

언론자유에 관한 비판적 분석

-서독의 언론자유를 중심으로-

허경
연세대 법학과 교수

I. 문제의 제기

19 세기에 프랑스의 시인이자 정치가인 샤또브리앙(François-René Vicomte de Chateaubriand, 1768~1848)은 일찍이 언론의 중요성과 관련하여 「언론의 자유가 보장되지 아니한 헌법은 그 밖의 다른 어떠한 자유도 수호할 수 없기 때문에 헌법으로서의 기능을 발휘할 수 없다」고 말한 바 있다.¹⁾

오늘날의 언론은 그 당시에 비하면 질과 양에 있어서 눈부신 발전을 하여 왔으나, 언론의 중요성은 그때나 지금이나 크게 다를 바가 없다. 샤또브리앙 시대의 신문이란 소수의 사상가에 의하여 편집되었고 지면이라야 2면 내지 4면에 불과하였으며 많아야 수천부가 인쇄되어²⁾ 제한된 지식인들 사이에서 읽혀졌다. 이에 반하여, 오늘날의 신문은 거대한 언론기업에 의하여 수백인의 편집인에 의해 수십만 내지 수백만부가 인쇄되어 거의 모든 사람들에게 읽혀지고 있어서 이제 신문은 매일 매일의 식량 못지않게 우리에게 없어서는 아니될 존재가 되었다.

언론의 자유가 헌법적 차원에서 주장되고 인정되기는 미국의 버지니아 권리장전과 프랑스의 혁명공약에서 부터이다. 1776년 6월 12일의 버지니아 권리장전(제12조)에 의하면

「언론은 자유 수호에 있어서 가장 중요한 보루」임을 규정하고 있고, 그로부터 15년 후인 1791년 미국의 연방수정헌법 제1조에서는 「언론·출판의 자유를 제한하는 입법을 금지」하는 내용을 규정함으로써 언론자유에 대한 보장을 재차 확인하였다. 프랑스에서는 1789년 8월 26일에 있는 프랑스의(인간 및 시민의 권리선언) 제11조에서도 언론의 자유를 보장하는 내용을 규정하고 있음은 주지의 사실이다.

그 이래로 오늘날 거의 모든 국가에서 언론의 자유를 헌법 또는 일반법률로서 규정하여 보장하고 있다. 따라서 언론은 질적, 양적, 내용면에서 볼 때 크나큰 변화와 발전을 가져오게 되었다.

과거에 언론이라 하면 주로 신문만을 의미하였다고 볼 수 있으나 오늘날에는 신문은 물론 방송, 텔레비전 등 거의 모든 커뮤니케이션을 의미하게 되었다. 이들은 서로 밀접한 관계가 있기 때문에 언론의 자유가 신문만을 국한하여 말해질 수는 없을 것이다.

현대 대중적 민주주의시대에 들어와서 언론은 단순히 인간의 의사를 전달하는 차원을 넘어서 또 다른 차원의 의의를 갖는다고 보겠다. 독일의 연방헌법재판소는 언론의 자유가 자유민주주의를 구성하는 요소가 된다고 판시한 바 있다.³⁾

오늘날 언론의 자유없이는 진정한 민주주의를 기대할 수 없는 일이다. 바로 그렇기 때문에 진정한 언론의 자유가 새삼스럽게 요구되는 것이다. 민주주의는 사상전달의 방법으로 언론을 그 본질로 삼고 있고 따라서 언론과 자유민주주의는 상호견련관계에 있다고 하겠다.

일찍이 언론의 중요성을 인식한 사람들은 언론의 자유를 더 잘 보장하기 위하여 언론의 본질과 그 임무를 어떤 특정한 개념하에 묶어 두기를 바라고 있다. 예컨대 언론은 입법·사법 행정부에 이은 제 4 부이다 라고 한다든지 또는 언론이 여론의 기관, 담당자, 형성자 등으로 불리고 있음은 위의 사실을 뒷받침하고 있다. 그리고 언론을 「공적(fentlich)」인 것에 기여하는 어떤 속성으로 보기도 하며, 심지어는 언론을 헌법상의 공적 임무를 수행하는 것으로 보기도 한다.

이러한 상이한 관념들은 언론 자유의 보장에 대한 해석상 나올 수 있는 것이기는 하나 이러한 생각들이 타당한 것인지 다음에서 고찰해 보고자 한다.

II. 언론 보장의 변천

언론의 자유는 일반적인 의사표명의 자유로부터 파생되어 발전하였다.⁴⁾

프랑스의 인권선언을 시작으로 오늘날 각국의 헌법이나 언론법에서는 한결같이 언론의 자유에 관한 규정들을 두고 있다. 여기에서 언론이란 일반적으로 언어, 문자 인쇄, 그림 그 밖의 방법으로 의사표명을 할 수 있는 것을 말한다.

역사적으로 보아 언론의 자유는 주로 정치적 언론이 관현의 검열로부터의 자유를 의미하였다.⁵⁾ 언론과 정치와의 관계를 고찰해 보면 우리는 언론이 시민의 자유주의적이고 개인주의적인 기본권으로부터 민주적이고 정치적인 권리로 그 중점이 옮겨졌음을 발견할 수 있다. 시민이 국가와의 관계에 있어서 자유적 지위(Status libertatis)로부터 능동적 지위(Status activus)로 옮겨진 것이기도 하다.⁶⁾

언론의 자유는 의사표명의 자유아래서 (「본」 기본법 제 5 조 1 항) 개개인이 국가로부터의 자유를 의미한다. 따라서 언론의 자유는 국가의 정치생활 안에서 자유적인 요소이다. 또한 언론의 자유는 정치적 통제로부터의 자유를 의미하기도 하는데 이로부터 시민은 광의에 있어서 국가권력의 최상부에 까지 참여할 기회를 갖게 된다. 이것은 국가의 정치생활에서 하나의 민주적 요소가 되는 것이다.

언론자유는 발달은 그 중점이 자유주의에서 민주주의로 이전된 것 외에 기본권으로서의 뿐만 아니라 제도보장으로서의 대상이 되었다.⁷⁾

기본권으로서의 언론의 자유는 국민을 그 보장의 대상으로 삼고 있으나, 제도보장으로서의 그것은 목적설정적인 점에 그 특징을 찾을 수 있다. 기본권이 자기목적적인데 대하여 제도보장은 필연적으로 합목적적이다. 이 말은 목적없는 제도가 무의미해서라기 보다 어떤 제도보장이란 그 목적과 관련하여 국가로부터의 보장을 받는데 그 뜻이 있기 때문이다.

