

경고 및 관계자 경고 처분취소

- PD수첩 사건 -

(헌재 2007. 11. 29. 2004헌마290, 판례집 19-2, 611)

이 명 응*

【판시사항】

1. 방송위원회가 2004. 3. 9. 문화방송의 PD수첩 ‘친일파는 살아있다 2’ 방송에 대하여 청구인 주식회사 문화방송과 당시 PD수첩 제작책임자인 최○용에게 한 ‘경고 및 관계자 경고’(이하 ‘이 사건 경고’라 한다)에 대하여 제작책임자인 청구인의 심판청구를 부적법하다고 본 사례

2. 이 사건 경고가 법률유보의 원칙에 위배하여 청구인 주식회사 문화방송의 방송의 자유를 제한하였다고 본 사례

【심판대상】

방송위원회가 2004. 3. 9. 청구인들에게 한 이 사건 경고가 기본권을 침해하였는지 여부

【사건의 개요】

1. 사건의 개요

(1) 청구인 주식회사 문화방송은 방송사업 및 문화서비스업 등을 목적으로 설립되어 시사고발프로그램인 ‘PD수첩’을 제작·방송하는 회사이고, 청구인 최○용은 위 회사 소속 프로듀서로서 2004. 2. 당시 PD수첩의 제작책임

* 헌법연구관

자이다.

(2) 청구인들은 2004. 2. 17.분 PD수첩에서 ‘친일과는 살아있다 2’라는 제목의 텔레비전 프로그램을 방송하였는데, 그 내용에는 ‘일제하 친일 반민족 행위 진상규명특별법안’의 국회 본회의 상정이 미루어지고 있는 이유를 다루면서 부친들이 일제시대 면장을 지낸 국회 법제사법위원회 최○희, 김○균 의원이 위 법안을 반대하거나 그 주요내용의 삭제를 주장하고 있다는 것이 포함되었다.

(3) 공직선거법 제8조의2는 선거방송의 공정성을 위하여 임기만료에 의한 선거의 선거일 전 120일부터 선거일 후 30일까지 방송위원회로 하여금 선거방송심의위원회를 설치하여 운영하도록 하고 있다. 2004. 4. 15. 실시되는 제17대 국회의원 선거를 앞두고 당시 선거방송심의위원회가 설치되어 있었다.

(4) 위 방송에 대하여 최○희 의원과 김○균 의원은 선거방송심의위원회(이하 ‘심의위원회’라 한다)에 그 시정을 요구하였고, 이에 대하여 심의위원회는 위 방송이 “그 내용의 구성에 있어 특정한 입후보예정자에게 유리하거나 불리하도록 한 것이며 해당 입후보자가 출마할 지역구내 타 후보와의 형평성을 지키지 아니한 것”이라며 2004. 3. 5. 청구인들에 대하여 ‘경고 및 관계자 경고’를 하는 심의결정을 하여 피청구인에게 통보하였고, 피청구인은 2004. 3. 9. 청구인들에게 이 사건 경고를 하였다.

(5) 청구인들은 2004. 3. 31. 서울행정법원에 위 경고의 취소를 구하는 소를 제기하는(2004구합9821. 행정처분이 아니라는 이유로 2004. 10. 12. 각하됨) 한편, 같은 해 4. 9. “피청구인이 2004. 3. 9. 청구인들에 대하여 한 이 사건 경고처분은 청구인들의 언론의 자유를 침해하여 위헌임을 확인한다.”는 결정을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 청구인들의 주장 및 피청구인의 답변

가. 청구인들의 주장

심의위원회는 방송위원회 내부의 심의기관에 불과하고 심의위원회의 심의를 거친 제재조치를 명할 권한은 방송위원회에 부여되어 있으므로 방송위원회가 피청구인 적격을 가지고 있다.

청구인들은 행정소송을 제기하여 각하판결을 받았으나 항소하더라도 권리가 구제될 가능성이 없어 항소하지 않은 것이므로 보충성의 원칙에 위반되

지 않는다.

이 사건 경고는 방송사업자들이 방영하는 방송의 공정성을 촉진하는 역할을 담당하고 있는 피청구인의 방송사업자에 대한 고권적 지위에서 나온 것이고, 경고가 방송사업자의 선거방송의 공정성을 확보하는 규제수단으로 주로 활용되어 왔으며, 방송사업자가 경고를 받으면 방송평가에서 불리한 평가를 받게 되거나 재추천을 받지 못할 수 있는 불이익이 있고, 청구인 최○용 역시 불공정한 언론인으로 취급되어 재직하는 회사에 불이익을 주는 사람으로 낙인찍히는 결과가 된다. 그러므로 이 사건 경고는 단순한 권고적·비권력적 행위가 아니라 권력적 사실행위로서 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사이다.

이 사건 경고는 청구인들의 언론의 자유를 제한하는 것임에도 국회가 입법한 법률이 아니라 피청구인이 만든 내부규정인 ‘방송심의에 관한 규정’ 및 ‘선거방송심의위원회의 구성과 운영에 관한 규칙’에 따라 이루어졌으므로 헌법 제37조 제2항의 법률유보의 원칙에 위배된다.

청구인들의 방송은 ‘일제하 친일반민족행위 진상규명 특별법안’의 심사과정을 그대로 알리고 일부 국회의원들의 잘못된 역사관과 직무수행을 비판한 것으로 선거의 공정성을 해하거나 공익에 반한다고 볼 수 없어 경고의 대상이 되지 않는 것이다. 그럼에도 피청구인은 이 사건 경고를 행하여 방송사업자이며 방송에 종사하는 자인 청구인들에 대하여 공인의 활동에 대한 평가와 최소한의 비판마저도 제한함으로써 헌법 제21조 제1항의 언론의 자유를 침해하였다.

나. 피청구인의 답변

심의위원회는 방송위원회의 지휘·감독을 받지 아니하고 선거방송의 공정성 여부에 대하여 중립적·독립적으로 직무를 수행하는 합의제 행정기관이다. 따라서 아무런 실질적인 처분권한 없이 심의위원회의 의결사항을 통보할 뿐인 방송위원회를 피청구인으로 한 이 사건 심판청구는 피청구인 적격이 없는 자를 대상으로 한 부적법한 청구이다.

청구인들은 이 사건 경고에 대하여 행정소송을 제기하였는바, 위 행정소송이 각하되거나 기각될 것이 예견된다고 하여 사전구제절차인 행정소송을

모두 거치지 않고 이 사건 헌법소원을 청구하는 것은 보충성의 원칙을 규정한 헌법재판소법 제68조 제1항 단서에 위배된다.

이 사건 경고는 의무부과나 강제수단을 예정하고 있지 않는 비권력적 행정지도로서 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사라고 볼 수 없다.

청구인들의 방송은 일부 국회의원들 부친의 친일행적에 대한 구체적이고 객관적인 사실의 적시 없이 추상적이고 일반적인 소견을 근거로 방송함으로써 선거방송의 공정성과 중립성을 위반하였으나, 위반의 정도가 경미하여 향후 선거방송과 관련하여 청구인들의 임의적 협력을 기대하는 비권력적 권고로서 이 사건 경고를 행한 것이므로, 이 사건 경고가 청구인들의 언론의 자유를 침해하였다고 볼 수 없다.

【결정요지】

1. 청구인 최○용은 이 사건 경고로 인하여 불공정한 언론인으로 취급되어 재직하는 회사에 불이익을 주는 사람으로 낙인찍히는 결과가 된다는 취지로 주장하나, 그러한 청구인의 불이익은 단지 간접적, 사실적인 것에 불과하며, 이를 청구인의 기본권을 직접 제한하는 법적 불이익에 해당한다고 볼 수 없어 자기관련성이 인정될 수 없다.

