

간행물 심의와 표현의 자유

김 형 성*

I. 문제의 제기	2. 간행물 심의제도와 사전검열
II. 간행물 심의제도 현황	IV. 심의제도와 표현의 자유
1. 국내간행물	1. 간행물에 있어서 표현의 자유
2. 외국간행물	2. 표현의 자유와 그 한계
3. 표시·광고	3. 심의기준의 명확성원칙 위반여부
III. 현행 심의제도는 사전검열인가?	4. 심의제도의 과잉금지원칙 위반여부
1. 헌법 제21조 제2항의 검열금지 의 원칙	VI. 맺는 말

I. 문제의 제기

권위주의 시대를 지나 민주적 법치국가를 지향하고 있는 우리 사회는 각자가 가지고 있는 생각이나 사상 등의 표현에 있어서도 커다란 변화의 과정에 있다. 자유와 정의를 기초로 한 구성원들의 평화로운 삶을 궁극적 목표로 하고 있는 우리 공동체는 민주적 통치질서를 그 수단으로 그리고 구조원리로 삼고 있다. 따라서 생각과 사상의 다양성에 근거한 표현의 자유는 우리 사회의 근본규범으로서 작용되어야 할 요소다.

민주적 법치질서가 자리를 잡아가고 있는 근년에 들어 이러한 표현의 자유와 관련하여 많은 논란이 있었다. 영상매체를 중심으로 뜨겁게 전개되었던 자유화의 물결은 영상물에 대한 자유로운 표현의 지평을 크게 넓혔으며, 그것이 영상산업의 발전에 한

* 성균관대학교 법과대학 교수, 법학박사.

원인이 되었다는 평가도 있다. 출판물에 있어서도 헌법재판소가 출판사의 등록취소와 관련하여 음란과 저속을 구분하고, 음란의 개념정립을 새롭게 함으로써 출판의 자유 영역이 과거보다 훨씬 더 확장되기도 했다. 이러한 변화의 흐름에 따라 간행물에 대한 심의제도 또한 사전심의의 틀로부터 새로 제·개정된 ‘출판및인쇄진흥법’과 ‘청소년보호법’ 및 ‘표시·광고의공정화에관한법률’에 근거하여 정비되었다. 즉 ‘출판및인쇄진흥법’에 기초한 간행물윤리위원회의 심의는 사후심의의 형태를 취하게 되었으며, 심의대상이 되는 도서도 자체수집이 주를 이루게 되었다.

이러한 변화에도 불구하고 현행 간행물 심의제도는 사실상의 사전검열에 해당할 뿐만 아니라 ‘유해간행물’ 또는 ‘청소년유해간행물’에 대한 판단기준이 분명하거나 객관화되어 있지 않아서 헌법질서에 배치된다는 일부의 주장이 있다. 따라서 이 연구보고서에서는 현행 간행물 심의제도가 헌법 제21조 제2항의 언론·출판에 대한 허가나 검열 금지원칙에 반하는 것은 아닌지, 그리고 현재의 법령에서 정하고 있는 판단기준이 객관적이지도 않고 명백하지도 않아서 표현의 자유를 위협적으로 침해하고 있는지에 대한 검토를 해 보고자 한다.

특히 여기서는 현재 문제제기가 이루어지고 있는 만화 등 간행물에 대한 것을 주 검토대상으로 한다. 이 외에 제기될 수 있는 문제점들에 대해서는 여기서는 논외로 하고자 한다. 다만 본질적 논의 과정에서 검토될 수도 있는 문제점의 해소방안이나 더 바람직한 방안에 대한 제시는 필요하다면 제한된 범위 내에서 다루기로 한다.

II. 간행물 심의제도 현황

‘출판및인쇄진흥법’ 제16조는 간행물의 윤리적·사회적 책임을 구현하고 간행물의 유해성 여부를 심의하기 위하여 한국간행물윤리위원회를 설치·운영하도록 하고 있다. 한국간행물윤리위원회(이하 ‘간윤’이라 한다)는 국내간행물, 외국간행물 그리고 표시·광고의 3가지 영역에 걸친 유해성 심의를 하고 있다. 각각의 영역은 상이한 심의대상과 절차 및 처리방식을 가지고 있으므로 위헌성 논의의 전제로서 먼저 각 영역에 있어서의 심의대상, 절차, 처리방식 그리고 벌칙 등에 대해 간략하게 살펴보기로 한다.

1. 국내간행물

국내간행물이란 간행물윤리위원회의 심의대상 간행물 중에서 외국간행물을 제외한 모든 간행물을 망라한다. 출판및인쇄진흥법 제18조 및 동법시행령 12조의 규정에 따라 여기에는 소설·만화·사진집 및 화보집을 기본으로 하여 전자출판물, 문화관광부장관 또는 청소년보호위원회가 심의 의뢰한 간행물, 간윤이 선정한 간행물, 청소년보호와 관련된 단체나 지도·단속기관 또는 30인 이상이 서명하여 청소년 유해여부의 확인을 요청한 간행물, 청소년보호법 제7조 제6호의 규정에 의한 정기간행물 그리고 기타 기관, 단체, 협회 등에서 심의 의뢰 또는 납본된 간행물이 포함된다.

간윤의 간행물 심의절차는 크게 4개의 단계로 구성된다. 먼저 심의 의뢰되었거나 간윤 사무처에서 직접 수집한 간행물을 대상으로 사무처에서 일차적인 검토를 한다. 여기에서는 청소년이 보더라도 아무런 문제가 없다고 판단되는 간행물을 걸러내고 청소년의 이용에 문제의 소지가 있는 간행물을 외부전문가와 상임 심의위원으로 구성된 전문심의위원회에 상정한다. 긴급을 요하는 안건은 전문심의소위원회에 부의하여 심의 결정한다(심의규정 제7조).

전문심의위원회(전문심의소위원회 포함)에서는 이렇게 상정된 간행물을 검토한 후 유해성 우려 여부와 청소년 이용 가능 여부를 결정하게 되는데, 이 과정은 다시 2단계로 구분된다. 우선 외부 전문가 중 1인과 상임 심의위원이 대상 간행물에 대해 사전검토를 하며, 전문심의위원회의 전체회의에서는 이 검토를 바탕으로 위원들의 다수결 합의에 의해 대상간행물의 등급을 결정한다. 이 등급에는 유해성 우려 간행물, 청소년유해간행물, 의견제시 그리고 불문의 4등급이 있다. 여기에서 ‘청소년유해간행물’로 결정된 간행물은 청소년보호위원회(출판및인쇄진흥법 제19조)와 발행사(간윤 심의 규정 제15조)에 통보되고, ‘19세 미만 구독불가’ 표지가 부착되어 청소년에 대한 대여나 판매가 규제된다. 유해간행물이나 청소년유해간행물은 아니지만 유해성이 우려되는 간행물에 대해서는 발행사에 주의를 환기하는 의견제시를 한다.

청소년유해간행물의 수준을 넘는다고 생각되는 유해성 우려 간행물로 분류된 간행물은 소위원회에 회부되고, 여기에서 청소년 유해매체물의 심의기준(청소년보호법 제10조, 청소년보호법시행령 별표 1)과 간행물 유해성 세부 심의기준(출판및인쇄진흥법 제19조 제1항, 출판및인쇄진흥법시행령 별표1)에 따라 최종적으로 유해간행물이나 청소년유해간행물로 결정된다. 유해간행물로 결정되면 간윤은 발행인에게 통지하고 문화관광부장관에게 보고함으로써 심의절차는 완료된다.

물론 결정에 이의가 있을 경우에는 재심을 신청할 수 있다. 재심은 소위원회에서 심의·의결하며, 출판및인쇄진흥법 제19조 제1항과 관련한 소위원회

의 심의 결정에 대한 재심신청에 대해서는 특별소위원회에서 심의 의결한다.

심의 결정에 따라 문화관광부장관, 시·도지사, 시장·군수·구청장은 소속 관계공무원으로 하여금 배포자에게 유해간행물을 즉시 수거 또는 폐기하도록 명하게 할 수 있고, 수명자가 이를 즉시 이행하지 않을 때는 관계공무원이 이를 직접 수거 또는 폐기하게 할 수 있다(출판및인쇄진흥법 제25조).

