

존 스튜어트 밀의 자유론과 사상의 (자유)시장, 가짜뉴스*

윤 성 현 **

I. 존 스튜어트 밀의 자유론과 사상의 (자유)시장, 가짜뉴스

1. 자유론의 배경¹⁾

- 존 스튜어트 밀(1806~1873)의 주저 자유론(On Liberty, 1859)
- 자유론 집필 계기: 대중민주주의 발전과 민주적 사회의 도래에 따른 다수의 전제(the tyranny of the majority)와 빅토리아 시기 영국 사회의 도덕주의적인 분위기(예컨대 금주법)
- “사회(society)가 개인(individual)에 대하여 정당하게 행사할 수 있는 권력(power)의 성질과 한계를 다루고자 한다.”
 - ☞ 사회(society)는 국가+시민사회, 특히 여론의 압제를 우려함(토크빌의 문제의식 공유). 사회와 개인의 구분선이 바로 자유
 - ☞ 자기/타인(self-regarding/others-regarding area) 구분, 곧 개인/사회
- 자유의 원칙(one very simple principle): 자기보호(self-protection)와 타해금지(to prevent harm to others)
 - ☞ 타인에게 해악을 끼치지 않는 한 개인의 자유는 최대한 보장되어야 한다.
 - ☞ 자신에게만 관련된 부분은 절대적 독립성, 타인과 연계된 부분은 사회에 책임을 져야 함.
- “개인이나 대중에 대하여 명백한 손상 혹은 손상의 위험이 있을 때는 언제나 그 경우는 자유의 영역에서 벗어나 도덕(morality) 혹은 법(law)의 영역에 위치하게 된다”

* 본 주제는 토론자로서도 아직 공부와 더 필요하며, 아직 잠정적인 중간결론에 그침을 밝힙니다. 좋은 학문적 공론의 장을 마련해주신 황성기 오픈넷 이사장님과 해묵은 공부과제를 새롭게 들여다볼 계기를 마련해주신 이상욱 HY CELPST 센터장님께 감사 말씀 드립니다.

** 한양대 정책학과 부교수, 헌법학.

1) 윤성현, J. S. Mill의 자유와 민주主義에 관한 憲法學的 研究, 서울대 법학박사학위논문, 2011.2, 제3장 제1절 참조.

- “한 개인이 사회에 끼치는 단순히 개인적 혹은 추정적 상해 정도의 불편은 인간 자유의 더 큰 선(good)을 위하여 사회가 감내할 수 있다”

2. 존 스튜어트 밀의 사상의 (자유)시장(marketplace of ideas)론

- 밀의 자유의 내포: “양심의 자유, 사상과 감정의 자유와 더불어 언론, 출판의 자유도 자유의 원칙이 적용된다고 함. 언론, 출판의 자유는 타인과 관계되는 개인의 행동 부분에 속하기 때문. 그러나 그것이 사상 자체의 자유와 거의 같은 정도로 중요하고, 대부분 같은 이유에 근거하기 때문에, 양자를 실제로 분리할 수 없다.”

- 밀은 의견(opinions)과 행동(acts)을 구분하면서, 비방적인 의견이 단순히 언론을 통해 유포되는 경우와 달리, 성난 군중들 앞에 구두로 전달되거나 플래카드로 전달되는 경우 경우에는 처벌을 감수해야 한다고 봄.

☞ 밀은 의식의 내면적 영역으로서의 자유의 영역에, 의견과 사상, 그리고 이를 전달하는 언론, 출판을 포함하면서 같은 수준으로 보호해야 한다고 봄.²⁾ 그러나 행동의 경우는 다르게 판단.

☞ 밀이 말한 사상(idea)은, 그리고 이를 이어받아 흄즈 대법관이 Abrams 판결에서 발전시킨 사상의 시장(marketplace of ideas)론은,³⁾ 의견은 물론 사실(fact)도 포함한다고 보아야 하지 않을까 생각됨.⁴⁾ 밀이 과연 사실과 의견을 엄밀히 구분했는가에 대해서는 아래 서술을 볼 때도 다소 의문이 드는 부분.

