

# 표현의 자유와 “명확성 원칙”:

## 한국 헌법재판소와 미국 연방대법원의 판례 비교연구

장호순\*

한국의 헌법재판소와 미국의 연방대법원 모두 불명확한 법률로 인한 표현의 자유가 위축되는 것을 방지하기 위해 명확성 원칙을 위헌심사 기준으로 채택했다. 위헌심사 기준으로 요구되는 명확성의 정도가 최고수준의 명확성이 아닌 “최소한의 명확성”이라는 점과 그러한 판단을 법관의 “제한적 해석”에 맡긴다는 점도 공통점이다. 헌법재판소는 법관의 보충적 해석을 통해 보다 명확하게 불법과 합법의 경계를 구분하게 했고, 미국 연방대법원도 법원이 한정해석(narrow construction)의 방법으로 법률적 의미와 범위를 명확하게 함으로써 위헌의 소지를 줄일 수 있다고 판결했다. 그런데 판례 비교 결과, 연방대법원은 표현의 자유를 침해하는 법적 규제에 대해서는 보다 높은 수준의 명확성을 요구한 반면, 헌법재판소는 오히려 명확성 판단기준을 완화하는 경우가 발견되었다. 연방대법원은 수정헌법1조를 침해할 여지가 있는 법조항은 “세밀하게 설정된, 합리적이고, 명확한 기준(narrowly drawn, reasonable and definite standards)”이 제시되어야 한다고 거듭 강조한 데 비해, 헌법재판소는 불명확한 법률조항으로 인해 표현의 자유 침해여지가 있다는 점을 인정하면서도, 그러한 규제를 통해 얻는 국가사회적 이익이 더 크다는 이유로, 혹은 “부단히 변화하는 다양한 생활관계를 제대로 규율할” 필요가 있다는 이유로 명확성 원칙을 희석시키는 경향을 보이기도 했다.

주제어: 표현의 자유, 명확성 원칙, 헌법재판소, 연방대법원

## 1. 서론

지난해 말 헌법재판소는 전기통신기본법 제47조 1항에 대해 위헌결정을 내렸다.<sup>1)</sup> “공익을 해할 목적으로 전기통신설비에 의하여 공연히 허위의 통신을 한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다”는 조항이었다. 헌법재판소는 “공익을 해할 목적”이라는 의미가 불분명해 헌법상 보장된 표현의 자유를 침해한다고 판결했다.

불명확한 규범에 의한 표현의 자유의 규제는 헌법상 보호받는 표현에 대한 위축적 효과를 수반하고, 그로 인해 다양한 의견, 견해, 사상의 표출을 가능케 하여 이러한 표현들이 상호 검증을 거치도록 한다는 표현의 자유의 본래의 기능을 상실케 한다. 즉, 무엇이 금지되는 표현인지가 불명확한 경우에, 자신이 행하고자 하는 표현이 규제의 대상이 아니라는 확신이 없는 기본권주체는 대체로 규제를 받을 것을 우려해서 표현행위를 스스로 억제하게 될 가능성이 높은 것이다. 그렇기 때문에 표현의 자유를 규제하는 법률은 규제되는 표현의 개념을 세밀하고 명확하게 규정할 것이 헌법적으로 요구된다.

헌법재판소는 1998년 판결에서도 “헌법상 보호받는 표현에 대한 위축적 효과”로 인해 표현의

\* 순천향대학교 신문방송학과 교수, hosoon41@sch.ac.kr

1) 2008헌마157, 2009헌마88 병합.

자유를 규제하는 입법에 있어서 명확성의 원칙은 “특별히 중요한 의미를 지닌다”고 강조한 바 있다.<sup>2)</sup>

그러나 명확성 원칙이 적용되어 위헌판정을 받은 법률이라 하더라도 헌법재판소의 판결 기준에 맞추어 보다 “세밀하고 명확하게” 해당 조항을 수정, 보완한다면 합헌법률이 될 수 있다. 국가보안법의 소위 고무-찬양 조항의 경우, 헌법재판소가 명확성 원칙을 적용해 한정합헌 판결을 내린 이후, 국회에서 일부 조문이 수정되어 합헌판결을 받은 바 있다.<sup>3)</sup> 2011년 6월 현재, 국회에는 전기통신법 제 47조 1항에 대해 4개의 개정안이 제출된 상태이다. 위헌 결정이 내려진 기존 법률의 “공익을 해할 목적”의 의미를 보다 구체적으로 명시한 법안들이다.

<표 1> 전기통신기본법 제47조 개정안 비교

현행	제47조(벌칙) ① 공익을 해할 목적으로 전기통신설비에 의하여 공공히 허위의 통신을 한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.
임동규 (한나라당)	제47조(벌칙) ① 다음 각 호를 목적으로 전기통신설비에 의하여 공공연하게 허위의 통신을 한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다. 1. 국가안전보장에 중대한 위험을 초래 2. 자유민주적 기본질서의 파괴와 사회혼란을 유도 3. 공공복리의 현저한 저해
여상규 (한나라당)	제47조(벌칙) ① 국가안전보장이나 사회·경제적 질서 또는 공공기관의 정상적인 업무수행을 해할 목적으로 전기통신설비에 의하여 공공히 허위의 통신을 한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.
손범규 (한나라당)	제47조(벌칙) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 목적으로 전기통신설비에 의하여 명백한 허위의 통신을 고의적으로 수회에 걸쳐 반복한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다. 1. 국가 안전보장의 위해 2. 불법집회 및 불법시위의 참여유도를 통한 사회적 혼란 초래 3. 증권시장, 외환시장 등에 관한 거짓 정보의 유통을 통한 경제적 혼란 유도 4. 법집행에 대한 신뢰를 훼손하여 국민의 불안 조성 5. 특정 종교나 정치단체의 비방
김창수 (자유선진당)	제47조(벌칙) ① 전기통신설비에 의하여 공공연히 허위의 사실을 주장하여 국가 위기를 초래하는 폭력적 선동이 유발되거나 국민 경제상 막대한 피해를 야기한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

출처: 우회장, 418쪽.

이 논문은 표현의 자유 관련 판결에서 적용된 “명확성 원칙”을 분석하고자 한다. 명확성 원칙은 법치국가의 보편적 위헌심사 기준이라는 점을 고려해, 한국 헌법재판소의 판례와 미국 연방대법원 판례를 비교하려 한다. 이를 통해 표현의 자유 규제시 요구되는 법률조항의 명확성 정도에 양국 법원 간 어떤 차이점과 공통점이 있는지 알아보려 한다. 이 논문의 연구문제는 다음과 같다.

- 1) 헌법재판소가 명확성 원칙을 표현의 자유 판결에 적용했을 때, 명확성 원칙의 부합여부를 판단하

2) 95헌가16, 1998. 4. 30.

3) 95헌가2, 1996. 10. 4.

는 기준은 무엇인가?

- 2) 미국의 연방대법원이 명확성 원칙을 표현의 자유 판결에 적용했을 때, 명확성 원칙의 부합여부를 판단하는 기준은 무엇인가?
- 3) 명확성 원칙을 적용한 위헌심사 판결에서, 한국의 헌법재판소와 미국의 연방대법원은 어떤 점에서 공통적이고, 어떤 점에서 상이한가?

분석 대상 판례 중 국내 판례는 헌법재판소 홈페이지(<http://www.court.go.kr/>) 판례검색을 통해 추출했고, 미국 연방대법원 판례는 판례 데이터베이스인 FindLaw(<http://www.findlaw.com/>)에서 추출했다. 검색결과 국내 판결은 13건, 미국 판결은 9건이 명확성 원칙이 적용된 표현의 자유 판례로 확인되었다.

## 2. 명확성 원칙과 기본권

명확성 원칙은 과잉금지원칙과 더불어 헌법재판소가 법률의 위헌성 여부를 심사하는 데 적용해온 주요 기준이다. 헌법재판소는 명확성 원칙의 논리적 근거로 헌법 제12조에 선언한 죄형법정주의를 제시하고 있다.<sup>4)</sup> 민주주의 법치국가에서는 어떠한 행위가 법적으로 금지되어 있는가를 국민들이 확실히 이해할 수 있을 정도로 법조문이 분명해야 한다는 것이다. 헌법재판소는 “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 때문”이라고 일관되게 판시해왔다.<sup>5)</sup> 또한 불명확한 법률에 의한 형벌은 “결과적으로 어떠한 행위가 범죄로 되어야 하는가를 결정하는 입법권을 법관에게 위임하는 것으로 되기 때문에 권력분립의 원칙에도 반하는 것”이라고 헌법재판소는 판시하였다.<sup>6)</sup>

미국 연방대법원이 판결을 통해 제시한 명확성 원칙(void for vagueness)의 논리적 근거도 큰 차이가 없다. 연방대법원도 불명확한 법률은 사범부가 자의적인 법해석을 할 수 있게 함으로서 의회주권원칙과 권력분립 원칙에 어긋난다고 보았다. 연방대법원은 또한 “누구나 자신이 범죄를 범할 때는 그 사실을 분명히 인지하고 있어야 한다”면서 불명확한 법률은 공정한 경고(fair warning)를 하지 않아 무고한 사람을 범법자로 만들 수 있기 때문에 위헌이라고 판결했다. 연방대법원은 또한 자의적이고 차별적 법집행(arbitrary and discriminatory enforcement)을 예방하려면 법률이 명확해야 한다고 판결했다.<sup>7)</sup>

그러나 위헌심사 기준으로서 명확성 원칙은 근본적 한계를 갖고 있다. 언어표현은 그 의미가 사용자마다 다를 수 있고, 시대에 따라서도 변하기 때문에 결코 명확할 수 없기 때문이다. 따라서 언어로 구성된 법률의 “명확성”을 판단할 수 있는 절대불변적인 기준이 있을 수 없다. 헌법재판소나 연방대법원은 입법부에 명확한 법률을 요구하지만, 법률의 명확성을 판단할 명확한 기준을 제시할 수 없는 모순에 빠지는 것이다.

4) 헌법 제12조 ① 모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.  
5) 95헌가16, 1998. 4. 30.  
6) 90헌바27, 1992. 4. 28.  
7) Grayned v. City of Rockford, 408 U.S. 104 (1972).

이러한 근원적 문제를 해결하는 방안의 하나로 헌법재판소나 연방대법원 모두 명확성 원칙의 기준을 최대한의 명확성이 아닌 최소한의 명확성으로 제시했다. 헌법재판소는 “모든 법규범의 문언을 순수하게 기술적 개념만으로 구성하는 것은 입법기술적으로 불가능하고 또 바람직하지도 않기 때문에 어느 정도 가치개념을 포함한 일반적, 규범적 개념을 사용”하는 것은 어쩔 수 없다고 인정했다.<sup>8)</sup> 연방대법원도 “다양한 인간의 행동을 고려해서 개괄적으로(*general*) 입법해야 하는 동시에, 특정 행위는 금지된다는 것을 공정하게 고지(*fair warning*)할 수 있을 정도로 충분히 세밀한(*sufficiently specific*) 법을 만들어야 하는 실질적인 어려움”이 있다고 시인했다.<sup>9)</sup>

헌법재판소의 명확성 원칙 관련 판결을 분석한 연구자들은 법원이 요구하는 명확성의 정도가 사안에 따라 다르다는 점을 강조했다. 이봉의·전종대는 헌법재판소 판례를 분석한 결과, 형사처벌 조항에 요구되는 명확성과 달리 기타 규제조항에 요구되는 명확성은 그 정도가 약화된다는 결론에 도달했다. 헌법재판소의 명확성 요구정도를 영역별로 비교하면 표현의 자유 영역의 명확성이 가장 높고, 두 번째가 형벌 및 조세 영역, 세 번째가 부담적 성격의 기본권 제한 영역, 마지막이 수익적 성격의 영역 순이었다(이봉의, 전종대, 2008).

임웅은 헌법재판소가 명확성 원칙을 적용하면서 사실은 이익가치 형량을 해왔다고 주장했다. 헌법재판소 판결의 분석결과, “구성요건의 명확성의 정도는 모든 범죄에 있어서 동일하게 요구되는 것이 아니고 개개 범죄에 부과되는 형벌과 비례해서, 또 개개 범죄의 보호법익과 비례해서 요구”되었다는 것이다. 해당 범죄에 부과되는 형벌이 중할수록 구성요건은 더욱 세밀히 규정되어야 하고, 반면 경범죄와 같이 처벌이 경미하다면 범죄구성 요건상의 명확성은 그리 세밀할 필요가 없다고 그는 주장했다(임웅, 2004, 486쪽).

명확성을 판단하는 기준에 일관성과 보편성을 강화해야 한다고 주장도 제기되었다. 홍기태는 “허용되는 불명확과 허용되지 않는 불명확”을 구별해야 하는데 “명확성 판단의 기준이 보편성과 일관성을 확보하기 위해서는 규제대상이나 규제방법 등에 따라 다층적인 유형화를 시도하고, 이를 전제로 명확성 판단의 기준이 될 여러 요소들을 추출하는 방식을 취하여야” 한다고 주장했다(홍기태, 2000, 283쪽).

