

〈논문〉

표현의 자유 법리와 헌법재판소의 위헌법률심사기준*

李 瑀 洪**

요 약

이 연구는 표현의 자유 관련 법률에 대한 우리 헌법재판소의 위헌법률심사기준을 보다 정밀하게 하고 나아가 표현의 자유 법리를 더욱 체계화하기 위한 노력의 일환으로서, 표현의 자유 법리에서 기본권의 보장 범위와 위헌법률심사기준의 강도의 상호 관련성을 법률의 합헌성 추정, 위헌법률심사에서의 비교형량, 그리고 위헌법률심사기준의 심사강도라는 개념간의 헌법이론적 상관성의 분석을 통해 조금 더 정교하게 이해하고 설명하는 것을 목표로 한다. 이를 위해 헌법이 보장하는 기본권으로서의 표현의 자유의 입헌대의민주주의에서의 의의를 검토하고, 헌법재판소의 위헌법률심판을 통한 법률의 위헌성 심사의 의의 및 심사기준의 강도의 의의를 고찰한다. 나아가 표현의 자유 관련 법률에 대한 우리 헌법재판소의 위헌법률심사기준으로서의 사전검열금지원칙, 명확성의 원칙, 헌법 제37조 제2항의 적용으로서의 과잉금지원칙을 분석한다. 이 과정에서 우리 헌법재판소의 표현의 자유 관련 법률에 대한 위헌법률심사에서의 비교형량을 관련 판례를 통해 분석한 후 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙 하에서 위헌법률심사기준의 심사의 강도에 차등을 둘 수 있는지의 이론적 가능성과 헌법적 의의를 논한다.

우리 헌법재판소는 위헌법률심판에서 과잉금지원칙을 적용하여 법률의 위헌성을 심사함에 있어 세부 요소 특히 피해의 최소성을 판단할 때 관련 기본권의 유형 내지 법률에 의한 기본권 제한의 양태 등에 따라 요구되는 정도의 차이를 일용 인정함을 추론해낼 수 있다. 나아가 표현의 자유에 대해서는 이 점에서 기본권 제한적 입법이 채택한 수단이 입법목적 달성을 위해 필요한 최소한의 제한이며 가장 덜 기본권침해적인 수단인지를 판단하고 비교형량에서 일용의 우월적 지위를 부여하는 태도를 보여, 실질적 의미에서 강화된 심사기준을 적용하여 위헌심사가 이루어지는 경우가 있다고 추론할 여지가 있다. 다만 우리 헌법재판소의 판례는 표현의 자유 영역

* 이 글은 2011년 12월 15일 헌법재판연구원, 한국공법학회, 법학전문대학원협의회가 공동으로 주최한 학술대회 “공법소송의 이론적 쟁점”에서 저자가 발표자로서 발표한 발표문에 기초하여 이를 보완한 것이다.

** 서울대학교 법과대학/법학대학원 부교수(공법(헌법)).

에서 일응 실질적으로 강화된 기준을 적용하는 입장의 단초를 보이면서도 이를 경직되지 않게 유연하게 운용할 수 있는 역량을 갖고 있음을 보여 이 점에서 고무적이다. 위헌심사기준의 강화 내지 심사강도의 차등화를 표현의 자유 법리의 일부로서 수용하는 것이 바람직할 것인지 그리고 구체적 법리 구성을 어떻게 할 것인지에 대한 정밀한 분석과 연구가 있어야 하며, 심사기준을 강화한다고 하더라도 사안의 구체적 사실관계에 충실한 심리에 기초하여 위헌심사가 이루어져야 한다.

주제어: 표현의 자유, 위헌법률심사, 위헌법률심사기준, 심사강도, 법률의 합헌성 추정

I. 서(序): 연구의 목적과 범위

이 글에서는 표현의 자유의 헌법적 보장의 범위와 표현의 자유를 제한하는 법률에 대한 위헌심사의 기준간의 개념적 상관관계를 입헌대의민주주의에서의 법률의 합헌성 추정과 심사강도의 도구를 사용하여 분석한다. 기본권으로서의 표현의 자유 그리고 헌법재판소의 위헌법률심사기준에 대한 연구는 많은 연구자들에 의해 풍부하게 그리고 심도 있게 이루어져 왔다.¹⁾ 이 연구는 선행 연구를 기반으로 하여 우

1) 이 글에서의 논의와 상대적으로 관련성이 큰 연구로 범위를 다소 좁혀서 보더라도, 문재완, “허위사실의 표현과 표현의 자유 : 한국과 미국의 판례 비교를 중심으로”, **공법연구**, 제39집 제3호 (한국공법학회, 2011), 113면 이하; 임승은, “헌법상 표현의 자유와 검열금지원칙”, 서울대학교 대학원 법학과 석사학위논문 (서울대학교, 2011); 정필운, “사이버공간에서 공익에 근거한 표현의 자유의 제한의 한계 : 전기통신기본법 제47조 제1항 위헌론”, **토지공법연구**, 제49집 (한국토지공법학회, 2010), 501면 이하; 전중익, “위헌심판의 심사기준”, **서울법학**, 제18권 제1호 (서울시립대학교 법학연구소, 2010), 243면 이하; 전정환, “인터넷 실명제가 표현의 자유를 침해하여 위헌인지 여부”, **원광법학**, 제26권 제3호 (원광대학교 법학연구소, 2010); 이재석, “정치적 표현의 자유 확대 방안에 관한 연구 : 공직선거법 제90조, 제93조 및 제254조를 중심으로”, **선거연구**, 창간호 (중앙선거관리위원회, 2010), 165면 이하; 이종근, “표현의 자유와 민사책임 : 미연방대법원의 판례를 중심으로 살펴본 이론적 동향”, **헌법논총**, 21집 (헌법재판소, 2010); 최승준, “표현의 자유의 제한에 관한 연구”, 호서대 대학원 석사학위 논문 (호서대학교, 2010); 김정호, “표현의 자유의 현황과 과제”, **인권법평론**, 제5호 (전남대학교 공익인권법센터, 2010); 임지봉, “미국헌법상의 표현의 자유와 사전억제금지의 원칙”, **미국헌법연구**, 제20권 제2호 (미국헌법학회, 2009); 최희경, “정치적 표현에 관한 헌법적 고찰 : 선거운동의 자유를 중심으로”, **법학논집**, 제15권 제1호 (이화여자대학교, 2009), 259면 이하; 조재현, “정치적 표현의 자유와 표현내용에 근거한 제한 : 내용 중립적 제한과 내용에 근거한 제한을 중심으로”, **법학연구**, 제19권 4호 (연세대학교 법과대학 법

리나라 표현의 자유 법리와 표현의 자유 관련 법률에 대한 위헌법률심사기준을 더욱 체계화하기 위한 노력의 일환으로서, 표현의 자유 법리에서 기본권의 보장 범위와 위헌법률심사기준의 강도의 동전의 양면으로서의 상호 관련성을 법률의 합헌성 추정, 위헌법률심사에서의 비교형량, 그리고 위헌법률심사기준의 심사강도라는 개념간의 헌법이론적 상관성의 분석을 통해 조금 더 정교하게 이해하고 설명하는 것을 목표로 한다.

이를 위해 첫째, 헌법이 보장하는 기본권으로서의 표현의 자유의 입헌대의민주주의에서의 의의를 검토하고, 헌법재판소의 위헌법률심판을 통한 법률의 위헌성 심사의 의의 및 심사기준의 강도의 의의를 고찰한다. 나아가 표현의 자유 관련 법률에 대한 헌법재판소의 위헌법률심사기준으로서의 사전검열금지원칙, 명확성의 원칙, 헌법 제37조 제2항의 적용으로서의 과잉금지원칙을 분석한다. 이 과정에서 분석의 초점은 헌법재판소의 헌법 제37조 제2항의 적용으로서의 과잉금지원칙에 두어, 헌법재판소의 표현의 자유 관련 법률에 대한 위헌법률심사에서의 비교형량을 판례를 통해 심도 있게 분석한 후 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙 하에서 위헌법률심사기준의 심사의 강도에 차등을 둘 수 있는지 그 개념과 함의를 논한다.

학연구원, 2009) 1면 이하 ; 강승식, “표현의 자유와 인간 존엄성의 관계”, **법과 정책**, 제15집 제2호 (제주대학교 법과정책연구소, 2009), 1면 이하; 성낙인, “인터넷과 표현의 자유”, **언론과 법**, 제8권 1호 (한국언론법학회, 2009), 99면 이하; 김경호, “‘의견표현’과 ‘사실적시’ 이분법에 따른 대법원의 표현의 자유 보호 법리에 관한 연구”, **언론과학연구**, 제8권 제1호 (한국지역언론학연합회, 2008), 39면 이하; 문재완, “표현의 자유와 사법권”, **헌법학연구**, 제14권 제4호 (한국헌법학회, 2008), 29면 이하; 헌법재판소(김문현 외 3인), **기본권 영역별 위헌심사의 기준과 방법** (헌법재판소, 2008); 김태수, “표현의 자유와 법익형량 - 인격권침해적 표현을 중심으로”, **공법연구**, 제35집 제4호 (한국공법학회, 2007), 407면 이하; 임지봉, “명백·현존하는 위협의 원칙과 표현의 자유”, **공법연구**, 제34집 제4호 제1권 (한국공법학회, 2006), 165면 이하; 김형성, “간행물 심의와 표현의 자유”, **성균관법학**, 제17권 제2호 (성균관대학교 비교법연구소, 2005), 45면 이하; 강승식, “독일 기본법상 표현의 자유 제한에 대한 비판적 고찰”, **중앙법학**, 제7권 제2호 (중앙법학회, 2005), 7면 이하; 이영우, “자유민주주의에 있어서 표현의 자유와 알 권리”, **토지공법연구**, 제29집 (한국토지공법학회, 2005), 537면 이하; 김민배, “표현의 자유와 사상의 자유시장 - 홈즈(Mr. Justice Oliver W. Holmes)를 중심으로”, **토지공법연구**, 제33집 (한국토지공법학회, 2005), 309면 이하; 성선재, “언론의 자유의 사상적 기초”, **헌법학연구**, 제7권 제1호 (한국헌법학회, 2001), 181면 이하; 강경근, “한국의 헌법학 - 언론의 자유를 소재로 -”, **헌법학연구**, 제6권 제1호 (한국헌법학회, 2000), 51면 이하; 박승호, “의사표현의 자유”, **헌법학연구**, 제3집 (한국헌법학회, 1997), 297면 이하 등 풍부한 선행연구가 있다.

II. 표현의 자유 법리에서 헌법재판소의 위헌법률심사기준의 의의

1. 헌법이 보장하는 기본권으로서의 표현의 자유

우리 헌법 제21조 제1항은 “모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다”고 규정하고 있다. 표현의 자유를 헌법이 기본권으로 보장하는 근거 및 목적에 대해서는 많은 논의가 있어 왔으며, 대체로 다음과 같이 요약된다. 첫째, 표현의 자유는 개인의 자아와 인격의 형성과 발전을 위해 필수불가결하고, 둘째, 사상과 의견의 자유로운 표명과 그 교환은 진리추구의 방편이며, 셋째, 표현의 자유는 민주주의에서 공동체의 정치적 및 사회적 의사결정에 사회구성원의 참여를 확보하는 수단이 되고, 넷째, 표현의 자유는 사회의 안정과 변화간의 균형을 매개가 된다.²⁾ 이에 표현의 자유는 개인이 인간으로서의 존엄과 가치를 갖고 행복을 추구하며 민주주의 하에서 국민주권을 실현하는 데 있어 필수적인 것으로서 헌법상의 기본권으로 보장된다고 한다.³⁾ 우리 헌법재판소는 판례를 통해 “표현의 자유는 정신활동의 자유로서 사상 또는 의견의 자유로운 표명과 그것을 전파할 자유로서 개인이 인간으로서의 존엄과 가치를 유지하고 행복을 추구하며 국민주권을 실현하는 데 필수불가결하며 오늘날 민주국가에서 국민이 갖는 가장 중요한 기본권의 하나”라고 설명한다.⁴⁾ 또한 헌법재판소는 표현의 자유가 “현대자유민주주의의 존립과 발전에 필수불가결한 기본권”으로서 “이를 최대한도로 보장하는 것은 자유민주주의의 기본원리의 하나”라고 한다.⁵⁾

헌법이 기본권으로서 보장하는 표현의 자유의 개념을 한국 헌법학과 관련 판례의 보다 구체적인 맥락에서 분석해 보면 다음과 같다. 첫째, 표현의 자유는 정신적 사

2) 대표적으로 Thomas I. Emerson은 1960년대 그의 논문에서 표현의 자유의 헌법적 보장의 근거를 이와 같이 정리하여 제시하였다. Thomas I. Emerson, “Toward A General Theory Of The First Amendment,” 72 *Yale Law Journal* 877, 878 (1963). 우리나라의 연구로서 표현의 자유의 존재 의의와 표현의 자유의 헌법적 보장의 목적에 관해 상세히 분석하고 설명한 것으로 성선제, “언론의 자유의 사상적 기초”, **헌법학연구** 제7권 제1호 (한국헌법학회, 2001), 181면-206면 참조.