「밀은 의견의 자유(freedom of opinion)와 의견 발표의 자유(freedom of the expression of opinion)가 (다른 모든 복지가 의존하는) 정신적 복지에

2) 우리의 경우 헌법 제19조와 제21조가 별도로 규정되어 있는 부분을 고려해볼 필요가 있을 것이다. 즉 내면의 영역으로 개별성의 핵심적인 영역으로서의 19조와 역시 핵심적인 기본권이지만 사회적 연계와 책임의 영역도 일부 포함하는(특히 제21조 4항도 참조) 차이가 있다. 하지만 설령 그러하더라도 기본권의 보호영역과 그 제한의 문제는 구분되기 때문에, 가짜뉴스를 표현의 자유의 보호영역과 연계시켜 바라볼 것인지는 또 다른 문제이다.

3) 이 맥락에 대해서는, 윤성현, “미국헌법상 표현의 자유의 지지논변으로서 사상의 시장론”, 공법연구 42(2), 2013.12 참조.

4) 밀은 자유론에서 사실(fact)에 대해 언급하지 않았다는 견해가 있다. A close reading of John Stuart Mill's *On Liberty* also reveals that his defense of the marketplace of ideas extended only to values and feelings about facts, not statements that are demonstrably false. "morals, religion, politics, social relations, and the business of life." Facts were not included. Justices Holmes and Brandeis, arguably the most important proponents of the marketplace of ideas in the American legal tradition, evidenced a similar focus on ideas and advocacy, not facts. The marketplace of ideas was always meant to be a marketplace of ideas, not facts. There is no marketplace in facts. (Ari Ezra Waldman, *The Marketplace of Fake News*, 20 U. PA. J. Const. L. 845 (2018), pp.868-869)

필수적인 근거 네 가지를 다음과 같이 정리하여 옹호: “첫째 침묵을 강요당한 의견이 진리일지 모른다는 것이다. 둘째, 설사 침묵을 강요당한 의견이 잘못됐을지라도, 진실의 일부는 갖고 있음이 보통이므로, 반대의견과 충돌이 있을 때 진리의 나머지도 밝혀질 수 있다는 것이다. 셋째, 사회통념이 모두 진리라 하더라도, 그것에 이의가 제기되지 않으면 합리적 근거가 아닌 편견의 형태로 지지하게 된다는 것이다. 넷째, 의견의 자유가 없다면, 이론 자체의 의미가 상실되거나 약화되고, 사람의 성격과 행위에 미치는 활발한 효과도 상실되게 될 것이라는 것이다.”」

3. 존 스튜어트 밀은 가짜뉴스를 어떻게 보았을까?

☞ 사실 단정해서 말하기 어렵고 조심스럽다. 밀의 다면성(many-sidedness), 또한 매우 치밀한 절충주의, 회의주의, 개량주의적 학문 방법론을 고려하면, 더욱. 밀이 지금 환생한다면, 분명히 19세기 당시의 논의를 넘어, 21세기 현대의 이론과 상황들을 면밀하게 모두 고려했을 것에 틀림없다.

☞ 물질보다는 정신과 지성에 높은 가치를 두는 밀의 특성 - 자기발전과 진보의 학문, 공리주의에서도 질적 측면 강조(돼지보다 소크라테스), 부르주아 자유주의가 번성했던 빅토리아 시기에, 재산권도 제한될 수 있다고 보았고, 사회주의도 긍정하는 등 상업사회화, 물질주의 경향에도 부정적.

☞ 이에 따라 보았을 때 밀은 사상과 표현과 같은 정신적 가치를 최대한 보장하려는 입장을 취했을 것임. 사상의 시장에서 오류여부를 판단함으로써 진리를 발견하려는 구상.

