



●이정훈 교수

서울대에서 법철학으로 박사학위를 취득하였고, 현재 울산
대학교 법학과 교수 및 엘정책연구원(ELI) 원장이다.

저 애 신고해야겠군.

shit! 너 그러다 잡혀간다.
차별금지법 몰라?

아까 수업 이상하지 않았어?
내가 남자일 수도 있다니.

이제껏 남자를 남자로 알고
여자를 여자로 알았는데?
차별이라니 내 생각도 말
할 수 없어?

I. 들어가며

본고는 “혐오표현을 법적으로 규제하는 것에 찬성 또는 반대하는가?”라는 질문에 양자

택일적 답변을 제시하려는 기존 논의들과 다른 담론을 구성해 볼 것을 제안한다. “모든 사회적 투쟁은 인정을 둘러싼 투쟁이다”로 요약되는 인간주체의 자기실현의 기회를 보장하는 민주주의를 추구한다는 호네프의 진보적 관점을 통해서도 혐오표현의 법적 규제에 대해서는 비판논증을 성공적으로 구성할 수 있다.

“사회적 무시와 모욕, 이에 대한 분노로부터 모든 정치적 저항의 동기가 등장 한다”라는 악셀 호네프의 설명은 그의 ‘인정투쟁’ 개념이 어떻게 민주주의의 질적 성장에 영향을 줄 수 있는가를 보여준다. 다시 말해, 어떻게 사회철학적 사유가 현대 정치학과 법학에 의미 있는 영향을 주어 민주주의를 질적으로 성장시킬 수 있는지 숙고해 볼 수 있다.

소위 체제 내에서 소수자가 받는 무시와 모욕은 의사소통적으로 자기를 실현하기 위한 분노와 저항의 출발선이 된다. 결론부터 말하자면, 국가형벌권 등의 개입을 포함한 혐오표현에 대한 2중 또는 3중의 규제는 상호주관적인 관점에서 소수자 집단이 벌이는 인정투쟁에 있어서 역설적으로 소수자의 역량 강화에 대한 사회적 ‘장애물’이 될 수 있다.

혐오표현규제에 관한 법제화는 표현의 자유의 위축과 관련되기 때문에 몇 가지 법정책

동성애와 사상

**혐오표현에 대한 법적 규제
제로 성소수자를 보호하겠
다는 편견**

적 혹은 형사정책적 실효성의 근거나 통계들 또는 가벼운 찬·반의 논거들로 접근할 문제가 아니다. 좀 더 철학적으로 무거운 자세로 호네트가 제시한 사회적 갈등의 도덕적 형식론에 주목해야 혐오표현규제에 관한 담론을 올바른 방향으로 형성해 한국 민주주의의 질적 성숙에 기여할 수 있다. 그렇다면 성소수자의 인권보장을 위한 혐오표현규제가 역설적으로 어떻게 성소수자를 사회적으로 고립시키고 배제시킬 수 있는지, 그리고 혐오표현규제가 곧 권리 보장이라는 주장이 편견에 불과할 수 있는지 논의를 시작해 보자.

II. 법적 규제의 역설과 민주주의

1. 갈등 없는 무균질 사회¹

서구 선진국에서 보편적인 정치 이념으로 인정받고 있는 자유주의는 갈등을 사회의 근본적인 성격으로 받아들인다. 자유주의의 철학적 기반인 자연권 사상에 따르면, 인간은 태어날 때부터 평등하고 자유로운 사회구성의 자율적 단위로, 개개인은 인권 내지 시민권을 향유하는 존재다. 사회와 정치를 인식하는데 인간은 평등하고 자유로운 권리를 가진 존재라는 명제는 자유주의의 대전제가 된다. 평등한 자연권을 가진 개인이 동등하게 자유로우며 그러한 자유를 통해 자신의 의사를 실현하고자 한다면, 서로 다른 선호와 이해관계를

갖는 개개인의 힘과 힘이 충돌하는 것은 필연적이다. 문제는 이러한 갈등을 어떻게 해결할 것인가에 있다.

