

발 간 등 록 번 호

11-1620000-000548-01

방송심의제도 개선을 위한 토론회

- 일시 : 2014. 11. 3.(월) 13:00 ~ 15:00
- 장소 : 국가인권위원회 인권교육센터 별관(10층)



국가인권위원회

National Human Rights Commission of Korea

방송심의제도 개선을 위한 토론회

프로그램

- 일시 : 2014. 11. 3.(월) 13:00 ~ 15:00
- 장소 : 국가인권위원회 인권교육센터 별관(10층)

시 간	내 용	발표자	비고
13:00~13:05	개 회	이석준 (국가인권위 인권정책과장)	진행 사회
		좌장: 장명숙 (국가인권위원회 상임위원)	
13:05~13:25	발제 1. 현행 방송심의에 대한 헌법적 정당성	최우정 (계명대학교 경찰행정학과)	20분
13:25~13:45	발제 2. 국내 방송심의제도의 쟁점과 문제점	윤성옥 (경기대 언론미디어학과)	20분
13:45~14:05	발제 3. 방송의 공정성 심의와 인권	박경신 (고려대 법학전문대학원, 전 방송통신심의위원)	20분
14:05~14:20	휴 식		15분
14:20~14:50	토 론	심석태 (SBS 미디어부장)	각 10분
		노영란 (매비우스 사무국장)	
		정민영 (참여연대, 변호사)	
14:50~15:00	종합토론 및 질의응답	장명숙	10분
15:00	폐 회	이석준	

차 례

● **발제 1.**

현행 방송심의에 대한 헌법적 정당성에 관한 법적 문제점 1

최우정 (계명대학교 경찰행정학과)

● **발제 2.**

국내 방송심의제도의 쟁점과 문제점 55

윤성욱 (경기대 언론미디어학과)

● **발제 3.**

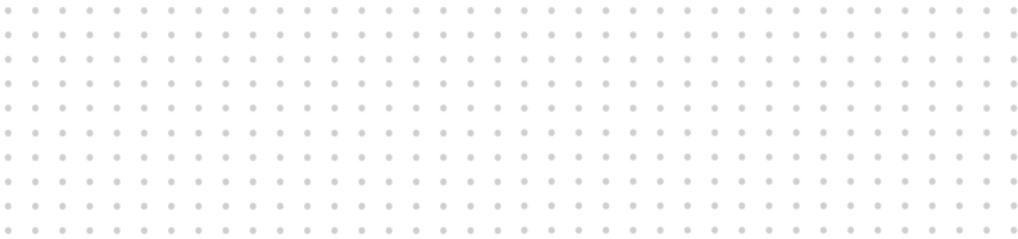
방송의 공정성 심의와 인권 79

박경신 (고려대 법학전문대학원, 전 방송통신심의위원)



현행 방송심의에 대한 헌법적 정당성에 관한 법적 문제점

최우정
(계명대학교 경찰행정학과)



현행 방송심의에 대한 헌법적 정당성에 관한 법적 문제점*

Ⅰ 최우정 (계명대학교 경찰행정학과)

I. 문제점의 제기

우리나라의 방송프로그램에 관한 심의는 자율적인 방식이든 타율적인 방식이든 방송 역사의 초기부터 존재하였다. 세계의 어떤 나라보다도 변혁을 많이 겪은 우리나라는 2008년에 발생한 10년만의 집권당의 교체와 더불어 이전과는 또 다른 정치, 경제, 문화 그리고 환경 등의 많은 사회영역에서 근본적이고 거대한 변화가 발생하였다. 이전 정권 보다 더 보수적이고 우익적인 집권당의 등장은 한미간 FTA에 대한 조속한 국회의 동의 요구, 수도권규제완화, 재벌에 대한 자산관리의 규제완화, 법인세의 인하 등과 같은 친재벌적인 정책, 교육부의 현·근대사 검정교과서의 내용에 대한 시정명령과 역사교과서에 대한 국정교과서 제도의 도입에 관한 추진정책 등을 비로간 교육영역에서의 보수화 그리고 대통령선거 공약이었던 대운하개발, 기초연금제도의 도입등과 관련한 각종 비리와 사업의 실패 및 도입과정에서의 논란, 특히 최근 발생한 세월호 참사와 국정원 선거개입 등과 같은 문제점이 있었고 이러한 문제점들은 국민들이 실제로 체감하고 있는 부분이 많아 부분적으로는 국민의 저항을 받아 그 정책이 수정 및 지연 또는 국민의 비판을 받기도 했다.

그러나 보수정권의 추진정책 중 국민들의 관심을 많이 받지 못했지만 실제로는 향후의 우리 사회의 민주주의의 근간을 좌우할 수 있는 영역이 방송과 통신이다. 다른 많은 사회문제들은 국민들의 관심을 받은 반면 방송과 통신영역에서의 정책의 변화는 실제 범국민적인 관심의 대상에서 벗어나 일부의 관계인들의 관심과 반대 속에서 현 정부의 정책

1) 본 발표문은 발표자의 기존 발표 논문 내용을 바탕으로 하여 일부 새로운 내용을 제외하고는 재편집한 것임을 알립니다. 또 부록으로 첨부한 방송심의현황에 대한 자료는 방송통신심의위원회의 자료임을 알려드립니다.

에 대한 비판이 가해지고 있다. 이렇듯이 국민의 관심을 받지 못한 이유가 여러 가지 있겠지만 가장 큰 이유는 국민의 경제생활과 직접적인 영향권에서 벗어나 있다는 이유가 아닌가 한다.

그러나 국민의 관심을 벗어나 현재 범국민적인 논의의 대상이 아니라고 하더라도 이명박 정부과 박근혜 정부에서의 방송과 통신영역에서의 변화는 향후 우리 사회의 사상의 다양성과 이를 통한 사회의 민주적 기본질서의 형성이라는 측면에서 결코 무시할 수 없는 중요성을 가진다. 특히 이명박 정부에서 추진하거나 계획하고 있는 방송통신위원회의 대통령직속화, 방송과 신문의 겸영의 허용, 방송과 통신의 융합화로 나타난 IP-TV법의 제정, 종합편성채널의 승인 등과 같은 정책은 표면적으로는 방송과 통신을 경제적인 요소로 파악하면서 전 세계적인 서비스의 자유거래라는 명목 하에 그 추진의 정당성을 확보하려고 하지만 실제로 그 이면에는 경제적인 논리만이 아니라 방송과 언론을 정부의 영향 하에 종속시켜 친정부적인 언론의 확보 및 그를 통한 정권의 재창출이라는 정책이 깔려있는 것이 아닌가 하는 의구심이 들게 한다. 또한 박근혜 정부는 이명박 정부에서의 방송과 통신의 정책을 방송통신위원회에 일원화한 것에 비해 창조경제를 논하며 통신에 관한 핵심적인 사항을 미래창조과학부에 권한을 재분배한 것은 여전히 방송과 통신과 관련된 현안문제의 권한의 획정이란 부분과 정책결정의 주도권과 그 방향이라는 점에서 논란의 대상이 되고 있다.²⁾ 이러한 문제들에 대해서는 이미 많은 학자들이 그 문제점을 주장해 왔으며 이 글에서는 현행 방송관련법의 문제점 특히 방송심의제도와 관련한 헌법적인 문제점을 규범적인 측면에서 구명하고자 한다. 물론 이러한 문제점의 구명은 사실적인 문제점의 지적으로도 가능하지만 여기서는 규범적인 문제점을 지적하고 향후 입법개정에 있어서 올바른 방향의 제시에 그 초점을 맞추어 진행하고자 한다. 특히 방송심의제도의 헌법적 정당성에 관한 문제를 역사적 및 법·제도적인 문제점을 언급하고자 한다.

2) 최근 700MHz 대역의 주파수의 배정을 둘러싼 갈등이 대표적이다.

II. 방송심의제도의 역사와 절차

1. 방송심의제도의 역사

우리나라의 방송의 역사는 1926년 경성방송국(라디오)의 출현으로 시작되었으나 이 시기의 방송은 일본제국주의 강점하에서 방송이 식민지 지배와 일본의 제국주의전쟁 동원의 선전수단으로 악용되었던 시기다.

해방이후 방송은 기본적으로 정부기관으로 시작되었으며 1950년대와 1960년대에 일부의 민영라디오방송이 출현하기 전까지 국영방송으로 운영되었으며 1972년 한국방송공사법이 제정되면서 종전의 국영방송이 공영방송으로 전환되었다. 또한 당시 민영방송국이 등장함에 따라 본격적인 공영과 민영의 이중적인 방송시장구조를 형성하였다. 그러나 1980년 언론기본법이 제정되면서 민영방송국은 모두 공영방송으로 전환되었었지만 언론기본법이 폐지되면서 다시 공영과 민영방송의 이원적 방송체제를 유지해오고 있다.

방송심의에 관해서는 국영방송시절에는 행정기관의 성격을 내포하고 있었기 때문에 기본적으로 상급 행정청의 합법적 및 합목적적 포괄적 감독에 의해 심의가 이루어졌다. 1964년에 등장한 민영방송의 심의를 위해서 방송윤리위원회를 설치해 그 심의를 담당하게 하였으며 이후 몇 차례의 변경을 통해 1980년 방송심의위원회에 의해 방송심의가 이루어지게 되었다. 당시 방송심의위원회는 방송위원회의 소속 자문위원회에 불과하였으며 당시 방송위원회 자체가 정부의 소속이 아니라 무소속의 독립적인 위원회였으며 이에 따라 방송심의위원회의 법적 성격이 논란의 대상이 되기도 하였다. 1987년 이후 방송위원회가 단순히 심의기관이 아니라 방송정책에 대한 의결과 규제기관으로 전환되면서 방송위원회의 위상이 상승되었으나 실제로는 당시 방송심의에 대한 침해한 사회적 갈등을 일으키는 방송심의가 이루어지지 않았다.

이후 방송위원회는 방송과 통신의 융합이라는 화두 속에서 방송위원회와 정보통신부가 융합이 되어 방송통신위원회로 변경되었으며 이명박 정부 하에서는 대통령의 직속기관으로 편제되었다. 기존의 정부와는 달리 특히 이명박 정부 하에서는 많은 학자들과 방송현업에 종사하는 사람들이 예측했듯이 공영방송사와 그 규제·감독기관의 책임자에 대

한 코드인사를 통해 방송프로그램의 내용이 친정부편향으로 이어졌고 이와 관련하여 많은 법적 문제점이 발생하였다. 부분적으로는 공영방송과 민영방송의 내부적인 노사갈등의 문제가 발생했고 또 다른 측면에서는 방송프로그램에 대한 심의를 통해 정부에 대한 비판적인 내용에 대해 족쇄를 채우는 작업이 이루어졌다. 특히 방송심의와 관련된 부분에서는 방송통신위원회에 방송심의에 대한 재심요청이 증가하였다. 그러나 재심기관인 방송통신위원회는 방송통신심의위원회가 제시한 의견을 그대로 재심의 결론으로 연결시켜 많은 사건들이 사법부를 통한 소송으로 이어졌으며 실제 사법부의 판결에 따라 방송통신심의위원회의 심의와 재심결과가 반복되는 상황으로 이어지고 있다. 특히 대부분의 사법부의 판결이 정치적인 부분에서의 정부의 정책비판내용이라는 점에서 그 방송심의가 매우 정치적이었던다는 점을 간과할 수는 없다.³⁾⁴⁾

방송심의와 관련된 방송법의 개정 연혁

1) 1964년 방송법의 제정⁵⁾

(1) 목적

민영방송을 보호·육성함과 아울러 그 방송으로 하여금 공공복리의 증진에 기여할 수 있도록 하려는 것임.

(2) 내용

- ① 모든 방송국은 방송윤리위원회를 조직하도록 함.
- ② 방송윤리위원회는 방송윤리에 관한 규정을 제정·공표하여야 함.
- ③ 방송국에는 방송순서의 편성에 관한 심의기관을 설치하도록 하고, 방송순서의 편성에 관한 기본계획은 심의기관의 심의를 거쳐 결정하도록 함.

3) 구체적인 상황에 대해서는 본 글의 뒷부분에 첨부된 부록을 참조바람.

4) 구체적인 분석 사례에 대해서는, 이창훈/우형진, 방송심의규제의 공정성 적용에 관한 연구 - 2003~2010년 방송심의결정 분석을 중심으로 -, 미디어경제와 문화, 2011, 제9권 제3호 7쪽 이하 참조; 박경신, 방송통신심의위원회의 심의제도에 대한 법적 평가 - 방송심의규정 제9조 제2항의 “양적 균형성”을 중심으로, 긴급토론회 - 방송심의위, 무엇을 위해 심의하나?, 한 언론정보학회, 2010년.

5) 시행 1964.1.1. 법률 제1535호, 1963.12.16., 제정

2) 1964년의 방송법 개정⁶⁾

(1) 목적

신문·방송등 언론의 자율적 규제를 강화하기 위하여 언론윤리위원회와 언론윤리심의회를 설치하려는 것임.

(2) 내용

- ① 언론윤리위원회는 언론윤리요강을 제정·공표하도록 함.
- ② 언론윤리위원회에 상설집행기관인 언론윤리심의회를 설치함.
- ③ 언론윤리심의회 심의·판정·방송의무·불복절차등에 관하여 규정함.

3) 1972년 한국방송공사법의 제정과 1973년의 방송법 개정⁷⁾

(1) 한국방송공사법의 제정 목적과 내용⁸⁾

한국방송공사법의 제정은 종전의 국영방송이 정부기관에 의하여 운영됨으로써 야기되는 불합리하고 비능률적인 요인을 제거하여 방송사업을 효율적으로 실시하고자 국영방송체제를 공영방송체제로 개편하려는 것이다.

구체적인 내용으로는

- ① 한국방송공사를 설립하되 법인으로 함.
- ② 공사의 업무감독은 문화공보부장관이 하도록 함.
- ④ 한국방송공사에 임원을 두되, 사장·부사장 각 1인과 이사 3인, 감사 1인을 두도록 함.
- ⑤ 방송관서설치법, 국영방송사업특별회계법 및 국영텔레비전방송사업운영에관한임시조치법은 공사가 성립한 날에 폐지함.

(2) 1973년 방송법의 개정 목적과 내용

개정목적은 방송의 공공성을 제고하고 방송내용을 자율적으로 정화함으로써 방송문화의 건전한 발전을 도모하려는 것이다

구체적인 내용은

- ① 방송윤리위원회를 설치하도록 함.
- ② 방송윤리위원회의 심의결정사항을 방송국이 준수하도록 함.
- ③ 방송국에 사전심의기능을 가지는 심의실을 두도록 함.
- ④ 광고방송의 시간과 회수를 규제함.

6) 시행 1964.8.5. 법률 제1652호, 1964.8.5., 일부개정

7) 시행 1973.2.16. 법률 제2535호, 1973.2.16., 일부개정

8) 시행 1972.12.30. 법률 제2418호, 1972.12.30., 제정

4) 1980년의 방송법 개정⁹⁾

(1) 목적

언론은 국가, 사회 그리고 개인생활의 모든 영역에 심대한 영향력을 미치고 있으므로 자유와 권리에 대한 적극적인 보장이나 공공적 책임을 구현하기 위한 제도적 장치를 보장하는 한편 민주적 기본질서의 테두리안에서 언론의 책임을 강화하려는 것임.

(2) 내용

- ① 언론의 자유와 국민의 알 권리를 보장함.
- ② 언론의 공공성을 제고하기 위하여
 - 언론의 공적 책임, 주의의무, 광고의 구분표시의무등을 정하고,
 - 언론기업의 법인화, 겸영금지, 친족운영의 제한등을 제도화함.
- ③ 공영방송제도를 채택하고 방송자문위원회와 방송위원회를 설치 운영하도록 함.
- ④ 방송윤리위원회를 방송심의위원회로 그 명칭을 바꾸고 집행정지를 명할 수 있는 위원회의 권한과 위원회의 결정사항을 이행하게 하기 위한 문화공보부장관의 명령을 위반하였을때에 방송국에 대한 재허가의 유보를 요구할 수 있는 권한을 삭제함.

5) 1987년의 방송법 개정¹⁰⁾

(1) 내용

- ① 종전의 언론기본법에 의하여 설치된 단순심의기구인 방송위원회 및 방송심의위원회를 폐지하고, 독립적 권한이 부여되는 심의·결정기구로서 방송위원회를 이 법에 의하여 신설함.
- ② 종전의 방송위원회는 6인의 비상임위원으로 구성되어 있었으나, 이 법에 의한 방송위원회는 12인의 위원으로 구성하되, 6인이내의 상임위원을 둘 수 있도록 함.
- ③ 이 법에 의한 방송위원회가 심의·결정할 수 있는 사항에 종전의 방송위원회의 심의사항 이외에 특별법에 의하여 설립된 방송법인의 이사임명 추천 및 그 방송국결산의 공표, 각 방송국에 설치된 방송자문위원회의 구성 및 운영에 관한 사항등을 새로이 추가함.

6) 1990년 방송법 개정¹¹⁾

(1) 목적

방송기술의 발달과 방송에 대한 수요증대 내지 방송기능의 확대 등 국내의 방송환경의 변화에 따라 1980년 이후 유지되어 온 공영방송구조를 민영방송의 신설 등을 상정한 방송구조로 개편하기 위하

9) 시행 1980.12.31. 법률 제3347호, 1980.12.31., 폐지

10) 시행 1987.11.28. 법률 제3978호, 1987.11.28., 제정

11) 시행 1990.9.2. 법률 제4263호, 1990.8.1., 일부개정

여 관련규정을 정비하고, 방송의 공정성·공공성 및 공적 책임을 확고히 보장할 수 있는 제도적 장치를 보완함으로써 방송을 통한 민주적 여론형성과 국민문화의 향상에 기여하게 하려는 것임.

(2) 내용

- ① 방송위원회의 위원수를 12인에서 9인으로 조정하고, 위원장 및 부위원장을 제외한 위원은 비상임으로 함.

7) 2000년 방송법 개정¹²⁾

(1) 목적

방송환경의 급격한 변화에 능동적으로 대처하기 위하여 종전의 방송법, 종합유선방송법, 유선방송관리법 및 한국방송공사법으로 분산된 방송법관련 법체계를 통합하여 관련 기관들의 역할을 재정립하고, 위성방송의 실시근거를 마련하며, 방송의 자유와 독립성 및 공공성을 확고하게 보장하기 위하여 방송위원회의 위상을 강화하고, 이와 더불어 시청자의 권익을 향상시키는 한편, 방송영상산업의 진흥을 위한 기반을 조성하려는 것임.

(2) 내용

- ① 방송위원회 위원장에게 국무회의 출석·발언권 및 의안제출건의권을 부여하고, 예산회계법에 의한 중앙관서의 장으로 의제하여 방송위원회의 위상을 강화하고, 방송위원회 직무에 방송의 기본계획에 관한 사항 및 방송사업자 허가의 추천과 승인 등을 포함함으로써 그 권한을 강화함(법 제22조 및 제27조).
- ② 청소년을 보호하기 위하여 방송사업자에게 방송프로그램의 폭력성 및 음란성 등의 유해정도, 시청자의 연령 등을 감안하여 등급을 분류하고 이를 방송중에 표시하도록 함(법 제33조제3항).

8) 2004년 방송법 개정¹³⁾

(1) 목적

방송과 통신이 융합되고 있는 현상을 효율적으로 규율하기 위하여 방송의 정의규정을 정비하고, 신규 방송서비스로 데이터방송, 이동멀티미디어방송의 도입 근거를 마련하는 한편, 방송사업자 등이 경영제한 또는 소유제한을 위반한 경우 방송위원회가 그 시정을 명할 수 있도록 하는 등 현행제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선·보완하려는 것임.

12) 시행 2000.3.13. 법률 제6139호, 2000.1.12., 폐지제정

13) 시행 2004.3.22. 법률 제7213호, 2004.3.22., 일부개정

(2) 내용

- ① 방송광고 사전심의제도의 실효성을 확보하기 위하여 방송사업자는 심의·의결된 내용과 다르게 방송하거나 심의·의결을 받지 아니한 방송광고를 방송하지 못하도록 함(법 제32조제3항 및 제4항, 제108조제1항제2호의2 신설).

9) 2006년 방송법 개정¹⁴⁾

(1) 목적

공동체라디오방송사업자에 대한 법적지위를 부여하고, 방송분쟁조정위원회를 설치하며, 해외한국어방송에 대한 지원의 법적근거를 마련하고, 어린이 대상 방송프로그램의 방송광고시간에 반드시 광고임을 밝히는 자막을 표기하도록 하며, 음란·폭력 등 사회적으로 용인될 수 없는 방송프로그램에 대한 제재의 실효성을 확보하기 위하여 방송사업자에 의한 출연제한 및 과징금 처분의 법적근거 마련하는 등 방송심의제도를 개선하려는 것임.

(2) 내용

방송심의제도의 개선(법 제100조제2항 및 제3항 신설)

방송심의규정의 위반으로 제재조치를 받은 방송사업자는 해당방송출연자에 대하여 경고·출연제한 등의 조치를 취할 수 있도록 하고, 음란·퇴폐 및 폭력 등에 관한 방송심의규정을 위반하는 등 그 위반의 정도가 중대한 방송프로그램의 방송사업자에 대하여 1억원 이하의 과징금을 부과할 수 있도록 함.

10) 2008년의 방송법 개정¹⁵⁾

2008년 개정으로 방송과 통신에 대한 융합적 감독기관인 방송통신위원회가 설치되었고¹⁶⁾ 방송

14) 시행 2006.10.27. 법률 제8060호, 2006.10.27., 일부개정

15) 2008년 2월 29일 시행

16) 구체적인 내용은 다음과 같다.

가. 방송통신위원회의 설치(법 제1조부터 제3조까지)

(1) 방송·통신의 융합환경에 능동적으로 대응하기 위하여 현행 방송위원회와 정보통신부로 분산되어 있는 방송통신 관련 기능을 일원화할 필요성이 대두됨.

(2) 방송위원회와 정보통신부를 통합하여 대통령 소속의 합의제 행정기관으로서 방송통신위원회를 설치하고 그 운영의 독립성을 법으로 보장함.

(3) 기존 방송통신 분야뿐만 아니라 융합서비스 분야를 포괄하여 정책 및 규제 기능을 효율적으로 수행할 수 있게 됨으로써, 방송통신 분야의 획기적인 발전을 도모하며 국민경제 발전 및 일반 국민의 복지증진에 크게 이바지할 것으로 기대됨.

나. 위원회의 구성 및 임명(법 제4조 및 제5조)

(1) 위원회는 위원장 1인을 포함한 5인의 상임인 위원으로 구성함.

심의를 위해서 방송통신심의위원회가 설치되었다.

방송법 제18조에서 제28조까지 방송통신심의위원회의 설치와 운영에 관한 내용을 규정하고 있다. 주요한 내용은

- ① 방송통신의 내용심의 기능의 공공성 및 공정성을 보장하기 위하여 해당 업무를 위원회로부터 분리하여 독립적으로 수행할 기구를 설치할 필요성이 제기됨.
- ② 현행 방송위원회의 심의기능과 정보통신윤리위원회의 심의기능을 통합하여 위원장 1인, 부위원장 1인을 포함하여 총 9인의 위원으로 구성되는 방송통신심의위원회를 설치함.
- ③ 방송통신 내용의 공공성·공정성 및 공적책임 확보와 건전한 사회·문화 환경의 조성에 이바지할 것으로 기대됨.

11) 2009년 방송법 개정¹⁷⁾

(1) 목적

신문, 방송, 통신, 인터넷이 융합되는 새로운 미디어 환경 변화에 부응하고 국제적 시장개방 조류에 대응하여 우리 방송산업의 경쟁력을 강화하고 미디어산업 발전에 적합한 환경을 조성하기 위하여 현행법상의 1인 지분 소유제한과 대기업, 신문·뉴스통신 및 외국자본의 종합편성 또는 보도전문편성 콘텐츠 사업에 대한 겸영 또는 주식·지분 소유금지 등의 규제를 완화하려는 것임.

(2) 내용

방송사업자는 허위·과장 등 시청자가 오인할 수 있는 방송광고를 방송하지 않도록 하며, 방송광고가 방송되기 전에 자체적으로 심의하거나 방송 관련 기관 또는 단체에 위탁하여 심의할 수 있도록 함(법 제86조제2항 및 제3항 신설).

(2) 위원장은 국회의 인사청문을 거쳐 대통령이 임명하고, 위원은 방송·정보통신 분야의 전문성 등을 고려하여 대통령이 임명하되, 그 중 3인은 국회에서 추천한 자를 임명하고, 국회는 대통령이 소속되거나 소속되었던 정당의 교섭단체가 추천한 1인과 그 외 교섭단체들이 추천한 2인을 대통령에게 추천하도록 함.

(3) 위원회의 구성원 전원을 상임으로 함으로써 업무의 전문성·책임성 및 효율성을 높일 수 있을 것으로 기대됨. 다. 위원회의 소관사무 등(법 제11조 및 제12조)

(1) 기존 정보통신부와 방송위원회의 소관 사무를 통합하여 방송·통신의 융합 및 그 효율적인 행정체계를 구축할 필요성이 제기됨.

(2) 위원회의 소관 사무는 방송·통신·전파연구·관리에 관한 사항 등으로 하고, 그 소관 사무 중 위원회의 심의·의결이 필요한 사항을 정함.

라. 사무조직(법 제17조)

위원회의 사무를 처리하기 위하여 위원회에 사무조직을 두고, 그 세부적인 구성 및 운영 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 함.

17) 시행 2009.11.1. 법률 제9786호, 2009.7.31., 일부개정

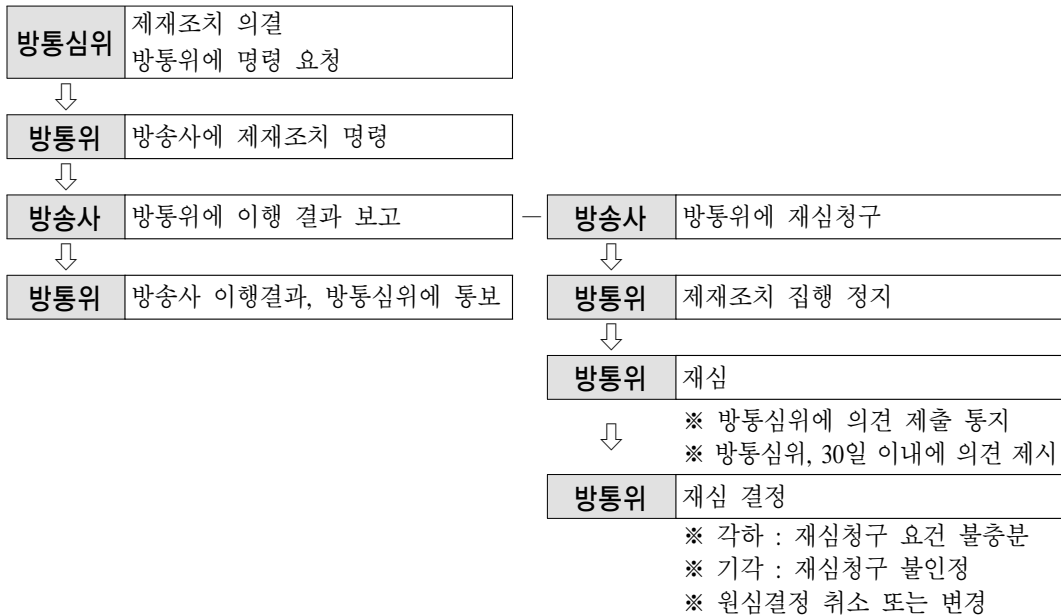
12) 2014년 방송법 개정¹⁸⁾

(1) 목적

공영방송인 한국방송공사의 독립성과 정치적 중립성을 보장하기 위하여 이사과 사장의 결격사유 등을 강화하고, 사장의 선임에 앞서 국회의 인사청문절차를 거치도록 함으로써 정파성이 배제된 능력과 자격을 갖춘 사람을 공정하고 투명하게 선임할 수 있는 제도적 장치를 마련하는 한편, 시청자들의 불편함을 해소하기 위하여 디지털 방송프로그램의 표준 음량기준을 마련하고, 유료방송을 행하는 방송사업자가 이용약관을 변경할 경우 이용자에게 약관 변경에 관한 통지를 하도록 하며, 장애인의 방송 시청을 도울 수 있는 장애인방송 수신기 보급을 위한 예산의 지원 근거를 마련하고, 현재 법인격이 없는 시청자미디어센터를 법정 법인으로 전환하여 시청자 지원 전문기관으로서 운영의 효율성과 전문성을 강화하려는 것임. 또한, 공사의 비밀을 누설한 자 등에 대한 처벌 정도가 타 법률상의 유사한 위반행위에 비하여 과소한 바, 법정형의 편차를 조정하여 불법성에 상응하는 처벌이 되도록 하려는 것임

2. 방송심의절차 및 재심절차

1) 현행 제재 절차 및 재심 절차



※ 방통위는 위원회 재심결정의 기속력을 현실적으로 인정

18) 시행 2014.8.29. 법률 제12677호, 2014.5.28., 일부개정

2) 위원회 재심 절차

- 현재 방통위로부터 재심 관련 의견 요청이 있을 시, 상임위에 의결사항으로 상정됨
- 상임위, 각하·기각 시 → 종결 처리, 방통위에 “의견 없음” 회신
- 상임위, 인용 시 → 전체회의 상정, 의결 후 제반 절차 진행

Ⅲ. 방송심의제도와 관련한 법체계와 이론적인 기준

1. 방송심의제도와 관련한 법체계

방송심의는 기본적으로 방송이란 매체를 대상으로 하고 있다. 방송은 언론매체의 한 종류로 인정되며 헌법 제21조의 언론의 자유의 보호영역에 속한다. 이러한 방송이라는 매체의 구체적인 시설기준에 대해서는 법률로 정하며(헌법 제21조 제3항) 이를 위해 현재 방송법이 제정되어 있다.

방송법 제32조는 방송정보의 내용이 공정성과 공공성을 유지하고 있는지의 여부와 공적 책임을 준수하고 있는지의 여부에 대해 심의·의결하기 위한 기관으로 방송통신심의위원회를 규정하고 있고 방송통신심의위원회의 심의규정을 동법 제33조에서 규정하고 있다.

이에 따라 ‘방송통신위원회의설치및운영에관한법률’은 제5장(제18조- 제29조)에서 방송 심의와 관련된 사항을 규정하고 있다. 방송법과 방송통신위원회의설치및운영에관한법률에 근거해 설치된 방송통신심의위원회는 방송통신심의와 관련하여 방송통신위원회기본규칙, 방송심의에 관한 규칙, 방송광고심의에 관한 규정, 상품소개 및 판매방송심의에 관한 규정, 방송프로그램의 등급분류 및 표시등에 관한 규칙, 선거방송심의에 관한 특별규정, 선거방송심의위원회 구성 및 운영에 관한 규칙, 소위원회 구성 및 운영에 관한 규칙, 특별위원회 구성 및 운영에 관한 규칙 그리고 정보공개심의회 구성 및 운영에 관한 규칙을 자체 규칙제정권에 근거해 제정해 방송심의에 대한 근거법규로 두고 있다.

2. 방송심의와 관련한 입법형성의 문제

방송통신심의위원회의 방송심의를 관한 사항은 법률유보의 원칙상 법률 및 법률에 근거한 하위법령에 근거해 이루어져야 하며 이러한 측면에서 방송심의회는 구체적인 법집행으로서의 행정적인 사항이라고 볼 수 있다. 따라서 개별적이고 구체적인 방송심의회는 방송통신심의위원회의 구체적인 판단작용이기 때문에 방송심의회 공정성과 중립성을 위해서는 그 심의과정에서의 자의배제가 이루어져야 한다.

그러나 이러한 자의배제는 기본적으로 방송심의관련법률의 정당하고 공정한 입법형성을 전제로 하고 있어 방송심의회 공정성을 위해서는 방송심의회와 관련한 법률의 내용적 정당성을 살피는 것이 방송심의제도의 문제점을 파악하기 위한 전제조건이다. 이하에서는 방송심의회와 관련한 법률 및 법률에 근거한 하위입법형성과 관련된 일반적인 문제인 방송독립의 의미, 방송입법형성과정에서의 입법자의 재량, 행정작용의 근거 및 조직법규범으로서의 방송심의관련법률의 성격과 그 형성에 있어서 정당성의 문제를 살펴보고 이를 기준으로 현행 방송심의제도와 관련된 문제점들을 현행 법규를 토대로 살펴보기로 한다.

3. 방송심의제도 형성과 관련한 입법론적인 문제점

1) 방송독립의 의미

방송독립의 의미는 다른 언론매체 특히 대중매체가 사회공동체안에서 수행하는 기능, 즉 존재론적 및 현상론적인 측면에서 찾아야 하고 단지 헌법 제21조의 표현의 자유의 한 종류로서 형식적·규범적인 측면에서 찾아서는 곤란하다. 물론 방송의 독립이 개별법률과 국가내의 각종 조직, 제도 그리고 절차법을 통해서 이루어지지만(organisatorische, institutionelle und verfahrensrechtliche Garantie) 그러한 개별법률과 제도의 형성이 방송이라는 대중매체가 수행하는 사회적 기능을 고려하지 않고서 이루어진다면 하나의 형식론적인 입법형성에 불과하고 형식적인 법치주의를 외부적으로 표현하는 명목적인 이상의 의미를 가지지 못한다.

방송독립의 사회적 기능은 결국 그 사회의 역사와 상황 그리고 방송이라는 대중매체가

그 사회에 미친 순기능 그리고 역기능적인 측면을 모두 고려 속에서 찾아야 한다. 특히 이러한 역사적, 경험론적인 분석은 방송관련입법의 탈정치성과 규범형성의 체계정당성의 차원에서 필수불가결한 것이다.¹⁹⁾

우리 방송의 역사는 집권당으로부터 독립되어 국민에게 많은 정보를 제공하여 사적·공적 의사형성에 기여하여 민주적 기본질서의 형성이라는 측면과는 동떨어진 집권당의 메가폰적인 역할을 수행하는데 그쳤다. 과거 유신정권시대에 공영방송과 민영방송이 국영방송이상의 의미를 가지지 못했으며 1980년대에는 보도지침에 의해 방송이 완전히 정부에 의해 통제되는 시대를 겪었다. 특히 KBS의 경우 9시뉴스가 ‘땡전뉴스’라는 비난을 받았다는 사실은 방송이 결국 정권의 선전수단에 불과하다는 역사적 사실을 실증적으로 보여주는 것이다.

과연 이러한 방송의 정권선전수단으로서의 전략은 과연 무엇을 의미하는 것이며 왜 이러한 것이 극복되어야 하는 것일까?

이러한 물음에 대한 답은 사회학, 언론학, 정치학 등과 같은 사실학문에서도 여러 이유를 찾을 수 있겠지만 본 연구가 공영방송의 독립과 관련된 규범적인 측면에서의 분석이란 차원에서 결국 우리나라의 규범체계 속에서 찾아야 한다. 즉 헌법을 정점으로 하는 개별법규범의 체계 속에서 찾아야 한다. 왜냐하면 현실에서 구체적인 방송정책의 수립과 집행 그리고 통제는 이에 대한 논의가 대의민주주의의 논리상 의회제정의 법률로서 이루어지는 것이기 때문이다. 물론 이러한 논리가 과거 형식적 법실증주의로 회귀하는 것을 의미하는 것은 아니다. 오히려 내용이 없는 법규범 그 자체에 대한 복종과 준수를 의미하는 법실증주의를 극복한 실질적인 법실증주의에 입각해야 한다.²⁰⁾

19) 현재 정부의 방송정책이 지난 정권의 좌편향된 방송정책을 바로 세우겠다는 이유로 추진되고 있는데 지난 정권 역시 그 이전의 정권의 편향된 방송정책을 시정한다는 이유로 방송정책을 전개했다. 결국 지금까지 우리의 방송논리는 방송이 내포한 헌법적 가치의 실현을 위한 중립적, 독립적인 규범으로서 전개된 것이 아니라 정치적인 이해관계의 산물로 전개되어 왔다. 이러한 현상은 결국 방송의 독립을 저해한 것이었고 방송법의 형성에 대한 과학과는 거리가 먼 것이다. 따라서 가치중립적, 방송의 헌법적 기능수행과 필수불가결한 입법형성에 대한 과학적인 접근이 필요하다.

20) 과거 법실증주의에 대한 반론으로 자연법으로의 회귀를 주장할 수도 있겠지만 자연법은 실정법에 대한 정당성의 근원을 제시해준다는 측면에서는 타당할지는 모르나 법적안정성과 성문법주의에 입각한 법치주의원리의 실현이라는 점에서 실정법에 대한 무시는 결국 또 하나의 혼돈만을 가속시킬 수 있다.

대중매체로서 방송의 의미는 헌법상의 기본권과 기본원리와 관련하여 규명되어야 한다. 독일연방헌법재판소가 일련의 방송관련판례에서 언급했듯이 방송은 국민에게 다양한 정보를 제공함으로써 국민의 사적·공적형성에 봉사하고 그것을 통해 사회의 민주적 기본질서의 형성에 기여하는 기능을 수행한다.²¹⁾ 물론 방송의 이러한 기능적인 측면만을 강조하게 되면 방송의 자유는 하나의 독자적인 자유권으로서의 성격이 아니라 하나의 봉사적인 기본권에 국한되게 되는 문제점을 안고 있지만 방송의 자유는 그 주체인 방송사의 주관적인 방어권으로서의 성격과 방송이 사회의 민주적 기본질서에 기여한다는 측면의 두 가지의 기능이 모두 병존적으로 존재한다는 것을 인정할 수밖에 없을 것이다.²²⁾

방송의 기능은 우리 헌법상 국민의 기본권과 기본원리의 실현에 필수불가결한 관계를 가진다. 우리 헌법은 인간의 독자적이고 자율적인 인간상을 근본으로 하고 있고 이러한 자율적인 인간에 의한 통치 즉 민주주의의 실현하는 것을 기본원리로 하고 있다.²³⁾ 물론 민주주의의 구체적인 실현방법으로 헌법 제72조, 제128조 내지 제130조의 직접민주주의적인 방법을 통해서 이루어지기도 하지만 직접민주주의의 현실적이고 이론적인 문제점에 의해²⁴⁾ 결국 다수의 국가가 채택하는 간접민주주의방법에 기초하고 있다. 이러한 간접민주주의는 결국 선거제도와 정당제도를 통해 실현이 가능하며 방송은 국민에게 자율적인 판단력을 이성적으로 행사해 국정의 대표자를 선출하고 정당에 정책의 제안을 통한 국민의 국정참여에의 참여하도록 하는 전제조건적인 기능을 수행한다. 다양성과 상대성으로 표현되는 민주주의원리는 결국 다양한 가치관을 자유롭게 형성한 국민들의 합의와 다수결이라는 방법에 의해 실현이 되며 방송은 이러한 자유롭고 다양한 사상이 형성될 수 있도록 형성하는 사회의 인프라의 기능을 수행한다. 국민들이 다양한 정보를 기초로 자율적인 판단에 의해 국정의 대표자와 국가정책을 정당을 통해 간접적으로 실현하는 것은 단순히 국민에 의한 민주주의의 실현만이 아니라 집권정권에 대한 민주적 정당성을 부여하는 것이며 이것을 통해 결국 헌법의 최고의 가치인 인간의 존엄과 가치를 실현하고 인

21) BVerfGE 57, 295(319ff.).

22) 방송자유권의 법적성격에 대해서는, 최우정, 방송법연구 I, 2006, 51쪽 이하 참조.

23) 헌법상의 인간상에 대해서는, 최우정, 헌법상의 인간상(Menschenbild)의 의미와 사이버스페이스상의 다양한 매체에 대한 법적규제강도의 문제, 공법연구 제35집 제3호, 139쪽 이하 참조.

