

방송의 자유의 제한구조에 관한 소고

김 명 식*

I. 문제제기	IV. 변화된 방송환경에서의 방송의 자
II. 기본권의 이중적 성격에 관한 논의	유의 보장
III. 방송의 자유의 법적 성격과 제한구조	V. 결 론

I. 문제제기

1. 방송의 자유에 대한 헌법적 논의의 부재

그동안 우리 사회에서 방송 및 방송의 자유에 대한 논의는 (헌)법학적 관점에서 활성화되지 못하고, 주로 “공공성”, “공정성”, “공적 책임”, “공적 과업”, “공익” 개념에 중점을 두고, 방송의 공공성을 목적개념으로 설정하여 거의 사회적 공리로 취급함으로써 방송에 관한 여러 규제의 필요성을 강조하고 당연시하였던 경향¹⁾이 있었음을 부정할 수 없을 것이다. 역사적으로 볼 때, 방송은 방송의 자유에 관한 헌법이론이 완전히 정립되지도 않은 상태에서 사회적·정치적 상황이나 경제적·기술적 상황에 따라 구체적인 방송제도가 수립되었고 현실적인 통용력을 가지고 우리 사회에 수용되었다. 이러한 상황 하에서 방송은 국가의 통치에 있어서 유용한 수단이 되어 통치자에 따라 엄격한 감독·규제가 이루어지는 등²⁾ 정권의 浮沈에 따라 집권자에 의하여

* 목포대학교 법학과 교수.

1) 양건, “방송에서의 표현의 자유와 공적 규제-헌법론적 소고-”, 헌법연구, 법문사, 1995, 244면.

2) 이러한 가부장적 언론관은 특히 7-80년대의 군사독재정권시대에 극에 달했다고 한다. 아주 가벼운 예를 들면, 당시 인기리에 방영되었던 “수사반장”이란 드라마에서 주인공(최불암)이 극중에서 담배를 자주 피웠는데 이를 즐겨 시청하던 박정희대통령도 따라서 담배를 피우게 되자 청와대가

방송의 자유의 내용과 방송제도가 자의적으로 해석·적용되어 왔기 때문에³⁾ 그러한 한도에서만 방송의 자유를 누릴 수밖에 없었다.

그러나 방송은 기본적으로 언론이며, 따라서 언론·출판의 자유를 규정하고 있는 헌법헌법 제21조와 관련시켜 볼 때, 방송의 자유는 헌법상 표현의 자유의 관점에서 고찰되어야 하고 방송의 공공성과 공적 규제도 방송을 통한 표현의 자유를 전제로 할 때 비로소 의미를 지닐 수 있게 될 것이다.⁴⁾ 다시 말해, 방송의 자유에 관한 논의의 출발은 헌법적 차원의 고찰에서 이루어져야 한다. 즉, 방송의 자유는 무엇을 의미하며, 왜 존재하는가? 그것은 누구의 자유이며, 어떤 내용의 자유인가? 이에 대한 제한은 필요한지, 필요하다면 그 방법과 유형은 어떠한가, 그 한계는 어디까지인가? 등과 같은 다양한 문제들에 대한 답을 얻기 위한 출발점은 헌법의 명문규정과 기본이론이어야 하며, 헌법의 하위법으로서 방송관련법령을 해석함에 있어서도 그 해석기준은 역시 헌법의 명문규정과 그에 대한 해석이론이 되어야 할 것이다.

이러한 요청은 입헌주의국가에서 모든 국가의 작용과 운영이 헌법에 합치될 것이 요구되며 그 이념이 가장 깊은 곳까지 실현되어야 한다는 헌법의 최고규범성과 생활규범성을 굳이 언급하지 않더라도 당연하다 할 것이다.

2. 방송환경의 변화에 따른 방송의 자유의 법적 성격에 대한 재검토필요성

그런데 방송의 자유에 대한 논의의 출발점을 헌법상 표현의 자유로 삼는다고 하더라도, 그것이 곧바로 기존논의의 출발점이었던 방송의 공공성과 공정성을 부정하자는 것은 아니다. 왜냐하면 우리 헌법 제21조에서 규정하고 있는 표현의 자유는 민주국가의 존립과 발전을 위한 기초인 동시에 개인이 인간으로서의 존엄과 가치를 유지하고 행복을 추구하는데 필수불가결한 요소로서 오늘날 민주국가에서 국민이 갖는 가장 중요한 기본권의 하나로 인식되고 있으며,⁵⁾ 표현의 자유의 구체적 내용 중 하나인

방송사에 영향력을 행사해서 담배를 너무 자주 피우지 않도록 했다고 한다. 또한 만화심의에서는 범인을 뒤쫓는 경찰이 “경찰이다. 서라.”고 외쳤는데도 서지 않고 달아나는 장면이 ‘공권력의 권위를 실추시킨다’는 이유로 삭제되는가 하면, 경찰의 체포시 피의자가 “잡아도 소용없어. 나는 돈이 많아 좋은 변호사를 고용할테니까”라는 표현은 ‘위화감을 조성한다’는 이유로 삭제되곤 하였다고 한다.

3) 박선영, 언론정보법연구Ⅱ-방송의 자유의 법적 제한-, 법문사, 2002, 4-5면.

4) 양건, 전계논문(각주 1), 244면.

5) 허영, 한국헌법론, 박영사, 2005, 540면; 박선영, 전계서(각주 3), 2면; 헌재결 1999.6.24. 97헌마 265.

방송의 자유는 민주국가에서 여론의 형성 등 주권자의 의사결정과정에 중대한 영향을 미칠 수 있기 때문에, 방송의 공공성과 공정성을 담보하기 위한 공적 규제 필요성을 부정할 수는 없기 때문이다.

방송의 자유의 이러한 민주적 기능 때문에, 방송의 자유의 법적 성격에 대한 종래의 지배적인 견해는 방송의 자유를 다른 표현의 자유권들과는 달리 주관적 인격발현의 목적만으로 인정되는 기본권으로 보지 아니하고 공적 의견형성을 통한 자유민주주의적 기본질서의 형성에 봉사하는 도구적 자유권으로 이해하고 있었다.⁶⁾ 물론 이러한 기능은 출판(신문)의 자유에서도 동일하게 인정되기는 하지만, 방송의 자유는 사용 가능한 주파수가 희소하고 방송사의 설립·운영에 다액의 비용이 필요하며(기술적·경제적 희소성 이론), 방송이 갖는 사회적 영향력이 출판에 비하여 지대하므로 방송이 국가 또는 일부 사회구성원에 의해 영향을 받을 위험성이 매우 크기(사회적 영향력 이론) 때문에, 출판의 자유에 비해 상대적으로 객관적인 규범질서로서 제도적 보장의 성격이 더욱 전면에 부각되며, 이에 따라 공적 규제의 필요성도 보다 더 강조되어야 한다고 보았던 것이다.⁷⁾

그런데 정보통신기술이 급격히 발전하고 전자매체가 대중화된 21세기의 방송은 종래와는 다른 성격을 가지게 되었고, 방송의 ‘디지털화’·‘다매체·다채널화’로 대표되는 방송환경의 변화는 방송의 자유의 법적 성격에 대한 재검토를 요구하고 있다. 즉, 방송환경의 변화로 인해 다른 의사표현매체의 비해 상대적으로 보다 엄격한 공적 규제의 근거가 되어 온 기술적·경제적 희소성 이론이나 사회적 영향력 이론이 그대로 유지될 수 있느냐와, 만약 이러한 이론적 근거가 유지될 수 없다면 방송의 자유의 법적 성격도 객관적인 제도보장으로서의 성격보다는 주관적 공권으로서의 성격이 보다 강조되어야 하지 않겠는가 하는 점이다.

이를 위해서는 먼저 방송의 자유의 기본권적 특성에 대한 연구와 아울러 방송의 자유의 다층적 구조에 대한 이해가 선행되어야 한다. 왜냐하면 전통적으로 매스미디어에 의한 방송, 출판 그리고 개인간의 통신이 매체별로 엄격히 구별되어 상이한 규제원리가 적용되어 왔는 바,⁸⁾ 다른 의사표현매체에 비해 방송이 보다 강한 특별한

6) BVerfGE 57, 295/320; BVerfGE 73, 118/152; BVerfGE 74, 297/323.

7) Udo Fink, Wem dient die Rundfunkfreiheit, DÖV 45, 1992, S.805ff.

8) 종래의 3분할 구도에 의하면 인쇄매체는 문자를 통하여 사상을 전달하는 것으로 표현의 자유의 일종인 출판의 자유에 대한 보호와 제한이 주로 문제가 되었으며, 통신매체는 특정한 상호간의 정보나 의사를 쌍방향으로 송·수신하는 것으로서 일반적으로 통신내용에 대한 국가 또는 제3자로부터의 보호와 이의 보장을 위한 기술적 규제의 문제를 주로 다룬 데 반하여, 방송은 불특정 다수인

규제를 받아온 것은 방송의 자유의 법적 성격을 어떻게 이해하느냐와 관련되기 때문이다.

