

헌법상 개념으로서의 방송

- 독일에서의 논의를 한국적 수용을 중심으로 -

최 우 정*

《차 례》

I. 문제의 제기

II. 헌법상 방송의 개념

III. 인터넷상에 있어서의 방송의
개념

IV. 결론

I. 문제의 제기

현대사회를 흔히 대중매체의 사회라고 일컫는다. 전통적인 대중매체의 의미로서의 신문, 정기간행의 잡지, 무크(Mook)지 등을 위시한 출판물 전제로 한 대중매체 뿐만 아니라 라디오, 텔레비전을 위시한 전파중심의 대중매체의 속에 우리는 살고 있다. 특히 기술의 발달로 인한, 소위 디지털혁명이라고 지칭되는 기술의 발전은 이전에 우리가 상상하지 못했던 매체의 등장을 가능하게 했으며 그로 인해 우리의 생활은 새로운 전환국면을 맞이하고 있다. 인터넷을 통한 라디오, 텔레비전을 시청할 수 있을 뿐만 아니라 종전에는 불가능하였던 쌍방향의 텔레비전이 디지털기술의 발달로 가능해졌다. 이러한 방송영역에서의 기술의 발달은 단지 실생활에서의 환경변화라는 사실적인 측면에서만이 아니라 법적인 측면에서도 새로운 국면을 맞이하게 했다. 우리 헌법 제21조 제1항은 언론출판의 자유를 규정하고 있고 동조

* 경북대학교 법과대학 강사, 법학박사

제3항은 방송에 관한 사항을 규정하고 있다. 그러나 언론출판의 기본권을 규정한 헌법의 규정은 헌법자체의 특성에서 유래하는 규정의 일반성, 추상성 등으로 인해 광범위한 해석의 여지를 남겨놓고 있다. 특히 종래의 활발히 논란의 대상이 되어 온 출판의 자유에 비해 방송의 자유는 지금까지 헌법학계에서 활발히 논란의 대상이 되지 못했다. 방송의 자유에 대한 이론적인 접근이라든지, 현재 우리의 방송시스템에 대한 정당성의 문제, 공영방송의 책임과 의무 그리고 행위의 한계, 특히 공법상의 영조물 법인으로서의 공영방송국의 기본권행사 능력의 한계에 대한 문제, 민간방송의 허가의 대한 헌법상의 정당성의 근거 등에 대한 논란은 극히 드물게 이루어져 왔다. 또한 헌법재판소의 방송에 관한 판결 역시 헌법학의 대상으로서의 방송의 자유를 정립시키기에는 역부족의 판결을 지금까지 내리고 있다.¹⁾

현대사회를 흔히 디지털시대라고 하는데 디지털기술은 컴퓨터기술과 관련하여 우리의 생활의 변화를 야기 시켰고 특히 방송의 영역에 있어서는 급속한 방송패러다임을 근본적으로 변화시켰다. 특히 디지털기술의 인터넷에의 결부는 인터넷이 이제는 단순히 개인과 개인의 정보의 교환이라는 의미를 벗어나 인터넷상에서의 방송이라고 일컫는 성인방송이나 음악방송 그라고 개인의 홈페이지를 일정시간에 웹캠을 이용한 개인의 홍보에 관한 일들은 모두 방송이라는 이름 하에 일반인을 대상으로 행해지고 있다. 과연 이러한 인터넷상의 행위를 모두 헌법상 개념으로서의 방송이라는 규제하에 둘 수 있을 것인가? 그렇다면 이러한 행위는 모두 방송법

1) 헌법재판소는 전기통신사업법 제53조 등 위헌확인에서 기본적으로 인터넷의 성격을 쌍방향적인 것이라고 판단하고 대중매체로서의 가능성 즉 인터넷 기술의 일방향적인 것을 간과하고 있다. 헌법재판소는 판결의 결정이유에서 “인터넷은 공중파방송과 달리 “가장 참여적인 시장”, “표현촉진적인 매체”이다. 공중파방송은 전파자원의 희소성, 방송의 침투성, 정보 수용자 측의 통제능력의 결여와 같은 특성을 가지고 있어서 그 공적 책임과 공익성이 강조되어, 인쇄매체에서는 볼 수 없는 강한 규제조치가 정당화되기도 한다. 그러나 인터넷은 위와 같은 방송의 특성이 없으며, 오히려 진입장벽이 낮고, 표현의 쌍방향성이 보장되며, 그 이용에 적극적이고 계획적인 행동이 필요하다는 특성을 지닌다. 오늘날 가장 거대하고, 주요한 표현매체의 하나로 자리를 굳힌 인터넷상의 표현에 대하여 질서위주의 사고만으로 규제하려고 할 경우 표현의 자유의 발전에 큰 장애를 초래할 수 있다. 표현매체에 관한 기술의 발달은 표현의 자유의 장을 넓히고 질적 변화를 야기하고 있으므로 계속 변화하는 이 분야에서 규제의 수단 또한 헌법의 틀 내에서 다채롭고 새롭게 강구되어야 할 것이다(헌법재판소 2002. 6. 27. 99헌마480 선고).” 라고 파악하고 있다. 그러나 이런 헌법재판소의 견해는 인터넷 기술의 발전에서의 Push 기술을 파악하지 못한 것 같은 인상이자. 이런 견해는 결국 인터넷을 통한 방송이라는 인터넷의 대중매체가능성을 부인할 수 있는 것이라 할 수 있다.

의 적용 하에 놓이게 되고 방송법상의 허가(방송법 제9조), 심사기준·절차(동법 제10조), 방송의 공적책임(동법 제5조), 방송의 공정성과 공익성(동법 제6조) 등의 엄격한 규제를 따르게 되는 것일까?

이런 방송과 관련된 많은 문제점들은 특히 헌법상의 방송과 관련되는 논란의 출발점은 방송의 개념을 어떻게 정립할 것인가 하는 문제점이다. 헌법상 방송의 개념을 정립하는 문제야말로 기술의 발전과 방송과 통신의 융합(Konvergenz)이라는 함께 혼란의 시대로 들어간 방송을 법학적인 의미에서 재정립하는 출발점이 되는 것이다.

II. 헌법상 방송의 개념

우리 헌법은 방송의 개념에 대해 명시적이고 구체적으로 언급한 조항이 없다. 다만 헌법 제21조 제3항에 “통신·방송의 시설기준과 신문의 기능을 보장하기 위하여 필요한 사항은 법률로 정한다.” 라고 규정할 뿐이다. 다만 개별법인 방송법 제2조 1에서 “방송이라 함은 방송프로그램을 기획·편성 또는 제작하여 이를 공중(개별계약에 의한 수신자를 포함하며, 이하 “시청자”라 한다)에게 전기통신설비에 의하여 송신하는 것” 이라고 규정한다. 그러나 헌법상 방송에 대한 개념이 규정되어 있지 않다고 해서 개별법인 방송법상의 방송의 개념을 헌법상 방송의 개념과 동일시 할 수 있는 것은 아니다. 이는 오히려 헌법에 의한 법률해석이 아니라 법률에 의한 헌법해석이라는 본말이 전도된 헌법해석상의 문제점을 야기한다. 그러나 그렇다고 해서 방송법상의 방송의 개념은 전혀 무의미하다고 볼 수는 없다. 헌법상 명시적인 방송의 개념이 규정되어 있지 않기 때문에 방송법상의 개념으로 헌법상 방송개념에 대한 개념요소를 추론해 내고 이런 방송의 개념요소를 살펴보는 것은 헌법상 방송의 개념을 파악하는데 그 정당성을 상실하지는 않는다고 할 수 있겠다. 이런 의미에서 방송법상의 개념은 그 나름대로의 의미를 가지고 있다 할 수 있다.

그러나 법적인 규범영역의 확정은 사실관계에서의 개념 파악 없이는 헌법상 방송의 개념을 정립하는 것은 사상누각과 다름이 없을 뿐이기에 헌법상 방송의 개념

을 살펴보기 이전에 사실관계에서의 문제 즉 방송송신 형태의 다양성을 살펴보는 것은 법적인 특히 헌법상 방송의 개념을 살펴보는데 필수적인 선결문제라 할 것이다).

1. 방송의 다양한 발현형태

(1) 지상파 방송

방송 송신 형태 중에 가장 고전적인 형태가 지상파를 이용한 지상파방송이다. 보통의 텔레비전 수신기로 공중파방송을 시청자가 보는 전통적인 방송의 형태다. 시청자는 단순히 방송수신기와 안테나만 가지고 방송파를 수신할 수 있다. 이 경우에 수신자는 방송국의 방송프로그램을 단지 볼 것인지 아닌 지만을 결정하는 수동적인 위치에 존재하게 되고 방송프로그램의 결정은 - 시간적, 내용적 - 모든 것을 방송국에서 결정을 하게 된다. 시청자는 단지 수동적인 입장에서 텔레비전을 볼 것인가, 말 것인가만을 결정하게 된다.³⁾ 기본적으로 지상파방송의 주체와 수신자의 관계에는 특별한 계약관계를 전제로 하지 않고 방송에 대한 수신자의 문제는 일반인에게 개방되어 있는 상태이다(방송의 일반성).

(2) 케이블 방송

전통적인 지상파 방송의 단점인 방송수신의 곤란성을 해결하기 위해 등장한 것이 케이블을 이용한 방송의 송신방식인 케이블방송이다. 난시청의 문제를 해결하기 위해 등장한 케이블방송은 초기에는 지상파방송의 프로그램을 단지 중계하는

2) 방송이라는 개념은 라디오방송과 텔레비전방송으로 나눌 수 있다. 실제로 과거 분단 독일의 경우 동독에서는 방송의 의미를 라디오방송(Rundfunk)과 텔레비전방송(Fernsehen)을 구별하여 사용하기도 했다(G. Herrmann, Rundfunk und Fernsehen, 1994, S. 12, 21, 26). 그러나 이러한 개념구별은 더 이상 존재하지 않으며 방송이라는 것은 라디오방송과 텔레비전방송을 포괄하는 상위개념으로서 사용이 된다(P. Badura, Staatsrecht, 1986, S. 121). 이하에서도 동일한 개념으로 방송이라는 용어를 사용하고자 하며 특별한 경우가 아니면 텔레비전방송을 중심으로 이하에서 언급하고자 한다.

3) 소위 채널선택이라는 문제(Zappen)는 시청자의 수동적인 지위를 변경하지는 못한다. 채널은 선택할 수는 있어도 시청자는 여전히 방송국의 프로그램에 종속되어 실질적인 내용결정자로서 작용하지는 못한다.

