

의사공시자유권의 헌법적 제한에 관한 고찰

이진구

동아대학교 신문방송학과 교수

I. 서론

1. 문제 제기

의사공시자유(Kommunikationsfreiheit)¹⁾는 헌법에서 보장하는 핵심적 기본권으로 여타의 모든 기본권적 자유를 실현시킬 수 있는 근원적 자유이다. 따라서 의사공시자유는 모든 국가의 헌법에서 예외 없이 보장되고 있다. 그렇다고 의사공시자유는 절대적 자유로 보장된다는 의미는 결코 아니다. 의사공시자유는 상대적 제한을 통해서만이 실질적 보장이 가능할 뿐이다. 이처럼 의사공시자유에 대한 제한은 의사공시자유를 보장하기 위한 긴요한 전제이기 때문에, 의사공시자유를 제한하는 규정은 곧 그의 보장을 정당화하기 위한 규정으로 헌법에 명시한다.

그러나 의사공시자유를 제한하는 관점은 헌법이념에 따라 참여하고 긴장된 의미로 제시될 뿐만 아니라 지극히 자가당착적 관견(管見)이

될 수 있다. 따라서 그 같은 제한의 관점은 일반적 논의의 구도에서 벗어나 있거나 또는 애써 간과하는 경향이 있다. 비록 의사공시자유는 기본권을 제한하는 관점은 보장의 관점처럼 인구에 회자하지는 않지만 항상 폭풍의 눈이 되어 무궁한 원심력으로 작용할 수 있다.

따라서 이 연구에서는 의사공시자유에 대한 헌법적 제한의 본질적 의미를 석명(釋明)하고자 한다. 이 같은 연구를 위해 독일헌법(Grundgesetz für Bundesrepublik Deutschland)에 명시한 제한의 사유를 헌법 내재적 해석을 통해 고찰하고자 한다. 비록 불변적 전거가 될 수는 없겠지만, 이 연구를 통해 헌법에서 의사공시자유를 제한하는 본질적 의미에 대한 보편적 관점을 도출할 수 있는 토대를 마련하고자 한다. 그 같이 도출된 보편적 관점을 통해 우리나라 헌법 제21조에 제한사유로 명시한 언론 미디어의 설립기준과 기능 그리고 명예권을 보호하는 의미를 재조명해 볼 수 있다.

2. 연구 범위

1) 의사공시자유(Kommunikationsfreiheit)는 의사공시의 행위를 자유롭게 할 수 있는 기본권적 자유이다. 이때의 의사공시(意思公示/Kommunikation)는 공시자가 수용자에게 매체를 통하여 자신의 내재적 의사를 공적으로(öffentlich) 표현하고(äußern) 확산하는(verbreiten) 커뮤니케이션 행위이다.

의사공시자유도의 기본권을 제한하는 본질적 의미를 규명하기 위해 해석의 대상으로 삼은 독일헌법(Grundgesetz für Bundesrepublik Deutschland) 제5조(Artikel)는 모두 세 개의 항(Absatz)으로 구성되어 있다. 그 중의 제1항은 의사공시자유도의 기본권에 대한 보장의 법 구문이고, 제2항은 의사공시자유도의 기본권에 대한 제한의 법 구문이며, 제3항은 예술 및 학문의 자유를 보장한 법 구문이다. 이 세 법 구문들 중에서 의사공시자유도의 기본권을 제한하는 사유의 의미를 해석하는 데 이 연구의 초점을 맞추고자 한다. 따라서 이 연구의 범위는 의사공시자유도의 기본권을 제한(Schranken/制限)하는 사유를 명시한 독일헌법 제5조 2항의 법 구문을 해석하는 데 국한된다.

원칙적으로 의사공시자유도의 기본권을 보장한 제5조의 1항은 연구범위에서 제외된다. 그러나 의사공시자유도의 기본권을 제한하는 제5조의 2항에 대한 광의적 의미해석이 필요할 경우에는 제5조 1항을 원용의 연구범위로 포함시키고자 한다.²⁾ 그러나 예술 및 학문의 자유를 보장한 제5조의 3항은 법조문의 내용상 의사공시자유도의 기본권과 직접적인 관계가 크지 않기 때문에 본 논문의 연구범위에서 완전히 제외한다.³⁾

따라서 본 논문에서는 의사공시자유도의 기본권을 제한한 제5조의 2항을 핵심적 연구범위로 삼는다. 이러한 연구범위의 설정은 의사공시자유도를 제한한 구문적 구성형태의 특징을 분석하는 것은 물론이고 그의 본질적 의미까지도 동시에 파악할 수 있도록 한다. 우선

연구범위로 설정한 제5조 2항의 법 구문 내용을 살펴 보면 다음과 같다.

〈제5조 2항 : 의사공시자유도의 기본권 제한〉 “이러한 권리들은 일반 법률의 조항, 청소년 보호를 위한 법률규정, 개인의 명예권에 의해 제한된다.:(Artikel 5 Absatz 2) : “Diese Rechte finden ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre.”}

여기에서 “이러한 권리들(Diese Rechte)”이란 제5조 1항에서 보장한 공시자의 의사공시권, 수용자의 의사공시권, 매체의 의사공시권, 검열거부권을 말한다.⁴⁾

3. 연구 방법

그간 광범한 학문영역에서 다양한 연구방법을 통해 의사공시자유도에 대한 연구가 진행되고 있다. 그러나 이러한 연구들은 자신의 관점에 의거하여 의사공시자유도의 중요성에 대한 일반적 소신을 피력한 내용이 대부분이다. 그에 비해 의사공시자유도의 기본권에 대한 심층적 연구는 매우 부진한 형편이다. 이러한 한계를 극복하고 차후의 연구를 선도하기 위해 이 연구에서는 헌법 내재적 해석(die verfassung-sinnerliche Interpretation/憲法內在的 解釋)의 연구방

2) 의사공시자유도의 기본권을 보장한 제5조 1항의 내용은 다음과 같다. **〈제1절 : 공시자와 수용자의 의사공시권〉**: “누구나 자신의 의사를 언어, 문자, 화상(畫像)에 의하여 자유롭게 표현하고 확산할 수 있는 권리와 일반적으로 접근할 수 있는 정보원으로부터 방해받지 않고 알 수 있는 권리를 갖는다.” **〈(Artikel 5 Absatz 1 Satz 1)〉**: “Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten.” / **〈제2절 : 매체의 의사공시권〉**: “출판의 자유 그리고 방송과 필름을 통한 보도의 자유는 보장된다.” **〈(Artikel 5 Absatz 1 Satz 2)〉**: “Die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film werden gewährleistet.” / **〈제3절 : 검열거부권〉**: “검열은 행할 수 없다.” **〈(Artikel 5 Absatz 1 Satz 3)〉**: “Eine Zensur findet nicht statt.”

3) 예술과 학문의 자유를 보장한 제 5조 3항의 내용은 다음과 같다. “예술과 학문, 연구와 교수는 자유롭다. 교수의 자유는 헌법에 대한 충성으로부터 벗어나지 못한다.” (“Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei. Die Freiheit der Lehre entbindet nicht von der Treue zur Verfassung.”)

4) 앞의 2번 각주 법조문 참조.

법을 도입하고자 한다. 즉 이 연구에서는 의사공시 자유의 기본권에 대한 제한(Schranken)의 의미를 석명(釋明)할 수 있는 연구방법으로 헌법 내재적 해석의 방법을 채택하고자 한다. 따라서 독일 연방 헌법재판소의 결정(Bundesverfassungsgerichtsentscheidung)과 그 결정을 뒷받침한 매체법이론(Medienrechtstheorie)에 의거하여 독일헌법 제5조 2항에서 의사공시자유에 대한 기본권을 제한하는 본질적 의미를 파악하고자 한다. 동시에 커뮤니케이션 이론(Theorie der Kommunikation)을 헌법 내재적 해석을 위한 배경의 관점으로 적용하고자 한다.

우선 독일헌법(Grundgesetz) 제5조 2항에서 명시한 의사공시자유에 대한 기본권을 제한하는 사유를 크게 세 개의 구문으로 나눈다. 즉 첫째, 일반 법률의 조항, 둘째, 청소년 보호를 위한 법률규정, 셋째, 개인의 명예권이 의사공시자유에 대한 기본권을 제한하는 사유들이다. 이들 세 가지 제한사유들이 하나의 문항으로 구성되어 있지만, 해석의 편의상 각각의 독립된 법 구문으로 나누어 제한의 의미를 파악한다. 이렇게 파악된 제한의 의미는 곧 의사공시자유에 대한 독일헌법의 제한적 의미를 뜻하기도 한다.