24) 전광석, 한국헌법론, 2006, 66쪽.

격적인 존재로서 국민은 자신의 인격권을 발현하게 된다.

과거 방송이 정권의 선전수단으로 전락한 시기는 국민의 다양성을 부정하는 획일화된 사상만을 강요하게 되고 특히 국가의 정책만을 지지하는 수동적인 인간으로 전락하게 만들어 헌법에 규정된 인간의 존엄과 가치를 명목적으로 권리 또는 프로그램적인 권리로 전락하게 하였다. 비록 획일화된 사회에서 어느 정도의 사회의 안정을 강요할 수는 있지만 우리 헌법상의 최고의 가치인 인간의 존엄과 가치는 실현될 수 없는 것이다. 바로 여기에 방송의 중요성이 존재하며 방송독립의 의미가 존재하는 것이다.²⁵⁾

2) 방송의 독립과 입법

(1) 방송의 독립과 관련한 입법형성의 의미와 법적성격

법치국가원리의 구현과 국민주권주의원리의 실현은 국가의 제도, 특히 공법상의 제도를 하나의 사실적인 형태로만 존재하게 하는 것이 아니라 그 조직, 권한 그리고 구제의 방법을 하나의 법규범으로 규정할 것을 요구하고 있다(행정조직법정주의). 공법상의 영조물법인이라는 도그마를 가진 공영방송도 그 예외는 아니며 입법자의 구체적인 입법형성을 통해 그 조직, 권한 및 정치적 중립성이 보장되는 것이다. 그러나 입법형성에 의해 공영방송의 구체적인 내용이 전적으로 원리와 원칙없이 입법자의 재량으로 형성된다는 것을 의미하지는 않는다. 즉 과거 공영방송을 하나의 제도적 보장(institutionelle Garantie)으로 파악해서는 안 된다.²⁶⁾ 공영방송의 헌법상의 기능을 보장하기 위해서는 입법자의 입법형성은 단지 형식논리적으로 주어진 법률을 그대로 받아들여지는 것이 아니라 공영방송의 헌법적인 기능을 부합하도록 실현시키기 위한 방향지향성의 입법형성

25) 국가의 방송제도를 공영방송, 민영방송 또는 공영과 민영의 병존의 형태로 할 것인가의 문제는 단순히 입법정책적인 문제로 고려될 수도 있으나 상업적, 산업적 그리고 경쟁적 논리가 적용되는 민영방송과는 달리 공영방송의 경우는 국민에 대한 다양한 프로그램의 제공을 통한 사적·공적의사형성에 기여하는 사회공동체의 민주주의실현에 필수불가결한 기능을 수행한다는 측면에서 단순히 입법정책 즉 입법형성의 재량에 속하는 것이 아니라 헌법에 기속된다. 따라서 입법적으로 공영방송의 존립은 단지 입법형성의 문제가 아니다. 상세한 것은, 최우정, '방송통신위원회 설치 및 운영에 관한 법률'에 대한 법리적 문제점에 관한 연구, 방송문화연구, 2008 제20권 1호, 196쪽 이하 참조.

26) 제도적 보장에 대해서는, 최우정, 한국헌법학, 2008, 225쪽 이하 참조.

을 요구하는 것이다. 이러한 방향지향성의 입법형성을 위해 우리 헌법 제21조에 규정되어 있는 방송의 자유는²⁷⁾ 우리 헌법의 규범체계 내에서 그 구체적인 실현의 방법이 검토되어야 한다. 물론 공영방송만이 아니라 민영방송의 경우도 비록 공법상의 영조물법인의 성격을 가지지는 않지만 헌법상의 방송의 의미를 구현하기 위해서는 공영방송의 입법형성의 방향성과 동일한 지향성을 가진다. 다만 공영방송과는 달리 사경제주체로서의 성격을 고려한 입법형성이 동시에 고려되어야 한다.

전통적인 도그마에 따르면 헌법상 규정되어 있는 자유권적 기본권은 주관적 방어권으로서의 성격을 가지는 것이기에 국가로부터의 간섭을 받지 않는 것이 기본권의 실현에 가까운 것이라고 인정되고 있다. 즉 국가로부터의 자유(let it be free from state)를 의미하는 것이다. 그러나 방송의 경우는 조금 다르다. 역사적인 전통과 경험을 바탕으로 도그마틱적으로 형성되어온 자유권적 기본권에서 법률의 제정은 기본권제한적인 입법형성을 의미하지만 방송의 경우처럼 그 역사성과 경험이 일천한 경우 이 영역에서의 구체적인 내용의 형성에 관한 입법형성은 기본권형성적인 입법형성을 의미한다.²⁸⁾ 이미 독일 연방헌법재판소의 경우 방송자유권과 관련된 입법은 기본권형성적인 성격을 가진다고 인정하고 있다. 물론 이러한 견해가 방송관결과 관련된 초기의 독일연방헌법재판소와 학계의 견해가 방송을 국민의 주관적인 공권으로 파악하는 것이 아니라 객관적 가치질서로서의 성격을 파악하고 있었던 상황에서 근거한 견해이기는 하지만 최근 방송자유권을 하나의 주관적 공권으로 인정하지는 움직임 속에서도 그대로 유지되고 있다.²⁹⁾

27) 엄격히 명문의 규정으로 본다면 우리나라 헌법 제21조와 독일 기본법 제5조에 방송의 자유라고 규정되어 있지 않다. 다만 해석론으로 이들 조항은 방송의 자유를 인정하고 있다.

28) 흔히 기본권제한적 법률유보와 기본권형성적 법률유보라고 구분되는 전통적인 헌법상의 도그마가 과연 타당할 것인가의 문제는 헌법학의 이론에서 재검토되어야 한다. 과연 현대국가에서 기본권제한적인 법률유보와 기본권형성적 법률유보가 절대적으로 구분가능한 기준의 제시라는 것이 가능한가에 대해 의심스럽다. 현대국가에서 국민의 기본권은 독일 공법학자 헤벌레(P. Häberle)의 기본권은 제도라는 극단적인 견해와 완전히 일치하기는 어렵지만 종래 자유권적 기본권의 실현은 단지 국가가 소극적인 입장에서 완전히 구현되는 것이 아니라 자유권적 기본권의 침해시 그 구제를 위한 적극적인 입법형성을 위한 조치를 통해 실현되는 것이다. 이 경우 기존의 도그마처럼 자유권적 기본권과 관련된 법률유보는 기본권제한적 법률유보라는 관점은 그 타당성을 상실한다. 또한 역의 이론이 방송의 자유에도 적용될수 있다. 특히 1980년대 이후 독일의 공법학자에 의해 제기된 방송자유권의 주관적 공권성을 강조하는 학자들의 경우에 방송자유권은 단순히 국가의 제도보장 또는 객관적 가치질서만이 아니라 독일 기본법 제5조에 규정된 다른 언론매체의 자유권과 동일한 주관적 공권성을 가진다고 볼 수 있다.

(2) 방송관련입법과 입법자의 입법형성의 재량

문제는 이러한 입법형성은 국민의 대의기관인 의회에서 이루어지는데 여기서 입법자는 어느 정도의 입법형성의 재량을 가지는가이다. 일반적으로 보면 자유권적기본권과 관련된 입법형성은 기본권제한적인 성격을 가지기에 엄격한 비례의 원칙에 입각한 입법형성의 통제에 구속되게 되나 방송 및 사회권적 기본권의 형성에 있어서는 입법형성의 정당성과 평등의 원칙에 위반되지 않는 한 광범위한 입법형성의 재량을 가진다고 파악된다.

그러나 여기서 방송과 관련된 입법형성의 경우 단순논리적인 입법자의 광범위한 입법형성의 재량이 부여되는 것은 아니다. 일반적으로 입법자의 입법형성은 한 국가의 법규범체계내에서 정당성을 가진 범위에서 형성되어야 한다. 즉 상위법과 하위법 및 동등한 효력을 가지는 법규범간의 체계정당성을 고려한 입법형성이 이루어져야 한다. 입법형성 과정에서 체계정당성의 원리는 방송의 영역에서도 고려되어야 하고 특히 그 내용형성의 지향성은 헌법상 방송의 의미를 지향하고 실현할 수 있는 구체적인 제도와 절차의 형성으로 이어져야 한다는 구속을 받아야 한다. 즉 방송이라는 매체가 지향하는 헌법적인 가치인 민주적 기본질서의 형성에 기여할 수 있는 순기능이 보장되도록 방송관련 입법이 입법자에게 요구되는 것이며 이것은 단순히 도덕적 또는 윤리적인 의무가 아니라 헌법규범적인 명령이다.

그러나 현에 입법형성된 방송심의에 관한 규정을 제정함에 있어 헌법적인 시각과 방송의 헌법상 의미에 대한 논의보다는 행정법적인 법체계성이 더 논의과정에서 이루어진 것이 아닌가 한다. 행정법적인 시각에서는 단지 방송심의를 방통심의위의 조직법적인 측면에서 접근하기 때문에 그 심의규정이 가지는 헌법적인 의미를 배제하고 논의될 수 있기 때문에 바람직한 접근법은 아니라고 판단한다. 이에 대한 구체적인 입법형성의 연혁은 추후에 더 논의하기로 한다.³⁰⁾

29) 상세한 것은, 최우정, 방송법연구 I, 2006, 51쪽 이하 참조. 방송자유권을 객관적 질서로서가 아니라 주관적 공권으로서의 성격을 강조하는 이유는 독일 기본법의 체계적인 해석 및 기업의 민영방송사의 설립권을 인정하고자 함에 있다.

30) 행정법적인 측면에서의 방송심의에 관한 입법적 연혁에 대해서는, 오준근, 방송심의규정에 관한 공법적 고찰-개정된 방송심의규정에 관한 몇 가지 쟁점을 중심으로 -, 경희법학 제39권 1호, 2004 참조.

(3) 입법자의 입법형성과 의회유보(Parlamentsvorbehalt)

의회유보의 원칙은 독일 연방헌법재판소에 의해 발전된 이론으로 중요하며 본질적인 내용에 대한 국가적 결정은 의회입법자에 의해 이루어져 한다는 본질성이론(Wesentlichkeitstheorie)에서 형성되었다.³¹⁾³²⁾

의회유보의 원칙에서 논란이 되는 것은 과연 의회가 스스로 결정해야 할 중요하고 본질적인 것이 무엇이며 이에 대한 기준이 무엇인가라는 질문인데 의회유보의 기준에 대해서는 학설상 적극설³³⁾과 소극설³⁴⁾이 대립되고 있다.

의회유보의 기준이 무엇인가에 대해 독일연방헌법재판소의 입장은 확실하지 않다. 기본권관련성을 중요한 이유로 하기도 하고³⁵⁾ 민주적 요청을 근거로 하기도 하고³⁶⁾ 또 다른 판결에서는 행정의 민주적 정당성도 그 판결기준으로 하고 있다.³⁷⁾

우리나라 헌법재판소도 방송수신료결정과 관련하여 본질적인 사항에 대해서 국가가 직접 결정하여야 한다는 의회유보의 원칙을 인정하고 있고³⁸⁾ 정부투자기관의 계약에서

31) BVerfGE 33, 1(9ff.); 또한 독일연방헌법재판소는 진급유무의 판단, 학교에서 새로운 교과목인 성교육과목을 추가하는 것을 과거의 특별권력관계에 입각해 인정될 수 있는 것이 아니고 본질적이고 중요한 사항은 입법자 스스로 결정해야 한다고 결정했다. Vg., BVerfGE 58, 257ff; BVerwGE 47, 194; BVerfGE 47, 46; 우리 헌법재판소도 독일의 수행자판결과 유사한 판결을 내리고 있는데 수행자의 전면적인 집필을 금지하고 있는 행정법 시행령 제145조 제2항의 위헌여부에 대한 헌법소원심사에서 위임입법의 한계의 일탈과 과잉금지의 원칙에 위반된다는 근거로 위헌결정 했다. 헌법재판소 2005. 2. 24. 2003헌마289.

32) 이 본질성이론은 현대에 와서는 행정유보(Verwaltungsvorbehalt)와 연계되어 권한분배에 있어서 헌법학의 새로운 논점이 되고 있다. 홍성방, 헌법학, 2004, 766쪽, 각주 288참조.

33) G. Müller, Inhalt und Formen der Rechtssetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung, 1979, S. 11ff.; K. Eichenberger, Von der Rechtssetzungsfunktion im heutigen Staat, in: Probleme der Rechtssetzung, 1974, S. 21.

34) C. E. Eberle, Gesetzesvorbehalt und Parlamentsvorbehalt, DÖV 1984, S. 490ff.

35) BVerfGE 33, 1, 11; BVerfGE 41, 251, 263).

36) BVerfGE 33, 125, 129; 40, 237, 249; 41, 251, 260.

37) BVerfGE 49, 89, 125f.

38) 헌법재판소 1999. 5. 27. 98헌바70, 관례집 11-1, 633, 643-644(TV 수신료결정 사건); 헌법재판소 1998. 5. 28. 96헌가1; 헌법재판소 2001. 4. 26. 2000헌바12.

오늘날 법률유보원칙은 단순히 행정작용이 법률에 근거를 두기만 하면 충분한 것이 아니라, 국가공동체와 그 구성원에게 기본적으로 중요한 의미를 갖는 영역, 특히 국민의 기본권실현에 관련된 영역에 있어서는 행정에 맡길 것이 아니라 국민의 대표자인 입법자 스스로 그 본질적 사항에 대하여 결정하여야 한다는 요구까지 내포하는 것으로 이해하여야 한다(이른바 의회유보원칙).… 적어도 헌법상 보장된 국민의 자유나 권리를 제한할 때에는 그 제한의 본질적인 사항에 관한 한 입법자가 법률로써 스스로 규율하여야 할 것이다.… 국민의 자

공정한 경쟁을 해하는 일정한 자에게 일정기간 입찰참가자격을 제한하고 있는 정부투자기관관리기본법 제20조 제2항의 헌법소원에서 일정기간을 하위명령에 위임한 것은 본질적이고 핵심적인 사항을 포괄적으로 위임입법한 위헌적인 것이라고 결정했으나³⁹⁾ 우리 헌법재판소 역시 의회유보의 기준에 대해 명확한 언급을 제시하고 있지는 않다.

그러나 비록 헌법재판소가 의회유보원칙에 대한 구체적인 기준을 제시하지 않았다고 하더라도 방송관련 입법형성에 있어서 의회유보원칙은 입법자의 입법형성에 대한 또 하나의 기속범위를 제공한다. 즉 입법자는 헌법상의 방송의 기능을 순기능적으로 유지할 수 있는 제도와 절차를 입법해야 하는 헌법적인 명령과 더불어 이러한 본질적인 내용에 대한 입법형성은 하위법령으로 위임해서는 안 되고 자신이 스스로 결정해야 한다는 위임입법의 한계기준을 제시해주고 있다.

(4) 입법자의 입법형성재량에 대한 구속과 대의민주주의

대의민주주의는 전제왕권에 대한 견제로 등장했으며 국민의 대표자로 구성된 의회가 형성한 법률에 의해 국가행정권의 발동이 이루어져야 한다(법률의 유보)는 전통적인 견해에 따르면 과연 입법자의 입법형성재량권에 대한 구속이 타당한가라는 문제가 등장한다.

그러나 과거 전제화된 행정권의 발동으로 인한 국민의 자유와 권리의 침해의 문제는 이제 의회가 형성하는 입법에 의해 침해될 수 있다는 인식이 팽배해져감에 따라 단순히 행정권에 대한 의회의 견제를 의미하는 법률의 유보만이 필요한 것이 아니라 의회 스스로에 대한 이성적이고 국민의 기본권을 실현시키기 위한 비례의 원칙에 부합되는 입법형성을 요구하게 된다. 이러한 요구는 과거 형식적인 권력분립에서 국가권한의 분할이라는 차원을 넘어서 국민의 자유와 권리는 단순히 국가의 부작위에 의해 이루어지는 것이 아니라 입법형성과 그 입법형성의 결과물인 법률을 통한 기본권의 실현(Grundrechtsverwirklichung durch Gesetz)이라는 측면이 강조된다. 헌법의 기본원리와 기본권실현을 위해 입법자에게

유나 권리를 제한하는 행정작용의 경우 적어도 그 제한의 본질적인 사항에 관한 한 국가가 제정하는 법률에 근거를 두는 것만으로 충분한 것이 아니라 국가가 직접 결정함으로써 실질에 있어서도 법률에 의한 규율이 되도록 요구하고 있는 것으로 이해하여야 한다.

39) 헌법재판소 2005. 4. 28. 2003헌바40.

입법방향성을 제공함으로써 입법자의 입법형성의 재량을 축소시키는 것은 과거 형식적인 권력분립의 차원을 떠나 실질적인 대의민주주의를 실현한다는 측면에서 입법형성재량의 제한으로 파악되어서는 안 된다. 헌법상의 기본원리와 국민의 기본권의 실현이라는 헌법적 가치질서에 부합되지 못하는 입법형성은 단지 입법자의 재량의 영역에 머물러 있는 것이 아니라 재량의 범위를 넘어 위법한 입법형성으로 이어지게 되는 것이다.⁴⁰⁾ 따라서 입법형성의 재량을 넘어선 입법자의 행위는 결국 위법한 입법형성이며 단지 입법자의 부진정입법 부작위에 머물러 있지 않게 된다.

(5) 방송관련입법형성과 입법자에 대한 구체적인 기속의 내용

입법자는 비록 방송관련입법이 기본권형성적인 성격을 가진다고 하더라도 방송의 순기능을 위한 제도와 절차의 규정이라는 헌법상의 명령에 기속되는 동시에 본질성이론에 근거한 의회유보원칙에 또한 기속이 된다. 문제는 이러한 입법자의 입법형성을 구속하는 구체적인 지침 또는 가이드라인이 무엇인가의 문제이다.

이러한 문제는 이론적이고 논리적인 연혁적인 방법에 의해 해결될 수는 없는 것이고 경험적이고 실증적인 방송의 존재론적인 현상과 그 방송을 운영하는 국가의 방송관련법률의 문제점을 분석하는 귀납적인 방법에 의해 가능하다.

이러한 내용에 대해 이미 우리와 비슷한 방송의 역사적 전철을 경험한 독일의 경우 독일연방헌법재판소의 결정을 통해 제시되고 있다. 과거 나치에 의한 방송의 선전도구로의 전략의 역사에서 독일연방헌법재판소는 헌법적인 가치질서의 실현을 위해 방송관련 입법은 방송의 자유를 위해 제도적 및 절차적인 사전예방적인 제도를 통해 보장된다고 결정하였고 구체적인 방송의 자유의 내용은 방송의 국가로부터의 독립(*Staatsfreiheit des Rundfunks*), 방송프로그램편성의 자율권(*Programmautonomie*) 그리고 내적·외적 다원주의의 확보로 파악되고 있다.⁴¹⁾ 독일연방헌법재판소의 이러한 결정사항은 구체적으로 입법자의 입법형성의 기준과 가이드라인을 제시해주는 것이며 입법자는 이러한 방송의 자유

40) M. Comils, Die Ausgestaltung der Grundrechte - Untersuchung zur Grundrechtsbindung der Ausgestaltungsgesetzgebers, 2005, S. 57ff.

41) Ricker/Schiwy, Rundfunkverfassungsrecht, 1997, S. 339.

의 내용을 순기능적으로 실현하기 위한 제도와 제도의 입법화라는 의미에 기속이 된다.

헌법 제21조에서 보장하고 있는 방송의 자유는 그 법적성격이 주관적 공권인지, 객관적 법질서 또는 제도적 보장인지에 대한 논란⁴²⁾은 논외로 하더라도 방송은 국가로부터 자유롭고 독립되어 행사되어야 하며 방송을 통해 국민의 사적·공적 의사를 형성하며 이를 통해 결국 국가의 민주적 기본질서에 이바지 하는 기능을 수행한다.⁴³⁾ 국가로부터의 방송의 독립은 국가의 직접적인 개입과 간접적인 개입으로부터의 독립을 의미하고 또한 사회의 제반세력으로부터의 독립을 또한 요구한다. 즉 공영방송과 관련한 입법은 국가와 사회의 제세력에 의해 공영방송의 프로그램이 영향을 받지 않도록 형성되어야 한다. 국가로부터의 공영방송의 독립을 위한 구체적인 문제로는 공영방송사 운영과 관련된 인적·재정적인 문제가 국가로부터 독립되어야 한다. 공영방송사 사장에 대한 임명, 공영방송사의 임원에 대한 인사권, 공영방송사의 자율적인 재정편성 및 예산집행 등의 문제가 국가기관인 행정부, 입법부 그리고 사법부로부터 독립이 되도록 입법형성 되어야 한다. 또한 이러한 독립은 단순히 인사와 재정에 관련된 부분만이 아니라 공영방송사의 미래지향적인 정책과 계획수립에 있어서도 국가기관의 직접·간접적인 권력적, 비권력적인 법률 행위 및 사실행위가 배제될 수 있도록 사전예방규범이 형성될 수 있게 이루어져야 한다. 또한 국가기관만이 아니라 현대사회에서 국가와 유사한 집단영향력을 가지고 있는 재벌 집단으로부터의 경제적인 영향으로부터 독립되어야 한다. 이러한 법제도적인 보완을 통하여 공영방송의 재원운용이 재벌로부터 본질적인 영향을 받지 않아야 하고 민영방송과의 관계에서 공영방송은 산업적 경쟁력으로 그 존재목적이 평가되어서는 안 된다.

방송의 자유의 또 하나의 축은 방송사업자의 자율에 의한 방송프로그램의 형성과 편성이다. 방송의 자유는 또한 방송사업자의 방송프로그램형성과 편성에 대한 자유를 의미한다. 방송사업자가 국가의 영향으로부터 벗어나려면 방송사업자가 국가기관이어서는 안 된다는 것이 1차적이라면 2차적으로는 방송사업자의 방송프로그램형성에 대한 본질적인 부분에 대한 침해가 배제되어야 한다는 것이 방송의 자유의 핵심적인 사항이다. 방송사

42) 최우정, 방송법연구 I, 2006, 제2장 참조.

43) BVerfGE 12, 205ff.

업자는 방송프로그램내용에 대한 형성과 편성에 대한 국가의 결정적인 영향력을 배제함으로써 방송의 자유라는 기본권을 발현하는 것이다. 방송사업자의 방송의 자유는 국가에 대한 방어권으로서의 성격을 가지고 국가로부터의 적극적인 침해를 금지하고 있다. 특히 방송사업자의 방송편성에 대한 간섭과 지나친 통제는 헌법 제21조 제2항에서 규정하고 있는 허가와 검열금지규정과 부합되지 않을 수 있다.⁴⁴⁾ 그러나 단순히 방송사업자의 방송프로그램형성과 편성에 대한 자유는 국가에 대한 주관적 방어권으로서만 기능하는 것이 아니라 개인의 기본권발현에 이바지함으로써 사회전체의 민주적 기본질서의 형성에 기여를 한다는 의미를 가진다.

방송프로그램형성과 편성에 대한 방송사업자의 자기 책임하에 방송프로그램형성과 편성이 이루어져야 한다. 기본적으로 방송사업자에 대한 국가의 직접적인 방송프로그램의 형성이나 편성은 금지된다. 그러나 예외적으로 개별법률에 근거를 두고 중대한 공익적인 성향을 가지는 경우에는 예외적으로 인정될 수도 있다. 독일의 경우에는 독일방송법⁴⁵⁾ 제42조에서 종교단체에 의한 방송요구권, 정당단체에 의한 방송요구권 등에 대한 규정을 두고 있어 일정한 경우에 제3자에 의한 방송요구권을 인정하고 있다.⁴⁶⁾ 우리의 경우도 공직선거법 제70조 이하에서 선거운동을 위한 방송광고, 후보자 등의 방송연설, 공직선거후보자에 대한 경력방송 등에 대한 규정을 두고 있고 2005년 개정된 방송법 제75조의 재난방송의 경우 국가에 의한 직접적인 프로그램형성에 대한 개입이라고 볼 수 있다. 그러나 개별법에 규정된 국가의 방송에 대한 직접적인 개입은 개별법률에 근거하고 있고

44) 초기에 우리 헌법재판소는 방송광고의 내용에 대해 방송위원회의 사전심의 및 방송가부판정에 대한 의결을 규정한 방송법 제32조 제2항의 위헌여부에 대한 헌법소원에서 비록 청구인부적격으로 인한 각하결정에도 불구하고 국가행정기관에 의한 방송광고에 대한 심의·의결은 논란의 소지가 있는 것이라고 보았으며(헌법재판소 2005. 1. 25. 2005헌마4), 이 후 방송위원회의 텔레비전 방송광고에 대한 사전심의를 검열에 해당한다고 결정하였다(헌재 2008.06.26. 2005헌마506). 한편 광고의 경우 방송프로그램으로 볼 것인가에 대한 문제는 그 전제조건으로 방송개념이 무엇인가에 대한 논의를 시작으로 한다. 독일의 경우 국민들의 공적·사적 사상형성에 영향력을 미칠만한 의미가 없는 단순 광고나 텔레쇼핑의 경우는 방송의 개념에서 제외되고 단지 광고라 하더라도 제작자의 의사전달로 인한 국민들의 사상형성에 영향력을 미치는 경우는 방송의 개념에 부합한다고 한다. Ricker/Schiwy, Rundfunkverfassungsrecht, 1997, S. 364; § 7 Abs, 7 RfStV.

45) 정확하게는 주간방송에 관한 협약(Rundfunkstaatsvertrag)을 의미하지만 이하에서는 독일 방송법이라고 칭한다. 다만 각 란트의 방송법을 언급할 때는 개별적으로 지칭한다.

46) 개별 란트의 방송법에서는 일정한 요건하에서 정부의 방송요구권이 규정되어 있는 경우도 있다. 상세한 것은, Ricker/Schiwy, Rundfunkverfassungsrecht, 1997, S. 252ff.

헌법 제37조 제2항에 의한 법률에 의한 방송사업자의 기본권제한이라는 측면에서 정당성이 존재한다고 볼 수 있다.⁴⁷⁾ 그러나 국가에 의한 방송사업자에 대한 방송프로그램의 형성과 편성에 참가하는 것은 반드시 정당성을 가진 일정범위의 개별법률에 근거를 둔 경우에만 인정될 수 있고 그 개별법률은 입법에 있어서의 비례의 원칙이 적용된 일정한 경우에 인정되는 것이지 결코 포괄적인 수권(일반적인 수권)에 의해서는 허용되지 않는다.

마지막으로 방송의 국가로부터의 자유와 프로그램형성과 편집의 자율성 외에 또 하나의 방송의 자유의 핵심의 영역은 방송의 내적·외적 다양성의 보장이다.⁴⁸⁾⁴⁹⁾

공영방송은 사회의 다양한 가치를 반영하여 국민에게 다양한 욕구를 만족시키기 위한 전제조건으로 그 운영에 있어서 내부적다원성이 보장되어야 한다. 공영방송사의 경우 법적 및 사실적인 책임자인 사장의 전형적인 운영은 다양한 가치관의 반영을 통한 민주적 기본질서의 형성기능을 수행하는 공영방송의 헌법적 기능을 실현하지 못하게 된다. 따라서 공영방송의 정책수립, 집행 그리고 프로그램의 기획, 제작 그리고 편성과 전송이 사회의 다양한 세력의 이해관계가 조절되어 형성될 수 있도록 내부적으로 다원성을 가진 기구에 의해 자체적인 통제 및 견제장치가 마련되어야 한다. 실제로 독일 제2공영방송의 경우 각 란트의 대표, 연방대표, 정당대표, 개신교, 가톨릭 및 유대교의 대표, 노동조합의 대표, 사용자측의 대표, 독일신문연합의 대표, 언론인대표, 복지단체의 대표, 각 도시, 지방협의회의 대표, 체육협회의 대표, 유럽연합독일지부의 대표, 환경보호단체의 대표, 실향민단체의 대표, 스탈린치하의 희생자의 대표 그리고 교육, 학교, 학문, 예술, 영화, 문화, 직업, 가정, 아동보호, 청소년노동, 소비자보호와 동물보호의 대표로 구성된 시청위원회(Fernsehrat)에 의해 제2공영방송사의 사장이 선출되고 프로그램전반에 대한 제작·편

47) 물론 이 경우 국가에 의한 재난방송에 대한 강제(방송법 제108조에 따라 재난방송에 대한 불응은 3천만원이하의 과태료에 처하게 된다)는 유상이나 또는 무상이나에 따라 그 침해의 정당성에 차이를 둘 수는 있을 것이다. 공영방송의 경우 방송수신료에 의한 방송사업의 운영이라는 측면에서 공영성이 더 강하게 요구되며 민영방송의 경우 공영방송과 동일한 정도의 공영성을 인정할 수는 없다. 민영방송사업자의 경우 방송의 공적책임의 의무를 지는 동시에 경제생활의 주체로서의 성격을 무시할 수 없기에 재난방송의 경우에 있어서도 국가에 의한 절대적인 무상방송의 요구는 민영방송의 재정을 악화하는 문제를 발생시키며 헌법상 직업의 자유의 기본권주체성에 대한 본질적인 침해를 일으킬 수도 있다.

48) Ricker/Schiwy, Rundfunkverfassungsrecht, 1997, S. 339

49) 공영방송독립의 구체적인 내용에 대해서는, 최우정, '방송통신위원회 설치 및 운영에 관한 법률'에 대한 법리적 문제점에 관한 연구, 방송문화연구, 2008 제20권 1호, 190쪽 이하 참조.

성의 기준과 감독의 기능이 이루어진다.⁵⁰⁾ 이러한 시스템으로 구성된 공영방송사에 대해 국가의 감독은 독일연방헌법재판소가 그 결정에서 언급하고 있듯이⁵¹⁾ 법적사항에 대한 감독(Rechtsaufsicht)만이 허용되고 실제로도 국가는 거의 예외적인 경우를 제외하고는 공영방송에 대한 감독권을 행사하지 않는다.⁵²⁾ 물론 이러한 내부적 다원주의에 입각한 시청위원회(Fernsehrat)의 구성에 대해 과연 공영방송의 독립을 위한 필요충분조건일 것인가의 논의가 있을 수 있으나 공영방송의 독립보장을 위해 입법의 영역에서 가장 핵심적인 것은 기본적으로 공영방송의 독립을 위한 법제도의 정비는 입법자의 입법형성의 영역에 속하는 것이고 이러한 측면에서 내부적다원주의의 법제도화는 입법자의 적극적인 입법형성의 의무를 수행한다는 점에서 인정될 수 있는 것이지 법제도 그 자체의 무흠 결성으로서의 필요충분조건을 충족시켜야 하는 것은 아니다.

공영방송과는 달리 민영방송의 경우는 시장의 경쟁체제하에서 다양한 정보와 사상형성의 인프라를 제공할 수 있는 외부적 다원성이 확보되어야 한다. 즉 특정민영방송사에 의한 시장에 대한 독과점의 형성은 방송의 자유를 보장하는 필요충분조건과 부합되지 않는 것이다.

3) 행정조직법정주의와 법치주의

방송에 관한 정책의 수립, 집행 그리고 평가를 담당하는 방송통신위원회는 과거와는 달리 현행 법체계상 대통령소속하의 합의제 행정기관으로 설치되어 있다. 그리고 방송사의 방송프로그램에 대한 심의를 담당하는 방송통신심의위원회는 그 소속이 불분명하지만 그 심의위원의 위촉권이 대통령과 국회에 예속되어 있어 기본적으로 행정기관으로서의 성격을 가진다고 볼 수 있다. 우리 헌법재판소도 방송광고의 사전심의의 위헌성을 결정함에 있어서 방송통신심의위원회의 법적성격에 대해 행정기관의 성격을 인정하고 있다.⁵³⁾⁵⁴⁾

50) ZDF-Staatsvertrag § 21; 제2공영방송의 시청자위원회의 구성에서 논점이 되는 것은 어떻게 중립성이 지켜질 수 있도록 다양한 사회의 이익단체를 선정할 것인가의 문제가 제기된다.

51) BVerfGE 12, 205(261); 57, 295(326).

52) Holznel, Rundfunkrecht in Europa, 2004, S. 212f.

53) 헌법재판소 2008. 6. 26, 2005헌마506.

문제는 행정기관의 성격을 가지는 방송통신심사위원회의 설치, 조직, 운영 그리고 내부기관의 설치에 관한 입법형성은 행정조직에 관한 입법사항이며 이것은 전통적으로 행정기관내부의 법으로 인정되어 국민에 대한 직접적인 구속력이 인정되지 않는다는 것이다. 특히 행정기관 내부의 조직법규는 행정의 효율성이 강조되고 조직형성에 있어 광범위한 재량이 허용되었다. 즉 헌법상 기본원리인 법치주의원리는 전통적으로 국가권력과 국민과의 관계로만 파악되어 왔었고 행정조직 내부에서의 법치주의에 대해서는 관심외적인 사항에 머물러 왔다. 대륙법계의 전통적인 도그마인 내부법과 외부법의 분리라는 이분법적인 접근에 의해 행정기관의 내부조직의 민주성이나 권한의 통제의 문제는 법치주의의 영역 외라는 인식이 뿌리박혀 있었고 법치주의원리의 행정조직에의 투영은 단지 행정기관의 권한을 법률로써 정한다는 형식적인 행정권한법정주의에 한정되었기 때문이다.

그러나 현대국가에서 행정의 권한이 확대 및 집중되는 상황에서 과거 행정조직내부에 대한 문제는 더 이상의 내부법의 문제에 그치는 것이 아니라 직접 및 간접적으로 대외적인 영향력을 미치게 된다. 이러한 관점에서 행정기관의 내부법의 제정에 있어서 과연 전통적인 도그마인 법규범성이 인정되지 않는 내부법에 대한 입법형성의 기속이 어느 범위에서 가능한가의 문제가 발생한다. 특히 방송심의를 담당하고 있는 방송통신심의위원회의 경우 그 위원회의 설치, 내부조직의 형성에 대해 과연 입법적인 방향설정의 가이드라인이 가능할 것인가에 대해 논란이 있을 수 있다. 이 문제와 관련하여 개별법적인 문제점을 살피기 전에 개별법의 문제점의 파악의 기준으로서 행정조직형성과 입법의 문제점을 먼저 지적하고자 한다.

(1) 행정조직을 형성하는 행정규칙은 법치주의원리에서 예외인가?

법치주의란 국민의 기본권과 개별적인 권리가 과거 전제군주의 전횡속에서 유린되는 것을 방지하기위하여 국민의 대의기관이 제정한 법률에 의해 그 권한의 근거와 행사가 유보되어야 한다는 것을 의미한다. 따라서 행정부의 대외적인 행정작용은 법률유보하에서 이루어져야 하며 위법한 침해 시에 사법적 구제수단을 통한 구제가 담보되어야 한다.

54) 과거 방송통신심의위원회의 법적성격에 대해 논란이 있었던 것은 정부로부터 독립된 방송위원회의 소속 위원회로 되어 있었기 때문이다.

그러나 이러한 법치주의원리는 전통적으로 행정부와 국민이란 관계를 전제로 하고 있으며 행정부내부의 문제는 적용되지 않는다. 라반트(P. Laband), 엘리네크(G. Jellinek), 안쉬츠(G. Anschütz) 등과 같은 법실증주의자들에 의해 제기된 불침투성이론(Impermeabilitätstheorie)에 근거해 행정조직은 하나의 법인격을 가진 조직으로 인식되었으며 이 경우 내부적인 조직규범인 행정규칙과 같은 사항은 법규범으로 인정되지 않았다.⁵⁵⁾ 즉 행정조직을 규정하는 행정규칙은 대국민구속력이 존재하지 않는 내부법에 불과하고 법규범성이 존재하지 않는다고 인정되었다.⁵⁶⁾

그러나 이러한 견해는 1916년 토마(R. Thoma)에 의해 반박되었는데 토마는 조직법규라고 하더라도 이론적으로는 다른 법규범과 다르지 않다고 주장하였으며 헌법, 법률, 명령 그리고 행정규칙의 형태로 행정조직법 전 영역에 규정된다고 하였다.⁵⁷⁾ 따라서 종전의 내부법과 외부법이란 이분법적인 태도는 지양되고 법률로 주어진 권한의 행사자라는 것이 강조될 뿐 그 개념은 상대적인 것에 불과하게 되었다.⁵⁸⁾ 따라서 행정규칙이라고 하더라도 법치주의의 예외일 수는 없다.

행정규칙의 법규성에 대한 문제는 우리 행정법학계에서도 오랫동안 논의의 대상이 되어 왔으며 과거 독일 19세기의 내부법과 외부법이란 이분법적인 사고는 극복되어 부분적으로 행정규칙의 법규성을 인정하고 있다.⁵⁹⁾ 결국 행정조직과 사무처리의 내부규범인

55) W. Krebs, Verwaltungsorganisation, in; J. Isensee/P. Krichhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrecht III, 1996, S. 583.

56) 라반트, 엘리네크 그리고 안쉬츠의 경우 행정부를 하나의 법인으로 파악하였다. 물론 행정부를 법인으로 파악하는 것이 헌법적으로 타당한가에 대해서는 논란이 있다. 왜냐하면 행정부는 그 자체가 하나의 법인이 아니라 행정부에게 법적으로 주어진 권한을 총체적으로 행사하는 다양한 권한 행사자들의 조직을 의미하기 때문이다. W. Krebs, Verwaltungsorganisation, in; J. Isensee/P. Krichhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrecht III, 1996, S. 584.

57) R. Thoma, Der Vorbehalt des Gesetzes im preußischen Verfassungsrecht, in; FG für Otto Mayer, 1916, S. 165(177).

58) W. Krebs, Verwaltungsorganisation, in; J. Isensee/P. Krichhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrecht III, 1996, S. 585.

59) 대법원 1984.9.11. 선고 82누166 판결

관계행정청이 건축사사무소의 등록취소처분을 함에 있어 당해 건축사들을 사전에 청문토록 한 취지는 위 행정처분으로 인하여 건축사사무소의 기존권리가 부당하게 침해받지 아니하도록 등록취소 사유에 대하여 당해 건축사에게 변명과 유리한 자료를 제출할 기회를 부여하여 위법 사유의 사정가능성을 감안하고 처분의 신중성과 적정성을 기하려 함에 있다 할 것이므로 설사 건축사법 제28조 소정의 등록취소 등 사유가 분명히 존재

행정규칙도 그 개념의 상대화에 따라 법규성이 전혀 인정되지 않는 법치주의원리의 예외 영역으로 존재하는 것은 아니다.

현재 방송통신심의위원회의 경우 그 조직, 운영 그리고 회의에 관한 사항을 자체의 규칙제정권으로 가지고 있지만 그 규칙의 제정범위는 자유재량의 영역에 속하는 것이 내부법이 아니라 법치주의의 적용영역에 포섭이 되고 기속이 되어야 하는 것이다. 왜냐하면 방송통신심의위원회의 구체적인 사안에 대한 방송심의는 방송사업자에 대한 프로그램편성권을 축으로 하는 방송자유권과 경제적인 가치를 축으로 하는 재산권에 대한 침해의 문제가 발생하기 때문이다.

(2) 행정조직관련 입법의 형성재량과 방향성

이미 살펴본 것과 같이 전통적인 견해에 따르면 행정규칙은 내부법이기 때문에 법규성이 존재하지 않기 때문에 법치주의원리의 적용을 받지 않고 행정조직 자체의 효율성과 능률을 위해 광범위한 형성재량의 영역에 놓이게 된다. 그러나 현대에서 행정규칙의 법규성이 부분적으로 부정되기는 하지만 완전히 부정되지는 않는다. 따라서 행정규칙의 제정에 있어서도 입법형성의 자유재량에 놓이는 것이 아니라 입법형성의 기준에 따른 구속을 받게 된다.