언론의 자유의 제도보장에서 그 목적과 임무를 너무 광범위하게 생각할 필요는 없을 것이다. 왜냐하면 이 제도는 국가와 그 상대방간에 보호와 의무수행이라는 서로간에 급부관계가 있기 때문이다. 제도보장은 권리의 남용을 방지할 수 있고 나아가서 국가의 보호를 거부하거나 또는 국가로부터의 상해를 막을 수 있다. 설령 상대방이 그 임무를 다하지 못한 경우도 마찬가지이다. 이는 자유민주주의의 자구사상에서 나온 것이 아니라 그 자체의 논리적 필연이기 때문이다.

독일에서 언론에 관한 기본권보장과 제도보장의 문제는 자유주의적 색채가 강하였던 바이마르 헌법하에서 구별의 논의가 있었고 그에 관한 많은 이론이 전개되었다.⁸⁾

본 기본법하에서는 이에 대하여 사회적 법치 국가주의로 말미암아 개념상의 변화가 있었으나 여기에서는 논급치 아니한다. 그러나 우리는 바이마르 헌법하에서 야기되었던 기본권보장과 제도보장에 관한 학설상의 논쟁을 주목하여야만 하는데, 이는 언론의 자유가 기본권 보장이라는 면을 갖고 있음과 동시에 제도보장의 측면을 아울러 갖고 있기 때문이다. 따라서 언론의 자유는 주관적 권리를 가진 제도보장이라고 말할 수 있다.⁹⁾ 다만 언론의 자유를 바라보는 관점이 제도보장의 측면으로 옮겨졌을 뿐이지, 그렇다고 해서 언론의 자유가 의사표명의 자유범주 안에서 제도화되었다는 것은 아니다. 왜냐하면 이를 인정한다는 것은 제도화된 자유를 인정하는 것으로서 그 자체가 본질적으로 모순을 드러내고 있기 때문이다. 그래서 그와 같은 건 불가능하게 보인다. 그러나 실제로 있어서 언론의 자유를 구체적으로 실현하기 위하여는 기본권보장만으로는 만족스런 보장을 바라기 어려운 상태에 있으므로 제도보장의 측면이 간과되어서는 안될 것이다.

III. 언론의 자유에 관한 기본권 보장과 제도보장

언론제도의 보장은 고전적 의미의 언론의 자유에 대한 기본권과 더불어 발전하여 왔다. 언론의 자유가 기본권으로부터 제도보장으로 발전된 것은 개념상의 변화를 의미하는 것이라기보다는 그 비중이 옮겨진데 불과한 것이라고 생각된다. 따라서 언론의 자유는 기본권보장과 제도보장을 다 향유하고 있는 것이다.¹⁰⁾ 다만 그 보호의 대상과 방법에 있어서 차이가 있을 뿐이다. 언론의 자유에 대한 기본권 보장의 측면이 언론을 통한 의사표명의 자유만을 보장하는 것이라면, 제도보장은 언론과 관련이 있는 그 밖의 모든 것을 보장해 준다. 다시 말하면 언론의 자유란 의사표명뿐만 아니라 정보수집 및 일반적인 보도나 심지어는 경제적으로 자기의 존립을 위태롭게 할 경우에 이에 대한 반박의 의사표명을 광고로 게재하는 권리도 포함된다. 또한 언론의 내적 자유도 같이 보호를 받게 된다.¹¹⁾ 게다가 여기에는 의사표명의 자유뿐만 아니라 신문의 발행 · 편집 · 제작과 나아가서는 언론기업 또는 신문제작의 촉진과 보급, 확장까지도 보장받게 됨을 의미한다.¹²⁾ 따라서 언론에 관한 기본권을 자유로 표현한다면 언론에 관한 제도보장은 특권이라고 표현할 수 있다.¹³⁾

독일에서 헌법상 언론의 자유를 보장받기까지는 이웃나라에 비해 늦은 편이다. 1919 년의 바이마르 공화국헌법 제 118 조에서 처음으로 의사표명에 관한 기본권으로서 언론의 자유를 규정하였다. 그러나 여기서는 아직 제도보장은 두지 않았었다. 제도보장을 1874 년에 제정된 제국언론법(Reichspressgesetz)에서 규정하고 있기 때문에 헌법에서는 이를 피하고 있다고 본다.¹⁴⁾

제 2 차대전후의 헌법인」 기본법 제 5 조 1 항에서 언론을 일반적인 의사자유로 규정하였고 동시에 제도보장으로 인정하였다.

이와 같이 언론자유에 대한 기본권보장과 제도보장의 병행규정은 언론의 자유를 철저히 보장한다는 장점이 있으나 이에 대한 법해석상 또는 입법정책상 혼란과 오류를 낳게 할 위험도 없지 않다. 또한 양자간의 구별은 그리 쉽지 않으며, 제도보장의 측면을 강조하다 보면 기본권보장이 소홀해질 위험마저 내포되어 있는 것이다.

일반적으로 기본권에는 특별한 임무나 제한이 없는데 비하여, 제도보장에는 뚜렷한 임무가 부여되고 있고 따라서 그 임무에 충실해야 한다. 그렇기 때문에 목적설정적인 것이다. 헌법이 언론의 자유에 대하여 기본권 보장과 제도보장을 함께 보장하고 있는 것은 단순히 그것을 기본권으로서만 존중해 주는 것은 아니며, 제도보장으로서 여러 가지 특권이 따르기 마련인 때문인 것이다. 물론 이 특권은 기본권을 무시하는 정도로 까지 인정하는 것은 아니다. 그런데 많은 경우에 있어서 제도보장으로부터 나오는 임무와 그에 대한 평가는 기본권의 본질과 거리가 있음을 볼 수 있다. 예를 들면 헌법상의 언론의 자유의 보장은 특정 신문의 판매증가를 위해 보장되는 것은 아니다. 이 경우에 권리가 제도를 통해서 새로운 의무를 낳게 하는 결과가 된다.