3) 헌법이 보장하는 기본권으로서의 표현의 자유에 대한 이와 같은 설명과 분석은 강경근교수의 연구를 인용한 것이다. 강경근, “한국의 헌법학 - 언론의 자유를 소재로 -”, **헌법학연구** 제6권 제1호 (한국헌법학회, 2000), 51면 이하, 특히 54면-56면. 특히 의사표현의 자유의 내용에 대한 상세한 이론적 분석과 설명은 박승호, “의사표현의 자유”, **헌법학연구** 제3집 (한국헌법학회, 1997), 297면 이하 참조.

4) 헌재 1992.2.25.선고, 89헌가104, **헌재판례집**, 제4권, 64면 이하(93면).

5) 헌재 1992.6.28.선고, 90헌가23, **헌재판례집**, 제4권, 300면 이하(306면).

유의 자유로운 표명 및 전파의 자유를 내재적 본질로 하며 개인이 인간으로서의 존엄과 가치를 유지하고 행복을 추구하며 국민주권 및 민주주의를 실현하는 데 필수 불가결한 기본권으로서, 사상과 의견의 자유로운 표현과 전파를 통해 헌법 제10조의 의미에서 국민의 인격가치의 실현을 방해받지 아니할 주관적 공권인 동시에 합리적 담론으로 민주적 기본질서라는 객관적 법질서를 실현할 수 있게 하는 기본권이고, 공동체의 정책과 의사의 결정에서 이에 대한 비판과 함께 결정과정의 참여를 통해 자기통치를 실현하게 하는 기본권이다. 둘째, 민주국가의 국가권력은 주권자인 국민들간의 사상과 의견의 자유로운 표현과 교환이 존재할 때 그 정당성을 얻으므로, 표현의 자유는 국가권력의 민주적 정당성의 판단을 가능하게 한다. 민주국가의 존재는 표현의 자유를 실현하는 전제조건으로서 표현의 자유와 국가체계의 민주성은 이 점에서 비례적 함수관계에 있다. 셋째, 표현의 자유는 개인이 국가에 대해 가지는 주관적 공권으로서, 소극적으로는 자유로운 의사표현에 대한 침해의 배제를 청구하는 방어적 권리이며 적극적으로는 인격과 정치적 의사형성을 위한 알 권리 및 정보청구권이다. 표현의 자유는 또한 민주국가의 형성과 유지를 가능하게 하는 자유로운 언론제도와 언론의 내적 자유를 실현하는 객관적 법질서로서, 표현의 자유는 개인의 대국가적 관계에 직접 적용되며 사인(私人)간에서는 사법(私法)상의 일반조항을 통해 간접 적용되고, 다만 언론보도로 인한 피해자와 언론사간의 관계에는 직접적용⁶⁾된다.

2. 헌법재판소의 위헌법률심판을 통한 법률의 위헌성 심사와 그 기준의 입헌대의민주주의적 의의

우리 헌법 제40조는 법률을 제정하는 입법권을 국회에 부여하고,⁷⁾ 헌법 제37조

6) 헌법 제21조 제4항 참조.

7) 제헌국회에서 정부조직법을 심의하여 법률 제1호로 제정한 이래, 대한민국 국회에는 제18대 국회의 마지막 본회의일자인 2012년 5월 2일 현재 총41,053개의 법률안이 접수되어(국가재건최고회의, 비상국무회의, 국가보위입법회의를 포함할 경우 총 43,116개) 이중 16,521개의 법률안이 가결되었고(국가재건최고회의, 비상국무회의, 국가보위입법회의를 포함할 경우 총 18,641개), 2012년 3월 31일 현재 총1,230개의 법률이 효력을 갖고 시행되고 있다. 이를 연도별 법률의 공포현황을 통해서 보면, 1948년 공포된 법률은 17개였으며, 1948년에서 1998년까지의 50년의 기간 동안 공포된 법률의 수는 5,626건이다. 2005년에 처음으로 공포 법률의 수가 500건을 넘었으며, 2005년부터 현재까지는 한 해 평균 공포 법률의 수가 약515건이다. 법제처 법령통계 2012년 3월 31일 현재 자료(<http://www.moleg.go.kr>) 및 국회 2012년 5월 2일 현재 자료(<http://www.assembly.go.kr>).

제2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다”고 규정하고 있으며, 헌법 제111조는 헌법상의 독립기관인 헌법재판소로 하여금 위헌법률심판제도를 통해 법률의 위헌성을 심사하도록 하고 있다. 우리 헌법하의 위헌법률심판제도를 통해 헌법재판소가 심사대상인 법률을 위헌으로 판단하는 경우 그러한 법률은 마치 입법부가 이를 삭제하는 개정을 한 것과 같이 법률로서의 효력을 잃는다.⁸⁾ 즉, 우리 헌법하의 대의민주주의에서의 기본권 보장 구조를 보면, 대의기관인 입법부가 제정하는 법률을 통해 헌법이 보장하는 기본권이 구체화되고 실현되며 법률에의 일반유보의 방식을 따르고 법률의 합헌성은 추정되나, 법률에 대한 사후적이고 구체적인 위헌성의 심판 제청 내지 헌법소원이 있으면 헌법상의 독립기관인 헌법재판소가 법률의 위헌성을 심사하여 그 판단 결과에 따라 법률의 합헌성 추정을 깨고 법률로서의 효력을 상실하도록 할 수 있다. 기본권 보장의 기제를 특히 자유권의 관점에서 보면, 기본권을 제한하는 법률이 위헌무효가 되면 당해 기본권의 보장 범위에 대한 당해 제한이 없어지는 즉 보장 범위가 넓어지는 효과가 있으므로, 위헌법률심판에서의 법률의 위헌성 심사 기준과 기본권 보장의 범위는 동전의 양면과 같은 상관관계를 갖는다.

표현의 자유를 포함한 기본권의 보장 내용과 범위는 헌법이 선언하는 것만으로 보장되고 실현될 수 없다. 수많은 기본권 주체로 구성된 공동체에서 구체적인 상황에서 보장되는 기본권의 내용과 범위는 공존하고 때로는 상충하는 다양한 법익간의 조정과 제한이 어떠한 방식과 기준으로 이루어지는지에 따라 비로소 정해지고 현실화된다. 따라서 기본권의 보장 범위 나아가 기본권의 보장 자체는 기본권의 제한 논리, 방식 및 기준과 분리될 수 없는 관계에 있다. 과거의 개별적 법률유보 방식으로부터 헌법의 개정을 통해 우리 현행 헌법에 채택된 바의 제37조 제2항의 일반적 법률유보의 본질은 기본권의 내용과 한계를 확정하는 것을 입법부로 하여금 특정 목적과 수단상의 조건하에 법률에 의해 기본권을 구체화 내지 제한함으로써 하도록 하는 것이며, 그럼으로써 기본권 보장의 범위가 정해진다. 우리 헌법재판소는

8) 국회가 입법한 법률 중에서 1988년 9월 1일부터 2012년 3월 31일까지 헌법재판소는 총 491건의 법률조문에 대해 위헌의 취지로 결정을 하였다. 이러한 법률조문 중 위헌 결정된 조문은 312개, 헌법불합치 결정이 된 조문은 107개, 한정위헌 결정된 조문은 43개, 한정합헌 결정된 조문은 29개이다. 헌법재판소 홈페이지(<http://www.court.go.kr>)의 2012년 3월 31일 현재 통계.

이 점에 대해 “헌법 제37조 제2항의 규정은 기본권제한입법의 수권(授權)규정인 성격과 아울러 기본권제한입법의 한계규정의 성질을 갖고 있다”고 판시한 바 있다.⁹⁾

이하에서 보다 상세히 논하는 바 우리 헌법의 기본권 보장 구도에서 헌법 제37조 제2항이 규정한 일반적 법률유보의 본질은, 헌법상의 기본권의 대부분이 모든 상황에서 언제나 절대적으로 보장되는 것이 아니므로 제한될 수 있고 그 경우 기본권의 내용과 범위의 결정을 대의민주주의 하에서 구성과 기능상의 민주적 정당성을 가진 입법부에게 맡겨 필요한 경우에 한해서만 그리고 입법부가 제정한 법률에 의해서만 기본권이 제한될 수 있도록 하되 입법부는 이러한 입법에서도 기본권의 본질적인 내용은 침해하지 않아야 한다는 것이다. 즉, 입헌대의민주주의 하의 입법부에게 헌법적 그리고 민주적 정당성에 근거하여 ‘제한적인 기본권 제한 권한’을 부여한 것이 우리 헌법의 기본권 보장 구조에서의 일반적 법률유보 기제의 근간이다. 또한 우리 헌법이 취한 사후적, 구체적 통제 방식의 위헌법률심판제도를 통해 더욱 명확하게 확인되는 바 입법부가 제정한 법률에 대해서는 합헌성을 추정한다. 우리 헌법의 기본권 보장 구도에서 표현의 자유를 포함한 기본권의 구체적 내용과 보장 범위는 국회의 법률 제정을 통해 법률에 대한 합헌성 추정 하에 일응 정해지고, 헌법재판소의 위헌법률심판의 입법적 기능에 의해 그 한계가 확인된다. 따라서 우리 헌법이 보장하는 기본권의 내용과 범위는 당해 기본권을 구체화하고 실현하는 법률에 대한 헌법재판소의 위헌법률심사에서의 심사기준의 강도와 직접적으로 관련되어 있다. 표현의 자유를 포함한 기본권의 헌법적 보장에 있어 관련 법률의 위헌성 심사에 적용되는 기준은 이와 같이 당해 기본권의 제한의 한계 내지 실제적 보장 내용과 범위를 결정한다는 점에서 기본권 보장 법리에서 핵심적 기능을 한다.

이와 같이 대의민주주의와 법률의 합헌성 추정 하에 위헌법률심판의 기능을 헌법으로부터 부여받은 우리 헌법재판소는 헌법 제37조 제2항으로부터 위헌법률심사의 방법론과 기준을 도출하고 또한 헌법 제37조 제2항을 그 정당화 근거로 해왔다. 헌법재판소는 기본권을 제한하는 법률에 대한 위헌성의 심사 기준으로서의 광의의 비례의 원칙 내지 과잉금지원칙을 “국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법활동을 함에 있어서 준수하여야 할 기본원칙 내지 입법활동의 한계를 의미하는 것으로서 국민의 기본권을 제한하려는 입법의 목적이 헌법 및 법률의 체계상 그 정당성이 인정되어야 하며(목적의 정당성), 그 목적의 달성을 위하여 그 방법이 효과적이고 적절하여야 하며(방법의 적절성), 입법권자가 선택한 기본권 제한의 조

9) 헌재 1989.12.22. 선고, 88헌가13, **헌재판례집**, 제1권, 357면 이하(374면).

치가 입법목적의 달성을 위하여 설사 적절하다 할지라도 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요한 최소한도에서 그치도록 하여야 하며(피해의 최소화), 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교형량할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다는(법익균형성) 헌법상의 원칙"이라고 한다.¹⁰⁾

이와 같이 위헌법률심판제도와 위헌법률심사의 기준을 우리 헌법 하의 대의민주주의에서의 기본권 보장 구도의 넓은 맥락에서 이해할 때¹¹⁾ 기본권의 제한 역시 기본권의 최대한 보장의 전체 과정에서 기본권의 내용과 범위의 한계를 정함에 있어 현실적·제도적으로 나타나는 모습이라는 본질을 보다 명확히 이해할 수 있다. 또한 헌법이 보장하는 기본권은 궁극적으로 헌법의 해석과 적용의 과정을 포섭하는 헌법의 실현을 통해 그리고 헌법재판의 장(場)에서는 원칙적인 법률의 합헌성 추정 하에 관련 법률의 위헌성을 심사하는 기준의 강도와 척도에 따라 실질적 내용과 범위를 부여받음으로써 보장되며, 이때 재판작용을 통한 법률의 위헌성 판단 과정에서의 헌법의 해석은 관련 법익간의 비교형량(balancing)을 본질로 하며 입법적 성격과 기능을 가진다는 이해에서 출발하면 우리 헌법재판소의 위헌법률심사기준이 입헌대의민주주의하에서의 기본권 보장 구도에서 갖는 의의와 기능을 보다 명확히 이해하고 보다 충실하게 위헌법률심사기준의 발전적 정립을 논할 수 있다.

헌법재판소가 법률 및 기타 공권력작용이 기본권을 침해하여 위헌인지의 여부를 판단하는 데 사용하는 기준인 위헌심사기준은 그 기능 면에서 두 가지 의미를 내포한다. 첫째, 위헌심사기준은 법률 및 기타 공권력작용의 위헌 여부를 판단함에

¹⁰⁾ 헌재 2000.6.1. 선고, 99헌마553, **헌재판례집**, 제12권 제1집, 686면 이하(716면); 헌재 1990.9.3. 선고, 89헌가95, **헌재판례집**, 제2권, 245면 이하(260면) 등.

