

언론환경변화에 따른 언론사의 사인에 대한 취재와 관련한 헌법적 문제

Constitutional Issues Related to the Report on Individuals of Media Companies due to Changes in Media Environment

최우정*
Choi, Woo-Jeong

목 차

- I. 문제의 제기
- II. 헌법상 알 권리
- III. 알 권리와 취재의 자유
- IV. 글을 마치며

국문초록

헌법적 가치인 인간의 존엄과 가치를 실현하기 위해서 모든 사람은 자신이 당면한 문제를 올바르게 결정하기 위해 그에 필요한 충분한 정보가 있어야 한다. 이런 정보는 각종 미디어를 통해 공개된 자료 등과 같이 쉽게 얻을 수 있는 것도 있지만, 일반적으로 공개되지 않은 정보에 대해서는 그 정보에 대한 공개를 청구함으로써 얻을 수 있다. 일반적으로 정보에 대한 접근할 수 있는 권리, 즉 헌법상 도출되는 알 권리는 개인의 인격 발현에 이바지하고, 이를 통해 사

논문접수일 : 2020. 11. 02.

심사완료일 : 2020. 11. 24.

게재확정일 : 2020. 11. 24.

* 법학박사(Dr.jur) · 계명대학교 경찰행정학과 교수

회의 공적 의사 형성에 이바지함으로써 사회의 민주적 기본질서를 형성한다. 현대 사회에서는 국가만이 아니라 거대한 사적인 단체, 즉 기업, 학교, 각종 사회 단체 등이 개인과는 달리 거대한 영향력을 행사하고 있으며 개인보다는 더 많은 정보를 가지고 있다. 개인은 이런 단체가 가지고 있는 정보에 대한 접근은 제한받을 수밖에 없다.

언론의 자유는 국가의 민주적 기본질서의 형성에 중요한 역할을 하는 것은 주지의 사실이다. 특히 언론보도를 위한 취재는 언론자유 중요한 부분이고 다양한 정보를 수집하고 분석하여 국민에게 다양한 정보를 제공하여 국민의 자기 정보결정권을 통한 인격 발현에 이바지한다. 이런 의미에서 언론은 국민의 알 권리의 대리인 또는 위임인, 소위 공인수탁론을 주장하면서 취재와 보도에서 특권을 주장하기도 한다.

그러나 취재의 자유가 민주적 기본질서의 형성에 중요한 역할을 한다고 하더라도 자칫 잘못된 기사를 통해 취재대상의 헌법적 가치인 인격권, 사생활의 자유 등을 침해할 개연성이 매우 높다. 철저한 저널리즘에 입각하지 않은 언론사의 기사 제공은 건전한 민주적 의사 형성에 기여하는 것이 아니라 오히려 사회의 불안과 혼돈만을 가중할 수 있다. 특히 언론사가 모든 정보를 국민에게 제공해야 한다는 사고는 자칫 언론사가 제4의 권력으로 등장할 수 있다는 우려를 낳을 수도 있다.

알 권리의 주체는 모든 국민이므로 언론은 이론적으로나 실정법적으로 알 권리의 대리인 또는 위임인일 수 없으며 취재에서의 미디어 특권을 초 실정법적으로 주장할 수는 없다. 특히 대중미디어에서 개인 미디어로 변화하는 미디어 생태계에서 언론의 취재는 사실에 근거를 두고 분석을 하여 저널리즘 기준을 충족시켜야 할 의무를 지니며 이런 경우에만 법적으로 민·형사적 책임이 면제될 수 있는 정당성이 부여된다.

주제어 : 취재의 자유, 알 권리, 미디어 특권, 공인수탁론, 저널리즘, 미디어 생태계

1. 문제의 제기

텔레비전, 라디오, 신문, 잡지 등으로 대변되는 대중매체의 영향력은 우리의 여론형성에 가히 제4의 권력이라고 칭할 만큼 강력하고도 결정적인 역할을 해왔다.¹⁾ 보도 프로그램에 의한 영향력만이 아니라 시사 토론 프로그램, 드라마와 오락프로그램을 통해서도 우리의 삶에 영향력을 미쳐왔다는 것은 실증적인 연구가 아니더라도 경험칙상 우리가 인정할 수 있다.

그러나 기술의 발달, 특히 인터넷과 관련된 하드웨어와 소프트웨어적 발달은 우리의 미디어 환경을 급격하게 변화시키고 있다. 기존의 텔레비전과 신문의 영향력은 과거와는 달리 그 지위를 온라인의 각종 매체, 예를 들어 유튜브의 개인 방송, 팟캐스트, 트위터와 인스타그램과 같은 소셜네트워크서비스(social network service : SNS)에서의 정보의 전달에 넘겨주고 있다. 특히 유튜브에서 실시간 스트리밍(streaming) 방식의 서비스나 주문자 요구방식(video on demand : VOD)으로 제공되는 서비스의 성격에 대해 방송인지 부가통신사업인지에 대한 논란 속에도 그 영향력을 키워가고 있는 것이 주지의 사실이다.

이러한 상황에서 텔레비전과 신문으로 대표되는 기존의 대중매체는 온라인상의 개인매체에 의한 영향력을 다시 회복하기 위해 단독보도 또는 특종을 취재하기 위해 온갖 노력을 기울이고 있으며 이러한 노력은 온라인 개인매체보다 우월적 지위에 있는 인적, 물적 지위를 바탕으로 보다 선정적이고 자극적인 영상과 취재내용을 제공하면서 대처하고 있는 실정이다. 특히 온라인상의 개인매체가 제공하기 힘든 실시간 동영상과 국가 권력기관과의 협력을 통한 보도는 여전히 여론형성에 중요한 역할을 수행하고 있다는 것을 부인할 수는 없다. 특히 이러한 취재를 통한 보도는 기존의 대중매체가 국민의 알 권리를 충족시켜 주는 대리인 또는 위임인이라는 의식 속에서 이루어지고 있는 경향도 있다. 특히 취재원은닉권과 같은 초 실정법적인 권리를 주장하면서 언론의 특권을 주장

1) 미국 연방대법원의 스투어트 판사는 언론을 국가권력을 감시하는 제4부라고 지칭하면서 국민의 알 권리의 대변자라고 언급하고 있다. 이재진, “국민의 알 권리에 대한 재고찰”, 언론과 법 2004.6, 235면.

하면서 일방적인 보도의 태도를 보이기도 한다. 이러한 언론의 태도는 결국 그 취재대상의 헌법상의 기본권, 특히 취재대상이 국가 또는 공공기관이 아닌 사인일 경우, 사인의 인격권, 사생활의 자유, 통신의 자유, 자기 정보에 대한 결정권, 초상권을 침해하는 경우가 발생할 수 있다. 이러한 논란은 검찰의 수사대상이 되는 피의자에 대한 수사를 취재하면서 피의사실의 공표 등을 통해 나타나기도 하고 국민의 깊은 관심이 있는 사항 관련적인 사인에 대한 보도를 통해 나타나기도 하는데 이러한 논란은 단순히 내용적인 취재뿐만이 아니라 영상을 통한 취재에도 그대로 나타난다.

이러한 문제점에 대해 많은 연구자는 언론학적인 입장에서 실증적으로 살펴기도 하고 법학적인 측면에서 형사법적, 민사법적, 저작권법적인 측면에서 살펴기도 하고 헌법적인 측면에서 언론의 자유, 표현의 자유에서 연구해왔다. 특히 언론학적인 입장에서는 방송사나 신문사의 취재가 국민의 알 권리의 대리자 또는 위임자의 입장이라는 점을 강조하면서 대형언론사의 취재대상인 사인에 대한 취재의 정당성을 강조하는 경향으로 나타나기도 했다.

그러나 언론학적인 입장에서 저널리즘의 보호와 확대라는 측면에서는 이런 주장이 타당성과 정당성이 있을는지 모르지만, 법적인 측면에서는 더 엄격한 분석이 필요하다. 특히 언론의 자유가 중요한 만큼 취재대상인 사인의 기본권도 그와 동등하게 보호되어야 하는 헌법상의 기본권을 부인할 수는 없을 것이다.

따라서 이 연구에서는 이러한 문제의식에서 언론사의 취재에 대한 헌법적 문제점을 살펴보고자 한다. 특히 헌법재판소와 학계에서 보편적으로 인정하는 알 권리의 정확한 내용을 살펴보면서 취재 과정에서 발생하는 문제점을 알 권리의 측면에서 분석해보고자 한다(Ⅱ). 또한 언론사의 취재에 대한 법적 근거와 그 인정의 범위, 한계를 살펴보면서 흔히 학계에서 논의하는 언론의 특권에 대한 문제를 법적으로 검토하고(Ⅲ). 이를 통해 대중매체에서 개인매체로 바뀌어 가는 현시점에서의 법적으로 허용되는 취재의 바람직한 방향성을 제시하고자 한다(Ⅳ).

II. 헌법상 알 권리

1. 알 권리의 개념

알 권리는 헌법에 명백하게 규정되어 있지는 않지만, 학설은 1970년을 전후하여 알 권리를 논의하기 시작하였고, 판례는 1990년을 전후하여 알 권리를 헌법상의 구체적인 권리로 인정하였다.²⁾ 알 권리의 개념은 학자들과³⁾ 헌법재판소가 각각 개념 정의를 하고 있지만, 조금씩은 그 뉘앙스가 다르게 나타나고 있다.⁴⁾ 언론학적인 측면에서 일반 국민들과 언론기관이 함께 모든 정보원으로부터 정보를 자유롭게 취득할 권리로 보기도 하고⁵⁾ 법적인 측면에서 자유권으로서의 알 권리와 구체적인 정보에 관한 청구권으로 파악하기도 하면서 국가권력에 대한 견제의 측면에서 시작한 알 권리가 사인 간에 확대 적용되면서 그 개념의 혼란이 발생한다고 보기도 한다.⁶⁾ 이처럼 기본권으로서의 알 권리는 신체의 자유와 같이 오랜 역사 속에서 경험적으로 형성된 것이 아니라 비교적 최근에 논의가 되었고 그 구체적인 내용은 아직 형성과정 중에 있다고 해도 과언이 아니다.

헌법재판소는 알 권리에 대해 조금씩 다르게 개념 정의하고 있다. 초기의 결정에서 헌법재판소는 알 권리를 “일반적으로 정보에의 접근·수집·처리함에 있어서 국가권력의 방해를 받지 아니한다는 것”이라고 하여 알 권리를 소극적인 측면에서의 ‘자유’의 개념에 입각해 정의하고 있으면서도 국민의 정부에 대한 일반적 정보공개를 구할 권리(청구권적 기본권)도 함께 포함하는 개념으로 파악하고 있다.⁷⁾ 이후 헌법재판소는 “알 권리는 표현의 자유와 표리일체의 관계에

2) 김배원, “알 권리의 의의에 관한 학설과 판례의 검토”, 부산대학교 법학연구 2016.11, 25면.

3) 저널리즘 영역에서 알 권리의 개념 변천에 대해서는, 이재진, “저널리즘 영역에 있어서의 알 권리의 기원과 개념변화에 대한 연구”, 언론과학연구 2005.4, 231면 이하 참조; 이재진, “국민의 알 권리에 대한 재고찰”, 225면 이하.

4) 헌재 1989. 9. 4. 88헌마22; 헌재 1991. 5. 13. 90헌마133; 헌재 2010. 10. 28. 2008헌마638.

5) 한병구, 『언론과 윤리법제』, 2000, 65면.

6) 박용상, 『표현의 자유』, 2002, 56면 이하 참조.

