

언론중재법 관련 헌재결정 (2005헌마165 등)에 대한 소고

- 언론의 위축 효과를 중심으로 -

양 재 규

언론중재위원회 법무상담팀장, 변호사

- 고려대학교 법과대학 출
- 제40회 사법시험 합격
- 저서 및 논문 : 『취재원 공개를 거부한 기자의 법적 책임에 관한 검토』, 『언론중재법 개정방향』 외 다수

I. ‘언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률’¹⁾에 대한 헌재결정의 내용

주지하다시피, 지난 6. 29. 우리 언론법제에 한 획을 긋는 언론중재법에 대한 헌재결정이 내려졌다. 결정의 의미에 대한 본격적인 논의를 시작하기에 앞서 헌재결정이 내려지기까지의 경위와 결정문 주요 내용을 살펴보고자 한다.

1. 결정이 내려지기까지의 경위

국회는 지난 2005. 1. 27. 법률 제7370호로 언론중재

법을 제정·공포하였다. 새로 제정된 언론중재법은 기존에 정간법, 방송법, 민법, 민사소송법 등 여러 법률에 산재되어 있던 언론피해구제제도를 하나로 통합시켰을 뿐만 아니라 언론사의 고의나 과실, 위법성 없이도 정정보도청구권을 행사할 수 있도록 하는 등 여러 방면에서 매우 획기적인 것²⁾이었다. 이 언론중재법은 부칙 제1조에 따라 공포 후 6월이 경과한 2005. 7. 28.부터 시행될 예정에 있었다.

그런데 언론중재법이 아직 시행되기도 전이었던 같은 해 2. 16.부터 8. 26.까지 동아일보사를 포함한 세계 신문사가 주축이 되어 이 사건 언론중재법 해당 조항이 자신들의 헌법상 보장된 기본권을 침해한다

1) 이후로는 ‘언론중재법’ 또는 ‘법’이라고만 표시하겠다.

2) 2005. 1. 27.자 관보(제15907호)는 언론중재법의 제정이유를 다음과 같이 밝히고 있다. ‘정기간행물의 등록 등에 관한 법률·방송법 등 각 개별법에 분산 규정되어 있던 언론피해구제제도를 포괄하여 이 법에 단일화하고, 언론보도로 침해된 국민의 권리구제를 확대하기 위하여 청구기간을 확대하며, 중전의 중재제도를 조정과 중재로 구분하고 중재위원회의 조정이나 중재 절차에 의하여도 손해배상을 받을 수 있게 하는 한편, 언론의 자유와 독립에 상응한 언론의 사회적 책임을 분담하게 함으로써 공정한 여론형성과 언론의 공적 책임의 실현에 기여하도록 하려는 것임’.

언론중재법 관련 헌법재판은
4건의 헌법소원사건과
1건의 위헌법률심판이 병합돼 진행

고 주장하며 총 4건의 헌법소원심판을 청구하기에 이르렀다.

한편, 조선일보사는 2005. 7. 26. 자신이 발행하는 조선일보 A1면에 “국정원, 올 1월 도청테이프 성문 분석, 목소리 주인공 확인했었다”라는 제하로 국가정보원과 관련된 기사를 보도하였다. 이에 국가정보원은 위 기사가 잘못되었다며 언론중재위원회에 정정보도를 구하는 조정신청을 하였다. 이 사건에서 언론중재위원회는 직권으로 조선일보사에 반론보도를 명하는 결정을 내렸지만, 국가정보원이 위 직권조정결정에 대해 이의신청을 하는 바람에 결국 해당 사건은 서울중앙지방법원(2005카기8341)으로 넘어가고 말았다. 위 사건에 대한 심리가 진행되는 중에 조선일보사는 새로 발효된 정정보도 관련 언론중재법 제14조 제2항, 제26조 제6항 등에 위헌의 소지가 있다며 위헌법률심판 제청신청(2005카기11309)을 하였고, 해당 법원은 2006. 1. 19. 위 규정에 대한 위헌법률심판을 헌법재판소에 제청하였다.³⁾

결국, 이번 언론중재법 관련 헌법재판은 4건의 헌법소원사건과 1건의 위헌법률심판사건이 병합된 채로 진행되었다. 그리고 2006. 4. 7. 1차 공개변론에 이어 같은 달 29. 2차 공개변론까지 거친 후 6. 29. 전원재판부에서 이 사건에 대한 최종 결정을 선고하였다.

2. 심판의 대상

앞에서 언급하였듯이 이번 사건은 총 5건의 사건

이 병합되어 진행되었다. 사건마다 심판의 대상이 다른데, 5건의 사건 전부를 기준으로 하면 그 심판 대상은 언론중재법에 규정된 대다수 조항의 위헌 여부라고 해도 과언이 아니다. 이 중에서 본 평석이 주된 관심을 갖고 살펴보고자 하는 ‘언론의 위축 효과’와 관련이 깊은 몇 개의 조항을 열거하면 다음과 같다.

법 제4조(언론의 사회적 책임 등)

- ① 언론에 의한 보도는 공정하고 객관적이어야 하고, 국민의 알권리와 표현의 자유를 보호·신장하여야 한다.
- ② 언론은 인간의 존엄과 가치를 존중하여야 하고, 타인의 명예를 훼손하거나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니 된다.
- ③ 언론은 공적인 관심사에 대하여 공익을 대변하며 취재·보도·논평 그 밖의 방법으로 민주적 여론형성에 기여함으로써 그 공적 임무를 수행한다.

법 제14조(정정보도청구의 요건)

- ② 제1항의 청구에는 언론사의 고의·과실이나 위법성을 요하지 아니한다.

법 제31조(명예훼손의 경우의 특칙)

타인의 명예를 훼손한 자에 대하여는 법원은 피해자의 청구에 의하여 손해배상에 갈음하거나 손해배상과 함께 정정보도의 공표 등 명예회복에 적당한 처분을 명할 수 있다. 정정보도의 청구에는 언론사의 고의 또는 과실로 인한 위법성을 요하지 아니한다.

3) 결국, 이 사건 재판은 4건의 헌법소원사건과 1건의 위헌법률심판사건이 병합되어 진행되었다. 시간 순서대로 보면, 정인봉 변호사와 강병진 환경건설일보 대표이사가 제기한 헌법소원사건이 2005헌마165이고, 동아일보사 등이 제기한 헌법소원사건이 2005헌마314이다. 그리고 조선일보사 측에서 제기한 헌법소원사건이 2005헌마555, 환경건설일보사가 제기한 헌법소원사건은 2005헌마807이다. 맨 마지막으로 서울중앙지방법원이 제청한 위헌법률심판제청사건이 2006헌가3이다.

법 제26조(정정보도청구등의 소)

⑥ 제1항의 규정에 의한 청구에 대하여는 민사집행법의 가처분절차에 관한 규정에 의하여 재판하며, 청구가 이유 있는 경우에는 법원은 제15조 제3항·제5항 및 제6항의 규정에 따른 방법에 따라 정정보도·반론보도 또는 추후보도의 방송·게재 또는 공표를 명할 수 있다. 다만, 민사집행법 제277조 및 제287조는 이를 적용하지 아니한다.

3. 이 사건 조항들에 대한 현재의 결정⁴⁾

가. 언론중재법 제4조: 각하

언론중재법 제4조의 위헌성 유무에 대해 현재는 직접적인 판단을 보류하고 각하 결정을 내렸다. 각하의 사유는 위 조항으로 인한 기본권 침해의 가능성조차 인정되지 않으니 나아가 더 살펴볼 필요도 없다⁵⁾는 것이었다. 현재의 각하 사유를 좀 더 구체적으로 살펴보도록 한다.

