



Program

December. 6(Fri), 2019 | Grand Lecture Room(8F), Constitutional Research Institute

TIME	EVENT
13:00 ~ 13:30	Registration
13:30 ~ 13:50	<p>Opening Ceremony Opening Remarks : Park, Jong-Bo President, Constitutional Research Institute Congratulatory Remarks : Yoo, Namseok President, Constitutional Court of Korea</p>
Session 1	Moderator : Kim, JongCheol Professor, Yonsei University School of Law
13:50 ~ 14:50	<p>Presentation 1 Speaker : Ji, SeongWoo Professor, Sungkyunkwan University Law School Discussant : Jo, SoYoung Professor, Pusan National University Law School</p>
14:50 ~ 15:50	<p>Presentation 2 Speaker : Adrienne Stone Professor, Melbourne Law School Discussant : Park, JongHyun Professor, Kookmin University College of Law</p>
15:50 ~ 16:10	Coffee Break
Session 2	Moderator : Kim, JongCheol Professor, Yonsei University School of Law
16:10 ~ 17:10	<p>Presentation 3 Speaker : Hubertus Gersdorf Professor, Universität Leipzig Juristenfakultät Discussant : Song, SeogYun Professor, Seoul National University School of Law</p>
17:10 ~ 17:50	General Discussion
17:50 ~ 18:00	Closing Ceremony

* Korean-English-German Simultaneous Interpretation will be provided



개 회 사

연말의 바쁜 일정에도 불구하고 오늘 학술심포지엄에 참석해주신 유남석 헌법재판소장님, 주제발표를 맡아주신 후베르투스 게르스도르프 교수님, 에이드리안 스톤 학장님, 지성우 교수님, 토론을 맡아주신 송석운 교수님, 박종현 교수님, 조소영 교수님, 사회를 맡아주신 김종철 교수님, 그리고 내빈 여러분께 깊은 감사의 인사를 올립니다.

1988년 설립된 한국 헌법재판소는 국민의 기본권을 보호하고 헌법질서를 수호하는 국가기관으로 굳건히 자리 잡았습니다. 각종 여론조사는 헌법재판소가 대한민국 국민들로부터 가장 신뢰받는 기관임을 보여주고 있습니다. 2011년에 설립된 헌법재판연구원의 주된 임무는 헌법재판소가 신속하고 정확한 재판을 할 수 있도록 헌법적 쟁점들에 관하여 선행적 연구를 수행하는 것입니다. 이러한 사명을 달성하기 위한 활동 중 하나로, 헌법재판연구원은 2012년부터 매년 국제학술심포지엄을 개최해 왔습니다. 오늘 ‘표현의 자유—이론과 경험의 국제비교’를 주제로 삼아 제8회 심포지엄을 개최하게 된 것을 매우 뜻깊게 생각합니다.

주지하다시피 언론의 자유는 민주주의를 지탱하는 기둥들 중의 하나입니다. 그것은 자기가 믿는 바를 표현할 수 있는 개인의 자연권일 뿐만 아니라 사상의 자유로운 경쟁을 통하여 진실을 발견하는 데 유용한 수단이기도 합니다. 대한민국 현대사의 상당한 기간 동안 언론의 자유는 공권력의 탄압을 받았습니다. 대한민국 국민들은 꾸준하게 부당한 공권력에 저항함으로써 이러한 언론탄압을 극복하였습니다. 그러나 민주주의를 쟁취한 이후 언론의 자유에 또 다른 형태의 제약이 가해지는 현상을 우리는 목도하고 있습니다.

우선, ‘공권력의 탄압’ 대신에 ‘공권력의 장악’에 의해 언론자유가 제한될 수 있습니다. 민주화 이후 등장한 한국의 역대정권은 보수냐 진보냐를 막론하고 공영방송을 장악하려고 시도하였습니다. ‘국민의 방송’이어야 할 공영방송이 중립성을 잃으면 사상의 자유로운 경쟁은 제한될 수밖에 없습니다. 2017년 대통령 탄핵이라는 초유의 사태를 야기한 여러 가지 원인들 중의 하나는 대통령이 복고적 권위주의의 행태를 보였다는 것이었습니다.

다음으로, 조직화된 사회세력의 ‘몰매’에 의해서도 언론자유는 위축될 수 있습니다. 사상의 자유시장을 통하여 진실을 발견하기 위해서는 표현의 주체가 “내가 옳다고 믿지만, 네가 옳을 수도 있다.”는 것을 전제하여야 할 것입니다. 그런데 모든 토론자가 “나는 절대로 옳고, 너는 절대로 그르다.”는 경직된 태도로 일관한다면 진실을 발견하기는 고사하고 극단적인 의견충돌을 드러내는 데 그치고 말 것입니다. 여기서 더 나아가 윤리적 확신에 빠진 집단이 자기들과 다른 의견을 가진 사람을 조직적으로 공격하기에 이른다면, 특정 진영에 가입하지 않은 개인이 언론의 자유를 온전하게 누리는 것은 대단히 힘들어집니다.

끝으로, 새로운 매체의 발전에 따라 사생활 침해가 심각해지는 양상은 우려할 만합니다. 인터넷, 무선통신과 같은 신기술에 기반한 다양한 매체의 발전은 신문, 방송과 같은 전통적인 매체의 영향력을 감소시켰을 뿐만 아니라, 이들이 제공했던 건전한 게이트키퍼 기능을 약화시켰습니다. 개인의 자기검열에만 의존한 미디어 환경은 사생활의 무분별한 폭로와 무한반복적인 전파를 초래하였습니다.

우리는 이러한 새로운 도전을 극복하고 자유로운 시민들이 언론의 자유를 통하여 숙의민주주의를 달성할 수 있는 방안을 모색하여야 할 것입니다. 아무쪼록 오늘의 심포지엄이 언론환경의 변화와 대응에 관한 각국의 경험과 지혜를 나누는 마당이 되기를 바랍니다. 그리고 이 행사를 위해 애쓰신 김선희 책임연구관을 비롯한 헌법재판연구원 담당자들 모두의 협조에 감사드립니다. 여러분의 노력에 힘입어 이 심포지엄이 헌법이론과 헌법재판 실무에 관한 국제적 협력을 강화하고 상호이해를 증진하려는 소기의 목적을 달성할 수 있을 것입니다.

고맙습니다.

2019년 12월 6일

헌법재판연구원장 박종보



축 사

존경하는 참석자 여러분,

2012년부터 꾸준히 열어 온 헌법재판연구원의 국제학술심포지엄이 어느덧 여덟 번째에 이르렀습니다. 우리나라 곳곳은 물론이고, 멀리 독일과 호주에서까지 귀한 시간을 내어 참가해 주신 여러분들께 진심 어린 환영의 말씀을 드립니다.

헌법재판연구원은 헌법재판소의 재판실무의 바탕이 되는 연구 기능, 그리고 헌법 관련 교육 기능을 전담하는 기구로 2011년에 설립되었습니다. 헌법재판연구원의 성과는 최종적으로 연구보고서와 강의교재라는 형태로 드러나지만, 그러한 성과 뒤에는 긴 시간에 걸친 자료 조사와 깊이 있는 탐구가 있음을 저는 잘 알고 있습니다. 이 자리를 빌려 구성원 여러분들의 노고에 감사의 말씀을 드립니다.

좋은 연구와 교육은 충실한 조사와 치밀한 탐구정신에서 나옵니다. 그러한 의미에서 헌법재판연구원에서 개최하는 국제학술심포지엄은 특별한 중요성이 있다고 생각합니다. 국제학술대회를 통해 전세계 석학들의 지혜를 모아 새로운 통찰력을 얻을 수 있고, 그간의 사고를 더 깊게 만들 수 있기 때문입니다. 우리나라에서는 흔히 ‘머리를 맞대다’라는 표현을 사용하고, 서양에서는 ‘Two heads are better than one’이라는 말을 합니다. 이런 표현에 딱 들어맞는 곳이 바로 이곳이 아닌가 싶습니다.

오늘 함께 경험과 지식을 나눌 주제는 ‘표현의 자유’입니다. 민주주의 사회에서 살아가는 우리는 ‘사상의 자유시장’이라는 말로 대표되는 표현의 자유의 중요성을 잘 알고 있습니다. 일찍이 올리버 웬델 홈즈 판사는 “어떠한 생각이 진리인지 아닌지를 시험해 보는 가장 좋은 방법은 그 생각이 사상의 자유시장에서 살아남을 힘이 있는지 여부를 시험해 보는 것이다.”라고 말했습니다.

대한민국의 근·현대사를 돌이켜 보면, 안타깝게도 정치적으로나 사회적으로 표현의 자유가 억압되었던 시절이 있었습니다. 하지만 대한민국 국민들은 그러한 시기를 극복하고, 민주화를 이루어 냈습니다. 이러한 역사 속에서 대한민국 국민들은 표현의 자유가 국민주권주의의 실현을 위해 얼마나 소중한 것인지 몸소 체험하였습니다.

대한민국 헌법재판소는 1972년 개정 헌법에 대한 일체의 반대 의사 표시를 금지하고 이에 위반할 경우 형사처벌을 하는 내용의 대통령 긴급조치에 대한 위헌결정, 영화의 사전검열 제도에 대한 위헌결정 등을 통해 민주주의의 근간이자 자유로운 학문과 예술활동의 전제 조건이기도 한 표현의 자유를 보호해 왔습니다.

대한민국 헌법은 제21조에 언론, 출판의 자유를 보장하는 규정을 두고 있습니다. 이 조항은 언론이나 출판과 같은 전통적인 의미의 표현 수단을 상정하고 제정된 것이지만, 현대 사회에서 등장한 새로운 표현 방법들 역시 이 조항에 근거를 두고 보장됩니다. 헌법조항들은 시간의 흐름 속에 놓여 있기 때문에, 어느 조항이든 제정 당시에 예측하기 어려웠던 새로운 문제를 해결하는 규범으로도 기능합니다. 헌법은 종종 ‘살아있는 나무’에 비유되기도 하는데, 그 이유가 바로 여기에 있습니다. 이러한 이치는 표현의 자유 역시 예외가 아닙니다.

잘 알고 계시다시피, 정보통신기술의 놀라운 발전에 따라 SNS, 인터넷 실명제, 가짜뉴스, 혐오표현과 같은 사안들이 헌법적 해결을 기다리고 있습니다. 이와 같은 사안들은 표현의 자유에 관련되어 있다는 점에서는 친숙하다고 볼 수 있지만, 이제껏 높은 사회적 관심의 대상이었다거나 갈등의 원인이 되었던 적은 적었기 때문에 낯설고 새로운 측면이 있습니다. 새로운 문제의 해결은 쉽지 않습니다. 대한민국 헌법재판소도 인터넷 실명제에 대한 위헌결정, SNS 등 정보통신망을 이용한 선거운동 제한에 대한 한정위헌결정을 내린 바 있습니다만, 그 결정 과정에서 깊은 고민과 어려움이 있었습니다.

그동안 쌓아온 표현의 자유 보장 법리를 디딤돌 삼아, 우리 앞에 놓인 새로운 문제를 해결하는 것은 헌법재판소뿐 아니라 이 자리에 모인 모두의 과제라고 생각합니다. 여럿이 모여 힘을 합치면 각각의 능력을 단순히 더한 것 이상의 성과를 낼 수 있습니다. 이것을 우리는 흔히 시너지라고 부릅니다. 새로운 과제를 해결할 때야말로 시너지가 절실히 필요합니다.

이번 국제학술대회는 우리나라를 넘어 세계적인 수준에서 시너지를 낼 수 있는 좋은 계기입니다. 또한 정보통신기술의 발달과 양극화가 심화되고 있는 세계 각국의 상황을 고려하면, 오늘 논의할 주제들은 전세계적으로 절박함을 더하고 있는 사안이기도 합니다. 이 자리에 참석하신 모든 분들께서 이번 국제학술대회를 통해 새로운 지식과 번득이는 통찰력을 얻어 가시기를 진심으로 기원합니다. 또한 함께 지혜를 나눔으로써 “1+1=2”를 넘어 3이나 4 이상으로 나아가는 시너지 효과를 거두시기 바랍니다.

경청해 주셔서 감사합니다.

2019. 12. 6.

헌법재판소장 유 남 석



목 차

제 1 세션

발표 1 - 한국 헌법상 표현의 자유에 관한 고찰	11
지성우 성균관대학교 법학전문대학원 교수	
토론 1 - 한국 헌법상 표현의 자유에 관한 고찰	73
조소영 부산대학교 법학전문대학원 교수	
발표 2 - 호주 헌법에서의 표현의 자유	83
Adrienne Stone 호주 멜버른대학교 로스쿨 교수	
토론 2 - 호주 헌법에서의 표현의 자유	145
박종현 국민대학교 법과대학 교수	

제 2 세션

발표 3 - 표현의 자유	163
Hubertus Gersdorf 독일 라이프치히대학교 법과대학 교수	
토론 3 - 표현의 자유	195
송석윤 서울대학교 법학전문대학원 교수	



CONTENTS

Session 1

- Presentation 1 - Review of Korea's Constitutional Freedom of Speech** 41
Ji, SeongWoo | Professor, Sungkyunkwan University Law School
- Discussant 1 - Review of Korea's Constitutional Freedom of Speech** 77
Jo, SoYoung | Professor, Pusan National University Law School
- Presentation 2 - Freedom of Expression under the Australian Constitution** 113
Adrienne Stone | Professor, Melbourne Law School
- Discussant 2 - Freedom of Expression under the Australian Constitution** ... 153
Park, JongHyun | Professor, Kookmin University College of Law

Session 2

- Presentation 3 - Freedom of Speech** 177
Hubertus Gersdorf | Professor, Universität Leipzig Juristenfakultät
- Discussant 3 - Freedom of Speech** 199
Song, SeogYun | Professor, Seoul National University School of Law

Session 1 - Presentation 1

한국 헌법상 표현의 자유에 관한 고찰

Review of Korea's Constitutional Freedom of Speech

지성우 | Ji, SeongWoo

성균관대학교 법학전문대학원 교수
Professor, Sungkyunkwan University Law School



한국 헌법상 표현의 자유에 관한 고찰

- 역사, 현재 그리고 미래 -

지성우 교수(성균관대학교 법학전문대학원)

초록

헌법 제21조 제1항은 “모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다”라고 규정하여 ‘표현의 자유’를 규정하고 있다. 민주주의는 사회 내의 다양한 사상과 의견이 자유로운 교환 과정을 통하여 모든 국민들에게 전달되고 자유로운 비판과 토론이 활발하게 이루어질 때에 비로소 실현된다.

