

제3기 헌법재판소의 표현의 자유에 관한 판결성향 분석

최인화*

- 서론
- 표현의 자유에 대한 개관
- 표현의 자유 관련 주요 결정에 대한 판결성향 분석
- 통계로 살펴본 표현의 자유에 대한 판결성향 분석
- 결론

국문초록

제3기 헌법재판소는 2000년 9월 15일 활동을 개시하여 2006년 9월 14일 임기가 만료되었고 양적·질적으로 성장을 이룬 도약기의 헌법재판소라 할 수 있다. 특히 제3기 헌법재판소의 두드러진 특징은 첨예하게 대립된 정치적 사건인 대통령 탄핵소추사건과 신행정수도건설사건을 담당하였다는 것이다.

특히 표현의 자유와 관련하여 제3기 헌법재판부는 언론의 자유 등 정신적 자유에 관한 다양한 결정을 내렸으며 표현의 자유와 관련한 주요결정으로 영상물등급위원회의 등급보류제도에 대한 위헌결정, 인터넷상의 '불온통신'을 금지하였던 전기통신사업법 규정에 대한 위헌결정, 외교기관 인근 집회금지사건, 청소년 유해매체물 사건, 신문법 사건 등을 들 수 있다.

제3기 헌법재판소에서는 표현의 자유와 관련하여 헌법 제21조에 사전 검열금지의 원칙을 명확히 하면서 표현의 자유의 보호대상이 되는 다양한 의사표현의 매개체인 영

* 서강대학교 법학연구소 선임연구원, 세종대학교 인권·성평등센터 전문연구원, 법학박사(헌법 전공)

화, 컴퓨터 통신망, 청소년유해매체물, 인터넷 정보과 관련된 현재 결정을 통해 표현의 자유의 신장에 기여하는 의미 있는 결정을 한 것으로 볼 수 있다.

제3기 헌법재판소의 주요 사건을 중심으로 판결성향 분석 결과에 따르면, 등급분류 보류제도, 외국비디오물추천제도 및 인터넷상 불온통신금지 사건에 대해 위헌으로 판단함으로써 사법적극주의적 판결성향을 보여 주었을 뿐만 아니라 기존의 법질서에 변화를 주려는 사법진보주의적 입장을 나타냈다. 반면 청소년 유해매체물 사건, 법원인근 집회금지사건에서는 입법부의 결정을 존중하려는 사법소극주의적 판결성향을 보인 것으로 평가된다.

• 핵심어 사법소극주의, 사법적극주의, 사법진보주의, 제3기 헌법재판소, 판결성향분석, 표현의 자유

I. 서론

제3기 헌법재판소는 2000년 9월 15일 활동을 개시하여 2006년 9월 14일 임기가 만료되었고 제1기와 제2기 헌법재판소가 헌법재판의 성공적인 정착을 이루어낸 정착기의 헌법재판소였다면 제3기 헌법재판소는 양적·질적으로 성장을 이룬 도약기의 헌법재판소라 할 수 있다. 특히 제3기 헌법재판소의 두드러진 특징은 첨예하게 대립된 정치적 사건인 대통령 탄핵소추사건과 신행정수도건설사건을 담당하였다는 것이며 제3기 헌법재판소의 주요결정으로는 호주제에 대한 헌법불합치결정, 대학교육기관 교원에 대한 기간임용제에 대한 헌법불합치결정, 대통령 탄핵사건과 신행정수도건설사건, 국회의원 선거 1인1표제에 따른 비례대표의석 배분방식에 대한 위헌결정, 유치장 수용과정에서 신체과잉수색에 대한 위헌결정 등을 들 수 있다.

특히 표현의 자유와 관련하여 제1기 헌법재판부(1988.9.19.~1994.9.14.)에서는 알권리를 국민이 일반적으로 접근할 수 있는 정보에 대한 권리에 제한되지 아니하고 정부가 보유한 정보를 청구할 수 있는 권리까지 넓게 인정하여 군수가 군청이

보관하는 임야조사서 등에 대한 이해관계인의 열람·복사신청에 대해 아무런 조치를 취하지 않은 것에 대해 알권리를 침해한 것으로 확인하였고¹⁾ 정기간행물의 발행에 있어서 소정의 해당시설을 자기 소유이어야 하는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반된다는 한정위헌결정²⁾을 하였을 뿐만 아니라 정정보도청구사건³⁾에서 언론기관에 의하여 침해된 인격권을 보호하기 위한 정정보도청구권 규정은 언론기관의 보도의 자유를 침해하는 것은 아니라고 결정하였다.

또한 제2기 헌법재판부(1994.9.15.~2000.9.14.)는 표현의 자유와 관련하여, 공연윤리위원회에 의한 영화의 사전심의를 규정한 영화법 규정을 위헌으로 선언하였고⁴⁾ 음란간행물 출판에 대한 등록취소제는 합헌, 저속한 간행물에 대한 등록취소는 위헌으로 결정을 내렸으며⁵⁾ 청소년유해매체물 여부의 결정권한을 청소년보호위원회에 부여한 것은 헌법에 위반되지 않는다고 판단하였다.⁶⁾

이에 대해 제3기 헌법재판부는 언론의 자유 등 정신적 자유에 관한 다양한 결정을 내렸으며 특히 표현의 자유와 관련한 주요결정으로 영상물등급위원회의 등급보류제도에 대한 위헌결정, 인터넷상의 ‘불온통신’을 금지하였던 전기통신사업법 규정에 대한 위헌결정, 외교기관 인근 집회금지사건, 청소년 유해매체물 사건, 신문법 사건 등을 들 수 있다.⁷⁾

본 연구에서 제3기 헌법재판소 결정 중 표현의 자유와 관련한 결정에 대해 정성적 분석과 정량적 분석을 통해 제3기 헌법재판부의 표현의 자유와 관련한 판결성향에 대해 알아보고자 한다. 우선 표현의 자유의 의의와 내용에 대해 살펴보고, 표현의 자유와 관련한 대표적 사건에 대한 판결성향에 대한 정성분석뿐만 아니라 전원재판부 사건들을 대상으로 한 통계분석을 통해 판결성향에 대한 정량분석을 하고자

1) 헌재 1989. 9. 4, 88헌마22

2) 헌재 1992. 6. 2, 90헌가23

3) 헌재 1991. 9. 1, 89헌마165

4) 헌재 1996. 10. 4, 93헌가13, 91헌바10(병합)

5) 헌재 1998. 4. 30, 95헌가16.

6) 헌재 2000. 6. 29, 99헌가16.

7) 헌법재판소, 『헌법재판소 20년사』, 2008, 325~326면.

한다.

본 연구는 판결성향을 분석함에 있어서 다음 4가지 분석틀을 사용하였다.⁸⁾

첫째, 사법적극주의와 소극주의의 분석틀이다. 사법적극주의는 “권력분립의 원리가 기초하고 있는 견제와 균형의 이상을 실현하기 위해 행정부나 입법부의 의사나 결정에 끈질 반대를 제기하여 두 부(附)에 의한 권력의 남용을 적극적으로 견제하는 사법부의 태도나 철학”인 반면, 사법소극주의는 “판결을 통해 다른 입법부나 행정부의 의사나 결정에 개입하고 반대하기보다는 자주 ‘사법부 자체’의 미명하에 심리 자체를 회피하거나 두 부(附)의 의사나 결정을 존중하고 이에 동조하는 판결을 내리는 사법부의 태도나 철학”을 의미한다. 이 분석틀을 사용하는 경우 입법부가 제정한 법률이나 행정부의 공권력 행사에 대한 적극적 견제를 의미하는 헌법재판소의 위헌결정이나 변형결정을 하는 경우는 사법적극주의로 분류되고 각하결정을 내려 사법적 판단을 회피하거나 합헌결정을 하는 경우 사법소극주의로 분류된다.

둘째, 사법진보주의와 사법보수주의의 분석틀이다. 사법진보주의는 ‘판결을 통해 기존의 법질서에 변화를 주려는 사법부의 태도’이고, 사법보수주의는 ‘판결을 통해 기존의 법질서를 유지하려는 사법부의 태도’를 의미한다. 이 분석틀을 적용할 때, ‘기존의 법질서’의 확정이 어려운 경우가 많다는 것을 유념할 필요가 있다.

셋째, 헌법재판소 결정을 통해 사회적·경제적 소수자의 권리를 신장시켰는지에 대한 입장을 취했는지 여부의 분석틀이다. 이때 사회적·경제적 소수자는 ‘국회 등을 통해 과소대표됨으로써 그 집단의 의사가 통상적인 정치과정을 통해 제대로 국민 대표기관의 의사결정에 반영되지 못하는 집단’을 말한다. 우리 사회에서는 여성, 장애인, 성적 소수자, 노동자, 외국인 등이 ‘사회적·경제적 소수자 및 약자’에 해당될 수 있다.

넷째, 헌법재판소 결정을 통해 청구인의 기본권을 ‘제한’하려 했는지, 반대로 청구인의 기본권 ‘보장을 확대’하려는 입장인지의 분석틀이다.

8) 임지봉, “제1기 헌법재판소 이성렬 재판관의 판결성향 분석”, 「미국헌법연구」 제25권 제2호, 미국헌법학회, 2014. 8, 339-340면.

II. 표현의 자유에 대한 개관

1. 표현의 자유의 의의

(1) 언론·출판의 자유

언론·출판의 자유는 자신의 생각·의견·양심·사상을 ‘불특정 다수인’에게 언어나 문자 등 메시지를 표현하는 모든 표현행위로서 외부에 표현함에 있어 간섭받지 않을 자유를 말한다. 언론·출판의 자유는 근대국가 성립시 군주권력에 대한 제한의 기초이론으로서의 역할과 국민의사를 형성하는 민주주의의 구성원리로서 기능하고 있다.⁹⁾

헌법 제21조 제2항¹⁰⁾은 언론·출판에 대한 사전적 제한을, 헌법 제21조 제3항은 언론·출판의 자유의 ‘제도보장으로서의 성격’을, 헌법 제21조 제4항은 언론·출판의 자유의 ‘청구권적 성격’을 나타내고 있다.

