
헌법상의 방송의 자유와 방송규제의 법리

Freedom of Broadcasting and on the Structure Restricting of Broadcasting in the Constitution

차수봉
동신대학교 경찰행정학과 강사

Su-Bong Cha(csb008@hanmail.net)

요약

다른 여타의 나라와 마찬가지로 한국의 방송법과 방송규제 시스템의 중심은 TV 방송이라 할 수 있다. 이는 TV방송이 다른 매체보다 민주주의 정치 구현을 위해 필수 불가결한 수단인 여론 형성에 봉사하는 중차대한 기능을 수행하기 때문이라 할 수 있다. 이에 헌법상에서 논의되는 방송의 자유에 대한 고찰을 시도함과 동시에 국가의 방송규제의 법리에 대한 세부적 논의를 전개 하였다. 이 글의 목적은 헌법질서 하에서의 방송의 자유와 방송규제에 대한 의미를, 표현의 자유의 관점에서 살펴보고자 하였다. 이를 위해 미국과 독일에서의 방송의 자유와 그 규제 법리에 대한 검토를 하였다.

■ 중심어 : | 방송의 자유 | 표현의 자유 | 방송 규제 | 방송허가 | 방송행정기관 |

Abstract

For a long time, the basis of Korea Broadcasting law and regulation system has been center around television, This is not much different from other countries. This study is based on research of Korea Broadcasting law and regulation system. It precludes all doubts that freedom of broadcasting is one of those fundamental human rights that constitute the corner stones of democracy, just as is the case with the press. The objective of this study is to explore the practical meaning and the structure of regulations on the freedom of broadcasting under the Constitutional of the Republic of Korea, From the viewpoint of freedom of expression. For these purposes, this study inquires into the meaning and legal characters of freedom of Korean Constitutional Law, and the structure restricting freedom of broadcasting on the ground of functions and role of broadcasting in our contemporary society, comparing with those of the Unites states of America and the Federal Republic of Germany.

■ keyword : | Freedom of Broadcasting | Freedom of Expression | Regulation of Broadcasting | Permission of Broadcasting Agency of Regulatory|

I. 서론

현대사회에서 방송 특히 TV방송은 다른 여타의 매체와는 다르게 전파성과 현실성 및 암시력 등의 특성으

로 인해 일반 대중에게 강력한 영향력을 행사할 가능성을 담보하고 있는 의사소통의 수단 및 대중매체라 할 수 있다. 최근에는 그 동안 방송에서 소외되었던 개인들의 의사 표현이 방송 매체를 통해 전달되는 과정이

늘어남으로서 사회와 직접적인 의사형성과정에 참여할 수 있는 기회의 장이 되고 있다. 이렇듯 TV방송은 객관적이고 신속·정확한 정보를 제공함과 동시에 민주주의 정치 구현을 위해 필수 불가결한 수단인 여론 형성에 봉사하는 중차대한 기능을 수행하게 되었다. 하지만 방송의 순기능 못지않게 방송은 여러 폐해를 유발하는 지적도 있다. 특히 정확한 사실보도 보다는 속보 위주의 신속성에 의존한 점, 보도를 함에 있어 객관적인 사실보다는 주관적인 견해를 가미함으로써 객관성을 상실하고 나아가 시청자의 의견형성에 개입한다는 점, 입장 전달에 있어 양 당사자의 입장을 전달하지 않고 어느 일방의 입장만을 전달함으로써 인한 균형성의 상실 문제 등은 공정한 여론 형성을 위태롭게 하는 역기능을 수행하기도 한다. 또한 방송의 위험성은 정치세력에 의해 대중 조작에 악용되어 질 수도 있다. 그리고 방송은 현실적으로 그 운영에 있어 광고수입에 많이 의존하고 있기 때문에 결국 시청률 상승을 위하여 그리고 광고주의 입장도 의식하지 않을 수 없기 때문에, 방송이 상업성 또는 선정성을 띠 수도 있고, 광고주의 이해관계에 종속되는 위험성도 내포하고 있다. 최근에는 공중파방송 뿐만 아니라 위성방송 등 다양한 매체와 채널의 도래라는 방송환경의 변화로 자유경쟁에 따른 시장원리 및 적자생존의 원칙이 지배됨에 따라 더 더욱 치열한 생존경쟁은 이해관계에 의한 잘못된 보도가 행해지거나 또는 방송되어야 할 내용이 방송되지 않는 사례가 발생하는 등 역기능으로 인한 많은 문제점을 안고 있다. 그래서 이러한 방송의 역기능적 요소를 억제하고 방송이 올바른 여론 형성에 기여할 수 있도록 하기 위하여 방송에 대한 일정한 규제 및 규제 업무를 담당하는 독립된 방송규제기구가 필요하다 할 것이다. 이는 방송의 사회적 공공적 기능을 보장하기 위해 국가권력이나 자본 그리고 사주 등으로부터 영향을 받지 않고 독립적으로 운영되어야 한다는 시대적 과제를 수반하게 되었음을 반증하는 것이다. 이처럼 방송이 공정한 여론 형성이라는 중요한 기능을 수행하기 위해서는 사회 諸세력으로부터 독립해야 한다. 그 중에서 방송이 정권의 나팔수로서의 역할을 해 왔던 암울했던 지난 과거에 비추어 볼 때 방송은 특히 국가권력으로부터의