정도의 방송매체로서 기능을 했었다. 그러나 기술의 발달로 인해 난시청문제의 급속한 해결은 종전의 케이블방송의 역할을 변화하게끔 했다. 단순한 지상파방송의 프로그램의 재전송이라는 영역에 그치는 것이 아니라 자체프로그램의 제작과 전송을 통해 상업화방송으로서의 기능을 하게 된 것이다. 특히 케이블방송에 있어 인프라의 역할을 하는 케이블의 일반가정으로의 급속한 보급은 종전의 케이블방송의 기능을 대폭 증진시키는 촉진제의 역할을 하게 되었다.

케이블방송에 있어서의 방송의 전송자(케이블방송업체)와 수신자의 관계는 지상파방송의 관계(방송의 일반성)와는 달리 특정의 계약을 통한 계약관계를 전제로 한다. 이 계약은 다시 일정한 기본적인 방송프로그램의 공급에 대한 기본계약과 특별한 추가적인 내용에 대한(가령 영화채널에 대한 추가적인 공급의 계약, 소위 Pay TV) 계약으로 나눌 수 있다. 그러나 이 경우에도 기본적으로 방송공급자와 수신자의 관계에 있어서 수신자는 수동적인 지위에 머물게 된다. 수신자는 지상파방송의 경우와 같이 방송을 볼 것인가, 어떤 방송을 볼 것인가에 대한 결정권만을 가지게 된다.

(3) 위성방송

위성방송은 기존의 지상파나 케이블방송과는 달리 위성을 통해 방송프로그램을 전송하는 수단으로 독일의 경우에 80년대에 케이블로 방송수신이 이루어지던 것이 90년에 들어와서 케이블방송을 대체하는 형태로 제공되었으며 특히 위성수신 시설이 가격적으로 저렴하게 되자 이에 의한 방송수신시설이 많이 늘게 되었다.

위성방송을 통한 경우에는 위성시설을 소유하는 기업에 의한 프로그램의 제공이라는 측면에서 기존의 다른 지상파방송과 케이블방송과의 차이점이 존재하는 것이고 그 외에는 차이점이 존재하지 않고 다만 법적규제의 영역에서 국내적인 문제만이 아니라 외국으로의 방송프로그램전송이라는 문제가 등장한다.⁴⁾

4) Ricker/Schiwy, Rundfunkverfassungsrecht, 1997, S. 455ff.

(4) 인터넷방송⁵⁾

현대사회를 정보화 사회, 멀티미디어 사회라고 일컫는 중심에는 인터넷이 서있다. 이런 인터넷은 단순히 개인적 통신의 영역에서만이 아니라 방송에 있어서도 그 영역을 넓히고 있는 실정이다. 이미 공영방송인 한국방송(KBS)은 인터넷을 통한 일반 지상파방송의 전송뿐만이 아니라 이미 방송한 내용을 데이터화 시켜 일반인의 접근을 열어두고 있다(소위 VOD : Video On Demand). 뿐만 아니라 인터넷을 위한 전용 프로그램을 제작하고 그것을 인터넷으로 전송하고 있어 인터넷을 통한 포괄적인 방송행위를 하고 있다. 이러한 현상은 공영방송뿐만 아니라 민간방송에서도 이루어지고 있어 인터넷방송이 기존의 지상파방송을 대체할 것이라는 관측도 나오고 있다.⁶⁾

현재 우리나라에서 인터넷방송은 기존의 방송사만이 아니라 - 공영방송사, 지상파 민간방송사, 케이블방송사 등- 일반 개인을 통해서도 이루어지고 있다. 종래의 지상파방송은 특별한 기술, 재정적인 막대한 자금의 유입 등이 필수적이었으나(소위 특별상황이론 : Sondersituation des Rundfunks)⁷⁾ 인터넷에서 있어서는 이런 제한들이 허물어지기 시작했다. 일반개인은 전용선으로 연결된 상태에서 웹캠과 간단한 소프트웨어를 통해 방송유사의 내용을 인터넷을 통해 전송할 수 있게 되었다.

그러나 인터넷방송을 일반적으로 정의하기는 그리 쉽지 않다. 인터넷이란 매체가 지속적인 기술의 발전과정에 있고 그 발현형태가 매우 다양하기 때문이다. 인터넷방송은 프로그램을 생방송의 형태를 전송하거나 주문자비디오방식(VOD : Video on Demand), 특정회원의 수신만을 가능하게 하는 형태가 속속 나오고 있기 때문이다.

그러나 인터넷을 이용한 방송의 경우, 기존의 지상파방송이나 케이블방송에 있어서 수신자가 단순히 수동적인 지위에 머물러 있다는 점에 비해 능동적인 입장의

5) 흔히 인터넷방송이라고 하는 개념은 법학적인 개념, 특히 방송의 규제적인 측면에서 볼 때 정확한 개념이라고는 할 수 없다. 인터넷방송이라는 개념자체가 아직 정립되지 못한 개념이고 인터넷을 통한 방송의 형태는 다양하기 때문에 일반적으로 개념 지을 수는 없다. 보다 자세한 것은 방송의 개념설명에서 살펴보기로 한다.

6) 인터넷을 통한 방송프로그램의 전송에 대해서는, www.sbs.co.kr ; www.imb.com ; www.kbs.co.kr ; www.ytn.co.kr.

7) BVerfGE 12, 205ff.

지위에 있다는 점에서 그 매체특성이 존재한다. 기존의 방송이 일방향적이라고 할 때 인터넷을 이용한 방송은 쌍방향성의 가능성을 가진다.⁸⁾ 소위 디지털기술의 발전으로 수신자는 이제 더 이상의 수동적인 지위에 머무르지 않고 수신자 스스로 방송의 내용을 결정하거나 방송의 내용에 참가할 수 있게 된다.⁹⁾ 이러한 수신자의 지위의 변경은 방송의 법적인 개념의 정립, 특히 기술의 발달로 인한 유사방송의 형태가 포화상태로 변해 가는 이 시기에 중요한 개념정립의 기준을 제시해준다¹⁰⁾.

2. 헌법상 방송의 개념

(1) 헌법상 방송개념의 정립필요성

헌법상 방송의 개념을 정립하기에 앞서 우선 그 필요성을 논할 필요가 있을 것 같다. 방송의 개념은 원래 법학적인 개념이 아니라 기술적인, 사회학적인 개념으로 사용이 되었다. 그러나 이런 개념은 방송이라는 매체가 법규제의 테두리에 들어오면서 법학적인 의미의 개념정립이 필요하게 된다. 방송개념의 법학적 정립의 필요성은 첫째, 방송이라는 제도가 다른 대중매체와의 관계에서 법규제의 정도성에 있어서 차이가 존재하기 때문이다. 우리 헌법은 제21조에서 언론출판의 자유를 규정하고 있는데 이는 민주주의 실현을 위한 자유로운 의견의 형성이라는 측면에서 밀접한 관계를 가지는 기본권이다. 이런 민주주의의 실현과 밀접한 관계를 가지는 출판의 자유가 사전검열이나 허가제가 금지되는 것은 당연한 결과이며 이는 논란의 대상이 되지 않는다.¹¹⁾ 그러나, 방송의 경우 우리 헌법 제21조 제3항에 “통

8) 흔히들 인터넷의 경우 정보의 제공자와 수용자의 쌍방향성이라는 매체적 특성을 가진다고 한다. 그러나 인터넷방송에 있어서의 쌍방향성은 모든 형태에서 인정이 되는 것은 아니다. 소위 스트리밍(Streaming)방식을 이용한 생방송형태의 인터넷방송에서는 기존의 방송과 같이 수신자는 수동적인 지위에 머물게 되고 적극적인 내용결정자의 입장에 서지 못한다. 반면에 주문자비디오방식(VOD : Video on Demand)의 경우 그리고 더 나아가 수신자의 참가를 허용하는 인터넷방송의 경우에는 수신자는 방송내용결정자의 역할을 하게 된다.

9) 디지털기술의 발전의 단계에서 초기의 경우에는 수신자가 단순히 방송수신내용을 취사선택 그리고 방송프로그램의 내용을 이미 제작 시에 제공된 형태에서 수신인이 결정할 수 있는 정도에 그치는 것이지만 쌍방향기술의 궁극적인 발전의 단계에서는 수신자는 스스로 방송프로그램의 내용적인 형성이라는 측면에 개입을 할 수 있게 된다.

10) 상세한 것은 본논문 II. 2. (2). 4) 참조

11) 헌재 1992. 6. 26. 90헌바26; 헌재 1996. 10. 4. 93헌가13등; 1996. 10. 31. 94헌가6; 헌재 1997. 8. 21. 93헌바51.

신·방송의 시설기준과 신문의 기능을 보장하기 위하여 필요한 사항은 법률로 정한다” 라고 규정하고 있어 방송의 경우에는 그 규제의 범위에 대해 입법자의 법률형성에 의한 재량의 범위를 많이 인정하고 있다. 이런 방송영역에서의 법적규제의 필요성은 우리 헌법재판소가 언급하듯이 방송의 자유는 주관적인 자유권으로서의 특성을 가질 뿐 아니라 다양한 정보와 견해의 교환을 가능하게 함으로써 민주주의의 존립·발전을 위한 기초가 되는 언론의 자유의 실질적 보장에 기여한다는 공적 기능을 가지고 있으므로, 방송매체에 대한 규제의 필요성과 정당성을 논의함에 있어서 방송사업자의 자유와 권리뿐만 아니라 수신자의 이익과 권리도 고려되어야 한다는 이론적인 근거에 기초를 두고 있다.¹²⁾ 실제로 헌법의 구체화법으로서의 방송법에서는 출판의 자유에서 볼 수 없는 방송 특유의 제한적인 법률규정을 많이 규정하고 있다.¹³⁾

일반적인 출판의 자유보다 더 엄격한 규제의 대상인 방송은 우선 출판과의 관계에서 구별이 되는 방송의 개념을 도출할 수 있어야 한다. 출판의 개념을 종래의 인쇄매체에 의한 것을 출판이라고 하면 그 구별은 명확해지지만 전자출판의 경우에는 그리 간단히 구별되는 것은 아니다¹⁴⁾. 이런 전자출판의 경우보다 더 심각한 구별의 문제를 일으키는 것은 방송유사의 매체와 방송의 구별의 문제이다. 예를 들어 항공사의 기내에서 제공하는 자체방송유사의 프로그램, 한국철도의 고속철(KTX)에서 제공하는 방송유사의 프로그램, 지하철에서 제공되는 자체의 방송유사의 프로그램, 도시의 빌딩에서 광고와 간단한 정보의 제공으로 이용되는 전광판의 경우 과연 헌법상 방송개념으로 포섭이 될 수 있을 것인가의 문제가 논란의 대상으로 등장하고 있다. 이런 개념정의의 문제는 디지털기술의 발달과 그로 인한 인터넷의 발달은 종래의 방송과 동일한 또는 유사한 매체를 인터넷상에서도 제공되고 있다. 특히 최근 문제가 되고 있는 성인방송 - 라이브방송의 형태를 취하거나

12) 헌재 2001. 5. 31. 2000헌바43등, 판례집 13-1, 1167, 1177

13) 방송법에서는 방송의 공적책임(제5조), 방송의 공정성과 공익성(제6조), 소유제한등(제8조), 추천·허가·승인·등록등(제9조), 외국자본의 출자 및 출연(제14조), 허가 및 승인 유효기간(제16조), 재허가(제17조), 허가·승인·등록의 취소등(제18조), 과징금 처분(제19조)등에 대한 규제조항을 두고 있다.

