

디지털 전환의 시대 언론의 자유 보장과 인격권 보호 사이의 균형모색

- 언론중재법 개정논의와 관련하여 -

권 형 둔*

공주대학교 법학과 교수, 법학박사

■ 국문 초록

언론의 자유의 기본이념은 대의민주주의를 근간으로 하는 근대입헌주의 체제가 정상적으로 작동하는데 기초가 된 사상이다. 디지털 시대 인터넷을 중심으로 한 미디어는 다양한 방식의 의사소통을 가능하게 함으로써 민주주의 발전에 기여해왔다. 하지만 한국사회에서 저널리즘은 그동안 성장한 시민의식에 부합하지 못하고 사회적 책임을 다하지 못하면서 위기로 빠져들고 있다. 21대 국회에서는 언론개혁법이라는 이름으로 언론관련법에 대한 개정이 추진되고 있다. 이에 국민의 기본권을 회복하기 위한 법안이라는 주장과 언론에 재갈을 물리는 위헌적 법안이라는 주장이 대립하면서 우리 사회는 또다시 갈등과 분열 속에 빠져들고 있다. 연구의 대상이 되는 언론중재법은 기본적으로 언론의 자유와 공적 책임의 조화를 추구하는 법이다. 논쟁은 많지만 언론의 자유와 피해구제를 통한 인격권 보장과의 균형모색에 대한 논의는 많지 않다. 본 연구에서는 첫째, 디지털 시대 미디어의 인격권 침해와 언론의 자유와의 균형관계를 모색하기 위해 헌법상 언론의 자유의 기본권 구조체계의 이해를 바탕으로 기능적 기본권으로서 헌법 제21조에 대한 해석을 시도하고 있다. 둘째, 헌법적 관점에서 언론중재법 개정안이 입법개정안의 준칙을 준수했는지 여부, 명확성 원칙을 준수하고 있는지 여부 및 징벌적 손해배상규정의 과잉금

* morgen@kongju.ac.kr

지원칙 준수 여부에 대해 비판적으로 분석하였다. 셋째, 디지털 시대 언론중재법의 개정방향을 제안하고자 하였다. 법리상 징벌적 손해배상의 도입은 쉽지 않지만, 그 ‘개념 수용’을 통한 해결방안을 모색하였다. 현실적으로는 열람차단청구제도의 도입과 언론중재위원회의 독립성 보장이 강화될 필요가 있다. 개별법적으로가 아닌 언론 관련법 전반에 대한 구체적인 개혁안이 제시되고 체계정당성의 관점에서 조율될 필요가 있다. 언론개혁법의 최종적 목적은 디지털 시대 표현의 자유와 다양한 미디어가 대중에게 미치는 영향 등을 고려하면서 단계별로 공적 임무에 따른 사회적 책임을 부여하는 체계적인 법적 규범의 완성이 되어야 한다.

주제어: 언론중재법, 기능적 기본권, 인격권 보호, 징벌적 손해배상, 열람차단청구권

목 차

- I. 문제제기
- II. 디지털 미디어 시대 언론의 자유의 헌법적 지위와 한계
 - 1. 언론의 자유와 헌법 제21조의 체계분석
 - 2. 기능적 기본권으로서 언론의 자유의 해석
 - 3. 언론의 자유와 인격권 보호 사이 경계 설정의 기준
- III. 헌법적 관점에서 언론중재법 개정안에 대한 비판적 분석
 - 1. 디지털 환경에서 미디어의 문제점과 언론중재법 개정
 - 2. 언론중재법 개정안의 주요내용 및 비판적 분석
 - 3. 디지털 사회 미디어의 인격권 침해에 대한 해결방법으로서 적합한가?
- IV. 디지털 미디어 시대 언론중재법의 개정방향
 - 1. 서언
 - 2. 인격권 침해에 징벌적 손해배상 ‘개념 수용’의 필요성
 - 3. 열람차단청구권 도입의 문제
 - 4. 언론중재위원회의 독립성 보장 강화
- V. 마무리

I. 문제제기

언론에 대한 국민의 신뢰가 바닥을 헤매고 있다. 한국사회에서 저널리즘은 민주주의에 대한 가치제고와 그 발전에 크게 기여해왔지만, 성장한 시민의식에 부합하지 못하고 스스로 위기로 빠져들고 있다.

언론의 자유의 기본이념은 대의민주주의를 근간으로 하는 근대입헌주의 체제가 정상적으로 작동하는데 기초가 된 사상이다.¹⁾ 인터넷을 중심으로 한 미디어는 다양한 방식의 의사소통을 가능하게 함으로써 민주주의 발전에 기여해왔다.

1) 대의민주주의 국가에서는 민주적 정당성에 근거하는 국가의사형성과 기본권보장에 근거하는 국민의사형성이 서로 개념적으로 구분되고 있고, 국민의사형성의 영역은 국가로부터 자유로운 개인의 기본권 행사에 관한 것으로 여론의 형성과정으로 표현의 자유 등을 통하여 보장된다. 성낙인 (2021). <헌법학>. 법문사. 1149; 한수웅 (2021). <헌법학>. 법문사, 121.

그러나 최근의 신문방송 저널리즘은 정파적인 보도, 상업적 의제선정, 과도한 시청률 경쟁 등으로 퇴행적이다. 디지털 사회에서 다양한 형태의 미디어는 전통매체가 가진 문제점을 극복하고 저널리즘의 희망을 보여 주기도 하였지만, 거짓정보와 혐오표현 등으로 또다시 사회적 지탄의 대상이 되고 있다.²⁾ 자유로운 의사소통의 장이 될 것이라고 예견한 인터넷 공간에서 인격권 침해와 민주주의를 위태롭게 하는 디지털 기술의 역설이 발생하고 있다.³⁾

사회적 의제를 선정하고 깊이 있는 취재내용을 언론매체가 온전히 담아낼 때 사회적 공기구로서 언론은 정상적으로 작동하게 된다. 그러한 과정 중 어느 하나가 제대로 기능하지 못하는 경우 언론의 사회적 책임은 이행될 수 없다. 어느 순간부터 언론은 사회적 모순보다는 ‘클릭 수’에 더 민감하게 반응하고 ‘부정의’의 견고한 구조를 외면하고 있다. 사회적 갈등을 통합의 길로 이끄는 언론의 역할은 정파적 이해관계 속에서 보이지 않는다. 전통적인 매체는 의제선정과 그들이 가진 영향력을 이용하여 이러한 현상을 주도하고 있다. 디지털 시대 나타난 다양한 형태의 미디어는 그 파급효과를 배가시키고 있다.

특정 언론매체는 부동산 자산가와 건설업자의 이익을 대변하는 기사를 양산하면서 시장을 교란하기도 한다는 비판을 받는다. 플랫폼에만 존재하는 미디어는 클릭 수 증가를 유도하는 기사로 경제적 이윤을 취하고 있다. 청소년들이 즐겨 찾는 뉴스 플랫폼은 유명 스포츠인의 인기를 이용한 ‘낚시 기사’, 수많은 성인만화 광고와 맛보기 등으로 오염되어 있다. 스포츠 방송과 1인 미디어의 경우 여성을 성적 대상으로 하는 선정적 장면을 여과 없이 방영하고 있다. 규제대상으로서 언론의 범위가 불분명하고, 다양한 형태의 언론미디어가 민주주의에 필요한 올바른 여론

2) Kühling, Jürgen: »Fake News« und »Hate Speech« - Die Verantwortung der Medienintermediäre zwischen neuen NetzDG, MStV und Digital Services Act (2021). <ZUM>, 461-472.

3) 장철준 (2019). 디지털 시대 헌법상 표현의 자유 개념 변화를 위한 시론. <언론과 법>, 18권 1호, 71-102 (72).

형성이라는 사회적 책임을 다하지 못하면서 디지털 혁명이 오히려 언론의 자유의 위기를 초래하고 있는 것이다.

21대 국회에서는 언론개혁법이라는 이름으로 언론관련 법 개정안이 발의되고 있다.⁴⁾ 이에 가짜뉴스와 허위조작 보도에 의한 인권침해로부터 ‘국민의 기본권을 회복하기 위한 법안’이라는 주장과 언론의 비판적 기능을 위축시키는 ‘언론에 재갈을 물리는 위헌적 법안’이라는 주장이 대립하면서 우리 사회는 또다시 갈등과 분열 속에 빠져들고 있다.

입법자는 언론의 자유, 표현의 자유가 민주주의에서 차지하는 중요성을 감안하여 입법형성의 의무를 지고 있다. 세계 각국에서도 인터넷의 역기능과 사용자 보호를 위한 조치로서 법을 제정하고 있지만 표현의 자유를 제한한다는 비판을 받고 있다.

입법자는 인터넷에서 발생하는 명예훼손이나 인격권 침해와 같이 과거와는 다른 침해유형에 대응해야 한다는 인식이 있지만, 그 구체적 방식에 대해서는 견해 차이가 있다. 본 연구의 대상이 되는 언론중재법은 기본적으로 언론의 자유와 공적 책임의 조화를 추구하는 법이다. 언론중재법 개정안에 대해 많은 논쟁이 있지만, 어느 순간부터 언론의 자유와 사회적 책임 및 인격권 침해에 대한 논의는 사라지고, 언론이 징벌의 대상이 되는지의 논란만 남아 있다.

디지털 시대 전통적 매체와 인터넷 미디어에 의해 발생하는 인격권 침해와 언론의 자유의 침해는 어떻게 조화롭게 해결될 수 있는가? 언론의 자유 보장은 우월적 기본권으로 다른 기본권적 법익보다 우위에 있는가? 언론이 우리 사회의 절대적 권력으로 또는 상업적 이익을 추구하는 권력으로 변화해 가는 시점에 이러한 명제는 여전히 유효한가? 언론의 본연의 기능을 회복하기 위해 입법자가 취할 수 있는 수단은 무엇인가?

본 연구에서는 최근의 언론중재법 개정논의와 관련하여 표현의 자유

4) 대표적으로 포털 뉴스배열 개선, 1인 미디어 가짜뉴스 규제, 공영방송지배구조 개선과 관련된 정보통신망법, 방송법, 언론중재법 개정의 문제가 있다.

의 기본권 보장과 인격권 침해에 따른 사회적 책임 사이의 균형조정의 문제를 살펴보고자 한다. 이하에서는 헌법상 언론의 자유의 기본권 구조 체계의 이해를 바탕으로 기능적 기본권으로서 헌법 제21조에 대한 해석을 시도하고(II), 언론중재법 개정안의 주요내용 및 입법처리 과정에서 입법학의 기본 원칙을 준수했는지 여부와 일부 과잉입법의 문제에 대해 헌법적 관점에서 살펴보고자 한다(III). 그리고 언론의 자유와 인격권 보호 사이의 충돌을 조화롭게 해결하기 위한 방법으로 언론중재법 개정의 방향성에 대해 살펴보면서(IV), 체계적인 법규범의 완성을 위해서는 언론관계법 전체적 맥락 속에서 균형 있는 논의가 필요함을 강조하고자 한다(V).

II. 디지털 미디어 시대 언론의 자유의 헌법적 지위와 한계

1. 언론의 자유와 헌법 제21조의 체계분석

헌법 제21조는 대의민주주의 국가에서 국민의 의사형성에 기여하는 표현의 자유에 대한 기본권이다.⁵⁾ 헌법 제21조의 기본체계는 제1항은 자신의 의견과 사상을 말로써(언론의 자유), 매체를 통해서(출판의 자유와 미디어의 자유), 집단적으로(집회의 자유), 또는 단체를 구성해서(결사의 자유) 다른 사람에게 전파할 자유를 보호하는 구조로 되어 있다.⁶⁾

표현의 자유라는 기본권이 가지는 목표는 상호 대립되는 의견이 자유롭고 공정하게 경쟁할 수 있는 장에서 토론을 통해 올바른 여론형성에

5) 표현의 자유와 언론의 자유를 구분하는 견해도 있으나, 헌법재판소는 구분하지 않고 혼용하여 사용하고 있다. 이는 언론의 개념이 표현행위와 언론매체의 이중적 의미로 사용되기 때문에 발생한 것으로 본 논문에서 표현의 자유의 개념은 헌법 제21조를 포섭하는 개념으로 사용한다.

6) 이인호 (2015). 한국 言論自由의 헌법적 위상에 대한 진단. <언론과법>, 제14권 3호, 1-47(3-6).

기여함으로써 민주주의를 실현하는 것이다. 헌법 제21조 제1항을 구성하는 표현의 자유의 실질적 보장은 제2항의 허가나 검열 금지에 의하여 확보된다.⁷⁾ 검열은 사상이나 정보를 발표할 때 행정권이 그 내용을 사전에 심사 또는 선별하여 일정한 표현을 저지하는 것이며, 검열금지원칙은 표현의 자유가 실질적으로 보장되는지를 가늠하는 척도이다. 검열금지원칙은 검열 또는 허가제를 인정하지 않으며, 제약 없는 자유로운 의사표현의 보장을 설정하고 있다.⁸⁾

헌법 제21조의 표현의 자유의 목적은 그 기본권이 지향하는 시민의 표현의 자유이다. 표현의 자유가 보호하는 기본권적 법익은 누구나 자신의 생각을 자유롭게 표현하는 ‘의견의 표명’에 있다. 이 경우 의견은 모든 사물이나 인간에 대한 평가적 사고의 과정을 거친 개인의 가치판단 또는 입장표명이다. 따라서 의견 표명은 발언자의 주관적 가치관에 의해 이루어지고, 타인의 권리 침해 여부와는 무관하게 기본권의 보호범위에 포함된다. 자칫 표현의 자유에서 기본권의 보호범위를 국가가 결정하는 경우 그 기본권은 공동화될 수 있기 때문이다.⁹⁾

인터넷에서 거짓정보나 혐오표현은 의사형성에 기여할 수 없는 허위의 주장이기 때문에 표현의 자유의 보호범위에 포함되는지 문제가 된다. 거짓정보라는 사실을 알았거나 진실로 보기에 는 정당성이 없는 고의에 의한 허위사실공표에 대해서까지 면책을 주장할 수는 없다.¹⁰⁾ 이 경우 허위사실에 기초하고 있는 거짓정보는 표현의 자유의 보호대상이 될 수 없다고 본다.¹¹⁾

7) 헌법재판소는 “헌법 제21조 제2항의 허가나 검열을 행정권이 주체가 되어 사상이나 의견 등이 발표되기 이전에 예방적 조치로서 그 내용을 심사, 선별하여 발표를 사전에 억제하는 제도를 의미한다.”고 결정함으로써 표현의 자유에 대한 사전억제를 금지하고 있다. 헌재 1996.10.4. 93헌가13.

8) 권형돈 (2020). 인터넷에서 표현의 자유와 그 규제범리-혐오표현·거짓정보에 대한 독일의 대응을 중심으로. <사법>, 통권 제53호, 3-34 (8).

9) 헌법재판소 1998. 4. 30. 95헌가16.

10) 헌법재판소 1996.6.24. 97헌마265.

11) 권형돈 (2020). 앞의 글. 8.

