

'사상의 공개시장'에 대한 미 연방법원의 견해

W. Wat Hopkins

이 글은 Journalism & Mass Communication Quarterly ('96 봄호)에 실린 W. Wat Hopkins(버지니아대 언론학교수)의 글(The Supreme Court Defines The Marketplace of Ideas)을 번역한 것이다. 편집자 주

'사상의 공개시장' 이론은 표현의 자유와 연관된 사건에 대한 미연방법원의 판결에 가장 많이 이용되고 있는 모델이다. 실제로 법관들은 이 이론에 대한 점증하는 비난에도 불구하고, 수정헌법 제 1 조와 관련된 모든 사건의 판결에 '공개시장' 이론을 꾸준히 사용하여 왔다. 그러나 대부분의 경우 법관들은 하나의 통합된 전체를 이루는 '거대한 공개시장'이 아니라, 제각각의 운영원리(dynamics)와 매개변수(parameters)와 규제체계(regulatory scheme), 수용자(audience)를 가진 무수히 많은 '소규모 공개시장'을 염두에 두었던 것이다.

수정헌법 제 1 조 관련 사건의 판결문에 가장 깊숙히 뿌리내린 비유는 '사상의 공개시장(이하 공개시장)'일 것이다. 이를 두고 어떤 학자는, '공개시장' 이론이 언론 자유에 관한 연방법원의 논의를 지배하여 왔다고 불평하였다. 비평가들은, '공개시장'이라는 환영이 판결문 전반에 만연하다고 지적한다. 그러나, 법조계 테두리를 벗어나면 '공개시장' 이론은 별다른 지지를 받지 못하고 있다. '공개시장' 이론은 내재된 결함으로 인해 표현의 자유를 지키지 못하고 있으며, 이 이론을 고집 하는 법관들은 너무 순진하거나 분별없는 사람들이라고 학자들은 논박한다. 다른 비평가는, 법원이 '공개시장' 이론을 폐기하지 않음으로써 표현의 자유에 관한 판결에 해를 끼치고 있다며 비난하기도 한다.

'공개시장'을 둘러싼 논쟁은 수정헌법 제 1 조에 관한 중요한 문제들을 제기한다. 연방법원은 현실적으로 타당하지 않은 자유언론 모델을 억지로 고집하고 있지 않은가? 만약 그러하다면 그 이론에 근거하여 만들어진 법률은 언론의 자유를 효과적이고도 체계적으로 보호하지 못할 것이다. 하지만 비평가들이 틀렸을 수도 있는데, 실제로는 '공개시장' 이론이나 그로부터 파생된 법률이 비평가들이 인정하는 것보다 더 효율적으로 언론자유를 보호하고 있을 지도 모른다. 누구의 주장이 옳은가? 법원인가, 비평가들인가? 둘 다 옳을 수도 있고, 더 정확히 말해 둘 다 틀릴 수도 있다. 연방법원이 1919년부터 1995년 사이에 표현의 자유와 관련된 사건에 대해 내린 판결문 중 '공개시장' 모델의 출처(references)를 담고 있는 것을 조사해 본 결과, 법관들과 비평가들이 '공개시장을 정의하는 방식이 뚜렷하게 변화한 사실이 드러났다. 조사 결과는 다음 세 가지 사항으로 요약할 수 있다.

첫째, 법관들의 '공개시장' 이론에 관한 언급 횟수는 꾸준히 증가하여 왔고, 특히 '70년대 들어서 급격히 증가하였으며 지금도 계속 증가하고 있다. 둘째, '공개시장' 이론에 새로운 내용을 추가하려는 법관들의 노력은 보이지 않았으며, 왜 자신들이 그 이론이 유효하다고 생각하는지에 관한 설명도 없었다. 법관들은 '공개시장' 이론의 유효성을 의심 없이 받아들인

것 같다. 요컨대, 그들은 '진리를 발견하는 가장 좋은 방법은 다양한 의견들 사이의 활기찬 경쟁'이라는 이 모델의 이론적 근거를 타당하다고 생각한 것이다. 셋째, 법관들이 '공개시장' 이론을 정의하고 적용하는 방식에도 큰 변화를 보여왔다. 그들은, 자신들이 처음에 상정했던 '하나의 포괄적인 공개시장' 모델-모든 사상들이 모여져 마침내 하나의 진리가 만들어지는-을 전적으로 폐기하지 않으면서, 제각각의 수용자와 운영관리와 매개변수를 가진 일련의 '공개시장'이 존재함을 지속적으로 파악해 온 것이다. 만약 그렇다면, 설령 '공개시장' 모델이 유효하지 않다 해도, 거대한 공개시장 모델을 겨냥한 비평가들의 비판은 소규모의 다양한 공개시장 모델에 대해 적용될 수 없을 것이다. 법관들은 그러한 소규모의 다양한 공개시장의 존재를 발견하였다.