2. 이 사건 경고가 피청구인(방송위원회)이 방송사업자에게 방송표현 내용에 대한 경고를 함으로써 해당 방송에 대하여 제재를 가하는 것이라고 볼 때, 그러한 제재는 방송의 자유를 제한하는 것이므로 헌법 제37조 제2항에 따라 법률적 근거를 지녀야 한다. 2006. 1. 24. 개정되기 전의 구 ‘선거방송심의위원회의 구성과 운영에 관한 규칙’(이하 ‘이 사건 규칙’이라 한다) 제11조 제2항은 “심의위원회는 심의기준을 위반한 정도가 경미하다고 판단되는 경우 주의 또는 경고를 정할 수 있다”고 하였다. 그런데 이 사건 규칙에 의한 그러한 ‘주의 또는 경고’는 2006. 10. 27. 개정되기 전 구 방송법 제100조 제1항에 나열된 제재조치에 포함되지 아니한 것이었으며, 법률의 위임에 따라 정할 수 있는 ‘제재조치’의 범위를 벗어난 것이었다. 따라서 이 사건 규칙 제11조 제2항에 근거한 이 사건 경고는 기본권제한에서 요구되는 법률유보원칙에 위배된 것이므로 더 나아가 살펴볼 필요 없이 청구인 ○○방송의 방송

의 자유를 침해하므로 이를 취소한다.

재판관 민형기, 재판관 목영준의 별개의견

이 사건 경고 자체는 공권력의 행사라고 볼 수 없으나 피청구인이 제정한 방송평가에 관한 규칙이 기본권을 제한하는 것이므로 소송경제상 이들을 일련의 행위로 파악하여 그 전부를 기본권침해의 가능성 있는 공권력의 행사라고 봄이 상당하므로, 이를 바탕으로 본안판단에 나가기로 한다.

재판관 조대현의 반대의견 및 별개의견

1. 이 사건 경고는 공직선거법 제8조의2에 따라 방송 내용을 사후에 심사하여 위법하다고 판단한 것이므로 청구인들의 언론의 자유를 직접 제한하는 것이라고 보아야 한다. 그러므로 청구인들의 심판청구는 모두 적법하다.

2. 이 사건 규칙 제11조 제2항은 위반 정도가 경미한 경우를 위하여 구체적 타당성을 위하여 법률에서 정한 것보다 경미한 제재조치를 정한 것이므로 법률유보의 원칙에 위반된다고 보기 어렵다. 그러나 이 사건 방송이 불공정한 선거방송이라고 판단하고 경고한 조치는 공직선거법 제8조나 제8조의2의 본래 취지를 벗어나 선거방송 심사·제재권한을 남용한 것이다. 따라서 이 사건 조치는 공직선거법 제8조나 제8조의2에 의하여 정당화될 수 없고, 청구인들의 언론의 자유를 헌법 제37조 제2항에 위반하여 부당하게 침해하였다.

재판관 이동흡의 반대의견

이 사건 경고는 공직선거법 제8조의2 제7항의 위임에 따라 같은 조 제5항의 규정 내용을 구체화한 이 사건 규칙 제11조에 따른 것이므로 법률적 근거를 지니고 있어 법률유보원칙에 위배되지 않는다. 청구인 주식회사 ○○방송에 대한 이 사건 경고는 선거방송의 공정성을 확보하기 위하여 행해진 것으로서 피청구인의 판단제량의 범위를 벗어난 것이라 볼 수 없고, 방송의 자유에 대한 제약이 과도한 것이 아니므로 비례의 원칙에 위반된 것이 아니다. 따라서 청구인 주식회사 ○○방송의 심판청구는 기각되어야 한다.

【해설】

1. 이 사건 경고의 법적 성격 및 효과

가. 법적 근거 문제

(1) 공직선거법 제8조의2 제1항은 선거방송의 공정성을 위하여 임기만료에 의한 선거의 선거일전 120일부터 선거일 후 30일까지 방송위원회로 하여금 심의위원회(선거방송심의위원회)를 설치하여 운영하도록 하고 있다. 심의위원회는 선거방송의 공정 여부를 조사하고 그 결과 불공정이 인정되는 경우에는 방송법 제100조 제1항 각 호의 규정에 의한 제재조치 등을 정하여 이를 방송위원회에 통보하여야 하며, 방송위원회는 불공정한 선거방송을 한 방송사에 대하여 통보받은 제재조치 등을 지체 없이 명하여야 한다(같은 조 제5항).

(2) 여기서 ‘제재조치 등’이 방송법 제100조 제1항 각 호에 규정한 제재조치와 제2항-제5항이 규정한 내용을 통틀어 의미하는 것인지, 아니면 제1항 각 호의 제재조치 외에 ‘심의위원회가 정한 다른 제재조치’를 포함하는 의미인지가 문제된다. 이 문제를 보는 시각에 따라 다수의견과 소수의견이 나뉘고 있다.

(3) 일견 ‘제재조치 등’이란 표현형식은 문리해석상 ‘방송법 제100조의 제재조치 및 그 밖의 유사한 조치’를 의미한다고 볼 여지가 있다. 그런 점에서 ‘구 선거방송심의위원회의 구성과 운영에 관한 규칙’(2006. 1. 24. 개정되기 전의 것. 이하 ‘이 사건 규칙’이라 한다) 제11조는 ‘제재조치 등’이란 제목으로 제1항에서는 방송법 제100조 제1항의 규정에 의한 제재조치를 규정하고, 제2항에서는 “제1항의 규정에도 불구하고 심의위원회는 심의기준을 위반한 정도가 경미하다고 판단되는 경우 주의 또는 경고를 정할 수 있다.”고 규정한 것으로 볼 수 있는 것이다.

그러나 공직선거법의 ‘제재조치 등’ 개념은 방송법 제100조에 한정되는 것이고 이와 별도로 심의위원회에게 추가적인 제재조치가 인정되는 것은 아니라고 볼 여지가 크다. 그 이유는 다음과 같다.

① 방송법 제100조의 제목 자체가 ‘제재조치 등’이라고 되어 있고, 제재조치는 제1항에 한정되는 것이므로 다른 조항들을 포괄하는 의미에서 그러한

제목이 기재되었다고 보는 것이 자연스럽다는 점,

②만일 공직선거법이 방송법 제100조의 제재조치 외의 다른 제재조치를 할 수 있는 권한을 심의위원회에게 주는 것이라면, 그 권한 범위를 한정하는 내용이 있었어야 할 텐데 아무런 내용이 없는데, 이는 결국 심의위원회가 인정하는 어떠한 제재조치도 재량으로 택할 수 있는 것이 되므로 부당하고,

③방송법 제100조 제1항의 제재조치 위반 시 3천만원 이하의 벌금형에 처하도록 하는 처벌규정이 존재하는데(방송법 제106조 제2항 제2호), 공직선거법이 아무런 처벌규정 문제도 정하지 않고 심의위원회에 여하한 추가적 제재조치를 할 권한을 주었다고 보기 어렵고,

④방송법 제100조 제1항에는 이 사건 경고와 같은 ‘주의 또는 경고’ 조치가 규정되지 않았으나(2006. 10. 27. 개정 전), 개정 후에는 ‘주의 또는 경고’가 명시적으로 삽입되고 있는데, 이는 원래 공직선거법의 ‘제재조치 등’은 방송법 제100조 제1항의 제재조치를 뜻하는 것이고, 그 외에 심의위원회에게 추가적 제재조치 권한을 주지 않았다는 반증이 된다.

그러므로 공직선거법 제8조의2 제5항에서의 ‘제재조치 등’은 그 표현의 모호함에도 불구하고 심의위원회에게 방송법 제100조 제1항의 제재조치와 별도의 추가적 제재조치를 할 권한을 부여한 취지라고 보기는 어렵다.

(4) 그렇다면 이 사건 규칙 제11조 제2항은 법률유보의 원칙에 어긋나는 것인가? 이 점 역시 그 결론에 따라 위헌의견과 합헌의견이 달라지게 된다. 만일 그러한 ‘주의 또는 경고’가 방송법 제100조 제1항이 정한 비교적 엄격한 제재조치보다 완화된 형태의 조치로서 현실적 필요성에서 인정된 것이며, 아무런 처벌규정이 없고, 그 법적 효과도 단지 사실적, 간접적인 것에 불과하다면 그러한 ‘주의 또는 경고’는 기본권을 제한하는 효과가 없으므로, 법률유보원칙의 위배 여부는 별도로 논할 필요가 없다. 그러나 달리 보아 공권력성을 인정한다면 본안에서 보듯이 법률유보원칙 위배 여부가 문제된다(후술).

