

表現의 自由의 理論과 現實

金 碩 祚*

<차례>

- | | |
|----------------------|----------------------------|
| 1. 序 | 3. 抑制의 力學 |
| 2. 表現의 自由에 관한 憲法的 決斷 | 4. 表現의 自由와 다른 社會의 利益 一般 理論 |
| (1) 人間性的 實現 | (1) 害惡性向說 |
| (2) 眞實의 深究 | (2) 明白하고 現存하는 危險說 |
| (3) 民主的 政治過程의 形成과 參與 | (3) 比較量說 |
| (4) 安定과 變化의 調和 | (4) 憲法的 決斷論 |

1. 序

成文憲法과 憲政現實의 乖離는 憲法規範의 文書化로부터 시작되는, 하등 새로운 現象이 아니다. 憲法的 言語는 政治的 現實과 接觸할 때에 비로소 그 憲政體系 안에서의 意味를 갖게되며 政治現實의 變化는 실로 萬華鏡과 같다. 따라서 憲法規範과 現實의 乖離가 政治的 慣行을 통한 완만한 變化나, 社會變化에 따르는 有權의 解釋의 變遷에 의한 것이라면 새삼스럽게 擧論할 필요가 없다.

이른바 後進政治에서 문제되는 것은 憲法과 現實의 構造的 乖離이다. 權力을 正統化하는 傳統의 方法이 쓸모없게 되고 民主的 神話가 普遍化함에 따라 과거의 被植民國家들은 民主主義의 憲法을 받아들였다. 그것을 政治的希望을 表示한 것으로 보든가, 또는 權力의 正統性을 위한 儀禮的 修辭로 보든, 그러한 憲法文書와 社會下層構造 사이에는 體制的 乖離가 있기 마련이다.⁽¹⁾ 「後進」政治過程에 있어서의 憲法的 虛無主義나 「시너지즘」은 바로 이러한 構造的 乖離의 產物인 것이다.

基本權의 理念과 現實의 문제도 이러한 憲法的 乖離의 가장 중요한 一部이다. 따라서 基本權이 잘 保障되도록하는 條件, 變數가 무엇이나, 또 그들이 어떻게 連關, 構成되어야 하는지는 문제는 바로 民主主義의 社會的 基礎가 무엇이나는 문제와 直結된다.

* 서울大學校 法科大學 專任講師

(1) Karl Loewenstein의 「各目的 憲法」이나 「語義的 憲法」이 이러한 構造的 乖離를 指稱하는 말이다. 그러나 兩者의 區別은 이미 主觀的 價値判斷이 함축되어, 妥當치 못하다. Loewenstein, *Political Power and the Governmental Process*, 147~153 참조.

이 論文의 범위는 다만 基本權의 理論과 現實의 차이가 바로 憲法規範과 政治現實의 乖離의 一面이라는 전제 아래 判例나 搜查機關의 法規援用の 實態를 통하여 基本權가운데 表現의 自由가 現實의으로 어느 정도 보장되는가 알아 보는 것이다.⁽²⁾

2. 表現의 自由에 관한 憲法的 決斷

물론 表現의 自由와 같은 基本權의 保障이 社會의 唯一 한 目的은 아니다. 個人的으로 볼 때 自己를 自由롭게 表現할 수 있는 自由는 自己目的의이라 할 수 있으나, 물론 그것이 人間의 唯一한 目的은 아니다. 또 社會的 政治的 觀點에서 본다면 表現와 自由는 다른 目的의 實現을 위한 過程 또는 方法인 것이다. 즉 表現의 自由는 相對主義的인 民主社會의 目的을 形成, 決定하는 民主社會의 關鍵的 要素이다. 그러나 民主社會의 目的을 實現하는데 있어서 表現의 自由는 唯一한 길은 아니다. 그 保障은 다른 價値, 예컨대 平等, 正義, 道德의 發展, 公共秩序 등과의 潜在的 矛盾을 前提로 한 것이다. 그러나 問題는 政治圈에서의 對話나 行態에 있어서, 表現의 自由와 다른 社會, 政治的 價値 —, 특히 公共秩序, 「순풍양속」 등과의 矛盾, 調和가 문제될 때는 흔히 前者는 無視되거나 기껏해야 同一平面위에서 취급된다는 것이다. 이러한 傾向은 물론 政治的 考慮, 便宜의 產物이겠지만 當爲論을 편다면 表現의 自由의 保障을 위한 憲法的 決斷을 忘却했거나 輕視한 論法이다. 그 憲法忘却症⁽³⁾은 構造的 乖離現象의 한 징후로서 이러한 狀況아래서의 憲法學의 課題는 첫째로 그러한 乖離現象의 社會科學的 分析, 記述과 둘째로 간단없는 憲法의 想起이다. 憲政現實의 記述은 規範과 現實의 乖離를 說明하는 이러 저러한 決定要因을 云謂할 것이고, 또는 그 거리가 좁아진 다던가 發展해 간다던가 또는 文書上의 理念과 基礎的 社會現實의 構造的 矛盾으로 그 理念의 相對的 實現化는 不可能하다던가 등의 결론에 도달할 수 있을 것이다. 이에 반하여 憲法의 想起는 價値判斷에 基礎한다. 政治는 한 社會의 道德的, 現實的 目的의 반영이며, 따라서 어떤 政府도 그 道德的 基準보다 나올 수 없고, 또 그에 대한 道德的 判斷은 언제나 時機尙早일 수는 없다. 한 體制가 完全히 發展하고 그야말로 「體制」가 잡힐 때까지 그에 대한 價値判斷은 時機尙早이며 따라서 單純히 歷史的 記述에만 그친다면 물론 安逸하고 간편할 것이다. 그러나 이는 바로 判斷을 便宜로 代置하는 것이다. 따라서 人間과 社會에 대한 道德的 判斷은 언제, 어느 곳에서나 時機尙早일 수 없으며, 지금, 이곳에서 내려져야 한다. 道德的 判斷이 學問的 研究를 始發시키는 것이 그 遊이 참이 아니다.⁽⁴⁾

(2) 「表現의 自由」(freedom of expression)는 우리 實定法上의 概念은 아니다. 우리 憲法의 言論·出版·集合·結社의 自由와 良心의 自由가 이에 포함된다. 물론 前者는 後者보다 넓은 概念이며, 따라서 이 論文의 關心도 憲法 제18조에 국한되는 것은 아니다.

(3) 더 정확히 말하면 無知症이다.

(4) Benedetto Croce, *Politics and Morals* 참조.

表現의 자유와 같은 基本權에 관한 政治的 行態도 이러한 觀點에서 評價해야 할 것이다. 그러면 이러한 憲法的 決斷의 論理的 基礎는 무엇인가 다시 말하면 왜 表現의 자유는 「最大限으로」 保障되어야 하는가?

이것은 결코 새로운 質問이 아니지만 막상 이 設問에 대하여 社會哲學적으로 대답한다는 것은 쉬운일이 아니다. 위에서 말한 「간단없는 憲法的 想起」 作業은 이 문제를 解答하고 가는 試圖로부터 시작되어야 한다.

(1) 人間性的 實現

첫째로 表現의 자유는 人間性的 實現을 위하여 必然적으로 要求된다. 사람은 動物과 달라 抽象적으로 思考하고 言語를 使用하며 생각과 感情을 傳達하고 文化를 形成할 수 있는 能力을 가지고 있다. 이러한 能力의 發展을 통하여 사람은 자신의 意味와, 世界와 歷史속에서의 자신의 座標를 발견한다. 사람은 자신의 個性과 潛在可能性의 實現을 위하여 사는 것이다. 그 自我의 實現은 心性的 발달과 같이 시작된다. 人間의 意識의 思考는 無限한 것이다. 그리고 사람은 過去에 산, 또 現在에 살고 있는 사람들에 의하여 영향을 받으나 그 精神과 心性은 自身の 個人的인 것이다.

