

편집권과 언론의 내적 자유에 대한 법적 검토

강 경 근
숭실대 법대 교수

- 고려대 법학과 조동 대학원 석사, 박사
- 국무총리 행정심판위원회 위원, 한국부패학회장
- 저서 및 논문: 『헌법』, 『인터넷 언론의 선거보도와 법적·제도적 쟁점』, 『편집권 독립의 법제화의 논리와 실제』, 『언론관계법 개정의 방향: 언론발전론과 언론 개혁론』, 외 다수

I. 편집권과 언론의 내적 자유의 문제 현황

편집권과 언론의 내적 자유라는 논제는 언론사 내부에서의 언론의 자유의 실현 문제라 할 수 있다. 그런데 이 의제가 법적으로, 특히 헌법적으로 논의의 대상이 되는 것은 언론사 내부에서의 발행인 내지 편집 책임자의 영향력이 그 내적 언론의 자유에 잠재적으로 위협이 될 수 있다는 언론의 현실이 존재하기 때문이다. 언론의 자유의 실현에 있어서 현실적으로 언론의 논리보다는 시장의 손에 더 힘이 주어지는 상황적 존재가 그것이다.¹⁾

그러므로 편집권의 법적 논의는 미디어의 내용 형성에 관여하는 언론사 종사자가 주체가 되어 그들이 근무하는 언론사의 발행인을 상대로 하는 주장이 헌법상 기본권 영역으로서의 언론의 내적 자

유의 형태로 전개될 수 있느냐 하는 것이다. 문제는 지금까지는 이러한 논의가 헌법적 의제로서 적극적으로 설정되지 못했다는 것이다. 편집권 내지 언론의 내적 자유 등을 규범적 개념으로 인식하고 이를 통하여 해결하여야 할 문제 상황들이 법적으로 평가받을 수 있을 만큼 성숙하지는 못하였기 때문이다. 기자가 발행인이나 편집 책임자에 대하여 가지는 부담감을 어떻게 극복할 수 있느냐 하는 일은 대개의 경우 법적 문제라기보다는 언론사의 문화나 사시 또는 사주의 세계관과 일정하게 타협하고 적응하는 과정으로 생각해 왔었다는 것이다. 규범의 문제라기보다는 사실의 문제로 보아 온 것이다.

그렇지만 이같이 주로 사회학적 입장에서 언론사 내부에서 언론의 자유를 주장하기 위한 사실의 개념으로서 일컬어지는 '편집권'이란 관념이 최근 그 논의의 지평을 달리 하지 않을 수밖에 없는 사정에

1) 2005년 4월 한국언론재단이 실시한 <언론인 의식조사>에 따르면 기자들은 '소속매체의 편집 또는 편성에 가장 영향력이 큰 사람이나 집단'으로 편집·보도국 간부, 사주·사장, 독자나 시청자를 순서대로 꼽았다. 또한 '언론의 자유를 제한하는 집단을 가장 영향력이 크다고 생각하는 순서대로 세 가지를 골라 달라'는 질문에 광고주, 사주·사장, 편집·보도국 간부를 들었다.

**편집권의 법적 논의는 언론 종사자의
발행인 상대 주장이 헌법상 기본권 영역으로서의
언론 내적 자유 형태로 전개될 수 있느냐 하는 것**

처했다. 2005년 1월 27일 법률 제7369호로 공포된 ‘신문 등의 자유와 기능 보장에 관한 법률’(이하 ‘신문법’이라 한다) 때문이다. 본고는 이를 소재로 하면서 우리 사회에서 현실적으로 쟁점이 되고 있는 신문의 발행에 있어서의 편집의 일이 본질적으로 누구의 권한이고 이를 둘러싼 법적 분쟁의 적절한 해소책은 무엇인가 하는 점 등을 살펴보고자 한다.

II. 개정 신문법의 편집권 조항과 헌법 소원

‘정기간행물 등록 등에 관한 법률’(이하 ‘정간물법’이라 한다)을 전문 개정한 이 신문법은 본문 6장 43조 및 부칙 5조로 구성되었고, 본문은 제1장 총칙(7개조), 제2장 독자의 권익보호(4개조), 제3장 정기간행물 및 인터넷신문의 등록 등(15개조), 제4장 신문산업의 진흥 등(11개조), 제5장 보칙(1개조), 제6장 벌칙(5개조) 등으로 짜여 있다. 이중 ‘편집권’에 관련되는 조항들은 다음과 같다.

- 신문법 제1장 제2조 제9호 “편집인”이라 함은 정기간행물의 편집 또는 인터넷신문의 공표에 관하여 책임을 지는 자를 말한다.

- 신문법 제1장 제3조(편집의 자유와 독립)

①정기간행물 및 인터넷신문의 편집의 자유와 독립은 보장된다. ②누구든지 정기간행물 및 인터넷신문의 편집에 관하

여 이 법 또는 다른 법률에 의하지 아니하고는 어떠한 규제나 간섭을 할 수 없다. ③정기간행물사업자 및 인터넷신문사업자는 이 법이 정하는 바에 따라 편집인의 자율적인 편집을 보장하여야 한다.

- 신문법 제3장 제18조(편집위원회 등)

①일반일간신문을 경영하는 정기간행물사업자는 편집위원회를 둘 수 있다. ②편집위원회는 대통령령이 정하는 바에 따라 정기간행물사업자를 대표하는 편집위원과 취재 및 제작 활동에 종사하는 근로자를 대표하는 편집위원으로 구성한다. ③편집위원회는 일반일간신문 제작의 자율성을 보장하기 위하여 편집규약을 제정할 수 있다. ④제3항의 규정에 따라 편집규약을 제정하는 경우 편집규약에는 다음 각호의 사항이 포함되어야 한다. 1. 편집위원회의 구성·권한·조직·위원의 임기·신분보장 및 운영에 관한 사항 2. 편집위원회의 자율성·독립성 및 공정성의 보장에 관한 사항 3. 편집위원회의 규칙 제정 등에 관한 사항 4. 편집의 공공성과 자율성 보장에 관한 사항 5. 편집의 기본적인 원칙 및 지침에 관한 사항 6. 편집의 기본원칙에 위배되는 내용으로서 양심에 반하는 취재 또는 제작에 대한 거부권에 대한 사항 7. 편집·취재와 관련한 윤리지침에 관한 사항 8. 편집책임자의 임면에 관한 사항 9. 편집방향의 심의·결정 및 변경에 관한 사항 10. 독자권익위원회의 구성 및 운영, 독자의 권익보호, 독자의견의 반영에 관한 사항

신문법의 이들 규정에 대하여, 동아일보와 조선일보는 그 시행일인 2005년 7월 28일 전에 이미 ‘신문법 시행으로 기본권이 침해된다’면서 그 위헌성을 주장하는 헌법소원 심판을 청구하였다.²⁾

2) 동아일보는 2005년 3월 23일, 신문 등의 자유와 기능보장에 관한 법률 10개 조항(시장지배적 사업자, 경영금지, 자료의 신고, 신문발전위원회 등)과 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 5개 조항(언론의 사회적 책임, 인격권보장, 시정권고 등)에 대하여 헌법소원 심판을 청구하였다. 이어서 조선일보는 6월 8일 신문법 제3조 제2항 등과 언론중재법 제4조 등에 대해 위헌소원을 심판 청구하였다. 신문법 헌법소원 심판의 첫번째는 정인봉 변호사와 환경건설일보 강병진 대표이사가 2월 18일 청구한 것이 그것이다.