언론·출판의 자유는 인간의 권리이므로 외국인의 주체성도 인정되지만, 단, ‘언론기관의 자유’는 제한된다. 법인도 주체성이 인정되어 특히 언론기관으로서의 법인(방송사, 신문사 등)은 보도·방송의 자유의 주체가 된다.

(2) 집회·결사의 자유

집회의 자유는 집회와 관련해 간섭받지 않을 자유를 말하며 집회는 3인 이상의 다수인이 공동의 목적을 가지고 일시적으로 회합하는 행위를 의미하며 영구적으로 회합할 경우 ‘결사’에 해당한다. 시위도 집회의 일종으로 헌법재판소는 ‘이동하는

9) 홍성방, 『헌법학(中)』, 박영사, 2015, 186면.

10) 헌법 제21조 ① 모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다.

② 언론·출판에 대한 허가나 검열과 집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니한다.

③ 통신·방송의 시설기준과 신문의 기능을 보장하기 위하여 필요한 사항은 법률로 정한다.

④ 언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다. 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다.

집회'로 보고 있다.

2. 표현의 자유의 내용

(1) 언론·출판의 자유

언론·출판의 자유는 의사표현의 자유, 의사형성을 위해 필요한 정보에 자유롭게 접근하고 정보를 수집하고 수집된 정보를 처리할 수 있는 권리인 알 권리, 일반국민이 자신의 의견을 언론매체를 통해 발표하기 위해, 언론매체에 접근하고 이를 이용할 수 있는 권리인 Access권, 반론권, 언론기관의 설립과 보도의 자유를 내용으로 한다.

특히 알 권리의 경우는 정보에 대한 접근·수집·처리에 대한 간섭·배제하는 자유권적 성격과 정보에의 자유로운 접근·수집에 있어서 공공기관 등에게 정보에 대한 청구권 성격을 가지고 있어 이중적 성격을 아울러 가지고 있다. 그러나 알 권리는 헌법 제37조 제2항의 '국가안전보장'과 관련하여 국가기밀에 대한 알 권리는 법률에 의해 제한이 가능하다.

또한 Access권은 현대사회에서는 언론기관의 독과점으로 인해 왜곡된 언론보도가 있을 수 있으므로 현대에는 더욱 중요성이 더해지고 있으며 대부분의 기본권은 국민이 국가에게 주장하는 권리이지만 Access권은 국민이 언론기관에 주장하는 권리이므로 기본권의 제3자적 효력이 전제되어 있다.

그리고 언론기관의 자유는 보도의 자유, 방송의 자유, 취재의 자유, 보급의 자유, 편집·편성의 자유를 그 내용으로 한다.

(2) 집회·결사의 자유

1) 집회의 자유

집회의 자유는 적극적 집회의 자유인 집회를 개최할 자유, 개최된 집회의 사회를 보거나 진행할 자유, 집회에 참가할 자유와 소극적 집회의 자유인 집회를 개최하지 않을 자유, 집회에 참가하지 않을 자유를 그 내용으로 한다.

집회에 참여하는 개인은 자기 의사를 집단적으로 표현하면서 커뮤니케이션을 통해 자기의사를 구체적으로 형성하여 간다. 또한 집회의 자유를 통해 국민의 다양한 의사가 표현되므로 집회의 자유는 민주주의 실현에 중요한 역할을 하고 일반대중이 대중매체에 접근할 수 있도록 함으로써 일반적인 여론대표과정에서 소외될 수 있는 소수자의 여론을 반영하기도 한다. 더 나아가 집회의 자유는 저항권과 같은 한계적 상황에서 어떤 권리보다도 강한 보장을 받아야 한다. 민주화 시대의 집회가 개최되었던 물리적 광장은 최근 사이버 광장에서 표현된 것을 최종적 의미의 집회의 자유의 실천으로 보기도 한다.¹¹⁾

2) 결사의 자유

결사의 자유는 적극적 결사의 자유인 단체결성의 자유, 단체존속의 자유, 단체활동의 자유, 결사에의 가입·잔류의 자유와 소극적 결사의 자유인 단체로부터 탈퇴할 자유와 결사에 가입하지 않을 자유를 포함한다.¹²⁾

11) 이세주, “집회의 자유 보장과 제한에 대한 헌법적 검토 - 헌법재판소 결정에 나타난 집회의 자유 보장과 제한을 중심으로”, 『법학연구』 제28권 제3호, 연세대학교 법학연구원, 2018. 9, 67-68면; 전광석, “집회 및 시위의 자유와 자율, 그리고 경찰개입의 한계”, 『연세법학연구』 제9권 제2호, 연세대학교 법학연구원, 2003.2, 91-92면; 장영수, “집회의 자유의 본질과 복면집회의 헌법적 문제점”, 『헌법학연구』 제22권 제3호, 한국헌법학회, 2016. 9, 302-304면; 장철준, “표현의 자유 실질화를 위한 헌법적 방안 - 집회 소음에 대한 대안적 규제를 중심으로 -”, 『저스티스』 통권 제170-2호, 한국법학원, 2019. 2, 178-179면; 최인화, “집회의 자유의 제한에 대한 유럽인권재판소의 일반원칙 - Navalnyy and Gunko v. Russia 판례를 중심으로”, 『유럽헌법연구』 제40호, 유럽헌법학회, 2022. 12, 249면.

12) 홍성방, 앞의 책, 230면.

3. 표현의 자유의 한계

(1) 언론·출판의 자유

헌법 제21조 제4항의 언론·출판의 자유에 대한 개별적 헌법유보사항으로 ‘타인의 명예, 타인의 권리, 공중도덕, 사회윤리’를 규정하고 있다.

언론·출판이 공중도덕과 사회윤리를 위배하는 경우로서 ‘음란’이 있는데, 출판소·인쇄소에 관한 법률 중 ‘음란·저속한 간행물’ 출판시 등록취소할 수 있다는 규정에 대한 위헌법률심판에서 헌법재판소는 ‘음란’ 부분에 대해서는 합헌 판결을 내렸으나 ‘저속’의 경우 그 개념이 불명확하므로 명확성의 원칙에 위배되어 위헌이라고 판시하였다.

또한 헌법재판소는 ‘음란’은 법률용어으로써 명확성의 원칙에 반하지 않다고 하며 음란의 개념에 대해 ‘인간존엄 내지 인간성을 왜곡하는 노골적이고 적나라한 성적 표현으로서 오로지 성적 흥미에만 호소할 뿐 전체적으로 보아 하등의 문학적, 예술적, 과학적 또는 정치적 가치를 지니지 않은 것’이라고 판시하였다.

(2) 집회·결사의 자유

집시법 제5조¹³⁾에 따르면 불법집회는 허용되지 않는다. 폭력집회에 대하여 심리적 폭력설과 물리적 폭력설(사람·물건에 대한 유형력의 행사가 있어야 폭력집회라고 보는 견해)이 대립하나 집회의 자유를 더 넓게 보장해주는 물리적 폭력설이 다수설이다.

13) 집회 및 시위에 관한 법률 제5조 (집회 및 시위의 금지)

① 누구든지 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 집회나 시위를 주최하여서는 아니 된다.

1. 헌법재판소의 결정에 따라 해산된 정당의 목적을 달성하기 위한 집회 또는 시위
2. 집단적인 폭행, 협박, 손괴(損壞), 방화 등으로 공공의 안녕 질서에 직접적인 위협을 끼칠 것이 명백한 집회 또는 시위

4. 표현의 자유의 제한

(1) 언론·출판의 자유의 제한

1) 사전적 제한

언론·출판의 자유에 대한 사전적 제한은 유포 후의 국민의 알권리도 침해하므로 사전적 제한이 사후적 제한보다 더 강한 위헌성을 추정받고 이를 Prior Restraint Doctrine(사전억제금지의 원칙)으로 한다. 헌법 제21조 제2항에서 명문으로 허가과 검열을 금지하고 있다. 헌법재판소는 허가받기 위한 표현물의 제출의무의 존재, 행정기관이 주체가 된 사전심사절차의 존재, 허가를 받지 않은 의사표시의 금지 및 심사절차를 관철할 수 있는 강제수단의 존재라는 요건을 충족할 경우 검열에 해당하여 위헌으로 판시하고 있다. 또한 헌법 제77조 제3항에 따르면 비상계엄이 선포된 때에는 모든 출판물에 대해 사전검열이 가능하다고 규정하고 있다.

2) 사후적 제한

언론·출판의 자유에 대한 사후적 제한은 헌법 제37조 제2항에 따르며, 대통령의 긴급명령을 통해 언론·출판의 자유를 사후적으로 통제가능하고 헌법 제77조 제3항에 따라 비상계엄 하에서는 언론·출판의 자유는 사전적으로 통제 가능할 뿐 아니라 사후적으로도 통제 가능하다.

특히 사후적 통제 입법의 합헌성 심사 기준으로 명백하고 현존하는 위험의 원칙(Clear and Present Danger Doctrine)이 있는데, 이것은 명백하고 현존하는 위험이 존재하는 경우에만 언론·출판의 자유에 대한 규제가 가능한 것을 말하며 언론·출판의 자유의 사후통제 입법의 합헌성 심사에 특별 적용되는 원칙이다.

(2) 집회·결사의 자유의 제한

1) 집회의 자유의 제한

집회의 자유의 경우 헌법 제21조 제2항에 따라 허가제는 금지되고 신고제는 허용된다. 집시법 제6조 제1항에 따르면 720시간(30일)부터 48시간 이전에 관할경찰서장에게 신고서를 제출해야 하고 신고서 접수 후 48시간 이내에 신고서를 받은 관할경찰서장은 금지통보를 할 수 있다. 관할경찰서장의 금지통보에 대해 금지통보를 받은 지 10일 이내에 직급 상급관할 관서의 장에게 이의신청이 가능하다.

