

도발적 언사 원칙(fighting words doctrine)에 대한 헌법적 고찰*

최경미**

지성우***

【목 차】

I. 서론

II. 도발적 언사 원칙(fighting words doctrine)의 의의 및 관련 판례

1. 도발적 언사 원칙(fighting words doctrine)의 의의
2. 도발적 언사 원칙(fighting words doctrine)에 관한 미국 판례
3. 소결

III. 최근 미국 판례의 도발적 언사(fighting words) 판단 기준 동향

1. 도발적 언사(fighting words) 판단 기준에 대한 다양한 논의
2. David L. Hudson, Jr. 가 분석한 도발적 언사(fighting words) 판단 기준

IV. 우리나라에의 시사점

1. 도발적 언사 원칙(fighting words doctrine)의 판단기준 재정립
2. '경찰관에 대한 모욕죄' 판단에서 도발적 언사 원칙(fighting words doctrine) 판단기준의 시사점

V. 결론

【국 문 요 약】

이 연구는 도발적 언사(fighting words)의 헌법적 의미와 판단기준에 대한 최신논의를 포함하는 내용을 담고 있다. 미국의 도발적 언사 원칙(fighting words doctrine)은 비록 축소되었다고 평가되지만 부정되지 않은 바, 각 주 법원에서는 여전히 활발히 적용되고 있는 것을 알 수 있었다. 특히 도발적 언사 원칙(fighting words doctrine)은 미국 내에서도

* 정재황 교수님의 정년을 진심으로 축하드리며, 앞날에 행복한 일만 가득하시기를 기원합니다.

** 서울교육대학교/전주교육대학교 강사, 법학박사(주저자)

*** 성균관대학교 법학전문대학원 교수(교신저자)

혐오표현 관련 법령에 활용된 바 있으며, 최근 우리나라에서 논의의 쟁점이 된 소위 ‘경찰관에 대한 모욕죄’ 적용의 판단기준에 시사점을 줄 수 있을 것으로 기대된다.

이 연구에서는 도발적 언사 원칙(fighting words doctrine)에 관한 미국의 대표 판례들을 검토하여 그 핵심적 의의를 고찰하였고, 그밖에도 미국 내의 학자들이 제시한 판단기준 및 특히 David L. Hudson, Jr.가 제시한 법원의 세부판단기준을 소개하였다. 이를 종합하였을 때, 도발적 언사 원칙(fighting words doctrine)의 판단기준은 첫째, 특정인에 대한 것이면서 전달 방식도 특정인을 향한 것, 둘째, 본질적으로 폭력적 반응을 일으킬 가능성이 있는 것(특히 인신적 욕설), 셋째, 실질적 위반 가능성이 있는 것-①물리적 근접성·보복가능성·폭력적 반응의 즉각성, ②수신자의 직업 특성, ③공격적 행위·음량·반복성·인종적 비방여부 등-을 들 수 있다.

우리나라의 모욕죄가 외부적 명예를 보호법익으로 하는 점에서 미국의 도발적 언사와는 차이가 있다. 그러나 미국의 판례에 비추어 한국에서도 경찰관은 욕설 등을 들었을 때 일반인에 비해 사회적 평가가 저하될 위험이 낮은지에 대한 재평가가 필요하다. 그리고 경찰관에 대한 모욕죄를 엄격히 적용하기 위한 세부 판단기준을 발전시키는데 있어서 도발적 언사 원칙(fighting words doctrine)에 관한 미국 판례를 참고할 필요성이 높다.

I. 서론

1942년 미국 Chaplinsky 판례에서 시작된 도발적 언사 원칙(fighting words doctrine)은 미국 수정헌법 제1조에서 보호하지 않는 표현(unprotected speech)¹⁾ 중 하나이다. 우리나라에서도 현실적 악의(actual malice)²⁾ 및 명백하고 현존하는 위험(clear and present danger) 원칙³⁾과 함께 알려져 있으며, 다양한 표현의 자유 관련 논의와 판례에서 활용될 수 있는 원칙이기도 하다.⁴⁾ 특히 도발적 언사 원칙(fighting words doctrine)은 혐오표현 논의와도 관련이 깊지만, 미국에서는 ‘경찰관에 대한 도발적 언사(fighting words against police

-
- 1) 미국 연방대법원은 보호되지 않는 언론(unprotected speech)으로 위법행위의 선동(incitement), 음란(obscenity), 아동포르노, 도발적 언사(fighting words)를 들고 있고, 덜 보호되는 언론(less protected speech)으로 저급한 성적 언론으로서 음란에 미치지 않는 것, 상업적 언론을 들고 있다. 김하열, 헌법강의, 박영사, 2022, 455쪽; 미국 연방대법원의 U.S. v. Xavier Alvarez 판결은 자유로운 언론의 범위에 대한 해답의 제공을 시도했다고 평가된다. 이 판결에서는 어떤 언론의 내용이 “급박한 불법적 행동(imminent lawless action)의 선동, 외설, 명예훼손, 범죄적 행동의 필수 요소, 도발적 언사(fighting words), 아동 포르노그래피, 사기, 진정한 위협, 정부가 방지권한을 가진 심각한 위협”이라는 9가지 범주에 해당하지 않는다면 수정헌법 제1조의 보호를 받는다고 한다. 신평, 최근 미연방 대법원 판결에 나타난 자유스런 언론의 범위— U.S. v. Xavier Alvarez 판결을 중심으로 —, 헌법학연구, 제19권 제3호, 2013, 247-250쪽;
 - 2) 언론매체가 공적인물에 대한 명예훼손적인 허위의 언동을 하였는가는 ‘언론매체의 현실적 악의(actual malice)에 기인한 것임을 피해자가 입증하여야 한다.’는 이론으로 우리나라 대법원이 이를 수용한다는 견해도 있지만 아직 분명하게 수용한 것은 아니라는 견해도 있다. 성낙인, 헌법학, 법문사, 2019, 1183쪽
 - 3) 이 원칙은 미국 연방대법원이 Schenck 사건 이후에 적용하고 있는 것으로서 표현의 자유 제한은 입법자가 방지하고자 하는 해악이 발생할 명백하고 현존하는 위험이 존재할 때에만 허용되어야 한다는 것이다. 한수웅, 헌법학, 법문사, 2022, 785쪽
 - 4) 헌재 2013. 6. 27. 2012헌바37은 “형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 제311조(모욕죄)는 헌법에 위반되지 아니한다.”라고 결정하였으나, 재판관 박한철, 재판관 김이수, 재판관 강일원의 위헌의견 515쪽에서는 “오로지 모멸감을 줄 목적으로 상대방을 인신공격하고 비하하는 직설적·노골적 표현 중에서 상대방의 즉각적인 폭력을 유발할 위험이 있는 행위도 처벌할 수 있을 것이다(미국 fighting words law 참조).”라고 하면서 도발적 언사(fighting words)를 언급하고 있다.

officer)’의 성립 여부에 대해서도 논의되고 있다.

최근 우리나라에서도 ‘경찰관에 대한 모욕죄’ 고소 남용의 문제점이 지적된 바⁵⁾, 미국 도발적 언사 원칙(fighting words doctrine)에 대한 최신 논의를 연구하는 것은 의의가 있다. 또한 이 원칙이 올해로 81년째 유지되고 있으며 부인된 바 없기는 하지만, 하급심 법원에서 주로 적용되고 있는데, 그 이유는 판단기준이 모호하다는 비판이 지속적으로 있었기 때문이다. 따라서 우리나라에서도 이 원칙을 무분별하게 도입하는 것은 부적절하지만, 필요한 경우 어떠한 판단기준 하에 이 원칙이 적용가능 할지를 고찰하는 것은 우리나라의 표현의 자유 법리에 참고가 될 것이다. 도발적 언사 원칙(fighting words doctrine)에 관한 국내 연구로는 2002년 서주실 교수의 연구가 대표적이다.⁶⁾ 이후 2004년 고문현 교수의 연구는 상징적 표현을 중심으로 하는 도발적 언사에 관한 연구이며⁷⁾, 이어지는 후속 연구는 찾아보기 어렵다. 이 연구는 미국 내 도발적 언사 원칙(fighting words doctrine)에 관한 최신 논의를 포함하여 기술함으로써 국내에서의 시사점을 찾는 것을 연구목적으로 한다. 이 글에서는 II장에서 도발적 언사 원칙(fighting words doctrine)의 의의와 관련 판례를 서술하고, III장에서 최근 미국 하급심 판례의 도발적 언사(fighting words) 판단 기준 동향을 소개하며, IV장에서는 우리나라에의 시사점을

-
- 5) 경찰의 모욕죄 현행법 체포의 문제점과 개선방안 토론회 자료집, 2014.08.27., 국가인권위원회
- 6) 서주실, Unprotected Speech로서의 Fighting Words에 관한 판례경향, 미국헌법연구, 13권, 2002, 43-44쪽, 54쪽(“표현은 그 분류의 기준에 따라 다양하게 분류될 수 있으나, Murphy 대법관은 표현 가운데서 수정 제1조에 의해 보호받는 표현과 보호받지 못하는 표현으로 유형화하여 명시적으로 제시하고 있다는 것이 획기적인 일이다. 그리하여 fighting words 등은 헌법의 보호를 받지 못하는 범주에 속하는 표현이라고 단정적으로 규정하였다.…다만, fighting words 등은 처음에는 unprotected speech라고 말했으나, unprotected speech에 속하는 표현 가운데는 수정 제1조의 보호를 받을 수 있는 잠재적인 사회적 가치를 인정하려는 경향도 있다는데 비추어 이들 표현을 보호받지 못하는 표현이라기 보다, 오히려 저평가의 표현(low value speech)이라고 말하는 것이 더 적절한 표기일수 있을 것이다.…어떻든 unprotected speech 또는 low value speech 원칙은 부인되고 있지 않는다.…표현의 자유가 그 본령을 상실하여 정글속의 방종이 되지 않도록 그 보장과 규제와 적절한 조화의 필요성을 강조해 두려고 한다.”)
- 7) 고문현, 상징적 표현행위-도발적 언사를 중심으로-, 헌법학연구, 제10권 제2호, 2004, 263-299쪽

고찰하는 순서로 서술하도록 하겠다.