유해간행물의 수거 또는 폐기명령을 이행하지 아니한 자에 대해서는 출판및인쇄진흥법 제28조 및 동법시행령 제18조 제3항에 의해 300만원 이하의 과태료가 부과되며, 최종적으로는 국세 또는 지방세 체납처분절차에 따라 징수된다. 여기에 비해 청소년유해간행물과 관련해서는 그 처벌이 매우 엄격하다. 영리를 목적으로 청소년유해간행물을 청소년을 대상으로 판매·대여·배포한 자, 이런 목적으로 소지한 자 그리고 표시되지 아니하거나 포장되지 않은 채로 유통되는 청소년유해간행물을 수거하지 않은 자는 3년 이하의 징역이나 2천만원 이하의 벌금에 처해진다(청소년보호법 제50조). 또 청소년유해간행물에 청소년유해표시를 하지 않은 자나 포장을 아니 한 자는 2년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처해진다(청소년보호법 제51조). 이 외에도 벌금(청소년보호법 제52조, 제53조), 과태료(청소년보호법 제56조 제1항, 제2항), 과징금(청소년보호법 제49조) 등의 벌칙이 규정되어 있다.

2. 외국간행물

외국간행물은 외국에서 간행된 소설·만화·사진집·화보집 및 잡지를 말하며, 여기에는 북한 또는 반국가단체에서 출판한 간행물(남북교류협력에관한법률 제13조의 규정에 의하여 북한으로부터 반입하는 간행물은 제외)도 포함된다(출판및인쇄진흥법 제12조 제1항).

외국간행물을 수입하려는 자는 문화관광부장관의 수입추천을 받아야 하는데(출판및인쇄진흥법 제12조 제1항), 간윤의 심의 결과에 따라 추천을 하지 않거나 배포의 중지·제한 또는 내용삭제 명령에 따를 것을 전제로 해서 수입추천을 받을 수 있으며, 간행물의 유해성 여부를 알 수 없는 경우에도 수입추천을 신청할 수 있다(출판및인쇄진흥법 제12조 제1항, 제2항). 문화관광부장관은 청소년유해간행물이나 유해간행물에 해당할 우려가 있는 간행물의 경우에는 간윤에 유해성 심의를 의뢰하도록 규정되어 있지만, 외국간행물의 수입추천에서부터 유해성 심의는 물론 반환과 보상 및 배포중지·제한에 이르는 일련의 모든 업무를 간윤에 우임하고 있다(동법 시행령 제

17조 제2항).

따라서 외국간행물에 대한 간윤의 심의절차는 수입사로부터 수입추천신청을 받아 수입추천서를 발급하는 것에서부터 시작된다. 상근심의위원은 추천서를 발급할 때 간행물의 제목이나 출판사와 저자의 성향 등을 고려하여 견본제출을 명할 것인지 결정한다. 제출된 견본은 사무처에서 기초적인 검토를 거쳐 별 문제가 없다고 인정되는 경우에는 바로 수입사에 반환되고, 정밀심의가 요구되는 경우에는 전문심의위원회에 회부된다. 신속한 심의가 요구되는 외국의 정기간행물에 대해서는 상근심의위원이 1차 심사를 하게 된다. 유해간행물의 우려가 있는 경우에는 전문심의위원회에 회부하고, 청소년유해간행물로 할 것인지 일반배포로 할 것인지만 최종적으로 결정한다(간윤 심의규정 제12조의 2). 전문심의위원회는 심의에 회부된 간행물에 대해 유해간행물, 청소년유해간행물 그리고 일반배포라는 3등급의 결정을 한다. 유해간행물은 문화관광부장관에게 보고하고 배포중지를 명한다. 청소년유해간행물은 청소년보호위원회에 통보하고 당해 간행물의 고시를 요청해야 하며 청소년보호법의 규정에 따라 표시, 포장, 판매금지 또는 구분·격리하도록 명한다. 일부 몇 장면의 유해성으로 유해 또는 청소년유해간행물로 결정될 수 있는 외국간행물에 대해서는 유해성이 있는 부분의 삭제를 명하여 배포하도록 할 수도 있다(출판및인쇄진흥법시행령 제9조).

외국간행물의 심의 절차가 국내간행물의 심의절차와 다른 점은 외국간행물의 목록심의, 견본제출명령 및 유해간행물이 아니라고 판단되고 신속한 배포를 요하는 외국간행물의 심의 결정이 상근위원에게 위임되어 있다는 점이다(간윤 심의규정 제12조의 2).

재심절차와 벌칙에 대해서는 국내간행물과 동일하다.

3. 표시·광고

표시는 사업자 또는 사업자 단체가 자기 또는 다른 사업자나 사업자단체의 상품과 그 내용 및 거래조건 등에 관한 사항을 소비자에게 알리기 위해 그 상품 등의 용기·포장 또는 사업장 등에 설치한 표지판에 쓰거나 붙인 문자나 도형 및 상품의 특성을 나타내는 용기·포장을 말한다. 광고는 사업자 또는 사업자단체가 위 사항을 신문, 방송, 잡지, 전단, 팜플렛, 견본 또는 입장권, 인터넷 또는 PC통신, 포스터, 간판, 네온사인, 에드벌룬 또는 전광판, 비디오물, 음반, 서적, 간행물, 영화 또는 연극, 자기의 상품외의 다른 상품 그리고 이들과 유사한 매체

또는 수단으로 소비자에게 널리 알리거나 제시하는 것을 말한다(표시·광고의 공정화에관한법률 제2조). 이러한 표시·광고행위가 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있고 공정한 거래질서를 저해할 우려가 있는 경우에 간윤은 위반의 명백성과 예방의 긴급성을 요건으로 하여 공정거래위원회에 표시·광고행위의 일시중지를 명하도록 요청할 수 있다.

심의절차는 비교적 단순하다. 간윤의 조사·수집에 따라 먼저 사무처가 기초적인 검토를 하고, 요건에 해당될 우려가 있는 표시·광고는 심의위원 2명에 의한 사전검토를 거쳐 전문심의위원회에 회부된다. 심의위원회의 심의는 4등급으로 결정된다. 표시·광고가 표시·광고의공정화에관한법률 제8조 제1항 각호의 요건을 갖춘 경우에는 ‘임시중지명령 요청’ 결정을 하게 되고 공정거래위원회에 그 사실을 통보해야 한다. 부당·허위성의 정도가 미약한 경우에는 간행물의 발행인과 광고주에게 광고수정을 포함한 ‘경고’·‘주의’ 결정을 한다. 부당·허위성이 없는 경우에는 불문으로 결정한다. 부당한 표시·광고행위에 대해서는 공정거래위원회가 과징금을 부과할 수 있다.

재심의 절차는 국내간행물의 경우와 같다.

III. 현행 심의제도는 사전검열인가?

간행물 심의제도의 위헌성에 대한 문제제기는 여러 가지 측면에서 시도될 수 있다. 그 중에서도 가장 비중 있는 것으로 현행 심의제도가 헌법 제21조 제2항이 정하고 있는 사전검열금지원칙에 반하는 것은 아닌가 하는 점과 현재의 법령에서 정하고 있는 심의기준이 지나치게 추상적이어서 표현의 자유를 위헌적으로 침해하지 않는가 하는 점이다. 먼저 사전검열과 관련해서 다루고 후자는 항을 달리해서 조명해 보도록 한다.

1. 헌법 제21조 제2항의 검열금지의 원칙

헌법은 제21조 제2항에서 ‘언론·출판에 대한 허가나 검열과 집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니한다’고 규정하고 있다. 여기서 검열이란 사상·의견·정보 등이 발표되기 전에 국가기관이 그 내용을 사전에 심사·선별하여 사전에 그 표현을

저지하는 행위를 말한다. 민주적 법치국가의 대전제인 사상의 자유경쟁과 사상의 자유시장을 그 기초로 하고 있다는 것은 의문의 여지가 없다. 그러나 현실의 적용에 있어서 과연 무엇이 검열에 해당하는 것인지, 검열과 사전제한은 구별될 수 있는지, 헌법상 보호되지 않는 표현과 검열의 관계는 어떠한지 그리고 다른 헌법상의 보호법익과는 어떤 관계에 있는지에 대해서는 논란의 여지가 있다. 이하에서 이에 관한 간략한 조명과 정리를 해 보고자 한다.

