

언론·출판의 자유에 관한 판례연구

- 헌법재판소 결정을 중심으로

권 영 호*

目 次

- I. 서론
- II. 헌법재판소의 96헌바2 결정
- III. 헌법재판소의 2000헌가9 결정
- IV. 헌법재판소 결정에 대한 분석
- V. 결론

국문초록

우리 헌법 제 21조 제1항은 언론·출판의 자유를 보장하고 있고, 헌법재판소에서는 언론·출판의 자유에 관한 결정들을 통하여 언론·출판의 자유의 내용과 성격을 구체화 하고 있다. 그러나 우리 헌법학설과 판례를 살펴보면 헌법 제21조의 언론·출판의 자유의 개념에 대한 명확한 설명이 없다. 즉 우리 판례에서는 사상·지식·정보 등을 불특정 다수인들에게 전파하는 것이면 어떠한 형태의 행위이던 언론·출판의 자유의 한 내용을 이룰 수 있다는 주장을 펴고 있으며, 이에 근거하여 우리 헌법학 교과서에서는 동 자유에 대하여 종래의 전통적인 자유권적 기본권의 법적 성격 외에 청구권 적인 성격을 추가하고, 때로는 제도적 보장의 성격까지도 추가하여 언론·출판의 자유를 정신적 활동에 대한 원초적 기본권이란 개념을 암시하고 있다. 이는 지금까지 일관되게 설명해오던 자유권적 기본권의 성격규명과는 완전히 다른 것으로서 어떤 이유에서 법적 성격이 달라진 것인지 또는 어떠한 효과가 발생하는 지에 대해서는 아직까지 발표된바가 없다. 이러한 혼란은 방송의 자유와 출판의 자유에 대한 제도적 보장에 관한 이론에서도 마찬가지이다. 전통적인 제도보장에 관한 이론과 제도적 기본권이론에 관한 이론 및 기본권의 객관적 질서규범에 관한 이론간의 차이점과 상관관계에 대한 설

* 제주대 법학부 교수

명이 없이 언론·출판의 자유에 관한 제도보장이론을 혼용하여 이 부분에 있어서도 상당한 혼란이 야기되고 있다.

우리 헌법재판소의 결정에 따르면 언론·출판의 자유의 효력이 광고에 까지 미친다고 본다. 물론 전체적으로 보았을 때 우리 헌법은 제21조 제1항 중 출판과 방송의 자유에는 광고라는 영역이 그 제도적 보장의 성격에서부터 도출된 정보수집에서부터 신문의 배포와 방송의 전달까지 보장한다는 취지와 광고가 사기업인 방송사와 신문사의 존립기반임을 감안하여 보장된다. 그러나 우리 헌법재판소의 해석과 같이 광고물도 사상·지식·정보 등을 불특정다수인에게 전파하는 것으로서 언론·출판의 자유에 의한 보호를 받는 대상이 된다고 봄은 우리 헌법상의 언론·출판의 자유를 이해함에 혼란을 가져온다.

그러므로 우리 헌법재판소의 결정이나 학설에서 말하는 광고와 언론·출판의 자유와의 관계는 이렇게 이해되어야 한다. 우선 광고는 영리를 목적으로 하기 때문에 정신적 활동을 보장하는 의사표현 및 발표의 자유 또는 정보의 자유의 내용으로서 보호받지 못한다. 또한 방송사나 출판사가 해당 기업으로부터 위임을 받아 방송 광고와 지면 광고를 방영 또는 게재하는 경우에는 내용적인 면에서 “의도적 편집”이나 “정보선별의 가능성”이 존재하지 않으므로 광고는 출판물과 방송의 개념에 속하지는 않지만 간접적으로 출판과 방송의 자유에 의해 보호될 수 있다고 본다. 왜냐하면 출판과 방송의 자유의 제도적 성격에 비추어 보아 상업방송과 사기업인 출판사의 존립에 근간이 되는 광고를 보호함으로써 민주적인 언론제도를 효과적으로 보호할 수 있기 때문이다.

주제어: 언론의 자유, 출판의 자유, 표현의 자유

1. 서론

우리 헌법 제 21조 제1항은 언론·출판의 자유를 보장하고 있고, 헌법재판소에서는 언론·출판의 자유에 관한 결정들을 통하여 언론·출판의 자유의 내용과 성격을 구체화하고 있다. 그러나 우리 헌법 제 21조의 규정은 그 표현에 있어 동 조항이 포함하고 있는 헌법적인 내용¹⁾과는 다르게 제정되어 학설 상 많은 논란의 여지를 남겨두고 있다.

1) 우리나라의 학설에 따르면 헌법 제21조 1항의 언론·출판의 자유에 관한 문리해석에 있어 헌법 제21조의 규정에 명시되어 있는 언론과 출판의 자유로 나누고, “언론이라 함은 담화, 토론, 연설, 연극, 방송 등과 같은 구두에 의한 사상 또는 의사의 발표를 의미하고 출판이라 함은 문서, 도서, 사진 등과 같은 출판물에 의한 사상 또는 의견의 발표를 뜻한다”하여 언론·출판의 개념에 대하여 의사 표현의 자유에 한하여 해석하는 경향을 보이고 있다. 그러나 언론·출판의 자유의 내용으로서 모든 교과서가 동일하게 전술한 바와 같은 의미로 언론·출판의 자유를 이해하여 의사표현 및 의사전달의 자유를 도출하고, 이와

우리 헌법은 제21조 제1항에서 ‘모든 국민은 언론·출판의 자유……를 가진다.’ 라고 규정하여 현대 자유민주주의의 존립과 발전에 필수 불가결한 기본권으로 언론·출판의 자유를 보장하고 있다. 그러나 우리나라 학계와 판례에서는 헌법 제21조가 규정한 언론·출판의 자유의 개념에 대한 명확한 설명이 없이 사상·지식·정보 등을 불특정 다수인들에게 전파하는 것이면 어떠한 형태의 행위이던 언론·출판의 자유의 한 내용을 이룰 수 있다는 견해를 시종일관 주장하고 있으며, 이는 지금까지 우리 헌법학계가 추구해오던 기본권의 전체적인 이해와 상반되는 점이 있어 여러 가지 혼란스런 논쟁이 유발될 위험이 있다.

