

# 광고·편성 규제 of 합리화 방안 연구



이 보고서는 2009년도 방송통신위원회 방송발전기금 조사연구사업의 연구결과로서 보고서의 내용은 연구자의 견해이며, 방송통신위원회의 공식입장과 다를 수 있습니다.

# 제 출 문

방송통신위원회 위원장 귀하

이 보고서를 방송통신위원회가 지원하여 수행한 ‘광고·편성  
규제의 합리화 방안 연구’의 최종보고서로 제출합니다.

2009년 9월

주관연구기관 : 국민대학교 법과대학 정보와 법 연구소

책임연구원 : 신흥균(국민대학교 법과대학 교수)

공동연구원 : 박 민 (국민대학교 법과대학 교수)

공동연구원 : 황승흠(국민대학교 법과대학 교수)

연 구 원 : 정미나(국민대학교 대학원 석사과정)

# Contents

요약

vi

## I

### 방송의 자유와 제한

1. 방송의 자유의 헌법적 의의 .....	2
1) 표현의 자유 .....	3
2) 표현의 자유로서의 방송의 자유 .....	4
2. 방송의 자유의 법적 성질 .....	11
1) 주관적 권리 및 객관적 규범질서론 .....	11
2) 주관적 권리 한정론 .....	14
3. 독일 사례 .....	15
1) 방송자유권을 제도적·객관적인 입장에서 파악하는 견해 .....	16
2) 방송자유권을 주관적공권으로 보는 견해 .....	18
4. 미국 사례 .....	20
1) 주파수 희소성과 공공수탁모델 .....	20
2) 시장주의적 접근 .....	24

## II

### 방송의 제도적 보장과 제한

1. 기본권의 객관성과 주관성 .....	29
1) 기본권의 객관적 질서성 .....	30
2) 기본권의 제도적 보장 .....	32
2. 방송자유와 주관성과 객관성 .....	32
1) 방송자유와 주관성의 한계 : 미성숙한 기본권 .....	33
2) 방송자유와 제도적 보장의 의의 .....	34
3) 방송자유와 제도적 보장의 한계 .....	36
3. 방송자유와 제한 .....	42
1) 방송사의 소유제한 관련 .....	42
2) 보편적 시청권 관련 .....	44
3) 방송통신위원회의 시설개선명령 .....	46
4) 방송의 편성 규제 관련 .....	48
5) “방송을 할 수 있는 권리” 의 의의 .....	48
6) 액세스권과 반론권 .....	50

### Ⅲ

## 과태료제도 쟁점 및 개선

1. 과태료의 법적 성질 및 의의	53
1) 의의	54
2) 종류	54
3) 과태료의 부과 대상	56
4) 과태료의 법적 쟁송 관련	56
2. 방송법에 따른 과태료	57
1) 주요 쟁점	59
2) 방송사의 주관적 영역	65
3) 방송사 주관적 영역과 행정질서영역의 경계영역	65
4) 방송사 운영 영역	67
5) 단순 행정질서 영역	68
6) 주관적 영역에 속한 행정적 의무이행확보방안	73

### Ⅳ

## 과징금제도 쟁점 및 개선

1. 과징금제도의 일반 원리	87
1) 과징금의 의의	87
2) 과징금과 구별되는 개념	88
2. 과징금의 법적 성격	92
1) 부당이득 환수 및 제재로서의 성격	92
2) 과태료의 성격	96
3) 속죄금(贖罪金)의 성격	97
4) 재원확보금(財源確保金)의 성격	97
5) 과징금과 형사벌의 관계 : 이중처벌의 문제	97
6) 과징금과 형사벌의 관계 : 형벌과 행정제재의 관계	99
7) 과징금의 법적성격에 대한 소결론	102
3. 과징금 금액산정 및 행정처분	104
1) 금액 산정	104
2) 행정처분과의 관계	107
4. 방송법상 과징금제도의 개선방안	110
1) 방송법상 과징금의 성격과 법적 지위	110
2) 주요 쟁점	114

## V

## 시정명령제도 쟁점 및 개선

1. 시정명령의 의의 .....	121
1) 시정명령의 개념 .....	121
2) 판례상의 의의 .....	122
3) 시정명령의 기능 .....	123
4) 시정명령제도의 법리상 쟁점 .....	124
2. 방송법상 시정명령의 의의 및 주요 쟁점 .....	126
1) 입법론적 쟁점 .....	126
2) 허가조건 관련 문제 .....	128
3) 시청자의 이익저해 .....	131

## VI

## 제재적 행정처분 쟁점 및 개선

1. 주의경고 및 권고 .....	149
1) 법적 성질 및 의의 .....	149
2) 주의경고·권고에 관한 법제분석 .....	152
3) 주의경고·권고에 관한 판례분석 .....	156
4) 방송법에서의 주요 쟁점 .....	159
2. 공표제도 .....	162
1) 공표제도의 의의 .....	163
2) 공표제도의 유형 .....	164
3) 타법 사례 .....	166
4) 공표제도의 법률적 쟁점 .....	173
5) 행정조사와 공표제도 .....	179
6) 방송법상의 쟁점 .....	183
3. 재허가 및 퇴출 .....	185
1) 기업퇴출제도의 의의 .....	185
2) 규제산업에서의 퇴출제도 .....	188
3) 방송사의 퇴출 .....	195

## VII

## 결론

# Contents

## 표 목 차

〈표 1〉 방송법 제69조 관련 과태료 처분기준	61
〈표 2〉 방송법 제71조 관련 과태료 처분기준	63
〈표 3〉 방송법 제72조 관련 과태료 처분기준	64
〈표 4〉 법규적 성질을 갖는 행정규칙 관련 판례	65
〈표 5〉 방송법 과태료 부과 위반행위 분류	70
〈표 6〉 미국 통신 및 방송서비스 벌금 부과 기준	78
〈표 7〉 미국 통신 및 방송서비스별 벌금 부과 기준	79
〈표 8〉 프랑스 방송법 요약	82
〈표 9〉 프랑스 방송위원회와 TF1간의 행정계약 요약	83
〈표 10〉 과징금 유형 1 입법 사례	97
〈표 11〉 과징금 유형 2 입법 사례	98
〈표 12〉 과징금 금액 산정 입법 사례	107
〈표 13〉 과징금 한도액 입법 사례	109
〈표 14〉 행정처분과 과징금 부과 입법 사례	110
〈표 15〉 행정처분외의 과징금 부과 입법 사례	111
〈표 16〉 방송법 시행령 별표 5 위반행위 종별 및 과징금 금액	116
〈표 17〉 판례 : 헌재 1994.6.30, 92헌바38, 구 건축법 제56조의 2 제1항 위헌소원	128
〈표 18〉 허가조건 사례	134
〈표 19〉 판례 : 헌법재판소, 2007.11.29, 2004헌마290	163
〈표 20〉 제재로서의 공표 입법 사례	170
〈표 21〉 사전예방적 공표 입법 사례	173
〈표 22〉 정보제공적 성격 공표 입법 사례	174
〈표 23〉 행정통제적 공표 입법 사례	175
〈표 24〉 판례 : 독점규제및공정거래에관한법률 제27조 위헌소원 헌법재판소, 2002.1.31, 2001헌바43	181
〈표 25〉 방송법 시행령 별표 5 위반행위 종별 및 과징금 금액	113
〈표 26〉 판례 : 헌재 1994.6.30, 92헌바38, 구 건축법 제56조의 2 제1항 위헌소원	125
〈표 27〉 허가조건 사례	131
〈표 28〉 판례 : 헌법재판소, 2007.11.29, 2004헌마290	160
〈표 29〉 제재로서의 공표 입법 사례	167
〈표 30〉 사전예방적 공표 입법 사례	170
〈표 31〉 정보제공적 성격 공표 입법 사례	171
〈표 32〉 행정통제적 공표 입법 사례	172

〈표 33〉 판례 : 독점규제및공정거래에관한법률 제27조 위헌소원 헌법재판소, 2002.1.31, 2001헌바43 .....	178
〈표 34〉 과태료 처분기준 개선안 .....	203
〈표 35〉 과징금 처분기준 개선안 .....	213



# 요 약 문

## I. 방송의 자유와 제한

방송은 우리가 친근하게 접하고 있는 커뮤니케이션 수단 중 대표적이라고 할 수 있으며, 생활의 중요한 부분을 차지하고 있다. 또한 방송은 불특정 다수에게 다량의 정보를 제공하며, 대중성과 접근 용이성 등의 특성에 의해 방송광고 역시 그 메시지 전달력이 매우 크다. 그러므로 방송광고는 다수의 사람들에게 무차별적이고 공개적으로 전달된다는 점에서 어느 정도의 제약이 불가피하기 마련이다.

1960년대 처음 우리나라에 방송광고가 도입된 이후, 전반적으로 사전심의에 기반을 둔 통제 중심으로 진행되어 왔다. 2000년대에 이르기까지 방송광고에 대한 심의는 방송윤리위원회와 한국방송광고공사, 방송위원회로 심의 주체가 바뀌어 왔지만, 심의업무 및 규정과 운영 방식 등은 크게 달라지지 않았다. 따라서 심의 주체와 심의 기준, 심의의 법적 근거 등에 대한 많은 문제점 및 비판은 끊이지 않고 있으며, 이에 대한 대안이나 개선 방향 역시 꾸준히 논의되어 왔다. 현재의 방송광고·편성에 대한 규제는 다매체시대의 방송 환경에서 경쟁력을 확보하는데 제한적으로 작용하기 마련이다.

과거 대중매체 시장을 독점하고 있던 방송은 이제 다양한 뉴미디어와 공존하는 환경 속에서 수용자들의 관심을 끌고, 그 영향력을 높이기 위해 끊임없이 경쟁해야 하는 상황에 놓여 있으며, 방송환경의 변화 양상과 속도에 따라 방송광고·편성에 대한 규제도 변화되어야 한다. 그러나 방송광고·편성 규제제도에 대한 논의는 그리 간단한 문제는 아니다. 지상파 방송광고의 경우, 방송의 상업적인 성격과 함께 방송이라는 전파의 공공재적 측면이 동시에 고려되어야 하기 때문이다. 그 영향력과 특성으로 인해 방송광고에 대한 규제와 심의가 이루어지고 있지만, 점차 방송환경이 변해감에 따라 어느 정도 수정과 변화가 이루어져야 한다는 데는 의견이 모아지고 있다.

헌법 제21조 제1항은 “모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다”고 규정하였다. 방송의 자유는 주관적인 자유권으로서의 특성을 가질 뿐 아니라 다양한 정보와 견해의 교환을 가능하게 함으로써 민주주의의 존립·발전을 위한 기초가 되는 언론의 자유의 실질적 보장에 기여한다는 특성을 가지고 있다. 따라서

방송의 자유는 주관적 권리로서의 성격과 함께 신문의 자유와 마찬가지로 자유로운 의견형성이나 여론형성을 위해 필수적인 기능을 행하는 객관적 규범질서로서 제도적 보장의 성격을 함께 가진다.

헌법 제21조 제3항이 “통신·방송의 시설기준과 신문의 기능을 보장하기 위하여 필요한 사항은 법률로 정한다”고 규정하고 있는 바, 이것이 그러한 객관적 규범질서의 영역에 속하는 것이다. 헌법재판소도 협찬주의 명칭을 문자 자막으로 내어보내는 협찬고지방송의 세부기준 및 방법 등을 제한하는 것에 대해 그러한 태도를 취하고 있다. 즉, 협찬고지제한은 방송의 자유의 실현을 위한 객관적 질서 영역에서의 입법형성적 법률에 속하는 것으로 판단하였다. 학설도 이러한 입장과 맥락을 같이 하고 있다. 기본권이 기능적 객관적인 견지에서 이해될 때, 가치결정으로서의 객관적인 지침과 기준들이 포함되어야 한다고 전제되기 마련이고, 그러한 가치결정에 기초하여 기본권이 실효적인 것이 되기 위해서는 조직과 절차적 규정을 정하는 구체적인 입법형성이 필요하다고 인정된다는 것이 방송의 자유를 객관적 질서규범을 포함하는 것으로 보려는 학설의 출발점이다. 협찬고지방송 제한에 관한 위헌제청심판에서, 헌법재판소는 그 제한이 방송의 자유의 실질적 보장에 기여하는지에 대해서 이 조항은 방송사업자뿐 아니라 시청자 및 방송관련종사자 등 각 이해관계를 고려하여 헌법상 방송의 자유를 실질적으로 보장하기 위하여 필요한 규제라고 판단하였다.

우리 헌법에서 방송의 자유는 별도로 명시되지는 않고, 제21조 1항에서 언론의 자유로서 보장되어 있고, 동조 제3항에서는 방송의 시설과 기준은 법률로 정한다고 규정되어 있다. 반면에 재산권을 규정한 제23조 1항에서는 “... 재산권은 보장된다. 재산권의 내용과 한계는 법률로써 정한다”고 규정되어 있다.

이에 우리 헌법은 방송의 자유는 보장하고 있지만, 방송자유에 관한 내용을 형성할 입법적인 권한을 명시하지 않고 있다는 주장이 방송자유를 주관적 권리에 한정된 것으로 보려는 학설의 출발점이다. 그리고 방송자유는 주관적인 개인의 권리로써 방송제도에 관한 입법적인 질서를 이러한 자유의 제한으로서 평가하는 것이 옳다고 보는 시각이다. 따라서, 방송법이 방송제도의 질서를 위하여 기본권주체의 자유를 제한하는 한에서는, 방송자유에 대한 제한은 일반적인 법률유보를 규정한 헌법 제37조 2항과 비례의 원칙에 따라야 한다.

이러한 시각에 따르면 방송의 자유가 객관적인 질서규범이라고 하는 주장에 반대

하는 것이고, 그 출발점은 자유권의 기본적인 내용에 대한 고려의 결과라고 평가되기도 한다. 방송의 자유의 보장은 전적으로 방송을 운영하는 기본권 향유자의 자율적인 결정을 보호하는 것이라는 사실을 자명한 것으로 보고, 그 반대편에 있는 예컨대 수용자나 시청자와 방송사간의 의사전달의 자유와 관련하여 분석되어야 한다는 입장이다. 방송의 자유가 보장되어야만 시청자와 방송사간의 의사전달의 자유가 보장된다고 보기 보다는 그 역의 관계가 맞다고 보는 시각이다.

## II. 방송의 제도적 보장과 제한

방송에 대한 책임과 의무를 지우고 규제를 하는 것은 언론표현의 자유의 중요성을 고려하면 가능한 억제되어야 하지만, 이는 국민들의 방송의 자유와 표현의 자유를 보장하기 위한 것이다. 즉, 방송에 대해 그 책임을 부과하고 이의 준수를 요구하는 목적은 보다 더 중요하고 넓은 범위의 기본권들을 보장하기 위함에 있다.

방송의 자유는 “방송을 통해 자유롭고 광범위한 의사형성을 보장하는 과제에 기여”하기 때문에 기본권으로서 방송의 자유는 목적기속성이다. 독일의 판례에 따르면 “이런 목적기속성 때문에 방송의 자유의 경우 헌법상의 여타의 기본권과는 달리 기본권의 주체에게 인격의 발현이나 혹은 이익추구의 목적을 인정하는 기본권이 아니라는 것이다.”라고 하였다.

헌법상의 기본권을 살펴보면 공동체 전체에 대해 효력을 가진다고 하는 경우에도 공동체내의 국가에 대해서는 직접 효력을 미치지만 공동체내에서 살고 있는 공동체의 구성원들에 대해서는 반드시 직접 효력을 미친다고 할 수 없다. 즉 기본권이 객관적인 규범이나 질서로서의 성격을 가지고 있다고 하더라도 이 경우의 규범이나 질서는 공동체에서 이미 주어진 질서가 아니라는 점을 분명히 하는 것이 중요하다. 우리 헌법재판소는 “기본권 보장은 최대한 보장의 원칙이 적용됨에 반하여, 제도적 보장은 그 본질적 내용을 침해하지 아니하는 범위 안에서 입법자에게 제도의 구체적 내용과 형태의 형성권을 폭넓게 인정한다는 의미에서 최소한 보장의 원칙이 적용될 뿐이다”고 판시하여 제도보장과 기본권보장의 차이점을 분명히 인정하고 있다.

방송의 자유의 객관적 측면의 내용을 구성하고자 할 때 제기되는 문제는 주관적 측면과 객관적 측면이 어떠한 관계가 있는가 하는 점이다. 신문의 경우에는 비교적

객관적 측면이 성숙되었다고 보는 설이 우세하다. 신문 등의 인쇄매체에서의 표현의 자유, 언론의 자유는 신문이 자유로운 표현활동을 행함으로써 사회에 있어서 다양한 표현이 보장된다는 것, 다시 말해서 주관적 측면의 보장을 통하여 자연스럽게 객관적 측면이 보장된다는 기능모델이 역사적 과정속에서 사회적인 인지를 거친 공리로 규범적 명제속에 결정화(結晶化)되어 있다는 점이 방송과의 큰 차이라고 지적된다. 반면에 방송의 자유는 “미성숙한 기본권”이라고 보는 견해가 설득력을 갖는다. 미성숙의 의미는 방송의 자유의 주관적 측면과 객관적 측면의 자연적 일체화의 시스템이 아직 충분하게 기능할 수 있는 단계에 이르지 않았다는 것이다.

방송자유를 제도적 자유로서 수용해온 독일에서는 표현의 자유나 언론자유 외에 방송자유는 개개인의 의견개진이나 주관적 계발의 자유가 아니라 모든 국민의 공론장 형성을 위한 봉사적 자유를 뜻한다. 방송자유를 제도적 자유로 파악하는 주장에서 방송자유는 권리로서의 특성과 한계를 파악하는 주요 논리는 다음과 같다. 첫째, 방송소유 및 운용자 혹은 종사자를 비롯하여 누구나 방송을 통한 자유권리의 행사에 있어서는 개별적인 이해관계에 따르는 것을 부정한다. 사익 대신에 공적인 이익 추구가 더 중요시된다. 둘째, 제도적 방송자유는 방송사의 권리뿐만이 아니라, 수용자 관점에서의 방송자유를 적극적으로 수용한다. 이러한 관점은 표현의 자유를 궁극적으로 개개인의 기본권 실현뿐만 아니라 자유민주국가의 존립에 필수적인 민주적 여론형성 기능에 기여하는 광의의 의미로 해석하는 입장과 맥락을 같이한다. 셋째, 개개인의 방송의 자유권보다는 사회 구성원의 방송 평등권 보장을 중요시한다. 이는 방송자유권을 훼손하지는 않지만, 그것의 행사에 있어서는 전 구성원의 자유권적 기본권의 동등한 행사기회를 우선적으로 보장하는 것을 의미한다. 넷째, 방송의 자유의 객관적 측면의 또 다른 특징은 별도의 조직구조, 제반 규범 등 사전적 규제조치를 필요로 한다는 점이다. 만일 방송자유가 주관적인 기본권에 속한다면 개개인이 헌법적인 질서안에서 그것을 자유롭게 향유하는 것이지, 법률에 의해 타율적으로 결정하는 것은 아니다. 이것이 객관적 질서로서의 방송자유는 제도적 보장의 성격이다. 이를 통해 방송자유는 시민 개개인의 권리보장보다는 민주주의의 기본질서를 유지하는데 기여하는 역할을 한다. 다섯째, 입법자로서 국가의 적극적인 역할이 요구된다는 점이다. 앞에서 언급한 제반 규제 및 감독의 주체로서 국가의 개입 기능이 필요하다.

### III. 과태료

방송자유는 헌법상의 권리이고, 그것을 보호하는 동시에 제한하는 객관적 가치질서를 입법자가 법률로 제정한 것이라는 전제에서, 법률에 의한 제한이 방송자유를 침해할 가능성에 대해서 항상 염려하는 것이 바로 그러한 법적안정성의 문제다.

이에 방송법에서 정한 다양한 행정의무의 불이행에 대해서 형벌로 다루는 것은 최후의 수단이 되는 것이고, 행정청입장에서 볼 때에 가급적이면 부담이 적은 행정재가 과태료 부과 방식이다.

일반적으로 과태료는 행정질서별로서의 과태료가 그 대부분이다. 행정상의 의무에 대한 위반의 정도가 경미하여 직접적으로 행정목적이나 사회법익을 침해하지 않고 다만 간접적으로 행정상의 질서에 장애를 초래할 위험성이 있을 정도의 단순한 의무해태에 대하여 과하여 진다.

현행 방송법의 과태료 규정은 방송사업자에게 다양한 작위, 부작위 의무를 부과하기 보다는 법의 계도적 효과를 지향했던 것이지만 과태료 부과요건으로 전환된 것이라는 점에서 문제가 발생하고 방송자유에 따른 쟁점과 획일적인 부과기준을 그대로 적용하는 양형의 문제가 있다. 또한 과태료부과의 권한발생요건이 방송자유에 대한 객관적 질서가 추구하는 가치와 부합하여야 한다는 과제와 과태료 부과 구성요건이 명확하여야 한다.

특정 방송사의 방송자유는 주관적 공권 이외에 객관적 질서 규범의 성격에서 연원한 것으로 보아야 하고, 그러한 규범을 준수할 것을 조건으로 인정된 것이며, 의무의 위반은 간접적으로 행정상의 질서에 장애를 초래할 위험성이 있을 정도의 단순한 의무해태라고 다루어져야 할 것이 아니다.

방송사의 주관적 영역에서의 과태료를 살펴보면 방송법 제87조에 따라 시청자위원회를 설치하여 방송사가 자체적으로 방송프로그램을 심의할 기구를 설치하고 심의하여야 할 의무는 방송자유를 향유할 전제로서 주어진 전형적인 의무이다. 방송법 제89조 제1항의 편성은 시청자 권익보호라는 객관적 질서규범의 이행이라는 특성을 가지고 있으며 공표로서의 특성도 가지고 있다. 따라서 의무의 불이행을 현재와 같이 독립된 위반행위로서 과태료 부과 최고 500만원으로 처분하는 것은 도입 취지를 제대로 살리지 못할 가능성이 더 크다.

방송사의 주관적 영역과 행정질서영역의 경계영역에서는 방송법 제90조 제3항은

시청자권익보호라는 객관적 질서규범에서 연원한 것으로서, 방송자유의 본질적 내용에 해당하는 방송편집권과 상충되는 관계를 설정하고 있으며, 특히 ‘특별한 사유가 없는 한’의 의미가 불명확하다는 점에서 명확성 요건을 충족하지 못하고 있다. 법 제33조 제3항도 등급분류 및 표시의 대상이 무엇인지에 대한 명확성 요건에 관한 문제가 발생한다. 법 제73조 제1항은 자막표기 의무를 규정하고 있으나, ‘어린이를 주 시청대상으로 하는 방송프로그램’의 개념을 정의하지 않고 있어 명확성 요건의 문제가 발생한다. 법 제87조 제1항은 시청자의 권익을 보호하기 위하여 시청자위원회를 두어야 한다고 규정하고 있는데 설치보다는 그 운용이 더 중요하므로 시청자위원회의 설치 및 운용 등에 관한 보고, 정보의 공표 등의 의무를 부과하는 것이 적절하고 따라서 시청자위원회 설치 의무를 과태료처분 대상으로 할 것이 아니라 정보의 공개가 담보될 수 있는 조치의 수립이 필요하다.

방송사 운영 영역에서 과태료 중에 가장 대표적인 것은 법 제74조 1항 및 2항에서 규정한 협찬고지에 관한 규칙이다. 헌법재판소는 이 조항이 헌법에 합치되며, 방송사업자의 협찬고지에 관한 방송운영의 자유 등 주관적 권리는 이 사건 법률조항의 형성을 통해서 비로소, 그리고 오로지 형성된 기준에 따라 성립되는 것이므로 기본권 제한이나 침해를 내포하지 않는 것으로 인정된 바 있다. 이와 같은 판단 기준의 구성 요소는 광고에 관한 것은 방송사의 운영에 관한 것이고, 방송자유의 본질과는 거리가 있다는 점이다. 따라서 그와 관련된 행정의무의 이행을 담보하기 위해서는 과태료부과보다는 과징금부과가 더 적절할 것으로 판단되는 영역이다.

#### IV. 과징금

과징금은 일정한 행정법상의 의무를 위반함으로써 그 위반자에게 일정한 경제적 이익이 발생하게 되는 경우에 그 이익을 흡수하여 오히려 경제적 불이익을 가하는 일종의 금전적 행정제재금으로 인식된다. 다만, 많은 법령에서 과징금 부과액이 과태료 부과액보다 높게 책정되기에 행정질서벌칙에 해당하는 경우에도 더 심한 제재를 부과한다는 우에에서 과징금이 부과처분되기도 한다.

과징금은 행정법상 의무를 불이행하였거나 위반한 자에게 가해지는 금전상 제재로 법령위반행위에 따른 부당이득을 환수하는 성격을 갖는 과징금 내지 부당이득환수성격과 행정제재의 성격을 갖는 과징금과 영업(사업) 정지(취소)에 같음하거나 선택관계에 있는 과징금으로 구분되기도 한다.

과징금제도와 관련하여 하나의 주요 문제로 제기되는 것은 과징금제도가 부당이득의 박탈이라는 성격을 초과하여 제재로서의 성격·목적을 가진다면 현행 헌법 제 13조의 이중처벌의 금지와 관련하여 위헌문제가 발생되지 않는가라는 점이다. 우리 판례에서는 “...의무위반에 대하여 처벌을 함과 동시에 과징금 또는 이행강제금을 부과하는 것이 바로 이중처벌에 해당하여 헌법에 위반된다고 보기는 어렵다고 할 것이고, 다만, 동일한 행위를 대상으로 하여 형벌을 부과하면서 아울러 과징금이나 이행강제금을 부과하여 대상자에게 거듭 처벌되는 것과 같은 효과를 낳는다면 이중처벌금지의 기본정신에 배치되어 국가입법권의 남용이 문제될 수도 있다 할 것이나, 이는 이중처벌금지 원칙의 문제라기보다는 그러한 중복적 제재가 과잉에 해당하는지 여부의 문제로 다루어져야 할 것”이라고 판시하고 있다.

과징금은 원래 부당이득 환수의 성격을 가지고 있으나, 행정권에 의거하여 의무이행을 확보하면서 위반행위의 반복을 막을 수 있는 제재별적인 성격도 중요하다. 이러한 과징금 성격은 위반행위의 유형이나 내용에 따라 개별적으로 판단하여 결정할 수 밖에 없다. 그리고 과징금과 형사벌의 관계에서 이론상으로는 행정제재와 형사제재는 성질을 달리하므로 전자를 받았다고 하여 후자를 과하지 아니하는 것은 맞지 아니한다는 반론이 제기될 수 있을 뿐 아니라, 실제상으로도 행정기관이 어떤 위반행위에 대하여 영업정지를 택할 경우에는 형사제재도 받는데, 사업정지에 갈음하여 과징금을 택할 때에는 형사제재를 면하게 한다면 형평에 맞지 않게 된다고 할 것 이나, 양자의 목적은 매우 다르다는 점도 주장될 수 있다. 형벌은 부정행위의 반사회성 내지 반도덕성에 대한불이익의 부여가 형벌목적 자체인 반면에, 행정제재는 그 목적이 행정목적 달성에 있다. 형벌과 행정제재의 목적의 차이는 각각이 부여하는 불이익의 질과 양에도 영향을 미친다. 형벌이 부여하는 불이익은 범죄행위에 대한 응보로서 범죄행위가 지니는 반사회성에 상응하도록 질과 양이 결정되지만, 위반자가 얻은 이익의 규모는 고려되지 않는다.

방송법상 과징금제도는 여러 문제점이 존재한다. 첫째, 법 제100조는 제33조의 심의규정 및 제74조제2항에 의한 협찬고지 규칙위반에 대해 5천만원 이하의 과징금부과를 규정하고 있는데 심의규정 및 협찬고지 규칙의 구체적 내용이 예견가능한 것이거나 아니면 적어도 기본적 윤곽에 대한 예견가능성이 보장되어야 하나, 그렇지 않다고 판단될 경우에 위임입법원칙 위반으로 위헌으로 판단될 가능성이 크다. 둘째, 중복부과의 문제이다. 요건과 효과를 같이하는 제재가 두 가지 병존하는 경우

대상이 되는 하나의 행위에 일방의 제재만 부과할 수 있다면 또 다른 하나의 제도는 불필요하며, 兩方의 제재가 가해지는 것이라면 그곳에서는 같은 요건을 별도의 절차로 중복하여 인정하는 결과가 되어 절차의 중복이라는 문제가 발생한다. 방송법 제100조의 제1항과 제106조의 관계, 제15조 제1항과 제18조, 제106조 제1항 5호의 관계에서 이런 중복부과의 문제가 발생하는 것을 알 수 있다. 셋째, 제재조건의 명확성 문제이다. 법 제99조의 제1항에 따른 과징금 부과 요건으로서 규정된 “정당한 사유 없이 방송을 중단”하는 것과 “시청자의 이익을 현저히 저해”하는 것의 명확성의 문제가 제기된다. 이에 이익 저해를 소비자로서의 이익의 저해로 한정하는 등으로 이익 저해의 범위를 한정하고 그에 따른 처분 기준을 수립하는 것이 필요하다. 한편, 법 제100조의 제1항에서 규정하고 있는 시청자불만처리의 결과에 따라 제재할 필요가 있다고 인정되는 경우의 과징금부과처분은 명확성 요건을 충족하지 못하고 있어서, 포괄위임입법금지 원칙에 위배된다. 넷째, 과징금 부과액의 문제이다. 과징금의 금액은 업무정지의 기간에 합리적으로 부합하여야 하며, 과징금은 기본적으로 경제적 이익의 박탈에 다름 아니기 때문에 물가 등 외부적 경제상황이 변화하면 이를 반영하여 위반자에 대한 실효적 제재수단이 될 수 있도록 조정될 수 있어야 한다. 이에 방송사 운영의 영역에 속하는 사항에 대해서는 과징금 액수의 상향 조정이 필요하다. 다섯째, 과징금 부과에서의 재량의 한계 문제가 있다. 방송자유의 규범영역에는 방송을 이용한 의견이나 정보를 표현, 전달하는 주관적인 영역이 있고, 그 영역의 보장과 그 행사를 위한 객관적 규범질서의 영역도 있다. 방송사의 편성권이 주관적인 영역에 속하나, 실질적으로 방송사의 경영도 그러한 영역에 속한다고 보기는 어렵다. 따라서 방송사의 편성권에 속하는 영역과 방송사의 경영에 속하는 영역이 과징금 등의 행정제재에 있어서 구분되는 것이 바람직하고, 과징금의 부과에 있어서의 방송통신위원회의 재량의 범위가 그 각각의 영역에 대해서, 또한 같은 객관적 질서의 영역내에서도 방송자유에 속하는 영역과, 경제 활동의 자유 영역에 대해서 달리 한정되는 것이 바람직하다. 여섯째, 과징금 부과요건의 법정화 문제이다. 일반적으로 과징금부과의 현 실태는 위반행위를 한 자로 하여금 영업정지처분과 과징금부과처분 중 어느 하나를 선택하도록 하거나 과징금부과처분을 원칙으로 하고 위반자가 영업정지처분을 받기 원하는 경우에 한하여 영업정지처분을 하는 경우, 아예 담당 공무원이 선택하여 처분하는 경우가 대부분이다. 다만, 영업정지처분에 갈음하여 공익목적으로 도입한 과징금처분제도가 본래의 취지에 맞지



않게 운용되기 위해서는 추상적, 포괄적인 과징금부과요건을 보다 구체화하는 기준을 설정하는 것이 바람직하다.

과징금 제재의 개선을 위해서는 방송사의 편성권에 속하는 주관적 영역과 방송사의 운영에 속하는 영역이 과징금 등의 행정제재에 있어서 구분되는 것이 바람직하다.

먼저 방송사의 주관적 영역에 속하는 사항으로서, 예컨대, 제33조의 심의규정의 위반에 대한 제재조치건은 방송사의 주관적 영역에 속하는 사항이지만 보다 객관성이 확보되고, 사회적 가치질서가 반영된 것으로 볼 수 있다는 점 등이 고려될 때에 과징금 제재처분을 위한 요건은 충족된다고 보여 진다. 다만, 바로 그러한 이유에서 방송통신위원회는 방송통신심의위원회의 해당 심의건에 대한 의견을 그대로 존중해서 처리하는 것이 방송사의 주관적 영역, 즉 방송자유와 본질적 내용에 대한 침해가능성을 배제하는 효과를 가져온다. 다른 한편으로는, 방송사 운영의 영역에서는 다음과 같다. 제74조 제2항의 협찬고지 규칙의 위반에 대해서는 제33조의 경우와는 별도로 방송사 운용의 영역에 속하는 사항으로서 의무불이행에 따른 수익을 흡수하고 경제적 불이익을 주는 목적의 과징금 처분이 부과되어야 할 사항이다.

다음 방송법 제19조 제1항에 따라 영업정지, 허가취소에 갈음하는 과징금 제재처분중에서 제77조 제2항에 따른 약관변경명령의 위반, 제81조에 따른 시설개선명령의 위반, 제99조 제1항에 따른 시정명령의 위반 (시청자 아닌 소비자로서의 이용자의 불이익 저해 행위로 한정하는 경우에), 제99조 제2항에 따른 시설개선명령위반 등에 대한 과징금 처분기준은 과징금의 속죄금적 성격을 배제하고, 시정명령이 이행될 때까지 지속적으로 부과되는 형식, 즉 이행강제금의 효과를 고려해서 수립되어야 한다.

## V. 시정명령

시정명령은 과거의 법규위반에 대하여 그 위법 사실을 시정하도록 함으로써 정상적인 법질서가 회복되도록 행해지는 행정행위이다. 시정명령은 그러한 측면에서 일반적이고 추상적인 성질을 갖고 있는 입법행위와 구별된다.

시정명령은 사후적 행태규제로서 첫째, 실제로 사인에게 부과되는 의무가 명확해지는 시점이 사후적-당해 행위가 이루어진 후, 그에 대한 심결절차를 거친 후라는 의미에서-이라는 점과 둘째, 위반행위에 대한 법집행을 담당할 행정기관의 처분권

한 의 범위가 상대적으로 넓고 다양하여 어느 정도 형성의 재량이 인정된다는 점에 있다.

시정명령은 그 자체로서 독립된 행정처분으로서의 성격을 갖는다는 것은 부인될 수 없다. 아울러, 그 기능과 본질상 중요한 의의는 이것이 법집행절차의 일부를 구성한다는 점에 있다. 즉, 시정명령은 법령이 사인에게 부과한 의무에 대한 사인들의 행태, 특히 그 준수를 확보해 나가는 과정이자 절차의 하나로서 인식된다. 그러한 과정의 가장 기본적인 요소는 행정청과 사인간의 의사소통이다. 두 번째 기능은 행정행위에 의한 것이다. 행정청에 의한 행정처분이 이에 해당한다. 입법자가 위임한 기준이나 절차에 의해서 행정청은 적법, 위법의 판단을 내리고 처분하는 것이 그것이다.

방송법상 방송통신위원회는 모든 사업자에 대하여 시청자의 이익을 현저히 저해한다고 인정될 때, 방송법 또는 허가조건, 승인조건 또는 등록요건을 위반하고 있다고 인정될 때에 시정명령을 내릴 수 있다. 결정재량의 문제에 있어 방송법 제99조는 “시정을 명할 수 있다”라고 규정하고 있다. 요건이 충족될 때 원칙적으로 시정명령을 내리되, 방송정책 등을 고려하여 예외적으로 시정명령을 내리지 않을 수 있는 기속재량행위로 파악하는 것이 타당하다.

시정명령의 방법으로 공표명령은 제99조에 따라 시정명령의 발동 요건의 하나가 충족되는 경우에, 그에 따른 시정명령이 해당 사업자에게 명해졌다는 사실을 공표하도록 하는 방법이다. 이 경우 법적 근거의 필요성이 문제가 되는데 공표를 행함에 있어서 새로이 법적 근거를 마련해야 할 필요는 없고, 기존의 의무부과조항을 근거로 하여 공표를 행하는 것이 금지되지 않는다고 하는 견해가 있다. 방송법은 공표명령을 따로 규정하고 있지는 않고, 제재로서의 공표를 명하기 위해서 필요한 명확성 요건이 충족되지 않는 것으로 보이며, 허가조건의 위반의 경우에 위반 정도의 문제 및 위반 결과의 경중이 가려져야 할 필요성이 있다. 또한 공표가 시행 후 결과가 예측하기 어렵다는 점도 고려되어야 한다. 따라서, 이와 같이 제100조에 따른 사과방송 이외에 공표명령권한이 명시되지 않았다는 점, 제99조의 시정명령 발동 규정이 명확성 원칙을 충족하지 않고 있다는 점, 공표의 제재적 효과의 예측이 어렵다는 점 등이 고려될 때, 시정명령으로서의 공표명령 및 시정명령을 받았다는 내용을 알리는 공표명령은 허용되지 않는 것으로 보인다.

방송통신융합시대의 시청자의 개념은 현행 헌법, 방송법 및 기타 법률의 규정을

토대로 추정된 시청자의 법적 개념 및 지위를 넘어서고 있다. 전통적인 커뮤니케이션 이론에서 시청자는 방송이 제공하는 정보를 수용하는 수동적 개념이 강했으나 실증적 연구의 이용과 충족 모델은 제한적 범위에서 수용자가 미디어를 통해 특정한 욕구를 충족시킨다는 점을 밝히며 시청자의 능동성에 주목하기 시작했다.

이에 한상희 교수는 미디어융합의 현상이 가져다주는 헌법적 의의를 도출함에 있어서 다음과 같이 미디어 정보사회에서의 이용자와 시청자의 변화를 분석한다. 미디어 융합의 현상은 단순히 기술적 변화만을 의미하지는 않는다. 그것은 기술적 융합을 넘어 그렇게 융합된 기술을 바탕으로 커뮤니케이션 양식 자체가 변화함을 의미하며 일반적인 의사소통관계와는 달리, 목적지향적 · 능동적으로 매체를 선택 · 이용하며 매체가 단순한 의사전달의 통로로서가 아니라 매체의 소비 그 자체가 이용자의 욕구를 충족시키게 되는 특성을 지니기도 한다. 그리고 이러한 특성은 미디어를 중심으로 형성되는 당사자들 간의 관계양상까지 변화시킨다. 일방향적 미디어 환경에서 존재하였던 수동적 수용자는 스스로 정보를 생산하고 교환하고 소비하는 주체적 존재로 등장하게 되는 것이다. 뿐만 아니라, 그렇게 변화된 의사소통관계는 다시 미디어 상호간의 연결을 통하여 이용자들이 무한하게 상호 연결되는 경향을 초래한다. 이렇게 미디어의 구조 및 환경이 변화하게 됨에 따라, 정보의 생산과 소비라고 하는 고전적인 가치사슬이 변화한다. 한마디로 미디어에 의하여 소통되는 정보는 교환가치라는 보편적이고 일반적인 형태의 상품으로서만 존재하는 것이 아니라, 그 자체가 정보행위자의 욕망과 욕구를 담아내는 그릇이며 경우에 따라서는 그 대상으로서 존재한다는 것이다. 그러한 미디어 환경의 변화와 정보제공자와 이용자의 관계가 변화하는 가운데에 미디어에 대한 규제는 무엇을(내용규제) 어떻게(방법규제)말하는가에 국한되었던 종래의 입장에서 떠나 “누가 말하는가”에 관심을 가지고 언론사가 가지는 독점적 권력을 통제하는 방향에서 논의의 대상이 된다. 이에 한상희 교수는 표현의 자유 혹은 언론의 자유라는 헌법적 가치에 대한 제한의 측면에서 미국에서의 판례와 논의를 살펴보고, 여기서는 종래 발언자 즉 언론매체의 소유자 내지는 운영자(편집인)를 중심으로 바라보았던 언론의 자유에 관한 법리-한마디로 개인주의적 자유주의에 입각한 언론의 자유-를 시청자의 입장에서 선택하여 듣고 판단하고 말할 수 있는 자유라는 의미에서의 표현행위의 법리-다양성 수용자선택가능성을 확보함으로써 사상의 다양성과 수고·토론의 가능성을 보장하고, 이를 통하여 심의적 민주주의의 실천영역을 구축하고자 하는-로 전환하고자 한다.

사상의 시장에서 다양한 견해들이 ‘거래’될 수 있는 환경의 형성을, 정부는 공급자(즉 매체소유자)의 측면에서 판단하고 규율할 것이 아니라 수요자(시청자)의 접근가능성이라는 측면에서 논의하자는 것이다.

## VI. 제재적 행정처분

방송자유가 주관적 성격 및 객관적 가치질서로서의 성격을 갖는다는 것은 그 권리의 내용과 그를 제한하는 규범 내용의 기초를 이루는 가치관이 변할 수 있다는 것을 전제하고 있다는 것이다. 그런 점에서 규범의 구성요건이 수립되고 방송자유를 둘러싼 사실관계가 구성요건을 충족하면 금전형 행정제재가 시행되는 제재방식에는 한계가 있을 수 밖에 없다. 그러한 측면에서 주의·경고 및 권고, 사과방송 등의 공 표를 통한 제재, 및 허가취소 등의 제재가 보다 적절한 수단일 수 있다.

주의·경고 및 권고를 법제화한 사례를 분석함에 앞서서 이 제도에 대한 법률적 근거가 필수불가결한 것인가에 대한 검토가 필요하다. 주의·경고 및 권고의 법적 성질은 행정지도로서 비권력적인 사실행위에 해당한다. 다시 말해서 국민에게 직접적인 권리의 침해가 가하지 아니하며, 권리·의무의 변동을 가져오지 아니하는 행정작용인데 여기까지도 법률적 근거가 필요한가에 대하여 논란의 소지가 있기 때문이다. 법률적 근거의 필요성은 행정법의 기본원리인 법치국가원리의 한 내용인 “법률유보” 이론으로 논의되고 있다.

주의·경고 및 권고에 대한 입법례는, 법률에 엄격한 근거를 두고 있는 경우와 그러하지 아니한 경우로 나뉜다. 판례도 이와 같다. 주의·경고 및 권고의 처분성을 직접 긍정한 판례와 이를 부인한 판례로 구분할 수 있기 때문이다.

행정지도에 관한 판례가 종합적으로 제시하는 것은 다음의 두 가지 원칙이다.

첫째, 대부분의 판례에서는 기본적으로 취소소송의 대상이 되는 처분과 행정지도의 한계를 설정한다. 취소소송의 대상이 되는 처분은 “행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용”이다. 그 반면에 행정지도로 시작하였더라도 그 한계를 벗어나면 처분성이 인정될 수 있다. 행정지도 그 자체의 처분성을 긍정한 것이 아니라, 비권력적 사실행위로서의 행정지도가 권력적 행정행위가 되는 한계를 설정한다. 상대방의 자발적 협력을 기대하는 한계 안에 있는 권고는 행정지도에 해당하지만 정당한 법률적 근

거가 없이 자의적으로 국민에게 강제하는 행정효과를 미치는 권고는 행정지도가 아니라 처분에 해당함을 분명히 하고 있는 것이다

방송법에서의 주의·경고 및 권고 규정은 제100조 제1항에 따라 방송통신위원회는 방송사업자·중계유선방송사업자 또는 전광판방송사업자가 심의규정 및 협찬고지규칙을 위반한 경우 및 제35조에 따른 시청자불만처리 결과에 따라 필요한 경우에 주의 또는 경고의 제재조치를 명할 수 있다. 또한 제100조 제2항에 따라서, 제100조 제1항의 규정에 의한 제재조치가 방송프로그램의 출연자로 인해 이루어진 경우 방송사업자는 출연자에 대하여 경고, 출연제한 등의 조치를 취해야 한다.

방송법 제76조의4에 따라 방송통신위원회는 보편적 시청권 보장과 중계방송권 확보에 따른 과도 경쟁을 방지하기 위해 사업자들에게 공동계약을 권고할 수 있다. 또한 제76조의5에 따라 방송통신위원회는 순차편성이 효율적으로 이루어질 수 있도록 사업자에 대하여 권고할 수 있다. 이런 규정의 주요 쟁점은 제재적 주의·경고의 명확성 요건 문제와 협찬고지 규칙 위반의 경우에도 주의 또는 경고의 처분을 부과할 수 있음을 규정하고 있으나, 그러한 위반은 방송사 운영에 속하는 영역이므로 엄격히 금전적 제재에 의해서 다루어져야 한다는 것이다.

방송법 제100조의 4항은 방송사업자·중계유선방송사업자 및 전광판방송사업자는 제1항 및 제3항에 따른 과징금처분 또는 제재조치명령을 받은 경우 지체없이 방송통신위원회의 결정사항 전문을 방송할 것을 규정하고 있다. 이러한 공표 제도는 정부의 역할이 최소화되고 헌법상의 쟁점이 없는 장점이 있고, 다른 방안과 조합될 경우 더 효용이 있는 것으로 평가된다.

공표제도의 실효성 확보수단으로서의 효과는 전통적 실효성확보수단에 비하면 미약하다고 할 수 있다. 그럼에도 불구하고 상대방의 시정노력을 압박하는 여론 등 외부의 요소가 작용하는 경우에는 행정목적의 실현이 결코 불확실하지 않고 실효성 확보의 효과는 매우 강대하게 된다. 즉, 공표제도는 명예나 체면을 중시하는 사회풍토를 이용하여 실질적으로 상대방 스스로에 의한 의무의 이행을 달성하고자 하는 것이다. 공표제도의 이러한 측면은 공표제도를 法 안의 수단(법이라는 틀 안에서 행사되는 수단의 의미)을 넘어서 사회에 의한 의무이행강제와 같은 성격을 지니게 한다고 할 수 있다. 이것은 공표제도가 지니는 또 하나의 커다란 특징이라 할 수 있다. 그러한 점에서 공표가 제재로 분류될 수도 있다.

공표를 제재라고 한다면 반복부과의 문제가 제기된다. 제재일 경우 동일 사항에

대하여 재차 공표하는 것은 헌법상의 이중처벌금지의 원칙에 반하며 허용되지 않다고 보아야 한다. 그러나 다른 한편으로 공표의 제재적 효과는 법적으로나 사실상으로나 보장된 효과는 아니라는 점도 고려되어야 한다. 따라서 공표는 제재의 효과를 띠는 경우는 있으나 그러한 효과는 보장된 효과는 아니며 따라서 공표의 반복부과 여부에 관하여 검토하는 한 공표는 반복적으로 행하여도 이를 저지할 수는 없다고 생각된다. 예컨대, 의무의 이행이 있을 때까지 공표를 반복해서 행할 수 있다고 하는 것은 금전적 제재의 형태를 띠지 않은 점을 제외하면 집행벌의 경우와 유사하다. 그리고 공표는 법적 근거가 없어도 할 수 있는가 문제된다. 행정의 실효성을 확보하기 위한 수단으로서의 공표는 제재적 성격을 지니고 있다는 점에서 순수하게 정보를 제공하고자 하는 목적에서의 공표와는 다르다. 소위 법률유보이론에 의하면 제재적 성격의 공표는 상대방의 권익에 대한 침해할 수만하는 효과가 있으므로 침해유보설이나 중요사항유보설에 의할 때 법적 근거가 요구된다고 하지 않을 수 없다.

최근의 방송법의 개정과 함께 방송산업에 대한 진입규제의 완화를 위한 제도적 개선의 노력이 이루어지고 있으며 간과되어서는 안될 것은 진입규제의 완화는 필수적으로 방송사의 퇴출제도의 정비를 요구한다는 점이다.

기업퇴출은 건강한 자유시장 경제체제에서는 일상적 현상이며, 시장에 새로운 기업들이 진입하는 것만큼 중요한 과제이다. 치열한 경쟁관계에 있는 기업들은 경쟁사들에 비해 생산자원을 효율적으로 사용하지 못할 경우 어려움을 겪게 되며 시장은 이러한 기업들을 퇴출시킴으로써 전체적인 자원배분의 효율성을 달성한다.

우리나라에는 법적 기업퇴출제도로서 파산, 청산, 화의, 회사정리의 네가지 절차가 있다. 파산과 청산은 회사가 사라지게 되는 청산형 도산절차이며, 화의 및 회사정리는 회사갱생을 목적으로 하는 재건형 도산절차 이다. 이러한 법적 절차들은 입법적 연혁에 따라 파산은 파산법, 회사의 청산은 상법, 화의는 화의법, 그리고 회사 정리는 회사정리법에 의해 규율되고 있다.

규제산업이라고 일반적으로 불리는 금융산업, 통신사업, 전력산업, 가스산업, 수도산업 등의 퇴출에는 다른 산업분야에서 찾아 볼 수 없는 몇 가지 특징이 있다. 첫째 국가관련성이다. 둘째 다수의 이용자가 있고 이용되는 서비스가 계속되어야 하는 점이다. 셋째 설비가 사장될 가능성이 있는 점이다.

방송사에 대한 제재로서 가장 강력한 것은 퇴출이며, 허가 또는 승인의 취소 내지

는 정기적인 재허가의 거부가 퇴출을 일으킨다. 방송사의 퇴출제도는 방송자유  
의 본질적 영역인 표현의 자유에 대한 박탈이라는 효과와 완화된 진입규제에 맞추어서  
시장기능을 통한 시청자의 이익 증진이라는 효과라는 두가지 측면에서 평가될 성질  
을 갖고 있다. 문제는 표현의 자유의 박탈이 어떻게 시청자의 이익 증진을 도모하  
는 것인가의 논리적 해답을 찾는 것이다.

방송의 자유는 방송사의 주관적 권리로서의 성격과 함께 신문의 자유와 마찬가지로  
자유로운 의견형성이나 여론형성을 위해 필수적인 기능을 행하는 객관적 규범질  
서로서 제도적 보장의 성격을 함께 가진다. 따라서 방송법에 따른 각종 의무의 위  
반은 그 질서의 위반이고, 그 위반에 따라서 방송자유가 제한된다. 위반의 정도에  
비례하여 방송자유 제한의 정도가 정해져야 한다. 위반의 정도가 가장 심할 때에도  
방송자유 제한도 비례되어야 한다. 방송사의 퇴출이 그것이다. 문제는 어느 정도의  
위반이면 그런 퇴출에 이르러느냐는 판단의 문제, 기준 설정에 관한 것이다.

방송사가 방송법상의 의무를 위반하여 이익을 득했고, 그에 대한 경제적 제재의  
결과 방송사의 운영이 어려워진다면 그것은 방송의 자유의 위법한 제한이 아니다.  
우리 헌법재판소도 인정하듯이 방송사가 갖는 방송자유와 방송사 운  
영 영역이 구별되며, 방송사 운영 영역에서의 위반은 그에 상응하는 제재가 부과되  
어야 한다. 그렇다면, 과징금, 과태료, 시정명령, 주의 또는 경고 및 사과방송 등의  
각종 제재 또는 준제재적 처분의 누적 횟수나 정도가 아니라, 그러한 제재로 인해  
서 방송사가 재정적 어려움을 겪은 사실, 그 자체에 대한 평가의 결과가 방송사 재  
허가의 기준으로 작용하는 것이 타당하다.

이에 궁극적으로는 방송사 운영 영역에서의 금전적 제재부과기준의 정비를 출발  
점으로 하여, 방송사의 운영 능력을 기준으로 한 재허가 제도 및 퇴출제도가 정비  
될 필요가 있다.

# I. 방송의 자유와 제한

방송은 우리가 친근하게 접하고 있는 커뮤니케이션 수단 중 대표적이라고 할 수 있으며, 생활의 중요한 부분을 차지하고 있다. 또한 방송은 불특정 다수에게 다량의 정보를 제공하며, 대중성과 접근 용이성 등의 특성에 의해 방송광고 역시 그 메시지 전달력이 매우 크다. 그러므로 방송광고는 다수의 사람들에게 무차별적이고 공개적으로 전달된다는 점에서 어느 정도의 제약이 불가피하기 마련이다.

1960년대 처음 우리나라에 방송광고가 도입된 이후, 전반적으로 사전심의에 기반을 둔 통제 중심으로 진행되어 왔다. 2000년대에 이르기까지 방송광고에 대한 심의는 방송윤리위원회와 한국방송광고공사, 방송위원회로 심의 주체가 바뀌어 왔지만, 심의업무 및 규정과 운영 방식 등은 크게 달라지지 않았다. 따라서 심의 주체와 심의 기준, 심의의 법적 근거 등에 대한 많은 문제점 및 비판은 끊이지 않고 있으며, 이에 대한 대안이나 개선 방향 역시 꾸준히 논의되어 왔다.

방송광고·편성 규제에 대한 논쟁은 최근 뉴미디어 시장의 확대와 다매체 다채널 시대로의 전환에 맞춰 그 목소리를 더해가고 있다. 급격히 변해가는 방송환경 속에서 인터넷이 떠오르는 미디어로 급부상함에 따라 지상파 방송의 영향력은 조금씩 감소하고 있으며, 이와 함께 위성, 케이블 방송 등 다양한 채널이 점차 그 영역을 넓히고 있다. 따라서 현재의 방송광고·편성에 대한 규제는 다매체시대의 방송 환경에서 경쟁력을 확보하는데 제한적으로 작용하기 마련이다.

과거 대중매체 시장을 독점하고 있던 방송은 이제 다양한 뉴미디어와 공존하는 환경 속에서 수용자들의 관심을 끌고, 그 영향력을 높이기 위해 끊임없이 경쟁해야 하는 상황에 놓여 있으며, 방송환경의 변화 양상과 속도에 따라 방송광고·편성에 대한 규제도 변화되어야 한다. 그러나 방송광고·편성 규제 제도에 대한 논의는 그리 간단한 문제는 아니다. 지상파 방송광고의 경우, 방송의 상업적인 성격과 함께 방송이라는 전파의 공공재적 측면이 동시에 고려되어야 하기 때문이다. 그 영향력과 특성으로 인해 방송광고에 대한 규제와 심의가 이루어지고 있지만, 점차 방송환경이 변해감에 따라 어느 정도 수정과



변화가 이루어져야 한다는 데는 의견이 모아지고 있다. 그러나 입장에 따라 현행 방송광고·편성 규제제도를 평가하는 시각이 다르다. 일부에서는 현행 방송광고·편성에 대한 규제는 과도한 제한으로 인해 시장에서 유용한 정보를 억누르거나 감소시키며, 광고의 창의적 측면을 저해한다고 주장한다. 따라서 현재 실시되고 있는 방송광고심의회에 대해 거부감을 느끼며, 과도한 규제를 비판하고 있다. 즉, 이미 제작된 광고에 대해 수정이나 다시 제작을 요구함으로써 불필요한 비용을 초래한다는 생각이다.

그러나 또 다른 입장에서는 현행 방송광고·편성 규제제도의 실효성에 문제가 있으며 이를 보다 합리적인 규제체제로 개편하여야 한다는 주장도 있다. 즉 소비자의 경우에는 방송광고에 과장, 허위적인 요소가 많이 포함되어 있어 올바른 선택을 하는데 장애가 되고 있다고 여기고 있으며, 방송광고에 제시된 내용을 믿고 구매했다가 손해를 보는 경우도 많다고 항변한다. 또한 방송법상 제재조치 수위가 전반적으로 너무 낮기 때문에 방송의 사회적 영향력을 고려한 실효성 있는 제재조치 마련이 필요하다는 주장도 제기되고 있다. 특히 현행 제재 조치로는 지속적인 법규 위반에 대한 제재의 실효성이 미약하다는 주장은 상당한 설득력이 있다. 현행 방송관련법에서 규정된 제재조치는 비록 단계적으로 제재조치의 수위를 증가하도록 규정되어 있으나, 방송의 사회적 영향력으로 인해 제재수위가 높은 조치는 실제 적용하기 곤란하거나 불가능한 실정이다. 따라서 다양한 형태의 방송사가 위법·불공정한 방송 광고 편성행위를 통해 경제적 이익을 얻고자 하는 유인을 억제할 수 있도록 새로운 제재조치를 마련할 필요성이 제기되고 있다.

이에 본장에서는 방송자유의 헌법적 의의 및 그 법적 성질을 살펴 봄으로써 본 연구의 토대를 마련하고자 한다.

## 1. 방송의 자유의 헌법적 의의

방송의 자유의 성격에 대해서는 대체로 두가지의 시각이 존재한다. 하나는 방송의 자유는 주관적 권리로서만이 아니라 객관적 규범질서로서의 성격을 가진다고 보는 견해이고 다른 하나는 방송의 자유는 주관적 권리만을 갖는다고 보는 견해이다.

## 1) 표현의 자유

현행 헌법 제21조 제1항은 “모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다.”고 규정하여 표현의 자유를 일반적으로 보장하고 있다. 표현의 자유는 전통적으로 사상이나 의견을 외부에 표현하는 자유로서 구두(口頭)나 인쇄물뿐 아니라 회화, 사진, 영화, 음악, 레코드, 연극, 라디오, TV 등 사상·의견을 발표하는 수단을 보장하고 있다. 표현의 매개체는 어떠한 형태이건 가능하며, 온라인과 오프라인이 존재하는 현대에 있어서는 그에 대한 제한이 없다.<sup>1)</sup>

헌법재판소는 “표현의 자유는 전통적으로 사상 또는 의견의 자유로운 표명과 그것을 전파할 자유를 의미하는 것으로서 개인이 인간으로서의 존엄과 가치를 유지하고 행복을 추구하며 국민주권을 실현하는 데 필수불가결한 것으로 오늘날 민주국가에서 국민이 갖는 가장 중요한 기본권의 하나로 인식되고 있는 것이다”<sup>2)</sup>고 하여 표현의 자유의 의의와 중요하는 대하여 강조한 바 있다. 또한 “언론의 자유는 민주국가의 존립과 발전을 위한 기초이기 때문에 특히 ‘우월적 지위’를 지니고 있는 것이 한 특징이다”라고 판시하여,<sup>3)</sup> 표현의 자유에 대한 규제의 합헌성판단의 기준을 엄격하게 설정하고 있다.

헌법 제21조 제2항은 표현의 자유원칙에서 필연적으로 도출되는 표현행위에 대한 허가나 검열금지원칙을 규정하고 있다. 검열은 사상이나 정보의 발표 이전에 행정권에 의하여 그 내용을 심사선별하여 일정한 사상표현을 저지하는 제도를 의미하고 있으며, 검열금지원칙은 통상적으로 표현의 자유보장의 본질적 내용중의 하나가 된다고 볼 수 있다. 따라서 검열금지원칙은 표현의 자유가 그 사회에서 보장되는 지의 여부를 가늠하는 척도가 되며, 또한 검열이나 허가제가 인정되지 않는 가운데 제약받지 않고 자유롭게 의사표현을 할 수 있는 상황을 선언하고 있는 것이다.

미국에서는 일찍이 수정헌법 제1조에서 의회가 언론 및 출판의 자유를 제한할 수 있는 법률을 제정해서는 안 된다고 규정함으로써 표현의 자유에 대한 광범위한 보장을 하고 있다. 물론 문언 그대로 표현을 규제하는 모든 법률의

1) 헌재 1992.6.26. 90헌가23; 1993.5.13. 91헌바17; 1996.10.4. 93헌가13등; 1996.10.31. 94헌가6; 1998.2.27. 96헌바2

2) 헌재 1992.2.25. 89헌가104.

3) 헌재 1991.9.16. 89헌바165.

제정이 절대적으로 금지되는 것은 아니지만, 표현의 자유는 자유 민주국가에서 자율적인 개인의 자아실현을 위해 가장 중요하게 취급되고 두텁게 보장되어야 하는 기본권으로 보호를 받고 있다.

표현의 자유보장의 근거는 여러 이론들이 제시되고 있지만, 그 사상적 토대는 ‘사상의 자유시장이론’이라고 할 수 있다. 홈즈 대법관은 이를 “진리발견을 위한 최선의 방법은 사상의 시장에서의 자유로운 경쟁을 통해 어떤 사상이 최선으로 받아들여지게 하는 것이다”고 표현한 바 있다.<sup>4)</sup> 표현행위를 규제하는 법률은 명확하여야 하며, 표현의 자유를 사후적으로 제약할 경우에는 명백하고 현존하는 위험이 있어야 한다. 연방대법원은 표현에 대한 정부의 규제를 표현행위의 내용에 근거한 내용규제와 표현행위가 행해지는 시간, 장소, 방식 등 내용의적인 것에 대한 내용중립적 규제로 나누고, 전자의 합헌성을 심사할 때는 후자를 심사할 때보다 더욱 엄격한 심사기준을 적용하고 있다. 명백하고 현존하는 위험의 원칙은 바로 엄격심사와 함께 내용규제입법의 합헌성심사에 사용되는 심사기준이다.

독일의 경우에도 표현의 자유에 대한 기본권은 구체적으로 기본법 제5조 제1항을 통하여 의사표현의 자유, 정보의 자유, 출판의 자유, 방송과 영화에 의한 보도의 자유로서 보장되고 있다. 이 가운데 의사표현의 자유는 민주주의를 실현하기 위한 방법적 기초인 동시에 인간존엄성 존중, 민주적 사회질서의 전제요건으로서의 자능을 가지고 있다고 본다. 연방헌법재판소는 표현의 자유에 대한 기본권을 자유민주적 기본질서를 구성하는(konstituierend) 요소로 이해하고 있다.

## 2) 표현의 자유로서의 방송의 자유

표현의 자유에 방송의 자유가 포함된다고 보아야 하는가? 방송의 자유는 방송의 권리로서 보아야 하는가의 문제가 제기되는데, 이는 기본권에 관한 이론적인 논의를 필요로 한다. 대개의 경우 基本權에 관한 논의는 본질상 권리와 자유가 지니고 있는 價值的인 屬性으로 인하여 매우 다양한 價値判斷들이 개입해 있고, 그 결과 이 논의는 매우 분분하고 다양하게 전개되고 있다고 보인다.<sup>5)</sup> 개별적인 기본권의 내용에 관한 논의와 기본권에 대한 메타이론적인

---

4) *Abrams v. United States* 250 U.S. 616 (1919).

(meta-theoretical) 논의가 서로 섞여있는가 하면, 가치중립적인 논의가 필요한 부분에서 가치판단이 과도하게 개입한 경우도 있다.

### (1) 기본권의 개념

基本權의 概念과 本質에 대한 이해는 基本權理論에서 가장 기초를 이루는 것이고, 그것은 基本權의 解釋과 密接不可分の 관계를 가진다. 기본권의 개념이 먼저 정해지고 나면 사람에 따라 인간, 사회, 국가 등에 대한 그의 시각에 따라 기본권의 해석은 다양한 컬러를 가지고 전개될 수 있다. 여기서 논의의 중심을 헌법에 맞추어 진행한다면 헌법이 보장하고 있는 기본권은 본질에 있어서 價値의 保障이다. 그러나 基本權의 解釋 특히 基本權도그마틱(Grundrechtsdogmatik)에서 중요한 것은 기본권의 내용을 논의하기 이전에 과연 '실정헌법에서 기본권을 보장하고 있다'라는 의미가 무엇이나 하는 것을 분명히 하는 것이다. 기본권을 권리라고 한다면 과연 어떤 가치를 '권리로 보장한다'는 법적인 의미가 무엇이나, 권리로 보장한다는 것이 利益을 보장한다는 것과 같은 것이냐 다른 것이냐 하는 것들이 이를 둘러싸고 제기되는 핵심적인 문제들이다.

이것은 기본권이론에서 기본권이 지니고 있는 개념을 분명히 할 것을 요구한다. 기본권에 관한 논의는 크게 개념론, 주체론, 효력론, 내용론, 제한론, 형성론(포섭론)으로 나뉘어진다. 기본권의 개념에 대한 논의는 기본권이론에서 가장 선행하는 논의이고, 기본권이론의 바탕을 이루는 것이다. 기본권 개념론의 주된 내용은 기본권은 헌법에 보장된 권리다라는 명제의 분석이라고 볼 수 있다. 여기서 기본권의 보장은 헌법이 특정한 가치나 이익을 권리로 보장하는 것에 해당한다. 권리가 된 가치나 이익과 그렇지 않은 가치나 이익을 구별하는 것이 필요하다. 그것을 가능하게 하는 권리의 요소다. 그것은 개체귀속성, 청구성, 처분성, 및 면책성 등이다. 이러한 요소를 갖춘 기본권은 실정법에 의해서 권리로써의 성격이 부여된다. 즉 헌법 등의 실정법에서 권리가 확인되고 창설된다. 여기서 문제되는 것은 논리적으로 실정헌법이 존재하기 이전에도 성질상 헌법상의 권리로 인정해야 하는 것이 존재하는가에 관해서다. 예컨대 인간의 생명, 신체의 자유, 내심의 자유, 정신의 자유, 표현의 자유 등과 같이

---

5) 정중섭, “기본권의 개념에 관한 연구”, 서울대법학, 제44권 제2호 6면

실정헌법이라는 개념이 성립하기 전이라도 인간이라는 實存的 存在가 존재하는 이상 부인할 수 없는 至高의 價値나 利益이 존재하는 것이다. 이러한 것들을 자연권이라고 하든 하지 않든 실정헌법을 제정하는 경우에는 헌법상의 권리의 목록에 포함시키지 않으면 안 된다. 그리하여 이러한 성질을 가지는 권리가 실정헌법상의 권리로 보장되었을 때 이를 헌법상 확인된 권리라고 할 수 있는 것이다.

## (2) 객관적 규범

헌법이 보장하고 있는 基本權은 한편으로는 헌법에 의해 보장받는 이익을 국가와 일정한 경우 제3자에게 주장할 수 있는 헌법적인 權利이고, 다른 한편으로는 헌법에 의해 보장되는 객관적인 規範이고 秩序이다. 기본권은 가치적인 요소를 함유하고 있는데 이러한 기본권이 가지는 가치를 헌법이 보장하고 있는 것은 그 자체 특정한 價値秩序를 헌법이 보장한다고 볼 수 있기 때문이다. 다른 측면에서 살펴보면, 가치를 보장한다는 것의 본질은 궁극적으로는, 憲法이 기본권에 의해 형성되는 일정한 가치질서를 보장하기 때문에 결코 價値中立的인 것이 될 수 없다는 것을 의미하는 것이기도 하다. 즉 기본권에 의해 형성되는 헌법질서는 이미 가치판단을 거친 질서이다.<sup>6)</sup> 헌법질서의 중심인 기본권은 헌법이 모든 法領域에 효력을 가지듯이 모든 법영역에 효력을 가지게 된다고 상정될 수 있다. 따라서, 기본권이 객관적인 헌법규범에 실정화되어 보장받고 있고, 헌법이라는 실정규범에 실정화되어 헌법의 내용으로 효력을 가진다고 하는 점에서 기본권 역시 가치 또는 이익의 객관적인 보장이며, 이는 규범으로 기능을 한다는 명제가 도출된다. 기본권이 가지는 객관적인 면이란 이런 속성을 가지기 때문에 또한 어떤 경우에도 기본권이 권리로서 본질적으로 가지는 주관성을 제약할 수 없다.

## (3) 헌법상의 권리와 법률상의 권리

실정법의 체계에서 우리나라와 같이 憲法-法律-命令-規則의 段階構造를 가지고 있는 나라에서는 법규범의 효력에 있어 법률은 헌법의 하위에 있다. 법

6) 물론 이러한 가치질서는 특정한 시기에 이루어진 가치결정에 따라 완성된 폐쇄적이고 고정적인 것이 아니라 기본권의 의미가 변화하는 것에 따라 변화하는 열려 있는 가치질서이다.

률의 내용이 헌법의 내용에 저촉되는 경우에는 효력을 가지지 못한다. 그런 점에서 헌법은 법률의 存在根據가 되고 동시에 效力根據가 된다. 그러나 모든 법률이 헌법에서 정해지는 것은 아니다. 입법기관이 제정하는 법률이란 본질적으로 헌법을 실현하는 수단이기 때문에 그 법률에는 헌법에서 정하는 내용을 확인하고 보다 구체화하는 내용이 있는가 하면, 헌법과 충돌되지 않으면서 법률의 수준에서 입법자가 입법형성권을 행사하여 창설하는 내용이 있다. 前者를 憲法確認的 內容이라고 하고 後者를 立法創設的(=立法形成的) 內容이라고 할 수 있다.

기본권의 측면에서 말하자면, 법률에서 정하는 권리'(rights under law) 중에는 헌법에서 정하는 기본권을 다시 확인하여 이를 구체화하고 세밀화한 권리가 있고, 입법자가 헌법이 정하고 있는 테두리 내에서 입법形成의 自由에 근거하여 創設한 권리가 있다. 입법자에 의해 정해진 내용이라고 하더라도 헌법상의 기본권의 내용을 해석하여 다시 확인하여 정하는 경우는 그 권리가 비록 형식에서는 법률에 정해져 있다고 하더라도 이는 헌법이 정하고 있는 권리로 본질과 가치를 가진다. 이 경우에는 헌법이 윤곽을 정하는 규범이라고 하여 헌법이 기본권의 最小를 보호하는 것이 아니라는 것을 말하며, 입법자가 立法形成의 自由를 가진다고 하여 윤곽을 정하고 있는 헌법을 구체화함에 있어서 기본권의 내용을 마음대로 확정할 수 있는 권한을 가지는 것이 아니다.

반면에 입법자가 헌법이 정하고 있는 테두리 내에서 立法形成의 自由에 근거하여 기본권을 창설하는 법률을 제정하는 경우에는 기본권의 내용을 구체화할 뿐 아니라 그 기본권을 실현하기 위한 수단으로 여러 가지의 수단 중 어떤 것을 선택하면서 국민에게 권리를 보장할 수 있다고 전제하여야 하는 바, 이와 같이 입법자가 기본권의 실현을 위하여 立法形成의 自由의 범위 내에서 선택한 결과로 창설되는 권리는 기본권의 본질적인 내용을 이루는 것이라고 할 수는 없을 것이다. 기본권을 실현하는 수단으로 제도를 마련하여 그 제도를 작동시키기 위해 창설하는 권리 중에는 이와 같이 입법자의 형성의 자유에 해당하는 것이 있는데, 이런 것은 기본권의 내용을 이루는 것은 아니고, 기본권 실현을 위하여 법률에 의해 創設된 권리일 뿐 법률이 헌법상의 권리를 다시 확인하여 정한 권리가 아니다. 그렇다면, 이런 권리는 입법자가 그의 立法形成權의 행사로 폐지할 수도 있고 변경할 수도 있다고 보아야 한다.

이상의 논의를 종합하여 개괄적으로 말하면 議會의 立法形成의 自由가 인정되는 범위에서 선택의 재량에 의해 창설된 권리는 ‘法律上の 權利’이고, 이와 달리 의회에 선택의 재량이 인정되지 않고 헌법의 기본권조항이 직접 지시하는 바에 따라 의회가 확인하여 구체화하고 세밀화한 권리는 ‘憲法上の 權利’ 즉 基本權이라고 할 수 있다.

어떠한 권리가 憲法上の 權利 즉 기본권인가 아니면 法律上の 權利인가를 구별하는 작업은 양자간에 경계를 설정하여 基本權의 保護領域(= 基本權의 保障範圍, grundrechtlicher Schutzbereich)을 분명히 하는 基本權의 限定(Begrenzung der Grundrechte)의 문제이며, 이것은 곧 헌법이 보호하고 있는 기본권의 내용을 確定(Inhaltsbestimmung)하는 것이다. 그런데 기본권의 보호 영역은 언제나 固定不變의 것으로 존재하는 것이 아니라, 헌법의 시대상응성, 역사성, 현실적응력 그리고 基本權의 變遷(Grundrechtswandlung)에 의해 장기적으로 그 領域限界線이 변화한다.

#### (4) 기본권의 실정법상 규정

본 절에서의 논의의 결과로서 기본권의 개념이 파악된다고 하더라도 실제에서는 과연 어떤 것이 이런 기본권에 해당하는가 하는 문제가 있다. 각 나라마다 다양한 배경 하에 실정헌법에 기본권이라고 정하여 개별 기본권들이 明文으로 정해져 있는 경우에는 그러한 가치나 이익은 기본권으로 보장을 받은 것에 해당한다. 그리고 실정헌법에서 원리, 원칙, 제도 등을 정하고 있는 경우에도 헌법의 해석으로 기본권을 도출할 수 있으면 이런 것 역시 기본권으로 보장되는 경우에 해당한다.

그러나 헌법은 많은 가치들에 대한 공동체 구성원의 決斷을 성문화하고 있으므로 기본권 이외에도 수많은 가치들과 이익들이 선택되어 공동체를 유지, 발전하게 하고 그 공동체내에 살고 있는 구성원들이 인간으로서의 존엄과 가치를 유지하고 행복하게 살 수 있게 하고 있다. 이러한 가치와 이익을 모두 기본권이라고 할 수는 없다. 따라서 실정헌법이 보호하는 가치나 이익 가운데서도 국민에게 기본권으로 보장하고 있는 것이 있고 그렇지 않은 것이 있다. 즉 실정헌법으로 보호하는 가치나 이익 가운데에 권리인 기본권으로 보장되는 것과 권리가 아닌 형태로 헌법상의 가치나 이익으로 존재하는 것이 있다.

헌법상의 가치와 이익이 이렇다고 볼 때, 남은 문제는 어떤 것을 기본권으로 보장할 것인가 하는 基本權의 形成 또는 基本權의 包攝의 문제이다. 이는 법리적으로 두 단계의 구조를 가지고 있다. 하나는 먼저 무엇을 권리로 보장할 것인가에 관한 것(權利의 形成)이고, 그 다음은 실정법규범의 구조에서 어떤 권리를 최고법인 헌법에서 보장할 것인가(基本權으로서의 保障) 하는 것이다. 기본권의 많은 부분은 도덕으로부터 획득되지만 언제나 반드시 그러한 것은 아니다. 공동체의 특유한 문화에 의해 획득될 수도 있고(어떤 나라에서는 기본권으로 보장되지만 다른 나라에서는 전혀 고려되지 않는 가치), 헌법이 특정한 원리나 제도를 채택하면서 이에 필요한 장치를 기본권으로 설정하는 경우도 있으며, 공동체내의 많은 가치들을 배분하면서 어떤 것을 개인의 권리로 보장하고 어떤 것을 공동체에 유보할 것인가에 대한 政策的인 考慮로 기본권이 획득되는 경우도 있다.

개인에게 생래적으로 인정되는 표현의 자유는 성질상 개인이 당연히 그 주체가 되지만, 매스미디어(mass media)를 표현의 자유의 주체로 할 수 있는가 하는 문제는 정책적인 판단이 개입한다. 예컨대 長谷部恭男은 ‘헌법상의 권리’에는 인간에게 생래적으로 보장되는 권리(이는 때로 사회전체의 이익에 반하는 것일 수 있다)와 사회전체의 이익 때문에 보장되는 정책적으로 보장되는 권리의 두 종류가 있다고 하고, 매스미디어를 표현의 자유의 주체로 인정하는 것은 정책적으로 보장하는 ‘헌법상의 권리’라고 한다.<sup>7)</sup> 더 나아가 J. Raz는 언론의 자유와 출판의 자유와 같은 개인의 정치적 권리도 개개인의 표현하고자 하는 이익도 보호하지만 화자나 청자가 아닌 정보가 자유롭게 교환되는 정치공동체의 이익을 확보하는데 있어 더 큰 비중이 있기 때문에 인정되는 것이라고 한다.<sup>8)</sup>

우리 학계는 헌법 제21조의 언론의 자유는 다양한 보호영역을 그 내용으로 한다는 점, 그리고 대체로 의사표현의 자유, 알권리(정보의 자유), 신문의 자유, 방송의 자유, 액세스권 등이 언론의 자유에 포함된다는 점에는 일치하고 있다.<sup>9)</sup> 또한 헌법재판소도 같은 입장을 취하고 있다.<sup>10)</sup> 의사표현의 자유, 알권

7) 정종섭 전게논문에서 재인용, 憲法(東京: 新世社, 1996), 103면

8) 정종섭 전게논문에서 재인용, Joseph Raz, "Rights and individual well-being," in: J. Raz, Ethics in the Public Domain(Oxford: Clarendon, 1994), 39쪽 참조.