Ⅲ. 편집권의 자유권적 기본권으로서의 인정 문제

조선일보 등은 헌법소원 심판의 청구이유서에서 “신문 자유의 핵심은 언론의 외적 자유, 즉 ‘경향의 보호’ (Tendenzschutz)에 있고 그 주체는 발행인이라고 할 수 있는데 신문법은 이러한 경향성을 훼손할 수도 있는 편집권 관련 조항들을 담고 있다”고 주장했다. 언론의 내적 자유로서의 편집권을 헌법상 권리인 기본권으로서 인정치 않겠다는 의미이다. 즉 조선일보 등의 주장에 따르면 신문법은 편집권이라는 말을 그 귀속 주체나 내용에 대한 구체적 확정이나 합의 없이 명문화하여 발행인의 권한을 배제함으로써 헌법상 언론의 자유, 영업활동의 자유 및 평등원칙에 위배되는 결과를 초래할 수 있다는 것이다.³⁾

규범적 논점이 명확해졌다. 헌법(제111조 제1항)은 “법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판”을 규정하고, ‘헌법재판소법’은 이를 헌법소원심판으로 규정하면서(법 제2조 제5호 및 제4장 ‘특별심판절차’ 제5절 ‘헌법소원심판’), “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자”가 제기하는 ‘헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원심판’ (권리구제형 헌법소원)을 정하는 만큼, 편집권을 헌법상 권리 즉 기본권으로 볼 수 있는지의 여부가 이번 헌법소원 심판의 당·부당을 가림에 있어서 결정적 기준이 된 것이다.

편집권을 기본권으로서 인정하느냐의 문제는 기본권이 무엇이나 그리고 편집권은 어떠한 성격의

기본권이나 등을 우선 정하는 것에서 시작된다. 기본권이라 함은 국민이 국가에 대하여 지니는 헌법상 권리로서 국가를 구속하는 힘을 지니는 공권(公權)이다.⁴⁾

즉 기본권은 ‘일반국민’의 ‘국가에 대한’ 권리다. 그러므로 편집권을 “언론사 종사자가 그 발행인을 상대로 주장하는 권리”라고 하는 언론학 쪽의 정의는 헌법학의 측면에서는 잘못된 것임을 알 수 있다. 기본권은 발행인이라고 하는 사인(私人)을 상대로 하는 사인의 권리는 아닌 것이다.

또 하나의 문제는 헌법 제21조 제1항 “모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다” 및 제3항 “통신·방송의 시설기준과 신문의 기능을 보장하기 위하여 필요한 사항은 법률로 정한다”의 내용을 어떻게 해석할 수 있느냐에 달려있다. 편집권을 보통 언론의 내적 자유의 일환으로서 해석하여 이를 기본권으로서 받아들인다면, 그것은 헌법 제21조에 근거하는 자유권적 기본권으로서의 성격을 갖는 것이기 때문이다.

자유권적 기본권은 국민 개개인의 자유를 국가권력으로부터 방어하기 위하여 향유하는 소극적·부작위적 성격의 인권이다. 그런데 편집권 인정 문제와 관련하여 중요한 점은, 이 자유권적 기본권은 권리로서의 성격 외에 공동체의 객관적 법질서의 구성요소로서 민주주의, 법치주의 등의 질서를 형성하는 기능을 지닌다는 점이다. 이와 같이 자유권적 기본권이 지니는 주관적 공권으로서의 성격 외의 그 ‘객관적 성격’을 적절히 인식할 때, 편집권의 자유권적 기본권으로서의 존재는 인정 가능할 것이다. 이 때 헌법 제21조 제3항의 ‘신문의 기능’이라는 문구가 핵심적인 키워드가 될 수 있을 것이다.

3) 주식회사 조선일보사 외 2, 신문법 제3조 제2항 등 위헌확인(헌법소원) 심판청구서, 7-45면 참조.

4) 자세한 내용은 강경근(2004), 『헌법』(신판), 서울 : 법문사 참조.

편집권은 사인(私人)을 대상으로 하는
권리가 아니라
국가를 상대방으로 하는 권리

IV. 편집권의 기본권으로서의 인정 여부에 관한 몇 가지 논의

한 연구자는 편집권의 기본권으로서의 인정 문제는 언론이 권력으로부터 독립하여야 하는 것은 물론이고 자본으로부터도 독립되지 않으면 진정한 공적 기능을 수행할 수 없기 때문에 법적인 조치에 의해 편집 종사자의 편집권이 제도적으로 보장되어야 함을 그 핵심이라 주장한다.⁵⁾

그의 주장에 따르면, 개인이 미디어를 설립하고 이를 운영함으로써 여론형성에 참여할 수 있는 미디어의 자유는 원래 국가에 대한 자유로서 이른바 언론의 대외적 자유(äußere Pressefreiheit)라고 할 수 있으며, 이에 비하여 '내적 언론의 자유'는 언론의 자유가 비국가적 측면으로부터 위협받는 경우에 논의되는 것인 바 그 가장 넓은 의미는 언론 매체와 그에 대하여 영향이나 압력을 행사하려는 광고주나 기타 사회세력 간의 관계에서 논의되는 것이며, 다음으로는 개개의 미디어를 포함하는 언론계 자체의 독점화 경향에 의해 야기될 수 있는 언론 자유에 대한 영향과 대책, 마지막으로 가장 좁은 의미에서 개개의 언론기업 내부에서 발행인과 기자 간의 관계에 관한 논의를 주된 대상으로 한다고 하면서 여기에서는 발행인의 표현의 자유로서 '경향의 보호'(Tendenzschutz)와 기자의 '양심의 자유'의 보호가 대립관계로 나타나고, 양자 간의 타협과 조화의 방안이 논의된다고 하면서, 편집권

논의는 이 발행인과 기자간의 관계에 관한 국면에 서 논의되는 문제라 한다.

그러면서, 발행인과 기자 사이에서도 기자에게 주어지는 헌법상 표현의 자유를 근거로 발행인에 대하여 그가 소유·운영하는 신문에 기자의 의견을 신게 하라고 요구할 법적인 권리는 생겨날 수 없으며, 헌법상 신문의 자유가 보장된다 하더라도 그것은 각 시민이나 그 종사원에게 공중에 대한 의견표현을 목적으로 미디어를 이용할 주관적 권리를 도출하는 것은 아니라고 한다. 즉 원래 국가에 대한 자유(외적 자유)로서 성립한 언론의 자유가 어떻게 국가 이외의 제3자에 대해서도 주장될 수 있는가 하는 점에 대하여는 의문이 있을 수 있다는 것이다.

하지만 편집권의 문제를 이렇게 파악하는 것은 언론의 자유를 사상의 자유로운 시장이라는 19세기적 관점에 치중한 것이며, 또한 편집권을 내적 언론의 자유를 구현하는 기본권으로서 인정한다고 하더라도 그것은 국가를 상대방으로 하는 권리이지 국가가 아닌 사인을 대상으로 하는 권리는 아니라는 점을 잊고 있다. 기본권의 제3자적 효력을 인정한다고 하더라도, 그것이 기본권을 사권(私權), 즉 사인(私人)을 청구대상으로 하는 '대(對) 사인적 권리'로 변하게 하는 것은 아니다. 즉 기본권은 공권(公權)인 것이다. '공권'으로서의 기본권은 '사법(私法)' 관계에 적용되지 않는다. '공·사법' 이원 질서를 기초로 형성된 법치주의 법질서에 반하기 때문이다. 기본권의 사인간 적용이 인정되더라도,

5) 이하의 논의는 박용상(2001), 편집권 논의의 법적 조명, 「헌법논총」, 제12집, 5-228면을 참조하여 이를 요약한다.