먼저, 현재는 언론중재법 제4조를 언론의 사회적 책임에 대한 추상적 선언규정으로 보았다. 그리고 이 언론의 사회적 책임의 근원을 헌법 제21조 제4항에서 찾았다. “신문은 본질적으로 자유로워야 하지만 그 자유에 상응하는 공적 책임을 아울러 진다. 신문은 공정하고 객관적인 보도를 통하여 민주적 여론형성에 기여하고 국민의 알 권리를 충족시켜야 하며, 그 보도활동에 있어 타인의 명예나 권리, 사회윤리를 침해하여서는 아니 된다. 우리 헌법 제21조는 언론의 자유와 언론의 공적 기능 및 책임의 어느 한 쪽에

치우치지 않고 양자를 조화시키려 하고 있는데, 헌법 제21조 제3항·제4항이 바로 그러한 헌법적 요청을 표현하고 있다.”

다음으로, 현재는 위 규정에 그 위반에 따른 제재규정이 없음을 주목했다. 제재규정이 없다는 것은 “실사 신문사업자인 청구인들이 위 조항들로 인하여 어떤 부담이나 제약을 받는다고 할지라도 그것은 헌법상 보장된 기본권에 대한 제한이나 규제라 할 수 없다”는 것이고, 그렇다면 “이 조항으로 말미암아 신문사업자인 청구인들에게 자유의 제한이나 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈”이 생기지 않는다는 것이다.

이러한 각하 결정에 대해 권성, 김효종 두 명의 재판관은 위헌 의견을 개진하였다. 이들 재판관은 “국가가 나서서 보도가 ‘공정하고 객관적일 것’, ‘소수집단이나 계층의 이해관계를 충실히 반영할 것’, ‘보도의 균형성을 유지할 것’ 등을 법률로 요구”하게 되면 신문은 “이 조항들이 요구하는 객관성, 공정성, 공익성에 부합하기 위하여 고유한 논조나 경향성을 표출하는 보도나 편집을 스스로 억제하게 될 것”이며, “이는 언론의 자유를 사전에 위축시키는 효과를 가져온다”고 보았다. 위반에 따른 제재조항이 없다 할지라도 언론의 위축 효과는 클 수 있다고 본 것이 다수 재판관들과의 차이점이라 할 것이다.

나. 언론중재법 제14조 제2항, 제31조 후문: 합헌

언론중재법 제14조 제2항, 제31조는 언론중재법에 도입된 새로운 정정보도청구권제도에 관한 핵심 조

4) 결정문 전부에 대한 요약이 아니라 언론의 위축 효과에 대한 언급이 있는 부분에 대해서만 살펴보고자 한다.

5) 개인적인 소견으로는 기본권 침해의 가능성이 없다고 해서 각하될 수 있는지 의문이 든다. 자기관련성이라든가, 기본권 침해의 직접성, 보충성 등이라면 모를까 기본권 침해의 가능성이 없다는 이유로 각하 결정을 내린 것은 다소 의외다. 정말 해당 규정으로 인해 기본권이 침해될 가능성이 없다면 각하가 아니라 기각결정을 내렸어야 옳다고 본다.

현재는 언론사의 귀책사유를 요하지 않는
새 형식의 정정보도청구권을 인정하면서도
이의 언론 위축 효과 있음 긍정해

항이라 할 만한다. 위 규정이 도입되기 이전에 정정보도청구권을 행사하려면 민법 제750조 이하의 불법행위 규정에 의지해야 했다. 이에 따라 원보도가 오보였음이 설령 밝혀진다 할지라도 언론사의 귀책사유가 없으면 정정보도청구는 인정되지 않았고, 언론사는 손해배상뿐만 아니라 정정보도에서도 면책되었다.

이러한 결과가 정의에 부합하지 않음은 물론이다. 그럼에도 불구하고 어쩔 수 없었던 것은 기존의 정정보도청구제도가 민법상 불법행위책임을 기반으로 하고 있었기 때문이다.⁶⁾ 이에 새로 제정된 언론중재법에서는 언론사의 귀책사유를 필요로 하지 않는 새로운 정정보도청구제도를 도입하였고 그것이 바로 언론중재법 제14조 제2항 및 제31조였다.

이 새로운 정정보도청구권에 대해 현재는 “행위의 불법성에 초점을 맞추지 않고 진실에 반하는 보도로 인한 객관적 피해상태의 교정에 중점을 두는” 권리로 보았다. 또, 이러한 정정보도청구권이 존재할 수 있는 근거에 대해서는 “진실”이라는 또 하나의 강력한 “정의의 요구”에서 찾았으며, 언론보도가 진실하지 않아 타인의 권리를 계속해서 침해하고 있는데 “이를 정정하지 않은 채로 그대로 내버려 두는 것은 정의에 반한다”고 보았다. 결국, 위 규정들에 대해서는 재판관 전원의 일치로 합헌이

확인되었다.

한편, 이러한 새로운 정정보도청구제도에 대해 청구인 측은 “신문사에게 전혀 면책특권을 주지 않은 것⁷⁾은 신문의 위축을 초래하여 그 자유를 침해한다”고 주장했다. 바로 언론의 위축 효과를 주장한 것이다. 이 주장에 대해 현재는 직접적으로 명쾌하게 판단내리지 않았다. 다만, 간접적으로 넉넉히 언론의 위축 효과 자체를 인정하는 태도를 보였다. “물론 신문이 공공의 이익에 관련되는 중요한 사안에 관하여 위축되지 않고 신속히 보도함으로써 언론·출판의 자유가 지닌 본래의 기능을 훌륭히 수행하는 것은 매우 중요하다”. 이 부분에 대한 현재의 입장을 어떻게 해석할 것인지에 대해서 이견이 있을 수 있지만, 개인적으로 현재는 청구인 측이 주장한 언론의 위축 효과를 인정하였다 생각한다. 이 점은 언론중재법 제14조 제2항과 유사한 형식의 규정인 법 제31조 후문을 판단하는 부분⁸⁾에서 두드러진다. “만일 이 조항⁹⁾을 불법행위에 기한 손해배상책임의 일환으로서의 정정보도청구에 있어서도 위법성 요건을 배제하는 것으로 본다면 ... 허위보도라 하더라도 적법한 보도활동을 한 언론에 대하여 면책의 가능성을 일체 인정하지 않은 채 불법행위책임을 지우게 됨으로써 언론의 자유로운 보도를 심히 위축시켜 신문의 자유를 침해하

6) 기존의 방식, 즉 언론사의 귀책사유가 없다면 정정보도의무가 면해졌던 것은 그것이 정의였고 바람직했기 때문이 아니라 생각한다. 민법 제750조 이하의 불법행위책임을 기반으로 하는 데서 기인한 법리적인 한계 때문이었을 뿐이다.
7) 오해의 소지가 있어 부연 설명한다. 여기서 청구인 측이 전혀 면책특권을 주지 않는다고 주장한 의미는 언론사에 고의나 과실 등 귀책사유가 없어도 정정보도의무를 이행해야 한다는 것이다. 새로운 정정보도청구제도는 어떤 관점에서 보면 언론사에게 더 유리한 면도 있다. 입증책임상 보도의 진위여부를 입증할 책임이 피해자에게 먼저 주어져 있다는 점에서 그러하다. 또, 언론중재법 제15조 제4항에는 정정보도를 거부할 수 있는 몇 가지 항변사유도 규정되어 있다.
8) 역시, 개인적인 소견에 불과하나 이번 현재 결정문에서 가장 불만스러운 부분 중의 하나로 꼽을 만하다. 현재의 판단대로라면 법 제31조는 법 제14조를 다시 한 번 확인한 것에 불과한, 불필요한 중복에 지나지 않기 때문이다.
9) 언론중재법 제31조 후문을 가리킨다.

