

## <2008.9.19 헌법실무연구회 발표문>

### 미국의 사전제재(prior restraint)법리, 3권분립 그리고 명확성의 원칙의 상관관계

고려대학교 박경신

미국의 사전제재(prior restraint)법리는 한국의 사전검열 법리와 뿌리는 똑같지만<sup>1)</sup> 적용범위가 더욱 넓은 것은 공지의 사실이다. 한국의 사전검열 법리는 표현물을 검열기관에 의무적으로 제출해야 하는 경우에만<sup>2)</sup> 적용되지만 미국의 사전제재 법리는 사전제출의무가 없는 사후심의라고 할지라도 심의의 결과물로서 장래효를 가지는 명령, 또는 행정기관의 경우에는 명령이 아닌 권고적 성격의 행위마저도 위헌적인 사전제재로 평가하는 것이 보통이다.<sup>3)</sup> 가장 대표적으로 1931년의 Near대Minnesota사건<sup>4)</sup>에서 미연방대법원은 사법기관에 의한 사후심의의 경우에도 사후심의의 구체책으로서 장래효를 가진 명령을 내리는 것은 위헌적인 사전제재라고 판시하였다. 또 1963년의 Bantam Books대Sullivan사건<sup>5)</sup>에서는 미연방대법원은 행정기관에 의한 사후적인 위법성 판단에 대해 위헌적인 사전제재라고 판단하였다. 이 사건 전후로 여러 연방법원들과 주법원들이 행정기관에 의한 사후심의를 위헌적인 사전제재라 하여 위헌결정을 하였다.<sup>6)</sup>

1)

2) 헌법재판소는 검열을 다음과 같이 4개 내지 6개의 요건을 매개로 정의하고 있다. 첫째, 허가를 받기 위한 표현물의 제출의무(헌재결 2001.5.31. 2000헌바43, 52(병합) 합헌), 둘째, 행정권이 주체가 된 사전심사절차(헌재결 2001.8.30. 2000헌바36 합헌), 셋째, 허가를 받지 아니한 의사표현의 금지(헌재결 1996.10.4. 전원재판부, 93헌가13, 91헌바10(병합)), 넷째, 심사절차를 관철할 수 있는 강제수단 (헌재결 1995.10.4. [93헌가12, 91헌바10(병합)]) 등이다. 다섯째, 위 네가지 요건 외에 명시적으로 요구하지는 않지만, 헌법재판소는 표현물의 발표를 완전히 금지하지 않고 표현물의 청소년유해성 등급에 따라 부분적으로 제한하는 '등급제'는 검열이 아닌 것으로 해석하고 있다(헌재결 2001.8.30. 2000헌가9 위헌). 그리고, 여섯째, 사전심사가 내용적인 심사일 경우에만 '검열'의 범위에 포함되며 시간, 장소, 방법에 대한 심사를 위한 사전심사는 해당되지 않는다(헌재결 1998.2.27. 96헌바2 옥외광고물등관리법 제3조 합헌, 헌재결 1997.8.21. 93헌바51 정기간행물의등록등에관한법률제7조제1항).

3) 이와 같은 많은 연방법원 및 주법원 판례들에 대해서는 박경신, “사전검열 법리와 정보통신윤리위원회의 활동: 법과학적 방법으로”, 인권과정의 2002년 8월호. 이 논문에서 필자는 미국의 사전제재 법리의 발전을 Near판결까지 포함하는 1930년대 이전, 1930-60년대, 1960년대 이후의 3단계로 나누고 제1기에서는 표현의 자유에 대한 보호보다는 형평법 상의 구체인 법원명령에 대한 회피경향이 Near대Minnesota판결에서 처음으로 표현의 자유 보호 원칙으로서의 사전제재금지 원칙으로 나타났고 제2기에서는 표현의 자유와 관련된 다양한 행정기관들이 등장하여 위헌판정을 받게 되었으며 제3기에는 법원명령과 행정명령에 대한 사법적 태도가 분화하면서 전자에 대해서는 다양한 예외 및 완화원칙이 진화된 반면 행정명령에 대해서는 방송 분야를 제외하고는 계속해서 거의 절대적인 금지원칙이 유지되어 왔다고 주장하였다.

4) 283 U.S. 697 (1931)

5) 372 U.S. 58 (1963).

6) *Bantam Books v. Melko*, 25 N.J. Super. 292; 96 A.2d 47; 1953 N.J. Super. LEXIS 534 (1953) 1950년 여름 뉴저지주의 미들섹스카운티(County)의 검찰은 카운티 내에 유통되고 있던 서적들에 대한 불온서적위원회(Committee on Objectionable Literature)라는 민간단체의 심의결과를 받아들여 그 단체로부터 불온하다(objectionable)는 판정을 받은 서적들의 목록을 작성하여 서적 유통업체들에게 전달하였고 이와 함께 검찰은 “다음 서적들에 대하여 objectionable하다고 생각하는데 귀하는 이에 대하여 어떻게 배려해주시겠습니까?”라는 내용의 서한을 전달하였다. 거의 모든 서적유통업체들은 진심어린 협조에 감사한다며 관련 서적들의 판매를 중단하였다. 원고는 Chinese Room이라는 단행본의 발행인이며 위 서적들의 목록에 포함되어 있다.

뉴저지첸서리법원은 위와 같은 서한이 강제력 있는 명령이 아니었다는 검찰의 주장을, '위 서한이 발송된 후 미들섹스카운티에서 단 한 권의 Chinese Room도 판매되지 않았다'며, 일축하고, 검찰의 행위가 사전제재를 다음과 같이 논증하였다:

그럼에도 불구하고 사전제재 법리의 논거에 대한 정교한 검증은 아직 이루어지고 있지 않다.<sup>7)</sup> 사전제재의 위헌성에 대한 추정의 근거는 사전제출의무가 있는 사전제재에 대해서는 Thomas I. Emerson의 말로 가장 명쾌하게 표현되지만<sup>8)</sup> 사전제출의무가 없는 사전제재의 경우 정확히 무엇이 사전제재인지 그리고 사전제재가 보호하려는 가치가 무엇인지에 관한 확정적인 논의가 아직 이루어지지 않은 상황이다. 이와 같은 상황에서 1973년의 Pittsburg Press대Pittsburg Human Relations Commission<sup>9)</sup>에서는 연방대법원은 행정기관에 의한 사후심의와 이에 따른 금지명령을 사전제재로 규정하지 않았다. 또 1978년의 미연방대법원의 FCC대Pacifica Foundation사건<sup>10)</sup>과 1996년의 DC지구연방항소법원의 Act for Children's Television대FCC사건<sup>11)</sup>에서는 각각 라디오방송에 대한 연방통신위원회(Federal Communication Commission)의 사후심의 및 이에 따른 경고조치와 과징금부과조치 역시 사전제재로 규정하지 않았다. 더욱 사태를 복잡하게 만드는 것은 일찍이 1965년 Freedman 대Maryland사건에서 미연방대법원은 사전제출의무가 있는 사전제재에 대해서조차 몇 가지 안전장치만 보완된다면 합헌이라고 판시한 것이다.<sup>12)</sup> 결론적으로 확실한 것은 하나도 없는 상황이 된 것이다. 미국의 사전제재 법리에 내재하는 이론적 혼돈은 소위 “더욱 진보적인” 미국의 법리가 한국의 사전검열 법리 연구에 대한 온전한 비교대상으로서의 역할을 하는 것을 막고 있다.

이 논문에서는 미국의 사전제재 법리의 원천으로 돌아가서 사전제재의 근본적인 논리를 다시 살펴보고자 한다. 제1장과 제2장에서는 미국의 사전제재 법리의 원류가 되었던 Near대Minnesota판결과 Bantam Books대Sullivan판결을 자세히 살펴 각 판결이 수립한 원칙들의 형식 논리적 타당성을 점검해보고자 한다. 더불어서 Freedman대Maryland판결의 의미도 되

---

검찰은 발행인이나 유통인에 대하여 적법한 방법으로 사법처리할 수 있었다. 그렇게 했다면 형사소송의 모든 절차들, 즉 고소, 구속, 기소, 그리고 배심원 앞에서의 재판 등이 이루어졌을 것이고, 피고는 유죄 평결을 받기 전에는 아무런 불이익을 받지 않았을 것이다. (역자 밑줄)또, 유통인에 대하여 시법원을 매개로 한 음란물 압수 및 수색절차를 밟을 수도 있었지만 검찰은 이 재산법 상의 절차도 선택하지 않았다. . . 관련 법률은 법 집행자들에게 공중도덕을 보전하고 보호할 효율적인 방법들을 마련해놓고 있지만 절대로 법집행자들에게 상황을 미리 판단하고 지금과 같이 그 판단에 맞추어 행동할 권한을 주지 않는다.

7) Vincent Blasi, Toward a Theory of Prior Restraint: The Central Linkage, 66 Minn. L. Rev. 11 (1981); John Calvin Jeffries, Jr., Rethinking Prior Restraint, 92 Yale L.J. 409 (1983); William T. Mayton, Toward a Theory of First Amendment Process: Injunctions of Speech, Subsequent Punishment, and the Costs of the Prior Restraint Doctrine, 67 Cornell L. Rev. 245 (1982); Martin H. Redish, The Proper Role of the Prior Restraint Doctrine in First Amendment Theory, 70 Va. L. Rev. 53 (1984).

8) Thomas I. Emerson, The Doctrine of Prior Restraint, 20 Law & Contemp. Probs. 648, 657 (1955). “사후적인 제재 시스템 하에서는 의사가 정부가 조치를 취하기 전에 시장에 이미 전달되어 높은 낮은 사상의 자유시장 내에 일정한 위치를 차지하게 된다. 그러나 사전제재 시스템 하에서는 사상의 자유시장에 도달하지 못한다(The underlying rationale behind the presumption of unconstitutionality of a prior restraint of speech is that [u]nder a system of subsequent punishment, the communication has already been made before the government takes action; it thus takes its place, for whatever it may be worth, in the market place of ideas. Under a system of prior restraint, the communication, if banned, never reaches the market place at all).”

9) 413 U.S. 376 (1973)

10) 438 U.S. 726 (1978)

11) 59 F.3d 1249 (D.C. Cir. 1995)

12) 380 U.S. 51 (1965)

새겨보고자 한다. 제3장에서는 이 원칙들이 Pittsburg Press판결과 Pacifica Foundation판결 / Act for Children's Television판결과 어떻게 화합하는지를 조사하여 이 판결들을 정당화하는 일반적인 원칙을 도출해보고자 한다. 이 3장의 결론을 미리 말하자면 사전제재 법리는 매체의 특수성, 명확성의 원칙, 3권분립에 대한 고려가 포함된 것으로 보아야 한다는 것이다. 더욱 용기있게 말하자면 미국의 사전제재금지법리의 현대적 해석에서 '사전' 보다 더욱 중요한 것은 사법부의 역할, 제재기준의 명확성(이를 통한 행정권 재량의 통제), 그리고 매체가 가지고 있는 특수성이라는 것이다.

그리고 제4장에서는 결론을 대신하여 위와 같이 재정립된 미국의 사전제재 법리를 이용하여 2003년 불온통신규제 결정<sup>13)</sup>을 재평가해보고자 한다. 황성기는 불온통신규제 위헌결정이 매체의 특수성에 대한 숙고 끝에 '불온통신'이라는 모호한 규제기준을 무효화하였다는 점에서 매체의 특수성에 비례하여 심사척도를 달리하여 '저속성'이라는 규제기준을 무효화한 ACLU 대Reno결정에 버금가는 결정이라고 평하였지만<sup>14)</sup> 필자는 이 결정이 이를 넘어서서 Bantam Books대Sullivan(행정명령), ACLU대Reno 또는 Pacifica Foundation(매체의 특수성),<sup>15)</sup> Near 대Minnesota판결(명확성의 원칙)의 각각의 원리(괄호안)를 흡수한 결정으로 보아야한다고 생각한다.

사전제출의무가 없는 표현의 자유에 대한 제약의 위헌성과 관련하여 법원명령의 위헌성과 행정명령의 위헌성 중에서 우리나라에서는 후자에 대한 관심이 높다. 그 이유는 첫째 우리나라에서는 형평법과 일반법이 구분되어 일반법 상의 소급효적 구제(예를 들어 손해배상)가 형평법 상의 장래효적 구제(예를 들어 법원명령)에 비해 선호되는 전통이 없는 상황에서 우리 법조계에서는 위법성의 판단만 절차적으로 올바르다면 위법한 표현을 사전에 억제할 수 있다는 확신이 존재한다.<sup>16)</sup> 둘째 대륙법적 경향이 강하여 행정기관이 공익의 보호를 위해 표현의 자유를 제약해야 하는 상황이 빈번한 우리나라에서는 행정기관의 개입의 위헌성에 대한 논의가 항상 문제가 되기 때문이다.<sup>17)</sup>

## 1. Near대Minnesota의 상식적인 해석

Near대Minnesota판결은 사후심의를 그것도 법원에 의해 이루어진 사후심의를의 결과물로서

13) 헌재 2002. 6. 27. 99헌마480, 전기통신사업법 제53조 등 위헌확인

14) 황성기, "헌재 2002. 6. 27. 99헌마480, 전기통신사업법 제53조 등 위헌확인사건의 평석과 개정 전기통신사업법 제53조에 대한 분석", 한양법학 \_\_호 \_\_쪽

15) 미국의 ACLU대Reno사건에서는 사전제재에 대한 판사가 포함되지 않았는데 그 이유는 행정기관에 의한 표현에 대한 규제가 없었기 때문이다.