9) 조재현, "언론의 내적 자유", 공법학연구 제8권 제3호, 244면

10) 2001. 5. 31, 2000 헌바 43 결정, "헌법 제21조 제1항은 "모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결



리, 액세스권 등은 대체로 개인적 권리의 성격이 중시되고 있다. 즉 모든 국민이 가지는 권리로 이해될 수 있다. 신문의 자유나 방송의 자유 등은 개개인이 갖는 권리라기보다는 언론기관의 자유로서의 성격이 강하다. 신문·방송의 자유는 신문·잡지 등의 출판물과 라디오·텔레비전 등 전파매체에 의한 뉴스를 보도하고 논평할 수 있는 보도의 자유, 이른바 매스컴의 자유를 말한다.<sup>9)</sup> 인쇄매체나 전파매체에 의한 보도의 자유를 보장하기 위하여 언론기관을 설립하고, 보도를 위한 정보수집·취재·편집 등의 영역에 대한 보장을 요구하게 된다. 그렇기 때문에 신문의 자유나 방송의 자유는 개인의 자유라기보다는 언론기관의 자유로 파악할 수 있다.

### (5) 편집(편성)의 자유

헌법에서 명문으로 편집의 자유나 편성의 자유를 보장하고 있는 것은 아니지만, 편집 및 편성의 자유는 신문이나 방송의 자유로서 보장된다는 것이 일반적인 학계의 경향이고,<sup>11)</sup> 이는 헌법상의 권리라기 보다는 법률상의 권리에 속하게 된다. “신문등의자유와기능보장에관한법률” 제3조 제1항에서는 “정기간행물 및 인터넷신문의 편집의 자유와 독립은 보장된다.”고 규정하고 있고, 제3항에서 “정기간행물사업자 및 인터넷신문사업자는 이 법이 정하는 바에 따라 편집인의 자율적인 편집을 보장하여야 한다.”고 규정하여 편집권을 보장하고 있다. 방송법 제4조 제1항에서는 “방송편성의 자유와 독립은 보장된다.”고 규정하여 역시 방송편성의 자유도 보장하고 있다.

고등법원의 판례에서 방송의 자유와 관련하여 방송편성권의 주체의 문제에 관하여 판단을 한 바 있다. “헌법상 방송의 자유란 방송주체의 존립과 활동이 국가권력의 간섭으로부터 벗어나 독립함을 의미할 뿐 아니라 국가권력 이외에 방송의 자유를 침해하는 사회 제 세력에 대하여도 그 효력을 주장할 수 있으나, 그 자유는 자유민주주의의 헌법상 국민의사결정의 원리에 따라 다양성원칙과 공정성의무에 의해 구속받는 제도적 자유이며, 자유민주주의의 헌법체제 아래서 방송의 자유 내지 편성권의 주체는 전파법상 허가를 받고 방송을 행하는 방송국을 경영하는 방송법인이고, 방송법인이 이러한 방송의 자유를 행사

---

사의 자유를 가진다”고 규정하였다. 같은 규정에 의해 보장되는 언론·출판의 자유에는 방송의 자유가 포함된다.“

11) 전정환, “방송자유와 주체”, 공법연구 제30집 제3호, 2002, 240면

하는 과정에서 특히 프로그램의 편성과 제작을 위한 제 권한은 법령상 방송법인을 대외적으로 대표하고 대내적으로 업무를 통괄하는 방송법인의 기관이 담당하게 된다”고 판시함으로써 방송의 편성권의 주체를 방송법인으로 보고, 편성·제작권을 방송법인을 대표하는 기관으로 봄으로써 방송경영자의 편성권을 인정하였다<sup>12)</sup>

방송법에서는 방송편성책임자를 선임하여 자율적인 방송편성을 보장하도록 규정하고 있으며, 방송편성규약도 방송사업자로 하여금 공포하도록 규정하고 있다. 신문법의 편집규약의 제정은 임의사항으로 되어 있지만, 방송법에서는 조문구조상 편성규약의 제정은 의무사항으로 규정하고 있다. 이는 방송의 경우 그것이 수행하는 공적 책임에 비추어 방송에 의한 공정하고 객관적인 보도가 담보될 수 있도록 하기 위한 규정으로 이해할 수 있다.<sup>13)</sup>

## 2. 방송의 자유의 법적 성질

### 1) 주관적 권리 및 객관적 규범질서론

헌법 제21조 제1항은 “모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다”고 규정하였다. 앞서 살펴본 바와 같이 같은 규정에 의해 보장되는 언론·출판의 자유에는 방송의 자유가 포함된다고 보는 것이 지배적이다. 방송의 자유는 주관적인 자유권으로서의 특성을 가질 뿐 아니라 다양한 정보와 견해의 교환을 가능하게 함으로써 민주주의의 존립·발전을 위한 기초가 되는 언론의 자유의 실질적 보장에 기여한다는 특성을 가지고 있다. 방송매체에 대한 규제 필요성과 정당성을 논의함에 있어서 방송사업자의 자유와 권리뿐만 아니라 수신자(시청자)의 이익과 권리도 고려되어야 하는 것은 방송의 이와 같은 공적 기능 때문이다.<sup>14)</sup>

따라서 방송의 자유는 **주관적 권리로서의 성격**과 함께 신문의 자유와 마찬가지로 **자유로운 의견형성**이나 여론형성을 위해 필수적인 기능을 행하는 객관적 규범질서로서 **제도적 보장의 성격**을 함께 가진다. 방송의 자유의 보호 영역에서는 국가의 간섭을 배제함으로써 방송을 이용한 의견이나 정보를 표

12) 서울고등법원 1994. 9. 27. 선고 92나35846.

13) “언론의 내적 자유”, 254면

14) 헌재 2001. 5. 31. 2000헌바43등, 판례집 13-1, 1167, 1177 참조

현, 전달용한 제관적인 자유권 영역도 앞서는 다른 한편으로는 그 자유권 영역의 보장과 이를 위해서 국가가 무엇인가를 해야 한다는 이른바 객관적 규범 질서의 영역이 있다. 헌법 제21조 제3항이 “통신·방송의 시설기준과 신문의 기능을 보장하기 위하여 필요한 사항은 법률로 정한다”고 규정하고 있는 바, 이것이 그러한 객관적 규범질서의 영역에 속하는 것이다.

헌법재판소도 그러한 태도를 취하고 있다. 협찬주의 명칭을 문자 자막으로 내어보내는 협찬고지방송의 세부기준 및 방법 등을 제한하는 것에 대한 다음과 같은 청구인의 주장에 대해서

- 헌법 제37조 제2항의 한계를 넘어 과도하게 방송의 자유, 광고의 자유, 직업수행(영업, 이하 ‘직업수행’이라고만 한다)의 자유와 표현의 자유는 물론, 방송사업자의 협찬계약 체결이라는 직업수행의 자유 및 이를 통하여 얻을 수 있는 재산권을 침해하고,
- 나아가 타 업종 사업자에 비하여 방송사업자를 불합리하게 차별함으로써 평등권을 침해한다는 청구인의 주장에 대해서,

헌법 재판소는 협찬고지제한은 방송의 자유의 실현을 위한 객관적 질서 영역에서의 입법형성적 법률에 속하는 것으로 판단하였다.

학설도 이러한 입장과 맥락을 같이하고 있다. 기본권이 기능적 객관적인 견지에서 이해될 때, 가치결정으로서의 객관적인 지침과 기준들이 포함되어야 한다고 전제되기 마련이고, 그러한 가치결정에 기초하여 기본권이 실효적인 것이 되기 위해서는 조직과 절차적 규정을 정하는 구체적인 입법형성이 필요하다고 인정된다는 것이 방송의 자유를 객관적 질서규범을 포함하는 것으로 보려는 학설의 출발점이다.

달리 말하면, 헌법이 기본권을 보장하고 있다고 하더라도 그것이 기본권을 보호하려는 국가적인 특별한 노력이 기울여지지 않는다면 기본권의 실현은 어려워지게 된다. 여기에는 효과적인 권리보호는 기본권의 본질적인 요소라는 전제가 선행된다. 이는 전통적이고 전형적인 방법으로서, 사법적인 방법을 통해서만 이루어지는 것은 아니고, 이를 위한 노력은 사법을 포함한 입법, 행정 등의 모든 국가작용에 광범위하게 연루된다.

즉, 방송사업자의 주관적 권리로서 방송운영의 자유는 이를 허용하는 형성 법률에 의해 비로소 그 형성된 기준에 따라 성립되는 것으로 본다면, 이러한

형성법률에 대한 위헌성 판단은 기본권 제한의 한계 규정인 헌법 제37조 제2항에 따른 과잉금지 내지 비례의 원칙의 적용을 받는 것이 아니라, 그러한 형성법률이 그 재량의 한계인 자유민주주의 등 헌법상의 기본원리를 지키면서 방송의 자유의 실질적 보장에 기여하는지 여부에 따라 판단되게 된다.

협찬고지방송 제한에 관한 위헌제청심판에서, 헌법재판소는 그 제한이 방송의 자유의 실질적 보장에 기여하는지에 대해서 다음과 같이 판단하였다.

- 협찬고지의무 조항은 여타의 법익을 위한 방송의 자유에 대한 제한이 아니라
- 방송사업의 운영을 규율하는 형성법률로서,
- 협찬고지를 민영방송사업의 운영에 필수적인재원조달수단의 하나로 보장하는 한편
- 그 허용범위를 제한함으로써 방만한 협찬에 의하여 협찬주 등의 사적 이익이 방송프로그램 제작과정에 부당한 영향력을 행사하여 방송프로그램의 상업성을 부채질하거나 방송편성의 자유와 독립을 해할 우려를 방지하고,
- 방송광고로서 금지 내지 규제되는 사항을 우회적으로 달성하거나 한국방송광고공사를 통한 위탁광고제도를 비껴가는 등의 수단으로 협찬고지를 이용하는 것을 방지할 목적으로 입법된 것이다.
- 이 조항은 **방송사업자뿐 아니라 시청자 및 방송관련종사자 등 각 이해관계를 고려하여 헌법상 방송의 자유를 실질적으로 보장하기 위하여 필요한 규제**이며,
- 그것이 방송의 자유의 객관적 보장영역으로서 필수적 요소인 민영방송사업의 수익성을 부인할 정도로 영업활동에 대한 제한을 가하거나, 민영방송사업자의 사적 자치에 의한 형성이나 결정의 기본적 요소를 박탈하는 정도에 이르지 아니하므로 헌법상 기본원리를 준수하면서 그 입법형성의 재량의 범위 내에서 행해졌다고 볼 수 있어 헌법에 합치된다.

이 설에 따른다면 방송사에 대한 각종 규제는 방송의 자유의 주관적 측면으로서의 자유에 대한 제한이 아니라 객관적 질서 영역에서의 방송의 자유의 실현을 위한 활동의 범위를 정하는 것이다. 예컨대, 방송사업자의 소유제한 의무, 시청자 참여에 관련된 각종 의무, 방송프로그램 및 채널의 편성에 관련된 각종 의무, 동시재송신 의무 등에 관련된 규제는 객관적 질서영역에서의 형성

법률에 속한다. 그러한 규제의 합헌성은

- 그러한 규제들이 헌법상 방송의 자유를 실질적으로 보장하기 위하여 필요한 것인가?
- 헌법상의 기본원리를 준수하면서 입법형성의 재량의 범위내에서 행해지고 있는가?

등의 기준에 의해서 판단되게 된다.

협찬고지에 관한 위헌제청심판에서 헌법재판소는 협찬고지 자체에서 방송의 자유, 광고의 자유 및 표현의 자유도 존재하고, 협찬고지 자체에 의해서 그러한 자유가 침해된 것일 수 있으나,

- 그러한 침해는 방송사업의 운영 영역에 관한 형성법률인 협찬고지 관련 조항이 협찬고지를 허용한 것에 부수된 결과라는 점
- 방송사업자는 형성법률에 의해 주어진 범위 내에서 주관적인 권리를 갖는 것인데, 그 형성법률에 속하는 조항이 앞에서 본 바와 같이 헌법에 합치하므로 또 다른 헌법적 정당화를 필요로 하지 않는다고 보았다.

## 2) 주관적 권리 한정론

우리 헌법에서 방송의 자유는 별도로 명시되지는 않고, 제21조 1항에서 언론의 자유로서 보장되어 있고, 동조 제3항에서는 방송의 시설과 기준은 법률로 정한다고 규정되어 있다. 반면에 재산권을 규정한 제23조 1항에서는 "... 재산권은 보장된다. 재산권의 내용과 한계는 법률로써 정한다"고 규정되어 있다.

이에 우리 헌법은 방송의 자유는 보장하고 있지만, 방송자유에 관한 내용을 형성할 입법적인 권한을 명시하지 않고 있다는 주장이 방송자유를 주관적 권리에 한정된 것으로 보려는 학설의 출발점이다. 그러한 해석의 논거로서 첫째, 재산권의 내용과 한계는 법률로써 정한다고 규정하고 있다는 점, 둘째, 방송의 시설과 기준은 법률로 정한다고 규정하고 있는 것이 방송자유에 관한 입법형성권을 규정한 것으로 보기 어렵다는 점 등이다. 왜냐하면, 헌법에 의한 방송자유에 대한 보장과 법률에 의한 시설제한, 양자를 구별하여 규정하고 있어서, 방송자유에 대한 내용을 형성할 권한이 명시적으로 주어져 있지 않다고 볼 수 있기 때문이다.

그리고 방송자유는 주관적인 개인의 권리로서 **방송제도에 관한 입법적인**

질서를 이러한 자유의 제한으로서 평가하는 것이 옳다고 보는 시각이다. 따라서, 방송법이 방송제도의 질서를 위하여 기본권주체의 자유를 제한하는 한에서는, 방송자유에 대한 제한은 일반적인 법률유보를 규정한 헌법 제37조 2항과 비례의 원칙에 따라야 한다.

이러한 시각에 따르면 방송의 자유가 객관적인 질서규범이라고 하는 주장에 반대하는 것이고, 그 출발점은 자유권의 기본적인 내용에 대한 고려의 결과라고 평가되기도 한다.<sup>15)</sup> 방송의 자유의 보장은 전적으로 방송을 운영하는 기본권 향유자의 자율적인 결정을 보호하는 것이라는 사실을 자명한 것으로 보고, 그 반대편에 있는 예컨대 수용자나 시청자와 방송사간의 의사전달의 자유와 관련하여 분석되어야 한다는 입장이다.

방송의 자유가 보장되어야만 시청자와 방송사간의 의사전달의 자유가 보장된다고 보기 보다는 그 역의 관계가 맞다고 보는 시각이다. 독일의 기본법의 해석을 둘러싼 학설에 따르면, 방송사와 시청자간의 관계는 특정한 이해관계를 갖는다. 의사전달을 하려고 하는 자는 방송의 의사전달에 참여되기를 원하고, 수용자는 가능한 한 일방적이 아닌 보다 다양하고 광범위한 방송을 추구하려고 한다. 이러한 이해관계를 실현하는 것은 방송의 자유의 보장을 통해서가 아니라, 일반적인 표현의 자유의 보장, 그리고 민주주의의 원리로서 보장되는 것이다.

### 3. 독일 사례

독일 기본법 제5조 1항 2문<sup>16)</sup>은 방송에 의한 보도의 자유를 보장하고, 제2항은 보도자유에 한계를 규정하고 있다고 해석된다. 이는 1차대전이후의 독재정권에 의한 방송의 장악을 경험한 독일에서 방송은 국가로부터의 자유라는 구조원칙의 결과라고 여겨진다. 구조원칙에 따르면 규제기능이 국가의 행정영역으로부터 분리되어야 한다.<sup>17)</sup> 그리고 방송자유에 주관적 권리의 내용은 방

15) 광상진, "방송의 자유에 관한 소고", 27면

16) 누구든지 말, 글 그리고 그림으로써 자유로이 의사를 표현하고 전파하며 일반적으로 접근할 수 있는 정보원으로부터 방해받지 않고 정보를 얻을 권리를 가진다. 신문의 자유와 방송 및 필름을 통한 보도의 자유는 보장된다. 검열은 금지된다.

17) 전정환 논문 207면

송 프로그램의 자유다.

### 1) 방송자유권을 제도적·객관적인 입장에서 파악하는 견해

독일의 경우, 방송자유권을 순수한 개인의 기본권이라는 것을 부정하는 이 견해는 지속적으로 주장되어 온 것으로 현재의 다수설이라고 할 수 있다. 이 견해에 따르면 방송자유권은 다른 자유권의 경우와 같이 국가로부터의 침해에 대한 방어권으로서의 성격을 가지고 헌법상에 근거하여 직접적으로 주장할 수 있는 그러한 의미의 기본권은 아니다. 방송자유권은 입법에 의해 구체적인 내용을 형성해나가는, 즉 이를 달리 말하면 입법을 통한 제도에 의해서 그 내용이 성립되어가는, 하나의 기본권형성적인 성격을 가지는 것이라고 할 수 있다. 이에 따르면 법령상의 규정은 기존의 자유권적 기본권의 경우에 대해서 기본권제한적인 성격을 가지는 반면에 방송의 경우에는 기본권제한적인 성격을 가지는 것이 아니라 방송의 자유를 보다 더 구체적으로 형성하는 조직과 절차에 관한 규정이라고 파악된다. 이에 방송자유권에 대한 법령상의 규정은 기본권의 제한이 아니라 기본권형성의 성격을 가진다고 한다. 따라서 방송사업을 개시하기 위한 권리를 달라는 청구권은 법률에 의한 형성에 의해서만 가능하고 그것을 청구할 수 있는 기본권은 독일 기본법 자체에서 직접 청구할 수 있는 그런 개별적인 기본권은 아닌 것으로 파악한다.

아울러, 방송의 자유권을 기존의 자유권적 기본권이 아니라 현실적으로 형성된 헌법질서를 위한 특별한 기능, 즉 기본법 제5조 제1항 제2문이 규정하는 사상과 의견형성의 자유를 보장하는 기능성을 강조하고 이를 하나의 제도적·객관적 공권으로서의 성격을 강조한다.

흥미로운 것은 방송이 헌법질서에 기여하는 기능에 관한 주장이다. 이를 주장하는 학설에 따르면, 방송은 방송 수신자의 의사형성에 있어서 어느 특정한 일방적 의사의 방향으로 (예컨대 방송사가 시청자에 대한 일방향으로) 형성이 이루어져서는 안 된다. 방송은 모든 의사형성자의 의사가 자유롭게 형성될 가능성을 보장해야 하며 이로서 사회 전체의 의사형성이 자유롭게 형성되어야 한다고 주장한다. 이런 의미에서 방송은 의사의 발신자만이 아니라 수신자 역시 동등하게 의사를 자유롭게 개진할 수 있는 적극적인 절차로서의 보장이 되어야 하며 이것은 자유로운 방임의 시장질서에 맡겨질 수 있는 것이 아니라

국가에 의해 의무지워 지는 것이다. 이런 의미에서 방송에 관한 법령은 방송의 기능을 활성화시키는 의미에서 제정이 되어야 하고 이런 입법의 합헌성의 여부는 매체의 자유를 실현시키기 위한 기능성이 보장되는가의 여부에 따른 형성에 따른 형성이었는가를 고려해서 평가되어야 한다.

이와 같이 기본법 제5조1항 2문을 객관적, 제도적 해석방법에 따라서 해석할 때, 방송자유를 보호하기 위해서 입법자는 실체법적 규정, 그리고 조직에 관한 규정 및 절차에 관한 규정의 형태로 대비하여야 한다.<sup>18)</sup> 독일 헌법재판소의 입장도 이러한 해석과 부합한다.<sup>19)</sup> 한 판결에서 독일 헌법재판소는 제도적 차원에서 방송의 자유권을 보호하여야 하는데, 매체적 특성이 고려되어야 한다고 판시한 바 있다. 즉, 신문과는 달리 "방송은 ... 여론에 일방적으로 영향력을 행사할 목적으로 남용될 위험을 내포하고 있어 이를 사회적 세력 간의 자유로운 거래에 좌우되도록 맡겨놓을 수는 없다." 그 대신에 제도적 차원에서 자유권이 보호되어야 한다는 것이 독일 헌법재판소의 입장이다. 그에 따르면, 방송 영역에서 주관적 자유권의 구현이 제약을 받으며, 또한 주체가 향유하는 권리보다는 공적 과업의 수행에 기여하는 자유로 방송자유가 규정된다.<sup>20)</sup> 이런 맥락에서 방송의 자유는 기여하는 자유로서 일차적으로 방송사의 이해관계를 위한 것이 아니라, 개인과 공공의 자유로운 의사형성이라는 이익을 확보하기 위해 보장될 뿐이라는 점이 강조된다.

독일 헌법재판소는 1961년 제1차 방송판결에서, "기본법 5조는 개인이 국가로부터 방해받지 않고 자신의 의사를 자유로이 표현할 수 있는 자유를 뜻하는 기본권 이상의 의미를 내포하고 있다"고 판시하고, 제2차 방송판결에서는 "기본법 제5조는 제도적 자유를 보장해준다. ... 요컨대 법률적 형성에 의해서 방송의 자유의 영역을 넓혀가야 한다"<sup>21)</sup>는 입장을 명확히 했다.

이로써 방송자유는 객관적 자유로써 수용된다고 보는 것이 70년대말까지의 독일에서의 지배적 학설이다. 이는 방송자유와 주관적인 권리에 반대되는 객관적인 권리의 기본권 내용을 우선적으로 염두에 두는 시각이다. 위에서 언급된 바와 같은 제도적 보장과 기능적인 기본권의 개념 등이 이에 속한다.

---

18) 전정환 논문 208면

19) 김진웅 논문 89면

20) 김진웅 논문 87면

21) 곽상진 논문 24면



- 입법자의 과제는 기본법에 속하는 법령상의 방송의 자유규정에 포함되거나 또는 경우에 따라서는 헌법상에 규정된 보장에 대한 해석을 통해서도 출되는 조직원칙에 따라서, 전체적인 민주주의의 본질적인 부분으로서 자유로운 의사형성을 위한 방송을 보장하여야 한다는 과제로서 방송의 자유를 형성하는 것이다.
- 이러한 관점에서 민영방송의 허가청구권은 방송의 자유에서 직접 나오지 않고 법률규정이 정한 바에 따라서만 허용될 뿐이다.<sup>22)</sup>
- 민영방송과 공영방송에 대한 조직법을 통한 방송자유의 제한은, 입법자가 헌법을 위반하지 않는 한, 그 조직법을 통해서 판단하게 된다. 이때에 조직법인 방송법은 방송자유에 대한 형성으로 본다.

그러나 이러한 견해들은 완전히 주관적 공권으로서의 방송자유권을 부정하지는 않으며 이미 설립된 기존의 방송사의 방송자유권을 인정하고 있다.<sup>23)</sup> 결론적으로 이 견해에 따르면 방송자유권은 기본권의 이중적 성격을 가지고 있고 단지 방송의 공적책임과 그 기능의 보호라는 차원에서 객관적인 성질이 더 강하게 부각된다.

## 2) 방송자유권을 주관적 공권으로 보는 견해

방송자유권을 제도적, 객관적 성격의 기본권으로 보는 견해에 맞서는 이 견해는 최근에 들어서 지속적으로 유력해지고 있는 견해이다.<sup>24)</sup> 이 견해를 취하는 학자들의 논거는 경제적, 헌법이론적 그리고 과거 방송이 가진 기술적인 한계가 더 이상 현재에 있어서는 적용될 여지가 없다는 것이다. 예컨대, 디지털융합유선방송사업은 과거 방송의 특수상황(Sondersituation des Rundfunks)이라는 방송사업진입에 있어서의 경제적인 장벽과 주파수의 희소성이라는 원칙이 이젠 더 이상 하나의 방송독점이나 과점에 대한 합당한 근거를 제공해주지 못하고 있다.

주관적공권설은 그러한 여건의 변화속에서 방송자유권은 모든 이가 방송사업에 대한 접근할 수 있는 헌법으로부터 나오는 기본권이라는 점을 강조하고

22) 박상진 논문 25면

23) 최우정, “인터넷기술의 발달에 따른 방송자유권의 기본권성격에 관한 고찰”, 공법연구 제33집 제1호, 2004년 11월, 403면

24) 최우정, 상계논문, 405면

있다. 이 설은 객관적 공권설과 대비하여, 방송자유권을 방송의 공적책임이란 그런 상위의 목적아래 존재하는 것으로 파악하지 않고, 방송자유권 자체가 기본권으로서의 성격을 갖고 있음을 강조한다. 그 결과, 자유권적 기본권으로서의 방송자유권을 제한하는 법은 모든 법이 기본권 제한적 입법이고 방송자유권의 경우 기본권형성적인 입법이라고 하는 의견은 인정될 수 없다고 한다. 특히 방송사의 설립이라는 문제에 있어서는 법적 형성에 의한 허가의 성질이 아니고 단지 방송의 특수한 상황(Sondersituation des Rundfunks)이 제거될 때까지 단지 연기되는 것에 불과한 것이고 방송에 있어서 특히 실체법적인 법형성을 전제하지 않는다고 한다.

따라서 방송자유권을 주관적공권으로 파악하는 이 견해는 방송에 관한 법령은 기본권형성적인 것이 아니라 기본권을 제한하는 법령에 불과한 것으로 간주하게 된다. 또한 방송자유권의 객관적인 측면을 인정하면서도 이것은 어디까지나 방송자유권의 실질적인 구현을 위한 기능을 한다고 보며 일차적으로 방송자유권은 개별적인 기본권이라고 파악한다.

이 설에 따르면, 국가가 개인이나 사법인이 방송행위를 하는 것을 금지하는 것은 그 정보의 자유권을 침해하는 것이 되는 것이다. 기술의 발달에 따라 개인이 방송이라는 매체를 이용해 자신의 생각과 사상을 전파하는 것에 대해 국가는 이를 금지해서는 안 되고 개인의 기본권행사라는 측면에서 이를 허용해야 하는 것이다. 즉, 방송자유도의 보장은 방송을 운영하는 기본권 향유자의 자율적인 결정을 보호하는 것임을 확립하는 것에서 출발한다고 본다.<sup>25)</sup> 의사형성과정에 참여하는 의사전달자와 수용자의 이해는 독일 기본법 제5조1항1호에서의 의사표현과 전달의 자유를 통하여, 다른 한편으로는 정보의 자유를 통하여 보호된다. 이러한 이해관계를 실현하는 것은 민주주의에 있어서의 의사형성 과정에 관한 것으로 민주주의를 규정하는 기본법에 안전장치가 되어 있다. 방송자유를 보장한다는 것은 방송자유도의 그 자체로서 그 이상도 이하도 아닌, 방송에 관한 사항을 주제로 삼는 것이고, 의사형성과정에 참여한 자들의 자유에 관한 이해를 보호하는데 그 목적이 있는 것이 아니다. 의사전달자와 수용자의 이해관계와 민주주의의 보호를 목적으로 방송활동에 두어지는 요구들은 방송자유도의 보장에서 나오는 것이 아니고, 방송자유에 관한 권리와 일반

---

25) 전계논문 27면

적인 표현의 자유에 관련된 의사전달자와 수용자의 권리, 그리고 국가형태를 규정하는 민주주의 원칙의 상호 관련성에 기초하는 것이다.<sup>26)</sup>

## 4. 미국 사례

방송사업자에 대한 규제와 원리와 역사가 미국에서의 방송자유 인정과 제한을 보여준다. 본절에서는 주파수의 희소성에 근거한 방송자유제한 원리의 부침을 살펴 보고, 그 대안의 모색에 관한 논의를 살펴 보고자 한다.

### 1) 주파수 희소성과 공공수탁모델

National Broadcasting Co과 United States 정부간의 소송에서의 판결이 주파수의 희소성(scarcity rationale)을 인정한 바 있다.<sup>27)</sup> 그 이후 Red Lion 소송에서는 주파수 희소성 때문에 내용규제가 합헌이라고 판결되었다. (헌법이 입법부와 행정부에 위임입법을 인정한 것으로 보기도 한다.)<sup>28)</sup> 즉 법원은 방송

26) 전계논문 28면

27) "Unlike other modes of expression, radio inherently is not available to all. That is its unique characteristic, and that is why, unlike other modes of expression, it is subject to governmental regulation. Because it cannot be used by all, some who may wish to use it must be denied." Nat'l Broad. Co. v. United States, 319 U.S. 190 (1934)

28) 1964년 가을 펜실베이니아주 소재 WGCB-AM-FM(Red Lion 방송국)은 극우익목사 하기스(Billy Hargis)가 담당하는 15분짜리 프로그램 '크리스천 크루세이드(Christian Crusade)'를 방송했다. 이 프로그램에서 하기스는 1964년의 공화당 대통령 후보 골드워터(Goldwater)를 소재로 '극우주의자 골드워터(Goldwater-Extremist on the Right)'라는 책을 쓴 쿡(Fred Cook)의 과거를 들추며 인신공격을 가했다. 이에 쿡은 하기스의 인신공격을 반박할 방송 기회를 무료로 제공하라고 레드 라이언 방송국에 요구했다. 그러나 레드 라이언 방송국은 방송시간을 무료로 제공할 수 없다고 거절하면서 대신 방송 요금표를 쿡에게 보내었다. 쿡은 이 사실을 FCC에 항의했고 FCC는 인신공격을 당한 피해자가 방송 요금을 지불할 수 없다고 하는 경우, 무료라도 이를 제공할 의무가 방송국에 있다고 판정했다. 이 판정을 내릴 때 FCC는 두 가지 사실을 고려했던 것이 분명하다. 첫째, 네트워크가 특정 개인이나 집단을 인신공격하고 이를 반박하는 데 필요한 방송 시간을 유료로 팔 경우, 네트워크의 비싼 방송료를 지불할 경제적 능력을 갖추지 못한 피해자는 사실상 반박의 기회를 잃고 만다. 둘째, 경제적 능력이 있는 상품의 광고주는 필요에 따라 얼마든지 방송 시간을 살 수 있는 데 비해, 논란의 대상이 되는 공공의 중요 문제에 관한 상반된 의견을 가졌다 해도 경제적 능력이 없어 그 의견을 방송을 통해 전달하지 못한다면 정보와 아이디어의 자유 시장이 형성될 수 없다. 따라서 시청자인 국민에게 다양한 정보와 아이디어를 주는 대신, 방송국의 재정적 부담을 늘리는 것과 시청자에게 다양한 정보와 아이디어를 주지 않고 방송국의 재정적 부담을 줄이는 것 중 양자택일을 한다면 FCC는 전자를 택할 수밖에 없다는 의지를 이 판정에서 명백히 한 것이 된다.

레드 라이언 방송국이 쿡에게 무료의 방송 시간을 제공할 의무가 있다고 FCC가 판정하자, 레드 라이언 방송국은 이 문제를 워싱턴지구 항소원(The United States Court of Appeals in Washington D.C.)에 가져갔다. 레드 라이언 방송국이 이 사건을 법원에 가져간 목적은 '형평의 원칙'과 '인신공격

규제의 주된 목적은 “결국 진실이 승리하게 되는 사상의 자유시장이 제한받지 않도록 보존하는 것(to preserve an uninhibited marketplace of ideas in which truth will ultimately prevail)”이라고 정하고 그렇기 때문에 내용규제가 합헌이라고 판결하였다.

### (1) 방송사 규제의 연혁

이 판결들에 기초하여 수립된 방송규제의 법리에 따라서, FCC의 전신인 FRC는 공공의 이익과 편의의 해석 및 적용권한을 행사했었다. 예컨대, 공공의 이익 원칙에 의해서 사적 이익이 아닌 일반 대중을 위한 방송이 허가되어야 한다는 입장이 법규화되었고, 방송사들은 다양한 장르를 편성할 것을 FCC가 요구하였다. 이는 곧 가치의 공유에 기여하는 방송일 것을 요구하는 것으로 평가되었다.<sup>29)</sup>

그중의 한 예로서, 1946년 FCC는 Public Service Responsibility of Broadcast Licensees (1946) (nicknamed the “Blue Book”)을 발표 (광고지원 없이 방송사 비용으로) 지역 현안을 방송하도록 하고, 프로그램을 discussion, talks, 및 education 등의 장르로 분류화하였다. 그러나 blue book은 표현의 자유를 분류화하였다는 거센 비난을 받고 곧 폐지되게 된다.

1970년대초까지 공공의 이익의 개념을 실제 조사결과에 맞추어 정의하려는 경향이 생기기도 하였다. Formal Ascertainment Rules이 제정되었고, FCC는 방송사로 하여금 해당 방송권역의 주민들이나 시민단체의 대표들로부터 의견을 들어서 반영할 것을 요구하였다. (여론 조사 등의 실시도 포함)<sup>30)</sup> 특히 Formal Ascertainment Rules은 방송사들이 시청자의 요구에 맞추어 방송했음

---

규칙'의 위헌성을 심판받는 데 있었다. 이 사건 이전에도 형평의 원칙에 위헌 요소가 있다는 생각을 방송국들은 가지고 있었다. 그러나 이 사건을 담당한 탐(Edward Tamm)은 연방통신법이 여러 차례에 걸쳐 방송국의 공익의무를 규정하고 있을 뿐 아니라, 동법 315조는 논란의 대상이 되는 공공의 중요 문제를 토론함에 있어 방송국이 합당한 방송 기회를 제공해야 한다는 사실을 명백히 하고 있다는 이유를 들어 방송국의 위헌 주장을 받아들이지 않았다.

29) The Commission's substantive vision of the public interest at least implicitly rested on a belief that radio should not cater to the values of fragmented audiences with potentially conflicting interests but rather should serve as a homogenizing and unifying creator of shared values.

30) In re Primer on Ascertainment of Cmty. Problems by Broad. Applicants, 27 F.C.C.2d 650, 656-58 (1971)

을 입증할 것을 요구하였고, 결국 그러한 규칙의 목적은 시장이익추구를 배제할뿐 아니라 정부가 적정한 프로그램편성을 결정하는 것도 배제하는 것이라고 평가되기도 하였다. 사실상 배경은 당시에 방송사의 표현의 자유에 관한 소송 건수 증대에 있기도 하였다. 당시의 재허가는 이른바 Promise-performance model로서 방송사가 자신들의 약속을 얼마나 지켰는가를 객관적 기준에 의해서 평가하는 방법에 의하고 있었다.

1980년대 레이건 행정부의 등장과 함께 ascertainment rules, fairness doctrine, 프로그램 편성의 다양성에 관한 구조적 규제가 폐지되고 시장주의적 접근이 강조되었다. FCC의 위원들은 공공의 이익은 방송이 시청자들의 요구에 맞는가가 아니라 시장에서 수용되는가에 따라 평가되는 것이라고 입장을 밝히기도 했다.<sup>31)</sup> 재허가는 이른바 post card renewal이라고 불렸고, fairness doctrine이 방송사의 표현의 자유에 미치는 chilling effect가 인정되었다. 또한 방송권역의 공동체의 관심에 부흥하는 방송을 하여야 한다는 규칙이 폐지됐다.<sup>32)33)</sup> FCC 의장은 공개적으로 Marketplace 접근방법을 옹호하고 FCC는 방송사의 프로그램을 검열할 권한이 없음을 강조하였다.<sup>34)</sup>

---

31) Cass R. Sunstein, Television and the Public Interest, 88 Cal. L. Rev. 499, 513 (2000) (“[T]he idea that broadcasters show ‘what viewers want’ is a quite inadequate response to the argument for public interest obligations.”)

32) The Revision of Programming & Commercialization Policies, Ascertainment Requirements, & Program Log Requirements for Commercial Television Stations, 98 F.C.C.2d 1076, 1077 (1984), aff'd in part and remanded in part sub nom. Action for Children's Television v. FCC, 821 F.2d 741 (D.C. Cir. 1987).

33) Anthony Verona, "OUT OF THIN AIR: USING FIRST AMENDMENT PUBLIC FORUM ANALYSIS TO REDEEM AMERICAN BROADCASTING REGULATION", University of Michigan Journal of Law Reform Winter 2006, "A key component of the local public affairs programming obligation has been the coverage of political campaigns and elections, in that such coverage promotes an informed electorate. [FN57] Yet a 2002 Lear Center study found that of 10,000 local newscasts on 122 television stations in the top fifty markets, only forty-four percent of those news broadcasts devoted any coverage at all to the electoral campaigns leading up to the November 2002 elections. [FN58] Of those that did, the aired stories averaged less than ninety seconds in length. Commercial broadcast coverage of the last Democratic and Republican presidential nominating conventions represented an all-time low, with ABC, CBS, and NBC each airing only three hours of coverage for each of the conventions [FN59]--a dramatic difference from the broadcast coverage of the 1972 conventions, which totaled 180 hours.

34) 47 U.S.C. §326 (2000) (“Nothing in this [Act] shall be understood or construed to give the Commission the power of censorship over the radio communications or signals transmitted by any radio station, and no regulation or condition shall be promulgated or fixed by the Commission which shall interfere with the right of free speech by means of radio

## (2) 공공수탁모델 실패와 대안 논의

최근의 논문들은 미국에서 주과수 희소성(Scarcity rationale)에 따른 방송사 규제 논리와 공공수탁이론(public trustee doctrine)이 실패한 이유에 대해서 다양한 주장들을 제시하고 있으며, 요약하면 다음과 같다.<sup>35)</sup>

- 방송사에게 표현의 자유를 인정하면서 동시에 public trustee로서의 의무를 부과한 것이 모순이다.
- public trustee doctrine의 실효성이 저해된 이유는 전파를 이용하는 방송이 자유로운 market place of ideas를 수용하기에 적합하지 않다는 점이다.<sup>36)</sup> 예컨대 방송은 다양한 의견과 사상간의 "free and open encounter"를 제공해주기에 부족하다. 오히려 방송은, 특히 광고에 의존하는 상업방송은 기업이 시청자를 찾는 marketplace의 역할을 한다.
- 방송사 로비의 상상을 초월하는 강력한 정치적 영향력은 공공의 이익에 근거한 프로그램 규제를 계속 중단시켜왔다. FCC는 포획된 기관(captured agency)의 전형적인 모형이다.

이에 다양한 대안들이 제시되고 있다. 이를 요약하면 다음과 같다.

- 디지털 전환에 맞추어 여유 용량을 이용하여 공공의 이익에 부합하는 편성을 의무화하자는 주장
- 상업방송은 방송용 주과수를 경매를 통해서 구입하도록 하자는 주장
- 상업방송에서 spectrum fee를 받아서 공익적 방송편성을 지원하자는 주장
- 정보공개 (disclosure), 방송사의 자율 Code<sup>37)</sup>
  - : 정부의 역할이 최소화되고 헌법상의 쟁점이 없는 장점
  - : 다른 방안과 조합되어야만 효용이 있음
- 방송사의 특성(집단이기주의와 배타적 보신주의의 성향)을 고려한 방안
  - : 방송사의 자율 Code 제정 및 상호감시에 의한 시행방안

---

communication.”

35) A. Verona 전계 논문 163면

36) Holmes 판사의 말처럼 시장에서 그 사상이 진실인가를 시험해보는 가장 좋은 방법은 그 사상이 경쟁의 결과로서 받아들여지게 하는 힘을 갖고 있는가를 테스트 해보는 것이 이다. (“the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market.”)

37) Cass R. Sunstein, "TELEVISION AND THE PUBLIC INTEREST", California Law Review, March, 2000, 549~555면

## 2) 시장주의적 접근

시장주의 논리는 시장의 반응에 따라서 방송사의 행태가 달라지고, 그럼으로써 시청자의 이익은 증진된다는 것이다. 이 논리에 전제가 되는 것은 시청자의 반응에 따라서 광고를 주 수입원으로 하는 방송사의 수익이 달라진다는 것이다. 그렇다면 이른바 공중의 이익(Public's interest)가 공공이익(public interest)을 규정한다는 명제가 성립한다. 시장이 공익을 담보하는데에 필요한 자연스럽게 효율적인 기제를 제공한다는 것이다. 이러한 이론의 주창자는 미국의 수정헌법 제1조에 따른 표현의 자유를 둘러싼 당사자들간의 권리상충의 문제를 방송사에 대한 규제의 원리와 연결지으면서 그러한 권리의 상충문제를 시장기제에 의존하여 해결하는 것이 효율적이란 입장이다.

미국의 수정헌법 제1조 및 통신법 제326조에 따라 FCC는 방송내용에 대한 규제를 할 수 없다. 그러나, NBC v. United States 사건에서 법원은 FCC가 공공의 이익에 기초해서 방송내용에 대해 규제할 수 있다고 판시하였다. 그러한 판단의 논거는 주파수의 희소성 논리와 거기에 기초한 공공수탁모델이다. 시장주의론을 제창한 Fowler는 이것부터가 잘못된 것이라고 지적한다. 그리고 방송사의 권리와 방송사에 대한 규제의 논리를 비교하여 볼 때에 공공수탁모델에 근거한 규제는 과도한 것이라고 주장한다. Red Lion판결에서 가치의 서열에서 볼 때에 청취자와 시청자의 권리가 방송사의 권리를 앞서는 것이라고 판단하였는데, 가치의 서열 개념이 바로 방송에 대한 시장주의적 접근을 시사하는 것이라고 Fowler는 주장한다.<sup>38)</sup>

그의 주장은 다음과 같다

- 방송에의 액세스권이 방송사의 표현의 자유보다 우선한다는 가치 서열의 개념이 잘못된 것이라기 보다는, 왜 방송사만이 그러한 액세스권을 수용할 의무를 부담하여야 하는가? 또한 왜 방송사가 그렇게 큰 부담을 져야만 하는가?에 대한 설명이 부족하다.
- 만약에 방송이 그러한 부담을 가져야 한다는 것이 논리적으로 설명된다 하더라도 여전히 남는 질문은 왜 그러한 역할을 방송사가 수행하도록 정

---

38) Mark S. Fowler, Daniel L. Brenner "A MARKETPLACE APPROACH TO BROADCAST REGULATION", Texas Law Review, February 1982

부가 꼭 규제해야 하는가?

그는 시장주의적 접근방법은 두가지 장점을 갖고 있다고 주장한다. 첫째, 그것은 Red Lion 판결과 어긋나지 않는다. 둘째, 그것은 표현의 자유를 침해하지 않는다.

아울러 시장주의적 접근방법론자들은 미디어에 대한 액세스권을 규정하기 위한 정부의 개입은 적어도 세가지 위험을 창출한다고 주장한다.<sup>39)</sup>

- 정부가 상이한 주장을 제시하는 자들을 위해 액세스를 제공하기 위한 비용을 미디어가 부담하도록 하면 미디어 경영자들은 논쟁을 일으키는 주제를 다루려고 하지 않을 것이다.
- 정부가 그러한 액세스를 제공하도록 하는 역할을 맡는다면 정부 관료에 의해서 미디어에 대한 조작이 이루어질 가능성이 있다.
- 정부의 개입은 액세스를 규율 것이 아니라 정부가 미디어를 통제하려는 이중적인 모습을 보여주게 될 것이다.

이러한 Fowler의 시장주의적 접근에 기초하여 공정경쟁법은 사상의 자유시장과 부합하는 것이며 따라서 표현의 자유에 부합한다는 주장도 있다.<sup>40)</sup> 그 논거로 제시되는 것은 다음과 같다.

- Red Lion 방송 판결에서도 법원은 제1차 수정의 목적은 사상의 자유시장의 독점을 억제하고, 그 시장에서 궁극적으로 진실이 승리하도록 그 시장을 제한받지 않도록 보존하는 것이다.<sup>41)</sup>
- 사상의 자유시장에 대한 사적인 제한에 관한 판례 FCC Vs. Turner Broadcasting에서 법원은 의무송신조항은 지역방송사의 방송프로그램을 케이블에서 방송하도록 하는 중요한 정부의 이익을 신장시키는 것이고, 따라서 의무송신 조항은 내용중립적이고, 특정 산업에 특화된 공정경쟁과 반독점적인 입법이다.<sup>42)</sup>

---

39) Stanley Ingber, "THE MARKETPLACE OF IDEAS: A LEGITIMIZING MYTH", Duke Law Journal, Feb. 1984

40) Maurice E. Stucke, Allen P. Grunes, "ANTITRUST AND THE MARKETPLACE OF IDEAS", Antitrust Law Journal, 2001년 252면 ; 436 U.S. 775, 800 n.18 (1978). The Court stated that "application of the antitrust laws to newspapers is not only consistent with, but is actually supportive of the values underlying, the First Amendment."

41) 395 U.S. at 390.

42) Turner, 512 U.S. at 668.



- 시청자에게 복수의 정보원에 접근할 수 있도록 하는 것은 중요한 것이며<sup>43)</sup>, 이는 바로 Red Lion 방송 판결에서도 언급된 바와 같이 표현의 자유에 근거해서 방송사가 독점권을 가질 수는 없다는 것과 맥락을 같이 한다.<sup>44)</sup>

그러나 공정경쟁법의 적용요건으로서 사상의 자유시장을 포함시키는 것과 관련된 쟁점은 상존한다.<sup>45)</sup>

- 사상의 자유시장은 공정경쟁법이 규율하고자 하는 경제적인 경쟁이 아니다.
- 사상의 자유시장에서 시장을 가격의 변동 요소에 의해서 확정할 수 없다. 재화의 대체성 요소도 고려되기 어렵다.
- 시장지배적 사업자의 시장 점유율 등의 기준을 어떻게 정할 것인가의 문제

궁극적으로는 방송을 공정경쟁법 원리에 따라서 규제하는 것이 타당한가의 논쟁에서의 핵심은 시장에서의 독점을 막고 공정한 경쟁을 보장하는 것은 경제학적 의미에서의 시장만이 아니라 민주주의의 보존과도 관련된다는 점이다. 예컨대, 미디어기업들간의 합병을 현재의 공정경쟁법의 시각에서 규율하지 않는다면, 즉 경제적 시각 이외의 것에서만 규율하려고 한다면 마땅한 수단을 찾는 것이 어려울 것이며, 차후에 규율하는 것은 더 어려울 것이라는 점이 지적되어야 한다. 또한, 여론 형성의 집중(미디어의 집중)은 거대 미디어기업이 사회에 바람직하지 않은 방향으로 보도를 검열할(self-censorship) 가능성을 증대시킬 것이라는 점도 지적되고 있다. 이러한 점에서 표현의 자유, 및 방송 자유의 시장에 공정경쟁법이 적용되는 것이 타당하다는 주장이 설득력을 갖게 되며 따라서 미국에서의 의무송신규제, 가입자 총한도, 및 채널편성 규제 등도 그와 같은 맥락에서 입법된 것으로 설명된다.

#### 공공재로서의 사상론

공공선택론자들은 정보나 사상이 공공재라서 시장이나 정치적 동기만에 의한 규제로서는 그 가치가 충분히 활용될 수 없다는 논리에서 출발한다. 즉, 정

43) Turner, 512 U.S. at 663.

44) Red Lion Broad. Co. v. FCC, 395 U.S. 367, 391 (1969).

45) Maurice E. Stucke, Allen P. Grunes, 전계 논문 280~287면

보는 내가 직접 생산하거나 그것을 생산하는데 내 노력을 기울이지 않더라도 누군가 다른 사람이 생산하고 그로 인한 혜택을 내가 무료로 즐길 수 있어서, 누구든 좋은 사상이나 정보를 생산할 동기를 갖지 않는다. 정보는 그것을 들은 사람에게 좋은 영향을 줄 수도 있고(긍정적 외부효과) 나쁜 영향을 줄 수도 있다.(부정적 외부효과) 긍정적 외부효과를 얻은 사람은 그 정보를 구입한 사람과 구입은 하지 않고 무임승차했으나 지불할 의사를 가진 사람들이다. 그러나 그 정보의 판매자는 그가 누구인지를 모른다. 즉 시장은 무임승차한 자들의 수요를 반영하지는 못한다. 그렇기 때문에 정부가 할 일은 정보나 사상이 유통되는 것을 막기보다는 더 많이 생산되고 유통되도록 하거나 자유롭게 내버려두어야 한다.<sup>46)</sup>

왜 그런가의 이유를 더 살펴보자면 다음과 같다. 정보의 가치는 절대적인 가치가 아니다. 한 정보에 대해서 한 개인이 매기는 가치와 사회가 매기는 가치가 크게 다르다. 상품의 경우는 그 차이가 크지 않다. 그래서 한 정보가 사회에 더 중요하고 어떤 개인에게는 덜 중요한 것인가의 문제는 의미가 없다. 정보를 원하는 자가 그것을 사용한다. 또한 정보는 잘못된 것일 수도 있다. 그러나 그것을 듣는 자들이 합리적이므로, 그러한 정보의 유통은 저절로 제한된다.

특히 정치적 정보나 사회의 의사결정에 중요한 정보는 그 정보를 전혀 들어보지도 않은 자들에게도 혜택을 줄 수 있다. 중요한 의사결정에 대해서 신문을 읽고 신중히 판단을 한 독자가 많을 수록 그 결정이 사회에 유익한 결정일 가능성이 크고, 그 결과 그 정보를 전혀 모르는 자도 혜택을 받게 된다. 그래서 그와 같은 정보를 이중공공재라고 부르기도 한다.

그러한 이유 때문에, 필요한 양보다 정보가 덜 생산되는 시장에서의 실패를 막기 위한 처방이 표현의 자유다. 재화의 생산과 유통을 규율하는 것은 재화의 비용을 인상시키는 것이다. 표현의 자유는 그러한 부담을 줄이는 것이고 정보와 사상을 규제로부터 면하게 하는 것이 그것을 지원하는 것이다.

---

46) Daniel A. Farber, "FREE SPEECH WITHOUT ROMANCE: PUBLIC CHOICE AND THE FIRST AMENDMENT", Harvard Law Review, December, 1991,



## II. 방송의 제도적 보장과 제한

방송에 대한 책임과 의무를 지우고 규제를 하는 것은 언론표현의 자유의 수단으로서의 방송이 가지는 자유를 제한하는 것이다. 표현의 자유의 중요성을 고려하면 그러한 제한은 가능한 한 억제되어야 한다. 그러나 방송의 자유는 방송을 담당하는 방송 기업이나 방송종사자의 자유만이 아니라 다른 사회구성원들, 일반 국민들의 표현의 자유를 위한 것이고 그것이 더 우선된다고 보는 학자도 있다. 따라서 방송에 대한 제한이 가해지더라도 그것은 다른 국민들의 방송의 자유나 표현의 자유를 보장하기 위한 것이다. 어느 방송사가 어느 특정의 사조만을 반영한다면 다른 사상과 견해를 가진 국민들의 표현의 자유, 방송을 통한 기본권의 보장이 침해된다. 또한 청소년의 보호를 위한 방송내용에 대한 규제는 청소년의 기본권보장을 위한 것이다. 따라서 방송에 대해 그 책임을 부과하고 이의 준수를 요구하는 궁극적인 목적은 보다 더 중요하고 넓은 범위의 기본권들을 보장하기 위함에 있다. 방송의 다원을 보장하고자 하는 제한 및 책임의 부과에서도, 그를 통해서 많은 다양한 계층의 다양한 사상들이 방송을 통하여 표출될 수 있다는 점에서 방송을 통한 표현의 자유의 보장을 강화하는 효과가 담보된다. 궁극적으로 방송의 내용에 대한 법적 책임을 부과하는 것은 기본권의 축소가 아니라 기본권의 신장을 위한 것이다.

### 1. 기본권의 객관성과 주관성

방송은 이러한 여론형성과정에서 매체와 요소로서의 특별한 지위를 갖는다. 방송이 갖는 이러한 중요한 공적 기능 때문에 방송의 자유는 단순한 ‘의사표현의 자유’에 비하여 보다 객관적 성격이 특히 강하게 나타난다. 방송에 의한 자유로운 의사형성은 방송이 그 자체로 자유롭고, 포괄적이며, 진실에 기초한 정보를 제공하는 경우에만 가능하다. 이것을 확보하기 위하여 방송의 자유는 적극적 질서를 필요로 한다. 따라서 방송의 자유는 입법자로 하여금 방송에 대한 실체적 내용과 조직 및 절차에 관한 사항을 규정하도록 의무를 부과한다. 방송의 자유는 방송을 통해서 자유롭고 광범위한 의사형성을 보장하는 과제에 기여”하기 때문에 기본권으로서 방송의 자유는 目的羈束的이다. 독일연방헌법재판소의 판례에 따르면 “이런 목적기속성 때문에 방송의 자유의 경우

헌법상의 여타의 기본권과는 달리 기본권의 주체에게 인격의 발현이나 혹은 이익추구의 목적을 인정하는 기본권이 아니라는 것이다...”<sup>47)</sup> 따라서 방송의 자유는 고립적으로 이해해서는 안되고, 의사표현의 자유 및 정보의 자유와 결부시켜 이해하여야 한다. 의사표현의 자유와 정보의 자유를 위한 방송의 기능조건적 의미 때문에 방송의 자유는 그 내재적 본질인 표현의 방법과 내용을 보장하는 것이지 방송운영주체가 방송의 자유를 임의로 행사하도록 권한을 준 것은 아니다.<sup>48)</sup> 방송의 자유가 임의적으로 행사될 수 있다면 방송의 커다란 잠재적 영향력 때문에 본질적인 법익에 대한 중대한 위험이 수반될 수 있을 것이다. 그런 의미에서 독일연방헌법재판소는 방송의 자유를 개인의 특권이 아닌, 機能條件的 基本權으로 간주한다.

### 1) 기본권의 객관적 질서성

基本權이 憲法的 秩序임을 인정하는 견해는 기본권을 國家權力을 창설하고 국가내에서 적극적 또는 소극적으로 정신적,문화적,사회적,경제적,정치적 생활을 함께 형성해 갈 수 있는 국민 개개인의 憲法的 生活秩序인 동시에 민주주의적, 법치국가적,사회국가적 憲法秩序의 基本이 되는 秩序的 要素라고 하기도 하고,<sup>49)</sup> 국가의 기본적 법질서를 구성하는 요소이고, 국가권력을 제한하거나 국가 권력을 기본권에 적합하도록 의무화하는 객관적 가치질서라고 하기도 한다.<sup>50)</sup> 이러한 견해에 대해 기본권을 객관적 질서라고 하면 주관적 공권성을 약화시키고 기본권과 제도보장과의 구별을 불명료하게 할 우려가 있다는 이유로 반대하는 견해가 있다.<sup>51)</sup>

객관적인 질서라는 의미는 개인이 자유로이 처분할 수도 없는 질서라고 간단하게 정의될 수 있다. 만약에 기본권을 철저히 객관적인 질서라고만 한다면 개인을 공동체에 예속시키고 인간의 자유의지와 자발성을 부정하는 결과가 나올 수 있음이 상정될 수 있다. 즉 기본권이 가지는 권리로서의 성격이 부정된다. 달리 말하면 기본권의 主觀的 權利性을 인정하면서도 客觀的 秩序性을 상대적으로 더 강조하면 주관적 권리성을 약화시킬 우려가 있는 것이다.

47) Vgl. BVerfGE 87, 181(190); vgl. BVerfGE 57, 295(320); 83, 238(296).

48) 양건, 방송에서의 표현의 자유와 공적 규제, 헌법연구 1995, 252면

49) 허영, “헌법학”

50) 권영성, “헌법학”

51) 김철수 “헌법학”

그러나 기본권의 주관적 권리성은 어떤 경우에도 부정할 수 없는 것이므로 이를 본질적 요소로서 전제하되, 기본권이 객관적인 실정헌법규범에 실정화되어 있다는 점 역시 분명하기 때문에 기본권이 실정헌법에 의해 보장되고 있다는 의미에서 객관적이라고 하면 기본권이 가지는 주관성도 충분히 보장되고 기본권이 객관적 규범으로서 공동체 전체에 대해 효력을 가진다는 것도 인정할 수 있다. 공동체 전체에 대해 효력을 가진다고 하는 경우에도 공동체내의 국가에 대해서는 직접 효력을 미치지만 공동체내에서 살고 있는 공동체의 구성원들에 대해서는 반드시 직접 효력을 미친다고 할 수 없다. 공동체내의 구성원들은 인간 존재의 필연에 의해 私的 自治에 따라 자유로이 살아가는 존재이기 때문이다.<sup>52)</sup>

따라서 기본권이 객관적인 규범이나 질서로서의 성격을 가지고 있다고 하더라도 이 경우의 규범이나 질서는 공동체에서 이미 주어진 질서가 아니라 는 점을 분명히 하는 것이 중요하다.<sup>53)</sup> 기본권의 규범이나 질서로서의 면을 공동체에서 이미 주어진 것으로 파악하게 되면 인간은 규범이나 질서를 만들어 가는 존재가 아니라 이미 존재하는 규범이나 질서를 준수하기만 해야 하는 공동체에 예속된 존재에 불과한 것이고, 기본권을 주관적 권리인 동시에 다른 한편으로 객관적인 질서로 파악하면 이 질서 속에 있는 모든 존재자(국가, 개인 등 모두를 포함)에게는 기본권의 효력이 파급되기 때문에 그로 하여금 기본권에 구속되게 되는 것이고, 이는 기본권에 의한 가치질서에 의해서 기본권이 부인되는 모순을 의미한다.

오늘날 독일의 헌법학에서는 대부분 기본권의 이중성을 인정하는 입장을 취하고 있으나 그 객관적 질서 또는 법원칙으로 파악되는 부분의 내용이 무엇이나 하는 것에 대해서는 많은 다툼이 있다. 독일연방헌법재판소는 헌법재판에서 기본권의 주관적인 면과 객관적인 면의 상호관계에 대해 분명하지 않은 태도를 보였으나, 오늘날에는 기본권은 일차적으로 주관적 권리어야 하며 객관적 원리로서의 기본권의 성질은 원리상 주관적인 권리로서의 기본권의 효력을 강화하는 것이어야 한다는 것으로 기본적인 입장을 정리했다.<sup>54)</sup>

---

52) 정종섭, 전계논문 41면

53) 정종섭, 전계논문 41면

54) 정종섭, 전계논문, 45면

## 2) 기본권의 제도적 보장

우리 헌법재판소는 “제도적 보장은 객관적 제도를 헌법에 규정하여 당해 제도의 본질을 유지하려는 것으로서 헌법 제정권자가 특히 중요하고도 가치가 있다고 인정되고 헌법적으로도 보장할 필요가 있다고 생각하는 국가제도를 헌법에 규정함으로써 장래의 법발전, 범형성의 방침과 범주를 미리 규율하려는 데 있다. 이러한 제도적 보장은 주관적 권리가 아닌 객관적 범규범이라는 점에서 기본권과 구별되기는 하지만 헌법에 의하여 일정한 제도가 보장되면 입법자는 그 제도를 설정하고 유지할 입법의무를 지게될 뿐만 아니라 헌법에 규정되어 있기 때문에 법률로써 이를 폐지할 수 없고, 비록 내용을 제한하더라도 그 본질적 내용을 침해할 수 없다. 그러나 기본권 보장은 **”최대한 보장의 원칙“**이 적용됨에 반하여, 제도적 보장은 그 본질적 내용을 침해하지 아니하는 범위 안에서 입법자에게 제도의 구체적 내용과 형태의 형성권을 폭넓게 인정한다는 의미에서 **”최소한 보장의 원칙“**이 적용될 뿐이다”고 판시하여 제도 보장과 기본권보장의 차이점을 분명히 인정하고 차별적인 취급을 하고 있다.<sup>55),56)</sup>

## 2. 방송자유의 주관성과 객관성

앞에서 살펴 본 바와 같이, 방송의 자유가 주관적 기본권으로서 성격과 객관적 질서규범으로서의 성격을 갖는다는 것에 대한 논란은 존재하지만, 헌법상 기본권으로서의 방송의 자유를 분석함에 있어서 불가결한 시각임은 분명하다. 그러한 논란의 핵심은 주관성의 보장과 객관적 질서 성격의 보장이 상반

55) 헌재결, 1997.4.24., 95헌바48 참조.

56) 명재진, 기본권의 객관적 질서성에 관한 연구, 공법학연구 제5권 제1호, 30면 “이러한 헌법재판소의 입장은 비판의 대상이기도 하다. 학계에서는 제도보장과 기본권을 분리하는 준별론을 비판하고, 기본권의 보장을 단순한 개념의 문제가 아니라 실천의 문제임을 인식하여 개별 기본권의 성격상 기본권보장에서도 제도보장을 인정할 수 있고, 제도보장에서도 기본권을 도출시킬 수 있다는 주장이 제기되고 있다. 이 견해에 따르면, “혼인제도를 최소한으로 보장하면서 동시에 혼인에 관한 기본권을 최대한으로 보장하는 것은 법리상 불가능하며, 가족제도를 최소한으로 보장하면서 가족에 관한 기본권을 최대한으로 보장한다는 것이나 사유재산권은 최대한으로 보장하면서 사유재산제도는 최소한으로 보장한다고 하는 것은 그 자체가 모순이다”고 비판하면서, “기본권을 사회현실에서 구체적으로 실현하는 기본권의 구체화는 시대의 변화와 사회의 발달에 따라 계속 그 내용이 채워져 가는 것인데, 그 구체화에서 제도야말로 기본권의 실현에서 무엇보다 중요한 것이다. 따라서 기본권을 구체화하는 제도야말로 기본권보장과 그 범위를 같이 하는 것이다”고 주장하며 헌법재판소 입장을 강하게 비판하고 있다“

된다고 보는 입장에 있다. 그러나 앞 절에서 제시된 바와 같이 기본권이 실정 헌법에 의해 보장되고 있다는 의미에서 객관적이라고 하면 기본권이 가지는 주관성도 충분히 보장되고 기본권이 객관적 규범으로서 공동체 전체에 대해 효력을 가진다는 것도 인정할 수 있다고 생각될 수 있다. 그렇다면 과연 방송의 자유에서의 주관성, 즉 주관적 측면이 그와 같은 방식으로 보장될 수 있을 것인가에 대해서 본 절에서는 살펴보고자 한다.

### 1) 방송자유 주관성의 한계 : 미성숙한 기본권

방송의 자유의 객관적 측면의 내용을 구성하고자 할 때 제기되는 문제는 주관적 측면과 객관적 측면이 어떠한 관계에 있는가 하는 점이다. 이 경우에 기본적으로 세가지의 방법이 고려될 수 있다. 첫째, ‘방송의 자유’의 객관적 측면은 주관적 측면의 보장을 통하여 자연스럽게 실현된다는 방법이다. 이러한 입장에서는 객관적 측면의 보장을 위한 고유한 조치의 예정은 불필요할 것이다. 둘째, 기본적으로 첫번째의 견해에 입각하면서도 현실적으로 주관적 측면의 보장이 곧바로 객관적 측면의 보장으로 연결되지 않는 경우에는 이미 주관적 측면의 보장은 이루어지고 있기 때문에, 객관적 측면의 보장을 위하여 그것을 현실화할지의 여부를 시민사회의 자율에 위임하여야 한다는 사고방법이다. 셋째, 방송의 자유의 객관적 측면인 사회에 유통하는 의견 및 정보의 다양성이라는 가치는 현대민주주의의 생활과정에 있어서 불가결한 의의를 가지고 있는 바, 이러한 객관적 측면의 현실화 가능성을 불안정한 상태로 방치하는 것은 바람직하지 않기 때문에, 주관적 측면의 보장에만 머물 것이 아니라 객관적 측면을 보장할 수 있는 조치를 마련하여야 한다는 사고방법이 그것이다.<sup>57)</sup>

신문의 경우에는 비교적 객관적 측면이 성숙되었다고 보는 설이 우세하다. 신문 등의 인쇄매체에서의 표현의 자유, 언론의 자유는 신문이 자유로운 표현 활동을 행함으로써 사회에 있어서 다양한 표현이 보장된다는 것, 다시 말해서 주관적 측면의 보장을 통하여 자연스럽게 객관적 측면이 보장된다는 기능모델이 역사적 과정속에서 사회적인 인지를 거친 공리로 규범적 명제속에 결정화(結晶化)되어 있다는 점이 방송과의 큰 차이라고 지적된다.<sup>58)</sup> 즉, 검열제도 등

57) 김창규, “방송의 다양성확보를 위한 법제개선방안연구”, 법제연구원, 1999년 20면



을 포함한 다양한 문제와 관련하여 절대주의지배체제에 대항하면서 확립된 ‘신문의 자유’의 역사적 성립과정을 회고해 보면, 이것은 무엇보다도 국가로부터의 자유가 가장 중요한 과제였고, 또한 이를 통하여 신문.출판은 시민사회에서 사상의 자유시장을 실현할 수 있는 것으로 - 적어도 규범적인 이념형으로서는 - 간주되었던 것이다. 따라서 주관적 측면의 보장을 실현하는 것만이 규범상의 유일한 관심사였다.<sup>59)</sup>

반면에 방송의 자유는 “미성숙한 기본권”이라고 보는 견해가 설득력을 갖는다. 미성숙의 의미는 **방송의 자유의 주관적 측면과 객관적 측면의 자연적 일체화의 시스템이 아직 충분하게 기능할 수 있는 단계에 이르지 않았다**는 것이다. 독일의 연방헌법재판소는 1981년 제3차방송판결에서 “인쇄매체에 있어서는 역사적 발전이 현존의 일정한 균형을 초래한 것이다. 따라서 오늘날 인쇄매체에 의한 포괄적인 정보와 의견형성을 보호하기 위해서는 기본적으로 현존하는 (자유경쟁의) 상황을 보장하면 충분하지만, 민영방송의 경우에는 적어도 처음부터 그러한 (자유경쟁의) 상황에서 출발할 수는 없다”고 판시하였다.<sup>60)</sup> 따라서 방송자유는 구체적인 구현은 제도적인 보장을 필요로 한다는 논리가 설득력을 갖는다.

## 2) 방송자유는 제도적 보장의 의의

방송자유를 제도적 자유로서 수용해온 독일에서는 표현의 자유나 언론자유 외에 방송자유는 개개인의 의견개진이나 주관적 계발의 자유가 아니라 모든 국민의 공론장 형성을 위한 봉사적 자유를 뜻한다. 즉 주체 스스로를 위한 것이 아니라 타자를 위한 자유를 의미한다. 방송의 자유는 방송사와 공공의 이익에 부합하는 기본적인 언론의 자유에 봉사하는 제도적 자유로 간주된다. 다시 말해서 방송의 자유는 자유로운 언론의 목적을 증진시키는 한도내에서 보호받아야 한다.

방송자유를 제도적 자유로 파악하는 주장에서 방송자유는 권리로서의 특성과 한계를 파악하는 주요 논리는 다음과 같다.<sup>61)</sup>

---

58) 하마다 준이치, “정보법”

59) 상동

60) BVerfGE 57, 295, 323., 김창규 전계보고서에서 재인용

61) 김진웅, “방송자유는 제도적 성격에 관한 연구”, 한국언론학보 제45-4호 (2001-가을), 138-140면

첫째, 주관적 측면의 방송의 자유는 방송자유를 개개인의 권리로 보는 반면에, 객관적 측면에서는 이를 주관적 권리로 제한하지 않는다. 즉 **방송소유 및 운용자 혹은 종사자를 비롯하여 누구나 방송을 통한 자유권리의 행사에 있어서는 개별적인 이해관계에 따르는 것을 부정한다. 사익 대신에 공적인 이익추구가 더 중요시된다.**

둘째, 헌법적 관점에서 방송자유에 대한 객관적 관점은 표현의 자유 및 알 권리의 유기적 조합이다. 주관적 해석이 헌법에 보장된 상위의 자유권으로서 표현의 자유와 일치를 강조하는 것과 대조적이다. 달리 말해서, **제도적 방송 자유는 방송사의 권리뿐만이 아니라, 수용자 관점에서의 방송자유를 적극적으로 수용한다.** 이러한 관점은 표현의 자유를 궁극적으로 개개인의 기본권 실현뿐만 아니라 자유민주국가의 존립에 필수적인 민주적 여론형성 기능에 기여하는 **광의의 의미로 해석하는 입장**과 맥락을 같이한다.

셋째, 개개인의 방송의 자유권보다는 사회 구성원의 방송 평등권 보장을 중요시한다. 이는 방송자유권을 훼손하지는 않지만, 그것의 행사에 있어서는 **전 구성원의 자유권적 기본권의 동등한 행사기회를 우선적으로 보장하는 것을 의미한다.**

넷째, 방송의 자유의 객관적 측면의 또 다른 특징은 별도의 조직구조, 제반 규범 등 사전적 규제조치를 필요로 한다는 점이다. 이는 달리 말해서 기본권적 자유권의 제도화라고 표현할 수 있다. “기본권으로서 방송자유는 보장법률에 의해 결정되는 것은 그 내용이 주관적인 권리보다는 객관적인 권리가 우선함을 보여주는 것이다. **만일 방송자유가 주관적인 기본권에 속한다면 개개인이 헌법적인 질서안에서 그것을 자유롭게 향유하는 것이지, 법률에 의해 타율적으로 결정하는 것은 아니다.** 이것이 객관적 질서로서의 방송자유 의 제도적 보장의 성격이다. 이를 통해 **방송자유는 시민 개개인의 권리보장보다는 민주주의의 기본질서를 유지하는데 기여하는 역할**을 한다. (그렇다면) 개인의 방송허가청구권도 헌법에서 직접적으로 유래하기 보다는 오히려 법률에서 정한 바에 따라 허용되고, 허가를 받지 못하는 경우에도 기본권의 제한에 해당되지 않는다고 본다. 따라서 방송의 자유는 개인의 방송 설립권과 같은 주관적 성격보다는 객관적 질서수립을 위한 입법자의 형성의 자유를 의미한다.”<sup>62)</sup>

다섯째, 입법자로서 국가의 적극적인 역할이 요구된다는 점이다. 앞에서 언급한 제반 규제 및 감독의 주체로서 국가의 개입 기능이 필요하다.

### 3) 방송자유의 제도적 보장의 한계

#### (1) 방송자유의 조직과 절차 기본권의 한계

방송의 자유를 객관적 질서규범을 포함하는 것으로 보려는 학설의 출발점은 방송의 자유라는 기본권이 기능적 객관적인 견지에서 볼 때에 가치결정으로서의 객관적인 지침과 기준들을 포함하여야 한다고 전제되기 마련이고, 그러한 가치결정에 기초하여 기본권이 실효적인 것이 되기 위해서는 조직과 절차적 규정을 정하는 구체적인 입법형성이 필요하다는 것이 인정되어야 한다는 것이다.

여기서 입법자의 재량에 의해서 법을 제정함으로써 국가에게 기본권의 실현을 보장하도록 요구하는 것은 **조직의 기본권**이라고 불리기도 한다. 반대의 시각에서 말한다면, 그러한 기본권이 보장되어야 하는 이유는 기본권 보장을 통해서 실현하고자 하는 목적이 개인의 이익을 위해서든 아니면 공공의 이익을 위해서든 그러한 조직규범에 대한 보장없이는 제대로 실현될 수 없기 때문이다.<sup>63)</sup> K. Hesse는 조직과 절차를 통한 기본권의 실현과 강화에 대하여 “기관과 절차는 현대국가에 있어 기본권 효력의 중요한 요소로서 기능하며, 기본권은 사회현실 속에서 법질서에 의한 형성이 요구되기 때문에 기관과 절차라는 수단을 통해 진정한 자신의 기능을 나타낼 수 있다”고 본다.<sup>64)</sup> 독일의 경우에 방송에 관련된 법령이나 대학에 관련된 법령이 그러한 조직규범에 속한다.

논의상의 쟁점으로 제기되는 것은 조직의 기본권에서 말 그대로 기본권은 조직에 관한 권리이기 때문에 그것이 국민의 주관적 권리로 주장될 수 있는 것인지, 아니면 단지 국가의 객관적 의무에 불과한 것인지 하는 점이다.<sup>65)</sup> 가장 쉬운 대답은 조직에 관한 규정이 개인의 이익과 전체의 이익(즉 사회 공동

62) 상동

63) 이준일, “조직과 절차에 관한 기본권”, 아.태공법연구 제9집 2001.9, 143면

64) “기본권의 객관적 질서성에 관한 연구”, 37면

65) 이준일, 전제논문 144면

체의 이익, 공익) 양자에 대해서 합리적으로 형량이 되고 있는가가 더 중요한 것이라는 것이다.<sup>66)</sup> 예컨대, 방송의 자유의 경우에는 개인의 이익(방송사의 이익)과 전체의 이익(자유로운 의사형성)이 충돌하는 경우에 보통 후자가 우선한다고 볼 수 있다. “주관적 측면과 객관적 측면이 관계를 고려할 때, 하나의 모델로서 객관적 측면은 주관적 측면에 의해 보장됨으로써 자연스럽게 실현된다는, 즉 개개인의 방송활동에 최대한의 자유를 인정함으로써 사상의 자유시장이 당연히 생겨난다고 하는 구조를 생각할 수 있다. 이 경우에는 객관적 측면에 고유한 보장조치를 미리 상정하는 것은 불필요하다”고 보는 학설이 이 경우에 해당한다.<sup>67)</sup>

그러나 그렇게 보는 시각이 이익의 형량을 고려하고 있는가가 중요하다. 즉 전체의 이익뿐만 아니라 개인의 이익이 함께 고려된다는 점이 중요하다. 조직에 관한 규정이 개인의 이익을 고려한 것이냐, 아니면 전체의 이익을 고려한 것이냐에 따라서 규범의 내용이 달라질텐데, 개인의 이익을 위한 조직 규범이 전체의 이익을 위한 것일 수는 없다고 단정될 수는 없다. 왜냐하면 앞에서 살펴 본 바와 같이 개인의 이익이 전체의 이익일 수도 있기 때문이다.

개인의 필요성을 위해서 조직규범을 만드는 것을, 즉 **조직규범을 만드는 정당성을 개인의 이익 증진에서 찾는 것을 주관적 정당화**라고 할 때, **주관적 정당화에 의해서 객관적 의무(국가가 부담하여야 하는 의무)를 도출하는 것이 이른바 기본권적 이익의 이론과 전체구성원으로서의 개인에 대한 설명이다.** 조직규범이 개인의 이익을 보호하기는 하지만 그것은 국가의 객관적 의무를 실현함으로써 나올 수 있는 기본권적 이익에 불과하지 주관적으로 주장할 수 있는 개인의 기본권은 아니므로 주관적 권리의 성격이 부인될 수 있다. 달리 말하면 조직규범이 보호하는 것은 순수한 개인이 아니라 전체의 구성원으로서의 개인인 것이고, 따라서 주관적 권리의 성격이 부인될 수도 있다. 그리고 여기서 순수한 개인이 아니라 전체의 구성원으로서 개인이 보호받는 이익은 객관적 규범으로서 보호되는 것이라고 간주하는 것이 타당할 것이다. 이 설명에 담겨 있는 핵심 주제는 방송의 자유와 같은 기본권이 실천되기 위해서 필요한 조직규범을 요구하는 권리, 즉 조직에 관한 기본권은 처음에는

---

66) 이준일, 전계논문 145면

67) 하마다준이치, 정보법, 40-41면

개인을 위한 주관적 권리로서 보일 수도 있으나, 다른 개인의 기본권이나 공공의 이익을 고려하는 형량을 해본 다음에는 달라질 수도 있다는 점이다.