II. 도발적 언사 원칙(fighting words doctrine)의 의의 및 관련 판례

1. 도발적 언사 원칙(fighting words doctrine)의 의의

미국 수정헌법 제1조의 의의는 정부가 어떤 표현에 대해서 그 메시지나 신념(idea) 또는 내용(content)을 사유로 제한하는 권한을 갖지 않는다는 데에 있다.⁸⁾ 또한 수정헌법 제1조에 의해 미국은 표현의 자유를 폭넓게 보호하는 편이지만, 명백하고 현존하는 위험(clear and present danger)원칙에 위배되는 발언, 도발적 언사(fighting words) 등은 제한하고 처벌하고 있다.⁹⁾

한편, 미국 내에서 도발적 언사 원칙(fighting words doctrine)은 그 폭(breadth)¹⁰⁾과 관련하여, 그리고 심지어 그것이 여전히 살아 있는 원칙인지에 관해서도 논란의 여지가 있다. 그러나 이 원칙이 발표된 Chaplinsky 대 New Hampshire 이후의 사건들에서 Chaplinsky doctrine¹¹⁾은 기각된 적이 없으며, 주 법원 역시 계속해서 이 원칙에 의존하고 있다.¹²⁾ 그럼에도 일반적으로 금지할 수 있는 도발적 언사

8) Ashcroft v. American Civil Liberties Union, 533 U.S. 564, 573, 122 S. Ct. 1700, 152 L. Ed. 2d 771(2002).; 신평, 최근 미연방 대법원 판결에 나타난 자유스런 언론의 범위- U.S. v. Xavier Alvarez 판결을 중심으로 -, 헌법학연구, 제19권 제3호, 2013, 239쪽

9) 최철영, 미국연방헌법의 표현의 자유와 일본의 증오언설 - 일본의 증오언설에 대한 국제형사법 적용가능성 -, 미국헌법연구 제26권 제3호, 2015, 307-309쪽

10) 과도한 광범위성의 원칙(overbreadth doctrine)은 표현의 자유 제한에 관한 입법이 헌법상 보호되는 표현까지도 과도하게 광범위한 제한을 가하면 위헌이라는 원칙으로서 미국 판례에서 형성된 것인데, 우리 헌법재판소 판례도 이를 수용하였다(헌재 1998.4.30. 95헌가 16). 양건, 헌법강의, 법문사, 2022, 658쪽

11) 도발적 언사 원칙(fighting words doctrine)은 1942년 Chaplinsky 판결에서부터 도입되어 'Chaplinsky doctrine'이라고도 칭한다.

12) Strasser, M. P. (2020). Those are fighting words, aren't they? on adding injury to insult. Case Western Reserve Law Review, 71(1), 250-251.

(fighting words) 범주가 축소되었음은 널리 인식되고 있다.¹³⁾

그동안 우리나라에서 도발적 언사(fighting words)에 대한 표기는 서주실 교수가 ‘fighting words’를 원문 그대로 표기하였고, 이후 다양하게 번역되었다. 도발적 언사¹⁴⁾, 도전적인 발언¹⁵⁾, 도전적인 말¹⁶⁾ 등이 그것이다. 그러나 ‘언사’¹⁷⁾, ‘발언’¹⁸⁾, ‘말’¹⁹⁾은 의미가 크게 다르지 않다고 판단된다. 따라서 이 연구에서는 비교적 다수의 학자들이 사용하고 있는 것으로 보이는 ‘도발적 언사’라는 용어로 통일해서 사용하고자 한다. 그리고 이하에서는 미국의 관련 판례를 사실관계의 내용 보다는 판결의 의의를 중심으로 고찰하겠다.²⁰⁾

2. 도발적 언사 원칙(fighting words doctrine)에 관한 미국 판례

가. Chaplinsky v. New Hampshire(1942)

1942년 Chaplinsky 판결의 법정의견에서 Murphy 대법관은 “아주 한정적이지만 어떤 표현은 억제, 처벌하더라도 전혀 헌법적 문제가 발생하지 않는다. 그것은 음란(the lewd and obscene), 신성모독(the profane), 명예훼손(the libelous), 모욕적·도발적 언사(the insulting or fighting words)이다.”라고 밝혔다.²¹⁾ 또한 Chaplinsky v. New Hampshire(1942) 사건에서

13) People ex rel. R.C., 411 P.3d 1105, 1110 (Colo. App. 2016)

14) 고문현, 앞의 논문, 헌법학연구, 제10권 제2호, 2004, 268쪽; 한위수, 앞의 논문, 헌법논총, 제30집, 2019, 171쪽

15) 최철영, 앞의 논문, 미국헌법연구 제26권 제3호, 2015, 309쪽

16) 신평, 앞의 논문, 헌법학연구, 제19권 제3호, 2013, 236쪽

17) 말이나 말씨(표준국어대사전)

18) 말을 꺼내어 의견을 나타냄. 또는 그 말(표준국어대사전)

19) 사람의 생각이나 느낌 따위를 표현하고 전달하는 데 쓰는 음성 기호(표준국어대사전)

20) 관련 판례의 사실관계 등은 선행연구인 서주실, 앞의 논문, 미국헌법연구, 13권, 2002, 37-86쪽을 참조.

21) 박용숙, 미국에서의 증오표현행위의 규제에 관한 판례경향, 강원법학 제41권, 2014, 472-473쪽; 한위수, 혐오표현의 규제에 대한 인권법적 고찰- 국제조약상 입법화 의무를 중심으로 -, 헌법논총, 제30집, 2019, 171쪽; Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568, 571-572 (1942) (“There are certain well-defined and narrowly limited classes of speech, the prevention and punishment of which have never been thought to raise any

Murphy 대법관은 도발적 언사(fighting words)란 “말 자체로 상해를 입히거나 평화를 즉각적으로 깨뜨리는 말(words which by their very utterance inflict injury or cause an immediate breach of the peace.)” 이라고 정의하였다.²²⁾

이처럼 New Hampshire 대법원이 명시하고 미국 대법원이 승인한 도발적 언사 원칙(fighting words doctrine)은 ‘수신자의 실제 또는 가능한 반응’에 초점을 맞추는 대신에 ‘보통 지능을 가진 사람이 이해할 수 있는 단어로서 일반 수신자를 싸우게 할 가능성이 있는 단어’를 기준으로 한다. 도발적 언사(fighting words)에는 ‘고전적인 도발적 언사(classical fighting words)’가 포함되며, 현재에는 ‘덜 고전적(less classical)이지만 똑같이 폭력을 유발할 가능성이 있는 발언’, ‘기타 무질서한 단어(other disorderly words)로서 신성모독(profanity), 외설(obscenity) 및 위협(threats)’이 포함된다.²³⁾

나. Terminiello v. Chicago(1949)

Terminiello가 유죄 판결을 받은 근거 법령은 단순히 폭동 또는 무질서를 방지하기 위해 제정된 것이 아니었다. 해당 법령에서는 ‘평화의 위반(breach of the peace)’이라는 법률 용어가 대중을 분노하게 하고(stirs the public to anger), 분쟁을 일으키고(invites dispute), 불안 상태를 일으키거나(brings about a condition of unrest) 소란을 일으키는(creates a disturbance) 말을 포함하는 것으로 정의되어 있었다.

그러나 말은 본질적으로 폭력을 일으키거나 대중을 위협에 빠뜨리지 않더라도 분쟁에 이르게 할 수 있다. 따라서 이 사건에서 법원은 "우리 정부 체제 하에서 표현의 자유의 기능은 분쟁을 불러일으키는 것(a function of free speech under our system of government is to invite dispute)"이라고 하면서 해당 법령을 위헌으로 판단하였다.²⁴⁾

constitutional problem. These include the lewd and obscene, the profane, the libelous, and the insulting or fighting words - those which by their very utterance inflict injury or tend to incite an immediate breach of the peace”).

22) 서주실, 앞의 논문, 미국헌법연구, 13권, 2002, 39쪽

23) Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S.(1942) at 573

다. Cohen v. California(1971)

Cohen은 법원에 “징병제도는 엇 먹어라(Fuck the Draft)”라는 문구가 적힌 재킷을 입고 나와 평화를 교란한(disturbing the peace) 혐의로 형을 선고받았다. 여기에 대해 연방대법원은 이런 재킷을 입는 것이 도발적 언사(fighting words)를 사용하는 것으로 해석되어 수정헌법 제1조의 보호 범위를 벗어날 수 있는지 여부를 다루었다.

Cohen사건의 판결에서 연방대법원은 어떤 말(speech)은 ‘특정인을 향한 것(to any particular individual)’이고, ‘본질적으로 폭력적 반응을 일으킬 가능성이 있을(inherently likely to provoke violent reaction)’ 경우에만 보호의 대상이 되지 않는 도발적 언사(fighting words)에 해당된다는 새로운 기준을 제시하였다.²⁵⁾ 또한 법정의견에서 Harlan 대법관은 “징병제와 관련해서 Cohen이 표현한 욕설이 인신 공격적이라 할 정도로 자극적 방식이고, 드물게 사용되는 것은 아니지만, 이 사건에서 특정 청중을 향한 것이 아님이 명백하다. 합리적인 생각에 비추어 현장에 있었거나 있었을 어느 누구도 그 욕설에 의해 직접적으로 인신 공격성 모욕을 받았다고 여기지는 않았을 것이다.”라고 하며, ‘상해를 입히는(inflicts injury)’의 요건이 충족되지 않는 이유를 설명하였다.²⁶⁾

Cohen의 등에 붙어있던 말이 누군가에게 상처를 줄 수 있다는 점을 받아들일 수 없었기 때문에 ‘상해를 입히는(inflicts injury)’의 요건에 해당되지 않는다고 했을 때, Cohen 법원은 도발적 언사(fighting words)의 다른 요건인 ‘폭력적인 반응을 유발할 가능성이 있는(likely to provoke violent reaction)’에 집중했을 수도 있다.²⁷⁾ 그럼에도 불구하고 Cohen의 재킷에 있는 단어가 도발적 언사(fighting words)가 아닌 것으로는 여러 가지 이유를 들 수 있었다. 예를 들면, Cohen 법원은 Cantwell²⁸⁾