사실 갈등 없는 무균질 사회는 민주사회가 아니다. 전체주의 국가에서나 있을 수 있는 이런 무균질 사회를 한 번에 자신이 속한 진영의 이념이나 가치의 실현을 위해 획기적으로 이루기 위해 ‘갈등’을 전략적으로 이용하는 방식이 자리 잡아가는 가운데 한국사회는 더 위험해졌다.

가령, 추모의 대상으로 신성화 될 뿐 논의 자체가 금기시 되어가는 ‘세월호사건’의 경우도 사건초기부터 조사, 수사, 기소 등에 관한 법적 개념의 혼란 속에서 ‘민간조사위원회’가 수사권과 기소권을 동시에 갖지 않으면 그 어떤 제도와 관행의 개혁도 의미가 없다는 태도로 극한 대립을 벌이게 되면서 사실상 해상교통 안전 등 주요 분야에서는 사건 후에 아무것도 바뀌지 않은 황망한 현실 앞에 서게 되었다(특별검사제도와 비교해 보면 자신들도 별 차이가 없다고 주장하면서도). ‘수사권과 기소권’이라는 슬로건은 그들에게 타협할 수 없는 적들을 절멸시킬 가장 효과적인 무기가 전략이라고 인식되었던 것으로 보인다. 정권이 교체된 후에도 해상안전과 해상재난 구조에 관한 체계적인 개혁은 시도조차 되지 않고 있다.

그러나 이러한 극단적 진영논리에 의존하고 추모에만 몰두하여 정치적으로 반사이익만을 획득하려는 천박한 자세는 한국사회 전체

1 갈등과 민주주의에 대해서는 최장집의 의견을 참고 하였다. 최장집, 『민중에서 시민으로: 한국민주주의를 이해하는 하나의 방법』, 돌베개, 참조.

에 올무이자 걸림돌이 되었다. 한국민주주의는 진보하지 못하고 퇴보했다. 상대진영을 진멸하여 무균질 사회를 만들겠다는 반민주적 사고는 혐오표현규제 옹호 논변과 무관하지 않다.

자신의 진영에 반대하거나 자신의 주장에 반대하여 자신을 불쾌하게 하는 표현들을 법으로 규제하여 청정 무균질 사회를 만들겠다는 단순한 정치적 욕망은 민주주의를 파괴하고 역설적으로 권위주의를 부활시킬 수 있다. 정치와 사회가 권위주의로 회귀하는 위험만을 초래하는 것이 아니라 정작 보호하겠다고 천명한 성소수자들이 역설적으로 사회로부터 격리되고 배제될 수 있다. 퀴어이론의 저장주디스 버틀리가 혐오표현 규제에 반대하는 이유는 명쾌하다.

2. 규제와 사회적 종속의 확정이라는 역설

주디스 버틀리는 “혐오발언은 자신이 발언하는 순간에 말을 전달받은 자를 구성한다. 혐오발언은 어떤 상처를 묘사하거나 상처를 결과로 생산하지 않는다. 혐오 발언은 그런 발언의 말하기에 있어서 상처 그 자체의 수행이며, 여기에서 상처는 사회적인 종속으로 이해된다.”라고 설명한다.²

또한 버틀리는 “나는 혐오발언의 결과로 겪는 고통을 축소하기 위해서가 아니라 혐오발언의 실패가 비판적인 대응의 조건이 될 수 있

는 가능성을 열어 놓기 위해서, 혐오발언은 항상 작동한다는 가정을 잠깐 의심하고자 한다. 만일 혐오발언의 상처에 대한 설명이 그러한 상처에 대해 비판적으로 대응할 수 있는 가능성을 배제한다면, 그 설명은 그런 상처의 어떤 총체적인 효과를 확정해 주는 것이다. 그런 논증들은 법적인 맥락에서는 종종 유용하지만, 국가중심적이지 않은 형태의 행위능력과 저항을 사고할 때는 역효과를 낳는다.”라고 주장했다.³

다시 말해, 국가형벌권의 개입을 통해 법적 규제가 과잉상태가 되면, 역설적으로 그 혐오발언이 혐오의 대상이 된 존재를 언어로 규정된 것을 충분히 비판하고, 상호주관적 차원에서 자신을 알리고 다양한 존재의 권리를 선언할 수 있는 시민사회적 역량강화의 기회가 역설적으로 아예 박탈될 수 있다.

