

방송의 공정성에 관한 법적 개념과 규제 범위

윤성옥*

한국방송협회 정책실 연구위원

본 논문은 공정성 심의가 법적 개념으로 법률 조항에서 정당성, 타당성, 일관성을 확보해야 한다는 문제의식을 가지고 시도되었다. 이에 따라 방송통신심의위원회의 성격과 심의 위헌성, 심의규정의 위헌성, 방송사의 의견 표명과 제재의 법률적 문제를 검토했다. 연구 결과 첫째, 방송통신심의위원회는 독립위원회의 형태일지라도 국가의 행정권이 심의기관의 구성에 지속적인 영향을 미칠 수 있고 행정권이 주체가 된 검열 절차를 형성하고 있다고 판단했다. 둘째, 국내 공정성 심의규정은 명확성의 원칙, 과잉제한금지의 원칙에 위반되어 위헌성이 높다. 셋째, 국내 법원이 방송의 의견(논평)을 보호하며, 방송심의규정상 방송사 의견 표명이 명시적으로 금지된 것도 아닌데도, 방송통신심의위원회는 방송 내용에 대해 공정성 조항의 ‘균형성’과 ‘일반적 주장’만을 근거로 기계적으로 판단하고 있었다. 이에 따라 법적 개념으로서 공정성 심의규정의 개선 방안으로는 공정성 규제를 구조적 규제(내용 중립 규제)로 제한할 것, 진실성을 기준으로 판단할 것, 의견 표명에 대한 규정을 정비할 것을 제안했다.

■ 주제어: 방송, 공정성, 내용 규제, 위헌성, 표현의 자유

* okyun@kba.or.kr

1. 문제제기

2002년 경남 지역 중계유선방송사업자 컨소시엄인 하나방송은 SO 전환 승인 신청에서 합격 기준 점수인 650점에서 1.31점이 미달해 승인이 거부되었다. 그러나 2007년 대법원은 방송위원회가 RO의 비율 산정과 감점 처리 중 행정 오류가 있었다고 판결했다. 대법원 판결에 따라 하나방송은 4년간 방송을 하지 못한 데 대해 엄청난 재산적 손실을 봤다면서 정부를 상대로 569억 원의 손해배상 청구소송을 제기했다(이희용, 2007).

방송사 재허가 심사에 반영되는 방송평가제(방송평가에 관한 규칙)에 따르면 방송심의 관련 제 규정 준수 항목은 100점 만점에 주의 1점, 경고 2점, 시청자에 대한 사과는 4점 감점이다.¹⁾ 하나방송처럼 1.31점 차이로 방송사업자의 허가 승인이 거부될 수도 있다는 점에서 방송심의와 제재는 매우 중요한 문제이다.

방송심의에 따라 방송사업자의 사업권을 박탈할 수도, 어느 날 갑자기 방송이 중단될 수도 있다. 따라서 방송심의 제재 기준과 적용에서 타당성, 정당성, 일관성을 확보하는 것은 반드시 갖추어야 할 요건이다. 본 논문은 방송심의에 대한 제재가 방송평가제나 재허가에 반영되고 있다는 현실을 고려할 때, 현행 방송심의규정과 제재가 과연 그러한 요건을 잘 갖추고 있는가 하는 문제의식에서 출발한다.

특히 2008년 방송통신 융합과 함께 내용 규제 기관으로 방송통신심의위원회가 새롭게 출범한 이후 방송심의에 대해서 원칙 없는 정치심의라는 비판이 제기되고 있다. MBC <PD 수첩>의 ‘긴급취재! 미국산 쇠고기, 광우병에서

1) 방송통신위원회 ‘방송평가에 관한 규칙(제2008-21호, 2008년 5월 19일 공포)’. 방송법 제17조(재허가 등) ③ 방송통신위원회가 제1항 및 제2항의 규정에 의하여 재허가 추천 및 재승인을 할 때에는 제10조 제1항 각 호 및 다음 각 호의 사항을 심사하고 그 결과를 공표하여야 한다. 1. 방송통신위원회의 방송평가(이하 생략).

안전한가'와 <YTN 뉴스>에 대해 '시청자에 대한 사과'가 결정되었고,²⁾ KBS <9시 뉴스>의 KBS 감사원 감사 행태 보도에 주의 처분이 내려졌다.³⁾ 국회의 언론관계법 개정안을 다룬 MBC의 <뉴스데스크>와 <뉴스 후>는 방송심의에 관한 규정(이하 방송심의규정)에서 공정성 조항 등을 위반했다며 2009년 3월 각각 경고와 시청자에 대한 사과라는 중징계가 내려졌다.

논란이 되고 있는 방송통신심의위원회 심의의 쟁점은 다름 아닌 방송의 공정성이다. 제재조치가 내려진 프로그램들이 과연 공정성에 위배되는지부터, 더 근본적으로는 방송에서 공정성 심의를 하는 것이 정당한 것인가 하는 의문까지 제기되고 있다. 이러한 사회적 논의를 의식해서인지 방송통신심의위원회는 방송의 공정성 심의 가이드라인을 외부 연구진에게 의뢰했는데⁴⁾ 이에 대해서도 찬반 의견이 대립되고 있다. 즉, '공정성 심의 가이드라인'이라는 지침을 만드는 자체가 언론통제 수단이라는 반대 입장과 편파방송의 차단 역할에 기여할 것이라는 지지 입장으로 나뉘고 있다(양홍주, 2009).

미국에서 공정성 원칙은 대체로 공화당이 반대해왔고 방송시간이 부족한 민주당이 선호하는 규제였다. 형평의 원칙은 1987년 폐지된 이후에도 꾸준히 부활이 제기되었으나, 공화당의 레이건과 부시 대통령이 번번이 거부했다. 민주당의 빌 클린턴 대통령이 당선된 후 공정성 원칙 부활에 대한 기대가

2) YTN 노조는 노조원 33명에 대해 징계조치를 내린 회사 측에 항의하는 뜻에서 기자, 앵커, 기상캐스터가 검은색 옷을 입고 뉴스를 진행하는 '블랙투쟁'을 벌였다.

3) 방송통신심의위원회는 2008년 7월 28일 KBS가 2008년 5월 22일과 6월 11일 <9시 뉴스>에서 '공영방송 장악 의도', '공정성 훼손 우려', '표적감사 비판 확산'과 같은 제목의 기사를 통해 감사원의 감사 행태를 집중 보도한 데 대해 "이해당사자인 한국방송이 자사의 입장을 옹호하거나 자사에 유리한 내용을 중점적으로 보도해 방송심의규정을 어겼다"라며 '주의' 및 '7일 이내 안내방송' 처분을 내렸다. 그리고 KBS는 이에 대한 취소소송과 가처분신청을 냈고 서울남부지법은 이를 받아들였다.

4) 방송통신심의위원회(2008). 『방송의 공정성 심의를 위한 연구』. 연구진에는 김민환, 한진만, 윤영철, 원용진, 임영호, 손영준이 참여했다.

켰지만 당시 의회에서 통과되지 못했다. 오바마 대통령 취임 이후에도 형평의 원칙 부활 논란이 일고 있다.⁵⁾

모든 미디어 규제가 그러하지만 특히 방송의 공정성 규제는 나라마다 매우 상이하다. 이는 나라마다 역사와 전통, 문화, 국민의 요구 수준과 미디어 환경 등이 모두 다르기 때문이다(Harvey, 1998). 한 사회에서 표현의 자유 보호와 제한, 여기서 도출되는 내용 규제체계는 그 나라 고유의 정치적·사회적·문화적 배경과 밀접한 관계를 맺고 있다. 따라서 현재 우리 방송의 공정성 문제를 해결하기 위해 정책을 어떻게 수립하는 것이 바람직한 것인지에 대해서는 우리 실정에 맞는 논의가 필요하다. 특히 방송심의를 두고 진보나 보수 단체, 여야 등 정치적 입장에 따라 소모적인 갈등을 반복하고 있는 현 실정을 고려할 때 이론적 논의가 다각적으로 제시되어야 한다고 본다.

이에 따라 본 논문은 방송의 공정성 심의에 대한 법적 연구를 목표로 한다. 방송의 공정성 심의에 대한 법률적 문제점을 진단하고 현재 국내 방송의 공정성 심의제도에 대한 현실적인 개선 방안을 제시하는 데 궁극적인 목적을 두었다. 논문의 구성은 다음과 같다. 우선 이론적 논의로 1) 공론장(public forum) 규제의 원리, 2) 내용 기반 규제(content based regulation)의 위헌 판단 법리, 3) 방송사의 의견 표명의 자유와 제한 법리 등을 살펴볼 것이다. 이를 통해 연구문제는 다음과 같이 설정했다.

연구문제 1_방송통신심의위원회의 성격과 공정성 심의의 법적 문제점은 무엇인가.

현행 방송통신심의위원회의 법적 성격을 규명한 후 공정성 심의를 비롯하

5) 그러나 오바마 대통령은 공정성 원칙의 부활에 공식적으로 반대 입장을 표명한 바 있다 (Berger, 2009).

여 법률상의 문제점은 무엇인지 고찰하고자 한다.

연구문제 2_현행 공정성 심의의 위헌성은 어떻게 판단되는가.

특히 미국, 영국, 한국의 공정성 심의규정을 비교 검토하고 현행 공정성 심의규정과 제재 방식에 위헌성 요소는 없는지 비판적으로 검토한다.

연구문제 3_현행 심의규정과 법리상 방송사의 의견 표명의 허용과 제한의 범위는 어디까지인가.

공정성 심의에서 사실성이나 균형성은 양적 규제이거나 진실성 판단에 따라 평가가 용이하지만, 방송사가 의견을 표명한 경우 공정성 판단이 용이하지 않은 측면이 있다. 국내 법원이 적용하는 법리와 방송심의규정을 비교하고 현재 방송통신심의위원회의 심의의 문제점을 짚어보고자 한다.

연구문제를 해결하기 위해 이 연구에서는 국내외 판례와 법리, 실제 심의 사례 등을 근거로 제시해 그 해답을 찾고자 했다. 이를 통해 현재 방송의 공정성 심의의 위헌성 여부를 판단함으로써 향후 법률 개선 방안을 도출했다.

2. 이론적 논의

1) 공론장(public sphere) 규제의 원리

공익(public interest)에 기초한 공론장(public sphere)은 경제적 체계인 자본주의의 목표와 정치적 체계인 민주주의의 목표가 충돌할 수 있음을 보여준다 (Harvey, 1998).⁶⁾ 따라서 공론장과 표현의 자유 간의 관계에는 불명확한 영역

이 존재하며, 이를 규명하는 것은 지금도 여전히 유효한 과제이다(Jones, 2001).