이준일도 명확성 원칙은 결국 “서로 충돌하는 이익이나 가치를 형량하는 것”이라고 주장하면서, 명확성의 정도 보다는 “명확성여부가 의심되는 법률조항을 통해서 구체적으로 제한되는 기본권이나 헌법적 가치가 있는지, 그리고 얼마만큼 제한되고 있는지를 판단하는 일”이 더 중요하다고 주장했다(이준일, 2001, 291쪽) 헌법재판소가 지금까지 명확성 판단의 기준으로 제시해온 “건전한 상식이나 통상적인 법감정”이나 “사회통념”과 같은 기준은 “일상적인 의사소통에서나 가능한 일시적·잠정적 합의에 근거하는 경험적 논증에 불과한 것이기 때문에 합리적인 헌법적 수준으로 진입하지 못하고 있음을 의미할 뿐”이라고 비판했다(이준일, 2001, 275쪽).

미국 연방대법원의 명확성 원칙 판결을 분석한 연구자들도 국내 연구자들과 비슷한 결론에 도달했다. 골드스미스는 연방대법원이 명확성여부를 판단해온 다양한 기준을 설명했다. 연방대법원은 해당 조항의 법률적 의미를 좁게 해석해(*narrowing constructions of federal legislation*) 합헌성을 유지하기도 하고, 입법역사를 점검해서 더욱 정확한 범조항의 의미를 찾아내 합헌이라는 결론을 도출했다는 것이다(Goldsmith, 2002-2003). 한편 해필드는 실제로 불명확성으로 인해 무효화되는 법률은 극소수라

8) 95헌가16, 1998. 4. 30.

9) *Colten v. Kentucky*, 407 U.S. 104 (1972).

는 점과, 법률상의 불명확성을 제거하는 데에 많은 비용이 든다는 점을 강조하면서, 불명확성으로 인해 심각한 비용부담이나 손실이 발생하는 경우에만 명확성 원칙을 엄격히 요구하는 것이 효율적이라고 주장했다(Hadfield, 1994).

암스테르담은 1960년의 논문에서 미국 연방대법원이 구체적이고 합리적인 기준이나 근거도 없이 해당 법률이 명확하다(as definite as) 혹은 너무 불명확하다(too uncertain)는 판결을 내려왔다고 비판했다. 암스테르담은 연방정부 법률보다 주정부 법률에 대한 위헌판결이 더 많은 점에 주목하면서, 연방대법원이 명확성 원칙을 구실로 주정부의 자의적인 법집행을 차단했다고 주장했다(Amsterdam, 1960). 1960년대 이후의 명확성 판결을 분석한 제프리스의 연구도 사실상 암스테르담과 동일한 결론에 도달했다. 주법이 연방법에 비해 명확성 원칙 위반으로 위헌판결을 받는 경우가 훨씬 더 많은데, 지방정부의 공정한 법집행에 대한 연방대법원의 불신이 반영되었기 때문이라는 것이다(Jeffries, 1985).

한국의 헌법재판소나 미국의 연방대법원이 명확성 원칙을 적용하며 제시한 논리적 근거는 큰 차이가 없다. 권력분립, 공정한 고지, 자의적 법집행방지 등을 위해 명확성 원칙이 준수되어야 한다는 것이다. 양국 법원 모두 명확성을 판단하는 기준을 최소한으로 정하고 신축적으로 적용한다는 점도 마찬가지이다. 이제 구체적인 판례 분석을 통해, 과연 표현의 자유 영역에서 양국의 위헌심사 법원이 요구하는 명확성은 어떤 차이점과 공통점이 있는지 파악하고자 한다.

### 3. 헌법재판소 판례 분석

지금까지 헌법재판소가 내린 표현의 자유 관련 판결 중 명확성 원칙을 적용한 판결은 모두 13건이다. 13개 판결 중, 합헌이 4건, 한정합헌이 4건, 일부위헌이 4건, 헌법 불합치가 1건이었다. 위헌심사를 받은 법률조항은 국가보안법 제7조 및 4조, 군사기밀보호법 제6조, 출판사 및 인쇄소의 등록에 관한 법률 제5조, 미성년자보호법 제2조, 아동복지법 제18조, 전기통신사업법 제53조, 영화진흥법 제21조, 전기통신기본법 제47조, 청소년의 성보호에 관한 법률 제2조, 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제65조, 군인사법 제47조 등이다.

#### 1) 위헌/헌법불합치 판례

(1) 출판사 및 인쇄소의 등록에 관한 법률 제5조의 2 제5호 등 위헌제청 (95헌가16, 1998. 4. 30.)

헌법재판소가 명확성 원칙을 적용해 최초로 위헌결정을 내린 법률은 “음란 또는 저속한 간행물이나 아동에 유해한 만화 등을 출판하여 공중도덕이나 사회윤리를 침해하였다고 인정되는 경우” 정부가 출판사 또는 인쇄소 등록을 취소할 수 있게 한 출판사 및 인쇄소의 등록에 관한 법률 제5조 2항이었다. 헌법재판소는 “표현의 자유를 규제하는 입법에 있어서 이러한 명확성의 원칙은 특별히 중요한 의미를 지닌다”고 선언했다. 그 이유는 “불명확한 규범에 의한 표현의 자유의 규제는 헌법상 보호받는 표현에 대한 위축적 효과를 수반하기 때문”이라는 것이다.

그러나 헌법재판소는 “모든 법규범의 문언을 순수하게 기술적 개념만으로 구성하는 것은 입법기술적으로 불가능하고 또 바람직하지도 않기 때문에 어느 정도 가치개념을 포함한 일반적, 규범적 개념을

사용”하는 것은 어쩔 수 없다고 인정했다. 그래서 헌법재판소가 요구하는 명확성의 정도는 “최대한이 아닌 최소한의 명확성”이었다. 최소한의 명확성 부합여부를 판단하는 기준은 법관의 해석과 판단이었다. “법문언이 해석을 통해서, 즉 법관의 보충적인 가치판단을 통해서 그 의미내용을 확인해낼 수 있고, 그러한 보충적 해석이 해석자의 개인적인 취향에 따라 좌우될 가능성이 없다면 명확성의 원칙”에 부합한다고 보았다.

헌법재판소는 위의 기준으로 출판사 및 인쇄소의 등록에 관한 법률 조항의 위헌성을 판단한 결과, “음란” 표현에 대한 규제는 합헌이지만, “저속한” 표현에 대한 규제는 위헌이라는 결론을 내렸다. 이미 대법원에서 “음란”의 개념을 일관적으로 해석하고, 그 기준을 제시해왔기 때문에 “음란” 개념은 적어도 수범자와 법집행자에게 적절한 지침을 제시하고 있다고 볼 수 있고 또 법적용자의 개인적 취향에 따라 그 의미가 달라질 수 있는 가능성도 희박”하기 때문이라고 설명했다. 그러나 “저속” 개념은 그 의미가 모호하고 적용범위가 광범위하기 때문에 “보충적인 해석에 의한다 하더라도 그 의미내용을 확정하기 어려울 정도로 매우 추상적”이라고 헌법재판소는 판단했다. 그로 인해 자의적인 법집행의 가능성이 높아 언론·출판의 자유가 매우 위축될 것이라고 헌법재판소는 결론지었다.

## (2) 미성년자보호법 제2조의2 제1호 등 위헌제청 (99헌가8, 2002. 2. 28.)

헌법재판소는 청소년 보호를 목적으로 제정된 미성년자보호법과 아동복지법 조항에 대해서도 위헌 결정을 내렸다. 위헌 소송이 제기된 범조항은 “미성년자에게 음란성 또는 잔인성을 조장할 우려가 있는 만화”이거나 “미성년자로 하여금 범죄의 충동을 일으킬 수 있게 하는 만화”의 배포나 판매나 대여를 금지한 미성년자보호법 조항과, “아동의 덕성을 심히 해할 우려가 있는 도서 등을 제작하거나 아동에게 판매, 반포, 공여, 교환, 전시, 공연, 방송하거나 하게 하는 행위”를 금지한 아동복지법 조항이었다.<sup>10)</sup>

헌법재판소는 “음란”과 달리 “잔인성”이라는 개념은 법적 범위가 확립되지 않은 상태라 “법집행자의 자의적인 판단을 허용할 여지가 높다”며 위헌 결정을 내렸다. 더욱이 “조장”과 “우려”라는 불명확한 용어를 사용함에 따라 “사회통념상 정당한 것으로 볼 여지가 많은 것까지 처벌의 대상”이 될 수 있다고 보았다. “범죄의 충동을 일으킬 수 있게”라는 구절도 고의나 인식의 유무가 적용되는 것인지 아니면 단순한 범죄피해사례 소개도 포함되는지 불분명해, “법관의 보충적인 해석을 통하여도 그 규범내용이 확정될 수 없는 모호하고 막연한 개념”이라며 위헌 판결했다. 아동복지법 상의 “덕성”이라는 개념이나 “심히 해할 우려”라는 의미도 “법의 집행자와 수범자 쌍방에 대한 관계에서는 일의적으로 확정된 의미를 가진다고 보기 어려우므로, 그 적용범위의 한계가 명확하다고 할 수 없다”며 헌법재판소는 위헌 결정을 내렸다.

10) 미성년자보호법 제2조의2(불량만화 등의 판매금지 등) 누구든지 다음 각호의 행위를 하여서는 아니된다.

1. 미성년자에게 음란성 또는 잔인성을 조장할 우려가 있거나 기타 미성년자로 하여금 범죄의 충동을 일으킬 수 있게 하는 만화(이하 “불량만화”라 한다)를 미성년자에게 반포, 판매, 증여, 대여하거나 관람시키는 행위와 이러한 행위를 알선하거나 또는 이에 제공할 목적으로 불량만화를 소지·제작·수입·수출하는 행위.

아동복지법 제18조(금지행위) 누구든지 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 하여서는 아니된다.

11. 아동의 덕성을 심히 해할 우려가 있는 도서, 간행물, 광고물, 기타의 내용물을 제작하거나, 이를 아동에게 판매, 반포, 공여, 교환, 전시, 공연, 방송하거나 하게 하는 행위.

## (3) 전기통신사업법 제53조 등 위헌확인 (99헌마480, 2002. 6. 27.)

헌법재판소는 “공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 내용의 통신”을 금지한 전기통신사업법 제53조에 대해서도 명확성 원칙을 적용해 위헌판결을 내렸다. 헌법재판소는 “공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는”이라는 의미가 너무나 불명확하고, 애매하다고 지적했다. 어떠한 표현행위가 과연 “공공의 안녕질서”나 “미풍양속”을 해하는 지에 대한 판단은 “사람마다의 가치관, 윤리관에 따라 크게 달라질 수밖에 없고, 법집행자의 통상적 해석을 통하여 그 의미내용을 객관적으로 확정하기도 어렵다”고 헌법재판소는 보았다.

헌법재판소는 “입법에 있어서 추상적 가치개념의 사용”이 불가피한 경우도 있다면서, 명확성 원칙이 최고수준의 명확성을 요구하는 것이 아님을 재차 강조했다. 그래서 “공공의 안녕질서”, “미풍양속”과 같은 애매모호한 개념이라 하더라도, “법률의 입법목적, 규율의 대상이 되는 법률관계의 성격, 관련 범규범의 내용 등에 따라서는 그러한 개념의 사용이 허용되는 경우도 있을 수” 있다고 보았다. 그러나 헌법재판소는 설사 “규제대상이 다양·다기하다 하더라도, 개별화·유형화를 통한 명확성의 추구를 포기하여서는 아니되고, 부득이한 경우 국가는 표현규제의 과잉보다는 오히려 규제의 부족을 선택하여야 할 것”이라고 주문했다.

## (4) 전기통신기본법 제47조 제1항 위헌소원 (2008헌바157/2009헌바88, 2010. 12. 28.)

헌법재판소는 “공익을 해할 목적으로 전기통신설비에 의하여 공연히 허위의 통신을 한 자”를 형사 처벌하는 전기통신기본법 제47조 제1항에 대해서도 명확성 원칙을 적용해 위헌판결을 내렸다.<sup>11)</sup> 헌법재판소는 “공익을 해할 목적”이라는 의미가 불명확하고, 그로 인해 어떤 표현행위가 과연 “공익”을 해하는 지에 대한 판단은 “사람마다의 가치관, 윤리관에 따라 크게 달라질 수밖에 없다”며 위헌결정을 내렸다. 헌법재판소는 “공익”이라는 추상적이고 막연한 개념의 법률적 사용이 불가피한 경우도 있을 수 있지만, 전기통신법 제47조 제1항은 “일반적으로 허용되는 ‘허위의 통신’ 가운데 어떤 목적의 통신이 금지되는 것인지”, 즉 “공익을 해할 목적”이 무엇인지 분명하게 고지하지 못하기에 위헌이라고 헌법재판소는 판결했다.<sup>12)</sup>

## (5) 영화진흥법 제21조 제3항 제5호 등 위헌제청 (2007헌가4, 2008. 7. 31.)

헌법재판소는 영화제한상영 등급제를 규정한 영진법 제21조 제3항 제5호에 대해서도 불명확성으로 인해 헌법과 불합치한다고 판결했다.<sup>13)</sup> 헌법재판소는 제한상영가 등급에 해당하는 영화가 어떤 영화

11) 제47조(벌칙) ① 공익을 해할 목적으로 전기통신설비에 의하여 공연히 허위의 통신을 한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처한다.