형사법에 의해 존재가 의사소통적 차원에서 다른 존재에게 인정받고자 저항하는 일련의 투쟁을 일시에 소거해 버릴 수 있게 되는 것이다. 소송이 시작되면, 이 소송의 ‘승-패’ 여부와 무관하게 아주 역설적으로 공격당한 소수자가 법정에 가해자가 소위 혐오를 담아 언어로 규정한 존재로 서게 된다. 가해자가 행한 ‘혐오발언’이 규정한 무시와 모욕의 대상으로서 소수자가 언어적으로 규정되는 것을 사법절차를 통해 오히려 사회적으로 확정하게 될 가능성이 커진다. 버틀리의 우려는 매우 사실적이다. 마이클 센델의 주장은 우리

2 주디스 버틀러, 유민석 역, 『혐오발언』, 알렙, 2016, 44면

3 주디스 버틀러, 위의 책, 45면.

에게 민주주의의 성숙을 위해 또 하나의 조인이 될 수 있다.

3. 규제와 ‘천박함’에 대한 관용의 역설

동성애에 대한 법적 옹호도 자유주의적 관용의 논리로 접근하면 음란물이 허용되는 것과 같은 차원에서 존중의 질을 판단하지 않게 되고 동성애자 스스로 조소를 받게 되는 상황이 될 수 있음을 샌델은 지적했다. 관용이라는 용어 뒤에 ‘천박함’에 대한 사회적 인내가 내재할 수 있는 문제를 샌델은 간과하지 않았다.

그의 주장에 따르면, 결혼이 상호지지와 자기표현을 위한 훌륭한 기회가 되고 좋을 때나 낫을 때나 충실한 마음으로 함께하겠다는 신성한 약속이라는 ‘인간의 선’에 기초한 도덕적 논증에 유비적 관점에서, 동성애는 이성애와 차이가 없으며 충실한 마음으로 함께하겠다는 신성한 약속이자 삶의 조화로움과 양당사자의 충성을 증진시키는 고귀한 목적을 이루기 위한 결합이라고 주장할 수 있어야 한다.⁴ 즉, 동성애자가 법 뒤에 숨을 것이 아니라 이성애와 동등하게 동성애도 ‘사회적 선’에 기여하며 신성한 결혼을 성립시킬 수 있다고 스스로 논증해야 한다는 의미로 이러한 주장을 이해할 수 있다.

시민사회의 구성원으로서 동등한 ‘인정’을 위한 투쟁은 동성애자에게 혐오발언을 한 자들

을 법적으로 제재하는데 있지 않다. 법적 제재 가능성으로 인한 ‘내적 혐오’에 대한 행위자의 표현 자체는 사회의 질적인 변화와 무관하기 때문에 오히려 동성애자들의 상호주관적 인정노력을 방해할 수 있다.

헌법적 목적을 위해 도덕적 주제에 대해 중립을 지킨다는 의미는 완전히 도덕적 주제를 법의 영역에서 배제한다는 것은 아니다. 개인에게 원하는 성생활을 선택할 수 있는 자유가 인정되면, 동성애자들은 논거와 실례를 통해 자원의 권리가 제공하는 것보다 더 큰 존중을 다른 국민들로부터 얻기 위해 노력할 수 있다.