그런데 하버마스는 미국의 형평의 원칙(Fairness Doctrine) 폐기에 기여한 표현의 자유 법리 내에서 ‘자유주의(liberalism)’에 대한 개념을 다음과 같이 발전시킨다. 자유주의 모델(liberal model)은 국가 개입으로부터의 자유로 시민 개인(private citizen)의 소극적 권리 개념이다. 반면 공화주의 모델(republican model)은 공적 대화에 정치적으로 참여할 수 있는 시민의 자유를 보장하는 적극적인 권리라는 것이다(Habermas, 1994). 이러한 구분은 오늘날 미국 자유주의를 기본적으로 구분하는 특징이라고 평가받기도 한다(Fiss, 1996).

소극적인 자유(negative freedoms)는 시민에게 검열 등 표현에 대한 간섭으로부터 자유를 제공하는 것을 말하며, 반면에 적극적인 자유(positive freedoms)는 공익(public interest)을 통해 얻어지는 것으로서 시민에게 다른 사람의 표현에 접근하고, 자신의 의견을 내기 위해 커뮤니케이션 수단에 접근하며, 그럼으로써 정보를 얻는 시민권을 향유하도록 참여적인 자유(participation freedoms)를 제공하는 것이다. 이러한 두 가지 관점은 화자-시민과 전송 수단 간의 관계를 매우 상이하게 본다. 소극적인 관점은 전송 수단을 커뮤니케이션 소유의 사적 권리로 간주하는 경향이 있고, 적극적인 관점은 커뮤니케이션을 사적으로 소유한 수단을 공적 이용을 위해 규제가 용이한 공공의 영역(communs)으로 간주한다(Kelley & Donway, 1990). 소극적 자유의 관점에서 보자면 방송에서 표현의 자유 제한은 최소화해야 하는 것이고, 적극적인 관점에서 보자면 방송에서 공적 이용을 위해 표현의 자유에 대한 규제의 정당성이 폭넓게 인정된다는 상반된 결론에 이르게 되는 것이다.

그런데 커뮤니케이션정책에서 소극적·적극적 자유가 내용 규제(content

6) 게다가 하버마스(1996)는 자율 규제의 저널리즘의 윤리강령과 국가의 행정 규제로서 미디어 정책을 혼합하는 경향까지 보인다.

regulation)와 구조적 규제(structural regulation)와 연관되어 설명되기도 한다(Lichtenberg, 1990).⁷⁾ 내용 규제는 소극적 자유의 관점에서 표현과 관련되기 때문에 거부되어왔는데, 공정성의 원칙은 궁극적으로 적극적인 자유 목표를 달성하는데도 내용 규제라는 특징 때문에 저항을 받아왔다는 것이다.

또한 하버마스의 공론장 이론은 미디어의 역할에 대한 규정에서 소극적·적극적 자유에 대한 구분을 하지 않았다고 비판받고 있다. 만약 그러한 구분을 했더라면 그가 주장했던 다양성은 적극적인 자유 목표를 달성하기 위한 구조 규제의 형식으로 재개념화해야 한다는 것이다(Jones, 2001). 방송법에 대한 다양한 비교 연구 역시 유럽의 공공서비스방송(public service broadcasting) 규제를 적극적인 자유를 위한 강한 구조적 규제 형식으로 간주해왔다(Barendt, 1993, 1994a, 1994b; Gibbons, 1991). 따라서 공정성 규제는 적극적 자유 관점에서 구조적 규제로서 정당성을 찾을 수 있다.

공정성 원칙의 폐지는 시장의 힘에 대한 오해에서 비롯된 것이라고 비판받기도 한다. 즉, 텔레비전이 주류(mainstream)의 기호에 맞추는 전략을 구사하게 된다는 주장은 미국이 ‘소극적인’ 자율 규제 규범으로 시장을 자유롭게 두는 데 효과적으로 채택되었다(Lively, 1991). 그러나 이러한 논리는 반대로 구조적 규제로서 적극적인 내용 규제의 필요성을 반증하기도 한다는 것이다.

방송에서 주류화 현상(mainstreaming phenomenon)은 경제학에서의 ‘호텔링 효과(hotelling’s effect)’로 설명된다(Collins & Murrioni, 1996). 즉, 미디어 경쟁 시장에서는 다양성이나 질 높은 미디어 생산물의 제공을 기대하기 어려우며, TV방송에서는 프로그램 내용이 동질화된다는 것이다. ‘호텔링 효과’란 가격 경쟁이 없는(예를 들어 광고로 운영되는 채널) 상황에 적용되는데, 가격경쟁을 할 필요가 없다면 수요자가 원하는 상품을 생산하는 게 가장 최선의 방법

7) 대표적인 구조적 규제에는 매체의 소유와 운영, 타 매체나 서비스와의 관계 등을 규제하는 것이 있다. 내용 규제로는 방송 내용과 편성에 관한 규제가 대표적으로 거론된다.

이 된다. 결국 경제적인 측면에서 합리적인 경쟁자들은 다양한 생산품을 제공하기보다는 중간적인 소비자 취향에 집중하게 된다는 것이다. 결국 경쟁 시장에서 프로그램의 동질화가 초래될 우려가 있다.

따라서 상업적으로 직접적인 경쟁의 제거, 독점 방지 등 구조적 규제는 호텔링 효과와 같은 유해한 결과를 막을 수 있기 때문에 공정성 원칙(Fairness Doctrine)의 필요성이 여전히 제기되고 있는 것이다.

결론적으로 공정성 원칙은 공론장에서 시민들에게 ‘적극적인 자유권’을 보장해준다는 측면에서 바라볼 필요가 있다. 공정성 규제는 단지 방송사업자의 표현의 자유를 보호하는 소극적 자유보다는 공론장에서 시민들의 참여적 권리를 확보한다는 측면에서 적극적인 자유권의 실현으로 허용될 수 있다. 또한 이는 주류(mainstream)를 위한 규제가 아닌 다양한 소수 의견의 보호에 목적이 있다 할 것이다. 그러한 목적에서 공정성 규제가 정당성을 확보한다 할지라도 어디까지나 규제의 형태는 내용 규제가 아니라 구조적 규제로서 요건을 갖추어야 할 것이다.

2) 내용 기반 규제(content based regulation)의 위헌성 판단 법리

이하에서는 구조적 규제로서 정당성을 인정받는 공정성 규제가 어디까지 허용되는 것인지 내용 규제의 위헌 판단 법리를 통해 도출해보고자 한다. 최소한 구조적 규제는 내용에 간섭하거나 검열의 성격을 띠어서는 안 되기 때문이다.

미국에서는 내용 기반 규제(content based regulation)와 내용 중립 규제(content neutral regulation)로 나누고, 전자의 경우는 원칙적으로 허용되지 않는다.⁸⁾ 내용 기반 규제의 위헌성 판단은 ‘엄격 심사 기준(strict scrutiny test)’을

8) 내용 기반 규제 여부를 판단하기 위해서는 두 가지 접근 방식이 제시된다. 첫째, 범주화

적용해 압도적인 정부 이익(compelling government interest)이 존재하는지, 규제가 필요하고도 최소화되어 있는지 하는 두 개의 요건을 모두 충족해야 합헌이다. 그런데 압도적인 정부 이익을 입증하기란 거의 불가능하기 때문에 대부분 위헌 판단을 받는다.

반면 수정헌법 제1조와 관련이 없는 내용 중립 규제의 경우에는 중간 심사 기준(intermediate scrutiny test)인 오브라이언 기준(O'Brien test)을 적용한다.⁹⁾ 오브라이언 기준은 ① 정부의 규제가 헌법 내의 정부 행정권에 해당하는지, ② 규제가 중대하고도 실질적인(important and substantial) 정부 이익을 달성하는지, ③ 표현의 자유 억압과 관련이 없는지, ④ 정부 이익 달성에 본질적인 것보다 덜 중요한 표현의 자유의 부차적인 제한인지를 심사한다(Hopkins, 1998). 이에 따라 미국 연방대법원은 특정 수의 지역 지상파방송을 전송할 것을 케이블방송사에 요구하는 의무 재송신 규정에 대해 내용 중립 규제로 판단했고, 다양성과 지상파방송의 보호에 정부의 중대한 이익이 있다고 판단한 바 있다(Tuner Broadcasting System, 1994).

미 연방대법원은 공정성 원칙에 대한 위헌성 판단에서 변화를 거듭해왔다. 대표적인 판결은 레드 라이온 사건으로, 당시 법원은 공정성의 원칙이 수정헌법 제1조와 관련이 있는 권리에 해당한다는 것을 인정했지만, 그러한 권리가 방송사업자가 아닌 시청자의 권리라며 합헌성을 인정한 바 있다(Red Lion Broadcasting v. FCC, 1969). 그 뒤 토날로 사건에서 법원은 반대로 위헌성을 인정했는데, 해당 매체는 방송이 아니라 신문이었기 때문에 매체 간 차별적

접근 방식(categorical approach)으로서, 어떤 표현은 수정헌법 제1조의 보호 대상에서 제외되거나 최소한 덜 보호받는 범주인데 음란표현물, 종교·지역·성 관련 투쟁 언어(fighting words)가 이에 해당된다. 둘째, 이익형량 기준(balancing test)으로서, 정부의 규제가 허용할 수 없을 만큼 표현의 자유 축소인지 여부를 판단하는 것이다(Barron & Dienes, 2005 등).

9) '오브라이언 기준'은 엄격 심사 기준보다 낮은 심사 기준으로 오브라이언 사건에서 법원이 제시해 그렇게 불리게 되었다(United States v. O'Brien, 1968).

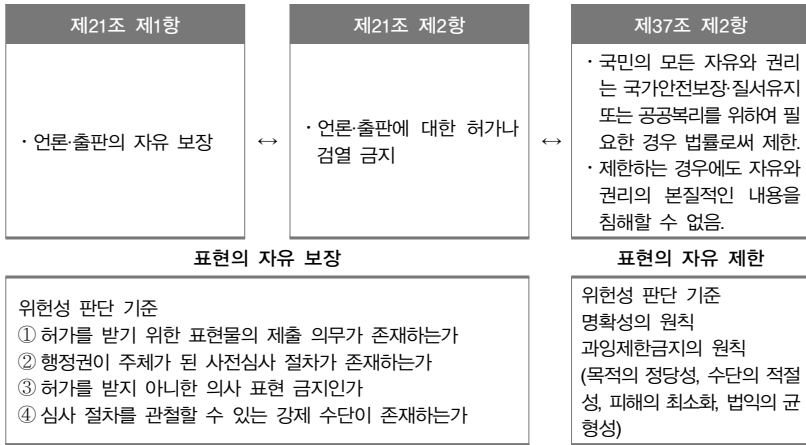
규제의 적용이 가능한 것으로 이해되었다(Miami Herald v. Tornillo, 1974). 매체 특성에 따라 방송을 더 많이 규제하는 데는 주파수 희소성 원칙, 침투력, 특별한 영향력 때문이었다(Trager, 1998).

