

언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률은 위헌인가

양 경 승
변 호 사

2005. 1. 1. 국회에서 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률(이하에서는 편의상 언론중재법으로 약칭하기로 한다)이 여야 합의로 제정되고 2005. 1. 27. 공포되어 2005. 7. 28.부터 시행을 보게 되었다.

그러나 위 법이 시행도 되기 전에 동아일보사와 조선일보사 등으로부터 헌법소원(헌법재판소 2005헌마314호, 2005헌마555호)이 제기되는 등 그 위헌 여부를 둘러싸고 언론계와 법조계에서 많은 논란이 제기되어 위 법의 앞길에 어두운 그림자를 드리우고 있다. 따라서 이 마당에서는 위 법의 내용과 그 입법적 연혁을 살피고 위 법률 내용에 과연 위헌적 요소가 있는지, 만약 있다면 그것이 위헌선언을 받아 폐기되어야만 할 만큼 현저하고 중대한 것인지에 대한 논의가 긴급히 요구되고 있다.

I. 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률의 내용과 입법연혁

1. 언론중재법의 내용

가. 실체적 내용

위 법은 언론보도로 인하여 타인의 명예나 권리 등

법익이 침해된 경우 그에 대한 구제제도를 규정하고 있다. 기존의 법령에도 이에 관한 규정이 있었으나 위 법은 이를 통일적·유기적으로 포섭·정립함으로써 언론보도에 따른 피해구제를 획기적이고도 종합적으로 규율하고 있다.

위 법은 언론보도로 인한 피해의 구제수단으로써 정정보도청구권과 반론보도청구권, 추후보도청구권에 의한 원상회복을 꾀하는 한편 손해배상청구권도 인정하고 있다. 또한 기존에 민사소송법과 법원의 판례를 통하여 인정되어 왔던 침해의 정지나 예방 등 사전금지적 가처분과 표현물의 폐기청구권 등을 명문으로 규정하고 있고, 이제까지 실정법으로 도입된 바가 없는 인격권 개념을 도입하여 이에 대한 보호 원칙을 선언하면서 위와 같은 원상회복청구권과 손해배상청구권이 그 침해의 구제수단임을 확인하고 있다.

한편 위 법은 언론보도로 인한 인격권 침해의 예방과 자율적 구제 등을 위하여 정기간행물 사업자와 방송사업자 등에게 자체 내에 고충처리인(옴부즈맨)을 의무적으로 두도록 하여 침해행위에 대한 조사와 시정권고, 사후적인 원상회복조치의 권고 등의 권한을 부여하고, 아울러 언론중재위원회에 언론보도로 인한 법익침해에 대한 심의와 시정권고권을 부여하고 있다.

나. 절차적 내용

언론중재법은 언론보도로 인한 인격권 등의 침해가 있을 경우 그에 대한 구제를 위해 법원에 정정보도청구, 반론보도청구, 추후보도청구와 손해배상청구의 소를 제기할 수 있고, 그 침해의 정지와 예방을 청구할 수 있는 권리도 인정하고 있다.

그런데 위 법은, 법원의 소송절차 중 정정보도청구와 반론보도, 추후보도청구의 소는 일반 본안소송절차가 아닌 가처분소송절차에 의하되 3월 내에 판결로써 재판을 하도록 하고 이에 대하여는 항소만으로써 불복을 하도록 하여 신속한 재판을 피하는 한편, 상소심에서 하급심과 달리 피해자의 청구를 배척하는 때에는 하급심 판결에 따라 이미 이루어진 정정보도 등의 비용을 피해자로 하여금 배상하도록 명하게 함으로써 상호 이익의 조정을 꾀하고 있다.

한편 피해자는 법원에의 제소에 앞서 언론중재위원회에 정정보도, 반론보도, 추후보도청구 및 손해배상청구에 관하여 조정을 신청할 수 있고, 언론중재위원회는 당사자 간에 임의 조정이 성립되지 아니하는 경우 직권으로 조정에 갈음하는 결정을 할 수 있으며, 이에 대하여 이의가 제기되는 경우 소가 제기된 것으로 간주된다. 다만, 언론중재위원회의 조정은 임의적이어서 피해자는 조정을 거치지 아니하고도 법원에 곧바로 소를 제기할 수 있다. 피해자와 언론사는 미리 또는 언론중재위원회의 조정절차 계속 중 그 분쟁에 관하여 중재부의 종국적 결정(중재결정)에 따르기로 하는 중재합의를 하고 언론중재위원회에 중재를 신청할 수도 있다.

언론중재위원회는 문화관광부장관이 위촉하는 40인 이상 90인 이내의 중재위원으로 구성되고, 일정

비율은 법원행정처장과 대한변호사협회장이 추천하며, 일반 공무원이나 정당원, 언론사 소속 현직 언론인 등은 중재위원이 될 수 없고 법관과 마찬가지로 제척, 기피, 회피가 적용된다.

피해자는 언론중재위원회에 대한 조정신청시 정정보도, 반론보도, 추후보도청구 및 손해배상청구를 병합하여 신청할 수 있고 그 절차 계속 중 청구 상호간의 변경을 자유롭게 할 수 있으며, 법원의 소송절차에서도 손해배상청구를 제외한 나머지 청구를 병합하여 제소하거나 청구취지를 변경할 수 있다.

2. 언론중재법의 입법 연혁

가. 언론기본법 제정 이전

1980년 언론기본법이 제정되기 이전에도 언론보도로 인한 피해구제와 관련하여 민법과 형법 외에 특별한 법 규정이 존재하였다. 즉, 제3공화국 정부는 1960. 7. 1.에 제정된 신문 등 및 정당 등의 등록에 관한 법률(법률 제553호)과 1961. 5. 23.에 발포된 국가재건최고회의 포고 제11호에 대체하여 1963. 12. 12. 신문·통신 등의 등록에 관한 법률(법률 제1486호)을 제정·공포하고, 1963. 12. 16.에는 방송법(법률 제1535호)을 공포하였는데, 위 방송법에는 언론피해구제에 관한 약간의 규정을 두었다.¹⁾ 그 내용을 보면, 국내의 모든 방송국을 회원으로 하여 방송윤리위원회를 조직하고(제4조), 동 위원회는 보도·평론의 불편·부당과 공평 보장에 관한 사항, 아동 및 청소년의 선도에 관한 사항, 공중도덕과 사회윤리의 신장에 관한 사항, 기타 공서양속에 관한 사항 등을 포함하는 방송윤리에 관한 규정을 제정·공표하여야 하며(제6조), 방송국은 방송에 의하여 권리를 침해받았다고

1) 3공화국 정부 이전의 언론 관계 법령에는 피해자 구제를 위한 규정이 전혀 없었다. 미 군정 하의 신문 및 기타 정기간행물 허가에 관한 건(1946. 5. 29. 군정법령 제88호)의 경우 신문 등에 대한 허가제를 취하고 있었다.

주장하는 자나 그 이해관계인으로부터 당해 방송이 있는 후 7일 내에 정정방송 요구를 받거나 스스로 이를 발견한 때에는 지체 없이 그 진부를 조사하여 사실과 다른 방송임이 판명된 때에는 그 판명된 날로부터 20일 이내에 원 방송과 같은 효과를 발생시킬 수 있도록 정정방송을 하여야 하고(제12조), 이 같은 의무를 이행하지 아니한 경우 5만원 이하의 과태료에 처하도록(제21조 제2항 제1호) 하였다. 그러나 실제로 위 규정에 의한 정정방송은 전혀 실현되지 못하였다. 이에 따라 정부에서는 1964. 8. 5. 언론윤리위원회법(법률 제1652호)을 제정·공포하였다. 위 법률은 정기간행물의 발행인과 방송국장을 회원으로 하여 언론윤리위원회를 구성하며(제2조), 위원회는 앞서 방송법과 유사한 내용(위 내용에 국가의 안전 및 공안의 보장에 관한 사항, 내외 국가원수에 대한 명예 존중에 관한 사항, 타인의 명예나 사생활의 비밀의 보장에 관한 사항 등이 추가되었다)의 언론윤리강령을 제정·공표하여야 하고(제3조), 위원회 내에 내부인사와 외부인사 등 9인의 위촉 위원으로 상설 집행기관인 심의회를 두어 스스로 또는 외부의 판정 요구에 의하여 보도내용이 윤리강령에 저촉되는 여부를 심의·판정하며(제5조), 정기간행물 또는 방송에 의하여 부당한 침해를 입은 자 및 언론 소관 부처 장관은 그 내용이 윤리강령에 저촉되는 것을 이유로 심의회에 심의판정을 요구할 수 있고(제12조), 심의회는 심의판정 요구를 받은 때에는 15일 내에 이를 심의 판정하되 그 경중에 따라 권고, 경고, 해명·정정·사과 보도의 지시, 회원자격의 정지, 제명 판정을 할 수 있으며(제13조), 해당 언론사는 2일 내에 이를 무료로 보도하여야 하고 심의회의 판정에 불복이 있을 경우 7일 내에 심의회를 상대로 행정소

송을 제기할 수 있다(제14조, 15조)고 규정하였다. 한편 언론윤리위원회를 구성하도록 함에 따라 방송법 소정의 방송윤리위원회는 폐지하였다.

그러나 위 언론윤리위원회법의 시행을 둘러싸고 야당 및 언론사의 반발이 극심하여 실제로는 그 시행을 보지 못하고 사장되었으며, 정부도 이에 굴복하여 1973. 2. 16. 방송법을 개정하여 방송윤리위원회를 다시 설치하도록 하였으나 일반 개인의 피해구제는 거의 이루어지지 못하였다.²⁾

위와 같은 사정으로 피해자는 언론기본법 시행 이전에는 불법행위에 관한 규정인 민법규정(민법 제750조, 제751조, 제764조)을 이용할 수밖에 없었다.

위 민법규정에 의하면 언론보도가 불법행위에 해당할 것을 전제로 손해배상과 명예회복 등에 적당한 원상회복처분으로써의 정정보도청구 등이 가능하였으나, 요건이 까다롭기도 하고 국민의 인권의식이 낮아 언론을 상대로 이를 이용하는 경우는 거의 없었다.

나. 언론기본법 제정 이후

(1) 제1기

1980. 12. 31. 언론기본법이 제정되었는데, 동법은 ‘정정보도청구권’이라 하여 사실적 보도로 인하여 피해를 입은 자에게 정정보도의 게재·방송을 청구할 권리를 인정하였다. 위 법률에는 위 정정보도청구권의 본질이나 그 요건에 관하여 명시적인 규정을 두지 않음으로써, 일부에서는 민법 제764조에 근거한 ‘원상회복에 적당한 처분’으로서 이를 구체화한 것이라는 견해가 제시되고 법원의 실무에서도 이러한 입장을 취하는 등 혼선이 발생하였다. 그러나 위 법률규정의 모태는 반론권 제도를 운영하고 있는 독일, 프

2) 이와 아울러 방송윤리위원회는 윤리규정을 위반한 방송국에 대하여 사과·정정·해명 또는 취소 등을 요구할 수 있도록 하고, 방송국이 이를 이행하지 않은 때에는 문화공보부장관이 그 이행을 명하며, 이 역시 이행하지 않을 경우 체신부장관에게 그 방송국의 재허가를 유보하도록 요구할 수 있도록 하였다(제6조).

랑스 등의 언론법이었으며, 청구된 정정보도의 내용이 명백히 사실에 반하는 경우에는 그 청구가 거부될 수 있고, 정정보도의 내용은 이의에 관한 사실적 진술과 이를 전달하는 데 필요한 설명에 국한되며, 독자투고의 형식으로 게재할 수 없는 반면 그 자수는 이의 대상이 된 원 보도내용의 자수를 초과할 수 없다는 등의 규정 및 그 행사에 관하여 고의·과실이나 위법성을 요한다는 언급이 없고, 민법상의 구체 수단과 달리 공표가 이루어진 날로부터 14일(신문, 통신, 방송) 내지 1월(기타 정기간행물) 내에만 청구할 수 있다는 규정을 종합해보면 민법상의 불법행위 책임으로서의 정정보도청구권이 아니라 위 법률에 의하여 새로이 창설된 권리로써, 원 보도내용이 진실(사실)인지 여부, 그 보도에 고의·과실이나 위법성이 있는지 여부를 불문하고 당해 보도내용과 관련이 있는 자가 그 보도로 인하여 피해를 입은 경우 그 보도내용에 대한 반박, 해명, 보충의 내용이 담긴 반론문을 자신의 이름으로 작성하여(위 '정정보도문'이라는 용어와 독자투고의 형식으로 보도할 수 없다는 규정이 마치 반론문을 언론사의 명의로 보도하라는 것으로 오해되어 언론중재위원회와 법원 실무에서 피해자의 명의 및 피해자의 진술형식이 아닌 언론사의 명의로 그 진술형식으로 하는 경우가 적잖이 발생하였다) 보도를 요구할 수 있는 반론권 내지는 응답권으로 이해하는 데 큰 어려움이 없었다.³⁾

위 법률의 시행에 즈음하여 컬러텔레비전 방송이 시작되고 컴퓨터의 보급 등이 동시에 이루어지면서 우리 사회도 정보화사회에 진입하게 되었고, 국민의 인권 의식도 이전과 달리 크게 고양된 데에다 언론

관련 법령에 명문으로 '정정보도청구권'이라는 용어를 사용하여 특별 규정을 둔 것이 계기가 되어 이후 언론보도에 대한 반론권 행사가 비약적으로 증가하게 되었다. 그와 같은 상황전개에 기여한 것이 소송에 앞서 필요적 전치기구로 설치된 언론중재위원회였다. 위 법률은 문공부장관이 위촉하는 위원으로써 언론중재위원회를 설치하고(언론기본법 부칙 제2조는 신문·통신 등의 등록에 관한 법률 및 방송법과 언론윤리위원회법을 폐지함으로써 방송윤리위원회와 언론윤리위원회는 언론중재위원회로 대체되었다) 그로 하여금 위 '정정보도청구권' 행사에 따른 분쟁을 '중재'(실질은 조정이다)하고 법익침해 사항을 심의하여 언론사에 시정권고를 할 수 있도록 하였는데, 언론중재위원회가 무료로 업무를 처리하고 대 언론 광고 등 홍보활동을 활발하게 펼침으로써 국민들의 위 권리 행사에 큰 도움을 주었던 것이다.

한편 위 법률은 위 '정정보도청구권'에 대한 법원의 소송절차를 가처분절차에 의하도록 함으로써 신속한 권리구제를 도모하였으며, 국내의 모든 방송국장을 회원으로 하는 방송심의위원회 총회에서 선출하는 위원으로 구성되는 방송심의위원회를 설치하여 방송심의규정을 제정·공표토록 하고 이를 위반한 방송국에 대하여 사과, 정정, 해명 또는 취소 등을 명할 수 있도록 하였다.

그러나 언론기본법 자체에 대한 언론계의 강한 반발과 함께 위 반론권 제도에 대한 언론의 반발 역시 매우 강하게 나타났는데, 언론중재위원회의 소환에 불응하여 조정 자체를 보이콧하거나 조정절차 밖에서 피해자를 위협하거나 회유하여 중재신청을 취하게 하는 등의 일이 다반사로 벌어졌고, 위헌시비가

3) 1980. 10. 27.에 공포된 5공화국헌법은 처음으로, 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다는 규정(제20조 제2항)을 명문으로 도입하였고, 언론기본법 역시 이에 따라 언론은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니 된다는 규정(제3조 제3항) 및 언론은 공표 전에 모든 공표 사항의 진실성, 내용 및 출처에 관하여 상당한 주의를 기울여야 한다는 규정(제9조)을 두었는데 정정보도청구에 관한 규정 역시 위와 같은 헌법규정에 연유한 것이다.

계속되다가 위 법률의 후신인 정기간행물의 등록 등에 관한 법률에 관하여 위헌 심판 헌법소원이 제기되기도 하였다.⁴⁾

하지만 대법원은 1986. 1. 28. 선고 85다카1973 판결에서, 위 ‘정정보도청구권’의 본질은 반론권으로써 헌법이 보장하는 언론의 자유 및 언론보도로 인한 피해구제 의무로부터 도출된다고 선언하였고, 헌법재판소 역시 1991. 9. 16. 89헌마165 결정으로써 대법원과 같은 견해를 표명하면서, 그 같은 권리를 피해자에게 부여한 것이 언론의 자유에 대한 본질적 침해가 된다거나, 그 소송절차를 가처분절차에 의하더라도 재판청구권을 부당히 침해한 것으로 볼 수 없어 합헌이라고 확인하였다.

이러한 사법적 판단에 따라 1987. 11. 28. 언론기본법이 폐지되고 그에 대체하여 새로 정기간행물의 등록 등에 관한 법률(법률 제3979호, 이하 편의상 정기간행물법이라고 약칭한다)과 방송법(법률 제3978호)이 제정·공포되었으나 위 ‘정정보도청구권’제도와 언론중재제도는 그대로 유지되었고, 오히려 언론사가 정당한 사유없이 2회에 걸쳐 중재절차에 불출석한 경우 신청인의 요구대로 합의가 이루어진 것으로 간주하도록 강화되어 언론사의 맹목적인 반발과 비협조에 대한 제재수단이 강구되었다.

(2) 제2기

언론기본법과 이를 대체한 정기간행물법 및 방송법을 통하여 ‘정정보도’ 청구제도와 언론중재제도가 크게 발전하고 정착되기에 이르렀으나(1989년 이후 특히 중재신청 건수가 가파르게 증가하였는데, 2004년 한국언론재단이 중앙리서치에 의뢰하여 조사한 결과 조사에 응한 언론인의 97%가 언론중재제도의 필요성을 인정하였고, 언론중재위원회를 통한 실질적인

구제율은 60%대에 가까웠다) 이들 법률상의 언론피해 구제제도 관련 규정은 매우 빈약하였고, 그 실제적·절차적 내용 역시 미약하고 협소하여 폭증하는 국민의 기대와 수요를 충족하기에는 크게 부족하였다. 그리하여 지속적으로 이에 대한 보완과 개정요청이 제기되었는데⁵⁾ 이에 따라 1995. 12. 30. 위 두 법률의 개정을 통하여 그 일부가 수용되었다. 그 개정을 통하여 ① 종래 그 실질이 반론권임에도 정정보도청구권이라는 용어를 사용하여 그 본질과 법적 근거에 혼선을 일으켰던 것을 반론보도청구권으로 용어를 정리하였고, ② 불법행위책임으로서의 본래 의미의 정정보도청구권 개념을 명시적으로 도입하여 이에 대하여는 언론중재위원회의 임의적 중재(조정) 대상으로 포섭하였으며, ③ 언론중재위원회의 중재(조정) 결과 합의가 이루어지지 않은 경우 중재부가 직권으로 중재결정(조정결정)을 할 수 있도록 하는 등의 보완이 이루어졌다. 특히 직권중재결정 제도의 도입은 그 동안 양 당사자가 합의에 실패한 경우 언론중재위원회가 취할 수 있는 수단이 전혀 없어 국민들로부터 제기되어 온 불만을 상당 부분 해소할 수 있었다.

다. 언론중재법의 제정

언론기본법과 그 뒤를 이은 정기간행물법, 방송법상의 정정보도청구권 및 반론보도청구권은 몇 차례 수정이 있었으나 언론기본법이 도입한 반론권과 민법에 근거한 정정보도청구권의 골간에는 전혀 변동이 없었고, 그 운용과정에서 제기된 중재제도상의 문제에 대한 작은 부분의 개선만이 이루어진 채 20여 년 동안 유지되어 왔다.

그런데 그 과정에서 기존 제도가 안고 있는 문제

4) 이는 파스티르유업(株)가 중앙일보를 상대로 정정보도를 신청하여 1심에서 인용판결이 선고되자 중앙일보가 2심인 서울고등법원에 항소를 제기함과 아울러 위헌심판제청신청을 하였으나 그 신청이 기각되자 헌법소원을 한 것이다.

5) 이에 관하여는 양삼승, 정정보도청구권 및 언론중재제도 개선방안, 언론중재 1993년 겨울호 참조.