5. 표현의 자유의 침해와 구제

특히 언론·출판의 자유의 경우 다른 기본권과 달리 그 침해와 구제가 중요하고 언론·출판의 자유를 침해할 경우 위헌법률심판 및 헌법소원 제기 가능하며 언론기관 또는 사인이 개인의 명예, 권리 침해시 피해의 배상을 청구할 수 있을 뿐만 아니라 언론기관에 대해서는 반론보도청구권 행사가능하다.

III. 표현의 자유 관련 주요 결정에 대한 판결성향 분석

1. 영상물등급보류 사건(영화진흥법 제21조 제4항 위헌제청)¹⁴⁾

(1) 사실관계의 요지와 심판대상

영화제작·배급회사 대표인 제청신청인 A는 영화를 상영하기 위하여 영상물등급위원회에 상영등급분류신청을 하였으나, 위 위원회는 위 영화의 음란성 등을 문제 삼아 영화진흥법에 의거하여 2개월의 상영등급분류보류결정을 하였다. 그 보류기간

14) 현재 2001. 8. 30. 2000헌가9, 판례집 13-2, 134.

이 경과한 다음 A가 다시 위 위원회에 상영등급분류신청을 하자, 위 위원회는 다시 3개월의 상영등급분류보류결정을 하였다. 이에 A는 위 위원회를 상대로 상영등급 분류보류결정의 취소를 구하는 소를 법원에 제기하면서 위 영화진흥법 제21조 제4항¹⁵⁾에 대한 위헌제청신청을 하였고, 법원은 그 신청을 받아들여서 헌법재판소에 위헌제청을 하였다.

(2) 법정의견 결정이유의 요지

헌법재판소는 재판관 7(위헌) : 2(합헌)의 의견으로 이 사건에 대해 헌법에 위반된다는 위헌결정¹⁶⁾을 하였는바, 그 요지는 다음과 같다.

일반적으로 허가를 받기 위한 표현물의 제출의무, 행정권이 주체가 된 사전심사 절차, 허가를 받지 아니한 의사표현의 금지 및 심사절차를 관철할 수 있는 강제수단 등의 요건을 갖춘 경우에만 헌법에 의하여 금지되는 검열에 해당된다.¹⁷⁾ 위의 요건에 따르면, 첫째, 영상물등급위원회에 의한 등급분류보류는 영화상영등급분류의 일환으로 상영 전에 영화를 제출받아서 그 내용을 심사하는 방식으로 이루어진

15) 영화진흥법(1999. 2. 8. 법률 제5929호로 전문개정된 것) 제21조 (상영등급분류)

①~③생략

④영상물등급위원회가 제3항의 규정에 의하여 상영등급을 분류함에 있어서 당해 영화가 다음 각 호의 1에 해당된다고 인정되는 경우에는 내용검토 등을 위하여 대통령령이 정하는 바에 따라 3월 이내의 기간을 정하여 그 상영등급의 분류를 보류할 수 있다.

1. 헌법의 민주적 기본질서에 위배되거나 국가의 권위를 손상할 우려가 있을 때
2. 폭력·음란 등의 과도한 묘사로 미풍양속을 해치거나 사회질서를 문란하게 할 우려가 있을 때
3. 국제적 외교관계, 민족의 문화적 주체성 등을 훼손하여 국익을 해할 우려가 있을 때

⑤~⑧생략

16) 국회는 이 사건 위헌결정 이후인 2002. 1. 26. 영화의 상영등급분류의 방법 및 내용 등에 관한 영화진흥법 관련규정을 개정하였다. 개정법에서는 등급분류보류제도를 폐지하는 대신, “제한상영가(制限上映可)” 등급을 신설하여 모든 영화에 등급을 부여하도록 하되, 제한상영가 등급을 받은 영화는 제한상영관에서만 상영하도록 규정하고 있다.

17) 사전검열의 요건 해당성과 관련하여 헌법재판소는 3가지의 요건, 즉 첫째, 표현물 제출의무 둘째, 행정권이 주체가 된 사전심사절차 셋째, 의사표현의 금지 및 심사절차를 관철할 수 있는 강제수단을 들고 있다. 표현물의 제출의무와 관련하여 표현물에 대해서는 의사표현의 매개체로 파악하고 어떠한 형태이건 제한을 두지 않고 있으며, 영화, 음반, 비디오, 게임물, 광고도 이에 포함시키고 있다. 김배원, “언론·출판의 자유와 사전검열금지원칙”, 『공법학연구』 제16권 제1호, 한국비교공법학회, 2015. 2, 78-85면.

다. 둘째, 영상물등급위원회의 위원은 대통령이 위촉하고, 그 구성방법 및 절차에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하며, 예산으로 그 경비 보조를 받을 수 있도록 하고 있으므로 위 위원회가 심의 및 등급분류활동에 있어서 독립성이 보장된 기관이라 하더라도 행정권이 심의기관의 구성에 지속적으로 영향을 미칠 수 있고 행정권이 주체가 되어 검열절차를 형성하고 있다. 셋째, 위 위원회로부터 등급을 분류받지 아니한 영화의 상영은 금지되고, 금지위반에 대해서는 형사처벌 등이 부과될 수 있는데, 등급분류보류결정의 횡수제한이 설정되어 있지 않기 때문에 무한정 영화 상영이 금지될 수 있다. 따라서 영상물등급위원회는 실질적으로 행정기관인 검열기관에 해당하고, 이에 의한 등급분류보류는 영화 상영 이전에 그 내용을 심사하여 허가받지 아니한 것의 발표를 금지하는 제도, 즉 검열에 해당되므로 이 사건 법률조항이 규정하고 있는 영상물등급위원회의 등급분류보류제도는 우리 헌법이 절대적으로 금지하고 있는 사전검열에 해당하는 것으로서 더 나아가 비례의 원칙이나 명확성의 원칙에 반하는지 여부를 살펴볼 필요도 없이 헌법에 위반된다.

(3) 결정의 의의와 이 사건에 나타난 판결성향 분석

이 사건 결정에서 헌법재판소는 등급분류보류제도가 검열에 해당하여 위헌이라고 판시하였다. 여기서 주목할 점은 헌법재판소가 상영등급부여제도 자체를 검열에 해당해 위헌으로 판시한 것이 아니라 등급분류보류결정의 횡수제한이 설정되어 있지 않기 때문에 무한정 영화 상영이 금지될 수 있으므로 등급분류보류제도만을 위헌으로 판시하였다는 점이다.¹⁸⁾

헌법재판소는 이 사건 결정에서 횡수제한이 설정되어 있지 않은 등급분류보류결정은 사전검열에 해당하는 것으로 보아 이 사건 위헌제청에 대해 위헌결정을 통해 입법부의 의사나 결정에 반대를 제기하여 입법부에 의한 권력남용을 적극적으로 견제하려는 입장을 취하였으므로 사법적극주의적 입장을 취했다고 평가할 수 있다.

18) 임지봉, 『헌법판례정선(제2판)』, 박영사, 2021, 373-374면.

기존의 법질서 자체가 유동적인 상황이라면 이 사건 결정이 사법진보적인지 아니면 사법보수주의적인지 판단하기 어려울 수 있다.¹⁹⁾ 그러나 이 사건 결정에서 ‘기존의 법질서’를 ‘1962년 영화법 제정 이후 영화에 대한 심의제도가 문공부장관의 영화상 영사전허가제로 운영되다가 영화법이 영화진흥법으로 대체되면서 공연윤리위원회에 의한 사전심의제로 변경되고 이후 이에 대한 헌법재판소의 위헌결정에 따라 영화상영 전에 영상물등급위원회에서 상영등급분류로 변경되었으나 검열기관의 명칭만 변경되었을 뿐 여전히 영화심의에 있어서 헌법상 금지되는 사실상 사전검열에 해당되는 상영등급보류제도가 지속되고 있는 것’으로 볼 수 있을 것이다.²⁰⁾ 이러한 관점에서 평가할 때 이 사건 결정은 위헌결정을 통해 기존의 법질서에 변화를 주려는 입장을 보여주고 있으므로 사법진보주의적 판결성향을 보인 것으로 분석된다. 이 사건에서 제청신청인은 영화제작·배급회사 대표이므로 사회적·경제적 소수자 및 약자집단에 해당된다고 볼 수 없으며 이 사건 심판대상조항에 대해 헌법재판소는 위헌결정을 통해 제청신청인의 기본권 보장을 확대하려는 입장에 선 것으로 보인다.

2. 외국비디오물 수입추천제도 사건(구 음반·비디오물및게임물에 관한법률 제16조제1항 등 위헌제청)²¹⁾

(1) 사실관계의 요지와 심판대상

제청신청인은 영상물등급위원회의 수입추천을 받지 아니하고 외국의 비디오물을 수입·유통하였다는 이유로 기소되어 법원으로부터 벌금형을 선고받았다. 이에 제

19) 정재도, “제4기 헌법재판소의 인격권과 행복추구권에 관한 판결성향 분석”, 『외법논집』 제45권 제2호, 한국의국어대학교 법학연구소, 2021. 5, 39면.

20) 정연주, “영화상영등급분류와 언론·출판의 자유 - 헌재결 2001. 8. 30, 2000헌가9 영화진흥법 제21조 제4항 위헌제청사건을 중심으로 -”, 『헌법판례연구』 제5권, 한국헌법판례연구학회, 2003. 11, 396면.