독립이 가장 중요하다 할 것이다. 아래에서는 먼저 방송의 특성(특히 다른 매체와 구별되는 특수성)과 그 기능의 개괄을 통해 방송에 대한 규제가 왜 필요한가를 생각해보고 이러한 규제를 정당화 시키는 이론적 근거가 무엇인지를 고민해 보고자 한다. 그리고 이러한 규제를 통해 국가권력이 방송의 자유를 침해하는 것은 아닌지, 그러한 규제를 담당하는 방송규제기구로서의 방송위원회가 그 구성과 권한에 있어 얼마나 국가로부터 독립되어 있는지를 검토해본다. 끝으로 규제의 주요 내용인 방송사업에 대한 허가와 승인이 어떻게 이루어지고 있으며, 이러한 허가와 승인이 정부에 의해 의도적으로 행해져 오히려 방송이 국가로부터 간섭과 통제를 받음으로서 그 기능이 왜곡되어 지고 있는 것은 아닌지 여부를 살펴보고자 한다.

2. 헌법상의 방송의 자유 보장의 법리

2.1 방송의 자유의 법적 성격

우리 헌법 제21조 제1항의 언론·출판의 자유로부터 도출되는 방송의 자유는 주관적 권리로서의 성격과 함께 자유로운 의견형성이나 여론 형성을 위해 필수적인 기능을 행하는 객관적 규범질서로서의 제도적 보장의 성격도 함께 가진다.

이러한 성격 때문에 방송은 그 특성상 입법자로 하여금 방송이 갖는 국가로부터의 자유를 보장하기 위하여 봉사하는 자유권으로서의 방송의 자유가 다양한 공적 의견을 형성할 수 있도록 방송의 실체적 내용과 조직 및 절차에 관한 사항을 규정하도록 의무를 부과하고 있는데 이러한 점 때문에 국가권력 특히 행정부로부터 방송이 영향력을 받을 수 있다. 그러므로 방송은 지배금지의 원칙(Beherrschungsverbot-국가가 방송을 제작하는 기구나 제작사를 직접 또는 간접적으로 지배하거나 그러한 위험성이 있는 경우에 그렇게 하지 못하도록 하는 원칙) 뿐만 아니라 국가기관이 프로그램에 대하여 영향력을 행사할 수 있거나 또는 방송활동에 압력을 가할 수 있는 교묘한 수단으로서 간접적인 영향력을 행사하는 경우에도 가능한 최대한도록 배제시켜야 한

다. 그러나 입법권자가 방송에 개입하는 경우에는 단순히 국가의 개입으로 보아 무조건적으로 방송의 자유를 침해한 것으로 볼 수는 없다. 즉 입법권자는 제3자의 방송외적인 이해관계로부터 방송의 자유를 보호할 의무와 함께 이를 적극적인 질서를 형성해야 할 의무도 있다. 그러나 다른 한편으로 입법권자가 스스로 방송의 자유를 위해할 수도 있다. 왜냐하면, 방송의 도구화 가능성은 행정부 뿐만 아니라 국회에 의석을 확보한 정당에 의해서도 가능하기 때문이다. 즉 국가권력의 일부인 의회가 방송의 기능을 법률적으로 보장해주는 정도를 넘어서 프로그램의 내용이나 형태에까지 직·간접적인 영향력을 미칠 경우에는 방송의 자유를 침해한 경우로서 이러한 경우에는 의회에 대한 통제도 가능할 것이다. 이와 관련하여 독일연방헌법재판소는 '국가권력의 일부로서 국회도 공공의 통제에 종속되며 공공의 통제는 근본적으로 언론의 자유에 달려 있는 것이므로, 국회가 방송의 기능을 보장하기 위하여 법률로 프로그램의 기준을 제시하는 것 이외에 방송사의 프로그램의 내용과 형식에 대한 영향력을 행사하는 것은 인정해서는 안된다'고 한다.

2.2 방송의 자유의 내용

방송의 국가로부터의 자유는 국가가 스스로 방송사에서는 안된다는 것과 국가로부터 자유로워야 할 방송 프로그램에 대해 특정한 영향력을 행사해서는 안된다는 것 등을 내용으로 한다. 여기에는 방송에 대한 직접적인 조정이나 기준설정과 같은 명백한 위협에만 관계되는 것이 아니라 국가기관이 프로그램에 대해 영향력을 행사하거나 방송종사자들에게 압력을 가하는 행위 등의 간접적인 영향력 행사까지도 포함된다. 더하여 방송종사자들의 선발과 고용시에도 자신의 임무에 맞추어 전달 대상이 되는 프로그램의 내용의 다양성을 고려해야 하는 기존의 방송사들의 권리에까지 미친다고 한다. 따라서 방송사에 부과된 프로그램의 다양성이 인력면에서의 전제조건에 크게 좌우된다고 볼 때, 방송사들은 이를 침해하는 조치들에 대응하기 위하여 방송의 자유에 호소할 수 있는데 즉 프로그램의 선정, 내용, 형태가 외부의 영향력으로부터 보호받으려면, 프로그램의

형성을 좌우하는 인력의 선정, 고용에서도 외부의 영향력이 배제되어야 한다. 다양한 프로그램을 위한 인력면에서의 전제조건을 창출하고 보존할 방송사의 의무는 외부, 특히 국가의 영향으로부터 자유로운 상태에서 방송종사자의 선정과 고용을 결정할 수 있는 권리와 연결된다.