헌법 제21조 제3항의 규정 “통신 방송의 시설기준과 신문의 기능을 보장하기 위하여 필요한 사항은 법률로 정한다.”는 내용은 통신과 방송에 대한 시설기준이 입법자의 형성영역이라는 사실을 알려주고 있다. 여론형성에 기여하는 미디어는 대중에 미치는 강한 영향력으로 법적인 규율이 필요하다. 헌법 제21조 제3항은 미디어나 인쇄매체가 민주적 의사형성에 기여할 수 있도록 통신과 방송의 설립 및 운용에 관한 조직적·절차적 규율과 신문의 기능을 보완하는 실체적 규율에 대한 법 형성권한을 입법자에게 부여하고 있다.¹²⁾

헌법 제21조 제4항은 언론의 사회적 책임을 명시한 조항이다. 명예훼손 등 개인의 인격권을 침해하는 언론의 사후적 책임에 대해 규정하고 있다. 헌법 제37조 제2항과의 관계에 대해서는 논란이 있지만 일반적 법률유보를 표현의 자유와 관련해서는 특별한 보호가 필요함을 강조하고 있는 것으로 충돌되는 인격권 침해의 전형적인 유형을 예시한 것으로 볼 수 있다.¹³⁾

디지털 기술의 발달로 나타난 다양한 미디어가 정파적이고 경제적 이해관계에 따른 보도를 할 때 시민들이 이성적으로 자율적인 의사결정을 하는 것은 쉽지 않다. 거짓정보나 혐오표현에 의한 잘못된 믿음으로 의사형성이 이루어지고 인격권 침해가 발생할 경우 국가의 개입이 시작된다. 헌법 제21조를 전체적 맥락에서 해석을 하면 민주적 여론형성을 위한 의사표현의 자유의 기본권이며, 이를 위해 기여하는 매체로서 신문, 방송 및 미디어 등의 자유로 볼 수 있다.¹⁴⁾ 따라서 여론형성의 과정에는 개인의 인격발현과 민주주의가 균형 있게 보호될 수 있도록 그 과정에 법적 효과가 부여되기도 한다.¹⁵⁾ 이 경우 표현의 자유와는 달리 언

12) 장철준 (2008). 이익의 관점에서 바라본 표현의 자유-토마스 스캔런(Thomas Scanlon)의 표현의 자유 이론 연구-. <법과사회>, 제35권, 283-306 (304).

13) 한수웅 (2021). 앞의 책, 788.

14) 권형돈 (2019). 헌법상 방송개념과 OTT서비스의 방송법적 규제의 정당성. <언론과법>, 제18권 제1호, 1-36 (16).

15) 권형돈 (2004). 독일에서 기능적 기본권 이론의 전개. <중앙법학>, 제6집제1호,

론매체는 그 자유권성은 존재하되 기본권 주체만의 자유가 아니라 기본권이 보장하고자 하는 커뮤니케이션의 자유이자 사회적 자유가 된다. 따라서 헌법상 표현의 자유의 기본권은 시민이 가지는 대국가적 방어권뿐만 아니라, 언론재벌 등 사회세력들이 커뮤니케이션 과정을 지배하는 것에 대항하는 ‘모든 이들의 자유’(Rundum-Freiheit)가 된다.¹⁶⁾

오늘날 의사의 다양성은 공론장에서 자율적 자기통제에만 의존하는 자유주의 모델만으로는 도달할 수 없기 때문에 표현의 자유의 헌법적 구조는 입법자가 민주적 사회국가, 문화국가에 대하여 미칠 영향을 고려해서 커뮤니케이션 과정에서 기회의 균등을 선도할 수 있도록 구성되어 있다고 본다.

2. 기능적 기본권으로서 언론의 자유의 해석

한국의 기본권 이론과 해석에 큰 영향을 미친 독일의 뤼트 판결(Lüth Urteil) 이래로 기본권의 성격은 개인의 주관적 권리보장에 머무르지 않고 객관적 가치규범으로 이행하게 된다.¹⁷⁾ 기본권의 이중적 성격이 인정됨으로써 기본권 기능은 다원화되고, 민주주의 가치질서 실현에 필수적인 표현의 자유의 보장을 위해 헌법 제21조에 포함되어 있는 매체 기본권은 모두 기능화 된다.

27-50 (38).

16) Martin Stock (1985). <Medienfreiheit als Funktionsgrundrecht. Die journalistische Freiheit des Rundfunks als Voraussetzung allgemeiner Kommunikationsfreiheit>. München, 289 ff.

17) 함부르크 주의회의장이자 기자회견장이었던 에리히 뤼트(Erich Lüth)는 나찌 시대에 히틀러에 동조하고 유대인박해를 옹호한 영화 “유대인 사랑”을 감독했던 파이트 할란(Veit Harlan) 감독이 새로 연출한 영화 “불멸의 연인”에 대한 불매운동을 호소하였다. 이에 영화 제작사와 배급사는 독일민법 제826조에 근거하여 뤼트를 피고로 불매운동중지에 관한 소송을 제기하였다. 함부르크 법원은 뤼트의 의사표현(불매운동)이 선량한 풍속에 반하는 행위라고 인정하였다. 이 판결에 불복한 뤼트는 연방헌법재판소에 표현의 자유(기본법 제5조 제1항)의 침해를 주장하면서 헌법소원을 제기한 사건이다.

민주주의적 기능적 기본권 이론은 기본권의 민주 정치적 기능을 중시한다. 이에 따르면 기본권, 특히 표현의 자유의 기본권은 민주적인 국가형성과 정치적 의사형성을 위한 과정에 핵심적 요소가 된다. 기능적 기본권이론에서는 기본권의 전국가적 성격이 부인되고 민주국가를 위한 창설적 기능을 가진다. 이에 따르면 기본권의 객관적 성격 또는 제도적 기본권 중에서 기본권의 민주적·정치적 기능 자체가 중시된다.¹⁸⁾ 기능적 기본권 이론은 정치적 기본권에 국한되지 않지만, 표현의 자유의 기본권을 구성하는 언론출판의 자유, 집회결사의 자유 등에 주로 적용된다.

디지털 사회에서도 언론의 자유는 민주적·기능적인 기본권으로 이해할 필요가 있다. 신문방송매체와 인터넷 미디어는 여론형성과정에서 정보독점과 전파력, 대중조작가능성 등 강한 영향력을 발휘하므로 개인의 가치실현뿐만 아니라 민주주의에 기여하는 언론의 자유의 헌법적 전제를 이행하기 위하여 법적인 규율이 필요하기 때문이다.¹⁹⁾

따라서 표현의 자유 기본권은 시민의 자유로운 처분에 맡겨져 있는 것이 아니라 공동체를 구성하는 민주적 시민들의 역할과 관련해서 공익과 연계되어 있다.²⁰⁾ 이때 표현의 자유는 더 이상 국가와 개인과의 관계에서 권한을 제한하고 배분하는 규범이 아니라 민주적 정치과정에서 시민의 자유로운 참여를 보장하는 기능과 권한을 창설하는 규범으로 이해된다. 따라서 기본권의 정당성의 근거와 그 보장범위의 확정을 위한 객관적 지침은 기본권의 공적 과제와 기능, 즉 국가를 창설하고 민주정치를 촉진하는 과제와 기능에서 발견된다.²¹⁾

18) Martin Stock (1985). 앞의 책, 289 ff.

19) Holznagel, B./Vesting, T. (1999). <Sparten- und Zielgruppenprogramme im öffentlich-rechtlichen Rundfunk, insbesondere Hörfunk>. Baden-Baden/Hamburg, S.43.; Stock, M. (1985). <Medienfreiheit als Funktionsgrundrecht>. München, S. 325 ff.

20) BVerfGE 14, 21, 25.

21) 민주주의적 기본권 이론은 기능적 기본권이론, 기능적·민주주의적 기본권 이론으로 불리기도 한다. 박규하 (2006). 사회적 법치국가와 기본권 해석. <외법논집>, 제22집, 57-88 (76).

표현의 자유라는 기본권이 민주주의 사회에서 커뮤니케이션 과정에 미치는 의미와 효과에 대해 그 가치가 인정되기 때문에 자유민주적 기본 질서의 유지에 필수불가결한 기본권이자 전적으로 구성적인(schlechthin konstituierend) 기본권이 된다. 따라서 표현의 자유의 기본권은 민주주의에 대한 정치적 기능을 중심으로 이해되고 기본권적 자유보장은 민주주의의 실현을 위한 수단이 된다.²²⁾ 이때 기본권적 자유의 내용과 효력범위는 자유행사의 영향과 결과에 따라 정해진다. 표현의 자유를 구성하고 있는 언론출판과 미디어의 자유는 민주주의 국가에 필요한 올바른 여론형성에 기여하는 경우 보장되고, 그 외의 경우에는 자유가 제한된다.

헌법 제21조 제3항 규정은 방송의 시설기준과 신문의 기능 보장을 위한 법질서 형성에 대한 근거규범이 된다. 즉 기술적·경제적·사회적 특수 상황으로 제한된 방송 주파수 배분에 대한 허가제와 출판매체에 대한 법적 규제의 헌법적 정당성을 알려주는 규정이다. 따라서 미디어의 자유가 가지는 기본권 주체의 권리뿐만 아니라 표현의 자유 보장을 목적으로 하는 기능적 기본권(Funktionsgrundrecht)적 성격에 대한 근거규정이 될 수 있다.

기능적 관점에서 이해되기 때문에 표현의 자유의 보장은 기본권 주체의 자의에 맡겨지는 것이 아니라 기본권 수범자의 책무이자 의무가 된다. 기능적 기본권으로서 표현의 자유는 그 주체에게 임의의 그러나 목적에 구속되지 않는 자유권 그 이상으로 해석된다.²³⁾ 따라서 표현의 자유 기본권은 기본권 주체의 개인적 자유와 함께 기본권을 구성하는 관련자들이 민주주의에 올바른 여론형성에 기여할 수 있도록 의무를 지운다. 언론매체로서 언론미디어의 자유는 개인의 임의의 자유권뿐만 아니

22) 박용상 변호사는 이러한 언론의 기능을 국민주권의 능동화, 국민적 합의달성을 위한 조건의 조성, 국민적 합의의 능동화에 기여함으로써 공공복리에 기여, 질차적 정의를 통한 실질적 정당성 부여, 다수결 원리에 대의제 민주주의의 정체성과 관련된 정당화 기능이라고 한다. 자세히는 박용상 (2013). <언론의 자유>. 박영사, 108-110.

23) Grimm, Dieter. (1994). Schutzrecht und Schutzpflicht. in: <FS für G. Mahrenholz>, Baden-Baden, S.534 f.

라, 편성권 및 편성프로그램의 자유를 포함하여 민주주의에 필요한 국민의 의사표현의 자유에 기여하는 기본권이 되는 것이다.

헌법재판소도 중계유선방송사업자의 보도·논평·광고금지 사건에서 방송의 자유는 주관적 자유권으로서의 성격과 함께 “다양한 정보와 견해의 교환을 가능하게 함으로써 민주주의의 존립·발전을 위한 기초가 되는 언론의 자유의 실질적 보장에 기여한다는 특성을 가지고 있다.”고 판시하면서 방송매체에 대한 규제 of 필요성과 정당성에 대한 논의는 방송사업자의 자유와 권리, 그리고 수신자의 이익과 권리를 동일하게 고려하기 때문이라고 하였다.²⁴⁾ 이러한 매체의 공적 기능 때문에 표현의 자유의 기본권에는 기본권 주체의 자유와 사회적 자유가 함께 보장되는 것이다.

자유민주주의를 기본원리로 하는 헌법적 요청에 따라 국민의 의견을 반영하고 국가권력이나 사회세력으로부터 독립된 미디어가 실현될 수 있도록 입법자는 입법형성의무가 있다. 디지털 미디어 시대에도 언론출판 및 미디어 체제에 대한 선택과 그 설립 및 운용에 관한 조직적·절차적 규율과 운영주체의 지위에 대해서는 삶의 패러다임 전환을 수용하면서 실체적인 규율을 하게 된다.²⁵⁾

3. 언론의 자유와 인격권 보호 사이 경계 설정의 기준

가. 언론의 자유와 사회적 책임

디지털 시대 대중들은 수동적인 정보 수신자에서 벗어나 능동적 발신자가 되어 ‘표현의 자유’를 실질적으로 누릴 수 있게 되었다. 인터넷을 미디어가 전통적 언론매체의 기능을 대체하면서 표현의 자유의 실현 영

24) 헌재 2001.5.31. 2000헌바43(중계유선방송사업자의 보도·논평·광고금지).

25) 헌재 2003.12.18. 2002헌바49. 유사한 의미로 장철준 (2019). 디지털 시대 헌법상 표현의 자유 개념 변화를 위한 시론. <언론과법>, 71-102 (72-73).

역으로서 미디어의 사회적 책임 문제가 발생하고 있다.

민주주의가 성숙된 국가에서도 미디어가 남용되거나 조작될 가능성은 항상 존재한다. 디지털 미디어로 확대된 표현의 자유의 이면에는 거짓 정보와 혐오표현의 전파로 발생한 현실적 위기의식이 있다. 언론의 사회적 책임론에는 “열려있는 다양한 공론의 장을 만들기 위해 언론기관의 구조에 정부가 간섭할 수 있다.”는 생각이 깔려있다.²⁶⁾

우리가 언론의 자유 보장의 모범으로 삼고 있는 미국의 수정헌법 제1 조는 언론의 자유에 대한 침범할 수 없는 권리성과 함께 시민의 의무나 정부가 실현해야 하는 가치를 담고 있다. 하지만 미국에서도 언론의 힘이 커진 만큼 이에 상응한 책임이 수반되어야 한다는 주장이 제기된 바 있다.

1947년 미국 시카고 대학교 총장 로버트 허친스가 법학자 등 당대의 석학 12명으로 구성된 ‘언론의 자유에 관한 위원회’의 보고서 ‘자유롭고 책임 있는 언론’이 그것이다.²⁷⁾ ‘허친스위원회’는 “도덕적 의무가 상실된 경우 도덕적 권리도 존재하지 않는다.”는 논리로 언론이 사회적 책임을 다하지 않는다면 언론이 가진 법적 권리를 제한할 수 있다고 경고했다.²⁸⁾ 위원회는 언론의 자유는 사실을 정확하게 보도하는 사회적 책임에 의해 제한된다고 강조하면서, 언론의 무책임한 보도에 대해 수정헌법 제1조도 그들의 자유를 보호할 수 없을 것이라고 경고하였다.²⁹⁾ 허친스 위원회 보고서의 결론은 그럼에도 불구하고 자율규제였지만, 언론이 사회적 책임을 다하지 못하는 경우 정부의 개입을 경고했다는 평가를 받고 있다.

언론의 사회적 책임을 구성하는 논리는 공익규제를 가능하게 했다는 비판을 받았지만,³⁰⁾ 미국 연방대법원도 언론의 자유와 공적 사안에 대한

26) Commission on Freedom of the Press (1947). <A Free and Responsibel Press>. Univ. of Chicago Press, 10.

27) Id.

28) Id. at 10.

29) Id. at 80.