16) 헌재결 2001.8.30. 2000헌바36 합헌. 법원이 사인들 사이의 법정공방에 대한 심리에 대한 구제절차로서 방영금지가처분을 허용한 민사소송법 제714조 제2항이 합헌이라고 본 사례로서 헌법재판소는 "검열 금지의 원칙은 모든 형태의 사전적인 규제를 금지하는 것이 아니고, 단지 의사표현의 발표 여부가 오로지 행정권의 허가에 달려있는 사전심사만을 금지하는 것을 뜻한다 할 것이다. . . 방영금지가처분은 비록 제작 또는 방영되기 이전, 즉 사전에 그 내용을 심사하여 금지하는 것이기는 하나, 이는행정권에 의한 사전심사나 금지처분이 아니라 개별 당사자간의 분쟁에 관하여 사법부가 사법절차에 의하여 심리, 결정하는 것이므로, 헌법에서 금지하는 사전검열에 해당하지 아니한다"라고 하였다.(밑줄 필자).

17) 황성기, 사이버스페이스와 불온통신규제, 「사이버스페이스에서의 기본권」, 한국헌법학회 제12회 헌법학술발표회 발표집, 2000.5.27.; 이인호, 표현의 자유와 검열금지의 원칙-헌법 제21조 제2항의 새로운 해석론, 법과 사회 제15호 (1997), 261면; 황승흠, 사이버 포르노그래피에 관한 법적 통제의 문제점-전기통신법 제48조의 2를 중심으로, 정보와 법 연구 창간호, 국민대학교 정보와 법 연구소, 길안사 (1999).

내려진 명령을 사전제재원리 하에 위헌이라고 판단하였다는 점에서 매우 이론적으로 접근하기 어려운 판결이었다. 필자는 이 판결의 세심한 해독은 이 판결이 매우 상식적임을 밝혀준다고 보며 그 상식은 법원이 심의하여 위법하다고 판단한 것은 그것이 행위가 아닌 표현이라고 할지라도 영구적으로 금지처분될 수 있다는 것이지만 금지처분의 대상이 행위가 아닌 표현의 경우에는 그 처분은 위법판단을 받은 표현물에만 한정되어야 하며 금지되는 표현물과 그렇지 않은 표현물 사이의 경계는 명확해야 한다는 것이다.

## 가. 판결의 개요

1931년 Near대Minnesota사건에서 미연방대법원은 악의적이고, 비방적이고, 명예훼손적인 (malicious, scandalous, and defamatory) 신문, 잡지 및 정기간행물을 정기적으로 제작 배포하는 행위를 일종의 경범죄로 규정하여 그와 같은 행위를 금지하는 법원명령(injunction, enjoin)을 내릴 것을 허용한 미네소타주의 법률을 사전제재로 규정하며 위헌이라고 판결하였다.<sup>18)</sup> 그리고 해당 법률에 따라 내려진 미네소타주 법원의 명령 역시 파기되었다.<sup>19)</sup>

해당 법률조문의 제1조는 ‘악의적이고 비방적이고 명예훼손적인 신문, 잡지 또는 정기간행물’의 배포를 공해(nuisance)로 규정하고 이 공해는 법원명령에 의해 금지될 수 있다고 하였다. 제2조는 해당 지역의 검사나 일반시민이 이 공해의 중지를 명하는 법원명령을 청구할 수 있다고 하였다. 제3조는 위의 중지명령을 위반하는 자는 미화 1,000불 또는 12개월 이하의 자유형에 처할 수 있다고 하였다.

당시 원고는 Saturday Press라는 주간신문을 통해 매우 저급한 언어를 동원하여 유대인계열의 갱단이 존재한다고 주장하며 공직자들이 이 갱단들에 매수되어 범죄소탕을 게을리 하고 있다는 의혹을 제기하는 기사를 9번에 걸쳐 게재하였고 이에 대해 해당지역 검사는 관련 법률에 따라 법원에 금지명령을 신청하였고 그 신청은 인용되었다. 해당 법원은 “악의적이고, 비방적이고, 명예훼손적인 신문의 출판을 중단하라”는 내용의 금지명령을 발부하였다.

이에 대해 미연방대법원은 “신문이나 정기간행물이 법원에 의해 ‘악의적이고, 비방적이고, 명예훼손적’인 것으로 판단되어 그 출판에 금지명령이 내려질 경우, 출판을 재개하는 것은 법정모독을 저지른 것이 되어 벌금이나 구금으로 처벌 받는다. 그러므로 신문이나 정기간행물이 공직자들에 대한 비판 기사 때문에 위 발행이 금지된 후에 그와 같은 비판 기사를 다시 게재하는 것은 다시 법정모독이 될 것이다. 즉, 명령은 발행인에게 영구적인 제재로 남게 되며 발행인은 새로운 발행물의 성격에 대해 법원을 만족시켜야 그 제재로부터 벗어날 수 있게 된다. 발행인이 같은 또는 다른 공직자들에게 비판적인 기사를 게재할 수 있는가의 여부가 법원의 결정에 의해 달려있게 된다”<sup>20)</sup> 결국, 발행인은 명시적으로 사전제출의무가 없

18) Near v. Minnesota, 283 U.S. 697 (1931)

20) 283 U.S. at 712. 영어원문은 다음과 같다. "When a newspaper or periodical is found to be 'malicious, scandalous and defamatory,' and is suppressed as such, resumption of publication is punishable as a contempt of court by fine or imprisonment. Thus, where a newspaper or periodical has been suppressed because of the circulation of charges against public officers of official misconduct, it would

더라도 아직 출판되지 않은 내용에 대해 자발적으로 법원에 사전제출을 하여 승인을 얻으려 할 수 밖에 없을 것이다. 이렇기 때문에 미연방대법원은 "위 명령이 불법신문 및 정기간행물을 억제하는 작용만을 하는 것이 아니라 발행인을 실질적인 검열 하에 두게 된다"라고 하는 것이다.<sup>21)</sup>

위 판결은 그 이후 사전제재에 대한 가장 권위적인 법원(法源)으로 남게 되어 상당수의 법원명령(injunction)들의 위헌성이 Near판결의 중력장 속에서 다투어지게 된다.

#### 나. 주류이론: 우회항변금지원칙에 의한 발화의 지연

사법부가 적법절차에 따라 이미 게시된 특정 표현물을 위법하다고 판단한 후에 이 표현물의 계속된 게시를 금지하는 것이 어떻게 위헌이 될 수 있을까? 현재 미국법학계에서 이 질문에 가장 적절한 답변으로 알려진 이론은 우회항변금지(collateral bar)원칙을 중심으로 설명하는 이론이다.<sup>22)</sup> 즉 행정기관이나 사법기관이 내린 명령은 그 자체로 형식적인 문제가 없다면 반드시 지켜져야 하며 추후에 명령이 위헌이라고 밝혀졌다고 할지라도 명령을 지키지 않은 것에 대한 처벌은 감수해야 한다는 원칙을 말한다.<sup>23)</sup> 이 원칙 때문에 표현의 발화자는 자신의 표현이 합법적인 표현이라고 확신한다고 할지라도 그리고 그 확신이 추후 상급법원에서 옳다고 판명된다고 할지라도 법원의 금지명령을 준수해야 한다. 즉 상급법원의 판단이 있기 전까지는 법원의 금지명령에 의해 표현의 발화가 지연되어야 한다. 위 사건에서도 법원의 금지명령이 위헌일 수도 있지만 이 금지명령을 어기면 법정모독죄를 범한 것이 되고 이에 따른 별도의 처벌을 받게 되어 발행인은 어쩔 수 없이 금지명령을 따라야 한다. 만약 이 금지명령이 위헌인 것으로 나중에 판명될 때까지 발행인은 위법판단을 받은 기사를 사용할 수 없게 된다. 실제로 위 사건에서 발행인은 4년 동안 출판물을 중단하였었다. 혹자는 우회항변금지 원칙은 표현의 자유에 대해서만 적용되는 것은 아니라고 말할 것이다. 실제로 특정 표현을 금지하는 것이 아니라 특정 행위를 금지하는 명령도 있을 수 있고 이 명령 역시 추후에 위법하다고 판단된다고 할지라도 그 명령을 준수하지 않는 행위는 별도로 처벌될 수 있다. 표현은 행위와 다르며 표현의 발화가 지연되는 것은 행위가 지연되는 것과는 달리 헌법적 피해이다. 사전제재 법리는 이와 같은 지연을 방지하는 것이다.<sup>24)</sup>

---

seem to be clear that the renewal of the publication of such charges would constitute a contempt, and that the judgment would lay a permanent restraint upon the publisher, to escape which he must satisfy the court as to the character of a new publication. Whether he would be permitted again to publish matter deemed to be derogatory to the same or other public officers would depend upon the court's ruling."

21) 283 U.S. at 712. 영어원문은 다음과 같다. "The statute not only operates to suppress the offending newspaper or periodical, but to put the publisher under an effective censorship."

22) Barnett, "The Puzzle of Prior Restraint", 29 Stan. L. Rev. 539, 552 (1978).

23) 실제로 미연방대법원은 Walker 대 City of Birmingham, 388 U.S. 307 (1967)에서 주법원이 흑인목사 8명이 시청의 허가를 얻지 않고 가두시위를 감행하지 않도록 가처분명령을 내렸음에도 불구하고 이들이 명령을 어긴 것에 대해 주법원이 법정모독죄를 적용하였을 때 가처분명령의 위헌성에 관계없이 가처분명령을 어긴 것에 대해서는 유죄가 인정된다고 한 바 있다.

24) 비판적인 이론으로는 Jeffries, "Rethinking Prior Restraint", 92 Yale L.J. 409 (1983).

참고로 우회항변금지원칙을 중심으로 행정명령에 대한 사전제재이론을 설명하는 입장에 대한 필자의 평가는 완전히 다르다. 그 이유는 아래에서 설명하겠지만 행정부의 형식적으로 온전한 명령을 따르지 않은 것에 대해 사법부가 쉽게 우회항변금지원칙의 적용을 포기하는 것은 3권분립의 원칙에 어긋난다.

그러나 우회항변금지원칙(collateral bar)을 중심으로 법원명령의 사전제재적 성격을 설명하는 것은 필자가 보기에는 일정한 순환논리가 존재한다. 만약 표현의 발화를 지연시키는 것이 헌법적인 해악이라면 표현의 자유를 제약하는 법원명령에 대해서는 상급법원인 미연방대법원이 우회항변금지원칙 자체를 적용하지 않으면 그뿐 아닌가? 물론 법적 안정성과 표현의 자유가 경합하는 경우 어떤 가치에 더욱 비중을 둘 것인가에 대한 논의도 필요하겠으나 이와 같은 이익형량이 불가능할 정도로 우회항변금지원칙이 헌법상 위계가 높지는 않을 것이다. 뿐만 아니라 법원명령과 관련하여 사전제재 법리가 보호하는 가치가 '불법적일 수 있는 표현발화의 지연을 방지하는 것'이라면 상급법원들이 더욱 신속하게 심의를 하거나 또는 Freedman대Maryland판결이 요구하였던 안전장치를 요구하면 되는 일이 아닐지. 이 논문에서는 우회항변금지원칙을 중심으로 법원명령에 대한 사전제재이론을 설명하는 입장에 대해서는 더욱 깊게 다루지 않겠다. 그러나 사전제재금지원칙을 설명하기 위해 우회항변금지원칙을 동원하고 다시 이를 통해 사전제재금지법리가 보호하는 가치를 '불법적일 수 있는 표현발화의 지연을 방지하는 것'이라고 정하여 다시 이 가치를 통해 법원명령의 위헌성을 주장하는 것에는 문제가 있다. 특히 법치주의국가에서 법원에서 불법이라고 판단하였다면 더 이상의 불법판단은 항소심에서 반복되기 전에는 없다고 보아야 한다는 의구심을 떨쳐버릴 수 없다.

Near판결은 이외에도 형평법과 일반법의 이원성으로부터 도출되는 법원명령에 대한 회피경향에 상당히 의지하고 있다.<sup>25)</sup> 물론 이것은 표현의 자유와 관련된 것만은 확실하지만 형평

25) *Mitchell et al. v. Grand Lodge, Free and Accepted Masons of Texas*, 56 Tex. Civ. App. 306(1909)년에 텍사스항소법원은 흑인종족의 부흥을 목표로 하여 합법적으로 설립된 흑인메이슨(Mason)그룹에 대해 '의혹스러운(spurious) 단체'라는 내용을 담은 홍보물의 출판을 금지하는 하급법원의 명령을 파기하였다. '손해배상이 적절한 보상이 되지 않을 때만 법원명령을 발부할 수 있다는 형평법원의 일반법칙으로부터 도출될 수 있다고 하였다. 그리고, 텍사스주의 표현의 자유 보호조항을 인용하며 명예훼손에 대하여는 금지명령을 내릴 수 없다고 판시하였다.

*Citizens's Light, Heat & Power Co. v. Montgomery Light & Water Power Co.*, 171 F. 553; 1909 U.S. App. LEXIS 5620 (Circuit Court, M.D. Alabama, N.D.; July 22, 1909) 1909년에 미연방 앨러배마 북부지원은 전력 회사들 간의 상호 비방 선전물에 대해 금지명령을 신청할 수 있는가를 판단하며, 적어도 초기 판례들 중에서는 매우 균형 있고 정직한 이유를 제시하며 금지명령신청을 기각한다. 앨러배마 법원은 금지명령이 모든 상황에서 금지된다고 생각하지는 않았다. 동 법원은 명예훼손에 의한 피해가 '재산상 피해'를 넘어서지 않는다면 금지명령이 허용되지 않는다는 포머로이의 Equity Jurisprudence, 630을 인용한 후, 여기에는 비밀정보의 공개도 없고 동등한 라이벌의 그것 이외에는 특별한 관계도 개입되어 있지 않다. . . 고객들이나 고객들의 재산에 폭력의 위협이 존재하는 것도 아니다. . . 고객은 자신의 판단을 세우고 자신의 선호를 이행하는 데에 자유롭다. 고객이 속았을지 모르지만 위협 받거나 강제된 것은 아니다.