방송에서 공정성 원칙 적용의 위헌성에 대해 다시 판단한 것은 1984년 캘리포니아 여성유권자연합 사건이었다. 당시 법원은 공적 기금으로 운영되는 비상업적 방송의 경우 정부의 정책을 지지할 가능성이 있으므로 의견을 표명해서는 안 된다는 주장을 배척했다. 법원은 의견 표명을 금지하는 것 외에도 방송인에게 정치적 압력을 행사할 수 있는 방법은 얼마든지 있다고 판단했다(FCC v. League of Women Voters of California, 1984). 당시 윌리엄 브레넌(William J. Brennan) 판사는 방송의 내용 규제의 실효성에 의문을 제기했다. 브레넌 판사는 “주파수 희소성에 기반을 둔 방송 규제의 원칙은 이제 많은 비판을 받고 있다. 케이블과 위성방송 기술의 도입과 함께 다양한 방송에 접근할 수 있으므로 우리 사회는 주파수 원칙이 폐기되는 상황에 이르렀다”고 판시했다.

우리 헌법은 제21조 제1항을 통해 모든 국민의 언론·출판의 자유를 보장하고 제2항에서 언론·출판에 대한 허가나 검열을 금지하고 있다. 모든 국민의 언론·출판의 자유를 보장하고 있으나, 다른 권리와 마찬가지로 표현의 자유 권리 역시 무한정 보호되는 것은 아니고, 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 제한될 수 있다. 그러나 단서 조항을 통해 예외적으로 국민의 권리를 제한하더라도 반드시 법률로써 제한할 것과 자유와 권리의 본질적인 내용까지 침해하지 못하도록 하고 있다.

국내에서는 검열인지 아닌지가 중요한 판단 기준인데, 우리 헌법 제21조 제2항에서 금지하는 검열은 사전검열만을 의미한다. 따라서 개인이 정보와 사상을 발표하기 이전에 국가기관이 미리 그 내용을 심사·선별해 일정한 범위 내에서 발표를 저지하는 것만을 의미하고, 헌법상 보호되지 않는 의사

<표 1> 한국의 표현의 자유 보장과 위헌성 판단



표현에 대해 공개한 뒤에 국가기관이 간섭하는 것을 금지하는 것은 아니다(헌법재판소, 1991. 11. 12). 그리고 헌법재판소는 헌법상 금지되는 검열의 요건으로 허가를 받기 위한 표현물의 제출 의무가 존재할 것, 행정권이 주체가 된 사전심사 절차가 존재할 것, 허가를 받지 아니한 의사 표현 금지, 심사 절차를 관철할 수 있는 강제 수단이 존재할 것을 요구하고 있다(헌법재판소 1992. 6. 26).

따라서 우리 헌법재판소의 검열 금지의 원칙에 의거해 검열을 수단으로 한 사전 제한은 법률로 허용되지 않는다. 검열에 해당되지 않는 사전 제한은 엄격 심사, 사후 제한은 엄격 심사보다 완화된 심사를 적용하는 것으로 본다(이종수, 2002). 그러나 미국에서는 판례 축적으로 엄격 심사 기준과 중간 심사 기준을 구체적으로 제시하는 반면, 국내 법원은 엄격 심사와 완화된 중간 심사 기준이 무엇인지 구체적으로 제시하지는 않고 있다.

미국이 내용 기반 규제와 내용 중립 규제를 구분해 판단하듯이 국내 헌법재판소도 내용을 규제하는 것인지 단지 형식적인 절차만을 규제하는 것인지를 구분해 판단하고 있다. 이에 따라 정기간행물의 객관적·외형적 사항을

기본권 제한의 효과가 중할수록 법률의 명확성이 좀 더 엄격히 요구되는 것으로 판단하고 있다(헌법재판소, 2003. 7. 24)

이상과 같이 한국과 미국의 내용 규제에 대한 위헌성 판단 기준을 살펴보고 있다. 미국의 경우 내용 기반 규제와 내용 중립 규제를 분리하여 표현의 자유에 대한 침해인 경우 위헌성 판단 기준이 더욱 엄격히 적용되는 것을 알 수 있다. 또한 오랫동안의 법리 축적을 통해 판단 기준이 비교적 명확한 것도 특징이다. 국내의 경우 행정권이 주체가 된 사전검열은 위헌으로 판단하고 있으며, 표현의 자유를 보장하되 국가안전보장, 질서유지, 공공복리 등 필요한 경우 법률로써 제한되는 것으로 본다. 제한되는 경우 그러한 규제가 명확성의 원칙이나 과잉제한금지의 원칙에 위반되어서는 아니 된다. 따라서 우리의 공정성 심의규정이 내용 규제에 해당하는 것인지, 사전검열의 성격을 가지고 있는지, 나아가 그러한 규정이 허용되더라도 명확성의 원칙이나 과잉제한금지의 원칙을 충족하는지 등을 살펴볼 필요가 있을 것이다.

3) 방송사의 의견 표명의 자유와 제한

방송사가 의견을 표명하는 것이 허용되는 범주인지, 허용된다면 어디까지 보호받고 제한되는 것인지, 방송사의 의견 표명의 자유와 제한에 대한 법리를 검토하고자 한다. 이는 최근 방송통신심의위원회의 공정성 제재조치에서 방송사가 한쪽 입장에 유리하거나 자사 입장에 유리하게 보도를 했다는 것이 근거로 제시되고 있기 때문이다. 이러한 심의 제재는 방송사가 의견을 표명할 수 없다는 전제에서 내려진 결정이라고 판단된다. 본 연구는 방송사가 과연 의견을 표명할 수 없는 것인지에 대해 근본적인 의문이 들었고, 현행 방송심의 규정을 분석하기 전에 먼저 이론적으로 검토할 필요성이 있을 것이다.

특히 방송통신심의위원회의 실제 심의뿐만 아니라 국내 학계에서도 방송사의 의견 표명이 허용되지 않는 것으로 간주하는 경향이 있다. 즉, 공영방송

의 보도·시사 프로그램 진행자가 논쟁적인 사안을 보도할 때 자신의 가치판단에 따라 가치개입적인 용어를 사용해 한쪽을 두둔하는 것에 대해 문제점을 지적하는 주장(윤영철, 2007) 등은 방송사의 의견 표명을 금지하는 것을 전제하고 있다.

그러나 방송사의 의견 표명에서 공정 논평(fair comment)의 면책은 영미에서는 보통법상 미디어의 중요한 방어 수단으로 이용되어왔다. 특히 공정 논평은 자발적으로 공적 영역에 있기를 원하는 연예인이나 정치인과 같은 사람들의 공적 업적에 관한 의견 표현을 보호하는 것이다. 미국 법원은 오래 전부터 공인의 업적에 대한 감시와 평가가 언론의 정당한 기능이므로 명예훼손적 내용이더라도 보호되어야 한다고 판단해왔다.

공정 논평은 그것이 적대적 표현일지라도 보호받을 수 있는데, 다만 이를 위해서는 사실성과 공익성 두 가지 요건을 충족해야 한다. 즉, 그러한 표현은 올바르고 정확한 사실에 기초해야 하며, 그 사람의 사생활이 아닌 공적 업적에 대한 비판이어야 한다는 것이다(Overbeck, 2004). 그러나 미국의 많은 주들은 그러한 조건을 요구하지 않고 의견임을 명확하게 밝히기만 한다면 명예훼손의 책임을 묻지 않는다. 이러한 원칙에는 ‘해로운 의견에 대한 교정을 위해서 판사나 배심원의 판단보다 다른 의견과의 경쟁’을 중시했던 거츠 판결이 큰 영향을 미쳤다(Gertz v. Welch, 1974).¹⁰⁾

거츠 판결 이후 미 연방대법원은 밀코비치 사건에서 중요한 판단 기준을 하나 더 제시했다(Milkovich v. Lorain Journal Co., 1990).¹¹⁾ 즉, ‘잠재적 허위

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

11) 한 스포츠 칼럼니스트는 ‘레슬링 코치인 밀코비치가 레슬링 경기 때 발생한 학원 내 난투극에 대해 조사받는 과정에서 거짓 선서를 했다’고 비판했는데, 하급심은 그러한 표현은 의견이므로 명예훼손이 아니라고 판결한 바 있다.

사실의 주장(potentially false factual allegations)'이 포함되었는지 여부를 심사하는 것이다. 예를 들어 '거짓 선서를 했다'고 코치를 비판하는 것은 논평이라고 하더라도 허위임을 입증할 수 있는 사실적 주장이 포함되어 있으므로 명예훼손이 성립될 수 있다는 것이다.

이러한 원칙은 이미 연방대법원의 앞선 판결에서 적용되었는데(Philadelphia Newspapers v. Hepps, 1975), 의견의 표현은 헌법의 보호 대상이지만, 최소한 공적인 사안인 경우에 원고는 명예훼손적 진술의 허위성을 입증해야 한다는 것이다. 의견은 그 특징상 거짓인지 진실인지를 입증할 수 없기 때문에 명예훼손 소송에서 언론이 항상 이길 수 있지만 허위임을 입증할 수 있는 사실적인 주장이 포함되어 있는 진술이라면 명예훼손이 성립될 수도 있다는 것이다.

이후 미 연방대법원의 두 판결(Ollman v. Evans, 1985; Janklow v. Newsweek, 1986)을 통해 공정 논평의 판단 기준은 네 가지로 정리된다. ① 논쟁이 되는 진술의 전제와 특성: 누군가를 파시스트라고 지칭하는 것은 한계가 없으므로 의견임. 잘못된 특정 행위에 책임을 묻는 것은 사실에 대한 진술임. ② 진술의 입증가능성: 법원은 '만약 해당 진술이 입증할 수 없는 것으로 보인다면, 사실로 인정될 수 없다'고 함. ③ 진술이 이루어진 문맥: 공표 형식, 문체 스타일, 사실인지 의견인지 독자에게 느껴지는 인상 등으로 판단. ④ 진술의 공적 맥락(public context): '공적이고 정치적 영역'에서 이루어진 진술이거나 수정헌법 제1조의 핵심 가치를 포함하고 있는 진술은 사실보다 의견으로 간주되는 경향이 있음(Overbeck, 2004).