이러한 개념상의 견해 차이로 인해, 학자들은 연방법원이 상정하지 않은 엉뚱한 모델의 공개시장을 비판할지도 모르며, 마찬가지로 법관들은 비평가들이 모르는 공개시장 모델을 적용할 수 있을 것이다. 따라서, 공개시장 모델은 비효율적인 것이 아니라 언론 자유를 보호하는 중요한 도구가 될 수도 있다. 적어도 이 모델은, 법관들이 언론자유에 관한 판결의 기본 원리를 바꾸려고만 하지 않는다면, 언론 자유를 보호할 새로운 모델로 변형 될 수 있을 것이다.

■ 법관과 공개시장

'공개시장' 개념은 1919년 Oliver Wendell Holmes 판사에 의해 연방법원의 판결 원리로 도입되는 데, 그는 *Abrams v. United States* 사건 판결에 이견을 제시하며 그 근거로서 이 모델을 제시한 것이다. 불과 6개월 전에, 미국 정부의 전쟁준비를 비난하는 유인물의 배포 행위를 '스파이법(Espionage Act)'에 의한 '유죄'라는 판결을 지지했던 그는, 행위 당사자인 Jacob Abrams 에게는 그러한 내용의 유인물을 공표할 수 있는 헌법에 보장된 권리가 있다고 주장하면서, "한 사회는 사상의 자유로운 교환을 통해 보다 쉽게 '최고선(ultimate good)'에 도달할 수 있으며, 진리(truth)는 사상의 공개시장에서의 경쟁을 통해 자신의 참됨을 증명할 수 있다. 또한 한 사회의 모든 바람은 진리라는 토대 위에서만 안전하게 성취될 수 있으며, 그것이 우리 헌법의 기본 논리다."라는 말로 자신의 주장을 뒷받침하였다.

Holmes 판사는 연방법원의 법관으로서 처음으로 '공개시장' 모델을 언급하였다. 1919년부터 1995년 사이에 법관으로서 1년 이상 재직한 바 있는 49명의 법관 중에서 24명이 '공개시장' 모델을 언급했던 것으로 드러났다. 그들은 97개 사건의 125개의 판결 이유에서 '공개시장'을 언급하였는데, 어떤 것은 분명한 의미로 사용되었고, 출처가 분명한 인용문 형식으로 언급된 것도 있었다. 그 중 15개 사건에 대한 판결에서는 직접적으로 '공개시장'을 언급하진 않고, 보다 일반적이거나 모호한 의미로 '공개시장'의 존재를 암시하였다. '70년대 이후로는 '공개시장' 모델을 판결 이유에 포함시키는 빈도가 더욱 늘어났으며, 가장 최근에 지명된 세 명의 대법관 역시 이 모델을 한 번 이상 언급해왔던 것으로 나타났다. 그런데, 이 세 명의 대법관-Ruth Bader Ginsburg, Clarence Thomas, Stephen Breyer - 들은 표현의 자유와 관련된 사건 중 오직 일곱 건의 판결을 위해 서로 협력했을 뿐이라고 한다. <표 1>은 시대에 따라 '공개시장' 이론 인용 횟수가 급격히 증가하여 왔음을 보여주며, <표 2>는 연방법원 법관들의 개별적 언급 횟수를 나타낸다

〈표 1〉 연도별 미대법원 “공개시장”모델
언급 빈도

연 도	사 건	언 급
~ 1919	1	1
1920 ~ 29	1	1
1930 ~ 39	0	0
1940 ~ 49	5	6
1950 ~ 59	4	7
1960 ~ 69	11	12
1970 ~ 79	27	35
1980 ~ 89	29	37
1990 ~	19	27
계	97	126