게 될 것이다”.

조문의 체계상 언론중재법 제31조는 불법행위에 기한 손해배상책임의 일환으로서의 정정보도청구에 있어서도 언론사의 고의나 과실, 위법성을 배제시키는 규정임이 분명하다. 그러나 현재는 그렇게 보지 않았다. 위헌결정을 피하고자 한 공여지책이었다고 생각되나, 그 논리가 참 궁색하다.

결국, 현재는 언론사의 귀책사유를 요하지 않는 새로운 형식의 정정보도청구권에 대해 합헌결정을 내리면서도, 이러한 방식의 정정보도청구권제도가 언론의 자유를 위축시킨다는 점을 긍정하였다.

다. 언론중재법 제26조 제6항 본문: 위헌

언론중재법 제26조 제6항은 신속한 재판을 통한 신속한 권리구제를 도모하기 위해 정정보도청구의 소가 가치분절차에 따라 소명만으로도 인용될 수 있게 하였다. 그러나 이에 대해 현재는 “언론사에게 충분한 방어 기회 보장하지 않음으로써 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는 문제”가 있을 뿐만 아니라 “언론의 자유를 매우 위축시킨다”고 보았다. 그 이유는 다음과 같다.

“정정보도청구가 인용될 경우 언론사로서는 자신의 보도가 잘못되었음을 판결의 효력에 따라 시인해야 하므로 공신력과 명예에 손상이 온다. 만일 진실에 부합하지 않을 개연성이 있다는 소명만으로 정정보도 책임을 지게 된다면 언론사로서는 사후의 분쟁에 대비하여 진실임을 확신할 수 있는 증거를 수집·확보하지 못하는 한, 사실 주장에 관한 보도를 주저하게 될 것이다. 이는 중요한 사회적 관심사에 대하여 진위가 불명확하거나 신속하게 법정에서 방어할 자신이 없는 경우, 그 보도를 편집에서 배제하도록 작용할 것이다”.

한 마디로 말하면, 소송에서 질 것을 우려하여 중요한 사회적 관심사에 대한 신속한 보도를 자제하는 것을 현재는 언론의 위축 효과로 보았다고 말할 수 있다.

물론, 현재가 위 규정을 위헌이라 판단한 것은 언론의 위축 효과 때문만은 아니다. 현재는 또 “언론의 자유와 사인의 명예 또는 권리가 서로 충돌할 때에는 양자 사이에 적정한 비례관계가 유지되어야 한다”고 하여 비교형량의 원칙을 제시했고 “정정보도청구의 소를 소명만으로 인용하고 언론사에게 충분한 증거제출이나 방어 기회를 제공하지 않는 것은 피해자의 보호만을 우선하여 언론의 자유를 합리적인 이유 없이 지나치게 제한하는 것이 되어 위헌”이라고 보았기 때문이다. 즉, 비교형량의 결과 가치분절차를 통해 달성되는 공익보다 침해되는 언론의 자유가 크다는 점에서 위헌의 이유를 찾았다.

II. 이 사건 현재결정에 대한 문제제기

누가, 언제부터 사용하기 시작했는지 불확실하지만 언론의 자유 침해를 논함에 있어서 빠지지 않고 거론되는 용어가 있다. 바로 ‘위축 효과’(chilling effect)다. 언론의 사회적 책임론이 언론의 자유를 제한하려는 이들의 날카로운 창과 같다면, 위축 효과는 언론의 자유를 옹호하는 이들에게 더할 나위 없는 방패가 되고 있다. “그렇게 하면 자유로워야 할 언론의 보도가 심히 위축된다. 그러니까 잘못되었다, 안 된다”고 주장하는 것이다.

위에서 이미 개괄적으로나마 살펴보았듯이 언론중재법 관련 이번 재판에서도 언론의 위축 효과는 청구인 측에게 효과적인 공격, 방어방법이 되었다. 정정보도청구권의 요건에 대해 규정하고 있는 언론중

이번 현재 결정의 주요한 판단 근거로 제시된
'언론위축효과'에 대해 의문 제시해 볼
필요 있어

재법 제14조 제2항¹⁰⁾을 예로 들자면, 청구인 측은 언론중재법상의 정정보도청구제도가 신문사에게 전혀 면책특권을 주지 않아¹¹⁾ 결과적으로 신문의 위축을 초래하여 그 자유를 침해한다는 식의 논리를 펼쳤다.

이와 같은 방식의 청구인 측 주장은, 결과를 놓고 봤을 때 이번 언론중재법 관련 현재결정에 상당한 영향을 끼쳤다고 생각한다. 결정문 곳곳에서 위축 효과라는 용어가 발견되기 때문이다. 특히, 현재가 가처분 절차에 따라 소명만으로도 정정보도청구가 인용될 수 있게 한 언론중재법 제26조 제6항의 위헌성을 판단함에 있어서는 '언론의 위축 효과'라는 표제를 단 항목을 별도로 설치하기까지 하였다. 개인적인 소견으로는 이번 현재의 결정이야말로 지금까지 나온 그 어떤 판례보다 '언론의 위축 효과'를 자세히, 직접적으로, 나아가 판단의 유효한 근거로 다루지 않았나 생각된다.

본 평석이 제기하고자 하는 문제의식은 바로 이와 같은 현재결정의 태도에서 기인한다. 현재가 언론의 자유에 대한 침해 여부를 판단함에 있어서 유효한 근거로 삼은 언론의 위축 효과라는 것이 과연 무엇이며, 그러한 위축 효과가 기본권 침해 여부에 대한 판단 기준으로서 적합한가에 대해서 의문을 던지고자 한다. 어떤 법률 규정의 위헌성 유무에 대한 판단

은 지극히 규범적인 판단이어야 할 것인데, 과연 위축 효과를 근거로 한 이번 현재의 결정이 충분히 규범적이었는가에 대한 의문이라고도 할 수 있겠다.

Ⅲ. 언론의 위축 효과에 대한 일반적 고찰

1. 위축 효과

언론의 위축 효과에 대해 살펴보기에 앞서 '위축 효과'라는 용어 자체에 대해 먼저 살펴보고자 한다.

이미 언급한 바 있지만 '위축 효과'라는 용어가 누구에 의해, 언제부터 언론법 영역에서 사용되기 시작했는지 확인하기란 쉽지 않다.¹²⁾ 한국언론재단에서 운영, 관리하고 있는 마스크용어사전에서도 검색이 되지 않는다. 오히려, 위축 효과라는 용어는 사회 및 경제 현상을 설명할 때 주로 사용되고 있다. 아래의 기사는 위축 효과가 사용된 몇 가지 용례들이다.

【사례 1】 결국, 미국과 캐나다 정부는 북미자유무역협정(NAFTA) 아래에서 투자자의 재산권 때문에 비롯된 사건의 판결 일부를 공개하고 나프타의 3국 외무장관

10) 언론중재법 제14조 ② 제1항의 청구에는 언론사의 고의·과실이나 위법성을 요하지 아니한다.
11) 언론중재법 제14조 제2항에 따르면, 언론사의 귀책사유 즉 허위보도에 대한 고의나 과실이 없거나 또는 위법성이 없어도 정정보도할 의무가 있기 때문이다.
12) 어디까지나 우리 문헌상으로 그렇다는 것이다. 미국의 온라인 무료 백과사전인 위키피디아(<http://www.wikipedia.org>)의 검색 결과에 따르면, 이 용어의 기원에 대해서는 알려진 바 없지만 1965년 연방대법원 판사였던 William J. Brennan이 Lamont vs Postmaster General 사건에서 위축 효과를 언급했다고 한다.(The origin of the phrase is unknown; it was in use in the United States by 1965, when William J. Brennan used it in a judicial decision referring to the "chilling effect [a particular law might have] upon the exercise of First Amendment rights"; the case in question was Lamont v. Postmaster General, 381 U.S. 301, 85 S.Ct. 1493 (1965). That case invalidated a Federal law that required postal patrons receiving "communist political propaganda" to specifically authorize the delivery of each such piece of mail.) 또, 1950년에 발간된 법학 학술지에 등재된 논문에서도 위축 효과라는 말이 등장한다고 한다.(The phrase was also used as early as 1950, as if it were commonly understood, in a law review article by Harvard Law Professor, Paul A. Freund, in The Supreme Court and Civil Liberties, 4 Vanderbilt Law Review 533, at 539(1950-1951).)