샌델은 도덕적 문제들에 중립을 고수해야 한다는 이론들은 헌법적 담론이 오늘날 미국의 공공생활에서 정치적 담론의 주제들에 영향을 미치는 정도를 과소평가하는 것이라고 비판한다. 대개 헌법이라는 범위 안에서이기는 하지만, 오늘날 자유주의에 나타나는 주요 테마들 (권리 중심적 정치철학, 중립적 국가, 무연고적 자아)은 미국의 도덕적 · 정치적 문화에서 갈수록 두드러지게 부각되고 있는 것이 사실이다. 법원이 실질적인 도덕적 질문들을 배제하려는 경향은 ‘선’의 차원에서 관용을 주장하기 어렵게 만든다. 미국에서 법원에 의한 프라이버시권에 대한 강화는 샌델이 볼 때 무모해보이고 결국 이러한 문제들은 도덕적 주장에 의존할 수밖에 없다는 결론에 다다른다.⁵

4 마이클 샌델, 안진환·김선옥 역, 『정치와 도덕을 말한다: 좋은 삶을 향한 공공철학 논쟁』, (와이즈베리, 2016), 155-159면, 204-205면.

5 마이클 샌델, 위의 책, 210-211면.

결국 정치의 장은 도덕적 논쟁의 장이라는 샌델의 주장과 버틀러의 혐오발언에 대한 규제 반대 논증은 상통하는 측면이 강하다. 민주주의에 대한 불만은 역설적으로 도덕적 논쟁의 자제라는 자유주의의 부작용과 무관하지 않으며, 혐오표현에 대한 법적 규제의 과잉은 자유주의 정치철학의 부작용과 함께 성숙한 민주주의를 방해하는 위험요소로 대두하게 될 것이다. 끝으로 서론에서 언급한 악셀 호네프의 인정이론과 누스바움의 역량이론을 적용해서 이 문제를 논의해 보도록 하자.

III. 인정이론과 역량이론의 적용

1. 무시와 굴욕의 문제

악셀 호네프의 이론을 이해하기 위해 상대적으로 더 익숙한 하버마스의 입장과 비교하여 설명하면 다음과 같다. 하버마스에게 이상적 상호주관적 상태는 의사소통적 합리성을 통해 형성된 ‘동의’라는 형식에 있다. 이에 비해 호네프는 이것을 이상적인 상호주관적 상태를 상호인정관계에서 구체화 한다. 호네프에게 상호인정이라는 이상적 상태는 인정투쟁이라는 도덕적 투쟁의 형식을 통해 도달할 수 있다. 하버마스는 ‘담화(Diskurs)’라는 언어적 수단을 강조한다. 그는 이상적 상호주관성 형태는 ‘정의로운 사회’의 형식적 조건이다. 호네프에게는 ‘좋은 삶’의 실현을 위한 형식적 조건이 된다. 호네프는 인간의 삶의 실

현이라는 인간학적 관점에서 출발하여 사회적 이상에 접근하고 있다.⁶

호네프는 헤겔을 인용하면서 ‘명예욕구’를 설명한다. 투쟁 속에서 대립하고 있는 두 당사자는 항상 자기 인격의 ‘불가침성’을 증명하려고 한다. 두 당사자의 의도는 ‘명예’에 대한 욕구에 근거를 두고 있다. ‘명예(Ehre)’란 일종의 자기 자신에 대한 태도로 이해된다. 명예를 통해 개인은 일종의 인격적 존재가 된다. 나만의 속성과 특징 모두를 적극적으로 나의 정체성으로 파악할 때 내가 나 자신에 대해 취하게 되는 태도가 만들어지고 이것이 명예라는 설명이다. ‘명예’를 둘러싼 투쟁이 발생할 수 있는 것은 이러한 긍정적 자기 관계의 가능성이 다른 주체들의 인정에 의존하고 있기 때문이다. 즉 개인이 완전한 자기 정체성에 도달할 수 있는 것은 오직 자신의 속성과 특성이 사회적 상호작용 상대자의 격려와 지지를 받게 될 때 이다. 따라서 명예란 각 개인의 특성이 상호주관적으로 인정받는다는 전제에 구조적으로 연관되어 있는 긍정적인 자기 관계의 속성이다. 헤겔은 모욕행위에서 발생한 사회적 투쟁을 생사를 건 투쟁으로 발전시킨다. 생사를 건 투쟁은 항상 법적으로 타원 가능한 요구의 영역밖에 있다. 왜냐하면 여기에는 ‘전체(인격전체)’가 걸려있기 때문이다.⁷

칸트적 전통에서 ‘도덕’이 의미하는 것은 우

6 문성훈·이현재, “옮긴이의 말”, 악셀 호네프, 문성훈·이현재 역, 『인정투쟁, 사회적 갈등의 도덕적 형식론』, 사월의 책, 2015, 20면.

