

신문법 및 언론피해구제법에 관한 헌재결정

- 헌재 2006. 6. 29. 2005헌마165등 신문법 등 위헌확인 사건 -

朴 容 相

辯護士

前 憲法裁判所 事務處長

- 目 次 -

I. 사건 경위	603
II. 신문법	604
1. 서	604
2. 신문내용에 대한 규제	605
가. 신문법 제4조 및 제5조 - 사회적 책임과 공정성 및 공익성	605
나. 청구인들의 위헌 주장 논거	606
다. 결정내용 - 각하	612
라. 비판	613
3. 언론의 내적 자유에 관한 규정	615
가. 신문법 제3조 및 제18조	615
나. 청구인들의 주장	616

다. 결정 내용 - 각하	626
라. 비판	627
4. 구조 규제에 관한 규정	628
가. 언론의 다양성 원리 및 정책 수단	628
나. 신문법 제15조	632
다. 청구인들의 주장	633
라. 결정 내용 - 합헌 및 헌법불합치	636
마. 비판	637
5. 신문사업자의 자료제출의무	638
가. 신문법 제16조	638
나. 청구인 측 주장	638
다. 결정 내용 - 합헌	640
6. 시장지배적 신문사업자에 대한 규제	641
가. 신문법 제17조	641
나. 청구인 측 주장	641
다. 결정 내용 - 위헌	643
7. 언론에 대한 국가의 지원	645
가. 헌법상 한계	645
나. 신문법의 규정	645
다. 청구인들의 주장	646
라. 결정 내용 - 각하	649
마. 비판	650
Ⅲ. 언론피해구제법(언론중재법)	651
1. 서론	651
가. 제정의 의의	651
나. 인격권에 관한 규율의 법리	652
2. 구제제도에 관한 구체적 쟁점	654

가. 언론에 의한 인격권 침해의 위법성 조각사유	654
나. 구체청구권 규정	655
3. 언론중재위원회의 권한 및 절차	662
가. 개관	662
나. 조정 및 중재절차상의 문제	663
다. 시정권고 절차	664
4. 부칙 - 소급효 인정의 위헌성	669
가. 청구인 측 주장	669
나. 결정 내용 - 위헌	669
IV. 헌법소원의 적법요건	670
1. 서론 - 기존판례	670
2. 추상적·선언적 규정	673
가. 독일에서 헌법소원의 적법성에 관한 판례 및 학설	673
나. 미국 판례상 위축효과와 법리	674
3. 조직·권한규범 및 재판규범	678
4. 비판	680
V. 맺음	681
참고문헌	683

I. 사건 경위

국회는 2005. 1. 27. 법률 제7369호로 중전의 정기간행물등에관한법률을 ‘신문등의자유와기능보장에관한법률’(이하 “신문법”이라 한다)로 바꾸면서 전문개정·공포하였고, 같은 날 법률 제7370호로 ‘언론중재및피해구제등에 관한법률’(이하 “언론중재법” 또는 “언론포해구제법”이라 한다)도 제정·공포하였다. 이들 법률은 공포 후 6월이 경과한 2005. 7. 28.부터 시행되었다.

동아일보사는 2005. 6. 9.(2005헌마555), 조선일보사는 같은 해 8. 26.(2005헌마807) 위 신규 제정된 신문법 및 언론중재법 중 여러 조항이 청구인들의 헌법상 보장된 기본권을 침해한다고 주장하며 헌법소원심판을 청구하였다.¹⁾ 그 청구서에는 헌법상 신문 등 미디어의 기능, 지위 및 신문의 자유의 본질을 비롯하여 그 보장 내용과 함께 헌법상 요구되는 미디어질서의 다양성 원리에 비추어 그 구현정책 수단에 관하여 광범위하고 다양한 논거가 제시되었다.²⁾

헌법재판소는 위 청구인들 외에 7인이 제기한 헌법소원을 병합하여 2006. 6. 29. 이 사건에 관하여 결정을 선고하였다.

헌법재판소는 이 사건 결정에서 헌법상 신문의 자유에 관하여 원론적 차원에서 중요한 관점을 표명하였다. 즉, 신문은 “그 취재와 보도를 통하여 정치·경제·사회·문화 등 다양한 분야에서 일상적인 커뮤니케이션을 매개하고 있고, 특히 민주주의 정치과정에서 정치적 의사를 형성·전파하는 매체로서 중요한 역할을 담당한다.” “신문의 자유는 개인의 주관적 기본권으로서 보호될 뿐만 아니라, ‘자유 신문’이라는 객관적 제도로서도 보장되고 있다.” “신문의 자유에 의하여 보호되는 것은 정보의 획득에서부터 뉴스와 의견의 전파에 이르기까지, 언론으로서의 신문의 기능과 본질적으로 관련되는 모든 활동이다.” “객관적 제도로서의 ‘자유 신문’은 신문의 사경제

1) 필자는 위 헌법소원 사건에서 청구인 조선일보사의 소송대리인이었음.

2) 이 사건에서 조선일보를 대리한 필자의 심판청구서 전문은 <http://www.chosun.com/culture/news/200506/200506100158.html> 및 <http://blog.naver.com/prkys500/150000149741>에 게재되어 있다.

적·사법적(私法的) 조직과 존립의 보장 및 그 논조와 경향(傾向), 정치적 색채 또는 세계관에 있어 국가권력의 간섭과 검열을 받지 않는 자유롭고 독립적인 신문의 보장을 내용으로” 한다는 등의 판시는 우리 헌법 교과서에 새로운 내용을 추가하게 될 것이다.

그럼에도 헌재가 위 결정에서 청구인 언론사 측이 제기한 여러 위헌적 쟁점에 관하여 위 원론적 판시에 부합하는 실체적 판단을 한 것은 아니다. 이하 이 글에서는 신문법과 언론중재법(언론피해구제법) 부분을 나누어 심판청구 대상 조항에 관한 언론사 측의 위헌 주장과 그에 대한 헌재의 판단에 관하여 요약 설명하고 그에 대한 약간의 비판을 행하고자 한다.

헌재 국회에서는 이 사건 헌재 결정에서 위헌으로 판단된 사항과 그밖에도 위헌의 의심이 있는 조항들에 대한 개정작업에 들어갔다. 이 글이 위 개정논의에 일조가 되기를 바란다.

II. 신문법

1. 서

우리 헌법은 자유민주주의의 이념을 기본으로 하고 있다. 헌법상 언론의 자유는 자유주의 및 민주주의라고 하는 상호 긴장관계에 있는 2가지 이념을 기반으로 한다. 자유주의적 측면에서 보면 언론의 자유의 헌법적 보장은 개인의 표현 및 언론에 대한 간섭이나 억압을 금지하는 국가권력에 대한 명령으로 나타난다. 그런 한에서 언론의 자유는 개인적·소극적·방어적인 성격을 가지며, 법적 규율을 배척한다. 그와 동시에, 언론은 여론형성에 참여함으로써 국민의 정치적 의사형성, 즉 국가의 정책결정에 영향을 미치게 한다는 점에서 언론의 자유는 객관적 의미와 함께 제도적 성격을 부여받게 되고 그 한에서 법적 규율을 받게 된다.

한편, 자유민주주의 체제에서 여론형성은 국민 다수가 다양한 의견과 이익을 가진다는 점을 전제로 그들의 자유롭고 다양한 의견 개진과 상호간의

토론에 의해 조화와 절충이 이루어지는 가운데 통합적인 국가의사가 결정되는 과정을 밝게 된다. 헌법상 언론의 자유는 신문, 방송 기타 미디어가 위와 같은 여론형성의 주체로서 국가의 간섭이 없이 자유로이 보도·논평할 수 있도록 보장한다.

청구인들은 이러한 언론의 자유에 관한 기본 입장에서 보아 심판 대상 법률 규정들은 신문의 자유의 자유주의적 측면을 등한시한 채, 그 사회적 책임을 너무 강조한 나머지 신문의 보도·논평과 기업활동에 대한 과도한 법적 규율을 행함으로써 자유민주주의 헌법이 전제로 하는 신문의 자유를 침해하고 있다고 주장하였다.

주지하는 바와 같이 위 법률들은 노무현 정부하에서 언론개혁을 위한 법 개정운동의 결과로 제정된 것이다. 그 개정운동의 주체였던 이른바 ‘권력과 자본으로부터 독립한 언론’의 쟁취라는 구호를 내건 언론운동권 세력의 주장에 의하면 기존의 신문언론은 소수 거대 매체에 의해 독점되어 있기 때문에 여론형성의 다양성을 확보하고, 신문 언론에 의한 여론형성이 왜곡되는 것을 방지하기 위해 국가가 나서서 법적 조치를 마련할 필요가 있다는 것이었다. 그 결과 위 법에는 자유주의적 경향이 위축되고, 급진적인 민주주의적 이념을 실현하는 여러 제도가 규정되게 되었다. 이하에서 구체적인 쟁점 사항에 관하여 살핀다.

2. 신문내용에 대한 규제

가. 신문법 제4조 및 제5조 - 사회적 책임과 공정성 및 공익성

신문법 제4조는 ‘정기간행물 등의 사회적 책임’이란 제하에 “정기간행물 및 인터넷신문은 국민의 화합과 조화로운 국가의 발전 및 민주적 여론형성에 이바지하여야 하며, 사회 각계각층의 다양한 의견을 균형 있게 수렴하여야 하고, 지역간·세대간·계층간·성별간의 갈등을 조장하여서는 아니 된다.”(법 제4조 제2항) “정기간행물 및 인터넷신문은 국민의 알 권리와 표

현의 자유를 신장하여야 한다”(법 제4조 제3항)고 규정한다.

나아가, 신문법 제5조는 ‘정기간행물의 공정성과 공익성’이란 제하에 “정기간행물에 의한 보도는 공정하고 객관적이어야 한다.”(제5조 제1항) “정기간행물은 성별·연령·직업·신념·계층·지역·인종 등을 이유로 편집에 있어 불합리한 차별을 두어서는 아니된다.”(제5조 제2항) “정기간행물은 상대적으로 소수이거나 이익추구의 실현에 불리한 집단이나 계층의 이익을 충실하게 반영하도록 노력하여야 한다.”(제5조 제3항) “정기간행물은 지역사회의 균형있는 발전과 민족문화의 창달에 힘써야 한다.”(제5조 제4항) “정기간행물은 정부 또는 정당, 특정집단의 정책 등을 공표함에 있어 의견이 다른 집단에게 균등한 기회가 제공되도록 노력하여야 하고, 또한 각 정치적 이해당사자에 관한 보도를 함에 있어서도 균형성이 유지되도록 하여야 한다”(제5조 제5항)고 규정한다.

나. 청구인들의 위헌 주장 논거

신문법이 새로이 규정하고 있는 언론의 사회적 책임에 관한 위 규정들은 언론인의 직업윤리를 법적 의무로 확인하고 있어 얼른 보아 이상적인 신문상(新聞像)을 구현하기 위해 당연한 규율이라고 보일 수 있다.

그러나 청구인들의 주장에 의하면 위 규정들은 신문의 보도 및 논평에 대한 제한을 명시한 것이기 때문에 이른바 내용규제(content-based regulation)에 해당하며, 헌법적 차원에서 볼 때 이들 규정은 기본권 제한 입법에서 기본적으로 요구되는 명확성 원리에 배치되고, 표현의 자유에 대한 내용규제에 요구되는 엄격한 요건을 충족시킬 수 없을 뿐 아니라, 위와 같은 신문에 대한 법적 요구는 신문의 자유의 핵심을 이루는 경향보호(Tendenzschutz), 즉 논조보호를 폐기하게 된다는 점에서 위헌이라고 주장하였다.

청구인들은 종전 현재의 기본권 제한의 요건에 관한 확립된 판례 법리에 따라 그 입법목적, 수단 및 비례의 원칙에 관하여 이들 법률 조항의 위헌

성을 다음과 같이 주장하였다.

(1) 입법목적의 정당성 여부

첫째, 입법목적의 정당성 여부에 관하여 입법자의 명시적인 입법목적이 제시된 바는 없으나, 그 간 보도된 바에 의하면 신문법을 입안하고 관철하려는 사람들의 의도는 현재의 여론형성이 편파적인 언론보도에 의해 왜곡되고 있어 이를 시정하여 공정성과 공익성을 추구하도록 촉구하려는 데 있는 것으로 보인다. 그렇다면 자유민주주의 헌법체제하에서 국가권력이 언론시장의 왜곡을 시정하고 올바른 여론형성을 위해 입법적 조치를 취할 수 있는가 하는 문제가 제기된다. 그러한 조치는 여론이 올바로 형성되고 있지 않다는 인식에서 이를 시정하여야 한다는 생각을 전제로 하기 때문에 언론시장에 나오는 각 신문의 보도·논평이 올바로 사회적 책임을 이행하지 않거나, 불공정하게 보도하고 있다는 것을 전제로 하는 것이다.

그러나 자유민주주의체제하에서는 사상의 시장에 등장하는 여러 의견의 내용이 좋고 나쁘다거나, 옳고 그름을 판단할 수 있는 주체는 국민(독자)뿐이고, 국가권력이 이를 행할 수 없음은 물론이다. 편파적인 언론에 대하여는 대응언론에 의해 시정될 수 있을 뿐, 그것이 법이나 공권력에 의해 시정될 수는 없다. 미국 연방대법원의 표현에 의하면 “수정헌법 제1조하에서는 틀린 아이디어란 존재하지 않는다. 한 의견이 아무리 해로운 것이라 하더라도 우리는 그 시정을 법관이나 배심의 양심에 의존하지 아니하며, 아이디어의 경쟁에 의존한다”고 한다.³⁾

그리고 자유민주체제를 지향하는 사회에서 공익이 무엇인가 하는 점에 대한 여론형성은 국가적 영역과 무관한 사회적 영역에서 이루어지는 것이며, 그에 대한 국가나 공권력의 개입과 간섭은 금지된다. 특히, 신문의 경우 각각의 논조와 경향은 다종 다양할 수밖에 없고, 그것이 공정성이나 공익성이라는 극히 막연하고 확실적인 개념에 의해 재단될 수 없음은 명백하다. 이러한 막연하고 추상적 개념을 내세운 국가권력에 의한 의견시장의 개입은 헌법원리로서 여론의 다양성 원칙을 훼손하며, 그에 상응하는 국가

3) Gertz v. Robert Welch, Inc., 418 U.S. 323, 339-40 (1974)

의 중립성 원칙을 위반하는 것이다. 법은 항상 집권한 다수파에 의해 집행되기 마련이고, 공익의 관점은 그들의 관점에 의존하게 된다는 점을 간과할 수 없다면 이러한 법규정의 해악성을 쉽게 간취할 수 있다. 이러한 의미에서 미디어는 헌법상 제도적 영역 밖에 존재하는 것이며, 국가권력은 여론형성 과정에서 물러나 있어야 한다.

둘째, 도덕의 세계에 국가권력이 간섭하는 것은 애당초 허용될 수 없다는 점이 지적되어야 한다. 자유민주주의적 사고에 의할 때 국가가 법에 의해 관여할 수 있는 영역에는 일정한 한계가 있다. 국가가 공권력에 의해 강제력을 사용할 수 있는 경우란 동의 없는 제3자에 대한 해악을 방지하기 위한 경우에 한하며(이른바 ‘해악의 원리’, “harm” principle), 따라서 국가의 공권력 발동은 타인의 보호받는 권리나 이익의 침해가 있을 것을 요건으로 한다.⁴⁾ 그러나 이러한 법의 침해가 문제되지 않는 도덕의 세계에 국가는 간섭할 수 없으며, 그러한 종교적·윤리적 사항은 사회분야에 유보되는 것이다. 그 때문에 도덕의 문제에 국가가 관여하는 것은 애당초 허용되지 않는 것이 당연하다고 생각된다.

먼저 신문의 보도·논평활동에 대하여 요구되는 규범 중 법적으로 규율될 수 있는 사항과 언론인의 윤리로서 지켜져야 할 사항은 엄밀히 구별되어야 한다. 그럼에도 신문법의 위 규정들은 위 양자를 혼동함으로써 윤리적 사항을 법적으로 강제하려 한다는 점에서 위헌논란을 면할 수 없다.

(2) 수단의 위헌성

(가) 명확성 원리 위반

동법의 위 규정들은 모호하고, 따라서 법집행자의 자의적인 해석의 여지를 배제할 수 없기 때문에 문면상 무효(void on its face)라고 추정될 수 있는 부분이 많다. 무엇이 공정한 것이며, 알 권리를 보호하는 것인가, 또는 무엇이 공익인가는 각각의 입장이 대변되고 토론되는 과정에서나 밝혀질 수 있는 것일 뿐, 어떤 선형적인 것이 있을 수 없기 때문에 이를 법적으로 규정하는 경우 끊임없는 논쟁의 악순환만을 가져오게 된다.

4) Gerard V. Bradley, 71 NTDLR(Notre Dame Law Review 1996) 671, 672.

(나) 내용규제 요건의 미비

그 뿐 아니라 신문법 제4조 및 제5조 각호에 규정된 내용들은 모두 이른바 언론의 내용을 규제하는 조항들(content-based regulations)이고, 그것은 엄격한 요건을 구비하지 않는 한 강력한 위헌의 추정을 받게 된다. 특별한 사정이 있어 특별한 규율이 필요한 경우에는 필수적인 법익 보호를 위해, 필요 최소한의 제약수단을 취한 경우에만 허용될 수 있다는 것이 미국 및 독일의 판례일 뿐 아니라 우리 헌법재판소의 입장이기도 하다.

먼저 위에서 본 바와 같이 그 입법목적에서 어떠한 공익을 위해 필수적인 것이 보호되어야 할 것인가에 관하여 명백히 제시된 바가 없고, 국가권력에 의해 여론시장의 왜곡을 시정한다는 것은 애당초 허용될 수 없는 목적이다. 나아가, 내용규제가 중립성에 입각해야 함은 물론이다. 이것은 자유민주주의의 의사결정과정에서 나오는 요청이다. 미국 연방대법원의 확립된 판례에 의하면 견해에 근거하여 내용을 규제하는(viewpoint-discrimination) 법률은 거의 예외 없이 위헌으로 간주된다. 그에 의하면 자기마음에 들지 않거나, 사회적으로 인기 없는 생각을 검열하기 위한 규제는 허용될 수 없다.

특히, “정기간행물은 상대적으로 소수이거나 이익추구의 실현에 불리한 집단이나 계층의 이익을 충실하게 반영하도록 노력하여야 한다”(제5조 제3항). “정기간행물은 지역사회의 균형있는 발전과 민족문화의 창달에 힘써야 한다”(제5조 제4항). “정기간행물은 정부 또는 정당, 특정 집단의 정책 등을 공표함에 있어 의견이 다른 집단에게 균등한 기회가 제공되도록 노력하여야 하고, 각 정치적 이해당사자에 관한 보도를 함에 있어서도 균형성이 유지되도록 하여야 한다”(제5조 제5항)고 하는 규정들은 정보의 전파를 억제하는 소극적 규제에서 한 걸음 더 나아가 적극적으로 정보의 전파를 강제한다는 점에서 편집적 재량에 대한 적극적 간섭을 의미한다.

미국 연방대법원에 의하면 편집적 판단(editorial judgment)이란 공표 여부, 무엇을 공표할 것인가, 무엇을 말하고 말하지 않을 것인가 하는 공표를 위한 자료의 선택이고, 그것은 본질적으로 청중이 원하고 필요로 하는 사실과

생각을 전파함에 관한 세부적 레벨의 결정으로 구성된다.⁵⁾ 뉴스 환경에서 이들 세부레벨의 취사결정은 일반 수용자에게 유용하고 가치 있는 시사 정보와 관련하여, 정치적, 경제적 사회적 또는 개인적이든, 공적 중요성을 갖는 사항에 관하여, 진실한 사실과 그에 관한 의견을 전달할 목적을 가지고 그러한 절차에 종사하는 사람들에 의해 행해진다.⁶⁾

편집자에 의해 행해지는 취사결정은 진래적인 수정헌법 제1조의 의미에서 분명히 중립적인 것이 아니며, 그것은 격렬하게 논란되는 사실적 진술의 진실 여부, 어떤 쟁점이 중요하고 그렇지 아니한가, 어떠한 주장과 관점이 옳고 그른가, 어떠한 정책이 좋고 나쁜가 등에 관한 결정을 포함한다. 이에 더하여 미국 연방대법원은 그러한 결정은 그것이 대부분 제3자의 언론의 집합이라 하더라도 자유로운 표현 또는 표현적 행위의 행사라고 덧붙였다.⁷⁾ 바꿔 말하면 편집적 판단은 공표를 위한 언론의 취사에 있어서 견해에 따른 선택의 자유이다.⁸⁾

(다) 평등원칙 위반

언론의 보도·논평활동에 대하여 법적으로 규제될 수 있는 것은 이미 법적으로 보호받는 법익에 대한 침해(명예훼손, 음란 등)나 그에 대한 명백하고 현존하는 위험이 있는 경우에 한하는 것이고, 그러한 사항은 일반법인 형법이나 민법 등에 이미 규정되어 있다. 독일에서 표현의 자유는 일반법률에 의해서만 제한할 수 있고, 언론매체에게만 일반 시민과 다른 내용규제를 가할 수 없다는 법리가 판례와 학설에 의해 확립되어 있다. 언론 매체에 대해서만 그 공표내용에 관하여 특별한 법적 의무를 부과하는 것은 우선 평등의 원칙에 위반되어 위헌의 추정을 받게 된다.

그리고 신문법이 새로이 규정한 내용상 규제는 종전 방송법에 규정되어 있던 것들이다. 이들 의무가 방송에 적용되는 것은 공공의 소유인 전파를 사용하면서 과점적일 수밖에 없어 공공성에 구속되어야 할 특성 때문에 허

5) Miami Herald Publ'g Co. v. Tornillo, 418 U.S. 241 (1974); CBS v. Democratic Nat'l Comm., 412 U.S. 94 (1973); N.Y. Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).

6) Randall P. Bezanson, William G. Buss, THE MANY FACES OF GOVERNMENT SPEECH, 86 IALR(Iowa Law Review, August, 2001) 1377, 1439.

7) Bezanson & Buss, id. p. 1439.

8) Bezanson & Buss, id. p. 1440.

용되는 것일 뿐,⁹⁾ 그와 특성이 다른 사적 매체로서 다양한 논조와 경향이 보호되어야 할 신문의 경우에도 이를 그대로 적용하게 하는 것은 신문을 방송과 동일시하여 다른 것을 같게 취급하는 것이어서 자의금지의 원칙에 위반할 뿐 아니라 과잉규제를 하는 것이다.

(라) 신문의 논조에 대한 침해

법이 모든 신문보도에 공정성을 요구하는 것은 신문의 자유의 핵심을 이루는 '경향보호'(Tendenzschutz), 즉 논조보호의 요청에 배치되어 위헌이다. 자유민주사회에서 여론형성과정은 다양한 의견과 이익이 자유롭게 표현되어 조화와 절충을 거쳐 통합적인 결론을 이루어내는 것이고, 그 과정에서 각 신문은 언론의 자유의 주체로서 자기의 입장에 따라 자유로운 의견을 표현함에 아무 제약을 받아서는 안되는 것이다. 각 신문은 여론형성에 기여할 의무가 있지만, 그것은 각 신문이 일정한 노선이나 입장에 따라 자기의 견해를 표명·전파하는 방법에 의할 뿐, 자기와 반대되는 견해도 옹호하거나 전파할 의무는 없다. 여론의 다양성은 독립적인 신문 다수가 각각 독자적인 의견을 제시함으로써 이루어지는 것이지, 모든 신문이 모두 공정한 입장에서 보도·논평하라고 요구한다면 획일적인 논조만을 요구하는 것이다. 신문마다 공정하게 보도하여야 한다는 것은 모든 신문을 공영매체와 동일시하는 것이다. 그러므로 공권력의 이러한 보도·논평의 자유에 대한 간섭은 신문의 자유의 핵심을 침해하는 것이다.

(마) 위헌 주장 요약

이렇게 본다면 신문의 사회적 책임이나 신문보도의 공정성, 공익성을 요하는 위 조항들은 모두 헌법상 신문의 자유를 침해하는 것으로서 위헌이다. 이러한 의무를 공적 매체인 공영방송에 부과하는 것은 신중하게 검토될 수 있지만, 이를 다양한 이익과 의견의 표출이 자유로워야 할 여론시장의 주체인 모든 신문에 부과하는 것은 신문의 경향보호의 원칙이나 여론의 다양성 원리에 배치되어 명백한 위헌이다.

