

제목: 내용 규제 재검토 Content regulation reconsidered

저자: 스캔론 T. M. Scanlon

출처: The Difficulty of Tolerance, ch.8

요약번역자: 이한

(151)

1. 서론

수년 동안 나는 더곳 마셜 대법관의 “무엇보다도, 수정헌법 제1조는 정부가 그 메시지, 그 이념, 그 주제, 그 내용을 이유로 표현을 제한할 아무런 권한이 없다”는 의견 이면에는 중요하고 호소력 있는 근본적인 진리가 있다고 생각해왔다. 그러나 시간이 흐르면서, 이 진리는 한 때 그랬던 것보다 더 찾기 어렵고(elusive), 더 제한되고, 더 근본적인 것으로 보이게 되었다. 이 글에서 이어질 내용은, 내용 기반 제한의 허용불가능성을, 그것을 권리로서 표현의 자유에 대한 더 폭넓은 견해 내의 한 요소로 간주함으로써, 재검토하고자 하는 것이다.

정부가 표현 내용을 규제하는 것은, 어떤 내용을 금지하는 형태로 이루어지건 아니면 다른 내용을 요구하는 형태로 이루어지건 특별히 나쁜 무언가가 있다는 이념은, 대중매체의 규제에 관한 많은 질문들과 관련성을 갖고 있다. 이 문제들은 주류 광고 및 담배 광고의 규제에서부터 정치 사설에 대한 반론에 대한 권리를 규정한 공정성 법리와 법규를 포함한다. 나는 이 쟁점들 중 일부를 간략하게 논의할 것이지만 그들 중 어느 것도 자세히 논의할 수는 없을 것이다. 나의 목적은 그런 것이라기보다는, 그런 문제들이 체계적인 방식으로 논의될 수 있는 일반적 틀을 제공하고자 하는 것이다.

II. 권리들의 구조

내 견해로는, 권리는 우리가 도덕적으로 받아들일 수 없는 결과를 피하기 위하여 중요한 수단이라고 믿는 것 행위 재량에 대한 제약이다. (주석 2 - 이곳과 다음 절에서 나는 내가 “Right, Goals, and Fairness”(1978)에서 더 온전하게 개진하였던 권리에 대한 견해를 요약하고 있는 것이다. 나는 이 견해를 “표현의 자유와 표현의 범주”(1979)인 이 책의 5장에서 표현의 자유에 적용하였다. 주석끝) 특정한 행위나 정책이 권리를 위배한다는 주장은 다음을 주장하는 것이다: (152) 첫째, (그것이 사인의 것이건 아니면 제도적 역할을 부여받고 있는 사람의 것이건) 특정한 방식으로 제한받지 않은 행위 재량은 수용할 수 없는 결과에 이른다. 둘째, 문제되는 상황에서 효력을 갖고 있거나 효력을 가져야 하는, 이 재량에 대한 일정한 제약은, 다른 선들에 대한 받아들일 수 있는 비용을 치르면서 이 결과들을 방지하는 현실가능한 방법이다.

권리에 관한 우리의 사고는 세 구성요소로 분석될 수 있다. (1) 목적 - 제한받지 않은 재량의 결과가 받아들일 수 없는 것으로 판단되는 것 및 제안된 제약이 정당화되는 것으로 생각되는 것과 관련된 목표나 가치. (2) 수단 - 당해 권리가 포함하게 되는 구체적인 제약 (3) 제한받지 않은 재량의 결과와, 그 결과가 그 권리가 제안하는 제약에 의하여 어떻게 변

경되는지를 연결짓는 경험적 신념. 이 신념들은 관련된 행위자의 동기, 그들에게 활용가능한 행위 기회, 그리고 그들이 할 가능성이 높은 결정들의 집합적인 결과에 관한 신념을 포함한다. 또한, 주어진 제약이 “유효하게 시행되고 있느냐” 하는가를 결정하는 제도적 배경에 관한 사실도 여기서 유관하다.

권리의 이들 구성요소를 설명하기 위해서, 사생활에 대한 권리를 생각해보라. 그러한 권리가 존재한다는 이념은, 첫째로, 우리를 관찰하고 우리의 사적인 일을 무제한적으로 조사할 수 있는 재량이 받아들일 수 없으리라는 점에 근거한다. 우리는 대중의 시선으로부터 벗어나 우리 삶의 일부를 살아갈 수 있을 필요가 있으며, 또한 다른 사람들이 엿듣지 않고 타인과 소통할 수 있을 필요가 있다. (이 신념은 목적 및 결과와 연결하는 경험적 신념에 관한 판단 모두를 반영한다.) 상이한 일련의 많은 제약들이 우리가 여기서 필요로 하는 보호를 제공해 줄 수 있을 것이다. 그 중 어떤 것은 다른 것보다 더 효과적일 것이다. 우리의 사생활 권리가 확정적인 것(determinate)이 되기 위해서는, 우리는 도덕적으로 수용가능한 제약 세트 중에서 선별을 하는 제도와 관례(conventions)가 필요하다. 예를 들어 우리가 언제 관찰당할 수 있으며 관찰당해서는 안되는지를 가리키며, 우리가 종이에 쓰고 전자적으로 송신한 의사소통 내용 중 어떤 것이 보호되며 어떤 것이 다른 사람들이 읽고 해석하도록 놔두는 것이 공정한 규칙인지를 지시하는 제도와 관례말이다.

때때로 (“생명권”이라고 종종 거론되는 것처럼) 권리에 대한 호소는, 권리가 거의 전적으로 구체화되지 않은 채로 가정되는 Sometimes (as in the case of the often invoked “right to life”) appeals to a right leave the 때때로 권리에 대한 호소는 (종종 드는 “생명에 대한 권리”의 경우에서처럼) 거의 전적으로 구체화되지 않은 것을 포함하는 것으로 가정되는 제약을 남겨둔다. 권리가 있다는 주장은 그리하여 일정한 요소들이 큰 도덕적 가치를 가지며 사람들이 어떤 행위 재량을 가져야 하는가를 결정할 때 큰 비중이 부여되어야 한다는 주장으로 환원된다. 이런 종류의, 권리들을 포함하는 도덕 논변은, 서로의 상대적인 “무게”(weight)를 비교함으로써 권리들을 서로 “형량”하는 과정이 된다. 이것은 나에게서는 불쌍사나운 형태의 도덕적 논변이다. (unedifying form) 만일 권리에 대한 호소가 쓸모있고 유용한 정보를 주는 것(useful and informative)이라면, (153) 이 권리들은 행위 재량에 대한 어떤 특정된 한계, 감수할 만한 비용으로 위협적인 악을 피하는 합당하게 명료한 전략을 표현하는 한계에 의거하여 이해될 필요가 있다 만일 통상적 여건에서, 그 전략이 감수할 만한(at tolerable cost) 비용을 치러 위협적인 악을 피할 수 있는 방법을 정말로 표현한다면, 경쟁하는 권리들을 서로 “형량”할 필요성은 크게 감소될 것이다.

