떤 개인의 무신앙의 자유 추구는 타인의 신앙의 자유를 침해하는 것은 아니며, 그 역도 또한 마찬가지다. 이 사실은, 신앙의 자유는 모든 사람들에 대해 자기의 특정한 신앙 혹은 무신앙을 유지함과 동시에 특정한 신앙( 및 무신앙)의 강제를 거절할 권리를 보장한다는 것을 의미한다. 이와 같이 정신적 자유에 있어서는, 이 자유의 소극적 추구(무신앙의 자유, 침묵의 자유 등)와 적극적 추구(신앙의 자유, 표현의 자유)가 서로 침해함이 없이 평등하게 보장될 수 있으며, 각각의 자유에 대한 침해에 대해서는 이 자유의 평등한 보장 그 자체가 대항 수단이 된다. 그러나 직업선택의 자유 경우는 다르다. 첫째로, ‘무직의 자유’나 ‘직업 포기의 자유’는 사회의 특정 계층만이 목적의식적으로 추구하고 향유할 수 있는 특권이며, 대다수 사회 성원에게 이런 특권은 거부되고 있다. 둘째로, 그럼에도 불구하고 직업선택의 자유는 인권인 이상 ‘직업

변경 '직업 포기' '무직' 등 자유를 포함하지 않을 수 없다는 의미에서, 이 자유의 행사는 타인에게 직업 포기의 자유를 강요하는 결과가 되기도 한다. 예를 들어, 사양(斜陽)화한 석탄산업에서 폐산조치는 탄광 경영자에 의한 직업선택의 자유 (이 경우는 직업 포기의 자유) 행사인 바, 그것은 필연적으로 그 탄광의 노동자들에 대한 실업의 강제가 되지 않을 수 없다. 그리고 만약 탄광 노동자가 토목노동으로 전직한다면 (이 경우는 전직의 자유 행사), 그것에 대한 수요가 일정할 경우에는 그 전직은 다른 토목노동자의 실업이나 전직을 강제하게 될지도 모른다. 무릇 상품경제의 기초 위에서 직업선택의 자유는 제 개인간의 자유경쟁을 필연화시키고, 자본주의 하에서는 그것은 자본과 노동력의 이동의 제도적 보장으로서, 자본을 위한 고용과 해고의 자유를 보장하는 것이 그대로 노동자의 취업의 자유 보장과 실업의 자유 강제로 되지 않을 수 없다는 사정을 필연화시키는 것이며, 그런 까닭에 직업선택의 자유는 논리 필연적으로 타인에게 해를 입힐 가능성을 포함하고 있다. 이 사실은 직업이 개인의 의사와 무관한 사회적 소여(所與)이며, 사회적 관련 속에서 그것을 통해서만 추구할 수 있다는 사실에 기인한다고 하지 않을 수가 없는 것이다. 그런 까닭에 직업선택의 자유는 개인의 자유, 기본적 인권의 원리로부터 필연적으로 요구된다 하더라도, 이 기준만으로는 정당화될 수 없는 측면을 가지고 있다는 사실에 주목해야 한다.<sup>16)</sup>

이상의 고찰에서 만도, 직업선택의 자유를 개인의 자유로서 어쨌든 형식상 만인에게 보장한다는 것과, 개인의 의사와 무관한 사회적 소여로서 각각에 고유한 역사적 편성과 성격을 갖는 여러 직업·사업·산업을 만인에게 개방하는 것과는 별개의 사항이라는 것, 따라서 전자의 직업선택의 자유는 독자적인 논리적 성격을 가져야 한다고 해도 우선은 개인의 자유권으로서 주장될 수 있음에 대해서, 후자 즉 영업의 자유는 개인의 자유의 원리에 준거할 수 없으며, 여러 직업·사업·산업의 현실에 존재하는 '독점'이나 '제한'의 사회적 기능과 효과에 대한 일정한 구체적 평가를 기준으로 하지 않을 수 없다는 것을 짐작할 수 있을 것이다. 이 경우에는 개인 일반, 직업 일반이 아닌, 특정한 직업, 그것에 종사하는 특정한 사회 집단과 사회 전체와의 관계가 문제된다.

그런데 이 관계는 상품경제의 일반적 기초 위에서는, 말할 나위 없이 '거래'를 통해서 유지되고 재생산된다. 즉 개개 영업에서의 '독점'이나 '제한'은 일반적으로는, 다시 말해서, 사회전체로 볼 때는 '거래의 독점'이나 '거래의 제한'을 의미한다. 따라서 '영업의 자유' 보장이란 -일반적으로 말하는 경우에는- '거래의 자유'를 사회관계의 일반적 규제원리로 하는 것을 의미하는 것이며,<sup>17)</sup> 그것은 '공서(公序)'에 관한 일정한

16) J. S. 밀은 <On Liberty>에서 인간의 자유에 고유한 영역을 형성하는 것으로서 다음 세 가지를 들고 있다. ① 양심의 자유 (liberty of conscience. 표현, 출판의 자유 포함) ② 기호(嗜好) 및 직업선택의 자유 (liberty of tastes and pursuits) ③ 단결의 자유 (liberty of combination). 여기서 liberty of pursuits는 '직업의 자유'라고 번역되기도 하는데, 밀이 이 말로써 표현하는 내용은, 직업 (혹은 재산)의 추구를 통한 생활설계의 자유이며, 그러므로 영업의 자유의 기본적 내용이라고 이해하는 편이 합리적일 '직업의 자유'라는 용어를 피하고, 분명하게, 내용에 맞게 '직업선택의 자유'라고 번역되어야 할 것이다. 그것은 어쨌든, 이와 같이 밀은 직업선택의 자유를, 개인의 자유의 원리로부터 도출되는 인간의 자유의 고유한 요소라고 하면서도, 한편으로는 다음과 같이 말하기도 한다. '타인의 이익에 손해를 주는 것, 내지 그럴 가능성만이 사회의 간섭을 정당화한다는 이유에서, 따라서 그것이 언제나 그와 같은 간섭을 정당화 하는 것이라고는 결코 생각되어서는 안 된다. 많은 경우 개인은 어떤 하나의 정당한 목적을 추구할 때 필연적으로, 따라서 합법적으로 타인에게 고통이나 손실을 주거나, 타인이 당연히 획득하고 싶고 희망하고 있는 행복을 가로채기도 한다. ... 종사하는 사람이 과잉인 직업이나 경쟁시험에서 성공하는 자들은 고 희망하고 있는 행복을 가로채기도 한다. ... 타인의 손실, 도로(徒勞)로 끝난 타인의 노력, 타인의 실망이나 낙담으로부터 이익을 얻고는 한다. 그러나 이와 같은 결과 때문에 주저함이 없이 사람들이 자기의 목적을 추구하는 편이 인류의 일반적 이익에 기여한다고, 일반적으로 인정되고 있다.' 이리하여 '인류의 일반적 이익'이라거나 '사회적 일반적 이익'이라는 판단기준이 도입되게 된다.

이해와 판단을 기준으로 하는 것이며, 인권으로서 필연화 될 수 있는 것은 아니다.<sup>18)</sup>

이와 같은 '거래의 자유' 주장이나 정책이 A. 스미스의 <국부론>에 의해 체계적인 이론적·경험적 근거를 부여받았다는 것은 주지의 사실이다. 여러 나라에서 '자유 무역론' 혹은 '자유 교역설'로 잘못 왜소화되는 경향이 있는 '거래 자유설' (the doctrine of Free Trade)는 이미 말한 바와 같이, 단순히 거래에 대한 국가·공공단체 등 통치기구에 의한 간섭의 배제를 요구할 뿐 아니라 오히려 이런 유의 간섭의 객관적 기반을 이루면서 법제적으로, 사실적으로 거래의 제한이나 불공정한 거래를 사회에 대해 강제하는 산업이나 직업의 '독점'조치를 배격할 것을 근간으로 하는 주장이었음을 명심해야 한다. 예컨대 스미스의 다음과 같은 주장을 보라.

'독점 (a monopoly)은 개인에게 주어지는 경우에도 동업조합(a trading company)에 주어지는 경우에도, 상업 또는 제조업상 비밀과 동일한 효과를 미친다. 독점자들 (monopolists)은 시장을 항상적으로 공급부족으로 만들어놓음으로써 자기들의 여러 상품을 자연가격보다 훨씬 비싸게 팔고, 그것이 임금이든 이윤이든, 자기들의 이득을 그 자연율(natural rate) 이상으로 심하게 끌어올리는 것이다. 독점가격 (the price of monopoly)은 언제나 획득 가능한 최고의 가격이다. 자연가격 즉 자유경쟁가격(the price of free competition)은, 항상 그런 것은 아니라 하더라도, 상당한 장기간을 본다면 취득할 수 있는 최저가격이다. 전자는 모든 경우에 구매자로부터 짜낼 수 있는 최고가격, 즉 구매자가 그것을 내놓을 것을 승인한다고 생각되는 최고가격이며, 후자는 판매자가 보통 취득할 수 있고, 그 일을 계속할 수 있는 최저가격이다'

일별하면 분명해지듯이 '독점' 배제(=자유경쟁(자연적 질서))가 일반 소비자의 이익을 최대한으로 보장한다는 것, 바꾸어 말하면 일반 소비자의 이익을 기준으로 하는 한, '독점'은 제거되어야 한다는 것 (이른바 소비자 주권), 바로 이것이 영업=거래의 자유의 정수이다. 알아두어야 할 것은, 고전파의 사상을 관통하는 전 정신은 독점에 대한 반대였다는 사실이다.

이리하여 무규정(無規定)적인 '직업선택의 자유'는 자유경쟁을 사회 성원에게 강제하는 '영업(=거래)의 자유'와 적대적이기까지 하다는 것을 알 수 있을 것이다. '영업(=거래)의 자유'는 결코 무개념적인 자유 일반이 아니다. 그것은 '독점'으로부터의 자유인 이상 '영업(=거래)의 독점의 자유'를 허용하는 것이 아니며, 그것에 대한 부정이야말로 '영업=거래의 자유'의 본질인 것이다. 그런 까닭에 독점 금지법 (일본 1947년)의 문제를 '경제적 기본권(영업의 자유)에 대한 제한에 관한 문제로서 생각하고 ... 그러나 경제

17) 영어의 freedom of trade의 'trade'라는 용어가 '직업', '상업', '산업'을 의미함과 동시에, 그들에 공통된 기초적 계기이며, 또한 그들의 형성·분화의 기초적 원인이었던 '거래'를 의미한다는 것, 따라서 freedom of trade는 '직업의 자유', '상업의 자유', '산업의 자유'임과 동시에 '거래의 자유'이기도 하다.

18) 그러므로 밀은 말한다. '거래 자유의 학설' (the doctrine of Free Trade)는 <자유론>에서 주장되고 있는 개인의 자유의 원리와 마찬가지로, 특정한 근거에 입각하고 있는 것이지만, 그것과는 다른 근거를 가지고 있다. 그것은 그에 의하면, '거래는 직접적으로 사회적 행위이며, 그러므로 개인에게만 관계되는 행위와는 달리, 사회가 제한하는 것이 당연하다고 생각되는 부분'도 형성하는 것으로, -여기에 공리주의적 자유주의=개인주의의 하나의 특징이 드러나 있다- 그것을 배제하는 것은, 이 제한은 '그것이 기대하는 것과 같은 (즉 사회의 이익이 되는 것과 같은 -인용자) 효과를 현실적으로 낳지 않는다는 이유에서 뿐인 것이다.' 따라서 '개인의 자유의 원리는, 거래의 자유의 학설 중에 포함되지 않고 있는 것과 마찬가지로, 거래 자유의 학설의 한계에 관하여 생기는 대부분 문제에도 포함되지 않고 있다.'

적 자유는 공공의 복지 아래에서만 인정되는 것이므로 제한 자체를 위헌이라고 할 수는 없으며, 문제는 독점금지법에 규정된 것과 같은 제한이 위헌인지 어떤지, 라는 데 귀착된다.'고 설명하는 이마무라 나리 카즈(今村 成和) 교수의 해석은 근본적으로 옳이다. 여기서, ① 경제적 자유와 공공의 복지가 적대관계에 배치되고 영업의 자유 보장이야말로 공공의 복지 즉 사회전체의 이익이라는, 경제자유주의의 본래 정신에 대한 이해가 완전히 결여되고 있다. ② 아울러, 독점의 금지야말로 영업의 자유의 제도적 보장이며, 만약 헌법 22조 직업선택의 자유 규정이 동시에 영업의 자유도 보장했다고 간주한다면, 독점금지법은 그 입법적 구체화에 다름이 아니라는 것이 간과되고 있다. ③ 따라서 제22조와 관련해서 현재 지배적인 이 해석에 서는 것이라면, '문제는 독점금지법에 규정된 것과 같은 제한이 위헌인지 어떤지'가 아니라, 거꾸로 독점금지법적 제한의 무시·경시나 무효화가 위헌이 아닌지 어떤지의 관점으로 귀착되어야 하는 것이다. 보다 정확하게, 그리고 단적으로 말한다면, '독점금지법적 제한이'가 아니라 완전히 거꾸로 '독점 및 거래의 제한 그 자체가' 공공의 복지라는 관점에서 어디까지 허용되는가라는 문제, 독점의 사회적 기능과 영향에 대한 가치판단이 본래 독점금지법의, 따라서 영업의 자유의 이해와 해석의 기초가 되어야 하는 것이다.

독점금지법은, '사적 독점, 부당한 거래제한 및 불공정한 거래방법을 금지하고, 사업지배력의 과도의 집중을 방지하고, 결합이나 협정 등 방법을 통한 생산, 판매, 가격, 기술 등의 부당한 제한 기타 일체의 사업활동의 부당한 구속을 배제함으로써 공정하고도 자유로운 경쟁을 촉진하고, 사업자의 창의를 발휘케 하고, 사업활동을 왕성케 하고, 고용 및 국민소득의 수준을 높여, 그럼으로써 일반소비자의 이익을 확보함과 동시에 국민경제의 민주적이고 건전한 발달을 촉진할 것을 목적으로 한다.' (일본 독점금지법 제1조) 이를 앞에서 인용한 스미스의 주장과 비교해 보라. 여기에 명시된 하나의 정책원리는 의심의 여지 없이 고전파 경제학자들이 확립한 거래 자유의 원리이다. 즉 그것은 거래의 자유=자유경쟁을, 무엇보다도 일반 소비자의 이익을 기준으로 하고, 공공의 복지로 간주하고, 그것을 경제정책의 원리로 삼을 것을 선언했다. 일본 최초의 자유주의적 반 독점법이다. '영업=거래의 자유', 또 그것과의 관련에서 독점금지법의 문제를 고찰할 경우 이 점을 우선 명심하고 있어야 한다.

그러나 말할 나위 없이 현대적 독점의 체제 (독점자본주의)는 세계사로서는, 영업=거래의 자유 체제 (자유경쟁적 자본주의)를 출발점으로 하고, 그 실질적 부정으로서 성장했다. 따라서 독점금지법은 역사적으로는 현대적 독점에 대하여, 그것에 의해 실질적으로 부정된 영업=거래의 자유의 정책원리를 가지고, 규제를 가하려고 하는 것이며, 이런 사실 속에, 이 법률 및 법률에 의해 지향되고 있는 정책의 역사적 한계가 뚜렷이 시사되고 있다고 하지 않을 수 없다. 이 역사적 한계에 대한 구명과 관련해서는 고전파 경제학의 역사적 토양과, 그것에 의해 규정받고 있는 이론의 역사적 성격에 대해 아래와 같은 점을 강조해두고자 한다.

앞에서 말한 바와 같이, 고전파 경제학의 전체를 관통하는 정신적 기초가 반 '독점'이라고 말할 때, 상업·무역의 '독점'과, 동직(同職)조합에 의한 직업의 '독점'이 공격의 주목표이며, '산업독점'은 거의 관심 밖에 있었다는 사실이 주목된다. 즉 무엇보다도 산업의 독점을 기반으로 하고 고도로 조직화되어 있는 현대적인 '거래의 독점'과는 이질적인, 상인적 '독점' 내지 동업조합적 '독점'의 제거 요구를 역사적 배경으로 하고, 고전파 경제학자는 유통에 있어서의 일반적 자유, 즉 '거래의 자유'의 일반적 보장에 입각한 자유로운 시장기구가 사회적 재생산의 가장 신뢰할 만한 합리적인 조정기능을 수행할 것을 논증하려고 했던 것이며, 당시 단계의 영업=거래의 자유 정책의 원리로서는 그것으로 족했다. 그것은 현대적 거대독점

이 존재하지 않았기 때문만은 아니다. 오히려 고전파 경제학의 자유주의론은 낡은 산업독점의 타도를 소여의 역사적 전제로 하고 있었기 때문이다.

여기서 낡은 '산업독점'이란, 절대왕정기에 있어서 국왕대권을 지주(支柱)로 하고 고도하게, 광범하게 발전을 이룬 것으로, 경제사가(經世史家)들은, 현대적 독점과 구별하기 위하여 이를 '초기독점'이라고 부르고 있다.<sup>19)</sup> 서유럽 부르주아혁명은 이 '초기독점'의 타도를 하나의 목표로 한 것으로, 이 과정은 자본주의 모국인 영국에서 가장 일찍, 그리고 날카로운 형태로 전개되었다. 엘리자베스 1세 치세 말기 이래, 하원을 중심으로 반 '독점' 투쟁은, '독점'이 국왕대권을 법적 기초로 했기 때문에 불가피적으로 통치구조의 변혁을 추구하는 투쟁으로서 진전되고, 드디어 1640년을 기점(起點)으로 하는 영국혁명의 과정에서 '초기독점'인 산업자본은 전면적으로 타도되었다. (1689년에 제정된 광산법에 의한 국왕의 광산 특권 폐지가 최종 지표이다) 이로부터 1세기 후의 고전파 경제학자들은, H. Levy가 주장하듯이 '일찍 쟁취된 산업의 자유 (the earlier won industrial freedom)의 의의를 관찰하지 않았다. 그들은 경쟁의 자유로운 작동을 자본주의의 당연한 현상이라고 간주했다. ... 자유로운 산업의 이 재빠른 승리가 당연한 일이라고 생각되면 필수록 경제학자들은 그만큼 한층 더 '산업의 자유'라는 표현을 단순히 길드적 여러 규제의 질곡으로부터의 해방에만 적용하게 되었다.' 영업의 자유=독점배제의 이념과 체제가, 역사적으로는 학설로서의 정비에 앞서서, 우선 '산업의 자유'의 이념과 체제로서 절대주의적 '산업독점'의 혁명적인 폐절(廢絶) 속에서 기초를 잡았다는 것, 역으로 말하면, 고전파 경제학의 '영업=거래 자유 학설'은 1세기 이전의 부르주아혁명의 역사적 유산을, '산업의 자유' 체제를 당연한 소여(所興)로서 전제하는 일이 가능했다는 데 주목해야 하는 것이다. 이리하여 현대의 독점금지법은, 영업=거래의 자유의 (본래의 혁명적 내용이 빠진 형식만의) 계승자로서, 과거와는 완전히 역으로, 최고도로 발달한 '산업독점'의 체제를 부정하는 것이 아니라 그 반대로- 당연한 소여의 전제로 하면서, 거래의 독점과 제한에 일정한 규제를 가하려 하는 것에 지나지 않는다고 하지 않을 수 없는 것이다.

## 2. '영업의 자유'와 '단결'운동

앞 절에서 언급했듯이 독점금지법은, 그리고 그 원류인 고전파의 경제적 자유주의는 무엇보다도 일반 소비자 (그러나 말할 필요 없이 자본주의 하의 일반 소비자, 즉 구매자)의 이익 확보를 대의명분으로 하고 있다. 그렇다면 영업의 자유 보장은 생산자나 판매자에게는 어떤 영향을 주는가? 특히 국가독점자본주의 하에서 여러 산업의 독점이 고도로 발전을 이루고 있는 상태에서 영업의 자유 보장은 어떤 의의를 갖는 것일까?

비근한 예를 들어 보자. 예를 들어 소매상의 영업의 자유가 백화점이나 대형 슈퍼마켓의 무제한적인 설립이나 확대를 보장하는 한 그것은 일반 소매상에 대하여 파멸적인 영향을 미칠지도 모른다. 따라서 일반 소매상은 자기营业을 방위하기 위해 백화점에 대한 영업 제한을 요구할 것이며, 또 그것은 현실적으로도 입법화 되어 있다. 영업의 자유는 이와 같이 직업의 자유화, 즉 직업의 사회전체로의 개방으로 한편으로는 투자의 자유를, 다른 한편으로는 도산의 자유를 사회적으로 보장하고 강제한다. 한 마디로

19) <주식회사 발생사론>(1938년) 이후의 오츠카 히사오 (大塚 久雄) 교수의 자본주의 연구의 초점은, 절대왕정기의 '초기독점'을 최고의 발전형태로 하는 전기(前期)적 자본의 상업적·산업적 '독점' 지배로부터의 자유를 요구하는 중산적 생산자의 성장과, 그 경제적 기반과의 대항을 추구하고, 후자의 경로의 승리와 전자의 경로의 부정이 근대 자본주의의 고유한 역사적 내용을 결정했음을 논증하는 데 있었다. 그래서 '초기독점'을, 그것을 통해서 '영업의 자유'의 본원적 내용을 알려면 오츠카 교수의 여러 저작이 제검토되지 않으면 안 된다.

말하면, 그것은 무엇보다도 자본의 이동과 축적의 자유의 제도적 보장이다. 그렇다면 바로 다음과 같은 점에 주목하지 않을 수 없게 된다. 즉 자본의 이동과 축적은 자본재생산과정 그 자체가 (사회적 생산과정) 어떠한 경우에도 가치 증식 혹은 이윤 극대화를 궁극목표로 하는 자본에 의해 지배되어 있는 이상) 정확하게 경제 내적으로 만들어내고 강제해 가는 것이므로, 그것은 자본 일반의 논리로서 필연적이다. 바꿔 말하면 자본주의적인 경제과정, 그것을 규정하고 있는 자본의 운동 그 자체가 자본의 이동과 축적의 자유를, 그것과 함께 자유경쟁을 필연화 시키고 강제하는 것이고, 그 역(逆)은 아니다.<sup>20)</sup> 이러한 여 영업의 자유의 법적·제도적 보장이 전(前) 국가적인 것으로서 형성·전개된 자본의 운동논리에 대한 제한과 장애를 제거하는 것으로서만 의의를 갖는 것이며, 또 이런 제한과 장애가 이른바 '소 영업의 길드적 정신' (레닌)을 기초로 하는 길드적인 동직(同職)단체에 의한 직업의 독점 -이 독점의 가장 중요한 수단인 도제 규제에 의한 입직(入職) 규제였다- 이나 규제, 그것을 법적으로 보장한 (예를 들어) 엘리자베스 1세의 '도제법(1563)과 같은 절대주의적 산업규제법으로서 잔존해 있었기 때문에, 이들 사회적 제약을 제거하기 위한 정책으로서 영업의 자유는 추구되었던 것이다. 거듭 강조하거니와 자본재 생산 그 자체가 모든 사회 성원에 강제해 가는 자유경쟁에 대한 완전한 신뢰 위에, 여러 직업의 동직(同職)조합적 '독점'과 '규제'를, 개인의 자유(로운 경제활동)에 대한 사회적 제한으로 여겨 전폐(全廢)한다. 이것이 바로 자유방임주의의 기본적 내용이었던 것이다.

이와 같이 본다면, 현대 자본주의 하에서도 영업의 자유가 강제되고 있으며, 바로 그렇기 때문에 자본의 운동논리에 대항하는 경제적 제 이해는 필연적으로 영업의 제한을 추구할 것임은 짐작하는 데 어려움이 없다. 영업의 자유가 역사적으로 전 근대적인 반자본주의적·사회적 제 제한(=규제)의 제거로서 추구되어 발전한 것과 마찬가지로 그것은 새로운 사회적 제 제한(=규제)에 의해서만 제약될 수 있는 것이며, 자본주의경제 일반에 필연적인 정책원리인 영업의 자유는 경제에 대한 사회적 제한인 영업 제한의 범위와 강도에 의해 제약되며, 후자의 폭과 강도는 그 자체 자본에 대한 사회적 투쟁·대항의 폭과 깊이 를 표현한다고 해도 과언이 아니다. 게다가 이 투쟁은 자본주의의 전 과정을 통해 계급적 제 이해의 대립의 역사적 내용의 별화와 더불어 서로 상이한 현상형태를 띠고 한결같이 발견되는 것으로, 그 때문에 영업의 자유의 역사는 자본주의에 고유한 계급대립·투쟁의 역사를 나타내는 것, 아니, 나타낼 수밖에 없는 것이다.