신문법은 모든 신문이 사회적 책임에 근거하여 공정성, 공익성, 독자의

9) 독일 연방헌법재판소 1961. 2. 28. 제1차 방송판결 BVerfGE 12, 205(246-263)

이익에 따라야 한다는 일련의 의무조항을 신설함으로써 신문의 자유를 이러한 의무에 기속된 도구적 권리로 전락하게 하고 말았다. 법은 권력을 쥔 자에 의해 집행되기 마련이고 이러한 추상적 이념적 개념에 보도와 논평활동을 매이게 하는 것은 권력을 잡은 집단의 정의가 그에 의해 구현될 터전을 제공하게 된다. 정치권력은 이를 근거로 신문을 감시하고 통제할 훌륭한 근거를 가지게 된다.

다. 결정 내용 - 각하

헌법재판소는 결정에서 이 부분 위헌심판청구를 위 법률의 제정으로 신문사업자인 청구인들에 대한 직접적인 기본권 침해가 있다고 볼 수 없다는 이유로 각하하고 있다.

즉, 현재는 이들 조항의 기본권침해의 가능성 내지 직접성의 인정 여부에 관하여 “법률 또는 법률조항 자체가 헌법소원의 대상이 될 수 있으려면 그 법률 또는 법률조항에 의하여 구체적인 집행행위를 기다리지 아니하고 직접·현재·자기의 기본권을 침해받아야 하는 것을 요건으로 하고, 여기서 말하는 기본권침해의 직접성이란 집행행위에 의하지 아니하고 법률 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우를 뜻한다”고 하는 종전의 입장을 확인하면서, 상술한 규정들은 “신문의 사회적 책임이나 신문보도의 공정성·공익성 또는 신문의 편집·제작에 있어 독자의 참여 내지는 그 권익을 보호하도록 요구하는 추상적·선언적 규정”에 불과하고 그 위반에 대한 제재규정도 없으며, “실사 신문사업자인 청구인들이 위 조항들로 인하여 어떤 부담이나 제약을 받는다고 할지라도 그것은 헌법상 보장된 기본권에 대한 제한이나 규제라 할 수 없으므로, 이 조항으로 말미암아 신문사업자인 청구인들에게 자유의 제한이나 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생기는 것이 아니”라고 하여 그 적법요건이 갖추어지지 아니한 것으로 보았다.

그러면서 신문은 본질적으로 자유로워야 하지만 그 자유에 상응하는 공

적 책임을 아울러 저야 하고, 따라서 신문은 공정하고 객관적인 보도를 통하여 민주적 여론형성에 기여하고 국민의 알 권리를 충족시켜야 하는 것이 헌법적 요청이고(헌재 2002. 7. 18. 2001헌마605, 판례집 14-2, 84, 103), 문제된 “위 신문법 및 언론중재법 조항의 내용은 신문이나 정기간행물이 이러한 헌법의 요청, 나아가 우리 헌법의 전반적 가치질서를 위반하여서는 아니되고, 그러한 헌법적 가치를 존중하고 이를 실현하기 위하여 노력하여야 한다는 것을 천명하고 있을 뿐이”라고 설시한다.

라. 비판

그러나 이 부분 현재의 판시는 앞서 심판청구 이유에 적시한 사유들에 대한 적절한 대답이 될 수 없고, 이에 대하여는 다음과 같이 비판될 수 있다.

첫째, 심각한 문제는 헌재가 위 조항들이 규정하고 있는 내용을 헌법상 신문에 요구되는 합헌적 의무를 법적으로 확인한 것이라고 보고 있다는 점이다. 이러한 판단이 헌법상 신문의 자유의 본질과 그 보장내용을 올바르게 이해한 것인가 하는 의문을 들게 한다. 현재의 판단에 의하면 언론에 대해 위헌적인 의무가 있다고 확인 선언하는 법률규정을 합헌이라고 보고 있으니, 그 결론에 쉽게 동의할 수 없음은 물론이다. 언론이 민주적 여론형성에 기여하는 것은 당연하고 그 사회적 책임을 이행하는 것이 사회적 윤리적 차원의 의무임에 틀림없지만, 특히 신문의 경우 각자의 입장에 따라 다양한 논조와 시각을 전개하는 논조 및 경향보호가 헌법상 신문의 자유의 주된 내용이라고 본다면(헌재도 이 사건 결정 판시의 다른 부분에서 이를 인정하고 있다), 이러한 신문의 자유의 보장내용에 정면으로 배치되는 의무를 법적으로 확인 선언하는 규정을 존치시킬 수 없음에도 헌재는 적법요건 불비를 이유로 그에 관한 분안 판단을 기피하고 있는 것이다. 여론의 다양성은 상호 편파적인 것으로 보이는 여러 신문이 공존하여 상호 공방과 비판이 허용됨으로써 성취될 수 있고, 그 과정에서 하나의 공공복리를 위한

결론을 도출하는 것이라고 하는 명백한 현상을 이해하지 못하고 있는 것이다.

둘째, 현재는 설사 위와 같은 조항을 위반한 경우 제재규정이 없고, 그에 의해 청구인들에게 어떤 부담이나 제약을 줄지 몰라도 그것은 법적인 제약이 될 수 없다고 하여 직접적인 기본권 침해 가능성을 부인하고 있으나, 이것은 표현의 자유에 관하여 미국 판례로 확립된 ‘위축효과’(chilling effect)의 법리는 물론 독일 헌법소송론에서도 판례로 확립된 법리를 도외시한 것이다. 이에 관하여는 적법요건 판단 부분에서 항목을 달리하여 후술한다.

직접적 제재규정은 없다하더라도 언론중재위는 위 조항 위반을 이유로 시정명령을 할 수 있고, 공공에게 공표하도록 되어 있는 것(언론피해구제법 제32조)을 보면, 위와 같은 신문법 조항이 언론 미디어의 기본권을 제한하는 것이 아니라고 보는 것은 기본권 이론의 새로운 판례와 학설의 경향을 모른 것이다. 독일 헌법판례에 의하면 공권적 기관이 사인의 행위에 대해 위법이라고 확인·공개하는 것만으로 기본권 침해로 보고 있다.

또 신문은 위와 같은 법률규정에 따라 편집을 하지 않으면 안되도록 규정되어 있고, 그에 위반된다고 생각하는 집권자 또는 법집행자는 규제와 간섭을 행할 수 있게 되어 있다(신문법 제3조 제1항, 제2항 및 그에 관한 후술 논의 참조). 그뿐 아니라 이를 위반하였다고 생각되는 경우 언론중재위원회는 언론피해구제법 제32조에 의해 시정권고를 행할 수 있고, 그 시정권고를 신청하는 권리는 피해자가 아닌 임의의 제3자에게도 부여되고 있다.

나아가, 위와 같은 규정들은 국가권력 이외의 자에 의해서도 남용될 수 있다. 다른 신문이나 시민단체가 윤리적인 입장에서 신문의 편파적인 보도 태도를 비판하거나 공격하는 것이 허용되는 것이라 하더라도 그러한 활동은 윤리적 차원에 머무는 한 자유의 영역에 속하나, 동조는 그러한 비판에 법적 근거를 주게 되고, 그것은 경향에 따라 주관적 입장에서 보도·논평할 수 있는 신문의 자유의 기본권에 대한 제3자의 위해(危害)를 법으로 용

인하게 되는 결과를 초래한다.

우리 언론사의 경험에 비추어 더욱 간과할 수 없는 것은 권력을 쥔 자는 합법적인 간섭수단 이외에 우회적인 통제수단이나 심지어는 법에 없는 비합법적 탄압수단을 구사하여 왔다는 점이다. 위와 같은 편집에 관한 위협적 요구가 이러한 탄압수단을 위해 훌륭한 정당화 근거가 될 수 있음은 물론이다.

어쨌든 현재의 판시에 의하더라도 구체적 사건에서 이들 조항이 적용되어 문제되는 경우에는 직접성 요건이 충족되게 되므로 이들 조항이 언론중재위나 법원에 의해 적용되는 경우 이러한 적법요건은 충족하게 되고 다시금 위헌소송이 예상됨은 물론이다.

3. 언론의 내적 자유에 관한 규정

가. 신문법 제3조 및 제18조

신문법 제3조는 “정기간행물 및 인터넷신문의 편집의 자유와 독립은 보장된다. 누구든지 정기간행물 및 인터넷신문의 편집에 관하여 이 법 또는 다른 법률에 의하지 아니하고는 어떠한 규제나 간섭을 할 수 없다(신문법 제3조 제1항 및 제2항)고 규정하면서 “정기간행물사업자 및 인터넷신문사업자는 이 법이 정하는 바에 따라 편집인의 자율적인 편집을 보장하여야 한다(신문법 제3조 제3항)”고 규정한다. 동시에 신문법은 ‘편집인’을 정의하면서 “정기간행물의 편집 또는 인터넷신문의 공표에 관하여 책임을 지는 자를 말한다”(신문법 제2조 제9호)고 규정한다.¹⁰⁾

나아가 신문법 제18조(편집위원회 등)는 일반일간신문을 발행하는 정기간행물 사업자는 편집위원회를 둘 수 있고(제1항), 편집위원회는 대통령령이 정하는 바에 따라 정기간행물사업자를 대표하는 편집위원과 취재 및 제

10) 종전 정간법에 편집인은 “발행인이 선임한 자”라는 문구가 들어 있었는데(정간법 제2조 제11호), 신법은 이를 삭제하고 있다.

작 활동에 종사하는 근로자를 대표하는 편집위원으로 구성하며(제2항), 편집위원회는 일반일간신문 제작의 자율성을 보장하기 위하여 편집규약을 제정할 수 있다(제3항)고 규정한다. 동조 제4항은 편집규약을 제정하는 경우 필요적으로 두어야 할 사항으로서 10개항을 상세히 규정하고 있다.

나. 청구인들의 주장

청구인들은 위 조항들이 법적으로 논란되는 신문의 내적 자유(innere Presse-freiheit)에 관하여 기자들의 ‘편집권’을 법적으로 인정하게 될 소지가 있어 위헌이라고 주장하였다. 이들 심판대상 조항은 과거 수십년간 우리 언론계에서 격렬한 논란을 야기해 온 기자의 편집권 논쟁에 관한 쟁점을 내포하고 있고, 이 논란은 기본적으로 신문의 자유의 주체에 관한 헌법적 논의와 함께 신문의 내적 자유에 관하여 신중한 검토를 요한다.¹¹⁾

(1) 신문의 자유와 편집권에 관한 논의 개관

(가) 신문의 자유 - 논조 및 경향 보호

신문의 자유의 주체는 발행인이며, 이 점에 대하여 미국에서는 이설이 없고, 독일에서는 헌법판례와 지배적인 다수설의 입장이다. 좁은 의미에서 신문의 자유와 자유로운 신문의 제도적 보장을 함께 고찰하여보면 발행인은 자기 신문이나 정간물의 정신적·이념적 노선을 정하고, 이를 실현하거나 또는 변경할 수 있는 이른바 경향(Tendenz), 즉 논조에 관한 권리를 갖는다. 그러므로 넓은 의미에서 신문의 자유는 한 신문을 창간하고 그 경향을 정할 수 있는 발행의 자유(Verlegerfreiheit)를 의미하게 된다.¹²⁾ 이와 같이 신문의 자유는 논조나 의견의 자유의 보장에 그 본질이 있음은 더 말

11) 편집권에 관한 일반적 논의와 한국에서 편집권에 관한 논의의 전개에 관하여는 박용상, 편집권 논의의 법적 조명, 헌법논총 제12집(헌법재판소 2001), 5면 이하 및 표현의 자유(현암사 2002), 721면 이하 게재 부록(편집권 논의의 법적 조명) 참조. 위 글은 naver.com의 지식in에서 ‘편집권’이란 키워드로 검색할 수 있음.
http://kin.naver.com/open100/db_detail.php?d1id=6&dir_id=605&eid=IEjO6RsIWrdxcF7mkBIF2hAHp7CQB8To&qb=xu3B/bHH

12) BVerfGE, 52, 283 [296]

할 나위도 없으며, 각각의 언론매체의 경향을 보호하지 않으면 여론의 다양성은 성취될 수 없기 때문에 독일의 연방헌법재판소는 신문의 경향은 헌법상 신문의 자유의 기본권의 핵심으로서 보호되는 것이며, 그 보호의 주체가 발행인임을 명백히 한 바 있다.¹³⁾

국가 정책결정의 터전이 되는 여론시장에서 다양할 수밖에 없는 국민 각자의 의견과 이익을 대변하는 미디어로서 각개 신문은 고유한 입장에 따라 독자적인 논조와 경향을 갖게 되고, 헌법상 신문의 자유는 이러한 경향보호에 주안점을 두게 된다. 이러한 각개 신문의 경향 보호는 여론의 다양성을 구현하는 전제가 되고, 그 때문에 신문의 논조와 경향은 국가권력으로부터는 물론 정당 등 사회집단이나 언론 내부에서 노조 등의 세력에 의해 침해되어서는 안된다는 것이 신문의 자유가 요청하는 기본이다.

(나) 기자의 편집권은 법적으로 성립될 수 있는가?

우리의 경우 기자들에게 편집권이 주어져야 한다는 주장이 끊임없이 제기되어 왔고,¹⁴⁾ 그 주장은 주로 기자들만이 올바른 취재와 보도에 임할 수 있고, 올바른 여론형성에 기여할 것이라고 하는 기자 엘리트 그룹의 집단적 주장을 배경으로 하고 있다. 그리고 자본과 권력으로부터 독립된 언론을 실현하는 핵심 제도로서 언론개혁론자들이 끈질기게 주장하여 왔던 것도 기자들이 주체가 되는 편집권을 법적으로 인정하는 것이었고, 애초의 개혁입법안에는 이러한 취지와 목적을 실현하는 상세한 내용이 들어 있었다.

그러나 기자들이 주장하는 편집·편성권이라고 하는 개념은 과거 우리의 현실에서 보아 권언유착이나 영리추구라고 하는 언론기업주의 부정적 행태에 대한 항의적·비판적 개념으로서 기자들의 공적 과업 수행의지를 집약한 사회적·정치적 차원의 개념이라고 할 수 있을 뿐, 법적인 근거를 가지거나 법적으로 뒷받침될 수 있는 개념은 아니다.

13) 슈피겔지 판결 BVerfGE 20, 162 [174f] 및 신문기자(경향담당자) 해고 사건 BVerfGE 52, 283

14) 한국에서 편집권에 관한 논의의 전개에 관하여는 박용상, 편집권 논의의 법적 조망, 헌법논총 제12집(헌법재판소 2001), 125면 이하 참조.

우선 사기업에 의해 조직되고 경영되는 신문기업에서 기자들의 독자성을 부여하는 내적 자유를 국가가 법에 의해 실현하려는 경우 그것은 신문기업의 사기업적 성격 및 자본주의적 경제구조와 조화를 이루어야 하는 한계를 가지는 한편, 언론은 그 성질상 국가적·제도적 영역의 밖에서 자유로운 존재로 남겨져 있어야 한다는 헌법적 요청 때문에 그에 관한 공법적 간섭은 언론의 헌법적 지위를 손상하게 할 우려가 있다. 언론의 내적 자유를 위하여 국가가 입법에 의해 간섭하는 것도 이러한 기본적인 테두리를 넘어서는 안되는 것이다. 따라서 언론기업의 내부적 사항에 관한 입법적 규율은 공법적 규율이 아니라 발행인과 기자그룹 간의 타협 속에서 자율적으로 해결되어야 하는 것이 원칙이다.

그리고 위에서 본 바와 같이 편집권 논란의 문맥에서 명백히 해야 할 것은 신문의 자유는 논조나 의견의 자유의 보장에 그 본질이 있음을 이해하는 것이다. 그러므로 언론기업 내에서 기자들의 내적 자유를 보장하기 위해 발행인의 자유를 제한하는 국가의 입법적 관여가 허용되려면 그 제한에 공적인 이익을 추구하거나 타인의 권리를 보호함에 필요하다는 등 정당한 입법목적의 존재가 그러한 입법의 합헌성을 충족키 위한 첫 번째 요건이다. 우리 헌법에 비추어 보면 내적 자유 내지 편집권을 보장하는 입법은 발행인의 위와 같은 권리를 제한하기 위한 입법목적이 명백히 제시되어야 하고, 그러한 목적을 달성함에 적절한 수단이 채용되어야 함은 물론, 과잉적인 제한이 되어서는 안되는 것이다.

학자들 중에는 현행 헌법이 '신문의 기능'을 보장하기 위한 입법의 근거를 마련하고 있다는 점(헌법 제21조 제3항)을 들어 이것이 언론의 내적 자유를 법제화할 수 있는 근거라고 주장하기도 한다. 그러나 위 조항은 신문의 자유의 형성에 지침이 되는 조항일 뿐, 이를 신문의 자유의 제한의 근거로 볼 수는 없으며, 동조가 의미하는 신문의 기능이 여론형성에 있고, 여론형성은 자유롭고 자발적인 사기업에 의해 다양성 원칙에 따라 이루어져야 한다는 점을 보면 위와 같은 주장은 받아들일 수 없다. 독일의 경우에도 신문의 '공적 과업' 개념은 사실상 인지될 수 있는 신문의 공시기능에 대한 사회학적 고찰만을 내포하는 것이지, 규범적 법적 개념은 아니며, 따라서 그로부터 신

문의 자유에 대하여 요청적(청구권적) 지위를 형성하는 국가적 간섭이 도출될 수 있는 것은 아니라는 점이 다수 학설에 의해 확인되고 있다.¹⁵⁾ 독일 연방헌법재판소가 판시한 바와 같이 여론의 형성은 조직된 공적 영역과는 무관한 자발적이고 자유롭게 설립된 다양한 매체에 의해 담당되어야 한다는 점을 이해한다면 언론의 기능을 보장하려는 국가의 입법조치에는 스스로 한계가 있음을 알 수 있다.

그렇다면 공공복리 등 입법목적 달성을 위해 기자들의 편집권을 보장하는 방법으로 발행인의 신문의 자유를 제한함에 있어서는 헌법 제37조 제2항이 정한 합헌성 요건이 입증되어야 한다.

먼저, 종전 기자들이 주체가 되는 편집권을 법적으로 보장하여야 한다고 하는 주장이 그 정당화 근거로서 제시해 온 의견을 종합하여 보면 언론의 다양성 성취, 언론의 민주화 또는 경영자의 권력남용 억제 등을 위한 것이었다. 그러나 결론부터 말한다면 기자들에게 편집결정권을 부여하는 경우 이러한 목적이 그들 주장과 같이 실현될 수 있다는 경험적 논거는 부족하며, 오히려 다른 폐단이 야기될 수 있다는 점에서 그러한 주장은 정당성을 뒷받침하는데 실패하였다는 점이 독일의 다수 학설에 의해 밝혀지고 있다.¹⁶⁾

첫째, 여론의 다양성을 성취하기 위하여 기자들의 편집결정권을 보장하여야 한다는 주장에 관하여 보면, 그러한 조치는 다양성을 촉진하기 위한 하나의 방편에 불과할 뿐, 여론시장의 다양성을 유지하기 위한 충분한 조치가 될 수 없고, 그에 의해 언론시장의 자유경쟁질서에서 오는 일반적 원천적 폐단을 시정할 수는 없다. 오히려 진보적 입장을 대변하는 기자그룹이 모든 신문에서 편집의 결정권에 참여하는 경우에는 각 신문마다 존중되어야 할 경향을 폐기하게 되어 언론의 다양성을 위축시키는 결과를 야기할

15) Scholz, Pressefreiheit und Arbeitsverfassung, 1978 S. 49f; Bethge, Zur Problematik von Grundrechtskollisionen, 1977, S. 167; Wolfgang Seiler, Pressekonzentration und publizistische Vielfalt nach zehn Jahren deutscher Einheits, AfP(Archiv für Presserecht) 1-2002, S. 1, 11

16) 전계 박용상, 편집권 논의의 법적 조명, 95면 이하 참조.

수 있다. 매체의 자유로서 각 매체의 경향은 국가적 권력으로부터 뿐 아니라 언론기업 내부에서 노조세력에 대해서도 보호되어야 한다고 하는 독일 연방헌법재판소의 판례가 바로 이러한 문제를 정확하게 지적하고 있다.

또 기자들의 편집에 대한 관여를 보장한다 하여 진정한 여론의 반영이 가능한가 하는 점에 대하여도 논란이 있고, 그에 관하여 독일에서는 부정적 결론이 지배적이다. 기자들의 집합체, 그들이 선출한 대표 또는 개개의 기자와 그의 양심이 반드시 사회를 지배하는 여론을 모사(模寫)하는 것은 아니라는 것이다. 다양한 여론의 소재는 다양한 논조와 경향을 가진 출판물의 존재에 의해 반영되어 읽혀질 수 있을 뿐, 기자들만의 견해가 신문지면에 발표되어야 한다면 모든 국민 개개인의 알 권리를 보호하기 위한 조치가 결국은 기자그룹만의 임의적인 정치적 사념(思念)의 표현만을 보장하게 되어 국민의 알 권리는 편식증의 폐를 앓게 될 것이다. 국민의 알 권리를 위해서도 도움이 안된다는 것이다.

둘째, 언론의 민주화 및 사회의 민주화를 위해 내적 자유를 법적으로 보호하여야 한다고 하는 주장에 관하여 보면, 이러한 주장은 정치적 이상주의나 자본과 노동의 관계에 관한 변혁을 지향하는 입장과 연계되어 강력한 호소력을 갖는다. 우리의 경우에도 언론시민단체 등이 주장하는 자본으로부터의 독립이란 구호는 이러한 주장을 근간으로 하는 것이다. 그러나 일반 기업의 근로자와 달리 기자들에게만 특별하게 독립적인 지위와 경영에의 참여를 법제화하는 경우 평등위반의 문제가 제기될 뿐 아니라, 자본으로부터 해방된 편집활동의 주장은 종속적 노동에 대한 타율적 규율을 제거하고 자본과 노동의 관계에 관하여 새로운 변혁적 질서를 창출하려는 것으로서 시장경제를 기본으로 하는 기업의 내부관계를 근본적으로 변화시키려는 것을 의도한다는 점에서 경영측으로부터 강력한 반론을 받게 된다. 독일의 경우에도 학자들의 지적에 의하면 해방, 자주적 노동, 경제적 민주주의 등 일반적 사회정책적 목표의 달성을 위해 공동결정이나 편집권이 도입되는 경우 그것은 한 직업군에 대해서만 전문적·직업적 특권을 부여하는 것이어서 평등의 요청에 반하게 되고, 발행인측에서 뿐 아니라, 다른 근로

자 집단에 의해서도 지지받지 못하게 된다고 한다.

셋째, 언론 기업을 민주화함으로써 막강한 언론권력을 구사하여 이를 남용하고 있는 언론경영자를 견제하여야 한다는 주장에 관하여 살핀다. 우리의 현실에서 보아 권언유착이나 영리추구를 지향하는 언론기업주의 부정적 행태가 편집권 독립을 위한 강력한 배경을 이루고 있음은 물론이다. 그러나 이러한 주장에 따라 경영자 측의 언론권력을 제한하기 위해 편집의 공동결정이나 편집권 개념이 도입된다면 그것은 오히려 편집작업을 고립화하고 편집직원을 특권화함으로써 또 다른 문제를 야기하게 된다. 그러한 언론권력이 발행인으로부터 기자그룹으로 넘어간다면 내적 자유 내지 편집권에 의해 개개 언론은 국가에 의한 통제도 시장에 의한 통제도 없는 언론적 힘을 가질 수 있고, 그 결과 그러한 통제 없는 권력은 남용될 수 있을 뿐 아니라, 신문이 국가나 사회를 위해 불가결한, 유익한 기능을 올바르게 수행할 수 있는가 하는 점에 우려를 가져오게 된다는 것이다. 기자 집단 내부의 개인적 편견이나 독선, 이해관계가 개입되지 않는다는 보장도 없다. 발행인의 영리추구적 경향은 시장의 경쟁에서 살아남아야 하는 매체의 운명을 위해서뿐 아니라 기자를 비롯한 소속원 전체의 일자리를 보전해야 한다는 점에서 불가피한 면이 있고, 실제로 편집에 대한 발행인의 부당한 간섭도 전반적이고 장기적인 면에서 볼 때 그다지 일반화된 것은 아니다. 대신 문의 실제 취재나 편집업무는 기존의 사시나 경향에 따라 편집진이 시스템에 의해 운영되고 있을 뿐 발행인이 이러한 작업에 개입하는 사례가 과장될 수는 없다.

(다) 독일에서 내적 자유론의 시말

독일의 경우에도 발행인과 기자 사이에서 이른바 신문의 내적 자유를 위요하여 장기간 복잡한 논란이 행해진 바 있었다.¹⁷⁾ 내적 자유를 주장하는 논자들은 노사협약이나 법률에 의해 편집위원회에 의한 공동결정의 권한과 편집규약의 제정을 강력히 주장하였고, 이를 구체화하는 여러 차례 입법안

17) 이에 관한 상세한 언급은 전계 박용상, 편집권 논의의 법적 조명, 28면 이하 참조.

