

공영 TV 방송국이 선거후보자 TV 토론회에 일부 출마자를
참석시키지 않았다 하여도 이는 연방 수정헌법 제 1 조에서
보장되는 표현의 자유를 침해한 것은 아니다

Arkansas Education at Television Commission v. Forbes,
26 Med. L. Rptr. 1673 (미연방대법원 1998.5. 18.선고)

판시요지

주(州)가 소유, 운영하는 공영 TV 방송국이 텔레비전 선거후보자 토론회에서 일부 출마자를 참석 배제하였다 하여도 이는 연방수정헌법 제 1 조에서 보장되는 권리를 침해한 것은 아니라 할 것인데, 그 이유는 텔레비전 선거후보자 토론회는 "비공공적 토론광장 (nonpublic forum)"에 해당되고, 또한 공영방송국의 위 배제 결정은 해당 언론기관이 향유하는 재량권의 합리적이고 관점 중립적인 행사에 해당되기 때문이다. [다수의견]

위 공영 TV 방송국이 위 배제결정을 함에 있어서는 사전에 설정되어진 객관적 기준에 의하여야 하는 바, 이 사건에서는 그러한 기준의 설정 및 준수가 없었으므로 위 배제결정은 출마자의 연방수정헌법 제 1 조에 의하여 보장되는 권리를 침해하는 것이 된다. [소수의견]

사건개요

상고허가신청인(petitioner)이자 이 사건 피고인 Arkansas Educational Television Commission("AETC")은 주가 설립, 운영하는 공영 텔레비전 방송기관으로서 5 개의 비상업적 텔레비전 방송국을 소유, 운영하는 Arkansas 주의 기관이고, 이 사건 원고인 Forbes 는 1992 년 실시된 미 면방하원의원 선거에 Arkansas 주 제 3 하원의원 선거구(이하 이 사건 선거구라 함)의 무소속 출마자이다.

AETC 는 이 사건 선거구의 출마자를 위하여 텔레비전 선거토론회(이하 이 사건 토론회라함)를 주최하였는데, AETC 는 이를 기획, 실시하면서 공화, 민주당 등 중요정당의 후보자들만을 참석시켰다. 이에 반발한 Forbes 는 AETC 에 토론회 참가를 신청하였으나 AETC 는 이를 거부하고 Forbes 의 참석을 배제하는 결정(이하 이 사건 배제결정이라 함)을 하였다.

AETC 의 전무이사(Executive Director)인 Susan Howarth 의 제 1 심 증언에 의하면 그 배제결정의 이유는 (i) Arkansas 의 유권자들은 Forbes 를 중요한 출마자로 간주하지 않았다는 점, (ii) 다른 언론기관들도 그를 중요한 출마자로 간주하지 아니하였다는 점, (iii) AP 통신이나 전국적 선거결과 보도 업체들도 선거당일 밤의 선거결과 보도에 있어서 Forbes 를 언급할 대책을 세우지 않고 있었다는 점, (iv) Forbes 는 선거비용 지출 등 회계보고를 관계기관에 해야 할 만큼의 재정적 지원을 받지 못하고 있었다는 점, (v) Forbes 는 자기 집 말고는 선거운동본부나 사무실도 없었다는 점이라는 것이다.

위 배제결정에 대하여 Forbes 는 이 사건 배제결정이 연방 수정헌법 제 1 조에 의하여 보장되는 권리를 침해하였다고 주장하면서 이 사건 소송을 제기하였다 .

이에 제 1 심 법원의 배심원단은 이 사건 배제결정이 정치적 압력이나 Forbes 의 견해에 대한 반대의 뜻에서 이루어진 것이 아니라는 사실 인정을 명백히 하였고, 이에 제 1 심 법원은 원고의 청구를 기각하는 AETC 승소판결을 선고하였다. 이에 Forbes 는 항소하였고, 이 사건 항소심 법원인 미연방 제 8 순회지구 항소법원은, 이 사건 토론회는 모든 자격있는 선거 입후보자들이 참가할 수 있는 권리를 갖는 것으로 추정되는 "공공적 토론장"(public forum)에 해당되고 그렇다면 합리적인 이유없이 Forbes 를 참석 배제하는 위 배제결정은 연방수정헌법 제 1 조가 보장하는 정치적 표현의 자유를 침해하는 것이 된다는 이유를 들어 위 제 1 심 판결을 파기하였다.