구체적으로 이 연구는 서론에서 문제제기, 연구범위, 연구방법을 제시하고, 본문에서 제한 조문의 구성, 제한되는 의사의 본질, 의사공시자유에 대한 제한의 사유를 고찰한다. 결론에서는 위와 같은 고찰에 입각하여 의사공시자유에 대한 헌법적 제한의 본질적 의미를 제시하고자 한다.

II. 제한 조문의 구성

현행 독일헌법은 1949년 5월 23일에 제정·공포된

“독일연방공화국 기본법(Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland)”이다. 이 독일연방공화국 기본법은 통일 이전부터 서독의 헌법으로 유지되어 왔다. 엄격한 의미에서 헌법(Verfassung)과 기본법(Grundgesetz) 간에는 차이점이 있음에도 불구하고 통일 이후의 독일연방공화국 기본법은 독일헌법으로 지칭되고 있다. 따라서 이 연구에서는 기본법과 헌법을 혼동하는 것을 피하기 위해 독일연방공화국 기본법을 독일헌법(Grundgesetz)으로 표기하고자 한다.

의사공시자유에 대한 기본권을 명시한 독일헌법(Grundgesetz) 제5조는 전혀 개정되지 않은 법 구문의 구성형태를 제한 당시부터 통일된 지금까지 그대로 유지하고 있다. 본래 제5조(Artikel)는 크게 의사공시의 자유와 학문 및 예술의 자유를 보장한 두 개의 기본권 영역으로 나뉘어져 있다. 이 두 기본권은 정신적 자유를 보장하는 공통적 특성 때문에 동일한 조항에 명시되었으나 전체적 비중으로 볼 때 의사공시자유에 대한 기본권을 보장한 내용이 제5조를 압도적으로 구성하고 있다. 왜냐하면 제5조를 구성하는 총 세 개의 항(Absätze) 중에서 제1항과 2항이 의사공시자유와 관련된 내용이고, 나머지 3항 하나만이 학문과 예술의 자유와 관련된 내용이기 때문이다. 즉 제5조는 그 첫 번째 항(Absatz)에서 의사공시자유에 대한 기본권을 보장하고, 두 번째 항(Absatz)에서 의사공시자유에 대한 기본권을 제한하는 각각 독립된 법 구문으로 구성되어 있다. 이에 비하여 제5조는 세 번째 항(Absatz)에서 학문과 예술의 자유를 하나의 기본권으로 묶어 명시하는 법 구문의 구성형태를 취했다. 이미 앞의 연구범위에서 언급했듯이, 비록 학문 및 예술의 자유에 대한 기본권이 동일한 제5조에 명시되어 있다고 할지라도 내용면에서 의사공시자유에 대한 기본권과는 의미하는 바가 상이하기 때문에, 이 연구에서는 제3항을 법조문의 구성형태에 대한 고찰의 대상에서 제외한다.

〈표 1〉 의사공시자유권의 보장과 제한 조문 구성

조 Artikel	5 조			
항 Absatz	1항		2항	
절 Satz	1 절	2 절	3 절	1 절
	기본권의 보장 Gewährleistung des Grundrechts			기본권의 제한 Schranken des Grundrechts
	- 공시자의 의사공시권 : - 의사표현의 자유 - 의사확산의 자유	- 매체의 의사공시권 : - 출판의 자유 - 방송과 필름을 통한 보도의 자유	- 검열거부권 :	- 제한 사유: - 일반 법률의 조항 - 청소년 보호를 위한 법률규정 - 개인의 명예권
	- 수용자의 의사공시권: - 알 권리			

〈표 1〉에서와 같이, 현행 독일헌법 제5조는 의사공시자유권의 기본권을 보장한 1항과 의사공시자유권의 기본권을 제한한 2항을 병렬로 구성한 상반된 법구문의 형태이다. 즉 제5조의 1항에서 “누구나 자신의 의사를 언어, 문자, 화상(畫像)에 의하여 자유롭게 표현하고 확산할 수 있는 권리를 가지며 또 일반적으로 접근할 수 있는 정보원으로부터 방해되지 않고 알 수 있는 권리를 갖는다. 출판의 자유와 방송 및 필름을 통한 보도의 자유는 보장된다. 검열은 행할 수 없다(Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. Die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film werden gewährleistet. Eine Zensur findet nicht statt.)”라고 의사공시자유권의 기본권을 보장했다.

바로 이어서 제5조의 2항에서는 “이러한 권리들은 일반 법률의 조항, 청소년 보호를 위한 법률의 규정

그리고 개인의 명예권에 의해서 제한된다(Diese Rechte finden ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre.)”라고 제한사유를 명시하여 의사공시자유권의 기본권을 제한했다. 이렇게 동일한 조항에서 보장과 제한의 상반된 내용이 이원적 구성형태로 규정된 것에 대한 다양한 관점이 제기되고 있다. 그러나 제5조를 규정한 법적 취지에서 볼 때, 이 같은 상반된 대립적 구성형태는 오히려 의사공시자유권의 기본권을 실질적으로 보장하기 위한 상호 보완적 견제를 의미한다. 그럼에도 동일한 조항에서 기본권에 대한 제한의 내용을 보장의 내용과 병렬로 구성한 점은 여전히 논란을 야기하고 있다.

의사공시자유권의 기본권을 제한한 제5조의 2항은 세 개의 제한사유를 하나의 법 구문으로 명시한 구성형태이다. 첫 번째의 제한사유로, 일반 법률의 조항(Vorschriften der allgemeinen Gesetze)에 의해 의

사공시자유의 기본권을 제한할 수 있음을 명시했다. 두 번째의 제한사유로, 청소년 보호를 위한 법률의 규정(gesetzliche Bestimmungen zum Schutze der Jugend)을 통해 의사공시자유의 기본권을 제한할 수 있음을 명시했다. 세 번째의 제한사유로, 개인의 명예권(Recht der persönlichen Ehre)을 보호하기 위해 의사공시자유의 기본권을 제한할 수 있음을 명시했다.

III. 제한되는 의사의 본질

의사의 본질적 의미를 명확히 파악하는 것은 곧 의사공시자유의 기본권을 제한하는 관점을 올바르게 정립할 수 있는 토대가 된다. 왜냐하면 의사는 의사공시자유의 기본권을 이루는 핵심일 뿐만 아니라 그 의사의 개념은 의사공시자유의 기본권을 제한하는 관점을 설명할 수 있는 이론적 기반이기 때문이다. 따라서 의사의 일반적 개념을 토대로 독일 헌법 제5조 2항에서 제한하는 의사의 본질을 파악할 수 있다.

의사(Meinung/意思)는 사실적 또는 비사실적 대상에 대하여 이해하거나, 확신하거나, 평가하거나, 판단하거나, 관정하거나, 결정하는 경우에 자신의 마음속에서 형성되는 일정한 견해이다.⁵⁾ 이러한 정신 활동을 통해 빚어지는 의사가 반드시 공적 또는 사적인 의사로 구별되어야 하거나, 보편타당하여야 하거나, 근원적 의미를 내포할 필요는 없다.⁶⁾ 즉 의사는 반드시 합당한 가치가 있는 내용으로 구성

되어야 하는 전제적 또는 의무적 성격을 갖지 않는다.⁷⁾

이 같은 의사의 일반적 개념을 토대로 다음과 같이 의사의 구체적 개념을 도출할 수 있다. 즉 의사(Meinung/意思)란 마음속에서 어느 대상을 자신의 생각에 따라 자유롭게 구체화시킨 의식적 자태(Bewußtseinsbild)이다. 이러한 의사는 자신 이외로 공시되지 않은 정신 활동으로 내적 진행과정에 머물러 있는 마음 속의 의식일 뿐이다. 비록 그 같은 의사가 상대방과의 커뮤니케이션을 통해 형성되었다고 할지라도 아직은 공시되지 않은 생각으로서의 의사 그 자체일 뿐이다.