*Howell v. Bee Publishing Company*, 100 Neb. 39, 42; 158 N. W. 358 (1914)에서 네브라스카 대법원은 선거 2달 전에 주지사 선거에 나오지 않겠다고 한 말을 번복하고 주지사 선거에 출마한 원고가 위의 불출마 선언에 대해 보도하려는 신문사를 상대로 낸 금지명령(injunction) 청구소송에서 하급심이 발부한 금지명령에 대하여 위헌을 선언하고 원심을 파기하였다. 역사에 비추어볼 때, 헌법의 언어를 통해 밝혀지는 그 주요한 의도들을 오해해서는 안 될 것이다. 전과 같은 정치적인 간행물에 대한 검열의 권한은 없어졌다. 형평법원을 통해 이루어지는 검열은 정부의 다른 부처에서 이루어지는 검열보다 덜 부당한 것이 아니다.라고 하면서도 네브라스카 대법원은 형평법원이 부당한 출판물로부터 사법제도, 재산, 계약, 개인적, 또는 주헌법이나 연방헌법에 의해 보장되는 다른 권리들을 보호할 권한에 대한 논의는 제시되지 않았고 결정하지도 않는다며 애매모호한 여운을 남겨 금지명령(injunction)의 사용을 원칙적으로 금지하지는 않았다.

*Willis v. O'Connell*, 231 F. 1004; 1916 U.S. Dist. LEXIS 1767(District Court, S.D. Alabama, S.D., at Mobile; April 24, 1916)에서 1916년 미연방 앨러배마 남부지원은 특정약품의 효능 및 그 약품을 추천한 사람들의 인격을 모독하는 내용을 출판하려는 신문사에 대한 금지명령신청을 기각하였다. 동 법원은 금지명령각의 근거에 대해 자신감을 보이고 있다. 동 법원은 신청인이 출판물에 대해 금지명령이 허용된 판례들을 제시한 것에 대하여, 제시된 판례들을 다음의 세가지 예외적인 사유에 따라 분류하고, 동 사건은 예외에 해당되

법원과 일반법원이 통합되어 있는 상황에서 이와 같은 보편적 회피경향이 사전제재 원칙을 대체할 수는 없다.

#### 다. 상식적인 이해: 정기간행물로서의 특성

하지만 Near대Minnesota판결을 다시 한번 살펴보면 우회항변금지원칙을 동원하는 고도의 논의가 필요없는 매우 상식적인 그러나 사전제재법리의 고전적 이상에 충실한 판결임이 밝혀진다.

발행인은 위 금지명령을 미네소타주 대법원에 상고하였다가 인용되자 미연방대법원에 상고하였는데 이때 발행인은 자신의 신문이 악의적이고 비방적이고 명예훼손적이라는 점을 인정하지는 않았지만 상고의 취지는 해당 법률 자체가 위헌이라는 것이었으며<sup>26)</sup> 발행인은 해당 기사의 합법성에 대해서는 전혀 다투지를 않았다. 검찰이 위 기사에 대해 명예훼손에 대한 형사처벌을 하려는 것도 아니었고 명예훼손의 피해자들이 손해배상을 청구한 것도 아니었기 때문이다. 물론 기 게재된 기사의 합법성을 증명한다면 위 금지명령의 위법성을 다룰 수도 있었을 것이다. 그러나 발행인 입장에서는 Saturday Press는 정기간행물이었고 실제로 '악의적이고 비방적이고 명예훼손적'이라는 판단을 받는 기사들은 이미 지난 호를 통해 배포 및 판매가 되어 발행인의 소기의 목적은 이미 달성된 후였으므로 이 기사들을 다시 게재할 이유는 없었다. 또 판결문의 소수의견이 침부한 Saturday Press의 기사들을 볼 때 당시의 그다지 엄격하지 않았던 명예훼손의 기준으로 볼 때 발행인은 명예훼손이 아니었음을 증명하기 어려웠을 수도 있다. 중국적으로 발행인에게 더욱 중요한 것은 앞으로 나올 기사들을 발행할 권리를 확보하는 것이었고 그렇기 때문에 법률 자체의 위헌성을 근거로 상고를 하는 대신 기 발행된 기사들의 위법여부에 대해서는 상고를 하지 않은 것이다.

그렇다면 발행인이 위 상고를 통해 확보하고자 하는 것은 추후의 신문발행을 할 권리이었던 것이다. 즉 상고에서의 심의대상은 이미 위법으로 판단받은 과거의 기사들에 대해 영구금지명령이 아니라 아직 그와 같은 판단을 받지 못한 - 아직 작성되지도 않았기 때문에 - 기사들에 대해 위 명령이 미칠 영향이었던 것이다. 하지만 미네소타주 대법원은 이미 "금지명령은...피고가 신문을 공익에 조화롭게 운영하지 못하도록 억제하지는 않는다"<sup>27)</sup>고 판시하였다. 즉 금지명령은 단지 "피고가 악의적이고 비방적이고 명예훼손적인 신문을 발행하는 것을 금지한다"고 하였을 뿐이므로 앞으로 게재될 기사들이 악의적이고 비방적이고 명예훼손적이지만 않다면 피고는 신문발행을 계속할 수 있었다는 것이다. 실제로 Near대Minnesota판결에 대한 강력한 소수의견에서 Butler대법관은 "법률의 어디에도 공해로 판정되지 않은 기사를 금지할 것을 허용하는 내용은 없다"고 지적하였다<sup>28)</sup>.

---

지 않는다고 하였다: (1) 특허권이 침해될 때; (2) 불법적인 폭력의 위협이 가해지고 그 폭력의 행사가 임박할 때; 그리고 (3) 상업상의 경쟁자들 사이에 불공정하고 불법적인 방법이 사용될 때. 동 법원은 단 *Emack v. Kane*만은 이 예외로서도 설명되지 않음을 인정하지만 그 사건을 선판례로 인정하고 다른 사건들이 많지 않다고 하였다.

26) Near, 709

27) Near, 707.

28) Near, 737.

이에 대한 미연방대법원의 공식판결문의 대답은 무엇일까? 미연방대법원은 “법률은 무엇이 ‘비방적이고 명예훼손적인’이라는 문구 외에는 [위법성의] 정의를 내리지 않는데 공직자 비리에 대한 기사들이 그 종류에 포함되는 것으로 보인다. . . [주대법원의 판결로부터] 명백히 유추할 수 있는 것은 공직자 비리에 대한 새로운 기사들은 법원이 공익과 조화롭다고 생각하는 내용이 아니라면. . . 법정모독으로 처벌될 것이라는 점이다(강조-편집자).”<sup>29)</sup>

위 문구에서 다음과 같은 점을 발견할 수 있다. 첫째 미연방대법원의 관심사는 위법성이 확정된 기사들이 사후적으로 억제되거나 그 (재)발화가 지연되는 것이 아니라 아직 위법성이 확정되지 않은 새로운 기사들에 대해 위 금지명령이 미치는 사전적인 영향임이 엇보인다. 즉 미연방대법원은 이미 발행된 기사에 대해 법원이 판단을 내리고 그 판단이 우회항변금지 원칙에 힘입어 합법적인 표현물의 표출을 지연하거나 지속적인 표출을 억제하는 효과에 대한 관심보다는 우회항변금지 원칙에 관련 없이 추후의 표현물의 표출에 미치는 영향에 대해 관심을 가지고 있는 것이다.

둘째 미연방대법원은 위법성이 확정되지 않은 새로운 기사들에 대한 주법원의 판단에 대해 관심을 보이면서 주법원의 판단이 자의적일 수 있다는 면에서 매우 깊은 의구심을 보이고 있다. 그러나 모든 판사의 판단은 자의적일 수 있는 위험이 상존한다. 그렇다고 해서 모든 경우에 판사에게 판단을 내리는 그 자체를 위헌이라고 규정하지는 않는다. 그렇다면 왜 여기서는 자의가능성을 이유로 하여 판사가 장래의 기사들에 대해 판단을 내리지 못하도록 하는 것일까?<sup>30)</sup>

#### 라. 명확성의 원칙과 Near판결

바로 법이 명확하지 않았기 때문이다. 즉 Near판결에서 위헌이 결정되었던 이유는 법원이 X라는 기사를 명시하고 그 기사에 대해 출판금지명령을 내린 것이 아니라 ‘악의적, 비방적, 명예훼손적’이라는 매우 추상적인 기준을 제시한 것이 문제였다. 이와 같이 추상적인 기준이 제시되면서 이론적으로는 아직 출판하지 않은 기사들 전체를 억제하는 것과 비슷한 효과를 내게 되었다. 왜냐하면 발행인은 아무리 주관적으로는 결백하다고 믿는 기사라 할지라도 위와 같이 폭넓은 기준에 저촉될지 여부에 대해서는 확신을 가지고 판단할 수밖에 없고 자신의 판단이 잘못된 경우에는 법정모독죄를 저지른 것과 마찬가지로 대부분의 기사들의 게재를 포기할 수밖에 없게 된다. 이와 같은 과정에서 ‘악의적, 비방적, 명예훼손적’이 아닌 기사들마저도 게재를 포기하거나 법원에 사전에 의사타진을 하게 되는 상황이 발생하게 된다. 즉 전형적인 허가제 방식의 사전검열과 비슷한 효과를 내거나 똑같은 효과를 내게

29) 영어원문. “The law gives no definition except that covered by the words ‘scandalous and defamatory,’ and publications charging official misconduct are of the class . . . the manifest inference is that, at least with respect to a new publication directed against official misconduct, the defendant would be held, under penalty of punishment for contempt as provided in the statute, to a manner of publication which the court considered to be ‘usual and legitimate’ and consistent with the public welfare.”

30) Near판결이 내려질 당시에는 미국의 법치주의가 아직 완성되지 않은 시기여서 판사들에 대한 의심이 충만해 있었고 형평법과 일반법의 이원성에 따라 나타나는 법원명령에 대한 회피현상과 겹쳐져 이미 명예훼손을 금지하는 법원명령에 대한 경계심이 존재하고 있었다는 입장에 대해서는 Meyerson, "The Neglected History of the Prior Restraint Doctrine: Rediscovering the Link between the First Amendment and the Separation of Powers", 34 Indiana L. Rev. 295 (2001)



되는 것이다.

대부분의 민사상 법원명령들은 정의되지 않은 표현물에 대한 것이 아니라 이미 정의된 표현물에 관한 것이다. 예를 들어 저작권침해소송에서 특정 저작물이 타인의 저작권을 침해하는 것으로 적법절차를 통한 판단이 이루어져 있을 경우 그 특정 저작물의 복제 배포를 금지하는 명령과 같은 것이다. 위의 Near판결의 기준을 이용하자면 이는 사전제제가 아니다. 왜냐하면 이미 적법절차에 따라 위법여부가 가려진 표현물에 대해서만 적용되기 때문이다. 다시 말하지만 법적인 절차에 따라 그 표현물이 위법한 것이라는 사법적인 판단이 내려졌다면 그와 같은 판단이 내려진 표현물에 대한 금지명령은 합헌이 된다.

그런데 법률은 ‘악의적이고 비방적이고 명예훼손적인 정기간행물’의 발행을 금지할 수 있다고 하였는데 그렇다면 법이 그 위법의 범위에 대해 조금 더 명확히 정의하였다면 위와 같은 억제효과가 없어지게 될까? 그렇다. 실제로 Near판결 이후에 여러 사법기관에 의한 법원명령이 합헌적인 것으로 인정될 때는 위법의 범위가 명백히 정해져 있을 때로 한정되어 있다.<sup>31)</sup> 결국 Near판결의 상식적인 해석이란 법원이 적법절차를 통해 위법하다고 판단한 표현물은 당연히 사후적으로 금지될 수 있는 것이지만 금지의 범위가 불명확하여 새로운 표현물이 금지된 표현물에 포함되는지를 확인하기 위해 실질적으로 법원의 눈치를 보아야 하는 정도가 된다면 이는 새로운 표현물에 대한 고전적 의미에서의 사전제제가 된다는 것이다.

물론 금지명령의 대상이 명백히 정해진 경우라 할지라도 대상표현물이 전혀 표출된 적이 없기 때문에 금지명령이 순수하게 사전적인 의미로 작용하는 경우에는 금지명령은 위헌처분을 받을 수도 있다. 그러나 이와 같은 경우는 고전적인 사전제재법리가 경계하던 ‘사상의 자유시장’에 도달하지 못하는 상황의 하나라고 볼 수 있다. 예를 들어 New York Times대U.S.사건<sup>32)</sup>에서 Pentagon Papers라는 베트남관련 자료의 보도에 대한 금지명령의 발부를 거부하였다. 또 미연방대법원은 Nebraska Press Association대Stuart사건<sup>33)</sup>에서 어느 주형사법원의 판사가 “피고를 범죄에 연루시키는” 보도를 하지 못하도록 하는 명령을 내린 것에 대해 위헌처분을 하였는데 이 역시 특정 사실들이 사상의 자유시장에 접근하지 못하도록 하는 사전적 효과 때문인 것으로 보아야 한다.