24) Terminiello v. Chicago, 337 U.S.(1948) at 4

25) Cohen v. California 403 U.S. 15(1971); 고문현, 앞의 논문, 헌법학연구, 제10권 제2호, 2004, 273쪽

26) Cohen v. California, 403 U.S.(1971) at 15, 16, 19, 20; 고문현, 위의 논문, 헌법학연구, 제10권 제2호, 2004, 274쪽

27) Cohen v. California, 403 U.S.(1971) at 20

을 인용하면서 ‘부정적인 반응을 보였을 가능성이 있는 사람을 향해서 도발적 언사를 해야 한다(the fighting words have to be directed at the person who likely would have had the negative response)’고 강조하였다. 나아가 여기에서의 특정인이란, 단순히 표적 집단의 구성원이 아닌 특정 개인이 모욕을 당해야 한다(the person in particular must be insulted rather than simply be a member of a targeted group.)는 의미로 받아들일 수 있다.²⁹⁾

Cohen 판결은 전형적인 도발적 언사(fighting words)와 일반적으로 보호되는 표현에 대한 결정적인 이유(crucial reasons for protecting speech in general)의 분리를 훌륭히 설명하였다고 평가되고 있다. 예를 들어, 인종적 욕설과 같은 도발적 언사(fighting words)에 대한 반대로는 Cohen 법원이 제시한 소란(tumult), 언어 불화(verbal discord), 언어 불협화음(verbal cacophony), 단순 성가심(mere annoyance), 단순 불쾌감(mere distastefulness), 욕설로 인한 비위상함(squeamishness in the face of profanity), 저속함(vulgarity), 문체의 불쾌함(distastefulness of style), 감정주의(emotivism) 또는 절제의 부족(lack of moderation) 등이 있다.³⁰⁾

라. Gooding v. Wilson(1972)

Gooding 사건에서 미국 연방대법원은 George주 법률이 지나치게 광범위하고, 주 법원은 해당 법률을 도발적 언사(fighting words)만을 금지하는 것으로 좁게 해석하지 않았다는 사유로 위헌판결을 하였다. 특히 이 판결에서는 해당 법령이 위헌적으로 지나치게 광범위하다고 판단한 이유를 주목할 필요가 있다. 법원은 ‘평화 위반을 야기할 수 있는 단어’를 정의할 때에 “주가 실질적인 위반 발생 가능성을 감소시킬 수 있을만한 요소들에 대한 고려를 거부하는 것은 허용되지 않는다(the state is not permitted to refuse to consider factors that would decrease the likelihood that an actual breach will take place.)”는 것을 분명히

28) Cantwell v. State of Connecticut, 310 U.S.(1940) at 296

29) Cohen v. California, 403 U.S.(1971) at 15, 16, 19, 20

30) Cohen v. California, 403 U.S.(1971) at 25

했다. 이는 Chaplinsky 판결이 제안한 도발적 언사 원칙(fighting words doctrine)을 수정하는 것이다. 즉, 일반적인 사람이 "파시스트(fascist)"를 도발적 언사(fighting words)라고 생각하는 것이 사실일지라도 그 단어를 사용한 경우 전혀 폭력적인 반응을 일으킬 가능성이 없을 수 있다는 것이다. 나아가 Gooding 법원은 ‘단지 그것을 듣는 일부에 대한 모욕적인 말’일 때에도 "평화의 위반으로 만들고(makes it a breach of peace), 지나치게 광범위하게 휩쓸어(sweeps too broadly) 적용한다."고 지적했다.

또한, Gooding 법원은 임박한 폭력(imminent violence)이 있는 도발적 언사(fighting words)에는 두 가지 요건이 포함된다고 했다. 하나는, 해당 발언(the speech)이 상식을 가진 사람들이(people of common intelligence) 즉시 평화를 깨뜨릴 수 있다(would result in an immediate breach of the peace)는 것을 알 수 있는 종류의 언어여야 한다는 것이다. 두 번째는, 해당 언어는 전달된 특정 맥락에서(in the particular context in which it was communicated) 위반을 일으킬 가능성(likely to cause a breach)이 있어야 한다는 것이다.³¹⁾

Gooding 판결 이후에 도발적 언사 원칙(fighting words doctrine)은 제한적으로 해석되었고, 조문의 광범위성 이론 및 불명확성 이론을 들어 유죄인정이 회피되는 경향이 나타났다. Blackbum 대법관은 도발적 언사 원칙(fighting words doctrine)이 직접적으로 적용되지 않는 흐름에 대해 ‘이제는 연방대법원이 Chaplinsky 판결을 한갓 립서비스 정도로 인용하는 것인 아닌가’라고 지적하기도 했다.³²⁾

마. Lewis v. New Orleans(1974)/ Hill v. City of Houston, Texas(1987)

Lewis 사건에서는 “경찰관이 난폭한 개인을 다룰 수 있도록 특별한 훈련을 받았기 때문에 경찰관을 향한 발언은 도발적 언사(fighting words)의 수준으로 올라가지 않을 수 있다.”는 판단 내용이 특징적이다.³³⁾ 이 사건에서는 사실관계에 대한 상충되는 증언이 있었다. 경찰은

31) Gooding v. Wilson, 405 U.S.(1972) at 520, 522, 525, 527

32) 서주실, 앞의 논문, 미국헌법연구, 13권, 2002, 62쪽

33) Lewis v. City of New Orleans 415 U.S. at 130, 132, 138, 141(1974).

말리 루이스(Mallie Lewis)가 “너희 빌어먹을 m.f. 경찰”이라고 말했다고 증언했다. 루이지애나 법원은 “어떤 사람이 의무를 수행하는 시 경찰 또는 시 경찰에 관련된 구성원에게(toward or with reference to any member of the city police) 무자비하게 저주하거나(wantonly to curse) 욕하거나(revile) 외설적이거나(obscene) 멸시하는 언어(opprobrious language)를 사용하는 것은 불법이며 평화를 깨는 것이다.”라는 New Orleans 주 법령(ordinance)의 폭(breadth)에 초점을 맞추었다. 즉, 루이지애나 법원은 이 법령이 분명히 Chaplinsky에서 발표되고 Gooding에서 재확인된 도발적 언사(fighting words)에 대한 헌법적 정의보다 더 넓은 폭(breadth)으로 규정하고 있다고 판단했다.³⁴⁾

루이지애나 법원은 “경찰관이 실제 직무를 수행하는 동안 욕설이나 외설적이거나 모욕적인 말을 하는 것은 불합리하고, 기본적으로 경찰관의 활동 및 장소와 양립할 수 없다”고 하면서도, “여기에는 경찰관을 불편하게 만들지만 폭력으로 이어지지 않을 가능성이 있고, 개인적인 모욕으로 간주되지 않을 수 있는 말도 있다.”고 하였다. 그러므로 이 사건에서 Powell 판사는 “여기에서 사용된 것으로 알려진 단어로 인하여 그 단어를 말한 중년 여성과 경찰관 사이의 신체적 대결을 촉발했을 가능성은 낮다.”고 판결하였다.³⁵⁾

한편으로, Hill v. City of Houston, Texas(1987) 사건에서는 ‘경찰관의 직무 수행을 방해하는 것을 불법으로 규정한 휴스턴 주 법령이 수정 헌법 제1조에 의하면 위헌적이며 지나치게 광범위한지’ 여부를 다루었다. 그리고 이 휴스턴 주 법령은 Lewis 판례에서 파기된 New Orleans 주 법령보다도 훨씬 더 광범위하다는 점에서 위헌적이라고 판단되었다.³⁶⁾ 이 판례에서도 경찰관을 대상으로 한 발언이 포함된 사건에서는 도발적 언사 원칙(fighting words doctrine)의 더 좁은 적용을 요구할

34) 반대 의견으로 Blackmun 판사는 “루이스가 체포 경찰관에게 한 말은 명백히 모독적(purely profane)이었고, 또한 명백히 모욕적(purely insulting)이었고, 명백히 싸우는 것(purely fighting)이었다. 그러므로 해당 조례는 루이지애나 최고 법원에 의해 좁게 해석된 범위 내에 있는 것으로 보아야 한다.”라고 하였다.

35) Lewis v. City of New Orleans 415 U.S.(1974). at 130, 132, 138, 141

36) City of Houston v. Hill, 482 U.S.(1987). at 451, 453

수 있다고 밝힌 바 있다.³⁷⁾

바. R.A.V. v. City of St. Paul(1992)

이 사건에서는 아프리카계 미국인 가족의 앞마당에서 십자가를 불태운 10대 미성년자(R.A.V.로만 표기됨)가 St. Paul시의 편견에 기반한 범죄에 관한 법령(Bias-Motivated Crime Ordinance)에 위반되어 기소되었다. 해당 법령은 인종, 피부색, 신념, 종교, 성별에 대한 편견을 기초로 타인에 대하여 분노, 놀람, 억울한 감정을 유발시킬 것을 알면서도 또는 합리적인 판단으로 알 수 있었다는 근거가 있는 행위를 대상, 상징, 특정 낙서 등을 포함하여 십자가 또는 나치 표식을 공공장소나 사유 토지에서 방화하는 행위를 경범죄 처벌하도록 한 것이었다. 법원은 이 법령이 내용에 근거한(content-based) 표현의 자유 제한이므로 위헌이라고 판단하였다.