이렇게 자신의 마음 속에서 형성되는 의사는 인식(Erkenntnis)을 토대로 한 헤아림의 정신적 결실(Frucht)이다. 즉 정신적 결실로서의 의사는 나름대로 분별하여 생각할 수 있는 능력의 상태인 의식(Bewußtsein)이 감각(Sinn)과 경험(Erlebnis)을 통해 알음으로써 깨달을 수 있는 지각(Wahrnehmung)과 함께 어우러져 마음 속에 맺힌다. 따라서 진지하게 숙성되는 헤아림의 과정을 거치지 않은 생각은 자신의 마음 속에 의사로 내재화될 수 없다. 내재화되지 않은 의사는 자신의 마음 속에서 생멸을 반복하는 수많은 생각의 편린(片鱗)에 불과할 뿐이지 결코 정신적 결실로 구체화될 수 없기 때문에, 그 같은 의사는 공시의 단계에 이르기 전에 소멸되고 만다.

의사의 철저한 주관성을 통해서도 의사의 본질적 의미를 파악할 수 있다. 의사는 반드시 절대적 가치를 가져야 한다는 사회적 요구에 구속될 수 없다. 의사는 단순히 자신의 상상과 환상을 통해서 얼마

5) Bundesverfassungsgerichtsentscheidung(연방헌법재판소 결정: 이하 BVerfGE로 표기) 33, 1, 15 / BVerfGE 30, 336 / v. Mangoldt/Klein(1985): Das Bonner Grundgesetz(이하 BG로 표기), p. 238.

6) von Mangoldt/Klein(1985): BG, S. 238. / BVerfGE 30, 336, 347. / BVerfGE 33, 1, 14 f.

7) von Münch, Ingo(1992): Grundgesetz-Kommentar, Band 1(이하 GK로 표기), Art. 5 Rdnr. 5. / BVerfGE 30, 336, 347.

든지 형성될 수 있기 때문이다.⁸⁾ 이렇게 형성된 의사는 상대방에게는 자신의 확신이 되어 찬성과 반대에 대한 명확한 입장으로 공시된다. 따라서 그 같은 의사는 앞으로 일어날 수 있는 긍정적 또는 부정적 영향이나 결과를 미리 고려하여 형성되는 예단(豫斷)의 성격을 가질 수 없다. 또 선의적 차원에서 요구될 수 있는 의사의 내용이 반드시 진실로 구성되어야 할 필요가 없다. 가능한 의사가 긍정적 결과를 기대할 수 있는 진실이길 바랄 뿐이다. 이렇게 의사는 철저하게 개인 중심으로 형성되기 때문에, 일반적 의사는 주관성을 갖는다.⁹⁾ 그러나 단순히 인용을 통해 얻어지는 개인의 특별한 의사는 주관성을 갖지 않는다.

그 같은 폐쇄적 주관성의 의사가 일반적 예상대로 반드시 부정적 의미만을 갖지는 않는다. 오히려 자유민주주의 사회에서 다양한 의사가 형성되는 데 의사의 주관성이 추동력으로 작용할 수 있기 때문이다. 따라서 의사가 비록 진실하지 않은 주관적 내용으로 형성되었다라도 그 의사는 마땅히 보호되어야 한다.¹⁰⁾ 어느 대상에 대하여 의도적으로 평가 절하하는 주관적 의사일지라도 당연히 보장되어야 한다.¹¹⁾ 따라서 가치의 유무를 기준으로 의사의 정당성이 판정된다면, 이는 독일헌법의 자유민주주의 정신에 정면으로 배치된다.¹²⁾ 이상과 같은 본질적 의미에 입각하면, 독일헌법 제5조 2항에서의 의사는 당연히 제한되어서는 안 되는 주관적 의사(subjektive Meinung)의 성격을 갖는다.

이러한 의사의 주관성에도 불구하고, 독일헌법은 상대적 또는 객관적 의사공시자유도의 기본권을 중시

하는 차원에서 공시되는 의사를 실질적으로 제한하고 있다. 개인의 의사 또는 여론과 같은 사회적 의사는 커뮤니케이션을 통해 형성된다. 본래 커뮤니케이션은 인간의 천성적 욕구인 구지욕(求知慾/Wissensdurst)과 구산욕(求散慾/Verbreitensdurst)의 상호적 순환관계를 통하여 이루어진다. 따라서 의사는 어느 대상을 알고자 하는 구지욕과 어느 대상에게 알리고자 하는 구산욕이 서로 함께 작용하는 쌍방 커뮤니케이션에 의해 형성된다. 이렇게 의사를 형성시키는 커뮤니케이션은 개인의 닫힌 내부적 의지에 의해 이루어지지 않고 오히려 열려진 상대적 관계에서 활발히 이루어진다. 따라서 커뮤니케이션을 통해 형성된 의사는 객관성을 갖게 된다.

본질적으로 의사(Meinung/意思)는 제한될 수 없는 자유로움 그 자체이다. 그러나 공시되는 의사(öffentlich geäußerte Meinung)는 헌법에서 설정한 의사공시자유도의 한계를 통해 제한된다. 즉 자유롭게 공시되는 의사는 헌법이 규정한 제한의 사유에 의해 제한된다. 헌법에서의 이와 같은 한계의 설정은 사실상 의사공시자유도를 실질적으로 보장할 수 있는 확고한 근거설정의 의미를 갖는다. 따라서 한계의 설정은 단순히 제한하기 위한 한계의 설정이라기 보다는 오히려 의사를 공시할 수 있는 자유의 범주를 명확하게 함으로써 의사공시자유도를 실질적으로 보장하기 위한 한계의 설정으로 이해할 수 있다.

독일헌법 제5조 2항에서 제한되는 의사는 미디어를 통해 공시되는 의사이다. 이러한 헌법 규정에 의해 제한되는 의사는 구체적으로 네 개의 의사공시

8) Leisner, Walter(1962): Begriffliche Grenzen verfassungsrechtlicher Meinungsfreiheit. in: UFITA 37. p. 144. / Herzog,

Roman(1982): in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz u.a.: Grundgesetz-Kommentar(이하 GG로 표기), Art. 5 Abs. I, II. Rdnr. 54.

9) Hesse, Konrad(1985): Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Rdnr. 391.

10) Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1965, pp. 294-295. / BVerfGE 61, 1, 7 f.

11) BVerfGE 54, 129, 139. / BVerfGE 61, 1, 7 f.

12) BVerfGE 33, 1, 15.

자유 의 기본권들을 이루고 있는 의사들이다. 첫째, 미디어를 통해 의사를 표현하고 확산할 수 있는 공시자의 의사공시권, 둘째, 미디어를 통해 알 권리가 보장되는 수용자의 의사공시권, 셋째, 출판·방송·필름을 통한 보도를 보장하는 매체의 의사공시권, 넷째, 의사공시권의 실질적 보장을 위한 전제로서의 검열거부권과 같은 이 네 가지 의사공시자유의 기본권을 이루고 있는 의사가 곧 제한되는 의사에 속한다. 이 같은 네 개의 의사공시권은 제5조 1항에서 의사공시자유의 기본권으로 보장되 제5조 2항에 열거한 일반 법률의 조항(Vorschriften der allgemeinen Gesetze), 청소년 보호를 위한 법률규정(gesetzliche Bestimmungen zum Schutze der Jugend), 개인적 명예권(Recht der persönlichen Ehre)의 차원에서 제한하고 있다. 이와 같은 제한의 세 가지 사유는 단순히 제한을 위한 제한의 의미만을 갖지 않고 오히려 보장의 명확한 범주설정을 위한 제한의 의미를 동시에 갖는다. 따라서 이들 세 가지 제한사유를 심층적으로 파악함으로써 독일헌법 제5조 2항에서 의사공시자유의 기본권을 제한하는 본질적 의미를 규명할 수 있다.

IV. 의사공시자유의 기본권에 대한 제한 사유

1. 일반 법률의 조항에 의한 제한

제5조의 1항에서 보장한 의사공시자유의 기본권이 동일 조문의 2항에서 일반 법률의 조항(Vorschriften der allgemeinen Gesetze)에 의해 제한된다. 이 같은 법조문의 구성 때문에 제5조 2항에서 제한의 사유가 되는 일반 법률(allgemeine Gesetze)이 헌법

(Verfassung)보다 우선적 효력을 갖는다고 이해할 수 있다. 모든 법률의 최상위법인 헌법에서 보장한 의사공시자유의 기본권이 하위법인 일반 법률(allgemeine Gesetze)에 의해 실질적으로 제한될 수 있기 때문이다. 일반 법률에 의해 헌법이 제약되는 이 같은 법률관계를 부정적으로 보는 견해가 지배적이다. 그럼에도 불구하고 제5조의 1항과 2항은 통일된 독일의 헌법에서도 여전히 수정되지 않은 채 그의 법적 효력이 유지되고 있다. 따라서 일반 법률에 의해 제한되는 의사공시자유의 기본권에 대한 헌법적 해석에서 이론의 여지가 야기되고 있다. 이 같이 예견되는 해석상의 상이한 관점은 의사공시자유의 기본권을 보장하고 제한하는 규정을 동일 조항에 병렬로 명시한 근본적 이유를 파악함으로써 좁혀지거나 극복될 수 있다.

