

표현의 자유와 인간 존엄성의 관계

The Relationship Between Freedom of Speech and Human Dignity

강 승 식*

Kang, Seung-Sik

목 차

- I. 문제의 제기
- II. 표현의 자유의 전통적인 정당성 근거
- III. 표현의 자유의 정당성 근거로서의 인간의 존엄성의 의미
- IV. 비교법적 관점에서 본 표현의 자유의 보호 범위
: 인간 존엄성과 관련하여
- V. 마치며

국문초록

인간 존엄성과 표현의 자유는 현대 입헌주의 국가 헌법에서 중요한 지위를 차지하는 기본권이다. 양자는 인격의 자기완성이라는 측면에 있어서는 이념적으로 상통한다. 그러나 이런 표면적인 분석을 떠나 양자가 차지하는 비교 헌법적 지위를 살펴본다면 양자 간에는 조화되기 어려운 갈등 관계가 있음을 발견할 수 있다. 바로 이 글은 이런 인간 존엄성과 표현의 자유의 갈등 관계를 비교 헌법학적 관점에서 논증하는 글이다. 이를 위해 먼저 표현의 자유의 전통적인 정당성 근거들을 개관하고 이들과 인간 존엄성의 관계를 살펴본다. 다음으로 표현의 자유에서 인간 존엄성이 가질 수 있는 의미를 두 가지 방향에서 해석해보고, 각각의 경우에 나타날 수 있는 문제점들을 지적한다. 또한 보다 일반적인 관점에서 인간 존엄성과 관련하여 표현의 자유 보호 범위에 영향을 미치는 요인들을 제시한다. 마지막으로 우리나라 헌법상 인간 존엄성과 표현의 자유를

논문접수일 : 2009. 6. 30.

심사완료일 : 2009. 7. 23.

게재확정일 : 2009. 7. 23.

* 법학박사·원광대학교 법학전문대학원 교수

규범 조화적으로 해석할 수 있는 방안을 제시한다.

주제어 : 표현의 자유, 인간 존엄성, 표현 규제, 헌법상 권리, 공익

1. 문제의 제기

인간과 동물이 가장 뚜렷하게 구별되는 점은 전자에게는 존엄성(dignity)이 있다는 것이다. 그러나 고대의 노예 제도, 중세 봉건 시대의 농노 제도, 근대 산업 혁명 이후 근로자에 대한 착취와 비인간적 대우, 나치 독일과 군국주의 일본에 의한 대량 학살, 고문, 테러, 공산 독재 체제의 무자비한 탄압에서 보듯 인류 역사에서 인간 존엄성(human dignity)에 대한 침해는 끊이지 않았다. 이에 대응하는 차원에서 특히 제2차 세계 대전 이후 독일, 일본 등 인간 존엄성을 극심하게 침해했던 패전국들과 스페인, 그리스를 비롯한 그 밖의 여러 국가들은 헌법에 인간 존엄성을 규정하였다. 나아가 인간 존엄성 보장은 인권 보장의 국제화 추세에 따라 국제적 차원에서도 전개되었다. 예컨대 1945년 국제 연합 헌장(전문), 1948년 세계 인권 선언(제1조), 1966년 국제 인권 규약(A규약 전문) 등은 인간 존엄성을 명시적으로 규정하고 있다.¹⁾ 이에 따라 인간 존엄성은 각국의 헌법상 기본권뿐만 아니라 국제 인권의 해석, 적용에 있어서도 큰 영향을 미치고 있다.²⁾

한편 오늘날 대부분의 성문 헌법 국가는 표현의 자유를 헌법상 권리로 인정하고 있다. 그 취지는 국가로부터 개인의 표현의 자유를 보호한다는 것이다. 표현의 자유의 정당성 근거는 여러 가지 측면에서 찾을 수 있지만 보다 본질적이고 개인적인 측면에서 찾는다면 인격의 자기완성 기능에서 찾을 수 있을 것이다. 바로 여기서 인간 존엄성과 표현의 자유의 이념적 연결 고리가 발견된다.

표현의 자유의 인격의 자기완성 기능은 다음과 같이 설명할 수 있다. 인간 고유의 목적은 그의 인격 및 인간으로서의 가능성을 실현하는데 있다. 인간은 사유하는 존재이기 때문에 인간 존엄성은 개인의 인격과 능력에 있다고 상정된다. 인간은 추상적 조건으로 사유하고 언어를 통해 그 사상과 감정을 전달하며 추리, 상상, 통찰하는 능력을 가짐으로써 문화를 발전시킬 가능성을 갖는다. 이와 같이 인간이 발전할 수 있는 근본 기초는 사유 능력의 발현으로 이루어지는 것이다. 따라서 사상의 자유로운 표현을 허용함으로써 자아실현을 최대한 보장하는 것은 인간 존엄성을 존중하고 보장하는 것이

1) 계희열, 「헌법학(중)(보정판)」, 박영사, 2002, 173~174면.

2) 인간 존엄성에 대한 보다 자세한 내용은 본문의 목차 IV에서 다루기로 한다.

다. 반면 사상 표현에 대한 억압은 인간 존엄성에 대한 도전이며 인간의 본질적 특성을 부인하는 것이다. 이렇게 보면 표현의 자유는 그 가치 체계에 있어서 어떤 다른 가치에 대해서도 비하될 수 없다. 왜냐하면 표현의 자유는 사회의 유일, 충분한 목적은 아닐지라도 그것은 인간 존엄성의 실현으로서 그 자체가 하나의 선(善)으로서 가치적 요소를 가지며 인간 사회의 본질적 요소를 구성하는 것이기 때문이다.³⁾

만일 위의 설명이 옳다면 표현의 자유는 인간 존엄성을 보호하는 차원에서 정당화된다는 논리가 성립한다. 다시 말해 인간 존엄성은 표현의 자유의 독자적인 정당성 근거가 된다. 그렇다면 과연 이 논리는 타당하다고 할 수 있는가? 표면적으로 보면 인간 존엄성은 인격과 관련된 개념이고, 표현의 자유에는 분명 인격을 발현하는 측면이 존재하기 때문에 이를 긍정하는 것도 무리는 아니다. 그러나 이런 일반적인 분석을 떠나 비교 헌법학적 관점에서 본다면 인간 존엄성을 표현의 자유의 독자적인 정당성 근거로 보는 것은 여러 가지 이유에서 부적합한 것으로 보인다.

바로 이 글은 인간 존엄성과 표현의 자유의 갈등 관계를 비교 헌법학적 관점에서 조명하는 글이다. 이를 위해 먼저 표현의 자유의 전통적인 정당성 근거들을 개관하고 이들과 인간 존엄성의 관계를 살펴본다. 다음으로 표현의 자유에서 인간 존엄성이 가질 수 있는 의미를 두 가지 방향에서 해석해보고, 각각의 경우에 나타날 수 있는 문제점들을 지적한다. 또한 보다 일반적인 관점에서 인간 존엄성과 관련하여 표현의 자유 보호 범위에 영향을 미치는 요인들을 제시한다. 마지막으로 우리나라 헌법상 인간 존엄성과 표현의 자유를 규범 조화적으로 해석할 수 있는 방안을 제시한다.

II. 표현의 자유의 전통적인 정당성 근거

표현의 자유의 정당성 근거에 대해서는 종래에 미국 헌법 학계를 중심으로 여러 가지 견해가 제시되어 왔다. 그 중 대표적인 것으로는 진리 추구론(attainment of truth), 민주주의론(democracy), 자아 실현론(self-fulfilment) 등을 들 수 있다.⁴⁾ 이들은 표현

3) Thomas I. Emerson, "Toward a General Theory of the First Amendment," 72 *Yale Law Journal* 877 (1963), p.879(박용상, 「표현의 자유」, 현암사, 2003, 35면 이하에서 재인용).

4) 그 밖에도 표현의 자유를 정당화하기 위한 여러 가지 이론들이 미국 헌법 학계를 중심으로 제시되어 왔다. 예컨대 표현의 자유의 정당성 근거를 권력 통제적 기능, 사회적으로 위험한 에너지를 순화하는 기능, 사회적 관습으로부터의 일탈을 방지하는 기능, 반대 의견에 대한 인내와 같은 가치들을 보호하는 기능에서 찾는 견해가 제시되어왔다. 자세한 것은 강승식, 「미국 헌법학 강의」, 궁리출판사, 2007, 497면 이하.

의 자유의 정당성 및 핵심적 가치를 이론적으로 설명하기 위해 제시되었다. 이들 중 인간 존엄성과 가장 밀접한 관련이 있는 것은 자아 실현론이다.