우선 문제점들을 살펴보면 다음과 같다. 우선 우리나라 학설이나 판례를 살펴보면 헌법 제21조의 언론·출판의 자유의 개념에 대한 명확한 설명이 없고 사상·지식·정보 등을 불특정 다수인들에게 전파하는 것이면 어떠한 형태의 행위이던 언론·출판의 자유의 한 내용을 이룰 수 있다는 주장을 펴고 있으며, 이에 근거하여 우리 헌법학 교과서에서는 동 자유에 대하여 종래의 전통적인 자유권적 기본권의 법적 성격 외에 청구권 적인 성격을 추가하고, 때로는 제도적 보장의 성격까지도 추가하여 언론·출판의 자유를 정신적 활동에 대한 원초적 기본권이란 개념을 암시하고 있다. 이는 지금까지 일관되게 설명해오던 자유권적 기본권의 성격규명과는 완전히 다른 것으로서 어떤 이유에서 법적 성격이 달라진 것인지 또는 어떠한 효과가 발생하는 지에 대해서는 아직까지 발표된바가 없다. 이러한 혼란은 방송의 자유와 출판의 자유에 대한 제도적 보장에 관한 이론에서도 마찬가지이다. 전통적인 제도보장에 관한 이론과 제도적 기본권이론에 관한 이론 및 기본권의 객관적 질서규범에 관한 이론간의 차이점과 상관관계에 대한 설명이 없이 언론·출판의 자유에 관한 제도보장이론을 혼용하여 이 부분에 있어서도 상당한 혼란이 야기되고 있다.

따라서 이 논문에서는 우선 우리 헌법 제21조의 언론·출판의 자유의 개념과 보호범위에 대하여 헌법재판소의 결정을 중심으로 살펴보고자 한다.

더불어 현대적 의미의 언론·출판의 자유로서 언론기관에 의한 보도의 자유, 언론기관 창설의 자유, 취재의 자유, 액세스권과 반론권, 정보의 자유 등을 언론·출판의 자유의 내용으로 이해하고 있다: 김철수, 헌법학 개론, 박영사, 2004, 701면 이하 참조: 권영성, 헌법학 원론, 법문사, 2005, 487, 488면 참조.

II. 헌법재판소의 96헌바2 결정

1. 판시 사항

- 1) 옥외광고물등관리법 제3조가 헌법 제21조 제2항의 사전허가금지에 위반되는지 여부 (소극)
- 2) 옥외광고물등관리법 제3조가 과잉금지원칙에 위반하여 언론·출판의 자유를 침해하는지 여부(소극)

2. 결정 요지

1) 헌법 제21조 제2항에서 정하는 허가나 검열은 행정권이 주체가 되어 사상이나 의견 등이 발표되기 이전에 예방적 조치로서 그 내용을 심사·선별하여 발표를 사전에 억제하는, 즉 허가받지 아니한 것의 발표를 금지하는 제도를 뜻한다. 옥외광고물등관리법 제3조는 일정한 지역·장소 및 물건에 광고물 또는 게시시설을 표시하거나 설치하는 경우에 그 광고물 등의 종류·모양·크기·색깔, 표시 또는 설치의 방법 및 기간 등을 규제하고 있을 뿐, 광고물 등의 내용을 심사·선별하여 광고물을 사전에 통제하려는 제도가 아님은 명백하므로, 헌법 제21조 제2항이 정하는 사전허가·검열에 해당되지 아니한다.

2) 옥외광고물등관리법 제3조에서 규제하는 옥외광고물이나 게시시설이 방임될 경우 각양각색의 광고물로 인하여 국민의 주거환경과 국토경관이 크게 침해당하게 될 것이고, 광고물 관리를 사후적인 지도·감독에만 의존하게 되면 효과적인 광고물 관리가 어려우므로 사전허가제도를 도입할 필요성이 인정된다. 옥외광고물등관리법 제3조는 광고물 및 광고시설이 제한되는 지역을 특정하여 한정하고 있고, 허가나 신고의 기준에 관하여도 일정한 제한을 둠으로써 제한을 필요최소한으로 규정하고 있으므로, 헌법 제37조 제2항이 정하는 과잉금지원칙에 위반되어 언론·출판의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

3. 판 단

1) 광고와 언론·출판의 자유

우리 헌법은 제21조 제1항에서 “모든 국민은 언론·출판의 자유……를 가진다”라고

규정하여 현대 자유민주주의의 존립과 발전에 필수불가결한 기본권으로 언론·출판의 자유를 강력하게 보장하고 있는바, 광고물도 사상·지식·정보 등을 불특정다수인에게 전파하는 것으로서 언론·출판의 자유에 의한 보호를 받는 대상이 됨은 물론이다.

2) 언론·출판의 자유에 대한 제한

언론·출판의 자유가 기본권으로 보장된다고 하여 무제한적으로 보장되는 것은 아니다. 우리 헌법은 제21조 제2항에서 “언론·출판에 대한 허가나 검열……는 인정되지 아니한다”라고 특별히 규정하여, 언론·출판의 자유에 대하여 허가나 검열을 수단으로 한 제한만은 헌법 제37조 제2항의 규정에도 불구하고 어떠한 경우라도 법률로써도 허용되지 아니한다는 것을 밝히고 있으며²⁾, 헌법 제21조 제3항 및 제4항에서는 “통신·방송의 시설기준과 신문의 기능을 보장하기 위하여 필요한 사항은 법률로 정한다. 언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니 된다. 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다”라고 명시함으로써 다원화된 현대정보산업사회에서 언론·출판이 가지는 사회적 의무와 책임에 관하여도 규정하고 있다. 따라서 허가나 검열에 해당되지 아니한다고 하더라도, 언론·출판의 자유는 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 법률로써 본질적 내용을 침해하지 않는 한 일정한 제한을 받을 수 있다고 할 것이다.³⁾

3) 헌법 제21조 제2항(사전허가금지) 위반 여부

(1) 청구인은 옥외광고물등관리법 제3조가 광고물의 허가에 관하여 규정함으로써 헌법 제21조 제2항이 정하는 사전검열이나 허가에 해당되어 헌법상 허용되지 아니한다고 주장한다.

헌법재판소는 최근 헌법 제21조 제2항에서 정하는 허가나 검열에 관하여 다음과 같이 판시하였다. 헌법 제21조 제2항에서 정하는 허가나 검열은 행정권이 주체가 되어 사상이나 의견 등이 발표되기 이전에 예방적 조치로서 그 내용을 심사·선별하여 발표를 사전에 억제하는 즉, 허가받지 아니한 것의 발표를 금지하는 제도를 뜻하는 바 사전허가금지의 보장은 어디까지나 언론·출판자유 내재적 본질인 표현의 내용을 보장하는 것을 말한다.⁴⁾

2) 헌재 1996. 10. 4. 93헌가13등 참조.

3) 헌재 1992. 6. 26. 90헌가23 참조.

4) 헌재 1997. 8. 21. 93헌바51. 공보 23. 588. 591.