② 자기 또는 타인에게 이익을 주거나 타인에게 손해를 가할 목적으로 전기통신설비에 의하여 공연히 허위의 통신을 한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다.

12) 다수재판관 중 4명의 재판관(조대현, 김희옥, 김종대, 송두환)은 보충의견을 통해 “공익” 여부뿐만 아니라 “허위의 통신” 부분도 불명확하다고 주장했다. 이들 재판관들은 “문인의 모호성”뿐만 아니라, 40년 동안 거의 사문화된 “체계적 해석의 부재”도 지적했다. 1961년 전기통신법 제정당시 정부가 규제하려 한 것은 “허위의 명의를 이용한 통신” 것이지 “내용적으로 허위”인 것을 처벌하려는 의도는 없었다고 이들 재판관들은 주장했다. 또한 허위사실적 시로 인한 명예훼손이나 문서의 위조행위에 대한 형사처벌 조항처럼, 법조문 상의 “구체적인 부연이나 체계적 배치”가 전기통신기본법 제47조 1항에는 없기에, 명확성 원칙에 위배되었다고 보았다.

13) 헌법재판소는 법률조항 자체는 위헌이지만, 위헌결정으로 발생할 혼란을 방지하기 위해 법개정 전까지 해당조항의

인지에 관하여는 법률이 명확하게 규정할 필요가 있는데, 영진법 조항에는 제한상영가 등급의 영화를 “상영 및 광고·선전에 있어서 일정한 제한이 필요한 영화”라고 정의하고 있을 뿐, 어떤 내용의 영화가 제한상영가에 해당하는지 아무런 정보나 기준을 제시하지 않았다고 지적했다. 영진법 제22조 제2항이 영화등급규정에 포함되어야 할 사항을 규정하고 있지만, 각각의 등급에서 어떻게 반영되어야 하는지에 대해서는 아무런 언급이 없어, 영상물등급위원회의 자의적인 권한행사를 가능케 한다며, 이는 명확성 원칙에 위배된다고 헌법재판소는 결론지었다.

(6) 소결

명확성 원칙을 적용해 위한 결정이 내려진 5개의 표현의 자유 관련 판결을 분석한 결과, 헌법재판소는 출판물 등록법의 “저속”, 미성년자보호법의 “잔인성”, “조장”, 전기통신사업법의 “미풍양속”, 전기통신기본법의 “공익”과 같은 용어가 명확성 원칙에 위반된다고 위헌판결을 내렸다. 불명확한 법률 조항은 자의적 법집행을 가능하게 하고 그로 인해 국민의 기본권인 표현의 자유가 위축될 수 있다고 보았다. 그러나 헌법재판소는 입법과정에서 그 내용이 불분명한 가치개념이나 규범적 개념을 사용할 수밖에 없는 불가피한 경우도 있다고 인정했다. 그래서 헌법재판소가 입법기관에 요구하는 명확성의 정도는 “최대만이 아닌 최소한의 명확성”이고, 그 최소한의 명확성이 수용되는 경우는 “법관의 보충적인 해석”을 통해 그 객관적 의미와 규제의 범위가 확정될 수 있는 경우에 해당된다.

<표 2> 명확성 원칙을 적용해 위한 결정이 내려진 표현의 자유 관련 판결

사건명	위헌심사 법률	명확성 심사대상 단어 혹은 구절	명확성 판단 기준	판결결과
출판사 및 인쇄소의 등록에 관한 법률 제5조의 2 제5호 등 위헌제청 (95헌가16)	위헌 제청 출판사 및 인쇄소의 등록에 관한 법률	“음란 또는 저속한 간행물” “공중도덕이나 사회윤리”	“법관의 보충적 해석”	“음란”은 합헌 “저속”, “공중도덕이나 사회윤리”는 위헌
미성년자보호법 제2조의2 제1호 등 위헌제청 (99헌가8)	위헌 제청 미성년자보호법 아동복지법	“음란성 또는 잔인성을 조장할 우려” “범죄의 충동을 일으킬 수 있게 하는” “아동의 덕성을 심히 해할 우려”	“법관의 보충적 해석”	“음란”은 합헌 나머지는 위헌

효력을 인정하는 헌법불합치 결정을 내렸다

영화진흥법 제21조(상영등급분류) ③ 제1항의 규정에 의한 영화의 상영등급은 다음 각 호와 같다. 다만, 예고편·광고영화 등 본편 영화 상영 전에 상영되는 모든 영화는 제1호에 해당하는 경우에 한하여 상영등급을 분류 받을 수 있다.

5. “제한상영가”: 상영 및 광고·선전에 있어서 일정한 제한이 필요한 영화

⑦ 제1항의 규정에 의한 상영등급분류의 절차 및 방법, 제3항의 규정에 의한 상영등급분류의 구체적 기준 등에 관하여 필요한 사항은 영상물등급위원회의 규정으로 정한다.

영화 및 비디오물 진흥에 관한 법률 제29조(상영등급분류) ② 제1항 본문의 규정에 의한 영화의 상영등급은 다음 각 호와 같다. 다만, 예고편·광고영화 등 영화 상영 전에 상영되는 영화는 제1호에 해당하는 경우에 한하여 상영등급을 분류 받을 수 있다.



전기통신사업법 제53조 등 위헌확인 (99헌마480)	헌법 소원	전기통신사업 법	“공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는”	“법집행자의 통 상적 해석”	위헌
전기통신기본법 제47조 제1 항 위헌소원 (2008헌바 157/2009헌바88)	헌법 소원	전기통신기본 법	“공익을 해할 목적으로 전 기통신설비에 의하여 공연 히 허위의 통신을 한 자”	“건전한 상식과 통상적인 법감정” “법집행자의 통 상적인 해석” “입법 목적” 등	위헌
영화진흥법 제21조 제3항 제5호 등 위헌제청 (2007 헌가4)	위헌 제청	영화진흥법	“제한상영가”	제시되지 않음	헌법불합치

## 2) 합헌/한정합헌 판례

명확성 원칙이 적용된 표현의 자유 관련 판례 중 합헌이나 한정합헌 결정이 내려진 판례는 모두 8건이다. 이 중 6건은 국가보안법, 군사기밀보호법, 군인사법 등 정치적 표현과 관련된 것이고 나머지 2건은 성/음란 표현에 관한 것이었다.

### (1) 국가보안법 제7조에 대한 위헌심판 (89헌가113, 1990. 4. 2.)

헌법재판소는 반국가단체에 대한 고무·찬양 등을 금지한 구 국가보안법 제7조(1991년 개정 이전 조항)에 대한 위헌소송에서 문언상의 불명확성을 인정하면서도 합헌결정을 내렸다.<sup>14)</sup> 구 국가보안법 제7조는 반국가단체나 “국외공산계열”의 활동을 찬양·고무·동조하거나 그러한 행위를 목적으로 문서 등을 제작·배포·소지하는 것을 금지했다.

헌법재판소는 위 조항을 “만일 문리 그대로 해석·운영한다면 헌법상의 언론·출판, 학문·예술의 자유를 위축시킬 염려”가 있고, “그 내용이 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 명백한 위해를 줄 정도의 것이든 아니든 막론하고 금지되고 이를 어기면 형사처벌받게 되는 형벌과잉을 초래할 염려”가 있다고 시인했다. “북한집단의 주장과 일치하기만 하면 그 내용에 관계없이 그 의사발표의 동기를 불문하고” 동조죄로 처벌받을 수 있고, “북한을 비롯한 공산국가 발행의 서적이라면 민주주의 체제를 전복하고 공산화를 획책하기 위한 수단인 것까지도 이적표현물이 되어 이에의 접근이 무제한하게 금기가 될 위험이 있다”고도 인정했다.

그럼에도 불구하고 헌법재판소는 구 국가보안법 7조에 대해 위헌결정을 내리지 않는 않았다. “완전폐기에서 오는 법의 공백과 혼란도 문제지만, 남북간에 일찍이 전쟁이 있었고 아직도 휴전상태에서

14) 국가보안법 제7조 (찬양·고무 등) ① 반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 활동을 찬양·고무 또는 이에 동조하거나 기타의 방법으로 반국가단체를 이롭게 한 자는 7년 이하의 징역에 처한다.  
② 국외공산계열의 활동을 찬양·고무 또는 이에 동조하거나 기타의 방법으로 반국가단체를 이롭게 한 자도 제1항의 형과 같다.  
③ 제1항 및 제2항의 행위를 목적으로 하는 단체를 구성하거나 이에 가입한 자는 1년 이상의 유기징역에 처한다.  
④ 제3항에 규정된 단체의 구성원으로서 사회질서의 혼란을 조성할 우려가 있는 사항에 관하여 허위사실을 날조·유포 또는 사실을 왜곡하여 전파한 자는 2년 이상의 유기징역에 처한다.  
⑤ 제1항 내지 제4항의 행위를 할 목적으로 문서·도화 기타의 표현물을 제작·수입·복사·소지·운반·반포·판매 또는 취득한 자는 그 각항에 정한 형에 처한다.

남북이 막강한 군사력으로 대치하며 긴장상태가 계속되고 있는 마당에서는 완전폐기 함에서 오는 국가적 불이익이 폐기함으로써 오는 이익보다는 이익형량상 더 클 것"이라는 이유였다. 이러한 문제를 해결하는 방법으로 헌법재판소는 “합헌적 제한해석”이라는 방법을 택했다.

헌법재판소는 “어떤 법률의 개념이 다의적이고 그 어의의 테두리 안에서 여러 가지 해석이 가능할 때 헌법을 그 최고 법규로 하는 통일적인 법질서의 형성을 위하여 헌법에 합치되는 해석 즉 합헌적인 해석을 택하여야 하며, 이에 의하여 위헌적인 결과가 될 해석을 배제하면서 합헌적이고 긍정적인 면은 살려야 한다는 것이 헌법의 일반 법리”라고 주장했다. 따라서 구 국가보안법도 “국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 무해한 행위는 처벌에서 배제하고, 이에 실질적 해악을 미칠 명백한 위험성이 있는 경우로 처벌을 축소제한함으로써” 합헌 법률이 될 수 있다고 헌법재판소는 판결했다.

(2) 국가보위입법회의법, 국가보안법의 위헌 여부에 관한 헌법소원 (89헌마240, 1997. 1. 16.)

반국가단체의 구성원이 국가기밀을 탐지하거나 전달하는 것을 처벌한 국가보안법 제4조 대해서도 헌법재판소는 “합헌적 제한해석”의 방법을 사용했다.<sup>15)</sup> 헌법재판소는 국가보안법 상의 “국가기밀”의 개념에 “아무런 정의규정이나 해설규정이 없으므로 법적용당국이 그 의미를 자의적으로 확대해석할 경우 그와 같은 광범위한 해석과 법운용은 죄형법정주의에서 요구되는 명확성의 원칙에 위배되고 따라서 국민의 기본권인 표현의 자유, 특히 ‘알 권리’를 불합리하게 침해할 소지가 없지 아니하다”고 인정했다.

그럼에도 불구하고 헌법재판소는 국가보안법 국가기밀 조항에 대해 위헌결정을 내리지 않았다. 헌법재판소는 국가기밀의 의미를 “헌법에 합치되도록 축소·제한하여 해석할 필요가 있다”면서 국가기밀이 “죄형법정주의에서 요구되는 명확성의 원칙”에 부합하기 위해서는 ““국가기밀”을 일반인에게 알려지지 아니한 것으로서 그 내용이 누설되는 경우 국가의 안전에 명백한 위험을 초래한다고 볼 만큼의 실질가치를 지닌 사실, 물건 또는 지식이라고 해석하여야 하고, 이와 같이 한정해석을 하는 한 헌법에 위반되지 아니한다”고 판결했다.

(3) 군사기밀보호법 제6조 등에 대한 위헌심판 (89헌가104, 1992. 2. 25.)

헌법재판소는 군사기밀보호법 상의 군사기밀 누설금지 조항에 대해서도 제한적 해석을 전제로 합헌 결정을 내렸다. 군사기밀보호법은 “누설되는 경우 국가안전보장상 해로운 결과를 초래할 우려가 있는” 군사기밀을 군사정책 등 7개 영역으로 분류하고, 군사기밀을 “부당한 방법으로 탐지하거나 수집”하는 것을 금지했다.<sup>16)</sup>

15) 제4조(목적수행) ① 반국가단체의 구성원 또는 그 지령을 받은 자가 그 목적수행을 위한 행위를 한 때에는 다음의 구별에 따라 처벌한다.