21) 헌재 2005. 2. 3. 2004헌가8, 판례집 17-1, 51

청신청인은 대법원에 상고하는 한편, 영상물등급위원회의 수입추천제도를 규정하고 있는 구 음반·비디오물및게임물에관한법률 제16조 제1항²²⁾ 등에 대하여 위헌제청 신청을 하였으며 대법원은 위 법률조항들에 대한 위헌법률심판을 헌법재판소에 제청하였다.

(2) 법정의견 결정이유의 요지

헌법재판소는 재판관 8(위헌) : 1(합헌)의 의견으로 이 사건 법률조항이 헌법에 위반된다는 결정을 선고하였는바, 그 이유의 요지는 다음과 같다.

첫째, 외국비디오물 수입추천제도는, 외국비디오물이 국내에 유통되기 위해서 수입추천업무를 담당하는 영상물등급위원회에 유통 이전에 제출하여야 하므로 ‘허가를 받기 위한 표현물의 제출의무’ 요건이 충족된다. 둘째, 외국비디오물의 수입·배포라는 의사표현행위 전에 표현물을 그 조직과 구성면에서 행정권의 성격을 가진 영상물등급위원회에 제출토록 하여 표현행위의 허용여부를 행정기관의 결정에 좌우되게 한다. 셋째, 이를 준수하지 않는 자들에 대하여 형사처벌과 강제수거 및 폐기규정을 두어 강제조치를 할 수 있으므로 이는 사전검열에 해당하여 헌법에 위반된다.

22) 구 음반·비디오물및게임물에관한법률(1999. 2. 8. 법률 제5925호로 제정되고, 2001. 5. 24. 법률 제6473호로 전면개정되기 전의 것) 제16조(음반·비디오물 또는 게임물의 수입) ①외국에서 제작된 음반(음반의 원판을 포함한다. 이하 “외국음반”이라 한다)·비디오물(비디오물의 원판을 포함한다. 이하 “외국비디오물”이라 한다) 또는 게임물(게임물의 원판을 포함한다. 이하 “외국게임물”이라 한다)을 수입하고자 하는 자는 공연법 제17조의 규정에 의한 영상물등급위원회(이하 “영상물등급위원회”라 한다)의 추천을 받아야 한다. 다만, 대통령령이 정하는 경우에는 그러하지 아니하다.

②~④ 생략

⑤영상물등급위원회는 외국음반·외국비디오물 또는 외국게임물이 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 수입추천을 할 수 없다.

1. 헌법의 민주적 기본질서에 위배되거나 국가의 권위를 손상할 우려가 있는 경우
2. 폭력·음란 등의 과도한 묘사로 미풍양속을 해치거나 사회질서를 문란하게 할 우려가 있는 경우
3. 국제적 외교관계, 민족의 문화적 주체성등을 훼손하여 국익을 해할 우려가 있는 경우

(3) 결정의 의의와 이 사건에 나타난 판결성향 분석

이 사건 결정에서 헌법재판소는 외국비디오물 수입추천제도는 실질적으로 허가를 받지 않은 의사표현의 금지에 해당하는 것으로 평가할 수 있고 그 절차를 관철하는 수단으로 형사처벌규정 및 강제수거 규정을 두고 있으므로 사전검열에 해당한다고 판시하였다.

헌법재판소는 이 사건 결정에서 외국비디오물 수입추천제도는 실질적으로 허가를 받지 않은 의사표현의 금지에 해당하고 이에 따른 형사처벌 및 강제수거 규정은 사전검열이라는 취지의 위헌결정을 하였으므로 사법적극주의적 판결성향을 보인 것으로 분석된다. 이 사건 결정에서 ‘외국비디오물 유통 이전에 외국비디오물 수입추천제도를 통한 외국비디오물에 대한 규제’를 ‘기존의 법질서’라고 본다면 헌법재판소는 위헌결정으로 기존의 법질서에 변화를 주려는 입장을 보여주고 있으므로 사법진보주의적 판결성향을 보인 것으로 평가할 수 있을 것이다. 이 사건에서 제청신청인은 외국비디오물을 수입하여 유통하는 자로서 사회적·경제적 소수자에 해당된다고 볼 수 없으며 이 사건 심판대상조항에 대해 헌법재판소는 위헌결정을 하였으므로 제청신청인의 기본권 보장을 확대하려는 입장에 선 것으로 볼 수 있다.

3. 인터넷상 불온통신금지 사건(전기통신사업법 제53조 등 위헌확인)²³⁾

(1) 사실관계의 요지와 심판대상

청구인은 H대학교 학생으로 주식회사 N회사에서 운영하는 종합컴퓨터 통신망인 C통신망에 개설되어 있는 동호회 게시판에 “서해안 총격전, 어설프다 김대중!”이라는 제목의 글을 게시하였는데, C통신망 운영자는 정보통신부장관의 명령에 따라 위 게시물을 삭제하고 청구인에 대하여 C통신망 이용을 1개월 중지시켰다. 이에 청구인은 정보통신부장관의 위와 같은 명령의 근거조항인 전기통신사업법 제53조²⁴⁾,

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

같은 법 제71조 제7호 중 제53조 제3항 부분²⁵⁾ 및 같은 법 시행령 제16조²⁶⁾가 청구인의 표현의 자유, 학문과 예술의 자유를 침해하고, 적법절차 및 과잉금지원칙에 어긋난다는 이유로 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(2) 법정의견 결정이유의 요지

헌법재판소는 재판관 6(위헌) : 3(합헌)의 의견으로 이 사건에 대해 “이 사건 심판대상조항 중 전기통신사업법 제53조, 같은 법 시행령 제16조는 헌법에 위반된다.”는 주문을 통해 위헌결정을 하였는바, 그 요지는 다음과 같다.

첫째, 표현의 자유 규제입법에서 명확성의 원칙은 특별히 중요한 의미를 가지며, 무엇이 금지되는 표현인지가 불명확한 경우에, 표현이 규제의 대상이 아니라는 확신이 없는 기본권주체는 규제를 받을 것을 우려해서 표현행위를 스스로 억제하게 될 가능성이 높으므로 표현의 자유를 규제하는 법률은 표현의 개념을 명확하게 규정하여야 한다. 여기에서 전기통신사업법 제53조 제1항의 “공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는”이라는 불온통신²⁷⁾의 개념은 불명확하고 애매하고 “공공의 안

24) 전기통신사업법(1991. 8. 10. 법률 제4394호로 전문개정된 것) 제53조(불온통신의 단속) ① 전기통신을 이용하는 자는 공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 내용의 통신을 하여서는 아니 된다.

②제1항의 규정에 의한 공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 것으로 인정되는 통신의 대상 등은 대통령령으로 정한다.

③정보통신부장관은 제2항의 규정에 의한 통신에 대하여는 전기통신사업자로 하여금 그 취급을 거부·정지 또는 제한하도록 명할 수 있다.

25) 전기통신사업법 제71조 제7호(1996. 12. 30. 법률 제5220호로 개정된 것) 제71조(벌칙) 다음 각호의 1에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

7. 제53조 제3항 또는 제55조의 규정에 의한 명령을 이행하지 아니한 자

26) 전기통신사업법 시행령(1991. 12. 31. 대통령령 제13558호로 전문개정된 것) 제16조(불온통신) 법 제53조 제2항의 규정에 의한 공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 것으로 인정되는 전기통신은 다음 각호와 같다.

1. 범죄행위를 목적으로 하거나 범죄행위를 교사하는 내용의 전기통신

2. 반국가적 행위의 수행을 목적으로 하는 내용의 전기통신

3. 선량한 풍속 기타 사회질서를 해하는 내용의 전기통신

27) 전기통신사업법상의 불온통신 규제는 정보통신부장관·전기통신사업자·전기통신이용자의 삼각구조로 되어 있고 명령 및 처벌의 대상자는 전기통신사업자이지만 실질적으로 표현의 자유를 침해받는 자는 이용자가 된다. 전기통신이용자는 규제조치의 상대방이 아닌 제3자로서 행정절차에의 참여, 행정소송의 제기를 통해 권리구제를 받아야 하므로 권리구제에 미흡한 면이 있다. 현재

녕질서”는 헌법 제37조 제2항의 “국가의 안전보장·질서유지”와, “미풍양속”은 헌법 제21조 제4항의 “공중도덕이나 사회윤리”와 비교하여 볼 때 동어반복이며, 매우 추상적인 개념이어서 이에 대한 판단은 사람의 가치관, 윤리관에 따라 크게 달라질 수 있고 법집행자의 통상적 해석을 통하여 그 의미내용을 객관적으로 확정하기 어렵기 때문에 명확성의 원칙에 위배된다.

둘째, 전기통신사업법 제53조는 불온통신 개념의 모호성, 추상성, 포괄성으로 ‘저속한’ 표현, ‘청소년유해매체물’ 중 음란물에 이르지 아니하여 성인에 의한 표현과 접근까지 금지할 이유가 없는 선정적인 표현물, 성(性)·혼인·가족제도에 관한 표현, 예민한 정치적·사회적 이슈에 관한 표현까지 함께 규제하게 되어 과잉금지원칙에 어긋난다.

불온통신 규제의 주된 대상이 되는 인터넷은 공중파방송과 달리 “가장 참여적인 시장”, “표현촉진적인 매체”로서 진입장벽이 낮고, 표현의 쌍방향성이 보장되므로 인터넷상의 표현에 대하여 질서위주의 사고만으로 규제하려고 할 경우 표현의 자유의 발전에 큰 장애를 초래할 수 있으므로 규제의 수단 또한 헌법의 틀 내에서 다채롭고 새롭게 강구되어야 할 것이다.

셋째, 전기통신사업법 제53조 제2항의 공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 것으로 인정되는 통신의 대상을 대통령령으로 정하도록 규정한 것은 수범자인 국민이 그 기준과 대강을 예측할 수 없고, 행정입법자에게도 적절한 지침을 제공하지 못하므로 포괄위임입법금지원칙에 위배되고 이를 근거로 한 동법 시행령 제16조도 위헌이다.