¹¹⁾ 이 점에서 우리나라의 합헌성 추정 하의 국회의 입법권과 헌법재판소의 위헌법률심판의 입법적 기능은 기본권 보장 관점에서의 헌법의 실현을 위해 입헌대의민주주의 하에 국회에게 제한적 기본권 제한 권한 및 기능을 부여한 것으로 이해할 수 있다. 순수하게 내적인 것이 아닌 대부분의 기본권에는 내재적 한계와 외재적 한계가 있다. 우리 헌법 제37조 제2항의 일반적 법률유보 하에서 입법부의 법률에 의한 기본권 제한 권한은 특히 기본권의 외재적 한계와 개념적 연관성이 있다. 내재적 한계가 기본권의 정의 및 범위에 관한 것으로서 사법적(司法的) 성격의 해석을 요한다면, 외재적 한계는 정의된 바의 기본권을 제한할 수 있는 입법부의 제한적 권한에 관한 것이다. 이렇게 보면, 비교형량은, 특히 표현의 자유 영역에서 범주화(categorization) 방식의 개념정을 통해 헌법적 기본권의 이해 및 그 제한입법의 위헌성 심사에 접근하려는 방법론과 대비할 때, 상대적으로 사법적(司法的) 성격이 덜하고 정도의 문제에 대한 판단을 포함하여 본질적으로 그리고 상대적으로 입법적 성격을 갖는다고 할 수 있다. 다만 이 점에 대해서는 법률에 의한 기본권 제한의 문제가 입법에 대한 사법적 통제의 문제가 되는 점에서는 부적절하다는 비판이 있을 수 있다.

있어 기본권의 종류 내지 영역 등 특정 요건에 따라 어떠한 요소가 핵심적 기준이 되어야 하고 어떠한 방법론으로 이를 판단하는지의 심사척도의 의미가 있다. 헌법재판소가 사용하는 명확성의 원칙, 신뢰의 원칙, 적법절차의 원칙, 과잉금지원칙 등은 심사척도로서의 측면에 중점을 둔 위헌심사기준의 의미를 나타낸다.¹²⁾ 둘째, 이 연구의 논지와 보다 직접적으로 관련된 개념으로서, 위헌심사기준은 헌법재판소가 법률 등 심사 대상의 위헌 여부를 얼마나 엄격하게 심사할 것인지의 심사의 강도를 의미한다. 법률의 합헌성 추정에 충실하여 입법부의 판단을 최대한 존중하는 심사를 해야 하는지 내지 공동체 의사결정 방식으로서의 다수결 원리에 기초한 대의민주주의 정치과정 자체의 흠결이 있거나 소수의 권익 보호 내지 보장이 다수결적 공동체 의사결정 방식에 의해 적절하게 이루어지리라고 신뢰할 수 없는 경우에 심사기준을 강화하여 상대적으로 엄정한 기준에 따라 심사하여 심사 대상이 위헌으로 판단될 개연성을 높임으로써 기본권 보장이 충실히 이루어지도록 해야 하는지 등의 헌법적 논의는 이와 같은 심사강도로서의 측면에 중점을 둔 위헌심사기준의 의의와 기능을 보여준다.¹³⁾ 이와 같이 위헌심사기준은 심사척도와 심사강도의 양 측면이 있고, 양자가 긴밀하게 결합된 형태로 기능하기도 한다.

우리 헌법재판소는 원칙적으로 심사강도에 따라 심사척도를 달리하는 위헌심사기준을 사용하고 있지 않다. 헌법재판소가 위헌법률심판에서 공권력작용으로서의 국회의 입법에 의한 기본권 제한의 위헌 여부를 판단함에 있어 사용하는 원칙적 심사기준은 과잉금지원칙으로서, 과잉금지원칙의 위반 여부는 위헌심사 대상인 법률이 제한하는 기본권이 무엇인지에 무관하게 목적의 정당성, 수단의 적합성, 피해의 최소성, 법익의 균형성이라는 네 가지 공통적인 요소에 따라 법률의 위헌성이 판단되며, 제한되는 기본권에 따라 입증책임과 심사강도에 차등을 두는 논리를 적

12) 同旨, 헌법재판소(김문현 外 3인), 「기본권 영역별 위헌심사의 기준과 방법」(헌법재판소, 2008), 특히 2면-4면 참조.

13) 미연방대법원이 정립해 온 위헌법률심사기준으로서의 이단계 내지 이중 기준(double standard; different levels of scrutiny)이 이러한 예이다. 미국의 위헌법률심사기준에 대한 설명과 분석은 Erwin Chemerinsky, *CONSTITUTIONAL LAW* (3d edition) (Aspen Publishers, 2006)과 Kathleen M. Sullivan, *CONSTITUTIONAL LAW* (17th edition) (Foundation Press, 2010)의 각 해당 부분, 그리고 이우영, “미국의 위헌심사기준으로서의 이중 기준(double standard)”, *법학*, 제50권 제1호 (서울대학교 법학연구소, 2009); 김형남, “미국 연방대법원의 사법심사 기준”, *미국헌법연구*, 제12호 (미국헌법학회, 2001); 김형남, “미국 법원에서의 사법심사절차에 관한 분석”, *공법연구*, 제27집 제3호 (한국공법학회, 1999); 김형남, “미국 사법심사제도의 재조명”, *경성법학*, 제12호 (경성대학교 법학연구소, 2003) 등 참조.

용하거나 이에 따라 요건을 추가하거나 배제하는 등으로 심사척도를 달리하지 않는다. 헌법재판소는 일관되게 헌법 제37조 제2항 하에 이와 같은 과잉금지원칙을 위헌법률심사의 심사기준으로 적용해 왔다.

그러나 특히 근래의 표현의 자유 관련 법률에 대한 위헌심사에서의 헌법재판소의 판례를 보면, 이하의 본문에서 분석하듯, 표현의 유형과 영역 내지 의사의 표출 및 교환의 장(場)의 유형 등 여러 요인에 따라 위헌심사에서의 심사강도 즉 위헌심사 기준의 강도를 실질적으로 조절하고 있거나 또는 조절한다고 판시함을 알 수 있다. 이러한 방향은 기본권의 최대한 보장을 궁극적 지향으로 하는 입헌대의민주주의 체계에서의 국회 입법에 대한 합헌성 추정과 위헌법률심판의 입법적 기능에 비추어 볼 때, 헌법재판소의 위헌심사의 기준의 강도와 기본권 보장의 범위의 상관성상 기본권의 최대한 보장에 일관성을 더하며 기여할 수 있는 측면이 있다. 그러나 이제까지의 표현의 자유 관련 헌법재판소의 판례에 나타난 일종의 심사강도의 조절은 심사기준의 세부요소별 정교한 논리의 정립이나 심사척도의 차별화로 체계적으로 연결되어 있지는 않은 것으로 보인다. 또한 이러한 맥락에서 과잉금지원칙 하에 헌법재판소가 사용하는 심사기준의 엄격성 관련 표현을 보면, 특히 헌법재판소가 때때로 사용해 온 ‘완화된’ 심사기준이라는 표현에서 알 수 있듯, 법률의 합헌성 추정 하에서의 위헌심사에서 입증책임과 심사기준 강도의 상관관계 및 심사강도와 기본권 보장 범위간의 상관관계에 대해 보다 체계적이고 정교한 논리의 정립이 필요할 것으로 보인다.

논의의 출발점에서 볼 때, 심사강도의 도식화에 이르는 단계화 내지 차등화는 경직의 우려가 있고, 유연한 비교형량(balancing on sliding scale)이 구체적 맥락에서의 기본권 보장의 관점에서 갖는 장점이 있다.¹⁴⁾ 이 점에서 보면 우리 헌법재판

14) 이 점은 미국의 위헌심사기준으로서의 이단계 내지 이중 기준 및 이에 기초한 다층적 위헌심사기준 체계에 대한 비판이기도 하다. 미연방대법원의 위헌법률심사기준으로서의 이단계 내지 이중 기준에 대해서는 그 개념과 체계의 도입 초기부터 법원 내외에서 비판이 있어 왔으며, 미연방대법원의 대법관 중 일부도 공개적으로 비판의 입장을 취한 바 있다. 대표적으로 마샬(Marshall)대법관은 중간심사기준의 도입 이전부터 1970 년대의 일련의 판례에서 반대의견을 통해 이중 기준 방식에 대한 비판을 제기해 왔다. 미국에서의 이단계 내지 이중 기준에 대한 비판을 분석해 보면, 대체로 다음과 같다. 우선, 이중 기준 체계는 위헌심사의 논증과 판단의 과정을 지나치게 단순화한 것으로서 실제의 위헌심사에서의 논증과 판단을 정확하게 반영하지 못한다는 비판이 있다. 미연방대법원의 선례상 위헌법률심판에 적용된 심사기준을 분석해 보면 위헌심사의 기준 혹은 심사의 강도는 관련된 이익의 상대적 중요성에 따라 유동적이며(“sliding scale”; 이러한 개념 하에서는 개별 사안에 적용되는 심사의 강도 혹은 심사기준은 심

소의 과잉금지원칙 속에는 각 세부요소별로 비교형량의 요소와 여지가 있으며 실제로 헌법재판소에 의한 사법적(司法的) 비교형량이 위헌심사에서 중요한 기능을 하고 있다. 그러나 다른 한편 심사기준의 강도별 차등화에 경직의 우려가 있다고 할지라도 비교형량에 대해서도 헌법재판소가 한 선제적 내지 선험적 정량화에 대한 분석과 비판이 어려워 결과적으로 헌법재판소에 재량의 개입 여지를 많이 부여하게 된다는 비판도 가능하다. 위헌법률심판에서 일응의 비교형량은 필수불가결하고 비교형량은 ‘정도’의 판단을 요하여 입법적 내지 정책형성적 성격을 갖는다고 할 때, 입헌대의민주주의 하의 ‘입법에 의한 기본권의 구체화 및 실현’에서 입법부에 대한 위헌법률심판 담당기관의 역할을 중시하고 신뢰하지 않으면 위헌법률심판의 입법적 기능을 통한 기본권 보장 기능 특히 기본권 보장의 확대 기능을 맡길 수 없다. 법률의 위헌성 심사에서 심사강도의 체계적 정교화를 통해서 그리고 심사강

사대상인 정부의 행위 혹은 입법의 권리 제한의 심각성(*invidiousness*)의 정도, 그리고 정부의 행위 혹은 입법에 의해 영향을 받는 개인의 권리와 공익간의 상대적 중요성에 따라 구체적 사안에서의 위헌심사의 기준 혹은 강도가 결정된다.), 따라서 이를 심사기준의 강도 내지 엄격성에 따라 두 등급 혹은 세 등급으로 나누는 것은 지나친 단순화라는 것이다. 다음으로, 이단계 내지 이중 기준 체계는 경직화된(“*rigidified*”) 체계로서, 아래의 두 가지 점에서 위헌심사에서의 적절한 헌법적 분석을 저해한다고 하였다. 첫째, 이중 기준 체계는 심사기준의 강도별 등급이라는, 구체적 사안의 본안과는 직접 관련되지 않은 추상적 대상에 질문의 초점을 맞추으로써, 구체적 위헌심판 사안에서의 헌법적 논증과 분석의 방향을 오도한다. 둘째, 이중 기준 체계는 적용될 심사기준을 작동시키기 위해 “본질적 기본권(*fundamental right*)” 또는 “위헌의 개연성이 있는 분류기준(*suspect classification*)” 등 사전적(事前的)으로 유형화된 개념정의를 사용함으로써, 구체적 위헌심판 사안에서 직접적이고 실질적인 헌법적 논의와 분석을 불가능하게 한다. 이러한 비판에 기초하여 제도적 개선을 모색한 판례의 대표적 예로서는 미연방대법원이 중간심사기준을 도입한 직후인 1972년에 마살대법관이 다수의견을 집필한 *Chicago Police Department v. Mosley* 판결(408 U.S. 92 (1972))이 있다. 이 판결에서 마살대법관은 이단계 내지 이중 기준 체계를 대체할 대안으로서 보다 유연한 일원화된 심사기준의 도입을 제안하였다. *Mosley* 판결의 다수의견에서 마살대법관은 모든 평등보호 사안에 공통되는 핵심적 질문은 심사대상이 된 정부의 행위에 의해 적절하게 증진되는 타당한 공익이 있는지의 여부라고 적시했다(“[T]he crucial question in all equal protection cases is whether there is an appropriate governmental interest suitably furthered by the government regulation in question.” 408 U.S. 92, 95). 이 질문은 모든 위헌심사 사안에서 필요한 논의의 핵심을 망라하는 것으로서, 이중 기준 체계에서의 각 단계 혹은 강도의 심사기준에 공히 주어진 질문이기도 하다(이점에서(헌)법적 이익형량의 구조와 그 정당화에 관한 체계적·심층적 고찰로서 김도균, “법적 이익형량의 구조와 정당화 문제”, *법학*, 제48권 제2호 (서울대학교 법학연구소, 2007) 참조). 그러나 *Mosley* 기준의 사용은 단기간에 그쳤으며, 미연방대법원의 다수는 위헌 심사기준을 일원화하는 것보다 중간 심사기준을 정교화하는 방법을 선호하였다.