점에 대한 획기적인 개선이 줄기차게 제기되어 왔는바 그 대강은, ① 정정보도, 반론보도, 손해배상 등 구제수단과 정기간행물, 방송, 통신 등 매체별로 근거법령이 민법, 정기간행물법, 방송법, 뉴스통신진흥에 관한 법률, 공직선거법 등에 분산된 것을 하나로 통합하여 유기적이고 통일적인 규율을 꾀하고, ② 정정보도청구권과 반론보도청구권을 상대화하여 정정보도청구권 행사시 고의, 과실 및 위법성을 배제하며, ③ 언론활동 보호를 위해 형법 제310조와 같은 위법성 조각사유를 민사적 영역에도 포섭하고, ④ 언론의 자율적 책임 확보를 위한 사내 옴부즈맨 제도와 같은 자율적·사전 예방적 장치를 강구하며, ⑤ 언론중재위원회의 조정절차와 법원의 소송절차의 유기적 연계를 강화하여 직권조정결정에 대한 이의신청시 피해자가 별도로 소를 제기하지 않더라도 곧바로 소제기가 있는 것으로 의제하고, ⑥ 언론중재위원회의 소송 외 분쟁해결 기능 및 전심절차 기능 강화를 위해 손해배상청구권에 관한 분쟁 역시 중재위원회의 조정 대상으로 포섭하며, ⑦ 반론보도청구권은 물론 정정보도청구권과 손해배상청구권에 관한 분쟁 역시 언론중재위원회의 조정을 필요적 전치 절차화하고, ⑧ 고유 의미의 중재제도를 도입함으로써 분쟁의 일회적·신속적 해결을 도모할 필요가 있다는 등으로 모아졌다.⁶⁾

이에 따라 위와 같은 논의를 집약하여 언론중재위원회의 의뢰에 따라 필자가 1998. 4. 전문 45개조의 가칭 “언론피해구제법” 안을 성안하여 제출하였고, 언론중재위원회는 이를 기초로 축조심의를 거쳐

2002. 10. 국회와 각 정당에 배포하였다.⁷⁾ 한편 이 무렵 대전 및 의정부 법조비리사건, 김현철 씨와 한겨레신문 간의 손해배상청구사건 등을 둘러싸고 언론보도로 인한 인격권 침해에 따른 손해배상문제가 사회적 큰 관심사로 떠올랐고, 국민의 정부와 참여정부를 거치면서 정치적 이해를 달리하는 정파와 대립적인 언론사 사이에 갈등이 고조되면서 언론보도로 인한 피해구제제도의 개편에 대한 정치권과 법조계, 시민운동권의 요구가 빚발쳤다. 이런 가운데 2002. 2. 제16대 국회의원 27인이 정기간행물법 개정 법률안을 발의하였으며,⁸⁾ 2004. 6.에는 언론개혁국민행동 등 관련 시민단체도 ‘언론피해구제법(안)’을 성안하여 국회에 입법청원을 하기도 하였다.

언론중재위원회의 법률안과 시민단체의 법률안은 단일 통합법 형식을 취한 반면 국회 개정안은 기존의 정기간행물법을 개정하는 형식을 취하였는데, 시민단체안은 징벌적 손해배상, 사자의 인격권보호 등 급진적이고 과격적인 내용을 상당 부분 포함하고 있었다.

제17대 국회가 개원된 후 위와 같은 여러 가지 법률안을 토대로 여야 간에 입법을 둘러싸고 장기간의 대치와 교섭이 진행된 끝에 2004년 세모예야 가까스로 합의가 이루어져 2005. 1. 1. 앞서 본 바와 같은 내용의 언론중재법이 탄생하게 되었다. 이와 동시에 기존의 정기간행물법은 신문 등의 자유와 기능 보장에 관한 법률(법률 제7369호, 이하 편의상 신문법이라고 약칭한다)로 개편되었다.

언론중재법은 기본적으로 언론중재위원회가 제안한 법률안을 큰 틀로 삼고 여기에 시민단체의 안과

6) 이에 관하여는 양경승, 언론피해구제 관련법률의 입법론적 개선방향과 전망, 언론중재 1998년 겨울호 및 ‘언론피해구제법’ 제정을 위한 입법론적 검토, 언론중재 2004년 가을호 참조.

7) 그 내용은 언론중재 2000년 겨울호 참조. 축조심의에 참여한 양삼승 변호사가 이를 해설하고 있다.

8) 그 내용은 언론중재 2003년 가을호 참조. 양삼승 변호사가 그에 대한 논평을 하였다.

열린우리당, 한나라당, 민주노동당의 안이 조금씩 가미된 것이라고 할 수 있다.⁹⁾ 그런데 이와 같이 국회의 회기 말에 정파 간에 나눠 먹기식의 막판 절충이 이루어지는 바람에 법률의 내용이 전체적인 일관성과 체계 정합성을 잃고 여러 곳에서 다소 거칠거나 일견 모순·상반되는 내용이 끼어들게 된 점은 안타까운 일이다.¹⁰⁾

II. 언론의 자유와 제한의 법리

1. 언론의 자유

가. 언론의 자유와 법적 근거

우리 헌법 제21조는 모든 국민은 언론·출판의 자유를 가지며 언론·출판에 대한 허가나 검열은 허용되지 아니한다고 규정하고 있다. 통상 우리는 이를 언론의 자유 내지는 표현의 자유라고 부른다.

언론의 자유를 표현의 자유라고 부르는 이유는 개개인의 생각과 사고, 지식, 정보를 자유롭게 타인에게 표현·전달하는 것이 언론의 자유의 본질적 내용을 이루기 때문이다. 표현의 수단에는 여러 가지가 있으므로 위 헌법 규정에서 언급된 출판은 표현의 한 수단에 지나지 않으며, 집회, 결사, 학문, 예술,¹¹⁾ 종교 등을 통하여도 표현행위가 이루어지나 이들에 대하여는 개별 규정으로 보장되고 있다(대법원 1996. 9. 6. 96다19246, 19253 판결 참조).

인간은 사회적 동물로써, 사회공동체의 유지·존속과 그 속에서 각 개인이 자아를 실현하고 그 가진 바 인격을 고양하는 데에는 자신의 의사와 정보를 자유롭게 전파·교류하는 것은 필수적이며, 개인의 자유와 창의를 바탕으로 여론과 국민의 의사에 기하여 국가의사를 결정함을 근본원리로 하는 자유민주주의 국가에서 이는 그 사회를 떠받치는 사회제도로써 언론의 자유는 자유권에서 나아가 제도적 보장으로도 까지 이해되고 있다.¹²⁾

이에 따라 우리 헌법 전문이 선언하고 있는 자유민주적 기본질서와 기회균등의 보장, 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권의 보장, 헌법 제18조의 통신의 자유 등도 언론의 자유를 함께 보장하는 실정법적 근거를 이룬다고 할 수 있다. 그리고 하위 법규로서 언론중재법은 언론의 자유와 독립은 보장되고 이에 대하여 누구도 어떠한 규제나 간섭을 할 수 없으며, 언론은 정보원에 대하여 자유로이 접근할 권리와 그 취제한 정보를 자유로이 공표할 자유를 갖는다고 규정하고 있고(제3조), 신문법은 정기간행물과 인터넷신문의 편집의 자유와 독립은 보장되며 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 그에 대한 규제나 간섭을 할 수 없다는 규정(제3조)을, 방송법 역시 방송 편성의 자유와 독립은 보장된다는 규정(제4조)을 두고 있다.

나. 언론의 자유의 내용

이러한 언론의 자유는 매우 넓고 다양하여 이를 일

9) 열린우리당에서는 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률안을, 한나라당에서는 언론분쟁의 중재에 관한 법률안을, 민주노동당에서는 언론피해구제법안을 제출하였는데, 열린우리당안은 언론중재위원회의 법률안을 골간으로 하고 있다. 이 안들이 국회 문화관광위원회 법안심사소위원회에서 단일안으로 되면서 섞이게 된 것이다.

10) 작금 위헌시비가 제기된 연유 중 상당부분은 이로부터 비롯된 것이라고 할 수 있는바, 이는 우리 국회의 고질적인 병폐이다.

11) 영화나 비디오물 등도 표현행위에 속한다(대법원 2004. 4. 13. 2001조472 결정 참조).

12) 김철수, 헌법학신론(2005, 박영사) 485면 등 통설이다. 특히 20세기 이후 상업적 언론 즉, 매스미디어가 크게 발전하면서 이들로 대표되는 언론은 사회제도로 굳게 자리 잡아 오늘날 언론의 자유는 곧 미디어의 자유로 대표되고 언론은 권력의 제4부로 자리 잡게 되었다.

의적으로 규정할 수는 없으며 사회 경제의 발전과 정보 기술의 변천을 통해 그 내용도 확대 변화할 수밖에 없다. 과거 언론기본법은 이에 관하여 모든 국민은 언어·문자·상형에 의하여 자유로이 표현할 권리를 가지며, 일반적으로 접할 수 있는 정보원으로부터 알 권리를 방해받지 아니한다고 규정하여(제2조 제1항) 적극적 언론의 자유와 소극적 언론의 자유를 명료하게 표명한 바 있었다. 이와 같이 언론의 자유는 적극적으로는 자신이 가진 정보를 아무런 간섭없이 전파하고 표현할 권리, 소극적으로는 아무런 간섭없이 타인으로부터 정보를 전달받을 권리를 포함한다. 적극적 표현의 자유에는 정보원への 접근과 정보의 수집, 가공, 편집, 처리, 전파의 자유와 권리가, 소극적 표현의 자유에는 이른바 알 권리로서의 정보수령권, 정보수집권, 정보공개청구권, 자기 정보를 공개할 것인지 여부, 자기에 관한 정보의 열람·공개와 그 수정을 요구하는 등의 자기 정보에 대한 일반적 통제권 내지는 결정권(이른바 액세스권) 등이 인정되고 있다.

2. 언론의 자유에 대한 제한

가. 언론의 자유와 다른 기본권의 충돌

표현행위는 필수적으로 타인의 인격이나 그에 관한 정보를 대상으로 삼을 수밖에 없어 그 과정에서 그릇된 정보를 전파하거나 본인의 의사에 반하여 그 성명, 초상, 사적 비밀(privacy) 등을 공개하거나 권한 없이 이용함으로써 인격적 가치와 재산적 권리를 침해하는 경우가 불가피하게 발생한다. 또한 개인의 인격적 법익 외에 국가적 법익이나 사회적 법익이 침해될 수도 있다.

그런데 우리 헌법은 이 같은 인격적 가치 등에 대하여도 언론의 자유와 마찬가지로 기본권으로 보장하고 있는바, 사생활의 비밀과 자유에 관한 제17조, 통신의 자유를 보장한 제18조는 물론 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권을 보장한 제10조 및 그로부터 파생되는 일반적 행동의 자유 등이 그것이다.

이와 같이 헌법적 보장을 받는 두 기본권이 충돌하는 경우 어떤 법익이 우선하는가. 이에 관하여 헌법재판소는 헌법이 보장하고 있는 기본권 상호간에는 실정법상 원칙적으로 우열관계가 없다고 판시하고 있다(1995. 12. 28. 95헌바3, 1996. 6. 13. 94헌바20 참조). 따라서 이 문제는 헌법 스스로 해결하거나 법해석에 의하여 해결할 수밖에 없는바, 우리 헌법은 이에 관하여 헌법 유보와 법률 유보를 두고 있다. 즉, 헌법 제21조 제4항은 언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니 되며 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다고 하여 직접 언론의 자유에 대한 제한을 설정하고 있고, 헌법 제37조 제2항은 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있다고 하여 법률 유보를 예정하고 있다. 이 같은 기본권에 대한 제한은 모든 기본권에 본질적으로 내재하는 것으로써, 이는 사회공동체 속에서 타인의 행복추구권에 대한 침해를 최소화하는 가운데 자신의 행복추구권을 향유하여야 한다는 자유와 권리의 상대성에서 연유한다. 그러므로 개개의 경우에 언론의 자유에 대한 제한은 법률에 근거하여 이루어질 수 있으나¹³⁾ 다른 법익의 보호를 위하여 법률에 의하여 이를 제한하는 경우에도 그 보호법익 역시 절대적일 수는 없으므로 무제한적으로 가능한 것이 아니라 일

13) 언론의 자유에 대한 제한 법률로는 민법, 형법, 언론중재법, 공직선거 및 선거부정 방지법, 군사기밀보호법, 청소년보호법, 소년법, 가사소송법, 영화진흥법 등을 들 수 있다.

정한 한계를 가질 수밖에 없고, 그 제한이 이 같은 한계를 벗어난 경우 헌법적 타당성을 인정받을 수 없게 된다.

나. 언론의 자유에 대한 제한의 한계

위와 같이 언론의 자유와 다른 법익 간에 충돌이 불가피하므로 언론의 자유에 대한 제한이 불가피하나 그에 대한 제한도 일정한 한계 내에서만 허용된다. 이는 헌법 제21조 제2항과 제37조 제2항 단서에서 명언하고 있는 바이다. 그리고 이 같은 한계원리는 행정부와 사법부에 의한 실정법의 해석·적용 단계에서는 물론 국회의 입법형성 단계에서도 작용하게 되어 이에 위반한 경우 위헌판단을 면할 수 없게 된다.

(1) 본질적 내용의 침해 금지

언론의 자유에 대한 제한의 내용이 중대하여 언론의 자유가 갖고 있는 본질적 내용 자체를 유명무실화한다면 언론의 자유 자체가 무의미하게 될 것이다. 이러한 까닭에 헌법 제37조 제2항 단서는 기본권을 제한하는 경우에도 그 본질적 내용을 침해할 수는 없다고 선언하고 있다. 언론의 자유의 본질적 내용이 무엇인냐는 때와 장소, 언론의 자유를 제한하여 보호하려는 법익, 표현행위의 수단과 방법, 이에 대응한 제한의 필요성 및 그 수단과 형태 등 구체적인 개개의 사정에 따르므로 일의적으로 말할 수는 없다.

(2) 사전검열 금지의 원칙

표현행위가 개인적 법익이나 국가·사회적 법익을 침해하는 결과를 가져오는 경우라도, 정보의 전파와 자유로운 교환은 공동체 구성원 개개인의 인격의 발

현 및 상호 감시와 비판, 공정한 여론의 형성을 통한 자유민주주의의 유지에 불가결하므로, 설사 그릇된 정보와 해악을 가져올 수 있는 정보라도 원천적으로 햇빛을 보지 못하게 하는 사전 봉쇄나 검열은 언론의 자유에 대한 본질적 내용의 침해로써 원칙적으로 허용되지 아니한다. 우리 헌법 제21조 제2항도 언론출판에 대한 허가나 검열은 허용되지 아니한다고 선언하고 있다. 여기서 말하는 허가나 검열의 의미에 관하여 대법원과 헌법재판소는, 헌법 제21조 제2항에서 규정한 검열금지의 원칙은 모든 형태의 사전적인 규제를 금지하는 것이 아니고 단지 의사 표현의 발표여부가 오로지 행정권의 허가에 달려 있는 사전심사만을 금지하는 것을 뜻하므로 사법부가 사법절차에 의하여 심리·결정하는 방영금지 가처분은 헌법이 금지하는 사전검열에 해당하지 아니한다고 판시하고 있다(대법원 2004. 4. 13. 2001초472, 헌법재판소 2001. 8. 30. 2000헌가9, 2000헌바36 참조). 따라서 사법판단에 의한 표현금지는 예외적으로 허용되나,¹⁴⁾ 이때도 법원은 여러 가지 충돌하는 법익 상호간의 형량 등을 거쳐 제한의 여부와 그 정도를 결정하게 된다. 미국의 판례이론으로써 정립된 명백하고 현존하는 위험의 원칙(Rule of a clear and present danger)은, 당해 표현행위로써 해악이 발생할 개연성이 매우 높아 표현행위와 해악 사이에 밀접한 인과관계가 있고, 그 해악의 발생이 이미 발생하였거나 시간적으로 근접하여 있는 경우에만 예외적으로 표현행위에 대한 제한이 가능하다는 것이다.¹⁵⁾

(3) 명확성의 원칙

국민의 자유와 권리를 제한하는 모든 법규는 그 내용

14) 그렇다고 하여 사법부에 의하지 아니한 사전제한이 전혀 불가능한 것은 아니며, 행정권에 의한 자의적인 규제가 아닌 준사법적 독립규제위원회가 중립적 위치에서 행하는 것은 허용된다고 할 것이다. 영화진흥법 소정의 영상물등급위원회에 의한 영화의 등급분류와 그에 따른 관람자의 제한, 등급분류를 받지 아니한 영화의 상영금지 및 음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률 소정의 유사한 제작·판매·유통금지 등은 헌법 제37조 제2항에 의거 일정한 한도 내에서 허용된다(대법원 위 2001초472 결정, 헌법재판소 2002. 10. 31. 2000헌가12 참조). 다만, 등급분류를 유보함으로써 유통 자체를 금지하는 것은 위헌이다.

15) 명백·현존 위험의 법리는 표현행위에 대한 사전적 제한은 물론 사후적 제한에 대한 정당화 요건으로서도 작용한다.

이 애매모호하거나 지극히 다의적이어서는 아니 되며, 그 기준과 요건이 명확하여 행정권력 등에 의한 자의적 적용이 배제되어야 한다. 이것은 언론의 자유는 물론 다른 기본권 일반에 대하여도 통용되는 원리로서, 특히 형벌 법규의 경우 더욱 그러하다. 따라서 법문의 내용이 다의적이고 그 요건과 적용 범위에 있어서 과도하게 광범위한 재량성(광범한 해석 재량)을 내포한 제한 법규는 법치주의의 원리 및 헌법 제37조 제2항에 위배된다.

그러나 언어나 문자 역시 사회적 산물이므로 시대, 사회, 문화, 관습 등의 여러 조건에 따라 다의적 의미를 가질 수밖에 없고 누구에게나 그 의미가 일률적으로 수용되는 언어나 문자는 거의 있을 수 없다.¹⁶⁾ 이에 따라 법규의 해석·적용은 그 사회의 통상적인 교양과 사고를 가진 사람을 기준으로 객관적인 시각에서 당해 법규를 문리적으로 연역하여 그 의미를 확정지를 수밖에 없으며, 그 과정에서 법관의 법 해석은 일정 부분 보충적인 입법작용으로서의 법 창조 기능을 하게 되나 이는 부득이한 것이다. 그리하여 헌법재판소도, 어떤 법률의 개념이 다의적이고 그 어의의 테두리 안에서 여러 가지 해석이 가능할 때, 헌법을 최고 법규로 하는 통일적인 법질서의 형성을 위하여 헌법에 합치되는 해석 즉, 합헌적인 해석을 하여야 하며, 이에 의하여 위헌적인 결과가 될 해석을 배제하면서 합헌적이고 긍정적인 면은 살려야 한다는 것이 헌법의 일반 원리임을 천명하고 있다(1990. 4. 2. 89헌가113 참조).

그리고 위와 같이 기본권의 제한은 국가가 제정한 형식적 의미의 법률에 의하여만 제한이 가능하므로

(헌법재판소 2000. 12. 14. 2000헌마695 참조), 국가가 법률에서 헌법 제75조, 제95조, 제108조 등에 의하여 다른 헌법기관에게 위임을 하는 경우에도 그 위임사항에 대한 기준과 요건을 명확히 하여야 하고 포괄적인 위임을 할 수는 없다.

(4) 과잉금지의 원칙

표현행위나 언론의 자유를 제한하는 경우에도 그 제한으로써 달성하려는 목적이나 그로써 보호되는 법익의 보호에 필요불가결한 최소한의 한도 내로 그쳐야 하고, 그 보호하려는 법익과 침해되는 표현의 자유의 법익 사이에 비례적 균형이 이뤄져야 한다. 만약 이 같은 한계를 벗어나 과도하고 불필요한 제한을 할 경우 자칫 이는 표현의 자유에 대한 본질적인 침해로 연결될 수 있다.

따라서 언론의 자유에 대한 제한이 정당성 내지는 헌법 적합성을 갖는지 여부를 판단함에 있어서는 언론의 자유와 대립하는 다른 법익의 형량이 불가피하게 요구된다. 이와 같은 법익 형량에 관하여는 특히 독일과 미국에서 깊이 있는 연구가 이루어져 왔는데, 어떤 기본권이 다른 기본권과 충돌하는 경우 양자간에 가치체계상 우열을 정할 수 없다면 제한되는 법익과 이를 제한하는 법익이 각각 최적의 실효성을 발휘하도록 비례적 조화를 추구하여야 한다는 이른바 실제적 조화의 원리가 널리 받아들여지고 있다.

이에 관하여 우리 헌법재판소도 구 정기간행물법상의 정정보도청구권(반론보도청구권)에 대한 헌법소원 사건에서, “언론의 자유는 바로 민주국가의 존립과 발전을 위한 기초가 되기 때문에 특히 우월적인 지위를 지니고 있는 것이 현대 헌법의 한 특징이다. 그러나 다른 한편 모든 권리의 출발점인 동시에

16) 헌법재판소도 “부단히 변화하는 다양한 생활관계를 제대로 규율하기 위하여 처벌법규에서 어느 정도의 보편적이거나 일반적인 뜻을 지닌 용어를 사용하는 것은 부득이하다고 할 수밖에 없고, 당해 법률이 제정된 목적과 다른 법률 조항과의 연관성을 고려하여 합리적인 해석이 가능한지 여부에 따라 명확성의 요건을 갖추었는지의 여부를 가릴 수밖에 없다”고 판시하고 있다(2000. 2. 24. 99헌가4 참조).