이 따로 모여 투자 챗터의 몇 조항에 관해 해명 (clarification)을 하기에 이르렀다. 3국의 정부 문건이나 수많은 법을 논문 모두 이 챗터를 만들 때 예상치 못했던 일이 일어나고 있음을 인정했다. 예컨대 국유화, 또는 몰수를 방지하려고 만든 조항이 국내 정책 (예컨대 조세정책, 환경규제, 구역설정)에 모두 영향을 미치고, 제소를 피하려는 정부가 새로 만든 법을 취소 하거나(에틸 사건), 아예 제소를 두려워하여 규제 자체를 최소화하려는 움직임을 보이고 있으니 말이다(위축효과). 이는 모두 공공성의 파괴로 연결될 위험성을 다분히 안고 있다.¹³⁾

【사례 2】 이 증권사는 또 “시장의 성장률 둔화 예상 때문에 상단이 단단하지만, 금리는 조금 더 오를 것” 이라면서 “물론 이러한 금리 상승 요인들에도 불구하고, 참가자들의 성장률 둔화 예상은 계속되고 있고 북한 미사일 발사의 심리적 위축 효과도 아직 작동하고 있어 금리 상단은 단단해 보인다”고 풀이했다.¹⁴⁾

【사례 3】 신 연구위원은 “강남의 전세금 대비 주택 매매가격 비율은 균형 수준에 비해 30% 이상 높다” 며 “2001년 이후 저금리 기조 속에서 고소득층 밀집지역의 주거환경 가치가 지속적으로 높아질 것이라는 믿음이 자리잡았기 때문”이라고 분석했다. 한편 금리 인상과 관련해서는 “장기간 저금리 현상으

로 인해 금리정책의 유효성이 떨어졌기 때문에 경기 위축효과가 크지 않을 것”으로 전망했다.¹⁵⁾

첫 번째 기사는 북미자유무역협정(NAFTA) 투자 chapter 내의 투자자 제소권 관련 규정이 가져온 예상치 못한 부정적 영향(정부가 투자자들의 제소를 두려워하여 규제 자체를 최소화하려고 하는 현상)을 설명하면서 위축 효과라는 용어를 사용하고 있다. 두 번째 기사에서는 북한의 대포동 미사일 발사가 주식 투자자들에게 미친 심리적 영향을 가리켜 ‘북한 미사일 발사의 심리적 위축 효과’라고 하고 있으며, 세 번째 기사에서는 금리 인상이 경제활동 상황에 미칠 부정적 영향을 두고 ‘경기 위축 효과’라는 표현을 쓰고 있다.

이렇게 보면 ‘위축 효과’라는 용어가 사실은 언론법 고유의 용어가 아니라는 사실이 분명해진다. 다시 말해, 위와 같은 용어의 쓰임새에 비추어 볼 때 위축 효과는 매우 일상적이면서 비전문적인 용어에 지나지 않는다고 할 수 있다. 위축 효과의 사전적 의미가 ‘어떤 힘에 눌려서 기를 펴지 못하게 되는 것 또는 그런 현상’¹⁶⁾인 것을 감안하면 언론법 영역 이외에도 정치, 경제, 사회, 문화, 과학, 종교 등 우리 사회 전반적인 현상을 설명하는 도구로서 사용이 가능하리라 본다.

2. 언론의 위축 효과¹⁷⁾

가. 개념

13) 2006. 7. 25자 경향신문 [경제칼럼] 『‘투자자-정부 제소권’의 위험성』.

14) 2006. 7. 10자 연합인포맥스 [채권-주간] 『7월 금통위 여진 불가피.. 상승폭 확대』.

15) 2006. 7. 2자 매일경제 『서울대 진학을 1% P 높이자면 아파트값 평당 878만 원 비싸져』.

16) 동아 새국어사전(제5판), 두산동아, 제1799쪽.

17) 일반적인 의미에서의 위축 효과와 구별하기 위해 ‘언론의 위축 효과’라고 부르는 듯 하다. 그러나 미국과 같은 나라에서는 chilling effect라는 용어 자체가 표현의 자유 내지는 언론의 자유를 억압하고 위축하는 현상을 가리키는 용어로 특화, 고정된 것으로 보인다.(A chilling effect is a situation where speech or conduct is suppressed or limited by fear of penalization at the hands of an individual or group. For example, the threat of a costly and lengthy lawsuit might prompt self-censorship and have a chilling effect on free speech. In United States law, chilling effects refer to the stifling effect that vague or overbroad laws may have on legitimate speech and activity typically protected by the First Amendment. - by Wikipedia).

‘언론위축효과’란 어떤 외적 요인으로 인한
두려움이 생겨 의사표현의 자유가
위축되는 현상 의미해

이와 같은 의미의 위축 효과가 언론법 영역에서 사용되면 그 개념이 다음과 같이 다소 변형된다. 즉, 언론의 위축 효과란 어떤 외적 요인으로 인한 두려움이 생겨 의사표현의 자유가 위축되는 현상을 의미한다. 한 마디로 하면, 두려워서 말 못하는 현상이라고도 말할 수 있겠다.¹⁸⁾ 그래서 위축 효과는 ‘재갈 효과’라고도 불리고¹⁹⁾ ‘냉각 효과’라고도²⁰⁾ 불린다. 어쨌든, 언론의 위축 효과는 반드시 의사표현의 자유에 대한 억압 내지는 위축이라는 점에서 다른 일상적인 의미에서의 위축 효과와 구별된다 할 것이다.

그런데 의사표현의 자유 또는 언론의 자유를 위축시키는 요인들은 매우 다양할 것이다. 언론 종사자들로 하여금 글 쓰는 것을 두렵게 만드는 것이라면 모두 여기에 해당될 것이기 때문이다. 예컨대, 고액의 손해배상소송을 당한다든지, 형사고소를 당하게 되어 정신적, 육체적으로 시달리게 되면 일단 그 최종결과가 어떠한지 그에 상관없이 언론종사자의 입장에서 글 쓰는 것이 두려울 수 있다. 그리고 이것은 글 쓰는 것을 업으로 삼아 매일 매일 기사를 작성해야 하는 기자들에게는 일반인이 생각하는 것 이상으로 심각한 부담일 수 있다.²¹⁾

위축효과를 가져오는 요인들 중에서 특히 문제되

는 사안들을 다음 항에서 유형별로 살펴보기로 한다.