나. 이 사건 경고의 효과

(1) 위에서 보았듯이 이 사건 경고는 방송법 제100조 제1항의 제재조치가 아니며, 따라서 방송법상의 처벌규정(3천만원 이하 벌금)이 적용되지 않으며,

달리 방송법 내지 다른 규정상 처벌규정을 발견할 수 없다. 피청구인 역시 그런 점에서 이 사건 경고를 받할 때 아무런 후속조치 안내를 한 바 없다.

(2) 청구인은 방송사업자의 경우 그러한 경고는 방송평가에서 불리한 평가를 받게 되고, 방송허가의 갱신절차에 있어서 방송위원회의 재추천을 받지 못하게 될 위험성이 있다고 한다.

(3) 결정 당시의 관련규정을 살펴보면 다음과 같다.

○ 방송법

第31條(放送評價委員會) ①委員會는 放送事業者의 放送프로그램 내용 및 編成과 운영등에 관하여 綜合적으로 評價할 수 있다.

②委員會는 第1項의 評價業務를 효율적으로 수행하기 위하여 放送評價委員會를 둘 수 있다.

③放送評價委員會 委員은 委員會 委員長이 委員會의 同意를 얻어 위촉하며, 구성과 운영에 관하여 필요한 사항은 委員會規則으로 정한다.

第17條(再許可 등) ①放送事業者(放送채널使用事業者는 제외한다) 및 中繼有線放送事業者가 許可有效期間의 만료 후 계속 放送을 행하고자 하는 때에는 放送委員會의 再許可 추천을 받아 情報通信部長官의 再許可를 받아야 한다.

○ 방송평가에 관한 규칙(2005. 12. 9. 방송위원회규칙 제84호로 개정되기 전의 것)

제13조(평가영역) 방송평가 영역은 내용, 편성, 운영으로 구분하며, 각 영역별 평가대상은 다음 각호와 같다.

1. 내용영역에서는 개별 방송프로그램의 내용, 방송프로그램의 질 및 방송내용과 관련된 운영 등에 대하여 평가한다.
2. 편성영역에서는 대상별 편성비율의 적절성 및 대상별 시간량의 적절성 등에 대하여 평가한다.
3. 운영영역에서는 방송사업자의 운영일반 및 경영의 적절성 등에 대하여 평가한다.

제12조(평가대상 기간) ①방송평가 대상 기간은 매년 1월1일부터 12월31일 까지를 기준으로 한다.

②재허가 추천 또는 재승인 시기 등 부득이한 사유로 특정 연도 전체를

평가대상 기간으로 할 수 없을 경우에는 평가가 가능한 해당 연도의 특정 시기를 대상으로 평가를 실시할 수 있다.

제14조(평가항목 및 평가척도 등) ①평가영역별 평가를 수행하기 위한 세부 평가항목과 평가항목에 대한 배점 및 평가척도는 별표와 같다.

제17조(방송평가결과의 공표) ①위원회는 법 제17조 제3항의 규정에 의하여 방송사업자의 재허가 추천 또는 재승인시 방송평가결과를 공표하여야 하며, 방송의 공공성 증진 및 방송사업의 건전한 발전 등을 위해 필요할 경우 방송평가결과를 연간 단위로 공표할 수 있다.

②위원회는 제1항의 규정에 의한 방송평가결과 공표시 제15조 제1항의 규정에 의한 평가결과에 따라 권고 등을 할 수 있다.

<별표> 평가항목과 평가항목에 대한 배점 및 평가척도(제14조 제1항 관련)

1. 지상파방송사업자(텔레비전방송)

■ 평가항목 및 배점(만점 1,000점)

내용(350점), 편성(350점), 운영(300점) - 구체적 내용 생략

■ 평가척도

평가항목

평가척도

.....

선거방송 관련규정 등 특별규정 준수 여부

- 방송된 프로그램에 대한 연간 제재결과를 기준으로 주의 1건당 0.3점 감점, 경고 1건당 1점 감점, 경고 및 관계자경고 1건당 2점 감점, 법정제재 1건당 4점 감점, 법정제재 병과조치 1건당 7점 감점

(4) 관련규정에 대한 검토

방송법 제17조 제1항은 방송사업자 및 중계유선방송사업자가 허가유효기간의 만료 후 계속 방송을 행하고자 하는 때에는 방송위원회의 '재허가 추천'을 받아 정보통신부장관의 재허가를 받도록 규정하고 있다. 지상파방송사업의 허가기간은 전파법의 규정에 의하면 5년 이내로 되어 있고, 현행 허가기간은 3년이다(전파법 제22조 제1항, 동법시행령 제21조 제1항 제3호). 지상파방송사업의 재허가 절차는 허가절차와 마찬가지로 방송위원회의 방송사업 재허가 추천을 얻은 후, 기술적 검토를 거쳐 이루어진다(방송법 제17조).

지상파방송사업자들은 3년 기한의 허가기간 만료 6개월 전에 재허가 신청서를 방송위원회에 제출하여야 한다. 방송위원회는 허가 및 재허가 심사를 함에 있어 시청자들의 의견을 공개적으로 수렴하여야 한다(방송법 제17조, 동법 시행령 제16조, 동법 시행규칙 제10조). 재허가 심사 시에는 방송법 제10조의 규정에 의한 최초심사기준에 더하여 과거 3년 동안의 실적 전반에 대한 평가와 함께 미래 사업계획에 대한 심사가 이뤄져야 하므로 별도의 심사항목에 대한 검토가 이뤄진다. 심사항목은 방송위원회의 방송평가, 방송위원회의 시정명령의 횟수와 시정명령에 대한 불이행 사례, 시청자위원회의 방송프로그램 평가, 지역사회 발전에 이바지한 정도, 방송발전을 위한 지원계획의 이행 여부, 기타 허가 또는 승인 당시의 방송사업자 준수사항 이행 여부 등 6개 항목이다(방송법 제17조 제3항).

방송평가에 관한 규칙 제14조 제1항, 별표의 '평가척도'에 의하면, '경고 및 관계자 경고'를 받은 경우 방송평가지 1건당 2점을 감점하도록 규정하였다.

청구인 문화방송의 경우 2004.말로 허가가 종료되어 재갱신 절차를 밟았는데(피청구인 참고서면 2006. 12. 6.자 참조), 2004. 8.경 방송위원회의 지상파방송 재허가 추천을 위한 심사위원회가 열렸고, 2004. 12.경 문화방송에 대한 허가갱신이 이루어졌다. 이 사건 경고는 2004년도 것이어서 당시 추천심사위원회에서는 고려되지 않았다고 한다(위 참고서면. 2003.말까지의 자료를 기준으로 하였음). 만약 이것이 고려된다면 2007.말의 재갱신 절차에서 해당될 것이다.

다. 이 사건 경고의 법적 성격

(1) 이 사건 경고는 위 공직선거법과 방송법에서 규정하고 있는 제재조치에 포함되어 있지 않다. 이 사건 규칙은 제11조 제2항의 경고가 어떠한 법적효과를 가지는지, 상대방에게 어떠한 법적의무를 부과하는지에 대하여 아무런 규정을 두고 있지 않다. 그러므로 이 사건 경고는 방송법 제100조 제1항의 제재조치와 달리 그 자체로서는 상대방에 대하여 어떠한 법적 의무를 부과하거나 강제수단을 예정하고 있는 것은 아니다. 즉 이 사건 경고는 그 자체로 일정한 의무를 부담하거나 법률상의 효과를 직접 발생하게 하는 행

위가 아니라, 불공정한 선거방송을 한 방송사에 대하여 주의 또는 경고를 함으로써 방송사의 일종의 임의적 협력을 기대하고, 이에 따라 추후 선거방송에서 공정을 유지하고자 한 것이라 볼 수 있다.