이로부터 모든 사람은 自我發展過程에서 자신의 信念과 의견을 形成할 權利와 이를 表現할 權利가 演續된다. 表現은 思考, 理念의 發展, 知的追求, 自我肯定의 不可分의 一部이기 때문에, 表現없는 信念이나 의견은 공허하기 이룰데 없다. 사람의 潛在可能性를 實現할 수 있는 힘은 바로 表現에서 비롯하며 사람의 心性이 表現에 조차 이르지 못한다면 全人間性은 탈살되고 말 것이다.

따라서 信念과 의견, 思想과 良心, 그리고 그 表現을 抑壓하는 것은 人間의 尊嚴性的의 모독이며 人間本性的의 否定이다.⁽⁵⁾

둘째로 表現의 자유는 社會의 構成員으로서 사람이 實存, 活動하기 위하여 保障되어야 한다. 사람은 社會的 動物로서 共同社會와 共通의 文化를 이루어 살며, 社會의 특히 國家의 規制를 받는다. 사람이 社會의 構成員으로서 信念과 의견을 表現할 수 있는 權利는 다음 두 原則에 基礎한다. 첫째로 社會와 國家의 目的은 人間의 福利를 增進시키는 것이다. 그들은 自己目的이 아니며 個人, 즉 그 構成員에 봉사하기 위하여 存在하는 것이다. 둘째로 모든 사람은 자신들에 영향을 주는 共同決定에 平等하게 參與할 수 있는 平等權의 原則이다.

이로부터 사람의 「알 權利」, 자신의 의견을 形成할 權利, 願望, 選擇, 判斷을 傳達할 權利 간단히 말해서 社會와 國家의 目的의 定立, 그 實現의 過程에 參與할 權利가 導出된다. 眞

(5) Milton의 言論의 許可制는 「知的自由인에 대한 最大의 不快요 모독이다」라는 말은 모든 表現에 妥當하는 말이다. Milton, *Aeropagitica* 21.

實의 追求 및 그 表現을 抑壓, 切斷한다는 것은 社會와 國家의 運命을 專制的 下命에 맡기며, 사람을 다른 사람의 恣意的 統制의 對象으로 轉落시키는 것이다. 個人은 社會와 國家의 構成員으로서 다른 사람들과 協同할 義務를 지니, 이러한 義務에는 自己表現의 自由權이 따르는 것이다.

이러한 論理에는 다음 原則이 포함되어 있다. 國家나 社會가 表現의 自由와 矛盾된다고 주장하는 다른 價値의 實現은 社會構成員의 의견, 信念의 抑壓에 의해서가 아니라, 다른 方法, 즉 反對되는 의견의 表現이나, 또는 단순한 表現의 段階를 넘는 行動의 規制에 의하여서만 해야 한다.

思想과 그 傳達은 人間性的 表現을 위한 源泉이다. 이를 抑壓하는 것은 人間性的 흐름을 그 發源點에서 말려 버리는 것이다. 이 段階에서의 自由는 모든 다른 自由의 前提이다.

(2) 眞實의 探究

表現의 自由는 知識의 進歩와 眞實의 發見을 위한 最善의 方法이다.

한 命題에 대한 가장 健全하고 合理的인 判斷은 그것에 대한 모든 贊反의 理論과 사실이 公開됨으로써 이루어질 수 있다. 사람의 判斷은 不完全한 것이다. 그것은 통찰력, 資料의 결여, 부적당한 思考 등에 의하여 錯誤를 일으키기 쉽다. 그것은 한곳에 머물러 있는 것이 아니라 항상 不完全해야 하며 擴張, 拒否, 修正되어야 한다. 따라서 知識을 追求하는 者는 그 문제에 대한 모든 의견 특히 자신의 의견에 반대하는 立場을 경청해야 한다. 반대로 知識의 교환, 討論, 또는 意見의 對立을 抑壓하는 것은 合理的 判斷을 불가능하게 하고, 새로운 理念, 思考를 저해하며, 誤謬를 持續시킨다.

이러한 眞實에의 Socrates的 辨證法은 끊임없는 것이다. 현재 支配的인 理論이나 또는 「萬古不變」의 眞理라 일컬어지는 것에 대해서도 公開的 討論은 계속되어야 한다. Copernicus 부터 Einstein 에 이르기까지 知識의 發達은 그때까지 確固不動하다고 믿어지던 假說에 도전함으로써 이루어진 경우가 허다하다.

어떤 의견이나 견해의 抑壓을 正當化할 수 있는 단 하나의 근거는 그 抑壓하는 者의 完全性 즉 자신은 절대로 誤謬를 犯하지 않는다는 올림프스의 傲慢이다. 이러한 「產婆法」은 또한 社會的 國家的 判斷에 이르는데도 最善의 方法인 것이다.

(3) 民主的 政治過程의 形成과 參與

表現의 自由는 民主的 政治過程을 形成하며 人民으로 하여금 그 政治過程에 參與를 가능하게 한다. 물론 權力 엘리트만이 政策決定을 하는 경우나 社會內에서 一部 階層을 政策決定過程에서 排除하는 경우도 상상할 수 있으며, 19세기 以前의 政體는 이러한 양상에 의하여 특

징지워졌다. 그러나 近代에 이르러 모든 사람들이 共同的 決定過程에 參與할 수 있는 權利가 있다고 하는 民主的 神話는 權力的 正統化의 단 하나의 理論的 根據로 方法이다.

이러한 發展은 앞에서 말한 바와 같이, 個人的 權利로서의 表現의 자유의 觀念의 보편화에도 기인하지만 또한 社會組織의 理論으로서의 表現의 자유의 論理에 內在한다. 自由人, 獨立人들의 社會組織過程에서는 모든 事實, 의견, 견해가 公開的으로 考慮되어야 한다.⁽⁶⁾

더 나아가 社會構成員이 信念, 意見을 表現, 傳達할 수 있는 權利는, 政治的 領域을 넘어서, 全文化的 創造에 參與할 수 있는 通路이다. 그것은 文學, 藝術, 宗教, 科學 등 人間의 모든 知的 精神的 活動에 있어서의 表現의 자유까지 포함한다.

그러나 물론 가장 關鍵的인 부분은 政治活動이다. 社會의 存續, 福利, 進歩에 가장 직접적인 決定은 政治를 통하여 이루어지며, 바로 여기에서 政治權力이 表現의 자유를 抑壓하려는 衝동이 가장 강한 곳이며, 또 실제로 흔히 彈壓의 權力을 휘두른다. 政治的 表現의 자유는 다른 自由의 守護를 위한 必要條件이다. 따라서 表現의 자유를 둘러싼 가장 심각한 鬭爭이 展開되는 곳이 바로 政治圈이다.⁽⁷⁾

그러나 중요한 점은 表現의 자유가 政治的으로 有用하다는 것이 아니라, 「民主共和國」을 宣稱한 이상 「모든 權力은 國民으로 부터」나오며, 따라서 國民은 그 權力에의 同意權을 行使하기 위하여 個人 및 社會的, 決定判斷을 表示하는 自由를 누려야만 한다.

흔히 論難되는 문제는 大衆의 「無知」 또는 文化的 未開로 國民이 이러한 役割을 할 수 있는냐 이다. 그러나 이것은 바로 民主主義가 가능하나의 문제이며, 따라서 前憲法的 超憲法的 論理이다.