우선 일반 법률의 개념을 중심으로 제5조 2항에 명시한 의사공시자유의 기본권을 제한하는 일반 법률의 조항(Vorschriften der allgemeinen Gesetze)이 의미하는 바를 파악할 수 있다. 일반 법률의 개념에 대한 고질적 논쟁은 이미 바이마르 시대의 국법학에서부터 시작되어 지금까지 상충적으로 지속되고 있다. 왜냐하면 일반 법률을 의사공시자유의 기본권에 대한 보장과 제한 간의 법적 경계점을 초헌법적 차원에서 설정한 특별법으로 여기는 관점 때문이다. 의사공시자유의 기본권에 대한 헌법적 해석에서 이 같은 상충적 논쟁이 작용하는 것을 방지하기 위해서 제한의 사유로 명시한 일반 법률의 개념을 명확히 파악하여야 하는 이유가 제기된다.

일반 법률의 개념을 다음과 같은 세 가지 관점에서 파악할 수 있다. 첫 번째로, 일반 법률(allgemeine Gesetze)은 의사공시자유의 기본권을 강압하려는 특별한 목적을 갖고 규정한 특별법(Sonderrecht)을

제외한 그 밖의 모든 일반적 법을 뜻한다.¹³⁾ 본질적으로 자유로운 의사공시를 억제하거나 제한할 수 있는 특별한 법을 제정하거나 시행하는 것은 자유민주주의 국가에서 당연히 금지된다. 의사공시 자유의 기본권을 보장하는 것은 곧 자유민주주의를 실현할 수 있는 실질적 추동력이기 때문이다. 이렇게 특별법이 자유민주주의 국가에서 당연히 용인될 수 없음에도 불구하고, 특별법은 정신적 목표를 지향하는 행위를 금지하거나 제한할 경우에 실질적으로 적용된다. 정신 활동의 핵심인 자유로운 의사공시의 행위를 특별법을 통해 제한하는 것은 곧 자유민주주의의 이념적 싹 그 자체를 원천적으로 잘라버림으로써 절대 희생불가의 결과를 초래할 수 있다. 따라서 일반 법률은 의사공시 자유의 기본권을 집중적으로 제한하기 위한 특별법이 될 수 없다. 두 번째로, 일반 법률(allgemeine Gesetze)은 특정한 의사공시 자유의 기본권을 보장하기 보다는 오히려 일반적 법익의 보호를 우선하는 법을 뜻한다.¹⁴⁾ 따라서 특정한 권익을 위해 의사공시 자유의 기본권을 집중적으로 보장하는 법은 일반 법률이 될 수 없다. 만일 일반 법률이 개인이나 집단의 특정한 권익을 위해 의사공시 자유의 기본권을 우선적으로 보장한다면, 의사공시 자유의 기본권을 보장하는 본래의 헌법정신은 그 즉시 상실된다. 의사공시 자유의 기본권은 개인의 절대적 자유로 보장되기 보다는 오히려 사회구성원 상호 간의 제한적 자유로 보장되기 때문이다. 세 번째로, 일반

법률(allgemeine Gesetze)은 의사공시 자유의 기본권 그 자체보다 오히려 사회적 이익을 우선적으로 보호하는 법을 뜻한다.¹⁵⁾ 따라서 의사공시 자유의 기본권만을 특정하게 보장하는 법은 일반 법률이 될 수 없다. 일반 법률은 특정한 자유의 영역인 의사공시 자유의 기본권 보다는 오히려 공공의 이익을 실현하는 데 일차적 목적을 두는 법일 뿐이다.

이처럼 상이하게 제시되는 일반 법률의 개념을 독일 연방헌법재판소는 지속적인 판결을 통해 통합적으로 정립했다. 즉 일반 법률은 의사공시 자유의 기본권만을 실현하기 위한 특별한 법이 아니고 오히려 보호되어야 하는 공동가치(Gemeinschaftswert)의 법익에 전적으로 기여하는 일반적 모든 법이라는 관점을 제시했다.¹⁶⁾ 그 같은 관점에 따르면, 특정한 의사공시 자유의 기본권만을 반대하기 위해 제정한 법은 일반 법률이 될 수 없다.¹⁷⁾ 즉 어떤 특정한 의사공시 자유의 기본권을 제한하기 위한 특별한 목적을 갖고 제정한 특별법은 당연히 일반 법률의 성격을 벗어난다. 따라서 일반 법률은 제5조 1항의 1절과 2절에서 보장한 의사공시 자유의 네 가지 기본권들¹⁸⁾ 중에서 어느 특정한 기본권만을 제한할 수 있는 법이 아니다.¹⁹⁾ 즉 일반 법률은 의사표현의 자유와 의사확산의 자유를 보장하는 공시자의 의사공시권, 알 권리를 보장하는 수용자의 의사공시권 출판과 보도의 자유를 보장하는 매체의 의사공시권 그리고 이 세 가지 의사공시권의 실질적 보장을 위해 반드시 전제되어야 하는 검열

13) Häntzschel, Kurt(1932): Das Recht der freien Meinungsäußerung. in: HdbStR II, p. 659.

14) Rothenbücher, Karl(1928): Das Recht der freien Meinungsäußerung. in: VVdStRL 4, p. 20.

15) Smend, Rudolf(1928): Das Recht der freien Meinungsäußerung. in: VVdStRL 4, p. 52.

16) BVerfGE 7, 198[209/210] - Lüth-Urteil /BVerfGE 28, 282[292] - SoldatenG /BVerfGE 50, 234[241] - Ausschluss aus Gerichtsverhandlung.

17) Maunz/Zippelius, Deutsches Staatsrecht, # 24 II 2 /z. B. Gesetz gegen die Verbreitung der Lehre des Darwinismus im US-Staat Arkansas von 1928.

18) 공시자의 의사공시권, 수용자의 의사공시권, 매체의 의사공시권, 검열거부권.

19) Bettermann, Karl-August(1964): Die allgemeinen Gesetze als Schranken der Pressefreiheit. in: JZ, p. 604.

거부권 모두에게 제한적 효력을 미칠 수 있는 법일 뿐이다.

일반 법률의 개념을 의사공시자유의 기본권과 결부시키는 이 같은 관점은 의사공시의 영향력을 중시하는 데서 기인한다. 그러나 공시된 의사가 반드시 상대방에게 영향을 미친다는 확증은 없다. 다만 의사공시의 추정적 영향만을 중시하거나 기대할 뿐이다. 더욱이 그 같은 추정은 대부분 의사공시의 긍정적 영향에만 집중된다. 그러나 공시되는 의사(Meinung/意思)는 커뮤니케이션 과정에서 쌍방향 순환관계를 통해 형성되는 생동성을 갖기 때문에, 의사공시가 일정한 영향력을 가질 수 없다. 따라서 그 같은 성격을 가진 의사공시자유의 기본권을 제한하는 일반 법률은 반드시 법으로서의 형식과 실질적 내용을 동시에 갖추고 제정되어야 한다.²⁰⁾ 일정한 법체계 내에서 법적 타당성을 갖고 제정된 일반 법률만이 정당한 법적 효력을 갖는다. 결코 일반 법률은 특정한 목적만을 지향하는 특별법이거나 또는 상황에 따라 편의성만을 요구하는 가이드라인과

같은 성격을 가질 수 없다.