2. 형법 제98조에 규정된 행위를 하거나 국가기밀을 탐지, 수집, 누설, 전달, 중개하거나 폭발물을 사용한 때에는 사형 또는 무기징역에 처한다.

16) 군사기밀보호법 제2조 ① 이 법에서 “군사상의 기밀”이라 함은 그 내용이 누설되는 경우 국가안전보장상 해로운 결과를 초래할 우려가 있는 다음 각호에 게기하는 사항 및 이에 관계되는 문서·도화 또는 물건으로서 제4조의 규정에 따라 군사상의 기밀이 해제되지 아니한 것을 말한다.

1. 군사정책·군사전략·군사외교 및 군의 작전계획과 이에 따르는 군사용병에 관한 사항  
2. 군의 편제·장비 및 동원에 관한 사항  
3. 군사정보에 관한 사항

이 판결에서 헌법재판소는 보다 체계적이고 구체적으로 명확성 원칙의 논리와 적용방법을 설명했다. 헌법재판소는 “형사법이나 국민의 이해관계가 침해하게 대립되는 법률에 있어서는 불명확한 내용의 법률용어가 허용될 수” 없다고 강조하면서, 입법자들이 준수해야할 지침을 제시했다. “만일 불명확한 용어의 사용이 불가피한 경우라면 용어의 개념정의, 한정적 수식어의 사용, 적용한계조항의 설정 등 제반방법을 강구하여 동 법규가 자의적으로 해석될 수 있는 소지를 봉쇄해야” 한다는 것이다. 그러나 명확성 원칙이 맥락에 따라 달리 적용될 수 있다고 헌법재판소는 인정했다. 명확성 원칙은 “모든 법률에 있어서 동일한 정도로 요구되는 것은 아니고 개개의 법률이나 법조항의 성격에 따라 요구되는 정도에 차이가 있을 수 있으며 각각의 구성요건의 특수성과 그러한 법률이 제정되게 된 배경이나 상황에 따라 달라질 수 있다”고 설명했다.

헌법재판소는 군사기밀보호법 조항 중 “국가안전보장 상 해로운 결과를 초래할 우려”라는 구절의 경우, “어느 정도의 가능성 내지는 객관적 증거없는 막연한 우려나 단순한 의심 정도에 대하여서도 관련법조문을 적용시켜 단속하거나 형사제재를 가할 소지가 전혀 없지는 않은 것”이라며 “법운영 당국의 편의적·자의적 법운영의 소지”도 있다고 보았다. 그렇지만 해당조항에는 7개의 군사기밀 영역을 명시했고, “누설되면 국가의 안전보장에 유해한 것을 구체적으로 별도로 추출”했으므로, 그 입법의도가 명백해 위헌은 아니라고 헌법재판소는 결정했다. 또한 “부당한 방법”으로 국가기밀을 탐지·수집한 자를 처벌하는 조항도 “적법한 절차에 의하지 아니하고 군사기밀을 탐지·수집한 자”를 의미하는 것으로 “통상의 판단능력을 가진 사람이라면 충분히 그 의미를 이해할 수 있다”고 보았다.

#### (4) 국가보안법 제7조 제1항 등 위헌제청 (95헌가2, 1996. 10. 4.)

개정 국가보안법 조항에 대해서도 또다시 불명확성을 근거로 위헌소송이 제기되었지만 헌법재판소는 “구법규정보다는 그 구성요건이 훨씬 명확히 규정되었다”면서 합헌결정을 내렸다. 구 국가보안법 찬양·고무 조항에 대한 헌법재판소의 한정합헌 판결후, 이듬해인 1991년 국회는 헌법재판소의 판결취지를 반영해 국가보안법을 개정했다.<sup>17)</sup> 신법 제7조 제1항에 “국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 점을 알면서”라는 주관적 구성요건이 추가됨으로써 입법목적은 벗어난 확대해석의 위험이 제거되었다고 헌법재판소는 지적했다. 신법 제7조 제1항에 새로이 삽입된 “변란(變亂)”이라는 개념도 “이미 판례에 의하여 그 개념이 상당한 정도로 정립되어 있다”고 헌법재판소는 주장했다.

구 국가보안법 조항의 “구성원”, “활동”, “동조” 등의 불명확한 용어가 신법에서도 여전히 사용되고 있으나, 새로이 추가된 “국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 점을 알면서”라는 주관적 구성요건으로 인해 “다의성과 적용범위의 광범성”은 제거되었다며 헌법재판소는 합헌판결을 내렸다.

---

4. 군의 운수 및 통신에 관한 사항  
 5. 군용물의 생산·공급 및 연구에 관한 사항  
 6. 군의 중요부서의 인사에 관한 사항  
 7. 향토예비군의 편제·장비 및 동원에 관한 사항

(5) 국가보안법 헌법소원 (92헌바6·26, 93헌바34·35·36 병합, 1997. 1. 16.)

구 국가보안법의 국가기밀 관련 조항은 개정 국가보안법에도 변경 없이 그대로 유지되었는데, 개정 국가보안법의 국가기밀 관련 조항에 대해서도 또다시 헌법소원이 제기되었다. 그러나 헌법재판소는 구 국가보안법 기밀조항과 마찬가지로 한정 합헌 결정을 내렸다.

(6) 군인사법 제47조의2 위헌확인 등 (2008헌마638, 2010. 10. 28.)

국가보안법과 군사기밀보호법 판결에서 나타난 국가안보에 대한 헌법재판소의 신중한 입장은 군인사법 위헌소송에서도 다시 확인되었다. 군인사법의 하위규정인 군인복무규율 제16조의 2항은 “군인은 불온유인물·도서·도화 기타 표현물을 제작·복사·소지·운반·전파·또는 취득하여서는 아니되며, 이를 취득한 때에는 즉시 신고하여야 한다”고 규정했다. 일부 군법무관들이 “불온”의 개념이 불명확하다며 헌법소원을 제기했고, 헌법재판소도는 “불온”의 개념이 “가치관에 기한 판단을 포함하는 것으로서

17) 신-구 국가보안법 비교

국가보안법 [법률 제4373호, 1991.5.31, 일부개정]	국가보안법 [법률 제3318호, 1980.12.31, 전부개정]
제1조 (목적등) ①이 법은 국가의 안전을 위태롭게 하는 반국가활동을 규제함으로써 국가의 안전과 국민의 생존 및 자유를 확보함을 목적으로 한다. ②이 법을 해석적용함에 있어서는 제1항의 목적달성을 위하여 필요한 최소한도에 그쳐야 하며, 이를 확대해석하거나 헌법상 보장된 국민의 기본적인 인권을 부당하게 제한하는 일이 있어서는 아니된다.	제1조 (목적) 이 법은 국가의 안전을 위태롭게 하는 반국가활동을 규제함으로써 국가의 안전과 국민의 생존 및 자유를 확보함을 목적으로 한다.
제2조 (정의 <개정 1991·5·31>) ①이 법에서 “반국가단체”라 함은 정부를 참칭하거나 국가를 변란할 것을 목적으로 하는 국내외의 결사 또는 집단으로서 지휘통솔체제를 갖춘 단체를 말한다. ②삭제 <1991·5·31>	제2조 (반국가단체) ①이 법에서 “반국가단체”라 함은 정부를 참칭하거나 국가를 변란할 것을 목적으로 하는 국내외의 결사 또는 집단을 말한다. ②제1항의 목적으로 공산계열의 노선에 따라 활동하는 국내외의 결사 또는 집단도 반국가단체로 본다.
제7조 (찬양·고무등) ①국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 활동을 찬양·고무·선전 또는 이에 동조하거나 국가변란을 선전·선동한 자는 7년이하의 징역에 처한다. ②삭제 <1991·5·31> ③제1항의 행위를 목적으로 하는 단체를 구성하거나 이에 가입한 자는 1년이상의 유기징역에 처한다. ④제3항에 규정된 단체의 구성원으로서 사회질서의 혼란을 조성할 우려가 있는 사항에 관하여 허위사실을 날조하거나 유포한 자는 2년이상의 유기징역에 처한다. ⑤제1항·제3항 또는 제4항의 행위를 할 목적으로 문서·도화 기타의 표현물을 제작·수입·복사·소지·운반·반포·판매 또는 취득한 자는 그 각항에 정한 형에 처한다.	제7조 (찬양·고무 등) ①반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 활동을 찬양·고무 또는 이에 동조하거나 기타의 방법으로 반국가단체를 이롭게 한 자는 7년이하의 징역에 처한다. ②국외공산계열의 활동을 찬양·고무 또는 이에 동조하거나 기타의 방법으로 반국가단체를 이롭게 한 자도 제1항의 형과 같다. ③제1항 및 제2항의 행위를 목적으로 하는 단체를 구성하거나 이에 가입한 자는 1년이상의 유기징역에 처한다. ④제3항에 규정된 단체의 구성원으로서 사회질서의 혼란을 조성할 우려가 있는 사항에 관하여 허위사실을 날조·유포 또는 사실을 왜곡하여 전파한 자는 2년이상의 유기징역에 처한다. ⑤제1항 내지 제4항의 행위를 할 목적으로 문서·도화 기타의 표현물을 제작·수입·복사·소지·운반·반포·판매 또는 취득한 자는 그 각항에 정한 형에 처한다.
*밑줄친 부분은 새로 추가된 조항	*밑줄친 부분은 개정 국가보안법에서 삭제된 조항

구체적이고 객관적인 의미를 표방하는 개념으로 보기는 어려운 측면이 있다”고 인정하였다.

그러나 헌법재판소는 “국가안보”라는 특수한 여건을 고려할 때 불명확한 규율이 허용되어야 한다고 보았다.

공산주의 체제인 북한과 군사적으로 대치하고 있는 우리의 국가안보상황은 매우 가변적이어서 이를 미리 예측하여 규율하기 어려울 뿐만 아니라, 이 사건 복무규율조항이 정하는 분야인 정신전력의 영역은 고도의 전문적인 판단을 요하는 민감한 부분이 아닐 수 없으므로, 이와 같은 사항에 대하여 사전에 일의적으로 명확하게 규율하는 것은 그다지 쉽지 않고, 오히려 현실의 변화에 유연하게 대응할 수 있도록 불확정개념으로 규율할 필요성이 있다 할 것이다.

헌법재판소는 군인복무규율의 입법 목적이 “국군의 이념 및 사명을 해할 우려가 있는 도서로 인하여 군인들의 정신전력이 저해되는 것을 방지하기 위한 조항”이라고 해석했다. 그러한 입법목적은 전제로 “불온도서”는 ““국가의 존립·안전이나 자유민주주의체제를 해하거나, 반국가단체를 이롭게 할 내용으로서, 군인의 정신전력을 심각하게 저해하는 도서”를 의미한다고 설명했다. 헌법재판소는 “통상적인 법감정과 복무의식을 가지고 있는 군인”이라면 그러한 의미로 이해할 것이라고 보았다. 또한 위 조항을 위반해 징계를 받더라도 “법관의 통상적인 해석적용에 의하여 보완될 수 있으므로 법집행당국의 자의적인 집행의 가능성 또한 크지 않다”며 합헌결정을 내렸다.

(7) 청소년의 성보호에 관한 법률 제2조 제3호 등 위헌제청 (2001헌가27, 2002. 4. 25.)

국가안보 관련 법률 외에 헌법재판소가 명확성 원칙을 적용해 합헌판결을 내린 표현의 자유 관련 판결은 청소년 음란물에 관한 규제 조항이었다. 청소년 성보호법은 청소년과의 성교행위와 “청소년 이용음란물”의 제작과 반포를 금지시켰다.<sup>18)</sup> “청소년이용음란물”이란 “청소년과의 성교행위”, “청소년과의 구강·항문 등 신체의 일부 또는 도구를 이용한 유사성교행위”를 표현하거나, “청소년의 수치심을 야기시키는 신체의 전부 또는 일부 등을 노골적으로 노출하여 음란한 내용을 표현한” 필름·비디오물·게임물 또는 컴퓨터 기타 통신매체를 통한 영상 등이 해당되었다.

헌법재판소는 이미 판례를 통해 “음란” 표현에 대한 규제는 명확성의 원칙에 반하지 않는다는 점을 재확인하고, 청소년 보호법상의 음란 표현에 대한 규제도 합헌이라고 결정했다. 그런데 “청소년의 수치심을 야기시키는 신체의 전부 또는 일부 등을 노골적으로 노출하여 음란한 내용을 표현한” 매체를 규제한다는 조항에 대해서는 헌법재판소도 그 표현이 불분명함을 인정했다. “신체의 전부 또는 일부”가 과연 청소년의 신체를 의미하는 것인지, 즉 그 표현물에 실제인물인 청소년이 등장하여야 하는 것인지가 불명확했다.