이 제안되었다. 그러나 위와 같은 시도는 헌법상 신문의 자유의 보장에 반하는 것으로 생각되었기 때문에 연방의회에서 거부되었고, 결국 경향기업인 언론기업에서 노동자의 공동결정권은 배제되는 것으로 입법적 결정이 내려진 바 있다.

독일의 경우 언론기업은 정신적인 목표를 추구하는 기업으로서 특성을 갖기 때문에 노동법에서도 이른바 '경향기업'(Tendenzbetrieb)으로서 특별한 취급을 받는다. 즉, 경영 차원에서 경영조직법(Betriebsverfassungsgesetz) 혹은 기업 차원에서 공동결정법(Mitbestimmungsgesetz)이나, 종사자대표법(Personalvertretungsgesetz) 등 일반적인 노사관계법에 의해 노동자의 공동결정권한이 일반적으로 인정되지만, 대표적인 경향기업인 언론기업에서는 노동법상 일반적으로 인정되는 근로자(기자)들의 경영참여가 제한되고(1972년 독일 경영조직법 제118조), 기업의 경제적 사항에 대하여 인정되는 근로자의 공동결정권은 그 적용이 배제된다(1976년 공동결정법 제1조 제4항 제2호 참조). 또 경향이 보호되는 언론기업에서 단체협약은 그 내용이 경향의 보호에 반할 수 없고, 논조나 편집방향 여하가 단체교섭의 대상이 될 수 없다.

이들 법 조항에 의해 독일에서 편집권 논쟁은 종결되었고,¹⁸⁾ 이러한 입법부의 결정은 연방헌법재판소에 의해서도 지지되었다. 독일 연방헌법재판소는 1979. 11. 6. 판결에서 국가가 언론의 내적 자유를 보장한다는 이유로 신문의 경향을 결정·실현할 발행인의 자유에 대하여 간섭할 수 없다고 판결한 바 있다. 이 판결은 언론 기업의 종사자들이 발행인의 편집 방침에 따라야 한다는 노사관계법의 예외 규정을 다시 한번 확인한 것이었다. 언론 기업이 지향하는 경향은 언론의 자유를 보호하는 가장 기본적인 요소가 되며, 이러한 신문의 경향에 영향을 미치는 정부 혹은 비정부 단체(특히 노동 조합과 정당 등)의 간섭이나 영향력 행사는 금지된다는 것이 그 판결이 요지였다.

결론적으로 독일의 경우¹⁹⁾ 기자들의 언론적·인사적·경제적 공동결정

18) Marian Paschke, Medienrecht, Zweite, vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Springer-Verlag(2000) S. 137, 373.

19) 독일에서 언론의 내적 자유에 관한 상세한 논의에 관하여는 박용상, 편집권 논의의 법적 조명, 헌법논총 제12집(헌법재판소 2001), 28면 이하 참조.

의 요구는 발행인의 헌법상 신문의 자유를 침해하는 것이라고 함에 이르지 않으며,²⁰⁾ 그러한 사항을 입법으로 규율하는 것은 독일 헌법의 언론조항(기본법 제5조 제2항)을 위반하는 것으로 허용되지 않는다고 하는 것이 지배적인 학설이다.²¹⁾ 편집부문의 인사결정에 있어서도 이러한 기본 입장이 지켜져야 함은 위에서 언급한 바에 의해 귀결되는 바와 같다. 따라서 편집국장의 선임이나, 편집부문의 인사에 관하여 노조나 기자그룹의 관여를 입법에 의해 허용하는 것은 위헌이다.

이러한 이유 때문에 기자가 주체가 되는 편집권을 법률로 제도화한 나라는 세계 어디에서도 찾아볼 수 없다. 그러므로 편집권이라는 말을 그 귀속 주체 및 내용에 대한 구체적 확정이나 설명 없이 어떠한 형태로든 입법화하는 것은 위헌의 문제를 제기할 뿐 아니라 해석상·적용상의 문제를 일으켜 큰 혼란을 야기하게 될 것이다.

그럼에도 신문법에 새로이 규정된 위와 같은 조항이 기왕에 논란되어 온 편집권에 관하여 발행인을 배제하고 우회적인 방법으로 이를 편집부문 또는 노동조합에 의해 대표되는 종사자들에게 부여하는 결과를 가져오게 된다면 위헌논란을 피할 수 없게 된다.

(2) 구체적 위헌 논거

(가) 편집 자유와 독립 - 신문법 제3조

신문법 중 편집의 자유와 독립을 보장한다는 제3조는 심각한 위헌 논란을 제기한다.

20) Wolfgang Seiler, Pressekonzentration und publizistische Vielfalt nach zehn Jahren deutscher Einheit, AFP(Archiv für Presserecht) 1-2002, S. 12f.

21) Forsthoff, Der Verfassungsschutz der Zeitungspresse, in: Kaiser (Hrsg.), Planungsstudien 3., 1969, S. 9ff, 27; Weber, Die verfassungsrechtliche Grenzen einer gesetzlichen oder tarifvertraglichen Regelung des Verhältnisse von Verleger (Herausgeber) und Redakteur, Rechtsgutachten, 1972, S. 64ff; Schneider, Verfassungsrechtliche Grenzen einer gesetzlichen Regelung des Pressewesens 1971, S. 43ff; Kaiser, Presseplanung, in: Kaiser (Hrsg.), Planungsstudien 1, S. 43f, 71f

첫째, 동조는 편집의 자유와 독립을 보장한다면서(동조 제1항) “이 법이 정하는 바에 따라” 편집인의 자율적 편집을 보장하도록 하고 있어(동조 제3항) 편집에 관한 철저한 위헌적인 법적 간섭을 시도하고 있다. “이 법이 정하는 바에 따라”야 한다면 모든 신문은 동법이 규정하는 언론의 사회적 책임에 관한 조항과 신문의 공정성·공익성 조항이 규정하는 바에 구속되어 자유롭고 독자적인 보도·논평은 현저히 제약될 것이기 때문이다. 앞서 본 바와 같이 이들 편집에 관한 의무조항은 모두 위헌이기 때문에 이러한 위헌적 의무에 따라 편집을 명하는 동조는 명백히 위헌적 규정이다.

둘째, 국가권력과의 관계에서 동법은 신문의 편집에 관하여 심각한 제약을 가져오게 될 것이다. 동조는 편집의 자유와 독립을 보장되며(동조 제1항), “누구든지 정기간행물 및 인터넷신문의 편집에 관하여 이 법 또는 다른 법률에 의하지 아니하고는 어떠한 규제나 간섭을 할 수 없다”고 규정하지만(동조 제2항), 이를 뒤집어 해석하면 이 법에 의해서라면 어떠한 규제나 간섭도 허용된다. 법의 집행은 권력을 가진 자에 의해 행해지게 마련이고, 그가 특정 신문의 보도에 관하여 사회적 책임, 공정성·공익성, 독자의 권익에 배치된다고 생각하는 경우 그는 이 조항을 내세워 규제와 간섭을 행하려 할 것이다. 언론중재위원회가 동원될 수도 있을 것이고, 과거의 경험에 의하면 우회적인 방법으로 세무관서나 공정거래위원회가 개입할 수 있을 것이다.

셋째, 이러한 조항들이 언론의 내적 자유로서 편집권을 편집인에게 부여한 것이라고 주장하는 견해도 나올 여지가 있고, 그렇게 운영되는 경우 위헌임을 면할 수 없다. 신문의 편집은 그 경향 결정의 기본이 된다는 점에서 신문의 자유의 핵심적 부분이고 발행의 자유의 일부에 속하는 것이기 때문에 이러한 편집에 관한 권한을 법이 발행인으로부터 박탈하여 편집인에게 부여한다는 것은 위헌을 감행하는 것이다.

(나) 편집위원회 및 편집규약 - 제18조 제2항, 제4항

이상에서 본 바와 같이 편집위원회의 설치와 편집규약의 제정은 독일에서 진보적 학자와 기자그룹에 의해 언론의 내적 자유를 실현하는 제도로

논의되어 온 것이다. 우리의 언론개혁론자들이 이를 본받아 언론개혁 입법안에 넣은 것이었는데, 당시 여당의 처음 제출된 개정안에는 편집위원회의 설치(동 개정안 제17조 제1, 2항)와 편집규약의 작성 시행을 의무적으로 규정하고 있었고, 거기에 편집규약으로 규정할 내용(동 개정안 제17조 제4항)을 보면 기자들에게 편집권을 부여하는 철저하고 체계적인 제도가 설계되어 있었다. 그러나 국회 심의과정에서 기자들에게 편집권을 부여하는 것은 세계에 유례가 없고 발행인의 발행의 자유뿐 아니라 신문의 논조보호를 무력화할 우려가 있다는 반대 의견에 봉착하여 의무규정에서 임의규정으로 바뀌었을 뿐 기자들의 편집권을 법적으로 인정하려 한 원래의 안에 있던 내용들이 그대로 존치되고 있다. 여야간의 타협에 의한 결과가 법적인 비정합성으로 나타난 것이다.

그럼에도 편집규약의 제정 또는 약정이 임의적이라면 그 내용 역시 당사자의 임의적 합의에 의해야 할 뿐, 그 내용을 법으로 정하여 강제하는 것은 당사자간 사적 자치와 형성의 자유를 제약하는 것이다. 발행인의 입장에서 임의적이든, 아니면 노사 대립 분쟁의 와중에서 피할 수 없이 편집위원회를 설치하고, 편집규약을 제정하게 되는 경우 그에게는 선택의 여지가 없이 위와 같은 항목의 내용을 포함시키지 않으면 안되고, 그렇게 되는 경우 사실상 편집권이 기자그룹 또는 노조에 넘어가게 됨을 피할 수 없게 될 것이다. 이러한 결과는 앞서 본 바와 같이 신문의 자유로서 보장되는 발행인의 경향보호를 무력화하고, 신문을 기자집단이 주인이 되는 매체로 변질시킬 수 있다는 점에서 위헌논란을 피할 수 없게 된다.²²⁾

22) 이러한 우려는 최근 정부가 작성한 신문법 시행령안에서 현실화된 바 있다. 그에 의하면 “법 제18조의 규정에 의하여 편집위원회를 구성하는 경우에는 정기간행물사업자를 대표하는 편집위원과 취재 및 제작 활동에 종사하는 근로자를 대표하는 편집위원의 동수로 구성”하여야 하고(동안 제12조 제1항), “근로자를 대표하는 편집위원은 취재 및 제작활동에 종사하는 근로자들이 직접·비밀·무기명 투표로 선출하되, 근로자의 과반수로 조직된 대표단체가 있는 경우에는 그 단체가 위촉한다”고 규정하였다(동안 제12조 제1항). 이러한 규정이 신문의 자유의 주체인 발행인이 주도적으로 관리하여야 할 신문기업에서 그 주도권을 노조에 넘기게 될 것이란 점은 쉽게 예상되는 일이고, 이것이 위에서 본 신문의 경향보호나 발행인의 주도권을 위협하게 된다는 점에서 위헌적 현상을 야기하게

될 것이다. 또 동 시행령안은 신문발전기금의 우선 지원조건으로서 “편집위원회 및 편집규약을 설치·제정하여 정기적으로 운용하는 경우”를 들고 있어(동안 제28조 제2호) 이를 간접적으로 강제하고 있었다. 이것은 법이 편집위원회의 구성 및 편집규약의 제정을 임의에 맡기기로 한 결정을 우회적으로 면탈하여 이를 사실상 강제하게 된다는 점에서 위헌논란을 면할 수 없었다. 논란 결과 실제로 규정된 시행령 제12조(편집위원회의 구성)는 “법 제18조제2항의 규정에 의하여 편집위원회를 구성하는 경우 그 구체적인 구성방법은 노사 협의를 통하여 정한다.”고 완화된 규정을 두게 되었다.

또 편집위원회의 구성을 정하는 신문법 제18조 제2항은 “취재 및 제작활동에 종사하는 근로자”를 대표하는 편집위원을 구성에 참여하게 하고 있다는 점에서 위헌적이다. 독일의 경우에도 편집위원회와 편집규약은 언론의 내적 자유를 보장하는 제도라는 점에서 노동법적 제도가 아니라 언론법상의 제도이며, 그에 관계되는 사람은 언론기업 근로자 중 편집의 정신적 형성에 관여하는 직원에 국한되어야 한다고 하는 것이 정설이다.²³⁾ 위 조항의 명문에서는 그러한 취지가 명백히 표현되지 아니하여 결국 노조가 그 대표자 선임에 관여하게 될 것이므로 신문의 경향 보호에 대한 침해가 예상되고 있기 때문이다.

다. 결정 내용 - 각하

헌법재판소는 이 부분 심판청구에 대하여도 위 조항들 자체에 의하여서는 신문사업자인 청구인들의 기본권침해의 가능성 내지 직접성을 인정할 수 없다는 이유로 이를 각하하고 있다.

즉, 심판대상인 신문법 제3조 제2항은 신문의 외적 자유를 보장하는 규정イ어서 신문사업자의 자유를 침해하는 것이 아니며, 제3조 제3항은 “신문기업 내부에서 발행인과 편집종사자의 관계를 규율하는 소위 ‘신문의 내적 자유’에 관한 규정”이지만, “이 조항이 편집인 또는 기자들에게 독점적으로 ‘편집권’이라는 법적 권리를 부여하였다거나 신문편집의 주체가 편집인 또는 기자들이라는 것을 명시한 것으로 볼 수 없을 뿐만 아니라, 이 조

23) 박용상, 편집권 논의의 법적 조명, 헌법논총 제12집(헌법재판소 2001), 163면 이하 참조

항 위반에 대한 제재규정도 없”으므로 “이 조항은 기본적으로 선언적인 규정으로서 이와 같은 조항 자체에 의하여서는 기본권침해의 가능성 내지 직접성을 인정할 수 없다”고 하여 헌법소원의 적법요건이 충족되지 못하였다는 것이다.

또 편집위원회에 관한 규정인 제18조는 제1항과 제3항에서 편집위원회를 둘 것인지 여부 및 편집규약의 제정 여부에 대하여 신문사가 임의로 선택할 수 있도록 하였고, 제2항과 제4항에서 신문사가 자신들의 결정으로 편집위원회를 두는 경우의 그 구성방법과 편집규약을 제정하는 경우 이에 포함되어야 할 사항을 예시하고 있다. 이와 같은 임의규정의 경우 신문사로서는 편집위원회를 둘 것인지 여부 및 편집규약의 제정 여부에 관하여 스스로 결정할 수 있는 것이므로, 이 조항이 신문사업자인 청구인들의 법적 지위에 어떤 영향을 미친다고 할 수 없다.

라. 비판

신문법 제3조 제2항이 신문의 외적 자유를 보장하는 규정이라고 함에는 이론이 있을 수 없을 것이고, 제3조 제3항에 의해 “편집인 또는 기자들에게 독점적으로 ‘편집권’이라는 법적 권리를 부여하였다거나 신문편집의 주체가 편집인 또는 기자들이라는 것을 명시한 것으로 볼 수 없다”고 판시한 점은 논란의 여지가 있던 조문에 대하여 확실한 해석을 내린 점에 의미를 부여할 수 있을 것이다.

그럼에도 이 부분 판시에 대하여는 다음과 같은 비판이 제기될 수 있다.

첫째, 위 신문법 제3조 제2항의 반대해석으로 야기되는 우려에 대한 판단을 유탈하고 있다.

둘째, 현재가 신문법의 위 규정들은 기자들의 편집권을 법적으로 인정한 것이 아니라는 점을 확인한 것은 당연한 것이지만, “발행인과 편집인의 관계에 관하여는 국내·외를 막론하고 이론상이나 실정법상 아직 그 법적 논의가 정리되지 않은 채 다양한 주장이 제기되고 있는 단계에 불과하”다고

하여 기자들의 내적 자유에 대한 헌법상의 범리에 대하여 현재의 확실한 입장을 유보하고 있음은 유감이다. 미국에서는 기자의 편집권이란 개념 자체가 논의되고 있지 아니하며, 독일에서도 위에서 본 바와 같이 논란을 거쳐 기자들의 편집결정에 관한 권한은 법적으로 강제될 수 없다는 선에서 정리되어 있는 사실을 간과하고 있기 때문이다.

4. 구조 규제에 관한 규정

가. 언론의 다양성 원리 및 정책 수단

(1) 개관

언론질서의 다양성 요청은 국가의사 형성과정에서 자유민주주의 헌법상 전제로서 요청되는 원리이다. 원론적인 다양성 원리는 현대 대중사회에서 언론기업의 집중과 그로 인한 의견의 독점 상황 때문에 새로운 대응을 필요로 하게 된다. 의견의 시장이 독점적 세력에 의해 지배되는 것을 방지하기 위한 대책이 어려운 문제로 등장하게 된 것이다. 이를 위해 여러 가지 정책 수단이 논의되었고, 그 영향과 효과와 관련하여 합헌성 여부가 논란되어 왔다.

그러나 한편, 이 다양성 원리는 현대 전자커뮤니케이션의 시대에 새로운 차원의 구현수단을 얻게 되었다는 점에서 새로운 고찰을 요한다. 기존 매스 미디어에 의한 의견의 독점 상황은 새로운 다양한 전자 미디어의 등장으로 분해되고 있으며, 오히려 의견의 다양성 과잉상황과 더불어 정보의 단편화 내지 편식 현상을 야기하게 되었기 때문이다. 이러한 변화를 가져온 최근의 미디어 상황에서 과거의 패러다임에 의해 독점 여부를 논의하는 것은 무의미하게 되었다.

다양성을 위한 미디어의 독점규제 정책을 결정함에 있어서 문제는 첫째, 미디어 부문에서 다양성이란 무엇을 의미하는가, 둘째 다양성을 보장하는 조치가 모든 국민의 표현의 자유의 기본권 보장과 어떤 관계에 있는가, 셋

째 전통 미디어에서 다양성을 보호하는 기존의 방안이 기술의 발전과 글로벌 정보사회에서도 다양성을 보장할 수 있는 실효성을 가지는가 하는 점이다.

미디어 다양성("media pluralism")의 개념에는 구조적·수량적 관점과 질적 관점이 중심을 이룬다. 1999년 유럽평의회 각료이사회는 10년간의 연구 결과 미디어 다양성이란 첫째, 독립적이고 자율적인 다수 미디어의 존재(이른바, 구조적 다양성, structural pluralism)에 의해 이루어지는 미디어 공급의 다양성(diversity of media supply)을 의미하고, 둘째, 공공에게 이용하도록 주어지는 미디어의 유형과 내용(견해 및 의견)의 다양성을 의미한다고 정의하였다.²⁴⁾ 그에 의하면 다양성(pluralism)은 공공이 이용가능한 미디어 속에서의 다양성을 의미하는 것이지만, 그것이 실제로 이용되는 바와 언제나 일치하는 것은 아니다.

문제는 언론집중에 관하여 승인된 측정 방법과 기준은 제시되어 왔지만, 그러한 집중이 사상의 다양성에 대하여 어떠한 영향을 어떻게 미치는가 하는 점에 대하여는 해명된 바 없고,²⁵⁾ 그에 관한 이제까지의 논의는 상이한 정치적 견해나 산만한 경험 및 전가를 표현하는데 불과하였다는 점이다. 합의가 이루어진 것은 독점과정이 진행되어 오로지 유일한 신문만이 존재하는 경우에는 외적 언론자유 논의 여지가 없다는 점이다.²⁶⁾

다양성을 유지하기 위한 입법목적의 정당성이 인정된다고 하더라도, 국민의 알 권리를 위해 미디어의 다양성을 촉진하는 규제정책은 개개 미디어에 대한 자유의 제한을 의미하므로 일반적인 표현의 자유의 규제법리에 따라 합헌의 조건을 갖추어야 한다. 그러한 제한은 입법부에 의한, 명확성 요건을 충족하는 법률에 의해, 그러한 목적을 달성함에 적합한 수단으로써

24) 유럽 평의회 보고서, 'Explanatory Memorandum to Recommendation No. R (99) 1 of the Committee of Ministers of the Council of Europe on measures to promote media pluralism', par. 3 and 4.

25) Woldt, Probleme der Messung von Vielfalt, in Rager/Weber (Hrsg.), Publizistische Vielfalt zwischen Markt und Politik, 1992, S. 186ff; Seiler, a.a.O. S. 1

26) Seiler, a.a.O. S. 1.

비례의 원칙을 준수하여 필요한 한도내에서 정해져야 하는 것이다. 다만, 미디어에 대한 구조규제는 일반적인 표현의 자유를 제한하는 내용규제와는 다른 법리에 따르게 된다. 미국의 판례는 내용규제에 있어서는 엄격심사의 기준을 적용함에 반하여, 구조규제의 경우에는 내용규제와 달리 보다 신축적인 요건을 요하는 중간심사 기준을 적용한다.²⁷⁾

주의할 점은 사상의 자유시장에서의 불균형을 시정하기 위한 정부의 개입은 ‘다양성의 확보’라는 정책목표를 실현하기 위한 범위에서, 그 한계 내에서만 허용될 뿐, 다양성을 위축시키는 효과를 갖는 정책수단을 채용할 수는 없다는 점이다.²⁸⁾ 이러한 점에서 다양성 원칙은 국가가 특정 의견을 선호할 수 있는 공권력행사를 금지하는 요청으로 연결된다.

(2) 다양성확보를 위한 구조규제 방안

다양성을 확보하기 위한 구조규제(미디어 소유 규제)의 방법은 대체로 ① 단일 미디어 소유(mono-medium ownership)에 대한 규제 ② 동종 미디어의 복수 소유(multiple-media ownership)에 대한 규제 및 ③ 이종 미디어 간 교차소유(cross-media ownership)에 대한 규제 등 3가지로 유형화할 수 있다.

이 경우 현재의 미디어 상황에서 분류될 수 있는 미디어의 종류 내지 섹터로서 ① 신문, ② 지상파방송, ③ 케이블 방송, ④ 위성방송 및 ⑤ 인터넷이 거론될 수 있다.

일반적인 경향을 보면 위 3가지 규제유형 중 방송 섹터의 경우에는 상기한 3가지 유형의 규제가 실정화되고 있으나, 신문의 경우에는 하나의 신문 기업에 대한 소유 내지 자본 참여의 정도를 규제하는 첫째 유형은 그 사례가 거의 없다.

그 중 특히 매체간의 교차 소유에 있어서는 기존의 매스 미디어에 분류되는 신문, 지상파방송, 케이블 방송, 위성방송 간의 교차소유 여부가 정책

27) Turner Broad. Sys., Inc. v. FCC, 512 U.S. 622 (1994)

28) 황성기, ‘사이버스페이스와 불온통신 규제’, 한국헌법학회, 제12회 헌법학술발표회(2000. 5. 27.) 논문집, ‘사이버스페이스에서의 기본권’ 155 [177]면

적 논란의 중심이다.

무엇보다 구조규제에 있어서 중요한 관점은 특정 미디어가 여론형성에 지배적인 영향을 미쳐 다른 의견이 제시될 여지를 박탈할 정도에 이르는 것을 막는데 그 취지가 있는 것이다.

한국에서 이른바 언론개혁을 주장하는 일부 논자들은 신문이 자본으로부터 해방되어야 한다는 전제에서 신문에 대한 소유를 규제해야 한다고 주장해 왔다. 그러나 자본주의 체제를 취하는 현행 헌법체제에서 신문시장이 신문기업에 의해 담당되고 그 가장 합리화된 형태인 주식회사라는 법형식을 취하게 되는 것은 극히 자연스런 일이다. 그러한 신문이 자본으로부터 해방되려면 신문 기업을 모두 공기업화하거나, 기자들에 의한 기업지배를 법제화하지 않으면 안된다. 그러나 시장경제를 기본으로 하는 자유민주주의 체제하에서 기업으로 생존하는 것이 불가피한 신문기업은 사기업으로서 자율적 구조와 활동이 불가피한 것으로 헌법에 의해 전제되고 있으며, 신문의 독립성과 국가적 영향 기타 세력으로부터의 독립은 미디어 질서에서 가장 기본적인 것이다.

(3) 법익형량의 고려요소

현재 신문업이 사양화되어 가고 있고, 그 영향력이 위축되어 가고 있음은 주지하는 바와 같다. 이러한 상황에 있는 신문업계에 대하여 독점을 규제하는 정책결정은 전반적 미디어 업계의 세계적 경향뿐 아니라 우리 여론시장의 특성을 고려하여야 하고, 나아가 독점적 상황의 판단 여부에 관하여도 진지한 검토가 이루어져야 한다.