사인(私人)간 법률관계에 원용되는 규범은 사권, 사법 일반조항(예컨대 민법 제103조, 제104조), 사법원리(소유권 존중, 법률행위의 자유, 자기책임 등) 등이지 ‘공권’으로서의 기본권이 사법관계에 원용되는 규범 즉 법원(法源)이 되는 것은 아니다.

기본권의 효력을 확장한다는 논리를 바탕으로 기본권의 대사인적 효력을 인정한다 해서 공권으로서의 기본권을 사권으로 변하게 하는 것은 아니라는 점은 달리 말한다면, 개인의 대국가적 청구권으로서의 기본권이 대사인적 청구권으로 변질되는 것은 아니라는 점이다. 공권으로서의 기본권은 대국가적 효력을 지닐 뿐이다. 대사인적 효력은 인정되지 않는다. 객관적 규범으로서의 기본권이 아닌 공권으로서의 기본권이 개인과 국가 간의 공법적 질서 외에 사인간의 사법적 질서에 효력을 미치어 적용대상으로 삼는 것은, 주관적 공권으로서의 기본권이 지니는 개인의 대국가적 권리라는 성격과 논리적으로 모순되는 것이다.⁶⁾

그러므로 예를 들어 “제3자 효력설에 의하면 기자의 표현의 자유는 그 본질에 관련되는 경우 언론기업주에 대하여도 주장할 수 있도록 하여야 한다”는 주장은 이렇게 고쳐서 말해야 할 것이다. 즉 “기자의 표현의 자유는 ... 언론기업주에 대하여서도 미칠 수 있도록 국가에 청구할 수 있는 것이다”. 또한 “언론자유에 관하여 제3자 효력(대사인적 효력)을 인정한다면 사용자, 즉 발행인에 대한 기자의 지위를 직접적으로 유리하게 한다”는 주장도 “... 제3자 효력(대사인적 효력)을 인정하더라도 사용자, 즉 발행인에 대한 기자의 지위를 직접적으로 유리하게

하는 것은 아니다”로 고쳐야 한다.

위와 같은 수정된 입장에 설 때에 비로소 “신문의 기능을 보장하기 위한 입법의무를 규정하는 우리 헌법 제21조 제3항은 언론의 공적 기능에 대한 국가의 침해뿐 아니라, 나아가 제3자로부터의 위해(危害)에 대해서는 물론, 언론계 내부나 언론기업 자체 내부에서 야기되는 침해가능성에 대처할 국가에 대한 헌법적 위임을 포함하고 있다”는 주장이 타당성을 가지게 된다. 또한 그것이 필자의 지금까지의 견해이기도 하다.⁷⁾

다만 필자는 이를 ‘국가에 대한 헌법적 위임’ 내지 ‘입법정책적 의무’에 그치지 아니하고, 국가는 이 편집권이라는 기본권을 실현하여야 할 헌법적 의무를 지고 있는 것으로 본다는 차이점을 인정했었다.

위 연구자는 계속하여 독일에서 내적 언론자유기업 내부적 국면은 주로 발행인에 대한 기자의 종속성의 문제로서 논의되었고 그 해결방안을 상호적인 권한획정에서 시도하려 하였다고 하면서, 이 문제에 대하여는 사기업 체제를 기본으로 하는 언론기업에서 발행인의 재산권 보장이라고 하는 헌법적인 문제뿐 아니라 공적 과업의 수행주체로서 발행인은 제외되는가 또는 공적 과업을 수행한다고 주장하는 기자들이 충분한 자질과 교양을 갖추고 있는가 하는 등 복잡한 법적·사회적 문제가 제기된다고 한다. 필자 역시 편집권의 구체적인 실현은 발행인과 편집인 기타 일선 기자들이 가지는 각각의 기본권의 형량관계에 따라서 자율적으로 정하여지는 영역인 점을 이미 주장한바 있다.

전체적으로 편집권 논의에 관한 각국의 경향에 대하여 위 연구자는 1960년대 중반 이후 독일을 중

6) 자세한 내용은 강경근(2004), 『헌법』(신판), 서울 : 법문사 참조.

7) 강경근(1998), 편집권 독립 법제화의 논리와 실제, 언론개혁시민연대 <신문 개혁, 어떻게 할 것인가> 발제 논문 이래 1994년의 『헌법』 교과서에서의 견해를 참조.

**발행인과 언론종사자 그리고
편집권과 내적 자유 간의 관계를
어떻게 설정할 것이냐는 각국마다 차이있어**

심으로 유럽 여러 나라에서 신문 등 미디어 사업의 내부부를 어떻게 조직할 것인가 하는 논의가 전개되었지만, 영미에서는 언론의 자유는 발행인 개인이 갖는 자유라고 하는 점이 철저히 인식되고, 언론의 내적 자유라거나 기자들의 편집권이라고 하는 관념은 법적으로 논의되지 않고 있다. 특히 미국에서는 편집권이라는 개념이 따로 논해지는 일은 없었고, 대부분의 경우 신문사 소유자는 발행인이 되고 신문사내 모든 문제에 있어서 발행인의 결정권은 절대적이다. 발행인은 경영상 및 편집상 기본 방침을 정하여 소속 직원을 지시하고 효과적으로 운용하도록 통제하는 것이 보통이라고 한다. 따라서 이를 따로 편집권이라고 부를 수는 없으며, 그러므로 ‘편집권’이라고 하는 구체적 용어와 함께 이 문제가 정면으로 다루어진 것은 2차 대전 직후 일본에서였다고 한다.

일본에서 편집권은 헌법상 신문의 자유를 근거로 인정되는 것으로서 그 소유자, 경영자에게 언론의 자유를 인정하고, 경영 또는 편집 관리인이 주체가 되는 것으로 인식되었고, 편집권에는 그 확보를 위한 인사권까지 포함한다는 점이 주장되었으며, 다만 이에 대해서는 “편집권은 노동자가 가지는 모든 법적 권리를 제약할 수 있는 것은 아니”라는 입장도 같이 표명되었다. 그렇지만 신문사내에서 신문의 발행은 경영진과 신문노동자의 협력에 의해 이루어진다는 점에서 편집권을 경영진에게 일방적으로 일임시킴으로써 야기되는 논란은 여전히 해소되지 못하고 있다고 한다.

나아가 전반적으로 볼 때, 언론의 내적 자유는 독일에서 발전된 개념이었고, 이미 바이마르 헌법 당시부터 ‘편집상의 언론자유’ 내지 ‘경제적 압력으로부터의 자유’라고 하는 말로써 논의가 시작되었다고 한다. 이러한 의미에서 언론의 내적 자유라는 개념은 헌법상 언론자유와 기본권에 ‘편집의 자율’(redaktionelle Autonomie, journalistic independence)이 함께 보장되고 있다는 점을 특히 강조하려는 입장이 표현된 것이었다. 다만 그러면서도 무엇보다 독일의 내적 자유를 논함에 있어서 유의할 점은 헌법상 미디어의 자유를 이해함에 있어서 특히, 신문 및 정기간행물을 창간하고 운영 하는 발행인은 그 미디어를 통하여 그 자신의 의견과 주장을 펼 수 있는 자유를 가지며, 그 때문에 각 미디어 기업은 헌법상 ‘경향의 보호’(Tendenzschutz)를 누린다는 점을 특히 강조하고 있다.

나아가 신문의 경우 편집규약의 체결은 강제될 수 없고, 약정되는 경우에도 발행인의 신문의 자유의 구조적 우월성을 존중하는 범위에서 허용되게 된다. 독일 연방헌법재판소의 관례에 의하면 신문의 경향에 관한 결정과 변경에 관한 권한은 발행인만이 가질 수 있고, 정간물이나 신문의 경향의 변경은 필요한 인사개편(보직변경)에서 지시권을 행사함이 없이는 생각할 수 없기 때문에 발행인의 위 두 권리는 상호 분리할 수 없는 내적 관련을 갖는다는 것이다.⁸⁾

그리고 경향과 관련한 발행인의 지시권은 언론기

8) Bernd Rüthers und Jürgen Bennica, a.a.O. S. 641. 박용상. 앞의 논문 소수.