(4) 安定과 變化의 調和

社會는 그 維持와 機能을 위한 consensus와 轉變하는 環境에 適應, 發展하기 위한 批判的 矛盾, 否定을 필요로 한다. 사실 그 「發展」과 「變化」의 強調에도 불구하고 人間社會를 特徵지우는 것은 持續되는 社會的 慣性이다. 따라서 否定的 思考, 勢力이 없는 社會는 침체하기 마련이다. 表現의 자유는 이러한 安定과 變化의 아슬아슬한 調和를 이루는 方途이다. 첫째로 對話와 討論의 抑壓 아래서는 合理的 判斷은 不可能하다. 그것은 論理를 暴力으로 代置하는 것이다. 強壓은 잠시 社會變化를 막을지 모르나 思想이나 信念을 말살하지는 못하여

(6) John Stuart Mill은 이 점에 대하여 「全人類에 대하여 오직 한 사람의 의견이 다르다면, 全人類가 그 한사람을 침묵시키는 것은 그 사람이 —만약 힘이 있다면— 全人類를 침묵시키는 것보다 나을 것이 없다」고 말했다. Mill, *On Liberty* 20.

(7) 어느 정도의 討論의 自由는 政治體制가 民主的인건 아니건 그 維持와 機能을 위하여 필요한 것이다. 政府에 國民의 태도, 필요, 願望 등에 관한 情報을 「流入」(in-put)하는 過程이 필요하기 때문이다. 대개 政治的 對話가 廣範히 許容될 수록 政府는 더욱 國民의 意思에 副應하고 가와지며 더욱 國民의 支持를 받도록 努力하게 된다.

忠誠이나 團結을 가져올 수도 없다. Bagehot의 말과 같이 「彈壓과 迫害는 皮相的 劃一을 가져오나 그 아래에는 항상 강열하고 지울 수 없는 懷疑가 따른다」.(8)

自由의 抑壓은 또한 슬타치는 硬直性을 結果하며 따라서 社會는 變化하는 環境에 適應할 수 있는 힘을 잃게 된다. 사람의 態度와 思考方式은 틀에 박히게 되며, 모든 制度는 生動力을 잃는다. 그 결과로 敍述은 法規만이 機械的이면서도 恣意的으로 適用되고, 漸增하는 不滿은 表皮의 平穩 밑에 숨고, 새로운 approach는 불가능하게 되며 전반적 停滯現象이 퍼지게 된다. 反對, 批判은 이러한 官僚的 退變에 대한 단 하나의 代案이다.

表現의 抑壓은 한 社會가 直面하고 있는 진정한 問題를 은폐하여 社會的 關心은 急迫하고 절실한 issue들을 外面하게 된다. 不安의 原因인 社會的 不滿은 無視되고 따라서 改善의 길은 막히고 만다. 抑壓은 反對의 정도, 범위를 나타내지 못하게 함으로써 極化現象을 낳고 따라서 合理的 妥協은 어렵게 된다. 더구나 彈壓은 反對와 批判을 「地下」로 몰아넣어 被壓迫者는 社會的 冷感症에 걸리거나 決死的 反對者가 되고 만다. 따라서 전자의 경우에는 社會의 生動力을 彈壓에 의하여 病들거나, 후자의 경우에는 極限의 反對에 봉착하여 더욱 暴力的 彈壓을 할 수 밖에 없는 惡循環을 낳는다. 끝으로 人間의 自己實現, 表現의 抑壓은 社會全體를 弱화, 不隨化 한다. 사람의 힘은 窮極的으로 머리에 나옴에 低能人으로 構成된 社會는 취약하기 마련이다.(9)

결론적으로 批判과 反對의 彈壓아래에서의 社會에 끝내 變化가 일어날 때는 더 暴力的이고 急進的일 수 밖에 없다.

公開된 自由로운 對話와 論爭이 社會를 分散시키는 것이 아니라 더 高次的으로 凝集시킨다는 命題는 또한 權力의 正統化의 觀念위에 基礎한다. 自己의 見解나 信念을 發表하고 다른 사람들을 說得할 수 있는 自由가 있는 者는 그에 反對되는 決定이 되더라도 그것을 尊重할 가능성이 더 낮다고 할 수 있다. 決定過程이 公平했으며, 또 자신의 주장을 위하여 最善을 다했고 남은 길이 있다면 호소하는 수 밖에 없는 狀況에서 대부분의 사람들은 그러한 極端의 方法을 택하지 않는다. 또한 多數나 少數의 地位는 相對的인 것이고 既存의 過程을 통하여 자기주장을 관철시킬 수 있다는 希望이 있게 된다. 따라서 政策決定의 過程, 節次에 관한 公平感은 실혹 그 實體內容에 반대하더라도 그 決定 더 나아가 그러한 決定을 위한 體制의 正統性을 認定하게 한다.(10)

앞에서 말한 바와 같이 사람의 社會는 變化보다는 慣性에 의하여 특경지워진다. 따라서 逆

(8) Bagehot, *The Metaphysical Basis of Toleration*, W. Bagehot 全集 第2卷 357.

(9) 「確信에 基礎하지 않는 의견은, 異論 비슷한 것만 있어도 무너지고 만다」 Mill, 前揭書 42.

(10) 이것은 裁判過程에서의 法の 適正節次(due process)에 대한 信賴가 한 當事者에게 實體的으로 不利한 判決이 내리는 경우에도 그로하여금 그 結果를 公平한 것으로 받아들이게 하는 것과 比喩될 수 있다. 司法的 正統化에 관하여는 Black, *The People and Court*, 56-86 참조.

境이나 差別로 의한 不滿이 相當한 정도까지 퍼지지 않는 限 政治秩序에 대한 抵抗은 일어나지 않는다. 오직 正當한 不滿을 계속 外面하는 政府만이 暴力的 反對運動의 出現을 두려워한다.

따라서 慣性이 社會를 특징지운다면 表現의 自由는 蜂起를 가져오는것이 아니라 必要한 政治, 社會的 變化를 促進시키고 社會를 窒息과 退墜으로 부터 防止하는 酵母의 役割을 한다.

더 나가 國家는 항상 政治的 團結을 造成하고 暴力를 抑制할 수 있는 權力을 具有하고 있다. 政府도 또한 國民과 같이 表現의 自由를 가진 때다. 이에는 一定한 制限이 따르지 모르나 國家는 情報의 수집, 傳達의 능력, 權威 등에서 一般市民과는 비교가 안될 만큼 優리한 位置에 있다.

表現의 自由의 理論은 公開된 自由로운 討論, 論爭을 통하여 社會過程이 形成되는 곳에 一定한 危險이 따른다는 것을 認定한다. 때로는 急迫한 問題의 解決이 遲滯되기도 하고, 또 결국에 가서는 社會를 위한 最善의 決定이 이루어지리라는 保障도 없다. 또 自由表現의 過程은 異見과 反對를 鼓舞시킴으로써 때로는 社會的 紐帶를 弱화시키기도 한다. 그러나 어떤 社會도 絶對的 安全을 이룰 수는 없다. 變化는 必然的이며 問題는 그 速度와 方法이다. 合理的이고 整然한 變化가 이루어질 可能性은 抑壓아래서보다는 自由表現의 制度아래서 더 크다. 더 나가 歷史的 經驗에 의하면 이른바 危險이란 흔히 幻想의일 경우가 많고 彈壓에 의하여 公益이 增進되기 보다는 阻害된다. 自由로운 表現으로 오는 「危險」은 모험할 가치가 있는 것이며, 단 하나 價値있는 安全이 있다면 바로 自由에 基礎한 그것이다.