(1) 검열

검열에 대한 순수한 이론적 개념과는 달리 현실에 있어서 어떤 경우가 검열에 해당하는 지에 대해서는 헌법재판소의 판례가 가장 핵심적 근거를 제시해 주고 있다. 헌법재판소의 판례에 따르면 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 금지된다고 한다.¹⁾ 즉 언론·출판에 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 있다는 것이다. 그러나, 이러한 절대적 검열금지의 원칙도 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.²⁾

요약하면 검열금지의 원칙은 절대적인 것으로서 모든 표현에 대해 헌법재판소가 제시하는 4가지 요건을 모두 충족시키게 되면 헌법 제21조 제2항의 검열로서 위헌이

1) 헌재 1996. 10. 4. 93헌가13등, 판례집 8-2, 212, 222; 헌재 1996. 10. 31. 94헌가6, 판례집 8-2, 395, 402; 헌재 1997. 3. 27. 97헌가1, 판례집 9-1, 267, 271; 헌재 1998. 2. 27. 96헌바2, 판례집 10-1, 118, 125-126

2) 헌재 2001. 8. 30. 2000헌가9 판례집 8-2, 134, 212; 헌재 1996. 10. 4. 93헌가13등, 판례집 8-2, 212, 223; 헌재 1996. 10. 31. 94헌가6, 판례집 8-2, 395, 402-403

되며, 법익형량을 통한 합헌성의 여지를 인정하지 않는다.

(2) 검열과 검열이 아닌 사전심사

헌법재판소는 헌법 제21조 제2항의 검열은 사전검열이라는 것을 분명히 하면서 사후심사나 검열의 성격을 띠지 아니한 사전심사는 검열에 해당하지 않는다고 보고 있다. 현재는 영화법 제12조 등에 관한 위헌제청 사건에서 검열의 의미는 제한적으로 해석되어야 한다고 하면서, 검열금지의 원칙은 바로 영화에 대한 사전심사를 모두 금지하는 것도 아니라고 한다. 따라서 심의기관에서 허가절차를 통하여 영화의 상영 여부를 중국적으로 결정할 수 있도록 하는 것은 검열에 해당하나, 예컨대 영화의 상영으로 인한 실정법위반의 가능성을 사전에 막고, 청소년 등에 대한 상영이 부적절할 경우 이를 유통단계에서 효과적으로 관리할 수 있도록 미리 등급을 심사하는 것은 사전검열이 아니라는 입장이다.³⁾ 나아가서 이러한 검열의 성격을 띠지 아니한 심사 절차의 허용 여부는 표현의 자유와 이와 충돌되는 다른 법익 사이의 조화의 문제이므로 헌법상의 기본권제한의 일반적 원칙인 헌법 제37조 제2항에 의하여 상충하는 다른 법익과의 교량과정을 통하여 결정된다 할 것이다.⁴⁾

검열과 사전제한과의 여러 가지 구별에 있어서 현재는 특히 검열의 주체를 ‘행정

3) 왜냐하면 영화는 시청각을 표현수단으로 하는 영상매체의 특수성으로 말미암아 일단 상영되고 나면 그 자극이나 충격이 매우 강하게 그리고 직접 전달되어 영향력이 클 뿐만 아니라, 비데오의 보급이 일반화되면서 그 파급효과가 광범위하게 이루어 질 수 있게 되었고, 일단 소비자에게 보급되고 난 뒤에는 이를 효율적으로 규제할 방법마저 없으므로 영화를 상영 또는 보급하기 이전에 심사·규제해야 할 필요가 있음은 물론, 특히 청소년이 음란, 폭력 등 영화에 접근하는 것을 미리 막아야 할 필요성 역시 매우 크기 때문이다. 즉 심의기관에서 허가절차를 통하여 영화의 상영 여부를 중국적으로 결정할 수 있도록 하는 것은 검열에 해당하나, 예컨대, 영화의 상영으로 인한 실정법위반의 가능성을 사전에 막고, 청소년 등에 대한 상영이 부적절할 경우 이를 유통단계에서 효과적으로 관리할 수 있도록 미리 등급을 심사하는 것은 사전검열이 아니다. 설사 등급심사를 받지 아니한 영화의 상영을 금지하고 이에 위반할 때에 행정적 제재를 가하는 경우(예컨대 새 영화진흥법 시안 제11조의 등급심의)에도 검열에는 해당하지 아니한다. 여기서의 상영금지는 심의의 결과가 아니고 단지 일괄적인 등급심사를 관철하기 위한 조치에 지나지 아니하기 때문이다. 현재 1996. 10. 4. 93헌가13, 91헌바10(병합), 판례집 8-2, 212, 225

4) 현재 1996. 10. 4. 93헌가13, 91헌바10 (병합). 현재의 이러한 입장은 본질내용침해금지의 원칙을 절대적 입장에서 이해하게 되면, 사실상 절대적 의미에서의 검열과 사전제한 사이의 구분은 의미를 상실하게 된다는 점에서 비판을 받을 수도 있다. 그러나 헌법재판소의 일부 결정에서 나타나고 있는 바와 같이 상대적 입장에서 본질내용침해금지원칙을 이해하게 되면 나름대로의 체계를 가질 수 있다.

권'에 한정하고 있다. 초기에는 검열의 주체를 '국가기관'으로 표현했으나, 근년에 와서는 일관된 입장으로 '행정기관' 또는 '행정권'을 검열의 주체로 강조하고 있다. 왜 현재가 검열의 주체를 넓은 개념에서 좁은 개념으로 한정하게 되었는지는 분명하지 않다. 사상의 경쟁 메카니즘이나 사상의 자유시장이라는 큰 틀에서 보면 바람직하지 않지만, 검열을 절대적 금지로 보는 입장과 유기적 연관성 속에서는 긍정적으로 평가할 수 있다. 그러나 사법권에 의한 사전제한을 염두에 둔 축소라면 비판을 면하기 어렵다. 무엇보다도 법관의 압수영장에 의한 압수의 과정이나 재판절차와는 다르게 진행되는 가처분절차를 고려해 볼 때 위원회 등의 다양한 인적 구성과 결정과정을 통해서 이루어지는 행정권에 의한 사전제한 보다 더 합리적이라고 볼 수 없다.

이론상의 완결성은 별론으로 하고, 결론적으로 현재는 검열주체의 요건을 행정권으로 엄격하게 해석하면서도 무엇이 행정기관인가의 여부는 기관의 형식에 의하기보다는 그 실질에 따라 판단하고 있다.⁵⁾ 예를 들어 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 한다는 것이다. 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 때문이라는 입장이다.⁶⁾

(3) 헌법상 보호되지 않는 표현과 검열

민주주의는 사회 내 여러 다양한 사상과 의견이 자유로운 교환과정을 통하여 여과 없이 사회 구성구석에 전달되고 자유로운 비판과 토론이 활발하게 이루어질 때에 비로소 기대될 수 있고, 언론·출판의 자유는 인간이 그 생활 속에서 지각하고 사고한 결과를 자유롭게 외부에 표출하고 타인과 소통함으로써 스스로 공동사회의 일원으로 포섭되는 동시에 자신의 인격을 발현하는 가장 유효하고도 직접적인 수단으로서 기능하므로 언론·출판의 자유는 민주사회에 있어서 불가결의 본질적 요소이다.

그러나 언론·출판의 자유는 헌법이 예정하고 있듯이 결코 무제한적인 자유가 아니다. 그로 인해 공동체의 존립 자체가 파괴되거나 공동체에 소속되어 있는 다른 구성원들의 인간성과 인격이 파괴되는 것까지 허용되는 것은 아니다.⁷⁾ 헌법 제21조 제4

5) 헌재 2001. 8. 30. 2000헌가9; 헌재 1996. 10. 4. 93헌가13등, 판례집 8-2, 212, 226

6) 헌재 2001. 8. 30. 2000헌가9; 헌재 1996. 10. 4. 93헌가13등, 판례집 8-2, 212, 226

항도 “언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니 된다”고 하여 언론·출판의 자유에 대한 한계를 분명히 선언하고 있고, 헌법 제 37조 제2항도 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 언론·출판의 자유를 제한할 수 있도록 하고 있다.