표현(언론·출판)의 자유는 인간이 그 생활 속에서 지각하고 사고한 결과를 자유롭게 외부에 표출하고 타인과 소통하여 스스로 공동 사회의 일원으로 포섭되는 동시에 자신의 인격을 발현하는 가장 유효하고도 직접적인 수단으로서 기능한다. 표현의 자유가 다른 기본권에 우선하는 헌법상의 지위를 가진다고 하는 이유도 그것이 단순히 개인의 자유에 그치는 것이 아니고, 국민 스스로 권력 기구의 형성·운용에 참여하는 국민주권의 이념을 근간으로 하기 때문이다.

한국에서의 표현의 자유는 1948년 제헌 헌법에서부터 규정되어 왔으며, 현행 1988년(제9차 개정) 헌법에서도 여전히 인간이 갖는 기본권 가운데 가장 원초적이면서도 핵심적이고 구성적인(schlechthin konstituierend) 기본권이며, 국민주권을 실현하는데 필수불가결한(compelling) 궁극적인 기본권(finale Grundrecht)이다.

한국의 현대 헌정사를 회고해 보면 민주화를 향한 투쟁 과정에서 표현의 자유는 단지 개인의 요구와 의사를 외부적으로 알리는 기능을 넘어 국민들의 시대가치를 묶어내는 역할을 담당해왔다. 이로써 표현(언론)의 자유는 개인이 표현(언론) 활동을 통하여 자기의 인격을 형성하는 개인적 가치인 ‘자기실현의 수단’임과 동시에 사회 구성원으로서 평등한 배려와 존중을 기본원리로 공생·공존관계를 유지하고 정치적

의사결정에 참여하는 ‘자기통치를 실현하는 수단’으로 인정받게 되었다.

한국 헌법상 ‘개인 표현의 자유’는 국민 개개인이 방해받지 않고 자기의 의사를 표현할 수 있는 주관적 권리에 속하는 반면, 신문·방송과 같은 매체가 향유하는 ‘언론의 자유’는 개인의 주관적 권리 이상의 성격을 가지는 것으로서 ‘국민의 의사 형성에 봉사하는 도구적인 성격의 자유권’(dienende Freiheit)이다. 즉, 언론의 자유는 개인의 권리 보장에 주안점이 있는 것이 아니라, 이의 보장을 통한 민주주의 질서의 확립이라는 목적에 봉사하는 자유이다.

표현의 자유는 사람의 내심의 정신 작용을 외부로 향해 공표하는 정신 활동의 자유를 말하는데, ‘광고’, ‘음란한 표현’과 함께 ‘익명표현’도 표현의 자유의 보호범위에 속한다. 표현의 자유의 핵심 내용으로는 전통적으로 ‘의사표현의 자유’, ‘알 권리’, ‘보도의 자유’, ‘반론권’ 등이 인정된다.

특히 알권리는 헌법에 명문으로 규정되어 있지는 않으나 학설과 판례를 통해 헌법상 권리로 인정되고 있다. 또한 ‘반론권’ 내지 ‘반론보도청구권’(right of reply)이라 함은 “정기간행물이나 방송 등에서 공표된 사실적 주장에 따라 피해를 입은 자가 발행인이나 방송사업자에게 서면으로 반론 보도문을 게재해 주거나 반론 보도를 방송해 줄 것을 청구할 수 있는 권리”이다. 한국 헌법상 반론권은 ‘정정보도청구권’이나 ‘접근권’과는 구별되는 개념으로 인식되고 있다. 한국의 반론권제도는 영·미식보다는 대륙식의 제도를 따르고 있지만 반론권과 접근권은 의미와 내용, 실제 운용상의 실태가 유사하고 중복되는 경우가 많기 때문에 일부 학자들은 반론권과 접근권을 동일한 개념으로 보거나, 반론권을 접근권의 하위개념 또는 부분개념으로 파악하기도 한다.

최근에는 잊혀질 권리(Right to be Forgotten)가 새로운 헌법적 권리로 인정될 수 있는지에 대한 문제가 제기되고 있다. 잊혀질 권리란 “본인이 수집을 동의한 개인정보를 삭제할 것을 요구하는 권한인 개인정보 삭제 청구권”이다.

한국에서는 2016년 4월 ‘인터넷 자기게시물 접근배제 요청권’이라는 가이드라인을 제정·배포하였을 뿐, 잊혀질 권리를 입법화하려는 시도는 계속 지연되고 있다. 이는 표현의 자유와의 기본권 충돌이라는 이론적인 문제와 함께 여전히 법률제정시의 다양한 문제점에 대한 우려가 크기 때문이다. 향후 2018년 유럽연합(EU)에서 발효된 ‘일반개인정보보호규칙’(General Data Protection Regulation, GDPR) 제17조의 잊혀질 권리를 인정해야 하는지에 대해 지속적으로 논의·연구될 것으로 전망된다.

표현의 자유 역시 다른 모든 기본권들과 마찬가지로 결코 무제한적인 자유가 아니다. 표현의 자유가 보장된다고 해서 그로 인해 공동체의 존립 자체가 파괴되거나 공동체에 소속되어 있는 다른 구성원들의 인간성과 인격이 파괴되는 것을 허용하는 것은 아니다. 그럼에도 불구하고 원칙적으로 표현의 자유는 최대한 보장되어야 하고, 국가의 개입과 제한은 최소한으로 억제되어야 한다.

우리 헌법 제37조 제2항에서는 “국민의 자유와 권리는 국가 안전 보장·질서 유지·공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다”고 규정하고 있다. 나아가 표현의 자유의 중요성과 사회적 영향력을 고려하여 헌법 제21조 제4항에서는 “언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다”고 규정하여 언론·출판의 자유에 대한 특별한 제한의 가능성을 선언하고 있다.

이러한 일반적인 기본권 제한원칙 이외에도 헌법은 표현의 자유에 대한 특별한 보호 원칙을 규정하고 있다.

첫째, 검열금지의 원칙에 의하면 “① 행정권이 주체가 되어, ② 사상내용 등의 표현물을 대상으로, ③ 그 전부 또는 일부의 발표를 금지하는 것을 목적으로 하여, ④ 당해 표현물의 발표 전에 그 내용을 심사하여, ⑤ 발표를 하지 못하게 하는 것”을 엄격히 금지하고 있다. 헌법재판소에서는 지난 30년 동안 다양한 판결을 통해 표현행위에 대한 검열금지의 원칙을 확립하고 있다.

둘째, ‘명백하고 현존하는 위험’(Clear and Present Danger)의 원칙은 언론의 자유를 사후적으로 제약하려면 명백하고 현존하는 위험이 있어야 한다는 것을 말한다. 즉 표현과 위험 사이의 인과관계가 명백(clear)하고, 위험 발생이 시간적으로 근접해서 그 위험이 현존(present)할 때 비로소 언론의 자유를 제약할 수 있다는 것이다. 명백·현존 위험의 원칙은 미국에서는 언론의 자유를 지키는 파수꾼과 같은 존재로 받아들여졌다. 오늘날 이 원칙은 법령의 합헌성 판단 기준으로 발달하여 우리나라를 비롯한 여러 나라의 학설 판례에 큰 영향을 미쳤다.

‘명백하고 현존하는 위험의 원칙’이 한국 학계에 소개된 것은 매우 오래 전 일이지만 판례 중에는 명백하고 현존하는 원칙을 전면적으로 적용한 사례를 찾기 힘들다. 예를 들면 반국가 단체의 활동을 찬양·고무하는 자를 처벌하는 「국가보안법」 제7조 제1항 및 제5항에 대하여 국가의 존립·안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본 질

서에 실질적 해악을 미칠 위험성이 있는 행위에 대해서만 적용된다고 판시하여, 이 원칙을 일부 적용한 예가 있을 뿐이다. 한국에서 표현의 자유에 대한 제한은 여전히 자유권 제한의 일반원리인 '과잉금지의 원칙'에 따르고 있는 것으로 보인다. 이와 같이 '명백하고 현존하는 위험의 원칙'은 아직까지 실제의 입법이나 재판실무 전반이 아니라 강학이나 대중매체를 통한 인권의식의 향상을 위해 기여하는 측면에서 그 의의를 발견할 수 있다.

마지막으로 과도한 언론 집중으로 인한 폐해를 예방하고 자유로운 여론 형성을 보장하기 위해서는 방송뿐만 아니라 신문 시장의 독과점과 집중화 현상으로 발생할 수 있는 위험을 방지하여야 한다. 따라서 헌법재판소는 신문 시장의 기능을 유지하고 회복하기 위한 입법조치는 헌법상 허용될 뿐만 아니라 요청된다고 보고 있다.

이러한 필요에 근거하여 현행 헌법은 신문에 대해서는 경쟁법상의 원리에 근거한 규제를 하고 있으며, 방송은 정치적 영향력과 시설 설치의 난이도 등을 고려하여 신문보다 더욱 엄격한 진입 규제, 내용 규제, 교차 소유 등의 다양한 경제적 제한의 대상이 되고 있다.

정보화시대를 맞이하여 이제 표현의 자유는 신문의 자유와 방송의 자유를 넘어서서 본격적인 '인터넷의 자유'를 중심으로 재해석되어야 하는 시기가 도래하였다. 미래법적 관점에서 기존 거대 언론기관들의 자아실현과 진실발견 및 민주적 기본질서의 확립을 위한 기능을 1인 미디어들이 제대로 담당할 수 있도록 언론으로서의 공익성과 공공성 확보를 위한 법제 정비가 시급한 과제이다.

미래 정보화사회에서 표현의 자유는 사생활의 자유, 통신의 자유, 알권리 등과 상호 유기적으로 작용하는 통합적인 '의사소통기본권'(Kommunikationsgrundrecht)으로 발전함으로써 개방적인 헌법(die offene Verfassung)을 지향해야 한다.

I. 들어가는 말

헌법 제21조 제1항은 “모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다”라고 규정하여 ‘표현의 자유’ 대신에 ‘언론·출판의 자유’와 ‘집회·결사의 자유’라는 표현을 사용하고 있다. 헌법의 법문(法文)상 표현의 자유는 언론·출판의 자유 외에 비언어적·비문자적 매체나 행동 등에 의한 상징적 표현과 집단적 표현인 ‘집회·결사의 자유’를 포함하는 개념이다.

따라서 한국 헌법상 ‘표현의 자유’라 함은 헌법 제21조의 ‘언론·출판의 자유’와 ‘집회·결사의 자유’를 총칭하는 개념으로서, 그 구체적 내용에는 학자들마다 차이가 있으나, 대체로 언론·출판의 자유는 ‘언론기관을 통한 표현의 자유’로, 집회·결사의 자유는 ‘다수의 집합적 의사에 의한 표현의 자유’로 정의할 수 있다.¹⁾ 여기서의 ‘언론·출판’이라 함은 “사상·양심 및 지식·경험 등을 표현하는 모든 수단, 즉 담화·연설·토론·연극·방송·음악·영화·가요 등과 문서·도서·사진·조각·서화·소설·시가 기타 형상에 의한 의사표현”이라고 한다.²⁾

언론·출판의 자유³⁾는 민주 체제에 있어서 불가결의 본질적 요소이다. 사회 구성원이 자신의 사상과 의견을 자유롭게 표현할 수 있다는 것이야말로 모든 민주 사회의 기초이며, 사상의 자유로운 교환을 위한 열린 공간이 확보되지 않는다면 민주 정치는 결코 기대할

1) 표현의 자유에 대한 보다 상세한 사항은 문광삼, 『헌법학』, 삼영사, 2015, 507-561면; 김백유, 『헌법학』, 한성, 2016, 1135-1120면; 양 건, 『헌법강의』, 법문사, 2016, 589-707면; 장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2017, 657-698면; 한수웅, 『헌법학』, 법문사, 2017, 345-382면; 성낙인, 『헌법학』, 법문사, 2019, 1149-1223면; 전광석, 『한국헌법론』, 집현재, 2019, 369-402면; 정종섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2016, 605면-643면; 허 영, 『한국헌법론』, 박영사, 2019, 605-643면 등을 참조.

2) 헌재 1993. 5. 13. 91헌바17, 판례집 5-1, 275, 283(음반에관한법률 제3조 등에 대한 헌법소원)

3) 한국 헌법은 다른 국가들의 헌법에 비해 ‘표현의 자유’ 대신 ‘언론·출판의 자유’라는 개념을 사용하고 있고, ‘집회·결사의 자유’를 집합적 표현의 자유의 한 유형으로 보고 있다는 특징이 있다. 한국 헌법 제21조 제1항과 비교하여 독일 기본법(Grundgesetz) 제5조에서는 표현(의견)의 자유(Meinungsfreiheit)를 ① 의사표현의 자유(Meinungsäußerungsfreiheit), ② 의사전파의 자유(Meinungsverbreitungsfreiheit), ③ 정보의 자유(Informationsfreiheit), ④ 신문의 자유(Pressefreiheit), ⑤ 방송의 자유(Rundfunkfreiheit), ⑥ 영화의 자유(Filmfreiheit) 등 6개의 자유권으로 분류하고 있다. Vgl. BVerfGE 57, 295(320); 73, 118(152); 74, 297(323). 독일의 표현의 자유에 대해서는 Christoph Degenhart, in: Dolzer/Klaus(Hrsg.), 『Bonner Kommentar zum Grundgesetz』, Art. 5 Abs. 1, 2, C.F.Müller, 1999; Edzard Schmidt-Jortzig, “Meinungs- und Informationsfreiheit”, in: Isensee/Kirchhof, 『Handbuch des Staatsrechts』 Bd. VI, § 141, C.F.Müller, 2001; Klaus Stern, “Die Freiheit der Kommunikation und der Information” in: Klaus Stern, 『Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland』 Bd. VI-1, §108, 2006; Pieroth/Schlink, 『Grundrechte - Staatsrechte II』, C.F.Müller, 2010 등을 참조.