다수의견을 작성한 Scalia 대법관은 St. Paul시의 법령은 인종, 피부색, 신념, 종교, 성별에 기한 모욕적 또는 폭력을 유발할 도발적 언사(fighting words)를 금지하면서도 정치적 소속 또는 성적 지향 등에 근거한 도발적 언사(fighting words)를 금지하지는 않았다는 점에서 내용적인 차별이 된다고 하였다.³⁸⁾ 왜냐하면 이 법령은 바람직하지 못하다고 생각되는 주제에 대한 표현을 금지하는 것인데, 정부는 어떤 표현에 대한 호불호에 따라 표현의 자유를 규제할 수 없다는 것이다. 즉, St. Paul시의 법령은 환영받지 못하는 주제의 표현을 금지함으로써 내용에 기초한 차별을 구성하였으므로 9:0(4인은 다수의견의 논거에 부동의)로 수정헌법 1조에 대한 위헌성이 인정된다고 하였다.³⁹⁾ 덧붙여, Scalia 대법관은 “정부는 명예훼손(libel)을 금지할 수는 있지만, 정부에 대한 비판적 내용의 명예훼손만을 금지하는 내용적 차별을 할 수는 없다.”고 언급했

37) City of Houston v. Hill, 482 U.S.(1987). at 451

38) 송현정, 미국 연방대법원의 혐오표현 관련 법리와 판단기준, 미국헌법연구, 제33권 제1호, 2022, 124쪽; Heidi Kitrosser, Containing Unprotected Speech, 57 FLA. L. REV.(2005), p. 843, 856

39) 심경수, 증오언론(Hate Speech)과 십자가 소각(Cross Burning)에 관한 판례경향-R.A.V. v. City of St. Paul 및 Virginia v. Black 사건을 중심으로-, 미국헌법연구, 제18권 제1호, 2007, 50, 53쪽

다. 내용에 근거한 규제는 절박한 이익(compelling)에 기여하기 보다는 검열(censorship)을 초래할 수 있는 위험이 있기 때문이라는 것이다.⁴⁰⁾ 하지만 그는 내용에 기한 차별이 절대 금지되는 것은 아니라고 하면서, “내용차별의 근거가 문제되는 언론 전체 영역이 금지하여야 하는 이유일 경우에는 사상이나 견해의 차별에 대해 어떤 중대한 위험도 존재하지 않는다.”고 밝혔다. 그러므로 내용에 기한 구별로서 왜 그 범주의 언론이 보호대상이 될 수 없는가의 이유를 더욱 잘 설명해주는 경우에는 내용에 기한 구별이 허용될 수 있다. 가령, 명백하게 가장 공격적인(offensive) 표현, 또는 가장 호색적(prurient) 관심을 끄는 성적 지향의 표현물(sexually oriented materials)을 금지하는 선택은 할 수 있다. 그러나 정치적 메시지를 전달할 수도 있는 ‘성적 지향’ 등에 관한 표현물만을 금지하는 등은 할 수 없다는 것이다.

이에 대한 반대의견으로 White 대법관은 내용 중립의 원칙(content-neutral doctrine)에 대한 집착이 사회적·공적 이익을 위해서 내용 규제가 가능한 발언과 그렇지 않은 발언 사이의 구분을 모호하게 한다고 비난하기도 했다.⁴¹⁾ 나아가 White 대법관은 정부가 보호대상이 아닌 발언의 범주를 정하여 규제할 때에는 해당 범주의 전부를 금지하여서는 안 되고, 일정한 구별을 통해 금지시켜야 한다는 견해를 설득력 있게 제시한 바 있다.⁴²⁾

사. Baccala v. Connecticut(2017)

Baccala 사건은 상점 관리자가 욕설을 처리하는 데 익숙한 수신자로서 경찰과 유사하다고 주장하면서 도발적 언사(fighting words)에 새로운 변형을 제공하였다. Nina Baccala는 코네티컷 주 Vernon에 있는 Stop & Shop의 점포 관리자가 그녀에게 “Western Union 송금을 받기에는 너무 늦었다.”라고 말했다는 이유에서 욕설을 한 혐의로 무질서한 행동(disorderly conduct for uttering profanity)에 대한 유죄 판결을 받았

40) R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. (1992); 심경수, 위의 논문, 미국헌법연구, 제18권 제1호, 2007, 55쪽

41) 심경수, 앞의 논문, 미국헌법연구, 제18권 제1호, 2007, 57쪽

42) 고문현, 앞의 논문, 헌법학연구, 제10권 제2호, 2004, 278쪽

다. Baccala의 공동 변호사인 Gunningsmith는 “수정헌법 제1조의 예외인 도발적 언사(fighting words)는 즉각적인 폭력을 방지하기 위한 예방적 수단으로 정당화된다. 그러므로 실제의 맥락에서 폭력이 일어날 가능성이 실제로 없었다면 처벌할 수 없다.”라고 주장했다. 반면에, 코네티컷 주는 도발적 언사(fighting words)에 대한 ‘점포 관리자 예외’를 만드는 것은 잘못되었다고 주장하면서, “경찰에 대한 예외만이 도발적 언사 원칙(fighting words doctrine)에 부합될 수 있다.”고 말했다.

이에 대해 코네티컷 법원은 유죄 판결을 뒤집으면서, 명시적으로 도발적 언사(fighting words)란, “발언을 듣는 사람에게 개별적으로 폭력 행위를 유발하는 직접적인 경향이 있는 말”이라고 정의하였다. 그리고 “점포 관리자는 Baccala가 사용한 것처럼 항상 상스러운(crude) 말을 듣는 것은 아니지만, 화난 용어로 실망하고 좌절하는 고객을 일상적으로 마주한다.”라는 점을 강조했다.

이 판결에 대해 플로리다 대학교의 First Amendment Project 책임자인 Marion B. Brechner는 “코네티컷 주 법원은 도발적 언사(fighting words)를 결정하는 데 있어서 맥락(context)이 중요하다는 점을 강조한 것으로 보인다.”라고 평가하였다. 또한 Clay Calvert는 “도발적 언사(fighting words)의 결정은 단어가 어떻게 사용되고 누구에게 전달되는지에 달려 있으므로 사실에 입각한 조사가 중요하고, Baccala 법원처럼 사례별(on a case-by-case basis)로 결정을 내릴 필요가 있다.”고 말했다. 그러나 Calvert는 “공무원이면서 엄격한 훈련을 받는 경찰과 점포 관리자는 거리가 먼 것 같다.”고도 언급하였다.⁴³⁾

3. 소결

도발적 언사 원칙(fighting words doctrine)에 관한 대표 판례들의 의견을 정리하자면, *Chaplinsky v. New Hampshire*(1942)에서는 도발적 언사(fighting words)란, “말 자체로 상해를 입히거나 평화를 즉각적으로 깨뜨리는 말(words which by their very utterance inflict injury or

43) Hudson, D. (2018). Fighting words. *ABA Journal*, 104(4), 19.

cause an immediate breach of the peace.)”이라고 정의하였다. 또한 도발적 언사(fighting words)에는 고전적인(classical) 도발적 언사(fighting words)가 포함되며, 현재에는 덜 고전적(less classical)이지만 똑같이 폭력을 유발할 가능성이 있는 발언, 기타 무질서한 단어(other disorderly words)로서 신성모독(profanity), 외설(obscenity) 및 위협(threats)이 여기에 포함된다고 하였다.

Terminiello v. Chicago(1949)에서는 해당 법령 상 평화의 위반(breach of the peace)을 정의하는 내용 중에서 “분쟁을 일으키고(invites dispute)”의 부분은 ‘말’이라는 것이 본질적으로 폭력을 일으키거나 대중을 위협에 빠뜨리지 않더라도 분쟁에 이를 수 있다는 점에서 이러한 정의 규정은 위헌으로 판단된다고 하였다.

Cohen v. California(1971)은 어떤 말(speech)은 특정인을 향한 것(to any particular individual)이고, 본질적으로 폭력적 반응을 일으킬 가능성이 있을(inherently likely to provoke violent reaction) 경우에만 보호의 대상이 되지 않는 도발적 언사(fighting words)에 해당된다는 새로운 기준을 제시하였다. 또한, Cohen 판결은 인종적 욕설 등이 도발적 언사(fighting words)에 해당될 수 있는 반면에, 보호되는 표현으로는 소란(tumult), 언어 불화(verbal discord), 언어 불협화음(verbal cacophony), 단순 성가심(mere annoyance), 단순 불쾌감(mere distastefulness), 욕설로 인한 비위상함(squeamishness in the face of profanity), 저속함(vulgarity), 문체의 불쾌함(distastefulness of style), 감정주의(emotivism) 또는 절제의 부족(lack of moderation) 등이 있다고 제시하였다.

또한, Gooding v. Wilson(1972)에서 법원은 ‘평화 위반을 야기할 수 있는 단어’를 정의할 때에 “주는 실질적으로 위반이 발생할 가능성을 감소시킬 수 있는 요소가 있는지를 고려해야 한다(the state is not permitted to refuse to consider factors that would decrease the likelihood that an actual breach will take place.)”는 것을 분명히 하였다. 그리고 임박한 폭력(imminent violence)이 있는 도발적 언사(fighting words)에는 두 가지 요건이 포함된다고 했는데, 하나는, 해당 발언(the speech)은 상식을 가진 사람들이(people of common

intelligence) 즉시 평화를 깨뜨릴 수 있다(would result in an immediate breach of the peace)는 것을 알 수 있는 종류의 언어여야 한다는 것이고, 두 번째는, 해당 언어는 전달된 특정 맥락에서(in the particular context in which it was communicated) 위반을 일으킬 가능성(likely to cause a breach)이 있어야 한다는 것으로서 ‘실질적 위반 가능성’ 및 ‘맥락’을 강조하기 시작했다.

Lewis v. New Orleans(1974)에서 루이지애나 법원은 “경찰관이 실제 직무를 수행하는 동안 욕설이나 외설적이거나 모욕적인 말을 하는 것은 불합리하고, 기본적으로 경찰관의 활동 및 장소와 양립할 수 없다.”고 설명하면서도, “여기에는 경찰관을 불편하게 만들지만 폭력으로 이어지지 않을 가능성이 있고, 개인적인 모욕으로 간주되지 않을 수 있는 말도 있다.”고 하였다. 특히 경찰관은 특별한 훈련을 받은 점에서 비교적 일반인을 대상으로 한 발언보다는 도발적 언사(fighting words)로 판단되기 위한 엄격한 기준이 적용됨을 밝혔다.