그와 같은 법적 체계와 타당성을 갖추고 제정된 다음과 같은 법들이 의사공시자유의 기본권을 제한하는 일반 법률에 해당한다. 일반 법률에 해당하는 이들 법의 규정들은 의사공시자유의 기본권을 제한하는 근거가 된다. 예를 들면 노동지위기본법(Grundregeln über Arbeitsverhältnis),²¹⁾ 외국인법(Ausländergesetz),²²⁾ 공무원법(Beamtengesetz),²³⁾ 영업법(Betriebsverfassungsgesetz), 민법(Bürgerliches Recht), 법정법(Gerichtsverfassungsgesetz),²⁴⁾ 카르텔법(Kartellrecht),²⁵⁾ 교회업무지위법(Kirchliches Arbeitsverhältnis),²⁶⁾ 연금법(Kontaktssperregesetz),²⁷⁾ 예술저작권법(Kunsturhebergesetz),²⁸⁾ 시장질서법(Marktordnung),²⁹⁾ 경찰 및 질서법(Polizei- und Ordnungsrecht), 우편법(Postordnung),³⁰⁾ 법관법(Richtergesetz),³¹⁾ 군법(Soldatengesetz),³²⁾ 호적법(Standesrecht), 형법(Strafgesetze),³³⁾ 형사소송법(Strafprozeßordnung), 도로법(Straßenengesetze),³⁴⁾ 부당경쟁금지법(Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb), 집회법(Versammlungsgesetz),³⁵⁾ 경쟁제한법(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschrän-

20) v. Mangoldt/Klein(1992): BG. Anm. IX 3a /OVG Münster DVBl. 1972, 509 - Düsseldorfer Straßengesetz.

21) 자유 경영의 평화를 유지하기 위해 의사공시자유의 밀접한 노동관계가 제약된다. 그러나 노동의 본질과 목적을 간과한 권위적 명령에 의해 그 같은 노동관계를 제약할 수는 없다.

22) 법적 전제조건 내에서 외국인의 정치 활동을 제약하고 금지함으로써 외국인의 의사공시의 자유가 제한된다.

23) 자유민주주의의 기본질서를 위해 공무원상의 비밀유지를 요구하는 의사공시자유의 제한은 적법하다.

24) 법정 공개와 배석 경찰에 관한 규정에 의해 재판의 참관을 배제함으로써 기자의 보도의 자유가 제한된다.

25) 과도한 기업경쟁을 억제하기 위해 의사공시자유의 기본권이 제한된다.

26) 가톨릭 병원의 의사에게 낙태에 관한 공적 연금의 금지를 의무화하는 규정에 따라 의사공시자유의 기본권이 제한된다. 의사에게 부과되는 이 같은 금지규정은 교회의 자율권에 해당되기 때문에 적법하다.

27) 연금 상태의 사람은 의사공시자유의 기본권을 제한받을 수 있다.

28) 예술저작의 보호를 위해 저작자의 허락 없는 저작물의 의사공시는 금지된다.

29) 시장에서 타인의 기본권을 침해할 수 있는 광고전단의 살포는 금지된다.

30) 형법, 공공복지, 관습에 반하는 내용 또는 정치적·종교적 내용을 겉표지에 신거나 또는 들여다 볼 수 있는 투명한 우편물을 통해 송부하는 의사공시는 제한된다.

31) 법관이 법과 양심에 의거하지 않은 정치적 의사공시는 제한된다.

32) 군의 정치적 중립을 훼손하는 의사공시는 제한된다.

33) 헌법에 의해 보호되는 법익의 경우에는 의사공시자유의 기본권이 제한된다.

34) 공동도로에서 확성기와 선전물을 통한 비공익적 의사공시는 제한된다.

35) 나치복장을 착용한 공중집회와 공공의 안전과 질서를 저해하는 비평화적 집회는 제한된다.

kungen)³⁶⁾ 등이다.

이처럼 의사공시자유도의 기본권을 제한할 수 있는 법률이 다양하게 규정되어 있음에도 불구하고 일반 법률의 효력범위는 여전히 불명확하다. 따라서 연방 헌법재판소가 제시한 상호작용이론(Wechselwirkungslehre)과 사안별 법익형량 원칙(Gebot der Rechtsgüterabwägung im Einzelfall)의 관점을 통해 의사공시자유도의 기본권을 제한하는 일반 법률의 효력 범위를 명확하게 설정할 수 있다.

상호작용이론(Wechselwirkungslehre)의 관점에 의거하면, 일반 법률은 기본권의 본질적 의미를 훼손하지 않는 범위 내에서 의사공시자유도의 기본권을 제한해야 한다. 즉 일반 법률의 제한작용은 자유민주주의 국가에서 의사공시자유도의 기본권이 갖는 법적 가치를 충분히 존중하는 범위 내에서 가능할 뿐이다. 결코 일반 법률이 기본권의 가치를 일방적으로 제한하는 부정적 상호작용의 관계는 성립될 수 없다. 왜냐하면 상호작용(Wechselwirkung)은 일반 법률이 기본권을 제한할 수 있다는 단순한 문구적 표현 이상을 의미하고 있기 때문이다. 자유민주주의 국가에서 기본권의 법적 가치는 기본권을 제한하는 일반 법률의 제한작용 그 자체를 다시 제한할 수 있는 법적 효력의 정당성을 담보하고 있다. 즉 “장화가 커질수록 그에 따라 장화의 뒤꿈치가 커진다 (Je größer der Stiefel, desto größer der Absatz)”³⁷⁾는 이처럼 의사공시자유도의 기본권은 제한되면 될수록 오히려 보장의 가치는 더욱 증시된다.

사안별 법익형량 원칙(Gebot der Rechtsgüterabwägung im Einzelfall)의 관점에 의거하면, 의사공시자유도의 기본권을 보장함으로써 보호할 가치가 있

는 상위의 법익이 훼손될 경우에는 사안에 따라 의사공시자유도의 기본권은 양보의 차원에서 제한될 수 있다. 상위의 법익이 우선되어야 하는지에 대한 판단은 당연히 해당 사안에 대한 타당한 검증절차에 따라 이루어져야 한다.³⁸⁾ 예를 들면, 인격의 진작(Entfaltung)과 자유민주주의의 이념에 따른 검증을 통해 상위의 법익을 우선할 것인지 여부를 판단할 수 있다. 결코 일반 법률의 일반성을 통해 모든 기본권의 침해가 정당화될 수는 없다. 사실상 일반 법률의 개념에는 법익형량(Rechtsgüterabwägung)의 의미가 내포되어 있지 않다. 따라서 상위의 법익에 의해 의사공시자유도의 기본권을 정당하게 제한할 수 있음을 일반 법률의 개념에서 도출해 낼 수 없다. 동시에 의사공시자유도의 기본권이 다른 모든 법익보다 항상 우선되어야 한다는 정당성 역시 일반 법률의 개념에 의해 뒷받침되지 않는다. 그럼에도 불구하고 의사공시자유도의 기본권과 법익들 간의 상충에서 법익형량은 반드시 구체적으로 제시되어야 한다. 결코 법익형량은 이 둘 간의 상충에서 선회(旋回)의 입장을 취해서는 안 된다. 왜냐하면 해당 사안의 상충을 적법하게 해결하기 위해서는 불충분한 기준에 의거한 추상적 형량(abstrakte Abwägung)을 제시하기 보다는 오히려 충분한 기준에 의거한 구체적 형량(konkrete Abwägung)을 우선적으로 제시하여야 하기 때문이다.

물론 사안별 법익형량(Rechtsgüterabwägung im Einzelfall)의 적용에는 예외적 경우가 있다. 즉 일반 법률의 개념을 충족시키지 못하는 법이라 할지라도 그 법이 헌법정신에 따라 정당하게 의사공시자유도의 기본권을 제한할 경우에는, 그 제한의 법익형량이

36) 미디어의 독점화를 금지함으로써 의사공시자유도의 기본권이 제한된다.

37) BVerfGE 12, 113[124] - R. Schmid-Urteil(Pressefehde-Urteil).

38) BVerfGE 35, 202[221] - ZDF-Sendung Soldatenmord von Lebach.