한편 미국 수정헌법 제1조는 “의회는 종교를 만들거나, 자유로운 종교 활동을 금지하거나, 발언의 자유를 저해하거나, 출판의 자유, 평화로운 집회의 권리, 그리고 정부에 탄원할 수 있는 권리를 제한하는 어떠한 법률도 만들 수 없다.”라고 규정하고 있으며, 이 중 ‘발언의 자유(freedom of speech)’부분과 ‘출판의 자유(freedom of press)’를 통칭하여 ‘표현의 자유’라고 한다.

수 없기 때문이다. 따라서 민주주의는 사회 내 여러 다양한 사상과 의견이 자유로운 교환 과정을 통하여 모든 국민들에게 전달되고 자유로운 비판과 토론이 활발하게 이루어질 때에 비로소 실현된다. 또한 언론·출판의 자유는 인간이 그 생활 속에서 지각하고 사소한 결과를 자유롭게 외부에 표출하고 타인과 소통하여 스스로 공동 사회의 일원으로 포섭되는 동시에 자신의 인격을 발현하는 가장 유효하고도 직접적인 수단으로서 기능한다.⁴⁾

민주 정치에 있어서 정치 활동은 사상, 의견의 자유로운 표현과 교환을 통하여 이루어지는 것이므로 언론·출판의 자유가 보장되지 않는 상황에서 민주주의는 시행될 수 없으며, 표현의 자유가 보장되지 않은 나라는 엄격한 의미에서 민주 국가라고 하기 어렵다. 사상의 자유로운 교환을 위한 공간이 확보되지 않는다면 민주 정치는 결코 기대할 수 없다. 표현의 자유가 다른 기본권에 우선하는 헌법상의 지위를 가진다고 하는 이유도 그것이 단순히 개인의 자유에 그치는 것이 아니고 통치권자를 비판하여 피치자가 스스로 지배 기구에 참여하는 자치 정체의 이념을 근간으로 하기 때문이다.⁵⁾

아울러 언론·출판의 자유가 보장되지 않는다면 사상은 억제되고 진리는 더 이상 존재하지 않게 될 것이다. 진리를 추구할 권리는 우리 사회가 경화되지 않고 민주적으로 성장해가기 위한 원동력이며 불가결의 필요조건인 것이다. 헌법 제21조가 언론·출판의 자유를 보장하는 것은 다른 헌법적 가치들을 확보하고 발전시키기 위한 전제 조건을 마련하기 위한 것이다.

표현의 자유 역시 다른 모든 기본권들과 마찬가지로 결코 무제한적인 자유가 아니다. 표현의 자유가 보장된다고 해서 그로 인해 공동체의 존립 자체가 파괴되거나 공동체에 소속되어 있는 다른 구성원들의 인간성과 인격이 파괴되는 것을 허용하는 것은 아니다. 그럼에도 불구하고 원칙적으로 표현의 자유는 최대한 보장되어야 하고, 국가의 제한은 최소한으로 억제되어야 한다.⁶⁾

표현의 자유는 상호간의 의사소통을 통해 민주사회에서 가장 중요한 여론을 형성하는 기

4) 헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 337(출판사및인쇄소의등록에관한법률 제5조의2 제5호 등 위헌제청)

5) 헌법이 표현의 자유의 존재의의와 특별한 보호를 하는 정당성의 근거를 가장 잘 정리한 학자는 Thomas I. Emerson이다. 그는 개인의 자기만족(self-fulfillment), 진리발견(attainment of truth), 민주 의사결정에서 참여(participating in decision making), 안정과 변화의 균형(balancing between stability and change) 등 넷으로 구분했다. Thomas I. Emerson, "Toward a General Theory of the First Amendment", 72 *Yale Law Journal*, 1963, pp. 878-886.

6) 헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 333-339(출판사및인쇄소의등록에관한법률 제5조의2 제5호 등 위헌제청)

능을 갖고 있기 때문에 인간이 갖는 기본권 가운데 가장 원초적이면서도 핵심적이고 구성적인(schlechthin konstituierend) 기본권⁷⁾이다. 그러므로 표현의 자유는 오늘날 민주국가에서 국민주권을 실현하는데 필수불가결한(compelling) 궁극적인 기본권(finales Grundrecht)이다. 문제는 헌법상 보호되지 않는 언론·출판의 한계는 무엇이며(헌법 제21조 제4항), 또 헌법상 보호되는 언론·출판이라 하더라도 공익을 위한 국가의 개입이 어느 시점에서 어디까지 허용될 것인가(헌법 제37조 제2항) 하는 점이다.

한국에서도 다른 선진국들과 마찬가지로 국민의 자유로운 의사 표현의 필요성과 호의적인 여론 조성을 원하는 권력자들 사이의 긴장 관계가 형성되어 왔다. 자유로운 표현의 필요성과 이를 제한해야 하는 현실적 필요성 때문에 제정된 법률과 관행에서 헌법상 보장된 표현의 자유를 어느 정도 보호할 것인가의 문제가 지속적으로 제기되었던 것이다. 이 문제는 앞으로도 한국의 민주주의의 발전 과정에서 가장 핵심적인 논쟁의 대상이 될 것이다.

이하에서는 먼저 한국 헌정사에 비추어 표현의 자유의 역사적 발전에 대해 살펴보고(II), 한국의 표현의 자유 이론, 그 제한원리 및 표현의 자유의 우월적 지위를 고려한 특수한 제한원리들에 대해 고찰하기로 한다(III).

II. 한국의 현대 헌정사와 표현의 자유

1. 헌법상 표현의 자유 규정의 변화

헌법 제21조⁸⁾ 제1항에서는 ‘언론·출판의 자유’, ‘집회·결사의 자유’를 동일한 조항에서 규정하고 있다. 비록 이 규정에서는 표현의 자유(Freedom of Expression)이라는 단어를 직접 사용하고 있지는 않지만 통설에 의하면 당해 규정이 한국 헌법전 중 ‘표현의 자유’를 규정하고 있다고 본다.

표현의 자유가 한국 헌법에 규정된 것은 제헌헌법(1948년)에서부터였다. 제헌헌법 제13조

7) BVerfGE 5, 85; 7, 198; 20, 56.

8) 현행 헌법 제21조 “① 모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다.
② 언론·출판에 대한 허가나 검열과 집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니한다.
③ 통신·방송의 시설기준과 신문의 기능을 보장하기 위하여 필요한 사항은 법률로 정한다.
④ 언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다. 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다.”

에서는 “모든 국민은 법률에 의하지 아니하고는 언론, 출판, 집회, 결사의 자유를 제한받지 아니한다”라고 규정하였다. 제헌헌법 당시 막 2차 세계대전 종전과 함께 시작되었던 3년(1945년-1948년)의 미군정하에서 헌법초안이 발의되었기 때문에 제헌헌법의 다른 분야는 미국식 민주주의의 영향을 많이 받았다. 그럼에도 불구하고 표현의 자유 분야는 철저하게 법률유보주의를 채택하여 대조를 보이고 있다. 이는 제헌헌법 제정 당시의 국내 정치상황이 미국 수정헌법 제1조처럼 최대한의 표현의 자유를 보장하기 어려울 정도로 혼란하였고, 이념논쟁 또한 치열했기 때문이었을 것으로 추정된다.⁹⁾

이후 한국헌법은 9차에 걸쳐 개정되었는데, 1959년 헌법까지는 제헌헌법의 규정이 그대로 유지되었다. 1960년 4·19 혁명 이후 제3차 개헌시에 “모든 국민은 언론, 출판의 자유와 집회, 결사의 자유를 제한받지 아니한다”는 규정과 함께 정당에 대한 규정을 표현의 자유와 동일한 조문에 규정하였다. 이는 아마도 당시의 민주화 분위기를 반영하여 표현의 자유도 정당의 자유와 함께 민주주의의 가장 근간이 되는 ‘정치적 기본권’의 하나로 파악했기 때문인 것으로 보인다.¹⁰⁾

그러나 이후 1962년(제5차 개정헌법)과 1969년 헌법(제6차 개정헌법)에서는 표현의 자유를 정당조항과 분리하여 독립적으로 규정하였다. 이때부터 표현의 자유를 집회의 자유와 함께 규정하기 시작하였고,¹¹⁾ 이러한 태도는 현행 헌법에도 계속 유지되고 있다. 또한 공중도덕이나 사회윤리의 유지를 위해 영화나 연예에 관해서만은 ‘검열’을 가능하도록 규정하였다는 특징이 있다.

그 후 1972년 유신헌법(제7차 개정헌법)에서는 검열조항을 삭제하여 외견상으로는 민주주의를 실현할 수 있도록 하였으나, 언론·출판·집회·결사의 자유에 대한 엄격한 법률유보주의를 규정함으로써¹²⁾ 법률만 제정하면 어떠한 표현의 자유도 제한할 수 있도록 하여 표현의 자유가 매우 위축되는 결과를 야기하였다.

9) 보다 상세한 사항은 김영수, 『대한민국임시정부헌법론』, 삼영사, 1980; 김영수, 『한국헌법사』, 학문사, 2000 등을 참조.

10) 박선영, “헌법 제21조”, 법제처(편), 『헌법주석서 I』, 2010, 705면.

11) 1962년 헌법 “① 모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다. ② 언론·출판에 대한 허가나 검열과 집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니한다. 다만, 공중도덕과 사회윤리를 위하여는 영화나 연예에 대한 검열을 할 수 있다. ③ 신문이나 통신의 발행시설기준은 법률로 정할 수 있다. ④ 옥외집회에 대하여는 그 시간과 장소에 관한 규제를 법률로 정할 수 있다. ⑤ 언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다.”

12) 1972년 헌법 제18조 “모든 국민은 법률에 의하지 아니하고는 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다.”

1980년의 권위주의적 정부 하에서 개정된 헌법(제8차 개정헌법)에 의하면 “언론·출판이 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다”라고 규정하여¹³⁾ 표현의 자유보다는 언론의 사회적 책임을 강조함으로써 언론통제가 가능하도록 하였다. 실제로 이 시기에 정부는 「언론기본법」을 제정하여 신문·방송·통신 등 언론기관들에 대한 통·폐합을 시행하였고, 언론시장에 개입하여 인위적으로 언론 분야의 자유시장 경제질서 확립을 저해하였다.

1987년 6월 권위주의적 정부의 독재에 저항하는 전 국민적 항거의 결과로 탄생한 현행 1988년 헌법(제9차 개정헌법)은 표현의 자유 측면에서도 매우 진전된 내용을 포함하고 있다.¹⁴⁾

현행 헌법에서는 지난 1972년 유신헌법(제7차 개정헌법)에서 삭제되었던 언론·출판에 대한 허가과 검열금지조항을 부활시켜서 표현의 자유를 제고하였고, 언론기관을 옥죄던 「언론기본법」을 폐지함으로써 민주주의와 국민주권의 발전을 위한 기초로서의 표현의 자유의 고유한 기능이 최대한 발휘되도록 하고 있다.

2. 현대 한국 헌정사에 있어 표현의 자유의 기능과 역할

진리는 사상의 자유로운 교환에서 발견되는 것인데, 만일 정부가 옳고 그른 것을 판단하여 나쁜 사상에서 국민을 보호하기 위하여 사상을 억압할 경우 사회는 합리적인 판단을 내리지 못하게 된다. 1644년 존 밀턴(J. Milton)은 ‘아레오파지티카(Areopagitica, a speech for the liberty of licensed printing)’에서 출판 허가제를 비난하며 자유로운 토론을 통해 진실과 거짓이 싸우도록 내버려 둘 것을 주장하였다. 200년 후 존 스튜어트 밀(J. S. Mill)도 『자유론』에서 사상의 자유 시장을 역설하며 검열에 반대하였다.¹⁵⁾ 한편, 미국은 식민지 초기부터 투쟁을 통하여 표현의 자유를 확립하여 왔다. 1791년 제정된 수정헌법 제1조에서

-
- 13) 1980년 헌법 제20조 제20조 “① 모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다.
② 언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다. 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다.”
- 14) 1988년 헌법(현행 헌법) 제21조 “① 모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다.
② 언론·출판에 대한 허가나 검열과 집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니한다.
③ 통신·방송의 시설기준과 신문의 기능을 보장하기 위하여 필요한 사항은 법률로 정한다.
④ 언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다. 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다.”
- 15) John Stuart Mill, 『On Liberty』, Floating Press, 2009. 그는 이 책에서 “만약 강요된 생각이 옳다면 사람들은 진실과 거짓을 비교하는 기회를 잃어버리는 것이고, 만약 옳지 않다면 사람들은 진실이 거짓에 비해서 얼마나 명확하게 모습을 드러내어 감동을 주는지 아는 기회를 놓치는 것”이라고 역설하였다.



는 표현의 자유를 제한하지 못하도록 규정하기도 하였다.¹⁶⁾

한국 국민들도 진리의 발견을 위해 사상의 자유를 최대한 확보하려고 부단히 노력해왔다. 한국에서의 사상과 표현의 자유 역시 매우 단기간에 선진 각국의 역사와 유사한 과정을 겪으면서 발전해왔다.

한국에서는 일제 강점기(1910년-1945년)와 1948년 제헌 이후 6·25 전쟁과 5·16 군사혁명, 유신, 5·17 등을 거치면서 다분히 국가에 의해 강제된 ‘국익’의 개념이 국민들에게 일방적으로 선포되었다. 이 시기에는 ‘국가안보’와 ‘경제성장’이라는 국가이익 또는 국가목표를 설정한 대통령 등 일부 권력집단에 의하여 여론형성권이 독점되었고, 가치판단권은 행정과정을 통하여 행정부, 특히 실질적으로는 최고통치권자 한 사람에게 집중되어 있었다.