7 악셀 호네프, 위의 책, 63-64면.

리가 모든 주체를 동등하게 ‘목적 그 자체’ 또는 자율적 인격체로 존중할 수 있다는 보편주의적 입장이다. 그에 반하여 칸트적 전통 속에서 ‘인륜성’이 의미하는 것은 각각의 특수한 생활세계에서 익숙해진 윤리적 관습이다. 이러한 칸트철학은 도덕의 목적 전체를 주체들의 구체적 목적과 관련하여 다시 한 번 증명할 수 없다는 점에서 문제가 있다. 도덕적 원칙의 타당성은 역사적으로 변화하는 좋은 삶에 대한 이해, 즉 인륜적 태도에 종속되어 있기 때문이다.⁸

호네프의 인정이론은 가능한 한 특정한 가능성의 조건이 되는 보편적 규범들에 대한 관심의 차원에서 칸트의 도덕이론과 관련을 갖고 있으며, 인간의 자기실현이라는 차원에서 공동체주의 윤리론과 관련이 있다.⁹

고문과 같은 신체에 가해지는 학대와 함께 가치존중의 가능성을 훼손하는 무시와 굴욕의 형태는 각 개인이나 사회적 가치에 대한 부정과 관계된다. 특히 가치평가적 무시 형태, 즉 개인적·집단적 생활방식에 대한 평가절하는 오늘날 일상 언어에서 ‘모욕’이나 ‘가치부정’이라는 개념을 통해 묘사되는 행위 형태를 말한다. 명예와 품위, 또는 근대적 차원의 개인의 지위는 한 사회의 문화적 전통지평 속에서 각 개인의 자기실현방식에 부과된 사회적 가치부여의 척도이다.¹⁰

8 약셀 호네프, 위의 책, 314-315면.

9 약셀 호네프, 위의 책, 316면.

10 약셀 호네프, 위의 책, 255면.

모욕이나 가치부정의 형태로 등장하는 ‘혐오 표현’에 대해서 형법이 규정하고 있는 ‘모욕죄’와 ‘명예훼손죄’를 통해 그 법적 제재는 한국사회에서 이미 보장되고 있다. 한국헌법의 기본권 보장제도와 권리침해에 대한 사법적 또는 비사법적 구제절차는 개인이 다른 개인으로부터 표현으로 인해 인격이 부정되었을 때 그 권리보장을 가능하게 해 준다. 오히려 이에 대한 추가적인 법적 규제 조치는 공동체 내에서 자기실현을 위한 윤리적 규범의 변화를 이끌어 내기 위한 시민사회 영역의 ‘공론장’을 위축시킬 수 있는 위험이 내재되어 있다. 이제 ‘역량’의 문제를 적용하여 논증을 강화하고자 한다.

2. 역량의 문제

남편의 폭력에서 벗어나지 못하던 인도여성의 사례에서 출발하는 마사 누스바움의 역작 “역량의 창조”는 정의와 권리를 논의하는데 많은 영감을 준다. 여성이 수동적인 존재가 아니며 누군가가 마음대로 갖고 노는 노리개나 몸종이 아님을 이 여성에게 가르치는 것은 여성의 자유와 매우 밀접한 관계를 갖는다. 여성은 선택할 능력이 있고 미래를 계획할 수 있어야 한다. 삶을 통제하고 스스로 계획하는 능력에 초점을 맞춘 NGO의 지원은 폭력으로부터 억압받는 여성이 자유를 얻는 결과를 가져왔다.¹¹