이러한 설명은 객관적 정당화의 경우에도 유사하다. 방송의 자유와 관련되는 “봉사하는 자유”의 이론에서처럼 기본권이 자유로운 의사형성이라는 공공의 이익에 봉사한다고 전제될 때에도, 방송의 자유라는 기본권이 다른 개인들의 방송의 자유를 위해서 봉사하는, 즉 객관적 규범만을 보장하는 것은 아니다. 개인이 방송의 자유를 제대로 향유한다면 자유로운 의사형성이라는 공공의 이익에 봉사하는 것이다,

따라서 결론적으로 기본권은 우선적으로 개인의 주관적 권리라는 점이 도출된다. 결국 **주관적 정당화에 의해서 객관적 의무가 실현된다는 명제가 성립**한다. 독일 연방헌법재판소의 판례에 제시된 소수 의견은 그런 측면에서 국가의 의무를 제시하고 있다. 1979년 Mulheim- Karlich 판례에서 연방헌법재판소의 소수의견으로 제시된 것이 기본권과 기관과 절차와의 상호관계이다. 이 견해에 의하면 “국가기관은 실제적인 기본권들을 준수하여야 할 의무뿐만 아니라 관련되는 절차형성을 통해 기본권을 효과적으로 기능할 수 있도록 해야 될 의무를 진다. **관련 절차법이 기본권의 효과적 기능에 부적합한 경우, 기본권의 본질적인 내용을 침해할 수 있다.** 근본적으로 기본권질서에 적합한 절차가 기본권을 실현하고 효과적으로 만드는데 유일한 가능성을 제공한다. 이는 국가기관에게 **절차규정들의 헌법적합적 해석과 운용을 요구한다**”고 판시하였다.<sup>68)</sup> 독일 연방헌법재판소는 국방의무에 있어 집총거부권을 규정한 제4조 제3항과 정치적 망명권을 규정한 제16조에서 조직의 기본권(기본권이 갖는 조직과 절차에 관한 효과)를 인정하였다. 이들 기본권을 효과적으로 보호하기 위해 특별한 조직과 절차가 요구된다는 점이 인정된 것이다. 또한 방송의 자유를 위한 국영방송의 자유나 대학의 자치 등에 대한 적용 사례로서, 연방헌법재판소는 더 나아가 절차형성과 조직과 절차에의 참여를 통한 기본권 강화를 인정하는 판례를 남기고 있다.<sup>69)</sup>

우리 헌법재판소의 판결중에 기본권의 객관적 질서성에서 나오는 조직과

68) 명재진, “기본권의 객관적 질서성에 관한 연구”에서 재인용, BVerfGE 53, 69(71ff.).

69) BVerfGE 12, 205(261ff.); 57, 295(325); 60, 53(64); 73, 118(152f.). BVerfGE 12, 205(261ff.); 35, 79(115). 연방헌법재판소는 대학판례(BVerfGE 35, 79) 학문의 자유를 충족시키지 못하게 대학의 기관이 구성(대학 결정기관이 교수가 아닌 다른 직원들이 포함되어 있는 경우)되어 있는 경우 해당 법규는 위헌이 됨을 선언하고 있다. 이 판례에서 재판소는 대학교수의 기관참가권을 인정하고 있다.

절차를 통한 기본권강화의 기능을 긍정적으로 인식하는 것으로서 인정되는 판결도 있다. 헌법재판소는 지난 2003년 2월 27일 기간제임용에 관한 구사립학교법 제53조의2 제3항 위헌소원에서 부당한 재임용거부에 대하여 다룰 수 있는 사후의 구제절차에 관하여 아무런 규정을 하지 않고 있음을 이유로 헌법불합치 결정을 하였다. 헌법재판소는 절차규정과 관련 헌법불합치의 근거에 대해, “이 사건 법률조항이 재임용의 거부사유 및 구제절차에 대하여 아무런 언급을 하지 않고 있기 때문에 사립대학의 정관이 교원의 연구실적, 교수능력과 같은 비교적 객관적인 기준을 재임용 거부사유로 정하지 아니하고 자의가 개입될 수 있는 막연한 기준에 의하여 재임용을 거부하는 경우에는 피해 교원을 실질적으로 구제할 수 있는 대책이 없고”, 또한 “재임용심사의 과정에서 임면권자에 의한 자의적인 평가를 배제하기 위하여 객관적인 기준의 재임용 거부사유와 재임용에서 탈락하게 되는 교원에게 자신의 입장을 진술하고 평가결과에 이의를 제기할 수 있는 기회를 주는 것은 임면권자에게 지나친 부담이 아니라고 할 것이며, 나아가 재임용이 거부되는 경우에 이의 위법 여부를 다룰 수 있는 구제절차를 마련하는 것은 대학교원에 대한 기간임용제를 통하여 추구하려는 입법목적 달성을 데에도 아무런 장애가 되지 않는다”고 판시하고 있다.<sup>70)</sup> 이 판결에서 기간제임용이라는 제도 자체가 본질적으로 위헌이라는 입장이 아니라, 헌법재판소는 절차상의 미비로 말미암아 교원지위가 불안정하게 되는 것을 헌법불합치의 근거로 삼았는데, 이는 교원이라는 직업의 자유의 객관적 질서성에서 나오는 기관과 절차를 통한 기본권의 형성과 강화의 기능으로 설명될 수 있을 것이다.<sup>71)</sup> 헌법은 교원지위법정주의를 인정하고 있으며, “교원의 지위에 관한 ‘기본적인 사항’은 다른 직종의 종사자들의 지위에 비하여 특별히 교원의 지위를 법률로 정하도록 한 헌법규정의 취지나 교원이 수행하는 교육이라는 직무상의 특성에 비추어 볼 때 교원이 자주적·전문적·중립적으로 학생을 교육하기 위하여 필요한 중요한 사항이고, ... 그러므로 **입법자가 법률로 정하여야 할 기본적인 사항에는 무엇보다도 교원의 신분이 부당하게 박탈되지 않도록 하는 최소한의 보호의무에 관한 사항이 포함된다**”<sup>72)</sup>고 헌법재판소는 인정하고 있다. 이러한 결정은 곧 교원지위법정주의에

70) 현재결, 2003. 2. 27., 2000헌바26 참조.

71) 명재진, 전제논문, 38면

72) 구 사립학교법 제53조의2 제3항 위헌소원 [헌법재판소, 2003.02.27, 2000헌바26]

따라 교원에게 주관적 기본권이 인정되고, 아울러 객관적 측면의 보호를 위한 최소한의 보호의무를 국가, 특히 입법자가 부담함을 인정하고 있다.

이러한 최소한의 보호의무를 헌법재판소는 다른 판결에서도 인정하고 있다. 지방공무원법에 따른 신분보장에 관한 판결에서 헌법재판소는 “헌법 제7조는 (앞서 본바와 같이) 공무원의 공무수행의 독자성과 영속성을 유지하기 위하여 공직구조에 대하여 제도적 보장으로서의 직업공무원제도를 마련하도록 규정하고 있다. 제도적 보장은 객관적 제도를 헌법에 규정하여 당해 제도의 본질을 유지하려는 것으로서, 헌법제정권자가 특히 중요하고도 가치가 있다고 인정되고 헌법적으로 보장할 필요가 있다고 생각하는 국가제도를 헌법에 규정함으로써 장래의 법 발전, 법형성의 방침과 범주를 미리 규율하려는 데 있다. 다시 말하면 이러한 제도적 보장은 주관적 권리가 아닌 **객관적 범규범**이라는 점에서 기본권과 구별되기는 하지만 헌법에 의하여 일정한 제도가 보장되면 입법자는 그 제도를 설정하고 유지할 입법의무를 지게 될 뿐만 아니라 헌법에 규정되어 있기 때문에 법률로써 이를 폐지할 수 없고, 비록 내용을 제한한다고 하더라도 그 **본질적 내용을 침해할 수는 없다**. 그러나 기본권의 보장은 ... ‘최대한 보장의 원칙’이 적용되는 것임에 반하여, 제도적 보장은 기본권 보장의 경우와는 달리 그 **본질적 내용을 침해하지 아니하는 범위 안에서 입법자에게 제도의 구체적인 내용과 형태의 형성권을 폭넓게 인정한다는 의미에서 ‘최소한 보장의 원칙’이 적용될 뿐인 것이다**. 이 사건에서 문제된 직업공무원제도는 바로 헌법이 보장하는 제도적 보장중의 하나임이 분명하므로 입법자는 직업공무원제도에 관하여 ‘최소한 보장’원칙의 한계안에서 폭넓은 입법형성의 자유를 가진다”고 판시하고 있다.<sup>73)</sup>

이상의 논의를 종합해 보면, 방송의 자유라는 기본권의 구현을 위한 조직

---

73) 구 지방공무원법 제2조 제3항 제2호 나목 등 위헌소원 [헌법재판소, 1997.04.24, 95헌마48] “따라서 청구인들의 주장과 같이 비록 동장이 주민에 대한 최근접 행정조직의 책임자로서 주민생활에 직접적이고 광범위한 영향을 미치는 공무원으로서 어느 공무원보다도 주민들과의 사이에 강한 근무관계가 있고 정치적 중립의 요청이 큰 한편, 그들에게 맡겨진 공무에 특별한 전문성이나 특수성을 찾아보기 어려울 뿐만 아니라 장기간 계속하여 그 직무를 담당하게 하는 것을 회피하여야 할 필요성이 있다거나 한시적인 기간동안만 그 직무를 담당할 것으로 예정되어 있는 것이 아니라고 할지라도 그러한 사정만으로 입법자가 동장의 임용의 방법이나 직무의 특성 등을 고려하여 공직상의 신분을 지방공무원법상 신분보장의 적용을 받지 아니하는 특수경력직공무원 중 별정직공무원의 범주에 넣었다 하여 바로 그 법률조항을 위헌이라고 할 수는 없는 것이다.”

과 절차 규정은

- 제도적 보장으로서 국가에 의한 최소한 보장 원칙에 의해 한정되는 것이며,
- 아울러 그러한 조직과 절차를 입법자가 형성법률로서 제정함에 있어서 그 법률이 헌법의 기본권 제한에 따른 원칙을 준수하고,
- 방송자유의 구현에 기여하는 것으로서
- 방송의 자유라는 기본권의 본질적 내용을 침해하지 않는 것이어야 한다.

## (2) 객관적 가치질서의 유동성

앞에서 살펴 본 바와같이 기본권에 의해 형성되는 헌법질서는 이미 가치판단을 거친 질서이고, 그 가치질서는 특정한 시기에 이루어진 가치결정에 따라 완성된 폐쇄적이고 고정적인 것이 아니라 기본권의 의미가 변화하는 것에 따라 변화하는 열려 있는 가치질서라고 보아야 한다.<sup>74)</sup>

다른 각도에서 살펴 본다면, 기본권이 객관적인 규범이나 질서로서의 성격을 가지고 있다고 하더라도 이 경우의 규범이나 질서는 공동체에서 이미 주어진 질서가 아니라는 점이 지적되어야 한다. 기본권의 규범이나 질서로서의 면을 공동체에서 이미 주어진 것으로 파악하게 되면 인간은 규범이나 질서를 만들어 가는 존재가 아니라 이미 존재하는 규범이나 질서를 준수하기만 해야 하는 공동체에 예속된 존재로 전락한다. 기본권을 주관적 권리인 동시에 다른 한편으로 객관적인 질서로 파악하면 이 질서 속에 있는 모든 존재자(국가, 개인 등 모두를 포함)에게는 기본권의 효력이 파급되기 때문에 그로 하여금 기본권에 구속되게 하는 효과를 가져올 수 있다. 따라서 기본권을 권리의 측면 이외에 헌법적 규범이나 질서로 파악하는 경우에도 이 점을 적극 고려하되, 규범이나 질서(또는 규범질서)라는 점이 자칫 오해되면 주관적 권리성을 축소시킬 수 있다는 위험성에 대해서는 항상 경계할 필요가 있다.<sup>75)</sup>

또한 어떠한 권리가 憲法上的 權利 즉 기본권인가 아니면 法律上的 權利인가를 구별하는 基本權의 限定(Begrenzung der Grundrechte)의 문제도 역시 마찬가지다. 헌법이 보호하고 있는 기본권의 내용, 즉 기본권의 보호영역은 언

---

74) 정종섭, 전제논문 40면

75) 정종섭, 전제논문 41면



제나 固定不變의 것으로 존재하는 것이 아니라, 헌법의 시대상응성, 역사성, 현실적응력 그리고 基本權의 變遷에 의해 장기적으로 그 領域限界線이 변화한다.<sup>76)</sup>

### 3. 방송자유 의 제한

본절에서는 방송자유 의 객관적 가치질서 의 내용이 무엇인가 를 모색 하고자 한다. 앞절에서 살펴 본 바와 같이 객관적 가치질서 의 내용, 즉 방송자유 라는 기본권 의 객관적 측면에서 의 규범이나 질서 의 내용은 유동적일 수 밖에 없다. 따라서 각종 판례 및 학설상에서 그러한 규범으로 인정되고 있거나 논의되고 있는 것들을 살펴 보기로 하겠다.

#### 1) 방송사 의 소유제한 관련

1980년도 언론통폐합 당시 동아방송이 KBS에 양도된 것은 무효라는 확인 의 소를 제기한 후(90가합23169), 일정한 대기업은 방송법인이 발행한 주식 또는 지분을 소유할 수 없도록 한 방송법 제6조 및 일간신문사는 방송법인을 겸영할 수 없다는 방송법 제7조가 각 표현의 자유, 직업선택의 자유, 평등원칙에 위배된다는 이유로 신청한 위헌심판제청에 대해 헌법재판소는 소유제한의 합헌을 선언하였다.

이 사건에서 청구인 의 주장 의 요지는 다음과 같다.

“헌법이 정한 언론의 자유와의 관계상 무선국의 허가여부는 기속재량행위라고 보아야 할 것이다. ... 오늘날 주과수의 제한뿐만 아니라 공적 과업성을 이유로 방송의 허가제도가 보편적으로 시행되고 있다. 그러나 헌법 제21조 제2항의 해석상 그러한 허가권의 행사는 표현의 자유를 침해하지 않을 정도의 최소한의 것이어야 한다. 즉 허가권의 행사는 방송이 민주적 여론형성과 국민문화의 향상을 도모하고 공공복지의 증진에 기여하는가(방송법 제1조 참조), 사회 각계 각층의 다양한 의견을 균형있게 수렴하는가(방송법 제4조 참조) 여부에 따라 결정되어야 할 것이다. ... 첫째, 방송은 성질상 다액의 자본을 추가해야 하는 점에서 인쇄매체와 차이가 있어 방송

---

76) 정중섭, 전계논문 57면

경영의 주체는 필연적으로 한정될 수밖에 없다. 둘째, 다수의 방송이 존재한다 하여 다수의 의견이 개진되는 것은 아니며, 예컨대 공산주의 국가에 수개의 방송국이 있다 하여 다양한 의견이 개진되는 것은 아니다. 셋째, 방송국의 소유자가 방송편성 등 내용에 대하여 영향을 미친다는 사고방식은 구시대의 유산이다. 편성권의 자율성을 보장하는 것은 이념이 아니라 현실이 되고 있다. ... 방송허가의 근거에 비추어 볼 때 특정인을 원초적으로 방송업에 참여하지 못하게 함은 일종의 사전검열이다. 특정인이 공적 과업을 수행할 수 있느냐 여부는 방송을 실시함으로써 판단할 수 있는 것이고 방송을 실시하기 전에는 판단할 수 없는 것이다. 더구나 신문사 운영자나 특정 재벌이 원천적으로 방송을 할 수 없게 하는 것은 평등권을 침해하는 것이다.”

이러한 주장에 대해 헌법재판소는 방송의 자유의 객관적 질서성을 인정하면서<sup>77)</sup> 그러한 질서의 하나로서 언론기관이 특정의 소수자에게 집중되는 것을 방지하기 위하여 규정된 것이 당시의 방송법 제6조 및 7조라고 판시하였다. 헌법재판소는 그러한 규제는 국민의 및 7인 언론, 출판의 자유를 최소한도로 제한하는 것에 불과하고, 그러한 및 7의 본질적인 부분이 침해받는 것은 아니라고 판시하였다.<sup>78)</sup>

77) 방송법 제6조 등 위헌소원[헌법재판소, 1996.08.29, 94헌바35] “방송법은 방송의 자유와 공적 기능을 보장함으로써 민주적 여론형성과 국민문화의 향상을 도모하고 공공복리의 증진에 기여함을 목적으로 제정된 것으로서(제1조), 방송편성의 자유등은 철저히 보장되어 있으며(제3조), 한편, 방송의 공적인 기능을 중시하여 방송은 사회 각계각층의 다양한 의견을 균형있게 수렴함으로써 그 공적인 임무를 수행하여야 한다는 점과(제4조 제2항), 방송의 보도는 공정하고 객관적이어야 하고(제5조 제1항), 특정한 신념이나 이익 등을 지지하거나 옹호할 수 없도록 규정하고 있으며(제5조 제3항),”

78) 방송법 제6조 등 위헌소원[헌법재판소, 1996.08.29, 94헌바35] “이러한 사정에 비추어 볼 때, 위 방송법에서 일정한 대기업으로 하여금 방송법인의 주식이나 지분을 소유하지 못하게 하거나, 나아가 방송국과 일간신문을 겸영할 수 없도록 규정하고 있다 하더라도, 이는 공공의 복리를 위하여 국민의 기본권인 언론, 출판의 자유를 최소한도로 제한하는 것에 불과하다고 할 것이고, 또한 위와 같이 방송국의 겸영을 금지하는 대상이 이미 언론매체(일간신문이나 통신)를 경영하고 있는 법인에 한정된다는 점에 비추어 보더라도 위와 같은 법인이 언론매체를 소유하고 있지 않은 자연인이나 다른 법인에 비하여 부당하게 차별대우를 받는다고도 볼 수 없으며, 한편 가용주파수가 한정된 상태에서 언론의 공적인 기능을 중시하여 언론의 독점을 방지하기 위한 일환으로 기왕에 언론매체를 소유하고 있는 일정한 법인에 대하여 방송국의 소유와 경영 등을 어느 정도 합리적으로 제한하는 것이 직업선택의 본질적 자유를 침해하는 것이라고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 가사 이러한 방송법의 규정에 의하여 청구인과 같은 일정한 법인이 직업선택의 자유나, 평등권 또는 언론의 자유를 다소 침해받는다 하더라도, 이는 헌법 제37조 제2항에서 규정하는 합리적인 범위내의 기본권 제한에 해당될 뿐이지, 위 각 기본권의 본질적인 부분이 침해받는 것은 아니라고 보아야 할 것이다.”

## 2) 보편적 시청권 관련

시청권은 정보의 자유, 또는 알권리에 대한 논의속에서 다루어지는 것이 최근의 경향이라 할 수 있다. “시청자는 단지 일반적으로 접근할 수 있는 정보원인 방송을 방해받지 않고 이용하는 정보의 자유를 주장할 수 있다”<sup>79)</sup>는 독일 연방헌법재판소의 판시와 같이, 시청권은 알권리이기도 하기 때문이다. 그리고 알 권리는 논리상 주관적 공권만으로 파악할 수는 없다. 알 권리, 즉 정보의 자유는 접근할 수 있는 정보의 존재를 전제하는 것이고, 그러한 정보가 존재한다는 것은 객관적 상황인 것이기 때문이다. 달리 말하면 정보의 자유는 단순한 주관적 공권이 아니고, 민주주의 실현을 위하여 국가 권력과 모든 구성원이 존중하고 실천하여야 하는 객관적 가치질서다.

시청자가 접근하고자 하는 정보원, 즉 방송이 있다면, 시청자는 그 방송에 접근할 주관적 공권을 갖는 것이고, 국가는 앞서 살펴 본 바와 같은 객관적 질서 형성에 관한 의무로서 그러한 접근이 이루어질 수 있도록 하기 위한 최소한의 보장 의무를 부담한다.

현행 방송법은 국민적 관심사항에 대한 보편적 시청보장과 관련하여 제76조 제2항에서 ‘국민관심행사 등’을 방송통신위원회가 고시하도록 규정하고, 제3항에서는 “국민관심행사 등에 대한 중계방송권자 또는 그 대리인은 일반 국민이 이를 시청할 수 있도록 중계방송권을 다른 방송사업자에게도 공정하고 합리적인 가격으로 차별 없이 제공하여야 한다”고 규정하고 있다. 또 방송통신위원회가 방송사업자 또는 중계방송권자 등에게 공동으로 계약할 것을 권고할 수 있도록 규정하고 있으며(제 76조의 4), 보편적 시청보장을 위해 일정한 금지행위를 대통령령에서 정하도록 규정하고 있다(제76조의 3). 시행령 제60조의 3은 금지행위로서 다음을 규정하고 있다.

1. 중계방송권자로서 국민적 관심이 매우 큰 체육경기대회나 그 밖의 주요 행사(이하 “국민관심행사등”이라 한다)의 종류 및 국민관심도 등을 고려하여 국민 전체가구 수의 100분의 60 이상 100분의 75 이하의 범위에서 방송통신위원회가 고시하는 비율 이상(올림픽이나 국제축구연맹

---

79) BVerfG AfP 1992. S. 368.

이 주관하는 월드컵의 경우에는 국민 전체가구 수의 100분의 90 이상)의 가구가 시청할 수 있는 방송수단을 확보하지 아니하는 행위

2. 중계방송권을 확보하였음에도 불구하고 정당한 사유 없이 국민관심행사등을 제1호의 방송수단을 통하여 실시간으로 방송하지 아니하는 행위
3. 정당한 사유 없이 중계방송권의 판매 또는 구매를 거부하거나 지연시키는 행위
4. 정당한 사유 없이 국민관심행사등에 대한 뉴스보도나 해설 등을 위한 자료화면을 제공하지 아니하는 행위

현행 규정은 국민적 관심사항에 대하여 특정 방송사업자의 독점적인 방송권 확보를 방지하기만 하면 이를 통해 보편적인 시청이 보장될 수 있다는 논리에 그 기초를 두고 있다고 보여진다. 이는 최소한으로 한정되는 조직과 절차를 통한 방송자유의 기본권 보장이라고 생각된다. 그러나 이에 대한 비판 주장도 제기된다. 즉, “이는 결국 국민적 관심사항에 대하여 특정 방송사업자의 독점적인 방송권 확보를 방지하기만 하면 이를 통해 보편적인 시청이 보장될 수 있다는 논리에 그 기초를 두고 있다. 하지만, 이 같은 논리가 국민적 관심사항에 대한 보편적 시청보장의 근본 가치와 조화될 수 있는지는 의문이 아닐 수 없다. 이미 살펴 본 것과 같이 방송 서비스에 대한 보편적 접근보장은 기본권인 정보의 자유의 객관적 질서로서의 성격에서 도출되는 헌법적 명령이고, 이는 모든 국민이 수신료 이외의 다른 추가적인 경제적 부담 없이 방송서비스를 이용할 수 있도록 보장함으로써 실현될 수 있는 까닭이다. 따라서 방송서비스를 통해 보다 많은 국민들이 정보를 획득할 수 있도록 국가가 일정한 질서를 형성하여야 한다면, 보편적 접근보장 의무를 지는 방송서비스 제공자로 하여금 우선적으로 그러한 정보를 공급할 수 있도록 하거나 적어도 해당 정보를 공급함에 있어 배제되지 않도록 하는 것이 타당하다. 그렇지만, 입법자는 국민적 관심사항에 대한 보편적 시청보장을 목적으로 하는 입법형성을 하면서 정작 자신들이 보편적 접근보장의무를 부여한 전국적인 지상파방송서비스 제공자를 유료방송서비스 제공자와 같이 취급하였고, 이로써 유료방송 서비스를 이용하는 가구의 수가 시행령에서 정하는 일정한 비율을 충족할 경우 수신료이외의 추가적인 경제적 부담을 지拂할 수 없는 국민들은 이른바 국민

적 관심사항에 대한 방송서비스를 향유할 수 있는 기회를 박탈당하게 될 처지에 놓이게 되었다.”<sup>80)</sup>

### 3) 방송통신위원회의 시설개선명령

방송법 제99조의 2항은 방송통신위원회는 방송사업자(방송채널사용사업자를 제외한다)·전송망사업자·중계유선방송사업자 또는 음악유선방송사업자가 설치한 시설이 이 법 또는 허가조건·등록요건을 위반하고 있다고 인정될 때에는 그 시설의 개선을 명할 수 있음을 규정하고 있다.

방송을 위해 필요한 시설에 대한 규제는 방송의 자유에 대한 제한을 구성하지 않는다. 헌법재판소는 다음과 같이 언론의 자유의 개념을 광범위하게 자의적으로 해석하는 것을 우려하면서, 언론과 출판의 자유는 헌법상 권리이므로 그 본질이 제한될 수 없는 것이면서, 동시에 그것은 내재적, 본질적 표현의 방법과 내용을 보장하는 것이지 그것을 구현하는 수단에 대해서는 입법형성권이 있음을 인정하고 있다.

“현대사회에서 신문 등 정기간행물을 발행하는 언론매체가 언론·출판의 자유를 누리는 수단으로서 중요한 사회적 기능을 수행하고 있는 것은 사실이나 이는 한편으로는 그 기능의 영향력이 사회적으로 지대한 만큼 공공의 이익뿐만 아니라 개인의 기본권인 사생활의 자유와 명예의 보장 등 타인의 기본권과 깊은 관련이 있는 것이므로 그에 따른 헌법상의 책임과 의무도 수반되는 것이다. 정기적으로 일정한 기간 일정량을 발행하는 정기간행물의 경우에는 언론·출판매체의 사회적 영향력이 대단히 지대한 것이므로 언론자유 개념을 광범위하게 자의적으로 해석하여 이를 오용할 우려가 없지 아니하며 나아가 언론자유의 본질적 내용과 보도의 수단인 정기간행물의 발행을 혼동함으로써 이를 모두 언론의 자유의 범주에 속한다고 판단하여 헌법적 권리를 제창하기 쉬우나, 헌법상의 언론의 자유는 어디까지나 언론·출판자유의 내재적 본질적 표현의 방법과 내용을 보장하는 것을 말하는 것이지 그를 객관화하는 수단으로 필요한 객체적인 시설이나 언론기업의 주체인 기업인으로서의 활동까지 포함되는 것으로 볼 수는 없는 것이다. 다시 말해서 이는 정기간행물의 발행이나 언론·

80) 고민수, “”방송법상 보편적 시청권 개념에 관한 비판적 고찰“, 공법연구 제36집 제1호, 371-372면

출판기업이 표현의 자유를 누리는 주관적인 기본권과 사회일반의 권리주체 또는 기업으로서 규제받아야 하는 객관적인 사회구성원으로서의 책임을 엄연히 구분되어야 하며 기업경영주체로서는 일반 사회법질서의 규율에서 제외될 수 없는 사회조직현상의 하나로 보아야 한다는 것을 의미한다. 따라서 정기간행물 발행인에게 법률로써 언론의 건전한 발전과 그 기능의 보장을 위하여 일정한 시설을 갖추어 등록하게 하는 것은 언론자유와 본질적 내용의 간섭과는 엄연히 구분하여 이해하고 검토하여야 하는 것이다. 때문에 이 사건에서 문제된 등록사항은 의사형성발표·정보수집전달·여론형성 등을 내용으로 하는 실질적인 언론·출판의 자유가 아닌 보도의 수단으로 수반되는 기업이나 그에 따른 정기간행물의 발행에 필요한 외형적인 일정시설기준에 관한 것으로서 이를 등록하게 하는 것은 결코 언론·출판의 자유에 관한 본질적인 내용의 침해에 해당하는 것이라고 볼 수 없다. 그러므로 헌법상 보장된 언론·출판의 본질적 자유에 속하는 표현의 자유가 강력하게 보장되어야 한다는 것과 언론·출판의 자유를 현출하는 매체가 하나의 기업으로서 객관적인 시설기준을 갖추고 일반 법질서에 규율되어야 한다는 것은 엄연히 구분하여 파악하여야 할 것이며 더구나 신문 등 정기간행물의 발행은 외형적이고 객관적인 물적 시설을 갖추어 그 기능을 보장함으로써 건전하게 현출되는 것이기 때문에 그 시설에 필요한 사항을 법정하여 등록하게 하는 것은 언론·출판의 자유의 내재적이고 본질적인 보도의 내용을 검열하고 간섭하는 것과는 다른 것이다. 언론·출판업무의 내용에 있어서는 부당한 침해와 간섭으로부터 두터운 법적 보호를 받아야 하는 것이 마땅하지만 언론·출판기업이 사회구성원의 일원인 권리주체로서 존속·운영되기 위하여 필요한 일정한 시설을 갖추어 있어 공공의 이익과 사회질서유지를 위하여 필요한 범위내에서 일반 법률에 따라 등록하게 하고 그의 규제를 받게 하는 것 자체가 곧 위헌적인 것이라 할 수 없다”.<sup>81)</sup>

---

81) 정기간행물의등록등에관한법률 제7조 제1항의 위헌심판 [헌법재판소, 1992.06.26, 90헌가23]

#### 4) 방송의 편성 규제 관련

방송의 편성에 대한 규제는 방송의 자유가 제도적 자유라는 전제에 따라서 입법자에 의한 형성법률에 의해서 이루어질 수 있다는 판결이 있다. 법원은 “원래 헌법상 방송의 자유란 방송의 편성 및 운영 등 방송주체의 존립과 활동이 국가권력의 간섭으로부터 벗어나 독립함을 의미하는 데 그 주안점이 있었으나, 현대에 이르러서는 국가권력 이외에 방송의 자유를 침해하는 사회 제세력에 대하여도 그 효력을 주장할 수 있다고 하는 데 학설이 일치하고 있다. 따라서 제.”고 판시하고 있다.<sup>82)</sup> 구 방송법 제5조에<sup>83)</sup> 관련된 사건에서 법원은 동 조항이 입법자에 의한 형성법률로서 타당성을 인정하고 있다.<sup>84)</sup>

#### 5) “방송을 할 수 있는 권리”의 의의

지상파방송이나 위성방송이 전파를 이용하는 것이고, 전파가 공물이라는 전제하에서, 그리고 종합유선방송이 도로사용 등의 공물을 이용한다는 전제하에서 방송사업을 영위하고자 하는 모든 자에게 허가를 부여할 수 없는 것이다. 따라서 ‘방송을 할 수 있는 권리’는 국가의 소극적 행위 즉, 기본권주체의 일정한 행위에 대해 방해배제를 청구하는 권리를 의미한다고 볼 수 없으며,

82) 사죄광고 [서울고법, 선고, 1994.09.27, 92나35846, 제9민사부 판결 : 확정

83) 방송법 법률 제4441호, 시행 1992.7.1

제5조 (방송의 공정성과 공공성) ①방송에 의한 보도는 공정하고 객관적이어야 한다.

②방송은 국민의 윤리적·정서적 감정을 존중하여야 하며, 사회정의의 전파·국민의 기본권 옹호 및 국제친선의 증진에 기여하여야 한다.

③방송은 특정한 정당·집단·이익·신념 또는 사상을 지지 또는 옹호할 수 없다. 다만, 종교의 선교를 목적으로 허가받은 방송이 허가받은 내용에 따라 방송하는 경우에는 그러하지 아니하다.

④방송은 국민의 화합과 조화로운 국가발전에 기여하여야 하며, 계층간·지역간의 갈등을 조장하여서는 아니된다. <신설 1990.8.1>

⑤방송은 사회적으로 유익한 생활정보를 확산·보급하고, 국민의 문화생활의 질을 높이며, 민족문화의 창조적 개발에 기여하여야 한다. <신설 1990.8.1>

⑥방송은 건전한 가정생활과 아동 및 청소년의 선도에 기여하여야 하며, 음란·퇴폐·폭력을 조장하는 내용이어서는 아니된다. <신설 1990.8.1>

84) 사죄광고 [서울고법, 선고, 1994.09.27, 92나35846, 제9민사부 판결 : 확정

방송법 제5조는 방송에 의한 보도는 공정하고 객관적이어야 하며, 사회정의의 전파, 국민의 기본권 옹호 및 국제친선의 증진에 기여하여야 하고 특정한 정당, 집단, 이익, 신념 또는 사상을 지지 또는 옹호할 수 없다고 규정한다. 이것은 방송이 공공의 소유라고 생각되는 유한한 자원인 전파를 사용하여 공동체의 의사결정에 불가결한 여론의 형성에 기여하는 중대한 기능에 비추어 방송에 부과되는 헌법적인 요청을 법률로써 명문화한 것이라고 할 수 있다.

국가, 특히 입법자에 대해서 의견형성의 다양성 보장이라는 매스커뮤니케이션의 기능을 보장하기 위한 조직과 절차에 관한 규정을 제정하도록 적극적으로 요구하는 권리라고 보는 설이 그것이다.<sup>85)</sup>

다만, 조직과 절차에 관한 권리가 입법자에 대해 조직과 절차에 관한 규정, 즉 권한에 관한 규정을 제정하도록 요구하는 권리를 뜻한다고 본다하더라도, 조직과 절차에 관한 권리가 곧 바로 권한으로 구성되는 것은 아니라고 할 것이다. 조직과 절차에 관한 권리는 ‘권한에 관한 권리(Rechte auf Kompetenzen)’ 이지 권한 그 자체는 아닌 것이다. 따라서 조직과 절차에 관한 권리, 즉 권한에 관한 권리와 권한 그 자체 사이에는 조직과 절차, 즉 권한에 관한 규정의 제정이라는 매개가 요구되어지는 것이다.

헌법재판소는 한 판결에서 그러한 조직과 절차에 해당하는 형성법률로서의 방송법의 허가제도의 합헌성 논리를 다음과 같이 제시하고 있다.

「종래 전자적 대중매체는 가용주파수가 제한되어 있고 방송시설의 설치·운영에는 많은 비용이 드는 관계로 소수의 기업이 매체를 독점하여 정보의 유통을 제어하는 것이 가능한 구조였다. 따라서 소수에 의한 매체독점을 방지하고 다양한 정보와 견해의 교환을 활성화하기 위해서는 국가가 매체시장에 개입하는 것이 허용되고 또한 필요하다고 인정되어 왔다. 최근에는 매체산업과 기술의 급속한 발달에 힘입어 이른바 “다매체·다채널” 시대가 도래함에 따라 기술적 측면에서의 방송매체독점의 요인은 사라져가는 추세이고 이 사건에서 문제되고 있는 유선방송의 경우에도 예외가 아니다. 그러므로 정보와 견해의 다양성을 확보하기 위해 규제1매체점차감소되는 추세임이 분명하다. 그러나 아직까지는 정보유통 통로의 유한성이 완전히 극복되었다고 할 수 없으므로 매체시장에서의 독점을 방지하여 정보와 견해의 다양성과 활성을 보장하기 위해 국가의 규제가 허용될 수 없는 단계에까지 이르렀다고 보기 어렵다. 국가는 또한 언론의 자유와 조화를 이루는 범위 내에서 매체산업의 균형발전이라는 경제정책적 목표로 나 독·문화정책적 목표를 달성하기 위한 규제를 할 수도 있는데, 예컨대 방송매체에서 매에 관한 규정이 견해의 다양성을 보장한다는 입법 목표로 외에 매체산업의 균형로 발전이라든가 자국문화의 보호와 같은 입법

---

85) 고민수, “방송사업자허가제의 정당화 논의에 관한 비판적 고찰”, 공법학연구 제7권 제1호, 256면



목로를 복합적으로 가질 수도 있다. 규서 형태로 볼 때 방송매체에 대한 규서이 방에 대한 것과 방 있립서이 것으로 나타나며 이러한 규서들에 대해서관한 규 제21조제2항의 허가·검열금지 원칙에 따른 한계 또는 헌법 제37조 제2항에 의한 일반적인 기본권제한의 한계가 적용된다.]<sup>86)</sup>

## 6) 액세스권과 반론권

액세스권이란 대체로 매스미디어로부터 소외된 일반 공중이 자기의 사상이나 의견을 표명하기 위하여 매스 미디어에 대하여 그에 필요한 지면(신문)이나 시간(방송 등)을 요구하여서 그것을 이용할 수 있는 권리- 즉, 공중의 매스 미디어에 대한 접근이용권으로 정의<sup>87)</sup>되고 있다<sup>88)</sup>.

권영성교수는 액세스권은 일반 국민이 자신의 사상이나 의견을 발표하기 위하여 언론매체에 자유로이 접근하여 그것을 이용할 수 있는 권리를 말하는 것으로 알권리와 마찬가지로 헌법 제21조 제1항을 비롯하여 제10조, 제34조 제1항 등을 근거로 하여 헌법상 보장된다고 설명한다.<sup>89)</sup> 허영 교수 드은 액세스권은 여론 형성에 중대한 영향을 미치는 언론매체에 대한 민주시민의 당연한 권리이며, 액세스권의 행사를 통해서 언론기관의 공적 기능과 진실보도의 책임을 추궁함으로써 결국 언론기관에 대한 국민의 통제기능을 갖게 되는 것이므로 헌법 제21조 제1항, 제10조의 인간의 존엄과 가치에 기초한 인격권의 보호, 헌법 제34조 제1항의 인간다운 생활을 할 권리의 보장이라고 설명한다.

86) 헌법재판소결 1993.5.13, 91헌바17, 판례집5-1, 275-296면.

87) 한 병구, 언론과 윤리법제(增訂版), 서울대학교 출판부(2002), 74면; 박 용상, 정정보도청구권

88) 액세스권의 구분과 정의에 대하여는 다양한 견해들이 있다. 예를 들어, D.S. Cohn은 일반적 액세스권(general right of access: 공적으로 주요한 쟁점에 관해서 어떤 하나의 관점을 가진 대변인(spokesman)이 같은 미디어를 통해 그것과 대조를 이루는 관점을 그 이전에 제시한 것에 대하여 반론하기 위하여 방송에 접근하는 권리)과 제한적 액세스권(limited right of access: 대통령이 방송시간을 요구하고 이를 통하여 국민에 호소하고 여기서 제기된 논쟁점에 관해서 그것과 대조를 이루는 관점의 대변인이 반론을 위하여 같은 미디어에 방송시간을 요구할 수 있는 상황)으로 설명하고 있고[D.S. Cohn, Access to Television to rebut the President of the United States: An Analysis and Proposal, 45 Temp. L.Q. 141, 142-143(1972)],堀部政男 교수는 액세스권을 광의와 협의로 나누어 넓은 의미로는 매스미디어로부터 소외된 공중이 자기의 의견을 표명할 장(場)을 매스미디어에 요구하고 그것을 이용하는 권리(일반적 이용권)로, 좁은 의미로는 매스미디어에 공표된 사실에 의해 명예가 훼손된 사람이 해당 미디어에 대해 반론 등을 공표해 줄 것을 요구하는 권리(좁은 의미의 반론권)로 설명하고 있다[堀部政男, 「アクセス權」, 東京大學出版會(1978), pp 53-54].

89) 권영성, “헌법학원론”, 2006년, 법문사, 490면 참조

반면에, 그러한 액세스권이란 국가에 대한 권리가 아닌 언론기관에 대한 권리라는 점에서 이 권리의 헌법적 근거에 대해서는 다양한 견해들이 있다. 첫째, 모든 국민에게 민주적 여론형성과정에 참여할 수 있는 기회를 부여한다는 점에서 헌법적 의미를 갖기도 하지만, 결국에는 언론기관과 국민과의 관계에 관한 것이므로, 액세스권은 헌법상의 언론 출판의 자유의 객관적 가치질서로서의 성격에 그친다고 보는 시각이다.

한편으로는 언론 출판의 자유를 자유와 허용규범, 방어권과 금지규범, 보호권과 명령규범, 절차권과 명령규범으로 구분하면서 액세스권은 우선적으로 언론의 보도로 피해를 입은 국민을 보호하는 절차와 관련되기도 하지만, 언론기관의 입장에서는 언론보도로 인한 분쟁을 합리적으로 해결하는 절차를 규정하여 언론의 자유를 보장하는 절차에 관련된 것으로 보는, 즉 액세스권을 절차권의 범주에서 보려는 시각도 있다.<sup>90)</sup>

그러나 액세스권을 언론·출판의 자유로 이해하기에는 상당한 문제점을 내포하고 있다는 주장도 비등하다.<sup>91)</sup> 우선 언론매체의 이용 접근권인 액세스권은 언론 기관의 자유, 즉 출판의 자유와 방송의 자유에 있어서 그 내용과 주체가 누구인가 라는 문제와 직결된다. 액세스는 국민의 국가에 대한 권리가 아니므로 이는 전통적인 언론의 자유의 내용이 아니었던 것이다. 그러나 현대 언론기관의 거대한 독과점기업화에 따라 국민의 알권리를 충족시키고 정보를 전달하여야 할 언론매체에 대한 국민의 접근·이용이 배제되고 국민이 일방적인 정보 수령자의 지위로 전락하는 현대적인 상황 속에서 매스 미디어에 대한 액세스권의 정립을 위한 국가의 적극적인 역할이 강조되어 왔다. 언론 출판의 자유가 국가를 상대로 주장되는 자유라면, 액세스권은 언론기관을 상대로 국민들이 요구하는 권리가기 때문에 양자간에는 분명한 차이가 있다.

물론 이 권리가 정보의 다양화라든가 다양한 의견의 공개장으로서의 도출 등을 통하여 여론 형성에 이바지함을 부인할 수는 없으나 이는 이 권리를 인정함으로써 얻는 반사적 이익에 불과하다고 할 수 있다. 따라서 액세스권을 언론·출판의 자유로 이해하여 그것을 자유권의 하나로써 보장하여야 할 필요는 없다. 왜냐하면 출판의 자유를 개인의 의사표현뿐만 아니라 언론기관의 설립

---

90) 조소영, “반론보도청구권의 헌법적 의미와 그에 대한 헌법적 평가”, 공법학연구, 제7권 제4호

91) 권영호 전계논문

의 자유와 그의 존립을 위한 제도적 보장까지를 포함한다고 보았을 때 그 경제적 자립요건을 위협하게 하는 액세스권은 출판과 방송의 자유의 한 부분을 이루기보다 이들 자유권을 제한하는 것으로 보는 것이 타당하기 때문이다.<sup>92)</sup>

그런데 이와 같이 액세스권(the Right of Access)이 국가에 대한 권리가 아닌 언론기관에 대한 권리라는 점에서 이 권리의 헌법적 근거에 대해서는 다양한 견해들이 있다. 첫째로 모든 국민에게 민주적 여론형성과정에 참여할 수 있는 기회를 부여한다는 데 그 헌법적 의미를 가지며 국민과 보도기관 사이에서 생기는 문제라는 점에 권리의 특성이 있는 Access權이 인정될 수 있는 헌법이론적 근거를 언론·출판의 자유의 객관적 가치질서로서의 성격에서 찾는 입장이 있으며, 둘째로 액세스권의 헌법적 근거로는, ㉠ 여론형성에 중대한 영향을 미치는 언론매체에 접근해서 이용하는 것은 민주시민의 당연한 권리이며 액세스권의 행사를 통해서 언론기관의 공적 기능과 진실보도의 책임을 추궁함으로써 결과적으로 언론기관에 대한 국민의 통제기능을 갖게 되는 것이므로 헌법 제21조 제1항, ㉡ 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치에 기초한 인격권의 보호, ㉢ 헌법 제34조 제1항의 “인간다운 생활을 할 권리”의 보장이라고 설명하는 입장이 있으며, 셋째로 액세스권이 대중매체(mass media)의 표현의 자유와 충돌하기 때문에 액세스권을 법적 권리로 인정하는 경우 대중매체에 대한 공권적 규제의 위험성을 지적하면서도, 언론·출판의 자유가 보장된다 하더라도 이의 남용은 표현의 자유로는 인정되지 않는 내재적 한계가 있다고 할 것이므로, 이러한 헌법 제21조 4항에 따라 액세스권을 인정하는 입장, 그리고 마지막으로 언론·출판의 자유를 자유와 허용규범·방어권과 금지규범·보호권과 명령규범·절차권과 명령규범으로 구분하면서 액세스권은 우선적으로 언론의 보도로 피해를 입은 국민을 보호하는 절차와 관련되기도 하지만, 언론기관의 입장에서 보면 언론보도로 인한 분쟁을 합리적으로 해결하는 절차를 규정함으로써 언론의 자유를 보장하는 절차와 관련되는 것이라고 할 것이므로, 언론·출판의 자유에 포함된 절차권에서 도출되는 것으로 이해되어야 한다는 입장 등이 있다.

---

92) 권영호, 전계논문, 344면

### III. 과태료

앞서 살펴 본 바와 같이 방송자유 의 행사는 주관적 공권인 기본권의 행사이면서, 또한 자유로운 의사형성을 통하여 민주주의를 실현한다는 객관적인 측면을 갖는다. 여기서 방송자유는 주관적 측면과 객관적 측면을 갖는 것이고, 무엇이 올바른 방송자유인가를 판단하는 문제, 즉 누구의 판단이 올바른 것인가를 평가해야하는 문제가 제기된다. 한 개인의 가치관과 다른 한 개인의 가치관이 다르다면 방송자유는 단지 주관적 측면의 기본권에 그칠 것이다. 독일 학자들을 주축으로 한 이른바 헌법상 가치론은 각 개인의 가치관이 모여서 공통된 평가를 하고 그것이 집적되어서 객관적 가치라는 것이 만들어진다고 의제한다. 그리고 헌법이 그러한 개인들간에, 즉 사회에서 공감대가 형성된 가치질서로 보고, 국가가 그 가치를 실현시키는 조직이라고 보았다.<sup>93)</sup>

그럼에 있어서 기본권 개념은 그러한 가치질서를 규범으로 만들어가는 중심요소로 자리잡게 된다. 즉, 방송자유라는 기본권은 방송할 자유를 헌법에서 인정받게 하는 구성요소로서 기능한다. 방송사는 헌법에서 그 기본권을 인정받는 것이다. 헌법은 가치질서를 전제로 하여 그 기본권을 인정한 것이고 그렇기 때문에 방송사는 그 가치질서에 의해서 제한된다. 왜냐하면 그 가치질서는 그 사회에서 공감대를 갖고 있는, 보편적인 지지를 받고 있는 가치관을 담고 있는 것이기 때문이다.

이러한 헌법상 가치론은 두가지 관점에서 비판을 받아왔다. 하나는 기본권의 내용이 불분명한 가치에 의하여 좌우된다는 점, 다른 하나는 가치를 해석을 통해 밝혀내려는 법관의 자의적인 결정에 따라 헌법 및 법률의 해석이 이루어지며 법적인 안정성이 침해된다는 점이다.<sup>94)</sup> 방송자유가 기본권으로서 신문매체가 갖는 언론자유 기본권에 비해 미성숙한 기본권이라는 지적은 여기서의 법적안정성의 침해가 일어남을 말한다. 방송자유를 침해하는 것과 아닌 것의 한계를 어떻게 구분하는가의 문제가 바로 그것이다. 방송자유는 헌법상의 권리이고, 그것을 보호하는 동시에 제한하는 객관적 가치질서를 입법자가 법

93) 강태수, “헌법에서 객관적 가치의 의미와 한계”, 18면

94) 강태수, 전제논문 19면

률로 제정한 것이라는 전제에서, 법률에 의한 제한이 방송자유를 침해할 가능성에 대해서 항상 염려하는 것이 바로 그러한 법적안정성의 문제다.

이에 방송법에서 정한 다양한 행정의무의 불이행에 대해서 형벌로 다루는 것은 최후의 수단이 되는 것이고, 행정청입장에서 볼 때에 가급적이면 부담이 적은 행정제재가 과태료 부과 방식이다.

## 1. 과태료의 법적 성질 및 의의

### 1) 의의

행정목적은 직접 침해하는 행위에 대하여 과하는 行政刑罰과는 달리, 과태료는 행정법규의위반의 정도가 비교적 경미하여 직접적으로 행정목적이나 사회법익을 침해하는데까지 이르지 않고 다만 간접적으로 행정상의 질서에 장애를 줄 위험성이 있을 정도의 작위, 부작위에 대하여 과하는 일종의 金錢罰을 지칭하는 것을 말한다. 따라서 과태료는 그것이 형벌과는 그 성격이 다르기 때문에 형법총칙의 규정이 적용되지 않으며 따라서 과태료가 과하여져도 前科者가 되는 것은 아니며, 다른 벌칙과의 사이에 누범관계가 생길 수 없다.

과태료는 행정기관의 입장에서 보면 행정적 판단에 의하여 직접부과하고, 복잡한 사법적 절차를 거치지 않고 신속한 절차에 의하여 부과할 수 있으며, 행정법규위반자도 복잡한 절차나 전과의 우려없이 처벌을 받을 수 있다는 점과 行政刑罰에 비해서 상대적으로 가벼운 制裁手段이라는 이유 등에서 법령에서 널리 채용되고 있다.

### 2) 종류

일반적으로 과태료라고 법령상 규정된 금전형에는 법령위반에 대한 제재로서 과하여지는 秩序罰로서의 과태료, 강제집행의 한 방법으로 과하여지는 執行罰로서의 과태료, 특별권력관계에 있어서의 징계의 수단으로 과하여지는 懲戒罰로서의 과태료 등이 있다. 여기서 질서벌로서의 과태료는 다시 그 제재목적에 따라 民事秩序罰인 과태료, 訴訟秩序罰인 과태료 및 行政秩序罰인 과태료가 있고 행정상 질서벌로서의 과태료는 그 부과주체에 따라 국가의 법령위반에 대한 과태료, 조례위반에 대한 과태료로 나누어 지고 있다.

### (1) 집행벌로서의 과태료

執行罰이란 비대체적 작위의무 또는 부작위의무를 불이행하는 경우에 그 의무를 강제적으로 이행시킬 목적으로 의무이행주체에게 일정한 기간을 주고 의무이행이 없을 때에는 일정한 과태료를 처할 것을 戒告하는 것을 말한다. 이러한 집행벌의 중요한 요건중의 하나는 의무자 자신에 의하지 않으면 이행될 수 없는 작위, 또는 부작위라는 점이고, 의무자 자신을 심리적으로 압박하여 자발적으로 이행하도록 함을 목적으로 한다는 것이다. 현행법상 執行罰로서의 過怠料는 거의 채용되고 있지 않다.

### (2) 징계벌로서의 과태료

이것은 특정한 조직이나 집단내부의 질서유지를 위하여 부과된 의무에 대하여 이를 위반한 경우에 권력관계의 작용으로서 과하여지는 과태료이며, 조직구성원에 대해서만 부과된다는 점이 특징이다. 현행법상 懲戒罰로서의 過怠料는 주로 자격법규를 규정한 법령에서 다수 규정하고 있다.

### (3) 질서벌로서의 과태료

일반적으로 과태료는 행정질서벌로서의 과태료가 그 대부분이다. 질서벌로서의 과태료는 일반권력관계를 전제로 하며 행정상 목적으로 위하여 과하여진 의무에 대한 위반의 制裁로서 과한다. 질서벌로서의 과태료는 신고의무위반, 유사명칭사용, 등록.등기.공고의무위반, 통지.보고.자료제출의무위반 등 주로 행정상의 의무에 대한 위반의 정도가 경미하여 직접적으로 **행정목적이나 사회법익을 침해하지 않고 다만 간접적으로 행정상의 질서에 장애를 초래할 위험성이 있을 정도의 단순한 의무해태**에 대하여 과하여 진다. 또한 질서벌로서의 과태료는 그 제재목적에 따라 民事秩序罰인 과태료, 訴訟秩序罰인 과태료로 유형화할 수 있다. 민사질서벌로서의 과태료는 사법적 질서를 유지하기 위하여 법령에 의하여 과하여진 의무의 위반에 대한 제재이며, 이것은 처벌의 원인인 행위가 일정한 법률위반이라는 점에서는 다른 질서벌과 같으나 법률이 그 의무를 명한 목적이 사인간에 있어서의 사법관계의 질서를 유지함에 있다는 점이 다르다. 訴訟秩序罰인 과태료는 소송법상의 의무위반에 대한 제재로

서 과하여지는 것으로서, 주로 소송의 진행을 위한 질서유지를 위하여 부과되는 의무인 증인불출석, 선서.증언거부 기타 법정소란행위등에 대하여 부과된다.

### 3) 과태료의 부과 대상

과태료는 형벌과 구분된다. 따라서 행정법규위반에 대한 과태료의 부과대상을 확정함에 있어서 가장 중요한 것은 제재수단을 형벌로 할 행정법규위반과 과태료로 규정할 행정법규위반을 구별하는 기준을 설정하는 문제에 관한 것이다. 그러나 양자의 구별기준에 대해서는 일반적인 원리가 있다고 보여지는 않으며, 다만 전적으로 입법자의 재량에 맡겨지고 있다고 보는 것이 통설이다. 憲法裁判所는 “어떤 행정법규위반행위에 대하여 이를 단지 간접적으로 행정상의 질서에 장애를 줄 위험성이 있음에 불과한 경우(단순한 의무태만 내지 의무위반)로 보아 행정질서벌인 과태료를 과할 것인가, 아니면 직접적으로 행정목적과 공익을 침해한 행위로 보아 행정형벌을 과할 것인가, 그리고 행정형벌을 과할 경우 그 법정형의 형종과 형량을 어떻게 정할 것인가는, 당해 위반행위가 위의 어느 경우에 해당하는가에 대한 법적 판단을 그르친 것이 아닌 한 그 처벌내용은 기본적으로 입법권자가 제반사정을 고려하여 결정할 그 입법재량에 속하는 문제라고 할 수 있다.”라고 결정하고 있다.<sup>95)</sup>

### 4) 과태료의 법적 쟁송 관련

과태료 부과처분은 방송법 및 비송사건절차법에 준한 준사법적 절차에 의하도록 규정되어 있으므로 행정소송의 대상이 되지 않는다

- 따라서, 과태료부과처분에 불복하여 취소소송을 제기할 수 없고, 비송사건절차법에 따라 법원에서 과태료처분의 당부를 판단
- 원칙적으로 과태료 재판에서는 행정소송에서와 같은 신뢰보호의 원칙 위반 여부가 문제로 되지 아니하고, 다만 위반자가 그 의무를 알지 못하는 것이 무리가 아니었다고 할 수 있어 그것을 정당시할 수 있는 사정이 있을 때 또는 그 의무의 이행을 당사자에게 기대하는 것이 무리라고 하는 사정이 있을 때 등 그 의무해태를 탓할 수 없는 정당한 사유가 있는 때

95) 集會및示威에관한法律 제2조 등에 대한 憲法訴願(1994.4.28. 91헌바14).

에는 이를 부과할 수 없다.(대법원 2006. 4. 28. 자 2003마715결정)

- 행정소송이 아니므로, 신뢰보호원칙이 적용되지 않고 과태료 근거 규정을 고려하여 법원이 판단함
- 종전 판례에서는 고의, 과실이 없는 경우에도 질서위반행위가 있으면 과태료를 부과하였으나, 질서위반행위규제법 제정을 통해 고의 또는 과실이 있는 질서위반행위에 과태료를 부과하는 것으로 법에서 규정

## 2. 방송법에 따른 과태료

### 1) 주요 쟁점

현행 방송법의 과태료 규정은 방송사업자에게 다양한 작위, 부작위 의무를 부과하기 보다는 법의 계도적 효과를 지향했던 것이지만 과태료 부과요건으로 전환된 것이라는 점에서 문제가 발생한다. 예컨대, 방송사업자들의 위반행위를 적발하기 위해서 소요되는 비용이 크고, 집행비용이 큰 만큼 방송사업자들은 적발되지 않을 수 있다는 기대감을 가질 수 있어 법준수 의식이 저하될 수 있는 요인으로 작용할 수도 있다. 이에 해당하는 사항을 예시하면 다음과 같다.

- 방송편성책임자의 성명을 방송시간내에 매일 1회 이상 공표의무 위반
- 변경허가, 변경신고 등의 불이행
- 방송프로그램의 등급표시 불이행
- 방송광고시의 자막표기, 시간, 횟수, 또는 방법, 중간광고 등의 위반

또한 방송자유의 제한에 따른 쟁점이 제기된다. 앞서 살펴 본 바와 같이 방송의 자유의 객관적 질서규범으로서 법률들이 방송법에 규정된 각종 작위 및 부작위 의무이고, 그러한 의무의 위반시에 부과되는 것이 과태료다. 이 규정은 방송자유의 객관적 규범으로서 방송자유의 구현을 제한하는 효과를 가진다는 것이 전제된다고 보아야 한다. 그렇다면, 앞에서 살펴 본 바와 같이, 그러한 규범의 위반에 대한 제재, 즉 과태료 부과가 방송자유의 본질을 침해하지 않아야 한다.

아울러, 위반의 정도 내지는 수준이 측정될 수 있는 경우에 대해서 획일적인 부과기준을 그대로 적용하는 양형의 문제가 있다



- 프로그램 편성비율의 위반 문제.
- 채널의 구성 문제

또한 과태료부과의 권한발생요건이 방송자유의 객관적 질서가 추구하는 가치와 부합하여야 한다는 과제가 쟁점이 된다. 이는 결국 과태료 규정의 입법시에 고려하는 방안이 강구될 것을 요구한다.

그러나, 이미 입법 과정을 거친 규범을 적용, 집행함에 있어서도 유동적인 가치와 질서 규범의 속성상 특별한 방안이 강구되어야 할 필요가 있다. 예컨대, 위반자의 의견 진술의 기회가 주어지는 방안 등이 그것이다. 또한 과태료 부과 구성요건이 명확하여야 한다.

과태료부과 권한발생요건의 명확성이 불가피하게 확보되지 않는 경우는 법규범의 적용이 아닌 형량이 필요한 사안으로서 과태료 부과 대상에서 제외되어야 하는 것으로 보는 것이 적절하다. 그 이유는 방송자유의 객관적 가치질서가 갖는 어쩔 수 없는 속성에 기인한다. 즉, 헌법상의 권리인 방송의 자유와 형성법률에 의해서 규정된 권리간의 기본권 구분의 영역의 문제가 항상 존재하는 것이며, 구성요건을 입법화함에 있어서 명확성 확보가 어렵다는 것은 그러한 문제가 있음을 시사하는 것으로 보아야 한다. 그런 경우에는 단순한 법구성요건의 충족 여부에 따른 적용이 아니라, 방송의 객관적 질서의 내용을 모색하는 차원에서의 노력, 예컨대, 방송사에게 권고나 시정조치 등의 명령, 내지는 의견 진술에 따라서 적용이 아닌 이익이나 가치간의 형량이 이루어지는 절차가 필요하다.

반면에 방송법에 따라서 과태료부과처분 대상으로 규정된 위반행위들은 대부분이 행정질서벌에 해당한다. 다만, 해당 질서가 방송자유의 본질적인 내용과 얼마나 관련되는 것인가에 대해서는 관련 의무별로 차이가 있다. 그러한 차이의 구분 기준은 다음과 같다.

- 방송자유의 본질인 방송내용 및 편성에 관한 것
- 방송사의 운영에 관한 것
- 방송자유의 특성과 상관없이 일반적인 행정질서벌에 해당하는 것
- 방송사 주관적 영역과 행정질시영역의 경계영역

이러한 사항을 고려하여 방송법에 따른 과태료 제도의 문제점 및 개선방안을 일반적인 행정처분의 법리에 맞추어서 살펴보고, 아울러 방송자유의 특성

을 고려한 개선 방안을 도출해 보고자 한다.

## 2) 방송사의 주관적 영역

먼저 방송자유 의 본질인 방송내용 및 편성에 관한 행정상 의무는 방송자유 의 주체인 방송사가 갖는 주관적 공권 이외에 객관적 질서 규범의 성격에서 연원한 것으로 보아야 한다. 특정 방송사의 방송자유는 그러한 규범을 준수할 것을 조건으로 인정된 것이며, 그 규범은 우리 사회의 공통된 가치질서, 즉 무엇이 올바른 방송인가에 관한 가치관에 기초한 것이다. 따라서, 그러한 규범에 따른 의무의 위반은 간접적으로 행정상의 질서에 장애를 초래할 위험성이 있을 정도의 단순한 의무해태라고 다루어져야 할 것이 아니다.

### (1) 방송법 제69조 관련

법 제108조는 제69조제3항 내지 제6항까지의 규정을 위반하여 방송프로그램 을 편성한 자에 대해서 3천만원 이하의 과태료부과를 규정하고 있다. 방송법 시행령 별표 4는 다음과 같이 위반행위와 부과금액을 정하고 있다.

위 반 행 위	해당법조문	부과금액	
4. 법 제69조제3항부터 제6항까지의 규정을 위반하여 방송프로그램을 편성한 자	법 제108조 제1항제4호	500	
가. 법 제69조제3항 전단을 위반하여 보도·교양 및 오락에 관한 방송프로그램을 편성한 자			
나. 법 제69조제3항 후단을 위반하여 주시청시간대에 특정 방송 분야의 방송프로그램을 편중하여 편성한 자			300
다. 법 제69조제4항을 위반하여 주된 방송분야가 충분히 반영될 수 있도록 방송프로그램을 편성하지 아니한 자			300
라. 법 제69조제5항을 위반하여 주된 방송분야 이외의 방송프로그램을 부수적으로 편성한 자			500
마. 법 제69조제6항을 위반하여 다른 한 방송사업자의 제작물을 편성한 자			1,500

표 10 방송법 제69조 관련 과태료 처분기준

여기서 법 69조 3항 후단의 "특정 방송분야의 방송프로그램이 편중"은 명확성 원칙에 위반되며 방송자유 본질을 침해할 소지가 있다.

아울러, 법 69조 5항의 "주된 방송분야"에 관한 규정에서는 방송프로그램 등의 편성비율에 관한 고시에서 정한 것을 권한발생요건으로 정하는 것은 위임입법원칙에 위반될 소지가 있다.<sup>96)</sup> 다만, 수권법률의 명확성의 정도에 대한 요구는 일반적으로 확정될 수 있는 성질의 것이 아니라, '규율하고자 하는 생활영역이 입법자로 하여금 어느 정도로 상세하고 명확하게 규정하는 것을 가능하게 하는가' 하는 규율대상의 특수성 및 수권법률이 당사자에 미치는 규율효과에 따라 다르다는 점은 헌법재판소 판례에서 인정된 바 있다.<sup>97)</sup> 즉 다양한 형태의 사실관계를 규율하거나 규율대상인 사실관계가 상황에 따라 자주 변화하리라고 예상된다면, 규율대상인 사실관계의 특성을 고려하여 명확성에 대하여 엄격한 요구를 할 수 없다. 따라서 방송 프로그램 편성에 대한 규율이 그와 같이 자주 변화하는 사실관계의 성격에 의해서 불가피하다는 점이 인정되는가에 대한 판단이 요구된다.

그러나 위임에 의하여 제정된 행정입법이 국민의 기본권을 침해하는 성격이 강할수록 보다 명확한 수권이 요구된다는 점도 헌법재판소의 동일 판례에서도 인정되고 있다. 방송 프로그램의 편성은 방송자유 본질에 해당하는 것인 만큼 고시에 의하여 권한발생요건을 정하는 것의 적법성에 대한 판단 역시 요구된다

## (2) 법 제70조 관련

법 제70조제7항의 규정에 위반하여 특별한 이유없이 시청자가 자체제작한 방송프로그램을 방송하지 아니한 자에 대한 과태료부과가 규정되어 있으나, 여기서 "특별한 이유" 조문은 명확성 요건을 충족하지 못한 것으로서 법 제4조에 규정된 방송편성의 자유와 독립을 훼손할 소지가 있다고 보여진다.

96) 당해 규범의 실질을 중시하여 당해 규범이 일반국민을 구속한다고 보여지지 않고 행정기관 내부에서 사무처리기준만을 정한 것이라고 보여지는 경우에는 법규명령의 형식을 취하고 있다 하더라도 당해 규범을 행정규칙으로 보아야 한다고 보는 견해도 있다. 그 논거는 다음과 같다. ① 행정규칙의 실질을 갖는 행정입법이 법규명령의 형식을 취하고 있더라도 행정규칙으로서의 성질은 변하지 않는다고 보는 것이 타당하다.<sup>99)</sup> ② 이렇게 보는 것이 구체적으로 타당한 해결을 가능하게 해준다. ③ 형식설을 취하면 법률에서 재량행위로 정한 것을 명령으로 기속행위로 바꾸게 되어 법률의 취지에 반한다.

97) 2003. 12. 18. 2002헌바49 전원재판부

### (3) 법 제71조 관련

법 제108조는 법 제71조제1항 내지 제3항의 규정에 위반하여 방송프로그램을 편성한 자에 대한 과태료부과를 규정하고 있다. 시행령 별표 4는 다음과 같이 위반행위와 부과금액을 정하고 있다.

위 반 행 위	해당법조문	부과금액
8. 법 제71조제1항 내지 제3항의 규정에 위반하여 방송 프로그램을 편성한 자	법 제108조 제1항제8호	1,000
가. 법 제71조제1항의 규정에 위반하여 국내에서 제작된 방송프로그램을 대통령령이 정하는 비율 이상으로 편성하지 아니한 자		
나. 법 제71조제2항 본문의 규정에 위반하여 국내에서 제작된 영화·애니메이션 및 대중음악을 대통령령이 정하는 비율 이상으로 편성하지 아니하거나, 법 제71조제2항 단서의 규정에 위반하여 국내에서 제작된 애니메이션을 대통령령이 정하는 바에 따라 일정한 비율 이상 신규로 편성하지 아니한 자		
다. 법 제71조제3항의 규정에 위반하여 한국가에서 제작한 영화·애니메이션 및 대중음악을 대통령령이 정하는 비율을 초과하여 편성한 자		500

표 11 방송법 제71조 관련 과태료 처분기준

방통위 고시 제2008-72호가 방송프로그램등의 편성비율에 관해 정하고 있으며, 이와 같이 고시에서 정한 것을 권한발생요건으로 정하는 것은 포괄위임입법금지원칙에 위반될 소지가 있다.

또한 구체성 및 명확성 요건도 충족되지 않은 것으로 보인다. 헌법 제75조는 위임입법의 근거조문임과 동시에 그 범위와 한계를 제시하고 있는 바, 법률에서 구체적인 범위를 정하여 위임받은 사항이란 법률에 이미 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미한다. 방송법 제71조 1항은 “방송사업자는 당해 채널의 전체 프로그램중 국내

에서 제작된 방송프로그램을 대통령령이 정하는 바에 따라 일정한 비율 이상 편성하여야 한다”고 규정하고 시행령 제57조 1항은 “방송사업자는 법 제71조 제1항의 규정에 의하여 국내에서 제작된 방송프로그램을 다음 각호의 범위안에서 방송통신위원회가 고시하는 비율 이상 편성하여야 한다”고 규정하면서, 사실상 어떠한 비율로 정해질 것인가에 관해서 법률과 시행령에서 아무런 원칙을 제시하거나 한정함이 없이 고시에서 정할 것만을 규정하고 있어서 구체성 및 명확성의 요건이 충족되지 않는다고 판단된다.

#### (4) 법 제72조 관련

법 제108조는 법 제72조제1항 내지 제3항의 규정에 위반하여 방송프로그램을 편성한 자에 대한 과태료부과를 규정하고 있다. 시행령 별표 4는 다음과 같이 위반행위와 부과금액을 정하고 있다.

위 반 행 위	해당법조문	부과금액
9. 법 제72조제1항 내지 제3항의 규정에 의한 편성비율을 위반하여 방송프로그램을 편성한 자	법 제108조 제1항제9호	1,000
가. 법 제72조제1항의 규정에 위반하여 외주제작 방송프로그램을 대통령령이 정하는 비율 이상으로 편성하지 아니한 자		
나. 법 제72조제2항의 규정에 위반하여 특수관계자가 제작한 방송프로그램을 대통령령이 정하는 비율을 초과하여 편성한 자		
다. 법 제72조제3항의 규정에 위반하여 외주제작 방송프로그램을 주시청시간대에 대통령령이 정하는 비율 이상으로 편성하지 아니한 자	500	

표 12 방송법 제72조 관련 과태료 처분기준

방통위 고시 제2008-72호가 방송프로그램등의 편성비율에 관해 정하고 있으며, 이와 같이 고시에서 정한 것을 권한발생요건으로 정하는 것은 위임입법원칙에 위반될 소지가 있다.

다만 고시나 훈령과 같은 행정규칙의 형식으로 제정된 경우에도 그 내용이 실질에 있어 법규적 성질을 갖는 경우, 법규와 동일한 효력을 인정하고 있다. 다음의 표는 그러한 판례를 담고 있다. 따라서 앞에서 살펴 본 방송법 제69조, 제70조, 제71조 및 제72조에 관한 위임입법원칙 위반 여부에 대해서는 추가 검토가 필요할 것으로 사료된다.

<p><b>법규성을 인정한 사례</b></p>
<p><b>대법원 1987.9.29 86누484 판결</b>          소득세법시행령의 위임을 받아 양도소득세의 실지거래가액이 적용될 부동산투기 억제제를 위하여 필요하다고 인정되는 거래의 유형을 열거 지정한 국세청장의 훈령인 재산제세사무처리규정을 법규명령과 같은 구속력이 있다고 인정한 사례</p>
<p><b>대법원 2008. 4.10, 2007두4841판결</b>          산지관리법에 따라 산림청장이 정한 ‘산지전용허가기준의 세부검토기준에 관한 규정’이 법규적 효력을 갖는다고 인정한 판례</p>
<p><b>대법원 2004. 5. 28, 2002두4716 판결</b>          산업자원부장관이 정한 산업자원부 고시 ‘공장입지기준’ 제5조는 ‘공업배치 및 공장설립에 관한 법률’ 제8조의 위임에 따라 공장입지의 구체적 기준을 정한 것으로 법규명령의 효력을 갖는다고 한 판례</p>
<p><b>대법원 1996. 4. 12. 선고 95누7727 판결</b>          보건사회부장관이 정한 1994년도 노인복지사업지침은 노령수당의 지급대상자의 선정기준 및 지급수준 등에 관한 권한을 부여한 노인복지법 제13조 제2항, 같은 법 시행령 제17조, 제20조 제1항에 따라 보건사회부장관이 발한 것으로서 실질적으로 법령의 규정내용을 보충하는 기능을 지니면서 그것과 결합하여 대외적으로 구속력이 있는 법규명령의 성질을 가지는 것으로 본 사례</p>
<p><b>헌법재판소 2004. 10. 28. 99헌바91</b>          국회입법에 의한 수권이 입법기관이 아닌 행정기관에게 법률 등으로 구체적인 범위를 정하여 위임한 사항에 관하여는 당해 행정기관에게 법정립의 권한을 갖게 되고, 입법자가 규율의 형식도 선택할 수도 있다 할 것이므로, 헌법이 인정하고 있</p>

<p>는 위임입법의 형식은 예시적인 것으로 보아야 할 것이고, 그것은 법률이 행정규칙에 위임하더라도 그 행정규칙은 위임된 사항만을 규율할 수 있으므로, 국회입법의 원칙과 상치되지도 않는다. 다만, 형식의 선택에 있어서 규율의 밀도와 규율영역의 특성이 개별적으로 고찰되어야 할 것이고, 그에 따라 입법자에게 상세한 규율이 불가능한 것으로 보이는 영역이라면 행정부에게 필요한 보충을 할 책임이 인정되고 극히 전문적인 식견에 좌우되는 영역에서는 행정기관에 의한 구체화의 위위가 불가피하게 있을 수 있다. 그러한 영역에서 행정규칙에 대한 위임입법이 제한적으로 인정될 수 있다.</p>
<p><b>법규성을 부정한 사례</b></p>
<p><b>대법원 2003. 9. 5, 2001두403</b>          법인세법26조 제1항, 제2항, 같은법 시행령 제82조 제1항, 제2항, 제3항 제5호 등에 의하면, 법인은 법인세 신고시 세무조정사항을 기입한 소득금액조정합계표와 유보소득 계산서류인 적정유보초과소득조정명세서(을) 등을 신고서에 첨부하여 제출하여야 하는데, 위 소득금액조정합계표 작성요령 제4호 단서는 잉여금 증감에 따른 익금산입 및 손금산입 사항의 처분인 경우 익금산입은 기타 사외유출로, 손금산입은 기타로 구분하여 기입한다고 규정하고 있고, 위 적정유보초과소득조정명세서(을) 작성요령 제6호는 각 사업연도 소득금액계산상 배당·상여·기타소득 및 기타 사외유출란은 소득금액조정합계표의 배당·상여·기타소득 및 기타 사외유출 처분액을 기입한다고 규정하고 있는바, 위와 같은 작성요령은 법률의 위임을 받은 것이기는 하나 법인세의 부과징수라는 행정적 편의를 도모하기 위한 절차적 규정으로서 단순히 행정규칙의 성질을 가지는 데 불과하다고 본 사례</p>
<p><b>대법원 1999. 11. 26, 99부3 판결</b>          정부투자기관회계규정 제245조가 정부투자기관의 회계처리의 기준과 절차에 관한 사항을 재무부장관이 정하도록 규정한 정부투자기관관리기본법 제20조에 의하여 제정된 것임은 분명하나 그 점만으로 위 규정이 정부투자기관관리기본법 제20조와 결합하여 대외적인 구속력이 있는 법규명령으로서의 효력을 가진다고 할 수 없다고 본 사례</p>

표 13 법규적 성질을 갖는 행정규칙 관련 판례

**(5) 법 제86조 관련**

방송사가 자체적으로 방송프로그램을 심의할 수 있는 기구를 설치하고 심

의하여야 할 의무 및 법 제87조에 따라 시청자위원회를 설치하여야 할 의무는 방송자유를 향유할 전제로서 주어진 전형적인 의무의 하나다. 현재는 해당 의무의 위반에 대한 과태료 부과처분이 규정되어 있으나, 이는 개선되어야 할 필요성이 크며 본질의 제6항에 개선방안을 다루고자 한다.

### (6) 법 제89조 관련

다음으로는 유사한 성격이지만, 방송자유와 본질과의 관련성 정도가 위의 경우와는 다소 차이가 있는 것으로 법 제89조 제1항의 규정에 위반하여 시청자평가프로그램을 편성하지 않는 경우가 문제된다. 시청자평가프로그램의 편성은 시청자 권익보호라는 객관적 질서규범의 이행이라는 특성을 갖고 있으며 제86조, 제87조 및 제88조와 유기적으로 관련되어 있다. 또한 그러한 편성의무는 시청자들이 방송에 대해 행한 평가를 다른 시청자들에게 알 수 있게 한다는 점에서 공표로서의 특성도 갖고 있다. 따라서 제89조에 따른 의무의 불이행을 현재와 같이 독립된 위반행위로서 과태료 부과 최고 500만원으로 처분하는 것은 도입 취지를 제대로 살리지 못할 가능성이 더 크다. 이는 개선되어야 할 필요성이 크며 본질의 제6항에 개선방안을 다루고자 한다.

## 3) 방송사 주관적 영역과 행정질서영역의 경계영역

### (1) 법 제90조 제3항 관련

법 제90조 제3항은 시청자위원회가 필요한 자료의 제출 또는 관계자의 출석·답변을 요청할 경우에 방송사가 ‘특별한 사유가 없는 한’ 이에 응할 의무를 규정하고 있다. 이 조항은 시청자권익보호라는 객관적 질서규범에서 연원한 것으로서, 방송자유와 본질적 내용에 해당하는 방송편집권과 상충되는 관계를 설정하고 있으며, 특히 ‘특별한 사유가 없는 한’의 의미가 불명확하다는 점에서 명확성 요건을 충족하지 못하고 있다.

### (2) 법 제33조 제3항 관련

법 제33조 제3항에 따라 방송사업자는 아동과 청소년을 보호하기 위하여 방송프로그램의 폭력성 및 음란성 등의 유해정도, 시청자의 연령 등을 감안하여



방송프로그램의 등급을 분류하고 이를 방송중에 표시하여야 한다. 등급의 분류기준은 방송통신심의위원회 규칙으로 공표되며, 방송사가 자율적으로 분류한 등급에 대해서 방송통신심의위원회는 조정을 요구할 수 있다.