즉 이 사건 항소심 법원은 연방수정헌법 제 1 조의 기본권침해여부에 관하여 이른바 기본권침해 법률이나 공권력의 헌법합치여부에 관한 사법심사 기준의 하나인 '엄격심사'(strict scrutiny) 방법을 통하여 AETC 가 이 사건 배제결정을 함에 있어서 기준으로 한 Forbes 의 정치적 활동성에 대한 종합평가는 그를 배제함에 충분한 '절박한'(compelling) 근거도 아니고 '엄밀하게 재단되어진'(narrowly tailored) 근거도 아님을 발견하고, 이는 위 헌법 규정에 어긋나는 주의 공권력의 행사에 해당된다고 보았던 것이다.

위 항소심 판결에 불복한 AETC 는 미연방대법원에 상고허가 신청을 하였고, 이에 미연방대법원은 사건의 중대성을 감안하여 그 상고 허가신청을 받아들여 이 사건에 관하여 심리한 결과 다음과 같은 다수의견과 소수의견이 대립하는 판결을 하였는데, 그 다수의견은 AETC 의 이 사건 배제 결정은 연방 수정헌법 제 1 조의 침해가 아니라고 하면서 위 항소심 판결을 파기하는 것이다.

판시요지(요약)

1. 다수의견의 요지

가. 일반적으로 조망하여 볼 때, 공영 텔레비전 방송국의 다른 대부분의 프로그램과는 달리 공직선거후보자의 토론 방송에 관한 분쟁은 미연방대법원의 "공공적 토론장의 이론"(public forum doctrine)에 의하여 심사 되어질 수 있는 대상이라 할 것이다. 본래 거리나 공원에 관련된 맥락에서 법리가 형성 되어진 위 이론은 텔레비전 방송국이라고 하는 다른 맥락에 대하여도 기계적인 방법으로 확장되어 적용되어질 수는 없다 할 것이나, 한편 텔레비전 방송에 대한 외부 인사들에 의한 광범위한 접근, 즉 토론에의 참석을 허용할 것인가의 문제는 언론적 목적이나 개별 법률규정의 효과적 수행을 위하여 텔레비전방송이 향유하는 편집적 재량권의 개념에 대하여 대체로 대조되는 관계에 서 있다 할 것이다.

나. Forbes 가 주장하였고 이 사건 항소법원이 인정한 바에 의하면, 이 사건 토론회는 Forbes 가 연방 수정헌법 제 1 조의 권리를 향유하는 "공공적 토론장"(public forum)에 해당된다는 것인바, 연방대법원의 선례에 의하면 그 토론회는 "비공공적 토론장"(nonpublic forum)에 해당된다 할 것이고, 따라서 AETC 는 언론기관으로서 향유하는 재량권의 합리적이고 관점 중립적인 행사에

해당하는 한 Forbes 와 같은 공직선거 후보자를 그 토론회에서 배제하는 결정을 할 수 있다고 본다.

다. 그 분석을 위하여 연방대법원이 분석의 도구 개념으로 사용하고 있는 세 가지 토론장의 유형에 관하여 보면, (i) 전통적인 공공적 토론장(traditional public forum), (ii) 정부의 지정에 의하여 형성된 공공적 토론장(the public forum created by government designation : designated public forum); (iii) 비공공적 토론장(nonpublic forum)이 있다 할 것이다(이하 이를 순서에 따라 제 1 유형의 토론장, 제 2 유형의 토론장, 제 3 유형의 토론장이라 함).