“권리”(rights)라는 용어는 매우 상이한 방식으로 사용될 수 있다. 우리가 보유하는 권리에 대한 일부 주장은, 특정한 법률과 제도에 직접적으로 의존한다. 내가 최근 산 중고차를 돌려받을 권리는, 예를 들어, 주 의회가 통과시킨 “중고차 법률”(lemon law)로부터 간단하게 도출될 수 있다. 그리고 만일 당신이 나의 창고의 반을 임대하였다면, 거기에 당신이 당신의 차를 주차시킬 권리 그리고 내 진입로를 통해 차를 몰고 나가고 들어올 수 있다는 것 등등은 간단하게 재산법과 계약법 그리고 우리가 체결한 계약에 의존하는 것이다. 그러한 권리의 기원은 상대적으로 직설적인 문제다. 그러나, 권리 개념(the notion of rights)에 대한 더 비판적인 사용은 권리가 단순히 구체적인 법 체계의 산물에 불과한 것이 아니라, 그 법체계가 어떠한지를 알려주기도 한다. 그러한 권리의 “존재”가 어떤 의미에 해당하는가는 곤혹스러운 문제다. 이런 종류의 권리가 “있다”는 것은 무슨 의미인가? 우리가 이 권리들의 내용에 관하여 의견이 불일치할 때, 어떤 것에 의거하여 우리들 중 한 쪽은 맞고

한 쪽은 잘못을 저지르고 있는지를 알게 되는가?

내가 그랬던 분석은, 이 곤혹스러운 문제(puzzles)에 대한 답으로 의도된 것이다. 이 분석으로부터 다음과 같은 결론이 따라나온다. 법적 권리와 더 일반적인 도덕적 정치적 권리 사이의 관계는 복잡적이다. (complex) 한편으로는, 법 제도는 비판적인 도덕적 이상으로서 독립적으로 존재하는 권리들을 포함시킬 수 있다. 예를 들어 수정헌법 제1조는, 표현의 자유라는 더 일반적인 도덕적 이상에 비추어 이해되어야 한다. 그리고 그 도덕적 이상은, 그 구체적인 수정헌법과는 독립적으로 존재하며, 우리 자신의 헌법 이외의 제도들을 평가함에 있어서도 우리가 호소할 수 있는 것이다. 다른 한편으로, 내가 시사하였듯이, 그러한 도덕적 권리들의 정확한 내용은 제도적 맥락에 보통 의존한다. 흔히, 하나 이상의 제약의 체계가, 하나의 권리가 성립하기 위해 필요한 보호를 제공할 수 있으며, 첫번째 원리들로부터 간단히 특정한 제약 체계가 도덕적으로 요구된다고 논하는 것은 따라서 어렵거나 불가능할지 모른다. 이러한 경우에, 사람들의 권리의 내용은 그들의 사회에서 자리잡은 제도적 전략들에 달려 있게 될 것이다. (물론, 그러한 전략이 실제로 필요한 보호를 제공한다면 말이다.)

예를 들어, 수정헌법 제1조에 관한 논의의 맥락에서, 신문이나 방송국은 “공론장”이라기 보다는 “발언”(voice)이라고 때때로 이야기된다. 그러나 이렇게 꼭 보아야 할 이유는 전혀 없다. 신문과 같은 것을 공론장(a public forum)처럼 운영할 수 있으며, 일부 케이블 텔레비전 채널들은 이러한 방식으로 운영된다. (154) 그 주장의 논점은, 내가 새기기에는, 표현의 자유라는 목적을 달성하는 우리의 방식에서, 신문 및 많은 방송국들의 기능은 그것을 소유하는 이들의 판단과 견해를 반영하는 독립적인 발언장으로 기능해야 한다는 것이다. 이 주장의 힘은 부분적으로는, 표현의 자유와는 독립적인 재산권과 기대에 근거하고 있다. 그것은 그러나 추가적인 보호는 그 권리로부터도 끌어낸다. 이 기능들이 “표현의 자유 체계”를 달성하는 전략의 일부인 한에서 말이다. (그리고 그 전략이 합당하게 성공적인 전략인 한에서 말이다.)

이 요건은, 권리의 다른 특성을 가리킨다. 그 특성은 “창조적 불안정성”이라고 불릴 수 있을 것이다. 첫째로, 내가 그것들을 이해하는 바대로의 권리는 상당한 경험적 구성요소를 포함하기 때문에, 하나의 권리에 대한 우리의 이해는 이 경험적 신념에서의 변화를 강제하는 증거들에 의해 항상 뒤집어질 수 있다. 둘째로, 어떤 시점에서 내가 구분한 권리의 그 세 요소-목적, 제약, 그리고 연결된 경험적 신념들-에 대한 우리의 이해는, 정합적인 전체를 형성하지 못할지도 모른다. (실제로 아마도 그러지 못할 것이다.) 즉, 우리가 그 권리에 깔려 있는 가치들을 보호하는 적절한 방법이라고 여기는 제약들은 실제로는 적절하지 않을지도 모른다. 그것들은 오직 우리가 연결된 신념이 실제로는 거짓인데 참이라고 받아들일 경우에만 적절하다고 생각될 수 있을지도 모른다. 이 긴장은 수정의 거의 항상적인 과정에 이르게 되는 동적인 성질을 권리가 갖게 한다. 새로운 상황이나 우리의 “연결된 신념들”에서의 변화는, 방금 시사된 바와 같이, 옛 제약이 부적절하다고 결론짓게 만들 수 있다. 이와 유사하게, 새로운 사건들, 또는 옛 사건들에 대한 우리의 반응에 대한 반성은, 우리로 하여금 현존하는 제약들을 정당화시키는 일련의 가치들을 확장하고 재정립(redefine)하게 만들 수 있다. 나는, 그러나, 이 긴장들이 항상 해결될 수 있다고 시사하는 것은 아니다. 하나의 권리가 전제하는 가치가, 그 권리가 전통적으로 이해되게 하였던 제약 전략으로부터 근본적으로 이탈하지 않으면, 적절히 충족될 수 없는 경우가 생길 수도 있다. (나는 이러한 종류의 긴장을, 다음 절의 말미에서 표현의 자유권의 한 사례를 통해 살펴보겠다.)

III. 권리로서 표현의 자유

내가 제안한 노선을 따라 표현의 자유를 분석하기 위해서는, 우리는 표현의 자유가 보호하고자 하는 가치들을 규명할 필요가 있다. 나는 일정한 광범위하게 공유된 사익(private interests)들을 충족시키는 것과 결부된 가치들에서부터 시작하겠다. 이 이익들은 첫째로, 우리 모두가, 잠재적인 발언자와 저자로서, 우리의 말을 듣거나 읽기를 바라는 이들과 의사소통할 기회를 가지는 데 대한 이익, 그리고 특히 정치 생활에서 우리의 말을 듣거나 읽기를 특별히 선택하지 않은 이들의 주의를 끌 기회를 가지는 데 대한 이익을 포함한다. 둘째로, 잠재적인 청중으로서, (155) 우리가 듣거나 읽기를 바라는 표현에 접근할 수 있는 데 대한 이익, 그리고 우리가 선택하지 않은 표현에 대해서도 어느 정도는 노출되는 데 대한 이익이 있다. 이 이익들은 다양하다. 이것들은 정보를 숙지하고, 즐겁게 되고, 다양한 방식으로 자극을 받고, 이것이 반성이나 성장을 유발하게 될 것도 고려한 이익을 포함한다. 셋째로 구경꾼(bystanders)으로서의 우리의 이익이 존재한다. (즉, 꼭 표현의 참여자로서나 청중으로서의 이익이 아닌 이익이다.) 이 이익은 한편으로는, 자유로운 표현의 문화적, 정치적, 기술적 혜택을 향유하는 사회에 사는 혜택과 같은 것을 포함하고, 다른 한편으로는 표현이 수반할 수 있는 소음이나 무질서와 같은 비용을 감수하지 않는 것에 관하여 우리 모두가 가지고 있는 이익이다.