진리 추구론은 밀(John S. Mill)의 자유론에 기초하여 자유로운 표현은 진실을 발견하고 거짓을 입증하는데 가장 좋은 수단이 된다는 이론이다. 진리 추구론에 따르면 사상의 자유 시장(market of ideas)은 진실을 발견하기 위한 가장 훌륭한 메커니즘으로 작동한다. 따라서 표현을 규제하는 것은 결국 진실 발견을 촉진하기보다는 억압하는 효과를 낳는다.⁵⁾

민주주의론은 마이클 존(Alexander Meiklejohn)의 국민 자치론에 기초하여 표현의 자유를 통해 국민의 자기 통치(self-govern)가 실현된다는 이론이다.⁶⁾ 이 이론은 특히 정치적 표현을 가장 강력하게 보호하고 있는 미국에서 강조되고 있다.⁷⁾ 미국에서 정치적 표현이 갖는 중요성은 내용 중립적 규제 원칙(content neutrality)⁸⁾과 명백·현존하는 위협의 원칙(clear and present danger test)⁹⁾ 등에 구체화되어 있다. 심지어 미국에서는 포르노나 상업 광고와 같은 비정치적 표현도 민주주의론의 관점에서 보호되고 있다.¹⁰⁾ 이는 유럽과 구별되는 미국 특유의 표현의 자유 법문화라고 볼 수 있다.

자아 실현론은 말 그대로 표현의 자유는 개인의 자아실현에 이바지한다는 이론이다. 이 이론은 주로 자유주의 법학자나 정치학자들에 의해 주장되어 왔다. 이들에 따르면 개인에게 표현 여부를 스스로 선택하지 못하게 하거나 타인의 표현을 접하지 못하게 하는 것은 개인의 자아실현을 방해하는 것이라고 한다. 여기서 보듯 자아 실현론은 표현의 자유 자체를 목적으로 본다는데 이론적 특징이 있다. 바로 이것이 표현의 자유를 일정한 목적을 실현하기 위한 수단으로 보는 진리 추구론이나 민주주의론과의 차이점이다. 표현의 자유 자체를 목적으로 보느냐 아니면 수단으로 보느냐는 표현의 자유가 이익 형량(balancing)의 대상이 되는지 여부와 직결된다. 따라서 자아 실현론에 따르면 표현의 자유는 원칙적으로 이익 형량의 대상이 될 수 없다.¹¹⁾

5) Eric Barendt. *Freedom of Speech*(2nd ed.). Oxford University Press. 2005. p.7 이하.

6) 자세한 것은 *Ibid.*, p.18 이하.

7) 대표적인 미국 연방 대법원 판례는 *N. Y. Times Co. v. Sullivan*. 376 U. S. 254 (1964). 특히 미국이 경험한 1950년대 매카시즘과 1960, 70년대 월남전은 미국 국민으로 하여금 미국 헌법 수정 제1조를 정치적 표현에 대한 보호 장치로 인식하게 하는 결정적 계기가 되었다.

8) 미국에서는 표현에 대한 규제를 내용 규제(content-based)와 내용 중립적 규제로 구별하여 전자에 더 엄격한 심사 기준을 적용한다는 법리가 형성되어 있다. 자세한 것은 강승식, 앞의 책, 503면.

9) 명백·현존하는 위협의 원칙이란 불법적 행동을 주장하는 표현은 그것이 명백하고도 현존하는 위협이 있는 경우에만 규제할 수 있다는 것을 말한다. 이 원칙에 대해 자세한 것은 양 건, "표현의 자유", 「헌법연구」, 법문사, 1995. 83면 이하.

10) 예컨대 미국 연방대법원은 이런 관점에서 상업 광고도 헌법의 보호를 받는 표현이라고 판시하였다. *Virginia State Pharmacy Board v. Virginia Citizens Consumer Council*. 425 U. S. 748 (1976).

그러나 자아 실현론에 따른다고 하여 포르노나 증오 언론(hate speech)과 같은 규제 여부가 문제되는 표현까지 정당화되는 것은 아니다. 자아 실현론을 주장하는 학자들에 따르면 이와 같은 표현들은 개인의 정치, 경제, 사회적 선택권을 제한함으로써 개인의 자아실현을 방해할 수 있다고 본다. 이런 범위 내에서 특히 증오 언론과 같은 표현은 규제될 수 있다고 한다.¹²⁾

자아 실현론의 내용에 비추어 본다면 여기에서는 예술적 표현이나 개인의 인격과 관련된 표현이 강조될 수 있다. 왜냐하면 이런 표현들은 자아 관념의 형성과 직결되기 때문이다. 예컨대 성적 정체성, 외모, 신념과 관련된 표현이 여기에 해당된다. 바로 여기서 자아 실현론과 인간 존엄성의 내용적 유사성이 발견된다. 그러나 후술하는 바와 같이 표현의 규제 가능성이라는 관점에서 보면 양자 간에는 무시할 수 없는 차이점이 존재한다.¹³⁾

III. 표현의 자유의 정당성 근거로서의 인간의 존엄성의 의미

인간 존엄성을 표현의 자유의 근거로 본다면 여기에서 인간 존엄성은 정확히 과연 무엇을 의미하는가? 구체적으로 화자(話者)의 인간 존엄성을 뜻하는가 아니면 화자뿐만 아니라 청자(聽者)의 인간 존엄성도 뜻하는가? 만일 전자로 본다면 표현의 자유를 제한하는 것은 인간 존엄성을 침해하는 것이므로 허용되지 않을 것이다. 반면 후자로 본다면 인간 존엄성을 보호하기 위해 일정한 표현은 규제되어야 한다는 논리가 성립한다. 이에 대해서는 다음과 같은 두 가지 해석이 있을 수 있다.

먼저 인간 존엄성을 협의로 해석하여 오로지 화자의 인간 존엄성에 초점을 맞추는 것이다. 이를 협의의 인간 존엄론으로 부를 수 있다. 여기에서 인간 존엄성은 표현의 자유를 제한하기보다는 보호하기 위한 근거로 기능한다. 이런 관점에서 표현의 자유의 정당성을 주장하는 대표적인 학자로는 그린어윌트(Kent Greenawalt)를 들 수 있다. 구체적으로 그는 아무리 중요성이 낮은 표현이라도 이를 억압하는 것은 해당 표현의 주체에 대한 일종의 경멸이라고 한다. 그 논거로 이는 해당 표현의 주체를 차별하는 것이며 그가 누려야 할 인간 존엄성을 짓밟는 것이라는 점을 든다.¹⁴⁾

11) Susan J. Brison. "The Autonomy Defense of Free Speech." 108 *Ethics* 312 (1998). p.322 이하.

12) *Ibid.*, p.338.

13) 주22) 이하 참조.

14) Kent Greenawalt. "Free Speech Justifications." 89 *Columbia Law Review* 119 (1989). p.151 이하.

그린어윌트와 유사한 관점에서 표현의 자유의 정당성을 주장하는 학자는 바로 드워킨(Ronald Dworkin)이다. 일반적으로 드워킨은 미국 헌법상 개인의 권리를 윤리적 관점에서 해석할 것을 주장하면서 이를 위한 일차적인 도구 개념으로 인간 존엄성과 평등을 제시한다. 그의 표현의 자유 정당성 논증도 이런 관점에서 시도된다. 구체적으로 그는 표현의 자유의 자아실현 기능 및 평등의 관점에서 정치적 표현을 비롯한 모든 표현은 보호되어야 한다고 주장한다. 이는 곧 표현의 규제 자체에 대한 원칙적 반대로 풀이될 수 있다. 이렇게 보면 드워킨의 표현의 자유 정당성론은 진리 추구론이나 민주주의론과 본질적으로 다르다고 할 수 있다. 왜냐하면 전자는 후자와 달리 표현의 자유 자체를 목적으로 보기 때문이다.¹⁵⁾ 또한 드워킨은 정부가 특정한 표현은 허용하면서 이와 다른 표현은 금지하는 것은 시민들을 차별하는 것이라고 주장한다. 그리고 이런 차별은 화자뿐만 아니라 청자, 나아가 사회 전체에 차별적 효과를 낳는다고 본다. 그는 정부가 특정한 표현을 검열하는 것을 온정주의(paternalism)로 보고 이는 다음과 같은 두 가지 역기능을 갖는다고 한다. 첫째, 시민들의 자아실현을 방해한다. 둘째, 시민들의 정보 선택권이 제한된다. 예컨대 정부의 온정주의에 따라 시민들은 일정한 정보(예컨대 정부 비판적 표현, 정부가 반대하는 표현, 정부가 유해하다고 판단하는 표현 등)를 자유롭게 접하기 어려울 것이다. 이런 관점에서 드워킨은 누군가가 특정한 표현을 접하거나 고려할 가치가 없다고 판단하는 경우에 인간 존엄성은 침해된다고 본다. 아울러 표현의 자유는 평등과 적대적 관계에 있는 것이 아니라 평등과 동전의 앞뒤 관계에 있다고 함으로써 표현의 자유의 평등주의적 기능을 강조한다.¹⁶⁾

그린어윌트나 드워킨의 견해는 결국 인간 존엄성이나 평등의 관점에서 표현의 자유를 정당화하려는 것으로 볼 수 있다. 그러나 이들의 견해에 대해서는 다음과 같은 비판이 가능하다. 첫째, 인간 존엄성은 표현의 자유 외에 다른 헌법상 권리를 제한하는 경우에도 침해될 수 있다.¹⁷⁾ 이렇게 보면 인간 존엄성 침해는 모든 헌법상 권리 제한에 제기될 수 있는 문제이다. 둘째, 표현의 자유의 간접적 제한, 즉 표현의 시기·방법·장소를 제한하는 것은 인간 존엄성을 본질적으로 침해하는 것이라고 보기 어렵다.¹⁸⁾ 셋째, 이들은 주로 화자의 인간 존엄성에 초점을 맞추고 있는데 이는 화자의 인간 존엄성이 강조됨으로써 청자의 인간 존엄성이 침해될 수 있다는 점을 간과한 것이

15) Ronald Dworkin, *Freedom's Law : The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford University Press, 1999, p.198 이하.