이와 같이 방송의 자유의 기본권성격에 대한 검토가 단순히 헌법이론적인 측면에서의 논의뿐만이 아니라 실제상에 있어서 방송정책의 입안이나 결정에 많은 영향을 미칠 수 있음을 고려할 때, 오늘날 정보통신기술의 발달에 따른 방송환경의 변화가 방송의 자유의 법적 성격에 어떠한 영향을 미치는가, 이에 따라 방송의 자유의 침해 여부에 대한 판단구조와 기준이 어떻게 달라져야 하는지에 대한 논의의 중요성을 다시 강조하지 않을 수 없다.

II. 기본권의 이중적 성격에 관한 논의

주지하는 바와 같이 방송의 자유가 표현의 자유의 하나로서 헌법에 의해 보장되는 기본권이라고 하면, 방송의 자유의 법적 성격, 특히 방송의 자유의 이중적 성격이 문제될 수 있다. 즉, 헌법상 기본권으로서 방송의 자유가 주관적 공권으로서의 성격뿐만 아니라 객관적인 질서 내지 원칙으로서 성격을 모두 갖느냐, 갖는다면 이러한 두 가지 성격은 서로 어떠한 관계에 있으며 양자 중 어떤 측면이 더 강조되어야 하는가가 문제될 수 있다. 이러한 문제를 해결하기 위해서는 기본권의 이중성에 대한 일반적인 논의를 먼저 살펴볼 필요가 있다.

1. 기본권의 이중성의 개념

무릇 헌법상 보장된 기본권은 국가와 국민과의 관계에 대한 규범으로서, 일차적으로 국민 개개인의 국가에 대한 방어권, 즉 주관적 공권으로 나타나게 되나, 그것이란 국가의 최고규범인 헌법에 규정됨으로써 객관적인 내용도 갖게 되는 바, 이를 기본권의 이중성 또는 양면성이라 한다.

그런데 기본권을 객관적 질서 내지 원칙이라고 보게 되면 주관적 공권성을 약화시키고 기본권과 제도보장과의 구별을 불명료하게 할 우려가 있다는 이유로 반대하는

을 상대로 일정한 내용을 일방적으로 송신하는 것을 내용으로 하여 이에 대한 사회적 중요성과 의견형성기능에 착안하여 방송의 공공성 확보를 위한 허가 등의 진입규제 및 내용규제 등이 중점적으로 논의되어 왔다. 이에 대한 자세한 논의는 황성기, “언론매체규제에 관한 헌법학적 연구-방송·통신의 융합에 대응한 언론매체 규제제도의 개선방안-”, 서울대학교 법학박사학위논문, 2000 참조.

견해⁹⁾가 있다. 그러나 기본권의 주관적 권리성을 인정하면서도 객관적 질서성을 상대적으로 더 강조하면 주관적 권리성을 약화시킬 우려가 있는 것은 사실이지만, 기본권의 주관적 권리성은 어떤 경우에도 부정할 수 없는 것이므로 이를 본질적 요소로서 전제하되, 기본권이 객관적인 실정헌법규범에 실정화되어 있는 점 역시 분명하기 때문에 기본권이 실정헌법에 의해 보장되고 있다는 의미에서 객관적이라고 하면 기본권이 가지는 주관성도 충분히 보장되고 기본권이 객관적 규범으로서 공동체 전체에 대해 효력을 가진다는 것도 인정할 수 있으므로,¹⁰⁾ 우리 학계의 통설적 견해¹¹⁾와 판례¹²⁾는 이를 긍정하고 있다.

2. 기본권의 이중성의 구체적 내용

기본권이 국민 개개인의 국가에 대한 방어권으로서 주관적 공권으로 작용하는 데 대해서 오늘날 異論이 없는 바, 여기서는 기본권의 객관적 내용이 구체적으로 무엇인가를 검토하고자 하는데, 그 구체적 내용은 다음 3가지로 정리될 수 있다.

첫째, 기본권이 기타의 법질서에 미치는 방사효과(Ausstrahlungswirkung)이다. 최고규범인 헌법에 의해 보장되는 기본권은 객관적 법원칙을 담고 있으며, 이러한 법원칙은 모든 하위규범인 법률의 해석·적용에도 존중되어야 하며, 이는 특히 私法關係에서 사인 상호간에도 적용됨으로써 기본권의 제3자적 효력을 명쾌하게 논증하고 있다.

둘째, 국가의 적극적 기본권 침해방지의 의무(기본권보호의무)가 도출된다. 즉, 국

9) 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2002, 262면. 객관적인 질서라는 의미는 개인이 자유로이 처분할 수도 없는 질서라는 의미인데, 기본권을 철저히 객관적인 질서라고만 한다면 개인을 공동체에 예속시키고 인간의 자유의지와 자발성을 부정하는 결과를 가져올 수 있다. 즉 기본권이 가지는 권리로서의 성격이 부정된다.

10) 정종섭, “기본권의 개념에 관한 연구”, 서울대학교 법학 제44권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2003, 40면.

11) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2005, 302-303면; 허영, 전거서(각주 5), 230면; 계희열, 헌법학(중), 박영사, 2004, 57면; 정종섭, 전거논문(각주 13), 41면.

12) “국민의 기본권은 국가권력에 의하여 침해되어서는 아니된다는 의미에서 소극적 방어권으로서의 의미를 가지고 있을 뿐만 아니라, 헌법 제10조에서 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다고 선언함으로써, 국가는 나아가 적극적으로 국민의 기본권을 보호할 의무를 부담하고 있다는 의미에서 기본권은 국가권력에 대한 객관적 규범 내지 가치질서로서의 의미를 함께 갖는다. 객관적 가치질서로서의 기본권은 입법·사법·행정의 모든 국가기능의 방향을 제시하는 지침으로서 작용하므로, 국가기관에게 기본권의 객관적 내용을 실현할 의무를 부여한다.” 헌재결 1995.6.29. 93헌바45.

가는 국민의 자유와 권리를 침해해서는 안 될 뿐만 아니라, 나아가 국가가 적극적으로 다른 제3자의 침해를 사전에 예방하여야 하고 기본권에 의하여 보호되는 법익을 제3자의 위법한 침해나 위험으로부터 보호할 의무를 진다. 이러한 보호의무를 이행하는 수단은 다양하게 있으나 일차적으로 입법자가 제정하는 법률로 구체화된다.¹³⁾

셋째, 기본권은 국가의 제도와 절차를 형성하는데 있어서 기준이 된다. 기본권이 실질적으로 보장되기 위해서는 이를 실현할 수 있는 조직과 절차가 필수적이라는 점을 고려하면, 객관적 질서 내지 원칙으로서 기본권은 국가에 의하여 그 실현의 수단과 방법의 선택이 효율적으로 이루어질 것을 요구하는 것이 된다. 헌법상 많은 기본권이 조직 및 절차규정과 필수적인 연관성을 갖고 있지만, 이런 연관성은 개별 기본권에 따라서 상이하다.¹⁴⁾ 여기서 주의할 점은 전통적으로 제도보장론이 주관적 권리와 관계없이 공·사적 제도 자체의 존속을 입법자의 패지로부터 보장한다는 정적인 내용을 가졌지만, 기본권의 객관적 내용으로서 조직과 절차에 대한 권리는 이를 포함하여서 사회·경제적 발전에 따라서 기본권을 최대한으로 보장할 제도와 절차를 동적으로 요구할 권리를 의미한다는 점이다.¹⁵⁾

3. 주관적 공권과 객관적 질서 내지 원칙과의 관계

다음으로 기본권의 주관적 공권으로서의 측면과 객관적 질서 내지 원칙으로서의

13) 특히 생명과 신체는 개인의 자유의 전제이자 공동체가 유지되기 위한 필수적인 요건이므로, 국가는 타인에 의한 침해를 예방하여야 한다. 이는 낙태죄와 같이 태아의 생명을 보호하기 위하여 그 모성의 낙태행위를 막는 형법상의 규정이 전형적인 사례이다. 전통적인 기본권관에서 국가는 기본권의 잠재적인 침해자로 나타났지만, 이제 국가는 타인의 기본권 침해행위로부터 개인을 보호하는 기본권보호자의 역할을 맡는다. 사회적 기본권이 개인을 재해·노령·질병·실업 등의 생활상의 위험에 대한 개인의 보호를 위한 권리인데 비하여, 국가의 보호의무는 타인의 기본권적 법익침해에 대한 국가의 의무를 내용으로 한다.