이 사익의 범주에 더하여, 표현의 자유가 보호한다고 생각되는 더 일반적인 도덕적 정치적 가치가 있다. 이에 관하여 가장 흔히 언급되는 것은 공정하고 효과적인 민주 정치체도를 보유하는 것의 가치이다. 민주주의 정치의 형식적 절차가 그 결과에 정당성을 수여하기 위하여는, 이 절차는 자유롭고 공개적인 공적 토론이라는 조건 하에서 작동하여야 하며, 표현의 자유의 목적 중 하나는 이 조건들이 훼손되는 것을 막는 것이다. 이 중요한 공적 가치는, 표현의 수단에 대한 접근권을 갖는 것에 대한 개인들의 이익을 지지하는 추가적 논거가 된다. 또한 그것은 표현의 자유 논의에 새로운 중요한 요소를 더한다. 왜냐하면 공정한 민주주의 정치는 평등- 참여에 대한 평등한 기회-을 요구하기 때문이다. 그리고 이 평등은 구체적인 개인들의 이익이 꼭 되는 것은 아니다.

아는 표현의 자유의 목표들, 활동과 기회의 다양한 범주에 결부된 가치들에 의거하여 매우 추상적으로 묘사하였다. 개인들은 불가피하게, 이 범주 내에서의 특정한 표현행위의 가치에 관하여 의견을 달리한다. 예를 들어 표현된 다양한 정치적 교설, 과학적 가설, 신학적 입장의 장점에 관하여 견해를 달리한다. 그러나 표현의 자유에 관한 우리의 견해는, 우리가 표현하거나 수신하기로 선택하는 구체적인 메시지의 장점이 무엇이건 간에, 이 주제들에 대한 표현에 참여하고 접근권을 가질 기회를 갖는 것의 가치에 관한 합의된 척도에 기반하고 있다. (based on a measure of agreement) 그러나, -폭탄을 만드는 법을 배우는 것에 대한 이익이나, 다른 이들로 하여금 폭탄 만드는 법을 가르치는 것에 대한 이익, 그리고 유사 수신행위를 통해 다른 사람을 사기치는 것에 관한 이익처럼- 그러한 가치가 전혀 결부되지 아니하는 참여자와 청중의 이익도 있다. 그리고 다른 이익들은 이 두 극단 사이의 중간적인 가치를 갖는다. 즉, 표현의 한계에 관하여 “상향 압력”의 중간적인 정도를 주장할 수가 있게 되는 것이다.

표현의 이 범주들은 표현의 자유에 찬성하는 논변이 기초할 수 있는 가치에 관한 널리 공유된 판단들을 정식화하는 것을 가능하게 만들며, (156) 이 범주들은 우리가 표현의 자유에 관하여 논할 때 사용하는 더 구체적인 가치들로부터 추상화함으로써 이 일을 해낸

다.(These categories of expression make it possible to formulate widely shared judgements of value on which argument in favor of freedom of expression can be based, and they do this by abstracting from more specific value judgements that we use our freedom of expression to argue about.) 나는 이 범주들이 전적으로 논쟁의 여지가 없다거나, 그것들의 상대적인 가치들이 의문시될 수 없다고 시사하려는 것이 아니다. 나의 목적은 단지 다음과 같은 점을 지적하려는 것일 뿐이다. 첫째, 그것들은 상대적인 가치 판단을 표현하는 한 방식이며, 둘째, 그것들은 그보다 더 논쟁의 여지가 많은 질문들을 제쳐놓는 표현에 관하여 논하는 한 방식이다. 이 표현의 가치에 관한 두 종류의 판단 사이의 구분은, 내용 규제의 문제에서 중요하다. 왜냐하면 표현이 그 내용을 기초로 규제되어서는 안된다는 이념은, 부분적으로는 그 규제가 방금 구분한 더 구체적이고 논쟁의 여지가 많은 종류의 평가에 기반해서는 안된다는 이념과 마찬가지로 때문이다. (amounts in part to)

나는 이제, 내가, 제약이 부존재할 경우 방금 열거한 가치들이 심각하게 위협에 처하게 된다고 결론짓게끔 하는, 다양한 행위자들의 동기와 기회에 관한 “연결된 경험적 신념들”이라고 앞서 칭한 것을 살펴보겠다. 이들 중 어쨌든 가는 것은, 정부가 일반적으로 어떻게 행동하는가에 관한 일반화이다. 선출된 것이건 아니건, 정부는 그들의 비판자들을 침묵시키려고 하는 안정된 경향성을 갖는다. 정부는 또한, 그 사회에서 대체로 인기가 없는 이념, 가치, 그리고 관점에 대하여 동정적이지 않은 경향이 있다. 그 결과로 정부는 흔히 사람들이 그러한 관점을 지지하여 한 발언이 들리게 하는 것을 보장하는 부담을 지기를 꺼려한다. 정부는 국가의 안전에 가해지는 위협과 그들의 정책에 가해지는 위협을 가대평과하는 경향이 있다. 특히 그들은 제한되지 않은 표현의 비용, 가치적이고 극적이며 보통 쉽게 예견될 수 있는 비용을 과대평가하면서, 긴 시간대에 걸쳐 점차적으로 그리고 예견할 수 없게 느끼게 되는 표현의 가치를 과소평가하는 경향이 있다. 이 흠결들은 꼭 사악한 의도로 발생하는 것은 아니고, 우리가 아는 모든 정부, 우리가 불승인하는 정부 뿐만 아니라 우리가 그 점이 아니라면 존경할 구조와 정책을 가진 모든 정부에 전형적인 것이다.

표현의 자유가 기초하고 있는 그 경험적 가정은, 그러나 정부의 행위에 관한 신념에만 한정되지 않으며, 우리가 그로부터 보호를 필요로 하는 사적 행위자의 행위에 관한 신념도 포함한다. 예를 들어 우리는 사람들이 그들이 의견을 강하게 달리 하는 이념들의 표현을 폭력적인 반응을 보이겠다고 위협함으로써 막을 수 있다고 생각하면, 그들은 이 전술을 활용할 가능성이 높다. 이것은 우리로 하여금 “야유자의 방해에 의한 거부(heckler's veto)”의 허용 불가능성에 관한 익숙한 결론에 이르게끔 한다. 즉, 정부는 그들이 공공의 무질서에 이를지도 모른다고 그들이 생각하는 경우에 언제나 표현을 자유롭게 금지할 수 있어서는 안된다는 결론 말이다.

표현의 자유권을 구성하는 제약을 명시적으로 진술하는 것은, 그것을 주어진 시점에서 이해된 바로 한정한다 하더라도, 극단적으로 어려운 일이다. (157) 이 제약들에 대한 우리의 이해는, 주되게는, 그 권리를 침해하는 제약들의 수용할 수 없는 결과를 설명하는 것으로 간주되는 일련의 사례들에 의해 이루어진다. 그 권리를 새로운 사건에 적용하는 일은, 이 사례들에 대한 우리의 반응이 포함한다고 여겨지는 걸려 있는 가치와 일반적인 전략에 관한 우리의 이해의 인도를 받아, 이 사례들로부터 일반화하는 과정에 의해 이루어진다.