다양한 의견을 전파할 언론의 책임에 대해 동시에 강조하고 있다. 즉, 언론의 책임은 헌법으로 규정할 사안도 아니며 입법화할 수도 없다고 판시하면서도 자유언론에는 책임이 따른다고 본 것이다.³¹⁾ 수정헌법에 따라 정부개입을 경계하면서도 주 헌법에는 언론권력의 남용에 대해 법적 책임을 부과하는 내용을 인정하기도 하였다.³²⁾

이후의 판결에서 연방대법원은 반론권과 같이 정부개입으로 언론에 대한 책임 추궁이 이루어질 경우 공적 토론이 위축되고 다양성이 제한된다고 하면서 언론의 자유의 중요성을 또다시 강조하고 있다. 화이트 대법관은 “언론이 항상 정확하고 책임 있는 보도를 하는 것은 아니며 중요한 공적 사안에 대해 공정한 보도를 하지 않을 수도 있다.”고 하면서 언론의 완벽함을 요구하며 과도한 책임을 묻는 것을 경계하였다.³³⁾ 결국 언론의 책임을 명확히 하면서도 지나치게 언론의 사회적 책임을 강조하며 정부가 개입하는 행위는 수정헌법 제1조의 원칙이 아니라는 기초를 유지해오고 있다.³⁴⁾

물론 언론의 명예훼손에 대해서는 일반 법률이 적용되고 그에 따른 책임을 지게 된다. 현재 미국에서 표현행위에 대한 규제는 내용규제와 내용중립적 규제로 나누면서 표현의 내용규제에 대해서는 ‘명백하고 현존하는 위협의 원칙’이라는 엄격한 기준이 적용되고 있다.³⁵⁾

30) Ronald Dworkin (1980). <Is the Press Losing the First Amendment>. Rev. of Books, New York, 49.

31) 언론의 사회적 책임에 대해서는 매체별로 최소한도의 정부개입이 필요하다고 하면서, 신문과 방송은 그 책임의 경중 때문에 자유의 크기가 다르다고 보았다. 신문에 대해서는 사회적 책임론을 인정하면서도 책임을 강제하기 위한 정부의 개입을 차단한다. 반면에 방송에 대해서는 정부규제가 불가피하다고 본다. Columbia Broadcasting System, Inc. v. Democratic National Committee, 412 U.S. 94, 1973. 그러나 방송의 공정성 원칙이 폐기되면서 방송에 대한 정부개입의 가능성도 축소되고 있다.

32) Pennkamp v. State of Florida, 328. U.S. 331, 1946, 354.

33) Miami Herald v. Tornillo, 418 U.S. 257, 259, 1974.

34) 손태규 (2013). 언론의 사회적 책임론과공적 책임론 수용의 문제-한국과 세계 각국의 언론법제 비교 연구. <공법학 연구>, 제14권 제3호, 55-86 (67).

35) 권형돈 (2020), 앞의 논문, 9.

이와는 달리 우리나라는 제헌 헌법 이래 현행 헌법에 이르기까지 표현의 자유는 일관적이지는 않지만 법률로써 제한이 가능하다. 제헌헌법의 초안자인 유진오 선생은 “미국 헌법은 이 언론 출판의 자유를 가장 중요시하여 우리나라 헌법과는 달리 법률로써 하드라도 이를 제한할 수 없다고 규정하였는데, 이것은 글자 그대로 받아 드릴 수 없는 규정이다. 언론과 출판은 외부에 발표되는 것이므로 그 자유를 남용하면 사회의 안녕질서를 해하고 사상과 인심을 악화시킬 우려가 있는 까닭에 미국에 있어서도 언론을 취체(取締)하는 법률이 제정된 예가 없지 않은 것이다.”라고 하면서 민주정치的基本적 자유의 일입에는 분명하지만 자유를 남용하여 사회질서를 교란시키는 경우 민형사상의 책임과 함께 법률유보하에 제한이 가능하다고 하였다.³⁶⁾ 표현의 자유에 대한 기본권 해석에서 표현의 자유는 입법자에 의해 제한될 수 있음을 강조하고 있고, 언론의 사회적 책임에 대한 국가의 법적 대응은 오늘날까지 이어지고 있다.

최근에는 디지털 사회에서 언론미디어가 정당과 함께 정치적 의사형성의 과정에 개입하면서 여론형성을 주도하고 있다. 전통적인 언론매체는 의제선정을 통하여 여전히 그 영향력을 유지하고 있고, 새로운 형태의 미디어는 그 급속효과 때문에 사회적 책임의 문제가 불거지고 있다. 특히 전통적 언론매체를 보완하거나 이미 대체하고 있는 포털은 선정적거나 감각적인 뉴스 소비행태에 대해 온전히 이용자 개인의 책임으로 전가하고 있다. 포털이 전통적 언론매체의 담론을 알고리즘으로 재생산하고 지배적 여론을 주도하면서도 그 주체로서의 사회적 책임은 방기하고 있는 것이다.³⁷⁾ 따라서 포털 등과 같이 대중에게 미치는 영향력이 큰 미디어의 경우 단순히 뉴스서비스를 제공하는 사업자가 아니라 독점적 뉴스 유통망의 공급자로서 사회적 책임에 대해 논할 필요가 있다.³⁸⁾

36) 유진오 (檀紀 4287: 1954). <新稿 憲法講義>. 一潮閣, 74-75.

37) 이에 대한 책임과 자유제한에 대한 논문으로 Wandtke, Artur/Ostendorff, Saskia (2021). Grenzen der Meinungsfreiheit bei Hassreden aus straf- und persönlichkeitsrechtlicher Sicht. <ZUM>, 26-35.

38) 채영길 (2021). 포털포폴리즘과 뉴스산업복합체규제 거버넌스 탐색. <포털의 올곧

입법자는 사상과 견해의 다양성을 유지하기 위해 언론미디어가 정상적으로 작동할 수 있도록 매체의 특성에 따라 사회적 책임을 부여하고 규제할 수 있는 것이다.

나. 디지털 시대 언론의 자유의 보호범위와 그 한계

디지털 시대 언론의 자유의 보호범위와 그 제한에 대한 경계설정은 다양한 형태의 미디어를 어디까지 언론매체로 볼 것인지 그 불분명성과 함께 표현의 자유의 한계와 그 한계를 넘어서는 표현물에 대해서는 어떻게 법률적·사회적으로 대처할 것인가의 어려움이 있다. 과거에는 각국의 국내법에 의해 표현의 자유와 한계가 결정되었으나 현재는 인터넷에서의 표현물이 국경을 초월하여 매개 또는 전달되고 있어서 이들에게도 전통적인 언론의 책임을 요구할 수 있을 것인지, 그리고 기존의 규제논리 적용이 적절한지에 대해서도 논란이 있다.³⁹⁾ 전통적 미디어의 기능을 SNS와 인터넷 개인방송 등이 대체하면서 표현의 자유의 실현 영역으로서 미디어의 규제 범위에 대한 확정이 중요하게 된 것이다.

헌법상 표현의 자유 기본권은 의견의 내용이나 질과 관계없이 모든 의견표명을 보호하고 있다. 따라서 공익 또는 제3자의 기본권과의 관계에서 표현의 자유에 대한 제한은 개인의 인격발현이나 민주주의 가치의 실현에 대한 의미와 중요성이 고려된다.⁴⁰⁾ 표현의 자유의 행사가 개인의 인격발현과 공적 여론형성에 기여하는 의미가 중요할수록 다른 법익과의 충돌상황에서 보호되는 정도가 크다. 그러한 연관성이 적고 인격권을 침해하고 공공의 의사결정과정에 기여하는 공적 연관성도 적은 경우에는 다른 법익과의 충돌상황에서 표현의 자유의 기본권은 더 많이 제한

은 여론형성, 정책 혹은 기술의 재조명〉 한국정치커뮤니케이션학회 세미나 발표 (11.4).

39) 박아란 (2019). 가짜뉴스와 온라인 허위정보(disinformation) 규제에 대한 비판적 검토. 〈언론정보연구〉, 제56권 제2호, 113-155(117).

40) 한수용 (2021). 앞의 책. 751.

된다.

정보의 홍수 시대 인터넷에서 개인에 대한 기본권 침해에 입법자가 일일이 대응하기에는 한계가 있다. 개방성과 능동성을 특징으로 하는 인터넷의 특성상 미디어에 대한 규율이 쉽지 않기 때문이다. 따라서 디지털 환경에서도 표현의 자유가 그만큼 확장된 것에 비례해서 인격권 침해와 공적 연관성의 정도에 따라 표현의 자유의 보호범위와 그 한계 사이의 경계 설정이 이루어질 수밖에 없다.

이 경우에도 표현의 자유에 대한 제한은 혐오표현, 거짓정보의 규제라는 명목으로 지나친 위축효과가 발생하지 않도록 명확하고 구체적으로 이루어져야 한다. 인터넷에서 주로 명예훼손이나 모욕적 표현으로 행해지는 기본권 침해에 대한 제한조치가 특정한 형태의 표현행위를 헌법상 보호범위에서 완전히 배제하는 것을 의미하지는 않기 때문이다.⁴¹⁾

결국 디지털 사회의 언론미디어에 대한 규제 범위는 미디어가 구체적이고 공적인 관심사에 대해 객관적이고 진실하게 논의하는지, 그것이 국민의 알권리를 충족시키고 여론형성에 기여하는지 아니면 일부 독자층의 피상적 즐거움에 대한 욕구와 호기심만을 충족시키고 있는지 등을 고려하면서 이루어질 수 있다.⁴²⁾ 전통적 언론과는 차별되는 의사형성 기능이 있지만, 지나친 경제적 이익추구에 따른 부작용도 상당하기 때문에 디지털 환경의 특성에 맞는 법제도 정비가 요구된다고 볼 수 있다.

Ⅲ. 헌법적 관점에서 언론중재법 개정안에 대한 비판적 분석

1. 디지털 환경에서 미디어의 문제점과 언론중재법 개정

언론은 사실과 허위사실, 드러난 진실과 추정, 정파적 의견과 객관적

41) 박아란 (2019). 앞의 논문, 117.

42) BVerfGE 34, 269, 283

분석의 구분을 통하여 시청자에게 올바르게 알릴 의무가 있다. 올바른 여론형성을 위한 정보제공과 공론장을 마련하는 것이 언론의 역할이다. 언론사가 갖는 표현의 자유는 정치권력과 자본 세력에 대한 비판과 견제를 통해 대의민주주의가 견고하게 작동할 수 있도록 기여한다. 그러한 기능을 수행하는 과정에 언론은 수많은 의혹을 제기하고 보도를 한다. 사실보도를 할 때 저널리즘의 기본원칙에 충실해야 한다는 것은 언론이 가장 중요시해야 할 덕목이다. 상당성이 결여되거나 공익적 가치가 없는 언론보도는 명예훼손 등 인격권의 침해 우려가 있다.⁴³⁾

과거에는 명예훼손이나 프라이버시권 침해는 주로 신문방송과 같은 전통적 미디어에 의해 발생하였다. 그러나 미디어가 발달되고 그 기능이 활성화됨에 따라 인터넷에서 허위정보 또는 혐오표현에 의한 인격권 침해가 빈번히 발생하고 있다. 전통적 언론권력은 사회적 의제선정과 디지털 미디어를 통해 재생산되는 담론을 통해 여전히 그들의 영향력을 유지하고 있다. 인터넷에서는 누구나 공적 발언의 기회를 갖게 되면서 갈등이 조장되고 명예훼손 등 인격권 침해로 인한 피해가 심각해지고 있다. 언론의 자유를 이야기하면서 그 자유의 남용으로 발생한 폐해와 대책에 대해서는 모든 언론이 침묵하고 있다. 오히려 국민여론이 언론개혁의 당위성을 주장하는 역설적인 현상이 일어나고 있다.⁴⁴⁾

21대 국회에서 제안된 언론중재법 개정안의 내용은 언론개혁의 당위성에도 불구하고 대부분은 언론이 갖고 있는 문제점을 즉시 해결하고자 하는데 주안점이 맞추어져 있다. 그러나 언론개혁이라는 명분에 쫓겨 언론의 미래를 위한 개혁이 아니라 오히려 언론 본연의 기능을 위축시키는 것이 아닌가하는 우려가 있다. 이하에서는 언론중재법 개정의 필요성과 별도로 개정안 내용만을 놓고 논란이 되는 사안에 대해 헌법적

43) 이정기/이재진 (2015). <‘피해자 특정’문제에 있어 언론의 자유와 제한에 관한 탐색>. <언론과법>, 제14권 제2호, 1-38(2).

44) 2021년 7월 30일 여론조사 전문기관 리얼미터가 YTN의 의뢰로 실시한 언론개혁법 관련 여론조사에서는 찬성 56.5%, 반대가 35.5%로 국민의 절반 이상이 언론중재법 개정에 찬성한다는 결과가 나오기도 했다.

관점에서 살펴보고자 한다.

2. 언론중재법 개정안의 주요내용 및 비판적 분석

가. 개정안의 주요내용

21대 국회에서 발의된 「언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률」 개정안은 모두 16건이다. 국회문화체육관광위원회는 안전조정위원회에서 16건의 법률안을 본회의에 부의하지 아니하고 통합·조정하여 마련한 대안을 위원회 안으로 제안하였다.

그 주요내용은 다음과 같다.

- ① 언론중재위원 정원의 상한을 확대하고, 위원 추천 등의 규정을 보완하고,
- ② 정정보도 청구기간을 안 날로부터 6개월 이내, 있는 날로부터 1년 이내로 변경하고,
- ③ 정정보도는 원 보도와 같은 시간·분량 및 크기로 하되, 정정보도를 청구받은 내용이 원 보도의 일부인 경우에는 원 보도의 2분의 1이상으로 하고,
- ④ 기사의 열람차단에 대한 정의를 신설하고, 인터넷신문이나 인터넷뉴스서비스의 주요한 내용이 진실하지 아니하거나 사생활의 핵심영역을 침해하는 경우 등으로 피해를 입은 자는 해당 기사의 열람차단을 청구할 수 있도록 하고,
- ⑤ 인터넷뉴스서비스사업자와 인터넷신문사업자로 하여금 정정보도등이 있음을 표시하고 내용을 쉽게 검색 및 확인할 수 있도록 필요한 조치 등을 할 의무를 신설하고,
- ⑥ 법원은 언론등의 고의 또는 중과실로 인한 허위·조작보도에 따라 재산상 손해 등이 있다고 판단되는 경우에 손해액의 5배를 넘지

않는 범위에서 손해배상액을 정할 수 있도록 하되, 이를 정무직공무원과 후보자 등, 공익침해행위와 관련한 언론보도 등에는 적용하지 않도록 하고 있다.

이 가운데 현재 논란이 되고 있는 개정안의 주요변경 사항을 도표로 소개하고 허위조작보도 등 개념의 추상성, 허위조작보도의 특칙 등의 조항을 헌법적 관점에서 평가하고자 한다. 다만, 열람차단청구권의 제도 도입 부분은 마지막 IV장에서 다루기로 한다.