(3) 결정의 의의와 이 사건에 나타난 판결성향 분석

이 사건 결정에서 헌법재판소는 사이버공간에서 헌법상 표현의 자유가 어떻게

2002. 6. 27. 99헌마480, 판례집 14-1, 627; 이해완, “불온통신 규제와 표현의 자유 - 헌재 99헌마480 전기통신사업법 제53조 등 위헌확인 결정 小考 -”, 『언론과 법』, 한국언론법학회, 2002. 12, 45면.

보호되고 있는지 밝히고 있다. 또한 헌법재판소는 명확성의 원칙, 과잉금지의 원칙 및 포괄위임입법금지의 원칙이 표현의 자유에 대한 기본권 제한원리임을 다시 한번 확인하면서 이 사건을 위헌으로 판시하였고 특히 인터넷 매체특성상 규제의 수단도 새롭게 강구되어야 한다고 보았다.

헌법재판소는 이 사건에서 위헌결정을 통해 입법부의 의사나 결정에 반대를 제기하여 입법부에 의한 권력남용을 적극적으로 견제하려는 입장을 취하였으므로 이 사건에서 사법적극주의적 판결성향을 보인 것으로 평가된다. 이 사건에서 ‘기존의 법질서’를 ‘공공의 안녕질서나 미풍양속을 해한다는 이유로 불온통신을 불명확하게 일률적으로 규율해 오던 것’이라고 볼 수 있다. 이 사건 결정에서 변화된 시대상황과 인터넷상의 표현의 자유의 특성을 반영하여 다양한 의견의 자유로운 토론과 비판이 보장되도록 표현물의 개념이 너무 불명확하고 포괄적이면 안된다는 입장을 보여주고 있으므로 사법진보주의적 판결성향을 보인 것으로 평가할 수 있겠다. 또한 이 사건 청구인은 대학생으로 사회적·경제적 소수자 및 약자집단에 해당된다고 단정하기 어렵다고 판단되며 이 사건에서 위헌결정을 통해 청구인들의 기본권 보장을 확대하려는 입장에 선 것으로 분석된다.

4. 청소년 유해매체물 사건(정보통신망이용촉진및정보보호등에관한 법률 제42조 등 위헌확인)²⁸⁾

(1) 사실관계의 요지와 심판대상

동성애 웹사이트를 개설하여 운용하는 청구인 A에 대해 정보통신윤리위원회에서 청소년유해매체물로 결정하여 청소년보호위원회 고시로 청소년에게 유해한 것으로 고시되었다. 이에 따라 정보통신윤리위원회는 청구인에게 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제42조²⁹⁾, 동법시행령 제21조 제1항에 따라 19세 미만의 자는

28) 헌재 2004. 1. 29. 2001헌마894, 판례집 16-1, 114.

29) 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률(2001. 1. 16. 법률 제6360호로 전문개정된 것) 제42

이용할 수 없다는 취지의 내용을 표시하고, 동법시행령 제21조 제2항, 제3항³⁰⁾, 및 정보통신부고시(제2001-89호) ‘청소년유해매체물의 표시방법’에 따라 청소년유해매체물 필터링 소프트웨어가 인식할 수 있도록 전자적 표시를 하여야 하며, 이를 이행하지 않을 경우 동법 제64조³¹⁾에 의해 처벌받을 수 있다고 통보하였다. 청구인은 동법 제42조, 제64조와 동법시행령 제21조 제2항 및 제3항의 ‘제2항’ 부분, 정보통신부 고시(제2001-89호) 청소년유해매체물의 표시방법 2.의 나. ‘전자적 표시방법’³²⁾이 최형법정주의, 포괄위임입법금지 원칙에 위배되고, 표현의 자유, 양심의 자유 등을 침해한다는 이유로 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

조 (청소년유해매체물의 표시) 전기통신사업자의 전기통신역무를 이용하여 일반에게 공개를 목적으로 정보를 제공하는 자(이하 “정보제공자”라 한다)중 청소년보호법 제7조 제4호의 규정에 의한 매체물로서 동법 제2조 제3호의 규정에 의한 청소년유해매체물을 제공하고자 하는 자는 대통령령이 정하는 표시방법에 따라 당해 정보가 청소년유해매체물임을 표시하여야 한다.

- 30) 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률시행령(2001. 8. 25. 대통령령 제17344호로 개정된 것) 제21조 (청소년유해매체물의 표시방법) ① 생략
 ②제1항의 규정에 의한 표시를 하여야 하는 자 중 인터넷을 이용하여 정보를 제공하는 자의 경우에는 기호·부호·문자 또는 숫자를 사용하여 청소년유해매체물임을 나타낼 수 있는 전자적 표시도 함께 하여야 한다.
 ③정보통신부장관은 정보의 유형 등을 고려하여 제1항 및 제2항의 규정에 의한 표시의 구체적 방법을 정하여 관보에 고시한다.
- 31) 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률(2001. 1. 16. 법률 제6360호로 전문개정되고 2002. 12. 18. 법률 제6797호로 개정되기 전의 것) 제64조 (벌칙) 제42조의 규정을 위반하여 당해 정보가 청소년유해매체물임을 표시하지 아니하고 영리를 목적으로 제공한 자는 2년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.
- 32) 청소년유해매체물의 표시방법을 정한 정보통신부고시(2001. 10. 12. 제2001-89호, 청소년유해매체물의 표시방법)
 1. 청소년유해매체물의 표시자
 전기통신사업자의 전기통신역무를 이용하여 일반에게 공개를 목적으로 정보를 제공하는 자 중 청소년보호법 제7조 제4호의 규정에 의한 매체물로서 동법 제2조 제3호의 규정에 의한 청소년유해매체물을 제공하고자 하는 자
 2. 청소년유해매체물의 표시방법
 가. 생략
 나. 전자적 표시방법
 인터넷을 통하여 청소년유해매체물을 제공하는 경우 청소년유해매체물 필터링 소프트웨어가 인식할 수 있도록 다음과 같이 PICS(Platform for Internet Content Selection) 기술표준에 의한 전자적 방법으로도 표시하여야 한다.

(2) 법정의견 결정이유의 요지

헌법재판소는 이 사건에 대해 재판관 전원일치로 기각결정을 하였는바, 그 요지는 다음과 같다.

첫째, 인터넷을 이용한 정보에 대해서는 종전의 청소년보호법상 청소년유해매체물 표시방법만으로는 청소년을 해당 유해정보로는 효과적으로 차단하기 어렵기 때문에, 이 사건 고시는 인터넷 매체의 특성에 맞추어 특정 전자적 표시를 하게 함으로써 차단소프트웨어를 설치할 경우 청소년을 음란·폭력성 등을 지닌 유해한 정보로부터 보호하기 위한 입법목적を 가지고 있으므로 정당하다.

둘째, 이 사건 고시에 따라 전자적 표시가 행해지면 해당 차단소프트웨어를 설치한 경우 청소년유해매체물로 인정된 해당 인터넷 사이트나 페이지가 차단되게 되므로, 이러한 입법수단은 입법목적을 달성하는데 적절한 것이다.

셋째, 인터넷상의 유해 정보는 익명성과 전파성이 강하므로 종전의 “19세 미만 이용금지” 표시만으로 입법목적을 달성하게 하는 것은 효율적인 방법이라고 보기 어렵고 청소년을 인터넷 유해매체물로부터 차단하기 위해서는 이 사건 고시의 전자적 표시 외에 주민등록번호를 확인하거나 공인인증서를 이용하는 등 다른 방법이 채택될 수도 있으나, 이 방법이 더 효과적인 방법이라고 단정하기 어렵고, 다른 방식으로 이 사건 고시가 추구하는 입법목적을 달성할 수단이 명백히 존재한다고 보기도 어려우므로 동법시행령 제21조 제2항과 이 사건 고시는 피해의 최소성 원칙에 저촉되지 않는다.

넷째, 이 사건 고시에 대해 공익 목적의 중요성이 인정되고, 전자적 표시의무는 해당 정보의 내용에 관하여 통제하는 것이기보다는 사후조치로서 유해매체물이 청소년에게 차단될 수 있는 기술적 방법만을 정하고 있는 것이고 그 효과는 부모나 성인이 차단소프트웨어를 설치했을 때에만 나타나는 것을 고려하면, 동법시행령 제21조 제2항과 이 사건 고시는 기본권 제한의 효과와 내용면에서 볼 때 추구하는 공익이 제한되는 사익에 비하여 균형을 벗어난 것으로 볼 수 없다.

(3) 결정의 의의와 이 사건에 나타난 판결성향 분석

이 사건 결정에서 헌법재판소는 익명성과 전파성이 강한 인터넷상의 유해 정보에 대해 ‘19세 미만 이용금지’ 표시만으로 이 사건 고시가 청소년을 해당 유해정보로는 효과적으로 차단하기 어렵기 때문에 인터넷 매체의 특성에 맞추어 특정 전자적 표시를 하게 함으로써 차단소프트웨어를 설치할 경우 청소년을 음란·폭력성 등을 지닌 유해한 정보로부터 보호하기 위한 입법목적を 가지고 있다고 판단하였다. 따라서 헌법재판소는 고시의 전자적 표시로 유해매체물로부터 청소년을 보호할 수 있다고 하면서 합헌으로 판시하였다.

이 사건 결정에서 헌법재판소는 기각결정을 통해 입법부의 의사나 결정을 존중하는 입장을 취하였으므로 이 사건에서 사법소극주의적 판결성향을 보인 것으로 평가된다. 이 사건에서 ‘음란·폭력성 있는 유해 정보로부터 청소년 보호’를 ‘기존의 법질서’라고 볼 때 위 사건에서 기각결정을 통해 기존의 법질서를 유지하려는 입장을 보여주고 있으므로 사법보수주의적 판결성향을 보인 것으로 분석된다. 또한 이 사건 청구인은 웹사이트를 개설하여 운영하는 자로서 사회적·경제적 소수자에 해당된다고 단정하기 어려우며 이 사건에서는 기각결정을 통해 청구인들의 기본권을 제한하려는 입장에 선 것으로 평가할 수 있겠다.