일반적으로 행정규칙은 법체계내에서의 체계정당성의 원리에 입각한 구속과 상위법의 구체적인 범위 및 상위법의 지도원리에 의한 성문법적인 구속과 법의 일반원리에 의한 근본적이면서도 보충적인 불문법상의 지도원리에 구속이 된다.

행정규칙은 비록 그 내용이 행정조직의 내부조직이나 내부사무의 처리기준을 정함에 국한되지만 그 조직이 내포한 기능을 성실히 수행하여야 하는 목적에 기속된다. 이러한 행정조직의 목적은 행정조직의 설치법률 그리고 그보다 더 근본적인 방향을 설정하는 헌법규범에 기속된다. 특히 행정조직의 규칙이 국민의 기본권보호와 관련된 헌법상의 기본권실현의 방향을 실질적으로 담보하는 규칙제정으로 형성되어야 하며 이 경우 규칙제정권자의 규칙제정권은 기속재량으로 제한된다. 특히 현대국가에서 기본권의 실현의 경우

하는 경우라 하더라도 당해 건축사가 정당한 이유없이 청문에 응하지 아니한 경우가 아닌한 청문절차를 거치지 아니하고 한 건축사사무소 등록취소 처분은 위법하다.

엘리네크의 소극적인 지위론에 입각할 때 극대화되는 것이 아니라 기본권실현에 적합한 국가의 제도와 절차를 형성함으로써 가능하다는 점에서 국민의 기본권실현과 연관이 있는 행정조직의 조직형성의 규칙은 헌법상의 기본권실현에 적극적인 순응의 방향으로 제정되어야 한다.⁶⁰⁾

물론 행정조직의 경우 엄격한 법치주의에 입각한 법률유보만을 강조할 때 그 효율성이 떨어진다는 비난도 가능하지만 행정의 효율성이란 과제의 달성은 단순히 정치적인 형성의 의미만을 가지는 것이 아니라 법치주의의 명령에도 부응해야 한다.⁶¹⁾

이러한 관점에서 볼 때 방송통신심의위원회의 조직, 운영 그리고 회의에 관한 규칙은 헌법상의 방송의 기능을 충분히 고려한 방향에서 형성되어야 한다. 특히 방송이 단순히 방송사의 주관적인 공권의 성격을 넘어서는 국민의 사적·공적의사형성에 필요한 정보의 제공과 이를 통한 사회의 민주적 질서형성에 기여한다는 측면을 충분히 실현시킬 수 있는 방향에 기속되는 입법형성의 재량을 가질 뿐이다.

(3) 행정권의 분권을 통한 행정의 민주화와 기본권실현

행정권의 조직구성에 있어서 중요한 것은 단순한 행정조직의 업무수행의 효율성이 아니라 그 행정조직의 목적을 달성할 수 있는가에 초점이 맞춰져야 한다. 즉 목적달성을 위한 효율성의 확보가 이루어져야 하는 것이지 반대의 경우는 주객의 전도만을 초래할 뿐이다. 특히 국민의 기본권보호와 관련된 사무일 때, 정책의 수립, 집행 그리고 통제에 대한 권한이 한 행정조직에서 정해진다는 것은 자가당착적인 행정조직의 구성을 초래할 뿐이다. 따라서 행정조직내부에서의 권한에 대한 상호 견제와 균형이 이루어질 수 있도록 조직형성이 이루어져야 한다. 이를 위해 법률과 하위법규는 행정권한이 하나의 조직에 집중되는 것을 지양하고 행정권내부에서의 견제와 균형이 이루어질 수 있도록 조직화되어야 한다. 과거 국가권력이 입법, 행정 그리고 사법부의 분립으로 이루어진 것이 이

60) W. Krebs, Verwaltungsorganisation, in; J. Isensee/P. Krichhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrecht III, 1996, S. 605ff.

61) W. Krebs, Verwaltungsorganisation, in; J. Isensee/P. Krichhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrecht III, 1996, S. 614.

제는 행정권의 내부에 있어서도 하나의 통일적인 권한의 집중이 아니라 권한의 분권이 이루어지고 상호간의 견제와 균형을 이룰 때 단순히 형식적인 권력분립의 한계를 넘어 동적인 개념으로서의 권력분립이 실현되는 것이며 헌법상의 기본권의 주체인 국민의 실질적인 기본권의 실현에 순응적일 수 있다. 또한 이러한 행정부내부의 분권화는 구체적인 행정작용의 판단에 있어서 개입될 수밖에 없는 행정공무원의 판단에서 판단여지, 광범위한 재량권의 행사에 있어서 그 한계를 설정해주는 의미를 가진다.

방송심의에 있어서도 이러한 원칙은 고려되어야 한다. 특히 현재 방송통신위원회의 경우 방송정책의 수립, 집행 그리고 방송프로그램에 대한 제재권 및 방송평가에 관한 사항에 대해 포괄적인 권한을 가지고 있어 행정권내부의 분권을 통한 민주화와 국민의 기본권실현이라는 원칙에 충실하지 못한 부정적인 측면이 나타나 있다. 따라서 방송프로그램에 대한 심의기구인 방송통신심의위원회의 경우 기존의 정책수립 및 집행기관인 방송통신위원회로부터 독립된 조직으로서의 입법형성이 이루어져야 할 필요성이 제기된다.

IV. 헌법적 관점에서의 방송심의제도의 문제점

1. 방송심의와 검열 금지

방송심의가 방송법과 그 관련법상에서 많은 구체적이고 세부적인 문제점, 예를 들어 심의의 기준, 방통심위의 인적 구성의 문제 등과 같은 문제점을 안고 있지만 근본적으로 안고 있는 문제는 헌법 제21조에서 금지하고 있는 검열제와의 상관관계이다.

헌법 제21조 제2항은 언론, 출판에 대한 검열을 금지하고 있다. 연혁적으로 검열제의 금지는 밀턴의 Aeropagitica에서 유래하고 검열제는 출판물이 햇빛을 보기도 전에 제한당한다는 문제, 무과실의 검열관은 없다는 것 그리고 국민의 지적수준을 무시한다는 점에 근거를 두고 인정되었다.

현행법상의 방송심의가 헌법이 금지하고 있는 검열에 해당하는지에 대해서는 의견이 대립되고 있다. 현행 방송심의가 헌법상 금지되고 있는 검열에 해당하지 않는다는 견해

는 헌법상 검열은 행정기관 또는 이와 유사한 기관에 의한 특정한 표현의 사전적인 금지만을 의미하기 때문에 방송심의와 같은 사후적인 내용적 심사는 헌법이 금지하고 있는 검열이 아니라고 파악하기도 한다.⁶²⁾ 이 견해는 방통심위가 비록 행정주체이기는 하지만 사후적인 심의만을 할 뿐이고 표현물에 대한 제출의무와 사전 의사표현의 금지 및 심사절차를 강제할 수 있는 강제수단의 부존재로 인해 헌법상의 검열에는 해당되지 않는다고 한다.⁶³⁾ 또한 이 견해는 방송사업자의 자율적인 심의 및 규제에 대해서는 사업자의 경제적인 이익추구 때문에 실질적인 대안이 되지 못한다고 주장하고 있다.⁶⁴⁾

헌법재판소도 방송심의제도 그 자체에 대해서는 방송의 특수성으로 인해 심의제도의 필요성을 인정하면서 위헌성을 부인하고 있다.⁶⁵⁾ 헌법재판소는 검열의 개념을 행정권이 주체가 된 사전심사절차에 표현물을 제출하여 이 심사를 통과하지 않으면 그 표현물의 유통이 금지되는 제도로 정의하고 있으며⁶⁶⁾ 사전검열의 판단기준으로 허가를 받기위한 일반적인 표현물의 제출의무, 행정권이 주체가 된 사전심사절차, 허가를 받지 아니한 의사표현의 금지 및 심사절차를 강제할 수 있는 강제수단 등의 요건이 갖추어질 때 사전검열에 해당된다고 한다.⁶⁷⁾ 또한 헌법재판소는 사전검열의 개념을 행정권에 의한 심사만으로 좁게 해석하고 있고 법원에 의한 사전검열에 대해서는 검열제에 해당하지 않는다고 보고 있다. 헌법재판소는 그 결정에서 법원에 의한 방송금지가처분의 경우 비록 제작 또는 방영되기 이전, 즉 사전에 그 내용을 심사하여 금지하는 것이기는 하나, 이는 행정권

62) 헌법재판소는 공연윤리위원회, 영상물등급위원회, 방송통신위원회 등에 대해 검열의 주체성을 인정하고 있다. 헌법재판소 1996. 10. 4, 93헌가13등; 헌법재판소 1997. 3. 27, 97헌가1.

63) 황창근/지성우/최경진, 방송통신 심의규정 개선방안에 관한 연구, 방송통신심의위원회, 2009, 24쪽 이하.

64) 황창근/지성우/최경진, 방송통신 심의규정 개선방안에 관한 연구, 방송통신심의위원회, 2009, 33쪽 이하.

65) 헌법재판소 2012.8.23. 선고 2009헌가27.

66) 헌법재판소 2001. 5. 31, 2000헌바43, 52(병합); 헌법재판소 2001. 8. 30, 2000헌바36; 헌법재판서소 1996. 10. 4, 전원재판부, 93헌가13, 91헌바10(병합); 헌법재판소 1995. 10. 4, 93헌가12, 91헌바10(병합).

67) 헌법재판소 1996. 10. 4, 93헌가13, 91헌바10병합(영화법 제12조 등에 대한 위헌제정); 박경신 교수는 4가지의 요건 외에 두 가지를 더 부가해 검열의 기준으로 분석하고 있다. 첫 번째는 4가지 요건 외에 명시적으로 요구하지는 않지만, 헌법재판소는 표현물의 발표를 완전히 금지하지 않고 표현물의 청소년유해성 등급에 따라 부분적으로 제한하는 ‘등급제’는 검열이 아닌 것으로 해석하고 있다고 보고 있으며(헌법재판소 2001. 8. 30, 2000헌가9) 두 번째는 사전심사가 내용적인 심사일 경우에만 ‘검열’의 범위에 포함되며 시간, 장소, 방법에 대한 심사를 위한 사전심사는 해당되지 않는다는 것을 요건으로 하고 있다고 본다.(헌법재판소 1998. 2. 27, 96헌바2; 헌법재판소 1997. 8. 21, 93헌바51). 박경신, 방송통신심의위원회의 인터넷내용심의의 위헌성, 한양대 법학논총, 제27집 제2호, 2010. 6, 78쪽 이하.

에 의한 사전심사나 금지처분이 아니라 개별 당사자간의 분쟁에 관하여 사법부가 사법절차에 의하여 심리, 결정하는 것이므로, 헌법에서 금지하는 사전검열에 해당하지 않는다고 결정하고 있다.⁶⁸⁾⁶⁹⁾

이에 비해 현행 방송심의제도 그 자체의 위헌성을 강하게 주장하는 견해도 있다. 사전검열이 헌법상 절대적으로 금지되는 이유를 중심으로 파악하면서 검열이 사전검열로 제한될 경우 국민들이 정부에 비판적인 표현물까지 일일이 정부 측에 사전 제출해야 하는 제도는 사후에 적발되는 제도에 비하여 위축효과(chilling effect)가 크다는 점 때문에 위헌성이 존재한다고 한다. 특히 형식적인 측면이 아니라 우리 사회의 정치·경제적인 구조적인 문제로 인해 행정부에 의한 인적·물적인 도구를 이용한 위축효과는 단순히 교과서적인 의미에서 해결할 수 없는 정도의 강제성을 가지고 있으며 또한 심의의 기준의 불명확성 때문에 위헌성이 더 크다고 주장한다.⁷⁰⁾

방송심의의 위헌성에 대한 논의는 합헌과 위헌 주장들이 각각의 근거에 의해 논리를 전개하고 있어 일응 수궁이 간다. 그러나 법제도의 위헌성의 결정은 헌법적 가치에 부합되는가의 여부에 따라 결정되어야 한다는 점에서 방송심의제도의 위헌성은 헌법적 가치와 연관되어 생각되어야 한다. 물론 헌법적 가치와 연관된다고 할 때 헌법규범이 가지고 있는 형식적인 체계 및 과거 법실증주의적인 문리적, 논리적인 해석에 의해 접근하는 것이 아니라 헌법이 보호하고자 하는 보호가치를 중심으로 접근해야만 헌법규범의 본질적인 핵심에 접근할 수 있을 것이다.

방송심의제도가 검열에 해당하는 가를 살펴보려면 우선적으로 헌법이 금지하고 있는

68) 헌법재판소 2001. 8. 30, 2000헌바36, 판례집 13-2, 229, 233-234. 그러나 미국에서는 법원의 공표처분금지도 사전검열이라는 결정을 내리고 있다. 계희열, 헌법학(중), 2004, 452쪽 각주 143a) 참조.

69) 그러나 과연 헌법상 보장되는 표현의 자유에 대한 가장 강력한 제한방법인 검열제가 행정기관이 아니라 또 다른 국가기관인 법원에 의해 이루어졌다고 해서 검열제에 해당되지 않는다는 논리는 설득력이 적다. 법원에 의한 영화에 대한 상영금지 가치분이나 TV방송프로그램에 대한 방송금지 가치분에 대한 정당성의 여부가 검토되어야 한다. 특히 이 문제는 단순히 표현의 자유만의 문제가 아니라 방송의 자유라는 기본권에 대한 충돌의 문제로 이어지기 때문에 이에 대한 검토가 더욱더 필요하다. 양건교수도 이에 대해 문제제기를 하고 있다. 양건, 헌법강의 I, 2007, 438쪽.

70) 박경신, 방송통신심의위원회의 인터넷내용심의의 위헌성, 한양대 법학논총, 제27집 제2호, 2010. 6, 80쪽 이하; 물론 방통심위가 민간독립기구가 아니라 행정기관이라는 점인 이미 합헌성을 인정하는 견해에서도 수궁하기 때문에 논외로 한다.

검열이 무엇인가를 살펴야 한다. 물론 우리 헌법재판소가 언급하는 검열의 의미로 그대로 파악할 수도 있다. 그러나 헌법상 검열금지의 의미는 우리의 역사 속에서 어느 정도 표현의 자유가 검열이라는 제도에 의해 억압을 받아왔는가를 살펴야 한다. 외국의 학설과 이론이 검열제도의 개념을 파악하는데 하나의 기준을 제시해주는 것이기는 하지만 우리 헌법상의 검열제도의 의미는 우리의 역사 속에서 찾아야 한다.

과거 우리 역사는 특정인에 의한 장기집권과 그 권력의 유지를 위해 언론을 통제해온 것이 주지의 사실이다. 쿠데타에 의해 정권을 잡은 권력자는 방송사와 언론사의 보도에 대한 지침을 제공해 특정한 사실의 보도금지와 지침을 무시한 보도에 따른 행정처분 또는 간접적이고 법외피적인 방법으로 지침 위반에 대해 징벌적으로 언론에 대해 통제해왔다.⁷¹⁾ 방송심의도 이와 궤를 같이 하고 있다. 집권세력의 정당성을 홍보하기 위하여 정권의 임명에 의해 구성된 구성원으로 방송심의기구가 방송에 대한 심의를 해온 것이다. 1980년대의 언론기본법에 의한 언론의 통제와 최근 MB정권의 방송사 장악에 대한 정책을 통해 보면 결국 집권당의 홍보와 견제세력의 배제라는 목적으로 방송을 통제해 왔으며 각종 뉴스와 시사교양 프로그램에 대한 심의를 통해 직·간접적으로 과거의 방송통제의 목적을 수행하고 있는 것이다.⁷²⁾⁷³⁾ 결국 자율적인 표현의 자유를 통해 건전한 민의

71) 5공화국 시절 문화공보부에선 거의 매일 각 언론사에 기사보도를 위한 가이드라인을 내려 보냈으며 각종 사건에 대한 보도여부는 물론 그 방향, 내용까지 지정함으로써 언론을 철저하게 통제했고 심지어 기관원이 언론사에 상주하기도 했다. 85년 4월 당시 한국일보 김주연 기자가 1985년 4월부터 86년 8월까지 정부가 보낸 보도지침을 『말』을 통해 공개해 파문이 일었다. 주로 전화를 통해 은밀히 전달된 보도지침은 기사 논조는 물론이고 기사 제목과 사진 여부 등 시시콜콜한 것까지 규정했었다.

72) KBS사장에 대한 해임, MBC사장과YTN에 대한 친정부 성향적인 사장의 임명, 방송프로그램제작과 관련된 PD들에 대한 행정직 발령으로 인한 제작 및 편집권의 박탈 등이 그 예이다. 특히 KBS의 사장에 대한 해임은 방송법상 임명으로 규정된 것을 해임권까지 같이 있다고 해석해 논란의 소지를 안고 있다.

73) 대법원2012.2.23. 선고2011두5001판결.

한국방송공사의 설치·운영에 관한 사항을 정하고 있는 방송법은 제50조 제2항에서 “사장은 이사회의 제청으로 대통령이 임명한다.”고 규정하고 있는데, 한국방송공사 사장에 대한 해임에 관하여는 명시적 규정을 두고 있지 않다. 그러나 감사원은 한국방송공사에 대한 외부감사를 실시하고(방송법 제63조 제3항), 임용권자 또는 임용제청권자에게 임원 등의 해임을 요구할 수 있는데(감사원법 제32조 제9항) 이는 대통령에게 한국방송공사 사장 해임권한이 있음을 전제로 한 것으로 볼 수 있는 점, 방송법 제정으로 폐지된 구 한국방송공사법(2000. 1. 12. 법률 제6139호 방송법 부칙 제2조 제3호로 폐지) 제15조 제1항은 대통령이 한국방송공사 사장을 ‘임명’하도록 규정되어 있었고, 방송법 제정으로 대통령의 해임권을 제한하기 위해 ‘임명’이라는 용어를 사용하였다면 해임 제한에 관한 규정을 따로 두어 이를 명확히 할 수 있었을 텐데도 방송법에 한국방송공사 사장의 해임 제한 등 신분보장에 관한 규정이 없는 점 등에 비추어, 방송법에서 ‘임명’ 대신 ‘임명’이라는 용어를

의 형성이라는 헌법 제21조의 정신에 의해 규정된 검열금지는 현재 우리나라에서 방송심의라는 미명하에 그대로 유지된다고도 볼 수 있다. 물론 법적으로는 엄격한 의미의 검열 제도와는 구별이 되지만 현행 방송심의와 관련된 법령이 자의적으로 해석될 여지가 많아 자의에 의한 운영의 방법으로 검열제로 전락할 개연성을 가지고 있는 것이다.⁷⁴⁾

두 번째로 살펴야 하는 것은 방통심의의 법적 성격이다. 과거 방통심위가 행정기관인가 민간자율기관인가에 대해 많은 논란이 있었다. 물론 방통심위의 의결을 대외적으로 처분하는 것은 현행법상 방통위가 하는데 이것을 이유로 방통심위를 민간기구라고 판단되어서는 안된다. 왜냐하면 심의기구가 행정기관인가에 대한 논란은 있겠지만 현행법상 방송법과 방통위법에 의해 설치된 방통심위는 그 구성과 운영 그리고 방통위와의 관계를 파악하면 자율적인 민간기구임을 인정할 수가 없다.⁷⁵⁾ 최근 헌법재판소가 검열을 행하는 주체에 대해 실질적인 입장을 보이고 직접적으로 방통심위에 대해서 행정기관성을 인정함으로써 이에 대한 논란은 종식되었다.⁷⁶⁾

세 번째로 문제되는 것은 사후심사가 과연 헌법재판소가 정의하고 있는 사전검열에 해당할 것인가이다. 헌법재판소의 결정과 일부 학설은 헌법상 검열은 사전검열을 의미하는 것이기 때문에 방송심의는 합헌이라고 한다. 이에 대해 미국 연방대법원의 판결인 1963년의 Bantam Books v. Sullivan 사건을 근거로 실질적으로 정보의 차단을 발생시키는 경우 사전적인 것으로 판단하기도 한다. 이 견해는 우리나라와 일본의 경우만 사전검열의 개념을 좁게 파악하고 있다고 보면서 실질적으로 표현물의 사후적인 유통이나 공표를 금지하는 것과 같이 표현에 대한 모든 사후적 제재는 형사처벌이나 손해배상이 아닌 명령을 통한 제재는 모두 '사전적 제재'가 된다고 파악해야 한다고 한다.⁷⁷⁾

사용한 입법 취지가 대통령의 해임권을 배제하기 위한 것으로 보기 어려운 점 등 방송법의 입법 경과와 연혁, 다른 법률과의 관계, 입법 형식 등을 종합하면, 한국방송공사 사장의 임명권자인 대통령에게 해임권한도 있다고 보는 것이 타당하다.

74) 방통심위의 법적 지위에 관한 문제, 방통심위의 규칙제정권, 방통심위에 관한 정보공개, 방통심위의 기준의 불명확성 등과 같은 개별적인 법령상의 문제는, 최우정, 현행 방송심의제도에 대한 비판적 검토, 언론과 법 2009.6, 25쪽 이하 참조.

75) 방통심위는 9명에 대한 임명의 문제, 방통심위의 소속의 문제 등을 고려하면 민간자율기구임을 인정할 수 없다. 상세한 것은, 최우정, 현행 방송심의제도에 대한 비판적 검토, 언론과 법 2009.6, 25쪽 이하 참조.

76) 헌법재판소 2012.2.23. 선고 2008헌마500.

77) 박경신, 방송통신심의위원회의 인터넷내용심의의 위헌성, 한양대 법학논총, 제27집 제2호, 2010. 6, 79쪽 이하.

방송심의가 사전적인 검열에 해당하는 가의 문제는 헌법규정의 문어적, 형식적인 의미에서 접근해서는 안 된다. 검열제도가 침해하는 헌법상의 가치는 자율적인 판단능력을 가진 기본권 주체가 스스로의 책임과 판단에 의해 자유롭게 표현물을 공표하는 것이고 이에 대한 평가는 권력분립의 정신에 부합되게 사법질서의 평가나 민사적인 제재로 이루어지게끔 해야 한다. 어떠한 경우에도 기본권 주체의 자율적인 결정이 국가 또는 유사한 권력기관의 침해로 훼손되어서는 안 된다. 비록 일부의 주장에서 방통심위의 의결이 심의의 내용을 강제하는 수단이 결여되어 있기 때문에 사전검열에 해당되지 않는다고 하나 현행 방송법은 방송평가부분에서 방통심위의 심의를 방송사업자의 허가에 대한 평가기준으로 삼고 있으며 이에 따라 사업허가의 결정에 영향을 끼친다. 또한 방통심위의 의결은 방송사업자로 하여금 향후의 방송사업의 재허가를 받기 위해 그 스스로가 자기검열에 빠지게 만들며 방송사업자는 결국 방송프로그램의 형성에서 방통심위가 요구하는 내용의 프로그램형성에 나아갈 수밖에 없다. 비록 직접적인 규제가 아니라도 간접적 및 법외 피적인 방법으로 방송사업자를 스스로의 검열에 빠뜨리게 하는 것이 현행 방송심의제도이다. 따라서 방송심의제도는 실질적으로 헌법 제21조의 헌법적 가치를 침해하는 위헌적인 요소를 안고 있다.

네 번째 방송심의제도와 공영방송의 관계이다. 현재 우리나라는 공영과 민영의 이원적인 방송구조이다. 전통적으로 국영방송에서 출발하여 공영방송 중심으로 운영되어 오다가 민영·상업방송이 등장한 것이다. 문제는 공영방송의 설립의 특수성이다. 공영방송은 공법상의 영조물법인의 성격을 가진다. 일반적으로 공법상의 영조물법인은 그 법인의 특수성으로 인해 정치적, 경제적인 개입으로부터의 간섭을 방지하기 위한 제도로 운영되어 온 것이 초기 오토 마이어의 개념 정립 이래 일반적으로 인정되어 왔다. 따라서 공영방송의 설립취지에 따르면 법인운영의 계획, 운영 그리고 평가에 이르는 폭넓은 사항이 공법인의 자율성에 맡겨져 있다.⁷⁸⁾ 이것은 비단 이론적인 부분만이 아니라 공법상의 영조물법인으로 공영방송이 운영되는 독일의 경우는 이를 실증적으로 증명한다. 독일 공영방송의 경우 인사, 운영, 프로그램 제작, 프로그램에 대한 평가 등이 내부 기관에 의해 자

78) 최우정, 인터넷과 공영방송법인 - 공영방송법인의 기본권 행위능력을 독일 법제 중심으로 -, 세계헌법연구 2005, 331쪽 이하.

체적으로 이루어진다. 국가로부터의 외부적인 프로그램심사 특히 행정부에 의한 합목적성에 근거한 프로그램에 대한 사전 또는 사후 심사제도는 없다. 이것은 독일 연방헌법재판소가 지속적으로 강조해온 국가로부터의 방송의 자유의 제도적, 절차적인 실현인 것이다. 공영방송의 설립의 취지에 맞게끔 공영방송의 운영에 필요한 법적, 제도적 그리고 절차적 보장은 공영방송의 방송의 자유의 헌법적 가치의 실현인 것이다. 이런 측면에서 볼 때 우리의 방송심의제도는 이해하기 힘든 부분이다. 법적으로는 방송법에서 방송의 자유를 보장한다고 하면서도 그 설립의 취지를 전면적으로 무시하는 행정기관이 중심이 된 방송심의제도를 그대로 둔다는 것은 결국 헌법상 보장되어야 하는 방송의 자유의 본질적인 가치를 제대로 입법형성에 담지 못하는 결과로 이어진 것이다.

이상의 문제점들을 종합하면 행정기관이 중심이 된 방송심의제도는 우리 헌법적인 가치와 부합되지 않는 제도이다. 부분적으로는 방송심의 그 자체의 위헌성이 존재하기도 하고 부분적으로는 공영방송의 헌법적인 본질적 가치인 방송의 자유에 대한 직접적인 침해의 문제를 발생시킨다. 따라서 현행의 방송심의제도 자체는 패러다임적인 변화가 절실히 요구된다고 하겠다.

2. 방통심위의 구성의 문제

‘방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률’ 제18조에서 방통심위의 구성을 규정하고 있는데 방통심위는 9인의 위원으로 구성하고 위원장 1인, 부위원장 1인을 포함한 3인의 위원을 상임으로 한다. 위원은 대통령이 위촉하며 이 경우 3인은 국회의장이 국회 각 교섭단체 대표의원과 협의하여 추천한 자를 위촉하고, 3인은 국회의 소관 상임위원회에서 추천한 자를 위촉하도록 되어 있다. 흔히 방통심위 위원의 임명에 있어 간접적인 민주적 정당성이 부여되어 있다고 언급을 한다.

그러나 문제가 되는 것은 그 구성의 정당성이다. 앞서 언급한 것처럼 방송내용에 대한 심의가 헌법적 가치에 부합되지 않는다는 부분을 차지하더라도 방통심위의 구성에도 상당한 문제점이 있다.⁷⁹⁾ 방송의 자유는 특정한 정치적, 단체적인 영향으로부터의 독립을

79) 이남표, 공정성심의·의결 기능의 과잉을 해소해야, 방송문화 2012.8, 12쪽 이하.

주된 내용으로 하고 이런 기초 하에서 방송사업자의 방송프로그램 형성의 자유를 전제로 한다. 따라서 방송의 특수한 영향력을 인정해서 외부기관에 의한 방송심의를 인정한다고 하더라도 그 심의기관의 정치적, 경제적인 영향력이 국가와 특정한 단체로부터 독립되어야 한다. 그러나 현재 방통심위의 경우는 비록 국회의 관여가 있다고 하더라도 위촉은 대통령의 고유권한이고 실제로 집권당의 영향 하에서 벗어날 수가 없는 구도이다. 결국 대통령제하에서 가장 논란의 대상이 되는 전형적인 엮관제도로 방통심위가 운영될 개연성을 내포하고 있는 것이다. 방송심의에 있어 늘 법적인 문제가 아니라 정치적인 문제점이 발생하는 것은 이런 궁극적인 원인에 기인하는 것이다. 따라서 방송의 자유를 실현하기 위해서는 방송의 발전을 위한 적극적인 입법형성의 재량범위 내에서 입법이 이루어져야 한다는 헌법적 명령에 현재의 방통심위의 구성은 정면으로 배치되는 것이고 이러한 내용의 입법은 단순히 정책적인 문제가 아니라 위헌적인 요소를 안고 있는 것이다.

3. 방송심의와 매체의 특성

시대의 화두인 방송과 통신의 융합이란 현상에 의해 과거 방송과 통신이 각각 다른 정부부처에서 과장하였으나 MB정부 들어서면서 두 매체의 관할이 방통위의 소속으로 변경되었으며 각각의 내용에 대한 심의도 방통심위에서 담당하게 되었다.⁸⁰⁾

그러나 기술의 발달로 인해 이루어진 융합화에 따른 법제형성에서 그 동안 무시되어 왔던 것이 융합의 의미이다. 법제도의 변경은 그 법이 규제를 하는 대상의 목적에 부합되어야만 그 실효성이 있다. 그동안 융합화라고 지칭되어 왔던 현상은 방송수신과 통신수신을 하는 기계적인 결합과 그 운영을 하는 사업자의 합병과 겸영이라는 측면에서 이루어져 왔다. 그러나 이러한 융합화속에서도 변하지 않는 것은 전통적인 매체의 속성이다. 방송이 다수의 불특정인을 상대로 한다는 점에서 특정개인을 상대로 하는 통신과는 기본적인 속성을 달리하는 것이다. 즉 매체의 특성이 다른 것이다. 물론 과거 방송이 일방적인 성격을 가지는 것이 기술의 발달에 의해 쌍방향적인 성격을 내포하는 매체로

80) 방송과 통신의 융합화에 따른 법제적인 문제점은, 최우정, 방송과 통신의 융합화와 심의제도에 대한 향후 전망, 언론과 법 2009.12, 167쪽 이하.

진화하고 있지만 여전히 방송은 방송송신자의 의도에 의해 방송수신자가 영향을 받을 수밖에 없는 구조 하에 있다. 방송수신자는 비록 프로그램의 선택에 대한 권리를 행사할 수는 있지만 그 내용의 형성을 자기의 의도 하에 자유롭게 변경하는 정도의 쌍방향은 아직 비현실적이다. 그러나 통신의 경우는 비록 불특정 다수에게 자신의 생각을 전할 수 있는 트윗(twit)의 경우를 고려한다고 하더라도 완전히 특정인을 상대로 하는 매체의 속성을 가지고 있다. 여전히 전통적인 매체의 특성이 방송과 통신의 영역에 상존하는 것이다. 기존의 융합화에 따른 법제의 정비는 하드웨어적인 융합과 소프트웨어적인 융합의 특성을 고려하지 않은 융합화에 불과하였다. 매체의 속성이 다른 만큼 규제의 틀과 방향이 달라야 한다.

그러나 현행 방통심위는 동일한 인적 구성에 의해 방송과 통신에 대한 심의를 모두 담당하고 있다. 독립적이고 전문적인 심의가 과연 매체적 특성이 다른 것을 하나의 기구에서 각각의 기준을 정립해 심사할 수 있을 것인가에 대해 의문이다. 자칫 융합화란 이름 하에 속성이 다른 매체를 하나의 기준에 의해 심의하고 평가하는 문제점을 야기하는 법 구조적인 문제점이다.

IV. 현행 방송심의제도의 개선방향

1. 자율적인 방송심의 체제로의 전환

현행 방송심의제도는 법리적으로 헌법적 가치를 침해하는 개연성이 크기 때문에 그 대체 수단으로서의 자율적 방송심의제도의 도입이 필요하다. 자율적 방송심의제도의 도입에 대해 사업자의 경제적인 이익추구 때문에 실효성을 얻기가 쉽지 않다는 비판도 있다. 물론 자본주의 체제에서 영리추구를 하는 기업의 경우 공정성 및 공평성의 추구보다는 광고를 통한 방송수입의 극대를 지향하게 되는 것은 당연하다. 따라서 방송사업자의 자율적인 규제에 회의적인 견해도 충분히 그 근거가 있다.⁸¹⁾ 그러나 이 문제는 자율규제의 개념을

81) 미국의 경우 방송심의는 기본적으로 자율심을 하고 있는데 구체적인 내용은 방송 프로그램의 정치성 및 공

어떻게 정의하는가에 따라 그 회의적인 시각에서 벗어날 수 있다. 일반적으로 자율규제라 것은 사업자의 자체적인 기준의 설정과 판단 그리고 결정에 의해 이루어지는 것을 의미할 수 있으나 사업자에게 이에 대한 1차적인 권한을 부여하고 행정청은 그 기준의 적합성 및 자율성의 왜곡이 이루어지지 않는 선에서 감독권이 부여된다고 해서 자율규제성의 본질이 침해되는 것은 아니다. 법학계보다는 언론학계에서는 이 문제에 대해 구체적으로 접근을 시도하기도 한다. 자율규제의 유형에 대해서 보드윈은 규범 제정과 집행의 주체에 따라 첫째, 방송사업자, 인터넷 사업자와 같은 기업이 스스로 규범을 제정하여 공동체 구성원들에게 적용하는 자기규율(self-discipline), 둘째, 업계가 규범을 제정하여 구성원들에게 적용, 집행하는 순수 자율규제(pure self regulation), 셋째, 업계가 자발적으로 외부 사람들, 예를 들면 시청자 대표, 해당 분야 전문가 등을 포함시켜 규범을 제정하고, 이를 구성원들에게 적용, 집행하는 공동자율규제(co-opted self regulation), 넷째는 업계가 자발적으로 시청자 단체나 정부 부서와 같은 외부단체와 협의하여 규범을 제정하고 집행하는 협의적 자율규제(negotiated self-regulation), 다섯 번째는 정부가 규범을 제정하고 집행하는 것을 업계에 위임하는 위임적 자율규제(mandate self-regulation)등으로 나누고 있다.⁸²⁾ 자율규제에 대한 다양한 유형적인 접근은 단편화되어 정의되던 자율규제의 개념에 대한 비판의 폭을 좁힐 수 있을 것이다. 어떠한 유형을 자율규제의 모형으로 채택할 것인지는 향후의 연구에 의해 더 구체화될 수 있겠지만 현재의 행정기관 중심의 방송심의보다는 방송의 자유가 내포하는 헌법적 가치에 더 부합되는 제도라고 판단된다.

방송심의에 대해 자율심의가 가장 헌법적 가치에 부합되는 제도이지만 자율심의기구의 구성이 방송사업자의 자의에 의해 이루어져서는 안 된다. 자율심의기구의 도입에 반대하는 견해는 방송심의를 사업자의 자율에 맡겨 놓는다면 사업자의 본질인 영리추구로 인해 실질적으로 공공성과 공정성을 담보할 수 있는 자율기구의 구성과 운영이 이루어질

정성 등과 같은 프로그램의 내용에 대한 것이 아니라 방송광고에 대한 규제 및 청소년보호와 같은 영역에서 규제가 이루어지고 있다. 따라서 미국의 자율규제가 문제가 실패했다거나 문제가 있다는 점은 구체적인 자율규제의 내용을 살피지 않은 오해라고 판단된다. 미국에서의 자율심의제도에 대한 구체적인 내용과 비판에 대해서는, 강남준, 미국방송협회(NAB) 자율심의 제도의 변천과정 : 한국 방송심의제도에 던지는 함의, 방송연구 2006, 겨울호 179쪽 이하 참조.

82) 조연하/배진아, 매체 자율등급심의의 모델의 유형화, 방송연구 2005 겨울호, 293쪽 이하 재인용.

수 없다고 한다. 자본주의의 체제하에서 사업의 본질상 영리추구라는 목적을 저버릴 수 없는 사업자의 본질을 파악했다는 점에서 자율심의기구의 구성에 있어서 반드시 받아들여져야 할 부분이다. 이런 문제점을 보완하기 위해 자율기구의 구성은 사업자의 전적인 자율이 아니라 그 구성에 있어서는 사업자의 전횡을 방지할 수 있는 인적 구성이 법률로서 보장될 필요가 있다. 따라서 자율심의기구의 구성은 법률에 의해 이루어져야 하며 입법자는 방송의 자유의 발전이라는 헌법적 가치에 부합되는 적극적 입법형성(positive Ordnung)을 해야 한다. 방법론적으로는 업계와 정부 그리고 비정부단체의 연대에 의한 자율기구의 성립 또는 정부가 규범을 제정하고 집행하는 것을 업계에 위임하는 위임적 자율규제의 방법이 더 타당하리라고 판단된다. 다만 공영방송과 민영방송의 경우 각각 다른 기구에 의한 자율적인 규제가 필요하다. 왜냐하면 공영방송의 경우 공법상의 영조물법인으로 설립된 특수한 성격 때문에 공영방송의 기본적 공급의무를 충분히 실현할 수 있는 기구에 의해 심의가 이루어져야 하고 이 경우 내부의 자율적인 규제기구에 의해 방송심의가 이루어지는 것이 타당하다. 또한 공영방송의 설립취지가 민영방송과는 달리 영리추구가 그 목적이 아니라 다양한 정보의 제공을 통한 국민의 정보에 대한 접근 위한다는 공적과업을 안고 있어서 영리추구를 주목적으로 하는 민영방송과 동일한 기준과 기구에 의해 방송심의가 이루어지는 것은 타당하지 않다. 따라서 독일의 경우와 같이 방송사 내부의 방송위원회에 의한 방송프로그램에 대한 기획, 심의 그리고 제작에 대한 규제가 타당하며 외부기관에 의한 심의는 헌법적 가치와 부합되지 어렵다.⁸³⁾ 그러나 이와는 달리 민영방송의 경우는 단순히 내부적인 자율적인 기구에 의한 심의는 한계가 있을 수 있다. 왜냐하면 방송사업자 자율기구에 의한 자율기구에 대한 회의적인 견해들이 제시하듯이 광고방송을 통한 경제적인 이윤추구 때문에 국민들에게 보다 자극적인 프로그램에 대한 심의의 기준이 완화된다고 판단될 수 있기 때문이다. 따라서 민영방송 사업자의 경우

83) 입법방안을 독일 공영방송의 방송위원회를 참고할 수 있다. 독일 제2공영방송(ZDF)의 경우 각 란트의 대표, 연방대표, 정당대표, 개신교, 가톨릭 및 유대교의 대표, 노동조합의 대표, 사용자측의 대표, 독일신문연합의 대표, 언론인대표, 복지단체의 대표, 각 도시, 지방협의회의 대표, 체육협회의 대표, 유럽연합독일지부의 대표, 환경보호단체의 대표, 실향민단체의 대표, 스탈린치하의 희생자의 대표 그리고 교육, 학교, 학문, 예술, 영화, 문화, 직업, 가정, 아동보호, 청소년노동, 소비자보호와 동물보호의 대표로 구성된 시청위원회(Fernsehrat)에 의해 제2공영방송사의 사장이 선출되고 프로그램전반에 대한 제작·편성의 기준과 감독의 기능이 이루어진다. 이러한 내적 다원성이 보장된 기구에 의해 자율적인 방송심의방향이 공영방송에는 타당하다.