업에서 미디어의 자유를 위해 헌법상 특별히 인정되는 것이기 때문에 일반적 노동관계법의 적용을 받지 않으며, 보다 확대된다고 한다. 이러한 독일의 논의 경향은 필자가 지금까지 주장해온 바와 같은 맥락에 서 있는 것이다.

그런 점에서, “헌법상 미디어의 자유는 발행인에게 있고, 언론기업 내에서 기자들의 기능과 활동에 근거하여 기자들에게 내적 자유가 주어지는 것으로서 정리되어야 한다”는 입장 역시 필자의 견해와 합치된다. 다만 “국가가 내적 자유를 법적으로 강제하는 경우에는 양자 간의 사적인 법률관계에서 기자를 위해 발행인의 표현의 자유를 제한하게 됨을 의미”한다는 견해는 필자와 차이가 있다. 이는 아래에서 정리한 필자의 입장을 참고하기를 바란다. 그런 점에서 “내적 자유가 법적으로 보장되면 발행인은 자기의 생각에 맞지 않는 생각이 공표되거나, 자기의 마음에 들지 않는 뉴스가 선택되는 것을 수인해야 하고, 자신의 의견이나 뉴스의 선택권을 관찰시킬 수 없게 되어 결국 발행인 측으로 보면 그의 핵심적 표현의 자유가 침해받게 된다⁹⁾”는 입장 역시 필자의 견해에는 반한다. 또한 “발행인의 언론의 자유를 제한하게 되고, 나아가 그의 기업주로서, 저널리즘적 통일체로서 기능을 보전할 수 있는 직업의 자유가 침해된다¹⁰⁾”는 입장 역시 동의하기 어렵다.

그럼에도 불구하고 결과적으로 “내적 자유는 기자와 발행인 간의 관계에서 발행인의 표현의 자유로서의 뉴스 및 의견 선택권이나 그 작업상 사용자

로서의 지시권을 제한하게 된다는 점에서 실천적 조화에 의한 이해관계의 조정이 필요하게 된다. 이러한 조정에서 유의할 점은 발행인이 가지는 경향 추구의 권리이든, 기자가 주장하는 내적 자유이든, 어느 일방의 완전한 보호와 타방의 전면적 희생을 가져오는 해결은 바람직하지 않다. 또 그렇다고 하여 반드시 신문의 자유의 기본권이 양 주체에게 동일하게 보호되어야 함을 의미하는 것도 아니다. 신문의 제작 및 편집과정이 ‘분업을 통해 노동하는 다양한 기본권 주체에 의한 공동작업과정’인 점을 인식하고 그 조정을 위해서는 기본권의 실천적 조화에 의해 해결하는 방안이 최선이라고 생각된다. 다음의 논의는 이러한 기본 입장을 전제로 진행된다”라는 입장은 필자가 이미 밝힌 견해와 완전히 일치한다. 다만 필자는 편집권을 헌법상 권리로 인정하면서 위와 같은 논지를 전개한다는 차이점을 가지고 있는 것이다.

끝으로 편집규약(Redaktionsstatut)은 언론의 내적 자유를 구체화하는 방안의 하나로서 경영인의 언론 자유와 편집인의 언론 자유를 동시에 충족시키는 해결 방법의 하나로 등장한 것이었다는 점, 독일에서 편집규약은 발행인과 편집부문 간의 임의적 합의에 의해 체결되는 법외적 제도일 뿐, 어느 일방이 이를 강제하는 것은 허용되지 않는다. 체결되는 경우에도 그 내용은 발행인의 신문의 자유의 구조적 우월성을 존중하는 범위에서 허용되게 된다. 그리고 이렇게 체결된 편집규약은 발행인 측 또는 기자그룹 측 어느 일방에 의해 해지될 수 있다는 점, 한때 편집권 독립의 모범적 국가로 여겨

9) Christoph Engel, Einwirkungen des europäischen Menschenrechtsschutzes auf Meinungsäußerungsfreiheit und Pressefreiheit - insbesondere auf die Einführung von innerer Pressefreiheit, Archiv für Presserecht, 1. Quartal 1994, S. 1, 박용상 앞의 논문 소수.

10) Christoph Engel, Privater Rundfunk vor der Europäischen Menschenrechtskonvention(Law and Economics of International Telecommunications 19) 1993, S. 445f, 박용상, 앞의 논문 소수.

편집권은 '자유로운 언론제도의
형성을 위한 최소한'을 법·제도적으로
실현할 수 있게 하는 기본권

졌던 독일에서 편집규약 제도가 폐지되고 있다는 점 등을 인용하고 있다.

V. 편집권의 헌법상 권리로서의 본질에 관한 필자의 견해

1. 편집권의 의의와 헌법적 근거

편집권은 언론의 자유가 지니는 객관적 법질서의 구성요소에 기초한 언론의 내적 자유를 실현하여 언론의 외적 자유, 즉 언론의 발행의 자유 내지 국민의 알 권리를 실현하는 자율적 '편집·편성권'이다.¹¹⁾ 헌법 제23조 제3항 "통신·방송의 시설 기준과 신문의 기능을 보장하기 위하여 필요한 사항은 법률로 정한다"에서 신문의 '기능'을 법률로 정한다고 규정한 것은, 객관적 법질서로서의 언론제도를

를 형성·유지하기 위하여 국가는 법률에 '의하여' 이를 실현하여야 함을 지적한 것이다.¹²⁾ 이와 같이 편집권은 민주주의의 존립·발전에 필수 불가결한 기본권으로서의 언론의 자유를 위해¹³⁾ '자유로운 언론제도의 형성을 위한 최소한'을 법·제도적으로 실현할 수 있게 하는 기본권, 즉 헌법상 권리다.¹⁴⁾

2. 편집권의 물적 독립 - 편집의 전문성

편집권은 언론매체가 언론 자유의 목적인 국민 개인의 인격의 자유로운 형성과 공동체의 민주주의 질서의 형성을 위하여 지니는 편집의 자유와 독립을 위한 '물적 독립성'을 그 내용으로 한다.¹⁵⁾

편집권의 물적 독립은 기사 작성과 편집 등의 일을 행하는 기자와 편집인 등의 내적인 언론의 자유의 보장에 의의가 있지만, 그렇다고 편집권은 편집인 등 편집종사자들에게 전속적으로 귀속되는 권리

11) 강경근, '언론기능' 개념은 편집 자유와 독립, 2000. 11. 언론중재위원회 정기세미나 '언론 환경의 변화와 언론관련 법률의 쟁점별 검토' 중에서 주제 발표문.

12) 헌법은 통신과 방송의 시설기준은 법률의 유보영역에 두고 있음에도 불구하고, 신문의 경우에는 그 시설기준에 대해서가 아니라 '기능'을 보장하기 위하여 필요한 사항을 법률로 정한다고 하였다. 이 '기능'의 의미는 언론의 내적 자유를 의미하는 것으로 볼 수 있고 그렇다면 헌법 제21조 제3항 '신문'의 의미는 매체로서의 언론전체를 가리키는 광의로 보는 것이 적당하다. 그 용어에도 불구하고, 이는 신문이라는 매체에 한정하지 아니 하고 방송·통신을 포함하는 언론매체 전체의 '기능'을 보장하기 위하여 언론의 내적 자유를 실현하는 조항으로 보는 것이며 이렇게 해석한다면, 특히 그 '시설기준'에 대해서는 '방송·통신' 등의 언론매체의 경우에 한정하여서만 특정하여 법률로 보장할 것을 지시하였다고 보는 것이 적절하다.