표현의 자유권이 “행위 재량에 대한 제약”으로 구성된다고 말할 때, 나는 그것이 때때로 “소극적 권리”라고 일컬어지는 것이라고 시사하는 것은 아니다. 즉, 정부가 표현에 간섭하

지 않도록 요구할 뿐이라는 소극적 권리로서 이야기하는 것이 아니다. 야유자의 방해로 인한 거부 사례가 보여주듯이, 표현의 자유는, 정부가 발언자를 보호하기 위하여 적극적인 행위를 취할 것도 요청한다. 그리고 그것은 다른 비용이 드는 조치, 예를 들어 다른 목적의 추구에 상당한 정도로 방해가 될지라도 표현을 위해 공공 장소가 활용가능하도록 만드는 조치를 요구할 수 있다. 또한, 표현의 자유가 정부의 행위자만을 제약하는 것도 아니다. 정부는 표현의 자유에 대한 유일한 위협이 아니며, 그것을 침해할 수 있는 능력이 있는 유일한 행위자도 아니다. 예를 들어, 거대한 사기업이 어떤 논쟁의 여지가 있는 쟁점-예를 들어 낙태-에 관하여 그 회사의 사장과 다른 공개적 견해를 표명하는 어떠한 피고용자도 해고하는 정책을 채택했다고 해보자. 이것은 나에게서는 표현의 자유에 대한 피고용자의 명백한 침해로 보인다. 왜냐하면 경제적 권력을 그렇게 사용하는 것은, 명백히 제한될 필요가 있는 상시적인 위협이기 때문이다. 그러나, 그러한 사기업의 행위가 “의회는 그러한 법을 제정하여서는 안된다...”고만 기술하고 있는 수정헌법 제1조를 위배하는 것인지는 별개의 문제다.

표현의 자유는 표현의 자유가 보장하려는 가치와 관련된 유일한 자유가 아니다. 예를 들어 학문의 자유는 표현의 자유와는 달리 제도 내에 일하는 사람에게만 적용되며, 그 제도들의 본질과 목적에서 그 권위를 도출한다. 따라서 학문의 자유는 단지 표현의 자유의 부분이라고 볼수는 없다.

(158) 그것은 A 관리자로부터 교수들의 연구의 자유를 확보하기 위한 것이다. 마찬가지로 언론의 자유는 경영자나 편집국장의 자의에 의해 보도의 기능이 훼손되는 것을 막는 역할을 한다. 이러한 기관들이 정부규제로부터 특수한 보호를 요청하는 기능이 있다고 주장하는 만큼, 그 기관들 내부의 권위 역시 그 기능을 달성하도록 보장하게끔 제약을 부과받을 것이 요청된다는 논리를 도입하게 된다. 이런 종류의 논증이 성공해도 교수의 자유와 언론인의 자유는 표현의 자유의 일부가 아니라 그 자유에 보조적인 것이다.(ancillary)

표현의 자유가, 관련된 가치들을 보호하는 전략들의 제한된 범위만을 포함하고 있는 만큼, 앞 절에서 언급한 종류의 창조적 불안정성이 발생할 가능성은 그만큼 높아진다. 왜냐하면 이러한 수단들은 이 목표들을 온전히 실현하기에는 거의 확실히 불충분하기 때문이다. 이에 대한 자연스러운 반응은, 표현의 자유권은 그에 관련된 가치들의 온전한 실현을 보장할 것을 약속하지 않고, 단지 그 가치들에 대한 일정한 심각한 위협들만을 물리칠 뿐이라는 것이다.(ward off) 그러나 그 긴장은 여전히 남게 된다. 왜냐하면 이 답변은 왜 그 권리가 포함하는 전략의 범위가 확장될 수 없는가의 질문에는 답하지 않기 때문이다.

접근의 평등 문제는 이 불안정성에 대한 명확한 사례를 제공한다. 표현의 자유의 목적 중 하나는, 공정한 민주주의 정치의 본질적인 전제조건이 되는 종류의 공적 토론의 기회를 제공하는 것이다. 만일 정치 체계가 공정하려면, 그러나, 이 토론에 참여할 상당히 광범위한 기회 평등이 요구된다. 전단지는 “가난한 이의 인쇄 언론”이기 때문에, 전단지 나눠주기(leafletting)이 허용되어야 한다는 익숙한 이념은, 이 헌신을 반영한다. 그러나 우리 사회와 같은 곳에서, 표현의 자유가 전통적으로 포함한 전략만 통해서, 표현의 효과적인 수단에 대한 상당한 정도의 접근 평등을 달성할 수 없다. (one cannot achieve a significant degree of equality of access to effective means of expression simply through the strategies that freedom of expression has traditionally involved.) 이것은 새로운 전략을 찾으려는 압력을 산출하지만, 그 전략이 어디서 발견될 수 있을지는 명확하지 않다.

IV. 내용 규제의 문제

이것은 나를 내용 규제의 문제로 데려다 놓는다. 표현의 자유를 구성하는 제약을 두 부분으로 나눠 진술하는 것이 보통이다. 표현의 자유는 첫째로, 내용에 기초하여 표현이 제한되지 않을 것을 요구하며, 둘째로, 지나치게 많이 제한되지 않을 것을 요구한다. 로렌스 트라이브(Laurence Tribe)는 이 익숙한 이념을 정부가 “표현을 축소시킬” 수 있는(abridge speech) 두 방법을 구분함으로써 매우 명료하게 진술하였다.

(인용문 시작) 첫째, 정부는 (a) 그 행위가 표현하는 구체적인 관점을 이유로 또는 (b) 그러한 행위가 전하는 정보를 아는 것에 의하여 산출되는 효과를 이유로 정부의 통제나 제재 조치를 선별한다는 의미에서, 이념이나 정보를 대상으로 겨냥할 수 있다. 둘째로, 위에서 언급한 의미 어느 한 쪽의 이념이나 정보를 목적으로 함이 없이, 정부는 (a) 정보나 이념이 전달되는 활동을 제한함으로써나 또는 (b) 이념이나 정보의 소통을 억제하는 규칙 준수를 강제함으로써, 다른 목표를 추구하면서 정보와 이념의 흐름을 제한할 수 있다.

트라이브는 이 구분을 “축소의 첫 번째 형태는, 의사소통적 충격을 겨냥하는 정부의 조치를 아우르는 것으로 요약될 수 있다. 두번째 형태는, 비의사소통적 충격을 겨냥하지만 그럼에도 불구하고 의사소통의 기회에 부작용을 미치는 정부 조치를 아우르는 것으로 요약될 수 있다”고 말함으로써 이 구분을 요약한다. (주석 6- Laurenc Tribe, Amrican Constitutional Law (Mineola, NY: Foundation Press, 1978, p.580.)

의사소통적 충격을 겨냥한 모든 정부 조치는 수정헌법 제1조를 위배하는 것으로 추정된다. (is presuptively at odds with the first amendment) 왜냐하면 헌법적 보장이 무언갈 의미한다면, 그것은 적어도 통상적으로, “정부는 그 메시지, 이념, 그 주제(subject matter) 또는 그 내용을 이유로 표현을 제한할 아무런 권한이 없다”는 것을 의미하기 때문이다. 어느 쪽으로든 이론에서 무엇이 말해질 수 있건 간에, “정보를 억압하는 위험과 정보가 자유롭게 활용가능하였을 때 잘못 사용될 위험” 사이의 선택은, 궁극적으로 “수정헌법 제1조가 우리를 위해 내린” 선택이다. (주석 7 첫번째 문구는 Mosely 사건에서, 그 다음 문구는 Virginia State Pharmacy Board v. Virginia Consument Council, 425 U.S. 748 (1976) 에서 딴 것.)