그러나 헌법재판소는 “금지하는 행위의 대상이 다소 분명치 않다고 판단될 여지가 있다 하더라도”, 해당 법률의 입법 배경 및 목적을 통해서 그 의미를 찾아낼 수 있다면서, 그러한 방법으로 의미를

18) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

3. “청소년이용음란물”이라 함은 청소년이 등장하여 제2호 각목의 1에 해당하는 행위를 하거나, 청소년의 수치심을 야기시키는 신체의 전부 또는 일부 등을 노골적으로 노출하여 음란한 내용을 표현한 것으로서, 필름·비디오물·게임물 또는 컴퓨터 기타 통신매체를 통한 영상 등의 형태로 된 것을 말한다.

해석한 결과 위헌이 아니라는 결론에 도달했다. “청소년의 수치심을 야기시키는 신체의 전부 또는 일부 등을 노골적으로 노출하여 음란한 내용”의 의미는 청소년의 신체를 의미하는 것으로 해석해야 한다는 것이다. 해당 만약 해당 조항을 “청소년이 등장하는지 여부에 관계없이 청소년의 입장에서 보아 그 노출된 신체의 전부 또는 일부가 수치심을 야기시키면 ‘청소년이용음란물’에 해당한다”고 해석한다면, 청소년에게 수치심 또는 성적 충동을 불러일으킬 가능성이 있는 의학서적이거나 예술품 까지도 규제대상이 된다는 것이다.

헌법재판소는 위와 같은 해석이 “건전한 상식과 통상적인 법감정을 가지고 있는 사람”의 해석이며, 해당 법률의 “입법경과와 입법목적, 같은 법률의 다른 규정들과의 체계조화적 해석, 관계부처의 법률 해석, 다른 처벌법규와의 비교 등을 고려하여 목적론적으로 해석할 때” 도달하는 결론이라고 보았다.

(8) 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제65조 제1항 제2호 위헌소원 (2006헌바109, 2007헌바49·57·83·129 병합, 2009. 5. 28.)

정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률상의 음란물 유통금지 조항에 대한 합헌 판결에서도 헌법재판소는 “입법목적이나 입법취지, 입법연혁, 그리고 법규범의 체계적 구조 등을 종합적으로 고려”했다고 주장했다. 이 법은 “정보통신망을 통하여 음란한 부호·문언·음향·화상 또는 영상물 배포·판매·임대하거나 공연히 전시한 자”에 대해 1년 이하의 징역으로 처벌할 수 있게 했다.<sup>19)</sup>

헌법재판소는 정보통신망법 조항에 ‘음란’에 대한 개념규정이 없지만 이미 대법원 판례를 통해 그 객관적 해석기준이 확립되었기에 불명확하지 않고 자의적인 법해석이나 법집행의 우려가 없다고 설명했다. 그러나 헌법재판소는 “이 사건 법률조항의 ‘음란’ 개념은, 비록 보다 구체화하는 것이 바람직스럽다고 볼 여지”가 있다고 인정했다. 그러나 보다 구체적인 입법이 가능하다고 해서 명확성의 원칙에 위반되는 것은 아니라고 설명했다. “‘음란’의 개념과 그 행태는 사회와 시대적 변화에 따라 변동하는 상대적, 유동적인 것이고 그 시대에 있어서 사회의 풍속, 윤리, 종교 등과도 밀접한 관계를 가지는 추상적인 것이므로, 음란에 해당하는 행위를 일일이 구체적, 서술적으로 열거하는 방식으로 명확성의 원칙을 관철하는 것은 입법기술상 현저히 곤란하다”고 헌법재판소는 주장하면서, “입법목적, 입법연혁, 법규범의 체계적 구조 등을 고려한 합리적인 해석기준을 통하여 어떠한 행위가 ‘음란’한 것인지를 판단할 수 있는 이상” 위헌이 아니라는 것이다.

(9) 소결

명확성 원칙이 적용된 표현의 자유 관련 판결 중 합헌 결정을 분석한 결과, 헌법재판소는 설사 법조항이 불명확하더라도 “헌법에 함치되도록 축소·제한” 해석하는 방법으로 합헌결정을 내려온 것으로 나타났다. 이 과정에서 헌법재판소가 적용한 판단기준은 두 가지로, 하나는 “건전한 일반상식과 통상적인 법감정을 가진 자”에 의한 판단여부이고, 또 하나는 “입법목적”이나 “입법취지” 등을 파악하는 것이다. 구 국가보안법 관련 판결에서 헌법재판소는 국가안보와 같이 보호해야 할 이익이 더 크다면 불명확한 법률이라도 수용해야 한다면서, 명확성 원칙과 이익형량을 결합하는 인상을 주었다. 그러나 향후 판결에서는 입법 목적과 입법배경 등에 따라 요구되는 명확성의 정도가 달라질

19) 제65조(벌칙) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.  
2. 정보통신망을 통하여 음란한 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 배포·판매·임대하거나 공연히 전시한 자

수 있다며, 대신 이익형량 보다는 입법상황의 특수성을 고려하는 경향을 보였다. 헌법재판소는 “처벌 법규의 구성요건이 어느 정도 명확하여야 하는지는 일률적으로 정할 수 없고, 각 구성요건의 특수성과 그러한 법적 규제의 원인이 된 여건이나 처벌의 정도 등을 고려하여 종합적으로 판단하여야 한다”는 취지를 거듭 강조했다.

<표 3> 명확성 원칙을 적용해 합헌 결정이 내려진 표현의 자유 관련 판결

사건명	위헌심사 법률	명확성 심사대상 단어 혹은 구절	제시된 명확성 판단 기준	판결결과
국가보안법 제7조에 대한 위헌심판 (89헌가113)	위 헌 제청 구 국가보안법 제7조	“반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 활동을 찬양·고무 또는 이에 동조하거나 기타의 방법으로 반국가단체를 이롭게 한 자”	“이익형량”	한정합헌
국가보안법의 위헌여부에 관한 헌법소원 (89헌마240)	헌 법 소원 구 국가보안법 제4조	국가기밀	“헌법에 합치되도록 축소·제한하여 해석”	한정합헌
군사기밀보호법 제6조 등에 대한 위헌심판 (89헌가104)	위 헌 제청 군사기밀보호법 제6조	누설되는 경우 국가안전보장상 해로운 결과를 초래할 우려가 있는 군사기밀	“통상의 판단능력을 가진 사람”	한정합헌
국가보안법 제7조 제1항 등 위헌제청 (95헌가2)	위 헌 제청 개정 국가보안법 제7조	“국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 점을 알면서 반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 활동을 찬양·고무·선전 또는 이에 동조하거나 국가변란을 선전·선동한 자는 7년 이하의 징역에 처한다”	“합리적으로 해석”	합헌
국가보안법 위헌소원 (92헌바6·26, 93헌바34·35·36병합)	헌 법 소원 개정 국가보안법 제4조	국가기밀	“한정해석”	한정합헌
군인사법 제47조의 2 위헌확인 (2008헌마638)	헌 법 소원 군인사법 제47조 군인복무규율	“군인은 불온유인물·도서·도화 기타 표현물을 제작·복사·소자·운반·전파 또는 취득하여서는 아니되며, 이를 취득한 때에는 즉시 신고하여야 한다”	“통상적인 법감정과 복무의식을 가지고 있는 군인” “법관의 통상적인 해석적용”	합헌
청소년의 성보호에 관한법률 제2조 제3호 등 위헌제청 (2001헌가27)	위 헌 제청 청소년의 성보호에 관한 법률	“청소년의 수치심을 야기시키는 신체의 전부 또는 일부 등을 노골적으로 노출하여 음란한 내용을 표현한”	“건전한 일반상식과 통상적인 법감정을 가진 자” “입법경과와 입법목적, 같은 법률의 다른 규정들과의 체계조화적 해석, 관계부처의 법률해석, 다른 처벌법규와의 비교 등을 고려하여 목적론적으로 해석”	합헌

정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제65조 제1항 제2호 위헌소원 (2006헌바109, 2007헌바49·57·83·129 병합)	헌법 소원	정보통신망이용촉진법	“음란”	“입법목적이나 입법취지, 입법연혁, 그리고 법규범의 체계적 구조 등을 종합적으로 고려하는 해석방법”	합헌
---	-------	------------	------	---	----

#### 4. 미국 연방대법원 판례

미국의 수정헌법 1조는 언론의 자유, 표현의 자유, 사상의 자유, 학문의 자유, 집회결사의 자유 등이 포함되는 광범위한 기본권조항이다. 따라서 연방대법원이 수정헌법 1조와 관련해 명확성 원칙을 적용한 사건은 그 영역이 매우 다양하다. 그 중 표현의 자유 영역에서 명확성 원칙이 적용된 사건은 모두 9건으로, 성관련 표현 규제 법률 6건, 공산주의자 규제 법률 2건, 국기에우에 관한 법률 1건 등이다. 이 중 5건이 위헌판결, 4건이 합헌판결이었다.

##### 1) 위헌판례

(1) *Stromberg v. California*, 283 U.S. 359 (1931)

연방대법원의 표현의 자유 관련 판결에서 명확성 원칙을 적용한 최초의 판결은 캘리포니아 주 형법 403조에 대한 1931년의 판결이었다.<sup>20)</sup> 공산주의자들을 규제하려던 소위 적기법(*red flag law*)에 적용되었는데, 해당 조항의 내용은 다음과 같다.

-공공장소나 일반주택이나 빌딩이나 창문에 빨간 깃발이나 배너나 뱃지나 아니면 다른 색의 깃발이나 배너나 뱃지를 게시하는 것을 금지하는데, 그러한 행위를 조직된 정부(*organized government*)에 대한 반대(*opposition*)의 기호나 상징이나 형상으로서, 또는 무정부주의적 행동의 자극이나 유발행위(*invitation or stimulus*)로서, 혹은 반역적 성격(*sedition character*)의 선전의 보조도구로서 사용하는 것을 금지하고, 이를 어길 경우 중죄로 처벌한다.<sup>21)</sup>

캘리포니아주 적기법 중 연방대법원의 위헌심사 대상이 된 부분은 “조직된 정부에 대한 반대의 기호, 상징 혹은 형상”으로 깃발이나 배너 등을 게시하는 것을 금지한 부분이었다. 연방대법원은 캘리포니아 적기법이 불명확한 법률이라 위헌이라고 선언했다. 연방대법원은 캘리포니아 주법원도 위 법조항

20) *Stromberg v. California*, 283 U.S. 359 (1931).

21) “Any person who displays a red flag, banner or badge or any flag, badge, banner, or device of any color or form whatever in any public place or in any meeting place or public assembly, or from or on any house, building or window as a sign, symbol or emblem of opposition to organized government or as an invitation or stimulus to anarchistic action or as an aid to propoganda that is of a seditious character is guilty of a felony.” 283 U.S. 359, 361 (1931).



상의 “반대”의 의미가 정부에 대한 평화롭고 질서 있고 합법적인 반대조차도 법조항에 저촉되기 때문에, 해당 조항은 지나치게 불확실하고 불분명하다(indefiniteness and ambiguity)고 인정했다면서, 하급심의 판결을 인용했다. 그러나 명확성 원칙의 논리적 근거나 구체적 판단기준은 제시하지 않았다.

(2) *Herndon v. Lowry*, 301 U.S. 242 (1937)

연방대법원은 조지아주의 형법 조항에 대해서도 위헌판결을 내렸다.<sup>22)</sup> 해당 조항은 주정부의 합법적인 권위(lawful authority of the State)에 조직적으로 저항하기 위해 다른 사람들을 유인하려고 설득하는 시도를 반란선동(attempt to incite insurrection)으로 간주하고 처벌하는 조항이었다.<sup>23)</sup> 연방대법원은 조지아 주 법조항이 캘리포니아 적기법과 마찬가지로 너무 불분명하고 불확실해서(so vague and uncertain), 정부를 폭력으로 전복하려는 의도를 가진 발언이나 행동뿐만 아니라 폭력을 선동할 의도가 없는 순진한 발언이나 행동까지도 처벌하는 법이어서 위헌이라고 판결했다.

연방대법원은 *Stromberg* 판결 때보다 구체적으로 위헌사유를 제시했는데, 조지아 주법은 어떤 행동이나 표현이 범죄에 해당하는지 판단할 합리적 유죄입증기준(reasonable ascertainable standard of guilt)이 없고, 그로 인해 정부 수사의 범위가 무한정이고, 그 결과를 누구도 예측하거나 적절하게 통제할 수 없다고 지적했다. 조지아주의 법조항은 정부의 변화를 촉구하는 사람이면 누구에게나 적용될 수 있는 무차별 대량검거 그물망(dragnet which may enmesh any one who agitates for a change of government)이나 다름없어, 심각하게 표현의 자유를 침해한다고 판결했다.

(3) *Winters v. New York*, 333 U.S. 507 (1948)

연방대법원은 범죄나 성표현을 주로 게재하는 출판물의 판매나 배포를 규제한 뉴욕주 법조항에 명확성 원칙을 적용해 위헌판결을 내렸다.<sup>24)</sup> 해당 조항은 아래와 같다.