현대 자본주의 하에서는 의심의 여지없이 근로대중은 일반 소비자로서 독점의 금지·제한 (영업의 자유)을 요구하면서, 생산자·노동자로서는 모두 영업의 제한을 추구하고 있다. 독점자본의 산업 지배가 강력하고도 광범위해질수록, 따라서 비독점적(=자유경쟁적) 분야가 협소해질수록 영업의 자유는 독점자본에 대해서는 자유경쟁적 분야에서의 자유로운 진출을 보장하고 (즉 이마무라 교수의 독점금지법 해석이 시사하는 바와 같이 독점의 자유를 보장하고), 다른 한편에서 그것은 이 협소한 분야에 있어서의 중소기업 상호간의 경쟁의 격화 (과당경쟁)를 필연적인 것으로 만들 것이다. 따라서 독점자본주의 단계에서는 영업의 자유는, 독점자본의 지배라는 경제적 구조 그 자체로 말미암아, 역사적으로 그 대립물이었던 독점의 이익의 봉사자로 전락한다. 이 기구에서는 중소기업자의 영업제한 요구가 필연적이 되는 것이며,<sup>21)</sup>

20) 마르크스의, 고전 경제학으로부터의 180도 전환을 표현하는 다음과 같은 화두에 주목하라.  
'자본재 생산의 내재적 법칙이 자본의 외적 운동에 있어서 현상(現象)하고, 경쟁의 강제법칙으로서 스스로를 주장하고, 따라서 또한 추진적 동기로써 개개의 자본가의 의식에 오르는 방식'(<<자본론>> 제1부), 혹은 '자본재 생산의 발달은, 한 산업적 기업에 투하되는 자본의 끊임없는 증가를 필연적인 것으로 만들며, 그리고 경쟁은 각개의 자본가에 대해, 자본재 생산양식의 내재적 법칙을 외적인 강제법칙으로서 강요한다.'  
21) 예를 들어, '중소기업단체의 조직에 관한 법률' (1957년)에서 '일정한 지역에서 일정한 종류의 사업을 영위하

그것은 식량관리제도 기타 농업의 보호규제를 요구하는 농민운동과 함께, 반독점투쟁의 한 국면이라는 의미를 가지고 있다. 자본주의 성립기에서 독립자영농민을 중핵으로 하는 중산적 생산자 층이 자유로운 농촌공업을 기반으로 상인자본적인, 상업의 '초기독점' 제거, 그와 함께 특권 도시 및 길드적 단체에 의한 직업의 독점과 규제의 제거, 즉 영업의 자유를 요구하고 필연화 시켜 갔던 것과 완전히 대조적으로, 현대에서는 중소기업이나 농민은 영업의 자유가 독점자본의 자유의 제도적 보장으로서 기능하는 이상, 반독점투쟁으로서 영업에 대한 제한을 추구하지 않을 수가 없는 것이다.

이와 같은 사정은 노동력의 거래, 그리고 그 판매자인 노동자 계급에 관해서는 한층 뚜렷한 형태를 띠고 나타난다. 이 국면에서는 영업(=거래)의 자유는 제 직업의 폐쇄성을 제거하여 자유로운 노동시장의 형성·확대를 보장함으로써 노동력 공급의 증가와 상호간의 경쟁을 촉진할 것이다. 자본가(구매자)와 노동자(판매자) 사이의 거래 능력의 현저한 차이는 상품 거래 경우보다 훨씬 더 영업(=거래)의 자유를, 구입자에게 유리하게, 판매자에게 불리하게 작용하도록 할 것이다. 따라서 이 경우에는 영업(=거래)의 자유는 자본가 측에 결정적으로 유리한 무기가 된다. 노동조합은 단결을 통해 노동자와 자본가와의 개인적 거래를 배제하고, 그럼으로써 노동자 상호간의 경쟁을 제거함과 동시에 거래 능력을 집중시켜 이 상황에 대처하려고 하는 것이며, 이런 것으로서, 그것은 필연적으로 영업(=거래)의 제한을 목적으로 하는 단결조직이자, 노동력 거래의 독점조직이다.

이런 사실은 세계사상 처음으로 노동조합을 법인(法認)했고, 따라서 처음으로 노동조합의 법적 정의(定義)를 제시한 '노동조합법' (Trade Union Act. 1871) -'노동조합헌장' (Charter of Trade Union)이라고 불린다- 의 명문으로 정의되고 있다. 즉 '노동조합이란, 일시적이든 항구적이든, 노동자와 사용자와의 관계 또는 노동자 상호의 관계 또는 사용자 상호의 관계를 규제하고, 혹은 직업이나 업무의 수행에 제한적 조건을 과할 것을 목적으로 하고, 만약 이 법이 제정되지 않았다면, 그 목적의 하나 또는 그 이상이 거래를 제한하는데 있다는 이유 때문에 (by reason of some one or more of its purposes being in restraint of trade), 위법한 단체라고 간주되었을 단결을 지칭한다.' 즉 여기서, ①노동조합은 영업(=거래)의 제한 (restraint of trade)을 목적으로, 적어도 목적 중 하나로 하는 단결조직, 따라서 영업(=거래)의 자유를 원칙으로 한 common law 상에서는 '위법한 단결'이라고 간주될 운명에 있었다는 것, 그리고 ② 이러한 단결로서, 사용자의 단결과 노동자의 단결이 평등하게 Trade Union으로서 보장되었다는 것 등에 주목해야 한다. 다시 말해서, 노동조합은 제 개인의 영업=거래의 자유 원칙과 배리(背離)됨에도 불구하고, 따라서 그것은 본래 위법한 결합임에도 불구하고 합법성을 부여받게 되었던 것이다. 그리고 이 모순의 해결은, 거래 당사자로서의 지위의 대등성을 보장하는 '거래의 자유' 원칙에 서서 달성되었다.

F. 엥겔스는 노동조합과 파업의 의의를 다음과 같이 요약했다.

'이들 조합과, 조합에 유래되는 파업이 진정 중요한 것은, 이 두 가지가 경쟁을 없애려는 노동자의 최초의 시도라는 사실 때문이다. 이 두 가지는, 부르주아지 지배가 오로지 노동자 상호간의 경쟁, 즉 개개 노동자 상호간의 대립에서 생겨나는 프롤레타리아트의 분열에 입각하고 있다는 사실이 인식되고 있음을 전제로 한다. 그리고 이 두 가지는 설령 다만 일면적인 방식, 다만 한정된 방식으로 수행된다 하더라도, 현재의 사회질서의 생명의 중추인 경쟁에 적대하는 것이므로, 바로 그 이유

는 중소기업자의 경쟁이 정상적인 정도를 지나치기 때문에, 그 중소기업자의 사업활동에 관한 거래의 운행이 저해(阻害)되어, 그 상당한 부분의 경영이 현저히 불안정해지거나 또는 불안정해질 우려가 있는 경우에 한하여'(제9조) '사업활동을 조정하기 위하여' 상공조합 설립이 허가되었다는 사실에 주목하라.



때문에, 이 사회질서에 대해서는 지극히 위험한 것이다.  
 노동조합은 이와 같이 영업의 자유(=자유경쟁)에 대한 제한·부정을 목적으로 하는 것이기 때문에 시  
 민혁명에 의한 '초기독점'의 분쇄와 동시에 본격적인 전개를 이루는 영업의 자유의 체제와 정책은 단결  
 금지를 특징적 내용으로 하고 있었다. 영업의 자유의 발전=자본주의의 발전에 불가피하게 수반된 소영  
 업주 그 중에서도 사실상의 임금노동자인 직인(職人)층의 단결 (이른바 초기 노동조합)의 진전에 대하여,  
 18세기 영국에서는 각지의 각 영업부문에 대해 개별적으로 '단결금지법' (Combination Act)이 잇달아 제  
 정되었고, 이런 추세는 노동조합을 전면적으로 금지한 '일반적 단결금지법' (General Combination  
 Act-1799년)으로 완성되었다.

그러므로 단결을 통한 영업=거래의 독점·제한을 제거하는 것이 18세기 영업의 자유 정책의 정수(精  
 髓)였다. 1813-4년에 엘리자베스 1세의 '도제법'이 최종적으로 폐지되고, 직인층, 노동자층의, 영업규제를  
 실현하기 위한 단결의 최후의 법적 근거가 제거되었을 때, 영국 국회에서 토론되었던 다음과 같은 주장  
 은 이 영업의 자유의 정책원리를 가장 단적으로 나타내는 것이다. '엘리자베스의 이 제정법(도제법)에  
 관한 사실은 다음과 같은 것이다. 즉 그 존재는 독점의 창출에 봉사하며, 이들 독점의 영향에 대해 말한  
 다면, 그것은 하나의 제품에 대한 수요가 클 때는 (도제 규제으로써 영업이 특정한 배타적 집단에 의해 독  
 점되고 있으므로), 사회에 대하여 그 가격이 끌어올려지는 반면, 수요가 감소될 때는 많은 노동자는 (7년  
 간의 도제의무를 그 업종에서 완수하지 못하고 있기 때문에) 실업할 수밖에 없다는 이야기이다. 그러므로  
 이 제정법의 폐지는 사회와 노동자의 양자 (both the public and workmen)에 대해 이익을 가져올 것  
 이다.'

이와 같이 스미스의 경제학을 최대의 권위로 삼고, 자유주의 경제학설이 확립되어 오는 단계 (18세기  
 후반)에서는, 영업의 자유는 무엇보다도 '노동의 자유'로서 파악되고, 스미스가 말한 대로, '모든 사람이  
 자기 자신의 노동이라는 형태로 소유하고 있는 재산이야말로 다른 일체의 재산의 본원적 기초이므로, 그  
 것은 가장 신성하고도 불가침의 것이다.'라는 관점을 기초로 하고, 이 노동의 자유의 보장이 사회 전체의  
 이익 (일반 소비자의 이익)을 동시에 확보하는 것이라고 생각되었던 것이다. 다시 말하면, 영업의 독점과  
 제한을 제거함으로써, 즉 여러 영업을 사회에 개방함으로써 상품시장, 노동시장을 사회 전체에 개방하는  
 것, 그럼으로써 어떤 경우에도 소비자=구매자에게 자연적·적당한 가격을 보장하는 것, 이것이 영업의  
 자유 정책으로서 추구된 것이었다고 할 수 있을 것이다.

영업의 자유는, 노동의 자유로서는 여러 직업간의, 특히 농업에서 공업적 여러 영업으로의 노동자의  
 이동의 자유를 보장하는 것으로서, 따라서 자본의 이동의 자유의 기초적 전제를 보장하는 것으로서 자본  
 의 원시적 축적과정에서 특히 결정적 중요성을 가지고 있다. 그러나 스미스가 주장하듯이, 노동이 재산  
 의 본원적 형태이며, 도제제도, 배타적 동업조합, 도제법이 자유로운 노동을 제한·방해하는 것으로서,  
 따라서 '이 가장 신성한 재산에 대한 명백한 모독' (a plain violation of this most sacred property)으  
 로서 배제되어야 한다고 주장된다고 한다면, 전통적으로 수공업적 숙련을 독점하고 그것을 자기의 재산  
 으로 간직해온 직인층 혹은 숙련공층은, 이 특정한 숙련과, 그것을 통해 영위되고 있는 특정한 직업  
 을 '가장 신성한 재산'으로서 방위하고, 이 재산의 불가침성을 보장받기 위해 노력할 권리가 있다고 주장하  
 는 것도 마찬가지로 가능하다. 19세기 초의 시계 제조공들의 주장을 인용한다면, '도제 수업을 마친 직  
 공은, 집단적 및 개인적으로 (collectively and individually), 그들의 여러 가지 기능이나 직업의 평온하  
 고도 배타적인 영업 및 취업에 있어서 입법부로부터 매우 광범한 보호를 기대할 권리를 가지고 있다. 왜

냐하면, 법은 공채 소유자의 재산을 보호해온 것과 같은 정도로, 그들에게 이 기능이나 직업을 하나의  
 재산으로서 수여해왔기 때문이다.'

이리하여 노동의 재산시(視)라는 공통의 관점에 서서, 도제법의 제거=노동시장의 개방이라는 방향과,  
 역으로 도제법적 권리의 보장=노동의 자유에 대한 제한=노동시장의 독점이라는 방향, 즉 서로 대립되는  
 두 방향의 결론을 얻게 되는 것이다. 그리고 전자의 방향이 단결금지법을 수반하면서 정책적 현실로서  
 나타난 것은 앞에서 언급했지만, 이와 같은 정책적 현실은 흔히 아담 스미스의 권위에 의거했다고는 하  
 나, 스미스의 단결관은 이 정책적 현실에 대한 비판을 포함하고 있었음이 여기서 주목되어야 한다. 그리  
 고 이 비판 또한 노동의 재산시를 출발점으로 했다. 즉 빈민의 유인한 재산인 노동의 실현은 자본가가  
 지불하는 임금이라는 형태를 취하지 않을 수 없지만, 이 국면에서는 스미스에 따르면, '직공들은 가능한  
 한 많이 획득할 것을 바라고, 사용자들은 가급적 적게 주고 싶어 한다. 전자는 노동의 임금을 끌어올리  
 기 위하여 단결하고, 후자는 그것을 끌어내리기 위하여 단결하는 경향이 있다.' 이에 대하여 '우리는 노  
 동의 가격을 끌어내리기 위한 단결을 금지하는 의회 제정법을 전혀 갖고 있지 않지만, 그것을 끌어올리  
 기 위한 단결을 금지하는 것을 많이 가지고 있다.' 사용자 측의 단결은 소수(少數)이기에 용이하고 또 통  
 상적이다. 그럼에도 이와 같은 불공평이 발생하는 것은, '입법부가 사용자와 직공들 사이의 불화를 조정  
 하려고 기도할 때마다, 그 고문(顧問)이 되는 것은 언제나 사용자이기 때문이다. '그러므로 규제가 직공  
 에게 유리할 경우에는 그것은 항상 공평하지만, 사용자에게 유리할 때는 그렇지 못한 경우가 있다.'

노동력이라는 상품의 독자성으로 인하여, 노동력 거래에서의 당사자 쌍방의 '단결' 경향이 불가피하다  
 면, 일방적인 단결 금지, 게다가 무소유자이기 때문에 노동력의 판매를 통해야만이 자기의 생활을 유지  
 할 수 있는 노동자, 따라서 개별적으로는 거래상 결정적으로 불리한 조건에 있는 노동자에 대한 일방적  
 인 단결 금지는 정의롭지 못할 뿐 아니라, 거래 당사자의 평등을 전제로 하는 거래의 자유의 원칙에도  
 위배된다. 그러므로 스미스적 자유주의로부터는 노동자의 단결의 방임, 단결금지법 폐지 주장이라는 결  
 론에 이를 수도 있는 것으로, 사실 1799년의 단결금지법 제정에 대한 반대론은 스미스의 권위를 등에  
 업었으며, 1824년의 단결금지법 폐지 입법의 논거 또한 그러하였다. 산업혁명을 기본적으로 완료했던  
 이 단계에서는 노동력 거래와 상품 거래와의 동일화를 출발점으로 하여, 거래의 자유를 단순히 개인의  
 자유방임으로 하는 데 그치지 않고, 개인의 자유(=자유경쟁의 필연성에 대한 신뢰)를 전제로 하고, 상품  
 거래의 독점이나 제한을 의도하는 동업조합조차도 자유방임으로 인정하고, 그것을 기준으로 해서 노동조  
 합이 자유방임으로까지 확대되었다는 사실, 나아가서 이들 단결의 방임 그 자체가 자유경쟁의, 그 아래  
 에서의 경제법칙 관철의 조건이라고까지 여겨지게 되기에 이르렀다는 사실이, 경제적 자유주의의 본격적  
 성립 단계를 특징짓는 한 표현이라는 점에 주목해야 할 것이다. 즉 경제적 자유주의 체제의 본격적 성립  
 은, 동업조합적 독점이나 노동조합의 자유방임을, 나아가서 주식회사제의 보장까지도 경제적 자유의 요  
 소로 받아들이고, 그럼으로써 바로 새로운 독점, 그 중에서도 특히 근본적으로 대립되는 독점자본과 노  
 동조합이라는 두 가지 '독점'조직의 발전을 위한 전제조건을 낳았던 것이다.

일본 헌법은 근로자의 단결권을 보장하고 있다. (28조) 단결권의 보장은 노동력 거래에 있어서의 거래  
 자유에 대한 부정을 의미하며, 따라서 일본 학계에서처럼 영업의 자유를 인권이라고 여기는 이상, 일본  
 헌법은 서로 대립되고 배척하는 것들을 다 인권으로서 보장한다는 중대한 모순을 내포하고 있다고 하지  
 않을 수 없다. 개인의 자유로서의 영업=거래의 자유는, 노동조합에 대해서는, 제2(어용?)조합 결성의 자  
 유, 파업 쟁의의 자유, 요컨대 단결 파괴의 자유 보장을 의미한다. 영업=거래의 자유를 억지하고 노동력

의 거래를 '독점'하고 피켓을 칠 권리를 획득하는 것이 노동조합에 입장에서는 중요하며, 단결권 보장과 영업의 자유와는 서로 전혀 조화되지 않는다. 노동조합은 그러므로 소비생활을 방위하기 위해서는 다른 소비자 단체들과 함께 독점금지(=영업의 자유)를 요구하고, 노동조건 유지·개선을 위해서는 노동력 거래의 독점과 제한(=영업의 제한)을 추구할 것이다. 독점자본의 행동원리가 이와 완전히 대척(對蹠)적 모습을 띠는 것은 더 이상 설명을 요하지 않을 것이다. 산업독점을 통해 거래의 독점을 객관적 사실로서 확보하고 강화할 수 있는 독점자본은, 또 그것(독점자본)만이 현대에 있어서 영업의 자유라는 강제를, 경제적 제 관계의 일반적 규제원리로서 주장할 수 있는 현실적 기반을 가지고 있다. 그것은 중소기업이나 농민의 보호정책의 제거 내지 제한, 노동조합적 독점으로부터 노동력 거래를 해방하도록 요구할 것을 보장하는 것이며, 그리하여 영업의 자유를 일반적 권리로 주장하는 것은, 현 단계에서는 독점자본의 자유를 일반적으로 승인할 것을 의미하지 않을 수 없다. 그리고 이러한 사실은 바로 '독점'으로부터의 자유로서 주장된 '영업의 자유'의 본래적 내용을 완전히 부정하는 것을 의미하는 것이다.

### 3. 맺음말

그리하여 영업의 자유는 재산권과 마찬가지로 사회의 모든 성원에게 평등하게 보장될 수 있는 것은 절대로 아니며, 그것은 현저히 자본제적인 사회관계의 규제원리이다. 그러므로 이 원리를 '공서(公序)'(public policy), 즉 사회 전체의 이익으로서 주장하기 위해서는 인권의 논리가 아닌, 자본주의적 상품경제의 논리 파악, 그와 관련하여 여러 개인의 경제활동의 자유를 제약하는 사회적 여러 제한, 그 중에서 도, '독점'의 사회적 기능과 효과에 대한 구체적 이해와 그에 대한 가치판단이 불가결한 전제가 된다. 단적으로 말하면, 영업의 자유를 주장하기 위해서는 법학은 정치경제학으로 전개되고 심화되지 않으면 안 되며, 22) 그것은 또한 그것대로 영업의 자유로서 자유경쟁을 강제해 나가는 자본제 생산의 힘찬 발전을 전제로 했다. 각자의 의식에는 개인의 자유로서 나타나는 영업의 자유는, 본래 자본제 생산 그 자체가 필연화 시키면서 강제해 가는 객관적 법칙이며, 그러기에 영업의 자유 정책은, 이를 방해하고 제약하려는 사회적 여러 제한과의 관련에서만 문제가 되는 것이다. 자본주의에서는 본래 이와 같은 사회적 여러 제한이, '영업의 자유' 즉 '공공의 복지'라는 자본가적 가치기준의 지배 하에서, 어디까지, 어떤 이유로 공공의 복지로서 승인될 수 있는가, 또는 승인되어야 하는가가 문제인 것이며, 영업의 자유(영업에 대한 제한으로부터의 자유)가 공공의 복지에 의해 어디까지 제약될 수 있느냐는 방식으로는 문제는 제기될 수 없을 것이다. 23)

22) 아담 스미스의 경제학이, '도덕철학-법학-경제학'이라는 분화과정을 통해 전개되고, 법학의 일부였던 치교(治敎)의 원칙의 연구가 경제학으로 발전되었다는 점을 주목하고 싶다.

23) 기본적인 인권과 공공의 복지와 관계에 관해 법학자들의 이해방식에는 문제가 있다고 생각된다.

미야자와 교수에 따르면, '공공의 복지에 관한 문제는 과거, 기본적인 인권 보장에는, "공공의 복지에 반하지 않는 한"이라는 제약이 붙어 있는 것인가, 바꿔 말하면, 기본적인 인권의 보장은 공공의 복지에 반하는 경우에는 정지되는 것"이라는 형태로 다투어져 왔다.'고 한다. 그러나 필자 생각으로는 이와 같은 해석이나 논쟁의 형식 그 자체가 문제가 아니라, 이 경우에는 기본적 인권의 보장이야말로 본래 공공의 복지의 기초조건이며, 진정한 공공의 복지를 위해서는 기본적 인권의 제약이 아니라, 그 보장이야말로 불가결하다. 자유주의의 적극적 관점을 결락 내지는 망각케 할 경향이 있기 때문이다. 이 관점에 대하여 미야자와 교수는 '인권을 보장하는 것이야말로 공공의 복지와 마찬가지로 할 경향이 있기 때문이다. 이 관점에 대하여 미야자와 교수는 '인권을 보장하는 것이야말로 공공의 복지라는 식의 설명이 있지만, 그러한 설명의 당부(當否)는 별문제로 하고, 그것은 단적으로 공공의 복지 개념을 부정하는 것에 다름 아니다.'라고 비판한다. 이것은 '그런 설명의 당부'에 관한 판단을 회피하고 있다는 의미에서 비판이 되고 있지 못하다. 왜냐하면 이 설명이야말로 역사적으로는 혁명적 내용을 가진 것이며, 여기서는 이 중대성이 무시되고 있기 때문이다. 따라서 이 설명을 전제로 해서 비로소, ① 거기에 제시된 일반원칙에서의 예외로서, ② 혹은 그 수정으로서, 인권의 제한이, 어떤 경우에, 어디까지, 공공의 복지로서 승인될 수 있는가, 라는 형태로 인권의 제약원리가, 혹은 인권의 본래적 내용의 구체화가 논해될 수 있다는 관점도 상실될 수밖에 없다. 이 설명이 공

이 사실은 자유주의의 모국인 영국에서는 '공서' 즉 사회 전체의 이익으로서의 영업=거래의 자유의 원리와 내용이, '영업=거래에 대한 제한의 법리' (the doctrine of restraint of trade)로서 규정되고 수정되어 왔다는 사실에 단적으로 드러나 있다. 영업=거래에 대한 제한은, 특정한 구체적인 직업적·계급적 이해를 기초로 해서, 자유에 대한 제약으로서, 더욱이 자유의사에 기초하고, 목적의식적으로 추구되는 것이므로, 그 사회적 합리성·정당성의 기준은 개인의 자유 원리로부터는 아무래도 끌어낼 수가 없다. 따라서 재판관이 만들어 온 '영업=거래에 대한 제한의 법리'의 여러 원리는 '공서(公序)에 대한 고려를 기초로 하고' 있으며, '그런 까닭에 그것들은 고정적인 것은 아니며, 과거 수 세기 동안의 경제이론과 정치이론의 변화를 반영하고 있었다.' 자유방임주의의 경제학설은 이들 경제·정치이론의 하나, 그러나 가장 중요한 하나 -그러나 그 중에도 대립과 변화를 안고 있는 중요한 학파- 였다. 그 학파를 통해 자본제 생산의 일반적 정책원리라는 지위를 획득 받은 영업의 자유는, 그렇기 때문에 또한 자본주의의 각 단계에서, 그 역사적 구조에 따라, 그 구조에 고유한 계급적 이해 대립 속에서 결정되어 오는 구체적인 정책에 의해, 역사적으로 제약받으면서, 앞에서 말한 것처럼 완전히 대조적인 역사적 기능을 담당하기에 이른다는 점에 유의하지 않으면 안 된다. 영업의 자유를, 인권으로서가 아니라, 자본주의의 정책원리, 자본의 운동논리로서 재인식하는 것, 이것이 오늘의 법률학계에는 필요한 일이라고 생각된다. [끝]

공복지의 개념을 부정하는 것이 아니라, 역으로 이 설명에 대한 이해와 판단의 정지가 공공의 복지에 대한 자의적인 해석을 낳는 것이다.