나. 언론의 위축 효과가 특히 문제되는 사안들

(1) 사전검열제도

(가) 의의

검열이라 함은 사상·의견 등이 발표되기 이전에 국가기관이 그 내용을 심사·선별하여 일정한 사상이나 의견의 표현을 사전에 억제하는 제도를 의미한다.²²⁾ 헌법재판소는 이러한 검열의 의미를 다음과 같이 보다 구체적으로 명시하고 있다. ‘여기서 말하는 검열²³⁾은 그 명칭이나 형식과 관계없이 실질적으로 행정권이 주체가 되어 사상이나 의견 등이 발표되기 이전에 예방적 조치로서 그 내용을 심사, 선별하여 발표를 사전에 억제하는, 즉 허가받지 아니한 것의 발표를 금지하는 제도를 뜻하고...’²⁴⁾ 이러한 헌법재판소의 결정에 따르면, 언론 보도가 행정권의 허가 여부에 전적으로 달려있어야 검열이라 할 수 있다. 또, 허가받지 아니한 보도의 금지 및 심사절차를 관철시킬 수 있는 강제수단이 갖추어져 있어야만 검열에 해당하는 것이다.

이러한 검열에 언론의 위축 효과가 있음은 명백하

18) 문재완(2002), 소송과 사회부 기자: 명예훼손 소송과 언론의 위축효과, 『신문과 방송』, 8월호, p. 4.

19) 2006. 7. 18.자 한겨레21, ‘상식의 표본’ 제8쪽.

20) 박형상(2002), 소송과 사회부 기자: 법률전문가가 본 위축효과론, 『신문과 방송』, 8월호, p. 10.

21) 모 신문에 소속된 현직 기자가 『신문과 방송』(2002년 8월호)에 기고한 글에서 그 고충을 이렇게 쓴 바 있다. 「한번 당해본 사람은 안다. 검찰청에 불려가 조사받고 민사 법정에 선다는 것이 얼마나 큰 고역인지들. 검찰 출입기자로 매일 매일 드나드는 검사실과 피고소인 또는 피의자 신분이 돼 들어가는 검사실은 하늘과 땅 차이다. L은 권○○ 씨 등에게 고소당해 최근에도 서너 시간 동안 조사를 받은 일이 있었다. 벌써 두 번째다. 민사 소송 청구를 당한 액수도 수십억 원에 이른다. 그때마다 그는 마음속으로 다짐했다. “낙종을 해도 다시는 이런 기사를 쓰지 않으리라.”고」

22) 권영성(2002), 「헌법학원론」, 서울 : 법문사, p. 480.

23) 헌법 제21조 제2항에서의 ‘검열’을 가리킨다.

24) 헌법재판소 2001. 8. 30. 선고 2000헌가9 영화진흥법 제21조 제4항 위헌제청사건 결정.

다. 언론·출판의 자유를 제한함에 있어서 사전통제는 사후처벌보다 한층 더 유해하기 때문이다.²⁵⁾ 이에 따라 우리 헌법 제21조 제2항은 ‘언론·출판에 대한...검열...는(은) 인정되지 아니한다’라고 하여 헌법적 차원에서 검열의 금지를 규정하고 있다.

(나) 시정권고와 사전검열제도

언론중재법 제32조 제1항에 따르면, 언론중재위원회는 언론의 보도내용에 의한 법익 침해사항을 심의하여 필요한 경우에 해당 언론사에 서면으로 그 시정을 권고할 수 있다. 이러한 중재위 시정권고를 두고 사후검열이라는 주장이 이번 언론중재법 관련 헌법재판과정에서 제기되었다. 즉, 헌법소원을 제기한 청구인 측 대리인으로 나선 변호사들은 공개변론 과정에서 중재위 시정권고는 사실상 사후검열이라고 주장하고 나섰다.²⁶⁾

그러나 헌법재판소는 시정권고를 규정하고 있는 언론중재법 제32조에 대한 위헌심판청구를 각하했다. 형식판단에 불과한 각하결정이 내려짐으로써 중재위 시정권고가 사후검열에 해당하는지 여부를 비롯하여 그 위헌성 여부에 대한 결론이 일단 보류된 것으로 볼 수도 있다. 그러나 헌법재판소는 그 각하 사유를 실시하면서 시정권고의 핵심에 관해 다음과 같이 쓰고 있다. ‘언론중재법 제32조는 언론중재위원회의 시정권고제도에 관한 규정이다. 그런데 시정권고는 언론사에 대하여 권고적 효력을 가지는데 그치므로(제32조 제4항), 언론사로서는 권고내용에 구속되지 않으며 권고를 불이행하였다 하여 아무런 제재를 받지

않는다. 그러므로 시정권고조항 자체는 기본권 침해의 가능성이 없다’.

‘시정권고가 권고적 효력을 가지는데 그치므로 기본권 침해의 가능성이 없다’는 현재의 판단은 지극히 타당하다. 또한, 현재는 ‘시정권고를 불이행하였다 하여 아무런 제재를 받지 않는다’는 점을 분명히 하였다. 이것은 검열에 해당되기 위해서는 허가를 받지 아니한 의사표현의 금지 및 심사절차를 관철할 수 있는 강제수단이 갖추어져 있어야 한다는 현재의 기존 입장²⁷⁾에 비추어 볼 때, 시정권고는 검열이 아니라고 판단을 내린 것이나 마찬가지이다. 이것 외에도 시정권고는 결코 사전적 통제가 아니라는 점에서 검열제도와는 거리가 멀다.

(2) 전략적 봉쇄소송(SLAPP)²⁸⁾

(가) 언론의 위축효과와의 관계

전략적 봉쇄소송이라 함은 언론사나 시민단체의 주된 비판과 감시 대상이라 할 수 있는 정부기관이나 대기업, 고위공직자 등이 이들의 비판활동을 봉쇄할 목적으로 소송을 제기하는 것을 의미한다.²⁹⁾ 이것은 위축효과를 처음부터 의도하고, 다시 말해 비판과 감시라는 언론 본연의 기능을 위축시키려는 목적하에 제기된다는 점에서 언론의 위축효과가 특히 문제되는 사안이라 할 수 있다. 그래서 이를 두고 ‘언론에 재갈을 물리려는 소송’이라는 비판도 제기되고 있다.³⁰⁾

이러한 전략적 봉쇄소송은 대체로 거액의 손해배상금을 지급하라는 민사소송이나 형사고소의 형태를

25) 권영성(2002), 앞의 책, p. 480.

26) 2006. 4. 7.자 동아일보, 조선일보.

27) 헌법재판소 2001. 8. 30. 선고 2000헌가9 영화진흥법 제21조 제4항 위헌제청사건 결정.

28) Strategic Lawsuits Against Public Participation의 약자다.

29) 2003. 10. 27.자 연합뉴스 기사.

30) 유동훈(2004, 봄), 참여정부의 오보 대응, 『관혼저널』.

시정권고제도에 대해 현재는 '권고적 효력을
가지는데 그쳐 기본권 침해 가능성 없다'며
각하결정 내려

떨 것이다. 일단, 언론보도로 인한 거액의 민사소송이나 형사고소가 제기되면 최종적인 소송의 승패를 떠나 그러한 일을 당했다는 사실 자체만으로도 지나나 언론사는 위축될 수 있다. 왜냐하면 응소에 따르는 정신적, 경제적 부담감이 막대하기 때문이다.

이러한 전략적 봉쇄소송에 관한 논의는 미국에서 시작된 것인데 이제 우리나라에서도 심심치 않게 거론되고 있다. 모 정당이 자당에 대한 비판보도에 관해서 해당 신문사는 제외한 채 담당 저널리스트만을 피고로 지목하여 고액의 민사소송을 제기한 것³¹⁾에서부터 현 정부가 들어선 이후 정부 각 기관이나 청와대, 나아가 대통령 개인 명의의 언론조정 신청 건수가 급증한 것에 이르기까지 전략적 봉쇄소송이 제기되고 있다는 문제제기와 함께 전략적 봉쇄소송 규제법(Anti-SLAPP) 도입이 논의되고 있다.³²⁾

(나) 전략적 봉쇄소송 논의의 문제점

그런데 이러한 우리 사회에서의 전략적 봉쇄소송에 관한 논의는 다음과 같은 몇 가지 문제점을 안고 있다.