에는 전적인 사업자간의 자율기구가 아니라 외부의 통제와 감독이 함께 부가되는 형태의 자율규제가 타당하며 이러한 구체적인 기구의 형성은 입법자의 의한 법률사항으로 규정 되어야지만 법적 안정성과 그 민주적 정당성이 인정될 수 있을 것이다.⁸⁴⁾⁸⁵⁾

2. 매체 특성에 따른 규제의 법제화

융합화란 현상에 의해 방송과 통신이 하나의 행정기관에 의해 규제되는 것에 대해 새로운 발상의 전환이 필요한 시점이다. 법은 규제대상이 동일한 것을 그 대상으로 그 실효성이 있는 것이지 전혀 성격을 달리하는 규제대상을 하나의 규제범위로 통합하는 것은 올바른 입법형성이 아니다. 특히 방송이라는 가치는 국민들의 사적·공적 의사형성을 통한 민주적인 여론형성에 기여를 한다는 문화적인 속성과 그를 통해 국가의 정체성 확립이라는 다소 형이상학적인 의미를 가지는 것에 반해 통신은 개인의 사적인 의사소통과 그 비밀의 보호 그리고 통신사업자의 입장에서는 이들 서비스의 제공을 통해 영리추구라는 산업적, 경제적인 측면이 1차적인 헌법가치인 것이다. 과거 MB정권이 방송과 통신은 융합화라는 현상으로 하나의 규제틀 속에서 방통위의 관장사항으로 하고 방통심위에서 심의를 담당하게 한 것은 융합화란 의미의 하드웨어적인 측면만을 파악한 것에 불과하며 방송과 통신의 속성을 본질적으로 파악하지 못한 것이다. 향후의 방송과 통신의 발전을 위해서는 각각의 심의를 담당하는 기관의 분리와 입법적인 분리시스템의 도입이 필요할 것이다.⁸⁶⁾⁸⁷⁾

84) 현재 우리나라에서 공영방송과 민영방송의 구분은 명확하지 않다. 특히 MBC의 경우 법상으로는 주식회사의 형태를, 실질적인 측면인 재원의 측면에서는 방문진과 정수장학회로 설립되어 있어 그 성격이 애매하다. 향후의 연구과제이다.

85) 독일의 방송심의에 대해서는, 권형돈, 독일의 방송심의제도와 그 시사점, 언론과 법 제8권 제1호, 2009, 37쪽 이하 참조

86) 박근혜정부가 들어서면서 방송과 통신의 분리를 피하면서 방송통신위원회와 미래창조과학부에 각각의 권한을 부여하는 내용의 정부조직법을 개정했지만 관장분할의 애매함이 여전히 존재하고 있다.

87) 보다 구체적인 것은, 조연하, 지상파방송에 대한 방송 법제와 정책의 허실, 매체특성론적 관점에서의 방송심의의 합리적 차별성, 지상파 방송 비대칭 규제와 개선 방안. (2007-10)

부록 - 방송심의 현황자료

<붙임1> 방송심의의 관련 재심 현황(2014.7.16. 현재, 방송심의기획팀 자료 제공)

방송심의의 관련 재심 현황

■ 2008년 재심청구 현황(1건)

- 지상파(1건)

원심 의결일	채널 및 프로그램명	방송일시	문제내용	적용조항	원심 의결	재심 의결	방송위 의결
'08. 11.11.	MBC-TV <뉴스데스크>	2008.9.18.(목) 20:55-21:50	지역명 오보(誤報) 및 오보정정 미실시	14조(객관성), 17조(오보정정)	주의	의결 없음	기각

■ 2009년 재심청구 현황(1건)

- 지상파(1건)

원심 의결일	채널 및 프로그램명	방송일시	문제내용	적용조항	원심 의결	재심 의결	방송위 의결
'09. 3.4.	MBC-TV <뉴스 후>	2008.12.20. 토 21:45-22:35 2009.1.3. 토 21:35-22:25	방송법 개정 관련 객관성·공정성 위반	9조(공정성)②, 14조(객관성)	시청자 사과	의결 없음	기각

■ 2010년 재심청구 현황(2건)

○ 지상파(2건)

원심 이결일	채널 및 프로그램명	방송일시	문제내용	적용조항	원심 이결	재심 이결	방통위 이결
'10. 5.4.	KBS-2TV 〈부자의 탄생〉	2010.3.22.월 2010.3.23.화 2010.3.29.일 2010.3.30.화 2010.4.5.월 2010.4.6.화 2010.4.12.월 21:55-23:10	특정 협찬주에 대한 과도한 광고효과	46조(광고효과 제한) ①,③	시청자 사과	이결 없음	기각
'10. 6.9.	MBC-TV 〈개인의 취향〉	2010.4.7.수 2010.4.8.목 2010.4.15.목 2010.4.21.수 2010.4.22.목 2010.5.5.수 2010.5.6.목 21:45-23:05	특정 협찬주에 대한 과도한 광고효과	46조(광고효과 제한) ①,③	시청자 사과	위원회의 조치 이후, 수출계약 체결 등, 중대한 사정변경 발생 감안 필요	인용 (사과 ⇒ 경고)

■ 2011년 재심청구 현황(5건)

○ 지상파(5건)

원심 의결일	채널 및 프로그램명	방송일시	문제내용	적용조항	원심 의결	재심 이견	반통위 의결
'11. 1.5.	KBS-2TV 〈추적 60분〉	2010.11.17.수 23:15-24:15	'천안함 폭침' 관련 객관성·공정성 위반	9조(공정성)②,③ 14조(객관성)	경고	'이견 없음'	기각
'11. 4.6.	EBS-TV 〈하니뿐인 지구〉	2011.2.17.목 23:10-24:00 2011.2.19.토 14:30-15:20	잔인한 곰 살육장면 방송	26조(생명의 존중)③, 44조(수용수준)②	주의	'이견 없음'	기각
'11. 8.18.	진주MBC-TV 〈새로운 지역 MBC 탄생〉	2011.6.20.월 11:59 등	'MBC 경남' 출범을 기정사실화 하는 홍보영상물 방송	제14조(객관성), 제9조(공정성)제4항	시청자 사과	'이견 없음'	기각
'11. 9.29.	KBS-2TV 〈오작교 형제들〉	2011.8.6.토 8.7.일, 8.13.토 8.14.일, 8.20.토 8.21.일, 8.27.토 8.28.일 19:55-21:05	육성과 저속한 표현사용 및 특정 협찬주에 대한 과도한 광고효과	51조(방송언어)③, 44조(수용수준)②, 46조(광고효과 제한)①	시청자 사과	위원회의 조치 이후, 지적사항이 크게 반영·개선되었고, 재심청구 사유가 일정부분 타당성을 갖추고 있음을 감안필요	인용 (사과 ⇒ 경고)
'11. 12.14.	KBS-2TV 〈VJ특공대〉	2008.6.13.금, 2009.8.14.금, 2010.5.21.금, 21:55-23:0	방송 당일 처음 판매된 메뉴를 오랫동안 판매되어 온 것처럼 방송	14조(객관성)	주의	'이견 없음'	기각

■ 2012년 제심청구 현황(4건)

○ 지상파(4건)

원심 의결일	채널 및 프로그램명	방송일시	문제내용	적용조항	원심 의결	제심 의견	반통위 의결
3.8	CBS-AM <김미화의여러분>	2012.1.5.(목), 14:05-15:00	출연자(우석훈, 선대인)가 객관성이 결여된 내용을 바탕으로 정부 정책을 단정적으로 비판	9조(공정성)① 14조(객관성)	주의	'의견 없음'	기각
'12. 4.19.	KBS-1TV <KBS 뉴스 9>	2012.2.8.수, 21:00-22:00	특정 스크린 유희업체에 대한 광고효과	46조(광고효과외의 제한)②	주의	'의견 없음'	기각
'12. 9.27.	KBS-1TV <KBS 뉴스광장>	2012.7.30.월, 06:00-07:50	실제 인터뷰 내용과 다른 자막을 고지	14조(객관성)	주의	'의견 없음'	기각
'12. 10.25.	EBS-TV <EBS 다큐프라임>	2012.9.11.화, 21:50-22:45	아동 상대 범죄장면 재연	39조(재연기법의 사용)①	주의	'의견 없음'	기각

■ 2013년 제심청구 현황(19건)

○ 지상파(13건)

원심 의결일	채널 및 프로그램명	방송일시	문제내용	적용조항	원심 의결	제심 의견	반통위 의결
'13. 1.24.	KBS-2TV <세상 어디에도 없는 착한 남자>	2012.11.14.수, 22:00-23:20	'삼성 갤럭시노트2'에 대한 과도한 간접광고	46조(광고효과외의 제한)②	관계자 징계 경고	'의견 없음'	기각

원심 의결일	채널 및 프로그램명	방송일시	문제내용	적용조항	원심 의결	재심 의견	방통위 의결
'13. 1.24.	KBS-2TV 〈해피선데이 - 남자의 자격〉	2012.11.25.일, 12.2.일, 17:00-18:10	'삼성 갤럭시노트2에 대한 과도한 간접광고	46조(광고효과 제한)②	관계자 징계 경고	'의견 없음'	기각
'13. 3.21.	MBC-TV 〈MBC 뉴스데스크〉	2013.2.8.금, 19:55-20:50	해당 보도와 관계없는 사람의 사진을 피의자 실루엣으로 사용	9조(공정성)①, 14조(객관성), 20조(명예훼손금지)①, 27조(품위 유지)①	관계자 징계 경고	'의견 없음'	기각
'13. 3.21.	MBC-TV 〈보고싶다〉	2013.1.3.수, 1.10.목, 1.17.목, 21:55-23:15	특정 협찬주에 대한 과도한 광고효과	46조(광고효과 제한) ①, ②	관계자 징계 경고	재심청구 의견을 감안, 방통위가 적정한 결정을 하는 것이 타당	인용 (징계 및 경고 ⇒ 경고)
'13. 4.18.	MBC-TV 〈MBC 뉴스데스크〉	2013.2.18.월, 19:55-20:50	주요 변수를 생략, 연구결과를 지나치게 단순화하여 보도	14조(객관성)	주의	'의견 없음'	기각
'13. 4.18.	KBS-2TV 〈최고다 이순신〉	2013.3.9.토, 3.10.일, 3.16.토, 3.17일, 19:55-21:10	특정 협찬주에 대한 과도한 광고효과	25조(윤리성)③, 44조(수용수준)②, 46조(광고효과 제한) ①, ③	경고	'의견 없음'	기각
'13. 6.27.	MBC-TV 〈MBC 뉴스데스크〉	2013.4.12.금, 19:55-20:40	아구장의 이벤트 활동을 보도하면서 이쿠르트 제품 노출	46조(광고효과 제한)②	주의	'기각'	기각

원심 의결일	채널 및 프로그램명	방송일시	문제내용	적용조항	원심 의결	재심 의결	방통위 의결
'13. 6.13.	MBC-TV 〈MBC 뉴스데스크〉	2013.5.22.수, 19:55-20:45	대통령 일괄 옆에 복한 인공기가 배치된 화면을 앵커 배경화면 사용	27조(품위 유지)①	관계자 징계 경고	'기각'	기각
'13. 7.11.	MBC-TV 〈MBC 뉴스데스크〉	2013.6.3.월, 19:55-20:40	특정 국회의원의 변호사 겸직 관련 오보	9조(공정성)①,②, 12조(정치인 출연 및 선거방송)②, 14조(객관성), 20조(명예훼손 금지)①, 27조(품위 유지)①	관계자 징계 경고	'기각'	기각
'13. 7.11.	MBC-TV 〈MBC 뉴스데스크〉	2013.5.24.금, 19:55-20:40	가짜 싸이 국적 오보 및 중국 비하	14조(객관성), 17조(오보정정), 31조(문화의 다양성 존중)	주의	'기각'	기각
'13. 7.25.	MBC-TV 〈뉴스투데이〉	2013.6.1.토, 06:00-07:50	대구 여대생 살인사건 관련 오보	14조(객관성)	주의	'기각'	기각
'13. 7.25.	대구MBC-TV 〈대구MBC 뉴스투데이〉	2013.6.1.토, 07:15-07:30					
'13. 11.21.	KBS-2TV 〈추적 60분〉	2013.9.7.토, 22:15-23:10	서울시 공무원간첩 의혹 사건 1심 결과 무죄판결 관련 내용 소개	9조(공정성)②, 11조(재판이 계속 중인 사건)	경고	'기각'	기각

○ 종합편성채널(1건)

원심 의결일	채널 및 프로그램명	방송일시	문제내용	적용조항	원심 의결	재심 의결	방송위 의결
12.19	JTBC <JTBC 뉴스9>	2013.11.5.(화), 21:00-21:45	통합진보당 해상 심판 청구 관련, 김제연 통합진보당 대변인 등 정부 비판적 인사와만 인터뷰하고, 관련 여론조사 결과를 왜곡하여 전달	9조(공정성)② 14조(객관성)	관계자 징계 및 경고	기각	기각

○ 유료(4건)

원심 의결일	채널 및 프로그램명	방송일시	문제내용	적용조항	원심 의결	재심 의결	방송위 의결
4.18	ETN <심은진의 Feeling up>	2013.2.18.월, 20:00-21:00 등	특정 상품에 대한 광고효과 및 의료행위에 대한 과신	46조(광고효과)② 42조(의료행위 등)④	과징금 (일천만원)	의결 없음	기각
7.25	RTV <백년전쟁- 두 얼굴의 이승만>	2013.1.21.월, 22:00-22:55 등	초대대통령 이승만 폄하	9조(공정성)①② 14조(객관성) 20조(명예훼손금지)②	관계자 징계 및 경고	※ 9.12 RTV, 재심청구 9.13 위원회, 점수	
7.25	RTV <백년전쟁- 플레이저 보고서(제1부)>	2013.1.26.월, 23:00-23:45 등	박정희 대통령 폄하	9조(공정성)①② 14조(객관성) 20조(명예훼손금지)②	관계자 징계 및 경고		

원심 의결일	채널 및 프로그램명	방송일시	문제내용	적용조항	원심 의결	재심 의결	방통위 의결
'13. 12.19	플라리스TV <원샷부킹>	2013.9.27.금, 03:00-03:25 등	여성을 상품화하는 구성 등으로 기 제재조치('08.2.12)를 받았음에도 합당한 조치가 방송하고, 등급을 표시하지 않음.	28조(건전한 생활기풍) 35조(성표현)② 51조(방송언어)③ 63조(심의결과와 존중) 66조(청소년유해매체 물 결정)⑥2	과징금 (일천만원)	기각	기각

■ 2014년 재심청구 현황(7건)

○ 지상파(3건)

원심 의결일	채널 및 프로그램명	방송일시	문제내용	적용조항	원심 의결	재심 의결	방통위 의결
1.23	CBS-AM <김현정의 뉴스쇼 2부>	2013.11.25.(월), 08:00-08:30	출연자(박창신 신부)의 일방적 주장(대선부정, 연명도 포격 사건 등 관련)을 여과 없이 방송	9조(공정성)② 14조(객관성)	주의	기각	기각
'14. 2.20.	EBS-TV <부모>	2012.9.14.금, 10:00-10:50	무자격 안마사가 출연하여 마사지에 대해 시연·소개	33조(준법정신의 고취 등), 46조(광고효과 제한)②	주의	'기각'	'기각'
'14. 4.30.	KBS-1TV <KBS 뉴스특보>	2014.4.18.금, 16:06-18:55	'구조 당국이 세월호 신내에 영거 있는 시신을 다수 발견했다' 고 반복 보도	제24조의2(재난등에 대한 정확한 정보제공)②, 제24조의3(재난방송의 내용)	경고	- (7.17. 전체회의 예정)	-

○ 종합편성채널(1건)

원심 의결일	채널 및 프로그램명	방송일시	문제내용	적용조항	원심 의결	재심 의결	방송위 의결
4.3	JTBC <뉴스 큐브 6>	2014.2.18.(화) 17:35-18:55	서울시 공무원 간첩 의혹 사건 당사자인 유우성 씨와 변호인이 출연하여, 유 씨의 신분 및 간첩 혐의를 받게 된 이유, 검찰 측의 유 씨 출입경 기록 위조 여부, 유 씨 여동생에 대한 국가정보원의 가혹행위 여부 등에 대해 인터뷰하는 내용을 방송	9조(공정성)② 11조(재판이 계속중인 사건) 14조(객관성)	관계자 징계 및 경고	미정	미정

○ 보도전문채널(1건) ※ 선거방송심의위원회 관련

원심 의결일	채널 및 프로그램명	방송일시	문제내용	적용조항	원심 의결	재심 의결	방송위 의결
4.11	YTN <호준석의 뉴스 人 1부>	2014.3.12.(수), 14:00-15:00	새누리당 서울시장 후보경선 출마 예정인 특정 후보자(정몽준)의 동향에 대해 배경음악이 첨부된 영상 뉴스를 방송 하고, 동 프로그램의 다른 코너에서도 해당 후보자의 발언만 소개함.	「선거방송 심의에 관한 특별 규정」 5조(공정성)①② 6조(형평성)①	관계자 징계	기각	기각

○ 유료(1건)

원심 의결일	채널 및 프로그램명	방송일시	문제내용	적용조항	원심 의결	재심 의결	반통위 의결
'14. 2.20	tomato TV 〈증권통 레이스〉	2014.12.목, 09:30-09:40	게임 소개 프로그램에서 프로그램명과 동일한 증권 관련 게임 및 상품에 대한 광고효과	46조(광고효과의 제한)② 49조(상품)②	관계자 징계 및 경고	기각	기각

○ 광고심의(1건)

원심 의결일	채널 및 프로그램명	방송일시	문제내용	적용조항	원심 의결	재심 의결	반통위 의결
3.20.	KBS-2TV 〈SK-이 피테라에센스 크리스탈 리미티드 에디션(15초)〉	2013.12.30.(월) 21:52-21:52	‘SK-이 피테라 에센스 크리스탈 리미티드 에디션’ 화장품을 광고하면서, 한글맞춤법 및 용법에 맞지 않는 ‘투명한 피부’라는 표현을 사용함.	「방송광고심의회에 관한 규정」제21조(언어)제1항	주의	미정 (12차 예정)	미정
	MBC-TV 〈SK-이 피테라에센스 크리스탈 리미티드 에디션(15초)〉	2013.12.29.(일) 10:46-10:46					
	SBS-TV 〈SK-이 피테라에센스 크리스탈 리미티드 에디션(15초)〉	2013.12.28.(토) 20:41-20:41					

〈붙임2〉 방송심의 관련 소송 현황(2014.7.1.현재, 법무팀 자료 제공)

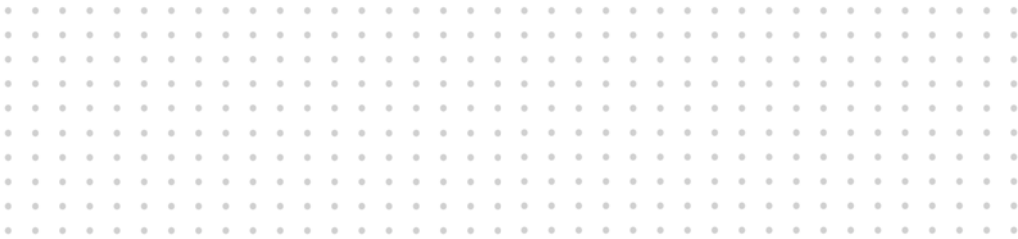
구분	사건명(사건번호) - 소송이유	방송사	프로그램명	방송일	진행상황
1	방송제재처분취소 - 의결 08.7.16 / 처분 08.7.28 (서울행정법원2008구합31345) - KBS 뉴스 9, 프로그램에서 감사원의 특별감사결과와 관련한 기사를 보도함에 있어 자사의 입장을 옹호하는 정치권이나 기관단체의 주장과 자사에 유리한 내용만을 중점 보도하고, 그와 반대되는 입장에 대하여는 거의 보도하지 않아, 방송심의규정 제9조 제4항 위반을 이유로 "주의"의결을 하고, 방통위가 같은 처분을 하자 이의 취소를 구하는 소송을 제기한 사건	한국방송공사 (KBS1)	KBS 뉴스 9	2008.5.21. 2008.5.22. 2008.5.23. 2008.6.11.	○ 제소 : '08.08.01. ○ 원고 승 : '09.01.13. ○ 제소 : '08.08.01. ○ 인용 : '08.08.05. ○ 제소 : '08.10.29. ○ 기각 : '09.01.13. ○ 제소 : '09.04.10. ○ 인용 : '09.05.27.
1-1	1. 사건 제재조치의 집행지지를 요구하는 사건 (서울행정법원2008012047)				
1-2	위헌법률심판제청(서울행정법원2008012806)				
1-3	소송비용액확정(서울행정법원2009011094)				
2	제재조치처분취소 - 의결 11.1.5 / 처분 11.1.24 (서울행정법원 2011구합10379) - "의문의 천안함, 논쟁은 끝났나?"라는 방송내용에 대해 공정성, 객관성 위반으로 "경고" 의결을 하고, 방통위가 같은 처분 하자 이의 취소를 요하는 소송을 제기한 사건	한국방송공사 (KBS2)	추적 60분	2010.11.17.	○ 제소 : '11.03.28. ○ 원고승 : '14.06.13. ○ 제소 : '11.03.28. ○ 기각 : '11.03.30.
2-1	1. 사건 제재조치의 집행지지를 요구하는 사건 (서울행정법원201101943)				
3	재심결정취소 - 의결 12.3.8 / 처분 12.3.28 - 출연자가 현재의 경제현황에 대해 방송한 내용에 대하여 객관성, 공정성 위반을 이유로 "주의" 의결하고, 방통위가 제재조치처분을 하자 이에 대해 재심결정을 청구하였으나 같은 결과가 나오자 재심결정을 취소하는 소송을 제기한 사건	재단법인 씨비에스	김미화의 여러분	2012.1.5.	○ 제소 : '12.07.17. ○ 원고 승 : '13.5.14 ○ 상소 : '13.05.29 ○ 항소기각 : '14.1.8. ○ 상소 : '14.1.24. ○ 심리불속행기각 : '14.5.16.
	1심(서울행정법원 2012구합23266)				
	2심(서울고등법원 2013누16755)				
	3심(대법원 2014두2775)				

구분	사건명(사건번호) - 소송이유	방송사	프로그램명	방송일	진행상황
4	제재조치처분취소 - 의결 13.3.21 / 처분 13.5.3 (서울행정법원 2013구합18308) - 교비회계법으로 구속기소 되었다가 보석으로 석방된 서남대 설립자 보도를 하면서 내용과 관련이 없는 문재인 의원의 얼굴사진을 음영처리하여 자료화면으로 사용한 방송내용에 대하여 공정성, 객관성, 명예훼손, 품위유지 위반으로 "프로그램 관계자에 대한 징계 및 경고" 의결을 하고 방통위가 같은 처분을 하자 이의 취소를 요하는 소송을 제기한 사건	주식회사 문화방송	MBC 뉴스데스크	2013.5.8.	○ 제소 : '13.07.15. ○ 원고 패 : '14.2.28. ○ 항소 : '14.03.14. ○ 심리 중 ○ 제소 : '13.07.15. ○ 일부인용 : '13.07.17.
4-1	4. 사건에 불복하여 항소한 사건(서울고등법원 2014누45996)				
4-2	4. 사건 제재조치의 집행정지를 요구하는 사건 (서울행정법원2013012285)				
5	제재조치처분취소 - 의결 13.6.13 / 처분 13.6.28 (서울행정법원 2013구합25627) - 국선별기의 실천배치 기념식에 참석한 박근혜 대통령에 대해 보도하면서, 연석 중인 박근혜 대통령의 얼굴 옆에 북한 인공기를 병렬 배치한 정지영 상을 방송화면으로 보도한 방송내용에 대해 품위유지 위반을 이유로 "프로그램 관계자에 대한 징계 및 경고" 의결을 하고, 방통위가 같은 처분을 하자 이의 취소를 요하는 소송을 제기한 사건	주식회사 문화방송	MBC 뉴스데스크	2013.5.22.	○ 제소 : '13.10.16. ○ 원고 승 : '14.1.24. ※ 상소 : '14.2.11.
5-1	5. 사건에 불복하여 항소한 사건(서울고등법원 2014누42980)				○ 항소 : '14.2.11. ○ 심리 중
5-2	5. 사건 제재조치의 집행정지를 요구하는 사건 (서울행정법원2013013249)				○ 제소 : '13.10.16. ○ 일부인용 : '13.10.29.
6	제재조치처분취소 - 의결 13.7.25 / 처분 13.11.22 (서울행정법원 2013구합28954) - 백년전쟁(두얼굴의 이승만, 프레이저보고서 제1부)에 대해 공정성, 객관성, 명예훼손 위반을 이유로 "프로그램 관계자에 대한 징계 및 경고" 의결을 하고 방통위가 같은 처분을 하자 이의 취소를 요하는 소송을 제기한 사건 - 집행정지 : 서울행정법원 2013013768 (2013. 12. 20. 인용)	재단법인 시민방송 (RTV)	백년전쟁 (두얼굴의 이승만, 프레이저 보고서 제1부)	2013.1.21~ 3.3.3 2013.1.26. ~3.3.	○ 제소 : '13.11.27. ○ 심리 중 ○ 제소 : '13.11.27. ○ 일부인용 : '13.12.20.
6-1	6. 사건 제재조치의 집행정지를 요구하는 사건(서울행정법원2013013768)				○ 제소 : '13.11.27. ○ 일부인용 : '13.12.20.
7	제재조치처분취소 - 의결 13.11.23 / 처분 13.12.23 (서울행정법원 2014구합11021) - 추적60분 "서울시 공무원 간첩사건 무죄판결의 진면" 프로그램에 대하여 "경고" 의결, 처분을 하자, 이의 취소를 구하는 소송을 제기한 사건	한국방송공사 (KBS2)	추적60분	'13.9.7. 22:15~ 23:10	○ 제소 : '14.6.18. ○ 심리 중



국내 방송심의제도의 쟁점과 문제점

윤성욱
(경기대 언론미디어학과)



국내 방송심의제도의 쟁점과 문제점*

Ⅰ 윤성옥 (경기대 언론미디어학과)

1. 들어가며

국내에서 방송심의는 방송통신심의위원회가 담당하고 있다. 방송통신심의위원회의 심의제재는 방송사의 재허가 심사 시 반영된다. 방송심의 제재에 따라 방송사의 허가가 취소될 수 있다는 의미이다. 따라서 방송심의는 단순히 윤리적 차원이 아니라 법적 차원이라는 점에 주목할 필요가 있다. 무엇보다 방송심의제도는 법적으로 정당성, 타당성, 일관성을 가져야 한다는 것이다. 또 한편으로는 방송허가권 앞에 방송사가 마냥 자유로울 수 있을지의 문제도 고려해야 한다. 그런 차원에서 방송통신심의위원회는 어떻게 구성되어 있고, 누가 심의를 하며, 어떻게 심의를 하고 있는지는 우리 사회에서 매우 중요한 문제이다. 방송사업자의 자유를 옹호하고자 하는 것이 아니라 민주주의 사회에서 방송의 기능과 역할을 고려할 때 방송의 자유가 먼저 전제되어야 하기 때문이다.

그런데 2008년 이명박 정부 출범과 함께 구성한 제1기 방송통신심의위원회부터 지금까지 현행 방송심의 제도에 대해서는 6:3 위원회, 자판기심의, 청부심의, 공안심의 등 비판의 목소리가 매우 높다. 방송통신심의위원회가 합의제 독립기구임에도 다양한 의견이 합의에 이르기보다는 언제나 여야 추천 위원으로 나뉘어 다수결의 원칙이 적용된 셈이다. 여당 추천 위원이 다수인 상황에서 정부나 여당을 비판한 방송을 공정하다고 결정할 수 있을지 현실적으로 한계가 있다.

방송심의는 내용규제로 방송정책에서 그 어느 분야보다 중요하다. 결국 시청자들이 접하는 것은 방송 프로그램이고 그러한 방송 프로그램을 결정하는 것이 심의제도라고 본

* 이 발표문은 필자가 공표한 방송심의 관련 논문들(참고문헌에 제시)을 짜깁기한 내용으로 그 동안의 논의를 나열하는 수준이다. 이번 발표에서 논의를 위한 참고자료로만 이해해주시기를 부탁드립니다.

다. 우리 사회에서 방송심의 제도를 어떻게 구성하고 운용하느냐에 따라 실제 제작되어 시청자들에게 전달되는 프로그램의 내용이 달라질 수 있기 때문이다. 방송에서 무엇을 말하게 하고 말하지 못하게 할 것인가와 관련된 문제이기도 하다.

본고에서는 국내 방송심의 제도에서 논란이 되는 쟁점을 소개한다. 크게 세 분야로 나눈다. 첫째는 방송심을 담당하고 있는 규제기관의 문제점으로 방송통신심의위원회의 법적 성격에 대해 다룬다. 둘째는 방송심의의 기준이 되는 방송심의 규정의 문제점을 다룬다. 셋째 방송심의 제재 결과 실제 제작현장에서 발견되는 문제점을 다룬다.

2. 내용규제 기관의 법적 위상과 문제점

(1) 사전검열 논란과 방송통신심의위원회의 법적 성격

심의제도의 위헌성을 논하기 이전에 무엇보다 심의 주체인 방송통신심의위원회의 성격을 명확하게 규정할 필요가 있다. 헌법상 사전검열에 대한 위헌성 판단도 행정권 여부가 주요 기준이다. 심의를 하는 주체의 성격이 행정기관이나, 민간 독립기관이나에 따라 내용 규제의 허용 범위가 달라질 수 있다.

우리 헌법 제21조 제2항은 언론·출판에 대한 허가나 검열은 인정되지 아니한다고 규정하고 있다. 여기서 말하는 검열은 그 명칭이나 형식과 관계없이 실질적으로 행정권이 주체가 되어 사상이나 의견 등이 발표되기 이전에 예방적 조치로서 그 내용을 심사, 선별하여 발표를 사전에 억제하는, 즉 허가받지 아니한 것의 발표를 금지하는 제도를 뜻하고, 이러한 사전검열은 법률로써도 불가능한 것으로서 절대적으로 금지된다(헌법재판소, 1996. 10. 4., 1996. 10. 31., 1998. 2. 27.).

이에 대해 헌법재판소는 “언론·출판에 대하여 사전 검열이 허용될 경우에는 국민의 예술활동의 독창성과 창의성을 침해하여 정신생활에 미치는 위험이 클 뿐만 아니라 행정기관이 집권자에게 불리한 내용의 표현을 사전에 억제함으로써 이른바 관제의견이나 지배자에게 무해한 여론만이 허용되는 결과를 초래할 염려가 있기 때문”이라고 밝히고 있다(헌법재판소, 2001. 8. 30.).

영화에 대한 심의 및 상영등급분류업무를 담당하고 등급분류보류결정권한을 갖고 있는 영상물등급위원회의 경우 문화관광부장관에 대한 보고 내지 통보의무는 없다고 하더라도 위원을 대통령이 위촉하고(공연법 제18조 제1항), 영상물등급위원회의 구성방법 및 절차에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 하고 있으며(공연법 제18조 제2항, 공연법 시행령 제22조), 국가예산의 범위 안에서 영상물등급위원회의 운영에 필요한 경비의 보조를 받을 수 있도록 하고 있는 점(공연법 제30조) 등에 비추어볼 때, 행정권이 심의기관의 구성에 지속적인 영향을 미칠 수 있고 행정권이 주체가 되어 검열 절차를 형성하고 있다고 보았다(헌법재판소 2001. 8. 30). 또한 ‘국가에 의하여 검열절차가 입법의 형태로 계획되고 의도된 이상 비록 검열기관을 민간인들로 구성하고 그 지위의 독립성을 보장한다고 해서 영화진흥법이 정한 등급분류보류제도의 법적 성격이 바뀌는 것은 아니’라고 했다.

구 방송위원회로부터 위탁을 받아 방송광고 사전심의를 담당했던 한국광고자율심의기구의 경우에도 위헌 판결을 받은 바 있다. 헌법재판소는 한국광고자율심의기구가 민간이 주도가 되어 설립된 기구이기는 하나 그 구성에 행정권이 개입하고 있고(광고심의위원회의 선임에 관여하는 회장과 이사 선임에 문화관광부장관의 승인), 행정법상 공무수탁사인으로서 그 위탁받은 업무에 관하여 국가의 지휘·감독을 받고 있으며(방송법 제103조 제2항, 동법시행령 제68조 제3항, 방송광고심의규정 제53조 제1항), 방송위원회는 텔레비전 방송광고의 심의기준이 되는 방송광고심의규정을 제정, 개정할 권한을 가지고 있고(방송법 제33조), 자율심의기구의 운영비나 사무실 유지비, 인건비 등을 지급(방송위와 자율심의기구간 업무위탁계약서 제8조)하고 있다면 한국광고자율심의기구가 행하는 방송광고 사전심의를 방송위원회가 위탁이라는 방법에 의해 그 업무의 범위를 확장한 것에 지나지 않는다고 판단하였다(헌법재판소 2008. 6. 26.).

또한 헌법재판소는 “방송위원회는 방송광고 심의규정을 개정함으로써 언제든지 자신이 원하는 대로 자율심의기구의 심의 내용을 원격 조정할 수 있다. 즉 국가는 방송광고 심의규정을 통해 자신이 선호하는 내용의 방송광고만을 내볼 수 있게 될 것이며, 이것은 소비자 또는 시청자를 보호한다는 명분으로 방송광고에서 국가의 의견을 관철시키는 결과를 낳을 것”이라고 강조하고 있다.

헌법재판소의 영상물등급위원회와 광고자율심의기구의 사전검열의 위헌판단 기준을 적용하여 방송통신심의위원회도 다음과 같이 판단할 수 있을 것이다.

우선 방송통신심의위원회 위원 구성은 비록 법률에 임명이라는 용어를 직접적으로 사용하지 않고 ‘위촉’이라는 표현을 사용하였지만¹⁾ 결과적으로 대통령이 임명하는 것과 동일하다. 법률에서는 국회의장이 각 교섭단체 대표의원과 협의하여 추천한 3인, 국회 소관 상임위원회에서 추천한 3인을 포함하여 대통령이 위촉한다고 하고 있다(방송통신위원회 설치 및 운영에 관한 법률 제18조, 이하 방송통신위원회 설치운영법). 즉 방송통신심의위원회는 국회의장 추천 3인, 국회 상임위원회 추천 3인, 대통령 추천 3인으로 총 9인으로 구성한다.

방송통신심의위원회의 사무처 조직에 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 하고 있으며(동법 제26조), 필요한 경비는 방송발전기금, 정보통신진흥기금, 그 밖에 대통령령으로 정하는 기금에서 국가가 지급하도록 규정을 마련하고 있다(동법 제28조).

또한 방송통신심의위원회는 심의규정을 제정·공표할 권리를 가진다(방송통신위원회 설치운영법 제24조). 방송통신심의위원회가 정한 심의규정에 위반된다고 판단하는 경우 제재조치를 결정할 수 있고, 방송통신위원회에 제재조치의 처분을 요청하도록 하고 있다(동법 제25조).

결국 방송통신심의위원회는 독립적인 사무를 수행하도록 설치 운영하여 독립위원회 형식을 띠고 있으나, 구성 방법과 절차에 대통령과 여당 추천 인사를 다수 포함하여 임명하는 방식이며,²⁾ 방송통신심의위원회의 사무처 조직에 필요한 사항을 대통령령으로 정하도록 하고 있는 점, 사무처 조직 운영에 필요한 경비를 국가가 지급하도록 하고 있는 점, 방송내용에 영향을 미치는 심의규정을 제정·공표할 권리가 있는 점 등에 비추어 국가의 행정권이 심의기관의 구성에 지속적인 영향을 미칠 수 있고 행정권이 주체가 된 검열 절차를 형성하고 있다고 볼 수 있다. 이는 행정권이 주체가 된 방송통신심의위원회

1) 법률에 ‘위촉’이라는 표현을 한 것은 방송통신심의위원회가 내용규제기관이므로 대통령이 직접적으로 임명하는 방식에 대한 부담을 느꼈던 것으로 이해가 된다. 또한 위원이 공무원이 아니기 때문에 ‘임명’보다는 위촉이라는 표현이 타당하다는 의견도 있을 수 있다. 그러나 표현을 위촉이라 하여도 형식상 임명과 다를 게 없다는 게 필자의 의견이다.

2) 게다가 현행 방송통신심의위원 추천은 여야 6:3 구성으로 이루어져 있다.

가 언제든지 시청자를 보호한다는 명분 하에 방송심의규정을 개정함으로써 국가 의견을 관철시키는 결과를 초래할 수도 있다.

다만 방송통신심의위원회의 방송심의는 영상물등급위원회와 방송광고자율심의기구와 상이할 수 있다. 세 기관이 모두 국가기관으로 성격을 인정받더라도 영화 등급보류 분류나 광고심의는 사전에 그 내용을 심사·선별하여 일정한 범위 내에서 발표를 금지함으로써 사전적 규제로서 위헌성을 인정받았다. 그러나 방송심의의 경우 프로그램이 방송된 후 규제기관이 사후 규제하는 형태를 띠고 있다.

그러나 현행 방송통신심의위원회의 심의는 여전히 위헌적 논란이 있을 수 있다. 즉 국가기관의 행정권이 작용하는 심의기관으로 방송통신심의위원회가 정부에 비판적이거나 불리한 내용을 방송하면 제재할 수 있는데, 이러한 심의결과를 다시 평가제나 재허가에 반영함으로써 방송사의 재허가를 취소할 수 있도록 법률 구조를 가지고 있다는 것이다(방송법 제17조 제3항, 제31조). 결국 방송사가 재허가를 받기 위해 집권당에게 유리하거나 정부에 무해한 여론만을 방송할 것이므로 이는 단일 프로그램을 사전에 일일이 심사·선별하지는 않을지라도 결과적으로 일정한 범위 내에서 표현을 금지함으로써 방송 내용에 대한 사전 검열과 동일한 효과를 야기할 수도 있다는 것이다.

(2) 규제기관 성격에 대한 법원 입장과 법적 문제점

최근 들어 국내 법원에서는 방송통신심의위원회에 행정기관의 성격을 인정하고 있다. 최병성 목사 판결, CBS 〈김미화의 여러분〉 판결 등이 대표적이다.

최병성 목사가 방송통신심의위원회를 상대로 제기한 ‘시정요구처분 취소’ 청구 행정소송에서 서울행정법원은 다음과 같은 이유로 방송통신심의위원회가 행정청에 해당한다고 보았다.

피고는 대통령이 위촉하는 9인의 위원으로 구성되는데, 위원들은 국가공무원법상 결격 사유가 없어야 하고 그 신분이 보장되며(법 제18조, 제19조, 제20조), 위원 중 위원장과 부위원장을 포함한 3인은 상임으로 임명되고 형법 등의 벌칙 적용에 있어서 공무원으로

의제된다(법 제26조 제4항). 그리고 국가로부터 피고의 운영 등에 필요한 경비를 지급 받을 수 있고 피고의 규칙이 제정·개정·폐지될 경우 관보에 게재·공표된다(법 제28조, 제29조). 이는 종래 피고와 유사한 기능을 담당하던 정보통신윤리위원회를 규율하고 있던 구 전기통신사업법(2007. 1. 26. 법률 제8289호로 개정되기 전의 것)에는 없었던 규정인데, 위와 같은 규정의 내용에 비추어 볼 때 피고는 방송통신위원회와 마찬가지로 합의제 행정청에 해당한다고 봄이 상당하다. <서울행정법원 2010. 2. 11. 선고 2009구합 35924 판결>

또한 서울고법 3부(재판장 이태중 부장판사)도 2012년 5월 3일 판결문을 통해 방송통신심의위원회에 대해 “공권력 행사 주체인 국가 행정기관이라고 봄이 타당할 것”이라고 판결했다. 그 이유로 재판부는 방통심의위가 방송법에 의해 설립된 기관으로, 심의위원의 경우 대통령이 위촉하고 구성과 운영에 관한 사항도 대통령령으로 정하도록 했으며, 기금 이외의 국고에서 필요한 경비를 지급받을 수 있게 돼 있는 점 등을 들었다. 방통심의위의 직무 역시 정보의 심의 및 시정요구, 제재조치 등에 대한 심의·의결, 심의 규정의 제정 및 공표 등도 국가기관임이라는 근거였다.