따라서 表現의 自由의 理論은 民主的 節次를 통한 社會的 判斷의 技術 以上の 것을 의미한다. 즉 그것은 하나의 社會觀, 世界觀의 決斷을 포함한다.

이러한 古典的 理論이 經驗的 現實에 어느 정도 相應하느냐는 이 論文의 範圍를 넘는 것이나, 그 妥當性은 實證될 수 있는 것이다.

3. 抑制의 力學

흔히 表現의 自由에 관한 「法理論的」論爭은 「個人的 利益」과 「公共의 利益」을 調和하기 위하여 表現의 自由에 어떠한 制限을 해야 되느냐의 문제를 둘러싸고 展開된다. 이러한 「保障과 制限」의 調和를 위한 法規範에 관한 論議는 制限이 가해지는 現實의 메카니즘을 考慮하지 않는 한 彈壓의 美粧化나, 기껏해야 無爲에 그치고 만다. 가장 중요한 점은, 어떠한 形態던, 制限, 規制는 사람이 사람에게 한다는 사실이다. 이 점을 考察하기 위해서는 表現의 自由權의 行使와 그 制限 과정에서 대립되는 諸勢力, 制限法規의 規定이 실제로 至難하다는 점, 그 實施를 위하여 存在하는 制度, 制限法規를 다른 目的을 위하여 濫用, 惡用할 가능성, 또 制限의 메카니즘이 全 自由表現制度에 미치는 영향 등을 理解하는 것이 필요하다.

우선 異見, 「非正統的」言論을 抑壓하려는 사람의 衝동은 참으로 강력하다는 사실을 유의해야 한다. 見解의 차이가 사소한 경우에도 이러한 衝동은 常存한다. 그러나 表現의 自由의 制度의 尺度는 이러한 사소한 逸脫을 寬容하느냐에 의하여 決定되는 것이 아니라, 社會의 既存信念體系와 行態의 批判을 許容하느냐에 의하여 결정된다. 물론 이 부문에서 制限과 抑壓의 衝동은 가장 강력해진다. 인간의 이러한 衝동은 이미 잘 알려져 있어 예컨대 Mill은 다음과 같이 말한다.

支配者로서던 같은 市民의 자격으로서던 자신의 意見이나 趣向을 다른 사람들에게 行動規範으로서 強要하려는 人間의 衝동은 人間 本性의 강렬한 最善, 또 最惡의 感情에 기초하고 있어서 그것을 막을 것이라고는 力不足 밖에 없다. (11)

制限과 抑壓의 과정에서 흔히 발견되는 것은 精神病理學的 現象이다. 主體性的 危機, 獨立性的 박약으로 心理的 安定, 確信이 渴求되는 者에게는 通商的인것, 神聖視되는 것에 대한 攻撃, 批判은 곧 個人的安全에 대한 危脅으로 느껴지게 된다. 權威主義의 性格(authoritarian personality) 또는 좀더 實感나게 「寄生的 性格」(12)으로 표현되는 이러한 性格型의 異端, 批判에 대한 反應은 강렬하고 神經性的인 憎惡로서, 그 危脅을 근절시키려는 衝동으로 나타난다. 權威主義의 性格의 특징은 자신을 「큰것」에 隸屬시킴으로서 그 一部가 되어 힘과 identity를 찾으려는 性向이다. (13) 現代社會에서 그 「큰것」은 바로 國家權力에서 쉽게 발견될 수 있다. 이러한 要因들이 表現의 制限을 위한 生理와 그 適用에 있어서 크게 작용한다.

또한 문제되는 것은 正統의 心理 뿐만 아니라 批判, 反對의 心理이다. 가지가지의 抑壓 制裁를 무릅쓰고 批判의 소리를 높이는 者는 自己의 주장에 確信이 강하기 때문이다. 對立이 尖銳해지고 彈壓이나, 憎惡가 강해짐에 따라 批判, 反對의 樣相도 極化하기 마련이다. 이것은 다시 正統派의 不安과 敵愾心을 높이며 문제를 더욱 복잡하게 만든다.

물론 이러한 心理作用 외에도 表現의 自由를 制限하는 要素는 또 있다. 現狀維持에 既存利益을 갖는 者는 社會全體의 利益에 個別的 利益을 우선시키려 한다. 現狀守保勢力은 既存條件에 變化를 가져올지도 모르는 새로운 idea나 社會下層의 壓力의 表現을 맹렬히 반대한다.

더 나가 政治的 鬭爭에 參與하는 者들에게 古典的 自由의 理論은 卓上空論 처럼 들리기 쉽다. (14) 言論의 抑壓은 당연한 것 처럼 보이기 쉽고 寬容은 秩序의 維持나 政治社會目的의

(11) Mill, 前掲書 18.

(12) 이러한 寄生的 性格은 「自他虐症의 共生상태로서 「큰것」의 一部가됨으로써 자신도 커지며, 혼자 남게되면 無로 縮少되고 만다」 Erich Fromm, *The Revolutionary Character in Essays on Religion, Psychology, and Culture* 153.

(13) Fromm, *Escape from Freedom* 163-202 참조.

(14) 「反對나 批判을 許容하는 것은 그것이 아무런 효과가 없고 無力한 경우거나, 자신의 의견이나 權力에 회의가 있는 경우 뿐이다」. 따라서 言論의 彈壓은 아주 論理的으로 당연한 것 처럼 보인다. Holmes 判事의 反對意見 *Abrams v. United State*, 250 U.S. 616, 630 (1919)

達成을 위해 거추장스러운 것으로 느끼어지기 쉽다. 自由와 秩序, 變化와 安定的의 辯證法은 理解하기 어려운 것이다.

흔히 자신의 自由로운 表現을 주장하는 자들이 다른 사람에게는 동일한 권리를 부인한다. 따라서 어느 정도나마 表現의 自由의 保障에 成功한 나라는 극히 드물고, 그러한 곳에서도 危機意識이 壓力을 加重할 때는 自由는 退步하고 말았다.

여기에 表現의 自由制度는 가장 高次的이고 至難한 과제인 이유가 있다. 이를 위하여서는 自制와 教育, 그리고 社會의 成熟이 요구된다. 社會全體의 長期的 目標를 위하여 個人的 短期的利益을 희생할 각오가 필요한 것이다.

이러한 要因들은 制限의 理論을 展開하는데 考慮되어야만 된다. 表現의 自由는 最大限의 保障과 最少限의 例外에 의해서만 성공할 수 있는 것이다. 또 그러한 例外는 明白하고 正確해야하며 항상 날카롭게 規制되어야 한다. 그렇지 못할 때 制限의 熱은 빈틈으로 뚫고 들어 自由는 例外요 抑制가 原則이 되고 말 것이다.

또 한 가지 중요한 概念은 表現과 行動의 구별이다. 前者의 害惡이란 기껏해야 假定的이며 대개 無害하다. 따라서 制限은 대개 表現이나 意思傳達 자체를 대상으로 하는 것은 아니다. 制限의 理由는 表現이 다른 사람에게 주는 影響의 방지를 위해서이다. 그러나 表現의 效果 影響을 追跡한다는 것은 어려운 일이며, 더구나 事前에 그 結果를 豫測한다는 것은 더욱 어렵다.

여기에 必然的으로 필요보다 훨씬 광범한 表現의 制限을 하게 된다. 다시 말하면 表現의 制限은 그 성질상 事後的으로 一定한 行爲에 制裁를 가하는 것이 아니라 一定한 狀態의 發生可能性을 事前에 막으려는 試圖이다. 表現의 影響은 불확정·불확실하기 때문에 이 목적의 달성을 위하여 表現의 制限은 表現의 權利를 깊이 侵害할 수 밖에 없다.