권위주의적 정부 시절 권력자는 국민의 기본권 제한의 필요성이 있을 때, 법의 이념에 부합하는 합리적인 절차에 따라 국민들을 설득하고, 사익(私益)과 비교하여 우월한 공익을 증명함으로써 국민의 동의를 얻기보다는 일방적인 복종만을 강요하였다. 이 과정에서 해방 이후 오랫동안 한국 국민들은 민주적 토론과정을 거쳐 합리적인 결론을 도출할 수 있는 ‘정치적 의사형성의 장’이나 ‘소통의 장’이 만들어질 기회조차 박탈당해왔던 것이다.

이러한 상황은 1980년대 후반 이후 진행된 정치적 측면에서의 한국 사회의 전반적인 민주화와 더불어 현격히 변화되기 시작하였다. 이 시기부터 사회집단간의 욕구와 갈등이 다양화·표면화되면서 그때까지 당연시되었던 국가적·사회적 가치관에 대한 회의와 논쟁이 노정되게 되었다.

이 주장들은 때로는 ‘좌익’ 또는 ‘집단이기주의’라는 이름으로 매도당해왔다. 하지만 이는 그때까지 비민주적인 국가권력 행사로 인하여 억압되었던 국민들의 민주화요구의 당연한 표현이었으며, 장기적으로는 한국에서의 진정한 민주주의와 법치주의의 실현에 유익했다

16) 미국의 표현의 자유 내용에 대한 상세는 Chemerinsky Erwin, 『Constitutional Law: principles and policies』, Aspen Law & Business, 2002; Kmiec Douglas W. etc., 『The American Constitutional Order History, Cases, and Philosophy』, LexisNexis Matthew Bender, 2009; Crump David etc., 『Cases and Materials on Constitutional Law』, LexisNexis Matthew Bender, 2009; Farber Daniel A., 『Cases and Materials on Constitutional Law Themes for the Constitution's Third Century』, Thomson/West, 2009; Choper Jesse H. etc., 『Constitutional Law: cases-comments-questions』, Thomson/West, 2011; Nowak/Rotunda, 『Constitutional Law』, West Group, 2000; Rotunda Ronald D., 『Modern Constitutional Law: cases and notes』, Thomson/West, 2012; Kathleen/Noah, 『Constitutional Law』, Foundation Press, 2016 등을 참조.

고 본다.¹⁷⁾

이러한 일련의 민주화를 향한 투쟁 과정에서 표현의 자유는 단지 개인의 요구와 의사를 외부적으로 알리는 기능을 넘어 국민들의 시대가치를 묶어내는 역할을 담당하게 되었다. 이로써 표현(언론)의 자유는 개인이 언론 활동을 통하여 자기의 인격을 형성하는 개인적 가치인 ‘자기실현의 수단’임과 동시에 사회 구성원으로서 평등한 배려와 존중을 기본원리로 공생·공존관계를 유지하고 정치적 의사결정에 참여하는 ‘자기통치를 실현하는 수단’으로 인정받게 되었다.¹⁸⁾

III. 헌법상 표현의 자유의 구체적인 내용

1. 표현의 자유의 법적 성격

헌법 제21조 제1항에서는 언론·출판의 자유, 집회의 자유 및 결사의 자유를 동일한 조항에서 규정하고 있다. 헌법상 표현의 자유는 전통적으로는 사상 또는 의견의 자유로운 표명(발표의 자유)과 그것을 전파할 자유(전달의 자유)를 의미하는 것으로서 개인이 인간으로서의 존엄과 가치를 유지하고 행복을 추구하며 국민주권을 실현하는데 필수불가결한 것으로 오늘날 민주국가에서 국민이 갖는 가장 중요한 기본권의 하나로 인식되고 있다. 또한 표현의 자유는 “현대자유민주주의의 존립과 발전에 필수불가결한 기본권”으로서 “이를 최대한도로 보장하는 것은 자유민주주의의 기본원리의 하나”이다.¹⁹⁾

한국 헌법에서는 이 기본권들을 통칭하여 ‘표현의 자유’라고 부른다. 이는 사회 내에서 개인 간의 ‘의사소통을 위한 기본권 또는 의견 교환을 위한 기본권’으로서의 성격을 가진다. 표현의 자유는 개인의 자기 결정과 인격 발현의 기본 요소인 동시에 자유민주적 국가 질

17) 이상의 논의에 대해서는 최송화, 『공익론』, 서울대, 2004, 170-172면.

18) 헌재 1999. 6. 24. 97헌마265, 판례집 11-1, 768, 773-778(불기소처분취소-김일성에도편지사건)

19) 독일 연방헌법재판소도 ‘의심스러운 경우에는 언론의 자유가 우선시되는 것으로 추측할 수 있다. 왜냐하면 그렇지 않을 경우 자유롭고 개방된 정치적 과정의 전제조건인 언론의 자유의 핵심이 침해될 수 있기 때문이다’라는 논지로 표현의 자유의 우월성을 강조하고 있다. BVerfGE 7, 198, 212; 61, 1, 11; 85, 1, 16; 93, 266, 294f.

서를 구성하는 요소이다.²⁰⁾ 표현의 자유와 언론의 자유를 구분하여 설명하는 견해도 있으나, 헌법재판소는 두 용어를 혼용하여 사용한다.

‘개인 표현의 자유’는 국민 개개인이 방해받지 않고 자기의 의사를 표현할 수 있는 주관적 권리에 속하는 반면, 신문·방송과 같은 매체가 향유하는 ‘언론(표현)의 자유’는 개인의 주관적 권리 이상의 성격을 가지는 것으로서 ‘국민의 의사 형성에 봉사하는 도구적인 성격의 자유권’(dienende Freiheit)이다. 즉, 매체로서 언론의 자유는 개인의 권리 보장에 주안점이 있는 것이 아니라, 이의 보장을 통한 민주주의 질서의 확립이라는 목적에 봉사하는 자유라는 데 견해가 일치한다.

따라서 표현의 자유 중 매체로서 언론의 자유는 기본권 주체가 가지는 표현의 자유보다 다양한 공적 의견형성이라는 기능적 측면에 초점을 둔다. 특히 이러한 성격은 방송의 자유에서 두드러지게 나타난다. 방송의 자유는 ‘공적 의견 형성’이라는 기능적 측면에서는 신문의 자유와 동일하다. 하지만 신문의 자유와 비교할 때 방송의 자유는 기술적·경제적 희소성과 사회적 영향력으로 인하여 객관적 성격이 아주 강하게 나타난다. 따라서 방송의 자유는 신문의 자유보다 훨씬 엄격한 진입 규제, 내용 규제, 교차 소유 등의 제한을 받는다.

2. 표현의 자유의 보호 범위

표현의 자유는 사람의 내심의 정신 작용을 외부로 향해 공표하는 정신 활동의 자유를 말한다. 내심의 정신 작용을 외부로 표현하는 모든 표현 행위는 표현의 자유 대상이 된다. 그런데 다음과 같은 몇 가지 경우에는 표현의 자유의 보호범위에 속하는지 여부에 대해서 서로 다른 의견이 대립한다.

(1) 광고

광고란 사상·지식·정보 등을 불특정 다수인에게 전파하는 것이다. 광고는 단순히 상업적인 상품이나 서비스에 관한 사실을 알리는 경우에도 그 내용이 공익을 포함하는 때에는 헌법 제21조의 표현의 자유에 의하여 보호된다. 헌법재판소는 상업 광고 역시 표현의 자

20) 헌재 1992. 2. 25. 89헌가104, 판례집 4, 64, 93-97(군사기밀보호법상의 제6조에 대한 위헌심판). “헌법 제21조의 언론·출판의 자유, 즉 표현의 자유를 규정하고 있는데 이 자유는 전통적으로는 사상 또는 의견의 자유로운 표명(발표의 자유)과 그것을 전파할 자유(전달의 자유)를 의미하는 것으로서 … 표현의 자유(는) … 개인이 인간으로서의 존엄과 가치를 유지하고 행복을 추구하고 국민주권을 실현하는데 필수불가결한 것으로 오늘날 민주국가에서 국민이 갖는 가장 중요한 기본권의 하나로 인식되고 있는 것이다.”

유의 보호범위에 속한다고 판시하였다.²¹⁾

(2) 음란한 표현

음란이란 “음란이란 인간존엄 내지 인간성을 왜곡하는 노골적이고 적나라한 성표현으로서 오로지 성적 흥미에만 호소할 뿐 전체적으로 보아 하등의 문학적, 예술적, 과학적 또는 정치적 가치를 지니지 않은 것”²²⁾이다.

음란은 인간 존엄 내지 인간성을 왜곡하는 노골적이고 적나라한 성 표현으로서 오직 성적 흥미에만 호소할 뿐 전체적으로 보아 하등의 문학적·예술적·과학적 또는 정치적 가치를 지니지 않은 것이므로 국민의 자기지배와 전혀 관계없는 표현이기 때문에 언론출판의 자유에 의하여 보호되지 않는다고 보는 견해²³⁾가 있다.

그러나 헌법재판소는 표현의 자유의 보호 범위를 넓게 이해한다. 즉 일단 표출되면 그 해악이 처음부터 해소될 수 없거나 또는 너무나 심대한 해악을 지닌 음란 표현이 존재한다고 하더라도 이런 표현도 역시 헌법상 표현의 자유의 영역에 속한다고 보고 있다.²⁴⁾

(3) 익명표현

‘익명표현의 자유’라 함은 자신의 실명이나 신원을 드러내지 않고 익명의 상태에서 자신의 의사나 의견을 외부에 표명하는 자유로서 헌법상 보장되는 표현의 자유의 한 유형이다.²⁵⁾

21) 「광고가 단순히 상업적인 상품이나 서비스에 관한 사실을 알리는 경우에도 그 내용이 공익을 포함하는 때에는 헌법 제21조의 표현의 자유에 의하여 보호된다. 헌법은 제21조 제1항에서 “모든 국민은 언론·출판의 자유……를 가진다”라고 규정하여 현대 자유민주주의의 존립과 발전에 필수불가결한 기본권으로 언론·출판의 자유를 강력하게 보장하고 있는바, 광고물도 사상·지식·정보 등을 불특정다수인에게 전파하는 것으로서 언론·출판의 자유에 의한 보호를 받는 대상이 됨은 물론이다.」헌재 2002. 12. 18. 2000헌마764, 판례집 14-2, 856, 866-870 [옥외광고물등관리법 제3조 제1항 제6호 등 위헌확인].

22) 헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 342[출판사및인쇄소의등록에관한법률 제5조의2 제5호 등 위헌제정].

23) 대표적으로 문재완, “음란과 헌법상 표현의 자유의 보호 영역”, 「언론과 법」 제8권 제2호, 2009, 293-329면.

24) 헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 337-340[출판사및인쇄소의등록에관한법률 제5조의2 제5호 등 위헌제정].

25) “헌법 제21조 제1항에서 보장하고 있는 표현의 자유는 사상 또는 의견의 자유로운 표명(발표의 자유)과 그것을 전파할 자유(전달의 자유)를 의미하는 것으로서, 그러한 의사의 ‘자유로운’ 표명과 전파의 자유에는 자신의 신원을 누구에게도 밝히지 아니한 채 익명 또는 가명으로 자신의 사상이나 견해를 표명하고 전파할 익명표현의 자유도 포함된다.” 헌재 2010. 2. 25. 2008헌마324등, 판례집 22-1상, 347, 363[정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제44조의5 제1항 제2호 등 위헌확인].



인터넷의 장점을 최대한 활용하여 소수와 약자의 의견을 개진할 수 있는 익명표현의 자유는 당연히 헌법상의 권리라고 보아야 한다.

역사적으로 정치적 의견의 표현이나 사회적 이슈에 관련된 의견을 외부에 발표함에 있어 필자가 자신의 이름을 밝히지 않고 익명으로 발표한 예는 무수히 많다. 가령 ‘1984년’, ‘동물농장’ 등을 발표하여 빅 브라더(Big Brother)에 의한 감시사회를 예측했던 George Orwell의 본명은 Eric Blair였으며, ‘톰소여의 모험’을 출간한 미국의 Samuel Clemens 역시 Mark Twain이라는 이름으로 소설을 발표하였다.

전반적인 민주화라는 사회적 분위기에 더하여 1990년대 중반부터 인터넷과 모바일폰 같은 멀티미디어의 혁명으로 인해 이제 국민들은 기존의 언론을 경유하지 않고도 자신의 의사를 자유로이 표현할 수 있게 되었다. 파워 블로거(Power Blogger)가 되는 경우 여론형성력이 기존의 온라인·오프라인 언론매체보다 더욱 강해지는 경우도 종종 있었다.

이러한 상황을 가리켜 하버마스(J. Habermas)는 “탈중심화된 현대사회에서 인민주권은 주체없는 의사소통절차의 ‘익명적 양식’을 통해 정치적 공중(公衆)의 구체적인 의지로 나타난다”고 하였다.²⁶⁾ 하버마스(J. Habermas)의 말처럼 민주주의의 기본원칙인 다수결도 역시 익명적 다수의 결정에 의존하고 있다고 보아야 한다.

또한 롤즈(J. Rawls) 역시 정의원칙의 선택을 위한 배경적 상황인 원초적 입장(the original position)에 선택자들의 개인적 선호와 사회적 정체성을 익명화시키는 ‘무지의 베일’(the veil of ignorance)을 공정성으로서의 정의관을 보장하기 위한 철학적 장치로 도입한 바 있다.²⁷⁾

이러한 점을 고려하여 헌법재판소는 인터넷게시판을 설치·운영하는 정보통신서비스 제공자에게 본인확인조치의무를 부과하여 게시판 이용자로 하여금 본인확인절차를 거쳐야만 게시판을 이용할 수 있도록 하는 ‘본인확인제(소위 ‘인터넷 실명제’를 규정한 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제44조의5 제1항 제2호 등에 대하여 과잉금지 원칙에 위배하여 인터넷게시판 이용자의 표현의 자유, 개인정보자기결정권 및 인터넷게시판을 운영하는 정보통신서비스 제공자의 언론의 자유를 침해한다고 판시하였다.²⁸⁾

26) Jürgen Habermas, 『Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats』, Suhrkamp, 1992, S. 7.