3. 국가의 방송에 대한 규제와 그 정당화 근거

3.1 규제의 필요성

현대에 있어서 방송은 신문과 같은 타 언론매체보다 더 많은 규제를 받고 있는데 그 이유로 크게 세 가지를 들 수 있다. 첫째 주파수 채널은 공공재원이기 때문에 정부 또는 이를 대신하는 기관이 일정한 조건하에 방송을 인가할 자격이 있다는 것이다. 둘째 주파수의 희소성 논거는 방송을 위한 주파수가 물리적으로 대단히 한정되어 있기 때문에 방송사의 권리는 적절하게 규제될 수 있다는 것이다. 셋째 방송매체의 성격에 중점을 두어 텔레비전은 인쇄매체보다 여론 형성에 보다 더 큰 영향력을 갖거나, 아니면 적어도 그런 것으로 널리 간주되고 있기 때문이다. 그러나 이러한 위의 논거들은 왜 방송이 다른 언론매체에 비해 특별히 규제되어야 하고 그러한 규제가 어떤 이유로 인해 정당한가에 대해서는 설명하고 있지는 않다. 결론적으로 방송은 공공재원이니까 정부가 직접 또는 이를 담당하는 제3의 기관을 통해 주파수의 희소성과 영향력 때문에 일정한 조건하에 방송을 규제할 수 있다는 것에 지나지 않는다. 따라서 아래에서는 독일과 미국에서의 방송규제의 법리를 알아보려고 한다.

3.2 독일 방송규제의 법리에 대한 논의

방송의 특수성으로부터 이에 따른 방송의 기능을 보장하기 위해서는 즉 목적을 위한 수단으로서 먼저 독일 연방헌법재판소는 독립적 영역을 갖는 방송영조물의 자체적인 합의제기관을 통해 이러한 방송의 특수성에 따른 기능이 유지되어야 한다고 하였다. 독일연방헌법재판소는 신문·방송 등의 의사전달 매개에 대한 일반

적인 헌법적 조직 원리를 다원주의라고 보고 있다. 연방헌법재판소는 신문에 있어서는 신문사의 수가 상대적으로 독자적으로 많이 존재하고 나름대로의 경향과 정치적인 논조나 세계관적인 기본적 입장 등에 따라서 상호 경쟁적인 신문 제작물들이 다양하게 존재함으로써 특별한 법적 제한이 없어도 외부적으로 다원주의적 요소는 충족된다고 하였다. 그러나 방송은 방송기술상 이용 가능한 주파수 대역이 한정되어 있고 방송사의 설립에 막대한 비용이 소요됨으로 최소한의 국가적 개입이나 형성에 의해서도 다원주의의 실현이 가능한 신문과는 달리 방송을 할 수 있는 소수에 의해 일방적인 의견형성이 불가능하도록 국가가 일정한 외부적 조건을 법적으로 형성해 주어야 한다고 하였다.^[2] 이는 방송의 내부적 다원주의를 확보하려는 요청의 결과로서 이러한 제한은 특별한 제한으로서 입법자에게 전적으로 위임되어 있으므로 입법자에 의한 방송제도의 형성과 제한은 '기본권 형성적 법률유보'라고 한다. 이러한 내적 다원주의를 확보하기 위한 입법 형성, 특히 제한 측면에서 방송에 대한 특별 규제 근거로서 희소성 이론과 특별한 사회적 영향력 이론에 대해 검토해 보고자 한다.

3.2.1 기술적 희소성 이론

방송에 대한 특별한 규제 근거로서의 방송 주파수의 기술적·물리적 희소성은 특히 지상파 방송의 경우 거의 절대적이다. 따라서 방송용 전파의 희소성과 전파의 간섭현상으로 인하여 방영에 제공될 수 있는 방송채널 수가 제한되어 방송전파의 간섭현상을 방지하고 희소한 전파를 유효적절하게 이용하기 위해서는 방송허가제를 비롯한 방송에 대한 특별한 규제가 현실적으로 필요했던 것이다. 그러나 이러한 '기술적 희소성' 이론은 첫째 현대과학기술의 발전으로 인한 유선방송, 위성방송, 그리고 현재는 방송의 개념에 포함되고 있지 않은 인터넷을 통한 유사방송프로그램서비스의 출현으로 인하여 방송 채널수가 급증하고 있다는 점, 다음으로 모든 기본권은 그 실현에 있어 개별적인 생활관계의 사실적 전제상황에 구속되는데 방송의 경우 주파수의 부족이라는 사회현실을 반영하여 특별한 제한을 가한다면

사실상 기본권 실현을 위해 유한한 재화를 사용해야 하는 다른 모든 기본권의 실현에 있어서도 동일한 제한을 가해야 한다는 모순에 빠진다는 점 등을 볼 때, 특정시점에서 특정권리의 사회적·물리적 전제조건이 부족하다고 해서 법적으로 특별한 취급을 받는 것은 법상의 근거가 없다고 보여 진다.