연방헌법재판소의 판례중에서 언론의 자유에 대하여 기본권 보장과 제도보장이 뒤엉킨 판례가 발견된다.¹⁵⁾ 『주정부는 출판업자·출판사의 책임자 및 편집책임자들이 업무수행상 민주적 기본질서를 문란시키거나 문란케 할 우려가 있을 때에는 주의 법규에 의거하여 이들의 행위를 금지시킬 수 있다』고 헌법재판소는 판시하고 있다. 또한 기본법 제 18 조에서는 자유로운 민주적 기본질서를 공격하기 위하여 의사표명의 자유 특히 출판의 자유……를 남용하였을 경우에는 연방재판소의 판결에 의하여 그 헌법기본권을 상실한다고 하였는데 상기의 판결은 이에 의한 것이다.

헌법재판소의 이 판결을 통하여, 기본법 제 5 조 1 항 후단이 동조 동항 전단에서 보장하고 있는 자유로운 의사표명과 의견의 전달 내지는 전파를 언론의 수단으로서 인정하고 있고 정보의 수집에서부터 보도와 의견의 전달내지는 전파에 이르기까지의 것들을 언론의 제도상의 특성으로 받아들이고 있음을 알 수 있다. 그리고 언론의 제도보장 중에는 언론에 종사하는 사람들의 주관적 공권도 포함된다 할 것이다. 따라서 언론에 종사하는 사람들도 일반시민과 마찬가지로 어떤 구속없이 자유롭게 의사를 표명할 수 있을 것이다.

헌법재판소는 언론의 자유와 직업행사간의 한계를 규정짓고 있다. 만약 어떤 주정부가 스스로 편집인들의 업무수행을 제한하거나 금한다면 결과적으로 이들의 기본권을 박탈하는 것이 될 것이다. 이 때에는 정부에 의해 그 업무수행이 거부되거나 금지될 수 없으며, 기본법 제 18 조에 근거하여 오로지 헌법판재소의 판결로써만 금할 수 있는 것이다. 앞의 판결에서 헌법재판소는 편집인의 업무수행을 금하게 하였는데 이는 언론의 자유에 대한 기본권 보장의 면을 제한했다기보다는 제도보장의 면을 제한한 것으로 보인다.¹⁶⁾

왜냐하면 언론의 자유에 관한 한, 언론을 통한 의사표명과 의사전달의 자유 뿐만 아니라 나아가서 언론기업과 그에 종사하는 사람도 보장하여야 하기 때문이다. 그러므로 언론기업도 마땅히 보장하여야 하며, 언론기업도 기업인만큼 편집인의 직업행사의 자유가 보장되어야만 그 목적을 성취할 수 있는 것이다. 따라서 언론기업에 속한 편집인의 직업수행의 자유가 보장되지 않는다면 언론의 자유는 경우에 따라서는 속이 빈 아무런 가치가 없는 껍데기에 지나지 않게 될 것이다.

편집인의 직업의 자유를 논함에 있어 기본법 제 5 조 1 항과 제 18 조와를 관련시켜 보는 것은 의사표명 및 의견의 전달 및 전파의 수단으로서의 언론과 영업 및 직업의 업무수행으로서의 언론을 연관시켜 봄으로써, 사실상 구별이 곤란한데에 대한 해결 및 보완의 실마리를 제시하려고 한다. 이에 두 가지 목적이 있다고 생각한다. 언론의 자유를 보장하는 것은 제도보장에 의한 것이고, 편집인의 의사표명의 자유보장은 사람을 보호하려는 것이다. 그런데 어떤 편집인이 의사의 표명을 한 경우 어디까지가 편집인의 직무행사이고 어디서부터가 개인의 자유권적 기본권 행사인가가 구별하기 용이하지 않다. 따라서 이들 두개의 상이한 제도로써 보호하려는 것이 무의미한 일일런지도 모른다. 헌법재판소가 기본법 제 18 조에 의하여 기본법 제 5 조 1 항의 언론의 자유에 관한 사항을 심사하고 언론의

자유에 대하여 제한여부의 판단을 내린다면 결국은 헌법재판소가 이에 대한 최고의 보장을 담당한다고 볼 수 있다.¹⁷⁾

언론의 자유 및 의사자유를 해석하는데 있어서, 편집인의 직업행사의 자유를 수용할 필요까지는 없다고 본다. 헌법재판소가 적절히 판시하였듯이, 만약에 편집인에게도 다른 시민과 똑같은 의사표현의 권리를 행사할 수 있게 한다면 이들에게도 업무수행의 자유가 보장되어야 할 것이다. 따라서 편집인의 직업행사의 자유를 기본법 제 18 조에 의거하여 보는 것 자체가 적당치 않은 것이다. 만약 이 문제를 기본법 제 18 조에 의해 봐야 한다면 이는 반사적 방법으로 제한을 받게 되고 그렇다면 편집인의 자유로운 의사표명의 권리란 의사표명을 하지 않을 때에만 보장받을 수 있게 된다.

의사표명의 자유의 상실과 직업행사의 자유의 상실과는 전혀 다른 문제이다. 그리고 편집인에 대한 간접적인 제한도 있을 수 없다. 이는 편집인의 인간으로서의 차별대우를 이유로 해서가 아니라, 어떤 제도의 보장과 밀접한 관계에 있는 인간을 무기력하게 해서는 아니되기 때문이다.

IV. 언론의 임무와 여론

제도보장은 목적설정적이며 따라서 반드시 어떤 목적을 가져야 한다. 언론의 임무가 무엇인가에 대하여 여러 가지 대답이 있으나 그 중에는 잘못된 표현들도 없지 않아. 예를 들면 언론은 제 4 부 또는 공권력의 제 4 담당자라는 말이 있다.¹⁸⁾

이러한 표현은 언론의 중대성을 강조한 나머지 좀 과장된 표현으로 보아 넘길 수도 있으나 법적으로는 부적당한 표현이다. 왜냐하면 언론의 본질을 공권력으로 오인하고 있기 때문이다. 공권력이란 국가권력을 의미하는 것인데 언론은 국가권력일 수 없고 또 그러서도 아니될 것이다.