이와 같이 Near판결을 상식적으로 해석하면 많은 학자들이 다루기를 곤혹스러워하는 Near판결이 스스로 인정한 사전제재금지원칙의 예외들도 설명될 수 있다. “사전제재로부터의 보호는 물론 무한하지 않다. 그러나, 그 한계는 예외적인 상황에서만 인정되었다. 전쟁중. . . 에 정부는 당연히 징병에 대한 실제 방해나 군량 출항일자나 군대의 수나 위치에 대한 출판을 금지할 수 있다. 음란물에 대해서도. . . 집행될 수 있다. 폭력행위나 국가전복의 선동 등도 적법한 정부행위로서 금지될 수 있다. . .<sup>34)</sup>” 라고 하였다. 위와 같은 설시는 문제를

31) *U.S. v. Noriega*, 917 F.2d 1543 (11<sup>th</sup> Cir., 1990) cert.den.sub nom. *CNN, Inc. v. Noriega*, 498 U.S. 976 (1990) (이상, 재판상비밀유지금지명령 관련). *The Martin Luther King Jr., Center for Social Change, Inc. v. American Heritage Productions*, 250 Ga. 135, 296 S.E. 2d 697 (1982); *Bi-Rite Enters, Inc. v. Bruce Miner Co.*, 757 F.2d 440, 441 (1<sup>st</sup> Cir. 1985) (이상, 초상권침해금지명령 관련); *Carpenter v. United States*, 484 U.S. 19, 25 (1987) (이상, 영업비밀침해금지명령)

32) 403 U.S. 713 (1971)

33) 427 U.S. 539 (1976)

야기하였는데 1960년대의 판결들은 사전제재(예를 들어 영화상영허가제)가 음란물에 대한 제재방법으로서도 부적절함을 밝혔다.<sup>35)</sup> 이는 당연하기도 한 것이 하지만 여기서는 법원이 특정 표현물을 음란물로 규정한 후에 그 표현물 만의 출판을 금지하는 상황 또는 특정 표현물이 국가적 폭력을 발생시킬 명백하고 현존하는 위험이 있음을 판시하고 그 표현물 만의 출판을 금지하는 상황을 언급하고 있는 것으로 이해할 수 있다.

## 마. 소결

정리하자면 Near판결의 기준을 따르더라도 법원이 적법절차를 통해 위법하다고 판단한 행위나 표현을 금지하는 명령은 사전제재가 아니다.<sup>36)</sup> 법원명령이 사전제재가 되는 경우는 그 명령의 범위가 불분명하여 법원이 적법절차를 통해 위법성판단을 하지 않은 합법적일 수 있는 표현물에 사전적으로 적용될 수 있는 위험이 있는 경우 또는 금지명령이 명백히 적용되는 대상 자체가 아직 표출되어 있지 않아 이 대상에 대해 사전적인 효과를 발생할 때로 한정되어야 한다. 즉 Near대Minnesota는 상식적으로 이해될 수 있는 것이다. 사후적인 사법적 판단에 의해 위법판정을 받은 표현물에 대한 금지명령이 헌법적으로 문제가 있는 것은 아니다.

덧붙여 여기에서 우리가 취할 교훈은 Near대Minnesota판결을 사전제재 법리에 대한 판결이라기 보다는 명확성의 원칙(vagueness)에 대한 판결로 이해하거나 최소한 사전제재 법리와 명확성의 원칙 사이의 접점을 구성하는 판결로 이해할 수 있다는 점이다. 즉 금지명령의 범위가 불명확함으로 인하여 아직 표출이 되지 않은 표현물까지 명령의 범위에 포함됨으로써 보통의 상황에서는 이미 법원이 위법성을 적법하게 판단한 표현물에 대한 합법적인 사후제재로 인정되었을 금지명령이 위헌판단을 받은 상황으로 한정하여 이해할 수 있다는 것이다.

## 2. Bantam Books대Sullivan<sup>37)</sup>의 재발견

### 가. 판결의 개요

34) 283 U.S. at 717.

35) Freedman판결

36) 이와 같은 이해가 현대의 표현의 자유 실무가들에게는 거의 받아들여지고 있음은 실무가들이 사용하는 웹사이트를 보면 알 수 있다. [http://itlaw.wikia.com/wiki/Prior\\_restraint](http://itlaw.wikia.com/wiki/Prior_restraint). 물론 법원의 최종결정이 아닌 가처분결정 등과 같이 최종심이 내려지지 않은 결정에 대해서는 사전제재법리가 적용될 수 있다. Mark A. Lemley & Eugene Volokh, "Freedom of Speech and Injunctions in Intellectual Property Cases", 48 Duke L.J. 147, 169-71 (1998). 하지만 필자가 생각건대 이는 제재의 발화에 대한 사전성이 문제가 아니라 - 왜냐하면 Lemley와 Volokh의 논문은 이미 발화가 된 표현물에 대한 가처분을 다루고 있기 때문에 - 이 논문의 2장에서 다루게 될 제재의 중국적 사법심사에 대한 사전성이 문제이다. 즉 필자의 견해는 사법적 심의를 통해 표현물의 위법성이 판단되면 그 이후에는 가처분이든 영구처분이든 관계없이 허용될 수 있다고 보여진다. 물론 역시 제재의 발화에 대한 사전성이 문제가 되는 경우에는 고전적인 사전제재법리('사상의 자유시장'에의 접근)가 적용된다.

37) 372 U.S. 58 (1963). 이 판결은 한상희(현재 건국대학교 법과대학 교수)에 의해 2001년12월13일 정보통신윤리위원회 주최 2001년 정보통신윤리학술대회의 토론에서 처음 국내에서 소개된 것으로 보인다. 이 판결은 박경신, "사전 검열 법리 와 정보통신윤리위원회의 활동: 법과학적 방법으로", 인권과정의 제12호 200. 8, 71-93쪽에서 다시 소개되었고 박선영, "가상공간에서의 표현의 자유와 청소년 보호", 헌법실무연구회제2회발표회 (2002. 10. 11.)에서 다시 소개되었으나 그 자세한 내용을 소개하는 것은 이번이 처음이다.

1956년에 미국로드아일랜드주 의회는 청소년도덕함양위원회(Commission to Encourage Morality in Youth)를 설립하고 그 위원회에 음란하거나(obscene) 저속하거나(indecent) 불순하거나(impure) 청소년을 타락시킬 것이 명백한 내용을 담고 있는 서적들에 대해 일반인들을 계도하고 그와 같은 서적들에 대한 처벌을 권고할 수 있는 권한을 부여하였다. 이 위원회의 위원들은 5년임기로 주지사가 임명하였다. 이 위원회는 시중에 이미 판매되고 있는 서적들을 심의하여 과반수 이상의 위원들이 해당 서적을 유해물로 판단할 경우, 해당 서적을 판매하는 자에게 청소년유해판정 사실을 통보하였다. 이 판정 통지서는 '판정결과가 경찰당국에도 통보되었다'는 내용과 '위원회는 음란물의 배포에 대해 처벌을 하도록 관련당국에 권고해야 하는 의무를 가지고 있다'는 내용을 담고 있었으며, 이에 따른 판매자의 '협조'를 권고하였다.<sup>38)</sup> 거의 모든 서점들은 위의 통지를 받으면 즉시 관련서적의 판매를 중단하였다. 이와 같은 상황에 대하여 위의 위원회에 의해 위법하다고 판명된 서적의 출판사들이 위와 같은 권고제도가 위헌적이라며 소송을 제기하였다. 로드아일랜드주대법원은 위의 권고제도가 위헌적이지도 않다고 하였다.

이에 대해 미연방대법원은 다음과 같이 판시하였다.

위원회의 활동은 주정부의 형사상 음란규제와는 별도로 부과되어 그 국가규제를 불필요하게 만든다. 그러나 형사상 처벌의 필요를 피하면서 주정부는 형사절차의 안전장치들도 제거한 꼴이 되었다. 형사처벌은 형사절차의 절차적 안전장치들로 둘러싸인 형사재판을 통해 음란성 여부가 판단된 후에야 적용된다. 위원회는 이와 대조적으로 음란하지 않은 헌법적으로 보호되어야 할 표현물을 억제하지 않도록 하는 안전장치들을 전혀 제공하지 않는다. 형법에 의지할 때보다 보장되어야 할 자유에 대한 더욱 심대한 위협을 발생시키는 규제형태이다.

주정부는 간행물의 배포를 행정적 사전제재(prior administrative restraint)의 체계를 이용하여 규율하는 것이다. 위원회는 사법기구가 아니고 위원회가 특정 간행물들을 불온(objectionable)서적 목록에 올리는 결정은 그 간행물들의 규제가 합법적이라는 사법적 판단을 따르는 것이 아니다. 표현에 대한 사전제재 체계는 위헌성의 강력한 추정을 받게 된다. [Near v. State of Minnesota, 283 U.S. 697 (1931) 및 다수의 대법원판결을 보라.] 우리는 사전제재체계를 사법기구의 감독 하에서 운영되고 규제조치의 합법성에 대해 거의 즉각적인 사법적 판단이 있을 경우에만 용납하였다. [Kingsley Books, Inc. v. Brown, 354

38) "This agency was established by legislative order in 1956 with the immediate charge to prevent the sale, distribution or display of indecent and obscene publications to youths and (sic) eighteen years of age. "The Commissions (sic) have reviewed the following publications and by majority vote have declared they are completely objectionable for sale, distribution or display for youths under eighteen years of age. . .The Chiefs of Police have been given the names of the aforementioned magazines with the order that they are not to be sold, distributed or displayed to youths and (sic) eighteen years of age. . .The Attorney General will act for us in case of non-compliance. . . The Commissioners trust that you will cooperate with this agency in their work. \* \* \* Another list will follow shortly. . . Thanking you for your anticipated cooperation, . . ." 또 다른 통지문은 다음과 같은 내용을 가지고 있었다. "This list should be used as a guide in judging other similar publications not named. Your cooperation in removing the listed and other objectionable publications from your newstands (sic) will be appreciated. Cooperative action will eliminate the necessity of our recommending prosecution to the Attorney General's department."

U.S. 436] 이 사건의 체계는 그러한 구제책은 포함하지 않는다. 헌법적으로 보호되는 간행물을 억제할 수 있는 가능성은 오히려 이 법원이 위헌처분하였던 허가제도들보다 더욱 높다. 판정문이 발행되기 전의 사법적 통제도 없고 위원회의 결정에 대한 사법심사도 정하여두고 있지 않다. 발행인과 유통인 모두 자신들이 취급하는 간행물이 불온서적 목록에 오르기 전에 아무런 통지나 변론기회도 얻지 못한다.<sup>39)</sup>

위의 문구를 읽다보면 결국 미연방대법원이 사전제재라는 표현을 쓸 때 “사전”이라 함은 표현물의 표출의 이전을 말하는 것이 아니라 사법부의 판단의 이전이나 사법부의 판단이 즉각적으로 후속적으로 따르지 않는 경우를 말하는 것임을 알 수 있다. 이와 같이 사법부의 판단에 의하지 않은 위법결정을 “사전”으로 규정하였던 경향은 Bantam Books판결이 결정되었던 시대의 다른 판결들을 보아도 알 수 있다.

#### 나. “사전”의 의미

##### *HMH Publishing v. Garrett*<sup>40)</sup>

1956년 헨더슨이라는 신문 및 잡지 유통업자는 특정 잡지를 배포하여 인디애나주의 음란법을 위반하였다는 혐의에 대해 유죄 판결과 이에 따르는 벌금형을 받았다. 헨더슨은 차후에 이런 일을 방지하기 위하여 자신을 처벌했던 검찰에 연락하여 '어떤 잡지들이 음란물인지 알려달라'고 질의를 하였고, 이에 대하여 검찰은 원고의 잡지인 Playboy지를 포함한 24개의 잡지명을 가르쳐 주었다. 헨더슨은 Playboy지를 포함한 24개 간행물 전부에 대해 판매를 중단하였다. 이에 대하여 Playboy지의 발행인인 HMH Publishing은 검찰의 위 행위가 사전제재에 해당한다며 소송을 제기하였다.

---

39) The Commission's operation is a form of effective state regulation superimposed upon the State's criminal regulation of obscenity and making such regulation largely unnecessary. In thus obviating the need to employ criminal sanctions, the State has at the same time eliminated the safeguards of the criminal process. Criminal sanctions may be applied only after a determination of obscenity has been made in a criminal trial hedged about with the procedural safeguards of the criminal process. The Commission's practice is in striking contrast, in that it provides no safeguards whatever against the suppression of nonobscene, and therefore constitutionally protected, matter. It is a form of regulation that creates hazards to protected freedoms markedly greater than those that attend reliance upon the criminal law.

What Rhode Island has done, in fact, has been to subject the distribution of publications to a system of prior administrative restraints, since the Commission is not a judicial body and its decisions to list particular publications as objectionable do not follow judicial determinations that such publications may lawfully be banned. Any system of prior restraints of expression comes to this Court bearing a heavy presumption against its constitutional validity. See *Near v. State of Minnesota ex rel. Olson*, 283 U.S. 697, 51 S.Ct. 625, 75 L.Ed. 1357; [이후 다수의 대법원 판결문 생략] We have tolerated such a system only where it operated under judicial superintendence and assured an almost immediate judicial determination of the validity of the restraint. [각주: \*71 *Kingsley Books, Inc. v. Brown*, 354 U.S. 436, 77 S.Ct. 1325, 1 L.Ed.2d 1469.] The system at bar includes no such saving features. On the contrary, its capacity for suppression of constitutionally protected\*\*640 publications is far in excess of that of the typical licensing scheme held constitutionally invalid by this Court. There is no provision whatever for judicial superintendence before notices issue or even for judicial review of the Commission's determinations of objectionableness. The publisher or distributor is not even entitled to notice and hearing before his publications are listed by the Commission as objectionable.

40) 151 F. Supp. 903; 1957 U.S. Dist. LEXIS 3648 (1957)

인디애나주 연방지법은 검찰의 행동의 실질적인 효과는 Playboy지의 추후 판매를 금지하는 것이었다며 검찰의 행동은 '사법처리의 암묵적인 위협'에 이르는 것으로서 '사전제재'에 해당한다고 하였다.<sup>41)</sup> 동 법원은 Near v. Minnesota도 사전제재 금지의 예외를 허용했음을 인정하면서도 그와 같은 예외에 해당되기 위해서는 제14수정조항(Fourteenth Amendment)의 절차적인 적법절차의 요건을 충족시켜야 할 것이라고 경고하였다.