뿐만 아니라 법관들은, 수정헌법 제 1 조와 관련된 모든 사건-사건 구금 명예훼손 사생활 침해, 포르노그래피, 정보 접근권, 광고, 피케팅, 의사표현 행위, 방송, 유선방송 규제 등-의 판결에서 표현의 자유를 지지하기 위해 '공개시장'모델을 사용해 왔다. 표현의 권리와 직접적으로 연관된 사건 뿐만 아니라, '표현의 자유의 보호'라는 대명제의 연장선상에 있는 모든 사건들에 적용하여 왔던 것이다. 실제로 표현의 자유와 별다른 관련이 없는 사건에도 이 모델이 적용되었는데, 예컨대, '역차별(reverse discrimination : 소수파의 다수파에 대한 차별, 소수민족의 백인에 대한 차별 또는 남성에 대한 여성의 차별 등)'과 '성차별' 관련 사건 그리고 학교 기금 모금 관련 사건 등을 들 수 있다. 한 가지 특기 할 만한 사실은, 공개시장 모델이 판결문 내의 소수의견이 아니라 다수의견의 논리적 근거로 작용하였을 때도, 법관들은 일관되게 언론 자유에 부합하는 방향으로 판결을 내렸다는 점이다.

〈표 2〉 판사별 “공개시장”모델 언급 빈도

판 사 명	다수 의견	동의 의견	반대 의견	유보적 의견	기타	계
Black	2		1			3
Blackmun	5	3				8
Brandeis		1				1
Brennan	13	3	5	1		22
Burger	5					5
Douglas		2	5			7
Fortas	1					1
Frankfurter	1	2	1			4
Goldberg	1					1
Harlan				1		1
Holmes				1		1
Kennedy	3					3
Marshall	4	1	1			6
Murphy	1					1
O'Connor	3	3	2			8
Powell	9	1				10
Rehnquist	2		6		1	9
Rutledge	1					1
Scalia	1		1			2
Souter	1					1
Stevens	7	5	8			20
Stewart		2	1			3
Vinson	2					2
White	2		1			3
Percuriam	1					1
계	65	23	32	3	1	124

언론 자유를 다룬 사건과 관련된 70 개의 다수 또는 과반수 이상의 의견을 통해 법관들은 공채시장 모델을 직간접적으로 언급하였는데, 그 중 31 개의 의견에서 공개시장 모델은 판결 논지의 한 부분으로 사용되었고 이 모든 의견들은 언론 자유를 지지하였다. 이와는 반대로, 공개시장 모델을 언급하긴 했지만 그것이 판결 논지 속에 포함되지 않았던 38 개 다수의견 중 6 개 의견만이 언론자유를 옹호하지 않았다.

수정헌법 제 1 조의 기본적인 목적은 모든 제약으로부터 '공개시장'을 보호하는 데 있다고 법관들은 얘기해 왔다. 서로 다른 사상들의 경쟁은 선거과정의 핵심이자, 표현의 자유의 핵심을 이룬다고 그들은 말해 왔다. 자신이 신봉하는 사상을 무제한적으로 배포할 수 있다는 사실은 공공 복지의 필수 요소이며, 자유로운 공개시장은 '공화정'을 보호하는 주요 기제인 것이다. 그런 까닭에 '공개시장'을 독점과 모든 형태의 왜곡으로부터 지켜, 모든 사상이 자유롭게 유통될 수 있도록 법관들은 노력하였던 것이다. 이 때 정부는 절대 중립을 지켜야 하며, 의견 차별은 금지되어 있다. 만약, 정부가 특정 의견을 차별하고 공개시장에 부당한

영향을 끼칠 규제를 가한다면, 또 그런 것을 허용한 법령을 발표한다면 이 모든 것은 헌법에 위배된다.

법관들이 아무리 끊임없이 공개시장에 대해 언급하고 수정헌법 제 1 조의 기본 목적이 공개시장을 보호하는 데 있다고 강조한다 하여도, 공개시장에 대한 그들의 의견에는 정확한 용어 정의나 시장의 운영 원리에 대한 설명이 결여되어 있다. 실제로 공개시장에 대한 3분의 1(125개 의견 중 47개) 이상의 언급이 출처가 불분명하며, 출처를 밝힌 경우에도 그 출처를 찾아보면 인용에 대한 언급이 없는 경우가 대부분이다. 오직 6개의 다수의견 만이 Abrams 사건에 대한 Holmes 판사의 견해를 인용했을 뿐인데, Holmes 판사 역시 인용처를 밝히지 않았다. 분명히 Holmes 판사는 모든 사람이 '공개시장'에 대해 알고 있다고 가정했던 것 같다. 그는, 사상의 자유로운 교류를 통해 진리가 결정된다는 것이 헌법의 근본 원리라고 쓰고 있는데, 누가 그런 주장을 폈었는지 그리고 어떻게 그런 법칙이 작용하는지에 대해서는 밝히지 않았다.