☞ 하지만, 국가의 절대권력과 사회적 여론의 압제 모두를 배척하고자 했던 밀의 입장에서, 가짜뉴스 중에서도 특히 의도성과 고의성을 가진 ‘적극적 허위조작정보’와 같은 경우에는, 인터넷이라는 타인에게 더 크고 빠른 해악을 끼칠 수 있는 사회적 영향력을 가진 매체를 통해, 다른 개인이나 사회에 해를 끼친다고 보았을 가능성도 배제할 수 없다고 봄. 이 때, 어떤 의도와 목적성을 가지는가, 어떠한 법익을 침해하고 사회적 폐해를 미치는가를 꼼꼼하게 따져보았을 것임.

☞ “누가 왜, 가짜뉴스를 생산하는가?”와 더불어 “가짜뉴스를 누가, 왜 규제하려 하는가?”의 측면에서도 바라보아야 한다. 소위 보수정부 시절 정부에 대해 반대하는 의견을 봉쇄하기 위해 여러 시도가 있었는데(미네르바 사건 등등), 그 때 비판하던 오늘날 소위 진보정부에서 가짜뉴스 규제법안 입법안이 쏟아지고 있다. 가짜뉴스가 혹여 ‘자신이 싫어하는 생각의 자유’를 제거하기 위한

도구 개념으로 쓰이고 있지는 않은지 되돌아봐야 한다.

☞ 이런 맥락과 연계하여, 발제문의 논지인 ‘공적 속의의 맥락에서 거짓/기만 정보가 ‘표현의 자유’의 보호 영역에 속한다고 보기 어렵다’고 봐야 하는가에 대한 간략한 의견을 적어보면 다음과 같다.⁵⁾ 우선 표현의 자유가 사회적 속의 과정에 참여하는데 필요한 ‘도구적 가치’를 갖는 데 그치는 것인지도 다소 의문이다. 즉 사회적 속의과정에서의 표현의 자유를, 본래적 가치/도구적 가치로 쉽게 나눌 수 있는지도 다소 의문이고, 설령 도구적 가치의 측면이 있다고 하더라도 그것은 단순한 도구가 아니라 ‘매우 중요한 도구’일 것이기 때문에 이와 같은 이유로 거짓/기만 정보를 바로 표현의 자유의 보호영역에서 배제해야 한다고 할 수 있는지는 다소 의문이다. 예컨대 마이클존(Alexander Meiklejohn) 등 표현의 자유에 관한 자기지배(self-government) 이론에 따르면 정치적 표현은 더 중시되어야 하고 비정치적 표현은 상대적으로 더 제한될 수 있다고 하여 속의민주주의의 맥락에서 표현의 자유를 옹호하기도 하는 것을 보더라도, 공적 속의에서의 표현의 자유의 가치를 더 제한적으로 볼 수 있는 것은 아니라고 생각된다.

속의(deliberation) 개념의 선구자인 존 스튜어트 밀은, 비록 표현의 자유와 속의 민주주의의 관계를 직접적으로 논한 부분은 찾아보기 어렵지만, 속의를 논한 대표작 「대의정부론」에서 속의의 전당인 의회에서 말하기와 고충처리의 기능에 대해 다음과 같이 얘기하고 있는데, 이를 보면 밀은 속의의 가치를 매우 높게 보고 있음을 알 수 있다.