그러나 그럼에도 불구하고 당사자(문화방송)에게는 순수하게 ‘임의적 협력’을 기대한 것 이상으로 일정한 제재적 효과를 지니고 있다. 위에서 본 평가항목과 척도에서 경고를 받은 경우 ‘2점’이 차감되므로 이는 방송사업자에 대한 일반적 평가(매년 평가된다)와 이로 인한 재추천 단계에서의 불이익을 뜻한다. 물론 종합적인 평가와 재추천 여부에 있어서 이 사건 경고로 인한 ‘2점’의 차감은 평가척도에 있어서 수십 가지의 항목이 존재하고 총 만점이 1000점인 것을 볼 때 영향력이 강하다고 볼 수 없다. 그러나 그러한 불이익이 지침상으로 명시적으로 존재한다는 점에서 그 불이익은 제재적 효과를 동반하고 있다.

그러한 종류의 불이익을 법적 불이익을 볼 것인지에 대하여 다수의견(법정의견)과 소수의견이 구분되고 있다.

(3) 한편 이 사건 경고의 주체는 합의제 행정기관인 방송위원회이다. 공직선거및선거부정방지법 제8조의2 제5항과 선거방송심의위원회의구성과운영에 관한규칙 제11조에 의하면 선거방송심의위원회가 위반의 정도에 따라 제재조치와 경고를 정할 수 있도록 규정되어 있다. 그러나 선거방송심의위원회가 직접 방송사에 대하여 제재조치나 경고를 명할 수 있는 것은 아니고 선거방송심의위원회가 방송위원회에 통보를 하면 방송위원회가 이를 방송사에 대하여 명하도록 되어 있다(공직선거법 제5항, 선거방송심의위원회의구성과운영에관한규칙 제13조). 선거방송심의위원회가 제재조치와 경고를 결정할 수 있는 권한이 있다고 하여도 이를 대외적으로 의사를 표시할 권한을 가지고 있지 못하므로, 선거방송심의위원회는 내부적인 심의기관에 불과하다고 보이며, 대외적으로 의사를 표시할 권한을 가지고 있는 방송위원회가 이 사건 경고의 주체라고 볼 것이다. 이 사건 경고는 선거방송의 공정성 유지라는 행정목적의 실현을 위한 목적 하에 이루어진 행위로서, 행정객체에 해당하는 방송사업자와 일반인을 대상으로 한 것이다.

2. 적법요건의 검토

가. 공권력의 주체 내지 피청구인 적격

방송위원회와 심의위원회는 법률의 근거를 지니고 공적 업무를 행하는 행정기관의 성격을 지닌다는 점은 위에서 언급한 바와 같다.

이 사건 경고의 주체는 합의제 행정기관인 방송위원회이다. 공직선거법 제8조의2 제5항과 이 사건 규칙 제11조에 의하면 심의위원회가 위반의 정도에 따라 제재조치와 경고를 정할 수 있도록 규정되어 있다. 그러나 심의위원회가 직접 방송사에 대하여 제재조치나 경고를 명할 수 있는 것은 아니고 심의위원회가 방송위원회에 통보를 하면 방송위원회가 이를 방송사에 대하여 명하도록 되어 있다(공직선거법 제8조의2 제5항, 이 사건 규칙 제13조). 심의위원회가 제재조치와 경고를 결정할 수 있는 권한이 있다고 하여도 이를 대외적으로 의사표시할 권한을 가지고 있지 못하므로, 심의위원회는 내부적인 심의결정기관에 불과하다고 보이며, 대외적으로 의사를 표시할 권한을 가지고 있는 방송위원회가 집행기관으로서 이 사건 경고의 주체라고 볼 것이다. 그렇다면 이 사건에서 피청구인에 해당한다.

나. 헌법소원의 대상이 되는 ‘공권력의 행사’ 여부

(1) 헌법재판소는 “일반적으로 어떤 행정상 사실행위가 권력적 사실행위에 해당하는지 여부는 당해 행정주체와 상대방과의 관계, 그 사실행위에 대한 상대방의 의사, 관여정도, 태도, 그 사실행위의 목적, 경위, 법령에 의한 명령, 강제수단의 발동 가부 등 그 행위가 행하여질 당시의 구체적 사정을 종합적으로 고려하여 개별적으로 판단하여야 할 것이다(헌재 1994. 5. 6. 89헌마35, 판례집 6-1, 462, 485-486).”고 판시하여 그 기준을 제시하고 있다.

(3) 이 사건 경고의 경우, 방송평가에서 2점의 감점을 받은 것은 방송에 대한 재허가 추천 여부의 평가에서 영향을 주는 평가자료가 된 것이며, 방송사업의 재허가 추천 여부는 매우 본질적인 문제이므로 이 사건 경고가 방송평가에 그와 같은 불이익을 주고, 그 불이익이 재허가 심사절차에 반영되는 것이라면 사실상 방송사업자에 대한 제재수단으로 작용하는 것이고, 단순한 행정지도의 범위를 넘어서는 것이라고 보았다. 그러므로 이는 규제적, 구속적 성격을 지니고 있으며, 따라서 이 사건 경고는 문화방송의 방송의 자유에

직접적 효과를 미치고 있다. 따라서 이 사건 경고는 권력적 사실행위로서 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당한다.

다. 자기관련성 내지 기본권침해 가능성

이 사건 경고는 권력적 사실행위로서 이로 인하여 방송내용에 대하여 사후적 제재를 하고 있다. 헌법 제21조 제1항은 “모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다.”고 규정하였다. 같은 규정에 의해 보장되는 언론·출판의 자유에는 방송의 자유가 포함된다. 방송의 자유는 기본적으로 국가의 간섭을 배제하고 방송프로그램에 의한 의견 및 정보를 표현, 전파하는 자유를 의미한다(헌재 2001. 5. 31. 2000헌바43등, 판례집 13-1, 1167, 1177 참조; 헌재 2003. 12. 18. 2002헌바49, 판례집 15-2하, 502, 517 참조). 이 사건 경고는 청구인 문화방송의 방송표현 내용에 대하여 제재적 효과를 주는 것이므로 동 청구인의 방송의 자유를 제한하는 것이다.¹⁾

그러나 청구인 최○용은 이 사건 경고로 인하여 불공정한 언론인으로 취급되어 재직하는 회사에 불이익을 주는 사람으로 낙인찍히는 결과가 된다는 취지로 주장하나, 그러한 청구인의 불이익은 단지 간접적, 사실적인 것에 불과하며, 이를 청구인의 기본권을 직접 제한하는 법적 불이익에 해당한다고 볼 수 없어 자기관련성이 부인된다.

라. 보충성 원칙 문제

헌법소원은 다른 법률에 구체절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후에 심판청구를 하여야 한다(헌법재판소법 제68조 제1항 단서). 행정소송의

1) 이러한 결론은 행정법원의 판단과 구분된다. 서울행정법원(2004구합9821)은 같은 청구인들이 제기한 행정소송에 대하여 이 사건 경고의 처분성을 부정하면서 다음과 같이 판시하였다.
 “방송평가에관한규칙은 방송평가에 관한 권한을 보유한 피고가 이에 대한 자신의 재량권을 적절하게 행사하기 위하여 그 준칙으로서 방송에 대한 평가항목과 그에 대한 배점 및 평가척도를 마련하여 둔 것에 불과하므로, 그와 같은 재량준칙에 따라 이 사건 경고조치를 받은 원고들이 어떠한 불이익을 입게 된다 하더라도 이는 위 경고 및 관계자 경고 조치 자체로부터 직접 발생하는 법률상 효과라기보다는 경고를 받은 원인이 된 선거방송 관련규정을 준수하지 아니한 사실이 방송평가의 참작사유로 고려되는 사실상 또는 간접적인 효과에 불과하다(대법원 2004. 4. 23. 선고 2003두13687 판결¹⁾ 참조) 할 것이다.”

대상이 되는 행정처분은 공법상의 행위로서 상대방 또는 기타 관계자들의 법률상 지위에 직접적으로 법률적인 변동을 일으키는 행위이므로 권유·알선·행정지도 등 비권력적 사실행위는 행정소송의 대상이 되기 어렵다. 그러나 강제격리, 미결수용인 자의 이송, 유치나 예치, 영업소 폐쇄, 단수처분, 대집행의 실행 등 권력적 사실행위는 행정소송의 대상이 된다고 본다. 그런데 권력적 사실행위는 단기간에 종료되므로 대부분의 경우에는 소의 이익을 인정하기 어려운 측면이 있다.