미야자와 교수에 따르면, -공공의 복지를 인권에 대항할 수 있는 독립적인 가치로 간주하는 것을 정당하게 준거(準据)하는 입장에서 서서- '인권에 대항할 가치를 인정받을 수 있는 것은 타인의 인권뿐이다. 따라서 감의 인권과 음의 인권을 똑같이 존중하면서, 양자 사이의 모순·충돌의 조정을 도모하는' 일이 불가결하며, 공공의 복지라고 불리는 것은, 이 모순·충돌의 조정원리인 '실질적 공평의 요청'이라고 한다. 그러나 이 주장에는 특적으로 개인과 개인과의 관계, 감의 인권과 음의 인권의 관계에 대한 고찰은 있어도, 개인과 사회와의 관계, 개인의 자유와 사회 전체의 이익과의 관계에 대한 고찰 -이 경우, 사회 전체의 이익 그 자체보다도, 그것에 관한 판단의 가치기준이 문제가 된다는 것은, 지금 말할 필요가 없다- 가 회피되고 있다. 그렇기 때문에, 다음과 같은 의문들이 즉각 제기될 것이다. ① 인권이 인간 일반의 권리인 이상, 그것이 평등하게 보장되어야 하는 것은 당연하며, 평등한 보장의 수단, 보다 구체적으로 말하면, 인권을 행사하면서 침해되는 타인의 인권에 대한 구체수단은, 그것이 필요하다면, 인권존중의 정신에 비추어 인권 그 자체의 원리 내에서 논해지고 처리되어야 하는 것으로서, 거기에 '공공의 복지'라는 개념을 동원할 필요는 없다. ② 이에 대하여 미야자와 교수가 '인간 상호간의 모순·충돌의 조정을 도모하기 위한' '실질적 공평의 원리'에 특히 주목하고 있음을 강조한다면, 그 때는 다음과 같은 문제에 대해 명확하게 답변해야 할 것이다. 첫째, 인간 상호간의 모순·충돌이 불가피하다는 사태 그 자체에 대한 가치판단은 어떤 것인가? 둘째, 이와 관련하여, 왜 그 조정을 도모해야 (한다고 생각) 하는가? 셋째, 실질적 공평의 원리가 인권 조정의 원리로서 성립될 수 있는 조건은 무엇인가? 원래, 기본적인 인권의 평등한 보장은, 여러 개인간의 자유경쟁, 따라서 미야자와 교수가 말하는 인간 상호간의 모순·충돌에 대한 사회적 승인을 의미하는 것은 아닐까? 다시 말해서 인권의 평등한 보장은, 여러 개인 상호간의 실질적 불평등의 발입을 인류의 진보의 조건으로 간주하는 것을 본래적으로 포함하고 있는 것이다. '자유국가에서는 각자를 평등하게 존중하는 입장에서, 각자의 기본적인 인권 상호의 충돌 가능성을 조정하는 것이 공공의 복지가 요청하는 바라고 보아야 한다.'라고 하는 미야자와 교수의 주장은 이 근본적인 논점을 간과하고 있다고 하지 않을 수 없다. 즉 인권 상호간의 충돌 그 자체에 대한 가치판단의 중요성을 인식하지 않은 채, 바로 이 충돌의 조정원리가, 공공의 복지를 설명하기 위하여, 중시되는 결과를 초래한 것이다. 그러므로 미야자와 교수의 주장처럼, '공공의 복지는 인권의 보장 그 자체의 본질에서 논리 필연적으로 파생되는 원리 일 수가 없다. 인권, 우선은 자유권의 보장 그 자체의 본질로부터 논리 필연적으로 파생되는 원리인 것이며, 그것이 공공의 복지와 일치할지의 여부는 별개의 학문적 논증을 필요로 하는 것이고, 자유주의의 정치논리, 경제논리는 이 논증을 위한 노력의 결과였다. 헌법학계는 고전 경제학을 다시 음미할 필요가 있는 것이 아닌가?

# 19세기 프랑스의 '출판의 자유'(liberte de la presse)

## 정기간행물에 대한 법적 규제를 중심으로

基本的人權 제4권 (일본 東京大學出版會 1968년 초판) 중 제7장  
이나모토 요노스케 (稻本 洋之助)

### 1. 정신적 자유와 그 법률적 보장

이른바 자유권적 기본권으로서 오늘날 열거되는 여러 권리는, 이미 시민혁명기에 사람의 자연적 권리로서 일정한 사상적 통일성과 논리적 체계성을 지녔다고 보이며, 그것들에 의해 사람의 불가분의 포괄적인 자유가 형성되고, 보장되는 것으로 생각되고 있었다. 기본적 인권이라는 하나의 법현상을, 헌법전 이하의 실정법 질서에 선행하여 그 실정법 질서를 구속하는 근원적인 법규범으로서 (또한 그와 같은 의미의 특수한 법 이데올로기 형태로서) 해명할 경우에는, 이 사상적 통일성 내지 논리적 체계성에 주목하고, 여러 가지 자유권을 불가분하게 향유하는 법적인 인격이라는 관념의 의미 내용, 특히 그 역사성과 규범성을 탐구할 것이 중요한 과제가 될 것이다.

이와 달리 기본적 인권이라는 법현상을 현실의 실정법 질서에서의 자유에 대한 법률적 보장 구조 속에서 파악하려고 할 경우에는, 개개 자유권 모두를 통일하는 사상도, 또 그것들을 체계화하는 논리도 거기에 즉각 찾아낼 수가 없다. 뿐만 아니라, 이른바 인신의 자유 및 재산적 자유의 영역과 정신적 자유의 영역에는, 그것들에 대한 법률적 보장 방식에 현저한 차이가 존재하는 것이 오히려 보통이며, 후자 (정신적 자유) 경우에는 법률에 의한 '자유'의 현저한 억제와 혼히 특징적이라고 할 수 있다. 예를 들어, 프랑스혁명의 권리선언에서 소유권의 신성불가침성과 함께 '사람의 가장 귀중한 권리 중 하나로서 승인된 '사상 및 의견의 자유로운 전달' (1789년 권리선언 11조)이 실정법 질서 속에 일정한 안정된 보장을 획득하게 된 것은, 이미 소유권의 신성불가침성에 대해 심각한 의문이 제기되기 시작하는 1880년대였다. 이와 같은 현상은 우리의 당면하는 연구대상인 출판의 자유 외에도 집회의 자유, 결사의 자유에 공통된 현상이다. 이와 같은, 정신적 자유 영역에서의 법률적 보장의 뒤집은, 단지 프랑스 자본주의 발전의 특수성(그 상대적 후진성)에 뒤따르는 법현상으로 이해할 뿐 아니라, 자본주의국가 권력 그 자체의 성격으로 거슬러 올라가 고찰되어야 할 문제를 우리에게 제시하고 있다고 생각된다.

이 글은, 기본적 인권이라는 법현상을 실정법 질서에 있어서의 법률적 보장 구조 속에서 파악한다는, 앞의 제2의 관점에서, 19세기 프랑스에서 정신적 자유의 중핵을 이루는 '출판의 자유' 특히 신문(journal) 기타의 정기간행물의 발행의 자유에 대해, 그 국가적 규제의 여러 국면을 실증적으로 밝힐 것을 과제로 한다. 우리의 연구 과제를 이와 같이 설정함에 있어서, 여기서 말하는 법률적 보장이란 무엇 인지를 미리 언급해둘 필요가 있을 것이다.

인신의 자유 또는 재산적 자유에 관해서는, 예컨대 자의적 처벌에 대한 죄형법정주의의 원칙이나 법정 절차의 원칙 등을 통한 보장, 혹은 소유권의 침해에 대한 민·형사상 보상 및 제재 등에 나타나듯이, 자유 침해의 예방과 구제를 위한 법률적 수단들의 존재가 법률적 보장의 내용이다. 이와 달리, 정신적 자

유에 관해서는 사상, 신조, 의견 등 여러 가지 표현·전달방법이 개별적인 법률에 의해 제한·금지되지 않는다는, 법률로부터의 자유를 실정법 질서의 전체구조 속에서 보장하는 데 법률적 보장의 중요한 의의가 존재한다. 이것은 다음과 같이 부연함으로써 잘 이해가 될 것이다.

권리선언 (또는 헌법전의 인권 규정)의 자유권에 관한 조항이 자유의 선명(宣明)에 법률의 유보(24)를 붙일 수 있는 원리상 근거는, 89년 권리선언의 예로 말하면, 제4조의 권리(자유) 행사의 상호보장과 제5조의 사회적 유해행위 배제라는 두 가지 목적을 가지며, 게다가 각각의 요건을 충족시키는 법률이 존재할 수 있다는 데 있다. 즉 법률의 유보의 궁극적인 근거는 사회에서의 사람의 자유 그 자체 속에 있고, 그 밖에는 없다.

89년 권리선언 제4조 '자유란 타인을 해하지 않는 모든 것을 할 수 있다는 것이다. 따라서 각각의 자유권의 행사는 사회의 다른 구성원에게 이들 같은 권리의 향유를 보장하는 것 이외의 한계를 갖지 않는다. 이들 한계는 법률에 의하지 않고서는 규정할 수 없다.'

제5조 '법률은 사회에 유해한 행위가 아니면 금지할 권리를 갖지 않는다. 법률로써 금지되지 않는 모든 일은 방해할 수 없으며, 누구에게도 법률이 명하지 않는 일을 하도록 강제하지 못한다.'

인신의 자유에 대한 법률의 유보는 이와 같이 사람의 자유로운 행위가 다른 사람의 행위의 자유를 해치고, 나아가 사회적으로 유해한 경우에 대한 제한·금지 방법으로서 일정한 형사적 제재를 법률이 정할 수 있음을 말한다. 89년 권리선언에서는 인신의 자유 그 자체는 자명의 전제라고 생각되었고, 이 '자유'에 붙여진 법률의 유보가 권리조항의 중심적 내용으로 되어 있기 때문에, 법정 절차의 원칙이나 죄형법정주의의 원칙의 엄격한 적용을 요구하는 권리 자체가 기본적 인권으로서 나타난다. 그것은 '인신의 자유'와의 관계에서 '법률의 유보'에 해당됨과 동시에 이 자유의 법률적 보장 그 자체이다. '인신의 자유'에 관한 헌법전 이하의 실정법 질서는 그 구체적인 전개에 다름이 아니다.

재산적 자유에 대한 법률의 유보도, 권리(자유) 행사의 상호보장과 사회적 유해성 배제의 두 가지를 기초로 하고 있다. 특히 소유권 박탈에 대해서는, 사적 소유 그 자체가 사회적으로 유해할 수 없기 때문에, 예컨대 공통비용 부담 (조세)의 필요 (제13조) 혹은 '적법하게 확인된 공공의 필요에 따르는 명백한 요구' 및 '사전의 정당한 보상' (17조) 등 요건을 명시적으로 추가하고 (바꿔 말하면, 그 요건들이 충족되는 경우에 여전히 소유권 이전에 응하지 않는 것을 사회적으로 유해한 행위로 간주하고), 법률에 의한 구체적인 규제에 맡기고 있다. 실정법 질서에 있어서의 재산적 자유에 대한 제한은, 권리선언의 이들 조항에서의 유보의 틀 안에 있으며, 따라서 그 법률적 보장은 인신의 자유 경우와 거의 같은 의미에서 권리선언과 병행해서 존재하고 있다. 이와 같은 법률의 유보는 '법률의 시민적 유보'라고 불려도 될 것이다.

이와 달리, 정신적 자유에 관한 법률의 유보는 성격이 약간 다르다. 89년 권리선언에서는 앞의 제4조, 5조의 규정은, 모든 자연적 제 권리의 행사에 관하여 앞에서 서술한 바와 같은 의미에서 법률의 유보를 허용하는 취지이므로, 정신적 자유도 이 점에서는 다른 자유와 구별되지 않는다. 조항상 차이는, 의견의 표명이 '법률로써 정해진 공공의 질서를 문란케 하는 것'일 경우에 그 안전 보장을 정지하고 (제10조),

24) '법률의 유보'의 관념은, 본래 프랑스법의 것이 아니다. 여기서는 행정권의 행위에 의한 국민의 권리 침해는 법률에 근거하지 않으면 안 된다는 오토 마이어 류의 Vorbehalt des Gesetzes가 아니라, 기본적 인권을 법률(입법권)에 의해 제한할 것이 기본적 인권 규정 중에서 승인되고 있는 것을 '법률의 유보'라고 부르기로 한다.

'사상 및 의견의 자유로운 전달' 즉 '자유롭게 발언하고, 기술하고, 인쇄할' 권리의 행사가 '법률로써 정해진 경우에 있어서의 그 자유의 남용'에 해당될 때 행위자의 책임을 묻는 (제11조) 데 있지만, 보다 중요한 차이는 '공공의 질서' 또는 '자유'의 남용(이 발생하는 일정한 경우)에 관해서 정하기 위해 유보된 '법률'의 구체적 내용이 권리선언 제4조 및 제5조와는 별개의 차원(즉 헌법전)에서, 주로 '헌법상 제 권력의 방위'라는 관점에서 정해졌다는 점이다. (1791년 헌법 제3장 5절 17조) 즉 권리행사의 상호보장 및 사회적 유해행위의 배제가 '공공의 질서'로서 요구되는 것이 아니라, 헌법상 제 권력(의 장악자(掌握者))와 인민 사이의 지배·복종의 관계가 '공공의 질서'이며, 그것에 법률에 의한 보장을 부여하는 것이 정신적 자유에 관한 법률의 유보의 목적이라고 인식된다. 이와 같은 경향은 프랑스에서는 19세기 전반(前半)에 더욱 두드러진다. 유보된 법률의 내용을 헌법전 자체가 밝히는 일도 이미 없어지고, 직접 당해 법률에 의해 결정될 뿐이라는 상황이 오기 때문이다. 여기서 주목되는 것은, 이 유보가 '사회에서의 사람의 자유'의 귀결(즉 시민사회의 내재적 제약)이 아니라, 그 바깥에 그것과 대립되는 것으로서 구축되는 국가와 거거서의 인민의 지위로부터의 귀결이라는 사실, 따라서 정신적 자유의 법률적 보장은, 다른 자유와는 역(逆)의 논리로써 재구성되지 않을 수 없다는 사실이다. 이와 같은 법률의 유보를 일단 '법률의 국가적 유보'라고 부르기로 한다.

정신적 자유와 그 법률적 보장에 대한 이와 같은 위치 파악을 전제로 하고, 19세기 프랑스의 '출판의 자유'에 관한 법률적 규제를 실증적으로 검토하는 것이 이 글의 목적이지만, 본론에 들어가기 전에, 정신적 자유의 광범한 영역 중에서 왜 하필 '출판의 자유'를 일차적 연구대상으로 택하는지에 대해 설명해둔다. 그것은 첫째로, '출판의 자유'에 대한 규제가 내면적 자유의 통제'의 가장 유효한 방식임과 동시에, 집회·결사 등의 집합적 행동을 봉쇄하기 위한 가장 포괄적 수단(정보의 전달에서 집단 의사 표명에 이르는 인쇄물을 통한 일체의 정보·선전 활동에 대한 단속)을 제공한다는 점. 둘째로, 집회·결사 등에 대한 여러 규제, 특히 형사적 제재가 출판에 관한 그것과 밀접하게 연결되어 있기 때문에, 출판범죄 규제를 살펴봄으로써 사상·행동규제의 기본경향을 포착할 수 있다는 점. 셋째로, 출판의 자유, 특히 정기간행물(신문)의 자유는, 특히 정부 및 의회 여당파에 대한 정치적 비판을 전개하는 가운데 그것과 밀접하게 결합되어 요구되고 억압되었기 때문에, 19세기 프랑스 제 의회에서 늘 최대의 관심사였으며, 따라서 입법자료가 많이 존재한다는 점이다. 이와 같은 이유로 19세기 프랑스에서는 '출판의 자유'를 둘러싼 문제가 기본적인 인권을 비교종합적으로 연구하는데 가장 중요한, 흥미로운 소재를 제공한다고 보아도 되는 것이다.

이와 19세기의 주요한 출판법령에 대해서는 아래와 같이 약칭한다.

- 10년법----- 1810년 2월 <인쇄업 및 서적업 규제에 관한 명령 (decree)>
- 14년법----- 1814년 10월 <출판의 자유에 관한 법률>
- 19년 5월법--- 1819년 5월 <출판의 방법 또는 다른 모든 공표수단을 통해 범해지는 중죄 또는 경죄 단속에 관한 법률>
- 19년 6월법---- 1819년 6월 <신문 또는 정기간행물의 발행에 관한 법률>
- 28년법----- 1828년 7월 <신문 및 정기간행물에 관한 법률>
- 35년법----- 1835년 9월 <출판 및 기타 공표수단의 중죄·경죄 및 위경죄에 관한 법률>
- 49년법----- 1849년 7월 <출판에 관한 법률>

- 52년법----- 1852년 2월 <출판에 관한 기본 명령 (decree)>
- 68년법----- 1868년 5월 <출판에 관한 법률>
- 81년법----- 1881년 7월 <출판의 자유에 관한 법률>

## 2. 약간의 역사적 고찰

### [1] 프랑스혁명기의 '출판의 자유'

1789년 권리선언에 의해, '법률로써 정해진 경우에 있어서의 그 자유의 남용'을 유보하고 선명된 출판의 자유는, 91년 헌법전의 최종 제정과정에서 이르기까지 법률로부터의 자유를 거의 완전히 유지하고 있었다. 말하자면 자연적 권리인 출판의 자유가, 한편에서는 의회 제정법에 의한 제약을 받지 않고, 다른 한편에서는 지방단체<sup>25)</sup>의 여러 가지 단속조치를 사실상 무시함으로써 급속하게 개화했던 시기였다. 창간된 신문 중 많은 부분은 국민의회 의원의 개인지(紙)였으며, 기존지(파리에서는 일간 2지를 포함하는 4지)도 그 편집 발행인의 교체를 통해 정치적 성격을 점차 현저히 드러내고 있었다. 이 시기 신문의 자유는, 주로 (헌법제정) 의회와 시민 사이의 정보 및 의견 전달의 자유였다고 해도 된다.

혁명기 국민의회에 제출된 최초의 출판법안은, 권리선언에서 유보된 '자유'의 남용'을 법정할 것을 목적으로 했다. 1790년 1월 10일에 제출된 헌법위원회 시에스의 법안이다. 이 법안은, (법률에 대한) 반역선동, 국왕모독, 양속(良俗) 침해, 직·간접적인 범죄 선동 및 비방적 고발을 '자유'의 남용(abus de la liberte)으로 하고, 그 책임을 저술자에 한정함과 동시에, 소추 절차에 대해서는 피고 측 10명, 정부 측 20명으로 구성되는 배심의 간여를 정했다. 이 시에스 안은 의회 내외, 특히 신문의 반대에 부딪쳐 폐안이 되었지만, 그 내용은 권리선언과의 관계에서 말하면 앞에 언급한 제1 유형인 '법률의 시민적 유보'에 속하는 것으로, 출판법안으로서의 예외적 존재이다.

이와 달리, 91년 헌법의 최종 제정과정에서 틀레(Thiuret) 기초로 가결 성립된 1791년 8월 23일 명령은, '법을 부준수(不遵守), 헌법상 제 권력 약화, 그 제 권력의 행위에 대한 저항 및 법률로써 중죄 또는 경죄로 규정된 행동을 고의로 선동할 경우, '공무원의 염직(廉直) 및 직무를 집행하는 공무원의 의도의 공정성에 대하여 고의로 비방'할 경우, 및 '누구에게 대해서도 그 사생활상 행위에 관하여 비방 및 모욕'할 경우를 형사소추의 대상으로 하고, 배심제를 취하는 형사재판소의 관할로 했다. 이 8월 23일 명령은 그대로 91년 헌법전에 채택되어 (제5장 3절 17-18조), 여기서 헌법상 제 권력을 방위하기 위하여 출판규제법이 권리선언의 '자유'의 선명에 대한 유보로서 실정법 질서 속에 형성되기에 이른다. 91년 헌법에서 제시된 이 '법률의 국가적 유보'의 형태는 이후 19세기 후반까지 여러 가지 변형을 만들어내면서 살아남는다.

국민공회기는, 협의의 출판규제법으로서의 불만한 것이 없다. 1793년 3월 29일 명령은 살인, 소유권 폐절, 왕제 부활을 주장하는 모든 저술자의 사형을 규정하는데, 이미 국민공회에서는 개별적 의견을 통

25) 예컨대 파리에 의한 무서명 인쇄물 행상의 제한·금지 (1789년 7월 24일 시 조례), 풍자화의 사전검열 (같은 해 7월 31일 시 조례), 마라의 고발 (1790년 6월 28일 - '법률과 국민의회'에 대한 파괴적 언사를 이유로 한다) 등.

한 정치적 언론·행동의 자유 박탈과 최고형에 의한 제재가 선행하여 (<Ami du roi>의 소유자인 고르사(Gorsas), <Gazette de Paris> 편집자인 로제이(Rozay)에 대한 처형), 고유의 출판규제법 체계는 전개되지 못했던 것이다. 이와 같은 사정 아래 93년 헌법이 '무한정의 출판 자유(제122조)를 일체의 유보 없이 정한 것도 출판의 자유에 대한 법률적 보장을 확립하는 것일 수 없었다. 이와 같이 국민공회기는 '법률의 국가적 유보'의 전개라는 점에서는 2중의 의미에서 공백이었던 시기이며, 이 공백이 메워지고 19세기 법제에의 초석이 두어지는 것은 공화력 3년(1795) 헌법에서였다.

공화력 3년 헌법은, 출판의 자유와 사전검열 금지, '유책(有責)인 경우'에 관한 법률의 유보 하에 규정(제353조)한 후, '이 영역(경제적 자유들과 출판의 자유)의 모든 금지적 법률은, ...본질적으로 잠정적인 것으로서, 적법하게 갱신되지 않는 이상 최장 1년간의 효력을 가질 뿐이다.(제353조)라고 했다. 이 후자의 규정은, '출판의 자유'를 금지하는 법률의 '본질적인 잠정성'을 밝힌 것보다도, 전자(前者)의 유보규정으로써 (그 논리구조가 89년 권리선언과 동일하다는 것에서도 추측되듯이) 이미 91년 헌법이 정한 형사적 규제를 끌어낼 수 있음에도 불구하고, 출판의 자유 금지에 대하여 새롭게 규정했다는 점에서 주목된다. 즉 형사적 제재의 대상을 '인쇄케 하고 또는 발행케 한 자' (=저술자)에서 모든 출판·판매 관계자로 확대하고, 그럼으로써 형사적 규제에서 행정적 규제로 규제방식을 확대할 것을 정당화하는 하나의 전제를 마련한 것이 중요하다.

공화력 4년 11월 27일의 '공화정체의 파괴 교사와 공공 및 개인의 안전을 침해하는 모든 범죄에 관한 법률'은 '국민대표(의회)의 파괴, 집정부의 파괴, 그들을 구성하는 전원 또는 어떤 자의 살해, 왕제 부활, 1793년 헌법 부활, 1791년 헌법 부활, 공화력 3년 헌법에 정해진 것 이외의 모든 정제 부활, 공공 소유물체의 침입, 강탈, 토지균분법 (loi agraire)의 이름으로 또는 다른 모든 방법으로 개인적 소유물의 분할'을 인쇄물 배포 또는 게시를 통해 교사한 자를 사형에 처하는 것으로 하면서 저술자에 대한 형사적 규제를 극도로 강화했고<sup>26)</sup>, 다음 날인 28일에 제정된 '출판을 통해 침범될 경죄에 대한 단속조치에 관한 법률'은, 저술자의 성명 및 인쇄자의 주소·성명을 인쇄물 중에 명기할 것을 강제하고, 기재를 결여하는 인쇄물의 인쇄, 배포, 판매, 입매(立賣), 게시를 위경(違警)죄(금고 6월, 누범은 2년)로 처벌하고, 이와 같이 해서 형사적 제재를 저술자 한 사람으로부터 출판관계의 모든 영역으로 확대하고 있다. 그리고 공화력 5년 11월 19일의 법률은 1년간을 한정하고 출판 내용에 관한 경찰의 직접적인 통제를 용인하고 (이는 1년 후에 갱신되었다), 행정적 규제를 도입했다. 신문인지세가 만들어진 것도 이 시기부터였다.

공화력 8년(1799) 11월 23일 헌법은, 이제 '출판의 자유'를 명시하지 않고, 같은 해 11월 27일 포고령은 전쟁의 계속을 이유로 이 포고령이 지정하는 13지(紙) 외의 일반지 폐간 (제1조)과 창간 금지 (제3조)를 정하고, 지정된 13지에 대해서도 '사회계약(=정체), 인민의 주권 및 군의 영광의 존중에 반하는 기사를 게재할 경우 및 '우호동맹국의 정부와 국민에 대한 비난을 공표할 경우의 즉시 정간처분권을 경찰청장에게 부여했다. 이 전시 포고령을 계기로 푸셰 (Fouche) 경찰청장에 의해 강력한 경찰규제의 구조(주로 발매 전 검열을 통한 차압 및 정간처분)가 정비되어, 평화의 회복, 경찰청의 일시적 폐지(사법성의 이관) 등 여러 사정의 영향을 받음이 없이 '나폴레옹적 출판규제체계'가 확립되어 간다.

