

## 독일판례 1

라디오방송의 수신을 위하여 안테나를 설치하고 유지하는 것은 정보의 자유에 기한 기본적인 영성에 속하나 일반적인 법률에 의해 제한될 수 있다.

독일연방헌법재판소(제 1 부 제 3 소재판부) 1991. 12. 11. 자 결정

-1 BvR 1541 ~1542/91 사건-

## 판결요지

1. 단파, 중파 및 장파로 방송되는 라디오방송의 수신을 위하여 수신안테나를 설치하고 유지하는 것은 정보의 자유에 기한 기본권의 보호영역에 속하는 것이다.
2. 정보의 자유에 기한 기본권리 일반적인 법률에 의하여, 예를 들면 도로 · 지역 및 풍경의 보호를 위하여, 건축법상의 규정에 의하여, 제한될 수 있다는 것은 헌법적으로 보아 일반적으로는 다툼의 여지가 없다. 그리고 위와 같은 제한이 어느 범위에서 허용될 수 있는가 하는 문제는 개개의 장소적인 상황과 관련하여 안테나 시설의 크기 및 수 등을 기준으로 하여 통상의 법원이 구체적인 사건에서 결정하여야 할 문제이다.

## 사건개요

소원제기인은 약 17m 높이의 수신안테나를 설치하려고 한다. 그런데 위 설치를 위한 건축법상의 허가가 거절되었다. 위 거절처분에 대하여 소원제기인은 행정법원에 소송을 제기하였는 바, 위 행정법원은 행정관청의 거절처분이 적법하다고 판결하였다. 위 판결에 대하여 소원제기인은 헌법재판소에 헌법소원을 제기하였는 바 소원제기인은 정보의 자유에 기한 그의 기본권리 침해당하였다고 주장하였다.

## 결정이유

이 사건 헌법소원은 적법하기는 하지만 이유없다. 그리고 자유민주주의 국가에 있어서 정보의자유가 가지는 기본적인 기본권으로서의 중요성과 관련하여 일반법률의 적용 및 해석에 관한 헌법재판소의 심도 깊은 심사에도 불구하고(BverfGE 18, 85 (93) 참조), 이 사건에서 문제로 되고 있는 판결이 헌법소원 제기인이 주장하는 바와 같이 헌법에 위반되었다고 인정할 수도 없다. 정보의 자유라는 기본권 즉 일반적으로 허용되는 정보원에 자유로이 접근할 수 있는 권리는 의견의 자유라는 기본권과 마찬가지로 자유민주주의 국가의 가장 중요한 전제 요소 중의 하나인 것이다(BverfGE 7, 198 [208] ; 27, 71 [81f]참조). 연방헌법재판소의 판례에 의하면, 정보원이 일반대중에게 즉 개별적으로 특정될 수 없는 사람들에게 정보를 공급하는 데에 기술적으로 적합하고 또한 이에 한정되어져 있는 경우에는 이러한 정보원에 대하여는 일반적으로 누구나 접근할 수 있는 것이다. 이 경우에 있어서 위 일반적인 접근 가능성이라는 것은 오로지 사실적인 기준에 의하여 결정되는 것이다. 신문 및 라디오 TV 와 같은 일반적인 대중매체수단은 본질상 일반적으로 접근이 가능한 정보원이라고 하여야 할 것이다(BverfGE 27, 71 (83f): 33, 52 [65]: 35,307 (309); EGMR, NJW 1991, S. 620ff 참조). 그러나 정보의 자유에 기한 기본권은 독일기본법 제 5 조 제 2 항의 규정에 의하여 일반적인 법률의 규정에 의하여 제한될 수 있는