있으며 자유권적 성질과 청구권적 성질을 공유하는 것이다. 자유권적 성질은 일반적으로 정보에 접근하고 수집·처리함에 있어서 국가권력의 방해를 받지 아니한다는 것을 말하며, 청구권적 성질을 의사형성이나 여론 형성에 필요한 정보를 적극적으로 수집하고 수집을 방해하는 방해제거를 청구할 수 있다는 것을 의미하는 바 이는 정보수집권 또는 정보공개청구권으로 나타난다. 나아가 현대 사회가 고도의 정보화 사회로 이행해감에 따라 알 권리는 한편으로 생활권적 성질 까지도 획득해 나가고 있다.”고 개념적 정의를 넓히고 있다.⁸⁾

이러한 헌법재판소의 결정에 대해 알 권리의 개념을 ‘일반적으로 정보에의 접근’이라는 개념이 아니라 ‘일반적으로 접근할 수 있는 정보에의 접근’이라는 개념으로 바뀌어야 한다는 의견이 있었고⁹⁾¹⁰⁾ 이후 헌법재판소는 알 권리의 개념을 “모든 정보원(情報源)으로부터 일반적 정보를 수집하고 이를 처리할 수 있는 권리고, 여기서 ‘일반적’이란 신문, 잡지, 방송 등 불특정 다수인에게 개방될 수 있는 것을 말하며, ‘정보’란 양심, 사상, 의견, 지식 등의 형성과 관련이 있는 일체의 자료를 말한다고 하면서 기존의 ‘일반적인 정보’라는 개념에서 ‘일반적으로 접근할 수 있는 정보’라는 개념으로 변경하였다.¹¹⁾ 결과론적으로는 한수웅 교수의 주장 내용과 같이 알 권리의 개념을 변경하면서 어떤 사유에서 변경이 이루어졌는지는 결정문에 명확하게 나타나지 않는다.¹²⁾

이처럼 알 권리의 내용을 명확히 분석하기 위해서는 알 권리의 개념형성을 연혁적으로 간단히 살펴보는 것이 도움이 될 수 있다고 판단한다. 왜냐하면 알 권리라는 것이 우리나라의 자생적인 권리라기보다는 미국에서의 국가와 언론사 간의 일련의 긴장 관계 속에서 형성되어 왔고 그 후에는 일반 국민의 언론사에 대한 접근권으로서의 성격에서 형성되어 왔다는 측면에 그 이유가 있다.¹³⁾

7) 헌재 1989. 9. 4. 88헌마22.

8) 헌재 1991. 5. 13. 90헌마133.

9) 한수웅, “헌법상의 ‘알 권리’-헌법재판소 주요결정에 대한 판례평석을 곁하여-”, 법조, 551호, 2002, 45-46면.

10) 한편 한수웅 교수는 자유권으로서의 알 권리에서 청구권적 기본권의 성격을 도출해내는 것에 대해 헌법해석의 한계를 일탈하는 것이라고 지적한다. 한수웅, 앞의 논문 61면.

11) 헌재 2010. 10. 28. 2008헌마638.

12) 다만 독일 기본법 제5조의 해석과정에서 초기의 해석 오류를 바로잡아 독일 기본법 제5조의 의미를 그대로 받아들인 것이 아닌가 추측해본다.

2. 미국과 독일에서의 알 권리

가. 미국에서의 알 권리

미국에서는 알 권리의 사상적 배경을 존 로크와 벤담, 밀 그리고 루소의 공익적인 개념에서 찾고 법적인 기원을 1780년대 후반의 미국의 권리장전과 1791년의 미국의 수정헌법 제 1조에 찾고 있으며 실제 알 권리는 개념이 독립 이후 반연방주의자들이 연방주의자들에게 세금과 국가자원의 집행에 대해 알아야 권리가 있다고 주장하면서 등장했다고 한다.¹⁴⁾ 이러한 움직임은 건국 초부터 헌법제정자들이 알 권리를 수정헌법 제1조의 채택 당시 포함시킬 의도도 있었다고 한다.¹⁵⁾

이처럼 알 권리라는 개념을 사용한 것은 오래되었지만 실제 언론에서 알 권리라고 지칭되면서 사용된 것은 2차 대전 이후 겐트 쿠퍼가 뉴욕 타임스에 기고하면서 시민들은 언론의 완전하고 정확한 뉴스에 접근할 권리가 있다고 하면서부터다.¹⁶⁾ 1950년대부터는 언론사가 정부가 가지고 있는 정보에 대해 제도적으로 접근할 수 있는 권리라는 점에서 부각이 되었다. 이렇듯 미국에서의 알 권리의 개념은 언론사가 국가에 대해 정보를 요청할 수 있는 권리의 실현이라는 언론사가 중심이 되어 이루어졌다.¹⁷⁾ 미국 연방대법원의 스투어트 판사는 언론사에 대한 취재의 억압은 국민의 알 권리를 대변하는 결과로 이어지게 되고 종국적으로는 국민의 알 권리를 침해한다고 했다.¹⁸⁾

결국 미국에서 알 권리는 언론사가 국가 소유의 정보에 대한 접근을 인정하는 것이며 이러한 언론사의 기능적 측면을 강화하기 위해 국민의 알 권리라는 개념과 접목시켜 언론사를 국민의 알 권리의 대변인 또는 위임인이라는 지위까지 인정하게 되었다.

13) 제롬A 배런/김병국(역), 『누구를 위한 언론자유인가?』, 1987 참조.

14) 이재진, “국민의 알 권리에 대한 재고찰”, 231-232면.

15) 김배원, “미국의 정보자유법(FOIA) 50년(1966-2016)”, 공법학연구, 제20권 제1호, 139면

16) 이재진, “국민의 알 권리에 대한 재고찰”, 233면.

17) 이재진, “국민의 알 권리에 대한 재고찰”, 234면.

18) 이재진, “국민의 알 권리에 대한 재고찰”, 235면.

나. 독일에서의 알 권리

독일은 미국과는 달리 알 권리에 대한 명문의 근거를 가지고 있는데 독일 기본법 제5조에서 규정하고 있다. 독일 기본법 제5조 제1항은 “누구든지 자기의 의사를 말, 글 및 그림으로 자유로이 표현·전달하고, 일반적으로 접근할 수 있는 정보로부터 방해받지 않고 알 권리를 가진다. 신문의 자유와 방송과 영상으로 보도할 자유는 보장된다. 검열은 허용되지 아니한다.”라고 규정하면서 일반적으로 접근할 수 있는 정보원에 대해 방해받지 않고 보도할 권리를 알 권리로 파악하고 있다. 그러나 미국의 경우와 다른 것은 독일에서 일반적으로 접근할 수 있는 정보원에 대해 방해받지 않고 보도할 수 있는 주체는 누구든지(Jeder)라고 규정되어 있어 알 권리의 주체가 모든 사람임을 규정하고 있다.¹⁹⁾ 이런 규정은 미국에서의 알 권리가 주로 신문사 등과 같은 언론사가 알 권리의 중심이었던 것과는 다른 모습을 보인다. 실제 독일에서는 모든 사람이 국가 또는 공공기관, 방송사, 신문사 등과 같이 일반적으로 접근할 수 있는 정보원에 대해 방해를 받지 않고 보도할 수 있다는 것을 그 주된 내용으로 하고 있으며 알 권리를 언론사의 알 권리 또는 일반 국민에 의해 위임 또는 대리되는 언론사의 권리로 보고 있지 않다.²⁰⁾

한편 독일 기본법상의 알 권리는 일반적으로 접근 가능한 정보로부터 방해를 받지 않을 권리를 의미하기 때문에 특정한 정보에 대한 청구권이 기본법 제5조 제1항으로부터 나올지는 의문이다. 물론 이것은 독일의 개인정보법의 규정에 의해 청구될 수 있는 법률상의 권리와는 다른 헌법상의 직접적인 청구권이 도출될 것인가의 문제이다. 또한 정보에 대한 접근은 일반적으로 접근 가능한 정보이기 때문에 개인이 가지는 정보에 대해 방해받지 않고 보도할 권리를 의미

19) 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.

20) 이러한 점에서 우리 헌법재판소가 알 권리에 대한 초기결정에서 “일반적으로 정보에의 접근·수집·처리함에 있어서 국가권력의 방해를 받지 아니한다는 것”이라는 개념에서 나타났던 ‘일반적인 정보’라는 개념에서 ‘일반적으로 접근할 수 있는 정보’로 개념을 다시 정리한 것은 독일 기본법 제5조의 규정을 받아들인 것이 아닌가 한다.

하지는 않으며 비록 일반적으로 접근 가능한 정보라고 하더라도 그 정보는 대가 없는 정보, 즉 무상의 정보를 의미하지 않으며 정보에 따라 대가를 요구하는 것도 기본법 제5조 제1항의 알 권리에 반하는 것은 아니다.²¹⁾ 일반적인 접근 가능의 정보원이라고 하면 특정개인에 의해 폐쇄적이고 개인적으로 관리되지 않는, 기술적으로도 일반적인 접근에 적절하고 특정화되어 있는 것을 의미한다.²²⁾

일반적으로 출판, 신문, 방송 등이 그 대상이며 인터넷도 포함된다. 정보의 내용에 대해서는 사상표현의 자유처럼 매우 광범위하고 정보의 가치 유무에 상관없다. 또한 정보는 인터넷도 포함하는데 이 경우 국내적인 정보에 그치는 것이 아니라 해외의 정보에 대한 접근도 포함된다.

또한 국가는 정보원에 대한 접근을 시간적인 제한을 두어 접근을 어렵게 해서는 안 된다.²³⁾

그러나 폐쇄된 정보원, 예를 들어 경찰의 내부통신망은 일반적으로 접근 가능한 정보원이 되는 것은 아니다.

3. 알 권리의 헌법적 근거

알 권리의 헌법적 근거에 대해 학설은 헌법 제21조에서 찾는 경우와²⁴⁾ 헌법 제21조와 다른 기본권을 결부해서 근거를 찾는 견해가 있다. 특히 헌법 제21조와 다른 기본권을 결부시켜 알 권리의 헌법적 근거를 찾는 경우는 표현의 자유와 인격권²⁵⁾, 표현의 자유와 국민주권의 원리·인간의 존엄성 존중과 행복추구권·인간다운 생활을 할 권리 등을 근거로 하는 견해²⁶⁾가 주장되고 있다.

21) E. Schmidt-jortzig, *Meinungs und Informationsfreiheit*, in HBdSR Bd.VI, C.F.Müller Verlag, 2001, S.654.

22) BVerfGE 27, 71(82f.)

23) 이 경우 청소년보호를 위한 게임 셧다운 제도가 논란의 대상이 된다.

24) 문홍주, 『한국헌법』, 1987, 272-273면; 허영, 『한국헌법론』, 2016, 588면; 양건, 『헌법강의』, 2016, 647면; 홍성방, 『헌법학(중)』, 2010, 161면; 이준일, 『헌법학강의』, 2015, 546면.

25) 김철수, 『학설판례 헌법학(상)』, 2008, 528, 531면; 김학성, 『헌법학원론』, 2015, 585면; 한수용, 앞의 논문, 36면; 박종보, 공공정보공개제도와 알 권리의 헌법적 근거, 공법연구 제28집 제1호, 1999, 12면.

26) 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2008, 495-497면; 성낙인, 『헌법학』, 2016, 1200, 1202면.