-범죄뉴스, 경찰보고서, 범죄행위에 대한 서술과 그림, 유혈·탐욕·범죄 행위(criminal news, police reports, or accounts of criminal deeds, or pictures, or stories of deeds of bloodshed, lust or crime)에 관한 이야기 위주로 구성된 인쇄물로, 서적, 팜플렛, 잡지, 신문, 그 외 기타 출판물이 여기 포함되는데, 그것을 인쇄, 출판, 판매, 대여, 무상제공, 전시하거나, 그러한 목적으로 소유하고 있는 경우 경범죄에 해당한다.<sup>25)</sup>

연방대법원은 위 조항에서 허용되는 출판물과 금지되는 출판물의 구분이 불명확해, 처벌 당사자의 입장에서 어느 경우 유죄가 성립되는지 알 수가 없기 때문에 과도한 표현의 자유 침해에 해당한다고 보았다.

22) *Herndon v. Lowry*, 301 U.S. 242 (1937).

23) “Any attempt, by persuasion or otherwise, to induce others to join in any combined resistance to the lawful authority of the State shall constitute an attempt to incite insurrection.” 301 U.S. 242, 245 (1937).

24) *Winters v. New York*, 333 U.S. 507 (1948).

25) “A person...who...Prints, utters, publishes, sells, lends, gives away, distributes or shows, or has in his possession with intent to sell, lend, give away, distribute or show, or otherwise offers for sale, loan, gift or distribution, any book, pamphlet, magazine, newspaper or other printed paper devoted to the publication, and principally made up of criminal news, police reports, or accounts of criminal deeds, or pictures, or stories of deeds of bloodshed, lust or crime...is guilty of a misdemeanor.” 333 U.S. 507, 508 (1948).

이 사건에서 연방대법원은 명확성 원칙의 적용기준을 구체적으로 제시했다. 첫째, 형사처벌의 경우 민사사건보다 확실성의 기준이 더 높아야한다. 즉 처벌기준이 더욱 명확해야 한다는 것이다. 둘째, 유죄를 입증하는 기준(*ascertainable standards of guilt*)의 의미에 대해 보통의 지능을 가진 사람(*men of common intelligence*)이라면 이해할 수 있을 정도로 명확해야 한다는 것이다.

연방대법원은 합법적 행위와 불법적 행위를 명확하게 구분하는 것은 입법부와 사법부에게 모두 어렵다는 사실을 상기시키며, 법원이 법조항을 한정해석(*narrow construction*)하여 그 의미와 범위를 보다 명확하게 함으로써 위헌소지를 줄일 수 있다고 인정했다. 그러나 위 조항의 경우, 뉴욕주 법원이 불법 간행물 배포행위를 “범죄뉴스나 유행행위에 관한 이야기들로 주로 구성된 잡지로서 폭력적이고 잔혹한 범죄를 선동하는 도구가 되는 것”으로 제한된 해석했지만, 여전히 금지된 출판물의 범위가 너무 불확실하고 불분명하다고 연방대법원은 판결했다. 그로 인해 전쟁의 공포를 다룬 서적조차도 뉴욕에서는 불법출판물이 될 수 있다는 것이다. 연방대법원은 위 조항이 불법행위의 성립조건으로 고의성이나 음란성 여부 등을 고려하지 않았다는 점도 위헌판결의 사유로 제시했다.

#### (4) *Interstate Circuit v. Dallas*, 390 U.S. 676 (1968)

연방대법원은 청소년들에게 지나친 성표현이나 폭력장면이 담긴 영화상영을 금지할 수 있게 한 텍사스주 달라스시 조례에 대해서도 명확성 원칙을 적용해 위헌판결을 내렸다.<sup>26)</sup> 1960년에 제정된 달라스시 조례는 청소년대상 상영불가 영화의 기준을 다음과 같이 규정했다.

- 청소년들에게 범죄나 비행(*depravity*)을 선동하거나 조장할 것 같은 방법으로, 잔혹함, 범죄폭력, 혹은 비행을 묘사하는 것
- 청소년들에게 지역사회의 통상적 관행의 한계를 초월해 나체를 표현하거나, 성적 난잡함(*sexual promiscuity*)이나 혼외정사 혹은 비정상적 성관계를 표현해, 청소년들의 비행이나 성적 난잡함을 선동조장하거나, 그들의 색욕에 대한 흥미에 호소하는 경우(*appeal to their prurient interest*)

위의 기준을 적용할 때, 영화전체를 보고 판별해야하고, 예술적 혹은 교육적 가치도 고려할 것을 달라스시 조례는 규정했다.<sup>27)</sup>

그러나 연방대법원은 “성적 난잡함”이라는 용어의 의미가 명확하게 정의되지 않아, 결혼한 정상적 부부의 성행위 이외의 모든 것이 “성적 난잡함”에 포함될 수 있다고 보았다. 결국 등급위원들의 자의적 판단에 따라 영화상영여부가 결정될 수 있어, 달라스시의 영화조례는 명확성 원칙에 위배되는 위헌적 상영허가제라고 결론지었다.

연방대법원은 직접적인 규제가 아닌 등급제라고 해서 불명확성의 기준이 완화되는 것은 아니고,

26) *Interstate Circuit v. Dallas*, 390 U.S. 676 (1968).

27) “‘Not suitable for young persons’ means:

- (1) Describing or portraying brutality, criminal violence or depravity in such a manner as to be, in the judgment of the Board, likely to incite or encourage crime or delinquency on the part of young persons; or
- (2) Describing or portraying nudity beyond the customary limits of candor in the community, or sexual promiscuity or extra-marital or abnormal sexual relations in such a manner as to be, in the judgment of the Board, likely to incite or encourage delinquency or sexual promiscuity on the part of young persons. 390 U.S. 676, 681 (1968).”

청소년이나 아동을 보호하기 위해서 규제조항의 불명확성이 완화되거나 허용되지도 않는다고 강조했다. 청소년 대상이나 성인대상이나 관계없이 수용자에게 해로운 결과를 가져올 것이라고 예상되는 표현에 대한 규제는 명확하게 설정되어 그 법의 심판대상인 사람들이나 그 법을 집행하는 사람들 모두가 그 의미와 적용방법을 이해할 수 있도록 세밀하게 설정된, 합리적이고, 명확한 기준(narrowly drawn, reasonable and definite standards)이 있어야 한다는 것이다.

#### (5) *Smith v. Goguen*, 415 U.S. 566 (1974)

성조기의 예우에 관한 법률에도 명확성 원칙이 적용되었다.<sup>28)</sup> 매사추세츠주에서 바지 뒷부분에 미국 국기를 붙인 사람이 국기 모독을 이유로 6개월의 징역형을 받아, 위헌소송을 제기한 사건이었다. 매사추세츠주 국기예우법 조항은 “공개적으로 국기를 절단하거나 밟거나 훼손하거나 혹은 경멸스럽게 처리하는(treats contemptuously) 사람은, 그 국기가 공공소유이건 개인소유이건 관계없이 100달러 이하의 벌금이나 1년 이하의 징역에 처할 수 있다”고 규정했다.<sup>29)</sup> 피고는 “경멸스럽게 처리하는 행위”로 기소되었는데, 유죄판결을 내린 매사추세츠법원은 해당 조항에 대한 어떤 해석도 제시하지 않았다.

연방대법원은 매사추세츠 국기예우법은 공정한 고지(fair notice)도 없었고, 자의적이고 차별적인 법집행을 막기 위해 합리적으로 분명한 지침도 제시되지 않았기에 명확성 원칙에 위배되었다고 판결했다. 범죄에 해당하는 국기에 대한 불경행위와, 범죄에 해당하지 않는 불경행위의 경계가 합리적으로 설정되지 않았고, 그래서 금지된 행위에 대한 적절한 경고가 주어지지 않았다는 것이다.

연방대법원은 입법부가 법집행에 필요한 최소한의 지침을 만들어야 한다는 원칙도 위반되었다고 지적했다. 비록 입법부가 그 기준을 아주 세밀하게 설정할 수 없는 영역이 존재하지만, 그래도 입법부는 형벌상의 처벌기준을 만들어야 하는 책임을 수행해야하고, 불법행위를 규정할 때는 주의 깊고 세밀하게 정의해야 한다고 연방대법원은 강조했다. 특히 수정헌법 1조가 보호하는 표현의 자유 영역을 침범하는 법조항에 대해서는, 다른 경우에 비해 더 높은 정도의 세밀한 명확성 원칙이 적용되어야 한다고 주장했다.

#### (6) 소결

연방대법원이 명확성 원칙을 적용해 위헌결정을 내린 5건의 표현의 자유 관련 판결은 모두 주정부의 법률이었다. 연방대법원은 연방법보다는 주정부 법에 보다 엄격히 명확성 원칙을 적용했다는 미국학자들의 결론에 부합한다고 할 수 있다. 1930년대의 공산주의자 규제법에 대한 위헌판결에서는 구체적인 명확성 원칙의 기준이 제시되지 않았으나, 1940년대 이후 출판물이나 영화에 대한 규제조항에 대해 위헌결정을 내리면서 연방대법원은 보다 구체적으로 명확성 원칙의 적용기준을 제시했다. 형사처벌의 경우 민사사건보다 보다 명확한 기준이 제시되어야 하고, 그 명확성의 판단 주체로 “보통의 지능을 가진 사람(men of common intelligence)”을 제시했다.

28) *Smith v. Goguen*, 415 U.S. 566 (1974).

29) “Whoever publicly mutilates, tramples upon, defaces or treats contemptuously the flag of the United States...whether such flag is public or private property...shall be punished by a fine of not less than ten nor more than one hundred dollars or by imprisonment for not more than one year, or both...” 415 U.S. 566, 568-569 (1974)

특히 표현의 자유 영역에서는 그 기준이 엄격히 적용되어야 한다고 연방대법원은 판시했다. 또한 청소년이나 이동을 보호한다는 목적이라고 해서 규제조항의 불명확성이 완화되거나 허용되지도 않는다고 판시했다. 청소년 대상이나 성인대상이나 관계없이 표현에 대한 규제는 명확하게 설정되어 그 법의 심판대상인 사람들이나 그 법을 집행하는 사람들 모두가 그 의미와 적용방법을 이해할 수 있도록 “세밀하게 설정된, 합리적이고, 명확한 기준(narrowly drawn, reasonable and definite standards)”이 있어야 한다는 것이다.

<표 4> 미국 연방대법원이 명확성 원칙을 적용해 위헌 결정이 내려진 표현의 자유 관련 판결

사건명	위헌심사 법률	명확성 심사대상 단어 혹은 구절	명확성 판단 기준	판결결과
Stromberg v. California, 283 U.S. 359 (1931)	캘리포니아주 형법	“조직된 정부에 대한 반대(opposition to organized government)”	제시되지 않음	위헌
Herndon v. Lowry, 301 U.S. 242 (1937)	조지아주 형법	“주정부의 합법적인 권위에 조직적으로 저항하기 위해 다른 사람들을 유인하려고 설득하는 시도(Any attempt, by persuasion or otherwise, to induce others to join in any combined resistance to the lawful authority of the State)”	제시되지 않음	위헌
Winters v. New York, 333 U.S. 507 (1948)	뉴욕주 형법	“범죄뉴스, 경찰보고서, 범죄행위에 대한 서술과 그림, 유혈·탐욕·범죄 행위에 관한 이야기 위주로 구성된 인쇄물(any book, pamphlet, magazine, newspaper or other printed paper devoted to the publication, and principally made up of criminal news, police reports, or accounts of criminal deeds, or pictures, or stories of deeds of bloodshed, lust or crime)”	-보통의 지능을 가진 사람(men of common intelligence) 법원의 제한적 해석(narrow construction)	위헌
Interstate Circuit v. Dallas, 390 U.S. 676 (1968)	텍사스주 달라스시 조례	“성적 난잡함(sexual promiscuity)”	-주법원의 제한적인 해석(narrow interpretation)	위헌
Smith v. Goguen, 415 U.S. 566 (1974)	매사추세츠주 국기에우법	“국기를 경멸스럽게 처리하는(treats contemptuously) 행위”	“보통의 지능을 가진 사람들(men of common intelligence)”	위헌

## 2) 합헌 판례

미국 연방대법원이 명확성 원칙을 적용한 결과 표현의 자유가 침해되지 않았다고 결론내린 판례는 모두 4건이다. 4건의 판례 모두 음란하거나 성적으로 노골적인 표현에 대한 정부의 규제에 이의를 제기한 위헌소송이었다.

### (1) Fortwayne Books, Inc. v. Indiana, 489 U.S. 46 (1989)

연방대법원이 명확성 원칙을 적용해 합헌판결을 내린 해는 1989년으로 인디애나 주의 범죄조직

처벌법(Racketeer Influenced and Corrupt Organizations) 조항에 관한 판결이었다.<sup>30)</sup> 이 법은 음란한 도서나 영화를 판매하는 행위를 범죄조직법상의 기중처벌 대상에 포함시켰는데, 음란의 의미를 다음과 같이 규정했다.