언론은 국가로부터 멀리 있을수록 영향을 받지 않으며 그래야만 자유로이 그 본래의 역할을 다할 수 있을 것이다. 따라서 제 4 부란 표현은 적절치 못한 것이다.¹⁹⁾ 이와 비슷한 표현으로 언론을 공적대표자(Effentliche Magistratu)²⁰⁾, 공무원(effentlicher Dienst)²¹⁾, 공직(effentliches Amt)²²⁾ 사적으로 위임받은 공직(Effentliches Amt in Privaten Mandat)²³⁾ 등으로 부르며 심지어 기자직업은 공적인 직업 내지는 적어도 공적인 것과 연관된 직업²⁴⁾으로 보려는 입장도 있으나 앞에서 말한 이유로 모두 적절치 못한 표현들이다.

그밖에도 가장 보편적으로 쓰이는 말로서 언론을 여론의 기관 여론의 담당자 또는 여론의 창조자란 말들이 사용되고 있다. 언론을 여론의 기관으로 보는 입장은 샤또브리앙을 비롯하여 여러 사람들에 의해서 자주 쓰여졌다.²⁵⁾ 문필가이며 역사교수인 요세프 폰 괴레스(Josef von Gerres : 1776-1848)는 『신문의 의무는 절대 다수의 뜻을 대변하는 것이며, 인민의 입이 되고 군주의 귀가 되어야 한다』고 말하였다.²⁶⁾ 비슷한 말로서 야우프(Jaup)는 『민주헌법에 언론의 자유가 규정되어야 하는데 그래야만이 공적인 정신이 생기고 그것이 여론화함으로써 국가는 활력을 갖고 지속될 수 있는 것』이라고 여론의 중요성을 강조하였다.²⁷⁾

언론은 여론의 기관으로 보는 입장은 오늘날에도 크게 변한 것이 없다. 연방헌법재판소도 언론을 자유민주주의에 있어서 여론의 담당자 또는 여론의 전파자로 지정한 바 있다.²⁸⁾ 연방대법원도 그와 비슷한 판례를 내린 바 있다.²⁹⁾ 그밖에 많은 문헌에서 이와 비슷한 표현은 많이 볼 수 있다. 쾰히에 소재하는 국제언론연구소도 스스로를 여론의 해석자라고 자칭하고 있다.³⁰⁾ 이와 같은 표현들은 분명 사실적인 확증과 그에 대한 소망이 하나로 뒤엉켜서 나온 것임에 틀림없다. 여론이란 말 그 자체가 불명료한 개념인데 더욱이 여론의 기관이란 무엇을 의미하는지 더욱더 의심이 간다.

여론이란 파악하기 힘들고 형체를 알 수 없는 것이라고 하버마스(Habermas)는 말하고 있다. 31) 그렇다면 여론의 기관이란 어떤 것일까? 언론이란 결코 단일적이고 획일적으로 될 수 없는 속성을 가지고 있기 때문에 다양할 수 밖에 없다. 예컨대 언론기관의 하나인 신문을 보더라도 서로 독립적이고 상호 경쟁적인 면을 보여준다.

물론 광범위하게 산재되어 있는 의견이 언론을 통해서 적절하고도 강력한 대변자를 형성하는 것은 사실이다. 그렇다고 하여 언론을 여론의 대표나 기관으로 인정해야 할 근거는 없다. 더욱이 사적인 의견에 의해서 또는 국가의 행위에 의해서 임명되거나 대표되는 여론의 대표나 기관도 있을 수 없다. 왜냐하면 이들은 언론과 아무런 관계가 없고, 분명한 또 하나의 사실은 어떤 특정신문이 애독자의 정치신념과 반드시 일치하리라는 보장이 없기 때문이다.³²⁾ 다시 말해서 특정신문 구독자의 수가 그 신문의 정치노선과 성향을 같이 하는 국민투표수로 볼 수는 없다. 따라서 언론은 여론의 기관이라는 표현은 법적으로는 아무런 근거가 없는 말이 된다. 또한 언론이 여론의 기관이라 하는 말뿐만 아니라 언론이 여론의 기관이어야 한다는 말도 마찬가지로 언론의 판단에 있어 오류를 범하고 있는 것이다. 이는 언론의 사실상의 기능만을 보고 하는 말이 아니라, 언론에 허용된 점, 언론에 요구되는 점 및 언론에 부과된 임무 등을 창작하여 판단하여야 할 것이다. 즉 언론은 공적이 아니고 사적으로 개인의 의사를 외부로 나타내는 하나의 중요한 수단이라고 생각된다.³³⁾

그리고 여론을 다수국민의 의사라고 보는 점도 모순이 있다. 또한 요피프 폰 괴레스의 말처럼 여론이 다수국민의 기관이어야 한다는 표현은 오늘날 적합치 못하다. 오늘날의

자유민주주의하의 국가에서는 여론은 다수이든 소수이든 자기의 이념을 주장할 수 있어야 되기 때문이다.

다수의 의사나 소수의 의사나 여론적 측면에서는 동등한 가치를 부여해야 할 것이다. 만약 소수의 의견만이 옳다고 주장되어진다면 당연히 소수지배내지 독재가 가능할 것이고, 다수의 주장에만 귀 기울인다면 토크빌(Alexis de Tocqueille)³⁴⁾과 밀(John Stuart Mill)³⁵⁾이 말한 바와 같이 다수의 횡포가 될 것이다.

언론을 여론의 기관이란 불명확한 표현과 함께 언론은 여론형성의 도구(Instrument der Bildung der öffentlichen Meinung)란 말이 많이 쓰이고 있다. 이 표현은 문헌³⁶⁾에서만 발견되는 것이 아니라 연방헌법재판소의 판결에서도 발견된다. 헌법재판소는 언론을 방송 텔레비전과 더불어 여론형성의 가장 중요한 도구라고 하였고³⁷⁾ 또한 언론을 여론에 영향을 주고 여론을 형성하는데 불가결한 현대적 의사소통수단(Kommunikationsmittel)으로 보았다. 또한 연방대법원도 언론을 여론의 형성자로 보고 있다.³⁹⁾