14) 재판절차진술권과 같이 절차에의 참여가 필수적인 기본권에서 보듯이 조직과 절차에 대한 권리는 확정된 내용을 가지지 않고 상황과 시대에 따라서 가변적인 내용을 가질 수 있다. 참정권은 국가에 의한 조직과 절차가 합헌적으로 형성되어야만 보장되는 권리이다. 참정권을 입법자의 재량에만 맡긴다면 국민의 의사와 유리된 대의제적 독재의 길을 열어주게 되므로, 입법자의 자의적인 재량을 통제할 수 있는 조직과 절차에 대한 권리가 인정되어야 할 것이다. 또한 사회적 기본권의 실효성을 위해서는 담당기관과 조직 및 행사절차 등이 필수적이며, 신문·방송뿐만 아니라 통신의 자유, 청원권, 교육을 받을 권리, 학문의 자유 등 많은 기본권이 조직 및 절차규정과 필수적인 연관성을 가지고 있다.

15) 강태수, “현대국가에서 기본권내용의 개방적 전개와 문제점-주관적 공권을 중심으로-”, 공법연구 제32집 제4호, 한국공법학회, 2004, 87면.

측면이 어떠한 관계에 있는지가 검토되어야 한다.

역사적으로 볼 때, 주관적 공권과 객관적 질서 내지 원칙 가운데서 어느 것을 우선적으로 추구하는가는 구체적인 사회경제적 배경에 따라서 국가마다 다르게 나타났다.¹⁶⁾ 즉, 이미 자유화된 사회경제적 가치를 갖고 있었던 미국에서 헌법제정시에 기본권은 기존의 질서원칙 내지는 가치체계의 변화가 아니라, 억압적인 국가에 대하여 국가의 권한을 제한하고 개인의 자유영역을 보호하는 권리로서의 성격이 전면에 나타났다. 식민지모국인 영국에 대한 경험은 자의적인 국가에 대한 개인의 권리보호를 강조하게 된 것이다. 독립 이후에는 국가에 대한 주관적 공권으로서의 기본권은 그 효력을 확장하여 사인 상호간에도 적용하는 방향으로 나아갔다. 이에 비하여 봉건주의적인 구체제를 극복하는 것을 과제로 하였던 프랑스 대혁명에서 기본권은 전체 사회의 변혁을 추구한다는 객관적인 측면이 전면에 드러났지만, 사회질서의 변화가 이룩되면서 개인의 주관적 공권으로서의 성격이 강조되었다.¹⁷⁾ 우리나라도 근대 입헌주의적인 배경이 없던 상황에서 일제로부터 해방되어서, 기본권을 통하여 기존의 봉건적 구체제를 극복하면서 민주주의를 구현하기 위하여 새로운 헌법적 가치를 창조한다는 측면이 강하게 보였다고 할 수 있다.¹⁸⁾

이와 같이 기본권의 주관적 권리로서의 성격과 객관적 질서 내지 원칙으로서의 성격은 국가별로 사회경제적 배경에 따라 다르게 나타날 수 있지만, 원칙적으로 양자는 상호 기능적인 보완관계에 있어야 할 것이다.¹⁹⁾²⁰⁾ 그러나 양자의 관계가 항상 상호 보완적인 것은 아니다. 때로는 상호 긴장되고 상충되는 측면도 있음을 유의해야 할

16) 계희열, 전거서(각주 11), 55면 이하; 전광석, “기본권의 객관적 성격과 헌법이론”, 고시계 1992년 11월호, 78면 이하.

17) 강태수, 전거논문(각주 15), 69면.

18) “우리 제헌헌법은 외세로부터 해방된 국가공동체가 민족국가로 완성되기 위한 과제를 가졌다는 면에서 객관적 질서형성의 성격이 강했다.” 전광석, 전거논문(각주 16), 78면 이하 참조.

19) “왜냐하면 기본권을 ‘단충구조’로 이해하고 기본권의 자유 내지 권리적 측면 또는 그 제도적 측면만을 일방적으로 강조하는 종래의 이론형식을 지양해서 기본권의 본질과 기능 그리고 그 내용과 성격을 ‘다충구조’로 이해함으로써 기본권이 국가권력을 창설하고 국가적인 공동체 내에서 적극적 또는 소극적으로 정치적 일원체의 정신적·문화적·사회적·경제적·정치적 생활을 함께 형성해 나갈 수 있는 국민 개개인의 헌법적 생활질서인 동시에 민주주의적법치국가적·사회국가적 헌법질서의 기본이 되는 요소로 파악되어야 하기 때문이다.” 허영, 전거서(각주 5), 224면.

20) 주관적 공권으로서의 기본권의 내용은 객관적 질서 내지 원칙으로서의 기본권에 의하여 효력이 강화되는 긍정적인 측면이 있다. 가령 평등권이 객관적 질서 내지 원칙에서 파생되는 대사인적 효력으로 인하여 기업체의 결혼퇴직제를 위헌·무효로 만들고 이에 따라 여성의 평등권이 보다 보장되는 측면이 있다.

것이다. 예를 들어, 간통죄와 같이 객관적 질서를 우선시하여 성적인 자기결정권을 형벌에 의하여 제한하는 것은 객관적 질서를 근거로 하여 개인의 주관적 권리를 제한하는 논리로서, 이는 기본권이 본래 개인의 주관적 권리를 보장한다는 본질을 간과하는 것이다. 주관적 권리와 객관적 질서가 상충하는 경우에는 주관적 권리를 우선 보장하면서 객관적 질서와 조화를 이루는 방식이 기본권의 본질에 적합하다.

마찬가지로 태아의 생명이 보호되어야 한다는 객관적 원칙을 지나치게 강조하면 임신부의 신체의 자유나 사생활의 자유(즉, 낙태의 권리)가 과도하게 침해될 여지가 있다. 객관적 질서나 원칙을 기본권제한의 근거로 폭넓게 인정한다면, 불분명한 가치에 의해서 기본권의 해석이 명확하고 예견가능하게 이루어질 수 없고(결국 판사의 주관적인 가치판단이 유입되어 법적인 안정성이 상실된다),²¹⁾ 궁극적으로는 주관적 공권은 객관적 질서의 범위 내에서 효력이 있게 되어서 기본권의 의미를 상실하게 된다는 위험성이 지적된다.

결론적으로 기본권은 일차적으로 ‘주관적 권리’이어야 하며, ‘객관적 질서 내지 원칙’으로서의 기본권의 성격은 주관적 권리로서의 기본권의 효력을 상승·강화시키는 것이어야 한다.²²⁾

III. 방송의 자유의 법적 성격과 제한구조

이와 같은 기본권의 이중적 성격이 현저하게 드러나는 대표적인 기본권이 바로 방송의 자유이다. 방송의 자유는 국가로부터의 소극적 자유, 즉 주관적 공권으로서의

21) 기본권의 가치성을 강조하는 이론은 기본권상의 자유를 가치실현을 위한 수단으로 파악하게 되고, 소위 객관적 가치에 반하는 자유는 보호할 필요가 없게 된다. 이는 개인의 자유를 근원적으로 축소시키며, 국가에 의한 기본권침해를 정당화시키는 길로 빠지게 된다. 문제는 가치라는 개념은 객관적인 실체가 없다는 것이다. ‘객관적’이란 수식어는 단지 개인에 의하여 결정될 수 없다는 점에서만 이해될 수 있다. 결국 기본권의 가치적인 성격을 개인의 결정권과 동일한 독자적인 위치를 부여하게 된다면 양자의 관계는 대립적인 구도로 빠지게 되고, 기본권의 내용은 불분명한 가치에 의하여 좌우된다. 또한 가치의 해석은 법관에 의하여 이루어지고, 헌법재판소 재판관의 주관적인 결정에 따라 헌법 및 법률이 해석되어서 법적 안정성이 침해된다는 점이다. C. Starck, Zur Notwendigkeit einer Wertbegründung des Rechts, in: FS für W. Geiger zum 80. Geburtstag, S.54; D. Göldner, Grundrechte, und Grundwerte, in: FS für O. Bachof zum 70. Geburtstag, S.25. 객관적 가치 질서론을 현대 독점자본주의의 헌법이론적 표현으로 비판하는 견해는 서경석, “헌법재판소의 기본권해석론”, 민주법학 제11호, 민주주의법학연구회, 1996, 51면 이하 참조.

22) BVerfGE 7, 198/204; BVerfGE 50, 290/337.