14) 전자출판의 경우 CD ROM타이틀을 이용한 Off Line 상에서의 동영상과 소리를 전할 수 있을 뿐만 아니라 ON Line 상에서도 이를 제공 할 수 있다. 특히 교육관련상의 웹사이트에서는 이를 회원제 또는 비회원제로 제공하고 있다.

(<http://www.edunet4u.net>, <http://www.ebs.co.kr>)

데이터방송의 형태로 제공되는 - 이나 또는 영화제공 웹사이트의 경우는 방송과 방송유사의 매체간의 구별을 더 혼란에 빠지게 하기도 한다. 그러나 그렇다고 해서 방송유사의 매체를 방송의 법적인 테두리 안에 넣는다면 인터넷상에서의 언론의 자유를 포괄적으로 침해하는 문제가 발생될 수 있다. 언론의 자유가 역사적으로 집권자의 자의에 따라 침해된 역사를 가진 우리의 경우 아직 법적규제의 적절성이 확보되지 않은 인터넷상에서의 언론의 자유 역시 국가의 권력에 의해 자의적으로 침해될 소지를 안고 있는 것이다. 언론의 자유를 신장시킨다는 의미에서 뿐만 아니라 통신과 방송의 융합화(Konvergenz)가 이루어지고 있는 이런 시대에서 방송의 규제대상으로서의 방송개념을 정립해야 하는 이유가 여기에 있다.

방송의 개념을 헌법적으로 규정할 두 번째 필요성은 공영방송국의 방송행위범위와 관련이 있다. 특히 공영방송의 경우 법적으로 공공영조물법인의 형태를 취하고 있기에 이런 공법인의 경우 헌법이론상의 기본권주체능력과의 문제가 제기된다. 공법인의 기본권주체능력은 전통적인 헌법학의 입장에서는 원칙적으로 허용되지 않고 단지 공권력의 행사의 주체로 파악해온 것이 기존의 입장이다. 다만 일정 범위의 공법인의 경우 예외적인 경우에 제한된 범위에서 기본권주체로서의 능력을 인정하고 있는데 이 경우가 바로 공영방송법인과 대학의 경우다.¹⁵⁾ 그러나 기본권주체로서의 기본권주체능력을 공영방송법인에게 인정한다고 해도 그것이 포괄적인 범위의 즉 사법상의 법인과 동일한 기본권행위능력을 인정하는 것은 아니다. 공영방송법인은 그 목적의 범위와 그와 직접적으로 연관된 부수적인 목적의 수행 즉 방송프로그램의 형성과 전파라는 범위 내에서 기본권주체능력을 가진다.

15) 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2002, 282쪽 이하; 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2004, 317쪽 이하; 홍성방, 헌법학, 현암사, 2004, 282쪽 이하; 우리 헌법재판소는 대학의 경우 학문의 자유와 대학의 자율권으로서의 기본권주체성을 인정하고(헌법재판소 1992. 10. 1. 헌마68, 76병합) 공영방송의 경우 언론출판의 자유의 주체로서 방송의 자유를 향유한다고 하여 기본권주체성을 인정하는 듯한 태도를 결정이유에서 보이고 있다(헌법재판소 1999. 5. 27. 98헌바70). 그러나 국회의 노동위원회의 경우는 기본권의 소지가가 아니라 수범자라는 의미에서 기본권주체가 될 수 없다고 결정하였다(헌법재판소 1994. 12. 29. 93헌마120). 이에 대해 전통적인 법인의 기본권주체성에 대한 비판은, 신우철, 헌법과학, 동헌출판사, 2002, 73쪽 이하 참조. 독일의 경우에도 대학과 공영방송의 경우 공법인으로서의 기본권주체성을 인정하고 있다. 그러나 공영방송의 경우 방송의 자유라는 영역 안에서 기본권주체능력을 가질 뿐이다(BVerfGE 31, 314/322; BVerfGE 59, 231/254). 그러나 일반적으로 공법인의 기본권주체성은 부정되고 있다(P. Badura, Staatsrecht, 1986, S. 72f.; H. Maurer, Staatsrecht, 1999, S. 276f.; BVerfGE 21, 362/369ff.; BVerfGE 61, 82/100ff.).

이것은 공영방송이 방송프로그램의제작과 전파라는 것이 방송수신료(Rundfunkgebühr)라는 재원에 의해 이루어진다는 관점에서 파악할 때 소위 공영방송사의 목적(Funktionsauftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten)이라고 할 수 있다. 이점에서 헌법상 방송개념의 정의는 공영방송사의 기본권주체로서의 활동범위에 대한 헌법이론적인 한계를 설정해준다. 특히 공영방송이 종전의 전통적인 방송의 방식에만 의존하는 것이 아니라 인터넷을 통한 프로그램의 제공이 - 비록 그 제공방식이 스트리밍(Streaming)방식을 이용한 생방송의 형태를 취하던 아니면 주문자방식의 비디오형태(Video on Demand)를 취하던 간에 - 과연 공영방송이 헌법적인 기본권행위능력을 벗어나는 것이 아닌가 하는 문제가 논란의 대상으로 될 수가 있기 때문이다.¹⁶⁾

(2) 헌법상 방송의 개념

헌법상 방송의 개념을 도출하기 위해서는 우선 그 대상인 헌법조문을 살펴볼 필요가 있다. 그러나 우리 헌법 제21조 제3항은 “통신·방송의 시설기준과 신문의 기능을 보장하기 위하여 필요한 사항은 법률로 정한다.” 라고 규정하여 단지 방송이란 단어만을 나열하고 있지 방송의 헌법적인 개념에 대해서는 언급하고 있지 않다. 이와 유사한 입법례는 독일 기본법 제5조 제1항 제2문에서도 찾을 수 있는데 여기서는 단지 방송을 통한 보도의 자유(Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk)를 규정하고 있을 뿐이다.¹⁷⁾ 이처럼 헌법의 규정에는 방송의 직접적인

16) 이외에도 독일의 경우에 있어서는 헌법상 방송개념의 정립의 문제는 방송관련법의 입법적인 관할권의 문제가 되고 있으나 우리의 경우 연방국의 국가형태를 취하고 있는 것이 아니라 이런 연방국가적인 입법관할권의 문제는 발생하지 않는다. 사실 독일의 방송질서는 독일 연방헌법재판소를 통해 형성되어왔는데 제1차 방송 판결의 주요쟁점은 바로 방송입법의 관할권에 관한 문제였다. 이에 대해 상세한 것은, BVerfGE 12, 205ff.

17) 독일법학계에 있어서 방송의 헌법적인 개념을 설명하는데 있어서 방송에관한국가협약(Rundfunkstaatsvertrag) 제2조 제1항에 규정되어 있는 방송개념에서 헌법상 방송개념을 이끌어내는데 이 경우 헌법상 방송의 개념요소로 일반대중을 향한 것(Verbreitung an die Allgemeinheit), 프로그램 관련적인 특히 사적·공적의사형성에 연관된 내용을 가지는 것(programmbezogene Darbietungen), 그리고 기술적인 요소로 전자파를 통한 전파(electromagnetische Verbreitung)라는 요소를 들고 있다. 이에 대해 상세한 것은, Degenhart, BK Art. 5 Abs. 1 und 2, 1999, Rn. 670ff.; Ricker/Schiwy, Rundfunkverfassungsrecht, 1997, S. 61ff.; A. Hesse, Rundfunkrecht, 2 Aufl. S. 77ff. 독일에서의 방송개념에 대한 논의의 소개는, 전정환, 헌법상 방송의 개념 - 독일기본법 제5조

개념규정이 없는데 과연 헌법상 방송개념을 어떻게 해석해 낼 수 있을까 하는 문제가 제기된다. 이에 대해서는 일반적인 헌법해석의 방법론에 따라 헌법상 방송개념의 문의적인 의미와 법질서의 체계적인 입장에서 해석을 할 수 있다. 특히 헌법상 방송개념을 정의하는데 있어서 헌법상 방송의 자유를 구체화시켜 형성된 개별 법률인 방송법의 방송개념을 통해 헌법상 개념적인 요소들을 이끌어 낼 수 있다. 그러나 이때 조심해야 할 것은 헌법의 하위법률인 방송법은 헌법상 방송개념을 파악해내기 위해 하나의 그 개념적 구성요소를 추출해 내는데 그 의의를 가지지 방송법상의 방송개념이 헌법상 방송개념을 대체할 수 있는 그러한 것은 아니라는 점에 주의를 해야 한다. 개별법으로 존재하는 방송법은 헌법상 규정된 방송의 자유를 위한 하나의 구체화된 법으로 존재를 하는 것이지 방송법이 바로 헌법상의 방송의 자유 전체의 것은 아니고 헌법상 방송의 개념과 동일시되는 것은 아니다.

헌법상 방송개념은 또한 방송이 헌법상 가지고 있는 기능론적인 의미의 측면에서 접근할 때 올바른 개념정의 할 수 있다. 독일 연방헌법재판소가 언급하듯이 방송은 민주주의의 발전을 위한 공적의사의 형성에 봉사한다는 의미(dienende Freiheit)¹⁸⁾라는 관점에서 볼 때 헌법상 방송의 개념을 파악하는데 방송이 공적인 의사형성과 밀접한 관련성을 가지는 범위에서 인정이 되어야 할 것이다.

헌법상 방송의 개념요소를 파악하기 위해서는 우선 현행 방송법을 살펴볼 필요가 있는데 현행 방송법은 제2조 제1호에서 그 개념을 규정하고 있는데 “방송이라 함은 방송프로그램을 기획·편성 또는 제작하여 이를 공중(개별계약에 의한 수신

제1항 2문의 내용을 중심으로 -, 공법연구 제25집 제4호, 1997. 6, 534쪽 이하참조, 지성우, 방송과 유사방송서비스의 규제에 관한 연구 - 독일의 미디어서비스국가협약과 텔레서비스법을 중심으로 -, 헌법학연구 제10권 제1호, 2004. 3, 381쪽 이하참조.