국내 대법원도 민사상 사실의 적시를 전제로 하지 않은 순수한 의견 또는 논평의 경우에는 명예훼손으로 인한 손해배상책임은 성립되지 않는 것으로 본다. 반면에 어떤 의견의 표현이 전제로서 사실을 직접적으로 표현한 경우이거나 간접적이고 우회적인 방법에 의하더라도 그 표현의 전체 취지에 비추어 어떤 사실의 존재를 암시하고, 또 이로써 특정인의 사회적 가치 내지 평가를 침해할 가능성이 있으면 명예훼손이 된다(대법원, 1999. 2. 9, 2000. 7. 28).

그리고 신문 등 언론매체의 어떤 기사가 타인의 명예를 훼손하는지의 여부는 일반 독자가 기사를 접하는 통상의 방법을 전제로 그 기사의 전체적인 취지와와의 연관하에서 기사의 객관적 내용, 사용된 어휘의 통상적인 의미, 문구의 연결 방법 등을 종합적으로 고려해 그 기사가 독자에게 주는 전체적인 인상을 기준으로 판단해야 하고, 여기에다가 해당 기사의 배경이 된 사회적 흐름 속에서 해당 표현이 가지는 의미를 함께 고려해야 한다고 밝히고 있다(대법원, 2002. 1. 22, 2008. 2. 14. 등).

따라서 국내에서도 사실 적시와 의견 표현의 이분법을 적용하여 의견에 대해 두터운 보호를 하고 있는 것으로 본다(김경호, 2008). 그러나 논평이나 의견으로 위법성이 조각되기 위해서는 공공의 이해에 관한 평론일 것, 평론의 전제된 사실이 진실하거나 진실 오신에 상당한 이유가 있을 것, 평론이 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 제안한 바 있다.

그렇다면 실제 방송의 의견 표명의 보호와 제한에 있어 국내 법리와 현행 방송심의규정과 제재에 어떤 차이가 있는지 검토할 필요가 있을 것이다.

3. 분석결과

1) 방송통신심의위원회의 성격과 공정성 심의의 법률적 문제

공정성 심의의 위헌성을 논하기 이전에 심의 주체인 방송통신심의위원회의 성격을 명확하게 규정할 필요가 있다. 헌법상 검열에 대한 위헌성 판단은 행정권에 의해 이루어지는 경우에 한하므로, 심의를 하는 주체의 성격이 행정기관이나 아니냐에 따라 내용 규제의 허용 범위가 달라질 수 있기 때문이다.

우리 헌법 제21조 제2항은 언론·출판에 대한 허가나 검열이 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·선별해 발표를 사전에 억제하는, 즉 허가받지 아니한 것의 발표를 금지하는 제도를 뜻하고, 이러한 사전검열은 법률을 통해서도 불가능한 것으로서 절대적으로 금지된다(헌법재판소, 1996. 10. 4, 1996. 10. 31, 1998. 2. 27).

이에 대해 헌법재판소는 “언론·출판에 대하여 사전검열이 허용될 경우에는 국민의 예술활동의 독창성과 창의성을 침해하여 정신생활에 미치는 위험이 클 뿐 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).

그리고 검열을 행정기관이 아닌 독립적인 위원회에서 행한다고 하더라도, 행정권이 주체가 되어 검열 절차를 형성하고 검열기관의 구성에 지속적인 영향을 미칠 수 있는 경우라면 실질적으로 검열기관을 행정기관으로 보아야 한다는 것이다. 왜냐하면 그렇게 해석하지 않을 경우 검열기관의 구성은 입법 기술의 문제이므로, 행정관청이 아닌 독립된 위원회의 구성을 통해 사실상 검열을 허용하면서도 정부에게 헌법상 검열 금지 원칙을 위반했다는 비난을 면할 수 있는 길을 열어주기 때문이다(헌법재판소, 1996. 10. 4).

이에 따라 영화에 대한 심의 및 상영등급분류 업무를 담당하고 등급분류보류 결정 권한이 있는 영상물등급위원회의 경우, 문화관광부장관에 대한 보고 내지 통보 의무는 없다고 하더라도, 위원을 대통령이 위촉하고(공연법 제18조 제1항), 영상물등급위원회의 구성 방법 및 절차에 관해 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 하고 있으며(공연법 제18조 제2항, 공연법 시행령 제22조), 국가 예산의 범위에서 영상물등급위원회의 운영에 필요한 경비의 보조를 받을 수 있도록 하고 있는 점(공연법 제30조) 등에 비추어볼 때, 행정

권이 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 검열 기관을 민간인들로 구성하고 그 지위의 독립성을 보장한다고 해서 영화진흥법이 정한 등급분류보류제도의 법적 성격이 바뀌는 것은 아니”라고 했다.

한편 방송위원회로부터 위탁을 받아 방송광고 사전심의를 담당했던 한국 광고자율심의기구의 경우에도 위헌 판결을 받은 바 있다. 헌법재판소는 한국 광고자율심의기구가 민간의 주도로 설립된 기구이기는 하나, 그 구성에 행정권이 개입하고 있고(광고심의위원의 선임에 관여하는 회장과 이사 선임에 문화관광부장관의 승인 필요), 행정법상 공무수탁사인으로서 그 위탁받은 업무에 관하여 국가의 지휘·감독을 받고 있으며(방송법 제103조 제2항, 동법 시행령 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 자율심의기구 간 업무위탁계약서 제8조)하고 있다면, 한국광고자율심의기구가 행하는 방송광고 사전심의를 방송위원회가 위탁이라는 방법으로 그 업무의 범위를 확장한 것에 지나지 않는다고 판단했다(헌법재판소, 2008. 6. 26).

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

헌법재판소의 영상물등급위원회와 광고자율심의기구의 사전검열의 위헌 판단 기준을 적용하면 방송통신심의위원회도 다음과 같이 판단할 수 있을 것이다.

우선 방송통신심의위원회 위원 구성은 비록 법률에 임명이라는 용어를 직접적으로 사용하지 않고 ‘위촉’이라는 표현을 사용했지만¹²⁾ 결과적으로 대통령이 임명하는 것과 동일하다. 법률에서는 국회의장이 각 교섭단체 대표 의원과 협의하여 추천한 3인, 국회 소관 상임위원회에서 추천한 3인을 포함해 대통령이 위촉한다고 하고 있다(방송통신위원회설치및운영에관한법률 제18조, 이하 방송통신위원회설치운영법). 즉, 방송통신심의위원회는 국회의장 추천 3인, 국회 상임위원회 추천 3인, 대통령 추천 3인 등 총 9인으로 구성된다.

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(동법 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·운영해 독립위원회 형식을 띠고 있으나, 구성 방법과 절차에서 대통령과 여당 추천 인사를 다수 포함해 대통령이 임명하는 방식이며,¹³⁾ 방송통신심의위원회의 사무처 조직에 필요한 사항을 대통령령으로 정하도록 하고 있는 점, 사무처 조직 운영에 필요한 경비를 국가가 지급하도록 하고 있는 점, 방송 내용에

12) 법률에서 ‘위촉’이라는 표현을 쓴 것은 방송통신심의위원회가 내용 규제 기관이므로 대통령이 직접적으로 임명하는 방식에 대해 부담을 느꼈던 것으로 이해가 된다. 또한 위원이 공무원이 아니기 때문에 ‘임명’보다는 ‘위촉’이라는 표현이 타당하다는 의견도 있을 수 있다. 그러나 표현을 위촉이라고 한다 해도 형식상 임명과 다를 바 없다는 것이 필자의 의견이다.

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

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. 또한 행정권이 주체가 된 방송통신심의위원회가 언제든지 시청자를 보호한다는 명분하에 방송심의규정을 개정함으로써 국가 의견을 관철시키는 결과를 초래할 수도 있다.

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

그럼에도 불구하고 현행 방송통신심의위원회의 공정성 심의는 여전히 위헌적 논란이 있을 수 있다. 즉, 국가기관의 행정권이 작용하는 심의기관으로 방송통신심의위원회가 정부에 비판적이거나 불리한 내용을 방송하면 제재할 수 있는데, 이러한 심의 결과를 다시 평가제나 재허가에 반영함으로써 방송사의 재허가를 취소할 수 있는 법률 구조를 가지고 있다는 것이다(방송법 제17조 제3항, 제31조). 결국 방송사가 재허가를 받기 위해 집권당에 유리하거나 정부에 무해한 여론만을 방송할 것이므로, 이는 단일 프로그램을 사전에 일일이 심사·선별하지는 않을지라도 결과적으로 일정한 범위 내에서 표현을 금지함으로써 방송 내용에 대한 사전검열과 동일한 효과가 있다는 것이다.

2) 국내 공정성 심의규정의 위헌성 판단: 영미의 공정성 원칙과 비교를 중심으로

(1) 영미의 공정성 규제와 국내 공정성 심의규정

우선 미국의 형평의 원칙(fairness doctrine)과 영국의 불편부당성(impartiality)

규정의 특징을 살펴보고 우리 공정성 심의규정의 문제점과 위헌성을 판단하고자 한다.

1987년 FCC가 형평의 원칙을 38년 만에 폐기한 이유는 세 가지로 정리된다. 첫째, 형평의 원칙은 정부 관료에게 방송기자의 뉴스 판단에 대해 비판할 권리를 제공, 둘째, 형평의 원칙은 논쟁이 되는 뉴스를 다루는 것을 포기하게 만드는 위축 효과(chilling effect) 초래, 셋째, 방송 내용 규제의 전통적인 논리인 주파수의 희소성 원칙 퇴조 등이다(Overbeck, 2004).

미국의 형평의 원칙은 수용자에게 공적 중요성이 있는 논쟁에 대해 알리고 중요한 관점을 소개할 것을 요구하고 있었는데, 이 원칙은 개별 프로그램에 국한되는 것은 아니며 전체 프로그램에서 이루어지면 된다(Editorializing by Broadcast Licenses, 1949).