CBS <김미화의 여러분> 사건에서 서울고등법원은 “행정청이 어떠한 처분을 함에 있어 그 법적·사실적 근거와 이유를 명시하는 것은 상대방에게 처분의 근거가 되는 사실관계와 처분의 내용을 인식시키는 기능, 상대방에게 처분의 타당성과 이에 대한 쟁송가능성을 검토할 수 있는 권리, 행정청 스스로 처분의 합목적성과 적법성을 검토하게 하는 자기 통제기능 등을 수행한다고 할 것이다”라고 전제한 바 있다(서울고등법원 2014. 1. 8. 선고, 2013누16755 판결).

그런데 방송법제는 방송통신심의위원회가 민간 자율기구로 간주하는 태도를 취하고 있다. 현행 방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률에는 방송통신위원회와 방송통신심의위원회의 설치, 운영, 업무 등이 규정되어 있다. 이 법에 따라 방송통신위원회의 경우 명확하게 중앙행정기관으로 보고 있다(동법 제3조 제2항). 또 심의·의결하는 소관사무로 ‘방송통신심의위원회의 심의·의결에 따른 제재 등에 관한 사항’을 포함시켰다(동법 제12조 20호).

방송통신심의위원회의 경우에는 “방송 내용의 공공성 및 공정성을 보장하고 정보통신에서의 건전한 문화를 창달하며 정보통신의 올바른 이용환경 조성을 위하여 독립적으로 사무를 수행하는 방송통신심의위원회를 둔다”고 규정하고 있다. 독립적인 위원회라고 명시하였지 민간인지 행정기관인지의 성격은 분명히 하지 않았다. 그러면서 방송통신심의 위원회에 제재조치를 결정할 수 있는 권한만을 부여하였다. 방송통신심의위원회는 방송 또는 정보통신의 내용이 심의규정에 위반된다고 판단하는 경우 제재조치 등을 정할 수 있다(동법 제25조 제1항). 방송통신심의위원회가 제재조치를 정한 때에는 방송통신위원회에 지체없이 제재조치의 처분을 할 것을 요청하여야 한다(동법 제25조 제3항). 방송통신위원회가 방송통신심의위원회로부터 제재조치의 처분을 요청받은 때에는 해당 사업자에게 그 제재조치의 처분을 명령하여야 한다(동법 제25조 제5항).

이에 따라 현행법은 방송심의에 있어 방송통신심의위원회가 제재조치의 결정만 내리고 방송통신위원회가 처분 명령을 하도록 이원화 되어 있다. 이는 입법 당시 방송통신심의위원회의 행정기관 성격을 인정하지 않는 입장에서 행정 처분 명령은 방송통신위원회가 담당해야 한다고 판단했기 때문이다. 그러나 위에서 살펴본 바와 같이 방송통신심의위원회가 법적으로 행정기관의 성격을 지니고 있고, 이미 법원에서도 법적 지위를 행정청으로 인정한 만큼 법제 정비가 필요하다.

3. 방송심의규정의 문제점

① 방송의 공정성 심의

국내 방송법은 방송통신심의위원회가 공정성 및 공공성을 심의하도록 하고 있다(방송법 제32조 제1항). 그리고 방송심의규정은 제1절에 공정성 관련 조항들을 별도로 마련하고 있다.³⁾ 국내 방송심의규정에서 공정성 조항(제9조)은 방송은 진실을 왜곡하지 아니하고 객관적으로 다루어야 한다(동조 제1항), 방송은 사회적 쟁점이나 이해관계가 첨예하게 대립된 사안을 다룰 때에는 공정성과 균형을 유지하여야 하고 관련 당사자의 의견

3) 방송심의규정 제1절 공정성에는 제9조(공정성), 제10조(사실보도와 해설 등의 구별), 제11조(재판이 계속중인 사건), 제12조(정치인 출연 및 선거방송), 제13조(토론 프로그램)으로 구성되어 있다.

을 균형 있게 반영하여야 한다(동조 제2항)고 요구하고 있다. 또한 방송은 제작기술 또는 편집기술 등을 이용하는 방법으로 대립되고 있는 사안에 대해 특정인이나 특정단체에 유리하게 하거나 사실을 오인하게 하여서는 아니된다(동조 제3항). 이러한 공정성 조항은 대체로 진실성, 객관성, 균형성을 요구하고 있는 것으로 판단된다.

그런데 이러한 공정성 조항의 문제점은 우선 명확성의 원칙에 위반하여 위헌가능성이 높다는 것이다.⁴⁾ 방송심의규정에서 요구하는 공정성 요건으로 진실성은 비교적 명확한 개념으로 판단된다. 즉 진실이나, 허위이나를 판단하여 공정성을 위반했는지 제재할 수 있기 때문이다.

그러나 현행 규정상 균형성이나 객관성은 모호한 규정으로 어느 행위가 위반인지 아닌지 미리 예측하기가 힘들다. 즉 균형성이란 질적 균형을 의미하는 것인지 양적 균형을 의미하는지 현 규정상으로는 판단하기가 힘들다. 공정성의 하부 개념으로 요구하고 있는 객관성도 제14조에 규정을 마련하고 있는데 ‘사실을 정확’하고 ‘객관적인 방법’으로 다룰 것을 요구함으로써 다시 진실성을 요구하면서도 객관적인 방법이 어떻게 달성될 수 있다는 것인지는 명확하지 않다.

참고로 우리 헌법재판소가 적용하는 평등의 원칙이란 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 입법과 법의 적용에 있어서 합리적인 근거가 없는 차별을 하여서는 아니 된다는 상대적 평등을 뜻한다(헌법재판소, 1999. 6. 24., 1998. 8. 27., 1997. 10. 30.). 즉 헌법재판소의 평등의 원칙은 절대적 평등이 아니라 ‘같은 것은 같게, 다른 것은 다르게’라는 원칙이다(윤성옥, 2007). 반드시 기계적 균형성을 적용하지는 않는다는 것이다.

전 세계적으로 공정성 심의는 미국의 형평의 원칙(fairness doctrine)과 영국의 불편부당성(impartiality)으로 대표된다.

1987년 미국의 FCC가 형평의 원칙(Fairness Doctrine)을 38년 만에 폐기한 이유는 세

4) 명확성의 원칙은 국민의 기본권을 제한하는 법규범은 명확해야 한다는 것으로 법률에 의한 기본권제한이 중할 수록 법률의 명확성은 보다 엄격한 요구된다(헌법재판소, 2003. 7. 24).

과잉제한금지의 원칙은 목적의 정당성(정당한 목적을 추구해야 함), 수단의 적합성(그 목적을 달성하기에 수단이 적합하여야 함), 피해의 최소화(피해를 최소화 해야 함), 법익의 균형성(제한되는 기본권과 공익 사이에 비례관계가 있어야 함)을 충족해야 한다는 것이다(권영성, 2005).

가지로 정리된다. 첫째 형평의 원칙은 정부 관료에게 방송 기자의 뉴스 판단에 대해 비관할 권리 제공, 둘째 형평의 원칙은 논쟁이 되는 뉴스를 다루는 것을 포기하게 만드는 위축효과(chilling effect), 셋째 방송 내용규제의 전통적인 논리인 주파수의 희소성 원칙의 퇴조 등이다(Overbeck, 2004, 461~462쪽).

선거 후보자들에게 동등한 시간을 제공해야 하는 원칙인 동등 시간 규칙(Equal Time Rule)과 달리 형평의 원칙(Fairness Doctrine)은 동등한 접근을 위한 시간을 요구한 것이 아니다. 대신 방송인들에게 단순하게 논쟁적인 사안에 있어 다양한 관점을 제시함으로써 프로그램에서 전체적인 균형을 제공할 것을 요구했다. 방송인들은 오늘 한쪽의 의견을 다루었지만 다른 의견은 다음 주에 다룰 수도 있다는 의미이다. 그래서 형평의 원칙(fairness doctrine)은 항상 모호하고, 일반적인 원칙이었다는 비판이 제기된다(Overbeck, 2004).⁵⁾

영국은 방송의 내용규제에 있어 불편부당성 원칙(doctrine of impartiality)을 적용한다. 2003 커뮤니케이션 법 제319조 (2)(c), 320조에 따라 적절한 불편부당성(due impartiality)을 요구하고 있으며 이와 관련해 Ofcom이 규정을 마련하도록 하고 있다. Ofcom은 방송 규정(Ofcom Broadcasting Code)에서 ‘불편부당성이란 모든 견해에 대해 균등한 시간 배분이 주어져야 하거나 모든 논쟁을 표현해야 한다는 것은 의미하지 않는다’고 하고 있다.

영국의 불편부당성 원칙은 언제든지 방송의 반정부적인 요소나, 어떤 프로그램의 부분으로 짧은 시간 내 전달되는 균형적인 다큐멘터리나 토론 프로그램에 의해 위반될 수 있다고 비판받아 왔다. 특히 이러한 규정은 규제기관이 엄격한 객관성 기준을 적용하여 방송사의 약간의 일탈에 대해서도 유죄를 선고할 수 있도록 권한을 부여한다는 것이다. 또한 방송인들에게 “진실과 거짓, 정의와 부정, 연민과 냉혹, 관용과 완고, 심지어 옳고 그름에서 공평을 요구”해서는 안 된다는 비판도 있다. 그러한 문제에서 어떻게 불공평할 수 있다는 것인지, 방송인들에게 도덕적으로 중립성을 기대해서는 안 되는 것처럼 정치적으로 중립성을 기대해서도 안 된다는 주장이다(Robertson & Nicol, 1992, pp. 620~623.).

미국은 선거기간 동안 내용 기반 규제가 아닌 상대 후보자들의 반론권 보장 측면에서 방송시설을 이용하도록 내용 중립 규제이자 구조 규제 차원에서 마련함으로써 위헌 가능

5) 게다가 공정성 원칙 위반에 대해 매년 수 천 건의 불만사항이 접수되지만 FCC는 단 몇 건만을 조사한다는 비판까지 있었다는 것이다.

성을 줄였다. 영국은 방송에게 불편부당성을 요구하여 정치적, 산업적 논쟁에서 방송이 의견을 표명하는 것을 원칙적으로는 금지함에도 불구하고 일정한 요건을 갖추면 해설이나 의견을 방송할 수 있도록 보장하며, 불편부당성이 반드시 모든 견해를 다루어야 하거나 양적 균형으로 보지는 않는다고 명시하고 있다.

영미의 공정성 원칙이 비교적 법률에서 명료하게 공정성에 대해 규정하고 있고 또는 방송의 자유를 보장하고 상충하는 가치에 대해 조화를 꾀하려는 노력에 비해 국내 방송법과 방송심의규정은 여전히 모호한 채 공정성과 표현의 자유의 법익 균형을 이끌어내지 못하는 문제점을 야기하고 있다고 할 것이다. 무엇보다 국내 공정성 심의의 가장 큰 문제점은 방송심의규정의 조항 자체가 명확성의 원칙을 확보하지 못함으로써 언제나 자의적 심의가 가능하다는 것이다.

② 논평의 자유

방송심의에 있어 사실을 전달하는 뉴스 프로그램과 주관적 견해를 밝히는 시사 프로그램은 다르게 판단되는 문제인가. 더 근본적으로는 방송사가 과연 주관적 견해를 밝힐 수 있는가의 문제이다.

실제 방송통신심의위원회는 일방의 견해만을 방송하여 공정하지 않다고 심의제재를 결정한 사례가 많다. 방송통신심의위원회의 심의뿐만 아니라 국내 학계에서도 방송사의 의견표명이 허용되지 않는 것으로 간주하는 경향이 있다.⁶⁾

현행 방송심의에 관한 규정(이하 방송심의규정)의 제9조(공정성) 제1항에서는 '방송은 진실을 왜곡하지 아니하고 객관적으로 다루어야 한다'고 규정함으로써 공정성 판단에서 진실성과 객관성을 우선적으로 요구하고 있다. 제2항에서 '방송은 사회적 쟁점이나 이해관계가 첨예하게 대립된 사안을 다룰 때에는 공정성과 균형을 유지하여야 하고 관련 당사자의 의견을 균형있게 반영하여야 한다'고 규정하고 있다. 균형을 요구하는 제2항만을

6) 보도, 시사 프로그램 진행자가 논쟁적인 사안을 보도할 때 자신의 가치판단에 따라 가치개입적인 용어를 사용하여 한쪽 편을 두둔하는 것에 대해 '감정표현이나 개인적 의견 개입을 배제하는 기존의 규범'을 지키지 않았으며 문제점을 지적하는 주장(윤영철, 2007)은 공영방송에 국한되었지만 방송사의 의견 표명이 금지되는 것을 전제하는 것이라 판단된다.

본다면 방송이 한쪽에 치우친 일방의 의견을 다루어서는 아니되는 것으로 해석된다.

그러나 국내 방송심의규정 제10조에서는 사실보도와 해설·논평 등을 구별하도록 하고, 해설이나 논평 등에 있어서도 사실의 설명과 개인의 견해를 명백히 구분하여야 하며, 해설자 또는 논평자의 이름을 밝히도록 하고 있다. 이 규정을 적용하면 현행 방송심의규정상으로는 방송에 사실보도와 명백히 구분하여 논평자와 해설자를 밝히기만 한다면 의견(논평과 해설)을 허용하는 것으로 이해된다.⁷⁾

국내 방송심의규정이 방송의 공정성을 요구하면서도 일정한 요건을 갖추면 방송사가 일방의 견해나 의견을 다룰 수 있도록 보장하는 형태를 취하고 있는 것은 영국 오프콤의 방송규정(Ofcom Ofcom Broadcasting)과도 매우 유사하다. 영국은 2003 커뮤니케이션법 제319조 (2)(c), 320조에 따라 적절한 불편부당성(due impartiality)을 요구하고 있으며 이와 관련하여 Ofcom이 방송규정을 마련하도록 하고 있다. Ofcom의 방송규정에 따르면 방송사들은 적절한 불편부당성을 유지하고 정치적, 산업적 논쟁과 공공 정책 관련 문제에 있어 견해 또는 의견을 제시해서는 안된다.⁸⁾ 그런데 여기에는 예외조항이 있다. 즉 방송사가 정치적, 산업적 논쟁과 공공 정책과 관련하여 의견을 제시할 수 없지만 개인적 의견 프로그램임을 명확히 밝히기만 한다면 의견 방송이 가능하다.⁹⁾

국내 방송심의규정 제10조(사실보도와 해설 등의 구별) 조항과 동규정 제9조(공정성) 제2항을 고려하건대, 최소한 국내 방송심의규정은 방송사의 의견 표명을 금지한다고 보기 힘들다. 사회적 쟁점이 대립되는 사안에 있어 의견을 균형적으로 반영하라고 요구하고는 있지만 방송사가 일정한 요건을 갖추기만 하면 자유롭게 논평이나 해설을 가능하도록 보장하고 있는 것이다.

7) 그러나 방송심의규정 제12조 제2항에서는 ‘방송은 정치문제를 다룰 때에는 특정정당이나 정파의 이익이나 입장에 편향되어서는 아니 된다’고 하고 있다. 이 조항은 ‘정치인 출연 및 선거방송’ 조항으로 선거기간 정치인 출연에 제한되어 적용되는 것인지, 아니면 항상 ‘정치인 출연’의 경우이나 정치문제에서 편향된 의견을 밝히지 못하도록 하는 것인지 모호한 측면이 있다.

방송심의규정 제10조(사실보도와 해설 등의 구별)와 제12조(정치인 출연 및 선거방송)를 종합적으로 판단할 때 사실보도와 해설을 구분할 것을 요구하는 별도의 조항이 마련된 만큼 제12조의 특정 정파의 이익이나 입장에 편향되지 못하도록 한 것은 선거방송에 국한한 것으로 이해하는 것이 보다 타당하다.

8) Ofcom Broadcasting Code 5.4

9) Ofcom Broadcasting Code 5.10

언론사의 의견 표명에 해당하는 공정 논평(fair comment)의 면책 법리는 영미에서 미디어의 중요한 방언수단으로 이용되어 왔다. 그러나 방송사의 논평의 자유가 보장된다고 하더라도 무한정 보호되는 것은 아니다. 미디어가 공정논평으로 표현의 자유를 보호받기 위해서는 올바르고 정확한 사실에 기반하고 있어야 하고 그 사람의 사생활이 아닌 공적 업적에 대한 비판이어야 한다(Overbeck, 2004). 물론 미국의 많은 주들은 명확하게 의견임을 밝히기만 한다면 엄격하게 명예훼손의 책임을 묻지 않는다. 이러한 원칙에는 '헤로운 의견에 대한 교정을 위해서 판사나 배심원의 판단보다 다른 의견과의 경쟁'을 중시했던 거츠 판결이 영향을 많이 미쳤다(Gertz v. Welch, 1974).¹⁰⁾

국내 법원도 사실적시와 의견표현의 이분법을 적용하여 의견에 대해 두터운 보호를 하고 있다(김경호, 2008). 그러나 논평이나 의견으로 위법성이 조각되기 위해서는 공공의 이해에 관한 평론일 것, 평론의 전제된 사실이 진실하거나 진실 오신에 상당한 이유가 있을 것, 그 평론은 합리적이고 공정할 것이 요구된다(표성수, 1997). 이승선(2000)은 공정한 논평의 법리 측면에서 언론의 공정성 모델을 보완하기 위해 사실성 확보, 균형성 유지, 평가 시비의 분명성을 제시한 바 있다.

언론매체의 표현행위가 명예훼손 문제가 되는 경우 국내 법원은 그 표현이 사실을 적시하는 것인가, 아니면 단순히 의견 또는 논평을 표명하는 것인가, 또는 의견 또는 논평을 표명하는 것이라면 그와 동시에 묵시적으로라도 그 전제가 되는 사실을 적시하고 있는 것인가를 구별하여 위법성을 결정한다(대법원 2000. 2. 25, 서울고법 2002. 2. 7 판결, 서울고법 2001. 7. 26 등).

국내 방송심의규정에는 방송사의 의견표명을 명시적으로 금지하고 있다고 보기는 힘들다. 다만 방송심의규정에서는 사실보도와 논평·해설을 구별하도록 의무조항(제10조)을 마련하고 있다. 공정성 조항은 진실성, 균형성을 요구하고 있는데(제9조 제1항), 그렇다고 해서 이 역시 방송사의 의견 표명을 원천적으로 금지하는 조항으로 해석하기는 힘들다. 기본권 제한이 중대할수록 법률은 명확해야 하고, 명확하지 않을 경우 규정은 제

10) 거츠 판결에서 판사는 “수정헌법 제1조 보호 아래 잘못된 생각(false idea)에 관한 것은 없다. 그러나 헤로운 의견으로 보일지라도, 그것의 교정을 위해서 우리는 판사나 배심원의 판단력이 아니라 다른 의견과의 경쟁을 믿는다”고 밝히고 있다.

한적으로 해석해야 한다. 따라서 방송심의규정에서 명시적으로 방송사의 의견이나 견해를 모두 금지하는 것이 아니라면 어디까지나 방송의 의견이나 견해 표명에 대해서는 보호되는 영역으로 해석해야 할 것이다.

특히 국내 법원은 매체 구분 없이 사실적 주장과 구분하여 의견이나 논평의 자유를 폭넓게 보장하고 있다. 심지어 부분적으로 부적절한 표현이 포함되어도 전체적으로 잘못된 의견이 아니라면 의견 또는 논평의 자유로 보호하고 있다. 나아가 반론권도 사실적 주장인 경우에만 적용되며 방송사의 의견 또는 논평에 해당하는 경우 인용하지 않고 있다.

③ 단편심의의 문제점

공정성 규제를 대부분 폐지한 미국에서 몇 년 전 공정성 규제의 부활 움직임이 있었지만 오바마 대통령은 공식적으로 반대 입장을 밝힌 바 있다.¹¹⁾ 세계 각국에서 공정성 규제가 여전히 논쟁이 된다는 것은 그 만큼 간단하지 않고 많은 고민이 되는 문제임에는 분명하다. 미국에서 공정성 규제 형태로 거의 유일하게 남아 있는 커뮤니케이션법 제315조는 선거 후보자에게 동등기회(equal opportunity)를 제공하도록 하면서도 순수 보도, 순수 인터뷰, 순수한 다큐멘터리, 순수 뉴스취재는 예외로 규정하고 있다(47 U.S.C. 315). 이러한 장르의 프로그램까지 일일이 엄격하게 동등기회 제공의 원칙을 적용할 경우 지나치게 방송의 자유를 제한하는 결과를 초래하기 때문이다.

불편부당성을 엄격하게 요구하면서도 방송의 자유를 보장하기 위한 장치를 마련하기 위해 노력하는 모습은 영국도 마찬가지이다. 특히 연속 프로그램에 대한 조항이 대표적이라고 할 수 있다. 영국의 경우 커뮤니케이션법 제320조(6)과 방송규정(Ofcom Broadcasting Code 5.5)을 통해 시리즈물을 전체로 간주하여 방송사에게 불편부당성을 요구하도록 하고 있다. 단편심을 통한 지나친 공정성 규제를 미연에 방지한 것이다.

영국 오프콤의 방송규정에 따르면 “정치적 또는 산업적 논쟁과 공공정책과 관련하여 적절한 불편부당성은 유지되어야 한다. 이러한 불편부당성은 하나의 프로그램 내에서 또는 시리즈 프로그램을 전체로 보아 달성될 수도 있다”고 규정하고 있다. 또한 오프콤은

11) Judson Berger (2009. 2. 18). “White House: Obama Opposes “Fairness Doctrine Revival”, 폭스뉴스, <http://www.foxnews.com/politics/first100days/2009/02/18/white-house-opposes-fairness-doctrine/>

“시리즈 프로그램이란 동일한 수용자를 대상으로, 적절한 시기에, 동일한 주제 또는 관련 쟁점을 다루는, 편집상 연계된, 동일 서비스 내의 하나의 프로그램을 의미한다”고 했다. ‘하나의 시리즈’에는 같은 주제의 연속물, 시즌물, 집체물 또는 두 개의 프로그램(드라마와 그 드라마에 대한 토론 프로그램)까지 포함한다고 명시하고 있다.¹²⁾

영국의 경우 시리즈 프로그램을 전체로 보아 불편부당성을 적용하는데, 이는 정치적인 논쟁을 한 관점에서 프로그램이 다루더라도 같은 채널에서 유사한 시간대의 다른 프로그램을 통해 반대 관점을 다루는 한 공정성이 달성된 것으로 판단한다는 것을 의미한다.

국내 방송심의규정도 제62조에 연속프로그램 심의에 대한 조항이 마련되어 있다. 이 조항에 따르면 방송통신심의위원회는 ‘연속프로그램이나 주제의 동일성이 인정되는 수회의 방송 프로그램 전체를 대상으로 심의를 할 수 있다’고 규정하고 있다. 이러한 조항은 영국의 방송규정과 언뜻 보면 매우 유사하지만(사실 필자의 의견은 국내 방송심의규정에서 연속프로그램 조항의 도입 취지가 영국의 방송규정과 동일했을 것으로 추정한다), 실제 적용에서는 매우 차이가 크다는 것이다.

즉 영국의 경우 방송에게 불편부당성을 요구하면서도 지나치게 표현의 자유가 위축되지 않도록 시리즈를 전체로 보아 판단하도록 보장한 조항이라면, 국내의 경우 방송통신심의위원회에게 연속프로그램 심의를 할 수도, 안할 수도 있는 권한을 부여함으로써 자의적 심의 아래 오히려 방송의 자유를 제한하고 있다는 것이다.

실제 국내 방송심의에서 단편심의 방식은 국가기관에 의한 자의적 판단을 야기하고 있다. 방송심의규정 제62조(연속프로그램)에 따라 베이징 올림픽 경기에서 수영 경기, 남자 탁구 단체전 중계방송에서 해설자가 적절하지 못한 발언을 한 것에 대해서는 프로그램 전체를 1건으로 심의하여 ‘주의’로 의결하면서도, 〈PD수첩〉 ‘긴급취재, 미국산 쇠고기 광우병에서 안전한가’에서는 연속 프로그램 조항을 적용하지 않는 문제점을 드러낸 바 있

12) 5.5 Due impartiality on matters of political or industrial controversy and matters relating to current public policy must be preserved on the part of any person providing a service (listed above). This may be achieved within a programme or over a series of programmes taken as a whole.
 Meaning of “series of programmes taken as a whole”: This means more than one programme in the same service, editorially linked, dealing with the same or related issues within an appropriate period and aimed at a like audience. A series can include, for example, a strand, or two programmes (such as a drama and a debate about the drama) or a ‘cluster’ or ‘season’ of programmes on the same subject.

다(방송위원회, 2008).¹³⁾

앞서 살펴본 대로 영국은 시리즈물의 단편심의가 이루어지지 않도록 방지하고 있으며 미국은 후보자에게 동등기회를 부여하더라도 무리가 있는 순수 뉴스, 순수 인터뷰 등 일부 장르를 예외로 인정해주고 있다. 반면 국내 심의규정은 위원회에 의해 언제든 단편심의가 가능하도록 규정을 마련하고 있다. 결국 국내 방송심의규정의 제62조(연속프로그램)는 방송특성상 시리즈물을 전체로 보아 판단하도록 방송의 자유를 보장하는 조항이 아니라 방송통신심의위원회가 단편심의나 연속심의를 자의적으로 적용할 수 있도록 보장하는 조항으로 기능하고 있다.

④ 재심 절차의 문제점

방송사업자는 방송심의 결과 과징금처분 또는 제재조치명령에 이의가 있는 경우 재심을 청구할 수 있도록 재심 절차를 마련하고 있다. 그런데 현재 방송법상에는 방송통신위원회의 제재조치에 이의가 있는 자는 명령을 받은 날로부터 30일 이내에 재심을 청구할 수 있으며(제100조 제6항), 방송통신위원회는 재심결과를 당사자에게 통지하도록(제100조 제7항) 규정되어 있다.

이 경우 방송통신위원회가 재심 등 내용규제에 관여할 수 있는지 명확하지 않은 측면이 있다. 이러한 혼란을 방지하기 위해 방송통신위원회는 2008년 ‘방송심의를 관한 업무지침’을 정하여 재심은 방송통신심의위원회의 의견을 들어 방송통신위원회에서 의결하도록 했다. 당시 지침을 마련하면서 방송통신위원회는 “방송통신심의위원회가 재심절차에 참여토록 보장하고 방송통신위원회의 심의에 대한 관여를 최소화시킴으로써, 민간기구의 성격을 가지는 방송통신심의위원회가 내용심의를 담당하도록 한다”는 ‘방송통신위원회 설치 및 운영에 관한 법률’ 취지를 존중한 것이라고 밝힌 바 있다.¹⁴⁾

13) 방송통신심의위원회가 발간한 『2007·2008 심의사례집』의 심의의결사항 참조. 한편 (PD 수첩)의 경우 일부 해명(5.13)은 있었으나 지체없이 정정방송을 하지 않은 것 등은 방송심의규정 제17조(오보정정)을 위반한 것이라고 판단하고 있다. 그러나 ‘지체없이’란 프로그램 방송을 한 다음 주인지, 방송 직후를 말하는 것인지, 방송사에서 오보임을 안 시점에서 어느 기간까지인지 모호하기 때문에 방송통신심의위원회의 심의는 매우 자의적이라는 비판을 면하기는 힘들다.

14) 방송심의를 관한 업무 지침(2008-22-088), 방송통신위원회 제22차 전체회의 의결사항(2008년 7월 25일)

현재 방송통신정책과 내용규제를 이원화하고 있는 현 규제 시스템 하에서 방송통신위원회가 방송심의에 관여하는 것은 바람직하지 않다. 그러나 동일한 방송통신심의위원회에 동일하게 재심을 결정하도록 하는 것 역시 재심 제도의 취지를 무색하게 하고 실효성도 없다.

솔직히 필자는 구 방송위원회부터 지금의 방송통신심의위원회까지 방송사가 재심절차를 통해 구제받았다는 사례를 들어본 바가 없다. 현행 재심절차는 동일한 심사위원들에게 다시 청구하는 것으로 과연 스스로 내린 결정이 잘못되었다고 심의결정을 번복할 수 있을까에 대한 의구심이 든다.

방송사업자가 재심을 청구할 때에는 분명 원심 결정에 대해 불복할 경우인데 원심결정은 그대로 속행하는 가운데 같은 위원회에 다시 심의를 받게 하는 재심절차는 형식적일 뿐 차라리 없는 제도만 못하다.

4. 방송심의 제도가 만들어내는 방송환경

① 정치심의의 확장: 숨 쉴 공간이 없다

무소속 안철수 의원이 2009년 MBC 〈황금어장-무릎팍도사〉에 출연하여 발언한 내용에 대해 방송된 지 4년이 지난 2013년 8월 22일 권고 조치를 의결하였다. 이에 대해 ‘안철수 출연 〈황금어장〉 제재.....예능프로 발언 모두 조사하나’(〈경향신문〉 2013. 8. 22. 기사), ‘종영 날에 4년 전 방송분 징계.....예능보다 더 웃긴 방통심의위’(〈한국일보〉 2013. 8. 23. 기사), ‘예능PD들, “무릎팍도사 안철수편 제재, 코미디 같은 일”(〈미디어 오늘〉 2013. 8. 23. 기사) 등 사회적 비난이 일었다.¹⁵⁾

15) 출연자인 안철수 당시 교수가 ▲‘입대 당시 가족들에게 군대 간다는 이야기도 안 하고 나왔다’, ▲‘본인 소유 주식을 직원들에게 무상 분배한 것과 관련한 취재요청에 대해 얼굴이 나오지 않는 조건으로 촬영에 응했더니 방송에서는 손꼽지락 거리는 모습만 나왔다’, ▲‘의대교수와 백신개발자 중 한 가지를 선택할 때, 더 의미가 크고 재미있고 잘 할 수 있는 백신 개발의 길을 택했다’는 등의 거짓말을 하였다는 민원에 대해 방송통신심의위원회가 심의에 착수하였다. 방송통신심의위원회 심의결과 1998년 방송된 MBC-TV ‘성공시대’(8월 30일), 2000년 방송된 KBS-TV ‘뉴스 9’(‘이사람, 나눔의 벤처’, 10월 26일), 그리고 2001년 오마이뉴스와의 인터뷰 기사(‘코스닥 황제주 등극한 안철수 사장’, 9월 22일) 등과 비교할 때, 상기 발언내용은 일부 사실과 다른 것으로 판단되며, 이처럼 사회적 영향력이 큰 공인의 발언을 방송함에 있어 방송사가 그 진위 여부에 대한 확인을 소

연예오락 프로그램 등 장르 불문하고 정치적 인사, 정치적 표현물에 대한 심의가 강화되고 있는 것이다. 만약 톱스타 연예인이 군대를 갔을 때를 추억하거나, 과거 인터뷰 당시를 회상하거나, 자신이 성공 스토리를 읊기는 과정에서 다소 과장된 내용을 소개했어도 이렇듯 엄격하게 적용했을까 하는 의문이다. 결국 본질은 정치적 영향력이 있는 사람(정치인)이거나 그가 전달하는 내용을 정치적 표현물의 일부로 보았기 때문에 공정성이나 객관성을 더 엄중하게 요구했던 것이다.

미국의 연방대법원은 표현의 자유에서 보호되는 범위를 3단계로 구분하고 있다.¹⁶⁾ 정치적 의견은 가장 보호받는 표현으로 정부와 교육, 문화, 복지, 농업 등 다양한 정책에 대해 자유롭게 비판할 수 있다. 정치적 표현보다 덜 보호받는 광고 등 상업적 표현에 대해서도 법원은 표현의 자유 범주에 포함시키고 있으나 일정 부분 정부의 규제에 대해 인정하고 있다. 그러나 음란물, 허위광고, 공격어(fighting words)는 표현의 자유 영역으로 보호받지 못한다. 특히 명예, 프라이버시, 상업적 광고, 방송, 케이블, 포르노그래피에서 보호받는 영역과 그렇지 못한 영역이 있을 수 있지만 정치적 표현만큼은 절대적으로 보호 대상이라고 본다.

연예오락 프로그램에 정치인이 출연하여 자신을 미화하고 이미지 정치를 하는 폐해는 별론으로 한다. 이는 별도로 논의해야 하는 문제이기 때문이다. 이번 사건의 본질은 정치적 표현물이 연예오락으로 들어갔을 때 더 이상 연예오락이 아닌 정치적 표현물로서 엄격한 심의를 요구하는 우리 사회의 문제점을 재연했다는 것이다.

방송이 될 때 학자로서의 안철수 교수가 아닌 심의 당시 안철수 씨는 현 국회의원이자 제18대 대통령선거 후보자로서 정치적 영향력이 있는 '정치적 인물'이었다. 그의 경력은 곧 정치인으로서 도덕성과 청렴, 리더십 등 정치적 자질의 판단 기준이기 되기 때문에 정치적 영역에서의 판단대상이 되는 것이다. 방송통신심의위원회의 심의의결 내용에서도 '이처럼 사회적 영향력이 큰 공인의 발언을 방송함에 있어 방송사가 그 진위 여부에 대

홀히 한 것은 관련 심의규정에 위반되는 것으로 판단되나, 출연자와의 인터뷰 형식을 취하고 있는 해당 프로그램의 특성과 방송 이후 4년이 경과된 점을 감안하여, 「방송법」 제100조제1항에 따라, 향후 관련 규정을 준수하도록 '권고' 결정을 내린다고 밝혔다.

16) Kostyu, P.(1998). The first amendment in theory and practice, In Hopkins, W.(eds.), *Communication and the law*(pp. 23~41). AL: Vision Press.

한 확인을 소홀히 한 것은 관련 심의규정에 위반되는 것으로 판단' 했다.

우리는 연예오락, 보도교양 등 내용을 담는 그릇, 곧 장르별로 내용규제를 달리해야 하는 것으로 접근하고 있지만 사실은 그렇지 않다. 연예오락이라고 사실관계를 잘못 다루어도 된다는 것은 아니다. 결국 이번 사건의 본질은 방송통신심의위원회의 방송심의가 정치적 표현물을 중점적으로 심의하고 있다는 것에 오히려 문제제기를 해야 한다. 이에 따라 그 동안 방송통신심의위원회가 마땅히 정부의 정책이나 공직자를 비판해야 하는 언론의 기능을 위축시키고 있다는 점, 심지어 연예오락 프로그램일지라도 정치적 표현물에 대해서는 엄격한 잣대를 요구하고 있다는 점에 주목해야 한다.

반대로 그것이 보도교양이든, 연예오락이든 장르가 중요한 것이 아니라 가장 표현의 자유가 보장되어야 하는 영역이 정치적 표현물이라는 원칙을 다시 상기하자는 것이다. 특히 방송통신심의위원회가 여야 추천위원 6:3인 구조에서 장르를 불문하고 정치심을 한다는 점이 매우 우려스럽다. 보도교양을 넘어 연예오락 프로그램까지도 방송심의라는 합법적 제도를 통해 집권 세력에게 유리한 정보는 자유롭게 유통하고 불리한 정보는 차단될 가능성이 대단히 높기 때문이다.

② 지상파방송의 사회감시 기능 실종

올해 4개월간(2014. 1.~2014. 4.) 시사보도 프로그램의 방송심의 분석결과 지상파방송의 경우 '특기할 사항이 없다'는 점이 특징중 하나이다. 분석기간이었던 지상파방송의 심의제재 건수가 13건으로 매우 소수이기 때문에 일반화하는 것이 어렵다. 다만 유료방송에 비해 심의제재 건수가 낮은 점, 공정성 심의의 경우 중복논란 관련 언론보도를 비판했다는 이유, 공산주의자 정율성을 미화했다는 이유로 2년이나 지난 시점에서 제재한 사례, 수신료 등 미디어 쟁점이나 사안을 공정성 기준으로 규제하는 사례 등은 이미 익숙한 방송심의 행태들이다. 여전히 공정성 심의는 자의적이다. 선거방송심의에서 여론조사 보도 제재사례도 매우 일반적인 사례이다.

다만 심각한 문제점을 안고 있는 현 국내 방송심의 체제에서 지상파방송의 공정성 심의 제재가 매우 적다는 것을 우리가 어떻게 이해할 수 있는지는 해석의 여지가 있다. 소

수의 사례지만 앞선 지상파방송 심의사례만 보더라도 향후에는 지상파방송에서 ‘미디어 비평’ ‘종북, 공산주의자’ 등 쟁점에 대한 회피 현상도 우려된다. 특정분야의 경우 방송에서 다루어봤자 논란만 되고 처벌의 위협에 처하기 때문이다. 이때 ‘특정’이란 정부, 보수 진영에 가깝다. 지난 2기 방송통신심의위원회까지 방송심의의 가장 큰 문제점은 방송의 비판기능을 원천적으로 금지하고 있다는 것이다. 따라서 지상파방송이 정치적 쟁점에 대해 비판적 자세를 여전히 유지하고 있는지, 사회감시 기능을 다하고 있는지에 대해 의문이 든다는 것이다.

③ 종편채널의 정치공세 방송

종편채널의 시사보도 프로그램에서는 특정 정당, 특정 인물, 특정단체에 대한 인신공격이 심각한 수준에 이르고 있다. 이 때 ‘특정’이란 야당, 야권인사, 노조 등 그야말로 특정 영역에 대한 비난이라는 점이 더 우려된다. 언론의 본연의 기능은 오히려 정부, 여당 등 힘이 있는 상대에 대한 비판과 감시가 이루어져야 함에도 반대 현상이 나타나고 있다.

물론 비판할 점이 있다면 야당, 야권인사, 노조 등도 당연히 비판의 대상이 되어야 한다. 그러나 종편채널이 방송심의 제재사례를 보면 거의 객관적 사실의 전제 없이 조롱, 폄훼, 비난의 경우가 대부분을 차지한다.

종편채널의 정치 관련 프로그램의 심의규정 위반사항이 주로 품위유지, 객관성, 명예훼손 금지에서 나타나고 있다는 점에서 뉴스시사 프로그램의 품질 문제점도 지적하지 않을 수 없다. 방송심의규정상 품위유지 조항의 문제점은 분명히 존재하고 있다. 그러나 종편채널의 품위유지 조항 위반 사례를 살펴보면 도저히 방송에서 가능한 표현인지 의아할 정도의 내용도 상당수 포함되어 있다. 명예훼손 금지나 객관성은 법리적으로 언제나 입증 가능한 영역이자 저널리즘의 기본원칙이다. 사회통합, 문화의 다양성존중 등 우리 사회에서 평가르기, 양극화 현상을 부추기는 요인이 될 소지가 있는 위반사례가 종편채널에서 나타나고 있다는 점도 주목해야 할 점이다.

5. 나가며

국내 방송심의제도의 쟁점과 문제점을 규제기관-심의규정-심의제재로 나눠 살펴보았다. 규제기관의 문제점으로는 법적 성격에서 행정기관이나 민간기구이냐로 여전히 혼란을 겪고 있는 점을 지적하였다. 방송통신심의위원회를 행정기관으로 정확하게 인정하고 내용규제의 성격과 범위를 재정비할 필요가 있다. 특히 방송사의 재허가 취소사유가 되는 만큼 법적 정당성, 일관성이 확보되도록 노력해야 할 것이다. 또한 현재 방송통신위원회와 방송통신심의위원회로 이원화 되어 있는 제재 명령권, 이의신청, 재심청구 절차 등 재정비할 필요도 있다.

방송심의규정으로는 명확성의 원칙에 위배되는 공정성 조항, 논평의 자유 제한, 단편 심의의 문제점, 재심절차의 부당성 등을 짚어보았다. 물론 이외에도 방송품위 유지 조항, 재판중인 사건 관련 조항 등 쟁점이 되는 사항들이 더 많다. 방송심의 규정의 문제점은 어떻게 보면 개별 조항들의 문제점이 아닐 수도 있다. 무엇보다 전반적으로 명확성의 원칙에 맞게, 규제받는 입장에서 예측가능 하도록 개선될 필요가 있다. 특히 현재처럼 방송통신심의위원회의 구성이 정파적이라면 방송심의규정이라도 자의적 심의가 작동되지 않도록 제도를 보완할 필요가 있다.