18) 연방헌법재판소는 1981년에 있었던 제3차 방송판결(소위 FRAG 판결)에서 방송자유권을 봉사적 기본권(dienende Freiheit)이라고 보았다(BVerfGE 57, 295, 319f.). 이 봉사적 기본권이라는 개념에 대해 연방헌법재판소는 그 후의 방송판결에서 구체적으로 언급을 했는데 방송은 그 수신자에게 보다 광범위한 정보를 알리는 의무를 지게 되고 사회구성원 개인과 많은 단체들에게 의사형성을 위한 기회를 제공해야 하고 또 스스로 의사형성에 직접 참가할 수 있게 해야 하는 것이라고 한다. 상세한 것은 BVerfGE 73, 118 (152); 그러나, 연방헌법재판소의 이 견해에 대해서는 많은 비판들이 제기되고 있다. 이에 대해서, Degenhart, BK, 1999, Art. 5 Abs. 1 und 2, Rn. 643f.; Kull, "Dienende Freiheit" - dienstbare Medien?, in: Wege und Verfahren des Verfassungslebens, FS für P. Lerche, 1993, S. 663ff.; Engel, Rundfunk in Freiheit, AfP 1994, S. 185ff.; Fink, Wem dient die Rundfunkfreiheit?, DÖV 1992, S. 805ff. 참조.

자를 포함하며, 이하 "시청자"라 한다)에게 전기통신설비에 의하여 송신하는 것이라고 규정하고 있다.¹⁹⁾ 이런 방송의 개념에는 텔레비전방송, 라디오방송, 데이터방송, 이동멀티미디어방송등을 포함한다고 하고 있다.²⁰⁾ 다만 데이터방송의 경우는 방송사업자의 채널을 통한 데이터(문자·숫자·도형·도표·이미지 그 밖의 정보 체계를 말한다)를 위주로 하여 이에 따르는 영상·음성·음향 및 이들의 조합으로 이루어진 방송프로그램을 송신하는 방송을 의미하는데 이중 인터넷 등 통신망을 통하여 제공하거나 매개하는 경우는 제외된다.²¹⁾

이런 현행 방송법상의 방송의 개념에서 파악해 볼 때 방송의 개념을 첫째, 방송 프로그램을 기획·편성 또는 제작한 것을 둘째, 일반 공중에게 셋째, 전기통신설비에 의하여 송신하는 것을 의미한다고 볼 수 있다.²²⁾ 그러나, 우리 법학계에 있어서 아직 법적 개념으로서의 방송개념에 대한 논의는 많지 않다.²³⁾ 따라서 이 부분에서는 비교법적인 방법이 모색될 수 있는데 이에 독일에서 주간방송협약에 규정된 방송의 개념을 독일 학계와 독일 연방헌법재판소의 견해를 중심으로 살펴보고 이와 관련적인 사항에서의 우리 방송법의 문제점도 고찰하고자 한다.

1) 수신자로서의 일반대중(Die Allgemeinheit als Adressat)

방송의 첫 번째 개념적인 요소는 제작된 프로그램을 일반대중에게 전파하는 것을 의미한다. 여기서의 일반대중이란 불특정다수를 의미하고 공간적으로 제한되거나 특정의 인원에게 공개된 상태를 의미하지 않는다. 우선 방송이란 단어의 독일 어상의 의미가 Rundfunk인데 이중 Rund는 원형, 두루두루의 뜻으로 사용이 된다.

19) 방송법 제2조 제1호.

20) 방송법 제2조

21) 방송법 제2조 제1호 다

22) 이런 방송법상의 개념요소들은 앞서 언급한 독일방송법상의 방송개념과 유사하므로 이에서는 독일의 논의와 더불어 우리 현행의 법에 대한 검토를 하고자 한다. 국내의 경우 방송의 개념을 법적으로 특히 헌법적인 의미에서 접근한 경우는 그리 많지 않기 때문에 독일에서의 논의를 비교고찰에 도입하고자 한다.

23) 헌법상 방송개념에 관한 논의는, 전정환, 헌법상 방송의 개념 - 독일 기본법 제5조 제1항 2문의 내용을 중심으로 -, 공법연구 제25집 제4호, 1997. 6, 534쪽 이하; 지성우, 방송과 유사 방송서비스의 규제에 관한 규제 - 독일의 미디어서비스국가협약과 텔레서비스법을 중심으로 -, 헌법학연구 제10권 제1호, 2004. 3, 381쪽 이하; 고수자, 독일방송개념 규명논쟁에 관한 연구 : 주관적 및 객관적 방송자유의 관점을 중심으로, 한국언론학보 47권 3호, 2003. 6, 170쪽 이하참조.

이는 영어의 Broadcasting상의 broad와 같은 뜻으로 사용이 된다. 방송이란 개념은 언어적인 측면에서 그 개념을 파악하면 어느 특정 지역이나 특정인에게 한정된 그러한 개념이 아니라 불특정 다수인인 일반인을 지향한다는 점이다. 바로 이런 점에서 방송이 대중매체로서 가지는 영향력이 강조되고 그 중요성이 강조되는 이유이다.²⁴⁾ 그러나 이런 일반대중을 어떻게 정의할 것인가의 문제는 그리 쉬운 일은 아니다. 특히 개인적 미디어와 대중적인 미디어의 융합화(Konvergenz)가 일어나는 현실에서 그 기준을 정하는 일은 점점 더 어려워지고 있다.²⁵⁾

우선 일반대중이란 의미는 역사적으로 파악을 할 수 있다. 초기에 독일에 있어서 방송의 수신자로서의 일반대중이란 경찰이나 해양경찰 그리고 항해를 위한 무선통신과 구별되는 개념이었다. 이런 무선통신은 임의의 대중을 그 수신 대상으로 하는 것이 아니라 일정의 특수한 사람만을 그 통신의 대상으로 하고 있기 때문에 방송의 개념에서는 제외된다. 즉 헌법상 개념으로 방송이란 어느 특정의 이익을 가진 단체나 범주의 사람을 의미하는 것이 아니라 불특정, 임의적인 그러한 수신자를 그 대상으로 한다. 이런 의미에서 앞에서 언급한 경찰통신, 해양통신 그리고 항해를 목적으로 하는 무선통신은 방송의 영역에서 제외된다.²⁶⁾

여기서 문제가 되는 것 중의 하나가 과연 임의적인 일반대중이라 할 때 과연 어느 정도의 수적 규모를 일반대중이라고 파악해야 하는가 하는 문제로 등장할 수 있다. 이런 문제에 대해 구체적인 규모의 수를 언급하는 것은 법학적인 의미에서 큰 의미도 없을뿐더러 그렇게 명백히 나타나지는 않았다.²⁷⁾ 오히려 이런 구체적인 수에 의한 규모보다는 더 중요하게 판단되어야 하는 것이 방송이란 대중매체에 대해 일반인들이 잠재적으로 접근 가능해야 한다는 점에 더 중점을 두어서 판단을 해야 한다.²⁸⁾ 오히려 이런 일반대중이란 개념에 대해 상한선이나 하한선을 설정하

24) Degenhart, Rundfunk und Internet, ZUM 1998, S. 333 (336); Bernard, Rundfunk als Rechtsbegriff, 2001, S. 106ff.

25) Scherer, Telekommunikationsrecht und Telekommunikationspolitik, 1984; Kresse/Heinze, Rundfunk-Dynamik am Morgen des digitalen Zeitalters, AfP 1995, S. 574 (577); Bullinger, Der Rundfunkbegriff in der differenzierung kommunikativer Dienste, AfP 1996, S. 1 (5).

26) Pappi, Teledienste, Mediendienste und Rundfunk, 2000, S. 37f.; Degenhart, BK 1999 Art. 5 Abs. 1 und 2, Rn. 678f.; Lent, Rundfunk-, Medien-, Teledienste, 2000, S. 97f.

27) Gersdorf, Der verfassungsrechtliche Rundfunkbegriff im Lichte der Digitalisierung der Telekommunikation, 1995, S. 110

28) Nischan, Digitale multimediale Videodienste, 2000, S. 120

는 것은 그 자체가 하나의 자의적인 것이 되는 것이다.²⁹⁾ 이것은 독일 연방헌법재판소가 그 판결에서 방송수신자로서의 일반대중이 어느 정도의 규모인가에 대해서는 언급을 회피하면서 방송이란 대중매체(Massenkommunikationsmittel)라는 점을 강조하고 있다는 점에서도 그 근거를 찾을 수 있다.³⁰⁾

수신자로서의 일반대중이라고 할 때 또 고려의 대상으로 삼아야 하는 것은 공간적인 수신자의 문제이다. 좁은 공간에서의 비디오를 상영하는 것, 경마장에서 경마경주에 대한 상영, 확성기 또는 스피커를 통한 전파의 경우 그리고 고속철 내에서의 방송의 전파가 헌법상 방송개념과 부합하는지가 문제가 된다. 이에 대해서 독일의 경우는 학설이 나뉘고 있는데 일설은 이런 공간적인 격리수신의 경우 헌법상 방송개념을 정의하는데 영향력을 끼치지 않는다고 한다. 헌법상 방송의 개념을 정의하는데 있어 중요한 것은 수신자로서 일반인에게 전파되는 것이 방송인지 아닌지의 중요성은 공적의사 형성의 과정에 얼마나 영향을 미치는지에 의해 결정이 되어야 하고 이런 시간적·공간적인 분리의 문제는 중요하지 않다고 한다.³¹⁾ 이에 대하여 다른 학설은 헌법상 방송개념이 인정되기 위해서는 일정한 공간상의 격리가 필요하다고 하고 이런 일정한 공간상의 격리는 헌법상 방송개념요소인 수신자로서의 일반대중을 결정하는데 하나의 기준이 된다고 한다. 따라서 일정한 거리에서 하는 방송유사의 광고나 좁은 공간에서의 비디오를 상영하는 것, 경마장에서의 경마경주에 대한 상영, 확성기 또는 스피커를 통한 전파 그리고 고속철 내에서 방송의 전파는 헌법상 방송개념에 포섭되지 않는다고 한다.³²⁾

29) Bernard, Rundfunk als Rechtsbegriff, 2001, S. 115

30) BVerfGE 12, 205 (260); 31, 314 (324); 57, 295 (320); 74, 297 (323)

31) Gersdorf, Der verfassungsrechtliche Rundfunkbegriff im Lichte der Digitalisierung der Telekommunikation, 1995, S. 130; Kibele, Multimedia im Fernsehen, 2001, S. 158f.; ders., Multi-Media: Der Rundfunkbegriff im Umbruch?, AfP 1995, S. 571; Eberle, Neue Übertragungstechnik und Verfassungsrecht, ZUM 1995, S. 249 (254); Jarass, Online-Dienste und Funktionsbereich des Zweiten Deutschen Fernsehens, 1997, S. 15f.; Hoffmann-Riem, Pay TV im öffentlich-rechtlichen Rundfunk, 1996, S. 58f.; A. Hesse, Zur aktuellen Entwicklung des Rundfunkrechts, BayVBl 1997, S. 132 (136); Vesting, Prozedurales Rundfunkrecht, 1997, S. 239f.