3.2.2 경제적 희소성 이론

독일연방헌법재판소의 방송에 대한 특별한 규제의 두 번째 논거는 방송기관의 설립에는 상대적으로 다액의 설립비용이 소요됨으로 결국 방송은 소수의 기업에게 집중될 수밖에 없고, 이럴 경우 방송사업은 소수의 방송기관에 의해 장악되어 독과점화 될 우려가 있어 이러한 위협예방을 차원에서 국가는 방송 프로그램의 객관성·공정성을 확보하고 의견의 다양성을 보장하기 위한 적극적인 규제를 하여야 한다고 한다. 이러한 독일연방헌법재판소의 생활현실의 규범화라는 논리는 우리나라의 경우에는 맞지 않다. 왜냐하면, 우리나라의 경우 개인이 방송사를 설립하는데 다액의 비용이 소요된다는 것은 확실하나, 주요 중앙 일간지의 설립비용을 살펴보면 우리나라에서 개인이 사회적으로 영향력 있는 신문사를 설립하는 것 역시 거의 불가능하기 때문이다. 그리고 현재 이론상 방송의 개념에 포함되는지 여부가 논란이 되고 있는 독립 인터넷 방송사의 경우에는 오히려 신문사보다 더 소액의 설립비용으로 서비스를 제공할 수 있어 '경제적 희소성' 이론은 설득력이 없다 할 것이다.

3.2.3 특별한 사회적 영향력 이론

방송에 대한 특별한 제한에 대한 또 다른 이유로는 방송의 암시성과 집중력 그리고 남용의 위험성이다. 이는 방송이 다른 매체보다 그 사회적 중요성이 크기 때문이다. 즉, 방송의 특성에서 언급했듯이 방송은 영상과 음성을 이용하는 호소력이 높은 매체이며 동시에 가정에 직접 전달되어 수신자의 적극적인 노력이 없이도 정보를 전달받는다는 점에서 인쇄매체에서는 볼 수 없는 특수한 사회적 영향력을 가지고 있다. 더하여 방송은 전체지역에 즉시 그리고 동시에 정보를 전달하기 때문

에 그 사회적 영향력은 더욱 증대된다 할 것이다. 그래서 이러한 사회적 영향력에 있기 때문에 방송에 대한 적극적인 사회 질서의 형성이 필요하고 그래서 입법자로 하여금 방송질서에 관한 지침을 확정하게 하고 이를 입법적으로 보장하도록 하는데 광범위한 입법재량권을 부여하고 있는 것이다. 그러나 이에 대해서도 두 가지 비판점이 있는데, 첫째 사회전체에 대한 정보제공능력이라는 관점에서 볼 때, 신문이든 방송이든 간에 매스 커뮤니케이션의 영향력은 당해 미디어에 대한 개인적인 견해, 수용자의 지적능력과 심리상태 등과 같은 개인적인 특징과 수용자의 사회적 관계 등에 의해 이미 존재하는 개인의 미디어에 대한 시각이나 개별적 영향력의 가능성은 소위 '強化原則'에 의해 발전되는 것이지 방송 그 자체에 의해서만 영향을 받는 것은 아니라고 한다.

둘째 기본권 이론적 측면에서 볼 때도, 모든 기본권은 당해 기본권을 통해 보호하고자 하는 기본권의 보호 목적, 보호범위 및 개별 기본권의 특성에 따른 특별한 위험성을 내재하고 있다. 따라서 이러한 '자유권 남용의 위험성'은 '자유위험 그 자체'라고 보아야 하며, 따라서 모든 기본권에는 각자 고유한 특별한 위험성을 내재하고 있는데 이는 방송에만 특별히 적용되는 것은 아니라는 것이다. 만약 이러한 위험성 이론을 확장한다면 위에서 언급한 '모든 위험한' 기본권에 대한 국가적 형성과 개입이 정당화되어야 하는 모순을 갖게 된다. 이러한 두 가지를 이유에 의해서 헌법상 방송의 자유가 다른 기본권과 달리 차별적으로 특별한 제한을 받는 것은 헌법적으로 정당화 될 수 없다.

결론적으로 독일 방송규제의 특수성 법리로서의 희소성의 이론과 특별한 사회적 영향력 이론은 오늘날에 이르러서는 그 적용에 일정한 한계를 가지고 있다고 보여진다. 물론 이러한 법적 규제의 특별한 근거를 통해 국가의 영향력으로부터 독립적인 방송 보도가 가능하도록 기여해 온 것은 사실이나, 이론적·현실적으로 그 타당성을 상실하고 있으므로 새로운 기준이 제시되어야 한다고 생각하는 바, 방송의 헌법적 보장이 주관적 측면의 보장으로부터 자연스럽게 객관적 측면으로까지 보장된다는 사고가 사회적 공리로 정착될 때까지는 방

송을 다른 언론매체에 비하여 다른 특별한 규제를 받아야 할 사회적 필요성이 존재한다는 '일반적인 사회적 인식'이라는 기준³⁾이 추가적으로 검토되어야 한다고 생각한다.