알 권리의 개념에 대해 학자들마다 조금씩 다른 뉘앙스를 가지고 접근하는 것을 총괄하여 정리한 연구는 현행 헌법상의 알 권리가 표현의 자유의 전제로서 표현의 자유에 종속되는 권리라면, 원칙적으로 표현의 자유의 영역 밖으로 나가서는 안 된다고 보면서, 알 권리가 모든 기본권의 실현을 위한 전제적인 그리고 수단적인 권리이기도 하지만, 다른 한편으로 알 권리 자체의 실현을 위한 기능도 수행하고 있다는 측면에서 알 권리는 헌법에 열거되지 아니한 기본권으로서 헌법 제10조와 제37조 제1항을 근거로 하여 도출되는 독자적인 권리라고 할 것이며, 궁극적으로는 헌법개정을 통하여 명시적으로 인정되어야 한다고 주장하고 있다.²⁷⁾

알 권리에 대한 헌법적 근거에 대한 논쟁은 기본적으로 알 권리가 헌법에 명문으로 규정되어 있지 않기 때문이다. 따라서 헌법에 명문으로 규정되지 않은 기본권을 서구의 판례를 참고해서 우리 헌법상의 근거를 찾으려는 해석론에서 그 문제의 출발점이 있다. 이런 측면에서 본다면 헌법 제37조 제1항을 근거로 우리 헌법이 해석상으로 도출해내는 새로운 기본권으로 파악하는 것이 더 합리적일 수 있다. 다만 이런 해석은 알 권리의 개념, 보호영역, 법적 성격 등과 같은 헌법적 문제가 중국적으로는 헌법재판소의 결정에 전적으로 맡겨져 있어 헌법재판관 유보라는 또 다른 문제를 일으킬 수 있다. 헌법재판소가 초기의 결정에서 인정했던 알 권리의 개념을 이후 변경한 것에서 볼 수 있듯이²⁸⁾ 민주적 정당성이 약한 헌법재판소의 결정에 전적으로 의존한다는 문제가 발생한다. 따라서 중국적으로는 헌법개정을 통한 알 권리의 명문화가 필요하지만, 그 이전에 헌법 이론적인 측면에서 헌법해석의 과학성을 담보한다는 의미에서 알 권리의 법적 성격을 살피면서 알 권리에 대한 헌법해석 재량의 합리성을 추구하는 것이 필요하다.

4. 알 권리의 법적 성격

알 권리의 헌법적 근거에 대해서는 학설상 논쟁이 있지만 알 권리라는 기본권이 헌법상 도출되는 것에는 이견이 없다. 문제는 알 권리 범위의 설정인데

27) 김배원, 앞의 논문, 25-26면.

28) 헌재 2010. 10. 28. 2008헌마638.

이 문제는 알 권리가 헌법상 전통적인 자유권으로서의 소극적인 성격을 가지는 것인지 아니면 국가에 대해 특정한 정보를 요구할 수 있는 적극적인 주관적 공권으로서의 성격을 가지는 것인가에 대해 살펴봄으로써 가능할 것이다.

우선 기본권으로서의 알 권리가 주관적 공권의 성격을 가진다는 점에서는 학설상 이론의 여지가 없다.²⁹⁾ 독일 기본법 제5조 1항의 규정도 일반적으로 접근할 수 있는 정보원에 대해 방해받지 않고 보도하는 것을 그 내용으로 한다는 점에서 모든 사람이 국가의 방해를 배제하는 권리로서의 성격을 가진다.³⁰⁾ 따라서 국가권력에 의한 직접 또는 간접적으로 국민의 정보원에 대한 접근을 방해하거나 어렵게 만드는 경우는 헌법상 알 권리를 제한 내지 침해하는 것이다. 따라서 행정사법(Verwaltungsprivatrecht)이나 사인에 의한 수수료, 이용료 등을 통한 정보원에의 접근을 제한하는 것은 알 권리를 제한하는 것은 아니다.³¹⁾

물론 이 경우도 헌법 제37조 제2항에 의한 일반적 법률유보에 놓이게 되며 비례의 원칙에 부합할 때는 알 권리의 침해에 해당하지 않게 된다.

한편 2차 대전 후 국민의 기본권의 보호 강화를 국가의 의무로 하는 상황에서 헌법상 기본권의 법적 성격이 단순히 국민의 국가에 대한 주관적 공권만이 아니라 입법, 행정, 사법부 등을 포함하는 모든 국가기관의 정책 입안, 집행 그리고 결정을 구속하는 하나의 객관적 가치질서로서의 성격을 가진다는 것이 독일의 레바흐 결정 이후 일반적으로 인정되었다. 흔히 기본권이 양면성을 가진다고 하는 것이 알 권리에도 그대로 적용된다. 따라서 일반적으로 접근할 수 있는 모든 정보원을 차단하고 봉쇄하는 조치는 국민의 알 권리를 침해하는 위헌적인 것이며, 국가에 대해 누구나 자유로이 접근할 수 있는 정보원이 존속할 수 있도록 질서를 형성하여야 하는 의무를 지을 수 있다.³²⁾ 독일 연방헌법재판소도 ‘라이프치히 국민신문(Leipziger volkszeitung)’ 결정에서 정보에 대한 접근권은 개인의 인격을 발전하는데 중요한 국가권력에 대한 자유권적 성격과 동시

29) 고민수, “취재의 자유와 알 권리의 한계에 관한 고찰”, 미국헌법연구 2007.9, 418면.

30) BVerfGE 27, 71(81).

31) E. Schmidt-jortzig, *Meinungs und Informationsfreiheit*, in HBdSR Bd.VI, C.F.Müller Verlag, 2001, S.654

32) 고민수, 앞의 논문, 418면.

에 민주주의 원리를 발전시키는 데 필수 불가결의 요소라는 점을 강조했다.³³⁾

문제는 알 권리에서 국가에 대해 일정한 정보를 제공하도록 요구할 수 있는 권리, 즉 정보공개청구권이 도출되는가의 문제이다. 이에 대해 학설은 적극설과 소극설로 견해가 나뉘고 있다. 이에 대해 적극설은 알 권리로부터 적극적으로 정보를 수집할 수 있는 권리인 개별·일반 정보공개청구권이 도출된다고 보고 있으며³⁴⁾ 소극설은 알 권리가 정보를 수령함에 있어 방해배제를 청구할 수 있는 자유권의 성격을 띠는 것이므로 알 권리로부터 정보공개청구권이 도출될 수 없다고 보고 있다.³⁵⁾ 한편 독일의 인구조사 결정³⁶⁾에서 자기 정보에 대한 결정권이 일반적 인격권에서 도출되었다는 것을 근거로 우리의 정보공개청구권도 우리 헌법 제10조에서 도출되는 일반적 인격권에서 그 근거를 찾을 수 있다고 보면서 알 권리에서 도출되는 것을 부인하고 있기도 하다.³⁷⁾

알 권리로부터 정보공개청구권이 직접 도출될 수 있는가의 문제는 기본권으로서의 알 권리의 이중적 성격의 측면을 고려하면 좀 더 쉽게 접근할 수 있다. 기본권이 주관적 공권과 객관적 가치질서의 성격을 가진다는 것을 흔히 이중적 성격이라고 하지만 그 두 가지의 성격이 완전히 독립되어 있는 것이 아니라 객관적 가치질서로서의 기본권의 성격은 주관적 공권으로서의 기본권을 더욱더 강화하고 실효성 있게 한다는 측면에서 인정된다.³⁸⁾

정보공개청구권이 국가에 대한 적극적인 작용을 요구하는 작용이라는 점에서 주관적 공권으로서의 성격에서는 도출될 수 없다. 오히려 객관적 가치질서로서의 성격에서 국민의 알 권리를 지향하는 국가의 의무형성이라는 점에서 정보공개청구권은 도출될 수 있다. 그러나 헌법 해석상 알 권리로부터 정보공개청구권이 도출된다고 해서 그 공개범위와 절차가 무조건 인정되는 것은 아니다. 오히려 객관적 가치질서로부터 국가에서 부여되는 입법형성의 의무를 통해 구체화

33) BVerfGE 27, 71(81)

34) 성낙인, “알 권리”, 헌법논총 제9집, 헌법재판소 1998, 158면.

35) 홍준형, “정보공개청구권과 정보의 자유”, 법의 이론과 실제(김철수 교수 화갑기념 논문집), 1993, 556~562면; 한수용, 앞의 논문, 61면.

36) BVerfGE 65,1

37) 고민수, 앞의 논문, 420면.

38) E. Schmidt-jortzig, a.a.O., S.640.

되는 것이다. 즉 입법부의 입법형성과 행정부의 구체적인 집행과 같은 제도와 절차를 통해 구체화되는 것이다. 즉 객관적 가치질서로서의 알 권리는 국가작용을 통한 제도와 절차를 통해 구체화되고 실현되는 것이다. 이런 점에서 보면 추상적, 일반적, 포괄적인 의미에서의 정보공개청구권은 알 권리에서 도출되는 것이며 단지 그 구체적인 범위와 절차는 입법형성을 통해 구체화되는 것이다. 즉 사법부의 인용판결이 있다고 하더라도 그 구체적인 범위와 절차는 법창조 기능이 없는 사법부에 맡겨져 있지 않으며 당연히 법관유보에 맡겨져 있지 않다.

한편 넓은 의미에서 일반적으로 접근 가능한 정보에는 자신의 정보도 포함되어 있을 수 있고 이러한 경우, 자신의 정보에 대한 정보공개청구권은 자기정보결정권의 보호영역에 속하는 것이므로 알 권리와는 다른 헌법적 근거인 일반적 인격권과 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유에서 찾을 수 있을 것이다.³⁹⁾

III. 알 권리와 취재의 자유

1. 취재의 자유

헌법 제21조에서 규정하고 있는 언론의 자유는 다양한 정보를 널리 국민에게 제공하고 전파함으로써 다양한 정보에 기초를 둔 국민의 자기결정권을 통해 사회의 민주적 기본질서의 형성에 이바지하는 기능을 수행한다. 이러한 기능을 수행하는 언론사는 다양한 정보를 수집하고 선별하여 보도하는 일련의 과정을 통해 기능을 수행하는데 이 과정에서 다양한 정보를 수집하는 것은 필수적이다. 이러한 과정, 즉 정기간행물을 발행하기 위하여 기사 작성에 필요한 자료와 그러한 자료 또는 자료와 관련된 정보의 수집행위가 취재이며 언론사의 언론의 자유에는 필수 불가결한 내용이다. 따라서 취재의 자유는 헌법 제21조의 언론의 자유의 보호영역에 속하게 된다.

39) 헌재 2020. 8. 28. 2018헌마927; 헌재 2005. 7. 21. 2003헌마282; 헌재 2009. 9. 24. 2007헌마1092; 한편 독일의 인구조사결정에서는 자기정보에 대한 공개청구를 했고 이런 의미에서 자기정보결정권의 성격을 가지므로 일반적 인격권에서 그 헌법적 근거를 찾는다.

국영 또는 공영언론사로만 미디어 시장 질서가 형성된 경우에는 사정이 조금 다르겠지만 상업적인 영리행위를 추구하는 언론사에 의해 미디어 시장 질서가 이루어진 상황이라면 취재의 자유는 단지 언론의 헌법적인 기능인 민주적 기본 질서의 형성에만 국한될 수는 없고 영리행위를 통한 사업의 확장을 꾀하는 것은 당연하다. 소위 언론사의 상업적인 경제적가치의 증대를 위한 단독보도와 특종 보도는 경쟁하는 다른 언론사에 대한 시장의 우월적 지위를 보장할 수 있고 이를 통해 광고 수입의 극대화를 지향하면서 상업적 언론사의 성장이라는 선순환적인 구조를 가지게 된다.