도의 엄격화를 통한 기본권 보장 범위의 확대를 통해서 기본권 보장의 범위를 확대해 가는 방향성은 헌법재판소에 의한 위헌법률심판제도의 대의민주주의에서의 기능과 역할을 신뢰할 때에 비로소 가능해진다.

어떤 경우에도, 위헌법률심판에서의 심사강도는 그 출발점 내지 원칙적 상태는 법률의 합헌성 추정과 입법부에 대한 존중 하에 상대적으로 낮은 것이고, 기본권 보장을 특히 강화할 공동체 내의 합의된 맥락과 요건이 있을 때에 상대적으로 강화 내지 엄격화되어 높아질 수 있는 것이다. 헌법재판소가 표현의 자유 관련 위헌법률심판에서 간헐적으로 사용해 온 완화된 기준이라는 표현은 논리체계상 적절하지 않다고 할 것이다. 또한 위헌법률심판 기준 정립 논의에 입증책임(전환) 논리를 체계적으로 수용하는 것도 필요하다고 보인다. 이하에서는 장을 바꾸어 헌법재판소의 판례를 통해 표현의 자유를 제한하는 법률의 위헌성을 심사함에 있어 우리 헌법재판소가 적용해 온 심사의 기준을 심사강도와 심사척도의 관점에서 보다 상세하게 분석한다.

III. 헌법재판소의 판례를 통해 본 표현의 자유 관련 법률에 대한 헌법재판소의 위헌법률 심사기준

1. 사전검열 금지원칙 : 허가·검열의 금지

헌법 제21조 제2항은 “언론·출판에 대한 허가나 검열과 집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니한다”라고 규정한다. 이와 같이 헌법 자체가 특별한 규정을 통해 표현의 자유에 대한 사전적 제한을 금지하고 있으므로, 헌법재판소는 표현의 자유 관련 법률에 대한 위헌심사에서 특유한 위헌심사 척도로서 사전검열 금지원칙을 적용하고 있다. 표현의 자유에 대한 특별한 위헌심사 척도로서의 사전검열 금지는 이 연구의 맥락에서는 비교형량에서 표현의 자유의 민주주의에서의 헌법적 중요성으로 인하여 표현의 자유에 가중치를 둘 수 있는지의 개념으로 연결되며 이러한 논리는 표현의 자유의 우월적 지위 내지 명백·현존하는 위협의 법리로 연결될 여지가 있고,¹⁵⁾ 나아가 표현의 자유가 기본권의 보장 범위의 확장을 위한 위헌법률

15) 이 점에 대한 상세한 분석은 임지봉, “명백·현존하는 위협의 원칙과 표현의 자유”, **공법연구**, 제34집 제4호 제1권 (한국공법학회, 2006), 165면 이하 참조.

심사기준의 강도의 상대적 강화의 대상 영역이 되는지의 법리로 연결되는 개연성이 있기 때문에 논의의 필요가 있다. 이러한 관점에서 간략하게만 우리 현재의 판례를 중심으로 논하도록 한다.

헌법재판소는 “언론·출판의 자유에 대하여는 검열을 수단으로 한 제한만은 법률로써 절대 허용되지 아니한다”고 하여¹⁶⁾ 헌법 제21조 제2항을 기본권 제한에 관한 일반적 법률유보조항인 헌법 제37조 제2항에 대한 특별규정으로 해석·적용한다. 헌법재판소는 헌법 제21조 제2항 상의 허가나 검열을 “행정권이 주체가 되어 사상이나 의견 등이 발표되기 이전에 예방적 조치로서 그 내용을 심사·선별하여 발표를 사전에 억제하는 것, 즉 허가받지 아니한 것의 발표를 금지하는 것을 뜻한다”고 정의하며,¹⁷⁾ “허가를 받기 위한 표현물의 제출의무, 행정권이 주체가 된 사전심사절차, 허가를 받지 아니한 의사표현의 금지 및 심사절차를 관철할 수 있는 강제수단 등”의 요건을 갖추었을 때 절대적으로 금지되는 사전검열이나 허가에 해당된다고 한다.¹⁸⁾ 표현행위에 대한 사후적 제재는 사전검열 금지원칙의 적용 대상이 아니고 다만 기본권 제한의 일반 원칙인 헌법 제37조 제2항에 따른 위헌 여부 심사의 대상이 된다.

이 연구의 목적상 우리 헌법재판소의 사전검열 금지원칙의 적용에 대해 특기할 점은, 표현의 내용에 대한 심사가 있는 경우에만 헌법상 금지되는 사전검열에 해당한다고 본다는 점이다. 헌법재판소는 방송사업의 허가제와 관련하여 “표현내용에 대한 가치판단에 입각한 사전봉쇄를 위한 것이거나 그와 같은 실질을 가진다고 볼 수 없으므로 금지된 ‘허가’에는 해당되지 않는다”고 하였다.¹⁹⁾ 헌법재판소는 이하에서 분석하는 바 표현의 자유를 제한하는 법률에 대한 위헌심사에서 헌법 제37조 제2항의 적용으로서의 과잉금지원칙 하의 심사를 할 때에도 표현의 내용에 대한

16) 헌재 1996.10.31. 선고, 94헌가6, **헌재판례집**, 제8권2집 395면 이하(402면).

17) 헌재 1996.10.31. 선고, 94헌가6, **헌재판례집**, 제8권2집 395면 이하(403면); 헌재 1996.10.4. 선고, 93헌가13등, **헌재판례집**, 제8권2집 212면 이하(224면) 등.

18) 헌재 2002.2.28. 선고, **헌재판례집**, 제14권1집 118면 이하(124면-125면); 헌재 2001.8.30. 선고, 2000헌가9, **헌재판례집**, 제13권2집 134면 이하(148면) 등. 검열이나 허가의 주체가 행정권일 것을 요하므로, 법원이 영화 등에 대하여 사전에 방영금지가처분을 하는 것은 이에 해당하지 않고(헌재 2001.8.30. 선고, 2000헌바36, **헌재판례집**, 제13권2집, 229면 이하(229면)), 민간인으로 구성된 자율적인 기관이라고 하더라도 행정권이 그 구성에 지속적으로 영향을 미칠 수 있는 경우에는 행정권에 의한 검열에 해당한다고 본다(헌재 1997.3.27. 선고, 97헌가1, **헌재판례집**, 제9권1집 267면 이하(271면-272면)).

19) 헌재 2001.5.31. 선고, 2000헌바43등, **헌재판례집**, 제13권1집 1167면 이하(1177면-1181면).

규제와 표현 방법에 대한 규제를 구분하여 전자의 경우 보다 엄격한 심사를 거쳐야 한다는 논지를 대체로 일관되게 유지해 오고 있다. 사전검열 금지원칙에 관해서는 표현의 내용과 표현 방법의 구별이 심사의 강도가 아닌 심사척도의 적용 여부를 정하는 요건으로 작용한다는 차이가 있으나, 표현의 내용을 이유로 표현의 자유를 제한하는 법률에 대해서는 표현방법에 대한 제한의 경우보다 헌법적으로 용인될 여지가 더 적다는 즉 합헌성 추정을 깨고 위헌으로 판단될 여지가 더 크다는 일관된 헌법재판소의 입장이 반영되어 있다.

2. 명확성의 원칙

명확성의 원칙은 표현의 자유에 적용되는 특별한 위헌심사기준이 아니라 헌법재판소가 모든 기본권 영역에서 법률의 위헌성 심사에 적용하는 일반적인 위헌심사 기준이다. 그러나 헌법재판소는 “민주사회에서 표현의 자유가 수행하는 역할과 기능에 비추어 볼 때” 표현의 자유를 제한하는 법률에 대한 위헌심사의 경우 명확성의 원칙을 적용함에 있어 심사의 강도를 강화해야 한다는 취지로 판시해 왔다. 즉, 헌법재판소는 “표현의 자유를 규제하는 입법에 있어서 … 명확성의 원칙은 특별히 중요한 의미를 가진다. 민주사회에서 표현의 자유가 수행하는 역할과 기능에 비추어 볼 때, 불명확한 규범에 의한 표현의 자유의 규제는 헌법상 보호받는 표현에 대한 위축적 효과를 수반하기 때문이다”라고 판시하였다.²⁰⁾ 그러나 표현의 자유를 규제하는 입법의 위헌성 심사에 명확성 원칙을 적용함에 있어 보다 엄격한 심사 내지 심사강도의 강화의 논리를 구체적으로 전개한 바는 없다. 또한 헌법재판소는 표현의 자유 관련 법률의 위헌심사에서 명확성 원칙과 과잉금지원칙의 관계에 대해서는 “표현의 자유를 제한하는 법률에 대한 위헌성 심사]의 경우에 과잉금지원칙은 명확성의 원칙과 밀접한 관련성을 지니고 있다. 불명확한 규범에 의하여 표현의 자유를 규제하게 되면 헌법상 보호받아야 할 표현까지 망라하여 필요 이상으로 과도하게 규제하게 되므로 과잉금지원칙과 조화할 수 없게 되는 것이다”라고 설명하고 있다.²¹⁾ 이를 표현의 자유의 민주주의에서의 헌법상의 기본권으로서의 중요성에 비추어 표현의 자유 제한 입법에 대한 위헌심사에서 표현의 자유에 가중치를 두어 비교형량을 하는 것이며 이는 곧 과잉금지원칙의 관점에서 보면 심사기

20) 헌재 2002.6.27. 선고, 99헌마480, **헌재판례집**, 제14권1집 616면 이하(628면); 헌재 1998.4.30. 선고, 95헌가16, **헌재판례집**, 제10권1집 327면(341-342면).

21) 헌재 2002.6.27. 선고, 99헌마480, **헌재판례집**, 제14권1집 616면 이하(628면).

준의 강도를 강화한다는 취지라고 볼 여지가 있다.

그러나 비록 헌법재판소가 “표현의 자유의 경우에” 과잉금지원칙과 명확성 원칙이 밀접한 관련성을 지닌다고 설시하였으나, 입법이 명확성을 결여하면 헌법적으로 보호받아야 할 사항을 필요 이상으로 과도하게 규제하여 과잉금지원칙에 위배되는 것은 표현의 자유뿐 아니라 모든 기본권 영역에 공통적이다.²²⁾ 표현의 자유 영역에서 위헌심사기준으로서의 명확성 원칙 적용에 대한 우리 헌법재판소의 판례에서 분석할 수 있는 것은 우리 헌법재판소가 표현의 자유의 민주주의에서의 헌법상 기본권으로서의 중요성을 특별한 것으로 인식하고 이에 표현의 자유를 제한하는 입법에 대한 위헌심사에서는 보다 엄격하게 심사를 할 준비가 되어 있다는 점이다. 이를 보다 정교화하여 표현의 자유를 제한하는 법률에 대해서는 그 합헌성 추정의 범위나 정도를 상대적으로 좁게 보고²³⁾ 입증책임을 전환하여 당해 입법이 위헌이

22) 이 연구의 논지와 직접적으로 관련된 논의는 아니겠으나, 이 점에 대해서는 우리 헌법학에서는 오히려 명확성 원칙이 관련된 실정법상의 기본권의 제한이 과잉금지원칙에 위배되는지의 여부를 불문하고 입법의 불명확성 내지 이로 인한 과잉제한을 근거로 법률의 효력을 상실시키는 독자적 심사기준인지의 보다 체계적인 논의가 요구된다고 생각한다.