헌법 제21조 제1항과 제2항은 모든 국민은 언론·출판의 자유를 가지며, 언론·출판에 대한 허가나 검열은 인정되지 아니한다고 규정하고 있다. 이는 비록 헌법 제37조 제2항이 국민의 자유와 권리를 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있도록 규정하고 있다고 할지라도 언론·출판의 자유에 대하여는 허가·검열을 수단으로 한 제한만은 법률로써도 허용되지 아니 한다는 것을 밝힌 것이다. 여기서의 허가나 검열은 행정권이 주체가 되어 사상이나 의견 등이 발표되기 이전에 예방적 조치로서 그 내용을 심사·선별하여 발표를 사전에 억제하는, 즉 허가받지 아니한 것의 발표를 금지하는 제도를 뜻한다. 이러한 허가·검열제가 허용될 경우에는 국민의 정신활동의 독창성과 창의성을 침해하여 정신생활에 미치는 위험이 클 뿐만 아니라 행정기관이 집권자에게 불리한 내용의 표현을 사전에 억제함으로써 이른바 관제의견이나 지배자에게 무해한 여론만이 허용되는 결과를 초래할 염려가 있기 때문에 헌법이 직접 그 금지를 규정하고 있는 것이다.⁵⁾

(2) 동 법 제3조는 일정한 지역·장소 및 물건에 광고물 또는 게시시설을 표시하거나 설치하는 경우에 그 광고물 등의 종류·모양·크기·색깔, 표시 또는 설치의 방법 및 기간 등을 규제하고 있는바, 이 법 제3조가 광고물등의 내용을 심사·선별하여 광고물을 사전에 통제하려는 제도가 아님은 명백하다. 따라서 이 법 제3조가 헌법 제21조 제2항이 정하는 사전허가·검열에 해당되지 아니한다.

4) 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙의 위반 여부

(1) 과잉금지의 원칙

동 법 제3조가 허가나 검열에는 해당되지 않는다고 하더라도 광고물 등의 표시·설치라는 표현을 제한하는 효과를 가지고 있음은 부인할 수 없으므로, 이 법 제3조가 헌법에 합치하기 위하여서는 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙을 준수하여야 함은 물론이다. 즉, 이 사건 등록규정은 그 입법목적이 헌법 및 법률의 체제상 그 정당성이 인정되어야 하고(목적의 정당성), 그 목적의 달성을 위하여 그 방법이 효과적이고 적절하여야 하며(방법의 적절성), 입법권자가 선택한 기본권 제한의 조치가 입법목적달성을 위하여 설사 적절하다 할지라도 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 하며(피해의 최소성), 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교형량할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다.

5) 헌재 1996. 10. 4. 93헌가13등.

(2) 옥외광고물등관리법 제3조의 합헌성

살피건대 이 법 제1조에 의하면, 이 법은 옥외광고물의 표시장소·표시방법과 게시시설의 설치·유지 등에 관하여 필요한 사항을 규정함으로써 미관풍치와 미풍양속을 유지하고 공중에 대한 위해를 방지함을 목적으로 하고 있는바, 모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다는 헌법 제35조 제1항에 비추어 그 입법목적의 정당성이 인정됨은 물론이다.

나아가 이 사건 등록규정이 방법의 적절성, 피해의 최소성, 법익의 균형성을 갖추고 있는가에 관하여 살펴본다.

이 법 제2조에 의하면, 이 법 제3조에서 규제하는 "옥외광고물"이란 상시 또는 일정기간 계속하여 공중에 표시되어 공중이 자유로이 통행할 수 있는 장소에서 볼 수 있는 것(대통령령이 정하는 교통시설 또는 교통수단에 표시되는 것을 포함한다)으로서 간판·입간판·현수막·벽보·전단 기타 이와 유사한 것을 말하고, "게시시설"이라 함은 광고탑·광고판과 기타 공작물로서 옥외광고물을 게시 또는 표시하기 위한 시설을 말하는 바, 이러한 광고물이나 게시시설이 방임될 경우 각양각색의 광고물로 인하여 주거지역, 녹지지역, 자연보존지구, 묘지, 고속도로변, 교량, 하천 등 국민의 주거환경과 국토경관이 크게 침해당하게 되어 결과적으로 헌법 제35조 제1항이 보장하는 국민의 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 침해하게 될 것임은 손쉽게 이해할 수 있다.

또한 광고물 관리를 사후적인 지도·감독에만 의존하게 되면 옥외광고물의 대형화·고급화 추세를 감안할 때, 이미 거액의 시설투자가 이루어져 광고물 설치가 완료된 상황에서 법령에 위반됨을 이유로 이전 또는 철거하도록 조치하는 것이 쉽지 않고, 이를 둘러싼 행정당국과 당사자간에 갈등·마찰을 심화시키는 등 효과적인 광고물 관리를 어렵게 할 것이므로, 이 법 제3조에서 사후제한에 그치지 아니하고 사전허가제도를 도입할 필요성은 인정할 수 있다.

그리고 이 법 제3조에 의하면, 이 법 제3조는 광고물 및 광고시설이 제한되는 지역을 특정하여 도시계획법에 의한 도시계획구역, 문화재보호법에 의한 문화재 및 문화재보호구역, 산림법에 의한 보전임지, 자연공원법에 의한 자연공원, 도로·철도·공항·항만·궤도·삭도·하천 및 대통령령이 정하는 그 부근의 지역, 기타 미관풍치의 유지 및 도시환경의 보전을 위하여 대통령령이 정하는 지역·장소 및 물건에 한정하고 있고, 광고물 등의 종류·모양·크기·색깔, 표시 또는 설치의 방법 및 기간 등 허가 또는 신고의 기준에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다고 규정하여 허가나 신고의 기준에 관하여도 일정한 제한을 둠으로써 제한을 필요최소한으로 규정하고 있음을 볼 수 있다.

그렇다면 이 법 제3조는 그 입법목적에 필요한 범위 내에서 최소한의 규제만을 규정

하고 있다고 할 것이므로, 헌법 제37조 제2항이 정하는 과잉금지원칙에 위반된다고 볼 수 없다.

Ⅲ. 헌법재판소의 2000헌가9 결정

1. 판시사항

- 1) 언론·출판의 자유의 보호대상이 되는 의사표현 또는 전파의 매개체의 범위
- 2) 헌법 제21조 제2항이 정한 검열금지의 원칙의 의미
- 3) 사전검열이 절대적으로 금지되는 이유
- 4) 금지되는 검열의 요건
- 5) 영상물등급위원회의 검열기관 해당 여부(적극)
- 6) 영상물등급위원회에 의한 등급분류보류제도의 검열 해당 여부(적극)

2. 결정요지

1) 언론·출판의 자유의 보호대상이 되는 의사표현 또는 전파의 매개체는 어떠한 형태이건 가능하므로, 담화·연설·토론·연극·방송·음악·영화·가요 등과 문서·소설·시가·도화·사진·조각·서화 등 모든 형상의 의사표현 또는 의사전파의 매개체를 포함한다.

2) 헌법 제21조 제2항의 검열은 그 명칭이나 형식과 관계없이 실질적으로 행정권이 주체가 되어 사상이나 의견 등이 발표되기 이전에 예방적 조치로서 그 내용을 심사, 선별하여 발표를 사전에 억제하는, 즉 허가받지 아니한 것의 발표를 금지하는 체도를 뜻하고, 이러한 사전검열은 법률로써도 불가능한 것으로서 절대적으로 금지된다.

3) 언론·출판에 대하여 사전검열이 허용될 경우에는 국민의 예술활동의 독창성과 창의성을 침해하여 정신생활에 미치는 위험이 크고 행정기관이 집권자에게 불리한 내용의 표현을 사전에 억제함으로써 이른바 관제의견이나 지배자에게 무해한 여론만이 허용되는 결과를 초래할 염려가 있기 때문에 헌법이 절대적으로 금지하는 것이다.