그래서 형평의 원칙은 항상 모호하고 일반적인 원칙이라는 비판을 받아왔다(Overbeck, 2004).¹⁴⁾ 선거 후보자들에게 동등한 시간을 제공해야 하는 원칙인 동등 시간 규칙(Equal Time Rule)과 달리 형평의 원칙은 동등한 접근을 위한 시간을 요구한 것이 아니다. 단순히 방송인들에게 논쟁적인 사안에 대해 다양한 관점을 제시함으로써 프로그램에서 전체적인 균형을 제공할 것을 요구했다. 다시 말해 이는 방송인들이 오늘 한쪽의 의견을 다루고 다음에 다른 의견을 다룰 수도 있다는 의미이다.

현재 미국 커뮤니케이션법은 제315조에서 공직후보자에게 편의시설 제공을 통해 동등한 기회(equal opportunity)를 제공하도록 의무조항만을 두고 있다. 그러나 이 경우에도 순수한 보도, 순수한 뉴스 인터뷰, 순수한 다큐멘터리, 순수한 뉴스 취재는 제외되는 것으로 본다(47 U.S.C. 315).

영국은 방송의 내용 규제에서 불편부당성 원칙(doctrine of impartiality)을

14) 게다가 공정성 원칙 위반에 대해 매년 수천 건의 불만 사항이 접수되지만 FCC는 단 몇 건만을 조사한다는 비판까지 있었다.

적용한다. 2003 커뮤니케이션법 제319조 (2)(c), 320조에 따라 적절한 불편부당성(due impartiality)을 요구하고 있으며, 이와 관련해 영국의 방송통신위원회인 오프콤(Ofcom)은 표준규약을 마련해야 한다. 오프콤의 방송규정에 따르면 방송사들이 ‘적절한 불편부당성’을 유지하고 정치적·산업적 논쟁과 공공정책 관련 문제에 대해 의견을 제시해서는 안 된다(Ofcom Broadcasting Code 5.4).

영국의 불편부당성 원칙은 언제든지 방송의 반정부적인 요소 또는 어떤 프로그램의 부분으로 짧은 시간 내 전달되는 균형적인 다큐멘터리나 토론 프로그램에 의해 위반될 수 있다고 비판받아왔다. 특히 이러한 규정은 규제기관이 엄격한 객관성에서의 약간의 일탈에 대해서도 유죄를 선고할 수 있도록 권한을 부여한다는 것이다. 방송인들에게 ‘진실과 거짓, 정의와 부정, 연민과 냉정, 관용과 완고, 심지어 옳고 그름에서 공평을 요구’해서는 안 된다는 것이다. 그러한 문제에서 어떻게 불공평할 수 있다는 것인지 의문을 제기하는 것이다. 따라서 방송인들에게 도덕적으로 중립성을 기대해서는 안 되는 것처럼 정치적으로 중립성을 기대해서도 안 된다는 주장이다(Robertson & Nicol, 1992).

그런데 적절한 불편부당성에서는 두 가지 예외조항이 중요하다. 즉, 시리즈 전체를 하나의 프로그램으로 간주한다는 단서 조항과 개인 의견 프로그램이 허용된다는 예외조항이다(Ofcom Broadcasting Code 5.5, 5.9). 시리즈 프로그램 전체를 하나로 간주한다는 것은 정치적으로 논쟁적인 주제를 한 프로그램이 다루더라도 같은 채널의 유사한 시간대 다른 프로그램에서 반대 관점을 다루는 한, 정치적 논쟁에 대한 의견 제시가 허용될 수 있다는 것을 의미한다. 또 방송사가 정치적·산업적 논쟁이나 공공정책과 관련해 의견을 제시할 수는 없지만, 개인적 의견 프로그램임을 명확히 밝히기만 한다면 허용된다.¹⁵⁾ 이

15) 오프콤 방송규정 5.10 조항에는 개인적인 견해나 전문적인 의견 프로그램을 방송할 때는

러한 정신은 오프콤 방송규정(Ofcom Broadcasting Code)의 적절한 불편부당성에 대한 정의에서도 나타나는데, 즉 불편부당성이 모든 견해에 대해 균등한 시간이 배분되어야 하거나 모든 논쟁을 표현해야 한다는 것을 의미하지는 않는다고 하고 있다.

국내 방송법은 방송통신심의위원회가 공정성 및 공공성을 심의하도록 하고 있다(방송법 제32조 제1항). 그리고 방송심의규정은 제1절에 공정성 관련 조항을 별도로 마련하고 있다.¹⁶⁾ 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 균형성을 유지하여야 하고 관련 당사자의 의견을 균형 있게 반영하여야 한다”(동조 제2항)라고 요구하고 있다. 또한 ‘방송은 제작기술 또는 편집기술 등을 이용하는 방법으로 대립되는 사안에 대해 특정인이나 특정단체에 유리하게 하거나 사실을 오인하게 하여서는 아니 된다’(동조 제3항)고 규정되어 있다. 이러한 공정성 조항은 대체로 진실성, 객관성, 균형성을 요구하고 있는 것으로 판단된다.

또한 방송심의규정 제62조에는 “위원회는 연속프로그램이나 주제의 동일성이 인정되는 수회의 방송프로그램 전체를 대상으로 심의를 할 수 있다”라고 규정하고 있다. 이는 시리즈 프로그램을 전체로 심의해야 한다는 의무조항이 아니라 방송통신심의위원회가 임의적으로 연속 프로그램 전체를 대상으로 심의할 수 있다고 규정함으로써 기본적으로 단편적인 방송심의를 허용하고 있다.

이를 시작부터 수용자에게 분명하게 고지해야 한다는 의무를 부과하고 있다.

16) 방송심의규정 제1절 공정성 부분은 제9조(공정성), 제10조(사실 보도와 해설 등의 구별), 제11조(재판이 계속 중인 사건), 제12조(정치인 출연 및 선거방송), 제13조(토론 프로그램)로 구성되어 있다.

(2) 국내 공정성 심의규정의 위헌성 판단

다음은 명확성의 원칙, 과잉제한금지의 원칙에 비추어 국내 공정성 심의규정의 위헌성을 판단하고자 한다.¹⁷⁾ 또한 앞서 살펴본 영미의 공정성 조항이 이러한 위헌성 문제를 어떻게 해결하는지도 비교 검토한다.

첫째, 국내 방송심의규정에서 공정성 조항은 명확성의 원칙에 위반된다. 공정성 요건에서 진실성은 비교적 명확한 요구 조건으로 판단된다. 진실성은 진실이나 허위이나를 기준으로 판단할 수 있기 때문이다. 그러나 균형성이나 객관성은 모호한 규정으로 어느 행위가 위반인지 아닌지를 미리 예측하기 어렵다. 즉, 균형성이 질적 균형을 의미하는 것인지 양적 균형을 의미하는지 매우 모호하다는 것이다. 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.

우리 헌법재판소가 적용하는 평등의 원칙이란 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 입법과 법의 적용에서 합리적인 근거가 없는 차별을 해서는 안 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(윤성욱, 2007). 이에 따라 공직선거기간에 이루어지는 TV토론에서 군소 후보와 당선 가능성이 높은 후보자 간에 차별적 대우가 허용되는 것으로 판단해왔다.

17) 명확성의 원칙은 국민의 기본권을 제한하는 법규범은 명확해야 한다는 것으로, 법률에 의한 기본권 제한이 중할수록 법률의 명확성이 더욱 엄격하게 요구된다(헌법재판소, 2003. 7. 24). 과잉제한금지의 원칙은 목적의 정당성(정당한 목적을 추구해야 함), 수단의 적합성(그 목적을 달성하기에 수단이 적합하여야 함), 피해의 최소성(피해를 최소화해야 함), 법익의 균형성(제한되는 기본권과 공익 사이에 비례관계가 있어야 함)을 충족해야 한다는 것이다(권영성, 2005).

이러한 문제에 대해 영국은 정치적·산업적 논쟁에서 방송이 의견을 표명하는 것을 금지하고 있는데도, 이를 반드시 모든 견해를 다루어야 한다는 것이나 양적 균형으로 보지는 않는다고 명시함으로써 제한적으로 적용하고 있다. 미국은 선거기간에 내용 기반 규제가 아닌 상대 후보자들의 반론권 보장 측면에서 방송시설을 이용하도록 내용 중립 규제 차원에서 규정을 마련함으로써 위헌 가능성을 해소했다.

둘째, 공정성 규제 조항은 과잉제한금지의 원칙 중 수단의 적절성에 위반될 소지가 있다. 방송에서 공정성 확보가 민주주의 국가의 여론 형성에 매우 중요한 요건으로 공정성 규제 목적의 정당성이 인정된다고 하더라도 현행 규정의 수단이 과연 적절한 것인지 판단해볼 필요가 있다는 것이다. 즉, 현행 공정성 조항은 논쟁적인 사안을 다룰 때 공정할 것을 주문하고 있지만, 방송사가 논쟁적인 사안을 회피할 경우 제재할 방법은 마련되어 있지 않다. 결국 지금과 같은 방송의 공정성 판단은 사회적으로 논쟁적인 사안에 대해 책임 있게 적극적으로 사안의 진실을 밝힌 방송은 제재할 수 있으면서도 제재가 두려워 회피함으로써 불공정을 야기한 방송은 제재하지 못하는 결과를 초래한다는 것이다.¹⁸⁾ 따라서 현행 방송심의규정의 공정성 조항은 방송의 공정성 확보라는 ‘목표의 정당성’은 인정할 수 있더라도 수단의 적절성에는 위반될 여지가 있다.

영국의 적절한 불편부당성 규정의 경우 방송사가 일정한 범위 내에서 의견이나 견해를 제시하지 못하도록 하면서도, 명백히 밝히기만 한다면 의견이나 견해 프로그램을 방송할 수도 있다는 예외조항을 마련함으로써 양적 공정성과 질적 공정성의 법익을 조화롭게 운영하고 있다.

18) 방송심의규정 제7조(공적 책무) 제1항에 “방송은 국민이 필요로 하고 관심을 갖는 내용을 다룸으로써 공적 매체로서 본분을 다하여야 한다”라고 규정하고 있다. 그러나 이러한 조항을 위반하는 것은 공적 책무에 대한 위반이지 ‘공정성’ 조항을 위반한 것이 아니기 때문에 여전히 문제가 있다는 것이다.

셋째, 방송심의규정 제9조(공정성) 제4항은 피해의 최소화 원칙에 위반될 소지가 있다. 즉, “방송사업자 또는 종사자가 직접적인 이해당사자가 되는 사안에 대하여 일방의 주장을 전달함으로써 시청자를 오도하여서는 아니 된다”라고 규정하고 있는데, 이러한 규정은 프로그램이 방송된 후 공정성을 확보했는지를 판단하는 것이 아니라 방송사가 직접적인 이해당사자가 되는 사안이라는 일정한 범위 내에서는 아예 표현하지 못하도록 함으로써 피해의 최소화 원칙에 위반될 소지가 있다.