23) 미연방대법원이 정립한 위헌법률심사기준인 이단계 내지 이중 심사기준(double standard; different levels of scrutiny)의 정립 과정에서 특히 표현의 자유 영역에서는 표현의 자유에 가치를 둔 비교형량을 표현의 자유를 제한하는 입법에 대한 합헌성 추정의 범위나 정도의 축소인지 위헌성의 추정인지에 대해 많은 논의가 있었다. 미연방대법원의 대법관이었던 프랑크퍼터(Felix Frankfurter)대법관은 1949년의 *Kovacs v. Cooper* 판결(336 U.S. 77 (1949))의 별개의견에서 *U.S. v. Carolene Products, Co.* (1938) 판결(304 U.S. 144 (1938))의 각주 4번에 제시된 스톤(Stone)대법관의 논지의 취지에 대해 논하면서, 스톤대법관의 논지를 위 *Carolene Products* 판결의 각주4번에서 제시한 바의 ‘위헌법률심사에서 상대적으로 엄격한 기준이 적용되어야 하는 입법’에 대해 위헌성을 추정하는 것이 아니라 이와 같은 입법에 대해 합헌성 추정의 범위 내지 정도가 축소될 여지가 있을지에 대해 의문을 제시한 것이라고 이해하였다(*Kovacs v. Cooper*, 336 U.S. 77, 91-92 (1949)). 그러나 프랑크퍼터 대법관은 1951년 미연방대법원의 *Dennis v. United States* 판결(341 U.S. 494 (1951))에서는 *Carolene Products* 판결의 각주4번에서 제시한 바의 ‘위헌법률심사에서의 엄격심사기준 도입 및 적용의 가능성’에 대해 이는 이와 같은 일부 입법에 대해서는 합헌성 추정을 부정할 것이라고 판시하기도 하여(*Dennis v. United States*, 341 U.S. 494, 526-527 (1951)), 표현의 자유 법리에서 우월적 지위 이론 하에 표현의 자유를 제한하는 법률에 대해 합헌성 추정이 원칙대로 유지되지만 그 추정의 범위 내지 정도만 축소된다고 보는지 아니면 이러한 법률에 대해서 위헌성을 추정한다고 보는지에 대해 일관성 있는 입장을 유지하지는 않았다. 표현의 자유의 우월적 지위를 인정하더라도, 표현의 자유를 제한하는 입법에 대해 합헌성이 아닌 위헌성을 추정하는 것은 입헌주의, 대의민주주의, 권력분립과 의회입법원칙의 근간에 비추어 논리적 정합성을 갖지 못할 뿐 아니라 특히 비교형량을 통한 위헌

아님이 강화된 높은 기준 하에 입증되지 않으면 합헌성 추정이 깨어지고 위헌무효라는 논리로 심사강도와 심사척도의 요소를 사용하여 체계화할 수 있을지의 여부와 그 구체적 체계화가 우리 헌법학에 주어진 과제일 것이다.

3. 헌법재판소의 헌법 제37조 제2항의 적용으로서의 과잉금지원칙

(1) 헌법재판소가 헌법 제37조 제2항으로부터 도출한 위헌법률심사기준으로서의 과잉금지원칙

앞서 서술하였듯, 우리 헌법재판소는 기본권의 제한은 일반적 법률유보를 규정한 헌법 제37조 제2항으로부터 도출되는 이른바 ‘과잉금지원칙’ 또는 ‘비례원칙’에 따라 이루어져야 하며, 이러한 과잉금지원칙 내지 비례원칙이 기본권을 제한하는 입법의 위헌성 심사에 적용되는 심사기준이라고 판시해 왔다.²⁴⁾ 헌법재판소에 따르면 헌법 제37조 제2항으로부터 도출되는 위헌법률 심사기준으로서의 과잉금지원칙은 법률의 기본권 제한 목적의 정당성, 수단의 적합성, 피해의 최소성, 법익의 균형성을 내용으로 한다.²⁵⁾ 표현의 자유를 제한하는 법률의 위헌성 심사에서도 마찬가지이다. 그러나 헌법재판소가 실제 사안에서 위 네 요소를 언제나 개별적으로 그리고 명시적으로 검토하는 것은 아니다. 표현의 자유 영역에서도 헌법재판소가 과잉금지원칙의 각 요소를 개별적으로 검토한 판례들도 있고²⁶⁾ 각 요소들을 개별적으로 검토하지는 않고 추상적인 설시를 한 후 헌법에 위배되지 않는다는 결론에 이른 판례들도 있다.²⁷⁾

헌법재판소가 위헌심사기준으로 적용하는 바의 과잉금지원칙의 각 요소는 모두

법률심판의 입법적 기능을 인정하고 존중하더라도 당위적 필요성을 갖지 않는다. 법률의 합헌성 추정의 대원칙 하에서도 입증책임의 전환 내지 보다 엄격한 위헌심사기준의 적용을 논리적으로 정당화할 수 있으며, 이 점에서 Kovacs v. Cooper 판결의 별개의견에서의 프랑크퍼터 대법관의 논지에서와 같이 다만 합헌성 추정의 범위 내지 정도가 축소된다고 이해할 수 있다. 이 점은 표현의 자유를 제한하는 법률에 대한 위헌성 심사에서 표현의 자유의 헌법적 중요성을 충실히 반영하면서도 관련 모든 법익 간의 균형 있고 조화로운 실현을 추구하는 관점에서 위헌법률심사의 기준을 정립해 가는 우리나라의 헌법재판소의 노력에 많은 시사점을 준다.

24) 헌재 1989.3.17. 선고, 88헌마1, **헌재판례집**, 제1권 9면 이하(21면) 이후 이는 헌법재판소의 확립된 입장이다.

25) *Ibid.*

26) 헌재 2005.11.24. 선고, 2004헌가17, **헌재판례집**, 제17권2집 316면 이하 등이 이러한 예이다.

27) 헌재 1994.7.29. 선고, 93헌가4, **헌재판례집**, 제6권2집 15면 이하 등이 이러한 예이다.

‘정도’의 문제에 대한 판단을 내포하고 있으며, 이에 비교형량이 위헌심사기준에서 핵심적 기능을 함을 알 수 있다. 이를 보다 구체적으로 보면, 기본권을 제한하는 입법의 목적이 정당한지의 판단에서는 법률의 합헌성 추정 개념이 내포하는 대의 민주주의의 국회입법의 원칙 하 입법부 존중적 입장에서 어떠한 입법목적이 정당한지를 판단하게 되고, 이때에 정도의 문제에 대한 판단이 있게 된다. 수단의 적합성도 정당한 입법 목적을 달성할 수 있는 적합성을 가진 여러 대체적 수단 중 하나이면 된다는 의미라면 입법부 존중적인 법률의 합헌성 추정 개념에 가장 부합하는 정의일 것이다. 이러한 수단의 적합성 판단에서는 그 적합성 범위의 결정이 곧 정도의 문제에 대한 판단이며 위헌심사의 주체인 헌법재판소의 재량의 개입 여지가 큰 요소이다. 우리 헌법재판소는 “수단의 적정성”, “수단의 적절성”, “수단의 상당성” 등 다양한 다른 표현을 사용하기도 해 왔는데, 이는 수단의 적합성 개념이 범위와 정도에 대한 판단임을 보여주는 동시에 우리 헌법재판소가 명시적으로 체계화하지는 않았으나 이 점에서 심사강도의 조정에 대한 인식을 갖고 있음을 보여준다. 피해의 최소성 역시 위헌성 판단의 주체인 헌법재판소의 재량이 개입될 여지가 있는 개념이다. 특히 법익의 균형성은 개별 기본권간의 헌법적 보장 필요성 관점에서의 정도의 차이를 비교형량시 가중치 부여의 여부와 정도의 각 차원에서 내포하는 개념이다.

나아가 법률의 위헌성 심사에 필수적인 바의 헌법과 법률의 조문에 대한 해석을 함에 있어 일종의 객관적 기준 내지 공동체의 합의된 내지 통용적인 기준을 적용하고자 하거나 또는 공익의 개념에 비추어 판단하고자 한다면, 이 점에서도 판단 주체의 ‘정도’에 대한 판단 내지 비교형량적 판단이 개입하게 된다. 이는 판단 주체의 역할 특히 재량의 행사에 의한 역할의 수행에 대한 신뢰를 전제로 한다. 이에 우리나라의 기본권 보장 기제에서 위헌법률심판의 역할과 위상이 커지고 이러한 기능을 담당하는 헌법재판소의 역량에 대한 신뢰가 커질수록 헌법재판소에 의한 법률의 위헌성 심사기준이 보다 체계적이고 정교하게 정립되어야 한다. 우리 헌법재판소는 위헌심사기준의 심사강도의 차등화 가능성을 포함하여 보다 체계적이고 정교한 위헌심사기준의 정립을 위해 지속적으로 노력해 왔다. 헌법 제37조 제2항이 모든 기본권에 적용되는 또는 모든 기본권 제한 입법에 적용되는 규정이며 헌법재판소가 과잉금지원칙이 헌법 제37조 제2항에서 도출된 공통된 위헌심사기준이라고 일관되게 판시하고 있는 점에서 우선 헌법재판소는 개별 사안에서 과잉금지원칙의 각 요소별 검토와 판단을 보다 구체적이고 명시적으로 하여야 할 것이다.

헌법재판소는 법률에 의해 제한되는 기본권의 종류나 기본권 제한의 구체적 태양에 관계없이 기본권을 제한하는 법률에 대한 위헌심사기준으로서 헌법 제37조 제2항에서 도출되는 바의 과잉금지원칙이 일반적으로 적용된다고 판시해 옴과 동시에, 다른 한편으로는 기본권의 종류나 기본권 제한의 태양에 따라 과잉금지원칙을 적용하는 방식을 세분화하여 심사기준을 달리할 수 있음을 일련의 판례를 통해 설시해 왔다. 특히 평등원칙 위반 여부를 심사하는 경우나 직업의 자유에 대한 제한이 문제되는 경우 헌법재판소는 “엄격한 심사”와 “완화된 심사”의 표현을 사용하면서 명시적으로 위헌심사기준의 강도를 차별화할 수 있다고 판시해 왔다. 그러나 이러한 입장이 위헌심사기준의 심사강도에 대한 체계적 논리의 정립에 이르지 못하고 있는 것으로 보인다. 이 점은 헌법재판소가 헌법적 보장의 중요성을 일련의 판례를 통해 강조해 온 표현의 자유의 영역에서도 잘 나타난다. 이하에서는 우리 헌법재판소의 판례에 나타난 바의 비교형량에서의 표현의 자유의 우월성 개념, 표현의 내용에 따른 표현의 자유 규제와 표현방법의 규제의 구별 논리 등을 검토하여, 표현의 자유 법리에서 헌법재판소의 위헌심사기준의 심사강도 차등화의 정립 여부와 정도를 분석하고, 나아가 헌법재판소의 표현의 자유 영역에서의 위헌심사기준의 보다 정교한 정립에 대해 일응의 제안을 하고자 한다.

(2) 심사강도

(가) 위헌심사에서의 비교형량에서 표현의 자유의 우월성 개념

헌법재판소는 표현의 자유가 민주주의 체계에서 갖는 중요성을 일관되게 강조해 왔다. 즉, 표현의 자유는 “개인이 인간으로서의 존엄과 가치를 유지하고 행복을 추구하며 국민주권을 행사하는데 필수불가결한 것으로 오늘날 민주국가에서 국민이 갖는 가장 중요한 기본권의 하나”라고 하고, “법치국가의 기본권이론에 따를 때 원칙적으로 국민의 기본권은 최대한 보장되어야 하고, 국가의 제한은 최소한으로 억제되어야 한다. 특히 언론·출판의 자유 영역에 있어서는 국가의 개입이 더욱 제한적으로 이루어져야 할 몇 가지 특수상황이 존재한다”고 한다.²⁸⁾ 1991년의 판례 등에서는 명시적으로 표현의 자유의 “우월적인 지위”라는 표현을 사용하여, “언론의

²⁸⁾ 헌재 2009.5.28. 선고, 2006헌바109 등, **헌재판례집**, 제21권1집(하) 545면 이하(563면); 헌재 2002.4.25. 선고, 2001헌가27, **헌재판례집**, 제14권1집 225면 이하(265면); 헌재 1998.4.30. 선고, 95헌가16, **헌재판례집**, 제10권1집 327면 이하(338면); 헌재 1992.11.12. 선고, 89헌마88, **헌재판례집**, 제4권 739면 이하(75면); 헌재 1992.2.25. 선고, 89헌가 104, **헌재판례집**, 제4권 64면 이하(93면) 등.

자유는 바로 민주국가의 존립과 발전을 위한 기초가 되기 때문에 특히 우월적인 지위를 지니고 있는 것이 현대 헌법의 특징이다”라고 판시한 바도 있다.²⁹⁾ 표현의 자유의 ‘우월적 지위’라는 표현은 이후의 헌법재판소의 판례에 빈번하게 등장하지는 않았으나, 적어도 위의 일련의 판례를 통해 헌법재판소가 표현의 자유의 헌법적 기본권으로서의 중요성을 인식하고 있으며³⁰⁾ 표현의 자유를 제한하는 입법의 위헌성 여부는 다른 기본권에 대한 제한의 경우보다 더욱 엄격하게 심사한다고 추론할 수 있다.