현행	개정안
<p><u><신 설></u></p>	<p>17의3. “허위·조작보도”란 허위의 사실 또는 사실로 오인하도록 조작한 정보를 언론, 인터넷뉴스서비스, 인터넷 멀티미디어 방송을 통해 보도하거나 매개하는 행위를 말한다.</p>
<p><u><신 설></u></p>	<p>제17조의2(열람차단청구권) ① 인터넷신문이나 인터넷뉴스서비스를 통한 언론보도등으로 인하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유로 피해를 입은 자는 해당 인터넷신문사업자, 인터넷뉴스서비스사업자에게 기사의 열람차단을 청구할 수 있다. 다만, 언론보도등의 내용이나 표현이 공적 관심 사안에 관한 것으로서 사회의 여론형성 등에 기여하는 경우에는 그러하지 아니하다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 언론보도등의 제목 또는 전체적인 맥락상 본문의 주요한 내용이 진실하지 아니한 경우 2. 언론보도등의 내용이 개인의 신체, 신념, 성적 영역 등과 같은 사생활의 핵심영역을 침해하는 경우 3. 그 밖에 언론보도등의 내용이 인격권을 계속적으로 침해하는 경우

현행	개정안
<p>제30조(손해의 배상) ① (생략)</p> <p>② 법원은 제1항에 따른 손해가 발생한 사실은 인정되나 손해액의 구체적인 금액을 산정(算定)하기 곤란한 경우에는 변론의 취지 및 증거조사의 결과를 고려하여 그에 상당하다고 인정되는 손해액을 산정하여야 한다.</p> <p><신설></p>	<p>② 열람차단청구권에 대해서는 제1항에 규정된 것을 제외하고는 정정보도청구권의 요건 및 행사에 관한 이법의 규정을 준용한다.</p> <p>제30조(손해의 배상) ① (현행과 같음)</p> <p>② ----- ----- ----- ---보도에 이르게 된 경우, 보도로 인한 피해정도, 언론사등의 사회적 영향력과 전년도 매출액을 적극 고려하여 인정되는 상당한-----.</p> <p>제30조의2(허위·조작보도에 대한 특칙)</p> <p>① 법원은 언론등의 명백한 고의 또는 중과실로 인한 허위·조작보도에 따라 재산상 손해를 입거나 인격권 침해 또는 그 밖의 정신적 고통이 있다고 판단되는 경우에 손해액의 5배를 넘지 않는 범위에서 손해배상액을 정할 수 있다.</p> <p>② 법원은 언론보도등이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 명백한 고의 또는 중과실이 있는 것으로 추정한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 보복적이거나 반복적인 허위·조작보도로 피해를 가중시키는 경우 2. 허위·조작보도로 회복하기 어려운 손해를 입은 경우 3. 정정보도·추후보도가 있었음에도 정정보도·추후보도에 해당하는 기사를 별도의 충분한 검증절차 없이 복제·인용 보도한 경우 4. 기사의 본질적인 내용과 다르게 제목·시각자료(사진·삽화·영상 등)를 조합하여 새로운 사실을 구성하는 등 기사 내용을 왜곡하는 경우

현행	개정안
	<p>③ 제1항의 경우 「공직자윤리법」 제10조제1항제1호부터 제12호까지에 해당하는 사람 및 그 후보자와 대통령령으로 정하는 대기업 및 그 주요주주, 임원에 대하여는 적용하지 아니한다.</p> <p>④ 제1항의 경우 공공복리 등 공공의 이익을 위한 언론보도로 다음 각 호에 해당하는 경우 적용하지 아니한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 「공익신고자보호법」 제2조제1호의 공익침해행위와 관련한 사항에 대한 언론보도 2. 「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률」에서 금지하는 행위와 관련한 사항에 대한 언론보도 3. 위 각 호에 준하는 공적 관심사와 관련한 사항으로 제4조제3항에 따른 언론의 사회적 책임을 수행하는데 필요하다고 인정되는 언론보도

나. 개정안에 대한 비판적 분석

(1) 언론중재법 개정은 입법개정의 준칙을 준수하고 있는가?

의회통제의 원리는 입법부와 집행부 사이에 권력분립을 유지하는 그 이상의 기능을 갖고 있다. 권력분립 원칙이 있다 하더라도 국민에 대한 의회의 민주적 책임관계는 면제되지 아니한다. 따라서 통치구조 내부에 존재하는 집행 권력들에 대한 의회의 영향력 행사는 권력분립 원칙에 반드시 위배된다고 볼 수 없다.⁴⁵⁾ 의회에 의한 국정 전반에 대한 통제

⁴⁵⁾ BVerfGE 9, 268, 280. Boeckenfoerde, in: Isensee/Kirchhof, HBStR II, § 24, Rn.87.

는 집행 권력에 대한 의회의 기능적 우선순위를 인정함과 동시에 책임도 포함되어 있다. 이러한 의회의 책임이야말로 민주적 정당성의 원천이다. 민주적 정당성은 의회가 국가행위에 대한 책임을 스스로 짊어지면서 명백하게 된다.⁴⁶⁾

의회는 기본적으로 법 제정을 통해 국가기관을 통제할 수 있으나, 의회가 가진 영향력 행사로도 가능하다. 권력분립의 원칙과 서열관계에 의한 통제는 상호 모순적이지만, 책임의 귀속주체인 의회가 민주적 정당성 기능의 핵심이 되는 영향력을 행사할 수 있다는 점에서 동일하다. 헌법은 의회에 대해 민주적 절차를 위한 통제의 중심적 지위를 부여하고 있기 때문이다.

하지만 권력분립 구도 하에 입법부의 권위와 기능이 정상화되어가고 의회 입법으로 공동체 생활에 대한 공적·사적 규율 범위가 정해지는 사회에서는 입법의 실질뿐만 아니라 절차적 정당성도 중요한 의미를 갖게 된다. 민주적 절차를 정의하고 분류하는 과정의 복잡성 때문에 간혹 국가권력을 행사하는 동기와 본질적 내용을 잊어버리는 경우가 있다. 의회 통제의 민주적 기능에 대해서는 헌법적 연결고리가 중요한데 헌법 제1조 제2항은 모든 국가권력은 국민으로부터 나온다고 규정함으로써 이를 확인하고 있다.⁴⁷⁾ 이로써 모든 국가권력은 민주주의 원리에 적합하게 행사해야 함이 명확해진다.

언론중재법의 경우 헌법 제21조 제3항에 따라 입법자는 언론의 민주적 기능보장을 위한 입법형성을 할 수 있도록 권한을 부여받고 있다. 법개정의 필요성과 정립에 대한 판단 및 의사결정에 있어서 입법자는 재량 행사가 가능하다.⁴⁸⁾ 물론 헌법은 구체적 기준에 대해서는 상세히 언

46) 권형돈 (2016). 독일에서 민영화에 대한 의회통제의 민주적 정당성에 관한 연구. <중앙법학>, 제18권 제1호, 7-41 (21).

47) 이와 함께 기본법 제1조 제1항에서도 국가권력의 용어가 사용되고 있다. 그러나 여기서는 민주주의적 관련성이 규명되어야 하므로 제20조 제2항이 객관적으로 적절한 규범이다.

48) 박영도 (2014). <입법학 입문>. 법령정보관리원, 87.

급하지는 않는다.⁴⁹⁾ 그럼에도 불구하고 명확하지 않은 내용의 법규범이 헌법의 기본원칙에 반하거나 다른 법규범과 모순되는 경우 논란은 계속 될 수밖에 없다.

법률이 기술적으로 잘못 제정된 경우에는 판결로써 법규범을 구체화하고 법적 안정성을 창출해야 할 의무가 있는 법원이 입법자의 과제를 넘겨받아 과도한 부담을 떠맡게 된다.⁵⁰⁾ 불명확하고 자의적으로 해석될 수 있는 법 개념과 개별 규정 등은 대부분 법집행기관의 잘못된 적용이 아니라, 무리한 정책적 타협 또는 다수결에 의한 법 형성 결과에 기인한다는데 주목할 필요가 있다.

언론중재법 개정안의 경우 무엇보다도 속의 민주주의적 절차에 따른 합의과정이 중요하다. 이명박 정권 당시 미디어법 개정에 의한 신문방송 겸영에 대한 규제완화는 언론의 다양성과 공영성을 침해하는 결과를 가져왔다. 거대 미디어 그룹이 언론장악을 할 수 있도록 함으로써 사실상 여론독과점 체제가 형성된 것이다. 입법과정에서 신뢰성이 사라지고 차별이 배제되지 않고 언론의 공익성과 객관성을 훼손시킨 법규범이 탄생한 것이다.

언론중재법 개정안은 이명박 정권 당시의 신문법과 방송법 등의 개정으로 후퇴한 미디어공공성을 되돌려 놓는 본질적인 개혁안과는 거리가 있다. 언론의 문제가 되는 병의 근원을 치료하는 것이 아니라 증상을 치료하는 것에 불과하다. 법규범의 내용상 품질개선과 관련해서는 규율영역에서의 영향에 대한 기존의 지식을 충분히 이용하지도 못하고, 규율의 구체적 효과에 대한 조사도 이루어지지 않았다. 또한 입법과정에서 불충분한 논의장치, 법규범형성 및 집행의 행위주체와 수범자 사이의 부족한 피드백 장치, 그리고 법적 규제에 의한 국가개입의 정당성 등 어느 하나

49) 박영도 (2014). 위의 책, 87-92.

50) 구체적 문제에 대해서는 차기현 (2021). 재판실무 관점에서 본 언론중재법 개정안의 해석·적용상의 쟁점-허위·조작보도에 대한 징벌적 손해배상 제도의 신설을 중심으로-. <언론중재법 개정안에 대한 학술적·법실무적 고찰-절차·내용상 쟁점과 법적용상의 고려사항>, 2021한국언론법학회 특별세미나, 15-47.

설득력 있게 각각의 이해집단을 설득하지 못했다.⁵¹⁾

위원회 중심주의를 채택하고 있는 국회의 입법과정에서 집중심사를 하는 소위원회에서는 실질적인 토의과정이 제대로 이루어지지 않았고, 소관 상임위원회인 문화체육관광위원회에서도 야당이 불참한 가운데 여당 단독으로 법안을 통과시켰다.

사회적으로 반향이 큰 범규범의 정립은 이해관계자 등과의 협의가 필수적이다. 개별적 규율내용에 대한 비판은 사회적 행위주체 간 상반되는 이해관계가 법에 그대로 반영되거나, 그들 간의 이해관계를 충분히 조정하지 못할 경우 이들 집단에 의해 표명된다. 입법과정의 초기단계에서는 사회적 이해집단의 결합과 각 집단의 수범자를 참여시키는 것이야말로 민주주의 관점에서 의미 있는 작업이다.

(2) 헌법상 명확성원칙을 준수하고 있는가?

법적 안정성 요청은 헌법에 명시적 규정은 없지만 법치국가원리를 구성하는 본질적 요소이다.⁵²⁾ 범규범은 개인으로 하여금 국가작용을 예측할 수 있고 그 행위를 맞출 수 있도록 명확해야 한다. 동시에 그 행위의 기준으로 삼을 수 있는 신뢰할 만한 근거를 제공해야 한다. 법질서가 신뢰받을 수 있고 내용적인 일의성, 명확성 및 투명성을 갖추어 형성된 경우 개인은 스스로 결정하고 자기책임 하에 온전히 자유를 누릴 수 있다.⁵³⁾

따라서 법률의 명확성은 주지성(周知性), 예측가능성, 법적 안정성, 자의(恣意)의 방지를 위하여 필요하다. 즉 기본권을 제한하는 법률은 그 내용을 분명하게 함으로써 국민들이 이를 주지하여 제한되는 기본권과

51) 입법의 원칙에 대해 박영도 (2014). 앞의 책. 60.

52) 헌법재판소는 “명확성의 원칙은 법치국가원리의 한 표현으로서 기본권을 제한하는 범규범의 내용은 명확하여야 한다는 헌법상의 원칙이다.”고 정의하고 있다. 헌재 2004.2.26. 2003헌바4.

53) 한수용 (2021). 앞의 책. 266-267.

그 구체적 범위에 대해 사전에 파악할 수 있도록 해야 한다.⁵⁴⁾

언론이 국민에게 정보를 제공하는 보도 과정에서 일정한 정도의 오보는 불가피하다. 이러한 부분은 반론권이나 정보보도청구제도를 통해 가능하다. 그러나 언론중재법 개정안의 내용에서 ‘언론 등의 고의 또는 중과실로 인한 허위·조작보도’, ‘악의를 가지고 한 보도’로 ‘언론사 등의 사회적 영향력’ 등을 ‘적극 고려’ 등과 같이 징벌적 손해배상에 대한 사실관계와 구성요건 부분은 지나치게 추상적이고 불명확하다. 특히 명백한 고의 또는 중과실을 추정하기 위한 사실관계로 ‘보복적이거나 반복적인’, ‘회복하기 어려운 손해’, ‘기사의 본질적인 내용’ 등의 개념에 대해서는 명확한 기준을 세우기도 어렵다. 결국 사실관계로서 추정조항의 모호성과 함께 법률요건의 불명확성에 이르기까지 건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 사람이 처벌법규의 보호법익과 금지된 행위 및 처벌의 종류와 정도를 알기 어렵도록 규정되어 있다.

법률은 구성요건을 충족시키는 모든 사람과 개별 사안에 대하여 적용되는 일반적이고 추상적인 규범으로 모든 법적 상황을 고려하여 구체적으로 그 내용을 규정하는 것은 불가능하다.⁵⁵⁾ 따라서 명확성의 원칙은 “모든 법률에 있어서 동일한 정도로 요구되는 것은 아니고 개개의 법률이나 법조항의 성격에 따라 요구되는 정도에 차이가 있을 수 있으며 각각의 구성요건의 특수성과 그러한 법률이 제정되게 된 배경이나 상황에 따라 달라질 수 있다.”⁵⁶⁾ 그러나 표현의 자유, 죄형법정주의 등 기본권 제한의 효과가 크고 기초적 생활영역에 미칠 경우에는 제한 법률 규정의 내용이 보다 명확해야 한다.⁵⁷⁾

54) 정재황 (2021). <헌법학>. 박영사, 635-637.

55) 지나치게 구체적으로 규정된 법률은 현대사회의 복잡한 생활관계에서 발생하는 다양한 요구에 부응하고 변화를 수용하는 것을 불가능하게 하고, 불명확한 법률은 국민이 자신의 행위에 따른 법적 결과를 예측할 수 없게 하여 자유를 제한한다. 헌재 2004.7.15. 2003헌바35.

56) 헌재 2005.6.30. 2005헌가1; 헌재 2005.4.28. 2003헌바40.

57) 국가인권위원회도 언론중재법 개정안의 쟁점사항에 대해 첫째, 허위·조작 보도의 개념이 모호하고, 둘째, 고의·중과실 추정 요건이 모호하다, 셋째, 뉴스포털 등 매

언론중재법 개정안의 내용에는 ‘허위·조작보도’의 개념과 관련해서 ‘허위의 사실 또는 사실로 오인하도록 조작한 정보’를 매체에 보도하거나 매개하는 행위로 정의하면서 손해배상청구의 법률 요건으로 단순 ‘허위 사실 적시’뿐만 아니라 ‘조작’까지 포함되어 있다. 이는 언론사 또는 그 종사자가 어떤 의도를 갖고 기사를 작성했는지 그 ‘내심의 상태’까지 파악해야 한다는 의미로 ‘조작’을 ‘명백한 고의’, ‘중과실’ 등의 개념과 같이 주관적 요건으로 하고 있어 그 정확한 의미를 파악하기가 쉽지 않다.⁵⁸⁾

또한 ‘고의 또는 중과실로 인한 허위·조작보도의 입증 책임’의 주체도 불분명하다. 이는 최초의 법 개정 내용에서 후퇴한 결과로 오히려 피해자인 원고와 피고인 언론사에게 같은 입증책임을 부여하게 되어 피해의 구제효과를 감소시키게 된다. 정보접근성에 제약이 있는 피해자가 언론사와 대등한 입장에서 인격권 침해의 주관적 요건인 언론보도의 고의, 허위 또는 조작 여부를 입증하는 것은 사실상 불가능하다.⁵⁹⁾

표현의 자유의 제한의 필요성에도 불구하고 이를 제한하는 법률 규정은 명확하지 않으면 위헌을 면할 수 없고, 헌법재판소도 표현의 자유의 제한입법에 대해 엄격한 명확성 원칙을 요구하고 있다.⁶⁰⁾ 따라서 허위조작보도에 의한 피해에 대해 처벌을 강화하더라도 그 전제로 허위성, 해악을 끼치려는 의도성, 정치적·경제적 이익을 얻으려는 목적과 검증된 사실 또는 실제 언론보도가 된 것으로 오인하게 하는 조작행위 등 그

개채널에 대한 규제가 과도하다고 주장한다. 특히 허위·조작 보도의 개념에 대해 개정 법률안은 ‘허위의 사실 또는 사실로 오인하도록 조작한 정보를 언론, 인터넷 뉴스 서비스, 인터넷 멀티미디어 방송을 통해 보도하거나 매개하는 행위’라고 규정함으로써 과도한 규제라고 주장하고 있다.