R.A.V. v. City of St. Paul(1992)은 도발적 언사(fighting words)를 금지하는 St. Paul 시의 법령이 내용에 근거한(content-based) 표현의 자유 제한이므로 위헌이라고 판단하였다. 그러나 내용에 기한 차별이 절대 금지되는 것은 아니고, 명백히 가장 공격적인(offensive) 표현을 금지하는 선택은 할 수 있으나, 정치적 메시지를 전달할 수도 있는 ‘성적 지향’에 관한 표현물만을 금지하는 등 선택적으로 내용에 근거한 표현의 자유를 제한할 수는 없다고 밝혔다.

Baccala v. Connecticut(2017)에서 코네티컷 법원은 Baccala의 유죄 판결을 뒤집으면서, 명시적으로 도발적 언사(fighting words)란, “발언을 듣는 사람에게 개별적으로 폭력 행위를 유발하는 직접적인 경향이 있는 말”이라고 정의하였다. 그리고 “점포 관리자는 Baccala가 사용한 것처럼 항상 상스러운(crude) 말을 듣는 것은 아니지만, 화난 용어로 실망하고 좌절하는 고객을 일상적으로 마주한다.”라는 점을 강조하였다. 이 판례에서는 욕설 등에 대한 폭력적인 반응을 일으킬 가능성이 낮은 상황을 고려하려는 시도를 보여주었으나, 경찰관 이외의 다른 상황에까지 폭력을 일으킬 가능성이 낮다고 판단하는 것에는 다소 무리가 따를 수 있다. 다만, 이 판례를 해석하는데 있어서 형성된 공감대는 도발적 언사(fighting

words) 해당 여부를 판단할 때에는 맥락(context)과 사례별(on a case-by-case basis) 결정이 중요하다는 점이다.

판례의 변화를 종합하면, Chaplinsky(1942) 판결의 '상해를 입히는 (inflict injury)'의 기준은 그 모호성이 크게 비판을 받았으므로, Cohen(1971)에서 '본질적으로 폭력적 반응을 일으킬 가능성이 있을 것 (inherently likely to provoke violent reaction)'으로 변화였고, 추가적으로 '특정인을 향한 것일 것(to any particular individual)'임이 강조되었다.

Gooding(1972)에서는 '실질적으로 위반이 발생할 가능성(likelihood that an actual breach will take place)'이 판단되어야 한다고 강조되었으며, Lewis(1974)에서는 발언의 수신자가 경찰관일 때에는 해당 집단이 특별한 훈련을 받았다는 점에서 폭력으로 이어지지 않을 가능성이 높음을 사유로 더욱 엄격한 기준이 적용되어야 한다고 하였다. R.A.V(1992)에서는 도발적 언사(fighting words)에 관한 법령이 선택적인 차별적 내용규제인 경우에는 위헌 무효가 된다고 판시했으며, Baccala(2017)에서는 도발적 언사(fighting words)란, '수신자의 폭력행위를 유발하는 직접적 경향이 있어야 함'을 강조하면서 점포 관리자의 직업 특성상 해당 발언으로는 수신자의 폭력행위 유발 정도가 낮기에 도발적 언사(fighting words)에 해당될 수 없다고 판단하여 구체적 맥락과 사례별 판단의 중요성이 조명되었다.

이상의 주요 판례를 통한 도발적 언사(fighting words) 판단 기준으로는 (1)특정인을 향한 것인가, (2)본질적으로 폭력적 반응을 일으킬 가능성이 있는가, (3)실질적으로 위반이 발생할 가능성이 있는가, (4)수신자의 직업 특성상 폭력행위를 유발할 가능성이 낮은가 등을 고려할 수 있을 것이다.

III. 최근 미국 판례의 도발적 언사(fighting words) 판단 기준 동향

1. 도발적 언사(fighting words) 판단 기준에 대한 다양한 논의

주지하듯이, 도발적 언사(fighting words)의 판단 기준 중에서 ‘상해를 입히는(inflicts injury)’의 요건에 관해서는 특히 논란이 있었다. 즉, ‘발언이 상해를 입힐 수 있는가?’에 대한 논쟁이다. 따라서 오히려 ‘상해를 입히는(inflicts injury)’에 관한 요건보다는 ‘특정인을 대상으로 하고(target a specific person), 그 사람으로 하여금 폭력적이고 즉각적인 보복을 유발할 가능성이 있는(likely to cause that person to retaliate violently and immediately against the speaker), 인신에 대한 욕설(personally abusive words)’인가 여부가 중요해졌다. 따라서 무엇이 헌법적으로 보호받지 못하는 도발적 언사(fighting words)의 요건이 될 수 있는가에 대하여는 ‘발언의 내용이 특정한 개인을 향한 인신적인 욕설로 구성됨’, ‘발언의 대상이 신체적 폭력 가능성이 있을 정도로 아주 근접해 있음(in such close proximity)’, ‘발언의 대상이 보복할 가능성(likely to retaliate)이 있음’, ‘발언에 대한 폭력적 반응이 즉각적이어야 함(must be immediate)’ 등을 들 수 있을 것이다.⁴⁴⁾ 또한, 앞서 살펴본 판례들에서 Gooding(1972) 판례는 ‘실질적인 위반이 일어날 가능성을 감소시킬 요소가 있는지 여부(맥락)’를 판단하여야 한다고 하였고, Lewis(1974)와 Baccala(2017) 판례에서 ‘수신자의 직업을 고려했을 때 폭력행위를 유발할 가능성’이 반영되고 있는 추세로 나타났다.

또한, Clay Calvert 교수는 그의 최근 논문에서 도발적 언사 원칙(fighting words doctrine)은 특정 인종이나 성별 또는 특정 직업을 가진 평균인이 특정 단어에 어떻게 반응할 가능성이 있는지에 대한 고정관념 또는 가정을 전제로 하여야 한다고 했다. 즉, 단순히 특정한 단어의 사용에 따라서 도발적 언사(fighting words) 해당여부를 적용하는 것이

44) William C. Nevin (2015), Fighting slurs: contemporary fighting words and the question of criminally punishable racial epithets. *First Amendment Law Review*, 14(1), pp. 137-138

아니라, 모호한 맥락적 요인 변수를 고려하여 단어 사용을 둘러싼 정확한 상황에 대한 사실적 사례별 조사가 필요하다는 것이다.

그는 도발적 언사 원칙(fighting words doctrine)의 목적은 다음과 같은 범위 내에 있어야 한다고 한다. 첫째, 법 집행관이 선제적으로 개입하여 다른 사람에게 폭언하는 발언자를 체포하도록 허용함으로써 가능한 폭력을 미연에 방지하는 목적, 둘째, 피고인의 말이 사실상 무질서·평화 위반 또는 다른 사람의 폭력적인 반응을 야기함으로써 수정헌법 제1조를 근거로 하는 발언을 막는 것을 금지하는 목적, 셋째, 화자가 다른 사람에게 생리적 피해와 정서적 고통을 모두 겪게 할 수 있는 정도의 개인적으로 모욕적인 욕설을 사용하는 것을 금지하기 위한 목적, 넷째, 일부 그룹이 특권층 또는 지배 그룹의 구성원이 사용하는 언어를 통해 평등의 헌법적 가치를 방해하는 것을 금지하고자 하는 목적, 다섯째, 사려 깊고 이성적인 토론을 전복시키는 개인적으로 모욕적인 욕설(personally abusive epithet)을 배제함으로써 시민 담론과 대화의 영역을 고양시킬 목적 등을 들고 있다.⁴⁵⁾

이와 같은 미국 내의 도발적 언사(fighting words) 판단에 대한 논의들을 종합하면, 도발적 언사(fighting words) 판단 기준은 (1) 특정 개인에 대한 것인가 (2) 인신적 욕설인가 (3) 물리적 근접성·보복가능성, 폭력적 반응의 즉각성 등이 있는가 (4) 실질적 위반이 일어날 가능성의 맥락에 대한 사례별 특성(수신자의 직업 등)의 고려가 있는가 등이 될 수 있을 것이다. 한편, Clay Calvert 교수가 마련한 도발적 언사 원칙(fighting words doctrine)에 관한 입법 목적은 (1) 폭력에 대한 미연의 방지 (2) 수정헌법 1조에서 보호되는 발언을 원활히 하도록 함 (3) 수신자의 생리적·정서적 고통방지 (4) 평등 저해의 금지 등으로 요약할 수 있다.

나아가 최근 수정헌법 제1조 학자인 David L. Hudson, Jr.는 주 법원의 사건들 중에서 도발적 언사(fighting words)를 구성하는 것으로 인정된 사건들의 분석을 통해 다섯 가지 기준을 도출한 바 있다. 이하에서는

45) Calvert, C. (2022). Taking the fight out of fighting words on the doctrine's eightieth anniversary: what "n" word litigation today reveals about assumptions, flaws and goals of first amendment principle in disarray. *Missouri Law Review*, 87(2), pp. 499-500

관련 내용을 소개하고자 한다.⁴⁶⁾

2. David L. Hudson, Jr. 가 분석한 도발적 언사(fighting words) 판단 기준

가. 언어 이외의 공격적 행위(Aggressive Conduct In Addition to Speech)

수정헌법 제1조 학자들은 언어 이외의 공격적 행위(Aggressive Conduct In Addition to Speech)가 있었는가 여부를 판단 기준으로 하는 것을 선호하지 않는 경향이 있다. 왜냐하면 ‘인간의 활동’에는 ‘말’과 ‘행동’이 모두 포함되는데, 두 가지를 결합시키면 ‘말’의 가치는 과소평가 될 수 있기 때문이라는 것이다. 이 기준을 실제로 적용했을 때 도발적 언사(fighting words) 해당 여부 판단에서 정부는 ‘공격적인 행동’에 초점을 맞추려고 하는 반면, 개인은 순수하게 ‘말’을 했다고 주장할 가능성이 높다. 그렇지만 최근에 언어 이외의 공격적 행위가 판단기준의 하나로 적용되는 판례들이 많다. 예를 들어, C.D. v. State 사건에서⁴⁷⁾, 욕설을 한 소년은(the slur-uttering juvenile) 주먹을 불끈 쥐고 상가의 경비원에게 욕을 한 점이 강조됐다. 또한, State v. Deloreto 사건에서⁴⁸⁾ 법원은 욕설과 함께 피고인이 경찰관에게 접근할 때 주먹을 들고 휘두르는(raising and pumping his fist) 위협적인 몸짓(threatening gestures)을 했다고 강조하였다. 비슷하게, State v. Harvey 사건에서도⁴⁹⁾ 오하이오 항소 법원은 Harvey 씨의 적대적이거나 위협적인(hostile or threatening) 행위에 초점을 맞추면서 Harvey 씨의 말이 도발적 언사(fighting words)라고 판단한 바 있다.⁵⁰⁾

나. 발언의 음량(Volume of the Speech)

46) David L. Hudson, Jr.(2020), Essay: The Fighting Words Doctrine: Alive and Well in the Lower Courts, 19 U.N.H. L. Rev. 1, pp. 1-20

47) State v. C.D., No. 018011911, 2002 WL 450467 at 1 (Wash. Ct. App. Mar. 25, 2002)

48) State v. Deloreto, No. CR000190119S, 2002 WL 316991 at 4 (Conn. Super. Ct. Jan. 30, 2002).