그리고, 동 법원은 사실 판단에 들어가서는 다음과 같이 검찰의 행동을 꾸짖는다:

여기서 발행인은 중립적인 판정부 앞에서 공정한 청문회를 통해 자신의 간행물이 실정법을 위반하는 지의 여부를 가릴 기회를 갖지 못했다. 대신, 검찰이 발행인에게 반증의 기회도 주지 않은 채 “사전적인” 판단을 하였다. 검찰이 이 판단을 내리면서 어떤 법적인 기준과 입증 기준을 이용하였는지도 알 수 없다.

### *Sunshine Book Company v. McCaffrey*<sup>42)</sup>

1951년에 뉴욕 경찰서장은 시내의 1,200개에 달하는 신문 및 잡지 판매인들에게 Sunshine & Health와 Sun Magazine이라는 전국적인 나체주의자들의 정기간행물을 포함한 다수의 간행물을 판매하지 말 것을 요구하는 서한을 보냈다. 이 서한은 위 요구를 따르지 않으면 위 판매인들의 면허를 취소할 것을 통고하였다. 판매인들은 즉시 서한에 나열된 간행물들의 판매를 중단하였다. 뉴욕고등법원(Supreme Court of New York)은 위에서 언급되었던 *Near v. Minnesota*, *Bantam Books v. Melko*, *Kingsley Books v. Brown* 등을 언급하며 뉴욕 경찰서장의 행위가 사전제재에 해당한다고 하였다. 동 법원은 *Near*의 '실질적인 기능과 효과' 기준을 적용한다고 하면서, 이 서한의 실제 효과는 신문 및 잡지 판매인들이 굴복시켜 원고의 잡지 장래본(future copies)들의 판매를 방지하는 것이라고 판시한다.<sup>43)</sup>

동 법원은 우리의 결정이. . . 시당국이 적절한 절차를 통해 형사상 유죄 판결을 받아 내거나 *법원의 금지명령*<sup>44)</sup>을 받아내어 음란물의 판매나 배포를 박멸하는 것을 막는 것은 아니다. . . 검사들이 형법을 열심히 집행할 때, 기소나 처벌의 위협이 음란물의 확산을 저해(deter)할 것이다. 그러나 우리는 “사전검열(advance censorship)”을 통해 의사소통을 규제하기 위해 행정권(administrative power)을 이용하는 것에 대해서는 추후의 용납도 하지 않아 왔다<sup>45)</sup>라고 하였다.

이와 같은 결론은 *McTab Publishing v. Howard*<sup>46)</sup>에서 확인되는데 1958년 루이지애나 시장과 경찰은 주민들로부터 외설적인 잡지들에 대한 신고를 받아 위 잡지들을 목사들로 이루어진 비공식적 심의 기구인 '지역사회문화순화위원회'에 심의토록 한 후, 그 지역의 신문 및

41) 151 F.Supp. at 905.

42) 4 A.D.2d 643; 168 N.Y.S.2d 268; 1957 N.Y. App. Div. LEXIS 3759 (1957)

43) 168 N.Y.S.2d at 273.

44) 이 대목은 위의 1장에서 제시한 *Near v. Minnesota* 의 상식적 이해와 부합한다.

45) Id. at 274.

46) 169 F. Supp. 65; 1959 U.S. Dist. LEXIS 3811(1959)

잡지 유통자들에게 위 잡지들을 판매 금지할 것을 요청하면서 음란법에 의거한 형사 처벌이 있을 것임을 밝혔다. 이에 대하여 위 잡지 발행인들은 위 시장과 경찰의 위협행위가 '사전 제재'에 해당한다며 더 이상의 위법행위를 하지 못하도록 하는 금지명령<sup>47)</sup>을 루이지애나 연방지법에 신청하였다. 이에 대하여 동 법원은 “시장과 경찰의 행위가 '사전제재'인 지에 대해서는 지금 결정할 필요가 없다라고 한다. 그 이유는 시장은 위의 첫 서한 이후에는 음란물에 대한 사법처리를 즉각 시작할 것이라고 명백히 하였다. . . 시장의 앞으로의 조치는 사법처리의 위협이 아니라 사법처리의 시행이 될 것이다. . . 이 사법처리 과정을 통해 피의자는 주법원에서 헌법적, 사실적 및 기타 항변을 제기함은 물론 궁극적으로 연방대법원에까지 항소를 할 수 있다.<sup>48)</sup>” 그러면서, 동 법원은 이와 같은 사법처리는 시장과 경찰이 당연히 시행할 권한을 가지고 있으므로 이를 금지하는 명령을 발부하지 않겠다고 판결문을 끝맺는다.

### *New American Library of World Literature v. Allen*<sup>49)</sup>

1953년 오하이오주 영스타운시의 경찰은 스스로 108개에 달하는 단행본들을 외설물로 선정하여 그 지역의 최대 서적판매상인 블록에게 관련 서적의 판매를 중단해 줄 것을 요청하고 이를 받아들이지 않을 경우 형사 처벌을 하겠다고 위협하였다. 이에 대해 오하이오주 연방지법은 다음과 같이 사전제재금지 법리의 의의를 설명하였다:

경찰서장으로서 피고는 관련된 출판물들에 대해 위법의 개연성이 있는가 검사를 할 의무는 가지고 있다. 경찰서장은 관련 서적들이 음란한지 부도덕한지에 대한 최종결정을 내릴 권한은 없다. 사법처리를 진행시켰다면, 시당국은 합리적인 의심의 여지가 없도록 위법성 요건을 증명할 책임을 가지게 되며 이 때 음란성 및 부도덕성도 같이 증명되어야 한다. 권한을 가진 법원이 관련 서적을 음란하다거나 부도덕하다고 판정하기 전까지는 관련 서적의 출판 및 유통은 어떠한 형태로든 억제되어서는 안 된다.<sup>50)</sup>

### 다. Redish, Monaghan, 그리고 Freedman판결

실제로 Redish는 “사전제재의 합헌성은 완전하고 공정한 사법적 판단이 있기 전에 아무런 제한이 집행되지 않는 이상(理想)적인 상황에 비교되어 판단되어야 한다”고 하였다.<sup>51)</sup> 이에

47) 1950년대에는 발행인들이나 서적유통업체들이 경찰이나 시청에서 행하는 음란물 단속에 대하여 가처분신청을 많이 신청하였는데 이 판결에서는 드물게 그 신청이 받아들여지지 않았다. 이는 당국이 계속 위협행위를 할 가능성이 거의 없고 사법처리로 즉시 이행할 것으로 보이기 때문인 듯 싶다. 본문에서 설명하듯 미국사법부는 표현의 자유에 대한 처벌은 온갖 적법 절차 상의 장치들이 사용되어 피의자의 권리를 보호하는 사후처벌을 통해서 이루어질 것을 장려하고 있기 때문에 당연히 *Magtab Publishing v. Howard* 법원은 금지명령 발부를 거부하고 있는 것이다.

48) 169 F.Supp. at 70.

49) 114 F. Supp. 823; 1953 U.S. Dist. LEXIS 4084; 67 Ohio L. Abs. 143; 52 Ohio Op. 289 (1953)

50) 114 F. Supp. at 833-4.

51) Redish, 58쪽. “The validity of a prior restraint will be measured by comparison to the ultimate ideal of no

따라 Redish는 “우리가 독립적인 사법부에 대해 내리고 있는 두 개의 전제, 즉 헌법적 필요성과 충분성의 전제에 비추어볼 때 행정적 사전제재와 사법적 사전제재 사이에는 엄청난 차이가 있다”고 하였다.<sup>52)</sup> Redish는 기본적으로 사전제재는 궁극적으로는 합법적일 수 있는 표현물이 법치주의 국가에서는 궁극적 판단을 내릴 수 없는 행정부에서 결정을 내릴 경우 그 발화가 지연되거나 억제될 수 있다는 우려에 근거하고 있다고 믿기 때문이다.<sup>53)</sup> 표현의 자유에 대한 제약이 사법적인 판단이 있기 이전에 이루어지지 않는 것이 중요한 것이므로 Redish에게 사전제재의 “사전”은 바로 제약되는 표현의 위법성에 대한 사법적 판단의 이전을 말하는 것이 된다.

Redish에 따르면 표현의 자유를 제약하는 행정행위에 대해 사법적 심사를 요구하는 근거는 충분하다. “표현을 제약하는 행정적 비사법적 규제기관은 규제를 위해 존재한다. 규제가 존재의 이유이다. 이 기관들은 검사와 판사의 역할을 동시에 해야 하며 무의식중이라도 어떤 표현들을 합헌적인 규제대상이라고 지목하여 자신들의 존재를 확인해야 할 의무를 느낄 수 있다.”<sup>54)</sup> 이에 비해 사법기구들은 규제목적으로부터 자유롭고 헌법적 이슈들을 판단하기에 필요한 정치적 독립성을 유지하고 있다.<sup>55)</sup>

물론 미연방대법원 스스로도 표현의 자유에 대한 행정적 규제를 사법적으로 통제할 필요성을 더욱 명쾌하게 언급하였는데 바로 Freedman대Maryland사건<sup>56)</sup>에서였다. 이 사건에서 미연방대법원은 매릴랜드주가 모든 영화상영자들이 영화를 주검열위원회에 사전에 제출하여 음란성 여부를 판단받도록 한 것에 대해서 잘 알려져 있는 세 가지 절차적 안전장치<sup>57)</sup>를 부과하며 다음과 같이 판시하였다.

검열자의 업무는 검열이며 자유로운 표현에 대해 국민들이 헌법상 보장받는 법익에 법원과 같이 독립적인 정부기관에 비해 적절히 대응하지 못할 위험이 있다. 사법적 판단을 받기가 시간상 또는 다른 이유로 과도하게 부담스러운 경우 검열자의 판단이 실질적으로 최종판단이 될 수도 있다.<sup>58)</sup>

---

abridgment prior to a full and fair judicial hearing.”

52) 전제서, “in light of our accepted premises about both the constitutional necessity and sufficiency of an independent judicial forum, there is, on the whole, all the difference in the world between the two forms of prior restraint.”

53) Redish, 60-61쪽

54) Redish, 76-77쪽

55) Note, Alec Harrell, "Who Cares about Prior Restraint? An Analysis of the FCC's Enforcement of Indecency Forfeiture Orders", 70 S.Cal.L.Rev. 239, 261 (1996)

56) 380 U.S. 51 (1965)

57) 세 가지 안전장치란 검열자가 특정표현물에 대해 위법하다는 판단을 한 경우에는 첫째 검열자가 사법심사를 시작할 것, 둘째 검열자가 이 사법심사를 통해 위법성을 증명할 입증책임을 가질 것, 그리고 셋째 사법심사는 최대한 신속히 이루어져야 한다는 것이다. 전제서. 여기서 최대한 신속하다는 것은 영화의 음란성 판단의 경우 1-2일 정도를 뜻하는 것으로 보인다. Universal Film Exchanges, Inc. v Chicago, 288 F Supp 286. (1968, DC Ill)

58) “Because the censor's business is to censor, there inheres the danger that he may well be less responsive than a court--part of an independent branch of government--to the constitutionally protected interests in free expression. And if it is made unduly onerous, by reason of delay or otherwise, to seek judicial review, the censor's determination may in practice be final. In other words, the mere possibility of future judicial review of a board's determination of indecency provides inadequate protection for speech that ultimately may be found to be non-obscene, and therefore constitutionally protected.” 즉 지속성에 대한 검열위원회의 판단이 장차 사법적으로 심사될 것이라는 가능성만으로는 음란하지 않은 헌법적으로 보호되어야 하는 표현에 대한 충분한 보호가 되지 않는다는 것이다.

Freedman사건이 중요한 이유는 위의 제도는 사전제출의무가 있는 검열제도였음에도 불구하고 합헌이 될 수 있는 가능성을 열어주었다는 것이다. 그 이후 Freedman판결은 모든 행정적 규제에 대해 사법적 안전장치의 요건을 부과하는 '진보적인' 판결로 이해되지만 고전적인 사전제재법리의 관점에서는 도리어 '모든 사전제재는 위헌이다'라는 절대금지의 입장에서 퇴보하는 것이 된다. 하지만 필자가 여기서 천착하고자 하는 것은 그만큼 '사전'보다 중요해진 것이 바로 사법부의 역할이라는 것이다.

Henry Monaghan은 규제를 목적으로 하는 행정기구의 판정에 대한 신속한 사법심사의 중요성과 이유에 대해 다음과 같이 말하였다.<sup>59)</sup>

우선 장기간의 임명기간은 대부분의 판사들을 직접적인 정치적 압력으로부터 자유롭게 한다. 사법적 격리는 공정한 판단을 도와주며 더욱 중요한 것은 법원이 이슈들에 대해 “장기적인 안목”을 갖도록 허용한다. 행정기구, 특히 주정부의 행정기관들은 그렇게 격리되어 있지 못하다. 이 기관들은 가끔은 주로 정치적 도구인 것처럼 보인다. 둘째 행정가의 역할은 공정한 판정가의 그것이 아니라 전문가의 그것이며 행정기관의 관점을 필연적으로 좁고 제한적으로 만든다. . . 법원들은 이와 달리 태생적인 근시안을 앓고 있지 않다. 판사들은 매일 다양한 상황들에 대처해야 하고 이는 과도한 편협성으로부터 비롯될 수 있는 단점을 많이 제거해 줄 것이다.<sup>60)</sup>

결론적으로 행정기관에 의한 위법성 판정은 Bantam Books와 같은 사후적인 조치이든 Freedman에서와 같은 사전적인 조치이든 즉각적이고 신속한 사법심사가 따라주지 않는 한 사전제재로 평가받게 된다.<sup>61)</sup>

#### 라. 명확성의 원칙

한 가지 더 유의할 점은 Bantam Books에서도 우리는 미연방대법원이 다음과 같이 명확성의 원칙과 사전제재 법리와의 접점을 확인함을 알 수 있다는 것이다. “더우기 법률상 위원회의 역할은 모호하고 유용하지 않으며 위원회는 이를 더욱 분명히 하기 위해 아무 것도 하지 않았다. 간행물들은 더 이상의 자세한 설명없이 ‘불온하다’고 적시된다. 유통인은 위원회의 판단이 그 간행물이 음란하다는 것인지 또는 단순히 청소년도덕에 해롭다는 것인지 알 수 없다.”<sup>62)</sup>

59) Henry P. Monaghan, First Amendment “Due Process,” 83 Harv. L. Rev. 518 (1970).