58) 이에 대해 차기현 (2021). 앞의 논문. 30-33.

59) 법안 제출 당시 피해자의 입증 책임을 경감하는 조항 수정에 대한 비판이 있었지만 수용되지 않았다. 오히려 민주당 문체위원들은 입증 책임 부분에 대해 “피해를 입었다고 주장하는 자가 고의 또는 중과실 추정의 주체임을 명확히 해 입증 책임에 대한 모호함을 없애겠다.”고 하여 피해구제법이 아닌 언론특혜법이라는 비판을 받고 철회한 바 있다.

60) 정재황 (2021). 앞의 책. 640.

요건은 구체적으로 명시될 필요가 있다.

(3) 징벌적 손해배상 규정은 과잉금지원칙을 준수하고 있는가?

언론 등이 고의 또는 중과실에 따른 허위·조작보도를 통하여 재산상 손해를 입히거나 인격권 침해 또는 그 밖의 정신적 고통을 발생케 한 경우, 언론 등에게 피해에 따른 손해액의 5배를 넘지 않는 범위 내에서 손해배상책임을 지울 수 있도록 한 개정안의 내용은 언론중재법 개정에 있어서 가장 논란이 되는 부분이다. 이미 명예훼손죄와 정정보도청구권, 반론권 등이 보장된 상태에서 징벌적 손해배상까지 도입하는 것은 과잉금지원칙에 위배된다는 것이다.⁶¹⁾

과잉금지원칙은 기본권 제한 법률의 헌법적 정당성에 대한 심사기준으로 ‘기본권이 공익실현을 위하여 필요한 것 이상으로 과잉으로 제한되어서는 아니 된다.’는 원칙이다. 이 원칙은 기본권 제한에 있어서 가장 중요한 한계를 설정하는 주요원칙이고 가장 빈번히 국가공권력에 대한 통제원리로서 작용하고 있다.⁶²⁾

언론중재법 개정안의 내용 중 법률 규정 자체만 놓고 보면 징벌적 손해배상의 도입여부보다 법률효과 발생의 전제가 되는 법률요건의 불명확성이 더 큰 문제가 된다. 현행 입법체계에서 입법자는 징벌적 손해배상제도를 이미 개별법적으로 도입하고 있기 때문에 제도일반에 대한 위헌성 주장은 무용하다. 그러나 표현의 자유의 제한에 있어서 명확성 원칙과 과잉금지원칙은 상호 밀접한 관련성이 있다. 법률 내용의 불명확성과 함께 추정에 의해 적용대상 범위가 광범위하고 포괄적으로 되는 것은 결국 헌법상 보호받아야 할 표현까지 포함하게 되어 과도한 규제가

61) 이승선 (2021). 언론에 적용될 수 있는 ‘징벌적 손해배상법률안’의 위헌성 검토. <지역과 커뮤니케이션>, 제25권 제2호, 7-26; 황성기 (2021). 2021년 언론개혁법에 관한 헌법적 고찰. <언론과법>, 1-29; 지성우 (2021). 언론중재법 개정안에 대한 비판적 검토. <관혼저널>, 제63권 제3호, 157-162.

62) 정재황 (2021). 앞의 책, 654.

될 수 있기 때문이다.⁶³⁾

언론중재법 개정안을 과잉금지원칙의 내용이 되는 목적의 정당성, 수단의 적정성, 피해의 최소성, 법익의 균형성을 기준으로 판단하면 다음과 같다.

첫째, 목적의 정당성은 국민의 기본권을 제한하려는 입법의 목적이 헌법 및 법률 체계상 그 정당성이 인정되어야 한다는 의미이다. 우리 헌법은 제37조 제2항에서 ‘국가안전보장’, ‘질서유지’, ‘공공복리’를 기본권 제한의 목적으로 명시하고 있다. 그렇다면 언론중재법상 징벌적 손해배상 제도의 도입은 잘못된 언론보도 등으로 개인적·사회적 피해를 구제하고 허위사실 유포의 방지 및 억제 효과를 유도하기 위한 것으로 언론사의 악의적인 보도로부터 인격권을 보호하고자 하는 입법목적은 정당하다고 판단된다.⁶⁴⁾

둘째, 수단의 적합성(방법의 적절성)은 기본권을 제한하는 방법이 그 목적을 달성하는데 효과적인 방법이어야 한다는 것을 말한다. 목적 달성을 위하여 그 방법이 효과적이고 적절하여야 한다는 것은 목적과 방법 간에 관련성을 가지게 되어 제한의 목적인 공공복리의 효과가 발생해야 한다는 의미이다.⁶⁵⁾ 물론 징벌적 손해배상 제도의 도입이 기존의 정정보도청구권, 반론권, 추후보도청구권과 함께 아울러 인격권 침해에 대한 억지효과가 있을 것이라는 것은 분명하다. 그러나 방법의 적절성에 요구되는 전제조건은 기본권 제한을 위해 동원되는 방법이 정당하고도 합헌적이어야 한다는 것이다. 목적 달성에 효과가 있는 수단을 선택하더라도 정당하지 않거나 위헌성이 있다면 받아들일 수 없는 것이다.

셋째, 피해의 최소성은 “입법권자가 선택한 기본권제한의 조치가 입법 목적 달성을 위하여 설사 적절하다 할지라도 가능한 한 보다 완화된 형

63) 황성기 (2021). 앞의 논문, 13.

64) 김준현·양재규 (2020). 언론에 대한 징벌적 손해배상 도입에 따른 법적·실무적 쟁점. <2020년 언론중재위원회 토론회 종합보고서>, 언론중재위원회, 58-77.

65) 정재황 (2021). 앞의 책, 661-662.

태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 함”⁶⁶⁾을 뜻한다. 헌법재판소는 “기본권을 제한하는 법률의 위헌성 여부가 미래에 나타날 법률효과에 달려 있다면, 헌법재판소가 과연 어느 정도로 이에 관한 입법자의 예측판단을 심사할 수 있으며, 입법자의 불확실한 예측판단을 자신의 예측판단으로 대체할 수 있는 것일까?” 의문을 제기하고 있다.⁶⁷⁾

인격권 침해에 대한 민형사상 다양한 구제수단이 있는데 기존 제도를 평가하거나 개선책을 마련하기 위한 노력도 없이 불명확한 추정에 의한 사실관계와 법률요건을 바탕으로 5배까지의 손해배상을 정하고 있는바, 장애 발생할 불확실성과 함께 입법목적이 달성될 수 있다는 구체적 인과관계에 대해서는 입증되어야 할 것이다.⁶⁸⁾ 언론중재법의 목적이 언론 보도와 인격권 침해 사이의 다툼에 대한 조정과 중재를 분쟁해결절차로 하고 있고, 더구나 법의 실효성 확보를 위한 법률개정이라 하더라도 배상액수의 하한이 없는 상태에서 그간의 판례를 보건데 법원이 개별사건에서 손해액을 산정하는 소송의 특성상 효과적인 권리구제가 가능할지도 의문이다.

넷째, 법익의 균형성은 입법에 의하여 보호되는 공익과 침해되는 사익을 비교형량할 때 보호되는 공익이 커야 함을 말한다. 공익과 사익, 양 법익의 측정 및 비교는 객관적으로 이루어져야 하는데 법관과 법집행기관의 주관적 평가의 여지가 많은 법률요건 구성은 언론중재법 개정으로 얻고자 하는 언론의 자유와 공적 책임의 조화를 균형 있게 달성하는데 어려움이 있다고 판단된다.

66) 헌재 1998.5.28. 96헌가5.

67) 헌재 2002.10.31. 99헌바76.

68) 이에 대해 헌법재판소는 개인의 핵심적 자유영역이 아니라 개인이 기본권 행사를 통하여 일반적으로 타인과 사회적 연관관계에 놓여지는 경제적 활동을 규제하는 사회·경제정책적 법률에 대해서는 입법자의 광범위한 형성권을 인정하고 명백성 통제에 그치고 있다. 헌재 2002.10.31. 99헌바76.

3. 디지털 사회 미디어의 인격권 침해에 대한 해결방법으로서 적합한가?

구성원들이 동등한 권리와 의무를 부여받은 시민사회에서는 정치적·사회적 모든 현상이 논쟁의 대상이 되었고, 이는 일상에서 갈등이 보편화된 사회가 도래하였음을 나타낸다. 민주주의 사회는 갈등이 내재되어 있는, 그러나 갈등을 해결하기 위한 특별한 과정과 절차를 필요로 하는 사회이다.⁶⁹⁾

언론의 역할은 시민사회의 구성원들이 공동체의 관심사에 참여할 수 있도록 논의의 장을 마련해주는 것이다. 갈등의 해소를 위한 절차 제공과 그 대상이 되는 이익의 분배기준을 제시할 수 있도록 사회적 공론의 장을 마련하는 것도 언론의 역할이다. 논쟁적 사안에 대해 시민들이 참여하고 올바른 여론을 형성할 수 있도록 모든 과정에서 다양한 관점의 정보제공을 위해 노력해야 한다.⁷⁰⁾

그러나 다수의 국내 언론매체는 정확한 사실보도와 깊이 있는 논평으로 정치적·사회적 갈등을 해소하기 보다는 정치편향적인, 상업적이고 선정적인, 때로는 과장되거나 허위의 기사 및 논평으로 오히려 인격권을 침해하거나 사회갈등을 심화시키는 경우가 많다.⁷¹⁾ 언론이 갖고 있는 일정한 경향성을 고려할 때 언론미디어가 다양한 견해를 균형 있게 담아내는 것이 가장 이상적이다. 그러나 언론시장을 지배하는 자본과 이와 결합되어 있는 정치권력이 여론형성을 주도하면서 시민사회에 유지되는 평등과 균형을 깨뜨리고, 결과적으로 정치과정의 개방성에 악영향을 미치고 사회적 갈등 해결에 부정적 영향을 미치게 된다.

69) 정태호 (2021). 헌법문제로서의 자율, 갈등, 통합. <통합과 분권 : 전환시대 공법학의 과제>, 2021 한국공법학자대회 자료집, 1-28 (16).

70) 정태호. 위의 논문, 4.

71) 이정훈·이상기 (2016). 민주주의의 위기와 언론의 선정적 정파성의 관계에 대한 시론채널A와 TV조선의 정치시사토크쇼를 중심으로. <한국언론정보학보>, 9-35 (9); 김지주·권상희 (2020). 사회적 갈등 이슈에 대한 뉴스 프레임 연구 : 문재인 정부의 탈원전 정책을 중심으로. <한국방송학보>, 제34권 제2호.

미국의 트럼프 대통령이 정치적 갈등과 혐오를 유발하고, 이에 편승한 언론이 오히려 이를 조장함으로써 민주주의에 중대한 위해를 가할 수도 있다는 사실에 대해서는 이미 확인된 바 있다.⁷²⁾ 디지털 사회의 언론미디어는 다양한 정보를 제공하고 있지만 이를 온전히 사상의 자유 시장에만 맡겨 놓기에는 너무 중대하다. 따라서 헌법상 표현의 자유가 민주주의에 기여하는 자유로서의 성격을 가지고 있음을 볼 때 입법자의 입법형성은 당연하고 필요하다.

그럼에도 불구하고 다른 언론관계법과 전체적인 맥락에서의 조율도 없이 언론중재법만의 개정으로 현재 언론의 문제를 해결하기는 쉽지 않다고 본다. 방송통신융합시대에 법적 규율은 수직적 규제체계에서 수평적 규제체계로 전환을 요구받고 있고, 이에 대해 전통적인 언론과 인터넷 미디어와 같이 디지털 시대 매체별 특성에 맞는 규제체계가 요구되고 있다. 언론중재법은 헌법상 언론의 자유와 인격권 침해의 피해구제라는 기본권 충돌의 문제를 해결하는 법이다. 따라서 개별법만의 개정이 아닌 미디어 법 전반에 대한 개혁입법이 체계적으로 진행될 필요가 있다.

법률의 체계정당성(Systemgerechtigkeit)은 규율 상호간에 모순이 없어야 함을 의미한다. 특정한 입법이 그 규율 대상, 형식 및 내용 또는 기준, 논리 및 원리의 측면에서 다른 규율이나 법규범과 비교하여 전체적으로 모순됨이 없이 정합성을 유지하는 것은 중요한 의미를 갖는다.⁷³⁾ 헌법재판소도 입법의 체계정당성은 헌법적 원리이자 요청이라고 판시하고 있다.⁷⁴⁾ 언론중재법 개정은 언론미디어의 특성별 규제, 입법과정상

72) 2021년 1월 7일 연방의회가 상원과 하원 합동 회의를 열어 2019년 11월 3일 실시된 대선과 관련해 각 주의 선거인단 투표 결과를 인증하기 위한 절차를 진행하던 중, 미국 역사상 처음으로 트럼프를 지지하는 시위대 수백 명이 의사당 건물 안으로 난입한 사건이 발생했다. 트럼프 대통령은 공공연하게 부정선거가 있었다는 가짜뉴스를 퍼트리고 상당수 지지자들은 이러한 발언을 신뢰하고 격분한 것으로 알려졌다.

73) 이인호 (2009). 한국에서의 입법평가 : 사례연구 - 입법평가 기준들의 모색을 위한 시론-. <공법연구>, 제38권 제1-1호, 198 (181-214).

적법절차, 기본권 제한에 있어서 명확성 원칙 등과 함께 미디어 법 전체의 체계 내에서 이루어져야 하는 것이다.

IV. 디지털 미디어 시대 언론중재법의 개정방향

1. 서언

현재 언론중재법 개정과 관련해서는 여야 동수 18인으로 구성되는 「언론·미디어 제도개선 특별위원회」가 2021년 12월 31일까지의 기한으로 운영되고 있다. 특위는 언론중재법 개정뿐만 아니라 「정보통신망이용촉진 및 정보보호법」, 「신문 등 진흥에 관한 법」, 「방송법」 등 언론미디어 제도 전반에 대한 개선을 논의할 예정이다.

과거 신문방송경영 허가로 방송의 공공성·독립성이 심각하게 훼손되면서 ‘공영방송 지배구조 개선’을 위한 방송법 개정은 여야의 공통적 관심 사안이다. 정보통신망법 개정은 주로 인터넷 1인 미디어로부터 발생하는 ‘가짜뉴스 규제’가 핵심 사안이다. 정보통신망법 개정안을 통해서 인터넷 이용자에게 ‘허위정보 유포’에 따른 손해배상 책임을 묻는 방안이 논의될 예정이다. 포털 서비스사업자의 뉴스 편집권을 제한하고 신문사 내부의 편집위원회 설치 의무화에 대한 신문법 개정안도 그 대상이다. 언론중재법의 경우 징벌적 손해배상, 열람차단청구권의 도입이 여전히 쟁점 사안이다.

74) “체계정당성의 원리라는 것은 동일 규범 내에서 또는 상이한 규범 간에(수평적관계 이견 수직적 관계이건) 그 규범의 구조나 내용 또는 규범의 근거가 되는 원칙 면에서 상호 배치되거나 모순되어서는 안 된다는 하나의 헌법적 요청(Verfassungspostulat)이다. 즉 이는 규범 상호간의 구조와 내용 등이 모순됨이 없이 체계와 균형을 유지하도록 입법자를 기속하는 헌법적 원리라고 볼 수 있다.”. 헌재 2004. 11. 25. 2002헌바66 (명의신탁재산 증여의제 사건 III). 그러나 헌법재판소는 체계정당성 위반이 곧 헌법위반이 되는 것은 아니라고 한다(5인의 다수의견).