첫째로, 전략적 봉쇄소송과 정당한 소송의 경계가 몹시 모호하다. 전략적 봉쇄소송인지 아닌지 판별하는 특징적인 요소는 언론의 비판·감시 기능을 봉쇄하려는 주관적인 의도의 유무에 달려 있다. 주관적 요소의 유무인 만큼 그 입증과 판단이 쉽지 않을 것으로 예상된다.

둘째로, 전략적 봉쇄소송은 '소(訴)'라는 사법적

권리 구제 수단이 정치적 목적 등으로 이용되는 사례에 불과한데, 손해배상소송이라든가 형사고소를 자신의 명예를 지키고 방어하는 무기로 적극 활용한다고 해서 이를 근본적으로 차단하는 것이 가능하겠느냐이다. 오히려 선부르게 이를 법률로써 규제하고자 한다면 이 법이 헌법상 보장된 재판청구권을 부당하게 제한한다는 위헌론이 제기될 수도 있다 생각한다.

물론, 민법 제2조 제2항 '권리는 남용하지 못한다'는 규정 및 민사소송법 제1조 제2항 '당사자와 소송관계인은 신의에 따라 성실하게 소송을 수행해야 한다'는 규정이 있기는 하다. 이들 조항을 근거로 전략적 봉쇄소송을 권리남용이라고 볼 수도 있지 않느냐 생각할 수도 있다. 그러나 현재까지의 판례의 태도에 비추어 보면 권리남용에 해당할 가능성은 희박해 보인다.

셋째로, 설령 전략적 봉쇄소송 규제법이 도입된다고 하더라도 미국식의 규제방법을 그대로 도입하는 것은 무리라고 생각한다. 미국에서는 해당 소송이 전략적 봉쇄소송인 것으로 밝혀지면 해당 소를 각하한다든지, 상대방 변호사 비용까지 부담시킨다든가 소송을 대리한 변호사를 징계하는 등 불이익을 주고 있다고 한다.³³⁾ 그러나 이런 식의 규제방법을 도입하는 것 역시 위헌의 소지를 안고 있다. 대신, 규제법 도입 이외의 다른 방법에 의한 해결을 시도해보는 것이 좋겠다. 가령, 공인에 대한 명예훼손소송에서 법원이 언론의 면책범위를 넓게 인정한다든가, 면책과 유책의 경계를 분명하게 그어줌으로써 예측불가능성을 줄인다면 다소나마 문제점이 해결되리라 생각한다.

31) 박형상(2002). 앞의 글. p. 10.

32) 2005. 9. 29.자 프로메테우스(prometheus.co.kr) 「언론 재갈물리기 vs 피해자 당연한 권리」에서.

33) 배금자(2002, 여름). 공직자의 명예훼손소송과 그 법리. 『언론중재』, p. 34.

다. 언론의 위축 효과의 특징

이상과 같은 언론의 위축 효과는 어떤 특징을 갖는가? 아래에서 살펴보고자 한다.

(1) 언론의 위축 효과는 비규범적 개념이다

앞에서 언론의 위축 효과에 대해 '어떤 외적 요인으로 인한 두려움이 생겨 의사표현의 자유가 위축되는 현상'이라고 정의내린 바 있다. 그런데 언론의 위축 효과를 이와 같이 규정한다면 이것은 어떤 사회현상에 대한 사실적 묘사 내지는 평가를 전제하지 않는 담백한 기술에 지나지 않게 된다.

예를 들어 보자. 고액의 손해배상소송이 제기되었다. 이에 따라 문제가 된 기사를 쓴 담당 기자가 심리적으로 위축되었다. 그래서 그는 더 이상 사회적으로 민감한 사안에 대해서 기사를 쓰지 않으려고 하고, 설령 기사를 쓰더라도 도망갈 구멍을 만들어 놓기 위해 당사자의 이름을 이니셜 처리하게 된다.³⁴⁾ 현재까지의 논의로 보면 이것이 언론의 위축 효과이다.

언론의 위축 효과는 위와 같은 사회 현상 또는 기자들의 행동 양식을 그저 충실하게 반영할 뿐이다. 과연 그와 같은 기자들의 반응이 타당한가, 외적 요인에 대한 좀 더 현명하고 합리적인 반응은 불가능한가에 대해서는 문제 삼지 않는다. 이런 의미에서 언론의 위축 효과는 사실적·비규범적 개념이라 해야 할 것이다.

(2) 언론의 위축 효과는 일종의 의제된 개념이다

한편, 언론의 위축 효과는 의제된 개념이다. 의제되었다는 것은 검증 과정을 통해 밝혀질 필요가 없다는 뜻이다. 그 이유는 이리하다.

사실 언론의 위축 효과라는 말을 엄밀하게 쓰고자 한다면 고액의 손해배상소송이라든가, 형사고소가 있을 때 기자 등이 심리적인 위축을 느끼고 글을 못 쓰는 현상이 일어났다는 것이 검증되어야 한다. 그런데 실제 심리적인 위축이 일어났는지 여부는 이 개념을 사용함에 있어서 애초부터 크게 문제 삼지 않는 듯하다. 언론의 위축 효과는 이리 이러한 상황이 되면 비판의 목소리를 내지 못하게 된다고 의제하고 사용되는 것이다.

앞에서 든 예와 같이, 고액의 손해배상소송이 제기된 경우라 하더라도 아무런 위축 효과가 일어나지 않을 수도 있다. 담당 기자가 소송에서의 승리를 자신한다거나 패소에 따른 재산적 불이익을 조금도 두려워하지 않을 수도 있기 때문이다. 또, 경우에 따라서는 심약한 기자의 경우에 별 일도 아닌 것을 두고도 심리적인 위축감을 느낄 수 있다. 기사에 언급된 당사자로부터 항의성 전화를 받고도 사람에게 따라서는 얼마든지 위축될 수 있는 것이다. 다소 극단적인 예들이지만, 이들 예를 살펴보면 언론의 위축 효과는 의제된 개념임이 분명하다.

그렇다면 언론의 위축 효과는 그것이 인정될 수 있는 분야와 인정될 수 없는 분야의 구별이 반드시 필요하다. 특히, 언론의 위축 효과를 운운해서는 안 되는 영역에 대한 설정이 절실하다³⁵⁾고 생각한다.

이렇게 볼 때 이번 언론중재법 관련 현재결정문 중에는 다소 이견을 제시하고픈 내용이 언급되어 있다. 재판관 소수의 의견이기는 하지만 권성, 김효중 두 재판관들은 언론의 공적 책임 조항이라 할 수 있

34) 문재완(2002), 앞의 글, p. 5.

35) 그 가장 대표적인 예가 앞에서 언급한 바 있는 '시정권고' 문제다. 현행 언론중재법상 권고적 효력에 그치는 시정권고로 인해서 언론의 위축 효과가 발생한다고 하는 것은 난센스라고 생각한다.

‘언론위축효과’는 비규범적이며 의제된 개념

는 언론중재법 제4조, 제5조에 대해서 “이 조항들은 비록 그 위반에 대한 제재조항은 없지만 언론의 자유에 미치는 제한적 효과 내지는 위축 효과가 큰데다가 그 불명확한 개념이 언론에 대한 권력의 포위와 압박을 가능케 할 빌미와 공간을 제공하므로 신문 등 정기간행물사업자의 언론의 자유를 침해하여 위헌인 것이다”라는 의견을 개진한 바 있다. 이들 규정을 위반한 데 따르는 아무런 제재조치도 없다는 것을 지적하면서도 위헌을 주장하였다. 그러나 이러한 의견에는 동의할 수 없다.