첫째, 현재 미디어 구조체제에 관하여는 미디어 융합(convergence)이라는 보편적인 기술적 현상에 주목할 필요가 있다. 미디어 간 융합은 세계적 추세로 신문과 방송, 인터넷 뉴스 등을 교차소유하는 복합미디어 그룹이 늘고 있으며, 뿐만 아니라 메가 미디어그룹이 출현하여 세계 미디어시장을 제패하려는 국제적 움직임에 대처할 필요성이 있다. 새로운 융합의 시대에 여론형성의 변화된 모습을 간과하여서는 시대착오적 결론을 피할 수 없다.

둘째, 여론시장의 독점 여부는 모든 매체 유형이 역할하는 전체적 여론

시장을 종합하여 판단할 것이지, 특정 미디어 섹터별로 판단하는 것은 부당한 것임을 재삼 인식해야 할 것이다. 여론시장 전반을 놓고 볼 때 신문의 영향력은 점차 위축되고 있는 한편, 방송의 영향력과 나아가 인터넷 매체 등 신규 미디어에 의한 영향력은 점증하고 있음을 부인하는 사람은 없을 것이다. 전통적인 지상파 방송은 물론 케이블방송이나 위성방송 등 뉴미디어와 근자에 이르러 전반적으로 이용이 보급된 인터넷 미디어 등의 출현으로 신문은 그 영향력이나 경영상황에서 점차 사양화되고 있는 현상을 간과할 수 없다. 더구나, 뉴스 및 정보 취득원으로서 절대적 영향력을 높여가고 있는 지상파 방송은 케이블 방송이나 위성방송 등 새로운 플랫폼에 있어서도 그 영향력을 확대하고 있다.

셋째, 매체섹터 별로 고찰할 때 더욱 과점화되어 있는 현재 우리의 지상파 방송은 법적으로 이른바 편성에 대한 기자그룹의 참여가 제도화되고 있고(현행 방송법 제4조 제4항), 그 만큼 지상파는 참여와 분배의 정의에 민감한 진보매체로서 영향력을 배가하고 있다(유럽 제국의 경우에는 공영방송이 그 중립성과 내적 다양성이 보장되어 여론시장이 독점되는 경우 이를 시정하는 균형추로서 역할이 강조되고 있으나, 공영방송의 국가의존성 및 편파성 시비를 면하지 못하고 있는 우리의 경우에는 상황이 다르다). 신문시장이 보수적 신문에 의해 과점되어 있다고 보는 경우에도 그것은 매체섹터 간에 여론형성에 건강한 균형을 유지할 수 있는 요소로 평가될 수 있다.

나. 신문법 제15조

신문법 제15조 제2항은 일간신문은 방송법에 의한 종합편성 또는 보도에 관한 전문편성을 행하는 방송사업(이하 "방송사업"이라 한다. 이하 이 조에서 같다)을 겸영할 수 없다고 규정하고, 동조 제3항은 "일간신문·뉴스통신 또는 방송사업을 경영하는 법인이 발행한 주식 또는 지분의 2분의 1 이상을 소유하는 자(대통령령이 정하는 동일계열의 기업이 소유하는 경우

를 포함한다)는 다른 일간신문 또는 뉴스통신을 경영하는 법인이 발행한 주식 또는 지분의 2분의 1 이상을 취득 또는 소유할 수 없다.”고 규정한다.

이에 의하면 결국 ① 일간신문은 방송법에 의한 종합편성 또는 보도에 관한 전문편성을 행하는 방송사업을 겸영할 수 없고, ② 일간신문 사업자의 과반수 지분소유자는 다른 일간신문 지분의 과반수를 취득할 수 없다.

다. 청구인들의 주장

청구인들은 위 규제 중 위헌 소지가 있는 부분을 다음과 같이 주장하였다.

(1) 신문의 복수 소유규제에 관하여

일간신문 사업자의 과반수 지분소유자는 다른 일간신문 지분의 과반수를 취득할 수 없도록 한 것에 대하여 위 조항은 사실상 인수 합병을 금지하게 됨으로써 위헌 논란을 야기할 수 있다. 인수 합병으로 인하여 결과되는 시장 점유율 여하를 막론하고 위와 같이 주식 취득을 무조건 금지함으로써 달성하려는 입법목적이 어디에 있는가가 불명확하고, 그러한 제한이 가져올 결과는 오히려 다양성을 해칠 우려가 있다. 한국에서 군소신문이 경영난에 처해 있다는 점은 공지의 사실이고, 이들을 가능한 한 존속할 수 있도록 배려하는 것이 다양성을 위해 요구되는 바임은 명백하다. 그렇다면 예를 들어, 대구에서의 군소 일간신문 소유자가 대전에서의 군소 일간신문을 겸영하려하는 경우 이를 금할 이유가 없다. 미국의 신문보존법(Newspaper Preservation Act (NPA))은 오히려 경영난에 처한 군소신문 간의 공동운영협정(joint operating agreement (JOA))을 허용하고 있다. 이러한 경우까지 복수소유를 금지하는 위 조항은 부분적으로 위헌이 선언되어야 한다. 이러한 금지는 경영난에 처하여 폐간될 신문에 대한 독자의 알 권리를 침해하게 된다.

(2) 신문에 의한 타 매체 교차소유 금지에 관하여

신문법 제15조 제2항은 일간신문사업자가 방송법에 의한 종합편성 또는

보도에 관한 전문편성을 행하는 방송사업을 겸영할 수 없도록 규정하고 있으며, 현행 방송법은 일간신문사업자가 종합유선방송사업자 및 위성방송사업자의 주식 또는 지분 총수의 100분의 33 이하만을 소유할 수 있도록 하고 있다(방송법 제8조 제4항).

위 조항의 위헌성에 관한 청구인들의 주장은 다음과 같다.

먼저, 청구인 측은 신문과 방송의 겸영을 금지하는 부분에 관하여 미디어 구조규제를 완화하고 있는 세계적 경향이나 신문의 미디어로서의 경쟁력을 위해 이러한 제한은 더 이상 유지될 수 없다고 주장하였다.

특히, 과점 메이저 신문의 경우와 달리 군소 신문의 경우에는 그 생존에 도움이 되고 지역적 차원에서 독점이 우려되지 않는 한 여타 종류의 미디어와 겸영 내지 결합을 금지하는 것은 위헌이라고 보아야 한다. 지방언론 내지 군소언론의 육성을 위해 지역 민방과 지역 일간지간의 합병이나 특수지가 뉴미디어 영역에 진출하는 것은 허용되어야 하고,²⁹⁾ 이 경우까지 금지하는 위 규정은 그 한에서 위헌이라고 보아야 한다. 이 경우에는 효율성의 증가 효과가 명목적인 다양성 감소 효과를 상회할 가능성이 크고, 장기적으로 유효 경쟁구도 유지에 긍정적인 가능성이 높다. 왜냐하면 현재 존립 자체를 위협받고 있는 지역 신문이 지역 민방과 합병되어 생존의 길을 찾았다면 비록 단기적으로 목소리의 다양성이 줄어들었다고 하더라도 장기적으로는 해당 지역에서 목소리의 다양성을 높일 것이고, 현재의 지상파 3사와 중앙일간지 3사의 독과점을 약화시킬 수 있기 때문이다.³⁰⁾ 미국에서 지역 취약 신문간에 허용되는 공동운영협정의 방식을 여기서 적용하게 하는 방안도 생각해 볼 만하다. 배포 지역을 달리하는 지방신문간, 또는 지방신문의 배포구역과 방송구역을 달리하는 지역민방의 결합이 금지될 이유는 없다.

이상 살펴본 바에 의하면 허용이 고려될 수 있는 사항을 전면적으로 금지하는 위 조항은 부분적으로 위헌이라고 보아야 할 것이다. 이것은 독자

29) 조은기, 전계 논문.

30) 조은기, 전계 논문.

의 입장에서 다양한 매체로부터의 알 권리를 침해할 수 있다. 군소신문이 경영난 때문에 폐간되어 그에 의한 정보원이 소멸될 수 있기 때문이다.

나아가, 언론시장 전반을 관찰하면 유무선 인프라의 확대 및 디지털화의 결과 거의 무제한적으로 확대되는 채널의 가용성에 비추어보거나, 그러한 발전 상황에서 앞으로 위축이 예상되는 신문시장의 입지를 본다면, 신문사업자에게만 뉴미디어의 진출가능성을 전면적으로 박탈한다면 과잉규제로서 위헌의 문제가 제기될 수 있을 것이다. 신문에 대하여도 적절한 범위에서 타 미디어섹터로의 진출 기회를 허용하는 것이 언론시장의 국제경쟁력을 위해 바람직하다고 생각된다.

현행 방송법은 일간신문사업자가 종합유선방송사업자 및 위성방송사업자의 주식 또는 지분 총수의 100분의 33 이하를 소유할 수 있도록 허용하고 있으나(방송법 제8조 제4항), 신문법은 일간신문이 방송법에 의한 종합편성 또는 보도에 관한 전문편성을 행하는 방송사업을 겸영할 수 없고, 종합편성 또는 보도에 관한 전문편성을 행하는 방송사업자 역시 일간신문사업자의 과반수 지분을 취득할 수 없도록 규제하고 있다.

위 규정에 의하면 일간신문사업자는 여타의 방송채널 사용사업(PP)에 진출할 수 있는 것으로 되어 있지만, 콘텐츠 사업자로서 신문이 뉴미디어에 진출할 수 있는 핵심적인 분야가 금지되고 있어 과잉규제라 하지 않을 수 없다. 신문 미디어는 여타 영상 미디어와 달리 뉴스 및 시사해설 등 정보업무를 주된 업무로 함에 이론을 제기할 수는 없을 것인데, 이러한 주업무에 의해 뉴 미디어부문에 진출할 기회를 박탈한다는 것은 신문사업자가 일반 국민의 지위에서 갖는 표현매체 선택의 자유를 침해한다고 보아야 하기 때문이다. 이것은 신문사업자의 직업의 자유 및 재산권 보장을 침해하고 일반적 행동의 자유도 침해하는 것이다. 독자로서의 청구인들은 신문사업자가 제공하는 뉴스를 위와 같은 채널을 통하여 접할 수 있는 알 권리를 침해당하게 된다.

결국, 케이블 및 위성 등 수많은 채널이 제공되고 있는 플랫폼에서 다수의 보도에 관한 전문채널이 등장하고 있음에도 일간신문사업자에게만 이를

금지하는 것은 타당한 입법목적은 가질 수 없고, 올바른 제한수단이라고 볼 수도 없다. 그러한 제한을 위헌으로 본다면 사양화에 접어들고 있는 신문사업에 활로를 줄 뿐 아니라, 시사해설 및 정보 등 기존의 콘텐츠사업자로서 중요한 지위에 있는 신문기업의 진흥을 도모할 수 있다.

라. 결정 내용 - 합헌 및 헌법불합치

이 부분 헌재 결정은 본안판단에 들어가 신문법 제15조 제2항은 합헌으로, 제15조 제3항은 헌법불합치로 결론을 내리고 있다.

첫째, 일간신문이 뉴스통신이나 방송사업과 같은 이중 미디어를 겸영을 금지하는 신문법 제15조 제2항에 관하여 헌법재판소는 고도의 정책적 접근과 판단이 필요한 분야로서 입법적 재량에 속하는 것이고 헌법에 위반되지 아니한다고 보았다.

둘째, 일간신문 상호간의 복수소유를 규제하고 있는 제15조 제3항에 관하여는 “신문의 복수소유가 언론의 다양성을 저해하지 않거나 오히려 이에 기여하는 경우도 있을 수 있는데, 위와 같이 일간신문 지배주주의 신문 복수소유를 일률적으로 금지하는 것은 정당하다고 보기 어렵다”고 하면서 “그러나 신문법 제15조 제3항은 그 자체로 헌법에 위반되는 것이 아니라, 신문 복수소유 규제에 관하여 부분적으로 위헌성이 있을 뿐이고, 신문의 다양성 보장을 위한 복수소유 규제의 기준을 어떻게 설정할지의 여부는 입법자의 재량에 맡겨져 있으므로 위 조항에 대해서는 단순위헌이 아닌 헌법불합치결정을 선고하고, 다만 입법자의 개선입법이 있을 때까지 계속 적용을 허용함이 상당하다.”고 판시하였다.

위에서 위헌이 될 수 있는 사항에 대하여 헌재는 다음과 같이 이유를 부연 설명하고 있다.

“신문시장에서 생존하기 어려운 상황에 처한 어떤 일간신문의 지배주주가 다른 일간신문법인의 주식 2분의1 이상을 취득·소유하는 기업결합을 하더라도 그를 통하여 신문시장에서 생존하는 길이 열리고, 그로써 얻어지

는 신문의 다양성이라는 효과가 신문결합으로 인한 폐해보다 더 크다면 그러한 신문결합은 규제받지 않아야 한다. 예컨대, 발행부수가 적고 시장지배력이 미약하여 폐간의 위기에 처한 일간신문의 지배주주가 같은 처지에 있는 다른 신문의 주식 내지 지분을 2분의1 이상을 취득·소유하여, 이를 통하여 신문시장에서의 생존의 길이 열린다면 신문의 집중이나 독과점의 폐해는 없고, 이는 오히려 폐간의 위기에 처한 신문을 존속시켜 신문의 다양성에 기여하게 될 것이다. 또한 교육 전문의 특수일간신문의 지배주주가 시너지(synergy) 효과를 통한 생존전략을 위하여 외국어일간신문을 인수한다면 1개의 신문이라도 건설하게 유지될 수 있다면 이 또한 금지할 이유가 없다고 할 것이다. 그런데 제15조 제3항은 이러한 가능성을 모두 봉쇄하고 있다.

신문의 복수소유에 관하여는 복수소유 규제의 대상을 일정한 매출액 이상의 신문으로 한정한다든지 또는 주식·지분 인수의 결과 발행부수가 일정한 시장점유율을 넘는 경우에만 규제한다든지 함으로써 신문의 다양성을 위협하는 실질적 관련성이 있는 경우로 그 규제 범위를 좁혀 기본권 제한을 최소화할 수 있음에도 불구하고, 위 규정은 이에 대한 아무런 배려 없이 모든 일간신문에 대하여 복수소유를 제한하고 있다. 따라서 위 조항은 신문의 자유를 지나치게 제한하는 것이다.”

마. 비판

헌재가 이 부분 심판청구에 대하여 본안판단에 들어간 것은 당연한 것이다. 다만, 미디어의 교차소유에 대해 일반적으로 금지하는 조항에 관하여, 특히 심판청구 이유로 거론된 신문사업자의 보도 서비스 채널로서 뉴미디어에 대한 진입 금지 조항에 대하여는 구체적인 법리 논증을 기피한 채 이를 입법자의 재량에 넘기고 있다. 어쨌든 신문법 개정이 논의되고 있는 마당에 국회는 이 부분 법률 조항을 개정하지 않을 수 없을 것이고, 눈부신 기술 혁신으로 다양한 매체가 개발 이용되고 그 영향력이 확대되고 있는

현대의 미디어 상황의 전개에 비추어 미래지향적인 합리적 규율의 책임을 떠맡게 되었다고 할 수 있다.

5. 신문사업자의 자료제출의무

가. 신문법 제16조

신문법 제16조는 일간신문 사업자에 대하여 ① 전체 발행부수 및 유가 판매부수 ② 구독수입과 광고수입 ③ 총 발행주식 또는 지분총수와 자본내역, ④ 100분의 5 이상의 주식 또는 지분을 소유한 주주 또는 사원의 개인별 내역에 관한 사항을 신문발전위원회에 신고하여야 하며(동조 제1항, 제2항), 신문발전위원회는 위 신고사항을 검증·공개하도록 규정하고 있다(동조 제3항).

원래 여당(열린우리당)의 입법안은 발행부수, 구독료와 광고료, 회계서류, 자본내역 및 주주의 개인별 내역, 그밖에 대통령령으로 정하는 사항을 문화관광부장관에게 신고해야 하고(동 법안 제15조), 문광부장관은 언론발전 등의 지원을 위한 정부의 사업을 추진하기 위해 필요한 사항에 관하여 자료를 요청할 수 있다고 규정하였으나(동 법안 제27조), 신문법은 그 중 위에서 본 자료의 제출만을 의무화하고, 신고처를 문광부장관에서 신문발전 위원회로 바꾸었다.

나. 청구인 측 주장

청구인들은 이 조항이 신문사의 전반적 경영 투명성 제고를 위한 자료의 제출의무를 부과하는 것이라면 신문사업자에 대해서만 그러한 확대된 공개의무를 부과하는 것이어서 일반 기업의 경우보다 차별적으로 치우하는 것이고 평등원칙 위반의 우려가 있다고 하면서 다음과 같이 주장하였다.

정책실현수단으로서의 신고의무는 입법목적 실현을 위해 필요한 한도내

에서 비례의 원칙에 따라 설정되어야 한다. 일반적인 회계 및 세무 서류는 과세당국에 제출되고 있으며, 그외에 언론기업에만 부과되는 보고의무는 우선 신문에 관한 특별법으로서 평등위반의 문제가 야기될 뿐 아니라, 국가에 의한 간섭의 빌미가 될 수 있다는 점에서 논란될 수 있다. 나아가, 영업비밀로 보호되어야 할 사항은 물론이고, 특히 경향 매체인 신문기업에서 그 단체의 프라이버시를 침해할 수 있는 보고의무의 부과는 또 다른 기본권 침해의 논란을 야기할 수 있다.

제출을 받는 기관의 입장에서 보는 경우 각 필요에 의한 관할 관청에 제출되는 이외에 신문발전위원회가 일괄적으로 이를 제출받는 경우에는 보고의무의 설정목적에 비추어 문제될 수 있다. 공정한 경쟁이 침해될 수 있는지 여부를 판단하기 위한 자료는 그 제출의무가 허용된다고 볼 것이고, 구체적으로 부정경쟁행위를 감행한 점이 문제되는 경우 공정거래위원회는 사례별로 심사권을 가지고 있다. 그러므로 위반을 전제로 일반적 포괄적 의무로서 상시 보고의무를 지우는 것은 과잉적 규제가 될 수밖에 없다. 독과점 여부를 판단할 수 있는 자료로서 발행부수나 배포부수를 산정하기 위한 회계자료 등은 발행부수 공사기구에 제출토록 함이 상당하다.

이렇게 보면, 신법이 신고사항으로 규정한 사항 중 ① 전체 발행부수 및 유가 판매부수 ② 구독수입과 광고수입은 동법이 시장지배적 사업자에 대한 규제를 행하고, 신문발전기금의 지원 조건을 결정하기 위해 필요한 사항이어서 그 정당성이 인정될 수 있다(다만, 이들 규제 자체가 합헌인가 여부는 뒤에서 다시 논한다). 그러나 100분의 5 이상의 주식 또는 지분을 소유한 주주 또는 사원의 개인별 내역에 관한 사항은 동법이 신문사업에 대한 투자의 제한을 행하지 않고 있고, 그밖에 동법의 집행을 위해 필요한 사유도 없기 때문에 그 필요성이 인정될 수 없다. 특히 경향 매체인 신문기업에 대한 투자자를 세세히 밝히는 것은 그 매체기업에 보호되어야 할 단체의 프라이버시를 침해할 수 있고, 예컨대 정부에 비판적 논진을 펴는 야당지에 대한 투자를 위축시켜 그 자본조달을 어렵게 함으로써 신문기업의 물질 기초를 붕괴 내지 잠식할 수 있다는 점에서 위헌적이다. 지배주주

이외에 구체적인 소액 투자자의 신원을 밝히도록 한 조치가 문제되는 것이다.

이러한 우려는 신문법이 신문에 대한 지원을 규정하는 제도를 둔 것과 관련하여 그 집행에 차별을 할 가능성이 있기 때문에 간과할 수 없다. 신문사업에 대한 투자자가 누구인지에 따라 신문발전기금의 지원 등에 차별을 하게 된다면 그것은 위헌적 처사가 될 것이다. 국민은 경제적 목적이든 이념적 목적이든 특정 신문사업에 대하여 투자함에 방해받을 이유가 없고, 그 투자에 관하여 차별적 대우를 시도한다면 자의적 차별이 되기 때문이다.

위 신고된 사항은 신문사업자의 영업상 비밀에 속한다고 보아야 할 것이 적지 않을 것이므로 그 수집목적 이외에 사용되어서는 안되고, 따라서 그 비밀은 보장되어야 한다(신문법 제32조).

다. 결정 내용 - 합헌

이 부분 심판청구에 관하여 현재는 본안 판단에 들어가 합헌으로 결론내리고 있다. “신문기업의 소유와 경영에 관한 자료를 신고·공개토록 하는 것은 일간신문의 기업활동의 자유를 제약하는 것이기는 하지만, 신문시장의 투명성을 제고하여 신문의 다양성을 실현하려는 입법취지와 합목적적으로 연결된 의무로서, 기존의 다른 법률에 의하여 이미 공시된 자료나 신문시장의 특성에 비추어 필요한 자료에 한정하여 신고·공개토록 하고 있고, 그 위반행위에 대해서도 과태료 부과에 그치고 있다는 점에서 신문의 자유를 지나치게 침해한다거나, 일반 사기업에 비하여 평등원칙에 반하는 차별을 가하는 위헌규정이라 할 수 없다.”고 한다.

이들 규정은 신문시장의 투명성을 제고함으로써 신문의 다양성이라는 헌법적 요청을 구현하기 위한 것으로서, 신문법 제15조의 겸영금지 및 소유제한 규정의 실효성을 담보하기 위해서는 그 소유관계의 구조와 내역, 변동 상황을 파악하는 것이 필요하고, 제17조에 의해 신문시장의 독과점

내지 불공정거래를 규제하는데 있어서도 필요하며, 나아가 이러한 공개에 의해 독자나 광고주는 신문기업에 대한 보다 정확한 정보를 획득함으로써 자신의 선호에 맞는 신문을 보다 잘 선택할 수 있게 되며, 불공정한 거래행위를 보다 효율적으로 규제할 수가 있다는 것이다.

6. 시장지배적 신문사업자에 대한 규제

가. 신문법 제17조

신문법은 신문시장에서 시장지배적 사업자로 추정하는 요건(법 제17조)을 신설하여 그 규제를 강화하고 있다. 즉, 현행 공정거래법은 1 사업자의 시장점유율이 100분의 50 이상이거나 3개 이하의 사업자의 시장점유율의 합계가 100분의 75 이상인 경우에 한하여 시장지배적 사업자로 추정하고 있음에 비하여 신문법은 1개 신문사업자의 시장점유율이 전국 발행부수의 100분의 30 이상이거나, 3개 이하 사업자의 시장점유율 합계가 전국 발행부수의 100분의 60 이상인 경우에 시장지배적 사업자로 추정하고 있다(신문법 제17조).

이렇게 시장지배적 사업자로 추정됨으로써 그가 받는 법적 효과는 신문법이 명시적으로 신문발전기금의 지원을 받지 못하도록 하는 이외에(신문법 제34조 제2항 제2호) 공정거래법에 따라 위반행위에 대한 제재가 가중된다는 점(동법 제67조 제2호, 제23조 제2항 및 동법 시행령 제36조 제2항, 신문법에 있어서의 불공정거래행위 및 시장지배적 지위남용행위의 유형 및 기준, 2001. 6. 30. 공정거래위원회고시 제2001-7호, 개정 2003. 5. 27. 공정거래위원회고시 제2003-3호)이다.

나. 청구인 측 주장

청구인들의 주장을 보면 이들 신설 조항에 의해 신문법은 국가권력으로

부터 자유로워야 할 신문여론시장에 대한 간섭을 제도화하고 있다고 주장하면서, 신문업계에 대하여 독점을 규제하는 정책결정은 현대 정보사회에서 전반적 미디어 업계의 상황을 고려하여야 하고, 나아가 신문시장의 독점적 상황의 판단 여부에 관하여도 진지한 검토가 이루어져야 한다고 하면서 다음과 같이 주장하였다.

독과점사업자로서 신문사업자에 대한 규제는 경제법적 관점에서 보면 그 판매시장이나 광고시장에서 가격결정력의 남용을 방지하고, 경쟁사업자의 공정한 경쟁을 위협하게 되는 사태를 방지하는데 있고, 그러한 한에 있어서는 정당성을 가질 수 있다. 이러한 규제는 신문법 제정 이전에도 독점규제 및 공정거래에 관한 법률에 의해 시행되고 있었다.

그러나 언론법적 관점에서 어떠한 경우 한 신문사업자가 여론시장에서도 지배적 지위를 갖게 되는가 하는 문제는 별도의 관점에서 이해되어야 한다. 그에 대하여는 전체 미디어 시장의 규모뿐 아니라, 거기서 신문시장이 점하는 위상 등을 고려하여야 한다. 정보와 의견의 선택가능성의 관점에서 다양성의 요청을 볼 때 현재 우리의 신문시장에는 보수 및 진보 등 다양한 입장이 등장하고 있으며, 다른 한편 신문에 의한 영향력은 점점 위축되고 있는 반면, 지상파방송과 케이블 및 위성에 의한 방송이나 인터넷 매체의 영향력은 신문에 비할 수 없을 정도로 커지고 있다. 이렇게 본다면 신문시장의 독점 여부보다는 여론시장 전반에 관하여 영향력이 독점되고 있는가 여부가 문제되어야 하고, 그러한 한에서만 신문독점 규제에 관한 입법적 접근은 정당성을 갖는다고 생각된다.

