표현의 자유의 헌법적 함의
- 공화주의적 대안의 모색

韓 尙 熙

(建國大學校 法科大學 敎授)

< 目 次 >

Ⅰ. 서 론
Ⅱ. 표현의 자유에 관한 주요논의들
1. 시장모델
2. 자기지배모델
3. 비판
Ⅲ. 미연방대법원의 결정례에 대한 비판적 고찰
- Holmes와 Brandeis
Ⅳ. 정보화사회와 표현의 자유
1. 언론의 자유와 표현의 자유 - 그 은유의 결과
2. '언론의 자유'와 사생활의 권리
Ⅴ. Turner Model - 공화주의적 모델의 분석과 비판
1. Turner모델의 의의
2. 비판
Ⅵ. 표현의 자유와 국가
1. 표현의 자유의 헌법적 의의
2. 의사소통구조와 경제권력의 통제

差延(diffiérance)은 요소가 상호 연관되어 있는 차이점, 차이점의 추적, 공간화의 체계적인 작용이다. 이런 공간화는 능동적인 동시에 수동적인 간격, 즉 그것 없이는 어휘가 완전하게 지칭할 수도 없고 작용할 수도 없는 간격을 만들어 냄을 의미한다.[1]

Ⅰ. 서 론

인간에 있어 언술행위 또는 표현행위는, 자신의 생각과 느낌을 발화함으로써 청자인 타자의 반응-그것이 이해와 공감이든, 아니면 반발과 거부이든-을 기대하는 관계적, 맥락적 행위이다.[2] 즉, 표현행위는 發話함이자 동시에 聽取에의 기대로 이루어지며, 그 행위는 발화자/청

1) J. Derriada, Positions, tr. by A. Bass, p.27; 윤호병, "데리다의 반인간주의," 현대시사상, 1990여름, 136면에서 재인용.

2) 그래서 표현의 자유는 그 핵심에 있어 공범위한 의사소통의 자유(broad freedom to communicate)를 내포한다. H. J.

취자, 발화의지/청취의지, 언술행위/청취행위, 그리고 표현/이해의 대비를 그 구성요소로 한다. 또한 그 근저에는 타자와의 어떠한 관계를 설정하고자 하는 의지가 기초하고 있다. 이것은 첫째, 어떠한 의사소통행위라 할지라도 그것은 발화자의 생체험의 표현으로서의 의미를 가진다는 점을 암시한다. 그것은 고도로 주관적인 인식과 평가를 바탕으로 이루어지는 것이며, 따라서 발화자를 둘러싸고 있는 사회적·문화적 맥락의 긴밀한 영향하에서 그 의미가 주어진다. 뿐만 아니라 그 표현행위 자체도 비록 객관화된 기호(기표signifiers)-언어의 형식을 빌려 타자에 주어진다 할지라도 여전히 그러한 맥락속에서 또는 그 맥락과의 관련하에서만 '의미(즉, 기의signifiant)'를 획득한다. 동시에 둘째, 청취자의 입장에서도 주어진 기표로부터 이해를 도출하기 위하여 자신의 생체험을 참조(refer)한다는 점을 감안한다면, 발화/청취의 관계는 결국 발화자의 체험/청취자의 체험간의 상호적 소통관계 속에서 형성되고 또 표현/이해의 관계 역시 마찬가지의 맥락에서 이루어짐을 의미한다.[3]

이 점에서 J. -F. Lyotard의 화용론적 분석은 시장모델이 가지는 실제론적 측면 또는 합의모델, 그리고 자기지배모델이 가지는 합리적 의사소통의 모델들이 내포하는 문제점을 가장 잘 보여준다. 그에 의하면 이야기(narratives)는 발화자와 이야기대상, 그리고 청취자로 구성되면서 그 요소들이 차지하는 비중에 따라 세 가지의 모델이 구성된다고 한다. 첫째, 고전주의적 실재론의 모델은 이야기대상에 중점을 두면서 선재하고 있는 진리는 단지 발화자와 청취자의 우연한 만남속에서 그들간의 대화에 실려 다닐 따름이라고 한다. 반면, 모더니즘적 모델은 발화자를 중심에 둠으로써 합리주의에 바탕을 두는 주관적 인식능력이나 의지능력과의 연관관계속에서 정당화되는 지식의 발견을 추구한다. 합리적 의사소통 내지는 합의의 결과로서 지식이 정당화되는 것이다.[4] 세 번째의 모델 즉 포스트모더니티의 모델은 이야기대상을 객관화하거나 총체화하는 거대서사(grand narratives)의 차원에서 이야기를 분석하기보다는 오히려 발화자와 청취자가 동일선상에서 상호작용하는 맥락속에서 이야기대상이 특정

Abraham, Freedom and the Court: Civil Rights and Liberties in the United States(New York: Oxford University Press, 1982), p.153. 이에 단순한 탄성이나 외침, 또는 비명과 같은 것은 헌법상의 표현관념에는 해당되지 않는다고 보는 입장들은 그 시각을 보다 확대할 필요가 있다. 그것을 단순히 단위행위, 즉 상황과 유리시켜 바라 볼 때에는 아무런 메시지가 내포되어 있지 않은 것이 되지만, 이렇게 관계적·맥락적 수준에서 연계지을 때는 그 자체로서 충분하고도 완전한 메시지를 내포하게 된다.

3) 여기서 언어학적 설명을 부가해둘 필요가 있다. 18-9세기의 언어학에서는 언어란 실재하는 것 또는 선재하는 것을 재현(representation)하는 관념으로서의 위상을 가지고 있었으나, F. de Saussure의 「일반언어학강의(Course in General Linguistics)」 이후 언어는 어떠한 실정적인 것에 의하여 의미규정되는 것이 아니라, 그래서 실재적이고 정확한 의미를 고정시킬 수 있는 것이 아니라, 오히려 다른 것과의 차이를 바탕으로 형성되는 부정적 의미를 중심으로 파악될 뿐이라는, 일종의 닫힌 구조의 형식으로 이해되고 있었다. 바로 이 점에서 Saussure의 구조주의언어학은 "사회적·공동체적 언어체계를 연구대상으로 삼으로면서 휴머니즘적 사회관을 도입하여 모든 사회적인 것은 동질적이며 모든 사람들에게 공유된다"는 생각을 바탕으로 발전한다. 하지만, 이러한 사고의 변화 자체도 언어가 가지는 동태적인 측면, 즉 담론간의 갈등이나 담론투쟁의 형식을 바탕으로 이루어지는 역사적 변화를 반영하지 못하고 있다는 비판 또는 J. Derrida를 중심으로 하는 후기구조주의적 비판의 대상이 되고 있다. D. McDonnell, 임상훈 역, 담론이란 무엇인가, 한울, 1994, 20-23면 참조.

4) 이진우, 이성은 죽었는가:포스트모더니즘의 철학, 문예출판사, 1998, 352-3면. 그외에도 포스트모더니즘의 모델이 존재하는 바 계속되는 설명이 이에 해당한다.

되고 또 지시되는 작은 이야기들 혹은 소서사(prtit récit)에 관심을 둔다. 그것은 발화자가 이야기대상으로부터 분리되고 따라서 그 대상을 지배하는 관계에서 주체적으로 내어던지는 이야기방식이 아니라, 발화자와 청취자가 모두 이야기의 내부로 들어가 그 속에서만 주체적으로 설정되는 이야기방식을 말한다.[5] 환언하자면, 이야기 즉, 언술행위 그 자체가 발화자와 청취자를 모두 내포하면서 그때 그 공간에서만 타당하게 되는, 언술행위의 두 주체를 떠나서는 존재하지 못하는 이야기의 방식을 말하는 것이다. 그래서 언술행위는 하나의 언어게임에 불과한 것이며, 이 유희의 과정을 통하여 총체성의 억압[6]으로부터 주체의 해방을 도모하는 것이다.

이 지점에서 표현의 자유가 전제로 하고 있는 언술행위 또는 의사소통행위가 가지는 본질적 요소가 노정된다. 그것은 진리의 발견을 위한 수단으로서가 아니라, 또는 인간이 국가내적 존재로서 자기지배를 이루어내는 수단-이들은 그 자체 거대담론이다-으로서가 아니라, 주어진 사회적 맥락과 관계속에서 자신을 드러내고 그 맥락과 관계에 자신을 투사하는 일련의 행위에 지나지 않는다. 그것은 하나의 이야기의 주체로서 그리고 그 이야기대상속에 산입되어 있는 생활관계의 주체로서 자신을 발현하는 것이며, 나아가 그러한 이야기속에 청취자를 포섭함으로써 그를 자신의 생활관계의 한 부분으로 편입함과 동시에 그의 생활관계에까지 자신을 확장하고자 하는 작은 서사의 과정에 불과하다. 환언하자면, 타자로서의 청취자를 이야기과정에 끌어들임으로써 이미 자신속에 자리잡고 있는 큰타자(Other)와의 갈등을 해소하는 행위, 또는 타자와의 동일시를 통하여 타자들이 이미 형성하고 있는 공동체로 편입되고자 하는 일련의 행위과정인 것이다. 그래서 이러한 언술행위는 자신을 표현하는 행위이자 동시에 라이프스타일의 결정과 마찬가지로 자신의 사적 생활을 영위하는 주요한 방식으로 존재하게 된다.

---

5) 이는 Lacan에서도 비슷하게 나타난다. 그는 "무의식이 언어로 표현되는 것이 아니라, 언어습득과 함께 무의식에 형성된다"(전병갑, 현대와 탈현대의 사회사상, 한길사, 1993, 169면)고 하면서, 인간에 있어서의 외디푸스적 아버지는 男根을 중심으로 설정되는 G. Freud의 그것과는 달리 사회질서를 구축하는 법과 권력의 체계를 의미하고 이러한 능기들은 끊임없이 무의식을 형성하고, 나아가 주체가 부단히 재구성되는 근거를 구축한다고 본다. 그래서 그가 말하는 프로이트적 去勢恐怖는 남근거세를 의미하는 것이 아니라, 큰 타자(Other) 즉 무의식을 형성하는 언어 내지는 언어로써 인간을 사회화시키는 일련의 사회적 상징구조로부터의 배제 또는 그로 인하여 형성되는 관계로부터의 매장을 의미하게 된다. 표현의 자유가 인간의 생활에서 가지는 함의는 이 점에서 구체화된다. Derrida의 말처럼 한없이 미끄러지고 지연되는, 그래서 무한반복되는 참조관계들 속에서도 인간은 부단하게 언술행위에 참여하고자 하는 이유가 여기서 나타나는 것이다. 인간은 바로 그 거세공포의 극복을 통하여, 환언하자면, 아버지로 상징되는 문화적 규범과 법 - 또는 일련의 사회적 의사소통과정에 진입하고 참여함으로써 그것들과 자신을 동일시하는 일련의 주체성을 형성하게 되기 때문이다. 그는 Heidegger가 익명적 대중속으로 퇴락하게 되는 것으로 부정시한 잡담(Gerede)을 '텅빈 발화'라고 명명하면서 주체를 소외시키는 것으로 파악하고 있음도 이 때문이다. 오히려 그는 "상호주체성의 영역에서 그 진정한 위치를 수용하기 위해 에고의 상상적 권위를 내버리는"(M. Sarup, 김해수 역, 알기쉬운 라깡, 백의, 1996,91-2면) 주체, 스스로를 대상화하고 배제하기를 멈추는 주체를 강조하고 있는 것이다.

6) Lyotard는 합리주의의 이성중심적 사고를 테러와 폭력의 이성이라고 규정하면서 이를 신랄하게 비판하고 있다. 그는 모더니즘적 이성관은 완전한 존재 또는 정신을 전제로 이로부터 도출되는 위로부터의 사유라고 하면서 이렇게 하나의 전제를 중심으로 형성되는 통일성의 이념은 그 자체가 항상 새로운 지배전략과 테러의 음모를 은폐하고 있다고 한다. "전체와 하나에 대한 동경, 개념과 감성의 화해에 대한 동경, 명료하고 의사소통 가능한 경험에 대한 동경"이 19세기와 20세기의 우리에게 테러를 가한 것이라고 주장하는 것이다. 이진우, 전게서, 332-3면.

이 글은 이러한 의미에서의 표현의 자유가 헌법상의 기본권으로 보호-즉, 국가의 권력(헌법)에 의하여 보호되어야 하는 이유는 무엇인가를 추구함을 주된 목적으로 한다. 즉, 자신의 삶을 공동체적 삶속에 동화시킴으로써 자아의 안전과 안정을 도모하고자 하는 현대인들의 희구를 보호하기 위하여 국가적 권력으로써 자아에 대한 "위기와 의심"[7]을 소멸 내지는 축소시키기 위한 노력(개인, 집단 또는 국가의 노력)이라는 관점에서 표현의 자유의 의미와 그 해석의 틀을 구축하고자 하는 것이다. 그래서 헌법에서 표현의 자유를 보장하고 그것을 국가로부터 개인을 보호함과 동시에 국가에 의하여 다시 개인을 보호하는 기제로 엮어 두고 있음은, 종국적으로는 제반의 사회적 관계속에서 표현행위가 부딪히게 되는 장애들을 국가로 하여금 제거함으로써 그것이 공동체내에서의 자아실현으로서의 의미를 충분히 실천할 수 있도록 하는 요청에 입각하고 있다는 관점에서 표현의 자유를 재구성하고자 한다. 그리고 바로 이 점에서 표현의 자유에 관한 헌법의 관심은 표현주체(즉 발화자)와 그 수용자(즉 청취자 또는 독자)간의 의지적 선택의 대립을 어떻게 조정할 것이냐의 문제에 집중되며, 이 양자의 관계를 중계하는 매체가 어떻게 그 선택의 가능성을 확보 또는 왜곡하는가의 문제 또한 의미있게 살펴 볼 것이다. 그리고 이러한 논의의 과정에서 미국 연방대법원의 판결례들을 중심으로 하여, 헌법 또는 국가가 규율하여야 할 것은, 사회적 편견이나 정치적 성향, 또는 상업적 이윤추구의 동기 등 표현행위의 적(enemy)으로서의 장애요소들이 어디서 어떻게 발생하며, 그것을 제거하기 위한 국가의 기능과 역할은 어떠한 것인가 라는 점을 중점적으로 살펴 볼 것이다.

II. 표현의 자유에 관한 주요논의들

1. 시장모델

표현의 자유에 관한 가장 고전적인 언술은 다음의 인용과 같은, 「무허가 출판의 자유를 위한 대국회연설」이라는 부제가 붙은 J. Milton의 Areopagitica이다.[8]

---

7) A. Giddens, 권기돈 역, 현대성과 자아정체성: 후기 현대의 자아와 사회, 새물결, 1996, 294면 이하. 여기서 Giddens는 이 위기의 양상으로, 통일 대 분절화, 무력함 대 전유, 권위 대 불확실성, 그리고 개인화된 경험 대 상품화된 경험의 덜렘마들을 들고 있다. 그의 분석은 기본적으로 근대적 주체개념으로부터 떨어져 있는 것은 아니며, 그래서 그 분석틀은 주체중심적 입장에 바탕을 두고 개인적 성찰성(즉, 개인적 합리성)으로부터 현대의 합리적 제도화(집단적 합리성)의 수준에까지 이르고 있어 우리의 분석틀과는 자못 거리가 있기는 하지만, 그럼에도 불구하고 자아정체성의 추구하는 관념을 중심으로 자아와 자아의 생활관계 그리고 그들의 정치화라는 수준에서 이 분석틀들을 발전시켜 나간다는 점에서 어느 정도 비판적 시각만 유지한다면 유의미한 준거틀을 제공하고 있다 할 수는 있을 것이다.

8) 실제 미국에서의 표현의 자유는 국가안보나 명예훼손과 같은 질서의 문제와 대립하는 형태에서 점차 표현의 자유 대 사생활의 자유 또는 청소년보호 등과 같은 문제로 이전하고, 오늘날에 와서는 정보화사회와 관련하여 소통구조에 대한 규제로 나아간다. 그래서 그 관심의 대상도 출판(활자)매체로부터 방송매체(음향·영상), 그리고 정보통신매

> 사람을 죽이는 자는 신의 형상을 한 이성적인 피조물을 살해하는 것이지만, 좋은 책을 파괴하는 자는 이성 그 자체를 죽이는 것이며 신의 형상을 죽이는 것이다. 많은 사람은 죽어서 지상에 짐으로 남지만, 좋은 책은 삶을 초월하는 생명에 바쳐지고 보전된 거룩한 정신의 고귀한 生血이다.[9]

이것은 표현의 자유를 향한 가장 고전적인 선언이다. 여기서 Milton은 그리이스나 로마의 예를 들면서 교황의 억압적 검열제도가 가지는 폐해를 지적하고, 인간의 이성적 사유능력을 바탕으로 인간이 선과 악을 구분하며 그를 바탕으로 절제라는 도덕률을 실천하기 위한 기본전제로서의 자유로운 출판의 필요성을 역설한다. 그에 의하면, 검열이라는 것은 '무차별적인 독서'를 막음으로써 해악을 예방하는 것이 아니라, 학문활동과 토론을 행하는 이성의 작동을 멈추게 하기 때문에 오히려 해악을 조성한다고 본다. 나아가 강제적인 해악의 예방장치로서의 검열은 도덕의 영역에 속하는 부분을 법으로 대상화시킨다는 점에서 그 실효성 조차도 의심스러움을 강조하고 있다.[10]

이와 같은 Milton의 시각은 오늘날 자유주의적 토대위에서 형성되는 사상의 시장(marketplace of ideas)논리의 핵심을 이루게 된다. J. S. Mill의 언론의 자유에 대한 시각은 이 시장의 논리를 처음으로 구체화시킨 것으로 그에 의하면, "의견의 발표를 억제하는 데 따르는 특유한 해악은 그것이 전인류로부터 행복을 빼앗는다"는 점이며, 그것은 "현대의 사람뿐 아니라 후세의 사람들의 행복" 조차도 박탈하게 된다는 것이다:

> 만일 그 의견이 옳다고 하면, 사람들은 잘못을 버리고 진리를 포착할 기회를 빼앗기게 된다. 또한 비록 그 의견이 잘못되어 있다 할지라도, 그들은 진리와 오류가 서로 충돌할 때 진리가 마침내 오류를 물리치게 되는 데서 생겨지는 진리에 대한 보다 더 뚜렷한 인식과 보더 더 선명한 인상을 받게 되는 [큰] 이익[을] 잃어 버리게 되는 것이다.[11]

그는 "의견의 자유"와 "의견을 발표하는 자유"가 다른 일체의 행복의 상위에 있는 인류의 정신적 행복을 위하여 필요하게 되는 이유를 네 가지로 설명한다. 첫째, 침묵을 강요당하는 의견이 진리일 수 있으며, 둘째, 설사 그것이 잘못된 것이라 할지라도 진리의 일부분을 포함하고 있을 가능성이 있으며, 셋째, 논쟁이 허용되지 않으면 진리라 할지라도 그것의 합리적인 근거를 이해하고 실감하지 못하며, 넷째, 자유토론이 허용되지 않으면 敎說 자체의 의미가 상실 또는 약화되기 때문이다.[12] 이러한 그의 사고는 오늘날에까지 이어져, 자유주의와

체로 변화하면서 진실발견의 수단으로서의 수정헌법 제1조의 개념화로부터 점차 표현행위 그 자체가 가지는 의미를 지향하는 경향이 나타나기도 한다. 이하의 학설분류는 L. Tribe, op.cit., pp.576ff; Sunstein, et.als,. op.cit., pp.ff 에 따른 것이다.

9) J. Milton, Areopagitica(1644):출전- http://darkwing.uoregon.edu/~rbear/areopagitica.html

10) 이 Milton의 팜플렛에 대한 분석 및 평가는 이종우, "밀턴의 <<아레오파지티카>>," 사회비평, 2-16호 1996 참조.

11) J. S. Mill, 이극찬 역, 통치론/자유론, 삼성출판사, 1977, 249면.

12) 전게서, 293-4면.