더구나 言語 및 다른 表現行爲의 無限한 多樣性 微妙性으로 말미암아 表現에 明確한 制限의 基準을 세운다는 것은 불가능하다. 사람의 行動에 影響을 줄지 모르는 多樣한 單語와 意味의 規制를 위해서는 별수없이 制限法規는 廣範하고 애매할 수 밖에 없다. 檢閱의 回避를 위한 方法의 考案도 天才的이라 할 수 있다. 隱喩法이나 歷史的 比喩 등은 그 代表的 例이다. 따라서 制限의 目的을 달성하기 위해서는 法規는 一般的, 抽象的일 수 밖에 없고, 法規를 適用, 執行하는 者에게 廣範한 裁量權을 委任할 수 밖에 없다.

여기에 制限過程에서 또 하나의 중요한 要素, 즉 制限의 執行機構가 考察되어야 한다. 規制를 擔當하는 者는 흔히 職務遂行에 있어서 보기드문 熱誠을 보인다. 무엇보다도 그들의 存在理由는 表現의 規制이며 그 能力이나 昇進可能性은 그들의 業績 — 이 경우에는 表現制限의 業績에 달려 있다. 흔히 異見이나 禁已된 思想, 理念의 迫害는 政治的 進出, 出世의 지름길 이 될 수 있으며, 따라서 政治的 野心家에게 매력을 느끼게 만든다. 檢閱의 心理學에 관해서 체계적으로 研究된 바는 없으나, 經驗的으로 볼 때 心理的 不安定, 被害妄想症, 偏見 등 抑壓

에로의 감정적 징후가 흔하다. 여기에 官僚的行態, 調查, 監視, 秘密情報, black list 등의 規制方法은 表現의 自由에 重壓的 影響을 미친다.

또 規制法規는 執行되는 過程에서 다른 목적을 위하여 歪曲, 濫用되기 쉽다. 흔히 反對勢力의 의견의 表現과 行動은 구별되지 않고 따라서 實踐的 行動 뿐만 아니라 의견의 表現까지 抑壓하게 된다. 異論, 反對意思의 彈壓은 必要的 社會的 變化를 막으려는 시도를 偽裝하는 경우가 많다. 또 表現의 制限은 政治的 鬭爭에서 黨派的 利益을 위한 武器가 되기도 한다.

끝으로 表現의 制限이 自由社會의 健全한 機能에 주는 전체적인 影響이 考慮되어야 한다. 表現의 自由의 制限은 흔히 社會的 恐怖와 히스테리아의 분위기 아래서 감행된다. 이러한 社會的 恐怖 분위기는 故意로 操作되거나 彈壓의 不可避한 產物인 것이다. 이러한 狀況아래서는 規制의 메카니즘은 강력한 社會政治的 壓力을 받게 된다. 또 抑壓에 抗拒하여 그것에 따르는 制裁를 감수하는 자는 드물며, 出版, 放送과 같은 表現과 傳達의 手段, 施設을 가진 자들도 後退하고 만다. 따라서 이른바 自由의 濫用을 除去하려는 試圖는 表現의 自由에 대한 가장 심한 危險이다.

이러한 言論의 自由의 濫用은 自由의 혹이며, 마땅히 制壓되어야 한다. 그러나 누구에게 감히 그 일을 맡길 것인가? 말을 處罰하는 權力을 가진 자는 가장 파괴적이고 可恐스러운 무기로 무장을 하게 된다. 지나친 가치를 친다는 구실아래 그는 흔히 나무를 죽여버리는 것이다. (15)

이러한 警鐘은 항상 울려져야만 한다.

3. 表現의 自由와 다른 社會的 利益 一般理論

물론 表現의 自由에 관한 憲法的 決斷을 強調하는 것은 公共福利, 正義, 平等, 道德的 發展 등 다른 社會的 利益과 表現의 自由사이 에 對立, 矛盾이 없다는 뜻은 아니다. Holmes 判事의 例와 같이 아무리 言論自由의 保障을 主唱하는 자라 할지라도 滿員劇場에서 거짓말로 「불이야」 하고 소리질러 混亂을 일으키는 自由가 保護된다고 하지는 않을 것이다. (16)

모든 社會制度는 서로 調和, 妥協을 하기 마련이며, 따라서 表現의 自由와 다른 社會的 利益과의 豫備도 調和되어야 한다. 이것이 바로 表現의 自由理論의 現實的 課題이다.

이러한 調和의 原理는 法原則으로 表現되어야 한다. 이러한 法原則의 定立의 前提는 앞에서 말한 바와 같이 表現의 自由는 人間에 內在하는 前國家的, 超國家的 權利라는 것, 또 憲

(15) James Alexander의 말 Philadelphia Gazette, Nov. 17, 1737, Levy, *Legacy of Supression* 135.에서 再引用.

(16) Schenck v. U.S., 249 U.S. 47 (1919)

법이 이를 實定的으로 保障함으로써 表現의 자유와 그 制限의 法原則과 運用에 있어서 基本原理로 삼고 있다는 점이다. 여기에 문제되는 것은 이른바 民主의 基本秩序의 敵에게 表現의 자유를 허용할 것인가이다. 이와 같이 특정한 集團, 또 특정한 카테고리 意思表現에 表現의 자유를 否認하는 것은 새로운 것이 아니다. Milton은 카톨릭, 無神論者, 非基督敎人에게는 表現의 자유를 認定치 않았을 것이며,⁽¹⁷⁾ Locke는 카톨릭과 「宗敎的 寬容의 義務를 實行하고 가르치지 않는 者」들에게 政治的 自由를 否認했을 것이다.⁽¹⁸⁾ 初期의 一部 主唱者들은 表現의 權利는 選擇된 엘리트 集團에게만 부여되어야 한다고 생각했다.

오늘날 이러한 態도의 遺物은 이른바 「反民主의 集團」에의 自由權의 否認에서 찾아 볼 수 있다. 우리 憲法評者들에게 영향을 준 西獨基本法 제21조와 그것에 관한 學說의 背景에는 Weimar 共和國의 憤恨과 第2次 大戰의 慘狀, genocide의 執行人 내지 傍觀者로서의 罪責感이 쌓여 있다.⁽¹⁹⁾ 또 Weimar 共和國의 破産이 그 憲法의 世界觀의 中立性 때문이라는 것도 錯없는 얘기이다.⁽²⁰⁾

民主社會의 尺度는 「公衆의 敵」이나 政治的 祭物 없이 얼마나 consensus가 維持되느냐에 있다. 특정 憲法 아래서 組織된 政權은 政權에 대한 反對나 批判을 憲法秩序에 대한 挑戰으로 돌리기 쉬우며, 「公衆의 敵」, scape goat의 憲法學的 設定은 이 目的을 위하여 너무나 便利한 것이다. 이러한 表現의 자유의 限界로서의 「民主의 基本秩序」가 意味를 갖는 경우는 그것이 權力 엘리트에게 適用될 때이다. 그러나 그들의 表現行爲를 現實적으로 「言論의 自由」의 行使 등으로 把握할 者는 아무도 없을 것이다. 自由는 우선 消極的으로는 弱者의 強者로부터의 自由를 의미하기 때문이다.⁽²¹⁾

그러면 一定한 表現을 그 內容에 따라 憲法的 保障으로 부터 事前控除하는 것은 獨逸의 인것의 模倣을 넘어서 憲法的 根據가 있는 것인가.⁽²²⁾

(17) Milton, 前掲 37-38.

(18) Locke, *A Letter Concerning Toleration*, in *The Works of John Locke*, vol. 6, 45.