26) 이 법률은 형벌이 과중해서 배심제 하에서는 소기의 성공을 거두지 못했다. 저술자 및 인쇄자에 대해서는, 헌법 제145조를 적용하면서, 국가안전에 대한 음모를 이유로 체포·구금이 행해져(공화력 5년 11월 18일의 31지(紙)에 대한 탄압), 그와 같은 상황 속에서 후술하게 될 공화력 5년 11월 19일의 경찰통제법이 성립되었다.

## [2] 나폴레옹의 출판 규제체계

공화력 12년(1804) 헌법(원로원 의결)은, '출판의 자유'에 관한 원칙규정을 포함하지 않고, 다만 원로원에 '출판의 자유' 원로원 위원회 (7명)을 둘 것을 정하고, 부정기 출판물의 인쇄 또는 반포(頒布)의 금지 처분에 대한 불복신청에 대해 심의하고, 처분이 부당한 경우에는 관할 장관에게 그 철회를 요청하고, 세 번 요청했음에도 철회되지 않는 경우에는 '출판의 자유가 침해되었다는 강한 추정이 존재한다'는 취지의 선언을 하고, 탄핵재판소에 고발할 것을 이 위원회의 임무로 했다. (제64-67조, 101조) 이 원로원 위원회 설치에 의회에 대한 정부의 양보가 아니라, 역으로 신문을 비롯한 일체의 정기간행물의 경찰규제를 정부로 완전히 위임하기 위한 기술적 구성에 다름 아니다.

나폴레옹의 출판규제 체계를 관통하는 첫째 정책은 신문의 관제(官製)화였다. 13지로 한정된 파리의 중 이미 <Moniteur universel>는 정부 기관지가 되었고, <Ami des lois>는 학사원에 대한 비판기사 때문에 발행이 정지되었고, 예약 구독자 12,000을 보유하는 최유력지의 하나인 <Journal des debats>는, <Journal de l'Empire>로 명칭변경을 강제당했다. 그러나 여기서 보다 중요한 사실은, 1805년 4월 이후 정부가 파리의 유력지에 대해 검열자와 편집주관을 임명하여 사내 검열 형태로 정부검열을 하게 하고, 그 비용으로서 신문사 이익의 12분의 4 내지 5를 정부에 납부케 하는 시스템을 채택했다는 점이다. 신문의 관제화 경향은 1810년 이후 더욱 현저해진다. 신문수입은 정부의 명시적인 권한 양여로부터 발생한 것인 이상, 사적 소유가 아니라, 따라서 신문의 폐간과 그 자산의 몰수에 대하여 일체의 보상을 필요로 하지 않는다는 견해를 전부가 취했다는 것, 1811년 2월 4일의 명령이 파리의 신문을 <Moniteur>, <Journal de l'Empire>, <Gazette de France>, <Journal de Paris>의 4지로 한정된 후, 신문사의 주식 지배분이 행해져, 약 3분의 1을 경찰청이 직접 보유했다는 것 등이 주목된다.

이와 같은 신문에 대한 경찰규제는 더 나아가 인쇄자에 대한 행정적 규제와 그것을 통한 모든 출판물에 대한 검열제도 확립에 불가불리의 관계로 결합되고 있었다. '인쇄업 및 서적업의 규제에 관한' 10년법은 그런 의미에서 '나폴레옹적 출판규제 체계' (이하 자주 이 표현을 사용하지만, 그것은 10년법과 같은 해의 형법전에 규정된 출판규제를 포괄적으로 파악하기 위해, 이 글에서만 사용하는 개념이다)의 중핵을 이루는 것이다. 10년법은 내무장관의 통할 하에 '인쇄·서적국(局)을 설치하고(제1조), 파리(60명)와 기타 각 현의 인쇄업자의 정수를 정하고 (제3조) 그 면허 부여업무를 이 국에 맡긴 후, 다음과 같은 검열 시스템을 정했다. (제10-22조)

인쇄업자는 관제의 인쇄부(簿)를 비치, 인쇄물의 제목 및 저술자명을 기재하고, 그 복사물에 별도의 인쇄신고서를 첨부하고 인쇄·서적국장과 지사에게 각각 제출한다. 지사는 이 서류를 경찰청에 제출하고, 경찰청 장관은 인쇄물 내용이 국왕에의 신중(臣從)의무 및 국가이익에 반한다고 판단할 때 인쇄 일시정지명령을 내고, 제출케 한 원고를 24시간 내로 국장에 송부한다. 한편 국장은 인쇄업자가 제출한 서류를 보고 자유재량으로 원고제출, 인쇄 일시정지, 심사개시를 명령하고, 검열관(1인)에게 원고를 교부한다. 검열관의 보고서를 근거로 국장은 저술자에 대해 정정·삭제·금지명령을 내고, 저술자의 불복신청이 있으면 내무부 장관을 거쳐 다른 검열관으로 하여금 재심사케 하고, 그 보고서를 근거로 최종결정을 내린다. 저술자 또는 인쇄자가 이 명령을 거부할 경우에는 지형 파괴, 인쇄부분 압수, 인쇄물의 판매금지 명령이 내려진다. 그리고 인쇄자가 자발적으로 원고를 제출하고 심사를 받는 것도 가능하다.

10년법 검열제도의 특징은, 철저한 사전검열이라는 점, 검열사항이 매우 개괄적으로 신중의무와 국가 이익에 대한 위배의 유무로 되어 있기 때문에 구제방법이 일단 규정(제17, 27조)되어 있음에도 불구하고 체제 측의 자의에 의한 처분이 항상 가능하다는 점, 간행물을 정기·부정기에 따르는 구별을 하지 않고 있다는 점 (그 결과 특히 일간지 경우 이 검열절차를 실질적으로 회피하기 위하여 정부가 임명하는 검열자에 의한 내부검열이 필요하게 된다.) 등이다.

10년법에 의한 행정적 규제의 전면적 전개에 대하여, 형사규제 측면에서는 1810년 2월 15일의 형법 전 성립과 더불어 거꾸로 시민적 법 논리에의 일정한 복귀현상이 나타난다는 점이 주목된다. 출판물 수 단으로 하는 비훼(誹毀)죄 (calomnie, 허위사실의 지적을 수반하는 비방[diffamation] 및 단순한 모욕[injure])을 오로지 시민 상호간의 일반적인 법익 침해의 하나로 구성했다는 점, 마찬가지로 출판물 수 단으로 하는 양속(良俗) 침해죄를 오로지 시민 상호간의 추상적인 양속의 관념에 근거하여 구성했다는 점, 출판물을 통한 범죄 교사를 원리적으로 공범의 종속성 관념을 전제로 하여 구성했다는 점 등이 그 예이다. 그러나 이 마지막 점에 대해서는 나중에 검토하듯이 특정한 범죄(황제에 대한 공격...)와 관련해서 즉각 예외를 들으로써 공범의 종속성을 부정하고 있다는 것도 주의할 필요가 있다.

이와 같이 '출판의 자유'에 대한 형사적 규제가 일정한 시민적 법 논리의 기초 위에 구성된 것에 대해서는, 행정적 규제의 전면적 성립과 대응하는 것으로 인식되면서 비로소 (정당한) 평가가 가능하다. 이 사실은 '나폴레옹적 출판규제 체계'에서 출판규제가 형사적 사후적 규제에서 행정적 예방규제로 전환했다는 것, 즉 '출판의 자유'에 대한 법률의 유보가 형사상은 시민적 유보로 일정한 접근을 나타낼 때, 행정상은 하나의 완결된 국가적 유보의 체계가 된다는 것을 우리에게 시사하고 있다. 시민혁명기의 여러 법률개혁사업이 나폴레옹 제제(帝制)하에서 재편될 때, 민·형사 기본법전에서의 시민적 법 논리의 정착과 제법(특히 행정법 제 영역)에서의 다양한 권력적 법 논리의 새로운 출현이 함께 특징적이며, 이 두 가지 특징이 불가분으로 결합되어 함께 나타난다는 데 이 시기 법현상의 성격이 있다. 출판규제 체계에 관해서도 이 특징이 상당히 명료하게 발견되는 것이다.

19세기 프랑스의 출판의 자유에 대한 법률적 규제를 검토하기 위하여 필요한 전사(前史)적 고찰은 대충 이상과 같다. 사법(형사)적 규제와 행정적 규제의 2중 구조와 행정적 규제의 압도적 비중을 거기에 확인할 수 있다고 한다면, 19세기를 통해서 확립되어야 할 '출판의 자유'의 법률적 보장은, 현상적으로는 행정적 규제(특히 그 중핵인 검열)의 단계적 배제와, 사법적 규제에 있어서의 시민형법적 논리의 전개라는 방향에서 추구되어야 할 것이다. 그러나 그 과정은 동시에 산업 부르주아지의 계급적 지배의 확립과 그 재편의 과정이며, 법률적 보장의 의미 내용도 그에 따라서 변화한다는 점에 유의해야 한다.

### 3. '출판의 자유'와 그 행정적 규제

나폴레옹 제제 하에서 검열제도를 중핵으로 하고 확립된 행정적 규제의 체계는, 과연 제제의 붕괴와 함께 붕괴했는가? 황제 나폴레옹의 폐위를 결정했던 1814년 4월 3일의 다음과 같은 원로원(Senat conservateur) 명령(decrees)을 본다면, 이와 같은 의문이 나올 수밖에 없다.

'원로원은, 입헌왕제에서는, 군주는 헌법 또는 사회협약에 의해서만 존재하는 것이라는 것, ... 국민의 권리의 하나로써 확립되고 승인된 출판의 자유가 그(나폴레옹)의 자의적인 검열에 끊임없이 중

속되었다는 것, 동시에 프랑스 및 유럽을 날조된 사실과 허위의 공리와 전제주의를 이롭게 하는 교설과 외국정부에 대한 모욕으로 충만케 하기 위하여 그가 신문을 활용했다는 것, 원로원이 청취했던 문서나 보고가 공표될 때 개찬(改竄)되었다는 것 ...을 고려하여, 원로원은 다음과 같이 선언하고 규정한다.

제1조: 나폴레옹 보나파르트의 제위(帝位)는 박탈되고, 그 가족에게 정해진 계승권은 폐지된다.

제2조: 프랑스 인민 및 군은 나폴레옹 보나파르트에 대한 충성서약으로부터 해방된다. (이하 생략)

출판의 자유에 대한 철저한 억압을 나폴레옹의 제위 박탈의 이유 중 하나로 명시한 사실은 그 후의 입헌왕제 하에서 '나폴레옹적 출판규제 체계'가 폐지될 것을 선언한 것에 다름이 아니었다. 1814년 4월부터 15년 4월에 걸쳐서 기초된 네 가지의 헌법적 문서가 모두 '출판의 자유' 또는 '자기의 의견을 공표하고, 인쇄케 할 권리'를 실정법 질서의 기초에 있는 것으로서 선포했던 것은 적어도 나폴레옹 제제 하의 출판규제를 상기고 있었기 때문일 것이다. 1814년 4월 6일의 헌법은 '이 자유의 남용에서 발생할 수 있는 범죄에 대한 적법한 단속'을, 같은 해 5월 2일의 국왕 선언은 '공공의 평온에 필요한 예방조치'를, 6월 4일의 헌장은 '이 자유의 남용(행위)을 단속할 법률'을, 1815년 4월 22일의 헌장 부가(附加)법은 '출판 후의 적법한 책임'을 각각 유보하고 있지만, '국왕의 선언'을 제외한다면 모두 사법적(형사적) 규제에 중점을 두려고 한다는 것을 일단 추측할 수 있다.

그러나 역사적 사실은, '나폴레옹적 출판규제 체계'가 뿌리 깊게 존속하고, 그 극복을 위해서는 그 새로운 전개의 다양한 국면을 통과하지 않을 수 없었음을 우리에게 보여주는 것이다. 이하 '나폴레옹적 출판규제 체계'의 주축이 된 약간의 제도의 그 후 과정을 보는 일부터 시작하고, 19세기의 '출판의 자유'에 대한 법률적 규제의 전개과정을 검토하기로 한다. 1814년 6월 10일의 왕령은, '이 회기 중에 양원과 협의하여, 현명한 자유의 이익을 ... 공공질서의 유지 및 확립된 제 제도의 존중과 조화시키기 위한 새로운 법률'을 정할 때까지, 현행 법제 특히 10년법 제3장 (인쇄업 규제-검열), 제5장 (외국출판물 규제), 제7장 (서적업 규제)을 적용한다고 하고 있으므로, '새로운 법률' 즉 '출판의 자유에 관한' 14년법이 10년법과 비교해서 어떤 의미로 '새로운 법률'이었는가, 하는 점부터 시작하고자 한다.

#### [1] 창간규제

14년법은, '신문 및 정기간행물은 국왕의 허가가 없으면 발간하지 못한다' (제9조)라고 함으로써 법률에 의한 발행지의 지정을 국왕의 창간 허가로 바꾸었다. 이 규정은 1816년도 회기 말까지의 한시법이며, 그 후에 신고제로 전환할 것을 일단 예정했던 것 같다. 그러나 '백일천하' 후의 급격한 반동화 (극우파의 진출) 시기에 루이 18세는, 기간(既刊) 신문에 부여되고 있던 허가를 모두 철회하고 나서 허가권을 경찰청장에게 위양(委讓)했다. (1815. 8. 8. 왕령 제1조) 그 후 1817년 2월에 이르러, 14년법에 복귀하고 국왕이 허가권자가 되지만(1817. 2. 28. 법률[제1조] -이듬해 1월 1일까지의 한시법), 같은 해 말에는 정치적 사함을 취급하는 정기간행물만이 국왕의 허가를 필요로 하는 것으로 개정되고 (1817. 12. 30. 법률 [제1조] -1818년도 회기 말까지의 한시법), 이어 드카즈 (Decazes) 내각 하인 19년 6월법에서는, 정치적 사함을 다루는 정기간행물만이 신고(declaration)를 필요로 하고, 다른 것은 자유롭게 되었다.(제1조) 이 19년 6월법은, 나중에 말하겠지만, 보증금제도를 창설했다는 점, 및 검열제도를 두지 않았다는 점 때문에 주목된다. 허가제로부터 보증금으로 담보된 신고제로 전환됨으로써 검열제도를 중핵으로 하는 '나폴레옹적 출판규제 체계'가 정치적 사함을 다루는 신문에 관해서도 부정되었음을 의미하는 까닭이다.

같은 해 9월의 하원 1/5개선(改選)에서 우파가 명백하게 패배했고, 신문법과 선거와의 밀접한 관계가 증명되지만, 이듬해인 20년 2월, 베리 공 암살사건을 계기로 하는 우파의 반격으로 드카즈가 해임되고 우파의 리시류(A. E. Richelieu) 내각이 부활하자 즉각 신문법과 선거법의 개악이 진행되어, 같은 해 9월의 하원 1/5개선에서는 19년과 반대의 결과가 나와, 신문법과 선거의 관계가 재차 분명해졌다. 1820년 3월 31일의 법률(1820년도 회기 말까지의 한시법)은 정치적 사항을 다루는 정기간행물의 창간을 국왕의 허가사항으로 하고(제1, 2조), 1821년 7월 26일 법률은 앞의 법률의 효력을 1821년도 회기 제3월 말까지 연장함과 동시에 국왕에 의한 창간 허가를 모든 정기간행물로 확대했다. (제2조) 1822년 3월 17일 법률에서는, 국왕의 허가는 다시 정치적 사항을 다루는 정기간행물에 한정되었(제1조)지만, 그 한편으로 이 법률은 앞의 한시 법률이 실효한 후에도 의회 개회 중에 중대한 정세가 발생한 경우에는 각 의(閣議)를 거친 왕령으로써 이들 한시법을 부활할 것을 인정했다. (제4조) 1824년 8월 15일 왕령은 이 규정을 적용하고 창간 허가제를 존속기간을 정하지 않고 부활케 했지만, 같은 해 9월 29일 왕령으로 철회되었다.

창간규제로서의 허가주의가 명문으로 폐지되고 보증금제도와 결합된 신고주의가 그에 대체되는 것은 28년법에서였다. 이 창간 신고주의는 그 후, 1830년 7월 25일의 샤를르 10세의 3왕령(신문법 개정, 하원 해산, 선거법 개정) 중 제1왕령(모든 정기간행물에 대하여 3개월 마다 갱신을 필요로 하는 철회 가능한 국왕의 사전허가제도를 규정했다.)에 의해 부정되지만, 7월혁명이기에 의회와의 마지막 대결을 시도하는 국왕 측의 비상수단으로 제시된 이 왕령은 시행되지 않고 폐기되어, 이후 제2제제(帝制)까지 창간 허가제는 부활되지 않는다.

제2제제 하의 52년법은 정치·사회경제 사항을 다루는 모든 정기간행물의 창간을 정부의 사전허가 밑에 두었(68년법으로 폐지)지만, 이는 보증금제도의 확립에 더하여 가중된 창간규제였으며, 기존(既存)지의 보호를 도모할 것을 목적으로 하고 있었다. 이 새로운 창간 허가주의는 에밀 드 지라르댕(Emile de Girardin)이 말하듯이 '신문은 출판의 자유를 요구하지만, 그것은 그들을 위해서가 아니라, 그들에 반하여 요구하는 것이다. 독점체제로부터 자유체제로 이행함으로써 그들은 다만 잃을 뿐이다.'라는 별개의(허가제를 취해도 기존 대신문은 그 독립성을 잃지 않는다) 상황 하에서의, 왕제복고기의 허가주의와 성격을 달리 하는 신문규제라고 보아야 한다. 따라서 '나폴레옹적 출판규제 체계'의 전환이라는 의미에서의 허가주의에서 신고주의로의 이행은 19년 6월법부터 28년법에 걸쳐서, 그리고 후자를 획기로 해서 실현되었다고 볼 수가 있는 것이다. 이 이행을 비교적 이른 시기에 가능케 한 것은 바로 보증금제도였다.

## [2] 보증금제도

보증금에 의해 담보된 신고제도는, 그 자체 신문 경찰규제의 한 형태이다. 보증금제도에 의한 규제는 사전허가제와는 달리 항상 신문 발행을 위한 계산을 통해서 작동하는 것이며, 그를 위하여 일상적이고 '자주적인 규제'로서 나타난다. 이 경우 보증금제도는 두 가지 역할을 수행할 것이다. 첫째는, 소송비용, 손해배상, 그리고 특히 벌금(19년 6월법 제3조)의 담보로서이다. 규제의 구조는 보증금의 벌금에의 충당 → 보증금 부족 → 부족분 보충까지의 정간(停刊)(같은 법 제4조)라는 형태를 취한다. 둘째는, 보증금 기탁을 창간의 조건으로서 강제함으로써 신문 발행을 일정한 사회계층에 독점케 하는 의미가 있다. 그 결과, 예를 들어 신문 발행을 예고함으로써 모든 예약 구독료를 가지고 발행되는 작은 신문이 사실상 배

제된다. 보증금제도는 또한 의회에서의 정치적 제 당파가 각각 상대적으로 사회적 성격을 달리 하는 자본과 결합할 것을 촉진하는 한 요인이기도 했다.

보증금제도의 채용은 이미 14년법안의 보고에서 레이노아르(Raynouard)에 의해 제창(提唱)되었지만, 처음으로 실현된 것은 19년 6월법에서였으며, 그간 보증금제도의 시비가 격렬하게 논의되었다. 1816년에 <Conservateur>지에 게재된 샤토브리앙(Chateaubriand)의 '헌장에서 본 왕제' 제하의 논설은 다음과 같이 주장한다.

'가장 위험한 무기인 신문에 대해서는, 정기간행지의 소유자에게, 공증인이나 기타 관리와 마찬가지로 보증금 공여를 의무화함으로써 그 남용을 쉽게 감소시킬 수가 있다. 이 보증금은 가장 정당하고도 용이하게 적용되는 형벌인 벌금에 충당될 것이다. 나는 보증금을 하원 의원에 선출되기 위해 시민이 지불해야 할 1000프랑의 직접세에 상당하는 그 원본액(元本額)이라고 정하겠다. 그 이유는 이렇다. 신문은 연단(演壇)이다. 국사를 의논하기 위해 소집되는 의원이, 그 소유권자로서의 관심으로 공통의 소유(=국가)에 결합될 것이 필요하다고 인식되듯이, 프랑스에 대해 말하는 권리를 자기 것으로 삼으려는 신문인도 공공의 질서로부터 이(利)를 얻고, 사회변동에 의해 손실을 입는 사람이 되어야 한다. 이 방법으로 여러분은 발행지의 범람에서 벗어날 수 있을 것이다. 이 보증금을 공여할 수 있는 소수의 신문인도, 기탁금액을 잃을 위험에 직면하면 그 말을 조심할 것을 배울 것이다.'<sup>27)</sup>

이와 같은 보증금의 관념을 반영하고, 19년 6월법은 고액의, 그리고 원칙적으로 정기금(rente)<sup>28)</sup>의 형식을 취하는 보증금제도를 규정하고 있다. 이 법에서는 세 단계 즉 ① 파리를 중심으로 하는 3개 현(縣) ② 인구 5만 명 이상의 도시 ③ 기타의 구별에 따라, 그리고 일간지와 비 일간지의 구별에 따라 보증금액이 규정되어 있지만, 여기서는 상세한 것<sup>29)</sup>을 생략하고 파리에서 발행되는 일간지에 대해서만 살펴본다. 19년 6월법에 정하는 보증금을 그 후의 법제와 대조해서 제시하면 다음의 표와 같이 된다. 19년에는 정기금 시세가 낮음에도, 여전히 28년 이후에 비해서 원본의 절대액이 높은 점이 주목된다.

\* 정기금 시세의 원본비율은, 1819년은 ×14, 1828-30년은 ×20이다.

27) 이에 대해 Evariste Dumoulin은 다음과 같이 말한다. '신문 소유자 또는 발행자를 보증금의 기탁에 따르게 하려는 것은, 금전을 갖지 않는 자의 손실로써 갖는 자의 이익을 위해 그 의견을 집필하고, 공표하는 특권을 만들어 내려는 시도이다. 그것은 사상의 독점이라고까지는 할 수 없다 해도, 적어도 사상을 표명할 권리의 독점이다. 부자는 말할 수 있고, 빈자는 침묵하지 않을 수 없다. 왕당파 사람들과 봉건적인 사람들은 이 조항에 찬성표를 던질 것이다.'

28) 발행자 또는 소유자는, 국(공)채(inscription)를 취득하고, 국고금 출납소에 기탁하여, 국고 법무관(agent judecaire)에 이 국(공)채를 보증으로 한다는 취지의 신고를 한다. 법무관이 교부하는 이자 징표에 의해 기탁자는 계속 이자를 지불 받는다. 벌금 등의 지불이 소정의 기일까지 이루어지지 않을 경우, 법무관은 그 국(공)채를(부분적으로) 매각하고, 다른 국(공)채에 의한 잔여 부분의 추가 또는 바꾸기를 명령한다. 폐간신고를 할 경우 기탁된 국(공)채는 보증이 풀려서 반환된다. (1819년 왕령)

29) 1819년 6월 9일 법률에 의한 보증 금액(정기금 연액으로 표시. 단위는 프랑)

| 법령                | 창간<br>규제 | 보증금  |            |
|-------------------|----------|------|------------|
|                   |          | 기탁형식 | 원본(환산)액    |
| 1819. 6. 9 [법]    | 신고       | 정기금  | 140,000fr* |
| 1823. 7.18 [법]    | 신고       | 정기금  | 120,000*   |
| 1830.12.14 [법]    | 신고       | 정기금  | 48,000*    |
| 1835. 9. 9 [법]    | 신고       | 원본   | 100,000    |
| 1848. 8. 9 [명령]   | 신고       | 원본   | 24,000     |
| 1850. 7.16 [법]    | 신고       | 원본   | 24,000     |
| 1852. 2.17** [명령] | 허가       | 원본   | 50,000     |

\*\* 1870.10.10. 명령(decree)에 의해 폐지.

19년 6월법 및 28년법에서는 보증금제도는 벌금 등의 담보로서보다도, 신문소유·경영자를 부르주아 상층에 한정하는 수단으로서 중시되었지만, 7월혁명 이후는 벌금의 담보로서의 성격이 전면이 나온다. 35년법이 보증금액을 10만 프랑으로 배증(倍增)하고, 더욱이 전액 현금기탁으로 바꾼 것은 이 법에 의한 벌금액의 대폭 증대에 대응하는 것이었다.