인간의 이성적 사고능력을 전제로 경험의 자유로운 소통/교환을 보장함으로써 논쟁과 토론의 과정을 통하여 궁극적으로는 진리의 발견에 기여하며 나아가 사회전체의 이익에 기여한다는 논리로 형성된다.[13] 그래서 사상의 자유교역(free trade in ideas)를 통하여, 시장에서의 경쟁과정이라는 검증의 절차를 통과한 사상이 진리로서 힘을 얻게 된다는 명제가 설립하게 된다[14]

하지만 이러한 사고는 몇 가지의 결정적인 문제를 안게 된다. 먼저 그 기본적인 설명의 구조가 시장의 논리, 즉 의견의 자유로운 소통에 의한 최적의 결과발생이라는 틀을 갖추고 있는 만큼, 그 전제로서의 의사표현능력이나 기회의 평등이 어떠한 이유에서건 훼손되는 경우(오히려 이러한 경우가 현실적으로 지배적인 것이 사실이다) 즉, 시장의 실패가 나타나는 경우에는 시장지배세력에 의한 진리의 왜곡현상이 나타나게 되지 않을 수 없다.[15] 이 경우에 국가는 시장의 실패를 교정한다는 이유로 표현의 자유라는 시장에 개입하게 되고 또 그것이 정당화되는 것이다.[16] 그런데 여기서 문제는 그러한 국가개입의 필요성의 판단이나 개입정도 및 방법의 결정기준은 어떻게 정할 것인가의 문제를 재생산하게 되고, 이 또한 시장지배력의 차이를 감안하게 된다면, 결국 끝없는 논쟁의 악순환만 계속될 뿐, 의견의 시장을 왜곡시키는 독재권력을 감당할 적절한 대안을 발견하기 힘들다는 난점이 노정된다.[17] 뿐만 아니라, 의사의 표현이 가지는 본래의 의미 자체가 이 논의속에서는 찾아 보기 힘들다. 인간이 자신의 경험과 인식, 그리고 의견이나 감정을 표현하는 것은 기본적으로 인간 본래의 속성 즉, 사회생활관계를 통하여 타인과 정서와 인식을 공유함으로써 그 생활관계를 계속적으로 유지, 발전, 형성해 나가기 위함이다. 비록 그러한 의사소통의 내용이나 결과가 '진리'와 무관하다 할지라도 그 자체로서 그 사람의 생활내용을 의미있게 만들고 또 풍부하게 한다. 환언하자면, 한 인간이 유의미한 공동체의 구성원으로 참여하는 기제로서의 의사소통이 필요한 것이다. 하지만, 이 논의는 이 점을 전혀 고려하지 않고 있다는데에 문제점이 있다. 그냥 내어 뱉는 말들 - 단순한 느낌의 표현이나 순수하게 개인적인 발언들은 경우에 따라서는 얼마든지

13) 이에 관하여는 Baker, "Scope of the First Amendment Freedom of Speech," UCLA Law Review, vol.25, 1978; Ingber, "Free Speech Justification," Columbia Law Reivew, vol.119, 1989 등 참조.

14) Abrams v. United States, 250 U.S. 616(1919)에서의 Holmes대법관의 반대의견 참조.

15) 대표적인 예가 Buckley v. Valeo, 424 U.S. 1(1976)으로, 선거운동을 위하여 개인재산을 얼마나 투여할 것인지는 후보자의 결정사항으로 정부가 관여하여 규제할 수 없다고 선언하고 있다. 다른 사람의 발언(능력)과의 형평이나 균형을 맞추기 위하여 자신의 발언이나 자원을 제한할 필요가 없다고 선언한 것이다. 이러한 관점은 철저하게 자유방임적 태도에 입각하고 있지만, 바로 그 때문에 물적 자원의 동원능력이 곧 시장에서의 지배력으로 전환하는 자본주의사회에서 사상의 경쟁을 통한 진리의 발견이라는 관념이 얼마나 위태한 것인지를 잘 보여준다. 한 마디로 여기서 말하는 진리는 다수자의 발언일 따름이며, 발언의 내용여하와는 관계없는 동원가능한 자원의 정도나 양에 의하여 진리의 내용이 결정된다는 극단적인 힘의 논리가 적용될 여지를 가지고 있는 것이다.

16) 이에 관하여는 Ingber, op.cit. 참조.

17) Miami Herald Pub. Co. v. Tornillo, 418 U.S. 241(1974)에서, 선거입후보자의 개인적 사항이나 공식기록에 대하여 "비난(assail)"한 신문논평에 대하여 반론권(right of reply)을 인정하고 있는 Florida주 법률을 내용규제(on the basis of the content)라는 이유로 위헌이라 선언하고 있는 것도 (방송에 비하여) 출판, 즉 인쇄매체에 의한 표현의 자유를 무한정 보장함으로써 사상의 시장을 자유롭게 하겠다는 의지를 표명한 것이라는 의미도 있지만, 그와 동시에 이러한 시장권력의 문제를 그냥 방치하고 있다는 점에서 오히려 문제적이라 할 것이다. 이 점은 다시 설명할 것이다. (참고로 Brennan과 Rehnquist대법관은 명예훼손의 경우에는 예외임을 보충의견으로 달고 있다.)

시장으로부터 배제될 수 있는 가능성이 열려 있는 것이다. 마치 시장에서의 개인적인 선호의 형성이나 표출이 별다른 의미를 갖지 못하는 것과 같이 모든 발언이나 표현들이 그 교환가치적 측면에서 평가되고 또 거래되는, 고도의 추상화수준의 의사소통체계를 구성하고 있다는 문제가 야기되는 것이다.[18]

2. 자기지배모델

이러한 일반적 입장에 대하여 가장 강력한 반론을 제기한 것은 자기지배(self governing)의 원칙의 연장선상에서 표현의 자유 특히 수정헌법 제1조의 의미를 이해하고자 한 A. Meoklejohn이다. 그는 미국헌법상의 기본권조항이라는 것은 미국헌법의 맥락에서 이해할 때에는 그것은 자연권이나 인권의 연장에서 규정된 것이 아니라, 오히려 제한정부의 이념을 바탕으로 "종국적으로는 미합중국의 인민들이 스스로를 통치한다는 기본적인 미국의 정치적 합의가 표현"된 것으로 보고자 한다.[19] 그는 공/사의 구분을 바탕으로 헌법상의 기본권을 철저히 공적인 것 즉 정치적인 개념으로 포착하면서, 수정헌법 제1조는 "대표자를 선출하는 '선거인'으로서의 능력"을 인민들에게 부여하는 조항이며, 이 점은 "우리 인민들이 결정적인 의미에서 다른 위임된 권력에 의하여 우리를 통치하는 자들을 능동적으로 통치하도록 함"을 의미한다고 주장하였다. 그래서 이러한 정치적 지배를 가능하게 하기 위하여 미국인들은 현실적으로 정치적 자유를 누리는 사람들이며, 이를 위하여 첫째, 국민들은 공공문제를 판단함에 있어서 자유롭고 독립적이어야 하며 둘째, 선거에서 그들이 판단하는 바에 따르는 결론이나 신념을 자유롭고 독립적으로 표현할 수 있어야 한다고 본다. 또한 이를 위해서는 사고나 사실관계, 과학이나 허구, 운문이나 산문, 신념이나 의심, 감상이나 목표 또는 정보나 논쟁거리 이 모든 것들이 그들의 결심을 이끌어내는데에 도움이 될 수 있어야 함을 주장한다.

실제 그의 주장은 기본적으로 주권재민의 원칙상 국가의 최고의 지배기관(governing agency)은 국민이기 때문에, 국가안전과 자유가 대립되는 경우 그것을 "조화시키는(balancing)" 업무가 의회에 위임되어 있다는 명제는 허구일 수밖에 없다는 점에까지 나아간다. 그것은 이미 170년전에 미국헌법이 제정되고 또 개정될 당시 이미 그 문제가 해결되어 수정헌법 제1조로 표현되었었다는 점을 망각하고 있기 때문이라는 것이다. 이러한 논의는 앞서 살펴본 바와 같이 진리의 발견을 위한 자유로운 의견교환으로서의 표현의 자유를 다루고자 하는 시장모델과는 달리, 국민의 정치화를 전제로 모든 기본권 특히 표현의 자유를 정치적 권리로 파악하면서 그 어떠한 국가적 이익보다 상위에 위치하는 절대적인 기본권으로 파

18) 바로 이 점에서 사회광고에 대하여 양심의 자유라는 이름으로 위헌선언하고 있는 우리 헌법재판소의 결정(민법 제764조의 위헌여부에 관한 헌법소원 1991.4.1. 89헌마160 전원재판부) 또한 비판의 여지가 있다. 재론한다.

19) A. Meoklejohn, "Tesimony on the Meaning of the First Amendment," in: A. Meoklejohn, Political Freedom: The Constitutional Powers of the People(New York: Oxford University Press, 1965)

악한다[20]는 점에서 특징을 가진다. 특히 그에 의하면, 그 어떠한 언술도 그에 반대되는 언술이 보장된다면 마찬가지로 동등한 보장을 받아야 한다. 그래서 전시에 전쟁의 정당성을 주장하는 언술이 자유의 보호대상이라고 한다면, 그와 동등하게 전쟁의 부당성을 강조하는 언술도 보장되어야 하며, 영국이나 소련이나 독일에 비하여 미국이 우월하다는 주장에 대하여 그 반대의 주장의 경우에도 마찬가지라고 하는 것이다.[21]

하지만, 이러한 논의는 기본적으로 헌법을 정치의 법으로 규정하면서 이 정치의 관념을 총체적 수준에서만 포착하고자 하기 때문에 한 인간이 영위하는 구체적인 생활내에서 발생하는 모든 관계들을 전국규모의 정치에 상당하는 수준으로 재조직화할 필요를 전제로 한다. 그 어떠한 언술행위나 사고, 취향, 감상 등의 것도 자기지배의 원칙에 따라 국가적 수준의 정치로 고양되어야 하며, 그것이 국가에 의하여 침해되지 않도록 보장하는 차원에서만 의미를 가진다는 것이다. 그래서 사적인 언술행위는 그것이 무한한 수렴의 과정을 거쳐 정치화, 내지는 공적인 것으로 상승한다는 전제하에서만 헌법적 보호의 대상으로 규정될 수 있다. 반대로 그러한 전제가 성립되지 않는 경우에는 그 언술행위는 그 자체로만 존재할 뿐 하등의 헌법적 의미를 갖지 못하는 것으로 치부될 가능성이 존재하고 있는 것이다. 이에 대하여 Tribe교수가 비판하듯이 그의 논의가 모든 언술행위의 정치적 의미를 무한히 확장하거나 또는 역으로 모든 일상생활의 관계들을 정치적 맥락에서만 파악함으로써 결과적으로는 수정헌법 제1조의 의미를 형해화시키고 있다는 점도 분명한 문제점중의 하나로 지적할 수 있다.[22] 하지만, 그러한 지적은 나름의 설득력이 있음에도 불구하고 앞서도 밝힌 바와 같이 언술행위의 정치성 자체를 파악하지 못하고 있다는 점에서 일면적이다. 물론 Meoklejohn은 J. S. Mill과 마찬가지로 지성이나 합리성에 치중하는 주장으로 개인 및 집단적 정체성의 확립이나 발전에 필요한 감성적 요소들을 간과하고 있다는 지적 또한 타당성이 있지만,[23] 이 점을 별개로

---

20) 그는 이 점에서 이 기본권을 "예외없는(no-exception)" 기본권으로 규정하고 있다. 다만 그에 의하면, 이러한 절대적 기본권도 무한정하게 허용되는 것은 아니다. 어떠한 언술이 그 자체의 내용만으로는 제재의 대상이 될 수는 없지만, 그것이 어떠한 행동의 한 부분으로서의 의미를 가질 때, 즉 "행동의 옹호(advocacy of action)"의 차원을 넘어서 "행동의 촉발(incitement of action)"에 이르는 것인 때에는 물론 처벌의 대상이 된다고 한다.

21) 이와 같은 이해는 엄격한 해석주의를 취하고 있는 Black대법관의 의견에서도 드러난다. 그는 Milk Wagon Drivers Union v. Meadowmoor Dairies, 312 U.S. 287(1941)에서 반대의견을 내어 "공적 문제에 대하여 말하고 저술하는 자유는 …… 우리 정부에 필수적인 것이다. 실제 이 특권은 우리 정부의 심장이다! 만약 이 심장이 약해진다면, 치명적인 결과를 야기할 것이다. 그것이 멈춘다면(stilled) 길과는 곧 죽음일 따름"임을 단호하게 선언하고 있다.

22) 실제 그의 지적 자기지배의 원리는 오로지 공적 영역에서만 타당할 뿐이라는 신랄한 비판이 가해지고 있다. 그래서 그는 자신의 주장을 수정하여 비록 수정헌법 제1조의 완전한 보호대상이라고는 할 수는 없지만, 소설이나 드라마 등의 작품이나 상업광고(그는 이에 대하여는 오로지 상품정보의 전달만 포함시킨다)까지도 보호대상이 될 수도 있다는 것을 허용한다. 다만, 그것도 그러한 표현행위가 선거구민들의 의식에 영향을 미칠 때에 한하여 인정되는 간접적인 보호일 따름이라고 한다. A. Meiklejohn, "The First Amendment is an Absolute," Supreme Court Review, 1961; L. Tribe, The Constitutional Protection of Individual Rights : Limits on Government Authority, The Foundation Press Inc., 1978, pp.577-8 참조. 하지만 이러한 수정은 우회적인 경로만을 추가하여 번잡성만 더할 뿐, 그 비판에 대한 별다른 설명집을 제시하고 있는 것이라 하기는 어렵다는 점에서 한계를 가진다. 이와 더불어 그의 논의는 헌법이 예정하고 있다는 자기지배의 이념 자체가 지향하는 목적을 감안할 때 그러한 자기지배를 통하여 과연 헌법은 무엇을 이루어내고자 하는가 즉, 헌법의 종국이념 내지는 존재이유를 밝히지 않는다는 점에서 문제를 문제로 해결하고자 하는 일종의 순환논법에 빠지게 된다는 문제점도 지적한다.

23) ibid.

묶어두고 그 교정을 전제로 한다면 Meoklejohn의 자기지배로서의 표현의 자유는 적어도 항의적 의미로서의 존재가치는 충분히 가진다. 환언하자면, 시장모델에서 나타나는 바와 같은 보편화적 진리명제를 바탕으로 국가가 표현행위를 중심으로 하는 의사소통의 과정에 개입하고 그로써 개개인들의 표현행위-언술행위들을 교정하고자 하는 '타자의 지배'의 가능성을 차단한다는 데에 그 의미를 찾을 수 있는 것이다.

이 점은 Meiklejohn의 한계이자 동시에 그에 대한 비판론자들의 한계이기도 하다. 자기지배의 이념과 그를 통한 인격발현 및 자기실현이라는 목적을 매개하는 존재로서의 표현의 자유는, Tribe교수가 지적하듯이 후자가 단순히 논리적 복잡성만 야기하고 있는 군더더기로서 존재하는 것이 아니라, 오히려 '자기지배'의 이름으로 이루어지는 각종의 지배현상으로부터 진정한 '자기지배'를 실천하기 위한 방어적이고 항의적인 장치로서의 의미를 가지는 것이다. 한 마디로 '총체성', '전체성'을 바탕으로 이루어지는 국민국가적 지배관계로부터 개체성을 보전하고 그들의 '부분적'인 자기지배를 성취하는 일종의 방파제로서의 역할을 이 자유에 부여하는 것이라 보아야 한다는 것이다. 그래서 전쟁의 정당성을 주장하는 언술이 자유의 보호대상이라고 한다면, 그와 동등하게 전쟁의 부당성을 강조하는 언술도 보장되어야 한다는 Meiklejohn의 논리는, 오히려 어느 한 사회부분-생활관계에서 통용되는 사상이나 가치판단이라 할지라도 그것이 그대로 다른 사회부분의 사상이나 가치판단을 평가하고 재단하는 절대적인 기준으로 작동하지 말아야 한다는 대항적 요청으로 발전된다.[24] 시장모델에서 말하는 것과 같은 사상의 교환가치-전체사회로 총체화된 사상-로서 부분사회가 가지는 사상의 사용가치를 대체하고자 하는 시도를 저지하여야 한다는 일종의 부분사회적 자기지배의 소극적 모델이 형성되는 것이다.[25]

3. 비판

각자의 목소리를 다른 사람의 지배가 아니라 그 스스로의 지배하에서 '자유롭게' 행하는 것-Meoklejohn의 주장은 이러한 의미에서 타당성을 가진다. 시장모델에서와 같이 표현 또는

24) 뿐만 아니라 그의 자기지배모델은 공/사의 구분론에 입각하면서 사적인 영역에 대하여는 어느 정도의 정부규제가 가능하다는 논리를 펴고 있어 논리적인 한계를 노정한다. 음란물과 같은 "사적 표현물"의 규제가능성을 설명하기 위한 개념조작이 나타나는 것은 차치하고서라도 표현의 자유를 통치구조의 측면에만 맞추어 바라보는, 따라서 헌법의 사회적 의미를 거의 무시하고 있다는 한정된 시각을 벗어나지 못하고 있는 것이다. 또한 그의 논리에서 정치적인 것과 사적인 것의 구분은 어떻게 할 것이냐의 경계설정의 문제는 의연이 남아 있다. 오늘날 페미니스트들이 주장하고 있는 "개인적인 것이 정치적"이라는 슬로건에 대하여 답변하기가 힘들다는 한계가 그것이다.

25) 이 점과 관련하여 Abood v. Detroit Board of Education, 431 U.S. 209(1977)에서는 자신들의 신조에 부합하지 않는 교원노조에 대하여 조합비와 동액의 봉사료(service charge)를 납부할 것을 의무화하고 있는 Michgan주법률을 위헌이라 항의하는 교원들의 주장에 관하여, Steward대법관이 대표한 연방대법원은 공공부분에서의 단체협상이 위헌이라는 청구는 배척하면서도 그 단체협상과 관계없는 정치인의 후원이나 정치적 견해의 지지행위에 봉사료를 사용하도록 하는 것은 이러한 행위에 반대하는 비조합원의 표현의 자유를 침해하여 위헌이라고 판단하였다. 여기서 그는 철학적, 사회적, 예술적 경제적, 문학적 또는 윤리적 문제에 관한 표현들이 제1차수정헌법상의 보호대상임을 명백히 함으로써 Meiklejohn의 자기지배모델을 명시적으로 배척하고 있다.

언술행위에 있어서의 개인적인 가치나 선호, 감정을 경쟁적 교환관계를 통하여 여과하고 따라서 주관성을 탈피한 수준에서의 객관화를 도모하는, 인격과 유리된 진리의 발견이 아니라, 또는 고도의 총체화수준에서 국가 대 개인, 또는 전체 대 개인의 대비를 중심으로 자유를 말하는 Meoklejohn의 일반화적 정치담론이 아니라, 하나의 언술주체와 다른 언술주체의 관계에 있어서 일방의 의견이 타방의 의견을 압도하는 것을 저지하고 각자가 가지는 독자적인 가치와 사회적 의의를 방어하는 논리로서의 자기지배모델이 필요하다는 것이다. 그리고 이렇게 바라 볼 때에만이 표현의 자유가 가지는 제3의 의미, 즉 자기실현 내지는 정체성의 발현이라는 기능이 종국적인 이념으로 자리잡을 수 있다.[26]

Whitner v. California[27]사건에서 Brandeis대법관은 Holmes대법관과의 보충의견에서 "[미국의] 독립을 쟁취한 사람들은 국가의 종국적인 목적이란 인간들로 하여금 자신의 능력을 자유롭게 발휘하도록 하는 것"이라는 믿음을 바탕으로 "자유를 [그 자체로서] 목적이자 수단"으로 설정하였다고 주장하였다. 헌법상에 등재되어 있는 기본권목록들이 공/사의 2분법적 구분으로 바탕으로 형성되는 제한정부의 이념에만 봉사하는 것이 아니라, 그래서 국가권력을 제한하고 한정짓는 소극적·항의적 의미로만 존재하는 것이 아니라, 그와 더불어 그 자체의 존재목적, 즉 개개의 인간들이 자신의 능력과 인격을 자유롭게 발현하는 상태를 지향하고 있음을 선언한 것이다. 이러한 관점은 그 어떠한 기본권에서 보다 표현의 자유에서 두드러지게 나타난다.

하지만, Sandlon 등의 학자들이 주장하는 자아실현모델은 인간의 자율성을 중심개념으로 하면서 인간의 자존심(self-respect)의 보전이라는 관점에서 논의되고 있다는 점에서 한계를 가진다. 그들은 인간을 여타의 사회적 관계로부터 유리시킨 채 단순히 자기존재의 확인 내지는 자기의식의 외부적 발현이라는 엄밀한 의미에서의 주체중심적 사고를 벗어나지 못하고 있다. 그래서 그들의 주장에서는 그 주체로서의 개인의 이익(이는 순수한 의미에서 사적인 것이다)이 왜 '전체사회'의 이익에 우선하여 보호되어야 하는가에 대한 답변이 빠질 수밖에 없다. 극장에서 '불이야'라고 소리치는 행위가 어떠한 근거에서 정당화될 수 있는 것인지에 대한 설명이 없는 것이다.

---

26) Scanlon, "A Theory of Free Expression," Philosophy and Public Affairs, vol.1, 1972 참조.

27) 274 U.S. 357(1927). 물론 그는 "원하는 대로 생각하고 생각하는 대로 발할 수 있는 자유"는 "정치적 진실의 발견 및 확산에 불가결한 것"이자 동시에 "안정된 정부"와 "정치변화"에 필수적인 것으로 간주하면서 표현의 자유가 가지는 수단적 성격을 강조하고 있기는 하지만, 그럼에도 불구하고 이 표현의 자유가 그 자체로서 목적이 될 수 있음을 간과하지 않고 있다. Tribe, op.cit., pp.578-579에서 재인용.