따라서 중요한 것은 헌법상 보호되지 않는 언론·출판의 한계는 어디에 있으며, 헌법상 보호되는 언론·출판이라 하더라도 공익을 위한 국가의 규제적 간섭이 어느 시점에서 어디까지 허용될 것인가 하는 점이다. 즉 언론·출판의 영역에서 국가는 단순히 어떤 표현이 가치 없거나 유해하다는 주장만으로 그 표현에 대한 규제를 정당화시킬 수는 없다. 대립되는 다양한 의견과 사상의 경쟁메커니즘에 의하여 1차적으로 그 표현의 해악이 해소될 수 없을 때에만 비로소 국가의 개입은 그 필요성이 인정되는 것이므로 언론·출판의 영역에 있어서 국가의 개입은 원칙적으로 2차적인 것이다.

그러나 모든 표현이 시민사회의 자기교정기능에 의해서 해소될 수 있는 것은 아니다. 일정한 표현은 일단 표출되면 그 해악이 대립되는 사상의 자유경쟁에 의한다 하더라도 아예 처음부터 해소될 수 없는 성질의 것이거나 또는 다른 사상이나 표현을 기다려 해소되기에는 너무나 심대한 해악을 지닌 것이 있다. 바로 이러한 표현에 대하여는 국가의 개입이 1차적인 것으로 용인되고, 헌법상 언론·출판의 자유에 의하여 보호되지 않는다. 현재는 헌법 제21조 제4항이 바로 이러한 표현의 자유에 있어서의 한계를 설정한 것이라고 보고 있다. 예컨대 인간존엄 내지 인간성을 왜곡하는 노골적이고 적나라한 성 표현으로서 오로지 성적 흥미에만 호소할 뿐 전체적으로 보아 하등의 문학적, 예술적, 과학적 또는 정치적 가치를 지니지 않은 것으로서, 사회의 건전한 성도덕을 크게 해칠 뿐만 아니라 사상의 경쟁메커니즘에 의해서도 그 해악이 해소되기 어렵다고 하지 않을 수 없는 엄격한 의미의 '음란표현'⁸⁾은 언론·출판의 자유에 의해서 보호되지 않는 표현영역이다.⁹⁾

그러므로 현재의 해석론에 따르면 국가의 존재와 체제를 전면적으로 부정하는 악의적 표현, 반사회적·반윤리적 표현, 음란한 표현 등은 헌법 제21조 제4항에서 정한 표현의 자유에 있어서의 한계로서 그리고 헌법상 보호되지 않는 표현으로서 헌법 제21조가 규정하고 있는 표현의 자유의 내용이나 대상이 아니다. 다시 말해 이러한 표현에 대해서는 사전검열금지원칙을 논할 수 없고, 오히려 국가에 의한 내용규제가 광

7) 현재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 339

8) 현재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 341

9) 현재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 341

범위하게 허용된다고 보아야 한다.¹⁰⁾

2. 간행물 심의제도와 사전검열

그렇다면 현재 이루어지고 있는 간행물 심의제도는 과연 헌법 제21조 제2항에서 규정하고 있는 검열에 해당하는지 검토할 필요가 있다. 현행 심의제도는 영역별로 다른 심의절차·방식을 가지고 있으므로 이하에서는 분야별로 나누어서 살펴보도록 한다.

(1) 국내간행물 심의제도와 사전검열

국내간행물 심의제도의 검열성 여부를 가리기 위해서는 먼저 현 제도가 사전검열의 요건을 얼마나 충족하고 있는지를 검토해 보아야 한다. 의사표현의 발표여부가 오로지 행정권의 허가에 달려 있는 사전심사로서의 검열은 다음 4가지를 요건으로 한다. 국내간행물 심의제도와 관련해서 살펴보면 다음과 같다.

1) 허가를 받기위한 표현물의 제출의무

검열의 첫 번째 요건은 일반적으로 허가를 받기 위한 표현물의 제출의무가 존재해야 하는 것이다. 출판및인쇄진흥법 제10조 제1항의 규정에 따라 출판사를 경영하는 자는 발행한 소설·만화·사진집 및 화보집을 발행일로부터 15일 이내에 문화관광부장관에게 제출해야 한다. 제출에 초점을 맞추면 분명히 일반적 제출의무가 존재한다. 그러나 간과하지 않아야 할 점은 여기에서의 제출의무는 출판이나 발행의 허가를 받기 위한 제출이 아니라 헌법상 인정되고 있는 유통이나 배포의 제한을 위한 것으로서 근본적으로 그 성격이 다르다. 즉 간행물이 외부에 공개 내지 배포되기 이전에 그 표현내용을 심사하여 발행금지 내지 어떤 제한이나 제재를 가하는 것은 아니다.¹¹⁾ 따라서 검열요건으로서의 ‘일반적으로 허가를 받기 위한 제출의무’는 존재하지 않는다.

2) 행정권이 주체가 된 사전심사절차

두 번째 요건은 행정권이 주체가 된 사전심사절차이다. 이 요건은 현재의 한국간행물윤리위원회가 행정기관인가 하는 문제와 간윤의 심사절차가 사전심사절차인가의

10) 현재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 327

11) 현재 90헌바26 참조, 판례집 4, 362, 371

문제다.

먼저 간윤의 행정기관성 여부에 대한 판단이 필요하다. 현재의 판례에 의하면 행정기관성의 여부는 기관의 형식에 의하기보다는 그 실질에 따라 판단되어야 한다. 예컨대 행정기관이 아닌 독립적인 위원회라 하더라도 행정권이 주체가 되어 검열절차를 형성하고 검열기관의 구성에 지속적인 영향을 미칠 수 있는 경우라면 실질적으로 보아 행정기관이라고 보아야 한다. 그 이유는 그렇게 해석하지 않으면 입법기술상 행정관청이 아닌 독립된 위원회의 구성을 통하여 사실상 검열을 하면서도 헌법상 검열금지원칙을 위반했다는 비난을 면할 수 있게 해 주기 때문이다.¹²⁾

구체적으로 간윤은 간행물의 유해성 여부를 결정하는 권한을 가지고 있고(출판및인쇄진흥법 제16조, 제19조), 유해결정시에는 문화관광부장관에게 보고해야 한다(출판및인쇄진흥법 제19조 제3항). 그 구성과 운영에 있어서도 관련 법인이나 자율단체의 추천을 받기는 하지만 문화관광부장관이 위원을 추천하고(출판및인쇄진흥법 제17조 제3항), 심의대상 간행물을 대통령령으로 보완할 수 있게 하는 점(출판및인쇄진흥법 제18조 제1항 1호)과 국가예산의 범위 안에서 간윤의 운영에 필요한 경비의 보조를 받을 수 있도록 하고 있는 점(출판및인쇄진흥법 제21조) 등에 비추어 볼 때, 행정기관이 심의기관의 구성에 지속적인 영향을 미칠 수 있고 행정권이 주체가 되어 심의절차를 구성하고 있다고 볼 수 있다. 물론 위원회구성이나 운영에 관한 많은 것이 법정화 되어 있어서 행정권의 개입을 최소화하고 있기는 하지만 판례가 지적하는 위의 몇 가지 점에 있어서는 불가피한 선택으로 보인다.