49) State v. Harvey, No. 9-19-34, 2020 WL 525933 at 5 (Ohio Ct. App. Feb. 3, 2020).

50) State v. Harvey, No. 9-19-34, 2020 WL 525933 at 7 (Ohio Ct. App. Feb. 3, 2020).

State v. Hale 사건에서 오하이오 항소 법원은 Hale 씨가 욕설을 할 때 ‘매우 시끄러웠다(very loud)’는 증인의 증언을 강조하였다.⁵¹⁾ 그리고 State v. Krueger 사건에서 미네소타 항소 법원은 형수에게 반복적으로 저주를 퍼부은 크루거 씨의 ‘극도의 음량(extreme volume)’을 강조하면서 무질서한 행위에 대한 유죄 판결을 유지하였다.⁵²⁾

다. 반복적인 욕설(Repeated Profanities)

욕설은 일반적으로 수정헌법 제1조 법리에 따라 보호되는 발언이지만,⁵³⁾ 법원은 욕설의 빈도와 강도에 따라 보호되지 않는 도발적 언사(fighting words)로 판단할 수 있다. State v. Hale 사건에서 비번인 보안관보 Hale은 편의점에서 지역 경찰관에게 반복적으로 욕설을 퍼부어서(repeatedly cursed) 도발적 언사(fighting words)로 판단되었다.⁵⁴⁾ 유사하게, State v. Ovadal 사건에서 위스콘신 항소 법원은 Ovadal 씨가 피해자를 약 6분 동안 30번이나 창녀(whore), 매춘부(harlot), 성적으로 부정확한 여자(Jezebel) 라고 불렀기 때문에 무질서한 행동(disorderly conduct)에 대한 유죄 판결을 부분적으로 지지하였다.⁵⁵⁾ McCormick v. City of Lawrence 사건에서 Kansas의 연방 지방 법원은 원고가 말한 다양한 욕설을 모두 나열하고, 원고가 경찰관에 대해 반복적인 인신공격(repeated personal attacks)을 하였음을 강조하였다.⁵⁶⁾

라. 발언의 청취자(Recipient of the Communication)

많은 법원은 Lewis v. New Orleans(1974) 사건에서 Powell 대법관이 주창한 원칙, 즉 ‘경찰은 적대적인 말에 직면했을 때 더 큰 자제력을

51) State v. Hale, No. N.E.3d 890, 893 (Ohio Ct. App. 2018).

52) State v. Krueger, No. 14-CR-16-1342, 2017 WL 6418219 at 1, 7(Minn. Ct. App. Feb. 28, 2018).

53) David L. Hudson, Jr., ANTI-PROFANITY LAWS AND THE FIRST AMENDMENT, 42 T. MARSHALL L. REV. 203, 203 (2018) ("Profanity generally should be protected by the First Amendment.")

54) Hale, 110 N.E.3d. at 894.

55) State v. Ovadal, No. 03-377-CR, 2003 LEXIS 947, at 8

56) McCormick v. City of Lawrence, 325 F. at 1191, 1197, 1201

발휘해야 한다는 원칙(police officers are expected to exercise greater restraint when confronted with hostile words.)'을 따르고 있다.⁵⁷⁾ 따라서 법원은 적대적 표현을 듣는 사람이 경찰관이 아닌 경우에 해당 발언을 도발적 언사(fighting words)에 해당한다고 판단할 가능성이 더 높다. 예를 들어, 미네소타 항소 법원은 상점 점원(store clerks)에 대해서 경찰관(police officers)과 동일한 수준의 욕설(abuse)을 참아야 할 것으로 기대되어서는 안 된다고 강조하였다.⁵⁸⁾ 또한 법원은 발언의 청취자가 피고인과 가족 관계가 있는 자일 경우에 도발적 언사(fighting words)로 판단하는 경향이 있었다.⁵⁹⁾

Baccala 법원은 피고인의 언어가 극도로 공격적이며 개인적으로 목적하는 대상을 비하하기 위한 것(extremely offensive and meant to personally demean their target)으로서 비난받아 마땅하고, 잔인하며, 정신적 피해를 유발할 것인가를 고려했다고 인정하였다. 그러나 단계적 축소(deescalating) 및 적개심을 분산시키는(hostility-diffusive) 행동을 모델링해야 할 책임 있는 매장 관리자로서의 대상의 지위, 구내(premlises)에 대한 그녀의 승인된 통제, 그리고 발언자의 마음 상태에 대한 그녀의 사전 지식이 임박한 폭력적 보복의 가능성이 감소될 가능성(reduced likelihood of imminent violent retaliation)을 나타낸다고 하였다.⁶⁰⁾

마. 인종적 비방(Racial slurs)

법원은 종종 특정 맥락(specific context)에 따라 인종적인 비방(racial slurs)을 도발적 언사(fighting words)로 간주한다.⁶¹⁾ 그러나 United States v. Bartow 사건에서 법원은 "N" 단어의 사용을 발언자 바로 인근에 있는(immediate physical vicinity) 두 명의 흑인 성인을 대상으로

57) Lewis v. City of New Orleans, 415 U.S. at 130, 135 (U.S. 1974)

58) State v. Nelson, No. 13-CR-13-107, 2014 WL 7237043, at 4

59) Rebel v. Rebel, 837 N.W.2d 351 (N.D. 2013).

60) Baccala, at 14

61) William C. Nevin(2015), Fighting Slurs: Contemporary Fighting Words and the Question of Criminally Punishable Racial Epithets, 14 FIRST AMEND. L. REV. p.127, 158

하였음에도 불구하고, 다른 욕설의 사용이나, 반복적 사용 및 피고의 말투가 즉각적인 폭력 행위를 유발할 가능성에 대한 입증에 부족하므로 해당 발언을 수정헌법 제1조에 의해 보호되는 발언 범주 내에 있는 것으로 판결하였다.⁶²⁾ 이처럼 도발적 언사(fighting words) 판단은 단어의 ‘내용(content)’과 ‘전달(delivery)’ 모두를 다루고 있다.⁶³⁾

IV. 우리나라에의 시사점

1. 도발적 언사 원칙(fighting words doctrine)의 판단기준 재정립

표현의 자유에 대한 해석의 오류로 인해 개인은 참지 않아도 될 언어적 공격을 참도록 강요받거나, 반대로 형사소추의 대상이 될 수도 있다. 그리고 명확성의 결여로 표현의 자유 보장의 일관성 없는 시행을 초래하는 것은 그 자체로 큰 문제가 된다.⁶⁴⁾ 우리는 법원이 잘 정의되고 좁게 한정된 표현의 범주(well-defined and narrowly limited class of speech)를 설명할 때에 매우 신중할 것이라고 기대하지만, 미국의 법원은 도발적 언사(fighting words) 범주를 분석할 때 기준과 적용에 대한 일관성이 없었다. 표현의 자유 판단기준 및 합법성에 대한 국가의 해석은 상당히 다양할 수 있기 때문이다.

이러한 견지에서 Stone은 ‘표현 유형화’의 실익을 인정한다. 만일에 ‘표현 유형화’가 없으면, 공적인 정치시론에 적용할 기준을 개인에게 적용한다거나, 유해한 표현이라 하더라도 상대적으로 중요한 표현과 그렇지 않은 표현을 달리 적용하지 않을 수 있고, 이는 표현의 자유 보장의

62) United States v. Bartow, 997 F.3d 203, 205 (4th Cir. 2021).

63) Nat'l Lab. Rels. Bd. v. Pier Sixty, LLC, 855 F.3d 115, 124, n.26(2d Cir. 2017).; Calvert, C. (2022). Taking the fight out of fighting words on the doctrine's eightieth anniversary: what "n" word litigation today reveals about assumptions, flaws and goals of first amendment principle in disarray. Missouri Law Review, 87(2), p.508

64) Strasser, M. P. (2020). Those are fighting words, aren't they? on adding injury to insult. Case Western Reserve Law Review, 71(1), p. 284, 290, 291

본질을 퇴색시킬 수 있기 때문이다.⁶⁵⁾ 반면에, Gunther는 ‘표현 유형화’가 표현 방법의 다양성을 인정하고 지나치게 유연한 비교형량을 하는 것의 대체적 수단으로 활용 가능한 점에서는 받아들일 수 있지만, ‘유형화’와 ‘비교형량’ 사이의 명확한 구분이 없는 점을 지적하고 있다.⁶⁶⁾

우리나라에서 도발적 언사 원칙(fighting words doctrine) 판단 기준은 표현의 자유에 관련된 모욕죄(경찰관에 대한 모욕죄) 및 혐오표현 판단 기준에 활용될 수 있을 것이다. 그런데 이 때, 도발적 언사 원칙(fighting words doctrine)을 무분별하게 받아들여서는 곤란하고, 미국 내 판례의 발전과정 및 제기된 논의들을 고찰하여 우리나라 실정에 맞는 판단기준을 재정립하여야 할 것이다. 그리고 이 연구에서 지금까지 정리한 도발적 언사 원칙(fighting words doctrine)의 합리적 판단기준을 정리하면 <표 1>과 같다.