이러한 현실에서 언론사의 취재의 자유는 경우에 따라서는 사인에 대한 불법적인 영역에 개입하기도 하고 최소한 불법의 영역은 아니라고 하더라도 헌법상 보장된 사인의 기본권을 제한 내지 침해하는 문제를 발생시키기도 한다. 예를 들어 세월호 참사에 관한 보도를 하면서 청해진 해운의 소유주인 유병언 씨의 주택의 상공에 드론을 띄워 집안 내부를 살펴보는 모습을 방송으로 내보낸 경우는 사생활 침해의 문제와⁴⁰⁾ 인격권침해의 문제를 발생시킬 수 있으며 표창장 위조 혐의로 검찰의 수사를 받는 정경심 씨에 대한 검찰의 수사내용을 여과 없이 영상과 수사내용을 보도하는 경우는 헌법상 인격권(초상권)과 인신구속의 대원칙인 무죄추정의 원칙을 정면으로 위반하는 경우가 발생할 수 있다.⁴¹⁾ 물론 대중의 관심을 끄는 사건에 대한 보도가 언론사의 보도의 자유의 보호영역과 국민의 알 권리를 충족시켜준다는 주장에 근거해 이루어지고 있어 그 취재 및 보도의 정당성을 주장하기도 한다. 대부분의 이러한 주장은 단지 저널리즘적인 사실상의 주장이고 흔히 관행이라고 불리면서 법적인 판단에 이르지 못하는 경우가 대부분이다.

그러나 국민 대중의 관심사를 충족시키고 보도 또는 취재의 관행이라고 하더라도 이러한 행위는 국가 법체계 내에서 이루어져야 한다. 왜냐하면 민주적 기

40) 드론을 이용한 영상취재의 인격권 침해 문제에 대해서는, 이승선, “영상취재·보도영역의 신 기술 활용과 인격권 침해 문제”, 미디어와 인격권 제3권 제2호, 2017, 1면 이하 참조; 박아란, “취재 기술의 발전과 프라이버시 침해: 드론 취재를 중심으로”, 방송문화연구 2018.6, 43면 이하 참조.

41) 검찰수사에서의 보도자료 배포 및 피의사실 공표와 관련된 법적 문제점에 대해서는, 양재규, “범죄수사 관련 보도자료 기사화(일명 ‘수사기관 저널리즘’)의 법적 문제점”, 미디어와 인격권, 제3권 제1호, 2017, 179면 이하 참조.

본질서의 형성에 언론의 자유가 필수 불가결한 역할을 하는 것은 부인할 수 없지만 언론의 자유도 헌법 제37조 제2항에 의한 일반적 법률유보에 의해 제한을 받는 상대적인 기본권이고 절대적인 기본권이 아니기 때문이다.⁴²⁾ 특히 개인에 대한 취재 과정과 보도를 통해 헌법상 개인의 인격권, 초상권, 사생활의 자유 침해 등과 같은 기본권과 관련된 문제가 발생하여 기본권의 충돌이 발생하는 문제가 발생하고 종종 민사 및 형사법적인 책임을 묻는 사법절차가 진행되기도 한다. 이러한 일련의 과정에서 언론사는 통상적으로 언론보도의 공익성과 국민의 알 권리를 주장하면서 기본권 주체 간, 즉 취재하는 언론사와 그 취재의 대상인 사인 간의 기본권 충돌에서 취재 또는 보도의 우월적 지위를 주장하여 책임을 회피하는 논리가 전개하기도 한다.⁴³⁾ 특히 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률⁴⁴⁾ 제5조 제2항에서 언론보도를 통한 인격권침해가 사회상규(社會常規)에 반하지 아니하는 한도에서 첫째 피해자의 동의를 받아 이루어진 경우, 둘째 언론 등의 보도가 공공의 이익에 관한 것으로서, 진실한 것이거나 진실하다고 믿는 데에 정당한 사유에 해당하는 경우에는 법률에 특별한 규정이 없으면 언론 등은 그 보도 내용과 관련하여 책임을 지지 않는다고 규정하고 있기 때문에 언론사의 이러한 주장을 뒷받침한다.⁴⁵⁾

그러나 이러한 주장은 결국 언론보도의 공익성의 유무에 대한 사법적인 판단이 전적으로 사법부에 맡겨져 있기 때문에 자칫 법관의 자의에 의해 결정될 가

42) E. Schmidt-jortzig, a.a.O., S.656ff.

43) 언론중재위원회, 2018년도 언론관련판결 분석보고서, 2019, 12면 참조.

44) 이하 언론중재법이라고 한다.

45) 언론중재법 제5조(언론 등에 의한 피해구제의 원칙)

① 언론, 인터넷뉴스서비스 및 인터넷 멀티미디어 방송(이하 “언론등”이라 한다)은 타인의 생명, 자유, 신체, 건강, 명예, 사생활의 비밀과 자유, 초상(肖像), 성명, 음성, 대화, 저작물 및 사적(私的) 문서, 그 밖의 인격적 가치 등에 관한 권리(이하 “인격권”이라 한다)를 침해하여서는 아니 되며, 언론 등이 타인의 인격권을 침해한 경우에는 이 법에서 정한 절차에 따라 그 피해를 신속하게 구제하여야 한다.

② 인격권 침해가 사회상규(社會常規)에 반하지 아니하는 한도에서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 법률에 특별한 규정이 없으면 언론등은 그 보도 내용과 관련하여 책임을 지지 아니한다.

1. 피해자의 동의를 받아 이루어진 경우
2. 언론등의 보도가 공공의 이익에 관한 것으로서, 진실한 것이거나 진실하다고 믿는 데에 정당한 사유가 있는 경우

능성이 크다.⁴⁶⁾ 특히 사법부의 관료화를 우려하는 시점에서 언론사의 취재 및 보도를 통한 사인에 대한 기본권침해에 대한 심판이 전적으로 법관유보에 의해 이루어지는 것은 자칫 사법부에 의한 기본권침해로 이어질 수 있다. 특히 헌법 재판소법 제68조 제1항에서 법원의 재판을 헌법소원의 심판대상에서 제외하고 있기 때문에 사법부가 헌법합치적 법률해석을 고려하지 않는다면 현행 법제도 내에서 더 이상의 구제 방법이 없게 된다. 따라서 이러한 문제점을 해결하기 위해서는 취재와 보도를 통한 언론의 보도에 의한 사인의 기본권침해에 대한 위법성 판단에 대해 좀 더 정치한 판단기준을 제시하는 것이 필요하다. 특히 이러한 기준은 헌법적 가치에 부합해야 하고 헌법상 기본권의 보호영역에 부합되는 기준이어야 한다. 이런 점에서 언론사의 언론의 자유와 그 취재 및 보도의 대상인 사인과의 기본권 충돌 및 제한의 정당성을 살피기 위해서는 사인의 경우에는 기본권침해에 대한 승낙에 관한 논리를 살펴볼 필요가 있다. 또한 사인에 대한 보도가 과연 취재 및 보도하는 언론사가 과연 국민의 알 권리를 대리 또는 위임받아 보도한다는 언론사의 주장이 법적으로 근거가 있는 것인지에 대한 고찰이 필요하다.

2. 언론사의 취재와 기본권침해에 대한 승낙

가. 기본권침해에 대한 승낙의 개념

사인에 대한 취재 과정에서 취재대상인 사인의 인격권, 초상권, 사생활의 비밀을 침해 또는 그러한 개연성이 있는 취재에 대해 취재대상이 되는 사인이 사전 또는 사후에 승인했다면 사인에 대한 기본권침해는 발생하지 않는 것인가에 대한 논의가 있을 수 있다. 1980년대 중반 독일에서는 기본권제한의 원칙을 충족하지 않은 위법한 기본권침해의 경우라 할지라도 그에 대한 당해 기본권 주체의 승낙(Einwilligung)이 있는 경우에는 그것을 위헌적인 기본권침해가 아니라 그

46) 위법성의 조각사유로 인정되는 상당성의 인정여부에 대한 법원의 판단에 대해서는, 김경호, “범죄보도로 인한 인격권으로서의 초상권 침해에 관한 연구: 언론과 수사기관의 책임을 중심으로”, 언론과 사회, 2004.5, 103면.

위헌성을 조각한 정당화된 기본권제한의 효과를 가져온다는 이론을 형성하여 오늘날에 이르고 있는데 이를 독일에서는 기본권의 포기(Grundrechtsverzicht) 이론으로 다루거나⁴⁷⁾, 기본권 보호이익의 침해에 대한 승낙 내지 동의”로서 다루고 있다.⁴⁸⁾ 즉 ‘승낙’은 기본권 주체가 자신의 구체적인 기본권적 지위를 행사하지 않겠다고 기본권의 수범자인 공권력주체에게 법적 구속력 있는 명시적 및 묵시인 의사표시를 한 경우, 그 의사를 매개로 하여 공권력에 의한 위법한 기본권침해의 위헌성을 조각하는 것을 의미한다. 물론 여기서 기본권침해에 대한 승낙의 의사표시를 기본권 수범자인 국가에 국한되는 것인지 아니면 기본권 충돌을 일으키는 사인에 대해서도 가능한지에 대한 논란이 있을 수 있으나 기본권이 대국가적 효력만이 아니라 대사인적 효력을 인정하는 학계의 상황에서 본다면 사인인 언론사에 의한 취재 및 보도를 통한 기본권 침해시, 당해 기본권 주체의 기본권침해에 대한 승낙은 기본권침해의 위헌성을 배제한다고 판단할 수 있을 것이다. 물론 기본권이 주관적 공권의 성격만이 아니라 객관적 가치질서의 성격을 가진다는 점에서 기본권 포기 내지 법익침해에 대한 승낙이 가능할 것인가에 대한 논란이 있을 수 있겠지만 헌법 제37조 제2항에 근거한 기본권의 본질적인 부분에 대한 침해가 발생하지 않는다면 일차적으로는 기본권 주체의 법익침해에 대한 승낙이 기본권침해의 위헌성을 조각할 수 있을 것이다. 오히려 문제는 승낙의 개념을 어떻게 파악하고 헌법 제37조 제2항의 본질적인 부분을 어떻게 판단할 것인가의 문제이다.

나. 승낙의 개념과 범위

법학에서의 행위는 적극적인 행위만이 아니라 소극적인 행위를 포함하는 개념이다. 즉 법적인 의미가 있는 것은 적극적인 형태로 나타나는 행위만이 아니라 스스로 적극적으로 행하지 않을 자유도 의미가 있다. 헌법상 인신구속의 과정에서 자신의 혐의에 대한 적극적인 해명만이 아니라 불이익 되는 내용에 대

47) 허완중, “기본권 포기”, 헌법학연구, 2009.3, 517면 이하 참조; 장영철, “기본권 행사포기로써 기본권포기에 관한 고찰”, 서울법학, 2019.11, 43면 이하 참조.

48) 표명환, “기본권 보호이익의 침해에 대한 승낙과 그 한계”, 공법학연구, 2008.5, 161-162면.

해서는 진술하지 않을 자유도 포함한다.⁴⁹⁾ 또한 종교의 자유에서 적극적인 선교의 자유가 보장되는 반면 어떠한 종교단체로부터 선교를 듣지 않을 자유도 종교의 자유의 보호영역에 속한다. 이처럼 헌법상 기본권의 행사는 적극적 및 소극적 행사를 모두 포함하는 상위개념이다.