4) 일반적으로 허가를 받기 위한 표현물의 제출의무, 행정권이 주체가 된 사전심사

절차, 허가를 받지 아니한 의사표현의 금지 및 심사절차를 관철할 수 있는 강제수단 등의 요건을 갖춘 경우에만 헌법에 의하여 금지되는 검열에 해당된다.

5) 영상물등급위원회는, 그 위원을 대통령이 위촉하고, 그 구성방법 및 절차에 관하여 필요한 사항을 대통령령으로 정하도록 하고 있으며, 국가예산으로 그 운영에 필요한 경비의 보조를 받을 수 있도록 하고 있는 점 등에 비추어 행정권이 심의기관의 구성에 지속적인 영향을 미칠 수 있고 행정권이 주체가 되어 검열절차를 형성하고 있어 검열기관에 해당한다.

6) 영화진흥법 제21조 제4항이 규정하고 있는 영상물등급위원회에 의한 등급분류보류제도는, 영상물등급위원회가 영화의 상영에 앞서 영화를 제출받아 그 심의 및 상영등급분류를 하되, 등급분류를 받지 아니한 영화는 상영이 금지되고 만약 등급분류를 받지 않은 채 영화를 상영한 경우 과태료, 상영금지명령에 이어 형벌까지 부과할 수 있도록 하며, 등급분류보류의 횟수제한이 없어 실질적으로 영상물등급위원회의 허가를 받지 않는 한 영화를 통한 의사표현이 무한정 금지될 수 있으므로 검열에 해당한다.

3. 판단

1) 이 사건 법률조항의 내용

이 사건 법률조항은 이른바 상영등급분류보류제도를 규정하고 있는 바, 이는 영상물등급위원회가 영화의 상영 이전에 영화의 상영등급을 분류함에 있어 당해 영화가 일정한 기준에 해당된다고 판단하는 경우에는 당해 영화에 대한 등급분류를 일정 기간 보류할 수 있는 제도를 말한다. 그리고, 이 사건 법률조항의 입법취지는, 위와 같은 영상물심의제도의 연혁을 살펴 볼 때, 영화의 상영 이전에 영화의 내용을 검토하여 당해 영화의 내용이 일정한 기준을 충족하는 경우에는 그 상영을 금지함으로써, 폭력·음란의 과도한 묘사로부터 청소년 및 공서양속을 보호하고, 기타 국가안전보장이나 질서유지를 위해 대중성·오락성·직접성이 그 특징인 영화를 규제하기 위한 것으로 볼 수 있다.

그런데, 이 사건 법률조항에 의해 인정되는 위와 같은 내용의 등급분류보류제도가 헌법 제21조 제2항이 금지하고 있는 사전검열에 해당하는지가 문제이다.

2) 이 사건 법률조항의 위헌 여부

(1) 영화와 언론·출판의 자유

이 사건 법률조항이 규정하고 있는 등급분류보류제도가 영화에 대한 규제수단으로서 기능한다고 할 때, 과연 영화의 법적 성격을 어떻게 파악해야 하는가가 이 사건의 해결에 있어서 중요한 의미를 가진다.

헌법 제21조 제1항은 모든 국민은 언론·출판의 자유를 가진다고 규정하여 언론·출판의 자유를 보장하고 있는바, 의사표현의 자유는 바로 언론·출판의 자유에 속한다. 따라서 의사표현의 매개체를 의사표현을 위한 수단이라고 전제할 때, 이러한 의사표현의 매개체는 헌법 제21조 제1항이 보장하고 있는 언론·출판의 자유의 보호대상이 된다고 할 것이다. 그리고 의사표현·전파의 자유에 있어서 의사표현 또는 전파의 매개체는 어떠한 형태이건 가능하며 그 제한이 없다고 하는 것이 우리 재판소의 확립된 견해이다. 즉, 담화·연설·토론·연극·방송·음악·영화·가요 등과 문서·소설·시가·도화·사진·조각·서화 등 모든 형상의 의사표현 또는 의사전파의 매개체를 포함한다고 할 것이다. 그러므로 이 사건에서 문제가 되고 있는 영화도 의사형성적 작용을 하는 한 의사의 표현·전파의 형식의 하나로 인정되며, 결국 언론·출판의 자유에 의해서 보호되는 의사표현의 매개체라는 점은 의문의 여지가 없다.

(2) 검열금지원칙 위반 여부

(가) 헌법 제21조 제2항의 검열의 의미 및 요건

헌법 제21조 제2항은 언론·출판에 대한 허가나 검열은 인정되지 아니한다고 규정하고 있다. 여기서 말하는 검열은 그 명칭이나 형식과 관계없이 실질적으로 행정권이 주체가 되어 사상이나 의견 등이 발표되기 이전에 예방적 조치로서 그 내용을 심사, 선별하여 발표를 사전에 억제하는, 즉 허가받지 아니한 것의 발표를 금지하는 제도를 뜻하고, 이러한 사전검열은 법률로써도 불가능한 것으로서 절대적으로 금지된다. 언론출판에 대하여 사전검열이 허용될 경우에는 국민의 예술활동의 독창성과 창의성을 침해하여 정신생활에 미치는 위험이 클 뿐만 아니라 행정기관이 집권자에게 불리한 내용의 표현을 사전에 억제함으로써 이른바 관제의견이나 지배자에게 무해한 여론만이 허용되는 결과를 초래할 염려가 있기 때문에 헌법이 절대적으로 금지하고 있는 것이다.

그러나, 검열금지의 원칙은 모든 형태의 사전적인 규제를 금지하는 것은 아니고, 의사표현의 발표여부가 오로지 행정권의 허가에 달려있는 사전심사만을 금지하는 것이다. 그리고 검열은 일반적으로 허가를 받기 위한 표현물의 제출의무, 행정권이 주체가 된 사전심사절차, 허가를 받지 아니한 의사표현의 금지 및 심사절차를 관철할 수 있는

강제수단 등의 요건을 갖춘 경우에만 이에 해당하는 것이다.⁶⁾

(나) 이 사건 법률조항의 위헌성

그러면, 이 사건 법률조항이 규정하고 있는 영상물등급위원회에 의한 등급분류보류 제도가 과연 허가를 받기 위한 표현물의 제출의무, 행정권이 주체가 된 사전심사절차, 허가를 받지 아니한 의사표현의 금지 및 심사절차를 관철할 수 있는 강제수단 등의 요건을 모두 충족시키는 검열에 해당하는지 여부를 살핀다.

i) 허가를 받기 위한 표현물의 제출의무

영화진흥법 제21조 제1항은 영화가 상영되기 위해서는 상영 전에 영상물등급위원회로부터 상영등급을 분류받아야 할 것을 규정하고 있다. 우리 재판소가 영화의 상영으로 인한 실정법위반의 가능성을 사전에 막고, 청소년 등에 대한 상영이 부적절할 경우 이를 유통단계에서 효과적으로 관리할 수 있도록 미리 등급을 심사하는 것은 사전검열이 아니라고 하여 사전등급제 그 자체는 사전검열에 해당되지 아니한다고 한 바 있지만, 사전등급제가 관철되기 위해서는 영화라는 표현물이 등급분류업무를 담당하는 기관에 상영 이전에 제출되어야 한다는 점은 분명하다.