성격만을 갖는 것이 아니라, 민주주의 실현과 관련되는 강한 공적인 기능을 담보할 수 있는 합리적인 방송제도의 형성을 의미하는 객관적 질서 내지 원칙으로서의 성격 또한 갖고 있는 것이다.²³⁾ 그렇기 때문에 방송의 자유는 방송을 운영하는 주체만의 개별적이고도 주관적인 자유만이 아니라, 한 국가의 헌법질서에 따라 제도적이고 객관적인 차원에서도 보장을 받는 이원성을 지닌 기본권으로 이해되어야 한다는 견해가 일반적이다. 물론 이러한 방송의 자유의 이중성이 실제 방송현실에서 어떻게 수용되었는가 하는 것은 국가별·시대별로 주어진 환경에 따라 각기 달리 나타날 것이다.²⁴⁾ 이하에서는 비교법적 검토를 위해 미국과 독일에서의 논의를 먼저 살펴보고, 우리나라에서 방송의 자유의 법적 성격이 어떻게 이해되어야 하는지와 그에 따라 방송의 자유에 대한 침해여부를 판단하는 구조는 어떠해야 하는지에 대해 검토해보고자 한다.

1. 미국헌법상 방송의 자유의 법적 성격과 제한구조

가. 주관적 권리로서 방송의 자유

주지하다시피 이미 자유화된 사회경제적 질서를 가지고 있었던 미국에서 헌법상 기본권은 국가의 권한을 제한하고 개인의 자유영역을 보호하는 주관적 권리로서의 성격이 전면에 나타났고 기본권이 객관적 질서 내지 원칙으로서 기능할 필요가 없었으며, 이러한 전통은 오늘날까지 이어지고 있다. 한마디로 미국헌법상 기본권은 주관적 공권으로서의 성격만을 가지고 있다. 미국의 경우 모든 형태의 표현의 자유는 연방 수정헌법 제1조²⁵⁾에 근거를 두고 있는 것으로 이해되고 있으며, 방송의 자유를 포함한 매스미디어의 자유도 개인의 주관적인 표현의 자유와 같은 차원에서 다루어지고 있다. 이와 같이 미국에서의 방송의 자유는 자유주의헌법 아래에서 전적으로 주관적인 권리로 인식되어 있는 까닭에 사회국가원리를 강조하고 있는 다른 국가에 비해 상대적으로 방송의 공공성이 덜 요구되고 있으며, 1980년대 이후의 탈규제정책은 주관적 표현의 자유로서 방송의 자유의 함의를 더욱 강하게 반영하고 있다.

23) 헌재결 2001.5.31. 2000헌바43·52(병합); BVerfGE 57, 320; BVerfGE 7, 204.

24) 박선영, “방송법의 개정방향”, 헌법학연구 제11권 제1호, 한국헌법학회, 2005, 78-80면.

25) 미합중국 수정헌법 제1조는 “미합중국의회는 종교를 수립하거나 종교의 자유로운 행사를 금지하거나 언론 또는 출판의 자유를 제한하거나 또는 평온하게 집회하고 고통의 구제를 위하여 정부에 청원하는 인민의 권리를 침범하는 법률을 제정할 수 없다”고 규정하여 문면상으로는 언론출판의 자유를 절대적으로 보호하는 태도를 취하고 있다.

뿐만 아니라 미국헌법의 기본이 되고 있는 개인주의 및 자유주의적 경향은 방송의 자유를 포함한 언론의 자유를 이해함에 있어서도 결정적인 영향을 미치고 있다. 그에 따라 미국에서는 언론의 자유는 신문발행인이나 방송사업자의 개인적 자유라는 기본적인 인식 아래 공권력에 의한 제한을 기피하는 입장이 일반화되어 있다. 연방대법원은 건국 이후 지금까지 현대국가에 있어서 언론의 자유를 우월적인 지위로 인정하면서 다양한 법리를 발전시켜 왔다. 사전억제(prior restraint)금지의 이론, 위험한 경향의 원칙(danger tendency rule), 명백하고도 현존하는 위험의 원칙(clear and present danger test), 이익형량의 원칙(balancing test) 등의 개발을 통해 언론의 자유를 신장시켜 왔고, 그 결과 언론의 자유를 ‘사상과 의견의 자유로운 발표’라고 하는 고전적인 의미로부터 ‘자유로운 정보의 유통’이라고 하는 현대적인 의미로 확장시켰다.

나. 방송의 자유의 제한구조

이와 같이 방송의 자유의 법적 성격을 주관적 권리로서 이해하는 한, 방송의 자유에 대한 공적 규제는 기본권제한적인 것으로 이해되고 있다. 이러한 입장은 언론의 자유를 제한하는 법률의 합헌성을 판단하는 논의의 구조를 보면 쉽게 확인할 수 있다.

미국에서 언론의 자유를 제한하는 법률의 합헌성을 판단함에 있어서, 언론규제의 규제대상에 따라 그것이 언론의 내용을 규제의 대상으로 삼았는가(content-based regulation), 아니면 언론의 내용은 상관함이 없이 언론의 시간, 장소 또는 방법을 규제대상으로 삼았는가(content-neutral regulation 또는 time, place and manner regulation)에 따라 그 합헌성 여부의 심사기준을 달리함으로써,²⁶⁾ 언론의 내용규제에 대한 이른바 엄격심사(strict scrutiny)의 원칙을 확립하여 민주사회에 있어서 의사 다양성을 보장하는 중요한 기틀을 마련하였다. 즉, 표현의 자유의 진수를 이루는 언론내용에 대한 규제는 원칙적으로 위헌이라고 추정되고, 그것이 합헌이라고 인정되기 위하여는 국가의 필수적인 이익(compelling interest)을 위해 최소제한의 수단(the least restrictive means)에 의하여야 한다는 엄격한 기준에 따라 엄격심사를 받게 되며, 내용규제가 견해의 차별(viewpoint discrimination)에 이르는 경우에는 거의 예외없이 위헌으로 판단되었다. 그에 반하여 표현의 내용과 무관한 시간, 장소 또는 방법의 규제에 대하여는 보다 완화된 심사기준이 적용되는데, 그것이 공공의 실질적 이익을 위해

26) 이에 관한 상세한 설명은 박용상, “표현의 자유의 제한에 관한 일반이론”, 헌법문제와 재판(하), 법원도서관, 1997, 43면 이하 참조.

좁게 재단된 수단을 채용한 것으로서 다른 대체적 커뮤니케이션 채널이 허용된다면 합헌으로 취급되었다.

2. 독일기본법상 방송의 자유의 이중적 성격과 제한구조

독일기본법은 표현의 자유를 비교적 상세하게 규정하고 있으며, 특히 방송의 자유를 명문으로 규정하고 있는 점이 특징이라 할 수 있다. 즉, 독일기본법 제5조 제1항은 “누구든지 언어·문서 및 도화로써 의견을 자유로이 발표·공표하며 일반적으로 접근할 수 있는 정보원으로부터 방해당하지 않고 정보를 얻을 권리를 가진다. 신문의 자유와 방송, 필름을 통한 보도의 자유는 보장된다. 검열은 행하여지지 아니한다”고 규정함으로써 표현의 자유(Meinungsfreiheit)를 의사표현의 자유, 의사전파의 자유, 정보의 자유,²⁷⁾ 출판(신문)의 자유, 방송의 자유, 영화의 자유 등 6개의 자유권으로 분류하여 직접 기본법에 규정하고 이들 각 기본권들을 각각 독립적인 특성과 기능을 가지는 개별적인 기본권으로 보아,²⁸⁾ 각 기본권 별로 상이한 법적 성격과 내용을 고찰하고 있다. 즉, 독일기본법 제5조의 해석에 의하면 표현의 자유 중 의사표현의 자유, 의사전달의 자유, 정보의 자유는 그 주된 내용이 방어권적 성격이 강한 주관적 공권인 반면에, 매스커뮤니케이션의 자유에 속하는 출판의 자유와 방송의 자유는 주관적 공권성과 아울러 제도적 보장으로서의 성격도 가지는 이중적 성격을 가지고 있다고 한다.²⁹⁾

이와 같이 통설적 견해는 방송의 자유의 이중적 성격을 인정하고 있지만, 이는 다시 방송의 자유의 제도적·객관적 측면을 강조하는 입장과 주관적 기본권으로서의 성격을 강조하는 입장으로 나뉜다. 그에 따라 방송의 자유를 제약하는 법률의 성질을 각각 형성적인 것과 제한적인 것으로 이해하고 있다.

가. 제도적 보장과 형성적 법률유보로 이해하는 견해³⁰⁾

27) 독일 기본법상의 “정보의 자유(Informationsfreiheit)”는 가령 신문이나 방송 등과 같이 모든 국민이 자유로이 접근할 수 있는 일반적 정보원예의 접근을 방해받지 않을 자유를 의미하는 것으로서, 제도적 보장으로서의 성격보다는 주관적 공권으로서의 성격을 가진다. Alfred Katz, Staatsrecht(15. Aufl.), Heidelberg, 2002, S.352f.