이 조항과 관련하여 발생할 수 있는 문제점은 등급분류 및 표시의 대상이 무엇인지에 관한 것이다. 즉 **명확성 요건에 관한 문제가 발생**하는 바, 발생 원인은 폭력성과 음란성에 관한 판단 및 그러한 등급을 표시하여야 할 프로그램의 정의의 문제다. 방송통신심의위원회의 규칙 제22호(방송프로그램의 등급분류 및 표시 등에 관한 규칙)은 방송사가 사실상 모든 프로그램에 대해서 등급을 분류하도록 규정하고 있지만 규칙의 제9조는 예외를 규정하고 있다. 여기서 예외에 속하는 프로그램의 정의문제가 제기된다. 이는 결국 법령의 적용을 위한 요건의 정의 문제이고, 따라서 **방송자유의 본질적 특성과 관련된 문제**이기도 하다. 그러한 측면에서 이 조항을 단순한 행정질서의 보호를 위한 과태료부과 처분의 대상으로 처리하는 것은 부적절하다.

### (3) 법 제73조 제1항 관련

법 제73조 제1항에 따라 방송사업자는 방송광고와 방송프로그램이 혼동되지 아니하도록 명확하게 구분하여야 하며, 어린이를 주 시청대상으로 하는 방송프로그램의 방송광고시간 및 전후 토막광고시간에는 대통령령이 정하는 바에 따라 반드시 광고임을 밝히는 자막을 표기하여 어린이가 방송프로그램과 방송광고를 구분할 수 있도록 하여야 한다. 이 경우에도 명확성 요건에 관한 문제가 발생한다. 방송법 시행령 제59조는 어린이를 주 시청대상으로 하는 방송프로그램에 대해서 법 제73조 제1항에 따른 자막표기 의무를 규정하고 있으나, **‘어린이를 주 시청대상으로 하는 방송프로그램’의 개념**을 정의하지 않고 있다. 이는 방송사가 결정할 사항이며, 이는 곧 방송자유의 본질적 특성과 관련된 문제이다. 또한 이는 **명확성 요건의 충족 문제**이기도 하다. 따라서 단순한 행정질서의 보호를 위한 과태료부과 처분의 대상으로 보는 것은 부적절하다.

### (4) 법 제87조 제1항 관련

법 제87조 제1항에 따라 종합편성 또는 보도전문편성을 행하는 방송사업자는 시청자의 권익을 보호하기 위하여 시청자위원회를 두어야 한다. 먼저, 시청

자위원회를 설치 안하면 1,000만원의 과태료 납부에 의해서 속죄는 것으로 해석된다는 문제점이 있다. 아울러 시청자위원회 설치가 중요한 것이라기 보다는 그 운용이 더 중요하지만, 간과되고 있다. 따라서, **시청자위원회의 설치 및 운용 등에 관한 보고, 정보의 공표 등의 의무를 부과하는 것이 적절하다.** 방송법 제90조 5항은 종합편성 또는 보도전문편성을 행하는 방송사업자는 대통령령이 정하는 바에 의하여 시청자가 요구하는 방송사업에 관한 정보를 공개하여야 할 의무를 규정하고 있고, 시행령 제65조는 공개의 요청 절차 및 요건 등을 규정하고 있다. 반면에 그러한 정보 공개의 강제를 위한 조치는 규정되지 않고 있다. 따라서 **시청자위원회 설치 의무를 과태료처분 대상으로 할 것이 아니라 정보의 공개가 담보될 수 있는 조치의 수립이 필요하다.**

#### 4) 방송사 운영 영역

방송사의 운영에 관한 것이다. 대표적인 것은 **법 제74조 1항 및 2항에서 규정한 협찬고지**에 관한 규칙이다. 헌법재판소는 이 조항이 여타의 법익을 위한 방송의 자유에 대한 제한이 아니라 방송사업의 운영을 규율하는 형성법률로서, 협찬고지를 민영방송사업의 운영에 필수적인 자원조달수단의 하나로 보장하는 한편 그 허용범위를 제한함으로써 방송사업자뿐 아니라 시청자 및 방송관련종사자 등 각 이해관계를 고려하여 헌법상 방송의 자유를 실질적으로 보장하기 위하여 필요한 규제에 해당한다고 판시한 바 있다. 더 나아가서 그것이 방송의 자유의 객관적 보장영역으로서 필수적 요소인 민영방송사업의 수익성을 부인할 정도로 영업활동에 대한 제한을 가하거나, 민영방송사업자의 사적 자치에 의한 형성이나 결정의 기본적 요소를 박탈하는 정도에 이르지 아니하므로 헌법상 기본원리를 준수하면서 그 입법형성의 재량의 범위 내에서 행해졌다고 볼 수 있어 헌법에 합치되며, 방송사업자의 협찬고지에 관한 방송운영의 자유 등 주관적 권리는 이 사건 법률조항의 형성을 통해서 비로소, 그리고 오로지 형성된 기준에 따라 성립되는 것이므로 **기본권 제한이나 침해를 내포하지 않는 것으로 인정된 바 있다.**

이와 같은 헌법재판소의 판단 기준의 구성 요소는 광고에 관한 것은 방송사의 운영에 관한 것이고, 방송자유와 본질과는 거리가 있다는 점이다. 따라서 그와 관련된 행정의무의 이행을 담보하기 위해서는 **과태료부과보다는 과징금**

부과가 더 적절할 것으로 판단되는 영역이다.

마찬가지로 법 제73조 제2항 및 제4항에 따른 의무는 방송 광고에 관한 것으로서 방송자유의 본질적 내용과는 거리가 있고, 방송사의 운영에 관한 것이므로, 본 의무의 불이행에 따르는 이익에 대해서 과징금을 부과하는 방식이 적절하다.

### 5) 단순 행정질서 영역

다음의 표는 단순 행정질서영역을 포함하여 앞에서 다루었던 방송사 주관적 영역, 운영 영역 및 주관적 영역과 행정질서 영역의 경계영역에 속하는 사항들을 분류하여 담고 있다.

주 : 주관적 영역, 운 : 운영 영역, 경 : 경계 영역, 질 : 행정질서 영역 (단위 : 만원)		
위 반 행 위	해당법조문	분류
1. 법 제4조제3항의 규정에 위반하여 방송편성책임자의 성명을 방송시간내에 매일 1회 이상 공표하지 아니한 자	법 제108조제1항제1호	행
2. 법 제15조제2항 및 제3항의 규정에 의한 신고를 하지 아니한 자	법 제108조제1항제2호	행
2의2. 법 제15조의2제1항 단서에 따른 신고를 하지 아니한 자	법 제108조제1항제2호의2	행
3. 법 제33조제3항의 규정에 위반하여 방송프로그램의 등급을 표시하지 아니한 자	법 제108조제1항제3호	경
4. 법 제69조제3항부터 제6항까지의 규정을 위반하여 방송프로그램을 편성한 자 가. 법 제69조제3항 전단을 위반하여 보도·교양 및 오락에 관한 방송프로그램을 편성한 자 나. 법 제69조제3항 후단을 위반하여 주시청시간대에 특정 방송 분야의 방송프로그램을 편중하여 편성한 자 다. 법 제69조제4항을 위반하여 주된 방송분야가 충분히 반영될 수 있도록 방송프로그램을 편성하지 아니한 자 라. 법 제69조제5항을 위반하여 주된 방송분야 이외의 방송프로그램을 부수적으로 편성한 자	법 제108조제1항제4호	주

<p>마. 법 제69조제6항을 위반하여 다른 한 방송사업자의 제작물을 편성한 자</p>		
<p>5. 법 제70조제1항 내지 제4항의 규정에 위반하여 채널을 구성·운용한 자</p>	<p>법 제108조제1항제5호</p>	<p>주</p>
<p>6. 법 제70조제5항 단서의 규정에 위반하여 채널을 운용하거나, 동조제6항의 규정에 의한 대통령령을 위반하여 채널을 운용한 자</p>	<p>법 제108조제1항제6호</p>	<p>주</p>
<p>7. 법 제70조제7항의 규정에 위반하여 특별한 이유없이 시청자가 자체제작한 방송프로그램을 방송하지 아니한 자</p>	<p>법 제108조제1항제7호</p>	<p>주</p>
<p>8. 법 제71조제1항 내지 제3항의 규정에 위반하여 방송프로그램을 편성한 자</p> <p>가. 법 제71조제1항의 규정에 위반하여 국내에서 제작된 방송프로그램을 대통령령이 정하는 비율 이상으로 편성하지 아니한 자</p> <p>나. 법 제71조제2항 본문의 규정에 위반하여 국내에서 제작된 영화·애니메이션 및 대중음악을 대통령령이 정하는 비율 이상으로 편성하지 아니하거나, 법 제71조제2항 단서의 규정에 위반하여 국내에서 제작된 애니메이션을 대통령령이 정하는 바에 따라 일정한 비율 이상 신규로 편성하지 아니한 자</p> <p>다. 법 제71조제3항의 규정에 위반하여 한국에서 제작한 영화·애니메이션 및 대중음악을 대통령령이 정하는 비율을 초과하여 편성한 자</p>	<p>법 제108조제1항제8호</p>	<p>주</p>
<p>9. 법 제72조제1항 내지 제3항의 규정에 의한 편성비율을 위반하여 방송프로그램을 편성한 자</p> <p>가. 법 제72조제1항의 규정에 위반하여 외주제작 방송프로그램을 대통령령이 정하는 비율 이상으로 편성하지</p>	<p>법 제108조제1항제9호</p>	<p>경</p>

<p>아니한 자</p> <p>나. 법 제72조제2항의 규정에 위반하여 특수관계자가 제작한 방송프로그램을 대통령령이 정하는 비율을 초과하여 편성한 자</p> <p>다. 법 제72조제3항의 규정에 위반하여 외주제작 방송프로그램을 주시청시간대에 대통령령이 정하는 비율 이상으로 편성하지 아니한 자</p>		
<p>10. 법 제73조제1항·제2항·제4항 또는 제5항을 위반하여 방송광고를 한 자</p> <p>가. 법 제73조제1항을 위반하여 방송광고와 방송프로그램을 명확하게 구분하지 아니하거나, 어린이를 주 시청 대상으로 하는 방송프로그램의 방송광고시간 및 전후 토막광고시간에 광고임을 밝히는 자막을 표기하지 아니한 자</p> <p>나. 법 제73조제2항을 위반하여 방송광고의 시간·횟수 또는 방법 등을 준수하지 아니한 자(다목의 경우를 제외한다)</p> <p>다. 중간광고를 한 자</p> <p>라. 법 제73조제4항을 위반하여 비상업적공익광고를 편성한 자</p> <p>마. 법 제73조제5항을 위반하여 한국방송광고공사 또는 방송광고판매대행사가 위탁하는 방송광고물 외의 방송광고를 한 자</p>	<p>법 제108조제1항제10호</p>	<p>경</p> <p>운</p> <p>운</p> <p>운</p> <p>운</p>
<p>11. 법 제74조제1항 및 제2항을 위반하여 협찬고지를 한 자</p> <p>가. 법 제74조제1항을 위반하여 협찬고지를 한 자</p> <p>나. 법 제74조제2항을 위반하여 협찬고지를 한 자</p>	<p>법 제108조제1항제11호</p>	<p>운</p>
<p>11의2. 법 제75조제2항의 규정에 위반하여 특별한 사유 없이 재난방송을 하지 아니한 자</p>	<p>법 제108조제1항제11호의2</p>	<p>행</p>
<p>12. 법 제77조제1항의 규정에 위반하여 약관의 신고 또는 변경신고를 하지 아니하거나 승인 또는 변경승인을 얻지 아니하고 유료방송을 한 자</p>	<p>법 제108조제1항제12호</p>	<p>행</p>

<p>가. 법 제77조제1항 전단 및 후단의 규정에 위반하여 이 용약관의 신고 또는 변경신고를 하지 아니하고 유료 방송을 한 자</p> <p>나. 법 제77조제1항 전단 및 후단의 규정에 위반하여 이 용요금의 승인 또는 변경 승인을 얻지 아니하고 유료 방송을 한 자</p>		
13. 법 제78조제1항의 규정에 위반하여 동시재송신을 하지 아니한 자	법 제108조제1항제13호	행
14. 법 제78조제4항을 위반하여 재송신을 한 자 및 방송사업자로부터 업무를 위탁받아 방송을 위한 설비를 설치·운영하는 자로서 법 제78조제4항을 위반한 재송신을 가능하게 한 자	법 제108조제1항제14호	행
<p>14의2. 외국방송사업자로서 법 제78조의2제1항 또는 제3항을 위반하여 재송신을 하거나 같은 조 제4항에 따른 자료제출 요구에 응하지 아니하거나 거짓으로 자료를 제출한 자</p> <p>가. 법 제78조의2제1항을 위반하여 승인받지 아니하고 재송신을 한 자</p> <p>나. 법 제78조의2제3항을 위반하여 재송신을 한 자</p> <p>다. 법 제78조의2제4항에 따른 자료제출 요구에 응하지 아니하거나 거짓으로 자료를 제출한 자</p>	법 제108조제1항제14호의2	행
14의3. 법 제78조의2제6항을 위반하여 재송신을 하거나 같은 조 제7항에 따른 재송신의 범위와 기준을 초과하여 재송신을 한 자	법 제108조제1항제14호의3	행
15. 법 제79조제2항 또는 제80조의 규정에 위반하여 준공검사 또는 확인을 받지 아니한 자	법 제108조제1항제15호	행
16. 법 제82조의 규정에 위반하여 약관의 신고 또는 변경신고를 하지 아니하고 전송망 사업을 행한 자	법 제108조제1항제16호	행
17. 법 제83조제1항의 규정에 의한 방송일지를 기록하지 아니하거나 허위로 기록한 자 또는 방송실시결과를 제출	법 제108조제1항제17호	행

하지 아니한 자		
18. 법 제83조제2항의 규정에 위반하여 방송프로그램의 원본 또는 사본을 보존하지 아니한 자	법 제108조제1항제18호	행
19. 법 제84조제1항의 규정에 의한 신고를 하지 아니하고 폐업하거나 휴업한 자	법 제108조제1항제19호	행
20. 법 제86조의 규정에 위반하여 자체심의기구를 두지 아니하거나 방송프로그램을 심의하지 아니한 자 가. 법 제86조의 규정에 위반하여 자체심의기구를 두지 아니한 자 나. 법 제86조의 규정에 위반하여 자체심의 기구에서 방송프로그램을 심의하지 아니한 자	법 제108조제1항제20호	주
21. 법 제87조제1항의 규정에 위반하여 시청자위원회를 두지 아니한 자	법 제108조제1항제21호	경
22. 법 제89조제1항의 규정에 위반하여 시청자평가프로그램을 편성하지 아니한 자	법 제108조제1항제22호	주
23. 법 제90조제3항의 규정에 위반하여 필요한 자료의 제출 또는 관계자의 출석·답변을 거부한 자	법 제108조제1항제23호	경
24. 법 제90조제4항의 규정에 위반하여 시청자위원회의 심의결과 및 그 처리에 관한사항을 방송통신위원회에 보고하지 아니한 자	법 제108조제1항제24호	행
25의2. 법 제98조제1항의 규정에 위반하여 자료제출을 하지 아니하거나 거짓으로 자료를 제출한 자	법 제108조제1항제25호의2	행
26. 법 제98조제2항의 규정에 위반하여 재산상황을 제출하지 아니하거나 거짓으로 재산상황을 제출한 자	법 제108조제1항제26호	행
26의2. 법 제100조제2항을 위반한 방송출연자에 대한 경고, 출연제한 등의 조치를 취하지 아니한 자	법 제108조제1항제26호의2	행
27. 법 제100조제4항을 위반하여 방송통신위원회의 결정사	법 제108조제1	행

<p>항 전문을 방송하지 아니하거나 그 결과를 방송통신위원회에 보고하지 아니한 자</p> <p>가. 법 제100조제2항의 규정에 위반하여 방송통신위원회의 결정사항 전문을 방송하지 아니한 자</p> <p>나. 법 제100조제2항의 규정에 위반하여 명령의 이행결과를 방송통신위원회에 보고하지 아니한 자</p>	<p>항제27호</p>	
--	--------------	--

**표 14 방송법 과태료 부과 위반행위 분류**

방송법 제84조는 (방송사업자·중계유선방송사업자·음악유선방송사업자 및 전광판방송사업자가 그 업무를 폐업하거나 휴업하고자 하는 때에는 방송통신위원회에 신고하여야 할 의무를 규정하고 있고 시행령은 의무위반자에 대해서 과태료 500만원 부과처분을 정하고 있다. 그러나 이 규정은 "국민부담 완화를 위한 과태료, 과징금 합리화 방안"(법제처, 법무부, 국가경쟁력강화위원회, 2009.8.26)에서 과태료 폐지검토 대상으로 분류되었다.

**6) 주관적 영역에 속한 행정적 의무이행확보방안**

앞서 살펴 본 바와 같이 프로그램편성 관련 의무에서의 쟁점은 의무이행의 정도 또는 위반의 정도가 각기 다를 수 있는 것을 어떻게 확실적으로 과태료를 부과할 것인가의 문제, 그리고, 프로그램편성의 기준 등에 관련된 명확성요건이 충족되지 않는 문제, 마지막으로 과태료부과 권한의 발생요건이 고시에서 정해짐으로써 발생하는 포괄위임입법금지원칙의 위반이다.

방송법상의 과태료제도의 근본적인 쟁점을 설명하는 부분에서 언급되었듯이, 그러한 문제점들은 방송자유의 주관적 영역에 속하는 사항들을 과태료부과로 처리하려는 시도에서 발생한 것이다. 본 항에서는 그와 같은 영역에 속한 사항들을 미국과 프랑스에서는 과태료 등의 벌금형으로 처리하지 않는다는 점을 살펴보고, 그에 따른 개정 방안을 살펴보고자 한다.

**(1) 해외 사례**

미국의 경우 어린이 프로그램에서의 광고총량 규제<sup>98)</sup>에 대해서는 위반시에

98) § 73.670 Commercial limits in children's programs.



최고 8,000\$의 벌금처분이 부과된다. 예컨대, 미국 뉴저지주의 한 방송사가 방송사 재허가를 위해서 제출한 신청서에 지난 허가기간중 1992년1월7일부터 1996년1월24까지에 그러한 광고제한시간을 준수하지 못한 것을 명시하자 FCC는 해당 방송사가 200 차례 광고총량제한 의무를 위반했다고 결정하였다. FCC는 3만불의 벌금을 부과했다.

반면에, 어린이를 위한 교육 및 정보전달프로그램에 있어서는 위의 경우와는 전혀 다른 규제와 제재 방식이 수립되어 있다.<sup>99)</sup> 상업 방송사는 어린이들

---

(a) No commercial television broadcast station licensee shall air more than 10.5 minutes of commercial matter per hour during children's programming on weekends, or more than 12 minutes of commercial matter per hour on weekdays.

NOTE 2: For purposes of this section, children' programming refers to programs originally produced and broadcast primarily for an audience of children 12 years old and younger.

99) § 73.671 Educational and informational programming for children.

(a) Each commercial and noncommercial educational television broadcast station licensee has an obligation to serve, over the term of its license, the educational and informational needs of children through both the licensee's overall programming and programming specifically designed to serve such needs.

(b) Any special nonbroadcast efforts which enhance the value of children's educational and informational television programming, and any special effort to produce or support educational and informational television programming by another station in the licensee's marketplace, may also contribute to meeting the licensee's obligation to serve, over the term of its license, the educational and informational needs of children.

(c) For purposes of this section, educational and informational television programming is any television programming that furthers the educational and informational needs of children 16 years of age and under in any respect, including the child's intellectual/cognitive or social/emotional needs. Programming specifically designed to serve the educational and informational needs of children ("Core Programming") is educational and informational programming that satisfies the following additional criteria:

(1) It has serving the educational and informational needs of children ages 16 and under as a significant purpose;

(2) It is aired between the hours of 7:00 a.m. and 10:00 p.m.;

(3) It is a regularly scheduled weekly program;

(4) It is at least 30 minutes in length;

(5) The program is identified as specifically designed to educate and inform children by the display on the television screen throughout the program of the symbol E/I;

(6) The educational and informational objective and the target child audience are specified in writing in the licensee's Children's Television Programming Report, as described in § 73.3526(e)(11)(iii); and

(7) Instructions for listing the program as educational/informational, including an indication of the age group for which the program is intended, are provided by the licensee to publishers of program guides, as described in § 73.673.

의 교육과 정보에 대한 수요 충족을 위해서 자신의 방송 프로그램 전반에 걸쳐서 또는 그러한 목적을 위해서 의도된 프로그램을 통해서 기여해야 할 의무를 부담한다. 여기서 무엇이, 또 어떻게 어린이들의 교육 및 정보의 수요를 충족할 것인가? 또한 무엇이 그러한 목적을 위한 프로그램인가에 대한 기준 정의가 문제된다. 즉, 그러한 행정상 의무의 이행을 강제하기 위해서는 명확한 규범이 있어야 한다. 이에 대해서 FCC가 제정한 규칙은 무엇이 어린이들의 교육 및 정보전달을 위한 프로그램인가에 대한 정의 기준은 방송사업자들의 신의칙에 기초한다는 것이다.<sup>100)</sup>

이와 같은 어린이용 프로그램 편성 규제에 대해서 NAB를 비롯한 단체 및 기업들이 FCC의 입법 과정에서 청원서를 제출하였고, FCC는 이 규제가 수정헌법 제1조에 따른 표현의 자유를 위반하는 것이 아니라고 판단하였다. FCC는 CTA(children's television act)에 따라서 요구되는 어린이 보호의무를 방송사가 이행함에 있어서의 FCC의 규제는 방송사가 선택할 수 있는 사항들을 가이드라인 형태로 제시한 것에 불과하다는 입장을 선언했다.<sup>101)</sup> 한편 이러한 규제에 대한 위헌논의나 심사가 개시되지 않은 것은 방송사들이 디지털 전환을 위해 정부와 협상하는 시점에서 유연하게 대처 내지는 자제하는 전략을 택했기 때문이라는 분석도 제기된다.<sup>102)</sup>

방송사는 그러한 프로그램편성 비율 등을 기록한 Children's Television Programming Reports (FCC Form 398)를 분기별로 FCC에 제출한다. 그럼으로써 일반 공중이 방송사가 편성비율을 맞추고 있는가를 알기 위해 액세스할 수 있게 된다. 이것은 기본적으로 FCC가 채택한 공표제도에 해당한다.<sup>103)</sup>

---

100) NOTE 1 TO § 73.671: For purposes of determining under this section whether programming has a significant purpose of serving the educational and informational needs of children, the Commission will ordinarily rely on the good faith judgments of the licensee. Commission review of compliance with that element of the definition will be done only as a last resort.

101) That guideline, by "giving broadcasters clear but nonmandatory guidance on how to guarantee compliance" with the CTA, provides "a constitutional means of giving effect to the CTA's programming requirement." FCC 06-143, Section 19

102) Thomas W. Hazlett, *Physical Scarcity, Rent Seeking, and the First Amendment*, 97 Colum. L. Rev. 905 (1997); Varona, *Changing Channels*; Chairman Reed E. Hundt, Remarks to Citizens for a Sound Economy, Washington D.C., June 18, 1997, available at 1997 WL 332306 ("You remember the give away of digital TV licenses to today's broadcasters. It was the largest single grant of public property to anyone in the private sector in this century.")

103) "One of the most important public information measures adopted by the Commission in

방송사는 그러한 보고서의 제출 및 보관유지 의무의 위반시에 벌금부과 처분된다.<sup>104)</sup> 방송사가 그러한 편성비율을 위반한 경우는 사실상 없는 것으로 간주되고 있다. 그러한 배경 중의 하나로서 흥미로운되고 있시카고의 한 방송국 위반한 재허가 상 위반한 일반공중의 청원중고의 해당 방송사가 위의 편성비율을 준수상 데에 상당히있태만했었다는 점을 지적하자, FCC는 그 청원이 일응의 증거를 구성하기 위해의 필요한 사실의 확인쇼국 비되는 것으로 하나의 의견에 해당상 청원이원중고이유로 재허가 거절 청원을 받아그러로 간왔다. 이는 방송사가 어린이용 프로그램이 무엇인가에 대해서 스스로 판단해서 기록하게 한 점을 FCC가 고려한 것이다.

다음의 표는 유선과 무선 통신 및 방송에 공통적으로 적용되는 벌금처분기준표이다.

VIOLATION	AMOUNT Statutory Maximum for each Service
Construction and/or operation without an instrument of authorization for the service	\$10,000
Failure to comply with prescribed lighting and/or marking	\$10,000
Violation of public file rules	\$10,000
Violation of political rules : reasonable access, lowest unit charge, equal opportunity, and discrimination	\$9,000
Unauthorized substantial transfer of control	\$8,000
Violation of children's television commercialization or programming requirements	\$8,000
Violations of rules relating to distress & safety frequencies	\$8,000
False distress communications	\$8,000
EAS equipment not installed or operational	\$8,000
Alien ownership violation	\$8,000
Failure to permit inspection	\$7,000
Transmission of indecent/obscene materials	\$7,000
Interference	\$7,000
Importation or marketing of unauthorized equipment	\$7,000
Exceeding of authorized antenna height	\$5,000

1996 was the requirement that licensees complete a Children's Television Programming Report, FCC Form 398, each calendar quarter and place the report in the station's public inspection file.", FCC00-343, Section 4

104) UPN Television Stations Inc., WUPL(TV), 20 FCC Rcd. 15807 (2005) (imposing \$4000 forfeiture for failure to maintain children's programming records in station's public file).

Fraud by wire, radio or television	\$5,000
Unauthorized discontinuance of service	\$5,000
Use of unauthorized equipment	\$5,000
Exceeding power limits	\$4,000
Failure to respond to Commission communications	\$4,000
Violation of sponsorship ID requirements	\$4,000
Unauthorized emissions	\$4,000
Using unauthorized frequency	\$4,000
Failure to engage in required frequency coordination	\$4,000
Construction or operation at unauthorized location	\$4,000
Violation of requirements pertaining to broadcasting of lotteries or contests	\$4,000
Violation of transmitter control and metering requirements	\$3,000
Failure to file required forms or information	\$3,000
Failure to make required measurements or conduct required monitoring	\$2,000
Failure to provide station ID	\$1,000
Unauthorized pro forma transfer of control	\$1,000
Failure to maintain required records	\$1,000

표 15 미국 통신 및 방송서비스 벌금 부과 기준

다음의 표는 통신과 방송서비스 각각에 적용되는 벌금처분기준을 담고 있다.

VIOLATION	S E R V I C E S A F F E C T E D	AMOUNT
Unauthorized conversion of long distance telephone service	Common Carrier	\$40,000
Violation of operator services requirements	Common Carrier	\$7,000
Violation of pay-per-call requirements	Common Carrier	\$7,000
Failure to implement rate reduction or refund order	Cable	\$7,500
Violation of cable program access rules	Cable	\$7,500
Violation of cable leased access rules	Cable	\$7,500
Violation of cable cross-ownership rules	Cable	\$7,500
Violation of cable broadcast carriage rules(재전송) <sup>105)</sup>	Cable	\$7,500
Violation of pole attachment rules(케이블선로 공동구 사용료 등)	Cable	\$7,500
Failure to maintain directional pattern within prescribed parameters <sup>106)</sup>	Broadcast	\$7,000
Violation of main studio rule	Broadcast	\$7,000
Violation of broadcast hoax rule <sup>107)</sup>	Broadcast	\$7,000
AM tower fencing	Broadcast	\$7,000
Broadcasting telephone conversations without authorization	Broadcast	\$4,000
Violation of enhanced underwriting requirements <sup>108)</sup>	Broadcast	\$2,000

표 16 미국 통신 및 방송서비스별 벌금 부과 기준

앞의 표들에 규정되어 있듯이, 미국의 경우 방송사의 방송프로그램 관련 의

---

105) Subpart F\_Network Non-duplication Protection, Syndicated Exclusivity and Sports Blackout

Sec. 76.92 Cable network non-duplication; extent of protection.

Source: 65 FR 68101, Nov. 14, 2000, unless otherwise noted.

(a) Upon receiving notification pursuant to Sec. 76.94, a cable community unit located in whole or in part within the geographic zone for a network program, the network non-duplication rights to which are held by a commercial television station licensed by the Commission, shall not carry that program as broadcast by any other television signal, except as otherwise provided below.

(b) For purposes of this section, the order of non-duplication priority of television signals carried by a community unit is as follows:

(1) First, all television broadcast stations within whose specified zone the community of the community unit is located, in whole or in part;

(2) Second, all smaller market television broadcast stations within whose secondary zone the community of the community unit is located, in whole or in part.

(c) For purposes of this section, all noncommercial educational television broadcast stations licensed to a community located in whole or in part within a major television market as specified in Sec. 76.51 shall be treated in the same manner as a major market commercial television broadcast station, and all noncommercial educational television broadcast stations not licensed to a community located in whole or in part within a major television market shall be treated in the same manner as a smaller market television broadcast station.

(d) Any community unit operating in a community to which a 100-watt or higher power translator is located within the predicted Grade B signal contour of the television broadcast station that the translator station retransmits, and which translator is carried by the community unit shall, upon request of such translator station licensee or permittee, delete the duplicating network programming of any television broadcast station whose reference point (See Sec. 76.53) is more than 88.5 km (55 miles) from the community of the community unit.

(e) Any community unit which operates in a community located in whole or in part within the secondary zone of a smaller market television broadcast station is not required to delete the duplicating network programming of any major market television broadcast station whose reference point (See Sec. 76.53) is also within 88.5 km (55 miles) of the community of the community unit.

(f) A community unit is not required to delete the duplicating network programming of any television broadcast station which is significantly viewed in the cable television community pursuant to Sec. 76.54.

(g) A community unit is not required to delete the duplicating network programming of any qualified NCE television broadcast station that is carried in fulfillment of the cable television system's mandatory signal carriage obligations, pursuant to Sec. 76.56.

Note: With respect to network programming, the geographic zone within which the television station is entitled to enforce network non-duplication protection and priority of shall be that geographic area agreed upon between the network and the television station. In no event shall such rights exceed the area within which the television station may acquire broadcast territorial exclusivity rights as defined in Sec. 73.658(m) of this Chapter, except that small market television stations shall be entitled to a secondary protection zone of 32.2 additional kilometers (20 additional miles). To the extent rights are obtained for any hyphenated market named in Sec. 76.51, such rights shall not exceed those permitted under Sec. 73.658(m) of

무불이행에 대해서 벌금부과처분이 정해져 있는 것은 어린이용 프로그램의 광고총량규제위반, 음란/외설한 내용의 방송뿐이다.

프랑스의 경우에는 방송법에서 방송프로그램에 관해서 규정하고 있는 것은 광고 및 주방송시간대의 유럽 및 프랑스 영상물 비율에 관한 규정을 시행령으로 위임한다는 수권 규정뿐이다. 방송위원회(Conseil de Service Audiovisuel)이 방송프로그램에 관한 규칙을 정할 수 있고 그 규칙은 방송위원회와 각 방송사간의 허가시에 체결되는 행정계약(Cahier de Charge)에 다시 규정된다. 방송사가 그 행정계약에 체결된 프로그램 편성 등에 관한 의무를 불이행하면

---

this Chapter for each named community in that market.

106) 지향성 안테나의 성능파라미터가 허가, 검사, 또는 신고필증 등에 명시된 규격과 5% 이상 차이 발생시에 3분내에 전원을 정지시키거나 출력을 낮추어야 함

#### 107) PART 73\_RADIO BROADCAST SERVICES

##### Sec. 73.1216 Licensee-conducted contests.

A licensee that broadcasts or advertises information about a contest it conducts shall fully and accurately disclose the material terms of the contest, and shall conduct the contest substantially as announced or advertised. No contest description shall be false, misleading or deceptive with respect to any material term.

Note 1: For the purposes of this rule:

(a) A contest is a scheme in which a prize is offered or awarded, based upon chance, diligence, knowledge or skill, to members of the public.

(b) Material terms include those factors which define the operation of the contest and which affect participation therein. Although the material terms may vary widely depending upon the exact nature of the contest, they will generally include: how to enter or participate; eligibility restrictions; entry deadline dates; whether prizes can be won; when prizes can be won; the extent, nature and value of prizes; basis for valuation of prizes; time and means of selection of winners; and/or tie-breaking procedures.

Note 2: In general, the time and manner of disclosure of the material terms of a contest are within the licensee's discretion. However, the obligation to disclose the material terms arises at the time the audience is first told how to enter or participate and continues thereafter. The material terms should be disclosed periodically by announcements broadcast on the station conducting the contest, but need not be enumerated each time an announcement promoting the contest is broadcast. Disclosure of material terms in a reasonable number of announcements is sufficient. In addition to the required broadcast announcements, disclosure of the material terms may be made in a non-broadcast manner.

Note 3: This rule is not applicable to licensee-conducted contests not broadcast or advertised to the general public or to a substantial segment thereof, to contests in which the general public is not requested or permitted to participate, to the commercial advertisement of non-licensee-conducted contests, or to a contest conducted by a non-broadcast division of the licensee or by a non-broadcast company related to the licensee.

108) 비상업용 교육FM의 프로그램 후원이나 협찬 사실의 고지는 허용되지만 상품 등의 광고는 금지됨

방송법에서 정하고 있는 제재처분을 받게 된다. 다음의 표는 프랑스 방송법의 관련 조항을 축약한 것이다.

제1조 방송은 자유다. 방송의 자유는 인간의 존엄성, 자유, 타인의 재산, 사상과 의견 표현의 다양성에 대한 존중을 위해 필요한 만큼만 제한될 수 있으며, 어린이 및 청소년의 보호공공질서의 유지, 국가안보에 의해서만 제한될 수 있고, 기술적 사유 및 영상산업의 발전 필요성에 의해서 제한될 수 있다.

제3조의 1 ... 방송위원회는 이 법에 규정된 원칙들이 존중에 관한 권고를 방송사업자에게 할 수 있으며, 권고는 관보에 공지된다.

#### 제27조

시행령은 다음의 의무를 규정하는 규칙을 정한다.

- 광고
- 주방송시간대의 유럽 및 프랑스 영상물 비율

#### 제42조

방송사업자에게 법률, 시행령(광고 및 협찬에 관한 시행령(Décret n°92-280 du 27 mars 1992), 프랑스 및 유럽 영상물의 편성비율에 관한 시행령(Décret n°90-66 du 17 janvier 1990), 국가적 중요행사 방송에 관한 시행령(Décret n°2004-1392 du 22 décembre 2004), 케이블 및 위성플랫폼방송사업자에 관한 시행령(영상산업발전 출연금 비율 등, Décret n°2002-140 du 4 février 2002 )등) 및 이 법의 제1조 및 3조의 1에 규정된 원칙들에 의해 부과된 의무의 이행명령이 내려질 수 있다. 방송위원회는 그러한 이행명령을 공표한다.

#### 제42조의 1

제42조에 따라 지정명령을 받은 자가 이행하지 않는 경우에, 방송위원회는 그 의무불이행의 중요성을 고려하여 다음의 제재중의 하나를 시행할 수 있다.

- 최대 1개월간의 영업정지, 또는 해당 프로그램의 방영 중지
- 최장 1년의 한도내에서 허가기간의 잔축
- 영업정지 등에 해당하는 경제적 제재
- 허가취소

#### 제42조의 2

경제적 제재의 금액은 의무불이행으로 얻은 이익의 규모에 비례하되, 부가가치세를 제외한 매출액의 3%를 넘지 않게 산정되어야 한다.

의무불이행이 벌금처분에 해당할 경우에, 경제적제재 금액은 벌금의 액수를 초과할 수 없다.

#### 제42조의 3

경영진, 또는 소유주의 등이 허가 당시와 많이 변동한 경우에 사전 이행명령없이 허가가 취소될 수 있다.

#### 제42조의 4

의무불이행시에 방송위원회는 방송중에 그러한 사실을 알리는 방송을 편성할 것을 명할 수 있다.

**벌칙조항**

- 제74조 방송사 허가를 위해 명의를 도용하거나 빌려준 자는 3만 유로의 벌금
- 제75조 지분변동 사실을 방송위에 신고할 의무 불이행시에 1만8천유로 벌금
- 제76조 방송사가 방송가 대표, 편성책임자 등을 공표할 의무 불이행시에 6천유로 벌금
- 제79조 유럽 및 프랑스 영상물 방영비율(제27조) 위반시에 7만5천유로 벌금

**표 17 프랑스 방송법 요약**

다음의 표는 프랑스 방송위원회와 프랑스 최대 지상파 민영방송사인 TF1간에 2008년도에 체결된 행정계약의 내용을 축약한 것이다.

- 제6조 정치적 성격의 독립성(특히 방송사 소유주 등으로부터) 보장을 위한 주의의무
- 제7조 방송을 통한 표현의 다양성의 보장 (특히 방송위원회가 제시한 범위내에서)
- 제8조 사법부의 판단에 영향을 줄 수 있는 보도 등
- 제9조 공공질서 등에 나쁜 영향을 줄 수 있등 프로그램의 편성 금지
- 제10조 내지 제14조 개인의 권리 등에 대한 존중을 위한 주의의무
- 제15조 내지 제19조 어린이 및 청소년 보호를 위한 프로그램 편성 및 분류 의무
- 제20조 내지 제25조 보도의 공정성 등
- 제28조 프로그램 편성 일정의 준수
- 제30조 시청자 불만처리 등에 관한 연간보고서 발표
- 제32조 내지 제36조 프로그램 편성 비율 등
- 제57조 내지 제61조 방송법에 따른 행정처분 적용

**표 18 프랑스 방송위원회와 TF1간의 행정계약 요약**

프랑스의 경우에 편성에 관해서 방송법이 규정하고 있는 것은 제27조에서 유럽 및 프랑스 영상물 방영비율을 정한 것과, 그 의무위반시에 제79조에 따른 경제적 제재처분뿐이다. 그러나 그 위반시에도 방송위원회는 위반 적발시에 제재처분을 부과하는 것이 아니라, 일단 이행명령을 발부하여 과거의 위반 사실에 대해서는 제재하지 않고, 향후에 위반이 재발하지 않도록 한다. 2005년 Canal Plus사가 유럽 및 프랑스 영상물 비율을 상당히 위반한 것에 대해서 방송위원회는 이행명령을 발부했고, 해당 방송사는 전산상의 착오였다는 점을 문서로 표명하고, 그 다음 해부터는 그러한 일이 없도록 노력하겠다는 문서를 방송위원회에 제출한 것으로 위반사례가 종결된 바 있다.

영국의 경우, 시정내용 또는 위반사실 확인 방송 명령권한을 규제기관이 갖는다. 방송사(television licensable content service)가 허가조건(condition of licence)를 위반하였을 경우로서, 위반의 정도를 고려할 때 방송서비스에 시정내용이 위반사실을 확인하는 내용을 방송하면 된다고 판단하는 경우에,



Ofcom은 시정내용 또는 위반사실 확인을 표시하는 내용을 방송하도록 방송사에게 명령할 수 있다.<sup>109)</sup>

또한 방송사가 허가조건을 위반하거나, Ofcom의 지시를 위반하는 경우에 벌금을 부과할 수 있다.<sup>110)</sup> 벌금의 한도는 25만 파운드 또는 방송사의 지난 회

---

109) Communications Act 2003 (c. 21), Part 3 . Television and Radio Services, Chapter 2 .  
Regulatory Structure for Independent Television Services

236 Direction to licensee to take remedial action

(1) This section applies if OFCOM are satisfied.

(a) that the holder of a licence to provide a television licensable content service has contravened a condition of the licence; and

(b) that the contravention can be appropriately remedied by the inclusion in the licensed service of a correction or a statement of findings (or both).

(2) OFCOM may direct the licence holder to include a correction or a statement of findings (or both) in the licensed service.

(3) A direction may require the correction or statement of findings to be in such form, and to be included in programmes at such time or times, as OFCOM may determine.

(4) OFCOM are not to give a person a direction under this section unless they have given him a reasonable opportunity of making representations to them about the matters appearing to them to provide grounds for the giving of the direction.

(5) Where the holder of a licence includes a correction or a statement of findings in the licensed service in pursuance of a direction under this section, he may announce that he is doing so in pursuance of such a direction.

(6) If OFCOM are satisfied that the inclusion of a programme in a television licensable content service involved a contravention of a condition of the licence to provide that service, they may direct the holder of the licence not to include that programme in that service on any future occasion.

(7) Where OFCOM.

(a) give a direction to a BBC company under subsection (2), or

(b) receive representations from a BBC company by virtue of subsection (4),

they must send a copy of the direction or representations to the Secretary of State.

(8) For the purposes of this section a statement of findings, in relation to a case in which OFCOM are satisfied that the holder of a licence has contravened the conditions of his licence, is a statement of OFCOM's findings in relation to that contravention.

110) 237 Penalties for contravention of licence condition or direction

(1) If OFCOM are satisfied that the holder of a licence to provide a television licensable content service.

(a) has contravened a condition of the licence, or

(b) has failed to comply with a direction given by OFCOM under or by virtue of a provision of this Part, Part 1 of the 1990 Act or Part 5 of the 1996 Act, they may serve on him a notice requiring him to pay them, within a specified period, a specified penalty.

(2) The amount of the penalty under this section must not exceed the maximum penalty given by subsection (3).

(3) The maximum penalty is whichever is the greater of.

계연도의 매출의 5% 중의 큰 것으로 한다. Ofcom은 벌금과 시정내용 (또는 위반사실 확인 방송) 방송 명령을 한 위반에 대해서 병과할 수 있다. 허가취소<sup>111)</sup>로서, Ofcom은 방송사가 허가조건을 위반하거나 Ofcom의 지시를 위반하

- 
- (a) £250,000; and
  - (b) 5 per cent. of the qualifying revenue for the licence holder's last complete accounting period falling within the period for which his licence has been in force ('the relevant period').
  - (4) In relation to a person whose first complete accounting period falling within the relevant period has not ended when the penalty is imposed, subsection (3) is to be construed as referring to 5 per cent of the amount which OFCOM estimate will be the qualifying revenue for that accounting period.
  - (5) Section 19(2) to (6) of the 1990 Act and Part 1 of Schedule 7 to that Act (calculation of qualifying revenue), with any necessary modifications, are to apply for the purposes of subsection (3) as they apply for the purposes of Part 1 of that Act.
  - (6) OFCOM are not to serve a notice on a person under subsection (1) unless they have given him a reasonable opportunity of making representations to them about the matters appearing to them to provide grounds for the service of the notice.
  - (7) Where OFCOM.
    - (a) serve a notice on a BBC company under subsection (1), or
    - (b) receive representations from a BBC company by virtue of subsection (6),they must send a copy of the notice or representations to the Secretary of State.
  - (8) An exercise by OFCOM of their powers under subsection (1) does not preclude any exercise by them of their powers under section 236 in respect of the same contravention.
  - (9) The Secretary of State may by order substitute a different sum for the sum for the time being specified in subsection (3)(a).
  - (10) No order is to be made containing provision authorised by subsection (9) unless a draft of the order has been laid before Parliament and approved by a resolution of each House.

111) 238 Revocation of television licensable content service licence

- (1) OFCOM must serve a notice under subsection (2) on the holder of a licence to provide a television licensable content service if they are satisfied.
  - (a) that the holder of the licence is in contravention of a condition of the licence or is failing to comply with a direction given by them under or by virtue of any provision of this Part, Part 1 of the 1990 Act or Part 5 of the 1996 Act; and
  - (b) that the contravention or failure, if not remedied, would justify the revocation of the licence.
- (2) A notice under this subsection must.
  - (a) state that OFCOM are satisfied as mentioned in subsection (1);
  - (b) specify the respects in which, in their opinion, the licence holder is contravening the condition or failing to comply with the direction; and
  - (c) state that OFCOM will revoke the licence unless the licence holder takes, within such period as is specified in the notice, such steps to remedy the failure as are so specified.
- (3) If, at the end of the period specified in a notice under subsection (2), OFCOM are satisfied.
  - (a) that the person on whom the notice was served has failed to take the steps specified in it, and
  - (b) that it is necessary in the public interest to revoke his licence, they shall serve a notice on him revoking his licence.
- (4) If OFCOM are satisfied in the case of a licence to provide a television licensable content

는 경우에 허가를 취소할 수 있다. Ofcom은 방송사에게 그러한 위반 사실 및 주어진 기간내에 시정하지 않으면 허가가 취소될 수 있음을 알리는 통지를 하고, 그럼에도 불구하고 주어진 기간내에 시정되지 않으면, 허가취소할 수 있다. Ofcom은 방송사가 허가받은 서비스를 중단한 경우에도 방송사의 허가를 취소할 수 있으며, 방송사가 허위 또는 부정한 방법으로 사업허가를 신청한 경우에도 취소할 수 있다. 아울러, 방송영업중지 및 취소<sup>112)</sup>로서, 방송내용에

---

service.

- (a) that the holder of the licence has ceased to provide the licensed service, and
  - (b) that it is appropriate for them to do so, they shall serve a notice on him revoking his licence.
- (5) If OFCOM are satisfied.
- (a) that the holder of a licence to provide a television licensable content service has provided them, in connection with his application for the licence, with information which was false in a material particular, or
  - (b) that, in connection with his application for the licence, the holder of such a licence withheld any material information with the intention of causing them to be misled, they may serve a notice on him revoking his licence.
- (6) A notice under this section revoking a licence to provide a television licensable content service takes effect as from the time when it is served on the licence holder.
- (7) OFCOM are not to serve a notice on a person under this section unless they have given him a reasonable opportunity of making representations to them about the matters in respect of which it is served.
- (8) Where OFCOM.
- (a) serve a notice on a BBC company under this section, or
  - (b) receive representations from a BBC company by virtue of subsection (7) they must send a copy of the notice or representations to the Secretary of State.
- (9) Nothing in this section applies to the revocation of a licence in exercise of the power conferred by section 239.

112) 239 Action against licence holders who incite crime or disorder

- (1) OFCOM must serve a notice under subsection (2) on the holder of a licence to provide a television licensable content service if they are satisfied.
- (a) that the holder of the licence has included in the service one or more programmes containing material likely to encourage or to incite the commission of crime, or to lead to disorder;
  - (b) that, in doing so, he has contravened conditions contained by virtue of Chapter 4 of this Part in the licence to provide that service; and
  - (c) that the contravention is such as to justify the revocation of the licence.
- (2) A notice under this subsection must.
- (a) state that OFCOM are satisfied as mentioned in subsection (1);
  - (b) specify the respects in which, in their opinion, the licence holder has contravened the condition mentioned in paragraph (b) of that subsection;
  - (c) state that OFCOM may revoke the licence after the end of the period of twenty-one days beginning with the day on which the notice is served on the licence holder; and
  - (d) inform the licence holder of his right to make representations to OFCOM within that period

범죄나 사회안녕의 훼손을 조장하는 프로그램이 포함된 경우로서 방송법에서 정한 규칙을 위반한 경우에는 Ofcom은 그러한 사실 및 통지를 받은 일로부터 21일째에 허가가 취소될 수 있음을 통지하고 방송사의 조치 또는 의견을 들은 후에 허가를 취소할 수 있다. 통지 접수후 21일 동안 방송사의 영업은 정지된다.

## (2) 의무이행 확보 방안

앞에서 살펴 본 내용을 정리하면 다음과 같다.

- 방송편성에 관한 의무위반에 대한 제재처분 규정은 포괄위임입법금지 원칙을 위배할 가능성이 있다
- 시청자평가 프로그램의 방송 및 시청자위원회의 설치 의무위반에 대한 제재처분규정은 단순한 과태료부과에 의해서 입법 취지를 달성할 수 없다.
- 시청자위원회의 운용에 관련된 의무위반, 어린이를 주 시청대상으로 하는 프로그램의 규제 위반에 대한 제재처분 규정 등은 명확성 요건을 충족하지 못하고 있다.

위와 같은 문제점은 방송자유의 주관적 영역, 즉 방송자유의 본질적 내용과 관련된 영역에 속하는 의무들에 대한 제재이기에 발생하는 것으로 판단된다. 그러한 의무들은 제1장과 제2장에서 살펴 본 바와 같이 객관적 질서규범을 이루고 있는 것이고, 그 준수가 방송자유의 보장을 위한 것인 만큼 그 제재조치의 수립을 통해서 그 이행을 담보하는 것은 당연히 필요한 것이다. 그

---

about the matters appearing to OFCOM to provide grounds for revoking the licence.

- (3) The effect of a notice under subsection (2) shall be to suspend the licence as from the time when the notice is served on the licence holder until either.
  - (a) the revocation of the licence takes effect; or
  - (b) OFCOM decide not to revoke the licence.
- (4) If, after considering any representations made to them by the licence holder within the period specified for the purposes of subsection (2)(c), OFCOM are satisfied that it is necessary in the public interest to revoke the licence, they shall serve a notice of revocation on the licence holder.
- (5) The revocation of a licence by a notice under subsection (4) takes effect from such time as may be specified in the notice.
- (6) A notice of revocation under subsection (4) must not specify a time for it to take effect that falls before the end of the period of twenty-eight days beginning with the day on which the notice is served on the licence holder.

러나 포괄위임입법원칙의 위반을 포함한 일반적 제재처분의 원칙을 위반할 가능성이 있다는 것은 과태료에 의한 제재가 부적절하다는 것을 입증하고 있다. 그렇다면 강구될 수 있는 대안은 미국과 프랑스의 사례에 나타난 바와 같이, 개별적 사실관계에 맞추어서 제재의 종류와 정도가 시행되는 방식이다.

예컨대, 주의 또는 경고조치, 그리고 불이행시에는 과태료가 부과되는 방식, 또는 과태료의 부과금액이 과징금보다 작다는 점을 고려하여 과징금이 부과되는 방식 등이다. 여기서 주의 또는 경고조치는 **방송사로 하여금 그러한 조치가 시행된 시점에 자신의 과거 행위가 위법하다는 점을 알려주는 기능**을 한다. 그러한 기능의 의의는 방송사의 편성 등과 같이 방송사의 주관적 영역에서의 행위 규범에 대해서 방송통신위원회의 행정입법의 내용을 알려줌으로써 방송사의 준수 가능성 및 태도를 높인다는 점이다. 또한 그럼으로써 위임입법 내용의 예견가능성이 상대적으로 부족하거나, 명확성이 부족하여 발생할 수 있는 문제가 경감된다.

또는 시청자위원회의 설치 및 운영에 관한 사항은 사과방송 내지는 그러한 사실의 공표를 통한 제재가 현재와 같은 가벼운 과태료보다는 훨씬 더 의무이행 확보를 위한 효율적인 수단이 될 수 있다.

다음, 방송사 운영의 영역에 속하는 사항들에 대해서는 의무불이행을 통해서 얻는 수익에 대한 대가의 지불 내지는 그에 준하는 금액의 금전적 제재가 적절하다.

## IV. 과징금

과징금은 일정한 행정법상의 의무를 위반함으로써 그 위반자에게 일정한 경제적 이익이 발생하게 되는 경우에 그 이익을 흡수하여 오히려 경제적 불이익을 가하는 일종의 금전적 행정제재금으로 인식된다. 다만, 많은 법령에서 과징금 부과액이 과태료 부과액보다 높게 책정되기에 행정질서벌칙에 해당하는 경우에도 더 심한 제재를 부과한다는 우에서 과징금이 부과처분되기도 한다. 본장에서는 과징금제도를 통해서 방송사의 의무이행을 확보하기 위한 방안을 살펴보고자 한다.

### 1. 과징금제도의 일반 원리

#### 1) 과징금의 의의

課徵金制度는 전통적인 行政의 실효성확보를 위한 수단이외의 것으로서, 현행 실정법상 최초로 규정된 것은 1980년 12월 31일 법률 제3320호로 제정된 “獨占規制및公正去來에관한法律”에서 비롯한다. 즉 동법 제6조에서 經濟企劃院長官의 가격인하명령에 불응한 시장지배적 사업자에게 그 價格引上의 차액에 해당하는 금액을 국고에 납입하도록 하였던 바, 이를 課徵金이라고 명명하였던 것이다. 그러나 課徵金制度가 종래의 행정법상 의무의 이행을 강제로 담보하는 제도로서 전통적으로 인정되어 왔지만, 그 정확한 개념과약에 있어서는 學者 및 實務家들 사이에서도 한결같지 아니하다.

일반적 의미에서 課徵金이란 “행정법상의 의무를 위반한 자에게 경제적 이익이 발생한 경우 그 이익을 박탈하여 경제적 불이익을 과하기 위한 제도”, “행정청이 일정한 행정법상의 의무에 위반한 데 대한 制裁로서 부과하는 금전적 부담”, “행정법상 의무불이행 또는 의무위반이 있을 때에 행정청이 의무자에게 부과.징수하는 金錢的 制裁”, “국가가 그 사법권 또는 행정권에 의거하여

국민에게 賦課하고 국민으로부터 징수하는 금전부담으로서 租稅이외의 것”, “광의로는 租稅를 제외하고 국가가 국권에 기초하여 수납하는 일체의 금전을 의미하는 것으로 볼 수 있고, 협의로는 행정법상 의무위반에 대한 制裁로서 행정권에 기초하여 행정권이 부과하는 금전적 부담 중 세법상에 근거한 것을 제외한 것을 의미한다” 등으로 다양하게 정의되고 있다.

이와 같은 課徵金이라는 용어는 국가의 일방적인 금전의 부과, 또한 국민의 입장에서 본다면 금전의 부담이라는 것이 되며 그 의미에서는 사법권에 의거한 벌금.科料, 행정권에 의거한 過怠料 등도 여기에 포함되는 일종의 일반개념이라고 할 수 있다. 그러나 행정법상의 의무위반에 대해서 금전적인 불이익이 가해지는 제도가 어떠한 것이 있는가라는 관점에서 본다면 課徵金이라는 관념을 구체적으로 파악할 수 있다.

## 2) 과징금과 구별되는 개념

### (1) 벌금과 과료

벌금이란 국가가 범죄인에게 일정한 금액의 납부를 명령하여 그 금액한도 내에서 범죄인의 재산박탈을 내용으로 하는 형벌임. 벌금과 과료의 구별은 단지 그 금액의 차이로 결정되며, 과료는 비교적 경미한 범죄에 대해서 적용된다.

### (2) 과징금과 벌금의 차이

반면에, 과징금은 단순한 금전부담에 의한 형사처벌이 아니며, 구체적으로 과징금의 벌금의 차이를 언급하면 다음과 같다.

- 과징금은 행정청이 부과하나 벌금은 법원의 재판으로 부과한다는 점,
- 과징금은 행정청이 구체적인 행정법상의 위반행위자에 대하여 부과하는 행정행위에 속하나 벌금은 형법상의 범죄행위에 대하여 부과하는 형벌에 해당한다는 점,
- 일정한 종류의 과징금은 형벌의 면제를 의미하지만 벌금은 형법상의 형벌에 해당한다는 점,
- 과징금은 행정처분으로 부과하는 것이므로 불복은 행정소송절차에

의하나 벌금은 행정형벌로서 부과되므로 불복은 원칙적으로 형사소송절차에 의한다는 점,

- 과징금부과자는 징수금액과 관계없이 전과자가 되지 아니하나 벌금부과자는 징수금액이 과소하더라도 전과자가 된다는 점 등임.

따라서 논리적으로는 동일한 법령위반행위에 대하여 한편으로 행정제재인 과징금을 부과하고 다른 한편으로 형사제재인 벌금을 과하는 것도 가능하다고 할 수 있다. 그러나 실질적으로는 과징금이나 벌금은 다같이 금전적 부담으로서 양자를 동시에 부과하는 것은 이중부담 내지 이중처벌의 문제가 발생할 수도 있다.

### (3) 과태료(過怠料)

과태료란 일종의 금전벌(金錢罰)로서, 총괄적인 용어정의 및 의의를 파악하는 것은 어려우나, 대개 행정상의 질서위반행위에 대한 제재로서, 행정법상의 의무에 대한 위반의 정도가 비교적 가벼워서 직접적으로 행정목적이나 사회목적에 침해하지 않는다 해도 다만 간접적으로 행정상의 질서에 장애를 초래할 위험성이 있을 정도의 단순한 의무위반에 대해 부과함이 일반적이다.

과징금과 과태료의 차이를 요약하여 보면 다음과 같다.

- 과징금도 행정법상의 의무위반행위가 전제가 된다는 점에서 과태료와 공통점을 갖고 있고, 금전벌의 특수한 형태로서 과태료와 유사함 .
- 그러나 과태료는 질서위반행위에 대하여 부과되는 반면에, 과징금은 경제행정부 분야에서 부당이득을 환수하거나, 영업허가의 취소 또는 정지에 해당할 정도로 중대한 의무위반에 대해 부과된다는 점에서 차이가 있다.

양자의 차이를 보다 구체적으로 언급하면 다음과 같다:

- 과태료는 행정상 의무위반행위에 대한 질서벌(秩序罰)이며, 과징금은 행정상 의무위반시 그 이행을 확보하기 위한 행정상의 수단인 점,
- 과태료로서 부과될 금전의 한도액은 가벌성의 정도에 따라서 결정되나, 과징금은 의무위반상태 하에서 영업수익의 예상치내에서 결정된다는 점,
- ③과태료는 원칙적으로 법원에 의하여 부과되며 부과결정에 대한 이의는 비송사건절차법(非訟事件節次法)에 의하고, 과징금은 행정청에 의하여



부과되며 그 이의는 행정소송절차법(行政爭訟節次)에 의한다는 점이 다름.

그러나 현재 우리의 실정법에서 인정되고 있는 과징금제도는 과태료와 비교해 볼 때 행정법상의 의무위반행위가 전제가 된다는 점에서 공통성을 가지고 있고 위반행위의 경중 등 요건에서는 명백한 구별의 표준을 발견하기가 어렵기 때문에, 동일한 법령위반행위에 대하여 행정처분인 과징금과 과태료를 동시에 부과하는 것은 이중처벌의 문제를 야기하기 때문에 허용되지 않는 것이 일반적이다

#### (4) 가산금(加算金)·가산세(加算稅)·부당이득세(不當利得稅)

가산금이란 일정한 행정법상의 급부의무 또는 작위의무를 진 자가 그것을 이행하지 아니할 경우에 그 의무불이행에 대한 제재로서 과하는 일정한 금전 부담을 말한다. 이것은 당해 행정청이 일정한 지급의무의 위반이 있다고 인정함으로써 부과하는 것인 점에서 가산금의 부과는 하명적 성질의 행정행위라고 할 수 있으며, 기간내의 의무이행을 위하여 금전지급의무를 부과함으로써 조세채무의 이행에 대한 간접강제의 효과를 갖는다.

한편 가산세는 벌금과 마찬가지로 조세법상의 , 의무위반에 대한 금전적인 제재로서 조세법상의 의무이행확보를 위한 행정적인 조치에 해당한다.. 조세법상 법정신고기간내에 신고하여 납부하여야 할 의무가 있는 경우에 신고하지 아니 하였거나 과소신고를 하였을 경우에는 일정비율의 납부불성실가산세라든가 신고불성실가산세 등이 과하여진다(所得稅法151조 등). 마지막으로 부당이득세도 일종의 조세이긴 하지만 다른 조세와 같이 국가의 수입을 목적으로 한 다기보다는 정부가 결정 등을 행한 통제가격을 초과하여 거래를 하지 아니할 의무를 강제하는 수단이기도 하다. 부당이득세법은 물가안정에관한법률이나 기타 법률에 의하여 정부가 결정·지정·승인·인가 또는 허가하는 물품의 가격, 부동산이나 기타 물건의 임대료 또는 요금의 최고액을 기준으로 거래단계별·지역별 기타의 구분에 따라 국세청장이 따로 정하는 가액을 초과하여 거래를 함으로써 부당한 이득을 얻은 자에 한해서는 실제로 거래한 가격·임대료 또는 요금에서 기준가격을 감한 금액전부를 부당이득세로 징수하도록 하고 있다(동법 제1조).

가산금과 가산세의 경우 강제적 불이익을 가함으로써 신고납세제도의 정착을 도모하기 위하여 설정된 행정상의 조치라는 점에서는 과징금과 유사한 성격을 가지고 있다. 부당이득세의 경우에는 특정기준가격제도에 위반한 경우에 이른바 초과한 금액의 한도에서 이를 환수하는 구조를 갖추고 있다는 점에서 독점규제및공정거래에관한법률에서 규정한 과징금제도와 매우 유사하다. 그러나 과징금은 행정법상의 금지행위등 의무위반에 대한 제재인 반면에, 가산금은 그 의무위반자가 급부의무를 이행하지 아니할 경우에 그 의무불이행에 대한 제재라는 점에서 차별되며, 이중처벌의 문제가 해당되지 않는다. 한편, 가산세의 부당이득세는 세법에 의한 제재로서 그 목적이 다르기 때문에 동일행위에 대한 것이라 할지라도 이중처벌의 문제가 발생하지 않는다.

#### (5) 강제금(強制金)

강제금이란 일정 기간 내에 비대체적(非代替的) 작위의무 또는 부작위의무를 이행하지 아니하면 소정의 금액을 부과·징수할 것을 계고한 후 당해 의무불이행에 대하여 과하는 금전벌이다. 이러한 강제금은 현재 존재하고 장래에도 존속하게 될 불복종을 타과하여 장래에 대해 복종을 강제하는 것을 직접목적으로 한다는 점에서 간접목적으로 의무이행을 강제하는 행정벌과 과거의 위반에 대한 제재를 행하는 형벌과 서로 구별된다. 즉 강제금은 처벌이라는 의미보다 의무이행이라는 점에 보다 큰 의미를 갖는 탓으로 일종의 처벌이라고 할 수 있는 과태료 등과 성질을 다소 달리한다고 볼 수 있다. 따라서 이와 같은 강제금은 그 본질에 있어서 집행벌과 동일하다는 의미에서 과징금과는 전혀 그 의미와 내용면에서 다르다.

#### (6) 범칙금(犯則金)

범칙금제도란 일정한 금액의 범칙금의 납부를 통고하고 그 통고를 받은자가 기간 내에 이를 납부한 경우에는 해당 범칙행위에 대해서는 공소가 제기되지 아니하고 납부하지 아니할 때에는 형사처벌절차가 진행되는 제도를 말한다. 이 제도는 대량적인 도로교통법 위반사건을 간이·신속하게 처리함으로써 사법부의 부담을 줄이고 도로교통의 안전과 원활을 도모하려는 행정목적의 효율적인 달성과 형사벌을 줄이고, 형사벌의 과벌절차와 관련된 국민의 불편을 덜

어주려는 취지에서 채택된 것이라 할 수 있다. 이러한 범칙금은 그 성질상 행정상의 제재금의 일종으로 볼 수 있으나, 이 제도는 일정한 범위의 도로교통법위반에 대해서 형벌적 제재를 유보하면서 행정상의 조치를 선행시키는 것으로서 실질적으로 도로교통법 위반사건의 일반적 처리절차라는 점에서 과징금 제도와는 본질적으로 다르다.

## 2. 과징금의 법적 성격

과징금은 일정한 행정법상의 의무를 위반함으로써 그 위반자에게 일정한 경제적 이익이 발생하게 되는 경우에 그 이익을 흡수하여 오히려 경제적 불이익을 가하는 일종의 금전적 행정제재금이라고 할 수 있다. 따라서 과징금을 과하면 위반행위로 인한 불법적인 경제적 이익을 박탈당하기 때문에 사업자는 위반행위를 하더라도 아무런 경제적 이익을 얻을 수 없게 되므로 간접적으로 행정법상의 의무이행을 강제하는 효과를 얻게 된다. 결국 과징금의 법적 성격 규명은 과징금제도를 규정한 입법유형에 따라 조금씩 달라질 수 밖에 없다.

### 1) 부당이득 환수 및 제재로서의 성격

과징금은 원래 부당이득 환수의 성격을 가짐. 과징금제도가 부당이득세와 매우 유사한 성격을 가지고 있다는 점에 착안하여 원래의 과징금이 경제법상의 의무위반행위 자체로 얻은 불법적인 경제적 이득을 박탈하는데 있다는 것이다.<sup>113)</sup> 대표적인 사례로서 "독점규제및공정거래에관한법률"에 규정된 과징금은 행정기관의 가격인하명령을 전제로 이에 불응한 사업자에 대하여 인상차액에 따른 이득을 과징금으로 부과하므로 부당이득의 환수를 위한 부당이득세적 성격을 가진다.

이 입장에 의하면 과징금부과대상은 법위반으로 인한 부당이득의 발생을 전제로 하며 과징금은 이러한 부당이득에 해당하는 금액만으로 산정되어야 하며 이는 반드시 부과·징수되어야 한다. 따라서 부과여부나 금액산정에 있어서

---

113) 과징금제도가 실정법상 최초로 도입된 것은 1980년 12월 31일 법률 제3320호로 제정된 獨占規制 및公正去來에관한法律에서 였다. 즉, 동법 제6조에서 경제기획원장관의 가격인하명령에 불응한 시장지배적 사업자에게 그 가격인상의 차액에 해당하는 금액을 국고에 납입하도록 하였는 바, 이를 課徵金이라고 명명하였던 것이다.

행정기관의 재량권은 인정되어부않는다. 나아가, 이와 같이 과징금이 부당한 이득을 박탈하는 것에 불과하므로 형벌적인 성격은 없으며, 따라서 과징금과 형벌을 병과하더라도 이중처벌의 문제가 발생하지 않는다는 견해다.

반면에 원래의 과징금제도의 법적 성격을, 부당이득세라고 보는 것은 옳지 않고, 행정법상의 위법행위에 대한 행정제재금으로 파악하는 견해도 있다. 즉 과징금은 위반행위에 대한 제재의 목적을 가지고, 행정권에 의거하여 일정한 법익을 박탈하거나 의무이행을 확보하는 수단인 하나이자 위반행위의 반복을 막을 수 있는 억지의 수단으로 이해하는 견해다. 이 견해는 과징금의 제재별적 성격에서 기인한다.

이 입장에 의하면 과징금부과대상은 범위반으로 인한 부당이득의 발생유무와는 관계없이 범위반으로 충분하고 과징금산정은 범위반에 대한 제재적 효과를 거둘 수 있는 방법이면 족하다는 것이다. 이러한 입장에서는 금액산정에 있어서 행정기관의 폭넓은 재량권이 인정된다. 나아가, 형벌이 이러한 과징금에 반영될 수 있고, 따라서 과징금과 형벌을 병과하면 이중처벌의 여지가 있을 수 있다.

상기 2가지 견해를 조합하여 과징금 성격을 정리하면 다음의 3가지로 구분할 수 있다:

- 부당이득환수로서의 성격을 갖는 과징금: (예)시장지배적 사업자의 부당한 가격인상에 대한 공정위의 가격인하명령위반에 대한 과징금
- 행정제재별로서의 과징금: (예)대규모기업집단의 상호출자금지, 출자총액제한, 채무보증제한위반, 사업자의 재판매가격유지행위, 부당한 국제계약의 체결에 대한 과징금
- 부당이득환수적 성격과 행정제재별적 성격을 동시에 지닌 과징금: (예)시장지배적 사업자의 비가격남용행위, 사업자의 부당한 공동행위 및 불공정거래행위에 대한 과징금 현재의 일반적 과징금제도는 단순히 부당한 이득을 환수한다는 점도 있으나, 부당한 이득의 박탈에 그치지 않는 요소(즉 의무이행의 확보수단이자 위반행위의 반복을 막을 수 있는 억지의 수단으로서의 제재별적 성격)가 다분히 포함되어 있는 것도 사실이다. 왜냐하면, 과징금 제도의 도입취지가 부당한 이득에 대한 환수가 목적이 아니라, 행정목적의 달성을 위한 제재

적인 수단으로서 사용하는 것이기 때문 이다. 따라서 과징금의 성격은 결국 (상기 예와 같이) 부과대상행위의 유형이나 내용에 따라 개별적으로 판단하여 결정할 수밖에 없다.

위 첫 번째 성격이 실정법상 도입된 것을 제1유형이라고 볼 때, 이 유형은 대체로 이른바 경제법 영역에서 도입·운용되고 있다고 보이는데, 위반유형에 대한 선형적 판단에 의해서 경제적 이익이 추구되는 행위로 볼 수 있거나, 또는 과징금의 산출 방식이 매출 등과 같이 계량적으로 산정될 수 있는 지표에 기초하고 있다. 다음 표가 유형 1에 속하는 실정법 및 주요 내용을 담고 있다.

법령명	주요 내용
금융지주회사법	○ §64(금융지주회사 또는 자회사가 일정한 투자한도 내지 주식소유한도, 신용공여한도 등을 초과한 경우에 과징금부과)
독점규제 및 공정거래에 관한 법률	○ §6(시장지배적 사업자가 남용행위를 한 경우 과징금부과) ○ §17①(상호출자의 금지 및 출자총액제한규정에 위반하여 주식을 취득·소유한 회사에 대해 과징금부과) ○ §17②(계열회사에 대한 채무보증금지위반에 과징금부과) ○ §17④(지주회사등의 행위제한에 규정에 위반에 과징금부과) ○ §22(부당한 공동행위제한규정의 위반에 과징금부과) ○ §24의2(불공정거래행위금지의 위반에 대해 과징금부과) ○ §28(사업자단체의 일정금지행위의 위반에 대해 과징금부과) ○ §31의2(재판매가격유지행위의 제한위반에 대해 과징금부과) ○ §34의2(부당한 국제계약체결제한행위의 위반에 대해 과징금부과)
은행법	○ §65의3(금융기관이 동일차주에 대한 신용공여한도, 대주주에 대한 신용공여한도, 대주주가 발의한 주식취득한도, 다른 회사에 대한 출자제한, 금지업무, 외국금융기관의 국내자산보유의무 등을 위반한 경우에 과징금 부과)
보험법	○ 제98조 특별이익의 제공금지 ○ 제106조 자산운용의 방법 및 비율의 한도 초과 ○ 제111조 대주주와의 거래제한
전기통신사업법	○ §37의2(전기통신사업자의 일정한 금지행위위반에 대하여 과징금부과)
증권거래법	○ §206의11(신고서·설명서 기타 서류제출의 허위기재 또는 미제출 등의 경우에 유가증권신고서상의 모집가액 또는 매출가액의 100분의 3을 초과하지 아니하는 범위안에서 과징금부과)

표 19 과징금 유형 1 입법 사례

다음으로 제2유형으로 분류될 수 있는 것으로서 다수국민이 이용하는 사업이나 국가 및 사회에 중대한 영향을 미치는 사업을 시행하는 자가 행정법규를 위반하였을 경우, 그 위반자에 대하여 영업정지처분을 한다면 오히려 국민에게 불편과 생활의 어려움을 줄 수 있으므로, 이러한 영업정지처분에 갈음하여 과징금을 부과시키고 영업자로 하여금 당해 사업을 계속 수행하게 하여 국민의 편의를 도모하려는 방향으로 과징금제도를 규정하는 입법유형이다. 이 유형의 대표적인 법률들은 아래의 표와 같다.

법률명	주요 내용
도시가스사업법	o §10(도시가스사업자가 일정 의무를 위반한 때 사업정지 또는 제한 명령에 갈음하여 과징금부과)
도시철도법	o §19의2(도시철도사업면허자가 일정의무를 위반할 경우 사업정지에 갈음하여 과징금부과)
수산업법	o §91의2(면허받은 어업행위 등의 위반행위를 한 때 제한 또는 정지처분에 갈음하여 과징금부과)
여객자동차운수사업법	o §79(여객자동차운수사업자가 일정의무를 위반한 경우 사업정지처분에 갈음하여 과징금부과)
의료법	o §53의2(의료기관이 일정의무를 위반한 때 의료영업정지처분에 갈음하여 과징금부과)
전기사업법	o §12(전기사업자가 일정 명령에 위반한 때 사업정지명령에 갈음하여 과징금부과)
전기통신기본법	o §24(자가전기통신설비의 일정의무위반에 대하여 사용정지명령에 갈음하여 과징금부과)
전기통신사업법	o §37의2(전기통신사업자의 금지행위위반에 대하여 과징금부과)o §64(전기통신사업자가 일정의무를 위반한 경우 사업정지처분에 갈음하여 과징금부과)
전자서명법	o §13(전자서명업무자가 일정의무를 위반한 때 업무정지처분에 갈음하여 과징금부과)
전파법	o §73(무선국의 운용정지 또는 주파수 제한을 하여야 하는 경우에 그 정지·제한에 갈음하여 과징금부과)
항공법	o §131(정기항공운송사업자가 일정의무에 위반한 때 사업정지처분에 갈음하여 과징금부과)

법률명	주요 내용
해운법	o §21(여객운송사업자가 일정의무를 위반한 때 사업정지 또는 과징금부과)

표 20 과징금 유형 2 입법 사례

물론 여기서 말하는 제재는 형사벌상 형사책임을 추궁한다는 제재와는 기본적으로 다른 차원의 것이다 즉 형벌의 경우에는 불이익을 부여하는 것 자체가 그 행위목적이 되나, 과징금은 불이익을 부여하는 것 자체가 목적이 되는 것이 아니라 어떠한 행정목적 달성을 위한 수단으로서 사용하는 것이다.

## 2) 과태료의 성격

행정질서벌로서의 과태료와 과징금이 구별된다고 볼 수도 있으나, 실질적으로는 과징금 제재의 사용 사례가 늘어나면서 과태료를 단순히 행정질서유지에 방해가 될 우려가 있는 행위에 대한 제재가 아니라 광의로 해석하여 과징금이 과태료로서의 성격을 지니는 것이라는 견해가 등장하기도 한다. 즉 이른바 변형된 과징금제도의 경우<sup>114)</sup>, 영업의 성질상 영업정지가 불가능한 업종에서 영업정지제도가 실효성이 없어 행정제재의 실효성을 높이기 위한 수단으로서 제도화된 행정기관이 과하는 것이 성격상 과태료의 일종이라는 것이다.

그러나 과징금과 과태료의 구분이 필요하다는 주장도 제기된다. 그러한 주장에 따르면 과징금제도를 과태료와 비교해 볼 때 행정법상의 의무위반행위가 전제가 된다는 점에서 공통성을 가지고 있지만, 위반행위의 경중 등 요건에서 차이가 있으며, 과징금은 사업정지처분에 갈음하는 것이고 사업정지처분의 대상이 되는 행위는 대부분 징역 또는 벌금의 행정형벌에 해당하는 내용을 포함하고 있기 때문에 그러한 행위를 전부 도덕적으로 비난할 수 없는 행위라 볼 수 없기 때문에, 과징금을 행정질서벌로서의 과태료와 동일시할 수는 없다는 것이다. 또한 실정법상 과징금을 규정한 대부분의 행정입법은 과태료를 함께 규정하고 있으므로 입법자체에서도 과징금과 과태료를 명백히 구별한다는 측

114) 다수 국민이 이용하는 사업이나 국가 및 사회에 중대한 영향을 미치는 사업을 시행하는 자가 행정법규를 위반하였을 경우 그 위반자에 대하여 영업정지처분을 한다면 오히려 국민에게 불편과 생활의 어려움을 줄 수 있으므로 영업정지처분에 갈음하여 과징금을 부과시키고 영업자로 하여금 당해사업을 계속 수행하게 하여 국민 편의를 도모하려는 방향으로 과징금제도를 규정하는 것

면에서도 양자를 동일시하는 것은 타당하다고 할 수 없다는 입장이기도 하다.

다만, 지적되어야 할 것은 과태료와 과징금이 구분되는 기준중의 하나가 의무반행위의 경중이라고는 하지만, 경중을 구분하는 기준 자체가 명확하지 않다면, 과징금과 과태료의 구분의 실익이 무엇인가라는 점이다.