리더(Ridder)는 여론형성에 관하여 기본법 제 5 조의 의사표명의 자유와 기본법 제 21 조의 정당에 관한 것을 연관지어 보았다.⁴⁰⁾ 그는 기본법 제 21 조의 정당을 해석함에 있어서 여론의 개념을 원용하여 현대 정당국가에 있어서 제도화된 여론을 주되고 근본된 규범으로 보았다. 그러나 이 견해는 이미 알려진 논평을 되풀이 한 것에 지나지 않는다는 비난이 가해지고 있다. 여기서 우리는 여론과 여론형성과정을 이해함에 있어 언론의 자유로운 개념을 언론의 자유와 혼동하기 쉽다. 기본법 제 5 조와 제 21 조를 서로 연관지을 성질의 것이 아닌 것임을 쉽게 알 수 있으며 리더의 견해는 혼동된 것으로 보아진다. 즉 정당은 국가를 상대로 하여 장차 국가권력을 쟁취하려는 목적을 가지고 있는데 비하여, 언론은 국가권력을 쟁취할 수도 없으며 그래서도 아니되는 것이다. 언론은 항상 국가로부터 떨어져서 국가를 바라보는 입장을 취하면서 국가로부터 자유로워야 할 것이다. 그러나 정당은 선거를 통하여 국가의 정치적 의사형성에 깊이 관여함으로써 민주적인 「국가 의사」를 형성하는 것이다.

언론의 발달은 언론이 직접적이고 공개적이며 정치적 교육목적내지 교화목적의 탈피로 향하고 있다. 현대 언론의 중점이 「추론」에서 보고로, 사설에서 보도로, 옮겨지고 있다.⁴²⁾ 이제는 신문의 구매력이 훌륭한 정치적 추론에서라기보다는 좋은 뉴스와 내용에 기인한다고 본다.⁴³⁾ 오늘날의 신문독자는 교화되기 보다는 새소식을 들으려고 한다. 오늘날의 신문들도 어떤 확고하고도 정치적인 방향을 설정함이 없이 지면만 증가일로에 있는 실정이다.⁴⁴⁾ 독자들도 이론적인 기사를 싫어하는 경향이 있거나 반이념화 되어가는 경향이 있다. 언론을 여론의 형성자, 무엇보다도 정치적 여론의 형성자로 보는 것은 사실적인 면을 보고 하는 말이라고 생각되나, 이것을 정당의 활동과 동일시하는 태도는 민주적인 개념이 결여된 것으로 적어도 헌법적으로는 수긍하기 어렵다. 일찍이 언론의 옹호자인 벤자민 드 콩스탕(Benjamin de Constant)은 이를 지적한 바 있다.⁴⁵⁾

영국의 에드먼드 버크(Edmund Burke)는 프랑스 혁명도 언론의 자유로 인하여 발달된 것이었다⁴⁶⁾ 라고 말하고 있다. 웨리란(Richard Brinsley Sheridan)은 1810 년 영국 하원에서

행한 연설에서, 프랑스혁명은 그 혁명이 언론의 자유로 인하여 무질서하고 폐허의 무서운 상태로 전락한 것이 아니라 그 반대로의 경우이었다라고 하여 버크의 견해와 정반대의 입장을 취하였다. 그러나 양자 모두 언론을 위력을 가진 영향력있는 그 무엇으로 파악하고, 그 언론의 위력은 오래 전부터 정치생활에서 인정된 것으로 보았다.⁴⁷⁾

자유민주주의에서 언론의 본질적 의의는 언론이 자유로운 사상과 의견교환의 가장 중요한 광장이며 광장이어야 된 바는 데 있고, 언론의 오늘날 복합적인 임무는 민주국가에서는 하나의 필수품과도 같은 존재가 되었다.⁴⁸⁾ 그리고 언론의 의의는 무엇보다도 「정치생활의 공공성」을 가진 가장 중요한 매체(Medium)에 있고 이것이 서구민주주의의 핵심에 속한다.⁴⁹⁾

언론의 자유에 관한 의의는 의견교환의 자유와 정치생활의 공공성의 유지에 있다. 바로 여기에 언론의 근본 임무가 있으며, 언론이야말로 시민과 국가에 대한 통보의 임무, 국가권력행사에 관하여 통제하는 통제임무 및 사회비판과 교육을 하는 교육임무가 따른다. 이 3대 임무를 잘 수행하고 또 수행하여야만 할 것이다.

V. 언론의 「공적 임무」

언론의 임무에 대해 「공적 임무(Sffentliche Aufgabe)」란 말을 흔히 사용한다. 이 용어는 언론에 관한 문헌⁵⁰⁾에서 뿐만 아니라 판례와⁵¹⁾ 법령에서도 자주 발견된다. 여기서 「공적」이란 무엇인가? 그 의미는 담론에 관한 개념 못지않게 분명히 밝혀지지 않은 채, 일반적으로 많이 쓰이는 용어이다.

「공적」이라는 용어의 의미를 간단히 살펴보면,

첫째, 일반적으로 공적이라는 말은 공개적인 것으로 이해되고 있다⁵²⁾. 공적이라는 말과 같이 쓰이는 것으로 공공성(Effentlichkeit)란 말이 있는데, 이는 전체성을 뜻하거나 나아가서 국민을 뜻하기도 한다.⁵³⁾ 이 경우에는 마치 법원이나 정부의 위원회에서 공개심사를 하는 것과 같은 뜻으로 이해되고 있다. 이런 의미에서의 공적이란 표현은 독일의 여러 법률에서 흔히 볼 수 있다.

민법전에 토지의 공개(§ 911BGB), 공모(§ 1914 BGB)라는 용어가 있으며, 형법전에 공공교통(§ 901Nr. 3StGB), 공적 배려(§901N,. 3 StGB), 공분(§ 183 StGB), 공공질서(§§ 193ff StGB), 공공의 평화 (§§ 126, 130 StGB)등이 그것이다.