그 구심점을 이루는 인격권이 언론의 자유와 서로 충돌하게 되는 경우에는 헌법을 규범 조화적으로 해석하여 이들을 합리적으로 조정하여 조화시키기 위한 노력이 따르지 아니할 수 없고, 이는 각 나라의 역사적 전통과 사회적 배경에 따라 조금씩 다른 모습을 보이고 있다 ... 우리 헌법은 ... 언론·출판의 자유를 보장하는 동시에 언론·출판의 자유가 민주사회에서 비록 중요한 기능을 수행한다고 하더라도 그것이 인간의 존엄성에서 유래하는 개인의 일반적 인격권 등의 희생을 강요할 수는 없음을 분명히 밝히고 있다 ... 이와 같이 두 기본권이 서로 충돌하는 경우에는 헌법의 통일성을 유지하기 위하여 상충하는 기본권 모두가 최대한으로 그 기능과 효력을 나타낼 수 있도록 하는 조화로운 방법이 모색되어야 할 것이고, 결국은 정정보도청구제도가 과잉금지의 원칙에 따라 그 목적이 정당한 것인가, 그러한 목적을 달성하기 위하여 마련된 수단 또한 언론의 자유를 제한하는 정도가 인격권과의 사이에 적정한 비례를 유지하는 것인가의 여부가 문제된다 할 것이다”라고 판시하여(1991. 9. 16. 89헌마165 참조) 법익형량의 필요성을 수용하였다.

언론의 자유가 자유 민주사회에서 차지하는 우월적 지위를 중시하여, 이를 제한하는 법규에 대하여는 다른 헌법적 기본권에 대한 제한 법규와 달리 더욱 엄격한 기준을 적용하여야 한다는 이른바 2중 기준의 원리(principle of double standards)나 다른 법익을 위해 언론의 자유를 제한하는 경우에도 그것은 일방적인 것이 될 수 없고 언론의 자유에 의해 다시 제

한된다는 상호제한의 이론, 허위성을 알거나 거의 부주의한 과실이 있는 경우에만 명예훼손의 책임을 진다는 현실적 악의(actual malice)의 이론도 이 같은 연장선상에 있다고 할 수 있다.

Ⅲ. 언론중재법의 위헌논란에 대하여

위와 같이 언론중재법이 제정·공포되어 시행을 앞두고 있는 2005. 3. 23. 동아일보사 외 2인이 헌법소원(헌법재판소 2005헌마314)을 제기한 데에 이어 2005. 6. 9.에는 조선일보사와 조선일보사 기자인 이한우, 홍익대 법학과 교수 방석호 3인도 이에 대한 위헌심판을 구하는 헌법소원(헌법재판소 2005헌마555)을 제기하였다.¹⁷⁾ 이들은 동시에 신문법에 대하여도 헌법소원을 제기하였다.

이 글에서는 여러 가지 제약상 언론중재법에 대한 이들의 위헌 주장(특히 조선일보사의 주장)에 대하여 언론중재법의 조문 순서에 따라 그 타당성을 논증하고, 끝으로 헌법소원의 적법요건에 대하여 간단히 언급하려고 한다.

1. 언론중재법의 내용과 위헌 여부

가. 언론의 사회적 책임 규정

(1) 언론중재법 제4조는, 언론보도는 공정하고 객관적이어야 하며 국민의 알 권리와 표현의 자유를 보호·신장하여야 한다(제1항), 언론은 인간의 존엄과

17) 위 3인은 심판청구서에서 조선일보는 신문 발행기업, 이한우는 조선일보 미디어팀장으로서 기자 방석호는 일반 신문 독자라고 밝히고 있는바, 이는 언론사, 기자, 독자라는 정보의 공급자 및 수요자 모두의 입장에서 위헌론을 제기하려는 의도로 이해된다. 이 사건은 국회의 입법행위로 인해 기본권이 직접 침해되었음을 이유로 헌법재판소법 제68조 제1항에 근거하여 제기된 것이며, 청구인 측 소송대리인은 박용상 변호사, 최광률 변호사 등이며, 위헌이 청구된 조항은 제4조, 제5조 제2항, 제6조, 제7조 제3항, 제14조 제2항, 제15조 제4항, 제18조 제2항, 제6항, 제25조, 제26조 제6항, 제30조 제1항, 제2항, 제31조 후단, 제32조, 제34조 제1항 제1호, 부칙 제2조이다.

가치를 존중하여야 하고, 타인의 명예를 훼손하거나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니 된다(제2항), 언론은 공적인 관심사에 대하여 공익을 대변하며 취재·보도·논평 그 밖의 방법으로 민주적 여론 형성에 기여함으로써 그 공적 임무를 수행한다(제3항)고 규정하고 있다.

신문법 제4조와 제5조에도 위와 같은 내용이 규정되어 있다. 조선일보사 등은 언론중재법 제4조 제1항과 3항은 위헌이라고 주장한다. 이들의 논리는, 민주사회에서 여론의 형성은 다양한 사익이 표출·제시됨으로써 조정과 타협을 통해 하나의 결정이 도출되는 것이므로, 그 과정에 참여하는 신문이 자기의 입장이나 의견보다 공익만을 대변하라고 하는 것은 언론의 직업윤리로서는 통용될 수 있으나 법적으로 요구될 수 있는 사항이 아니어서 방송이 아닌 신문에 대하여 까지 이러한 의무를 부과하는 것은 위헌이라는 것이다.

언론중재법과 신문법의 위 규정들은 언론기본법에서 유래하는바, 동법은, 언론은 공익사항에 관하여 취재·보도·논평 기타의 방법으로 민주적 여론 형성에 기여함으로써 그 공적 임무를 수행한다(제3조 제2항), 언론인은 공익을 대변하며 그 사무 수행과 관련하여 사익을 도모할 수 없다(제15조), 방송에 의한 보도는 공정하고 객관적이어야 하며 방송은 특정한 이익·집단·신념 또는 사상을 지지 또는 옹호할 수 없다. 다만 특수한 목적을 위하여 허가받은 경우는 예외로 한다(제31조 제2, 3항)는 규정을 두었다. 그리고 1987. 11. 28.의 방송법(법률 제3978호)은 이 같은 언론기본법의 내용을 승계하여, 방송은 공익사항에 관하여 취재·보도·평론 기타의 방법으로 민주적 여론 형성에 기여하여야 하며 사회 각계각층의 다양한 의견을 균형있게 수렴함으로써 그 공적 임무를 수행한다(제4조 제2항), 방송에 의한 보도는 공정

하고 객관적이어야 하며 방송은 특정한 정당·집단·이익·신념 또는 사상을 지지 또는 옹호할 수 없다. 다만, 종교의 선교를 목적으로 허가받은 방송이 허가받은 내용에 따라 방송하는 경우에는 그러하지 아니하다(제5조 제1, 3항)는 규정을 두었는데, 그 뒤 이를 대체한 2001. 1. 12.의 방송법(법률 제6139호)에도 이전과 비슷한 규정(제5조, 제6조)을 두고 있다.

(2) 국민주권을 근간으로 하는 자유 민주사회에 있어서 국가와 사회의 통합은 민주적 여론에 의해서 이루어지므로 그 여론시장에는 사상과 의사 자유로운 발현 및 유통이 보장되어야 하고, 단순히 특정 시점에서나 특정한 또는 특정 계층의 관점에서 그 같은 표현행위가 무가치하다거나 유해하다거나 틀리다거나 다르다는 이유만으로 그 전파와 유통이 규제될 수는 없음이 원칙이다. 그리고 여론이란 다양한 생각과 이해관계를 가진 각자의 개인적 주장과 견해가 사상의 자유시장에서 교류·비판·반박 등의 과정을 거치면서 형성되는 것이므로, 당초에는 그 어떤 주장이나 견해도 사적이거나 개인적 성격을 띠 수밖에 없으며 궁극적으로는 자신의 개인적 이익이나 자기가 속한 집단, 계층의 이익에 충실한 것이 될 수밖에 없지만, 그러한 이유만으로 그 표현행위가 제한될 수는 없다.

그러나 민주적 여론의 귀결점은 공공의 이익에 부합하는 객관적 타당성을 가진 의견이 지배적 견해로 통합, 승화되어 사회적 정당성을 확보하게 되는 것이므로 모든 주장과 견해는 공동선인 공공의 이익과 객관적 타당성을 지향하지 않으면 안 된다. 이런 이유에서 모든 사람은 사상의 자유시장에 자신의 주장과 견해를 표명하는 때에도 그것이 사회적 타당성과 객관적 정당성을 가지며 공공의 이익에 부합함을 표방하게 되는 것이며, 이에 따라 언론기본법과 방송법은 물론 언론중재법은 언론으로 하여금 공정성과 객관성을 지향할 것과 공적 관심사에 대하여 공익을

대변할 것을 요구하는 것이라고 할 것이다.

그런데 방송의 경우 그 전파 자원이 유한성을 가지고 있어 허가제를 취할 수밖에 없는 데에다(방송법 제9조 참조), 그 전파에 있어 수용자에 대한 무차별성이 두드러져 이 같은 요구가 더욱 강하므로 방송에 대하여는 정기간행물이나 통신, 인터넷신문 등과 달리 많은 면에서 훨씬 넓고 깊은 제한이 정당화되고 있는 것이며, 조선일보사 등도 이에 동의하고 있다.

(3) 조선일보사 등은, 언론중재법의 위 규정들이 신문에 대하여 그 보도활동의 내용에 대한 규제를 이루나 이를 정당화할 요건이 결여되어 있고, 국가가 신문에 대하여 각 신문이 취하고 있는 일정한 노선이나 입장에 따라 자기의 견해를 자유롭게 표명·전파할 수 있는 자유와 권리를 제약하고 특정한 경향(tendency)을 법적으로 강요하는 것이어서 여론형성 과정에 대한 국가의 중립성에 반하며, 공익이란 과정적 통합물이고 선험적으로 존재하는 것이 아니어서 위 법에서 요구하는 공익이 무엇인지 명확치 아니하여 명확성의 원칙에도 반할 뿐만 아니라, 언론에 대하여만 그 같은 법적 의무를 과하는 것은 평등의 원칙에 반하고 보호법익과의 관계에서 과잉금지의 원칙에도 반한다고 주장한다.

그러나 언론중재법이 위와 같이 신문을 포함한 모든 언론에 대하여 공정성과 객관성을 요구하고 공적 관심사에 대하여 공익의 대변을 주문하는 것은, 앞서 언급한 바와 같은 여론의 역할과 그것이 귀결되는 특성에 주목하여 언론으로 하여금 사주나 발행인의 사적 이익이 아닌 공정하고 사회공동체의 이익에 조

화되는 여론 형성에 기여하도록 공정성과 객관성을 지향할 것을 직업윤리으로써 주문한 것일 뿐, 개개 언론이 처한 정치적·사회적·경제적 환경이나 그에 따른 노선이나 입장, 이익의 표명을 절대적으로 금지하는 것이 아님이 명백하다. 따라서 언론은 비록 특정한 정치적·사회적·경제적·종교적 노선과 입장을 취하는 경우에도 그에 따른 주장과 견해를 표명하는 경우 그 주장과 견해가 진실에 부합하고 사회공동체로부터 정당성을 승인받을 수 있는 수단과 방법으로 공정성과 객관성을 견지할 직업윤리적 의무를 부담하는 것이며,¹⁸⁾ 이 같은 의무는 언론이 가진 사회 내에서의 제도화된 위치와 지위, 헌법 제21조 제4항과 제37조 제2항에 근거한 사회질서의 유지와 공공의 복리 차원에서 당연히 감수하여야 하는 것이다. 그리고 표현의 대상이 공적인 관심사에 대한 것이어서 공공의 이익과 밀접한 관련을 가지고 있는 경우에는 더욱 그 같은 직업윤리적 요구가 강하게 요구된다고 할 것이다.

요컨대 언론중재법 제4조가 언론에 대하여 과하고 있는 사회적 책임은, 사회제도로써 자리 잡은 언론이 그 존재의의이자 사명인 공정하고 민주적인 여론 형성에 기여하기 위하여 궁극적으로 지향해야 할 목표를 설정한 것에 지나지 않고, 개개 언론의 정치적·사회적·종교적 신조나 입장을 무시·배제하고 공익적 의견만을 추구하라는 것이 결코 아니며(다만 개개의 경우에 있어 각 언론사의 지위, 당해 언론이 지향하는 목적, 영리성 여부, 그 배포 대상 등에 따라 정도의 차이를 인정할 수밖에 없을 것이다), 주관적·개인적 의견과 견해를 공정하고 객관적인 자세

18) 예컨대 상속세 문제에 관한 경우 상류층에서는 세율의 인하를 주장하게 될 것은 당연하지만 그 경우에도 그 주장의 전제가 되는 사실관계에 관하여 진실한 내용을 바탕으로 하여야 하고, 세율 인하의 정당성을 근로의욕의 증진, 사유재산제도의 보장 등 객관적 시각에서 주장해야지 상속세 제도 자체가 공산주의적 발상이라거나 재산을 갖지 못한 사회계급이 상속세제를 통하여 부의 사회적 배분이나 균등을 주장해서는 아니 된다는 등의 비이성적·비합리적 주장을 해서는 아니 될 것이다. 미국의 신문은 통상 선거에 있어 특정 정당이나 후보에 대한 지지의사를 공개적으로 표시하고 있으나, 그 경우에도 이는 사실에 서만 표현될 뿐이고 일반 기사에서는 양쪽의 주장을 공정한 시각에서 보도하고 있다고 평가되고 있다.

에서 주장하여 다른 의견과의 교류·절충을 통하여 민주적 여론을 형성하도록 하여야 한다는 언론의 고유한 기능과 사명을 선언·확인하는 것이라고 보아야 하는 것이다.¹⁹⁾

따라서 언론중재법 제4조가 언론활동에 대한 내용적 규제를 가한 것이라거나 그 법규의 내용이 모호하고 평등의 원칙 및 비례의 원칙에 반하여 헌법에 위반된다고 볼 수는 없다고 할 것이다.

나. 인격권의 보장에 관한 규정

(1) 언론중재법 제5조는, 언론은 생명·자유·신체·건강·명예·사생활의 비밀과 자유·초상·성명·음성·대화·저작물 및 사적 문서 그 밖의 인격적 가치 등에 관한 권리(인격권)를 침해해서는 아니 된다(제1항), 인격권의 침해가 사회상규에 반하지 아니하는 한도 안에서 피해자의 동의에 의하여 이루어지거나 또는 공적인 관심사에 대하여 중대한 공익상 필요에 의하여 부득이하게 이루어진 때에는 위법성이 조각된다(제2항)고 규정하여, 인격권의 개념을 정의하고 그에 대한 보호 및 위법성 조각사유를 밝히고 있다.

인격권은 아직까지 실정법에서 정면으로 규정된 바는 없었으나 판례와 법학 이론상 일찍부터 인정되어 오고 있고, 이는 헌법과 민법 등 실정법규의 관련 규정으로부터도 도출될 수 있다. 그런데 인격권은 위낙 그 범위가 넓고 문화적·사회적 환경의 변화와 함께 변동하는 성질이 강해서 일의적으로 규정하기

가 매우 어려우며, 그러한 성질상 그에 대한 개별적인 보호수단 역시 아직까지 확연하게 틀이 지워지지 않은 매우 약동적인 권리라고 할 수 있는데, 언론중재법은 처음으로 그 입법적 정의를 두게 된 것이다.

(2) 조선일보사 등은 위 법 제5조 제2항이 위헌이라고 주장한다. 그 이유로는, 인격권과 표현의 자유는 모두 인간의 존엄에서 연원하는 권리로써 추상적인 권리의 위계체계에서는 우열을 정할 수 없고 헌법상 그 어느 일방 또는 타방에게 원칙적인 우위를 주는 것은 허용될 수 없으므로, 양자의 기본권이 충돌하는 경우에는 일률적으로 적용되는 추상적인 해결원칙이 존재할 수 없고 이른바 실천적 조화의 원칙에 따라 표현의 자유와 이를 제한함으로써 보호되는 인격권의 법익이 개개의 경우에 상호 적절한 비례관계가 유지되어 최적의 실효성을 갖도록 이익형량이 이루어져야만 하는데, 위 제5조 제2항은 '중대한' 공익상 필요에 의하여 '부득이하게' 인격권 침해가 이루어진 때에만 위법성이 조각된다고 규정함으로써 사전적·예정적으로 인격권에 우위를 두고 두 법익 상호간의 추상적 유형별 이익형량의 여지를 박탈하고 있을 뿐 아니라, 개별적 형량에 있어서도 법원이 사안에 따른 제반 정황을 고려하여 형량할 권한을 박탈하고 있는 등 입법적 재량의 범위를 벗어난 것이라고 한다.

이미 앞에서 살펴본 바와 같이 여러 종류의 기본권은 상호간 대립·충돌을 피할 수 없고, 그 모든 기본권은 정당성과 존재의의를 갖는 만큼 양자가 충돌할 경우 언제나 어느 한쪽이 우위에 있다고 할 수는

19) 조선일보사 등은 언론중재법 제4조 등이 그에 위반한 경우 아무런 제재를 가하지는 않고 있으나 언론활동에 대한 위축효과를 가져오는 것을 부정할 수 없으므로 기본권에 대한 침해라고 주장하나, 헌법을 비롯한 법규에는 직접적으로 의무를 부과하는 대신 사회공동체가 지향해야 할 목표를 제시하고 국가나 사회, 개인이 가져야 할 바람직한 자세, 궁극적인 목표에 대한 노력의무 등을 규정하는 이른바 프로그램적 규정(예컨대, 평화통일정책에 관한 헌법 제4조, 침략적 전쟁의 부인에 관한 헌법 제5조, 전통문화의 계승·발전 등에 관한 헌법 제9조, 인간다운 생활을 할 권리에 관한 헌법 제34조, 환경권에 관한 헌법 제35조 등을 들 수 있다)이 다수 존재하며, 이 같은 프로그램적 규정으로부터 직접 국민의 권리와 의무가 추출되는 것은 아니라는 것이 학계의 통설이다.

없으며, 부득이 두 기본권의 본질적 최저한을 보장하는 가운데 양자가 최대한으로 그 기능과 효력을 나타낼 수 있도록 조화를 모색하여야 할 것이 요구된다. 그리고 이 같은 조화를 이끌어내는 원리로서 법익(이익)형량 이론이 널리 수용되고 있는바, 그 이익형량은 우선 충돌하는 두 기본권이 내포하는 개별적 법익의 내용을 확정하고 그 본질적 최저한을 도출하는 과정인 일반적·추상적 이익형량에 이어, 어떤 기본권이 다른 기본권을 침해한 경우에 그 침해의 수단, 방법, 그 같은 수단과 방법 외에 다른 대체수단을 갖고 있는지 여부, 침해의 주체와 객체, 침해로써 얻는 이익과 침해되는 이익의 종류²⁰⁾와 크기, 침해되는 이익의 수인한도 등 개별적이고 구체적인 사안에 따른 개별적 이익형량이 이루어지게 된다. 그리고 그 형량의 결과, 침해를 피할 수 없고 다른 대체수단이 없으며 침해되는 법익의 본질적 존재의의가 무시되지 않은 채 필요최소한 내지 비례적 적정성을 유지한 것으로 인정되면 침해행위는 적법성을 부여받게 된다.

그렇다면 언론중재법 제5조 제2항이 규정한 인격권 침해에 대한 정당화 요건 즉, 위법성 조각사유는 위와 같은 이익형량을 배제하고 법관에게서 판단의 재량을 박탈하는 내용이라고 할 수 있는가? 우선 위조항 중 피해자의 동의가 있을 경우 위법성이 조각된다는 것은 불법행위법 이론에서 이의없이 수용되고 있는 것으로써 아무런 문제가 없다. 다만 자살방

조죄, 동의낙태죄 등과 같이 일정한 법익의 경우 피해자의 동의가 있더라도 사회 전체적인 법질서 체계에서 정당성이 부인될 수 있으므로, 피해자의 동의가 있는 경우에도 그것이 사회상규에 반하지 않는 것이어야 함도 의문의 여지가 없다. 문제는 공적인 관심사에 대하여 중대한 공익상 필요에 의해 부득이하게 인격권 침해가 이루어진 경우이다. 우선 인격권의 침해 대상이 공적인 관심사가 아닌 지극히 개인적이고 사적인 영역 내의 것이어서 그에 관하여 공익상의 필요가 없다면 정당성이 인정될 수 없을 것이다. 침해되는 타인의 인격적 법익에 비해 침해로써 얻는 이익이 없거나 극히 작기 때문이다.