16) *Ibid.*, p.234 이하.

17) 이는 그린어윌트 자신도 인정하고 있다. 그러나 그는 모든 헌법상 권리 중 표현의 자유가 제한되는 경우에 인간 존엄성이 가장 크게 침해된다고 주장한다. Kent Greenawalt, *op. cit.*, p.153.

18) Daniel Statman, "Two Concepts of Dignity," 24 *Iunai Mishpat* 541 (2001), p.576.

다. 이들은 어떤 이유에서 인간 존엄성의 초점이 언제나 화자에게 맞추어져야 하는지에 대해 설득력있는 견해를 제시하지 못하고 있다. 넷째, 이들이 주장하는 인간 존엄론은 자아 실현론과 내용적으로 명확히 구별되지 않는다.¹⁹⁾

다음으로 인간 존엄성을 광의로 해석하여 화자의 인간 존엄성뿐만 아니라 청자의 그것도 고려하는 해석이다. 이를 광의의 인간 존엄론으로 부를 수 있다. 청자의 인간 존엄성도 고려하는 광의의 인간 존엄론에서는 인간 존엄성과 표현의 자유가 충돌할 가능성이 발견된다. 이와 관련하여 샤우어(Fredrick Schauer)는 인간 존엄성이 어떤 이유에서 화자의 표현의 자유만을 정당화하는 근거로 기능해야 하는지에 대해 의문을 제기한다. 이런 관점으로부터 청자의 인간 존엄성도 고려되어야 한다는 전제 하에 청자의 인간 존엄성이 고려되는 한 인간 존엄성과 표현의 자유는 이론적으로 조화되지 않는다고 주장한다. 즉 청자의 인간 존엄성도 고려한다면 인간 존엄성은 표현의 자유보다 표현의 규제에 더 적합한 근거가 된다는 것이다.²⁰⁾

샤우어의 견해대로 청자의 인간 존엄성도 고려한다면 일정한 유형의 표현은 도저히 인간 존엄성을 근거로 보호되기 어렵다. 명예 훼손이나 증오 언론과 같은 표현은 명백히 청자의 인간 존엄성을 침해하는 표현이고, 이런 점에서 이들 표현을 인간 존엄성으로 보호하기는 어렵기 때문이다. 이렇게 보면 광의의 인간 존엄론에서 헌법상 보호되는 표현은 청자의 인간 존엄성에 전혀 영향을 미치지 않는 표현으로 제한된다. 그 대표적인 예로는 예술적 표현과 같은 자기 관계적(self-regarding) 표현을 들 수 있을 것이다.²¹⁾

위와 같이 광의의 인간 존엄론에서 헌법적으로 보호될 수 있는 표현은 매우 제한적이다. 그나마 이런 표현조차도 다른 정당성 근거에 의해 얼마든지 보호될 수 있다. 예컨대 예술적 표현은 자아 실현론에 의해서도 보호된다. 반면 다른 정당성 근거에서 보호되는 표현은 경우에 따라 광의의 인간 존엄론에서는 보호되기 어렵다. 예컨대 진리 추구론이나 민주주의론에서는 정치적 표현이 헌법적으로 보호된다. 그러나 인간 존엄성론에서는 정치적 표현이 반드시 보호된다고 장담하기 어렵다. 아울러 인간 존엄성론에서는 예술적 표현과 같은 자기 관계적 표현을 가장 핵심적인 표현으로 보게 되는데, 이는 정치적 표현을 가장 중요시하는 현재의 표현의 자유 일반 이론과도 모순이다.²²⁾

끝으로 앞에서도 간간히 언급한 인간 존엄론과 자아 실현론의 구별 문제를 살펴본

19) 이에 대해 자세한 것은 주22) 이하 참조.

20) Frederick Schauer, "Speaking of Dignity," in Michael J. Meyer / William A. Parent eds., *The Constitution of Rights: Human Dignity and American Values*, Cornell University Press, 1992, p.177 이하.

21) *Ibid.*, p.189.

22) Eric Barendt, *op. cit.*, p.154 이하.

다. 이 문제는 보다 체계적인 논증을 요하므로 구체적으로 살펴본다. 표현의 자유의 정당성 근거로 인간 존엄론은 자아 실현론과 내용적으로 유사한 측면이 있다. 양자의 유사성은 다음과 같은 두 가지로 요약할 수 있다. 첫째, 양자는 표현의 자유를 일정한 목적을 실현하기 위한 수단으로 보기보다는 그 자체를 목적으로 본다. 이것이 양자가 진리 추구론이나 민주주의론과 다른 점이다. 둘째, 양자에서는 예술적 표현이나 개인의 인격과 관련된 표현이 가장 중시된다. 양자의 내용적 유사성은 특히 자아 실현론과 협의의 인간 존엄론에서 두드러진다. 이런 점에서 협의의 인간 존엄론에 대한 비판은 자아 실현론에서도 타당하지 않은가라는 의문이 든다. 특히 언제나 화자의 표현의 자유에만 초점을 맞춘다는 비판이 그러하다. 그러나 양자의 핵심 개념인 인간 존엄성과 개인의 자율성(autonomy)을 비교, 분석해보면 이런 비판이 자아 실현론에서는 타당하지 않다는 것을 알 수 있다.

먼저 자율성은 미국 입헌주의에서 강조되는 개념으로 정부의 간섭으로부터의 개인의 자유를 뜻한다. 이와 같이 자율성을 소극적 자유의 개념으로 이해하면 자율성은 표현의 자유에서 화자를 강조하게 된다. 즉 표현의 자유를 자율성의 관점에서 볼 경우에는 화자에게 무엇이든 표현할 수 있는 자유가 주어져야 한다는 점이 일차적으로 부각된다.²³⁾

이에 반해 인간 존엄성은 유럽 입헌주의에서 강조되는 개념으로 공동체주의에 기초한 개념이다. 따라서 인간 존엄성은 자율성보다 넓은 개념으로 표현의 자유에서는 표현의 자유보다 그 제한을 정당화할 수 있는 개념이다. 이는 유럽 입헌주의에 큰 영향을 미친 칸트(Immanuel Kant) 철학에 등장하는 인간 존엄성 개념에서 확인할 수 있다. 구체적으로 칸트는 모든 사람은 다른 사람의 인간 존엄성을 실질적으로 존중하여야 하며, 역으로 모든 사람은 다른 사람에게 인간 존엄성을 주장할 정당한 권리가 있다고 하였다.²⁴⁾ 여기서 보듯 칸트가 이해한 인간 존엄성은 분명 공동체주의적이다. 따라서 표현의 자유를 인간 존엄성 관점에서 볼 경우에는 다른 사람의 인간 존엄성을 침해하는 표현은 보호될 수 없다는 논리가 성립한다.

위와 같이 인간 존엄성과 자율성은 명백히 구별되는 개념이라는 점을 감안한다면 인간 존엄론과 자아 실현론과의 관계는 다음과 같이 설명할 수 있다. 첫째, 협의의 인간 존엄론은 자아 실현론과 내용적으로 동일하다. 그러나 전자는 후자와 달리 언제나 화자의 표현의 자유에만 초점을 맞춘다는 비판으로부터 결코 자유롭지 못하다. 둘째, 광

23) Christina E. Wells. "Reinvigorating Autonomy: Freedom and Responsibility in the Supreme Court's First Amendment Jurisprudence." 32 *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* (1997), p.162 이하.

24) Immanuel Kant. *The Doctrine of Virtue : Part II of the Metaphysic of Morals*. University of Pennsylvania Press. 1971. p.461.

의의 인간 존엄론은 자아 실현론과 내용적으로 다르다. 청자의 인간 존엄성도 고려하는 광의의 인간 존엄론은 표현의 자유보다는 오히려 표현의 규제를 정당화하는 근거에 가깝다. 이에 반해 자아 실현론은 표현의 자유를 정당화하는 근거로 적합하다. 따라서 광의의 인간 존엄론에 따라 표현의 자유를 정당화한다든지 또는 자아 실현론에 따라 표현의 규제를 설명하는 것은 인간 존엄성과 개인의 자율성을 개념적으로 오해한 결과라고 할 수 있다.