보증금의 부담 의무자는, 원칙적으로 신문소유자이다. 그러나 19년 6월법(제1조)에서는 '소유자 또는 발행자(editeur)라고 규정되어, 28년법(제5조)에서는, 주식회사가 아니고 소유자가 발행자가 아닌 경우에 두어지는 업무책임자(gerant responsable- 편집의 감독·지도를 맡는다)가 소유자와 함께 보증금의 1/4 이상을 자기 명의로 보유하는 것으로 규정되고, 1830년 12월 14일 법(제1조)에서는 업무책임자가 보증금의 전액을, 35년법(제5조)에서는 1/3을 자기 명의로 보유하는 것으로 규정되었다. 또 28년법에서는 기존지가 새로 업무책임자로 선임하는 자가 보증금의 1/4을 보유하고 있지 않는 경우(제9조), 또는 자기경영 소유자가 사망하고, 그 상속인 등이 새롭게 업무책임자를 선택할 경우(제11조)에는 이 새로운 업무책임자는 1년에 500프랑의 직접세를 지불하는 무저당의 부동산 소유자임을 필요로 했다.

앞의 여러 규정은 신문의 발행자 또는 '편집을 감독하고, 지도하는 자'가 스스로 보증금을 부담하거나, 혹은 일정한 토지 소유자임을 요구한다. 이 경우, 벌금의 담보와 업무관리자의 계층적 한정이라는 양면의 고려가 작동하고 있음은 명백하며, 28년법과 35년법에서는 이 두 가지 고려의 비중이 다르다는 것도 추측 가능하다. 여기서 중요한 사실은 제2공화제 이후의 보증금제도에서는 (업무책임자의) 형사적 책임 추궁과 (신문 소유자의) 보증금 공여 의무가 명확하게 나뉘고, 그럼으로써 업무책임자의 형사책임이 신문 소유자의 보증금에 의해 담보된다는 것과의 대비이다. 1820-30년대에서는 신문의 개별적 기사 내용에 대한 규제가 업무책임자의 재산에 대한 규제를 통해 직접 실현되는 데 대하여, 1850-60년대에서는 신문 소유자와 그 피용자로서 업무책임자의 내부관계를 매개로 하여 기사 내용의 규제와 재산적 규제가 결합되는 것이다.

보증금제도는, 제2공화제 하에서 금액이 감축된 뒤, 1849년 5월 1일에 폐지될 것이 예정되었(1848년 8월 9일 명령 제1조)지만, 1849년 4월 21일의 법률(제1조)으로써 그 존속이 3개월 연장되고, 나아가서는 49년법(제8조)으로써 출판기본법이 공포될 때까지 기간을 정하지 않고 연장되었다. 이 두 연장법을 둘러싼 의회의 토론에서는, 제한선거제와 보증금제도가 왕제 하에서는 모두 공공의 논단에 서기 위한 특별부담을 정한 제도라고 간주되고, 전자가 폐지된 단계에서는 후자의 존속 이유도 상실되었다는 주장이 주목되었다. 그러나 보증금제도의 잠정적 존속은 387 대 146으로 가결되고, 이어서 1850년 7월 16일의 법률으로써 보증금제도의 존속이 확인된 후, 52년법에 의해 창간 허가제 하에서 재편 확충되고, 1870년 명령을 통해 폐지될 때까지 제2 제제 전 기간을 통해서 기존 유력지의 독점 유지에 기여했다.

### 3. 검열

검열이란 여기서는, 인쇄 전 또는 적어도 발매 전의 정기간행물 기사 내용에 대한 사전심사이며, 심사 결과에 따라 인쇄 정지, 원고 정정·삭제·금지, 인쇄물 차압, 판매·유통 금지 등의 행정처분을 허용하는 제도를 가리킨다. '나폴레옹적 출판규제 체계'의 중핵은 앞에서 말한 바와 같이 형사적 규제와 완전히 분리된 인쇄과정에서의 모든 인쇄물에 대한 검열제도에 있었다.

14년법은 제위(帝位) 박탈 명령에 나타난 나폴레옹의 검열제도에 대한 단죄에도 불구하고, 10년법의 검열제도를 약간 완화한 형태로 1816년도 회기 말까지 (제22조) 존속시킬 것을 분명히 했다. 즉, 인쇄업 면허제(제11조), 인쇄신고(제14조), 내무부 서적국장의 예비심사와 저술 제출명령(제3조), 검열관에 의한 심사(제4조), 서적국장에 의한 행정처분이라는 검열제도의 대강이 계승되었다.

완화 내지 수정된 점은 다음과 같다. ① 20매(8절 320쪽)를 넘는 인쇄물 및 일정한 특수한 인쇄물을 검열대상에서 제외했다.<sup>30)</sup> ② 검열사항을, 비취문서인지, 공공의 평온을 문란케 하는지, 현장에 위배되는지, 양속을 침해하는지의 네 가지 점으로 하고, 2인 이상의 검열관이 이들 사항 중 한 가지를 인정할 때 비로소 인쇄 정지처분을 내릴 수 있다고 했다.(제5조) 원고 정정·삭제 명령에 대한 언급은 없다. ③ 양원 의원 각 3인과 국왕 위원 3인으로 된 9인위원회를 두고, 의회 개회 중의 이 인쇄 정지처분의 당부(當否)에 대해 판정하는 것으로 했다.(제6-8조)

그러나 이 14년법의 검열제도는 1816년도 회기 말까지 가지 않고 1815년 7월 20일의 왕령으로써 폐지되었다. 왕령은 '1814년 10월 21일의 법률(14년법)은, 서적국장 및 현(縣) 지사에게 20매 이하 저술의 발행을 감독할 것을 허용했으나, 이 출판의 자유에 대한 제한이 이익보다도 불편을 낳고 있으므로, 우리는 이 제한을 전면적으로 제거하고, 이 완전한 자유를 남용하려 하는 자에 의해 침범될 수 있을 범죄를 법률에 따라 소추하고, 단속할 것을, 우리의 사법관의 열의(熱意)에 위임할 것을 결의했다(전문)라고 말하고, 14년법 제3-5조의 적용을 금지하고(제1조), '출판범죄의 소추를 규제하는 법률'의 제정까지 잠정적으로 형법전을 적용할 것을 명하고 있다. (제3조) 이리 하여 1815년에는 행정적 규제를, 그 중핵을 이루는 검열제도에 한정해서 폐지하고, 다른 한편으로 형사적 규제를 형법전 외의 특별법을 통해 확충하는 것, 즉 출판규제의 중점을 전체적으로 행정적 규제로부터 형사적 (특별)규제로 되돌릴 것이 천명되었던 것이다. 이 중점의 이행으로써 '나폴레옹적 출판규제 체계'는 적어도 그 논리구조에서 뒤집어진 셈이 된다.

검열제도는 법률상 약 5년의 공백 후 1820년 3월 31일의 법률로, 드카즈 내각의 자유주의적 출판법 제에 대한 반동의 일환으로 부활되었다. 이 법률은 창간규제에 대해서 설명했듯이 한시법이며, 그 후 1821년도 회기 제3월 말까지의 연장, 1824년 8월 15일 이후의 부활<sup>31)</sup> 등이 결정되었지만, 샤를르 10

30) '사어(死語) 및 외국어로 된 저술, 사교(司敎) 교서, 교리문답서, 기도서, 변호사·대소사(代訴士)의 서명이 들어간 소송기록, 국왕이 설립 또는 인가한 학회 기록, 양원 의원의 의견서' (14년법 제2조)

31) 1824년 8월 15일 왕령은 '우리 중죄재판소의 판례는, 최근 신문에 그 사실상의 존재와는 별도로 법률상의 존재를 인정하고 있다. 이 해석은 신문의 정·폐간을 면하기 위한 확실하고도 용이한 방법을 제공하고 있다.'라고 하면서 1820년 3월 31일의 법률의 부활을 명하고, 이튿날 16일의 왕령은, 15일 왕령의 구체화를 위하여 내무부에



세 즉위 후인 같은 해 9월 29일에 폐지되었다. 1820년 3월 31일의 법률에 의한 검열제도는, 기존의 신문을 포함한 모든 정기간행물에 미쳤고, 신문 등 소유자 또는 발행자에게 정부의 검열관에게 원고를 제출할 의무를 과하고, 이 검열 절차 회피에 대한 형사소추와 병행하여, 그 판결까지의 정간처분, 및 유죄 판결 후 6월 이내의 정간처분, 재범의 경우의 폐간처분, 재범인 경우의 폐간처분 등 행정처분을 인정한 것이다. 이 1820년 3월 31일의 법률을 마지막으로, 신문 기타의 정기간행물에 대해서는 검열=사전심사 제도는 법제상 부활하지 않는다.

그러나 그것은 맨 처음에 말한 것과 같은 협의의 검열이 법제상 존재하지 않음을 의미하는 데 그치며, 예컨대, 이하에 말하는 것과 같은 행정적 정·폐간처분을 위한 심사가 제2 제제기에 끊임없이 있었다는 것을 중요시할 필요가 있다. 정기적 간행물 경우는 단행 출판물과 달리, 어떤 호(號)만의 인쇄 또는 유통이 금지되었다고 해도 다음 호 이하의 발행이 금지되지 않을 때는 발행자가 입을 손실은 반드시 결정적이지 아니지만, 기간의 하나 또는 여러 호의 기사 내용 때문에 장래의 발행이 정지 또는 금지될 때 손실은 결정적일 수 있다. 따라서 정기간행물인 경우 그 사후심사에 의해 정·폐간처분이 내려진다는 것은, 단행 출판물의 사전심사(협의의 검열)에 의한 인쇄·유통금지처분에 필적하는 행정적 규제라 되는 것이며, 결국 이와 같은 사후심사는 정기간행물에 대한 광의의 검열이라고 할 수 있다.

#### 4. 행정적 정·폐간처분

행정적 정·폐간처분은 원칙적으로 창(발)간 허가주의를 전제로 한다. 1830년 7월 25일의 제1 왕령은 앞에서 말한 것처럼, 발행허가의 3개월마다의 갱신과 수시의 철회를 규정하고(제2조), 갱신(및 갱신 거절)권과 철회권을 잠정적으로 현 지사에게 부여하고 있(제3조)지만, 이 경우 폐간처분은 허가의 갱신 거절 또는 철회에 포섭되고 있다. 허가의 갱신 거절 또는 철회를 위하여 상시 기사 내용에 대한 심사가 행해질 것은 말할 나위가 없다.

52년법에서는, 똑같이 창간 허가주의가 채택되고 있지만, 행정적 정·폐간처분은 창간 허가의 정지 내지 철회라는 형태를 취하지 않고 독립적인 처분으로 되어 있다. 내무부는 부단히 정기간행물에 대한 심사를 하면서, 심사 결과에 따라 이유를 첨부한 경고를 줄 수 있다. 2개월 내에 두 번 이상 경고를 발한 후에는 '하등 형사제재의 대상으로 되어 있지 않은 경우에도' 장관의 결정으로 정간을 명령할 수 있다. (제32조 3항) 이 정간처분이 내려진 후라면 대통령의 특별령으로써 폐간을 명할 수가 있으며, 또 일반적으로 치안 상 필요가 있으면 아무런 전제적 처분 없이 이 대통령 특별령에 의한 폐간처분을 내릴 수 있다. (같은 조 4항) 이들 행정적 정·폐간처분은 68년법으로 폐지되었다.

행정적 정·폐간처분이 형사적 규제와 짝지어지면서 형사소추의 개시 또는 유죄판결의 선고를 조건으로 해서 이루어지는 경우도 있다. 앞에서 말한(검열을 위한) 원고 제출의무 위반에 관하여 소추 개시 후 판결까지의 정간, 유죄판결 후에 6개월 이내의 정간(재범인 경우 폐간)이라는 행정처분을 인정한 1820년 3월 31일 법률은 그 최초의 예이다. 52년법 아래에서는, 형사소추에 의해 업무책임자가 중죄로 유죄판결을 받을 때, 또는 2년간에 경죄나 위경죄로 두 번 유죄판결을 받을 때는 당연히 폐간(제32조 1항)이지만, 경죄 또는 위경죄로 한 번만 유죄판결을 받아도 그 후 2개월간 정부에 정간 또는 폐간처분을 내릴 권한이 주어진다. (제32조 2항) 한편, 위경죄로 벌금판결이 확정되면 벌금 지불 또는 보증금이 보

경찰국장 지휘 하에 7인위원회를 만들어, 각 기사마다에 대한 검열을 수행케 할 것을 규정했다.

충될 때까지 발행이 금지되는데, 이 경우 대통령의 특별령으로써 폐간을 명할 수도 있다. (제5, 31, 32조 4항) 이들 형사처분과 행정처분의 복합적 규제(후자에 의한 전자의 가중(加重))은 대통령 특별령에 의한 폐간(68년법으로 폐지)보다 일찍, 1861년 7월 2일의 법률로 폐지되었다.

#### 5. 기사제재의 강제와 보도규제

나폴레옹 제제 하에서는 <Moniteur>에 전형적으로 볼 수 있듯이, 발행지정을 받은 신문의 정부 기관 지화 경향이 현저했다. 왕제복고 이후 이 점은 어떻게 극복되었고, 혹은 극복되지 않았는지를 살펴본다.

먼저 정부 작성기사의 제재방법에 대해서 말하면, 정부가 각 신문에 송부하는 공식발표를 수령한 이튿날 신문에 게재할 의무가 19년 6월법(제8조)에 명기되었다. 이 제제는 유료지만, 게재의무 위반인 경우에는 경죄가 성립되어 소액의 벌금이 과해진다. (제12조) 이 제도는 그 후 오랫동안 존속하여, 35년법에서는 다음과 같이 확대되었다. 즉 '모든 공권력 수탁자로부터 송부되는 공문서, 정식 보고, 지시 및 정정(訂正) 및 정부가 현 지사를 매개로 하여 요구하는 기타 일체의 게재물'을 '수령 익일, 지면의 머리에 [유료로] 게재'하는 의무가 명문으로 규정되었다. 이 제재 강제규정은 49년법(제13조)에 다시 그대로 수록되었고, 52년법(제19조)은 게재를 무료로 했으며, 게재의무에 위반하는 경우에는 형사소추 외에 행정처분에 의해 15일 이내의 정간을 명할 수 있다고 규정되어 있었다. 이 행정적 정·폐간처분은, 68년법(제16조 2항)에 의해 사법적 정·폐간처분으로 바뀌지만, 무료게재 강제는 부정되지 않고, 1881년의 현행 출판법에서 처음으로 폐지되었다. 81년법은 공권력의 직무행위에 관한 부정확한 보도에 대한 공권력 측의 정정기사를 무료로 게재할 의무를 게재할 의무를 남겨놓고 있지만, 이것은 반박(反駁)권(droit de réponse)을 공권력에도 준 것으로, 공문서 게재강제와는 질을 달리 한다.

다음으로, 의회 및 재판소에 관한 보도의 제한·금지에 대해서 본다면, 19세기 전반(前半)에는 ① 양원 비밀회의 보도 허가제(19년 6월법 제7조), ② 비핵사건에 관한 중죄재판소 비밀심의의 보도 금지(28년법 제16조, 35년법 제10조, 49년법 제11조), ③ 배심 및 재판 평의에 관한 보도 금지, ④ 배심원 성명 게재 금지(49년법 제11조), ⑤ 공소 및 기타 형사소송 상 행위의 공판정 제출 이전의 게재 금지(49년법 제10조) 등, 규제의 범위는 비교적 한정되어 있으며, 다만 22년 3월 25일 법률(제7조)이 의회심의 또는 재판소 공판에 대한 불충실 혹은 악의의 보도를 한 경우의 제재로서, 형사제재 외에 특정지에 관하여 일정기간 또는 영구히 의회나 재판소에 관한 기사 게재를 금지하는 권한을 의회 또는 재판소에 부여했던 점이 주목될 정도이다.

이에 대하여 제2 제제 하의 보도규제는 다음과 같은 점에서 이질적인 성격을 가지고 있었다. 첫째로, 입법부의 의사에 관하여 공식 의사록의 재록(再錄) 이외의 보도를 금지하고, 원로원의 의사에 대해서는 관보에 게재되는 기사의 전재(轉載)만을 인정했던 점이다. (52년법 제14, 16조) 둘째는, 비핵사건 이외의 소송에 대해서도 모든 민·형사재판소에 판결을 제외한 일체 재판보도의 금지권을 부여하고, 특히 출판법 위반사건 소송에 관해서는 소추가 있었다는 보도 및 판결의 게재를 제외하고 법률로써 보도를 일률적으로 금지했다는 점이다. (52년법 제17조) 52년법 하에서는 출판법사건은 모두 경죄재판소 관할로 이송되었음을 여기서 아울러 고려할 필요가 있을 것이다.

앞에서 보았듯이, 기사제재를 강제했다는 면에서도 제2 제제기는 그 이전의 시기와 비교해도 뚜렷한

전제적 성격을 띠고 있었다. 52년법에 고유한 '신문의 자유'에 대한 이들 현저한 침해는, 68년법에서 거의 완전히 (공문서 등 무료계제 강제만을 남기고) 폐지되지만, 그것이 자본주의 확립기 제제의 기구와 밀접하게 결합되어 있었기 때문에, 보증금제도를 가중하는 창간 허가주의와 더불어, 후진 제제 나라들에 대해 크나큰 영향을 미쳤을 것으로 추측된다.

#### 4. '출판의 자유'와 그 사법적 규제

##### [1] 행정법(delict legal)과 그 형사소추

'나폴레옹적 출판규제 체계'에서는 행정적 규제와 사법적 규제의 2중구조와 전자의 전면적 전개 및 후자의 시민형법예의 일정한 복귀현상이 나타났다. 행정적 규제를 궁극적으로 담보하는 강제력의 발동은 사법적 절차를 거치지만, 그 경우에 다음과 같은 점이 특징적이다. 예를 들어, 인쇄부(簿) 기입·인쇄신고 제출의무 해태(懈怠)나 심사중의 인쇄 일시정지명령에 대한 위반, 혹은 인쇄·서적국장의 정정·삭제·금지처분에 대한 위반 또는 출판 허가조서의 제시가 없음을 이유로 하는 경찰청장의 반포(頒布)·유통 금지처분에 대한 위반 등에 대해서는, 인쇄·서적국 감독관, 경찰관 및 관세리에 의해 위반사실 인정 조서가 작성되어, 현 지사를 거쳐 인쇄·서적국장에게 제출된다. 국장은 그의 판단으로 검사국에 이 조서를 송부하지만, 일단 송부된 이상 검사는 직권으로 그 모든 사건에 관하여 관할재판소에 대해 기소 절차에 들어가야 한다. 즉 검찰관은 기소·불기소에 대한 결정권이 없으며, 인쇄·서적국장의 판단에 일방적으로 종속되어 소추를 수행하는 기관에 지나지 않는 것이다. 한편, 재판소는 형사처분으로서 몰수 및 벌금을 명할 수 있지만, 몰수 및 벌금에 의한 수입은 일체 인쇄·서적국의 경비로 충당된다. (10년법 제 41-47조) 이와 같이 행정적 규제를 담보하기 위한 강제력 발동이 형사소추=사법절차를 매개로 한다 하더라도 이들 행정법에 대한 제재는 다분히 행정법적인 성격을 지니고 있었음이 분명하다. 그리고 이와 같은 사법절차를 포괄한 행정적 규제가 형사법에 대한 사법적 규제와 분립하여, 고유하고도 전면적인 규제방법이 되었던 것이다.

14년법은 검열제도를 중핵으로 하는 행정적 규제를 10년법으로부터 계승했는데, 그 때 검찰관의 직권 소추가 서적국으로부터의 조서 교부와 고발에 근거한다는 것을 규정하면서도 검찰관의 기소를 가제하는 규정은 두지 않았다. (제21조) 후에 판례가 분명히 한 바에 따르면, 검찰관은 서적국의 고발이 없는 경우에도 형사소추를 할 수 있다는 것이었고, 여기에 행정법에 관한 형사적 제재는 행정청으로부터의 일정한 정도의 독립성을 인정받게 된다. 형벌로서 몰수가 압수(벌금 지불 후 반환된다)를 대신하고, 벌금형과 함께 금고형이 등장하고, 벌금은 국고 수입이 되었다. (제13, 15, 18조)

19년 6월법은, 신문 기타의 정기간행물에 관한 창간신고, 보증금 공여, 및 출판물 견본 헌청(縣廳) 제출 등 세 가지 의무위반에 대해 벌금과 금고의 병과(併科)를 규정하고, 그런 위반들이 '다른 모든 출판에 관해서 정해는 형식과 구별에 따라 소추되고 판결되'는 것을 명문으로 규정했다. (제9조) '다른 모든 출판물' (즉 비정기간행물)에 관한 행정적 규제를 폐지할 것을 전제로 하고, 정기간행물에 관해서만 최저한의 행정적 규제를 인정하는 것이 이 법률의 취지임에 비추어, 이 규정의 의의는 형사법에 관한 순수하게 형사적인 절차에 정기간행물에 대한 행정적 규제의 대상이 되는 행정법의 소추절차를 내맡길 것을 분명히 했다고 할 수 있다. 이렇게 됨으로써 행정법의 형사소추를 행정적 규제에 종속시키고 포괄한다는 '나폴레옹적 출판규제 체계'의 한 특징은, 19년 6월법에서 불식되기에 이르렀다.

창간신고=보증금제도를 중축으로 하는 19년 6월법의 체계는, 그 후 곧바로 창간 허가제로 되돌아감으로써 부정되지만, 앞의 행정법의 처분을 행정적 규제에의 종속에서 해방하고 형사법과 마찬가지로 사법적 규제에만 속하게 한 점은 계속 유지되어, 다시 뒤집어지는 일은 없었다. 오히려 그 후의 법제에서는, 행정법의 처분을 형사적 규제에 일체 맡긴 것을 전제로 하고, 그런 연후에 앞에서 본 바와 같이 형사적 절차와 행정적 정·폐간처분의 복잡한 관계가 드러나게 된다. 이 형사적 규제와 행정적 규제의 새로운 얽힘은 다른 한편으로 재판소가 부수적인 형사처분으로서 독자적으로 정간처분을 명하는 것이 인정되게 됨으로써 한 층 더 복잡한 것이 되지만, 여기서는 형사적 규제의 상대적 확대의 한 사례로서만 알고 있는데 그치겠다.

마지막으로 특수한 사법적 절차에 의하여 그 실질은 행정적 규제와 다름이 없는 규제를 행하게 하는 별도의 형태가 1822년 3월 17일의 법에 의해 창설된 것을, 20년대 반동화 현상의 두드러진 예로서 살펴보고자 한다. 그것은 검사국에 의한 광의의 검열에 근거하여 왕국법원 (=공소(控訴)원)으로 하여금 저·폐간처분을 명령케 하는 것으로서, 통상적으로 경향(傾向)소송 (proces de tendance)라고 불리는 것이다. 이 법은, 우선정기간행물의 각 호를 제1쇄 견본쇄가 나옴과 동시에 검사국에 의무적으로 제출하게 하고 (제2조) 검사국의 심사에 따라 다음과 같은 절차를 개시할 것을 인정했다.

'일련의 기사로부터 인지되는 신문 또는 정기간행물의 정신이, 공공의 평은, 국가종교 또는 프랑스에서 법률로써 승인되는 종교의 존중, 헌법적 제 제도의 안정, 국유재산 매각의 불가침성과 그 재산의 평온한 보유를 침해할 성격을 지닐 때는, 신문 소재지를 관할하는 왕국법원은 양부 합동의 엄격법정에서 검사장 및 당사자의 의견을 청취한 후에, 제1회는 1월, 제2회는 3월을 넘지 않는 기간동안 신문 또는 정기간행물의 정간을 선고할 수 있다. 정지를 두 번 받은 후, 새롭게 재범이 있을 경우 확정적 폐간을 명할 수 있다.'

이 소송은 검사국이 주도해서 수행되는 것으로, 감독행정청은 직접 개입하지 않는다. 그러나 이 법은, 19년 6월법 제5조에 정한 바 출판물 견본의 헌청 등(→내무부)에의 제출을 불충분한 것으로 여기고, 다른 한편으로는 1820년 3월 31일의 법률의 유효기한이 경과됨으로써, 이법에 정하는 사전 검열제도에 필적하는 강력한 조치로서 정부가 제안한 것이므로, 이 경향소송의 도입은 사법적 규제의 형식을 취하면서 실질적으로 행정적 규제에 상당하는 제도를 유지하기 위한 것으로 보아야 한다. 구성요건의 불명확성, 관할 재판소의 예외성, 처분 내용의 특이성에서 보아도 같은 결론이 도출된다. 이 제도는 1827년 6월 24일의 왕령으로 폐지될 때까지 정치적 상황에 따라 이용되었다.