Ⅲ. 미연방대법원의 결정례에 대한 비판적 고찰 - Holmes와 Brandeis

표현의 자유를 설명하는 대부분의 글들은 Schenck v. U.S[28]사건을 첫머리에 든다. 여기서 Holmes대법관은 만장일치의 의견에서 표현의 자유는 헌법상의 권리임을 인정하고 그 제한은 명백하고도 현존하는 위험이 있을 때에만 가능하다는 유명한 '公理'를 제시하면서도, "아무리 엄격하게 표현의 자유를 보호한다고 할지라도 극장에서 악의적으로 불이야라고 외쳐 혼란을 야기하는 사람을 보호하지는 않을 것"이라는 명제를 남기고 있다. 그리고 곧이은 Debs v. U.S[29]사건에서는 표현의 자유에 대한 해석에 별다른 설명을 남기지 않은 채 유죄를 확정하는 판결을 집필하였다. 그러나 이 두 사건에서 나타나는 차이점[30]은 차치하고서라도 Holmes대법관이 말하는 "불이야"라는 예증은 심각한 문제를 안고 있다. 그것은 서로 다른 것을 같은 것으로 치환하면서 논리를 혼착시키는 대표적인 예에 해당하는 것으로, Brandeis 대법관의 말처럼 행동을 옹호하는 발언(advocacy of action)과 행동을 촉발하는 행위(incitement of action)의 구별을 무화시키고 있다.[31] 환언하자면, 극장에서 "불이야"라고 외치는 행위의 즉각적 위험성과 징집대기자에 대한 반전의식고취발언에 존재하는 위험의 개연성 양자에 존재하는 명백하고도 현존하는 위험의 정도가 본질적인 차이를 가지고 있다는 점을 간과하고 있는 것이다. Schenck의 발언과 징집거부라는 위험상태의 사이에는 분명히 제3자로서의 청취자의 해석과 이해가 개입되어야 하는 반면, "불이야"라는 발언과 극장내의 혼란상태는 즉각적이고 동시에 무조건적으로 이루어진다. 후자는 엄밀히 보자면 발언으로서의 의미가 아니라 현실적으로 극장내부에 불을 지르는 것과 마찬가지의 위험을 현실화시키고 있는 행동 그 자체인 것이다. 그럼에도 불구하고 Holmes대법관은 이러한 차이를 감안하기 보다는 오히려 그 차이를 무시한 채 "불이야"라는 발언이 가지는 상징성을 자신에 유리하게 오용하고 있는 듯이 보이기도 한다.

이러한 논의의 절곡이 "불이야" → Schenck의 징집거부발언 → Debs의 집회내의 발언으로 계속이어지고 있다. 실제 Debs의 경우 그 발언의 취지는 반전을 향하고 있다기 보다는

28) 249 U.S. 47 (1919)

29) 249 U.S. 211(1919)

30) Kalvin, "Ernst Freund and the First Amendment Tradition," University of Chicago Law Review, vol. 40(1973)은, 이 두 사건은 심각한 차이가 있음에도 불구하고 Holmes대법관이 이를 간과하였다고 비판하고 있다. 즉, 양자는 1917년의 방첩법(the Espionage Act)위반사건으로 전시징병에 대한 반대의견을 제시한 것에 대한 것임에도 불구하고 Schenck의 경우 징집에 응한 자들에게 일일이 편지를 발송한 사건임에 반하여 Debs는 회합에 참가한 일반청중을 상대로 반전발언을 한 것에 불과한 것이며, 따라서 Holmes대법관의 「명백하고도 현존하는 위험」의 법리적용에 있어서는 분명한 차이가 있어야 했다고 주장한다. 그의 이러한 논의는 분명 정확한 지적이며, 따라서 그가 온연중에 Holmes대법관이 Debs사건을 단순한 형사사건으로 치부해 버리고 계쟁중인 표현의 자유에 대하여 별다른 주의를 하지 않은 것을 꼬집고 있음도 주의할 만 하다.

31) Whitney v. California, 274 U.S. 357(1927)에서의 별도의견 참조.

제1차세계대전이 가지고 있는 계급성, 즉 가진 자의 이익을 위한 가지지 못한 자의 착취행위라는 데에 초점이 맞추어져 있고 따라서 그것은 반대의 의미 보다는 오히려 비판의 의미가 더욱 강한 것이었다. 이 점은 Schenck의 경우도 마찬가지였지만, 후자는 그럼에도 불구하고 징집대기자에 직접 발언하고 있다는 점에서 위험의 근접성이라는 측면은 보다 강화되기는 한다. 하지만 그 사실로 인하여 위의 3가지 경우의 직접적인 연결이 타당해질 수 있는 것은 결코 아니다. 오히려 보기 나름으로는 Schenck사건이 하나의 중간적 시범케이스화함으로써 "불이야"와 Debs의 발언 또는 그로 대표되는 미국사회주의자들의 제반의 정치적 발언들을 억제하고자 하는 일련의 암묵적 의도가 비쳐 나오기도 한다. 여기서 표현의 자유를 이해하는 Holmes대법관의 사고상의 착종현상이 나타난다.

실제 표현의 자유에 있어 문제로 되고 있는 내용규제(content regulation)와 방법규제(method regulation)의 구별은 이 부분에서 의미심장하다.[32] 예컨대, 병역카드를 불태우는 행위[33]나 반전의 상징으로 완장을 두르는 행위[34]는 그것이 전제하고 있는 표현 즉, 언술행위로서의 측면보다는 외형적인 행동(action)의 측면이 보다 강조되어 전자가 탈각되고 후자만이 법판단의 대상으로 남아 수정헌법 제1조의 보호대상밖으로 내몰리고 있다. 하지만, 그것을 차치하고서라도 이 경우들과, "불이야"라고 외치는 경우, 그리고 Schenck와 Debs의 경우를 각각 다른 편에 놓고 보면 이들간에 분명한 차이가 존재한다. 전자의 경우에는 엄밀히 보자면 표현행위를 통하여 실현되는(또는 그것이 의도하는) 이해관심과 그로 인하여 파생되는 이해관심이 상호 독립적인 차원에서 대립되고 있는 것이 사실이다. 카드소각행위나 완장착용행위가 가지는 반전의 메시지와 그 메시지를 전달하기 위한 수단으로서의 행위, 그리고 그 행위로 인하여 혼란에 빠지게 되는 병무행정의 효율성문제 또는 교직사회의 질서가 대립되고 있다. 반면, Schenck나 Debs의 경우에는 그들의 관심방향(반전)과 국가의 관심방향(참전)이 내용적으로 가장 직접적으로 결합되어 있어 어느 하나의 선택은 다른 것의 선택을 불가능하게 한다. 하지만, "불이야"라는 언술행위는 관심방향(장난)과 공익의 요청(질서)이 즉각적으로 결부되어 있어 선택의 여지조차 없는 상황을 이룬다. 그래서 완장착용행위나 카드소각행위의 경우에는 두 법익간(여기서는 표현방법의 선택에 관한 이익과, 행정의 효율성·질서라는 이익)의 선택이나 형량의 가능성이 존재하게 된다. 또는 "불이야"라는 언술행위의 경우에는 그 긴밀한 연관성으로 인하여 방화행위와 마찬가지의 위험성을 인식할 수 있다는 점에서 표현의 이익과는 다른 맥락에서 접근가능하다. 반면, Schenck나 Debs의 경우에는 어떠한 이익(그것이 공익이든 사익이든)의 내용과 본질 그 자체에 대한 의견의 대립이자 이것 아니면 저

32) 실제 연방대법원은 이 양자를 구분하는 어떠한 기준도 명시적으로 제시한 바는 없다. 단지 "speech plus"라는 Frankfurter대법관의 표현(Teamsters Lacal694 v. Vogt 354 U.S. 88(1940)을 빌려 수정헌법 제1조의 범위를 넘는다고 판단되는 행위들을 지칭하고 있을 따름이다. 자세한 것은 L. Tribe, op. cit., pp.580ff, 598ff참조.

33) U.S. v. O'Brien and O'Brien v. U.S. 391 U.S. 367(1968)

34) Tinker v. Des Moines Independent Community School District, 393 U.S. 503(1969)

것의 선택만이 있을 뿐이지 형량의 문제나 긴박성의 문제는 전혀 제기되지 않는 것이다. 이 점에서 우리는 Holmes대법관이 제기한 논리의 허점을 발견할 수 있다.[35]

이러한 내용/행위의 구분에 의한 표현행위의 규제논리가 가지는 문제점은 McKinnon의 반포르노그래피 논의에서도 잘 나타난다. 그녀는 여성억압의 기제로서의 포르노그래피를 들면서 그것이 가지는 사회적 의미는 일정한 사상이나 의견을 내용으로 하는 표현작용이 아니라, 오히려 여성에 대한 남성의 권력적 지배를 현시화시키는 행위로써 규정한다. 그리고 이러한 전제를 바탕으로 여성해방을 위하여 포르노그래피는 검열과 (민사적) 통제의 대상으로 수정헌법 제1조상의 보호밖에 두고자 한다. 그러나 그녀의 논의는 그것이 가지는 냉각효과[36] 뿐만 아니라, 그 논리 자체가 가지는 '권력성'으로 인하여 타당성을 상실하게 된다. 포르노그래피가 야기하는 성적 흥분이나 쾌감 자체를 인간의 생활로부터 유리시키고 헌법적 보호대상 밖으로 둠으로써 무의미한 것으로 만들 뿐 아니라, 그 표현을 통하여 성취되는 성적 취향의 문제 또한 무시하고 있기 때문이다. 즉, 과연 어떠한 기준에 의하여 포르노그래피로 인하여 어떠한 여성들이 느끼는 피해감정(또는 잠재화된 피해)을 그를 통하여 얻어질 수 있는 성적 취향의 만족에 대하여 우선하는 것으로 판단할 수 있게 되는지가 설명되고 있지 않은 것이다. 그녀는 그 전제로서 남녀간의 평등(그리고 그 이면에 깔려 있는 남성지배사회의 극복)이라는 이념을 들고 있기는 하지만, 이 남녀간의 평등의 요청이 성적 취향에 있어서의 평등을 우선하여야 한다는 명제에 대하여는 침묵하고 있기 때문이다. 결국 그녀의 논의는 포르노그래피를 중심으로 이루어지는 표현행위를 수정헌법 제1조의 보호범위밖에 두기 위한 방편으로 내용과 행위규제라는 고전적인 도식을 끌어들이고 이것을 무리하게 포르노그래피에 적용함으로써 오히려 표현행위의 의미 자체를 형해화하고 있는 것이다.

전술한 바와 같이 Holmes대법관은 시장모델에 입각한 논리에 기반을 둔다. 하지만, 그의 시장모델은 의견의 자유로운 교환을 통한 그때 그때의 다수자의 형성이라는 맥락에서 보다는 오히려 국가의 후견자적(paternalistic) 통제와 규제에 의한 다수의사의 집행이라는 측면에 중점을 두고 있다. 참전결정에 관한 두 개의 상반된 의견들 중에서 다수자의 그것에 손을 들어 주고 있는 것이다. 시장이나 시민사회를 규율하는 대표적인 원리테제를 이루는, 「다른 사람의 권리를 침해하지 않는 한」이라고 하는 그 유명한 Locke의 단서조항이나 J. S. Mill의

35) 실제 이에 관하여 U.S. v. O'Brien, 391 U.S. 367(1968)사건 이후 심각한 논쟁이 제기되었다. 병역등록카드를 불태운 반전주의자들의 행위를 규제하는 연방법률의 위헌성판단에 있어 입법의도가 불분명함에도 불구하고 합헌판결을 내린 이 사건에 대하여 수많은 학자들이 내용과 행위를 구분하는 것이 무의미하다는 주장을 펴고 있다. 자세한 것은 L. Tribe, op.cit., pp.598-560; S. H. Shiffrin and J. H. Choper, The First Amendment : Cases - Comments -Questions, 2nd ed.(St. Paul: West Publishers, 1996), ch. 2, 특히 208-213 참조. Ely의 말처럼 표현행위는 "100% 행위이자 100% 표현"으로서의 성격을 가지는 만큼 이렇게 내용과 행위를 구분하여 평가하는 것은 무의미하다. 더구나 이 부분의 Leading case들은 거의 대부분이 노동행위규제나 반전시위규제에 집중되어 있음을 감안할 때, 정치·경제적 이해관계에 따른 기준설정의 가능성이 짙게 내포되고 있어 더욱 그러하다. 바로 그 때문에 Holmes의 논리를 보다는 오히려 그 표현행위에 내재하고 있는 화자의 발현욕구와 청자의 이해 및 수용이라는 일련의 해석관계 속에서 중립적인 판단이 필요하게 되는 것이다. 이에 관하여는 다음 두 글을 참조하기 바란다.

36) 이에 관하여는 Strossen, Defending Pornography(New York : Anchor Books, 1995). 참조.

무해원칙(principle of no harm)이 아니라, 국가가 그 조정자, 보장자적 지위를 떠나 오히려 가치영역에 개입하여 스스로 가치의 경중을 판단하고 그를 바탕으로 시장의 당사자들을 통제하는 개입적 후견자원리에 입각하고 있는 것이다. 그러면서 Holmes대법관은 이 논리적인 갭을 "불이야"라는 언술「행위」를 반전이라는 「언술」행위에 유추하여 행위와 표현의 차이를 애써 희석시키고자 한다. 환언하자면, 그의 논리전개는 행위와 표현의 차이를 간과하고 있을 뿐 아니라, 가장 기본적인 자유권으로서의 표현의 자유에 대하여 시장의 원리가 아니라 후견의 논리를 적용하고 그것도 "불이야"의 행위를 처벌할 필요에서 나타나는 권리형량의 문제-즉 무해의 원칙의 문제-를 이들 두 사건에 그대로 적용함으로써 필연적으로 국가가 일방당사자가 될 수밖에 없는 이 문제(참전결정)들의 대립구조를 기묘하게 변형·왜곡시키고 있다.

한 마디로 시장모델이 가지고 있는 문제점이 그대로 노정된 것이 이 Holmes대법관의 결정문이다.[37] 국가가 그 사상의 교환을 위한 장에서 하나의 당사자로 들어서는 경우-특히 국가안보나 국가이념, 국가 및 사회체제에 관한 기본방향의 설정 등과 같은 부분에서 과연 무내용의 중립적인 심판자·조정자로서의 지위를 견지할 수 있을 것인가에 대한 시금석이라 할 이 사건들에서 Holmes대법관은 아쉽게도 부정적 반응을 보였던 것이다. 그래서 그에 이은 Abrams v. U.S[38]사건에서, 미군의 소련영토침공행위를 비난하고 노동자들이 총파업에 나설 것을 주장하면서 삐라를 살포한 자들에 대한 방첩법 적용을 합헌이라고 한 다수의견에 대하여 반대의견을 제시하면서도 이전의 결정들이 가지는 정당성에 대하여는 조금도 회의함이 없이, 단지 동법상의 「의도(intent)」라는 규정이 너무 모호하기 때문에 위헌의 여지가 있다는 식의 의견만을 밝히고 있을 따름이다. 그러다 보니 그가 말하는 "명백하고도 급박한 위험(clear and imminet danger)"에서 급박성의 판단기준은 어디에 두어야 할 것인지 전혀 모호한 형태로 남겨져 있다. 전시라는 상황을 고려한다 할지라도 Debs사건에서의 급박성의 문제와 Abrams사건의 급박성이 어떠한 점에서 차이가 있는 것인지 알려져 있지 않은 것이다.

오히려 이 점에 관한 Brandeis대법관의 판단은 그래서 더 의미가 있다.

> 예상되는 해악의 발생이 충분한 토론의 기회를 가지지 못할 정도로 급박하게 이루어지는 경우가 아니라면 표현행위의 위험은 명백하고도 현존하는 것이라 할 수 없다. 만일 토론을 통하여 [그 표현행위의] 오류나 허위성을 드러내고 그래서 교육의 과정을 통하여 해악을 피할 수 있는 시간이 있다면, 그에 대한 치유책은 강요된 침묵(enforced silence)이 아니라 보다 많은 발언을 허용하는 것이다.[39]

그는 Holmes와는 달리 "진리를 향한 최선의 심사(the best test of truth)"라는 말을 사용

37) 그렇다고 해서 Holmes대법관이 표현의 자유를 거의 절대적인 기본권의 지위로 확립하고 그것을 미국헌법사에 확고한 위치로 고양시켰다는 공적으로 폄하하고자 하는 것은 아니다. 단지, 오늘날의 헌법해석에서 그의 논증이 시의에 뒤떨어져 적실성이 부족하다는 점을 지적하고자 할 따름이다.

38) 250 U.S. 616(1919)

39) 전게 Whitney v. California(1927)

하지 않는다.[40] 그에 의하면 "국가의 종국적인 목적은 사람들로 하여금 자신의 능력을 자유롭게 발전"시키는 것이며, "자유는 수단이자 동시에 목적으로서의 가치"를 가지는 것이다. 그래서 "자유는 행복의 관건(secret of happiness)이며, 용기는 자유의 관건"이 된다. "개개인들이 원하는 대로 생각하고 생각하는 대로 말할 수 있는 자유는 정치적 진리의 발견과 확산을 위하여 필수 불가결한 것이다." 따라서 그에 있어서 중요한 것은 토론과 교육을 통한 교정이지 발언을 억압하는 강제장치는 아닌 것이다. Holmes에게서 나타나는 다수자의 지배는 이 표현의 자유에 대한 헌법적 보호조항의 의미에 산입되지 않는다. 시장모델에서 나타날 수 있는 억압의 가능성을 배제하면서 오히려 「시민」들에게는 이러한 토론과 교육으로 이루어지는 정치의 장에 참여할 의무를 부여하고 있다.[41]

여기서 Holmes와 Brandeis의 관점의 차이가 부각된다. 전자의 경우에는 시장모델에 입각하면서도 국가가 사상의 교환에 있어 한 당사자로 등장하는 경우에 국가는 조정자 내지는 심판자적 지위를 상실해 버리고 만다.[42] 말을 바꾸어 보면, 그의 시장모델은 전술한 바와 같이 시장의 실패가 언제든지 예상될 수 있는 모델이다. 그것은 다수자의 지배를 바탕으로 다수자의 의견을 전체의견으로 치환하고 그로부터 진리의 개연성을 추구하는, 보편화·총체화의 맥락속에서 배제와 억압의 가능성을 항시 남겨두고 있는 논리인 것이다. 뿐만 아니라 더욱 심각한 사실은, 이러한 시장모델에서는 표현의 대상으로서의 사상이라는 것이 기성의 상태, 즉 (적어도 주관적으로는) 완성된 상태에서 주어진 것으로 전제되고 있다는 점이다. 그래서 사상의 시장에서는 그 사상의 소지자들이 상호간의 경쟁의 과정을 통하여 사상을 교환하는-엄밀히 말하자면 사상을 취사선택하는-, 교환가치적 성격이 강조될 따름이다. 환언하자면, 사상의 '교환'과정을 통하여 당사자들이 서로를 설득하고 이해하며, 나아가 그들 바탕으로 다시 자신의 인격과 생활을 재구성하여가는 일련의 교육과 개발의 과정은 무시되고 있다. 반면, 후자에 있어서는 이러한 시장모델을 과감하게 배제하면서 토론과 교육의 과정을 통하여 개개인들이 정치과정에 편입되고 동시에 그러한 과정들을 통하여 하나의 공동체로 통합될 수 있는 기회를 마련하고 있다. 그의 의견에서 중심을 차지하고 있는 토론과 교육은, 필연적으로 모든 의견과 사상과 발언을 포괄한다. 그래서 여기서는 시장모델이 가지고 있는 사상의 교환가치적 측면 보다는 오히려 그 사상 자체의 형성 및 수렴의 과정을 통하여 개개인

40) Blasi, "The First Amendment and the Ideal of Civic Courage," Wm & Mary Law Reveiw, vol.29(1988)

41) 그래서 Lahav, "Holmes and Brandeis: Libertarian and Republican Justification for Free Speech," Journal of Law and Politics, vol.4(1987)은 Brandeis의 이 의견은 시민문화(civic culture)를 바탕으로 하는 일종의 공동체주의적 관점에 입각하고 있다는 평가를 내리고 있다.

42) 예제, Rowan v. United States Post Office Dep't, 397 U.S. 728(1970)은 시장모델을 가장 잘 반영하고 있는 결정이다. 우편물의 수취인이 우편물이 음란가능성이 있다는 취지를 우체국에 통보한 경우 우체국장은 관련된 발송인에 대하여 우편물발송을 금할 것을 명할 수 있도록 한 규정을 합헌선언하면서 "발송인의 의사소통의 권리는 그로부터 더 이상 우편물을 받기를 거부하는 수취인의 적극적인 통보행위에 의하여 제한될 수 있다"고 하는 동시에, "어느 누구도 비록 '선한' 사상이라 할지라도 그것을 원치 않는 자에게 표현할 수 있는 권리는 없다"고 선언하고 있다. 한마디로 의사소통행위를 단순히 선택과 교환의 의미로서만 파악하고 있는 것이다. 이에 대하여는 후술하는 Pacifica 사건 참조.