- 평균적 사람이, 동시대의 지역사회 기준을 적용해, 한 표현물이나 행위의 전체를 보았을 때, 그 주도적 주제가 성에 대한 색욕에 호소할 때
- 그 표현물이나 행위가 명백하게 모욕적인 방식으로 성적 행위를 묘사하거나 기술하는 경우
- 한 표현물이나 행위의 전체를 보았을 때, 진지한 문학적, 예술적, 정치적, 혹은 과학적 가치가 부족한 경우<sup>31)</sup>

위 조항은 1973년의 *Miller v. California* 판결에서 연방대법원이 제시한 음란물 판정 기준을 사실상 그대로 법조문화한 것이었다.<sup>32)</sup> 연방대법원은 위 조항이 연방대법원 판결에 근거를 두고 있어, 명확성 원칙에 부합한다면서 합헌으로 판결했다. 즉 연방대법원의 판례에서 제시한 기준에 맞춘 법률은 명확성 원칙을 준수한 법률이 된다는 것이다.

(2) *Denver Area Educational Telecommunications Consortium v. FCC*, 518 U.S. 727 (1996)

연방대법원은 “명백하게 모욕적인(patently offensive)” 성적 표현을 규제한 유선방송 소비자 보호 및 경쟁법(Cable Television Consumer Protection and Competition Act of 1992)에 대해서도 명확성 원칙을 적용해 합헌판결을 내렸다.<sup>33)</sup> 위헌소송이 제기된 조항은 임대접근채널(leased access channels)과 공공, 교육, 정부채널에 해당되는 규제로, 종합채널사업자에게(cable system operator) 일부 프로그램의 방송을 금지할 수 있는 권한을 부여한 것이다. 방송금지가 가능한 프로그램은 “종합채널사업자가 현재의 지역사회 기준으로 측정할 결과, 명백하게 모욕적인 방법으로 성행위나 배설행위를 묘사하는 것으로 충분히 믿을 만한(reasonably believes) 프로그램”으로 규정되었다.<sup>34)</sup>

연방대법원은 해당 조항이 음란물 판정기준을 제시한 *Miller v. California* 판결을 지침삼아 유사하게 만든 조항이기에 명확성 기준에 부합한다고 보았다. 연방의회 입법과정을 점검한 결과 해당 조항은 과학적이거나 교육적인 프로그램을 규제하려는 것이 아니라고 연방대법원은 덧붙였다.

(3) *United States v. Williams*, 553 U.S. 285 (2008)

연방대법원은 연방정부의 아동포르노법(The Child Pornography Prevention Act) 조항에 대해서도

30) *Fortwayne Books, Inc. v. Indiana*, 489 U.S. 46 (1989).

31) “(1) the average person, applying contemporary community standards, finds that the dominant theme of the matter or performance, taken as a whole, appeals to the prurient interest in sex; (2) the matter or performance depicts or describes, in a patently offensive way, sexual conduct; and (3) the matter or performance, taken as a whole, lacks serious literary, artistic, political, or scientific value.” 489 U.S. 46, 53 (1989).

32) 413 U.S. 15, 24 (1973).

33) *Denver Area Educational Telecommunications Consortium v. FCC*, 518 U.S. 727 (1996).

34) “operator reasonably believes describes or depicts sexual or excretory activities or organs in a patently offensive manner.” 518 U.S. 727 (1996).

명확성 원칙을 적용했다.<sup>35)</sup> 명확성 원칙 위반이라며 위헌 시비가 발생한 조항은 성년/미성년 구분, 실제 성행위와 가상(virtual) 성행위 구분, 그리고 불법행위 인지 여부와 관련된 조항이었다.<sup>36)</sup> 아동포르노법에 따라 피고에게 유죄가 성립하려면 그 자료가 아동포르노라고 믿고 있거나 인지해야(in a manner that reflects the belief) 했다. 또는 다른 사람들이 그렇게 믿도록 하기 위한 목적으로(in an manner...that is intended to cause another to believe) 배포하거나 유통해야 했다.<sup>37)</sup>

연방대법원은 위 조항 모두 명확성 원칙에 부합한다며 합헌판결을 내렸다. 연방대법원은 아동포르노법상 불법행위의 인지/고의 여부를 확인하는 것은 법관이나 배심원의 주관적인 판단이 아닌 사실여부의 판단으로, 그 기준이 불분명하지 않다고 보았다. 연방대법원은 또한 아동포르노금지법은 분명하게 위법 사실의 조건을 열거하고 있고, “실제 미성년자의 영상묘사”라는 조건을 분명히 제시하고 있기 때문에, 컴퓨터로 형상화한(virtual) 아동포르노나 청소년처럼 보이는 성인의 성행위는 처벌대상에 해당되지 않는다는 것이다.

연방대법원은 아동포르노법의 위헌여부를 심사하며 명확성 원칙의 적용 기준을 재확인해 주었다. 보통의 지능(a person of ordinary intelligence)을 가진 사람들에게 무엇이 금지되었는지 공정한 고지(fair notice)를 하지 못했거나, 기준이 없어 심각하게 차별적인 법집행을 용인하거나 조장한다면 헌법에 위반된다고 재확인했다. 법률조항상에 용어의 정의(statutory definitions)가 없거나, 한정된 맥락(narrowing context)도 없고, 이미 확립된 법률적 의미(settled legal meanings)도 없어 주관적인 판단을 내려야하면 명확성 원칙에 어긋난다고 설명했다. 아동포르노법에는 그런 결함이 발견되지 않았다고 연방대법원은 결론지었다.

#### (4) National Endowment for the Arts v. Finley, 524 U.S. 569 (1998)

예술적 표현에 대한 정부의 지원금 배정 기준에 대한 위헌소송에서도 명확성 원칙이 적용되었다.<sup>38)</sup> 1989년 미국의 정부기구인 미국예술진흥기금(the National Endowment for the Arts) 지원을 받는 사진전시회의 사진들의 성적 표현이 논란이 되자, 연방의회는 NEA에게 기금지원규정을 수정하라는 조건을 붙여 예산을 승인했다. 그러자 NEA는 지원기금 선정기준에 “저속하거나 불경스러운(indecent or disrespectful)” 예술작품이나 예술작업에 대해서도 “고려(taking into consideration)한다”는 규정을 추가했다

위 규정에 대한 위헌소송에서 연방대법원은 “저속하거나 불경스러운” 기준의 의미가 불분명하긴 하지만, 법적 처벌 조항이 아니어서 당사자들에게 표현의 자유를 제약하는 것은 아니라고 판결했다. 만약 형사처벌 조항이나 정부규제 조항이었다면, 상당한 불명확성 우려를 제기할 것이지만, 기금지원 규정이라서 표현의 자유가 심각하게 침해되는 것은 아니라고 보았다. 지원자들은 기금지원 신청을

35) United States v. Williams, 553 U.S. 285 (2008).

36) 미국에서 성인용 포르노는 Miller 판결 기준에 저촉되어 음란판정을 받은 경우에만 금지되지만, 아동포르노는 아동보호를 위해 Miller 판결의 음란물 기준에 저촉되지 않더라도 금지가 가능하다. New York v. Ferber, 458 U.S. 747 (1982).

37) “knowingly...advertises, promotes, presents, distributes, or solicits through the mails, or in interstate or foreign commerce by any means, including by computer, any material or purported material in a manner that reflects the belief, or that is intended to cause another to believe, that the material or purported material is, or contains...

(i) an obscene visual depiction of a minor engaging in sexually explicit conduct; or

(ii) a visual depiction of an actual minor engaging in sexually explicit conduct.” 553 U.S. 285 (2008).

38) National Endowment for the Arts v. Finley, 524 U.S. 569 (1998).

하지 않으면 아무런 제약 없이 자신들의 의사를 표현할 수 있기 때문이었다.

#### (5) 소결

미국 연방대법원이 명확성 원칙을 적용해 합헌 결정이 내려진 표현의 자유 관련 판결을 분석한 결과, 3건이 연방법이고 1건이 주법이었다. 합헌 판결이 내려진 4건의 판례 모두 성적-음란성 표현에 대한 규제조항이었는데, 연방대법원의 Miller v. California 판결에서 제시한 음란표현의 기준을 적용한 법적 규제는 명확성이 확립된 합헌법률로 인정했다. 연방대법원은 해당 법률조항에 용어의 정의가 제시되고, 제한된 맥락에서 적용되며, 법률적 의미가 확립된 경우 명확성 원칙에 부합하는 것으로 인정했다. 연방대법원은 또한 “보통의 지능을 가진 사람들”이 이해할 수 있을 정도의 명확성을 요구했다. 한편 법적 처벌조항과 달리 정부지원 조항에서는 표현의 자유가 제약되는 것이 아니므로 합헌적 명확성의 정도가 완화된다고 연방대법원은 판결하기도 했다.

<표 5> 미국 연방대법원이 명확성 원칙을 적용해 합헌 결정이 내려진 표현의 자유 관련 판결

사건명	위헌심사 법률	명확성 심사대상 단어 혹은 구절	명확성 판단 기준	판결결과
Fortwayne Books, Inc. v. Indiana, 489 U.S. 46 (1989)	인디애나 주 범죄조직 처벌법	“음란(obscene)”	연방대법원 판례 Miller v. California	합헌
Denver Area Educational Telecommunications Consortium v. FCC 518 U.S. 727 (1996)	유선방송 소비자 보호 및 경쟁법	“현재의 지역사회 기준으로 측정된 결과, 명백하게 모욕적인 방법으로 성행위나 배설행위를 묘사하는 것으로 충분히 믿을 만한(reasonably believes describes or depicts sexual or excretory activities or organs in a patently offensive manner as measured by contemporary community standards)”	연방대법원 판례 Miller v. California	합헌
United States v. Williams, 553 U.S. 285 (2008)	연방 아동포르노 금지법	“아동포르노라고 믿고 있거나(in a manner that reflects the belief) 또는 다른 사람들이 그렇게 믿도록 하기 위한 목적으로(in an manner...that is intended to cause another to believe) 포르노를 배포하거나 유통시키는 행위”	-보통의 지능을 가진 사람(a person of ordinary intelligence) -법률조항상 용어의 정의 (statutory definitions) -한정된 맥락(narrowing context) -확립된 법률적 의미(settled legal meanings)	합헌
National Endowment for the Arts v. Finley, 524 U.S. 569 (1998).	NEA 지원기준	“저속하거나 불경스러운(indecent or disrespectful) 예술작품”	정부지원기준에는 명확성 원칙이 적용되지 않음	합헌

## 5. 한국 헌법재판소 판례와 미국 연방대법원 판례의 비교 분석

헌법재판소는 불명확한 법률 조항은 자의적 법집행을 가능하게 하고 그로 인해 국민의 기본권인 표현의 자유가 위축될 수 있다며 출판사 등록법 등 6개의 법률에 대해 위헌 결정을 내렸다. 그러나 헌법재판소는 입법과정에서 불분명한 가치개념이나 규범적 개념을 사용할 수밖에 없는 불가피한 경우도 있다고 보았다. “법률의 입법목적, 규율의 대상이 되는 법률관계나 행위의 성격, 관련 범규범의 내용 등에 따라서는 그러한 개념의 사용이 허용되는 경우도 있을 수” 있다는 것이다. 그래서 헌법재판소가 입법기관에 요구하는 명확성의 정도는 “최대만이 아닌 최소한의 명확성”이고, 그 최소한의 명확성이 수용되는 경우는 “법관의 보충적인 해석”을 통해 그 객관적 의미와 규제의 범위가 확정될 수 있는 경우로 설정했다.

헌법재판소는 명확성 원칙의 부합여부를 판단할 때 용어나 구절의 문언적 의미만 판단하는 것이 아니라, 정부규제로 인한 이익과 비교형량하는 경향을 보이기도 했다. 국가안보와 같이 보호해야 할 이익이 더 크다면 불명확한 법률이라도 수용해야 한다는 것이었다. 그러나 헌법재판소는 이익형량 대신 “특수성” 기준으로 곧 입장을 바꾸었다. 법률에 요구되는 명확성의 정도가 모든 법률에 동일한 것이 아니라, “개개의 법률이나 범조항의 성격에 따라 요구되는 정도에 차이가 있을 수 있으며 각각의 구성요건의 특수성과 그러한 법률이 제정되게 된 배경이나 상황에 따라 달라질 수 있다”는 것이다.

헌법재판소는 설사 법률조항이 불명확해 기본권 침해의 여지가 있음을 인정하면서도 위헌결정을 내리지 않고, “제한적 축소 해석”을 통해 기본권 침해 부작용을 줄이는 방법을 선택했다. 표현의 자유 침해 여지가 있지만 “제한적 축소 해석”으로 합헌성을 인정함으로써, 헌법재판소는 기본권을 침해하는 입법권 남용을 적극 통제하기 보다는, 입법자의 의도를 존중하는 경향을 보였다.