그런 점에서 이 사건 경고는 전심절차로 권리가 구제될 가능성이 없는 경우에 해당한다고 보아 보충성의 예외로 인정된다.

마. 권리보호이익 유무

이 사건에서 특별히 권리보호이익이 없다고 볼 만한 사정이 없다. 2004.말 문화방송에 대한 재허가 추천절차 및 갱신절차가 이루어졌으나, 이 사건 경고에 따른 벌점이 고려대상이 되지 않았으므로(2003년도까지의 자료만 고려됨), 2004년도에 추천 및 갱신이 이루어졌다는 점만으로 권리보호이익이 없다고 볼 수 없다.

바. 청구기간

청구인들은 피청구인으로부터 이 사건 경고를 받은 2004. 4. 9.로부터 90일 이내인 2004. 4. 9. 이 사건 헌법소원을 제기하였으므로 청구기간을 준수하였다.

3. 본안에 관한 해설(법률유보원칙 위배)

가. 국민의 기본권은 헌법 제37조 제2항에 의하여 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 이를 제한할 수 있으나 그 제한은 원칙적으로 법률로써만 가능하며, 제한하는 경우에도 기본권의 본질적 내용을 침해할 수 없고 필요한 최소한도에 그쳐야 한다. 이러한 법률유보의 원칙은 ‘법률에 의한’ 규율만을 뜻하는 것이 아니라 ‘법률에 근거한’ 규율을 요청하는 것이므로 기본권제한의 형식이 반드시 법률의 형식일 필요는 없고 법률에 근거를 두면서 헌법 제75조가 요구하는 위임의 구체성과 명확

성을 구비하기만 하면 위임입법에 의하여도 기본권제한을 할 수 있다.(헌재 2005.02.24, 2003헌마289, 판례집 제17권 1집, 261, 269). 참고로 그동안 법률유보원칙 위배로 결정된 사례의 예는 다음과 같다.

<합헌결정례>

○ 헌재 2004.12.16, 2002헌마478, 판례집 16-2하, 548 (교도소 내 접견, 서신수발 제한)

행형법의 관련 조항들을 살펴보면, 일반 수형자는 교도소장의 허가를 받아 접견·서신수발을 할 수 있으며, 교도소장은 교화 또는 처우상 특히 부적당한 사유가 없는 한 허가하여야 한다(행형법 제18조 제1항, 제18조의2 제1항). 즉, 일반 수형자에게 있어서 접견·서신수발도 원칙적으로 교도소장의 허가를 받아서 할 수 있는 허가 사항인 것이다. 따라서 행형법시행령 제145조 제2항에서 금지의 처분을 받은 수형자에 대하여 접견·서신수발을 금지하고 예외적으로 허가할 수 있도록 규정한 것은 일반 수형자에 비하여 접견·서신수발이 더 제한된다는 의미이지 법률의 근거 없이 새로운 기본권제한을 하는 것으로는 볼 수 없다.

구체적으로 법률의 근거를 살펴보아도, 행형법 제18조의2 제6항은 “서신의 검열 및 제한에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다”고 규정하고, 제18조 제4항은 “접견의 횟수·시간·장소 및 접견참여 기타 접견에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다”고 규정하고 있다. 따라서 행형법 제18조의2 제6항을 서신의 제한에 관한 위임규정으로 볼 수 있는 반면, 접견에 관한 제18조 제4항은 다소 포괄적인 것이 사실이다. 그러나 여기서 “기타 접견에 관하여 필요한 사항”이 위 행형법 제18조 제2항이 정하고 있는 “교화 또는 처우상 특히 부적당한 사유”의 구체화를 의미한다고 해석하는 것이 행형법의 다른 규정들과의 체계적인 해석과 위 법률조항의 문리적 해석에 반한다고 보기 어렵다. 따라서 행형법시행령 제145조 제2항은 행형법 제18조 제4항 및 제18조의2 제6항의 위임을 받아 “교화 또는 처우상 특히 부적당한 사유”를 구체화한 규정으로 볼 수 있으므로, 위 시행령조항이 기본권제한의 법률유보원칙에 위반되어 위헌이라고는 볼 수 없다.

○ 헌재 2005. 5. 26. 99헌마513등, 판례집 17-1, 668, 685-686 (지문날인제

도)

주민등록증 발급대상자로 하여금 열 손가락의 지문을 날인하도록 하고 있는 이 사건 시행령조항이 법률의 근거가 있는 것인지 여부에 관하여 본다.

주민등록법 제17조의8 제1항 및 제3항은 주민등록이 된 자 중 17세 이상의 자에 대하여 주민등록증을 발급하도록 하면서 그 발급은 발급대상자의 신청에 의하도록 하고 있고, 같은 조 제2항 본문은 "주민등록증에는 성명·사진·주민등록번호·주소·지문·발행일·주민등록기관을 수록한다."라고 하여 주민등록증의 수록사항의 하나로 지문을 규정하고 있으며, 같은 조 제5항은 "주민등록증 및 그 발급신청서의 서식과 그 발급절차는 대통령령으로 정한다."라고 규정하고 있다. 이 사건 시행령조항에서는 주민등록법 제17조의8 제5항의 위임규정에 근거하여 주민등록증발급신청서의 서식을 정하면서 보다 정확한 신원확인이 가능하도록 하기 위하여 열 손가락의 지문을 날인하도록 하고 있는 것이므로, 이를 두고 법률에 근거가 없는 것으로서 법률유보의 원칙에 위배되는 것으로 볼 수는 없다.

<위헌결정례>

○ 현재 1999.05.27, 98헌마70, 판례집 제11권 1집, 633 (TV방송수신료)

오늘날 법률유보원칙은 단순히 행정작용이 법률에 근거를 두기만 하면 충분한 것이 아니라, 국가공동체와 그 구성원에게 기본적으로 중요한 의미를 갖는 영역, 특히 국민의 기본권실현과 관련된 영역에 있어서는 국민의 대표자인 입법자가 그 본질적 사항에 대해서 스스로 결정하여야 한다는 요구까지 내포하고 있다(의회유보원칙). 그런데 텔레비전방송수신료는 대다수 국민의 재산권 보장의 측면이나 한국방송공사에게 보장된 방송자유의 측면에서 국민의 기본권실현에 관련된 영역에 속하고, 수신료금액의 결정은 납부의무자의 범위 등과 함께 수신료에 관한 본질적인 중요한 사항이므로 국회가 스스로 행하여야 하는 사항에 속하는 것임에도 불구하고 한국방송공사법 제36조 제1항에서 국회의 결정이나 관여를 배제한 채 한국방송공사로 하여금 수신료금액을 결정해서 문화관광부장관의 승인을 얻도록 한 것은 법률유보원칙에 위반된다.

○ 현재 2005.02.24, 2003헌마289, 판례집 제17권 1집, 261(집필금지)

행정법은 제10장 ‘분류와 처우’의 장에서 수용자에 대한 징벌을 규정하고 있다. 제46조 제1항에서 징벌사유를 규정하고 제2항에서 징벌의 종류를 열거하면서 동항 제5호에서 ‘금치’를 그러한 징벌의 일종으로 규정하고 있다. 행정법이 위와 같이 징벌의 종류와 요건만을 정하고 있을 뿐 징벌의 부과기준은 법무부령(수용자규율및징벌에관한규칙)으로, 징벌의 효과 및 집행방법은 대통령령(행정법시행령)으로 정하고 있는바, 금치의 경우에도 위와 같이 이를 징벌의 일종으로 인정하는 규정이 있을 뿐 금치의 구체적인 효과나 집행방법에 관하여 명시하는 규정이나 이에 관하여 하위명령에서 규정할 것을 위임하는 명문규정을 행정법상 찾아보기 어렵다. 그런데 이 사건 시행령조항은 금치처분을 받은 수형자에 대하여 징벌실 수용과 더불어 집필을 전면 금지하고 있다. … 금치대상자의 표현의 자유, 직업수행의 자유, 행복추구권 등 일련의 기본권에 대한 제한을 초래한다는 점에서 법률유보 원칙의 준수 여부가 문제되는 것이다. … 이 사건 시행령조항은 법률유보의 원칙에 위반되는 것으로 보아야 한다.