65) Stone, Content Regulation and The First Amendment, 25Wm.& Mary L. Rev.189(1983), pp.189, 228 서주실, 앞의 논문, 미국헌법연구, 13권, 2002, 44-45쪽 재인용

66) G. Gunther, Constitutional Law, 12th ed.(New York: Foundation P. 1991) p.1071; 서주실, 앞의 논문, 미국헌법연구, 13권, 2002, 44쪽 재인용

<표 1> 도발적 언사 원칙(fighting words doctrine)의 판단 기준

출처	판단 기준
<p>주요 판례의 발전과정에서 도출한 판단기준</p>	<ul style="list-style-type: none"> (1) 특정인을 향한 것 (2) 본질적으로 폭력적 반응을 일으킬 가능성이 있는 것 (3) 실질적 위반이 될 수 있는 것 (4) 수신자의 직업 특성상 폭력행위를 유발할 가능성이 낮을지 여부
<p>미국 내 학자 등의 논의를 통해 도출한 판단 기준</p>	<ul style="list-style-type: none"> (1) 특정 개인에 대한 것 (2) 인신적 욕설인 것 (3) 물리적 근접성·보복가능성, 폭력적 반응의 즉각성 (4) 실질적 위반이 일어날 가능성의 맥락에 대한 사례별 특성(수신자의 직업 등)의 고려
<p>David L. Hudson, Jr. 가 제시한 세부 판단기준</p>	<ul style="list-style-type: none"> (1) 언어 이외의 공격적 행위 (2) 발언의 음량 (3) 반복적인 욕설 (4) 발언의 청취자 (5) 인종적 비방
<p>종합</p>	<ul style="list-style-type: none"> (1) 특정인에 대한 것이면서 전달 방식도 특정인을 향한 것 (2) 본질적으로 폭력적 반응을 일으킬 가능성이 있는 것(특히 인신적 욕설) (3) 실질적으로 위반할 가능성 <ul style="list-style-type: none"> ① 물리적 근접성·보복가능성·폭력적 반응의 즉각성 ② 수신자의 직업 특성 ③ 공격적 행위·음량·반복성·인종적 비방 여부

2. ‘경찰관에 대한 모욕죄’ 판단에서 도발적 언사 원칙(fighting words doctrine) 판단기준의 시사점

‘경찰관에 대한 모욕죄’는, 경찰관이 사건의 처리 중 욕설 또는 비하 발언 등을 들었을 때에 해당 발언자를 모욕죄의 현행범으로 체포 또는 고소하는 것을 의미한다.⁶⁷⁾ 2011년 1월부터 2014년 5월까지 국가인권위원회에 접수된 ‘경찰관에 대한 모욕죄’ 관련 진정사건은 90건(조사종결)으로 집계되었다. ‘경찰관에 대한 모욕죄’ 관련 진정사건 중에는 경찰관이 신고 등을 받고 출동해서 현장 조치를 하는 과정에서 모욕적인 언동을 한 신고자를 체포하는 경우가 분석 대상 진정사건 중 약 55.5%(50건)를 차지하였다. 그밖에는 범죄 혐의자가 조사받는 중에 경찰관에게 모욕적 언동을 해서 모욕죄로 체포된 경우가 20%(18건), 불심검문 또는 순찰 중 경찰관에게 모욕적 언동을 하여 체포된 경우가 약 17.7%(17건)로 나타났다.⁶⁸⁾

그런데 경찰관에 대한 모욕죄의 현행범 체포에 대한 부정적 견해를 표시하는 입장에서의 근거는 첫째, 경찰이 공직자를 조롱하는 것에 대하여 모욕죄를 적용하는 것은 공무집행방해죄의 구성요건 극복을 위한 우회 조치로 악용될 수 있다는 점이다. 이는 자칫하면 모욕죄의 개인적 법익과 공무집행방해죄의 국가적 법익이 구분되지 못할 수 있다는 점에서 우려된다. 둘째, 민원인이 모욕의 가해자인 경우, 모욕죄의 처벌이 민원을 제기할 청원권 및 표현의 자유를 축소시킬 수 있다. 셋째, 사건현장에서 경찰관에게 욕설을 하는 경우, 인터넷 등을 통한 비방과 달리 경찰관의 명예 훼손 효과는 크지 않으므로 가벌성이 약화된다. 넷째, 법집행을 하

67) 우리나라 헌법재판소는 언론·출판의 자유 보호범위를 넓게 이해하면서, 실질적으로 보호하는가 여부에 대해서는 정당성 심사과정에서 판단하는 편이다. 예를 들어, 타인의 명예 또는 권리를 침해하는 모욕적 표현은 언론의 자유 보호범위에 포함된다고 판시하고 있다. 헌재 2013.6.27., 2012헌바37, 25-1, 509면 이하; 전광석, 한국헌법론, 집현재, 2020, 376-377쪽

68) 최은숙, 경찰 모욕죄 현행범 체포와 관련된 진정현황 및 사례 발표, 경찰의 모욕죄 현행범 체포의 문제점과 개선방안 토론회 자료집, 2014.08.27., 국가인권위원회, 3-4면

는 경찰관 자신 또는 동료가 자기 또는 동료의 사건에 대해 모욕죄를 수사하게 되는 점이 부적절하고, 사건현장에서의 개인적 감정으로 체포 여부 등을 결정하게 될 우려도 배제할 수 없다.⁶⁹⁾

또한, 표현범인 모욕죄에 대해서 ‘고의’ 이외에도 초과 주관적 요소로서 ‘경멸적 내심의 의사’가 필요한 바, 민원제기 과정에서 한 옥설이 ‘경멸적 내심 표현’이 아닌 ‘불만 제기의 일환’으로 간주될 수 있다면, 모욕죄가 부정될 수 있을 것이라는 견해도 있다. 그러므로 이러한 관점에서는 ‘경찰관에 대한 모욕죄’로 현행법 체포를 할 수 있는 경우로는, 신원 확인이 안 되는 경우로 한정해야 한다고 주장한다. 또한 경찰집단 전체에 대한 비하 발언인지 개인을 향한 비하 발언인지를 구분해서, 경찰관 개인에 대한 인종·신체·성·가족 등에 관한 표현인지 여부, 반복성, 지속성 등을 엄격히 판단하여 경찰관 모욕죄를 적용할 것이 제안되었다.⁷⁰⁾

보도에 따르면 최근 2021년까지도 112 신고를 받고 출동한 경찰관에게 ‘짹새’ 라고 욕설한 A씨는 벌금 200만원을 선고받았다. 판결 선고의 이유에서는 “폭행을 제지하는 경찰관에 대하여 여러 사람이 듣는 중 욕설을 한 점에서 모욕죄의 혐의가 인정된다.”라고 하였다.⁷¹⁾ 그런데 미국의 Lewis v. New Orleans(1974)에서 “경찰관을 불편하게 만들지만 폭력으로 이어지지 않을 가능성이 있고, 개인적인 모욕으로 간주되지 않을 수 있는 말도 있다.”, City of Houston v. Hill(1987)에서 “도발적 언사 원칙(fighting words doctrine)은 경찰관을 대상으로 한 발언이 포함된 사건에서는 더 좁은 적용을 요구할 수 있다.”라고 한 판결을 참조해보면,⁷²⁾ 우리나라의 경찰관에 대한 모욕죄 판단이 지나치게 단순화되어 있는 것은 아닌지 재고하여야 할 것으로 생각된다.

우리나라의 경찰관에 대한 모욕죄 판단에서는 ‘사람의 사회적 평가를

69) 이성기, 경찰관에 대한 모욕죄의 성립요건과 고소사건 처리에 관한 검토 및 정책제언, 경찰의 모욕죄 현행법 체포의 문제점과 개선방안 토론회 자료집, 2014.08.27., 국가인권위원회, 26면

70) 이성기, 앞의 발표, 경찰의 모욕죄 현행법 체포의 문제점과 개선방안 토론회 자료집, 2014.08.27., 국가인권위원회, 28면, 36면, 37면

71) 경찰관에 “짹새” 욕설 벌금형, 강원일보, 21.06.10. <http://www.kwnews.co.kr/page/view/2021061000000000041>

72) City of Houston v. Hill, 482 U.S.(1987). at 451

저하시킬 위험이 있는 추상적 판단이나 경멸적 감정의 표현인가 여부’, ‘공연성이 있는가 여부’, 그리고 ‘모욕을 유발한 공무집행의 적법성 여부’를 고려하는 것으로 파악된다.⁷³⁾ 그런데 모욕죄의 보호법익에 대하여 대법원과 헌법재판소가 ‘외부적 명예설’을 채택하고 있는 것에 따르면, 타인들이 해당 표현을 국가기관으로서의 경찰이 아닌, 경찰관 개인에 대한 진정한 평가로 판단할 가능성이 있을 때, 비로소 경찰관에 대한 모욕죄가 성립하는 것으로 보아야 할 것이다.

미국의 도발적 언사 판단 기준이 ‘폭력적 반응이 실제로 일어날지 여부’ 등으로 폭력으로 이어질 가능성이 높은 정도의 언행을 금지하는 것이라면, 우리나라의 모욕죄는 사람의 사회적 평가(외부적 명예)를 보호법익으로 하는 점에서 규율의 목적은 상이하다. 즉, 미국에서는 공연성이 있는 상황에서 사람의 사회적 평가가 저하될 수 있는 말을 하더라도 폭력적 반응이 실제로 나타날 정도가 아니라면 처벌대상이 되지 않는다. 그러나 우리나라가 미국과 같은 법리를 취하지 않고 있더라도, 경찰관에 대한 단순 욕설이 공연성을 갖추고 있고, 적법한 공무집행이라면, 모욕죄를 구성할 수 있어 국가기관으로서의 경찰에 대한 것인지 개인으로서의 경찰에 대한 것인지도 구별하지 않는 점이 문제되므로 판단기준이 더욱 구체화되고 엄격해질 필요성이 있다. 또한, 직업 현실상(범죄 대응 등) 욕설 등을 자주 들을 수 있는 환경을 고려할 때, 제3자인 타인들은 경찰관 개인의 사회적 평가가 진정으로 저하될 것으로 볼 지에 대한 고려도 필요해 보인다.