결론적으로 표현의 자유의 정당성 근거로서의 인간 존엄성은 이를 좁게 해석할 때나 넓게 해석할 때나 모두 문제가 생긴다. 구체적으로 좁게 해석한다면 자아 실현론과 내용적으로 일치한다는 점에서 이론적 독자성이 상실된다. 또한 청자의 인간 존엄성이 도외시된다는 점에서 이론적 일관성도 결여된다. 반면 넓게 해석할 경우에는 청자의 인간 존엄성도 고려된다는 점에서 헌법상 보호되는 표현의 범위가 크게 제한된다. 이는 인간 존엄성이 오히려 표현의 자유를 제한하는 근거가 된다는 것을 뜻한다.

N. 비교법적 관점에서 본 표현의 자유의 보호 범위 : 인간 존엄성과 관련하여

앞에서 살펴본 대로 표현의 자유와 관련하여 인간 존엄성은 다음과 같은 두 가지로 해석할 수 있다. 첫째, 인간 존엄성을 협의로 해석하여 화자의 인간 존엄성만을 강조한다. 여기에서는 표현의 자유가 부각된다. 둘째, 인간 존엄성을 광의로 해석하여 화자의 인간 존엄성과 청자의 그것을 모두 고려한다. 여기에서는 표현의 규제가 부각된다. 첫 번째는 미국의 표현의 자유 해석론에 가까운 해석이며 두 번째는 유럽의 표현의 자유 해석론에 가까운 해석이다. 따라서 미국에서는 인간 존엄성이 표현의 자유의 정당성 근거로 제시될 수 있지만 유럽에서는 인간 존엄성이 표현의 규제의 정당성 근거로 제시될 수 있다.

그러나 미국의 경우에는 인간 존엄성과 표현의 자유와의 관계에 대해 활발한 논의가 전개되어 오지 못했다.²⁵⁾ 다만 소수설로 미국 헌법의 궁극적 가치를 인간 존엄성에서 찾

25) 다만 인간의 존엄성은 미국의 법학이나 정치학에서 그리 낯선 개념은 아니다. 이것은 종래에 미국 연방대법원이 수정 헌법 제1조 제4조 제5조 제6조 제8조 제9조 제14조와 관련한 사건에서 종종 인간의 존엄성을 언급해왔다는 점에서도 확인된다. 예컨대 2003년 *Chavez* 판결에서 미국 연방대법원은 제9 연방 순회 항소법원이 수정 헌법 제5조의 목적은 인간의 존엄성을 파괴하는 강압적 수사 관행을 방지하는 데에 있다고 한 것은 정당하다고 판시하였으며(*Chavez v. Martinez*, 123 S. Ct. 1994, 2000, 2005 (2003)), 2002년 *Hope* 판결에서는 제5 연방 순회 항소법원의 판결을 확인하며 재소자에게 수갑을 채운

는 견해가 학계의 일부에서 제시되어 왔을 뿐이다.²⁶⁾ 이렇게 보면 현재 미국의 경우에는 인간 존엄성이 표현의 자유에 미치는 영향은 거의 없다고 할 수 있다. 더욱이 미국에는 연방 대법원이 제시해 온 표현의 자유 법리가 확고하게 자리 잡고 있기 때문에 앞으로도

체 오랫동안 독방에 격리 수용하는 것은 수정헌법 제8조에 위반될 뿐만 아니라 오늘날의 인간의 존엄성이나 문명 개념에도 어긋난다고 판시하였다(Hope v. Pelzer, 536 U.S. 730, 737 n.6 (2002)). 이와 관련하여 일부에서는 일련의 수정 헌법 조항들이 표현의 자유의 제한을 금지하거나(제1조) 형사 소추나 배심 재판에 있어서 자기에게 불리한 증인과 대질신문을 하게 하거나(제6조), 또는 잔인하고 이상한 형벌의 부과를 금지하고 있다는 것(제8조)은 정부의 직간접적인 인간의 존엄성 파괴 행위를 헌법이 날카롭게 감시하고 있다는 것을 나타내는 것이라고 본다. Martha Minow, "Equality and the Bill of Rights," in Michael J. Meyer / William A. Parent eds., *The Constitution of Rights: Human Dignity and American Values*, Cornell University Press, 1992, p.145. 그러나 미국의 사법부가 인간의 존엄성을 법적으로 보호하는 수준은 독일의 그것과 결코 비교되지 않는다. 미국에서 '인간의 존엄성'이란 개념이 탄생한 배경은 독일의 경우와 크게 다르다. 영국과의 독립 전쟁 이전인 18세기말, 당시 미국인들은 오로지 상류층만이 인간의 존엄성을 갖는다고 생각하였다. 따라서 이 때 미국에서는 독일과는 달리 인간의 존엄성은 이미 권리를 가지고 상태에서 나오는 것이지 결코 인간의 존엄성으로부터 권리가 나오는 것은 아니라는 사고가 지배적이었다. 그러나 이러한 사고에 대해 당시 언론인이었던 페인(Thomas Paine)은 직접적으로 문제를 제기하며, 인간의 존엄성은 어느 특정 계층뿐만 아니라 인간이면 누구에게나 인정되어야 한다고 주장하였다. 이러한 주장은 미국 계몽주의(American Enlightenment)의 주요 내용으로 발전하였을 뿐만 아니라 당시 주요 정치지도자들에게도 큰 영향을 미쳤다. 물론 매디슨(James Madison)을 비롯한 일부 인사들은 여전히 인간의 존엄성을 사회적 지위와 결부시키는 입장을 취하였지만, 해밀턴(Alexander Hamilton)이나 제퍼슨(Thomas Jefferson)과 같은 인사들은 페인의 주장을 전적으로 수용하여 인간 존엄성을 모든 인간이 향유하는 것으로 이해하였다. Thomas Paine, *Rights of Man*, Dover Publications, 1999, pp.329~30. 그리고 그 결실은 만인의 평등을 지향하고 있는 미국 독립선언서로 맺어지게 되었다. 그러나 여기서 유의할 점은 당시에도 여전히 여성, 흑인, 다른 소수민족들에 대한 법적 차별이 존재하고 있었다는 점에서, 그 때까지 인간의 존엄성은 미국에서 완전한 법적 개념으로 뿌리를 내리지 못했다는 것이다. 그러나 미국 건국 이후에도 인간의 존엄성은 미국 법학에서 그다지 큰 주목을 받지 못했고 현재까지 이러한 흐름에는 별다른 변화가 없다. 그 원인은 다음과 같은 세 가지 측면에서 찾을 수 있다. 첫째, 가장 핵심적인 원인으로 독일 기본법과 달리 미국 헌법은 인간 존엄성에 관한 명시적 규정을 두고 있지 않다는 점이다. 둘째, 미국의 최고 헌법재판기관인 연방대법원이 인간의 존엄성의 헌법적 의미에 대해 단 한 번도 명확하게 정의한 바가 없다는 점이다. 비록 종래에 미국연방대법원은 여러 사건에서 인간 존엄성을 적지 않게 언급해오고 있지만, 단순한 언급을 넘어 인간 존엄성의 개념을 논리적으로 설명한 경우는 없었으며 심지어 이와 관련한 하급심판례들을 인용조차 하지 않고 있다.(대표적으로 Hope v. Pelzer, 536 U.S. 730 (2002); United States v. Balsys, 524 U.S. 666 (1998); Farmer v. Brennan, 511 U.S. 825 (1994); Campbell v. Wood, 511 U.S. 1119 (1994)). 이로 인해 인간 존엄성이 판결 주문의 결정적 이유로 제시된 연방대법원 판례는 거의 찾아보기 어렵다. 바로 여기에서도 분쟁 해결의 결정적인 도구로 인간 존엄성을 활용하고 있는 독일 연방 헌법재판소와의 차이점이 발견된다. 마지막으로 미국에서는 인간의 존엄성을 독자적인 헌법 원리로 인정할 실익이 없다는 점이다. 즉 남북전쟁 직후인 1868년에 제정된 수정헌법 제14조는 평등보호조항(Equal Protection clause)을 통해 "법 앞의 평등"을 헌법적 원리로 규정하고 있는데, 바로 이것은 인간의 존엄성이 철저히 부정되었던 과거 노예제도에 대한 반성적 고려의 결과라고 풀이될 수 있다. 이러한 관점에서 본다면 인간 존엄성이 미국 헌법에서는 평등(equality)이라는 용어로 표현되고 있으며 개념적으로 전자는 후자에 흡수되고 있다는 결론이 가능하다. 수정헌법 제14조가 순수한 평등의 관점보다는 인간 존엄성의 관점에 기초하고 있다는 것은 이 조항이 남북전쟁 이전의 노예들에 대한 동등한 대우를 직접적인 목적으로 했다는 점에서도 뒷받침되고 있다. Gerald Gunther / Kathleen M. Sullivan, *Constitutional Law*(13th ed.), Foundation Press, 1997, p.420.

26) 그 대표적인 학자로는 앞에서 언급한 드워킨을 들 수 있다. Ronald Dworkin, *op. cit.*, p.3 이하.