표현의 자유의 헌법상의 기본권으로서의 중요성 내지 ‘우월적 지위’에 비추어 그 제한은 “더욱 제한적으로” 이루어져야 한다면 위헌심사기준의 관점에서 표현의 자유를 제한하는 법률의 합헌성 추정의 범위나 정도가 축소되어야 하고 심사기준을 더욱 엄격하게 적용하거나 심사기준의 심사강도를 강화하여야 한다는 논리 전개가 가능하고 설득력을 갖는다. 이러한 위헌심사기준의 강화는 아직까지는 헌법재판소의 위와 같은 추상적 내지 일반적 명언에 그치고, 논리적 체계화를 통한 심사기준의 심사강도 면에서의 차등화가 이루어졌거나 달리 이를 반영한 심사기준이 정립되었다고 보기는 어렵다. 헌법재판소가 표현의 자유를 제한하는 법률의 위헌성 심사에 있어 다른 기본권의 영역에서의 일반적인 과잉금지원칙의 적용에서와 다른 별개의 심사척도를 사용하는 것은 아니며, 과잉금지원칙의 심사강도에 대해 강화 내지 엄격화라는 취지로 구체적인 논리를 전개하고 있지는 않다. 평등원칙이나 직업의 자유 관련해서 헌법재판소가 “엄격한 심사”, “완화된 비례원칙” 등 심사강도의 차등화 개념이 전제된 표현을 명시적으로 사용하고 있는 것과 비교하면, 표현의 자유 법리에서는 표현의 자유의 헌법적 기본권으로서의 특별한 중요성을 일관되게 강조하면서도 위헌심사기준의 심사강도의 강화 가능성에 대해서는 이러한 취지의 논리를 전개하여 위헌심사기준의 심사강도의 강화를 통한 차등화 정립 시도를 명시적으로는 하고 있지 않다.

보다 구체적인 예로서 제한된 자격을 가진 사람 이외에는 선거운동을 하는 것을

29) 헌재 1991.9.16. 선고, 89헌마165, **헌재판례집**, 제3권 518면 이하(524면, 526-527면).

30) 관점의 균형을 위해, 이 점에 대해 정중섭 교수는 “언론·출판의 자유는 자유로운 인격 발현의 수단이고 합리적이고 건설적인 의사형성 및 진리발견의 수단이며 민주주의 국가의 존립과 발전에 필수불가결한 기본권으로서 중요성을 가지나, 이런 점을 이유로 다른 기본권에 비하여 항상 우월적 지위에 있는 것은 아니고 다른 기본권과 충돌이 발생하는 경우에는 기본권 충돌의 문제로 돌아간다”고 하는 점을 밝힌다. 정중섭, **헌법학원론** (제6판) (박영사, 2011), 582-583면.

금지한 구 대통령선거법 조항의 위헌 여부를 심사하면서, “선거운동의 자유는 널리 선거과정에서 자유로이 의사를 표현할 자유의 일환이므로 표현의 자유의 한 태양이기도 하다. … 또한 우리 헌법은 참정권의 내용으로서 모든 국민에게 법률이 정하는 바에 따라 선거권을 부여하고 있는데, 선거권이 제대로 행사되기 위하여는 후보자에 대한 정보의 자유 교환이 필연적으로 요청된다 할 것이므로, … 선거운동의 제한은 선거권, 곧 참정권의 제한으로도 귀결된다”는 전제하에,³¹⁾ “선거운동은 국민주권 행사의 일환일 뿐 아니라 정치적 표현의 자유의 한 형태로서 민주사회를 구성하고 움직이게 하는 요소이므로 그 제한입법에 있어서도 엄격한 심사기준이 적용된다”고 하였다.³²⁾ 표현의 자유 중에서도 정치적 의사표현의 자유를 제한하는 법률에 대해서는 민주주의 정치체제에서의 표현의 자유의 중요성에 비추어 헌법재판소가 강화된 심사를 하는 취지로 추론할 수 있다. 그러나 헌법재판소가 “엄격한 심사기준”이라는 명시적인 표현을 사용하였음에도 불구하고, 이 사안에서 헌법재판소가 과잉금지원칙의 네 요소를 개별적으로 검토하지 않았으며, 특정의 세부 요소에 대해 어떠한 근거와 어떠한 척도 및 기준으로 강화된 내지 보다 엄격한 심사를 하였는지에 대한 논리전개 내지 논증을 한 것은 아니다. 오히려 “제한의 입법목적, 제한의 내용, 우리나라에서의 선거의 태양, 현실적 필요성 등을 고려할 때 필요하고도 합리적인 제한이며, 선거운동의 자유를 형해화할 정도로 과도하게 제한하는 것으로 볼 수 없다 할 것이므로 헌법에 위반되지 아니한다”라고 하여, 법률의 합헌성 추정 개념에 가장 부합하는 입법부 존중적인 상대적으로 낮은 원칙적 기준에 의해 심사한 것과 같은 논리를 실시하였다.

이에 대해서는 헌법재판소가 구체적 사안에서 위헌심사기준으로서 과잉금지원칙을 적용함에 있어 심사대상이 표현의 자유를 제한하는 법률일 때에는 과잉금지원칙의 각각의 요소를 보다 엄격하게 검토하고 심사하는 방식으로 표현의 자유의 특수성을 반영하여 심사강도를 높인 것과 같은 효과를 갖게 된다고 할 수도 있다. 그러나 헌법 논리의 차원에서 표현의 자유의 기본권으로서의 헌법적 중요성에 비추어 이를 제한하는 법률의 합헌성 추정의 범위와 정도를 축소시키고 위헌심사에서의 비교형량에서 표현의 자유에 가중치를 두는 효과가 있는 바의 위헌심사기준의 심사강도의 강화를 체계적으로 논증하여 헌법적 논리를 정립해 가는 시도가 이제까지는 보이지 않았고, 향후 이러한 노력이 표현의 자유의 법리 정립에 있어 생산

31) 헌재 1994.7.29. 선고, 93헌가4, **헌재판례집**, 제6권2집 15면 이하(28면).

32) 헌재 1994.7.29. 선고, 93헌가4, **헌재판례집**, 제6권2집 15면 이하(29면).

적일 것으로 보인다.

(나) 이른바 명백·현존하는 위협의 법칙이 우리나라 표현의 자유 법리에서 갖는 함의 표현의 자유 법리에서 표현의 자유를 제한하는 입법의 위헌성을 심사하는 기준으로서 논의되는 이른바 명백·현존하는 위협의 법칙(clear and present danger test)은 미국의 연방대법원이 제시한 법리이다. 미국의 표현의 자유 법리에서 명백·현존하는 위협의 법칙은, 표현의 자유의 헌법적 중요성에 비추어 표현의 자유에 기본권으로서의 우월적 지위를 부여하고 이에 표현의 자유는 표현과 해악 발생 간의 명확한 인과관계의 존재를 의미하는 ‘명백성’과 당해 입법에 의해 표현을 제한하지 않으면 해악의 발생을 방지할 수 없을 정도로 시간적으로 급박한 위협 발생의 개연성을 의미하는 ‘현존성’이 입증되지 않는 한 제한 입법의 합헌성 추정이 깨어지고 위헌으로 무효라는 법리이다.³³⁾

우리 헌법학에서 표현의 자유의 법리를 설명하고 논함에 있어 명백·현존하는 위협의 법칙의 내용과 의의를 지속적으로 논해 오고 있으나,³⁴⁾ 우리 헌법재판소가 명백·현존하는 위협의 원칙을 별도의 심사척도로서 명시적으로 사용한 바는 없다. 그러나 명백·현존하는 위협의 원칙의 근간이 되는 관점을 수용한 것과 같은 입장을 보인 판례는 존재하며, 그 대표적인 예가 구 국가보안법상의 반국가단체 찬양·고무죄 규정에 대한 한정합헌결정이다. 헌법재판소는 이 결정에서 “국가보안법 제7조 제1항 소정의 찬양, 고무, 동조 그리고 이롭게 하는 행위 모두가 곧바로 국가의 존립·안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 위험이 있는 것은 아니기 때문에 그 행위 일체를 어의대로 해석하여 모두 처벌한다면 합헌적인 행위까지도 처벌하게 되어 위헌이 된다. … 그렇다면 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 무해한 행위는 처벌에서 배제하고 이에 실질적 해악을 미칠 명백한 위험성이 있는 경우로 처벌을 축소 제한하는 것이 헌법 … 에 합치되는 해석일 것이다. 이러한 제한적 해석은 표현의 자유의 우월적 지위에 비추어 당연한 요청이

33) 상세한 설명과 분석은 Erwin Chemerinsky, *CONSTITUTIONAL LAW* (3d edition) (Aspen Publishers, 2006), 989-992면; Kathleen M. Sullivan, *CONSTITUTIONAL LAW* (17th edition) (Foundation Press, 2010), 601-637면; 임지봉, “명백·현존하는 위협의 원칙과 표현의 자유”, *공법연구*, 제34집 제4호 제1권(한국공법학회, 2006), 165면 이하 등 참조. 미연방대법원은 법률에 의한 제한 대상인 표현이 불법적 행위에 대한 급박한 선동일 것과 그러한 행위가 초래될 개연성이 있을 것을 두 요소로 하는 이른바 Brandenburg test를 명백·현존하는 위협의 법칙 적용의 구체적 기준으로 사용하고 있다.

34) 성낙인, *헌법학* (제11판) (법문사, 2011), 540-541면 등 참조.

다. 여기에 해당하는가 여부는 제7조 제1항 소정의 행위와 위협과의 근접 정도도 기준이 되겠지만, 특히 해악이 크냐 작으냐의 정도에 따라 결정하는 것이 합당할 것이다”라고 판시하여,³⁵⁾ 명백·현존하는 위협의 법칙을 엄두에 둔 것과 같은 표현을 사용하였다.

이 판례에서 헌법재판소는 표현의 자유의 “우월적 지위”에 비추어 위협의 명백성 내지 중대성은 강조하였으나 위협의 현존성 내지 급박성을 판단의 요소 내지 기준으로 강조했다고 보기는 어렵다. 그러나 이 결정의 반대의견에서 변정수재판관은 “의사표현행위를 처벌하기 위해서는 장래에 있어 국가나 사회에 단지 해로운 결과를 가져올 수 있는 성향을 띠었다는 것만으로는 부족하고 법률에 의해 금지된 해악을 초래할 명백하고도 현실적인 위협성이 입증된 경우에 한정되어야 한다”고 하여,³⁶⁾ 위협의 중대성과 현존성을 모두 강조하면서 위헌심사의 심사강도를 높이는 보다 정교한 논리를 전개한 바 있다. 또한 각급법원의 경계지점으로부터 100미터 이내의 장소에서 옥외집회나 시위를 금지한 집회 및 시위에 관한 법률 조항의 위헌 여부를 판단한 사안에서³⁷⁾ 조대현 재판관이 “법원의 업무에 현실적으로 지장을 주는 행위에 대해서는 공무집행방해죄 등 다른 법률에 의하여 제한할 수 있기 때문에, 법원의 업무에 지장을 줄 우려가 있다는 사유만 가지고 구체적인 업무방해가 발생하기도 전에 법원 부근의 옥외집회나 시위를 원천적으로 금지할 수 없다”고 판시한 것도³⁸⁾ 행위와 위협의 근접의 정도를 중시한 입장이다.

우리 헌법재판소가 명백·현존하는 위협의 법칙을 표현의 자유 제한 입법에 대한 위헌심사에서 원론적 형태대로 적용한 적은 없다. 또한 이를 독자적인 심사척도로 수용하는 것은 오히려 과잉금지원칙과 규율의 영역이 중복되어 체계정합성 면에서 바람직하지 않을 수 있다. 그렇지만 가령 과잉금지원칙의 세부 요소 중 특히 ‘법익의 균형성’을 판단하는 하위 기준으로 명백·현존하는 위협의 법칙의 헌법적 함의를 활용하여 우리나라의 위헌심사기준 체계에 조화롭게 반영되게 할 여지는 있을 것이다. 위헌법률심사에서 필수불가결한 비교형량을 우리 헌법재판소의 위헌심사기준인 과잉금지원칙 하에서 하도록 하는 세부 요소인 법익의 균형성은 심사대상인 법률의 위헌 여부를 결정적으로 좌우하는 요소 내지 요건임과 동시에 판단 주체의

35) 헌재 1990.4.2. 선고, 89헌가113, **헌재판례집**, 제2권 49면 이하(61-62면).

36) 헌재 1990.4.2. 선고, 89헌가113, **헌재판례집**, 제2권 49면 이하(66면).

37) 헌재 2009.12.29. 선고, 2006헌바13, **헌재판례집**, 제21권2집(하) 729면 이하.

38) 헌재 2009.12.29. 선고, 2006헌바13, **헌재판례집**, 제21권2집(하) 729면 이하(741면).

가치관에 기초한 재량적 판단의 여지가 대단히 큰 요소 내지 요건이다. 우리 기본권 보장 체계에서 표현의 자유의 중요성에 비추어 일응의 우월적 지위 내지 특별한 취급을 정당화할 수 있다면 심사기준을 강화하는 방식으로 과잉금지원칙의 세부 요소로서의 법익의 균형성을 판단할 때 그 판단의 하위 기준으로 명백·현존하는 위협의 법칙의 취지를 활용할 수 있겠다. 명백·현존하는 위협의 법칙 관련 내지 주변 논의의 함의는 우리 헌법재판소가 표현의 자유의 입헌대의 민주주의 상의 중요성에 비추어 우월적 지위를 인식하고 있음을 추론할 수 있어 위헌심사기준의 심사강도의 강화 논리의 체계적 논리 전개 내지 정교화·정립의 준비가 되어 있다고 볼 수 있다는 점이다.