3.3 미국 방송규제의 특수성의 법리

공정성 원칙의 내용으로는 '동등기회의 규칙'과 '인신공격의 규칙'이라는 두 가지 특수한 규칙을 가지고 있다. 동등기회의 규칙은 통신법의 일부를 이루는 것으로 공직선거에서 어떤 한 후보자에게 방송시간을 판매거나 제공한 방송사업자는 다른 모든 후보자들에게도 동등한 조건의 기회를 부여해야 한다는 규칙이다. 그리고 인신공격의 규칙은 방송에서 어떤 공적 중요성이 있는 쟁점에 관한 견해들을 제시하는 가운데 어느 특정 개인이나 집단에 대해 그 정직성, 인격, 기타 개별적 성격에 관해 공격이 가해진 경우, 공격받은 측에 대항할 기회를 주어야 한다는 규칙이다. 이러한 공정성의 원칙은 법률규정이 아니라 FCC의 규칙으로서 성립된 것으로 이는 방송내용의 객관성과 공정성을 보장하여 일반 국민의 자유를 확대하는데 기여하였다고 한다. 미연방 대법원도 신문사는 논쟁적인 문제의 일방의 입장만을 출판할 수 있으며, 원한다면 반론을 위한 지면을 주지 않고 사람들을 공격할 수 있는 수정헌법 제1조의 권리를 갖는다고 하면서, 신문에는 공정성 원칙이나 인신공격 규칙이 있을 수 없다는 입장을 분명히 하여 신문편집자와 소유자의 권리는 제한받고 있지 않음을 알 수 있다. 이에 반하여 방송은 방송사의 수정 헌법 제1조의 권리보다 일반국민이 갖는 수정 헌법 제1조의 권리를 더 강조하고 있는 것이다. 이에 대해 다수의 방송사들은 법원이 인쇄매체의 수정헌법 제1조의 권리를 전면적으로 인정한 것과 비교하여 방송에 대해서는 차별적이라는 이유를 주장하는 등 공정성 원칙에 대한 논란이 있었으나, 1987년에 FCC가 공정성 원칙을 폐지하여 방송사들도 대부분의 신문이나 잡지의 발행인들과 같이 그들의 관점에 따라 방송을 할 것인가를 결정하여 프로그램의 편성의 자유를 보장해 주었으나, 동등기회의 규칙과 인신공격 규칙, 그리고 후보들을 지지하는 방송사들이 반대 후보들에게 방송을 통해 반론하는 시간을 부

여하도록 요구하는 정치적 사실 규칙들은 효력이 있을 것을 분명히 하여 여전히 방송사의 프로그램 편성에 영향력을 미치고 있다. 그리고 1980년대 후반에는 저속한 표현에 관해서는 더 큰 내적규제를 부과하는 강경한 조치를 취하거나 적어도 기존의 규칙을 보다 강력하게 집행하였다. FCC가 저속한 표현에 대하여 의회와 함께 규제의 고삐를 늦추지 않은 것은 방송의 사회적 영향력을 의식하지 않았나 하는 생각이 든다. 이에 반하여 FCC의 이러한 강경조치를 판단하는 미연방법원의 입장은 다른 사건들과 마찬가지로 일정한 법리적 기준에 의하여 다른 법익들과 이익형량을 함으로서 FCC와는 반대로 최소한의 제한에 국한시키려 하고 있다.

요컨대 미국에서도 방송매체는 인쇄매체와 다르게 취급되면서 더 많은 규제를 받고 있으나 독일과는 달리 그 강도가 점차 완화되면서 방송에 대한 제한의 폭을 줄여 규제를 최소화하고 일정한 범위로 한정하려고 하는 추세를 보이고 있는데, 이는 미국이 외적 다원주의를 통해 방송의 공적기능이 어느 정도는 담보되고 있기 때문일 것이다.

3.4 우리 헌법재판소의 견해

우리 헌법재판소는 방송매체에 대한 규제의 필요성과 정당성을 논의함에 있어서 방송의 공적 기능으로 인해 방송사업자의 자유와 권리뿐만 아니라 수신자의 이익과 권리도 함께 고려되어야 한다고 하면서 최근의 매체산업과 기술의 급속한 발달에 힘입어 이른바 '다미디어·다채널' 시대가 도래함에 따라 기술적 측면에서의 방송매체독점의 요인은 사라져 가는 추세이고 따라서 정보와 견해의 다양성을 확보하기 위한 규제의 필요성도 점차 감소되는 추세라고 하면서도 아직까지는 정보유통 통로의 유한성이 완전히 극복되었다고 할 수는 없으므로, 매체시장에서의 독점을 방지하여 정보와 견해의 다양성과 공정성을 보장하기 위한 국가의 규제가 허용될 수 없는 단계에까지는 이르렀다고 보기 어렵다고 하면서 규제의 필요성을 인정하고 있다. 또한 국가는 매체산업의 균형발전이라는 경제정책적 목적이나 사회·문화정책적 목적을 달성하기 위한 규제도 가능하다고 하였다.