방송심의 제재결과를 보건대 지상파방송의 사회감시 기능의 저하, 종편 채널의 정치공세적인 방송, 정치적 표현에 대한 위축 문제가 우려된다. 특히 정부에 대한 비판 기능이 위축되고 진보나 여당에 대한 공격적인 방송이 범람하고 있다는 측면에서 심각하게 볼 필요가 있다. 방송통신심의위원회의 정치심의가 연예오락 프로그램에까지 확산되고 있어 풍자나 비평 등 우리가 숨 쉴 수 공간이 현저하게 줄어들었다는 점도 문제이다.

방송심의 제도는 나라마다 다르다. 각기 정치, 경제, 사회, 문화 등 처한 상황에 따라 다르게 형성되기 때문이다. 따라서 무엇이 정답이라고 말하기는 어렵다. 방송심의 제도를 결정할 때 국민들이 무엇을 원하는가를 중요하게 고려해야 한다. 자율심의가 가장 이상적인 제도이더라도 국민들이 방송에서 공정성, 폭력성, 선정성 문제를 심각하게 받아들인다면 일정 정도 타율규제도 필요하다. 다만 우리의 방송심의 제도가 방송 규제 목적을 달성하고 규제효과가 있는가 측면에서 문제를 제기하는 것이다. 분명한 것은 현행

방송심의 제도는 국민들이 원하는 방식이 아니라 여당이나 정부에게 매우 유리하게 작용하고 있다는 점이다.

〈참고문헌〉

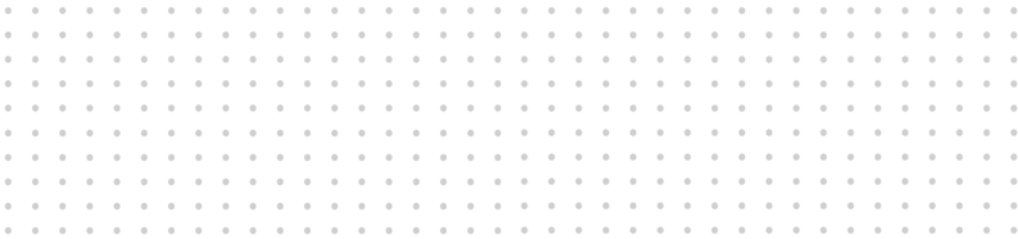
- 권영성(2005). 『헌법학원론』. 서울: 법문사.
- 김경호(2008). 의견표현과 사실적시 이분법에 따른 대법원 표현의 자유 보호 범리에 관한 연구. 『언론과학연구』, 8(1), 39~80.
- 윤성옥(2007). 대통령선거 TV토론 후보자 참여 제한 기준에 관한 연구: 현재 관례분석을 통한 공식선거법 제82조의2 개정논의를 중심으로. 『한국방송학보』, 21(6), 317~365.
- 윤성옥(2008). 국내 선거방송심의규정의 위헌성에 관한 연구. 『한국방송학보』, 22(5), 170~209.
- 윤성옥(2008). 국가기관의 반론권 보호범위와 제한에 관한 연구: 법원의 반론보도청구 판결을 중심으로. 『한국방송학보』, 22(1), 121~161.
- 윤성옥(2009). 방송의 공정성에 관한 법적 개념과 규제 범위. 『방송과 커뮤니케이션』, 10(1), 37~76.
- 윤성옥(2009). 선거방송심의규정의 실제적용과 문제점: 2002~2008년 선거방송심의 사례분석을 중심으로. 『한국언론정보학보』, 45, 384~424.
- 윤성옥(2009). 방송통신심의위원회의 평가와 개선방향. 『여의도 저널』, 15, 22~41.
- 윤성옥(2012). 방송심의 제도의 현실과 법제적 문제점, 유승희 · 진선미 · 최재천 의원실 공동주최국회 세미나 발표집, 19~33.
- 윤성옥(2013). 연예오락 프로그램 심의와 문제점. 한국언론정보학회-한국PD연합회 공동세미나 발표집, 1~16.
- 윤영철(2007). 방송저널리즘 프로그램 진행자의 의견 개입에 관한 연구: <KBS 뉴스 9>, <생방송 시사투나잇>, <추적 60분>의 비교분석. 『언론정보연구』, 44(1), 37~64.
- 이승선(2000). 명예훼손 위법성 조각요인으로서 공정한 논평의 '사실성'에 관한 연구. 『언론과 정보』, 6, 27~69.
- 이종수(2002). 표현의 자유와 정보통신 내용규제제도. 『법학연구』, 12(1), 5~44.
- 표성수(1997). 『언론과 명예훼손』. 서울: 법문사.



방송의 공정성 심의와 인권

박경신

(고려대 법학전문대학원, 전 방송통신심의위원)



방송의 공정성 심의와 인권

▣ 박경신 (고려대 법학전문대학원, 전 방송통신심의위원)

I. 문제

방송은 공공재인 전파자원의 독점사용권을 방송사들에게 부여함으로써 이루어지기 때문에 이들 방송사에게 자사이익, 정부, 자본 등으로부터 독립된 모두에게 공정한 방송을 해야 한다는 소위 “공적 책무”를 부과하기에 이르렀음.

이에 따라 방송통신심의위원회는 방송법 제33조에 따른 방송에 대한 공공성 및 공정성심의를 하도록 되어 있음.¹⁾ 심의의 기준은 방송통신심의위원회가 제정한 방송심의규

-
- 1) 제33조(심의규정) ① 방송통신심의위원회는 방송의 공정성 및 공공성을 심의하기 위하여 방송심의에 관한 규정(이하 “심의규정”이라 한다)을 제정·공표하여야 한다. <개정 2008.2.29.>
②제1항의 심의규정에는 다음 각호의 사항이 포함되어야 한다. <개정 2006.10.27., 2008.2.29., 2009.7.31.>
1. 헌법의 민주적 기본질서의 유지와 인권존중에 관한 사항
 2. 건전한 가정생활 보호에 관한 사항
 3. 아동 및 청소년의 보호와 건전한 인격형성에 관한 사항
 4. 공중도덕과 사회윤리에 관한 사항
 5. 양성평등에 관한 사항
 6. 국제적 우의 증진에 관한 사항
 7. 장애인등 방송소외계층의 권익증진에 관한 사항
 8. 민족문화의 창달과 민족의 주체성 함양에 관한 사항
 9. 보도·논평의 공정성·공공성에 관한 사항
 10. 언어순화에 관한 사항
 11. 자연환경 보호에 관한 사항
 12. 건전한 소비생활 및 시청자의 권익보호에 관한 사항
 13. 법령에 따라 방송광고가 금지되는 품목이나 내용에 관한 사항
 14. 방송광고 내용의 공정성·공익성에 관한 사항
 15. 기타 이 법의 규정에 의한 방송통신심의위원회의 심의업무에 관한 사항
- ③방송사업자는 아동과 청소년을 보호하기 위하여 방송프로그램의 폭력성 및 음란성등의 유해정도, 시청자의 연령등을 감안하여 방송프로그램의 등급을 분류하고 이를 방송중에 표시하여야 한다.

정에 규정되어 있음.

그러나 방송통신심의위원회는 2008년 설립 이후 “정치심의”를 한다는 비판에 시달려왔음. 특히 방송심의규정 제9조제2항2)의 소위 “균형성” 조항은 정부정책 및 공권력행사에 대한 비판적인 취지의 방송에 대해 정부 입장을 충분히 반영하지 않았다고 하여 중징계를 하는 데에 남용되어 왔음. 결국 방송통신심의위원회는 정부기관의 입장을 비호하고 정부기관에 반대되는 언론을 징계하게 되었음.

더욱 아이러니한 것은 정부입장을 그대로 방송한 것에 대해서는 아무런 징계를 하지 않고 있음. (2013년 CBS<김미화의 여러분>에서 선대인 우석훈 인터뷰 한 것에 대해서는 “주의”, 비슷한 사안에 대해 농림수산부장관 인터뷰를 한 것에 대해서는 “문제없음”) 이는 위와 같은 심의규정 자체의 문제 뿐만 아니라 심의위원들의 자질에도 문제가 있음. 기본적으로 방송이 민주주의 수호를 위해 수행해야 하는 역할에 대한 이해가 부족함. 방송의 “관영방송화”를 요구하는 것임.

④방송통신심의위원회는 제3항의 방송프로그램 등급분류와 관련하여 분류기준 등 필요한 사항을 방송통신심의위원회규칙으로 정하여 공표하여야 한다. 이 경우 분류기준은 방송매체와 방송분야별 특성등을 고려하여 차등을 둘 수 있다. <개정 2008.2.29.>

⑤방송통신심의위원회는 제3항의 규정에 의하여 방송사업자가 자율적으로 부여한 방송프로그램의 등급에 대하여 적절하지 아니하다고 판단되는 경우 해당방송사업자에게 당해 방송프로그램의 등급분류를 조정하도록 요구할 수 있다. <신설 2006.10.27., 2008.2.29.>

제33조(심의규정) ① 방송통신심의위원회는 방송의 공정성 및 공공성을 심의하기 위하여 방송심의에 관한 규정(이하 “심의규정”이라 한다)을 제정·공표하여야 한다. <개정 2008.2.29.>

2) 제9조(공정성) ① 방송은 진실을 왜곡하지 아니 하여야 한다. <개정 2014.1.9>

②방송은 사회적 쟁점이나 이해관계가 첨예하게 대립된 사안을 다룰 때에는 공정성과 균형성을 유지하여야 하고 관련 당사자의 의견을 균형있게 반영하여야 한다.

③방송은 제작기술 또는 편집기술 등을 이용하는 방법으로 대립되고 있는 사안에 대해 특정인이나 특정단체에 유리하게 하거나 사실을 오인하게 하여서는 아니된다.

④방송은 당해 사업자 또는 그 종사자가 직접적인 이해당사자가 되는 사안에 대하여 일방의 주장을 전달함으로써 시청자(라디오방송의 청취자를 포함한다. 이하 같다)를 오도하여서는 아니된다. <개정 2014.1.9>

⑤방송은 성별·연령·직업·종교·신념·계층·지역·인종 등을 이유로 방송편성에 차별을 두어서는 아니된다. 다만, 종교의 선교에 관한 전문편성을 행하는 방송사업자가 그 방송분야의 범위안에서 방송을 하는 경우에는 그러하지 아니하다.

II. 인권과의 관계

위와 같은 방송통신심의위원회의 행태는 두 가지 면에서 인권과 관련을 맺게 됨.

첫째, 정부정책 및 공권력행사에 대한 비판을 위축시켜 국민의 표현의 자유와 알권리를 침해함.

둘째, 방송은 세월호 사태, 천안함, 4대강, 국정원 간첩조작사건 등 국민 전체의 환경권, 안보권 또는 특정 개인들의 생명권 및 신체의 자유에 매우 중요한 사안들에 대한 여론형성에 영향을 미쳐 이 사안들에 대한 후속대처가 부실해져 해당 인권들을 심대하게 침해하는 사례들이 나타나고 있음.

III. 사례

1. 세월호

세월호 사고 당일 30여명을 직접 구조한 김홍경씨 KBS와 MBC와 오후 4시에 인터뷰 “해경이 자신의 구조활동을 바라만 볼 뿐 아무런 도움을 주지 않았다” -> KBS와 MBC 당일 뉴스에서 김홍경씨 구조활동에 대한 인터뷰에서 삭제됨.

고 이승현 군 아버지 - “배가 침몰되는 그 당일 날부터 해서 조금만 더 사실적이고 조금만 비판적인 보도를 언론들이 내보내 줬다면 생존해서 만날 수 있었던 아이들이 있었을 거란 생각은 지금도 변함이 없습니다. . . .가장 중요한 그 2, 3일 동안에 방송은 눈을 감아버렸어요. 그게 가장 큰 문제라고 생각합니다.”

→ 방송통신심의위원회는 이와 같은 삭제에 대해서 2014년7월 “문제없음” 결정.

2. 방송통신심의위원회의 심의

의결일	심의대상	심의결과
2011.7.7	MBC라디오 손에 잡히는 경제 흥기빈입니다. KBS라디오 박경철의 경제포커스 <유성기업 파일관련>	권고
2011.7.7	MBC라디오 박해진이 만난 사람들 <일제고사 거부 관련 해임/복직교사>	주의
2011.7.21	KBS-1TV 다큐멘터리 ‘전쟁과 군인’ 2부작 <백선엽 다큐>	문제없음
2012.2.16	CBS라디오 시사자키 정관용입니다 <명진스님 인터뷰>	주의 (5:4 엄광석)
2012.2.16	SBS김소원의 라디오전망대 <김용민 출연>	
2012.3.8	CBS김미화의 여러분 우석훈-선대인 출연	주의 (5:4 엄광석)
2012.3.8	MBC생방송 오늘아침 <정봉주 전 의원 구속관련>	의견제시
2012.4.5.→ 2014.1.9	KBS스페셜 ‘13억 대륙을 흔들다, 음악가 정율성’	의결보류-->주의
2012.7.5	MBC뉴스데스크 <민주당 난입>	권고
2012.9.13	MBC뉴스데스크 <권재홍 “부상” 보도>	
2002.9.13	KBS시사기획 창 <2012 노동자의 삶>	권고 (5:3)
2013.3.21	MBC ‘특별대담-마유미의 삶, 김현희의 고백>	문제없음 (6:3)
2013.7.11	채널A - 김광현의 탕탕평평	권고
2013.7.25	RTV <백년전쟁> ‘두얼굴의 이승만’, ‘플레이저 리포트 - 누가 한국경제를 성장시켰는가’	관계자징계 및 경고 (6:2)
2013.8.13	MBC황금어장 <안철수 편>	권고 (6:3)
2013.9.12	KBS시청자데스크 <국정원대선개입사건 보도 부실>	2(권혁부, 엄광석):5:1(박경신)

의결일	심의대상	심의결과
2013.11.21	KBS추적60분 <서울시공무원 간첩사건>	6:3
2013.12.18	TV조선 판 <정미홍, 박원순 중복 발언>	의견제시 (3:2 소위원회)
2013.12.19	JTBC '뉴스9' <통합진보당 해산청구>	관계자징계 및 경고 (6:3)
2014.1.5. (소위)	TV조선 돌아온 저격수다 '박창신 신부 비하' 방송	권고
2014.1.23	CBS김현정의 뉴스쇼 <박창신 신부 인터뷰> - 국정원 댓글 논란, 연평도포격	주의 (6:3)
2014.3.20	MBC 뉴스데스크 <해고무효판결>	문제없음 (6:3)
2014.4.3	JTBC 뉴스큐브6 <유우성씨 인터뷰>	경고 및 관계자징계 (5:3)

<1기 문제심의 별도 첨부>

“[2기에서는] (1) 대통령을 비판하는 명진 스님, (2) 박창신 신부 인터뷰방송을 중징계 했습니다. (3) 법무부나 검찰의 입장과 다르다고 해서 유우성씨, 김재연 의원, 김종철 교수 인터뷰를 중징계했습니다. (4) 교육부의 입장과 다르다고 해서 일제고사거부교사들의 인터뷰를 중징계했습니다. [1기에서는] (5) 농림수산부 장관의 미국산 쇠고기의 광우병 위험성에 대한 판단이 다르다고 하여 역시 중징계

그동안 정부의 발표를 그대로 받아쓰던 프로그램에 대해서는 몇건이나 징계했습니까? Zero. 빵. 0건이었습니다. 정부의 비호 속에서 노조탄압을 하던 MBC가 심지어는 자사의 이익을 앞세우고 대한민국 사법부의 [해고무효] 판결을 비판한 방송에 대해서 우리는 뭐라고 했습니까? “문제없음”. 민언련, 전교조, 최민희 의원, 박원순 시장을 중복이라고 부른 프로그램에 대해서 우리는 뭐라고 했습니까? “의견제시”, “권고”. . . . 방송을 감시해야 할 방송통신심의위원회가 이려고 있는 상황에서, 어느 방송이 감히 정부정책에 비판적인 방송을 하겠습니까? 배 수십척과 잠수부 수백명이 투입된다면 그런 줄 알아야지 어떤 방송이 실제로는 고무배 십여척 잠수부 십여명이 투입되었다고 누가 진실을 전하겠습니까?” - 박경신 위원 퇴임사

2기 방송통신심의위원회에서는 제9조제2항은 거의 전적으로 정치적 사안에 대해서만 이용되어 왔음. 방송통신심의위원회 심의 자체가 방송 밖의 싸움의 연장으로 나타나고 있음. 이에 따라 심의가 방송대상인 현실에 영향을 주거나 현실 갈등의 연장이 되고 있음. 정부여당이 6인, 야당이 3인을 자유재량에 의해 임명 또는 재임명하는 상황에서 모든 위원들은 자신의 임명자에 대해 충성을 하고자 하는 동기를 갖게 되기 때문임. 이와 같은 현상은 특히 정치의 흐름을 타는 모습. (증거: 2012년 대선 이후 훨씬 강력해진 정치심의)

IV. 해결책

1. 공정성 심의 양적 균형성 제9조제2항 원래의 문제: 자신의 의지 관철을 위해 보도가 필요없는 권력자의 입장에 방송시간을 할애하라는 것은 비판의 날카로움을 거세시키는 것 → 2기 방송통신심의위원회에서는 정치적 사안에 대해서만 제9조제2항이 이용되어 왔음. → 정부정책에 대한 비판에 대해서는 제9조제2항 심의를 하지 못하도록 하거나 징계 가능성을 매우 낮추는 조항의 신설 필요. <첨부5 : “방송공정성 심의의 헌법적 한계”, 민주법학 제48호 (2012.03), 239-275면> 심의위원회 전체가 민주주의에 대한 기본적인 소양 - 표현의 자유, 방송의 자유가 민주주의의 필수불가결한 구성요소임을 자각해야 함. 결국 정부방송에 대한 심의를 해서는 아니됨.

방송법 제32조 (방송의 공정성 및 공공성 심의) ①방송통신심의위원회는 방송·중계유선방송 및 전광판방송의 내용과 기타 전기통신회선을 통하여 공개를 목적으로 유통되는 정보 중 방송과 유사한 것으로서 대통령령이 정하는 정보의 내용이 공정성과 공공성을 유지하고 있는지의 여부와 공적 책임을 준수하고 있는지의 여부를 방송 또는 유통된 후 심의·의결한다. 이 경우 매체별·채널별 특성을 고려하여야 한다. 단, 공정성의 유지 여부에 대한 심의는 방송된 정보의 내용이 공적 토론의 대상이 되는 사안에 관한 것으로서 토론의 일방이 자신의 입장이 방송된 정보에 충분히 포함되지 않았다고 주장하는 경우에만 개시하며, 대한민국 정부 및 산하기관이나 국회 다수당이 시행하거나 시행을 추진하는 조치, 처분, 제도, 정책 및 사업에 대하여 대한민국 정부 및 산하기관이나 국회 다수당의 입장을 균형 있게 반영하지 않은 것은 공정성 위반으로 간주하지 않는다. <개정 2008.2.29>

CBS 〈김미화의 여러분〉과 KBS의 〈추적 60분: 천안함〉에 대한 제9조제2항 징계에 대해서는 법원이 각각 1심판결에서 “정부는 자신의 입장을 홍보할 여러 통로가 있다”는 점을 고려한 ‘실질적 균형성’을 맞추면 되는 것이지 공정성이 ‘산술적 중립성’을 요구하는 것은 아니라는 취지로 취소결정을 내린 바 있음.

2. 방송통신심의위원회 심의 자체가 방송 밖의 싸움의 연장으로 나타나고 있음. 이에 따라 심의가 방송대상인 현실에 영향을 주거나 현실 갈등의 연장이 되고 있음. 정 부여당이 6인, 야당이 3인을 자유재량에 의해 임명 또는 재임명하는 상황에서 모든 위원들은 자신의 임명자에 대해 충성을 하고자 하는 동기를 갖게 되기 때문임. 이와 같은 현상은 특히 정치의 흐름을 타는 모습. (증거: 2012년 대선 이후 훨씬 강력해진 정치심의) → 방송통신심의위원회 위원들 전원을 상임위에서 재적위원 3분의 2 동의로 임명하도록 하는 등 최대한 정치색을 배제하기 위한 노력이 필요함. 법원에서 임명하도록 하는 것도 고려해야 함.

3. 법원판결에 거부하고 저항하는 방송통신심의위원회 예) 정미홍 패소판결 이후에도 정미홍 보호, MBC해고무효판결 이후에도 사측 보호, 유우성무죄판결 이후에도 검찰측 보호, 박혜진 일제고사거부고사 해고무효소송 이후 사측 보호 → 보호까지는 좋은데 법원판결의 내용을 그대로 보도하는 것을 징계까지 하는 것은 정당성이 있는가? → 재판에 관한 보도를 금지하는 특별조항을 폐지할 필요가 있음. 특히 재판은 당사자들의 인권에 매우 큰 영향을 주는 공권력의 행사임. 이에 대한 제대로된 감시를 하지 못하면 사회전체적으로 인권보호가 될 수 없음.

<붙임1>

【특집】

방송 공정성심의의 헌법적 한계: ‘견해차에 따른 차별’ 금지의 원리

박경신
고려대학교 법학전문대학원
kyungsinpark@korea.ac.kr

<국문초록>

방송통신심의위원회는 방송콘텐츠를 그 공정성을 기준으로 심의 및 제재(이하 “심의”)하는 대한민국의 행정기관이다. 한국의 공정성심의는 지난 3·4년동안 방송통신심의위원회가 정부가 추진하는 인사, 입법 및 무역정책 등에 관한 보도가 정부에 공정하지 못하였다는 이유로 이들 보도를 제재를 하는 데에 이용되면서 논란의 대상이 되었다.

우리 헌법은 다른 여러 나라들의 헌법처럼 ‘검열’을 포괄적으로 금지할 것을 명시하고 있지만 우리 헌법재판소는 ‘사전검열’만을 헌법에 의해 금지되는 검열에 포함시켜왔다. 그와 같은 정의를 너무 편협하며 표현의 자유를 충분히 보호하지 못한다. 미국에서 검열에 대응되는 개념인 사전제재(prior restraint)는 사전검열 뿐만 행정기관이 시행하는 사후검열도 포함하여 왔다. 그리하여 행정심의는 사후검열이든 사전검열이든 신속한 후속사법심사가 예정되어 있거나 심의자의 재량이 급격히 제한된 경우에만 헌법적으로 허용되어 왔다. 이 때문에 세계의 법원들에 의해 명시적으로 금지되지는 않았지만 행정심의는 거의 모든 국가에서 자취를 감추었고 단지 방송분야에서만 전파자원의 희소성과 이에 따른 방송의 공공재로서의 성격 때문에 존재하여 왔고 헌법적으로 용인되어 왔다.

그렇다면 방송분야에서의 행정심의에는 어떠한 헌법적 한계가 적용되어야 할까? 방송은 공공재이므로 국가가 공공재의 이용을 관리해야 한다는 당위성 때문에 방송에 대한 행정심의가 용인된다. 그렇다면 방송에도 다른 공공재관리 상 국가가 수인하는 의무가 동일하게 적용된다고 볼 수 있다.

미국에서는 국공유재산의 운영과 표현의 자유와의 관계에 있어서 ‘견해차에 따른 차별(viewpoint discrimination)’ 금지의 원리가 판례로 정립되어 있다. 견해차에 따른 차별 금지 원리는 국가가 논쟁 자체를 허용하면서 논쟁의 한쪽 편을 들거나 주류(orthodoxy)를 형성하려 해서는 아니 된다

는 것이다. 예를 들어 국가가 운영하는 재원이나 공간에 대한 접근을 특정 그룹에는 허용하고 그에 반대되는 입장의 그룹에 불허하는 것은 금지된다. 그렇다면 방송의 공정성심의도 여타의 이유로 소위 ‘편향된’ 방송을 제거한다는 명목으로 다양한 콘텐츠를 방송에서 배제하게 되는데 이러한 행정행위가 실질적으로 논쟁의 한쪽 편을 배제할 수 있다. 가장 방송에 근접하게는 미연방대법원은 교과서검정제에 있어서 “국가가 정사(正史)를 세우려 해서는 아니된다”며 국가개입을 거부하였다.

우리나라에는 ‘견해차에 따른 차별’금지 원리가 정립되지 않은 상황에서 어떻게 적용될 수 있을까? 미국에서 미연방대법원이 인정하는 국공유재산의 운영에 있어서도 평등권을 침해하거나 다른 기본권에 중대한 제한을 가하는 행정행위를 해서는 아니 될 것이다. 이 기준을 방송이라는 공공재를 관리하는 행정행위인 방송심의에 적용해보면 이 행정행위 역시 방송심의를 목표와 관련없는 자의적인 차별과 방송심의를 역시 표현의 자유에 대한 중대한 침해나 자의적인 차별이 없도록 하여야 한다.

이런 기준으로 볼 때 불법적이지는 않으나 국민 다수의 윤리기준에 부합하지 않는 내용 즉 유사(類似)불법정보를 규제하는 것 자체는 용인될 수 있다. 예를 들어 음란하지는 않으나 선정적인 내용을 방송에서 배제하는 것은 용인된다. 그러나 ‘공정성’심의의 경우 전혀 가별성이 없는 주장이 반대주장과 결들여져 있지 않다고 하여 규제하는 것은 표현의 자유에 대한 ‘중대한 침해’로 작용할 가능성이 더 크다. 그렇다면 공정성심의 자체를 폐지하는 것도 생각해볼 수 있다. 실제로 이와 비슷한 이유에 케이블과 같은 대체미디어의 확대가 더해지면서 방송분야 공정성심의는 미국, 일본, 독일에서는 완전히 점차 자취를 감추었고 영국에서는 BBC경영위원회의 자율규제의 형태로만 남아있고 온전한 행정심의를 형태로는 한국과 프랑스에서만 남아있다.

또 방송 공정성심의의 목적은 다양성으로 보이는데 이 목적 즉 일정한 독점을 보장받는 이상 그 독점이 남용되지 않도록 하기 위해 되도록 다양한 다양성의 입장에서 개별 프로그램의 다양성보다는 외적 다양성에 부합하며 공정성심의를 개별 프로그램별 심의가 아니라 전체적 심의로 전환할 것을 생각해 볼 수 있다. 저자는 공정성의 원래 목표는 다양성 즉 다양한 견해가 소통될 수 있는 공공의 장을 유지하는 것이며 그렇다면 공정성은 방송국들이 항상 상충하는 입장들 사이의 균형을 맞추어야 할 의무로 해석되서는 안된다고 주장한다.

마지막으로 자의적인 차별의 가능성이 높은 사유에 의한 제재는 공정성심에서 배제하는 것을 생각해 볼 수 있다. 실제로 미국에서 공정성(fairness)심을 폐지하게 된 계기도 당대의 정권들이 행정심을 정치적으로 이용한다는 우려도 크게 작용하였다. 저자는 공정성심의가 심의자를 통제하는 정부에게 방송내용이 불공정한가를 심의하는 한 미국헌법에서 금지되는 견해차에 따른 차별(viewpoint discrimination)을 범할 가능성이 높으며 이와 같은 위헌의 우려를 피하기 위해서는 심의위원회는 정부추진 사업에 대한 보도나 논평에 대한 공정성심을 진행해서는 안된다고 주장한다.

주제어: 공정성, 방송, 검열, 견해차에 따른 차별, 방송통신심의위원회

I. 관련 법령

II. 방송통신심의위원회의 심의권한에 대한 헌법적 평가

1. 검열의 원래적 의미
2. 행정심의가 가진 헌법적 문제들
3. 방송심의의 예외적 합헌성
4. 소결

III. 방송공정성 심의의 헌법적 한계

1. 공정성심의에 대한 논란
2. 견해차에 따른 차별의 금지
3. 견해차에 따른 차별금지 원리의 보편적 정당성
4. 우리나라 방송심의에의 적용
5. 공정성심의를의 목적 및 유래

V. 결론: 세 가지 대안

방송통신심의위원회(이하 “심의위원회”)는 국가기관으로서 방송의 내용에 대한 심의를 하고 있다. 특히 방송심의규정에 따라 소위 ‘공정성 심의’를 해왔다. 그러나 최근 심의위원회가 정부가 추진하는 정책 또는 입법과제에 대한 비판적인 보도들에 대하여 중징계를 내리면서 이와 같은 심의 자체의 공정성에 대한 논란이 불거졌다.³⁾ 특히 방송심의규정 제9조제2항이 요구하는 ‘균형성’이 문제가 되었는데 이 규범이 어떠한 한계를 가지고 있는가에 대해서는 본격적인 탐구가 이루어져있지 않다.

3) 대표적으로는 2008년 4월 <PD수첩> 광우병 보도에 대한 방송통신심의위원회의 “시청자 사과”결정. 추후에 서울중앙지방법원 2010년1월20일 선고 2009고단3458을 통해 보도내용이 대부분 허위가 아니었다고 판단을 받고 항소심에서도 진실이라고 믿을만한 상당한 이유가 있었다는 판단을 받게 된다. 그러나 법원의 결정은 명예훼손이라는 범죄의 구성요건이 되는 허위가 없다는 것 뿐이고 방송심의규정 제9조제2항의 “균형성을 유지하여야 하고 관련 당사자의 의견을 균형있게 반영하여야 한다”는 문제가 남아 있게 된다. 최종된 방송내용 만을 두고 보자면 정부의 미국산 쇠고기 수입에 비판적인 내용이 더욱 많은 것은 사실이다. 이에 대해 많은 전문가들이 정부의 주장에 대한 비판을 목적으로 하는 프로그램을 만들 수 없다는 모순이 발생하는 점을 지적하였다. 2009년 2월 MBC가 신방겸영 허용을 골짜로 미디어법개정에 대해 비판적인 방송을 한 것에 대해서도 방송통신심의위원회는 ‘경고’ 결정을 한 바 있다.

이 글에서는 심의위원회의 공정성 심의가 공권력행사에 의해 이루어지고 있는 한 그 헌법적 한계를 살펴보고자 한다. 그 한계는 대한민국 헌법 제21조의 언론 출판의 자유⁴⁾, 헌법 제7조의 공무원의 정치적 중립성⁵⁾, 그리고 헌법 제11조의 평등권에서 도출될 것이며 그 구체적인 내용은 미국의 “견해차에 따른 차별(viewpoint discrimination)” 금지법리를 비교법적으로 검토하면서 구성될 것이다.

I. 관련 법령

심의위원회의 공정성 심의제도의 법적 구조에 대해 살펴보자면 다음과 같다. 방송통신심의위원회는 방송통신위원회설치에관한법(이하, “설치법”)에 다음과 같이 규정되어 있다.

설치법 제18조(방송통신심의위원회의 설치 등) ① 방송 내용의 공공성 및 공정성을 보장하고 정보통신에서의 건전한 문화를 창달하며 정보통신의 올바른 이용환경 조성을 위하여 독립적으로 사무를 수행하는 방송통신심의위원회(이하 “심의위원회”라 한다)를 둔다.(후략)

그리고 동법 제21조에 다음과 같은 업무를 방송통신심의위원회가 수행할 것을 정하고 있다.

설치법 제21조(심의위원회의 직무) 심의위원회의 직무는 다음 각 호와 같다.

1. 「방송법」 제32조에 규정된 사항의 심의
2. 「방송법」 제100조에 따른 제제조치 등에 대한 심의·의결
(후략)

4) 제21조 ①모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다. ②언론·출판에 대한 허가나 검열과 집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니한다. ③통신·방송의 시설기준과 신문의 기능을 보장하기 위하여 필요한 사항은 법률로 정한다. ④언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니 된다. 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다.

5) 제7조 ①공무원은 국민전체에 대한 봉사자이며, 국민에 대하여 책임을 진다. ②공무원의 신분과 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.

보다시피 실질적으로 방송에 대한 ‘내용심의’가 이루어지는 사항들만을 살펴보자면 ① 「방송법」 제32조에 규정된 사항의 심의 ② 「방송법」 제100조에 따른 제재조치 등에 대한 심의 이렇게 두 가지로 구성되어 있다.

방송법 제32조를 살펴보면 다음과 같다.

방송법 제32조(방송의 공정성 및 공공성 심의) ① 방송통신심의위원회는 방송·중계유선방송 및 전광판방송의 내용과 기타 전기통신회선을 통하여 공개를 목적으로 유통되는 정보중 방송과 유사한 것으로서 대통령령이 정하는 정보의 내용이 공정성과 공공성을 유지하고 있는지의 여부와 공적 책임을 준수하고 있는지의 여부를 방송 또는 유통된 후 심의·의결한다. 이 경우 매체별·채널별 특성을 고려하여야 한다. <개정 2008.2.29>

그리고 동법 제33조에 따라 방송통신심의위원회는 방송심의규정을 제정할 수 있다.

제33조(심의규정) ① 방송통신심의위원회는 방송의 공정성 및 공공성을 심의하기 위하여 방송심의에 관한 규정(이하 “심의규정”이라 한다)을 제정·공표하여야 한다. <개정 2008.2.29>

② 제1항의 심의규정에는 다음 각호의 사항이 포함되어야 한다.

<개정 2006.10.27, 2008.2.29>

1. 헌법의 민주적 기본질서의 유지와 인권존중에 관한 사항
2. 건전한 가정생활 보호에 관한 사항

<하략>

중복적이긴 한데 설치법 역시 위와 비슷한 규정을 두고 있다.

설치법 제24조(심의규정의 제정·공표 등) 심의위원회는 제21조에 정한 직무를 수행함에 필요한 다음 각 호의 심의규정을 제정·공표한다.

1. 「**방송법**」 제33조에 따른 **방송심의에 관한 규정**

2. 제21조제3호 및 제4호를 심의하기 위한 정보통신에 관한 심의규정

위 법률규정에 따라 방송통신심의위원회에서 제정된 방송심의규정은 이번 논문의 주제인 ‘공정성’에 대해서는 다음과 같은 내용으로 되어 있다.

제1절 공정성

제9조(공정성) ①방송은 진실을 왜곡하지 아니하고 객관적으로 다루어야 한다.
 ②방송은 사회적 쟁점이나 이해관계가 첨예하게 대립된 사안을 다룰 때에는 공정성과 균형을 유지하여야 하고 관련 당사자의 의견을 균형있게 반영하여야 한다.
 <하략>

정리하자면, 심의위원회는 방송이 공정성, 공공성 및 공적 책무를 준수하고 있는지 심의할 의무를 방송법 제32조로부터 부여받고 다시 설치법 제24조에 의해 위의 심의를 위한 심의규정을 제정할 의무를 부여받았으며 그 심의규정에는 헌법, 가정생활, 청소년 등에 대한 내용이 담겨져야 한다. 그리고 심의규정 제9조는 이와 같은 여러 가지 내용 중에서 공정성에 관한 부분을 정의하고 있다.

참고로, 방송통신심의위원회는 위와 같은 심의 이후에 제재조치의 수위에 대해서도 방송법 제100조에 따라서 권고나 의견을 방송통신위원회에 제시할 수 있다.

방송법 제100조(제재조치등) ①방송통신위원회는 방송사업자·중계유선방송사업자 또는 전광판 방송사업자가 **제33조의 심의규정** 및 제74조제2항에 의한 협찬고지 규칙을 위반한 경우에는 다음 각 호의 제재조치를 명할 수 있다. 제27조제8호의 시청자불만처리의 결과에 따라 제재를 할 필요가 있다고 인정되는 경우에도 또한 같다. 다만, 방송통신심의위원회는 심의규정 등의 위반정도가 경미하여 제재조치를 명할 정도에 이르지 아니한 경우에는 해당 사업자 또는 해당 방송프로그램의 책임자나 관계자에 대하여 권고를 하거나 의견을 제시할 수 있다.
 <개정 2006.10.27, 2008.2.29>

1. 시청자에 대한 사과
2. 해당 방송프로그램의 정정·수정 또는 중지
3. 방송편성책임자·해당방송프로그램의 관계자에 대한 징계
4. 주의 또는 경고 (하략)

위 규정은 다시 아래와 같이 설치법에 의해 반복적으로 규정된다.

설치법 제25조(제재조치 등) ① 심의위원회는 방송 또는 정보통신의 내용이 **제24조의 심의규정**에 위반된다고 판단하는 경우에는 다음 각 호의 어느 하나의 제재조치 등을 정할 수 있다.

1. 「방송법」 제100조제1항에 따른 제재조치·권고 또는 의견제시

2. 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제44조의7에 따른 불법정보 유통에 대한 취급의 거부·정지 또는 제한

② 심의위원회는 제1항의 제재조치를 정하려는 때에는 미리 당사자 또는 그 대리인에게 의견을 진술할 기회를 주어야 한다.

II. 방송통신심의위원회의 심의 권한에 대한 헌법적 평가

1. 검열의 원래적 의미

우리나라 헌법 제21조는 표현의 자유에 대한 ‘검열과 허가’를 금지하고 있으며⁶⁾ 우리나라 헌법재판소는 ‘검열’을 행정권⁷⁾이 주체가 된 사전심사절차에 표현물을 제출하여 이 심사를 통과하지 않으면 그 표현물의 유통이 금지되는 제도로 정의하고 있다.⁸⁾ 이에 따

6) 헌법재판소 결정 2001. 5. 31, 2000헌바43, 52(병합) 합헌).

7) Decision by the Grand Bench of the Supreme Court on June 11, 1986, Case No. (o) 609 of 1981; 40 Minshu 872. 일본도 censorship과 달리 prior restraint이라는 개념을 별도로 만들어 행정권이 아닌 사법권에 의한 사전제재 censorship에 이르지 않는 제도에 대해서도 헌법적 경계를 하고 있다.

8) 헌법재판소는 검열을 다음과 같이 4개의 요건을 매개로 정의하고 있다. 첫째, 허가를 받기 위한 표현물의 제출의무(헌재결 2001. 5. 31, 2000헌바43, 52(병합) 합헌), 둘째, 행정권이 주체가 된 사전심사절차(헌재결 2001. 8. 30, 2000헌바36 합헌), 셋째, 허가를 받지 아니한 의사표현의 금지(헌재결 1996. 10. 4, 전원재판부, 93헌가13, 91헌바10(병합)), 넷째, 심사절차를 관철할 수 있는 강제수단(헌재결 1995. 10. 4, 93헌가12, 91헌바10(병합)) 등이다.

네 가지 요건외에 명시적으로 요구하지는 않지만, 헌법재판소는 표현물의 발표를 완전히 금지하지 않고 표현물의 청소년유해성 등급에 따라 부분적으로 제한하는 ‘등급제’는 검열이 아닌 것으로 해석하고있다(헌재결 2001. 8. 30, 2000헌가9 위헌). 그리고 여섯째, 사전심사가 내용적인 심사일 경우에만 ‘검열’의 범위에 포함되며 시간, 장소, 방법에 대한 심사를 위한 사전심사는 해당되지 않는다(헌재결 1998. 2. 27, 96헌바2 옥외광고물등관리법 제 3 조 합헌, 헌재결 1997. 8. 21, 93헌바51 정기간행물의등록등에관한법률 제 7 조 제 1 항).