인간 존엄성이 표현의 자유와 관련하여 논의될 가능성은 희박한 것으로 보인다.²⁷⁾

반면 유럽에서는 인간 존엄성이 헌법의 핵심적 권리이자 헌법이 지향하는 궁극적 가치로 기능하는 경우가 많다. 독일이 그 대표적인 예이다. 유럽은 표현의 자유 전통이 미국보다 약하기 때문에 여기에서는 인간 존엄성과 표현의 자유가 이익 형량의 대상이 되기 쉽다. 또한 유럽은 일반적으로 공동체주의적 가치를 중시한다. 이 때문에 유럽에서는 표현의 자유보다는 표현의 규제가 강조되고 표현의 자유를 적극적 권리로 이해하며 청자의 권리를 증시하는 경향이 강하다.²⁸⁾ 이는 광의의 인간 존엄성론의 논리적 귀결이기도 하다. 이런 점에서 유럽에서 인간 존엄성과 표현의 자유의 관계를 논할 실익은 미국보다 크다고 할 수 있다.

단적인 예로 독일 헌법학에서는 인간 존엄성이 표현의 자유를 비롯한 모든 헌법상 권리나 이익보다 상위에 위치하는 것으로 인정된다.²⁹⁾ 실제로 독일 연방 헌법 재판소

27) 그 밖에 화자의 인간 존엄성을 강조하는 혐의의 인간 존엄성론은 종래에 미국 연방대법원이 제시해온 표현의 자유 정당성 근거와 사실상 일치한다. 이런 점에서도 미국에서는 굳이 인간 존엄성이 표현의 자유의 정당성 근거로 제시될 필요가 없다.

28) Edward J. Eberle, *Dignity and Liberty : Constitutional Visions in Germany and the United States*, Praeger, 2002, p.189 이하.

29) 독일에서는 "인간의 존엄은 불가침이다. 이를 존중하고 보호하는 것은 모든 국가권력의 의무이다"라는 독일 기본법 제1조에서 보듯이 인간 존엄성이 최고의 헌법적 가치로 자리 잡고 있다. 미국 내에서 독일기본법 연구의 권위자로 꼽히는 코머스(Donald P. Kommers) 교수에 따르면 독일기본법상 인간의 존엄성은 다른 모든 헌법 원리들을 구속하는 최고의 헌법적 가치라는 점에서 이것이 독일기본법에서 차지하고 있는 지위는 마치 미국 헌법 질서에서 개인의 자유(individual liberty)가 차지하는 그것과 같다고 설명하고 있다. Donald P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*(2d ed.), Duke University Press, 1997, p.359. 독일에서 인간 존엄성이 최고의 헌법적 가치로 부각된 원인은 다음과 같은 세 가지로 요약할 수 있다. 첫째, 기독교적 자연법 사상이다. 알려 진대로 독일은 바이마르 공화국이 붕괴한 후 히틀러(Adolf Hitler)의 집권기간 동안 극단적인 인권 유린을 경험하였고, 이것은 1949년 서독 기본법을 제정할 당시에 기본법 제정자들에게 큰 영향을 미쳤다. 따라서 이들은 자연법 사상에 기초하여 새 헌법을 제정하였고, 여기에 정의와 평등에 입각한 일정한 객관적 질서원리는 그 시대를 불문하고 절대로 부정될 수 없다는 원칙을 확립하였다. 이것은 이전의 나치 정권과의 차별성을 부각시키기 위한 것으로 풀이될 수 있다. 둘째, 칸트(Immanuel Kant)의 철학이다. 즉 서독 기본법 제정자들은 인간을 수단이 아닌 목적으로 대할 것을 주장한 칸트로부터 큰 영향을 받았다. 구체적으로 그는 모든 사람은 다른 사람의 인간으로서의 존엄성을 실질적으로 존중하여야 하며, 반대로 모든 사람은 다른 사람에게 인간으로서의 존엄성을 주장할 정당한 권리가 있다고 하였는데, 이러한 그의 철학은 명백히 인간의 존엄성에 그 뿌리를 두고 있는 것이다. Immanuel Kant, *op. cit.*, p.461. 오늘날 독일 연방 헌법 재판소는 이러한 칸트 철학을 국가와 국민간의 관계로까지 확대하여 국가가 국민을 단순한 수단으로 취급한다면 이것은 국가가 국민의 인간으로서의 존엄성을 침해하는 것이라고 판시하고 있다(BVerfGE 45, 187). 마지막으로 사회 민주주의 이념이다. 사회 민주주의 이념 하에 독일은 국가의 직접적이고도 적극적인 개입을 통해 모든 사회적·경제적 차별을 제거하는 것을 국가적 목표로 하고 있다. 이러한 사회 민주주의 이념은 독일 기본법이 지향하는 하나의 목표이며, 특히 인간의 존엄성과 관련하여 중요한 의미를 가지고 있다. 독일기본법상 인간의 존엄성은 크게 두 가지 관점에서 접근될 수 있다. 먼저 주관적, 소극적인 관점에서 인간의 존엄성은 국가가 개인의 자유를 침해하는 것을 금지하는 개념으로 이해된다. 반면 객관적, 적극적인

는 이를 반영한 여러 가지 법 원칙을 형성해왔다. 독일 기본법상 표현의 자유는 제5조에 명시되어 있지만 이는 인간 존엄성을 보장한 제1조에 종속되는 것으로 평가된다. 독일 연방 헌법 재판소는 인간 존엄성은 독일 기본법상 기본권의 전체 가치 체계를 지배한다고 판시한 바 있다.³⁰⁾ 이에 따른다면 헌법적 보호의 정도가 가장 높은 정치적 표현도 인간 존엄성에 구속된다는 논리가 성립한다.³¹⁾ 이렇게 보면 독일 기본법상 표현의 자유는 인간 존엄성으로 인해 그 보호 범위가 크게 제한될 여지가 있다고 할 수 있다.³²⁾ 따라서 독일과 같이 인간 존엄성을 헌법의 궁극적 가치로 삼고 있는 국가는 인간 존엄성과 표현의 자유와의 이익 형량에서 일반적으로 전자를 우선시할 가능성이 존재한다.³³⁾ 왜냐하면 여기에서는 표현의 자유의 독자적 중요성을 인정하기보다는 표현의 자유도 인간 존엄성을 실현하기 위한 하나의 수단으로 간주되기 때문이다.

그렇다면 여기서 하나의 의문점이 생긴다. 그것은 바로 미국과 유럽의 표현의 자유 시스템을 근본적으로 달리하게 한 요인들이다. 아래에서 살펴보는 대로 미국과 유럽은 헌법이 지향하는 궁극적 가치, 그리고 이로부터 파생되는 표현의 자유 법 문화가 서로 다르다. 이를 전체적으로 종합해보면 다음과 같은 세 가지 요인으로 정리할 수 있다.

관점에서는 국가가 인간의 존엄성실현에 필요한 여러 가지 조건들을 적극적으로 마련해야 한다는 개념으로 파악된다. Edward J. Eberle. *op. cit.*, p.7 이하.

30) BVerfGE 30, 173 (1971).

31) 독일에서 인간 존엄성이 정치적 표현보다도 증시된다는 점은 독일 연방 헌법 재판소의 정치인 풍자 판결(BVerfGE 75, 369 (1987))을 살펴보면 잘 알 수 있다. 이 사건은 한 정기 간행물이 일련의 정치 만화(political cartoon)를 통하여 당시 바이에른 주 주지사 스트라우스(Franz Josef Strauß)와 주 사법부를 패자에 비유하고 그 교미 장면을 묘사함으로써 상호 간의 유착 관계를 풍자한 것이 발단이 되었다. 이에 연방 헌법 재판소는 이 사건에서 문제된 정치 만화는 자유로운 창작 행위의 결과라는 점에서 기본법 제5조 제3항의 예술의 자유의 보호 범위에 해당된다고 보고, 정기 간행물의 예술의 자유와 스트라우스의 인격권, 명예권 간의 이익형량을 시도하였다. 그러나 정기 간행물이 스트라우스를 동물에 비유하고 그 교미 장면을 묘사한 것은 인간의 신체적 특징을 과장·왜곡한 것으로 언론 기관이 행할 수 있는 풍자의 일반적 범위에 해당된다고 볼 수 없으며, 따라서 이 사건에서의 정치 만화는 의도적으로 스트라우스의 인격권을 침해하였다고 판시하였다. 아울러 이런 풍자는 독일과 같이 인간 존엄성을 최고의 법 원리로 채택하고 있는 법체계에서는 허용될 수 없다는 점도 지적하였다. 이런 논리 하에 연방 헌법 재판소는 비록 기본법 제5조 제1, 3항의 보호를 받는 예술 작품이라 하더라도 그것은 어떤 경우에도 인격권을 침해할 수 없다고 결론지었다.

32) 독일 기본법상 표현의 규제에 대해 자세한 것은 강승식, "독일 기본법상 표현의 자유 제한에 대한 비판적 고찰", 『중앙법학』, 제7집 제2호, 중앙법학회, 2005.