것이다. 그러나 의견의 자유의 경우와 마찬가지로, 이 경우에 있어서도 정보의 자유가 자유민주주의 국가에 있어서 가지는 기본적인 중요성으로 말미암아, 위 기본권의 객관적인 적용범위가 일반법률에 의하여 아무런 한계도 없이 무제한적으로 제한될 수 있다는 것은 결코 아니다(BverfGE 27, 71 (81f)). 따라서 기본권을 제한하는 법률은 제한되는 기본권에 유리한 방향으로 해석되어야 하는 것이고(BverfGE 7. 198 (208) 확립된 판례: 최후의 것으로는 82, 43 (50)), 특히 비례성의 원칙을 고려해서 적용되어야 하는 것이다(BverfGE 71,162 (181): 74, 297 (337] 참조). 이와 같은 원칙을 적용시켜보면, 이 사건 헌법소원제기인의 수신안테나의 설치 및 유지에 독일기본법 제 5 조 제 1 항 제 1 문의 정보의 자유에 기한기본권의 보호영역에 속하는 것이다. 위 안테나시설은 일반적으로 접근이 허용되는 정보원인 단파, 중파 및 장파방송의 라디오방송을 수신하기 위한 시설이다. 이러한 정보원의 개발을 위해서 필요한 기술적인 전제요소들은 정보의 자유의 보호영역에 함께 포함되는 것이다. 행정고등법원은, 이 사건에 있어서 정보의 자유에 기한 기본권리 문제로 되고 있다는 점은 인식하고 있다. 그러나 헌법소원제기 인이 다투고 있는 바와 같이 위 행정고등법원은 적용된 건축법상의 규정들에 의하여 보호되고 있는 이익과 소원제기인의 기본권과의 사이에 있어서의 비교형량을 위 구체적인 사건에 있어서는 하고 있지 아니하다. 오히려 위 행정법원은 독일기본법 제 5 조 제 2 항에 기한 일반적인 법률의 제한을 언급하면서, 독일기본법 제 5 조 제 1 항 제 1 문은 건축법상의 규정들과는 무관하게 임의의 장소에 헌법소원 제기인의 필요에 따라 안테나시설을 설치하는 권한을 헌법소원 제기인에게 부여하고 있지 아니하다고 판시하고 있다. 그러나, 그럼에도 불구하고 이 사건 헌법소원은 정당하지 아니하다. 왜냐하면, 위 행정고등법원이 위와 같은 구체적인 이익의 비교형량을 전혀 하지 아니하였다고 볼 수는 없기 때문이다(BverfGE 18, 85 (92ff): 확립된 판례). 즉 어떠한 판결 그 자체나 또는 다른 명백한 사정에 비추어서 새로운 헌법에 적합한 법률의 적용이 있었을 경우에는 확실히 소원제기인의 청구가 이유가 없음이 어차피 명백한 것임을 인정할 수 있는 경우에는 위 판결은 헌법에 위반되었다고 할 수는 없는 것이다(BverfGE 35, 324 (344)). 본건의 경우가 바로 위와 같은 경우이다. 즉, 고등행정재판소가 확정한 사실관계에 의하면(이와 같은 사실관계는 소원제기인도 역시 이를 다투지 아니하고 있는 바이다) 이 사건에서 문제로 되고 있는 기본권과 건축법상의 이해관계를 서로 비교 형량하여 새로이 그리고 헌법적으로 법률을 적용시켜 보더라도 구체적인 경우에 있어서 이 사건 헌법소원 제기 인에게 불리한 결과로 되게 됨은 틀림없는 것이다. 독일기본법 제 5 조 제 2 항에서 말하는 의미에 있어서의 일반적인 법률로서 건축법 제 4 조 제 1 항 제 1 문 및 건축법시행령 제 12 조 제 2 항 제 1 문을 적용하고 해석 함에 있어서는 단파 · 중파 및 장파로 방송되는 외국의 라디오방송의 수신은 정보의 자유에 기초한 기본권의 보장영역에 속하는 것이고, 그리하여 이와 같은 방송을 수신하기 위하여 필요한 안테나 시설의 설치에 의하여 발생하는 미학적인 침해로부터 도로 · 지역 및 풍경을 보호한다는 것이 바로 기본권에 대한 우위를 요구할 수는 없는 것이다. 다른 한편에 있어서 정보의 자유에 기초한 기본권리 도로 지역 및 풍경의 보호라든가 인근 토지의 거주가치의 확보에 기여하는 일반적인 법률에 의하여 제한될 수 있다는 것은 헌법적으로 보아 원칙적으로 아무런 의문의 여지가 없는 것이다. 정보의 자유를 위하여 감수되어야 할 한계가 어디에 있는가 하는 것은 개개의 경우에 있어서의 지역적인 상황을 고려하고 안테나시설의 크기 및 숫자를 기준으로 하여, 관할권 있는 통상법원이 결정하여야 할 문제이고 따라서 이와 같이 필수적인 비교형 량을 하지

아니한 경우에는, 환송된 이후에 통상법원이 비교형량을 하여야 할 것이다. 이와 같은 점에서 보면 이 사건은 하나의 극단적인 경우이다 행정고등법원이 확정 한 사실관계에 의하면, 여기에서 문제된 건축지역은 2 층의 연립주택과 상대적으로 작은 공지로 구성 되어져 있다. 그리하여 17.5m 높이의 안테나 수신기 및 이를 지탱하는 약 5m 폭의 안테나 수신기는 주위의 가옥들 위로 약 2 배 정도 높이 솟아있으며 주택정원의 모든 목을 거의 감싸고 있기 때문에 위 안테나 수신기는 바로 인접한 주택정원으로부터 보면 마치 머리 위에 떠 있는 것같이 보이기 때문에 아주 나쁜 영향을 미치고 있는 것이다. 따라서 도로, 장소 및 풍경의 침해와 인근 토지의 주거가치의 침해가 극심하여, 건축법 제 14 조 제 1 항 및 건축법 시행령 제 12 조 제 1 항을 새로이 그리고 헌법적으로 적용하고 해석함에 있어서 정보의 자유에 기초한 기본권의 의미를 고려한다 하더라도 헌법소원제기인의 기본권은 위 범위에서 제한되어야 하는 결과로 된다 할 것이다. 따라서 헌법소원제기인이 지붕 위에 설치된 7.5m 높이의 안테나 장치의 철거를 구하는 행정명령에 대한 취소청구의 소송이 행정법원에서 이미 승소하였다는 사실은 이 사건에서 고려할 필요도 없는 것이다.