미국 연방대법원도 한국 헌법재판소와 마찬가지로 불명확한 법률 규제 조항으로 인해 표현의 자유가 위축되는 것을 차단해왔다. 한국 헌법재판소와 마찬가지로, 명확성의 기준에 대한 시기적 변화양상도 나타났다. 1930년대의 공산주의자 규제 법률에 대한 위헌판결에서 연방대법원은 명확성 원칙을 적용하면서도, 구체적인 기준이나 논거가 제시하지 않았다. 1940년대 이후 출판물이나 영화에 대한 규제조항에 대해 위헌결정을 내리면서 연방대법원은 보다 구체적으로 명확성 원칙 판단기준을 제시하기 시작했다.

연방대법원이 제시한 명확성 판단 기준을 보면, 그 판단 주체는 “보통의 지능을 가진 사람(men of common intelligence)”이어야 하고, 법률조항에 용어의 정의가 제시되고, 제한된 맥락에서 적용되며, “음란”의 법적 기준처럼 판례를 통해 법률적 의미가 확립된 경우 명확성 원칙에 부합하는 것으로 간주되었다. 그러나 연방대법원도는 합법적 행위와 불법적 행위를 명확하게 구분하는 것은 입법부와 사법부에게 모두 어렵다는 점을 인정하면서, 법원이 한정해석(narrow construction)의 방법으로 법률적 의미와 범위를 명확하게 함으로써 위헌의 소지를 줄일 수 있다고 설명했다.

연방대법원은 표현의 자유 영역에서는 명확성의 기준이 더욱 엄격히 적용되어야 한다고 강조했다. 또한 청소년이나 아동을 보호한다는 목적이라고 해서 규제조항의 불명확성이 완화되거나 허용되지도 않는다고 판시했다. 청소년 대상이나 성인대상이나 관계없이 표현에 대한 규제는 명확하게 설정되어 그 법의 심판대상인 사람들이나 그 법을 집행하는 사람들 모두가 그 의미와 적용방법을 이해할 수 있도록 “세밀하게 설정된, 합리적이고, 명확한 기준(narrowly drawn, reasonable and definite standards)”이



있어야 한다는 것이다. 반면 법적 처벌조항과 달리 정부지원 조항에서는 명확성의 정도가 완화된다고 구별했다.

한국의 헌법재판소와 미국 연방대법원 판결의 공통점으로는 양국 법원 모두 불명확한 법률 규제로 인해 표현의 자유가 위축될 수 있다고 인정한 점이다. 합헌결정에 필요한 명확성의 수준이 최대한의 명확성이 아니라 최소한의 명확성이라는 점도 동일하다. 명확성을 판단으로 법관의 보충적 해석을 그 기준으로 삼는다는 점도 비슷하다. 그러한 법관의 보충적 해석의 기준으로 “보통사람의 지능” 혹은 “일반인의 통상적 법감정”이라는 측면도 유사하다고 할 수 있다.

명확성 원칙을 적용한 법률의 분야도 비슷하다. 헌법재판소는 국가보안법 등 정치·안보 차원의 규제 법률에 대해 먼저 명확성 원칙을 적용했고, 이후 출판사 등록법, 영화진흥법 등 문화·도덕적 영역의 표현으로 그 분야가 확대되었다. 연방대법원도 공산주의자 규제 법률에 먼저 명확성 원칙을 적용하고 이후 영화나 출판물의 성적, 폭력적 표현에 대한 규제 조항들로 위헌심사 대상들이 바뀌었다.

그러나 표현의 자유에 대한 접근 방식에서 양국 법원은 차이를 보였다. 헌법재판소는 연방대법원에 비해 위헌 판정을 내리는 데 소극적이었다. 법조항의 불명확성으로 인해 표현의 자유를 침해할 여지가 있다고 인정하면서도 국가보안법과 청소년보호법 조항 등에 대해 합헌결정을 내렸다. “제한적 축소 해석”이라는 방법으로 표현의 자유 침해를 차단할 수 있다는 것이었다. 미국 연방대법원도 “제한적 축소 해석” 방법을 적용했지만, 헌법재판소와 같은 소극적 태도는 취하지 않았다. *Winters v. New York* 판결이나 *Smith v. Goguen* 판결에서처럼, 하급법원의 제한적 해석도 여전히 표현의 자유를 침해한 다며 위헌결정을 내렸다. 그러나 위헌판정을 받은 법률조항들이 연방법이 아니라 주정부 법률들이라는 점에서 연방대법원의 적극적 위헌판결은 제한된 의미를 지닌다고 할 수 있다. 즉 주정부의 공정한 법집행에 대한 연방대법원의 불신이 반영된 것이라 할 수 있다.

헌법재판소의 “제한적 축소 해석” 판례는 표현의 자유를 침해할수록 더욱 높은 정도의 세밀함과 명확성을 요구한 연방대법원의 판결과 대비를 이룬다. 연방대법원은 수정헌법 1조를 침범하는 규제조항에 대해서는 보다 높은 정도의 세밀한 명확성을 요구했다. 청소년 대상이나 성인대상이나 관계없이 표현에 대한 처벌성 규제는 “세밀하게 설정된, 합리적이고, 명확한 기준(narrowly drawn, reasonable and definite standards)”이 있어야 한다고 판결했다. 이에 비해 헌법재판소는 청소년 보호법 조항에 대해 합헌결정을 내리면서, “처벌법규의 구성요건이 지나치게 구체적이고 정형적이 되어 부단히 변화하는 다양한 생활관계를 제대로 규율할 수 없게 될 것”을 우려했다. 이밖에도 헌법재판소는 표현의 자유를 침해여지가 있는 법률이라도 “완전폐기 함에서 오는 국가적 불이익”이 더 크다는 이유로 국가보안법 고무·찬양 조항에 대해 한정합헌 결정을 내렸고, 국가안보상 “현실의 변화에 유연하게 대응할 수 있도록 불확정개념으로 규율할 필요성이 있다”며 불온도서를 금지한 군인사법 조항에 대해 합헌판결했다.

## 6. 결 론

한국의 헌법재판소와 미국의 연방대법원이 명확성 원칙을 적용한 표현의 자유 관련 판결을 분석 결과, 많은 공통점과 약간의 차이점이 발견되었다. 공통점을 보면, 양국 법원 모두 불명확한 법률로

인한 표현의 자유가 위축된다며 명확성 원칙을 위헌심사 기준으로 적용했다. 양국 법원이 요구하는 명확성은 “최소한의 명확성”이고, 그러한 판단을 법관의 “제한적 해석”에 맡긴다는 점도 공통적이다. 헌법재판소는 “법문언이 해석을 통해서, 즉 법관의 보충적인 가치판단을 통해서 그 의미내용을 확인해 낼 수 있고, 그러한 보충적 해석이 해석자의 개인적인 취향에 따라 좌우될 가능성이 없다면 명확성의 원칙”에 부합한다고 보았다. 미국 연방대법원도 합법적 행위와 불법적 행위를 명확하게 구분해 입법하는 것은 어렵기 때문에, 법원이 한정해석(narrow construction)의 방법으로 법률적 의미와 범위를 명확하게 함으로써 위헌의 소지를 줄일 수 있다고 인정했다.

그러나 미국 연방대법원은 표현의 자유를 침해하는 법적 규제에 대해서는 보다 높은 수준의 명확성을 요구했다. 수정헌법1조를 침해할 여지가 있는 법조항은 “세밀하게 설정된, 합리적이고, 명확한 기준(narrowly drawn, reasonable and definite standards)”이 제시되어야 한다는 것이다. 반면, 헌법재판소의 판례에서는 그 기준이 오히려 완화되는 경우가 발견되었다. 헌법재판소의 경우, 불명확한 법률조항으로 인해 표현의 자유 침해여지가 있다는 점을 인정하면서도, 그러한 규제를 통해 얻는 국가사회적 이익이 더 크다는 이유로, “현실의 변화에 유연하게 대응할” 필요가 있다는 등의 이유로 명확성 원칙을 엄격히 적용하지 않았다.

소위 “미네르바 사건”과 같은 표현의 자유를 침해하는 자의적인 법집행을 예방하고, “미네르바 사건” 위헌 판결 이후 국회에 경쟁적으로 제출된 법안들이 법제화되는 것을 방지하려면, 적어도 표현의 자유영역에서는 헌법재판소의 명확성 원칙 심사기준이 보다 세밀하고 엄격해져야 할 것이다. 입법부의 불명확한 조항을 “제한적 해석”이라는 전제로 합헌판결을 내리기 보다는, 혹은 현실변화에 유연하게 대처해야 한다는 명목으로 불명확한 법률규제를 용인하기 보다는, “제한적 해석”이 필요 없는 명확한 조항을 법제화하도록 입법부에 요구해야 할 것이다. “표현의 자유”를 규제하는 법률조항에 대해서는 보다 엄격한 명확성 기준을 충족시킬 것을 헌법재판소가 입법부에 요구할 때, 기본권 수호자로서 헌법재판소 본연의 기능을 발휘할 수 있을 것이고, 표현의 자유가 명실상부한 기본권 중의 기본권으로 보호받을 수 있을 것이다.

## ■ 참고문헌

- 김수영·조규범 (1999). 사이버스페이스에서의 표현의 자유. 『미국헌법연구』, 10, 67~118.  
 김응규 (2007). 위헌심사기준으로서의 명확성과 광범성무효의 원칙. 『공법연구』, 35(3), 1~26.  
 박종보 (2004). 미국헌법상 위헌적 조건의 범리. 『미국헌법연구』, 15, 97~125.  
 신평 (2007). 헌법재판소의 한정합헌결정과 한정위헌결정 형식에 대한 비판적 검토 『법학논총』, 27, 345~367.  
 안원화 (2009). 부당이득죄(형법 제349조)와 명확성의 원칙. 『법학연구』, 50(2), 261~281.  
 이봉의·전종대 (2008). 독점규제법 제3조의2 제1항 제5호 후단 “소비자이익 저해행위” 금지의 위헌성 판단: 명확성 원칙을 중심으로. 『서울대학교 법학』, 49(3), 241~280.  
 이준일 (2001). 헌법재판소가 이해하는 명확성원칙의 비판적 재구성. 『헌법학연구』, 7(1), 267~306.  
 임웅 (2004). 형법상 명확성의 원칙. 『성균관법학』, 16(1), 481~498.  
 우희창 (2011). 전기통신기본법 개정안의 문제점 검토: 명확성원칙 위반 관점에서 본 개정안 문제점. 한국언론정보학회 봄철 정기학술대회. 2011. 5. 27.

- 정태호 (2001). 헌법재판의 한계에 관한 고찰: 입법형성의 여지를 규정하는 요인들에 대한 분석을 중심으로. 『공법연구』, 30(1), 223~245.
- 홍기태 (2000). 명확성의 원칙에 관한 연구. 『헌법논총』, 11, 267~302.
- Amsterdam, A. G. (1960), The Void for Vagueness Doctrine in the Supreme Court, *U. of Pennsylvania Law Review*, 109, 67~116.
- Goldsmith, Andrew E. (2002-2003). Void-for-Vagueness Doctrine in the Supreme Court, Revisited. *American Journal of Criminal Law*, 30, 279~313.
- Hadfield, Gillian K. (1994), Weighing the Value of Vagueness: An Economic Perspective on Precision in the Law, *California Law Review*, 82, 54~554.
- Jeffries Jr., J. C. (1985). Legality, Vagueness, and the Construction of Penal Statutes. *Virginia Law Review*, 71, 189~245.
- Waldron, J. (1994). Vagueness in law and language: Some philosophical issues. *California Law Review*, 82, 509-540.
- Wright, Robert H. (2004-2005). Today’s Scandal Can Be Tomorrow’s Vogue: Why Section 2(a) of the Lanham Act Is Unconstitutionally Void for Vagueness. *Howard Law Journal*, 48, 659~684.

(투고일자: 2011.6.15, 수정일자: 2011.7.30, 게재확정일자: 2011.8.3)

ABSTRACT

## Free Speech and the Void for Vagueness Doctrine: A Comparative Analysis of Free Speech Cases in the Korea Constitutional Court and the United States Supreme Court

Hosoon, Chang\*

This paper is a comparative analysis of constitutional decisions in which the Korea Constitutional Court and the United States Supreme Court applied the void for vagueness doctrine into free expression issues. Common aspects are: both courts applied the void for vagueness doctrine on the grounds that vague laws bring chilling effect on freedom of expression. Acknowledging inevitable uncertainties in lawmaking and legal jargons, however, both courts required minimum standards in the void for vagueness doctrine. In the cases where unclear legal meanings resulted in constitutional challenges, both courts adopted the “narrowing construction” by the courts or judges based on average/ordinary person’s understanding. The biggest differences between the two constitutional courts are their approach to the degrees of vagueness allowed in free expression cases. The U.S. Supreme Court underscored the necessity of narrowly drawn, reasonable and definite standards. Meanwhile, the Korea Constitutional Court relaxed its standards in some cases such as the National Security Law cases, even though it admitted the possibility of curtailing the right to free expression. The Court reasoned that those laws, though vague, brought with bigger social interests and are necessary tools in dealing with changing world.

Keywords: Freedom of Expression, Void for Vagueness, Korea Constitutional Court, U.S. Supreme Court

---

\* Department of Journalism and Mass Communication, Soonchunhyang University