(19) 例컨대 前者의 例로는 G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 298 ff (1956). 後者は 많은 有數한 公法學者들이 Hitler 아래서 御用學者가 되었다가 오늘날 누구보다도 Freiheit를 부르짖는 現象이다.

(20) 第2次大戰 前後의 Europe에서의 Nazism, Communism에 대한 立法에 관하여는 Karl Loewenstein, *Legislative Control of Political Extremism in European Democracies*, 38 *Columbia Law Review* 591, 725 (1938).

(21) 例컨대 大統領의 演說을 들으며 大統領이 「言論의 自由」를 行使하고 있다면가 國務會議를 보고 國務委員들이 「集會의 自由」, 軍人들의 紀念日行進을 「示威의 自由」의 行使라 생각하는 者는 드물것이다. 自由의 消極的 積極的 意味에 관해서는 Isaiah Berlin, *Two Concepts of Liberty* in *Four Essays on Liberty* 참조.

(22) 國內學者 가운데 이 점을 強調하는 것은 韓泰淵, 憲法 216. 물론 「獨逸의」이라는 것은 우리 憲法評者들에게 직접 영향을 준 것이 西獨이라는 뜻이고, 이러한 思考方式이 그 곳에 국한된 것은 아니다. 가장 그럴듯한 論理展開로는 Karl Popper, *The Open Society and its Enemies*, Ch. 7; 및 Walter Lippmann, *The Public Philosophy*, 96-103 참조.

基本權에 관하여 第7條 3項과 같은 基本權의 規定이 없는 以上, 民主의 基本秩序에 의한 制限은 第32條 2項 前段「秩序維持」를 위한 制限에 包含된다고 보아야 할 것이고, (23) 따라서「自由와 權利의 本質的 內容」을 侵害할 수 없다. (24) 무엇이 個別基本權의 本質的 內容이냐는 각 基本權의 內容과 性質 또 特限과의 관계에 의하여 決定되어야 할 것이다. 表現의 自由의 內容과 性質은 既述한 바와 같다. 意思의 表現은 人間活動, 따라서 人生의 發源點이라 또 그 制限과 관련하여 規制하려는 害惡은 表現 자체가 아니라, 그로 인한 영향, 결과인 것이다. 例컨대 言論 자체와 그것이 主唱하는 一連의 行爲, 行動은 區別되어야 한다. (25) 그러므로 어떤 名目아래서든 一定內容을 自由로운 表現으로부터 事前控除하는 것은 바로 表現의 自由의 本質的 內容의 侵害이다. (26) 물론 現實의 制限立法과 그「世界觀의 어프로치」의 配合은 偶然일 수도 있고, 따라서 民主의 基本秩序에 의한 制約은 事前控制를 의미하는 것은 아니라고 주장할 수도 있다. 그러나 그러한 配合은 必然의인 것이고 말의 規制立法에 따라 事前控制領域이 現實적으로 存在하니 이러한 論理展開은 academic한 것이라 하겠다.

어떻든 表現의 自由가 現實의 意味를 갖는 곳에서는 通說 및 判例는 自由로운 表現과 他社會의 利益과의 調和에 있어서 이러한 事前的 控除는 認定되지 않는다. (27) 이의 認定은 政治的 經驗에 비추어 보아 奪權法(bill of attainder)의 憲法理論的 基礎를 提供하는 것이다. 이는 곧 立法府에 의한 司法權能의 代替, 立法에 의한 裁判을 의미한다. (28)

여기에 表現의 自由에 관한 判例의 分析, 評價의 基準으로 삼기 위하여 自由와 制限에 관한 諸法理論을 論評해 보기로 한다.

(1) 害惡性向說

우리나라 判例의 多數, 또 搜查機關이 援用하는 基準이다. 美國 Supreme Court가 初期에

(23) 물론 民主의 基本秩序는 憲法에 「內在」하는 것이고 明文의 規定이 필요없이 基本權의 制限근거가 된다는 주장이 있을 수도 있다. 이러한 「內在的 制限」에 의해서도 「本質的 內容」을 侵害할 수 없다면 結論은 같아지나, 그 反對라면 自由權의 基本權의 前國家性, 超國家성과 矛盾된다. 判例도 앞의 立場인 듯하다. 뒤 註 26 引用 判例 참조.

(24) 同條項의 立法先例인 西獨基本法 第19條 2項에 관하여는 Hamann, *Das Grundgesetz* 197 참조.

(25) Douglas, *The Right of the People* 30.

(26) 表現의 自由로부터의 一定한 內容의 表現을 이데올로기의으로 事前控除하는 것은 例컨대 反共法 4條 1項의 合憲性的 理論의 根據가 된다. 서울刑事地法 66.9.15. 65 노 838 판결 참조. 주의할 점은 民主의 基本秩序에 의한 表現의 自由의 立法的 制限에 있어서 파시즘은 除外되었다는 사실이다. 흔히 이러한 試圖는 民主主義를 民主主義로부터 保護하겠다는데 그 irony가 있는 것이다.

(27) Chafee, *Free Speech in the United State* 439-493; Douglas, 前掲書 30-37; Meiklejohn, *Political Freedom* 42-43; American Communications Association, *C.I.O.v.Douds*, 339 U.S. 382, 439 (1950); *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951)

(28) *United States v. Brown*, 381 U.S. 437 (1965) Warren 大審院長 判決理由 참조.

美國憲法 修正 第1條에 適用하던 이른바 「bad tendency test」에 該當한다. 이 基準에 의하면 言論 등의 意思表現이 危險性, 害惡性이 있다고 立法府가 믿을 때는 抑制, 處罰할 수 있다. 美國의 判例가운데 代表的 例로는 1925年의 *Gitlow* 事件⁽²⁹⁾을 들 수 있다. Supreme Court는 「國家는 그 警察權을 行使함에 있어서 公共福利에 危害로운 發言(utterances inimical to the public welfare), 公衆道德을 退廢시키는 性向이 있는 發言, 公安을 소란케 할 傾向이 있는 發言을 處罰할 수 있음에는 疑問의 餘地가 없다」고 一括적으로 廣範하게 宣言한 다음 同事件에 문제가 된 公共秩序에 관하여 議會는 「火災로 번지기 以前에 불씨를 꺼버릴」 權限이 있다고 했다.⁽³⁰⁾

害惡性向說은 實質적으로 表現의 자유의 保障을 否認하는 立場이다. 理論적으로 表現의 許容과 他社會的 價値, 目標와 外見上 對立이 있을 때는 後者가 優先한다는 것이다. 實際로는 이 基準에 의하면 表現은 그 始發點에서 切斷되어 政府의 政策에 대한 의미있는 批判, 反對는 法的保護 밖에 放棄된다.

우리나라 判決 가운데 表現의 자유가 문제되는 刑事事件에서 被告에게 無罪判決을 하는 경우에는 obiter dictum 으로서 이 基準에 依存하는 듯 하는 것이 많다. 따라서 言論의 危害性이라는 事實問題를 判事가 判斷하는 것이다.

이 基準은 이미 20年前 Supreme Court 에 의하여 排除되었다.⁽³¹⁾ 法院의 判決까지 이러한 基準에 依據한다면 憲法은 死文化하고 말 것이다.

(2) 明白하고 現存하는 危險說(clear and present danger test)

美國의 Supreme Court 에서 bad tendency test 에 代替한 理論이다. 원래 Holmes 判事에 의하여 提唱된 것으로

문제는 議會가 禁止할 수 있는 權限이 있는 實質的 害惡을 가져올 明白하고 現存하는 危險을 造成할 狀況 아래서, 그리고 그러한 性質의 말이 使用되었는가 與否이다.⁽³²⁾

이 說은 Brandeis 判事에 의하여 整理되어⁽³³⁾ 1950年 初期까지 여러 事件에서 適用되었다.⁽³⁴⁾ Clear and present danger test 는 言論과 그 結果를 區別하고, 前者는 原則적으로 處罰, 禁

(29) *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925)

(30) 위 268 U.S. at 667, 669.