33) 인간 존엄성을 헌법의 궁극적 가치로 삼고 있는 헌법의 예로는 우리나라 헌법(제10조 : 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리를 가진다), 남아프리카 공화국 헌법(제10조 : 모든 사람은 생래적 존엄성을 가지며 존엄성에 대한 권리는 존중되고 보호된다) 등이 있다. 또한 물론 헌법 국가인 이스라엘도 헌법상 권리 장전으로 기능하는 인간 존엄성과 자유에 관한 기본법 제 2, 4조에 인간 존엄성을 규정하고 있다(모든 사람의 생명, 신체, 존엄성은 침해될 수 없다..... 모든 사람은 생명, 신체, 존엄성 침해로부터 보호받을 권리를 가진다). 실제로 이스라엘 대법원과 남아프리카 공화국 헌법재판소는 종래에 표현의 자유는 인간 존엄성을 침해하지 않는 범위 내에서 보호된다는 입장을 취해왔다. 자세한 것은 Daniel Statman. *op. cit.*, p.577 이하.

이들은 나머지 국가의 표현의 자유 시스템을 판단하는 데에도 유용한 것으로 보인다. 다시 말해 이런 요인들에 비추어 특정 국가의 표현의 자유 시스템이 표현의 자유와 표현의 규제 중 어느 것에 더 적합한 지를 가늠할 수 있다.

첫째, 헌법 체계가 개인주의를 지향하느냐 아니면 공동체주의를 지향하느냐이다. 미국 헌법은 유럽 국가의 헌법보다 개인주의적 색채가 강하다. 이는 특히 표현의 자유에서 두드러진다. 따라서 미국에서는 개인의 자율성과 표현의 자유가 매우 자유주의적인 관점에서 논의된다.³⁴⁾ 예컨대 미국 연방 대법원이 확립한 내용 중립적 규제 원칙은 표현의 내용에 따른 검열을 금지한다는 점에서 개인주의 또는 개인의 윤리적 책임의 관점에서 설명될 수 있다. 이렇게 보면 표현의 내용에 따른 검열은 자유주의를 지향하는 미국 헌법 체계에 부합하지 않는다고 할 수 있다. 이에 반해 유럽 국가의 헌법은 공동체주의적 또는 국가의 온정주의적(paternalism) 성격이 두드러진다. 이런 헌법 체계에서는 일정한 가치를 기준으로 한 표현의 서열화가 불가피해진다. 이에 따라 표현의 내용에 따른 검열이 보다 용이해질 것이다.³⁵⁾ 여기에서는 표현의 자유를 비롯한 모든 헌법상 권리의 행사 범위가 공동체와의 관계에서 정해질 가능성이 크다. 요컨대 개인주의를 지향하는 미국 헌법 체계와 공동체주의를 지향하는 유럽의 헌법 체계에서 개인이 표현의 가치를 자율적으로 판단하는 정도는 다르게 나타난다고 할 수 있다.

위와 같은 미국과 유럽의 차이점은 다음과 같은 원인에서 비롯되는 것으로 보인다. 유럽의 경우, 사회적 동질성이 미국보다 강하다. 사회적 동질성이 강한 국가에서는 달성해야 할 사회적 공익이 보다 분명하고 그 가능성도 용이해진다. 이런 맥락에서 유럽의 법 체계는 대체적으로 사회적 공익의 달성을 일차적인 목표로 설정하고 있다. 이 과정에서 사회적 공익을 달성하는데 필요하다면 표현의 내용에 따른 규제도 정당화될 가능성이 있다.³⁶⁾ 또한 일부 유럽 국가는 제2차 세계 대전을 전후하여 극단적인 전체주의를 경험하였다. 이것 역시 미국과 뚜렷하게 구별되는 점이다.

명예 훼손이나 증오 언론과 표현을 규제하는 것은 개인주의 관점보다 공동체주의의 관점에서 정당화될 수 있다. 왜냐하면 이런 표현의 규제는 특정 집단을 보호할 뿐만 아니라 사회 전체의 공익을 위해 바람직한 것으로 간주되기 때문이다.³⁷⁾ 또한 공동체주

34) 이를 상세하게 논하고 있는 문헌으로는 Robert C. Post, "Cultural Heterogeneity and Law: Pornography, Blasphemy, and the First Amendment," 76 *California Law Review* 297 (1988).

35) Frederick Schauer, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, Cambridge University Press, 1982, p.62 이하.

36) 독일의 경우, 표현의 자유를 사법적으로 보호하는 근거는 표현의 자유의 공동체 창설 기능에 있다는 견해가 있다. 이 견해에 따르면 독일에서 표현의 자유는 공적 포럼(public forum)에 참여하는 자에게 진실을 표현하고 타인의 명예와 인간 존엄성을 존중할 것을 요구한다고 한다. Donald P. Kommers, *op. cit.*, p.695.

의 관점에서는 명예 훼손이나 증오 언론의 사회적 유해성이 크게 부각됨에 따라 이런 표현이 규제되어야 하는 궁극적 이유를 공적 포럼에서 최소한의 교양은 유지되어야 한다는 점에서 찾게 된다. 이런 표현의 규제를 가능하게 하는 헌법적 근거는 물론 인간 존엄성이나 평등으로 볼 수 있을 것이다.³⁸⁾

결론적으로 개인의 자유를 증시하는 미국 헌법 체계에서는 모든 표현을 보호해야 한다는 논리가 설득력을 갖는다. 그러나 개인의 자유와 공동체 이익의 조화를 증시하는 유럽의 헌법 체계에서는 인간 존엄성을 보호하기 위해 일정한 표현은 제한되어야 한다는 논리가 설득력을 갖는다.

다음으로 표현의 자유에서 화자의 권리를 증시하느냐 아니면 청자의 권리를 증시하느냐이다. 권리를 개인주의 관점에서 이해하는 미국 헌법 체계와 공동체주의 관점에서 이해하는 유럽의 헌법 체계는 필연적으로 표현의 자유에서 화자의 권리와 청자의 권리를 강조하는 정도에서 차이를 나타낸다. 먼저 미국 헌법 체계에서는 일차적으로 화자의 권리에 초점을 맞춘다. 그리고 보통 특정한 표현으로 인해 청자가 입는 손해는 권리에 대한 침해라기보다는 공익에 대한 침해로 분류된다.³⁹⁾

일반적으로 헌법상 권리, 특히 표현의 자유는 청자보다는 화자에게 유익한 것이다. 이렇게 보면 특정한 표현이 잠재적 청자에게 미칠 수 있는 해악은 공익 보호에 관한 문제이며, 이때에는 개인의 권리와 사회적 공익의 이익 형량이 이루어진다. 이에 반해 화자의 권리보다는 인간 존엄성 관점에서 청자가 입는 손해를 증시한다면 사회적 공익이 청자의 권리에 흡수되는 현상이 발생한다. 따라서 이때에는 화자의 권리와 청자의 권리를 이익 형량하게 된다.

어떤 대상에 대한 침해가 권리에 대한 침해냐 아니면 공익에 대한 침해냐는 매우 중요한 의미를 가진다. 먼저 공익에 대한 침해로 본다면 권리는 공익보다 우월하게 평가되는 것이 원칙이기 때문에 공익이 권리보다 우월하게 평가되려면 공익에 대한 실질

37) 물론 미국의 경우에도 사회적 공익을 위해 일정한 표현은 규제되고 있다. 그러나 그 규제의 범위는 유럽과 본질적으로 다르다. 예컨대 미국 연방 대법원은 공유지에서 타인을 위협할 목적으로 십자가를 소각하는 행위, 의료 시설 부근에서의 낙태 반대 시위 등을 사회적 공익을 해하는 표현으로 보아 그 규제는 정당하다고 판시하였다. 이에 대한 판례는 *Virginia v. Black*, 538 U. S. 343 (2003) ; *Hill v. Colorado*, 530 U. S. 703 (2000).

38) 다만 유럽의 경우, 인종 차별적 표현에 대해서는 엄격한 기준이 적용되고 있으나 포르노와 같은 성 차별적 표현에 대해서는 비교적 관대한 기준이 적용되고 있다. 이런 예외가 있기는 하지만 일반적으로 유럽에서의 표현의 규제 가능성이 미국의 그것에 비해 높다는 점은 부인하기 어렵다. 그러나 유럽과 같이 공동체주의 관점에서 인간 존엄성 및 평등을 증시하는 캐나다는 포르노를 매우 강력하게 규제하고 있다. 캐나다 연방 대법원은 그 논거로 포르노는 여성을 성적 도구로 비하한다는 점에서 사회 전체, 특히 여성에게 해악을 미친다는 점을 제시하고 있다. *R. v. Butler*, [1992] S. C. R. 452, 479.

39) Susan J. Brison, *op. cit.*, p.316 이하.