넷째, 공정성에 대한 단편심의방식은 국가기관에 의한 자의적 판단을 야기하고 있다. 방송심의규정 제62조(연속프로그램)에 따라 베이징 올림픽 수영과 남자 탁구 단체전 경기의 중계방송에서 해설자가 적절하지 못한 발언을 한 것에 대해서는 방송프로그램 전체를 1건으로 심의해 ‘주의’로 의결하면서도, <PD수첩> ‘긴급취재, 미국산 쇠고기 광우병에서 안전한가’에서는 연속 프로그램 조항을 적용하지 않는 문제점을 보이고 있다.¹⁹⁾

이는 단서조항을 통해 시리즈물 전체를 하나의 프로그램으로 간주하는 영국의 커뮤니케이션법 제320조(6)이나 선거 후보자에게 동등 기회를 제공해야 하는 미국 커뮤니케이션법 제315조가 일정 장르(순수 뉴스·다큐멘터리·인터뷰·취재뉴스)의 경우를 예외로 적용하는 것과 매우 대조적이다. 즉, 영국은 시리즈물의 단편심의가 이루어지지 않도록 방지하고 있으며, 미국은 단편심으로 판단할 경우 무리가 있는 장르를 예외로 인정해주고 있다. 반면 국내 심의규정에는 위원회가 언제든지 단편심을 할 수 있도록 규정이 마련되어

19) 방송통신심의위원회가 발간한 『2007·2008 심의사례집』의 심의의결사항 참조. 한편 <PD수첩>의 경우 일부 해명(5.13)은 있었으나 지체 없이 정정방송을 하지 않은 것 등은 방송심의규정 제17조(오보정정)을 위반한 것이라고 판단하고 있다. 그러나 ‘지체 없이’가 프로그램 방송을 한 다음 주를 말하는지, 방송 직후를 말하는 것인지, 방송사에서 오보임을 안 시점에서 어느 기간까지인지 모호하기 때문에 방송통신심의위원회의 심의는 매우 자의적이라는 비판을 면하기 어렵다.

있다. 결국 국내 방송심의규정의 제62조(연속 프로그램)는 방송특성상 시리즈물 전체를 하나로 판단하도록 방송의 자유를 보장하는 조항이 아니라 방송통신심의위원회의 심의에서 자의적 판단이 가능한 조항으로 기능하고 있다.

결론적으로 우리의 공정성 조항은 명확성의 원칙, 수단의 적절성 등에서 위헌적 요소가 매우 높고 방송통신심의위원회에 의해 매우 자의적으로 판단·적용될 소지가 있다. 나아가 방송통신심의위원회가 마련한 방송공정성 심의 가이드라인(방송통신심의위원회, 2009)은 영미의 공정성 원칙이 비교적 법률에서 명료하게 규정하고 있는 것에 비해, 방송법과 방송심의규정은 여전히 모호한 채 가이드라인을 통해 지나치게 세부 규정을 마련함으로써²⁰⁾ 공정성과 표현의 자유의 법익 균형성이나 규제의 최소화를 이끌어내지 못하는 또 다른 문제점을 안고 있다.

3) 방송심의규정상 방송사 의견 표명에 대한 제재와 법리적 판단

현행 방송심의규정에서는 사실보도와 해설·논평 등을 구별하도록 하고, 해설이나 논평 등에서도 사실의 설명과 개인의 견해를 명백히 구분해야 하며, 해설자 또는 논평자의 이름을 밝히도록 하고 있다(방송심의규정 제10조). 이 규정을 적용하면 현행 방송심의규정상으로는 방송에 사실보도와 명백히 구분하여 논평자와 해설자를 밝히기만 한다면 의견(논평과 해설)을 허용하는 것으로 이해된다.²¹⁾

20) 추후 가이드라인 규정의 법적 효력을 어떻게 판단할 것인지 역시 논란이 될 수 있다. 특히 가이드라인에는 법적 강제력이 없는 것으로 판단되는데, 가이드라인을 제정할 경우 방송통신심의위원회가 실제 심의 결정에서 가이드라인의 규정을 주요한 판단 기준으로 적용할 가능성이 대단히 높으므로 실질적으로는 법률과 동일한 효력이 발생할 여지가 있다.

21) 이 조항은 앞서 살펴본 영국의 의견과 견해 프로그램 조항과 매우 유사하다(Ofcom Broadcasting Code 5.10). 그런데 국내 방송심의규정 제12조 제2항에서는 “방송은 정치

국내 방송심의규정 제10조(사실보도와 해설 등의 구별) 조항에서는 일정한 요건을 갖춰 방송사에 논평과 해설을 허용함으로써 의견을 밝힐 수 있도록 하는 반면, 동규정 제9조(공정성) 제2항에서는 사회적 쟁점에 대해 당사자의 의견을 균형 있게 반영하도록 하고 있다. 이는 방송사가 의견을 낼 수 있다는 것인지 없다는 것인지 두 조항 간 충돌을 야기하는 측면이 있다. 이 두 조항에 따라 방송사의 의견 표명 허용 여부가 매우 모호한 가운데 방송통신심의위원회는 ‘일방의 주장’을 다루는 경우 공정성 조항만을 기계적으로 적용해 방송의 의견 표명을 전면 금지하고 있다.

심의 사례 1_ 사회적 쟁점이나 이해관계가 첨예하게 대립되는 사안을 다루면서 미국의 도축 시스템, 도축장 실태, 캐나다 소 수입 및 사료 통제정책 등에 대해 일방의 견해만 방송했음(제9조 제2항·제3항 위반).

심의 사례 2_ 방송사업자가 직접적인 이해당사자가 되는 사안에 대해서 자사의 입장을 옹호하는 단체 등의 주장이나 자사에 유리한 내용을 중점적으로 보도한 것으로 관련 심의규정 위반(제9조 제4항 위반).

심의 사례 3_(뉴스프로그램에서) 앵커가 “방송법의 내용은 물론 제대로 된 토론도 없는 절차에 찬성하기 어렵다”며 방송법 개정안에 반대한다는 의견을

문제를 다룰 때에는 특정 정당이나 정파의 이익이나 입장에 편향되어서는 아니 된다”라고 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 국한된 것으로 이해하는 것이 더 타당하다.

제시하고, 이어 언론노조의 파업 취지에 대한 이해를 구하는 내용을 방송한 것은 공적인 방송을 개인의 사적인 이해 표현의 수단으로 이용한 것이며 뉴스 프로그램의 진행자가 사회적 쟁점사안에 대해 균형성을 유지하지 못한 것일 뿐만 아니라 직접적인 이해당사자가 되는 사안에 대해 일방의 주장을 전달한 것으로 심의규정 위반(제9조 제2항, 제9조 4항).²²⁾

언론매체의 어떠한 표현 행위가 명예훼손과 관련해 문제가 되는 경우, 국내 법원은 그 표현이 사실을 적시하는 것인지, 아니면 단순히 의견 또는 논평을 표명하는 것인지, 또는 의견이나 논평을 표명하는 것이라면 그와 동시에 묵시적으로라도 그 전제가 되는 사실을 적시하고 있는 것인지를 구별해 위법성을 결정한다(대법원, 2000. 2. 25; 서울고등법원, 2002. 2. 7; 서울고등법원, 2001. 7. 26 판결 등).

의견과 사실의 구분은 기사의 객관적인 내용과 일반 독자가 보통의 주의로 기사를 접하는 방법을 전제로 기사에 사용된 어휘의 통상적인 의미, 기사의 전체적인 흐름, 문구의 연결 방법 등을 기준으로 판단해야 하고, 여기에다가 해당 기사가 게재된 좀 더 넓은 문맥이나 배경이 되는 사회적 흐름 등도 함께 고려해야 한다(대법원 2000. 2. 25). 따라서 부분적으로 부적절한 표현이 포함되어도 전체적으로 잘못된 의견이라고 보기 어렵다면 폭넓게 언론의 의견 또는 논평의 자유를 보호하고 있다.

“검찰 자기 식구 싸고돌기?”, “입 맞추기 시간 충분”, “축소수사라는 지적이 나오고 있다” 등의 표현에 대해 고등법원은 “본 의견의 표명에 해당하는 부분은 부적절하다고 판단되나 전체적으로 보아 잘못된 의견이라고 보기

22) 심의 사례는 『2007·2008 방송심의사례집』(방송통신심의위원회, 2009), 방송통신심의위원회 홈페이지의 2009년 3월 지상파방송 심의의결 내역([http://www.kocsc.or.kr/04info/infoOpinion List.php](http://www.kocsc.or.kr/04info/infoOpinion_List.php)) 참조.

어렵고 결국 피고들의 의견 표명은 그 한계를 벗어나지 아니하였다고 봄이 상당하다”고 판시했고(서울고등법원, 2002. 2. 7), 대법원도 이를 인용했다(대법원 2004. 8. 16). 검찰의 이중기소에 대해서도 “불법 감금”, “사법사상 치음”이라는 표현을 동원해 “한심한 검찰”이라고 단정한 것에 대하여 법원은 “피고들이 원고의 실수를 빌미로 지나치게 과도한 비난을 가한 것”이라고 인정하여 표현이 다소 부적절했다고 판단하면서도 “전체적으로 보아 잘못된 의견이라고 보기는 어렵고 결과적으로 피고들의 논평의 자유 범위에 속한다”고 보았다(서울고등법원, 2001. 7. 26).

한편 반론권 역시 사실적 주장인 경우에만 적용되며 언론매체의 의견과 평가의 경우에는 허용하지 않는다. 그러나 언제나 사실과 의견이 명확하게 구분되는 것은 아니다. 국내 법원은 반론보도문과 원보도의 문장을 일일이 분절해 그 문구가 사실적 주장인지 의견의 표명인지를 분석·판단하는가 하면(서울지방법원, 2007. 4. 12), 신청인이 보도 내용이 허위사실이라고 주장하므로 반론권을 허용한다는 단순심리 방식으로 판결하기도 한다(서울지방법원, 2003. 10. 10).

MBC <PD수첩>에서 소말리아 해적에 납치된 동원호 선박 선원들이 정부가 적극적으로 협상에 나서지 않아 풀려나지 못하고 있다고 보도하자 외교통상부가 제기한 반론보도 청구소송에서 법원은 원보도와 반론보도문의 비교를 통해 결정하는 방식을 취했다. 이에 따라 “공식협상문안 하나를 만들어 보내고 받는 데만도 몇 주일씩 소요되고 있다”, “선원들의 석방을 위하여 협조하여 달라는 요청을 하는 것 이외에는 달리 특별한 노력을 하고 있지 아니하다”는 사실적 주장에 해당하므로 외교통상부의 반론권을 인정했다.