그러나 특위는 현재 개선 논의는커녕 위원회 구성조차 제대로 못하고 있다. 자율규제방안의 마련도 언론계를 중심으로 논의하다가 중지되어 있다. 언론중재법 개정과는 별도로 언론의 신뢰도는 여전히 바닥을 헤매고 있다. 인터넷 미디어에서는 온갖 선정적 표현물, 허위보도 또는 혐오 표현이 넘쳐난다. 디지털 시대 미디어의 문제점을 근본적으로 해결하기 위한 언론미디어개혁법과 이에 대한 종합적 청사진의 제시가 아쉬운 시점이다.

이하에서는 언론의 자유와 인격권 보호의 균형을 모색하기 위한 언론중재법의 개정 방향에 대해 살펴보기로 한다.

2. 인격권 침해에 징벌적 손해배상 '개념 수용'의 필요성

가. 징벌적 손해배상 도입을 위한 전제 요건

현재 국내에 도입되어 있는 징벌적 손해배상제도는 공정거래 등 노동·경제 분야와 공익신고 분야 등에 한정되어 있다.⁷⁵⁾ 이에 대해 언론보도로 인한 인격권 침해에 대해서는 형사처벌이나 손해배상으로 권리구제가 가능하지만, 권리구제의 효과가 별로 없다는 이유로 제도도입이 요구되고 있는 것이다.⁷⁶⁾

75) 공정거래 분야에는 하도급거래 공정화에 관한 법률, 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률, 대리점거래의 공정화에 관한 법률, 대규모유통업에서의 거래공정화에 관한 법률, 대규모유통업에서의 거래공정화에 관한 법률, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률, 축산계열화사업에 관한 법률, 대·중소기업 상생협력촉진에 관한 법률, 개인정보 분야에는 개인정보보호법, 신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률, 소비자안전 분야의 제조물책임법, 환경보전법, 자동차관리법, 노동 분야의 기간제 및 단시간 근로자보호 등에 관한 법률, 파견 근로자 보호 등에 관한 법률, 특허 분야의 특허법, 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률, 산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률, 공익신고보호분야에 공익신고자 보호법에서 3-5배 한도의 징벌적 손해배상제도를 도입하고 있다. 김정한 (2019), 징벌적 손해배상의 적절한 운영방안에 관한 연구. <사법정책연구원>, 178-187.

76) 현재 인격권 침해에 대해서는 형법상 사실적시명예훼손죄(307조 제1항), 허위사실적시명예훼손죄(제307조 제2항), 사자명예훼손죄(제308조), 출판물명예훼손죄(제

디지털 사회에서 인터넷 미디어의 출현은 인격권 침해에 대한 권리구제를 더욱 어렵게 만들고 있다. 따라서 민법 이외의 법 영역으로 언론중재법 개정안의 내용과 같이 일련의 특별구성요건에 따라 비물질적 손해에 대해서도 배상청구를 가능하게 할 수 있다. 그러나 언론중재법 개정안의 내용으로 징벌적 손해배상을 도입하게 될 경우 그 구성요건상의 불명확성 때문에 이미 존재하는 민형사상의 다양한 권리구제수단과 결합하여 언론의 위축효과를 가져올 수 있다는 점은 이미 언급한 바와 같다.

상당수의 언론미디어가 기사노출과 클릭 수에 따른 경제적 이익을 추구하는 과정에서 인격권 침해가 발생하기 때문에 징벌적 손해배상제도를 도입하는 효과는 크다고 본다. 실무에서도 언론사를 상대로 한 손해배상소송에서 배상금액이나 실제로 형사처벌로 이어지는 경우는 그렇게 많지가 않기 때문에 징벌적 손해배상제도의 구제효과는 크다고 할 것이다.

하지만 민형사상의 다양한 권리 구제수단이 있는 상태에서 언론의 인격권 침해에 대항하기 위해 제도도입에 따른 효과를 고려하지 않고 도입할 경우 표현의 자유를 보장하고자 하는 헌법적 이익과의 균형관계가 깨질 우려가 있다. 미국과는 달리 우리나라에서는 기사삭제 등 다양한 구제방법과 함께 ‘사실적시’ 명예훼손의 인정, 초상권과 사생활 침해, 음성권 침해 등 그 인정범위가 확대되는 반면에 공인에 대한 소극적 인정 등이 겹쳐서 명목적 피해인정 사례가 많다. 따라서 징벌적 손해배상 제도를 도입하여 손해배상을 통한 피해배상이 합리적으로 이루어지기 위해서는 미디어관련법의 전반적인 재정비가 동시에 이루어져야 한다.

이를 위한 최소한의 전제로써 사실적시 명예훼손에 대한 비범죄화가 필요하다. 세계적으로도 사실적시 명예훼손에 대한 처벌규정은 사라지고

309조), 모욕죄(310조), 정보통신망법상 사실적시명예훼손죄, 정보통신망법상 허위 사실적시명예훼손죄로 형사처벌이 가능하다. 민법으로는 불법행위손해배상책임(제750조), 정신적 고통에 대한 손해배상책임(751조), 법원의 처분에 관한 명예회복의 특칙(제764조)으로 구제받을 수 있다.

있는 추세이다.

또한 공적 인물들이 피해를 주장함으로써 언론의 권력에 대한 감시가 소홀히 될 수 있는 만큼 전략적 봉쇄소송을 차단할 수 있는 세밀한 조치도 필요하다. 언론중재법 개정안의 내용을 보면 공적 인물의 범위에 대해서는 여전히 불분명한 점이 있으며, 기본권 제한 법리와 관련하여 의회유보원칙에 대한 위반의 우려도 있다.

언론의 인격권 침해에 대해 징벌적 손해배상제도를 도입하자는 국민 여론이 높지만, 허위조작정보의 개념이나 사실관계, 법률요건 부분에 있어 명확성의 원칙 위반 등 헌법상의 문제점이 있다. 제도 도입을 위해서는 표현의 자유를 제한하고 있는 중첩적인 언론관계법 규정들을 단순화하고 체계화하는 과정을 거쳐 그 구체적 내용에 대해서는 사회적 합의 과정이 필요하다.

나. 법원 재판에서 징벌적 손해배상 ‘개념의 수용’

전통적 언론매체와 다양한 인터넷 미디어에 의한 인격권 침해가 증가하고 있지만, 손해배상액수가 지나치게 적어 법의 실효성 확보가 어려운 것도 사실이다. 실제로 언론중재위원회의 조정과 법원 판결을 보면 인격권 침해에 대한 구제율이 낮고 배상액 책정도 지나치게 적다.⁷⁷⁾

피해 구제를 현실화하고 언론의 사회적 책임을 강화하기 위해서는 손해배상금액이 실질적으로 산정될 필요가 있다. 징벌적 손해배상제도를 민사법과 형사법이 엄격히 구분되는 우리나라에서 수용하는 것은 법체계상 적합하지 않아 그 부작용이 우려되기도 한다. 대륙법계의 손해배상 제도는 불법행위에 기인한 피해자의 불이익을 보전하고 불법행위가 없었던 상태로 회복시키는 것을 목적으로 하기 때문이다.

이에 대해 징벌적 손해배상은 피해자의 손해보전에 더하여 악의적인

77) 최근 2년간 언론 관련 손해배상 인용 사건의 약 60%는 인용액이 500만 원 이하에 불과하다. 언론중재위원회 (2021). <2020년도 연차보고서>, 언론중재위원회.

행위를 한 가해자에 대한 제재와 함께 장래에 있어서 같은 행위를 억제하기 위하여 징벌적인 배상금을 지불하도록 하는 제도이다.⁷⁸⁾ 우리의 입법 체계와는 맞지 않은 점이 있지만, 입법자와 헌법재판소가 이미 제도 도입을 허용하고 있고 디지털 시대 언론미디어에 의한 인격권 침해의 증가라는 현실적 필요성을 고려할 때 입법 정책적인 검토는 가능하다.

우리와 유사한 법체계를 갖고 있는 독일도 손해배상에 대해서는 피해에 대한 원상회복과 전보적 손해배상을 기본으로 한다.⁷⁹⁾ 그러나 독일 법원은 언론에 의한 인격권 침해에 대해서는 사실상 전보적 손해배상이라 보기 어려운 처벌과 행위의 억제를 의도한 징벌적 성격의 손해배상을 인정하는 판결을 내리고 있다.

공정거래 및 노동 분야와는 달리 표현의 자유의 기본권 분야에 대해서는 언론이 가지는 기능과 관련해서 여전히 수용하기 어려운 점이 있지만 징벌적 손해배상제도가 갖고 있는 취지를 수용하는 것은 가능하다고 본다. 더구나 오늘날 과도한 경제적 이익을 추구하는 경향의 언론과 다양한 인터넷 미디어의 인격권 침해현상에 대해 손해배상이 가지고 있는 순수한 전보적 기능은 더 이상 적절한 억제력을 제공하지 못하고 있기 때문에 더욱 그러하다.

독일에서도 초기에는 명예의 침해에 대한 금전적 보상은 부정적인 입장이었지만, 연방대법원은 점차로 손해배상의 전보적 기능과 함께 만족적 기능에 대해서도 인정하기 시작했다.⁸⁰⁾ 언론의 명예훼손에 대해 손해

78) 장재욱·이은옥 (2015). 징벌적 손해배상 개념의 수용가능성. <법학논문집>, 제39집 제3호, 중앙대학교법학연구소, 81-115.

79) 독일 법학자들은 정신적 손해배상에 반대할 뿐만 아니라 도덕과 형벌은 민법과 가까이 할 수 없다는 이유로 민법의 손해배상과 형법의 형벌이 혼합되는 것을 반대하였다. 불법은 이익의 원인이 될 수 없고 불법행위로 입은 손해를 넘는 배상의 인정은 이득금지(Bereicherungsverbot)의 원칙에 반한다고 보았다. Stryk, Karin Nehlsen-v. (1987). Schmerzensgeld ohne Genugtuung. 42 Juristen-Zeitung 119; 박동진 (2007). 독일의 민사손해배상법제와 징벌적 손해배상법리-손해배상법의 지도원리와 기능을 중심으로-. <징벌적 손해배상제의 법리와 도입가능성(1)>, 한국법제연구원, 148.

80) 연방대법원은 “인삼뿌리사건”에서 위자료 산정에 대해 인격권의 중대한 침해 또

배상청구권을 행사하는 것은 원상회복이 원칙이기 때문에 기사 또는 보도의 철회만으로는 피해자가 만족하기 어렵다. 독일 법원은 인격권 침해와 같이 비재산적 손해배상에 대해서는 비전보적 기능이 부가되어야 한다고 강조하면서 언론사의 중대한 과실에 의한 중대한 인격권 침해에 대해서는 전보적 손해배상을 넘어서는 배상액을 인정하고 있다.⁸¹⁾

독일 연방헌법재판소도 ‘Soraya’ 결정⁸²⁾에서 “인격권 침해의 정신적 침해 부분에 대해 적절한 제재가 가해지지 않을 경우 기본법상의 가치 체계의 영향을 받아 형성된 민법상 인격보호는 불완전하고 불충분하게 될 것이다. 일정한 개인적 법익에 대해 형사법적 보호만을 행하는 것은 기본법이 요구하는 인격보호에 지나치게 부족하다. 정신적 손해배상을 개별법적으로 열거하고 있는 법익 침해로 국한하는 것은 기본법의 가치 체계에 부합한다고 볼 수 없다. 인격보호에 있어 비물질적 손해 배상을 배제하는 것은 인간 존엄과 명예에 대한 침해가 민법에서는 제재도 받지 않고 그대로 유지된다는 것을 의미한다.”고 판시하고 있다.⁸³⁾

징벌적 손해배상은 피해자에 대해 실질적이고 충분한 손해전보가 가능하다. 또한 유사한 불법행위가 발생하는 것도 억지할 수 있다.⁸⁴⁾ 또한 사회적 목적으로 법 준수의 동기를 제공하고, 불법행위로부터 얻은 가해자의 이익을 환수하는 기능이 있다. 그러한 측면에서 공정한 경제 질서의 확립을 위한 분야나 첨단기술을 이용한 개인정보 도용 등 새로운 유형의 범죄행위 방지 및 보상이 필요한 분야에 특별규정으로 도입되고

는 중과실의 경우로 제한하면서 사건에 있어서 모든 사정이 참작되어야 하고, 가해자의 과책의 정도, 가해자의 재산상태 및 가해자의 동기 등 가해자 측면을 모두 고려하고 있다. 이와 함께 피해자가 받은 손해에 대해 손해배상의 범위를 제한하고 있지 않다. 중대한 과실로의 제한과 가해자의 동기에 의한 손해배상의 산정은 비전보적 요소라 할 수 있다. BGHZ 18, 149, 154.

81) 장재욱·이은옥 (2015). 앞의 논문, 99.

82) BVerfGE 34, 269.

83) BVerfGE 34, 269. 자세한 내용은 권형돈 (2015). 법원재판에서 기본권의 적용법리에 대한 비판적 고찰. <세계헌법연구>, 제21권 제3호, 93-129 (125).

84) 장재욱·이은옥 (2015). 앞의 논문, 104

있다.

제도 도입의 전제조건이 충족되고 징벌적 손해배상이 언론중재법의 특별규정으로 도입하는 경우 인격권 침해에 따른 남소의 문제, 예측불가능성의 방지, 합리적인 원고적격의 제한 및 징벌적 손해배상의 명확한 기준과 제한이 마련되어야 한다. 하지만 특칙 조항에 의한 도입은 언론개혁법 전반의 논의와 함께 체계적 관계까지 고려하면서 검토하여야 할 사항이다.

법체계상 징벌적 손해배상이 도입되기까지는 상당한 난제가 있지만 비난가능성이 높은 언론의 인격권 침해에 대해서는 당장은 위자료가 징벌적 손해배상책임의 역할을 대신할 수도 있다. 위자료는 단순히 정신적 고통을 회복시키는 금전배상의 역할을 한다. 하지만 불법행위법에 근거하고 있는 손해배상이 본연의 역할을 수행할 수 없을 때 위자료에 보충적인 역할로서 제재적 효과까지 인정할 경우 징벌적 손해배상에 관한 규정을 별도로 두지 않고 최적의 대안이 될 수 있다.⁸⁵⁾

인격권 침해와 관련하여 언론에 징벌적 손해배상이 추진되는 이면에는 법원의 위자료 판결에 대한 지나치게 소극적인 태도가 있다.⁸⁶⁾ 디지털 시대 미디어의 영향력은 더욱 커지고 있는 반면에 통상적인 법 감정, 국가의 경제규모, 생활수준, 인간존엄과 인격권의 중요성에 비추어 볼 때 위자료 금액은 현실에 부합하지 않은 측면이 분명히 있다. 따라서 언론사의 시장지배력, 사회적 의제선정에 따른 영향력과 함께 객관적 증빙이 가능한 클릭수와 노출된 시간 등에 대한 경제적 이익을 고려하여 산정기준을 구체화할 수 있다.