라 사전제출의무가 없는 심의위원회의 심의는 ‘검열’이 아닌 것으로 보인다. 즉 헌법재판소는 ‘사전검열’ 만을 헌법이 금지하는 ‘검열’로 정의하고 있다. 이는 일본 최고재판소의 1984년 결정과 대동소이하다.⁹⁾

하지만 검열을 이렇게 사전검열로 한정하여 정의하면 같은 조항의 ‘허가’와 다를 것이 없어지고 헌법 제21조가 ‘검열’과 ‘허가’를 별도로 금지한 의미가 상실된다. 왜냐하면 헌법 제21조는 ‘언론출판의 자유’에 대해서는 ‘검열’과 ‘허가’ 모두를 금지하고 있고 ‘집회결사의 자유’에 대해서는 ‘허가’만을 금지하고 있다. 그렇다면 ‘검열’은 ‘허가’와 다른 무언가를 지칭한다고 보는 것이 일반적인 법해석규칙과 부합할 것이다.

사전검열이 금지되는 이유가 표현물이 ‘사상의 자유시장에 도달조차도 하지 못하게 하기 때문’¹⁰⁾이라면, 법원명령도 똑같은 효과를 내기 때문에 일찌기 미국은 1917년도 Near 대 Minnesota 판결에서부터 이를 확립하였다.¹¹⁾ 또 행정권이 개입하는 경우에는 미국연방대법원은 1963년부터 Bantam Books대 Sullivan 사건에서 주정부가 임명한 사람들로 구성된 심의기구가 이미 유통되고 있는 서적들에 대해 적격심사를 하여 검찰 및 경찰에 통보하는 제도에 대해 사법적인 판단도 없이 서적의 유통을 차단하는 것은 사전제재 (prior restraint)에 해당한다며 위헌판정을 하였다.¹²⁾

9) “Censorship” under the first part of Paragraph 2 of Article 21 of the Constitution should be construed as indicating an act that, characteristically, is applied to a medium for the expression of ideas or similar contents, and consists of prohibiting the publication of that which is deemed inappropriate after an administrative authority, as the main agent, conducts a comprehensive and general examination of the contents of a particular medium of expression, prior to publication, for the purpose of prohibiting the publication thereof as a whole or in part (Supreme Court Case [Gyo-Tsu] No. 156 of 1982; judgment of the Grand Bench of December 12, 1984; Minshu Vol. 38, No. 12, p. 130).

10) Thomas I. Emerson, “The Doctrine of Prior Restraints”, 20 *Law & Contemp. Probs.* 648, 657 (1955)

11) 당시 판결 자체는 이미 내용이 특정된 표현물의 공개를 금지한 명령이 아니었다. 즉 사후검열이 아니었다. 단지 특정 언론사에게 ‘악의적인 보도를 해서는 아니된다’라는 추상적인 명령에 대해 내려졌고 이렇게 불명확한 명령 하에서는 추후에 출판될 간행물에 대해서 실질적으로 사전검열을 요구한다는 논리 하에 위헌 판정이 내려졌다. 그러나 Near 판결 이후의 판결들은 특정된 표현물의 공개를 금지한 명령에도 Near의 원리가 적용된다고 해석하였다.

12) 필자가 감히 짐작건대 우리나라에서 미국의 법리들을 수입하면서 prior restraint를 검열에 대응하는 개념으로 파악한 후 prior restraint에서 prior가 가지는 의미에 천착하면서 검열을 사전검열로 한정된 것으로 오해한 것이 아닌가 생각한다. 위에서 말했듯이 미국은 Bantam Books대Sullivan판결에서 보여지듯이 prior restraint를 ‘사전검열’외에도 더욱 폭넓게 적용하고 있으며 일본 역시 censorship과 prior restraint를 구분하며 전자는 절대적인 금지 후자는 매우 예외적인 허용의 방식으로 운용하고 있다.

그렇다면 ‘유통의 원천적 차단위험’이 헌법적으로 금기시되는 prior restraint의 요건이 아니라면 무엇이 prior restraint의 요건인가. Prior restraint로 분류된다고 해서 그 자체가 무효가 되는 것은 아니며 여러 정황을 고려하여 판단된다.¹³⁾ 그 중에서 가장 중요한 기준은 ①심의의 주체로 보인다. 즉 사법부에 의한 최후통제가 있는가이다. 사법부에 의한 판단의 존재는 헌법적 평가에서 매우 중요하여 심지어는 사전제출의무가 있는 고전적인 사전검열 마저도 사법부에 의한 판단이 빠른 시일 내에 이루어진다면 합헌이 될 수 있다.¹⁴⁾ 또 유통이 사전적으로 차단되지 않고 사후적으로 차단되더라도 사법부가 아닌 행정부에 의해 이루어지고 이에 대한 정당화과정이 사법부에 의해 빨리 이루어지지 않는다면 역시 prior restraint로 분류된다.¹⁵⁾ 또 ②재량의 폭이 매우 중요한 기준이 되는 것으로 보인다. 행정기관에 의한 사전심의라고 할지라도 심의에서 작용하는 재량이 거의 없어 신고제와 비슷할 정도로 급격하게 제한될 경우 위헌으로 판정되지 않는다.¹⁶⁾ 이것은 우리 헌법재판소가 2002년 소위 ‘불온통신’결정¹⁷⁾에서 당시 정보통신부장관의 인터넷게시물삭제명령제도에 대해 위헌판시를 할 때 명확성의 원칙 위반을 이유로 그러한 결정을 한 것과 일맥상통한다. 또 ③제한의 적용대상의 가치도 중요한 것으로 보인다. 미국에서도 주정부나 시정부 소속 인권위원회¹⁸⁾나 연방공정거래위원회(Fair Trade Commission)는 광고의 불법성을 심의하고 있다. 광고와 광고가 아닌 것을 비교하였을 때 광고는 기본적으로 하버마스가 말하는 ‘전략적 대화(strategic speech)’에 해당하기 때문에 공론의장에 진입할 필요성이 적다.¹⁹⁾

다른 나라들에서도 행정권에 의한 표현에 대한 내용규제는 일반적으로 사후적인 경우

13) 박경신, “미국의 사전제재(prior restraint) 법리와 2002년 불온통신규제결정의 재발견”, 〈헌법실무연구〉, 제9권, 503-533쪽, 헌법실무연구회

14) Freeman대Maryland, 380 U.S. 51 (1965); 박경신, “사전검열 법리와 정보통신윤리위원회의 활동: 법과학적 방법으로”, 인권과 정의 2002년 8월호.

15) 전게서, Bantam Books판결. Kingsley Books대Brown, 354 U.S. 436 (1957)

16) Cox대New Hampshire, 312 U.S. 569, 574 576 (1941) (공원의 사용신청을 선착순으로 받겠다고 한 행정명령) 여기서의 사전제출의무가 있음에도 불구하고 행정권의 재량이 거의 제로에 가깝게 제한되기 때문에 사전제재 금지법리에 해당하지 않는다고 판시하였던 것이다.

17) 헌재 2002. 6. 27. 99헌마480, 전기통신사업법 제53조 등 위헌확인

18) Pittsburg Press대Pittsburg Human Relations Commission, 413 U.S. 376 (1973)

19) Jurgen Habermas, 〈Theory of Communicative Action I: Reason and Rationalization of State〉 (1981).

에도 censorship에 해당되어 기피된다. 이에 따라 아래에서 따로 설명할 방송의 예외를 제외하고는 행정기관이 표현의 적격성이나 불법성을 판단하는 제도는 거의 자취를 감추었다.²⁰⁾ 심지어는 우리나라 헌법재판소가 검열금지원칙을 사전검열금지원칙으로 좁게 해석할 비교법적 근거를 선사한 일본에서도 행정기관이 표현의 불법성을 판단하는 제도는 없다.

물론 미국 외에는 행정기관의 사후심의에 대해 명시적으로 위헌이라고 판시를 내린 적은 없는 것으로 보인다. 단지 censorship이라는, 규범성이 강한 개념 하에서 행정기관의 사후심의가 금기시되는 태도가 사회 곳곳에 편재하면서 위와 같은 제도적 양태로 귀결되고 있는 것으로 보이며 이처럼 제도 자체가 사라지면서 그와 같은 제도에 대한 사법적 판단이 나올 가능성도 없어져가고 있다. 한 가지 분명한 것은 명시적인 판시는 없지만 행정기관에 의한 표현의 내용규제는 censorship으로 불리우면서 대부분의 나라에서 금기시되고 있다는 사실이다.

거의 유일한 예외로서 호주에서는 Australian Communications and Media Authority(ACMA)²¹⁾라는 심의기관이 인터넷 상의 음란물 및 아동유해물만을 걸러낸다. 그러나 이는 음란물이나 아동유해물 또는 상업적 표현에만 한정되어 있다. 터키도 역시 the Information and Communication Technologies Authority(ICTA)²²⁾라는 2007년부터 행정기관에 의한 인터넷규제를 하고 있기는 하나 ‘자살유도, 아동성착취, 마약사용, 건강유해물판매, 음란물, 매춘, 온라인도박, 그리고 건국공신 무스타파 케말에 대한 모욕²³⁾’으로 한정되어 있다.²⁴⁾

20) 외국의 인터넷규제에 대해서는 오길영, “인터넷통제규제에 대한 비판적 검토 - 정보통신망이용촉진및정보보호에 관한 법률을 중심으로”, 민주법학37호(2008년), 281쪽. 오길영은 인터넷규제를 행정청을 통한 직접규제, ISP의 민사적 책임 설정을 통한 규제, 그리고 자율규제로 구분하고 있으며 이 논문의 제1장에서 행정청을 통한 직접규제를 다루고 있는데 일본, 독일, 영국 등을 조사하여 어느 나라에서도 행정청을 통한 직접규제는 환영받고 있지 못하고 있고 이들 국가들의 규제모드는 ISP의 민사적 책임 설정이나 자율규제 중심으로 구성되어 있음을 보여주고 있다.

추가로 외국의 인터넷규제에 대해서는 2008년11월11일 방송통신심의위원회 주최 국제컨퍼런스 “내용규제 패러다임의 변화와 향후규제”에서 Higashikuni Hitotora, Director, Content Evaluation and Monitoring Association의 발제와 John Carr(Secretary, Children's Charities Coalition for Internet Security)의 발제 그리고 Elvira Shamsuddin (Deputy Director, Malaysian Communications and Multimedia Commission)의 발제 참조.

외국의 방송내용규제에 대해서는 김민환 외 5인, <방송의 공정성 심의를 위한 연구> 방송통신심의위원회 발주 용역보고서 2008년12월.

21) http://www.acma.gov.au/WEB/STANDARD/pc=PC_90154. 최종방문 2010년 10월21일 관련법령은 Schedule 5 and Schedule 7 of the Broadcasting Services Act 1992.

22) <http://ihbarweb.org.tr/eng/> <2011년10월14일 마지막 방문>

2. 행정심의가 가진 헌법적 문제들

행정권에 의해 시행되는 한, 사전검열과 사후검열은 다음과 같은 공통점이 있다. ① 첫째 행정적 판단은 법치국가에서 항상 사법심사에 의해 바로잡히기 전에는 ‘잠정적’이므로 그 기간 동안에는 표현이 억제되어 있다는 면에서 불법이 발생한다. 예를 들어, 신문 광고불매운동 카페 운영자들에 대한 지난 2월 판결에서 법원은 2차불매운동 자체는 합법적이라고 판단하였고 그 운동이 수반한 ‘집단적 조직적 전화걸기’에 대해서만 위법이라고 판단하였다.²⁵⁾ 이 판시에 따르자면 게시물에 대해서만 판단을 한 방송통신심의위원회의 지난 2008년 7월 결정은 잘못된 것이었다. 결국 약 7개월간 정당한 표현물이 억제되어 있었던 것이다.

② 둘째 행정적 판단이 잘못되었다라도 사법부가 사후적으로 보전을 해주면 되지만 행정청의 경우 검찰이나 법원과는 달리 자신들의 잠정적 판단에 불복할 경우 정부지원금 분배 등을 통해 보복할 수 있는 권한도 가지고 있어 위와 같은 잘못된 결정에 대한 사법부의 보전작용의 효과가 심대하게 희석된다. 물론 실제로 행정청이 보복을 할 경우 사법부가 이를 행정법 상의 이론(예를 들어 부당결부금지원칙)을 이용해 걸러낼 수 있겠지만 행정청들은 고유한 재량의 폭이 넓어 모든 보복을 포착하기는 어렵다. 결국 많은 국민들이 행정적 판단이 법적으로 올바른가에 대해 판단을 받으려 하지 않을 것이다. 실제로 대한민국 역사를 통틀어 방송국들과 인터넷포털들은 지금까지 한 번도 방송통신심의위

23) 무스타파 케말의 공식명칭은 무스타파 케말 아타튀크(Ataturk)이다. 아타튀크는 성을 쓰지 않던 터키가 성을 만들 어내면서 무스타파 케말에게만 부여한 성이다. 그후 반아타튀크범죄예관한특별법 5816호가 제정되었다. <http://en.wikipedia.org/wiki/Mustafa_Kemal_Ataturk>(27s_personal_life#Name) 최종방문 2010년 10월21일

24) <http://ihbarweb.org.tr/eng/about.html> <2010년10월21일 최종방문>

25) 서울중앙지방법원 선고 2009년 2월19일 2008고단5024: “인론매체의 소비자인 독자는 언론사의 편집정책을 변경시키거나 하는 목적을 갖고 언론사에 대한 불매운동 등의 수단을 동원할 수는 있었지만 그 경우에도 참여자들은 그들이 추구하는 목적을 달성하기 위하여 일반시민들을 상대로 조선·중앙·동아일보를 구독하지 말거나 그 광고주들에게 조선·중앙·동아일보에 광고를 게재하지 말도록 하기 위하여 그들의 의사를 전달하고, 홍보하며, 인터넷 사이트에 광고주 리스트를 게재하거나 게재된 광고주리스트를 보고 소비자로서의 불매의사를 고지하는 등 각종 방법에 의한 호소로 설득활동을 벌이는 것은 구독이나 광고게재 여부의 결정을 상대방의 자유로운 판단에 맡기는 한 허용된다고 할 것이고, 그로 인하여 위 각 신문사의 일반적 영업권 등에 대한 제한을 가져온다 하더라도 이는 정당한 소비자운동의 목적수행을 위한 활동으로부터 불가피하게 발생하는 내재적 위험으로서 상대방인 위 각 신문사가 감내해야 할 범위 내에 있다 할 것이다.”

원회나 그 전신인 기관들에 대해 공식적 이의제기를 한 적이 없으며 행정기관의 판단은 결국 종국적인 것으로 굳어져 버리고 있다. 정의의 지연이 단순히 은유적으로 정의의 거부가 되는 것이 아니라 실제로 정의의 거부로 이어지는 상황이 계속되고 있는 것이다. 행정기관이 법적으로 잘못된 판단을 내려도 사법부가 이를 포착하여 시정할 기회가 없게 된다는 것은 행정기관의 판단이 절대적인 지위를 가지게 된다는 것이며 그렇게 되면 국민들은 행정기관의 판단을 기준으로 하여 자신의 행위나 표현을 재단하게 된다. 이것은 또 하나의 위축효과(chilling effects)이다. 즉 국민은 객관적으로 합법적인 표현물이라 할 지라도 행정기관의 잠정적 판단이 부정적으로 나올 가능성이 두려워 그 표출 자체를 꺼리게 된다.

③ 셋째 행정기관은 사법부와 달리 권력자의 영향력 하에 있어 권력에 비판적인 합법적인 표현물들을 위법한 것으로 몰아 제재할 위험이 높다. 명예훼손 형사처벌에 대해서는 국제적으로 폐지운동이 벌어지고 있는데 형사처벌을 시행하게 될 검찰이 항상 권력자의 영향력 하에 있어 비판세력을 탄압하는 데에 동원될 수 있다는 이유이다.²⁶⁾

		원인	인과관계	결과
행정적 사전 검열		①공표 자체를 차단		사전차단효과
		②내용의 사전제출	정부의 탄압이 용이해짐	기본적인 위축효과 + 사전제출에 의한 위축효과의 증폭
	행정적 사후 검열	①행정권의 '잠정성'	합법적인 표현물의 잠정적 차단	불법적 차단
		②행정기관의 고유권한을 통한 보복가능성	사법심사 기피 현상 → 행정기관의 판단이 절대성을 갖게 됨 → 비(非)법적인 판단에 따라 국민이 자기검열	행정권의 보복가능성에 의한 위축효과
		③행정권의 비중립성	권력비호적 검열을 할 가능성	권력비판적 표현물에 대한 위축효과

26) Winfield, et al., "The Abolition Movement: Decriminalizing Defamation and Insult Laws," Communications Lawyer, Fall 2007

물론 이와 같은 위축효과들이 곧바로 모두 위헌이라는 것은 아니다. 사법심사 전에 이루어지는 행정권의 작용은 항상 일정한 위축효과를 발생시킨다. 행정권의 판단은 항상 법적인 오류를 내포하고 있을 가능성이 있기 때문에 행정권의 판단을 기준으로 국민이 자신의 행위와 표현을 자제하는 것은 당연히 합법적인 행위나 표현물의 자제를 초래하게 된다.

그러나 표현(speech)을 행정기관이 사후적으로 제재하는 것과 행위(action)를 행정기관이 사후적으로 제재하는 것은 구별되어야 한다. 행위의 결과는 직접적이다. ‘마리화나를 합법화하자’는 말과 실제 마리화나를 사용하는 행위는 다르다. 표현은 그 효과가 듣는 사람의 지적인 반응을 통해서만 나타난다는 점에서 직접적이지 않다. 그렇기 때문에 행위(action)에 대해서는 검열이 금지되지 않으며 위의 마리화나의 예를 들자면 보건복지부나 식약청의 개입이 헌법적으로 허용된다.

3. 방송심의의 예외적 합헌성

지상파방송은 다른 매체들과 달리 희소성이 있는 전파자원을 매개로 이루어진다. 전파는 간섭현상이 발생하여 한 사업자가 특정 주파수대에서 방송을 하게 되면 다른 사업자는 같은 지역에서 같은 주파수대에서 방송을 할 수 없다. 사적으로 확보된 물리시설 내에서 신호가 전달되는 신문, 케이블, 인터넷, 영화와는 다르다. 이 때문에 모든 나라에서 전파자원은 국가의 소유로 유지되고 이를 독점적으로 또는 배타적으로 이용하게 되는 지상파 방송에는 국가의 개입이 헌법적으로 더욱 자유롭게 허용되어 왔다.²⁷⁾ 뿐만 아니라 방송은 사회인류학적으로 가족 및 가정에서 소비되어 왔고 소비자들이 내용을 미리 예측하지 못하는 상황에서 채널들간을 왕래하는 형식으로 소비되어 왔기 때문에 ‘원치않는 청중(captive audience)’이 될 가능성이 상존하여 방송에 대한 규제는 더욱 헌법적으로 허용된다.²⁸⁾

이에 따라 다른 매체들에서는 검열로 여겨져 금지되는 행정심의가 방송에서는 시행되

27) Red Lion Broadcasting대 FCC, 395 U.S. 367 (1969). 안타까운 것은 이 판결이 60년대 판결이고 견해차의 차별금지원리 판결들이 80년대 판결이라서 fairness doctrine이 viewpoint discrimination 원리 하에서 어떻게 평가 되었을가에 대해서는 상상 밖에 할 수 없다는 점이다.

28) FCC대 Pacifica Foundation, 438 U.S. 726 (1978)

고 있다. 방송에 대한 행정심의회가 이루어지는 국가는 우리나라(방송통신심의위원회), 프랑스(CSA), 그리고 영국(Ofcom: 그러나 BBC공정성 심의는 제외), 그리고 미국(FCC)이 있다.²⁹⁾ 독일³⁰⁾과 일본은 방송에 대한 심의를 행정기관이 하지 않고 자율규제를 통해 이행하고 있다.

4. 소결

방송심의회는 행정기관에 의해 법적 판단없이 이루어져 일정한 위축효과를 발생시킨다는 측면에서 검열로서의 헌법적 타당성이 검토되어야 한다. 그러나 방송의 공공재로서의 특수성을 감안할 때 방송에 대한 공적 규제는 다른 매체에 비해 더욱 널리 허용되어야 함은 물론 국민 전체의 알 권리를 위해서는 일정하게 필요한 측면도 있다.

Ⅲ. 방송공정성 심의의 헌법적 한계

1. 공정성심의회에 대한 논란

이렇게 방송에 대한 국가의 내용규제는 전파의 공공재적 성격에 따라 예외적으로 허용되고 있으며 방송의 사회인류학적 성격에 따라 규제수위는 형법 상의 그것을 뛰어넘어 합법적인 콘텐츠라 하더라도 선정성, 미풍양속, 부정확성 등의 측면에서 규제가 이루어지고 있음은 물론 가장 엄격하게는 공정성을 기준으로 한 규제까지 나타났다.³¹⁾

이 글에서 공정성은 객관성, 진실성 등을 모두 포함하는 개념이긴 하나 이 글에서는

29) 김민환(책임), 한진만, 윤영철, 원용진, 임영호, 손영준, “방송의 공정성심의회에 대한 연구”, 2008년12월 용역보고서, 방송통신심의위원회.

30) Cass R. Sunstein, 《Democracy and the Problem of Free Speech》, Free Press, 54쪽.

31) ‘위법성’을 공정성과 다른 층위의 개념으로 규정하는 것은 실익이 없다. 불공정한 방송을 하든 음란한 방송을 하든 방송위원회는 똑같은 층위에서 심의를 하여 똑같은 층위의 제재를 내린다. 즉 법이 제재를 요구한다는 면에서 다를 것이 없다. 불공정한 방송은 방송법을 위반하여 위법한 것이고 음란한 방송은 형법을 위반하여 위법하다는 면에서 똑같은 단지 제재방식이 하나는 행정제재이고 다른 하나는 형사처벌일 뿐이다.

미국의 fairness doctrine에 대응되는 우리 방송심의규정 제9조제2항의 규범만을 다루기로 한다. 이 규범은 한 사안에 대해 충돌하는 두 개의 입장을 모두 균형있게 보도할 것을 요구한다. 우리나라에서는 ‘공정성’으로 영국에서는 'due impartiality'로 미국에서는 'fairness'로 나타났다.³²⁾

공정성심의에 대한 반대논리는 여러 층위에서 제기되고 있다. 공정성 심의는 다른 규제와 달리 전혀 가별성이 없음에도 불구하고 논쟁의 일방 만을 소개했다는 이유로 법적 규제를 부과하여 방송사업자의 표현의 자유와 시청자의 알 권리를 심대하게 제약한다. 예를 들어 반전시위가 일어났음을 보도하면서 반드시 정부의 전쟁홍보 주장을 같이 보도하지 않았다고 법적 제재를 받아야 하는가? 반전시위에 대한 보도에 있어서 아무런 왜곡이나 허위가 없었음에도 불구하고? 아무리 전파가 공공재적 성격을 가지고 있다고 하더라도 선정성 등에 대한 심의와 달리 공정성 심의는 별도의 정당화이론이 필요한 것이다.

공정성 원칙이 요구하는 균형에 대한 두려움 때문에 사회적 이슈에 대한 입장을 취하는 프로그램들은 방송사들에게 위협이 되었다. 방송사들은 불균형에 대한 민원을 피하기 위해 이러한 프로그램들을 탈색하여 생기를 앗아갔다. 광고주들의 입맛에 맞는 다큐멘터리들은 여행, 외식, 애완견, 화훼전시회, 과거와 현재의 부자들과 유명인사들의 라이프스타일에 대한 것이었다. 간단히 말해 상업광고시스템 하에서 다큐멘터리들은 ‘네트워크 방송에서 오락프로그램과 광고의 영향력을 따를 수 없는 거의 중성화된 작은 조각’으로 줄어들었다.³³⁾

이러한 논란이 Red Lion판결(합헌)³⁴⁾로 귀결된 소송 등을 거치면서, 결국 1987년 미국의 FCC는 케이블 등의 대안미디어 등이 폭발적으로 발전한 상황에서 전파자원의 희소성 주장은 힘을 잃었다며 공정성 심의를 폐지하였다.³⁵⁾

32) 지상파방송이 왜 다른 미디어 보다 더 엄격하게 규제되는가에 대해서는 Eric Barendt, <Broadcasting Law - A Comparative Study>, Clarendon Press, Oxford, 3-10쪽.

33) Herman, 144쪽.

34) Red Lion Broadcasting대 FCC, 395 U.S. 367 (1969)

35) Syracuse Peace Council, 2 FCC Rcd 5043, 5054-55 (1987), recon. denied, 3 FCC Rcd 2035 (1988), aff'd, sub nom. Syracuse Peace Council v. FCC, 867 F.2d 654 (D.C. Cir. 1989), cert denied, 493 U.S. 1019 (1990). 이 이후에도 공정성심의의 몇가지 규칙은 유지하였으나 1992년에 모두 폐지하게 된다. Arkansas AFL-CIO, 7 FCC Rcd 541 (1992), aff'd, on other grounds, sub nom. Arkansas AFL-CIO v. FCC, 11 F.3d 1430 (8th Cir. 1993)(en banc).

영국의 경우도 영국인 대부분의 뉴스원인 BBC의 경우 선정성 등의 심의는 Ofcom에서 수행하지만 공정성심의 만큼은 자율규제(BBC Trust)에 맡기고 있다.³⁶⁾ 즉 자세히 살펴보면 BBC의 내용규제 가운데 정확성(accuracy)과 공평성(impartiality)에 대한 심의는 우리나라의 방송통신심의위원회의 방송부문에 해당하는 Ofcom이 아닌 BBC경영위원회(트러스트)에 의해 이루어진다. BBC에 대해서는 국가기관에 의한 공정성심의는 이루어지지 않고 있다고 보면 된다. 뿐만 아니라 BBC의 적절한 공평성(due impartiality)에 대한 내부지침은 ‘결론이 없는 재미없는 프로그램’을 만들 필요가 없다고 하고 있다.

일본과 독일은 심의 전반에 있어서 자율규제가 이루어지고 있고 자율규제를 통해 공정성심의가 이루어지고 있다.³⁷⁾

정리하자면 전파의 공공재적 성격에 따라 국가에 의한 방송심의는 어느 정도 정당화되지만 이 심의가 선정성, 진실성과는 달리 논쟁적 사안의 양면을 반드시 동시에 보도하도록 하는 공정성 심의의 정당성에 대해서는 논란이 존재한다.

2. 견해차에 따른 차별의 금지

위에서 살펴보았듯이 방송을 공공재로 보는 견해에 따라 방송에 대해서는 예외적으로 행정기관에 의한 심의가 인정되며 공정성 심의도 같은 이유로 인정된다. 공공재는 공공의 이익을 대표하는 국가기관에 의해 공적인 목표를 위해 관리되어야 한다. 방송도 몇몇 사업자에게 독점적인 권한을 부여함으로써 이루어지기 때문에 이들의 영향력은 지대할 것이며 공정성 심의를 통해서 이들이 편향된 내용이 아니라 균형잡힌 내용을 국민에게 제공하도록 해야만 방송이 공공재로서 온전히 기능한다는 것이다.

그런데 이와 같은 공적 통제의 수위에도 헌법적 한계가 있다. 바로 견해차에 따른 차별(viewpoint discrimination) 금지의 원리이다. 견해차에 따른 차별의 금지는 미국에서 고유하게 관례에 의해 정립된 원리인데 국가가 논쟁의 일방을 배제해서는 안된다는 원리

36) 전계서, 김민환 용역보고서.

37) 57 BVerfGE 295 (1981). 최근 미국처럼 대안의 미디어가 증가되면서 회소성이 없어졌으니 공정성심의는 불필요하다는 주장이 있었으나 법원이 이미 회소성이 없더라도 공정성 심의는 계속 이루어질 수 있다고 판단하였다.

이다.³⁸⁾ 국가와 견해차가 있다고 하여³⁹⁾ 논쟁의 일방을 배제하는 것은 국민들이 국가와 다른 입장을 가질 사상의 자유를 박탈하는 것이다.

국가가 국민의 표현을 그 내용에 따라 규제할 권한은 이미 ‘명백하고 현존하는 위협’의 원리 등에 의해 제한된다. 견해차에 따른 차별 금지의 원리의 강점은 이러한 헌법적 제한이 강하게 작동할 수 없는 영역에서도 적용된다는 것이다. 가장 극단적으로는 국가가 개인이나 단체들에게 정책적인 목표를 달성하기 위하여 지원금을 제공할 경우에는 더욱 폭넓은 재량을 인정하고 있는데 현대 헌법은 국가의 작용을 침익적인 행위와 시혜적인 행위로 구분하고 시혜적인 행위에 대해서는 폭넓은 재량을 인정하고 있다. 그런데 견해차에 따른 차별 금지 원리는 바로 이러한 영역에서도 작동하면서 국가의 재량을 제한하는 것이다. 예를 들어, 장애인보조금을 지급하면서 장애인보조금 확대를 요구하는 시위에 참가한 장애인에 대해서는 지급을 중단하는 것은 견해차에 따른 차별 금지 원리의 위반이 될 것이다.⁴⁰⁾

이러한 시혜적인 행위 중의 하나는 국가가 국민들의 표현이 발현될 수 있도록 공간을 제공하는 경우이다. 이와 관련하여 Perry Education Association 대 Perry Local Educators' Association 사건에서 미연방대법원은 제공되는 공간의 성격에 따라 미연방대법원은 표현의 자유 보호 정도가 달라진다고 하였다.⁴¹⁾ 우선 공적 공간(public forum)은 역사적으로는 모든 사람들의 의사표명의 공간으로 개방되었던 길거리와 공원 등을 말하

38) Viewpoint discrimination법리의 역사적 소개로는 Marjorie Heins, "Viewpoint Discrimination", 24 Hastings Constitutional Law Quarterly 99 (1996). 저명한 헌법학자인 Erwin Chemerinsky의 글로는 "Court Takes a Narrow View of Viewpoint Discrimination", 35 Trial 90 (March 1999), Association of Trial Lawyers of America. 이 법리가 정부의 민간지원금 집행도 기속하는 사례들에 대한 연구로는 Nicole B. Casarez, "Public Forums, Selective Subsidies, and Shifting Standards of Viewpoint Discrimination", 64 Albany Law Review 501 (2000).

39) 아래에서 살펴겠지만 견해차에 따른 차별 금지 원리는 평등권 심사의 특수한 형태로서 차별이 해당 공공재원이나 공적 공간의 운영목표와 이성적인 관계가 없으면 (즉 "자의적이면서) 표현의 자유에 중대한 제한을 줄 경우 엄격하게 심사되어야 한다는 것이다. 여기서 '견해차'란 역사적으로 입증될 수 있지만 해당 공공재원이나 공적 공간의 운영과 전혀 이성적인 관계가 없이 배제되었다는 사실로부터 추정되기도 한다.

40) 실제로 우리나라 서울시에서 2009년 8월에 있었던 일이다. <http://imnews.imbc.com/replay/nwdesk/article/2428988_5968.html> (2012년2월20일 최종방문)

41) 460 U.S. 37 (1983). 학교가 공식단체협상 대상이었던 한 교원노조에게는 학교의 내부메일의 사용을 허용하면서 다른 교원노조에게는 사용을 불허한 것에 대하여 합헌판정을 내렸다.

는데 여기서는 여기에서는 국민의 자유로운 의사표명의 보장을 위해 사전검열이 금지되지만, 국가가 소유 및 운영하는 극장, 회관 등과 같이 국가가 특정한 규칙에 따라 그 공간의 사용을 사인들에게 허용해왔던 이른바 비공공적 공간(non-public forum)⁴²⁾에서는 사전검열을 포함하여 국가가 그 공간의 일상적 운영규칙과 목적에 따라 표현을 규제할 수 있다. 단, 그 규제는 공간의 운영규칙과 목적에 부합해야지 운영자와 견해가 다르다는 이유로 운영되어서는 아니된다. 이와 같은 공간에서는 회의장 운영자들이 행사의 목적(예를 들어, 환경보존의 필요에 대한 각성)에 반대하기 때문에 회의의 개최를 허용하지 않는 식의 정치적 규제는 금지되는 것이다.⁴³⁾

Board of Education 대 Pico 사건에서 대법원은 학교도 하나의 공간이라고 볼 수 있는데 학교 도서관에서 학생들이 읽는 책이 정부가 홍보하려는 정사(正史)에 어긋난다고 하여 배제하는 것은 견해차에 따른 차별이 된다고 하였다.⁴⁴⁾ 또 Cornelius 대 NAACP 사건⁴⁵⁾에서 대통령령(executive order)으로 연방정부 공무원들을 대상으로 한 합동모금에서 의료혜택 등의 사회복지서비스를 제공하는 단체들만의 참여를 허용하고 정치적 또는

42) 일부 학설에서는 (1) 공적공간(public forum)과 (2) 비공공적 공간(nonpublic forum)으로 나누거나 (1) 전통적 공적 공간, (2) 한정적 공적 공간, 그리고 (3) 비공공적 공간으로 분류하기도 하나 모든 학설들이 동의하는 것은 정치적 견해차에 따른 차별(viewpoint discrimination)은 비공공적 공간 및 한정적 공적 공간 모두에서 금지된다는 것이다.

43) 대법원은 Perry 사건에서는 학교의 내부메일시스템은 한정된 공적 공간이라고 정의하고 YMCA나 캠프카우트와 같은 단체들에게는 접근을 허용하고 교원노조들 중에서 공식적인 단체협상자격을 얻은 노조 외의 다른 노조 들에는 불허하는 것은 학생들에게 다양한 사회집단들의 목소리를 접할 수 있도록 한다는 교육적 목적 하에서 이루어지는 타당한 내용규제라고 하였다.

44) 457 U.S. 853 (1982). 1975년 당시 뉴욕주의 아일랜드트리교육구 내의 공립학교를 담당하는 주정부기관인 교육위원회의 교육위원들은 한 보수적인 학부모단체의 회의에 참가하여 그 단체에서 거부되어야 할 (objectionable) 책들의 목록을 입수하였다. 자신들의 교육구 내의 고등학교 도서관에 이 책 중의 9권이 비치되어있음을 알고 교육위원회는 이 책들이 음란하지는 않으나 “반 미국적, 반 기독교적, 반 유대교적 그리고 명백히 저급”하다고 하며 도서관에서 수거될 것을 명령하였다. 대법원은 “판례의 교훈은 명백하다. 교육위원회는 도서관 장서를 구성함에 있어 상당한 재량을 가지고 있다. 하지만 그 재량은 편협한 정치적 방식으로 행사되어서는 아니 된다. . . 우리의 헌법은 국가에 의한 사상의 탄압을 허용하지 않는다. . . 교육위원회가 서적의 수거를 통하여 교육위원회가 찬동하지 않는 사상에 소송원고인 학생들이 접근하지 못하도록 하려는 의도였다면(871) 이는 위헌”이라고 판시하였다. 그러한 “의도”의 증거로서 대법원은 교육위원회의 교육위원들 중 2명이 하급심에서 “반미국적”의 의미를 서술하라고 하자 그 중 한 서적이 건국공신 조지 워싱턴이 노예소유주였음을 밝힌 점을 지적한 것을 제시하였다.

45) 473 U.S. 788 (1985)

법적 운동단체들의 참여는 명시적으로 금지한 것에 대하여, 비공공적 공간(nonpublic forum)에의 접근권은 특정 주제나 소재에 따라 부여될 수 있으며 합동모금행사라는 공간의 목적에 합당한 규제는 정치적 견해차에 따른 차별이 아닌 경우에만 허용된다고 하였다.

Rosenburger 대 University of Virginia 사건⁴⁶⁾에서 미연방대법원은 University of Virginia 라는 주립대학이 한 학생단체에게 종교적 입장을 추구한다면 학생단체활동지원금의 배분을 거부한 것에 대해 관시하였다. 이 사건에서 대법원은 '정부가 스스로 의사표시를 할 때나 타인과의 계약을 통해 타인에게 의사표시를 위임할 때는 정부가 그 내용을 자유롭게 통제할 수 있다고 하며 그러나 이 사건에서는 국가가 사인들로부터의 다양한 의사표시를 증진시키기 위해 자금지원을 하는 것이며 이 목표에 비추어 보았을 때 단지 종교적인 의사표시라고 하여 지원을 하지 않는 것은 견해(viewpoint)차이에 따른 차별이라고 보았다.

결국 Perry사건을 포함하여 국가가 통제하는 공간을 통해 정보제공이 이루어질 때 정보수용자의 표현의 자유의 보호 정도를 표로 나타내보자면 다음과 같다.

정부의 역할	정보제공(표현)의 공간	국민에게 보장되는 표현의 자유
정부가 표현의 주체인 경우	국가가 통제하는 공간 (관보, 공직자연설문 등)	47)
공적으로 소유된 공간	한정적 공적 공간 (경기장, 미술관 등등)	견해차에 따른 차별 외에는 모든 내용규제 및 사전검열까지 가능함
	전통적 공적 공간 (광장, 길거리)	사전검열은 금지되나 방법규제는 자유롭게 허용됨
사적으로 확보된 공간	책, 인터넷, 영화	모든 표현의 자유 원리 그대로 적용됨. 내용규제는 명백하고 현존한 위험있을 때만 가능(엄격심사). 방법규제는 중도심사 등등.

46) 515 U.S. 819 (1995). 이 판결에서는 4명의 대법관이 미연방대법원의 국교분리조항에 따라 종교적인 입장을 중심으로 한 학생활동에 대한 지원을 중단할 수 있다며 소수의견에 동참하였다. 그러나 이 소수의견에서 종교 대 비종교 사이의 견해차에 있어서 비종교라는 견해를 선택할 수 있다고 한 것은 국교분리조항이라는 특수한 상황 때문이며 본문에서 필자가 확인한 원칙 즉 견해차별은 금지된다는 원칙의 보편적 성립에 대해서는 영향을 주지 않는다.

이와 같은 논리는 방송심의에도 똑같이 적용될 수 있다. 왜냐하면 방송 역시 사인들이 표현을 함에 있어서 정부가 전파자원을 방송업허가를 통해 부여하는 것이며 방송심의는 이 방송에서 어떤 내용을 배제할 것인가를 결정하는 행정행위가 되기 때문이다. 이에 대해서는 실제로 일찍이 방송진흥기금을 받는 방송국에 대해서는 논평(editorial)을 하지 못하도록 금지한 법에 대해서 미연방대법원은 위헌결정을 내렸다.⁴⁸⁾

3. 견해차에 따른 차별금지 원리의 보편적 정당성

견해차에 따른 차별금지 는 표현의 자유와 평등권 두 가지 헌법규범에서 보편적 타당성이 확인된다.

주류 미국헌법학에서 차등적 대우는 그 기준이 인종, 성 등 과거 역사 속에서 실제적인 차별과 억압의 기준으로 작용했던 기준 즉 그러한 역사에 비추어 이번 차등대우도 그러한 실제적 차별의 일환과 연장일 의심이 높은 기준(suspect classification)에 의해 이루어는 경우 엄격심사(strict scrutiny)가 적용되고 그러한 기준에 의한 차등대우가 아닌 경우 평등권 심사의 가장 낮은 단계인 이성적 근거심사(rational basis review)⁴⁹⁾에 의해 의 율됨은 잘 알려져 있다.

그렇다면 사회보장혜택을 제공함에 있어서 예를 들어 소수민족을 배제하는 것은 틀림 없이 평등권 상의 문제를 발생시키며 엄격심사에 의해 위헌판정될 가능성이 높다. 그렇

47) 국가가 스스로 통제하는 공간을 통해 정보제공의 주체로서 특정한 표현(정보제공)을 할 경우, 정보수용자가 가진 원치않는 정보를 받지 않을 권리로부터 도출될 수 있는 제공되는 정보에 대해 한계가 논리적으로 있을 수는 있는 것 같다. 단지 여기에서는 국가가 스스로 정보제공 및 표현의 주체가 되는 것이 아니고 정보제공 및 표현의 매개체를 소유하고만 있을 경우를 다룬다.