나. 법률유보의 개념은 행정법적 측면과 헌법적 측면에서 서로 다르게 논의된다. 행정법적 측면에서 법률유보의 개념은 행정이 특정의 사례에 있어서 그것이 법률적인 규정을 통한 수권근거가 있을 때에만 활동할 수 있다는 것을 의미한다. 그런데 헌법적 측면에서는 헌법 제37조 제2항에 따라 법률유보원칙은 기본권의 제한의 근거 유무로서 다룬다. 전자를 ‘일반적 법률유보’라고 하고 후자를 ‘기본권적 법률유보’로 구분해 볼 수 있다.

행정규칙이나 가벼운 행정적 제재는 법률적 근거 없이도 유효할 수 있다. 이 사건 경고의 경우 별첨 지정토론문이 기재하는 바와 같이 법률상 규정된 제재보다 가벼운 제재를 하위 규칙에서 규정한 경우이므로, 행정법적 측면에서 그러한 제재가 일반적 법률유보원칙에 어긋났다고 보기는 어렵다. 그러나 그러한 제재라도 그것이 기본권제한적 효과를 지니게 된다면, 이는 헌법 제37조 제2항에 의하여 법률적 근거를 지녀야만 한다(지정토론문은 이 점에 대해서는 별도로 언급하지 않음). 그러므로 행정법에서 논의되는 일반적 법률유보와 기본권적 법률유보는 사안에 따라 그 판단이 불일치할 수 있다.

다. 이 사건 경고가 심의위원회가 방송사업자나 관계자에게 방송표현 내용에 대한 경고를 함으로써 해당 방송에 대하여 제재를 가하는 것이라고 본다면, 그 효과는 방송사업자의 대외적 평가에 영향을 주며, 향후 허가갱신절차에서 재추천 사유에 참작되어 불이익을 입을 수 있다는 것이다. 만일 그러한 평가상의 영향 내지 재추천에서의 잠재적 불이익은 사실적, 간접적이 아닌 법적 불이익이라 볼 수 있으므로 결국 그러한 경고는 표현의 자유를 제한하는 것이고, 따라서 헌법 제37조 제2항에 따라 법률적 근거를 지녀야 한다.

이런 전제에서 살펴보면, 전술하였듯이 공직선거법 제8조의2 제5항에 따른 위임에 근거하여 제정된 심의위원회의 이 사건 규칙 제11조 제2항은 심의위원회가 법률의 위임에 따라 정할 수 있는 '제재조치'의 범위를 벗어난 것이다. 이 사건 제기 후에 입법에 의하여 그러한 경고에 대한 법률적 근거를 갖춘 것은, 법률유보원칙의 관점에서 볼 때 문제가 있었던 것을 개선한 것이다.

그렇다면 규칙 제11조 제1항의 '경고'가 해당자에게 법적 불이익을 주는 것이고, 이는 법률의 근거 없이 제정된 규칙에 의한 것이므로, 이는 결국 기본권(표현의 자유)을 법률에 근거하지 않고 제한한 것에 해당한다. 그렇다면 이 사건 경고는 기본권제한에서 요구되는 법률유보원칙에 위배된다고 볼 것이다.

한편 이렇게 볼 때 이 사건 규칙 제11조 제2항 자체의 위헌성을 지적하여야 할 것인지가 문제된다. 그런데 이 규칙 조항은 이 사건 심판의 대상이 아니다. 한편 이 규칙 조항이 이 사건에서와 같이 매번 기본권제한 효과를 동반할 것이라고 보기도 어려우며, 이 사건에서 심판대상을 동 조항까지 확장할 필요성은 없다. 한편 공권력의 행사를 취소하거나 위헌으로 선언할 때 헌법재판소법 제75조 제5항에 따라 행할 수 있는 부수적 규범통제의 대상은 적어도 법문언상으로는 법률이나 법률조항이다. 그러므로 위 규칙 조항 자체의 위헌성을 문제 삼을 필요는 없다고 볼 수 있다.

라. 결국 법정의견은 이 사건 경고가 법률유보원칙에 위배된다고 보았고, 그런 한 더 이상 방송의 자유의 과잉 제한 문제에 대해 살펴보지 않았다.

3. 별개의견 부분

가. 재판관 민형기, 재판관 목영준의 별개의견 부분

이 별개의견은 다수의견과 결론은 같이 하나 적법요건에 대한 판단방법을 달리 한 것이다.

별개의견 역시 이 사건 경고가 공직선거법 제8조의2 제5항, 구 방송법 제100조 제1항의 제재조치에 포함되어 있지 않을 뿐 아니라 예정되어 있지도 않았다(이는 2006. 10. 27.자 방송법 개정 시 제100조 제1항 제4호에 ‘주의 또는 경고’를 새로이 추가한 것만을 보아도 명백하다고 함)고 본다. 한편 이 사건 규칙은 위 ‘주의 또는 경고’가 상대방에게 어떠한 법적 의무를 부과하는지, 그 밖에 어떠한 법적 효과를 가지는지에 대하여 아무런 규정을 두고 있지 않다고 보았다.

그렇다면 결국 이 사건 경고는 상대방에게 그 자체로 일정한 의무를 부담하게 하거나 그 밖의 법률상의 효과를 발생시키는 행위가 아니라, 방송사가 선거방송 심의기준을 위반하였지만 그 정도가 제재조치에 이를 만큼 중하지 않은 경우에 그 방송사에 대하여 주의 또는 경고의 의사표시를 함으로써 장래 이를 시정토록 하는 일종의 임의적 협력을 기대하고자 하는 것에 불과하다고 보게 된다.

그러나 방송위원회의 방송평가의 결과는 피청구인이 제허가 추천을 하는데 기준이 되어 방송사업자인 청구인의 방송의 자유에 직접적으로 효과를 미치므로, 결국 그 기준을 정한 평가규칙은 청구인에 대하여 기본권침해의 가능성이 있는 공권력의 행사에 해당한다. 그러므로 청구인에 대한 기본권 침해의 가능성은 이 사건 경고에 있는 것이 아니라 위 평가규칙에 있다고 한다.

그런데 이 사건 경고의 주체 및 위 규칙의 제정주체가 모두 같은 피청구인이므로 원칙적으로는 이 사건 심판대상을 위 평가규칙에까지 확장한 후, 이 사건 경고에 대한 심판청구를 각하하고 위 평가규칙에 대하여 본안판단을 하여야 할 것이나, 소송경제상 이 사건 경고 및 위 평가규칙을 피청구인이 행한 일련의 행위로 파악하여 그 전부를 기본권침해의 가능성 있는 공권력의 행사라고 봄이 상당하다고 한다.

나. 재판관 조대현의 별개의견 부분

이 별개의견은 이 사건 경고가 공직선거법 제8조와 제8조의2에 근거한 것이며, 공직선거법 제8조의2에 따라 이 사건 방송의 내용을 사후에 심사하고 공직선거법 제8조에 위반된다고 공권적으로 판단하고 제제한 것은 그 자체로 청구인들의 언론의 자유를 직접 제한하는 것이라고 보았다. 따라서 청구인들의 방송내용을 사후심사하여 법률에 위반된다고 공권적으로 판단한 조치만으로도 청구인들의 언론의 자유가 제한된다고 할 것이므로 그러한 판단에 따라 이루어진 제재조치(경고)가 청구인들의 법적지위를 불리하게 하는지 여부는 따질 필요도 없다고 한다.

4. 반대의견 부분

반대의견들은 각 이 사건 경고가 언론의 자유를 침해한다고 보았다. 그런데 그 이유는 각각 다르다.