27) John Rawls, 『A Theory of Justice』, Harvard Univ. Press, 1971 참조.

28) 헌재 2012. 8. 23. 2010헌마47 등, 판례집 24-2상, 590, 602-606(정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제44조의5 제1항 제2호 등 위헌확인).

3. 표현의 자유의 핵심 내용

(1) 의사표현의 자유

‘의사표현의 자유’란 ‘언론·출판의 자유의 가장 기본적인 내용으로 국민 누구나 자신의 사상과 의사를 표현하고 전달하며 이를 통하여 여론 형성에 참여할 수 있는 자유’를 말한다.

의사표현의 자유에는 국가 권력의 간섭이나 방해를 받지 않고 자신의 의사를 표현하고 전달할 수 있는 소극적 자유와 자신의 의사표현을 통해 여론 형성에 참여할 수 있는 적극적 자유가 있다. 의사표현의 자유는 타인과의 의사접촉을 통한 여론 형성의 자유를 본질로 하기 때문에 동일한 의사표현이라도 여론 형성과의 관계가 크면 클수록 보호의 필요성이 커진다.

(2) 알 권리(Right to Know)

알 권리는 우리 헌법에 명문으로 규정되어 있지는 않으나 학설과 판례를 통해 헌법상 권리로 인정되고 있다. 알 권리는 ‘국민이 일반적으로 정보에 접근하고 수집·처리함에 있어서 국가권력의 방해를 받지 않음을 보장하고 의사형성이나 여론형성에 필요한 정보를 적극적으로 수집하고 그 수집에 대한 방해의 제거를 청구할 수 있는 권리’이다.²⁹⁾

헌법재판소는 국가 또는 지방자치단체의 기관이 보관하고 있는 문서 등에 관하여 이해관계 있는 국민이 공개를 요구하는 경우, 정당한 이유 없이 이에 응하지 아니하거나 거부하는 것은 당해 국민의 알 권리를 침해하는 것으로 보고 있다.³⁰⁾

예를 들면 헌법재판소는 출범 초기인 1989년 부동산 소유권의 회복을 위한 입증 자료로 사용하고자 토지조사부 등 문서의 열람·복사를 신청한 사건에서 알 권리를 헌법상 기본권으로 인정한 이래 일관되게 알 권리를 헌법상 권리라고 판시하고 있다.³¹⁾ 위 사건에서 헌법재판소는 알 권리를 ‘정보에의 접근·수집·처리의 자유’라고 정의하고, “사상 또는 의견의 자유로운 표명은 자유로운 의사의 형성을 전제로 하는데, 자유로운 의사의 형성은 충분한

29) 헌재 2004. 12. 16. 2002헌마579, 판례집 568, 575(대한민국정부와 중화인민공화국정부간의 마늘교역에 관한 합 의서 등 위헌확인). 알권리에 대해서는 박종보, “공공정보공개제도와 알권리의 헌법적 근거”, 「공법연구」 제28집 제1호, 1-18면 참조.

30) 헌재 1994. 8. 31. 93헌마174, 판례집 6-2, 324, 329-331(지세명기장 열람거부 등 위헌확인).

31) 헌재 1989. 9. 4. 88헌마22, 판례집 1, 176, 188-191(공권력에 의한 재산권 침해에 대한 헌법소원).

정보에의 접근이 보장됨으로써 비로소 가능한 것이며, 다른 한편으로 자유로운 표명은 자유로운 수용 또는 접수와 불가분의 관계에 있다고 할 것이다”라고 설명하였다. 이와 같이 헌법재판소는 초기부터 알 권리를 표현의 자유의 내용으로 포함하여 해석하고 있다.

(3) 보도의 자유

‘보도의 자유’란 “출판물 또는 전파 매체를 통하여 언론 기관이 의사를 표현하고 사실을 전달하여 여론 형성에 참여할 수 있는 자유”다. 언론 기관은 자신의 평가적인 의사는 물론이고 단순한 사실을 전달하여 여론 형성에 기여할 수 있다.

보도의 자유는 국민의 알 권리를 충족시키며, 민주 정치에 필수불가결한 여론 형성에 크게 기여하고, 국가 권력을 감시·통제함과 동시에 국민 통합을 촉진시키는 역할을 한다. 보도의 자유는 출판물에 의한 보도(신문·잡지)와 전파 매체에 의한 보도의 자유로 구분할 수 있다.

신문의 자유나 방송의 자유 모두 공적 여론 형성에 봉사하는 기능을 갖는다. 하지만 방송의 자유는 언론의 자유와 비교할 때 그 기술적·경제적 희소성이라는 특별한 상황과 다른 매스미디어보다 큰 사회적 영향력 때문에 방송의 자유 근본 원칙인 공적 의견 형성의 다원주의 실현에 잠재적인 위협 요소가 된다. 따라서 방송에 있어서는 다른 언론 매체보다 자본에 의한 의견의 독점화가 배제되도록 방송 제도에 관한 입법자의 재량을 광범위하게 인정하고 있다.³²⁾

(4) 반론권

1) 내용

‘반론권’ 내지 ‘반론 보도청구권’(right of reply)이라 함은 “정기간행물이나 방송 등에서 공표된 사실적 주장에 따라 피해를 입은 자가 발행인이나 방송사업자에게 서면으로 반론 보도문을 게재해 주거나 반론 보도를 방송해 줄 것을 청구할 수 있는 권리”를 말한다. 반론권은 다음과 같은 장점이 있다.

32) 현행 「방송법」 제8조에서는 지상파방송사, 종합 편성채널, 유료방송채널 등 방송의 형태별로 다양한 소유 및 경영 제한을 통해 방송사업자의 경제적 자유를 일정 부분 제한하고 있다. 방송의 자유의 의미와 내용에 대해서는 지성우, “방통융합시대의 국가기간방송의 운영체계”, 『언론과 법』, 7권 1호, 2008, 175-215면.

반론권은 첫째, 언론 기관이 특정인의 일반적 인격권을 침해한 경우 형평의 원칙에 따라 공격 내용과 동일한 효과를 갖도록 보도된 매체 자체를 통하여 방어 주장의 기회를 보장한다.

둘째, 반론권 제도는 독자로서 언론 기관이 시간적 제약 아래 일방적으로 수집·공급하는 정보에만 의존하기보다는 상대방의 반대 주장까지 들어야 비로소 올바른 판단을 내릴 수 있기 때문에 진실 발견과 올바른 여론 형성에 중요한 기여를 할 수 있다.³³⁾

셋째, 신문사 측에 고의·과실이 없거나 위법성조각사유가 인정되는 등의 이유로 불법 행위에 기한 청구가 불가능한 경우에도 반론권은 인정될 수 있다.

구체적으로 현행 「언론중재 및 피해구제에 관한 법률(이하 ‘언론중재법’)」은 ① 정정보도청구,³⁴⁾ ② 반론보도청구,³⁵⁾ ③ 추후보도청구,³⁶⁾ ④ 손해배상청구³⁷⁾ 등의 권리를 행사할 수 있다고 규정하고 있다.

2) ‘정정보도청구권’과의 구별

반론권이 처음 한국에 도입된 1980년 당시에는 정정보도청구권과 그 용어나 실제 운용면에서 혼동을 겪었다. 즉 1980년 제정되었던 「언론기본법」에 ‘정정보도청구권’이라는 규정이 처음 도입되었는데, 이 법률에서는 ‘정정보도청구권’의 내용을 “언론보도의 진위여부를 불문하고 언론보도로 인해 피해를 입은 자가 작성한 보도문을 무료로 보도할 책무를 진다”고 규정하였다. 이 규정은 형식상 ‘정정보도청구권’이지만 내용상으로는 ‘반론권’을 규정한 것이기 때문에 개념상 혼란을 야기하였다. 이러한 문제점은 2000년대부터 두 제도가 내용적으로 상이하다는 주장이 수용되어 2005년 「언론중재법」이 제정되어 양자를 명확하게 구분되면서 해소되었다.

33) 헌재 1991. 9. 16. 89헌마165, 판례집 3, 518, 524-530(정기간행물의등록등에관한법률 제16조 제3항, 제19조 제3항의 위헌여부에 관한 헌법소원).

34) 언론보도가 진실하지 아니한 경우 해당 언론사가 스스로 기사내용이 잘못되었음을 밝히는 정정 기사를 게재(또는 방송)해 줄 것을 요구하는 권리이다. 「언론중재법」 제14-15조.

35) 언론보도로 인하여 피해를 입은 사람이 언론 보도 내용에 대한 자신의 입장을 보도해 달라고 요구하는 권리이다. 「언론중재법」 제16조.

36) 언론에 의하여 범죄혐의가 있거나 형사상의 조치를 받았다고 보도된 이후 무죄판결 등 혐의가 없는 것으로 밝혀진 경우에는 해당 언론사에게 자신이 무죄라는 취지의 내용을 게재(또는 방송)해 줄 것을 요구하는 권리이다. 「언론중재법」 제17조.

37) 언론보도로 인하여 피해가 발생한 경우 피해에 대한 금전적인 배상을 요구하는 권리이다. 「언론중재법」 제30조.

3) '접근권'(Right of Access to Mass Media)과의 구별

헌법상 반론권과 유사하면서도 구별되는 접근권이 있는지에 대해 의견이 엇갈리고 있다. 반론권과는 별도로 접근권을 인정하는 견해에 의하면 접근권이란 언론기관에 대하여 비판·항의·요구·진정할 수 있는 권리의 의견광고·반론권·언론기관에의 참가 등을 통합한 개념으로 보고 있다.³⁸⁾

이러한 견해는 현행 헌법상의 반론권을 미국식의 한정적 접근권과 유사한 것으로 파악한 것으로 보이지만 현행 헌법상의 반론권은 영·미식이 아니라 대륙식을 따르고 있기 때문에 해석을 달리해야 할 것 같다.

현행 반론권 제도는 언론보도로 인한 피해를 구제해주는 대륙법상의 특수한 구제제도인데, 그 중 한국의 제도는 독일과 유사하다. 즉 반론권제도를 최초로 도입한 프랑스의 경우는 사실관계와 논평·비평 등 가치판단사항을 모두 반론권의 대상으로 포함시킨 반면, 독일은 사실보도에 대해서만 인정하고 있고, 영·미에는 반론권에 관한 규정이 생소한 개념이다. 특히 반론권 규정이 없는 미국의 경우에는 공정성의 원칙(Fairness Doctrine)에 근거하여 '한정적 접근권'을 반론권의 한 형식으로 인정하고 있다.

이와 같이 한국의 반론권제도는 영·미식보다는 대륙식의 제도를 따르고 있지만 반론권과 접근권은 의미와 내용, 실제 운용상의 실태가 유사하고 중복되는 경우가 많기 때문에 일부 학자들은 반론권과 접근권을 동일한 개념으로 보거나, 반론권을 접근권의 하위개념 또는 부분개념으로 파악하기도 한다.³⁹⁾ 한국의 현행 법제와 법원의 판결에서는 반론권만을 인정하고 있다.

(5) 잊혀질 권리(Right to be Forgotten)

잊혀질 권리란 “본인이 수집을 동의한 개인정보를 삭제할 것을 요구하는 권한인 개인정보 삭제 청구권”이다. 유럽연합(EU)은 1995년에 정보보호법(Data Protection Directive, DPD)을 제정해 검색 사업자를 데이터 수집업체로 규정하고 규제 대상으로 삼아 왔다. 잊혀질 권리라는 개념은 공식적으로 2012년에 유럽 일반정보보호규정(General Data Protection Regulation, GDPR)에서 처음 등장하게 되었다.

38) 구병삭, 『신헌법원론』, 박영사, 1990, 589면.

39) 예를 들면 구병삭, 『위의 책』, 1990, 589면.

종이신문을 주로 이용하던 시기에는 시간이 지나면서 기사에 기재된 정보가 사람들의 기억에서 잊혀지게 되고, 이 기사를 검색하기 위해서는 매우 많은 시간을 투자해서 수고를 해야 하기 때문에 과거의 기사를 다시 검색하고 이를 이용하는 것이 매우 어려웠다.

반면, 인터넷 공간은 가장 표현촉진적이고 참여적인 시장이며 쌍방향적 의사표시가 실시간으로 이루어지는 매체⁴⁰⁾로서 기존의 공간과 시간의 개념은 물론 인터넷에서의 표현물의 유통구조를 획기적으로 변화시켰다. 그리하여 인터넷상의 디지털화된 정보는 변색되지 않으며 관심의 영역에서 사라지지도 않는다.

아날로그 시대에는 망각이 일반적이었고 기억이 예외였던 데 반하여, 디지털 혁명으로 인해 “기억이 일반적이 되었고 망각이 예외”가 되어 버렸다.⁴¹⁾ 이렇게 디지털화로 인하여 개인에 대한 망각이 기본값이었던 과거가 영원히 사라지지 않고 각인되는 상황을 쇠베르거(V. Schönberger)는 벤담(J. Bentham)이 경고하고 있는 견고한 원형감옥(파옵티콘)이 디지털화로 완성되고 있다고 지적한다.

한국에서는 이러한 문제를 해결하기 위해 정보자기결정권의 한 내용으로 ‘잊혀질 권리’를 도입해야 하는지에 대해 논의가 이루어지고 있다. 잊혀질 권리를 폭넓게 인정하게 되면 잊혀질 권리를 주장하는 측의 개인정보자기결정권 또는 사생활의 비밀의 자유와 개인 및 언론기관이 향유하는 언론의 자유 및 알권리와 ‘기본권의 충돌’문제가 발생한다.