그런데 이와 관련하여 형법 제310조는 명예훼손행위가 진실한 사실로써 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다고 규정하여 그 경우 위법성이 조각됨을 확인하고 있다. 대법원은, '오로지 공공의 이익에 관한 때'라 함은 적시된 사실이 객관적으로 볼 때 공공의 이익에 관한 것으로써 행위자도 주관적으로 공공의 이익을 위하여 그 사실을 적시한 것이어야 하나, 여기서 공공의 이익은 널리 국가·사회 기타 일반 다수인의 이익에 관한 일뿐만 아니라 특정한 사회 집단이나 그 구성원 전체의 관심과 이익에 관한 것도 포함하는 것이고, 적시된 사실이 공공의 이익에 관한 것인지 여부는 당해 적시 사실의 내용²¹⁾과 성질, 당해 사실의 공표가 이루어진 상대방의 범위, 그 표현의 방법 등 그 표현 자체에 관한

20) 독일과 미국을 중심으로 인격권을 유형화하여 각각의 유형에 따라 그 보호가치와 정도를 다르게 취급하려는 노력이 전개되고 있는바, 독일에서는 인격적 법익의 소재에 따라 이를 ① 개방적 영역, ② 사회적 영역, ③ 사사적(私事的) 영역, ④ 비밀 영역, ⑤ 내밀영역으로 나누고, 그 침해의 유형을 ① 초상이나 대화 등 자신의 인격적 표징(表徵)에 대한 묘사·공개 여부에 관한 결정권 침해, ② 어떠한 경우에도 비밀스런 영역으로 남아 있어야 할 것의 부당한 폭로, ③ 허위적인 묘사, ④ 생명과 신체의 자유 등을 위협하는 불법적인 폭로와 표현으로 나누고 있으며, 미국에서도 이와 비슷하게 ① 사적 공간이나 사사(私事)에 대한 부당한 침입, ② 사사적 사항의 부당한 공개·폭로, ③ 허위적·왜곡적 표현, ④ 성명·초상 등의 부당한 도용 등으로 유형화하고 있다.

21) 대법원은 피해자가 공적인 존재인지 사적인 존재인지, 그 표현이 공적인 관심 사안에 관한 것인지 순수한 사적인 영역에 속하는 사안에 관한 것인지 등에 따라 심사기준에 차이를 두어, 공공적·사회적인 의미를 가진 사안에 관한 표현의 경우에는 언론의 자유에 대한 제한이 완화되어야 한다고 판시하고 있다(2004. 2. 27. 2001다53387 판결 등 참조).

제반 사정을 감안함과 동시에 그 표현에 의하여 훼손되거나 훼손될 수 있는 명예의 침해 정도 등을 비교·고려하여 결정하여야 하며, 행위자의 주요한 동기 내지 목적이 공공의 이익을 위한 것이라면 부수적으로 다른 사익적 목적이나 동기가 내포되어 있더라도 형법 제310조의 적용을 배제할 수 없다고 하여 위 ‘오로지 공공의 이익’의 의미를 넓게 해석하는 판시를 하였다(2002. 2. 11. 99도3048 판결). 또, 위 ‘진실한 사실’의 의미에 관하여는, 형법 제310조는 인격권으로서의 개인의 명예의 보호와 헌법 제21조에 의한 정당한 표현의 자유의 보장이라는 상충되는 두 법익의 조화를 꾀한 것이라고 보아야 할 것이므로, 두 법익 간의 조화와 균형을 고려한다면 적시된 사실이 진실한 것이라는 증거가 없더라도 행위자가 진실한 것으로 믿었고 또 그렇게 믿을 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 위법성이 없다고 판시하였다(1993. 6. 22. 92도3160 판결).

한편 민법에는 형법 제310조와 같은 규정이 없는데, 대법원은 명예훼손 등의 불법행위 영역에도 형법상의 위 정당화사유를 그대로 적용하여, 그것이 공공의 이해에 관한 사항으로써 그 목적이 공공의 이익을 위한 것이고 그 내용이 진실한 사실이라는 증거가 있거나, 그 증거가 없더라도 행위자가 그것을 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 경우 역시

위법성이 없다고 판시하였다²²⁾(1988. 10. 11. 85다카29 판결).

그리고 보면 언론중재법 제5조 제2항 소정의 정당화사유(위법성 조각사유)는 형법 제310조의 그것과 표현방법만 다를 뿐 그 본령과 기본적 의미가 동일하다고 보아도 무방할 것이다. 즉, 형법 제310조 소정의 ‘오로지 공공의 이익’은 ‘공적인 관심사에 대한 중대한 공익상 필요’와, 형법 제310조 소정의 ‘진실한 사실’은 ‘부득이하게 이루어진 때’와 각 그 본질이 같다. 다만, 언론중재법 제5조는 명예권뿐만 아니라 이른바 프라이버시권, 초상권 등 명예권과 그 성질 및 침해의 수단, 태양이 다른 포괄적인 인격권 전체를 아우르고 있는 관계로 명예훼손에 관한 정당화사유만을 규정한 형법 제310조와 다르게 표현한 것일 뿐이라고 할 것이다.²³⁾

따라서 형법 제310조와 이에 대한 대법원의 판시 태도를 종합하여 언론중재법 제5조 제2항을 해석할 때, 명예나 초상 등 개인의 인격권이 침해되었다고 그 침해의 대상이 공적인 관심사로써 주된 동기가 공공의 이익상 필요에 의하여 이루어진 것이고, 명예훼손적 사실이 진실이거나 진실이라고 믿을 만한 정당화사유가 있거나 초상권 등 다른 인격권의 침해가 객관적으로 보아 부득이하게²⁴⁾ 이루어져서 행위자에게 비난가능성 즉, 책임을 물을 수 없는 때에는 위법성이 조각되어 민·형사상 책임을 물을 수 없다는 것으로

22) 대법원은 형법 제310조와 같은 요건 외에 당해 명예훼손적 행위가 사회상규에 위배되지 아니하는 경우에도 위법성이 조각된다고 판시하여 형법 제20조 소정의 정당화 사유인 정당행위를 명예훼손죄에도 적용하고 있다(1989. 2. 14. 88도899 판결).

23) 대법원은 프라이버시권에 관하여, 개인의 사적인 신상에 관한 사실이라고 하더라도 그가 관계하는 사회적 활동의 성질이나 이를 통하여 사회에 미치는 영향력의 정도 등의 여하에 따라서는 그 사회적 활동에 대한 비판 내지 평가의 한 자료가 될 수 있는 것이므로 개인의 사적인 신상에 관하여 적시된 사실도 그 적시의 주요한 동기가 공공의 이익에 관한 것이라면 형법 제310조 소정의 공공의 이익에 관한 것으로 볼 수 있는 경우가 있다고 판시한 바 있다(1996. 4. 12. 94도3309 판결 참조).

24) 여기서 부득이하다는 것은 행위자에게 비난가능성이 없는 모든 사유를 가리킨다고 할 것이며, 형법 제20조 소정의 법령에 의한 행위, 업무로 인한 행위, 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위 등은 그 전형적인 사유라고 할 수 있을 것이다. 이에 관하여는 위 대법원 88도899 판결 및 사과를 절취 당한 피해자가 앞으로 그 같은 일이 재발되지 않도록 예방하기 위해 과수원 관리자와 동네 새마을 지도자에게 각각 그들만이 있는 자리에서 개별적으로 자신의 소유 과수원에서 사과를 훔쳐간 사실을 말한 경우 통상적인 사회생활면으로 보나 사회통념상 그 같은 행위를 위법하다고 할 수 없다고 판시한 대법원 86도1341 판결 등을 참조. 그리고 여기서는 위법성과 책임성을 엄격히 구분할 필요는 없다.

해석함이 옳다고 할 것이다. 이런 태도는 입법자가 정한 법률을 되도록 헌법에 합치되도록 해석하는 법률해석 원칙에 비추어서도 옳은 태도라고 할 것이다.

그러므로 위 조항에서 언급된 ‘공적인 관심사’나 ‘중대한 공익상 필요’라는 문구에 형식적으로 얽매어, 동 규정이 인격권에 대하여 우월적 지위를 인정하는 것으로서 표현의 법익과 인격적 법익 간의 이익형량을 배제한 것이라거나, 법관으로 하여금 개개의 구체적 사건에 있어서 그에 따른 조화적 해석 및 법익형량의 기회를 박탈한 것이라고 할 수는 없다. 위 문구 중 ‘중대한 공익상 필요’라는 어의(語意)가 형법 제310조 소정의 ‘오로지 공공의 이익에 관한 때’와 같은 의미로써 마치 법익형량에 있어 인격적 법익에 우월적 지위를 인정하는 듯한 인상을 주기는 하지만, 이는 그 침해행위의 동기와 목적이 주로 공공의 이익을 위한 필요에 있다는 의미로 해석될 수 있으며, 형법 제310조와 대비할 때 그 같은 문구가 기본권 제한 법규가 일반적으로 갖춰야 할 명확성의 원칙이나 광범한 재량권 금지의 원칙에 반하는 정도에 이르렀다고 볼 수도 없다. 이미 앞서 언급한 바와 같이 문자와 언어 역시 사회적 산물인 만큼 그 의미는 사회통념에 따라 해석되어야 하고, 법원은 그러한 1차적 법 해석 권한과 의무를 지고 있는 것이다.²⁵⁾

다. 고충처리인에 관한 규정

(1) 언론중재법은, 종합편성 또는 보도에 관한 전문편성을 행하는 방송사업자, 일반 일간신문(신문법 제2조 제2호 가목 소정의 것)을 발행하는 정기간행물사업자 및 뉴스통신사업자는 사내에 언론 피해의 자율적 예방 및 구제를 위한 고충처리인을 두어야

한다(제6조 제1항), 고충처리인의 권한과 직무는 ① 언론의 침해행위에 대한 조사, ② 사실이 아니거나 타인의 명예 그 밖의 법익을 침해하는 언론보도에 대한 시정권고, ③ 구제를 요하는 피해자의 고충에 대한 정정보도, 반론보도 또는 손해배상의 권고, ④ 독자나 시청자의 권익보호와 침해구제에 관한 자문으로 하며(제6조 제2항), 언론사는 고충처리인의 자율적 활동을 보장하여 정당한 사유가 없는 한 고충처리인의 권고를 수용하도록 노력하여야 하고(제6조 제3항), 취재 및 편집 또는 제작 종사자의 의견을 들어 고충처리인의 자격·지위·신분·임기 및 보수 등에 관한 사항을 정하고 그 사항과 변경사항, 고충처리인의 연도별 활동상황을 공표하여야 하며(제6조 제4, 5항), 언론사가 고충처리인을 두지 아니하거나 고충처리인에 관한 사항을 제정하지 않은 때에는 3,000만원 이하의 과태료에 처한다(제34조 제1항 제1호)고 규정하고 있다.²⁶⁾

(2) 조선일보사 등은, 뉴스통신이나 방송의 경우 고충처리인 제도를 두는 것이 그 공공성 때문에 가능하나 신문 등 정기간행물에 대하여까지 이를 강제하는 것은, 언론은 국가적·제도적 영역 밖에서 자유로운 존재로 남겨져야 한다는 헌법적 명제에 반하고 신문의 제도보장을 침해할 우려가 있어 위헌이라고 주장한다. 그 주장의 논거를 정확하게 파악하기 어려우나, 그와 같은 제도를 법률로써 강제하는 것은 헌법 제21조 제1항에서 보장된 언론의 자유에 대한 부당한 간섭 내지는 제한에 해당하고 재산권에 대하여도 부당한 제한이라는 취지로 이해된다.

옴부즈맨이라고도 불리는 고충처리인 제도는 원래 반관반민의 신분을 가진 옴부즈맨이 행정관청과 시

25) 대법원이 형법 제310조의 ‘오로지 공공의 이익’의 의미를 위와 같이 폭넓게 해석한 것이라든지 이를 민사적 영역에까지 도입한 것 역시 법원이 그 같은 역할을 한 것으로써, 이 같은 법 해석은 사법을 통한 법 발견으로써 대부분의 문명국가에서 수용되고 있는 것이다.

26) 신문법은 일간신문의 경우 독자의 권익을 보호하기 위한 자문기구로 독자권익위원회를 둘 수 있다고 하고 있다(제9조, 제10조 제1항).

민 사이에서 시민의 고충과 민원 사항을 수집하여 행정관청에 전달하고 그 민원을 직접 처리해주는 것으로써 스웨덴에서 시작된 것인데, 스웨덴은 언론사와 시민 사이의 분쟁을 처리하기 위한 목적을 위해 1969년 자율규제기구인 언론평의회(Press Council) 내에 언론옴부즈맨(Press Ombudsman)을 도입하였다. 스웨덴 언론은 이미 1916년 자율규제기구로서 언론 공정실현위원회(Press Fair Practices Commission)를 설치하였고 이 기구가 위와 같이 언론평의회로 발전하였는데, 자율규제기구라는 점을 제외하면 우리나라의 언론중재위원회와 유사한 기능을 수행하고 있다. 위와 같은 언론평의회 형식의 자율규제기구는 스웨덴 외에도 영국, 독일, 호주, 뉴질랜드 등 여러 나라에 도입되어 활동 중이며 영국의 언론불만처리위원회(Press Complaints Commission) 내에 설치된 프라이버시감독관(Privacy Commissioner)도 옴부즈맨과 유사한 것이다.

미국에서는 1967년 켄터키주 루이빌쿠리어지에서 사내 옴부즈맨을 도입한 것을 시작으로 타임스 등에서도 이를 도입하였으나 크게 활성화되지는 못하고 있다.²⁷⁾

우리나라에서는 1961. 9. 언론계 스스로 자율기구인 한국신문윤리위원회를 발족하였고 앞서 본 바와 같이 방송윤리위원회를 조직하였으나 언론피해자의 불만이나 권리 구제와는 거리가 멀었고, 일반 국민들은 그 존재조차 잘 모르고 있는 실정이다. 그 뒤 아사히 신문사 등 일본의 여러 언론사가 사내에 자율적 불만처리기구를 설치한 것을 본받아 1993년 조선일보사가 이와 유사한 형태인 <옴부즈맨전화>라는 것을 설치하였고, 경향신문과 중앙일보도 뒤를 따라 <독자

의 전화> 등을 설치하였으나, 그 신분과 직무가 독립적으로 보장되어 있지 못하고 기능도 미약하여 충분한 자율규제 기능을 수행하지 못하고 있는 실정이다.

언론중재법은 이 같은 국내 언론계의 미약한 자율규제기구를 활성화하기 위한 수단으로, 위와 같이 규모가 크고 피해 발생 위험이 상존하는 방송과 일반일간신문 및 뉴스통신에 한해 우선적으로 고충처리인을 의무적으로 두도록 하고, 그 기능을 보장하기 위하여 신분과 권한 등에 관한 규정을 두게 된 것이다.

조선일보사 등은 위와 같이 신문에 대하여까지 법률로써 언론사 내에 의무적으로 고충처리인을 두어 자율적 규제와 피해구제활동을 하게 하는 것이 헌법이 보장한 신문의 자유를 침해하는 것이라고 주장하나, 이는 어디까지나 자율적 규제기구로써 언론사 내에 두는 것이고, 그 운영과 고충처리인의 자격, 지위, 신분 및 임기와 보수, 대우 등에 대한 사항 역시 언론사의 자율에 맡기고 있어 언론활동의 내용에 대한 규제에 속하지 아니하므로 헌법이 보장하는 언론의 자유를 침해할 여지는 전혀 없다. 다만 이로 인해 언론사가 그에 따른 경제적 지출이 요구될 수 있으나, 무보수로 고충처리인을 둘 수도 있을 것이다. 그리고 설사 이를 유보수로 하는 경우라도, 언론보도 역시 일종의 상품으로써 그 하자에 속하는 왜곡, 부정확, 편파, 누락, 과장, 축소 등의 하자로 인해 소비자에게 피해를 가쳐올 수 있고, 그 같은 하자는 제조자인 언론사가 자신의 책임으로 예방, 제거하여야 하는 것임은 제조자 책임의 원리 및 위험을 지배·관리하여 영리를 추구하는 자가 그 위험을 예방, 제거하여야 한다는 위험영역 지배이론에도 부합하는 것이며, 이

27) 그러나 미국 언론이 자율규제 기능이 결여된 것은 아니다. 미국은 언론에 대한 사법통제가 큰 역할을 하고 있는 관계로 각 언론사는 재송을 피하고 재송에 대비하기 위한 사전예방적 조치를 여러 가지 형태로 강구하고 있다.

는 통신·방송의 시설기준과 신문의 기능을 보장하기 위하여 필요한 사항은 법률로 정한다는 헌법 제21조 제3항 및 공공복리를 위하여 자유와 권리를 법률로써 제한할 수 있다는 헌법 제37조 제2항으로부터 헌법적 정당성이 인정된다. 또한 이로 인해 언론사가 입는 불이익과 국민이 얻게 되는 이익의 크기, 다른 대체수단의 존재 및 그에 따를 경우의 비용과 효과, 언론사가 그로써 입는 제약이 언론활동의 본질과 기능에 미치는 정도 등을 종합하여 비교衡量 할 때, 언론의 자유에 대한 본질적 제한이나 과도한 제한이라고는 할 수 없으므로 위헌이라고 볼 수 없다.

라. 언론중재위원회에 관한 규정

(1) 언론중재법은 언론보도와 관련한 분쟁의 조정·중재 및 법익침해 사항에 대한 심의기관으로서 언론중재위원회를 설치하도록 하고(제7조 제1항), 그 중재위원은 40인 이상 90인 이내로 하되 5분의 1 이상은 법관의 자격이 있는 자 중에서 법원행정처장이 추천한 자, 5분의 1 이상은 변호사의 자격이 있는 자 중에서 대한변호사협회장이 추천한 자, 5분의 1 이상은 언론사의 취재·보도업무에 10년 이상 종사한 자, 나머지는 그 밖에 언론에 관하여 학식과 경험이 풍부한 자 중에서 문화관광부장관이 위촉하도록 규정하고 있다(제7조 제3항).

위 규정은 중재위원의 숫자가 늘고 법관의 자격이 있는 자로서 법원행정처장이 추천하는 위원 정수 등의 변화만 있었을 뿐, 문화관광부장관이 위촉하며 법조계와 언론계 인사 등이 위원으로 참여하도록 하는 내용은 언론기본법 이래로 큰 변동이 없다. 언론중재

법으로 개정되기 전의 정기간행물법에서는 위원의 5분의 2 이상은 법관의 자격이 있는 자 중에서 법원행정처장이 추천하고 5분의 1 이상은 언론계 인사 중에서 위촉한다고만 하고 있었는데, 법원행정처장은 위원을 추천할 때 5분의 1은 현직 법관을, 5분의 1은 변호사를 추천하였었다.

(2) 조선일보사 등은, 언론중재위원회는 언론과 시민 간의 민사적인 분쟁에 있어서 피해구제를 용이하게 하기 위해 설립된 것이고, 법원에 제소하기 전에 거치는 사전 구제절차를 관장하는 기관이기 때문에 이는 민사적 법률관계의 분쟁에 관하여 사법권의 일부를 행사하는 기관으로써, 사법기관에 요구되는 헌법상의 원칙으로서의 독립성 및 중립성의 원칙이 적용되어야 함에도 그러한 배려가 결여되어 있고, 그 구성 및 기능에 대한 사법권의 주도적 관여가 없는 등 권력분립의 원칙에 반하여 위헌이라고 주장한다.

언론중재법에서 언론중재위원회에 부여한 권한은 정정보도, 반론보도, 추후보도의 청구 및 손해배상청구에 따른 분쟁의 조정·중재, 언론보도로 인한 법익침해에 대한 심의와 시정권고이다. 그리고 이미 본바와 같이 조정은 임의적 전치절차이며, 시정권고는 권고적 효력을 가지는 데 그친다.

언론중재위원회는 국법에 의하여 국가 기능의 일부를 수행하므로 당연히 국가기관이며, 합의제 관청이다. 따라서 이에 대하여 국가가 그 운영비를 지급하는 것은 당연하며²⁸⁾ 중재위원 및 사무처 직원은 당연히 직무에 있어서는 공무원의 신분을 갖는다.²⁹⁾

그리고 언론중재위원회가 수행하는 위와 같은 기

28) 언론중재법 제12조는 언론중재위원회의 운영재원을 방송법 제36조에 의한 방송발전기금(방송사업자로부터 방송광고 매출액의 일정액을 징수하는 등으로 조성되는 기금)으로 하되, 국가는 예산의 범위 안에서 보조금을 지급할 수 있다고 규정하고 있는바, 이는 원칙적인 것은 아니라 하겠다.