가. 재판관 조대현의 반대의견 부분

(1) 우선 이 반대의견은 제작책임자에 대한 헌법소원도 적법하다고 본다. 앞서 재판관 조대현은 제재조치(경고)가 청구인들의 법적지위를 불리하게 하는지 여부는 따질 필요도 없이 이 사건 경고가 언론의 자유를 제한하는 것이라고 보았으며, 따라서 청구인 문화방송뿐만 아니라 제작책임자인 청구인도 이 사건 방송의 내용을 사후심사하여 위법하다고 한 제재조치에 대하여 헌법소원을 청구할 수 있다고 본다.

(2) 이 사건 경고가 법률유보에 위배되는 것은 아니라고 판단한다. 공직선거법 제8조의2는 선거방송심의위원회가 선거방송이 불공정하다고 인정하는 경우에는 반드시 제재조치를 결정하도록 하면서, 그 제재조치의 내용을 “방송법 제100조 제1항 각 호의 제재조치 등”이라고 규정하여 방송법 제100조 제1항 각 호의 제재조치로 한정하지 않고 그 밖에 다른 제재조치도 할 수 있는 근거를 마련하였다고 한다. 이는 선거방송이 공정하지 아니한 정도가 경미한 경우에도 방송법 제100조 제1항 각호에 정해진 제재조치를 반드시 결정하도록 하는 것은 구체적 타당성을 기하기 어렵다고 본 것이다.

그러므로 평가규칙 제11조 제2항은 공직선거법 제8조의2 제7항의 위임에

따라 제8조의2 제5항의 취지에 맞게 제정된 것이라고 할 것이어서, 법률에 규정이 없는 “경고”를 정하였다고 하여 기본권제한 법률 유보의 원칙에 위반된다고 보기 어렵다고 한다.

(3) 그런데 이 사건 경고는 비례의 원칙에 위배되어 방송의 자유를 과도하게 제한한다.

우선 입법목적의 선거의 공정성을 위한 입법목적의 정당성과 선거방송 내용의 사후심사라는 수단의 적절성은 인정된다.

한편 위 규칙 제11조 제2항이 규정하고 있는 “주의 또는 경고”는 언론의 자유에 대한 제한 정도를 선거방송의 공정위무를 위반한 정도에 맞추어 필요한 최소한도로 제한하기 위한 것으로서 헌법 제37조 제2항의 비례의 원칙에 부합되게 하는 것이라고 할 수 있다.

그러나 공직선거법 제8조의2에 의하여 선거방송의 내용을 사후에 심사하고 그것이 불공정하다 하여 공직선거법 제8조에 위반된다고 판단하는 것은 언론의 자유를 제한하는 것이고, 선거방송의 내용이 불공정하다고 판단하면 반드시 제재조치를 하여야 하기 때문에, 공직선거법 제8조의2에 의하여 선거방송이 불공정하다고 판단하고 제재조치를 하기 위해서는 그로 인한 언론의 자유에 대한 제한이 헌법 제37조 제2항에 비추어 정당화될 수 있어야 한다. 그런데 선거의 의미와 선거에 관한 언론활동의 중요성을 고려할 때 선거방송의 공정 여부에 대한 판단이 선거방송심의위원회의 자유재량에 맡겨져 있다고 볼 수 없다. 따라서 공직선거법 제8조와 제8조의2는 선거에 관한 방송이 선거에 관한 정보를 편파적으로 차별하거나 의도적으로 왜곡하거나 허위 정보를 유포하는 등의 방법으로 공직선거에 불공정한 영향력을 미치는 경우에만 적용되어야 하고, 선거방송의 내용이 특정의 후보자에게 유리하거나 불리한 것이라는 사유만으로 불공정하다고 판단하여서는 안 된다.

이 사건 방송은 “국회의원 선거일의 58일 전에 전국적으로 방영되었고, 그 당시 국회의원 선거의 후보자로 되고자 준비하고 있던 김○균·최○희 의원을 비난하는 듯한 표현이 포함되어 있지만, 그 내용이 허위사실이라거나 의도적으로 사실을 왜곡하였다고 볼 자료가 없고, 이 사건 방송의 초점은 특정 법안에 대한 심사가 지연되고 있는 사실에 관한 보도와 논평에 있었다고 보이고 그 과정에서 위와 같이 문제된 내용이 일부 포함되게 된 것임을 고

려하면, 이 사건 방송이 국회의원 선거에 불공정한 영향을 미치는 것이라고 단정하기 어렵다. 그리고 개인에 대한 명예훼손 여부는 공직선거법 제8조와 제8조의2를 적용할 사유가 되지 못한다.

결국 이 사건 방송이 불공정한 선거방송이라고 판단하고 경고한 조치는 공직선거법 제8조나 제8조의2의 본래 취지를 벗어나 선거방송 심사·제재권한을 남용한 것이라고 할 것이다. 따라서 이 사건 조치는 공직선거법 제8조나 제8조의2에 의하여 정당화될 수 없고, 청구인들의 언론의 자유를 헌법 제37조 제2항에 위반하여 부당하게 침해하였다고 봄이 상당하다.

나. 재판관 이동흡의 반대의견 부분

이 반대의견은 문화방송의 심판청구가 적법하기는 하나 이유가 없으므로 기각되어야 한다고 보았다.

가. 법률유보원칙 위배 여부

공직선거법 제8조의2 제5항, 제7항 및 위 규칙 제11조의 문언에 비추어 보면 위 공직선거법 제8조의2 제5항에서 규정한 “방송법 제100조 제1항 각 호의 규정에 의한 제재조치 등”이란 ‘방송법 제100조 제1항 각 호의 규정에 의한 제재조치 및 그 밖의 유사한 조치’를 의미한다고 봄이 상당하고 할 것 인바, 위 규칙 제11조는 공직선거법 제8조의2 제5항의 규정 내용 중 “제재조치 등”을 그대로 조문 제목으로 한 다음 제1항에서 “방송법 제100조 제1항의 규정에 의한 제재조치”와 제2항에서 그 밖에 위반의 정도가 경미할 경우에 명할 수 있는 “주의 또는 경고”에 대해 규정하고 있다. 따라서 위 규칙 제11조(제재조치 등)는 위 공직선거법 제8조의2 제7항의 위임에 따라 제5항의 규정 내용(제재조치 등)을 구체화한 것이라고 보아야 할 것이다.

그리고 위 공직선거법 제8조의2 제5항에서의 “제재조치 등”이라는 문구는 구 방송법 제100조의 조문 제목인 “제재조치 등”과 같은 의미가 아니다. 즉, 구 방송법 제100조는 조문 제목을 “제재조치 등”이라고 한 다음 제1항에서 세 가지의 “제재조치”를 규정하고, 제2항 내지 제5항에서는 결정사항전문 방송의무, 명령이행의무·이행결과보고의무, 의견진술기회 부여, 재심청구, 재심결과통지의무 등에 관하여 규정하고 있는바, 구 방송법 제100조의 조문 제

목인 “제재조치 등”에서의 “등”이란 제1항에서 규정한 “제재조치”를 제외한 나머지, 다시 말해 제2항 내지 제5항에서 규정한 내용을 포괄적으로 지칭하는 것이라 보아야 한다.

한편 이 사건 경고는 공직선거법 제8조의2 제5항에 그 법률적 근거를 두고 있을 뿐만 아니라, 나아가 이 사건 경고가 법률(공직선거법 제8조의2 제5항)에서 명시적으로 규정한 제재보다 더 가벼운 것이라는 점도 법률유보원칙 위반 여부를 판단함에 있어 반드시 고려되어야 한다. 만약 경고 자체가 독립적인 제재조치인 경우라면 이는 국민의 기본권을 제한한다는 점에서 엄격한 법률적 근거를 지녀야 하겠지만, 본래의 무거운 제재조치를 할 수 있는 요건에 해당함에도 그보다 가벼운 조치를 취하는 경우에는 이로써 새롭게 국민의 기본권이 제한되는 것은 아니므로 반드시 엄격한 법률적 근거가 요구되는 것은 아니라고 할 것이다.

나. 기본권침해 여부

(1) 판단의 전제

위 반대의견은 다음과 같은 점을 판단의 기초로 삼고 있다고 보여진다.