32) Degenhart, BK, 1999, Art. 5 Abs. 1 und 2, Rn. 684ff.; Bullinger, Der Rundfunkbegriff in der Differenzierung kommunikativer Dienste, AfP 1996, S. 1(6); Lent, Rundfunk-, Medien-, Teledienste, 2000, S. 105ff.; Brand, Rundfunks im Sinne des Artikel 5 Abs. 1 Satz 2 GG, 2002, S. 46ff.

방송수신자로서의 일반대중은 일정한 공간적으로 격리되어 있어야 한다고 볼 수 있다. 왜냐하면 임의적·불특정인 일반대중이라 할 때 잠재적으로 그 매체에 접근 가능하다는 것을 의미한다. 그러나 일정한 공간에서 행하는 통신은 그런 잠재적인 가능성을 배제하는 것이 되고 단지 특정한 폐쇄적 또는 개방적인 범위의 사람에게 국한된다고 보기에 잠재적인 접근가능성이 열려있다고 보기는 어렵다. 특히 공간적 격리성을 부인하는 학자들의 경우 공적사상의 형성이라는 측면에 중점을 두는데 이것은 수신자로서의 일반대중의 요건에서 다른 문제가 아니라 다른 요소 즉 프로그램 관련적인 제작성에 그 연관성을 찾아야 할 것이다.³³⁾

수신자로서의 일반대중에게 방송이 시간적으로 동일하게 도달되어야 하는가의 문제에 대해서 역시 공간적인 격리성의 중요성을 헌법상 방송개념으로 인정하지 않는 학자들은 시간적인 동시성의 중요성을 인정하지 않는다. 그러나 독일연방헌법재판소는 소위 바덴·뷔르템베르크 판결(Baden-Württemberg Urteil)에서 방송과 방송유사의 개념구별에서 시간적인 동시성을 인정했으며 그 후의 판결에서도 이를 그대로 인정하고 있다.³⁴⁾

그러나 이런 수신자로서의 일반대중이란 문제는 기술의 발달로 인해 새로운 장을 맞이하고 있다. 바로 인터넷을 통한 방송의 전파인데 이 경우는 과거의 방송이 방송프로그램의 송신자와 수신인사이가 관계가 일방향적인 것과는 달리 쌍방향적인 성격도 함께 가질 수 있다. 따라서 이런 경우 과연 수신자로서의 일반대중이라는 요소로 인터넷을 통한 방송유사 매체 중 헌법상 방송개념을 설명할 수 있을 것

33) 이런 의미에서 현행 방송법 제2조 10호에 규정되어 있는 전광판방송의 경우는 방송수신자로서의 일반성이 결여되어 있어 헌법상 방송개념에 포함되지 않는다. 왜냐하면 이 전광판 방송은 단지 특정의 거리의 사람에게 개방되어있어 일반대중들의 잠재적인 접근가능성이 제한되어 있다고 볼 수 있다. 또한 헌법상 방송개념의 다른 요소 즉 사적·공적의사형성에 영향을 미치는 프로그램관련적인 제작물이라는 면에서도 부합할 수 없다. 방송이 다른 일반적인 출판과 다른 점은 음향·영상을 동반해 그 파급적 영향력이 매우 크기 때문에 강한 법적 규제를 받고 있다. 그러나 전광판 방송의 경우 보통 음향의 요소가 빠져있어 - 물론 있다 하더라도 그 영향력은 상대적인 미약성을 가진다. - 헌법상 방송개념에 포섭되기에는 적절치 못한 경우이다. 이는 오히려 독일법제상 과거 방송의 개념으로 인정되다가 그 후 입법적인 조치로 새로운 법적영역에 속하는 텍스트서비스(Textdienste)의 영역에 속하게 함이 타당하다. 이것은 결국 표현의 자유라는 기본권관련적인 측면에서도 그 실효성이 강하게 보장될 수 있을 것이다.

34) BVerfGE 74, 297ff. 한편, 이런 시간적인 동일성의 정도에 대해서는 방송송신과 수신 기술상의 정도의 시간차(Systemlaufzeit)의 경우 시간적인 동일성을 인정한다.

인가에 대해서는 여전히 문제점이 남는다고 해야 할 것이다.³⁵⁾

2) 방송프로그램을 기획·편성 또는 제작한 상영물(redaktionelle Darbietungen)

방송프로그램을 기획·편성 또는 제작한 상영물의 제공은 일반적으로 독일법상의 방송의 개념을 정의하는데 가장 중요한 역할을 하는 요소인데 이것은 방송이 민주주의의 발달을 위한 전제조건으로서의 건전한 공적의사형성을 위한 매체와 요소라는 성격 때문이다.³⁶⁾ 공적의사형성과 관련되지 않는 프로그램은 방송의 개념에서 벗어나는 것이고 따라서 방송의 법적규제의 범위를 벗어나는 것이다. 이것은 독일의 경우 방송에관한국가협약(Rundfunkstaatsvertrag)에 의해 그 규제가 이루어지는 것이 아니라 주간미디어협약(Mediendienststaatsvertrag)에 의해 규율이 이루어지게 되는 것이다. 우리나라의 경우도 마찬가지로 이 공적의사형성에 중요한 프로그램적인 내용의 결여는 결국 방송법상의 규율의 영역이 아니라 방송이외의 다른 영역에 따른 규제를 받게 된다.³⁷⁾

이런 의미에서 볼 때 공적의사형성과 관련이 없는 프로그램의 제공 즉 예를 들어 단순한 텍스트형태로 제공되는 일기예보, 진행자의 프로그램적인 요소가 없는 단순한 상품카탈로그적인 홈쇼핑의 제공, 자동차운전자에게 운행정보를 제공하는 네비게이션시스템등은 공적의사형성의 의미를 가지는 방송의 헌법상 개념과는 부합할 수 없는 것이고 따라서 헌법상 방송의 개념을 벗어나는 것이 된다. 이러한 견해는 독일연방헌법재판소의 방송판결에서 지속적으로 인정되어 오고 있다. 독일연방헌법재판소는 제1차 방송판결(소위 ZDF Urteil) 이후 공적의사형성을 위해서는 방송은 공적의사형성과 관련하여 밀접한 관련성을 가진다고 하고 이후의 방송판

35) 이에 대한 문제점의 해결방안으로 본인은 수신자의 방송프로그램에 대한 선택가능성을 헌법상 방송개념정의의 새로운 요소로서 파악하고자 한다.

36) Gersdorf, Der verfassungsrechtliche Rundfunkbegriff im Lichte der Digitalisierung der Telekommunikation, 1995, S. 9; 그러나, 일부의 견해는 이런 프로그램관련적인 내용의 제공이란 것을 방송의 개념요소로 파악하는데 반대하는 견해도 있다, 이에 대해서는, Schulz, Jenseits der Meinungsrelevanz, ZUM 1996, S. 493; Scherer, Online zwischen Telekommunikations- und Medienrecht, AfP 1996, S. 218

37) 가장 중요한 차이점은 방송의 경우 그 시행을 위해서는 방송국의 설립이 필수적인데 방송의 규제영역에 의할 때에는 허가제에 의한 운영이 불가피하다는 결과를 가져온다. 그러나 헌법상 방송의 개념에 포섭되지 않는다고 볼 때는 방송법의 규제 하에서 벗어나게 되고 방송법상의 허가사항이 아니라는 점에서 그 차이점을 가진다.

련관결에서 이 의견을 유지하고 있다. 특히 연방헌법재판소는 공적의사형성과 관련된 방송의 개념을 넓은 의미로 파악하고 있는데 예를 들어 현재, 과거의 정치적 관련 프로그램만이 아니라 음악회, 오락프로그램등도 넓은 의미에서 공적의사형성이란 점과 관련성을 가진다고 보고 또한 이런 것을 판단할 때는 단지 부분이 아니라 전체적인 의미로 파악해야 한다고 한다.³⁸⁾

이런 점에서 문제가 될 수 있는 것은 상업적인 목적의 광고의 경우가 문제될 수 있는데 이 경우는 순수하게 가치중립적인 경우가 아닌 소비자의 상품선택에 대한 가치평가에 영향을 끼칠 수 있는 경우는 헌법상 방송의 개념으로 포섭되어야 한다. 그러나 단순히 기업의 활동상을 직접적으로 알려주는 정도의 가치중립적인 광고의 경우는 방송의 개념에 포섭될 수 없다.³⁹⁾

공적의사형성을 위해 방송이 음성적·시각적인 요소를 반드시 갖추어야 하는가 하는 것이 또한 고려되어야 한다. 헌법상 방송개념정의에 있어서 음성적·시각적인 요소가 필수적이어야 하는가에 대한 논란에 대해서 현재 독일학계의 의견은 나뉘고 있다. 학설의 일부는 이런 음성적·시각적인 요소를 헌법상 방송개념 정의에 중요하지 않은 요소로 파악하고 이런 요소들은 영화관의 영화나 시디에 담겨진 음성적·시각적인 미디어내용물의 경우도 이런 음성적·시각적인 요소의 내용을 담고 있기에 이런 모든 경우를 방송의 개념으로 파악할 수는 없고 따라서 음성적·비디오적 요소는 헌법상 방송의 개념을 정의하는데 중요한 요소는 아니라고 한다.⁴⁰⁾ 이에 비해 다른 학설은 방송의 음성적·시각적인 부분을 헌법상 방송의 개념정의에 있어 중요한 요소로 파악하는데 우선 역사적인 기원에서 그 근거를 찾는다. 독일 기본법의 제정자들은 우선 방송의 자유를 기본법 제5조 제1항 제2문에서 규정을 할 때 과거 나찌시대의 방송이 방송특유의 대중선동력을 음성적·시각적인 표현으로 인해 다른 매체보다 더 강하게 국민의 공적의사의 잘못된 형성이라는 점에 중점을 두어 음성적·시각적인 요소는 헌법상 방송의 요소를 결정하는데 중요한 요소가 된다고 한다. 또한 이 학설은 방송이 다른 언론매체보다 강하게 규제

38) BVerfGE 12, 205 (260); 31, 314 (326); 35, 202 (222); 57, 295 (320); 101, 361 (390)

39) Degenhart, BK, 1999, Art. 5 Abs. 1 und 2, Rn. 677; Hoffmann-Riem, Der Rundfunkbegriff in der Differenzierung kommunikativer Dienste, AfP 1996, S. 9 (12); Lent, Rundfunk-, Medien-, Teledienste, 2000, S. 88.