29) 언론중재법 제13조는 중재위원 및 직원에 대하여 형법이나 그 밖의 법률에 의한 벌칙의 적용에 있어서는 이를 공무원으로 본다고 규정하고 있다.

능과 권한에 비추어 언론중재위원회는 준사법적 기관³⁰⁾이라고 할 수 있으므로, 그 신분과 직무상 독립 및 보장이 당연히 요구된다. 이에 따라 언론중재법은, 국가공무원법 제2조 및 지방공무원법 제2조의 공무원, 정당원, 공직선거법상 선거의 후보자 등은 중재위원이 될 수 없고, 그러한 지위에 해당하는 자는 당연히 해촉되며(제8조 제2, 3항), 중재위원의 임기는 3년으로 하되 1회에 한하여 연임할 수 있으며(제7조 제5항), 위원장과 부위원장은 위원 중에서 호선하고(제7조 제4항), 중재위원은 명예직으로 하되 대통령이 정하는 수당과 실비보상만을 받을 수 있으며(제7조 제10항), 법률과 양심에 따라 독립하여 직무를 행하며 직무상 어떠한 지시나 간섭도 받지 아니하고(제8조 제1항), 일정한 사유가 있는 경우 법관과 마찬가지로 중재위원과 중재절차에 관여하는 직원에 대하여 제척, 기피, 회피 제도가 적용됨을 규정하고 있다(제10조).

따라서 언론중재법상 언론중재위원회는 비록 행정부 소속인 문화관광부장관에 의해 위촉이 되나 그 신분과 직무 수행에 있어 독립성과 중립성이 보장되고 있다. 이 같은 준사법적 기능을 수행하는 국가기관이라고 하여 그 구성 및 기능 수행에 대하여 사법권(법원)이 주도적으로 관여하게 되어 있지는 않다. 헌법 제107조 제3항은 재판의 전심절차로서 행정심판을 할 수 있으나 행정심판의 절차는 법률로 정하되 사법절차가 준용되어야 한다고 규정하고 있는바, 언론중재위원회의 조정 기능은 재판의 전심절차로서

행정심판의 일종에 속한다고 할 수 있으므로 이에 대하여도 사법절차가 준용되어야 하나, 그렇다고 하여 그 구성 및 기능 수행에 있어 사법부가 이를 직접 주도하여야 하는 것은 아니다. 사법절차의 준용은 그 업무 수행자의 신분 보장 및 직무상 독립과 절차의 중립성 및 공정한 공격방어 방법의 제출 기회의 보장을 의미하는 것이지 그 구성과 기능 수행에 있어 법원의 주도적 관여를 의미하는 것은 결코 아닌 것이다(헌법재판소 2000. 6. 1. 98헌바8 참조).

실제로 언론중재위원회 외에 행정심판법에 따른 각급 행정심판위원회의 위원은 행정청(제결청)이 위촉 또는 지명하며, 공정거래위원회, 지방선거관리위원회, 노동위원회, 국가배상심의위원회 등 그 성격이 유사한 준사법기관의 구성 및 기능 수행에 있어서도 언론중재위원회와 마찬가지로 법원이 주도적으로 관여하게 되어 있지는 않다. 그러므로 언론중재위원회의 구성과 기능 수행에 있어 사법권이 주도적으로 관여하게 되어 있지 않다는 이유만으로 그것이 위헌이 될 수는 없다.³¹⁾

(3) 한편 조선일보사 등은, 손해배상청구에 따른 분쟁도 언론중재위원회의 조정 대상으로 하고 있는 언론중재법 제18조 제2항, 정정보도청구 및 반론보도청구와 손해배상청구를 병합한 조정신청과 조정절차 계속 중 그 청구 상호간의 변경을 허용하고 있는 언론중재법 제18조 제6항에 대하여도, 언론중재위원회 위원은 법원에 준하는 자격과 독립성 및 중립성을 갖추지 못하고 있다는 이유로 손해배상청구에 관한

30) 조선일보사 등이 언론중재위원회를 사법적 기관으로 규정하는 것은 옳바르지 못하다. 우리 헌법 제101조 제1항은 사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다고 규정하고 있는바, 이때 사법권이란 구체적인 사건에 있어서 사실관계의 확정과 법령의 해석·적용을 통하여 무엇이 법인지를 확인함으로써 분쟁을 종국적으로 해결하는 국가 권능을 의미한다. 그러나 언론중재위원회가 법원과 같이 사실관계의 조사·확정 및 법령의 해석·적용을 통하여 분쟁을 종국적으로 해결할 권능을 가진 것은 아니기 때문에 준사법적 기관이라 함이 옳다.

31) 과거 정기간행물법의 시행령에서는 언론중재위원회가 예산 및 사업계획을 수립하는 때, 그 운영 등에 관한 사항을 정하거나 이를 변경하고자 하는 때에는 문화관광부장관과 협의하여야 한다고 규정하고 있었는데(제32조), 이는 언론중재위원회의 직무상 독립에 영향을 미칠 수 있으므로 폐기되어야 옳다고 생각된다. 이에 따라 언론중재법시행령은 이를 국고 지원이 따르는 예산 및 사업계획을 수립하는 때에만 협의를 하여야 하는 것으로 하였다(제8조).

조정이 위헌이라고 주장하나, 위와 같이 언론중재법은 중재위원의 자격과 신분의 독립성 및 중립성을 충분히 보장하고 있고 손해배상청구라 하여 특별한 문제가 있는 것도 아니므로 그 주장 역시 합리적인 근거가 없는 것으로써 전혀 이유가 없다.³²⁾

그리고 언론중재위원회의 조정은 문자 그대로 당사자 간에 화해와 조정을 권유하는 것에 그칠 뿐 법원과 같이 분쟁에 관하여 중국적인 판단권을 가진 것이 아니므로 그에 대하여 반드시 법원과 동일한 자격과 독립성, 중립성을 요구할 것은 아니다. 한편 언론중재위원회는 언론중재법 제24조에 의하여 중국적인 판단작용인 중재도 할 수 있으나, 이는 분쟁당사자 간에 먼저 중재에 따르겠다는 중재합의가 있어야만 하는 것이고, 중재에 관한 기본법이라고 할 수 있는 중재법에 의한 중재인의 선정도 당사자의 합의가 우선하는 것이 원칙으로써³³⁾ 처음부터 법원이 중재인을 선정하거나 그 중재인에 대하여 법원과 같은 자격이나 신분이 요구되는 것은 아니므로, 언론중재위원회가 중재의 권한을 행사하는 데에도 아무런 문제가 없다.

(4) 한편 언론중재법은 중재결정에 대하여 중재법(제35조)과 같이 확정판결과 동일한 효력을 부여하고 있다(제25조). 이에 대하여 조선일보사 등은, 중재결정에 재심사유가 있을 때 중재법 제36조와 같은 중재결정취소의 소에 관한 규정이 언론중재법에 없는 것은 사법권에 의한 구제청구권을 침해하는 것으로써 입법적 실수에 해당하고, 이는 입법부작위에 의한 위헌의 문제로써 헌법불합치결정을 내려야 한다고 주장한다. 언론중재법이 이에 관한 규정을 두지 아니한 것은 분명히 입법의 불비라고 할 수 있을 것

이나,³⁴⁾ 중재결정은 중국적인 것이므로 이에 대하여 다시 취소의 소를 법원에 제기할 수 있도록 하느냐 여부는 입법자의 재량에 속하는 것일 뿐 그 같은 입법규정을 두지 않았다고 하여 국민의 재판받을 권리를 침해한 것이라고는 할 수 없을 것이다. 그리고 중재결정에 중대한 하자가 있어 부당하게 당사자 일방의 권리를 침해한 때에는 이에 대하여 헌법재판소법 제68조 제1항에 따라 헌법소원을 제기하는 것은 당연히 허용된다고 볼 것이다.

마. 정정보도청구권에 관한 규정

(1) 언론중재법은 사실적 주장에 관한 언론보도가 진실하지 아니함으로 인하여 피해를 입은 자는 언론사에게 그 보도내용에 대한 정정보도를 청구할 수 있다고 규정하고(제14조 제1항), 정정보도청구권의 행사에는 언론사의 고의·과실이나 위법성을 요하지 아니한다고 규정하고 있다(제14조 제2항, 제31조 후단). 아울러, 사실적 주장이란 증거에 의하여 그 존재 여부를 판단할 수 있는 사실관계에 관한 주장을 말하고(제2조 제13호), 정정보도란 언론의 보도내용의 전부 또는 일부가 진실하지 아니한 경우 이를 진실에 부합되게 고쳐서 보도하는 것을 말하며(제2조 제15호), 반론보도란 보도내용의 진실 여부에 관계없이 그와 대립되는 반박적 주장을 보도하는 것을 말한다(제2조 제16호)고 규정하고 있다.

조선일보사 등은, 정정보도청구권의 성립요건에 관하여 언론사의 고의·과실이나 위법성을 요하지 않도록 한 것은 불법행위법상 본질적으로 요구되는 위법성요건을 전적으로 배제한 것으로써 위헌이라고 주

32) 국가배상심의위원회, 환경분쟁조정위원회, 의료심사조정위원회 등도 손해배상 문제를 다루고 있다.

33) 중재법은, 중재라 함은 당사자 간의 합의로 사법상의 분쟁을 법원의 재판에 의하지 않고 중재인의 판정에 의하여 해결하는 절차를 의미한다고 규정하고(제3조 제1호), 중재인의 수와 그 선정 절차는 당사자 간의 합의로 정하되 그 합의가 없는 경우에만 법원이 간여하도록 규정하고 있다(제11조, 제12조).

34) 필자의 초안과 언론중재위원회의 법률안에는 중재결정취소의 소에 관한 규정이 있는데 입법과정에서 무슨 이유로 빠졌는지 알기가 어렵다.

장한다.

(2) 사실관계에 관한 언론보도가 있는 경우에 이는 객관적 진실과 부합하는 경우, 객관적 진실과 부합하지 않는 경우, 객관적 진실과 부합하는지 여부가 불명인 경우로 나눌 수 있다. 그리고 객관적 진실과 부합하지 않는 경우는 다시 그 보도내용이 객관적 사실과 일치하지 않는 경우와 객관적 사실에는 부합하나 전체적인 진실에는 부합하지 않는 경우로 나눌 수 있다. 예컨대, 갑남과 을녀가 모년 모월 모시에 어느 호텔에서 연인처럼 팔짱을 끼고 나온 사실이 목격되었다는 내용의 보도가 있었다고 가정할 때, 보도내용에 언급된 사람이 갑남과 을녀가 아니거나 그 일시와 장소가 다르거나 팔짱을 끼고 나온 것이 아닌 경우 이는 객관적 사실에 부합하지 않을 뿐만 아니라 때로는 두 사람이 연인관계에 있다는 진실에도 부합하지 않게 된다. 반면에 위와 같은 보도내용은 모두 객관적 사실과 부합하나, 갑남과 을녀가 부녀관계라거나 그 같은 행동이 영화 촬영을 위한 연기이거나 다른 이유 때문인 경우에는 두 사람이 연인관계라는 보도내용은 진실에는 부합하지 않게 된다.

이때 피해자의 입장에서선 전자에 대해서는 그 같은 사실이 없으며 보도내용은 진실과 다르다는 내용의 보도를, 후자에 대해서는 그 같은 사실은 있지만 두 사람이 연인관계에 있는 것이 아니라는 해명성 보도를 희망하게 될 것이다. 그리고 일반적으로 전자를 정정보도, 후자를 반론보도로 구분할 수 있다. 이와 같은 정정보도나 반론보도를 통하여 을녀와 연인

관계에 있다는 보도로 인하여 명예 등에 피해를 입은 갑남(피해자)은 어느 정도 원상회복을 얻게 될 것이다. 한편 피해자가 보도내용이 사실과 다르거나 진실과 다르다고 주장하나 그에 대한 증거를 제시하지 못하거나, 처음부터 피해자가 증거를 제시함이 없이 그와 다른 주장을 하여 그 보도내용의 진실 여부가 불분명한 경우에는 보도내용을 취소, 정정할 수는 없으나 피해자가 그에 대한 부인이나 해명, 보충, 반박을 할 권리가 알 권리 및 인격권으로부터 도출되는바, 이 경우에도 반론보도가 허용될 수 있다.

그런데 언론중재법의 제정 이전까지는 위와 같은 정정보도청구권은 민법 제764조에서, 반론보도청구권은 언론기본법이나 정기간행물법, 방송법 등에서 근거를 구하였고,³⁵⁾ 민법 제764조는 불법행위를 전제로 하고 있어 정정보도청구권을 행사하기 위해서는 가해자인 언론사의 고의·과실 및 위법성이 당연히 요구되는 반면 반론보도청구권에 대해서는 이 같은 요건은 물론 원 보도내용이 진실한지³⁶⁾ 여부를 묻지 않는 것으로 이해되었다.

그러나 위와 같이 원 보도내용이 사실에 부합하느냐 않느냐 여부 및 언론사에게 고의·과실이 있는지, 그것이 위법한지 아닌지 여부는 피해자의 입장에서선 그렇게 중요하지 않으며, 그 내용이 진실에 부합하지 아니하여 피해를 입는 것은 양자에 큰 차이가 없다. 다만, 원 보도내용이 사실과 진실에 부합하지 아니한 경우에는 더 이상 그 같은 보도를 유지할 수 없으므로 표현행위자인 언론사가 스스로 그 명의를 이를 취소하고 정정하는 보도를 하여야 하고, 원 보

35) 이와 같은 견해에 대하여 이설이 없었으며 1995. 12. 30.의 정기간행물법은 명문으로 정정보도청구권이 민법 제764조에 근거한 것임을 규정하고 있었다.

36) 양삼승 변호사는 사실과 진실의 개념을 구별하고 원 보도내용이 진실에 부합하는 경우에는 반론보도 역시 허용될 수 없으므로 반론보도청구권의 행사에는 원 보도내용의 진실 여부가 아닌 사실 여부를 묻지 않는 것으로 하여야 한다고 주장하는바(언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 해설, 언론중재 2005년 봄호 참조), 그 주장은 지극히 타당하다. 언론중재법이 반론보도청구권에 관하여 진실 여부에 관계 없이 행사할 수 있다고 규정한 것은 원 보도내용이 진실이 아니라는 것을 피해자가 입증할 필요가 없으며 진실 여부가 불분명한 경우에도 이를 허용한다는 의미라고 할 것이다. 언론사가 원 보도내용이 명백히 진실함을 입증한 때는 반론보도청구는 허용되지 아니한다.

도내용이 사실에는 부합하나 설명의 부족, 일부 왜곡, 윤색, 상황의 과장 또는 축소 등의 방법으로 오해를 불러일으킴으로써 진실을 위협하거나 진실인지 여부가 불분명한 경우에는 피해자 스스로 그 명의를 이룰 해명·보충하는 내용의 반론보도문을 작성하여 언론사에게 보도를 요구하는 것이 타당할 것이다. 그런데 이때 원 보도내용이 진실에 부합하지 아니한 경우 그 같은 보도내용은 당사자에게 크게 피해를 줄 뿐만 아니라 사상의 자유시장에서도 이 같이 진실에 부합하지 아니한 정보를 계속 유통케 할 필요는 없는 것이므로, 단지 그 같은 보도에 언론사의 고의·과실 또는 위법성이 없다는 이유로 정정보도를 통한 원상회복을 거부한다는 것은 인격권에 대한 본질적 침해인 동시에 표현의 자유에 대한 과도한 보호가 될 수밖에 없을 것이다. 왜냐하면 언론사로서는 객관적 사실에 부합하더라도 진실에 부합하지 않거나 진실 여부가 불확정한 보도에 대하여는 고의·과실이나 위법성 여부를 묻지 않고 반론보도청구에 응할 의무를 지는 데 반해, 그보다 침해가 중대한 경우 이면서도 단지 고의·과실이나 위법성이 없다는 이유만으로 정정보도의무를 면제한다면 크게 형평의 원리에 반하게 되고, 또한 원 보도내용의 사실 및 진실 부합 여부, 이로 인해 피해자가 입는 손해의 정도 및 정정보도를 통해 언론사가 입는 피해 정도, 표현행위의 대상자가 가지는 자기에 관한 그릇된 정보의

수정을 요구할 권리로서의 알 권리 및 언론의 자유 또한 언론사에게 부여된 표현의 자유와 똑같이 중요한 사정 등을 종합하면, 언론사에게 비록 고의·과실이나 위법성이 없다고 하여도³⁷⁾ 객관적 진실에 반하는 원 보도내용을 정정의 방법으로 원상회복케 할 의무를 지운다고 하여 언론사에게 과도한 부담을 가하는 것으로서 비례의 원칙에 어긋나 과잉금지의 원리에 반한다거나 표현의 자유에 대한 본질적 침해가 될 수는 없다고 할 것이다.

따라서 입법자가 이와 같은 여러 가지 사정과 인격권 및 언론의 자유에 대한 법익형량을 거쳐 헌법이 입법자에게 부여한 입법재량권 내지는 규범형성권에 기하여, 정정보도청구권을 민법상의 불법행위책임으로부터 독립시켜 그 성립요건으로 고의·과실 및 위법성을 요하지 않도록 하는 내용의 입법을 한 것이 위헌이 될 수는 없다. 프랑스의 경우 사실적 주장에 관한 보도는 물론 의견 등 가치평가적 주장에 대해서도 반론이 허용되고 있고,³⁸⁾ 독일의 판례³⁹⁾는 언론사가 진실이라고 믿고 보도하여 그 위법성이 조각되는 경우에도 그 보도 후 허위임이 밝혀졌다면 피해자로서는 당연히 그 같은 침해 상태의 제거(취소, 정정)를 요구할 수 있다고 판시하고 있다.

그러므로 언론중재법 제14조의 정정보도청구권은 원 보도내용이 객관적 진실에 부합하지 아니한 것을 전제로 언론사의 진술형식으로⁴⁰⁾ 원 보도내용을

37) 고의·과실이나 위법성이 없는 경우를 상정해보건대, 보도 내용이 공공의 이익에 관한 것이고 언론사가 그 보도에 있어 보도 내용이 진실이라고 믿었고 그 같이 믿은 데에 상당한 이유가 있는 경우가 될 것이다.

38) 우리 대법원 1999. 2. 9. 98다31356 판결 및 2001. 1. 19. 2000다10208 판결은 의견 또는 논평을 표명하는 표현행위도 그와 동시에 묵시적으로 그 전제가 되는 사실을 적시하고 있다면 그에 의하여 민사상의 명예훼손이 성립할 수 있다고 판시하고 있다.

39) NJW 60, 672 Lachatte - Entscheidung

40) 일부에서는 이와 관련하여 언론중재법 제14조 소정의 정정보도청구권을 민법상의 불법행위책임에 기한 것으로 보지 않으면서도 그 본질을 반론보도청구권과 같은 것으로 보고 피해자 본인이 그 진술 형식으로 원 보도내용을 취소·정정하는 형태의 보도를 구하는 권리로 이해하나(김재협, 새 법률상 정정보도청구권의 법적 성격과 의의, 언론중재 2005년 봄호 참조), 정정보도청구권을 불법행위책임에 근거하지 않은 것으로 보는 것은 옳바르다고 할 수 있지만 이를 피해자의 진술 형식으로 정정보도를 구하는 것으로 이해하는 것은 이 규정의 연혁과 입법취지를 올바르게 이해하지 못한 것이고 현실적으로 그 같은 정정보도는 가능하지도 않다. 이 같은 혼선은 언론중재법에서 언론중재위원회의 법률안과 같이 그 보도의 주체에 관한 규정을 두지 않은 데서 비롯된 것이다.

취소·정정하는 것으로써 민법상의 불법행위책임과는 다른 권리이고, 제16조의 반론보도청구권은 원 보도내용이 객관적 사실에 부합한지 여부와 관계없이 피해자의 진술형식으로⁴¹⁾ 원 보도를 보충, 해명, 반박하는 것으로써 역시 불법행위책임과는 다른 권리로 이해하여야 하는 것이다.

(3) 또한 조선일보사 등은, 사실관계에 관한 보도라 하더라도 그 보도내용이 타인의 표현행위를 인용·전파한 경우 등에는 위법성이 없어 당해 언론사가 이를 정정할 의무를 지지 않는다고 주장하나, 피해자의 입장에서는 당해 보도내용이 인용의 형식이든 직접적인 주장의 형식이든 아무런 차이가 없는 것이고, 인용 보도의 경우 위법성이 없다는 주장도 아무런 근거가 없는 것이다. 다만 언론중재법은 언론사가 국가·지방자치단체 또는 공공단체의 공개회의와 법원의 공개재판절차의 내용을 그대로 보도한 경우에는 정정보도의무를 면제하고 있는바(제15조 제4항 제5호), 이는 국회나 법원의 공개회의 또는 공개재판절차에서의 발언 내용 등에 대하여는 면책특권이 인정되거나 그 절차 내에서 당사자의 반론, 반박이 충분히 허용되는 사정 등을 고려하여 그 같은 예외를 둔 것이다.