13) 헌재 1993. 5. 13. 91헌바17 음반에 관한 법률 제3조 등에 대한 헌법소원 한정위헌결정[판례집5-1 275-296] 특히 284-285면.

14) '자유로운 언론제도의 형성을 위한 최소한'이라는 조건은, 예를 들어 "방송편성의 자유와 독립은 보장된다", "누구든지 방송 편성에 관하여 이 법 또는 다른 법률에 의하지 아니하고는 어떠한 규제나 간섭을 할 수 없다"는 방송법 제4조의 규정은 지상파 방송과 같은 공영성이 인정되지 않는 신문 등에 있어서는 타당하지 않을 것이다.

15) 1996년 4월 8일, 1957년 4월 7일 선포한 '신문윤리강령'을 다시 채택하는 형식으로 '신문윤리강령', '신문윤리실천요강'을 제정하였다. 신문윤리강령은 제3조에서 언론의 독립, 제4조에서 보도와 평론의 공정성을 규정하고 신문윤리실천요강은 제1조 "언론인은 자유롭고 책임있는 언론을 실현하기 위해 부당한 억제와 압력을 거부해야 하며 편집의 자유와 독립을 지켜야 한다", 제10조 "편집자는 사내외의 압력이나 억제로부터 자유로워야 하며 공개된 편집기준에 따라 독립적으로 편집해야 한다" 하면서, 총칙(제1항), 편집변경 및 선정주의 금지(제2항), 미확인사실 과대편집 금지(제3항), 기고기사의 변경금지(제4항), 기사의 정정(제5항), 관계사진 게재(제6항), 사진조작의 금지(제7항) 등을 규정하고 있다.

가 아니라¹⁶⁾ 언론사 경영자 등과 경합하여 지니는 권리다. 다만 편집종사자들의 편집에 관한 ‘일’이 경영자 등이 편집에 관하여 행하는 권한보다 직접적·본질적이며 전문적 사항일 뿐이다.

3. 편집권의 인적 독립 - 편집인의 보호

편집권의 인적 독립은 편집의 전문적 종사자인 편집자 등이 지니는, 언론사 경영자 등으로부터 독립을 가능케 하는 보호를 의미한다. 그렇지만 편집인의 인적 독립은 현실적으로 정기간행물을 ‘발행하는 자’로부터 자유롭지 못하다. 대부분의 언론사는 사기업의 형태로 설립·유지되며 편집인이나 기자들은 그러한 언론사의 피고용자라는 법적 신분관계를 부인할 수 없기 때문이다.

VI. 신문법상 편집권 조항의 과잉규정성

1. 신문법의 명칭 자체가 상반되는 가치를 혼재하였다

‘신문 등의 자유와 기능 보장에 관한 법률’이라는 법률의 명칭 자체가 단절성을 보여주고 있다. 신문의 ‘자유’와 신문의 ‘기능’이라는 말은 상호간 긴장

관계에 설 수 있는 의미로서 우리 헌법에 규정되어 있기 때문이다. 신문의 자유라는 말은 언론의 경향성을 보장함으로써 그 다양성을 확보하는 등의 신문발행의 자유를 그 의미로 포함하는 근거가 되는 용어다. 물론 헌법 제21조 제3항에 규정되어 있는 ‘신문의 기능’이라는 말 역시 신문의 경향성 보호와 다양성 확보를 위한 언론의 내적 자유를 헌법상 권리로서 인정할 수 있게 한다는 의미에서, 편집권 법제화의 근거로서 원용할 수 있는 것도 사실이다.¹⁷⁾

하지만 신문의 기능이라는 문언이 국가로부터의 자유를 본질로 하는 방어권으로서의 언론의 자유, 특히 신문의 경향성과 다양성을 내용으로 하는 신문 발행의 자유를 보장하는 헌법 제21조의 합헌적 의미를 살릴 수 있으려면, 그와 같은 ‘신문의 기능’이라는 문언에 근거하여 인정되는 편집권 내지 언론의 내적 자유를 구체화하는 법률이 신문 발행의 자유를 보장할 때 그 의미가 있다’라는 한계를 지키는 경우에만 가능한 것이라 할 수 있다.

신문법이 헌법상 규정된 신문의 기능이라는 문언이 부여하는 편집권의 본래의 내용을 갖지 아니할 때, 그 법률은 오히려 언론의 내적 자유가 국가에 의하여 지시나 간섭을 받을 수 있게 하는 통로로 기능하게 된다. 그리고 결과적으로, 신문의 외적 자유, 즉 자유로운 언론을 해할 가능성을 제공한다. 바로 그 점에서, 신문의 기능이라는 말은 신문의

16) 헌재 1996.8.29. 94헌바15 영화법 제4조제1항등 위헌소원 합헌결정[판례집8-2 74-89] 특히 86면 “헌법이 언론·출판의 자유를 보장하는 것은 언론·출판의 자유의 내재적 본질인 표현의 방법과 내용을 보장하는 것을 말하는 것으로서 언론·출판기업의 주체인 기업인으로서의 활동까지 포함하는 것으로 볼 수는 없다. 기업경영주체로서는 일반 사회법질서의 규율에서 예외가 될 수 없으며, 언론·출판기업에 대하여 일정한 시설을 갖추어 등록하게 하는 것은 언론·출판의 자유의 본질적 내용의 간섭과는 구분되며, 원칙적으로 언론·출판의 자유에 관한 본질적인 내용의 침해에 해당하는 것이라고 볼 수 없다. 다시 말하면, 헌법상 보장된 언론·출판의 본질적 자유에 속하는 표현의 자유가 강력하게 보장되어야 한다는 것과 언론·출판의 자유를 현출하는 매체가 하나의 기업으로서 객관적인 시설기준으로 갖추고 일반 법질서에 의해 규율되어야 한다는 것은 서로 구분하여 파악하여야 한다.”

17) 강경근(2004). 『헌법』(신판). 서울 : 법문사 참조.

신문법이 헌법상 규정된 '신문의 기능'이라는
문언이 부여하는 편집권의 본래 내용 갖지 않을 때
도리어 언론 내·외적 자유 침해할 수 있어

자유와 긴장관계에 서게 되는 것이다.

2. 신문법 제3조 제2항은 헌법 제21조 제3항에
위배될 가능성이 있다

‘신문의 자유’라는 말로서 표현되는 신문의 외적 자유, 즉 자유로운 언론 그리고 신문의 내적 자유를 말하는 ‘신문의 기능’이라는 문언이 긴장관계에서 그 상황을 가장 잘 보여주는 것이 편집권 규정의 시행령을 정하는 과정이다. 제정 신문법이 편집권에 관련하여 규정한 제3조(편집의 자유와 독립) 조항은 헌법 제21조 제3항의 ‘신문의 기능’이라는 문언이 지니는 한계를 벗어난 과잉의 표현이다. 신문의 기능이라는 표현은 언론의 내적 자유를 실현하여 궁극적으로는 언론의 경향성과 다양성을 보장하는 자유로운 신문 발행이라고 하는 언론의 국가로부터의 자유, 즉 그 방어권으로서의 성격을 실현할 수 있게 하는 키워드라고 할 수 있다. 그럼에도 불구하고 신문법 제3조의 규정은 그 본래의 헌법상 인정된 의미를 훼손시킬 수 있는 여지를 법률 자체 및 법률에 근거하는 명령에 백지위임할 가능성이 큰 조항인 것이다.