이 사건 법률조항에 의해 인정되는 등급분류보류결정은 등급분류의 일환으로서 행해지기 때문에, 등급분류보류제도는 '허가를 받기 위한 표현물의 제출의무'라는 요건을 충족시킨다.

ii) 행정권이 주체가 된 사전심사절차

헌법상의 검열금지의 원칙은 검열이 행정권에 의하여 행하여지는 경우에 한하므로 영화의 심의 및 등급분류기관인 영상물등급위원회가 이에 해당하는지에 대하여 의문이 있을 수 있다. 그런데 여기서 영상물등급위원회가 행정기관인가의 여부는 기관의 형식에 의하기보다는 그 실질에 따라 판단되어야 할 것이다. 예를 들면 검열을 행정기관이 아닌 독립적인 위원회에서 행한다고 하더라도 행정권이 주체가 되어 검열절차를 형성하고 검열기관의 구성에 지속적인 영향을 미칠 수 있는 경우라면 실질적으로 보아 검열기관은 행정기관이라고 보아야 한다. 왜냐하면 그렇게 해석하지 아니한다면 검열기관의 구성은 입법기술의 문제이므로 정부에게 행정관청이 아닌 독립된 위원회의 구성을 통하여 사실상 검열을 하면서도 헌법상 검열금지원칙을 위반하였다는 비난을 면할 수 있는 길을 열어주기 때문이다.

그런데, 영화에 대한 심의 및 상영등급분류업무를 담당하고 등급분류보류결정권한을

6) 헌재 1996. 10. 4. 93헌가13등, 판례집 8-2, 212, 223 ; 헌재 1996. 10. 31. 94헌가6, 판례집 8-2, 395, 402-403.

갖고 있는 영상물등급위원회의 경우에도, 비록 이전의 공연윤리위원회나 한국공연예술진흥협의회와는 달리 문화관광부장관에 대한 보고 내지 통보의무는 없다고 하더라도, 여전히 영상물등급위원회의 위원을 대통령이 위촉하고(공연법 제18조 제1항), 영상물등급위원회의 구성방법 및 절차에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 하고 있으며(공연법 제18조 제2항, 공연법시행령 제22조), 국가예산의 범위 안에서 영상물등급위원회의 운영에 필요한 경비의 보조를 받을 수 있도록 하고 있는 점(공연법 제30조)등에 비추어 볼 때, 행정권이 심의기관의 구성에 지속적인 영향을 미칠 수 있고 행정권이 주체가 되어 검열절차를 형성하고 있다고 보지 않을 수 없다.

영상물등급위원회가 비록 그의 심의 및 등급분류활동에 있어서 독립성이 보장된 기관이라 할지라도(공연법 제23조), 그것이 검열기관인가 여부를 판단하는 데 있어서 결정적인 것이라고는 할 수 없다. 심의기관의 독립성이 보장되어야 하는 것은 단지 심의 절차와 그 결과의 공정성 및 객관성을 확보하기 위하여 모든 형태의 심의절차에 요구되는 당연한 전제일 뿐이기 때문이다. 국가에 의하여 검열절차가 입법의 형태로 계획되고 의도된 이상, 비록 검열기관을 민간인들로 구성하고 그 지위의 독립성을 보장한다고 해서 영화진흥법이 정한 등급분류보류제도의 법적 성격이 바뀌는 것은 아니다. 따라서 이러한 영상물등급위원회에 의한 등급분류보류제도는 '행정권이 주체가 된 사전심사절차'라는 요건도 충족시킨다.

iii) 허가를 받지 아니한 의사표현의 금지 및 심사절차를 관철할 수 있는 강제수단

영화진흥법에 의하면, 영화가 상영되기 위해서는 그 상영 이전에 영상물등급위원회로부터 등급을 분류받아야 하고(영화진흥법 제21조 제1항), 상영등급을 분류받지 아니한 영화는 상영이 금지되며(영화진흥법 제21조 제2항), 만약 상영등급의 분류를 받지 않은 채 영화를 상영할 경우 과태료가 부과되고(영화진흥법 제41조 제1항 제2호), 상영등급을 분류받지 아니한 영화가 상영되는 경우에는 문화관광부장관이 그 상영금지 혹은 정지명령을 발할 수 있으며(영화진흥법 제29조 제1호), 이러한 명령을 위반한 경우에는 형벌까지 부과할 수 있게 되어 있다(영화진흥법 제40조 제3호).

이상과 같은 영화진흥법상의 내용을 살펴볼 때, 등급분류보류는 영화에 대한 심의 및 상영등급분류를 그 논리적 전제로 하고 있는바, 그와 같은 심의 및 상영등급분류는 의사표현 전에 이루어진다. 즉, 어떤 영화가 상영되기 이전에 영상물등급위원회에 의해 당해 영화의 심의 및 상영등급분류가 이루어지고, 이러한 과정에서 당해 영화의 내용이 일정한 기준을 충족하는 경우에는 상영등급분류가 보류된다.

그런데, 등급분류보류의 횟수제한이 설정되어 있지 않아 등급분류보류기간의 상한선

이 없는 것과 마찬가지로의 효과가 발생한다. 이 사건 법률조항에 의하면 3개월 이내의 기간을 정하여 등급분류를 보류할 수 있게 되어 있지만, 3개월 이내의 일정한 등급분류보류기간이 만료된 뒤에도 등급분류보류의 원인이 치유되지 않는 한, 즉 영화제작자가 자진해서 문제되는 내용을 삭제 내지 수정하지 않는 한 무한정 등급분류가 보류될 수 있다. 이는 비록 형식적으로는 '등급분류보류'에 의하더라도, 실질적으로는 영상물등급위원회의 허가를 받지 않는 한 무한정 영화를 통한 의사표현이 금지될 수 있다는 것을 의미한다.

그리고, 우리 재판소가 사전등급제 자체는 사전검열이 아니라고 판단하였고 또한 위와 같은 강제수단들이 이러한 사전등급제를 관철하기 위한 불가피한 것들이라고 할지라도, 등급분류보류결정은 등급분류의 일환으로 행해지기 때문에, 결과적으로 등급분류보류가 결정된 영화에 대해서도 이러한 강제수단들이 적용된다.

따라서, 영상물등급위원회에 의한 등급분류보류제도는 '허가를 받지 아니한 의사표현의 금지' 및 '심사절차를 관철할 수 있는 강제수단'이라는 요건도 충족시킨다.

iv) 결론

위와 같은 이유로 이 사건 법률조항이 규정하고 있는 영상물등급위원회의 등급분류보류제도는 우리 헌법이 절대적으로 금지하고 있는 사전검열에 해당하는 것으로서 더 나아가 비례의 원칙이나 명확성의 원칙에 반하는지 여부를 살펴볼 필요도 없이 헌법에 위반된다고 할 것이므로 주문과 같이 결정한다.