바. 정정보도청구권 등의 행사기간에 관한 규정

(1) 언론중재법은 언론사에 대한 정정보도청구권은

당해 보도가 있음을 안 날로부터 3월, 있는 날로부터 6월 내에 행사하여야 한다고 규정하고(제14조 제1항), 이를 반론보도청구권 및 추후보도청구권에 그대로 준용하고 있다(제16조 제3항, 제17조 제3항). 법문에는 위 기간의 성질에 관하여 언급이 없으나 종래부터 이는 소멸시효기간으로 이해되어 왔다.⁴²⁾

한편 위 정정보도청구권 등의 행사와 관련하여 언론중재위원회에 조정을 신청할 경우 그 신청기간 역시 위와 같으나, 다만 피해자가 언론사에 먼저 그 청구를 한 때에는 피해자와 언론사 간에 협의가 불성립된 날로부터 14일 내에 조정을 신청하여야 하며(제18조 제3항, 이 기간은 제척기간이다), 손해배상청구권에 관한 조정신청 역시 보도가 있음을 안 날로부터 3월, 있는 날로부터 6월 내에 하여야 한다(제18조 제2항).

그리고 법원에 대한 정정보도청구 등의 소(손해배상청구의 소는 제외) 역시 보도를 안 날로부터 3월, 있는 날로부터 6월 내에 제기하여야 한다(제26조 제3항).

(2) 조선일보사 등은, 언론중재법이 정정보도청구권의 행사기간을 위와 같이 3월, 6월로 규정하여 민법상 불법행위책임에 기한 원상회복청구권에 관한 소멸시효기간인 불법행위를 안 날로부터 3년, 불법행위가 있는 날로부터 10년에 비해 이를 현저히 단축한 것은 부당한 차별로써 위헌이라고 주장한다. 그러나 이미 앞에서 살펴본 바와 같이 언론중재법이 규

41) 언론중재법에는 정정보도의 주체와 마찬가지로 반론보도의 진술 주체에 관하여도 아무런 규정을 두고 있지 아니하나(언론중재위원회의 법률안에는 이를 명시하고 있다) 이는 그 본질상 당연한 것이다. 과거 언론기본법이나 정기간행물법, 방송법에서도 이에 관하여 명시적인 규정 대신 독자투고의 형식으로 게재할 수 없다는 규정만을 둬으로써 실무상 많은 혼선을 가져왔음은 이미 앞에서 지적한 바와 같다. 그러나 반론보도의 본질상 반론의 주체는 언론사가 아닌 피해자이므로 그 진술 주체가 피해자가 되어야 함은 당연하며, 독자투고의 형식으로 게재할 수 없다는 의미는 그것이 원 보도에 대한 반론인 취지를 알 수 없도록 해서는 안 된다는 의미이다.

42) 다만 언론중재법이 제정되기 전의 정기간행물법과 방송법은 보도가 있음을 안 날로부터 1월, 있는 날로부터 6월로 규정하고 있었는데, 언론중재법은 안 날로부터 3월로 그 기간을 연장하였다. 이 기간은 언론기본법 이래 꾸준히 확대·연장되는 방향으로 개정되어 왔다.

정한 정정보도청구권은 민법상의 불법행위책임에 근거하고 있는 것이 아니므로,⁴³⁾ 그 논의의 출발점을 불법행위책임에 두는 것은 타당성이 없다. 설사 위 정정보도청구권을 불법행위책임에 기한 것으로 본다고 하는 경우에도, 언론중재법의 적용 대상인 정기간행물, 통신, 방송, 인터넷신문 등에 한하여 위와 같이 단기간의 소멸시효를 적용하는 데에는 그 보도가 독자 등의 뇌리에 존속하는 기간, 언론활동의 신속성, 안정성, 권리구제에 소요되는 최소한의 기간 등 여러 가지 법익을 고려하고 양자의 법익을 조화하는 등의 합리적인 이유가 있으므로, 그것이 부당한 차별로써 평등권을 침해한 것이라고는 할 수 없을 것이다.

(3) 조선일보사 등은 또, 피해자가 언론중재위원회에 조정신청을 한 경우에도 그 조정절차에 소요된 기간을 배려함이 없이 법원의 제소기간을 언론사에 직접 청구한 때와 동일하게 규정함으로써, 조정절차 진행 중 또는 그 절차 종료 직후 위 기간이 도과하게 되는 경우 피해자가 법원에 제소할 기회를 잃게 되어 재판받을 권리를 침해받는 만큼 위헌이라고 주장한다.

이와 관련하여 종전의 정기간행물법과 방송법에서는 언론중재위원회의 조정불성립결정 또는 직권조정 결정에 대한 이의신청이 있음을 안 날로부터 14일 이내에 소를 제기하여야 한다는 규정을 두어서 제소에 필요한 유예기간을 부여하고 있었다. 언론중재법

은 종전과 달리 정정보도청구권은 물론 반론보도청구권의 행사에 관하여도 조정을 임의적 전치 절차화하면서 종전과 같은 유예기간을 마련하지 않았는데, 그 정확한 이유를 알기가 어렵다.⁴⁴⁾

위와 같이 유예기간을 전혀 두지 않은 것은 조선일보사 등의 주장대로 피해자에게 크게 부담스럽고 소제기에 상당한 제약을 주게 될 것이 사실이나, 이는 입법적 개선을 요하는 사항에 불과할 뿐 그것만으로 위헌이라고는 할 수가 없을 것이다. 왜냐하면, 입법자가 정정보도청구권 등의 행사를 위와 같이 3월, 6월의 기간 내에 하도록 한 것은 위에서 본 바대로 입법재량권의 범위 내에 속하는 것인데, 조정절차를 임의적 전치 절차화함으로써 피해자로 하여금 굳이 언론중재위원회를 거치지 않고서도 곧바로 제소할 수 있게 한 이상 피해자는 소멸시효기간이 임박한 경우 조정을 신청함이 없이 곧바로 제소를 함으로써 그 같은 불이익을 피할 수 있으며, 그러함에도 조정을 신청한 경우에 조정이 지연되어 소멸시효 완성이 우려되는 때에는 조정절차의 결과와 관계없이 곧바로 소를 제기하면 되므로, 피해자에게 재판청구권 행사를 불가능케 하거나 그에 준하는 정도의 현저한 불이익을 가하여 재판청구권 행사를 무의미하게 하거나 그 본질적인 내용에 대한 제한을 가한다고까지는 할 수 없기 때문이다.⁴⁵⁾

43) 언론중재법 제26조 제4항은 피해자가 동법에 의한 정정보도, 반론보도, 추후보도청구권을 행사하더라도 민법 제764조에 의한 원상회복청구권을 행사하는 데에 영향을 미치지 아니한다고 규정하고 있는바, 이는 언론중재법이 규정한 위 3가지 청구권이 민법상의 불법행위책임에 기한 것임이 아님을 간접적으로 확인함과 동시에 민법 제764조를 근거로 위 3가지 권리 이외의 권리를 행사하는 데에는 영향이 없다는 것을 규정한 것이다(그러나 사죄광고의 경우 이미 헌법재판소 1991. 4. 1. 89헌마160 결정으로 위헌이 선언되었고, 정정보도 등이 이루어진 후 민법 제764조에 의한 다른 청구를 하는 경우 이미 피해회복이 이루어진 것을 이유로 대부분 그 청구가 배척될 것으로 예상된다).

44) 언론중재위원회의 법률안에는 손해배상청구권을 포함하여 모두 필요적 전치절차로 하고 제소기간을 확실히 하기 위해 조정신청 각하결정, 기각결정, 중재불성립결정의 정본을 받은 날로부터 7일 내에 소를 제기하도록 하였다(동 법률안 제30조 제1항).

45) 모든 국민은 법의 무지를 주장할 수는 없으므로 미리 그 같은 사정을 염두에 두고 조정신청 여부를 결정하여야 할 것이고, 법률이 이를 모르는 사람까지 가정하여 충분한 배려를 하지 않았다 하여 재판청구권의 본질적 침해가 될 수는 없는 것이다. 그리고 현실적으로 이 같은 문제는 조정신청 접수 단계나 조정절차 계속 중 언론중재위원회가 피해자에게 적절히 고지함으로써 해결될 수 있을 것이다.

한편 직권조정결정에 대한 이의신청이 있는 경우 그 이의신청이 있는 때에 소가 제기된 것으로 보게 되는데(제22조 제4항), 조선일보사 등은 이 경우에도 조정신청시가 아닌 이의신청이 있을 때에야 제소가 있는 것으로 간주되어 이의신청이 있을 때까지 소멸 시효가 완성되어버리는 때는 구제받을 길이 없다고 주장하는바, 이 역시 향후 입법적 개선을 요한다고 할 것이다.⁴⁶⁾

사. 가처분소송절차에 관한 규정

(1) 언론중재법은 정정보도, 반론보도, 추후보도청구에 관한 소를 민사집행법의 가처분절차에 의하여 재판하도록 하면서 보전의 필요성에 관한 민사집행법 제277조와 본안제소명령에 관한 민사집행법 제287조의 적용을 배제하고 있다(제26조 제6항). 한편 동법은 위 청구에 관한 재판은 접수 후 3개월 내에 판결로써 선고하여야 하며(제27조 제1항), 이 재판에 대하여는 항소로써만 불복할 수 있고(제28조 제1항), 이 재판에 관하여 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다(제26조 제7항)고 규정하고 있다.

이와 같이 언론중재법이 정정보도 등 청구의 소에 관하여 민사소송법상의 본안소송절차가 아닌 가처분절차에 의하도록 하고 그 판결 선고 기간도 3개월로 한 것은, 원 보도가 있을 때로부터 최대한 신속하게

정정보도 등을 함으로써 독자나 시청자의 기억에 원 보도내용으로 인한 인식이 고착되기 전에 이를 수정할 기회를 부여하여 신속한 원상회복을 꾀하기 위한 것임은 물론이다.

(2) 종래 언론기본법 이래 정기간행물법에 이르기까지 반론보도청구의 소에 관하여는 가처분 재판절차가 적용되어 왔고,⁴⁷⁾ 이에 대하여 헌법재판소는 이미 합헌임을 확인한 바 있다(1991. 9. 16. 89헌마165, 1996. 4. 25. 95헌바25 참조). 언론중재법 시행 이전 정기간행물법 등에서 인정한 고유 의미의 정정보도청구권은 민법상의 불법행위책임에 근거하였기 때문에 그에 관한 재판절차는 당연히 민사소송법상의 일반 본안소송절차에 의하도록 하였고, 이에 따라 대법원 규칙인 반론보도 등 청구사건 심판규칙(1996. 6. 27. 대법원규칙 제1432호)은 반론보도청구 또는 추후보도청구의 신청과 민법 제764조에 의한 정정보도청구 및 손해배상청구 등은 병합하여 제기할 수 없도록 하였다(제2조 제4항).

언론중재위원회의 법률안은 정정보도, 반론보도, 손해배상 청구의 소를 병합하여 제기할 수 있고 소송 계속 중 그 청구 상호간의 변경을 허용하면서, 이 모든 소송절차는 본안소송절차에 의하도록 하되 반론보도청구에 관하여는 소명만으로써 그 청구를 인용할 수 있도록 하였으며, 아울러 접수 후 3개월 내 판결을 선고하도록 하되 소송의 신속 등을 위하여

46) 이 같은 소멸시효의 문제는 민사조정법 제35조와 같이 언론중재법에 조정신청을 소멸시효 중단사유로 규정하고 있지 않기 때문에 비롯되는 것이나, 언론중재법 제19조 제9항은 언론중재위원회의 조정절차에 관하여는 민사조정법을 준용한다고 규정하고 있으므로 민사조정법 제35조도 당연히 준용된다고 보아야 할 것이다. 따라서 언론중재위원회에 조정을 신청할 때 소멸시효가 중단된다. 이렇게 보지 않는 경우에도 언론중재위원회에 대한 조정신청은 민법 제168조 제1호 소정의 청구(최고)에 해당하므로 시효중단의 효력이 있고 민법 제174조에 의거 그로부터 6월 내에 소를 제기하면 시효중단의 효력이 유지되므로 언론중재위원회의 조정 때문에 현실적으로 소멸시효가 완성되는 등의 곤란한 문제는 거의 발생하기 어렵다.

47) 1995. 12. 30. 개정 전의 정기간행물법과 방송법, 언론기본법에서는 단순히 가처분 재판절차에 의한다고만 규정함으로써 법원의 실무에서는 변론을 열 것인지 여부를 임의로 선택하여 변론을 열지 않은 경우에는 결정으로, 변론을 열 경우에는 판결로써 재판을 선고하였는데, 1995. 12. 30.의 개정 법률에서는 그 재판에 대하여는 항소로써만 불복할 수 있다고 함으로써 변론을 열어 판결로써 선고할 것을 당연한 전제로 하였고, 이에 따라 대법원규칙은 종전에는 변론을 열지 않은 경우에는 심문을 하도록 하였던 것을 그 후에는 필요적으로 변론을 열도록 하였다.

필요한 경우 변론을 분리하여 일부 판결을 할 수 있도록 하였다(제29조 제2항, 제34조 제2, 3항). 그리고 반론보도청구를 인용한 재판에는 의무적으로, 정정보도청구를 인용한 재판에는 특별한 사정이 없는 한 가집행선고를 붙이도록 하였다(제34조 제4항).

그런데 언론중재법은 정정보도청구와 반론보도청구 상호간의 병합과 청구변경만을 수용하고, 손해배상청구에 관하여는 이를 분리하여 일반의 민사본안소송절차에 의하도록 하면서 정정보도청구와 반론보도청구에 대하여는 가처분소송절차에 의하도록 하였다.

종래 반론보도청구에 관한 가처분재판절차에 대하여 헌법재판소는 그 합헌판단의 이유로써, ① 반론권 제도는 전파력이 강한 대중매체인 정기간행물의 속성에 비추어 피해자의 신속한 권리구제를 위하여 마련된 것이므로 일정한 형식적 요건만 갖추면 복잡한 실제적인 권리관계를 따지지 아니하고 곧바로 인정하는 것을 제도의 본질적 특성으로 하고 있고, ② 언론중재위원회의 중재를 전치요건으로 규정하여 당사자 간의 자율적인 교섭에 의한 해결의 기회를 보장하고 있으며, ③ 또한 원칙적으로 반론권제도가 보도내용의 진실 여부와는 직접적으로 관계가 없으며 오히려 진실 발견의 수단으로서의 성격을 갖는다는 점에서 보면, 위와 같이 중재를 필요적으로 거친 후의 정정보도청구권(반론보도청구권)에 관한 심판을 상당한 시일이 걸리는 본안소송절차에 의하지 아니하고 가처분절차에 의하도록 한 것이 유별나게 신속성을 강조한 것이어서 부당한 규정으로 볼 수가 없고, ④ 정정보도 청구사건 심판규칙에 의하면 변론을 열 수 있도록 하되 변론을 열지 아니할 경우에는 필요적으로 쌍방을 심문하도록 하고 있고, 또 민사소송법 제700조 제2항 내지 제4항의 규정을 적용하지 아니하도록 함으로써 담보의 제공만으로 소명을 대신할 수는 없도록 하고 있으며, 그 신청을 인용한 재판에 대

하여 민사소송법 제703조의 규정에 의한 이의신청이나 항소를 제기하는 외에는 불복을 신청하지 못하도록 규정하고 있는바, 위 규칙의 각 규정은 보도내용의 진위 자체를 심판의 대상으로 하지 아니하는 것이므로 비록 가처분절차에 따라 심판한다 하여 그 절차가 부당하게 간소한 것으로 볼 수 없을 뿐만 아니라, 일반적인 가처분의 취소사유가 되는 사정변경에 의한 취소, 특별한 사정에 의한 취소, 제소명령기간 도과에 의한 취소, 소환신청기간 도과에 의한 취소가 본안소송이 따로 없는 관계로 성질상 적용될 수 없는 것이기 때문에 이에 따른 불복절차의 제한은 법리상 당연하며, ⑤ 피해자는 언론기관의 보도에 대하여 즉시 반박을 함으로써 실효성있게 자신의 인격적 침해에 대한 방어를 할 수 있게 되며, 피해자가 본안소송절차에 의하여만 그 권리를 구제받게 된다면 대중이 그 사실을 망각한 다음에야 비로소 구제조치가 가능해질 것이므로 실효를 거둘 수가 없는바, 반론이 너무 늦게 집행된 나머지 현안성을 상실하여 독자나 시청자가 반론의 전제가 되는 원래의 보도내용이 무엇인지를 알 수 없는 지경에 이르면 반론권을 인정하는 근거 중의 하나인 공정한 여론 형성에 참여할 자유나 객관적 질서로서의 언론제도를 보장하는 데에도 반하는 것이 되고, ⑥ 반론권으로서의 정정보도청구권은 그 자체가 인격권을 보호하고 공정한 여론의 형성을 위한 도구인 것일 뿐 진실을 발견하여 잘못을 바로잡아줄 것을 청구하는 권리가 아니기 때문에 그 행사요건은 비교적 형식적인 사유에 기한 제한적 예외사유가 없는 경우에는 이를 인용하도록 완화되어 있으며, 또한 예외사유도 법의 문언 자체에 의하여 용이하게 판단이 가능한 경우들이므로 반론권을 제도로서 인정하고 있는 한 그 심리를 위하여 시간이 많이 걸리게 되는 민사소송법에 의한 본안절차에 따르게 하기보다는 오히려 가처분절차에 따라 신속하게 처리하도록 함이 제도의 본질에 적합

하다는 것을 들었다(위 89헌마165, 95헌바25 참조).

(3) 조선일보사 등은, 정정보도청구권에 관하여 가처분절차에 의해 심판하도록 한 것은 변론과 증거조사 등 실체적 권리관계의 판단에 일반적으로 요구되는 적법절차의 원칙을 무시하고 대심적(對審的) 변론에 의한 재판청구권을 침해하여 위헌이라고 주장한다.

앞에서 본 바와 같이 언론중재법은 정정보도청구의 소와 반론보도청구의 소 공히 가처분재판절차에 의하도록 하고 있는바, 양자에 있어서 심리할 사항은 정정보도청구의 경우 원 보도내용에 대한 허위성을 전제로 한다는 것 외에는 전적으로 동일하다.⁴⁸⁾ 그런데 이때 원 보도내용의 허위성에 대한 입증은 누가, 어떤 방법으로, 어느 정도까지 하여야 하느냐가 관건이다.

우선 언론중재법은 정정보도청구와 반론보도청구에 관한 재판을 가처분절차에 의하도록 하면서도 필요적으로 변론을 열어 판결에 의하도록 하고 있으므로⁴⁹⁾ 조선일보사 등이 지적하는 대심적 변론절차가 결여되어 있다는 주장은 사실과 다른 것이다. 민사소송법상의 변론이란 재판기일에 양 당사자가 공개된 법정에서 출석하여 말로써 판결의 기초가 되는 소송자료 즉, 주장과 증거를 제출하는 것인바, 가처분절차의 경우에도 이 같은 변론절차를 취할 수 있음은 물론이다. 언론중재법이 가처분절차를 취하면서도 필요

적으로 변론을 열게 하고 판결로써만 재판을 선고하도록 한 것은, 결정으로 재판할 경우 이의신청에 의하여 불복을 하게 되어 원래의 재판을 하였던 법원이 다시 재판하게 되어 절차의 신속성에 반하는 문제가 있기 때문이기도 하지만, 정정보도청구와 반론보도청구는 본질적으로 가압류, 가처분 재판과는 다른 성질의 것이므로 비록 절차의 신속을 위하여 가처분재판절차를 취하면서도 변론을 열어 언론사에게도 충분한 방어 기회를 주자는 취지가 포함되어 있다고 할 것이다.