40) Hoffmann-Riem, Pay TV im öffentlich-rechtlichen Rundfunk, 1996, S. 44; Jarass, Online-Dienste und Funktionsbereich des ZDF, 1997, S. 16ff.

를 받는 이유인 방송특유의 영향력 즉 대중선동력(Suggestivkraft), 영향의 광범성(Breitenwirkung) 그리고 영향의 현실성(Aktualität)은 바로 방송의 음성적·시각적인 특성을 가졌다는 점에 기인하고 있다고 파악한다. 따라서 헌법상 방송개념을 정립하는데 있어서는 음성적·시각적인 요소는 중요한 역할을 한다고 주장한다.⁴¹⁾ 헌법상 방송의 개념을 정의하는데 있어서는 결국 방송이 다른 언론매체 특히 텍스트중심의 매체에 비해 강한 법적 규제를 받는 이유를 고려할 때 결국은 방송이 다른 언론매체가 가지는 못하는 강한 잠재적인 영향력의 행사라는 점이고 이런 영향력은 방송의 음성적·시각적인 면에 기인한다고 파악하는 것이 타당하고 따라서 헌법상 방송의 개념정립에 있어서 음성적·시각적인 요소가 중요한 역할을 한다고 파악하는 것이 타당할 것이다. 독일연방헌법재판소도 호네커 소송판결(Honecker-Prozess Urteil)에서도 밝혔듯이 방송이란 음성적·시각적 형태라고 파악하고 있다.⁴²⁾

제작된 프로그램이 어느 정도의 국민의사형성에 기여를 해야 하는가의 문제 즉 구체적인 측정가능수치의 영향력으로 나타나야 헌법상 방송개념으로 인정될 수 있느냐의 문제가 제기될 수 있다. 그러나 법학적인 의미에서의 이 영향력의 정도는 구체적일 필요는 없다. 법학상 개념으로서의 방송은 그 개념이 가지는 잠재적인 의미로 또 이것이 과거의 역사적 현실에서 그렇게 남용되어 왔기에 국민의 공적 의사형성에 중요성만을 가지고 있으면 그 영향력이 잠재적이든 현실적이든 그리고 영향력의 대소에 상관이 없는 것이다. 중요한 것은 국민의 사적·공적 의사형성에 미치는 방송의 잠재적인 영향력이다.⁴³⁾

3) 전기통신설비에 의하여 송신(technische Verbreitung)

방송의 개념정립에 있어 또 하나의 요소는 전송방법에 있어서의 특징인 전기통신설비를 통한 전송이라는 요소이다. 전통적으로 방송은 전기통신시설을 이용한다는 점에서 다른 대중매체인 신문, 부정기간행지(Mook), 단행본등과 구별이 된다. 그러나 전기통신설비에 의한 송신이라는 요소는 최근에 와서 과연 방송의 하나의

41) Lent, Rundfunk-, Medien-, Teledienste, 2000, S. 90

42) Degenhart, Online-Angebote öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, 1998, S. 52ff.; BVerfGE 91, 125 (134)

43) BVerfGE 57, 295 (319); 90, 60 (87); Bernard, Rundfunk als Rechtsbegriff, 2001, S. 108

개념요소로 인정될 것인가의 문제에 대해 논란이 제기되고 있다. 특히 소위 인터넷을 통한 전자신문(electroniche Zeitung)의 경우 그 전파의 방법을 전기통신시설을 이용한다는 점에서 기존의 방송과의 차이점이 상실되고 있는 이런 미디어의 융합화의 시점에서 과연 이런 기술적인 요소에 의해 방송의 헌법상 개념을 정의하는데 결정적인 역할을 할 수 있을 것인가에 대해서는 의문이 발생한다. 특히 전자신문의 경우 전자신문의 초기의 문자중심의 정보의 제공과 다른 정보원예의 링크를 통한 동영상을 겸비한 정보제공으로 그 서비스의 중심이 옮겨가는 현실을 고려해 볼 때 과연 기존의 방송의 개념과 구별의 문제는 더 심화된다. 그러나 그렇다고 해서 전자신문을 기존의 방송의 개념에 포섭시킨다고 했을 때에는 방송의 특수한 성격에 의해 부과되는 방송특유의 규제영역하에 전자신문을 둔다고 하는 것은 결국 그 만큼의 언론의 자유에 대한 침해의 문제가 발생하는 것이다.⁴⁴⁾ 이런 의미에서 현시점에서 더 이상 기술적인 요소라는 것이 헌법상 방송의 개념을 정의하는데 필수적인 요소가 아니라는 견해가 주장된다.⁴⁵⁾

4) 수신자의 정보에 대한 선택가능성(Auswahlmöglichkeit der Empfänger)

① 새로운 요소의 도입의 필요성

기존의 방송체계 하에서는 앞에서 언급한 방송개념의 요소들로 방송의 헌법상 개념을 정의하는데 그리 큰 어려움은 없었다. 그러나 기술의 발달로 인한 각종 매체의 융합화현상, 특히 통신과 방송의 융합화현상은 기존의 방송개념요소로 파악하기에는 많은 어려움을 초래시켰다.⁴⁶⁾ 소위 전자신문이라고 하는 인터넷상의 신문은 동영상을 포함한 방송유사의 서비스를 제공할 수 있으며 인터넷의 각종 사이트에는 에로틱한 영상정보의 제공과 각종 포르노물을 생방송하거나 아니면 주문자방식의 비디오(Video on Demand)로 정보로 제공하고 있다. 이런 각종의 매체는 기존의 방송개념으로는 그 구별의 한계선을 설정하기가 그리 쉬운 일은 아니다.

44) 방송규제의 특수성에 관한 문제는, 곽상진, 방송규제의 특수성에 대한 헌법적 검토, 공법연구 제29집 제3호, 263쪽 이하참조.

45) Degenhart, BK Art. 5 Abs. 1 und 2, 1999, Rn. 675.

46) 융합화 현상이라고 할 때 두 가지 측면을 고려할 수 있는데 우선은 매체의 정보를 수용하는 수신기의 융합화(소위 텔레비전과 컴퓨터 모니터의 결합을 들 수 있다)와 매체자체의 내용적인 면에서의 융합화를 들 수 있다. 헌법상 방송개념의 정의대상이 되는 것은 내용적으로 결합되는 경우가 문제가 된다고 할 수 있다.

특히 현행 방송법은 인터넷을 통한 인터넷을 통한 정보의 제공의 경우 방송의 개념에서 제외시키고 있기에 방송법의 규제영역에 속하지 않게 된다.⁴⁷⁾ 그러나, 시대에 따른 기술의 발전은 이제 개인에 의한 인터넷을 통한 방송의 가능성을 열어두고 있으며 개인은 실제로 간단한 장비로 개인방송을 할 수 있게 되었다.⁴⁸⁾ 이런 현상은 미래에 개인에 의한 방송 또는 방송유사프로그램의 제작·전송가능성이 더 커지고 이에 대한 각종 사회문제 즉 예를 들어 각종 선거에 있어서 개인에 의한 선거방송을 통한 선거운동, 개인에 의한 인터넷 홈쇼핑방송의 운영, 인터넷을 통한 예로물과 포르노물의 방송등과 같은 문제에 대해서 이를 합리적으로 규제하기 위한 법안이 필요하게 된다. 특히 이런 정보의 제공물이 방송의 영역에 속할 것인지 아니면 일반적인 정보의 제공에 속할 것인지의 문제는 입법상의 문제만이 아니라 헌법상 기본권보호라는 측면과 함께 중요한 역할을 하게 된다. 민주주의 국가에서 일반적인 의사표현의 자유는 민주주의의 발전에 불가결한 그러한 요소라는 점은 이미 판례와 많은 학자들이 인정하고 있는 사실이다.⁴⁹⁾ 따라서 기술의 발전에 따른 통신과 방송의 융합화의 현실에서 국민의 기본권의 실질적인 보장이라는 측면에서 그리고 민주주의의 발전이라는 측면에서 법적 규제의 영역을 달리하는 방송과 방송유사의 매체에 대한 구별의 기준으로 기존의 방송개념의 요소만이 아니라 통신과 방송의 융합화의 현상 속에서 방송개념을 정의할 수 있는 새로운 방송개념의 요소가 필요하다고 할 수 있다.

② 인터넷과 수신자의 선택가능성

인터넷이란 매체는 우선 그 매체의 특성상 개인적 이용이라는 성격을 가진다. 이는 인터넷의 기술발전사에 그 연원을 가진다. 비록 인터넷의 기술이 Pull Technik에서 Push Technik으로 발전을 했지만 인터넷의 기본적인 기술은 인터넷 사용자의 인터넷 공간상에 제공되는 정보에 대하여 시간적·내용적인 선택을 전

47) 방송법 제2조 1호 다목

48) 과거 방송의 독점, 과점현상을 지지했던 근거였던 방송의 특수상황이론 (Sondersituation des Rundfunks)은 이제 더 이상 그 합리적 근거를 상실했고 이에 따라 방송자유권은 제도적·객관적 기본권으로서의 성격에서 주관적공권으로서의 성격이 바뀌어 가고 있다. 拙稿, 인터넷기술의 발달에 따른 방송자유권의 기본권성격에 관한 고찰, 공법연구 제33집 제1호 참조

49) BVerfGE 59, 295 (319); 83,238 (295f.); 87, 181 (197); 90, 60 (87).

제로 한다. 이는 기존의 방송이 가지고 있는 의미와 비교해 볼 때 가장 큰 차이점을 발견할 수 있는데 기존의 방송이 소파에 앉아서 단순히 리모컨으로 화면을 선택할 수 있고 방송수신자는 단지 기존의 방송사가 송신하는 방송프로그램의 내용에 내용적으로나 시청시간에 있어서 단순히 주어진 것을 수용하는 수동적인 입장에 있다. 이런 기존의 방송에 있어서 방송수신자는 수동적인 입장에서 방송프로그램의 내용에 전적으로 종속되며 방송의 특수한 영향력의 객체로 전락하고 만다.⁵⁰⁾ 방송수신자는 단지 자신이 방송을 보던지 아니면 다른 채널을 선택할 것인가의 문제만을 결정할 수 있다. 이런 의미에서 방송에 대한 규제가 다른 일반적 의사표현의 자유영역보다 더 강하게 나타나는 원인이 된다.