미디어 다양성의 개념은 다수 미디어의 존재에 의한 공급의 다원성 및 그에 의한 독자들의 내용선택 가능성이 주된 요인을 이룬다는 점에서 보면 신문시장 자체가 독점되고 있다고 볼 수 없다. 현재 국내에서 발간되는 전국일간신문은 19개에 달하고, 일반·특수 일간신문은 121개에 이르며 이들 신문은 논조와 정치색에 있어서 다양한 모습을 보이고 있기 때문에 독자들의 선택 가능성의 측면에서 제한되고 있다고 볼 수는 없다. 군소 신문의 배달망이 취약하여 독자의 접근이 어려운 사정은 그러한 어려움을 해결하

기 위한 대책에 의해 해소될 수 있고, 이미 신문법은 신문유통원을 신설하여 그 정책적 대안을 마련하고 있다.

이와 관련하여 유의할 것은 앞서 본 바와 같이 유럽 제국에서 일반적으로 채택되고 있는 수용점유율 기준은 신문에 의한 타 매체의 인수 합병이나 복수 미디어 소유 또는 미디어간 교차 소유에 대한 규제를 위해 제시된 기준일 뿐, 이러한 방식이 신문시장만에 대한 규제를 위해 제시되거나 적용되고 있는 것은 아니라는 점이다. 어느 나라에서든 한 개의 신문이 그 저널리즘적 활동이나 영업적 활동에 의해 시장점유율을 늘리는 것을 억제하거나 이미 달성된 시장점유율을 인위적으로 끌어내리는 조치가 감행된 일은 없다. 그러한 국가의 고권적 조치는 독자들의 알 권리 내지 정보원선택의 자유를 제한하는 것으로서 위헌임을 면할 수 없고, 이 점에서 애당초 신문사업자가 달성한 시장점유율 여하에 따라 독점을 규제하려는 발상은 위헌으로 보아야 한다. 신문법이 이러한 방안을 입법화하지 아니한 것은 다행한 일이다.

이러한 관점에서 청구인들은 신문시장에 위와 같은 규제는 애당초 헌법적 정당성을 인정받을 수 없고, 이를 전제로 하는 시장지배적 신문사업자의 추정 제도도 위헌으로 보아야 한다고 주장하였다.

다. 결정 내용 - 위헌

이 부분 심판청구에 관하여 헌재는 적법요건을 갖춘 것으로 보고 본안 판단을 하고 있다. 신문법 제17조에 관하여 헌재는 “이 조항이 신문의 다양성을 확보하기 위한 것이라고 하더라도 이를 위하여 독자의 선택 결과인 발행부수의 많음을 이유로 하여 일반사업자보다 신문사업자를 더 쉽게 시장지배적사업자로 추정하여 규제의 대상으로 삼는 것은 그 차별에 합리적인 이유가 없을 뿐만 아니라 입법목적을 달성할 수단으로서의 합리성과 적정성도 인정하기 어렵다”고 하면서 위 조항은 입법적 한계를 넘은 것이어서 위헌이라고 판시하고 있다.

판시 이유에 의하면 위 조항은 차별의 근거가 되는 시장지배적 신문사업자로 추정함에 있어서 신문의 발행부수 하나만을 기준으로 하는 것은 합리적이지 않음을 지적하고 있다. 발행부수가 많다는 것은 다른 특별한 사정이 없는 한 독자의 선호도가 높은 데 기인함에도 시장점유율만을 기준으로 신문사업자를 차별하는 것은 합리적인 것이라고 볼 수 없다.

신문의 시장점유율은 발행부수뿐만 아니라 신문매출액, 구독자수, 광고매출액 등 다양한 요인을 함께 고려하여 평가하여야 하며, 신문의 선택 및 그로 인한 발행부수의 많고 적음은 기본적으로 신문의 내용에 대한 독자의 개별적인 선호에 의하여 결정되는 것임에도 발행부수만으로 시장지배력을 인정하여 시장지배적사업자로 추정하는 것은 합리성을 인정하기 어렵다는 것이다.

또한 3개 이하의 신문의 발행부수가 60% 이상이라고 하더라도 그들 사이에 시장의 동질성을 인정함에는 의문이 있고, 이들이 공정거래법 소정의 일정한 거래분야, 즉 거래의 객체별·단계별 또는 지역별로 경쟁관계에 있거나 경쟁관계가 성립될 수 있는 분야(동법 제2조 제8호)에 해당하는지의 문임에도 이들을 서로 경쟁관계에 있는 동종(同種)매체로 보아 규제하는 것은 신문시장의 과점을 해소한다는 입법목적을 실현함에 불필요하고 부적절한 규제라는 것이다.

그리고 지배력의 남용 유무를 묻지 않고 오직 발행부수가 많다는 한 가지 사실을 이유로 발행부수가 많은 신문사업자에게 기금지원배제의 제재를 한다는 것(신문법 제34조 제2항)은 공정거래법의 취지에 어긋나는 불합리한 일이고 지배력의 남용이 있을 때 비로소 제재를 받는 일반사업자와 비교할 때에도 신문사업자를 불합리하게 차별하는 것이다.

신문의 다양성 추구라는 면에서 보더라도 신문시장의 구도, 지원대상 신문의 시장점유율, 재무구조, 독자층의 구성내용과 분포 등 여러 요인을 고려하여 지원의 범위와 정도에 있어 합리적 차등을 두는 것은 별론으로 하고 이 조항과 같이 시장지배적사업자로 추정된다는 하나의 이유만으로 기금 지원의 대상에서 아예 빼버리는 것은 입법목적과의 합리적 연관성을 인

정할 수 없다.

신문의 자유는 개별 신문의 존재와 내용에 영향을 주는 것뿐만 아니라 신문의 경쟁을 왜곡하지 말 것까지 요구한다. 발행부수만을 기준으로 특정 신문사업자를 정부가 기금지원에서 배제하고 다른 사업자에게만 기금을 지원하는 차별적 규제를 행하는 것은 자유롭고 공정한 경쟁을 통해 형성될 신문시장의 구도를 국가가 개입하여 인위적으로 변경시키는 것이고 이것은 헌법이 보장하려는 자유로운 신문제도에 역행하며 자유와 창의를 존중함을 기본으로 삼는 헌법상의 시장경제질서에 어긋난다.

7. 언론에 대한 국가의 지원

가. 헌법상 한계

언론기업에 대한 국가의 지원정책의 가부와 그 요건 및 한계에 관하여는 상당한 논의가 있어 왔다. 다양성을 위해 국가가 군소 언론을 지원하는 제도는 여러 나라에서 채용되고 있지만, 문제는 그러한 정책이 여론형성의 자유를 해침이 없이 어떠한 방법으로 이루어질 수 있는가 하는 것이다.

언론에 대한 국가의 지원은 일정한 요건 하에 허용될 수 있는 것이지만, 거기에는 국가의 중립성 원리가 지켜진다는 것을 전제로 한다. 헌법이 더 잡고 있는 자유민주주의적 의사결정체제의 요청에 의하면 국가(권력) 자체는 여론형성과정에 개입할 수 없고 중립적 입장을 취하여야 하기 때문이다. 지원정책을 수행하는 과정에서 표현의 자유의 자유로운 행사가 공권력의 선호에 의해 지원의 부여와 거부에 의해 조종될 수 있다는 데 문제가 있는 것이다.

나. 신문법의 규정

신문법은 여론의 다양성을 보장하고 신문산업의 진흥을 위하여 신문발

전위원회와 신문발전기금을 설치하고(법 제27조 및 제33조), 국민의 폭넓은 언론매체 선택권을 보장하기 위해 신문유통원을 신설하였다(법 제37조).

신문법은 여론의 다양성을 보장하고 신문산업의 진흥을 위한 업무를 지원하며 신문발전기금을 관리·운영하기 위하여 신문발전위원회를 문화관광부에 설치하고(신문법 제27조 제1항), 그 주된 직무로서 신문발전기금의 관리·운영 및 신문발전기금 지원대상의 선정 및 지원기준의 심의·의결하도록 하고 있다(신문법 제29조 제3호 및 4호, 제33조).

이러한 임무를 수행하기 위해 신문발전위는 신문사업자들로부터 전체 발행부수를 비롯한 유가 판매 및 인쇄 부수, 구독료 및 광고 수입, 신문사의 자본 내역과 5%이상 소유지분을 갖는 주주 내역 등 자료를 신고받고 이를 검증 공개하는 역할을 하게 된다(신문법 제29조 제2호, 제16조). 신문발전위는 문화관광부 장관이 위촉하되, 국회의장이 추천하는 2명과 신문협회·언론노조·언론학회·시민단체가 각각 추천하는 4명을 포함해 모두 9명의 위원으로 구성된다(신문법 제28조).

신문 등 정기간행물 및 인터넷신문의 진흥을 위하여 위원회에 신문발전기금을 설치한다(신문법 제33조). 기금의 용도로 명시된 것 중 중요한 것은 여론의 다양성 촉진과 신문산업 및 인터넷신문의 진흥을 위한 사업 및 신문 유통구조 개선을 위한 사업이다(신문법 제34조 제1항). 신문법은 무료로 제공 또는 발행되는 정기간행물의 사업자 및 제17조의 규정에 해당하는 시장지배적 사업자를 기금의 지원으로부터 배제하고 있다(신문법 제34조 제2항).

다. 청구인들의 주장

청구인들은 신문발전위원회를 통하여 신문에 대한 국가의 지원을 의도하는 경우에는 국가가 중립성 원칙을 지켜야 하며, 신문시장의 공정경쟁을 저해하여서는 안되며, 신문발전기금을 통하여 신문의 규모나 논조(論調)에 따른 차별적 지원을 야기하게 되면 신문 간의 공정경쟁에 반하며, 신문발

전위원회는 구성상 독립성과 중립성이 부족하므로 신문기업인 청구인들의 기본권을 침해한다고 하여 다음과 같이 주장하였다.

신문에 대한 국가의 지원을 규정한 위 신설규정들의 입법목적은 여론형성의 다양성을 위한 것으로 이해될 수 있고, 군소 사업자에 대한 직접적·간접적 방법으로 재정적·사업적 지원을 그 수단으로 하고 있음을 알 수 있다. 그러한 지원이 다양성 확보를 위해 실효성이 있다는 점에서 이를 제도화하고 있는 국가가 있으나, 그러한 지원은 우선 국가에 의한 여론시장에 대한 개입 내지 간섭을 초래한다는 점에서 이를 불식시킬 엄격한 룰이 법제화되지 않으면 위헌성을 면치 못하게 될 것이다.

먼저 언론기업 전부에 대한 일반적 지원조치는 직접적인 것이든, 간접적인 것이든 평등원칙 위반의 우려나 여론시장 개입금지의 원칙에 위반되는 것은 아니다. 그러나 개별적 직·간접지원방식을 취하여 선별적 지원을 행하는 경우 평등의 원칙뿐 아니라 중립성원칙에 어긋난다는 점에서 원칙적으로 위헌이라고 생각된다. 일부 언론기업만을 대상으로 지원하는 경우 여기에는 순수하게 다양성을 위해, 그리고 중립적 징표에 의해 일정 규모나 기준에 해당하는 그룹의 신문을 구분하여 지원하는 방안이 고려될 수 있다.³¹⁾

그러나, 언론기업의 독점방지를 위하여 일정한 발행부수 미만의 군소언론 기업 전체에 대해 특혜를 베푸는 것이 허용될 수 있는가 여부에 관하여는 신중한 검토가 요청된다. 특히, 특별한 논조나 경향을 보호하기 위한 지원은 그 자체가 견해중립성에 정면으로 배치되는 것이어서 위헌으로 간주된다. 신문만이 여론형성 시장에서 유일한 종류의 매체로 존재하던 시기에, 그리고 아직도 그러한 현상이 유지되고 있는 나라에서 이러한 방식은 바람직한 것이었고, 채용될 수 있었다. 그러나 앞서 본 바와 같이 신문 이외에

31) 그 예로서 나라에 따라서는 특정한 소수계층이나 소수집단의 의견을 대변하는 신문에 대하여 이러한 지원을 행하는 경우를 들 수 있다. 예를 들면, 노르웨이의 예에서 보는 바와 같이 정당의 신문, 시각장애자, 이민자들을 위한 신문, 소수언어를 대변하는 신문에 직접적인 재정지원을 하는 것은 합리적인 사유가 있을 수 있다.

다양하고 풍부한 대안적 매체가 출현하여 실제로 기능하고 있는 현대 사회에서 이렇게 견해중립성에 정면으로 반하는 방식이 채용될 수는 없다. 그러한 소수언론은 공영방송의 의무편성 채널이나 시간편성에서 등장할 수 있고, 인터넷 언론 등 무한한 채널에서 값싼 비용으로 창출될 수 있다. 그럼에도 신문법에는 그 입법과정에서 언론개혁론자들에 의해 주창된 바와 같이 개혁적 논조의 신문에 지원하여야 한다는 목표가 기정화되어 있다.

군소신문이라는 이유만으로 그에 대하여 지원한다는 것은 시장경제에서의 자유경쟁의 원칙과 견해차별 금지의 원칙을 위반할 수 있다. 이 점은 독일의 연방헌법재판소가 우편서비스판결에서 명시적으로 확인하고 있으며, 독일에서 그러한 지원제도가 폐지된 이유였다. 시장경제에서 도태될 수밖에 없는 신문에 대하여 지원한다는 것은 막대한 재원이 필요할 뿐 아니라 그러한 방안으로 신문의 경영이 정상화되기를 기대하기란 어렵기 때문에 그 실효성도 바랄 수 없고, 그러한 기업에 국민의 세금을 쓴다는 것은 상식적으로도 국민을 납득시킬 수 없다. 지방신문에 대하여는 이미 지역신문발전지원특별법이 제정 시행되고 있다(2005년 한 해 250억 원의 예산이 책정되었다).

나아가, 국가활동으로서 일부 신문사업자에 대한 지원이 내용차별의 결과를 야기하게 된다면 그것은 더욱 강력한 위헌 추정을 받게 된다. 신문발전기금은 일반적 지원이나 개별적 지원을 위해 쓰일 수 있을 것이다. 그러나 신문법은 과점신문들에 대한 지원을 명문으로 전면 배제하고 있어 그에 의한 혜택은 그 이외의 신문들을 지원하게 될 것이다. 그런 경우 이른바 보수 논조의 신문들은 배제되고 진보적 논조에 대해서만 혜택을 주게 되어 결국 내용에 따른 차별로 귀결될 수 있다.

개별적 직접지원의 형태를 취하는 개별 신문기업에 대한 경영자금의 융자 및 지급은 더욱 심각한 문제를 제기한다. 현행법에 의하면 국고 또는 기금에 의한 보조금은 보조금의 예산 및 관리에 관한 법률 및 기금관리기본법의 적용을 받는다. 그에 의하면 보조사업자는 관할 관청의 전반적 감독을 받게 되고(보조금관리법 제8조, 제18조, 제25조, 제27조 제29조, 제36

조), 감사원의 검사를 받을 수 있게 되므로(감사원법 제23조 제1항 제2호), 보조금을 받은 언론기업은 이러한 감독권에 예속되게 되는 것이다. 그럼에도 신문법은 돈에 의한 언론육성을 의도하고 있어 국가가 언론계에 대한 간섭이 이루어질 소지를 주고 있다. 기금지원을 받으려는 신문사업자가 정부에 비판적 논조를 유지하는 것은 기대할 수 없고, 기금지원을 받기 위한 여러 조건에 부응하려면 경영실적, 재무상태 등 경영에 관한 소소한 사항을 모두 관할 관청에 제출하여야 하기 때문에 그에 대한 권력적 간섭이 쉬워질 것이란 점이다.

위에서 본 바를 종합하면 신문에 대한 국가의 지원을 의도하는 일련의 신문법 규정, 즉 제27조(신문발전위원회의 설치), 제28조(위원회의 구성), 제29조(위원회의 직무), 제33조(신문발전기금의 설치 및 조성), 제34조(기금의 용도), 제35조(기금의 관리 운용), 제37조(신문유통원의 설립) 제1항 등은 국가의 중립성의무나, 공정경쟁에 있어서 평등취급의 조건을 설정하지 아니하여 위헌이다.

라. 결정 내용 - 각하

헌법재판소는 이 부분 심판청구에 대하여 신문발전위원회의 설치, 구성, 직무(신문법 제27조, 제28조 제3항, 제29조), 그리고 신문발전기금의 설치 및 조성, 용도, 관리·운용에 관한 규정(제33조, 제34조(제2항 제2호 제외), 제35조) 등은 조직규범에 불과하여 일반국민을 수범자(受範者)로 하지 아니하는 것이므로 일반국민은 그러한 조직규범의 공포로써 자기의 헌법상 보장된 기본권이 직접적으로 침해되었다고 할 수 없다는 이유를 들어 이들 조항에 대한 심판청구를 각하하였다. 이들 조항에 의하여 설치된 신문발전위원회가 그 법률에서 부여한 권한을 현실적으로 행사하였을 때 비로소 신문사업자인 청구인들에 대한 기본권침해의 가능성이 생기고, 그 때에 가서 위헌 여부를 다룰 수 있다는 것이다.

또 신문유통원이라는 기구의 설립, 구성 및 사업범위에 관한 신문법 제

37조도 신문유통원이라는 기구의 설립과 운영의 근거가 될 뿐이므로 기본권침해의 직접성이 인정되지 않는다고 한다.

다만, 현재는 제17조의 시장지배적사업자를 기금의 지원대상에서 배제하는 신문법 제34조 제2항 제2호에 관하여는 전술한 바와 같이 이를 위헌이라고 판시하였다.

마. 비판

위 조항들에 대한 현재의 각하 결론은 헌법소원의 적법성 요건에 관하여 너무 엄격히 해석한 것으로 생각된다. 독일 판례에서 명백히 되고 있는 바와 같이 신문에 대한 재정지원에는 형식적 법률에 의한 근거를 요하며, 국가에 대한 신문의 독립성을 보장하기 위해 행정의 재량을 배제하는 것이어야 한다.³²⁾ 그렇다면 응당 입법자는 신문법을 제정하여 이러한 지원제도를 설정함에 있어서 본질성 이론에 따라 이러한 기준을 법률에 두었어야 한다. 우리 현재 역시 의회유보의 요건에 관하여 위와 같은 입장을 취한 바 있다.³³⁾

이러한 입법의 결함이 헌법소원에 의해 다투어질 수 있음은 물론이다. 독일 연방헌법재판소의 우편서비스판결은 “급부 영역에 있어서 헌법에 의해 귀결되는 국가의 중립의무에 상응하여 신문의 자유의 주체는 내용조종적인 영향력을 갖는 국가의 지원조치에 항거할 주관적 공권뿐만 아니라, 언론적 경쟁에서 평등하게 취급할 것을 요구할 수 있는 청구권을 갖는다”³⁴⁾는 점을 명백히 하고 있다. 위 조항들은 청구인들의 이러한 기본권을 침해하고 있다. 이러한 기본권은 그 실현에 있어서 절차적 형성이 바로 이

32) OVG Berlin 1975. 4. 25. 판결 DVBl. 1975 S. 907f, Wolfgang Seiler, Pressekonzentration und publizistische Vielfalt nach zehn Jahren deutscher Einheit, AfP(Archiv für Presserecht) 1-2002, S. 1, 9

33) 현재 1999. 1. 28. 97헌가8, 판례집 11-1, 1, 7; 2000. 1. 27. 98헌가9, 판례집 12-1, 1, 8

34) BVerfGE 20, 124 [134]

루어질 것을 요구할 수 있다.

이렇게 적법성 요건이 충족된 것으로 본다면, 헌법재판소는 청구이유에서 적시된 바와 같이 지원에 있어서 국가의 중립성의무나, 공정경쟁에 있어서 평등취급의 조건을 설정하지 아니한 입법적 결함을 지적하여 이를 시정하기 위해 최소한 헌법불합치 결정을 내려야 했다고 생각된다. 어쨌든, 이 부분 법률조항에 관하여도 신문법을 개정하는 경우 앞서 본 바와 같이 국가의 중립성의무나, 공정경쟁에 있어서 평등취급의 조건을 설정하는 규율이 포함되어야 할 것이다.

III. 언론피해구제법(언론중재법)

1. 서론

가. 제정의 의의

심판대상인 “언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률”(이하 언론피해구제법이라 약칭함)의 중요 내용을 요약하자면, 첫째, 인격권을 명문화하여 그 보호를 강화하고, 사자의 인격권 보호 근거를 마련하였으며, 둘째, 언론의 인격권 침해에 대한 각종의 구제제도를 함께 모아 명문화함과 동시에, 셋째, 언론중재위원회의 권한에 관하여 손해배상에 관한 조정기능을 추가하고, 언론의 공익 침해 여부에 관한 심의 제재권한을 부여하였다는 점이다. 원래 제안되었던 여당의 개정안 중 입법과정상 여러 비판 때문에 자체심의 제도와 언론피해상담소 제도는 삭제되었으나, 그밖에 논란되었던 대부분의 내용이 신법에 규정되게 되었다.

언론피해구제법은 인격권을 명문화하여 민사법 전반에 중대한 의미와 광범위한 효과를 갖는 권리의 근거를 마련하였다는 점에서 법제사적으로도 큰 의의를 갖는다고 할 수 있다. 또 신법은 여러 법률에 산재하던 언론피해구제제도를 한데 모아 단일 법률에 수용하고 이를 강화하였다는 점에서

그 피해를 당한 국민의 입장에서 보면 일단 긍정적 입법으로 평가될 수 있을 것이다. 그러나, 한편 언론피해구제법은 언론에 의한 국민의 피해 구제제도를 충실히 하려는 의도에서 개인의 인격권을 널리 보호하는 규정을 도입함과 함께 그에 상응하여 언론의 의무와 부담을 가중하는 새로운 비교형량에 의해 여러 규정을 신설하고 있다.

명예 등 인격권의 보호를 입법화하는 경우에는 인격권의 개념과 본질에 관한 실체법적 이해와 함께 표현 및 언론의 자유에 관한 헌법적 이해를 필요로 함은 물론이고, 그 권리구제절차에 관한 입법은 복잡하고 미묘한 기술법으로서 일반 소송법 체계에 어긋나지 않도록 세심한 배려를 요한다. 이렇게 복잡하고 미묘한 문제를 다룸에 있어서 제국은 그 입법을 위해 수십년간의 연구와 토론이나, 판례에 의한 발전에 의존하고 있다. 그럼에도 신법은 극히 짧은 기간에 입법이 이루어져 그러한 배려가 상당 부분 간과됨으로써 앞으로 동법의 적용을 예워싸고 극심한 혼란이 야기될 우려가 있다.

이 글에서는 언론피해구제법의 내용을 전반적으로 살펴본 후, 심판청구서에서 청구인들이 주장한 문제점과 위헌 논거에 관하여 언급하고 그에 대한 헌법재판소의 결정 내용을 비판하고자 한다.³⁵⁾

나. 인격권에 관한 규율의 범리

(1) 인격권의 한계

인격권은 여타 권리와 마찬가지로 공동체 내에서 함께 살아가는 개인의 존재를 인식하는 전제 위에서 인정되어야 한다. 새로운 권리로서 인격권 역시 사회적 연관성 및 사회적 구속성에 의해 조건지어지며, 따라서 사회생활상의 일반평균인으로서 수인(受忍)해야 할 범위내의 것이면 애당초 권

35) 이 부분 글은 박용상, 언론피해구제법 비판, 법률신문 제3349호(2005년 3월 24일) 및 제335호(3월 28일)과 <http://blog.naver.com/prkys500.do>; <http://paper.cyworld.com/freespeech>에 게재된 글을 수정 요약한 것이다.

리의 성립 자체가 인정될 수 없고, 인격적 이익에 대한 침해가 인간공동 생활의 합리적 이해에 따라 수인해야 할 경우에는 위법하다고 할 수 없다.

따라서 인격권이 사생활의 모든 영역을 절대적으로 보호하는 것은 아니며, 개인은 사회연관적이고 사회구속적인 시민으로서 공공의 우월적 이익을 위해 비례원칙에 따라 내려진 제한을 감내하지 않으면 안된다. 다만, 그에 대한 제한은 사적 생활형성의 불가침영역을 간섭하거나 침해할 수 없다는 제한의 한계가 설정된다.