5. 외교기관 인근 집회금지사건(집회및시위에관한법률 제11조 제1호 중 국내주재 외국의 외교기관 부분 위헌소원³³⁾)

(1) 사실관계의 요지와 심판대상

청구인 A는 민주개혁과 조국의 평화통일을 실현하기 위한 목적으로 결성된 전국 규모의 시민운동단체로서 ‘한국전쟁 당시 미군의 양민학살 진상규명 규탄대회’라는 옥외집회를 개최하기 위해, 또한 청구인 B는 S그룹 계열회사에서 근무하다가 해고

33) 현재 2003. 10. 30. 2000헌바67·83(병합), 판례집15-2(하), 41.

를 당한 근로자들이 복직을 위하여 조직한 단체로서, ‘S그룹 즉별경영분쇄와 원직 복직 쟁취 결의대회’라는 옥외집회를 개최하고, 그 집회 장소에서 행진을 하기 위해 집회및시위에관한법률 제6조³⁴⁾에 따라 각각 관할 경찰서장에게 옥외집회 신고서를 제출하였으나 관할 경찰서장은 집회장소가 대사관 경계로부터는 100m 이내라는 이유로 이 사건 집회에 대해 옥외집회 금지통고처분을 하였다. 이에 청구인들은 위 처분의 근거가 된 위 법 제11조³⁵⁾가 헌법에 위반된다는 이유로 서울행정법원에 위 처분의 취소를 구하는 소송을 제기하고, 위 법률조항에 대해 위헌제청신청을 하였으나 법원이 이를 기각하자 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(2) 법정의견 결정이유의 요지

헌법재판소는 재판관 7(위헌) : 2(합헌)의 의견으로 이 사건 법률조항에 대하여 위헌 결정을 내렸는바, 그 결정요지는 다음과 같다.

첫째, 집회의 자유에 의하여 구체적으로 보호되는 주요행위는 집회의 준비 및 조직, 지휘, 참가, 집회장소·시간의 선택이다. 또한 집회의 목적·내용과 집회의 장소는 일반적으로 밀접한 내적인 연관관계에 있기 때문에, 집회의 장소에 대한 선택이 집회의 성과를 결정짓는 경우가 적지 않으므로 ‘어떤 장소에서’ 자신이 계획한

34) 집회및시위에관한법률(1999. 5. 24. 법률 제5985호로 개정된 것) 제6조 (옥외집회 및 시위의 신고등) ① 옥외집회 또는 시위를 주최하고자 하는 자는 그 목적, 일시(소요시간을 포함한다), 장소, 주최자(단체인 경우에는 그 대표자를 포함한다)·연락책임자·질서유지인의 주소·성명·직업과 연사의 주소·성명·직업·연제, 참가예정단체 및 참가예정인원과 시위방법(진로 및 약도를 포함한다)을 기재한 신고서를 옥외집회 또는 시위의 48시간전에 관할 경찰서장에게 제출하여야 한다. 다만, 2 이상의 경찰서의 관할에 속하는 경우에는 관할 지방경찰청장에게 제출하여야 하고, 2 이상의 지방경찰청의 관할에 속하는 경우에는 주최지를 관할하는 지방경찰청장에게 제출하여야 한다.

② 제1항의 규정에 의한 신고서를 접수한 때에는 관할 경찰서장 또는 지방경찰청장(이하 “관할 경찰관서장”이라 한다)은 접수일시를 기재한 접수증을 즉시 신고자에게 교부하여야 한다.

35) 집회및시위에관한법률(1999. 5. 24. 법률 제5985호로 개정된 것) 제11조 (옥외집회 및 시위의 금지장소)누구든지 다음 각호에 규정된 청사 또는 저택의 경계지점으로부터 1백미터 이내의 장소에서는 옥외집회 또는 시위를 하여서는 아니된다.

1. 국회의사당, 각급법원, 헌법재판소, 국내주재 외국의 외교기관
- 2.~3. 생략

집회를 할 것인가를 원칙적으로 자유롭게 결정할 수 있어야만 집회의 자유가 비로소 효과적으로 보장되는 것이다.

둘째, 집시법이 옥외집회와 옥내집회를 구분하는 이유는, 옥외집회의 경우 다른 기본권의 주체와 직접적으로 접촉할 가능성으로 인하여 옥내집회와 비교할 때 법의 충돌의 위험성이 크기 때문이다. 집회의 자유를 제한하는 대표적인 공권력의 행위는 집시법에서 규정하는 집회의 금지, 해산과 조건부 허용이며, 특히 집회의 금지와 해산은 원칙적으로 공공의 안녕질서에 대한 직접적인 위협이 명백하게 존재하는 경우에 한하여 허용될 수 있고 집회의 자유를 보다 적게 제한하는 다른 수단을 모두 소진한 후에 비로소 고려될 수 있는 최종적인 수단이다.

셋째, 외교기관 인근에서의 집회는 일반적으로 다른 장소와 비교할 때 중요한 보호법익과의 충돌상황을 야기할 수 있고, 법익에 대한 침해로 이어질 개연성이 높으므로, 외교기관 인근에서의 집회를 전면적으로 금지한 것이며 이 사건 법률조항의 보호법익으로는 국내주재 외교기관에의 자유로운 출입 및 원활한 업무의 보장, 외교관의 신체적 안전이 고려된다.

넷째, 특정장소에서의 집회가 이 사건 법률조항에 의하여 보호되는 법익에 대한 직접적인 위협을 초래한다는 일반적 추정이 구체적인 상황에 의하여 부인될 수 있다면, 입법자는 ‘최소침해의 원칙’의 관점에서 금지에 대한 예외적인 허가를 할 수 있도록 규정해야 한다. 따라서 ① 외교기관에 대한 집회가 아니라 우연히 금지장소 내에 위치한 다른 향의대상에 대한 집회의 경우 ② 소규모 집회의 경우, 예컨대 외국의 대사관 앞에서 소수의 참가자가 소음의 발생을 유발하지 않는 평화적인 피켓시위를 하고자 하는 경우 ③ 예정된 집회가 외교기관의 업무가 없는 휴일에 행해지는 경우는 외교기관 인근에서의 집회는 허용된다. 그러나 이 사건 법률조항은 전제된 위험상황이 구체적으로 존재하지 않는 경우에도 예외 없이 외교기관 인근에서의 집회를 금지하고 있으므로 입법목적을 달성하기에 필요한 조치의 범위를 넘는 과도한 제한으로 최소침해의 원칙에 위반되어 집회의 자유를 과도하게 침해한 것이다.

(3) 결정의 의의와 이 사건에 나타난 판결성향 분석

이 사건 결정에서 헌법재판소는 일정기관의 경계지점으로부터 100미터 이내 장소에서 옥외집회나 시위를 금지한 이 사건 심판대상법률이 집회의 자유에 대한 최소침해성과 법익균형성 원칙을 위반하였다며 위헌으로 판시하였다.

이 사건 결정에서 헌법재판소는 위헌결정을 통해 사법적극주의적 판결성향을 보인 것으로 분석된다. 이 사건에서 ‘기존의 법질서’를 ‘일률적인 외교기관 인근 100m 이내의 옥외집회금지’라고 볼 때 헌법재판소는 위헌결정으로 기존의 법질서에 변화를 주려는 입장을 보여주고 있으므로 사법진보주의적 판결성향을 보인 것으로 평가된다. 또한 이 사건에서 청구인은 옥외집회를 신청한 단체이므로 사회적 소수자에 해당된다고 볼 수 없다. 이 사건 심판대상조항에 대해 헌법재판소는 위헌결정을 통해 청구인의 기본권 보장을 확대하려는 입장에 선 것으로 보인다.

6. 법원 인근의 옥외집회 및 시위 금지 사건(집회및시위에관한법률 제11조제1호위헌제청)³⁶⁾

(1) 사실관계의 요지와 심판대상

제청신청인들은 법원 인근의 집회금지장소에서 미신고 집회에 참석하였다는 이유로 각 벌금 30만원의 약식명령을 고지받자 정식재판을 청구하였고, 그 정식재판의 계속 중에 이 사건 심판 대상인 집회및시위에관한법률 제11조 제1호 중 ‘각급법원’ 부분³⁷⁾이 위헌이라고 주장하면서 위헌제청신청을 하였고, 법원은 헌법재판소에

36) 헌재 2005. 11. 24. 2004헌가17, 판례집 17-2, 360.

37) 집회및시위에관한법률(2004. 1. 29. 법률 제7123호로 개정된 것) 제11조(옥외집회 및 시위의 금지장소) 누구든지 다음 각 호에 규정된 청사 또는 저택의 경계지점으로부터 1백 미터 이내의 장소에서는 옥외집회 또는 시위를 하여서는 아니 된다.

1. 국회의사당, 각급법원, 헌법재판소
2. 대통령관저, 국회의장공관, 대법원장공관, 헌법재판소장공관
3. 국무총리공관. 다만, 행진의 경우에는 그러하지 아니하다.
4. 국내주재 외국의 외교기관이나 외교사절의 숙소. 다만, 다음 각 목의 1에 해당하는 경우로

위헌법률심판제청을 하였다.

(2) 법정의견 결정이유의 요지

헌법재판소는 재판관 5(합헌) : 4(위헌)의 의견으로 이 사건 법률조항이 헌법에 위반되지 않는다는 합헌결정을 하였는바, 그 이유의 요지는 다음과 같다.