들이 자신을 재형성하는 동태적·과정적 측면이 부각될 수가 있다. 사상을 그 자체로서 완결된 상품으로 간주하는 것이 아니라, 사상과 그 담지자로서의 개인의 인격을 분리시키지 않은 채 양자가 하나의 맥락에서 타자와의 부단한 교류를 통하여 경험과 이해를 공유하는 공동체적 사고가 저변에 깔려 있는 것이다.

"개인의 창조적 행위는 사회적 관행과 사회기구를 만들어가는 과정이며, 인간은 그 과정을 통해 공동체에 의해 가치가 부여된 의미를 공유하고 또 재창조해 나가는 것"이라고 하는 R. Williams의 말은 이 점에서 의미를 가진다[43] 환경과의 상호작용을 통하여 인간이 그 자신의 경험을 「배움」과 「다시 배움」의 무한반복의 과정속에서 기술하고 이해하며, 이를 바탕으로 자신의 삶을 재구성하는 창조적 변화의 과정을 그리고 있는 것이다. 여기서 의사소통은 한마디로 그 기초가 되는 공통의 의미, 목적, 행위를 다른 사람들과 공유함으로써 그 삶의 양식을 발전시켜 나감을 뜻한다.[44] 이에 의하면, 커뮤니케이션 즉 의사소통이란, "인간과 자연과의 상호작용 안에서 인간이 자신의 경험과 인식(혹은 지식)을 서로 배우고 공유함으로써 삶을 변화시키고 또 그것을 통해 사회질서를 형성해 가는 사회구성과정"으로 규정되면서, 이러한 의미에서의 의사소통이란 "언어와 의미작용을 통한 문화적 실천"으로 정의내릴 수 있다.[45] 그렇기 때문에 전술하였던 바와 같이 인간의 표현행위-언술행위는 그 본질에 있어 맥락적이다. 언술행위에 참여하고 있는 당사자들 나름의 삶의 방식과 삶에 대한 인식 또는 지식이, 그들이 상호작용하고 있는 환경과의 밀접한 관련 속에서 서로 교환되고 또 서로를 형성하는 일련의 과정적·재구성적 관계들을 구축하고 있다는 것이다. 따라서 그 행위가 일어나고 있는 상황이 언술행위의 당사자들에게 어떠한 것을 의미하게 되는가는 표현의 자유를 논의함에 있어 가장 먼저 다루어져야 할 부분이다. 하지만, 시장모델은 이 점에서 그리 적실성을 갖지 못하고 있다. 그것은 사상과 표현행위, 그리고 그 당사자들을 각각 별개의 영역으로 분리시킨 채, 하나의 교환과정에 있어서의 대상으로만 치환하고 있을 따름이다. 그리고 이러한 과정에서 사상표현의 자유라는 것이 경우에 따라서는 그 행위를 통하여 형성되어 가는 당사자들의 인격을 배제하고 억압하는 수단으로 작용할 수도 있게 된다. 우리는 이러한 예를 정보화사회에서의 표현의 자유라는 일련의 사건들을 통하여 보다 분명하게 확인할 수 있다.

43) R. Williams, The Long Revoolution, 1961: 강명구, 소비대중문화와 포스트모더니즘, 민음사, 1993, 65면에서 재인용.

44) 강명구, 전게서, 65면.

45) 전게서, 67면.

Ⅳ. 정보화사회와 표현의 자유

1. 언론의 자유와 표현의 자유 - 그 은유의 결과

미국에서 표현의 자유와 관련하여 주류담론을 이루고 있는 사상의 시장모델은 역사적으로 표현행위의 핵심을 이루어왔던 언론과 출판의 자유와 한계(특히 정부의 규제가능성)에 대한 논의들에서도 잘 나타난다. 위의 Miami Heralds Pub사건이나 내용/행위구분의 2분법에서도 암시되고 있듯이 미국헌정사에 있어서의 표현의 자유는 주로 출판물을 중심으로 개념화된다. 하지만, 언론의 또 다른 축을 이루고 있는 방송의 경우에는 수정헌법 제1조에 대한 주류담론의 핵으로부터는 약간 떨어져 있는, 정부규제를 중심으로 하는 일련의 제한법리가 제시된다. 그것이 바로 희소성(scarcity)의 원칙[46]이다. 표현의 자유는 사상의 시장모델에 의하여 정부의 규제로부터 자유로워야 하지만, 방송의 경우에는 다른 매체와는 달리 가용전파대역이 제한되어 있는 만큼 그 매체에의 접근권이 한정될 수밖에 없고 따라서 이렇게 희소한 자원을 (정부의 허가에 의하여) 사용하는 자는 마치 시장에서의 독점규제와 같은 그러한 규제하에 놓이게 된다는 것이다.

이 희소성의 법리를 바탕으로 근거지워지는 "공정성의 원리(doctrine of fairness)"는 Red Lion Broadcasting Co. v. FCC[47]에서 확립된다. 여기서 명예훼손을 주장하는 원고측의 반론권행사에 대하여 연방대법원은 White대법관의 결정문을 통하여, 첫째 선거입후보자에 대한 반대의견 또는 지지의견을 방송할 때에는 그 입후보자 또는 그의 경쟁자에게 그 사실을 통보하여야 하며, 그들이 반박할 수 있는 합리적인 기회를 부여하여야 한다는 원칙과, 둘째 공적 의미를 가지는 문제에 대하여 상반된 의견이 있고 그 중의 하나에 유리한 의견을 방송하면서 특정인이나 집단의 정직성, 성격, 성실성 등에 관한 공격을 할 때에는 반드시 그 대상

46) 이 원칙이 최초로 등장하는 것은 national Broadcasting Co. v. U.S. 319 U.S. 190(1943)으로 여기서 Frankfurter대법관은 결정문을 통하여 라디오방송능력은 한정되어 있어 모든 사람에게 개방될 수 없는 것이어서 이러한 한계로 인하여 FCC는 전파방해를 막기 위하여 방송주파수를 할당하는 권한을 가지며 나아가, 그 면허를 함에 있어 방송내용까지도 고려에 넣을 수 있다고 선언하였다.

47) 395 U.S. 367(1969). 이와 관련하여 C. Sunstein, "The First Amendment in Cyberspace," Yalw Law Journal, vol.104, 1995는 이 공정성의 원리를 사상의 시장모델과는 별개의 것으로 Meiklejohn이 말하는 공화주의원리에 입각한 것이라고 보고 있다. 그는 미국에서의 표현의 자유를 지배하는 원리로 Holmes의 Abrams사건에서 비롯하는 사상의 시장모델과 이 사건에서 가시화되는 공정성의 원리, 두 가지를 들고 있으나, 실제 이 양자는 그 근원에 있어서는 자유주의적 경쟁의 논리에 입각하고 있는 만큼 굳이 그 사상적 배경을 달리 하는 것처럼 설명하는 것은 잘못이라 할 것이다. 물론 희소자원의 배분이라는 근거를 바탕으로 국가의 후견적 지위를 인정하고 있는 공정성의 원리는 그 점에서 공화주의적 요소를 담고 있기는 하다. 그러나 문제는 무엇이 희소자원이며 (과도한) 독점적 지위인지에 대하여는 하등의 판단기준이 제시되어 있지 않으며, 더구나 후술하듯이 독점의 원인에 대하여도 자연적 독점과 경제적 독점의 구별 자체가 무의미하다는 점에 있다. 따라서, 오로지 전파나 방송을 중심으로 한정된 영역에만 적용되고 있는 이 원리는, FCC의 행위준거는 될지 모르지만(Sunstein이 이 원리를 설명하면서 FCC의 결정례를 인용하고 있는 것도 이 때문이라 할 것이다), 일반적인 수준에서 표현의 자유를 규율하는 헌법원리로서는 시장모델의 범주를 벗어나지 못하고 있는 것이라 할 것이다.

인 특정인 또는 집단에 대하여 그 사실을 통지하고 방송의 내용을 알릴 뿐 아니라 반박할 수 있는 기회를 부여하여야 한다는 원칙을 확립하였다. "방송전파의 희소성[의] 관점에서 볼 때, 전파의 할당에 대한 정부의 역할이나 정부의 도움이 없이는 자신의 견해를 표현하기 위하여 이러한 전파를 이용할 수 있는 능력이 없는 자가 가지는 정당한 요청"에서부터 이러한 결정내용이 도출될 수 있다는 것이다.

> 수정헌법 제1조는 [방송]면허를 받은 자 뿐 아니라 면허가 거부된 자에 대하여도 관심을 가진다. 면허에 의하여 방송이 가능하게 되지만 그렇다고 해서 면허보유자가 동료인 시민들을 배제한 채 라디오전파를 독점할 수 있는 헌법상의 권리가 부여되는 것은 아니다. 수정헌법 제1조에서는 정부가, 면허보유자에 대하여 자신의 전파를 다른 사람들과 공유하도록 요구하고 또 그들이 대리인이나 수탁인으로서 그 공동체의 의견을 대변하지만 [정부의 규제없이는] 방송될 수 없는 견해나 목소리를 방송하도록 요청하는 것을 금지하고 있는 것은 결코 아니다.

말하자면, 전파의 희소성 때문에 방송의 독점이 불가피하다는 점을 감안할 때, 그럼에도 불구하고 사상의 시장모델이 전제로 하고 있는 의견의 다양성을 보장하기 위하여는 필연적으로 국가(특히 FCC)의 규제가 필요하지 않을 수 없다는 것이다. 그래서 방송에 관한 한, 연방대법원의 입장은 전파의 희소성 → 정부규제 → 의견의 다양성확보 → 사상의 자유시장 형성 → 진리에의 접근이라는 도식에 충실해진다. 바로 이 점에서 이 사건은 Miami Herald사건[48]과 차이를 보인다. 반론권을 거부하였던 후자의 사건과 달리 이 사건에서 적극적인 정부의 규제를 허용하고 있는 이유는 매체의 차이 때문이다. 출판의 경우 누구에게나 열려 있는 매체이기 때문에 반론권을 거부한다 할지라도 극단적으로 스스로 신문을 창간하거나 팜플렛을 만들어 자신의 견해 즉 반론을 표현할 수 있는 반면, 방송의 경우에는 전파의 가용대역이 한정되어 있는 만큼, 그러한 진입의 자유가 존재하지 않고 따라서 정부는 방송인(기관)에 대하여 모든 의견에 대하여 공정한 기회를 부여할 것을 요구할 수 있다는 것이다.

문제는 이러한 입장이 사상의 시장모델에 있어 반론권을 인정하는가의 여부가 아니라, 오히려 그것이 철저하게 재산권의 논리 즉, 경제적 시장의 논리를 유추하는 형태로 구성된다는 점이다. 매체의 성격상의 차이를 그대로 규율가능성의 차이로 전이하면서 자연적 독점(Miami Herald와 같은 신문들이 형성하는 시장지배력)과 인위적 독점(정부면허에 의한 Red Lion사의 독점)의 실질적 동일성을 무시하고 후자에 대한 규율을 통하여 오히려 전자에 면책특권을 부여하는 폐단이 제기되는 것이다.[49] 뿐만 아니라 출판의 경우에는 언론의 자유

48) 전게 Miami Herald 사건에서 연방대법원은 반론권의 거부이유로, 그것은 첫째, 신문의 편집권(editoral control and judgement)을 침해하고, 둘째 경제등의 이유로 한정된 지면에 반론을 위한 기사를 싣도록 하는 것은 발행인이 싣고자 하였던 어떤 기사를 싣지 못하게 강요하는 셈이 되며, 셋째 반론을 위한 지면을 제공하는 것을 강요함으로써 그에 대립되는 기사를 실었던 사실에 대하여 처벌하는 효과를 야기하기 때문이라고 한다.

49) 이는 Bolinger, "Freedom of the Press and Public Acess: Toward a Theory of Partial Regulation of the Mass Media," Michigan Law Review, vol. 75(1976)에서 강력하게 비판하고 있는 점이다. 실제 Liebling같은 이는 이를 "언론의 자유는 언론을 소유하고 있는자에 대하여만 보장되고 있다"고 비난하고 있다. A. J. Liebling, The Press 32(Pantheon Books, 1981); T. G. Krattenmaker and L. A. Powe, Jr., "Converging First Amendment Principles

(freedom of press)와 표현의 자유(freedom of expression)의 대립관계를 무시하고 이들간의 이익형량의 문제를 다루기 보다는 오히려 전자에 의한 후자의 압도라는 일방통행식의 판단만을 앞세우고 있다. 마치 사적 자치의 원리가 대량생산의 포드주의적 경제모델에서 소비자의 생활의 권리에 대하여 생산자의 이윤에의 권리를 全景化하듯이 시장에서의 경제적 다수자를 보호하는 틀이 그대로 사상의 시장에서도 재연되고 있는 것이다.

사상의 시장모델은 표현행위를 교환가치적 차원에서 다룬다. 그것은 "진리"를 향한 사상과 의견의 경쟁적 교환이라는 메타포를 이용하여 발화자에 있어서의 표현행위의 함의를 "객관화"시키고자 하는 것이다. Miami Herald사건과 Red Lion사건이라는 두 Leading case는 한편에는 반론권을 거부하고 다른 한편에는 반론권을 인정하면서 그 매체적 특성에 구별의 준거를 두고 있지만, 문제는 이러한 반론권의 인정여부가 아니라, 그것으로 치환되어 버리는 표현행위 자체를 바라보는 시각의 권력성이다. 후자의 사건에서 나타나는 전파의 희소성은 방송의 '공익성'을 담보하기 위한 정부개입의 가장 뚜렷한 근거를 이루면서 동시에 가장 확산성이 강한 공중파방송을 정부의 통제하에 둠으로써 다수자의 의견이 시민사회에 관철하는 일방적 통로만을 제시해 둔다. 물론 이 경우의 반론권은 Red Lion사건에서도 보듯 언제나 열려 있는 외관을 취하고 있기는 하지만, 현실적으로 그러한 반론이 모두에게 열려 있는 것은 아니라는 점에서, 또는 구체적인 의견의 대립을 전제로 하지 않고 일반적인 견해나 세계관의 전달이라는 점에서는 소수자의 접근가능성이라는 것이 한정되어 있는 만큼, 그것이 대변하는 공익성의 범주가 담고 있는 실체적 내용의 한계는 명확해진다.

이 점은 희소성의 원칙이 가지는 한계를 연방대법원이 인정하면서 점차 그 원칙의 외연을 넓혀가는 과정에서도 잘 나타난다. 실제 희소성의 원칙에 대한 비판은 두 가지 점으로 압축된다. 첫째는 상술한 바와 같이 자연적 독점과 구별하여야 할 별다른 이유를 찾기 어렵다는 점이며(이 점에 대하여는 연방대법원이 별다른 주의를 기울이는 것 같지는 않다), 둘째는 과학기술의 발전으로 전파의 희소성이라는 물리적 한계는 상당부분 극복되고 있으며, 또한 공중파방송에 비견할 수 있는 케이블 T.V 등의 다양한 매체들이 개발되었기 때문에 희소성이 FCC의 규제근거로 작용하기 힘들다는 논의이다. 연방대법원은 이 후자의 비판에 직면하여 FCC v. League of Women Voters[50]에서 그 점을 받아 들이면서도 아직까지는 의회나 FCC 측에서 전파의 희소성이라는 물리적 한계가 극복되었다고 할 만한 과학기술적 진보에 대한 어떠한 신호(signals)도 보내지 않고 있기 때문에 선례를 수정하지 않는다는 취지의 결정을 내리고 있다.[51] 또한 케이블 T.V 등에 대하여도 비록 그것이 전파에 의존하는 것은 아니라

---

for Converging Communicaions Media," Yale Law Journal, vol.104, 1995에서 재인용.

50) 468 U.S. 364(1990)

51) 그러나 하급법원이나 FCC 수준에서는 이미 이 공정성의 원칙은 포기되었다고 한다. Shiffrin & Choper, op.cit., pp.492-3에 의하면 이 원칙은 더 이상 공익에 기여하지 않는 것으로 선언되었으며, 나아가 1987년 6월 20일 레이건 대통령은 이 원칙에 입각한 의회의 입법을 위헌이라는 이유로 거부권행사를 하였다고 한다.

할지라도 여전히 전신주나 지하의 도관을 이용하는 물리적 한계가 있으며, 또한 그 장비의 설치에 상당한 비용이 드는 만큼 경제적 한계 역시 작용한다는 이유로 마찬가지의 원칙에 복종하여야 하는 것으로 선언하고 있다.[52] 전파의 희소성이라는 논리가 점차 공공시설의 희소성 또는 경제력의 희소성으로 확장하고 있는 것이다. 그러나 여전히 (또는 바로 이러한 외연의 확장 그 자체로 인하여) 자연적 독점과의 차이는 희석되고 있을 따름으로, 한마디로 독점적 지위에 의한 언론권력의 문제는 Red Lion사건이나 Miami사건 모두에 있어서 실체적으로는 동일하게 존재하고 있으며, 그 속에서 표현의 자유가 지향하는 실질적 해방의 이념은 상실되고 있는 것이다.

이러한 논리의 빈약성에도 불구하고 연방대법원이 희소성의 원칙에 집착하는 이유는 무엇인가? 그것은 다름 아니라 방송이나 신문등을 중심으로 형성되는 언론의 자유를 바라보는 시각과 수정헌법 제1조에서 '보장'되고 있는 표현의 자유를 바라보는 시각의 차이 때문이다. 한 사건[53]에서 연방대법원은, 월남평화를 위한 경영자운동(BEM)과 민주당전국위원회가 공공문제에 대한 자신들의 의견을 방송하기 위하여 Columbia방송사에 유료광고를 구매하고자 하였으나 거부당하고 FCC도 이 불매방침에 동조하였던 사안에 대하여, 수정헌법 제1조의 보호는 언론의 독립(journalistic independence) 내지는 언론의 재량(journalistic discretion)을 중심으로 향하고 있음을 이유로 합헌판단을 하였다. Burger대법원장이 작성한 이 결정은 한마디로 수정헌법 제1조의 보호대상은 표현의 자유가 아니라 언론의 자유임을 선언하고 있다. 희소성의 원칙 또는 그에 입각하여 견해의 다양성의 보장을 지향하는 공정성의 원칙은 표현행위가 가지는 가치를 시장내의 교환가치로 변환하고 그것을 독과점과 경쟁의 논리로 이해하고자 하는 일련의 배타적 지배의 논리로 환원하는 창구를 제공하고 있는 것이다.

> 방송사가 청취자를 최대화하고 따라서 자신의 이익을 최대화하고자 하는 강력한 동기를 감안할 때, 대다수의 방송사들이 완전한 스펙트럼의 견해들을 반영함에 필요한, 다양하고도 대립적인 자료들을 방송할 것을 기대한다는 것은 어리석은 일이다. (……) 공정성의 원칙하에서는 방송사들은 무엇이 '중요한' 것이며, 그것을 '어느' 정도(how 'full') 다룰 것이며 어떠한 형태와 시간, 그리고 어떠한 양식으로 다루는 것이 '적절한' 것인지를 결정하게 된다. 이러한 **절대적**인 통제권이 소수의 정부면허권자의 수중에 장악되고 있다는 사실은 수정헌법 제1조에 적대적인 것이다. 왜냐하면, 대중들이 적어도 발의권이나 편집통제권을 행사할 수 있는 기회가 **어느 정도**는 보장되어야만 활발하고도 자유로운 토론이 이루어질 수 있기 때문이다.(강조는 원문에 의함)[54]

위의 인용과 같이 이 사건에서의 Brennan과 Marshall 대법관의 반대의견은 언론의 재량 내

52) Preffered Communications, Inc. v. City of Los Angeles, 476 U.S. 488(1986) 참조.

53) Columbia Broadcasting System, Inc. v. Democratic National Committee, 412 U.S. 94(1973)

54) ibid, Brennan과 Marshall 대법관의 반대의견

지 독립론이 가지는 권력성을 적나라하게 보여준다. 청취자의 최대화를 바탕으로 하는 이익의 최대화라는 욕구에 항상 지배당하고 있는 언론사에게 표현행위에 대한 절대적인 통제권을 부여하게 될 때 시청자나 소수자들의 언로는 그대로 폐쇄되어 버리는 것이다. 그래서 표현의 자유라는 법리가 종국적으로는 언론의 자유로 전이하고, 그것은 종국에는 '언론만에 의한 진리의 시장'이라는 왜곡된 권력현상만이 남게 된다. 그래서 인간과 자연과의 상호작용 안에서 인간이 자신의 경험과 인식(혹은 지식)을 서로 배우고 공유함으로써 삶을 변화시키고 또 그것을 통해 자신을 일련의 사회과정에 편입시키는 자기실현으로서의 표현행위가, 이 결정에 이르면서 주체와의 관련성을 상실한 채 시장내에서의 교환행위로서 또는 그 교환가치의 측면에서만 평가되고 교환되는 상황만이 존속게 된다. 사상 내지는 견해의 다양성의 보장이라는 이름하에 고도로 주관적·개별적 성격을 가지는 언술행위로부터 그 문맥성, 상황관련성을 제거하고 그 언술행위가 '표현'하는 '객관적 내용'만을 도출하고자 하는 탈인격화의 구도가 설정되는 셈이다.