3.5 규제의 형태

방송에 대한 정부의 직접적인 내용 규제는 검열에 해당하므로 선진 외국에서는 내용 외적인 방법론에 의한 규제가 실시되고 있는데 우리의 경우 방송내용에 대한 직접적인 규제가 이루어지고 있는데 그 내용으로서 프로그램 편성과 직접적인 내용심의에 대해 살펴본다. 방송 프로그램은 특정 문화나 이념, 혹은 종교에 치우치지 않고 계층과 연령층 및 거주지역 등에 관계없이 다수 국민의 이익에 합치되는 보편적이고 다양한 프로그램이 제공되어야 하는 것은 당연하며 이와 관련하여 방송법은 제69조에서 '방송사업자가 방송프로그램을 편성함에 있어 각 분야에 대한 균형있는 적정비율의 표현이 있어야 한다'라고 하고 있고, 방송법시행령 또한 제50조에서 '종합편성방송사의 경우 월간 전체 방송시간 가운데 보도방송이 10%이상, 교양방송은 30% 이상, 오락방송은 50% 이하가 되도록 프로그램을 편성하여야 한다'라고 규정하고 있다. 그러나 이러한 규정이 오히려 현재 방영되고 있는 TV프로그램간의 채널의 특성을 살리지 못한 채 상호 유사한 내용으로 중복 편성되고 있는 점이 있고 이는 결국 획일적이고도 행정편의적인 프로그램구분에 지나지 않으므로 종국적으로 방송의 다양성을 위협하고 시청자의 불 권리를 침해하는 결과를 낳게 된다. 뿐만 아니라 현행 방송법이 방송사에 편성의 자유와 프로그램의 결정 재량을 거의 인정하고 있지 않으므로 방송의 자유의 본질적인 내용이라 할 수 있는 방송사의 운영권과 편성권 그리고 프로그램 내용형성에 관한 사적 자치를 침해할 수 있는 현행 방송법의 위 규정은 결국 방송내용에 대한 직접적인 규제로서 정부의 통제를 정당화 시키는 결과를 낳는다고 보여진다. 따라서 방송법을 통해 각 프로그램이 다양하게 객관적으로 만들어 질 수 있도록 여건을 조성해야 하는데 이를 위해서는 독일처럼 편성비율은 방송사의 자율사항으로 맡기고 방송법에 방송윤리규정을 제정 이를 준수하도록 방송위원회에 그 권한을 부여하는 것이 타당하다고 생각한다. 또한 내용 심의에 있어서 살펴보면, 우리 헌법 제21조 제2항에 따라 언론에 대한 검열은 인정되지 않는다. 헌법상의 검열의 의미를 '행정권이 주체가 되어 사상이나 의견 등이 발표되기 이전에 예방적 조치

로서 그 내용을 심사, 선별하여 발표를 사전에 억제하는 즉 허가받지 아니한 것의 발표를 금지하는 제도'라고 한다면 엄밀한 의미에서 방송의 내용 심의는 여기의 검열에는 해당한다고 할 수는 없다. 다만, 사후에 심의 규정에 따라 심의를 하는 경우 선진국에서는 행정부에 의한 심의는 내용 규제로 보는 것이 일반적이며 심의의 주체가 행정부가 아니더라도 행정부의 영향력에 따라 구성되고 국가의 보조를 받아 운영되면서 방송내용을 심의하고 방송의 정지, 정정 등의 결정을 내리는 것도 실질적으로는 검열에 해당한다고 한다. 우리의 경우 현행 방송법은 제33조에 방송심의규정을 두고 있는데 그 규정의 대상과 범위, 기준 등이 상당히 광범위하고 애매하며 위성방송의 실시 등으로 인한 다채널 시대를 맞아 방송위원회가 심의해야 할 채널 수가 수백개를 넘는 등 방송위원회의 모든 방송에 대한 심의 능력에 한계를 달했다고 할 수 있는 현실 속에서 이제는 방송에 대한 심의를 각 방송사와 시청자의 자율에 맡기고 다만, 이의가 제기되는 경우에 한해 음란·폭력성·간접광고 등에 대해 제한적인 심의를 하는 방향으로 전향되어야 한다고 본다. 그리고 현행법 제86조에 방송사의 자체 심의를 규정하면서 방송위원회에 또다시 전반적인 방송에 대한 심의업무를 계속하게 하는 것 또한 옥상옥의 불필요한 심의가 아닌가 생각된다.

4. 방송 허가과 승인의 헌법적 문제

독일연방헌법재판소에 따르면 방송은 공적 의사형성의 매개체이자 중요한 요소이므로 방송의 공적 의사형성의 기능을 유지하기 위해서는 입법자에 의한 적절한 방송제도의 보호와 다양성 확보에 적합한 방송제도의 창설이 가능할 뿐만 아니라 나아가 이러한 방송제도의 형성임무가 입법자에게 부여되어 있다고 하였다. 그래서 입법자는 광범위한 입법형성재량을 갖고 방송의 설립 등에 관한 실체적인 규율을 하는 바, 방송에 대한 허가가 문제된다. 왜냐하면 국가가 방송사업에 대한 허가에 관여하는 것은 허가라는 방법을 통해 방송에 대한 막강한 영향력을 행사할 수 있기 때문이다. 특히 방송

을 하기 위한 진입단계에서의 허가는 사실상 중대한 제한이 되는 바, 이러한 허가가 허용되는 타당한 근거는 무엇인지 살펴본다.