다음은 간윤의 심의절차가 사전심사절차로서의 성격을 갖는가 하는 것인데, 이는 곧 표현물의 발표여부가 발표 이전의 심사에 의해서 좌우되어야 한다는 것이다. 그런데 앞에서 본 바와 같이 현행 국내간행물 심의제도에 따르면 심사를 하는 것은 분명하지만 간윤의 심사는 표현물이 출판되고 난 이후에 비로소 이루어진다는 점에서 발표이전에 이루어지는 사전심사와는 근본적으로 다를 뿐만 아니라 발표 자체는 심사와는 전혀 무관하게 진행된다. 현행제도에 따르면 간윤은 관계기관이나 시민단체 또는 독자 등이 심의를 의뢰하거나 간윤 사무처에서 직접 수집한 간행물을 대상으로 유해성 여부를 심의·결정하기 때문에 간윤의 심사는 의사의 발표에 해당하는 출판 자체에는 직접적으로 아무런 영향을 주지 못한다. 물론 이것을 두고 형식적으로는 사후심사이지만 실질적으로는 사전심사로서 검열이라고 하는 주장¹³⁾도 있으나, 현행 법

12) 현재 2001. 8. 30. 2000헌가9, 판례집 13-2, 134, 138; 현재 1996. 10. 4. 93헌가13등, 판례집 8-2, 212, 226

령에 따르면 아무리 헌법적 보호를 받지 못하는 유해한 표현을 담고 있는 간행물이 라 해도 납본과 심사가 진행되는 적어도 출판 후 2주 내지 3주간은 아무런 제약 없이 유통될 수 있다는 점을 고려하면 오히려 유해한 간행물의 유통과 보급을 정부가 방치하고 있다는 비난을 면하기 어렵다. 나아가서 헌법이 보장하고 있는 다른 법익의 보호를 위해 이루어지는 배포 내지 유통의 제한은 헌법이론상 널리 인정되고 있는 사후적 제한으로서 검열의 범주에서 논할 수는 없다.¹⁴⁾ 청소년유해간행물의 심사에 있어서는 더욱 말할 것도 없다.¹⁵⁾ 따라서 심사와는 상관없이 이루어지고 있는 의사표현의 발표를 헌법상 인정되고 있는 배포 내지는 유통의 제한과 결부시켜 현행 국내 간행물 심의제도에 대해 사전검열을 논하는 것은 문제의 본질을 벗어난 것이라 아니 할 수 없다.

결과적으로 간윤의 심사가 행정권에 의한 심사와 크게 다르다고 보기는 어렵지만, 간윤에 의한 심사가 사전심사절차가 아니라는 점에서 두 번째 요건도 완전히 충족된다고 보는 것은 무리한 해석이다.

3) 허가를 받지 아니한 의사표현의 금지

세 번째 요건인 허가를 받지 않은 의사표현의 금지에 있어서는 실질적으로 행정권의 허가에 의한 의사표현의 발표 가능 여부가 판단의 관건이다. 앞에서 이미 지적한 바와 같이 간윤의 심사결과 유해간행물로 결정되면 당해 간행물을 수거·폐기하도록 하고 있으므로 배포나 유통만 금지할 뿐 의사표현의 발표자체는 이미 이루어 졌으므로 금지가 불가능하다. 더군다나 청소년유해간행물에 대해서는 표시와 포장을 하여 구분·격리해서 진열 전시해야 하며, 청소년에게 이를 판매·대여·배포하거나 시청·관람·이용에 제공할 수 없다(청소년보호법 제14조-제17조). 즉 청소년보호를 위한 유통의 일부제한에 불과 한 것이지 의사표현의 금지와는 아무런 관련도 없다.

13) 이인호, 만화심의 및 규제제도의 개선방향, 중간보고서, 54쪽

14) Ch. Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 5 Abs. 1, 2 Rdnr 105

15) 청소년유해간행물의 결정과 관련하여 현재는 구청소년보호법의 위헌제청사건(헌재 2000. 6. 29. 99헌가16, 판례집 12-1, 767, 767)에서 청소년에게 유해한 매체물을 적시하여 청소년에 대한 판매·대여 등을 제한하고자 하는 경우에 청소년유해매체물이 결과적으로 범죄의 구성요건의 일부를 이루게 되더라도 법률조항에서 직접 청소년유해매체물의 범위를 확정하지 아니하고 행정기관(청소년보호위원회 등)에 위임하여 그 행정기관으로 하여금 청소년유해매체물을 확정하도록 하는 것은 부득이하다고 판단했다.

4) 심사절차를 관철할 수 있는 강제수단

마지막 요건으로 심사절차를 관철시킬 수 있는 강제수단이 있느냐 하는 것이다. 출판및인쇄진흥법 제28조에 따라서 수거 또는 폐기명령을 이행하지 아니한 자에 대해서는 300만 원 이하 그리고 간행물 제출의무를 이행하지 아니한 자에 대해서는 20만 원 이하의 과태료에 처하게 하고 있다. 또 수거·폐기 명령을 이행하지 않을 경우에는 관계공무원으로 하여금 직접 하게 할 수도 있다.

5) 소결

이상에서 살펴 본 바와 같이 헌법 제21조 제2항에서 규정하고 있는 사전검열의 요건을 거의 충족시키지 못하기 때문에 유해간행물을 판단하고 규제하는 간윤의 국내 간행물 심의제도는 의사표현의 발표여부가 오로지 행정권의 허가에 달려 있는 사전심사나 사전검열로 볼 수 없다. 특히 청소년유해간행물 규제에 있어서 검열을 논할 근거는 극히 희박하다.¹⁶⁾ 그러므로 간윤의 국내간행물 심의제도를 검열로 보는 것은 지나친 논리의 비약이라고 생각된다.

(2) 외국간행물 심의제도와 사전검열

외국간행물 심의제도는 사전검열의 시각에서 볼 때 국내간행물의 경우와 큰 차이가 없다. 법상의 납본의무 대신에 견본제출 명령을 할 수도 있고, 유해 등급이나 별칙에 있어서도 큰 차이가 없다. 국내간행물 심의제도를 검열로 볼 수 없는 논리가 그대로 적용된다. 특히 외국에서 출판된 간행물에 대해서는 출판자체를 막을 수 있는 방법이 없으므로 사전검열이란 애초에 존재하지 않는다. 또 외국인에 대한 기본권으로서의 표현의 자유를 내국인과 같은 수준에서 보장해야 하는지의 문제도 있고, 사회적 상황이 다르기 때문에 내용규제의 기준도 다를 수밖에 없기 때문에 국내간행물과 같은 차원에서 위헌문제를 논하기는 어렵다고 판단된다.

그러나 최근 헌법재판소는 구 음반·비디오물및게임물에관한법률 제16조 제1항 등

16) 현재 1996. 10. 4. 93헌가13, 91헌바10 (병합), 판례집 8-2, 212, 224: 심의기관에서 허가절차를 통하여 영화의 상영 여부를 중국적으로 결정할 수 있도록 하는 것은 검열에 해당하나, 예컨대 영화의 상영으로 인한 실정법위반의 가능성을 사전에 막고, 청소년 등에 대한 상영이 부적절할 경우 이를 유통단계에서 효과적으로 관리할 수 있도록 미리 등급을 심사하거나 등급심사를 받지 아니한 영화의 상영을 금지하며 이에 위반할 때에 행정적 제재를 가하는 경우(예컨대 새 영화진흥법 시안 제11조의 등급심의)에도 검열에는 해당하지 아니한다.

의 위헌제청 사건에서 “외국 비디오물 수입추천제도는, 외국비디오물의 수입·배포라는 의사표현행위 전에 표현물을 행정기관의 성격을 가진 영상물등급위원회에 제출토록 하여 표현행위의 허용여부를 행정기관의 결정에 좌우되게 하고, 이를 준수하지 않는 자들에 대하여 형사처벌 등의 강제조치를 규정하고 있는바, 허가를 받기 위한 표현물의 제출의무, 행정권이 주체가 된 사전심사절차, 허가를 받지 아니한 의사표현의 금지, 심사절차를 관철할 수 있는 강제수단이라는 사전검열의 요소를 모두 갖추고 있고, 따라서 우리나라 헌법이 절대적으로 금지하고 있는 사전검열에 해당하므로 헌법에 위반된다”고 판단하고 있다.¹⁷⁾ 특히 이 결정에서는 수입·배포를 새로운 의사표현행위로 간주한다는 차원에서 출발하고 있으나 여러 가지 문제가 잠재되어 있다.¹⁸⁾

(3) 표시·광고 심의제도와 사전검열

표시·광고 심의제도에 있어서는 심의대상이 되는 표현물에 대한 제출의무가 존재하지 아니하고, 의사표현의 발표여부가 간윤의 심의와는 무관하다. 또 간윤이 특정한 표시·광고에 대해서 문제가 있다고 판단하더라도 공정거래위원회에 임시중지명령을 요청할 수 있을 뿐이다. 임시중지명령을 내릴 것인지의 여부도 종국적으로 공정거래위원회가 할 수 있는 것이므로 사전검열의 문제는 발생하지 않는다.