공개시장 모델에 대한 법관들의 절제되지 않은 믿음은 그들의 연구 논문에서도 잘 드러난다. Hugo Black, William J. Brennan, William O. Douglas, John Marshall Harlan, Thurgood Marshall, 그리고 Earl Warren 등 표현의 자유를 강력하게 옹호했던 법관들의 글을 살펴보면, 그들이 공개시장에 대한 실질적인 논의를 나눴다는 흔적은 찾아볼 수 없다.

공개시장 모델을 기축으로 삼은 논문이지만 정작 인용문 하나 제대로 언급하지 못한 경우도 있으며, 인용문을 내세우긴 하였지만 용어에 대한 정의와 인용문의 출처가 빠진 경우가 대부분이다. Miller v. California 사건을 예로 들어보자. 이 사건에 대한 검토 과정에서 Brennan 법관이 외설의 기준이 모호하다고 반박하자, 수석대법관(Chief Justice) Burger는 그런 것은 문제될 것이 없다며 다음과 같이 자신의 견해를 밝혔다. "나는 사상의 자유로운 교류를 보호하는 것이 수정헌법 제 1 조의 정신이라 생각한다. 하지만 음란물에 대한 적절한 규제는 필요하다고 보며 그것이 국가와 국민을 위해 좋은 일이라 생각한다." 3개월 후 Burger 대법관은 자신의 주장을 되풀이하여, 모든 법관들에게 '공개시장'에 대한 다음과 같은 견해를 전했다.

"나는 사상의 자유로운 교류를 보호하는 것이 수정헌법 제 1 조의 정신이라 생각한다. 하지만, 외설물과 포르노에 대한 규제가 사상의 자유를 억압할 것이라는 막연한 가정은, 비록 지금은 분명하지 않다 하여도, 언젠가는 역사상 유례없는 엄청난 사기행각으로 밝혀질 것이며, 그 가정 자체가 표현의 자유를 위한 투쟁의 역사를 상스러움과의 활발하고 자유로운 논쟁으로 격하시킬 것이다." 하지만, 그나마 이런 류의 언급 조차도 매우 드물어지고 있으며, 이미 지적하였듯이, 공개시장이론의 작용 원리를 제대로 설명하지도 못한다. 이런 이유 탓이었는지, 비평가들은 표현의 자유와 관련된 판결에서 공개시장 이론이 차지하는 가치를 두고 법관들과 전적으로 반목해 왔다.

■ 비난 받는 공개시장 이론

법관들의 잦은 언급과 몇몇 특출한 옹호론에도 불구하고 '공개시장' 이론은, 언론의 자유를 보호하는 유의미한 논리로 받아들여지지 않고 있다. 공개시장 이론에 대한 가장 흔한 비판은 그것이 잘못된 가정들에 근거하고 있다는 것이다. 어떤 학자는, 적어도 학문의 세계에서는

공개시장 이론의 가정들은 전적으로 거부당하고 있다고 지적했다. 비평가들이 지적하는 잘못된 가정들이란 첫째, 모든 사람이 '공개시장'에 접근할 수 있고 둘째, 진리는 주관적이기보다는 객관적이고 선택되거나 인위적으로 만들어지기 보다는 단지 발견 가능한 것이며 셋째, 진리는 항상 공개시장의 여러 사상들 속에서 존재하여 끝내 살아 남으며 넷째, 사람은 기본적으로 이성적인 까닭에 진리를 인식할 수 있다는 것이다.