표현의 자유의 기본권으로서의 헌법적 중요성에 비추어 그 보장 범위를 확대하고 내용을 심화할 필요가 있다고 판단하더라도 법률의 합헌성 추정에 충실한 일반 원칙인 상대적으로 낮은 심사기준과 이로부터 강화된 상대적으로 엄격한 심사기준이 기본권 영역별로 도식적으로 정립되어야 하는 것은 아니다. 이러한 방식은 오히려 심사기준의 경직을 초래할 우려가 있다.³⁹⁾ 다만 기본권 보장의 확대와 내실화를 위해 법률의 합헌성 추정의 한도 내에서 위헌심사 기준을 강화하는 것이 논리체계적으로 가능하고 바람직하다는 관점에서라면 그 논리의 전개가 체계적이고 설득력 있어야 한다는 것이다. 특히 위헌법률심판의 입법적 기능이 현행 우리나라 헌법하의 대의민주주의 체계를 통한 기본권 보장 관점에서의 헌법의 실현과 구체화에 있어 담당하는 역할을 존중한다면 위헌법률심판에서 구체적 사안에 보다 충실한 비교형량을 헌법재판소로 하여금 담당하도록 할 수 있고, 그 과정에서 과잉금지원칙의 각 요소를 구체적 사안에 충실하도록 각각 보다 엄격하게 심사하면 논리체계성과 유연성을 모두 갖출 수 있다. 명백·현존하는 위협의 법칙의 경우 이러한 법칙이 표현의 자유의 기본권으로서의 개념적인 우월적 지위를 위헌법률심사에서 심사기준의 차원에서 현실화하는 기능을 하는 점에서 그 기능적 취지를 앞서 제시한 과잉금지원칙의 세부 요소 중 법익의 균형성 판단의 하위 기준으로 활용하는 등 우리나라의 위헌심사기준의 운용에 체계적으로 수용 내지 반영할 여지는 상당하다. 중요한 것은 법률의 합헌성 추정과 위헌법률심판의 입법적 기능과 위헌심사기준의 심사강도 강화 간의 헌법논리적 상관성을 충실하게 유지하는 것이 필요하다는 점이다.

39) 이 점에 대해서는 위 각주14) 및 해당 본문 참조.

(다) 위헌법률심사기준의 심사의 강도에 차등을 두는 문제

헌법재판소는 헌법상 표현의 자유가 보호하고자 하는 핵심적인 것은 “표현행위가 어떠한 내용을 대상으로 한 것이든 보호를 받아야 한다”는 것이며, “국가가 표현행위를 그 내용에 따라 차별함으로써 특정한 견해나 입장을 선호하거나 억압해서는 안 된다”는 것이라고 한다.⁴⁰⁾ 헌법재판소는 이에 비해 표현의 방법에 대한 규제 내지 제한에 대해서는 많은 경우 관련된 다른 법익과 표현의 자유간의 비교형량에서 다른 법익의 보호 필요성이 더 크므로 표현의 방법에 대한 규제 내지 제한에 대해 위헌이 아니라고 판시해 왔다. 교통수단을 이용하여 타인의 광고를 할 수 없도록 한 옥외광고물등관리법 시행령 규정의 위헌확인 사안,⁴¹⁾ 주요 공공건물로부터 일정 거리 이내에서 옥외집회를 할 수 없도록 했던 집회 및 시위에 관한 법률 규정에 대한 위헌심사⁴²⁾ 등이 이러한 예이다.

이 점은 표현의 자유 범리의 구성에서 건설적인 상호비판적 병존관계에 있는 범주구별식(categorization) 접근법과 비교형량 방식(balancing on sliding scale)의 접근법에 무관하게 표현의 자유 제한 입법에서 표현의 내용에 따른 제한인지 표현방법에 대한 제한인지에 따라 위헌심사기준의 강도를 차등화할 수 있는지의 문제를 제시한다. 즉, 범주구별식 접근법에 의하면 헌법상 기본권으로 온전하게 보호되는 표현의 개념정의에 해당하는 표현에 대해서는 강화된 내지 엄격한 심사기준이 적용되는데 이러한 표현에 대한 제한 입법 중에서 관점이나 주제 등 내용적 규제는 특히 엄격한 기준으로 그리고 표현방법에 대한 규제는 원칙적 기준보다는 강화되었으나 내용 규제에 대해 적용되는 심사기준에 비하면 다소 낮은 강도의 기준으로 심사할 수 있다는 범리의 구성을 가능하게 한다. 비교형량 방식의 접근법을 따르더라도 표현을 내용에 따라 제한하는 입법에 대해서는 표현방법을 제한하는 입법에 대해서보다 더 엄격한 기준을 적용하여 심사한다는 범리의 구성이 가능하다.

근래 우리 헌법재판소가 판단한 바 공익을 해할 목적으로 전기통신설비에 의하여 공연히 허위의 통신을 한 자를 형사 처벌하는 전기통신기본법 제47조 제1항에 대한 위헌심사에서 재판관 2인의 반대이견에서는 과잉금지원칙을 적용하면서 “허위사실이라고 하여 반드시 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하는

40) 헌재 2002.12.18. 선고, 2000헌마764, **헌재판례집**, 제14권2집, 856면 이하(869면).

41) 헌재 2002.12.18. 선고, 2000헌마764, **헌재판례집**, 제14권2집 856면 이하.

42) 헌재 2005.11.24. 선고, 2004헌가17, **헌재판례집**, 제17권2집 360면 이하; 헌재 2003.10.30. 선고, 2000헌마67, **헌재판례집**, 제15권2집(하) 41면 이하 참조.

것이 아니므로 허위사실의 표현도 표현의 자유의 보호영역에서 배제되는 것은 아니지만, 이는 원론적으로 사상이나 지식에 관한 정치적·시민적 표현행위라고 볼 수 없으므로 민주주의 발전이나 인격발현에 미치는 효과가 중대하다고 하기 어려운 반면 타인의 명예나 공공질서를 해칠 가능성이 높으므로, 허위사실의 표현에 대한 규제를 심사함에 있어서는 엄격한 비례의 원칙을 적용하는 것보다는 ‘피해의 최소성’ 원칙에서 ‘입법목적의 달성하기 위하여 필요한 범위 내의 것인지’를 심사하는 정도로 완화되는 것이 상당하다”고 하였다.⁴³⁾ 이는 범주구별방식과 비교형량 방식에 반드시 구애받지 않으면서 구체적 사실관계에 충실하도록 특정 표현에 대해 보호의 필요성을 감안하여 구체적 타당성을 도모함과 동시에 심사의 강도를 조정할 수 있다는 위헌심사기준의 심사강도의 차등화 논리로 분석할 수 있다.

다른 한편 헌법재판소는 상업적 광고에 대해 광고물은 사상·지식·정보 등을 불특정 다수인에게 전파하는 것으로서 헌법 제21조의 표현의 자유에 의한 보호를 받는 대상이 된다고 하면서,⁴⁴⁾ 상업광고를 제한하는 법률은 헌법 제15조의 직업수행의 자유 내지 영업의 자유를 제한하는 동시에 표현의 자유를 제한하는 것이라고 한다.⁴⁵⁾ 그러나 헌법재판소는 상업광고는 표현의 자유의 보호영역에 속하더라도 사상이나 지식에 관한 정치적, 시민적 표현행위와는 차이가 있고 직업수행의 자유의 보호영역에 속하더라도 인격발현과 개성신장에 미치는 효과가 중대한 것이 아니므로, 상업광고를 규제하는 입법에 대한 위헌심사에서는 과잉금지원칙을 적용함에 있어 ‘피해의 최소성’은 일응 정당한 목적을 달성할 수 있는 수단 중 실제 채택된 수단보다 덜 제약적인 수단이 존재하는지 또는 채택된 수단이 정당한 입법목적의 달성하기 위해 필요한 최소한의 제한인지를 심사하기보다는 “입법목적의 달성하기 위하여 필요한 범위 내의 것인지”를 심사하는 정도로 판단한다고 한다.⁴⁶⁾

헌법재판소의 위와 같은 판례들로부터 헌법재판소가 과잉금지원칙에 의한 위헌심사에 있어서 세부 요소 내지 요건 특히 ‘피해의 최소성’의 판단에 있어 요구되는 정도의 차이를 일응 인정함을 추론할 수 있다. 나아가 표현의 자유에 대해서는

43) 헌재 2010.12.28. 선고, 2008헌바157 등, **헌재판례집**, 제22권2집(하) 684면 이하(704-705면) (재판관 이동흡, 재판관 목영준의 반대의견).

44) 헌재 2002.12.18. 선고, 2000헌마764, **헌재판례집**, 제14권2집 856면 이하(867-868면); 헌재 1998.2.27. 선고, 96헌바2, **헌재판례집**, 제10권1집 118면 이하(124-125면) 등.

45) 헌재 2000.3.30. 선고, 99헌마143, **헌재판례집**, 제12권1집 404면 이하(414-415면).

46) 헌재 2008.5.29. 선고, 2007헌마248, **헌재판례집**, 제20권1집(하) 287면 이하(296면); 헌재 2005.10.27. 선고, 2003헌가3, **헌재판례집**, 제17권2집 189면 이하.

이 점에서 제한 입법이 채택한 수단이 입법목적을 달성하기 위해 필요한 최소한의 제한이며 가장 덜 기본권침해적인 수단인지를 판단하여 실질적으로 강화된 심사기준 하에서 위헌심사가 이루어짐을 추론할 수 있다. 다만 특정 기본권에 대해 심사기준을 강화한다고 하더라도 사안의 구체적 사실관계에 충실한 심리에 기초하여 위헌심사가 이루어져야 한다. 우리 헌법재판소가 특정 의료기관이나 특정 의료인의 기능·진료방법에 관한 광고를 금지한 구 의료법 제46조 제3항 및 그 위반시 300만원 이하의 벌금에 처하도록 한 동법 제69조가 표현의 자유 내지 직업수행의 자유를 침해하는지 여부를 판단한 사건에서 ‘피해의 최소화’ 면에서 강화되지 않은 ‘입법 목적을 달성하기 위하여 필요한 범위 내의 것인지’를 기준으로 하였으면서도 입법 목적을 달성하기 위한 필요한 범위를 넘은 것이고 나아가 법익의 균형성 원칙에도 위배된다고 판시한 것은⁴⁷⁾ 위헌심사기준의 강화 내지 심사강도의 차등화를 수용 하더라도 경직되지 않게 운용할 수 있어야 한다는 관점에서 고무적이다.

IV. 맺음말

우리 헌법재판소는 표현의 자유 범리에 있어 일응의 범주구별식 접근법을 적용하여 음란한 표현은 사상의 경쟁 메커니즘 특히 자유시장에서 규제에 의한 공급감소 원리에 의해서도 그 해악이 해소되기 어려워 표현의 자유의 헌법상의 기본권으로서의 보호영역의 밖에 있다고 판시하였다가,⁴⁸⁾ 근래 그 태도를 변경하여 “음란의 내용 자체는 헌법상 표현의 자유의 보호에 관한 법리와 관련하여 그 내포와 외연을 파악하여야 할 것이고, 이와 무관하게 음란 여부를 먼저 판단한 다음 음란으로 판단되는 표현은 표현의 자유의 [헌법상의 기본권으로서의] 보호영역에서 처음부터 배제시키는 것은 그와 관련한 합헌성 심사를 포기하는 결과가 된다”고 하여, 범주구별식 접근법에 상대되는 비교형량의 접근법을 적용하는 취지로 판시하였다.⁴⁹⁾ 이는 법률의 합헌성 추정 개념하의 원칙적인 위헌심사기준이 우리나라의 입헌대의 민주주의와 국회입법의 원칙 하에서 입법부 존중적인 입장에서 상대적으로 낮게 설정되어 있고, 다만 위헌법률심판의 대의민주주의 하 기본권 보장 역할을 신뢰하여

47) 헌재 2005.10.27. 선고, 2003헌가3, **헌재판례집**, 제17권2집 189면 이하(199-201면).

48) 헌재 1998.4.30. 선고, 95헌가16, **헌재판례집**, 제10권1집 327면 이하(340-341면).

49) 헌재 2009.5.28. 선고, 2006헌바109 등, **헌재판례집**, 제21권1집(하) 545면 이하(560면).

위헌법률심사에서의 헌법재판소에 의한 비교형량에 헌법재판소를 신뢰하고 재량을 주는 차원에서 일응의 객관적 기준을 도입함을 인정하고 대의민주주의 의사결정과정 자체 자체의 흠결 등이나 소수자 보호 내지 특정 기본권의 입헌대의민주주의에서의 중요성 등으로 인한 가중치 등으로 인한 특정 요건 하에서 법률의 합헌성 추정의 범위를 상대적으로 좁히며 심사기준의 강도를 높여 ‘상대적으로 강화된 내지 엄격한’ 심사기준 하에서 심사한다는 ‘엄격한 심사기준’의 전체 구도를 명확히 이해하여 이를 전제로 한 것은 아니라고 보인다.