(31) *Dennis* 事件에서 檢察側이 이 說을 主張했으나 supreme court 에 의하여 拒否되었다. *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494, 507 (1951)

(32) *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47, 52 (1919)

(33) Brandeis 判事の 意見, *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927)

(34) Clear and present danger test 의 歷史와 參考文獻에 관하여는 McKay, *The Preference for Freedom*, 34 N.Y.U.L. Rev. 1182, 1203-12(1959).

止의 對象이 되지 않으며 다만 結果的 害惡이 “clear and present” 할 때만 制限되며, “remote and penible”한 것만으로는 處罰, 禁止할 수 없다는 것이다.⁽³⁵⁾ 따라서 이 基準은 앞에서 말한 bad tendency test에 比하면 相當한 進展이며 自由主義者, 民權論者들의 讒辭를 받았다. 또 우리 判例 가운데 이 基準에 類似한 原理의 適用을 보면 意味깊게 보는 것도 당연하다 할 것이다.⁽³⁶⁾ Clear and present danger test에 의하면 理論적으로는 言論 등 意思表現이 他社會的 利益과 衝突하는 경우에도 다른 社會的 利益에 대한 危險이 明白하고 現存하지 않는 範圍 안에서 保護된다. 實際적으로는 許容되는 表現의 境界線을 表現으로 부터 行動쪽으로 더 移動시킴으로서 保護되는 表現의 範圍를 상당히 넓힌다.

그러나 이 原理에는 다음과 같은 缺點과 難點이 있다.⁽³⁷⁾

(1) 이 公式에 의하면 表現이 他 社會的 價値를 危殆하는 즉시 抑制될 수 있다는 것이다. 그러나 表現의 自由制度는 이러한 制限아래서는 存在할 수 없다. 表現의 自由의 哲學은 自由와 다른 社會的 利益과의 충돌을 前提로 하며, 이러한 對立이 있는 곳에만 그 意味가 있다. 意思發表가 意味를 갖는 瞬間 權力이 表現을 抑制할 수 있다면 결국 推象의이거나 無害, 無益한 말만이 人口에 膾炙할 것이다. 즉 意思表現이 行動에 주는 影響의 效率性에 기초하는 法原則은 表現의 自由 자체와 矛盾되는 것이다.

(2) 이 原理는 너무도 애매하다. 美國 supreme court의 經驗이 보여 주는 바와 같이, 그 適用에 의하여 到達하는 結論은 不確實하다. 그리고 自由表現制度의 運用過程에 參與하는 者들 — 警察, 檢察, 政府와 自由權을 行使하려는 個人—에게 이 原理는 法院의 判決以前에 아무런 基準도 提供하지 못한다.

(3) 가장 간단한 경우 외에는 이 原理의 適用을 위하여 法院에 要求는 事實判斷은 司法的 節次를 통하여서는 至難하거나 不可能하다. 무엇이 明白하고 現存하는 危險이냐는 문제는 복잡다단한 社會, 歷史的 因果關係에 관한 判斷과 一種의 豫言을 포함하는 것으로서 어떤 法院도 감당하지 못할 課題이다. 따라서 美國의 判例를 보면 대개의 경우에 이 原理는 合理的으로 適用되지 못했다.⁽³⁸⁾

(4) 이 原理는 表現의 抑制가 刑事的 制裁로서 나타나는 事件들에서 發展된 것이다. 따라

(35) Holmes, Brandeis 判事意見, Schaeffer v. United States, 251 U.S. 466, 486.

(36) 例컨대 金哲洙, 違憲法律審査制度의 研究, 64.

(37) 이 程度도 요원한 實情아래 이러한 批判은 奢侈일지 모르나 앞에서 設定한 人間과 社會의 道德的 判斷은 언제, 어느 곳에도 時機尙무일 수 없으며 지금, 이곳에서 내려져야 한다는 原則에 充實하기로 한다.

(38) 例컨대 앞에서 引用한 Dennis v. United States, 341 U.S. 494(1951)에서 多數意見이 clear and present danger test를 適用하려 했다면 「美國共產黨」의 위치와 영향력에 관한 歷史, 政治, 經濟, 社會心理學的 事實의 分析 및 國際共產主義運動의 考察로 縱橫無盡했어야만 했을 것이다. Dennis 事件에서 이 原理를 適用試圖하던 Douglas 判事도 후에 이를 포기한 듯하다. 例컨대 Scales v. United States, 367 U.S. 203, 262-75(1961)

서 다른 態樣의 制限에는 그 有用性이 의심스럽다. 따라서 美國의 例를 보면 議會의 調查, 具體的 言論에 대한 制裁가 아니라 間接的으로 表現의 自由 一般에 影響을 미치는 權力作用 — 例컨데 課稅 또는 會員, 黨員의 公開強要, 情報查察 등에는 適用되지 않았다.

(5) 美國의 경우 clear and present danger test 는 그 運用過程에서 表現의 行動에 미치는 즉각적 影響 以外에 다른 要素들을 그 基準으로 포함하게 되었다. 따라서 防止하려는 害惡의 性質, 重大性, 政府에 代案이 있나 與否, 憂慮되는 害惡과 比較한 意思表現의 價値 등과 같은 要素를 考慮하게 된 것이다. 이러한 要素들을 포함하게 되면 이 說은 다음에 論하는 比較較量說과 區別할 수 없게 된다.

「明白하고 現存하는 危險」의 原理는 美國大審院에 의하여 *Dennis* 事件에서 포기되었다. 그 대신 등장한 害惡의 重大性이라는 基準은 危險의 即刻性, 明白性이라는 要件을 除外하거나 縮少시키는 것이다. 現在 同原理는 아직도 散發的 影響力은 있으나 一般理論으로서의 妥當性은 의심스럽다.

(3) 比較較量說(*ad hoc* Balancing test)

이 原則에 의하면 法院은 各 事件에서 表現의 自由와 그 制限에 의하여 保護하려는 他 社會의 利益을 比較較量해야 한다는 것이다. 美國에서 大審院長 Vinson 에 의하여 *Douss* 事件에서 理論化된 後 1950年代 多數意見을 支配했던 原則이다.⁽³⁹⁾

이 原理의 가장 중요한 難點은 爭點의 規定이 너무도 廣範하고 모호하며 非體系의 이어서 法의 原則이라 보기 어려운 정도라는 점이다.

(1) 이 原理에는 判決의 指針이 되는 實體的 法原理가 없다. 法院은 자신의 判斷에 따라 一般的으로 대강 「比較較量」하는 수 밖에 없다. 이 原理에 의하면 法院은 거의 모든 事件에 있어서 表現의 自由, 또는 다른 社會의 利益 侵害 兩者의 判決을 모두 내릴 수 있으며, 또 그 論理的 體系의 缺如 때문에 表現의 自由를 抑制하려는 여러 要素를 牽制할 수 있는 客觀的이고 公平한 法規의 適用 이라는 至難한 作業은 現實的으로 不可能하게 된다.