「밀은 이처럼 의회가 수행해야 할 기능으로서 정부를 감시하고 통제하는 것 (to watch and control the government)을 든 후, 다음으로 의회는 고충처리위원회(Committee of Grievances)인 동시에 여론의 전당(Congress of Opinions)이 되어야 함을 강조한다. 의회의 ‘말하기’(talking)의 기능에 대해서, 밀은 국민의 의견은 물론 뛰어난 인물들의 의견들도 반영되며, 자기의견이 기각되더라도 그것을 말할 수 있었다는데 만족할 수 있다고 한다. 또한 의사(will)에 밀린 것이 아니라 우월적 이성(superior reasons)에 설득당한 것이라 믿어 국민 다수의 대표자가 결정한 바에 따르게 된다는 것이다. 밀은 위와 같은 의회의 말하기 기능에 대해 말하면서, 의회가 종종 떠들기나 하는 곳이라는 비판을 받고 있지만, 이는 그러한 말하기가 모두 자신의 이익과 견해를 대변하는 기회를 제공한다는 면에서, 또 그러한 발언에 대해 따르지 못한다면 왜 그렇지 않은지를 명백히 언급하도록 한다는 면에서 의회는 중요한 역할을 한다고 보았다.»⁶⁾

5) 다만 거짓의 범주를 넘어선, 기만정보에 대해서는 평가를 달리 할 수 있다고 보인다.

☞ 그러나 밀은 극단적인 가짜뉴스의 경우 제재를 하더라도, 그 범위를 최소한으로 좁히려 했을 것 같고, 또한 그 제재에 있어서도 사법적 방식을 중심에 두지는 않았을 것 같다. 하지만 밀은 사법적인 부분에 대해서 자세하게 논하고 있지 않아서 이 부분은 모호하다.

II. 여론(餘論): How to Save the Marketplace of Ideas?

발제자께서 제시해주신 쟁점4를 “가짜뉴스의 배경이 되는 탈진실(post-truth) 사회의 도래를 맞아, 탈진실을 추종하고 맹신하는 자들에 어떻게 대응해야 하는가?, 맹목적 진영논리와 비토크라시로 분열된 지금의 사회를 넘어, 사상의 시장을 어떻게 구할 것인가?”의 물음으로 이해한다면, 토론자는 다음과 같이 답해보고자 한다.

「다수 의사에 의해 구성원들에게 강요되고 강제된 의사는 자유주의 원리에도 반할뿐더러, 자유와 평등의 상생에 기반한 민주주의 원리에도 반하는 것이며, 나아가 파당이 아닌 모두의 공공선을 추구하는 공화주의 원리와의도 합치하지 않는다. (중략)

숙의를 통해 소수(minority)에게도 동등한 존엄과 고려를 하는 ‘민주적 풋브레이크’와, 헌법을 통해 개인의 자유(liberty)를 보장하는 ‘자유주의·법치주의의 핸드브레이크’가 제 기능을 다할 때, 민주주의의 퇴행(democratic backsliding)이라는 사고를 미연에 방지하는 가드레일의 역할을 할 수 있음을 분명히 인식할 필요가 있다.」⁶⁾

추가적으로 원론적이지만 다음과 같이 말하고 싶다.

① 표현의 자유와 숙의 민주주의의 확대, 강화

② 시민의 표현과 숙의적 공동의사결정에 있어, 지식인 사회가 올바른 정보 제공 및 견제, 비판, 감시 기능은 충실히 수행해야. 팩트와 논변, 논거로 먹고사는 먹물, 식자들의 책무. 특히 언론, 대학, 그리고 시민단체 등. 지식사회마저 너는 누구편이냐는 진영 논리에 휩쓸려 들어가지 않도록 자율성과 독립성을 확보하고 스스로 자중하고 경계해야.

③ 정치권력에 대해서 전통적 권력분립 기관들인 행정관료, 사법부도 본연의 감시와 견제의 역할에 충실하기. 정치화와 권력화, 여론영합을 지양하고, 자기본연의 역할과 임무를 충실히 해내기.

6) 이 단락은, 윤성현, “J. S. Mill 민주주의론의 기초개념으로서 숙의(熟議)”, 법사학연구 47, 2013.4, 155-156면 참조.

7) 이상은, 윤성현, “대의민주주의를 넘어, 하이브리드 민주주의는 가능한가?— 새로운 민주적 거버넌스 모델을 위한 시론 —”, 공법연구 제49집 제2호 2020.12, 41-42면.