Jerome A. Barren 교수는 공개시장 비판론의 제 1 세대에 속하는데, 특히 그는 '모든 사람은 공개시장에 접근할 수 있다'는 가정에 대해 통렬한 비판을 가했다. Harvard Law Review 에 1967 년에 기고한 글에서 Barren 교수는, 수정헌법 제 1 조가 언론에 대한 수용자의 접근권을 보장한 것은 공개시장 이론이 생각했던 것 만큼 효과적이지 못한 데 따른 것이라고 주장하였다. "우리의 헌법 이론은 표현의 자유에 관한 낭만적인 관념 즉, 공개시장은 자유로이 접근할 수 있다는 믿음에 사로잡혀 있다. 설령 그런 자율적인 공개시장이 예전에 있었다고 하더라도 언제부턴가 사라져 갔다."고 그는 논박하였다. Barren 교수는, 이전 단순히 표현의 자유를 보호하는 것만으론 불충분한데, 그것은 커뮤니케이션 산업의 변화로 말미암아 공개시장의 균형상태가 파괴되었기 때문이라고 설명하였다. 정부의 보복 위협으로부터 의사 표현의 권리를 보호하는 것 만큼 표현의 기회를 창출하는 것이 중요해졌기에, 미디어에 대한 접근권은 법으로 보장되어야 한다.

또 다른 비평가들은, 접근권 문제의 해결을 통해 공개시장 모델의 실효성을 제고시킬 수 있다는 Barren 교수의 주장에 동의하지 않는다. 진리는 발견가능한 그 무엇이 아니며, 다양한 사상이 서로 경쟁한다는 사실만으로 진리의 존재 가능성을 보증할 수는 없기 때문에, 비록 동등한 시장접근권이 보장된다 하더라도, 공개시장 이론은 여전히 비실제적인 논의에 그친다는 것이다. 학자들은 단일한 의미의 진리보다는, 사회경제적 지위나 경험, 심리적 경향, 사회적 역할 등의 영향을 받아 진리와 거짓의 양면을 동시에 가지는 다양한 사상들이 존재한다고 가정하는 편이 옳다고 주장한다.

C. Edwin Baker 씨는 비록 공개시장 모델에 결함이 있긴 하지만 풍부한 정보를 제공해주기 때문에 유용하다는 주장도 잘못된 것이라고 지적한다. 이러한 주장은, 자유로운 공개시장이 통제된 시장보다 유용하고 효율적인 정보를 제공할 수 있다는 가정에 근거하고 있는데, 사실 그 누구도 자유 시장에서의 정보가 통제된 시장에서의 정보보다 좋거나 나쁘다는 평가를 할 수 없다. '더 좋다', '더 나쁘다' 그리고 '효율적이다'라는 용어는 공허한 것이며, 그에 대한 표준화된 평가기준도 마련되어 있지 않다고 Baker 는 주장하였다. 사람들은 이성적이지 못하며 진리를 인식할 수 없다는 점을 들어 '공개시장' 모델의 적용가능성을 비판하는 사람들도 있다. 공개시장의 정보 소비자들은 미디어 메시지의 형태나 노출 횟수의 차이에서 오는 정보 왜곡을 극복할 수 없으며, 메시지의 포장 방법은 메시지의 내용 만큼 소비자들의 정보 수용에 영향을 미친다는 것이다.

■ 공개시장에 대한 법원의 재정의

공개시장 이론의 비평가들은 이 이론의 옹호자들이, 모든 사상들이 쏟아져 들어 오는 곳 또는 그곳에만 들어 가면 진리는 신기하게도 떠오르는 곳으로서 공개시장을 상정하고 있다고 비판한다. 실제로 한 때 그러한 공개시장이 존재했을 수도 있다. Burger 대법관은

언론매체에 대한 접근이 비교적 손쉬웠던 1791년을 이러한 공개시장이 존재했던 시기로 파악했다. 그러나 Jerome Barron이 지적하였듯이 Burger도 그런 공개시장은 이미 사라져버렸다고 주장한다. 대도시의 수많은 신문들을 사라지게 했던 것과 같은 경제적 요인들로 인해 인쇄 매체가 주도하는 공개시장에 대한 참여는 거의 불가능해졌다고 논박한다.