전통적으로 미국은 표현의 자유를 보장하고, 대륙법계는 사생활과 인간의 존엄성이란 가치를 더 중시해 왔다. 개인정보자기결정권과 표현의 자유의 형량문제에 대해서도 양측의 견해는 차이가 있다. 미국은 수정헌법 제1조에 의거해 ‘표현의 자유’를 우선시하지만, 유럽은 유럽인권협약 제8조⁴²⁾를 토대로 ‘정보자기결정권(잊혀질 권리)’를 강조한다. 유럽연합(EU)에서는 지난 2018년 5월 25일 일반개인정보보호규칙(General Data Protection

40) 2010. 12. 28. 2008헌바157, 판례집 22-2, 684, 700(전기통신기본법 제47조 제1항 위헌소원)

41) Viktor Mayer-Schönberg, 『Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age』, Princeton University Press, 2009, pp. 1-3.

42) 유럽인권협약(European Convention on Human Rights, ECHR) 제8조(사생활 및 가정생활을 존중받을 권리, Right to respect for private and family life) “1. 모든 사람은 그의 사생활, 가정생활, 주거 및 통신을 존중받을 권리를 가진다.
2. 이 권리의 행사에 대하여는 무질서와 범죄의 방지, 보건 및 도덕의 보호 또는 타인의 권리 및 자유를 보호하기 위하여 민주사회에서 국가안보, 공공의 안전 또는 국가가 경제적 복리에 필요하여 법률에 따른 경우 이외에는 어떠한 공공당국의 개입도 있어서는 아니된다.”

Regulation, GDPR)이 발효되었는데, 이 규칙 제17조는 잊혀질 권리를 규정하고 있다.⁴³⁾

한국에서는 2016년 4월 ‘인터넷 자기게시물 접근배제 요청권’이라는 가이드라인을 제정·배포하였을 뿐, 잊혀질 권리를 입법화하려는 시도는 계속 지연되고 있다. 이는 표현의 자유와의 기본권 충돌이라는 이론적인 문제와 함께 여전히 법률제정시의 다양한 문제점에 대한 일반 국민과 언론기관의 우려가 크기 때문인 것으로 보인다.

4. 표현의 자유에 대한 제한과 한계

(1) 표현의 자유에 대한 제한 원칙

1) 기본권 제한의 일반 원칙

‘기본권의 제한’이란 “기본권의 보호 영역에 속하는 행위나 상태 등을 불가능하게 하거나 현저하게 어렵게 하는 모든 행위”를 말한다. 기본권의 제한은 헌법에 규정될 수도 있고 법률에 제정될 수도 있다.

우리 헌법 제37조 제2항에서는 “국민의 자유와 권리는 국가 안전 보장·질서 유지·공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다”고 규정하고 있다. 이와 같이 헌법은 자기 혼자 생각하는 내심의 자유를 제외하고는 모든 국민의 권리에 대해 법률을 제정하여 제한할 수 있다고 규정하고 있다.

헌법 제21조 제4항도 “언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다”고 하여 언론·출판의 자유에 대한 한계를 분명히 선언하고 있고, 헌법 제37조 제2항도 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 언론·출판의 자유를 제한할 수 있도록 하고 있다.

(2) 법률에 따른 일반적인 기본권 제한의 한계

1) 기본권의 제한, 한계와 침해의 일반적 관계

43) 일반개인정보보호규칙 제17조에 의하면 정보관리자가 정보주체의 개인정보를 삭제할 의무가 있는 경우에, 그 관리자는 이용가능한 기술과 이행비용을 고려하여, 정보주체가 그 개인정보에의 링크 또는 그 복 사나 복제의 삭제를 청구하였음을 그 정보를 처리하고 있는 관리자들에게 통지할, 기술적 조치를 포함하여 합리적인 조치를 취할 의무가 있다.

우리 헌법 제37조 제2항은 ‘국민의 모든 자유와 권리’를 ‘법률’에 따라 제한할 수 있다고 규정하고 있다. ‘나의 기본권은 타인의 기본권이 시작하는 곳에서 끝난다’라는 법언에서 알 수 있듯이 국민의 기본권은 국가의 존립을 보장하고 공동체의 질서 유지를 위해 무한정 인정될 수 있는 것이 아니라 기본권에도 일정한 제한이 불가피하다. 그럼에도 불구하고 국민의 기본권을 제한하는 경우에도 제한에 일정한 한계가 있으며, 만일 한계를 일탈하여 과도한 제한을 하는 경우에는 헌법상 정당화되지 못하는 ‘기본권의 침해’가 된다.

2) 목적상의 한계

내심의 자유를 제외한 모든 외부적으로 발현되는 기본권은 ‘국가 안전 보장’, ‘질서유지’, ‘공공복리’를 위해 제한할 수 있다.⁴⁴⁾

3) 형식상의 한계: 법률

헌법 제37조 제2항에 따르면 기본권의 제한은 원칙적으로 ‘법률’의 형식으로써만 가능하다. 따라서 법률의 근거 없이 기본권을 제한하는 경우에는 기본권 제한 원칙에 위배되는 기본권 침해에 해당한다.

이때의 법률이란 국회가 제정한 형식적 의미의 법률을 의미한다. 또한 긴급명령·긴급재정경제명령, 조약과 일반적으로 승인된 국제 법규에 따른 기본권 제한은 법률과 동일한 효과가 있다.

또한 기본권 제한을 위한 법률은 불특정 다수인에게 일반적으로 적용되어야 하며 원칙적으로 구체적 사안과 관련된 ‘개별적 법률’은 허용되지 않는다. 하지만 예외적으로 개별적 법률도 극단적인 개별적·구체적 처분이나 재판을 내용으로 하지 않는다면 허용될 수도 있다. 나아가 법률은 그 의미 내용에서 금지되는 행위와 허용되는 행위를 국민이 알 수 있도록 명확해야 한다. 명확성의 원칙은 모든 법률에 있어서 동일한 정도로 요구되는 것이 아니고 국민에게 혜택을 주는 급부적·시혜적 법률에 비해 침해적·형사법적 법률에서는 더욱 엄격한 명확성이 요구된다.

4) 방법상의 한계: 과잉금지(비례)의 원칙

44) ‘국가 안전 보장’이라 함은 국가의 독립과 영토의 보전, 헌법과 법률의 규범력과 헌법 기관의 유지 등 국가적 안전의 확보를 말한다. 또한 ‘질서유지’란 좁은 의미로서 ‘공공의 안녕질서를 의미’한다. 그리고 ‘공공복리’는 개인의 사적 이익에 우월하면서 개개인에게 공통된 이익을 의미하는 국민 공동의 공공복리 개념이다. ‘공공복리’는 사회 공동생활의 지표인 동시에 국가적 이념이다.

‘과잉금지의 원칙’ 또는 ‘비례의 원칙’이라 함은 국가작용의 한계를 명시한 것으로서 국민의 기본권을 제한할 때 목적의 정당성·수단의 적정성·침해의 최소성·법익의 균형성 등을 의미하며, 이 중 어느 하나라도 위배되면 위헌이 된다는 헌법상의 원칙을 말한다.

(가) 목적의 정당성

‘목적의 정당성’이라 함은 국민의 기본권을 제한하는 입법은 그 목적이 헌법과 법률의 체계 내에서 정당성을 인정받을 수 있어야 한다는 것이다. 목적의 정당성이 부인되는 경우는 극히 예외적이다.⁴⁵⁾

(나) 수단의 적합성(수단의 상당성, 방법의 적정성)

‘수단의 적합성’이라 함은 입법 수단이 입법 목적의 실현을 용이하게 하거나 촉진하는 경우 그 수단은 적합성을 띤다는 것이다. 수단의 적합성은 입법자가 선택한 방법이 최적인 것이었는가 하는 것이 아니고, 그 방법이 입법 목적 달성에 유효한 수단인가 하는 점에 한정된다.

(다) 침해의 최소성(피해의 최소성)

‘침해의 최소성’이라 함은 입법권자가 선택한 기본권의 제한 조치가 입법 목적의 달성을 위하여 적절한 것일지라도 완화된 수단이나 방법을 모색하여 그 제한을 필요 최소한의 것이 되게 하여야 한다는 것을 말한다. 즉 입법자가 기본권을 제한하는 입법을 할 때에는 국민에게 피해가 최소화되는 방법을 선택해야 하며, 만일 다른 보다 덜 제한적인 대안이 있음에도 불구하고 국민의 기본권을 강하게 제한하면 위헌이라는 것이다.⁴⁶⁾

(라) 법익의 균형성(협치의 비례의 원칙)

‘법익의 균형성’(협치의 비례의 원칙)이라 함은 어떠한 행위를 규제하여 초래되는 사적 불이익과 그 행위를 방치하여 초래되는 공적 불이익을 비교형량하여, 규제로 인해 얻을 수 있는 공익이 보다 크거나 혹은 적어도 양자 간에 균형이 유지되어야 한다는 것을 말한다.

45) 예를 들면 헌재 1997. 7. 16. 95헌가6, 판례집 9-2, 1, 18(동성동본금혼제). “동성동본금혼을 규정한 민법 제809조 제1항은 … 그 입법 목적이 이제는 혼인에 관한 국민의 자유와 권리를 제한할 ‘사회질서’나 ‘공공복리’에 해당될 수 없다는 점에서 헌법 제57조 제2항에도 위반된다 할 것이다.”

46) 헌재 1998. 3. 28. 96헌가5, 판례집 10-1, 541, 556-557(기부금품모집금지법 제3조 위헌제청).

법치 국가 원리에서 도출되는 헌법적 원칙으로서의 과잉 금지 원칙은 자유를 제한하는 모든 국가 권력에 대하여 적용되는 원리이다.

5) 내용상의 한계: '본질적 내용 침해 금지의 원칙'

헌법 제37조 제2항 후단에서는 “... 기본권을 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다”고 규정하고 있다. 즉 기본권을 제한해야 할 현실적인 필요성이 아무리 크다고 하더라도 기본권의 본질적인 내용을 침해하는 기본권 제한 입법은 허용되지 않는다. ‘기본권의 본질적 내용’이란 “당해 기본권의 핵이 되는 실체”이며, ‘본질적인 내용의 침해’라 함은 ‘당해 침해로 말미암아 자유나 권리가 유명무실한 것이 되어 버리는 정도의 침해’를 말한다.

모든 기본권의 제한은 기본권의 본질적 내용을 침해해서는 안 된다. 마찬가지로 표현의 자유에 대한 제한도 기본권 제한의 일반 원칙에 따라 기본권의 본질적 내용을 침해해서는 안 된다.⁴⁷⁾

(3) 언론·출판의 자유 제한에 대한 헌법상 특칙

헌법에서는 일반적인 법률에 의한 기본권 제한과 아울러 몇 개의 중요 기본권에 대해서는 헌법에서 특별히 직접 기본권 제한의 가능성을 규정하고 있다. 헌법 제21조 제4항에서는 표현의 자유에 대해 다른 일반 기본권과는 달리 “언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다. 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다.”고 규정한다.

헌법은 언론·출판의 중요성과 사회적 영향력을 고려하여 특별히 헌법에 다시 명시적으로 언론·출판이 타인의 명예 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해해서는 안 된다는 것을 확인하는 규정을 두고 있다. 이렇게 헌법 제21조 제4항은 중요한 기본권 침해의 경우에 표현의 자유에 있어서의 한계를 직접 헌법에 규정하고 있는 것이다. 다만 이 규정은 기본권 제한의 창설적 효과가 있는 것이 아니라 강조적·확인적 효력만 있다.

47) “기본권의 본질적 내용은 만약 이를 제한하는 경우에는 기본권 그 자체가 무의미하여지는 경우에 그 본질적인 요소를 말하는 것으로서, 이는 개별 기본권마다 다를 수 있을 것이다.” 헌재 1989. 12. 22. 88헌가13. 판례집 1, 357, 372(국토이용관리법 제31조의2 제1호 및 제21조의3의 위헌심판).

6. 표현의 자유 보장을 위한 특별원칙

(1) 사전 검열 금지 원칙

1) 검열의 개념

헌법 제21조 제1항과 제2항은 모든 국민은 언론, 출판의 자유를 가지며, 언론·출판에 대한 허가나 검열은 인정되지 아니한다고 규정하고 있다. 검열은 “① 행정권이 주체가 되어 (주체: 행정청), ② 사상내용 등의 표현물을 대상으로(대상: 표현물), ③ 그 전부 또는 일부의 발표를 금지하는 것을 목적으로 하여(목적: 발표의 금지), ④ 당해 표현물의 발표 전에 그 내용을 심사하여(시기: 사전심사), ⑤ 발표를 금지하는 것(결과: 심사결과의 강제적 관철)”이다.⁴⁸⁾

검열제가 허용될 경우에는 국민의 예술 활동의 독창성과 창의성이 침해되어 정신생활에 미치는 위험이 커질 뿐만 아니라 행정 기관이 집권자에게 불리한 내용의 표현을 사전에 억제하여 이른바 관제 의견이나 지배자에게 무해한 여론만이 허용되는 결과를 초래할 염려가 있기 때문에 헌법이 직접 검열을 금지하는 규정을 두고 있는 것이다.

2) 요건

표현의 자유에 대한 사후 규제가 위협적 효과(chilling effect)를 갖는 데 비하여 사전 억제는 표현 자체를 적어도 일정 기간 동결시키기 때문에 통상 사전 억제가 허용되기 위해서는 다음과 같이 사후 제재보다 더 엄격한 요건이 필요하다.

첫째, 사전 검열은 ‘표현 내용에 대한 사전심사’를 의미하며 표현 중립적인 규제는 검열이 아니며, 사전 심사만이 금지된다. 그러므로 표현물의 내용과 관계없이 단지 의견 표명의 특정한 형태나 방식에 의하여 발생하는 위험에 대처하려는 허가 절차는 검열에 해당하지 않는다. 예를 들면 교통안전에 대한 위험 야기를 방지하기 위하여 항공기 등을 이용하여 전단을 살포하는 행위를 금지하는 ‘광고물에 대한 규제’는 규제의 목적이 표현물 내용의 규제가 아니므로 검열에 해당하지 않는다.