### 3) 속죄금(贖罪金)의 성격

이른바 변형된 과징금제도에서 규정하고 있는 것처럼 일정한 행정법규를 위반한 자가 사업정지처분의 대상이 될 때 이에 갈음하여 행정기관이 그 불이익 처분을 면제하는 대신 일정 금액의 납부를 명한다면 과징금은 일종의 속죄금으로서의 성격을 가진다고 볼 수 있다.

### 4) 재원확보금(財源確保金)의 성격

과징금은 벌금과는 달리 국고에 귀속되지 아니하며, 그 분야의 행정목적 달성하기 위하여 직접 쓰이고 있다는 점에서 수입증대 내지 특정사업의 경비를 확보하기 위한 수단으로서 활용되고 있고 그러한 점에서 과징금제도를 규정하는 입법례가 다수 증가하고 있는 것도 부인할 수 없는 사실이고 이를 지적하는 경향이 증대하고 있다. 그러나 과징금제도의 입법취지는 행정법규 위반에 대한 재제제도 합리화에 목표를 두어 공익 및 이용자의 이익을 도모하기 위하여 도입한 제도이며, 단순히 행정 편의주의에 입각하여 고안된 제도는 원칙적으로 부정되는 것이 맞다.

### 5) 과징금과 형사벌의 관계 : 이중처벌의 문제

과징금제도와 관련하여 하나의 주요 문제로 제기되는 것은 과징금제도가 부당이득의 박탈이라는 성격을 초과하여 **재제로서의 성격·목적**을 가진다면 **현행 헌법 제13조의 이중처벌의 금지와 관련하여 위헌문제가 발생되지 않는가**라는 점이다.

즉, 형벌은 행위자의 사회적·윤리적 책임을 추궁하는 외에 그를 통하여 위반의 일반적 예방을 목적으로 하며, 그 의미에서 행정제재와 공통의 성격을 가지고 있다. 또한 형벌이라는 명칭을 가지지 않더라도 불이익의 정도, 내용에 따라서는 형사제재적인 성격을 가질 수 밖에 없다. 따라서 행정제재라 하더라도



도 그 실질면에서 형벌과 동일시될 수 있는 경우에는 이중처벌의 문제가 될 수 있다는 것이다.

실제로 현행 법제를 살펴보면 많은 경우에 형벌과 가산세, 영업의 취소·정지 내지 과징금이 등이 병과되도록 규정되는 경우가 있으며, 이 병과는 형벌이 위의 수단과는 목적이 서로 다르다는 등의 이유로 가산세, 과징금 등만으로는 목적을 달성할 수 없는 경우도 있을 수 있다는 예상하에 형벌을 규정하고 있다. 그러나 다른 수단이 제재적 성격을 가지며 병과의 필요성이 크지 않을 경우 동일한 행위에 대하여 이중처벌로 이해될 가능성도 있으며 따라서 헌법 제13조와의 저촉여부가 문제될 수 있다.

이와 관련하여 인.허가처분에 갈음하여 부과하는 課徵金과 형벌의 관계에서 특히 제가 발생할 수 있다는 지적이 제기되고 있다. 즉, “우리의 현행법의 경우 어떤 사업자가 위반행위를 한 경우 동일한 위반행위에 대하여 한편으로는 行政制裁(영업취소·정지처분)를 다른 한편으로는 刑事制裁(벌금 등)를 받게 되어 있다. 이 경우 영업정지를 영업정지에 갈음한 수단으로 마련(영업취소·정지로 바꾸어 놓는다면 결국 과징금과 벌금이라는 이중의 금전벌을 받게되는 것이다. 여기에서 과징금을 채택하고 있는 법률은 모두가 예컨대 罰則의 적용에 있어서 과징금을 부과할 수 있는 범죄에 대하여는 告發이 있어야 논벌금은 규정을 두어 원칙적으로 과징금만을 부과하고 벌금을 부과할 수 없게 하였다. 이론상으로는 행정제재와 형사제재는 성질을 달리하므로 전자를 받았에서 하여 후자를 과하지 아니하는 것은 맞지 아니벌금은 반론이 제기될 수 있을 뿐 아니라 실제상으로도 한 수단으로어떤 위반행위에 대하여 영업정지를 택할 경우에는 형사제재도 받는데, 있다.에 갈음하여 과징금을 택할 때에는 형사제재를 면하게 되어 형평에 맞지 않게 된에서 할 것이다. ……사업자의 위반행위 중에는 반사회성이 극히 미약하고 오직 사업자에 대한 단속의 면에서 문제가 되는 정도의 대한 많으며, 사업자의위반행위에 대하여 문제있다. 등으로 대처하면 충분하고 刑事制裁까지를 과하는 것은 국가의 형벌권의 남용이라고 할 것이다. 이러한 위반행위에 대하여는 앞으로 과감하게 법률에 규정된 벌칙규정을 삭제할 것이 요망된다”라는 견해가 그것이다.<sup>115)</sup>

형사벌과 과징금의 관계를 둘러싸고 후에 상세히 살펴보는 바와 같이 日本

---

115) 朴鉦炘, 行政法規違反行爲의 脫犯罪化, 경희법학(경희대) 제21권1호, 1986, 128-129면.

에서도 과징금제도의 도입당시부터 많은 논의가 제기되었으며, 일반적으로 課徵金은 경제적인 의미에서는 제재적 색채를 지닐 수 있더라도 법률적으로는 刑事制裁가 아니라, 어디까지나 행정적 조치라고 파악하고 있다.

따라서 동일행위에 대해서 二重處罰을 과하는 것은 일본헌법 제39조에 위반하나 동일행위에 대해 刑事罰이 부과되고, 또한 동시에 행정처분에 의한 조치가 가해지더라도 憲法 제39조에 위반하지 않는 것은 最高裁의 判例에 의해 인정되고 있다고 한다. 또한 課徵金은 카르텔 피지의무위반의 발생을 방지하고 자유경쟁의 이행을 도모하려는 행정상의 조치라고 이해될 수 있다고 한다.

한편 우리의 憲法裁判所에서도 “헌법 제13조제1항은 모든 국민은…… 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다고 하여 이른바 이중처벌금지의 원칙을 규정하고 있는 바, 이 원칙은 한번 판결이 확정되면 동일한 사건에 대해서는 다시 심판할 수 없다는 일사부재리의 원칙이 국가형벌권의 기속원리로 헌법상 선언된 것으로서, 동일한 범죄행위에 대하여 국가가 형벌권을 거듭 행사할 수 없도록 하여 국민의 기본권 특히 신체의 자유를 보장하기 위한 것이라고 할 수 있으므로, 이러한 점에서 헌법 제13조제1항에서 말하는 처벌은 원칙적으로 범죄에 대한 국가의 형벌권실행으로서의 과벌을 의미하는 것이고, 국가가 행하는 일체의 제재나 불이익처분을 모두 그 처벌에 포함시킬 수는 없는 것이다”라고 판시하면서 “따라서 부동산실명법상의 의무위반에 대하여 처벌을 함과 동시에 과징금 또는 이행강제금을 부과하는 것이 바로 이중처벌에 해당하여 헌법에 위반된다고 보기는 어렵다고 할 것이고, 다만, 동일한 행위를 대상으로 하여 형벌을 부과하면서 아울러 과징금이나 이행강제금을 부과하여 대상자에게 거듭 처벌되는 것과 같은 효과를 낳는다면 이중처벌금지의 기본정신에 배치되어 국가입법권의 남용이 문제될 수도 있다 할 것이나, 이는 이중처벌금지 원칙의 문제라기보다는 그러한 중복적 제재가 과잉에 해당하는지 여부의 문제로 다루어져야 할 것”이라고 판시하고 있다.<sup>116)</sup>

## 6) 과징금과 형사벌의 관계 : 형벌과 행정제재의 관계

과징금의 법적 성격 가운데 이른바 “제재”의 형사벌에서의 “제재”의 관계를 이론적으로 정리하면 다음과 같다.

---

116) 헌재결 2001.5.31. 99헌가18, 99헌바71.111, 2000헌바51.64.65.85, 2001헌바2(병합).

첫째, 刑罰의 목적과 행정제재의 목적의 관계이다. 형벌이든 행정제재이든 불이익의 부과(이익상태의 악화)라는 위협에 의하여 법적인 義務 내지 의무는 아니지만 행정이 바람직하다고 생각하는 행동을 유도하는 기능이 있는 점에서는 차이가 없다. 아울러 그것이 공권력의 발동으로서 일방적으로 행해지는 점에도 양자간의 차이는 없다. 그러나 같은 공권력의 발동에 의한 국민에 대한 불이익의 일방적 부여라는 행위에도 불구하고 양자의 결정절차는 매우 다르다. 刑罰은 형사소송법에 의거하여 사법절차로 결정되며, 行政制裁는 과태료의 경우에도 비송사건절차법의 절차로 결정되며 그 이외에는 행정청의 처분으로 결정된다. 절차의 차이가 양자의 성격의 차이를 낳는 것은 아니나, 양자의 성격의 차이가 절차의 차이를 낳고 있는 것이다. 그렇다면 그 차이란 무엇을 의미하는가가 문제된다. 刑罰은 “위반자의 부정행위의 반사회성 내지 반도덕성에 착안하여 이에 대한 제재로서 과해지는” 것이다.

이러한 논리에서의 制裁는 응징, 벌 등이라는 의미에서의 제재이며, 그것이 불이익의 부여라는 형식을 갖는다. 이 경우 불이익의 부여는 형벌의 목적 그 자체이다. 한편 行政制裁는 같은 제재라는 용어를 사용하고 있으나, 그 목적이 행위자에 대한 응보에 있는 것이 아니라 각각의 행정제재를 규정한 실정법규의 行政目的을 달성하는 것이다. **행정제재에서의 불이익의 부여는 그 자체가 목적이 아니라 불이익의 부여는 다른 목적을 달성하기 위한 수단**에 불과하다고 정리할 수 있다. 같은 공권력에 의한 국민에의 불이익의 부과임에도 불구하고 형벌과 행정제재는 그 決定節次가 다른 것도 이러한 관점에서 설명하는 것이 가능하다. 일반적으로 응보로서의 공권력의 발동은 신중하여야 하며, 법치국가의 이념적 요청이 형벌의 결정에서 신중한 절차를 요구한다. 다른 한편 공권력에 의한 응보가 아닌 행정목적달성의 수단인 행정제재는 **행정에게 요구되는 迅速性の 관점이 요구되기 때문에 상대적으로는 보다 간편한 절차를 취하고 있다고** 생각된다.

둘째, 制裁의 量과 質의 문제이다. 형벌과 행정제재의 목적의 차이는 당연히 각각이 부여하는 불이익의 질과 양에도 영향을 미친다.

刑罰이 부여하는 불이익은 범죄행위에 대한 응보로서 **범죄행위가 지니는 반사회성에 상응하도록 질과 양이 결정된다.** 형벌의 부과에 있어서는 반사회적인 행위에 의하여 행위자가 얻은 이익이 어느 만큼인가라는 관점은 전혀 고

려하지 않고 있다. 행위의 반사회성에 비추어 不利益이 무엇인가라는 관점이 결정적인 것이 된다.

이에 대해 행정제재에 의한 불이익의 질과 양은 의무이행을 확보하는데 족한 必要最小限度의 불이익이라는 관점에서 결정된다. 事案의 성질상 당연히 경찰비례의 원칙이 작용하기 때문이다. 따라서 의무의 불이행이 행위자에게 이익을 가져오는 경우에는 그 이익을 상쇄하여 이익이 전혀 없는 상태만큼의 불이익이 행정제재에 의하여 부과할 수 있는 不利益의 이론적인 한계가 되는 것이다. 인간의 영리욕에 작용하여 바람직한 부작용상태(부작용의무의 준수)를 도출하기 위해서는 일반적으로 **행위에 의한 이득이 없게 하면 족하다고** 생각되기 때문이다. 그 **한도를 초과하는 불이익의 부여는 수단을 초과하여 불이익의 부여자체가 목적**이 되는, 즉 응보성이 강해진다. 그 경우에는 헌법상 규정된 기본권보장과 관계에서 형벌이외의 형태로 공권력에 의한 응보가 허용되는가라는 문제가 발생한다. 질적,양적으로 應報로서의 성격이 강하면 강할수록 刑罰이라는 형태 이외로 그 불이익의 부과를 제도화하는 것은 허용되지 않는다고 보아야 한다. 왜냐하면, 행정청의 행위라는 법형식, 즉 행정처분에 의하여 그러한 불이익을 주는 경우에는 위반자(피의자)에 대한 보호가 어떻게 전제되고 있는가를 따져보아야 하는데, 그러한 보호가 없다고 판단되기 때문이다. 달리 말하면, 형벌의 결정에 즈음해서 무력한 국민 대 공권력이라는 구조를 전제로 하여, 무력한 국민을 보호하고 실질적인 공평을 확보하기 위해서는 형사재판고유의 법칙이 설정되어 있다. 그에 대하여 같은 공권력의 응보라는 실질을 지닌 행위가 형식적으로 行政廳의 行爲라는 법형식으로 제도화될 수 있다면 행정청의 행위에는 피의자에 대한 보호가 작용하지 않으며, 형벌과의 균형을 상실하여 헌법상의 기본권보장의 취지가 무색하게 된다.

셋째, 行政制裁와 裁量과의 관계이다. 과징금에 관해서는 부당이득환수적 성격을 인정할 경우 재량이 인정되지 않으며, 따라서 예컨대 현행 公正去來法은 과징금부과를 할 것인가의 여부, 금액을 얼마로 할 것인가 등에 관하여 공정거래위원회에 재량이 부여되어 있다는 점에서 과징금을 行政制裁的인 性格을 가지고 있다고 보아야 한다.

형벌은 본래 개별범죄행위에 대하여 사회적으로 상응하는 응보의 질과 양을 결정하는 것이다. 그러나 罪刑法定主義의 요청이 있는 이상 법정의 처벌의

질과 양은 정형화된 범죄에 관하여 상정되는 제반 상황을 감안하여 관념할 수 있는 상한의 형태를 취하지 않을 수 없다. 다른 한편 개별 범죄의 반사회성은 그것이 행해진 상황의 관계에서만 평가할 수밖에 없고 일반화가 불가능한 이상 法定의 상한 가운데에서 개별의 결정이 재량에 맡겨지는 것은 필연적이다.

이에 대하여 행정제재는 범위반의 상태의 발생을 방지하기 위한 수단으로서 필요최소한도의 불이익을 부과하는 것이다. 이러한 行政制裁制度는 일반예방효과가 좀 더 높은 상태를 실현한다는 관점에서 구축된 것이다. 그러한 전제에서 범위반에 대하여 일률적으로 불이익이 관련되는 상태를 확보하는 것이 좀 더 일반예방효과를 높이기 때문에 불이익을 얼마나 부과할 것인가에 대한 재량이 인정되지 않는다고 보는 것이다. 또한 행정제재의 경우에는 부과되는 불이익이 이론상 필요최소한도에 그치고 있으며 개별상황에 상응한 최적의 불이익의 결정이라는 것이므로 이 점에서도 裁량이 인정될 필요는 없다.

그러나 실제로 필요최소한도의 불이익이 무엇인가는 명백하지 않으므로, 그것을 현실제도로 할 경우에는 제도적인 擬制가 필요하다. 그것은 개별의 구체성을 희생하여야만 비로소 가능한 작업이며, 더구나 실효성의 확보를 고려하는 이상 제재의 효과를 높이는 만큼 不利益의 질과 양은 상정되는 다양한 사례를 평균화한 최소한도 내지 최소한도의 상한에 근접하지 않을 수 없다. 따라서 오히려 불이익의 필요최소한도성을 실질적으로 담보하기 위해서는 정형화할 수 있는 상한에서의 최소한도의 불이익을 法定해 두고, 그 범위내에서 개별적으로 최소한도의 불이익을 결정하는 것이 합리적이다. 그것이 行政制裁의 실효성과 국민의 재산·자유의 확보라는 요청에 부합하는 것이기 때문이다. 또한 과징금 등 행정제재에 관해서는 현행법상 당연히 재량이 인정되고 있다는 점도 유의하여야 한다.

## 7) 과징금의 법적성격에 대한 소결론

과징금은 원래 부당이득 환수의 성격을 가지고 있으나, 행정권에 의거하여 의무이행을 확보하면서 위반행위의 반복을 막을 수 있는 제재별적인 성격도 중요하다. 이러한 과징금 성격은 위반행위의 유형이나 내용에 따라 개별적으로 판단하여 결정할 수 밖에 없다.

(1) 부당이득환수로서의 성격을 지닌 과징금(예: 시장지배적 사업자의 부당

한 가격인상에 대한 공정위의 가격인하명령위반에 대한 과징금)의 경우는 과징금이 부당이득에 해당하는 금액만으로 산정되어야 하기 때문에 행정기관의 재량권은 인정되지 않고, (과징금이 부당한 이득을 박탈하는 것에 불과하므로) 과징금과 형벌을 병과하더라도 이중처벌의 문제가 발생하지 않는다.

(2) 행정제재벌로서의 과징금(예: 대규모기업집단의 상호출자금지, 출자총액제한, 채무보증제한위반에 대한 과징금)의 경우는 과징금이 부당이득의 발생 유무와는 관계없이 범위반에 대한 제재적 효과를 거둘 수 있는 금액이 부과되어야 한다. 이 경우 금액산정에 있어서 행정기관의 재량권이 앞에서 살펴본 바와 같이 인정되나, 형벌이 이러한 과징금에 반영될 수 있으므로, 과징금과 형벌을 병과하면 이중처벌의 여지가 있을 수 있다. 다만 여기서 말하는 제재는 형사벌상 형사책임을 추궁한다는 제재와는 기본적으로 다른 차원의 것이다. 즉 형벌의 경우에는 불이익을 부여하는 것 자체가 그 행위목적이 되나, 과징금은 불이익을 부여하는 것 자체가 목적이 되는 것이 아니라 어떠한 행정목적 달성을 위한 수단으로서 사용하는 것이다. 그래서 이중처벌의 허용 여부에 대해서는 논란이 있다.

한편 (3) 부당이득환수적 성격과 행정제재벌적 성격을 동시에 지닌 과징금(예: 시장지배적 사업자의 비가격남용행위, 사업자의 부당한 공동행위 및 불공정거래행위에 대한 과징금)의 경우도 있다

변형된 과징금(즉 영업정지처분에 갈음하여 부과하는 과징금)은 과태료의 성격을 지니고 있으나, 위반행위의 경중 등 요건에서 차이가 있으며, 과징금은 사업정지처분에 갈음하는 것이고 사업정지처분의 대상이 되는 행위는 대부분 징역 또는 벌금의 행정형벌에 해당하는 내용을 포함하고 있고, 실정법상 과징금을 규정한 대부분의 행정입법은 과태료를 함께 규정하고 있기 때문에, 과징금을 행정질서벌로서의 과태료와 동일시할 수는 없다. 그러나 양자가 행정법상의 의무위반행위가 전제가 된다는 점에서 병과하는 경우 이중처벌의 문제가 발생할 수 있다. 한편, 변형된 과징금의 경우 장래의 위법한 행위를 예방한다는 측면에서 속죄금적인 성격을 가지고 있으나, 이는 결코 과징금제도 그 자체의 입법취지에서 도출된 것이라 볼 수 없다. 재원확보금의 성격도 마찬가지이다.

과징금과 형사벌의 관계에서 이론상으로는 **행정제재와 형사제재는 성질을**

달리하므로 전자를 받았다고 하여 후자를 과하지 아니하는 것은 맞지 아니한다는 반론이 제기될 수 있을 뿐 아니라, 실제상으로도 행정기관이 어떤 위반행위에 대하여 영업정지를 택할 경우에는 형사제재도 받는데, 사업정지에 갈음하여 과징금을 택할 때에는 형사제재를 면하게 한다면 형평에 맞지 않게 된다고 할 것 이다.

그러나 양자의 목적은 매우 다르다는 점도 주장될 수 있다. 형벌은 부정행위의 반사회성 내지 반도덕성에 대한불이익의 부여가 형벌목적 자체인 반면에, 행정제재는 그 목적이 행정목적 달성에 있다. 형벌과 행정제재의 목적의 차이는 각각이 부여하는 불이익의 질과 양에도 영향을 미친다. 형벌이 부여하는 불이익은 범죄행위에 대한 응보로서 범죄행위가 지니는 반사회성에 상응하도록 질과 양이 결정되지만, 위반자가 얻은 이익의 규모는 고려되지 않는다.

### 3. 과징금 금액산정 및 행정처분

#### 1) 금액 산정

과징금의 금액산정기준에 관하여 제2유형에 속하는 대부분의 법률들은 공통된 금액산정기준을 가지고 있다. 즉, 개별 법률들은 과징금의 한도액을 정하되 위반행위의 중별과 정도에 따라 大統領令이 정하는 바에 따르도록 하며, 시행령에서 별표로 위반행위의 종류와 금액을 열거하여 규정하고 있다. 그러나 제1유형에 속하는 법률들과 제2유형에 속하는 법률들 중 일부 법률들에서는 예외적으로 당해 법률들에서 각기 상이한 산정 기준을 채택하고 있다. 예외적 산정기준을 규정하고 있는 법률들 및 그 내용을 살펴 보면 다음과 같다.

법률명	금액산정방법
가맹사업거래의 공정화에 관한 법률	- 가맹본부의 위반행위에 대해서는 매출액의 100분의 2를 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위내에서 과징금부과(§35)
건설산업기본법	- 건설업자의 도급공사와 관련된 위반행위에 대해서는 그 위반한 공사의 도급금액의 100분의 30에 상당하는 금액이하의 과징금부과(§82②)
국민건강보험법	- 사위 기타 부정한 방법으로 보험자, 가입자 및 피부양자에게 요양급여비용을 부담하게 한 때 부담하게 한 금액의 5배이하의 금액을 과징금으로 부과 (§85)

법률명	금액산정방법
금융지주회사법	- 금융지주회사 또는 자회사가 일정한 투자한도 내지 주식소유한도, 신용공여한도 등을 초과한 경우에 초과투자액, 장부가액합계액, 신용공여액 등의 100분의 10이하의 과징금부과(§64)
부동산실권리자명의등기에관한법률	- 실권리자명의등기의무 등을 위반한 명의신탁자, 채권자 및 서면에 채무자를 허위로 기재하여 제출하게 한 실채무자에 대하여 당해 부동산가액의 100분의 30에 해당하는 과징금부과(§5)
독점규제및공정거래에관한법률	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 시장지배적 사업자의 남용행위에 대해 당해사업자가의 매출액에 100분의 3을 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위안에서 과징금부과, 매출액이 없는 경우 등에는 10억원을 초과하지 아니하는 범위안에서 과징금부과(§6)</li> <li>- 상호출자금지, 출자총액의 제한에 위반하는 경우 위반행위로 취득, 소유한 주식의 취득가액의 100분의 10을 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위안에서 과징금부과(§17①). 계열회사에 대한 신규채무보증금지, 기존채무보증의 취소 등을 위반한 경우 당해 범위반 채무보증액의 100분의 10을 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위안에서 과징금부과(§17②)</li> <li>- 지주회사의 행위제한 등을 위반한 경우 사안별로 각각의 금액에 100분의 10을 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위안에서 과징금부과(§17④)</li> <li>- 의결권행사의 금지명령에 위반한 경우 의결권을 행사한 주식의 취득가액에 100분의 10을 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위안에서 과징금부과(§17의2⑤)</li> <li>- 부당한 공동행위금지에 위반한 경우 매출액에 100분의 5를 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위안에서 과징금부과(§22)</li> <li>- 불공정거래행위의 금지위반의 경우 매출액에 100분의 2를 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위안에서 과징금부과, 매출액이 없는 경우에는 5억원을 초과하지 아니하는 범위안에서 과징금부과(§24의2)</li> <li>- 사업자단체의 금지행위에 위반하는 경우 사업자단체에 대해 5억원의 범위안에서 과징금부과, 참가한 사업자에게는 매출액의 100분의 5를 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위안에서 과징금부과(§28)</li> <li>- 재판매가격유지행위의 제한에 위반하는 경우 사업자에 대해 매출액의 100분의 2를 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위안에서 과징금부과(§31의2)</li> <li>- 부당한 국제계약의 체결제한에 위반한 경우 사업자단체에 대해 5억원의 범위안에서, 사업자에 대해서는 매출액에 100분의 2를 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위안에서 과징금부과(§34의2)</li> </ul>
방문판매등에관한법률	- 특수판매업자의 위반행위에 대하여 대통령령이 정하는 위반행위 관련 매출액을 초과하지 아니하는 범위안에서 과징금부과(§44)
전기통신사업법	- 전기통신사업자의 일정위반행위에 대하여 대통령령이 정하는 매출액의 100분의 3에 해당하는 금액을 과징금부과(§37의2)
은행법	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 동일차주에 대한 신용공여한도를 초과한 경우 초과한 신용공여액의 100분의 10 이하 과징금부과(§65의3제1호)</li> <li>- 대주주에 대한 신용공여한도를 초과한 경우 초과한 신용공여액의 100분의 20 이하 과징금부과(§65의3제2호)</li> <li>- 대주주가 발행한 주식취득한도를 초과한 경우 초과취득한 주식의 장부가</li> </ul>



법률명	금액산정방법
	액합계액의 100분의 20 이하 과징금부과(§65의3제3호) - 다른 회사에 대한 주식소유한도를 초과한 경우 초과소유한 주식의 장부가액합계액의 100분의 20 이하 과징금부과(§65의3 제4호) - 사회사의 신용공여한도위반의 경우 당해 신용공여액의 100분의 2 이하 과징금부과(§65의3제5호) - 자은행의 주식한도위반의 경우 소유한 주식의 장부가액합계액의 100분의 2 이하 과징금부과(§65의3제6호) - 자은행과 모은행간의 담보확보없이 신용공여한 경우 당해 신용공여액의 100분의 10 이하 과징금부과(§65의3제7호) - 자은행과 모은행이 불량자산을 거래한 경우 당해 불량자산의 장부가액의 100분의 10 이하 과징금부과(§65의3제8호) - 유가증권 투자한도 초과한 경우 초과투자액의 100분의 10 이하 과징금부과(§65의3제9호) - 업무용부동산이 아닌 부동산을 소유한 경우 소유한 부동산의 취득가액의 100분의 10 이하 과징금부과(§65의3제10호) - 부동산 소유한도를 초과한 경우 소유한 부동산의 취득가액의 100분의 10 이하 과징금부과(§65의3제11호) - 투기목적의 자금대출 등을 위반하여 대출한 경우 대출금액의 100분의 2 이하 과징금부과(§65의3제12호) - 주식담보대출한도를 초과하여 대출한 경우 대출금액의 100분의 2 이하 과징금부과(§65의3제13호) - 다른 회사의 발행주식의 100분의 20을 초과하는 주식을 담보로 대출한 경우 대출금액의 100분의 10 이하 과징금부과(§65의3제14호) - 자산 미보유의 경우 위반금액의 100분의 2 이하 과징금부과(§65의3제15호)

표 21 과징금 금액 산정 입법 사례

다음의 표는 주요 법령별 과징금의 한도액이다

한도액	해당법률명
50억원	항공법
10억원	전기통신사업법, 전기통신기본법
3억원	수질환경보전법
2억원	석유사업법, 대기환경보전법
1억원	여신전문금융업법, 방송법, 식품위생법
5천만원	건설산업기본법, 여객자동차운수사업법, 전기사업법
3천만원	대외무역법, 전과법, 해운법, 도시가스사업법

2천만원	도시철도법, 유통산업발전법, 전자서명법, 화물자동차운수사업법, 의료법, 고압가스안전관리법
1천만원	자동차관리법, 전기공사업법, 화물유통촉진법, 석탄산업법, 수산업법,

표 22 과징금 한도액 입법 사례

## 2) 행정처분과의 관계

과징금제도를 채택하고 있는 대부분의 입법례들은 허가, 취소, 영업정지(사업정지, 업무정지, 조업정지, 사용정지)와 선택적으로, 또는 영업정지에 갈음하여 과징금을 부과하도록 규정하고 있다. 이 경우 과징금과 대체되는 행정처분의 범위가 명확하지 않고, 가변적이고 유동적인 사례가 있다. 다만 보통 취소처분에 앞서 정지처분을 정지처분에 앞서 경고나 시정명령 등과 같은 예비적 처분을 하도록 하여 각 제재처분의 부과에 있어서 사실상 절차가 정해져 있는 것으로 보인다.

이에 반하여 대부분의 법령들에서 영업정지처분에 갈음하는 과징금부과처분에 불응한 경우에는 取消處分으로 대응하지 않고 행정상 강제징수방법에 의하게 하고 있다. 실제적으로 취소처분 부과시에 발생할 수 있는 비례원칙의 원용 가능성 등에 기인한 것으로 보이며, 그러한 이유에서 과징금부과처분은 인.허가의 취소, 정지와 완전히 대체관계에 있다고 할 수는 없다고 하겠다. 한편 크게 보면 영업정지 등에 갈음하여 부과 징수하는 위외 제2유형에 속하는 것이나, 의무위반자에 대하여 행정처분에 갈음하는 것이 아니라 행정처분과 과징금을 선택하여 부과하도록 하는 경우도 있다. 이 類型을 영업정지처분을 행할 경우 초래될 시민생활의 불편을 방지하기 위한 課徵金과도 구별되고, 경제관계법령에 위반한 사업자에 대하여 不法利益을 환수하려는 과징금과도 구별되는 “特殊한 形態의 課徵金”으로 분류하는 견해도 있다.

다음의 표는 행정처분과 과징금부과를 선택하도록 한 유형을 보여준다.

법 들 명	처 분 대 상	처 분 유 형
대외무역법	.국내법령 또는 교역상대국법령에 의하여 보호되는 특허권 등을 침해하는 물품의 수출입행위 .원산지허위표시, 원산지표시손상. 변경한 물품을	시정조치 또는 과징금부과 (§23⑤, §39⑤)

	수출입하는 행위 .수출입질서 저해행위	
무역업무자동화촉진 에관한법률	.기준미달 .동법의 명령, 처분위반	지정취소, 사업정지 또는 과징금부과(§7)
승강기제조및관리에 관한법률	.보험미가입행위 .보수업무의 하도급행위 위반 .보수의 흠으로 승강기이용자를 사상에 이르게 한 행위	.동법상 명령, 처분 위반행 위 사업정지 또는 과징금부과(§12)
주차장법	.주차장구조.설비기준 위반행위 .이 법에 의한 명령, 처분위반행위	주차장의 일반이용에의 제공금지 또는 과징금부과(§24)
해운법	.고의 또는 중대한 과실에 의한 해양사고, 선장의 선임감독에 관한 주의의무위반 .여객, 수화물 등에 대한 보호조치 및 피해보상을 이행하지 않은 행위 .이 법에 의한 명령, 처분 또는 조건위반행위	사업정지 또는 과징금부과(§21)

표 23 행정처분과 과징금 부과 입법 사례

다음의 경제법 유형에 속하는 법령들은 행정상 의무위반자에 대하여 영업정지 등 행정처분제도를 마련하지 아니하고 일의적으로 과징금만을 부과하도록 하는 입법례에 속한다.

법률명	처분대상	처분유형
가맹사업거래의공정화에관한 법률	정보공개서 제공의무위반 .정보공개서의 갱신과 수정의무위반 .허위.과장정보제공등 금지의무위반 .가맹금반환의무위반 .가맹계약서의 교부 및 보관의무위반 .불공정거래행위금지의무위반	과징금부과(§35)
금융지주회사법	.유가증권의 투자한도 초과 .주식소유한도 초과 .신용공여한도 초과 .자회사등이 금융지주회사에게 신용공여 .자회사등의 주식소유 .자회사등 상호간의 신용공여한도 초과	과징금부과(§64)

법률명	처분대상	처분유형
	.적정 담보확보없이 신용공여 .불량자산 거래	
독점규제및공정거래에 관한 법률	.시장지배적사업자의 남용 .상호출자의 금지등 위반 .출자총액의 제한 위반 .계열회사 채무보증금지 위반 .지주회사의 행위제한 등 위반 .의결권행사의 금지명령위반 .부당한 공동행위의 금지 위반 .불공정거래행위금지 위반 .사업자단체의 금지행위 위반 .재판매가격유지행위의 제한 위반 .부당한 국제계약 체결제한 위반	과징금부과 (\$6, \$17, \$17의2, \$22, \$24의2, \$28, \$31의2, \$34의2)
부동산실권리자명의등기에 관한 법률	.규정위반 명의신탁자행위 .채무자를 허위로 기재한 실채무자행위	과징금부과(\$5①)
여신전문금융업법	.여신전문금융회사의 준수 의무위반, 금융감독위원회 명령위반 .시설대여업자의 금융감독위원회 명령위반 .할부금융업자, 신기술사업금융업자의 준수 의무 위반	과징금부과(\$58①,③)
은행법	.동일차주 신용공여한도 위반 .대주주에 대한 신용공여한도 위반 .대주주발행 주식취득한도 위반 .다른 회사에 대한 출자제한 위반 .금지업무 위반 .외국금융기관 국내자산보유 의무 위반	과징금부과(\$65의3)
전기사업법	.전기사업자 일정 금지행위 위반	과징금부과(\$24)
전기통신사업법	.전기통신설비 등 정보의 제공에 관한 부당차별, 협정체결거부, 협정불이행 .정보 등을 영업활동에 부당하게 유용하는 행위 .비용·수익의 부당한 분류로 이용요금 및 정보대가산정행위 .이용약관과 다른 역무제공, 이용자의 이익을 현저히 저해하는 역무제공행위	과징금부과(\$37의2)
증권거래법	.신고서, 설명서 기타 제출서류의 허위	과징금부과

법률명	처분대상	처분유형
	기재 또는 중요사항의 누락 .신고서, 설명서 기타 제출서류의 미제출 .신고 또는 공고사항의 미신고, 미공고	(§206의11)

표 24 행정처분의의 과징금 부과 입법 사례

## 4. 방송법상 과징금제도의 개선방안

### 1) 방송법상 과징금의 성격과 법적 지위

방송법은 제19조에서 업무정지처분에 갈음하여 과징금을 부과할 수 있음을 규정하고 있다.<sup>117)</sup> 한편 제76조의 3에서는 보편적시청권 보장을 위한 방송통신위원회의 시정조치를 이행하지 않는 경우에 과징금이 부과될 수 있다.<sup>118)</sup> 아울러 제100조는 심의규정 위반 및 협찬고지 규칙을 위반한 경우에 과징금이 부과될 수 있도록 규정하고 있다. 마지막으로 제100조의 제3항도 음란, 퇴폐 및 폭력 등에 관한 심의 규정의 위반 등과 같이 위반의 정도가 중대하다고 인정되는 경우에 과징금이 부과될 수 있다고 규정하고 있다.<sup>119)</sup>

117) 제19조 (과징금 처분) ①방송통신위원회는 방송사업자·중계유선방송사업자·음악유선방송사업자·전광판방송사업자 또는 전송망사업자가 제18조제1항 각호의 1에 해당하여 업무정지처분을 하여야 할 경우로서 그 업무정지처분이 시청자에게 심한 불편을 주거나 기타 공익을 해할 우려가 있는 때에는 그 업무정지처분에 갈음하여 1억원 이하의 과징금을 부과할 수 있다. <개정 2008.2.29>

118) 제76조의3 (보편적 시청권 보장을 위한 조치 등) ①방송사업자 및 중계방송권자등은 제76조제3항의 규정에 따른 일반국민의 보편적 시청권을 보장하기 위하여 대통령령에서 정하는 금지행위 등 준수사항을 이행하여야 한다.

②방송통신위원회는 제1항의 규정에 따른 금지사항을 위반한 방송사업자 및 중계방송권자등에 대하여 금지행위의 중지 등 필요한 시정조치를 명할 수 있다. 이 경우 방송통신위원회는 시정조치를 명하기 전에 당사자에게 기간을 정하여 의견진술의 기회를 주어야 한다. 다만, 당사자가 정당한 사유 없이 이에 응하지 아니하는 때에는 그러하지 아니한다. <개정 2008.2.29>

③방송통신위원회는 제1항의 규정에 따른 금지사항의 위반 여부에 대한 사실관계의 조사를 위하여 필요한 경우 대통령령이 정하는 바에 따라 방송사업자 및 중계방송권자등에게 자료제출을 요청할 수 있고, 사무처의 직원으로 하여금 방송사업자 및 중계방송권자등의 사무소 또는 사업장에 출입하여 조사를 하게 할 수 있다. <개정 2008.2.29>

④방송통신위원회는 방송사업자 및 중계방송권자등이 정당한 사유 없이 제2항의 규정에 따른 시정조치를 이행하지 아니하는 때에는 당해 중계방송권의 총계약금액에 100분의 5를 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위 안에서 과징금을 부과할 수 있다. <개정 2008.2.29>

119) 제100조 (제재조치등) ①방송통신위원회는 방송사업자·중계유선방송사업자 또는 전광판방송사업자가 제33조의 심의규정 및 제74조제2항에 의한 협찬고지 규칙을 위반한 경우에는 5천만원 이하의 과징금을 부과하거나 다음 각호의 제재조치를 명할 수 있다. 제35조에 따른 시청자불만처리의 결과에 따라 제재를 할 필요가 있다고 인정되는 경우에도 또한 같다. 다만, 방송통신심의위원회는 심의규정 등

각각의 조문별로 그 내용을 살펴 보면 다음과 같다.

- 제19조는 업무정지에 갈음하는 것으로서 과징금 부과 요건을 규정하고 있고, 업무정지의 요건은 제18조 1항에 규정된 다음 사항들이다.
  1. 허위 기타 부정한 방법으로 허가·변경허가·재허가를 받거나 승인·변경승인·재승인을 얻거나 등록·변경등록을 한 때
  2. 제8조의 규정에 위반하여 주식 또는 지분을 소유한 때
  3. 제13조의 결격사유에 해당하게 된 때
  4. 제14조의 규정에 위반하여 재산상의 출자 또는 출연을 받은 때
  5. 이 법에 의한 허가를 받거나 승인을 얻거나 등록한 날부터 2년 이내에 방송 또는 사업을 개시하지 아니한 때
  6. 제15조제1항을 위반하여 변경허가 또는 변경승인을 받지 아니하거나

---

의 위반정도가 경미하여 제재조치를 명할 정도에 이르지 아니한 경우에는 해당 사업자, 해당 방송프로그램 또는 해당 방송광고의 책임자나 관계자에 대하여 권고를 하거나 의견을 제시할 수 있다. <개정 2006.10.27, 2008.2.29>

1. 시청자에 대한 사과
  2. 해당 방송프로그램 또는 해당 방송광고의 정정·수정 또는 중지
  3. 방송편성책임자·해당 방송프로그램 또는 해당 방송광고의 관계자에 대한 징계
  4. 주의 또는 경고
- ②제1항의 규정에 의한 제재조치가 해당방송프로그램의 출연자로 인하여 이루어진 경우 해당방송사업자는 방송출연자에 대하여 경고, 출연제한 등의 적절한 조치를 취하여야 한다. <신설 2006.10.27>
- ③제1항의 규정에 불구하고 위반의 정도가 중대하다고 인정되는 다음 각 호의 경우에 한하여 방송통신위원회는 1억원 이하의 과징금을 부과할 수 있다. <신설 2006.10.27, 2008.2.29>
1. 음란, 퇴폐 및 폭력 등에 관한 심의규정을 위반하는 경우
  2. 「마약류관리에 관한 법률」 제2조제1호의 규정에 의한 마약류 복용·투약·흡입 및 음주 후 방송출연 등으로 인한 심의규정을 위반하는 경우
  3. 제1항제1호 내지 제3호의 제재조치를 받았음에도 불구하고 대통령령으로 정하는 바에 따라 동일한 사유로 반복적으로 심의규정을 위반하는 경우
- ④방송사업자·중계유선방송사업자 및 전광판방송사업자는 제1항 및 제3항에 따른 과징금처분 또는 제재조치명령을 받은 경우 지체없이 그에 관한 방송통신위원회의 결정사항전문을 방송하고, 제재조치명령을 받은 날부터 7일 이내에 이행하여야 하며, 그 이행결과를 방송통신위원회에 보고하여야 한다. <개정 2006.10.27, 2008.2.29>
- ⑤방송통신위원회는 제1항 및 제3항에 따라 과징금처분 또는 제재조치명령을 하는 경우 미리 당사자 또는 그 대리인에게 의견을 진술할 기회를 주어야 한다. 다만, 당사자 또는 그 대리인이 정당한 사유없이 이에 응하지 아니한 때에는 그러하지 아니하다. <개정 2006.10.27, 2008.2.29>
- ⑥제1항 및 제3항에 따른 과징금처분 또는 제재조치명령에 이의가 있는 자는 당해 제재조치명령을 받은 날부터 30일 이내에 방송통신위원회에 재심을 청구할 수 있다. <개정 2006.10.27, 2008.2.29>
- ⑦방송통신위원회는 제6항의 규정에 의한 방송통신위원회의 재심결과를 당사자 또는 그 대리인에게 통지하여야 한다. <개정 2006.10.27, 2008.2.29>

변경등록을 하지 아니한 때

7. 제77조제2항에 따른 약관변경명령을 이행하지 아니한 때

8. 제81조에 따른 시설의 보수·개수·이전 명령 등을 이행하지 아니한 때

9. 제99조제1항에 따른 시정명령을 이행하지 아니하거나 같은 조 제2항에 따른 시설개선명령을 이행하지 아니한 때

10. 제100조제1항에 따른 제재조치명령을 이행하지 아니한 때

11. 제69조의2제5항에 따른 명령을 이행하지 아니한 때

- 제76조의 3에서는 보편적시청권 보장을 위한 방송통신위원회의 시정조치를 이행하지 않는 경우에 과징금이 부과될 수 있는 것으로 규정된다.
- 아울러 제100조는 심의규정 위반 및 협찬고지 규칙을 위반한 경우에 과징금이 부과되거나 또는 사과방송, 프로그램중지, 주의 또는 경고 등의 제재조치를 규정하고 있다. 마지막으로 제100조의 제3항도 음란, 퇴폐 및 폭력 등에 관한 심의 규정의 위반 등과 같이 위반의 정도가 중대하다고 인정되는 경우에 과징금이 부과될 수 있다고 규정하고 있다.

[별표 5] <개정 2008.2.29>

위반행위의 종별 및 과징금의 금액(제70조제1항 관련)

위반사항	근거법령	처분기준	
		방송사업자(방송채널사용사업자를 제외한다)·전송망사업자	방송채널사용사업자·중계유선방송사업자·음악유선방송사업자·전광판방송사업자
1. 허위 그 밖의 부정한 방법으로 법 제15조제1항에 따라 변경허가를 받거나 변경승인을 얻거나 변경등록을 한 경우	법 제19조제1항	5,000만원	3,000만원
2. 허위 그 밖의 부정한 방법으로 법 제17조에 따라 재허가를 받거나 재승인을 얻은 경우	법 제19조제1항	7,000만원	5,000만원
3. 법 제8조를 위반하여 주식 또는 지분을 소유한 경우	법 제19조제1항	7,000만원	5,000만원
4. 법 제14조를 위반하여 재산상의 출자 또는 출연을 받은 경우	법 제19조제1항	7,000만원	5,000만원
5. 법 제15조제1항을 위반하여 변경허가를 받지 아니하거나 변경승인을 얻지 아니하거나 변경등록을 하지 아니한 경우	법 제19조제1항	5,000만원	3,000만원
6. 법 제77조제2항에 따른 약관변경명령에 위반한 경우	법 제19조제1항	3,000만원	2,000만원
7. 법 제81조에 따른 방송통신위원회의 시설개선명령에 위반한 경우	법 제19조제1항	5,000만원	3,000만원
8. 법 제99조제1항에 따른 방송통신위원회의 시정명령에 위반한 경우	법 제19조제1항	5,000만원	3,000만원
9. 법 제99조제2항에 따른 방송통신위원회의 시설개선명령에 위반한 경우	법 제19조제1항	5,000만원	3,000만원
10. 법 제100조제1항에 따른 방송통신위원회의 제재조치명령에 위반한 경우	법 제19조제1항	5,000만원	3,000만원
11. 음란, 퇴폐 및 폭력 등에 관한 심의규정을 위반하는 경우	법 제100조제3항	5,000만원	3,000만원
12. 「마약류관리에 관한 법률」 제2조제1호에 따른 마약류 복용·투약·흡입 및 음주 후 방송출연 등으로 인한 심의규정을 위반하는 경우	법 제100조제3항	5,000만원	3,000만원
13. 법 제100조제1항제1호부터 제3호의 제재조치를 받았음에도 불구하고 법 제100조제1항제1호부터 제3호까지에 따른 제재조치명령을 받은 날로부터 1년 이내에 3회 이상 동일한 심의규정을 위반한 경우	법 제100조제3항	5,000만원	3,000만원

표 25 방송법 시행령 별표 5 위반행위 종별 및 과징금 금액



## 2) 주요 쟁점

### (1) 위임입법원칙 위반

제100조는 제33조의 심의규정 및 제74조제2항에 의한 협찬고지 규칙위반에 대해 5천만원 이하의 과징금부과를 규정하고 있다. 심의규정 및 협찬고지 규칙의 구체적 내용이 예견가능한 것이거나 아니면 적어도 기본적 윤곽에 대한 예견가능성이 보장되어야 하나, 그렇지 않다고 판단될 경우에 위헌으로 판단될 가능성이 크다.<sup>120)</sup> 다만, 방송법이 객관적 질서규범으로서 성격을 갖고 있어서 기본권 침해여부에 대한 심사기준이 완화되는 측면도 있다. 협찬고지 관련 헌재 판결에서 "이 조항의 주된 성격이 형성적, 허용적 규정으로서 위임의 구체성, 명확성의 요구 정도가 국민의 기본권을 직접적으로 침해할 소지가 있는 법규에 대한 요구 정도보다는 완화된다고 보아야 한다"는 판단이 이에 속한다.

### (2) 중복부과의 문제

어떠한 위반행위에 대한 제재제도를 설정함에 있어서 중요한 것은 제재의 대상 범위를 설정하는 것과 그에 따라 달라지는 효율성의 문제다. 즉, "효율성의 문제"라는 것은 제도를 기능적으로 고찰하는 때 투입되는 자원과 획득되는 결과의 관계를 지속적으로 고려하여야 하는 문제이다. 먼저, 행정법령에서는 처리하여야 할 사안이 광범위한데 비하여 그를 위해 투입할 수 있는 인적, 물적 자원은 한정되어 있으므로, 이 효율성의 문제는 제도의 집행에 있어서 매우 중요한 문제가 된다. 여기서 효율성은 한정된 자원으로 여하히 다수의 위반행위를 시정할 것인가라는 문제이지만 그것에 한정되는 것은 아니며, 법령

---

120) 우리 헌법의 지도이념인 법의 지배 내지 법치주의의 원리는 국가권력행사의 예측가능성 보장을 위하여 그 주체와 방법 및 그 범위를 법률로 규정한 것을 요구하며 예외적으로 위임입법을 허용하는 경우에 있어서도 법률에 의한 수권에 의거한 명령의 내용이 어떠한 것이 될 수 있을 것인가를 국민에게 예측가능한 것임을 요구하는 것으로서 그것은 법규명령에 의하여 비로소가 아니라 그보다 먼저 그 수권법률의 내용으로부터 예견가능하여야 하는 것을 의미하는 것이다. 그리고 후술하는 바와 같이 형벌이나 행정제재와 관련되는 경우에는 그 요건은 더욱 엄격한 것이다. 물론 법규명령제도의 생성내력에 비추어 볼 때 장래 정립될 법규명령의 구체적 내용이 정확하게 예견될 수 있을 것을 의미하는 것은 아니라 할지라도 적어도 정립될 수 있는 법규명령의 기본적 윤곽에 대한 예견가능성은 보장이 되어야 한다

의 保護法益이 무엇인가라는 문제와도 관련된다.

즉, 법령의 보호이익이 무엇인가를 따져 볼 필요성은 위반에 대처하기 위한 제도에 법적 성격이 다른 복수의 종류의 制裁가 포함되는 경우에 발생한다. 이 경우 요건과 효과를 같이하는 제재가 복수로 병존한다면 그 제재제도는 합리적인 제도라 할 수 없다. 예컨대 요건과 효과를 같이하는 제재가 두 가지 병존하는 경우 대상이 되는 하나의 행위에 일방의 제재만 부과할 수 있다면 또 다른 하나의 제도는 불필요하며, 兩方의 제재가 가해지는 것이라면 그곳에서는 같은 요건을 별도의 절차로 중복하여 인정하는 결과가 되어 **절차의 중복**이라는 문제가 발생한다.

방송법 제100조의 제1항에 따른 제재조치를 이행하지 않을 경우에는 제18조에 따라 허가 취소 또는 업무 정지가 명해질 수 있고, 제106조는 제100조의 제1항의 제재조치를 이행하지 않으면, 즉 구성요건을 충족하면 1년 이하의 징역 또는 **3천만원이하의 벌금**에 처하도록 규정되어 있다. 또한 변경허가 또는 변경승인을 받지 아니하거나 변경등록을 미필하여 **제15조 제1항**을 위반한 경우 제18조에 따라 **허가 취소 또는 업무 정지**가 명해질 수 있고, 제106조 제1항 5호는 1년 이하의 징역 또는 **3천만원이하의 벌금**에 처하도록 규정하고 있다.

### (3) 제재조건의 명확성 문제

또한 제도의 효율성에 관해서는 절차적인 면도 고려하지 않을 수 없다. 제재발동의 어려움 내지 용이함은 그 적용에 즈음한 절차적 규율에 의하여 크게 좌우될 수 있기 때문이다. 행정벌과 과징금이라는 절차적인 규율을 달리하는 제도를 함께 규정하고 있는 법령은 이 점에서 문제가 된다. 그리고 “制度가 대상으로 하는 범위의 문제”는 행정벌, 민사적 제재, 형사적 제재이건 그것이 대상으로 하는 위반행위의 범위는 필요하고 충분한 범위에 한정되어야 하며, 적용되는 제재는 그 대상이 되는 위반행위와 균형이 이루어져야 한다는 것이다. 이것은 제재요건의 명확화의 문제라고 할 수 있다.

법 제99조의 제1항에 따른 과징금 부과 요건으로서 규정된 “정당한 사유 없이 방송을 중단”하는 것과 “시청자의 이익을 현저히 저해”하는 것의 명확성의 문제가 제기된다. 본 연구의 5장에서 다루고 있는 방향과 같이, **시청자의**

이익 저해를 소비자로서의 이익의 저해로 한정하는 등으로 이익 저해의 범위를 한정하고 그에 따른 처분 기준을 수립하는 것이 필요하다.

한편, 법 제100조의 제1항에서 규정하고 있는 시청자불만처리의 결과에 따라 제재할 필요가 있다고 인정되는 경우의 과징금부과처분은 명확성 요건을 충족하지 못하고 있어서, 포괄위임입법금지 원칙에 위배된다.

#### (4) 과징금 부과액의 문제

과징금이 영업정지처분에 대하여 대체적 관계에 있는 것으로 보게되면 첫째, 과징금의 금액은 업무정지의 기간에 합리적으로 부합하여야 하며, 둘째 과징금은 기본적으로 경제적 이익의 박탈에 다름 아니기 때문에 물가 등 외부적 경제상황이 변화하면 이를 반영하여 위반자에 대한 실효적 제재수단이 될 수 있도록 조정될 수 있어야 한다.

예컨대 방송법상의 과징금규정과 전기통신사업법상의 과징금규정에 따른 액수를 비교해보면 전자는 1억원 이하인 반면, 후자는 10억원 이하 또는 매출액의 100분의 3이하로서 전자보다 훨씬 크다.

방송사 운영의 영역에 속하는 사항에 대해서는 과징금 액수의 상향 조정이 필요하다. 예컨대 법 제99조의 2항에 따른 시설개선명령에 위반할 경우, 방송사는 제18조에 따른 영업정지처분을 받거나 아니면 제19조에 따른 과징금처분을 받게 된다. 이 경우에 과징금 부과액보다 시설개선명령을 이행하는데에 소요되는 비용이 더 크다면, 방송사는 과징금을 선호할 것이다. 반면에 방송통신위원회는 영업정지를 통한 시청자 불편을 고려하여 어쩔 수 없이 과징금 부과처분을 할 수 밖에 없게 된다. 제19조에 따른 과징금은 이 경우 속죄적 성격을 갖는 것이면서도 과징금 액수가 현실적으로 제재로서의 효과 및 이행 강제로서의 효과도 담보하지 못한다. 따라서 이와 같이

#### (5) 과징금 부과에서의 재량의 한계

제2유형에 속하는 과징금 즉 행정제재벌로서의 과징금을 규정한 법률의 대부분은 공통된 금액산정기준을 규정하고 있다. 즉, 일단 법률에서 과징금의 부과처분의 根據와 한도액을 규정하고, 그 위반행위의 種別 및 程度에 따른 구체적인 부과금액은 대통령령에 위임하여 별표로 규정하고 있다. 또한 위반행

위의 종별 및 금액산정 등에 관한 세부적인 규정은 각 법률마다 신축성있게 이를 규정하고 있다. 과징금의 금액산정기준은 과징금의 법적 성격과도 밀접한 관련을 가진다. 부당이득환수적 측면을 강하게 가지는 과징금의 경우 법령에 위반하여 영업 또는 사업활동을 수행한 기간동안의 수입으로 예상되는 부당이득 또는 영업정지처분을 할 경우 그 영업정지기간 동안에 예상되는 부당이득의 정도에 의하여 결정되어야 할 것이며, 제재적인 측면을 강하게 가지는 과징금의 경우에는 부당이득의 정도보다는 위반행위의 경중여하에 결정되어야 할 것이다. 그럼에 있어서 과징금의 액수는 위법성의 정도와 이득액의 규모를 종합적으로 고려하여야 하며, 과징금의 액수와 위법성의 정도 및 이득액규모 양자간의 균형성이 갖추어져야 한다. 균형성의 상실은 곧 비례의 원칙의 위반에 해당한다.<sup>121)</sup>

또한 고려하여야 할 것은 課徴金の 부과대상인 위반행위 및 액수는 하위법령인 大統領令에 거의 백지위임하고 있는 실정에서 과징금부과금액이 위반행위별로 획일적으로 정형화되어 있다는 점이다. 원래 양형결정은 획일화될 수 없으며, 부과처분대상자가 수개의 위반행위를 하였을 경우 현재와 같이 획일적으로 위반행위별로 정해진 액수를 合算하여 부과하거나, 행위자의 정상이나 위반정도에 관계없이 일률적으로 같은 액수를 부과하는 것은 量刑決定의 원칙에도 벗어나는 것이다. 과징금의 구체적인 부과기준이 법령에서 명확히 규정되어 있어도 실제의 집행단계에서는 위반행위의 구체적인 정황 등에 대응하여 매우 적절한 처분을 내리기에는 바람직하지 못한 점이 많고, 위반사업자의 위반행위의 輕重, 위반횟수 및 불법수익의 규모 등 여러 가지 현실적 요소를 고려하지 않을 수 없는 경우가 있다.

본절의 (9)항에서 지적되고 있는 바와 같이, 방송자유의 규범영역에는 방송을 이용한 의견이나 정보를 표현, 전달하는 주관적인 영역이 있고, 그 영역의

121) “독점규제및공정거래에관한법률상의 과징금부과는 비록 제재적인 성격을 가진 것이기는 하여도 기본적으로는 같은 법 위반행위에 의하여 얻은 불법적인 경제적 이익을 박탈하기 위하여 부과되는 것이고, 같은 법 제55조의3제1항에서도 이를 고려하여 과징금을 부과함에 있어서는 위반행위의 내용과 정도, 기간과 횟수외에 위반행위로 인하여 취득한 이익의 규모 등도 아울러 참작하도록 규정하고 있는 것이므로, 불공정거래행위에 대하여 부과되는 과징금의 액수는 당해 불공정거래행위의 구체적 태양 등에 기하여 판단되는 그 위법성의 정도뿐만 아니라 그로 인한 이득액의 규모와도 상호 균형을 이룰 것이 요구되고, 이러한 균형을 상실할 경우에는 비례의 원칙에 위배되어 재량권의 일탈·남용에 해당할 수 있다”(대판 2001.2.9. 선고 2000두6206 판결).

보장과 그 행사를 위한 객관적 규범질서의 영역도 있다. 방송사의 편성권이 주관적인 영역에 속하나, 실질적으로 방송사의 경영도 그러한 영역에 속한다고 보기는 어렵다. 따라서 방송사의 편성권에 속하는 영역과 방송사의 경영에 속하는 영역이 과징금 등의 행정제재에 있어서 구분되는 것이 바람직하다. 그리고, 방송사의 경영에 속하는 영역은 객관적인 질서의 영역에 속하는 것이고 특히 객관적인 질서의 영역 내에서도 방송자유의 규범 영역이기도 하지만, 국민의 일반적인 경제 활동의 자유 영역에 속하는 특징도 함께 갖고 있다.

과징금의 부과에 있어서의 방송통신위원회의 재량의 범위가 그 각각의 영역에 대해서, 또한 같은 객관적 질서의 영역내에서도 방송자유에 속하는 영역과, 경제 활동의 자유 영역에 대해서 달리 한정되는 것이 바람직하다.

이에 본 연구의 3장에서 논의된 바와 같이

#### (6) 과징금 부과요건의 법정화 문제

법 제19조는 "업무정지처분이 시청자에게 심한 불편을 주거나 기타 공익을 해할 우려가 있는 때"에 과징금을 부과할 수 있음을 규정하고 있다. 일반적으로 과징금부과의 현 실태는 위반행위를 한 자로 하여금 영업정지처분과 과징금부과처분 중 어느 하나를 선택하도록 하거나 과징금부과처분을 원칙으로 하고 위반자가 영업정지처분을 받기 원하는 경우에 한하여 영업정지처분을 하는 경우, 아예 담당 공무원이 선택하여 처분하는 경우가 대부분이다. 또한 공정거래법의 경우에도 "대법원도 공정거래위원회가 위반행위에 대하여 과징금을 부과할 것인지 여부와 만일 과징금을 부과한다면 일정한 범위안에서 과징금의 부과액을 얼마로 정할 것인지에 관하여 재량을 가지고 있다할 것이라고 판시"하고 있다는 점을 근거로 그와 같은 재량에 관한 법적인 문제는 없다고 볼 수도 있다.<sup>122)</sup>

다만, 영업정지처분에 갈음하여 공익목적으로 도입한 과징금처분제도가 본래의 취지에 맞지 않게 운용되기 위해서는 추상적, 포괄적인 과징금부과요건을 보다 구체화하는 기준을 설정하는 것이 바람직하다. 예를 들어 대통령령의 과징금산정기준에 과징금부과기준을 추가하여 동 기준에 "시청자에게 심한 불편을 주거나 기타 공익을 해할 우려가 있는 때"를 각 사례 또는 유형

122) 권오승, "경제법", 2003년, 82면

별로 구체화하여 당해 사례 및 유형별로 어떠한 것이 이용자의 불편사태에 해당하고 공익을 해하는 가를 예시하고 당해 예시의 경우에 해당하여야 과징금 부과처분을 할 수 있도록 규정할 수 있을 것이다.

그러나 과징금부과기준을 지나치게 세분화해서 구체화하면 자칫 법률에서 수권한 (과징금부과처분의) 재량권을 행정입법을 통해 제한하는 문제를 발생시킬 수도 있어서 과징금산정기준의 법정화는 신중을 요한다.

### (7) 과징금 제재 개선

방송자유는 방송을 이용한 의견이나 정보를 표현, 전달하는 주관적인 영역을 갖고 있고, 그 영역의 보장과 그 행사를 위한 객관적 규범질서의 영역도 아울러 갖는다. 방송사의 편성권이 그러한 영역에 속하나, 실질적으로 방송사의 경영도 그러한 영역에 속한다고 보는 설은 극히 적다. 따라서 방송사의 편성권에 속하는 주관적 영역과 방송사의 운영에 속하는 영역이 과징금 등의 행정제재에 있어서 구분되는 것이 바람직하다.

먼저 방송사의 주관적 영역에 속하는 사항으로서, 예컨대, 제100조에 따른 **제33조의 심의규정의 위반에 대한 제재조치**건은 방송통신심의위원회의 결정에 따른 것이라는 점, 따라서 방송사의 주관적 영역에 속하는 사항이지만 보다 객관성이 확보되고, 사회적 가치질서가 반영된 것으로 볼 수 있다는 점 등이 고려될 때에 과징금 제재처분을 위한 요건은 충족된다고 보여진다. 다만, 바로 그러한 이유에서 방송통신위원회는 **방송통신심의위원회의 해당 심의건에 대한 의견을 그대로 존중해서** 처리하는 것이 방송사의 주관적 영역, 즉 방송자유 의 본질적 내용에 대한 침해 가능성을 배제하는 효과를 가져온다.

다른 한편으로는, 방송사 운영의 영역에서는 다음과 같다.

**제74조 제2항의 협찬고지 규칙의 위반**에 대해서는 제33조의 경우와는 별도로 제재처분기준을 마련할 필요가 있다. 이것은 방송사 운용의 영역에 속하는 사항으로서 제3장에서 지적된 바와 같이 의무불이행에 따른 수익을 흡수하고 **경제적 불이익을 주는 목적의 과징금 처분**이 부과되어야 할 사항이다.

다음 방송법 제19조 제1항에 따라 영업정지, 허가취소에 갈음하는 과징금 제재처분중에서 제77조 제2항에 따른 약관변경명령의 위반, 제81조에 따른 시설개선명령의 위반, 제99조 제1항에 따른 시정명령의 위반 (시청자 아닌 소비

자로서의 이용자의 불이익 저해 행위로 한정하는 경우에), 제99조 제2항에 따른 시설개선명령위반 등에 대한 과징금 처분기준은 과징금의 속죄금적 성격을 배제하고, 시정명령이 이행될 때까지 지속적으로 부과되는 형식, 즉 이행강제금의 효과를 고려해서 수립되어야 한다.

## V. 시정명령

행정상 의무불이행이 있을 경우, 이를 강제적으로 실현하는 행정상 강제집행제도는 현행법상 포괄적으로 승인되고 있는 것은 아니다. 행정상 의무 중에서 비대체적 작위의무나 부작위의무에 대해서는 법률에 특별한 근거가 없는 한 행정상 강제집행의 대상이 될 수 없기 때문이다.

의무의 불이행을 그대로 방치하지 않고, 불이행자에 대하여 불이익한 제재를 과하고 그 위하적 효과로서 의무의 불이행이 없도록 예방책을 쓰는 것이 일반적이다.

행정상 의무위반에 대한 제재조치는 형식적으로는 과거의 의무위반에 대한 제재로서 장래에 향하여 의무의 실현을 모도하는 강제집행과는 그 성격이 다르다. 다만 실질적으로는 **행정상 의무의 실현을 간접적으로 강제**하여 그 확보를 도모하려는 것이 목적이므로 행정상의 강제집행을 보완하는 수단으로서의 성격도 갖는다. 행정상 의무위반에 대한 대표적인 제재수단이 행정벌이라 할 수 있다. 형법상의 형을 그 제재의 내용으로 하는 행정형벌과 형사벌과의 성질상 구별은 일반적으로 인정된다고 보인다.

행정질서벌은 법률상 의무의 위반이라는 이미 완결된 사실관계를 규율 대상으로 하여, 일정한 불이익적 조치를 부과함으로써 다음의 의무불이행을 방지하려는데 중점이 주어진다. 반면에 시정명령은 의무불이행에 대하여 의무이행을 직접적으로 확보하려는 수단이다.

### 1. 시정명령의 의의

#### 1) 시정명령의 개념

시정명령은 과거의 법규위반에 대하여 그 위법 사실을 시정하도록 함으로써 정상적인 법질서가 회복되도록 행해지는 행정행위이다. 시정명령은 그러한 측면에서 일반적이고 추상적인 성질을 갖고 있는 입법행위와 구별된다

시정명령은 사후적 행태규제로서 첫째, 실제로 사인에게 부과되는 의무가



명확해지는 시점이 사후적-당해 행위가 이루어진 후, 그에 대한 심결절차를 거친 후라는 의미에서-이라는 점과 둘째, 위반행위에 대한 법집행을 담당할 행정기관의 처분권한의 범위가 상대적으로 넓고 다양하여 어느 정도 형성의 재량이 인정된다는 점에 있다.<sup>123)</sup>

## 2) 판례상의 의의

### (1) 부작위 의무의 강제집행권한부여를 위한 ‘시정명령’

시정명령제도는 부작위 의무의 이행을 강제하기 위한 집행권한의 부여에 그 의의가 있다. 대법원 1996. 6. 28 선고 96누4374 판결에서 대법원은 “대집행계 고처분을 하기 위하여는 법령에 의하여 직접 명령되거나 법령에 근거한 행정청의 명령에 의한 의무자의 대체적 작위 의무 위반행위가 있어야 할 것이다”라고 전제한 후, “따라서 단순한 부작위 의무의 위반, 즉 관계법령에 정하고 있는 절대적 금지나 허가를 유보한 상대적 금지를 위반한 경우에는 당해 법령에서 그 위반자에 대하여 위반에 의하여 생긴 유형적 결과의 시정을 명하는 행정처분의 권한을 인정하는 규정(예컨대, 건축법 제69조, 도로법 제74조, 하천법 제67조, 도시공원법 제20조, 옥외광고물등관리법 제10조 등)을 두고 있지 아니한 이상, 법치주의의 원리에 비추어 볼 때 위와 같은 부작위 의무로부터 그 의무를 위반함으로써 생긴 결과를 시정하기 위한 작위 의무를 당연히 끌어낼 수는 없으며, 또 위 금지규정(특히 허가를 유보한 상대적 금지규정)으로부터 작위 의무 즉 위반결과의 시정을 명하는 권한이 당연히 추론되는 것도 아니라고 할 것”이라고 하고 있다.

미국의 경우 원칙적으로 법률 또는 처분에 의한 의무부과권한과는 별도로 부과된 의무의 이행을 강제하기 위해서는 법원의 판결을 받아야 함을 상기하면, 우리의 경우 이러한 집행권한을 행정청에게 직접 부여하여 위 미국의 사법부가 수행하는 기능을 수행하도록 한 것이 바로 ‘시정명령’권한이라고 할 수 있다<sup>124)</sup>.

---

123) 이희정, “사후규제에 있어 시정명령의 기능에 대한 試論”, 경제규제와 법(Journal of Law & Economic Regulation) 2008. 11 제1권 제2호 : pp. 162~186.

124) 이희정 전제논문

## (2) 위임입법의 한계와 시정명령

이행강제금이란 일정 기간 내에 비대체적(非代替的) 작위의무 또는 부작위의무를 이행하지 아니하면 소정의 금액을 부과·징수할 것을 계고한 후 당해 의무불이행에 대하여 과하는 금전벌이다. 이러한 강제금은 현재 존재하고 장래에도 존속하게 될 불복종을 타과하여 장래에 대해 복종을 강제하는 것을 직접목적으로 한다는 점에서 간접목적으로 의무이행을 강제하는 행정벌과 과거의 위반에 대한 제재를 행하는 형벌과 서로 구별된다. 즉 강제금은 처벌이라는 의미보다 의무이행이라는 점에 보다 큰 의미를 갖는 탓으로 일종의 처벌이라고 할 수 있는 과태료 등과 성질을 다소 달리한다고 볼 수 있다.

헌법재판소는(2000. 3. 30. 98헌가8 전원재판부결정)은 건축법상 시정명령과 이행강제금 부과 대상이 되는 행위를 규정함에 있어서 위임입법의 범위와 한계에 관해 검토하면서, 우선 이행강제금은 “행정상 간접강제의 일종인 이른바 침익적 행정행위에 속하므로 그 부과요건, 부과대상, 부과금액, 부과회수 등이 법률로써 엄격하게 정하여져야 하고”, “위 이행강제금 부과 전제가 되는 시정명령도 그 요건이 법률로써 엄격하게 정해져야 한다”고 전제하여 이행강제금과 시정명령이 공히 법률유보의 적용을 받음을 인정하고 있다.

## 3) 시정명령의 기능

시정명령은 그 자체로서 독립된 행정처분으로서의 성격을 갖는다는 것은 부인될 수 없다. 아울러, 그 기능과 본질상 중요한 의의는 이것이 법집행절차의 일부를 구성한다는 점에 있다. 즉, 시정명령은 법령이 사인에게 부과한 의무에 대한 사인들의행태, 특히 그 준수를 확보해 나가는 과정이자 절차의 하나로서 인식된다. 그러한 과정의 가장 기본적인 요소는 행정청과 사인간의 의사소통이다.

그러한 측면의 반사적 효과로서 법령에 의한 의무 규정이 포괄적이고 추상적이라도 행정청이 그 집행을 담보할 수 있다는 효과가 발생한다. 행정청에 의한 이러한 구체화 기능은 행정작용 유형이라는 측면에서 두 가지 방식에 의해 담보될 수 있다고 판단된다. 하나는 일반. 추상적 기준을 정하여 사전적으로 제시하는 행정입법이고 다른 하나는 개별구체적 사안에 대해 법을 적용하여 처분을 내리는 행정행위에 의한 것이다.

다만 행정입법을 통해서 법률이 정한 추상적 규정에 포섭될 수 있는 현실의 다양한 유형을 구체화할 수 있음이 당연히 전제되어야 한다. 그러나 그러한 행정입법에는 한계가 존재한다. 행정입법은 제.개정절차가 용이하고 그 제정주체인 행정기관이 전문성을 발휘하여 규제대상행위를 신속하고 탄력적으로 인식할 수 있다는 점에서는 법률에 비해 장점이 있으나, 이 역시 법률과 마찬가지로 추상적이고 포괄적인 언어로 금지 또는 규제 대상이라고 수식된 행위를 유형화해내야 하기 때문에 법률과 같은 한계가 있다고 할 수 있다

두 번째 기능은 행정행위에 의한 것이다. 행정청에 의한 행정처분이 이에 해당한다. 입법자가 위임한 기준이나 절차에 의해서 행정청은 적법, 위법의 판단을 내리고 처분하는 것이 그것이다.

#### 4) 시정명령제도의 법리상 쟁점

매우 기초적인 상식상, 관련되는 법률에 특정 행위가 금지된다고 규정되어 있으면 이로써 그 법률의 효력발생일부터 그 금지는 이미 판단되어 있는 것이고, 재판을 통해서 특정 행위가 위법한 행위에 해당된다고 결정되는 것은 그 확인에 불과한 것이지, 그 결정을 통해 이전에는 금지되지 않고 있던 행위가 비로소 금지되는 것은 아니다. 그러나 행정입법에 의해서 비로써 행위가 금지된 것이고, 이미 행해진 것은 위법한 것으로 결정되는 경우가 상정된다. 행정입법제도는 그러한 경우를 상정하는 것이 당연하다. 위임입법의 원칙은 수범자의 예견가능성이 있는가를 따져서 그러한 경우의 한계를 정하려고 한다.

그러한 과정에서 시정명령은 수범자가 예견하지 못한 결과의 발생, 즉 자신의 행위가 행정입법에 의해서 정한 규범에 따르면 위법하다는 것을 알게 해주는 기능을 한다. 여기서 문제는 행정청이 무엇에 대해서 시정을 명하는가에 대해서다. 즉, 행정청이 위법하다고 판단되는 행위에 대해서 시정을 명하는 것 일텐데, 그렇다면 그 순간 행정청은 행위가 있었다는 사실의 확인만을 한 것인가, 아니면 위반이라고 판단을 한 것인가의 문제가 제기된다.(결정재량의 문제) 실제적인 문제는 행정청 공무원이 발견한 사실을 두고서 어느 정도의 제재적 효과를 목적하면서 시정을 명하는가에 관한 것이다.(선택재량의 문제 및 시기의 재량 문제) 공무원의 행위가 단순한 확인에 불과한데, 시정을 명령받은 사실을 수범자에게 공표하는 의무를 부과하는 것이 적정한가? 만약에 그 정도

수준의 제재를 가하고자 하려면 법규범 위반의 요건이 명확하여 해당 공무원의 집행 부담이 가벼울텐데, 그렇다면 얼마나 그 요건이 명확해야 하는 것일까? 결국엔 행정입법이 필요없는 수준에 이르는 명확도가 필요하게 될 것인가?

이러한 점을 고려하여 볼 때, 벌칙과 과태료에 관한 규정의 명확성은 형벌에 준하여야 하는 데 비해, 위반행위의 중단, 반복금지나 결과제거조치의 근거 규정의 명확성은 이보다는 완화되어야 할 것으로 보인다.<sup>125)</sup>

다른 한편으로는 행정형벌과의 병과 허용의 문제다. 다음의 표는 동일한 행위가 아닌 각각의 행위에 행정형벌과 행정질서벌이 부과된 것에 대하여 병과가 허용된다는 판결을 요약한 것이다

헌재 1994.6.30, 92헌바38, 구 건축법 제56조의 2 제1항 위헌소원

건축법 제54조 제1항에 의한 형사처벌의 대상이 되는 범죄의 구성 요건은 당국의 허가없이 건축행위 또는 건축물의 용도변경행위를 한 것이고, 동법 제56조의 2 제1항에 의한 과태료는 건축법령에 위반된 위법건축물에 대한 시정명령을 받고도 건축주 등이 이를 시정하지 아니할 때 과하는 것이므로, 양자는 처벌내지 제재대상이 되는 기본적 사실관계로서의 행위를 달리하는 것이 것이 리고 전자가 무허가건축행위를 한 건축주 등의 행위자체를 위법한 것으로 보아 처벌하는 것인 데 대하여, 후자는 위법건축물의 방치를 막고자 행정청이 시정조치를 명하였음에도 건축주등이 이를 이행하지 아니한 경우에 행정명령의 실효성을 확보하기 위하여 제재를 과하는 것이므로 양자는 그 보호법익과 목적에서도 차이가 있고, 또한 무허가건축행위에 대한 형사처벌시에 위법건축물에 대한 시정명령의 위반행위까지 평가된다고 할 수 없으므로 시정명령 위반행위가 무허가건축행위의 불가벌적 사후행위라고 할 수도 없다. 이러한 점에 비추어 건축법 제54조 제1항에 의한 무허가건축행위에 대한 형사처벌과 동법 제56조의2 제1항에 의한 과태료의 부과는 헌법 제13조 제1항이 금지하는 이중처벌에 해당한다고 할 수 없다.

**표 26 판례 : 헌재 1994.6.30, 92헌바38, 구 건축법 제56조의 2 제1항 위헌소원**

이 판례에서 형벌을 부과한 행위는 무허가건축행위를 한 건축주 등의 행위 자체를 위법한 것으로 보아 처벌하는 것인 데 대하여, 과태료를 부과한 행위는 위법건축물의 방치를 막고자 행정청이 시정조치를 명하였음에도 건축주 등이 이를 이행하지 아니한 경우에 행정명령의 실효성을 확보하기 위하여 제재를 과하는 것이므로 양자는 그 보호법익과 목적에서도 차이가 있고 또한 무허가건축행위에 대한 형사처벌시에 위법건축물에 대한 시정명령의 위반행위까지 평가된다고 할 수 없으므로 시정명령위반행위가 무허가건축행위의 불가벌적 사후행위라고 할 수도 없다. 다만 이 사건의 경우에 시정명령의 위반행위의

125) 이회정, 전계논문 184면

실효성을 확보하기 위하여는 동일한 행정벌(행정질서벌)보다는 다른 수단을 강구하는 것이 합리적이라는 지적이 제기되기도 했다. 이 규정은 그후 건축법 개정으로 이행강제금제도로 변경되었다.

## 2. 방송법상 시정명령의 의의 및 주요 쟁점

### 1) 입법론적 쟁점

방송법상 방송통신위원회는 모든 사업자에 대하여 시청자의 이익을 현저히 저해한다고 인정될 때, 방송법 또는 허가조건, 승인조건 또는 등록요건을 위반하고 있다고 인정될 때에 시정명령을 내릴 수 있다.