첫째, 이 사건 법률조항의 입법목적은 법원의 기능보호와 법원의 안녕보호이며, 법원의 기능은 사법작용의 공정성과 독립성이 확보될 때에만 유지될 수 있는데, 사법작용의 공정성과 독립성은 헌법적 요청이므로, 법원의 기능보호를 핵심으로 하는 이 사건 법률조항의 입법목적은 정당성이 인정된다.

둘째, 법원 인근에서 옥외집회나 시위를 예외 없이 절대적으로 금지하더라도 추상적 위협의 발생을 근거로 금지하는 불가피한 수단이므로 침해의 최소성을 갖추었다.

셋째, 이 사건 법률조항에 의하여 집회·시위의 자유가 제한되더라도 집회·시위로 달성하려는 효과가 감소되는 것일 뿐 그 자유에 대한 중대한 제한이라고 하기 어렵고, 독립된 건물을 가지고 그 주변의 일반건물과 어느 정도 이격거리를 두고 있는 경우가 많은 우리나라 법원의 일반적 구조상 제한되는 집회·시위의 범위는 상대적으로 작은 반면 사법기능의 보호라는 이 사건 법률조항이 추구하는 공익은 매우 커서 법익의 균형성도 갖추었다.

(3) 결정의 의의와 이 사건에 나타난 판결성향 분석

이 사건 결정에서 헌법재판소는 사법작용의 공정성과 독립성이 확보될 때 법원의 기능은 유지되며 이것은 헌법적 요청이라고 판시하면서 사법기능의 보호라는 공익이 더 크다고 하면서 이 사건을 합헌으로 판시하였다.

서 외교기관이나 외교사절의 숙소의 기능이나 안녕을 침해할 우려가 없다고 인정되는 때에는 그러하지 아니하다.

가. 당해 외교기관이나 외교사절의 숙소를 대상으로 하지 아니하는 경우

나. 대규모 집회 또는 시위로 확산될 우려가 없는 경우

다. 외교기관의 업무가 없는 휴일에 개최되는 경우

이 사건 결정에서 헌법재판소는 이 사건 위헌제청에 대해 합헌결정을 통해 입법부의 의사나 결정을 존중하고 동조하는 입장을 취하였으므로 이 사건에서 사법소극주의적 판결성향을 보인 것으로 평가된다. 이 사건에서 ‘기존의 법질서’를 ‘국회의 사당, 각급 법원 등 헌법기관 주변의 집회에 대한 원칙적 금지’라고 볼 때 위 사건에서 합헌결정을 통해 기존의 법질서를 유지하려는 입장을 보여주고 있으므로 사법보수주의적 판결성향을 보인 것으로 분석된다.³⁸⁾ 이 사건에서 제청신청인들은 법원 인근의 집회금지장소에서 미신고 집회에 참석하여 벌금이 부과된 자들이므로 사회적·경제적 소수자 및 약자집단에 해당된다고 단정하기 어렵다. 이 사건 심판대상조항에 대해 헌법재판소는 합헌결정을 하였으므로 이 사건 결정을 통해 제청신청인의 기본권을 제한하려는 입장에 선 것으로 판단된다.

IV. 통계로 살펴본 표현의 자유에 대한 판결성향분석

이상으로 제3기 헌법재판소의 표현의 자유 관련 주요사건을 중심으로 정성적 판결성향 분석을 하였다. 지금부터는 제3기 헌법재판소의 표현의 자유와 관련 모든 전원재판부 사건 결정에 대한 통계적 분석을 통해 정량적 판결성향 분석을 하고자 한다.

정량분석에 앞서 그 전제조건으로 표현의 자유에 대한 제3기 헌법재판소 결정에 대한 통계분석은 다음과 같은 조건하에서 진행하였다. 먼저, 헌법재판소 홈페이지 판례검색 페이지에서³⁹⁾ 검색어 ‘표현의 자유’를 입력한 뒤, 검색조건에서 중국일자는 제3기 헌법재판소의 활동기간인 ‘2000년 9월 15일부터 2006년 9월 14일까지’로, 재판부는 ‘전원재판부’로 각각 선택하여 검색하였다. 그 결과 헌법재판소 결정으로 총 159건이 검색되었는데, 그 중 중복되는 사건과 표현의 자유와 직접적인 관련이

38) 남경국, “집시법 제11조 옥외집회·시위금지장소 규정 - 집회금지구역 규정에 관한 헌재결정의 비판을 중심으로 -”, 『법학연구』 제52권 제3호, 부산대학교 법학연구소, 2011. 8, 5면.

39) http://search.ccourt.go.kr/thz/pr/thz_pr0101_L1.do

없는 결정을 제외하면 총 46건으로 나타났다.

다음으로, 결정유형의 판단에 있어서는 헌법재판소의 법정의견을 기준으로 합헌, 기각 또는 각하 등인 경우 ‘사법소극주의’로, 위헌, 인용 등의 경우 사법적극주의로 판단함을 기본으로 하였으며, 헌법불합치 및 입법촉구결정, 한정위헌결정 등 위헌성 변형결정도 넓은 의미의 위헌결정의 범주에 포함시켜 ‘사법적극주의’로 판단하였다.⁴⁰⁾ 또한 하나의 결정에 대하여 두 개 이상의 세부항목에 대한 판단이 병존하는 경우에는 그 중 청구인에게 더 이익이 되는 결정을 기준으로 하여 판단하였다. 예를 들면 각하보다는 기각을, 변형결정보다는 위헌결정을 청구인에게 더 이익이 되는 결정으로 산정하여 통계분석을 하였다. 다음은 표현의 자유와 관련한 사법소극주의와 사법적극주의로 살펴본 결정별 통계이다.

〈표 1〉 표현의 자유 관련 결정별 통계

구분		결정유형	개수	합계	
총 결정 (46건)	사법소극	각하	3건	33건	71.74%
		기각	7건		
		합헌	22건		
		한정합헌	1건		
	사법적극	위헌	12건	13건	28.26%
		인용	0건		
		한정위헌	0건		
		헌법불합치	1건		

총 결정 (46건)	사법소극	33건	71.74%
	사법적극	13건	28.26%

40) 임지봉, “제2기 헌법재판소 김문희 재판관의 판결성향 분석”, 『미국헌법연구』 제24권 제1호, 미국헌법학회, 2013. 4, 317-318면.

〈표 1〉에서 보면, 제3기 헌법재판소에서 표현의 자유와 관련한 결정 총 46건 중에서 사법소극주의에 해당되는 결정은 각하결정 3건, 기각결정 7건, 합헌결정 22건, 한정합헌 1건으로 총 33건으로 나타났으며 이 중 합헌결정이 가장 많은 것으로 나타났다. 이에 대해 사법적극주의 입장에 해당되는 13건 중에는 위헌결정 12건, 헌법불합치결정 1건으로, 위헌결정이 가장 많은 것으로 나타났다. 전체적으로 평가해 보면, 총 46건 중 71.74%인 33건에서 사법소극주의적 판결성향을, 28.26%인 13건에서 사법적극주의적 판결성향을 나타낸 것으로 분석된다.

한편, 다음 〈표 2〉에서는 제3기 헌법재판소의 재임기간인 2000년 9월 15일부터 2006년 9월 14일까지를 1년 단위로 구분하여 표현의 자유와 관련된 각 연도별 헌법재판소의 결정을 사법소극주의 입장과 사법적극주의 입장으로 구분해서 각 연도별 전체 헌법재판소 결정 중에서 사법적극주의 입장이 차지하는 비중을 살펴보았다.⁴¹⁾

〈표 2〉 표현의 자유에 대한 연도별 헌법재판소의 결정 분석

연도별 ⁴²⁾	헌법재판소 결정		판 단 ⁴³⁾	
	사법소극	사법적극		
2000년	1건	0건	0%	사법소극
2001년	7건	2건	22.22%	사법적극
2002년	7건	3건	30%	사법적극
2003년	1건	3건	75%	사법적극
2004년	9건	1건	10%	사법소극
2005년	4건	3건	42.86%	사법적극
2006년	4건	1건	20%	사법적극
전체통계	33건	13건	29.79%	사법적극

41) 〈표 3〉에서 말하는 판단이란 사법적극적 태도를 취하였는지 여부의 판단을 말하는 것인데, 판단의 자료는 각 연도별 전체결정 중에서 사법적극주의에 해당하는 결정이 차지하는 비율을 백분율로 표시한 것을 사용하였다. 그 결과 사법적극주의에 해당하는 결정이 전체 결정에서 차지하는 비율이 20% 이상일 경우에는 사법적극으로 판단하였으며, 그 이하인 경우 사법소극으로 판단하였다.

42) 연도구분은 다음과 같이 구분하였다.

2000년 : 2000년 9월 15일 ~ 2000년 12월 31일, 2001년 : 2001년 1월 1일 ~ 2001년 12월 31

〈표 2〉에서 제3기 헌법재판소의 표현의 자유와 관련하여 연도별로 결정을 분석하여 보면, 임기 첫 해인 2000년에는 사법소극주의적인 태도를 보이다가 이후 2001년부터 2003년까지 사법적극주의적 성향을 보이다가 잠시 2004년에 사법소극주의적인 태도를 보인 후 2005년부터 임기 말인 2006년까지는 사법적극주의적인 태도를 보여주고 있는 것으로 볼 수 있다.

특히 2004년의 경우 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제42조 등 위헌확인⁴⁴⁾에서 위헌결정을 하였을 뿐 공직선거및선거부정방지법 제60조 제1항 제9호 위헌확인⁴⁵⁾, 국가보안법 제7조 제1항 등 위헌소원⁴⁶⁾, 구 노동조합및노동관계조정법 제40조 제2항 등 위헌소원⁴⁷⁾, 약사법 제55조 제2항 등 위헌소원⁴⁸⁾, 통신비밀보호법 제13조 등 위헌확인⁴⁹⁾ 등에서 합헌 내지는 기각결정을 함으로써 사법소극주의적 판결 성향을 보여주고 있다. 이것은 헌법재판소에서 검열과 관련한 판결의 경우에는 위헌결정을 통해 사법적극주의적 판결 성향을 보인 반면, 그 외의 표현의 자유 즉, 정치적 표현의 자유나 알권리 등과 관련된 경우에는 합헌결정을 통해 사법소극주의적 판결 성향을 나타내고 있는 것으로 보인다.