그러나 원고(외교통상부)가 동원호 사건의 해결을 위한 협상의 실질적인 주체를 동원수산에 떠넘기고 있다는 보도에 대해서는 자국민 보호에 대한 책임을 지고 있는 정부가 당연히 동원호 사건의 해결을 위해 적극적으로 노력해야 하는 것임에도 그러한 주장을 하는 것에 대한 비평을 보도한 것이라

며 반론권을 인정하지 않았다(서울지방법원, 2007. 4. 12).

동아일보가 2001년 7월 4일과 5일 3차례에 걸쳐 “국정홍보처장 ‘특하면 성명’”과 같은 제목으로 국정홍보처장이 언론사 세무조사에 대한 정부 성명 발표를 비정상적으로 남발하고 있다는 취지의 기사를 게재해 국정홍보처가 제기한 반론보도심판청구에서 1, 2심은 이를 인용했지만(서울고등법원, 2002. 7. 11; 서울지방법원, 2001. 9. 28), 대법원은 하급심 판결이 법리를 오해한 위법이 있다고 판시했다. 즉, 대법원은 “원보도의 전체적인 인상 및 맥락으로 보면 …… 언론사의 의견 표명 내지 비평 또는 정부의 공식 성명만큼이라도 좀 더 차분해졌으면 좋겠다는 희망 내지 요청을 개진한 것”으로 판단했다(대법원, 2006. 2. 10). 반론권 역시 언론보도에서 사실적 주장의 경우에만 허용해 의견 내지 평가에 대해서는 언론의 자유를 폭넓게 인정한다고 볼 수 있다.

국내 방송심의규정에는 방송사의 의견 표명을 명시적으로 금지하고 있다고 보기는 어렵다. 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 원칙적으로 금지하는 조항으로 해석하기는 어렵다. 기본권 제한이 중대할수록 법률은 명확해야 하고, 명확하지 않을 경우 규정은 제한적으로 해석되어야 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 방송의 경우 사실적 주장과 구분하여 의견이나 논평의 자유를 보장하고 있다. 심지어 부분적으로 부적절한 표현이 포함되어도 전체적으로 잘못된 의견이 아니라면 의견 또는 논평의 자유를 폭넓게 보호하고 있다. 나아가 반론권도 사실적 주장인 경우에만 적용되며 방송사의 의견 또는 논평에 해당하는 경우 인용하지 않고 있다. 이러한 방송사 의견 표명에 대한 국내 법리를 보건대 방송통신심의위원회의 공정성 심의

는 규정 해석과 적용에 법률적 문제가 있다고 판단된다.

4. 주요 결과 및 제언

본 논문은 공정성 심의가 법적 개념으로 법률 조항에서 정당성, 타당성, 일관성을 확보해야 한다는 문제의식을 가지고 시도되었다. 이에 따라 방송통신심의위원회의 성격과 심의의 위헌성, 심의규정의 위헌성, 방송사의 의견 표명과 제재의 법률적 문제를 검토해보았다. 주요 연구결과는 다음과 같다.

첫째, 방송통신심의위원회는 독립위원회의 형태일지라도 구성 방법과 절차에서 대통령과 여당 추천 인사를 다수 포함해 대통령이 임명하는 방식이며, 사무처 조직에 필요한 사항을 대통령령으로 정하고 있는 점, 사무처 조직 운영에 필요한 경비를 국가가 지급하도록 하고 있는 점, 방송 내용에 영향을 미치는 심의규정을 제정·공표할 권리가 있는 점 등을 고려했을 때, 국가의 행정권이 심의기관의 구성에 지속적인 영향을 미칠 수 있고 행정권이 주체가 된 검열 절차를 형성하고 있다고 보았다.

다만 사전에 그 내용을 심사·선별해 일정한 범위 내에서 표현을 금지하는 것(사전심사)이 아니라는 주장이 제기될 수 있다. 이에 대해서는 방송통신심의위원회가 정부에 비판적이거나 불리한 내용을 방송하면 제재하고 이를 다시 평가제나 재허가에 반영하도록 하는 현행 법률체계에서는 위헌적 요소가 크다고 판단했다. 즉, 방송사가 재허가를 받기 위해 집권당에 유리하거나 정부에 무해한 여론만을 방송할 것이므로, 이는 단일 프로그램의 방송 내용에 대해 일일이 심사·선별하는 것은 아니지만 일정한 범위 내에서 표현을 금지하는 것으로, 결국 방송프로그램의 사전검열과 동일한 결과를 초래한다.

둘째, 국내의 공정성 심의규정은 명확성의 원칙, 과잉제한금지의 원칙에 위반되어 위헌성이 높다. 국내 공정성 조항은 양적 균형을 의미하는지, 질적

균형을 의미하는지 모호한 반면, 영국은 반드시 양적 규제를 의미하지 않는다고 명시하고 있으며, 미국은 철저하게 내용 중립 규제(공직 후보자에게 편의 시설 제공)의 형식으로 마련되어 있다. 또한 국내 공정성 심의에서 위원회의 자의적인 판단에 따른 단편심의회도 문제점으로 발견되었다. 이에 대해 영국의 방송규정은 시리즈물의 경우 반드시 전체로 간주되어야 한다고 규정함으로써 규제가 단편적으로 이루어지지 않도록 보장하고 있다. 미국은 공직 후보자에게 동등 기회를 보장하는 커뮤니케이션법 제315조에서 일부 장르에 예외 조항을 마련해 뉴스나 인터뷰 등 프로그램에서는 자유롭게 방송할 수 있도록 하고 있다.

또한 공정성 심의규정은 목적의 정당성을 인정받는다 하더라도 과잉제한 금지의 원칙 중 수단의 적절성, 피해의 최소화를 위반할 가능성이 있다고 판단했다. 제9조(공정성) 조항으로는 논쟁적 사안을 회피할 경우 제재할 방안이 없는 반면, 적극적으로 진실을 추구한 방송에 대해서는 제재할 수 있어 공정성 규제에 대한 적절한 수단이라고 보기 어렵다. 또한 제9조(공정성) 제4항은 방송사업자(종사자)가 직접적인 당사자인 경우 방송된 후에 공정성을 판단하는 것이 아니라 아예 프로그램에서 의견을 내지 못하도록 함으로써 피해의 최소화 원칙에 위반될 소지가 있었다.

셋째, 방송심의규정상 방송사 의견 표명이 명시적으로 금지된 것도 아닌데 방송통신심의위원회는 방송 내용에 대해 공정성 조항의 ‘균형성’과 ‘일방적 주장’만을 근거로 기계적으로 판단하고 있었다. 국내 법원은 방송 내용에 대해 의견(논평)인가, 사실적 주장인가를 구분하여, 사실적 주장에 대해서는 위법성을 판단하지만 방송의 의견(논평)에 대해서는 폭넓게 표현의 자유를 보장하고 있다. 특히 반론권도 방송사가 의견을 표명한 것에는 인용하지 않고 사실적 주장에 대해서만 허용하고 있는 법리를 볼 때, 방송통신심의위원회의 공정성 심의는 방송사가 의견을 표명한 경우에 대한 규정 해석과 적용에 법률적 문제가 있다고 판단했다.

연구결과를 중심으로 법적 개념으로서 공정성 심의규정을 마련하기 위한 개선 방안을 다음과 같이 제언하고자 한다.

첫째, 공정성 심의규정은 내용에 관여하는 규제 형태가 아니라 내용 중립 규제나 구조적 규제로서 마련되었을 때 정당성을 인정받을 수 있다. 영미의 공정성 조항은 공론장에서 시민들의 적극적 자유로서 참여적 권리를 보장하는 차원에서 마련된 제도이다. 국내 공정성 심의규정도 내용 중립 규제이자 구조적 규제의 형태로 제정하고 나머지는 모두 폐지하는 것이 바람직하다.

예를 들면 방송심의규정 제12조(정치인 출연 및 선거방송) 등에서 후보자들에게 동등한 기회를 부여하는 조항만을 남기고 균형성, 객관성 등 자의적 적용이 가능한 규제는 모두 폐지하는 것이다. 그렇게 되면 현행 공정성 심의 규정의 명확성의 원칙 위반 문제 등이 해결될 수 있을 것으로 판단된다. 또한 내용 중립 규제로서 공정성 규정을 제정하면 국가 행정기관인 방송통신심의위원회에 의한 사전검열적인 위헌성도 배제할 수 있을 것이다.

둘째, 공정성의 심의규정은 진실성을 핵심 요건으로 개정하고, 실제 심의의 적용에서는 방송사가 방송 내용에 대해 증거를 얼마나 확보하고 있는지, 진실성을 얼마나 입증할 수 있는지로 판단해야 한다.

이는 공정성에 대한 제재가 내용과 관련된 규제일 경우 허위사실 등 헌법상 금지되는 표현에만 엄격하게 제한적으로 적용되어야 하기 때문이다. 내용 기반 규제로서 공정성에 대한 제재는 방송사가 허위사실을 유포했을 경우로 국한되어야 한다는 것이다.

따라서 현재 방송통신심의위원회의 공정성 심의처럼 균형성과 일방적인 주장을 기준으로 ‘공정하지 못하다’고 판단해서는 안 되며, 그러한 주장이 사실에 기반을 둔 것인지 판단해 제재할 필요가 있다. 그것이 정당한 공적 관심사로서 진실을 기초로 했다면 방송의 표현물은 허용하는 것이 마땅하다. 단지 ‘일방의 주장’이라고 하여 제재하는 것은 방송의 공정성 판단에 합당하지 않다. 단순히 ‘일방의 주장’으로 판단할 것이 아니라, 상대방의 의견을

다루었는지, 진실 확인의 의무를 다했는지가 판단의 기준이 되어야 한다는 것이다. 그리고 그것이 허위임이 입증되지 않다면 방송의 자유는 폭넓게 보장되어야 한다.

셋째, 방송의 의견 표명에 대한 심의규정을 명확하게 개정할 필요가 있다. 현행 심의규정은 방송사가 의견을 표명해도 좋다는 것인지 아닌지 모호한 가운데 방송통신심의위원회가 자의적으로 적용하고 있다.