(2) 인격권 보호의 요건

인격권은 그 자체가 생성중인 권리이고 넓고 다양한 자유의 국면을 포괄하는 것이기 때문에 그 내용과 한계가 이미 확정되어 있는 권리가 아니다. 인격적 이익에 관하여 최선의 보호를 배푼이 바람직하다고 생각할지 모르지만, 독일의 일반적 인격권론의 전개 과정에서 알려진 바와 같이 그 결과는 필연적으로 사회적 존재로서 타인의 일반적 행동의 자유를 구속하기 때문에 미묘하고 어려운 문제를 야기한다. 이와 같이 인격권은 그 내용이 포괄적이고 미확정의 권리이며 윤곽적 권리의 본질에 비추어 그 내용과 한계를 정함에는 신중한 검토를 요한다.

인격권으로서 보호를 배푼려면, 먼저 인격권으로서 보호받는 인격적 이익의 종류와 내용이 확정되어야 하고, 둘째, 그에 대한 침해로서 금지되는 행위가 밝혀져야 하며, 셋째 인격권이 반대 이익과 충돌하는 경우 그 한계 및 제한의 기준이 마련되어야 한다. 그 경우 유의할 점은 인격권의 보호는 일반적인 확정적 권리의 경우와 달리 모든 단계에서 이익형량이 이루어져야 한다는 점이다. 인격권이라는 말 한마디로 이를 법률에 규정하였다고 하여 이러한 모든 문제가 해결되는 것이 아님은 물론이다.

신법이 열거한 인격적 이익은 그 침해가 바로 위법하게 되는 확정적인 권리가 아니라 비교형량에 의해 위법성이 인정될 수 있다는 점에서 상대적 권리란 점을 간과하여서는 안된다. 즉, 인격권은 표현의 자유 등 타인의 권리와 충돌하는 경우 어떤 것이 더 보호할 필요성이 큰가 하는 비교형량(이른바 일반적 이익형량)에 의해 비로소 인정될 수 있는 권리이다.

2. 구제제도에 관한 구체적 쟁점

가. 언론에 의한 인격권 침해의 위법성 조각사유

(1) 청구인들의 주장

인격권이 개인의 표현행위와 긴장관계에 서게 되는 것은 불가피하다. 이 관계에 관하여 언론피해구제법 제5조 제2항은 “인격권의 침해가 사회상규에 반하지 아니하는 한도 내에서 피해자의 동의에 의하여 이루어지거나 또는 공적인 관심사에 대하여 중대한 공익상 필요에 의하여 부득이하게 이루어진 때에는 위법성이 조각된다.”고 규정하여 양자의 범익형량에 관하여 일응의 기준을 제시하고 있다. 그러나 이 규정은 위에서 본 인격권의 본질과 한계에 관한 고려에 비추어 극히 불완전할 뿐 아니라, 표현의 자유와 인격권 보호간의 실제적 조화에 의한 균형을 이루지 못하고 인격권 보호에 편중하고 있다는 점에서 논란을 면할 수 없다.

헌법론적으로 보면 인격권과 표현의 자유는 모두 인간의 존엄에서 연원하는 권리이기 때문에 추상적인 권리의 위계체계에서는 우열을 정할 수 없고, 헌법상 그 어느 일방 또는 타방에게 원칙적인 우위를 주는 것은 허용될 수 없다. 양자의 기본권이 충돌하는 경우에는 추상적인 해결 원칙이 존재할 수 없고 이른바 ‘실제적 조화의 원칙’에 따라 해결될 수밖에 없다.

그럼에도 신법은 “인격권의 침해가 …… 공적인 관심사에 대하여 ‘중대한’ 공익상 필요에 의하여 ‘부득이하게’ 이루어진 때에는 위법성이 조각된다.”고 규정하여(신법 제5조 제2항) 사전적·예정적으로 인격권에 우위를 두는 입장을 취하고 있다. 그러나 앞서 본 바와 같이 인격권은 생성중인 권리로서 다양한 생활관계의 보호를 그 대상으로 하기 때문에 그 한계가 모호한 윤곽적 권리에 불과할 뿐 아니라, 인격적 범익 중에도 경중이 있을 수 있고, 표현행위의 목적이나 취급대상에 있어서도 공익성의 경중이 다른 만큼 양자 간의 이익형량에서 어느 일방을 일률적으로 우선시하는 태도는 입법적 재량의 범위를 벗어난 것으로서 위헌이라고 간주되어야 할 것이다.

(2) 결정 내용 - 각하

이에 관하여 헌법재판소는 결정에서 “언론의 인격권 침해에 대한 위법성 조각사유를 설정하고 있는 언론중재법 제5조 제2항 및 제5항은 재판규범으로서, 언론보도로 인한 인격권의 침해가 문제되어 언론자유와 인격권이 상충하는 구체적 사건이 제기되었을 때 어느 쪽이 보호되고 어느 쪽이 희생되는지는 법원에 의한 구체적 사실인정 및 법률에 대한 해석·적용을 통하여 비로소 현실화되므로, 이들 조항은 기본권 침해의 직접성이 인정되지 않는다.”고 판시하였다. 본안 판단은 행하지 않은 것이다.

나. 구제청구권 규정

기존의 판례와 학설상 인격권 침해에 대한 구제제도를 체계적으로 보자면, 명예를 포함하는 인격권에 있어서는 그 대세적 권리의 본질에 따라 그 침해행위를 금지하는 부작위청구권이 인정되고, 나아가 그 침해가 이루어진 경우에는 기존의 사후적 구제제도로서 불법행위에 기한 손해배상청구권과 함께 그 원상회복을 구하는 권리가 민법상 인정되며, 이와는 별도로 언론법상의 특수소권으로서 반론권이 인정되고 있다.

언론피해구제법은 이러한 언론피해의 구제제도를 망라하여 구체적으로 규정하고 있으나, 이들 규정 형태를 보면 실체적 규정과 절차적 규정이 혼합 규정되고 있어 그 이해를 어렵게 하고 있을 뿐 아니라, 그 요건과 효과에 있어서도 기존의 법리를 벗어난 규율을 행하고 있어 문제를 야기하고 있다.

(1) 부작위청구권에 관한 규정

(가) 청구인들의 주장

언론피해구제법 제30조 제3항은 인격권 침해에 대한 부작위청구권(실무상 금지청구권으로 불려지고 있음)을 명문화하고 있다.

중전의 학설과 판례에 의하면 부작위청구권은 인격권의 대세적 본질에 의해 인정되는 것으로서 반드시 불법행위가 성립할 것을 요건으로 하는 것

이 아니다. 그러나 신법은 부작위청구권을 불법행위에 기한 것에 한정함으로써 중전 판례와 학설에 의해 인정되던 것에 비해 현저히 그 발생요건을 제한하고 있다. 부작위청구권은 인격권의 대세적 권리의 본질상 그 침해가 있는 경우(물론 법익 형량에 의해) 바로 인정될 수 있는 권리임에도 고의·과실을 요하는 불법행위의 요건이 있는 경우에만 이를 인정함으로써 일반법리에 의한 부작위청구권보다 그 발생요건을 제한하고 있기 때문이다.

(나) 결정 내용 - 각하

이 부분 심판청구 대상 범조항에 대해서도 현재는 재판규범으로서 바로 그 규정만에 의하여 기본권을 침해한다고 할 수 없어 기본권침해의 직접성이 인정되지 않는다고 판시하였다.

(2) 불법행위에 기한 위자료 청구권

(가) 청구인들의 주장

신법은 “언론의 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 인하여 재산상 손해를 입거나 인격권 침해 그밖에 정신적 고통을 받은 자는 그 손해에 대한 배상을 언론사에 청구할 수 있다”(신법 제30조 제1항)는 규정을 신설하고, 나아가, 손해배상액의 산정에 관하여 “손해가 발생한 사실은 인정되나 손해액의 구체적인 금액을 산정하기 곤란한 경우에는 변론의 취지 및 증거조사 결과를 참작하여 그에 상당하다고 인정되는 손해액을 산정하여야 한다”는 규정(제30조 제2항)을 신설하고 있다.

인격권 침해의 경우 피해자가 입는 손해란 주로 비재산적 손해로서 정신적 고통이다. 각국에서 이 정신적 고통에 대한 배상은 20세기에 들어서 비로소 인정되기 시작하였으나, 그 주관성과 측정의 어려움 때문에 그 요건 및 범위에 관하여 각국의 판례와 학설은 신중한 입장을 취한다.³⁶⁾

36) 독일 판례에 의하면 인격침해를 이유로 한 위자료청구권이 발생하려면 ① 중대한 인격침해 ② 귀책사유로서 고의 또는 중과실 ③ 다른 보상가능성의 결여 ④ 불가피한 필요를 요건으로 한다. 미국에서 정신적 고통(emotional distress)에 대한 불법행위 책임이 인정되기 시작한 것은 20세기 초부터였다. 처음의 판례는 신체적 상해의 경우와 같이 이미 승인된 불법행위로부터 당연히 결과될 수 있는 정신적 손해에 대해서만 배상을 허용하였으나, 정신적 고통만을 근거로 배상을

허용한 것은 1950년대부터였고, 피해자가 실제적이고 가혹한 고통을 당할 것으로 생각되는 사례에 국한되었다. 그 성립요건으로서는 가혹하여 이성적인 인간으로서 감수하리라고 기대할 수 없는 고통을 결과하는 극단적이고 폭거적인 행위 (“extreme and outrageous conduct”)가 입증되어야 하고, 고의(가해의 의도)가 필요하고, 과실의 경우에는 극히 제한된 상황에서 책임이 인정된다. 우리의 경우 민법은 일찍이 정신적 고통을 가한 자는 재산 이외의 손해에 대하여도 배상할 책임을 인정하였다(민법 제751조) 종전 우리의 판례는 재산적 손해가 발생하여 그 손해가 배상되는 경우 정신적 손해에 대한 배상은 허용하지 않았으며, 정신적 손해는 주로 신체 상해가 있는 경우 경험칙상 인정되는 것으로 다루어져 왔다. 그러나 정신적 손해만이 문제되는 경우 어떠한 요건하에서 위자료청구권이 인정되는가 하는 점에 대하여 정립된 법리는 없었다.

이러한 입장에서 청구인 측에서는 인격권침해에 대한 위자료청구권을 인정할 동조 제1항은 언론사의 귀책사유로서 고의나 중과실이 없는 경우에도 위자료청구권을 허용하는 한 위헌이고, 법원이 동조 제2항에 근거하여 징벌적 손해를 의미하게 될 정도의 고액의 손해배상을 인용하는 것은 위헌이라고 주장하였다.

(나) 결정 내용 - 각하

헌재는 이에 대하여도 언론중재법 제30조는 언론의 고의 또는 과실로 인한 인격권침해에 대한 손해배상청구에 관한 규정으로서 전형적인 재판규범에 해당하며, “이와 같은 재판규범은 구체적인 사건에서 법원이 사실을 인정하고 법률을 해석·적용하는데 필요한 규정에 불과할 뿐, 이 조항에 의하여 신문사업자인 청구인들에게 직접 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생기는 것이 아니다. 이와 같은 재판규범은 법원의 재판이라는 집행행위를 거쳐 비로소 동 청구인들의 기본권에 영향을 미치게 되는 것이므로, 이 조항은 기본권침해의 직접성이 인정되지 않는다”고 판시하였다.

(3) 신설된 권리 - 정정보도청구권

(가) 청구인들의 주장

언론피해구제법 제14조(정정보도청구의 요건)는 “사실적 주장에 관한 언론보도가 진실하지 아니함으로 인하여 피해를 입은 자는 당해 언론보도가 있음을 안 날부터 3월 이내에 그 보도내용에 관한 정정보도를 언론사에 청

구할 수 있다. 다만, 당해 언론보도가 있을 후 6월이 경과한 때에는 그러하지 아니하다.”(동조 제1항), “제1항의 청구에는 언론사의 고의·과실이나 위법성을 요하지 아니한다.”고 규정한다(동조 제2항).

우리 민법 제764조는 타인의 명예를 훼손한 자에 대하여 손해배상에 갈음하거나 손해배상과 함께 명예회복에 적당한 처분을 명할 수 있다고 규정하고 있고, 그 명예회복에 적당한 처분의 하나로서 정정청구권이 다루어져 왔다. 종전 판례와 학설에 의하면 민법 제764조에 의해 인정되는 정정청구권은 첫째, 사실주장에 대해서만 할 수 있고, 전과행위에 대하여는 허용되지 않는다. 둘째, 청구인에 의해 분쟁된 사실관계가 허위인 점에 관하여 입증함을 요한다. 셋째, 허위의 사실주장이 불법행위의 구성요건을 충족하고 위법할 것을 요한다(다만, 이 위법성 요건에 관해서는 예외가 있다). 표현행위자의 고의 과실 등 귀책사유는 요하지 않는다. 넷째, 명예 등 인격적 이익에 대한 방해상태가 계속되어 그 제거의 필요성이 계속될 것을 요하고, 정정 또는 취소가 요구된 의사표명이 방해상태를 제거하거나 계속적인 명예의 저해에 대처하기 위해 적합한 수단일 것을 요한다.

그러나 신법의 위 규정은 종래 학설과 판례에 의해 전개된 정정청구권과 같은 내용을 가지는 것으로 규정하면서 기존의 정정청구권의 본질과 내용에 반하는 규율을 행하고 있어 문제된다.

첫째, 신법은 정정보도청구권이 배제되는 예외 사유로서 반론보도청구권에 관하여 적용되어 오던 것을 그대로 정정권에 관하여 적용하도록 하고 있으나(동법 제15조 제4항), 원상회복청구권의 본질에 비추어 보면 전혀 타당할 수 없는 요건을 규정한 것으로서 문제된다.

둘째, 정정보도청구권의 성립요건에 관하여 “언론사의 고의·과실이나 위법성을 요하지 아니한다”고 규정한 신법 조항(동법 제14조 제2항)은 불법행위법상 본질적으로 요구되는 위법성요건을 전혀 배제하였다는 점에서 위헌적인 규정이다.

언론의 오보가 진실이라고 믿음에 정당한 사유가 있어 위법성 조각되는 경우에도 피해자는 여전히 명예 등 권리를 침해당하고 있는 것이므로 이러

한 경우 구제 필요성이 인정된다 하더라도 그것은 어디까지나 예외적인 문제일 뿐, 그러한 사례 때문에 일반적으로 위법성 요건을 배제하는 것은 본말을 전도하는 것이고, 위법하지 아니한 보도내용에 관하여 일반적으로 정정보도를 부과하는 것은 정당화될 수 없다. 예를 들면, 보도내용이 인용 등 타인의 표현행위를 전파한 경우, 특히 특권적 인용보도의 경우 등에는 위법성이 없어 언론사 자체가 이를 정정할 의무는 없는 것이다. 그밖에도 신법이 위 위법성요건을 배제함으로써 야기될 문제는 지금 당장 상정할 수 없으나, 앞으로 제기될 수 있는 여러 다양한 사례에서 문제를 야기하게 될 것이다.

셋째, 신법은 정정보도청구권에 관하여 심리하는 법원의 소송절차에서 가치분절차에 의해 심판하도록 규정하고 있다(동법 제26조 제4항). 이것은 변론과 증거조사 등 실체적 권리관계의 판단에 일반적으로 요구되는 적법절차의 원칙을 무시한 것이고, 언론사는 물론 피해자의 대심적 변론에 의한 재판청구권을 무시한 것으로서 위헌적 규정이다. 이렇게 종전 정간법상 반론권에 관하여 정해졌던 규율을 신법이 정정권에도 무제한 적용하게 한 것은 성질과 요건이 다른 반론권과 정정권의 본질적 차이를 무시한 법적 무지의 소치이다. 정정권은 그 발생요건에서 이의대상인 표현행위나 보도가 허위라고 하는 입증을 요하며, 그 입증은 쉽지 않고 장기간이 소요된다. 주지하는 바와 같이 보도의 허위 여부가 분쟁의 대상이 되는 경우 그 판단은 법률에 정한 법원에 의해 증거법칙에 따라 증거조사절차를 거쳐 이루어지지 않으면 안된다. 그 때문에 이를 단기간에 청구하고 언론사가 정정하도록 의무를 부과하는 것은 불가능한 것을 요구하는 것으로서 적법절차의 원칙에 반한다.

(나) 결정 내용 - 일부 위헌

헌법재판소는 청구인들의 위 여러 주장에 관하여 정정보도청구권에 관한 규정 일부만이 위헌임을 확인하면서 다음과 같이 판시하였다.

헌법재판소는 언론피해구제법상의 정정보도청구권 제도의 본질과 의의에 관하여 입법자가 “언론자유와 언론피해 구제의 적절한 조화를 위하여,

행위의 불법성에 초점을 맞추지 않고 진실에 반하는 보도로 인한 객관적 피해상태의 교정에 중점을 두”고, 민법상 불법행위에 기한 청구권과는 전혀 다른 새로운 성격의 청구권을 창설한 것이라고 보면서, “이에 의하면 허위 여부를 객관적으로 검증할 수 있는 “사실적 주장에 관한 언론보도”가 진실하지 않은 한, 피해자는 언론주체의 주관적 귀책사유의 존부는 묻지 않고 그 보도내용에 관한 정정보도를 청구할 수 있다.”고 하여 신설 창조된 청구권의 내용을 설명하고 있다.

나아가, 그 필요성 내지 입법목적의 정당성에 관하여 허위의 신문보도로 피해를 입었을 때, 신문사 측에 고의·과실이 없거나 이를 입증하기 어려운 경우, 위법성 조각사유가 인정되는 등의 이유로, 기존의 불법행위법에 기초한 손해배상이나 형사책임만으로는 구제가 어려운 경우가 있고, 이러한 경우 신문보도의 전파력으로 말미암아 심각한 피해상황에서 벗어날 수 있게 하기 위해 별도의 구제책이 필요하며, 이를 위해 신설된 새로운 권리로서 정정보도청구권은 입법목적에서 정당하다고 판시하였다.

다만, 현재는 그 권리의 실행절차에 있어서 민사집행법상의 가치분절차에 의하도록 한 제26조 제6항 본문 전단에 관하여 이는 언론사의 재판청구권을 침해하고 언론에 대한 위축효과를 야기하여 언론의 자유를 침해하는 것이어서 위헌이라고 판시하였다.

즉, 첫째, “정정보도청구의 소에서, 승패의 관건인 ‘사실적 주장에 관한 언론보도가 진실하지 아니함’이라는 사실의 입증에 대하여, 통상의 본안절차에서 반드시 요구하고 있는 증명을 배제하고 그 대신 간이한 소명으로 이를 대체하는 것인데 이것이 헌법상의 공정한 재판을 받을 권리, 특히 소송을 당한 언론사의 방어권을 심각하게 제약하는 것”이다.

둘째, 언론보도의 진실 여부는 쉽게 판명될 수 없는 경우가 많은데, “만일 진실에 부합하지 않을 개연성이 있다는 소명만으로 정정보도 책임을 지게 된다면 언론사로서는 사후의 분쟁에 대비하여 진실임을 확신할 수 있는 증거를 수집·확보하지 못하는 한, 사실주장에 관한 보도를 주저하게 될 것이다. 이는 중요한 사회적 관심사에 대하여 진위가 불명확하거나 신속하

게 법정에서 방어할 자신이 없는 경우, 그 보도를 편집에서 배제하도록 작용할 것이다. 이러한 언론의 위축효과는 중요한 사회적 관심사에 대한 신속한 보도를 자제하는 결과를 초래하고 그로 인하여 민주주의의 기초인 자유언론의 공적 기능이 저하된다는 피해가 발생한다.”는 것이다.

(다) 비판

결국 현재결정에 의하면 신설된 정정보도청구권은 허위 보도에 대하여 고의 과실과 위법성을 요하지 않고, 행사기간이 단축된 청구권일 뿐, 원래 입법자가 의도했던 바와 같이 간이한 절차에 의한 신속한 권리실현이라는 입법취지는 없어지게 되었음을 알 수 있다. 이렇게 절반의 의의를 상실한 새로운 청구권을 입법자가 만들어내는 것이 과연 합리적인가는 의문이다.³⁷⁾

먼저 위법성이 없는 경우에도 일반적으로 인정되는 정정보도청구권을 인정할 필요가 있는가에 관하여 살펴본다. 그러한 정정보도 청구권이 인정될 필요가 있는 것은 우리의 종전 대법원 판례에 의해 오보라 하더라도 그 오인에 정당한 이유가 있는 경우에는 위법성이 조각되는 경우에 국한될 것이다. 그러나 그러한 경우에도 문제는 있다. 즉, 현재는 허위 보도라 하더라도 기자가 상당한 주의를 기울여 심사한 경우에는 ‘위법성’이 조각된다는 종전 대법원 판례를 의존하고 있지만, 그 경우 일본의 판례는 위법성이 조각되는 것이 아니라 ‘책임’(귀책사유)이 조각된다고 보고 있으며, 독일의 판례에 의하면 민법상 불법행위를 원인으로 한 정정보도청구권의 경우에는 귀책사유를 요하지 않는 것으로 보고 있는 점을 고려한다면 이 경우 위법성이 없음에도 인정되는 새로운 일반적인 정정청구권을 만들 필요는 없는 것이다(현재는 이 부분 청구인들의 주장을 간과하거나 그에 관한 판단을 유탈하고 있다). 또 그런 경우 인격권에 기한 방해배제청구권에 의해 허위 주장을 제거하거나 그 예방을 청구할 수 있기 때문에 무리하게 세계의 어디에도 유사한 입법례를 찾아볼 수 없는 새로운 청구권을 창설할 필요가

37) 새 언론피해구제법이 신설한 정정보도청구권과 이에 관한 현재결정의 문제점에 관한 상세한 논의는 박용상, 명예훼손법 (현암사, 2008) 1024-1041면 참조.

없다.

결국 신설된 정정보도청구권의 의미 있는 특징은 그 행사기간이 민법상의 정정청구권보다 단축되었다는 것뿐이다. 그렇다면 이러한 권리의 실용성 및 실효성은 인정하기 어렵고, 신설된 권리는 공허한 존재로서 단지 오해만을 유발하여 피해자로 하여금 효과적인 권리행사에 혼란을 주거나 번잡을 초래하여 언론사로 하여금 괴롭힘을 당하게 하는 요인으로 작용하게 된다.

피해자가 허위보도라고 하는 주장을 언론사가 시인하는 경우에는 당사자간에 임의적으로 정정 등 조치가 이루어지거나 언론중재위원회에서 합의가 성립될 것이므로 이러한 경우 특별한 권리를 인정할 필요가 없음은 더 말할 나위가 없다. 이러한 권리를 신설함으로써 의미를 갖는 경우란 위와 같이 당사자간의 타협이 이루어지지 않는 경우, 즉 보도된 사실의 허위성 여부에 관하여 의견이 다른 경우라 할 것이다. 그렇다면 위헌 판단이 내려진 바와 같이 그 심리는 정식의 본안절차에 의해 증명의 방법으로 입증행해져야 할 것이고, 신속한 구제의 실현이라는 본래의 입법취지는 상실되고 만다.

그런 경우 인격권에 기한 방해배제청구권 이외에 별도의 권리로 인정될 필요성을 시인할 수는 없는 것이다.

3. 언론중재위원회의 권한 및 절차

가. 개관

언론중재위원회는 반론권을 처음 도입한 1980년 언론기본법에서 반론권에 관한 분쟁을 조정(調停)하는 기관으로서 처음 설치된 이래 1987년 정간물법에 그대로 계승되고, 1995년 개정에서 일부 권한이 강화되었는데, 언론피해구제법에서는 그 권한이 더욱 강화되게 되었다.

신법의 개정 내용을 요약하면, 첫째, 중재위원회의 조직에 관한 사항(중

재위원의 수의 증가, 중재위원의 구성비율 변경), 둘째, 그 관할에 관하여 손해배상청구도 함께 관할할 수 있도록 하고 시정권고권을 강화하였으며, 셋째, 그 절차에 관하여 조정과 중재를 명확히 구분하여 규정하는 외에 조정절차에 관한 여러 가지 개선을 하고 있다.

사법적 권리관계에 관한 규율에 있어서는 피해자의 권리구제를 위해 바람직한 개선이 이루어졌으나, 한편 국가적 이익이나 공적 이익에 관하여 시정권고를 행하는 권한을 부여한 점에 있어서는 여러 가지 측면에서 위헌성이 지적될 수 있다.