이러한 논리는 기본권 보호법의 침해에 대한 승낙의 논리에도 적용된다. 기본권 주체의 적극적이고 명시적인 승낙이 기본권침해의 위헌성을 배제하는 요건으로 인정하는 것에 대해서는 문제가 없다. 문제는 소극적인 승낙의 범위를 어떻게 결정할 것인가의 문제이다. 이에 대해서는 기본권의 행사에는 기본권의 보호영역에 대한 소극적인 행위를 포함하고 있다는 점을 고려해야 한다. 즉 국가 또는 사인이 제한 내지 침해하고자 하는 기본권 주체의 보호영역에 원칙적으로 적극적으로 개입해서는 안 된다. 신체의 자유의 경우에 경찰 또는 검찰의 심문에 있어 피의자가 진술거부권을 행사한다는 적극적인 의사 표현을 하지 않고 아무런 진술을 하지 않고 있는 상황에서 피의자의 진술을 직접 또는 간접적으로 이끌어 내려는 행위는 피의자의 신체의 자유의 소극적인 기본권행사를 침해하는 것이다. 또한 선교함에 있어서도 자신의 종교를 선전할 수는 있지만 그러한 선전을 듣고 싶다는 적극적인 표현을 하지 않는 사람에 대해 직접 및 간접적으로 선교대상자의 신체 및 심리적인 자유를 제한하는 경우에는 선교대상자의 종교의 자유의 소극적인 보호영역을 침해하게 된다. 이런 측면에서 보면 기본권 보호법의 침해에 대한 승낙은 상당히 좁은 의미로 해석할 수밖에 없다. 물론 승낙의 범위를 좁게 해석하지 않고 넓게 해석하는 경우 즉 묵시적 승인의 범위를 넓혀 판단할 수도 있을 것이다. 그러나 자신의 개인적 권리의 포기가 넓게 인정되는 사법상의 권리와는 달리 기본권은 주관적 공권으로서의 성격만이 아니라 객관적 가치질서로서의 성격을 가지기 때문에 승낙의 범위를 넓게 인정하는 것은 기본권의 객관적 가치질서의 성격을 훼손할 수 가능성이 커지는 것이다. 특히 객관적 가치질서가 주관적 공권으로서의 기본권의 발현에 이바지해야 한다는 측면에서 본다면 사인에 의한 사인의 기본권침해는 상당히 좁은 범위 내에서만 가능하다.⁵⁰⁾

49) 최우정, 기본권론, 2016, 216면.

50) 초상권 침해에 대한 면책요건으로서의 동의의 범위에 대한 법원의 판단에 대해서는, 이재진/

다. 기본권침해에 대한 승낙의 전제조건

기본권침해에 대한 승낙은 기본권 주체의 자유로운 의사결정에 의한 임의성을 전제로 한다. 헌법이 전제하고 있는 인간상이 인격주의적인 인간상을 전제로 한다면 결국 자율적인 의사결정이 직접, 간접적으로 방해받는 상황이라면 의사결정의 임의성은 존재하지 않는다.⁵¹⁾ 또한 이러한 의사결정의 임의성은 자신이 결정해야 하는 기본권의 의미와 보호영역에 대한 인식을 전제로 하고 있어야 한다. 결국 기본권침해에 대한 승낙은 자신의 기본권의 헌법적인 의미와 보호영역에 대한 인식이 있어야 하고 이러한 전제조건을 바탕으로 한 의사결정의 임의성이 존재해야 한다.⁵²⁾

라. 기본권침해에 대한 승낙의 범위

자신의 기본권침해에 대해 승낙을 한다면 전적으로 승낙할 것인가 아니면 일정한 범위 내에서만 승낙을 할 수 있을 것인가의 문제, 즉 승낙 범위설정의 문제가 발생한다.

일반적으로 사법상의 권리, 즉 사권이라면 특별한 규정이 없는 한 전적인 포기가 가능하다. 왜냐하면 법의 주체가 자신의 권리를 포기한다고 하더라도 사권의 특성상 타인과의 이해관계가 밀접하지 않기 때문이다.

그러나 헌법상 기본권은 단순한 주관적 공권의 성격에 그치는 것이 아니라 객관적 가치질서로서의 성격을 동시에 내포하고 있기 때문에 기본권침해를 승낙하는 본인만이 아니라 자신과 연관된 타인의 기본권이 연쇄적으로 침해될 가능성이 있기 때문에 자신의 특정 기본권 전체에 대한 침해 승낙은 불가능할 것이다. 즉 기본권은 단순히 기본권 주체의 일신전속적인 가치만 있는 것이 아니라 국가

동세호, “방송 관련 초상권 침해 소송에서 나타난 동의의 적용 범리에 대한 연구”, 언론과 법, 2015.4, 125면 이하 참조.

51) 최우정, “헌법상 인간상(人間像: Menschenbild)의 의미와 사이버스페이스 상의 다양한 매체에 대한 법적 규제강도의 문제”, 공법연구 2007, 35권 3호, 139면 이하 참조.

52) 헌법상 선거권과 같은 경우는 그 행사에 있어 법률상 일정 연령을 요건으로 하고 있기 때문에 기본권 행위능력을 필요로 한다. 표명환, 앞의 논문, 169-170면.

구성원의 전체 법질서와 관련되어 있어 자칫 개인의 전적인 기본권침해에 대한 승낙은 민주적 기본질서 및 가치질서를 부인하게 되는 결과로 이어진다. 예를 들어 살해의 경우 헌법상 일반적 인격권에서 도출되는 생명권에 근거해 자신의 생명에 대한 결정권에 근거해 타인에 의한 자신의 살해를 인정하면서 국가공권력에 의한 생명권 보호의 법률적인 제도와 절차를 자신의 생명권 보호영역에 대한 간섭으로 파악하면서 금지시킬 수 있느냐에 대해서는 인정될 수 없는 것과 같다.

문제는 한계설정의 문제인데 개별 기본권마다 그 보호영역이 달라서 연역적인 방법에 의해 일률적인 기준을 제시하는 것은 어렵고 귀납법적인 방법에 의해 구체적인 사건에서 판단할 수밖에 없다. 다만 그러한 판단에도 한계는 헌법 제37조 제2항이 규정하고 있는 본질적인 부분에 대한 승낙은 인정되지 않는다고 보아야 한다. 다만 무엇이 본질적인가에 대해서는 논란의 여지가 있지만, 기본권침해에 대한 승낙으로 그 기본권 주체의 기본권이 영(零)으로 수축되는 경우에는 본질적인 부분에 해당한다고 판단하여야 한다.⁵³⁾

마. 취재의 자유와 기본권침해에 대한 승낙

대중의 관심을 끄는 인물에 대한 언론보도를 위해서는 취재대상이 되는 사인에 대한 자료의 수집, 그 대상과의 인터뷰 등 다양한 방법을 통해 이루어진다. 저널리즘의 기본이 사실에 근거한 공정하고 객관적인 내용의 보도를 생명으로 한다는 측면에서 취재는 언론의 기능을 수행하기 위해서는 필수 불가결한 내용이다. 그러나 취재의 자유가 언론의 자유에서 차지하는 비중이 높다고 하더라도 취재대상의 기본권을 침해하면서까지 인정될 수는 없다. 이런 경우 기본권의 충돌이 발생하고 일반적으로 사법심사 과정에서 이익형량이나 실질적 조화를 통한 방법을 통해 해결된다. 그러나 이런 해결은 이미 언급했듯이 자칫 법관유보에 빠질 수 있는 문제점이 있어 이익형량이나 실질적 조화를 통한 사법심사의 해결방법 이전에 선제적인 방법으로 기준으로 작용할 수 있는 것이 기본권침해 주체의 승낙이다.

그러나 취재의 대상이 되는 모든 기본권 주체에 대해 일률적으로 승낙을 모

53) E. Schmidt-jortzig, a.a.O., S.659.

두 필요로 한다는 것은 자칫 취재의 자유를 불가능하게 만들 수 있다. 특히 언론취재의 대상이 되는 사인은 주로 공공의 이익과 관련된 범위에 국한된다. 이런 점에서 취재의 자유로운 활동이 넓게 인정되더라도 위법성이 조각되는 소위 공적인물과 일반사인에 대한 구별을 필요로 하고 기본권침해에 대한 승낙도 기준을 달리할 수밖에 없다.

(1) 취재의 자유와 공적인물의 승낙

취재의 대상이 되는 사인은 사회 전체의 공공이익과 관련된 사람이 대부분이다. 따라서 공공의 정책을 입안하고 결정하고 집행하는 국민의 대의자로서의 국회의원, 행정부의 정책결정권자가 이에 포함되는 것은 당연하다. 따라서 이러한 공적인물에 대해서는 이들의 업무가 공공이익과 관련된 사항에 대해서는 명시적인 승낙 없이 가능하다고 봐야 한다. 그러나 여기서 중요한 것은 승낙 없이 취재가 가능한 공적인물의 판단에서 중요한 것은 단순한 그들의 직업, 지위가 아니라 그들이 행하는 업무 연관성을 기준으로 해야 한다는 것이다. 사생활의 자유의 보호영역과 관련하여 독일의 3단계 생활영역이론을 인용하지 않더라도 공적인물이라도 업무와 관련이 없는 영역에 대한 취재는 취재대상의 승낙 없이 위헌적인 기본권침해에 해당할 뿐이다.⁵⁴⁾ 또한 공적인물에 대한 취재는 공적인물 그 대상에 대해서만 인정되는 것이지 그 가족과 그 지인에 대한 취재의 자유가 허용되는 것은 아니고 취재대상 이외의 자에 대해서 공적인물의 승낙 불필요성이 의제되는 것은 아니라고 보아야 한다.

(2) 취재의 자유와 일반 사인의 승낙

언론사의 취재는 일반 사인에 대한 승낙을 원칙으로 해야 한다. 취재의 자유도 언론의 자유라는 기본권의 핵심적인 내용이지만 취재 대상이 되는 사인 역시 헌법상 인격권, 초상권, 사생활의 자유, 통신의 자유 등과 같은 기본권 향유의 주체다. 따라서 취재의 자유는 헌법 제37조 제2항의 일반적 법률유보의 제

54) 독일의 경우 절대적 기본권으로 인식되는 예술의 자유에 관해서도 연방헌법재판소는 비록 공적인물에 해당하는 사람이라고 하더라도 인간의 존엄과 가치를 침해하는 풍자화는 예술의 자유로도 인정되지 않는다고 결정하였다. BVerfGE 75, 369(Stru B-Karikatur)

한을 받는 상대적 기본권에 불과하다. 또 우리 헌법 제21조 제4항은 “언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니 된다. 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 배상을 청구할 수 있다.”라고 규정하고 있어 보도를 하는 경우에도 타인의 명예나 권리를 침해해서는 안 된다는 헌법적 책임을 규정하고 있다.⁵⁵⁾ 또한 언론중재법 제5조도 “언론, 인터넷뉴스 서비스 및 인터넷 멀티미디어 방송(이하 “언론 등”이라 한다)은 타인의 생명, 자유, 신체, 건강, 명예, 사생활의 비밀과 자유, 초상(肖像), 성명, 음성, 대화, 저작물 및 사적(私的) 문서, 그 밖의 인격적 가치 등에 관한 권리(이하 “인격권”이라 한다)를 침해하여서는 아니 되며, 언론등이 타인의 인격권을 침해한 경우에는 이 법에서 정한 절차에 따라 그 피해를 신속하게 구제하여야 한다.”라고 규정하면서 동조 제2항 1호에서 피해자의 동의를 받은 경우 책임이 조각된다고 보고 있다.