여기서 Burger는 특정의 구체적인 공개시장을 언급하였는데, '인쇄매체가 제공했던 공개시장'이 바로 그것이다. Burger의 지적에서 유추할 수 있는 것은 또 다른 공개시장이 존재한다는 점이다. 실제로 많은 법관들이 하나가 아닌 다수의 공개시장에 대해 얘기해왔으며, 이 공개시장들에게 각각의 미디어 기술, 지리적 요인, 내용, 또는 다른 요소들에 의해 움직여진다는 점을 지적해왔다. 즉, 하나의 사상은 하나 뿐인 공개시장이 아닌 특정한 공개시장으로 편입되어, 보다 제한되고 통제된 상황 속에서 다른 사상들과 경쟁한다는 것이다. 만약 이것이 타당하다면, 그것은 공개시장 이론에 대한 기존의 시각에 큰 변화가 있어야 함을 의미한다. 1791년의 통합된 공개시장은 다수의 공개시장으로 대체되었고, 그중 어떤 것은 기존의 것보다 효율적으로 작동하기에, 공개시장에 대한 기존의 비판들 가운데 많은 수가 제기되어야 할 것이다. 명백히 법관들은, 여러 개의 공개시장들이 응집된 형태로 존재하며 각기 나름대로의 운영 원리와 매개 변수와 수용자들을 가진다는 사실을 파악해왔다. 표현의 자유에 관한 극단적인 의견을 개진하였던 Willam Brennan과 William Rehnquist는 공개시장을 대하는 법관들의 전형적인 태도를 보여 준다.

콜롬비아 방송사와 민주당 전국위원회 사이에 벌어진 소송 사건에서 법관들은, 방송사업자가 반드시 공공문제에 관한 유료 광고(paid announcements)를 내 보낼 필요는 없다고 판결하였는데, 미디어 접근에 관한 동등 원칙(fairness doctrine)만으로도 그러한 이슈의 방송을 보장할 수 있다는 것이 담당 법관들의 판결 근거였다. 이에 대해 Burger는, 결국 미디어 체계가 부유한 사람들에게 유리한 방향으로 기울어질 것이기에, 그러한 판결하에서는 공개시장이 제기능을 다하지 못할 것이라고 법관들에게 경고했다. Brennan 역시 이 사건에 대한 판결에 동의하지 않았다. "지금 문제가 되고 있는 원칙은 아주 중요한 것이다. 왜냐하면 우리 지금, 국민들이 방송 매체를 통해 중계되는 열띤 공공토론에 참여하거나 그것을 들을 수 있는 권리를 다루고 있기 때문이다. 수정헌법 제 1 조가 사상의 공개시장 보호를 규정한 것은, 방송사업자의 권리보다는 시청자와 청취자의 권리를 보장하려는 의도를 담고 있으며, 그리고 방송사업자에게 공공문제에 관한 유료 광고를 방송하라는 요구는 편집권을 훼손하지 않는다. 또한 방송사업자에게 허용된 표현 자유의 권리에는 타인의 자유로운 의사 표시를 무시하는 것이 포함되지 않는다. 만약 이런 일이 허용된다면, 그것은 사람들이 고안해 낸 가장 효율적인 공개시장으로부터 시민들을 배제하는 결과를 낳을 것이다.

"Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission 사건에서 법관들이 헌법에 배치된다는 이유로, 전기 사용을 촉진시키는 내용의 광고를 금지시키자 Rehnquist 판사는 실망하였다. 그는 법관들이 상업적 표현들을 상업성을 띠지 않는 것들과 차별 없이 보호함으로써 수정헌법 제 1 조의 정신을 흐트러 놓았다고 불평한다. 보이지 않는 손의 보호 아래 자유방임주의적 정책이 최적의 의사결정을 남는다는 일반적 시장과 동격으로

간주되었던, 그런 공개시장에 대한 잦은 언급에도 불구하고 법관들은 어떤 형태의 표현이 다른 것에 비해 많은 제약을 받고 몇몇은 수정헌법 제 1 조의 보호 밖에 존재하는 등 표현의서열화가 이뤄져 있음을 인정하였다.

Rehnquist는 공개시장에 내재된 결함들로 인해 상업적 표현들에 대해선 추가적 규제가 필요하다고 주장하였다. 공개시장에 의해 상업적 표현들이 잘못된 것이라는 사실이 끝내 밝혀질 수도 있지만 그땐 이미 많은 사람들이 오도되었을 지도 모른다는 것이다. 반면에, 정치적 표현에는 사람들을 속이는 사상이란 존재하지 않는데, 그곳에는 너무나 합당하여 즉각 인정받을 수 있는 제안들과 쓸모없는 제안, 또는 실현 불가능한 계획만이 존재할 뿐이다. 그는 말하길, 사상의 자유로운 흐름은, 그것이 객관적 진리의 발견으로 이어지기 때문이 아니라, 그것이 자치(self-government) 체제에 꼭 필요하기 때문이다. 하지만 반지 언론의 양을 늘리는 것으로 상업적 표현의 거짓과 오류를 시정할 수 있다는 생각은 전적으로 이치에 맞지 않으며 비논리적인 것이라고 지적한다.