신문법 제3조 제1항의 “정기간행물 및 인터넷신문의 편집의 자유와 독립은 보장된다”는 규정은 헌법 제21조 제3항 “신문의 기능을 보장하기 위하여 필요한 사항은 법률로 정한다”를 확인하는 선언적 의미만 가진 조항이다. 문제는 이러한 확인 내지 선언적 규정에 더하여 부가된 동조 제2항과 제3항에 있다. 제2항은 “누구든지 정기간행물 및 인터넷신문의 편집에 관하여 이 법 또는 다른 법률에 의하지 아니하고는 어떠한 규제나 간섭을 할 수 없

다”하는 데, 이는 방어권으로서의 언론의 자유, 특히 신문 발행의 자유 및 그 내적 자유로서의 편집권이라는 헌법상 권리의 본질에 반하는 규정 내용인 것이다. 표면상 이 규정은 ‘규제나 간섭을 할 수 없다’라고 되어 있다. 하지만 그 반대해석에 따르면 ‘누구든지’, 즉 국가는 물론 사인이라도 이 신문법이나 다른 법률이 정하는 경우에는 신문 등에 대한 ‘규제와 간섭’을 행할 수 있다는 일종의 백지위임의 규정이다. 이와 같이 해석되는 경우의 이 조항은 헌법 제21조 제3항에 정면으로 반하는 것이다.

“신문의 기능을 보장하기 위하여 필요한 사항은 법률로 정한다”라고 하는 헌법 제21조 제3항 그리고 기본권 제한의 비례성 원칙을 정한 헌법 제37조 제2항에 따르면, 신문의 기능을 제한하기 위한 법률은 필요성 원칙, 즉 과잉금지의 원칙에 따른 엄격한 심사에도 불구하고 그 합헌성이 인정될 수 있는 정도의 규범적 내용을 지녀야 하는 것은 물론, 언론의 자유의 본질적 내용의 침해 금지 원칙에도 따라야 하는 것이다. 언론에 대한 규제와 간섭을 그것이 국가로부터이건 또는 언론사 사주로부터이건, 신문법 제3조 제2항과 같은 형식의 백지위임식의 규제와 간섭을 행할 수 있는 근거 조항을 두는 것은 헌법 제21조 제3항 및 제37조 제2항에 의하여 그 합헌성을 인정받지 못할 정도의 무권한의 헌법위배적 법률에 지나지 않는다. 편집권은 민주주의의 존립·발전에 필수 불가결한 기본권으로서의 언론의 자유가 지니는 ‘자유로운 언론제도의 형성을 위한 최소한’을 법·제도적으로 실현할 수 있게 하는 기본권, 즉 헌법상 권리이기 때문이다.

3. 신문법 제3조 제3항은 헌법 제21조 제3항에 위배될 가능성이 있다

신문법 제3조 제3항의 “정기간행물사업자 및 인터넷신문사업자는 이 법이 정하는 바에 따라 편집인의 자율적인 편집을 보장하여야 한다” 하는 이 강행규정(“하여야 한다”는 규정의 형식)은 동조 제2항의 “누구든지 정기간행물 및 인터넷신문의 편집에 관하여 이 법 또는 다른 법률에 의하지 아니하고는 어떠한 규제나 간섭을 할 수 없다”는 규정과 함께, 헌법 제21조 제3항에 의하여 인정될 수 있는 기본권으로서의 편집권의 본지에 반하는 내용을 담고 있다.

그런 점에서, 이 규정은 다음의 취지로 수정되지 않는다면 편집권을 기본권으로 인정하는 헌법의 규정에 반하는 위헌적 규정이 될 가능성이 클 것이다.

편집권이라는 기본권은 언론의 자유가 지니는 국민 개개인의 인격의 자유로운 형성이라는 주관적인 측면 외에, 공동체의 민주주의 질서의 형성을 위하여 지니는 객관적 법질서의 구성요소에 기초한 언론의 내적 자유 및 그를 통한 언론 발행의 자유를 실현할 수 있게 하는 의미의 자율적 ‘편집·편성권’을 말한다고 할 수 있다. 헌법 제23조 제3항에서 신문의 ‘기능’을 법률로 정한다고 규정한 것은, 객관적 법질서로서의 언론제도를 형성·유지하기 위하여 국가는 이를 법률에 ‘의하여’ 실현하여야 함을 지적한 것이다.

이 편집권은 그 핵심을 편집의 자유와 독립 자체를 보장할 수 있는 ‘물적 독립성’에 두지만, 그것은 기사 작성과 편집 등의 일을 행하는 기자 내지 편집인 등의 편집종사자들에게 전속적으로 귀속되는 권리는 아니다. 언론사 경영자도 이들과 경합하

여 편집의 기본적인 방향을 정할 수 있는 자유로운 권리를 가진다고 보는 것이 헌법 제21조 제3항의 무리하지 않은 해석이다. 다만 편집종사자들의 편집에 관한 ‘일’이 경영자 등이 편집에 관하여 행하는 권한보다 직접적·전문적 사항이 될 뿐이다.

그런 점에서, 위 신문법 규정은 편집권의 주체가 편집의 자율성을 보장하기 위하여 언론의 발행에 관여하는 모든 사람들에게 인정되는 기본권임을 잊고 있다. 신문법은 정기간행물사업자를 정기간행물을 발행하는 자라 하는데(법 제2조 제6호), 법 제3조 제2항과 제3항은 편집의 자유와 독립성이 편집인에게만 인정되는 권리가 아니라 신문 등의 정기간행물 사업자에게도 인정되는 헌법상 권리인 점을 무시한 조항이며, 동조 제1항에서 보장하는 편집의 자유와 독립은 ‘정기간행물 및 인터넷신문’에 대해서 인정된다는 명문 규정에도 모순된다.

그런 점에서, 신문법 제18조 제2항의 “편집위원회는 대통령령이 정하는 바에 따라 정기간행물사업자를 대표하는 편집위원과 취재 및 제작 활동에 종사하는 근로자를 대표하는 편집위원으로 구성한다”는 규정 역시 발행인의 편집권을 부인하는 취지이어서 헌법에 반하는 조항이 될 것이다.

신문법 시행령안에 의하면 “법 제18조의 규정에 의하여 편집위원회를 구성하는 경우에는 정기간행물사업자를 대표하는 편집위원과 취재 및 제작 활동에 종사하는 근로자를 대표하는 편집위원의 동수로 구성”하여야 하고(안 제12조 제1항), “근로자를 대표하는 편집위원은 취재 및 제작활동에 종사하는 근로자들이 직접·비밀·무기명 투표로 선출하되, 근로자의 과반수로 조직된 대표단체가 있는 경우에는 그 단체가 위촉한다”고 규정한다(안 제12조 제1항) 하는바, 이러한 규정은 신문의 내적 자유의 주체인 발행인과 편집인 등의 권리가 동등하게 다루어지지 않고 발행인의 편집에 관한 권리는 인정

신문법 제39조와 제3조 제2항 등은
불명확성 및 과도한 광범성으로 인해
위헌적 규정 될 수 있어

되지 않는 것이기 때문에 이 시행령안 역시 모법인 신문법에 반하는 규정이 된다.

동 시행령안이 신문발전기금의 우선 지원조건으로서 “편집위원회 및 편집규약을 설치·제정하여 정기적으로 운용하는 경우”를 들어(안 제28조 제2호) 이를 간접적으로 강제하는 규정을 두겠다는 생각을 하는 것 자체가, 위 신문법이 편집위원회의 구성 및 편집규약의 제정을 임의에 맡기기로 한 본지를 탈법하여 이를 사실상 강제할 수 있게 하는 규정이라면 그 위헌성은 피하기 어렵고, 따라서 당해 신문법 규정의 개정은 피할 수 없을 것이다.