일반 사인에 대한 승낙의 정도는 앞에서 살펴본 것처럼 적극적인 승낙과 제한적인 범위 내에서 소극적인 승낙, 즉 적극적인 승낙의 의사표시가 없었다고 하더라도 시간적인 지속성, 공간적인 개방성, 사항 관련적인 취재대상의 발언 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 하며 그 범위는 축소 해석하는 것이 바람직하다. 업무 연관적으로 공익과 관련되지 않고 다만 대중들 가십거리의 관심에 그치는 정도라면 취재의 자유보다는 취재대상의 명예훼손 보호를 더 중요하게 고려해야 한다.⁵⁶⁾

3. 언론사의 취재와 알 권리의 수탁자로서의 언론

- 소위 공인수탁자론과 관련하여 -

가. 언론의 공인수탁자로서의 가능성

일반 국민이 정부가 소유하는 정보에 대해 접근하기는 사실상 많은 어려움이

55) 최우정, 앞의 책, 356면.

56) F. Ossenbühl, Grundsätze der Grundrechtsinterpretation, Handbuch der Grundrechte, C.F.Müller Verlag, 2004, S. 609 Rn. 24

있기 때문에 이러한 문제점을 해결하기 위해 언론이 그 역할을 위임 또는 대리해 정부에 대해 알 권리를 주장할 수 있다는 것이 공인수탁자론이다. 이러한 공인수탁자론은 미국에서 언론의 특수한 지위를 주장하면서 등장했다.⁵⁷⁾

알 권리의 의의를 완전하고 정확한 뉴스에 접근할 권리까지 확대하고자 한 미국의 저널리스트들은 자신을 국민이 향유하는 알 권리의 ‘공인수탁자’라고 주장했다. 즉, 알 권리의 주체는 국민 개개인이지만 방대하고 전문화된 정부 활동에 대한 정보를 개인이 정보공개청구를 통해 파악한다는 것은 상당한 시간과 노력이 소요되기 때문에 사실상 불가능하고 따라서 저널리스트가 국민 개개인이 누리는 알 권리의 “대행자”로 등장하게 된다는 설명이다.⁵⁸⁾

공인수탁이론이 인정될 수 있는가에 대해 개인이 가지는 정보공개청구권이 국가에 대해 적극적인 급부 요구와 작위를 요청한다는 점에서 일신전속성이 약한 기본권이라는 점과 공인수탁이 성립되기 위해서는 신탁의 형식적 요건이 갖추어져야 하는데도 불구하고 이런 요건이 갖추어지지 않았다는 점에서 이 이론을 비판하기도 한다.⁵⁹⁾⁶⁰⁾

이런 공인수탁론이 인정될 수 있을 것인가에 대해서는 위에서 설명한 비판적인 견해가 타당하다고 본다. 다만 위의 비판론에 대한 근거를 몇 가지를 더 고려해볼 수 있다.

우선 공인수탁론이 미국의 특수한 상황에 근거한다는 점이다. 공영방송에 대해 친하지 않은 미국의 언론시장 질서는 영리를 추구하는 상업적 신문사와 방송사에 기초한다는 점이다. 당연히 이들은 구독료와 시청료를 확보하기 위해 단독보도 내지 특종 보도를 지향하게 되고 그러한 점에서 공인수탁론은 정부와 사기업의 비밀스러운 내용에 대한 일종의 언론사의 특권과 같은 취재를 요구하면서 등장했다는 점이다. 즉 국민의 여론 형성적인 컨센서스가 이루어지지 않은

57) 상세한 것은, 고민수, 앞의 논문, 423면 이하 참조; 이재진, “국민의 알 권리에 대한 재고찰”, 231면 이하 참조.

58) 장용근, 불법도청에 따른 X파일에 대한 헌법적 쟁점의 검토, 고시계 2005.9, 12면.

59) 고민수, 앞의 논문, 429면 이하 참조.

60) 한편 알 권리가 언론기관에 제도적으로 위임되었던 언론의 자유가 매체집중의 결과로 특정 소수를 대변하는 자유로 바뀐 데 대한 반발이라는 점에서 공인수탁론에 대해 비판적인 견해도 있다. 김병국, “표현의 자유와 알 권리”, 관훈저널, 2005.12, 152면.

상태에서 언론사 자체적으로 이러한 이론을 지지하고 주장했다는 점에서 최소한 법학적인 관점에서는 일반론으로 인정하기는 곤란하다. 오히려 인정한다면 개별적 사항의 일반화라는 오류를 범할 수 있다.

또한 공인수탁론을 인정하기 위해서는 실정법적인 근거를 찾아야 한다. 그러나 이 이론이 등장한 미국의 헌법이나 개별 법률에서 그 근거를 찾기 힘들다. 물론 우리나라의 경우도 공인수탁론이 인정될만한 법적인 근거는 전혀 존재하지 않는다. 헌법재판소도 취재선진화방안의 헌법소원에서 비록 본안에 대한 심사에 대해서는 각하결정을 내렸지만, 소수의견은 정부가 언론사 기자들에게 청사 일부를 제공하는 것은 편의 제공에 불과한 것이고 독자들의 알 권리와는 상관없다고 결정했다.⁶¹⁾ 결국 법이론적인 측면이나 실정법적인 측면에서 공인수탁론을 인정하기 위한 근거는 모두 존재하지 않는다.

나. 민주적 기본질서의 형성과 언론의 기능 - 언론취재의 특권은 인정될 수 있는가?

언론이 다양한 프로그램을 통해, 특히 시사 보도를 통해 다양한 정보를 국민에게 제공함으로써 개인의 인격발현에 정보를 제공하고 이를 바탕으로 개인들의 소통을 통해 여론형성에 기여하고 이를 통해 사회의 민주적 기본질서 형성에 이바지한다는 것은 언론의 헌법적 기능이다.⁶²⁾ 언론이 민주주의 원리와 관련한 헌법적 기능을 수행하는 점을 고려하여 취재 과정에서 어느 정도의 불법성 또는 취재대상의 동의 없이 취재하고 보도하는 것에 대해 법적인 책임이 면제되는 경우가 있는데 이를 흔히 미디어특권(Medienprivileg)이라고 한다. 즉 미디어특권이란 미디어업에 종사하는 사람이 직업적으로 제3자나 보도 대상자로서의 책임 있는 사람에 대해 보도를 할 때 그 정당성이 인정되어 상대방의 기본권적 법익인 정보침해가 인정되지 않는 경우이다. 그러나 이러한 책임면제는 모든 경우에 인정되는 것은 아니고 보도되어 침해되는 제3자의 기본권적 이익보다 더 큰 중요한 공익이 있는 경우에 인정된다.

61) 헌재 2008. 12. 26. 2007헌마775.

62) 헌재 1992. 2. 25. 89헌가104; BVerfGE 27, 71(81f.); 54, 208(219); 61, 1(8); 65,1(41); 85, 1(15); 90, 1(15); 90, 241(247).

미디어특권의 실정법적 근거는 언론중재법 제5조 제2항 제2호에서 찾을 수 있다. 동조항에서 인격권침해가 사회상규(社會常規)에 반하지 아니하는 한도에서 언론 등의 보도가 공공의 이익에 관한 것으로서, 진실한 것이거나 진실하다고 믿는 데에 정당한 사유가 있는 경우에는 법률에 특별한 규정이 없으면 언론 등은 그 보도 내용과 관련하여 책임을 지지 아니한다고 규정하고 있다. 물론 이 규정은 동조항 제1호에서 규정하고 있는 피해자의 동의를 받아 이루어진 경우가 아닌 경우에 적용된다. 즉 취재대상의 동의가 없는 경우의 보도도 첫째 사회상규에 반하지 않아야 하고, 둘째 보도가 공공의 이익에 관한 것이어야 하며, 셋째 보도 내용이 진실 또는 진실이 아니라고 하더라도 고의 및 과실 없이 이루어져야지만 책임이 면제된다.

한편 독일의 경우 2018년 개정된 방송국가협약은 방송사의 정보보호에 대한 문제를 규정하면서 미디어특권과 정보보호 문제를 조화하고 있다.⁶³⁾

흔히 독일 방송법 제9조가 미디어특권과 관련된 규정이 아니냐는 주장도 있지만⁶⁴⁾ 이 규정은 우리의 법제와 비교해보면 우리 법제가 언론사의 면책을 규정하고 있는 반면에 독일 방송법 제9조는 언론사의 개인정보보호에 대한 데이터 보관에 관한 규정을 두어 취재 보도 후 개인의 정보침해에 대한 개인의 반론권과 같은 내용을 절차적으로 보호하는 내용을 담고 있다는 점에서 미디어특권을 규정하고 있다고 볼 수는 없을 것이다.

다. 언론취재와 보도의 면책에 대한 기준과 입증

취재와 보도가 사인의 기본권을 침해하는 경우 당사자가 원만히 해결하지 못

63) § 9 c Datenverarbeitung zu journalistischen Zwecken, Medienprivileg

이 조항에서는 독일의 공영방송사인 ARD, ZDF, Deutschlandradio 또는 개인 방송사와 관련된 주 방송사가 언론 목적으로 개인 데이터를 처리하는 한, 업무담당자인 개인은 다른 목적으로 데이터를 처리할 수 없으며 업무를 시작할 때 데이터 보안을 유지해야 한다. 이러한 데이터 보안은 활동이 끝난 후에도 유지되어야 한다. 즉 취재의 대상이 된 개인이 자신의 반론권과 같은 이익제기를 위해 필요한 데이터를 보도한 방송사는 그 데이터를 그대로 보관해야 한다. 특히 독일 방송법 제9조는 방송사의 이러한 데이터 보관에 관한 내용을 상세하고 규정하고 있다.

64) F. Fechner, *Medienrecht*, 2018, S. 184.

하는 경우 중국적으로는 사법심사를 통해 해결될 수밖에 없다. 이런 경우 사법부는 언론보도가 공공이익을 위한 상당성을 가지고 있는가의 판단에 집중하게 되며 무엇이 공익인가에 대한 판단은 사법부의 법관유보하에 놓이게 된다. 이러한 사법부의 판단에 대해 무엇이 공익인가에 대한 연구는 이미 법학과와 언론학계에서 많이 연구되어 왔다. 이런 선행연구들은 공익성에 대한 판단을 몇 가지의 범주로 나누어서 체계화시켜왔고 언론취재와 보도의 공익성과 개인의 기본권침해 상에서의 이익형량이라는 방법에 의해 실체법적인 판단에 의해 어느 정도의 향후의 어느 정도의 예측 가능한 기준을 제시해왔다.

그러나 언론중재법 제5조에서 규정하고 있는 면책사유에 대한 입증의 문제에 대해서는 활발하게 논의되고 있지 못하다. 절차적으로 본다면 이러한 면책사유에 대한 입증은 보도의 공익에 대한 상당성 판단 이전에 이루어지기 때문에 입증에 대한 기준의 제시는 언론취재와 보도에 대한 면책기준을 보다 명확히 해주고 언론의 보도에 대한 취재대상의 기본권을 좀 더 보호하는 토대를 제공할 수 있다. 문제는 법적으로 언론의 취재와 보도에 대한 고의 및 과실을 결정할 수 있는 절차법적인 법규정이 없다는 것이다. 기본권의 보호와 실현이라는 문제가 과거 실체법적인 보장중심에서 법규정을 통한 제도와 절차를 통한 보장(Grundrechtsentfaltung durch Verfahren und Organisation)이라는 점에서 보면 입법적 불비라고 판단할 수 있지만 입법 보완이 이루어지기 전까지는 이론적인 기준을 살펴볼 수밖에 없다.