이상에서 Brennan과 Rehnquist가 제시한 사항은, 공개시장은 방송산업과 상업적 표현, 정치적 표현을 위해 존재하며, 각기 상이한 규제 체계를 가진다는 점이다. 사실 법관들은 규제 체계의 존재가 특정 사상을 공제시장으로부터 배제시킴을 의미하는 것이 아니라고 주장하여 왔으나, 그와 동시에 그들은 공제시장에 대한 부당한 영향을 막기 위해서 규제 조항은 삽입될 수도 있다고 말해 왔다. 규제 조치는 어떤 공개시장에 관한 것인가에 따라 달라질 것이다.

방송 매체를 예로 들어 보자. 지금까지 만들어졌던 것 중에서 가장 효과적인 공개시장을 형성하고 있다는 이유 만으로도 이 매체는 다른 매체에 비해 많은 정부 규제를 받고 있다. 사실상 방송 매체에 대한 규제 체계 중에서 공개시장 이론에 근거한 것도 있다. FCC v. National Citizens Committee for Broadcasting 사건 판결의 다수의견에서 Marshall 판사는 방송국 소유에 관한 FCC의 규제조항은, 공동체 내부의 더 많은 목소리를 이끌어내고, 다양하고 상반된 입장들이 가능한 한 최대의 정보를 유포하기 위함이라고 지적하였다. 신문사와 방송국이 동일인의 소유 아래 있어 지역 공제시장에서 독점이 형성되는 곳에서는 이런 조항이 매우 중요하다.

Minnesota Board for Community Colleges v. Knight 사건의 판결 과정에서 제시된 의견은 정부 자체가 하나의 공제시장일 수 있다는 점을 지적하고 있다. 미네소타주 법원은, 수정헌법 제 1 조에는 지역 공립대학의 학장이 교사 노조의 조합원이 아닌 교육 종사자의 불만을 해소해야 한다는 조항이 없다고 판결하였다. 이는, 정부가 수정헌법 제 1 조의 정신에 따라 자신에 대한 모든 불만에 대응할 필요는 없다는 것을 의미한다. 하지만 Brennan은 비록 조합에 속하지 않는 교수진일지라도 수정헌법 제 1 조의 정신에 의거 자신의 견해를 대학 학장에게 전할 수 있는 권리를 가진다고 논박하였다. 교실 자체가 공제시장을 이룬다는 점을 지적하면서 Brennan은 교실 내에서 새롭거나 논쟁적인 사상을 탐구할 수 있는 자유는, 교육 행정의 중요한 문제에 관해 교수진이 자신의 견해를 학장에게 밝힐 수 있는 자유와 밀접한 연관성을 가진다고 주장하였다. 이로 미뤄볼 때, Brennan은 정부적 차원의 논쟁이 하나의 공제시장을 이룬다는 것을 암시한 것이다.

법관들은, 상업적 또는 정치적 표현이 자신만의 공개시장을 가지듯이, 방송과 정부 그리고 지역사회가 자기들만의 소규모 공개시장을 형성한다는 사실을 지적하였다. 법관들은 앞서 기술한 것 외의 다른 공개시장도 파악해 왔다. Brennan 이 교실을 하나의 공개시장으로 언급한 것은 좋은 예이다. 표현의 자유와 관련된 모든 사건을 '공개시장' 모델에 비유하는 방식은 Keyshian v. Board of Regents 사건에서 비롯되었는데, 여기서 법관들은 공립 종합대학이 고용 조건으로 충성선언을 하도록 한 것에 대해 철퇴를 가했다. 학문의 자유는 아주 특별한 문제라는 점을 지적하며 Brennan 은, 수정헌법 제 1 조 조차도, 헌법에 보장된 자유 보호가 가장 중요한 교실에 정통만을 강요하는 법률을 허용하지 않을 것이라고 말한다. 교실은 아주 특별한 사상의 공개시장임을 Brennan 은 지적한 것이다. 국가의 미래는 어떤 형태의 권위적 선택에 의해서가 아니라, 다양한 공개시장을 경험하며 훈련된 지도자들에게 달려있다고 그는 주장하였다.