IV. 헌법재판소 결정에 대한 분석

1. 헌법재판소의 96헌바2 결정

1) 광고와 언론·출판의 자유

위의 결정은 광고와 언론·출판의 자유와의 관계를 언급한 최초의 결정이며, 위 결정 이후 우리나라 대부분의 교과서에는 언론·출판의 자유의 효력이 광고에 까지 미친다고 보고 있다. 물론 전체적으로 보았을 때 우리 헌법은 제21조 제1항 중 출판과 방송의 자유에는 광고라는 영역이 그 제도적 보장의 성격에서부터 도출된 정보수집에서 분배까지를 보장한다는 취지와 광고가 사기업인 방송사와 신문사의 존립기반임을 감안하여 보장된다. 그러나 우리 헌법재판소와 같이 광고물도 사상·지식·정보 등을 불

특정다수인에게 전파하는 것으로서 언론·출판의 자유에 의한 보호를 받는 대상이 된다고 봄은 우리 헌법상의 언론·출판의 자유를 이해함에 혼란이 올 소지가 많다.⁷⁾

그러므로 우리 헌법재판소의 96헌바 2 위의 결정이나 학설에서 말하는 광고와 언론·출판의 자유와의 관계는 이렇게 이해되어야 한다. 우선 광고는 영리를 목적으로 하기 때문에 정신적 활동을 보장하는 의사표현 및 발표의 자유 또는 정보의 자유의 내용으로서 보호받지 못한다. 또한 방송사나 출판사가 해당 기업으로부터 위임을 받아 방송 광고와 지면광고를 방영 또는 게재하는 경우에는 내용적인 면에서 “의도적 편집”이나 “정보선별의 가능성”이 존재하지 않으므로 광고는 출판물과 방송의 개념에 속하지는 않지만 간접적으로 출판과 방송의 자유에 의해 보호될 수 있다고 본다. 왜냐하면 출판과 방송의 자유의 제도적 성격에 비추어 보아 상업방송과 사기업인 출판사의 존립에 근간이 되는 광고를 보호함으로써 민주적인 언론제도를 효과적으로 보호할 수 있기 때문이다. 따라서 광고는 사상·지식·지식·정보 등을 불특정 다수인에게 전파하는 매체이기에 언론·출판의 자유로 보장되는 것이 아니라 언론제도의 보장이라는 즉 방송·출판의 자유의 제도적 보장이라는 법적 성격을 이유로 출판·방송의 자유에 의하여 보장된다. 따라서 위 결정의 청구인이 신문사라는 점을 감안할 때 위 광고의 내용이 출판의 자유의 제도적 보장의 일부분으로 인정될 수 있어 헌법 제21조의 보호대상이 된다고 보는 것은 타당하나 광고가 의사표현의 한 형태이기 때문에 의사표현의 자유의 보호대상일 수 있다는 우리 헌법재판소의 위의 결정은 논리에 상당한 문제점을 보이고 있다.

2) 언론·출판의 자유의 해석

위의 결정에 의하면 광고물도 사상·지식·정보 등을 불특정다수인에게 전파하는 것으로서 언론·출판의 자유에 의한 보호를 받는 대상이 된다고 본다. 따라서 이 결정 이후 우리나라 헌법학 교과서에는 상업광고도 경제적 기본권이 아닌 표현의 자유의 내용을 이루는 것으로 보는 의견이 대두되게 되었다.⁸⁾ 이는 언론·출판의 자유가 국민의 정신적 활동에 대한 보호를 목적으로 한다는 기본취지에 벗어난 해석으로서, 언론·출판의 자유의 범위를 거의 모든 표현행위에 까지 확장함으로써 민주적인 여론형성에 기여하는 정신적 자유권인 언론·출판의 자유의 본질을 훼손하는 결과를 초래한다. 만약 언론·출판의 자유가 이러한 사상과 지식 또는 정보를 표현하는 모든 행위를 포함한다면, 이는 모든 기본권의 바탕이 되는 기본권으로서 일반적 행동자유권⁹⁾과 차이점을

7) 김철수, 전계서, 690명 이하 참조.

8) 정희철, 근거제시형 헌법연습, 한울아카데미, 2002, 60이하; 김철수, 전계서, 653 참조.

발견 할 수가 없다. 왜냐하면 사상이나 의견을 어떠한 형태로도 표현하는 행위를 언론·출판의 자유라고 이해할 경우 우리 헌법에서 인간의 존엄이나 신체의 자유 및 평등권을 제외한 근본규범성을 가지지 않는 개인의 행위를 전제로 한 기본권들은 그 특성상 사전에 행위 주체자의 의사결정이 먼저 이루어지기 때문에 의사표현의 자유로 이해할 수 있는 논리상의 모순이 등장하기 때문이다. 그러므로 민주주의 기능적 기본권이론¹⁰⁾에 입각하여 언론·출판의 자유와 정당 활동의 자유를 주 기본권으로 하여 기본권을 설명하는 이론을 전개한다면 모르나¹¹⁾ 우리 헌법 제21조의 언론의 개념을 확대해석하여 모든 종류의 의사표현을 그 범주에 포함하려는 시도는 논리상 많은 문제들을 야기하고 있다.

3) 헌법 제21조 제2항(사전허가금지) 위반 여부

청구인은 옥외광고물등관리법 제3조가 광고물의 허가에 관하여 규정함으로써 헌법 제21조 제2항이 정하는 사전검열이나 허가에 해당되어 헌법상 허용되지 아니한다고 주장한다.

그러나 동법 제3조는 일정한 지역·장소 및 물건에 광고물 또는 게시시설을 표시하거나 설치하는 경우에 그 광고물 등의 종류·모양·크기·색깔, 표시 또는 설치의 방법 및 기간 등을 규제하고 있는바, 동 법 제3조가 광고물 등의 내용을 심사·선별하여 광고물을 사전에 통제하려는 제도가 아님은 명백하다. 따라서 동법 제3조가 헌법 제21조 제2항이 정하는 사전허가·검열에 해당되지 아니한다.

4) 헌법 제21조 2항의 허가나 검열의 의미

우리 헌법 제21조 2항에는 '언론·출판에 대한 허가나 검열과 집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니 한다'라고 규정하고 있다. 헌법 제21조 2항에서 언론·출판이라 지칭함은 일반적으로 언론매체와 출판사를 의미한다. 우리 학계와 판례에서 동조 1항의 언론·출판의 자유를 주로 개인의 의사표현의 자유를 해석함과는 달리 동조 2항의 언론·출판은 매스컴에 의한 보도나 서적 출간을 위한 출판사의 자유로운 영업에 제한을 특히 사전검열 등의 통제를 배제하는 것을 목적으로 한다. 왜냐하면 현대국가에서 헌법에서 추구하는 민주주의 이념을 실현하기 위해서는 언론·출판 즉 대중매체에 의한 정보의 전달과 수집이 매우 중요한 과제 중의 하나로서 인식되고 있기 때문이다. 개인이

9) 일반적 행동자유권에 대하여는 김철수, 헌법학원론, 박영사, 2005, 378면 이하 참조.