(가) 심의위원회의 판단재량의 존중

심의위원회는 문제의 PD수첩이 ‘선거방송의 공정성’을 저해한다고 인정하고, 심의위원회가 택할 수 있는 제재수단 중 가장 약한 경고조치를 심의, 의결 하였으며 피청구인은 이를 집행하였다. 무엇이 공직선거법에서 말하는 ‘선거방송의 공정성’을 해하는지 여부는 이 문제에 대한 전문적 판단능력을 지닌 심의위원회의 판단재량이 존중되는 상태에서 판단될 수 있을 것이다. 그렇다면 그러한 행정기관의 판단이 합리적 이유가 있다면 존중해 주어야 할 것이다.

(나) 규범조화적 해석방법

이 사건에서는 기본권 간에 충돌문제가 존재하는바, 헌법의 통일성을 유지하기 위하여 상충하는 기본권 모두가 최대한으로 그 기능과 효력을 발휘할 수 있도록 하는 조화로운 방법이 모색되고 있는지도 검토되어야 할 것이다(헌재 2005. 11. 24. 2002헌바95, 판례집 17-2, 392, 401 참조). 헌법은 언론·출판의 자유를 보장하는 동시에 그것이 인간의 존엄성에서 유래하는 개인

의 일반적 인격권이나 명예권 등의 희생을 강요할 수는 없음을 분명히 밝히고 있으므로, 언론의 자유와 인격권(명예권)의 충돌 문제에 있어서는 헌법을 규범조화적으로 해석하여 이들을 합리적으로 해석하여 조화시키기 위한 노력이 있어야 한다(헌재 1991. 9. 16. 89헌마165, 판례집 3, 518, 524).

만일 심의위원회가 경고조치를 심의·의결함에 있어서 청구인 ○○방송의 방송의 자유의 의미나 내용에 대하여 잘못된 관점에 입각해 있다거나, 개인의 명예권만 보호하면서 방송의 자유를 부당하게 희생시킨 것이라면 기본권들 간에 규범조화적 해석을 한 것이라 볼 수 없다. 한편 방송이나 신문의 명예훼손적 표현에 관한 문제에 있어서는 그 피해자가 ‘공적 인물’인지 아니면 사인인지, 그 표현이 공적인 관심 사안에 관한 것인지 순수한 사적인 영역에 속하는 사안인지의 여부에 따라 헌법적 심사에 차이가 있을 수 있다(헌재 1999. 6. 24. 97헌마265, 판례집 11-1, 768, 776).

(다) 공적 인물론

나아가 방송이나 신문의 명예훼손적 표현에 관한 문제에 있어서는 그 피해자가 ‘공적 인물’인지 아니면 사인인지, 그 표현이 공적인 관심 사안에 관한 것인지 순수한 사적인 영역에 속하는 사안인지의 여부에 따라 헌법적 심사기준에 차이가 있을 수 있다.

(2) 구체적 내용

(가) 우선 ‘선거방송’인지 여부가 문제된다.

심의위원회는 문제된 ○○수첩 방송이 ‘선거방송의 공정성’을 저해한다고 인정하고, 심의위원회가 택할 수 있는 제재수단인 제재조치 및 제재조치에 유사한 조치 중 가장 약한 조치인 경고를 심의·의결 하였으며 피청구인은 이를 집행하였다. 먼저 그 방송이 공직선거법 제8조의2에서 규정한 ‘선거방송’에 해당되는 것인지가 문제될 수 있으나, ‘선거방송’이란 직접 선거를 대상으로 한 내용이 아니라도 선거에 영향을 줄 수 있는 것을 포함하는 방송이라고 이해될 수 있으며, 위 방송의 경우 제17대 국회의원 선거에 출마할 현직 의원들에 대한 사회적 평가가 관련되어 있고 이는 동 선거에서 그들의 당선에 영향을 줄 수 있는 것이었다고 보이므로, 이를 ‘선거방송’에 해당된다고 전제한 심의위원회 내지 피청구인의 판단이 부적절한 것이었다고 볼 수

없다.

(나) PD수첩 방영분이 ‘선거방송의 공정성’에 위배되는지 여부

위 방송은 방송표현의 자유로 보장되는 영역이지만, 한편 위 국회의원들은 이로 인하여 인격권 내지 명예권이 침해될 수 있다. 피청구인은 이러한 기본권들 간에 구체적인 형량 내지 조화적 해석을 한 바는 없으나, 위 방송이 ‘선거방송의 공정성’을 해할 수 있다고 본 뒤 이로 인한 피해자들의 명예권 침해 가능성을 전제하고 있는 것이다. 이러한 판단이 방송의 자유의 의미와 내용에 대한 그릇된 인식에 기반하고 있다고 볼 수는 없고, 선거방송의 공정성이 훼손되었다는 평가가 합리성을 지닌 것을 고려할 때, 이 사건에서 방송의 자유를 명예권과 비교형량함에 있어서 피청구인이 부당하게 후자만 앞세우고 전자를 희생한 것이라 볼 수도 없다.

한편 이 사건 경고는 그 조치내용이 재허가 추천절차에 있어서 근소한 감점대상이 되는 정도의 것으로서 표현의 자유에 미치는 제한효과는 크지 않은 것이다. 따라서 위 의원들의 명예권을 보호하면서 표현의 자유에 대하여 피청구인이 발할 수 있는 가장 낮은 수준의, 제재조치의 유사조치에 그치고 있는 것이고, 달리 그 조치에 대하여 당시에는 처벌규정도 존재하지 않았다.

한편 위 국회의원들은 ‘공적 인물’에 해당되고, 위 방송내용이 공적 사안이었던 것은 명백하나, 방송내용이 이들 자신에 대한 것이 아니라 그들의 부친들에 관한 것이었고, 그 부친들이 일제하에서 면장을 지내면서 일제에 협력하여 동포를 괴롭힌 자라는 사실왜곡의 여지가 있었다고 인정되며, 청구인 문화방송이 다음 선거에서 이들을 뽑지 않아야 한다는 암시를 준 것으로 볼 소지가 있다는 점에서, 이 사건에서 방송의 자유를 제한할만한 사유가 있고, 그 제약이 과도한 것도 아니었다.

그러므로 이 사건 경고가 표현의 자유를 부당하게 희생하고 명예권만을 우선적으로 보호하고 있는 것이라 볼 수 없다. 그렇다면 기본권들 간의 충돌 문제를 다룸에 있어서 피청구인이 헌법재판소가 관여할 정도로 기본권의 해석·적용을 잘못된 것이라 볼 수 없다.

이 사건 경고는 선거방송의 공정성이라는 중요한 공익을 보장하기 위하여 행해진 것이고, 그러한 공익을 저해하는 방송내용에 대한 경고는 그 입법목적 달성을 위한 수단으로서 적정성이 인정되며, 이 사건 경고의 효과는

그 불이행 시에 형사처벌의 대상이 되는 것도 아니고 단지 방송평가에 있어서 근소한 점수의 감점대상이 되는 것에 불과한 것이므로 그 입법목적을 달성하기 위한 수단에 있어서 지나친 것이었다고 볼 수 없다. 한편 이로 인해 제한되는 사익은 방송의 공정성 확보라는 공익보다 더 중한 것이라 볼 수도 없다.

그러므로 이 사건 경고는 청구인 문화방송의 방송의 자유를 침해하지 않는다.

4. 이 사건 결정의 의의

오늘날 헌법재판소가 헌법상의 기본권보호를 강화함으로써 종전에는 기본권문제로 보지 않았던 분야가 기본권적 문제로 포섭되는 경우가 많아졌다. 이 사건 경고는 법률상의 제재조치보다 약한 것이며, 그 점에서 오히려 당사자에게 유리한 것이기는 하나, 언론의 자유의 보호범위를 건드리는 것이라고 보기 되면, 여전히 기본권제한의 법률적 근거를 필요로 하는 것이라는 점이 주목된다. 이 사건 결정의 다수의견은 우리 헌법체계에서 권력분립과 법치주의, 그리고 민주주의 원리에 따라 국민의 자유에 대한 제한은 국민의 대표자들이 정한 법률에 근거하여서만 행해질 수 있다는 법률유보원칙을 재강조하고 있는 것이다.