4.1 허가과 승인의 법적 성격

방송사업에 대한 허가과 승인은 행정처분의 성격을 띤다고 한다. 허가의 경우 종합유선방송사업 또는 중계유선방송사업을 하고자 하는 자는 방송위원회의 추천을 받아 대통령령이 정하는 기준에 따라 적합하게 시설과 기술을 갖추어 정보통신부장관의 허가를 받아야 하고 중계유선사업자가 종합유선방송사업을 하고자 할 경우에는 방송위원회의 승인을 얻어야 하는데 이렇게 허가과 승인을 얻는 일련의 행위가 특정사항에 대하여 법규에 의한 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하거나 기타 법률상의 효과를 발생하게 하는 등 국민의 권리 의무에 직접 관계가 있는 행위를 가리키는 행정청의 공법상의 행위여서 행정처분에 해당한다고 한다.

4.2 허가과 승인의 타당성 문제

방송허가제의 문제는 우선 방송의 자유의 법적 성질의 문제와 밀접한 관련이 있다. 방송의 자유의 주관적 공권성을 부정하고 이를 제도적 보장으로서의 성격만을 가진다고 한다면 입법자에 의한 형성의 자유가 인정되어 방송허가제는 입법자의 방송의 자유의 형성의 일부로 보게 된다. 하지만, 반면에 방송의 자유가 주관적 공권성만을 가진다고 보면 허가를 통하여 방송의 자유를 제한하는 것은 기본권 제한적 법률유보로 보아 더욱 엄격한 기준이 적용되어야 한다. 우리 헌법은 제21조에 언론·출판의 자유를 명백히 자유권의 규범형식으로 규정하고 있어 주관적 공권성을 명시적으로 규정하고 있으나, 판례와 다수의 견해는 주관적 권리뿐만 아니라 제도적 보장의 성격도 아울러 가지고 있다고 한다. 그러나 우리 헌법은 독일 기본법과 달리 "보장"이라는 표현이 없이 명백히 "방송의 자유"라고만 표현하고 있으므로 문언적 해석에 기초한 방송허가제의 타당성을 논하는 것은 실익이 없으므로 결국 허가도 규제의 일종이므로 독일의 방송규제의 법리인 기술적·경제적 회소성의 이론과 특별한 사회적 영향력 이론 및 미국의 방

송규제의 특수성의 법리인 공정성 원칙을 검토해 보는 것으로 대신하고자 한다.

방송사업허가제와 관련하여 우리 헌법재판소는 “내용규제 그 자체가 아니거나 내용규제의 효과를 초래하는 것이 아니라면, 헌법 제21조 제2항의 금지된 ‘허가’에는 해당되지 않는다고 하면서 헌법 제21조 제3항은 통신·방송의 시설기준을 법률로 정하도록 규정하여 일정한 방송시설기준을 구비한 자에 대해서만 방송사업을 허가하는 허가제가 허용될 여지를 주는 한편 행정부의 의한 방송사업허가제의 자의적 운영을 방지하고 있다고 하면서 정보유통 통로의 유한성, 사회적 영향력 등 방송매체의 특성을 감안하고 헌법 제21조 제3항 규정에 비추어 보더라도 허가제를 실시하는 것은 허용된다”라고 한다.

4.3 현행 방송법상 방송허가와 승인의 문제와 개선방안

현행 방송법에는 지상파방송사업자, 위성방송사업자, 종합유선방송사업자, 및 중계유선방송사업자는 방송위원회의 추천을 받아 전파법이 정하는 바에 의하여 정보통신부장관의 방송국 허가를 받아야 한다(방송법 제9조 제1항 및 제2항)고 규정하고 있다. 방송법 제9조 제2항 규정에 의하여 허가받은 자는 종합유선방송사업 및 중계유선방송사업법과 방송법 제9조 제5항 단서의 규정에 의하여 승인을 얻은 방송채널사용사업의 허가 또는 승인의 유효기간은 5년을 초과하지 아니하는 범위 내에서 대통령령으로 정한다(방송법 제16조 제1항)라고 규정하고 있는 바, 이 규정에 근거하여 현행 방송법 시행령 제16조 제1항에서는 위에 언급한 방송유형의 허가기간을 3년으로 규정하고 있다. 그리고 국내에서 수신가능한 외국 인공위성의 무선설비를 이용하여 위성방송사업을 행하고자 하는 자(방송법 9조 제6항)와 국내에서 수신가능한 무선국의 특정 채널의 전부 또는 일부 시간의 채널사용자(방송법 제9조 제8항)는 방송위원회의 승인을 받아야 한다. 이 경우에 방송위원회는 정보통신부 장관과 협의하여야 한다.(방송법 제9조 제6항 및 제8항). 그리고 전송망사업을 하고자 하는 자는 정보통신부장관에게 등록하여야 한다.(방송법 제 9조

제10항)