2. '언론의 자유'와 사생활의 권리

이 논의는 방송에 대한 정부규제를 정당화하는 또다른 명제-침투성(pervasiveness)의 원칙에서도 거듭된다. 앞서의 희소성의 원칙이 방송에 대한 정부규제의 논리로써 공적 영역과 사적 영역(즉 출판의 영역)을 구분하고 그로부터 시장적 독점을 바탕으로 하는 언론기관의 자유가 표현의 자유를 대체하는 효과를 거둔다면, 침투성의 원칙 역시 방송과 사생활의 영역을 대비시킴으로써 방송에 대한 정부규제를 승인하면서 동시에 그러한 침투성 내지 강제성이 (적어도 법적인 의미에서) 존재하지 않거나 비교적 덜 하다고 인정되는 영역이 가지고 있는 사실상의 독점성 내지는 확산성을 애써 무시하고자 하는 결과를 야기하고 있다.

이 부분은 FCC v. Pacifica Foundation[55]사건에서 잘 나타난다. 한 코메디언이 라디오방송을 통하여 12분 동안 비속어(shit, piss, fuck 등)를 반복한 것에 대하여 아이를 데리고 자동차운전을 하던 한 남자가 FCC에 제재요구를 하였고 이에 동 위원회는 그 방송을 저속한(indecent), 명백히 공격적인(patently offensive) 것으로 규정하고 "법은 일반적으로 헌실적인 금지라기 보다는 행동을 유도(channeling)하는 것"이라는 이유로 제재를 행하였다. 이에 대하여, 연방대법원은 "명백히 아동들이 청취하고 있는 시간대"에 방송되었음을 확인하고 이러한 방송은 수정헌법 제1조의 보호대상밖에(at the periphery of First Amendment) 있는 저속한 것이라는 결정을 내렸다.

> 사실 공격성을 가지고 있는 것이 발화자의 의견[의 내용]이라고 한다면, 그 [발언]은 헌법상의 보호를 받을 근거를 가진다. 정부는 사상의 시장에서 반드시 중립적이어야 한다는 것이 수정

55) 438 U.S. 726(1978)

> 헌법 제1조의 핵심이기 때문이다. (……) 그러나 이 사건은 그렇지 않다. 그 발언은 외설이 가지는 공격성과 같은 이유에서 공격성을 띤다.

그리고 나서 연방대법원은 Murphy대법관의 말[56]을 인용하여 "이러한 발언은 사상의 표현과는 전혀 무관한 것으로 진리를 지향함에 있어 아무런 사회적 가치도 갖지 못하기 때문에 질서와 도덕에 대한 사회적 이익이 그로부터 연유하는 이득을 능가함은 명백하다"[57]고 단언하여 버린다. 이어 연방대법원은 의사소통의 매체들 중에서 방송은 수정헌법 제1조의 보호대상 중에서 가장 제한을 많이 받는 것이라고 선언하면서 그 이유로 다음과 같이 말한다;

> 첫째, 방송매체는 다른 것과는 달리(uniquely) 모든 미국인들의 생활에 침투성이 강한 존재로 되어 있다. 명백히 공격적이고 저속한 것들이 전파를 타고 특히 공중들 뿐 아니라 가정의 사적인 영역, 즉 혼자 있을 수 있는 개인의 권리가 침입자의 수정헌법 제1조의 권리보다 우월한 영역에 있는 시민들까지 괴롭힌다. …… 방송청취자들은 계속하여 채널을 돌리기 때문에 방송전에 경고방송을 한다 할지라도 청취자나 시청자들이 예기치 못한 방송내용에 직면하는 것을 완전히 방지할 수 없다. …… 둘째, 방송은 다른 것과는 달리 아동들 특히 너무 어려 읽지도 못하는 어린이들에까지 미친다. …… 다른 공격적 표현물들은 그 표현의 근원에서부터 차단하지 않고서도 아동들로부터 제거될 수 있다.

이 사건에서 문제는, 외설의 경우와 같은 방송의 내용이 아니라, 방송의 형태 즉 청취자들의 선택여지를 부여하는가의 여부로 전환된다. 연방대법원의 입장에서는 FCC의 결정은 그 방송이 음란하기 때문에 금지대상이 된다기 보다는 오히려 청취자들이 예기치 못한 방송의 공격으로부터 그들의 사적인 권리 - Privacy권, 특히 자녀교육에 관한 부모의 권리로서의 Privacy권이 침해되었는가의 여부를 중심으로 이루어진다. 그래서 만일 아동이 '청취하지 못하는' 시간대에 방송되었거나 그러한 청취를 회피할 수 있는 실질적 수단(사전경고는 "계속하여 채널을 돌리는" 청취자에게는 별다른 의미를 갖지 못하기 때문에 그 이상의 강력하고도 효율적인 조치가 요구된다)이 제공되었다면 그것은 합법적인 것이 된다.[58] 환언하자면, 과학기술의 발달 등으로 전파의 희소성이라는 논리가 뒷받침하지 못하는 영역에 대한 또다른 논거를 찾아낸 것이다.

이러한 논리는 방송의 자유에 대한 적대적 권리로서의 사생활의 자유를 전제로 한다. 표현-언론의 자유와 사생활의 자유간이 충돌이 일어나고, 여기서 나름의 이익형량에 의하여 그

56) Chaplinsky v. New Hampshire, 351 U.S. 568(1942)

57) 다수의견에 가담한 대법관중 이 부분에 대하여는 Powell과 Blackmun은 반대하고 있다. 가치의 문제는 개개의 사람들이 결정할 일이지 법관이 판단할 사항은 아니라는 것이다.

58) 이 점에서 Sable Communication v. FCC, 492 U.S. 115(1989)는 소위 음란전화(dial-a-porn)의 경우는 이 Pacifica 사건과는 그 본질에 있어 상이한 것으로 이 사건에서 청취자는 스스로 그러한 음란통화를 선택한 것이어서 FCC에게는 규제권이 없다고 판시하였다. 한 마디로 이 사건의 경우 "강요된 청취자(captive audience)"가 존재하지 않으며, 비록 그 규제의 필요가 있다고 할지라도 그것을 전면적으로 금지하는 것(total ban)은 위법한 것이라고 한 것이다.

우열을 판단하는 것이다. 하지만, 이는 Cole[59]의 말처럼, 공/사의 구분론을 바탕으로 "동일한 발언자와 청취자, 그리고 동일한 발언"이라 할지라도 그것이 이루어지는 상황에 의하여 차별적인 대우를 받게 됨을 의미한다. 일종의 매체적 차이(의사소통수단의 차이)에 의하여 정부규제의 여부가 결정되는 것이다.

이러한 논의가 확장된 것이 Harvard Law Review의 편집자노트[60]에서 정보고속도로상의 매체변화에 따른 언론의 자유와 사생활의 관계변화를 도식화하는 설명이다. 그는, 연방대법원의 언론규제의 법리가 원칙적으로 언론의 자유와 사생활의 자유(즉 청취자의 선택청취의 자유)를 대비시키면서, 매체별로 방송자와 청취자의 수를 중심으로 이 문제를 해결해 나가고자 한다. 그래서 공중파방송의 경우 방송자는 소수인 반면 청취자는 다수인 구도를 이루면서 청취자의 선택의 자유는 한정될 수밖에 없음을 지적하고, 그에 대하여 케이블 TV의 경우에는 프로그램이 다양화되기 때문에 청취자는 어느 정도 선택의 여지를 향유한다고 본다. 하지만, 컴퓨터 통신의 영역에서는 무한정한 방송자가 존재하는 터라 청취자는 언제나 자신의 선택과 지배하에 원하는 것을 수용할 수 있게 되며, 또 전화의 경우에는 비록 방송자가 1인이라서 선택의 여지는 없지만, 그럼에도 불구하고 그 의사소통의 주도권이 통화자에 있기 때문에 별도의 논의영역에 들어갈 수 있다고 한다. 이렇게 매체별로 의사소통의 형태를 4분하고 그에 따라 수용자(정보수요자)의 지위를 능동적-수동적인 것으로 구분한 후, 그는 연방대법원의 침투성의 원리를 원용하면서 이러한 매체변화의 선을 따라 정부규제의 범위와 강도가 달라질 수 있음을 역설하고자 한다.[61]

이와 같은 일련의 논의선상에서 변함없이 존재하는 것은 언론에 대한 내용규제와 행위규제의 철저한 구분이다. 연방대법원이나 이에 주석을 가하는 학자들의 논의들은 표현의 자유와 관련하여 수정헌법 제1조의 보호대상이 되는 표현과 그렇지 못하는 표현(예컨대, 선동이나 음란, 비방, 모독 등)을 구분하고, 후자는 두말 할 것도 없이 내용규제의 대상이 된다고 하면서, 한편으로는 전자에 대하여도 나름의 통제장치를 마련해 두고 있다. 즉, 전자의 표현행위를 출판과 방송등의 매체에 따라 재구분하면서 소위 희소성 및 침투성의 법리로써 규율의 가능성을 모색하고 있는 것이다. 이 점은 연방대법원의 결정에서는 명시적으로 수용되지는 못했으나 Roth사건에서 정부측이 제기한 구분론을 연상케 한다. 여기서 검찰측은 수정헌법 제1조와 관련한 표현행위를 10개로 범주화하고 이를 3단계의 구획에 따라, 최상위에 정치적, 종교적, 경제적, 학문적 발언을, 중간단계에는 오락, 음악, 유모어를, 그리고 최하위의 단계에 중상모략, 외설, 불경, 상업적 포르노그라피를 각각 설정하고 있다.[62] 여기서 최하위단

59) D. Cole, "Playing by Pornography's Rules: The Regulation of Sexual Expression, University of Pensilvania Law Review, vol. 143(1994)

60) "The Message in the Medium: The First Amendment on the Information Superhighway," Harvard Law Review, 1994(이하 Note라 함)

61) 참고로 그는 정부규제의 내용을 접근규제(access regulation), 내용규제(content-based regulation), 소유규제(ownership regulation)로 구분하고 정부는 매체의 특성에 따라 각각 달리 개입할 수 있다고 한다.

계의 것은 수정헌법 제1조의 보호밖의 표현으로 그 내용에 의하여 규제대상이 된다. 이 점은 연방대법원의 결정들에서도 외연의 차이는 있을지나 일단 그 범주에 해당하기만 하면 규제의 대상이 된다. 최상위단계의 표현은 반론권의 경우를 제외하고는 그 자체로서 별다른 규율의 대상이 될 수는 없다. 문제는 두 번째의 중간단계의 표현이다. 이것은 원칙적으로 수정헌법 제1조의 보호대상이지만, 동시에 Pacifica사건에서 보듯 그것이 소통되는 매체의 특성에 의하여 경우에 따라 규율될 수 있는 것으로 상정된다. 여기서 연방대법원은 그 근거로서 처음에는 방송이 제도에 의하여 독점되고 있다는 그 고유의 성격을(희소성의 원칙), 그리고 점차 이 논거가 타당성이 박약하게 되자 침투성의 원칙으로 설명하고자 한다. 이른 바 강요된 청취자의 논리, 또는 청취자의 사생활의 보호라는 논리가 전면에 나서는 것이다.

그러나 이러한 논거는 무엇보다도 Brennan과 Marshall대법관의 반대의견처럼 왜 그 방송을 듣기 싫어하는 청취자의 사생활이, 그 방송을 청취하기를 원하는 청취자의 사생활보다 우선하여야 하는지에 대하여 답을 하지 않는다. 이 결정은 다수의 취향(majoritarian tastes)이 소수자의 취향을 억압할 수 있는 여지를 제공한다는 것이다. 뿐만 아니라 극단적으로 연역하면 "그 내용과 관계없이 그 어떠한 '비속어(four-letter words)'도 라디오방송으로부터 제거" 할 수 있게 되어 심지어 "세익스피어, 조이스, 헤밍웨이" 등이나 "성경의 일부 구절"까지도 방송할 수 없게 만들 우려가 있다. 한 마디로 누구의 어떤 사생활을 보호하고자 하는지가 불분명한 것이다. 물론 이 결정은 청취자의 선택가능성의 존재여부, 즉 원치 않는 청취로부터 자유로울 수 있는 상태가 존재하였었는가를 중심으로 좁의 판단을 내리면서 그것이 사생활의 권리를 침해하는 결과를 야기한다고 거증하고 있다. 하지만, 이러한 선택가능성의 여부는 굳이 그러한 비속어의 남발에 대하여서만 적용될 수 있는 것은 아니다. 모든 발언에 대하여 모든 사람들이 그 취향과 지향에 따라 거부하거나 회피하기를 원할 수 있는 것이다.(이것이 사상의 시장모델이 전제로 하는 것이기도 하다) 수시로 방송되는 광고, 싫어하는 유행가, 정치적 반대파의 정치주장이나, 하다 못해 아무런 이유없이 듣고 싶지 않는 방송까지 급하게 채널을 변경하지 못하는 상황에서 그리고 강요된 상태에서 공중파를 타고 흐르는 모든 표현들을 거부할 수 있는 자유가 바로 이 사생활의 내용을 이룬다. 바로 이 점에서 이 결정은 허구성을 지닌다. 그것은 내용규제가 아니라 매체의 규율이라고 하는 형식론적 외관에도 불구하고 그 핵심에 있어서는 가장 유의미하게 이루어지는 내용규제에 다름아닌 것이다. 그래서 여기서의 보호대상은 아동의 양육에 관한 부모의 결정권이라고 하는 사생활의 권리가 아니라, '도덕적' 다수자에 의하여 일방적으로 결정되는 '도덕률'에 지나지 않는다는 데에 더 큰 함의를 발견할 수 있다.[63] 청취자가 들을 수 있는 것과 그렇지 못한 것의 구분이 음란물 등에서와 같은 내용규제의 방법외에도 매체의 특성에 따라 이루어지고 있는 것이다.

62) S. H. Shiffrin & J. H. Chopper, op.cit., p.111 참조.
63) 이 점에 관하여는 Shriffin, op.cit., p.512참조.

이 점에서 Pacifica사건은 그 자체 권력성을 가진다. 여기서 정작 심각한 문제로 나타나는 것은 그 구분이나 정부규제의 여부 자체가 아니라 두 '이익'의 형량을 도모하는 정부의 지위와 역할의 여하이다. 연방대법원의 전통적 견해라고 할 수 있는 사상의 시장모델이 적용되어야 할 표현의 영역에서 정부는 중립적이고 객관적인 조정자의 역할을 담당하는 것이 아니라, 적극적인 시장개입을 통하여 선과 악을 구획하고 그 어떠한 일방의 입장에서 타방을 규제하는 지위에 서고 있는 것이다. 뿐만 아니라, 이 사건에 내재하고 있는 또다른 구분의 담론-'사'생활의 문제는 더욱 심각한 문제를 야기한다. 이 사건의 갈등구조는 기본적으로 공적 영역(엄밀히 말하자면 사상의 시장모델을 통하여 공적 영역으로 전화되는)을 향하여 투사되는 방송과 사적이며 개인적인 생활의 대립의 형태를 취한다. 의사소통의 구조 자체를 공적인 것 대 사적인 것의 대비로 구성하는 것이며, 여기서 사적인 것은 절대적으로 개인화·개체화된다. 방송을 중심으로 형성되는 공적 영역을 순수하게 '개인적인' 취향과 대립시킴으로써 개인을 의사소통의 망(network)속에서 파악하기 보다는 오히려 그로부터 단절된 존재로 분절화시키는 것이다. 환언하자면, 개인을 공적 영역으로 편입시켜 그의 취향과 선호를 계속하여 형성하게 하는 의사소통의 공동체를 형성하는 것이 아니라, 방송사의 일방적인 발화와 그에 대한 순수한 피동적 존재로서의 개인의 관계를 설정하고, 그에 대하여 국가는 '중립적'인 제3자적 지위에서 전혀 독립적으로 행위하는 외관을 갖추게 된다. Meikeljohn이 말하는 자기지배로서의 민주주의를 위한 참여의 가능성을 처음부터 봉쇄하고 있는 것이다. 바로 여기서 이 Pacifica사건에 은폐되어 있는 권력성이 나타난다. 그것은 Miami Herald사건에서처럼 표면적으로 언론의 독점을 드러내지는 않지만, 그럼에도 불구하고 사생활이라는 담론조작을 통하여 국가가 선과 악을 구획하며, 그 판단의 과정으로부터 시청자-또는 공동체의 구성원들을 배제하는 권력담론을 표출하고 있는 것이다.

V. Turner Model - 공화주의적 모델의 분석과 비판

1. Turner모델의 의의

미국에서 표현의 자유 특히 언론의 자유와 관련하여 연방대법원이 취하고 있는 태도는 크게 두 가지로 나뉜다. 소위 출판모델(press-model)과 방송모델(broadcast-model)이 그것이다. 이들은 표현의 매체를 중심으로 수정헌법 제1조상의 표현의 자유의 보호내용을 구분하고 각각 그 매체적 특성에 따라 나름의 헌법원리를 도출해 내고자 한다.[64] 그래서 전자는 출판물

64) 예컨대, City of Los Angeles v. Preferred Communications, Inc., 476 U.S. 488(1986); Kovacs v. Cooper, 336 U.S. 77(1949); Metromedia, Inc. v. City of San Diego, 453 U.S. 490(1981)(특히 Burger의 반대의견) 참조.

(즉 인쇄매체)에 대하여 엄격한 보호의 원리를 내세우며 편집권을 중심으로 하는 매체소유자의 권리를 거의 절대적인 수준에서 보호하고자 한다. 그 대표적인 법리가 Miami Harald 사건에서 나타나는 편집권의 보장이다. 반면에 후자는 Red Lions사건에서 나타나듯이 전파를 매체로 하는 방송에 대하여 전자에 비하여 보다 폭넓은 정부규제권을 인정하고자 하는 모델이다. 소위 희소성의 원리나 침투성의 원리는 바로 이러한, 정부규제에 의한 시청자의 보호 내지는 의견의 다양성과 질적 수준의 보장이라는 목적을 향하여 구성된 법리이기도 하다. 그러나 이렇게 표현의 자유를 표현매체의 특성에 따라 구분하고 그 각각에 상응하는 법리를 별도로 구성하는 미국연방대법원의 태도는 오늘날 새로운 표현매체가 등장하게 됨에 따라 난관에 부딪히게 된다. 예컨대, Krattenmaker & Powe[65]가 지적하듯이 CD-net방식과 같이 어떠한 저작물이 통신망을 타고 소비자에게 도달하여 프린터로 출력되는 경우에 이때의 표현의 자유는 출판모델에 의하여야 할 것인지, 아니면 방송모델에 의하여야 할 것인지 분명치가 않다. 뿐만 아니라 새로운 매체가 계속하여 등장하는 오늘날의 기술수준에서 과연 이런 식으로 매체특성에 따른 독립적인 규율의 법리를 계속 유지하여야 하는지도 문제이다.

1994년 미연방대법원이 케이블TV의 운영자에 대하여 소위 강제유보조항(must-carry rule)이라고 불리는 케이블TV소비자보호 및 공정거래법(The Cable Television Consumer Protection and Competition Act(1992))을 합헌이라고 선언한, Turner Broadcating System, Inc. v. FCC[66]사건은 이 문제에 관한 하나의 전망을 제시한다. 이 법의 제4항에서는 12개 이상의 방송채널(active channel)과 300개이상의 가용채널(available channel)을 가진 케이블TV사는 지역의 상업TV방송국을 위하여 상업방송에 공여되는 채널의 1/3이상을 유보할 것을 요구하고 있고, 제5항에서는 37개 이상의 채널을 가진 케이블TV사는 지역공공방송사 모두를, 13개 내지 36개의 채널을 가진 케이블TV사는 1 내지 3개, 그리고 12개 이하의 채널을 가진 케이블TV사는 1개의 채널을 각각 지역공공방송사에게 공여하여야 한다고 규정하고 있다. 통상적으로 케이블TV의 경우 다양한 프로그램을 방송할 수 있기 때문에 앞서 살펴본 침투성의 원리나 전파의 희소성의 원리가 적용되기 어려운 구조를 갖추고 있다. 하지만, 그럼에도 불구하고 그 프로그램들이 하나의 케이블TV사에 집중되어 관리되며, 그의 통제하에서 방영되는 것인 만큼, 이른바 "병목(bottleneck)현상"이 발생할 수 있다. 이 법은 바로 이 점에 착안하여 케이블TV사를 규제할 목적으로 입법된 것이다.