10) 민주주의 기능적 기본권이론에 대하여는 권영성, 전거서, 279 참조.

11) 아직까지 우리나라에서 민주적 기본권이론에 의하여 기본권을 설명하는 학자나 법률가는 없다.

다수의 상대방에게 자신의 의사나 사상을 표현하는 의사표현의 자유를 허가나 사전검열로서 제한하는 것은 기술적으로도 불가능할 뿐만 아니라 다른 기본권과의 경합관계로 다루어질 소지가 많다. 예를 들어 어느 모임에서 특정발언을 금지시킨다면 집회의 자유, 양심의 자유 등과의 경합관계가 헌법적인 문제로 등장할 것이며, 이는 사법권의 행사를 통한 사후구제로서도 충분한 구제효과를 거둘 수 있을 것이다. 우리가 여기에서 주목할 상황은 신문, 방송 등 대중매체를 통한 보도의 사전검열과 금서조치 등을 통한 사상 및 지식의 사전통제와 출판매체와 방송매체의 사전허가제나 통제를 통한 정보 및 사상의 국가통제제도라고 볼 수 있다. 따라서 위 결정에서 보여주는 사전통제의 유형은 청구자가 신문사인 관계로 당사자의 자격은 갖추고 있다. 그러나 통제의 대상이 신문사의 편집권이나 신문보도의 내용이 아닌 광고시설물의 규격과 이용허가에 관한 문제에 국한되므로 이는 사전검열의 문제라기보다는 광고 즉 신문사의 영업의 자유의 제한에 대한 과잉금지 원칙의 위반문제로 다루어져야 한다.

2. 헌법재판소의 2000헌가9 결정

1) 의사표현의 자유와 언론·출판의 자유

헌법재판소의 위 결정은 언론·출판의 자유의 보호대상이 되는 의사표현 또는 전파의 매개체에 대한 정의와 검열에 대한 내용을 담고 있다. 위 결정에서도 96헌바2 결정과 같이 언론·출판의 자유의 내용이 되는 언론·출판의 개념을 이해함에 있어 의사표현 또는 전파의 매개체는 어떠한 형태이건 의사표현에 포함하여 언론·출판의 자유의 대상이 된다고 이해하고 있다. 이는 담화·연설·토론·연구·방송·음악·영화·가요 등과 문서·소설·시·가·도화·사진·조각·서화 등 모든 형상의 의사표현 또는 의사전파의 매개체를 포함한다.

2) 검열의 의의

헌법 제21조 제2항의 검열은 그 명칭이나 형식과 관계없이 실질적으로 행정권이 주체가 되어 사상이나 의견 등이 발표되기 이전에 예방적 조치로서 그 내용을 심사, 선별하여 발표를 사전에 억제하는, 즉 허가받지 아니한 것의 발표를 금지하는 제도를 뜻하고, 이러한 사전검열은 법률로써도 불가능한 것으로서 절대적으로 금지된다. 이러한 헌법재판소의 판단에 따르면 언론의 자유에 포함되는 의사표현의 형태는 어떠한 이유로도 법률로서도 사전에 제한을 할 수 없게 되어 옥외 광고물의 표현 역시 무제한적으로 보호될 수밖에 없다는 논리적인 결론에 도달되게 된다. 이는 정보·통신에 관련된

여러 관계 법률들에게서 발견되는 국가안전보장이나 타인의 명예에 관련된 제한조치까지 검열의 범주에 속하게 된다는 논리적인 누를 범 할 소지가 있어 엄격한 개념 정리가 필요한 부분이다.

3) 예술 활동과 검열

위 결정문에서 헌법재판소는 '언론·출판에 대하여 사전검열이 허용될 경우에는 국민의 예술 활동의 독창성과 창의성을 침해하여 정신생활에 미치는 위험이 크고 행정기관이 집권자에게 불리한 내용의 표현을 사전에 억제함으로써 이른바 관제의견이나 지배자에게 무해한 여론만이 허용되는 결과를 초래할 염려가 있기 때문에 헌법이 절대적으로 금지하는 것이다'라고 결정취지를 밝히고 있다. 그러나 이 결정문에서 보호하고자 하는 예술 활동의 독창성과 창의성은 우리 헌법 제22조에서 규정하고 있는 예술의 자유의 보호대상이며, 예술적 표현의 자유는 일반적인 표현의 자유의 관계에서 특별법적인 지위로서 일반적 의사표현보다 더욱 더 보호를 받는다.¹²⁾ 이러한 더욱더 보장되는 특별한 지위에 있는 예술적 의사표현의 자유를 단순히 언론기관의 대중적 전파성 등 기능적인 입장에서만 보아 언론·출판의 자유의 보호대상으로 봄은 타당치 않다.

4) 검열의 요건

헌법재판소의 이 결정에서 의미하는 검열이란 일반적으로 허가를 받기 위한 표현물의 제출의무, 행정권이 주체가 된 사전심사절차, 허가를 받지 아니한 의사표현의 금지 및 심사절차를 관철할 수 있는 강제수단 등의 요건을 갖춘 경우에만 검열로 본다. 이 경우 검열에 대한 정의로서는 충분하나, 어찌하여 예술작품이 언론·출판의 자유의 내용으로 이해되는지에 대하여는 언급이 없다. 또한 헌법 제21조 2항의 검열과 허가요건이 언론과 출판에만 해당하는 것으로 해석하는 것이 우리 헌법을 이해하는데 올바른 방법이라고 생각한다. 언론의 범위를 넓혀 예술 창작을 보호하려는 취지는 이해가 되나 예술이나 학문은 언론·출판의 자유보다 이론적으로 더욱 보호받는 중요한 기본권적 가치임을 상기해야 할 것이다.

5) 영화와 언론·출판의 자유

위 결정에서와 같이 영화의 등급분류보류제도가 영화에 대한 규제수단으로서 기능한다고 볼 때, 과연 영화의 법적 성격을 어떻게 파악해야 하는가가 이 사건의 해결에

12) 김철수, 전거서, 702면 참조.

있어서 중요한 의미를 가진다.