48) FCC 대 League of Women Voters, 468 U.S. 364 (1984) 대법관들은 견해차에 따른 차별이 아니라 내용규제(content discrimination)으로 보았지만 대부분의 학자들은 실질적으로 견해차에 따른 차별 금지 판례로 해석한다. Heins, 전게서, 117쪽. Casarez, 전게서, 547쪽.

49) 우리나라 헌법학에서도 차별이 특별히 금지되는 기준에 의한 차별의 경우 기존의 평등권 심사인 “자의금지원칙”보다 더욱 엄격하게 소위 “비례성원칙”에 따른 심사를 하는 단계적 구조가 존재한다. 그렇다면 미국의 이성적근거심사(rational basis review)는 우리나라 헌법의 자의금지원칙에 대응된다고 하겠다. 학계 일각에서는 rational basis review를 “합리성” 심사라고 번역하나 이렇게 번역할 경우 이성적 근거 심사가 객관적 합리성을 요구하는 것이 아니라 주관적 논리성만을 요구하는 매우 느슨한 심사라는 것이 어감에서 배제된다. ‘이성적으로 보아 논리적 근거가 있는가’ 여부 만을 묻는 것이 이성적 근거 심사이다.

다면 반드시 민족 간의 구분이 아니라 위의 장애인복지혜택 확대를 요구하는 장애인들의 사례처럼 정부와의 입장 차에 따라 차별을 둘 경우에는 어떠할까? 위의 주류논리대로라면 이성적 근거심사를 받아야 하고 이성적 근거 심사를 받는 대부분의 공권력 행사가 합헌 판정을 받게 된다.

그러나 그렇다고 하여 인종, 성이 아닌 기준에 의한 차등대우가 모두 합헌인 것은 아니며 국가행위의 명목적인 목표와 관련하여 이성적인 근거가 없는 차등대우는 위헌으로 판정된다. 예를 들어 지역주민들의 재산권 보호를 명목으로 하여 정신지체자들의 공동주거시설에 대해서는 주거허가를 받도록 한 시조례는 재산권 보호와는 관련이 없이 주민들의 정신지체자들에 대한 불합리한 공포감의 발현이었기 때문에 위헌판정을 받았다.⁵⁰⁾ 그렇다면 마찬가지로 장애인보조금의 확충을 요구하는 입장을 가진 사람들만을 장애인보조금 수급에서 제외했다면 장애인보호라는 명목적인 목표와는 이성적인 관계가 없는 차별이 될 것이며 이것은 이성적인 근거 심사를 따르든 엄격심사를 따르든 위헌판정을 받게 된다.

그리고 일반적인 평등권 심사에서도 차등대우가 근본적인 권리(fundamental right)에 중대한 제한(undue burden)을 가할 경우 역시 엄격심사(strict scrutiny)가 적용된다. 위의 사례에서 장애인이 장애인보조금 확충 촉구 시위에 참석했다고 하여 그 장애인에 대한 보조금지급을 중단하는 것은 장애인의 표현의 자유에 대한 중대한 부담이 될 수 있다. 이는 마치 국가비판을 한 사람을 형사처벌하는 것이 국가에 대해 비판할 자유에 대한 부담인 것과 마찬가지로, 물론 보조금지급 중단이라는 시혜적 행위의 중단과 형사처벌이라는 침익적 행위의 헌법적 평가는 다를 수 있다. 그러나 미연방대법원은 이주자에 대해 사회보장혜택의 지급에 있어 차등대우를 한 것에 대해 여행의 자유에 중대한 제한을 가한다는 이유로 위헌을 선언한 바 있다.⁵¹⁾

특히 미연방대법원은 시혜의 분배에 있어서도 차등대우 대상자가 겪는 부담이 표현의 자유인 경우에 민감하게 반응해 온 전통이 있다. 언론사에 대한 지원금의 중단에 대해서는 미연방대법원은 비언론사에 대한 지원금 중단과는 달리 여러 차례 시혜의 중단이라기

50) Cleburne Living Center 대 City of Cleburne, 473 U.S. 432 (1985)

51) Shapiro 대 Thompson, 394 U.S. 618 (1969).

보다는 표현의 자유에 대한 침익적 행위로 보아 위헌 판정을 한 바 있다.⁵²⁾

위의 판례들을 종합해보자면 미연방대법원의 견해차에 따른 차별 금지 원리는 (1) 차별의 기준이 해당 공간이나 재원의 운영 목표와 이성적 관계가 없다는 이유로 배제가 이루어질 경우 위헌이라는 원리와 (2) 그러한 배제가 표현의 자유의 행사에 부담을 가할 경우 역시 위헌이라는 원리가 중복적으로 작용하며 나타나는 법리현상이라고 볼 수 있다. 그리고 배제대상이 역사적으로 국가와의 견해차를 드러내왔던 그룹일 경우 위의 (1)의 기준에 있어서 자의적인 차별이라는 강한 의심이 작용할 것이다. 즉 견해차에 따른 차별 금지 원리는 표현의 자유와 평등권으로부터 자연스럽게 도출되는 것이다.

4. 우리나라 방송심의에의 적용

가. 우리나라 평등권 심사

우리나라 헌법 학설과 판례에서도 제대군인가산점 결정에서부터 시작하여 (1) 차별이 특별히 금지되는 기준에 의한 차등대우나 (2) 타 기본권에 중대한 제한을 가하는 차등대우의 경우 기존의 자의금지원칙이 아니라 엄격한 비례성심사를 하도록 해 왔다.⁵³⁾ 즉 위에서 밝힌 견해차에 따른 차별 금지원리의 구성원리들이 이미 우리나라 헌법에 존재하는 것이다.

그렇다면 우리나라에서도 공공재원이나 공간의 운영에 있어서 폭넓은 재량이 허용되지만 그러한 재량의 행사에 위의 제대군인가산점 결정의 원리들을 적용시켜보자면, 차별이 헌법에 의해 특별히 금지되는 기준에 의해 이루어지거나 타 기본권에 중대한 제한을 가할 경우 엄격한 비례성 심사가 이루어져야 한다. 그리고 그 차별기준이 헌법에 의해 특별히 금지되는 기준이 아니라 할지라도 공공재의 운영목표와 전혀 관련없는 기준에 따라 차별이 이루어졌다고 판정될 경우 자의금지원칙에 의해서라도 위헌판정이 내려질 수 있다.⁵⁴⁾ 이와 같이 견해차에 따른 차별 금지 원리는 우리나라의 평등권 심사이론의 특수

52) Casarez, 전게서, 545-551쪽. Hannegan 대 Esquire, Inc., 327 U.S. 146, 158-59 (1946) (선정적인 잡지라 하여 정기간행물에 대한 우편료감액제도에서 배제한 것에 대해 위헌판정)

53) 소위 '제대군인가산점결정' <헌재 1999. 12. 23. 98헌마363 제대군인지원에관한법률 제8조 제1항 등 위헌확인, 판례집 11-2, 770>

54) 국내 여러 형법교과서들이 언급하고 있는 검찰의 "표적수사"나 "선별수사" 역시 헌법적으로 금지되는 이유는,

한 작용으로 받아들여질 수 있다.

그리고 이 이론은 방송에도 적용된다. 방송의 경우 공공재라는 가정 하에 국가의 통제 하에 있고 이에 따라 국가에게는 방송내용의 규제에 있어서 폭넓은 재량이 허용되며 그 재량의 행사기제 중의 하나가 바로 방송법 상의 공정성 심의인 것이다. 그런데 방송의 특정내용을 배제하는 것은 국민의 표현(수용)의 자유에 대해 중대한 부담을 줄 수 있어 더욱 엄격하게 심사해야 할 이유가 있는 것이다. 이때 방송 공정성 심의의 목표인 ‘국민 모두의 표현(수용)의 자유를 위한 공적 공간의 확보’와 이성적인 관련성이 없이 특정 입장을 방송에서 배제하는 것은 위헌판정을 받아야 하는 것이다.

그렇다면 여기서 중요한 것은 국가와 배제대상의 견해차가 사전에 존재하는 경우에는 자의적 차별의 의심이 강하게 적용된다는 것이다. 위의 장애인시위자가 바로 그러한 예인데 장애인시위자는 이미 시위를 통해 국가와의 ‘견해차’를 이미 보여주었고 그렇다면 이 시위자를 배제하는 것은 장애인복지프로그램의 원래 목적과 전혀 관련이 없는 자의적인 차별일 가능성이 높은 것이다.

이 사례가 방송에서는 어떻게 발현될까? 국가가 방송의 내용을 공정성 심의를 통해 규제함에 있어서 “국가의 입장을 충분히 반영하지 않았다”고 하여 규제하는 것이 그러한 사례일 것이다. 즉 국가의 정책에 대한 보도프로그램이 국가의 정책의 긍정적인 측면을 충분히 보도하지 않았다는 것은 그 자체로 국가와의 견해차가 존재하는 것이며 바로 그러한 사유로 이 프로그램을 방송에서 배제하거나 제재하는 것은 자의적인 차별일 의심이 강하게 적용된다. 이에 대해서는 아래 “국가에 대한 불균형” vs. “국가가 보기에 불균형” 논의에서 더욱 자세히 논의될 것이다.

나. 공무원의 정치적 중립성

그리고 우리나라에 견해차에 따른 차별의 금지원리를 접목하는 것은 도리어 더욱 쉽다. 왜냐하면 우리나라는 헌법 제7조가 이미 공무원의 정치적 중립성을 요구하고 있다. 그렇다면 공정성 심의도 정치적으로 중립을 지켜야 한다. 그리고 이 정치적 중립성은 과

검찰의 기소권에 폭넓은 재량을 감안하더라도 검찰의 원래 목표인 공공질서 수호와는 이성적 관계가 없는 대상이나 동기에 따라 기소권을 남용하기 때문에 자의금지원칙을 위반한 것으로 볼 수 있기 때문이다.

거에 공무원들이 관건선거 등 몇몇 개인들에 의해 사유화되었던 과거에 대한 반성에서 나온 것인데, 방송심의가 국가의 입장을 대변하는 내용이 불충분하게 반영되어 있다고 하여 특정 방송을 제재하는 것은 바로 그 당시의 권력자에 의해 방송심의라는 국가작용을 사유화한 것이라고 볼 수 있으며 바로 헌법 제7조의 위반으로 볼 수 있는 것이다.

다. 편향의 수정 자체가 편향이다

여기서 두 가지 주의할 것이 있다. 첫째 견해차의 차별이 있었는가 또는 정치적 중립성의 위반이 있었는가는 실체적 기준에 의해 판단되는 것이 아니다. 즉 제재대상인 방송 콘텐츠가 실제로 중립적인지 편향적이지는 중요하지 않다. 국가가 자신의 견해가 반영되어 있지 않다는 이유로 공정성의 잣대로 제재하는 것 자체가 견해차에 따른 차별이 되며 정치적 중립성을 해하는 것이다. 근현대 교과서의 수정을 통해 좌편향을 수정하겠다고 하는 것은 객관적으로 근현대 교과서가 '좌편향'인가에 관계없이 그러한 수정 시도 자체는 정부가 자신의 견해와 다른 교과서저자를 제재하는 것이 되며 이미 정치적 중립성을 훼손하는 것이 된다. 정부와 PD수첩의 광우병 보도의 '좌편향'을 산술적 공정성 개념으로 치유하겠다는 것은 마찬가지로, 공정성을 이유로 어떤 편향을 수정하려 하는 것은 그 편향이 실제로 존재하든 존재하지 않든 국가의 견해를 강요함으로써 정치적 중립성을 침해하고 견해차에 따른 차별이 된다.

라. “국가에 대한 불균형” vs. “국가가 보기에 불균형”

둘째 어떤 방송콘텐츠는 ①“국가에 대해 불균형한 콘텐츠(즉 국가정책등을 비판만 할 뿐 칭찬하지 않는 콘텐츠)라서 제재되는 경우가 있을 수 있고 어떤 방송콘텐츠는 국가에 대한 것이 아니라 사인에 관한 콘텐츠인데 역시 불균형하다고 하여 즉 ②“국가가 보기에 불균형한 콘텐츠”라고 하여 제재될 수가 있다. 전자의 경우 명백하게 중립성 위반 및 견해차에 따른 차별이라고 보아야 한다. 국가의 명예보호는 방송심의의 목표와 아무런 이성적 관계가 없기 때문이다. 후자의 경우에는 그 자체로는 방송심의의 목표와 해당 콘텐츠에 대한 제재 사이의 연관성을 미리 가늠해볼 수는 없다. 제재사실 자체가 “국가의 입

장이 덜 반영되었음”을 천명한 것이며 “국가의 입장이 덜 반영되어 국가에 대해 불균형한 콘텐츠” 즉 전자의 카테고리화 다르지 않을 수 있다. 그러나 이것은 미리 단정하기는 어려우면 예를 들어 국가정책에 반대하는 지역민들의 입장이 충분히 반영되지 못하여 불균형하다는 이유로 공정성 제재가 이루어질 경우 “국가가 보기에 불균형”한 것이 꼭 “국가에 대해 불균형”한 것은 아닐 것이기 때문이다.

아래에 나오겠지만 필자는 이 차이점을 포착하여 대안을 구분하여 제시할 것이다.

5. 공정성심의의 목적 및 유래: 표현의 자유 vs. 표현의 다양성

위에서 견해차에 따른 차별 여부의 핵심은 해당 공공재의 운영목표와 해당 제재 사이의 연관성이다. 그렇다면 여기서 해당 공공재는 방송이고 방송의 내용에 있어서의 국가적 개입은 방송심의를 통해 이루어지고 있다. 특히 여기서 문제가 되는 것은 공정성심의이므로 공정성심의의 목표를 살펴볼 수 있다.

① 유럽에서는 방송이 공영방송으로 시작하였기 때문에 방송인들은 공무원이었고 이들이 자신들의 개인의 의견에 따라 방송의 내용을 편향되게 하는 것은 직무유기가 되는 것이었기 때문에 원래 이들에게 적용되는 직무규정의 성격을 가지고 있었다는 설명도 있다.⁵⁵⁾ 즉 공영방송이 자신들의 이익에 봉사하지 않고 공공성을 유지하도록 하기 위해서 필요하다는 것이다.

그렇다면 공정성이라는 이상은 우리나라 헌법의 ‘공무원의 정치적 중립성’ 조항과 비슷하게 공무원들이 관권선거 등 자신의 고용주인 국가와의 이해관계에 영향을 받지 않도록 하기 위하여는 성격이 강하다. 이러한 유래에 충실하자면 그렇다면 공정성심의는 특정 방송이 국가의 이익에 불리하다고 하여 규제하는 사례는 피해야 할 것이다.

② 또 다른 해석 특히 미국언론의 역사를 중심으로 한 해석에 따르면 실제로 공정성이라는 이상이 국가의 규제욕구에서 온 것이 아니라 언론사들 내부에서 발생했다고 본다. 즉 당파성 있는 보도들이 시장에서 매력을 잃게 되고 여러 소송들에 휘말리게 되면서 언론인 스스로가 공정성을 제품의 질에 포함시켜 홍보하기 시작한 것이다.⁵⁶⁾ 그리고 방송

55) Barendt, 96쪽.

이 언론의 역할의 일부를 자임하고 방송에 대한 규제욕구는 공정성의 이상을 규제의 잣대로 차용하게 된 것이고 방송은 자연스럽게 공정성 심의를 받게 된 것이다.

이러한 취지라면 국가에 의해 외부적으로 강요되는 방송의 공정성 심의는 필요가 없는 것이며 자연스럽게 독일, 일본, 영국 BBC처럼 자율규제를 통해 공정성을 찾아가도록 해야 한다.

③ 하지만 또 다른 해석은 공정성은 민주주의의 이상을 실현하기 위해 반드시 필요하다고 한다.⁵⁷⁾ 규제되지 않는 시장에서는 돈을 가진 자가 공적 논의를 주도하게 되어 진정한 평등하고 자유로운 토론이 이루어지지 않는다는 것이다. 이 입장에 따르면 공정성 심의는 시장에서 발생할 수 있는 '자유'의 불균형을 해소하고 다수가 소수의 목소리를 억누르지 않도록 즉 다양성의 보호를 위해 필요하다. 즉 방송이라는 공간이 돈을 가진 사람에 사유화되는 것을 막을 필요가 있다는 것이며 그러한 방송의 이상을 대표하기 위해 언론학자들은 공적 영역(public sphere)이라는 말을 많이 쓴다.⁵⁸⁾

그런데 공정성을 이렇게 다양성 보호의 입장에서 입론하자면 국가는 적극적으로 사회적 약자의 목소리가 반영되도록 노력해야 한다. 50:50의 기계적인 균형성은 사실 시장경쟁에서 오는 불균형을 제어하기 하기 위해서는 턱없이 부족한 수단이다. 그렇다고 하여 국민 다수의 투표에 의해 선출된 국가가 개입하여 방송 내용 자체를 일일이 구성하려 하는 것은 사회적 약자의 목소리가 반영되지 않을 것은 물론 관영방송으로의 회귀가 되고 결국 공적 영역의 퇴보로 이어지게 된다.

그렇기 때문에 이들 논자들에게 공정성은 내용규제의 기준이 아니라 방송사업자를 둘러싼 동기부여시스템에 반영되어 있어야 하는 것이다. 이 공적 영역은 하버마스의 의견을 따르자면 제도적으로 국가와 자본으로부터 독립적일 때에 민주주의에 봉사하게 된다. 그렇기 때문에 어떤 사람들에게는 "BBC와 같은 비영리기구가 자체 내에서 '객관성'을 관찰하는 것이 공적 영역의 모범"이다.⁵⁹⁾ 즉 시장의 영향이 방송의 내용에 전해지지 않도록

56) Edward S. Herman, Robert W. McChesney, 《The Global Media: The New Missionaries of Corporate Capitalism》, Continuum, 192-193쪽.

57) Cass R. Sunstein, 《Democracy and the Problem of Free Speech》, Free Press를 보라.

58) Jürgen Habermas, 《The Structural Transformation of the Public Sphere》, Polity, 1984. .

59) Herman, 3쪽.

록 방송사에 대한 소유규제를 가해야 한다는 것이며 소유규제의 극단에는 누구의 소유도 아닌 비영리기구 모델이 있는 것이다.

더 나아가서 공론장-다양성론자들 내부의 또 다른 입장은 “국가와 자본으로부터 부분적으로 또는 완전히 자유로운 다양한 언론사들이 보도와 공적 담론에 편향된 입장을 가지고 참여하는 것”이 더 효율적인 공적 영역이 될 수도 있다고 한다.⁶⁰⁾ 이를 위해서는 언론사가 취하는 “정치적 관점의 범위에 대하여 제한이 없어야 하며 자원이 적절히 분배되어 경제적 또는 정치적 강자가 사회의 상대적 약자들을 대변하려는 언론을 몰아내지 않도록 하여야 한다.”⁶¹⁾ 이에 따라 이들 역시 소유규제의 중요성을 강조한다.

외부에서 방송국에게 강요되는 공정성은 기존시스템의 변화를 요구하는 사람들의 목소리에 항상 그 반대 목소리를 병치시켜 그 설득력을 희석시킬 것을 요구하여 도리어 다양성을 해친다. 공정성은 이렇게 비판세력들의 목소리를 억제함으로써 그 원래 목표인 다양성에 배치되는 모순적인 결과를 낳는다. 결국 국가가 강요하는 공정성은 내적 다양성(즉 채널 내의 다양성 또는 개별 프로그램 내의 다양성)을 요구하여 모든 방송국을 또는 모든 프로그램을 내부적으로 ‘다양하게’ 만들어 모든 프로그램 또는 모든 방송국이 일률적으로 50:50의 양비론적 내용으로 만들어 결국 외적 다양성(즉 모든 채널들에 걸쳐 보여지는 다양성)을 훼손한다.

정리하자면, 공정성은 (1) 유럽 공영방송의 태생적 배경에서 관영방송으로의 회귀를 막기 위해 만들어진 외부적 규범이거나 (2) 미국 언론사들이 자신의 상품 중의 하나로 홍보하던 내부적 규범에서 유래하였다. (3) 이와 별도로 언론이 다양한 목소리들이 억압되지 않게 자유롭게 교환되는 공론의 장 역할을 해야 한다는 입장도 있다.

이러한 공정성심의의 목표에 비추어 볼 때 우리는 현재의 공정성심의가 위 목표에 타당한지를 살펴볼 수 있다. 우선 (1)의 해석은 앞의 장에서 말했던 “국가에 대한 불균형

60) Herman, 3쪽.

61) Herman, 3쪽. 허먼 등은 위에서 언급한 (1) BBC모델과 (2) 다양성모델 중에서 어느 것이 더 낫다고 생각하지는 않는다. 단지 현재의 공적 영역의 이상을 ‘객관성’이나 ‘균형성’과 같은 관념적인 개념으로 이를 수는 없다고 생각하는 것으로 보인다. BBC모델이 성공한 것은 BBC가 강력한 공정성 심의를 받아서가 아니라 자원배분 및 소유구조 등의 문제라고 생각을 하는 것으로 보인다. 그렇기 때문에 허먼은 잘 알려져 있듯이 방송이라는 생선을 국가라는 고양이에게도 자본이라는 고양이에게도 맡길 수 없으니 비영리단체에게 맡겨야 한다고 주장하고 있다.

성”을 이유로 한 규제는 배제될 것을 요구한다. (2)의 해석은 아예 공정성심의의 폐지를 용인한다. (3)의 해석은 개별프로그램의 공정성을 측정할 것이 아니라 해당 채널의 모든 프로그램들을 감안하여 그 공정성을 측정할 것을 용인하며 국가에 의한 공정성심의는 국가에 대한 비판이 자유롭게 이루어져할 공론장의 파괴로 이어질 수 있으므로 소유규제등을 통해 비영리단체처럼 방송국이 운영될 것을 요구한다.

V. 결론: 세 가지 대안

위의 내용을 살펴보면 방송통신심의위원회의 공정성 심의는 다음과 같이 헌법적 제한에 맞게 개선될 필요가 있다. ① 인터넷 및 케이블텔레비전을 통한 매체의 다양화가 이루어짐에 따라 더 이상 매체의 희소성 논리가 적용되지 않으므로 공정성심의를 폐지한다. 특히 이같은 판단의 바탕에는 공정성심의가 넓은 의미의 ‘검열’에 포함되는 행정심의이므로 매우 예외적으로만 허용되어야 한다는 전제가 있다. 전세계에서 공정한 방송으로 찬사받는 BBC가 공정성심의만큼은 국가로부터 받지 않고 자율심의만을 이행한다는 점을 생각해볼 수 있다. ② 매체의 희소성은 없을지 모르나 방송의 영향력은 역사적인 특히 경로의존적인 이유로 다른 사업자들에 비해 높게 유지될 것이므로 공정성심의를 그대로 유지하되 심의를 개별프로그램별로 하는 것이 아니라 해당 방송사의 모든 프로그램들을 통합하여 심사할 수 있다. ③ 공정성 심의는 정부에 대한 불균형성을 이유로 제재를 하면 ‘견해차에 따른 차별’이 될 수 있으므로 국가정책에 대한 프로그램은 공정성심의대상에서 아예 배제할 수 있다. 정부가 자신의 견해를 관철시키는 것은 정부가 추진하는 사업에 대한 언론보도에 대해 공정성을 이유로 정부가 규제를 할 때이다. 즉 ‘정치적 중립성’의 원칙을 확립하기 위해서는 심의위원회가 정부가 추진하거나 정부가 당사자인 사안에 대한 언론보도에 대해 공정성을 근거로 하는 제재를 하지 않도록 해야 한다. 심의위원회가 국가가 공정성의 당사자인 사안에 대해서는 심의를 거부해야 한다.

여기서 가장 현실성이 있는 ③에 대해서 더욱 자세히 살펴보자. 위에서 언급했던 행정심의의 세 가지 해약을 상기해보자.

- (가) “잠정적” 판단에 대한 표현의 발화의 지연
- (나) 행정기관의 보복의 가능성에 의해 발생하는 자기검열
- (다) 정치적 이용의 가능성

위의 세 가지 해악 중에서 (가)와 (나)는 “즉각적인 사법심사”로 어느 정도 해결가능하다. 그러나 (다)의 정치적 이용 가능성에 대해서는 즉각적인 사법심사가 적절한 대응이 되지 못한다. 위의 ③의 대안은 바로 (다)에 대응한다. 정부여당이 그 3분지2를 임명한 방송통신심의위원회가 특정 보도가 정부여당에게 불공정한지에 대해 심의를 할 권한을 없애야 한다. 이를 원천적으로 봉쇄하기 위해서는 정부여당이 당사자이거나 추진 중인 사안에 대한 언론보도에 대한 공정성심의를 하지 않는 것이다. MBC 광우병 보도 및 방송법개정안 보도, YTN사장 임명 보도 등에 대한 공정성 심의를 국가기관인 방송통신심의위원회가 진행하는 것은 코미디이며 바로 이러한 코미디의 가능성 때문에 외국에서는 국가에 의한 공정성심의를 헌법적으로 금지되는 것이다. 물론 방송심의규정 제9조제4항의 이해상충 조항도 정부여당이 추진하는 사안에 대한 언론보도에 적용해서는 아니된다.

여기서는 현실적으로 가장 가능성 있는 대안 ③에 따른 법령개정 사항만을 언급하고자 한다.

방송법 제32조 (방송의 공정성 및 공공성 심의) ①방송통신심의위원회는 방송·중계유선방송 및 전광판방송의 내용과 기타 전기통신회선을 통하여 공개를 목적으로 유통되는 정보 중 방송과 유사한 것으로서 대통령령이 정하는 정보의 내용이 공정성과 공공성을 유지하고 있는지의 여부와 공적 책임을 준수하고 있는지의 여부를 방송 또는 유통된 후 심의·의결한다. 이 경우 매체별·채널별 특성을 고려하여야 한다. 단, 공정성의 유지 여부에 대한 심의는 방송된 정보의 내용이 공적 토론의 대상이 되는 사안에 관한 것으로서 토론의 일방이 자신의 입장이 방송된 정보에 충분히 포함되지 않았다고 주장하는 경우에만 개시하며, 대한민국 정부가 시행하거나 시행을 추진하는 제도, 정책 및 사업에 대하여 대한민국 정부의 입장을 균형 있게 반영하지 않은 것은 공정성 위반으로 간주하지 않는다. <개정 2008.2.29>

방송심의에 관한 규정 <2008년9월2일 개정>

제9조(공정성) ① 방송은 진실을 왜곡하지 아니하고 객관적으로 다루어야 한다.

② 방송은 사회적 쟁점이나 이해관계가 첨예하게 대립된 사안을 다룰 때에는 공정성과 균형성을 유지하여야 하고 관련 당사자의 의견을 균형있게 반영하여야 한다. 단, 대한민국 정부가 시행하거나 시행을 추진하는 제도, 정책 및 사업에 대하여 대한민국 정부의 입장을 균형있게 반영하지 않은 것은 공정성 위반으로 간주하지 않는다.

〈참고문헌〉

- 2008년11월11일 방송통신심의위원회 주최 국제컨퍼런스 “내용규제 패러다임의 변화와 향후규제” 자료집.
- 김민환(책임), 한진만, 윤영철, 원용진, 임영호, 손영준, “방송의 공정성심의에 대한 연구”, 2008년12월 용역보고서, 방송통신심의위원회.
- 김성천(책임), 황창근, 지성우, 최경진 공동연구, “방송통신심의규정 개선방안에 관한 연구”, 방송통신심의위원회 발주용역 2009년9월
- 박경신, “미국의 사전제재(prior restraint)법리와 2002년 불온통신규제결정의 재발견” 헌법실무연구 제 9권(2008) 503-533쪽 (2008.9.19 헌법실무연구회 발표문)
- 박경신, “사전검열 법리와 정보통신윤리위원회의 활동: 법과학적 방법으로”, 인권과 정의 2002년 8월호.
- 오길영, “인터넷통제규제에 대한 비판적 검토 - 정보통신망이용촉진및정보보호등에 관한 법률을 중심으로”, 민주법연 37호, 281쪽.
- Sunstein, Cass R., *Democracy and the Problem of Free Speech*, Free Press, 1995.
- Herman, Edward S., Robert W. McChesney, *The Global Media: The New Missionaries of Corporate Capitalism*, Continuum, 1997.
- Barendt, Eric, *Broadcasting Law - A Comparative Study*, Oxford: Clarendon Press, 1993.
- Habermas, Jürgen, *The Structural Transformation of the Public Sphere*, Polity, 1984.
- Jürgen Habermas, *Theory of Communicative Action I: Reason and Rationalization of State*, 1981.
- Emerson, Thomas I., “The Doctrine of Prior Restraint”, 20 *Law & Contemp. Probs.* 648, 657 (1955).
- Marjorie Heins, “Viewpoint Discrimination”, 24 *Hastings Constitutional Law Quarterly* 99 (1996).
- Erwin Chemerinsky, “Court Takes a Narrow View of Viewpoint Discrimination”, 35 *Trial* 90 (March 1999), Association of Trial Lawyers of America.
- Nicole B. Casarez, “Public Forums, Selective Subsidies, and Shifting Standards of Viewpoint Discrimination”, 64 *Albany Law Review* 501 (2000)
- Winfield, et al., “The Abolition Movement: Decriminalizing Defamation and Insult Laws,” *Communications Lawyer*, Fall 2007

〈Abstract〉**Constitutional Limit on Fairness Review of
Broadcasting:
Viewpoint Discrimination**

K.S. Park

직위, Korea University School of Law

Korea Communication Standards Commission (KCSC) is the administrative censorship body conducting fairness review of the broadcasting content in Korea. The Korean Constitution, as many other countries' bans censorship yet Korean courts have defined only pre-publication review as censorship. Such definition is too restrictive and not sufficiently protective of free speech. In the U.S., "prior restraint", the American term for censorship, has included not only pre-publication review but also post-publication review conducted by administrative bodies. Such administrative review has been constitutionally permitted only if and when it was followed by expeditious judicial review or its scope of discretion was severely limited to specific subject areas. For this reason, though not explicitly banned by courts, administrative content review has disappeared in most democracies except in the area of broadcasting where administrative censorship has been permitted due to the scarcity of free-to-air waves and its nature as public goods. One of the standards used in such review has been fairness although, due to vulnerability to political abuses by the successive regimes taking control of the censorship bodies, and also due to the increasing importance of alternative media such as cable, fairness review by administrative bodies has disappeared in U.S., Japan, and Germany, or been confined to self-regulation as in UK's BBC, and remained only in Korea and France, among

the surveyed countries. In Korea, fairness review in past 2-3 years has caused controversies when KCSC disciplined broadcasters for not being fair to the legislations, personnel decisions, and trade policies initiated by the government. This author argues that the goal of fairness is to open up a public sphere to a diversity of views and the fairness should be enforced only to an extent that does not sacrifice diversity, and therefore that fairness should not be interpreted as to require broadcasters to present always a balance of the opposing views. Also, the author argues that fairness review, as long as used to discipline broadcasting content for not being fair to the government, which controls the reviewing body, constitutes viewpoint discrimination, a constitutional violation. In order to avoid viewpoint discrimination, the reviewing body should not evaluate the fairness of broadcasting content commenting or reporting on government-sponsored projects, laws, and ideas.

Key Words: fairness, broadcasting, censorship, viewpoint discrimination,
Korean Communication Standards Commission

〈붙임2〉 심의위 부당심의 목록

위원회 출범 이후 주요 심의사건 언론보도 리스트

연번	의결일	심의대상	심의결과	진보매체	보수매체
1	'08.7.1.	조·중·동 광고주 불매운동 관련 게시물	삭제 (시정요구)	<ul style="list-style-type: none"> 한겨레신문 : 방통심의위, 광고주 목록 단순공개도 삭제 결정(08.7.2.) 	<ul style="list-style-type: none"> 동아일보 : “광고주 이틀-인라 처 울려 불매운동 주장은 위법”(08.7.2.)
2	'08.7.16.	MBC PD수첩 <미국산 소고기 판우병 관련>	시청자에 대한 사과	<ul style="list-style-type: none"> 경향신문 : PD수첩 증정제 ‘거센 반발’..MBC “빙상장악 의도” (08.7.16.) 	<ul style="list-style-type: none"> 동아일보 : “판우병 몰아가는 방향으로 오역”(08.7.18.)
3	'08.11.26.	YTN 블랙투쟁	시청자에 대한 사과	<ul style="list-style-type: none"> 한겨레신문 : 와이터엔 ‘블랙투쟁’... ‘시청자 사과’ 증정제 (08.11.26.) 	-
4	'09.2.18.	KBS 1TV [특별방송] 가는데 오는데 새희망이 밝아온다’ <제야의 종 관련 방송 왜곡>	원고	<ul style="list-style-type: none"> 미디어오늘 : KBS ‘제야의 종’에 ‘권고’, 신경민 앵커는 ‘문제없음’(09.3.2.) 	-
5	'09.3.4.	MBC 뉴스데스크 <미디어법 개정 관련 >	경고	<ul style="list-style-type: none"> 미디어오늘 : “MBC 증정제-뒷조사”는 중대한 언론자유 침해”(09.3.5.) 	<ul style="list-style-type: none"> 동아일보 : MBC ‘뉴스후’ ‘뉴스데스크’ 증정제(09.3.5.)
6	'09.4.16.	취병성 목사 쓰레기 시멘트 관련 게시물	시청자에 대한 사과	<ul style="list-style-type: none"> 한겨레신문 : 방통심의위 인터넷 글 삭제 ‘편법 논란’ (09.4.28.) 	-
7	'10.1.27.	MBC PD수첩 <4대강과 민생예산>	원고	<ul style="list-style-type: none"> 미디어오늘 : ‘PD수첩’ 4대강 방송 또 정제 (10.1.27.) 	<ul style="list-style-type: none"> 동아일보 : 방통심의위, PD수첩 ‘4대강과 민생’..편 객관성 주의 촉구 (10.1.28.)

연번	의결일	심의대상	심의결과	진보매체	보수매체
8	'10.4.16.~7.7.	친안합사건 관련 게시물	삭제 (시정요구)	<ul style="list-style-type: none"> • 프레스안: "방통심의위 '친안합 의혹' 인터넷 가위질" 위험"(10.6.25) 	<ul style="list-style-type: none"> • 테일리안: "친안합 미군 잠수함 이 침몰시켜" 악성 댓글 삭제(10.6.25)
9	'10.12.2~'11.1.20.	연평도사건 관련 게시물	삭제 (시정요구)	<ul style="list-style-type: none"> • 연합뉴스: 연평도사태 일부 인터넷을 삭제 명령(10.12.2.) 	
10	'11.1.5.	KBS 추적60분 <친안합 논쟁 관련>	경고	<ul style="list-style-type: none"> • 경향신문: "방통심의위, 정부의 '정부 심의'하고 있다"(11.1.11.) 	<ul style="list-style-type: none"> • 동아일보: "친안합 의혹 부풀려" KBS 추적 60분 중정계(11.1.7.)
11	'11.2.9.	EBS 지식 e 채널 <무상급식 관련>	의견제시	<ul style="list-style-type: none"> • 경향신문: '지식채널e-공짜밥'편 방 송심의 정계?...네터즌 논란(11.1.18.) 	<ul style="list-style-type: none"> • 테일리안: "공짜밥' 무상급식 도 구로 사용될 줄 몰랐다"(11.1.19.)
12	'11.3.10.	KBS 추적60분 <사업권 회수 논란, 4대강의 쟁점은?>	권고	<ul style="list-style-type: none"> • 미디어스: 방통심의위, 추적60분 4대강편 '권고' 결정(11.3.10.) 	-
13	'11.5.15.	2MB18nomA 트위터 계정 차단 MBC-R 손에 잡히는 경제 홍기민입니다	접속차단 (시정요구)	<ul style="list-style-type: none"> • 한겨레신문: '대통령 욕설 영상' 트 유티 계정 차단 논란(11.5.20.) 	-
14	'11.7.7.	KBS-R 박경철의 경제포커스 <유성기업 파업 관련> MBC-R 박혜진이 만난 사람들 <일체고사 거부 관련 해임·복직 교섭>	권고 주의	<ul style="list-style-type: none"> • PD저널: 방통심의위, '박혜진이 만 난 사람'에 '중정계' (11.7.7.) 	-
15	'11.7.21.	KBS 1TV 다류멘터리 '전쟁과 군인' <백선엽 다큐>	문제없음	<ul style="list-style-type: none"> • 미디어스: 방통심의위원 "백선엽 미화 좀 하면 어떨까?"(11.7.21.) 	

연번	의결일	심의대상	심의결과	진보매체	보수매체
16	'11.7.28.	박경신 위원 블로그 음란물 사진	-	<ul style="list-style-type: none"> 경향신문 : '성기 사진은 무조건 음란...방통심의위 무조건 삭제 논란'(11.7.27) 	<ul style="list-style-type: none"> 동아일보 : 방통심의위원이 음란사진 게재... 심의위서 '위원 심의' 초유사태(11.7.27)
17	'11.10.20.	SNS 심의팀 신설	-	<ul style="list-style-type: none"> 한겨레신문 : 방통심의위, SNS·웹 심의팀 신설 강행(10.10.20.) 	-
18	'12.1.19.	전라도 비하 카페	이용해지 (시정요구)	<ul style="list-style-type: none"> 미디어오늘 : 전라도XX 비하 카페, 결국 문 닫았다(12.1.19) 	-
19	'12.3.8.	CBS '김미화의 여러분' <나는 폼사리다 진행자 출연>	주의	<ul style="list-style-type: none"> 경향신문 : '나꼼수' 출연했던 CBS '김미화의 여러분' 결국 법정 제재(12.3.8) 	-
20	'12.3.8.	MBC 생방송 오늘 아침 <정봉주 전 의원 구속 관련>	의견제시	<ul style="list-style-type: none"> 미디어오늘 : 'BBK 기소 많았다' 시사인 기자 발언 '정계'(12.3.8) 	-
21	'12.4.5.	KBS 스페셜 '13억 대륙을 흔들다, 음악가 정율성' <정율성 다큐>	의결보류	<ul style="list-style-type: none"> PD저널 : '백선영 다큐' 문제없다던 방송위 '정율성 다큐' 심의(12.2.16.) 	<ul style="list-style-type: none"> 테일라안 : KBS, 인민군가 만든 정율성 다큐 방영 논란(12.1.13)
22	'12.7.5.	MBC 뉴스데스크 <민주당 난입>	권고	<ul style="list-style-type: none"> PD저널 : "민주당 난입" MBC보도에 '권고' 제재(12.7.5) 	-
23	'12.7.19.	MBC 뉴스데스크 <권재홍 부상> KBS 시사기획 창 <2012 노동자의 삶>	-	<ul style="list-style-type: none"> 연합뉴스 : 방통심의위, 방송사 파업 프로그램 심의 '신중'(12.7.19.) 	<ul style="list-style-type: none"> 연말뉴스 : 방통심의위, 방송사 파업 프로그램 심의 '신중'(12.7.19.)

방송심의제도 개선을 위한 토론회

| 인 쇄 | 2014년 11월

| 발 행 | 2014년 11월

| 발행인 | **현 병 철** (국가인권위원회 위원장)

| 발행처 | **국가인권위원회 인권정책과**

| 주 소 | (100-842) 서울특별시 중구 무교로 6
금세기B/D (을지로1가 16번지)

| 전 화 | (02) 2125-9832 | F A X | (02) 2125-0918

| Homepage | www.humanrights.go.kr

| 인쇄처 | 도서출판 **한학문화**

| 전 화 | (02) 313-7593 | F A X | (02) 393-3016

| ISBN | 978-89-6114-366-0 93000

이 저작물은 국가인권위원회가 지적재산권을 전부 소유하지
아니한 저작물이므로 자유롭게 이용(변경, 복제, 배포, 상업적인
용도 사용 등)하기 위해서는 반드시 해당 저작권자의 허락을
받으셔야 합니다.