(160)

(인용문 시작) 정부가 행위의 비의사소통적 충격을 겨냥할 때, 임의의 특정 사안에서 정확한 결과는 (...) 경쟁하는 이익들의 어떤 “형량”을 반영한다; 이념이나 정보 그 자체에 의해 야기된 것이 아닌 해악을 겨냥하는 규제적 선택은, 그것들이 정보와 이념의 흐름을 부당하게 위축시키지 않는 한, 받아들일 만한 것일 수 있다. 그러한 경우에 대하여 수정헌법 제1조는 선택을 하지 않았으며, 대신에 어떤 구체적인 상황에서 수행되는 형량도, 헌법 제도에서의 자유로운 표현의 중심적 위치를 보장하는 척도를 요구한다. (주석 9 - Tribe, American Constitutional Law, pp.581-2.)

이 “두 제도” 분석은 극도로 호소력이 있으며, 표현의 자유에 관한 우리의 이념의 중요한 특성이 되는 구분을 포착하는 것 같다. 흥미로운 질문은, 표현의 자유권을 구성하는 제약이

왜 이 두 부분 구조를 가져야 하는가이다. 특히 내용 규제가 내용중립 규제보다 항상 더 상을 입히는 것은 아닌데 말이다. 예를 들어 낙태 토론을 아침 시간에 방송하는 것을 금지하는 것과, 모든 아침 방송을 금지하는 것을 비교해보라. 스톤(Stone)은 내용 규제가 공공 토론에 선별적 왜곡 효과를 가져온다는 점을 지적한다. 그러나 이것이 중심 요인은 아닌 듯하다. 왜냐하며 스톤이 지적하듯이 내용중립적 규제 역시 왜곡효과를 가져올 수 있기 때문이다. 그리고 이러한 왜곡효과를 가져올 때 그 규제에 반대하는 논거는 경쟁하는 관심사항들을 형량하는 것에 의거할 수 있다. 반면에 내용 기반 제한의 경우에는 일응 절대적으로 배제된다.

권리에 대한 우리의 관념은, 우리가 필수적이고 실현가능하다고 여기는, 행위의 재량에 대한 계약에 관한 관념이다. 이 관념들은 불완전하게 정식화되고 그에 대한 우리의 이해는 특정 역사 실례의 “교훈”에 크게 의존한다.

(161) 그 교훈 중 두드러지는 것 중 하나는, 검열을 할 수 있는 정부의 일반적인 권력과 정치적 폭동 선동(sedition)을 금지하는 법은 허용될 수 없다는 것이다. 이러한 조치들을 국가에게 허락하지 않는 것은 필수적일 뿐 아니라 실현가능하다. 반면에 내용중립적 표현 규제의 권한을 모두 부정하는 건 실현가능하지도 필수적이지도 않다.

그러나 이 접근은 지나친 일반화이다. 명예훼손과 거짓 광고에 대한 규제는 내용 기반 규제다. 그러나 적어도 내용 기반 규제 권력 중 일부에 관하여는 그것을 거부하는 것이 중요하고 실현가능하다는 점은 이야기할 수 있다. 이는 위협 자체, 의심, 각성 뿐 아니라 그 위협에 대한 적절한 반응의 본성에 의해서도 구분된다. 모든 신문을 금지하는 조치는 주장될 가능성이 더 적다. 모든 정부는 스스로가 선호하는 사상을 소통할 효과적인 대중 매체는 남겨두길 원하기 때문이다. 따라서 (일부 형태의) 내용 규제의 수용불가능성은 표현의 자유의 “표면”(그 권리의 실제 내용을 구성하는 규제)에서는 특수한 위치를 가지지만, 더 근본적인 수준에서 그러한 규제에 대한 특별한 반론을 반영하지는 않는다. 그런데 근본적인 수준을 반영한다는 견해가 있기도 하다. 정부가 공적 토론을 조작해서 시민들의 자율성에 위협이 되기 때문에 내용기반규제의 일정한 형태는 적어도 반대해야 한다고 말이다. 예전의 논문에서(주석 11 T. M. Scanlon, Jr. "A Theory of Freedom of Expression" (1972) in this volumes, essay 1) 나는 그러한 견해를 채택했다. 나는 정부가 가질 수 없다고 봐야 하는 권력은, 그것이 일정한 종류의 해악을 야기하리라는 근거에서 표현을 제한하는 권력이라고 특징지었다. 그 종류의 해악이란 다음과 같은 것이었다:

(162)

(a) 특정한 개인들이 그러한 표현 행위의 결과로 거짓 신념을 갖게 되는 것으로 구성되는 그 개인들에 대한 해악 (b) 그 표현행위의 결과로서 수행된 행위의 해로운 결과이며, 여기서 표현과 그에 이은 해로운 행위간의 연결관계가 단지 그 표현 행위가 행위자로 하여금 그 행위가 수행할 가치가 있다고 믿도록 한 것일 때(또는 그렇게 믿게 되는 그들의 경향성을 증가시킨 것일 때). (주석 12)

이러한 해악은 표현에 대한 제한을 정당화하는 것으로 여겨질 수 없다는 그 이념을 나는 밀의 원리(Millian Principle)이라고 불렀다. 이것은 표현의 자유에 관한 완전한 설명으로 제시된 것은 아니고, 그러한 고려사항을 형량 요소 밖에 묶어두기 위해 제시된 것이었다. (Its function was simply to keep certain considerations out of the scales of justification) 내 이론의 추가적인 요소는 i) 참여자의 이익 ii) 청중의 이익 iii) 그리고 이 가치들을 향유

할 기회는 분배 정의의 일반적 기준과, 정치참여에 대한 특수한 권리가 만족되도록 배분되어야 한다는 원칙이었다. 나의 이론은 표현의 자유권의 적용에 있어 일정한 종류의 형량을 막는 일련의 제약을 제안하는 것일 뿐만 아니라, 그 제약들 자체에 대한 이론적 정당화에 있어서도 형량하는 것에 대한 적대성을 어느 정도 수반하는 것이었다. 이러한 견해는 이중제도 이론과 그 결과에서 일치한다. 이에 따라 나는 밀의 원리를 자율성 이념 그 자체로부터 나오는, 표현 제한에 관한 정당화에 대한 제약이지 표현의 상이한 형태의 상대적 가치에 관한 판단에는 의존하지 않는다고 주장했다. 이 견해는 이제 나에게겐 오류로 보인다.