교수진 충성 선언과 같은 경우 외에도, 종교 집단의 대학 시설 이용, 학생 단체에 대한 대학당국의 인정, 고등학생의 검은 완장 착용, 인디언 출신 중등학생의 머리 모양 등의 문제에도 '공개시장' 모델이 적용되었다. 또한 법원이, 학교가 독특한 공개시장이라는 점을 들어, 학교 이사회가 그 내용을 문제 삼아 특정 서적을 학교 도서관에서 제외시키는 권리를 인정하지 않은 경우도 있었다. 덧붙여, 법관들은 연속되는 학술회의나 강연, 피케팅이 이뤄지는 공간, 주 박람회, 그리고 우편체계 같은 것도 개별적인 공개시장을 이룬다고 제시해 왔다. 그리고 법정 또는 가정과 같은 사유공간은 공개시장이 아닌 곳으로 분류했다.

■ 결론

'사상의 공개시장' 모델은 표현의 자유 관련 소송의 판결에 가장 많이 이용되고 있다. 법관들은, 너무나 안이하고 비현실적이라는, 점증하는 비난에도 불구하고, 수정헌법 제 1 조의 영역에 속하는 모든 사건 판결에 이 모델을 이용하여 왔다. 그러나, 이 모델을 비판하는 학자들은 법관들과는 다른 공개시장을 영두에 두고 있을지도 모른다. 법관들은 하나의 통합된 공개시장이 아닌 제 각각의 운영원리와 매개변수와 규제 체계, 수용자를 가진 다수의 소규모 시장의 존재를 인정하였다. 실제로 그들은 방송과 지역 공동체, 상업적 표현, 정치적 표현, 우편체계, 학교 교실과 도서관, 주 박람회, 학술회의 및 강연, 항의 시위 등을 공개시장으로 파악했다. 반면에 법정은 공개시장이 아닌 것으로 파악했다.

얼핏 보면, 다양한 소규모 공개시장을 창출하면서 법관들은 공개시장 모델을 혼동시키는 것처럼 보인다. 교실과 우편 체계, 도서관, 지역 공동체, 그리고 법정은 다양한 매체가 메시지를 전파하는 구체적 '장소'인 반면에, 상업적·정치적 표현은 내용 분류 상의 '유목'들이며, 방송과 인쇄매체 그리고 피케팅은 구체적 매체를 지칭하고 있다. 이렇게 서로 달라 보이는 것들을 '공개시장'의 테두리로 묶는 것이 타당한가? 법관들은 자신들이 공개시장에 대한 정의를 바꿔가고 있다는 사실을 인식하고 있을까? 또 그들은 표현의 자유에 관한 자신의 의견을 단지 낭만적 수사로만 지지하고 있는 것인가?

사실, 분류 과정의 모순이나 법관들의 의도 따위는 중요한 문제가 아니다. 공개시장이 어떤 형태를 띠었든 간에, 기존의 모든 것을 포괄했던 '공개시장' 때와는 달리 개별

공개시장의 운영 원리는 보다 효율적으로 바뀌었다는 점이 중요하다. 지역 공동체나 지역 신문 혹은 교실에서의 매체 접근은 보다 수월해질 것이며, 관중들은 보다 많은 공통기반을 갖게 될 것이며, 이로 인해 많은 문제가 해결될 가능성이 크다. 그리고, 비슷한 이유로, 소규모 공개시장의 창출이 의도적이었는지, 아니면 자연발생적인 것인지도 중요하지 않다. 중요한 것은 공개시장이 계속 창출되고 있다는 점이며, 그것이 표현의 자유를 보호하는 또 다른 힘으로 작용할 수 있다는 사실이다.

이상에서, 법관들이 '사상의 공개시장' 이론에 대해 어떤 자세를 보여 왔는지를 되짚어 보았다. 이런 고찰에서 밝혀진 사실이, 공개시장 이론의 효과나 실용가능성에 대한 사람들의 태도를 유의미하게 바꿀 수 있을지도 모른다. 이러한 태도 변화는 표현의 자유와 관련된 사건의 판결을 연구하는 데 있어 하나의 전기가 될 것이다.