48) 문광삼, 『헌법학』, 삼영사, 2015, 515면. “검열금지의 원칙은 모든 형태의 사전적 규제를 일괄적으로 금지하는 것이 아니라, 단지 의사 표현의 발표 여부가 오로지 행정권의 허가에 달려 있는 사전 심사를 금지하는 것이다.” 검열금지의 원칙에 대한 보다 상세한 사항은 헌재 1996. 10. 4. 93헌가13 등, 판례집 8-2, 212, 221-214(영화법 제12조 등에 대한 위헌제정) 참조.

둘째, 표현물의 사전 제출 의무, 허가를 받지 아니한 것의 표현 금지, 심사 절차를 관철할 수 있는 강제 수단 등은 허가를 유보한 금지 제도이다. 따라서 금지 가능성과 결부되지 않는 신고 의무와 제출 의무는 검열이 아니다.

셋째, 검열은 행정권이 주체가 되어 행사해야 한다. 행정 기관의 여부는 실질적으로 판단한다. 예를 들면 검열이 독립위원회에서 행해진다고 하더라도 행정권이 주체가 되어 검열 절차를 형성하고 검열 기관의 구성이 지속적인 영향을 미칠 수 있는 경우라면 실질적으로 검열 기관은 행정 기관이라고 보아야 한다. 또한 민간 자율 기구로서 지위의 독립성이 보장되더라도 검열 절차가 국가에 의하여 입법 형태로 계획되고 의도된 이상 사전 검열에 해당된다.⁴⁹⁾

(2) 명백하고 현존하는 위협의 원칙

1) 의의

미국 수정헌법 제1조는 의회는 언론의 자유를 제한하는 법률을 제정하지 못한다고 규정하고 있다. 하지만 1791년 승인된 수정헌법 제1조는 20세기 초까지 장식에 불과했고, 실질적 효력을 갖지 못했다. 수정헌법 제1조의 의미를 사실상 처음으로 주목한 사람이 홈즈 대법관이다. 그는 1919년 쉐нк(Schenck v. US) 사건에서 명백하고 현존하는 위협의 원칙을 주장하고, 징병에 반대하는 유인물을 징집 대상자들에게 돌린 혐의로 기소된 피고인에게 유죄 판결을 내렸다. 이 판결에서 연방 대법원은 표현이 실제적 해악을 초래할 명백하고 현존하는 위협을 발생시키는 그런 상황에서 사용되었는지와 그런 성질의 것인지에 따라 가

49) 「“국가에 의하여 검열절차가 입법의 형태로 계획되고 의도된 이상, 비록 검열기관을 민간인들로 구성하고 그 지위의 독립성을 보장한다고 해서 그 기관 또는 그 기관에 의한 행위가 형식적 또는 실질적으로 완전한 민간자율 기관이 되는 것은 아니다”라는 헌법재판소의 기존 결정들(헌재 1996. 10. 4. 93헌가13등)을 통해서도 적절히 지적되고 있는 바와 같이, 음비계법상의 영상물등급위원회의 경우 그 설립 및 구성이 국가 입법절차로 완성되고, 영상물·음반 등에 대한 등급심의, 외국음반의 수입추천 및 국내제작추천이라는 행정적 특권이 부여되고 있으며, 또한 그 기관의 결정에 따라 형사적 처벌이라는 국가의 가장 강력한 강제수단의 부과 여부가 결정되므로, 단지 그 기관구성원이 민간인이라는 점만으로 영상물등급위원회의 행정기관성을 부인하기 어렵다.」 헌재 2006. 10. 26. 2005헌가14, 판례집 18-2, 379, 387-390[음반·비디오물및게임물에관한법률 제35조 제1항 등 위헌제청]

별성이 달라진다고 설명하였다.⁵⁰⁾

이 원칙은 미국 연방대법원의 1969년 *Brandenburg v. Ohio* 판결에서 재확인되고 발전된다. 위 판결에서는 표현의 자유에 대해서는 더욱 엄격한 심사기준이 적용되어, 표현의 자유를 제한하기 위해서는 급박한 해악, 불법 행동이 야기될 가능성, 불법 행동을 야기할 의도라는 세 가지 요건이 충족되어야 한다고 판시하였다.⁵¹⁾

이와 같이 ‘명백하고 현존하는 위험’(Clear and Present Danger)의 원칙은 언론의 자유를 사후적으로 제약하려면 명백하고 현존하는 위험이 있어야 한다는 것을 말한다. 즉 표현과 위험 사이의 인과관계가 명백(clear)하고, 위험 발생이 시간적으로 근접해서 그 위험이 현존(present)할 때 비로소 언론의 자유를 제약할 수 있다는 것이다. 명백·현존 위험의 원칙은 미국에서는 언론의 자유를 지키는 파수꾼과 같은 존재로 받아들여졌다. 오늘날 이 원칙은 법령의 합헌성 판단 기준으로 발달하여 우리나라를 비롯한 여러 나라의 학설 판례에 큰 영향을 미쳤다.

‘명백하고 현존하는 위험의 원칙’이 한국 학계에 소개된 것은 매우 오래 전 일이지만 판례 중에는 명백하고 현존하는 원칙을 전면적으로 적용한 사례를 찾기 힘들다. 예를 들면 반국가 단체의 활동을 찬양·고무하는 자를 처벌하는 「국가보안법」 제7조 제1항 및 제5항에 대하여 국가의 존립·안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본 질서에 실질적 해악을 미칠 위험성이 있는 행위에 대해서만 적용된다고 판시하여,⁵²⁾ 이 원칙을 일부 적용한 예가 있을 뿐이다. 이 원칙은 실제의 입법이나 재판실무 전반이 아니라 강학이나 대중매체를 통한 인권의식상의 영향이 더 큰 것으로 보인다.⁵³⁾

50) 명백하고 현존하는 위험의 원칙에 대한 보다 상세한 사항은 Thomas I. Emerson, “First Amendment Doctrine and the Burger Court”, 68 *California Law Review*, 1980, pp. 422-481; Martin H. Redish, “Advocacy of Unlawful Conduct and the First Amendment: In Defense of Clear and Present Danger”, 70 *California Law Review*, 1982, pp. 1159-1160; David R. Dow & R. Scott Shields, “Rethinking the Clear and Present Danger Test”, 73 *Indiana Law Journal*, 1998, pp. 1217-1246; William B. Lockhart/ Yale Kamisar/ Jesse H. Choper/ Steven H. Shffrin, 『Constitutional Law: Cases, Comments, Questions』, West Publishing Co., 1991(7th ed.); David R. Dow, “The Moral Failure of the Clear and Present Danger Test”, 6 *William & Mary Bill of Rights Journal* p. 747; John E. Nowak/ Ronald D. Rotunda, *Constitutional Law*, West Group, 2000(6th. ed.) 등을 참조.

51) *Brandenburg v. Ohio* 395 U.S. 444 (1969).

52) 헌재 1990. 4. 2. 89헌가113, 판례집 2, 49, 61-62(국가보안법 제7조에 대한 위헌소원).

53) 양 건, “표현의 자유”, 한국공법학회(편), 『한국에서의 미국헌법의 영향과 교훈 - 미국헌법제정 200주년 기념논문집 -』, 대학출판사, 123-124면.

(3) 내용중립적 규제

미국 연방대법원은 표현의 자유의 내용을 제한하는 경우와 내용과 관계 없는 내용 중립적 규제를 구별하여 상이한 심사 기준을 적용한다. 국가가 개인의 표현 행위를 규제하는 경우 표현 내용에 대한 규제는 원칙적으로 중대한 공익의 실현을 위하여 불가피한 경우에 한하여 엄격한 요건 아래에서 허용되는 반면, 표현 내용과 무관하게 표현 시간, 장소, 방법 등을 규제하는 것은 합리적인 공익상의 이유로 폭 넓은 제한이 가능하다.

헌법재판소도 단체와 관련된 자금으로 정치자금을 기부할 수 없도록 규정한 조항에 대한 헌법소원 사건에서 “이 사건 기부 금지 조항에 의한 개인이나 단체의 정치적 표현의 자유 제한은 내용 중립적인 방법 제한으로서 수인 불가능할 정도로 큰 것이 아닌 반면, 금권 정치와 정경 유착의 차단, 단체와의 관계에서 개인의 정치적 기본권 보호 등 이 사건 기부 금지 조항에 의하여 달성되는 공익은 대의민주제를 채택하고 있는 민주 국가에서 매우 크고 중요하다는 점에서 법익균형성 원칙도 충족된다”고 판시하여,⁵⁴⁾ 내용 중립적인 규제에 대하여 완화된 기준을 적용하고 있다.

(4) 경제적 측면에서의 규제의 가능성

언론의 독과점이 심화되면 언론은 다양한 견해를 제공하는 것이 불가능해진다. 과도한 언론 집중으로 인한 폐해를 예방하고 자유로운 여론 형성을 보장하기 위해서는 방송뿐만 아니라 신문 시장의 독과점과 집중화 현상으로 발생할 수 있는 위험을 방지하여야 하고 이에 따라 신문 시장의 기능을 유지하고 회복하기 위한 입법 조치는 헌법적으로 허용될 뿐만 아니라 요청되는 것이다.

따라서 헌법재판소에 의하면 신문의 다양성을 보장하기 위하여 동일한 지배 주주가 복수의 일간 신문을 지배하는 것을 규제하여 신문 시장의 독과점과 집중을 방지할 필요가 있다는 점에서 신문 기업의 복수 신문 소유를 제한하는 것은 원칙적으로 헌법에 위반되지 않는다고 한다.⁵⁵⁾

나아가 자유 언론의 기능을 유지하기 위한 전제 조건으로서 필요한 ‘다수의 정기 간행물’

54) 헌재 2010. 12. 28. 2008헌바89, 판례집 22-2하, 659, 672-673(구 정치자금에 관한 법률 제12조 제2항 등 위헌소원).

55) 헌재 2006. 6. 29. 2005헌마165 등, 판례집 18-1하, 337, 385-390(신문등의자유와기능보장에관한법률 제16조 등 위헌확인 등)



을 확보하기 위하여 경쟁법상의 독과점 규제나 기업 결합에 대한 규제가 헌법적으로 고려될 수 있다. 다만 특정 신문에 대한 발행 부수의 제한이나 신문의 시장점유율만을 근거로 특정 신문에 대하여 불리한 조치를 취하거나 차별하는 것은 허용되지 않는다.

또한 신문에 비해 더욱 큰 제한을 받는 방송의 자유는 신문의 자유에 있어서 보다 더욱 엄격한 진입 규제, 내용 규제, 교차 소유 등의 다양한 경제적 제한의 대상이 되고 있다.

VI. 맺음말

표현의 자유는 1600년대 영국에서 시민전쟁과 종교개혁 등의 역사와 함께 진행되었다. 민주 정부와 자유로운 종교 활동을 보장받으려고 권력자들과 투쟁하는 과정에서 자신의 사상을 다른 사람과 공유하려는 필요성이 제기되었다. 반대로 지식과 정보를 독점하여 권력을 유지하려고 했던 권력자들은 국민들이 서로 다양한 의견을 주고받는 것을 달가워하지 않았다. 때로는 인쇄술을 활용해 책을 만들어 정보를 공유하려고 시도하는 사람들에게 극한 형벌을 내려 자신들의 우월한 지위를 유지하려고 애썼다.

미국은 식민지 초기부터 영국과 유사한 경험과 투쟁을 통하여 표현의 자유를 확립하게 됐다. 1791년 제정된 수정헌법 제1조에서는 표현의 자유를 제한하지 못하도록 규정하기도 하였다. 식민지를 벗어나 독립적인 민주 국가를 설립하기 위해 국민들의 자유로운 표현의 자유가 매우 중요했던 미국에서는 표현의 자유를 필수불가결한 가치로 여기게 되었다. 대륙법계에서도 역시 표현의 자유를 가장 우월한 효력을 가지는 기본권으로 보고 있다.

이와 같이 역사적으로 전 세계적으로 표현의 자유는 권력자가 원치 않는 사상과 뉴스를 자유롭게 유통시킴으로써 모든 국민이 인간으로서의 존엄과 가치를 유지하고 자유로운 인격발현을 이룰 수 있도록 하는 기능을 수행해 왔다. 향후 국민들이 민주시민으로서 국정에 참여하고 인간다운 생활을 영위하기 위하여는 치열한 경쟁과 경제적 어려움에 처할 기존 미디어들에 대하여 합리적이고 건설적인 사상과 의견의 형성할 수 있는 방향으로 표현의 자유에 대한 적절한 지원과 배려가 더욱 중요해질 것이다.

시대의 변화와 기술의 발전에 따라 다양한 매체가 등장하고 있지만 표현의 자유는 여전히 정신적 자유와 정치적 자유의 핵심이자 다른 모든 기본권의 중핵을 구성하는 근본적인 기본권(Urgrundrecht)로서 우월적 지위(preferred position)을 누리는 헌법의 중추적 기본권이 될 것이다.

나아가 정보화시대를 맞이하여 이제 표현의 자유는 신문의 자유와 방송의 자유를 넘어서서 본격적인 ‘인터넷의 자유’를 중심으로 재해석되어야 하는 시대가 도래하였다. 기존의 거대 미디어들의 영향력 보다 1인 미디어, 멀티미디어의 가치와 영향력이 더욱 중요한 시대가 되었다. 미래법적 관점에서 기존 언론이 가지고 있던 자아실현과 진실발견 및 민주적 기본질서의 확립을 위한 기능을 1인 미디어들이 제대로 담당할 수 있도록 언론으로서의 공익성과 공공성 확보를 위한 법제 정비가 시급한 과제로 남아있다.

