

## 표현의 자유 - 규범과 문화 사이

개인이 사회적 인격체로서 성장하고 사회의 일원으로서 활동하기 위해서는 자신의 의견을 외부에 전달하고 표현할 수 있어야 한다. 이를 통하여 개인의 사회구성원으로 동질성을 갖게 되고, 또 역설적으로 이러한 동질성이 문화적 다양성의 기반이 될 수 있다. 따라서 표현의 자유는 인간의 가장 기본적인 욕구일 뿐 아니라 사회적 역동성을 문화적 기반이며, 또 민주주의가 기능하기 위한 전제조건이다. 개인의 의사와 이익이 자유롭게 표현되고 이에 기초하여 다른 사회구성원과 소통하는 과정이 보장되지 않고는 국민주권의 기초가 되는 국민의 의사는 형성될 수 없기 때문이다. 이와 같은 개인적·사회적 및 국가적 이유에서 표현의 자유는 어떠한 기본권보다도 충실히 보장되어야 한다. 실제 헌법은 표현의 자유를 제한하는 경우에도 사전검열의 방법을 허용하지 않고 있다(헌법 제21조 제2항). 그러나 다른 한편 표현행위는 명예와 같은 다른 구성원의 법익을 침해해서는 안되고, 편향된 의견 및 경향과 그러한 의견 및 경향들이 지배적인 전파력을 갖는 경우, 균형 있는 여론의 형성에 장애가 된다. 특히 아직 성장과정에 있는 아동 및 청소년의 의식을 왜곡시키는 결과가 나타날 수도 있다. 이에 헌법은 표현의 자유가 공중도덕이나 사회윤리를 침해해서는 안된다는 제한 규정을 두고 있다(헌법 제21조 제4항).

그런데 타인의 명예, 혹은 공중도덕 및 사회윤리와 같은 불명확한 개념을 확대하여 해석하는 경우, 오히려 표현의 자유는 공허한 권리가 될 수 있다. 이러한 위험으로부터 표현의 자유를 보호하기 위해서는 다음과 같은 인식이 필요하다. 즉 표현의 자유를 행사하여 인하여 타인의 권리 혹은 사회의 보편적인 가치를 침해하는가의 여부는 사후적으로 판단되어야 하며, 사전적인 제한은 원칙적으로 허용되어서는 안된다. 개인의 의견은 타인의 의견과 다를 수는 있지만, 옳고 그름의 판단대상은 아니기 때문이다. 이 점이 옳고 그름의 판단이 가능한 사실의 전달과 표현에 대한 보호의 헌법

## 전 광 석



- 연세대학교 법학전문대학원 교수(헌법학)
- 한국헌법학회 회장
- 한국대학교육협의회 정책자문위원회 위원

적 근거와 정도를 달리 보는 이유이다. 국가가 가치판단의 권한을 보유하고 이를 기준으로 개인의 표현을 통제하는 것은 가치의 상대성을 이념적 출발점으로 하는 민주주의와 정면으로 충돌한다. 이러한 인식에 기초하여 개인의 의견이 자유시장에서 자연스럽게 검증되어야 하며, 따라서 국가가 표현의 자유의 영역에 개입해서는 안된다는 이론이 형성되었다. 물론 이러한 이른바 자유시장이론이 사회의 자율적인 조정이라는 명목하에 균형 있는 여론형성에 오히려 장애가 될 수 있다는 점에 대한 인식 역시 필요하다. 따라서 언론의 사회적 기능, 그리고 이를 최종적으로 보장하기 위한 국가의 역할이 또 하나의 헌법적 요청이다. 그러나 이러한 국가의 개입은 어디까지나 주관적으로는 개인의 표현의 자유를 실질적으로 보장하고, 객관적으로는 다양한 의견이 균형 있게 존재할 수 있는 환경을 보장하기 위한 목적을 갖는 것이지 그 자체가 목적이 될 수는 없다.