60) Monaghan, 522-523.

61) 행위에 대한 행정기관의 위법성 판단은 그렇다면 왜 사전적인 제재로 인정되지 않을까? 이것은 행위의 폭력성과 표현의 비폭력성의 차이로서 정당화해야 할 것으로 보인다. 예를 들어 변호사법 위반 여부에 대해 변호사협회에서 판단을 내리는 것은 Freedman식의 사법심사가 보장되지 않는다고 할지라도 위헌판단을 받지 않는다. 이는 표현이 행위에 비해 더욱 보호되어야 할 가치가 높기 때문인 것으로 보인다.

62) Moreover, the Commission's statutory mandate is vague and uninformative, and the Commission has done nothing to make it more precise. Publications are listed as “objectionable” without further elucidation. The distributor is left to speculate whether the Commission considers this publication obscene or simply harmful to juvenile morality. For the Commission's domain is the whole of youthful morals.



William Mayton은 “행정가의 최대 관심사는 그가 수행하는 특정한 정부프로그램 - 예를 들면 국익을 훼손하는 문헌들의 출판을 저지하는 일 - 자연스럽게 표현의 자유라는 가치에 비해 그 프로그램의 수행에 비중을 둘 수 밖에 없다. . . 행정가가 표현의 자유라는 가치에 무감각한 경우에는 보통 모호할 수 밖에 없는 기준에 무감각이 더해지면 그 해악은 폭증한다.”<sup>63)</sup> 즉 이와 같은 상황에서는 사법가가 정치적인 기관들에 대한 감시를 수행하는 것이 중요해진다.

Michael Meyerson은 사전제재법리와 명확성의 원칙의 관계에 천착하며 거꾸로 행정기관이 사용하는 잣대가 명백하여 사법부에 의한 즉각적인 심사는 아니라고 할지라도 추후에 행정기관의 재량의 행사가 위법이었음을 판단하기가 용이한 경우에는 사전제재가 아닐 수 있다고 하였고 실제로 이와 같은 판례를 언급한다.<sup>64)</sup>

#### 마. 보론: Bantam Books의 추가적인 교훈들

이외에도 Bantam Books대Sullivan 사건은 우리에게 두 가지 추가적인 시사점을 던져준다. 첫째 청소년도덕함양위원회는 불온서적의 판매인들에게 통지하였지 이 소송의 원고인 발행인들에게는 아무런 통지를 하지 않았고 통지의 내용도 판매행위에 대한 형사처벌을 권고하겠다는 내용이었다. 즉 발행인들은 아무런 법적 피해를 당할 이유가 없었으며 이러한 이유로 원고적격이 문제가 될 수 있었다. 이에 대해 미연방대법원은 다음과 같이 판시하였다.

만약 이것이 민사소송이었다면 [위원회가 위법성 판단을 통지하는 행위] 영업관계에 대한 방해에 대한 손해배상청구가 가능하였을 것이다. . . 영업관계 방해가 공권력 행사의 결과물인 것은 원고적격에 영향을 미치지 못한다. . . 그리고 언론의 자유에 대한 헌법적 보장은 서적의 유통 뿐만 아니라 서적의 출판도 보장하며 위원회의 활동의 직접적이고 명백한 목표는 원고가 출판한 책의 로드아일랜드 내에서의 유통을 제한하는 것이었다. 마지막으로 현실적인 고려를 해보면 이와 같은 사건에서 원고는 반드시 원고적격이 부여되어야 한다. 유토인이 책 몇권을 팔지 못하게 된다고 해서 자신의 권리를 보전받기 위해 사법적 구제를 청구할 정도로 중대한 경제적 피해를 보지는 않는다. 발행인은 자신이 발행한 책에 들어간 투자금을 회수하지 못하도록 하기 때문에 경제적 지분이 더 크다. 발행인이 소송원고가 되지 못한다면 이 사건의 표현의 자유에 대한 침해는 아무런 구제를 받지 않을 가능성이 크다.

둘째, 미연방대법원은 위원회가 서적판매상들에게 그들의 법적 권리만을 고지하였을 뿐 직접 규제를 하지 않았다는 주장에 대해서는 다음과 같이 판시한다.

물론 상고인들의 책이 압수되거나 주정부에 의해 금서처분을 받지는 않았고 아무도 그 책의 소지나 판매를 이유로 처벌되지도 않았다. 그러나 위원회가 비공식적인 징계 - 법적 징계를 언급한다거나 강압, 설득 또는 공갈의 다른 방식들을 언급하는 것 -- 에 머물러 있기는 하지만 위원회는 의도적으로 출판물들을 억제하기 위해 노력하였고 그 노력은 성공적이었다. 우리 법원은 형식을 깨뜨려 실질을 보고 비공식적인 검열도 출판물의 유통을

63) Mayton, 250쪽

64) 공원 사용에 대한 신청을 선착순으로 받는 시스템에 대한 합헌결정

충분히 방해할 수 있음을 확인하였다. . . 65) 사람들은 공직자들이 자신들의 말을 듣지 않으면 형사절차를 개시할 것이라는 얽게 가려진 위협을 쉽게 무시하지 못한다. 이 사건에서 반박되지 않은 증거로 입증된 [유통인]의 반응은 일반원칙에서 벗어나지 않았다. 위원회의 통지서는 거의 명령과 같은 문구를 가지고 있으며 유통인들에게도 그렇게 이해되었고 항상 경찰의 방문이 뒤를 이었고 그 내재된 힘만으로 목록에 오른 서적의 유통을 중단시켰다. 불온서적목록을 법적 조언이라고 주장하는 주정부를 신뢰하기에는 이 목록은 너무 자명하게 음란법과 독립적으로 구동하는 규제의 도구로 봉사하고 있다.66)

## 바. 소결

미연방대법원은 Bantam Books판결에서 압도적인 8대1의 판결로 사법심사로 제어되지 않는 행정기관의 행위는 사후심사의 형태로 이루어지더라도 위헌적인 사전제재(prior restraint)에 해당한다며 관련 법규 전체에 대해 위헌판결을 내렸다. 그리고 Freedman판결에서 위와 같이 행정기관의 행위를 합헌화하기에 필요한 사법심사의 요건을 절차의 개시의무, 입증책임 및 신속한 개시 등으로 명시하였다. 이후 Bantam Books판결과 Freedman판결은 사법적인 판단이 있기 전 또는 사법적인 판단이 즉각적으로 따라주지 않는 행정기관의 표현물에 대한 위법성 판단은 사전제재라는 법리를 수립하였다. 특히 Freedman판결이 사전제출의무가 있는 행정규제에 대해 적용되었음을 음미해보면 ‘사전성’ 보다는 ‘사법심사의 여부’가 위헌성 판단의 더욱 중요한 기준으로 부각되었음을 알 수 있다.

## 3. 사전제재 원리의 현대적 변이: 명확성의 원칙의 부각과 매체의 특수성의 중요성

Near, Bantam Books, 그리고 Freedman판결은 결과적으로는 미국에서 이 3장에서 다루어지는 방송의 경우나 명백한 위법성기준을 이용하는 경우를 제외하고는 모든 행정기관에 의한 내용규제를 사라지게 만든다. 현재 미국에서는 공중파방송의 내용을 사후적으로 규제하는 연방통신위원회 외에는 내용규제기관은 없다.

### 가. 명확성의 원칙

위에서 살펴보다시피 Bantam Books대Sullivan과 Near대Minnesota는 사전제재에 대한 서로 다른 법원(法源)을 구성하고 있다. 전자는 즉각적이고 신속한 사법심사가 보장되지 않은 행정권에 의한 표현물의 위법성 판단은 위헌이라는 것이고 후자는 바로 그와 같은 사법심사가 있다고 할지라도 장래효를 가진 명령이 그 결과물로서 표현의 발화자에게 부가될 경우 위헌

65) We are not the first court to look through forms to the substance and recognize that informal censorship may sufficiently inhibit the circulation of publications to warrant injunctive relief. Bantam Books, \_\_쪽

66) People do not lightly disregard public officers' thinly veiled threats to institute criminal proceedings against them if they do not come around, and Silverstein's reaction, according to uncontroverted testimony, was no exception to this general rule. The Commission's notices, phrased virtually as orders, reasonably understood to be such by the distributor, invariably followed up by police visitations, in fact stopped the circulation of the listed publications ex proprio vigore. It would be naive to credit the State's assertion that these blacklists are in the nature of mere legal advice, when they plainly serve as instruments of regulation independent of the laws against obscenity. Bantam Books, 69쪽

일 수 있다는 것이다.

그러나 위의 두 법원은 명확성의 원칙에서 합류한다. 즉 Near대Minnesota는 일견 사후적인 법원명령이 사전적인 의미를 갖는 이유는 법원명령이 정한 위법의 범위가 불분명하기 때문이다. Bantam Books대Sullivan역시 행정기관이 이용한 위법성의 기준의 모호함을 언급하고 있다.

그렇다면 명확성의 원칙을 충족시킬 경우 Freedman류의 사법심사를 동반하지 않는 행정기관의 위법성 판단도 합헌이 될 수 있을까?

### **Pittsburg Press대Pittsburg Human Relations Commission<sup>67)</sup>**

1969년까지 Pittsburg Press라는 신문은 구인광고란을 여성란과 남성란으로 구분하여 게재하였고 피츠버그인간관계위원회는 이와 같이 남녀를 구분하는 것이 고용상의 성차별을 금지하는 시조례를 위반한다고 판단하여 구인광고란을 여성란과 남성란으로 구분하지 못하도록 하는 시정명령을 내렸다. 이에 대해 Pittsburg Press는 펜실베이니아주 법원에 항소하였으나 시조례가 남녀차별금지로부터 면책된다고 명시한 직업들(예를 들어, 가사노동)은 시정명령에서 제외된다는 것 외에는 모든 면에서 시정명령은 합법적이라는 판단을 받았다. Pittsburg Press는 이와 같은 시정명령을 미연방대법원에 상고하였다.

미연방대법원은 다음과 같이 판시하였다.

사전제재의 특별한 해악은 의사소통이 제1수정조항 상 보호되어야 하는지에 대한 충분한 판단이 있기 전에 그 의사소통을 직접 또는 소통자를 과도하게 신중하게 만듦으로써 억제한다는 것이다. 이번 시정명령은 보호여부가 논란이 될 만한 언사를 제압하지 않는다. 이 시정명령은 계속해서 유지되는 반복적 행위에 대한 것이기 때문에 법원은 이 언사가 표출되었을 때의 결과에 대해서 예측할 필요가 없다. [New York Times Co. v. United States, 403 U.S. 713 (1971)] 더욱이 시정명령은 명확하고 필요 이상으로 광범위하지 않다. 그리고 가처분(interim relief)이 신청되지 않았으므로 우리 법원이 Pittsburg Press의 행위가 헌법상 보호범위에 포함되지 않는다는 종국적인 결정을 내리기 전까지 시정명령은 집행되지 않았다.<sup>68)</sup>

Near대Minnesota에서 Saturday Press는 “악의적이고 비방적이고 명예훼손적인 기사를 게재하지 않을 것”을 명령받았고 Pittsburg Press는 “여성과 남성을 구분하지 말라”는 판단을 받

---

67) 413 U.S. 376 (1973)

68) The special vice of a prior restraint is that communication will be suppressed, either directly or by inducing excessive caution in the speaker, before an adequate determination that it is unprotected by the First Amendment. The present order does not endanger arguably protected speech. Because the order is based on a continuing course of repetitive conduct, this is not a case in which the Court is asked to speculate as to the effect of publication. Cf. New York Times Co. v. United States, 403 U.S. 713, 91 S.Ct. 2140, 29 L.Ed.2d 822 (1971). Moreover, the order is clear and sweeps no more broadly than necessary. And because no interim relief was granted, the order will not have gone into effect before our final determination that the actions of Pittsburgh Press were unprotected.

았다. 미연방대법원은 후자의 경우 너무나 명백하여 행정권의 재량은 제한되므로 사전제재의 법리가 적용되지 않는다고 본 것이다.

#### 나. 매체의 특수성

또 하나 방송이라는 매체가 전면에 등장하면서 사전제재법리에 변화가 발생하였다.

#### FCC대Pacifica Foundation 사건<sup>69)</sup>

Pacifica Foundation에서 운영하는 라디오의 한 방송프로그램에서 한 풍자가가 현대사회의 언어에 대한 태도를 비평하기 위해 다양한 종류의 욕설을 12분간 반복하였고 이에 대해 연방통신위원회(Federal Communication Commission)는 기 방송된 내용을 ‘저속하다’는 판정을 한 후 그 내용을 통지하고 ‘이 판정은 면허의 갱신여부가 판단될 때 고려될 것이며 추후에 민원이 추가로 제기될 경우 징계여부를 결정하겠다’라고 덧붙였다.

방송 당시 통신법(Communications Act) 326조는 위헌판단을 피하기 위해 검열(censorship)을 금지하는 조항을 갖추고 있었으며 미연방대법원은 위와 같은 저속함의 판단이 검열에 해당하는가에 대해 판단을 하였다. 미연방대법원은 프로그램 내용을 사전에 검토하는 것만이 검열에 해당한다고 하였다.