11 마사 누스바움(Martha C. Nussbaum), 한상연 역, 역량의 창조, 인간다운 삶에는 무엇이 필요한가?, (돌베게, 2015), 21면. Martha C. Nussbaum, Creating Capabilities: The human Development Approach (Harvard Univ. Press, 2011). Capability를 “역량”이라고 번역한 것은 번역서를 따른

누스바움은 ‘역량’의 선정은 목적이 무엇이나에 따라 달라진다고 설명한다. 그는 “인간존엄성을 자명한 개념, 어떤 이론을 견고하게 뒷받침해줄 수 있는 개념인 것처럼 생각하며 함부로 사용하는 것은 잘못이다. 내 역량 접근법은 이 같은 잘못을 범하지 않으며 존엄성을 이론의 한 요소로 본다. 역량 접근법의 모든 개념은 서로 연관되어 있다. 사람이 인간존엄성을 뒷받침해주지 못하는 삶의 조건 속에서 살아갈 때에 인간 존엄성은 부도난 약속어음과 같다.”라고 주장했다.¹²

또한 광범위한 영역에서 인간의 존엄성에 초점을 맞추면 장애인을 어린이처럼 수동적 수혜자로 대하는 정책이 아니라, 그들의 행위주체성을 보호하고 뒷받침해주는 정책이 선택될 수 있다. 인간의 존엄성 개념은 적극적 노력과 깊은 관련이 있고 그 때문에 기본역량 개념과도 가깝다. 기본역량은 계발하려고 노력하는 사람만이 누릴 수 있는 것이다.

모든 사람이 똑같은 선천적 역량을 타고나는지는 논쟁의 소지가 다분하지만 행위주체성을 지닌 사람은 모두 동등한 인간존엄성을 갖는다는 것은 분명하다. 모든 시민의 주장은 동등하다. 결국 역량접근법에서 동등함은 원초적 지위를 차지한다. 그러나 인간존엄성이 동등하다는 가정에서 모든 핵심 역량도 동등해야 한다는 결론이 나오는 것은 아니다. 마찬가지로 사람을 동등하게 대우한다는 것이 모든 사람의 삶의 조건을 동등하게 해야 함을

것이다.

12 마사 누스바움, 위의 책(주16), 45면.

뜻하지 않는다.

누스바움은 여기에 설명을 덧붙여, “내 역량 접근법은 만약 박탈당하면 인간존엄성에 어울리는 삶을 살 수 없을 정도로 중요한 자유의 영역을 보호하는데 주된 관심을 기울이고, 그보다 덜 중요한 자유의 보호는 일상적 정치 과정에 맡긴다. 어떤 역량은 핵심적인 중요성을 띠며 따라서 어느 국가나 그것을 특별한 수준으로 보호한다.”라고 했다.¹³

누스바움은 삶의 다양한 영역을 고려하면서 사회정의에 다가가는 역량접근법에 기초해서, 인간존엄성에 어울리는 삶을 위한 10대 핵심 역량의 최저수준이 필요하다는 주장을 했다.¹⁴ 이러한 역량은 개인의 것이며 집단의 역량은 개인의 역량에서만 나온다. 역량 접근법은 사람을 목적으로 대우하라는 원칙을 옹호하고 각 개인의 역량을 만들어내는 것을 목표로 삼는다.¹⁵

누스바움 이론의 문제는 ‘10대 핵심 역량’에 관한 논증이 실패했다거나, 이론적 정합성이

13 마사 누스바움, 위의 책(주16), 46-47면.