나아가서는 모욕죄의 성립이 지나치게 완화된 판단기준에 따른 경우, 표현의 자유의 심대한 위축이 우려될 수 있다. 따라서 일관적인 판단기준의 적용도 중요하지만, 미국의 경우처럼 맥락과 사안별 특성을 고려하는 등으로써 관련 법리를 발전시켜나가는 것은 구체적 법익을 더욱 균형적으로 보호할 수 있는 방향으로 나아가는 것일 수 있다. 이러한 측면에서 미국의 도발적 언사 원칙의 최근 판례 등은 참고자료가 될 수 있을 것이다.

73) 대법원 1987. 5. 12. 선고 87도739 판결, 대법원 2003. 11. 28. 선고 2003도3972 판결, 대법원 2016. 10. 13. 선고 2016도9674 판결

V. 결론

이 연구는 2002년의 도발적 언사(fighting words)에 관한 선행연구 이후의 최신 논의 소개 등의 후속연구 필요성에 따라 도발적 언사(fighting words)의 헌법적 의미와 판단기준을 집중 조명하였다. 미국의 도발적 언사 원칙(fighting words doctrine)의 적용이 미국 법원에서 비록 축소되었지만 부정된 바 없으며, 주 법원에서는 여전히 활발히 활용되는 원칙이라는 점에서 관련 논의의 연구는 중요성이 있다. 또한 도발적 언사 원칙(fighting words doctrine)은 국내에서 최근 활발히 논의되고 있는 혐오표현의 판단기준으로 활용될 가능성도 있다. 더욱이 도발적 언사 원칙(fighting words doctrine)은 2014년에 우리나라에서 논의 쟁점이 된 소위 ‘경찰관에 대한 모욕죄’ 적용 여부에도 일부 참고가 될 수 있을 것으로 보이지만, 당시 형법적 고찰에 초점이 맞추어져 있어 이 원칙은 소개되지 않은 것으로 보인다.

이 연구에서는 도발적 언사 원칙(fighting words doctrine)에 관한 미국의 대표 판례로 *Chaplinsky v. New Hampshire*(1942), *Terminiello v. Chicago*(1949), *Cohen v. California*(1971), *Gooding v. Wilson*(1972), *Lewis v. New Orleans*(1974)/ *Hill v. City of Houston, Texas*(1987), *R.A.V. v. City of St. Paul*(1992), *Baccala v. Connecticut*(2017)을 검토하여 그 핵심적 의의를 고찰하였다. 또한 그밖에도 미국 내의 학자들이 제시한 판단기준과 특별히 David L. Hudson, Jr. 가 제시한 세부적인 법원의 판단기준을 소개하였다.

이를 종합하였을 때, 도발적 언사 원칙(fighting words doctrine)의 판단기준은 첫째, 특정인에 대한 것이면서 전달 방식도 특정인을 향할 것, 둘째, 본질적으로 폭력적 반응을 일으킬 가능성이 있는 것(특히 인신적 욕설), 셋째, 실질적으로 위반할 가능성- ①물리적 근접성·보복가능성·폭력적 반응의 즉각성, ②수신자의 직업 특성, ③공격적 행위·음량·반복성·인종적 비방여부 등을 들 수 있다.

한편, 우리나라에서 2014년경부터 경찰관에 대한 모욕죄의 현행범 체

포 또는 고소의 남용에 대한 문제제기와 관련하여 미국에서는 경찰관이 라는 특정 직업군을 대상으로 하는 발언의 도발적 언사(fighting words) 구성여부를 판단할 때에는 일반적인 상황에서보다 더욱 엄격한 판단기준을 적용하는 경향이 뚜렷이 나타나고 있다. 따라서 비록 우리나라의 모욕죄와 미국의 도발적 언사는 보호법익과 구성요건에서 차이가 있지만, 미국의 판례들을 통해 경찰관에 대한 모욕죄의 성립을 엄격히 판단해야 할 필요성과 근거, 구체적 기준에 대한 시사점을 얻을 수 있을 것으로 생각된다.

즉, 근래에 미국의 판례에서 경찰관은 직업적 특수성상 난폭한 개인을 다룰 수 있는 특별한 훈련을 받았기 때문에 욕설 등을 듣더라도 실제로 폭력적 반응이 나타날 가능성이 낮으며, 여기에는 개인적인 모욕으로 간주되지 않을 수 있는 말들도 있다고 판시하고 있다. 이에 비추어 보면, 우리나라의 경찰관에 대한 모욕죄 판단에서 경찰관이 욕설 등을 들었을 때, 직업적 특수성상 일반 보통의 상황에서보다 그 사회적 평가(외부적 명예)의 저하 정도는 낮을 것이라고 평가될 수 있을지에 대하여 재고가 요청된다. 또한, 경찰관 개인에 대한 모욕인지 국가권력에 대한 의견의 표현인지에 대한 구분을 통해서 경찰관에 대한 모욕죄 적용이 이루어지는 등 사안별 세부적 기준 마련 및 유형화가 필요할 것이라고 생각된다.

(논문투고일: 2023.3.6., 심사개시일: 2023.3.10., 게재확정일: 2023.3.24.)



● **최 경 미 · 지 성 우**

도발적 언사 원칙, 표현의 자유, 모욕죄, 경찰관에 대한 모욕죄, 혐오표현

【참 고 문 헌】

I. 단행본

- 김하열, 「헌법강의」, 박영사, 2022
성낙인, 「헌법학」, 법문사, 2019
양건, 「헌법강의」, 법문사, 2022
전광석, 「한국헌법론」, 집현재, 2020
한수웅, 「헌법학」, 법문사, 2022

II. 논문

- 고문현, “상징적 표현행위-도발적 언사를 중심으로-”, 헌법학연구, 제10권 제2호, 2004, 263-299쪽
박용숙, “미국에서의 증오표현행위의 규제에 관한 판례경향”, 강원법학 제41권, 2014, 467-509쪽
서주실, “Unprotected Speech로서의 Fighting Words에 관한 판례경향”, 미국헌법연구, 13권, 2002, 37-86쪽
송현정, “미국 연방대법원의 혐오표현 관련 법리와 판단기준”, 미국헌법연구, 제33권 제1호, 2022, 113-144쪽
신평, “최근 미연방 대법원 판결에 나타난 자유스런 언론의 범위- U.S. v. Xavier Alvarez 판결을 중심으로 -”, 헌법학연구, 제19권 제3호, 2013, 235-264쪽
심경수, “증오언론(Hate Speech)과 십자가 소각(Cross Burning)에 관한 판례경향-R.A.V. v. City of St. Paul 및 Virginia v. Black 사건을 중심으로-”, 미국헌법연구, 제18권 제1호, 2007, 39-80쪽
최철영, “미국연방헌법의 표현의 자유와 일본의 증오언설 - 일본의 증오언설에 대한 국제형사법 적용가능성 -”, 미국헌법연구 제26권 제3호, 2015, 299-325쪽
한위수, “혐오표현의 규제에 대한 인권법적 고찰- 국제조약상 입법화 의

무를 중심으로 -”, 헌법논총, 제30집, 2019, 141-199쪽

Calvert, C. (2022). “Taking the fight out of fighting words on the doctrine's eightieth anniversary: what "n" word litigation today reveals about assumptions, flaws and goals of first amendment principle in disarray.”, Missouri Law Review, 87(2), 493-564.

David L. Hudson, Jr., “Essay: The Fighting Words Doctrine: Alive and Well in the Lower Courts”, 19 U.N.H. L. Rev. 1 (2020), 1-20

Hudson, D. (2018). “Fighting words”, ABA Journal, 104(4), 18-19.

Nevin, W. C. (2015). “Fighting slurs: contemporary fighting words and the question of criminally punishable racial epithets.” First Amendment Law Review, 14(1), 127-158.

Strasser, M. P. (2020). “Those are fighting words, aren't they? on adding injury to insult. Case”, Western Reserve Law Review, 71(1), 249-292.

Ⅲ. 보고서 등

경찰의 모욕죄 현행범 체포의 문제점과 개선방안 토론회 자료집, 국가인권위원회, 2014.08.27.

 Abstract

A Constitutional Review of the Fighting Words Doctrine

Choi, Kyung-Mi · Ji, Seong-woo

This study includes the latest discussion on the constitutional meaning and criteria of fighting words. Although the fighting words doctrine in the United States is evaluated to have been reduced, it is not denied, and it can be seen that it is still actively applied in each state court. In particular, the fighting words doctrine is closely related to the criterion for judging hate speech, which has recently been actively discussed in Korea. It is expected to be used as a criterion for the application of the so-called 'Criminal Contempt against Police Officers'.

In this study, representative US precedents on the fighting words doctrine were reviewed and the core significance of the case was reviewed. In addition, the judgment criteria presented by scholars in the US and especially David L. Hudson, Jr.

Putting these together, the criteria for the fighting words doctrine are first, that the method of delivery is directed at a specific person, and second, there is a possibility of causing a violent reaction in nature, especially personal abusive language. Third, the possibility of actual violation - ① physical proximity·possibility of retaliation·immediacy of violent response, ② occupational characteristics of the recipient, ③ aggressive behavior·volume·repetition·racial slurs etc.

Although there have been problems with the arrest of criminals in the act of contempt against police officers or the abuse of complaints in Korea since around 2014.

It is different from provocative language in that the offense of insult in

the Republic of Korea protects external honor as a legal interest. However, in light of the US precedent, it is necessary to reevaluate whether police officers in Korea have a lower risk of lowering their social evaluation compared to the general public when they hear abusive language. In addition, there is a high need to refer to US precedents in developing detailed criteria for strictly applying the crime of contempt against police officers.



Choi, Kyung-Mi · Ji, Seong-woo

Fighting Words Doctrine, Freedom of Speech,
Criminal Contempt, Criminal Contempt against Police
Officers, Hate Speech