4.4 방송허가와 승인의 개선 방안

첫째 정보기술 사회라 일컬어지는 현대사회에서도 지상파방송, 종합유선방송, 위성방송, 중계유선방송 등의 방영기술의 발전에도 불구하고 전파의 간섭현상과 선로의 부족현상이 완전히 극복되었다고 할 수 없으므로 허가제에 의한 국가 개입이 여전히 필요하며 이러한 매체에 대해서는 이러한 기술적 문제가 완전히 해소될 때까지 방송허가제는 유지되어야 할 것이다. 다만, 방송과 통신의 융합현상으로 인한 방송과 통신망을 상호 이용하여 공중을 대상으로 행하는 형태의 방송 또는 다른 형태의 방송전송방식을 이용하여 공중을 대상으로 행하는 새로운 형태의 의사전달수단은 현재까지 방송의 개념 포함여부 등 여러 가지 논란을 안고 있으나, 현재의 기술 발달의 속도로 볼 때 조만간 이러한 유형의 방송형태가 기존의 방송유형들을 대체하거나 적어도 비슷한 수준의 시청률을 차지 할 것으로 예상된다. 이러한 매체들은 통신과 방송의 경계영역적 서비스라는 공통된 특징을 가지고 있지만 구체적인 전파경로나 방영 대상이 매우 상이하게 때문에 이를 일률적으로 허가제로 규제하는 것은 바람직하지 않다. 그러므로 일단 허가 등의 국가적 규제를 자제하고 일정한 기관에 의해서 당해 서비스유형이 방송적 성격을 가지고 있다고 판단되거나 당해 서비스사업자가 스스로의 서비스 유형이 방송적 성격을 가지는지에 관하여 소명을 신청할 경우에만 허가 또는 등록 등의 규제조치를 취하여야 할 것이다.

둘째, 방송의 허가 요건과 관련하여 현행 방송법은 방송사업의 허가시 그 요건과 기준을 방송법이나 그 시행령에 구체적인 기준 없이 심사기준과 절차를 추상적이고 일반적인 용어로 규정해 놓고 있어 구체적으로 무엇을 근거로 하여 그 실현 가능성과 타당성을 심사할 수 있는지에 대한 명확한 기준이 없어 헌법상 명확성의 원칙에 위배된다 할 것이다. 이는 곧 실제 방송 허가시에 엄격한 심사에 의한 허가였음을 입증하기가 어렵고, 따라서 정치 논리에 의한 자의적인 방송허가라는 논란을 불러 일으킬 소지를 다분히 안고 있다. 이는 재허가

시의 심사사항에도 예외가 아닌데 신청인의 법적 자격이나 방송사의 기술설비수준 또는 재정적 요구수준 외에 공익적 성격의 검토 등을 보다 정치하고 치밀한 기준 제시가 필요하다 할 것이다. 이와 관련해서는 영국의 공공문제연구소가 제안한 CEMS(Consumer Expectations and Market Share) 지수를 참고할 필요가 있을 듯하다. 이 연구소는 콘텐츠의 공익성 평가항목을 매체그룹을 등급화 하여 수치화된 객관적 평가시스템을 마련하여 사업허가 시에 매체의 공익성을 중요한 평가의 시스템을 삼을 수 있어 방송의 공익성을 촉진시키는 기제로 작동하고 있다.

5. 결론

지금까지 방송이 왜 국가로부터 독립적이고 중립적으로 운영되어야 하는지를 방송의 특성에서 출발하여, 국가의 방송규제와 그 정당성, 그리고 방송 허가와 승인의 헌법사의 문제등을 살펴보았다. 누차 강조하다시피 민주주의 실현을 위한 수단인 자유로운 사적·공적 여론 형성 기능을 수행하는 방송의 중요성에 비추어 방송은 다양한 진실한 정보를 신속·정확하게 시청자에게 전달하는데 있어 결코 이를 왜곡하려는 세력 즉 국가권력 등으로부터 간섭이나 영향력을 받아서는 안된다. 그리고 설령 방송에 대한 규제가 불가피하다면 그러한 규제는 제3의 독립된 방송규제기구를 통해 헌법상 방송의 자유가 침해되지 않고 공정한 여론 형성에 기여하는 방향으로 이루어져야 한다고 생각한다.

에 관한 연구”, 토지공법연구 제20집, 한국토지공법학회, pp.245-263, 2003

[5] 박영선, 언론정보법연구Ⅱ, 법문사, 2002,

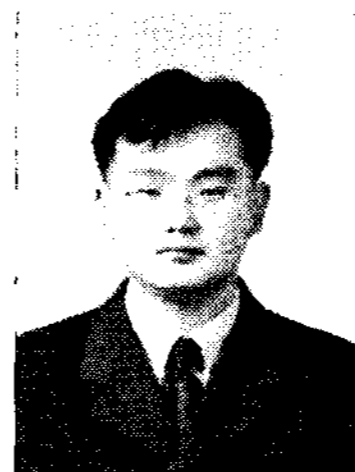
[6] 김영수, 지성우, “독일 멀티미디어 관련법상의 방송·통신·멀티미디어의 개념에 관한 연구”, 성균관법학 제14권, 제2호, 성균관대 법과대학 pp.17-43, 2002

[7] 김동희, 행정법 I, 박영사, 2007

저자 소개

차 수 봉(Su-Bong Cha)

정회원



• 2001년 8월 : 전남대학교 행정학과 (행정학사/법학부전공)

• 2005년 8월 : 전남대학교 법학과 (법학석사)

• 2007년 2월 : 전남대학교 법학과 (법학박사과정수료)

• 2007년 8월 ~ 현재 : 동신대학교 경찰행정학과 강사

<관심분야> : 기본권

참고 문헌

[1] 김한철, 방송의 현실과 이론, 범우사, 2002,

[2] 박용상, 표현의 자유, 현암사, 2002

[3] 전정환, “국가의 방송사업허가권에 대한 위헌성여부의 고찰”, 공법연구, 제26집, 제1호, 한국공법학회, pp.177-186, 1998.

[4] 지성우, “방송허가제도의 헌법적 근거와 문제점