물론, 이견을 제시한 재판관들의 생각처럼 이 규정에 의해 심리적 위축감을 느끼는 언론사나 기자들이 현실적으로 존재할 수는 있다. 그러나 일부 언론사나 기자들이 이 규정으로 인해 심리적 위축감을 실제로 느꼈다고 해서 해당 조항들에 위축 효과가 있다거나 크다고 할 수 있는지는 의문이다. 언론의 위축 효과는 의제적 개념이고, 또 그래야 한다고 생각하기 때문이다. 이렇게 본다면 그 위반에 대한 아무런 제재조항조차 없는 이들 규정에 관해서도 위축 효과가 없다고 보았어야 했다. 이들 재판관 역시 시정권고를 규정한 언론중재법 제32조를 판단하면서, 위 시정권고 제도가 권고적 효력에 그치고 권고를 불이행하였다 하여 아무런 제재를 받지 않는다는 이유로 기본권침해의 가능성이 없다고 했다. 그렇다면 언론중재법 제4조 및 제5조에 대해서도 역시 기본권침해의 가능성이 없다는 판단을 내렸어야 했다.

IV. 언론의 위축 효과와 기본권 제한의 법리

1. 문제의 제기

이 장에서 다루고자 하는 것은 ‘언론의 위축 효과가 과연 기본권 제한의 법리로서 사용될 수 있는가?’라는 문제다.

언론의 자유를 중요시하는 관점에서 본다면 언론의 위축 효과를 일으키는 조치는 있을 수도 없고 있어서도 안 되는 것이다. 기자가 기사를 쓸 때마다 ‘이것 때문에 소송에 휘말리는 것 아냐?’라고 생각하게 된다면 기사를 쓰지 못하거나 기사를 쓰더라도 어설픈게 쓸 것이므로 이런 상황을 만드는 조치는 그것이 무엇이든지간에 헌법에 보장된 언론의 자유에 반하는 위헌적인 것이고 따라서 금지되어야 한다고 생각할 수 있다.

그러나 언론의 위축 효과라는 개념은 앞서 살펴 보았듯이 비규범적 개념이다. 위축 효과가 있다 하더라도 과연 그러한 위축이 정당한 것인지, 다시 말하면 그러한 위축을 가져온 원인이 위법한지에 대해서는 다시 생각해보아야 할 문제인 것이다. 이와는 반대로, 기본권 제한의 위헌성 유무는 지극히 규범적인 판단의 문제다. 모든 기본권 제한이 다 위법한 것은 아니기 때문이다. 기본권 제한이 인정된다면 그 다음 단계로는 그러한 제한이 과연 위헌적인지 여부에 대해서 규범적으로 심사해보아야 한다.

이러한 기본권 제한의 위헌성 유무를 판단하는 나름의 기준은 이미 판례상 확립되어 있다고 생각한다. 그러므로 어떤 조치가 언론의 위축 효과를 유발하느냐 문제와는 별개로 위헌적인 기본권 제한이었는지 문제는 검토되어야 할 것이라 본다. 항을 바꾸어 좀 더 세부적 살펴보고자 한다.

2. 언론규제입법의 합헌성 판단 기준

가. 법률에 의한 기본권 제한의 한계

학자에 따라서 조금씩 차이가 있기는 하지만 기본권을 제한하는 내용의 법률이라면 다음과 같은 몇 가지 원칙을 지켜야 한다고 볼 수 있다.

(1) 명확성의 원칙³⁶⁾

표현의 자유를 규제하는 법률의 규정은 명확해야 한다. 이러한 명확성의 원칙은 법치주의에서 기인한다. 헌법재판소의 결정에 의하면, 명확성의 원칙이란 입법자의 입법의도가 건전한 일반상식을 가진 자에 의하여 일의적으로 파악될 수 있는 정도의 것을 의미하며, 이로써 법률규정의 구성요건적 내용에 따라 국민이 자신의 행위를 결정지을 수 있도록 명확히 할 것을 의미하는 것이라고 한다.

(2) 과잉금지의 원칙

기본권을 제한하기 위한 법률을 제정하려는 입법권자는 국민의 기본권이 필요한 정도를 넘어서 조금이라도 더 침해되는 일이 없도록 유의해야 할 뿐 아니라(최소 침해의 원칙), 국민의 기본권을 제한하는 정도와 그 제한에 의해서 얻어지는 공익을 엄격하게 비교형량해서 더 큰 공익을 보호하기 위해서 기본권을 제한하는 것이 필요불가피한 경우(비례의 원칙)에만 기본권 제한 입법을 추진할 수 있다고 할 것이다. 이러한 원칙을 가리켜 ‘과잉금지의 원칙’이라고 한다.

이에 따라 만일 국민의 기본권을 제한하지 않고서도 충분히 공익목적을 달성할 수 있거나, 보다 더 가벼운 기본권의 제한으로도 충분히 공공의 이익을 보호할 수 있는데도 불구하고 단순한 편의주의에 따라 무거운 기본권의 제한입법을 시도하는 것은 과잉금지의 원칙 위반으로 위헌적 기본권 제한이라 할 수 있다.

이러한 과잉금지의 원칙은 사실상 법률에 의한 기본권 제한의 가장 핵심적인 한계이고,³⁷⁾ 다시 과잉금지의 원칙의 핵심은 ‘법익형량의 원칙’이라고 할 수 있다.³⁸⁾

나. 법익형량의 원칙

사실 대부분의 기본권 제한의 합헌성 판단에 있어서 결국, 가장 실질적으로 문제되는 것은 법익형량이다.

언론규제입법에 대한 합헌성 판단 기준으로서 미국 판례를 통해 확립된 ‘명백·현존위험의 원칙’이 있다. 이 원칙은 언론을 규제하기 위해서는 언론이 법률상 금지된 해악을 초래할 명백하고도 현존한 위험을 가지고 있음을 입증해야 한다는 이론이다. 그러나 이 원칙 역시 사법절차에서 합헌성 판단의 기준으로 작용할 경우에는 상충하는 이익들의 형량이 요구되므로 결국에는 법익형량의 원칙으로 수렴한다.³⁹⁾

그러므로 기본권 제한 입법의 합헌성 판단을 내림에 있어서는 대체적으로 법익형량 과정을 거쳐야 한다. 다시 말해, 언론의 자유를 제한하기 위해서는 언론의 자유보다 더 큰 공익을 유지하기 위해 필요한 경우라야 한다.

이를 위해서는 먼저, 기본권 제한 입법을 통해 달

36) 권영성(2002), 앞의 책, p. 484.

37) 허영(2005), 「헌법이론과 헌법」(신경10판), 서울: 박영사, p. 430.

38) 학자에 따라서는 이 법익형량의 원칙을 과잉금지의 원칙과 구별해서는 보기도 한다(권영성, 앞의 책, p. 484). 양자를 구별해서 보는 견해에 따르면 과잉금지의 원칙은 ‘덜 제한적인 대체조치의 원칙’으로 보고, 법익형량의 원칙은 이와는 전혀 별개의 원칙인 것으로 쓰고 있으나 결국에는 용어의 차이일 뿐 내용에서는 각 견해들간에 실질적인 의미의 차이는 없어 보인다.

39) 권영성(2002), 앞의 책, p. 486.

‘언론위축효과’는 직접적으로는 기본권 제한 입법의
합법성 판단 기준 될 수 없고 법익 형량 원칙
통해서만 간접적으로 위헌성 판단 기준 될 수 있어

성하고자 하는 공익이 무엇인가 따져보아야 할 것이다. 동시에, 다른 한편으로 이로써 침해되는 언론의 자유의 정도는 어떠한지 살펴보아야 한다. 어려운 문제는 이 양자의 적절한 균형점을 찾는 데에 있다. 그러나 이에 대해서는 일률적으로 말할 수 없다. 사안에 따라 법익 균형점이 다 다를 수 있기 때문이다.