법원은 사회에서 공적 논의에 필요한 수인해야 할 범위 내의 인격권

85) 박종렬 (2007). 징벌적 손해배상에 관한 연구. <법학연구>, 제26권, 한국법학회, 137-165; 장재욱·이은옥 (2015). 앞의 논문, 108; 고세일 (2014). 대륙법에서 징벌적 손해배상 논의-민법의 관점에서-. <법조>, 제63권 제1호, 142-190 (182).

86) 2020년 선고된 언론소송판결을 보면 청구금액 평균은 약 1억700만원이지만, 인용금액 평균은 1800만원이다. 그러나 인용 금액의 중앙값은 500만원에 불과하여 고액인용사건이 통계에 미치는 영향이 크을 알 수 있다. 언론중재위원회 (2020), 2020년도 언론관련판결 분석보고서, 24-25.

침해와는 구분되는 배상해야 할 부분은 확실하게 인정하는 명확한 기준을 스스로 마련할 필요가 있다. 언론의 인격권 침해에 대한 징벌적 손해배상의 적극적 도입은 그 전제조건인 충족이 어렵고 입법과정에서도 논란이 많기 때문에 법원은 전보적 의미의 위자료와 제재적 의미의 위자료를 구분하여 제재나 예방적 측면에서 위자료 산정기준을 정립하고 징벌적 손해배상제도가 갖고 있는 취지를 적극 수용할 필요가 있다.⁸⁷⁾

3. 열람차단청구권 도입의 문제

인터넷에서 디지털화된 정보는 잊히지 않고 무한한 시간 속에서 머무르고 전파된다. 이에 대응하는 법제도적 장치로 거론되는 것이 기사삭제 또는 열람차단청구권이다.⁸⁸⁾ 언론중재법 개정안의 기사열람차단청구권은 언론중재위원회가 조정·중재 단계에서부터 이미 실무적으로 운용하고 있는 제도이다.⁸⁹⁾

열람차단청구권의 도입과 관련해서는 이를 신설하지 않더라도 이미 ‘적당한 처분’의 하나로 구현되고 있고 새로운 권리를 자꾸 창설하는 것은 바람직한 방향이 아니라는 주장, 또한 신속하고 실효적인 피해구제를 위해서는 이미 운영되고 있는 정정보도 및 반론보도의 활성화를 통해서도 충분하다는 주장도 있다.⁹⁰⁾

하지만, 정정보도와 반론보도는 기사삭제나 기사열람차단과는 그 기능이 다르고, 디지털 환경에서 미디어의 인격권 침해에 의한 보호에 충분

87) 장재욱·이은옥 (2015). 앞의 논문, 108

88) 이에 대한 연구로 박아란·김현석 (2021). 디지털 시대 피해구제수단으로서 기사삭제 및 열람차단에 관한 연구. <미디어와 인격권>, 제7권 제1호, 언론중재위원회, 105-151.

89) 언론중재위원회가 인터넷 매체를 대상으로 한 조정사건 가운데 30% 정도는 당사자 간 합의에 따라 열람차단이 이루어지고 있다

90) 심우민 (2021). 입법의 비의도적 영향과 역설. <언론중재법 개정안에 대한 학술적·법실무적 고찰-절차·내용상 쟁점과 법적용상의 고려사항>, 2021 한국언론법학회 특별세미나 토론문, 53.

하지 않다. 전통적 언론 매체에 의한 인격권 침해는 대부분 정보의 일회적 전파에 그치기 때문에 일반에게 미치는 영향은 크지 않다. 그러나 디지털 정보는 인터넷 공간속에서 상시적으로 검색이 가능할 뿐만 아니라 언론미디어 간의 상호작용을 통하여 무한정으로 전파될 수가 있다. 현행 법상 정정보도나 반론권이 보장된다 하더라도 기사원문과 정정보도가 동시에 존재하면서 검색된다. 그렇다면 허위사실 적시로 인한 인격권 침해의 내용이 사실상 제거되지 않은 상태로 남아있게 되는 것이다.⁹¹⁾

따라서 디지털 시대 정보가 지속적으로 유포되고 재생산되는 인터넷에서 정정보도 또는 반론보도로 실질적인 인격권 보호가 가능할지 의문이다. 권리구제측면에서 보면 피해자는 명예회복보다는 관련 기사의 열람차단으로 더 이상 자신의 정보가 전파되지 않거나 접근불가능하게 되기를 바랄 수 있기 때문이다.⁹²⁾

기사삭제나 열람차단청구권을 표현의 자유와 인격권과의 충돌 문제로 볼 것이 아니라 진실이 아닌 정보가 존속됨으로써 인격권 침해가 계속되는 그러한 상황을 고려할 필요가 있다. 허위의 기사가 인격권을 침해하는 상황이 지속되는 한 그러한 정보의 존속이익이 인격권을 보장하는 이익을 압도한다고 볼 수 없다. 오히려 기사삭제는 원래의 기사까지 삭제한다는 측면에서 표현의 자유를 제한하는 정도가 중대하고 법리적 쟁점이 많은 만큼 열람차단청구권의 도입을 고려해볼 만하다고 본다.

열람차단을 정보통신망법의 ‘임시조치’와 연관지우는 견해도 있다. 임시조치가 사실상 게시물 삭제를 위한 편의적인 수단으로 이용되고 있고, 광범위한 게시물의 삭제를 통하여 표현의 자유를 제약한다는 것이다.⁹³⁾ 그러나 게시물 작성자의 이의제기절차가 없는 임시조치제도와는 달리 열람차단의 경우 언론보도가 허위인지 그 정당성 여부에 대해 중재부의

91) 정애령 (2019). 잊힐 권리 실현방안의 모색-언론평해구제방안으로 기사삭제청구권에 대한 고찰-. <미디어와 인격권>, 제5권 제2호, 143-177.

92) 2020년 언론중재위원회 이용만족도 조사 결과를 보면 신청인의 95.1%, 언론사의 63%가 열람차단청구제도 도입을 찬성하고 있다.

93) 심우민 (2021). 앞의 토론문, 51; 황성기 (2021). 앞의 논문, 20-23.

심리를 통해 확인되고 있고 언론사와의 합의과정을 거쳐 그 동의하에 차단되기 때문에 그 성격은 다르다고 본다.⁹⁴⁾

징벌적 손해배상 제도의 도입은 법리상 쟁점이 많고, 그 개념을 수용하는 차원에서의 위자료 액수의 증가도 실무에서 받아들여지기까지는 시간을 필요로 하는 만큼 인격권 침해와 개인의 사생활 부분에 한정해서 열람차단청구제도를 인정할 필요가 있다. 실무에서 이미 제도가 운용되고 있기 때문에 어려움은 없을 것이라 본다. 다만, 정정보도 청구대상과의 구분의 문제, 그 범위에 있어서 광범위성, 공적 사안에 대한 열람차단 등 언론의 자유의 침해 문제를 야기할 수 있는 부분에 대해서는 입법과정에서 충분한 논의가 필요하다.

4. 언론중재위원회의 독립성 보장 강화

현행 언론중재법의 근간은 2005년 인터넷 신문을 포함하고 인격권으로 피해구제의 대상을 확장한 이른바 통합 ‘언론중재법’이다.⁹⁵⁾ 당시에 ‘정정보도청구권’이 제도화되었고, 언론중재위원회가 ‘손해배상’ 조정도 하게 되었다. 2009년에는 중재대상에 포털도 포함되었다. 디지털 미디어가 발달하고 그 피해가 증가함에 따라 언론중재의 대상을 댓글, 폼글,

⁹⁴⁾ <https://www.pac.or.kr/kor/pages/?p=41&b=B_1_2&bn=2826&m=read>

⁹⁵⁾ 언론중재제도는 제5공화국 초기에 언론기본법에 의해 도입된 제도이다. 언론기본법은 위법한 표현물에 대해 영장을 발부받아 압수할 수 있도록 했고, 취재원 보호도 극히 제한함으로써 언론의 자유를 옥죄어 주었다. 언론보도로 피해를 입은 사람은 언론중재위원회에 정정보도를 청구할 수 있었는데, 이 경우 언론중재위원회의 중재를 먼저 거쳐야 한다고 규정했다. ‘중재’(arbitration)는 당사자의 합의로 중재 판정을 받고 이에 구속되기로 하는 약속이기 때문에 그 결과에 불복해서 법원에 제소할 수 없다. 따라서 당시 ‘중재’는 ‘조정’(conciliation)이 옳은 법률용어이다. 이후 2005년 현재의 언론중재법이 제정되고 정기간행물법에 있었던 정정보도청구권과 언론중재제도가 도입되면서 종전의 ‘중재’는 ‘조정’으로 이와는 별도로 강제절차인 ‘중재’가 도입되었다. 현재 언론중재위원회에서 흔히 이용되는 절차는 조정이고, 중재는 거의 이용되지 않고 있다. 언론중재제도의 역사에 대해서는 이승선 (2021). 한국 언론중재제도 40년의 도전과 성과-국회 법률안을 중심으로-. <미디어와 인격권>, 제7권 제1호, 1-65.

유사 언론서비스 등으로 확대하려는 시도가 있었다. 이후 21대 국회에 이르기까지 가짜뉴스와 허위조작보도에 대한 문체부 장관의 시정명령, 기사삭제청구, 기사열람차단청구 및 징벌적 손해배상제도의 도입 등이 요구되고 있는 것이다.

언론중재위원회가 설립되고 40년이 경과하면서 초기의 부정적 평가를 벗어나 언론보도로 인한 명예훼손이나 인격권 침해 등 피해구제에 실질적으로 기여해오고 있다. 대부분의 국가에서는 언론의 의한 피해는 사법기관에 의해 구제를 받지만, 준사법기관 형태의 언론중재제도는 재판이전에 신속한 피해구제를 받을 수 있다는 점에서 장점이 있는 제도이다. 디지털 미디어 환경의 변화에 따라 언론중재제도는 언론의 자유와 인격권의 조화가 실질적으로 추구하고 있는지, 변화된 미디어 환경에 부합되게 정교하게 개선되고 있는지, 그리고 일반국민들의 편리한 접근성을 중심으로 지속적으로 개선될 필요가 있다.

미디어 환경의 변화는 언론중재위원회가 가진 권한과 역할의 변화도 요구하는데, 권한의 강화는 필연적으로 조직의 독립성에 영향을 미칠 수밖에 없다. 언론중재위원회의 중립성 및 독립성 보장과 강화는 정치권력의 변화에 따라 조직의 안정성 및 지속성이 영향을 받을 수밖에 없기 때문에 반드시 실현해나가야 할 부분이다.

언론중재법에는 청구대상자에 국가기관이나 지방자치단체 등도 포함되어 있는바, 위원회의 권한 강화에 비례하여 정치권력, 국가기관, 일정 규모 이상의 기업은 제외시킬 필요가 있다. 권한이 증대되는 만큼 정부기관 또는 공적 인물에 대해서는 중재제도의 이용으로부터 배제시켜야 하며, 이는 기관의 독립성 확보와 피해구제의 실효성 확보를 위해서도 필요하다.

언론중재위원회는 당사자 간 분쟁을 14일 이내에 신속하게 해결하기 위해 조정이 많을 수밖에 없다. 이를 위해 중재위원으로 법관·변호사·언론계 10년 이상 종사자, 언론에 관해 학식과 경험이 풍부한 사람으로 자격이 제한된 전문가들이 참여하고 있다. 개정안은 중재위원을 현행 40명

이상 90명 이내에서 60명 이상 120명 이하로 인원을 확대하여 구성하도록 되어 있다.

인적 구성과 관련해서는 복수의 직역별 전문가 집단의 추천을 받아 공정한 구성이 필요하다. 일반적으로 5인의 중재부는 법관인 중재부장, 변호사, 언론학 교수, 언론계 종사자 등으로 구성된다. 그러나 언론계 종사자가 언론인의 이해관계를 대변한다는 점에서 공정한 중재를 위해서는 시민의 이익을 대변할 위원도 필요하다고 본다.⁹⁶⁾

현재 근로자의 해고 또는 사용자의 부당노동행위 등을 규제하는 독립된 합의제 행정청인 노동위원회의 경우 노·사·공익 3자의 이익을 각각 대표하는 위원들로 구성되어 있다. 상당한 독립성을 갖고 분쟁을 평화적으로 해결하고 있다는 점에서 기관 구성의 좋은 본보기가 될 수 있다고 본다.

V. 마무리

가장 바람직한 언론개혁은 언론 스스로 행하는 것이다. 허친스 위원회는 “언론이 스스로 공적 책무를 인식함으로써 그 책무를 강제하는 정부의 조치를 쓸모없게 만들 것을 희망한다.”고 보고서의 결론을 내림으로써 여전히 자율규제의 중요성을 강조하고 있다.⁹⁷⁾

필자는 자율규제가 가진 그 의미의 중요성에도 불구하고 디지털 시대 인터넷에서 자율규제는 이미 실패했다고 본다.⁹⁸⁾ 물론 자율규제가 가지고 있는 이상까지 버렸다고 단언하지는 않는다.⁹⁹⁾ 자율규제의 성공은 조

96) 최영재·김동욱·김준현·심석태·이봉현 (2021). 언론중재제도 40년. <관훈저널>, 제 63권 제2호, 66-88 (81).

97) Commission on Freedom of the Press (1947). id at 91.

98) 자율규제의 문제점과 이용자 보호의 관점에서 Zimmer, Anja (2021). Vielfaltsicherung und Nutzerschutz im digitalen Wandel - Ein Blick auf die Regulierungspraxis. <ZUM>, 489-494.

직운영, 결정과정 및 재원문제와 함께 자율규제기관의 권고사항이 어느 정도의 구속력을 갖고 이행되는지에 달려있다.¹⁰⁰⁾ 이에 대해서는 언론인의 자정노력과 함께 저널리즘의 의무를 이행하려는 끊임없는 변화의 노력이 필요한 부분이다.

그럼에도 불구하고 언론의 기능이 제대로 작동하지 않을 때 현행 헌법은 이에 대해 가능한 입법적 조치를 취할 수 있도록 하고 있다. 언론보도의 자율성과 객관성이 정치권력과 자본의 힘 앞에 무너지게 되면 민주주의 공동체는 양극화와 부패로 얼룩진 사회로 전락하게 된다.

언론중재법의 개정도 헌법이 명령하고 있는 입법자의 역할 수행이라고 본다. 다만 언론관계법 전체 체계에 대한 조율 없이 언론중재법만의 개정은 자칫하면 표현의 자유와 인격권 등의 상호 충돌하는 가치들 간의 균형과 조화가 한꺼번에 무너질 위험성이 있다. 사회적 합의과정이 필요한 이유이기도 하다. 특정 법률에 대한 개별적 개정이 아니라 언론관련법 전반에 대한 구체적 개혁안이 나오고 체계정당성의 관점에서 서로 조율될 필요가 있는 것이다.