독일의 경우는 저널리즘적 신중의무(Journalistische Sorgfaltspflicht)를 법적으로 규정하고 있다. 독일 란트의 출판법은 출판인의 신중의무를 규정하고 있다. 출판의 자유의 보호영역에 속하는 것은 진실성에 부합하는 보도만을 의미하기 때문에 거짓 보도와 왜곡 보도의 경우는 출판의 자유의 보호영역에 속하지 않고 또한 보도되는 타인의 명예보호와 출판을 통한 민주적 의사형성에 기초한 민주적 기본질서에 기여한다는 의미에서 일종의 공적 과제를 수행하는 출판인인 신중의무를 가진다.⁶⁵⁾ 언론인은 자신이 보도하는 기사의 내용, 출처, 사실관계의 정확성 등에 대해 진실에 부합되는가에 대한 신중한 조의를 해야 한다고

65) F. Fechner, a.a.O., S.261.

란트의 출판법은 규정하고 있다.⁶⁶⁾

입법적 불비의 경우 결국 법학의 하부토대라고 볼 수 있는 저널리즘의 연구와 이론을 빌려올 수밖에 없다. 결국 언론보도가 사실에 기초해 객관성과 공정성을 담보하기 위해서는 올바른 저널리즘이 어떻게 이루어져야 하는가를 살펴 보아야 한다. 이와 관련해 미디어 환경의 변화로 인해 취재기자의 전문적이고 객관적인 저널리즘의 변화가 모색되는 시점에 리영희의 언론정신 탐구를 통해 저널리즘의 기준을 제시하기도 한다. 이 연구에 따르면 저널리즘은 첫째 인식론적 측면에서 실제적 진실을 추구해야 하며 이런 추구는 방대한 자료의 섭렵을 통한 실증적 글쓰기가 이루어져야 하고, 둘째 언론전문직 정체성 측면에서 새로운 지식과 정보에 토대를 두어 독자들의 판단을 위해 가장 균형 잡힌 형태로 여러 가지 자료를 제시하여 그 자료들이 무엇을 뜻하는가, 즉 관점·의미·사상성을 밝혀주어야 한다고 한다. 마지막으로 독자와의 상호작용을 통해 독자들의 인식을 깨우는 작업으로 이어져야 한다고 한다.⁶⁷⁾ 결국 저널리즘은 취재하고 보도하는 저널리스트의 방대한 자료에 근거해 전문적인 분석을 통해 독자와의 상호작용을 통해 독자의 인식변화를 통해 언론의 본질적인 기능을 수행해야 한다고 볼 수 있다.⁶⁸⁾ 이러한 기준은 특히 미디어 환경이 변화되는 시점에서는 더욱더 필요하다. 왜냐하면 상업언론의 속성에서 가장 중요한 것은 대중의 관심을 끄는 기사를 통해 광고 수입과 구독 수입의 극대화를 지향하기 저널리즘적 기본정신을 상실하는 경우에는 언론의 본질적 기능을 수행할 수 없기 때문이다. 이런 경향은 미디어 환경이 기존의 오프라인에서 온라인으로 축을 옮겨가는 과정에서 더욱더 나타나고 있어 극단적인 보도, 심지어는 가짜뉴스를 통한 대중 영향력을 넓히고 있는 현실에서 더 필요하다.⁶⁹⁾

66) F. Fechner, a.a.O., S.261.

67) 이런 내용은 한국영상기자협회가 편찬한 2020 영상보도 가이드라인에도 나타나고 있다. 한국영상기자협회, 2020 영상보도 가이드라인, 2019, 22-24면 참조.

68) 이봉현, “뉴미디어 환경과 언론인 직업 규범의 변화 - 리영희 언론정신을 통한 탐색연구 -”, 언론정보학보, 2012.8, 37면 이하 참조.

69) 사실에 입각한 객관적인 저널리즘의 확립은 사법심사 과정에서 자칫 언론에 의한 여론재판으로 몰아가는 문제점이 제기될 수 있고 실제 이부분의 연구에서는 이런 문제점이 현실로 발생한다는 통계를 보여주고 있다. 이에 대해서는, 검찰수사에서의 보도자료 배포 및 피의사실 공표와 관련된 법적 문제점에 대해서는, 양재규, “범죄수사 관련 보도자료 기사화(일명

저널리즘에 대한 이러한 기준은 취재와 보도를 통해 사인의 기본권을 침해하는 소송과정에서 언론의 면책가능성을 판단하는데 하나의 기준을 제시해 줄 수 있을 것이다. 즉 언론의 면책을 주장하는 과정에서 고의 및 과실이 없음을 입증하는 과정에서 앞서 언급한 저널리즘의 기준을 충실히 수행했다고 한다면 고의 및 과실이 없었음을 인정할 수 있을 것이다. 반면 소송과정에서 취재 및 보도의 사실추구에 대한 풍부한 자료의 제시와 취재대상에 대한 기본권 및 권리 침해에 대한 고려가 없었다면 언론중재법 제5조 제2항 제2호의 요건을 충족시키지 못하게 되고 언론의 면책을 주장하지 못하게 된다. 이런 측면에서 보면 단순히 취재과정에서 개인으로부터 받은 정보를 철저히 검증하지 않고 보도하여 취재대상 사인의 기본권을 침해한다면 민·형사적 책임을 면하기 어렵다고 보아야 한다.⁷⁰⁾

라. 미디어환경의 변화와 미디어특권

인터넷의 발달은 미디어환경을 급격하게 변화시키고 있다. 기존의 방송, 신문으로 대표되는 언론기업 중심에서 이들 기업의 정보를 자사의 알고리즘을 이용해 정보의 중요성의 순서와 검색순서를 재배치함으로써 새로운 언론으로 등장한 포털사업자는 언론시장에서의 영향력의 판도를 바꾸었다. 또 유튜브, 인스타그램, 페이스북 등과 같은 소셜네트워크서비스를 이용해 자극적이고 대중 선동적인 정보를 제공하여 온라인상에서 영향력을 강화시켜 나가는 개인 미디어의 등장은 미디어 생태계를 크게 바꾸고 있다.⁷¹⁾ 이러한 미디어 생태계의 변화는 미디어 영향을 받는 정보수용자의 크기가 고정된 상황에서 수적으로 증가하고

‘수사기관 저널리즘’)의 법적 문제점”, 미디어와 인격권, 제3권 제1호, 2017, 198면 이하 참조; 김성룡, “대중매체를 통한 범죄혐의보도와 형사사법 - 독일의 논의를 중심으로 -”, 형사정책연구 2014.12, 247면 이하 참조; 김봉수, “피의사실공표죄의 해석상 문제점과 그 실효성 확보방안”, 형사법연구 제31권 제3호, 2019 가을, 173면 이하 참조; 이병기/이기웅, “범죄보도가 시민의 범죄인식에 미치는 영향”, 형사정책연구원, 1993, 100면 이하 참조.

70) 한편 이러한 논리는 국가가 제공하는 보도자료를 그대로 보도함으로써 발생하는 손해에도 적용될 수 있을 것이다. 즉 저널리즘 기준에 부합하지 못한 보도에 대해서는 민·형사적 책임의 면책을 주장하기 어렵다고 판단해야 한다. 그러나 우리 사법부는 정부 기관에 의한 보도자료에 근거한 보도의 면책을 인정하고 있다.

71) 윤성욱, “온라인 동영상 서비스의 내용규제 방향”, 한국방송학보, 31권 3호, 2017, 190면.

영향력이 큰 새로운 개인 미디어의 등장은 기존 대중미디어의 영향력을 감소시켜가고 있다. 특히 미디어 이용 방법이 모바일로 옮겨감에 따라 기존의 전파와 종이를 이용한 방송 또는 신문은 그 이용자 수가 급감하고 있는 상황이며 그에 따라 당연히 광고 수입도 그만큼 줄어드는 상황이라 언론사의 경영도 그만큼 더 어렵게 되어가고 있다. 정보의 생산자와 이용자가 분리되었던 미디어 환경에서 이제는 융합이 이루어져 소위 프로슈머(prosumer)가 대세인 미디어환경에서는 기존의 대중미디어만이 언론으로서 존재하는 것이 아니라 개인 미디어 역시 하나의 중요한 미디어로 역할을 수행하는 것이다.

한편 미디어 생태계의 변화는 미디어 시장질서에도 영향을 미친다. 기존의 방송과 신문의 경우 주파수와 시장진입에의 초기 자본투자가 많이 발생해서 자유경쟁 체제가 발생하지 않고 과점상태로 운영되는 것이 통상적이다. 실제 이러한 사정에서 조직화되지 못한 개인보다는 소수의 조직화된 미국의 언론사가 공인수탁론에 근거해 언론사의 특권을 주장하기도 했던 것이다. 그러나 현재의 미디어 시장은 전적으로 바뀌었다. 오프라인상의 언론사도 과거에 비해 수적으로 많아져 과점상태가 해소된 상태이고 더 나아가 온라인상의 개인 미디어는 완전 경쟁이라고 할 만큼 공급자의 수가 많아졌다. 특히 소셜네트워크서비스를 이용하는 개인은 저마다 특색 있는 정보를 공급함으로써 개인 미디어 사업자로 등장했다. 이러한 미디어 생태계의 변화는 취재와 보도의 경우에도 그대로 적용되어 다양한 정보의 공급이 다수의 공급자에 의해 이루어지고 있다. 미디어 생태계가 소수의 대형 미디어 사업자에 의해 과점화된 미디어 시장에서 모든 이의 미디어 시장으로 변화하고 있다. 이런 미디어 시장의 완전경쟁 상태에서도 과거와 같은 미디어특권은 존재할 수 있을 것인가? 이에 대해서는 회의적일 수밖에 없을 것이다. 이미 미디어환경이 모든 이의 미디어로 전환된 시점에서 미디어특권을 인정한다는 것은 모든 이에게 특권을 인정하는 결과로 이어져 종국적으로는 특권이 전혀 존재하지 않는 상황으로 이어지기 때문이다. 결국 미디어 생태계의 근본적인 변화는 온라인상의 모든 이가 정보제공자이자 정보소비자로서의 가지는 특성에 의해 과거 일부에서 주장되었던 미디어특권은 더 이상 존재할 여지가 없는 것이다.

4. 사인에 대한 언론사 취재의 한계

언론사가 국민에게 크게 영향을 끼치는 공익적인 사항과 국민의 관심사에 대해 취재를 하고 보도하는 것은 공적으로는 민주적 기본질서의 형성이라는 측면에서 바람직하고 사적으로도 언론사의 영리행위를 통한 사업경영이라는 측면에서 고용 창출과 미디어 생태계의 경제순환에 이바지한다는 점에서 바람직하다.

그러나 이러한 취재는 무제한적인 것이 아니며 헌법과 법률 그리고 저널리즘적인 제한에 의해 인정되는 상대적인 것이다. 특히 취재에서 사인의 헌법상 기본권, 형사 및 민사상의 권리를 침해하는 것은 허용되지 않으며 법적 책임을 질 수밖에 없다. 이와 관련하여 종전에 인정 또는 논란이 되어왔던 문제들을 다시 한번 엄밀하게 살펴봄으로써 사인에 대한 취재의 한계를 설정할 수 있을 것이다.

우선 취재의 과정에서 알 권리를 근거로 한 사인에 대한 기본권침해 또는 권리 침해적인 취재는 취재대상의 동의가 없는 한 원칙적으로 허용되지 않는다. 헌법 이론적으로는 사인이 본인의 기본권침해에 대한 명시적인 승낙이 있을 경우에만 취재가 허용되며 이 경우 기본권침해가 배제되게 되며 이 경우 승낙은 기본권의 적극적인 행사 및 불행사를 포함하는 개념으로 파악해야 하므로 좁게 해석해야 한다. 예를 들어 시간과 사항적으로 취재대상이 인식할 수 있을 정도의 취재가 이루어짐에도 불구하고 취재대상이 이에 응하는 경우는 비록 명시적인 승낙이 없다고 하더라도 자신의 기본권침해에 대한 승낙이 있다고 볼 수 있다.