28) BVerfGE 8, 104/112; BVerfGE 20, 56/88.

29) Bodo Pieroth & Bernhard Schlink, Grundrechte-StaatsrechtII(18. Aufl.), Heidelberg, 2002, S.139f.; Michael Sachs, Verfassungsrecht II-Grundrechte(2. Aufl.), Berlin, 2002, S.299ff.

방송의 자유를 개인의 주관적 공권임을 부정하거나 이를 인정하는 경우에도 객관적 성격의 제도적 보장으로 이해하는 견해가 독일의 지배적인 학설의 태도이자 연방헌법재판소의 입장이기도 하다. 이러한 견해에 따르면 방송의 자유는 공적 의견형성이라는 기능적 측면에서는 출판의 자유와 동일하나, 출판의 자유와 비교할 때 그 기술적·경제적 회소성과 사회적 영향력으로 인하여 객관적 성격이 더욱 강하게 나타나게 되므로 더욱 엄격한 제약이 가능한 기본권으로 보고 있다.³¹⁾ 따라서 방송의 자유의 행사는 다양한 견해에 입각한 활발한 토론이 전제된 민주주의를 가능케 하는 한도에서만 언론의 자유가 보장된다는 본다. 즉, 기본법 제5조에서 보장하고 있는 방송의 자유는 국민 개개인이 방해받지 않고 자기의 의사를 표현할 수 있는 개인의 주관적 공권 이상의 성격을 가지는 것으로서 국민의 의사형성에 봉사하는 “도구적인 성격의 자유권”으로 이해하고 있다. 다시 말하면 방송의 자유는 개인의 주관적 자유권의 보장에만 주안점이 있는 것이 아니라, 이의 보장을 통한 민주주의 질서의 확립이라는 목적에 봉사하는 자유로 봄으로써 기본권 주체의 방송의 자유의 행사보다는 다양한 공적 의견형성이라는 기능적 측면에 초점을 두고 있기 때문에 방송을 받아들이는 수용자측면의 입장이 우선시된 기본권의 가치표현으로 보고 있다.³²⁾ 그렇기 때문에 입법자는 자유롭고 포괄적이며 진실에 부합하는 의사형성이 보장될 수 있도록 제도의 보장을 통하여 방송제도를 형성해야 하는 것이다.³³⁾

따라서 방송의 자유와 관련된 입법은 기본권제한적인 성질을 가지는 것이 아니라 방송의 자유를 보다 더 구체적으로 형성하는 조직과 절차에 관한 규정으로 파악하여 기본권형성적인 성질을 가진다고 본다. 예를 들어, 방송사설립에 관한 청구권은 법률에 의한 형성에 의해서만 가능하고 방송사설립을 청구할 수 있는 기본권은 기본법

30) Peter Lerche, Rechtsproblem des Werbefernsehens, Frankfurt a.M., 1965, S.15ff.; Klaus Stern & Herbert Bethge, Funktionsgerechte Finanzierung der Rundfunkanstalten durch den Staat, München, 1968, S.23ff.; Ernst-Wolfgang Böckenförde & Joachim Wieland, Das Rundfunkrecht-ein Grundrecht?, AfP 13, 1982, S.77ff.(S.80); Joachim Wieland, Die Freiheit des Rundfunks, Berlin, 1984, S.80ff.; Peter Badura, Verfassungsrechtliche Bindung der Rundfunkgesetzgebung, Berlin, 1980, S.22ff.; Martin Stock, Zur Theorie des Koordinationsrundfunks, Baden-Baden, 1981, S.34ff.; ders., Individualisierung versus Integration, in: Wolfgang Hoffmann-Riem & Christoph Engel, Perspektiven der Informationsgesellschaft, Baden-Baden, 1995, S.142ff.(S.145ff.) 참조.

31) Pieroth & Schlink, a.a.O., S.133ff.

32) BVerfGE 12, 205/260; BVerfGE 31, 314/326; BVerfGE 35, 202/222f.; BVerfGE 57, 295/319; BVerfGE 83, 238/295; BVerfGE 87, 181/197.

33) BVerfGE 57, 295/321.

제5조 제1항 제2문에 의해 보호되지 않는다고 본다. 또한 매체의 조직을 공법적인 형태로 할 것인지 혹은 사법적인 형태로 할 것인지에 대해서는 입법자에게 위임되어 있는 것으로 보아, 입법자가 민영방송사업자에게 허가하기로 결정하였다면 방송사업자에게는 단지 방송법에 근거하여 파생적으로만 주관적 권리가 부여된다고 본다. 즉, 민영방송의 도입은 입법자의 사안이며, 입법자는 이 문제에 대하여 재량과 광범위한 형성의 여지를 갖는다는 주장이다.

나. 주관적 공권 및 제한적 법률유보로 이해하는 견해³⁴⁾

이는 방송의 자유는 기본권향유자에게 국가의 제한 없이 그의 방송의 자유를 활용할 것인지, 활용한다면 그것을 어떻게 활용할 것인지에 관하여 결정할 주관적 권리를 보장하고 있다고 보는 견해이다. 최근의 정보통신기술의 발달로 인해 과거 방송의 특수상황이라는 방송사업진입에 있어서의 경제적인 장벽과 주파수의 희소성이라는 기술적인 장벽이 사라지게 되어 더 이상 방송독점이나 과점에 대한 합당한 근거를 제공하지 못한다는 점을 근거로 제시하고 있다. 따라서 모든 이가 방송사업에 대해 접근할 수 있는 권리가 헌법으로부터 나오는 기본권이라는 점을 강조하고 있다. 특히 방송시설립의 문제에 있어서는 법적 형성에 의한 허가의 성질이 아니고 단지 방송의 특수한 상황이 제거될 때까지 단지 연기되는 것에 불과한 것이고 방송에 있어서 실체법적인 법형성을 전제하지 않는다고 한다. 방송의 자유를 주관적 공권으로 인정하는 이 견해는 방송관련입법은 기본권형성적인 것이 아니라 기본권제한적인 입법이라고 보고 있다.

3. 우리나라 헌법상 방송의 자유의 이중적 성격과 제한구조

가. 제도적 보장이론의 전개와 방송의 자유에의 적용

34) Martin Bullinger, Kommunikationsfreiheit im Strukturwandel, Baden-Baden, 1980, S.59ff.; Karl-Ebert Hain, Rundfunkfreiheit und Rundfunkordnung (Diss.), Baden-Baden, 1993, S.30ff.; Günter Herrmann, Fernsehen und Hörfunk in der Verfassung des Bundesrepublik Deutschlands, Tübingen, 1975, S.117ff.; Hans-Hugo Klein, Das Rundfunkrecht, München, 1978, S.41ff.; Christian Stark, Zur notwendigen Neuordnung des Rundfunks, NJW 33, 1980, S.1359ff.(S.1359ff.); ders., Grundversorgung und Rundfunkfreiheit, NJW 45, 1992, S.3257ff.(S.3261f.); Klaus Stern, Neue Medien, DVBL 97, 1982, S.1109ff.(S.1109ff.), Christian Pestalozza, Rundfunkfreiheit in Deutschland, ZRP 12, 1979, S.25ff.(S.25f.) 참조.

헌법상 표현의 자유는 개인적으로 진실을 말할 수 있는 윤리적인 필수불가결한 요소일 뿐만 아니라 전체적인 공동생활의 중요한 전제와 형식을 나타내는 것이다. 이 중 방송의 자유는 언론·출판의 자유의 일종으로서 인간의 존엄성에 필요한 개성신장의 수단인 동시에 사회통합을 위한 여론형성의 촉진 수단으로서 민주적 기본질서의 전제조건이 된다.³⁵⁾

이러한 언론·출판의 자유 중에서 방송의 자유는 통설에 의하면 개인의 인격발현과 정치적 의사형성을 위하여 널리 정보를 수집·청구할 수 있어야 한다는 의미에서 청구권적 성격을, 국가권력의 방해를 받지 않고 자유로운 사상·의견을 발표할 수 있어야 한다는 의미에서는 대국가적 방어권으로서의 성격을, 민주적·법치국가적 질서를 형성·유지하기 위해서는 자유로운 여론형성을 위한 제도가 보장되어야 한다는 의미에서는 제도적 보장으로서의 의미를 가진 총합적 기본권으로서,³⁶⁾ 주관적 공권이자 제도적 보장으로서의 이중적 성격을 가진다고 한다.