표현의 자유 영역에서 표현의 자유를 제한하는 법률에 대한 위헌심사에서도 다른 기본권 영역에서와 마찬가지로 헌법상의 기본권으로 보장되는 표현을 정의하고 이후 제한의 목적과 제한에 채택된 수단 간의 관계를 심사하게 됨에 있어, 표현의 자유 영역에서의 범주구별식 접근법과 비교형량 방식 접근법은 발전적 경쟁 및 상호보완 관계를 이루며 병존해 왔다. 우리 헌법재판소의 표현의 자유 관련 판례는 범주구별식 접근법에서 헌법재판소의 재량을 보다 더 인정 내지 존중하는 비교형량식 접근법으로의 변경을 보이며, 이에는 장단점이 있다. 그러나 우리 헌법재판소의 입장이 만일 표현의 자유의 법리 구성에 있어 접근법의 차이가 그 자체로서 심사기준의 강도를 달리한다고 인식하는 것이라면 이를 경계하여야 할 것이다. 범주구별식 접근법을 적용하는 경우에 특정 표현이 헌법상의 기본권으로서의 온전한 보호의 영역에서 배제된다고 하더라도 이러한 표현에 대한 보호의 정도가 다만 상대적으로 약화될 여지가 있을 뿐 원칙적인 법률의 위헌성 심사의 기준, 즉 ‘강화되지는 않은’ 바의 ‘법률의 합헌성 추정에 충실한 원래의 강도의 심사기준’에 의해 심사되기 때문이다. 법률의 합헌성 추정 개념을 명확히 설정한 후, 합헌성 추정의 정도 내지 범위와 심사기준의 강도 그리고 기본권 보장 범위간의 상관관계를 논증을 통해 보이고, 입증책임 및 필요한 경우 입증책임 전환 논의를 더하는 것도 생산적일 것이다.

헌법을 정점으로 하는 법체계가 궁극적으로 추구하는 것은 인간으로서의 존엄과 가치를 포함한 기본권의 최대한 보장이다. 헌법은 ‘민주적 정당성에 근거하여 합헌성이 추정되는 바의 법률’의 상위법이라는 의미에서 한 국가의 최고법이다. 한편 헌법의 규정은 법률에 의해 구체화되고 현실화되며, 이러한 과정에서 법률은 기본권의 내용과 보장 범위를 규정하며 헌법을 실현한다. 법률은 민주적 정당성에 근거하여 그 합헌성을 추정 받으나, 우리나라의 위헌법률심판제도 하에서 법률의 위헌성 심사를 통해 위헌으로 판단되면 합헌성 추정이 깨어지고 법률로서의 효력을 상실한다. 즉, 헌법이 보장하는 기본권의 내용과 범위가 법률을 통해 외연이 정해

지며 실현되고, 이에 법률의 위헌성 심사에 적용되는 기준이 기본권의 보장 내용 및 범위와 핵심적으로 관련된다. 이와 같이 법률의 위헌성 심사 기준 특히 그 강도의 문제는 곧 관련 기본권의 내용과 보장 범위와 직결된다. 즉, 헌법이 보장하는 기본권은 궁극적으로 헌법의 해석과 적용의 과정을 포섭하는 헌법의 실현을 통해 그리고 헌법재판의 장(場)에서는 원칙적인 법률의 합헌성 추정 하에 관련 법률의 위헌성을 심사하는 기준의 강도와 척도에 따라 실질적 내용과 범위를 부여받음으로써 보장된다. 이때 재판작용을 통한 법률의 위헌성 판단 과정에서의 헌법의 해석은 관련 법익간의 비교형량을 본질로 하며 이에 입법적 성격과 기능을 가진다. 위헌법률심판에서 위헌심사기준의 문제는 우리 헌법하의 대의민주주의 체계 속에서 기본권 보장 측면의 헌법의 실현의 전체적 구도 속에서 헌법재판소의 위헌법률심판의 역할을 포함한 국회와 헌법재판소의 관계, 민주주의와 입헌주의의 제도를 통한 조화적 실현, 다원주의와 평등 및 소수자 보호와 같은 복잡하고 다양한 헌법적 논점과 요소를 함축하고 있고, 이에 이론적 및 제도적 정립에서 실제 적용에 이르기까지 체계적이고 정교한 연구와 검토가 요구된다.

투고일 2012. 5. 9.	심사완료일 2012. 5. 29.	게재확정일 2012. 6. 1.
-----------------	--------------------	-------------------

참고문헌

- 성낙인, **헌법학** (제11판) (법문사, 2011).
- 정종섭, **헌법학원론** (제6판) (박영사, 2011).
- 헌법재판소(김문현 外 3인), **기본권 영역별 위헌심사의 기준과 방법** (헌법재판소, 2008).
- 임승은, “헌법상 표현의 자유와 검열금지원칙”, 서울대학교 대학원 법학과 석사학위 논문 (서울대학교, 2011).
- 강경근, “한국의 헌법학 - 언론의 자유를 소재로 -”, **헌법학연구**, 제6권 제1호 (한국헌법학회, 2000).
- 강승식, “표현의 자유와 인간 존엄성의 관계”, **법과 정책**, 제15집 제2호 (제주대학교 법과정책연구소, 2009).
- 강승식, “독일 기본법상 표현의 자유 제한에 대한 비판적 고찰”, **중앙법학**, 제7권 제2호 (중앙법학회, 2005).
- 김경호, “‘의견표현’과 ‘사실적시’ 이분법에 따른 대법원의 표현의 자유 보호 법리에 관한 연구”, **언론과학연구**, 제8권 제1호 (한국지역언론학연합회, 2008).
- 김도균, “법적 이익형량의 구조와 정당화 문제”, **법학**, 제48권 제2호 (서울대학교 법학연구소, 2007).
- 김민배, “표현의 자유와 사상의 자유시장 - 홈즈(Mr. Justice Oliver W. Holmes)를 중심으로”, **토지공법연구**, 제33집 (한국토지공법학회, 2005).
- 김정호, “표현의 자유의 현황과 과제”, **인권법평론**, 제5호 (전남대학교 공익인권법센터, 2010).
- 김태수, “표현의 자유와 법익형량 - 인격권침해적 표현을 중심으로”, **공법연구**, 제35집 제4호 (한국공법학회, 2007).
- 김형남, “미국 사법심사제도의 재조명”, **경성법학**, 제12호 (경성대학교 법학연구소, 2003).
- 김형남, “미국 연방대법원의 사법심사 기준”, **미국헌법연구**, 제12호 (미국헌법학회, 2001).
- 김형남, “미국 법원에서의 사법심사절차에 관한 분석”, **공법연구**, 제27집 제3호 (한국공법학회, 1999).

- 김형성, “간행물 심의와 표현의 자유”, **성균관법학**, 제17권 제2호 (성균관대학교 비교법연구소, 2005).
- 문재완, “허위사실의 표현과 표현의 자유: 한국과 미국의 판례 비교를 중심으로”, **공법연구**, 제39집 제3호 (한국공법학회, 2011).
- 문재완, “표현의 자유와 사법권”, **헌법학연구**, 제14권 제4호 (한국헌법학회, 2008).
- 박승호, “의사표현의 자유”, **헌법학연구**, 제3집 (한국헌법학회, 1997).
- 성낙인, “인터넷과 표현의 자유”, **언론과 법**, 제8권 1호 (한국언론법학회, 2009).
- 성선재, “언론의 자유의 사상적 기초”, **헌법학연구**, 제7권 제1호 (한국헌법학회, 2001).
- 이영우, “자유민주주의에 있어서 표현의 자유와 알 권리”, **토지공법연구**, 제29집 (한국토지공법학회, 2005).
- 이우영, “미국의 위헌심사기준으로서의 이중 기준(double standard)”, **법학**, 제50권 제1호 (서울대학교 법학연구소, 2009).
- 이재석, “정치적 표현의 자유 확대방안에 관한 연구: 공직선거법 제90조, 제93조 및 제254조를 중심으로”, **선거연구**, 창간호 (중앙선거관리위원회, 2010).
- 이종근, “표현의 자유와 민사책임: 미연방대법원의 판례를 중심으로 살펴본 이론적 동향”, **헌법논총**, 21집 (헌법재판소, 2010).
- 임지봉, “미국헌법상의 표현의 자유와 사전억제금지의 원칙”, **미국헌법연구**, 제20권 제2호 (미국헌법학회, 2009).
- 임지봉, “명백·현존하는 위협의 원칙과 표현의 자유”, **공법연구**, 제34집 제4호 제1권 (한국공법학회, 2006).
- 전정환, “인터넷 실명제가 표현의 자유를 침해하여 위헌인지 여부”, **원광법학**, 제26권 제3호 (원광대학교 법학연구소, 2010).
- 전종익, “위헌심판의 심사기준”, **서울법학**, 제18권 제1호 (서울시립대학교 법학연구소, 2010).
- 정필운, “사이버공간에서 공익에 근거한 표현의 자유의 제한의 한계: 전기통신기 본법 제47조 제1항 위헌론”, **토지공법연구**, 제49집 (한국토지공법학회, 2010).
- 조재현, “정치적 표현의 자유와 표현내용에 근거한 제한 : 내용 중립적 제한과 내용에 근거한 제한을 중심으로”, **법학연구**, 제19권 4호 (연세대학교 법과대학 법학연구원, 2009).
- 최희경, “정치적 표현에 관한 헌법적 고찰 : 선거운동의 자유를 중심으로”, **법학논집**, 제15권 제1호 (이화여자대학교, 2009).

Erwin Chemerinsky, *CONSTITUTIONAL LAW* (3d edition) (Aspen Publishers, 2006).

Kathleen M. Sullivan, *CONSTITUTIONAL LAW* (17th edition) (Foundation Press, 2010).

Thomas I. Emerson, "Toward A General Theory Of The First Amendment," 72 *Yale Law Journal* 877 (1963).

<Abstract>

Standard of Review over the Constitutionality of the Statute as Applied by the Constitutional Court and the Freedom of Expression Law

Rhee, Woo-young*

This article aims to explain the conceptual relationship between the purview of constitutional protection of a fundamental right and the level of scrutiny as applied in the constitutionality review over the relevant statute in the freedom of expression law, by way of analyzing the constitutional conceptual relevance among the presumption of constitutionality of statute, balancing in constitutionality review, and the level of scrutiny for constitutionality review over statute. As such, this article is a part of effort to fine-tune the constitutionality review standard as adopted and applied by the Constitutional Court, thereby adding constructive yet not rigid precision and structure to the freedom of expression law. In this vein, an analysis on the constitutional protection of freedom of expression in a constitutional representative democracy precedes, which is followed by an assessment of the system of review over the constitutionality of the statute by way of constitutional adjudication conducted by the independent constitutional institution of the Constitutional Court, along with the notion of the level or strictness of scrutiny in such constitutionality review. Then this article moves on to analyze the prohibition of prior restraints, the void-for-vagueness doctrine, and the purpose-means relationship test as the application by the Constitutional Court of Article 37, Section 2, of the Constitution, in the freedom of expression law. Relevant decisions of the Constitutional Court are proffered in analyzing the balancing as conducted by the Constitutional Court in the constitutionality review. This leads to the discussion of the theoretical possibility and the constitutional ramification of recognizing and applying different levels of scrutiny, particularly a

* Associate Professor of Public Law, College of Law/School of Law, Seoul National University.

heightened scrutiny, in constitutionality review over the statute in the area of freedom of expression under the purpose-means relationship test derived from Article 37, Section 2, of the Constitution.

A persuasive inference from the decisions of the Constitutional Court is that the Constitutional Court perceives the possibility of differentiating the levels of scrutiny in the constitutionality review for the purpose of broader constitutional guarantee of a fundamental right by requiring further thus practically heightening the review standard depending on the type of fundamental right at issue or the pattern of restriction of such right in applying the purpose-means relationship test as a whole and particularly in determining under the requirement of least restrictive alternative. This may lead to a further inference that the Constitutional Court, although at a germinal stage, recognizes and intends to incorporate the notion of narrow or narrower tailoring in restricting freedom of expression or of the preferred position of the freedom of expression in balancing thus it practically applies a heightened level of scrutiny when the statutory restriction relates to the fundamental right of freedom of expression. At the same time, the decisions of the Constitutional Court indicate that the Constitutional Court is to maintain flexibility in balancing in constitutionality review and is not to rigidly apply a heightened or practically more exacting scrutiny, if any, in the area of freedom of expression, so that the constitutionality review may focus on the facts of the case.

Keywords: freedom of expression, constitutionality review over statute, standard of review over the constitutionality of statute, different levels of scrutiny of constitutionality review, presumption of constitutionality of statute