다음으로 누가 어느 정도까지 원 보도내용의 허위성(반대로 정정 보도내용의 허위성)을 입증하도록 하느냐의 문제이다. 언론중재법의 법문대로라면 피해자는 원 보도내용이 진실과 다르다는 주장과 소명만 하면 되고 반대로 그 청구의 배척을 구하는 언론사가 정정보도청구의 내용이 명백히 진실에 반한다는 것을 입증하여야 한다. 그런데 종래 반론보도청구에 관한 정기간행물법상의 '청구된 반론보도의 내용이 명백히 사실에 반하는 경우'의 의미에 관하여 여러 가지로 해석이 가능한 결과 법원과 언론중재위원회의 실무상 많은 혼선이 있었다.⁵⁰⁾ 그러나 이는 '명백히'라는 문구, 반론권의 본질과 의의, 소명에 의한 입증만으로도 청구가 가능한 사정을 종합할 때, 특별한 증거조사를 거치지 않고서도 사회 일반 보통의 교양

48) 언론중재법이 원상회복청구에 있어 정정보도청구권을 원칙적·주된 것으로 규정하면서 원 보도내용의 진실 여부를 묻지 아니 한다는 것 외에는 정정보도청구에 관한 사항을 그대로 반론보도청구권에 준용한 것은 기본적으로는 바람직한 것이나, 청구된 정정보도의 내용이 명백히 사실에 반하는 때를 공히 정정보도와 반론보도청구의 예외 사유로 규정한 것은 타당하지 못하다. 정정보도청구의 경우에는 피해자가 원 보도내용에 대한 허위성을 입증하여야 하므로 언론사가 반대로 그 진실성 즉, 정정보도청구 내용이 허위임을 입증할 의무를 부담하는 것이 아니기 때문이다. 이는 과거 반론보도청구에 관한 것을 그대로 정정보도청구에 적용한 때문이다.

49) 언론중재법의 법문에는 변론의 요부에 대한 명시적인 규정이 없으나 판결로써 재판하고 이에 대하여 항소로써만 불복하게 하고 있고, 민사소송법 제134조는 판결로써 재판할 경우 필요적으로 변론을 열도록 하고 있으며, 종래 대법원의 반론보도 청구사건 심판규칙에서도 필요적으로 변론을 열도록 하고 있었다.

50) 한편에서는 '명백'이라는 문구와 반론권의 본질, 소명 등에 중점을 두어 별다른 증거조사를 통하지 않고서도 사회통념상 보통인의 시각에서 보아 그 내용이 객관적 사실에 부합하지 않는 경우를 의미한다는 견해를 취하였고, 다른 한편에서는 증거조사를 실시하여 입증된 경우까지 포함하고 있는 것으로 보아 원 보도내용의 진실 여부에 대한 증거조사를 시행하기도 하였다.

을 가진 사람 누구라도 쉽게 그 내용이 객관적 사실에 반하는 것임을 알 수 있는 경우를 의미한다고 보아야 할 것이다.⁵¹⁾

그런데 언론중재법이 규정하고 있는 정정보도청구권에 관하여도 반론보도청구권과 마찬가지로 위와 같은 정도의 소명만으로 언론사로 하여금 정정보도를 하게 하는 것은 언론의 자유에 대한 본질적 침해 내지는 과도한 제한에 해당하는 것인가. 사실 언론중재위원회의 법률안을 성안할 때 정정보도청구권을 민법상의 불법행위책임으로부터 독립시켜 고의·과실 및 위법성을 요하지 않도록 한 것은, 원 보도내용이 진실하지 않은 이상 이를 정정하는 것은 인격권 보호를 위하여 당연히 요구되는 것이고, 원 보도내용의 허위성이 입증된 이상 언론사로 하여금 그 정정을 하도록 명하더라도 인격권과 언론의 자유 사이의 비례를 벗어나거나 언론의 자유에 대한 본질적 제한 또는 과도한 제한으로 볼 수 없다는 토대 위에 선 것이었다. 다만, 원 보도내용의 사실 여부를 불문하고 피해자의 진술형식으로 원 보도내용에 대한 보충, 해명, 반박에 그치는 반론보도와는 달리 언론사의 진술형식으로 원 보도내용을 취소·정정하는 이상 원 보도내용의 허위성이 전제되므로 이를 통상의 본안 소송절차에서 소명이 아닌 증명으로 법관에게 확신을 줄 정도로 입증케 하기 위하여 그 재판절차를 본안소송절차에 의하도록 하였다.⁵²⁾

기실 증명과 소명의 차이는, 전자는 법관으로 하여금 확신을 갖게 할 정도의 입증을, 후자는 그보다 한 단계 낮은 개연성 즉, 특별한 사정이 없는 한 그럴 것이라는 정도의 입증을 의미한다. 그리고 소명의 경우 즉시 조사할 수 있는 증거방법에 의하여야 하고 보증금을 공탁케 하거나 당사자나 이해관계인으로 하여금 그 주장이 진실하다는 것을 선서하게 하여 소명에 갈음할 수 있는 예외적 수단이 허용되나(민사소송법 제299조), 법원의 소송실무상 변론을 열지 않고 서면만으로 심리하는 경우가 아닌 변론을 열어서 심리하는 경우에는 비록 그 입증의 정도가 소명으로 완화되어 있는 때라도 그 실질에 있어서는 증명이나 전혀 다름없이 처리되고 있다.

원칙에 충실하게 한다면 소명의 경우에는 변론을 연 때에도 재정증인(在庭證人)의 신문에서 나아가 증인의 소환·신문을 위하여 기일을 속행하거나 외부 기관에 대한 조사촉탁, 사실조회, 문서송부촉탁, 문서제출명령, 법원 밖에서의 검증, 감정 등을 행할 수 없게 될 것이나, 현재 법원의 소송실무에서는 민사소송법 제299조의 요건을 완화하여 시행하고 있고 소명에 갈음하여 보증금을 공탁하게 하거나 선서로써 갈음하는 경우는 거의 없다.⁵³⁾ 따라서 정정보도청구권에 관한 재판을 변론을 열어서 판결로써 하는 이상, 비록 가처분재판의 본질로부터 그 입증의 정도가 소명으로 완화된다고 하여도,⁵⁴⁾ 소송실무상 실제

51) 서울지법 남부지원 1993. 9. 6. 선고 93가합792 판결은 이에 관하여 “방송법 제41조 제3항 단서에서 말하는 ‘정정보도의 내용이 명백히 사실에 반하는 경우’란 그 정정보도의 내용이, 널리 사회 일반에 걸쳐 이론의 여지가 없는 공지의 사실로 되어 일반적인 교양을 갖춘 통상인 누구라도 특별한 조사나 검증절차를 거치지 않고서도 알 수 있는 사실과 부합되지 않는 경우를 가리킨다”고 판시하였다.

52) 거기에도 손해배상청구까지 병합하여 한꺼번에 같은 소송절차에서 심리할 필요가 있었으므로 더욱 그 같은 필요가 있었다. 그리고 반론보도청구의 경우에도 종래 변론을 열고 판결로써 재판해온 사정을 고려하여 본안소송절차에 의하되 그 입증 정도는 소명으로 완화하는 예외를 두었던 것이다.

53) 정정보도 등 청구사건 심판규칙 및 반론보도 등 청구사건 심판규칙은 명문으로 구 민사소송법 제700조 제2항 내지 제4항, 민사집행법 제280조 제2항 내지 제4항의 적용을 배제하여 소명에 갈음한 담보제공을 할 수 없도록 하였다. 앞으로 언론중재법에 따른 대법원규칙 제정시 위와 같은 증거제한에 대한 예외를 두는 것이 바람직하다.

54) 민사집행법은 가처분절차에 관하여는 가압류절차에 관한 규정을 준용하고 있고(제301조), 가압류의 이유와 그 청구채권은 소명하여야 한다(제279조 제2항)고 규정하고 있어 가처분의 이유와 그 청구권원도 소명을 요하는 것으로 귀결된다.

로는 증명과 다름없는 입증이 요구된다고 할 것이다. 현실적으로는 피해자가 위와 같은 입증(소명)의 한 계에도 불구하고 원 보도내용이 허위라는 점을 소명하기는 쉽지 않을 것이고⁵⁵⁾ 소명의 정도에 이르렀다면 언론사가 그 반대증거를 제시하여 이를 탄핵하기도 어려울 것이다.

이상과 같은 사정을 종합하면 언론중재법이 정정 보도청구권에 관한 재판절차를 가처분절차에 의하게 하면서 그 입증의 정도를 소명으로써 족하게 한 것은 피해자와 언론사 모두에게 적절치 못한 입법이라고 할 수 있으나, 신속성을 위하여 부득이 가처분절차를 취하면서도 언론사의 방어권 보장을 위하여 필요적으로 변론을 열게 하여 당사자 쌍방으로 하여금 공개된 법정에서 대심적 소송구조 하에 증인에 대한 반대신문 등 자유로운 공격방어방법을 제출할 수 있도록 함으로써, 언론사로 하여금 전혀 예상할 수 없는 상태에서 당사자 일방에 대한 심문만으로써 원 보도내용이 허위라는 확신이 없는 상태에서 정정보도를 명하게 하는 대신 충분한 방어기회를 제공하고 있고, 또 법원의 소송실무상 이 같은 변론절차에서는 충분한 입증의 기회가 보장되고 있으므로, 입증의 정도를 증명이 아닌 소명으로 하게 하였다는 것만으로 언론의 자유에 대한 본질적인 침해 또는 과도한 제한이라거나 부당하게 언론사의 재판받을 권리를 침해하였다고 할 수는 없다고 하겠다.

아. 손해배상청구에 관한 규정

(1) 언론중재법은 언론의 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 인하여 재산상 손해를 입거나 인격권 침

해 그 밖에 정신적 고통을 받은 자는 그 손해에 대한 배상을 언론사에 청구할 수 있고(제30조 제1항), 법원은 손해가 발생한 사실은 인정되나 손해액의 구체적인 금액을 산정하기 곤란한 경우에는 변론의 취지 및 증거조사의 결과를 참작하여 그에 상당하다고 인정되는 손해액을 산정하여야 한다(제30조 제2항)고 규정하고 있다. 제30조 제1항은 헌법 제21조 제4항과 같은 내용이다.

(2) 조선일보사 등은, 제30조 제1항의 규정이 모든 인격권 침해에 대하여 무제한적으로 그 보호를 베푸는 것으로 해석되어서는 아니 되고, 침해된 법익이 무거운 것이고 인간의 존엄에 대한 침해가 있어 정신적 고통이 있을 것이 경험칙상 쉽게 추단될 수 있는 경우로서 행위자의 귀책사유로 고의나 중과실이 있는 경우에 한하여 위자료청구권을 허용하는 등 신중하게 해석되어야만 하며, 이와 같이 해석·적용되는 경우에 한하여 합헌적이므로 한정위헌 또는 한정합헌 결정이 내려져야 한다고 주장한다.

그러나 인격권 침해에 따른 정신적 손해에 대한 위자료 배상을 명함에 있어 행위자에게 고의나 중과실이 있는 경우에 한하여 이를 용인할 수 있다는 법리는 어떤 근거도 없는 것이고, 그 밖의 주장은 당연한 것으로써 법원이 개개의 사건을 심리함에 있어 정신적 손해의 유무, 그 손해의 정도 및 침해의 동기와 경위, 수단, 회피 가능 여부와 주의 의무의 정도, 가해자의 자력 등 제반 사정을 고려하여 배상의 여부 및 위자료 액을 정하게 될 것이며, 제30조 제1항의 문언이 다의적이거나 광범위한 등으로 특별히 헌법적 해석의 한계를 설정할 필요도 없기 때문에 그에 대한 한정위헌 선언은 전혀 필요 없다.

55) 소명에 위와 같은 입증방법상의 한계가 있기 때문에 현실적으로는 소명이 오히려 증명보다 더 어려울 수 있다. 1회의 변론 기일에 모든 증인을 제정시킬 수는 없을 것이고 외부기관에 대한 사실조회나 문서송부촉탁, 문서제출명령 등을 통해야만 사실을 밝힐 수 있는 것이 대부분일 것이기 때문이다. 이런 면에서 보면 소명만으로 정정보도청구를 할 수 있도록 한 것이 반드시 피해자에게 유리한 것만도 아니다.

(3) 조선일보사 등은 또, 언론중재법이 징벌적 손해배상제도를 채택하지는 아니하였으나 전보적 기능에 머물던 손해배상에 경고적·예방적 기능을 포함시키는 것도 가능하다는 이론이 일반화되어 가고 있는 실정에 비추어 특히 위자료 배상액의 고액화가 예상되는바, 예상할 수 없는 고액의 위자료 인용 등 과도한 제재는 언론의 비판기능을 위축시킬 수 있기 때문에 법원이 배상액을 산정함에 있어 자의적이거나 사회통념에 비추어 감당할 수 없는 고액을 재량할 수 없도록 제한을 가하여야 함에도, 제30조 제2항은 아무런 제한 없이 이를 인정하고 있으므로 비례의 원칙에 위반하는 위자료의 산정은 위헌이라는 한정위헌 선언이 필요하다고 주장한다.

물론 위와 같은 주장은 지극히 타당하다. 그러나 법원이 위자료 배상액을 결정함에 있어서는 위와 같이 여러 가지 조건과 법익을 형량하고 손해와 배상 사이에 상당인과관계 내지는 비례관계가 유지되도록 하여야 함은 손해배상의 일반원칙에 비추어 당연히 요구되며 이는 사법권에 부여된 의무일 뿐만 아니라, 법원이 자의적이거나 사회통념에 비추어 감당할 수 없는 고액의 배상을 명하는 것은 이러한 원칙에 반하는 것으로써 당연히 허용될 수 없으므로 굳이 법원에게 그 같은 한계를 설정할 필요조차 없는 것이다.⁵⁶⁾

자. 시정권고에 관한 규정

(1) 언론중재법은 언론중재위원회로 하여금 언론의

보도내용에 의한 국가적 법익이나 사회적 법익 또는 타인의 법익침해 사항을 심의하여 필요한 경우 해당 언론사에 서면으로 시정을 권고할 수 있도록 하고(제32조 제1항), 피해자가 아닌 자도 시정권고를 신청할 수 있으며(제32조 제2항), 시정권고는 언론사에 대하여 권고적 효력을 가지는 데 그치나(제32조 제4항), 중재위원회는 시정권고한 내용을 외부에 공표할 수 있고(제32조 제5항), 언론사는 시정권고에 불복하는 경우 그 통보를 받은 날로부터 7일 내에 중재위원회에 재심을 청구할 수 있고 재심절차에 출석하여 발언하고 관련자료를 제출할 수 있으며, 재심청구가 정당한 경우 중재위원회는 시정권고를 취소하여야 한다(제32조 제6, 7, 8항)고 규정하고 있다.

이는 언론기본법 이래 계속 유지되어 온 것으로써, 언론중재법에는 피해자와 피해자 아닌 제3자가 시정권고를 신청할 수 있는 규정과 재심청구에 관한 규정만이 추가되었다.⁵⁷⁾

(2) 조선일보사 등은, 위 규정이 법정기관인 언론중재위원회로 하여금 언론에 대한 일반적 감시·통제권을 부여하고 있다는 점에서 헌법상 표현 및 언론자유에 대한 기본권을 침해할 뿐 아니라, 국가의사 형성에 관한 헌법상의 여러 질서원리를 위반한다는 점에서 위헌이라고 주장한다.

아울러, 위 법규정이 추구하고 있는 국가적·공적 이익이란 극히 막연하고 자유 민주제제를 지향하는 사회에서 여론의 형성은 국가적 영역과 무관한 사회적 영역에서 이루어지는 것이며, 편파적인 언론에 대

56) 자의적이거나 사회통념상 감당할 수 없는 고액의 배상이라는 개념 자체도 모호하여 사실상 위 법 규정의 해석·적용의 지침 역할을 할 것을 기대하기도 어렵다. 그리고 대법원은 일찍부터 이와 같은 헌법재판소의 한정위헌결정에 대하여는 한정합헌 결정과 마찬가지로 법원에 대한 구속력을 부인하고 있다(1996. 4. 9. 선고 95누11405 판결 참조).

57) 재심에 관한 사항은 종래 시행령에서 규정하였던 것을 법률에 포함시킨 것이다. 종래의 정기간행물법시행령에서는 시정권고는 중재위원회 위원장을 포함하여 중재위원회에서 선출하는 7인의 위원으로 시정권고소위원회를 두고 위원 3분의 2 이상 출석과 출석위원 전원의 합의로 의결한다고 규정하고 있었는데, 언론중재법시행령은 출석위원의 과반수 찬성으로 변경한 외에 이 전과 동일한 내용으로 규정하고 있다(제17조). 언론중재위원회의 시정권고소위원회규칙은 특별히 주목할 만한 내용을 담고 있지 않다.

하여는 대응언론에 의해 시정될 수 있을 뿐 공권력에 의해 시정되거나 국가적·공적 이익이라는 막연하고 획일적인 개념에 의해 재단될 수 없음에도 국가가 자유로운 여론 형성과정에 간섭함으로써 헌법상 미디어의 자유와 여론의 자유를 침해하고 있고, 그것이 언론의 내용에 대한 규제임에도 이를 정당화할 요건을 전혀 제시하지 않고 있으며, 국민주권원리를 기본으로 대의제적 의사결정 체제를 취하는 헌법체제에서 공익에 관한 유권적 판단 내지 언론의 실체적 내용에 대한 심사·판정과 시정은 오로지 국민의 선거에 의해 수권받은 대의적 헌법기관만이 행할 수 있을 뿐 한 시점에서 다수파의 지지를 획득했음에 불과한 정권이 주도적으로 구성에 관여하게 되는 국가기관인 언론중재위원회에 그 같은 권한을 부여할 수는 없으며, 또한 언론의 내용에 대한 규제는 그것이 다른 법익 또는 타인의 권리를 침해하는 경우 헌법이 정한 법관에 의해 적법절차에 따라 사법부에 의해 행해질 수 있을 뿐 다른 어떤 기관도 이를 대신하거나 무력화 할 수 없고, 언론사의 청문청구권 등 적법절차가 보장되어 있지도 아니하는 등 과잉규제로써 정당성이 없다고 주장한다.

(3) 그러나 우선 언론중재법이 규정하고 있는 시정권고는 어디까지나 사후적 심사를 바탕으로 하고 있고 권고적 효력을 가질 뿐 언론에 대하여 사전 규제 등 어떤 의무를 부과하거나 직접적인 불이익을 가하지 않는다는 점에서 언론에 대한 규제라고 보기 어렵다. 이에 관하여 조선일보사 등은 시정권고 그 자체로써 언론에 대한 위축효과를 가져올 수 있고, 시

정권고 사례가 쌓일 경우 방송허가의 갱신 등의 평가과정에서 부정적 요소로 작용하게 될 것을 우려하나, 이는 언론중재위원회 아닌 다른 어떤 기관(방송심의위원회 등) 내지는 시민단체 등이 같은 기능을 행할 경우에도 마찬가지로써 과잉우려라고 할 수 없다. 언론 역시 감시와 비판으로부터 완전히 자유로울 수는 없으므로 그 정도의 감시와 비판까지 언론에 대한 규제로 해석될 수는 없다. 그리고 언론중재위원회의 심의와 시정권고는 사전적 심사가 아니라 사후적 심사에 불과하여 언론의 자유에 대한 본질적 침해라고 할 수도 없으며, 언론활동으로 초래된 법익 침해에 대한 조정자적 지위와 피해구제제도에 관한 조사연구자(언론중재법 제11조 제1항 참조), 교육자적 지위를 가지며 그에 관하여 풍부한 지식과 경험을 축적한 언론중재위원회가 언론활동에서 자칫 초래될 수 있는 법익 침해의 위험을 예방·방지하기 위해 언론보도시의 준수사항이나 고려사항을 일정한 기준으로 정립하여 제시하고⁵⁸⁾ 법익 침해 사항을 심의하여 사후예방 차원에서 시정을 권고하는 것 역시 일종의 행정지도 작용일 뿐 언론활동의 내용에 대한 규제라고 할 수 없다. 또한 설사 이를 언론활동의 내용에 대한 규제라고 본다고 할 경우에도, 그 규제의 주체, 시기, 방법, 효력, 방송에 대하여 방송심의위원회가 하고 있는 역할 등을 고려할 때 언론의 자유에 대한 본질적 침해 또는 과잉규제라고 할 수도 없을 것이다.

한편 언론에 의한 법익침해의 유형은 천차만별이어서 이를 일률적으로 유형화하기 어렵고, 따라서 법률에서 직접 시정권고의 기준과 요건을 정할 수는

58) 언론중재법은 이를 위해 언론중재위원회로 하여금 시정권고의 기준을 정하여 공표하도록 하고 있는데(제32조 제3항), 그 내용은 사생활 보호, 명예훼손 금지, 범죄사건 보도시 주의사항, 소년보호사건 및 가사사건, 성폭력 사건 등에 있어서의 피해자나 사건본인의 공표 금지, 특정 종교에 대한 부당한 비방이나 지역감정의 조장 금지, 미풍양속을 해하거나 선정성을 부추기는 보도 금지, 자살·타살·마약·유괴 사건 보도시 주의사항이다. 그리고 이와 같은 내용은 편파 보도를 시정하기 위한 수단으로써만 작용하는 것이 아니므로 언론에 대하여는 대응 언론에 의해서만 시정될 수 있다는 조선일보사 등의 주장은 일면적 타당성밖에 없다.