14 지면의 한계 상 마사 누스바움의 이론을 상세하게 다룰 수는 없다. 10대 핵심 역량의 내용은 다음과 같다. 1. 생명(life) : 평균수명을 누리며 살 수 있게 해줘야 한다. 2. 신체건강(bodily health) : 양호한 건강상태를 누리야 한다. 3. 신체보전(bodily integrity) 자유롭게 이동할 수 있어야 한다. 성폭행 등 폭력적 공격으로부터 보호받아야 한다. 4. 감각, 상상, 사고(senses, imagination, and thought) : 감각기관을 활용할 줄 알아야 하며 상상하고 추론할 줄도 알아야 한다. 5. 감정(emotions) : 주변 사물이나 사람에 애착을 느낄 수 있어야 한다. 6. 실천 이성(practical reason) : ‘선’관념을 형성할 수 있어야 한다. 삶의 계획을 비판적으로 성찰할 수 있어야 한다. 7. 관계(affiliation) : 다른 사람과 더불어 살고 다른 사람을 인정하며 다른 사람에게 관심을 보이고 다양한 사회적 상호작용에도 참여할 수 있어야 한다. 자존감의 사회적 토대를 마련해 주어야 한다. 8. 인간 이외의 종(other species) : 동물이나 식물 등 자연세계에 존재하는 모든 것에 관심을 기울이고 관계를 맺으며 살아갈 수 있어야 한다. 9. 놀이(play) 10. 환경통제(control over one's environment) : 정치적 측면과 물질적 측면이 있다. 마사 누스바움, 위의 책(주16), 49-50면.

15 마사 누스바움, 위의 책(주16), 51면.

부족하다는 차원이 아니라, 그의 이론이 자유주의의 범주를 벗어나지 않으려고 하는 것에 있다고 본고는 판단한다. 그는 오히려 정치적 자유주의의 철저함에서 비롯해 역량접근법이 자유의 내용에 관심을 가져야 한다고 주장했다.

또한 품위 있는 사회의 정치적 원리는 (종교 · 철학 · 도덕 · 가치관에 대한 롤스적 의미로써) 다양한 포괄적 교설을 존중하며 포괄적 교설 간 중첩적 합의를 목표로 삼는 것이며, 삶의 가치나 삶의 질에 관한 포괄적 이론으로 활용하기 보다는 각각의 포괄적 교설이 나름의 용어와 개념으로 보편적 삶의 가치나 삶의 질을 이론화 하게 내버려 둔다고 설명했다.¹⁶ 그러나 그가 논의의 출발점으로 삼았던 인도여성의 자유는 ‘힌두교적 여성관’과 ‘카스트 제도’가 부도덕하다고 선언하고, 서구사회가 성취한 자유의 가치를 공동체가 ‘선(좋은)’한 것으로 수용하지 않는 한 실현불가능하다.

샌델이 지적한 자유주의의 무력함은 누스바움이 이미 지적한 부도난 어름수표와 같은 인간존엄성과 밀접한 관계를 갖는다. 누스바움이 자유주의의 ‘중립성’의 늪에 잔존하는 한, ‘10대 핵심 역량’도 사회적 관점에서 그 실천적 의의를 상실할 수밖에 없다. ‘선’하기 때문에 공동선의 증장을 위해 핵심역량의 존재를 인정할 수밖에 없다고 설명할 때 그 이론적 타당성은 배가된다.

누스바움의 이론을 인정이론의 강화와 ‘협오 표현’의 법적 규제 문제에 적용할 때 이러한 결론을 도출할 수 있다. 인정투쟁에 참여하는 소수자의 핵심역량을 증장시킬 시민사회와 NGO의 노력이 필요하고, 저항과 설득의 과정이 생략된 법적 규제에 근거한 소송의 남용은 소수자의 역량을 약화시키고 공동체 내에서 인정투쟁을 통한 자기실현의 기회를 역설적으로 박탈할 수 있다.

‘선한 삶’을 위한 조건과 내용에 관한 공동체 윤리관에 관한 논쟁은 민주주의의 전제조건인 동시에 샌델이 지적한 바와 같이 민주주의를 공화주의적 차원에서 품위 있게 발전시키기 위한 초석이 된다. 이 초석은 바로 ‘표현의 자유’를 위한 사상과 표현의 자유시장과 밀접한 관계를 맺는다. 소수자에게 필요한 것은 ‘인정’과 통합을 위한 ‘역량’이지, 가해자로 지적된 상대방을 향한 ‘규제’가 아니다.