나. 조정 및 중재절차상의 문제

(1) 청구인 측 주장

첫째, 중재위원회가 손해배상청구권에 관하여도 처리할 수 있도록 하는 것(언론피해구제법 제18조 제2항)은 하나의 언론보도로 인한 분쟁이 조정 단계에서 일괄적으로 해결될 수 있는 이점도 있을 수 있다. 그러나 이러한 중재위원회의 권한은 그 중립성과 독립성을 전제로 한다. 더욱이 신법 상 중재위원회는 배상액에 관하여 강제조정을 행하거나(동법 제22조) 판결과 같은 효력을 갖는 중재결정을 내리는 권한(동법 제24조)도 갖게 되므로 그것은 법원에 준하는 자격과 독립성을 위한 신분보장이 갖추어져야 할 것이지만, 신법이 중재위원의 위촉에 관하여 규정하는 바(동법 제7조)에 의하면 그러한 요건을 충족하지 못하고 있다. 조정결과에 불만이 있는 당사자에게는 이의신청에 의해 법원으로 갈 수 있는 기회가 보장되고 있다 하더라도 편파적 운영의 우려가 있는 중재위원회에 위와 같은 권한을 부여한다는 것은 바람직한 입법적 결정이라고 할 수 없다. 특히, 배상액에 관하여 강제조정을 행하는 경우 법원의 판결례에 의한 산정기준을 벗어난다면 중재위의 존재의의에 대하여도 의문이 제기될 것이다.

둘째, 종전에는 별도로 인정된 바 없는 절차를 ‘중재’ 본래의 개념으로 하여 신설하고 있고, 그것이 바람직한 것이지만, 문제는 중재결정에 재심사

유가 있을 때 일반의 중재판정의 경우에 인정되는 취소의 소(동법 제36조)에 관한 규정이 없다는 점이다. 사법권에 의한 구제청구권을 침해하는 것이기 때문에 입법적인 실수라고 보아야 할 것이다.

(2) 결정 내용 - 각하

위 주장에 대하여도 현재는 이들 규정은 중재위원회에서의 조정에 관한 절차규범에 불과하므로, 그 자체로 직접 신문사업자인 청구인들의 기본권을 침해하는 것이 아니라고 판단하였다.

다. 시정권고 절차

(1) 청구인 측 주장

신법 제32조는 “중재위원회는 언론의 보도내용에 의한 국가적 법익이나 사회적 법익 또는 타인의 법익 침해사항을 심의하여 필요한 경우 해당 언론사에 서면으로 그 시정을 권고할 수 있”고, 피해자가 아닌 자도 시정권고를 신청할 수 있다고 규정한다. 시정권고는 언론사에 대하여 권고적 효력을 가지는데 그치며, 중재위원회는 각 언론사별로 시정권고한 내용을 외부에 공표할 수 있다. 이를 위해 중재위원회는 시정권고의 기준을 정하여 공표하여야 한다.

이 규정은 법정기관인 언론중재위원회로 하여금 언론에 대한 일반적 감시·통제권을 부여하고 있다는 점에서 헌법상 표현 및 언론의 자유의 기본권을 침해할 뿐 아니라 국가의사 형성에 관한 헌법상의 여러 질서원리를 위반한다는 점에서 위헌이라고 보지 않을 수 없다.

첫째, 그 입법목적의 정당성 여부에 관하여 보면, 입법자의 명시적인 입법목적이 제시된 바는 없으나, 그 간 보도된 바에 의하면 신법을 입안하고 관철하려는 사람들의 의도는 언론보도의 왜곡이나 편파성을 시정하여 국가적·공적 이익을 추구하고자 감시·촉구하려는 데 있는 것으로 보인다. 그러나 앞서 본 바와 같이 자유민주주의 헌법체제하에서 국가권력에 의한 이러한 노력이나 조치는 허용될 수 없다.

특히, 신문의 경우 각각의 논조와 경향은 다중 다양할 수밖에 없고, 그것이 국익이나 공익이라는 극히 막연하고 획일적인 개념에 의해 재단될 수 없음은 명백하다. 이러한 막연하고 추상적 개념을 내세운 국가권력에 의한 의견시장의 개입은 헌법원리로서 여론의 다양성 원칙을 훼손하며, 그에 상응하는 국가의 중립성 원칙을 위반하는 것이다. 미디어는 헌법상 제도적 영역 밖에 존재하는 것이며, 국가권력은 여론형성 과정에서 물러나 있어야 한다. 하나의 국가기관에 언론보도의 시시비비에 관한 이러한 판정권한을 부여한다면, 그것은 여론에 의존하고 그에 의해 통제되어야 할 국가권력이 오히려 여론에 영향을 미치고 이를 조종할 수 있게 된다는 점에서 바로 여론의 자유에 대한 침해로 결과하게 된다.

나아가, 그것은 여론시장의 주역으로서 자유롭고 독립적이어야 할 언론과 이를 수용하고 판단하는 국민을 무능력자로 취급하는 후견체제를 입법화하고 있다는 점에서 국민주권주의에 반하며, 공익에 관한 국가의사결정을 이끄는 자유로운 여론형성과정에 간섭한다는 점에서 헌법상 미디어의 자유와 여론의 자유를 침해하는 것으로서 위헌이다. 의견시장에 관하여 심사·판정하는 일반적 공익심사기관이 법으로 설치될 수 없음은 이러한 이유 때문이다. 이 점에서 이 규정은 애당초 입법목적에 정당성이 인정될 수 없고, 이 단계부터 위헌판단이 가능하다.

둘째, 이 규정은 언론내용을 제한하는 특별법으로서 헌법상 허용되지 않는 규율을 행하고 있어 위헌이다. 신법이 언론중재위원회에 시정권고권을 부여하여 시도하는 것은 언론 내용에 대한 규제(content-based regulation)임이 명백하고, 따라서 헌법상 그에 대한 엄격한 제한의 요건이 충족되어야 한다.

언론 내용에 대한 규제는 명확성을 갖춘 일반법률에 명시된 기준에 따라 이루어져야 함에도 “국가적 법익이나 사회적 법익”을 판정기준으로 규정하는 신법의 위 규정들은 막연하여 자의적 판단이 가능하고, 그 자체가 특정한 국가기관에 의해 판정될 수 있는 것도 아니다. 보수적 입장과 진보적 입장에서 주장하는 공익이 다를 수밖에 없고, 공익의 소재와 모습에 관한

논쟁은 언제나 논란되는 공적 쟁점(controversial public issue)일 수밖에 없다. 그럼에도 한 시점에서 다수파의 지지를 획득했음에 불과한 한 정권이 주도적으로 구성에 관여하게 되는 국가기관(언론중재위원회)에 공익의 판정권한을 부여하는 것은 가능하지도 않고 허용될 수도 없는 일이다. 특히, 신문법이 앞서 본 바와 같이 여러 윤리적 의무를 법적 의무로 강화하고, 사회적 책임이나 공정성 공익성 의무를 법정화하고 있음에 비추어 본다면 중재위는 그러한 위헌적인 규정을 심의기준으로 할 것이기 때문에 그러한 위헌적인 의무를 확인하고 신문에 제재를 가하게 될 중재위는 위헌적인 역할을 감행하게 될 것이다.

셋째, 동법에 의한 구성 및 법적 지위에 비추어 보면 언론중재위원회는 언론의 실체적 내용을 심사·판정하고 시정을 행하는 임무를 수행할 수 없다. 국민주권원리를 기본으로 대의제적 의사결정 체제를 취하는 헌법체제에서 공익에 관한 유권적 판단은 오로지 국민의 선거에 의해 수권받은 대의적 헌법기관만이 행할 수 있을 뿐, 그 밖의 어느 기관에도 위임될 수 없다. 그럼에도 신법에 의하면 하나의 행정부처의 장에 의해 위촉 구성되는 중재위원회가 언론 내용에 대한 일반적 공익심사기관으로서 공권력을 행사하는 기관으로 등장하게 된다. 중재위의 위원으로 위촉된 사람은 자기가 생각하는 바의 정의를 구현하기 위해 심사에 임하게 될 것이지만, 신법이 그에게 부여한 이러한 권한은 하등 헌법적 정당성(legitimacy)을 가질 수 없다. 순수 자율규제기구라면 이러한 일반적 공익 심사의 과업도 수행할 수 있을 것이지만, 공권력이 개입하는 어떠한 법정 기구도 이러한 과업을 담당할 수 없다. 자율규제의 경우에도 국민의 알권리를 중대하게 침해하거나 신문의 경향이나 논조를 손상 파괴하는 정도에 이르는 규제조치는 허용되지 않는다.

다섯째, 언론중재위원회에 시정권고권을 부여하는 것은 헌법원리로서 권력분립 및 사법권독립의 원칙(특히 법관에 의한 사법권 독점의 원칙)에도 반한다. 언론의 내용에 대한 규제는 그것이 다른 법익 또는 타인의 권리를 침해하는 경우 헌법이 정한 법관에 의해 적법절차에 따라 사법부에 의해

행해질 수 있을 뿐, 어떠한 다른 기관도 이를 대신하거나 무력화할 수 없다. 신법에 의하면 중재위의 시정권고 등 제재조치에 대하여는 중재위에 재심을 청구할 수 있을 뿐, 사법적 사후심사의 방도도 마련되어 있지 못한 점에서 사법적 구제절차의 보장을 요하는 헌법상 재판청구권도 침해한다.

여섯째, 규제의 방법에 있어서도 적절성이나 비례성 및 적법절차의 원칙을 위반하고 있다. 즉, 언론중재위원회는 국가적 법익이나 사회적 법익의 침해 여부를 심의함으로써 사후검열기관으로서 역할을 떠맡게 될 것이다. 사후검열이 헌법상 사전검열금지의 원칙을 위배하는 것은 아니라 할지라도 자유민주주의 국가에서 언론활동에 관한 일반적·상시적·망라적인 사후검열은 여론시장의 주역으로서 언론의 자유의 향유자인 언론미디어를 상습적 악덕행위자로 보는 생각을 전제로 하는 것이기 때문에 표현 및 언론의 자유를 보장하는 헌법의 취지에 반할 뿐 아니라, 국가주의적인 후견감시체제를 실현하는 과잉규제로서 그 정당성을 인정받을 수 없다.

또 신법은 언론내용에 대한 규제에 있어서 요구·준수되어야 할 적법절차에 관한 규정을 결여하고 있다. 중재위원의 자격에는 “언론에 관하여 학식과 경험이 풍부한 자”라는 요건 이외에 아무 제한이 없고, 비록 그 물적 독립성이 보장된다고 규정되어 있다 하더라도 행정부의 한 부처인 문광부장관에 의해 위촉되는 위원들에게 중립성을 기대하기란 어려운 일이다. 신법의 제정과정에서는 중재위의 구성이 경향성을 가진 인물로 채워질 것이란 우려에서 논란이 제기되었고, 그 때문에 앞으로 운영에 편파성 시비를 불러올 가능성이 크다.

또 중재위의 심의절차에서는 공익의 소재 및 모습에 관하여 격렬한 논란이 예상됨에도 불구하고, 그 판정을 위한 하등의 적법절차가 규정되지 않다. 피소된 언론 미디어 측의 청문청구권이 보장되어야 함에도 불구하고 그 심의절차에는 하등 대심적 심리를 보장하거나(재심절차에서만 진술권이 허용됨), 증거법칙 기타 절차상의 규율이 이루어지지 않고 있다.

피해자도 아닌 제3자에게 시정권고 신청권을 부여한 데 대하여도 정부에 반대되는 목소리를 높이고 있는 메이저 신문 측에서는 그에 적대적인

제3자들, 즉 일부 시민단체에 의해 악용될 소지가 크다는 우려를 표하고 있다. 정부의 언론 견제 의도가 드러난다는 언론계의 비판이 제기되는 것도 이 때문이다.

(2) 결정 내용 - 각하

헌법재판소는 위 위헌소원 사건 결정에서 언론피해구제법 제32조에 관하여 기본권 침해의 직접성이 인정되지 않는다는 이유로 이 부분 심판청구를 각하하였다.

“시정권고는 언론사에 대하여 권고적 효력을 가지는데 그치므로(제32조 제4항), 언론사로서는 권고내용에 구속되지 않으며 권고를 불이행하였다 하여 아무런 제재를 받지 않”아 시정권고조항 자체는 기본권침해의 가능성이 없다는 것이다. 언론중재위원회는 구체적인 언론보도에 대하여 국가적·사회적 법익 또는 타인의 법익의 침해가 있는지 여부를 심의하여 그에 대한 시정권고가 필요한지 여부에 대하여 판단한 다음 시정권고 여부를 결정하는 것이므로 언론중재위원회의 구체적인 시정권고라는 집행행위를 매개하여 기본권침해 여부가 결정되는 것이고, 시정권고조항은 기본권침해의 직접성도 없다고 한다.

또 현재는 중재위원회로 하여금 각 언론사별로 시정권고한 내용을 외부에 공표할 수 있도록 권한을 부여하고 있는 제32조 제5항에 관하여 이 경우 해당 언론사의 명예에 영향을 미칠 수 있으므로 기본권침해의 가능성을 인정할 수 있으나, 이 경우에도 그와 같은 외부공표 여부는 언론중재위원회가 재량으로 결정하는 사항이므로, 공표라는 집행행위가 있는 후에야 비로소 기본권침해 여부가 현실화되며, 이 조항에 대하여 기본권침해의 직접성이 인정되지 않는다고 결론지었다.

(3) 비판

그러나 비록 시정권고가 언론사에 대하여 권고적 효력을 가지는데 그치며(신법 제32조 제4항), 그에 응하지 아니한 경우 하등 법적 제재가 주어지지 아니한다고 하더라도, 중재위는 언론사별로 시정권고한 내용을 외부에 공표할 수 있고, 그러한 내용은 해당 언론사의 이미지에 손상을 주고 부정

적인 상을 각인할 우려가 있음은 물론이다. 그것은 표현행위에 대하여 위축효과(chilling effect)를 줌으로써 자유로운 비판을 억누를 수 있는 것이다. 특히, 방송사의 경우 이러한 시정권고의 누적은 뒤에 방송허가의 갱신을 위한 평가에서 부정적 요소로 작용하게 된다. 이에 관하여는 후술하는 적법요건 판단부분에 관한 비판에서 상술한다.

4. 부칙 - 소급효 인정의 위헌성

가. 청구인 측 주장

신법 부칙 제2조는 “이 법은 이 법 시행 전에 행하여진 언론 보도에 대하여도 이를 적용한다”고 규정하여 소급효를 인정하고 있다. 그에 의하면 이미 행해진 언론보도 즉, 완성된 구성요건에 대하여 구법보다 더 엄중한 기준과 제재를 적용하게 된다(강학상 이른바 진정소급효). 이러한 소급효는 신뢰보호의 이익을 상회하는 공익상의 필요가 있는 경우에 한하여 허용될 수 있는 것이지만, 그러한 요건이 제시된 바도 없고 이를 충족하는 사유도 발견할 수 없다. 특히, 신법은 사회적 책임이나, 공익성 공정성 의무 등 그 합헌성이 의문시되는 여러 의무를 언론에 부과하고 그 제재를 가중하고 있어 그 규정의 소급적용은 더욱 위헌성이 크다.

나. 결정 내용 - 위헌

헌재는 부칙 제2조 본문이 적용되는 규정 중 정정보도청구의 소를 가처분절차에 따라 재판하도록 한 부분(제26조 제6항 본문 전단)과 정정보도청구의 요건에 고의·과실이나 위법성을 요하지 않도록 한 부분(제14조 제2항, 제31조 후문)이 위헌적 소급입법이라고 인정하여 이 부분 위헌으로 판단하였다.

“이 사건의 경우, 언론중재법의 시행 전에는 비록 사실적 주장에 관한

언론보도로 피해를 입은 자가 있고 그 보도가 진실하지 않은 경우에도 고의·과실과 위법성이 인정되어 민법상 불법행위책임이 인정되는 경우가 아닌 한, 언론사로서는 정정보도의 책임을 부담하지 않았었다. 그런데 위 부칙 조항 중 본문부분은 정정보도청구권의 성립요건(제14조 제2항, 제31조 후문)과 정정보도청구소송의 심리절차(제26조 제6항 본문 전단)에 관하여 언론중재법을 소급 적용하도록 함으로써 위에서 본 바와 같은 언론사의 종전의 법적 지위가 새로이 변경되게 되었다. 이것은 이미 종결된 과거의 법률관계를 소급하여 새로이 규율하는 것이기 때문에 소위 진정 소급입법에 해당한다.”

IV. 헌법소원의 적법요건

1. 서론 - 기존 판례

위에서 본 바와 같이 이 사건에서 현재는 대부분의 심판청구 대상 법률조문에 대하여 헌법소원의 적법성 요건이 결여된다고 하여 이를 각하하고 있다. 그러므로 우선 헌법소원 적법성에 관한 종전 헌법재판소 판례를 개관하여 볼 필요가 있다.

헌법재판소법 제68조 제1항에 의하면 헌법소원은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자가 그 심판을 구하는 제도로서, 이 경우 심판을 구하는 자는 심판의 대상인 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 자기의 기본권이 현재 그리고 직접적으로 침해받고 있는 자이어야 한다.³⁸⁾

먼저 ‘자기관련성’ 요건에 관하여 현재는 “기본권 침해의 자기관련성이란 심판대상규정에 의하여 청구인의 기본권이 ‘침해될 가능성’이 있는가에 관한 것이므로, 청구인의 기본권이 침해될 가능성이 존재하는 한 자기관련성

38) 현재 1992. 9. 4. 92헌마175, 판례집 4, 579; 1995. 3. 23. 93헌마12, 판례집 7-1, 416, 421

이 인정된다.”는 입장을 밝힌 바 있다.³⁹⁾

‘현재성’ 요건에 관하여 판례는 “청구인이 장차 언젠가는 특정 법률의 규정으로 인하여 권리침해를 받을 우려가 있다 하더라도 그러한 권리침해의 우려는 단순히 장래 잠재적으로 나타날 수도 있는 것에 불과하여 권리침해의 현재성을 구비하였다고 할 수 없다”⁴⁰⁾고 하나, 한편 “기본권의 침해가 장래에 발생하더라도 그 침해가 틀림없을 것으로 현재 확실히 예측된다면, 기본권구제의 실효성을 위하여 침해의 현재성이 인정된다”고 한 것도 있다.⁴¹⁾

이 사건 헌법소원은 법률을 대상으로 하는 것이므로 ‘직접성’ 요건을 충족하는가 여부가 특히 문제된다. 기존 판례는 “입법권자의 공권력의 행사의 한 형태인 법률에 대하여 곧바로 헌법소원심판을 청구하려면 우선 청구인 스스로가 당해 규정에 관련되어야 하고 당해 규정에 의해 현재 기본권의 침해를 받아야 하며 그 침해도 법률에 따른 집행행위를 통하여서가 아니라 직접 당해 법률에 의하여 기본권침해를 받아야 할 것을 요건으로 한다”고 한다.⁴²⁾ 또 판례는 법률에 대한 직접성 요건에 관하여 “법령에 의한 헌법소원에서 말하는 기본권 침해의 직접성이란, 구체적인 집행행위를 기다리지 아니하고 법령 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우를 뜻한다”고 한다.⁴³⁾

이러한 입장에서 현재는 과세의 근거가 되는 법률조항,⁴⁴⁾ 재판의 전제가 되는 법률조항,⁴⁵⁾ 행정처분의 근거가 되는 법률조항,⁴⁶⁾ 법률의 규정이 하

39) 헌재 2000. 6. 29. 99헌마289, 판례집 12-1, 913, 934

40) 헌재 1989. 7. 21. 89헌마12, 판례집 1, 128, 130

41) 헌재 1992. 10. 1. 92헌마68 등, 판례집 4, 659, 669 ; 1996. 8. 29. 95헌마108, 판례집 8-2, 167, 175; 헌재 2000. 6. 29. 99헌마289, 판례집 12-1, 913, 935

42) 헌재 1989. 7. 21. 89헌마12, 판례집 1, 128, 129 외 확정된 판결례

43) 헌재 2001. 7. 19. 2000헌마703, 판례집 13-2, 113, 118 외 다수 결정

44) 소득세법 제29조 제1항에 관하여 헌재 1994. 1. 7. 93헌마283

45) 소송촉진등에관한특별법 제24조의 경우, 헌재 1991. 5. 13. 89헌마267

46) 개발제한구역의 지정에 관한 도시계획법 제21조에 대하여 헌재 1991. 6. 3. 89헌마46; 1991. 7. 22. 89헌마174, 용도지구설정의 근거를 규정하는 자연공원법 제16조 제1에 관하여 헌재 1991. 9. 16. 89헌마151

위 법령의 시행을 예정하고 있는 경우⁴⁷⁾ 등에는 직접성을 부인하였다.

그럼에도 “법규범이 집행행위를 예정하고 있더라도 법규범의 내용이 집행행위 이전에 이미 국민의 권리관계를 직접 변동시키거나 국민의 법적 지위를 결정적으로 정하는 것이어서 국민의 권리관계가 집행행위의 유무나 내용에 의하여 좌우될 수 없을 정도로 확정된 상태라면 그 법규범의 권리침해의 직접성이 인정된다”는 판례도 있다.⁴⁸⁾

그 예로서 형법상 형벌조항의 경우에는 집행행위가 재량행위임에도 불구하고 예외적으로 법령에 의한 기본권침해의 직접성이 인정된 바 있고,⁴⁹⁾ 일정한 선거운동을 제한하는 공직선거및선거부정방지법 제93조 제1항의 경우에도 동 조항은 “그 기간과 종류, 행위의 태양을 특정하여 선거운동행위 또는 이와 유사한 선거에 영향을 미치는 행위를 못하도록 제한하고 이를 위반하면 그 제재수단으로서 형벌을 부과하도록 하고 있으므로, 청구인은 별도의 집행행위를 기다릴 것까지도 없이 제재의 근거가 되는 이 법률조항의 시행 자체로 행위금지의무를 직접 부담하는 것이기 때문에 직접성이 인정된다.”고 판시한 바 있다.⁵⁰⁾ 나아가, 판례는 변호사강제주의의 위헌성을 문제삼아 스스로 심판청구 및 수행을 하고자 하는 자는 국선대리인의 선임결정을 받아 그를 통하여 소원심판청구를 수행할 수 있게 되었다 하더라도 자기 자신에 의한 직접적인 심판수행권이 제한받고 있다고 하며,⁵¹⁾ 심판대상이 된 법조항과 내적 연관을 지닌 경우, 집행행위를 매개하는 다른 조항에 대해서도 직접성을 인정한 사례⁵²⁾가 있다.

현재는 쟁점이 된 조항들 중 신문사업자를 수범자로 하지 아니하는 조항, 추상적·선언적 규정, 조직규범 또는 재판규범에 대하여는 헌법소원 적격성이 인정되지 아니한다는 입장을 취하고 있다. 이들에 관한 문제를 다

47) 헌재 1996. 2. 29. 94헌마213; 2002. 12. 18. 2001헌마111

48) 헌재 1997. 7. 16 97헌마38, 판례집 9-2, 94, 104

49) 헌재 1996. 2. 29. 94헌마213, 판례집 8-1, 147, 154, 1998. 4. 30. 97헌마141, 판례집 10-1, 496, 504

50) 헌재 2001. 8. 30. 99헌바92등, 판례집 13-2, 174, 191

51) 헌재 1990. 9. 3. 89헌마120등, 판례집 2, 288, 292

52) 헌재 2000. 6. 29. 99헌마289, 판례집 12-1, 913, 936-937

음에 살핀다.

2. 추상적·선언적 규정

현재는 추상적·선언적 규정은 법적 구속력이 없어 기본권을 제한하는 것이 아니라는 취지에서 소원 적격성을 부인하고 있다. 그러나 그러한 규정도 실제로 자유로운 언론에 대한 위축효과 등 제약을 가져올 수 있고, 더욱이 그러한 추상적 선언적 규정의 내용 자체가 위헌성을 띠는 경우에도 적격성을 부인한다면 문제는 심각해진다.

가. 독일에서 헌법소원의 적법성에 관한 판례 및 학설

독일의 경우 기본권은 직접적으로 효력이 있으며 모든 국가권력을 구속하는 것이기 때문에 민주적 통치권행사의 근거와 한계를 형성한다고 간주되고 있다(“기본권민주주의”).⁵³⁾ 이들 기본권은 방어권으로서 그 보호대상 에 대한 장래의 침해를 방지하기 위해서 침해를 하지 말 것을 요구할 수 있는 청구권을 내용으로 하는 것이고, 기본권제한의 존부에 대한 결정은 가능한 한 제한의 관점에서 보호영역이 확인되어야 한다. 그러므로 침해의 위험이 존재한다면, 즉 조만간 충분한 개연성을 가지고서 보호대상 에 대한 침해(손해)가 야기될 수 있는 상황이 존재하는 경우에는 방어권이 보호되어야 한다. 장래의 침해는 동시에 현재의 위험이라고 할 수 있기 때문에, 방어권은 또한 단순한 위험으로부터 보호하여야 한다.⁵⁴⁾ 기본권에 대한 위협도 상당한 경우 헌법소원의 요건이 되는 침해가 있다는 것을 인정하는 것이 독일 판례이다.⁵⁵⁾

53) Ingo Richter, Gunnar Folke Schuppert, Christian Bumke, Casebook Verfassungsrecht, 4. überarbeitete und aktualisierte Auflage, 방송주 역, 독일헌법판례해설(제4판) (헌법재판소 2003) 3면

54) 방송주, 전계 역서, 13면

55) BVerfGE 49, 89 [141]

나. 미국 판례상 위축효과의 범리

미국 판례는 이미 1940년대부터 위축효과(chilling effect)라는 개념을 인식한 이래 이를 위헌 여부가 다투어진 언론관계 사건의 심리에서 중요한 법적 인식의 요소로 삼아왔다. 미국에서 위축효과의 개념이 헌법영역에 등장하게 된 것은 헌법재판의 소송요건 차원에서 처음 제기되었고, 이후 본안의 실제적 판단의 문제로도 논의되게 되었다.