그런데 제 1 유형의 토론장에 있어 정부는 토론자의 참석을 배제하는 결정을 함에 있어서 그 결정이 국가이익을 촉진하기 위하여 필요하고 그 배제 결정이 그러한 국가이익의 수행을 위하여 엄격하게 심사되어진 경우에 비로소 가능하다고 할 것이고, 한편 제 2 유형의 토론장에 있어서는 이것은 정부의 목적된 의도에 의하여 형성되어지는 바, 전통적으로는 공공적 토론장이 아닌 것을 공공적 토론장으로 전환시키고자 하는 정부의 정책과 관행이 존재하는가 여부를 심사하여 그 해당 여부를 결정하여야 할 것이고, 그리고 만일 위 제 2 유형의 토론장에서 토론자의 참석을 배제하는 결정이 있었는데 그것이 과연 연방 수정헌법 제 1 조에서 보장되는 권리를 침해하는가의 여부에 관하여는 이른바 엄격심사(strict scrutiny)의 헌법적 판단을 받게 된다고 할 것이며, 그리고 그 밖의 정부기관은 위 제 3 유형의 토론장에 해당하거나 또는 토론장 자체가 아니라고 할 것이다.

즉 요약하면, 제 1 유형의 토론장에 있어서는 정부의 의도와는 관계없이 표현행위가 개방되어있다고 할 것인데, 제 1 유형에 해당되는 정부기관의 객관적 특성 그 자체에 의하여 이에 해당되는 토론장에 있어서는 그 담당하는 정부기관은 이곳에서의 개인적 참석과 발표를 허용하여야 한다는 것이고, 한편 정부기관은 위 제 1 유형의 토론장이 아닌 것을 위 제 2 유형의 토론장으로 만듦으로써 그 장소에서의 표현행위의 개방을 일반대중(general public)에게 허용할 것인가 또는 특정계층의 발언자(particular class of speakers)에게 허용할 것인가를 자유로이 결정할 수 있으며, 한편 나아가 어떤 정부기관이 전통적으로 위 제 1 유형의 토론장도 아니고, 또 정부가 위 제 2 유형의 토론장으로 만들려고 하는 의사도 없었다고 한다면 그것은 위 제 3 유형의 토론장에 해당되거나 또는 전혀 토론장 그 자체의 개념에 해당되지 아니한다고 볼 것이다.

라. 그런데 이 사건에서는 양당사자는 AETC 가 주관하는 이 사건 토론회가 위 제 1 유형에 해당되지 아니함에 대하여는 다툼이 없는 바, 그렇다면 이 사건의 쟁점은 이 사건 토론회가 과연 위 제 2 유형의 토론장에 해당되는가 또는 위 제 3 유형의 토론장에 해당되는가 여부의 판단이라 할 것이므로 살피건대, 연방대법원의 선례에 의하면 이 사건 텔레비전 토론회는 위 제 2 유형의 토론장에 해당되지 아니한다 할 것이다. 우선 위 제 2 유형의 토론장을 창설하기 위하여는 정부에게는 그러한 공공시설을 특정 계층의 발언자들로 하여금 일반적으로 이용 가능하게(generally available) 만들도록 하는 의도가 있어야 할 것으로서, 즉 정부가 특정계층의 발언자들로 하여금 일반적으로 이용가능하게 하기보다는 개별적인 발언자들을 선별하여 이용가능하게 할 경우는 위 제 2 유형의 토론장이 창설되었다고 인정하기는 곤란하다 할 것이다.

즉 특정계층의 발언자들로 하여금 일반적으로 이용가능하게 할 경우는 위 제 2 유형의 토론장이 되고, 개별적인 발언자들을 선별하여 이용가능하게 할 경우는 위 제 3 유형의 토론장이 된다고 구별할 수 있는 것이다.

그런데 이 사건에 돌아와 보면, 정부기관의 성격을 갖는 AETC는 이 사건 토론회를 이 사건 선거구에 출마한 모든 후보자들로 하여금 참석가능하게 하지 아니하였고, 그 대신에 AETC는 그 토론회에 참석하여 토론할 수 있는 후보자들의 자격을 결정함에 있어 후보자 대 후보자(candidate by candidate) 방식을 채택하였다 할 것인데, 그렇다면 정부가 더 이상 그 토론회를 공공적 토론장으로 전환하려고 하였다는 적극적인 의도를 발견할 수 없는 이 사건에서는 이러한 선별적인 참석의 허용이라고 하는 징표는 그 토론회를 위 제 2 유형의 토론장으로 인정할 수 없게 하고 오히려 위 제 3 유형의 토론장에 해당됨을 인정할 수 있게 할 따름이다.