방송의 영향력에 대한 수신자의 수동적인 입장은 헌법에서 성정하는 인간상에 대한 모습을 전제로 하고 있는데 독일 기본법에서 인정하고 있는 기본적인 인간상이란 연방헌법재판소가 아직 구체적으로 헌법상의 인간상을 언급한 적은 없지만 인간은 기본적으로 환경에 의하여 지배를 어느 정도 받기는 하지만 스스로의 결정에 의해 주위환경과 자신의 결정을 할 수 있는 능력을 가지고 있다는 것을 전제로 한다.⁵¹⁾ 이런 의미에서 볼 때 방송법에 존재하는 각종규제는 결국 헌법학에서 전제로 하고 있는 인간상이 방송의 영역에서는 방송프로그램에 대한 선택의 제한과 결부되기에 이에 대한 폐해를 방지하기위한 수단으로 결국 방송법특유의 규제표출되게 되는 것이다. 이런 문제는 결국 방송수신자가 방송프로그램에 대한 시간적·내용적인 선택의 가능성이 극히 제한된다는 것을 의미하고 이 선에서 방송사에 의해 제공되는 프로그램은 결국 방송의 규제영역에 속하게 되는 방송개념 즉 헌법상 방송개념에 포섭되어야 하는 것이다.

그러나 이와 반대로 방송수신자가 방송프로그램에 대한 시간적·내용적인 문제에 대해 실질적인 선택권을 가지는 경우에 있어서는 과연 방송법에 존재하는 과도

50) 방송의 특수한 영향력은 독일연방헌법재판소가 인정하는 대중선동력(Suggestivkraft), 영향의 광범성(Breitenwirkung) 그리고 영향의 현실성(Aktualität)이 기 근거를 두고 있는 것이다. BVerfGE 90, 60 (87); 또한 BVerfGE 31, 314 (325); 57, 295 (323); Lent, Rundfunk-, Medien-, Teledienste, 2000, S. 40ff.; Schulz/Held/Kops, Perspektiven der Gewährleistung freier öffentlicher Kommunikation, 2002, S. 79f.

51) 이에 대해 상세한 것은, P. Häberle, Das Menschenbild im Verfassungsstaat, 1988, S. 11; G. Radbruch, Der Mensch im Recht, 1957 (3 unveränderte Aufl.), S. 16; K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Bd. III/1, 1988, S. 31; G. Dürig, Der Grundsatz von der Menschenwürde, AöR 81, 1956, S. 127; BVerfGE 4, 7 (15f.)

한 방송규제가 필요한가에 대해서는 생각해 보아야 할 것이다. 이런 경우에 있어서 결국 그 수신프로그램에 대해서 실질적인 취사선택의 문제가 수신자에게 부여되어 있기에 이런 경우에는 방송법의 특유한 규제의 입법취지를 벗어나기에 결국 방송의 영역에 속한다고 규제하는 것은 오히려 기본권의 신장이라는 측면에서 볼 때 그 역기능적인 면이 발생한다. 결국 헌법상 방송개념을 정립하는데 있어 인터넷과 결부되어 중요한 것은 수신자의 내용적·시간적인 선택가능성의 문제이다. 수신자가 실질적으로 인터넷으로 제공되는 프로그램에 대해 - 이것이 비록 방송유사의 프로그램의 제공 또는 헌법상 방송개념합치적인 의미로서의 방송프로그램을 통한 - 내용적·시간적인 선택가능성을 가질 때에는 결국 헌법상 방송개념에서 배제된다고 해야 할 것이다.⁵²⁾

III. 인터넷상에 있어서의 방송의 개념

인터넷상에 있어서의 방송개념과 방송유사의 개념을 구별하기 위한 전제로 인터넷상의 프로그램의 제공형태에 따른 유형별로 헌법상의 방송개념부합성을 살펴보고자 한다.

1. 생방송형태의 프로그램의 제공(Live Sendung)

생방송형태의 프로그램의 제공은 기존의 방송국 또는 프로그램제공자가 자신의 방송·방송유사프로그램을 인터넷을 통해 현재 기존의 방송국에서 방송중인 방송프로그램을 동시에 전송하거나 또는 인터넷을 위해 특별히 제작된 형태의 프로그램을 일정한 시간적인 계획 하에 스트리밍(Streaming)방식을 통해 제공하는 형태를 의미한다.⁵³⁾ 이런 스트리밍형태의 프로그램제공은 기존의 방송전송방식과의 차

52) 인터넷을 통한 방송의 제공 또는 방송유사프로그램의 제공은 다양한 형태로 제공이 가능하나 이하에서는 수신자의 선택가능성이란 문제와 결부해서 인터넷을 통한 생방송의 형태와 주문식비디오방식에 의한 프로그램의 제공이라는 형태를 기준으로 구분해서 헌법상 방송개념에 대해 알아보기로 한다.

53) 이런 스트리밍(Streaming)방식의 프로그램제공은 그 제공의 주체가 공영방송인지 아니면 민영방송인지 또는 개인인지의 여부에 따라 프로그램의 제공의 범위에 있어서도 상이한

이점은 단지 지상파, 위성 그리고 케이블 대신에 인터넷이라는 망을 이용한다는 점과 기존의 텔레비전으로 방송을 수신하는 것이 아니라 인터넷 망에 연결이 되어 있는 컴퓨터와 모니터를 통해 프로그램을 시청할 수 있는 것이다. 현재의 기술적 인 상태에서 인터넷을 통한 동화상의 프로그램제공은 일반적인 기존의 전송방식을 통신 - 지상파, 케이블, 위성을 통한 방송프로그램의 송신 - 프로그램의 동화상의 질적 상태보다는 낮은 상태의 프로그램전송이 이루어지고 있으나 이런 문제는 장래에 있어서 극복될 수 있는 문제이고 실제로 현재에 있어서도 인터넷을 통한 프로그램제공이 기존의 방송만큼 보편화되지 않았기 때문에 굳이 고화질의 제공으로 이루어지지 않은 상태에 불과하다.⁵⁴⁾ 따라서 인터넷상에서의 생방송형태의 프로그램의 제공은 결국 기존의 방송전송방식을 인터넷이란 새로운 매체를 통해 전송하는 것에 불과한 것이다. 이런 의미에서 앞서 살펴본 헌법상 방송의 개념요소들, 즉 수신자로서의 일반대중(Die Allgemeinheit als Adressat), 방송프로그램을 기획·편성 또는 제작한 것(redaktionelle Darbietungen), 전기통신설비에 의하여 송신(technische Verbreitung) 등과의 관계에서 인터넷상에서 생방송형태의 프로그램제공을 달리 규정할 필요는 없다. 특히 논란의 대상이 될 수 있는 인터넷상에서의 수신자의 프로그램 선택가능성이란 요소라는 측면에 의해서도 헌법상 방송개념과 부합한다고 할 수 있다. 인터넷을 통한 생방송형태의 프로그램제공에 있어서는 수신자는 기존의 지상파, 케이블 그리고 위성을 통한 방송과 같이 수동적인 지위에 서있게 되는 것이다. 즉 수신자는 프로그램의 선택에 있어서 시간적·내용적인 선택의 폭을 가지지 못한다. 단지 기존의 텔레비전화면에서 리모트컨트롤로 화면을 선택할 수 있다는 것이 이런 형태의 방송에서는 단지 컴퓨터자판을 이용한다든지 마우스를 이용한 선택의 형태로 변경될 뿐이다. 따라서 실질적인 의미에서 수신자는 생방송형태의 프로그램제공에 있어서는 시간적·내용적인 선택가능성이 없다. 따라서 인터넷을 통한 생방송형태의 프로그램제공은 헌법상 방송개념과 부합한다.

기본권행위능력과 결부되어 있다. 이에 대한 것은 拙著, Die verfassungsrechtliche Stellung des Internet-Rundfunks im Digitalzeitalter, Diss. Leipzig, 2004, 140쪽 이하 참조.

54) 실제로 우리나라의 경우 문화방송(MBC)의 경우는 과거 300Kbps로 제공을 했으나 현재는 1M 스트리밍방식을 채택하고 있다. www.imc.com 참조

2. 주문자 비디오 방식을 통한 프로그램제공(VOD : Video on Demand)

주문자 비디오 방식을 통한 프로그램의 제공이란 기존의 공영방송, 민영방송 또는 개인이 기존의 프로그램을 또는 특별히 제작한 프로그램을 생방송의 형태가 아니라 수신자가 원하는 시간과 내용에 따라 접근할 수 있도록 프로그램을 컴퓨터 서버에 저장해놓고 이를 수신자의 접속에 따라 프로그램을 제공하는 형태를 의미한다.⁵⁵⁾

이런 형태의 방송의 형식은 기존의 헌법상의 방송요소에서 이 형태의 방송을 고찰하면 특히 문제될 것은 없다. 수신자로서의 일반대중(Die Allgemeinheit als Adressat), 방송프로그램을 기획·편성 또는 제작한 것(redaktionelle Darbietungen), 전기통신설비에 의하여 송신(technische Verbreitung)등의 기존의 방송요소와 살펴볼 때 특별히 부합되지 않는 그러한 요소는 없다. 그러나 이런 형태의 프로그램제공방식은 인터넷이라는 기술이 내포하고 있는 특징, 즉 수신자의 시간적·내용적인 선택가능성이란 점에서 볼 때는 헌법상 방송의 개념으로 파악하기 힘든 문제점을 가지고 있다. 수신자는 이런 형태의 프로그램의 제공에 대해서는 그 자신의 판단에 따라 시간적·내용적인 선택권을 실질적으로 행사할 수 있다. 기존의 지상파, 위성 그리고 케이블을 통한 방송에 있어서는 수신자에게는 단순히 수동적인 입장에서 텔레비전을 시청할 것인가 하는 단순한 선택의 문제 그리고 텔레비전을 시청한다고 했을 때 어느 채널을 선택할 것인지의 여부만이 부여되어 있다. 그러나 인터넷을 통한 주문자방식의 비디오형태를 통한 프로그램제공에 있어서는 수신자는 더 이상 단순히 수동적인 입장에 놓여있지는 않다. 오히려 수신자는 이제 시간적으로는 자신이 원하는 시간을 24시간이란 하루의 기간동안 자신의 취향에 따라 자유롭게 선택할 수 있고 그 내용의 선택에 있어서도 이전 과거처럼 하나의 프로그

55) 이런 형태의 프로그램제공은 프로그램제공자에 따라 유상 또는 무상으로 제공을 한다. 그러나 프로그램의 제공에 따른 대가관계의 성립은 헌법상 방송개념의 정립에 있어 중요한 요소는 아니다. 방송프로그램수신에 있어서의 대가관계는 단지 방송프로그램의 제공의 재정적인 측면에서의 문제점에 불과한 것이지 헌법상의 방송 특히 특별히 강한 법적규제의 대상으로서의 방송과는 상관성이 없다. 독일의 경우에도 소위 유료방송(Pay TV)의 경우 방송의 개념에 포섭이 될 것 인가의 논의가 제기되었으나 현재는 일반적으로 프로그램의 제공에 다른 대가관계는 방송개념의 정립에 있어 필수적인 요소는 아니라고 보고 있다.