4. 신문법 제18조는 동법 제3조 제3항이 있는 한
사실상 강행규정이 되어 헌법 제21조 제3항에
반하는 위헌적 규정일 가능성이 있다

신문법 제18조는 이미 앞에서 보았듯이 광범한 내용을 지니고 있다. 이 규정들을 문면상으로만 보면 임의규정이다(“할 수 있다”는 규정의 형식). 하지만, 이 규정은 신문법의 다른 조항과 함께 사실상 강행규정으로 운용될 수 있는 등 위헌성을 면하기 어렵다. 예를 들어 신문법 제39조는 제3조 제2항

의 “누구든지 정기간행물 및 인터넷신문의 편집에 관하여 이 법 또는 다른 법률에 의하지 아니하고는 어떠한 규제나 간섭을 할 수 없다”는 규정을 위반하여 정기간행물 또는 인터넷신문의 편집에 관하여 규제나 간섭을 한 자는 2년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다는 규정을 두고 있다.

이 규정에서 명시한 “편집에 관하여 규제나 간섭을 한 자”라는 범죄의 구성요건은 범죄의 성립과 처벌은 죄형법정주의의 원칙에 따른 명확성과 구체성을 지녀야 한다는 원칙에 반하여 지나치게 광범위한 내용을 정하는 등 우리 헌법재판소가 인정하는 기본권제한에 있어서의 ‘막연하기 때문에 무효’(void for vagueness)의 원칙¹⁸⁾ 및 ‘과도한 광범성’(overbreadthness) 원칙¹⁹⁾ 등에 반하는 등의 문언을 지닌다는 점에서, 신문법 제39조와 함께 제3조 제2항은 위헌성이 강하다.

신문법 제39조 및 제3조 제2항이 그 문언의 불명확성 및 과도한 광범성으로 인하여 위헌적 규정이 된다면, 신문법 제18조가 제1항에서 “일반일간신문을 경영하는 정기간행물사업자는 편집위원회를 둘 수 있다”하여 이를 비록 임의규정으로 하였다 하여도 동조 제2항 이하에서 규정한 ‘편집위원회’ 규정

18) 표현의 자유를 제한하는 법률조항이나 문구가 불명확할 때에는 ‘막연하기 때문에 무효’(void for vagueness)가 된다. 막연무효원칙의 근거는 법치국가적 명확성 원칙에서 구한다. 불명확한 법률은 헌법합치적 법률해석에의 여지를 크게 함으로써 법률의 규율 및 제한 대상에 대한 사전고지의 기능을 저하시켜, 필연적으로 규제되지 않아야 할 표현까지 다 함께 규제하게 되어 언론의 자유의 제한에 있어서의 과잉금지원칙에 어긋나게 하기 때문이다. 헌재 2002.6.27, 99헌마480 전기통신사업법 제53조, 제71조제7호중 제53조 제3항 부분 위헌확인 위헌, 각하결정[판례집14-1 616-643] 특히 617-618면 참조.

19) 표현의 유해성에 대한 막연한 의심이나 유해의 가능성만으로 표현물의 내용을 광범위하게 규제하는 것은 표현의 자유와 조화될 수 없는 바(헌재 2002.6.27, 99헌마480 전기통신사업법 제53조, 제71조 제7호 중 제53조 제3항 부분 위헌확인 위헌, 각하결정[판례집14-1 616-643] 특히 630면), 이를 과도한 광범성의 원칙이라고 한다. 헌재 1998.4.30, 95헌가16 출판사 및 인쇄소의 등록에 관한 법률 제5조의2 제5호등 위헌제청 합헌결정[판례집10-1 327-355] 결정주문[제5조의2 제5호의 “음란 또는 저속한 간행물”에 관한 부분 중 “음란한 간행물”에 관한 부분은 헌법에 위반되지 아니하고, “저속한 간행물”에 관한 부분은 헌법에 위반된다.] 참조.

및 ‘편집규약’ 규정 등은 언론의 발행인에게 상당한 정도의 위축효과를 준다.²⁰⁾ 불명확한 규범에 의한 표현의 자유의 규제는 헌법상 보호받는 표현에 대한 ‘위축적 효과’를 수반하고, 그로 인해 다양한 의견, 견해, 사상의 표출을 가능케 하여 이러한 표현들이 상호 검증을 거치도록 한다는 표현의 자유의 본래의 기능을 상실케 하기 때문이다.²¹⁾

그렇 경우, 동조 제4항의 편집규약 내용으로서 거명한 10가지 사항들은 언론의 자유 전반에 대한 심각한 위협을 주는 규제 조항들이 될 것인데, 이들 규정의 문언들(자율성·독립성 및 공정성, 편집의 공공성과 자율성, 양심에 반하는 취재, 편집·취재와 관련한 윤리지침에 관한 사항 등) 역시 불명확하고 상당한 광범성을 지니는 것이다. 이와 같이 표현의 자유를 규제하는 법률은 규제되는 표현의 개념을 세밀하고 명확하게 규정할 것이 헌법적으로 요구된다는 헌법원칙에 이들 신문법 규정들은 반한다는 점에서 그 개정이 요구되는 것이다.

뿐만 아니라, 신문법 제18조 제4항 제10호는 편집규약에 들어가는 사항으로서 ‘독자권익위원회의 구성 및 운영, 독자의 권익보호, 독자의견의 반영에 관한 사항’도 들고 있다. 이는 신문의 발행과 그 소비라고 하는 법률관계로부터 모든 법적 권리의무 관계가 발생하는 것으로 보는 시장경제질서의 기본 원칙에 합치하지 않는다. 이 문제는 법치국가적 법률의 의회주의적 성격을 부인하는 민주주의적 성격

을 보이는 것으로서, 우리 헌법이 일반원리로 삼는 법치국가적 민주주의 원칙에 반하는 것이다. 이에 대해서는 다음의 장에서 보기로 한다.

5. 신문법 제11조 제1항, 제2항은 헌법 제21조 제3항에 위배될 가능성이 있다

언론의 자유는 불특정다수에 대한 의사 표현·소통을 가능하게 함으로써 사상·정보의 형성·전파 등을 국가권력으로부터 방해받지 않고 향유할 수 있는 개인의 주관적 권리다. 즉 언론의 자유를 ‘의사’ 표현의 자유라 할 때의 그 의사에는 가치평가가 내재되는 사실 자체는 포함되지 않는다. 다만 가치평가로서의 의사의 개념은 널리 “일정한 표현의 의도”로 이해하는 것이 의사표현과 사실보도를 굳이 구별하지 않는 언론의 시대적 흐름에 부합한다.

그런 점에서, 신문법이 제11조 ‘광고’의 제1항에서 “정기간행물사업자는 광고로 인하여 독자의 권익이 부당하게 침해당하지 아니하도록 노력하여야 하며, 광고의 내용이 사회윤리, 타인의 명예나 기본권을 명백히 침해한다고 판단되는 경우에는 그 게재를 거부할 수 있다”하고 제2항에서는 “정기간행물의 편집인은 독자가 기사와 광고를 혼동하지 않도록 명확하게 구분하여 편집하여야 한다”는 규정을 둔 것은 편집권을 침해하는 규정이라고 할 수 있다.

일반적으로 ‘영리광고’의 경우, 광고의 대상이 되

20) ‘위축적 효과’라 함은 무엇이 금지되는 표현인지가 불명확한 경우에 자신이 행하고자 하는 표현이 규제의 대상이 아니라는 확신이 없는 기본권주체는 대체로 규제를 받을 것을 우려해서 표현행위를 스스로 억제하게 될 가능성이 높은 양태를 말한다.