둘째, 「공적」이란 말은 다음과 같은 뜻으로 이해되기도 한다. 사적이 아니고 국가적인

것이며, 국가와 관련이 있고 공법상의 문제와 관련있는 것으로 이해된다. 이런 뜻에서 공권력(Art.19 IV GG), 공공행정(Art.33, 73, 137 GG), 공무원(Art.31, 33 ff., GG) 등의 용어가 파생된다. 또한 이와 같은 뜻으로 공직(§§ 31, 33, 34, 35 StGB), 공적 위신, 직위, 영예수여(§§ 33, 34 Nr. 1 StGB) 또는 공기업 등의 용어가 있다. 형법에서 공소란 국가에 의한 소추를 말한다(§§ 152 StPO). 특히 국가적이란 뜻으로 쓰이는 경우로는, 기관(§ 2 GKG), 단체(150 a ZVG), 금고(§ 395 BG8, § 353 StGB), 공과(§ 3 RAO), 부담(§ 436 StGB), 공문서 (§ 1718 BGB, § 415 ZPO), 공증(§ 128 BGB, §§ 2, 53 GmbH), 사물(§ 304 StGB) 등이 그 예이다.

세째, 공적이란 의미에는 국가의 보호를 받거나 국가가 행하는 것으로 이해되는 경우도 있다. 예를 들면, 상속증서의 공신력 (§§ 2366 ff., BGB), 토지대장(§§ 892 ff., 1138 ff., BCB), 사망선고(§ 2370 BCB), 반적(§ 16 SchiffG) 등이 그것이다.

이와 같이 공적이란 말은 법률상으로도 다의적으로 쓰이기 때문에 그 사용에 있어서 신중을 기하여야 할 것이다. 단순히 언론이 중요하다고 언론의 임무를 공적 임무의 수행이라고 한다면, 이러한 표현은 적절하지 못하며 특히 법적으로 보아 무책임한 표현이 아닐 수 없다.

언론이 공적 임무를 갖는다는 말은, 법적인 의미보다 윤리적인 뜻으로 그렇게 요구될 수는 있다. 언론이 개인이나 소수인만을 위해 활동할 것이 아니라 공공의 보편적인 이익을 위하여 존재하고 활동한다는 뜻일 것이다.⁵⁴⁾

연방대법원은 형법 제 193 조가 언론도 보호해야 한다는 판결을 한 바 있다.⁵⁵⁾ 형법 제 193 조는 학문 예술 또는 영업상의 급부에 있어서 이해관계에 있는 자의 이익을 보장해야 한 바는 규정인데, 구 제국법원은 언론의 문제는 이 조문의 보호대상이 될 수 없다는 견해였다.

언론은 공적인 사건에 개입할 권한이 없기 때문이라는 것이다.⁵⁷⁾ 그와 같은 권한을 인정하는 것은 민주헌법 하에서는 용납될 수 없고 민주국가에서 권력의 담당자는 전체국민이지 개개국민이 아니라는 것이다. 개인의 지위에서 갖는 권리는 선거권 같은 것으로 투표권 행사에 국한시켜야 하고 국민의 권리는 국가권력이나 주의 권력 등 합헌적인 기관을 통해서 행사될 수 있을 뿐이라는 입장이었다.⁵⁸⁾

이런 입장은 많은 비판을 받아 오다가⁵⁹⁾ 1961년에 이르러 연방대법원에서 그 동안 통설이 되어버린 입장에 쫓아서 앞의 판결을 내리게 되었다. 언론은 공적 임무의 범위내에서 공공의 이익을 위하여 유지되어야 한다고 하였다.⁶⁰⁾ 대법원의 입장은 언론의 공적 임무를 국가와 관련지어 보는 것이 아니라 일반공공성과 관련하여 본 것이다. 예를 들면 정치적 사건에 관한 보도를 하거나 이에 관해 논평을 할 때에는, 여기에는 진정한 공공의 정보이익이 존재하기 때문에 형법 제 193 조의 이해관계자의 권한을 존중해야 한다는 입장이다.

연방헌법재판소도 슈피겔(Spiegel)지 사건에 관한 판결에서 언론의 임무에 「공적」 성격이 있는 것으로 보았고, 형법 제 193 조의 보증을 받아서 언론에 반박문을 게재할 수 있다고 보았다.⁶¹⁾ 물론 이 예에 언론침해의 종류와 여론형성에 끼치는 효과에 따라 그 정도는 다를 것이다.⁶²⁾

언론의 임무에 있어서 「기적」 또는 「공공」이란 표현은 국가, 국가권력 및 관청과 연락을 맺고있는 의미 또는 사인에 우월』하거나 법적으로 고려된 의미로는 사용될 수 없다.⁶³⁾ 이는 언론이 국가로부터 강제나 영향을 받지 않아야 한다는 언론자유 본질에 위배되기 때문이다. 결과적으로 언론의 자유를 논함에 있어 제 4의 공권력이란 표현은 이율배반적인 말이다. 따라서 여기서 공적이란 말은 공공성, 전체성을 의미할 뿐이다.⁶⁴⁾

VI. 언론의 자유에 대한 헌법해석

언론의 임무는 헌법해석상 중요한 요인이 될 수 있다. 언론의 임무를 일반적으로 말할 때에는 그 설명에 다소 모순이 있다 하더라도 별 문제가 되지 않으나, 기본법 제 5 조 2 항을 해석할 경우에는 문제가 될 수 있다. 기본법 제 5 조 1 항에서 언론의 자유를 보장하고 있고 동조 제 2 항에서는 일반법률유보규정에 의해서 청소년의 보호와 개인의 명예를 위하여 그 자유가 제한될 수 있다. 만약 이때에 언론의 자유를 제한하는 기준으로 언론의 임무가 그 척도가 된다면 그 임무를 법적인 임무를 포함한 넓은 의미의 임무, 예컨대 도덕적인 윤리적인 교육적인 측면의 임무까지도 포함시켜 요구되어진다면 언론의 자유보호에 중대한 문제가 될 수도 있다.