#### (1) 명확성 문제

방송법 제99조 제1항 제2호에서 “이 법” 위반에 대해 시정명령을 규정하여 광범위하다는 의견이 있을 수 있으나, 전기통신사업법을 비롯한 다른 법령들도 이러한 유형을 택하고 있고, 방송사업자라면 어느 정도와 내용의 시정명령이 있을 수 있는가, 내지는 방송통신위원회의 행정입법의 내용이 무엇인지에 대해서 예견할 수 있고, 또 예견할 수 있어야 한다는 판단 등에 근거한 반론이 제기될 수 있다. 아울러, 방송법 개별 조문에서 구체적으로 행위 유형을 실시하였으므로 명확성 문제는 없다는 주장도 일면 타당성을 갖는다.

#### (2) 결정재량의 문제

방송법 제99조는 “시정을 명할 수 있다”라고 규정하고 있다. 문언의 형식상을 자유재량행위로 파악하는 것은 곤란하다고 할 것이나 그렇다고 요건이 충족될 때 반드시 명령을 내려야만 하는 기속행위로 해석하는 것은 무리라 하겠다. 요건이 충족될 때 원칙적으로 시정명령을 내리되, 방송정책 등을 고려하여 예외적으로 시정명령을 내리지 않을 수 있는 기속재량행위로 파악하는 것이 타당하다.<sup>126)</sup>

---

126) 김대인, “방송통신융합에 있어서 규제집행제도의 정비방안”, 경제규제와 법, 2008.5 제1권제1호, 12면

### (3) 시정명령의 공표 문제

시정명령의 방법으로 공표명령은 법위반행위자로 하여금 자신의 비용으로 신문 등 간행물에 시정명령 받은 사실을 공표함으로써 명예감정을 자극하여 장래 법 위반을 억제하고, 시정자의 알권리를 충족할 수 있는 행정상 의무 이행 확보 수단이다. 제99조에 따라 시정명령의 발동 요건의 하나가 충족되는 경우에, 그에 따른 시정명령이 해당 사업자에게 명해졌다는 사실을 공표하도록 하는 방법이다.

이 경우 제기되는 문제는 그러한 공표명령의 법적 근거의 필요성에 관한 것이다. 본 연구의 제6장에서 다루고 있듯이 공표는 제재적 효과를 갖고 있으므로, 당연히 법률상에 근거가 있어야 한다는 설이 있다. 즉 법률상 사업자가 준수하여야 할 의무별로 공표의무가 규정되어야 한다는 것이다. 반면에 실효성 확보수단으로서의 공표는 상대방이 행정청이 부과한 의무를 이행하지 아니하는 경우에 이를 강제하기 위한 수단으로서 사용되는 것이므로 행정청이 부과하는 의무의 존재가 전제되어 있다. 그런데 의무의 부과는 법령에 입각하여서만 가능하므로 그러한 의무를 부과한 법령이 이미 존재할 것이다. 그렇다면 **공표를 행함에 있어서 새로이 법적 근거를 마련해야 할 필요는 없고, 기존의 의무부과조항을 근거로 하여 공표를 행하는 것이 금지되지 않는다**고 하는 견해이다. 법이 행정청에게 의무를 부과할 수 있는 권한을 수권하였다는 사실은 당해 권한이 실현될 것을 기대한 것이라고 할 수 있고 상대방의 의무 불이행으로 인하여 그러한 권한이 실현되지 못한 경우에는 그것을 실현할 수 있는 권한까지도 해당 의무부과조항에 의하여 근거 지워질 수 있다고 보는 것이다.

방송법은 제100조에서 사과방송을 제재의 한 종류로서 규정하고 있을 뿐이고, 공표명령을 따로 규정하고 있지는 않다. 방송법 제99조에 따른 시정명령 권한에서 공표명령의 법적 근거가 찾아지는가에 대한 문제점은 다음과 같다. 첫째, 제99조 1항에서의 “시정자의 이익을 현저히 저해”의 개념이 명확하지 않다는 점이다. 제재로서의 공표를 명하기 위해서 필요한 명확성 요건이 충족되지 않은 것으로 보인다. 둘째, 허가조건의 위반의 경우에, 위반의 정도의 문제, 및 위반 결과의 경중이 가려져야 할 필요성이다.

또한 공표명령에 따라 공표가 시행된 이후의 결과가 상당히 예측되기 어렵

다는 점고 고려되어야 한다. 즉 제재는 위반의 정도를 고려하는 비례성을 갖추어야 하는데, 공표의 경우에 해당 방송사가 겪게 될 제재의 효과가 위반의 중요도보다 더 클 수도 있다는 점이 고려되어야 한다.

따라서, 이와 같이 제100조에 따른 사과방송 이외에 공표명령권한이 명시되지 않았다는 점, 제99조의 시정명령 발동 규정이 명확성 원칙을 충족하지 않고 있다는 점, 공표의 제재적 효과의 예측이 어렵다는 점 등이 고려될 때, **시정명령으로서의 공표명령 및 시정명령을 받았다는 내용을 알리는 공표명령은 허용되지 않는 것으로 보인다.**

예컨대 프랑스의 경우, 방송법 제42조의 4는 방송법상에 규정된 모든 종류의 의무불이행에 대해서 방송위원회가 의무불이행 사실을 방송프로그램 편성 중에 방송사가 공표하도록 할 수 있다고 규정하고 있다.

## 2) 허가조건 관련 문제

허가조건은 부관이므로 부관의 적법성에 대한 검토가 필요하다. 일반적으로 부관은 법정부관과 행정행위의 부관으로 구분된다. 행정행위의 부관은 달리 법령에 명문의 규정을 두어 행정행위의 효력범위를 정하는 경우, 이를 법정부관이라고 하여 행정행위의 부관은 구별하기도 한다. 예를 들어, 광법법 제33조에서 광업출원인이 광업권 설정의 허가통지서를 받은 때에는 그 통지서를 받은 날로부터 30일 이내에 관계규정에 따른 등록신청을 하여야 하고, 그렇지 않으면 허가는 그 효력을 상실한다고 규정하고 있는 바, 행정청의 의사에 기하여 붙여지는 본래의 의미에서의 행정행위의 부관은 아니고 조건부 허가의 일종이다. 따라서 법정부관의 적용은 법령해석의 문제를 요하는 것으로서, 행정행위의 부관의 한계에 관한 일반원칙이 적용되지는 않는다고 보아야 한다.

행정행위의 부관은 행정의 유연성을 신장시켜주는 기능을 하는 반면에, 그에 따른 한계를 갖는다. 예컨대, 허가의 요건을 충족하지 않은 신청이 있는 경우(예컨대, 10개의 요건 중 9개 구비되어 있고 1개가 미비 되어 있는 경우)에 행정청은 원칙적으로 그 허가를 거부할 수밖에 없다. 그러나 이 경우에도 허가를 거부하지 않고 미비된 허가요건을 충족할 것을 부관(조건)으로 하여 허가를 내 줌으로써 신청의 거부와 허가 사이의 “타협에 의한 해결”을 가능하게 한다. 즉 일률적으로 허가, 불허가를 결정하지 않고 다양한 형태의 조건을 달

아서 행정목적은 달성하게 된다.

다른 한편으로는 행정행위의 부관의 한계는 다음과 같다

- 법적 한계 : 행정행위의 상위규범적인 한계를 벗어나서 부관을 붙이는 것이 허용되지 않는다
- 헌법원칙상의 한계 : 비례원칙(적합성의 원칙, 필요성의 원칙, 상당성의 원칙), 평등원칙이 준수되어야 한다.
- 목적에 의한 한계 : 부관은 재량권을 부여한 법의 목적에 반하여서는 안 된다. 또한 부당결부금지원칙상 부담의 부가가 본체인 행정행위와 실질적 관련성이 있어야 한다.
- 내용상의 한계 : 부관은 그 내용이 적법하고 이행가능하여야 하며, 행정행위의 본질적 효력을 해하지 않아야 한다.

판례는 "허가중의 재량행위에 속하는 허가에 있어서는 법령상의 근거가 없더라도 부관을 붙일 수 있는데, 그 부관의 내용은 적법하고 이행가능하여야 하며, 비례의 원칙 및 평등의 원칙에 적합하고, 행정처분의 본질적 효력을 해하지 아니하는 한도의 것이어야 한다."<sup>127)</sup>고 인정하고 있다. 아울러, 행정행위의 부관은 헌법, 법령 기타 법에 적합하여야 할 뿐 아니라 당해 행정행위의 목적상 필요한 한도 내에서 당해 행정목적 달성에 필요한 최소한도로 그리고 평등하게 붙여야 하는 등의 내용상 한계가 있고 이 한계를 넘어 붙여진 부관은 무효"(서울고법 91.12.17, 90구8802)라고 보아야 한다.

부관중에서 수익자에게 작위, 수인 또는 부작위를 명하는 규율에 성격을 갖는 것이 부담이다. 대표적인 것은 주택건설사업계획의 승인 등 수익적 결정에 붙여진 기부채납이다. 기부채납은 본체인 주택건설사업계획승인의 구성부분이라고는 볼 수 없고 추가적인 의무로서, 그 자체가 독립된 하나의 행정행위에 해당된다. 아울러, 수익적 행정행위에 있어서는 법령에 특별한 근거규정이 없다고 하더라도 그 부관으로서 부담을 붙일 수 있으나, 그러한 부담은 비례의 원칙, 부당결부금지의 원칙에 위반되지 않아야만 적법하다".<sup>128)129)</sup>

127) 대법원 1997.3.14. 선고, 96누16698 판결

128) 대법원 1997.3.11. 선고, 96다49650 판결

129) "지방자치단체장이 사업자에게 주택사업계획승인을 하면서 그 주택사업과는 아무런 관련이 없는 토지를 기부채납하도록 하는 부관을 주택사업계획승인에 붙인 경우, 그 부관은 부당결부금지의 원칙에 위반되어 위법하지만, 지방자치단체장이 승인한 사업자의 주택사업계획은 상당히 큰 규모의 사업임에



일반적으로 위법한 부담의 불이행을 이유로 한 제재적 철회인 바, 부담이 위법한 경우에도 철회의 사유에 해당할 수 있는가의 문제에 대해서, 일반적으로 부담이 위법하거나 또는 위법한 행위에 부가된 부담이라고 하여도 유효한 행위로서 존재하는 한 부담의 불이행은 철회의 사유가 된다고 본다.<sup>130)</sup> 다만 부담의 불이행이 있다는 이유만으로 철회 자체가 항상 정당화되는 것은 아니며, 행정청이 철회 여부를 판단함에 있어서는 의무에 합당한 재량에 따라야 할 것으로, 당사자의 귀책사유가 있는 경우에도 비례원칙상 철회는 최후의 보충적 수단으로서 사용되어야 한다.<sup>131)</sup>

(주) SBS
<p>(주)SBS의 경우<sup>132)</sup>, 재허가 추천 심사과정에서 논란이 된 방송사업자의 방송수익의 사회 환원과 관련하여 “향후 매년 기부금 공제 후 세전이익의 15%를 공익재단에 출연할 것”을 부관사항으로 명기하여 명확하게하기로 하고, 세전이익 15% 출연과 관련한 법적 측면에 대한 검토 결과, 허가 당시 사회 환원 약속은 그 효력이 다소 약한 암묵적 부관으로 판단하여, 과거 미출연 금액에 대해서는 11월 15일 의견청취 과정에서 (주)SBS가 약속한 300억원 납부계획을 성실히 이행할 것을 재허가 추천조건으로 부과하기로 하였다. 그 허가추천 조건은 다음과 같다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>① 향후 매년 기부금 공제 후 세전이익의 15%를 공익재단에 출연할 것.</li> <li>② 1990년 허가당시 약속한 사회환원 출연액 중 미출연금은 금번 재허가시 제시한 납부계획에 따라 성실히 이행할 것.</li> <li>③ 1990년 허가당시 (주)태영이 약속한 출연액 중 미출연금을 이행할 것.</li> <li>④ 지역성 구현 관련 프로그램 편성을 확대할 것.</li> <li>⑤ 위 ①, ②, ③에 대한 조건에 대한 이행결과를 매년 결산 완료일로부터 1개월 이내에 위원회에 보고할 것.</li> </ol> <p>또한, 대표이사(회장.사장.부사장) 간의 권한 및 책임명시 규정 마련, 경영투명성 확보와 편성권 독립을 위하여 소유와 경영을 분리하는 것이 바람직하다는 권고사항을 부과하였다.</p>
(주)강원민방
<p>(주)강원민방에 대해서는 최초 허가당시 사업계획의 불이행, 前회장의 차명주식보유 등 범위반 사항 발생에 대해 “위원회에 각서로 확약한 시정계획과 주요사업 이행계획을 성실히 이행하고, 이행실적을 매년 1월 제출할 것, 2005년부터 매년 전년도 당기 순이익의 10%를 결산 후 1개월 이내에 사회 환원할 것”이라는 조건으로 재허가 추천.</p>

반하여, 사업자가 기부채납한 토지 가액은 그 100분의 1 상당의 금액에 불과한 데다가, 사업자가 그 동안 그 부관에 대하여 아무런 이의를 제기하지 아니하다가 지방자치단체장이 업무착오로 기부 채납한 토지에 대하여 보상협조요청서를 보내자 그 때서야 비로소 부관의 하자를 들고 나온 사정에 비추어 볼 때 부관의 하자가 중대하고 명백하여 당연무효라고는 볼 수 없다”(대법원 1997.3.11. 선고, 96다 49650 판결).

130) 홍정선, 행정법 362면

131) 홍정선, 전제서, 363면

## 기타

대부분의 방송사업자(34개 사업자 474방송국)는 10월 26일 제48차 방송위원회의 의결을 통하여 재허가 추천을 받았으나, 한국방송공사의 경우 향후 적자 예산편성에 따른 경영개선 계획 제출 및 의견진술을 하도록 하였으며, (주)대전문화방송, (주)춘천문화방송은 사업계획 대비 이행실적을 매년 위원회에 보고하도록 하였다. (주)제주문화방송, (주)대구방송, (주)대전방송은 사업계획의 철저한 이행 및 방송법 준수관련 이행계획서를 제출한 후 재허가추천서를 교부하였다. 아울러 허가 당시 출연하기로 한 방송발전기금을 완납하지 않은 사업자((주)울산방송, (주)전주방송, (주)경기방송, (주)청주방송)에 대해서는 방송발전기금 납부계획확인 및 이행각서를 제출하도록 하였으며, (주)전주방송은 최다주주 보유 우선주(초과 소유분)의 처분, (주)청주방송은 FM방송의 노인, 장애인 등 소외계층 대상 프로그램 편성 확대계획과 경영효율화 계획을 제출하도록 하였다.

표 27 허가조건 사례

### 3) 시청자의 이익저해

#### (1) 강학상의 시청자 분류

방송통신융합시대의 시청자의 개념은 현행 헌법, 방송법 및 기타 법률의 규정을 토대로 추정한 시청자의 법적 개념 및 지위를 넘어서고 있다. 전통적인 커뮤니케이션 이론에서 시청자는 방송이 제공하는 정보를 수용하는 수동적 개념이 강했다. 하지만 실증적 연구의 이용과 충족 모델은 제한적 범위에서 수용자가 미디어를 통해 특정한 욕구를 충족시킨다는 점을 밝혔다. 이와 함께 비판적 시각의 연구에서 시청자의 능동성에 주목하기 시작했다. 능동적 시청자는 크게 해독자, 비판자, 소비자 등으로 나뉜다.

#### 해독적 시청자

해독적 시청자 개념은 시청자가 방송과 상호작용하며 메시지를 해독함으로써, 의미를 생산하는 능동적 주체로 파악한다. 홀(Hall, 1980)이 제시한 텍스트의 부호화와 해독 개념에서 출발한 이러한 시각은 수용자가 메시지를 수동적으로 받아들이는 것이 아니라 자신이 속한 문화에 따라서 선택적으로 수용함을 보여준다. 수용자의 해독 방식은 세 가지로 구분된다. 메시지를 의도한 대로 수용하는 지배적 해독, 메시지의 의미를 부분적으로 수용하는 타협적 해독,

132) 방송위원회 2기 백서, 147면

그리고 메시지의 전달 의도를 부정하거나 또는 거꾸로 받아들이는 저항적 해독 등이다.

몰리(Morley, 1980, 1986)는 홀의 이론 검증을 통해 수용자는 각자가 처한 계급, 연령, 성별, 인종 등 다양한 담론적 위치에 따라 각각 다르게 해독한다고 주장했다. 수용자의 해독 유형을 결정할 때 영향을 미치는 요인으로 미디어에 대한 취향을 비롯해 해석과 의미를 공유하는 가상적 집단인 해석적 공동체를 들 수 있는데, 이들 집단은 구성원 간에 유사한 전통과 경험, 현실감, 관여 등을 보여준다(Radway, 1984; Lindlof, 1988). 해독자 개념은 시청자가 방송의 수동적 수용자라는 소극적 의미를 탈피시키고, 상이한 속성과 문화에 따라서 동일한 콘텐츠를 각각의 특성에 맞게 수용함을 보여주는 점에서 능동적 수용자로서의 가능성을 보여준 점에서 의미가 있다.

### **비판적 수용자**

비판적 수용자는 방송을 포함한 미디어가 사회적 책임과 공론장 역할을 수행할 것을 적극 요구한다. 이 개념은 방송이 사회적으로 부정적 기능을 수행할 경우, 비판을 통해 시정을 요구하거나 또는 압력을 행사하는 방송 수용자 운동으로 확대되어 방송의 편파보도, 왜곡보도, 오보에 대한 모니터링 활동, 시청료 거부 운동, 특정 채널 보지 않기 운동 등을 포함한다.

방송 수용자 운동은 시청자가 방송의 주인이라는 적극적 인식을 바탕으로 한다. 시청자는 방송사의 잘못된 프로그램과 편성 그리고 활동에 대해 문제를 제기하고, 시정을 요구하고, 나아가 다양한 의견을 반영할 수 있다고 본다. 하지만 방송의 주인 자리를 찾기 위해서는 일정한 능력이 요구된다. 방송 프로그램이 제대로 제작되었는가에 대한 평가 능력이다. 시청자 운동 단체는 프로그램 평가 능력을 함양하기 위해 프로그램 모니터 교육을 실시한다.

### **생비적 시청자**

프로슈머(prosumer)는 생산자(producer) 또는 전문가(professional)와 소비자(consumer)의 합성어로, 제품을 사용하는 소비자인 동시에 제품 개발 및 생산 과정에 참여하는 생산자의 역할을 하는 사람을 뜻한다. 프로슈머의 개념은 1972년 마셜 맥루언과 베링턴 네빗이 전기 기술의 발달로 소비자가 생산자가

될 수 있다라는 말로 처음 등장했고, "프로슈머"라는 단어는 1980년 엘빈 토플러가 《제3물결》에서 최초로 사용했다(McLuhan & Nevitt, 1972; Toffler, 1980). 인터넷 위키백과는 프로슈머의 대표적인 사례이다. 왜냐하면 이용자들이 정보를 이용할 뿐만 아니라 생산에도 참여하기 때문이다.

시청자가 직접 제작한 프로그램의 방송은 단순한 수용자가 아닌 제작자로서의 시청자를 구현했다는 점에서 방송 프로슈머의 한 현상이다. 이러한 방송 프로슈머가 가능하게 된 배경으로는 시청자가 방송 제작에 대한 지식과 기술을 습득하고, 방송에 대한 관심을 제작으로 연결시키는 관련 장비의 개발과 보급, 및 가격 하락, 그리고 이를 뒷받침하는 관련 단체와 기관의 등장 등을 들 수 있다.

방송의 프로슈머는 디지털방송 환경에 힘입은 것으로 파악되는데, 다섯 가지 특성은 다음과 같다. 첫째, 완전복제성(perfect duplicability)으로 디지털 정보는 아날로그 정보와 달리 복제를 계속 반복하더라도 정보의 손실과 변형 없이 복제하는 것이 가능하다. 둘째, 즉각적 접근가능성(random accessibility)로 검색어 등을 사용해 즉시 검색하는 것으로 기존에는 텍스트 방식에 국한됐지만, 향후 인공지능의 패턴 인지 기술 발달에 따라서 화상이나 소리 정보에 대한 검색으로 확대될 것이다. 셋째, 네트워크성(networkability)은 유무선의 연결망으로 접속된 디지털 미디어를 가리키는데, 인터넷과 저궤도 위성이 전지구적인 연결을 이룬 상황에서 이제는 개인이 활용하는 다양한 미디어간의 네트워크 구현이 연구 과제이다. 넷째, 복합성(multimodality)은 문자, 사운드, 화상 등 여러 가지 종류의 디지털 정보가 모여져서 하나의 텍스트를 이루는 것으로 각 구성 요소의 동등한 질(bit 단위)에 의해서 가능해졌다. 다섯째 조작가능성(manipulability)은 정보의 다양한 편집이 용이하다는 점으로 조작과 변환의 물리적 제약을 극복했음을 의미한다.

## (2) 미디어 정보사회에서의 이용자와 시청자

한상희 교수는 미디어융합의 현상이 가져다주는 헌법적 의의를 도출함에 있어서 다음과 같이 미디어 정보사회에서의 이용자와 시청자의 변화를 분석한다.<sup>133)</sup>

---

133) 한상희, "뉴미디어시대에서의 표현의 자유 - '미디어융합' 현상에 대한 헌법 이론의 구축을 위하여"

첫째, 미디어 융합의 현상은 단순히 기술적 변화만을 의미하지는 않는다. 그것은 “하나의 미디어 시스템 내에서 각종 상이한 정보유형이 수렴되고 정보유통이 단일한 채널을 통해 이루어지는 현상”을 의미하는 동시에, “정보의 유형과 그에 따른 분류기준 및 경계가 사라지는 것”을 의미한다.<sup>134)</sup> 즉, 그것은 기술적 융합을 넘어 그렇게 융합된 기술을 바탕으로 커뮤니케이션 양식 자체가 변화함을 의미한다. 예컨대, 인터넷이나 컴퓨터 통신과 같이 컴퓨터와 기존 원격통신의 하부구조가 결합하여 문자, 음성, 영상물 등을 동시 혹은 비동시적으로 교환하는 이른바 통합적 다기능 매체”를 통한 의사소통이 이루어진다.<sup>135)</sup> 그러한 의사소통의 특징은, 일반적인 의사소통관계와는 달리, 목적지향적·능동적으로 매체를 선택·이용하며 **매체가 단순한 의사전달의 통로로서가 아니라 매체의 소비 그 자체가 이용자의 욕구를 충족시키게 되는 특성을** 지니기도 한다.<sup>136)</sup>

둘째, 이러한 특성은 미디어를 중심으로 형성되는 당사자들 간의 관계양상까지 변화시킨다. 미디어의 기술적 융합은 종래 일방향적 구조가 가지고 있던 정보의 공급자와 수용자의 간극을 해체시켜 “정보의 수용자가 중심이 되는 미디어환경을 조성함으로써 기존의 수동적인 수용자개념을 능동적이고 정보추구적인 수용자의 개념으로 변화시킨다.”<sup>137)</sup> 일방향적 미디어 환경에서 존재하였던 수동적 수용자는, 여기서는 A. Toffler가 말하는 ‘생비자’(prosumer: 생산자(producer)와 소비자(consumer)를 조합한 말로서, 양자의 성격을 동시에 가지는 정보사회의 개인의 특성을 자칭한다)로서 **스스로 정보를 생산하고 교환하고 소비하는 주체적 존재로 등장하게 되는 것이다.** 뿐만 아니라, 그렇게 변화된 의사소통관계는 다시 미디어 상호간의 연결을 통하여 이용자들이 무한하게

여”, 인터넷법률 통권 11호, 2002. 3.

134) 김영석, 디지털미디어와 사회, 나남출판, 2000, 48면.

135) 김유정(1998), “컴퓨터 매개 커뮤니케이션과 일상 커뮤니케이션 상황의 변화.”한국언론학회·한국사회학회 엮음, <정보화시대의 미디어와 문화>, 세계사: 오택섭·김대식·강미선, “컴퓨터 매개 커뮤니케이션 이용자들의 유형과 이용 특성에 관한 연구: 컴퓨터 통신과 인터넷을 중심으로.” 사이버커뮤니케이션 학회보, 제6호, 2000. 겨울에서 재인용.

136) 오택섭·김대식·강미선, 전제논문은, CMC의 경우 ①목적지향적으로 매체를 선택하고 욕구충족을 위해 능동적으로 매체를 이용하며, ②욕구를 만족시킬 수 있는 다른 대안-기존의 대중매체, 즉 TV, 신문, 잡지 등-외 이용과 경쟁적 관계에 있으며, ③욕구충족과 미디어선택은 밀접한 관계에 있으며, ④따라서, 미디어 소비 자체가 수용자의 욕구를 충족시키며, ⑤미디어 내용만이 아니라 미디어 이용시간, 상황에 따라 욕구를 충족 정도가 달라지며, ⑥획득된 충족은 미디어 내용에 기원을 두고 있는데 이러한 충족은 개별적인 미디어 내용에 노출함으로써 얻어진다는 특징을 가진다고 한다.

137) 김영석, 전제서, 51면

상호 연결되는 경향을 초래한다. 특히 미디어가 광대역을 이용하게 되면서 대용량의 정보가 동시적으로 교류가능한 상황이 형성되어 이 상호연결성은 유기적이고 복합적인 양상을 띠게 된다.

미디어를 통한 의사소통관계가 미시적으로는 개인과 개인 간의 새로운 관계 형성의 가능성과 기회를 확대하는 한편, 그것이 중첩되면서 거시적으로는 사이버공동체 내지는 전자적 공동체가 형성되는 계기를 마련하기도 한다. 여기서 종래와 같은 정보의 제공자→정보의 수용자라는 이분법적 사고 혹은 일방향적 사고는 존재하기 어려운 현상을 나타낸다. 즉, 정보의 제공자↔정보의 수용자의 관계에서 더 나아가 양자가 혼착하는 경우뿐만 아니라, 이 양자를 연결하고 소통되는 정보의 종류와 내용을 선별해주는 정보중개자(또는 정보검색자)의 존재까지도 등장하게 된다.

이 과정에서 오늘날의 미디어구조는 ①정보제공자→정보수용자의 관계, ②정보제공자↔정보의 수용자의 관계, ③정보제공자↔정보중개자↔정보수용자의 관계, ④정보의 공동생산·중개·소비의 공동체관계 등 다양한 형태의 복합구조가 공존하는 양상으로 이루어질 수밖에 없게 된다.

셋째, 이렇게 미디어의 구조 및 환경이 변화하게 됨에 따라, 정보의 생산과 소비라고 하는 고전적인 가치사슬이 변화한다. 전통적인 가치사슬에서는 신문이나 방송과 같은 정보생산자는 스스로 그것을 소비하기 위한 것이 아니라, 다른 사람들-즉 정보수용자 혹은 소비자-의 소비활동에 제공하기 위한 목적으로 그 정보를 생산한다. 정보수용자는 다른 사람이 그 목적으로 생산한 정보를 수동적으로 소비하는 구조에 있다. 한마디로 정보는 상품으로서 생산되고 또 소비되는 것이다.

하지만, 오늘날에 와서는 이와는 다른 모습의 정보유통체계가 다양하게 등장하게 된다. 그래서 ①정보의 생산이 곧장 정보의 소비가 되는 경우(예컨대 게시판에 자작소설이나 유모어를 올리는 경우), ②정보의 생산이 정보수용자의 정보욕구에 의하여 조정되는 경우(예컨대, 하이퍼텍스트방식에 의한 가지치기 소설<sup>138)</sup>의 경우), ③생산된 정보의 교환가치가 정보수용자의 선택행위에 의하

138) 여기서 가지치기란 디지털화된 텍스트가 다수의 주체들에 의하여 무한히 복제·편집되면서 이어 쓰기와 고쳐 쓰기의 반복을 바탕으로 다층적인 이야기로 전개되어 가는 것을 의미한다. 이는 원본이 있으되 그것이 더 이상 정전으로서의 의미를 갖지 못하고 “완결과 성장, 단절과 연속의 변증법”의 서술체제를 형성하게 된다. 이용욱, 「사이버문학의 도전」, 토마토, 1996, 182-7면 참조, 송경아의 아이찾기(민음사, 1997)와 같은 소설은 이러한 글쓰기의 실험이라고도 할 수 있다.

여 극도로 개별화·미세화 됨으로써 시장적 교환가치라는 의미가 희석되는 경우(예: 특정인의 요청에 의한 정보의 제공행위), ④정보수용자가 매체를 자유롭게 선택하는 과정에서 동일한 정보라도 그 매체의 차이에 따라 다른 가치가 부여되는 경우(예: 동일한 가요를 앨범으로 듣는 경우와 MP3파일로 듣는 경우), ⑤매체 자체가 하나의 의사소통적 담론을 가지고 있는 경우(예: Napster나 소리바다와 같은 경우 정보의 공유라는 함의를 담고 있어 그것을 이용하는 것은 바로 정보공유를 주장하는 것과 같은 의미를 담지하게 되는 경우) 등 수많은 경우의 수들이 등장하게 된다.

한마디로 미디어에 의하여 소통되는 정보는 교환가치라는 보편적이고 일반적인 형태의 상품으로서만 존재하는 것이 아니라, 그 자체가 정보행위자의 욕망과 욕구를 담아내는 그릇이며 경우에 따라서는 그 대상으로서 존재한다는 것이다. 환언하자면, 미디어를 중심으로 거대한 경제관계가 형성될 뿐 아니라<sup>139)</sup> 그와 병행하여 또는 그를 대체하면서 일종의 공동체적, 혹은 시민사회적 관계가 구축되고 있는 것이다.

그러한 미디어 환경의 변화와 정보제공자와 이용자의 관계가 변화하는 가운데 미디어에 대한 규제는 무엇을(내용규제) 어떻게(방법규제)말하는가에 국한되었던 종래의 입장에서 떠나 “누가 말하는가”에 관심을 가지고 언론사가 가지는 독점적 권력을 통제하는 방향에서 논의의 대상이 된다. 이에 한상희 교수는 매체의 특성별로 규제의 내용을 분류하는 것보다는 매체규제의 본래의 목적을 살펴보고 그 다음에 매체특성을 고려하는 것이 바람직하다는 입장을 취한다. 즉 헌법상의 표현의 자유에 대한 일반론적 이해가 선행되고 이를 바탕으로 개별적·구체적인 규제의 가능성을 모색하는 접근방법이 필요하다는 것이다.<sup>140)</sup> 그래서 그는 우선, 표현의 자유 혹은 언론의 자유라는 헌법적

139) 國保徳九, 김재봉 역, 디지털혁명과 매스미디어(나남출판, 2000)는 일본과 미국에서의 미디어산업의 결합현상을 지적하면서 “사이버 정보혁명 속에서 결과로서, 미디어의 상업주의화가 국제적인 규모로 촉진될 가능성”을 지적한다(297면). 이는 미디어융합이라는 일련의 중립적이고 기술적인 용어가 경우에 따라서는 미디어기업들의 융합(M&A)를 통한 미디어산업의 고도집중현상을 은폐하는 수단으로 기능할 수도 있음을 의미하는 것이다. 일례로 미디어의 제왕이라 불리는 머독은 방송기업으로 미국의 AskyB, 영국의 BskyB, 독일의 VOX와 프리미에르, 호주의 폭스텔, 이탈리아의 스트림, 일본의 스카이 퍼펙TV, 중남미의 카날폭스, 폭스 라틴아메리카, 홍콩의 스타TV를 소유하고 있고, 신문은 뉴욕포스트(미국), 타임스, 더 선(영국), 잡지는 TV가이드(미국), 영화는 20세기폭스사 등을 모두 소유하거나 주식을 보유하고 있으며, 현재 세계최대의 휴대전화사인 노키아사와 제휴를 시도하고 있다고 한다.(25면)

140) 한상희, 전계논문

가치에 대한 제한의 측면에서 살펴 볼 것이 필요하며, 미국에서의 판례와 논의가 이에 해당한다고 주장한다.

즉, 미국의 판례와 그를 둘러싼 다양한 논의는 말할 권리가 핵심문제로 되었던 다른 사건들과는 달리 들을 권리가 중심을 차지하면서, 수정헌법 제1조의 ‘본래의 의미’, 즉 방송사가 제공하는 것과 제대로 된 민주주의가 요구하는 것을 조화시키고 있다는 것이다.<sup>141)</sup> 요컨대, 그에 의하면 공공문제에 대한 대중의 주의를 환기시키고, 다양성을 제고하며, 공적토론의 질을 향상시키고자 하는 헌법적 이념에 입각하여 사람들이 원하는 것을 들을 수 있으며, 원하는 자에 대하여 말할 수 있는 구조의 구축, 그것이 극도로 다양화되는 의사소통 매체의 시대에 부합하는 헌법정책이 된다는 것이다. 동시에 이러한 규제모델을 다양한 (정치적)의사의 소통을 가능케 함으로써 언론·표현의 자유와 민주주의적 가치를 동시에 구현하는 최적의 모델로 자리매김될 수 있다는 것이다.<sup>142)</sup>

여기서는 종래 발언자 즉 언론매체의 소유자 내지는 운영자(편집인)를 중심으로 바라보았던 언론의 자유에 관한 법리-한마디로 개인주의적 자유주의에 입각한 언론의 자유-를 시청자의 입장에서 선택하여 듣고 판단하고 말할 수 있는 자유라는 의미에서의 표현행위의 법리-다양성 수용자선택가능성을 확보함으로써 사상의 다양성과 수교·토론의 가능성을 보장하고, 이를 통하여 심의적 민주주의의 실천영역을 구축하고자 하는-로 전환하고자 한다.<sup>143)</sup> 사상의 시장에서 다양한 견해들이 ‘거래’될 수 있는 환경의 형성을, 정부는 공급자(즉 매체소유자)의 측면에서 판단하고 규율할 것이 아니라 수요자(시청자)의 접근가능성이라는 측면에서 논의하자는 것이다. 그래서 이들은 이러한 원칙들을 통하여 헌법에서 말하는 공화주의적 이념, 즉 자가지배의 원

141) C. R. Sunstein, The First Amendment in the Cyberspace, Yale Law Journal, vol.104, 1995 참조.

142) Sunstein이 입각하고 있는 것으로는 Krattenmaker & Powe, op.cit.도 마찬가지이다.

143) 미국에서 연방대법원이 종래 언론의 자유와 관련하여 취하고 있던 3분할설 특히 출판모델과 방송모델의 엄격한 구분론에 더하여 소의 메디슨 모델이라고 하는 새로운 규제모델을 제시한 것은 이 점에서 의미심장하다. Krattenmaker & Powe의 저적처럼 새로운 매체가 계속하여 등장하는 상황에서 매체특성에 따른 독립적인 규율논리를 유지할 수 없는 상황에서, 1994년의 Turner Broadcacion System, Inc. v. FCC 사건은 이 문제에 관한 하나의 전망을 제시한다. 수십 내지 수백개에 이르는 케이블TV의 채널중 일부를 지역공공방송 혹은 교육 등 공익방송에 할당하도록 강제함으로써 케이블TV사가 병목(bottleneck)을 장악하는 현상을 치유하고자 한 소위 강제유보조항이라고 불리는 케이블TV소비자보호 및 공정거래법을 합헌이라고 선언함으로써 언론의 공정성을 담보하려는 연방대법원의 시도가 새로운 모습을 드러낸 것이다.



칙을 바탕으로 하는 능동적 시민의 민주주의가 실천될 수 있으며, 또 그러한 때 수정헌법 제1조의 자유는 이 민주주의라고 하는 헌법이념의 실현에 기여할 수 있다는 것이다.

### (3) 수용자로서의 시청자

그러나 표현의 자유를 말한 수 있는 자유보다는 들을 자유의 입장에서 파악한다는 것은 현 단계로서는 하나의 논의의 단계에 한정되어 있다고 보인다. 주요 해외 국가의 실정법을 개관해 보면 어떤 법령도 시청자에 대한 개념규정을 명문으로 하고 있지는 않다. 방송의 개념을 정의하면서 시청자를 부수적으로 규정하고 있는 정도이다. 이는 방송을 국민의 의사표현의 매체로서 파악한 고전적 언론 자유 이론의 입장이 법령에 그대로 반영되어 있음을 시사하여 주는 것이라고 할 수 있다. 달리 말하면 법령은 방송 행위의 개념을 규정하고 그 행위 등을 규제하되 그 이용자인 시청자를 규정하고 있지는 않다. 일본의 방송법 제2조의 1항도 방송을 공중이 직접 수신할 목적으로 송신하는 통신이라고 규정은 하되 공중이 누구인가에 대해서는 규정하지 않는다.

이러한 태도는 방송과 통신융합서비스의 개념 규정의 경우에도 마찬가지이다. 예컨대 다만 정보를 순수하게 제공하는가, 정보를 가공하여 제공하는가에 따라 전통적 의미의 방송통신서비스와 구분되는 부가서비스의 규율근거를 신설하는 형태(미국, 영국), 개인간 사적 '통신'과 공중을 대상으로 하는 '시청각 통신'의 구분을 전제로 방송통신융합서비스의 경우 순수한 사적 통신을 제외하고는 포괄적으로 시청각통신으로 규율하는 형태(프랑스), 방송통신융합서비스의 성격상 사회일반을 대상으로 정보편성권을 갖는 서비스(미디어서비스)는 방송영역으로, 개별주문을 통하여 편성되어 있는 정보를 전송하는 서비스(텔레서비스)는 통신영역으로 구분하고 있는 형태(독일), 전통적 의미의 통신과 방송의 개념징표를 전제하면서 '공연성을 가진 통신'과 '한정성을 가진 방송'이라는 새로운 개념의 도입을 통하여 방송통신융합서비스의 차별적인 규제를 도모하고 있는 형태(일본) 등이 그것이다.

매체는 단순히 신문이나 방송이라기 보다는 인간이 지닌 의사소통 욕구의 사회적 구현이라는 전제에서, 신문과 방송은 매체의 형상이고 커뮤니케이션 욕구는 매체의 본질이다. 그런 전제에서 자연히 매체와 인간은 본질적인 관계

속에 놓이게 된다. 이것이 매체와 시청자 또는 수용자의 첫 번째 관계라고 보는 입장에 따를 때,<sup>144)</sup> 방송과 시청자간의 관계에 대한 법의 규율은 인간의 의사소통 욕구의 보장을 목표로 하게 된다.

헌법의 과제는 국가형성의 근본규범으로 국가공동체를 실현·유지하는 것이다. 국가는 개인의 자유가 내외의 적으로부터 위협받지 않도록 적극적으로 보호하여야 하며, 소극적으로 개인의 자유의 공간에 개입하지 않고 자유로운 결정권을 존중하여야 한다는 것이 법치국가의 이념이다. 인간의 의사소통 욕구의 보장이 헌법상에서 어떻게 이루어지고 있는가의 정도와 여부에 대한 논의는 다른 경우와 마찬가지로 개별 기본권을 중심으로 이루어져야 할 것이다.

그러나 우리 헌법 제21조의 표현의 자유는 의사 표현의 자유, 의사 전달의 자유, 정보의 자유, 출판의 자유, 방송의 자유 및 영화의 자유를 직접 규정하고, 그 개별적 기본권들이 서로 독립하여 독자적인 영역과 특성을 가지는 하나의 별개의 기본권으로 인식하고 있는 독일 기본법 제5조와는 여 독‘모든 국민은 언론 출판의 자유를 … 가진다’라고만 규정함으로써 문리해석상 상당한<sup>145)</sup> 문제점을 내포하고 있다.

따라서 시청자 또는 수용자의 권리가 헌법상의 권리로 볼 수 있는가는 논쟁 사항으로 남을 것으로 보이기에, 시청자의 법적 개념 및 지위를 추정하고자 하는 것은 헌법 및 일반 법령상에 나타난 방송과 시청자의 관계에 대한 법률상 규정에 대한 분석에 의할 수밖에 없다.

현 방송법 2조에서는 시청자를 ‘개별계약에 의한 수신자를 포함’하는 공중이라고 규정하고 있다. 이 규정의 특징은 방송의 일방적 수신으로서의 수용자를 전제로 한 것만이 아니라, 방송서비스를 받기 위한 계약 행위도 시청자 개념의 구성요소로서 포함하고 있다는 점이다. 즉 일방적 수신 이외의 요소를 시청자 개념의 구성요소로 간주하고 있다.

그러나 **방송법에서 규정하고 있는 시청자는 수동적 이용자로서의 수용자에 한정된다고** 볼 수도 있다. 왜냐하면, 시청자 개념은 공중을 포함하여 명시되어 있지만 그 공중이란 개념에는 별도의 설명이 없어서 그 공중의 개념이 수동적 이용자로서의 수용자에 가깝기 때문이다. 여기서 공중의 개념은 현행

144) 서정우, "매체 환경변화와 언론 수용자 운동의 과제", 연세대학교 사회과학논총 1994년, 47면

145) 권영호, "표현의 자유의 개념과 법적 성격에 관한 연구", 공법연구 제31집 제1호, 335면

방송법의 규정들에서 유추된다. 즉, 방송법이 지상파, 케이블, 위성 방송의 사업자들의 법적 지위나 의무에 차이를 두고 그에 따라 서비스를 받는 시청자들의 권익을 규정하고 있다고 전제된다면 방송법상의 공중의 개념이 유추될 수 있다.

그렇다면, 현행 방송법이 규정하는 공영방송 및 지상파 민영방송, 케이블과 위성 등에 부과하는 의무, 시청자권익 보호 조항 등에 근거하여 볼 때 현행 방송법에서 ‘공중’으로서 시청자는 1) 개별 시청자의 집합체, 2) 대중 수용자(mass audience), 3) 공중 혹은 사회집단으로서의 수용자, 그리고 4) 시장으로서의 수용자로 설명한 맥퀘일(McQuail, 1987, pp. 218~222)의 개념으로 해석하는 것이 가능하다.<sup>146)</sup> 그와 같이 시청자의 개념을 구성함에 있어서 수용자로서의 공중의 의미를 포함하는 해석은 방송으로 간주되는 콘텐츠들이 위성방송, 종합유선방송 또는 IPTV 등의 어느 매체에서나 유사하다는 점에 근거해서 타당성을 찾을 수 있다.<sup>147)</sup>

여기서 유사한 방송 내용을 수용하는 자들이기에 그들을 공중이라는 개념 내지는 시청자 개념으로 동치시키는 것은 방송자유의 객관적 질서성의 불가결한 요소이기도 하다. 방송자유의 객관적 질서규범에 의해서 여론 형성의 다양성이 보장되어야 한다는 것은 시청자의 권리이자 보호받을 법익인 것이다. 예컨대 그러한 가치질서의 하나가 방송의 편성에 대한 규제인 것이고, 그 방송을 시청하는 자들, 즉 규제의 수혜자들이 시청자며, 법에서 시청자의 권리가 규정된다. 이때 그들이 어떠한 관계를 방송서비스의 제공자와 관련되던가에 상관없이 그들은 방송의 사회문화적 영향력 관계에 놓이게 된다고 보고 그들을 시청자로 규정하게 되는 것이다.

---

146) 백미숙, “방송통신융합환경에서의 시청자 권익보호방안”, 대토론회, 2008년11월13일

147) 백미숙, 전계 논문, “캐리어가 다르다고 하더라도 불특정 다수 대중(mass audience)에게 제공되는 콘텐츠가 기존 방송 프로그램과 유사한 범주의 경우 사회문화적 영향력이라는 측면에서 시청자 개념은 별로 달라지지 않는다. 대부분의 방통 융합 미디어들이 서비스하는 주요 채널 편성 종목은 기존의 방송 서비스와 크게 다르지 않다. 연예오락, 보도, 교양으로 삼분되던 프로그램이 드라마, 버라이어티, 뮤직비디오 및 음악, 영화, 뉴스, 스포츠, 그리고 만화영화 및 영화 등으로 세분화되는 가운데, 신규 매체들이 가장 시장성이 있는 서비스로 제공하는 것들은 기존에 많은 시청자가 선호하는 인기 방송 프로그램들에서 벗어나지 않기 때문이다. 시청자의 입장에서는 동일한 프로그램을 IPTV 라는 초고속 통신 캐리어, 혹은 지상파, 케이블, 위성 방송으로 본다고 해서, 혹은 다른 셋탑박스나 다른 채널을 통해서 본다면 화면의 내용이 달라지지는 않는다. 인터넷을 통해 시청하는 프로그램이 여전히 방송의 테두리 내에 있는 것처럼 말이다. 더구나 유료방송 서비스가 편제되어 있는 환경에서 대중 수용자로서 시청자는 그 사회문화적 영향력과 함께 방송과 변하지 않는 관계를 설정하고 있다.“

요컨대, 시청자들이 방송의 사회문화적 영향력 관계에 놓이게 된 측면에 기초하여 시청자의 개념을 정의한다면 방송의 매체가 무엇인가에 상관없이 그 방송의 내용에 의해서 포획된다는 의미에서 시청자를 수동적 수용자라는 개념으로 포섭하는 것이 허용된다. 다만 수동적이지만 시청자가 갖는 권리를 시청권이라고 분리하여 설명하려는 일부 시청자주권론의 권리 개념에서 살펴보면, 시청권을 가진 시청자의 권리는 강학상 분류에서의 비판적 수용자로서에 해당하는 것으로 보는 것이 타당하다.

#### (4) 시청자의 권익

우리나라를 비롯한 서구 사회가 겪은 것은 방송분야에서의 시민 운동이었고, 이것은 비판적 수용자의 실재를 알려주는 것이기도 하였다. 비판적 수용자는 방송을 포함한 미디어가 사회적 책임과 공론장 역할을 수행할 것을 적극 요구하는 시청자를 가리킨다.

이러한 비판적 수용자가 갖는 권리는 방송사의 공적 의무가 우리 법에서 수용되고 있는 방식과 연관하여 설명된다. 앞서 지적된 바와 같이 우리 헌법은 언론과 출판의 자유를 규정하고 있으며 제21조의 제1항은 표현의 자유에 대한 대원칙을 선언하고 제2항은 언론과 출판의 개념속에 방송이 포함된다는 것을 규정하고 있다고 보는 설도 있다. 이 조항들은 표현의 자유를 규정하면서 민주주의에서 여론형성의 전제가 되는 것은 국민들 각자의 의견이라는 점을 인정하는 것이라고 보는 이들도 있다. 그렇다면 국민들의 여론을 전달하는 임무를 가진 것이 방송인 것이고, 방송은 표현의 자유를 향유할 권리를 갖고 있지만, 반면에는 “국민대중 상호간을 잇는 매개체 역할을 하여야 한다”는 논리가 성립한다고 보고, 따라서 대중매체의 표현의 자유도 모든 국민대중의 언론자유와 합치될 때에 한하여 인정된다고 보는 학자들도 있다.

디지털기술의 발전으로 인해서 방송은 다매체 다채널 특성을 보여주고 있지만 국민의 여론의 형성과 발현을 위한 권리는 바뀌지 않는다고 보는 시각이다. 예컨대, 다매체 다채널 환경하에서 방송은 시청자가 없이는 존립할 수 없다. 왜냐하면, 방송은 시청자의 의견 수렴을 통한 민주적 여론 형성에 이바지할 것을 목표로 하는 것이고 그러한 공적인 의무가 더욱 강조되고 있기 때문이다. 그렇기 때문에 시청자가 있어야 방송이 있다는 논리가 성립한다. 이 논

리를 좀더 확장하여 방송의 세계에서는 시청자가 진정한 표현자유의 주체라고 보는 주장도 있다.<sup>148)</sup>

이러한 주장에서 표현의 자유의 주체가 방송사인가 아니면 시청자인가의 질문과 같이 시청자의 권리의 범위가 어느 정도 확장된 것인가에 대해서 확정지를 필요는 없을 것이다. 중요한 것은 시청자의 법적 지위가 수동적인 수용자에 그치는 것이 아니라 방송에 대해서 자신의 의견을 표현할 권리를 갖고 있다는 점이다. 그러한 권리의 근거를 헌법상의 조문에서 찾는 학자도 있다. 권영성교수는 액세스권은 일반 국민이 자신의 사상이나 의견을 발표하기 위하여 언론매체에 자유로이 접근하여 그것을 이용할 수 있는 권리를 말하는 것으로 알권리와 마찬가지로 헌법 제21조 제1항을 비롯하여 제10조, 제34조 제1항 등을 근거로 하여 헌법상 보장된다고 설명한다.<sup>149)</sup> 허영 교수 등은 액세스권은 여론 형성에 중대한 영향을 미치는 언론매체에 대한 민주시민의 당연한 권리이며, 액세스권의 행사를 통해서 언론기관의 공적 기능과 진실보도의 책임을 추궁함으로써 결국 언론기관에 대한 국민의 통제기능을 갖게 되는 것이므로 헌법 제21조 제1항, 제10조의 인간의 존엄과 가치에 기초한 인격권의 보호, 헌법 제34조 제1항의 인간다운 생활을 할 권리의 보장이라고 설명한다.

반면에, 그러한 액세스권이란 국가에 대한 권리가 아닌 언론기관에 대한 권리라는 점에서 이 권리의 헌법적 근거에 대해서는 다양한 견해들이 있다. 첫째, 모든 국민에게 민주적 여론형성과정에 참여할 수 있는 기회를 부여한다는 점에서 헌법적 의미를 갖기도 하지만, 결국에는 언론기관과 국민과의 관계에 관한 것이므로, 액세스권은 헌법상의 언론 출판의 자유의 객관적 가치질서로서의 성격에 그친다고 보는 시각이다.

한편으로는 언론 출판의 자유를 자유와 허용규범, 방어권과 금지규범, 보호권과 명령규범, 절차권과 명령규범으로 구분하면서 액세스권은 우선적으로 언론의 보도로 피해를 입은 국민을 보호하는 절차와 관련되기도 하지만, 언론기관의 입장에서는 언론보도로 인한 분쟁을 합리적으로 해결하는 절차를 규정하

---

148) 김종서 "시청자의 법적지위와 권리" 국민주권원리에 따르면 방송과 시청자와의 관계는 양자가 동반자일 때 즉 방송이 시청자의 의사를 대변하는 '매체'일 때에는 모두가 국가권력과 대비되는 개념에서 그 권력의 원천으로 대등한 지위에 서지만, 방송이 시청자위에 군림하는 '권력'으로 전화될 때 이제 시청자는 그 권력=정보권력의 원천이 된다. 그렇다면 시청자의 법적 지위와 권리를 확인하고 인정하는 것은 국민주권의 회복이라고 말할 수 있다.

149) 권영성, "헌법학원론", 2006년, 법문사, 490면 참조

여 언론의 자유를 보장하는 절차에 관련된 것으로 보는, 즉 액세스권을 절차권의 범주에서 보려는 시각도 있다.<sup>150)</sup>

종합하여 볼 때, 시청자의 액세스권이 헌법상의 법률개념으로서의 지위를 갖추고 있는가에 대해서는 논란이 지속되고 있다는 점에서, 시청자의 액세스권을 헌법상의 권리로서 인정하는 것은 부적절하다. 따라서 시청자는 방송에 대해서 액세스할 권리를 방송법과 같은 법률상의 규정에 의하지 않고는 청구할 수 없다. 시청자의 방송에의 액세스 방식은 방송법 등과 같은 법률에 의해서 규정되는 것이 유일한 방법이다. 액세스의 실현에 따른 제반 사항도 마찬가지이다.

방송법은 제1조 목적 규정에서 시청자의 권익 개념을 도입하고 제3조에서는 시청자가 방송프로그램의 기획·편성 또는 제작에 관한 의사결정에 참여할 수 있도록 하여야 하고, 방송의 결과가 시청자의 이익에 합치하도록 하여야 할 의무를 방송사에게 부과함을 규정하면서 이를 시청자의 권익보호인 것으로 선언하고 있다. 해석론상 의사결정에 참여하는 것이 수단이고, 그 목적이 시청자의 이익에 합치하는 방송의 결과라고 파악될 수도 있고, 다른 한편으로는 의사결정에의 참여와 시청자의 이익에 합치하는 방송의 결과는 서로 독립적인 것으로 파악될 수도 있다. 어떤 해석이 타당한 것이건, 또는 입법의 취지와 부합하는 것인가에 상관없이, 방송법 제4조에서의 시청자 권익의 개념은 앞에서 살펴 본 비판적 수용자의 개념에 더 가까운 것이다.

그리고 비판적 수용자로서의 시청자의 이익은 바로 시청자의 권익에 해당한다. 그 논거는 다음과 같다. 먼저 방송법상의 시청자의 권익과 이익 개념의 차이가 현행 방송법에서 해석론상 도출된다.

방송법은 방송사의 최다액출자자 등 변경승인에 관한 제15조의 2에서 시청자 권익을 심사시 고려사항으로 규정하고 있고, 제33조에서 방송의 심의규정에 포함되어야 할 사항으로 시청자 권익을 규정하며, 제76조의 4에서 국민관심행사 등에 대한 방송사의 의무의 근거로서 시청자 권익보호를 언급하고 있다. 또한, 방송법 제6장 시청자의 권익보호에서 규정하고 있는 다양한 시청자 참여제도 및 시청자위원회제도 등에서 시청자권익이 법률상 개념으로 자리잡고 있다.,

---

150) 조소영, “반론보도청구권의 헌법적 의미와 그에 대한 헌법적 평가”, 공법학연구, 제7권 제4호

반면에 제77조에서 유료방송의 약관의 부당성 사유의 하나로서 시청자의 이익 저해를 규정하고, 제99조에서 정당한 사유없이 방송을 중단하는 것을 시청자의 이익 저해 발생 요건으로 보고 있다.

이들을 종합하여 보면 방송법에서 규정하고 있는 시청자 권익 개념은 방송 자유의 제한을 통해서 자신들의 표현의 자유를 보장받는 시청자들의 이익으로서, 즉 비판적 수용자로서의 시청자의 이익으로 규정된다. 여기에 수동적 수용자로서의 이익은 당연히 포함된다고 할 것이다. 왜냐하면 비판적 수용자로서의 이익의 범위가 수동적 수용자의 그것보다 더 넓은 것이기 때문이다. 반면에 시청자의 이익 개념에 대해서는 또 다른 차원의 논의가 필요하다.

### (5) 시청자의 이익

비판적 수용자로서의 시청자의 액세스권과 방송사의 편성권을 정부가 법률을 통해서 조정하여 시청자의 액세스권이 인정되는 반면에, 시청자와 방송서비스 제공자간의 관계가 묵시적 또는 명시적 계약 관계에 의한 경우가 능동적 수용자로서의 시청자의 경우이다. 방송서비스를 제공받기 위해서 계약을 체결하는 시청자의 경우와 자신이 제작한 콘텐츠를 방송사에 제공하거나, 방송 프로그램이 제공하는 양방향 콘텐츠를 이용하는 시청자들이 이 경우에 해당한다. 이러한 경우들에서는 시청자와 방송사간의 계약 관계가 존재하는 것이며, 정부의 역할이 그러한 계약을 사적자치의 영역으로 남겨두는가의 여부 및 정도에 따른 차이가 있다.

먼저, 방송서비스를 제공받기 위한 공급 계약을 체결하는 경우는 종합유선 방송, 위성방송 및 IPTV 등이다. 이들은 현재의 지상파 방송서비스와는 공급 형태가 다르다. 예컨대, 현재의 지상파 민영방송서비스는 무선국으로서의 방송국 허가를 받아 전파법 및 방송법의 규제하에서 사업을 개시하고, 누가 시청하는가에 대해서 인식하지 않고, 즉 불특정다수에 대해서 방송신호를 실은 전파를 송신하고 있다. 따라서, 방송서비스의 제공자와 그 시청자간의 법률관계에 관해서는 양자 사이에 민법상의 계약이 체결되었다고 볼 수 없음은 자명하다. 결국 시청자는 민영방송이 방송국허가인으로서의 권한에 기하여 행하는 방송을 사실상 시청하고 있는데 지나지 않는다는 것이 된다. 따라서 시청자는 계약법상 일반방송사업자에 대하여 당연히 어떠한 청구권도 가질 수 없다고

한다.

한편 무료 지상파방송의 경우는 시청자와의 법적 관계가 제정법으로 직접 규율되고 있어 다소 문제가 달라진다고 보여진다. 수신료는 공영방송 시청의 양에 관계없이 정액이며 공영방송의 업무에 관한 경비는 원칙적으로 수신료 이외에는 없는 점 등에 비추어보면, 실질적으로 수신료는 단순한 대가지불의 의미가 아니라 공영방송의 유지경영을 위하여 충족되는 비용 분담적 성격을 갖는 것이라고 할 것이므로 이로부터 시청자의 지위가 도출될 수 있는지가 문제된다고 한다. 그러나 이로부터 바로 일정한 법개념이 해석론적으로 도출될 수 있는 것은 아니며, 단지 방송사업의 특수성에 비추어 공영방송에게 시청자의 의향을 적극적으로 수렴케 하거나 또는 어떤 방법에 의하든 그 참가를 인정할 의무가 있음을 전면적으로 부정해서는 안된다는 것이다. 그리고 그러한 의무가 시청자 권익의 보호라는 점은 이미 살펴본 바와 같다.

그러나, 종합유선방송서비스, 위성방송서비스 또는 IPTV 서비스를 제공받기 위해서 시청자는 서비스제공자와 계약을 하여야 한다. 이 계약은 근대 私法이 개인의 자기실현, 즉 私的自治의 주된 방식으로 설정한 契約의 형태로 이루어지며, 근본적으로 계약자유 이념의 엄정한 요구 안에 위치한다. 다만 소비자주권론에서 언급되고 있는 소비자의 권리의 보호 필요성과 방식에서와 같이, 시청자와 방송사간의 계약을 그대로 계약자유 영역에 둘 것인가에 대해서는 정책적인 판단에 의할 것이다. 즉, 시청자와 방송사가 쿠투즈가 말하는 가장 적은 거래비용을 들여서 자신들의 효용에 맞는 거래를 하는 것이 가장 효율적일 것이다. 그러나, 일반 소비자의 경우와 마찬가지로 시청자가 방송사에 비해서 정보와 협상의 상대력면에서 열등한 위치에 있다면, 계약자유 영역에 대한 개입이 필요하다. 방송서비스의 공급에 관한 요금, 공급 조건, 해지 조건 및 이용자의 개인정보보호 등에 관한 계약내용에 대해서 정부가 약관인가를 통해서 개입하는 것이 필요하다. 현행 방송법이 종합유선방송, 위성방송 등의 유료방송의 이용약관에 대해서 인가제로 규율하는 것이 그러한 이유에서라고 설명된다.





위의 그림은 시민과 시청자의 이익보호를 위한 Ofcom의 역할을 보여주고 있다.

- 사회공동체의 구성원으로서의 시민은 통신서비스를 향유하기 위해서는 시장에서의 계약을 통해 소비하게 되며, 그의 권리와 이익은 시장에서의 공정경쟁 기능이 담보됨으로써 증진될 수 있다. 방송서비스의 경우에서도 시청자의 권리와 이익은 시장에서의 경쟁기능이 제대로 작동됨으로써 증진될 수 있다.
- 반면에 사회공동체의 구성원이 그 사회에서 살아가기 위해서 필요한 서비스이지만 시장에서의 상거래를 통해서 확보할 수 없는 것들도 있고, 또한 그 사회 전체의 이익을 위해서는 사회공동체 구성원들의 참여가

- 필요한 서비스가 있다. 방송을 포함한 미디어서비스가 그 중의 하나이며 정부의 역할은 그 미디어에 시민들이 접근권을 갖도록 하는 것이다.
- 위 두가지의 서비스는 서로 구별되는 것으로서 하나는 계약을 통해서 구입하는 것, 다른 하나는 사회 전체의 이익을 위해서 참여할 의무와 권리를 갖고 있는 것이다. 시청자의 권익이 이에 해당한다
  - 시장경쟁을 통해서 전자의 이익은 증진될 것이지만, 후자의 이익은 훼손될 수 있다. 그래서 양자간에는 긴장관계가 있게 되고, 정부의 역할은 그러한 점을 고려하여 균형있는 정책을 수행하는 것이다.

영국이나 독일, 프랑스의 시청자불만처리절차를 살펴보면 시민, 시청자 그리고 통신서비스이용자의 권익을 구별하여 보호하고 있음을 알 수 있다. 즉 시민의 권익은 사회적 문화적 자연적 자원을 공유하는 하나의 조직체의 일원으로 가지는 이익으로, 포괄적이지만 구체적이지 않은 이익을 말한다. 이에 반하여 이용자의 권익은 이용자가 스스로 능동적으로 특정한 통신회사와 서비스계약을 체결하여 각각의 권리와 의무로 구성되는 법률관계를 형성하게 된 결과, 그 계약관계의 일방당사자가 가지는 권리나 권익을 보호받게 된다. 이러한 영역은 원칙적으로 사적자치의 영역이며, 분쟁이 발생하는 경우에는 민사상 분쟁해결절차를 통하여 분쟁을 해결한다. 그러나 현대사회에서 통신이 가지는 공공성은 과거 어느 때보다 커지고 있으며, 대형 통신사와 일반소비자사이에 계약체결시에 많은 문제가 되는 정형계약(take or leave contract)의 문제를 해결하여 통신서비스시장에서의 공정한 경쟁을 통한 소비자의 이익을 보장하기 위하여 국가가 소비자의 이익을 보호하는 특별한 수단을 강구하는 영역이다.

위에서 제시한대로 **시민·시청자·소비자의 권익은 서로 구별되기 때문에 그 이익이 침해된 경우에 이를 구체해 주는 절차도 별도로 규정하는 것이 필요하다.** 예컨대 방송사 운영의 영역에 속하는 것으로서 유료방송의 요금이나 약관에 관한 문제 등을 시청자 이익으로 규정하고, 그에 따른 사무처리기준을 갖추는 것이 필요하다. 다만 이 경우에 독점규제및공정거래에 관한 법률에 따른 공정경쟁위원회와의 업무 중복이 발생할 가능성은 있다.

미국의 경우, 케이블 SO의 서비스 요금이 비합리적이라고 판단한 FCC가 부과

한 시정명령을 의도적으로 위반한 SO는 법 503(b)에 따라 forfeiture가 부과된다.<sup>151)</sup>

---

151) TITLE 47--Sec. 76.963 Forfeiture.

(a) If any cable operator willfully fails to comply with the terms of any Commission order, including an order mandating remedial requirements after a finding of unreasonable cable programming service or equipment rates, or any Commission rule, the Commission may, in addition to other remedies, impose a forfeiture pursuant to Section 503(b) of the Communications Act of 1934, as amended, 47 U.S.C. 503(b).

(b) A cable operator shall not be subject to forfeiture because its rate for cable programming service or equipment is determined to be unreasonable.

## VI. 제재적 행정처분 쟁점 및 개선

방송자유가 주관적 성격 및 객관적 가치질서로서의 성격을 갖는다는 것은 그 권리의 내용과 그를 제한하는 규범 내용의 기초를 이루는 가치관이 변할 수 있다는 것을 전제하고 있다는 것이다. 그런 점에서 규범의 구성요건이 수립되고 방송자유를 둘러싼 사실관계가 구성요건을 충족하면 금전형 행정제재가 시행되는 제재방식에는 한계가 있을 수 밖에 없다. 그러한 측면에서 주의·경고 및 권고, 사과방송 등의 공표를 통한 제재, 및 허가취소 등의 제재가 보다 적절한 수단일 수 있다. 이에 본 장에서는 방송자유 보장 및 방송사의 의무이행 확보를 위한 제재적 행정처분에 대해서 살펴 보고자 한다.

### 1. 주의·경고 및 권고

#### 1) 법적 성질 및 의의

##### (1) 의의

“주의”라 함은 국어사전적으로 “마음에 새겨 두고 조심함”, “나쁜 결과가 나오지 아니하도록 조심하는 것”등의 의미로 사용된다. “경고”라 함은 주의와 비슷한 말이지만 “주의하지 아니하면 불이익을 당할 수 있음을 알려주는 것”이라는 의미에서 주의 보다 강한 의미로 사용된다. “권고”는 “어떤 일을 하도록 권함”을 말하며, 이는 긍정적인 일을 하도록 권한다는 점에서 부정적인 일을 하지 아니하도록 권유하는 주의 또는 경고보다 긍정적인 이미지를 가지고 있는 것으로 해석된다<sup>152)</sup>.

종래 방송법도 위와 같은 국어사전적인 의미에 따라 주의와 경고를 소극적·제재적인 의미로 권고를 적극적인 권유의 의미로 규정하여 사용하여 왔다. 즉 방송심의규정 제60조 제3항은 “위원회는 위반의 정도가 경미하여 방송법 제100조에 의한 제제조치를 명할 정도에 이르지 않은 경우에는 해당 사업자 또는 해당 방송프로그램의 책임자나 관계자에 대하여 경고 또는 주의조치

152) 이와 같은 단어의 뜻은 한글2007에 포함된 한컴 국어사전을 주로 참조한 것임

를 취할 수 있다”고 규정한다. 제65조는 “위원회는 사업자가 이 규정을 준수하도록 하기 위하여 필요한 경우 일반권고를 할 수 있다”고 규정한다.

## (2) 주의·경고 및 권고의 법적 성질

주체의 측면에서 보면 주의·경고 및 권고는 행정기관의 작용이다. 이를 행하는 주체는 방송통신위원회이며, 방송통신위원회는 방송법에 근거하여 설립된 합의제 행정기관이기 때문이다.

다음으로 작용대상의 측면에서 보면 주의·경고 및 권고는 행정기관이 국민을 대상으로 하는 행정법상의 행정작용이다. 이는 행정기관인 방송통신위원회가 방송사업자를 대상으로 행하는 행정작용의 하나이므로 행정법상의 행정작용으로서의 법적 성질을 갖는 것으로 분류되기 때문이다.

마지막으로 그 강제성의 측면에서 보면 주의·경고 및 권고는 비권력적, 사실적 작용이다. 이는 방송사업자에게 직접적인 명령 또는 강제작용이 아니며, 방송사업자의 법적 지위에 아무런 변화를 가져오지 아니한다는 점에서 행정행위에 해당하지 아니한다.

위와 같은 점에 비추어 볼 때, 방송법이 정하는 주의·경고·권고의 법적 성격은 행정절차법 제2조 제3호가 규정하는 행정지도<sup>153)</sup>에 해당한다. 행정지도를 행정법 이론적으로 분류 하면 비권력적 사실행위에 해당한다. 행정지도는 상대방의 임의적 협력을 전제로 하므로 원칙적으로 비권력적이다. 실질적인 강제 또는 제재를 수반하지 아니하므로 사실행위에 해당 된다.

주의·경고 및 권고가 비권력적 사실행위인 행정지도로 분류되는 이유를 방송법의 내용과 직접 연관지어 자세히 분석하면 다음과 같다.

첫째, 방송법 제100조가 규정하는 제재조치를 명할 정도에 이르지 않은 경우에는 해당 사업자 또는 해당 방송프로그램의 책임자나 관계자에 대하여 경고 또는 주의조치를 취할 수 있음을 규정한다. 그러나 다른 법정제재의 경우와는 달리 주의·경고의 대상에게 아무런 의무를 명하지 아니한다. 따라서 주의·경고로 인하여 아무런 권리·의무의 변동이 일어나지 아니한다. 그렇다고 주

---

153) 이 규정을 인용하면 다음과 같다. “‘행정지도’라 함은 행정기관이 그 소관사무의 범위 안에서 일정한 행정목적 실현하기 위하여 특정인에게 일정한 행위를 하거나 하지 아니하도록 지도·권고·조언 등을 하는 행정작용을 말한다”.

의·경고 및 권고가 아무런 영향력을 행사하지 못하는 것은 아니다. 방송법 제108조 제1항의 26의 2 “제100조 제2항<sup>154)</sup>의 규정을 위반한 방송출연자에 대한 경고, 출연제한 등의 조치를 취하지 아니한 자”는 3천만원 이하의 과태료에 처할 수 있다.

둘째, 방송법 제100조 제1항에 따르면 방송통신위원회는 심의규정 등의 위반 정도가 경미하여 제재조치를 명할 정도에 이르지 아니한 경우에는 해당 사업자·해당 방송프로그램 또는 해당 방송광고의 책임자나 관계자에 대하여 권고를 하거나 의견을 제시할 수 있다. 이 경우 권고는 주의 또는 경고와 마찬가지로 대상자에게 아무런 의무를 명하지 아니하며, 대상자의 권리·의무에 직접적인 변화를 가져오지 아니한다. 이는 방송통신위원회가 방송의 제공자에 대하여 방송심의규정위반행위와 협찬고지 규칙 위반행위를 하지 말 것을 권고하는 사실행위이므로 행정지도에 해당한다.

셋째, 방송법 제76조의4와 제76조의5는 국민의 시청권을 보장하기 위하여 중계방송권에 대하여 필요한 경우 일반권고를 할 수 있음을 규정한다. 이 경우의 일반권고는 위의 권고와 마찬가지로 방송사업자에 대하여 심의규정 준수에 관한 적극적인 조치를 할 것을 권고하는 사실행위이므로 행정지도에 해당한다.

### (3) 주의·경고·권고의 법현실적·법사회학적 의의

행정청이 주의·경고와 권고 등 직접적으로 국민에게 명령하지 아니하고 참여와 협력을 구하는 방법으로 행정목적 달성과자 도모하는 현상은 우리나라나 일본에만 국한된 것은 아니다. 독일 헌법 및 행정법분야의 학설과 판례를 주목할 경우, 20세기 중엽까지의 공법학의 이론은 국가권력과 국민의 자유와 권리의 분야를 명백히 구분함을 그 중심 원칙의 하나로 하고 있었다. 종래의 이론에 비추어 볼 때에는 국가와 국민의 책임의 한계에 대한 명백한 구분이 비교적 가능하였다. 국가에게는 예로부터 지금까지 필요하고 또 불가피하다면, 국민의 자유와 권리를 침해할 권한이 부여되어 있다. 다만 국가가 이 권한을 행사할 경우 그 한계로서 오직 법률의 근거위에서만, 직접적이고 명백한 침해를 가하도록 요구되어 왔다<sup>155)</sup>. 종래의 국가들은 권력을 사용한 침해행정

154) “제1항의 규정에 의한 제재조치가 해당방송프로그램의 출연자로 인하여 이루어진 경우 해당방송사업자는 방송출연자에 대하여 경고, 출연제한 등의 적절한 조치를 취하여야 한다”

을 그 행정작용의 중심에 놓고 있었다. 그러나 이러한 현상은 근본적으로 변화되었다. 미국, 독일 및 프랑스를 비롯한 대부분의 현대 민주국가는 그 주안점을 명령 및 강제에 두기보다는 협력과 참여와 수인에 두게 되었기 때문이다<sup>156)</sup>. 국가권력은 명백히 인식할 수 있는 법적, 독점적 권력으로서 국민에 대하여 나타나기보다는 경제적인 힘으로서, 또는 객관성을 강조함으로써 국민의 신뢰를 받는 공적권위로서 행사되어지는 경향을 드러내고 있다. 권력을 사용하여 명령하고 강제했던 국가의 행정작용은 국민의 의사 및 동기를 결정하는데 영향을 주는 조치들로 속속 바뀌어 지고 있다. 직접적인 명령과 강제가 행해졌던 자리를 약속, 권고, 경고, 유인, 호소, 경제적 특혜, 심리적 강제들이 차지하는 일이 빈번해지고 있다. 이와 발맞추어 개인으로서의 국민과 법인으로서의 기업들의 행동은, 최소한 겉으로 보기에는, 국가에 의하여 직접 강제된 것이 아니라, 스스로의 결정에 의한 것으로 나타나게 되었다. 이와 같은 현상은 긍정적인 측면만 있는 것은 아니다. 특히 사법부의 입장에서 볼 때 ① 국민의 자유의사에 의한 자발적 행동과 국가의 강제조치에 의한 비자발적 행동이 서로 뒤섞여서 분간하기 어렵게 되었다는 점, ②이에 따라 행정기관과 국민 책임영역이 서로 전가되어 명확한 판단을 어렵게 한다는 점 등의 문제가 터져 나오고 있기 때문이다.

## 2) 주의·경고·권고에 관한 법제분석

### (1) 법률적 근거의 필요성

주의·경고 및 권고를 법제화한 사례를 분석함에 앞서서 이 제도에 대한 법률적 근거가 필수불가결한 것인가에 대한 검토가 필요하다. 위에서 언급한 바와 같이 주의·경고 및 권고의 법적성질은 행정지도로서 비권력적인 사실행위에 해당한다. 다시 말해서 국민에게 직접적인 권리의 침해를 가하지 아니하며, 권리·의무의 변동을 가져오지 아니하는 행정작용인데 여기까지도 법률적 근거가 필요한가에 대하여 논란의 소지가 있기 때문이다.

155) 참조 W. Brohm, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL 1972, S. 246 ff

156) H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2002, S. 411 ff.; Wade/Forsyth, Administrative Law, 2000, pp. 161; Rosenbloom, Handbook of Regulation and Administrative Law, 1994, pp. 73

법률적 근거의 필요성은 행정법의 기본원리인 법치국가원리의 한 내용인 “법률유보” 이론으로 논의되고 있다<sup>157)</sup>. 법률유보의 이론 중 행정지도의 법률적 근거의 필요성과 관련하여 중요한 것은 전면적 전부유보설과 중요사항유보설이다.

첫째, 전면적 전부유보설은 모든 행정작용에 대하여 법률의 근거를 요구한다. 이 학설을 취할 경우에는 순수한 임의적 협력을 요구하는 비권력작용인 행정지도도 법률의 근거를 가져야 한다. 그러나 이 설은 소수설에 속한다. 그 이유로는 첫째, 모든 행정작용에 법률의 근거를 요구할 경우, 현대 행정국가가 변화하는 행정수요에 탄력적으로 대처하는 기능을 잃게 될 것이라는 현실적인 문제, 둘째, 입법기능의 한계상 장래의 모든 행정수요를 예측하여 미리 모든 법률을 준비하고 있을 수는 없다는 또 다른 현실적 문제점 등을 들 수 있다.

둘째, 중요사항유보설은 모든 행정작용에 법률의 근거를 요구하는 것은 불가능하며 불합리하므로 행정조직 및 국민에 대하여 본질적인 중요한 사항에 대하여 법률의 근거를 요구한다. 이 학설이 행정법학의 다수설이다. 이에 따를 경우 순수하게 상대방의 임의적 협력을 요청하는 행정지도를 포함한 모든 행정지도에 대하여 법률의 근거를 요구할 필요는 없고, 오직 행정권과 국민에 대하여 본질적인 중요한 영향을 미치는 행정지도에 대하여 법률의 근거를 요구하게 된다.

## (2) 법률적 근거와 관련한 행정지도의 유형

주의·경고 및 권고와 같은 행정지도를 그 법률적 근거와 관련하여 전혀 법령에 근거하지 아니한 행정지도, 법령의 간접적인 근거에 의한 행정지도, 법령의 직접적인 근거에 의한 행정지도 등 세 가지 유형으로 구분하는 것이 일반적이다.<sup>158)</sup>

첫째 범주의 행정지도는 전혀 법령에 근거하지 아니한 경우이다. 이에 는 행

157) 법률유보이론은 “중요한 행정권의 발동에는 법률의 근거가 있어야 하며, 법률의 근거가 없는 경우에는 행정개입의 필요성은 있더라도 행정권이 발동될 수 없음”을 그 원칙으로 한다. 법률유보의 범위에 관하여 ①전면적 전부유보설, ②급부행정유보설(사회유보설), ③권력행정유보설, ④중요사항유보설 등 학설의 대립이 있다. 법률유보이론에 관하여는 김도창, 일반행정법론(상), 122쪽 이하; 김남진, 행정법 I, 36 쪽 이하; 박윤훈, 최신행정법강의(상), 47쪽 이하; 김동희, 행정법 I, 29쪽 이하; 박균성, 행정법 I, 22쪽 이하 등 참조

158) 행정지도의 유형별 구분에 대하여는 오준근, 행정절차법, 456쪽 참조



정기관이 그 권한의 범위 안에서 상대방의 임의적 협력을 요청하는 비권력작용으로서 직접적 및 간접적으로 아무런 강제력을 수반하지 아니하는 행정지도가 해당한다<sup>159)</sup>.