예외적으로 적용될 수 있다. 예를 들면, 독일 형법(StGB)에서 나치 선전물의 유포, 제조, 도입을 금지하는 규정³⁹⁾과 나치 상징물의 사용과 유포를 금지하는 규정⁴⁰⁾이 나치를 찬양하는 특정한 의사공시자유의 기본권을 제한할지라도 그 법률규정은 자유민주주의의 헌법정신에 위배된다고 볼 수 없다. 따라서 이 같은 법적 조치에는 사안별 법익형량이 적용될 수 없다. 즉 민주주의의 기본질서를 유지하고 국민정서의 보호를 최우선시하는 것이 곧 자유민주주의의 헌법정신이기에 때문에, 이 경우에는 사안별 법익형량의 예외적 적용이 타당성을 갖게 된다.⁴¹⁾

2. 청소년 보호를 위한 법률 규정에 의한 제한

의사공시자유의 기본권은 청소년 보호를 위한 법률 규정(gesetzliche Bestimmungen zum Schutze der Jugend)에 의해 제한된다. 이 같은 법률 규정(gesetzliche Bestimmungen)은 미디어의 유해한 내용에 무방비적으로 노출될 수 있는 청소년을 확실하고도 적절하게 보호하는 데 일차적 목적을 갖는다. 그렇다고 청소년의 보호가 그 같은 법률 규정을 존속시키기 위한 구실이 될 수는 없다. 법률 규정은 반드시 청소년을 적절히 보호할 수 있는 적절한 도구로 적용되어야 한다.⁴²⁾ 실제로 청소년의 보호를 위협하는 내용은 인쇄물, 방송물, 영상물, 인터넷 등의 미디어를 통해 폭력과 비행을 찬양하거나, 인종 간의 증오심을 유발시키거나, 전쟁을 찬미하거나, 성행위를 수치심 없이 과감하게 묘사하는 것들이다. 즉 청

소년의 일상 생활을 회복이 불가능할 정도로 현저하고도 심각하게 변화시킬 수 있는 미디어의 내용이다. 일반적으로 청소년은 미지의 상황에 노출되었을 때 쉽게 오염될 수 있는 순수하고도 예민한 감수성을 갖고 있다. 따라서 청소년은 미디어의 위대한 내용에 직면했을 때 일시적으로 지나쳐 버리기 보다는 오히려 높은 호기심과 예리한 민감성을 갖고 몰입하게 된다. 청소년의 이 같은 심리적 특성 때문에, 미디어를 통한 간접적 경험을 현실적 사실로 혼동하는 일방적 수용의 커뮤니케이션 현상이 발생한다.

실제로 청소년을 적절하게 보호할 수 있는 법률을 규정함에 있어서 고도의 신중성이 요구된다. 왜냐하면 포괄적 보호가 요구되는 기본권의 균형성과 청소년 보호의 우선적 가치 간의 법익형량(Rechtsgüterabwägung)에 의거하여 청소년을 실질적으로 보호할 수 있는 법률을 적절하게 규정하여야 하기 때문이다.⁴³⁾ 결코 청소년을 보호하기 위해 규정된 법률이 여타의 모든 기본권을 정당하게 제한할 수 있는 절대적 규범성을 가질 수 없다. 따라서 청소년 보호를 위한 법률 규정이 과연 의사공시자유의 기본권을 포함한 모든 기본권들의 균형을 동등하게 중시하는 법치주의적 차원에서 제한의 권능을 갖는지를 객관적으로 검증해야 한다. 예를 들면, 방영될 텔레비전의 필름에 대한 사전검열의 정당성에 대한 찬반의 견해가 대립될 수 있다. 즉 위해한 필름은 반드시 청소년에게 부정적 영향을 미칠 수 있다는 관점은 방영 여부를 결정하는 사전검열을 찬성하게 된다. 이와는 반대로 의사공시자유의 기본권을 자유

39) § 86 I Nr. 4 StGB.

40) § 86a StGB.

41) Frowein, Jochen Abr.(1980): Reform durch Meinungsfreiheit, in: AÖR 105, p. 169. (Unzulässigkeit des Verbotes von NS-Propaganda auf Art. 139)

42) BVerfGe 30, 336 [354] - Sonnenfreunde.

43) BVerfGe 30, 336 [348] - Sonnenfreunde.

민주주의 국가의 절대적 가치로 존중하는 관점은 청소년에게 해로운 필름의 방영을 사전검열을 통해 무조건 금지하는 조치를 반대하게 된다.

독일 형법(StGB)은 폭력의 묘사를 금지하고 있다.⁴⁴⁾ 따라서 청소년을 위해할 수 있는 폭력을 묘사한 비디오물의 대여가 금지된다. 그러나 이 같은 법적 조치에 대한 반대의 관점이 제기될 수 있다.⁴⁵⁾ 폭력 비디오물의 대여 금지를 통해 청소년을 보호하기 위한 근본취지가 오히려 성인의 탐닉만을 집중적으로 보호하게 되는 불필요한 법적 결과를 초래할 수 있기 때문이다. 따라서 폭력묘사를 금지하는 독일 형법의 조치에 대한 이의가 제기될 수 있다. 그러나 이러한 예상 밖의 법적 결과는 의사공시자유의 기본권을 제한하는 사유에 대한 헌법적 해석의 대상이 될 수 없다.

더욱이 청소년의 불명확한 개념 때문에, 청소년 보호를 위한 법률 규정이 비판의 대상이 된다. 특히 폭력을 조장하고 포르노 행위를 노출하고 증오심을 부추기는 미디어의 내용을 수용하는 경우에, 청소년과 성인 간의 개념적 경계가 모호해 진다. 즉 보호되어야 하는 법률상의 청소년이 성인만큼 조속한 청소년일 수 있다. 이와 반대로 보호될 필요가 없는 성인이 청소년같이 미숙한 성인일 수 있다. 더욱이 뉴미디어의 활용이 일상화된 사회에서 이 같은 청소년과 성인은 상호 간의 개념적 경계 없이 혼재하고 있다. 따라서 청소년을 보호하기 위한 법률 규정의 일반적 적용은 곧 청소년과 성인 모두에게 약도독도 될 수 있는 상반된 법적 효력을 가져올 수 있다. 청소년을 보호하기 위한 법률 규정의 적용에서 야기하는 이 같은 현실적 문제점은 청소년과 성인

간의 개념적 경계를 법률적 연령에 의해 판단할 것인지 아니면 정신적 연령에 의해 판단할 것인지를 우선적으로 결정하여야만 해결될 수 있다.

3. 개인의 명예권에 의한 제한

개인의 명예권(Recht der persönlichen Ehre)에 의해 의사공시자유의 기본권이 제한된다. 따라서 개인의 명예권은 제한사유로서의 법률 규정이다. 의사공시자유의 기본권에 대한 정당한 제한은 오로지 개인의 명예권을 보호하기 위해 명문화된 법률 규정을 통해서만 가능하다. 그러나 이 같은 개인의 명예권은 당사자의 인식에 따라 가변적 의미를 가질 수 있다. 왜냐하면 개인의 명예권은 전통적으로 선언적 권리로 이해할 수 있을 뿐만 아니라 지극히 불문율적 권리로 요구할 수 있기 때문이다. 따라서 개인의 명예권을 법적 규범의 차원에서 이해하기 보다는 오히려 관습법(Gewohnheitsrecht)의 차원에서 이해하려는 경향이 일반적이다.⁴⁶⁾

관습법의 차원에서 개인의 명예권(Recht der persönlichen Ehre)을 이해하는 관점은 명예권의 핵심요소인 권리(Recht)가 갖는 다양하고 광범위한 의미에서 기인한다. 앞에서 파악했듯이 일반 법률(allgemeine Gesetze)과 법률 규정(gesetzliche Bestimmungen)은 의사공시자유의 기본권을 제한할 수 있는 분명하고 구체적이고 객관적인 사유로 이해하기에 충분했다. 이에 비하여 의사공시자유의 기본권을 제한할 수 있는 개인의 명예권(Recht der persönlichen Ehre)은 개인의 명예(Ehre)을 보호하기 위한 정당한 권한으로서의 주관적이고 개인적 권리(persönliches

44) § 131 StGB

45) Gehrhardt, Erwin(1975): Gewaltdarstellungsverbot und Grundgesetz, in: NJW, 357ff. /Scheffold, Dian(1982): Politische Zeitschriften jugendgefährdend? in: RdJB, p. 121.

46) v. Mangoldt/Klein: Anm. IX3c.

Recht)로만 이해할 수 있다.⁴⁷⁾ 따라서 정당한 제한의 사유로 명시한 개인의 명예권은 권리의 당사자에 따라 충분히 관습법적 의미로 해석할 수 있다.