취재 과정에서 국민의 알 권리를 보장하기 위해 사인의 기본권과 권리를 침해하는 것은 허용되지 않는다. 언론사는 단지 자신의 알 권리를 주장할 수 있을 뿐이다. 이론 및 실정법적으로도 알 권리는 모든 국민의 권리로 인정되며 어떠한 경우에도 언론사에 위임 또는 대리권이 부여되어 있지 않다. 따라서 국민의 알 권리를 근거로 삼으면서 취재대상인 사인의 권리침해에는 정당성이 인정되지 않는다. 다만 공적인물에 대한 취재의 경우는 단순한 개인적인 권리의 문제가 아니라 그 공적인물의 행위가 업무 연관성에서 나오기 때문에 정당화될 수 있다. 특히 이것은 단순히 공적인물이론에 근거하는 것만이 아니라 언론중재법 제5조 제2항 제2호에 근거를 둔 행위이기에 면책의 대상이 되는 것이다. 그

러나 이 경우에도 취재보도 내용의 진실성 위반에 대한 고의 및 과실의 입증책임은 취재한 언론인이 져야 하며 저널리즘의 기준을 엄격히 지킨 경우에 그 입증책임이 완성된다고 봐야 한다.

마지막으로 종래 언론이 사회의 민주적 기본질서형성에 이바지한다는 측면에서 미디어특권에 근거한 취재자유를 폭을 넓히는 주장은 변화된 미디어환경에서 더 이상 존립할 수 없다. 미디어 시장에서 과점을 형성하는 미디어가 존재하는 상황에서 일반 국민이 정보원에 대해 자유로운 접근이 불가능하거나 심히 곤란한 경우에는 미디어가 나름의 공적인 책무를 수행하기 위한 초 실정법적인 근거로 미디어특권을 주장할 수 있을지는 모르지만 이미 완전경쟁시장을 형성하고 있는 현재의 미디어 생태계에서는 이러한 주장이 받아들여질 수 없다. 즉 소수의 미디어에서 모든 이의 미디어로 전환된 미디어 환경에서 일부 미디어에만 특권을 인정한다고 한다면 헌법상의 평등원칙을 위반하는 것이며 온라인 및 오프라인상의 모든 미디어에게 특권을 인정한다는 것은 더 이상 특권의 의미가 없는 것이다. 따라서 변화된 언론환경에서는 엄격한 저널리즘에 입각한 취재에 근거한 보도만이 허용될 뿐이며 이 범위 내에서 언론의 자유의 보호영역에 포섭될 뿐이다.

IV. 글을 마치며

우리는 매일매일 미디어가 제공하는 정보의 홍수에 살고 있다. 정보의 홍수 속에는 우리가 반드시 알아야 할 공익적인 정보도 있지만, 굳이 몰라도 되는 말초신경 자극적인 정보도 받는다. 그 제공의 원인이야 여러 곳에서 찾을 수 있겠지만 근본적으로는 언론의 상업성이다. 대중에게 자극적인 정보를 제공하고 보도함으로써 시청률을 높이고 그에 따른 광고 수입의 극대화를 도모한다는 것을 부인하는 언론사는 없을 것이다.

그러나 이러한 언론의 상업성은 동시에 그 취재대상이 되는 사인의 인격권, 초상권, 재산권, 사생활의 자유와 같은 헌법상의 기본권적 가치를 침해할 개연성이 높다. 우리 헌법의 가치가 인간의 존엄과 가치를 지향하는 인격주의적 인

간상을 전제로 한다는 점에서 언론의 취재를 통한 보도가 비록 민주적 기본질서의 형성에 중요한 역할을 한다는 헌법적 기능을 수행하지만, 사인의 기본권을 침해하면서까지 그 기능을 인정할 수는 없다.⁷²⁾ 따라서 취재와 보도의 자유는 사인의 기본권을 최대한 존중하는 범위 내에서 이루어져야 하고 이러한 제한은 종래 언론사가 국민의 알 권리의 위임인 또는 대리자로서 수행한다는 인식은 헌법 이론 및 실정법상 더 이상 허용될 수 없다. 또한 사인의 기본권을 침해하는 취재 및 보도는 더 이상 미디어의 특권으로 인정할만한 실정법적 근거가 존재하지 않는다. 또한 소셜네트워크서비스를 통해 제공되는 온라인상에서 변화된 미디어환경은 이제 소수의 취재 및 보도의 자유가 아니라 모든 이의 취재 및 보도의 자유라는 성격을 가지기 때문에 더 이상 미디어특권은 존재할 수가 없다. 변화된 미디어 환경에서 언론이 지향해야 하는 방향은 올바른 저널리즘의 기준과 실정법의 범위 내에서 취재 및 보도를 하는 것이다.

참고문헌

1. 국내문헌

〈단행본〉

- 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2008.
김철수, 『학설판례 헌법학 (상)』, 2008.
김학성, 『헌법학원론』, 2015.
문홍주, 『한국헌법』, 1987.
박용상, 『표현의 자유』, 2002.
제롬A 배런/김병국(역), 『누구를 위한 언론자유인가?』, 1987.
성낙인, 『헌법학』, 2016.
양 건, 『헌법강의』, 2016.
언론중재위원회, 『2018년도 언론관련판결 분석보고서』, 2019.

72) 헌재 1989. 9. 4. 88헌마22.

- 이준일, 『헌법학강의』, 2015.
최우정, 『기본권론』, 2016.
한국영상기자협회, 『2020 영상보도 가이드라인』, 2019.
한병구, 『언론과 윤리법제』, 2000.
허 영, 『한국헌법론』, 2016.
홍성방, 『헌법학(중)』, 2010.

〈논문〉

- 고민수, “취재의 자유와 알 권리의 한계에 관한 고찰”, 미국헌법연구 2007.9.
김경호, “범죄보도로 인한 인격권으로서의 초상권 침해에 관한 연구: 언론과 수사기관의 책임을 중심으로”, 언론과 사회, 2004.5.
김배원, “알 권리의 의의에 관한 학설과 판례의 검토”, 부산대학교 법학연구 2016.11.
김배원, “미국의 정보자유법(FOIA) 50년(1966-2016)”, 공법학연구, 제20권 제1호.
김병국, “표현의 자유와 알 권리”, 관훈저널, 2005.12.
김봉수, “피의사실공표죄의 해석상 문제점과 그 실효성 확보방안”, 형사법연구 제31권 제3호, 2019 가을.
김성룡, “대중매체를 통한 범죄혐의보도와 형사사법 - 독일의 논의를 중심으로 -”, 형사정책연구 2014.12.
박아란, “취재 기술의 발전과 프라이버시 침해: 드론 취재를 중심으로”, 방송문화연구 2018.6.
박종보, “공공정보공개제도와 알 권리의 헌법적 근거”, 공법연구 제28집 제1호, 1999.
성낙인, “알 권리”, 헌법논총 제9집, 헌법재판소 1998.
양재규, “범죄수사 관련 보도자료 기사화(일명 ‘수사기관 저널리즘’)의 법적 문제점”, 미디어와 인격권, 제3권 제1호, 2017.
윤성옥, “온라인 동영상 서비스의 내용규제 방향”, 한국방송학보, 31권 3호, 2017.
이봉현, “뉴미디어 환경과 언론인 직업 규범의 변화 - 리영희 언론정신을 통한 탐색연구 -”, 언론정보학보, 2012.8.
이승선, “영상취재·보도영역의 신기술 활용과 인격권 침해문제”, 미디어와 인격

- 권 제3권 제2호, 2017.
- 이재진, “저널리즘 영역에 있어서의 알 권리의 기원과 개념변화에 대한 연구”, 언론과학연구 2005.4.
- 이재진, “국민의 알 권리에 대한 재고찰”, 언론과 법 2004.6.
- 이재진/동세호, “방송 관련 초상권 침해 소송에서 나타난 동의의 적용 범리에 대한 연구”, 언론과 법, 2015.4.
- 장영철, “기본권행사포기로서 기본권포기에 관한 고찰”, 서울법학, 2019.11.
- 장용근, “불법도청에 따른 X파일에 대한 헌법적 쟁점의 검토”, 고시계, 2005.9.
- 최우정, “헌법상 인간상(人間像:Menschenbild)의 의미와 사이버스페이스상의 다양한 매체에 대한 법적 규제강도의 문제”, 공법연구 2007, 35권 3호.
- 표명환, “기본권 보호이익의 침해에 대한 승낙과 그 한계”, 공법학연구, 2008.5.
- 한수용, “헌법상의 ‘알 권리’-헌법재판소 주요결정에 대한 판례평석을 곁하여-”, 법조, 551호, 2002.
- 허완중, “기본권 포기”, 헌법학연구, 2009.3.
- 홍준형, “정보공개청구권과 정보의 자유”, 법의 이론과 실제(김철수 교수 화갑 기념 논문집), 1993.

2. 외국문헌

- F. Fechner, Medienrecht, UTB, 2018.
- F. Ossenbühl, Grundsätze der Grundrechtsinterpretation, Handbuch der Grundrechte, C.F.Müller Verlag, 2004.
- E. Schmidt-jortzig, Meinungs und informationsfreiheit, in HBdSR Bd.VI, C.F.Müller Verlag, 2001.

[Abstract]

Constitutional Issues Related to the Report on Individuals
of Media Companies due to Changes
in Media Environment

Choi, Woo-Jeong

Professor, Keimyung University

In order to realize the dignity and value of human beings, which are constitutional values, everyone must have sufficient information to correctly determine the problems at hand. This information can be easily obtained, such as data released through various media, but is usually obtained by requesting disclosure of information that has not been disclosed. In general, the right to access information, or the right to know that is derived under the Constitution, contributes to the expression of an individual's character, thereby contributing to the formation of a society's public opinion, thus forming a democratic basic order of society. In modern society, not only the state but also the huge private organizations, namely businesses, schools and various social organizations, wield enormous influence unlike individuals and have more information than individuals. Individuals are bound to be restricted from access to information held by such organizations.

It is a well-known fact that freedom of speech plays an important role in the formation of the democratic basic order of the nation. In particular, coverage for media coverage is an important part of freedom of speech and contributes to the development of character through the people's right to self-information by collecting and analyzing various information and providing various information to the people. In this sense, the media argues for the

so-called “certified trusteeship,” an agent or delegate of the people’s right to know, and claims privileges in coverage and reporting.

However, even if freedom of coverage plays an important role in the formation of a democratic basic order, it is highly likely that it will violate the constitutional values of the subjects of coverage, such as personal rights and freedom of privacy. The provision of articles by media companies not based on thorough journalism does not contribute to the formation of sound democratic wills, but rather can only add to social unrest and chaos. In particular, the accident that media companies should provide all information to the public may raise concerns that media companies may emerge as the fourth power.

Since the subject of the right to know is all citizens, the media cannot theoretically or in real law be agents or delegates of the right to know, and cannot claim media privileges in reporting in ultra-practical ways. In particular, in the media ecosystem that changes from mass media to personal media, media coverage is obliged to meet journalistic standards by analyzing them based on facts, and in such cases, it is justified that civil and criminal responsibilities can be exempted legally.

Key words : freedom of coverage, right to know, media privilege, authorized trust theory, journalism, media ecosystem