힌두교 또는 이슬람교 등에 대한 비판이 혐오규제에 의해 봉쇄되면 역설적으로 여성이나 성소수자들이 사회적으로 겪는 비인격적 고통과 동등한 존엄성에 대한 사회적 공론장이 위축되거나 생명력을 잃을 수 있다. 이러한 구조 속에서 소위 스스로를 성소수자라고 인식하는 주체들이 법의 뒤에 숨게 되면 공론장에서의 인정투쟁과 역량강화는 역설적으로 약화되거나 소멸 될 수 있다.

16 마사 누스바움, 위의 책, 96면.

IV. 결론

2016년 국가인권위원회(이하 ‘인권위’)의 연구용역으로 수행된 “혐오표현의 실태조사 및 규제방안 연구”는 위에서 검토한 논거들을 통해 비판을 면할 수 없다고 본다.¹⁷ 이 연구는 인권위의 정책에 많은 영향을 끼치고 있다.

이 연구는 혐오표현의 규제가 요청된다는 점을 전제하고, 여기서 규제는 단순히 금지하고 처벌하는 것뿐만 아니라 민사규제, 행정규제, 기타 교육 등을 통한 형성적 조치를 포함하는 것으로 보았다. 또한 현행법상 규제 중 형사규제, 민사규제, 행정 규제, 인터넷 규제 등을 검토하고 관련 입법동향을 살펴봄으로써 현행법상으로는 혐오표현의 일부만을 규제할 수 있다는 점을 지적했다. 입법의 필요성을 역설하면서도 법적 규제의 한계와 시민사회의 대응능력 향상의 문제를 언급한 점은 본고가 위에서 지적한 바와 상통하는 접근방법이라고 생각한다.

그러나 설문조사를 통해 확인한 혐오표현의 피해자인 소수자의 실태를 개선하기 위해서 당해 연구가 전제한 ‘규제’에 대한 재고를 요청할 수밖에 없다. 이미 당해 연구 스스로 밝히고 있는 것처럼, 현행법상 형사규제·민사규제 등이 이루어지고 있다. 이 정도 규제에서 더 나아가 새로운 규제들을 추가로 만들어 내는 것은 이미 본고가 논증한 바와 같이, 오히려 소송의 남용으로 인해 또는 국가 개입의 과잉금지를 통해 질적 민주주의의 퇴보와 함

께 소수자의 자기실현을 위한 인정투쟁의 역량을 약화시킬 수 있다.

오히려 인정투쟁의 근거가 되는 도덕적 형식론의 강화와 소수자의 핵심역량의 강화를 위한 비정부기구와 시민사회의 역할이 중요하다고 본다. 또한 사상과 표현의 자유시장이 가지는 시장의 운영규칙에 불만을 품는 제한 없는 방종의 ‘자유’를 옹호하면서도, ‘혐오표현’의 규제를 추구하는 모순된 논변들이 갖는 이론적·실천적 위험성을 경계하지 않을 수 없다.

한국사회에서 샌델이 지적한 민주주의의 불만들을 되새겨 볼 의의가 충분하다. 시민의 덕이 강조되는 공화주의적 정치참여의 차원에서 상호주관적 의사소통의 과정을 통해 자기실현을 추구하는 주체에게 필요한 것은 사상의 자유시장이 보장하는 ‘공론의 장’이다. 규제를 통해 이를 위축시키려는 노력은 위험하다. 저항과 인정투쟁으로써의 도덕논쟁이 아닌 기계적 소송의 남용은 결국 ‘혐오표현’이 규정한 소수자에 대한 부정적 존재규정이 사회적으로 확정되는 역설적 결과를 창출하게 될 것이다.

17 홍성수 외, 『혐오표현 실태조사 및 규제방안 연구』, 2016년도 인권상황 실태조사 연구용역보고서, 2016.