그러나 독일의 헌법정신에 의하면, 단순히 개인의 명예권만을 보호하기 위해 의사공시자유의 기본권을 제한하는 것이 아니고 오히려 개인의 명예권을 실질적으로 보호하기 위해 구체적인 법률 규정을 통해 의사공시자유의 기본권을 제한할 뿐이다. 즉 독일헌법은 의사공시자유의 기본권을 정당하게 제한하기 위한 전제조건으로 관습법이 아닌 명확한 실정법의 규정을 요구한다. 그에 따라 형법(StGB) 제185조와 193조, 형사소송법(StPo) 제374조, 민법(BGB) 제823조 등과 같은 명예권의 침해와 관련된 법률 규정들이 명문화되었고, 그 법률 규정들이 정하는 구체적 범위 내에서 의사공시자유의 기본권은 정당하게 제한된다.

개인의 명예권이 침해된 경우에 의사공시자유의 기본권을 보장하고 제한하는 것에 대한 상충적 관점이 대립할 수 있다. 예를 들면, 형법 제193조의 “정당한 관심의 인지(Wahrnehmung berechtigter Interessen)”의 규정에 의거하여 의사공시자유의 기본권 보장과 개인의 명예권 보호 간의 법익형량(Rechtsgüterabwägung)이 상이하게 제시될 수 있다. 의사공시자유의 기본권을 제한하기 위해 적용하는 정당한 관심의 인지는 개인의 명예권을 보호하는 궁극적 목적에 입각할 때 그의 의미가 훨씬 더 명확해진다. 그러나 가치판단의 의사공시에 의해 명예가 훼손되었을 경우에 그 같은 정당한 관심의 인지가 존재했는지 여부를 명확하게 파악하는 것은 사실상 어렵다.

실제로 어느 대상에 대한 가치판단과 의사공시 간에는 현격한 의미차이가 없다. 왜냐하면 가치판단과 의사공시 그 자체는 공시자의 주관적 임의성(Dafürhalten)과 확실성(Fürwahrhalten)에 입각하여 내려진 결정의 소산이기 때문이다. 더욱이 가치판단에 의해 이루어지는 의사공시의 정당성과 비정당성은 순전히 공시자 개인의 신념에 해당된다.⁴⁸⁾ 따라서 명예권의 침해에 대한 명확한 판단은 침해의 경계를 구체적으로 설정함으로써 가능하여 진다. 이 같은 구체적 경계설정에 입각하여 명예권의 침해를 다음과 같이 정의할 수 있다. 일반적으로 명예권의 침해는 자유로운 의사공시행위를 통한 공시자의 주관적이고 이기적인 관심이 상대방의 명예를 존중하거나 고려하여야 하는 객관적이고 상대적인 관심을 능가하거나 압도할 때 성립한다.

개인의 명예권을 보호하기 위해 의사공시자유의 기본권을 얼마나 적정하게 제한할 수 있는가의 법익형량(Rechtsgüterabwägung)은 사적 영역과 공적 영역에서 서로 다르게 고려될 수 있다. 특히 프라이버시의 보호를 중심으로 그 같은 법익형량이 상이한 관점으로 제시될 수 있다.

사적 영역을 중시하는 관점에 의하면, 개인의 명예권을 보호하기 위해 의사공시자유의 기본권은 우선적으로 제한될 수 있다. 즉 개인의 명예권을 보호하는 의미가 의사공시자유의 기본권을 보장하는 의미보다 중시된다. 따라서 개인의 명예권을 구성하는 핵심요소인 프라이버시는 원칙적으로 의사공시자유의 기본권을 보장하는 것 보다 우선적으로 보호되어야 한다. 본래 개인의 프라이버시는 사적 영역인 인격권에 속한다. 때문에 개인의 프라이버시는 의사

47) 이외에도, “민주주의 연방국(Demokratischer Bundesstaat)”을 규정한 독일헌법 제20조 3항에서 법을 지칭하는 Recht는 개인의 명예권(Recht der persönlichen Ehre)에서 권리를 지칭하는 Recht와는 다른 의미로 쓰이고 있다. 즉 “입법은 헌법질서에 구속되고, 집행과 사법은 법률과 법에 의해 구속된다(Die Gesetzgebung ist an die Verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.)

48) BVerGE 61 1, 9.

공시자유는 기본권보다 중시될 수밖에 없다. 개인의 인격권을 중시함으로써 의사공시자유는 기본권을 제한하는 관점은 독일헌법 제2조 1항에 명시한 인격권(Persönlichkeitsrecht)의 보장을 통해 충분히 지지되고 있다.⁴⁹⁾ 즉 누구나 타인의 권리를 침해하지 않고 헌법질서와 도덕률을 그르치지 않는 범위 내에서 자신의 인격을 자신의 의지에 따라 자유롭게 진작시킬 수 있음(Entfalten)을 기본권으로 보장하고 있다. 인격권의 보장을 통해 개인의 프라이버시를 보호하고, 이 같이 보호되는 개인의 프라이버시를 토대로 궁극적으로는 개인의 명예권을 실현시킬 수 있다.

따라서 공인의 프라이버시는 원칙적으로 보호되어야 한다. 공적 이익의 실현을 담당하는 공인의 개인적 프라이버시 내용이 본인의 인격을 진작시킬 수 있는 절대적 가치를 갖는다면, 공인의 프라이버시는 인격권을 보장하는 차원에서 결코 타인의 의사공시자유에 의해 일방적으로 가벼이 침해될 수 없다. 즉 공인의 프라이버시는 그 공인 개인의 인격을 구성하는 원초적 요소로서 우선은 사적 영역에 속하기 때문에, 공인의 개인적 인격을 구성하고 진작시킬 수 있는 프라이버시는 보호되어야 할 충분한 가치를 갖는다.

그러나 공적 영역을 중시하는 관점에 의하면, 개인의 명예권을 보호하기 위해 의사공시자유는 기본권이 일방적으로 제한될 수 없다. 즉 개인의 명예권을 보호하는 의미가 의사공시자유는 기본권을 보장하는 의미보다 중시될 수 없다. 따라서 프라이버시가 개인의 명예권을 구성하는 핵심적 요소일지라도 의사공시자유는 기본권을 보장하는 것 보다 우선적

으로 보호될 수는 없다. 개인의 명예권을 구성하는 프라이버시가 공적 영역과 밀접히 관련된다면 의사공시자유는 기본권은 개인의 명예권을 극심하게 침해하지 않는 한 우선적으로 보장되어야 한다. 개인의 프라이버시가 일반적 정치성을 가진 공적 영역에 해당되고, 그 프라이버시의 내용이 진솔하게 공시되어 공익의 실현이 가능한 경우에는 개인의 명예권 보호가 의사공시자유는 기본권 보장보다 우선될 수 없다. 특히 개인의 프라이버시 내용이 수용자의 정당한 정보요구를 충족시킬 수 있거나 일반적 여론을 형성시킬 수 있는 공적 관심의 대상이 된다면, 의사공시자유는 기본권이 개인의 명예권을 보호하기 위한 전제로 제한될 수 없다. 그러나 일반인의 정당한 관심이 아닌 특정인의 호기심을 충족시키기 위해 개인의 프라이버시를 공시하는 의사공시자유는 기본권은 당연히 제한되어야 한다. 프라이버시의 공시가 정당한 관심에 부합하는지 아니면 호기심을 충족시키려는 욕구에 편승하는지를 공정하게 판단하여 의사공시자유는 기본권을 제한하는 결정이 이루어져야 한다. 실제로, 범죄 용의자의 신분이나 연예인의 사생활 공개에서 개인의 명예권 침해와 실상에 대한 알 권리의 보장 간에 이 같은 상충이 야기된다. 호기심을 충족시키고자 하는 단순한 욕구가 결코 알 권리의 본질이 될 수 없다. 알 권리는 호기심의 충족을 벗어난 정당한 관심을 토대로 요구될 경우에만 본연의 가치를 갖는다. 따라서 개인의 프라이버시가 공공의 정당한 관심의 대상이라면 그 개인의 명예권은 의사공시자유는 기본권을 제한할 명분을 상실하게 된다. 더욱이 공인의 명예권은 이미 공적 영역에서 공공의 관심을 통해 신장되기 때문에,

49) Art. 2 GG[Persönlichkeitsrecht]: (1) Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte der anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.([인격권]: <1> 타인의 권리를 침해하지 않고 헌법질서와 도덕률에 반하지 않는 한, 누구나 자신의 인격을 자유롭게 진작할 수 있는 권리를 갖는다.)