둘째 범주의 행정지도는 강제적 행정처분에 관한 법률 규정 집행의 전단계로서 법규명령 또는 행정규칙을 근거로 하여 행정지도를 행하는 경우이다. 법률에 처분에 관한 근거규정은 있지만 행정지도에 관한 근거규정은 없는 경우, 행정기관은 그 처분에 신중을 기하기 위하여 경미한 규정위반이 있거나, 규정위반으로 단정 짓기는 애매하지만 위반의 심증이 짙은 경우 법규명령 또는 행정규칙에 근거하여 행정지도를 행한다. 종래의 방송심의규정에 의한 주의·경고 및 시정권고 등은 이 범주의 행정지도에 해당한다.

셋째 범주의 행정지도는 법률에 근거를 확보하고 있는 경우이다. 이 경우의 행정지도는 강제적 효과의 담보를 함께 규정하는 경우가 많다. “지도”, “주의”, “경고”, “권고” 등 다양한 용어로 사용되는 행정지도작용이 법령에 근거를 두고 행하여지는 경우를 인터넷 법제처 법령검색사이트 등을 통하여 검색할 경우 1,000건을 훨씬 넘어선다<sup>160)</sup>. 행정지도가 이와 같이 빈번히 사용되는 이유로는 현대 국가의 행정기능이 갈수록 확대되어 간다는 점, 확대된 행정기능을 급변하는 국제정세와 과학기술의 발전에 맞추어 탄력성 있고 신속하게 수행함이 필요하다는 점, 행정수요에 대응하기 위하여 행정기관이 국민에게 경직적인 명령·강제를 행하기보다는 임의적 협력을 요하는 행정지도를 선호한다는 점 등을 들 수 있다.

159) 법령에 근거가 없는 행정지도의 경우에도 아무런 법적 제약을 받지 아니하는 것은 아니다. 행정절차법은 법령에 근거하지 아니한 행정지도를 대상으로 몇 가지 행정지도의 기본원칙을 설정하고 있다. 첫째, 행정지도의 적법성의 원칙이다. 그 내용은 행정지도는 적법·정당하여야 하며, 국민에게 위법행위를 종용하여서는 아니된다는 것이다. 둘째, 행정지도에 있어서의 비례의 원칙이다. 그 내용은 행정지도는 그 목적달성에 필요한 최소한도에 그쳐야 한다는 것이다(행정절차법 제48조 제1항 전단). 셋째, 행정지도에 있어서의 강요금지의 원칙이다. 그 내용은 행정지도의 상대방의 의사에 반하여 부당하게 강요하여서는 아니된다는 것이다(행정절차법 제48조 제1항 후단). 넷째, 행정지도에 수반하는 불이익조치 금지의 원칙이다. 그 내용은 행정기관은 행정지도의 상대방이 행정지도에 따르지 아니하였다는 것을 이유로 불이익한 조치를 하여서는 아니된다는 것이다(행정절차법 제48조 제2항). 행정지도가 위와 같은 행정절차법이 규정한 법원칙을 위반할 경우 위법하다. 다만 법률에 특별한 근거를 두고 그 예외를 규정할 경우에는 특별법우선의 원칙에 따른다. 즉 행정절차법이 규정한 법원칙과 다른 내용의 행정지도를 운용하고자 할 경우 별도의 법적 근거를 요한다. 행정절차법에 근거한 행정지도의 법원칙에 관하여는 오준근, 행정절차법, 452쪽 이하 참조

160) 법제처 법령검색사이트를 통한 검색결과로는 지도 958건, 경고 182건, 주의 472건, 권고 382건 등 위의 네 가지 키워드만으로도 약 2000건에 달한다. <http://www.moleg.go.kr/> 법령검색사이트 참조

행정지도가 법령에 적극적으로 도입되는 이유는 행정지도가 임의적 협력을 전제로 하기는 하지만, 협력이 이루어지지 아니할 경우, 사실상 강제력이 발휘될 수 있도록 각종 법적 장치로 뒷받침되어야 할 필요가 제시되기 때문이다. 위에서 예를 든 바와 같이 강제력을 발휘할 수 있는 법적 장치로는 행정지도에 불복하는 자에 대한 후속조치로서의 이행명령과 같은 규제적 조치와 행정지도에 따르는 자에 대한 지원조치로서의 보조금의 지급, 조세지원 등과 같은 조성적 조치 등을 들 수 있다.

### (3) 주의·경고·권고에 관한 대표적 입법례

주의·경고 및 권고에 관한 대표적인 입법례로서 은행법등 금융감독과 관련한 법제를 들 수 있다.

금융감독기구로서 “금융감독기구의설치등에관한법률”에 의하여 금융감독위원회와 금융감독원이 설치되어 있다. 금융기관은 경영의 건전성을 유지하기 위하여 ①자본의 적정성, ②자산의 건전성, ③유동성 등의 사항에 관하여 대통령령이 정하는 바에 따라 금융감독위원회가 정하는 경영지도기준을 준수하여야 한다(은행법 제45조). 금융감독위원회는 금융기관이 은행법 또는 이 법에 의한 규정·명령 또는 지시를 위반하여 금융기관의 건전한 경영을 해칠 우려가 있다고 인정하는 경우에는 금융감독원장으로 하여금 당해 위반행위의 중지 및 경고 등 적절한 조치를 하게할 수 있다(은행법 제53조). 아울러 금융기관의 임원이 위반행위를 하였거나 금융기관의 건전한 운영을 크게 해치는 행위를 한 때에는 금융감독원장의 건의에 따라 당해 임원의 업무정지를 명하거나 주주총회에 대하여 그 임원의 해임을 권고할 수 있으며, 금융감독원장으로 하여금 경고등 적절한 조치를 하게할 수 있다(제54조).

위와 같은 은행법 및 금융산업의구조개선에관한법률에 규정된 금융감독위원회 및 금융감독원의 감독수단은 방송법에 의한 방송통신위원회의 감독수단과 기본적으로 그 궤도를 같이 한다. 그 이유는 다음과 같은 점을 들 수 있다. 첫째, 방송법 제33조에 따라 방송위원회가 방송심의규정을 제정·공표하고, 방송사업자는 이를 준수하도록 하는 점<sup>161)</sup> 금융감독위원회가 경영지도기준을 제

161) 방송심의규정의 법적 성격에 대하여는 논란이 있다. 필자는 다음과 같은 이유로 그 법규명령성을 인정한다. 첫째, 헌법상의 통치구조 특히 행정조직의 설정에 관한 규정들은 삼권분립의 원리와 견제와 균형에 의한 민주적 행정조직의 원리를 설정한 것이며, 모든 행정조직을 한정적으로 열거하고, 헌법상

정·고시하고, 이를 준수하도록 하는 것과 직접적인 비교가 가능하다. 둘째, 금융감독위원회 및 금융감독원의 감독수단으로는 기본적으로는 금융기관에 대하여는 시정명령 영업정지 등의 제재조치를 규정하고, 임·직원에 대하여는 면직·정직·감봉·견책 등 적절한 문책조치를 취할 것을 규정한다. 이에 반하여 방송법에 의한 방송통신위원회의 감독수단은 방송사업자에 대하여는 방송법 제99조에 의한 시정명령과 방송법 제100조에 의한 시청자에 대한 사과, 해당 프로그램의 정정·중지 등의 제재조치를 규정하고, 방송편성책임자 또는 해당 프로그램 관계자에 대하여는 징계를 규정한다. 그러나 방송법은 주의·경고 및 권고에 대한 아무런 법적 근거를 두고 있지 않다가 2007년 헌법재판소의 위헌 판결이후에 제100조 제1항 제4호에 주의와 경고를 규정하였다..

### 3) 주의·경고·권고에 관한 판례분석

주의·경고 및 권고에 대한 입법례는, 위에서 언급한 바와 같이, 법률에 엄격한 근거를 두고 있는 경우와 그러하지 아니한 경우로 나뉜다. 판례도 이와 같다. 주의·경고 및 권고의 처분성을 직접 긍정한 판례와 이를 부인한 판례로 구분할 수 있기 때문이다. 이하에서 이를 나누어 분석한다.

---

인정된 행정조직 이외의 다른 행정조직의 설치를 부정한 것이라고 볼 수 없다. 행정부는 대통령을 정점으로, 국무총리와 행정각부를 근간으로 설치되지만 행정기관 및 각종 지방자치단체와 상호간 및 상하간의 협조와 조정을 위하여 합의제 행정기관을 설치하는 것을 금지하는 것은 아니다. 미국의 경우 이와 같은 이론적 근거 아래에서 다수의 행정위원회가 설치·운영되고 있으며, 세계 각국의 다른 나라들도 그 예외는 아니다. 둘째, 헌법상 입법기관인 국회가 공정거래위원회, 금융감독위원회, 국가인권위원회, 방송위원회 등 합의제 행정기관의 설치 입법을 하고, 행정각부로부터 독립성을 인정할 경우 부령과 동일한 차원의 독자적인 법규명령제정권이 부여되어야 한다. 기획예산처와 같은 국무총리 직속의 독립한 행정기관과 행정각부는 그 소관사무의 범위안에서 대통령령에서 위임한 사항 및 대통령령의 집행에 위하여 필요한 사항에 대한 총리령 및 부령의 제정권을 가진다. 이 규정은 한정열거규정으로 해석되어서는 아니된다. 국회가 행정각부와 동일한 독립성을 가지는 합의제 행정기관의 설치를 입법화한 경우 행정각부와 동일한 차원의 법규명령제정권을 부여할 수 있다고 해석하여야만 이들 기관의 독립성이 인정될 수 있다. 만약 이 점이 부인된다면 합의제행정기관은 시행규칙을 관련부서인 재정경제부, 법무부, 문화관광부, 정보통신부등의 부령으로 제정하여야 한다. 이 경우 이들 행정부서의 통제아래 놓일 수밖에 없는데, 이는 독립한 합의제 행정기관을 설치한 법률의 취지에도 벗어난다. 방송위원회규칙의 법규명령성을 긍정할 경우 다른 위임입법과의 관계아래에서 입법형성권의 한계를 어떻게 정할 것인가가 문제된다. 필자는 이 문제는 헌법 제75조와 제95조의 해석을 통하여 해결할 수 있다고 생각한다. 즉 “법률 또는 대통령령에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항”과 “법률 또는 대통령령을 집행하기 위하여 필요한 사항”에 관하여 대통령령을 제정할 수 있으므로, 방송위원회 규칙의 경우에도 위와 같은 두 가지 요건을 원용하면 될 것이기 때문이다. 참조, 오준근, 전계논문(공법연구 제32집 제3호), 418쪽 이하 참조

### (1) 처분성을 긍정한 판례

행정지도의 처분성이 긍정된 사례로는 “대법원 1994.12.13. 93다49482”판결을 들 수 있다. 이는 1985년 정부의 국제그룹정리방안에 따라 재무부 이재국장등이 그룹이 소유하고 있던 신한투자금융주식회사의 주식을 주식회사 제일은행에게 매각하도록 권고한 행정지도가 강제성을 띤 처분에 해당하는가에 대한 판단이었다. 행정지도와 관련한 대법원의 판단요지를 분석하면 다음과 같다.

첫째, 행정지도라 함은 행정주체가 일정한 행정목적 실현하기 위하여 권고 등과 같은 비강제적인 수단을 사용하여 상대방의 자발적 협력 내지 동의를 얻어내어 행정상 바람직한 결과를 이끌어내는 행정활동이다.

둘째, 적법한 행정지도로 인정되기 위하여는 우선 그 목적이 적법한 것으로 인정될 수 있어야 할 것이다.

셋째, 주식매각을 권고하는 행정지도가 정당한 법률적 근거 없이 자의적으로 주주에게 제재를 가하는 것이라면 이 점에서 벌써 행정지도의 영역을 벗어난 것이다.

넷째, 행정지도의 영역을 벗어난 자의적인 공권력 행사까지 행정지도에 해당된다고 판단한다면 이는 행정지도라는 미명하에 법치주의의 원칙을 파괴하는 것이라고 하지 않을 수 없다.

다섯째, 당사자인 주주가 주식매각의 종용을 거부한다는 의사를 명백하게 표시하였음에도 불구하고, 행정청이 집요하게 위협적인 언동을 함으로써 그 매각을 강요하였다면 이는 위법한강박행위에 해당한다고 하지 않을 수 없다.

### (2) 처분성을 부정한 판례

행정지도의 처분성을 부정한 사례로 주목할 필요가 있는 판례로는 서울행정법원2004.10.12. 2004구합9821 경고 및 관계자경고 처분 취소건을 들 수 있다.

이 판결은 구 방송위원회가 주식회사 문화방송을 상대로 2004.3.9. 행한 경고 및 관계자경고에 대한 취소청구에 대하여 행정지도임을 이유로 그 처분성을 부인하고 청구를 각하한 것이다. 행정지도에 관한 법원의 판결내용을 분석하면 다음과 같다.

첫째, 법률에 구체적인 위임없이 그 내부규정으로 임의로 정한 행정조치라

하더라도 그 내부적 구속력에 의하여 상대방에게 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하거나 기타 법적인 효과를 발생하게 하는 등으로 상대방의 권리·의무에 직접적 영향을 미치는 행위라면 이 경우 취소소송의 대상이 되는 행정처분이 된다.

둘째, 방송심의규정에 의한 주의나 경고의 경우, 방송사업자로 하여금 어떠한 의무를 부과하는 규정이나 그 경고내용에 위배되었다하여 이를 강제할 수단이 마련되어있지 아니하므로 행정처분으로서의 법적 성격을 인정할 수 없다.

셋째, 방송법과 방송심의규정이 법정제재에 대하여 제심등 불복절차를 규정하나, 주의·경고·권고에 대한 아무런 불복절차를 마련하지 아니한 점은 이들 조치가 행정처분에 해당하지 아니함을 전제로 하고 있다고 판단된다.

서울행정법원은 위와 같은 이유를 들어서 구 방송위원회의 문화방송에 대한 경고조치는 문화방송에 대하여 어떠한 의무를 부담시키거나 기타 법적인 효과를 발생시킨다고 볼 수 없어 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하지 아니하므로 행정처분으로 볼 수 없는 이 사건 경고조치를 대상으로 그 취소를 구하는 이 사건 소는 부적법하다고 판결하고 있다<sup>162)</sup>. 그러나 2007년 위헌판결이후, 방송법 개정을 통해서 주의·경고 조치가 방송법 제100조에 규정된 바 있고, 따라서 현행 규정에 따르는 조치도 처분성이 부정되는가에 대해서는 재고의 여지가 있다.

### (3) 판례의 분석

행정지도에 관한 판례가 종합적으로 제시하는 것은 다음의 두 가지 원칙이다.

첫째, 대부분의 판례에서는 기본적으로 취소소송의 대상이 되는 처분과 행정지도의 한계를 설정한다. 취소소송의 대상이 되는 처분은 “행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용”이다<sup>163)</sup>. 처분성이 인정되려면, 행정작용의 형식과 관계

162) 다만 방송심의규정과 방송평가에 관한 규칙 등 방송위원회 규칙에 대하여, 직접적인 판단을 한 것은 아니지만 그 내용 가운데, 내부규정, 재량준칙 등 단순한 행정규칙으로 평가한 것은 문제점으로 지적된다, 오준근, 전계논문(공법연구 제32집 제3호), 418쪽 이하 참조

163) 행정소송법 제2조, 행정절차법 제2조. 그 해석에 관하여는 오준근, 행정절차법, 284쪽 이하 참조

없이, 당사자의 법률상의 이익에 직접적인 영향을 미치는 공권력의 행사가 있어야 한다. 그 반면에 행정지도는 “행정기관이 그 소관사무의 범위 안에서 일정한 행정목적 실현하기 위하여 특정인에게 일정한 행위를 하거나 하지 아니하도록 지도·권고·조언을 행하는 행정작용이다. 행정지도는 비권력적 사실행위에 해당한다. 행정지도가 이와 같은 법적 성격 및 한계를 지킨 경우 모든 판례는 행정지도가 취소소송의 대상이 되는 행정처분이 될 수 없음을 분명히 하고 있다. 서울행정법원의 위 판결은 이러한 점을 명확히 하였다는 점에서 하급심판결임에도 불구하고, 중요한 의미를 부여할 수 있다.

그 반면에 행정지도로 시작하였더라도 그 한계를 벗어나면 처분성이 인정될 수 있다. 먼저 언급한 대법원의 판단을 엄밀히 분석하면 행정지도 그 자체의 처분성을 긍정한 것이 아니라, 비권력적 사실행위로서의 행정지도가 권력적 행정행위가 되는 한계를 설정한다. 상대방의 자발적 협력을 기대하는 한계 안에 있는 권고는 행정지도에 해당하지만 정당한 법률적 근거가 없이 자의적으로 국민에게 강제하는 행정효과를 미치는 권고는 행정지도가 아니라 처분에 해당함을 분명히 하고 있는 것이다<sup>164)</sup>.

#### 4) 방송법에서의 주요 쟁점

방송법 제100조 제1항에 따라 방송통신위원회는 방송사업자·중계유선방송사업자 또는 전광판방송사업자가 심의규정<sup>165)</sup> 및 협찬고지<sup>166)</sup> 규칙을 위반한 경우 및 제35조에 따른 시청자불만처리 결과에 따라 필요한 경우에 주의 또는 경고의 제재조치를 명할 수 있다. 또한 제100조 제2항에 따라서, 제100조 제1항의 규정에 의한 제재조치가 방송프로그램의 출연자로 인해 이루어진 경우

---

164) 헌법재판소 2003.06.26. 2002헌마337결정도 이와 동일한 의견을 제시하고 있다. 즉 “교육인적자원부장관의 대학총장들에 대한 이 사건 학칙시정요구는 고등교육법 제6조 제2항, 동법시행령 제4조 제3항에 따른 것으로서 그 법적 성격은 대학총장의 임의적인 협력을 통하여 사실상의 효과를 발생시키는 행정지도의 일종이지만, 그에 따르지 않을 경우 일정한 불이익조치를 예정하고 있어 사실상 상대방에게 그에 따를 의무를 부과하는 것과 다를 바 없으므로 단순한 행정지도로서의 한계를 넘어 규제적·구속적 성격을 상당히 강하게 갖는 것으로서 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사라고 볼 수 있다”고 판단한다.

165) 방송법 제33조

166) 방송법 제74조 제2항

방송사업자는 출연자에 대하여 경고, 출연제한 등의 조치를 취해야 한다.

방송법 제76조의4에 따라 방송통신위원회는 보편적 시청권 보장과 중계방송권 확보에 따른 과도 경쟁을 방지하기 위해 사업자들에게 공동계약을 권고할 수 있다. 또한 제76조의5에 따라 방송통신위원회는 순차편성이 효율적으로 이루어질 수 있도록 사업자에 대하여 권고할 수 있다.

### (1) 제재적 주의·경고의 명확성 요건 문제

헌법재판소는 방송사업자에 대한 경고 처분을 방송사업자의 재허가시에 불이익을 주는 것으로서 제재 수단으로 작용하는 것이며 행정지도의 범위를 넘어서는 규제적이고 구속적인 것으로 간주한 바 있다. 따라서 재허가시를 위한 방송사의 평가시점에 방송사의 과거의 주의·경고가 평가대상이 된다면 법 제100조 제1항 제4호에 따른 주의·경고를 위해서는 비례성 및 명확성 요건 등이 충족되어야 한다. 그렇다면, 제100조 제1항에서 언급하고 있는 시청자불만 처리 결과에 따른 제재로서의 주의·경고는 적절하지 않다.

#### 사건명 : 경고및관계자경고처분취소

헌법재판소, 2007.11.29, 2004헌마290

헌법재판소는 선거방송심의위원회의 구성과 운영에 관한 규칙은 심의위원회가 주의 또는 경고를 정할 수 있다고 정하고 있으나 그러한 조치가 조문의 모법인 방송법 제100조 제1항에 나열된 조치에 포함되지 아니한 것이어서 위임입법원리에 위배된 것으로 판단하였다.

"이 사건 경고가 피청구인(방송위원회)이 방송사업자에게 방송표현 내용에 대한 경고를 함으로써 해당 방송에 대하여 제재를 가하는 것이라고 볼 때, 그러한 제재는 방송의 자유를 제한하는 것이므로 헌법 제37조 제2항에 따라 법률적 근거를 지녀야 한다. 2006. 1. 24. 개정되기 전의 구 '선거방송심의위원회의 구성과 운영에 관한 규칙'(이하 '이 사건 규칙'이라 한다) 제11조 제2항은 "심의위원회는 심의기준을 위반한 정도가 경미하다고 판단되는 경우 주의 또는 경고를 정할 수 있다"고 하였다. 그런데 이 사건 규칙에 의한 그러한 '주의 또는 경고'는 2006. 10. 27. 개정되기 전 구 방송법 제100조 제1항에 나열된 제재조치에 포함되지 아니한 것이었으며, 법률의 위임에 따라 정할 수 있는 '제재조치'의 범위를 벗어난 것이었다. 따라서 이 사건 규칙 제11조 제2항에 근거한 이 사건 경고는 기본권 제한에서 요구되는 법률유보원칙에 위배된 것이므로 더 나아가 살펴볼 필요 없이 청구인 ○○방송의 방송의 자유를 침해하므로 이를 취소한다."

헌법재판소는 이 사건을 심리함에 있어서 표현의 자유라는 기본권제한의 효과가 있는가의 여부를 중요한 요소로 고려하였다.<sup>167)</sup> 심의위원회 규정의 "경고"조치가 명시적으로 규정된 제재조치보다 가벼운 제재인 만큼 법률유보원칙의 엄격한 적용의 여부 및 엄격성의 정도가 달라질 수 있다고 판단될 수도 있다는 점을 인정하지만, 헌법재판소는 **방송표현 내용에 대한 제재로서**

표현의 자유를 제한하는 효과를 가져오므로 해당 규칙은 위임입법원리를 위반한 것이라고 판시하였다.

아울러 다음과 같은 점이 본 판례에서 인용되었다

- 방송법상 경고의 법적 성격

방송사업자에게 있어서 방송사업의 재허가 추천 여부는 매우 본질적인 문제라고 볼 것인바, 이 사건 경고가 방송평가에 위와 같은 불이익을 주고 그 불이익이 방송사업자의 재허가 심사절차에 반영되는 것이라면 사실상 방송사업자에 대한 **제재수단으로 작용**하고, 단순한 행정지도의 범위를 넘어서는 것으로서 **규제적·구속적 성격**을 가지고 있으며 청구인 ○○방송의 방송의 자유에 직접적으로 효과를 미치고 있다고 볼 것이므로, 헌법소원의 대상이 되는 권력적 사실행위<sup>168)</sup>에 해당한다.<sup>169)</sup>

- 방송위원회가 경고의 주체

공선거법 제8조의2 제5항과 이 사건 규칙 제11조에 의하면 심의위원회가 위반의 정도에 따라 제재조치와 경고를 정할 수 있다. 그러나 심의위원회가 직접 방송사에 대하여 제재조치나 경고를 명할 수 있는 것은 아니고 심의위원회가 방송위원회에 통보를 하면 방송위원회가 이를 방송사에 대하여 명하도록 되어 있다(공직선거법 제8조의2 제5항, 이 사건 규칙 제13조). 그러므로 대외적으로 의사를 표시할 권한을 가지고 있는 방송위원회가 집행기관으로서 이 사건 경고의 주체라고 볼 것이다. 그렇다면 방송위원회를 상대로 한 이 사건 심판청구는 잘못된 것이라 할 수 없다.

- 제재조치의 정도에 따른 법률유보원칙의 적용 관련

국민의 기본권은 헌법 제37조 제2항에 의하여 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 이를 제한할 수 있으나 그 제한은 원칙적으로 법률로써만 가능하다. 다만 이러한 법률유보의 원칙은 '법률에 의한' 규율만을 뜻하는 것이 아니라 '법률에 근거한' 규율을 요청하는 것이므로 기본권 제한의 형식이 반드시 법률의 형식일 필요는 없고 법률에 근거를 두면서 헌법 제75조가 요구하는 위임의 구체성과 명확성을 구비하기만 하면 위임입법에 의하여도 기본권 제한은 가능하다

제재조치가 법률상 허용되는 것보다 더 약한 것이라 하더라도 기본권 제한효과를 지니는 한 당연히 법률적 근거가 있어야 할 것이다

반대의견

- 경고는 그 조치내용이 재허가 추천절차에 있어서 근소한 감점대상이 되는 정도의 것으로서 표현의 자유에 미치는 제한효과는 크지 않은 것이다. 따라서 방송 내용에 포함됨 자연인들의 명예권을 보호하면서 표현의 자유에 대하여 정부가 발할 수 있는 가장 낮은 수준의, 제재조치의 유사조치에 그치고 있는 것이고, 달리 그 조치에 대하여 당시에는 처벌규정도 존재하지 않았다.

- 이 사건 경고는 선거방송의 공정성이라는 중요한 공익을 보장하기 위하여 행해진 것이고, 그러한 공익을 저해하는 방송내용에 대한 경고는 그 입법목적은 달성하기 위한 수단으로서 적정성이 인정되며, 이 사건 경고의 효과는 그 불이행 시에 형사처벌의 대상이 되는 것도 아니고 단지 방송평가에 있어서 근소한 점수의 감점대상이 되는 것에 불과한 것이므로 그 입법목적은 달성하기 위한 수단에 있어서 지나친 것이었다고 볼 수 없다

표 28 판례 : 헌법재판소, 2007.11.29, 2004헌마290

167) "이 사건 경고의 경우 법률(구 방송법 제100조 제1항)에서 명시적으로 규정된 제재보다 더 가벼운



## (2) 주요 쟁점

아울라 제100조 제1항은 제74조 제2항에 따른 협찬고지 규칙 위반의 경우에도 주의 또는 경고의 처분을 부과할 수 있음을 규정하고 있으나, 그러한 위반은 방송사 운영에 속하는 영역이므로 엄격히 금전적 제재에 의해서 다루어져야 한다.<sup>170)</sup>

## 2. 공표제도

방송법 제100조의 4항은 방송사업자·중계유선방송사업자 및 전광판방송사업자는 제1항 및 제3항에 따른 과징금처분 또는 제재조치명령을 받은 경우 지체없이 방송통신위원회의 결정사항 전문을 방송할 것을 규정하고 있다. 이러한 공표 제도는 정부의 역할이 최소화되고 헌법상의 쟁점이 없는 장점이 있고, 다른 방안과 조합될 경우 더 효용이 있는 것으로 평가된다.<sup>171)</sup>

---

것을 하위 규칙에서 규정한 경우이므로, 그러한 제재가 행정법에서 요구되는 법률유보원칙에 어긋났다고 단정하기 어려운 측면이 있다. 그러나 만일 그것이 기본권 제한적 효과를 지니게 된다면, 이는 행정법적 법률유보원칙의 위배 여부에도 불구하고 헌법 제37조 제2항에 따라 엄격한 법률적 근거를 지녀야 한다. 이 사건 경고가 피청구인이 방송사업자에게 방송표현 내용에 대한 경고를 함으로써 해당 방송에 대하여 제재를 가하는 것이라고 볼 때, 그 효과는 방송사업자의 대외적 평가에 영향을 주며, 위에서 언급되었듯이 방송평가에서 2점의 감점대상이 되므로 방송사업자는 방송위원회의 제허가 추천 여부에서 불이익을 입을 수 있다. 그러한 불이익은 결국 방송표현 내용에 대한 제재를 의미하고 표현의 자유를 제한하는 효과를 지니는 것이므로 헌법 제37조 제2항이 요구하는 엄격한 법률적 근거를 지녀야 하는 것이다. 이런 전제에서 살펴보면, 공직선거법 제8조의2 제7항에 따른 위임에 근거하여 제정된 이 사건 규칙 제11조 제2항은 심의위원회가 법률의 위임에 따라 정할 수 있는 '제재조치'의 범위를 벗어난 것이라고 보아야 한다."

168) 행정상 사실행위는 행정행위라든가 의사표시와는 달리 중국적으로 특정의 법적 효과를 지향하지 않고 직접적으로 단지 사실상의 결과만을 가져오는 공행정주체의 활동형식을 말한다. 법적 효과를 결한다는 점에서 행정행위나 행정법상의 계약, 공법상 의사표시와는 다른 개념이다. 사실행위는 금전의 지불, 관용차의 운행 등 물리적 작용 뿐만 아니라 경고등 정신적 작용도 포함된다. 일반적으로 행정상 사실행위를 여러 가지 유형으로 구분하고 있으나, 공권력의 행사가 실력행사인지 여부를 기준으로 권력적 사실행위와 비권력적 사실행위로 구분하고 있다. 권력적 사실행위의 예로서는 대집행의 실행, 즉 시강제, 전염병환자의 강제격리, 위법한 관세물품의 영치행위 등을 들 수 있고, 비권력적 사실행위의 예로서는 공공시설의 설치, 폐기물의 수거, 행정지도 등을 들 수 있다. 권력적 사실행위는 행정쟁송법상 처분개념에 해당된다고 보는 것이 다수설의 입장이다.

169) 최근에 헌법재판소가 권력적 사실행위에 대하여 행정쟁송법상의 처분성을 인정할 수 있다는 취지의 결정을 내린바 있으나, 대법원은 기본적으로 법률상 지위에 직접적인 법률적 변동을 일으키지 아니하는 행위는 처분성을 인정하지 아니하므로 행정상 사실행위는 그것이 권력적 사실행위이든 비권력적 사실행위이든 취소소송의 대상에서 배제하는 관점에서 판시해오고 있다.

170) 제3장 2절 6항의 미국 사례 참조

## 1) 공표제도의 의의

행정의 실효성확보를 위한 수단으로서의 공표의 기능은 상대방에게 심리적 압박을 가하여 행정이 의도하는 방향으로 유도하는 것이다. 전통적인 실효성 확보수단이 기본적으로 상대방의 신체나 재산에 대하여 물리적인 실력을 가하여 상대방의 의사여하에 관계없이 행정이 필요로 하는 상태를 실현하는 것임에 반하여 공표제도는 행정이 필요로 하는 상태를 직접 형성하는 것은 행정이 아니라 공표를 당하는 상대방이다.

전통적 실효성확보제도에 의하면 <행정의 실력행사> → <행정이 원하는 상태의 실현>의 2단계로 실효성확보수단은 목적을 달성하게 된다. 행정의 작용만으로써 상대방의 행위를 개재하지 않고 행정목적 실현할 수 있는 점에서 직접적이라는 특성을 가진다. 이에 대하여 공표제도의 경우에는 <행정의 공표> → <상대방의 시정행위> → <행정이 원하는 상태의 실현>의 3단계로 행정목적의 궁극적인 실현이 이루어지게 된다. 궁극적으로는 공표제도의 실효성 확보수단으로서의 효과는 전통적 실효성확보수단에 비하면 미약하다고 할 수 있다. 그럼에도 불구하고 상대방의 시정노력을 압박하는 여론 등 외부의 요소가 작용하는 경우에는 행정목적의 실현이 결코 불확실하지 않고 실효성확보의 효과는 매우 강대하게 된다.

뿐만 아니라 공표제도가 개인의 명예심이나 수치심을 자극함으로써 의무의 이행을 강제하는 것을 의도하는 것이므로 명예나 체면을 중시하는 사회정서에 따라서는 오히려 직접적인 강제수단인 전통적 실효성확보 수단보다도 더욱 강력한 의무이행강제효과를 지니는 것이라 할 수 있다. 이와 같이 보면 공표제도는 명예나 체면을 중시하는 사회풍토를 이용하여 실질적으로 상대방 스스로에 의한 의무의 이행을 달성하고자 하는 것이다. 공표제도의 이러한 측면은 공표제도를 法 안의 수단(법이라는 틀 안에서 행사되는 수단의 의미)을 넘어서 사회에 의한 의무이행강제와 같은 성격을 지니게 한다고 할 수 있다. 즉, 공표의 실시행위는 법에 근거하여 행하여지는 경우에도 그 실질적인 효과는

---

171) Cass R. Sunstein, "TELEVISION AND THE PUBLIC INTEREST", California Law Review, March, 2000, 549~555면

법의 손을 떠나 버리는 것으로 생각된다. 다시 말하면 법의 수권을 받아 행사 되지만 그의 사실상의 효과는 법에 의하여 제어되고 있는 것이 아니라 사회에 의하여 통제·관리되고 있다고 생각되는 것이다. 이것은 공표제도가 지니는 또 하나의 커다란 특징이라 할 수 있다. 그러한 점에서 공표가 제재로 분류될 수도 있다.

## 2) 공표제도의 유형

### (1) 재량의 유무에 따른 분류

공표를 할 것이 법상 의무인가 아닌가에 따른 구별이다. 현행법에는 공표를 행정청의 재량에 맡기고 있는 경우가 적지 않다. 예를 들어 공정거래법의 경우에도 공정거래위원회는 사업자 등에게 위반행위의 중지, 위반사실의 공표 기타 필요한 시정조치를 명할 수 있다와 같이 규정하여 공표를 명할 것인지의 여부가 행정청의 재량에 의하여 결정되도록 하고 있다. 또 식품위생법의 경우에도 식품의약품안전청장, 시·도지사, 시장·군수 또는 구청장은 식품위생상의 위해가 발생하였다고 인정하는 때에는 영업자에 대하여 그 사실의 공표를 명할 수 있다(제56조의2 제1항)고만 규정하여 공표를 할 것인지의 여부는 식약청장 등의 재량에 맡기고 있다.

그러나 예를 들어 중소기업의사업영역보호및기업간협력증진에관한법률 제25조제5항은 시정명령을 받은 위탁기업체·수탁기업체 또는 중소기업협동조합이 시정명령에 불응한 때에는 중소기업청장으로 하여금 그 명칭 및 요지를 공표하도록 의무지우고 있다. 그러나 실효성확보수단으로서의 성격을 가지는 공표에 대하여 그 공표를 의무적으로 강제하고 있는 법률은 현행법상 위의 중소기업의사업영역보호및기업간협력증진에관한법률 제25조가 거의 유일한 것이 아닌가 생각된다. 다시 말하면 실효성확보수단으로서 기능할 것이 기대되는 공표의 경우는 그 전부가 행정청의 재량 사항으로 하고 있는 것이 현실인 것으로 보인다.

공표를 의무로 할 것인가 재량사항으로 할 것인가는 기본적으로 정책의 문제라 생각된다. 그렇다면 공표를 행정청의 재량에 맡기는 것은 어떤 의미에서는 의무위반자의 의무이행을 강제함에 있어서 행정청의 교섭 도구로서 사용하

게 하려는 의도가 있을 것으로 생각된다. 행정청의 재량의 여지없이 법령에 의하여 명시적으로 행정청에게 공표의무를 부과하는 경우보다 행정청의 지시에 따르지 아니하면 이러한 사실을 널리 일반에게 알릴 것이라고 하는 것이 의무위반자에 대하여는 보다 효과적인 위협 수단으로서 작용할 여지도 있을 것이라 생각된다. 공표를 행할 수 있는 권한을 수권 받고 있는 것만으로도 상대방에 대하여는 충분한 위협이 되며, 행정은 유리한 입장에서 상대방과의 교섭에 임할 수 있다. 더욱이 공표가 개인의 프라이버시권의 침해와 같은 부작용을 수반할 우려가 있다는 점을 고려할 때, 공표여부를 행정의 재량하에 두는 것이 실효성확보 수단으로서의 공표제도를 활용함에 있어 보다 유용한 측면이 인정될 수 있을 것이다. 왜냐하면 공표로 인한 효과의 부작용을 경계하고 상대방의 심적 부담에 의한 이행을 끌어내는 탄력적인 방법이 될 수 있을 것이기 때문이다.

그런데 위에서 잠깐 소개한 입법태도에 의하면 공표를 의무로 하는 경우와 재량으로 하는 경우의 차이는 공표의 성격(제재적, 정보제공적)에 따라 갈리고 있는 것으로 보인다. 즉 제재적 성격을 지니고 있는 공표의 경우에는 그 활용에 있어서 행정청의 재량을 인정하고, 의무위반자가 존재하지 않으며 순수하게 국민의 알권리에 기여하기 위한 공표의 경우에는 공표를 행정청의 의무로 하는 규정례가 상당히 많은 것으로 보인다.

이러한 공표의 성격에 따른 구분을 살펴본다.

## (2) 성격에 따른 구분

공표가 제재로서의 성격을 가지는가의 여부에 따라 공표는 제재적 공표와 정보제공적 공표로 구별될 수 있다. 이러한 구분은 공표의 목적에 따른 구별이 되기도 한다. 즉 공표의 성격에 따른 구분은 공표가 특정인에 대하여 불이익을 가하고자 하는 것인가 아니면 정보의 제공을 목적으로 하는 것인가에 따른 구분과도 일치한다. 또 바꾸어 보면, 공표의 내용이 특정인에 대하여 불이익한 내용을 담고 있느냐에 따른 차이이므로 공표내용에 따른 구분이기도 하다. 이와 같은 구분이 중요성을 가지는 이유는 실효성확보수단으로서의 공표는 의무위반자에 대한 제재로서의 성격을 띠고 있는 경우에 한정되기 때문이다. 이는 공표의 내용이 상대방에게 불이익한 내용을 담고 있는 경우를 의미한다. 따라서 어느 누구와도 개별적, 구체적인 이해관계를 맺지 않는 중립적인

내용을 담고 있는 경우에도 역시 실효성확보의 문제는 발생하지 않는다고 생각된다. 누구에게도 불이익한 내용이 아닌 공표는 실효성확보수단의 문제와 무관하다. 공표가 특정인에게 불이익한 내용을 담고 있는 경우에 비로소 복잡한 법률문제를 야기한다.

실효성확보수단의 논의와 밀접한 관련을 가지는 제재적 성격을 띠는 공표의 경우, 그 공표에는 두 가지의 상반되는 효과가 공존하기 마련이다. 즉 특정인에게 불이익한 내용을 담고 있는 경우, 해당 특정인에게는 고통을 가하는 제재로서의 성격을 가지지만, 특정인 이외의 불특정 다수인에게는 공표된 내용에 따라 특정인의 의무위반행위를 경계하도록 알리는 수익적 행위가 된다. 따라서 공표는 행정행위는 아니나 그것에 비유한다면 마치 복효적 행정행위의 경우와 같다.

한편 공표는 알리는 행위이나, 제재적 성격의 공표에 있어서는 불특정 다수인 가운데 의무위반자인 특정인은 엄격히 말하여 공표의 상대방이 아니라 생각된다. 제재적 성격의 공표에 있어서 공표의 목적은 의무위반자의 의무위반 사실을 불특정 다수인에게 알리기 위한 것이기 때문이다. 의무위반자는 공표되는 사실의 보유주체(공표의 객체)이지 공표의 상대방(불특정 다수인)이 아니다. 구체적인 자신의 정보를 자신에게 알리는 행위는 공표가 아니라 생각되기 때문이다.

### **3) 타법 사례**

이하에서는 현행법상 도입되고 있는 공표제도를 앞서 본 공표의 유형 가운데 특히 공표의 성격.목적.내용에 따른 분류법에 따라 나누어 살펴본다. 그 이유는 관점에 따라 여러 가지로 분류될 수 있는 공표의 다양한 유형 가운데에서도 공표의 성격.목적.내용에 따른 분류법이 행정의 실효성확보수단으로서의 공표의 모습을 가장 잘 보여주고 있다고 생각하기 때문이다.

#### **(1) 제재적 공표**

현행법상 공표대상자에게 사회적 비난에 따른 수치심과 정신적 고통을 가하여 이를 통하여 행정법상의 의무의 이행을 강제하고자 하는 성격, 즉 제재적 성격의 공표로는 다음의 것들을 들 수 있다. 따라서 이 이외에 현행법에서 규

정되고 있는 공표는 본래적 기능으로서의 공표의 의미로 사용되고 있다고 할 수 있다.

특히 고령자고용촉진법 제18조의 규정은 노동부장관의 고용확대요청에 따르지 않은 자에 대하여 취하는 행정상의 조치로서 공표와 행정기관에서 제공하는 직업지도 및 취업알선 등의 고용관련서비스를 중단할 수 있다고 규정하고 있는데 여기서 후자의 고용관련서비스의 중단은 노동부장관의 고용확대요청에 따르지 아니한데 대한 제재라고 하는 점에 특별한 의문이 없다. 그리고 동 조항에 의하면 공표를 그러한 고용관련서비스의 중단이라고 하는 제재와 동렬에서 제시하고 있는데, 이것은 공표가 그들 제재와 동가치적인 것임을 법문이 명시적으로 인정하고 있는 것이라 생각된다. 다시 말하면 고령자고용촉진법 제18조는 공표의 제재로서의 성격을 법문상 매우 명확히 보여주는 조문이라 생각된다.

○ 가맹사업거래의공정화에관한법률	제33조(공정거래위원회의 가맹본부에 대하여 시정명령을 받았다는 사실의 공표명령)
○ 고령자고용촉진법	제18조 (노동부장관의 정당한 이유없이 고용확대요청에 따르지 아니한 자에 대한 그 내용의 공표)
○ 고압가스안전관리법	제18조(시·도지사의 검사결과 중대한 결함이 있는 용기 등의 제조자 또는 수입자에 대하여 그 사실의 공표명령)
○ 독점규제및공정거래에관한법률	제31조(공정거래위원회의 재판매가격유지행위의 제한규정위반 사업자에 대한 범위반사실의 공표명령)
○ 독점규제및공정거래에관한법률	제5조(공정거래위원회의 시장지배적지위의 남용 금지규정에 위반하는 시장지배적사업자에 대한 범위반사실의 공표명령)
○ 독점규제및공정거래에관한법률	제16조제1항(공정거래위원회의 기업결합제한, 지주회사의 행위제한, 채무보증제한기업집단의 지주회사 설립제한, 상호출자 금지, 출자총액제한, 계열회사에 대한 채무보증금지, 금융회사 또는 보험회사의 의결권제한, 탈법행위의 금지 등의 규정에 위반한 사업자 등에 대한 범위반사실의 공표명령)
○ 독점규제및공정거래에관한법률	제21조(공정거래위원회의 부당한공동행위 금지규정에 위반한 사업자에 대한 범위반사실의 공표명령)
○ 독점규제및공정거래에관한법률	제24조(공정거래위원회의 불공정거래행위금지규정에 위반한 사업자에

래에관한법률	대한 범위반사실의 공표명령)
○ 독점규제및공정거래에관한법률	제27조(공정거래위원회의 사업자단체의 금지행위에 위반한 사업자에 대한 범위반사실의 공표명령
○ 방문판매등에관한법률	제42조(공정거래위원회의 방문판매업자등의 신고, 방문판매원등의 명부 비치, 계약체결전의 정보제공 및 계약체결에 따른 계약서 교부의무, 청약철회보장의무, 손해배상청구금액의 제한 등 동법상 부과된 일련의 의무를 위반한 사업자에 대한 시정조치를 받은 사실의 공표명령)
○ 불공정무역행위조사및산업피해구제에관한법률	제10조(무역위원회의 불공정무역행위자에 대한 시정명령을 받은 사실의 공표명령)
○ 소비자보호법	제17조의5제2항(중앙행정기관의 장의 기준위반물품의 제조, 수입, 판매등 금지의무, 표시의무, 광고기준준수의무 등을 위반한 사업자에 대한 시정명령을 받은 사실의 공표명령)
○ 소비자보호법	제17조의3제2항(중앙행정기관의 장의 위험물품 수거, 파기 등의 권고불응 사업자에 대한 권고불응사실의 공표)
○ 에너지이용합리화법	제18조제3항(산업자원부장관의 고시내용 부적합 효율관리기자재에 대한 부적합사실의 공표)
○ 에너지이용합리화법	제19조제3항(산업자원부장관의 기준평균에너지소비효율에 미달하는 평균효율관리기자재를 제조하거나 수입하여 판매하는 자의 개선명령 불이행에 대한 공표)
○ 장애인고용촉진및직업재활법	제25조(노동부장관의 정당한 사유없이 장애인고용계획의 수립 또는 고용의무의 이행에 있어서 현저히 미달하는 사업자에 대한 그 내용의 공표)
○ 장애인고용촉진및직업재활법	제23조제6항(노동부장관의 장애인 고용의무의 이행실적이 현저히 부진한 국가기관 및 지방자치단체에 대한 그 내용의 공표)
○ 전기사업법	제23조제1항(산업자원부장관의 금지행위를 위반한 전기사업자에 대하여 금지행위로 인하여 시정조치를 명령받았다는 사실의 공표명령)
○ 전기통신사업법	제37조제1항(통신위원회의 금지행위를 위반한 전기통신사업자에 대하여 금지행위로 인하여 시정조치를 명령받았다는 사실의 공표명령금지행위에 대한 조치)
○ 중소기업의사업영역보호및기업간협	제7조제2항(중소기업청장의 생산품목, 생산수량, 생산시설등의 축소권고에 불응한 대기업자 등에 대한 권고불응사실의 공표)

력증진에관한법률	
○ 중소기업의사업영역보호및기업간협력증진에관한법률	제25조제3항(중소기업청장의 시정명령에 불응한 위탁기업체.수탁기업체 또는 중소기업협동조합에 대한 그 명칭 및 요지의 공표의무)
○ 표시.광고의공정화에관한법률	제7조제1항(공정거래위원회의 부당한 표시. 광고행위를 한 사업자 등에 대한 범위반사실의 공표명령)
○ 하도급거래공정화에관한법률 제	25조제4항(공정거래위원회의 서면교부와 서류 보존, 부당한 하도급대금의 결정금지, 탈법행위금지의 규정에 위반하여 시정 명령을 받은 원사업자에 대한 시정명령을 받은 사실의 공표명령)
○ 해운법	제58조의3(해양수산부장관의 해운업법에 위반한 해운업자가 범위반에 따라 받게 된 행정처분에 관한사항의 공표)

표 29 제재로서의 공표 입법 사례

## (2) 정보제공적 · 사전예방적 공표

공중위생관리법 제14조제1항의 공표제도는 위생서비스를 평가하여 그 결과에 따라 위생관리등급을 매기고 이를 널리 일반에게 알린다고 하는 공표이다. 이것은 객관적이고 중립적으로 실시한 어떠한 조사결과 또는 평가결과를 널리 일반에게 알려 소비자 또는 이용자 등이 올바른 선택과 판단을 할 수 있는 정보를 제공한다는 성격이 강하다. 이 점에서는 제재적 성격이 전혀 발견되지 않는다. 그러나 좀더 깊이 들어가면, 만일 그러한 평가에서 낙제점을 받은 공중위생영업자는 어떠한가 하는 의문이 있다. 즉, 행정청의 위생서비스 평가결과 가장 낮은 위생관리등급을 부여받은 자에게도 위와 같은 평가결과의 공표는 순수한 정보제공적 성격만을 가지는가 하는 의문이 제기될 수 있다. 나아가 그러한 정보가 널리 알려짐으로써 그와 같이 낮은 등급의 공중위생영업자에게는 사용자가 찾아가지 않게 된다고 하면 이것은 영업상의 손실을 초래하는 매우 심각한 타격이 아닐 수 없을 것이다. 다시 말하면 객관적이고 중립적인 평가결과의 공표라고는 하지만 그 사안에 따라서는 단순한 정보제공적 성격에 그치지 않고 실질적으로 특정인에게 제재를 가하는 결과로 될 수 있는 경우가 존재한다고 할 수 있다. 이러한 경우에는 그와 같은 제재를 면하기 위하여 보다 나은 위생상태를 유지하려고 노력하게 하게 하는 효과를 기대할 수



있을 것이다. 이른바 유도적 행정의 단면이 존재한다고 할 수 있다. 그리고 행정이 요망하는 일정한 방향으로 상대방을 유도한다는 점에서는 현실적으로 의무를 가하고 그 위반을 시정하도록 강제하기 위하여 행하는 공표는 아니라고 하여도, 위반이 발생하기 이전에 위반행위로 나아가지 않도록 사전에 조치하는 의미를 지닌다는 의미에서 공중위생관리법과 유사한 취지의 규정을 두고 있는 그 밖의 법령에서의 공표에 관한 규정도 마찬가지로 할 수 있다.

위반행위의 사전예방적 성격을 지니며 행정이 의도하는 바를 실현한다는 의미에서 간접적이거나 실효성확보수단으로서의 성격도 지닌다고 이해될 수 있다. 위의 공중위생관리법상의 공표제도는 이러한 유형에 해당한다.

○ 공중위생관리법	제14조제1항(시·도지사 또는 시장·군수·구청장의 위생서비스평가결과에 따른 위생관리등급의 공표)
○ 국가인권위원회법	제25조제4항(국가인권위원회의 인권의 보호와 향상을 위하여 행한 개선 또는 시정권고 및 그에 대한 관계기관의 해명내용의 공표)34)
○ 국가인권위원회법	제50조(국가인권위원회의 진정의 조사 및 조정의 내용과 처리 결과, 관계기관 등에 대한 권고와 관계기관 등이 한 조치 등의 공표)
○ 보험업법	제164조(금융감독위원회의 관계자에 대한 조사실적·처리결과 그 밖에 관계자의 위법행위를 예방하는데 필요한 정보 및 자료의 공표)
○ 산업안전보건법	제39조제3항(노동부장관의 유해인자가 근로자의 건강에 미치는 유해·위험성의 평가결과공표)
○ 산업안전보건법	제40조제3항(노동부장관의 신규화학물질의 유해·위험성조사보고서가 제출된 때에 행하는 당해 신규화학물질의 명칭, 유해·위험성, 조치사항 등의 공표)
○ 산업안전보건법	제42조제7항(노동부장관의 작업환경측정의 수준향상을 위한 지정측정기관의 평가결과 공표)
○ 소비자보호법제	13조제3항(국가 및 지방자치단체의 물품 및 용역의 규격·품질·안전성등에 관하여 행한 시험·검사 또는 조사결과의 공표)35)
○ 의료법	제47조의2제3항(보건복지부장관의 의료기관평가결과의 공표)36)
○ 자동차관리법	제33조의2제1항(건설교통부장관의 소비자에게 자동차의 안전도에 대

	한 정보를 제공하고 안전도가 높은 자동차를 제작하도록 유도하기 위한 자동차의 안전도평가결과공표)
○ 전기용품안전관리법	제8조제3항(산업자원부장관의 안전인증대상전기용품의 개선.파기 또는 수거로는 그 위해를 방지하기가 어렵다고 인정되는 경우 당해 안전인증대상전기용품제조업자 또는 전기용품수입.판매업자에 대한 위해사실의 공표명령)
○ 축산물가공처리법	제37조제1항(농림부장관, 시.도지사 또는 시장.군수.구청장의 영업자로 하여금 공중위생상 위해가 발생하였거나 발생할 우려가 있는 유통중인 축산물의 회수하게 한 경우의 그 사실의 공표명령)
○ 품질경영및공산품안전관리법	제15조제3항(산업자원부장관의 안전검사대상공산품의 개선.파기 또는 수거로는 그 위해를 방지하기가 어렵다고 인정되는 경우 당해 제조업자.수입업자.판매업자 또는 영업자에 대한 위해사실의 공표명령)
○ 청소년의성보호에관한법률	제20조제2항(법규위반자에 대한 신상과 범죄사실의 요지공개)

표 30 사전예방적 공표 입법 사례

**(3) 상황에 따라 행정제재적인 동시에 정보제공적인 공표**

아래의 입법례 가운데 예를 들어 산업안전보건법 제9조의2의 경우를 보면, 산업재해를 예방하기 위하여 필요하다고 인정하는 경우에 노동부 장관은 일정한 사업장의 산업재해 발생건수, 재해율 또는 그 순위 등을 공표할 수 있다고 규정하고 있는데, 산업재해 발생건수나 재해율, 순위 등은 그 실적 여하에 따라, 즉 실적이 양호하지 않은 공표대상 사업장에게 있어서는 부정적인 내용을 널리 알리게 되는 것이라 하지 않을 수 없다. 다시 말해서 실적 여하에 따라, 즉 상황에 따라서 당해 공표는 특정 사업장에게 있어서는 제재적인 성격을 가지는 공표라고 하지 않을 수 없다. 이것은 동시에 문제의 사업장의 작업환경이 매우 열악함을 널리 알려 관계인들에게 주의를 환기시키는 점도 인정될 수 있다. 이런 점에서 상황에 따라 행정제재적인 성격과 동시에 정보제공적인 성격을 동시에 찾아볼 수 있다.

○ 산업안전보건법	제9조의2(노동부장관의 산업재해를 예방하기 위하여 필요한 경우 사
-----------	--------------------------------------

	업장의 산업재해 발생건수, 재해율 또는 그 순위 등의 공표)
○ 석유사업법	제25조제2항(산업자원부장관의 석유제품의 품질유지를 위하여 행하는 품질검사결과 품질기준에 적합하지 않거나 유사석유제품제조등금지의 무에 위반한 석유제품발견시의 당해 사실의 공표)
○ 식품위생법	제56조의2제1항(식품의약품안전청장, 시·도지사, 시장·군수 또는 구청장의 식품위생상의 위해가 발생하였다고 인정하는 경우 해당 영업자에 대한 그 사실의 공표명령)
○ 액화석유가스의 안전관리및사업법	제22조제2항(시·도지사의 가스용품의 안전 관리를 위하여 행하는 유통 중인 가스용품을 수집·검사결과 중대한 결함이 있다고 인정되는 가스 용품의 제조사업자 또는 수입자에 대한 회수·교환·환불 및 그 사실의 공표명령)

표 31 정보제공적 성격 공표 입법 사례

**(4) 상황에 따라 행정통제적인 동시에 정보제공적인 공표**

공표의 실효성확보수단으로서의 효과가 행정의 상대방의 의무불이행 등에 대한 것만으로 이해하는 경우에는 행정의 자기구속적 또는 행정통제적 성격의 공표는 전혀 주목될 필요가 없다. 그러나 행정목적의 실현에 행정 스스로를 구속시키기 위한 의미에서의 실효성확보도 고려될 수 있다고 하면, 행정의 자기구속적인 성격의 공표도 행정의 실효성확보수단의 하나로서 고려에 넣는 것이 필요하게 될 것이다. 이하에서의 입법례는 행정청 스스로를 구속하며 행정 목적의 실현으로 나아가도록 하는 측면을 찾아볼 수 있는 공표에 관한 것이다. 예를 들어 이하의 예에서 민원사무처리에관한법률시행령 제13조가 민원사무의 처리가 완료될 때까지에 소요되는 처리기간을 민원사무의 종류별로 미리 정하여 공표하도록 하고 있는 것은 민원사무의 상대방에게 예측가능성을 부여 하며(정보제공적 성격), 행정청에게는 해당 처리기간을 준수하도록 강제하는 구속적인 성격(자기구속적 성격)을 인정할 수 있다.

○ 노사정위원회의설치 및운영등에관한법률 시행령	제15조(위원장의 정부·노동단체 및 사용자단체가 위원회의 의결 사항을 성실히 이행하도록 하기 위하여 행하는 매분기별 의결사항의 이행여부를 점검결과의 공표)
---------------------------	--

○ 독점규제및공정거래에관한법률	제3조제3항(공정거래위원회의 독과점적 시장구조가 장기간 유지되고 있는 상품이나 용역의 공급 또는 수요시장에 대하여 경쟁을 촉진하기 위한 시책을 수립.시행을 위한 시장구조의 조사와 공표)
○ 민원사무처리에관한법률	제24조(위원회의 매년도 운영상황의 공표)
○ 민원사무처리에관한법률	제36조(위원회의 권고 또는 의견의 내용, 처리결과의 내용의 공표)
○ 민원사무처리에관한법률시행령	제13조(행정기관의 장의 민원사무처리기간의 설정과 공표)
○ 방송법	제10조(방송위원회의 지상파방송사업, 위성방송사업 등의 추천 등을 위한 심사결과 공표)
○ 환경분쟁조정법	제33조제3항(조정위원회의 수락권고를 위한 조정안의 공표)

표 32 행정통제적 공표 입법 사례

#### 4) 공표제도의 법률적 쟁점

##### (1) 반복부과의 가능성

공표를 제재라고 하면 동일 사건에서는 1회 이상 활용하는 것이 곤란하다는 주장이 있다. 그러나 공표의 집행방법으로서 준수가 있을 때까지는 몇 번이고 활용할 수 있어야 한다는 주장도 있다.

이 문제와 관련하여서는 공표에 기간이 있는가를 생각해 볼 수 있다. 예를 들어 공표에 유효기간이 있어 특정한 공표는 언제까지만 그 효력을 가진다고 이해하는 경우가 그러하다. 만일 공표에 이와 같은 유효기간이 인정될 수 있다고 한다면 해당 유효기간이 만료된 후에 재차 새로운 유효기간을 가진 공표를 행하는 것이 이론상으로는 불가능하다고 할 수 없을 것이다. 다른 한편 그러한 유효기간이 인정되지 않는다고 하는 경우에는 공표를 행한 후에 일정한 시일이 경과하고 나서 동일한 내용의 공표를 재차 행하는 것이 가능한가의 문제가 제기될 수 있다. 이에 대한 해결은 위에서 잠깐 언급한 바와 같이 공표가 과연 제재인가의 여부에 달려 있다고 생각된다. 즉, 공표가 제재라고 한다

면 한번 공표한 사항에 대하여 동일 사항에 대하여 재차 공표하는 것은 헌법상의 이중처벌금지의 원칙에 반하며 허용되지 않는다고 보아야 할 것이기 때문이다. 여기에는 공표의 미묘한 효력이 관련되어 있다고 생각된다. 즉 앞에서 이미 고찰한 바와 같이 공표에는 제재적 성격의 공표가 인정되고 있다. 여기서 실질주의를 취한다면 공표의 실질이 제재라고 할 수 있으므로 공표의 반복부과는 허용되지 않는다고 이해하게 될 것이다.

그러나 다른 한편으로 공표의 제재적 효과는 법적으로나 사실상으로나 보장된 효과는 아니라는 점도 고려되어야 한다. 공표는 그것이 아무리 제재적 목적으로 활용되고 있다고 하여도 그것은 불특정 다수인에게 일정한 사실을 알리는 것에 변함이 없다. 또한 공표에는 아무런 법적 효과가 부여되어 있지 않은 것이다.(법령에서 정한 바에 따라 공표를 한 것이라면 의무의 이행에는 해당한다.) 따라서 공표의 제재적 효과를 모든 경우에서 법적으로 발견하는 것은 아니다. 또한 공표가 사실상 제재적 효과를 가진다고 하는 점에 대하여도 그러한 사실상의 제재적 효과는 결코 언제나 달성할 수 있는 보장된 효과는 아니다. 왜냐하면 상대방의 도덕심이 평균인보다 둔한 경우에는 공표의 사실상의 제재적 효과는 매우 감소되며 경우에 따라서는 전혀 찾아볼 수 없는 경우도 있을 수 있기 때문이다. 이와 같이 볼 때, 공표는 제재의 효과를 띠는 경우는 있으나 그러한 효과는 보장된 효과는 아니며 따라서 공표의 반복부과여부에 관하여 검토하는 한 공표는 반복적으로 행하여도 이를 저지할 수는 없다고 생각된다. 예컨대, 의무의 이행이 있을 때까지 공표를 반복해서 행할 수 있다고 하는 것은 금전적 제재의 형태를 띠지 않은 점을 제외하면 집행벌의 경우와 유사하다.

## (2) 병과의 가능성

공표와 다른 제재수단을 병과하는 것이 가능할 것인가의 문제가 있다. 이에 관한 문제도 결국 공표가 제재인가 아닌가의 성격규명에 귀결되는 것이라 생각한다. 즉 공표가 제재가 아니라고 한다면 다른 제재수단과 병과하여 전혀 문제되지 않는다. 그러나 가사 공표가 제재로서의 성격을 지닌다고 하는 경우에도 다른 제재수단과 그 취지와 목적 등이 상이하다고 한다면 병과하여 모순,저촉, 또는 이중처벌이 발생하는 일은 없을 것이다. 공표가 단독으로 실시

되어 의무위반자에 대하여 의무이행을 강제하는 경우도 물론 존재한다. 예를 들면 앞서 소개한 해운법상의 공표(해운법 제58조의3)가 그러하다. 그러나 공표제도를 다수 마련하고 있는 독점규제및공정거래에관한법률상의 공표의 경우는 공표만이 단독으로 이루어지는 것은 거의 드물지 않을까 생각된다. 다시 말해서 일정한 시정조치가 있고 그것과 동시에 범위반사실의 공표 또는 시정 명령을 받았다는 사실의 공표를 행하도록 하는 것이 대다수일 것이라고 생각된다. 그렇다면 공표는 단독으로 행사되는 것보다도 다른 실효성확보수단과 함께 행사되는 것이 보다 행정의 실효성확보라는 목적을 달성하는데 기여할 것이라고 생각된다.

제3장에서 살펴 본 바와 같이 프랑스 방송법은 병과를 규정하고 있다.<sup>172)</sup>

### (3) 공표와 법률유보

공표는 법적 근거가 없어도 할 수 있는가 문제된다. 이 문제는 공표제도의 활용가능성과 관련하여 매우 중요한 문제가 아닐 수 없다. 기본적으로는 공표 제도는 본래 정보의 제공이며 직접적으로 누구의 권리의익을 침해하거나 제한하는 것이 아니므로 법적 근거가 필요없다고 이해되어 왔다.

우선 앞서 고찰한 다양한 유형의 공표 가운데에서 행정의 실효성을 확보하기 위한 수단으로서 활용되는 공표는 특히 제재적 성격을 지닌 공표와 관련되는 문제임을 보았다. 그리고 제재적 성격을 지니고 있다는 점에서 순수하게 정보를 제공하고자 하는 목적에서의 공표와는 다르다는 점도 확인하였다. 소위 법률유보이론에 의하면 **제재적 성격의 공표는 상대방의 권익에 대한 침해를 수반하는 효과가 있으므로 침해유보설이나 중요사항유보설에 의할 때 법적 근거가 요구된다고** 하지 않을 수 없다.

그렇다면 실효성확보수단으로서의 공표를 행함에 있어서는 법률의 규정이 반드시 필요하다고 이해하게 된다(적극설). 그런데 적극설의 경우에도 각론에서는 상이한 견해가 주장될 수 있다. 제시될 수 있는 견해의 논거는 다음과 같다. 실효성확보수단으로서의 공표는 상대방이 행정청이 부과한 의무를 이행하지 아니하는 경우에 이를 강제하기 위한 수단으로서 사용되는 것이므로 행정청이 부과하는 의무의 존재가 전제되어 있다. 그런데 의무의 부과는 법령에

---

172) 프랑스 방송법 제42조

입각하여서만 가능하므로 그러한 의무를 부과한 법령이 이미 존재할 것이다. 그렇다면 공표를 행함에 있어서 새로이 법적 근거를 마련해야 할 필요는 없고, 기존의 의무부과조항을 근거로 하여 공표를 행하는 것이 금지되지 않는다고 하는 견해이다. 법이 행정청에게 의무를 부과할 수 있는 권한을 수권하였다는 사실은 당해 권한이 실현될 것을 기대한 것이라고 할 수 있고 상대방의 의무불이행으로 인하여 그러한 권한이 실현되지 못한 경우에는 그것을 실현할 수 있는 권한까지도 해당 의무부과조항에 의하여 근거 지워질 수 있다고 보는 것이다.

순수한 정보제공적 성격의 공표인 경우에는 앞서 보았듯이 누구의 이익도 침해하는 것이 아니므로 법률에 근거하지 않고도 언제든지 가능하다고 이해될 것이다.

다른 하나는 의무부과조항과는 별도로 공표를 뒷받침할 수 있는 법적 근거가 새로이 필요하다고 하는 견해이다. 이에 의하면 예를 들어 집단 식중독의 원인인 식재료의 공표와 같이 국민의 생명과 건강에 밀접하게 관련되는 경우와 긴급을 필요로 하는 경우를 제외하고는 법률과 조례에서 원칙을 정하여, 사전절차를 거쳐 신중하게 행하는 것이 필요하다고 한다.

한편, 공표 가운데에는 법률상 사용되는 공표와 시행령이하에서 사용되는 공표가 있다. 만일 공표가 권리의무를 실질적으로 제약하는 성질을 담고 있다고 하면 그러한 공표는 기본적으로 법률에서 명시하도록 하고 시행령이하에서 규정하는 것은 삼가야 할 것이다. 시행령이 비록 법규명령으로서 국민의 권익에 관한 사항을 규정할 수 있다고 하여도 그러하다. 특히 **제재로서의 공표는 제재는 법률전속사항이라고 보면 반드시 법률에서 규정하여야** 하고 하위명령에서 규정할 것은 아니라고 생각된다.

#### (4) 비례원칙

공표는 비금전적인 의무의 이행을 강제하기 위한 비금전적인 제재에 해당한다고 말할 수 있다. 이 경우에 상호간에 동질적인 성격의 목적과 수단을 결합하는데 있어서의 비례의 원칙은 급부의무를 부담하는 금액과 제재로서 부과되는 금액간의 비례문제에서는 비례의 세부원칙 가운데 과잉금지의 원칙이 가장 중요한 고려사항이 될 것이라고 본다. 그리고 이 경우의 판단에 있어서는 부

과되는 금전적 제재의 성질에 비추어 시중 금융시장의 금리 등이 중요한 기준으로 고려되게 될 것이다.

그러나 상호간에 이질적인 목적과 수단을 결합하는 경우에 있어서의 비례원칙의 검토에는 어려운 점이 적지 않다. 해당 목적을 달성함에 있어서 문제의 이질적인 수단이 과연 적합한 수단이라고 할 수 있는지 의심이 되는 경우가 매우 많을 것이기 때문이다. 즉, 이 경우의 비례의 원칙은 그 세부원칙 가운데에서도 제1단계인 적합성의 원칙에서 제기된다고 본다. 그러나 공표의 경우에는 그 자체로는 직접적으로 어떠한 권리이익을 침해하는 것이 아니므로 대체로 모든 의무이행의 확보를 위한 수단으로 활용될 여지가 있다고 생각된다. 즉 적합성의 원칙은 대개의 경우 충족하게 될 것이라 생각한다. 다만, 비례원칙 가운데 필요성의 원칙과 과잉금지의 원칙도 충족하는가에 관하여는 좀 더 검토가 필요하다.

공표가 상대방으로 하여금 의무의 이행을 강제하기 위한 목적에서 행사된다고 할 때에 가급적이면 상대방에게 결정적인 불이익이 될 수 있는 것이 요구된다고 할 수 있다. 그렇다면 공표를 실시함에 있어서 필요성의 원칙은 그 중요도가 매우 약화될 것이라고 생각된다. 그러면 남게 되는 것은 과잉금지의 원칙의 준수여부라고 하게 된다. 공표를 행정상의 실효성확보수단으로 활용함에 있어서 가장 고려해야 할 부분은 비례의 원칙 가운데에서도 과잉금지원칙이다. 그리고 그 경우에 우려되는 것은 공표에 의한 사회적 제재의 효과가 경우에 따라 매우 강력하다는 데에 있다고 본다.

공표에 의하여 달성하고자 하는 의무위반자의 의무이행강제의 이익과 공표에 의하여 침해되는 의무위반자의 권익이 형량되지 않으면 아니된다. 그런데 침해되는 의무위반자의 권익은 명예심과 같은 정신적·비재산적인 이익이므로 일반적으로 경제적인 재산권에 대한 침해에 비하여 중대한 것이라고 볼 수 있다. 그렇다고 하면, 공표를 위한 이익형량을 함에 있어서는 의무위반자의 정신적·비재산적인 이익을 침해하여서까지 공표를 하지 않으면 아니될 정도의 강한 공적 이익이 존재하지 않으면 아니될 것이다. 그리고 이 경우에 그러한 공적이익에는 단순히 특정 사안에서의 사회의 질서유지와 같은 공익만이 존재하는 것이 아니라 예를 들어 고액체납자의 명단공표와 같은 경우에는 성실하게 납세하는 납세자와의 형평성이라는 가치가 고려되어야 할 것이고, 청소년성범



죄자의 명단 공표와 같은 경우에는 피해 청소년에게 초래된 정신적 및 건강상의 침해에 대한 배려가 종합적으로 평가되어 고려되어야 하는 것이라 생각된다.

#### 사과방송 관련 판례

사건명 : 독점규제및공정거래에관한법률 제27조 위헌소원  
헌법재판소, 2002.1.31, 2001헌마43

##### 관련 조문

독점규제및공정거래에관한법률 (1999. 2. 5. 법률 제5813호로 개정)

제27조(시정조치) 공정거래위원회는 제26조(사업자단체의 금지행위)의 규정에 위반하는 행위가 있을 때에는 당해 사업자단체(필요한 경우 관련 구성사업자를 포함한다)에 대하여 당해 행위의 중지, **범위반사실의 공표** 기타 시정을 위한 필요한 조치를 명할 수 있다.

##### 양심의 자유의 침해 관련

헌법 제19조에서 보호하는 양심은 옳고 그른 것에 대한 판단을 추구하는 가치적·도덕적 마음가짐으로, 개인의 소신에 따른 다양성이 보장되어야 하고 그 형성과 변경에 외부적 개입과 억압에 의한 강요가 있어서는 아니되는 인간의 윤리적 내심영역이다. 따라서 단순한 사실관계의 확인과 같이 가치적·윤리적 판단이 개입될 여지가 없는 경우는 물론, 법률해석에 관하여 여러 견해가 갈리는 경우처럼 다소의 가치관련성을 가진다고 하더라도 개인의 인격형성과는 관계가 없는 사사로운 사유나 의견 등은 그 보호대상이 아니다. 이 사건의 경우와 같이 경제규제법적 성격을 가진 공정거래법에 위반하였는지 여부에 있어서도 각 개인의 소신에 따라 어느 정도의 가치판단이 개입될 수 있는 소지가 있고 그 한도에서 다소의 윤리적 도덕적 관련성을 가질 수도 있겠으나, 이러한 법률판단의 문제는 개인의 인격형성과는 무관하며, 대화와 토론을 통하여 가장 합리적인 것으로 그 내용이 동화되거나 수렴될 수 있는 포용성을 가지는 분야에 속한다고 할 것이므로 헌법 제19조에 의하여 보장되는 양심의 영역에 포함되지 아니한다.

##### 과잉금지의 원칙에 위반하여 당해 행위자의 일반적 행동의 자유 및 명예권을 침해하는지 여부

공정거래법 위반행위의 내용 및 형태에 따라서는 일반공중이나 관련 사업자들이 그 위반여부에 대한 정보와 인식의 부족으로 말미암아 공정거래위원회의 시정조치에도 불구하고 위법사실의 효과가 지속되는 사례가 발생할 수 있고, 이러한 경우 조속히 범위반에 관한 중요 정보를 공개하는 등의 방법으로 일반공중이나 관련 사업자들에게 널리 경고함으로써 계속되는 공공의 손해를 종식시키고 위법행위가 재발하는 것을 방지하는 조치를 할 필요가 있다. 그러기 위해서는 일반공중이나 관련 사업자들의 의사결정에 중요하거나, 그 권리를 보호하기 위하여 실질적으로 필요하고 적절하다고 인정될 수 있는 구체적 정보내용을 알려주는 것이 보다 효과적일 것이다. 그

런데 소비자보호를 위한 이러한 보호적, 경고적, 예방적 형태의 공표조치를 넘어서 형사재판이 개시되기도 전에 공정거래위원회의 행정처분에 의하여 무조건적으로 범위반을 단정, 그 파의사실을 널리 공표토록 한다면 이는 지나치게 광범위한 조치로서 앞서 본 입법목적에 반드시 부합하는 적합한 수단이라고 하기 어렵다. 나아가 '범위반으로 인한 시정명령을 받은 사실의 공표'에 의할 경우, 입법 목적을 달성하면서도 행위자에 대한 기본권 침해의 정도를 현저히 감소시키고 재판 후 발생가능한 무죄로 인한 혼란과 같은 부정적 효과를 최소화할 수 있는 것이므로, 범위반사실을 인정케 하고 이를 공표시키는 이 사건과 같은 명령형태는 기본권을 과도하게 제한하는 것이 된다.

표 33 판례 : 독점규제및공정거래에관한법률 제27조 위헌소원 헌법재판소, 2002.1.31, 2001헌바43

## 5) 행정조사와 공표제도

### (1) 법률유보의 원칙

행정조사를 함에 있어서도 조직법상의 근거를 요함은 물론인데, 작용법상의 근거도 요하는지가 문제된다. 권력적 조사, 즉 강제조사의 경우에는 그 근거를 요한다고 보는데 학설상 다툼이 없었다. 비권력적 조사, 즉 임의조사의 경우에는 조사를 받을 것인지 여부가 조사대상자의 임의에 달려 있는 것이므로 법령상의 근거를 요하지 않는다고 보는 것이 다수설의 입장이었다.

행정조사기본법은 법령등에서 행정조사를 규정하고 있는 경우에 한하여 행정조사를 실시할 수 있도록 하되, 조사대상자의 자발적인 협조를 얻어 실시하는 행정조사의 경우에는 법령상의 근거가 없는 경우에도 실시할 수 있도록 하여(제5조), 다수견해를 그대로 수용하고 있다.

### (2) 기본원칙

#### 비례의 원칙 및 목적부합성의 원칙

행정조사는 조사목적 달성에 필요한 최소한의 범위 안에서 실시하여야 하며, 다른 목적 등을 위하여 조사권을 남용하여서는 아니 된다고 하여 비례의 원칙 및 목적부합성의 원칙을 명문화하였다(제4조 제1항).

행정조사를 함에 있어서도 비례의 원칙상 조사목적 달성을 위하여 적절한 것으로서 합리적이고 필요한 최소한도에 그쳐야 함은 당연하다. 동법률은 비례의 원칙을 조사의 범위에 국한하여 규정하고 있으나, 비례의 원칙은 조사방법의 선택, 조사의 인적 범위, 조사의 물적 범위, 조사의 기간, 조사의 강도 등에 대하여도 적용된다고 보아야 할 것이다.

행정조사는 조사권한을 수권한 법령상의 목적의 범위 내에서만 허용되는 것이며, 그 이외의 다른 목적으로 행사되어서는 안 된다. 동법률에서 조사목적 이외의 다른 목적으로 남용되어서는 안 된다는 것은 이를 의미한다. 특정 언론사에 대한 세무조사, 특정기업에 대한 세무조사와 같이 목적의 정당성과 관련하여 그동안 크게 논란이 많았던 것은 세무조사영역이었다. 여하튼 행정조사는 특정기업이나 단체를 정치적으로 탄압할 목적이나 형사소추의 목적으로 이용되는 것은 허용될 수 없다 할 것이고, 동법률은 이를 명시적으로 규정한 것이라고 하겠다.