IV. 심의제도와 표현의 자유

사전검열이 아니라고 해서 언론·출판의 한계나 제한이 언제나 정당화 되는 것은 아니다. 어떤 표현이 언론·출판의 한계를 벗어나 헌법적 보호의 대상이 되지 않는지, 어떤 제한이 어떤 기준에 의해서 합헌적 제한이 되는지는 엄밀한 기준 하에 구분되어야 한다.

1. 간행물에 있어서 표현의 자유

민주적 법치국가의 기본권이론에 따를 때 원칙적으로 국민의 기본권은 최대한 보장되어야 하고, 국가의 제한은 최소한으로 억제되어야 한다. 특히 언론·출판의

17) 헌재판례집 17-1, 51, 51

18) 이 점에 대해서는 다음 기회에 논문으로 발표할 예정이다.

자유영역에 있어서는 국가의 간섭이 더욱 제한적으로 이루어져야 할 몇 가지 요인이 있다. 무엇보다도 앞에서 본 바와 같이 언론·출판의 자유는 우리 헌법의 기본원리인 민주주의 원리의 실현을 위한 불가결한 헌법적 가치로서 반드시 확보되어야 할 중요한 자유영역이다. 그리고 언론·출판은 개개인의 인격의 발현으로서 사상과 견해를 외부에 표출하는 것인데, 어떤 사상이나 견해가 옳고 가치 있는 것인지를 판단하는 절대적인 잣대가 자유민주체제에서는 존재하기 어렵다. 만약 국가 또는 사회의 다수가 그러한 절대적인 잣대를 가지고 사상과 견해를 재단하려 한다면, 그것이야말로 민주적 법치국가가 가장 경원시하고 경계해야 할 것이다. 나아가 언론·출판에 대한 규제는 통상 그 언론·출판으로 말미암은 해악을 시정하고 방지하기 위한 것이고 이러한 국가의 노력은 정당하고 필요한 것이기는 하나, 국가의 개입에 앞서 그 해악을 해소시킬 수 있는 1차적 사상의 경쟁메커니즘이 시민사회 내부에 존재한다는 사실이다. 그리하여 만일 시민사회 내부에서 서로 대립되는 다양한 사상과 의견들의 경쟁을 통하여 유해한 언론·출판의 해악이 자체적으로 해소될 수 있다면 국가의 개입은 최소한도에 그쳐야 한다. 민주적 법치국가에서 언론·출판의 자유를 거론할 때 견해의 다양성과 공개토론이 강조되는 이유도 바로 여기에 있는 것이다.

따라서 언론·출판의 영역에 있어서 국가의 개입은 원칙적으로 2차적인 것이다. 그러나 모든 표현이 시민사회의 자기교정기능에 의해서 해소될 수 있는 것은 아니다. 일정한 표현은 일단 표출되면 그 해악이 대립되는 사상의 자유경쟁에 의한다 하더라도 아예 처음부터 해소될 수 없는 성질의 것이거나 또는 다른 사상이나 표현과의 경쟁을 기다려 해소되기에는 너무나 큰 해악을 지닌 것이 있다. 이러한 표현에 대하여는 국가의 개입이 1차적인 것으로 용인되고, 헌법상 언론·출판의 자유에 의하여 보호되지 않는데, 헌법 제21조 제4항이 바로 이러한 표현의 자유에 있어서의 한계를 설정한 것이다.¹⁹⁾

2. 표현의 자유와 그 한계

헌법 제21조 제4항은 "언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니 된다"고 규정하고 있고, 현재의 해석에 따르면 이러한 내용

19) 헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 340

은 표현의 자유에 의해서 보호되지 않는 영역이다. 과연 그 내용이 무엇인가에 대해 구체화해본다면 대체로 반국가성, 음란성, 반사회성 또는 반인륜성 등이 거론될 수 있다.

(1) 반국가성

아무리 의견이나 사상의 표현이 자유롭게 이루어져야 한다 하더라도 국가의 존재를 전면 부인하거나 국가의 존립을 전적으로 부정하는 표현은 헌법적 보호대상이 아니다. 그것은 무엇보다도 헌법 스스로가 서 있는 근거점이 국가이고 헌법은 국가의 존재를 전제로 할 때 비로소 그 가치를 지니는 것이기 때문이다. 만약 헌법이 반국가적 표현행위를 보호의 대상으로 한다면 그것은 스스로의 존재를 부정하고 자가당착에 빠지는 결과가 된다. 따라서 헌법 제21조 제4항의 범문에는 반국가성에 대해 구체적으로 명시되어 있지 않지만 헌법적 보호의 대상이 될 수 없는 표현임에 의심의 여지가 없다.

(2) 음란성

음란은 헌법 제21조 제4항의 공중도덕이나 사회윤리로부터 충분히 도출될 수 있을 것으로 생각된다. 현재도 음란표현은 헌법 제21조 제4항의 규정에 따라 헌법의 보호영역밖에 있는 성적 표현임을 분명히 밝히고 있다. 그런데 음란의 개념에 대해서는 대법원과 헌법재판소가 각각 조금씩 다른 입장을 취하고 있다. 대법원은 음란을 ‘일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 건전한 성풍속이나 선량한 성적 도의관념에 반하는 것’이라고 하여 매우 넓게 규정하고 있다.

대법원과는 달리 헌법재판소는 최근 음란물발간출판사등록취소 사건에서 헌법적 보호를 받지 못하는 음란의 개념은 엄밀한 기준 하에 구분되어야 한다고 하면서 엄격한 정의를 하고 있다. 즉 음란이란 ‘인간존엄 내지 인간성을 왜곡하는 노골적이고 적나라한 성표현으로서 오로지 성적 흥미에만 호소할 뿐 전체적으로 보아 하등의 문학적, 예술적, 과학적 또는 정치적 가치를 지니지 않은 것’이라고 하면서, 이는 사회의 건전한 성도덕을 크게 해칠 뿐만 아니라 사상의 경쟁메커니즘에 의해서도 그 해악이 해소되기 어렵기 때문에 헌법적 보호를 받을 수 없다는 것이다. 현재의 이러한 음란개념은 대법원보다 좁게 해석한 것으로 시대적 상황에 부응하는 것으로 평가

받고 있다.

(3) 반사회성 및 반인륜성

헌법이 보호하고 있지 않은 또 한 부류의 표현으로 반사회성 및 반인륜성을 헌법 제21조 제4항은 명시하고 있다. 그럼에도 불구하고 이부분에 대해서 형법이나 기타의 사후처벌법에서도 금지되고 있지 않은 표현으로서 유해성 심의기준으로 적합하지 않을 뿐만 아니라 남용의 위험도 적지 않다는 비판도 있다. 이러한 우려는 무엇이 반사회적이고 무엇이 반인륜적인 것인가에 대한 판단을 함에 있어 그 기준의 설정이 매우 어렵다는 것을 반증한다.

3. 심의기준의 명확성원칙 위반여부

어떤 표현이 이러한 헌법상의 비보호표현에 해당하는가의 문제는 규제를 받는 표현자의 입장에서는 결정적이다. 따라서 규제입법에 있어서 법치국가원리로부터 도출되는 명확성의 원칙은 특별히 중요한 의미를 가진다. 무엇보다도 특정 규범의 의미내용으로부터 무엇이 금지되는 행위이고 무엇이 허용되는 행위인지를 수범자가 알 수 없다면 법적 안정성과 예측가능성은 확보될 수 없게 될 것이고, 또한 법집행 당국에 의한 자의적 집행을 가능하게 할 것이기 때문이다.²⁰⁾

그리고 불명확한 규범에 의한 표현의 자유의 규제는 헌법상 보호받는 표현에 대한 위축적 효과를 수반한다. 무엇이 금지되는 표현인지가 불명확한 경우에는, 자신이 행하고자 하는 표현이 규제의 대상이 아니라는 확신이 없는 기본권주체는—형벌 등의 불이익을 감수하고서라도 자신의 의견을 전달하고자 하는 강한 신념을 가진 경우를 제외하고—대체로 규제를 받을 것을 우려해서 표현행위를 스스로 억제하게 될 가능성이 높기 때문이다. 그래서 표현의 자유를 규제하는 법률은 그 규제에 의해 보호되는 다른 표현에 대하여 위축적 효과가 미치지 않도록 규제되는 표현의 개념을 세밀하고 명확하게 규정해야 하는 ‘명확성의 원칙’이 헌법적으로 요구된다.