마. 그런데 이 사건 항소심 판결은 연방대법원의 지난 선례들을 잘못 적용하였다는 점에 있어서 과오가 있을 뿐만 아니라, 그 판결의 결론은 토론의 자유의 신장이라기보다는 그 위축을 초래할 것이라는 점에 있어서도 과오가 있다 할 것이다.

즉 지난 수 차례의 연방 선거를 통하여 분석하여 볼 때 군소 후보자들의 난립현상은 충분히 목도할 수 있는 바이고, 모든 공직선거 후보자들을 모두 다 텔레비전 토론회에 참석하도록 조치하여야 한다면 그 토론회의 교육적 가치나 그 토론회의 질은 심각히 훼손되어질 가능성이 있다 할 것인 바, 그러한 경우 실용성의 관점에서나 연방수정헌법 제 1 조의 책임부담의 이유에서나 공영 텔레비전 방송국에서는 공직선거 후보자들의 견해를 아예 방송하지 않는다고 하는 결정을 할 지 모르고 방송인은 어떤 경우 시비거리를 회피하는 것이 안전 책이라 생각할지 모르며 그러한 경우 정보와 사상의 자유로운 유출이라고 하는 우리의 이상은 훼손되는 것이다.

실제로 이러한 우리의 걱정은 단순히 사변적인 것이 아니라고 할 것이니, 이 사건 항소심 판결의 직접적인 결과로서 Nebraska 주의 교육방송국에서는 그 주에서의 1996 년 연방상원의원선거의 후보자들에 대하여 예정되었던 토론회를 취소시켜 버렸던 바가 있다고 한다.

그렇다면 이러한 결과를 초래하는 연방수정헌법 제 1 조의 사법적 결론은 표현의 자유를 신장시키기보다는 억압하는 효과를 가져온다 하겠다.

바. 다음 이 사건 토론회의 법적 성질이 위 제 3 유형의 토론장에 속한다고 하더라도 그렇다고 하여 AETC가 그 의도하는 바에 의하여 마음대로 공직선거 후보자들을 그 토론회에서 배제할 수 있다고 하는 것은 아니며 AETC에게는 그러한 배제를 할 수 있는 무한정의 재량권(unfettered discretion)이 있는 것은 아니라 할 것이다.

즉 연방 수정헌법 제 1 조의 법리와 조화를 이루기 위하여는 위 제 3 유형의 토론장에서의 배제결정은 그 결정의 과정에 있어서 표현자의 견해에 기초를 두어서는 아니 되고 토론장의 목적에 비추어 합리적으로 이루어져야 한다고 할 것인데, 이 사건에서는 배심원단에서는 이 사건 배제결정이 Forbes의 개인적 견해에 대한 반대에서 이루어진 것이 아니라고 사실인정을 하였고 기록에 의하면 이러한 사실인정은 충분히 수긍할 수 있어서 위 배심원단의 판단은 정당하다 할 것이다.

이에 대하여 Forbes는 이 사건 배제 결정이 자신의 정책견해가 대중에게 인기가 없었거나 시대의 대세에 영합하는 것이 아니었기 때문이라고 주장하나, 이를 인정할 증거는 없다.

사. 그렇다면, 이 사건에서 AETC는 정치과정을 의도적으로 조작하기 위한 시도로서 이 사건 배제결정을 한 것이 아니고 또한 이 사건 배제결정이 AETC의 내부나 외부에서의 정치적 압력에 의하여 영향받았다고 볼 수도 없으므로, 이 사건 AETC의 배제결정은 연방수정헌법 제 1 조의

법리와 조화를 이루는 합리적이고 관점 중립적인 언론재량의 행사라 할 것이어서 정당하다 할 것이고, 이와 견해를 달리하는 항소심 판결의 결론은 잘못된 것이어서 이를 파기하기로 한다.

2. 소수의견의 요지

(소수의견을 낸 사람은 대법관 Slovens, Souter 그리고 Ginsber 이다.)