적 해악이 존재해야 한다.⁴⁰⁾ 이렇게 보면 권리와 공익의 이익 형량은 수직적 이익 형량이 되므로 공익이 권리보다 우월하게 평가되는 경우는 다소 예외적일 수밖에 없다. 이런 수직적 이익 형량의 대표적인 예로는 명백·현존하는 위협의 원칙을 들 수 있다. 여기에서는 개인의 표현의 자유와 국가 안보나 사회 질서라는 사회적 공익의 이익 형량이 시도된다. 이 원칙에 따르면 표현에 대한 규제는 해당 표현이 실질적이거나 급박한 사회적 위협성을 야기하는 경우에 한하여 허용된다.⁴¹⁾

반면 어떤 대상에 대한 침해할 권리에 대한 침해로 볼 경우에는 충돌하는 두 가지 권리의 이익 형량이 시도된다. 이는 수평적 이익 형량으로 볼 수 있다. 여기에서는 화자의 표현의 자유와 청자의 인간 존엄권의 이익 형량이 이루어진다. 이런 권리와 권리의 이익 형량에서는 양자 중 어느 것이 본질적으로 우월하다는 논리는 성립하지 않는다. 요컨대 인종 차별이나 포르노와 같은 표현이 문제된 경우, 수직적 이익 형량에서는 이런 표현들이 공익을 침해하는 것으로 간주되는 반면 수평적 이익 형량에서는 타인의 권리를 침해하는 것으로 간주된다.⁴²⁾

인간 존엄성을 표현의 자유의 근거로 볼 경우에 화자보다는 청자의 입장이 강조되어 표현의 규제 가능성이 더 커진다는 점은 다음과 같은 사례에서도 잘 나타난다. 남성 A가 여성 B에게 여성을 비하하는 발언을 했다고 하자. 이때 B의 인간 존엄성이 침해되었다는 점은 명백하다. 그러나 성 차별적 표현을 법적으로 규제한 경우에 A의 인간 존엄성이 침해되었다고 보기는 어렵다. 다른 예로 언론 기자 A가 정치인 B의 사생활을 보도하여 B의 명예를 훼손했다고 하자. 이때에도 인간 존엄성은 A보다는 언론 보도의 피해자인 B를 보호하는 근거로 작용할 것이다. 두 가지 사례에서 보듯 표현의 자유에서 인간 존엄성은 화자보다는 청자에 기울어질 가능성이 크다.^{43) 44)}

40) Ronald M. Dworkin. "Rights as Trumps." in Jeremy Waldron ed., *Theories of Rights*. Oxford University Press, 1984. p.153 이하.

41) 이에 대해 미국 연방 대법원은 1969년 *Brandenburg* 판결에서 다음과 같이 판시하고 있다. "언론·출판의 자유에 비추어 주 정부는 폭력이나 위법한 행위를 주장하는 표현을 규제할 수 없다. 다만 이런 주장이 임박한 불법적 행동을 선동·야기하는 것을 그 목적으로 하고 있고, 실제로 이런 목적이 실현될 개연성이 있는 경우에는 예외로 한다." *Brandenburg v. Ohio*, 395 U. S. 444, 447 (1969).

42) 이런 관점에서 캐나다 연방 대법원은 포르노는 공동체에 미치는 해악을 방지하고 여성의 평등권을 보호하기 위하여 규제되어야 한다는 입장을 제시하고 있다. *R. v. Butler*, [1992] S. C. R. 452, 455.

43) 한편 자아 실현론의 경우에도 화자의 자율성과 청자의 자율성을 대등하게 고려한다면 표현의 규제 쪽에 무게가 실리는 결론이 나올 수 있다. 그러나 앞에서 언급한 대로 자아 실현론은 자유주의 관점에서 화자의 자율성에 초점을 맞춘다는 점을 전제하고 있다. 자세한 것은 앞의 주22) 참조.

44) 표현의 자유에서 화자와 청자의 권리를 대등하게 고려하는 대표적인 국가는 독일과 캐나다이다. 독일에서는 인간 존엄성이 화자와 청자의 권리를 모두 보호하는 방향으로 해석되고 있으며, 캐나다에서도 이와 유사한 관점에서 포르노와 같은 표현물을 규제하고 있다. 앞의 주38), 42) 참조. Edward J. Eberle. *op. cit.*, p.189 이하.

마지막으로 표현의 자유를 소극적 권리로 보느냐 적극적 권리로 보느냐이다. 이 문제는 위에서 살펴본 화자와 청자의 권리에 대한 논의와 밀접한 관련이 있다. 표현의 자유를 소극적 권리로 보느냐 아니면 적극적 권리로 보느냐에 따라 인간 존엄성이 표현의 자유를 제한하는 범위가 달라질 수 있다.

표현의 자유를 소극적 권리로 보는 대표적인 국가는 미국이다. 물론 미국 헌법학에서는 모든 헌법상 권리를 소극적 권리로 보는 견해가 지배적이다. 그러나 그 중에서도 표현의 자유는 소극적 권리로서의 성격이 가장 강한 권리로 인식되고 있다.⁴⁵⁾ 이에 반해 독일, 프랑스와 같은 유럽 국가나 캐나다의 경우에는 일정한 범위에서 표현의 자유를 적극적 권리로 보고 있다.⁴⁶⁾

표현의 자유를 소극적 권리로 볼 때에는 국가로부터의 자유가 강조되어 국가가 개인의 표현 행위를 규제할 가능성이 낮아진다. 반면 적극적 권리로 볼 때에는 국가에 의한 자유가 강조되어 국가가 개인의 표현 행위가 야기하는 해악을 규제할 가능성이 커진다.

결론적으로 지금까지 제시한 세 가지 요인들은 미국과 유럽의 표현의 자유 보호 범위가 다를 수밖에 없는 이유를 잘 설명하고 있다. 요약하자면 미국은 헌법 체계가 개인주의를 지향하고 화자의 표현의 자유를 증시하며 표현의 자유를 소극적 권리로 인식하는 경향이 강하다. 반면 유럽이나 캐나다는 헌법 체계가 공동체주의를 지향하고 청자의 헌법상 권리를 증시하며 표현의 자유를 적극적 권리로 인식하는 경향이 강하다. 이런 양자의 차이점의 뿌리에는 바로 인간 존엄성에 대한 시각 차이가 존재한다.

V. 마치며

표현의 자유의 존립 근거는 개인의 인격을 실현함과 동시에 민주주의 기초를 형성한다는 데 있다. 사람은 자신의 의견의 자유로운 형성과 표명을 통해 인격을 실현할 가능성을 갖는다. 또한 민주주의는 국민의 의사에 의한 정치이며, 국민의 의사에 의한 정치

45) Susan J. Brison. *op. cit.*, p.336 이하. 물론 미국의 경우에도 표현의 자유의 적극적 권리로서의 성격을 반영한 법 원칙들이 존재한다. 그 대표적인 예로는 공적 포럼 원칙(public forum doctrine)을 들 수 있다. 공적 포럼 원칙은 원래 사유 재산 소유자가 그 시설 내의 표현 행위를 금지할 수 있듯이 국가나 공공 단체는 국유 재산이나 시설에서 임의로 표현을 제한할 수 있다는 것을 의미하였다. 그러나 오늘날 미국 연방 대법원은 이를 다소 변형적으로 해석하여 공적 포럼을 몇 가지로 유형화하고 그 규제를 달리하는 법리를 제시하고 있다. 자세한 것은 박용상, 앞의 책, 204면 이하.

46) 자세한 것은 Eric Barendt. *op. cit.*, p.55 이하. 유럽에서 표현의 다양성을 확보한다는 취지에 따라 반론권 제도나 신문 독과점 규제 입법의 필요성이 강조되는 것도 표현의 자유를 적극적 권리로 보는 시각과 무관하지 않다. 양 건, 「헌법강의 I」, 법문사, 2007, 426면 참조.

는 표현의 자유가 보장될 때 비로소 가능하다. 바로 여기서 표현의 자유가 모든 기본권 가운데 특별히 중요성을 갖는 이유가 발견된다. 즉 단지 개인의 인격 실현만이 아니라 민주주의의 성립과 유지에 반드시 필요하다는 점에서 표현의 자유가 갖는 특별한 의미가 있다.⁴⁷⁾ 이 점을 감안하여 현행 헌법 제21조 제1항은 언론·출판·집회·결사의 자유를 보장하면서, 제2항에서 언론·출판에 대한 허가나 검열과 집회·결사에 대한 허가를 금지하고 있다. 이는 명백히 미국 헌법 수정 제1조의 규정 형식을 본받은 것으로 보인다.⁴⁸⁾ 헌법재판소도 현대 국가의 헌법에서 언론의 자유는 민주 국가의 존립과 발전의 기초가 된다는 점에서 우월적 지위를 갖는다고 보고 있다.⁴⁹⁾

한편 현행 헌법은 제10조에서 기본권의 가치 세계의 핵심 개념으로 인간 존엄성을 제시하고, 국가에게 인간 존엄성을 핵으로 하는 기본권을 보장할 의무를 부과하고 있다. 이는 기본권 보장의 원칙적인 가치 지표가 인간 존엄성이라는 것으로 풀이된다.⁵⁰⁾ 따라서 현행 헌법상 인간 존엄성은 모든 기본권의 이념적 목표임과 동시에 모든 기본권을 포함하는 포괄적 기본권의 성격을 갖는다. 결국 현행 헌법에서는 표현의 자유도 인간 존엄성을 실현하는 하나의 수단이라는 의미밖에 갖지 못한다. 따라서 타인의 인간 존엄성을 침해하는 표현은 그것이 아무리 공적·사적으로 중요한 것이라 하더라도 헌법적으로 보호되기 어렵게 되어 있다. 이를 확인하고 있는 것이 바로 현행 헌법 제21조 제4항이다. 이 조항은 표현의 자유의 한계로 “타인의 명예나 권리”를 제시하고 있다.