램을 처음부터 끝까지 봐야지만 한다는 그런 필연성은 수신자의 취향에 따른 선택이라는 영역으로 전환된다. 이제 수신자는 자신이 원하는 부분의 내용을 자신이 선택을 해서 볼 수 있는 것이다. 특히 인터넷기술의 발전에 따른 방송프로그램의 쌍방향화는 초기단계에서의 단순히 제작된 프로그램의 시간적·내용적인 선택이라는 영역을 기술의 발전에 따라 수신자가 직접 프로그램의 내용형성의 영역까지 참가할 수 있게 하는 쌍방향의 영역까지 확대되게 한다. 이런 쌍방향의 기술의 영역에서 이제 수신자는 더 이상 수동적인 입장에 서있지 않고 적극적인 입장으로 전환된다. 따라서 수신자는 방송의 영향력의 범위에서 벗어나게 된다. 이런 의미에서 수신자가 수동적인 입장에 놓여있지 않고 방송특유의 영향력에서 벗어나게 하는 이런 형태의 프로그램을 강한 법적규제력의 대상으로서의 헌법상 방송의 개념에 포섭시킬 필요성은 없다. 이런 영역까지 헌법상의 방송의 영역으로 확대시킨다고 할 때는 오히려 일반적인 언론의 자유를 침해할 수 있는 과도한 입법적인 규제이기 때문이다. 이는 결국 실질적 법치주의가 요구하는 국민의 기본권의 보호, 국민의 자유와 평등의 신장이라는 내용과 역행하는 정책이라고 할 수 있다. 결국 인터넷을 통한 주문자 비디오방식을 통한 프로그램제공은 비록 그것이 방송유사의 음향과 동화상을 통해 제공된다 하더라도 헌법상 방송의 개념의 영역에 속하는 것은 아니고 일반적인 의사표현의 한 형태이거나 표현의 자유의 한 형태에 불과한 것이라 할 수 있다.

IV. 결론

독일연방헌법재판소가 방송에 관한 판결에서 방송의 개념은 확정적으로 정할 것이 아니라 개방적인 성격의 것으로 보아야 한다는 점은 기술의 발달에 있어 방송개념의 유동성을 강조한 것이라 파악할 수 있다. 그러나 헌법상 방송의 개념을 절대적으로 개방적인 상태로 둔다고 했을 때는 현행 법질서 하에서의 많은 문제점들 즉 방송법상의 허가(방송법 제9조), 심사기준·절차(동법 제10조), 방송의 공적 책임(동법 제5조), 방송의 공정성과 공익성(동법 제6조)등과 관련된 법적문제들이 해결되지 못하고 그대로 남게 된다. 이런 문제점들을 해결하기 위해서는 기술의

발달에 따른 방송개념의 개방성이란 점을 전제로 현시점에서의 타당한 방송의 개념을 규정하고 현재의 법적문제점을 해결하는 자세가 필요하다.

이런 의미에서 기존의 방송개념이 가지고 있는 개념규정의 요소들 즉 수신자로서의 일반대중(Die Allgemeinheit als Adressat), 방송프로그램을 기획·편성 또는 제작한 상영물(redaktionelle Darbietungen), 전기통신설비에 의하여 송신(technische Verbreitung)등은 그대로 인정이 될 수 있을 것이며 특히 인터넷의 기술의 발달에 따른 새로운 요소인 수신자의 프로그램에 대한 시간적·내용적인 선택가능성이란 점은 인터넷상에서 제공되는 프로그램이 헌법상 방송의 개념에 포섭될 것인지, 아니면 방송유사의 프로그램으로 일반적인 표현의 자유의 한 형태인지를 결정하는 중요한 기준이 될 수 있다고 생각한다. 이런 점에서 볼 때 현재 실시되고 있는 인터넷을 이용한 프로그램의 제공 중 스트리밍방식을 이용한 생방송 형태의 프로그램의 제공은 헌법상 방송의 개념에 부합하는 것이라고 판단할 수 있고 이에 반해 주문자 비디오방식을 통한 프로그램제공(Video on Demand)의 형태는 헌법상 방송의 개념에 부합되는 것이 아니라 오히려 일반적인 표현의 한 방식에 불과하다고 하겠다.

參考文獻

- 곽상진, 방송규제의 특수성에 대한 헌법적 검토, 공법연구 제29집 제3호, 263쪽
 고수자, 독일방송개념 규명논쟁에 관한 연구 : 주관적 및 객관적 방송자유에 관점을 중심으로, 한국언론학보 47권 3호, 2003. 6, 170쪽
 전정환, 헌법상 방송의 개념 - 독일기본법 제5조 제1항 2문의 내용을 중심으로 -, 공법연구 제25집 제4호, 1997. 6, 534쪽
 지성우, 방송과 유사방송서비스의 규제에 관한 연구 - 독일의 미디어서비스국가협약과 텔레서비스법을 중심으로 -, 헌법학연구 제10권 제1호, 2004. 3, 381쪽
 Bernard, Rundfunk als Rechtsbegriff, 2001
 Brand, Rundfunks im Sinne des Artikel 5 Abs. 1 Satz 2 GG, 2002
 Bullinger, Der Rundfunkbegriff in der differenzierung kommunikativer Dienste, AfP 1996, S. 1

- Degenhart, BK Art. 5 Abs. 1 und 2, 1999
- Degenhart, Rundfunk und Internet, ZUM 1998, S. 333
- G. Dürig, Der Grundsatz von der Menschenwürde, AöR 81, 1956, S. 127
- Eberle, Neue Übertragungstechnik und Verfassungsrecht, ZUM 1995, S. 249
- Gersdorf, Der verfassungsrechtliche Rundfunkbegriff im Lichte der Digitalisierung der Telekommunikation, 1995
- Gersdorf, Der verfassungsrechtliche Rundfunkbegriff im Lichte der Digitalisierung der Telekommunikation, 1995
- P. Häberle, Das Menschenbild im Verfassungsstaat, 1988
- G. Herrmann, Rundfunk und Fernsehen, 1994
- A. Hesse, Rundfunkrecht, 2 Aufl. S. 77ff.
- A. Hesse, Zur aktuellen Entwicklung des Rundfunkrechts, BayVBl 1997, S. 132
- Hoffmann-Riem, Pay TV im öffentlich-rechtlichen Rundfunk, 1996
- Jarass, Online-Dienste und Funktionsbereich des Zweiten Deutschen Fernsehens, 1997
- Kibele, Multimedia im Fernsehen, 2001
- Kibele, Multi-Media: Der Rundfunkbegriff im Umbruch?, AfP 1995, S. 571
- Kresse/Heinze, Rundfunk-Dynamik am Morgen des digitalen Zeitalters, AfP 1995, S. 574
- Lent, Rundfunk-, Medien-, Teledienste, 2000
- Nischan, Digitale multimediale Videodienste, 2000
- Pappi, Teledienste, Mediendienste und Rundfunk, 2000
- G. Radbruch, Der Mensch im Recht, 1957 (3 unveränderte Aufl.)
- Ricker/Schiwy, Rundfunkverfassungsrecht, 1997
- Scherer, Telekommunikationsrecht und Telekommunikationspolitik, 1984
- Schulz, Jenseits der Meinungsrelevanz, ZUM 1996, S. 493
- K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Bd. III/1, 1988
- Vesting, Prozedurales Rundfunkrecht, 1997

주제어: 인터넷방송, 헌법상 방송개념, 수신자의 선택가능성, 독일방송, 스트리밍

<Zusammenfassung>

Rundfunk als verfassungsrechtlicher Begriff

Choi, Woo-Jeong

Für die Bestimmung des verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriffs werden bis jetzt drei Elemente herangezogen, die ihn kategorisieren, die aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und der Literatur entstammen und heftig diskutiert werden. Es ist die Adressierung an die Allgemeinheit, die redaktionelle Darbietungen und die technische Verbreitung. Für die zukünftige Abgrenzung des Rundfunks von anderen Mediendiensten spielt das neue Element des Rundfunks, die Auswahlmöglichkeit der Empfänger, die entscheidende Rolle.

Der Rundfunkbegriff im koreanischen Rechtssystem ist dem des deutschen Rechtssystems ähnlich. Im Koreanischen Verfassungsrecht gibt es keine ausdrückliche Bestimmung des Rundfunkbegriffs, sondern es existiert nur ein einfachgesetzlicher Rundfunkbegriff. Es ist erforderlich, den verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriff aus dem Koreanischen Verfassungsrecht heraus auszulegen. So ist die Auslegung des deutschen Rundfunkbegriffs ein Vorbild für Bestimmung des koreanischen Rundfunkbegriffs.

Mit der technischen Entwicklung wurde und wird auch weiterhin ein neues Kommunikationsmittel unseres Lebens mitbestimmt, das Internet. Unter dem Begriff 'Webcasting' ist ein den Empfängern mit der Streaming Technik übertragenes multimediales Programme zu verstehen. Andere Bezeichnungen wie z.B. Internet-Rundfunk, Livebertragung über das Internet, haben eine sehr

ähnliche Bedeutung wie der Begriff des Webcasting. Die rechtliche Begriffsbestimmung dieser Sendeform ist noch nicht gesetzlich festgelegt.

Bei der Bestimmung des Internet-Rundfunkbegriffs ist der dynamische Rundfunkbegriff, den das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung ausgeführt hat, zu berücksichtigen. Es ist aber notwendig, den klassischen Rundfunkauftrag und den verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriff in hinsichtlich der Programme zu beachten. Der Rundfunkbegriff, wie er für den terrestrischen Rundfunk, Rundfunk durch das Kabel, Rundfunk über Satelliten und Internet-Rundfunk gilt, kann mit dem bestehenden Gesetzsystem systematisiert werden.

Die Merkmale des verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriffs müssen bei der Begriffsstimmung des Internet-Rundfunks berücksichtigt werden. Insbesondere spielt die Auswahlmöglichkeit der Empfänger bei der Bestimmung des Internet-Rundfunks eine entscheidende Rolle. Gleichzeitig wird auch die Meinungsrelevanz sowohl bei den Inhalte-Anbietern als auch bei den Inhalte-Empfängern berücksichtigt. Nur einige Online-Angebote werden teilweise durch den verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriff erfasst, und zwar dann, wenn sie dieselbe oder eine vergleichbare Wirkung wie der herkömmliche Rundfunk haben. Bei der Bestimmung des verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriffs für den Internet-Rundfunk wird auch die Übertragungsweise des Internet-Rundfunks, sei es die Übertragung des laufenden Programms oder die Übertragung in Form des Video on Demand, einbezogen. Daraus resultiert, dass sich der verfassungsrechtliche Rundfunkbegriff nicht auf die Online-Angebote erstreckt.