여기서 “제도적 보장(institutionelle Garantie)” 또는 “제도의 헌법적 보장”이라 함은 국가존립의 기반이 되는 특정 제도를 헌법적으로 보장함으로써 당해 제도의 본질을 유지하려는 것이다.³⁷⁾ 이는 헌법제정권자가 특히 중요하고도 가치가 있다고 인정되고 헌법적으로 보장할 필요가 있다고 생각하는 국가제도를 헌법에 규정함으로써 장래의 법 발전, 법 형성의 방침과 범주를 미리 규율하는 것을 말한다. 헌법에 의하여 일정한 제도가 보장되면 입법부는 당해 제도를 설정·유지할 의무를 지게 되며 그 제도를 법률로써 폐지하거나 훼손할 수 없음은 물론 비록 내용을 제한하더라도 그 본질적 내용을 침해할 수 없다.³⁸⁾

이와 같이 통설에 의하면 우리 헌법상 제도적 보장이론이 인정되는 것에는 이의가 없으나, 구체적으로 과연 헌법상 어떤 제도가 제도적 보장에 속하는지에 관하여는 견해의 대립이 있다.

먼저 기본권의 이중성을 인정하는 통설적 견해에 의하면 기본권은 주관적 공권인 동시에 민주주의적·법치국가적·사회국가적 헌법질서의 기본이 되는 질서이기 때문에 이러한 헌법질서는 국민이 기본권을 행사함으로 인하여 비로소 그 기능을 나타낼 수 있다고 한다.³⁹⁾ 따라서 방송의 자유도 주관적 공권인 동시에 객관적 법질서로서 제도

35) Rudolf Smend, Das Recht der freien Meinungsäußerung, VVDStRL 4(1928), S. 44ff.(S. 50).

36) 권영성, 전계서(각주 11), 487-490면.

37) 권영성, 전계서(각주 11), 187-190면 참조.

38) 헌재결 1997.4.24. 95헌바48.

적 보장의 대상이 된다고 한다.⁴⁰⁾ 이에 반하여 기본권의 양면성을 인정하면서도 제도적 보장을 기본권의 보장 그 자체와 개념상 구별하는 견해에 의하여서도 일반적으로는 ① 복수정당제, ② 민주적 선거제도, ③ 직업공무원제, ④ 지방자치제, ⑤ 민주적 교육제도와 대학자치제, ⑥ 민주적인 군사제도, ⑦ 사유재산제, ⑧ 민주적 혼인제도와 가족제도,⁴¹⁾ ⑨ 언론·출판제도⁴²⁾ 등이 현행헌법상 보장되는 기본적 제도보장이라고 하며 방송의 자유가 주관적 공권인 동시에 제도적 보장으로서의 성격을 가진다고 하는 점에서는 이론상 차이가 없다.

나. 주관적 공권인 동시에 제도적 보장으로서의 방송의 자유

위와 같이 통설에 의하면 방송의 자유는 비록 주관적 공권이기는 하지만 사회 내에 공존하는 상이한 의견들을 매스미디어를 통하여 표출하고 전파하는 것을 보장하기 위하여 헌법상의 제도적 보장이 특히 강조되어야 하는 기본권이라고 한다. 다만 방송의 자유의 법적 성격에 대하여는 주관적 공권으로서의 성격을 강조하는 입장과 객관적 법질서로서의 성격을 강조하는 입장 사이에 견해의 차이가 있는데, 자유주의적 전통을 중시하는 입장에서는 방송기업자의 국가에 대한 주관적 공권의 성격을 강조하는 데 반하여,⁴³⁾ 민주주의적 요소를 강조하는 견해에 의하면 방송도 객관적 법질서의 한 부분으로서 방송제도가 헌법적으로 보장된다고 하고 있다.⁴⁴⁾

만일 현재의 통설처럼 방송의 높은 정보효과와 사회적 영향력을 강조하여 방송의 자유의 객관적·제도적 측면을 주관적 측면보다 우선시하게 되면 개인의 방송기관설립권이나 프로그램편성의 자유보다는 의견형성 수단으로서의 방송기능의 중요성이 강조되므로 방송에 있어 의견의 다양성 확보와 이를 위한 입법자의 광범위한 방송제도

39) 허영, 전게서(각주 5), 251면 이하.

40) 이 견해에 의하면 기본권은 주관적 권리인 동시에 객관적 질서로서의 성격을 갖는 다층구조적 기본권으로서 국가권력을 창설하고 국가적인 공동체 내에서 적극적 또는 소극적으로 정치적 일원체의 제반 생활을 형성해 나갈 수 있는 국민의 헌법적 생활질서인 동시에 민주주의적·법치국가적·사회국가의 헌법질서의 기본이 되는 요소라고 한다. 기본권의 양면성에 관한 상세한 사항은 허영, 전게서(각주 5), 251면 이하 참조.

41) 권영성, 전게서(각주 11), 187면.

42) 권영성, 전게서(각주 11), 488-489면.

43) 지성우, “방송의 자유에 대한 특수한 규제의 정당성에 관한 연구”, 헌법학연구 제9권 제3호, 한국헌법학회, 2003, 265면 이하 참조.

44) 박용상, 방송법제론, 교보문고, 1988, 319면 참조.

의 형성은 기본권형성적 법률유보로 보게 된다.

반면에 방송의 이중적 성격 중 주관적 공권성의 측면을 강조하면 개인의 방송기관 설립권이 인정되며, 나아가 방송을 통한 표현활동의 자유와 방송사업자의 프로그램의 자유가 보장되므로, 이 경우 입법자에 의한 방송제도의 형성은 기본권 제한적 법률유보로 보게 되어 여기에는 헌법 제37조 제2항이 규정하고 있는 기본권 제한의 일반이론에 의하여 엄격한 한계가 적용되게 된다.

4. 소결

이상에서 살펴본 바와 같이, 방송의 자유의 이중적 성격은 실제 방송현실에서 국가별·시대별로 주어진 방송환경에 따라 서로 다르게 나타나고 있다. 즉, 미국에서는 기본권이 주관적 권리로서의 성격만을 갖게 되는 바 이에 대한 규제의 구조는 기본권제한적인 것이 되는 반면, 독일과 우리나라에서는 방송의 민주적 기능이 강조되어 객관적인 제도보장으로서 성격이 전면에 부각되어 방송의 ‘공공성·공정성·공익성’ 등이 담보될 수 있는 방송제도의 형성을 위한 입법자의 재량이 광범위하게 인정되어야 한다고 보는 것이 종래의 지배적 견해였다.

그러나 헌법이론적인 측면에서 볼 때, 기본권의 이중적 성격은 국가별로 사회경제적 배경에 따라 다르게 나타날 수 있지만, 원칙적으로 기본권은 일차적으로 ‘주관적 권리’이어야 하며 ‘객관적 질서 내지 원칙’으로서의 기본권의 성격은 주관적 권리로서의 기본권의 효력을 상승·강화시키는 것이어야 한다. 방송의 자유 역시 마찬가지로 할 것이다.

또한, 헌법현실적인 측면에서 보면, 방송의 자유에서 강조되어야 하는 민주적 기능과 이에 따른 강력한 공적 규제의 필요성과 정당성이 종래 지상파방송시대에 형성된 사회적·경제적 회소성 이론이나 사회적 영향력 이론에 근거를 두고 있는 바, 오늘날 정보통신기술의 비약적인 발달로 급격히 변화하고 있는 방송환경에서도 그대로 유지될 수 있는지에 대해서는 비판적인 재검토가 필요하다 할 것이다.

IV. 변화된 방송환경에서의 방송의 자유의 보장

1. 변화된 방송환경에 적합한 방송의 자유의 법적 성격

이와 같이 방송의 자유의 이중적 성격은 실제 방송현실과 주어진 환경에 따라 가변적이긴 하지만, 비교법적으로나 역사적으로 볼 때 1990년 이전까지는 객관적인 제도보장으로서의 성격이 강조되어 왔음을 알 수 있다. 물론 그 배경에는 헌법재판소가 인식하고 있는 바와 같이 방송의 기술적·경제적 희소성과 강력한 침투력을 바탕으로 한 사회적 영향력이 자리잡고 있었다.