(2) 만일 法院이 이 原理를 철저히 適用하려고 試圖한다면 이에 관련되는 事實判斷은 至難하며, 따라서 司法節次에 不適當함은 clear and present danger test 의 경우보다 더 심각

(39) 前揭 339 U.S. at 394.; Frankfurter 의 *Dennis* 事件에서의 同調意見, 341 U.S. at 517. Harlan, *N.A.C.C.P. v. Alabama*, 357 U.S. 449, 451 (1958), 이에 대한 批判의 代表的 例로는 H. Black, *The Bill of Rights*, 35 N.Y.U.L. Rev. 619(1960); Meiklejohn, *The Balancing of Self-Preservation Against Political Freedom*, 49 Calif. L. Rev. 4(1961). Meiklejohn 교수는 *ad hoc* balancing test 는 결국 權力體制의 自體의 利益을 自身이 反對者의 政治的 自由와 比較較量하는 것이라고 批判한다. 우리나라 判例가운데 同一한 文句를 쓰는 것으로는 「大邱每日筆禍事件」에 관한 大邱地法의 判決이 있다. 1967. 10. 8. 判決

하다.

(3) 現實的으로 이 原理에 의하면 判事에게 獨立的 判斷을 許容하지 않는다. 規制法律에서 이미 「比較較量」이 행하여진 경우 法院에 열려진 方途는 違憲宣言밖에 없는데 司法의 自制性向으로 보아 이러한 立場을 取하는 경우는 극히 例外的일 것이다. 立法原則과 司法原則의 차이는 前者가 政策的인데 비하여 後者는 權力制限의 이라는 데 있다. 社會의 가장 중요한 價値의 比較較量은 代議機關이 아닌 法院에의 本質에 適當치 못하다.

(4) 이 原則에 대한 가장 중요한 批判은 表現의 自由를 保障하는 憲法條理에 아무런 意味도 부여 하지 않는다는 것이다. 이에 의하면 立法府가 適當하다고 생각할 때는 意思表現을 制限할 수 있으며, 法院은 그것이 不適當하다고 생각하지 않는 限 그대로 받아들인다는 結論에 到達한다. 이 程度의 保障은 基本權의 條項없이도 可能하다.

(5) 이 原理는 法院判決 이전에 表現의 自由權行使와 그 制限 過程에 參與하는 者들에게 아무런 事前的 基準도 提供하지 못한다. 따라서 權力에 의하여 動員되는 抑制的 要素에 대처하는 데 아무런 도움이 못된다.

(4) 憲法的 決斷論

表現의 自由와 他 社會的 利益에 관한 調和는 이미 憲法的으로 比較較量되어 決斷된 것이다. 이러한 事前的 比較較量에 의한 判斷을 다시 再開하여 論難하는데 지금까지 論及한 諸說의 誤謬와 難點이 있다.

그 憲法的 決斷은 言論, 出版 등 表現이 自由로워야하며 鼓舞, 育成되어야 한다는 것, 그것은 그 자체의 抑制를 위해서나 또는 다른 社會的 利益을 위해서나 原則적으로 制限되어서는 안 된다는 것, 다른 社會的 目的은 意思表現이 아닌 行動의 規制에 의하여 追求되어야 한다는 것을 意味한다.

表現의 自由는 이러한 原則위에서만 存立할 수 있으며 表現의 自由의 憲法的 決斷은 이러한 諸原則을 含蓄하고 있다.

따라서 法的 役割은 그 憲法的 決斷에 의하여 이루어진 「事前的 比較較量」을 다시 새로이 문제삼는 것이 아니라, 現實에 表現의 自由制度를 適應시키는 過程에서 提起되는 具體的 問題들을 解決할 수 있는 法原則을, 그 基本的 決斷의 테두리 안에서, 樹立하는 것이다. 이 課題는 表現의 自由를 保障하는 憲法條項의 基本概念 — 良心의 自由, 言論·出版·集會·結社의 自由, 學問과 藝術의 自由, 그 「本質的 內容」 그리고 「許可」, 「檢閱」, 「發行施設基準」, 「時間과 場所에 관한 規制」, 「公衆道德」, 「社會倫理」, 「他人의 名譽나 權利」, 「秩序維持」, 「公共福利」, 「必要한 경우」, 「侵害」 등의 概念規定의 문제라 할 수 있다. 이러한 概念規定

은 機能의 이어야 하며, 既述한 表現의 自由制度에 基底하는 理念, 要素들로부터 導出되어야 한다. 그 「概念規定」의 過程은 물론 「一定한 衡量을 포함하는 것이지만 比較較量說에 比하여 規定된 範圍內에서」 하게 된다. 또 結果의으로도 比較較量說에 의한 것 보다는 特定的이고 體系的 法原則의 形成에 가능하다.

表現의 自由에 관한 個別法原則은 아무리 精巧하더라도 抽象의 이어서는, 안되며 日常生活에서 現實적으로 實用的이어야 한다. 그 社會的 關係, 正確한 法規의 制定의 困難性, 그러한 法規의 誤用, 惡用, 過用可能性 등이 考慮되어야 한다. 法原則의 制度, 適用에 있어서 自由의 限界와 規制權力의 限界를 알 필요가 切實하다는 점을 考慮해야 한다. 이러한 豫測可能性없는 결국 極少數의 不可避한 경우를 除外하고는, 規制權力은 熱誠의으로 表現을 抑制할 것이고, 따라서 문제될 만한 意思의 表現은 살아지고 말아, 결국 表現의 自由는 有名無實하게 된다.

앞에서 말한 바와 같이, 表現의 自由의 本質의 內容이 무엇이냐는, 첫째로 意思表現이 人間活動에서 차지하는 位置와 役割, 그것을 制限하는 경우의 결과 둘째로 그 制限에 의하여 達成하려는 目的 — 즉 一定한 결과, 行動과 表現과의 關係 등에 의하여 규정되어야 한다.

表現과 行動의 구별은 表現의 自由制度의 存立前提이다. 따라서 具體的 個別的 경우에 이 區別을 明細化하는 것이 法原則定立의 출발점이다. 이러한 境界線이 명확한 경우도 많으나 問題는 그렇지 못한 경우이다.

意思表現行爲는 行動過程에서 일어나는 경우도 많고, 또는 行動과 密着해 있거나, 그 영향에 있어서 行動에 相當한 경우도 있다. 따라서 이러한 penumbra 圈內에 속하는 行爲에 있어서도 人爲的일지라도 그것이 意思表現이나 行動이냐를 決定해야 한다.

그 基準은 行爲의 性質이 表現의 要素가 支配의 이냐 行動의 要素가 支配의 이냐 이다. 주로 이 문제는 ① 行爲와 害惡의 因果關係가 直接的이고 即刻의 이냐 ② 또 그 害惡이 그 行爲를 處罰하고 防止하는 方法 이외에는 回復, 防止될 수 없는 것이냐의 문제이다.

「侵害」, 「制限」의 規定에는 대개 문제가 없으나 다음과 같은 경우가 문제된다. 첫째로 規制가 直接的 表現의 制限이 아니라 다른 目的을 위한 경우, 즉 그 表現에의 영향이 「二次」 「間接的」인 경우이다. 둘째로 規制의 目的이 表現의 自由와 다른 社會的 利益의 調停이 아니라 表現의 自由制度 자체안에서의 문제해결에 관한 것인 경우이다. 通信, 傳達 수단의 割當 問題가 이에 속한다. 셋째로 政府自體가 表現活動에 참여하는 경우이다.

表現의 自由의 法理가 實用的이기 위해서는 이러한 경우에 制限, 侵害의 「規定」이 필요하다.

또 이러한 諸 基本概念의 規定에는 表現의 自由의 私인에 대한 效力도 考慮되어야 할 것이다.

이러한 命題들이 一般的이며 自動的으로 具體的 問題에 解答을 주지 못하는 것은 不可避하다. 그러나 이러한 原則은 個別的 具體的 爭點을 一定한 機能的 테두리안에 位置시키는 하나의 方法論을 提供한다.