최근 약칭 “일베(일간베스트저장소)”에서의 반역사적, 반민주적, 극우적, 맹목보수적, 반여성적, 그리고 사실을 왜곡하여 특정 지역 및 인물을 비하 혹은 영웅화 표현은 우리 사회의 건전성에 심각한 우려를 일으키고 있다. “일베”의 일탈적 표현은 특히 해당 역사적 사건을 직접 경험하지 못하였고, 또 충실한 역사교육을 받지 못한 청소년들에게 전달되어 잘못된 역사 의식을 갖게 할 위험이 있다. 그리고 그 결과 사회적 건전한 역동성을 형성하는데 부정적인 영향을 줄 수 있다. 특히 청소년들은 사이버공간에서 객관성을 확보하기 위한 의견교환과 검증이 없이 일방적으로 “일베”의 일탈적 표현들을 접하게 되는 위험에 노출되어 있다. 이에 “일베”와 같은 사이버공간에서의 일탈적 표현행위에 대해서 해당 사이트를 폐쇄하여야 한다는 의견이 적지 않으며, 이러한 우려에 대해서 이해가 가기도 한다.

그러나 “일베”현상에 대한 이러한 대응은 신중하여야 한다. 특정 사이트의 폐쇄는 표현의 가능성을 사전적으로 차단하는 의미를 갖는다. 이는 표현의 형식이 아니라 내용이 특정한 가치를 침해하거나 위반된다는 이유로 표현의 자유를 위축시키는 선례가 될 수도 있다. “일베”에서의 표현이 구체적으로 타인의 명예를 침해하는 경우에는 기본적으로 제재의 대상이 될 것이다. 이때 구체적인 표현의 내용, 해당 표현이 표현의 대상과 관련하여 갖는 속성, 예컨대 공인의 공적 사항에 대한 표현인가의 여부 등이 개별적으로 심사를 거쳐 제재 여부가 결정되어야 할 것이다. 이러한 구체적이고 개별적인 심사의 범위를 벗어나서 “일베”의 표현경향을 헌법적으로 심사하고, 사이트를 폐쇄하여 그 존재 자체를 부인하려는 방법론은 규범적으로 정당하지 않고, 현실적인 효과도 없다.

“일베”는 기본적으로 우리 사회의 문화적 현상이다. 자신들을 정당한 소수로 자임하며 부당한 다수에 저항하는 문화는 지역과 시대를 불문하고 인류사에 존재하여 왔다. 다수의 관점에서 소수의 인식과 표현이 ‘명확히’ 바람직하지 않다고 하더라도 인류가 가꾸어 온 표현의 자유는 ‘정당함’과 ‘부담함’의 경계를 국가 혹은 다수가 아니라 각자 판단할 수 있어야 한다는 의미를 내포하고 있다. 소수의 문화적 인식을 강제로 바꾸거나 개선하려는 시도는 국가 혹은 다수가 정치적 및 도덕적 책무에 책당하지만 이것이 헌법적 권한 혹은 권리일 수는 없다. “일베”에 대한 우려를 규범적으로 대응하는 경우 이러한 특수한 현상에 대한 헌법적 평가를 일반화하여 국가와 다수의 경향을 따르지 않는 표현을 위축시키는 빌미가 될 위험이 있다. 우리는 역사적으로 소수의 일회적 일탈행위가 빌미가 되어 해당 사회와 국가에서 편향적이고 획일적인 가치가 지배하는 파행을 적지 보아 왔다. “일베”의 일탈적 표현행위가 우려할 만한 수준에 이른 것은 사실이지만 이는 우리 사회에서 나타난 문화의 단면으로 보아야 한다. 따라서 이러한 문제는 일반적인 교육과 문화운동을 통하여, 그리고 사이버공간에서 근본적이고 장기적으로 자정능력을 회복할 수 있도록 하는 방법이 찾아져야 하며, 이를 위한 노력이 기울여져야 한다. 현실적으로 보더라도 특정 사이트의 폐쇄와 같은 일회적·단기적인 처방은 또 다른 형태로 나타나는 문화적 일탈을 방지하는 데 도움이 되지 않는다는 점도 인식되어야 한다.