이에 대하여 연방대법원은 5:4의 표결로, C. R. Sunstein[67]이 시장모델과 매디슨적 모델외에 제3의 것으로 Turner 모델이라고 이름붙인 일련의 방송규제원칙을 제시하고 있다. 그에

65) T. G. Krattenmaker and L. A. Powe, Jr., "Converging First Amendment Principles for Converging Communicaions Media," Yale Law Journal, vol.104, 1995. 수정헌법 제1조의 해석에 있어 일종의 통합모델을 제시하고자 하는 이들은, 출판모델은 헌법이론적으로는 별 문제가 없으나 언론의 독점문제라든가 정보의 질에 대한 통제문제에 있어 취약하며, 반면, 방송모델은 독점의 문제나 언론윤리의 문제 또는 시대적 변화나 기술발전에 대응할 수 있는 장점이 있지만 헌법이론적 구성에서 난점이 있다고 한다.

66) 114 S. Ct. 2445(1994)

67) C. R. Sunstein, The First Amendment in the Cyberspace, Yale Law Journal, vol.104, 1995

의하면[68]:

① 정부는, 무료프로그램을 달리 시청할 수 없는 시청자들에게 접근권을 보장하기 위하여 새로운 표현매체(new speech source)를 (보조 뿐 아니라) 규제할 수도 있다;

② 정부는 표현매체의 소유자에 대하여 화자에 대한 접근권(access to speakers)을 제공할 것을 요구할 수 있다. 이는 소유자가 통상적인 화자가 아닌 경우에도 마찬가지이다;

③ 정부는 (적어도 일반원칙에 있어) 내용중립적인 방법으로 ①과 ②를 하여야 한다.

④ 정부는 그 규제를 "무료텔레비전 프로그램에의 접근권"규정에 의거하여 그 규제를 정당화할 수 있을 뿐 아니라, "지역적 관심사에 관한 [의견의] 교환을 위한 방출구(outlet)"와 "정보원의 다양성에 대한 접근권"을 마련할 필요와 같은 민주적인 목적을 위하여도 정당화할 수 있다.

실제 이러한 결정은 종래 시장모델을 충실히 반영하고 있던 연방대법원의 선례와는 사뭇 떨어진, 오늘날의 정보매체의 변화경향을 포섭하는 새로운 것이라 하지 않을 수 없다. 이 결정에 의하면 이러한 규제는 엄격심사의 대상이 되는 내용규제가 아니라 내용중립적(content-neutral)이며,[69] 오히려 누가 말하는가에 따른 규제(speaker-based regulations)일 따름이며, 이는 방송매체의 소유방식 즉 기업의 특정한 속성에 따른 규제로서 "케이블운영자에 의하여 행사되는, 병목현상을 이용한 독점권과 이러한 독점권이 TV방송국의 존립가능성(viability)을 침해할지 모르는 위험" 때문에 의회는 선별적으로 이들을 규제할 수 있는 것이라고 한다. 여기서 케이블TV사에 의하여 위협을 받는 TV방송국이란, 지역방송국이나 공공방송국을 말하는 것으로, 지역뉴스나 공공문제에 대한 정보의 중요한 원천으로 각성된(informed) 선거구민들에 결정적인 영향을 미치는 서비스를 말하며, 또한 국가의 시민들에게 교육적, 정보제공적 프로그램을 제공하는 비영리적 방송사도 이에 포함된다. 그래서 사실상의 독점적 권력을 행사할 수 있는 케이블TV사에 대하여 이러한 「공적 방송사」에 채널을 공여할 것을 강제하는 것은 의사소통에 핵심적인 창구에 대하여 영향을 미칠 수 있는 사적 권력(private power)의 남용가능성을 통제하는 것이 된다. 그렇기 때문에 "수정헌법 제1조는, 의사소통에 핵심적인 통로를 물리적으로 통제함으로써 사적인 이해관계가 정보와 사상의 자유로운 유통을 억제하지 못하도록 정부가 나름의 조처를 취하는 것을 방해하지는 않는다"는 것이다.[70]

이 사건은 두 가지의 역설적인 요청들, 즉 내용규제의 금지와 지역문제에 대한 다양한 정보창구의 확보라는 대립적인 문제를 나름으로 해결하고자 한 것이다. 하지만, 다수의견에서는 비록 이 강제유보조항이 내용중립적이라고 강변하고 있으나, O'Connor의 의견처럼 그것

68) ibid., p.1757 참조.

69) 연방대법원은 이를 중간적 심사(intermediate scrutiny)의 대상이라고 보고 있다.

70) 이 점에 대하여 O'Connor 등의 4인의 반대의견에서는 이 법률이 내용중립적이라는 다수의견을 반박하면서, 특히 다수의견이 중점적으로 옹호하고 있는 지역주의(localism)의 논거는 그리 중요한 것은 아니며, 오히려 공공문제에 관한 프로그램이나 교육적 프로그램을 보호하는 것이 본안의 핵심문제라고 주장하고 있다.

은 엄밀히 프로그램의 내용(지역적 정보를 방영하는가 아닌가)에 따른 차별이며, 따라서 실질적 증거의 원칙에 입각한 중간적 심사의 대상이 아니라, 엄격심사의 대상이 되어야 한다[71];

> 공공문제나 교육프로그램에 대한 주의 이익은 일응 중차대한 것이다. 하지만, 그것이 다른 류의 표현행위를 규제하는 것을 정당화할 만큼 절박한 것인지는 깊히 생각해 보아야 할 문제이다. [연방대법원은] 어떠한 경우에도 정부가 교육적인 내용의 요건을 충족시킬 것을 신문이나, 서점, 또는 극장에 대하여 요구할 수 있다고 판시한 적은 없다; 그리고 그러한 요구 자체가 공적 교육이라는 목적을 적정하게 달성할 것이라는 보장도 없다.

다수의견은 이를 정보창구의 다양화라는 또 다른 [헌법적] 요청와 조화시키면서 그것을 제도내지는 구조의 규제로 전환하고 있는 것이다. Sunstein은 이 판결이 이같은 내용중립성의 전제와 구조적 규제의 방법을 취함으로써 ① [방송에 대한] 사법적 통제가능성을 확보하고 ② 견해에 따른 차별을 피할 수 있고, 나아가 ③ 시장에만 맡기는 위험에 대처하는 효과를 거두고 있다고 적극적으로 평가한다. 그래서 이 결정에서는 말할 권리(right to speak)가 핵심문제로 되었던 다른 사건들과는 달리 들을 권리(right to hear)가 중심을 차지하면서, 수정헌법 제1조의 '본래적 의미' 즉, 방송사가 제공하는 것과 제대로 된 민주주의가 요구하는 것을 조화시키고 있다는 것이다.

요컨대, 그에 의하면 공공문제에 대한 대중의 주의를 환기시키고, 다양성을 제고하며, 공적 토론의 질을 향상시키고자 하는 헌법적 이념에 입각하여 사람들이 원하는 것을 들을 수 있으며, 원하는 자에 대하여 말할 수 있는 구조의 구축, 그것이 극도로 다양화되는 의사소통매체의 시대에 부합하는 헌법정책이 된다는 것이다. 그러나 이러한 '구조모델'은 헌법적 판단의 대상이라기 보다는 오히려 정치적 내지는 정책적 판단영역에 머무르고 만다. 통상적인 명령과 통제(command-and control)의 방식은 이익단체들이 정부권력을 사유화하려는 성향으로 인하여 표현의 자유 특히 매체의 다양화시대에는 어울리지 않기 때문이다. 오히려 원조와 보조를 통하여 이들을 유도하고 또 조성하는 것이 보다 바람직하기 때문이기도 하다.[72] 그래서 그는, 경쟁을 강화하고, 새로운 매체나 일정한 프로그램·방송사에 대하여 지원하며, 경우에 따라서는 일정한 공영방송에 대하여는 그 방영을 가능케 하는 채널이나 방영시간을 쿼터식으로 배정하는 일련의 조성적·행정적(물론 입법에 의하여 뒷받침되어야 한다) 조치들을 권장하고 있는 것이다. 그리고 바로 이러한 노력들을 통하여 헌법이 지향하는 가치 즉 정치적

71) 실제 O'Connor의 반대의견에서 나타나듯이, 이 법은 2(a)(6)에서 "다양한 기술의 매체를 통하여 견해의 다양성을 제고"하는 것을 목적으로 하고 있으며, 공영방송의 교육이나 정보제공의 기능을 촉진시킴으로써 시민을 교육하며(2(a)(8)(A)), 지방뉴스나 지역적 공공문제 등 지역에 기반을 둔 방송을 조성함을 지향(2(a)(10), (11))함을 선언함으로써 내용에 바탕을 둔 규제임을 명백히 하고 있다.

72) 이러한 조성 또는 원조는 중립적인 방법으로 이루어지는 한에 있어서는 제대로 된 민주정체(well-functioning democratic regime)를 촉진한다는 점에서 바람직하다고 한다. 그래서 교육이나 공공프로그램들은 특별한 관심의 대상이 될 수 있다고 한다.

으로 평등한 시민들이 정보를 가지고 토론에 임하는 민주주의를 실현하는 하나의 매개규정으로서의 수정헌법 제1조를 바라보고자 한다.

이러한 점은 Krattenmaker & Powe의 경우에도 마찬가지이다. 오히려 Sunstein이 입각하고 있는 자기지배에 의한 공화주의적 헌법구조의 구축이라는 점에서는 그보다 더욱 구체적인 대안들을 제시하고 있다. 그들은 매체적 특성에 관계없이 일반적으로 타당한 법리를 구축하기 위하여[73]는 다음의 원칙들을 유의할 필요가 있다고 한다;

① 표현의 내용과 방법에 관한 편집권은 정부가 아니라 사적인 기관에 일임되어야 한다;[74]
② 정부는 발언하고자 하는 자가 매체에 접근할 수 있는 기회를 확장하여야 한다. 언론의 독점을 방지하고 시민들이 발언하거나 청취할 수 있는 기회를 확장하여야 한다는 것이다(시청자의 판단과 수요에 의하여 규율하는 체제를 갖추어야 한다);
③ 정부는 매체시장에서의 다양성을 조성하여야 한다. 이 때 다양성이란, (비록 비용을 지급하더라도) 사람들이 그들이 원하는 정보나 오락거리를 획득할 수 있게 될 때, 그리고 자신이 추구하는 것을 확보할 수 있게 될 때 성취될 수 있다(시청자는 다양한 견해들 중에서 시청하고자 하는 것을 선택할 수 있어야 한다);
④ 정부는 위의 세 원칙중 어느 하나를 성취하기 위하여 다른 두 가지 모두나 또는 어느 하나를 희생시켜서는 아니된다(사상이나 가치의 시장은 정부의 규율권에 대한 헌법적 억제의 원리에 의거하여 이루어져야 한다).

한마디로 이들의 논의는 새롭게 무수하고도 다양하게 등장하는 언론매체의 변화에 탄력적으로 조응할 수 있는 헌법원칙을 확립하고, 그 속에서 다양성이 확보되는 언론구조를 구축하는 것을 지향한다. 따라서 Sunstein과 마찬가지로, 종래 발언자 즉 언론매체의 소유자 내지는 운영자(편집인)를 중심으로 바라보았던 언론의 자유에 관한 법리를 시청자의 입장에서 선택하여 듣고 판단하고 말할 수 있는 자유라는 의미에서의 표현행위의 법리로 전환하고자 한다. 사상의 시장에서 다양한 견해들이 '거래'될 수 있는 환경의 형성을, 정부는 공급자(즉 매체소유자)의 측면에서 판단하고 규율할 것이 아니라, 수요자(시청자)의 접근가능성이라는 측면에서 논의하자는 것이다. 그리고 바로 이러한 원칙들이 확립될 때, 헌법에서 말하는 공화주의적 이념, 즉 자기지배의 원칙을 바탕으로 하는 능동적 시민의 민주주의(civic democracy)가 실천될 수 있으며, 또 그러한 때 수정헌법 제1조의 자유는 이 민주주의라고

73) 그러나 이 노력은 Turner에 뒤이어 나온 Denver사건에서 "하나의 유추나 특정한 서술(one specific set of words)을 꼭 집어 내는 것은 현명하지도 않고 또한 필요하지도 않다"는 판시에 의하여 정면으로 거부되고 있다. 즉, 현재의 표현매체의 발전수준에 비추어 볼 때, 방송이나 매체망(common carrier), 서점 등의 매체에서 어느 하나를 추출하여 단일한 표준으로 삼고 이를 바탕으로 다른 매체를 규제하는 것은 바람직하지 않다고 하는 것이다. Denver Area Education Tele- communications Consotorium, Inc., v. FCC (1996: http://laws.findlaw.com/us/000/u20031.html) 참조. 특히 통합이론의 구축을 제시하는 Kennedy대법관의 반대의견과 그에 대한 다수의견의 반박부분 참조.

74) 예컨대, Miami Herald Publisjing Co. v. Tornillo

하는 헌법이념의 실현에 기여할 수 있다는 것이다.

2. 비판

이러한 모델의 설정은 정보사회의 등장과 더불어 급속도로 진행되는 표현매체의 발달을 감안할 때 적절하고도 필수적인 것이라 하지 않을 수 없다. 표현의 자유가 인간생활에 있어 본질적이고 필수적인 생활방식의 한 영역을 차지한다는 점을 고려할 때, 경우에 따라 국가적 또는 공적 개입이 없을 수는 없으며 따라서 국가개입의 상당한 영역을 포괄할 수 있는 모델의 개발은 시급한 것이기 때문이다. 하지만, 그럼에도 불구하고 그러한 모델이 형성되는 과정에서의 문제가 모델의 내연상의 문제까지도 발생하고 있다는 점에서는 불충분하다는 감을 떨칠 수가 없다.

첫째, 모델설정을 뒷받침하는 의사소통구조의 일방향성을 예정하고 있다. 이 모델(Turner Model 또는 Krattenmaker & Powe의 공익모델(public interest model)은 국가-언론매체(발화자)-시청자의 3자 관계속에서 수정헌법 제1조상의 표현의 자유를 다루고자 한다. 그래서 시청자가 듣고 말하고자 하는 바를 언제든지 선택하고 또 실천할 수 있도록 매체(발화자)를 다양화하여야 할 필요가 있도 따라서 국가는 그러한 가능성을 최대한으로 확장하여야 할 의무를 지게 된다는 것이다. 여기서 문제는 그토록 촉진하고자 노력하는 시청자의 그러한 행위들이 그 자체로서 의미를 부여받지 못한다는 점에 있다. 시청자들은 매체로부터 다양한 정보를 획득하고, 교육받고 나아가 능동적(civic) 시민으로 기능할 수 있는 가능성을 부여받게 된다. 하지만 이 과정은 일관하여 일방향성을 유지하고 있다. 다양하고도 다변적인 정보라는 점에서는 분명 장점을 가지고 있지만, 그러나 그 정보의 흐름이 언제나 일방향적으로 고정되어 있는 것이다. 환언하자면, 정보의 공급자와 정보의 수요자가 2원적으로 분리되어 전자는 정보를 가공하고 방출하며, 후자는 자신의 취향과 선호에 따라 선택하는 구도를 취하고 있다. 이 점에서 이 모델은 여전히 시장적이다. 시청자가 매체에 접근하거나 영향을 미칠 수 있는 가능성은 오로지 시장적 방법(선택에 의한 구매)에 의해서만 발견할 수 있다는 것이다. 바로 이 한계가 이 모델로 하여금 대부분의 의사소통매체를 아우르는 통합모델이 되지 못하게 한다.

> 지역주의, 또는 청취자의 이웃사람들이 제시하는 의견의 전파나 지역공동체와 관련을 가지는 사건을 알리는 것에 대한 주의 이익은, 절박한 주의 이익심사와 관련한 "절박성"을 가진다고 할 수는 없다. 물론 이것은 정당한 이익이며, 아마도 중요한 이익-분명히 정부가 예컨대, 공공포럼에 대한 재정지원 등을 통하여 육성할 수도 있는-이기는 하다. 그러나 내용에 바탕을 둔 언론제한을 정당화하기에 필요한 수준의 것은 아니다. 자신에게 주어지는 뉴스나 오락거리중에서 어떤 부분이 지역적인 것이어야 하며 어떠한 부분이 전국적인 것이어야 하는지의

판단은 사적인 발화자와 청취자의 것이지 정부의 것은 아니다.(강조는 인용자의 것)[75]

한마디로 이 모델은 기성의, 가공된 정보에 대한 시청자들의 접근권을 확대보장한다는 내용으로 충만되어 있다. 역으로, 정보의 수집과 가공, 평가와 편집에 대한 시청자들의 접근권은 논의의 대상에서 아예 제외되어 있는 것이다. 그러다보니, 기존의 언론기관을 중심으로 하는 수정헌법 제1조의 해석에는 나름의 설명력을 가질지 모르지만, 그럼에도 불구하고 당해 정보를 중심으로 언제나 새로이 형성되어야 할 생활세계의 과정적 모습들을 제대로 반영하지 못하는 의사소통구조를 고착시키게 된다. 시청자참여라든가, 시청자감시에 의한 편집·출판·방송 등과 같은 쌍방향적 의사소통구조가 산입될 여지가 별로 없게 되는 것이다.

뿐만 아니라 정보고속도로의 구축을 통한 새로운 매체의 등장에 대하여 무력하게 된다. 예컨대, L. Lessig[76]는 Cyber공간에서의 새로운 의사소통구조로서 공공전자게시판(public bulletin boards)를 중심으로 형성되는 공적 모임(association in public)과, 전자채팅과 같은 사적 모임(association in private), 그리고 MUD(Multiple User Dungeon), MOO(MUD Object Oriented) 등으로 대변되는 구성적 모임(association in construction)으로 구분하면서, 이 각각에 대한 분석을 행하고 있다. 이들 각자는 시간성이나 상호소통성등에 있어 차이가 있지만, 기존의 의사소통구조와는 전혀 다른, 그러나 그럼에도 불구하고 아직은 예상하지도, 예상할 수도 없는 심각한 생활세계의 변화를 야기할 가능성을 내포하는 것들이라고 전망하고 있다.[77] 실제 이러한 구조에서는 방송사나 케이블TV사가 종래의 의사소통구조에서 차지하고 있는 지위와는 전혀 다른 제3자가 대두하게 된다. 즉, 통신업자나 시스템운영업체, 또는 당해 모임의 관리자 등과 같이 스스로 정보를 수집, 가공하는 자가 아니라, 단순히 정보의 소통에 필요한 매체만을 제공하는 일종의 근접한 국외자가 존재한다. 한마디로 시장권력의 침투가능성이 언제든지 열려 있는 것이다. 실제 이들은 수정헌법 제1조에서 말하는 발화자도, 또는 어떠한 정보를 수취하는 청취자도 아니다. 그러나 그럼에도 불구하고 이 의사소통의 전과정을 지배하거나 통제·감시할 수 있는 존재이다. 사정이 이러할 때, Turner모델은 이들 근접한 국외자들에 대하여 어떠한 규율능력을 확보할 수 있을 것인지 의문이 제기되지 않을 수 없는 것이다.

둘째, 시장모델이나 이 Turner 모델 모두가 대중매체에 있어서의 의사소통구조를 제대로 반영하지 못하고 있다. 실제 이들 모델은 의사소통의 구조를 발화자=매체소유자-시청자의 2

75) Turner사건에서의 O'Connor의 반대의견 중에서 인용. 더구나 이 사건의 경우 이러한 일방향성에 더하여 정부가 개입함으로써 그나마의 의사소통(매체의 표현의 자유와, 청취자의 매체선택의 자유)까지도 당사자(표현자와 청취자)의 손을 떠나게 되는 가능성을 내포한다.

76) L. Lessig, "The Path of Cyberlaw," Yale Law Review, vol.104, 1995

77) 그래서 그는 이러한 부분에 대한 사법적 판단은 되도록 자제하고 입법자의 정책적 결정에 당분간 일임할 필요가 있다고 주장한다. 선부른 사법판단(특히 연방대법원의 종국판단)은 현재 나름의 세계를 구축해 나가고 있는 이 cyber영역을 왜곡하거나 붕괴시킬 가능성이 너무도 많기 때문에 이 발달의 결과를 전혀 예측할 수 없는 현재로서는 하위수준에서의 논쟁(의회나 지방법원단위의 정책적, 또는 법적 논쟁)을 지켜보는 것만이 최선의 대안이라고 한다.