그리고 미연방대법원은 저속함에 대해서 판단을 할 수 있다고 결정하면서 다음과 같이 판시한다.

모든 의사소통의 방식 중에서 방송은 가장 한정된 표현의 자유 상의 보호를 받는다. 그 이유는 그 표현방식이 우리 국민들의 일상에서 차지하는 독특한 편재성(pervasiveness)<sup>70)</sup> 때문이다. 방송은 우리 가정의 사적공간으로 침투하며 명백히 불쾌한 내용을 피하는 것이 어려워진다. 또 방송은 특히 어린이들이 쉽게 접근할 수 있다.

위의 사건에서는 재미있게도 원고가 Bantam Books판결에 근거한 주장을 하지 않은 듯하다. 판결도 Bantam Books판결이 모든 행정적 사후심의회에 Freedman방식의 사법심사를 요청하였음을 완전히 무시하고 있는 듯하다. 물론 Bantam Books판결을 저술한 Brennan판사 등은 강력한 소수의견을 첨부하였다.

Action for Children's Television v. FCC<sup>71)</sup>에서는 FCC의 과징금(forfeiture)제도의 위헌성을 구하는 소송이 제기되었다. 원고측은 Bantam Books대Sullivan에 근거하여 사법적 심사가 존재하지 않는 것에 대한 문제를 제기하였으나 DC지구 연방항소법원은 역시 위와 같

69) 438 U.S. 726 (1978)

70) “Of all forms of communication, broadcasting has the most limited First Amendment protection. Among the reasons for specially treating indecent broadcasting is the uniquely pervasive presence that medium of expression occupies in the lives of our people. Broadcasts extend into the privacy of the home and it is impossible completely to avoid those that are patently offensive. Broadcasting, moreover, is uniquely accessible to children.”

71) 59 F.3d 1249 (D.C. Cir. 1995)

은 방송의 특수성을 언급하며 합헌결정을 하였다.

물론 방송의 특수성에 대한 논의는 아이러니하게도 ACLU대Reno결정에서 미연방대법원이 거꾸로 인터넷의 상대적인 개방성과 참여증진성을 언급하며 ‘저속성’ 판단을 할 수 없다고 함으로써 그 정점에 다다르게 되었음은 공지의 사실이다. 물론 ACLU대Reno결정은 행정기관이 개입한 적이 없기 때문에 사전검열이나 사전제재에 관한 내용은 아니다.

#### 다. 소결

현대의 사전제재 원리는 행정권에 의한 표현의 위법성 판단에 대해 즉각적이고 신속한 사법심사의 요건을 부과하는 형식으로 존재하고 있으나 이 요건도 방송과 같은 매체의 특수성과 행정권의 위법성 판단의 기준의 명확성에 의해 완화될 수 있다. 물론 여기서의 명확성은 매우 높은 수준의 명확성이다. Pittsburg와 같이 “성별을 구분하고 있는가”와 같이 위법여부가 매우 명확한 경우로 한정된다.

### 4. 결론 및 우리나라 현재 결정들과의 비교

#### 가. ‘불온통신규제’ 위헌결정<sup>72)</sup>

위 사건에서 헌법재판소는 공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 통신을 금하는 전기통신사업법 제53조1항 자체는 물론 정보통신부장관이 전기통신사업자로 위와 같은 통신의 취급을 거부·정지 또는 제한하도록 명할 수 있도록 규정한 같은법 제53조 제3항이 위헌이라고 판시하였다. 그 이유로는 “전기통신사업법 제53조는 “공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는”이라는 불온통신의 개념을 전제로 하여 규제를 가하는 것으로서 불온통신 개념의 모호성, 추상성, 포괄성으로 말미암아 필연적으로 규제되지 않아야 할 표현까지 다함께 규제하게 되어 과잉금지원칙에 어긋난다. 즉, 헌법재판소가 명시적으로 보호받는 표현으로 분류한 바 있는 ‘저속한’ 표현이나, 이른바 ‘청소년유해매체물’ 중 음란물에 이르지 아니하여 성인에 의한 표현과 접근까지 금지할 이유가 없는 선정적인 표현물도 ‘미풍양속’에 반한다 하여 규제될 수 있고, 성(性), 혼인, 가족제도에 관한 표현들이 “미풍양속”을 해하는 것으로 규제되고 예민한 정치적, 사회적 이슈에 관한 표현들이 “공공의 안녕질서”를 해하는 것으로 규제될 가능성이 있어 표현의 자유의 본질적 기능이 훼손된다”고 하였다.

또 헌법재판소는 위와 같은 결론에 노정된 실시 중에서 필자가 주목하는 것은 다음의 세가지이다. 헌법재판소는 우선 실제 위헌심사기준에 의한 심사에 들어가기 전에 다음과 같이 판시하였다.

[1] 그리하여, 위와 같은 불온통신에 대한 정보통신부장관의 취급거부·정지·제한명령제도는 전통적인 통신수단인 유선전화 내지 무선전화를 통해 유통되는 정보뿐만 아니라, 이른바 피씨(PC)통신이나 인터넷 등 ‘온라인매체’를 통해서 유통되는 정보를 규제하는 주요수단으로 기능하고 있다.

72) 현재 2002. 6. 27. 99헌마480, 전기통신사업법 제53조 등 위헌확인

이러한 불온통신 규제제도는 다음과 같은 구조와 특성을 지니고 있다.

첫째, 정보통신부장관이라는 행정권력에 의해 표현의 자유에 대한 직접적인 내용규제가 이루어진다.

둘째, 그 규제의 법적 구조가 정보통신부장관-전기통신사업자-전기통신이용자의 삼각구조로 짜여져 있어, 명령 및 처벌의 대상자는 전기통신사업자이지만, 그로 인하여 실질적으로 표현의 자유를 침해받는 자는 이용자가 된다. 명령 및 처벌의 객체와 표현의 자유를 제한당하는 객체가 분리될 뿐 궁극적으로는 형사처벌의 담보하에 표현의 자유에 대한 규제가 행하여진다. 한편 전기통신이용자는 규제조치의 상대방이 아닌 제3자로서 행정절차에의 참여, 행정소송의 제기 등 권리구제의 면에서 어려움을 겪게 된다.

셋째, 형식적으로는 표현의 자유에 대한 사후제한이지만, 이용자-전기통신사업자 및 전기통신사업자-정보통신부장관의 역학관계에 비추어 볼 때 전기통신사업자는 정보통신부장관의 취급거부 등 명령이 없더라도 미리 사용약관 등에 의하여 이용자의 통신내용을 규제하고 이에 따라 이용자는 스스로 조심할 수밖에 없는, 실질적으로는 상시적인, 자체 검열체계로 기능하기 쉽다.(번호 - 편집자)

헌법재판소는 그리고 과잉금지원칙 상의 심사에 있어 다음과 같은 판시도 하였다..

[2] 온라인매체상의 정보의 신속한 유통을 고려한다면 표현물 삭제와 같은 일정한 규제조치의 필요성 자체를 부인하기는 어렵다고 하더라도, 내용 그 자체로 불법성이 뚜렷하고, 사회적 유해성이 명백한 표현물-예컨대, 아동 포르노, 국가기밀 누설, 명예훼손, 저작권 침해 같은 경우가 여기에 해당할 것이다-이 아닌 한, 청소년보호를 위한 유통관리차원의 제약을 가하는 것은 별론으로 하고, 함부로 내용을 이유로 표현물을 규제하거나 억압하여서는 아니된다. 유해성에 대한 막연한 의심이나 유해의 가능성만으로 표현물의 내용을 광범위하게 규제하는 것은 표현의 자유와 조화될 수 없다.

...

[3] 불온통신 규제의 주된 대상이 되는 매체의 하나는 인터넷이다. 인터넷은 공중파방송과 달리 “가장 참여적인 시장”, “표현촉진적인 매체”이다. 공중파방송은 전파자원의 희소성, 방송의 침투성, 정보수용자측의 통제능력의 결여와 같은 특성을 가지고 있어서 그 공적 책임과 공익성이 강조되어, 인쇄매체에서는 볼 수 없는 강한 규제조치가 정당화되기도 한다. 그러나 인터넷은 위와 같은 방송의 특성이 없으며, 오히려 진입장벽이 낮고, 표현의 쌍방향성이 보장되며, 그 이용에 적극적이고 계획적인 행동이 필요하다는 특성을 지닌다. 오늘날 가장 거대하고, 주요한 표현매체의 하나로 자리를 굳힌 인터넷상의 표현에 대하여 질서위주의 사고만으로 규제하려고 할 경우 표현의 자유의 발전에 큰 장애를 초래할 수 있다. 표현매체에 관한 기술의 발달은 표현의 자유의 장을 넓히고 질적 변화를 야기하고 있으므로 계속 변화하는 이 분야에서 규제의 수단 또한 헌법의 틀 내에서 다채롭고 새롭게 강구되어야 할 것이다. (번호 - 편집자)

황성기는 위의 결정에 다음과 같이 평가한다. “헌법재판소의 이번 위헌결정은 인터넷 등 온라인매체에 대한 내용적 규제의 한계문제를 본격적으로 다루었다는 점에서 매우 중요한 의미를 지닌다. 따라서 1997년에 판시된 미국 연방대법원의 Reno v. ACLU판결에 버금가는 의미를 지니고 있다고 볼 수 있다. 뿐만 아니라 위헌결정을 내리는 논리에 있어서도 인터넷

을 비롯한 온라인매체를 ‘가장 참여적인 시장(the most participatory marketplace)’, ‘표현 촉진적인 매체(speech-enhancing medium)’라고 인정함으로써, 미국 법원의 논리를 많이 원용했음을 알 수 있다.”

황성기의 위와 같은 평가에 전적으로 동의하지만 이는 헌법재판소 판시의 [3]에 국한된 것이다.

위의 판시 [1]을 보라. 행정권력에 의한 표현의 자유 규제에 대한 경계, 그리고 사법적 규제가 어려운 상황에 대한 경계, 그리고 표현의 발화자가 아닌 유통자에 대한 규제도 곧 발화자에 대한 규제가 된다는 통찰 등은 모두 Bantam Books대Sullivan이 어눌하게 표현하였던 것을 더욱 체계적인 언어로 정리한 것이다.<sup>73)</sup>

그리고 위의 판시 [2]를 보라. “온라인매체상의 정보의 신속한 유통을 고려한다면 내용 그 자체로 불법성이 뚜렷하고, 사회적 유해성이 명백한 표현물 - 예컨대, 아동 포르노, 국가기밀 누설, 명예훼손, 저작권 침해 같은 경우가 여기에 해당할 것이다 - 이 아닌 한, . . . 함부로 내용을 이유로 표현물을 규제하거나 억압하여서는 아니된다”는 판시는 Near대Minnesota가 표현의 자유를 규제하는 한 사법부의 명령에도 부과되어야 한다며 들이대었던 명확성의 원칙의 재구성이다. 물론 이와 같은 유사점은 일견 표면적으로 보일 수도 있다. Near대Minnesota는 ‘악의적이고 비방적이고 명예훼손적인 표현은 금지한다’라는 명령을 내릴 수 있도록 허용하는 법률이 위헌이라고 판단한 것이고 ‘불온통신’ 결정은 바로 ‘미풍양속’등의 기준 자체가 위헌이라고 판단한 것이다. 그러나 위에서 설명하였듯이 법률의 기준이 명확하였다면 Near에서의 법률은 합헌판단을 받았었을 것이다. 위에서 말했듯이 Near판결에 대한 상식적 해석에 따르면 법원명령 일반에 관한 판시가 아니고 그 법원명령이 집행하고자 하는 위법기준이 모호성에 관한 판시이었기 때문이다.

한 가지 의문점은 헌법재판소가 ‘공공의 안녕질서’ 및 ‘미풍양속’과 ‘아동포르노, 국가기밀누설, 명예훼손, 저작권 침해’ 사이에는 너무나 큰 간극이 존재한다는 것이다. 위의 [2]의 판시를 자세히 읽어보면 ‘온라인이기 때문에’ 후자와 같은 규제가 가능하다는 것처럼 읽히는데 실제로 오프라인 상으로는 예를 들어 아동포르노가 아닌 일반음란물에 대한 규제가 가능한지 온라인 상으로는 불가능하다는 것인지 확인이 필요하다. 그리고 만약 그렇다면 온라인에서는 더욱더 엄격한 명확성이 요구된다는 의미인데 그렇다면 방송과 전화 사이에서 방 인터넷을 전화에 더욱 가까운 참여촉진적인 매체로 규정하면서 ‘저속성’규제에 대해 위헌결정한 ACLU대Reno를 넘어서서 오히려 전화와 같은 오프라인 매체보다 인터넷을 더욱 규제로부터 자유롭게 하는 급진성을 보여주는 것이다.

물론 “. . . 위헌결정. . . 이후 정보통신부는 새로운 입법개선안을 2002. 8. 1. 입법예고하였

73) 황성기는 ‘불온통신’ 결정 자체에 대한 평가보다는 일반적인 문제제기로서 다음과 같은 논평을 한다. “불법정보에 대한 궁극적인 판단권은 사법부에 있다는 점이다. 즉 문제되는 정보가 불법인지 여부에 대한 궁극적인 판단권은 법원을 비롯한 사법부에 있다. 따라서 비록 그 대상이 불법정보에 국한한다고 하더라도, 사법부에 의한 궁극적인 판단이 이루어지기 이전에 행정기관에 의한 규제조치가 발동되는 것이 과연 정당한가의 문제가 제기될 수 있다.” 필자는 현재의 ‘불온통신’결정은 이미 위와 같은 주장을 위의 [1]의 판시를 통해 상당부분 진전시키고 있다고 주장하는 것이다.