이에 대해서는 국내 법원이 적용하는, 방송사의 의견이나 논평을 폭넓게 보장해야 한다는 법리를 위반하지 않도록 심의규정을 마련할 필요가 있다. 그러나 사회적 여론 등을 고려할 때 의견 표명을 보장하더라도 일정한 요건을 의무적으로 부여할 수는 있다고 판단된다. 물론 이 역시 내용에 관여하는 형태가 아니라 가급적 기술형식적인 규제에 그쳐야 한다.

예를 들어 방송이 의견과 사실을 구분하도록 하는 방송심의규정 제10조를 좀 더 실효성 있게 개정해 적용한다든지, 선거보도·순수뉴스·시사 프로그램을 구분하여 사실과 의견의 허용 범위를 제한적으로 적용한다든지 형식과 요건을 갖추되 의견 표명을 보장하는 조항으로 규정할 필요가 있다. 이는 방송에 대해 의견 표명을 보장함으로써 위헌 가능성을 줄이면서도 국민에게 방송의 표현이 사적인 의견인지 아닌지를 구분하여 전달하도록 함으로써 공익과 방송의 자유라는 두 법익의 조화를 이룰 수 있다.

본 논문은 공정성 규제에 대한 정당성을 공론장에서 시민의 참여를 보장하는 적극적 자유권의 실현에서 찾아보았다. 그런데 이러한 공정성 규제가 현재의 미디어 환경에도 여전히 적합한지 근본적으로 검토해봐야 했으나 이를 깊이 다루지 못한 한계가 있었다. 또 사례분석이 엄밀하지 못하고 영미 중심으로 공정성 규제를 검토했기 때문에 일본이나 서유럽의 다양한 공정성 원칙을 살피지 못한 측면도 있었다. 후속 연구에서 이러한 논의가 풍부하게 이루어지길 기대하며, 본 논문은 법적 개념으로서 공정성의 위헌성을 판단하고 국내 방송심의규정의 구체적인 개정 방안을 제시했다는 데서 의의를 찾고

자 한다.

마지막으로, ‘해로운 의견’의 교정을 위해 판사나 배심원의 판단보다 다른 의견과의 경쟁을 중시했던 미국의 거츠 판결이 던져주는 의미를 강조하고 싶다. 최소한 국가기관이나 집권자가 공정성이라는 명분으로 사상의 자유 시장을 왜곡하는 것은 바람직하지 않다. 과연 한 방송사의 ‘해로운 의견’이 국가가 의견 형성에 개입하는 것보다 반드시 더 해롭다고 말할 수 있는지, 공정성 규제 범위를 결정하기 전에 무엇보다 사회적 합의를 이루어야 할 중요한 전제일 것이다.

참고 문헌

- 공정성 가이드라인 즉각 중단하라(2009. 3. 11). 『PD저널』.
- 권영성(2005). 『헌법학원론』. 서울: 법문사.
- 김경호(2008). 의견표현과 사실적시 이분법에 따른 대법원 표현의 자유 보호 범위에 관한 연구. 『언론과학연구』, 8(1), 39~80.
- 대법원 1999. 2. 9. 선고 98다31356 판결.
- 대법원 2000. 2. 25. 선고 98도2188 판결.
- 대법원 2000. 7. 28. 선고 99다6203 판결.
- 대법원 2002. 1. 22. 선고 2000다37524 판결.
- 대법원 2004. 8. 16. 선고 2002다16804 판결.
- 대법원 2006. 2. 10. 선고 2002다49040 판결.
- 대법원 2007. 4. 12. 선고 2006가합16537 판결.
- 대법원 2008. 2. 14. 선고 2005다75736 판결
- 방송통신심의위원회(2008). 『방송의 공정성 심의를 위한 연구』.
- 방송통신심의위원회(2009). 『2007·2008 심의사례집』.
- 서울고등법원 2001. 7. 26. 선고 2000나25745 판결.
- 서울고등법원 2002. 2. 7. 선고 2000나31320 판결.
- 서울고등법원 2002. 7. 11. 선고 2001나67203 판결.
- 서울지방법원 2001. 9. 28. 선고 2001카기11669 판결.
- 서울지방법원 2003. 10. 10. 선고 2003카기7114 판결.
- 서울지방법원 2007. 4. 12. 선고 2006가합16537 판결.
- 양홍주(2009. 3. 12). “언론통제수단 우려” vs “편파 차단역할 기대”. 『한국일보』.
- 윤성욱(2007). 대통령선거 TV토론 후보자 참여 제한 기준에 관한 연구: 현재 판례분석을 통한 공직선거법 제82조의2 개정논의를 중심으로 『한국방송학보』, 21(6), 317~365.
- 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.

이희용(2007. 3. 15) 大法 “하나방송 SO 승인 거부는 부당”, 『연합뉴스』. Available:
<http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=102&oid=001&aid=0001575271>

이희용(2007. 3. 21). 하나방송, 정부에 569억 원 배상 요구. 『연합뉴스』. Available:
<http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=106&oid=001&aid=0001581080>

표성수(1997). 『언론과 명예훼손』. 서울: 법문사.

헌법재판소 1991. 11. 12. 선고 89헌마88 결정.

헌법재판소 1992. 6. 26. 선고 90헌바26 결정.

헌법재판소 1996. 10. 4. 선고 93헌가13 결정.

헌법재판소 1996. 10. 31. 선고 94헌가6 결정.

헌법재판소 1997. 3. 27. 선고 97헌가1 결정.

헌법재판소 1997. 8. 21. 선고 93헌바51 결정.

헌법재판소 1997. 10. 30. 선고 96헌마94 결정.

헌법재판소 1998. 2. 27. 선고 96헌바2 결정.

헌법재판소 1998. 8. 27. 선고 97헌마372 결정.

헌법재판소 1999. 6. 24. 선고 98헌마153 결정.

헌법재판소 2001. 8. 30. 선고 2000헌가9 결정.

헌법재판소 2002. 2. 28. 선고 99헌바117 결정.

헌법재판소 2003. 7. 24. 선고 2002헌바 82 결정.

헌법재판소 2003. 7. 24. 선고 2002헌바82 결정.

헌법재판소 2008. 6. 26. 선고 2005헌마506 결정.

Barendt, E.(1993). *Broadcasting law: A comparative perspective*. Oxford: Clarendon Press.

Barendt, E.(1994a). Free speech in Australia: A comparative perspective. *The Sydney Law Review*, 16(2), 149~165.

Barendt, E.(1994b). Importing United States free speech jurisprudence? In Campbell, T. & Sadurski, W.(eds.), *Freedom of communication* (pp.57~76). Aldershot: Dartmouth.

- Barron, J. A. & Dienes, C. T.(2005). *Constitutional Law*. MN: Thomson/West.
- Berger, Judson.(2009. 2. 18). *White House: Obama Opposes' Fairness Doctrine Revival*. Foxnews.
Available: <http://www.foxnews.com/politics/first100days/2009/02/18/white-house-poses-fairness-doctrine/>
- Collins, R. & Murrone, C.(1996). *New media, new policies: media and communications strategies for the future*. London: Polity Press.
- Editorializing by Broadcast Licenses, 13 F.C.C. 1246(1949).
- FCC v. League of Women Voters of California, 468 U.S. 364(1984).
- Fiss, O.(1996). *Liberalism Divided: Freedom of Speech and the Many Uses of State Power*. Boulder, CO: Westview Press.
- Gertz v. Welch, 418 U.S. 323(1974).
- Gibbons, T.(1991). *Regulating the media*. London: Sweet and Maxwell.
- Habermas, J.(1994). Three Normative Models of Democracy, *Constellations* 1(1), 1~10.
- Habermas, J.(1996). *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Cambridge: Polity Press.
- Harvey, S.(1998). Doing it my way - broadcasting regulation in capitalist culture: the case of "Fairness" and "Impartiality". *Media, Culture & Society*, 20(4), 535~556.
- Janklow v. Newsweek, 788 F.2d, 1300(1986).
- Jones, P.(2001). The best of both worlds? Freedom of communication and 'positive' broadcasting regulation. *Media, Culture & Society*, 23(5), 385~396.
- Kelly, D. & Donway, R.(1990). Liberalism and free speech. In J. Lichtenberg(ed.), *Democracy and the Mass Media*. (pp.66~101). Cambridge: Cambridge University Press.
- Lichtenberg, J.(1990). Foundations and limits of freedom of the press. In J. Lichtenberg(ed.), *Democracy and the Mass Media* (pp.102~135). Cambridge: Cambridge University Press.
- Lively, D.(1991). *Modern Communications Law*. New York: Praeger.
- Miami Herald v. Tornillo 418 U.S. 241(1974).
- Milkovich v. Lorain Journal Co., 497 U.S. 1(1990).
- Ollman v. Evans, 750 F.2d 970(1985).
- Overbeck, W.(2004). *Major Principles of Media Law*. Wadsworth.
Philadelphia Newspapers v. Hepps, 475 U.S. 767(1975).

Red Lion Broadcasting v. FCC 395 U.S. 367(1969).

Robertson, G. & Nicol, A.(1992). *Media Law*. London: Penguin Books.

Trager, R.(1998) Broadcast regulation In Hopkins W. W.(eds.) *Communication and the law*
(pp.43~52). AL: Vision Press

Tuner Broadcasting System, Inc. v. FCC, 512 U.S. 622(1994).

United States v. O'Brien, 391 U.S. 367(1968).

Legal concept of fairness in broadcasting and scope of regulation

Sung-Oak Yun

Research fellow, Korean broadcasters Association

In, Korea, licenses of broadcasting companies can be cancelled according to results of content regulation of Korea Communications Standards Commission. This thesis was attempted with sense of issues that fairness regulation, as a legal concept, must secure fairness, reasonableness, and consistency of legal provisions. Subsequently, character of Korea Communications Standards Commission, constitutionality of contents regulation, and broadcasting code, and legal problems on expression of opinions and controls of broadcasting companies. As the result of study, first, Korea Communications Standards Commission can receive continuous influence of administrative power of the nation and has formed examination procedure even though it is in a form of independent committee. Second, fairness provision of domestic broadcasting code is unconstitutional as laws are not clear. Third, domestic courts shall protect opinions (Critics) of broadcasting and also in broadcasting code regulation, expression of opinions of broadcaster is not prohibited but Korea Communications Standards Commission controlled broadcasting contents only by reasons of 'balance' of fairness provisions. As a conclusion, it was suggested that fairness provision must be only limited to content neutral regulation, to make judgment based on facts, and to revise regulation related to expression of opinion.

- Key words: Broadcasting, fairness, content regulation, constitutionality, freedom of expression