연방헌법재판소는 언론의 권리 중에 공공성(Offentlichkeit)이 있음을 지적하였음과 동시에 언론의 의무에는 관계인의 명예를 위하여 진실을 보도할 임무가 있다고 하였다.⁶⁵⁾ 이 입장은 다른 연방법원에도 영향을 주고 있다. 이 판결의 근거에는 개인의 명예를 존중해야 한다는 것을 내포하고 있다. 언론의 법적 의무인 진실보도는 널리 일반법률에서도 규정할 수 있다. 예를 들면 소비자보호를 위하여 독점금지법에서 혹은 국민건강을 위하여 보건관련법에서 진실의무를 규정할 수도 있는 것이다.⁶⁶⁾ 연방헌법재판소는 언론이 자유민주주의의 전체조직 내에서 여론형성에 법적인 진실의무가 있음을 강조하였고 따라서 언론은 여론형성을 함에 있어서 그들의 보도나 주장이 진실성이 있는가의 여부를 심사할 의무가 있음을 주장하였다.⁶⁷⁾

언론의 의무중에 도덕적인 의무, 좀더 자세히 말해서 직업과 관련된 도덕적인 의무가 있다. 그래서 만약 기본법 제 5 조 2 항의 유보의 범위를 벗어나서, 언론의 일반 도덕적인 진실의무를 법적 의무로 본다면 그 의무에 대한 부담이 뒤따르게 된다. 따라서 이러한 입장에서 헌법을 해석하게 되면 기본법 제 5 조 2 항의 한계를 넘어서 1 항에서 규정한 입법의 자유를 저해할 위험성이 없지 않다.⁶⁸⁾ 이러한 태도는 법치국가의 기본원칙에 어긋나며 헌법제정자들이 의도하였던 범위를 넘어서 기본권을 제약하는 결과를 가져오게 된다.⁶⁹⁾

언론의 자유의 보장에는 외적인 보장과 더불어 언론 스스로가 보장받을 만한 행동을 하여야 할 의무도 있다. 즉 언론기업이 영업만을 위하여 무분별한 출판물을 발행한 경우 헌법상의 언론의 자유의 보장에 따른 보호를 받을 수 있을 것인가에 대하여 대부분 부정적인 견해를

갖고 있다. 단순히 심심풀이를 위한 출판물은 헌법상 언론의 자유의 보호에서 제외되어야 한다는 것이다.⁷⁰⁾ 그리고 더 좁게 언론의 자유의 보장범위를 보려는 견해는, 언론기업은 기본법에서 말하는 「언론」의 개념하에서는 볼 수 없다는 것이다.⁷¹⁾ 이는 언론이란 공적인 일반이익과 공적 기능 안에서 인쇄되고 출판되는 것이지 단순히 독자를 즐겁게 하는 인쇄물을 의미하지 않는다는 입장이다. 그렇다면 언론은 단지 정치 경제 문화 세계소식과 그와 관련된 논평 및 그밖에 전문적인 보도를 신문이나 잡지에 게재함을 의미한다.⁷²⁾ 여기서 우리는 언론의 개념을 양질의 언론과 저질의 언론으로 구별하고 있음을 볼 수 있다. 기본법과 제국언론법 및 그 밖의 언론법들은 모두 양질의 언론만을 염두에 두고서 언론의 정의를 내리고 또 보호해 주려는 것을 볼 수 있다.⁷³⁾ 이와 같이 양질의 언론만을 의미할 때 실제에 이를 적용하기란 매우 어려운 일이다.⁷⁴⁾ 따라서 저의 출판물에 대하여 언론의 자유의 보장의 거부는 기본법 제 5 조 2 항의 유보의 범위를 넘어선 해석이다. 왜냐하면 저질의 언론에 관한 것은 청소년의 보호나 개인의 명예를 보호하는 문제와는 아무런 상관이 없을 수도 있기 때문이다. 따라서 저질의 출판물에 대한 언론의 자유의 제한은 기본법 제 5 조 2 항에 근거할 것이 아니라 일반법률에서 저질의 언론에 관한 구체적인 근거를 두어야 하며 그에 따라 규정되어야 한다.

언론의 자유는 실제에 있어서 기본법 제 5 조 2 항에서 규정한 3 가지 조건이외에 다른 이유로 제약을 받는다. 그 이유는 물론 정치적 심리적 보복이 아니라 법의 테두리 안의 것을 말한다. 가령 언론이 이른바 「공적 임무」를 수행치 않을 때 이를 제한할 수 있는가 하는 문제이다. 이는 헌법상 제한 규정이 없음에도 불구하고 기본권의 제한을 가할 수 있겠는가 하는 문제로서 법치국가 하에서 법으로 미리 예정된 사유가 아닌 다른 이유로 기본권이 제한될 수 없다고 생각한다. 언론의 자유의 제도보장에도 마찬가지로 언론의 임무란 법학적 해석론을 떠난 도덕적 개념에 근거하여 해석하고 제한해서는 안될 것이다. 그렇지 않다면 기본권은 선량한 시민에게만 적용이 된다는 모순에 빠지게 되기 때문이다. ,

언론의 자유는 이른 바 언론기업에도 적용이 되며 그에 대한 제한은 오직 기본법 제 5 조 2 항에 의할 뿐이다.

VII. 결론

우리나라 헌법 제 20 조 1 항에서 모든 국민은 언론 출판의 자유를 가진다고 규정하고 있다. 나아가서 제 2 항에서는 그러나 언론, 출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해해서는 아니된다고 하였고 만약 언론 · 출판이 타인의 명예나 권리를

침해하였을 때에는 피해자는 가해자에 대하여 보상을 청구할 권리를 인정해 주고 있다. 제 2 항은 제 5 공화국 헌법에서 새로이 추가된 내용으로 장차 해석상 법적용상 많은 논란을 일으킬 가능성을 지니고 있다. 한편에서는 언론자유와 보장과, 다른 한편에서는 타인의 명예 권리의 보장과 사회윤리 도덕률의 준수는 많은 복잡한 문제를 안고있다. 앞에서 본 서독의 예가 이 문제해결에 참고가 될 수 있으리라고 기대한다.

(주)

1) Francois-Rene Vcomte do Chateaubriand De la Monarchie solo la Charte, Chap. X X , Paris 1854, p.240, 242.

2) 예를들면 Magdeburgische Zeitung(1664 년 창간), Kolnische Zeitung(1805 년 창간), Rheinischen Mckur(1814 년 창간) 같은 신문은 창간후 오랫동안 발행, 편집, 인쇄가 1 인에 의해 이루어졌다.

Kolnische Zeitung 은 1822 년에 약 2000 부가, 1931 년에는 약 3500 부가 발행 되었다. Vossische Zeitung 도 1813 년에 약 4000 부가, 1848 년에는 그당시 독일에서 최고부수인 25000 부가 발행 되었다고 한다(Dovifat, Die Zeitungen, 1925, S. 16f., 21, 49.

3) BVerfGE 10, 5. 118ff.