우리 판례 중에도 “구 국군보안사령부가 군과 관련된 첩보 수집, 특정한 군사법원 관할 범죄의 수사 등 법령에 규정된 직무범위를 벗어나 민간인들을 대상으로 평소의 동향을 감시. 파악할 목적으로 지속적으로 개인의 집회. 결사에 관한 활동이나 사생활에 관한 정보를 미행, 망원 활용, 탐문채집 등의 방법으로 비밀리에 수집. 관리한 경우, 이는 헌법에 의하여 보장된 기본권을 침해한 것으로서 불법행위를 구성한다”고 판시한 바가 있다.<sup>173)</sup>

#### **조사대상자 선정의 목적적합성 및 선정기준의 객관성**

동법률은 행정기관은 조사목적에 적합하도록 조사대상자를 선정하여 행정조사를 실시할 것을 기본원칙으로 규정하고(제4조 제2항), 이를 제8조에서 구체화하고 있다. 즉 행정기관의 장은 행정조사의 목적, 법령준수의 실적, 자율적인 준수를 위한 노력, 규모와 업종 등을 고려하여 명백하고 객관적인 기준에 따라 행정조사의 대상을 선정하도록 의무화하고 있다(제8조 제1항). 행정조사에 있어서 조사대상 선정기준이 자주 문제가 되는 바, 행정기관에 의한 자의적 선정을 방지하기 위한 것이다. 또한 조사대상자의 선정에 있어서는 평등원칙의 준수가 강조되지 않을 수 없는데, 이러한 취지도 반영된 것이라고 할 수 있다.

#### **공동조사의 원칙 및 중복조사의 금지**

행정조사기본법은 행정기관은 유사하거나 동일한 사안에 대하여는 공동조사 등을 실시함으로써 행정조사가 중복되지 아니하도록 하여야 한다고 하여 공동조사의 원칙 및 중복조사의 금지를 명문화하고 있다(제4조 제3항).

173) 대판 1998.7.24, 96다42789. 1998년에 발생하였던 경찰기관에 의한 민간인 사찰에 대한 법적 문제에 대한 검토로는 신보성, 행정조사와 개인정보의 보호 - 특히 경찰에 의한 정보수집과 관련하여 -, 중앙법학 창간호, 1999, 139-156면 참조.

이는 앞에서 본 바와 같이 동일하거나 유사한 사안에 대하여도 각 행정기관 별로 행정조사가 별개로 실시됨으로써 조사대상자의 부담이 가중되고 있다는 지적에 따라 공동조사를 활성화하고 중복조사를 규제함으로써 조사대상자의 부담을 경감시키기 위한 것이다.

공동조사에 대하여는 제3장의 조사방법에서 이를 구체화하고 있다. 동일한 행정기관 내의 2 이상의 부서가 동일하거나 유사한 업무분야에 대하여 동일한 조사대상자에게 행정조사를 실시하는 경우와 서로 다른 행정기관이 대통령령으로 정하는 분야에 대하여 동일한 조사대상자에게 행정조사를 실시하는 경우에는 공동조사를 하도록 하였다(제14조 제1항). 동법률은 이와 같은 행정기관 스스로에 의한 공동조사뿐만 아니라 조사대상자의 공동조사 신청권과 국무조정실장의 공동조사 요청권도 아울러 규정하고 있다.

즉 위의 사항에 대하여 행정조사의 사전통지를 받은 조사대상자는 관계 행정기관의 장에게 공동조사를 실시하여 줄 것을 신청할 수 있도록 하였으며, 공동조사를 요청받은 행정기관의 장은 이에 응하도록 하였다(동조 제2항 및 제3항). 또한 국무조정실장은 행정기관의 장이 제출한 행정조사운영계획의 내용을 검토한 후 관계 부처의 장에게 공동조사의 실시를 요청할 수 있다(동조 제4항).

한편 중복조사의 금지에 대하여는 제15조에서 이를 구체화하고 있다. 행정조사를 실시한 행정기관의 장은 동일한 사안에 대하여 동일한 조사대상자를 재조사할 수 없도록 하되, 다만, 당해 행정기관이 이미 조사를 받은 조사대상자에 대하여 위법행위가 의심되는 새로운 증거를 확보한 경우에는 재조사를 할 수 있도록 하였다(제15조 제1항). 또한 다른 행정기관과의 중복조사가 행해지는 것을 방지하기 위하여 행정기관의 장은 행정조사를 실시하기 전에 다른 행정기관에서 동일한 조사대상자에게 동일하거나 유사한 사안에 대하여 행정조사를 실시하였는지 여부를 확인할 수 있도록 하였다(동조 제2항).

#### **예방위주의 조사 원칙**

행정조사기본법은 기본원칙의 하나로서 행정조사는 법령 등의 위반에 대한 처벌보다는 법령등을 준수하도록 유도하는 데 중점을 두어야 한다는 규정을 두고 있다(제4조 제4항). 이 규정은 다분히 선언적인 성격을 갖는 것으로서 실제적 한계로서의 의의는 매우 적다고 할 수 있다. 그러나 종래 행정조사가 제

재 위주로 운영되었다는 지적에 따라 행정조사가 제재보다는 사전 예방적 차원에서 행해지도록 함으로써 조사대상자가 법령 등을 준수하도록 유도하고, 조사결과를 제도개선과 법령정비 등에 활용하는데 주안을 두도록 하기 위한 규정으로 이해할 수 있다.

### **조사결과 이용제한 등**

행정조사기본법은 조사대상자의 보호를 위하여 조사결과 이용제한 등을 기본원칙으로 정하고 있다. 즉 다른 법률에 따르지 아니하고는 행정조사의 대상자 또는 행정조사의 내용을 공표하거나 직무상 알게 된 비밀을 누설하지 못하도록 하였다(제4조 제5항). 또한 행정기관은 행정조사를 통하여 알게 된 정보를 다른 법률에 따라 내부에서 이용하거나 다른 기관에 제공하는 경우를 제외하고는 원래의 조사목적 이외의 용도로 이용하거나 타인에게 제공하지 못하도록 하였다(동조 제6항).

### **(3) 정기조사의 원칙**

행정조사기본법은 정기조사의 실시를 원칙으로 하고 수사조사는 일정한 경우에 한하여 예외적으로 실시하는 것으로 규정하고 있다. 이는 조사대상자의 예측가능성을 보장하고 조사로 인한 부담을 줄여주기 위한 것이다.

행정조사는 법령등 또는 행정조사운영계획으로 정하는 바에 따라 정기적으로 실시하는 것을 원칙으로 하였다. 다만, 법률에서 수사조사를 규정하고 있는 경우, 법령등의 위반에 대하여 혐의가 있는 경우, 다른 행정기관으로부터 법령등의 위반에 관한 혐의를 통보 또는 이첩받은 경우, 법령 등의 위반에 대한 신고를 받거나 민원이 접수된 경우, 그 밖에 행정조사의 필요성이 인정되는 사항으로서 대통령령으로 정하는 경우에는 예외적으로 수사조사를 할 수 있도록 하였다(제7조).

따라서 행정조사는 법령 등에서 정기조사를 하도록 규정되어 있는 경우 이외에는 행정조사운영계획에서 정하는 바에 따라 정기조사를 하는 것이 원칙이다. 연도별 행정조사운영계획에 대하여는 제6조에 규정을 두고 있다. 즉 행정기관의 장은 매년 12월말까지 다음 연도의 행정조사운영계획을 수립하여 국무조정실장에게 제출하여야 한다. 다만, 이를 제출하여야 하는 행정기관의 구체적인 범위는 대통령령으로 정하도록 하였다(동조 제1항) 행정기관의 장이 행

정조사운영계획을 수립하는 때에는 제4조상의 행정조사의 기본원칙을 준수하여야 하고, 여기에는 조사의 종류, 조사방법, 공동조사 실시계획, 중복조사 방지계획, 그 밖에 대통령령으로 정하는 사항이 포함되도록 하고 있다(제2항 및 제3항). 그리고 국무조정실장은 행정기관의 장이 제출한 행정조사운영계획을 검토한 후 그에 대한 보완을 요청할 수 있으며, 이 경우 행정기관의 장은 특별한 사정이 없는 한 이에 응하도록 하였다(제4항).

#### (4) 시간적 한계

현장조사의 경우에는 시간적 한계에 관한 규정을 두고 있다. 즉 현장조사는 원칙적으로 해가 뜨기 전이나 해가 진 뒤에는 할 수 없도록 하되, 다만, 조사대상자(대리인 및 관리책임이 있는 자를 포함)가 동의한 경우, 사무실 또는 사업장 등의 업무시간에 행정조사를 실시하는 경우, 해가 뜬 후부터 해가 지기 전까지 행정조사를 실시하는 경우에는 조사목적의 달성이 불가능하거나 증거인멸로 인하여 조사대상자의 법령등의 위반 여부를 확인할 수 없는 경우에는 해가 뜨기 전이나 해가 진 뒤에도 조사를 할 수 있도록 하였다.

종래 행정조사 관련법령에 조사의 시간적 한계를 두고 있었던 법률이 없었던 것은 아니나, 대부분의 법령에 이에 관한 규정이 없다는 것을 감안하여 이를 일반적으로 요구함으로써 조사대상자의 사생활의 평온성 및 영업의 자유를 보호하기 위한 것이다.

### 6) 방송법상의 쟁점

#### (1) 제재성격의 사과방송처분의 명확성 요건

- : 제100조는 "제35조에 따른 시청자불만처리의 결과에 따라 제재를 할 필요가 있다고 인정되는 경우에" 5천만원 이하의 과징금을 부과하거나 시청자에 대한 사과, 해당 프로그램 또는 해당 방송광고의 정정, 수정 또는 중지, 주의 또는 경고 등의 제재조치를 명할 수 있다고 규정하고 있다.
- : 제35조는 시청자불만처리위원회에 대해 규정하고 있으나, 벌금형의 구성요건으로서 충분히 구체적인가에 대한 검토가 필요하다.

## (2) 사과방송 불이행시의 과징금 및 벌금의 중복문제

- "국민부담 완화를 위한 과태료, 과징금 합리화 방안"(법제처, 법무부, 국가경쟁력강화위원회, 2009.8.26)에서 벌칙의 형이 벌금만 규정된 경우에 과징금만으로도 실효성 확보가 충분하다면 원칙적으로 폐지되어야 하는 조항으로 분류됨
- 제100조 제1항에 따른 제재조치 명령(시청자사과, 주의조치, 경고 등) 불이행시에 제18조에 의하여 허가 취소나 정지가 명해질 수 있으며 제19조에 의하여 업무정지에 갈음하는 최대 1억원의 과징금이 부과되고, 제108조는 제100조 제1항의 제재조치 명령을 이행하지 않는 경우에 3천만원 이하의 벌금형부과를 규정하고 있어서, 과징금과 벌금이 중복부과되며, 과징금만으로도 실효성이 확보될 수 있다고 볼 수 있다

## (3) 자발적 공표제도의 도입

방송사업자가 예컨대 현재의 과태료 부과요건인 사항을 자율적으로 감시, 기록하고 그 기록물과 자료를 보관하게 하는 방안의 도입이 필요하다. 미국의 경우, FCC의 Public Inspection File 제도가 이에 해당한다. 방송사업자는 방송일지, 시청자불만처리 내역, 기타 법에서 요구하는 사항등을 기록, 보관하고, 일반 시청자 또는 규제기관이 요청시에 제출, 또는 재허가 심사신청시에 제출하는 제도다.

## (4) 행정조사 결과의 공표

방송자유가 주관적 성격 및 객관적 가치질서로서의 성격을 갖는다는 것은 그 권리의 내용과 그를 제한하는 규범 내용의 기초를 이루는 가치관이 변할 수 있다는 것을 함축하고 있다. 그런 점에서 규범의 구성요건이 수립되고 방송자유를 둘러싼 사실관계가 구성요건을 충족하면 금전형 행정제재가 시행되는 제재방식에는 한계가 있다는 점이 본 연구의 제3장과 제4장에서 검토되었다. 그러한 측면에서 공표를 통한 제재의 효과로서 기대될 수 있는 것은 시청자의 의견이 여론 형성의 과정을 통해서 가치질서수립에 반영되도록 한다는

점이다. 즉 객관적 가치질서는 행정당국과 방송사만의 참여로 이루어지는 것은 아니며, 시청자가 참여하는 것이 당연히 요구되는 것이고, 그러한 차원에서 행정조사결과를 공표하는 것이 필요하다.

이러한 측면에서 **방송사의 시청자 위원회의 운영 등에 관한 정보의 공표 제도가 적절한 제재방식**으로 판단된다.

### 3. 재허가 및 퇴출

최근의 방송법의 개정과 함께 방송산업에 대한 진입규제의 완화를 위한 제도적 개선의 노력이 이루어지고 있다. 여기서 간과되어서는 안될 것은 진입규제의 완화는 필수적으로 방송사의 퇴출제도의 정비를 요구한다는 점이다. 이에 본 절에서는 일반 시장에서의 퇴출제도에 대해서 살펴 보고, 아울러 방송사의 퇴출제도에 대한 쟁점 등을 살펴 보고자 한다.

#### 1) 기업퇴출제도의 의의

경제학적인 관점에서 퇴출은 기업은 해체와 이에 따른 자원의 재분배를 의미한다. 법학적인 관점에서는 채무를 변제할 수 없는 기업(현금흐름표 기준)이나 채무가 자산을 초과하는 기업(대차대조표 기준)이 채무변제를 위하여 행하는 집단적인 채권추심절차에 의해 법인격을 소멸하게 되는 것을 의미한다. 이러한 의미의 퇴출절차로는 민법, 민사소송법상의 강제집행, 파산, 화의, 회사정리의 도산절차가 있다.

##### (1) 일반적 의의 : 자유시장 경쟁에서의 퇴출

기업퇴출은 건강한 자유시장 경제체제에서는 일상적 현상이며, 시장에 새로운 기업들이 진입하는 것만큼 중요한 과제이다. 치열한 경쟁관계에 있는 기업들은 경쟁사들에 비해 생산자원을 효율적으로 사용하지 못할 경우 어려움을 겪게 되며 시장은 이러한 기업들을 퇴출시킴으로써 전체적인 자원배분의 효율성을 달성한다.

슈페터는 창조적 파괴(creative destruction)로 자본주의 경제발전과정에서의 기업퇴출과 경영혁신의 중요성을 강조한 바 있다. 그러나 부실한 기업이라고 모두 즉시 청산되어야 하는 것은 아니다. 채권자의 입장에서 회사의 자산을



지금 당장 정리하는 것보다 회사를 계속 운영해나감으로써 더 많은 금액을 회수할 수 있다면 회사를 운영해보려고 할 것이고, 사회 전체적으로 기업의 퇴출로 인한 실업 및 퇴출기업 기존자산의 無用化등으로 인한 비용이 퇴출에 따른 효익보다 클 경우 제도적으로 기업갱생이 지원될 것이다. 그리고, 청산이 바람직한 경우라 하더라도 관계자의 이해가 적절히 조정되어 추진되지 않을 경우 기업의 잔존가치를 감소시킬 가능성이 크므로 법률로써 절차진행을 규정하여 효율성과 형평성을 확보하는 것이 바람직하다.

이러한 맥락에서 세계 각국은 기업퇴출에 따른 사회 경제적인 비용을 최소화하려는 시도로서, 파산에 직면한 기업의 재건을 지원하거나 신속한 퇴출을 지원하는 별도의 법률 제도를 갖추고 있다. 또한 경제시스템 내에서도 자생적인 부실기업시장이 형성되어 있으며, 채권자인 금융기관과 채무자인 기업간에 부실문제를 둘러싼 상호이해를 자율적으로 조정하는 일반화된 사적 구조조정 절차가 존재하는 경우가 대부분이다.

법적 퇴출제도는 법원의 주도하에 회사의 재건을 목적으로 하는 회사정리제도, 채무자의 주도로 기업을 회생시키는 화의제도, 자산을 매각하고 기업은 사라지는 파산제도, 자체적으로 자산을 정리하는 상법상의 청산제도 등 4가지 법제도가 중심이 된다.

시장 퇴출제도로서는 부실기업을 회생시키는 워크아웃제도, 부도를 일시적으로 유예하고 대책을 모색하는 부도유예협약 등 채권자인 금융기관간의 주도로 이루어지는 사적 정리제도와 부실기업시장에서 전문회사를 통해 진행되는 M&A 등이 있다. 법적 퇴출제도가 법원을 중심으로 재판형식으로 추진되어 항상 신청 소명 심리 결정의 과정을 거치는데 반하여, 시장 퇴출제도는 채권자 채무자, M&A 전문회사 등 관계당사자를 중심으로 전개되며 관계당사자들의 협상과 계약에 의하여 진행되는 퇴출절차이다.

## (2) 법적 퇴출제도의 개요

우리나라에는 법적 기업퇴출제도로서 파산, 청산, 화의, 회사정리의 네가지 절차가 있다. 파산과 청산은 회사가 사라지게 되는 청산형 도산절차이며, 화의 및 회사정리는 회사갱생을 목적으로 하는 재건형 도산절차이다. 이러한 법적 절차들은 입법적 연혁에 따라 파산은 파산법, 회사의 청산은 상법, 화의는 화

의법, 그리고 회사 정리는 회사정리법에 의해 규율되고 있다.

파산은 채무자가 빚을 모두 갚을 수 없을 경우에 법원이 채무자의 재산가치를 현재의 시가로 계산하여 파산법에 정해진 기준에 따라 채권자에게 공평하게 재산을 배당하는 제도이며, 청산은 상법에 따라 해산한 회사의 법률관계를 정리하고 남은 재산을 공평하게 분배하는 제도이다. 파산과 청산은 회사의 전 재산을 처분하여 분배하고 회사를 해체한다는 점에서는 다를 게 없으나, 파산은 채무초과, 지급불능, 지급정지 등 경제적 원인에 한정되지만, 청산은 주주의 자발적인 해산의사, 회사의 위법행위로 인한 휴업지속, 재산의 부당관리에 따른 해산에도 적용된다.

한편, 회사가 파산 또는 청산을 통해 해체될 경우 주주와 채권자가 피해를 보는 것은 물론 경제적인 파장이 크기 때문에 이를 방지하기 위하여 현재 대부분의 국가에서는 부실기업의 갱생을 목적으로 하는 도산절차(우리의 경우 회사정리나 화의제도)를 따로 마련해 놓고 있다.

회사정리는 재정적 궁핍으로 도산에 직면했으나 갱생가능성이 있는 주식회사에 대하여 법원이 채권자와 주주 등 이해관계인의 이해를 조정하고 회사를 정리 재건하기 위한 제도이다. 화의는 파산에 직면한 기업이 일시적인 어려움만 넘기면 정상화가 가능하다고 판단되는 경우에 채권자와의 합의를 통해 채권의 전부 또는 일부를 유예시켜 줌으로써 파산을 모면하도록 하여 기업을 회생시키는 제도이다. 두 제도는 기업을 재건을 도모한다는 입법취지에서는 동일하나, 신청권자의 특성, 주주에 대한 처리 등 실질적 운영내용에서는 몇몇 차이를 갖고 있다.

우리나라의 법적 퇴출제도는 재건형 도산절차가 청산형 도산절차에 우선하며, 재건형 도산절차 중에서도 회사정리절차에 의한 재건을 가장 중요시하고 있다. 이는, 파산을 중심으로 하는 청산형 도산절차는 도산기업의 재산관계를 청산하여 손채권자에게 기업의 재산을 공평하게 분배하는 것을 목적으로 하는데 비해, 재건형 도산절차는 채무를 정리함과 동시에 도산기업을 유지하여 재건할 것을 목적으로 하기 때문에 도산기업의 종업원, 하청업자, 채권자 등의 이해관계인에게 주는 충격이 작고 사회적으로도 회사의 자산을 해체하지 않는다는 점에서 볼 때 장점을 갖기 때문이다.

이에 따라 법은 파산절차로부터 강제화의절차로의 이행, 파산절차로부터 화

의절차로의 이행 또는 회사정리절차로의 이행 등, 일단 청산형 도산절차가 개시되더라도 그 후의 상황전개에 따라 기업의 재건이 아직 가능할 경우에는 재건형 도산절차로의 이행이 가능하다. 다만, 1999년에 도입된 필요적 파산선고 제도에 의해 재건형 도산절차가 실패하거나 법원에 의해 불인가된 경우에는 자동적으로 파산절차로 진행하게 된다.

## 2) 규제산업에서의 퇴출제도

규제산업이라고 일반적으로 불리는 금융산업, 통신사업, 전력산업, 가스산업, 수도산업 등의 퇴출에는 다른 산업분야에서 찾아 볼 수 없는 몇 가지 특징이 있다. 첫째 **국가관련성**이다. 규제산업은 대부분 제공되는 재화나 서비스를 민간이 공급하게 된 산업이다. 그 결과 규제산업의 이용자들은 민영화된 후에도 공급자가 정부와 유사한 공적의무가 있다고 보고 그러한 배려를 기대하기도 한다. 또 대부분의 규제산업은 국가가 사업면허를 발급한다. 감독기관으로서 기업의 활동에 대한 감독권을 행사하게 되므로 규제산업에 대해서 국가가 시장논리와는 무관하게 관여할 가능성이 높다. 또 그러한 기대를 한사람들도 많다. 그런 측면에서 규제산업이 퇴출되는 것을 염두에 두고 정책을 수립하기가 쉽지 않다.

둘째 **다수의 이용자가 있고 이용되는 서비스가 계속되어야 하는 점**이다. 재화나 서비스의 공급이 중단되는 경우 심각한 사회 경제적 문제가 발생할 가능성이 높기 때문에 규제산업이 제공하는 재화나 서비스는 사회 경제적 토대의 일부를 이룬다. 그래서 기업은 퇴출되더라도 해당 재화나 서비스는 계속 공급되어야 하는 경우가 많다.

셋째 **설비가 사장될 가능성이 있는 점**이다. 규제산업은 대부분 거래액이 크고 대규모 장치를 수반하는 장치산업인 경우가 많다. 그 결과 규제산업이 퇴출되는 경우 그 설비나 시설이 사장될 가능성이 높기 때문에 막대한 사회적 비용의 발생을 감수해야 한다. 그래서 퇴출비용을 줄이는 문제가 특별한 의미를 갖는다.

### (1) 금융기관의 퇴출

금융기관(여기서는 ‘은행’을 금융기관과 동의어로 사용한다)은 시장 진입에서

퇴출에 이르기까지 광범위하게 정부의 규제를 받는다. 정부 규제의 원인에 대해서는 여러 가지 설명이 있지만 금융산업의 경우 시장의 실패가 쉽게 발생할 수 있다는 점이 자주 지적되는 원인이다. 금융산업에서 시장의 실패가 있기 쉬운 이유는 두가지를 들 수 있다.

하나는 정보의 비대칭성(asymmetric information)이다. 금융계약의 일방 당사자는 타방 당사자에 비해서 부정확한 정보를 갖고 있다. 이는 예금자와 은행 또는 은행과 채무자의 관계를 보면 쉽게 알 수 있다. 이러한 상황에서 많은 정보를 가진 당사자가 역선택(adverse selection)을 하거나 도덕적 해이(moral hazard)에 빠질 위험이 상존하다.

다른 하나는 유동성 부족으로 인한 불안정성이다. 은행은 유동성이 높은 혹은 단기 부채로 자금을 조달하여 장기성 혹은 유동성이 낮은 대출을 하기 때문에 예대한 만기 불일치로 인해 상시 유동성이 부족할 위험을 안고 있다. 따라서 건전한 은행도 일시에 예금채권이 행사되면 도산의 위험을 겪게 된다. 더욱이 한 금융기관의 지급불능은 연쇄적으로 타 금융기관의 지급불능을 가져올 수 있다. 이를 뱅크 런이라고 한다.

금융기관에 대한 규제는 크게 세가지 대계로 나누어 볼 수 있다. 첫째 진입 단계에서의 규제이고, 둘째 운영단계에서의 규제, 셋째 퇴출단계에서의 규제이다. 이를 차례로 살펴보면 다음과 같다.

### 진입규제

진입단계에서의 규제는 곧 진입장벽을 의미한다. 진입장벽은 예금자보호와 지급결제제도의 안정성 확보라는 목적에서 정부가 설치한 것이다. 은행진입규제의 근거가 되는 것은 은행법 제8조 제1항이다. 즉“은행업을 영위하고자 하는 자는 금융감독위원회의 추천에 의하여 재경부장관의 인가를 받아야 한다”고 규정하고 있다. 재경부장관의 인가가 기속재량행위인지 자유재량행위인지 판단하기 쉽지 않다.6) 제8조 제2항이 인가기준으로 “사업계획의 타당성, 자본금 및 주주구성과 주식인수자금의 적정성, 성실성 및 공익성을 확인하여야 한다.”고 정하고 있는데 외국의 인가기준에 비하여 단순하나 과연 이기준이 무엇을 의미하는지 이 기준이 충족되면 곧바로 인가를 받을 수 있는지에 대해서는 의문이 있다.

진입제한 방식은 크게 두 가지이다. 하나는 설립인가에 의한 진입제한이다.

우리 나라에서 은행을 설립하고자 하는 자는 금융감독위원회의 추천 기준은 은행감독규정 제4조에 명시되어 있다. 그런데 그내용이 구체적이지 못하고 허가 거부시 그 이유를 구체적으로 통보하도록 하는 강제규정이 없다.

다른 하나는 최저자본금제도이다. 은행법 제9조는 은행을 설립하고자 하는 자는 설립시 최저자본금을 시중은행은 1천억원, 지방은행은 250억원 이상을 보유하도록 하고 있다. 이는 상법상 주식회사의 최저자본금이 5천만원, 증권회사의 자본금이 영업범위에 따라 500억원, 300억원, 10억원인 것과 비교해 보면 상당히 높은 액수이다.

### 운영단계

금융기관의 운영 단계에서의 규제를 일반적으로 금융감독 또는 건전성 규제라고 부른다. 금융감독이 있는 이유는 우선 앞서 설명한 금융산업의 특수성에서 찾을 수 있다. 그 외에도 금융감독이 필요한 이유로 드는 것에는 예금자의 예금은 은행의 부채이자 통화의 일부이므로 정부는 통화관리의 차원에서 규제할 필요가 있다. 또 금융 자체가 지니는 소득창출 효과가 있다. 그래서 금융기관의 소유가 대출이 특정집단에 집중되면 경제적 불평등을 초래할 수 있다.

금융감독의 근거가 되는 법률로는 은행법과 한국은행법이 주축을 이루지만 한국산업은행법과 같은 정부투자금융기관 관계 법률이나 신용카드업법이나 외국환 관리법과 같은 각종 금융관계 법률에도 금융규제에 관한 규정이 산재되어 있다. 금융감독 중에서 가장 중요한 의미를 갖는 역시 지불능력과 유동성 유지를 위한 건전경영규제라 하겠다.

금융산업의 구조개선에 관한 법률에 따라 금융감독위원회는 제10조 (적기시정조치)에 의해서 금융기관의 자기자본비율이 일정수준에 미달하는 등 재무상태가 제2항의 규정에 의한 기준에 미달하거나 거액의 금융사고 또는 부실채권의 발생으로 인하여 금융기관의 재무상태가 기준에 미달하게 될 것이 명백하다고 판단되는 때에는 금융기관의 부실화를 예방하고 건전한 경영을 유도하기 위하여 당해 금융기관 또는 그 임원에 대하여 권고·요구 또는 명령하거나 그 이행계획을 제출할 것을 명하여야 한다.

금융위원회는 금융기관이 위의 명령을 위반하거나 이행하지 아니하는 경우에는 금융감독원장의 건의에 따라 당해 금융기관 임원의 업무집행정지를 명하

고 그 임원의 업무를 대행할 관리인을 선임하거나 주주총회에 대하여 그 임원의 해임을 권고할 수 있다.

### 퇴출단계에서의 규제

일반 기업의 경우 퇴출시에는 퇴출방식에 따라 상법, 민사소송법, 회사정리법, 화의법, 파산법 등의 적용을 받게 되는데 금융기관에는 금융산업구조개선예관한법률이 우선 적용된다. 이는 이 법이 다른 법에 우선 적용됨이 명시되어 있을 뿐만 아니라 금융감독위원회가 이법에 따라 다른 도산관련법이 적용되기 전에 적절한 조치를 취하게 되기 때문이다. 이 법에 따라 금융감독위원회는 부실 금융기관을 선정하고 퇴출절차를 밟게 할 수 있고 금융기관의 합병이나 전환시에도 개입할 수 있다. 퇴출단계에서의 규제 과정과 내용을 순서에 따라 살펴본다.

부실금융기관은 법 제2조 3호에 정의되어 있는데 이를 정리하면 다음과 같다. ① 부채가 자산을 초과하는 금융기관, ② 예금 등 채권의 지급 또는 다른 금융기관으로부터의 차입금의 상환이 정지되어있는 금융기관, ③ 외부로부터 별도의 차입이 없이는 예금 등 채권의 지급이나 차입금의 상환이 어려운 금융기관, 부실금융 기관인지의 판단은 예금자보호법 제8조의 규정에 의한 운영위원회가 결정한다.

부실금융기관에 대해 금융감독위원회가 행하는 첫 번째 조치는 적기시정조치이다. 금융감독위원회는 금융기관의 자기자본비율이 일정수준에 미달하는 등 재무상태가 금융감독위원회가 정한 기준에 미달할 때에는 금융기관의 부실화를 예방하고 건전한 경영을 유도하기 위하여 당해 금융기관에 대하여 적기시정정치를 명한다.(법 제10조).

적기시정조치란 다음의 사항을 말한다.

- ① 금융기관 및 임·직원에 대한 주의·경고·견책 또는 감봉
- ② 자본증가 또는 자본감소, 보유자산의 처분 또는 점포·조직의 축소
- ③ 채무불이행 또는 가격변동 등의 위험이 높은 자산의 취득금지 또는 비정상 적으로 높은 금리에 의한 수신제한
- ④ 임원의 직무정지 또는 임원의 직무를 대행하는 관리인의 선임
- ⑤ 주식의 소각 또는 병합

⑥ 영업의 전부 또는 일부 정지

⑦ 합병 또는 제3자에 의한. 해당 금융기관의 인수

⑧ 영업의 양도 또는 예금·대출 등 금융거래에 관련된 계약의 이전

⑨ 기타 금융기관의 재무건전성을 높이기 위하여 필요하다고 인정되는 조치

적기시정조치의 내용을 보면 기업의 일반 기업의 퇴출과정에서 사용되는 각종구조조정수단이 망라되어 있을 뿐만 아니라 ‘계약의 이전’이라는 특별한 수단도 규정되어있다. 계약이전의 결정이 있는 경우 그 결정내용의 포함된 계약에 의한 부실금융기관의 권리와 의무는 그 결정이 있을 때에 계약이전을 받는 금융기관(인수금융기관)이 이를 승계한다. 다만, 계약이전의 대상이 되는 계약에 의한 채권을 피담보채권으로 하는 저당권이 있는 경우 그 저당권은 제2항의 규정에 의한 공고가 있을 때에 인수금융기관이 이를 취득한다.

계약이전과 관련된 채권자·채무자·물상보증인 기타 이해관계인(이하 “이해관계인”이라한다.)과 당해 부실금융기관사이의 법률관계는 인수금융기관이 동일한 내용으로 이를 승계한다. 금융감독위원회는 계약이전의 결정을 한 때에는 부실금융기관의 관리인을 선임한다.

금융감독위원회가 금융기관에 대하여 합병·영업의 양도 또는 계약이전을 명하는 경우에는 다른 금융기관을 지정하여 명령의 대상이 되는 금융기관과의 합병, 영업의 양수 또는 계약 이전을 권고할 수 있다. 이때 예금보험공사는 합병, 영업의 양수 또는 계약이전을 권고받은 금융기관에 대하여 그 이행을 전제로 자금지원의 금액과 조건 등을 미리 제시할 수 있다.

금융감독위원회는 부실금융기관이 계속된 예금인출 등으로 영업을 지속하기가 어렵다고 인정되는 경우에는 정부 또는 예금보험공사에 대하여 당해 부실금융기관에 대한 출자를 요청할 수 있다. 금융감독위원회는 정부의 출자시 부실금융기관의 특정주주가 소유한 주식의 일부 또는 전부를 유상 또는 무상으로 소각하거나 특정주주가 소유한 주식을 일정비율로 병합하여 자본금을 감소하도록 명령할 수 있다. 자본 출자와 주식 소각 과정에서 상법이나 증권거래법에 대한 여러 가지 특례가 인정된다.(제12조)

## (2) 통신산업에서의 퇴출 쟁점

통신산업에서는 퇴출의 원인은 두가지 관점에서 생각할 수 있다. 하나는 채

권자와의 관계이다. 채무변제를 제대로 하지 못하여 은행 등 채권자가 회사에 대하여 강제적인 채권 추심을 할 수 있는 상태이다. 다른 하나는 이용자와의 관계이다. 기술적 또는 재무적 어려움에 처한 통신사업자가 약정된 서비스를 제대로 제공하지 못하는 상태이다. 일반 기업의 경우와는 달리 통신산업에서는 이런 경우도 퇴출의 대상으로 보아야 한다.

그러한 이유에서 정보통신산업에 있는 기업의 경우에는 탈퇴에 대한 최소 규제가 타당하다는 명제가 조심스럽게 재고되어야 한다. 그 이유는 크게 보아 다음 두 가지로 설명할 수 있다.

첫째, 정보통신산업이 생산 공급하는 대부분의 재화나 서비스는 一過性소비의 대상이 아니기 때문에 소비자의 입장에서 볼 때 최초의 선택은 그 이후의 선택에 강한 영향을 주게 된다. 예를 들면 어떤 정보통신 Network에 가입하거나 소프트웨어를 처음 선택하면 계속해서 후기의 선택에 영향을 준다. 이러한 소비자의 특성은 시장이 완전경쟁 상태로 도달하는 것을 저해하기 때문에 시장실패(Market failure)의 한 원인이 될 수 있으며, 이것을 방지하기 위한 정부의 시장진입규제가 정당화된다.

둘째, 정보통신산업은 산업의 특성상 다른 산업에 비해서 정부의 규제를 심하게 받기 마련이다. 정보통신산업은 다양한 이유에 의해서 시장실패의 가능성이 많아 정부의 규제가 정당화되고 있다. 그 중에서도 진입규제가 가장 중요한 부분의 하나이다. 진입규제가 있는 상태에서 일단 시장에 진입하게 된 기업은 정부의 시장규제에 의한 경제적 지대를 받게 된다. 그러나 이러한 지대는 기업 자체의 노력보다는 인위적으로 정부에 의해서 주어진 것이기 때문에 시장에서 탈퇴하고자 하는 기업이 이러한 지대를 자신의 자산으로 간주하여 타인에게 양도하고 그 대가를 받는 것은 경제적으로나 사회적으로 문제의 소지가 있다. 따라서 기존 경제학적 접근방법 대신 시장탈퇴의 경제학이 필요하다.

하나는 소비의 특성에 따라 일과성 재화나 서비스를 공급하는 산업과 비일과성 재화나 서비스를 공급하는 산업으로 분류한다. 다른 하나는 지대의 존재 여부에 따라 분류한다. 다음으로는 시장 탈퇴의 형태를 기준으로 분류하는데 하나는 탈퇴 후기업의 형태가 완전히 해체화나 서비와 변형되어 남나 서비이고 다른 하나는 자발적으로 탈퇴가 이루어지나 서비와 강제적으로 탈퇴가 이



루어지나 서비이다. 여기에 전혀 규제가 없나 서비, 진입에 규제가 있는 서비, 진입과 활동에 규제가 있는 서비 세가지 서비를 대입하면 모두 24가지 서비의 수를 얻게 된다.

각 경우를 분석해 보면 다음과 같은 정책적 함의를 발견할 수 있다. 첫째 **사업권을 포함하여 인위적 지대의 존재가 시장 탈퇴에서 관건이 된다.**<sup>174)</sup> 이를 해결하기 위해서는 경매제도를 통해서 인위적 지대를 사업 시작 단계에서부터 정부에 귀속시키는 방법이 있다. 둘째 **규제의 범위를 명확히 하는 일**이다. 정부의 진입규제가 진입단계에서의 규제만을 의미하는지, 경영단계에서의 규제도 의미하는지, 아니면 나아가 퇴출단계에서의 규제도 의미하는지 분명히 할 필요가 있다. 셋째는 **다양한 퇴출의 형태를 단계별로 접근하여 정책적으로 유연한 퇴출을 유도**해야 한다.

통신산업에서 퇴출의 단계(유형)는 다음과 같은 세가지로 나눌 수 있다. 첫째, 제1단계는 자율조정기로서 경쟁에서 열위에 놓인 통신 사업자가 이를 극복하기 위하여 자체적으로 여러 가지 노력을 하는 상태이다. 부분적인 영업양도, 자본과 기술의 제휴, 분할이나 합병 등이 그 예이다. 제2단계는 강제조정기로서 자체적인 노력으로 재무적 또는 기술적 문제가 해결되지 않아 규제기관의 개입이 필요한 단계이다. 규제기관의 알선에 따른 합병이나 분할, 강제적인 영업이전이나 인수, 강제적 주식소각이나 증자 등이 그 예이다. 제3단계는 법정절차기로서 회사정리, 화의 또는 파산절차에서 법원의 주도로 퇴출이 이루어지는 단계이다.

통신산업자의 퇴출비용으로는 통신 서비스 이용자(가입자)의 불편, 장비의 사장화, 그리고 고용인력의 유희화를 들 수 있다. 법논리적으로는 이용자나 고용인력도 채권자이므로 각 단계별로 상응하는 법적 처리방법이 요구된다. 그러나 통신산업이 전통적으로 공기업적인 성격을 띠고 있었다는 점에서 이용자나 근로자의 기대가 다른 것이 현실이다. 그러므로 정치적 부담을 줄이려고 규제기관이 직간접으로 퇴출과정에 개입할 가능성이 높다.

그러나 경제학적으로 보면 **시장 원리에 따른 퇴출은 전체적인 효율을 극대화 하므로 규제기관이 개입할 정당성이 없다.** 따라서 이용자나 근로자의 피해는 제도적인 장치로 사전에 극소화하는 것이 바람직하다. 이용자보호기금

---

174) 오수근, “통신사업자 퇴출제도 연구”, 200년3월

이나 고용보험등이 대표적인 제도적 보완장치이다.

## 2) 방송사의 퇴출

방송사에 대한 제재로서 가장 강력한 것은 퇴출이며, 허가 또는 승인의 취소 내지는 정기적인 재허가의 거부가 퇴출을 일으킨다.

행정제재로서의 퇴출은 당연히 현행법에 따른 의무를 방송사가 위반할 것을 그 발생요건으로 한다. 여기서 문제가 되는 것은 본 연구에서 살펴보는 바와 같이 방송자유의 신장을 위한 여러 법규범의 위반이 그러한 퇴출에 이를 정도로 심각한 것인가에 관해서다. 달리 말하면 퇴출시키는 것은 방송자유의 박탈에 해당하는 것인데, 누구의 자유를 어떤 사유로 인해 박탈하면 그 결과로서 어떻게 방송자유가 신장되는 것인가에 대한 의문이 발생한다.

이는 궁극적으로는 방송자유의 객관적 질서성에 관련된 특성과 결부된 문제에 해당한다. 따라서 어떠한 사유가 그 정도의 제재를 발생시키는 근거가 되는가에 대한 논의는 현행 방송법이 입법자의 형성범위내에서 제대로 성립된 것이라는 전제하에 현행 방송법에 담겨진 규범을 살펴보는 것으로 한정되는 것에 만족해야 할 것 같다.

### (1) 현행 제도 및 규정

방송사업자의 재허가에 관한 규정은 방송법 제17조에 규정되어 있다. 동법 제17조 제1항에는 사업자에 대한 허가 유효기간이 만료된 이후의 절차가 규정되어 있는데, 방송사업자(방송채널사용사업자 제외) 및 중계유선방송사업자는 허가유효기간의 만료 후 방통위의 재허가를 받아야 한다고 규정되어 있다.

재허가시 심사하여야 할 평가지표에 관한 대강은 방송법 제17조 제3항에 규정되어 있는바, 그 내용은 ① 방통위의 방송평가 ② 방통위의 시정명령의 회수와 시정명령에 대한 불이행 사례 ③ 시청자위원회의 방송프로그램 평가 ④ 지역사회발전에 이바지한 정도 ⑤ 방송발전을 위한 지원계획의 이행 여부 ⑥ 기타 허가 또는 승인 당시의 방송사업자 준수사항 이행 여부 등 6개 항목으로 구성되어 있다. 한편, 방송법 제17조 규정에 의한 재허가나 재허가 추천을 거부하는 경우 방통위는 청문을 실시해야 한다(방송법 제101조).

PP 중 일반PP를 제외한 홈쇼핑·종합·보도 등 3가지 PP(이를 흔히 '승인PP'

라고도 한다)들의 승인 유효기간은 3년이므로 승인PP들은 3년 마다 방통위의 재승인을 받아야 한다. 즉 방송법 제9조 제5항 단서의 규정에 의하여 승인을 얻은 PP가 승인유효기간 만료 후 계속 방송을 행하고자 하는 때에는 승인기간 만료 6개월 전에 재승인신청서를 방통위에 제출하여 방통위의 재승인을 얻어야 한다(방송법 제16조, 제17조 제2항).

방송통신위원회가 재승인을 하고자 하는 경우에는 원칙적으로 방송사업자에 대한 허가에 있어서와 동일한 사항과 절차에 의하되(방송법 제10조 제1항, 제17조 제2항 및 제3항), 신고사항은 다른 등록대상PP와 같다.

## (2) 재허가제도의 문제점 : 지상파 방송사의 주장

다음은 방송사업자 재허가제도에 대한 한국방송협회의 연구보고서에서 지적된 방송사 재허가 제도 및 평가제도의 문제점이다/

- 방송법상 허가취소와 업무정지, 행정 벌 및 형사처벌 등의 제반 수단을 통해 방송의 공적 기능을 확보할 수 있음에도 불구하고 단기간 내에 재허가를 받도록 하는 것은 공익실현의 목적에 비해 헌법상 보장된 사업자의 기본권을 과도하게 제한하는 것임이다.
- 방송법이 방송의 공적 기능을 보장할 수 있는 각종 규제 장치(1인 지분 제한이나 상호 겸영 금지, 방송위원회의 감독 권한, 편성의 자유와 독립 보장, 시청자 권익 보호 의무 등)를 마련한 뒤, 이를 위반할 경우 허가취소 등 제재를 가할 수 있음에도 불구하고 평가기준이 불명확한 재허가 추천 심사항목을 근거로 단기간에 지상파방송 사업의 존폐를 결정하도록 하는 것은 매우 비합리적이라 판단됨.
- 허가취소에 해당하는 위법행위를 하지 않은 사업자에 대해 모호한 심사기준에 의거한 점수평가를 근거로 재허가 추천 여부를 결정하는 것은 행정기관의 재량권을 이탈한 과잉규제로 방송의 독립성을 위협하는 요인임.
- 방송평가제의 가장 큰 문제점은 의회유보의 원칙에 위반되어 위헌의 성격을 가지고 있다는 것임. 즉, 이 제도는 근본적으로 방송의 자유라는 기본권을 법률이 아니라 방송위원회의 규칙에 의해 박탈할 수 있다는 측면에서 의회유보의 원칙에 위반됨.

- 방송법 조항의 잘못된 해석과 확대 해석에 기초한 규칙이다. 방송평가제는 단순히 프로그램의 내용뿐만 아니라 프로그램의 편성, 그리고 실제적인 프로그램의 운영(편성운영)까지를 평가 대상에 포함함으로써 평가를 실질화하자는 취지에서 도입된 것이라고 할 수 있음. 그러나 「방송평가에 관한 규칙」은 운영의 의미를 방송프로그램의 운영, 즉 편성 운영의 의미로 해석하지 않고, 방송사 운영, 곧 경영의 의미로 과도하게 해석하며 그 바탕 위에서 평가 항목을 규정하고 있음.
- 경영평가의 문제점 : 경영평가는 한편으로는 규제기관이 방송사의 이사회 기능까지 수행하겠다는 의미를 내포할 뿐만 아니라 ‘공익성 논리’를 적용해야 할 규제기관이 도리어 ‘효율성의 논리’로 방송사를 규제하겠다는 것으로 완전히 이율배반적 규제의 전형적 사례라고 할 수 있음.
- 왜냐하면 방송사의 경영에서 가장 핵심적인 개념은 바로 광고수입과 직결되는 ‘시청률’이기 때문임. 다시 말해 광고수입에 의존하는 지상파방송의 경우 경영 성과는 채널과 프로그램 시청률에 따라 결정되는데 결과적으로 방송위원회는 지상파방송사들이 얼마나 시청률 경쟁을 위해 노력했는지를 평가하겠다는 의미로 해석됨.
- 평가항목의 자의성과 비현실성 : 방송평가가 제대로 실현되기 위해서는 현실을 가능한 한 정확하게 반영할 수 있어야 하지만 현행 방송평가제도는 결코 그렇지 못함. 사실상 방송평가제도에서 내용, 편성, 운영 등 각 평가 항목에 배점을 할당하는 비율 자체도 매우 자의적인 것으로서 이론적으로 정합성이나 타당성을 가지고 있는 것이 아님.

### (3) 법률적 쟁점에 대한 검토

#### 의회유보원칙 관련

의회유보란 일정한 요건하의 일정한 규율은 국민의 대표기관인 의회의 전속적 권한사항으로 유보하는 것을 말한다. 법률의 유보는 전통적으로 행정권이 어떤 분야에서 법률에 의한 수권이 필요하고 어떤 분야에서는 행정권이 독자적으로 활동할 수 있는가의 문제이다. 그러나 법률에 의한 수권 내지 근거의 여부의 문제만을 중시하고, 그 규율형식은 고려하지 않는다면 법치주의와 민주주의 원칙을 위해 요청되는 법률의 유보는 결국 공허한 것이 된다. 이에 이

러한 법률의 유보에 해당하는 사항 중에서도 일정한 것은 의회가 직접 스스로 의회법률로써 규율해야 하고 법규명령이나 자치법규에 위임해서는 안된다는 것이 의회유보원칙의 등장 배경이다.

의회 유보의 근거로서 제시되는 논거는 다음과 같다.

첫째, 의회가 행정권에 비하여 보다 커다란 민주적 정당성을 가진다

둘째 법률이라고 하는 형식이 가지는 공개성, 여론환기가능성이다.

셋째 의회유보는 대의민주제에 있어서의 통합요인으로서의 의의를 가진다

의회유보원칙은 두가지 내용을 요구한다. 하나는 일정한 규율장소, 즉 의회에서 법률을 제정한다는 형식이고, 다른 하나는 이러한 규율형식이 명확성을 갖추어야 한다는 것이다. 명확성은 또한 일정한 규율밀도의 요청이라고 표현되기도 한다. 입법자는 의회법률의 표현이 사물의 의미에 상응하게 정확하고 명확하여야 한다는 점이다. 법률대상, 관련되는 기본권의 성질, 기본권침해의 모습 및 기본권제한의 중대성 등에 착안하여 규율사항이 본질적인 것이면 것일수록 입법자의 규범에 대한 서술은 그만큼 더 명확하지 않으면 안된다는 것이다.

따라서 의회유보는 명시적인 위임에 근거한 위임명령이나 자치법규에 의한 규율을 금지할 뿐만 아니라 일반조항이나 재량조항 또는 불확정법률개념 등의 형식을 통한 은폐된 위임도 금지한다.

그러나 어떤 사항이 의회유보의 적용 영역에 속하는가에 관해서는 논란이 있을 수 밖에 없고, 심지어는 의회유보 원칙을 공허한 공식에 불과하다고 주장하는 학자도 있다. 방송사에 대한 평가제도가 방송자유의 제한일 수 있으므로 의회유보원칙의 적용영역에 해당한다는 주장도, 그러한 논란에서 벗어날 수는 없다. 즉 방송자유 기본권이 의회유보원칙의 적용을 요구하는 정도로 중요한 것인가에 관해서 사실상 논의가 전무하다고 보이기 때문에, 누구도 그러한 적용 문제에 찬성했다고 볼 수는 없기 때문이다.

또한 입법론적 시각에서 살펴 볼 때에도 그러한 입장을 수용하는 것은 사실상 타당하지 않다. 방송법이 편성규제, 소유규제 및 재허가제도 등을 규정하고 있는데, 그중에서 방송사의 평가제도만을 위임입법 방식에 의하지 않고 입법자가 법률에 직접 명확한 규정을 둔다는 것은 다른 규제와 방송사 평가제도가 얼마나 큰 차이가 있어서 반드시 그래야만 하는가에 관한 의문을 자아내기에

충분하다.

요컨대 방송사 평가제도가 의회유보원칙의 영역에 속한다고 보기는 지극히 어렵다고 판단된다.

### 이중제재의 가능성 문제

재허가를 제재로 볼 수 있는가? 그렇다면 과태료부과, 벌금부과, 시정명령 등의 제재조치가 재허가 심사과정에서 다시 평가되어 재허가라는 제재로서 과해진다면 이는 일사부재리원칙의 위반인가?

방송법 제17조는 재허가 심사요소로서 방송통신위원회의 방송평가, 방송통신위원회의 시정명령의 회수와 시정명령에 대한 불이행 사례, 시청자위원회의 방송프로그램 평가, 지역사회발전에 이바지한 정도, 방송발전을 위한 지원계획의 이행 여부, 기타 허가 또는 승인 당시의 방송사업자 준수사항 이행 여부 등을 규정하고 있다. 방송법 제10조는 방송사업의 허가를 위한 심사기준으로써 방송의 공적 책임·공정성·공익성의 실현 가능성, 방송프로그램의 기획·편성 및 제작계획의 적절성, 지역적·사회적·문화적 필요성과 타당성, 조직 및 인력 운영 등 경영계획의 적정성, 재정 및 기술적 능력, 방송발전을 위한 지원계획 및 기타 사업수행에 필요한 사항 등을 규정하고 있다. 그리고 허가 및 재허가 조항은 각각 방송 사업을 하고자 하는 자 및 이미 하고 있는 자가 허가 및 재허가를 받을 의무를 규정하고 있다. 따라서, 재허가를 받지 않는 경우, 해당 사업자는 퇴출당하게 되는 것이다. 이에 당연히 재허가 거부는 제재로서의 성격을 갖는다.

재허가를 득하지 못한 사업자는 방송법 제18조에 따라 허가가 취소된 것과 같은 효과를 맞이하게 된다는 점에서, 재허가는 제재로서의 성격을 갖는다. 허가취소와 재허가의 차이는 방송사업자가 재허가를 정기적으로 득해야 할 의무를 갖는다는 점, 허가취소는 방송사업자가 일정한 행정상 의무를 이행하지 않을 것을 요건으로 한다는 점이다. 의견상 그러한 차이가 있지만, 예를 들어서 한 사업자가 재허가 신청 해당 년도에 방송법상의 의무를 불이행한 경우를 상정해보자. 의무불이행에 이은 시정명령도 불이행한 경우에, 그는 영업정지나 취소에 갈음하는 과징금을 납부하여야 할 뿐만 아니라 재허가 심사기준의 하나인 시정명령의 횡수나 불이행 때문에 낮은 점수를 재허가 심사에서 득하여

재허가를 받지 못할 수도 있다.

따라서 재허가는 제재로서의 성격을 갖는다고 판단되며, 여기서 제기되는 문제는 일사부재리 원칙의 위반 가능성을 둘러싼 것이다.

우리의 憲法裁判所에서도 “헌법 제13조제1항은 모든 국민은…… 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다고 하여 이른바 이중처벌금지의 원칙을 규정하고 있는 바, 이 원칙은 한번 판결이 확정되면 동일한 사건에 대해서는 다시 심판할 수 없다는 일사부재리의 원칙이 국가형벌권의 기속원리로 헌법상 선언된 것으로서, 동일한 범죄행위에 대하여 국가가 형벌권을 거듭 행사할 수 없도록 하여 국민의 기본권 특히 신체의 자유를 보장하기 위한 것이라고 할 수 있으므로, 이러한 점에서 헌법 제13조제1항에서 말하는 처벌은 원칙적으로 범죄에 대한 국가의 형벌권실행으로서의 과벌을 의미하는 것이고, 국가가 행하는 일체의 제재나 불이익처분을 모두 그 처벌에 포함시킬 수는 없는 것이다”라고 판시하면서 “따라서 부동산실명법상의 의무위반에 대하여 처벌을 함과 동시에 과징금 또는 이행강제금을 부과하는 것이 바로 이중처벌에 해당하여 헌법에 위반된다고 보기는 어렵다고 할 것”<sup>175)</sup>이라는 입장을 취하고 있다.

다만 방송사업자의 위반이 행정질서별로 다스려질 사항인가 아니면 행정형벌로서 다스려질 사항인가에 따라서 죄형법정주의 및 일사부재리의 원칙이 적용되는 것이 적정한가에 대해서는 논의의 여지는 있다. 그러나, 형벌의 부과를 전제로 하는 일사부재리 원칙의 범리가 아닌 **중복적 제재에 의한 과잉에 해당할 가능성**은 있다. 같은 판결에서 헌법재판소는 “다만, 동일한 행위를 대상으로 하여 형벌을 부과하면서 아울러 과징금이나 이행강제금을 부과하여 대상자에게 거듭 처벌되는 것과 같은 효과를 낳는다면 이중처벌금지의 기본정신에 배치되어 국가입법권의 남용이 문제될 수도 있다 할 것이나, 이는 이중처벌금지 원칙의 문제라기 보다는 그러한 **중복적 제재가 과잉에 해당하는지 여부의 문제로 다루어져야 할 것**”이라고 판시하고 있다.

그러나 미국의 경우, 벌금제도는 재허가와 별도로 시행되는 것이 허용된다. 1960년 통신법 개정을 통해서 법 제503조 b항에 벌금제도가 도입되었다. 당시 까지 재허가 거부 사례가 없었던 점을 고려하여 의도적이고 반복적으로 법령을 위반하는 방송사를 실질적으로 제재하려 했다는 것이 입법 취지로 간주된

---

175) 헌재결 2001.5.31. 99헌가18, 99헌바71.111, 2000헌바51.64.65.85, 2001헌바2(병합).

다. 따라서 벌금제도는 매3년마다의 재허가과정과는 독립된 제도로서 운용될 목적으로 수립된 것이다. 미국 의회의 입법보고서가 그러한 점을 명백히 하고 있다. 벌금은 다른 제재와 병과될 수 있는 것이며, FCC는 다른 제재나 벌칙이 적용된 한 사건에 대해서 벌금을 부과할 수 있다.<sup>176)</sup>

#### (4) 방송사 재허가와 퇴출의 법적 기준

방송사의 퇴출제도는 방송자유의 본질적 영역인 표현의 자유에 대한 박탈이라는 효과와 완화된 진입규제에 맞추어서 시장기능을 통한 시청자의 이익 증진이라는 효과라는 두가지 측면에서 평가될 성질을 갖고 있다. 즉 특정 방송사가 자발적이건, 아니면 법에 의한 것이건 퇴출되는 경우에, 그 방송의 시청자는 편의와 이익이 박탈되는 것이고, 해당 방송사의 방송자유도 박탈되는 것이다. 반면에 해당 방송사가 방송서비스 시장에서 자원배분의 효율성을 저해하는 결과를 유발시키고 있다면 시청자의 이익이 저해된다. 예컨대 귀중한 전파 자원을 점유하고 있는 상태에서 다른 방송사가 보다 효율적인 운영을 통해 시청자의 수요를 충족시킬 수 있는 기회를 억제하는 경우가 상정된다. 광고시장을 통한 사회적 자본의 이용면에 있어서의 비효율성 문제도 상정된다.

따라서 문제는 표현의 자유의 박탈이 어떻게 시청자의 이익 증진을 도모하는 것인가의 논리적 해답을 찾는 것이다. 경제학적인 관점에서의 효율성 측면에서 살핀다면, 예컨대, 공정한 경쟁의 질서 속에서 비효율적인 방송사가 시장원리에 따라 퇴출되도록 환경을 갖추는 것이 답일 것이다. 시청자의 이익은 자신이 원하는 대가를 지불하고 서비스를 공급받아 담보된다면 그와 같은 이른바 시장퇴출이 정답일 것이다. 그러나 방송의 시청자의 이익은 그렇지 않다. 시장에서 잘 팔리는 상품을 구매하는 소비자의 이익과 시청자의 이익은 분명히 다르다. 방송사의 방송의 자유도 일반 기업의 경제 활동의 자유와는 다르다.

본 연구에서 살펴 본 바와 같이 방송의 자유는 방송사의 **주관적 권리로서**의 성격과 함께 신문의 자유와 마찬가지로 **자유로운 의견형성**이나 여론형성

---

176) 580 F.2d 617 188 U.S.App.D.C. 354 The NEW JERSEY COALITION FOR FAIR BROADCASTING, Petitioner, v. FEDERAL COMMUNICATIONS COMMISSION and United States of America, Respondents, Educational Broadcasting Corp., Intervenor. No. 78-1082. United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit. May 1, 1978.



을 위해 필수적인 기능을 행하는 객관적 규범질서로서 **제도적 보장의 성격**을 함께 가진다. 방송의 자유의 그러한 기능은 방송법에 따라 보장된다. 방송사의 권리와 시청자의 권리가 보장되고, 다른 한편으로는 방송사가 그러한 권리를 보장받는 제도적 한계, 즉 객관적 질서규범이 수립된다. 그것이 방송자유 의 법적 성질이고, 방송법은 그것을 실정법화한 것이다. 따라서 **방송법에 따른 각종 의무의 위반은 그 질서의 위반이고, 그 위반에 따라서 방송자유가 제한**된다. 위반의 정도에 비례하여 방송자유 제한의 정도가 정해져야 한다. 위반의 정도가 가장 심할 때에도 방송자유 제한도 비례되어야 한다. 방송사의 퇴출이 그것이다. 문제는 어느 정도의 위반이면 그런 퇴출에 이르느냐는 판단의 문제, 즉 기준 설정에 관한 것이다.

그 기준은 헌법상의 권리인 방송의 자유를 방송법에 의해서 제한함에 있어서 기본권의 제한의 원리에 따른다는 원칙을 통해 이미 수립되어 있다. 방송사에 대한 행정처분기준이 그러한 원칙에 따르는 것이라면 한편의 불공정한 보도로 인해 방송사가 운영을 못할 만큼의 금전적 제재가 과해지는 것은 아니다. 제재로서의 방송사 재허가 불허, 즉 제도적인 퇴출 장치로서 방송사에 대한 평가에 있어서 방송사가 허가 기간동안에 행한 각종 위반행위로 인해 이중 제재를 받지 않는다는 원칙도 이에 해당한다. 또한 방송사가 위반행위로 인해 얻은 이익에 대한 금전적 제재가 부과되는 것도 마찬가지다.

따라서 방송사가 방송법상의 의무를 위반하여 이익을 득했고, 그에 대한 경제적 제재의 결과 방송사의 운영이 어려워진다면 그것은 방송의 자유의 위법한 제한이 아니다. 우리 헌법재판소도 인정하듯이 방송사가 갖는 방송자유 의 본질적 영역과 방송사 운영 영역이 구별되며, 방송사 운영 영역에서의 위반은 그에 상응하는 제재가 부과되어야 한다.

그렇다면, 과징금, 과태료, 시정명령, 주의 또는 경고 및 사과방송 등의 각종 제재 또는 준제재적 처분의 누적 횟수나 정도가 아니라, 그러한 제재로 인해서 **방송사가 재정적 어려움을 겪은 사실, 그 자체에 대한 평가의 결과가 방송사 재허가의 기준으로 작용하는 것이 타당하다.**

이에 궁극적으로는 방송사 운영 영역에서의 금전적 제재부과기준의 정비를 출발점으로 하여, 방송사의 운영 능력을 기준으로 한 재허가 제도 및 퇴출제도가 정비될 필요가 있다.

## VII. 결 론

다음의 표는 본 연구에서 살펴 본 바와 같이 방송사의 위반행위를 일반적인 행정질서의 영역, 방송사의 방송과 편성의 자유에 보다 가까운 영역, 즉 방송 자유의 고유한 영역, 그러한 방송사 고유의 영역과 일반 행정질서 영역간의 경계영역, 및 방송사 운영의 영역 등, 각 4개의 영역에서의 위반행위로 분류하고, 그에 맞추어서 행정처분 기준을 정리한 것이다.

위 반 행 위	현행	개 선 안		
	과태료 부과금액	1차위반	2차위반	3차위반
1. 법 제4조제3항의 규정에 위반하여 방송편성책임자의 성명을 방송시간내에 매일 1회 이상 공표하지 아니한 자	500	과태료	과태료	과태료 (모든 위반 횟수/건에 대해 부과)
2. 법 제15조제2항 및 제3항의 규정에 의한 신고를 하지 아니한 자	500	과태료	과태료	과태료 (모든 위반 횟수/건에 대해 부과)
2의2. 법 제15조의2제1항 단서에 따른 신고를 하지 아니한 자	500	과태료	과태료	과태료 (모든 위반 횟수/건에 대해 부과)
3. 법 제33조제3항의 규정에 위반하여 방송프로그램의 등급을 표시하지 아니한 자	500	주의 또는 경고	과태료	과태료 (모든 위반 횟수/건에 대해 부과)
4. 법 제69조제3항부터 제6항까지의 규정을 위반하여 방송프로그램을 편성한 자 가. 법 제69조제3항 전단을 위반하여 보도·교양 및 오락에 관한 방송프로그램을 편성한 자	500	주의 또는 경고	시정명령 + 시정명령처분 사실 공표	과태료 또는 과징금

위 반 행 위	현행	개 선 안		
	과태료 부과금액	1차위반	2차위반	3차위반
나. 법 제69조제3항 후단을 위반하여 주시청시간대에 특정 방송 분야의 방송프로그램을 편중하여 편성한 자	300			
다. 법 제69조제4항을 위반하여 주된 방송분야가 충분히 반영될 수 있도록 방송프로그램을 편성하지 아니한 자	300			
라. 법 제69조제5항을 위반하여 주된 방송분야 이외의 방송 프로그램을 부수적으로 편성한 자	500			
마. 법 제69조제6항을 위반하여 다른 한 방송사업자의 제작물을 편성한 자	1,500			
5. 법 제70조제1항 내지 제4항의 규정에 위반하여 채널을 구성·운용한 자	2,000	주의 또는 경고	시정명령 + 시정명령처분 사실 공표	과태료 또는 과징금
6. 법 제70조제5항 단서의 규정에 위반하여 채널을 운용하거나, 동조제6항의 규정에 의한 대통령령을 위반하여 채널을 운용한 자	1,500	주의 또는 경고	시정명령 + 시정명령처분 사실 공표	과태료 또는 과징금
7. 법 제70조제7항의 규정에 위반하여 특별한 이유없이 시청자가 자체제작한 방송프로그램을 방송하지 아니한 자	300	주의 또는 경고	시정명령 + 시정명령처분 사실 공표	과태료 또는 과징금
8. 법 제71조제1항 내지 제3항의 규정에 위반하여 방송프로그램을 편성한 자		주의 또는 경고	시정명령 + 시정명령처분 사실 공표	과태료 또는 과징금
가. 법 제71조제1항의 규정에 위	1,000			



위 반 행 위	현행	개 선 안		
	과태료 부과금액	1차위반	2차위반	3차위반
정하는 비율을 초과하여 편성한 자 다. 법 제72조제3항의 규정에 위반하여 외주제작 방송프로그램을 주시청시간대에 대통령령이 정하는 비율 이상으로 편성하지 아니한 자	500			
10. 법 제73조제1항·제2항·제4항 또는 제5항을 위반하여 방송광고를 한 자 가. 법 제73조제1항을 위반하여 방송광고와 방송프로그램을 명확하게 구분하지 아니하거나, 어린이를 주 시청대상으로 하는 방송프로그램의 방송광고시간 및 전후 토막광고시간에 광고임을 밝히는 자막을 표기하지 아니한 자	1,000	주의 또는 경고	과태료	과태료 (모든 위반 횟수/건에 대해 부과)
나. 법 제73조제2항을 위반하여 방송광고의 시간·횟수 또는 방법등을 준수하지 아니한 자(다목의 경우를 제외한다)	1,000	과징금	과징금	과징금 (모든 위반 횟수/건에 대해 부과)
다. 제59조제1항제1호나목을 위반하여 중간광고를 한 자	1,000	과징금	과징금	과징금 (모든 위반 횟수/건에 대해 부과)
라. 법 제73조제4항을 위반하여 비상업적공익광고를 편성한 자	500	과징금	과징금	과징금 (모든 위반 횟수/건에 대해 부과)
마. 법 제73조제5항을 위반하여	500			

위 반 행 위	현행	개 선 안		
	과태료 부과금액	1차위반	2차위반	3차위반
<del>한국방송광고공사 또는 방송 광고판매대행사기 위탁하는 방송광고물 외의 방송광고를 환자</del>				
11. 법 제74조제1항 및 제2항을 위 반하여 협찬고지를 한 자 가. 법 제74조제1항을 위반하여 협찬고지를 한 자 나. 법 제74조제2항을 위반하여 협찬고지를 한 자	1,000  700	과징금	과징금	과징금 (모든 위반 횟수/건에 대해 부과)
11의2. 법 제75조제2항의 규정에 위반하여 특별한 사유 없이 재난방송을 하지 아니한 자	1,500	과태료	과태료	과태료 (모든 위반 횟수/건에 대해 부과)
12. 법 제77조제1항의 규정에 위반 하여 약관의 신고 또는 변경신 고를 하지 아니하거나 승인 또 는 변경승인을 얻지 아니하고 유료방송을 한 자 가. 법 제77조제1항 전단 및 후 단의 규정에 위반하여 이용 약관의 신고 또는 변경신고 를 하지 아니하고 유료방송 을 한 자 나. 법 제77조제1항 전단 및 후 단의 규정에 위반하여 이용 요금의 승인 또는 변경 승인 을 얻지 아니하고 유료방송 을 한 자	500  1,500	과태료	과태료	과태료 (모든 위반 횟수/건에 대해 부과)
13. 법 제78조제1항의 규정에 위반 하여 동시재송신을 하지 아니	1,000	과태료	과태료	과태료 (모든 위반

위 반 행 위	현행	개 선 안		
	과태료 부과금액	1차위반	2차위반	3차위반
한 자				횡수/건에 대해 부과)
14. 법 제78조제4항을 위반하여 재 송신을 한 자 및 방송사업자로 부터 업무를 위탁받아 방송을 위한 설비를 설치·운용하는 자 로서 법 제78조제4항을 위반한 재송신을 가능하게 한 자	1,500	과태료	과태료	과태료 (모든 위반 횡수/건에 대해 부과)
14의2. 외국방송사업자로서 법 제 78조의2제1항 또는 제3항을 위반하여 재송신을 하거나 같은 조 제4항에 따른 자료 제출 요구에 응하지 아니하 거나 거짓으로 자료를 제출 한 자 가. 법 제78조의2제1항을 위반하 여 승인받지 아니하고 재송신 을 한 자 나. 법 제78조의2제3항을 위반하 여 재송신을 한 자 다. 법 제78조의2제4항에 따른 자료제출 요구에 응하지 아 니하거나 거짓으로 자료를 제출한 자	1,000  1,000  700	과태료	과태료	과태료 (모든 위반 횡수/건에 대해 부과)
14의3. 법 제78조의2제6항을 위반 하여 재송신을 하거나 같은 조 제7항에 따른 재송신의 범위와 기준을 초과하여 재 송신을 한 자	1,000	과태료	과태료	과태료 (모든 위반 횡수/건에 대해 부과)
15. 법 제79조제2항 또는 제80조의 규정에 위반하여 준공검사 또	1,000	과태료	과태료	과태료 (모든 위반

위 반 행 위	현행	개 선 안		
	과태료 부과금액	1차위반	2차위반	3차위반
는 확인을 받지 아니한 자				횡수/건에 대해 부과)
16. 법 제82조의 규정에 위반하여 약관의 신고 또는 변경신고를 하지 아니하고 전송망 사업을 행한 자	1,000	과태료	과태료	과태료 (모든 위반 횡수/건에 대해 부과)
17. 법 제83조제1항의 규정에 의한 방송일지를 기록하지 아니하거 나 허위로 기록한 자 또는 방 송실시결과를 제출하지 아니한 자	500	과태료	과태료	과태료 (모든 위반 횡수/건에 대해 부과)
18. 법 제83조제2항의 규정에 위반 하여 방송프로그램의 원본 또 는 사본을 보존하지 아니한 자	300	과태료	과태료	과태료 (모든 위반 횡수/건에 대해 부과)
19. 법 제84조제1항의 규정에 의한 신고를 하지 아니하고 폐업하 거나 휴업한 자	500	과태료	과태료	과태료 (모든 위반 횡수/건에 대해 부과)
20. 법 제86조의 규정에 위반하여 자체심의기구를 두지 아니하거 나 방송프로그램을 심의하지 아니한 자 가. 법 제86조의 규정에 위반하 여 자체심의기구를 두지 아 니한 자 나. 법 86조의 규정에 위반하여 자 체심의 기구에서 방송프로그 램을 심의하지 아니한 자	700 300	주의 또는 경고	과태료	과태료
21. 법 제87조제1항의 규정에 위반 하여 시청자위원회를 두지 아	1,000	주의 또는 경고	과태료	



위 반 행 위	현행	개 선 안		
	과태료 부과금액	1차위반	2차위반	3차위반
니한 자				
22. 법 제89조제1항의 규정에 위반하여 시청자평가프로그램을 편성하지 아니한 자	500	주의 또는 경고	과태료 + 과태료처분 사실 공표	
23. 법 제90조제3항의 규정에 위반하여 필요한 자료의 제출 또는 관계자의 출석·답변을 거부한 자	300	주의 또는 경고	과태료	
24. 법 제90조제4항의 규정에 위반하여 시청자위원회의 심의결과 및 그 처리에 관한사항을 방송통신위원회에 보고하지 아니한 자	300	과태료	과태료	과태료 (모든 위반 횟수/건에 대해 부과)
25. 법 제91조제3항의 규정에 위반하여 반론보도 내용을 공표하지 아니한 자	500	과태료	과태료	과태료 (모든 위반 횟수/건에 대해 부과)
25의2. 법 제98조제1항의 규정에 위반하여 자료제출을 하지 아니하거나 거짓으로 자료를 제출한 자	700	과태료	과태료	과태료 (모든 위반 횟수/건에 대해 부과)
26. 법 제98조제2항의 규정에 위반하여 재산상황을 제출하지 아니하거나 거짓으로 재산상황을 제출한 자	1,000	과태료	과태료	과태료 (모든 위반 횟수/건에 대해 부과)
26의2. 법 제100조제2항을 위반한 방송출연자에 대한 경고, 출연제한 등의 조치를 취하지 아니한 자	1,000	과태료	과태료	과태료 (모든 위반 횟수/건에 대해 부과)
27. 법 제100조제4항을 위반하여		과태료	과태료	과태료

위 반 행 위	현행	개 선 안		
	과태료 부과금액	1차위반	2차위반	3차위반
방송통신위원회의 결정사항 전문을 방송하지 아니하거나 그 결과를 방송통신위원회에 보고하지 아니한 자	500			(모든 위반 횟수/건에 대해 부과)
가. 법 제100조제2항의 규정에 위반하여 방송통신위원회의 결정사항 전문을 방송하지 아니한 자				
나. 법 제100조제2항의 규정에 위반하여 명령의 이행결과를 방송통신위원회에 보고하지 아니한 자	300			

표 34 과태료 처분기준 개선안

다음의 표는 현재 과징금부과 처분 기준의 개선 방안을 담고 있다.

위 반 행 위	현행		개 선 안		
	과징금 부과금액		1차위반	2차위반	3차위반
	방송사업자 (방송채널 사용사업자 를 제외한 다) 전송망 사업자	방송채널사용 사업자 중계유 선방송사업자 음악유선방송 사업자 전광판 방송사업자			
1. 허위 그 밖의 부정한 방법으로 법 제15조제1항에 따라 변경허가를 받거나 변경승인을 얻거나 변경등록을 한 경우	5,000만원	3,000만원	시정명령	업무정지 또는 과징 금처분	시정 때 까 지 광고중 지
2. 허위 그 밖의 부정한 방법으로 법 제17조에 따라 재허가를 받거나 재승인을 얻은 경우	7,000만원	5,000만원	시정명령	업무정지 또는 과징 금처분	시정 때 까 지 광고중 지
3. 법 제8조를 위반하여 주식 또는 지분을 소유한	7,000만원	5,000만원	시정명령	업무정지 또는 과징	시정 때 까 지 광고중

위 반 행 위	현 행		개 선 안		
	과징금 부과금액		1차위반	2차위반	3차위반
	방송사업자 (방송채널 사용사업자 를 제외한 다) 전송망 사업자	방송채널사용 사업자-중계유 선방송사업자 음악유선방송 사업자-전광판 방송사업자			
경우				금처분	지
4. 법 제14조를 위반하여 재산상의 출자 또는 출연 을 받은 경우	7,000만원	5,000만원	시정명령	업무정지 또는 과징 금처분	시정 때 까 지 광고중 지
5. 법 제15조제1항을 위반하 여 변경허가를 받지 아니 하거나 변경승인을 얻지 아니하거나 변경등록을 하지 아니한 경우	5,000만원	3,000만원	시정명령	업무정지 또는 과징 금처분	시정 때 까 지 광고중 지
6. 법 제77조제2항에 따른 약관변경명령에 위반한 경우	3,000만원	2,000만원	시정명령	업무정지 또는 과징 금처분	시정 때 까 지 신규 가입자 모 집 금지
7. 법 제81조에 따른 방송통 신위원회의 시설개선명령 에 위반한 경우	5,000만원	3,000만원	시정명령	업무정지 또는 과징 금처분	시정 때 까 지 광고중 지
8. 법 제99조제1항에 따른 방송통신위원회의 시정명 령에 위반한 경우	5,000만원	3,000만원	시정명령	업무정지 또는 과징 금처분	시정 때 까 지 광고중 지
9. 법 제99조제2항에 따른 방 송통신위원회의 시설개선 명령에 위반한 경우	5,000만원	3,000만원	시정명령	업무정지 또는 과징 금처분	시정 때 까 지 광고중 지 또는 신규 가입 자 모집금 지
10. 법 제100조제1항에 따른 방 송통신위원회의 제재조치명 령에 위반한 경우	5,000만원	3,000만원	시정명령	업무정지 또는 과징 금처분	시정 때 까 지 광고중 지

위 반 행 위	현 행		개 선 안		
	과징금 부과금액		1차위반	2차위반	3차위반
	방송사업자 (방송채널 사용사업자 를 제외한 다) 전송망 사업자	방송채널사용 사업자·중계유 선방송사업자 음악유선방송 사업자 전광판 방송사업자			
11. 음란, 퇴폐 및 폭력 등 에 관한 심의규정을 위 반하는 경우	5,000만원	3,000만원	과징금	과징금	해당 프로 그램 방송 중지
12. 「마약류관리에 관한 법 률」 제2조제1호에 따른 마약류 복용·투약·흡입 및 음주 후 방송출연 등으로 인한 심의규정을 위반하 는 경우	5,000만원	3,000만원	과징금	과징금	해당 프로 그램 방송 중지
13. 법 제100조제1항제1호부 터 제3호의 제재조치를 받 았음에도 불구하고 법 제 100조제1항제1호부터 제3 호까지에 따른 제재조치명 령을 받은 날로부터 1년 이내에 3회 이상 동일한 심의규정을 위반한 경우	5,000만원	3,000만원	시정명령	과징금	제 1 0 0 조 제 1 항 에 따른 제재 조치 불이 행시 광고 중지 또는 해당 프로 그램 방송 중지

표 35 과징금 처분기준 개선안

방송통신위원회 지정 2009-17

## 광고·편성 규제의 합리화 방안 연구

---

발행일 2009년 12월 (비매품)

발행인 최시중

발행처 방송통신위원회

서울특별시 종로구 세종로 20 (세종로100지) 방송통신위원회

대표전화 : 02-750-1114

E-mail : [webmaster@kcc.go.kr](mailto:webmaster@kcc.go.kr)

Homepage : [www.kcc.go.kr](http://www.kcc.go.kr)

인쇄처 드림이노플래너스

---