이상의 검토에서 당장 다음과 같은 결론을 끌어내 놓고자 한다. '나폴레옹적 출판규제 체계'의 2중구조와 그 특수성은 19년 6월법 이후 협의의 검열이 점차 임시조치적인 존재가 되어가는 것에 대응하여, 형사적 규제의 확대와 행정적 규제의 축소라는 방향으로 그 성격을 바꾼다. 이와 같은 전체적인 변화를 배경으로, 그때그때의 정치적 반동과 직결해서 나타나는 신문법제는, 정기간행물에 대한 유효한 규제수단으로서의 광의의 검열과 그것에 근거한 정·폐간처분의 구조에 사법적 규제라는 외관을 부여하면서 재편하려고 하지만, 28년법에 의해 창간신고=보증금제도가 대충 확립하는 단계에서는 이러한 기도도 명확하게 배척되고, 형사적 규제를 전면으로 내놓으면서, 형사법의 처벌을 중핵에 놓은 출판규제 체계가 형성된다.

## [2] 형사법에 대한 특별법제의 전개

출판을 수단으로 하는 형사법의 사법적 규제는, 서두에서 언급했듯이, 1810년 나폴레옹 형법전에서 발견되는 일정한 시민적 법 논리구조를 전제로 하고, 그 위에 다양한 국가적 법익 보호를 이유로 하는 특별규정을 쌓아 올림으로써 전개되었다. 출판을 수단으로 하는 주요한 범죄에는 비훼(誹毀)죄와 양속(良俗) 침해죄가 있는데, 이들은 나폴레옹 형법전에서는 모두 시민 상호간의 일반적인 법익 침해의 하나로써 추상적으로 구성되었다. 한편, 출판을 수단으로 하는 범죄의 교사에 대해서도 원칙적으로 공범의 종속성이 승인되었다. 앞에서 말한 바와 같이 이들 시민적인 법 논리에 근거한 출판 형사규제가 나폴레옹 제재 하에 성립되었다는 것은, 출판에 관한 법적 규제의 중심이 행정적 규제로 옮겨지고, 거기서 전면적 전개를 이룩하는 것과 불가분의 관계에 있었다. 그 때문에 그 후의 출판법제에서는 '나폴레옹적 출판규제 체계'가 검열을 중핵으로 하는 행정적 규제의 측면에서 무너져 가는 것에 대응하여, 형사적 규제가 보다 구체적으로 국가적 법익의 관점을 받아들이면서 전개되는 것이 불가피해진다.

고찰의 출발점으로서 나폴레옹 형법전이 국가적 법익의 관점을 출판 형사규제에 직접적으로 끌어들이는 특별규정을 볼 필요가 있다. 그것은 국내 국가공안 침해죄로서 규정된 황제(형 제86조)·왕족의 생명·신체에 대한 공격, 정체(政體 즉 帝制) 및 제위 계승순위의 파괴·변경, 황제의 권위에 대한 시민·주민의 무장 반항(형 제87조), 시민 상호의 무력항쟁, 시·읍·리 등에서의 약탈과 강탈, 학살(형 제91조)을 인쇄물으로써 직접 선동하는 경우에는, 공모로 간주하고 실행자와 동죄로 보고, 실행행위를 수반하지 않는 경우에도 독립적으로 추방형에 처한다고 규정한 것(형 제102조) 등이다. 이 특별규정은 뒤에 언급할 19년 5월법에서 폐지되고, 다른 형식으로 국가적 법익 침해의 특별법 체계가 형성된다.

10년법의 행정적 규제를 전체적으로 계승한 14년법에 사법적 규제(형사법)의 영역에서 대체로 대응하는 것은, 이미 14년법의 검열제도가 폐지된 후에 나온 1815년 11월 9일의 법률이었다. 이 법은 앞의 형법 86조, 87조의 범죄 교사가 실행행위를 수반하지 않는 데다가 직접적인 선동이라고 볼 수 없기 때문에 공모라고 규정될 수 없는 경우의 형벌을 신설한 외에도 다음과 같은 출판범죄를 신설했다. 거기서는 왕제복고 후 즉각 형사적 제재의 일방적 확대가 도모되었음이 주목된다.

비방 또는 모욕에 의한 국왕·왕족의 인신의 존엄 감살(減殺), 참탈(僭奪)자(나폴레옹) 및 그 가족과 기타 모든 반역 수령의 이름 강조, 국왕 및 헌장상의 불복종 선동(제5조), 소유권의 불가침성에 대한 위기, 십일조 또는 봉건세 부활의 소문, 정통권력 존립의 위기 및 시민의 정통권력에 대한 충성의 동요를 퍼뜨리는 행위(제8조) 등등을 반역적 행위로서 새로운 범죄로 규정하고, 이들 범죄의 간접적인 교사 혹은 이들 범죄가 저질러진다고 믿게 하고, 또는 저질러졌다고 허위로 알리는 것도 동죄로 했다.(제9, 10조 -경죄재판소 관할, 3월~5년의 금고 및 벌금 외에 공민권 박탈, 형기 만료 후의 감시 등이 뒤따른다.)

이에 대해 19년 5월법은 앞에서 말한 대로 19년 6월법으로 행정적 규제가 크게 후퇴되는 것에 대응하여, 형사적 규제의 전면적인 정비를 이루었다. 이 19년 5월법은 다음 점에서 중요하다. ① 형법 제102조(공모로 간주하는 규정 및 독립처벌규정)을 폐지하고, '공연교사(公然教唆)와 '비난'이라는 두 가지 출판범죄유형을 창설함과 동시에, 형법전의 비훼죄 규정(제367조 이하)을 형법전으로부터 철수시켜 특별법상에서 새로운 관점에서 재편하여, '출판의 방법 또는 다른 모든 공표수단을 통해 실행되는 중죄 및

경죄에 대한 단속'의 유일하고 통일적인 법전으로서 처음으로 체계적 법률정비를 한 것. 범죄 유형의 분별 외에도 구성요건의 명확화, 형벌 비례의 철저함 등에서도 주목할만하다. ② 형벌의 대폭적인 경감. 특별법으로서의 출판형법은 금고형과 벌금형의 병과(併科)만을 규정하는 것으로 했다. ③ 금고 이하의 형벌만을 정함에도 불구하고 그 많은 부분을 '중죄'라고 부르고, 중죄원(院)의 관할권을 시사했다는 것. 같은 해 5월 26일 법률은 이 점을 더욱 철저하게 만들어, 출판범죄에 관해서는 '경죄'라고 불린 것도 포함해서 원칙적으로 중죄원으로 이송되는 것으로 규정했다.(같은 법 13, 14조)<sup>32)</sup> ④ '공공의 장소 또는 집회에서 판매되고, 배포되고, 판매용으로 제공되고, 또는 전시된 문서, 인쇄물...'만을 특별법의 규제대상으로 했다는 것.(제1조) 따라서 신문 기타의 정기간행물도 이 조건을 충족시킬 때 규제대상이 된다. ⑤ 앞에서 언급한 5월 26일 법률에 보다 상세하게 피고인 보호의 관점에서 소추절차를 규정한 것도 여기서 함께 유의할 필요가 있다.

이와 같은 특징을 지니는 19년 5월법은 국가적 법익침해의 형사적 규제를 국가적 제 기관과의 관계에서 구체적으로 규정했다. ① 공연교사(provocation publique 독립법), '국왕의 인신의 불가침성, 왕위 계승 순위, 국왕 및 양원의 헌법상 권위'를 공공연히 공격한 경우, 그것을 교사로 간주하고 실행행위가 없는 경우에도 독립적으로 처벌한다.(제4조) ② 국왕의 신상에 대한 비난(offence) 및 국왕가의 구성원, 양원 및 외국 원수 또는 정부 수장에 대한 비난(제9-12조) ③ 재판소 기타의 헌법상 조직체, 공권력의 수탁자(단 그 직무와 관련해서), 국왕의 신임을 받은 외교관에 대한 비방 및 모욕(제15-17조, 19조) 등이 그것이다. 한편, 헌장 제5조(종교의 자유) 및 제9조(소유권의 자유)에 의해 보장된 권리에 대한 공공연한 공격(제5조 4항), 법률에 대한 불복종 교사(제6조), 공공도덕·종교도덕에 대한 침해(제8조) 등이 규제대상으로서 새로 추가되었지만, 그것들과 국익과의 관계는 여전히 구체적으로 드러나 있지 않다(즉 표현되어 있지 않다).

이와 같이 형법전에서 출판형사규제를 끌어내고 특별법으로 옮겨, 구체적으로 국가적 제 기관과의 관계에서 국가적 법익의 관점을 전개함과 동시에, 그 구성요건을 매우 엄격하게 만들어, 형벌을 경감하고, 소추절차에서 피고인의 권리보호를 도모한 것이 19년 5월법의 특징이었다. 이 형사법제가 19년 6월법에 의한 행정적 규제의 후퇴, 특히 창간신고=보증금제도를 성립시키는 논리적 전제가 되고 있음은 이미 설명해온 바에서 분명하다. 그러나 1820년 이후의 정치적 반동으로 19년 6월법에 의한 개혁이 다시 부정되는 단계에 이르자 형사적 규제는, 검열제도의 한시적 부활과 경향소송의 도입을 더욱 보장하는 것으로서, 19년 5월법의 엄격한 조건을 배제하고 가중·확대되었다. 1822년 3월 25일의 법률이 형벌을 가중하고, 보호법익으로서 '국가종교'(제1조), '국왕의 위신' 및 '국왕이 출생과 동시에 갖는 권리'(제2조), '양원 의원·공무원, 국가종교 및 공인종교의 공(公)성직자의 직무 또는 자격' 등(제6조)을 추가하고, 새로 '국왕의 정부에 대한 증오 또는 경멸의 선동'(제4조) 및 '하나의 또는 몇 개의 계급에 대한 시민의 경멸 또는 증오의 선동'(제10조)을 처벌대상으로 하고, 이들의 출판형사사건의 관할을 경죄재판소로 함(제17조)으로써 19년 5월법의 체계는 크게 수정되었다. 이 1822년 3월 25일의 법률은, 28년법에 의한 창간신고=보증금제도의 확립에 관계없이, 7월혁명을 넘어서 존속했다.<sup>33)</sup>

1830년대 전반(前半)에 국왕 암살미수사건이 계속 발생하는 것을 이유로, 국왕의 신상에 관한 공연비

32) 신문 형사법을 중죄로 하는 것은, 제재를 강화할 것을 목적으로 하기 때문이 아니라, 배심제를 취하는 중죄원의 관할에 맡김으로써 피고인을 보호하고, '신문의 자유'를 옹호할 것을 목적으로 하고 있음에 주의해야 한다.

33) 단, 1830년 10월 8일 법률로써 관할배판소가 중죄원으로 다시 개정되었다.

난 (offence publique)을 특별법 (19년 5월법)으로부터 다시 형법전으로 옮긴 것(1832년 4월 28일의 법률에 의한 헌법전 86조 2항)에 이어 35년법은, 국왕 및 왕제정체에 대한 '범죄의 교사'를 출판에 의한 국가적 법익침해의 중심에 놓고, 그것을 '국가공안침해'와 그 외로 나누어 재판하고, 각각 형벌을 강화했다. 35년법에는 소유권·선서(宣誓)·법률의 준수에 대한 공격, 범죄행위에 대한 상찬(賞讚), 사회 제 계급간의 중요 선동 등에 관한 규정도 존재하지만, 그 비중은 작고 형벌도 경감되어 있다.

'국가공안침해'로서 실행행위가 수반되는 경우에 형벌이 가중되는 것은, 앞의 형법 제86, 87조의 범죄의 교사(제1조), 국왕의 신상 및 그 헌법상 권위에 대한 중요 또는 경멸의 선동을 목적으로 하는 국왕에 대한 비난(제2조), 정체(입헌왕제)의 파괴 또는 변경의 선동을 목적으로 하는 30년 헌장의 정체규정에 대한 공격(제5조)에 한정된다. 이 밖에, 정부의 여러 행위와 관련해서 국왕을 비난하고, 그 책임을 추궁하는 행위(제4조), '국왕의 위신', '국왕이 프랑스 국민의 소원에 근거해서 갖는 권리와 '양원의(국왕과의 관계에서의) 권리와 권위'에 대한 공격(제6조), '완전히 다른 정체(政體)에 대한 공공연한 지지(예컨대, '루이 필립 1세와 그 비속(卑屬) 이외의 자 ...에게 왕위권을 인정하고', '공화주의자 또는 1830년 헌장과 양립되지 않는 호칭을 사용하고', 또는 '입헌왕제질서의 파괴 또는 붕괴한 왕가 부흥의 소망, 회구(希求) 또는 협박을 표명하는' 것 - 제7조) 및 국왕에 대한 기타 공격(제3조)이 출판형사범으로 규정되었다.

35년법은 1848년 3월 6일의 명령 (decret)으로 폐지되고, 19년 5월법을 기초로 하고, 이 법의 왕제국가 제 기관에 대한 출판범죄를 공화제 국가 제 기관에 대한 출판범죄로 재판한 법체계가 1848년 8월 11일의 명령 및 49년법에 의해 성립되었다. 거기서는 국민의회, 집정부, 대통령의 권리 및 권위, 공화제적 제 제도 및 헌법, 인민주권 및 보통선거의 원칙, 종교행사의 자유, 소유권의 원칙, 가족의 제 권리 등에 대한 출판을 수단으로 하는 공공연한 공격, 공화국 정부에 대한 중요 또는 경멸 선동, 시민간의 중요 또는 경멸 선동을 통한 공공의 평온 침해, 군에 대한 구역 복무를 일탈케 하기 위한 선동 (모두 19년 5월법 제1조에 정한 방법 - 즉 공공의 장소 또는 집회에서의 판매, 배포 등 -에 의한 경우에 한정됨)이 출판범죄로 규정되었다.

제2 제제(帝制) 하에서는, 출판에 관한 형사적 규제는, 행정적 규제의 급격한 확대와 대척(對蹠)적으로, 제2 공화제 하의 그것(형사적 규제)과 연속되어, 독자적인 전개를 보이지 않는 것이 특징이었다. 제2 제제는 제2 공화제 하의 부르주아적 반동의 소산이며, 사회적 제 세력의 길항(拮抗) 위에 서면서도 실질적으로는 부르주아지의 정치적 독재를 확립하기 위하여 공화제를 제제로 전환시키면서 태어난 정체였다. 이 시기에 있어서는 출판, 특히 신문 기타의 정기간행물에 대한 경찰규제는, 반체제적인 언론의 봉살(封殺)과 함께 기존 유력지의 언론시장 독점을 보호하는 것을 목적으로 하고 있으며, 그러기 위하여 보증금 제도와 창간 허가주의를 짝지어 광범한 행정적 정·폐간처분을 가지고 보장된 새로운 행정적 규제체계를 구축하는 일에 박차가 가해졌던 것이다.

형사범에 대한 사법적 규제에 대해서는, 이미 19년 5월법의 기초 위에 제2 공화제 하에서 재판된 광범한 실정법제가 있었고, 제2 제제로 이행할 때 필요했던 것은 관할 재판소를 경죄재판소로 바꾸는 일(1851년 12월 31일의 명령, 52년법 제25조)이었으며, 그 외는 형법전 제86, 87조의 문언을 바꾸어 '국왕'을 '왕제'로 고친 것에 전형적으로 드러나 있듯이, 정체의 전환에 의한 호칭 변경이나 개별적인 국가적 제 기관의 헌법상 변화에 따르는 수정이 가해진 데 머물렀다.

이리하여 형사범의 사법적 규제에 관한 한, 제2 공화제 하에서 재확인된 19년 5월법의 체계가, 그 후 81년법으로 전폐될 때까지, 제2 공화제에서 제3 공화제에 이르는 비교적 긴 기간을 지배하게 된다. 그동안 창간 허가주의, 행정적 정·폐간 및 보증금제도의 폐지에 대응해서 재판 관할권이 중죄원으로 다시 옮겨졌(68년법 및 71년 4월 15일의 법률)지만, 형사범에 관한 실체규정에는 큰 변화는 여전히 발견되지 않는다.

## 5. 1881년법과 '출판의 자유'

19세기 프랑스의 출판법제는 그 행정적 규제와 사법적 규제의 양 측면에서 다채롭고 복잡한 전개를 보였다. 행정적 규제와 사법적 규제는 늘 대응하면서도 양자의 비중은 현상적으로는 때로 현저히 치우쳐 있으며, 거기에 각각의 시기의 정치적 지배의 특징이 충실하게 반영되고 있었다. '나폴레옹적 출판규제 체계'라고 우리가 부른 행정적 규제를 중심으로 하는 1810년 법제의 체계와, 그것을 뒤엎은 1819년 법제의 체계는, 그 후 단순히 번갈아가며 나타난 것이 아니라 복잡하게 얽히면서 행정적 규제와 사법적 규제 중 어느 것을 보다 전면으로 내밀면서 그 후의 법제의 양태를 결정했다. 행정적 규제는, 1820년대와 제2 제제 하에서, 사법적 규제는 7월 왕제와 제2 공화제 하에서 언론규제의 주요한 수단을 권력에 제공했지만, 각각 다른 측면의 일정한 변화를 전제로 하고, 그것과의 대응에 있어서 독자적 전개를 이룬 것이 여기서는 중요하다.

81년법(헌행법의 원시규정)은, 이와 같은 19세기 출판법제사(史)상의 최대·최종적 획기를 이루는 개혁(행정적 규제와 사법적 규제의 양 측면에서 출판, 특히 신문 기타의 정기간행물 발행에 법률로부터의 자유를 가급적 보장하고, 그런 의미로 자유주의적인 전면개혁)을 실현했다. 그리고 그럼으로써 이 법이 19세기 초두 이래의 행정·사법적 규제 양 측면의 완급이 서로 교체하는 발전을 지양하고, 출판규제법제의 2중구조의 의미를 크게 바꾼 것이 주목된다. 원래 81년법에서도 행정적 규제와 사법적 규제 및 후자에 있어서의 출판 행정법과 출판 형사범의 구별은 상실되지 않고 오히려 명확해지지만, 그것은 하나의 통일적인 규범체계 내의 구성요소로서의 구별에 지나지 않는 것이 되어 있다.

81년법의 주요한 특징은, 사법절차에 의한 사후적 규제와 그를 위하여 미리 필요최소한의 행정적 규제만을 인정한 데 있다. 이 법은 우선, 사법절차에 의해 책임을 추궁당하는 자를 업무책임자(또는 발행자)로 하고, 형사상, 저술자, 인쇄자, 판매·배포·게시자를 그 공범자로서 자리매김하고, 민사상, 기업소유자를 그 손해배상 의무자로 했다. (제42-44조) 그런 연후에, 행정적 규제로서는, 업무책임자의 신고(제9조), 업무책임자의 성명 인쇄(제11조), 및 업무책임자가 서명한 간행물 견본 제출(제10조) 등 세 가지 의무를 정하고, 이들에 위반할 경우의 행정법 형사소추를 경죄재판소 관할로 맡기고 있다. (제45조) 그 밖에는, 실질적으로는 민사적 성격을 갖는 반답(返答=답변?)권의 승인(제13조)과 그 특수한 형태인 공권력으로부터의 직무내용 부실기록에 대한 정정요구 게재의무(제12조)가 광의의 행정적 규제로서 존재하는 데 그치며, 다른 것은 형사범에 대한 사법적 규제에 한정되었다.

형사범에 대한 사법적 규제로서는, 공공의 장소 또는 집회에서의 판매·배포 등 방법을 통한 ① 범죄 교사(제23, 25조, 단 국가공안침해(형 제86, 87, 91조), 살인, 강탈, 방화에 대해서는 독립범으로서 처형, 제24조), ② 대통령에 대한 비난(제26조), ③ 악의의 오보 등에 의한 공공의 평온 침해(제27조), ④

양속 침해(제28조), ⑤ 관공청, 공무 종사자, 사인에 대한 비방 및 모욕(제 29-35조), ⑥ 외국 원수 및 외교관에 대한 공연비난 내지 폭언(제36, 37조)가, 19년 5월법 이후의 형사법의 제 양태에서 선택되고 있지만, 국가적 법익 침해의 규제는 좁혀져, 시민적 법익 침해의 규제와 혼재되고 규정되어 있다. 이 점은 81년법으로 명시적으로 폐지된 출판형사법을 보면 더 분명해질 것이다. 그 주요한 것은 다음과 같다. ① 헌법, 인민주권 및 보통선거제의 원칙에 대한 공격(1848년 8월 11일 명령), ② 법률의 존중 및 권리의 불가침성의 존중에 대한 공격(49년법), ③ 종교행사의 자유, 소유권의 원칙 및 가족의 권리에 대한 공격(1848년 8월 11일 명령), ④ 법률에의 불복종 교사(19년 5월법), ⑤ 정부에 대한 증오 또는 경멸 선동(1848년 8월 11일 명령), ⑥ 중죄 또는 경죄에 해당하는 행위 상찬(49년법), ⑦ 공공도덕 및 종교적 도덕에 대한 침해(19년 5월법), ⑧ 국가종교에 대한 침해(1822년 3월 25일 법률), ⑨ 양원에 대한 비난(19년 5월법 및 1848년 8월 11일 명령) 등.

81년법은 이후 출판을 수단으로 하는 이들 '공격', '침해', '비난' 등을 법률이 규제하지 않음을 분명히 하고, 법률로부터의 자유로서의 '출판의 자유' 관념을 승인했는데, 이 사실은 마찬가지로 1881년 6월 30일의 법률이 '집회의 자유'를 인정하고, 행정적 규제와 형사적 규제 양면에서 법률에 의한 제한을 대폭 해소한 사실과 더불어 정신적 자유 영역에서의 그 법률적 보장의 양태와 역사적 자리매김을 나타내는 것으로 흥미롭다. 프랑스의 산업자본주의 확립기가 대충 제2 제제기라고 한다면, 그 시기는 출판을 수단으로 하는 언론의 자유에 현저한 행정적 규제가 가해진다는 것, 바꾸어 말하면 법률로부터의 자유인 '출판의 자유'의 법률적 보장이 용인 되지 않는 것을 특징으로 하고 있으며, 그와 같은 출판법제의 양태가 뒤집어지기 위해서는 오히려 독점자본주의 단계에의 이행이 명백해지는 시기를 기다려야 했다. 이 사실은 단순히 산업자본주의 확립기의 정체(政體)가 제제였다는 것, 혹은 프랑스에서는 제제를 취하지 않을 수 없었다는 사실의 귀결로서 이해되어야 할 사항이 아니라, 산업자본주의 단계 '여러 자유'의 부르주아적 독점을 위한 법률적 규제와, 그 후 단계에 있어서 다른 계급에의 '자유'의 양보로 인한 그 법률적 보장의 형성으로서도 고찰되어야 할 사항일 것이다.

다른 자유권적 기본권, 특히 재산적 자유의 법률적 보장과 대응하는 것은, 정신적 자유의 영역에서는 차라리 그 법률적 제한이며, 정신적 자유의 법률적 보장이 재산적 자유의 제 원리 위에 구축되는 사회적·경제적 질서의 침해를 초래하지 않는 것이다. 기본적 인권이라는 법 현상의 이데올로기적 측면에서는 재산적 자유와 불가분으로 통일된 정신적 자유가, 다른 한편에서는 가끔 경제적 사회관계의 존재양태로부터 가장 거리가 먼 자유로서 파악되는 것은, 그 법률적 보장의 측면에서 재산적 자유와 분단되어, 재산적 자유를 보장하기 위해 제한된다는 관계에 서기 때문이다. 단적으로 말하면, 정신적 자유의 법률적 보장은, 재산적 자유의 법률적 보장과는 달리, 반체제적 자유의 승인까지도 의미하여, 따라서 이 반체제적 자유를 일정한 범위에서 승인하고, 동시에 그것을 체제내화 하는 정책을 취하지 않을 수 없는 단계에 있어서, 체제의 그와 같은 변화를 따라 형성되어 간다고 해도 될 것이다. 19세기 프랑스 '출판의 자유'의 역사는 이와 같은 관점에서의 접근방식에 하나의 소재를 제공하고 있는 것처럼 생각된다. [끝]

## 현대의 언론·출판의 자유

基本的人權 제4권 (일본 東京大學出版會 1968년 초판) 중 제4장  
아시베 노부요시 (芦部 信喜)

### 1. 머리말

'정치적 자유는, 1세기 전에 경제적 자유가 그러했듯이 갈림길에 서 있다. 그것에 대한 위협은, 여론 형성을 위한 권력이 대가(對價)를 치를 능력을 가진 소수자의 손에 집중되어 있다는 점에 있다. 경제의 영역에서와 마찬가지로, 정치적 자유의 극대치(極大値)는 정치적 평등의 최적치(最適値)와 일치하지 않는다. 현재와 같은 발전이 그대로 계속된다면 여론 형성의 자유로운 시장경제에 대하여 일정한 국가통제가 -경제생활에 대한 국가의 개입과 마찬가지로- 불가피해질 것이다. 그렇지 않으면 입헌민주주의는 자멸의 길을 따라, 돌이킬 수 없는 지점까지 가버릴 것이다.'