위축효과의 범리는 표현의 자유의 경우에는 공권력에 의한 직접적 규제가 아니더라도 그것이 위협하는 간접적 효과까지 착안하여 고찰할 것을 강조한다. 제재의 위협은 현실적인 제재의 집행과 마찬가지로 그 자유의 행사를 강력히 억제하게 될 것이기 때문이다. 위협에 의한 표현의 자유 억제 역시 자기검열의 위험을 야기하는 것은 직접적 제재의 경우와 다를 바 없다. 이러한 위축효과는 사실상의 것이면 족하고, 그것이 간접적이든 사인에 의해 야기되든 상관하지 않는다.

위축효과론은 표현의 자유를 더 두텁게 보호할 필요성의 논거로서 논의되게 되었으며,⁵⁶⁾ 표현의 자유가 중요한 것임에도 불구하고 좌절되거나 손상되기 쉬운 취약성을 갖기 때문에 표현의 자유를 충실히 보호하려면 위축효과를 제거하여야 한다는 인식이 일반화되고 있다. 국가에 의하여 타격이 가해지거나 가해질 가능성이 있으면 사후에 구제의 길이 있다하더라도 표현의 자유는 회복곤란한 손상을 입게된다. 그러므로 위협당하는 분위기를 없애기 위해서는 애당초 억제효과를 갖는 규제권한이 발동되지 않도록 그를 위한 요건을 가중하여 설정하지 않으면 안 된다.⁵⁷⁾

연방대법원의 다수 판례는 보호받는 언론을 완전히 금지하는 것이 아니더라도 언론 자유의 권리를 침해할 수 있다고 보아 왔다.⁵⁸⁾ 대법원은 표현

56) 毛利透, アメリカの表現の自由判例における萎縮効果理論(一), 法學論叢, 158卷 1号(2006), 2면

57) 毛利透, 전계 논문(一), 20면

58) Jonathan R. Siegel, CHILLING INJURIES AS A BASIS FOR STANDING, 98 Yale L.J.(March, 1989) 905, 913.

의 자유는 거의 보이지 않는 잠식에 의해서도 중대한 손상을 입기 쉬운 것이 그 일반적 특성이므로 언론에 대한 미묘한 제약(subtle inhibition)도 억제된 당사자의 법적 권리를 해할 수 있다고 판시하였다.⁵⁹⁾ 예를 들면, 언론에 대한 과세⁶⁰⁾나 합법적 언론을 행사하기 전에 등록을 하도록 하는 요건⁶¹⁾도 침해할 수 있다. 원고들에게 그들의 출판물은 청소년에 대한 판매에 “전적으로 문제가 있다”는 내용의 서신을 송부한 행위는 그에 대한 형벌적 제재가 언급되지 않았어도 원고들에게 피해를 주는 것이다.⁶²⁾ 미국의 판례는 특정 사안의 정황에 따라 일반 통상인이 합리적으로 보았을 때 위촉되었다고 인정될 수 있는 경우에는 적격을 인정하는 것이 일반적 경향이다.⁶³⁾

연방대법원은 적격 심사로서 위촉효과의 존부를 검토하는 단계를 넘어 본안을 판단하는 차원에서도 위촉의 실제성 평가를 행하였다.⁶⁴⁾ 본안에서 위촉효과를 다루는 것은 그것이 수정헌법 제1조의 실제적인 문제에 해당함을 의미한다.⁶⁵⁾ 연방대법원은 언론을 금지(prohibit)하는 것이 아니라 하더라도 그 의욕을 저하시키는(discourage) 정부행위는 수정헌법 제1조에 의해 금지된다고 판시해 왔다.⁶⁶⁾

59) Bantam Books Inc. v. Sullivan, 372 U.S. 58 at 66 (1963)

60) Minneapolis Star & Tribune Co. v. Minnesota Comm’r of Revenue, 460 U.S. 575 (1983)

61) Thomas v. Collins, 323 U.S. 516 (1945)

62) Bantam Books v. Sullivan, 372 U.S. 58, 62 n.5 (1963)

63) Siegel, id., p. 922

64) Fred C. Zacharias, FLOWCHARTING THE FIRST AMENDMENT, 72 CNLLR(Cornell Law Review, July, 1987) 936, 989.

65) 연방대법원의 위촉효과에 대한 실제적 언급은 광범(廣範)하거나 모호(模糊)한 입법(overbroad or vague legislation)이 문제된 사건에서 가장 빈번히 등장한다(Zacharias, id., p.988.) 광범하여 무효로 한 사례: NAACP v. Alabama ex rel Flowers, 377 U.S. 288, 307 (1964); Broadrick v. Oklahoma, 413 U.S. 601, 611-13 (1973); NAACP v. Alabama ex rel Patterson, 357 U.S. 449, 463-64 (1958). 모호하여 무효로 된 사례: Baggett v. Bulitt, 377 U.S. 360, 367 (1964); Secretary of State v. Joseph H. Munson Co., 467 U.S. 947, 956-57 (1984); Speiser v. Randall, 357 U.S. 513, 526 (1958).

66) Siegel, id., p. 923

미국에서 위축효과 법리의 전개과정을 보면, 1950년대 워런 코트는 표현의 자유는 위협만에 의해서도 억압되기 쉽다고 하는 인식하에 그 보호를 강화하였다.⁶⁷⁾ 표현의 자유의 경우에는 공권력에 의한 직접적 규제가 아니더라도 그것이 위협하는 간접적 효과까지 착안하여 심사하여야 한다는 것이 워런 코트의 기본적 입장이었고, 이러한 입장에서 판례는 표현의 자유 보장을 서서히 확대하였다.⁶⁸⁾ 1960년대 초 연방대법원 판례는 표현의 자유에 억제효과를 미치는 규제에는 그 종류 여하를 막론하고 명확성에 관한 엄격심사(strict scrutiny)와 필수적인 법익(compelling interest)이 요구된다는 자세가 확립되었다.⁶⁹⁾

그러나 1960년 대 말의 판례⁷⁰⁾는 위축효과의 헌법상 의의를 명확화·한정화하는 실질론을 전개하여 위축효과가 인정될 수 있는 경우를 제한하였다. 1972년 연방대법원은 정부의 행위가 야기하는 위축을 ‘주관적인 억측’에 불과하다고 보아 위축효과가 전제된 것으로 인식하던 종래의 인식을 벗어나 원고 측에서 정부규제가 위축을 야기하는 점에 관하여 구체적으로 입증할 것을 요구하고 있다. 이후 대법원은 위축효과가 경미한 경우에도 언제나 금지되는 것은 아니고, 위축된 활동에 대한 정부의 이익을 대비 형량하는 입장을 취하였다.⁷¹⁾ 그리함으로써 대법원은 어떠한 상황에서 불가피한 위축효과가 입법부의 제정법을 사법심사에 의해 무효화하기에 충분히 큰 것인가를 결정하여 왔다.⁷²⁾

미국 연방대법원은 1964년 유명한 뉴욕타임스 사건⁷³⁾에서 형사상의 처벌과 마찬가지로 민사상 불법행위 소송도 자유 언론을 억제하여 이를 위축

67) 毛利透, 전계 논문(一), 16면

68) 毛利透, 전계 논문(一), 15면

69) 毛利透, 전계 논문(二), 6면

70) Cameron v. Johnson, 390 U.S. 611 (1968) Cameron II

71) Bantam Books, 372 U.S. at 822-24

72) Schauer, id., p. 701.

73) New York Times v. Sullivan 376 U.S. 254 (1964). 이 사건 판결은 미국 연방대법원의 워런 코트가 표현 자유의 보장을 확대한 금자탑이라고 불리어지고 있다.

시킬 가능성이 있음을 처음으로 인정하였다. 대법원은 자기와 다른 견해를 표현하는 사람들에 대한 명목상의 불법행위 소송이 허용된다면 그것은 자유 언론에 대한 심대한 위협이며,⁷⁴⁾ 더욱이 그에 대해 높은 배상금을 인정한다면 수정헌법 제1조의 권리는 자기검열과정에 의해 무력해질 수 있음을 우려하였다.⁷⁵⁾

연방대법원은 위 사건에서 불법행위 소송도 자유언론을 위축시킬 수 있음을 인식하고⁷⁶⁾ 그에 의해 수정헌법 제1조의 보호가 약화되어서는 안됨을 강조하면서, 자유언론의 결정적 중요성은 수정헌법 제1조에 대하여 숨쉴 여지(breathing space)를 마련해 줄 것을 요하고, 개개 피해자는 자유언론을 보호하기 위한 이러한 필요성에 수반하는 효과를 감수해야 한다고 설시하였다. 대법원은 이러한 자기검열을 방지하기 위한 대책으로서 명예훼손 소송에서 원고인 공무원은 피고 표현행위자 측의 현실적 악의를 입증하여야 한다고 판시하였다(이른바 actual malice rule).⁷⁷⁾

요컨대, 뉴욕타임스 사건은 민사소송이 형사법률이나 마찬가지로 자유언론을 억제하는 가능성을 가지며, 그 때문에 자유 언론이 위협받는 때에는 헌법적 보호를 받아야 함을 강조한 것으로서 연방대법원은 이러한 결론을 도출함에 있어서 위축효과의 이론을 주된 논거로 삼았다.⁷⁸⁾

이상 논의에 비추어 보면, 언론의 자유에 대한 위축효과의 법리는 그것이 헌법소송의 적법요건으로 인정되는 단계를 넘어 본안의 실체적 판단에 있어서도 중요한 의미를 갖게 되었다는 점이다. 그리고 이러한 사고는 민사상 명예훼손 소송에서도 언론의 자유를 보호하여야 할 강력한 요인으로 간주되고 있다.

그러한 범발전에 부응하려면 우리 법원은 한 규제조치가 자유로운 언론

74) New York Times, 376 U.S. at 294 (Black, J., concurring)

75) New York Times, 376 U.S. at 294.

76) New York Times, 376 U.S. at 277-80; Hustler, 485 U.S. at 56.

77) New York Times, 376 U.S. at 279-80.

78) Jason Paul Saccuzzo, BANKRUPTING THE FIRST AMENDMENT: USING TORT LITIGATION TO SILENCE HATE GROUPS, 37 Cal. W. L. Rev. 395, 414(2001)

을 저지할 정도로 실질적 중요성을 갖는다는 점을 승인해야 하고, 위축 효과가 존재함을 발견하는데 주저하여서는 안될 뿐 아니라 규제의 위축효과를 고려함에 있어서 그 효과를 평가하는데 적극적이어야 한다.⁷⁹⁾ 나아가, 법원은 자유언론에 대한 규제가 피규제자의 언론에 대한 피해뿐 아니라 그 규제가 저지할 모든 표현행위자의 총체적인 헌법상 이익으로서 사회 전체의 자유로운 정보유통에 대해 갖는 영향을 검토해야 한다.⁸⁰⁾

위 미국에서 확립 적용되고 있는 위축효과의 법리에 비추어 보면, 이 사건에서 문제된 법률 조항들은 그 시행으로 인하여 신문사업자나 그 종사자들에게 종전에 없던 의무를 부과하거나 그 법적 지위를 불이익하게 변경하고 있을 뿐 아니라, 그렇지 아니한 조항의 경우에도 극히 민감한 표현의 자유에 대하여 위축효과를 야기하고 있기 때문에 이러한 직접성 및 현재성의 요건을 인정하기에 지장이 없다.

3. 조직·권한규범 및 재판규범

조직규범에 관하여 현재는 “어떤 국가기관이나 기구의 기본조직 및 직무범위 등을 규정한 조직규범은 원칙으로 그 조직의 구성원이나 구성원이 되려는 자 등 외에 일반국민을 수범자(受範者)로 하지 아니한다. 그러므로 일반국민은 그러한 조직규범의 공포로써 자기의 헌법상 보장된 기본권이 직접적으로 침해되었다고 할 수 없다”고 한다(헌재 1994. 6. 30. 91헌마162, 판례집 6-1, 672, 676 참조).

재판규범에 관하여는 “법규범이 구체적인 소송사건에서 법원에 의하여 해석·적용이 되는 재판규범으로서, 법원의 구체적인 집행행위의 매개를 거쳐 비로소 특정인의 기본권에 영향을 미치게 되는 경우, 법원에 의한 해석·적용을 기다리지 아니하고 바로 그 규정만에 의하여 기본권을 침해한다고 할 수 없어 기본권침해의 직접성이 인정되지 않는다”(헌재 1991. 5.

79) Zacharias, id., p. 990

80) Zacharias, id., p. 992

13. 89헌마267, 판례집 3, 227, 232 참조)는 과거의 판례를 인용하면서 “이와 같은 재판규범은 구체적인 사건에서 법원이 사실을 인정하고 법률을 해석·적용하는데 필요한 규정에 불과할 뿐, 이 조항에 의하여 신문사업자인 청구인들에게 직접 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생기는 것이 아니다. 이와 같은 재판규범은 법원의 재판이라는 집행행위를 거쳐 비로소 동 청구인들의 기본권에 영향을 미치게 되는 것이므로, 이 조항은 기본권침해의 직접성이 인정되지 않는다.”고 판단하고 있다.

그러나 절차법이나 재판규범이 원칙상 직접 기본권을 침해할 수 없다는 이 사건 현재의 판단에 관하여는 독일에서 논의되는 바와 같이 기본권이 그 실현에 관한 조직과 절차에 대하여도 효력을 미친다는 점에 비추어 신중한 검토가 요구된다. 독일에서 일반적 법리에 의하면 기본권은 법의 모든 분야에서 절차법적 및 조직법적 효력을 전개할 수 있다. 절차법은 실제 법에 대하여 봉사적 기능을 그 과제로 하는데, 어떠한 절차는 권리의 행사를 위한 전제조건을 의미할 수 있으며, 실질적인 법적 지위에 대한 창설적 효력을 가지거나 또는 그것을 구체화할 수 있고, 또한 보충적인 기능과 보상적 기능을 가질 수도 있다.⁸¹⁾ 그렇다면 이들이 조직규범이나 재판규범이라는 이유만으로 기본권 침해성을 부인하는 것은 올바른 태도가 아니다.

독일에서는 일반적 행동의 자유를 규정하는 기본법 제2조 제1항이 합헌적 행위를 요구할 수 있는 기본권으로 이해되고 있다. 독일 연방헌법재판소의 판례에 의하면 “모든 사람은 헌법소원의 방법으로 자신의 행동의 자유를 제한하는 법률이, (형식적 또는 내용적으로) 개별 헌법규정들이나 일반적 헌법원칙들에 위반되기 때문에 합헌적 질서에 부합하지 않음을 주장할 수 있다. 따라서 기본법 제2조 제1항으로부터 나오는 자신의 기본권이 침해된다.”고 한다.⁸²⁾

81) Ingo Richter, Gunnar Folke Schuppert, Christian Bumke, Casebook Verfassungsrecht, 4. überarbeitete und aktualisierte Auflage, 망승주 역, 독일 헌법판례해설(제4판) (헌법재판소 2003) 51면, BVerfGE 53, 30, 69, 72 ff. - Mühlheim-Kärlich 시몬(Simon) 재판관과 호이스너(Heußner) 재판관의 반대 의견(후술) 참조

82) BVerfGE 6, 32 [41]

즉, 개별적 기본권이 공권력의 침해의 대상이 될 수 없는 경우에도 개인은 자신의 자유에 대한 공권력의 제한에 대하여 일반적 행동의 자유를 원용할 수 있고, 그 때문에 일반적 행동의 자유는 대단히 중요한 절차법적 효과를 갖는다.⁸³⁾ “열거된” 기본권의 침해만이 아니라 법치국가원리와 사회국가원리와 같은 객관적 헌법의 침해도 헌법소원에 의해 다투어질 수 있다는 것이다. 헌법소원을 통한 헌법재판소의 이러한 규범통제로의 진입은 헌법재판소에게 특히 비례의 원칙에 의거한 법률심사의 길을 열어주었고, 기본법 제2조 제1항의 일반적 행동의 자유는 오늘날 특히 불필요한 (필요성이 없는) 그리고 과도한 법률적 제한으로부터의 자유를 보장한다고 한다.⁸⁴⁾ 결론적으로 독일의 헌법재판소는 일반적 행동의 자유의 기본권에 기하여 객관적 법적 규범으로서 헌법적 원칙에 반하는 공권력 행사에 관하여도 소원적격성을 넓게 인정하고 있다.

우리 헌법재판소는 헌법 제10조로부터 이러한 일반적 행동의 자유를 유추하고 있으며,⁸⁵⁾ 그 때문에 독일에서 보는 바와 같이 헌법에 의해 열거된 기본권의 침해뿐 아니라 법치국가원리나 사회국가원리 등 객관적 헌법규정에 반하는 법률에 대하여 헌법소원으로 다룰 수 있다고 생각된다.

4. 비판

헌재의 이 사건 결정이 위에서 본 미국과 독일의 판례를 도외시한 것은 유감이다. 헌법소원이 적법성 요건을 갖추었는가 여부에 관한 판단은 헌재의 기능과 권한을 행사하는 전제가 되는 것이고, 적법요건의 엄격한 요구는 헌재의 존재이유를 부인하는 결과가 될 수 있다. 헌재가 사법기관으로서 정책판단에 개입하여 과도하게 정치기관화되고 경쟁의 와중에 빠지게 되는 것은 바람직하지 않지만, 헌재에 대한 국민과 정치권의 열렬한 기대

83) BVerfGE 6, 32 [41]

84) 방승주 전계 역사, 98면

85) 헌재 2002. 1. 31. 2001헌바43, 판례집 14-1, 49, 57, 헌재 1990. 9. 10. 89헌마82, 판례집 2, 306, 310 등

에 비추어 보면 적법성을 쉽게 부인하여 본안 판단을 거부하는 것이 본안판단을 회피하려는 게으름이나 기회주의적 태도로 보이게 하여서는 안된다. 민감한 정치적 사안이라고 하여 이를 가급적 회피하거나, 아니면 본안판단에 들어가 심사하는 노력을 아끼려는 안이한 태도는 지양되어야 한다.

이제까지 취해온 태도에 관하여 체계적이고 합리적인 입장에서 새로운 검토가 요구된다.

V. 맺음

이 사건에서 다루어진 이른바 언론개혁입법은 급진적 민주주의적 입장에서 언론과 여론에 대한 국가권력에 의한 간섭을 체계화하고 국가주의적 언론통제를 기도하고 있다. 그러한 시도는 전체주의나 권위주의가 기도했던 과거의 역사적 과오를 되풀이하는 것이다.

신문법과 언론피해구제법은 신문의 보도·논평활동에 관하여 윤리적 의무를 법적으로 강제하고 신문 기업의 내부조직에 관하여 공적인 개입을 가능하게 함으로써 이를 공적 기구화하고, 자유롭고 독립적인 논조를 펴는 신문의 존재를 위축시켜 공권력의 통제를 용이하게 할 것이다. 신문의 내용을 막연하고 추상적인 개념에 의해 통제하고, 편집권에 관하여 규제와 간섭을 허용하는 조항들이 개혁입법이라는 신문법에 그것도 여야 합의에 의해 버젓이 들어왔게 되었다는 것은 한국 입법부의 무지와 후진성을 여실히 보여준다. 또, 문제가 많은 이들 언론개혁입법이 시행된다면 졸속 입법으로 인한 혼란은 물론 위헌 논란에 의한 위헌소송이 양산되어 무질서가 야기될 것이다.

표현 및 언론의 자유는 기본권 중의 기본권이고, 모든 자유를 자유롭게 하는 것이며, 정치적 자유로서 소수파의 자유를 보호하는데 진정한 의의가 있다. 다수의 의사는 수시로 변할 수 있고 주권자인 국민은 그들이 선출한 대의자에게 한정된 임기 동안 그들의 대표권을 위임할 뿐, 다수결주의에 의해 지배되는 정치적 대의기관은 소수파의 정치적 권리를 처분할 수 없

다. 이것이 헌법의 정신이다.

그럼에도 헌법재판소는 위에서 본 바와 같이 문제되는 대부분의 조항이 헌법소원 적격이 인정되지 않는다는 이유로 이를 각하하여, 본격적인 실체적 판단을 유보하고 있다. 그러나 위 각하된 조문도 그것이 구체적 사건에 적용되어 위헌 여부가 다투어지는 경우에는 적법사유가 충족되게 되고 그 위헌 여부에 관하여 판단이 이루어지게 될 것이다. 그에 앞서 입법부는 이들 법률을 개정하여 문제 있는 조항들을 시정하여야 할 것이다.

참고문헌

- Scholz, Pressefreiheit und Arbeitsverfassung, 1978 S. 49f
- Bethge, Zur Problematik von Grundrechtskollisionen, 1977, S. 167
- Wolfgang Seiler, Pressekonzentration und publizistische Vielfalt nach zehn Jahren deutscher Einheit, AfP(Archiv für Presserecht) 1-2002, S. 1
- Marian Paschke, Medienrecht, Zweite, vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Springer-Verlag(2000) S. 137
- Forsthoff, Der Verfassungsschutz der Zeitungspressen, in: Kaiser (Hrsg.), Planungsstudien 3., 1969, S. 9f.
- Weber, Die verfassungsrechtliche Grenzen einer gesetzlichen oder tarifvertraglichen Regelung des Verhältnisse von Verleger (Herausgeber) und Redakteur, Rechtsgutachten, 1972, S. 64f.
- Schneider, Verfassungsrechtliche Grenzen einer gesetzlichen Regelung des Pressewesens 1971, S. 43f., Kaiser, Presseplanung, in: Kaiser (Hrsg.), Planungsstudien 1, S. 43f, 71f
- Woldt, Probleme der Messung von Vielfalt, in Rager/Weber (Hrsg.), Publizistische Vielfalt zwischen Markt und Politik, 1992, S. 186f
- Ingo Richter, Gunnar Folke Schuppert, Christian Bumke, Casebook Verfassungsrecht, 4. überarbeitete und aktualisierte Auflage, 방송주 역, 독일헌법판례해설(제4판) (헌법재판소 2003)
- Gerard V. Bradley, 71 NTDLR(Notre Dame Law Review 1996) 671
- Randall P. Bezanson, William G. Buss, THE MANY FACES OF GOVERNMENT SPEECH, 86 IALR(Iowa Law Review, August, 2001) 1377
- Jonathan R. Siegel, CHILLING INJURIES AS A BASIS FOR STANDING, 98 Yale L.J.(March, 1989) 905

- Fred C. Zacharias, FLOWCHARTING THE FIRST AMENDMENT, 72 CNLLR(Cornell Law Review, July, 1987) 936
- Jason Paul Saccuzzo, BANKRUPTING THE FIRST AMENDMENT: USING TORT LITIGATION TO SILENCE HATE GROUPS, 37 Cal. W. L. Rev. 395(2001)
- 유럽 평의회 보고서, 'Explanatory Memorandum to Recommendation No. R (99) 1 of the Committee of Ministers of the Council of Europe on measures to promote media pluralism', par. 3 and 4.
- 毛利透, アメリカの表現の自由判例における萎縮効果理論(一), 法學論叢, 158卷 1号(2006), 2면
- 박용상, 명예 훼손법 (현암사, 2008)
- 박용상, 편집권 논의의 법적 조명, 헌법논총 제12집(헌법재판소 2001), 5면 이하 및 표현의 자유 (현암사 2002), 721면 이하 게재 부록 (편집권 논의의 법적 조명) 위 글은 naver.com의 지식in에서 '편집권'이란 키워드로 검색할 수 있음.
http://kin.naver.com/open100/db_detail.php?d1id=6&dir_id=605&eid=IEjO6RsIWrdxcF7mkBIF2hAHp7CQB8To&qb=xu3B/bHH
- 박용상, 언론피해구제법 비판, 법률신문 제3349호(2005년 3월 24일) 및 제335호(3월 28일)<http://blog.naver.com/prkys500.do>; <http://paper.cyworld.com/freespeech>에 게재
- 조은기, 언론독과점 논란 : 신문과 방송 교차소유, 신문과 방송 2003. 08 : 392호 : 18
- 황성기, '사이버스페이스와 불온통신 규제', 한국헌법학회, 제12회 헌법학술발표회(2000. 5. 27.) 논문집, '사이버스페이스에서의 기본권' 155