그러나 지난 세기 중반 이후 정보·통신 분야의 획기적인 기술발전으로 인한 정보화 사회의 도래는 사회 각 영역에 큰 파급효과를 미치고 있으며, 특히 “정보의 디지털화”, “다매체·다채널화” 및 “매체간의 융합현상”으로 대표되는 오늘날의 정보화 사회의 도래는 방송이란 매체에 있어서도 커다란 변화를 가져오고 있다. 즉, 종래 지상파에서 출발한 방송은 케이블텔레비전방송(CATV: Cable TV)을 넘어 오늘날에는 위성방송(SB: Satellite Broadcasting)이나 디지털멀티미디어방송(DMB: Digital Multimedia Broadcasting)의 등장과 함께 인터넷을 통한 스트리밍(Streaming)방식과 주문형비디오(VOD: Video on Demand)방식의 인터넷방송(Webcasting)으로까지 발전하고 있는 것이다. 그러나 이러한 정보화기술의 발전은 단순히 방송매체의 종류만을 증가시킨 것에 그치지 않고, 방송의 성격을 근본적으로 변화시키는 방송패러다임의 전환을 이끌고 있다.⁴⁵⁾

그렇다면, 한정된 주파수의 활용범위를 획기적으로 확대시킨 “정보의 디지털화” 및 “압축기술의 발달”과 인터넷으로 대표되는 정보유통에 있어서의 “매체와 채널의 다양화” 및 “방송과 통신매체간의 융합” 등의 정보통신기술의 발달은 종래의 기술적·경제적 희소성 이론과 사회적 영향력 이론이 더 이상 유지될 수 없음을 의미하는 것이며, 따라서 이를 토대로 방송의 자유의 법적 성격을 ‘객관적 제도보장으로 파악하고 나아가 형성적 성격의 법률을 통한’ 방송에 대한 강력한 공적 규제의 필요성과 정당성을 주장하였던 종래의 견해 역시 이러한 변화된 방송환경에 더 이상 적합할 수 없음을 시사하고 있다.

이와 같은 시대상황의 변화는 방송의 자유가 개인의 주관적 권리로서 자유권적 성격이 더욱 강조되어야 함을 의미하는 것이며, 방송 등의 표현매체에 대한 규제에 있어서의 국제적인 동향이 탈규제화로 바뀌어가고 있는 점도 이와 맥락을 같이 한다

45) 따라서 우리의 방송정책 역시 방송 자체의 성격변화, 정치행정의 성격변화, 수용자 위상의 변화, 방송영상 환경의 국제화 등과 같은 변화된 외부적·국제적 환경을 충분히 고려하여 입안되고 추진되어야 할 것이다. 김명식, “현행 방송법의 문제점과 개선방안에 관한 연구”, 헌법학연구 제10권 제2호, 한국헌법학회, 2004, 369-370면.

하겠다. 물론 탈규제시대에도 방송의 자유에 대한 공적 규제의 필요성과 정당성이 인정되어야 할 것이나, 단지 그 정도가 상대적으로 약화되어야 함을 의미하는 것이고,⁴⁶⁾ 동시에 규제와 보장체계가 국제규격화되어 가고 있음을 의미한다⁴⁷⁾ 할 것이다.

우리나라에서도, 급격한 방송환경의 변화로 기술적·경제적 희소성 이론이나 사회적 영향력 이론이 퇴색하고 있는 오늘날의 방송현실뿐만 아니라, 객관적 법질서로서의 성격을 강조할 경우 자칫 우리의 방송법사⁴⁸⁾에서 알 수 있듯이 공익이라는 미명하에 개인의 방송(을 통한 표현)의 자유가 심히 훼손당할 우려가 있기 때문에, 방송에 대한 공적 규제의 구체화에 있어서 방송의 자유의 주관적 공권으로서의 성격이 강조되어야 한다고 본다.⁴⁹⁾

2. 방송의 자유에 대한 공적 규제의 이론적 구조

이와 같이 본다면, 방송의 자유에 대한 공적 규제의 내용을 담고 있는 규제법률은 기본권제한적 법률이라 할 것이며, 따라서 국가(입법자)가 방송의 자유를 제한하고자 할 때에는 헌법 제37조 제2항의 기본권제한의 일반원칙에 따라야 할 것이다. 이는 국가(입법자)가 국민의 다양한 의견을 반영하고 독립된 방송이 실현될 수 있도록, 즉 공익을 실현하기 위하여 방송(사업자)의 자유를 필요최소한에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 다만 그 경우에도 본질적인 내용을 침해해서는 아니됨을 말한다.

이러한 원칙은 방송뿐만 아니라 다른 표현매체, 특히 인쇄매체에도 적용되어야 하나, 그 제약의 정도가 반드시 동일하게 나타나지는 않을 것이다. 즉, 신문은, 오늘날의 변화된 방송환경에서도, 방송보다 기술적·경제적 희소성이나 사회적 영향력이 크지 않기 때문에 그 만큼 공익(공적 의견형성을 통한 자유민주주의적 기본질서의 형성에 봉사하는 기능)이 사익(표현의 자유)보다 작다고 할 수 있으므로 이에 대한 제

46) 독일연방헌법법원은 방송에 대한 탈규제의 국제적인 동향을 “제도적 자유로서의 방송의 자유는 완전히 사라지는 것은 아니지만 상대적으로 그 의미가 약화되었다는 것”을 의미한다고 보고 있다. BVerfGE 57, 322. 그러나 이러한 독일연방헌법법원의 태도는 기본적으로 객관적 제도보장으로서의 방송의 자유를 토대로 한 것일 뿐, 방송의 자유의 법적 성격 자체에 대한 인식변화를 담고 있는 것은 아니라 할 것이다.

47) Arnold S. de Beer & John C. Merrill, Global Journalism(4th ed.), Boston: Pearson, 2004, pp. 23-26.

48) 김명식, 전계논문(각주 45), 370-372면 참조.

49) 곽상진, “방송의 자유의 제한에 관한 소고”, 법학연구 제8집, 경상대학교 법학연구소, 1999, 42-44면; 김명식, 전계논문(각주 45), 380면.

약은 방송에 있어서의 제약보다 작아야 한다. 부연하여 설명하면, 방송의 자유는 객관적인 제도보장으로서 성격이, 출판(신문)의 자유는 주관적인 의사표현의 자유권으로서의 성격이 각각 강조되어야 한다고 서로 구별하고, 따라서 전자에 대해서는 형성적 법률에 의한 보다 강한 규제를, 후자에 대해서는 제한적 법률에 의한 상대적으로 약화된 규제를 하여야 한다고 이해할 것이 아니라, 양자 모두 동일하게 주관적인 의사표현의 자유권으로서의 성격을 갖지만, 기술적·경제적 희소성이나 사회적 영향력 등이 서로 다른 만큼 이를 제약하는 경우에는 개별적으로 과잉금지의 원칙을 적용하여 필요최소한의 제한이 되도록 함으로써 사익(주관적인 표현의 자유)과 공익(민주적 기능)간 조화를 꾀해야 할 것이다.

이는 방송의 자유도 기본권의 하나로서 주관적인 측면이 경시되어서는 아니되며, 기본권제한의 일반원칙이 그대로 적용되어야 함을 보여주는 것이라 할 수 있다. 그러한 한, 방송의 자유를 제약하는 입법자의 형성의 자유도 기본권제한의 일반원칙을 넘어서 인정될 수 없다.

이러한 의미에서 비교적 최근에 방송의 자유의 법적 성격과 제한구조 등이 본격적으로 검토된 방송법 제74조 위헌소원사건에서, 헌법재판소가 방송의 자유를 법적 성격을 객관적인 제도보장으로 이해함으로써 기본권제한의 일반원칙을 넘어서 방송의 자유에 대한 침해에 이르는 제약을 허용하는 입법형성(의 자유)도 가능하다⁵⁰⁾는 논리 전개는 타당할 수 없다고 본다. 특히, 헌법재판소는 방송법 제74조 제1항을 형성적 성격의 규정으로 보고, 따라서 “이러한 형성법률에 대한 위헌성판단은 기본권제한의 한계규정인 헌법 제37조 제2항에 따른 과잉금지 내지 비례의 원칙의 적용을 받는 것이 아니라”고 하면서, “방송사업자는 형성법률에 의해 주어진 범위 내에서 주관적인 권리를 갖는데, 그 형성법률에 속하는 이 사건 법률조항이 헌법에 합치되므로 또 다른 헌법적 정당화를 필요로 하지 아니한다”고까지 언급하고 있는 점은 매우 문제적이라 할 것이다.

방송의 자유라는 주관적 권리는 국가(입법부)의 형성법률 범위 내에서 주어지는 것이 아니라 입법 이전에, 즉 전국가적·초실정법적 권리로서 인정되는 자유권이며, 따라

50) 헌재결 2003.12.18. 2002헌바49. 이 결정의 주요논점은 협찬고지의 범위를 대통령령으로 정하도록 한 방송법 제74조 제1항이 위임입법의 한계인 명확성원칙에 위배되는지의 문제인 바, 헌법재판소의 다수의견과 소수(반대)의견은 서로 상반된 주장을 하고 있다. 그러나 두 의견 모두 방송의 자유의 법적 성격에 대해 객관적인 제도보장으로서의 측면을 강조하고 있으며, 그 결과 심판대상 조문이 형성법률의 성격을 갖는다는 점과 그에 따라 방송의 자유 등 기본권침해여부를 판단함에 있어 헌법 제37조 제2항이 적용될 여지가 없다는 점에 대해서는 일치하고 있다.