여기에 인용된 레벤슈타인(K. Loewenstein)의 국가통제나 아니면 입헌민주주의의 자멸이라는 문제제기 그 자체에 설령 완전히 동의하지 못한다 하더라도, 고전적 입헌민주제 하에서는 상상도 못했던 새로운 사태로 인하여 사상·표현의 자유 내지 정치적 자유가 모종 위기에 직면하고 있는 것은, 여러 나라에 공통된 최근의 두드러진 한 현상이라고 할 수 있다. 예를 들어, 매스 미디어의 비정상적인 발달, 자본주의 사회 질서에서 이 매스 미디어를 주무를 수 있는 것은 '그에 대한 최고의 대가를 치를 수 있는' 소수자에 한정된다는 것, 나아가 '매스 미디어를 지배하는 자가 선거민을 지배하고, 선거민을 지배하는 자가 정치과정을 지배하는 것과 같은 현상은 고전적 입헌민주제 하에서는 생각도 할 수 없는 일이었던 것이다. 참으로 이런 위기는 '소수자 손에 강제적 권력과 사상통제를 집중시킨' 변혁이라는 점에서 산업혁명에 이어 나타난 정치혁명이라고 할만한 현상이다. 권력은 '생산수단'을 통제하는 자로부터 '매스 커뮤니케이션의 수단과 파괴의 수단(선전과 군대)을 통제하는 자'로 이행되어버렸다고 하는 크로스만(R. H. S. Crossman)의 관찰에는, 영국 노동당의 이데올로기가 부착되어 있는 것은 의심의 여지가 없다고 하더라도, 현대국가에 공통되는 진실이 숨어 있음을 부정할 수 없다.

과거에는 언론·출판의 자유에 관한 주요한 쟁점은, 공표된 표현이 헌법의 보호를 받을 수 있으나, 아니면 헌법에 보장된 범위 외의 언론으로서 제재가 가해져야 하느냐라는 점에 있었다. 그러나 앞에서 지적했듯이 '사상의 자유시장'이 사실상 큰 번영을 겪은 현재는, 매스 미디어에 접근할 기회를 향유하는 소수자를 제외하고, 일반 국민, 특히 그 사상이 사회에서 받아들여지지 않기 때문에 매스 미디어에 접근하는 것마저도 불가능한 사람들에게 헌법에 의한 언론·출판의 강한 보장은 도대체 무엇을 의미하는가? 매스컴 산업은 이에 대해 다음과 같이 대답할 것이다. 헌법에 의한 보장은 우리의 미디어를 사용하고 우리가 선택하는 대로의 일을 행할 자유를 보장하고 있다고... 그러나 만약 그렇다고 한다면, 헌법에 의한 표현의 자유 보장은 정통 이데올로기와 투쟁하는 사상을 억압하기 위한 이론적 근거를 제공하는 것에 지나지 않다고 해도 과언은 아닐 것이다. 낭만적인 '사상의 자유시장'이 전제로 하는 고전적인 언론·출판의 자유에 대한 이해가 재검토되지 않을 수 없는 하나의 큰 이유도 거기에 있다고 해도 될 것이다.

이 글은 이와 같은 문제의식에 입각해서 사상표현의 자유를 둘러싼 우리의 문제상황에 여러 가지 의미로 시사를 주는 미국 헌법의 판례·학설을 주된 소재로 삼으면서, '사상의 자유시장' 이론의 문제점을 고찰하고, 나아가서 현대사회의 언론의 자유의 기능과 한계에 관한 법리를 분석하면서 현대의 언론·출

판의 자유의 한 특징을 밝히는 것을 목적으로 한다. 따라서 역사적·비교헌법적 연구라는 점에서 보아도, 일본국 헌법 하 여러 문제의 해석론적 연구라는 점에서 보아도 중요한 여러 문제가 이 고찰의 범위 외에 놓일 수밖에 없다.

## 2. '사상의 자유시장' 이론과 그 문제점

### [1] 언론의 자유에 관한 낭만적 관념

미국 독립선언, 여러 주의 헌법을 비롯하여 합중국 헌법 및 프랑스 인권선언이 제정된 18세기 말의 미국·프랑스에서는, 언론의 자유는 널리 인간의 자연권이라고 생각되었다. 그것은 모든 지상(地上)의 정부에 선행되며, 인간이 만드는 법률로써 폐지되거나 제한될 수 없는 것, 즉 해밀턴(A. Hamilton)의 표현을 빌자면, '신 자신의 손에 의해, 인간성의 총체 속에 마치 햇빛으로 쓰인 것처럼 쓰이고, ... 인간의 힘으로 그것을 지우거나 희미하게 만들 수는 없는' 것이었다. 의견을 공공연히 표명할 권리는, 다만 영국의 국내법 내지 코먼로에 유래되는 법적 권리에 머무는 것이 아니라, 어떠한 국가권력이라 하더라도 침범할 수 없는 자연권이라는 제퍼슨(T. Jefferson)의 주장은 당시의 지배적인 견해였다고 해도 될 것이다. 18세기의 인권선언에서 언론의 자유가 갖는 가장 큰 특징은 그것이 자연권이라고 관념되었다는 데 있다.

그런데 자연법 이론이 퇴조함에 따라 표현의 자유의 제2의 측면(즉 자유롭고 공개적인 토론이 진리의 발견과 보급을 위한 최상의 수단이라는 의미에서의 사회적 가치)에 대해 보다 중점이 두어지게 된다. 특히 미국에서는 리얼리스트인 홈즈(O. Holmes)나 블랜다이즈(L. Brandeis)와 같은 재판관 의견에 그 전형적인 형태를 볼 수 있다. 예를 들어 Abrams v. US. (1919) 사건 반대의견에서 홈즈는 후에 많은 논문이나 글에 인용된 다음과 같은 유명한 의견을 표명했다.

'... 시간이 수많은 전투적 교의를 뒤집었다는 사실을 사람들이 이해할 때, 그들은 그들이 바라는 궁극적인 선(善)이 사상의 자유로운 교환을 통해 보다 쉽게 도달될 수 있다는 것, 즉 진리의 최상의 텍스트는 시장의 경쟁에서(남에게) 자신을 용인하도록 만드는 사상의 힘이라는 것, 및 진리는 자기들의 욕망을 안전하게 실현할 수 있는 유일한 기반이라는 것을, 자신의 행동의 기초 그 자체를 믿는 것보다 더 믿게 될 것이다. 이것이 적어도 우리 헌법의 이론이다.'

블랜다이즈 또한 언론의 자유의 한계를 정하는 기준으로서 저명한 '명백하고도 현재하는 위협'에 관해 주목할만한 의견을 밝힌 1927년 Whitney v. California (1927) 사건의 보충의견에서 '사상의 자유시장' 이론의 의미를 다음과 같이 설명하고 있다.

'미국 독립을 쟁취했던 사람들은, 행복의 비결은 자유이며, 자유의 비결은 용기임을 믿었다. 그들은 원하는 대로 생각하고, 생각하는 대로 말할 권리는, 정치적 진리의 발견과 보급에 불가결한 수단이라는 것, 자유로운 언론과 집회가 없으면 토론은 무익한 것이 되어버릴 것이라는 것, 언제나 자유로운 언론과 집회가 있고 비로소 토론은 유해한 교의의 유포에 대한 적절한 방호(防護)를 제공할 수 있다는 것, 자유에 대한 최대의 적은 무기력한 국민이라는 것, 공개적인 토론은 정치적 의무라는 것, 그리고 이상의 것들이 마땅히 미국 정치의 근본원리여야 한다는 것을 믿었다.'

블랜다이즈는 이와 같은 입장에서 '긴급사태만이 억압을 정당화할 수 있음'을 강조하고, '토론을 통해 허위나 오류를 파헤치고 교육 과정에서 해악을 피해갈 시간이 있는 것이라면, 적용되어야 할 교정(矯正)법은 많은 언론이며, 강제적인 침묵은 아니라는 점을 강하게 주장했다.

국가권력의 개입이 없는 곳에 진리의 발견을 가능케 하는 사상의 자유로운 시장 메카니즘이 성립한다고 하는, 이상과 같은 언론 자유관은, 그 후의 연방 대법원의 많은 헌법 판례 속에 발견된다. 그것은 진보파인 블랙(H. Black), 더글라스(W. Douglas)도 그렇고, 보수파인 빈슨(F. Vinson)이나 프랭크퍼터(F. Frankfurter)도 마찬가지다. 그 중에서도 Dennis v. US (1951) 사건에서의 더글라스 반대의견에 전개된 다음과 같은 견해는 인용할 가치가 있다.

'사상이 시장에서 서로 용인되려고 겨루는 경우, 완전하고 자유로운 토론이 잘못된 사상을 폭로한다. 따라서 잘못된 사상이 자기편을 획득하는 일은 거의 없다. 우리가 혐오하는 사상조차도 완전하고 자유롭게 토론하게 하는 일이 우리 자신의 편견이나 선입견을 검사하는 데 힘을 보태어준다. 완전하고 자유로운 토론은 사회가 정체되지 않도록, 또한 모든 문명을(우리로부터? [번역자]) 멀어지게 하는 작용을 하는 긴장이나 과로에 대해 항상 준비가 돼 있게 해준다. 완전하고 자유로운 토론은 참으로 오늘에 이르기까지 우리의 첫째 신조이다.'

이는 국가권력을 사상으로부터 멀리 있게 하면 '완전하고도 자유로운 토론'의 자기활동적, 자기교정적인 힘이 오류의 맹신으로부터 사람들을 해방하고, 진실의 승리를 가져올 것이라는, 낭만적인 사상의 자유시장 이론을 간결하게 설명한 것으로서 주목된다. '이 자유주의 이론은, 인류의 복지에 괄목할 향상을 가져온 민주주의의 위대한 전진의 중핵을 이루어 온 것이며, 200년 이상에 걸쳐 서양문명의 지도원리로서 존재해 온 것이다.

### [2] 전통적인 시장이론의 문제점

그러나 이상의 전통적인 시장이론이 과연 그대로 형태로 현대사회의 언론의 자유를 정당화할 근거라는 의미를 가질 수 있는가? 분명 시장이론은 18세기 말의 자연권설과 달리, 표현의 자유가 개인적 선(善)뿐 아니라, 사회적 선이기도 하다는 사상을 전제로 한다. 또 앞에서 인용한 Whitney v. California (1927) 사건에서의 블랜다이즈의 보충의견에도 있듯이, 전통적 시장이론은 민주정에서의 언론 자유의 정치적 기능을 강조하는 입장(즉, 자유로운 토론의 광장이 존재하지 않는 사회에 민주정은 확립되지 않는다는 관점에서, 표현의 자유 보장은 국민이 여론의 힘과 입법과정을 통해 스스로 체제를 결정한다는 정치적 대표의 과정에 필수적이라고 생각하는 입장)과 결합되지 않는 바는 아니다. 그러나 전통적인 홈즈식의 시장이론은 최근 여러 가지 논거에 근거한 강한 비판을 받고 있다. 그 중 여기서는 다음과 같은 두 비판을 들어, 그 문제점을 검토하기로 한다.

① 첫째는, 토론에서 게임에 이기겠다는 한 쪽의 욕망이 너무도 자주 진리에 도달하고자 하는 희망을 짓밟는다는 주장, 그리고 제출되는 논의나 쟁점이 매우 다양해서 그것을 소화하는 인간의 능력을 넘는 것은 아닌가라는 염려, 특히 매스 미디어가 소수자의 손에 집중되고 시장의 기능이 왜곡되어 있다는 관찰 등, 사상의 자유시장의 작용에 대해 시장의 기구(機構)라는 차원에서 의문을 던지는 의견이다.

매스컴 산업에 일어난 변혁은 사상의 시장에서의 균형을 파괴한 것은 사실이다. 특히 전파 미디어의 비정상적인 발달은, 낭만적인 홈즈 이론의 비현실성을 드러냈다. 체이피(Z. Chafee)가 정당하게도 말했다.

뜻이 '법은 진리를 추진하는 일을 모두 저자, 편집자, 보고자, 발행자, 방송인, 영화제작자 및 기타 커뮤니케이션인(人) 수중에 내맡겨버렸다. 그들의 뭔가 가치 있는 일을 하지 않는 한 진리는 조금도 달성되지 않았다. 달성되었다고 해도 전달은 되지 않았다.' 이와 같은 사태는 19세기의 자유방임주의로부터 20세기의 매스 데모크라시에의, 또는 자유주의 경제로부터 혼합경제에의 이행과 대응하는 현상이기도 하다. 자유방임의 붕괴가 경제의 영역뿐만 아니라, 기타 영역에도 미쳐, 언론의 자유 체계가 이미 자기 활동적 아니게 되었다는 것, 즉 사상의 자유시장에 봉쇄나 뒤틀림이 생기고, 그것을 제거하기 위해 적극적 통제가 가해질 수밖에 없게 되었다는 사실은 이를 의미한다. 이는 현대국가의 언론의 자유에 대해 지금 통제가 가해질 수밖에 없게 되었다는 사실은 이를 의미한다. 이는 현대국가의 언론의 자유에 대해 지금 통제가 가해질 수밖에 없게 되었다는 사실은 이를 의미한다. 이는 현대국가의 언론의 자유에 대해 지금 통제가 가해질 수밖에 없게 되었다는 사실은 이를 의미한다.

다만 사상의 자유시장의 붕괴 등을 이유로 시장이론을 비판하는 학설은 반드시 홈즈 이론에 대해 근본적인 회의를 들이던 것은 아니다. 왜냐하면 이런 비판론은, 만약 시장이 극히 효율적으로 기능한다면 진리가 발견될 것을 암묵리에 전제로 하고, 다만 현재는 시장에 불균형이 존재하고 있으므로 자유로운 토론의 결과를 정확하게 드러내는 일이 불가능하게 되어 있는 문제점을 지적하는 견해라고 할 수 있기 때문이다.

② 시장이론에 대한 보다 근본적인 비판은, 자유로운 토론이 진리에 도달한다는 주장은 입증할 수 없다고 하는 의견이다. 예를 들어, 홈즈 이론은 '궁극적인 선과 운명의 승리가 동일물이며, 자유로운 언론의 기능은 그 운명의 승리를 (그것이 어떤 것이든) 촉진시키는 것이지, 방해하는 것은 아니다.'라고 주장하는 점에 있다고 생각하는 헌법학의 태두(泰斗) 코언 (E. Corwin)의 견해는 이 부류의 비판에 속하는 전형적인 의견일 것이다. 번즈 (W. Burns)가, 사상을 시장에서 제약 없이 경쟁케 하자는 홈즈 이론은, 시장에 있어서 반민주적 사상이 승리할 가능성도 용인하지 않을 수 없지만, 자유주의파는 (훅(S. Hook)처럼) 반 자유주의 이데올로기에 결코 굴복하지 않으려 하기 때문에 그 주장은 자기모순을 범하고 있다고 주장한 것도 같은 취지이다.

다만 이들 비판론은, 시장이론에서 말하는 진리를 절대적인 의미를 갖는 관념인 양 해석하고 있다는 점에서 오류라고 주장하는 학설도 있다. 예컨대 샤피로 (M. Shapiro)는 최근의 연구에서 다음과 같이 말한다. '시장의 개념은, 진리는 민주적인 선택을 통해 승리를 거둘 것이라는 관념이 아니라, 절대적인 진리는 존재하지 않는다는 임시적인 확신과, 경쟁하는 부분적인 진리들 사이를 조정하는 편이, 하나의 고정된 진리와 허위의 혼합물에 고집하는 것보다 낫다는, 그런 (절대적 진리가 존재하지 않는다는) 확신으로부터의 연역(演繹) 또는 의식적인 논정(論定)에 의존하고 있다.'

확실히 '표현의 자유는 진리의 계시로 인도하는 것이므로 존중되어야 한다'라고 주장하는 전통적인 자유주의 이론에 있어서도, '진리는 각 시대 마다 다른 것을 의미하고 있었다. 밀턴에게 진리는 폴리턴적 신의 의사였고, 제퍼슨에게는 진리는 아마도 우주의 운행을 지배하고 있는 신비로운 구조에 관한 깨달음이었다.' 그러나 '진리는 이 두 사람에게에는 하나의 절대적인 것이었으며, 사상의 자유로운 교환을 통해 발견할 수 있는 것이었다.' 여기서는 홈즈 이론의 해석으로서 코언과 샤피로의 어느 쪽이 더 타당한지를 깊이 따질 수는 없지만, 그러나 진리에 도달하는 유일한 수단은 자유로운 언론이라고 하는 홈즈의 시장이론을, 일반적으로 이해되고 있는 것처럼, '사상의 투쟁에 있어서 살아남을 사상은 ... 진실한 사상이다.'라는 진리 생존설이라고 이해한다면, 그 입장의 정당성은 역시 경험과학적으로는 실증할 수 없는 것이라

고 하지 않을 수 없다. 인류의 지식의 역사는 상호 모순되는 사상이 병행해서 존재하고, 끊임없이 오류가 되풀이 되어가는 역사임을, 경험적인 증거는 가리고 있다고 해도 될 것이기 때문이다.

독일에서도 기본권으로서의 언론의 자유의 존재이유를, 자유로운 언론이 진리의 발견에 봉사하는 데서 찾는 학설에 대해서는, 앞서와 완전히 같은 경험적상 근거에 기초하는 반론, 즉 '실제생활에서 보다 좋은 의견이 늘 보다 나쁜 의견에 대해 확실한 입지를 점할 수 있다는 것, 따라서 최후까지 남은 의견은 '진실'에 가장 접근한 것이거나 혹은 '진실' 바로 그것이라는 것을 믿는 것은 너무도 낙관주의적이다.'라는 의견이 강조되고 있다.

그렇다고 해도, 사상의 자유시장 이론의 문제점은, 결코 언론의 자유를 정당화시키기 위한 이상과 같은 일반이론의 면만으로 다 논할 수 있는 것은 아니다. 현대국가에서의 언론의 자유 기능에 법적 분석을 가할 경우에도, 시장이론의 문제점이 밀접하게 관련된다. 언론의 자유는 모든 미디어에 대하여 '평등'한 보호를 부여해야 한다는 시장이론의 당연한 귀결이라고 할 전제 하나를 보아도, 매우 중요한 헌법해석의 문제로 발전해 간다는 것을 알 수 있다. (이 점에 대해서는 후술하겠다) 특히 최근의 미국처럼, 사상 표현의 강제적인 노현(露顯-disclosure)을 요구하는 입법이 증대되면, 이것이 '진리에 도달하기 위하여 불가결한 수단인 자유로운 언론'의 사상과 어떻게 관련되는지, 증대한 문제를 제기하게 되기도 한다. 이하 그 점에 눈을 돌리고자 한다.

### [3] 시장이론에서 본 익명의 권리와 사상의 강제적 노현(露顯)

현재는 거의 모든 나라에서 익명으로 말하거나, 쓰거나, 단체활동에 참가하거나 하는 권리가 인정되고 있다. 이 익명의 권리 (right of anonymity)는 종교의 자유, 집회·결사의 자유, 언론·출판의 자유로부터 파생되는 권리 내지는 그 불가결한 귀결로서 Talley v. California (1960) 사건에서의 법정의견에서 블랙 재판관이 지적하고 있듯이, '인류 발전에 중요한 역할을 해왔다.' 특히 표현의 자유는 '소수파가 다수파에게 승리를 거두거나, 권력을 장악하고 있는 다수파의 정책을 완화시키거나 하기 위한 무기'인 만큼, 박해받은 그룹이나 교파가 압도적인 관습·법률을 비판할 것을 가능케 했던 '익명의 권리'의 중요성은 매우 컸다. 그래서 이 사건 판결에서 블랙 재판관이 쓰고 있듯이, 미국 '식민지에도 적용된 영국의 가증스러운 출판허가법은, 인쇄자·저자 및 배포자의 이름을 노현하면, 정부에 대해 비판적인 문서의 보급이 줄어들 것이라는 지식에 부분적으로는 기인하는 것이었으며,' '영국의 오랜 치안방해·명예훼손 사건에는, 정부가, 지배자가 가증스러워 하는 책의 책임자는 누구인지를 찾아내는데 있어서 움직여야 할 범위가 제시되고 있'는 것이다.

영국의 출판허가법은 1694년에 폐지되었지만, 그 후 이와 같은 사상에 입각해서 익명의 권리를 제한 내지 부인하는 법령이 각국에서 제정되기에 이르렀다. 1850년 프랑스는, 정치적·철학적 또는 종교적 문제를 논하는 신문의 평론에 서명이 첨부되어야 한다는 규정을 마련했다. 영국은 1881년, 법인조직이 아닌 신문의 인쇄자·발행자에 대해 그 신문 이름과 후원자 이름을 해마다 기록에 남겨놓을 것을 의무로 한 법률 (Newspaper Libel and Registration Act)을 제정했다. 미국에서도 많은 노현규정이 정해졌다. 예를 들어, 1912년의 Post Officer Appropriations Act는 제2종 우편의 특권을 이용하는 자에 대해, 발행의 호(號) 마다 직원과 후원자 이름을 제출하고 공표할 것을 요구했다. 이런 법령은 일정한 등록을 요구하는 Federal Regulation of Lobbying Act (1946), Foreign Agents Regulation Act (1938), 특히 회원 명단 제출을 요구하는 Internal Security Act (1950) 등의 연방법을 비롯해, 특정한 종류의 단체에 대해 회원 성명의 노현을 요구하거나, 집회·공개토론을 위해 공원·도로의 사용을 희망하는 사람 또는 집단에 대해 등록을 요구하거나, 저자에 대해 작품에 서명할 것을 요구하거나 하는 주법 등, 그 수는

결코 적지 않다. 이들 노현 요구법규가 과연 합헌인지에 대해서는 다툼이 있지만, 미국 연방 대법원의 최근의 판례는, 일정한 형식으로 수행되는 강제적 노현을 사상의 표현과 결사에의 참가에 대해 제지(制止)적 효과(deterrent effect)를 준다는 이유로 무효라고 판시하고 있다. 판례가 이와 같이 익명의 권리를 인정하는 것은, 언론에 대한 사후의 처벌과 사전의 억제를 무효화 했던 판례의 법리를 확장한 것으로 볼 수 있다.

주지하는 바와 같이, 언론의 자유 보장은, 적어도 20세기 초기까지의 미국에서는, 언론에 대한 사전 억제만을 금지하는 것으로 해석되었다. 그러나 그 후 연방 대법원은 표현의 자유의 본질을 오로지 '출판에 대하여 어떠한 사건의 억제도 가하지 않는 거'이라고 한 블랙스톤 식의 해석을 배척했다. 특히 이 입장은, Near v. Minnesota (1931) 사건에서의 유명한 휴즈(C. Hughes) 재판장의 방론(傍論-참고의견?)에서 다음과 같이 강조하고 있다. '모든 사람이 원하는 것을 자유롭게 출판할 수 있다고 하더라도, 만약 공권력이 그를 무해(無害?)한 출판을 한 것을 이유로 처벌한다면, 출판의 자유는 가짜, 기만이 되어버릴 것이며, 그 문언(文言) 자체가 비웃음거리가 되어버릴 것이다.' 이는 사후 처벌도, 그 제지적 효과로 인해, 사전의 검열과 같은 결과를 가져올 수가 있으므로, 그것 또한 언론의 자유를 보장한 수정 제1조가 금지하는 바라는 취지를 명백히 한 것으로 볼 수 있다. 강제노현은 사실 이와 같은 언론·결사를 제지하는 사태를 많은 적든 초래했던 것이다. (NAACP [흑인지위향상을 위한 전국협회] v. Alabama (1958) 판결의 표현을 빌자면, '경제적 보복, 직장 상실, 육체적 강제, 위협 또는 기타 공중의 적의 표명' 등등이 그와 같은 (언론·결사를 제지하는) 사태의 보기이다.)

하지만, 익명의 권리에 대해서도, 노현이야말로 진리의 탐구를 촉진한다거나, 또 노현만이 무책임한 사상을 억제할 수 있다(즉 익명의 권리는 무책임한 사상을 유포하는 사람의 구실로 이용된다)거나 하는 반론이 있다.