원적 구도로 설정하고 있다. 여기서는 의사의 발신자 즉 정보를 수집하고 분류하며 평가하여 그 결과를 외부적으로 표현하는 행위자와 그러한 작업을 위한 조직 또는 그 조직의 소유자를 동일시한다. 그래서 종전의 시장모델은 발화자=매체소유자의 편집권을, 그리고 Turner모델은 시청자의 선택권을 중심으로 의사소통을 통제하고자 한다. 그러다 보니 기성의 매체-방송이나 케이블TV와 같이 일방향적으로 이루어지는 의사소통구조의 경우는 어느 정도 설명력 있는 분석을 행할 수 있지만, 오늘날 문제로 되고 있는 쌍방향성의 의사소통이나, 또는 고도의 민감성(responsiveness)을 지니는 정보데이터베이스(주로 IP사업자가 여기에 해당할 것이다)에 대한 분석에 있어서는 별다른 설명점을 제공하지 못하는 한계를 가진다. 뿐만 아니라, 전자의 기성매체에 있어서조차 의사소통의 내용을 이루는 정보가 상품화되는 현상에 대하여는 아무런 조처를 할 수 없게 된다. 물론 이 점에서 Sunstein은 어느 정도의 내용규제(소극적·억제적인 것이 아니라 적극적·조성적인 것이기는 하지만)를 통하여 이 상품화의 가능성에 대처하고자 하는 노력을 보이기는 하지만, 오늘날의 대중매체들이 이미지창출행위를 통하여 시청자(정확히는 정보소비자)들의 취향과 선호 자체를 왜곡하고 흡인하는 현상을 감안한다면,[78] 이러한 별도의 공익방송, 교육방송이 가지는 교육적 효과나 토론유발적 영향은 미미하지 않을 수 없다.

앞서 언론의 자유와 표현의 자유를 대비시킨 것도 바로 이 때문이다. 언론의 장치는 인간들이 그 본연의 속성으로 실천하고자 하는 표현행위를 제도화한 하나의 사회적 행위유형을 의미한다. 그것은 따라서 그 자체로서 의미를 부여받기 보다는 오히려 발화자의 발화행위를 매개하고 전달하는 기능이 요구되고 있다. 하지만, 오늘날의 언론이란 이렇게 발화자와 시청자의 중간에서 그 의사소통의 가능성을 촉진하고 용이하게 하는 하나의 매개체로서의 역할보다는 스스로가 가장 중요한 발화자로서 표현되어질 것을 스스로 취사하고 결정하는 정보독점자로서의 의미를 가지고 있다. E. Volokh[79]가 말하듯이, 그들은 정보를 수집하고 분석하며 정리하는 것에 그치지 않고 어떠한 정보를 내어보낼 것인가와 관련하여 그 정보를 평가하고 취사하며, 나아가 그러한 정보를 자신의 의지나 취향에 맞도록 가공하고 편집한다. 또는 심한 경우 그 정보를 상품화하여 시청자의 구매의지를 촉발하거나 강요하기 조차 한다. 예컨대, 소위 뉴스가치의 문제 즉, 뉴스-정보의 상품가치의 판단에 입각한 정보표출행위는 이의 대표적인 경우이다. 전국적 관심 또는 다중의 관심을 촉발할 수 있는 정보에 집중되는 경향을 보이는 것이다. 그러다보니, 시청자가 한정되거나 특정한 시청자들에 대한 다수의 반대취향자가 존재하는 경우 등은 정보표출의 고려대상에서조차 제외되는 현상이 발생하게 된다. 위의 Turner사건이 가장 비중있게 다루고자 하였던 것도 바로 이 문제이었다. 일반성이나 전국적 성격의 정보 또는 상품성이 많은 정보만이 방출되는 현상을 가로막기 위하여 공

78) 소위 잠재적 방영기법처럼 영상의 단위화면 사이에 광고나 메시지를 삽입하여 시청자가 명시적으로 인식하지 못하는 사이에 그 영향을 받도록 하는 것은 이의 대표적인 예가 된다.

79) E. Volokh, "Cheap Speech and What It Will Do," Yale Law Journal, vol. 104, 1995

공문제나 교육, 또는 지방방송의 채널을 강제적으로 케이블TV업자에게 강요하고 있는 것이다. 그래서 보기나름으로는 이 결정은 기존의 언론 중심의 수정헌법 제1조의 이해에서 출발하여 표현행위의 창구를 확보하는 계기를 마련하고 있다고도 할 수 있다. 부연하자면, Sunstein이나 Krattenmaker & Powe가 강조하고 있는 청취자의 선택권의 확보라는 의미에 더하여 발화자의 발화기회의 확보-표현매체의 확장이라는 의미에서-를 위하여 국가가 개입할 수 있는 여지를 제공하고 있는 것이다.

이 점은 오늘날의 의사소통의 매체발달과도 연결된다. E. Volokh의 서술에서 나타나듯, 음악이나 출판, 신문 등의 '표현'행위들이 기업화한 매체업체의 '독과점적 지위에 의하여 지배'되는 기존의 구도에서 벗어나 발화자와 청취자가 거의 직결되는 구조적 변화가 이미 가시화되고 있는 것이다. 예컨대, 표현자(음악인, 기자, 칼럼니스트, 작가 등) → 매체제작자(음반사, 신문·방송사, 출판사) → 유통업자(상점) → 청취자(소비자)로 이어지는 기존의 상업적 구조는 필연적으로 최소한 두 단위의 기업들이 이윤이라는 맥락에서 표현행위의 의미와 가치를 평가하고 재단하는, 표현외적 행위가 개재하게 된다. 바로 이 지점에서 그들의 독과점적 지위가 형성된다. 매체제작자나 유통업자들은 경영적 차원에서 표현행위 또는 그 결과물들을 판단하고, 이 과정에서 소수의 취향이나 선호는 판매의 가능성이 없거나 적다는 이유로 그대로 배제되게 되는 것이다. 표현행위의 상업화 내지는 물신화가 이루어지는 순간이다.

Turner모델의 지지자들이 그 논거의 출발로 삼고 있는 자기지배의 실천을 위한 표현의 자유가 바로 이 때문에 왜곡의 가능성을 안게 된다. 신문·잡지나 방송, 케이블TV 등 대중매체는 물론, 서적이나 음반과 같은 상업적 유통망을 따라 배포되는 일련의 표현행위들이 모두가 그 중간단계에 존재하는 기업의 존재에 의하여 1차적으로 검열되고 시장에의 진입 조차 거부되는 경우가 비일비재한 것이다. 물론 이 지점에서 표현행위를 중심으로 하는 의사소통과정에 국가의 개입을 요청하고 정당화하는 Turner모델의 핵심내용은 적정하다. 의견의 다양성과 접근가능성을 확보하고 그를 통하여 다양한 의미와 가치를 형성해 내는 사회과정은 오늘날의 민주정체에서는 언제든지 육성되어야 할 것이기 때문이다. 하지만, 문제는 그러한 '국가'개입을 통하여 어떻게 표현행위자가 표현매체에 접근할 수 있는 유효한 틀을 만들 수 있을 것인가 하는 점이다. 환언하자면, 종래 표현의 자유에 관한 법리가 매체의 책임성(responsibility)을 강조하였던 것에서 탈피하여 매체의 민감성(responsiveness)을 어떻게 확보하고 이 부분에서 어떠한 '국가적' 개입이 있어야 할 것인지가 문제인 것이다.

Ⅵ. 표현의 자유와 국가

1. 표현의 자유의 헌법적 의의

위에서 언급한 Note는 이 부분에 대한 나름의 정리를 행하고자 한다. 의사소통을 그 매체적 특성에 따라 각각의 규율원리를 적용하고 그로써 후기산업화사회에서 나타나는 다양하고도 다층적인 표현행위들을 규율법리를 갈음하고자 하는 것이다. 하지만 그럼에도 불구하고 그것은 기존의 연방대법원의 태도를 정리하는 수준을 넘어서지 못하면서, 마찬가지의 한계를 지속하고 있을 따름이다. 청취자의 선택권이 허용되는 정도를 바탕으로 청취자가 자신이 원하는 표현을 취할 자유와 언론의 자유를 형량하자는 Note의 주장이 이루어지는 이면에는 진정으로 청취자가 '선택'의 자유를 누리는지에 대한 의문을 회피하고자 하는 의도가 존재하고 있기 때문이다. Note에서 말하는 케이블 TV나 VOD(video on demands), 또는 컴퓨터통신과 같은 능동적 수용매체들에서 소유자는 상당한 선택여지를 가지고 자유롭게 접근할 수 있다는 점에서는 분명 의미는 있다. 그러나 그러한 시설의 소유 내지는 그 프로그램 또는 정보의 제작과 방영에서 나타나는 독점의 현상 역시 분명 존재하고 있다는 현실은 아예 검토의 대상으로부터 제외되어 있다. 특히 컴퓨터통신의 경우, 정보고속도로의 구축을 따라 Text를 기반으로 하는 gopher에서부터 Audio, Video를 중심으로 하는 WWW으로 변천하면서, 정보의 교류방식이 쌍방향성으로 상호 형성적으로 소통하는 것이 아니라, 점차 고정된 정보들을 수요자가 선택하여 수용하는 형태로 전환되고 있다. 뿐만 아니라 인터넷의 상업화는 필연적으로 그 접근이나 이용가능성을 선택적으로 배제하거나, 또는 원치않는 정보에 노출되는 것을 강요할 가능성[80]을 감안한다면, 정보의 선택가능성만 어느 정도 부여되어 있을 뿐, 정보의 가공과 제시과정에서 소외되어 있는 정보소비자의 입장에서는 단지 채널이 소수인가 아니면 수십개인가 또는 '무한'의 것인가의 양적 차이만 있을 따름이지 그 정보소통과정에서 자신이 주체가 되어 생활하여 나가기는 힘든 상황이다. 환언하자면, Note의 구분은 오늘날의 정보사회의 변화를 감안할 때 적어도 질적인 측면에서는 별다른 의미를 부여하기 힘들다는 것이다. 문제는 의사소통행위가 개인들이 공동체내로 편입하고자 하는 시도이자 그 기제임을 감안한다면 이러한 의사소통의 공간이 그 어떠한 권력-특히 경제권력에 의하여 왜곡되지 않도록 하는 제도적 장치를 마련하는 일이다. 공중파 방송의 경우에는 전파의 희소성에 입각한 국가면허제도에 의하여 제도화된 독점권력으로 등장한 방송이 그 전파의 침투성에 의거하여 강요된 청취자들에 보호되어야 하는 사적 생활의 깊숙한 곳까지 침투한다. 케이블 TV의 경우에는 독점으로의 제도적 측면은 보다 약화되지만, 그럼에도 불구하고 프로그램의 제작이나

80) push기법에 의한 돌출광고 방식이 대표적이다.

방출에 있어 단방향성의 권력을 행사한다. 더욱이 케이블TV의 operator처럼 병목(bottleneck)의 담당자가 행사하는 권력의 폭이 거의 무한대로 확장되고 있는 시점에서 이 단방향성의 문제는 더욱 가중된다. 시청자의 입장에서는 주어진 프로그램 중 그 어떠한 것을 선택할 수는 있으나 그럼에도 불구하고 그 또한 강요된 선택에 지나지 않는다. 희망의 공간이었던 컴퓨터 통신이나 인터넷 조차도 오늘날에 와서는 그 쌍방향성의 정보소통의 의미를 점차적으로 상실하고 있다. 자본과 기술을 이용한 경제권력이 차츰 이 공간을 경영적 고려에 의하여 마케팅의 대상으로 삼음으로써 System 공급자와 더불어 그 스스로 프로그램공급자로 기능하게 된다.

> [기업은] 기존의 온라인공동체를 이용할 뿐만 아니라 아예 기업측에서 먼저 공동체를 조직하여 새로운 대화와 담론의 장을 만들어주는 일까지 수행한다. 싸이버스페이스에서 자유로운 의사소통의 가장 원숙한 형태라고 할 수 있는 온라인공동체조차 시장체계와 화폐의 힘에 의해 지배받도록 만드는 것이다.[81]

희소성과 침투성의 원칙으로 창출되는 탈규제의 공간에 시장과 자본의 권력이 침투하는 것이다. 그리고 바로 이 때문에 사상의 시장모델은 더욱 위약해진다. 싸이버공간이라는 것이 더 이상 자유로운 개인들의 공동체가 되지 못하고 더구나 정부의 규제로부터도 자유로울 수 있는 자본권력에 의하여 조성되고 있는 상황에서는 '다양한 사상의 경쟁을 위한 장'으로서의 공공영역의 성격이 이 자본권력의 조작에 의하여 왜곡될 수 있기 때문이다.

바로 이 점에서 Pacifica사건의 담론조작의 폐해가 등장한다. 여기서는 비록 그 발언이 외설에 해당되지 않는다 할지라도 그 매체가 가지는 특성으로 인하여 규제대상이 됨을 인정함으로써 역으로 '사적' 공간에서의 발언은 그 어떠한 규제의 대상도 되지 못함을 암암리에 인정하고 있다. 그 어떠한 경우에도 정부의 규제나 개입으로부터 자유로운 영역이 탄생하게 되는 것이다. 하지만 여기서 주의하여야 할 것은 이러한 자유공간이 단순히 정부규제의 부존재만으로 끝나는 것이 아니라는 점이다. 연방대법원의 논의에서 정부규제의 비적합영역으로 언급되는 것은 시민이나 개개인들이 자신의 정체성의 실현을 위하여 자신들의 공동체를 형성할 때 필연적으로 요구되는 자유공간의 확보라는 요청이 보장받지 못함을 의미한다. 환언하자면, 그러한 공동체가 자본의 논리나 교환가치적 추상화의 논리에 의하여 침해받을 경우 그것을 배제하고 규제할 수 있는 대항적 의미가 거부됨을 의미한다. Holmes의 Abrams의견이래 연방대법원을 지배하여 왔던 이 2분법적 규제의 논리가 이제 20세기의 마지막 자유로운 공공영역이라고 할 싸이버스페이스에까지 자연적 독점력 즉, 경제권력이 침투하는 것을 무방비로 내버려 둠에 의하여 정보와 의사소통의 개인적 속성을 교환가치적 상품으로 변질시키게 되는 결과를 야기하고 있는 것이다.

---

81) 류승호, "싸이버스페이스에서의 자아와 공동체," 창작과비평, 1997 봄.

실제 사상의 시장모델에서 다양한 견해의 자유로운 경쟁이라는 논리를 내세우고 있는 것은 개인의 생활경험을 바탕으로 하는 성찰적 사고의 가능성을 전제로 한다. 하지만, 이렇게 자본권력이 개인의 생활영역 자체에까지 침투하면서 단방향적인 정보의 흐름을 주도할 때, 개인의 성찰적 행위라는 것은 거의 형해화되고 만다. 마치 쇼핑몰에서 소비자는 끝없이 분열하는 자아를 발견하듯이, 수많은 상품성 사이트에 노출된 개인은 그에게 주어진 과도한 선택가능성 앞에서 수많은 분열을 경험하지 않을 수 없다. 물론 싸이버스페이스의 특징을 이동성과 분열성으로 설명하는 경우[82]도 없지는 않으며, 그 또한 나름의 타당성을 가진다는 점을 부인할 수는 없지만, 문제는 기왕의 싸이버스페이스에서의 자기분열적 경험들은 다양한 생활공간 속-그것이 온라인 게임이건 영화나 음악, 문학 등의 감성적 공간이건 관계없이-에서 다른 사람들의 생활을 접하는 가운데 형성되는 분열의 경험이다. 즉, 다른 사람들의 생활경험을 자신의 그것으로 대리체험하는 과정에서 자신의 인격을 그의 인격과 동일시함으로써 이루어지는 분열이며 나아가 그러한 체험의 공간을 끝없이 이동해 나가는 가운데 형성되는 다중적 인격체험의 현장이 형성되는 것이다. 따라서 이러한 분열적 체험은 반성적·성찰적 행위를 통하여 자아의 유연성을 경험하는, 그리고 그를 통하여 다양한 공동체를 형성해 나가는 일련의 과정으로 포섭할 수 있다는 점에서 자아의 자기정체성의 획득을 위한 다양한 기회를 제공한다는 의미 또한 분명히 존재한다. 하지만, 이렇게 자본권력의 침투에 의하여 형성되는 상품화된 공동체에서의 경험은 그렇지 못하다. 그것은 추체험의 성찰적 누적을 통하여 개인의 정체성 형성에 기여하기 보다는 오히려 일정한 방향으로의 인격형성을 조작하는 유도성을 지닌다. 개인의 성향이나 취향을 개인의 생활환경으로부터 주체적으로 형성하게 하기 보다는 오히려 그것을 규격화하고 정형화하는 방향으로 이끌어나간다는 것이다. 여기서는 토론이나 자유로운 의사소통의 과정을 통하여 개개인들이 그 상호주체적인 인격형성에 참여하기 보다는 단순히 수취자가 일방향적으로 전달받고 영향받음에 그친다.

이러한 개인의 피동성의 지위는 의사소통과정에서의 주어의 상실을 의미한다. 규격화된 정보만을 단방향적으로 수취하고 '자신의 발언'-자신을 동일시할 수 있는 타자의 발언이라는 의미에서-을 감시당하는 상태에서 그는 자신의 생활체험을 표현할 자신만의 방법을 획득하지 못하는 것이다. 개인의 표현의 자유가, 언론기관의 편집의 자유에 의하여, 그리고 방송의 공적 기능이라는 담론에 의하여 압도당하고, 또한 인터넷공간에서는 상업주의의 권력에 의하여 형해화되는 극단적인 상황까지도 존재가능한 것이다. 그렇다면 이러한 현상의 근원은 무엇인가? 그것은 한 마디로 사상의 시장모델에 숨어있는 권력성 때문이다. 이 모델은 전술한 바와 같이 모든 표현행위를 사상과 진리라는 은유를 통하여 교환가치화하고 그 와중에 표현행위로부터 주체를 제거하여 버린다. 주어가 없는 발언들만이 시장의 교환메카니즘을 통하여 진리를 향하여 여과되어야 한다는 것이다. 연방대법원이 전제로 하고 있는 사상의 완전경쟁

82) 간단한 설명으로는 류승호, 전게논문 참조.

의 가설(Miani Herald 사건의 경우)이나 철저한 공/사의 구분론을 바탕으로 사적 영역의 자유방임을 예정하면서 동시에 사적 영역에 대한 담론적 감시와 통제를 허여하고 있는, 정부의 후견의무의 가설(Pacifica사건의 경우) 등이 이 점을 뒷받침한다. 감시와 통제를 통한 분할과 배제의 권력성이 이 모델을 기초로하는 연방대법원의 결정들에서 그대로 나타나는 것이다. 그렇다면 우리는 이러한 발견으로부터 어떠한 대안을 제시하여야 할 것인가?

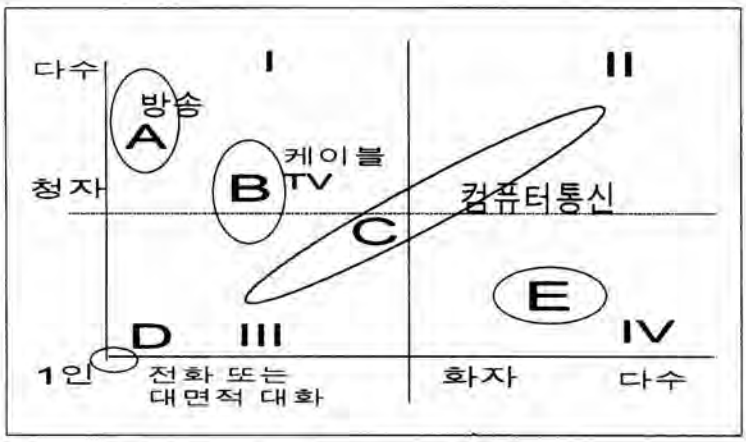
이 지점에서 무엇보다도 필요한 것은 시장모델이나 내용/행위구분에서 은연중에 은닉하고 있는, 표현행위 그 자체에 대한 국가적 규제에 대한 집착을 버려야 한다는 점이다. 표현행위가 가지는 맥락성이나 자아실현의 욕구라는 특성을 감안할 때, 이 부분에 대한 국가적 규제는 결국에는 침묵에의 강요만을 결과뿐만 아니라,[83] 그 규제의 틈새를 타고 국가외적 강제-의사소통의 매체를 장악하는 경제권력의 침투라는 자유주의적 시장의 지배가 관철될 수 있는 창구만을 마련해 줄 따름이다. 오히려 표현행위는 그것이 활동하는 공간-생활영역 내지 문화공간의 자율적 통제에 내버려두는 것이 표현행위의 성격이나 현대후기산업화사회에서 그것이 가지는 특성에 부합하는 길이 된다. 단지 여기서 문제는 그러한 표현행위의 소통에 개입하는 경제권력의 문화왜곡현상 내지 문화상업주의의 폐해이다.