자율성에 대한 이 호소가 갖는 문제점은, 그것은 표현의 내용 기반 제한이 중요한 사안들에 대하여 우리 스스로 결정할(make up our won minds about important matters) 우리의 능력에 대한 위협의 상이한 정도를 감안하지 않는다는 것이었다. 정부는 표현이 법률과 정부에 대한 존중을 훼손하리라는 근거에서, 또는 그 표현이 결혼 제도 및 가족 제도를 의문시한다는 이유에서 표현을 제한할 아무런 권한이 없다. 그러한 권한은 우리의 “자율성”을 위협한다. 즉 우리 스스로 (163) 공적 토론을 통하여 중요한 질문들에 대하여 결정할 능력을 제한한다. 이와는 달리, 거짓 광고나 사적 시민을 명예훼손하거나 사생활을 침해하는 표현에 대한 제재는 그러한 위협을 가하지 않는다. 밀의 원리는 후자의 종류의 내용 기반 제 제한을 허용한다. 왜냐하면 그러한 제한들이 막고자 하는 해악은 그것이 [정당화의 근거 집합에서] 배제하고자 하는 유형의 것이 아니기 때문이다. (그 해악들은 단순히 거짓된 신념의 비효용을 의미하는 것도 아니고, 다른 이들이 취하게 되는 해로운 행위를 말하는 것도 아니다) 그러나 이 규제들(restrictions)과 내용 규제의 허용가능하지 않은 형태 사이의 진정한 차이는, 밀의 원리 논변에서는 무시되었던 요소에 놓여 있다. 그것은, 상이한 주제에 관한 자유로운 공공 토론에 결부된 상이한 가치, 그리고 정부가 이 토론의 내용을 규제하는 권위를 갖게 해주는 것에 수반되는 위협의 상이한 정도라는 요소 말이다.

이 모든 것의 교훈은, 우리는 내용 기반 규제라는 이념을, 그들의 내용이나 적어도 그들의 주제에 기반하여 표현의 상이한 형태를 구별하여 그 표현 형태들의 상대적 가치에 관한 판단을 내리지 아니하고서는 허용불가능한 것으로 해석할 수 없다는 것이다. (주석 14 - 즉, 우리는 앞 절에서 기술한 종류의 표현 범주 사이에는 구분선을 그어야만 한다. 비록 우리가 이 범주 내에서의 표현 행위 사이에는 더 논쟁의 여지가 많은 구별을 짓는 것은 피할 수 있을지라도 말이다. 트라이브는 이 범주 구분이 상대적 가치에 대한 판단을 담고 있다는 사실을 명확하게 지적하였다. Tribe, American Constitutional Law, p. 583. 을 보라. John H. Ely, "Flag Desecration: A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing in First Amendment Analysis," Harvard Law Review 88 (1975), 1482도 보라.) 이것은 피상적인 아이러니에 불과할지도 모르겠지만, 그것은 가르침을 주는 내용이다.(but it is instructive) 그것을 염두에 두고, 나는 다음 절에서, 내용 기반 규제의 일부 형태에 관하여 더 상세한 논의를 하도록 하겠다. 그 논의의 기반으로, 앞서의 분석으로부터 나오는, 표현에 대한 규제를 평가하는 기준을 검토하는 것이 도움이 될 것이다.

“자율성”의 논의에서, 강조는 청중의 가치에 주어지게 된다. 청중들에게는 “충분한” 표현에 접근성을 보유하는 것이 중요하며, (이 충분한 수준은 경쟁하는 선들과 비교한 표현의 가치에 의해 결정된다) 그들이 접근할 수 있는 표현이 왜곡되지 않는 것이 중요하다. 이것과 병행하는 것이 참여자측의 가치에도 있다. 그러나 그것과 정확히 상응하는 것은 아니다. 그것은 바로 “충분한” 표현 기회를 갖는 것, 그리고 그 기회들이 불공정하게 배분되지 않는 것의 가치에 관한 참여자의 이익이다. 이 불공정성은 두 종류가 있을 수 있다. 첫번째 것은,

동일한 쟁점에서 상반되는 입장의 대변자들 사이의 불공정성이다. 예를 들어 경쟁하는 정당, 노동조합, 또는 종교 단체 사이의 불공정성. 두번째 종류의 불공정성은 논의되는 상이한 주제들 사이의 불공정성이다. (164) 이러한 불공정성은, 예를 들어 종교적 질문이나 정치적 질문에 관하여는 공공 토론의 광범위한 기회가 존재하지만, 예술적 표현을 하고 싶거나 확립된 과학적 견해에 도전하고 싶은 사람들에게는 그러한 기회가 부인될 때 발생한다. 이러한 유형의 불공정성은 청중의 관점에서 두 “왜곡” 형태에 유비적이다. 그 중 하나는 특정한 주제를 논의하는 것의 왜곡이다. 그러한 왜곡은 그 질문에 대한 사람들의 태도를 조작하는데 이를 수 있다. 두번째 왜곡은 일부 주제는 강조하고 일부 주제는 소홀히 하는 것이다. 내용에 기반하여 표현을 규제할 권한은, 그것이 이 두 종류 중 어느 종류의 “왜곡”이나 “불공정성”이라는 심각한 위협을 가하기 때문에 정당성이 없는 것이다.

그러나 무엇이 유관한 종류의 “왜곡”이나 “불공정성”을 구성하는가? 완벽하게 공정하고 왜곡되지 않은 토론에 대한 입법자나 판사의 관념에 기초하여 표현에 대한 상세한 규제를 할 권력을 입법부나 판사들에게 인정하는 것은 비현실적이고 심지어 위험하기까지 할 것이다. 이것이 비현실적인 이유는, 우리는 이 이상들이 어떤 것일지에 대한 충분히 명료하고 널리 공유된 관점을 결여하고 있기 때문이며, 그리고 어떠한 그럴법한 견해에서도 실제의 토론은 항상 이 이상에 못미칠 것이기 때문이다. 그러한 규제는 또한, 그러한 규제가 예를 들어 법원이나 입법부와 같은 실제 정치 기관에게, 이 이상에 대한 그들의 관념에 못미치는 어떠한 표현도 금지할 권한을 부여하는 것을 포함하는 한 위험한 것이 되기도 한다. 이러한 문제들에도 불구하고, 그러나, 우리는 어떤 설명에 따른다고 하여도 불공정성이나 왜곡이라고 여길 수 있는 일정한 명료한 사례를 규명할 수 있으며, 우리가 표현의 자유권 형성을 결정하면서 참조하는 것은 그러한 사례들이다. 이것은 그 권리가 어떤 의미에서 “소극적”이게 되는 방식의 한 사례다. 즉, 하나의 이상을 실현하기보다는 인정된 해악을 피하는 것을 목적으로 하는 권리라는 의미에서 말이다.(aimed at warding off recognized harms rather than at realizing an ideal) 그러나, 표현의 자유가 그 용어의 더 익숙한 의미에서 “소극적”이라는 결론이 따라나오지 않는다. 왜냐하면 이 해악들을 막는 것은, 앞에서 “야유자의 거부”를 논하면서 언급되었듯이 “적극적인” 조치를 요구할 수 있기 때문이다.

V. 내용 규제의 다양성

이제, 제시된 분석에 비추어 내용 규제의 몇몇 구체적인 사례들을 살펴보자. 거짓 광고를 기소하는 것을 허용하는 법령은, 명확히 정당성 있는 것으로 보이는 내용 규제의 한 사례이며, 왜 그런지를 이해하는 것은 쉽다. “상업적 표현”(commercial speech) 일반이 참여자와 청중 모두의 정당성 있고 중요한 이익에 봉사한다는 점을 부인한다면 잘못된 것이다. 그러나 사기를 칠 기회를 갖는 참여자의 이익은 아무런 가치를 갖지 않으며, “잘못”을 구성하는 규준이 충분히 명확하고 큰 정치적 논쟁의 사안과 결부되어 있지 않은 경우에는, 거짓된 광고를 기소할 수 있는 권한은 참여자 및 청중의 다른 가치에 위협이 되지 않을 것이다.(it seems likely that the power to prosecute for false advertising will not become a threat to other participant and audience values)

주류와 담배 텔레비전 광고에 대한 규제는 약간 더 논쟁의 여지가 있지만 그것도 정당화가능한 것 같다. 그 광고와 관련된 참여자의 이익은, 거짓된 광고의 경우보다는 정당성이 있다는 더 큰 권리주장을 갖는 것으로 여겨지지만, 어떤 청중의 이익도 위협받지 않는

다는 점은 분명하다. (어느 누구도 그러한 광고를 볼 불충분한 기회에 대하여 불평하지 않을 것이다.) 우려가 있다면, 그러한 규제가 그 분야에서 허용될 경우, 다른 분야로 확대될지 모른다는 더 큰 위협이 존재한다는 것이다. 만일 광고가 이런 방식으로 규제될 수 있다면, 프로그램의 내용의 다른 측면은 규제되지 못할 이유가 뭐가 있는가? 내가 생각하기에, 그에 대한 답은 방금 주어진 것이다. 즉, 청중의 이익에 그토록 위협을 거의 가하지 않으면서 허용될 수 있는 규제가 다른 분야에는 거의 없다는 것이다.