없으므로, 위 법률규정에서 그에 대하여 세세히 규율하지 못한 것도 법률 유보의 한계를 벗어난 것이라고 보기 어렵다.

기본권에 대한 제한은 국회가 정한 형식적 법률에 의하여 가능한 것이므로, 국회가 법률로써 일정한 기준과 한계 내에서 다른 국가기관으로 하여금 구체적인 법 집행행위를 하게 하는 것은 권력분립의 원리나 현실적 필요상 당연한 것인바, 국회나 사법부가 아닌 언론중재위원회가 그 권한을 행사한다고 하여 기본권제한의 법리나 권력분립 및 사법권독립의 원칙에 반하는 것도 아니다. 국가기관으로서 법률에 의해 설치되고 국회와 법원의 통제 하에서 국민의 자유와 권리에 대한 규제를 행하는 공정거래위원회, 노동위원회, 선거관리위원회, 환경분쟁조정위원회, 영상물등급위원회 등도 모두 국회나 사법부와는 독립한 기관으로써, 이들 기관에 의한 권한 행사가 국민주권주의나 권력분립의 원리에 반하지 않는 것과 같은 이치다.

그리고 시정권고 전에 해당 언론사를 심문하거나 청문의 형식으로 해명이나 자료를 제출받는 절차가 언론중재법에 규정되어 있지는 않지만, 위와 같이 시정권고는 행정지도에 불과하여 청문절차를 반드시 필요로 하지 않을 뿐만 아니라 재심절차에서 이 같은 기회가 부여되어 있으므로 적법절차에 위배되는 것이라고 할 수도 없다.⁵⁹⁾

차. 소급효에 관한 규정

(1) 언론중재법 부칙은, 동법은 공포 후 6월이 경과한 날로부터 시행하되(제1조), 이 법 시행 전에 행

하여진 언론보도에 대하여도 이를 적용하며, 다만 언론사 및 언론중재위원회에 대한 정정보도·반론보도·추후보도의 청구 및 조정·중재신청 기간⁶⁰⁾은 종전의 규정에 의하고(제2조), 이 법 시행 전 이미 언론중재위원회 또는 법원에 계류 중인 사안에 대하여도 종전 규정에 따른다(제3조)고 규정하고 있다.

(2) 조선일보사 등은, 헌법 제13조가 규정하고 있는 형벌 및 참정권, 재산권에 대한 소급입법의 금지 외에 일반적으로 행위시의 법률에 대한 국민의 정당한 신뢰는 보호되어야 함에도, 언론중재법은 동법 시행 전에 이루어진 언론보도에 대하여도 이를 소급 적용함으로써 구법보다 더 엄격한 기준과 제재를 가하여 위헌이라고 주장한다.

언론중재법 부칙에 의하여 소급효가 적용되는 언론보도는 동법 시행 전에 이루어진 것으로써 아직 언론중재위원회나 법원에 계류 중이지 아니한 것에 한하는바, 조정 및 중재신청 기간에 관하여는 종전의 법률 규정이 적용되므로 실질적으로 소급효가 인정되는 부분은 정정보도·반론보도·추후보도 청구권의 행사 요건과 인격권의 보호 및 그에 대한 위법성 조각사유, 손해배상에 관한 사항이라고 할 수 있다. 그런데 반론보도 및 추후보도 청구의 요건, 인격권의 보호와 그 위법성 조각사유, 손해배상 문제는 이미 앞에서 살펴본 바와 같이 종전의 법률규정에 비해 피해자나 언론사에게 불리하게 변경된 것이라고 할 수 없어 이미 종전의 법제도에 의해 형성된 신뢰가 부당하게 침해되었다고 할 수 없다.

그리고 정정보도청구권의 경우에는 종전과 달리 고의·과실 또는 위법성을 요하지 않게 되어 언론사

59) 시정권고가 권고적 효력만을 갖는 행정지도임을 감안하여 언론중재법은 그 취소를 구하는 행정소송을 예정하고 있지 않은바, 조선일보사 등의 주장대로 그것이 실질적인 행정처분에 해당한다고 볼 경우에는 행정소송법에 따라 행정소송이 가능할 것이다.

60) 법원에 대한 제소기간에 대하여는 규정이 누락되었으나 이는 입법의 불비로써 이에 대하여도 소급효가 적용되지 않는 것으로 해석하여야 할 것이다.

에게는 불리하게 변경되었지만, 소급입법이 헌법상 절대적으로 금지된 것도 아니고 위 내용은 헌법 제 13조에서 금지된 사항에 해당하지 아니한다. 물론 헌법 제13조 소정의 형벌 및 참정권, 재산권 외에 기타의 권익의 경우에도 신뢰보호의 원칙상 무제한의 소급입법이 허용되는 것은 아니지만, “구법의 개정시 소급효를 인정하거나 반대로 이미 구법 하에서 형성된 법률관계 등에 대한 경과규정을 두지 않고 개정법을 적용하도록 한 경우에, 구법질서에 대한 당사자의 신뢰가 합리적이고도 정당하며, 법률의 개정으로 야기되는 당사자의 손해가 극심하여 새로운 입법으로 완성하고자 하는 공익적 목적이 그러한 당사자의 신뢰 파괴를 정당화할 수 없다면 그러한 새 입법은 신뢰보호의 원칙상 허용될 수 없을 것이나, 개개의 경우에 있어 그 위배 여부를 판단하기 위해서는 침해받은 이익의 보호가치, 침해의 중한 정도, 신뢰가 손상된 정도, 신뢰침해의 방법 등과 새 입법을 통해 실현하고자 하는 공익적 목적을 종합적으로 비교·형량하여야 한다”는 헌법재판소 판시(1995. 6. 29. 94헌바39 등 참조)와 같이 정정보도청구권에 관하여 이 원칙을 적용할 경우, 그것이 헌법재판소가 위에서 판시한 바와 같은 정도로 언론사에게 극심한 피해를 초래하는 것은 아니라 할 것이므로, 이 역시 위헌의 문제는 되지 않는다 할 것이다.

2. 법률에 대한 헌법소원의 요건

가. 관련 법규와 이론

동아일보사와 조선일보사 등이 신문법과 언론중재법이 시행되기도 전에 위헌을 주장하면서 헌법재판소에 헌법소원을 제기한 근거는 국회의 입법작용에 의해 자신들의 기본권이 침해되었다는 것이다. 이에 관하여 헌법은, 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재

판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다고 규정하여(제107조 제1항), 법률이 헌법에 위반되는지 여부에 대한 위헌법률심사권을 헌법재판소에 부여함과 동시에 그 심사는 원칙적으로 법원의 제청이 있을 것을 요구하고 있고, 헌법재판소의 관장 사항으로 법원의 제청에 의한 법률의 위헌여부심판 외에 법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판을 규정하고 있다(제111조 제1항 제1호, 제5호). 이에 따라 헌법재판소법은 헌법 제107조 제1항과 동일한 규정(제41조 제1항) 외에 법원이 재판 당사자의 위헌법률심사제청 신청을 기각한 경우 그 당사자에게 위헌심사를 위해 직접 헌법재판소에 헌법소원을 제기할 수 있도록 하였다(제68조 제2항).

이로부터 우리나라 헌법은 위헌법률심사제도에 관하여 구체적인 사건에 한하여 이를 심사할 수 있고(구체적 규범통제) 일반적·추상적으로 법률의 위헌여부에 대한 심사(추상적 규범통제)를 청구할 수는 없다는 원칙을 채택한 것으로 이해되고 있다.

그런데 헌법재판소법은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 규정하여(제68조 제1항 본문) 국가기관의 공권력적 작용에 의한 기본권 침해에 대한 구제제도를 마련해 두고 있다. 이와 관련하여 헌법재판소는 행정규칙이나 대법원규칙에 대하여도 그 내용 자체에 의하여 직접 기본권이 침해되었을 경우 위 규정에 의한 헌법소원심판의 대상이 된다고 하여 명령·규칙에 대한 위헌심사를 긍정한 바 있고(1989. 3. 17. 88헌마1, 1995. 2. 23. 90헌마214, 2001. 5. 31. 99헌마431 등), 이에서 더 나아가 국회의 입법 또는 입법부작위 역시 공권력적 작용으로 파악하여 그에 대한 위헌심사를 허용함으로써(1989. 7. 21. 89헌마12, 1996. 11. 28. 93헌마258, 1997. 6. 26. 96헌마148 등) 국회가

제정한 법률에 대하여 구체적인 재판사건과 관계없이 직접적인 위헌심사를 해오고 있다.⁶¹⁾

입법자가 법률을 통하여 실현하고자 하는 어떤 것은 행정부의 처분이나 사법부의 재판 등 집행행위를 기다리지 아니하고 직접적으로 국민에게 권리를 부여하거나 의무를 부과하는 등의 효력을 갖는 것이 있고, 경우에 따라서는 법원의 사법심사가 예정되어 있지 아니하여 이에 대하여 법원이 위헌심판을 제정할 여지가 없는 경우도 많이 있다. 우리 헌법과 헌법재판소법이 국회의 입법권 행사나 불행사를 헌법소원의 대상에서 제외하고자 하는 뜻이 실정법상 분명치 않은 반면, 위와 같이 법률에 의하여 직접 기본권을 침해받은 경우를 헌법적 보호 대상 밖에 방치할 수는 없으므로, 법률에 대하여도 헌법소원의 방법으로 위헌심사를 할 수 있다는 헌법재판소의 조치는 원칙적으로 타당하다고 할 것이다.

그러나 위와 같이 헌법소원으로써 법률에 대하여 직접 위헌심사를 받기 위해서는 헌법재판소법 제68조 제1항 소정의 헌법소원의 성질상, ① 청구인이 당해 법률규정과 직접 관련되어야(자기관련성) 하고, ② 당해 법률에 의하여 별도의 구체적인 집행행위의 매개없이 직접 권리침해를 받아야(직접성) 하며 ③ 그 침해가 현재 발생해 있어야(현재성) 한다(헌법재판소 1989. 7. 21. 89헌마12, 1997. 6. 26. 96헌마148 참조). 다만 위와 같은 요건이 충족된 이상 헌법재판소법 제68조 제1항 단서 소정의 보충성의 요건은 필요 없다(헌법재판소 1989. 3. 17. 88헌마1 참조).

나. 언론중재법에 대한 헌법소원의 적부

(1) 자기관련성에 관하여

청구인인 동아일보사와 조선일보사 및 이한우, 방석호 등은 정기간행물사업자인 언론사와 기자, 일반국민의 지위에서 헌법소원을 청구하였는바, 그 청구의 대상인 언론중재법 규정 가운데는 언론사 또는 일반국민에 대하여만 개별적으로 관련이 있을 뿐 타방과는 관련이 없는 것이 있다. 예컨대 제6조의 고충처리인 제도는 언론사인 동아일보와 조선일보에만 관련이 있고, 정정보도청구권에 관한 조정신청기간은 원칙적으로 일반국민인 방석호 등과만 관련이 있다. 조선일보사 등은 언론중재법의 각 청구 대상 조문을 각 청구인별로 특정하지 않은 채 그 전원이 그 전부에 대하여 공동청구하는 형식을 취하고 있는바, 이는 기술적 편의를 위해 그리 한 것으로 보인다. 그러나 헌법재판소가 각 청구인별로 자기관련성을 엄격하게 따져 청구의 적법 여부에 대한 개별적인 판단을 하지는 않을 것으로 생각된다.⁶²⁾

(2) 직접성 및 현재성에 관하여

청구의 대상인 언론중재법규 중 언론의 사회적 책임을 규정한 제4조, 고충처리인 제도에 관한 제6조, 언론중재위원회의 위촉에 관한 제7조 제3항 등은 별도의 구체적인 집행행위의 매개없이 직접 그에 따른 효과가 발생하는 것이므로 직접성 요건을 충족하고 있다고 본다. 그러나 인격권 침해에 대한 위법성 조각사유를 규정한 제5조 제2항은 장차 구체적인 언론 보도에 대하여 민사상 손해배상청구가 있거나 형사상 공소가 제기된 경우에 법원이 위법 조항을 적용함으로써 비로소 문제가 된다고 할 것이다. 이는 아직 기본권 침해가 발생하지 않은 점에서 현재성과도

61) 최근 전 국민에게 대통령탄핵심판과 함께 헌법재판소의 존재를 가장 선명하게 알린 사건인 신행정수도의 건설을 위한 특별조치법 위헌확인심판(헌법재판소 2004헌마554)의 경우 동법이 직접적으로 국민의 기본권(참정권적 기본권인 국민투표권)을 침해한 것이라고 보았다. 그리고 헌법재판소가 헌법재판소법 제68조 제1항에 근거하여 법률에 대한 위헌심사를 한 경우에도 그 주문은 직접 당해 법률 조항이 헌법에 위배되는지 여부를 선언하는 형식을 취하고 있어 동법 제41조 제1항에 의한 위헌심사와 그 실질이 동일하다.

62) 즉, 같은 조항을 두고 어떤 청구인에 대하여만 각하를 하지는 않을 것이다.

관련이 있다.⁶³⁾

조선일보사 등은 이에 관하여 “법규범이 집행행위를 예정하고 있더라도 법규범의 내용이 집행행위 이전에 이미 국민의 권리관계를 직접 변동시키거나 국민의 법적 지위를 결정적으로 정하는 것이어서 국민의 권리관계가 집행행위의 유무나 내용에 의하여 좌우될 수 없을 정도로 확정된 상태라면 그 법규범의 권리침해의 직접성이 인정된다”는 헌법재판소 결정(1997. 7. 16. 97헌마38) 및 “형법상의 법률조항은 엄밀한 의미에서 법률 그 자체에 의하여 국민의 신체와 자유를 제한하는 것이 아니라 넓은 의미의 재량행위의 하나인 형법 조항의 적용행위라는 구체적인 집행행위를 통하여 비로소 국민의 기본권이 제한되는 것이지만, 국민에게 그 합헌성이 의심되는 형법조항에 대하여 위반행위를 우선 범하고 그 적용·집행행위인 법원의 판결을 기다려 헌법소원심판을 청구할 것을 요구할 수는 없다. 따라서 이러한 경우에는 예외적으로 집행행위가 재량행위임에도 불구하고 법령에 의한 기본권 침해의 직접성을 인정할 수 있다”는 헌법재판소 결정(1996. 2. 29. 94헌마213, 1998. 4. 30. 97헌마141) 등을 인용하여, 언론중재법의 각 해당 규정들이 청구인들에게 직접 의무를 부과하거나 그 법적 지위를 불이익하게 변경하거나 표현의 자유에 대하여 위축효과를 야기함으로써 직접성·현재성의 요건을 충족하고 있다고 주장한다.

그러나 헌법재판소는 형사소송법에서 재정신청의 대상 범죄를 제한하고 있는 것이 위헌이라는 소원 청구에 대하여, 청구인이 사회정화위원회에 고발장

형식의 서면만을 제출하였을 뿐 고소 또는 고발을 한 사실이 없을 뿐 아니라, 청구인이 장차 언젠가는 위와 같은 형사소송법의 규정으로 인하여 권리침해를 받을 우려가 있다 하더라도, 그러한 권리침해의 우려는 단순히 장래 잠재적으로 나타날 수도 있는 것에 불과하여 권리침해의 직접성 및 현재성을 구비하였다고 볼 수 없다고 판시한 바 있고(1989. 7. 21. 89헌마12), 청구인이 자신에 대하여 공소가 제기된 바 없는 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제1조, 제2조 제2항 등에 대하여 공소가 제기된 제2조 제1항과 함께 법원에 위헌심판제청을 신청하였으나 그것이 기각되자 헌법소원을 제기한 데에 대하여, 공소가 제기되지 아니한 법률규정은 당해 사건의 재판의 전제가 될 수 없다며 이를 각하한 바 있다(1989. 9. 29. 89헌마53).⁶⁴⁾

만약 조선일보사 등의 주장대로 직접성 및 현재성의 요건을 대폭 완화할 경우 위헌법률심사제도가 실질적으로 추상적 규범통제화함으로써 헌법 제107조 제1항과 헌법재판소법 제41조, 제68조 제2항이 취하고 있는 구체적 규범통제제도는 유명무실하게 될 것이다. 우리 법제가 구체적 규범통제제도를 채택한 이유는, 법규에 표시된 입법자의 의사는 그 문자적 의미만으로써는 일의적으로 확정되기 어렵고 법원에 의한 법 해석을 통하여 보다 분명해지며, 법규에는 입법자의 의사가 투영되어 있기는 하지만 시대적 변천과 사회·경제적 여건의 변화에 따라 법규의 의미가 변화하는 수도 있으므로 법원에 의한 탄력적인 법령의 해석·적용을 통해 법적 타당성과 안정성을 확보할 수 있기 때문일 것이다. 그런데 헌법재판소법 제68조 제1항 소정의 헌법소원제도를 이용

63) 법 시행 전에 헌법소원이 제기되어 현재성이 문제되나 이는 헌법재판소의 판단이 있기 전에 시행이 되어 하자가 치유된 것으로 볼 것이므로, 시행 전 법률에 대한 헌법소원의 적부에 대한 논쟁은 필요 없을 것이다.

64) 물론 이 경우는 청구인이 헌법재판소법 제68조 제1항이 아닌 제68조 제2항에 근거하여 청구한 것이지만 법률 규정이 위헌이라고 주장하는 점에 있어서는 다를 바 없으므로 심사의 요건만 충족되면 제68조 제1항에 근거하여 판단하여야 할 것이다.

하여 입법(법률)에 대하여 무제한적인 위헌심사소원을 인정하게 되면 이 같은 입법취지 및 헌법재판소법 제68조 제1항 단서의 보충성의 원칙 등은 몰각되게 될 것이다.

따라서 현행 제도상으로는 국회의 입법작용 및 법령에 대한 직접적인 헌법소원이 불가피하다고 하더라도 이는 필요최소한에 그쳐야 할 것이다. 헌법재판소도 입법 부작위에 대하여 “입법 부작위에 대한 헌법재판소의 재판관할권은 헌법에서 기본권 보장을 위하여 법령에 명시적인 입법위임을 하였음에도 입법자가 이를 이행하지 아니한 경우이거나, 헌법 해석상 특정인에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위의무 내지 보호의무가 발생하였음이 명백함에도 불구하고 입법자가 아무런 입법조치를 취하지 아니한 경우에 한한다”고 판시하여(1989. 3. 17. 89헌마1, 1996. 11. 28. 93헌마258) 국회의 입법재량권을 존중하고 있다.

이러한 견지에서 보면 조선일보사 등이 청구의 대상으로 삼고 있는 언론중재법 조항 중 제4조, 제6조, 제7조 제3항을 제외한 나머지 조항에 대해서는 직접성과 현재성을 갖추지 못한 것으로써 부적법하다고 생각된다.⁶⁵⁾

IV. 결 론

언론중재법은 합리적이고 실효성 있는 언론피해 구제를 위하여 종래 언론기본법 이래 반론보도청구권제도를 중심으로 하여 20여년에 걸쳐 시행해온 피해구제제도의 경험과 이론적 연구를 토대로 마련된 것이다. 그 내용 중 일부는 언론에게 부담으로 작용할 수도 있으나, 그것이 언론의 자유에 대한 본질적 제한이나 비례의 원칙을 벗어나 과잉금지라고 볼 만한 규정은 없다. 다소 입법적 불비와 체계적 정합성에 관한 아쉬운 점이 없지는 아니 하나, 이 같은 점은 향후 법원의 해석과 판례 집적, 점진적인 개정을 통하여 충분히 해결될 수 있을 것이다. 이 법이 제정되기까지 많은 시련이 있었고 언론과 시민단체 등 사이에 갈등과 알력도 있었으나, 어쨌든 여야 합의로 법률이 제정·공포된 만큼 그 기본정신을 존중하여 장점은 살리고 단점은 보완하여 언론의 자유와 책임을 동시에 발현하고 국민의 정당한 권리를 보장하도록 언론과 국민, 정부 등이 모두 노력하여야 할 것이다. 국회가 절대다수의 의사로 제정한 법률을 그 시행도 해보기 전에 위헌심판의 대상으로 삼는 것은 법의 권위와 안정성은 물론 자칫 국가의 체면까지도 손상할 우려가 있다. 아무쪼록 모든 관계 당사자가 자중할 일이다.⁶⁶⁾ □

65) 또한 나머지 조항들이 헌법재판소가 판시한 바와 같이 직접적·확정적으로 국민의 권리관계를 변동시키는 조항이라거나 형벌조항에 해당한다고 보기도 어렵다.

66) 언론기본법에 의해 반론권이 처음 도입되었을 때에도 언론으로부터 극심한 반발과 위헌 주장이 제기되었는데, 현재는 그에 관하여 누구도 이의를 하지 않고 있는 것도 격세지감이 있다.