방송법의 경우 디지털 시대 방송통신융합 현상을 반영하여 제정되었음에도 불구하고 계층구분이 적용되고 있지 않은 관계로 콘텐츠와 플랫폼 규제를 차별화하는데 어려움이 있다. 방송기술의 발전에 따른 다양한 미디어의 포섭과 관련하여 방송개념의 재 정의와 수평적 규제체계의 도입이 필요하다. 방송과 통신, 콘텐츠와 네트워크의 경계가 모호해짐에

99) 심석태 교수는 그간 형식적으로 운영되어온 기구들을 통합하여 공적 가치를 담보할 수 있는 인적 구성을 통해 독립성과 전문성이 보장되는 강력한 통합자율기구를 구성하여 제재와 인센티브 등의 다양한 방식으로 운영할 것을 주장하고 있고, 전국언론노동조합한국기자협회·한국PD연합회·방송기자연합회·방송기술인연합회 등 언론현업 5단체는 신문, 인터넷신문, 지상파방송, 유료방송채널, 네이버 카카오 등 인터넷뉴스서비스사업자, IPTV사업자, 언론현업단체, 언론법 학계 및 언론시민단체들이 추천하는 위원으로 구성하는 저널리즘 윤리위원회를 구성하여 정부에 의한 규제가 아니라 인센티브 제공과 포털에서의 기사노출중단과 같은 실효성 있는 자율규제를 하자는 입장이다. 미디어오늘<<http://www.mediatoday.co.kr>>

100) <https://www.hani.co.kr/arti/society/media/1014026.html#csidx129568e6ba80769a152c14c4ecd1cef>

따라 현 단계에서 필요한 효율적 규제가 무엇인지 고민해야 한다. 또한 공영방송의 지배구조 개편은 언론개혁의 본질적인 문제임에도 불구하고 개혁의 정당성보다 감정적인 정쟁의 대상이 되어왔다. 역대 정권은 선거 때마다 공영방송의 독립을 외치지만 정권을 잡은 후에는 약속을 파기해 왔다. 공영방송의 경쟁력 확보와 관련하여 지상파중간광고 규제완화 등 디지털 시대에 대응하기 위한 시급한 입법과제가 널려있다.

플랫폼 서비스사업자에 대한 규제도 시급하다.¹⁰¹⁾ 인터넷 서비스에서 플랫폼이 차지하는 역할과 비중을 볼 때 서비스 영역별로 그 특성을 고려하여 차별적 규제가 필요하다. 표현의 자유에 대해서는 때로는 간접규제가 더 효과적인 경우도 있다. 독일의 네트워크법집행법의 경우 표현의 자유를 과도하게 침해할 수 있는 치욕스러운 법이라는 우려와는 달리 건전한 공론의 장을 만드는 데 기여하고 있다.¹⁰²⁾ 최근에 개정된 법에서는 이용자 보호조치가 강화되고 표현의 자유보장을 위해 삭제된 게시물 복원을 위해 법원을 통한 강제절차를 도입한 것이 특징이다. 그리고 우리나라의 언론중재위원회와 유사한 신속하고 저렴한 비용으로 분쟁해결을 위한 중립적인 중재위원회 설치 등을 주요내용으로 하고 있다.¹⁰³⁾

신문법의 경우에는 편집권 독립을 위한 제도적 장치의 명문화, 포털 사업자의 뉴스편집제한의 문제 및 신문방송겸영으로 발생한 언론의 상업화 문제 등에 대한 논의가 필요하다. 사회갈등과 통합에 분열적인 콘텐츠스를 증폭시키고 혐오발언과 거짓정보를 조장해온 포털이 온전하게

101) 이에 대해 Bayer, Judit/Kalbhenn, Jan Christopher (2021). Masse und Macht-Auf der Suche nach Regeln für digitale Kommunikationsplattformen. <ZUM>, 323-329.

102) Reporter ohne Grenzen, Warnung vor Schnellschuss, 2017.5.17. 이에 대해 구체적으로 권형돈, 인터넷에서 표현의 자유와 그 규제법리-혐오표현·거짓정보에 대한 독일의 대응을 중심으로, 사법 통권 51호(사법발전재단), 2020, 3-34.

103) 독일에서는 2021년 6월 28일자로 네트워크법집행법(Netzwerkdurchsetzungsgesetz)이 개정되어 시행되고 있다. 연방 법무부 장관 크리스틴 람브레히트(Christine Lambrecht)는 동법의 시행으로 인터넷에서 명예훼손을 당한 이용자가 간단한 신고절차, 데이터요청과정의 단순화, 이의신청절차 도입, 법적 승인에 의한 중립적 중재위원회 설치 등으로 이용자의 권리가 강화되었다고 하였다. <BMJV: Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz 홈페이지 참조>

알고리즘에 의한 것이라고 주장하면서 책임의 뒤꼍에 서 있다.

언론개혁법의 최종적 목적은 디지털 시대 표현의 자유와 다양한 미디어가 대중에게 미치는 영향 등을 고려하면서 단계별로 공적 임무에 따른 사회적 책임을 부여하는 체계적인 법적 규범의 완성이 되어야 한다. 개별 미디어 질서 내에 산재되어 있는 규범구조가 정치적·사회적·문화적 특성을 고려하여 최종적으로 결합될 때 법의 완전하고도 체계적 융합은 이루어지게 된다.¹⁰⁴⁾

¹⁰⁴⁾ Kwon, Hyung-Dun, Rundfunkfreiheit auf dem Weg in die Informationsgesellschaft, insbesondere im Internet, Dissertation Bielefeld 2004, S. 23 ff; 권형돈 (2019). 앞의 논문, 30.

■ 참고 문헌

- 고세일 (2014). 대륙법에서 징벌적 손해배상 논의-민법의 관점에서-. <법조>, 제63권 제1호, 142-190.
- 권형돈 (2004). 독일에서 기능적 기본권 이론의 전개. <중앙법학>, 제6집제1호, 27-50.
- 권형돈 (2015). 법원재판에서 기본권의 적용범리에 대한 비판적 고찰. <세계헌법연구>, 제21권 제3호, 93-129.
- 권형돈 (2016). 독일에서 민영화에 대한 의회통제의 민주적 정당성에 관한 연구. <중앙법학>, 제18권 제1호, 7-41.
- 권형돈 (2019). 헌법상 방송개념과 OTT서비스의 방송법적 규제의 정당성. <언론과법>, 제18권 제1호, 1-36.
- 권형돈 (2020). 인터넷에서 표현의 자유와 그 규제범리-혐오표현-거짓정보에 대한 독일의 대응을 중심으로. <사법>, 통권 제53호, 3-34.
- 김정환 (2019). 징벌적 손해배상의 적정한 운영방안에 관한 연구. <사법정책연구원>, 178-187.
- 김준현·양재규 (2020). 언론에 대한 징벌적 손해배상 도입에 따른 법적·실무적 쟁점. <2020년 언론중재위원회 토론회 종합보고서>, 언론중재위원회, 58-77.
- 김지주·권상희 (2020). 사회적 갈등 이슈에 대한 뉴스 프레임 연구 : 문재인 정부의 탈원전 정책을 중심으로. <한국방송학보>, 제34권 제2호.
- 박규하 (2006). 사회적 법치국가와 기본권 해석. <외법논집>, 제22집, 57-88.
- 박동진 (2007). 독일의 민사손해배상법제와 징벌적 손해배상범리-손해배상법의 지도원리와 기능을 중심으로-. <징벌적 손해배상제의 법리와 도입가능성(I)>, 한국법제연구원.
- 박아란 (2019). 가짜뉴스와 온라인 허위정보(disinformation) 규제에 대한 비판적 검토. <언론정보연구>, 제56권 제2호, 113-155.
- 박아란·김현석 (2021). 디지털 시대 피해구제수단으로서 기사삭제 및 열람차단에 관한 연구. <미디어와 인격권>, 제7권 제1호, 언론중재위원회, 105-151.
- 박영도 (2014). <입법학 입문>. 법령정보관리원.

- 박용상 (2013). <언론의 자유>. 박영사.
- 박종렬 (2007). 징벌적 손해배상에 관한 연구. <법학연구>, 제26권, 한국법학회, 137-165.
- 성낙인 (2021). <헌법학>. 법문사.
- 손태규 (2013). 언론의 사회적 책임론과공적 책임론 수용의 문제-한국과 세계 각국의 언론법제 비교 연구. <공법학 연구>, 제14권 제3호, 55-86.
- 심우민 (2021). 입법의 비의도적 영향과 역설. <언론중재법 개정안에 대한 학술적·법실무적 고찰-절차·내용상 쟁점과 법적용상의 고려사항>, 2021한국언론법학회 특별세미나 토론문.
- 언론중재위원회 (2020). 2020년도 언론관련판결 분석보고서.
- 언론중재위원회 (2021). <2020년도 연차보고서>, 언론중재위원회.
- 유진오 (檀紀 4287: 1954). <新稿 憲法講義>. 一潮閣.
- 이승선 (2021). 언론에 적용될 수 있는 ‘징벌적 손해배상법률안’의 위헌성 검토. <지역과 커뮤니케이션>, 제25권 제2호, 7-26.
- 이승선 (2021). 한국 언론중재제도 40년의 도전과 성과-국회 법률안을 중심으로-. <미디어와 인격권>, 제7권 제1호, 1-65.
- 이인호 (2009). 한국에서의 입법평가 : 사례연구 - 입법평가 기준들의 모색을 위한 시론-. <공법연구>, 제38권 제1-1호, 181-214.
- 이인호 (2015). 한국 言論自由의 헌법적 위상에 대한 진단. <언론과법>, 제14권 3호, 1-47.
- 이정기/이재진 (2015). <‘피해자 특정’문제에 있어 언론의 자유와 제한에 관한 탐색>. <언론과법>, 제14권 제2호, 1-38.
- 이정훈·이상기 (2016). 민주주의의 위기와 언론의 선정적 정파성의 관계에 대한 시론채널A와 TV조선의 정치시사토크쇼를 중심으로. <한국언론정보학보>, 9-35.
- 장재욱·이은옥 (2015). 징벌적 손해배상 개념의 수용가능성. <법학논문집>, 제39집 제3호, 중앙대학교법학연구소, 81-115.
- 장철준 (2008). 이익의 관점에서 바라본 표현의 자유-토마스 스캔런 (Thomas Scanlon)의 표현의 자유 이론 연구-. <법과사회>, 제35권, 283-306.
- 장철준 (2019). 디지털 시대 헌법상 표현의 자유 개념 변화를 위한 시론. <언론과법>, 18권 1호., 71-102

- 장철준 (2019). 디지털 시대 헌법상 표현의 자유 개념 변화를 위한 시론. <언론과법>, 71-102.
- 정애령 (2019). 잊힐 권리 실현방안의 모색-언론피해구제방안으로 기사삭제청구권에 대한 고찰-. <미디어와 인격권>, 제5권 제2호, 143-177.
- 정재황 (2021). <헌법학>. 박영사.
- 정태호 (2021). 헌법문제로서의 자율, 갈등, 통합. <통합과 분권 : 전환시대 공법학의 과제>, 2021 한국공법학자대회 자료집, 1-28.
- 지성우 (2021). 언론중재법 개정안에 대한 비판적 검토. <관훈저널>, 제63권 제3호, 157-162.
- 차기현 (2021). 재판실무 관점에서 본 언론중재법 개정안의 해석·적용상의 쟁점-허위·조작보도에 대한 징벌적 손해배상 제도의 신설을 중심으로-. <언론중재법 개정안에 대한 학술적·법실무적 고찰-절차·내용상 쟁점과 법적용상의 고려사항>, 2021한국언론법학회 특별세미나, 15-47.
- 채영길 (2021). 포털포폴리즘과 뉴스산업복합체규제 거버넌스 탐색. <포털의 울퉁은 여론형성, 정책 혹은 기술의 재조명> 한국정치커뮤니케이션학회 세미나 발표(11.4).
- 최영재·김동욱·김준현·심석태·이봉현 (2021). 언론중재제도 40년. <관훈저널>, 제63권 제2호, 66-88.
- 한수웅 (2021). <헌법학>. 법문사.
- 황성기 (2021). 2021년 언론개혁법에 관한 헌법적 고찰. <언론과법>, 1-29.
- Bayer, Judit/Kalbhenn, Jan Christopher (2021). Masse und Macht-Auf der Suche nach Regeln für digitale Kommunikationsplattformen. <ZUM>, 323-329.
- Böckenfoerde, in: Isensee/Kirchhof, HBStR II, § 24, Rn.87.
- Commission on Freedom of the Press (1947). <A Free and Responsible Press>. Univ. of Chicago Press.
- Grimm, Dieter. (1994). Schutzrecht und Schutzpflicht. in: <FS für G. Mahrenholz>, Baden-Baden.
- Holznel, B./Vesting, T. (1999). <Sparten- und Zielgruppenprogramme im öffentlich-rechtlichen Rundfunk, insbesondere Hörfunk>. Baden-Baden/Hamburg.

- Kühling, Jürgen: »Fake News« und »Hate Speech« - Die Verantwortung der Medienintermediäre zwischen neuen NetzDG, MStV und Digital Services Act (2021). <ZUM>, 461-472.
- Kwon, Hyung-Dun, Rundfunkfreiheit auf dem Weg in die Informationsgesellschaft, insbesondere im Internet, Dissertation Bielefeld 2004.
- Ronald Dworkin (1980). <Is the Press Losing the First Amendment>. Rev. of Books, New York.
- Stock, Martin (1985). <Medienfreiheit als Funktionsgrundrecht. Die journalistische Freiheit des Rundfunks als Voraussetzung allgemeiner Kommunikationsfreiheit>. München.
- Stryk, Karin Nehlsen-v. (1987). Schmerzensgeld ohne Genugtuung. 42 Juristen-Zeitung 119.
- Wandtke, Artur/Ostendorff, Saskia (2021). Grenzen der Meinungsfreiheit bei Hassreden aus straf- und persönlichkeitsrechtlicher Sicht. <ZUM>, 26-35.
- Zimmer, Anja (2021). Vielfaltsicherung und Nutzerschutz im digitalen Wandel - Ein Blick auf die Regulierungspraxis. <ZUM>, 489-494.

■ ABSTRACT

The Balance between Guaranteeing Freedom of Speech and Protecting of Personality Rights in the Era of Digital Transformation

- Focusing on the amendment of the Press Arbitration Act -

Kwon, Hyung Dun
Professor, Kongju National University

The basic ideology of freedom of speech is based on the normal operation of the modern constitutional system based on representative democracy. In the digital age, media centered on the Internet has been able to communicate in various ways and contributed to the development of democracy. However, in Korean society, journalism is falling into a crisis as it fails to meet the sense of citizenship and fulfill its social responsibilities. In the 21st National Assembly, amendments to media-related laws are being pursued under the name of the Media Reform Act. As a result, society is experiencing conflict and division as it claims that it is a law aiming to restore people's basic rights and subdue the press. This research's subject, the Press Arbitration Act, is a law that pursues the balance of freedom of speech and public responsibility. Though there are many debates, discussions about finding a balance between freedom of the press and guaranteeing personal rights through damage relief are scarce. First, this study attempted to interpret Article 21 of the Constitution as a basic functional right based

on understanding the structure of freedom of speech to seek a balance between personal rights in the digital era and freedom of speech. Second, from a constitutional viewpoint, it critically analyzed whether the amendment to the Press Arbitration Act complies with the rules of the legislative amendment, the principle of clarity, and the principle of excessive prohibition of punitive damages. Third, the direction of revision of the Press Arbitration Act in the digital era was proposed. It was found that introducing the concept of punitive damages may be difficult in our civil law system, but this issue must be resolved by accepting the concept of punitive damages. In reality, it is necessary to introduce a system for requesting the blocking of articles and strengthening the Press Arbitration Committee's independence. Specific reform proposals for the media-related laws as a whole, rather than individual laws, need to be presented and coordinated from the systemic legitimacy's viewpoint. Hence, the Media Reform Act's final purpose should be the completion of systematic legal norms that grant social responsibility by public duties step-by-step while considering freedom of expression in the digital age and the impact of various media on the public.

Keywords: Press Arbitration Act, Functional Basic Right, Personal Rights, Punitive Damages, Right for Requesting to Block Articles

[논문투고일 2021. 11. 15. 논문수정일 2021. 12. 8. 게재확정일 2021. 12. 8.]