2. 의사소통구조와 경제권력의 통제

그러면 경제권력이 의사소통구조에 개입하는, 그럼으로써 표현행위의 내용과 과정을 통제하게 되는 구조는 어떠한 모습을 하고 있는가? 전술한 Note는, 매체변화에 따른 언론의 자유와 사생활의 관계변화를 도식화하면서, 연방대법원의 언론규제의 법리가 원칙적으로 언론의 자유와 사생활의 자유(즉 청취자의 선택청취의 자유)를 대비시키면서, 매체별로 방송자와 청취자의 수를 중심으로 이 문제를 해결해 나가고자 한다. 그래서 공중파방송의 경우 아래 그림의 I과 같이 방송자는 소수인 반면 청취자는 다수인 구도를 이루면서 청취자의 선택의 자유는 한정될 수밖에 없음을 지적하고, 그에 대하여 케이블 TV의 경우에는 프로그램이 다양화되기 때문에 청취자는 어느 정도 선택의 여지를 향유한다고 본다. 하지만, II의 영역에 존재하는 컴퓨터 통신의 영역에서는 무한정한 방송자가 존재하는 터라 청취자는 언제나 자

83) 예컨대, 연방대법원의 일련의 결정들에서는 예의 공/사구분론 자체가 자의적으로 책정되어 있음을 알 수 있다. 즉, 그에 의하면 표현물에 대한 수용자 내지 청취자의 선택은 사적 공간에서 헌법적 보호를 받으면서, 역으로 발화자의 선택은 공적 차원에서 처리된다. 물론 그것은 1 : 다수의 구도를 취하고 있는 만큼 굳이 '공적'이라는 수식어를 붙일 수도 있을 것이나, 그럼에도 불구하고 한 사람의 발화내용은 수용자가 속하고 있는 생활공간의 특성에 따라 각각 개별화되고 분절화되어서 수용된다는 점을 감안한다면, 이러한 '공적'이라는 말은 내용상으로는 수많은 차이와 개인화의 가능성을 배제하는 셈이 되어 버린다. 환언하자면, 비록 외형상으로는 다수자를 상대로 동일한 내용의 반포가 이루어지는 것으로 보일지나, 실질에 있어서는 그것이 1:1 내지 1:0(차연이라는 의미에서)의 의사소통 이외의 것을 결코 되지 못한다. 그래서 이 글에서는 발화행위의 대량성, 광범위성이라는 것은 적어도 헌법적으로는 별 의미가 없는 것으로 파악하고자 한다. 왜냐하면 수용자의 시청취 또는 독서행위는 수용자 자신의 생활을 선택하고 수행하기 위한 자료의 수집이나 획득에 불과한 것이며 따라서 발화내용의 의미나 자극요소는 수용자의 생활관계속에서 개별적으로 재해석되거나 취사선택될 뿐이지 그것 자체가 수용자의 생활을 지배하는 것은 아니라고 보기 때문이다.

신의 선택과 지배하에 원하는 것을 수용할 수 있게 되며, 또 III과 같이 1:1의 의사소통구조를 이루는 전화의 경우에는 비록 방송자가 1인이라서 선택의 여지는 없지만, 그럼에도 불구하고 그 의사소통의 주도권이 통화자에 있기 때문에 별도의 논의영역에 들어갈 수 있다고 한다. 이렇게 매체별로 의사소통의 형태를 4분하고 그에 따라 수용자(정보수요자)의 지위를 능동적-수동적인 것으로 구분한 후, 그는 연방대법원의 침투성의 원리를 원용하면서 이러한 매체변화의 선을 따라 정부규제의 범위와 강도가 달라질 수 있음을 역설하고자 한다.[84] 물론 이러한 논의는 여전히 사상의 시장모델에 바탕을 두고 있다는 점에서 특히 바로 그 때문에 자기표현으로서의 의사소통 내지 표현행위의 의미를 제대로 반영하고 있지 못하다는 점에서 한계가 있는 것이기는 하지만, 그럼에도 불구하고 그 분석의 틀은 원용할 만하다.[85]



여기서 문제는 사상의 시장모델이 이상적인 형태로 전제하고 있는 II의 영역이 경제적 상업주의와 접목하면서 I의 영역으로 이전하고 나아가 그것은 사회적 다수자로서의 위장을 갖추면서 IV와 같은 다수자에 의한 소수자의 억압을 결과할 수 있다는 것이다. 시장모델은 한계가 나타나는 것이다. 시장모델은 I이 II의 다수 대 다수의 토론을 야기함으로써 진리의 발견에 기여할 것이라는 가정을 내세우고 있으나 실제로는 I의 발화자가 agenda를 통제하게 됨으로써 오히려 다수자를 소수자가 지배하는 구도만을 만들 따름이다. 실제 사상의 시장모델이 예상하고 있는 의사소통의 구도는 III → I → II → IV의 흐름으로, 개개인의 의견이나 사상이 언론매체들을 통하여 다중에게 전달되고 그 논의의 결과과 국가작용에 반영되도록 하는 과정을 지향한다. 하지만, 그 현실적인 작동의 과정을 보면 III과 I, I과 II의 연결점에 병목현상(bottle neck)이 발생하면서 이 병목의 통제자-언론기업-가 의사소통의 전과정을 지

84) 참고로 그는 정부규제의 내용을 접근규제(access regulation), 내용규제(content-based regulation), 소유규제(ownership regulation)로 구분하고 정부는 매체의 특성에 따라 각각 달리 개입할 수 있다고 한다.

85) 자세한 것은 김영훈, 한상희, 「전자민주주의의 헌법적 수용」 한국공법학회 학술발표회, 1998.6 참조.

배하고 왜곡하는 구도가 설정된다. I의 언론기업들이 II의 영역을 상업주의적 논리로써 통제하게 되는 것이다.

전술한 희소성의 원리는 이러한 병목현상의 폐해를 간접적을 암시하고 있다. 의사소통의 과정을 독점적으로 장악하고 있는 자에 대한 국가적 통제를 가능케 하는 하나의 법논리로서 형성된 것이 바로 희소성의 원리인 것이다. 하지만, 문제는 이러한 독점이 아니라, 의사소통의 과정 내지 정보의 유통과정에 작동하는 경제성의 원칙 또는 이윤지향적 상업주의이다. 병목을 만들어내는 것이 물리적 독점이나 경제적 독점이 아니라, 그러한 독점을 비롯하여 정보의 유통을 이윤의 논리에 의하여 왜곡하고 통제하는 상업주의가 예의 고전적 자유주의에 입각한 권리의 틀을 확보하면서[86] 배타적이고 배척적인 (정보)권력관계를 형성하게 된다는 것이다. 여기서 자유의 친구(friend ro rights)로서의 국가의 역할이 의미를 가진다. 헌법에 의하여 기본권의 최대한의 실현을 위하여 최선을 다할 의무를 지고 있는 국가는 자아실현의 수단이자 그 자체인 표현행위의 다양성과 가용성을 확보하기 위하여 표현행위 자체를 통제하는 것이 아니라, 그 표현행위가 소통되는 과정에 대한 규제와 조정을 통하여 시민사회 또는 공동체적 생활영역 밖에서 형성, 침투하는 억압적 권력을 제거하고 예방하는 동시에 이 권력의 통제를 통하여 병목을 확장하여야 할 역무가 요청되는 것이다.

Turner모델이나 그 연장선상에서 논의되었던 Denver사건[87]의 예가 의미를 가지는 것은 이 지점에서이다. 이 사건들은 비록 그 근저에 표현행위의 내용에 따른 규제를 행하면서 암묵적인 예단(예컨대, 지역사회의 관심사나 음란물의 헌법적 보호가능성여부를 미리 대법관들의 판단에서 확정지어두고 있다)을 전제로 하는 것이기는 하지만, 그럼에도 불구하고 그 핵심적 규율은 표현행위 그 자체가 아니라 의사소통의 구조 즉 매체의 통제를 지향하고 있다. 뿐만 아니라, Denver사건에서는 적어도 뉘앙스의 수준에서는 언론에 대한 시민적 통제의 가능성을 열어 두고 있다. Turner사건은 이미 설명하였거니와 여기서는 Denver사건을 좀더 자세히 살펴보면서 이 논의들을 정리하기로 하자.

Dnever사건은, 대여채널을 통하여 음란프로그램이 방영되는 것을 방지하기 위하여 케이블TV 운영자(operator)에게 그 방영을 통제할 수 있는 권한을 부여하고 있는 케이블TV시청자보호 및 공정거래법(Cable Television Consumer Protection and Competition Act(1992))에 관한 것이다. 이 법의 제10(a)조는 [상업용의] 대여채널(leased channels)에 적용되는 것으로 케이블TV운영자에게 "명백히 노골적인 방법으로 성적 … 행위나 기관을 묘사한다고 합리적으로 인식할 수 있는" 프로그램의 방영을 허용할 것인지의 여부를 판단할 수 있는 권한을 부여하고, 제10(b)조는 이러한 프로그램을 방영하기로 한 때에는 반드시 그 프로그램들을 하

86) 대표적인 것이 오늘날 융성기를 맞이하고 있는 디지털저작권의 논의들이다. 정보 또는 그 유통과정 자체가 하나의 독점적 권리로 고착되면서 법의 이름으로 상품화되고 있다.

87) Denver Area Educational Telecommunications Consortium, Inc., v. FCC(1996): http://laws.findlaw.com/US/000/u20031.html 근거로 그들의 편집권을 들고 이를 수정헌법 제1조상의 권리로 이해하고 있다.

나의 채널이 집중시키되, 서면으로 그것을 시청하기로 원하는 시청자에 대하여만 방영하도록 규정하고 있다. 또한 제10(c)조는 이러한 규제를 공공채널(public access channels)에 적용하도록 하고 있다. 이러한 규정들은 수정헌법 제1조의 위반이라는 청구인측의 주장에 대하여 연방대법원은 제10(a)(b)조에 대하여는 ①Sable사건에서 확립된, 음란물로부터의 아동보호라는 주의 절박한 이익이 있고, ②프로그램제공자와 관리자(또는 여타의 프로그램제공자)간의 이익의 형량을 고려하고, ③Pacifica사건의 원칙이 그대로 적용될 수 있으며 ④규제의 정도에 있어 Pacifica사건보다 가벼운 방법을 취하고 있다는 이유로 합헌이라고 판단하면서, 다만 제10(c)조는 역사적으로나 제도적으로 공공채널이 가지고 있는 특성에 비추어 위헌이라고 하였다.

물론 이 결정은 Miami Herald사건이래 확립되어온, 발행인(또는 케이블TV관리인)이 가지는 편집권의 불가침성을 재확인하는 동시에 그것을 더욱 확장함으로써 전술한 병목현상의 가능성을 증폭시키고는 있지만, 그럼에도 불구하고 우리의 논의와 관련하여 몇가지 시사점을 제공해 준다. 첫째, 그것은 Turner사건에서와 마찬가지로 의사소통의 구조에 대한 국가의 개입가능성이 열려 있음을 공식적으로 선언하고 있다. 환언하자면, 국가는 표현의 욕구를 가진 자가 그 표현의 매체에 접근할 수 있는 기회를 확장하기 위하여 언론기업의 관리권한에 통제를 가할 수 있는 여지를 확보하고 있는 것이다.[88] 그리고 둘째, 이러한 국가적 규제를 통하여 종국적으로는 매체와 정보의 다양성을 확보함으로써 청취자로 하여금 용이하게 정보를 선택할 수 있도록 하고 있다. 채널의 성격이나 프로그램의 내용에 대한 정보를 제공할 의무(이자 동시에 권한)를 언론기업에게 부과하고 있는 것이다. 셋째, 무엇보다도 중요한 것은 제10(c)조에 관한 결정이다. 여기서 연방대법원은 공공채널의 경우에는 제도적으로 방영되는 프로그램에 대하여는 공적 감시의 장치가 확보되어 있는 만큼, 케이블TV관리인의 편집권에 의한 개입이 불필요하다고 선언하고 있는 것이다.

> [공공채널시스템은] 감독위원회나 비영리 또는 정부관리자를 통하여 프로그램정책을 확립하고 특정한 프로그램에 대하여 찬반의 의견을 표명할 수 있다. 그리고 이러한 시스템은 예컨대, 프로그램제공자들의 보증과 지역적인 기준이나 방영시간표, 성인물에 대한 자문, 개별적인 프로그램에 대한 시사회 등과 같은 제약에 복종함을 확인하는 장치들을 통하여 이러한 프로그램정책을 집행해 나갈 수 있다. (……) 이렇게 지역적으로 책임성을 가지는 기구가 프로그램을 미리 여과한다든지 공공 채널의 사용에 대한 규칙을 공포하든지, 또는 단순히 문제가 제기되었을 때 [사후적으로] 책임을 물을 수 있도록 하든지 여하튼 결과는 동일하다: 명백히 노골적인 프로그램이 아동들에게 방영되는 문제를 관리할 수 있는, 지역적으로 책임성을 가지는 기구가 존재하고, 이 기구가 현실적으로 그 공동체내에서 명백히 노골적이라고 생각되는

88) 자세히 보자면, Turner사건에는 적극적으로 일정한 비율의 채널을 보장할 것을 요구하고 있고, Denver사건에서는 언론기업으로 하여금 프로그램의 내용에 따라 그 유통채널의 조정을 명할 수 있는 권한을 소극적으로나마 표현하고 있다 할 것이다.

프로그램이 다수의 아동들에게 노출될 가능성을 축소시킨다는 점이다.

프로그램제공자(발화자)의 표현행위가 어느 정도의 내부적인 감시·통제장치를 갖추고 있을 때 그것은 케이블TV관리자의 편집권에 우선하여 보호될 수 있는 여지를 제공하고 있는 것이다. 특히 시민적 감시하에서 책임(resposibility)의 장치가 확보되어 있는 한도내에서는 병목을 장악하고 있는 권력의 통제로부터 자유로운 표현의 영역을 보장하고자 하는 것이다.

여기서 Krattenmaker & Powe의 공익모델의 한계를 극복할 수가 있게 된다. 그 모델에서는 제1이 요청으로 「표현의 내용과 방법에 관한 편집권은 정부가 아니라 사적인 기관에 일임되어야 한다」고 규정하고 있으나, 그 「사적인 기관」 자체가 병목을 장악하고 표현행위를 실질적으로 검열하게 되는 결과는 필연적으로 회피되어야 한다. 오히려 정부는 이 사적인 기관의 결정과정을 통제함으로써 다양한 표현행위에 대하여 매체접근의 가능성을 확장해 주어야 하는 것이다. 그래서 그들의 제2의 명제 「정부는 발언하고자 하는 자가 매체에 접근할 수 있는 기회를 확장하여야 한다」라는 요청이 타당하게 되지만, 그럼에도 불구하고 Krattenmaker & Powe가 가지는 문제는 바로 이 제1명제와 제2명제를 연결지우는 연결점에 대한 고찰이 결여되어 있다는 점이다. 편집권을 「사적 기관」에 부여하되, 매체접근의 기회를 확장하는 규제는 어떻게 하여 가능한 것인가? 「사적 기관」의 상업주의적 검열장치를 해체하고, 국가가 다양한 의견이나 신념 또는 감정·취향들을 매체에 근접시키게 하는 기제는 어떠한 것들이 있을 수 있는가?

그에 관한 답은 우리는 O. Fiss의 논의에서 발견할 수 있다. Fiss는 전국예술기금(National Endowment for the Arts)의 기금배분의 문제와 관련하여 정부는 규율자(police)가 아니라 분배자(allocator)로서의 역할을 담당할 것을 요청하면서, 이때 분배의 기준은 그 기준 자체의 논리적 명증성이나 외견상의 중립성에 의하여 정당화되는 것이 아니라, 오히려 분배의 결과가 공적 토론의 다원화, 활성화라는 수정헌법 제1조의 이념에 얼마나 부합되는가 않는가를 중심으로 평가되어야 할 것이라고 한다. 그래서 그의 분배기준은 획일적인 것이 아니라 항상 일정한 표현영역에 대한 억압이나 배제의 결과를 야기하지 않도록 의식하면서 사안에 따라 그때 그때 유동적이고 탄력적으로 결정되어야 한다고 본다.[89] 여기서 그는 분배자로서의 국가가 주의하여야 할 것은, 특히 분배행위가 야기하는 상대적인 배제의 정도(relative degree of exclusion), 재정적 필요성, 분배당시의 공공아젠다의 현황, 그리고 지원대상 표현행위가 가지는 [다른 표현행위에 대한] 침묵강요효과(silencing effect)[90] 등이라고 한다.

이러한 고려점들은 역시 그때 그때의 상황에 따라 달리 판단되어야 할 것이지만, 국가가 「사적 기관」의 편집권을 통제함으로써 표현행위의 다양성과 매체접근가능성을 보장함에 있어

89) O. M. Fiss, The Irony of Free Speech(Cambridge: Harvard University Press, 1996), pp.40-5 참조.

90) 적대적 발언(hate speech)과 같이 대립적 사회부분에 대하여 침묵을 강요하는 효과를 말한다.

그 규율의 기준으로 삼을 수 있다. 국가는 스스로 표현행위를 규제하고 억제하기 보다는 「사적 기관」의 편집과정을 통하여 '사회적'으로 정서될 수 있도록 방임하는 것이 바람직하다. 하지만, 그와 동시에 「사적 기관」의 병목권력이 또다른 사정부로서 기능하지 않도록 하기 위하여 그에 일련의 통제장치를 마련해 두어야 한다. Turner사건에서와 같이 다양한 내용의 방영을 확보하기 위하여 일정한 비율의 채널을 할당한다든지(여의치 못한 경우에는 국가가 스스로 채널의 공여자로서 기능할 필요도 있다), 또는 Denver사건에서와 같이 그 채널의 특성 - 정보를 시청자에게 공여함으로써 시청자의 선택권을 보장하는 행위들은 이러한 정부의 통제장치의 대표적인 예가 될 수 있다. 뿐만 아니라, Fiss의 기준에 따라 프로그램들(즉 표현행위들)간의 매체접근기회를 배분하는 분배자로서 기능할 수도 있다. 그리고 이러한 일련의 과정과 권한을 「지역적으로 책임을 지는 기구」에 부여함으로써 의사소통의 과정에 개입하여 그것을 상품화시켜 버리는 상업주의적 경제권력으로부터 발화자와 동시에 수용자-청취자의 표현의 자유를 담보해 낼 수 있는 것이다.

〈參考文獻〉

강명구, 소비대중문화와 포스트모더니즘, 민음사, 1993.

김영훈, 한상희, 「전자민주주의의 헌법적 수용」 한국공법학회 학술발표회, 1998.6.

류승호, "싸이버스페이스에서의 자아와 공동체," 창작과비평, 1997 봄.

윤호병, "데리다의 반인간주의," 현대시사상, 1990여름.

전병갑, 현대와 탈현대의 사회사상, 한길사, 1993.

M. Sarup, 김해수 역, 알기쉬운 라깡, 백의, 1996.

McDonnell, 임상훈 역, 담론이란 무엇인가, 한울, 1994.

A. Meiklejohn, "The First Amendment is an Absolute," Supreme Court Review(1961).

Blasi, "The First Amendment and the Ideal of Civic Courage," Wm & Mary Law Reveiw, vol.29(1988)

A. Meoklejohn, "Tesimony on the Meaning of the First Amendment," in: A. Meoklejohn, Political Freedom: The Constitutional Powers of the People(New York: Oxford University Press, 1965)

Baker, "Scope of the First Amendment Freedom of Speech," UCLA Law Review, vol.25(1978).

C. R. Sunstein, The First Amendment in the Cyberspace, Yale Law Journal, vol.104(1995).

C. Sunstein, "The First Amendment in Cyberspace," Yalw Law Journal, vol.104(1995).

D. Cole, "Playing by Pornography's Rules: The Regulation of Sexual Expression, University of Pensilvania Law Review, vol. 143(1994)

E. Volokh, "Cheap Speech and What It Will Do," Yale Law Journal, vol. 104(1995).

Ingber, "Free Speech Justification," Columbia Law Reivew, vol.119(1989).

Kalvin, "Ernst Freund and the First Amendment Tradition," University of Chicago Law Review, vol. 40(1973)

Lahav, "Holmes and Brandeis: Libertarian and Republican Justification for Free Speech," Journal of Law and Politics, vol.4(1987)

L. Lessig, "The Path of Cyberlaw," Yale Law Review, vol.104(1995).

L. Tribe, The Constitutional Protection of Individual Rights : Limits on Government Authority, The Foundation Press Inc., 1978

Note,"The Message in the Medium: The First Amendment on the Information Superhighway," Harvard Law Review(1994).

O. M. Fiss, The Irony of Free Speech(Cambridge: Harvard University Press, 1996).

S. H. Shiffrin and J. H. Choper, The First Amendment : Cases - Comments -Questions, 2nd ed.(St. Paul: West Publishers, 1996),

Scanlon, "A Theory of Free Expression," Philosophy and Public Affairs, vol.1, 1972

Strossen, Defending Pornography(New York : Anchor Books, 1995)

T. G. Krattenmaker and L. A. Powe, Jr., "Converging First Amendment Principles for Converging Communicaions Media," Yale Law Journal, vol.104(1995).