그 뚜렷한 예가 ‘공인에 대한 보도’의 경우다. 공인에 대한 보도에서와 사인에 대한 보도에서는 적절한 법익의 균형점이 다를 수밖에 없다. 아무래도 사인에 대한 보도에서보다는 공인에 대한 보도에 있어서 언론의 자유에 무게를 두지 않을 수 없다. 이에 관해서는 대법원에서도 다음과 같이 판시하고 있다.

“언론·출판의 자유와 명예보호 사이의 한계를 설정함에 있어서 표현된 내용이 사적 관계에 관한 것인가, 공적 관계인 것인가에 따라 차이가 있는바, 즉 당해 표현으로 인한 피해자가 공적인 존재인지 사적인 존재인지, 그 표현이 공적인 관심 사안에 관한 것인지 순수한 사적 영역에 속한 사안에 관한 것인지, 그 표현이 객관적으로 국민이 알아야 할 공공성, 사회성을 갖춘 사안에 관한 것으로 여론형성이나 공개 토론에 기여하는 것인지 아닌지 등을 따져보아 공적 존재에 대한 공적 관심사안과 사적인 영역에 속하는 사안 간에는 심사기준에 차이를 두어야 하며, 당해 표현이 사적인 영역에 속하는 사안에 관한 것인 경우에는 언론의 자유보다 명예의 보호라는 인격권이 우선할 수 있으나, 공공적·사회적 의미를 가진 사안에 관한 것인 경우에는 평가를 달리해야 하고 언론의 자유에 대한 제한이 완화되어야 하며, 피해자가 당해 명예훼손적 표현의 위험을 자초한 것인지의 여

부도 또한 고려되어야 한다.”⁴⁰⁾

다. 언론의 위축 효과와 법익형량의 원칙

결국, 기본권 제한 입법의 합헌성 심사에서 중요한 것은 해당 법률로써 달성할 수 있는 법익과 침해되는 기본권의 내용 사이의 법익형량이라고 할 것인데, 여기에서 언론의 위축 효과가 작용할 여지가 있다.

즉, 언론의 위축 효과가 있다면 이것은 해당 법률로써 제한되는 기본권의 한 내용이 될 수 있는 것이다. 다시 말해 공익과의 대척점에 서서 비교의 대상이 되는 하나의 요소로서 작용할 수 있다. 그러나 여기서도 주의할 점이 있다.

언론의 위축 효과는 비규범적 개념이며, 의제된 개념이기에 일단 언론의 위축 효과를 인정하는 데에 신중해야 한다. 다소 막연한 근거만으로 언론의 위축 효과가 있다고 단정하는 것은 곤란하다. 그리고 모든 언론의 위축 효과가 곧 비교의 대상이 되는 법익은 아니다. 법익이란 법률로써 보호되어야 할 이익이기 때문이다. 모든 언론의 위축 효과가 곧 법익이 아니고, 그 중에서 규범적 판단을 거쳐 법익이라 할 만한 것이어야 형량의 대상으로서의 자격을 갖는다고 할 것이다. 물론, 여기서 말하는 규범적 판단이라 함은 그 위반에 따른 제한조치를 법에서 두고 있는지가 중요한 판단기준이 될 것이다.

3. 정리

결국, 언론의 위축 효과는 직접적으로는 기본권 제

40) 대법원 2002. 1. 22. 선고 2000다37524 판결.

한 입법의 합헌성 판단의 기준이 될 수 없다. 오직 법익형량의 원칙을 통해서만 간접적으로 위헌성 판단의 기준이 될 수 있을 뿐이다. 그러나 이 경우 역시 모든 언론의 위축 효과를 곧 법익이라 할 수는 없기에 그 판단에 신중에 신중을 기해야 한다.

V. 이 사건 현재결정에 대한 평가

이제 마지막으로 이 사건 현재결정이 갖는 의미에 대한 소견을 밝히고자 한다.

첫째로, 언론의 위축 효과를 직접적으로 언급하고 유효한 판단의 근거로 삼았다.

그간 우리 법원에서 위축 효과를 우려한 판결을 찾아보기 힘들다는 비판이 있었다.⁴¹⁾ 언론의 위축 효과를 경시하는 태도는 곧 언론의 자유와 사회성능에 대한 몰이해일 수 있다는 점에서 의미 있는 지적이라고 생각한다. 그런데 이번 현재의 결정에서는 언론의 위축 효과를 적극 인정하였다. 언론의 사회적 책임만큼이나 언론의 자유와 사회적 기능 역시 소중하다는 것을 확인받은 셈이다.

둘째로, 이번 결정에도 불구하고 언론의 위축 효과가 무엇이며, 어디까지 인정될 수 있을지에 대해서는 어려운 숙제로 남아 있다.

언론의 사회적 책임에 관한 법 제4조에 대해서 일부 재판관들은 아무런 제재조치가 없지만 언론의 자유를 심히 위축시킨다고 보았다. 또, 언론사의 귀책 사유가 없음에도 정정보도를 명하는 것은 언론의 자유를 위축시킨다는 것이 재판관 전원의 중론이었던 것으로 보인다. 나아가 정정보도청구를 소명만으로 인용될 수 있게 하는 것도 중요한 사회적 관심사에

대한 보도를 주저하게 만들어 언론의 자유를 위축시킨다고 보았다. 그러면서도 현재는 얼마든지 언론의 위축 효과를 인정할 수 있었다고 생각되는 시정권고에 대해서는 기본권 침해의 가능성을 부정했다.

개인적인 소견에 언론의 위축 효과에 대한 현재의 입장이 일관되지 않아 보인다. 그리고 언론의 자유가 위축된다고 본 사안들에서 그 근거가 무엇인지가 궁금하다. 정말 기자들이 기사쓰기를 주저하게 되면 언론의 위축 효과를 인정해야 하는 것인지, 그것이 현재가 말한 언론의 위축 효과인지 묻고 싶다. 언론의 위축 효과의 본질에 대한 연구가 몹시 부족하다고 감히 말하고 싶다. 한 가지를 더 첨언하면, 모든 언론의 위축 효과가 곧 언론의 자유 내지는 기본권에 대한 제한인지에 대한 연구도 진행되어야 한다고 본다.

셋째로, 역시 기본권 침해 여부를 판단함에 있어서는 비교형량의 원칙이 중요하다는 것을 확인했다. 언론의 위축 효과가 있다고 해서 해당 규정 내지는 조치가 위헌이라고 볼 수는 없다. 언론의 위축 효과를 능가하는 공익적 요소가 존재한다면 그것은 위헌적인 기본권 제한이 아닐 수 있기 때문이다. 이런 관점에서 보면, 비교형량의 원칙을 사용함에 있어서는 서로 비교되는 공익과 사익을 충실히 선별하는 작업이 중요하다.

언론의 위축 효과를 중심으로 살펴다보니, 현재의 결정을 너무 비판하기만 한 것은 아닌가 걱정스럽다. 사실 다른 측면에서 보았다면 이번 현재 결정은 여러 모로 의미가 크다. 특히, 논란이 되었던 언론중재법상의 정정보도청구권의 성격에 대해서 명쾌하게 규명한 것은 정말 큰 수확이라 생각한다. 아무쪼록 이번 결정을 계기로 언론의 위축 효과의 본질과 성격에 관해서 보다 심도 깊은 연구가 이루어지기를 기대해본다. □

41) 문재완(2002). 앞의 글. p. 6.