본문에서 언급한 대로 인간 존엄성이 지배하는 헌법에서는 표현의 자유의 우월적 지위가 체계적으로 보장되기 어렵다. 헌법재판소가 원칙적으로 표현의 자유의 우월적 지위를 인정하면서도 그 내용을 체계화시키지 못하고 있는 이유가 바로 여기에 있다. 오히려 헌법재판소는 인격권과 표현의 자유 중 어떤 기본권도 일반적인 우위를 차지하는 것이 아니라 구체적인 경우마다 법의 형량을 할 것을 요청하고 있다.⁵¹⁾ 그러나 표현의 자유의 우월적 지위를 인정한다면 법의 형량 과정에서 이것이 어떤 형태로든 반영되어야 논리적 일관성이 있다고 할 수 있다. 아울러 표현의 자유의 한계를 규정한 헌법 제21조 제4항도 표현의 자유의 우월적 지위를 부정하는 근거로 볼 수 있다.⁵²⁾

47) 양 건, 앞의 책, 425면.

48) 박용상, 앞의 책, 71면. 참고로 미국 헌법 수정 제1조는 “..... 연방 의회는 언론, 출판의 자유나 평은 하게 집회할 권리 및 고충의 구제를 위하여 정부에게 청원할 수 있는 인민의 권리를 제한하는 법률을 제정할 수 없다”고 되어 있다.

49) 헌재 1991. 9. 16. 89헌마165. 판례집 3. 518. 524.

50) 허 영, 「한국헌법론(전정 4판)」, 박영사, 2008. 321면.

51) 헌재 1991. 9. 16. 89헌마165. 판례집 3. 518. 524. 526~527.

52) 한수용, “표현의 자유와 명예의 보호 : 한국, 독일과 미국에서의 명예 훼손 법리에 관한 헌법적 고찰과 비판을 곁하여”, 『저스티스』, 통권 제84호, 한국법학원, 2005. 46면.

그렇다면 어떻게 현행 헌법상 인간 존엄성과 표현의 자유의 갈등을 해결할 것인가? 이 문제에 대해서는 이 글에서의 논의에 비추어 다음과 같은 사전을 제시하고자 한다. 일반적으로 규제 여부가 문제되는 표현은 공익을 침해하는 표현과 권리를 침해하는 표현으로 나눌 수 있다. 먼저 공익을 침해하는 표현의 경우에는 자아 실현론, 민주주의론, 진리 추구론의 관점에서 화자의 표현의 자유를 강조하여 표현의 자유의 우월적 지위가 보장되어야 한다고 본다. 헌법 제21조 제4항이 표현의 자유의 한계에 대해 “타인의 명예와 권리”, “공중 도덕이나 사회 윤리”를 들고, 전자의 침해에 대해서는 피해 배상 청구를 인정하고 있으나 후자의 침해에 대해서는 그 법적 효과에 대한 명시적인 언급을 피하고 있는 것⁵³⁾도 이런 논리를 뒷받침하는 것이다. 따라서 공익을 침해하는 표현에 대해서는 수직적인 이익 형량이 이루어져야 한다. 여기에서는 미국 연방 대법원이 표현의 자유의 우월적 지위를 보장하기 위해 고안한 법 원칙들, 예컨대 명백·현존하는 위협의 원칙이나 이중 기준(double standard) 원칙 등이 적용될 수 있다.

다음으로 타인의 명예나 권리를 침해하는 표현의 경우에는 인간 존엄론의 관점에서 화자의 표현의 자유와 청자의 명예나 권리를 수평적으로 이익 형량한다. 왜냐하면 인간 존엄성의 헌법에서는 타인의 명예나 권리는 표현의 자유와 동등한 지위와 중요성을 갖기 때문이다. 이때에는 표현의 자유의 우월적 지위가 보장된다고 보기 어렵다. 이에 따라 명백·현존하는 위협의 원칙이나 이중 기준 원칙 등도 적용되기 어렵다.⁵⁴⁾

다만 어떤 표현이 공익을 침해하는지 아니면 권리를 침해하는 지가 불분명한 경우가 있을 수 있다. 그러나 이 경우에는 다른 기본권과 구별되는 표현의 자유의 특별한 중요성을 감안하여 가급적 공익을 침해하는 표현으로 간주하는 헌법적 감각이 필요하다고 본다.

참고 문헌

- 강승식, “독일 기본법상 표현의 자유 제한에 대한 비판적 고찰”, 『중앙법학』, 제7집 제2호, 중앙법학회, 2005.
- _____, 『미국 헌법학 강의』, 궁리출판사, 2007.
- 계희열, 『헌법학(중)(보정판)』, 박영사, 2002.

53) 허영, 앞의 책, 555면 참조.

54) 한수용, 앞의 논문, 51면.

[Abstract]

The Relationship Between Freedom of Speech and Human Dignity

Kang, Seung-Sik

Assistant Professor, Wonkwang University Law School

Human dignity is the central value of many Western democracies. This determination reflects the conscious intention to elevate modern Germany beyond the inhumanity of Nazism, signaling a new constitutional order. Human dignity means more than the specific catalog of constitutional rights. Dignity is not merely a focus on individuality. As the central value of the constitution, dignity infuses throughout the whole constitutional order, obligating the state both to protect and realize it.

Written constitutions and bills of rights invariably protect freedom of speech as one of the fundamental liberties guaranteed against state suppression or regulation. By freedom of speech, human beings speak their minds, communicating their beliefs, opinions, ideas, or ideologies. Also freedom of speech is so essential to democracy that governments should not punish persons for what they say. In this way, freedom of speech should rarely if ever be limited.

In this Article, I demonstrate that human dignity is not compatible to justify freedom of speech. Human dignity cannot be suggested as a constitutional basis for free speech protection since it does not properly comprise numerous kinds of constitutional protected speech, such as political speech. Besides, it can play much of a role in restricting speech because it tends to emphasize the rights of listener rather than speaker.

Key words : Freedom of Speech, Human dignity, Speech Restriction, Constitutional Rights, Public Interests

- 박용상, 「표현의 자유」, 현암사, 2003.
- 양 건, “표현의 자유”, 「헌법연구」, 법문사, 1995.
- _____, 헌법강의 I, 「법문사」, 2007.
- 한수용, “표현의 자유와 명예의 보호 : 한국, 독일과 미국에서의 명예 훼손 법리에 관한 헌법적 고찰과 비판을 겸하여”, 「저스티스」, 통권 제84호, 한국법학원, 2005.
- 허 영, 「한국헌법론(전정 4판)」, 박영사, 2008.
- Barendt, Eric, *Freedom of Speech*(2nd ed.), Oxford University Press, 2005.
- Brison, Susan J., “The Autonomy Defense of Free Speech,” 108 *Ethics* 312 (1998).
- Dworkin, Ronald, *Freedom’s Law : The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford University Press, 1999.
- Eberle, Edward J., *Dignity and Liberty : Constitutional Visions in Germany and the United States*, Praeger, 2002.
- Greenawalt, Kent, “Free Speech Justifications,” 89 *Columbia Law Review* 119 (1989).
- Gunther, Gerald / Kathleen M. Sullivan, *Constitutional Law*(13th ed.), Foundation Press, 1997.
- Kant, Immanuel, *The Doctrine of Virtue : Part II of the Metaphysic of Morals*, University of Pennsylvania Press, 1971.
- Kommers, Donald P., *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*(2d ed.), Duke University Press, 1997.
- Meyer Michael J. / William A. Parent eds., *The Constitution of Rights: Human Dignity and American Values*, Cornell University Press, 1992.
- Paine, Thomas, *Rights of Man*, Dover Publications, 1999.
- Post, Robert C., “Cultural Heterogeneity and Law: Pornography, Blasphemy, and the First Amendment,” 76 *California Law Review* 297 (1988).
- Schauer, Frederick, *Free Speech : A Philosophical Enquiry*, Cambridge University Press, 1982.
- Statman, Daniel, “Two Concepts of Dignity,” 24 *Iunai Mishpat* 541 (2001).
- Waldron, Jeremy ed., *Theories of Rights*, Oxford University Press, 1984.
- Wells, Christina E., “Reinvigorating Autonomy: Freedom and Responsibility in the Supreme Court’s First Amendment Jurisprudence,” 32 *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* (1997).