4) Vgl. von Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl., 1957, Art 5 Anm VI 1

5) Vgl. Dagtoglou, Wesen und Grenzen der Pressefreiheit, 1963, S. 10

6) Carl Schmitt, Verfassungslehre, 1928, S. 2485f

7) BVerfGE 10, S. 121, Rudolf Smend, Das Recht der freien Meinungsäußerung, VVDStRL Heft 4, S. 44ff.

8) Schmitt, a. a. O., S. 170ff.

9) Vgl. BVerfGE 10, S. 118ff.

10) Vgl. Franz Schneider, Presse –und Meinungsfreiheit nach dem Grundgesetz, 1962, S. 112

11) Vgl. Hantzschel, Das Recht der freien Meinungsäußerung, in : HDStR Bd. II., 1930, S. 651ff.

12) BVerfGE 10, S. 118 : 12, S. 205ff.

13) Carl Schmitt, "Freiheitsrechte und institutionelle Garantien, in : Verfassungsrechtliche Aufsätze. 1958, S.140 f ;168ff.

14) Schmitt a. a. O., S.172

15) BVerfGE 10, S. 118ff.

16) Dazu Dagtolou; a. a. O. , S. 14:dagegen, Schwenk, NJW, 1962, S. 1321 f.

17) Dagtolou a. a. O., S. 15

18) Löffler, Pressrecht, Kommentar, 1955, Einl, A. S. 4ff.

19) Vgl.. Franz Scheider, a. a, O., S. 129

20) Dovifat Die Zeitungen, a. a. O., S. 116

21) Mallmann Pressefreiheit und Journalistenrecht, Publizistik, 1959, S.351

22) Kuster, Persönlichkeitsschutz und Pressfreiheit, 1960, S. 20

23) Franz Schneider, a. a. O., S75

24) Mallmann, a. a. O., S. 331

25) Chateaubriand, De la Monarchie Solom la Charte, Chap XVII, p.238

26) Josef von Gorres, Rheinischer Merkur, 1 und3, 7 1814, Nr. 80 und 81

27) H. K. Jaup, "Pressefreiheit," in : Staatslexikon Bd VIII(1842) , S.331f.

28) BVerfGE 10, S. 118ff.

29) BGHZ 19, S. 392

30) The International Press Institute, Survey No. IV, Zurich 1955, 9. 5(The press has a natural function in Society: it is the interpreter of public opinion)

31) Jurgen , Habermas, Strukturwandel der Öffentlichkeit, 1962, S. 256ff.

32) Vgl. Die Deutsche Presse, hrsg. Von Institut fur Publizistik der Freien Universitaten, 1961, S. 29

33) Schneider, a. a. O., S. 98

34) Alexis de Tocqueville, De la Democratie en Amerique, Part 1, P.261

35) John Stuart Mill, on Liberty, 1859(1957) pp.61ff.

36) Vgl. Die Deustsch Presse, S. 29f.

37) BverfGE 12, S. l13ff.

38) BVerfGE, S. 205ff.

39) Vgl. BGHZ 19, S. .392ff: 31, S. 308ff.

40) Ridder, "Meinungsfreiheit," in: Neumann–Nipperdey–Scheuner, Die Grundrechte Bd. II, 1954, S. 255ff.

41) Vge. Schneider. S. 131 ff.

42) Vgl. Schwedler, Das Nachrichtenwesen, 1925, S. 172f.

43) Die Deutsche Presse, S. 29

44) Die Deutsche Presse, S. 26ff.

45) Benjamin de Constant, De la liberte des brochures, des Panphlets et des journaux, Paris, 1814, p. 453

46) Edmund Burke, The Reflections on the French Revolution, 1791, p.294

47) Cecil s. Emden, Selected Speeches on the Constitution, Bd II 1939, p.28ff.

48) BVerfGE 5, S. 85ff.

49) Vgl. Schmitt, Verfassungslehre, S. 316

50) Franz Schneider, a. a. O. 5. 108ff.: Reh binder, Die öffentliche Aufgabe und rechtliche Verantwortlichkeit der Presse, 1962, S. 120ff. ; Zieser, Die Pressefreiheit in der Demokratie, 1962, S. 11ff.; Adolf Schule, Persönlichkeitsschutz und Pressefreiheit(Tubingen Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Bd. 3) , 1961, S.22ff.

51) BVerfGE 12, SS. 128, 145 ; BGHZ 31, S. 308.

52) Vgl. Smend, "Zum Problem des öffentlichen und der Öffentlichkeit, in: Gedachtnisschrift für Walter Jellinek, 1955, S. 11. ; Habermas, a. a. O., S.13ff.

53) Vgl. Dagoglou, a. a. O., S. 23

54) Vgl. Reh binder, Die öffentliche Aufgabe und rechtliche Verantwortlichkeit der Presse,, 1962, S.42f.

55) BGHZ 31, S. 308ff.

56) RGSt, 5, S. 239; 15, S.15; 23, S. 285; 24, S. 223; 140, S.101; 41, S. 277; 56, S. 380; 65, S.359

57) RGSt. 56, S. 380 .

58) RGSt 56,S.3831.

59) Reh binder, a. a. O., S.37

60) BGHZ 31, S. 303

61) BVerfGE 12, S. 113f.

62) BVerfGE 12, S. 244f.

63) Vgl. Schuile, a. a.O., S. 249

64) Reh binder, a. a. O., S. 124f.

65) BVerfGE 12, S. 130

66) Vgl. Dagtoglou,, a. a. O., S. 28

67) BVerfGE 12, 113ff,

68) Vgl. Dagtoglou, a. a. O., S.28

69) Siehe, JoR N. F. Bd 1, s.79–89

70) Schuile, a. a. O., S. 23

71) von Mangoldt-Klein, das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Art, 5, Anm. VI 3.

72) Von Mangoldt-Klein, a. a. O., Art 5, Anm. VI 3.

73) Vgl. Schneider, a. a. O., S. 55ff.

74) Ridder, Meinungsfreiheit, S. 269

– 성균관대학교 법정대학, 고려대학교대학원, 서독 튀빈겐대학교 법과대학(법학박사)

– 저술 : 옴부즈만제도의 연구, 공무원의 헌법상의 지위(독문)

– 현재 연세대학교 법학과 교수