그렇다고 해서 모든 법규범의 문언을 순수하게 기술적 개념만으로 구성하는 것은 입법기술적으로 불가능하고 또 바람직하지도 않기 때문에 어느 정도 가치개념을 포함한 일반적, 규범적 개념을 사용하지 않을 수 없는 것이 현실이다. 그런 이유로 명

20) 현재 1990. 4. 2. 89헌가113, 판례집 2, 49, 65; 1996. 11. 28. 96헌가15, 판례집 8-2, 526, 532 참조

확성의 원칙은 기본적으로 최대한이 아닌 최소한의 명확성을 요구한다. 따라서 법문언이 해석을 통해서, 즉 법관의 보충적인 가치판단을 통해서 그 의미내용을 확인해낼 수 있고, 그러한 보충적 해석이 해석자의 개인적인 취향에 따라 좌우될 가능성이 없다면 명확성의 원칙에 반한다고 할 수 없다.²¹⁾

간행물 심의제도에서 가장 높은 수준의 규제인 유해간행물의 판정과 관련하여 출판및인쇄진흥법 제19조 제1항은 위에서 제시한 세 가지의 개념을 유형별로 명시하고 있다.

반국가성에 대해서는 “자유민주주의 체제를 전면 부정하거나 체제전복활동을 고무 또는 선동하여 국가의 안전이나 공공질서를 뚜렷이 해치는 것”이라고 정하고 있다. 체제의 전면 부정이나 체제전복활동의 고무 또는 선동을 통해 국가의 안전과 공공질서를 뚜렷이 해치는 것으로 하고 있으므로 어떤 측면에서 보더라도 불명확성을 지적하기는 어려워 보인다. 그리고 이 규정의 명확성 문제는 과거 국가보안법의 위헌문제와 관련하여 헌법재판소에서 한 차례 검증이 이루어졌던 것이다.

“음란한 내용을 노골적으로 묘사하여 사회의 건전한 성도덕을 뚜렷이 해치는 것”이라는 음란성의 기준은 문언상 현재의 개념과 차이가 있지만 전체적인 내용과 취지로 보아 다른 어떤 가치도 없는 노골적이고 적나라한 성 표현을 의미한다는 점에서 다르지 않다고 판단된다. 그리고 출판및인쇄진흥법시행령에서 ‘간행물 유해성 세부심 의기준’을 마련하고 있고, 여기에서는 구체적으로 어떤 표현이 음란한 내용인지가 세분화되어 있다. 따라서 법령상의 음란성에 대한 개념기준은 법문언의 해석을 통해서 그 의미내용을 확인해낼 수 있고, 그러한 보충적 해석이 해석자의 개인적인 취향에 따라 좌우될 가능성이 없으므로 명확성의 원칙에 반한다고 볼 수 없다.

특히 현재는 지난 98년 음란물발간출판사등록취소 사건에서 출판사및인쇄소의등록에관한법률 제5조의 2 제5호 “음란 또는 저속한 간행물이나 아동에 유해한 만화 등을 출판하여 공중도덕이나 사회윤리를 침해하였다고 인정되는 경우”에 대한 명확성 심사를 하였다. 현재는 이 법이나 시행령에서 이외에 다른 어떤 세부적 기준도 제시되어 있지 않음에도 불구하고 이 법률조항의 “음란” 개념은 적어도 수범자와 법집행자에게 적정한 지침을 제시하고 있다고 볼 수 있고 또 법적용자의 개인적 취향에 따라 그 의미가 달라질 수 있는 가능성도 희박하다고 하지 않을 수 없으므로 이 법률조항의 “음란” 개념은 그것이 애매모호하여 명확성의 원칙에 반하지 않는다고 판단하고 있다.²²⁾ 현재의 이와 같은 명확성 판단기준을 고려해 볼 때 출판및인쇄진흥법상의

21) 현재 1998. 4. 30. 95헌가16; 판례집 10-1, 327, 343

음란 규정은 명확한 개념으로 판단하는데 아무런 문제가 없는 것으로 생각된다.

마지막으로 반사회성 및 반인륜성의 개념에 대해서는 “살인·폭력·전쟁·마약 등 반사회적 또는 반인륜적 행위를 과도하게 묘사하거나 조장하여 인간의 존엄성과 건전한 사회질서를 뚜렷이 해치는 것”이라고 규정하고 있다. 여기의 반사회성이나 반인륜적 개념은 각자의 세계관이나 가치관에 따라서 크게 달라질 수 있으므로 명확성과 관련해서 주의가 요청된다. 현재는 전기통신사업법 제53조 등의 위헌결정에서 “공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는”이라는 불온통신의 개념은 너무나 불명확하고 애매하다고 판단했다. 왜냐하면 여기서 ‘공공의 안녕질서’는 헌법 제37조 제2항의 ‘국가의 안전보장·질서유지’와 ‘미풍양속’은 헌법 제21조 제4항의 ‘공중도덕이나 사회윤리와 비교하여 볼 때 동어반복이라고 해도 좋을 정도로 전혀 구체화 되어 있지 않을 뿐만 아니라 이러한 개념들은 매우 추상적인 개념이어서 어떤 표현행위가 과연 ‘공공의 안녕질서’나 ‘미풍양속’을 해하는 것인지 아닌지에 대한 판단은 사람마다의 가치관, 윤리관에 따라 크게 달라질 수밖에 없고, 법집행자의 통상적 해석을 통하여 그 의미내용을 객관적으로 확인하기도 어렵기 때문이라는 것이다.²³⁾ 이러한 현재의 판단기준을 고려한다면 출판및인쇄진흥법상의 반사회성 및 반인륜성에 관한 개념은 살인, 폭력, 마약 등과 같이 구체적 경우를 적시하고 있고, 나아가서 그러한 표현행위가 인간의 존엄성과 건전한 사회질서를 뚜렷이 해칠 것을 요건으로 하고 있으므로 해석자의 가치관에 따라 크게 달라질 수도 없고 법집행자의 통상적 해석으로 의미내용의 객관적 파악이 충분히 가능하므로 명확성의 원칙에 반하지 않는다고 생각한다. 더욱이 출판및인쇄진흥법시행령의 간행물 유해성 세부심의기준에는 보다 더 구체적이고 상세한 내용을 분명하게 제시하고 있으며, 간윤의 심의규정에서는 더욱 더 세분화된 기준을 설정하고 있으므로 충분히 명확한 개념으로 파악될 수 있다.

청소년유해간행물 결정의 근거가 되는 청소년보호법상의 유해개념도 위에서 설명한 바와 유사하게 구체적이고 객관화된 개념을 적시하고 있을 뿐만 아니라 청소년보호법시행령에서는 보다 구체화된 개념기준을 제시하고 있으므로 명확성을 문제시하여 위헌성을 제기하는 것은 적절하지 못하다고 생각한다.²⁴⁾

22) 현재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 344

23) 현재 2002. 6. 27. 99헌마480, 판례집 14-1, 616, 629

24) 현재 2000. 6. 29. 99헌가16, 판례집 12-1, 767, 778 참조: “법 제10조 제1항은 청소년유해매체물의 결정기준으로서 청소년에게 성적인 욕구를 자극하는 선정적이거나 음란한 것, 포악성이나 범죄의 충동을 일으킬 수 있는 것 등을 규정하여 어떤 매체물이 청소년보호위원회 등에 의하여 청소년유해매체물로 결정·확인될지 그 대강을 예측할 수 있도록 하고 있으며, 법 제21조 등과 법시

4. 심의제도의 과잉금지원칙 위반여부

간유에 의해 이루어지는 현행 간행물 심의제도는 위에서 보는 바와 같이 사전검열도 아니고 그 심의 기준이 개념상 불명확 한 것도 아니어서 그런 부분에 있어서 위헌의 소지는 없다고 판단된다. 다음은 과잉금지원칙의 위반여부를 조명해 보기로 한다.