21) 현재 1998.4.30. 95헌가16 출판사 및 인쇄소의 등록에 관한 법률 제5조의2제5호등 위헌제청 합헌결정[판례집10-1 327-355] 특히 341-342면(현재 1990.4.2. 89헌가113, 판례집2 49면; 현재 1996.8.29. 94헌바15, 판례집8-2 74면; 현재 1996.11.28. 96헌가15, 판례집8-2 526면 등도 참조).

**편집권과 언론 내적 자유를 합헌적으로
실현하기 위해서는 발행인의 경영권 등을
편집권 행사의 일환으로 쓸 수 있음을 인정해야**

는 물품을 사도록 타인의 의사에 형성에 작용한다는 점에 그 '의사'가 존재하는 것으로 보아²²⁾ 언론의 자유의 규범영역에 넣을 수 있는 바,²³⁾ 광고표현의 자유가 그것이다.²⁴⁾ 이 점에서, 이들 규정은 정면으로 신문 등 정기간행물의 발행인과 편집인의 편집권 즉 편집의 자유 및 독립성을 훼손하는 위헌적 규정들이라 할 수 있다.

Ⅶ. 편집권과 언론의 내적 자유의 합헌적 실현을 위한 제언

그렇다면 편집권과 언론의 내적 자유를 합헌적으로 실현할 수 있는 적절한 방법은 없는 것일까. 다음과 같은 원칙을 준수한다면 가능할 것으로 본다.

먼저 신문 등 정기간행물 발행인 등의 경영자가 그의 경영권 내지 인사권을 편집권 행사의 일환으로 행사할 수 있다는 점을 인정하는 것이다. 편집의 권한을 편집종사자들에게만 귀속시키지 아니하고 경영자 등에게도 인정하되 이를 '간접적', '보조적', '열위적' 권한으로 보는 것이다. 이럴 경우 편집을 둘러싼 갈등은 편집인 등의 편집종

사자들과 발행인 등의 경영진들이 각각 지니고 있는 편집권을 조정하는 문제로 볼 수 있게 된다. 즉 편집종사자들과 발행인 간의 편집을 둘러싼 갈등은, '편집권'이라는 기본권을 '각자의' 입장에서 국가에 대해 주장하는 형태로 바뀌게 되는 것이고 새로운 차원에서 조정되는 문제로 인식되는 것이다.

언론의 편집·편성의 자유가 실제 제작자인 편집인·편성인 내지 그 종사자들에게 전속적으로 귀속되는 것으로 보고, 이를 언론의 자유와 언론사 운영자가 향유하는 재산권 내지 영업의 자유 간의 상충관계로써 논의하는 것은, 언론사 사주나 경영자들은 경영권만을 전속적으로 부여받을 뿐 편집에 대한 발언권이 없다는 논리가 되어, 헌법 제21조 제3항의 논리상 실재하기 어려운 반(反) 헌법적 해석이라는 점을 인식하여야 한다. 국가영역에 있어서 사법권 독립이 '재판'의 전문적 성격에 기인하듯 또는 국회의 자율권이 인정되듯 나아가 사회영역에서 대학과 같은 지식집단이 국가나 사립학교 경영자로부터의 자율성이 보장되듯, 편집행위의 '전문성' 내지 '제1차적 판단권'은 편집 종사자들에게 있음을 인정하면 되는 것이지 그 이상으로 발행인에

22) 광고가 일정한 의사의 표현으로 인정될 수 없는 경우에 있어서도, 언론제도의 보장 즉 방송·출판의 자유의 제도적 보장이라는 법적 성격을 근거로 보장될 수 있다.

23) 헌재 1998.2.27. 96헌바2 옥외광고물 등 관리법 제3조 위헌소원 합헌결정[판례집10-1 118-130] 특히 124면; 헌재 2000.3.20. 97헌마108 식품위생법 제11조 위헌확인 기각결정[판례집12-1 375-392] 특히 390면.

24) 헌재 2000.3.30. 99헌마143 식품 등의 표시기준 제7조 별지1 식품 등의 세부표시기준 1. 가. 10) 카) 위헌확인 위헌결정[판례집12-1 404-415] 특히 410면 "이 사건 규정은 식품이나 식품의 용기·포장(이하 "식품 등"이라 한다)에 "음주전후" 또는 "숙취해소"라는 표시를 금지하는 것이다. 식품제조업자 등이 숙취해소용 식품을 제조·판매함에 있어서 그 식품의 효능에 관하여 표시·광고하는 것은 영업활동의 중요한 한 부분을 이루므로 이 사건 규정에 의하여 식품제조업자 등의 직업행사의 자유(영업의 자유)가 제한된다. 뿐만 아니라 "음주전후" 또는 "숙취해소"라는 표시는 식품판매를 위한 상업적 광고표현에 해당한다고 할 것인데, 상업적 광고표현 또한 표현의 자유의 보호를 받는 대상이 되므로(헌재 1998.2.27. 96헌바2, 판례집10-1, 118, 124) 이 사건 규정은 표현의 자유를 제한하는 것이기도 하다.

게는 편집의 권한이 없다는 점을 강변할 필요는 없는 것이다.

또 기본적인 법 관계에 있어서, 편집인과 경영자의 관계는 근로계약의 양 쪽 당사자의 입장에 따른 '자유로운 의사' 로써 체결된 사법상의 계약관계라는 점 역시 주목해야 한다. 구 정간행물법이 "발행인은 종사자의 편집 및 제작활동을 보호하여야 한다"는 규정을 두었지만(법 제6조 제2항), 이를 실질적으로 실현하기 위한 처벌 등의 강제 조항이 없었고(법 제22조, 제23조, 제24조 참조), 정기간행물에 공표된 사실적 주장에 의하여 피해를 받은 자가 제기하는 반론보도청구는 '정기간행물을 발행하는 자'(이하 "언론사"라 한다)를 상대방으로 하도록 하였으며(법 제16조 제1항), 구체적으로 정기간행물을 발행하는 '대표자'인 발행인과(법 제2조 제10호) 편집에 관하여 책임을 지는 편집인이라 한 점은(법 제2조 제11호) 그래서였다. 바로 그 점이 편집권 보장의 면에서 미진하다는 지적을 받아왔고 새로 제정된 신문법에 관련 조항을 두었지만 이번에는 과잉의 규정이 된 것이다.

따라서 발행인과 편집인 각자가 지는 책임에 상응한 권한을 자기 영역에서 독자적으로 부여하고 이를 보장하는 법이라면 규범의 체계조화성에 맞고 책임의 개별화라는 근대법 원칙에 합치되는 편집권의 법제화 규정이 될 수 있다. 편집 종사자와 발행인 간의 내적인 타협의 장에서 결정되도록 하는 것이다. 편집을 둘러싸고 벌어지는 편집인·편집기자 등의 편집 종사자들과 발행인 간의 갈등을 헌법의 전 취지에 비추어 편집에 실질적 직접성을 지니는 편집 종사자들의 전문성을 선(先)과 우(優)의 관계에 두는 법제가 되도록 함으로써 해결하는 것이다. 다만 거기에 강제나 처벌을 가하는 방식이어서는 아니 된다. 편집에 종사하는 기자들 역시 근로자이기 때문에 근로자로서 헌법상 보장되어 있는 근로권(헌법 제32조)과 노동 3권(헌법 제33조)을 행사함으로써 편집의 독립에 관한 내용을 단체협약 체결에 의하여 이를 보장하도록 요구하거나 관련 노동쟁의를 하든지 또는 발행인 등과 협의체를 구성하여 이를 실현케 하는 방식을 선택할 수 있도록 하는 것 등 이에 부합하는 단계적 방안이 제시될 수 있을 것이다. □