공인 개인의 명예권은 곧 공공의 명예권이기도 하다. 따라서 결코 공인 개인만의 명예권을 보호하기 위해 의사공시자유의 기본권이 제한될 수는 없다.

V. 결 론

의사공시자유의 기본권을 제한하는 현행 독일헌법(Grundgesetz) 제5조 2항의 명문화에 헌법의 전통주의가 입법배경으로 크게 작용했다.⁵⁰⁾ 따라서 헌법에 명시한 제한사유의 내용은 크게 독창적이지 못할 뿐만 아니라 뉴미디어 환경의 현대적 의미를 담고 있지 못하다.

본래 의사는 인식을 통해 구체화된 의식적 자태이다. 헌법에 의해 제한되는 의사는 공시되는 의사이다. 공시되는 의사는 헌법의 한계 설정을 통해 제한된다. 이러한 한계 설정은 곧 의사공시자유의 실질적 보장을 위한 근거 설정을 의미한다. 실제로 일반 법률의 규정, 청소년 보호를 위한 법률규정, 개인의 명예권이 헌법이 설정한 의사공시자유의 한계이다. 동시에 이들은 의사공시자유의 기본권을 제한할 수 있는 헌법적 제한의 사유가 된다. 이러한 세 가지 제한사유는 다음과 같은 헌법적 해석의 의미를 갖는다.

우선, 일반 법률의 규정(Vorschriften der allgemeinen Gesetze)은 그의 개념과 효력범위의 측면에서 제한사유의 의미를 갖는다. 개념의 측면에서 볼 때, 일반 법률은 의사공시자유의 기본권을 집중적으로 제한하기 위해 제정한 특별법을 제외한 일반적 법이다. 또 일반 법률은 특정한 개인이나 단체를 위해 의사공시자유의 기본권을 보장하는 법이 아니고 일반의 법익을 우선적으로 보호하기 위한 법이다.

역시 일반 법률은 의사공시자유의 기본권 그 자체만을 보장하기 위한 법이 아니고 오히려 공익 실현에 일차적 목적을 두는 법이다. 이들 세 가지 관점을 종합하면, 일반 법률이란 의사공시자유의 기본권을 실현하기 위한 특별한 법이 아니고 오히려 마땅히 보호되어야 하는 공동가치의 법익에 전적으로 기여하는 일반적 모든 법이다. 효력범위의 측면에서 볼 때, 일반 법률은 의사공시자유의 기본권을 제한하는 데 미치는 효력의 범위에 따라 그의 의미가 달라진다. 즉 의사공시자유의 기본권을 제한하는 일반 법률의 효력범위는 상호작용이론(Wechselwirkungslehre)과 사안별 법익형량 원칙(Gebot der Rechtsgüterabwägung im Einzelfall)에 따라 달라진다. 즉 상호작용이론의 관점에 의거하면, 일반 법률은 기본권의 본질적 의미를 훼손하지 않는 범위 내에서 의사공시자유의 기본권을 제한할 수 있다. 사안별 법익형량 원칙의 관점에 의거하면, 일반 법률은 보호할 가치가 있는 상위의 법익이 훼손될 경우에는 의사공시자유의 기본권을 양보의 차원에서 제한할 수 있다.

다음은, 청소년 보호를 위한 법률 규정(gesetzliche Bestimmungen zum Schutze der Jugend)은 포괄적 보호가 요구되는 기본권의 균형을 충분히 고려하는 측면에서 제한사유의 의미를 갖는다. 즉 청소년을 보호하기 위한 법률 규정의 우선적 가치가 여타의 모든 기본권을 정당하게 제한할 수 있는 절대적 규범성을 뜻하지 않기 때문이다. 만일 법률 규정이 청소년의 보호에만 우선적 가치를 둔다면 오히려 위대한 내용에 접근할 수 있는 성인의 반사적 권한만을 집중적으로 보호는 결과를 초래할 뿐이다. 보호되는 성인의 반사적 권한을 통해 위대한 내용이 재생산되어 확산됨으로써 도리어 청소년 보호를 위한 법률

50) 이진구(2006). 독일헌법 제5조의 의사공시권 보장에 관한 고찰. 동아대 사회과학논집 제25집 2호. pp. 62 ~ 68.

규정은 스스로 자신의 제한능을 상실하게 된다.

끝으로 개인의 명예권(Rechte der Persönlichen Ehre)은 주관적인 개인적 권리의 측면에서 제한사유훈의 의미를 갖는다. 이 같은 관습법적 관점에서 의사공시자유훈의 기본권을 제한하는 것을 방지하기 위하여 오히려 명예권을 보호하기 위한 구체적인 법률의 규정이 요구된다. 본래 명예권의 침해는 자유로운 의사공시행위를 통한 공시자의 주관적이고 이기적인 관심이 상대방의 인격을 존중하거나 고려하여야 하는 객관적이고 상대적인 관심을 능가하거나 압도할 때 성립한다. 이 같은 인격권을 구성하는 프라이버시를 보호하기 위해 의사공시자유훈의 기본권을 제한하는 것에 대한 관점은 상충적이다. 사적 영역을 중시하는 관점에서, 프라이버시는 개인의 인격을 구성하는 원초적 요소이기 때문에, 의사공시자유훈의 기본권은 프라이버시의 보호를 위해 당연히 제한된다. 그러나 공적 영역의 관점에서, 프라이버시가 공익실현을 위한 일반적 정치성을 갖고 진솔하게 공시될 경우에는 의사공시자유훈의 기본권은 프라이버시의 보호를 위해 결코 제한될 수 없다. 이 때 보호되는 프라이버시의 내용은 특정한 호기심이 아닌 공공의 정당한 관심의 대상이다. 그러나 공인의 명예권은 이미 공적 영역에서 공공의 관심을 통해 신장되기 때문에, 공인 개인의 명예권만을 위해 의사공시자유훈의 기본권이 전적으로 제한될 수는 없다. □

〈참고문헌〉

* 해설서:

- Bonner Kommentar(1994): Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Loseblatt), Bd. 1.
- Jescheck, Hans-Heinrich/ Ruβ, Wolfgang/Willms, Gü-

nther(1989): Strafgesetzbuch: Leipziger Kommentar, Bd. 5, 10. Aufl.

- v. Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich(1992): Das Bonner Grundgesetz, Bd. 1, 3. Aufl.
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter(1994): Grundgesetz-Kommentar (Loseblatte), Bd. 1.
- von Münch, Ingo(1992): Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl.
- Starck, Christian(1985): Das Bonner Grundgesetz, Bd. 1, 3. Aufl.

* 일반문헌:

- Bettermann, Karl-August(1964): Die allgemeinen Gesetze als Schranken der Pressefreiheit, in: JZ, p. 604.
- Branahl, Udo(1994): Medienrecht. Eine Einführung. Westdeutscher Verlag.
- Frowein, Jochen Abr.(1980): Reform durch Meinungsfreiheit, in: AöR 105, p. 169.
- Gehhardt, Erwin(1975): Gewaltdarstellungsverbot und Grundgesetz, in: NJW, p. 357 ff.
- Häntzschel, Kurt(1932): Das Recht der freien Meinungsäuβ erung, in: HdbStR II, p. 659.
- Hermann, Günter(1994): Rundfunkrecht, Fernsehen und Hörfunk mit neuen Medien, Verlag Beck.
- Hesse, Konrad(1993): Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 19. Aufl.
- Kübler, Hans-Dieter(2000): Mediale Kommunikation, Niemeyer.
- 이진구(2006): 독일헌법 제5조의 의사공시권 보장에 관한 고찰, 동아대 사회과학논집 제25집 2호, pp. 59 ~ 91.
- Leisner, Walter(1962): Begriffliche Grenzen verfassungsrechtlicher Meinungsfreiheit, in: UFITA 37, p. 129, 144.
- Maunz, Theodor/Zippelius, Reinhold(1994): Deutsches Staatsrecht, 29. Aufl.
- Paschke, Marian(1993): Medienrecht, Springer Verlag.
- Rothenbücher, Karl(1928): Das Recht der freien Meinungsäuβ erung, in: VVdStRL 4, p. 20.
- Schefold, Dian(1982): Politische Zeitschriften jugendgefährdend? in: RdJB, p. 121.
- Smend, Rudolf(1928): Das Recht der freien Meinungsäuβ erung, in: VVdStRL 4, p. 52.
- Zelezny, John D.(1997): Communications Law: Liberties, Restraints, and the Modern Media, 2. Edition.