V. 결론

이상에서 표현의 자유와 관련하여 주요사건을 중심으로 제3기 헌법재판소 판결 성향에 대한 정성분석과 정량분석을 하였다.

일, 2002년 : 2002년 1월 1일 ~ 2002년 12월 31일, 2003년 : 2003년 1월 1일 ~ 2003년 12월 31일, 2004년 : 2004년 1월 1일 ~ 2004년 12월 31일, 2005년 : 2005년 1월 1일 ~ 2005년 12월 31일, 2006년 : 2006년 1월 1일 ~ 2006년 9월 14일.

- 43) 사법적극주의에 해당하는 결정이 전체 결정에서 차지하는 비율이 15%를 기준으로 그 이상일 경우 사법적극주의로 판단하였으며, 그 이하일 경우 사법소극주의로 판단하였다.

44) 현재 2004. 1. 29. 2001헌마894.

45) 현재 2004. 4. 29. 2002헌마467.

46) 현재 2004. 8. 26. 2003헌바85·102(병합).

47) 현재 2004. 12. 16. 2002헌바57.

48) 현재 2004. 11. 25. 2003헌바104.

49) 현재 2004. 5. 27. 2002헌마366.

먼저, 영상물등급분류사건을 통해 영화도 표현의 자유에서 보호되는 표현물의 하나의 형태라는 것과 헌법 제21조 제2항이 정한 사전검열의 절대적 금지의 원칙을 확인하였을 뿐만 아니라 사전검열의 요건을 확인하며, 사전심사기관의 행정기관성 여부를 판단함에 있어서 ‘형식’보다는 ‘실질’에 따라 판단하였다. 또한 이 사건 결정에서 헌법재판소는 절대적으로 금지되는 사전 검열에 해당되는 경우에는 비례의 원칙이나 명확성의 원칙에 반하는지 여부는 살펴볼 필요가 없다고 판시하고 있다. 특히 이 사건에서는 영상물등급위원회에 의한 사전등급제 자체가 위헌이 아니라 등급분류보류제도가 사실상 사전검열에 해당되어 위헌이라고 판단하여 사법진보주의적 판결성향을 보여 주고 있다.⁵⁰⁾

둘째, 외국비디오물추천제도 사건에 대해서도 위헌결정을 통해 외국비디오물 유통 이전에 외국비디오물 수입추천제도를 통한 외국비디오물에 대한 규제도 사전 검열에 해당한다고 판시하였다.

셋째, 인터넷상 불온통신금지 사건에서는 사이버공간에서 헌법상 표현의 자유가 어떻게 보호되고 있는지 밝히면서 표현의 자유에 대한 기본권 제한원리로 확립된 명확성의 원칙, 과잉금지의 원칙 및 포괄위임입법금지의 원칙에 반하여 위헌으로 판시하면서 특히 인터넷 매체특성상 규제의 수단도 새롭게 강구되어야 한다고 보았다.

넷째, 청소년 유해매체물 사건에서는 익명성과 전파성이 강한 인터넷상의 유해 정보에 대해 “19세 미만 이용금지” 표시만으로 입법목적을 달성하기 어렵기 때문에 고시의 전자적 표시로 유해매체물로부터 청소년을 보호할 수 있다고 하면서 합헌으로 판시하였다.

다섯째, 외교기관 인근 집회금지사건에서 헌법재판소는 목적의 정당성을 살피면서 ‘외국과의 선린관계’라는 법익이 외교관 인근에서 국민의 기본권행사를 금지할 수 있는 합리적 이유가 될 수 없다고 판시하였다.⁵¹⁾ 이 사건에 대한 헌법재판소의 위헌결정으로 집시법이 개정되었다. 이에 따라 헌법재판소는 법원인근 집회금지사

50) 임지봉, “미국헌법상 표현의 자유 법리가 한국헌법에 미친 영향 - 사전억제 금지의 원칙을 중심으로 -”, 『미국헌법연구』 제24권 제2호, 미국헌법학회, 2013.8, 310~323면.

51) 임지봉, 앞의 책, 398면.

건에서 합헌결정으로 판시하였는데, 제3기 헌법재판소는 집회의 자유에 대해 국회 의사당, 각급 법원 등 헌법기관 주변의 집회에 대한 원칙적 금지하려는 입장으로 볼 수 있다.

제3기 헌법재판소에서는 표현의 자유와 관련하여 헌법 제21조에 사전 검열금지의 원칙을 명확히 하면서 표현의 자유의 보호대상이 되는 다양한 의사표현의 매개체인 영화, 컴퓨터 통신망, 청소년유해매체물, 인터넷 정보과 관련된 헌재 결정을 통해 표현의 자유의 신장에 기여하는 의미 있는 결정을 한 것으로 볼 수 있다.

■ 참고문헌

1. 단행본

- 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2014.
 임지봉, 『사법적극주의와 사법권 독립』, 철학과 현실사, 2004.
 _____, 『헌법판례정신(제2판)』, 박영사, 2021.
 홍성방, 『헌법학(中)』, 박영사, 2015.
 헌법재판소, 『헌법재판소 20년사』, 2008.

2. 논문

- 김배원, “언론·출판의 자유와 사전검열금지원칙”, 『공법학연구』 제16권 제1호, 한국비교공법학회, 2015. 2.
 남경국, “집시법 제11조 옥외집회·시위금지장소 규정 - 집회금지구역 규정에 관한 현재결정의 비판을 중심으로 -”, 『법학연구』 제52권 제3호, 부산대학교 법학연구소, 2011. 8.
 이세주, “집회의 자유 보장과 제한에 대한 헌법적 검토 - 헌법재판소 결정에 나타난 집회의 자유 보장과 제한을 중심으로”, 『법학연구』 제28권 제3호, 연세대학교 법학연구원, 2018. 9.
 이해완, “불온통신 규제와 표현의 자유 - 현재 99헌마480 전기통신사업법 제53조 등 위헌확인 결정 小考 -”, 『언론과 법』, 한국언론법학회, 2002.12.
 임지봉, “제2기 헌법재판소 김문희 재판관의 판결성향 분석”, 『미국헌법연구』 제24권 제1호, 미국헌법학회, 2013. 4.
 _____, “미국헌법상 표현의 자유 법리가 한국헌법에 미친 영향 - 사전억제 금지의 원칙을 중심으로 -”, 『미국헌법연구』 제24권 제2호, 미국헌법학회, 2013.8.
 _____, “제1기 헌법재판소 이성렬 재판관의 판결성향 분석”, 『미국헌법연구』 제25권 제2호, 미국헌법학회, 2014. 8.
 장영수, “집회의 자유의 본질과 복면집회의 헌법적 문제점”, 『헌법학연구』 제22권 제3호, 한국헌법학회, 2016. 9.
 장철준, “표현의 자유 실질화를 위한 헌법적 방안 - 집회 소음에 대한 대안적 규제를 중심으로 -”, 『저스티스』 통권 제170-2호, 한국법학원, 2019. 2.
 전광석, “집회 및 시위의 자유와 자율, 그리고 경찰개입의 한계”, 『연세법학연구』 제9권 제2호, 연세대학교 법학연구원, 2003. 2.
 정연주, “영화상영등급분류와 언론·출판의 자유 - 현재결 2001. 8. 30, 2000헌가9 영화진흥법 제21조 제4항 위헌제청사건을 중심으로 -”, 『헌법판례연구』 제5권, 한국헌법판례

연구학회, 2003. 11.

정재도, “제4기 헌법재판소의 인격권과 행복추구권에 관한 판결성향 분석”, 『외법논집』 제45권 제2호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2021. 5.

최인화, “집회의 자유의 제한에 대한 유럽인권재판소의 일반원칙 - Navalnyy and Gunko v. Russia 판례를 중심으로”, 『유럽헌법연구』 제40호, 유럽헌법학회, 2022. 12.

■ Abstract

Judicial Inclination Analysis on Freedom of Expression of the Third Constitutional Court

Choi, Inhwa*

The 3rd Constitutional Court began its activities on September 15, 2000, expired on September 14, 2006, and became a constitutional court in the period of leap that grew quantitatively and qualitatively. The outstanding feature of the 3rd Constitutional Court was that it was in charge of the president's impeachment prosecution case and the new administrative capital construction case.

In particular, in relation to freedom of expression, the 3rd Constitutional Court made various decisions on mental freedom, including freedom of speech. The main decision regarding freedom of expression was the unconstitutional decision on the rating retention system of the Korea Film Ratings Commission, unconstitutional decisions on the Telecommunications Business Law, which banned 'non-communication', bans on meetings near diplomatic institutions, harmful media cases, and newspaper law cases.

The 3rd Constitutional Court made a meaningful decision to contribute to the expansion of freedom of expression through the Constitutional Court's decision on movies, computer communication networks, harmful youth media, and Internet information.

According to the 3rd Constitutional Court's analysis of the judicial inclination, it showed the stance of judicial activism and judicial progressivism to change the existing law and order by judging classification suspension system, foreign video recommendation system and Internet disturbing communication cases unconstitutional.

On the other hand, in cases of harmful media for youth and prohibition of assembly near the court, it can be said that the court showed the tendency of judicial passivism to judge to respect the legislature's decision.

• **Key Words** Freedom of Expression, Judicial Activism, Judicial Inclination, Judicial Passivism, Judicial Progressivism, Third Constitutional Court

* Senior Researcher, The Institute for Legal studies of Sogang University, Ph. D. in Law (Constitutional law)