가. 이 사건 다수의견은 지난 30년간 연방대법원에서 형성되어 온 연방수정헌법 제 1 조에 관한 선례에 어긋나는 것이어서 이를 수긍하기 어렵게 한다. 즉 종래 연방대법원에서는 연방수정헌법 제 1 조에서 보장된 표현의 자유를 '허가'(license)의 방식에 의하여 사전에 제한하는 내용의 법률에 관하여는 그 허가를 함에 있어서 요청되어지는 "엄격하고, 객관적이며 정밀한 기준"(narrow, objective, and definite standards)이 결여되어 있다면 그 법률은 위헌이라고 판시하였는데 (Shuttlesworth v. Birmingham, 394 U.S. 147 (1969) 참조), 오늘날 이 사건에 있어 위 다수의견은 위 선례의 취지에 어긋나고 있는 것이다.

나. 또한 다수의견은 사실관계의 파악에 있어서 이 사건 배제결정이 무원칙, 무기준으로 이루어짐에 관하여 거의 언급을 하지 않고 있다 할 것이고, 또 다수의견은 방송기관의 "공공소유"와 "사적 소유"의 차이점에 관한 헌법적 판단의 중요성을 간과하고 있다 할 것이다.

다. 한편 다수의견은 이 사건 토론회가 앞서 제시한 제 2 유형에 해당되는가 또는 제 3 유형에 해당되는가의 구별에 관하여 많은 노력을 할애하고 있는데, 그러나 이 사건의 쟁점은 AETC가 이 사건 토론회를 공공적 토론장으로 지정할 의사를 갖고 있었는가 아니면 비공공적 토론장으로 할 의사를 갖고 있었는가의 판단이 아니고, 오히려 AETC가 공직선거에 입후보한 출마자들을 이 사건 토론회에서 배제하는 결정을 함에 있어서 이를 정당화하기에 충분한 정밀성을 가지고 이 사건 토론회의 성격을 규정하였는가 여부의 문제이다.

그런데 이 사건 문제된 텔레비전 토론회는 공공적 토론장의 정확한 개념에 포섭되어지지는 아니한다 할 것이다. 그러나 그렇다고 하여 그 중요성이 부정되어서는 아니될 것이고, 선거운동 기간 중에 있어서의 정치적 표현의 자유의 특별성을 감안하여 볼 때는 이 사건 텔레비전 토론회는 최상위의 헌법적 관심을 가지고 판단하여야 할 대상이 된다 할 것이고, 또한 공영 방송국의 텔레비전 토론 방송의 기획, 관리는 민간 상업방송의 경우와는 달리 특별히 심각한 헌법적 고려를 불러일으킨다 할 것이므로 연방수정헌법 제 1 조는 선거운동 행위에 있어서는 가장 충분하고도 가장 절실한 적용이 있어야 한다고 본다.

라. 그렇다면, 이 사건에서는 이 사건 토론회에서의 자의적이고 관점 편향적인 배제결정을 회피하여야 한다는 중차대한 문제점 때문에 이 사건 공영 텔레비전 방송국은 사전에 확립되어진 객관적 기준(pre-established, objective criteria)에 의하여 자격있는 후보자들 중 누구를 참석시키고 또 누구를 배제할 것인가에 관한 결정을 하여야 하고, 만일 공직선거 후보자들의 토론회에 관하여 그 수요가 공급을 초과한다고 하면, 공영 텔레비전 방송국으로서는 이미 Rosenberger 사건에서 제시된 선례에서와 같은 방식, 즉 "수긍할 수 있는 중립적인 원칙에 근거하여 한정된 자원을 배급 또는 분배함"(the State must ration or allocate the scarce resources on some acceptable neutral principle)에 의하여 문제를 해결하여야 할 것이다.

마. 이상에서 본 바와 같이 공영 텔레비전 방송국인 AETC가 이 사건 배제결정을 함에 있어서는 사전에 설정되어진 객관적 기준에 의하여야 하는 바, 이 사건에서는 그러한 기준의 설정 및 준수가

없었으므로 위 배제결정은 공직 선거입후보자인 Forbes의 연방수정헌법 제 1 조에 의하여 보장되는 권리를 침해하는 것이 된다. (역: 오관석 서울고등법원 판사)