예를 들어, 텔레비전 프로그램에서 섹스 및 폭력의 묘사를 규제할 권한을 살펴보자. 여기서 문제는, 단순히 [역자-다른 분야로 규제가 확대되리라는] 여파(spillover)의 문제가 아니라, 발언자와 청중의 중요한 이익을 그 자체로 위협하지 않는 방식으로 그 권한을 정의할 수 있을 것인가의 문제다. 이 일은 극도로 어렵다. 특히 섹스와 폭력을 동일한 “정도”로 담고 있는 프로그램이라도 섹스와 폭력에 대한 상당히 상이한 태도를 시사할 수 있기 때문이고, 그리하여 아마도 청중에게 상당히 상이한 영향을 미칠 것이기 때문에 그렇다. 실제에서 최선의 프로그램의 일부 역시 위협하지 않고서도 최악의 프로그램을 규제하는 권한을 어떻게 틀지울 것인가를 파악하기란 어렵다.

나는 여태까지는 가치판단에 의한 규제(judgmental regulation)이라고 부를 수 있는 것을 집중적으로 다뤘다. 그것은 주어진 질문에 관하여 무엇이 올바른 의견이나 태도인가에 관한 판단에 기초하는 규제이다. 그리고 그 규제는 사람들을 오도하거나 비하할지 모르는 표현을 막는 것을 목적으로 한다. 나는 이제 이 가치판단적 성격을 갖지 않는 내용 기반 규제의 두 형태를, 그 규제들이 제기하는 쟁점이 방금 논의한 규제와는 어떻게 유사하고 또 어떻게 다른지를 검토하기 위하여, 살펴보도록 하겠다. 발언자들의 관점에 기초하여 발언자들을 차별하는 규제는, 그 관점들 중 일부는 잘못된 것이라는 판단을 반영할 수 있지만, 다른 목적을 가진 규제일 수도 있다. 예를 들어, 그 규제는 단순히 정치적 권력을 가진 사람이나 통치 기구가 공공 토론에서 지배적이기를 바라는 발언자를 유리하게 만드는 것을 목적으로 할 수도 있다. 그리고 이 규제는 그들의 주장의 장점에 관하여는 여하한 가치 판단을 꼭 반영할 필요는 없다. 더 자비로운 목적에서, 관점 기반 규제는, 청중에게 들릴 기회를 다른 이들에게 주기 위하여 이미 많이 노출된 발언자의 표현을 제한함으로써, 공적 토론에서 높은 정도의 공정성을 보장하는 것을 목표로 할 수 있다. 관점 차별에 대한 우리의 저항은, 약간 상이한 경험적 기반을 가짐으로써, 가치판단적 규제에 대한 우리의 저항과는 다르게 된다. 관점 차별에 대한 저항감은 후견주의에 대한 두려움보다는 당파성과 편파성에 대한 두려움에서 발생한다. (166) 두 경우에 있어 위협되는 발언자와 청중의 이익은 동일하다. 그러나 위협의 동기의 성격 때문에, 관점 차별에 대한 우리의 저항감은 참여자의 가치 보호 및 공정성의 가치 보호에 더 강조점을 두게 된다.

몇몇 가치판단적 규제 이면에 놓인 목적과는 달리, 당파성의 동기는 일응의(잠정적인) 정당화의비중조차도 갖지 않는다.(lack even prima facie justificatory weight) 그리하여 표현의 자유에 관한 우리의 사고에서 그러한 규제는 아무런 이론적인 문제를 제기하지 아니하며, 다만 방비되어야 할 위협만을 드러낼 뿐이다. 그러나 공정성은 그보다 더 어려운 문제이다. 표현의 자유가 결코 정부에게, 다른 사람들에게 청중에게 들릴 더 나은 기회를 주기 위하여 일부의 발언을 제한할 권한을 허용하지 않는다고 말하는 것은 명백히 잘못된 것 같다. (주석 16) 다른 한편으로, 내가 앞절에서 논하였듯이(as I observed in the preceding section) 판단자가 공정하고 균형 잡힌 토론이라고 판단하는 것을 요구할 권한은, 판단자가 정확한 결과를 산출하게 되는 토론을 요구할 권한으로 쉽게 변질될 수 있다. (왜냐하면 틀

린 결과에 이르는 토론은 그들이 정당하게 비중이 주어져야 하는 만큼의 비중을 일부 고려 사항에 주지 않는 것이기 때문에). FCC에게 공공 사안에 대한 방송이 FCC가 보기에 “균형 잡히지 않았다고” 판단되는 텔레비전 방송국의 방송허가 갱신을 거부할 권한을 부여하는 것은, 예를 들어, 이런 근거에서 배제될 것이다. 이 두 극단 사이에는, 그러나 불공정성의 명확하고 구체적인 형태를 금지할 한정된 권한이, 표현의 자유와 양립가능하며 심지어 표현의 자유에 의해 요청될 수도 있다. 그러한 권한을 지지하는 논거와 반대하는 논거는 그 권한의 결과에 기초하여 제시될 수 있다. 신문이나 텔레비전 편집자의 반대자들에게 답변할 기회를 부여하도록 요구하는 법령은, 표면적으로는(on the face of it), 표현의 자유권과 모순되는 것이 아니다. 모든 것은 그러한 법령의 결과가 가능한 대안과 비교하여 어떤가에 달려 있다. 만일 그러한 규제가 유관한 이익에 심각한 위협을 가한다면 그 규제는 표현의 자유권을 침해하는 것이다. 그렇지 않다면 침해하지 않는 것이다. 설사 그 규제가 비효과적이거나 다른 측면에서 무분별한(ill advised) 것이라 할지라도 말이다. 그것들은 단순히 논쟁의 여지가 많은 사실과 프로그램을 억제하고 그리하여 편집자의 효과적인 “목소리”를 감소시킬 것인가? 아니면 그것은 다른 목소리가, 그 논쟁의 범위와 활력을 감소시키지 않으면서도 들릴 수 있는 기회를 제공할 것인가? 그러한 경험적 고려사항에 권리의 문제가 달려 있도록 하는 것은 이상하게 보일지도 모른다. 그러나 만일 표현의 자유의 역할이 중심적인 참여자 이익과 청중 이익을 안전하게 보호(safeguard)하는 것이라면, 그 권리가 이러한 요소들을 고려하지 않고서 어떻게 해석될 수 있을 것인가?