과잉금지의 원칙(비례성원칙)은 오늘날 헌법원칙으로서 국가가 특정한 목적의 달성을 위하여 동원한 수단이 과잉된 것은 아닌지, 또 목적과 수단과의 관계에서 비례관계가 성립하는지를 따져서 국가행위의 위헌성을 가려내는 원칙이다. 판례에 따르면 과잉금지의 원칙은 ‘목적의 정당성’, ‘수단의 적합성’, ‘제한의 최소성’ 그리고 ‘법익의 균형성’이라는 4가지 하부원칙으로 구성되며, 국가행위가 하나의 부분원칙에라도 위반되면 과잉금지의 원칙에 위반되고 따라서 위헌이 된다.

간행물 심의제도의 목적은 유해한 간행물을 선별하여 배포와 유통을 금지 또는 제한함으로써 간행물의 윤리적·사회적 책임을 구현하고자 하는데 있다. 이러한 목적은 질서유지나 공공복리를 위하여 필요한 것으로서 목적의 정당성에 있어서는 특별한 문제가 없다.

다음으로 현행 간행물 심의제도가 이러한 목적달성에 부합하는가의 문제이다. 유해한 간행물을 선별하여 배포와 유통을 금지 또는 제한하는 것이 간행물의 윤리적·사회적 책임을 구현한다는 목적달성을 위해 적합한 수단이라는 점에 있어서도 의심의 여지가 없다 하겠다.

과잉금지의 원칙은 목적 달성에 적합한 수단이라 하더라도 비슷한 효과를 거둘 수 있다면 최소한의 기본권제한을 초래하는 수단을 선택할 것을 요구하고 있다. 현재의 사후심사제도나 구체적이고 명확한 판단기준 그리고 배포의 금지·제한 및 처벌은 목적을 달성할 수 있는 범위 내에서의 최소제한이라고 할 수 있다. 청소년보호법상의 청소년유해간행물에 대한 표시·포장의무와 판매·배포·대여의 금지 및 엄격한 처벌은 유해한 간행물로부터 감수성이 예민한 청소년을 보호하고자 하는 취지에서 불가피한 선택이라고 볼 수 있다. 또 이것이 반드시 사법절차에 따라 이루어져야 하는

행규칙은 청소년유해매체물의 결정을 관보에 고시하고 주기적으로 청소년 유해매체물목록표를 작성하도록 하고 있으므로 처벌의 대상행위가 무엇인지는 이러한 절차를 통하여 보다 명확해지게 된다. 따라서 이 사건 법률조항이 형벌법규의 위임의 한계를 벗어나거나 불명확하여 죄형법정주의에 위반된다고 할 수 없다.”

것도 아니다.²⁵⁾ 더욱이 과거에 한권의 음란물 출판으로 출판사의 등록자체가 취소되었던 경우와 비교하면 지금은 아무리 유해한 출판물을 발간한다 해도 유해한 간행물만 규제의 대상이 된다는 점을 고려하면 최소제한성에 대한 의문은 충분히 해소될 수 있다고 생각된다.

마지막으로 법익의 균형성에 관한 심사로서 제한으로 인해 달성되는 공익과 침해되는 기본권적 법익 사이에 비례관계가 성립해야 한다. 유해간행물로부터 청소년을 보호하고 간행물의 윤리적·사회적 책임을 구현하게 되는 공익은 침해되는 개인의 사익에 비교해 볼 때 결코 가볍게 평가될 수 없는 것으로서 두 법익 사이의 균형에 크게 문제가 있는 것으로 보기는 어렵다.

VI. 맺는 말

이상에서 살펴본 바와 같이 한국간행물윤리위원회에 의해서 이루어지고 있는 현행 간행물 심의제도는 간행물의 윤리적·사회적 책임을 구현하기 위한 제도로서 위헌성을 논하기는 어렵다.

현재의 심의절차는 간윤에 의해서 출판자체가 금지되거나 제한되는 사전심사가 아니라 출판 후에 유해성심사결과에 따라 배포와 유통의 금지 및 제한이 따르는 사후심사절차에 해당하기 때문에 사전검열의 문제는 발생하지 않는다.

유해성 심사를 위한 개념이 헌법에 의해 보호되지 않는 반국가성, 음란성, 반사회성 및 반인륜성으로 한정되어 있을 뿐만 아니라 판단기준도 구체적이고 객관적으로 설정되어 있어서 법치국가원칙으로부터 도출되는 명확성의 원칙에도 부합된다.

과잉금지의 원칙 위반여부와 관련해서는 최소제한의 원칙이 가장 문제가 될 수 있으나 현재의 사후심사제도나 구체적이고 명확한 판단기준 그리고 배포의 금지·제한 및 처벌은 목적을 달성할 수 있는 범위 내에서의 최소제한이라고 판단하기에 어려움이 없다.

25) 현재 2000. 6. 29, 99헌가16, 판례집 12-1, 767, 778: "청소년보호위원회 등에 의한 청소년유해매체물의 결정은 그것이 이 사건 법률조항에 따라 그 위임의 범위 내에서 행하여지는 이상 법률상 구성요건의 내용을 보충하는 것에 불과하므로 이를 토대로 재판이 행하여진다고 하더라도 그로 인하여 사실확정과 법률의 해석·적용에 관한 법관의 고유권한이 박탈된 것이라 할 수 없으며, 더욱이 법관은 청소년보호위원회 등의 결정이 적법하게 이루어진 것인지에 관하여 독자적으로 판단하여 이를 기초로 재판을 할 수도 있으므로 청소년유해매체물의 결정권한을 청소년보호위원회 등에 부여하고 있다고 하여 법관에 의한 재판을 받을 권리를 침해하는 것이라고는 볼 수 없다."

그러나 현행 심의제도의 합헌성과는 별개로 가능한 범위 내에서 피심자의 입장에 서서 심사, 재심사 절차를 보다 합리적으로 개선한다든가 유해성 판단의 세부기준에 대해서도 지속적인 구체화 내지는 합리화 작업이 필요하다. 그렇게 함으로써 출판및 인쇄진흥법에 근거해서 구성된 한국간행물윤리위원회가 출판산업과 출판문화에 기여할 수 있는 길이라고 생각된다.



▶ 김형성

표현의 자유(Meinungsäußerungsfreiheit), 간행물심의(Beratungswesen der Erscheinungen, Zensur), 사전검열(Unzucht), 음란(), 심의기준(Prüfungsmaßstab), 과잉금지의 원칙(Verhältnismäßigkeitsprinzip -der Grundsatz der Übermaßverbot)

[zusammenfassung]

Beratungswesen der Erscheinungen und Meinungsäußerungsfreiheit

Kim, Hyung-Sung

Jeder Staat hat eignes Kontrollsystem für jugendgefährdende oder unzüchtige Medien, Drucksache und Erscheinungen, indem er freie Veröffentlichung der Meinung gewährleistet.

Das Beratungswesen der Erscheinungen, das von der Moralkommission ausgeführt wird, ist ein System für die Verwirklichung der ethischen und gesellschaftlichen Verantwortung der sämtlichen Erscheinungen. Erst nach der Veröffentlichung der Bücher beginnt der Beratungsprozeß der Moralkommission. Nämlich die Veröffentlichung selbst verbietet sich nicht, sondern sie ist ein nachfolgender Prozeß. Der Verbot des Umlaufs folgt dem Beratungsergebnis über die Gefährlichkeit der Drucksache nach. Deswegen spricht es sich davon kein Wort, daß der bestehende Beratungsprozeß eine Zensur darstellt, die von der Verfassung unbedingt verboten ist.

Dazu stimmt der Prozeß mit dem Bestimmtheitsgrundsatz überein, der aus dem Rechtsstaatsprinzip stammt, weil der Urteilsmaßstab konkret und objektiv ist. Allerdings unterliegt der Prüfungsprozeß einem Regulativ, nämlich dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der verkörpert eine Güter- oder Interessenabwägung zwischen Gemeinwohlinteressen und Individualintressen, da seine Schwere dem Gewicht der Gemeinwohlgründe entspricht, die zu seiner Rechtfertigung ins Feld geführt werden.