위 결정에서는 헌법 제21조 제1항이 모든 국민은 언론·출판의 자유를 가진다고 규정하여 언론·출판의 자유를 보장하고 있다고 보고, 의사표현의 자유는 바로 언론·출판의 자유에 속한다고 본다. 따라서 의사표현의 매개체를 의사표현을 위한 수단이라고 전제할 때, 이러한 의사표현의 매개체는 헌법 제21조 제1항이 보장하고 있는 언론·출판의 자유의 보호대상이 된다고 한다. 그리고 의사표현·전파의 자유에 있어서 의사표현 또는 전파의 매개체는 어떠한 형태이건 가능하며 그 제한이 없다고 하는 것이 우리 재판소의 확립된 견해라고 보아서, 담화·연설·토론·연극·방송·음악·영화·가요 등과 문서·소설·시가·도화·사진·조각·서화 등 모든 형상의 의사표현 또는 의사전파의 매개체를 포함한다고 본다. 즉 영화나 조각 서화 등 예술작품도 언론·출판의 범주로 파악한다. 그러므로 이 사건에서 문제가 되고 있는 영화도 의사형성적 작용을 하는 한 의사의 표현·전파의 형식의 하나로 인정되며, 결국 언론·출판의 자유에 의해서 보호되는 의사표현의 매개체라는 점에서 의사표현의 자유의 보호대상으로 본다. 여기에 위 결정의 문제점이 내재되어 있다. 이러한 헌법해석은 영화나 연극 등의 예술의 범주에 속하는 행위의 보장규정인 헌법 제22조를 사문화 시키며, 인간 내면의 정신활동을 보장하고 표현하는 우리 헌법학에서 절대적 자유권으로도 표현되는 예술의 자유의 올바른 이해라고 보기 힘 든다. 이는 영화의 사전등급보류제의 문제점을 해결하기 위하여 전개된 논리라고는 하나 앞으로 지양되어야 한다. 특히 헌법학교과서에서 이러한 결정을 한 헌법재판소의 논리에 따라 영화도 헌법 제 21조에 의하여 보장되어야한다고 표현할 때 예술의 자유의 보호대상은 어디에 존재하는지는 매우 의심스럽다. 만약 기본권의 경합이라는 논리를 주장하더라도 이는 진정한 기본권의 경합이 아닌 유사경합의 한 형태라고 볼 수 있다.¹³⁾ 따라서 영화에 관한 예술의 자유의 보호대상으로 명확하게 규명되어야 한다. 만약 영화가 방송매체를 이용하여 방영될 때에나 언론·출판의 자유가 논의될 뿐이다. 즉 영화가 영화의 본질적인 내용에 대한 논의가 아니라 언론매체를 통한 방영의 문제로 국한하여 논의 될 때에만 언론·출판의 자유가 거론된다는 의미이다.

13) 기본권의 유사경합이란 예컨대 학문적 표현이나 예술적 수단을 이용한 광고 또는 선전행위를 한 경우에 영업의 자유나 재산권 이외에 학문과 예술의 자유를 경합적으로 주장할 수 있나 하는 문제이다. 결론적으로 상업적 목적의 광고나 선전행위는 학문적 지식이나 예술적 관념을 전파하는 전형적인 수단이 아니므로 그러한 행위는 학문의 자유나 예술의 자유로 보호받을 수 없다는 것이 일반적인 학설이다: 권영성, 전게서, 333면 참조.

V. 결 론

위에서 설명한 바와 같이 우리 헌법학과 판례에서는 헌법 제21조 1항 전단의 언론·출판의 자유를 이해함에 있어서 의사 표현 및 발표의 자유, 정보의 자유, 출판의 자유, 그리고 방송의 자유를 포함하고 있다고 해석하고 있으며, 그 이유로는 제 21조 1항의 보호대상이 되는 의사표현 또는 전파의 매개체는 어떠한 형태이건 가능하므로, 담화·연설·토론·연극·방송·음악·영화·가요 등과 문서·소설·시가·도화·사진·조각·서화 등 모든 형상의 의사표현 또는 의사전파의 매개체를 포함한다고 해석한다. 이는 모든 형태의 의사표현을 언론·출판의 자유로 이해함을 의미한다. 그러나 위의 자유권 중 정보의 자유, 방송의 자유 그리고 출판의 자유는 의사표현의 자유와 중복하여 개인의 기본권 영역을 보호하고는 있으나 각자 독특한 법적 성격을 지닌 독자적인 기본권으로서 개개의 독자적인 영역과 특성을 보지하고 있다고 해석하여야 하며, 서로 다른 기본권으로 인식하여 그 내용과 법적 성격을 개별적으로 분리하여 연구하여야 한다.

뿐만 아니라 언론·출판의 자유를 의사표현의 자유와 매스컴에 의한 보도의 자유¹⁴⁾로 좁게 이해함으로써 그에 대한 보완 이론으로서 이른바 액세스권과 반론권을 그 내용으로 이해하는 학계와 헌법재판소의 시도는 지양되어야 한다. 왜냐하면 언론·출판의 자유의 보장을 강화하려고 시도한 의도는 짐작할 수 있으나 이로 인하여 전체적으로 언론·출판의 자유의 법적 성격과 개념이 혼란스러워지는 경향이 있기 때문이다.

따라서 우리 헌법 제21조 1항 언론·출판의 자유를 이해함에 있어 각 자유권들의 범위를 좁게 설정하여 더욱 확실한 보장을 가능케 하고 구체적 실현을 위한 권리들은 하위 입법에서의 제반권리 설정을 통하여 실체화시킴으로서 국민의 기본권 보장에 만전을 기할 수 있을 것이다. 이와 더불어 언론·출판의 자유의 한계와 제한법리를 명확히 규명함으로써 표현의 자유가 갖는 헌법적 질서에서의 위치를 더욱 확고히 하여야 한다.

궁극적으로는 다음 헌법개정 시 우리 헌법 제21조 1항의 규정을 개정하여야 한다. 우선 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 서로 다른 조항으로 분리하고, 언론·출판의 자유의 내용을 구체적으로 나누어 개별 기본권별로 규정해서 해석상의 혼란을 방지 하는 것이 바람직하리라고 본다.

14) 김철수, 전제서, 428면 이하 참조.

Abstract

Decisions of the Korean Constitutional Court about Freedom of Expression

Prof. Kwon Young Ho, faculty of Law

The fundamental rights in Korea have two characters: one is individual character. That means protection of individual-rights against the state action, for example, protection of an individuals rights to freedoms. Another is character of constitutional order. According to this character fundamental rights can be interpreted as the duty of the government to create institutions to protect the fundamental rights of the people. The second character of fundamental rights is pervasively found in Korean legislation. Fundamental rights like freedom of speech and expression and equality have been expressly translated into various enactments.

The freedom of expressions are not exhaustive of all the rights of a free man who has far more and wider rights. And these rights are those great and basic rights which are recognised as the natural rights inherent in the status of a citizen. But none of these freedoms is absolute or uncontrolled, for each is liable to be curtailed by law made or to be made by the state to the extent mentioned in ART. 21 Korean Constitution. The freedom of speech and expression means the right to express one's convictions and opinions freely by the word of mouth, writing, printing, pictures or any other mode.

"Commercial advertisement", does not fall within the protection of freedom of expression. Such advertisements have an element of trade and commerce. Thus, a law which puts restrictions on the publication, through the press or other means of advertisements to promote the sale of certain goods does not violate the right to free speech or press.

Keyword: freedom of speech, freedom of press, freedom of expression