서 방송관련법규는 이러한 주관적 자유권을 제약하는 (기본권)제한적 법률이 되어야 할 것이다. 그러므로, 방송의 자유의 주관적 권리로서의 측면을 경시한 채 객관적 제도보장측면만을 강조함으로써 방송의 자유를 제약하는 법률을 (기본권)형성적 법률로 이해하고 있는 헌법재판소의 견해는 재고되어야 할 것이다. 이러한 견해는 방송의 자유의 주관적 권리성을 약화시킬 뿐만 아니라, 입법자를 지나치게 신뢰하여 거의 무제한의 입법형성의 자유를 인정함으로써 입법자와 사법부(특히, 헌법재판소)간 권력분립의 원칙에 반하는 결과를 초래하게 될 것이며, 결국 독일의 나찌정권이나 과거 독재정권에서 볼 수 있었던 바와 같이 방송의 자유가 침해되고 방송이 정권(또는 거대 사회세력)의 시녀로 회귀될 수 있음을 결코 망각해서는 안 될 것이다.

V. 결 론

정보통신기술의 혁명으로 방송매체가 산업화의 대열에 서게 됨으로써, 방송매체를 종래와 같은 민주주의를 위한 공공적이거나 저널리즘적인 가치로서만 평가할 수 없게 되었다. 오늘날의 환경에서는 그것만이 아닌 산업적이고도 경제적인 가치가 강조되는 속성을 가지게 되었음을 부인할 수 없게 되었다.⁵¹⁾

또한 이러한 기술적인 변화는 언론의 자유의 영역을 확장시키고 민주주의를 활성화시킬 수 있는 요소로서 작용하기도 하지만, 확장된 방송의 자유의 폭과 변화된 방송의 기능이 기존의 헌법적인 기본가치를 침해할 가능성이 더 많게 되었다는 점도 간과할 수 없다. 또한 이러한 현상으로 인하여 기존 언론매체들간의 구별이 무너지

51) 디지털멀티미디어방송(DMB: Digital Multimedia Broadcasting)이나 위성방송(SB: Satellite Broadcasting)의 경우, 우리나라의 기술이 세계적인 기술표준으로 채택되면 이른바 원천기술이 되어, 우리나라 휴대폰생산업체가 매년 퀄컴사에게 갠티를 지급하듯, 세계 각국으로부터 매년 갠티를 받을 수 있게 되고 이는 엄청난 산업적·경제적 효과를 창출하게 된다.

“LG전자는 중국 광둥지역 웨팡디지털멀티미디어방송유한공사와 지상파 디지털멀티미디어방송(DMB) 개발을 위한 양해각서를 교환했다고 16일 밝혔다. 같은 날 삼성전자(KBS·웨룽디지털멀티미디어유한공사는 베이징에서 중국 지상파 DMB 시장 진출을 위해 전격 제휴했다. LG전자와 삼성전자는 중국 휴대이동방송 시장 첫 공략에 성공했으며, KBS는 중국 방송 시장 진출의 기틀을 마련할 전망이다. 이번 제휴는 특히 중국 IT시장을 상징하는 베이징과 광둥성이 우리나라 지상파 DMB 규격을 받아들인다는 점에서 주목된다. 업계 관계자는 ‘삼성전자와 LG전자가 각각 베이징과 광둥성에서 초기 단말기 시장 선점에 유리한 고지를 점했다’며 ‘이를 계기로 지상파 DMB가 중국 휴대이동방송 시장을 선도함은 물론이고 중소 단말기업체의 동반 진출도 기대된다’고 말했다.” 전자신문, 2005년 6월 17일(<http://www.etnews.co.kr/news/detail.html?id=200506160155>)

고, 새로운 형태의 매체개념의 형성이 요구된다고도 볼 수 있다.⁵²⁾ 우리 사회는 급격한 정보화로 불과 20년 전과는 너무도 다른 사회가 되었다. 활자는 물러가고 영상매체 시대가 되었으며, 공중과 TV조차도 인터넷이나 DMB에 차츰 밀려나고 있다. 멀티미디어시대에 와서는 인쇄매체와 같이 수용자⁵³⁾가 임의로 선택할 수 있는 방송이용행태의 변화로 주관적 표현의 자유도 중요시되면서 종래의 엄격한 방송규제의 재검토가 요구되고 있다.

이러한 방송환경의 변화는 객관적 질서 내지 원칙으로서의 방송의 자유를 강조하는 기존의 논의에 변화를 이끌어, 주관적 공권으로서의 방송의 자유를 강조하게 하는 계기가 되었다고 할 수 있다. 따라서 오늘날과 같이 변화된 방송환경 하에서, 주관적 권리로서 방송의 자유를 의회가 제정한 법률에 의해서 비로소 형성되는 것으로 보아서는 안 될 것이다. 즉, 방송의 자유는 원칙적으로 모든 사람에게 기술적으로 가능한 범위 내에서 방송업무를 수행할 권리를 보장하며, 방송과 관련해서 생길 수 있는 위험은 다른 기본권과 마찬가지로 법률적인 제한에 의해서 해결해야 한다. 요컨대 방송의 자유에 대한 법률유보는 기본권 형성적인 것이 아니라 기본권 제한적이 되며, 입법자에게 주어졌던 형성의 재량도 그 범위가 보다 엄격한 기본권제한의 일반원칙 내로 축소되어야 한다고 결론지을 수 있다. 기본권제한으로서 방송(의 자유)에 대한 공적 규제는 과잉금지 원칙에 따라 필요최소한에 그쳐야 하며, 이 경우에도 권리의 본질적인 내용을 침해할 정도에 이르러서는 안 될 것이다.



▶ 김명식

방송의 자유(Freedom of Broadcasting), 표현의 자유(Freedom of Expression), 방송환경의 변화(Changed Broadcasting Surroundings)

기본권의 이중적 성격(Double Characteristics of the Fundamental Rights), 기본권제한(Restricting Fundamental Rights), 엄격심사기준(Strick Scrutiny Standard)

52) 곽상진, “정보화 시대의 방송의 다양성과 그 한계”, 법학연구 제10집, 경성대학교 법학연구소, 2001, 2면.

53) 종래 언론학에서 사용되는 “수용자” 개념은 지금까지의 일방향 커뮤니케이션과정에서 정보를 소극적으로 받아들인다는 함축을 지니고 있기 때문에, 쌍방향 커뮤니케이션환경에서는 “이용자” 개념을 사용하는 것이 적절하다. 이인호, “방송·통신의 융합과 언론의 자유”, 공법연구 제28집 제4호 제1권, 한국공법학회, 2000, 264면, 각주 51.

[abstract]

A Study on the Structure Restricting Freedom of Broadcasting

Kim, Myeong Sik^{*}

The objective of this study is to explore the practical meaning and the structure of regulations on the freedom of broadcasting under the Constitutional of the Republic of Korea, from the viewpoint of freedom of expression. For these purposes, this study inquires into the meaning and legal characters of freedom of broadcasting in the light of the ideals, intentions, and structures of Korean Constitutional Law, and then the structure restricting freedom of broadcasting on the ground of functions and roles of broadcasting in our contemporary society, comparing with those of the United States of America and the Federal Republic of Germany.

It precludes all doubts that freedom of broadcasting is one of those fundamental human rights that constitute the corner stones of democracy, just as is the case with the press. Generally known, it also has double legal characteristics simultaneously: subjective right and objective-legal order.

So far, 'the special characteristics of broadcasting' which had reasons like scarcity of frequency wave and the pervasive power of broadcasting media have made legal aspect of freedom of broadcasting as an objective-legal order emphasized, and therefore broadcasting has been extensively regulated for the function to give information to the public and shape public opinions. Consequently, the government(especially, the legislature) has had a large range of discretion to restrict freedom of broadcasting for the public interest.

^{*} Law Professor of Mokpo National University.

Since the late of 1990's, however, the development of communication technology has led a paradigm shift in broadcasting area. The development of new information technologies, such as high-capacity computer networks, television systems with hundreds of channels, and increasingly accessible online services, heralds the arrival of new media, e.g. CATV, DMB and Internet. The development of information technologies and following advent of new media have made people increasingly expressing their opinions at liberty and now it is getting impossible for them to justify much more restriction on broadcasting than other mass media, based upon 'the special characteristics of broadcasting'. In a word, the external conditions are satisfied in the field of broadcasting, and 'the free marketplace of ideas' should be realized through a policy of deregulation in broadcasting.

According to this trend, the theoretical grounds on broadcasting restriction and their justification should be reviewed. Above all, it can be said that a paradigm shift in broadcasting may change the legal characteristic of freedom of broadcasting from an objective-legal order to a subjective right. Furthermore, the structure restricting freedom of broadcasting should also be most suitable to the changed broadcasting surroundings. Precisely speaking, freedom of broadcasting might be restricted just by the strict scrutiny standard under the Article 37, Section 2 of the Korean Constitution.