고, 공청회를 거치면서 의견을 수렴하여 일부 수정한 다음 국회에 제출하였다. 그리고 국회는 2002. 11. 8. 그 대상범위를 불법정보에 국한하는 형태로 정보통신부장관의 취급거부·정지·제한명령제도를 존치시키는 전기통신사업법중개정법률안을 의결하였다.<sup>74)</sup> 이 개정법은 당연히 ‘내용 그 자체로 불법성이 뚜렷하고, 사회적 유해성이 명백한 표현물—예컨대, 아동포르노, 국가기밀 누설, 명예훼손, 저작권 침해 같은 경우’보다 훨씬 폭이 넓은데 이 개정법에 대한 위헌제청이 제기될 경우 어떻게 결정이 이루어질지 흥미롭다.

다시 정리하면 우리 현재의 2003년 불온통신규제 결정은 위의 세 가지 요소를 모두 포괄하고 있다. 첫째 Bantam Books판결의 사법심사로 통제되지 않는 행정기관의 표현의 위법성 판단에 대한 경계를 배경으로 하고 둘째 ACLU대Reno가 다룬 매체의 특수성을 성실히 다루었고 셋째 “불온통신”개념을 명확성의 원칙에 따라 심사하면서 표현물의 내용 만으로 명백성이 위법한 사례들을 실시하여 Near대Minnesota판결의 정신을 담아내고 있다.

## 나. 방송광고사전심의 위헌결정<sup>75)</sup>

### (1) 판결의 개요

위 결정에서는 방송위원회로부터 위탁을 받은 한국광고자율심의기구로 하여금 텔레비전 방송광고의 사전심의를 담당하도록 한 것이 헌법이 금지하는 사전검열에 해당한다고 판시하였다. Freedman 및 Bantam Books등에 비추어보면 사법적 안전장치가 없는 행정적 규제이므로 당연한 귀결이다.

여기에서는 조대현 재판관의 별도의견과 목영준 재판관의 반대의견에 대해서 다루고자 한다. 우선 조대현 재판관은 상업적 표현에 대해서는 절대적인 검열금지가 적용되어서는 안될 것이라고 하면서 대상 법이 상업적 표현 중에서도 본연의 ‘언론 출판’까지 사전검열에 포함시키고 있다는 면에서 위헌이라는 별도의견을 냈고, 목영준 재판관은 조대현 재판관과 같이 상업적 표현에 대해서는 절대적인 검열금지가 적용되지 않는다고 하며 텔레비전의 특수성을 고려할 경우 과잉금지의 원칙을 위배하지 않는다고 하여 소수의견을 내었다.

[조대현 재판관] 헌법 제21조 제2항의 “언론·출판”에 해당되지 아니하는 방송광고에 대해서는 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 사전심의가 필요한 경우에는 공익의 달성을 위하여 필요한 최소한도의 범위에서 방송광고의 내용을 사전심의할 수 있지만, 그러한 필요성과 사전심의의 한계가 법률로 규정되어야 한다. 그런데 이 사건 규정들은 텔레비전 방송광고에 대한 사전심의가 필요한 공익적 사유와 사전심의의 최소한도를 법률에 규정하지 않았다. 따라서 이 사건 규정들은 헌법 제37조 제2항의 요청을 무시하고 있다. . . .한편, 텔레비전 방송광고가 상업적 광고인 경우에는 그 영리추구성으로 인하여 광고목적물의 가치를 과장하거나 유혹적인 방법을 사용하기 쉽고, 텔레비전 방송광고의 영향력은 광범위하며, 그 방송광고의 내용이 거짓됨·과장·선정적 등의 사유로 공중방송에서 허용되기 어려운 경우에 그로 인한 피해를 방송 후에 회복시키기 어렵기 때문

74) 황성기 논문

75) 헌재 2008. 6. 26. 2005헌마506 방송법 제32조 제2항 등 위헌확인



에, 상업적 방송광고에 대하여 사전에 심의하게 할 필요가 있다고 할 수 있다. 그렇다고 하더라도, 모든 상업적 방송광고를 일률적으로 사전에 심의하도록 하는 것은 허용되기 어렵고, 특정의 구체적인 상업적 방송광고가 허위·과장·선정성 등의 사유로 공중방송으로 광고하기 어려운 사정이 있는 경우에 이를 심사하는 절차를 마련함으로써 충분하다고 할 것이다.

[목영준 재판관] 다수의견은, 상업광고도 언론·출판의 자유의 보호영역에 속하고, 언론·출판에 대한 사전검열은 절대적으로 금지되므로, 결국 상업광고에 대한 사전검열을 규정한 이 사건 규정들은 위헌이라는 것이다. . . 그러나 앞에서 본 바와 같이, 언론·출판의 자유의 보호 대상이 되는 것과 모든 언론·출판행위에 대하여 그 보호의 정도가 동일하여야 한다는 것은 전혀 별개의 문제이고, 우리 헌법재판소의 선례도 그러한 입장이라고 볼 수 없다. 만일 위와 같은 논리를 관철한다면 초등학교의 구내방송과 같이 순수하게 교육 목적으로 운영되는 경우나 인터넷에 의한 음란물배포행위 등과 같이 일단 표현되거나 유포되면 선정성, 폭력성 기타 공서양속이나 타인의 명예를 침해할 우려가 아무리 높은 경우라도 공적인 요소가 조금이라도 포함된 사전심의는 절대 불가능하다는 매우 위험한 결론에 이를 수밖에 없다. 또한 우리 헌법재판소도 적어도 ‘사전검열행위’ 자체에 대하여는 절대적 사전검열금지원칙을 우리 헌법 제21조의 진정한 목적에 맞는 범위 내에서 제한적으로만 적용하고 있다. 따라서 ‘사전검열행위’ 자체 뿐 아니라, 절대적 사전검열금지원칙이 적용될 대상에 대하여도 우리 헌법이 언론·출판의 자유를 보장하는 목적에 맞게 그 범위를 한정하여야 한다.

또한 다수의견과 같은 판단은 우리 헌법재판소의 상업광고에 대한 태도와 일관되지 않는다. 즉 다수의견에 의하면, 상업광고에 대한 사전심의는 헌법 제37조 제2항의 비례원칙에 해당 하는지 여부를 살펴 볼 필요도 없이 그 자체로 위헌이 된다. 그런데 앞에서 본 바와 같이, 우리 헌법재판소는 상업광고에 대하여는 그 특성 때문에 표현의 자유에 대한 제한을 심사할 때 비례의 원칙조차도 완화하여 심사한다고 판단함으로써, 일반적 언론과 상업광고에 대한 보호의 정도를 달리 하였다. 물론 사전규제와 사후규제로 인한 차이는 있지만, 결과적으로 상업광고의 제한에 관한 헌법재판소의 태도는 서로 양립할 수 없는 관계에 놓이게 되는 것이다.

위 두 재판관의 의견은 결론은 다르지만 논거에 있어 ‘적어도 텔레비전에서의 상업광고는 사전심의가 어느 정도 가능하다’는 점에서 공통된다고 가정하고 이 논문에서는 미국연방대법원의 기준에 의하면 대상 표현의 종류 또는 보호필요성에 따라 사전제재의 허용 여부가 달라지는가의 문제를 다루어보고자 한다.

## (2) 미국의 상황

미연방대법원은 1976년 Virginia Pharmacy Board 판결에서 각주에서 상업적 표현은 낮은 단계의 보호가 정당화되어 때에 따라서는 사전검열금지법리가 적용되지 않을 수도 있다고 하였다.<sup>76)</sup> 그리고 4년 뒤 미연방대법원은 Central Hudson 판결에서 이 각주를 다시 다른

76) “commercial speech, greater objectivity and hardiness, may also make inapplicable the prohibition

각주에서 언급한다: “우리는 상업적 표현은 매우 끈질긴 생명력을 가진 종류의 표현이라서 전통적인 사전검열금지원칙이 적용되지 않을 수 있다는 점을 언급한 바 있다.”<sup>77)</sup> 그 이후 여러 논문들이 Near대Minnesota판결이 몇몇 종류의 언사에 대해서는 사전제재를 할 수 있다고 하였던 것에 착안하여 내용에 따라서 미연방대법원은 한번도 상업적 표현에 대해 사전검열금지 법리가 적용되는가에 대해 판시를 한 바가 없다.

단 미연방항소법원 중에서 가장 영향력있는 항소법원 중의 하나인 제2순회지구 연방항소법원은 미국식품의약청(Food and Drug Administration)이 식품회사가 자신들의 제품이 어떻게 건강에 이로운지를 제품의 외피에 포함시키는 것에 대해 540일간의 심의와 사전허가를 요구한 것에 대해서 사전제재금지법리가 적용된다고 판시하였다. 그러나 연방항소법원은 이와 같은 사전제재가 위헌인가를 판단함에 있어서는 결국 Central Hudson판결의 중간심사를 적용하여 합헌결정을 하게 된다.<sup>78)</sup> 이외에도 많은 연방항소법원은 상업적 표현에 대해서는 사전제재금지법리가 적용되지 않는다고 하였지만<sup>79)</sup> 이들 중 가장 영향력있는 제2순회지구법원과 제9순회지구법원은 역시 Freedman류의 안전기제는 반드시 필요하다고 함으로써 실질적으로는 사전제재금지법리를 적용하게 되었다.<sup>80)</sup>

### (3) 소결

헌법을 절차적 헌법과 실체적 헌법으로 나누어 후자는 기본권 침해와 이를 통해 정부가 달성하는 공익 사이의 이익형량에 초점을 맞추고 전자는 기본권을 제한하는 정부의 행동에 초점을 맞추어 실체적 기본권침해를 피할 수 있는 현실적인 절차에 대한 규범이라고 정의한다면, 사전검열금지 법리는 절차적 헌법이라고 할 수 있다.<sup>81)</sup> 미란다원칙이나 독수독과이론 역시 절차적 헌법이라고 할 수 있다. 그러나 절차적 헌법은 항상 실체적 헌법적 사고에서 보면 비판에 직면할 수밖에 없게 되는데 - 예를 들어 독수독과이론과 미란다원칙이 오랜 기간 동안 예외들이 하나둘씩 수립되는 과정에서 보여지듯이 - 그렇다고 하여 과연 헌법이 절차적 헌법의 가장 기본원칙을 포기하고 운영될 수 없지 않는가 생각한다. 이 사전검열금지 법리에 대해서도 필자는 이 논문을 통해 3권분립, 명확성의 원칙 등 더욱 보편적이고 실체적인 법리로 해체되어가는 과정을 보여주었다고 생각하는데 과연 대상 표현의 보호필요성으로까지 해체될 수 있을지에 대해서는 의구심을 가지고 있다.

조대현 재판관과 목영준 재판관은 표현의 종류에 따라 보호필요성이 달라지고 보호필요성이

---

against prior restraints." Virginia State Board of Pharmacy 대 Virginia Citizens Consumer Council, Inc., 425 U.S. 748 (1976)

77) "We have observed that commercial speech is such a sturdy brand of expression that traditional prior restraint doctrine may not apply to it." Central Hudson Gas & Electric Corporation 대 Public Service Commission of New York, 447 U.S. 557 (1980)

78) Nutritional Health v. Shalala, \_\_F.3d \_\_, (2d Cir. 1998)

79) Bosley v. WildwetT.com, 310 F.Supp.2d 914 (N.D. Ohio 2004)

80) New York Magazine v. Metropolitan Transit Authority, 136 F.3d 123 (2d Cir. 1998), Desert Outdoor Adver. v. City of Moreno Valley, 103 F.3d 814 (9th Cir. 1996), In re Search of Kitty's East, 905 F.2d 1367 (10th Cir. 1990)

81) Ariel L. Bendor, "Prior Restraint, Incommensurability, and the Constitutionalism of Means", 68 Fordham L. Rev. 289 (1999)

낮은 표현의 경우 사전검열금지법리가 없어진다고 하더라도 과잉금지원칙으로 보호되면 충분하다고 생각하는 것으로 보인다. 하지만 사전제재 금지법리는 절차적 헌법이다. 절차적 헌법은 기본적으로 내용에 대한 판단을 유보하며 적용되는 원칙들이다. 예를 들어 형사 피고가 실제로 유죄인지 무죄인지를 보지 않고 형사 피고에게 독수독과이론이나 미란다원칙은 적용되어야 한다는 것이다. 즉 절차적 헌법은 일정한 무내용성을 전제로 하고 있다. 사전검열금지원칙도 마찬가지이다.

“방송광고의 내용이 거짓됨·과장·선정적 등의 사유로 공중방송에서 허용되기 어려운 경우에 그로 인한 피해를 방송 후에 회복시키기 어렵기 때문에, 상업적 방송광고에 대하여 사전에 심의하게 할 필요가 있다”고 한들 모든 상업적 방송광고를 사전에 심의해보지 않는 한 어느 광고가 방송 후에 회복시키기 어려운 피해를 발생시킬지 미리 사전심의에 회부할 수 있을 것인가. “또 일단 표현되거나 유포되면 선정성, 폭력성 기타 공서양속이나 타인의 명예를 침해할 우려가 아무리 높은 경우라도 공적인 요소가 조금이라도 포함된 사전심의를 절대 불가능하다”는 것이 “매우 위험한 결론”이라고 하지만 역시 사전심의 이전에 미리 사전전심의를 해보지 않는 한 어떻게 선정성, 폭력성, 명예훼손성을 파악하여 사전심의를 할 수 있을 것인가.

이는 다시 미연방대법원의 사례들에서 교훈을 얻을 수 있는데 바로 Freedman결정, Bantam Books결정 등이 모두 음란물 규제로서 이루어졌던 행정규제에 대해 위헌 결정을 내렸던 것이다. 즉 음란물인지 여부를 미리 판단하겠다는거나 사법심사 없이 판단하는 국가행위 자체가 위헌이라는 결정이었다.