그러나 전자의 반론은 일단 제쳐두고, 후자의 경우, 노현을 두려워하는 사람은 근거 없는 주장이나 유해한 의견을 제공하는 사람이 아니라 변혁의 주장자인 경우가 많다는 사실을 무시하는 주장이므로 비판을 면키 어렵다. 세상에서 용인되지 않는 의견이나 이론의 창도(唱導)가 노현으로 인하여 제지당한다는 것, 그러나 현재 널리 일반에 인정되고 있는 많은 사상은 과거에는 급진적이고 위험한 것이라고 생각되었다는 것은, 과거의 역사가 가르쳐주는 바이다. 예컨대, 미국의 노예제도 폐지 내지 부인 참정권은 과거에는 지극히 소수의 사람들에 의해 주장되었을 뿐인 이단의 설이었다. 그러나 그렇다고 해서 그들 사상이 무가치한 것이 아니었음은 말할 나위도 없다. 이에 반하여, 전자의 반론(즉 노현이야말로 경쟁하는 사상 사이의 선택을, 충분한 정보에 기초하여, 가능케 하기 때문에 진리를 발견하기 위한 지름길이라는 주장)은 미국에서는 Talley v. California (1960) 사건에서의 클라크(T. Clark) 반대의견을 비롯하여, 학설상에서도 상당한 지지를 얻고 있다. 전통적인 시장이론에 따르면, 언론 자유의 기능은 진리의 발견과 보급을 촉진하는 데 있으므로, 진리 발견의 가능성을 크게 인정하는 노현은, 언론 자유의 기능을 발전케 하는 것이라는 의견도 나름대로 이유가 있을 것이다. 그러나 이 정도의 근거를 가지고 노현의 정당성을 인정하는 것은 도저히 불가능하다. 무릇 언론의 시장이 진리를 생산할 수 있기 위해서는 사상의 자유로운 교역(free trade)이 존재하지 않으면 안 된다. 그러나 노현은 앞에서 언급한 바와 같이 사상의 자유로운 유통을 억지하기 때문이다. 게다가 노현은 비경쟁적이고 일반에게 받아들여지지 않고 있는 사상을 사람들이 신봉하는 것을 방해한다. 그 결과 노현은 시장의 작동(=운동)을 왜곡하고, 나아가 어떤 사상을, 본래는 그것이 타당성을 갖는 것임에도 불구하고, 그 출처(근본적 입장-번역자)에 강한 편견을 지니는 사람들로 하여금 결국은 배척케 하는 원인이 되기도 하는 것이다.

이처럼, 진리를 촉진시키는 것은 노현인가, 아니면 익명인가를 둘러싸고 대립되는 두 주장은, 다 함께 시장이론의 중심에 있는 주장, 즉 사람은 자유로운 교역이 인정된 사상들 속에서 자유롭게 선택할 기회

를 부여받으면 현명하게 선택할 것이고, 이 선택은 완전한 정보가 주어진 경우에만 의미가 있다는 신념에 입각하고 있다. 다만 진리는 '사상의 자유로운 교역'을 통해서만 발견된다는 측면을 강조하면, 어떠한 사상도 시장에서 배제되지 말아야 하므로, 노현은 부정되어야 하지만, 진리가 '완전한 정보'에 의해서만 발견된다는 측면을 강조하면, 완전한 정보를 증진할 노현규정은 유지되어야 한다는 결론이 나온다. 즉 노현은 (완전한 정보는 증진시키지만) 일정한 사상을 제지하고 시장에서 그것을 배제하는 효과를 가져온다고 생각되므로 언론의 자유의 본질적 기능이 진리의 발견이라고 생각하는 전통적 시장이론에 입각하는 한, 노현과 익명의 어느 쪽이 맞는지를 이론적으로 결정할 수는 없다고 해야 할 것이다. 경험적으로 어느 쪽이 진리 발견을 보다 효과적으로 달성할지를 밝히는 일도 불가능하다. 이 점에서도 전통적인 시장이론의 재검토가 요구되고 있다고 할 것이다.

#### [4] 과오의 수정과 자유로운 언론

이상과 같이 언론의 자유의 본질적 기능을 진리 발견을 위한 가장 확실한 수단이라고 설명하는 홈즈식 시장이론이 현대국가에서 언론의 자유가 존재해야 할 근거를 충분히 이론적으로 설명할 수 없다면, 언론의 새로운 존재이유에 대한 이론구성이 있어야 한다. 그러나 그것은 별개의 연구를 필요로 하기 때문에 여기서는 대강 다음과 같은 취지로 설명되는 하나의 주장을 시론으로 삼아 문제의 소재를 지적하는데 그치고자 한다.

이 의견은 '모든 규범적 판단(normative judgement)은 고도로 불확실한 것이다'라는 전제에서 출발하고, 이렇게 말한다. 즉 토론 종결을 선언하는 행위는 이 규범적 판단의 불확실성과 양립되지 않는다. 왜냐하면, 규범적인 문제에 대한 토론 종결행위는 규범적 판단이 확실성을 갖는 것임을 암묵리에 주장하는 것이 되기 때문이다. 그래서 이 불확실성에 대한 인식과 양립되는 점에서 정당화되는 행위는, 토론을 통해 의견을 수정해 갈 가능성을 배제하지 않는 행위, 그러니까 사상의 자유로운 교류를 억압하지 않는 것이어야 한다. 사상의 자유로운 교류는 의견의 수정에 필요불가결하다.

(이 의견은 계속 이렇게 말한다.) 이 새로운 이론구성은 전통적인 시장이론과 다음 점에서 다르다. 첫째로, 새로운 이론은, 어떤 명제의 진실성을 입증하는 최상의 테스트는 시장에서의 경쟁을 이겨내는 그 명제의 힘이라는 전통적인 시장이론의 전제를, 토론은 진리에 도달케 한다는 주장과 마찬가지로, 실증할 수 없으므로 배척한다. 둘째로, 새로운 이론은, 규범적 판단의 불확실성이라는 실증 가능한 경험적 근거에서 자유로운 표현에 대한 억제에 반대한다. 그것은 또한 토론이 자유롭다면 이성이 진리를 낳는다는 시장이론의 전제를 반드시 무조건적으로 지지하지 않는다. 새로운 이론은 오히려 과오의 교정에 불가결한 행위를 (그것이 이성적이든 비이성적이든) 억압할 것을 배척하는 것이다.

이 견해는, 그 맹아를 '이성과 자유로운 탐구는 과오에 반대하는 유일한 실효성 있는 동인(動因)이다.'라고 주장하는 제퍼슨을 비롯해서, 자유로운 언론이 진리의 발견보다도, 오히려 과오의 교정이라는 점에서 필요한 역할을 수행한다는 것을 강조하는 약간의 연방 대법원 판결에서도 발견되지만, 계보야 어떻든 만약 이 견해처럼, '진리의 발견과 보급' 이론이 자유로운 언론의 존재이유를 설명하는데 불충분하다는 입장에 선다면, 진리의 발견을 위한 지름길이라는 관점에서 노현을 인정하는 논리는 성립되지 않게 된다. 반대로 끊임없는 의견의 수정이야말로 자유로운 언론에 본질적인 것이라는 이 입장을 채택하면, 자



유로운 표현을 제지하고 기존 사상에 대한 자유로운 비판을 왜곡함으로써 의견 수정의 가능성을 절단해 버리는 노선은 언론의 자유 보장과 모순된다고 하지 않을 수 없다. (다만 이것은 어떤 노선이든 모두 언론의 자유에 위반된다는 의미가 아니다.)

언론의 자유는 민주주의의 생명선이라고 일컬어진다. 그러나 민주주의는 단순히 다수자의 지배를 의미하는 것은 아니다. 그것은 보다 근본적으로는 어떤 다수자도 영속적인 권력을 장악할 수 없다는 것, 바꿔 말하면 오늘의 소수자가 설득과 투표를 통해 내일의 다수자가 될 수 있다는 것을 의미한다고 할 것이다. 과오의 교정이 자유로운 언론의 존재이유라고 보는 이 견해는 이런 의미의 민주주의에도 적합한 것이라고 하겠다.

### 3. 언론의 자유에 대한 제약과 사법(司法)의 역할

#### [1] 자유 제약의 실태

언론의 자유를 둘러싼 논의에서 헌법론으로서 가장 중요한 것 중 하나는, 언론의 자유가 갖는 가치를 다른 사회적 가치와 조절하기 위하여 가해지는 제약의 법리에 관한 문제이다. '우리는 애당초부터 국가 권력이 ... 개입할 수 있는 지점이 틀림없이 존재한다는 것을 모두 인정할 수 있다.' (Chafee)라고 하더라도 이 자유의 한계의 성격을 가급적 정확하게 밝히기 위한 정식(定式) 내지는 이론에 관해서는 주지하는 바와 같이 매우 많은 의견이 대립되고 있다. 이 대립의 한 단면을 분석하는 것이 이하의 과제지만, 그에 앞서서 이 한계의 성격에 관한 정식(즉 제약의 법적 기준)에 대해, 먼저 일반적인 논점을 몇 가지 지적해두기로 한다.

① 언론의 자유에 대한 제약의 제 원칙은 아무리 정교한 것이라도 추상적으로 구성되어서는 안 된다. 어떤 사회적 상황 하에서, 어떤 국가기관에 의해, 보통 어떤 형태로 자유에 대한 제한이 집행되며, 그것이 어떤 영향을 미치느냐라는 실태가 고려되어야 한다. 이 실태, 즉 언론의 자유에 대한 제약의 동태를 밝히는 것은 매우 어려운 과제이며, 다채로운 인권문제에 대하여 다수의 연구가 있는 미국을 비롯하여, 독일, 프랑스 등 대륙 나라들이나 일본에서도 깊은 연구는 존재하는 것 같지 않다. 그러나 최근 이와 같은 논점을 적절히 지적하면서, 언론의 자유의 일반이론에 관한 뛰어난 논고를 발표한 에머슨(T. Emerson) 교수가 미국에서 자유의 억압이 현저했던 외국인법 및 치안 방해법 (Alien and Sedition laws)의 시대와 제1차 대전의 시대에 관한 자료에 근거하여 썼던 아래 일곱 가지 결론은, 일본에서의 언론의 자유에 대한 제약의 실태분석에서 얻어질 것이 예상되는 결과와도 상당히 부합되는 것이 아닌가 한다.

- (1) 표현의 자유에 대한 제한의 필요성을 과대평가하는 경향이 한결같이 존재했다는 것. 외국인법 및 치안방해법이 국내의 치안유지, 또는 국외의 위협으로부터의 국가 방위를 위하여 필요하지 않았다는 것은 현재 누구도 의심하지 않는다. 제1차 대전 당시의 제한에 대해서도 완전히 같다. 즉 각적으로 표현을 제한하겠다는 체제 측의 경향은, 보다 장기적인 국가적 요청이 작동하기 시작하는 것을 허용하는 매우 억지스러운 판단보다도 더한 경향이 있다.
- (2) 표현의 자유에 대한 제약을 실제로 집행하는 경우 생기는 여러 가지 힘은, 제약조치의 적용을 극단으로까지 밀고 가는 경향이 있었다는 것. 이 절도(節度), 즉 냉정하고 이성적인 집행의 결여야말로 외국인법 및 치안방해법에 의한 제한과 제1차 대전 당시의 언론에 대한 제한에 공통되는 특

징이었다.

- (3) 명확하고 엄격한 제한을 고안해내는 일의 어려움은 어느 시대에서나 해결되지 못했다는 것. 언론의 내용이든 형식이든, 그것에 가해진 제한의 용어법은 막연하고도 불명료했다. 또 제한의 효과를 완화하기 위한 보호가 유효하게 작동되지 않았다.
- (4) 두 시대에 있어서 제한을 집행하기 위해 자유로운 사회로서 매우 불쾌한 관행을 구체화한 집행장치가 창설되었다는 것. 즉 밀고자 이용, 직업적인 증인, 잘못된 수색과 압수, 정치적 표현의 광범한 영역에 대한 정부의 감시, 및 법률 위반자와 용의자에 대한 불공평한 처우 등이 이것이다.
- (5) 사실상 법률의 이론상 목적과는 전혀 다른 목적을 달성하기 위하여 제한이 사용되었다는 것. 국내의 질서 확보 또는 국외의 위협에 대한 방위라는 명목으로 법률상의 제한이 체제 측의 정치적·경제적 목적을 달성하기 위한 무기로써 사실상 이용되었다. 즉 외국인법 및 치안방해법은 연방주의자(federalist)가 정치적 반대자를 박멸하거나, 프랑크혁명의 평등이념을 억압하거나 할 경우의 주요한 무기가 되었으며, 제1차 대전 당시의 제한은 전쟁이나 전쟁을 수행하는 방식에 대한 비판을 봉쇄하기 위해서 뿐 아니라, 모든 형식의 사회주의 이데올로기의 발달을 저지하는 작용을 했다.
- (6) 자유의 제한을 통해 얻어진 사회적 이익은 최소한도라는 것이 판명되었다는 것. 어느 시대에도 국가의 안전 내지 복지는 평가받을 만큼 높여지지 않았다. 또한 제한을 통해 국민통합 또는 사회적 경합이 달성된 것도 아니었다.
- (7) 한편, 사회적인 여러 가지 손실이 심각했다는 것. 제한의 영향은 단죄당한 사람뿐 아니라, 다만 기소되었을 뿐인 수많은 사람들, 및 자유에 가해진 한계를 정확하게 판단하지 못했거나 위험을 무릅쓸 것을 두려워하거나 했던 수많은 사람들에게 감지되었다. 제한의 집행은 국민이 직면하는 진정한 쟁점을 은폐하고, 일반의 관심과 방책(方策)을 쟁점의 해결로부터 멀어지게 하기가 일쑤였다. 아마도 가장 중요한 것은 제약의 집행에 의해 모든 정치적 상황이 부패했다는 사실일 것이다. 정부가 사용한 비합법적이고 비문명적인 방법의 사례, 표현의 자유에만 가해진 제약을 집행함으로써 야기된 적의(敵意), 대중의 공포와 편견을 자극했다는 것, 이들은 모두 이성적인 정치론의 가능성을 파괴하는 작용을 했다.

에머슨은 이상 일곱 가지 결론을 총괄하여 이렇게 말한다. '요컨대 언론에 과해진 과거의 제한은, 그 실제의 작용에서 판단하는 한, 자유로운 표현의 전 기구를 파괴하는 경향이 있다는 것이 경험이 가르쳐 주는 바이다.' 아마도 제2차 대전 후의 치안입법에서도 정도 차이는 있어도 틀림없이 같은 결론이 도출될 것이다. 참으로 이 경험이 가르치는 바에서, 우리는 자유로운 언론에 가해지는 제한이 필요최소한도 이어야 한다는 추상적인 원칙 그 자체는 누구도 의심하지 않는다 하더라도, 그 원칙에 입각해서 자유로운 언론 제도를 유지하는 일이 실제로 얼마나 어려운지를 이해할 수 있을 것이다. 자본주의가 고도화한 대중민주주의인 현대사회는, 우리에게 더욱 미묘하고 어려운 문제의 해결을 요구하고 있는 것이다.

② 언론 자유에 대한 제약의 법리를 검토하기 전에 언급해두고 싶은 둘째 논점은, 어떤 의미에서 당연한 일이지만, 자유로운 언론을 유지하기 위해 법제도가 매우 중요한 역할을 수행한다는 것이다. 분명 ①에서 소묘된 과거의 자유 제약의 역사는 민주적인 자유를 보전하기 위해서는, 법제도에 지나치게 큰 비중을 두지 말아야 한다는 것을 가르쳐준다. 아무리 완전한 법적 기준 내지 이상적인 사법제도도 그 자체로는 자유로운 언론 제도를 확보할 수 없다는 것은 의심의 여지가 없다. 에머슨도 지적하는 바와 같이 '사회'의 가치와 목표에 관한 실질적인 합의가 존재해야 하며, '경제기구가 주민의 모든 구성요소에 의해 널

리 공용되는 일정 기준의 물질적 복지를 공급하지 않으면 안 된다.' 그리고 '정치제도는, 국민의 전통에 일정한 기초를 가지고, 상당한 승인을 받으면서, 사회의 제 문제에 답할 경우에 그에 상응한 효과를 가질 수 있으며, 또한 조절과 변화의 가능성을 유지하고 있어야 한다. 그 밖의 사적인 법인이나 노동단체 등과 같은 제도는, 결단을 내리는 중요한 영역에서는 다양한 규모로 커뮤니케이션을 허용해야 한다. 다른 국가 또는 사회와의 관계에서는 그 어떤 안전감이 존재해야 한다. 교육제도, 커뮤니케이션을 위한 매체 및 그와 비슷한 종류의 여론을 형성하는 여러 제도는, 사회의 성숙된 독립적인 구성원을 생산할 일정한 능력을 지녀야 한다.' 그러나 이들 조건이 충족된 경우에도 법제도에 의한 굳건한 뒷받침이 없다면 언론의 자유가 아름답게 꽃피기는 어렵다.

물론 법제도가 언론의 자유의 근본을 침범하거나 파괴하기 위하여 사용된 예는 수도 없이 많다. 현재도 여전히 사법과정의 자유로운 언론의 근본적 원칙에 완전히 반하는 행위를 정당화해주는 기능을 수행하는 경우가 여러 나라에 있다. 이런 사실은 법 내지 법제도가 사회를 통제하기 위한 수단으로서 매우 큰 힘을 미친다는 것을 의미한다고 해도 될 것이다. 법제도 단독으로는 자유로운 언론을 보장하는데 충분하지 않지만, 법적 기구의 떠받침 없이 자유로운 언론제도의 가치가 사회에 보급되기를 바라는 것은 거의 불가능하다.

이와 같은 법제도 속에서, 언론의 자유 보장을 실질화하는 것으로 특히 주목되는 것은 말할 것도 없이 위헌심사권을 행사하는 법원이다. 이 법원의 역할은 상당히 일반적·추상적인 형태로 논의되는 일이 적지 않지만, 이제도의 의의를 옹기 평가하기 위해서는 현실적으로 사법이 어떠한 작용을 하는지 (해야 하는지)를 보다 개별적·구체적으로 검토할 필요가 있다. 언론의 자유와 관련해서는, (1) 언론의 자유는 국가권력에 대한 개인의 권리라는 성격뿐 아니라, 개인의 정신적 자유를 통해 전체 국민의 정신적 성장을 보장한다는 사회적 기능을 수행한다는 것. 그런데, (2) 입법·행정 양 기관은 현대의 정당국가체제에서는, 사회의 지배적인 다수자 (적어도 상당한 정도 세상의 주목을 받고 있는 소수자의 연합체)를 대표하는데 불과하며, 이 다수자의 대표에 의해 자유에 부당한 제약을 받은 경우 소수자는 사법제도에 의해서만 보호를 받을 수가 있다는 것. (3) 테크놀로지의 발달 (공업화, 조직의 확대)과 그에 따르는 행정권의 확대 강화는, 자유방임의 자기 조정기능만으로는 자유로운 언론의 체제를 유지할 수 없는 새로운 사태를 낳았다는 것. (4) 19세기와 양상을 현저히 달리 하는 현대의 대중 민주주의 하에서는 정치의 전문화와 더불어 일반 국민은 더욱더 정치적으로 무관심해지고, 체제 측의 (흔히 선동적 성격을 지닌) 대중조작을 받기 쉽게 되기 때문에, 순응적이지 않은 개인이나 소수그룹의 자유를 보호하는 역할이 사법기관에 기대되기에 이르렀다는 것. 이와 같은 상황이 재판소, 특히 헌법재판소에 인권보장기능으로서의 위헌심사권의 적극적인 행사를 요구하고 있다고 할 수 있을 것이다. 특히 민주주의의 생명선으로서 인권 목록에서 우위를 점하는 언론의 자유에 대해서는 더더욱 그러하다.

사법 적극주의에 대해서는 주지하는 바와 같이 강한 반발이 있다. 그러나 그 문제에 대해서는 여기서 깊이 들어가지 않겠다. 다만 여기서는 적극적인 역할이 기대되고 있는 재판소가 언론의 자유를 쟁점으로 하는 헌법사건에서 의거해야 할 룰에 대해, 그 약간의 측면을 고찰하기로 한다. 다만 사전억제 이론, 막연하므로 무효의 이론, 명확하고도 현재의 위협의 테스트, 보다 제한적이지 않은 다른 선택 가능한 수단 (less restrictive alternatives)의 테스트, 비교형량(比較衡量-balancing)의 테스트 등 미국 헌법의 판례이론에서 발달된 위헌성 판단의 기준에 대해서는 많은 연구가 있기 때문에 여기서는 이들 하나하나에 대해 개설하지 않고, 다만 한두 가지 문제점만을 지적하는 데 그치려고 한다.

## [2] 표현수단의 차이에 근거한 다각적 접근

우선, 반드시 협의의 위헌성 판단의 기준이라고 할 수는 없지만, 언론의 자유에 관한 자유방임적 내지 낭만적 관념과도 관련된 현대적인 문제로서, 표현의 수단 내지 유형 (예를 들어, 인쇄 미디어와 전파 미디어, 또는 상업광고와 정치적 언론 등)의 다양성에 따라, 그 보장제도에도 차이를 인정할지의 여부라는 문제를 풀어보기로 한다.

① 언론의 자유에 관한 낭만적 관념의 당연한 귀결로서, 전통적 이론은, 여러 가지 표현 매체가 헌법상 평등한 보호를 부여받고 있다는 전제를 거의 의문의 여지가 없는 것으로 생각해왔다. 이 이론에 따르면, 커뮤니케이션의 새 미디어 (전파)와 전통적인 인쇄 미디어는, 그 영향력에 큰 차이가 있음에도 불구하고 사상표현의 한 수단인 점에서는 동격의 것으로 다루어지고, 그 결과 라디오·TV는 신문·잡지와 마찬가지로 자유로워야 하고, 음향차(音響車-스피커를 장치한 선전차량)는 라디오·TV와 마찬가지로 자유로워야 한다는 결과가 나온다. 그러나 영향력이 같지 않은 각종 미디어에 대해 단순히 평등주의를 적용하는 것은 '완전히 비현실적'이라고 하지 않을 수 없다. 전통적 학설은 같은 공준(公準)이 상이한 상황과 커뮤니케이션 수단에 타당하다는 가설에 입각하고 있는 바, 이 전제는 미디어에 따라 어프로치나 영향력의 문제에 큰 차이가 있다는 사실을 애매하게 만들어버리기 때문이다. 과거에 Kovacs v. Cooper (1949) 사건 보충의견에서 잭슨(R. Jackson) 재판관이 '영화, 라디오, 신문, 전단, 음향차 및 가두 연설자에는 각각 상이한 성격·가치·폐해 및 위험이 있다'라고 말한 것처럼, 표현의 수단 내지 유형의 상위에 따르는 다각적 접근을 (각각의 표현수단 내지 유형의 사회적 기능을 구체적으로 검토하면서) 시도할 필요성은, 전파 미디어의 등장과 그 발전으로 인해 더욱 증대했다고 해야 할 것이다.

다만 미국에서는 이런 접근은 학설의 영역에 머물지 않고, 최근의 판례에서 적극적으로 채용되게 되었다. 그 중에서도 New York Times Co. v. Sullivan (1964)은 언론의 자유에 관한 일정한 헌법사건에 대한 새로운 접근을 내놓았다는 점에서 판례이론에 하나의 전기(轉機)를 그은 것이라고 평가된다. (이 판결은, 널리 알려져 있다시피, '공직에 있는 자' (public officials)의 명예를 훼손하는 것 같은 언론 (이 사건 경우는 신문광고)이 얼마만큼 헌법상의 보호를 받느냐에 대해 연방 대법원이 '헌법상 보장은 공직에 있는 자의 직무상 행위에 관해서 명예를 훼손하는 허위가 actual malice를 가지고, 즉 허위임을 알면서, 또는 허위인지 여부를 무시하고 표명된 것임을 입증하지 않는 한, 손해배상 청구는 할 수 없다는 연방의 룰을 요구한다.'는 취지를 분명히 했던 판결)

타임즈 판결이 주목되는 것은, 우선 수정 제1조의 중심적 의의를 명확하게 하기 위하여, 그 역사를 검토하고, 자유로운 언론의 의의는 '검열관의 권한을 인민이 정부에 대해서 갖고 있으며, 정부가 인민에 대해서 갖고 있는 것이 아님'에 있다고 설명했던 매디슨(J. Madison)의 언명에서 밝혀져 있다고 지적하고 나서, 그와 같은 관점에서 '공공성 있는 쟁점에 관한 토론은 억제되어서는 안 되며, 건전해야 하고 널리 개방되어 있어야 한다. ... 그 토론이 정부와 공직에 있는 자에 대한 격렬하고 신랄한, 때로는 불쾌할 만큼 날카로운 공격을 포함하는 것은 당연하다.'라는 견해를 취했던 점이다. 이것은 언론의 자유에 관한 뛰어난 연구자의 한 사람이라고 평가되는 칼벤(H. Kalven) 교수 등이 지적하고 있는 바와 같이, 대법원이 실질적으로 메이클존(A. Meiklejohn)이 과거에 주장했던 '언론을 정치적 언론과 그 외 언론으로 분류하는' 학설을 채용했음을 의미한다. 이 메이클존의 이론은, 앞의 뉴욕 타임즈 사건이나 1967년의 타임회사 대 힐 사건(Time Inc. v. Hill)의 법정 의견을 쓴 브레넌(W. Brennan) 재판관 자신도 말하고 있듯이, 최근 언론의 자유에 관한 대법원 판결에 큰 영향을 주고 있기 때문에 그 대강을 여기서 검토하는 것도 무의미하지는 않을 것이다.

② 메이클존 이론은 다음의 다섯 가지 점으로 이루어진다.