나는 이제 주제 제한을 살펴보겠다. (subject matter restrictions) 개관에서 인용하였던 모슬리(Mosley) 사건으로 돌아가는 셈이다. 나는 일부 표현 형태는 다른 표현 형태보다 더 높은 가치를 지닌다는 사실을 인정하지 않고서 표현의 자유를 이치에 맞게 논하는 것이 불가능하다고 이야기하였다. (167) 우리는 (그것들이 봉사하는 상이한 참여자의 가치와 청중 가치 때문에) 표현의 상이한 범주에 부여되는 가치들(a)과, 이 범주들 내의 특정한 표현 행위에 부여되는 가치들(b)을 구별할 필요가 있다. 우리가, 표현에 대한 가치판단적 규제와 관점기반적 규제를 제외시킴으로써 배제하고자 하는 것은 주로 후자에 대한 차별이다. 그리고 이 배제를 뒷받침하는 우리의 이유는 “메시지, 이념, 주제, 또는 그 내용”에 기반한 표현 규제에 대한 마셜 대법관의 울림을 주는 규탄(denunciation)에 의해 생생하게 상기된다. 그러나 이 단어들은 모슬리 사건의 쟁점에 들어맞는 것 같지는 않다. 이 사건은 학교 근처의 피켓팅을, 학교의 노사 분쟁의 당사자에 의한 피켓팅을 제외하고는 금지한 조례(ordinance)를 위헌무효로 판결한 사건이다. 이 조례는 그 내용에 기초하여 표현 행위를 구별한 것이기는 하지만, 다양한 메시지의 장점에 관한 여하한 판단을 포함하고 있지는 아니하며, 또한, 표면적으로는(on the face of it) 경쟁 관계에 있는 다른 이들에 관한 일부 관점을 우대하는 것으로 보이지도 아니한다.

그러나 이 걸모습은 오도하는 것일지 모른다. 모슬리는 인종 분리에 항의하기 위하여 학교에 피켓팅을 하고 있었다. 만일 우리가, 꽤 그럴법해 보이는대로, 그 조례는 그를 침묵시키고 그와 유사한 메시지를 가진 다른 이들을 침묵시키는 것을 목적으로 했다고 가정한다면, 반대할 만한 관점 차별과 더 유사한 무언가가 드러난다. 그러나 그 조례가 노동 분쟁 피켓팅에 예외를 두고 있다는 사실, 그리하여 그들의 내용 (이 경우에는 그 주제)에 기초하여 표현 행위를 구별하고 있다는 것은 이 반대와는 무관한 점이다. 학교 근처의 모든 피켓팅을 일괄해서 금지하는 것 역시 타당하지 않은(objectionable) 것이 된다. 그것이 동일한 목적을 가지고 있으며 더 강한 정당화를 제시하지 못한다는 가정 하에서 말이다. 시카고 조

례를 통과시킨 이들에 대한 유관한 비판은, 그러므로 그들이 그들의 내용에 기초하여 표현의 범주 사이에 구분선을 긋지 말았어야 한다는 것이 아니라, 그들은 모슬리가 하고 있던 종류의 표현이 특별히 높은 가치를 가진다는 점을 인정했어야 한다는 점이다. 적어도 노사분쟁 피켓팅 만큼 높은 가치 말이다. 이러한 판단을 갖추고 나면, 우리는 왜 일괄적인 금지와 선별적인 금지 모두 거부되어야 하는지를 설명할 수 있게 된다.

그러나 금지의 선별적 성격은 정말로, 법원에 대인논증의 길을 열어주게 된다. 대인논증을 통해 법원은 학교 근처의 평화로운 분위기를 보존할 가치에 대하여 다양한 표현의 기회의 가치를 형량할 필요를 피할 수 있게 된다. 시 의회는 이미, 후자의 가치가 노사분쟁 피켓팅의 기회의 중요성보다 크지 않다고 결정하였다. 그러므로 법원은 정치적 시위가 적어도 그와 같은 정도로 중요하다고만 가정하면, 모슬리가 피켓팅을 할 권리를 부인하기에는 정당화가 불충분하다고 결론내릴 수 있게 된다. (168)

모슬리 사건을 살펴보는 두 번째 방법은, 그 사건이 희소한 자원의 공정한 분배의 질문을 제기하는 것으로 이해하는 것이다. 학교 근처에서 피켓팅을 하기를 원하는 사람은 누구나 할 수 있게 하는 것이 지나치게 학교에 지장을 준다면, 만일 피켓팅 기회가 허용되는 사람이 있다면 그 사람은 누가 되어야 하는가? 이 질문은 내용 기반 규제의 중심적 사안들과 이 사건이 갖는 유사점과 차이점 모두를 드러낸다. 유사점은, 우리가 참여자들의 공정성에 관한 질문 및 정치적 기구의 편파적 우대라는 위협에 대하여 관심이 있고 우려한다는 사실에 놓여 있다. (노사분쟁 피켓팅을 모슬리 사건에서 예외로 둔 조례는 노동조합의 정치권력을 반영한다고 가정하는 것이 합당하다) 시카고의 시조례는 정말로 불공정한 것으로 보인다. 그러나 공정성 규칙이 주제에 기초하여 참여자들 사이에 구분선을 긋는 것을 배제하는지는 명확하지 않다. 예를 들어, 학교 근처의 피켓팅이 학교 정책과 어떤 방식으로건 관련된 메시지를 전달하려는 경우에만 한정하는 방식으로 제한된다면 그것은 불공정한 것 같지 않다.

VI. 결론

내용에 기초해서 표현을 제한하는 것은, 표현의 자유에 대한 특별히 명확하고 심각한 침해의 전형이 되는가?(represent) 그렇다는 이념은 두 가지 원천에 근거하는 것으로 나는 본다. 첫째, 권리에 관한 우리의 사고는 몇몇 가장 중요한(leading) 사례에 의해 강하게 영향 받으며, 받아들일 수 없는 표현 규제의 몇몇 명확한 사례들은 내용 기반 규제를 포함한다. 그러나 이 사례들로부터 일반화할 때는 고도의 주의를 기울일 필요가 있다. 둘째, 경쟁하는 이익들을 복잡하게 형량하는(messy balancing) 다른 판단들과 대조적으로, 내용에 기초하여 표현 행위를 구별하는 일을 포함하는 형태의 규제가 정당성이 없다는 결론은 명료한 울림이 있다. 이것은 선명한 구별을 좋아하는, 가치 판단의 크고 분명한 요소들을 포함하지 않는 판단을 선호하는 판사들 뿐만 아니라 이론가들에게 그와 같은 이념이 호소력이 있게 해준다. 그러나 이 명료성은 환상일지도 모른다. 내용 기반 규제 중 허용가능한 형태와 허용불가능한 형태를 구별하는 일은 우리로 하여금 표현의 상이한 범주의 가치들의 비중을 짚 것을 요구하며, 이 형량 요소는 무시되어서는 아니된다.

내용 기반 규제의 특정 형태의 허용불가능성은, 표현의 자유를 규정하는 제약에서 두드러지는 역할을 수행한다. 이 사실은 중요하다. 그러나 이 금지의 명확성은 더 근본적인 무언가를 표현하는 것을 여겨져서는 안된다. 권리에 관한 모든 판단과 마찬가지로, 그것은 우리가 피하고 싶은 가장 강력한 이유들을 갖고 있는 결과들로부터 우리를 보호하기 위해 필요

한 제약에 관한 전략의 판단에 의존하고 있는 것이다. <끝>