아울러 미래 정보화사회에서 표현의 자유는 사생활의 자유, 통신의 자유, 알권리 등과 상호유기적으로 작용하는 통합적인 ‘의사소통기본권’(Kommunikationsgrundrecht)으로 발전해나감으로써 개방적인 헌법(dir offende Verfassung)을 지향해야 할 것이다.

[참고 문헌]

1. 국내문헌

(1) 단행본

- 구병삭, 『신헌법원론』, 박영사, 1990.
김백유, 『헌법학』, 한성, 2016.
김영수, 『대한민국임시정부헌법론』, 삼영사, 1980.
김영수, 『한국헌법사』, 학문사, 2000.
문광삼, 『헌법학』, 삼영사, 2015.
문재완 외, 『미디어와 법』, 컴북스, 2016.
성낙인, 『헌법학』, 법문사, 2019.
양 건, 『헌법강의』, 법문사, 2016.
장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2017.
전광석, 『한국헌법론』, 집현재, 2019.
정종섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2019.
최송화, 『공익론』, 서울대, 2004.
한수용, 『헌법학』, 법문사, 2017.
허 영, 『한국헌법론』, 박영사, 2019.

(2) 논문

- 문재완, “음란과 헌법상 표현의 자유의 보호 영역”, 『언론과 법』 제8권 제2호, 2009, 293-329면.
박선영, “헌법 제21조, 법제퍼(편), 『헌법주석서 I』, 법제처, 2010.
박종보, “공공정보공개제도와 알권리의 헌법적 근거”, 『공법연구』 제28집 제1호, 1999, 1-17면.
양 건, “표현의 자유”, 한국공법학회(편), 『한국에서의 미국헌법의 영향과 교훈 - 미국헌법제정 200주년 기념논문집 -』, 대학출판사, 1987, 80-124면.
지성우, “방통융합시대의 국가기간방송의 운영체계”, 『언론과 법』, 7권 1호, 2008, 175-215면.



3. 해외 문헌

(1) 단행본

- Daniel F. A., 『Cases and Materials on Constitutional Law Themes for the Constitution's Third Century』, Thomson/West, 2009.
- David C. etc, 『Cases and Materials on Constitutional Law』, LexisNexis Matthew Bender, 2009.
- Dolzer/Klaus(Hrsg.), 『Bonner Kommentar zum Grundgesetz』, C.F.Müller, 1999.
- Erwin, C., 『Constitutional Law: principles and policies』, Aspen Law & Business, 2002.
- Habermas, J., 『Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats』, Suhrkamp, 1992.
- Isensee/Kirchhof, 『Handbuch des Staatsrechts』 Bd. VI, C.F.Müller, 2001.
- Jesse H. C. etc, 『Constitutional Law: cases-comments-questions』, Thomson/West, 2011.
- Kathleen/Noah, 『Constitutional Law』, Foundation Press, 2016.
- Kmiec Douglas W. etc, 『The American Constitutional Order History, Cases, and Philosophy』, LexisNexis Matthew Bender, 2009.
- Mayer-Schönberg, V., 『Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age』, Princeton University Press, 2009.
- Mill, J. S., 『On Liberty』, Floating Press, 2009.
- Nowak/Rotunda, 『Constitutional Law』, West Group, 2000.
- Pieroth/Schlink, 『Grundrechte - Staatsrechte II』, C.F.Müller, 2010.
- Rawls, J., 『A Theory of Justice』, Harvard Univ. Press, 1971.
- Rotunda, R. D., 『Modern Constitutional Law :cases and notes』, Thomson/West, 2012.
- Stern, K., 『Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland』 Bd. VI-/1, C.H.Beck, 2006.

(2) 논문

- Dow, R. D., "The Moral Failure of the Clear and Present Danger Test", 6 *William & Mary Bill of Rights Journal*. pp. 733-752.
- Dow/Shields, "Rethinking the Clear and Present Danger Test", 73 *Indiana Law Journal*, 1998, pp. 1217-1246.
- Emerson, T. I., "First Amendment Doctrine and the Burger Court", 68 *California Law Review*, 1980, pp. 422-481.
- Emerson, T. I., "Toward a General Theory of the First Amendment", 72 *Yale Law Journal*, 1963, pp. 878-956.
- Martin H. Redish, "Advocacy of Unlawful Conduct and the First Amendment: In Defense of Clear and Present Danger", 70 *California Law Review*, 1982, pp. 1159-1160.

Review of Korea's Constitutional Freedom of Speech: History, Present and Future

Ji, Seong Woo
Professor, Sungkyunkwan University Law School

Abstract

Article 21 (1) of the Constitution of the Republic of Korea (ROK) stipulates 'the freedom of expression' by stating "All citizens shall enjoy the freedom of speech and of the press and the freedom of assembly and of association." Democracy takes root only when various ideas and opinions are actively communicated, criticized and discussed among the people through free exchange of ideas.

Freedom of expression (speech and the press) enables people to think, express and communicate the end result of their ideas with others, thereby serving the most valid and direct function of manifesting one's personality while availing oneself as a member of the community. The reason behind the preferred position of this right over other fundamental rights in a constitution is that the right is not merely limited to individual freedom but also serves as the basis for self-governing ideology through the participation in the governing body by the governed to criticize the governing authority.

Freedom of expression found its place in Korea's first Constitution in 1948. Its significance continues in the current 1988 Constitution (ninth amendment). It is the most basic as well as the most absolute and constitutive (*schlechthin konstituierend*) right among the other fundamental rights. Therefore, freedom of expression is a compelling and fundamental right (*finale Grundrecht*) in realizing the sovereignty of people in today's democratic nations.

Looking back on the modern constitutional history of the Republic of Korea(ROK), freedom of expression in series of struggles for democratization served not only its function of expressing the demands and intentions of individuals but also expanded its function to bind together the contemporary values of people. Thus, freedom of expression (speech) is a tool for an individual to form his/her 'self-realization' through engaging in speech activity, and at the



same time, it is recognized as a ‘tool for realizing self-governance’ through participation in the political decision-making process while maintaining coexistence and a symbiotic relationship with other members of society based on equal consideration and respect.

Under the constitutional context of Korea, ‘individual freedom of expression’ belongs to a subjective right in which a citizen can express his/her will without interference. However, ‘freedom of press(expression)’ for newspapers and broadcast media means more than the individual right in that it serves as a tool for the right of liberty(dienende Freiheit) in the formation of the public will of the people. In other words, freedom of the press for media is not focused on the protection of individual rights but on establishing democratic order through the protection to serve its mission.

Freedom of expression means the freedom of the outward articulation of one’s mental activity. ‘Advertisement,’ ‘obscene expression,’ as well as ‘anonymous expression’ are within the scope of protection of freedom of expression. Key contents of freedom of expression includes ‘freedom of expression,’ ‘right to know,’ ‘freedom of reporting’ and ‘right of reply,’ etc.

In particular, the right to know is not stipulated in the Constitution of Korea. However, it is acknowledged as a constitutional right through the adjudication of courts cases and legal theories. Also, ‘right of reply’ or ‘right to claim for reply’ refers to the “right to claim by a person who has been damaged by factual allegations made by a periodical or broadcast. This claim is made against the publisher or broadcasting company in writing by such a person to demand the broadcast or publication of the claimant’s response to the allegations made by the media.” Under Korean Constitution, right of reply is recognized differently from ‘claim for correction of reports’ and ‘the right of access to media.’ Korea’s system of right of reply follows the Continental model rather than the Anglo-American model. Right of reply and right of access are often viewed by some scholars as the same concept or right of reply is seen as a subcategory or partial concept of right of access due to their similarity, often duplicate nature, in operational aspects and meaning.

Recently, there is an ongoing debate over whether right to be forgotten should be recognized as a new constitutional right. The right to be forgotten is “the right to request the deletion of personal information that was provided with an agreement to collect personal information.”

Korea, for its part, distributed the Guideline for Claiming to Take-down Unwanted Self-Postings on the Internet in April 2016. However, the legislation of the right has constantly been delayed. The cause of the delay seems to stem from voices of concern among the people

and the press regarding the conflict of basic rights with freedom of expression, which is a theoretical issue, and various potential problems that may be caused by the legislation of the right. Researches and debates will likely continue whether to recognize the right to be forgotten in General Data Protection Regulation(GDPR) enacted by the EU on 2018.

Freedom of expression does not exist without any restrictions, as with all other basic rights. The protection of the right is not permitted when it destroys the very existence of the community or the personalities of other members of society. Nevertheless, freedom of expression, in principle, must be guaranteed to the maximum level while the intervention of the State should be kept to a minimum.

Article 37(2) of the Constitution of Korea states “the freedom and rights of citizens may be restricted by Act only when necessary for national security, the maintenance of law and order or for public welfare. Even when such restriction is imposed, no essential aspect of the freedom or right shall be violated.” Furthermore, considering the influence and importance of freedom of expression, Article 21(4) of the Constitution reiterates “neither speech nor the press should violate the honor or rights of other persons nor undermine public morals or social ethics.” Therefore, the Constitution specifically lists the possibility to restrict certain freedom of speech and the press.

In the meantime, the Constitution also stipulates special principles to protect freedom of expression. First, according to the principle of prohibition of censorship, it is based on “1) administrative authority (identity: government agency) 2) over the expressed contents of thoughts and ideas (object: expressed contents) 3) for the purpose of prohibiting the whole or a part of the presentation (purpose: prohibition of the expression) 4) to review the contents of the expression prior to the presentation (time: prior review) and 5) prohibit the presentation of the material (result: forcible action). For the past 30 years, the Constitutional Court of Korea has established the principle of prohibition of censorship through various rulings.

Second, the ‘clear and present danger’ doctrine requires that there must be clear and present danger to restrict freedom of speech after publication. In other words, there should be a clear causal relationship between freedom of speech and the harm, and the occurrence of the harm must be in close proximity in time so that the harm is present enough to restrict the freedom. This doctrine became a guardian of the freedom of the press in the U.S. Today, the doctrine has been developed into a test for constitutionality and influenced the legal theories and cases



in other countries including Korea.

It has been a long time since the introduction of the doctrine of clear and present danger in Korea's academic circles. However, we still need to see more court rulings in Korea that fully apply the doctrine. For example, the Constitutional Court partly applied the doctrine in the ruling of a case involving Article 7(1) and (5) of the National Security Act in that the law applies only when there is a real danger of harm from an act involving a person who praises, incites or propagates the activities of an anti-government organization or an act that poses real danger of harm to the existence and security of the State or fundamental democratic order. Korea still seems to adopt the 'principle of proportionality' when restricting the freedom of expression. So far, this doctrine seems to have more meaningful influence on lectures or media reports in raising people's awareness of human rights than in real legislation or court cases.

Finally, to prevent any potential harm arising from the excessive concentration of the press and the broadcasting industry, the Constitutional Court views appropriate legislative restriction is not only constitutionally permitted but also demanded to maintain and restore the function of the newspaper market.

Based on such needs, the Constitution is regulating newspapers with the theoretical approach of competition law. Meanwhile, broadcasting is more strictly regulated in terms of market entry, contents, cross-media ownership considering its political influence and complexity of equipment facilities.

In the information era, the conventional concept of freedom of expression needs to be reinterpreted with an emphasis on 'freedom on the Internet,' going beyond the traditional freedom of newspapers and freedom of broadcasting. With this future in mind, there is a pressing need to legislate relevant laws to secure the public interest and the value of one-person media as it takes the baton from the existing press to serve the press's function of supporting self-fulfillment and self-realization as well as to establish democratic order in our society.

Moreover, freedom of expression in the digital era should aim for an open constitutional approach by interacting with rights, including privacy rights, right to communication and the right to know to develop into a more integrated fundamental communication right (Kommunikationsgrundrecht).

I. Introduction

Article 21 (1) of the Constitution of the Republic of Korea (ROK) stipulates “All citizens shall enjoy the freedom of speech and the press and freedom of assembly and association.” It is noteworthy that the Article uses the terminology ‘the freedom of speech and the press and freedom of assembly and association’ instead of ‘the freedom of expression’. From the perspective of constitutional language, freedom of expression includes not only freedom of speech and the press but also any symbolic expression via nonverbal or non-textual media or acts as well as the collective expression of ‘the freedom of assembly and of association’.

Therefore, ‘the freedom of expression’ in the constitutional context of ROK is an overarching concept encompassing ‘the freedom of speech and the press’ and ‘the freedom of assembly and of association’ in Article 21, although scholarly opinions differ to some degree on the specific details. However, scholars generally agree that freedom of speech and the press can be defined as ‘freedom of expression by a media outlet’ and freedom of assembly and association as ‘freedom of expression of collective intention by a group of people’.¹⁾ Here, ‘speech and the press’ encompasses all means of the expression of ideology, consciousness, knowledge and experience, etc., including, but not limited to, discourse, speeches, debates, plays, broadcasting, music and films as well as documents, books, photographs, sculptures, paintings, novels, poetry and all other forms of expression.²⁾

1) For more details on freedom of expression, see Moon, Kwang-sam, *Constitutional Law* (Sam Young-sa, 2015), (pp. 507-561); Kim, Baek Yoo, *Constitutional Law*, (Han Sung, 2016), (pp. 1135-1120); Yang Kun, *Constitutional Lecture* (Beobmun-sa, 2016), (pp. 589-707); Jang, Young Soo, *Constitutional Law* (Hong Mun-sa, 2017), (pp. 657-698); Han Soo-woong, *Constitutional Law*, (Beobmun-sa, 2017), (pp. 345-382); Sung, Nak-in, *Constitutional Law*, (Beobmun-sa, 2019), (pp. 1149-1223); Cheon, Kwang-seok, *Korean Constitutional Law*, (Jyphyunjae Publishing Co., 2019), (pp. 369-402); Chung, Jong-seop, *Principles of Constitution* (Park Young-sa, 2016), (pp. 605-643); Heo, Young, *Korean Constitutional Law*, (Park Young-sa, 2019), (pp. 605-643).

2) 91 Hun-Ba 17, 1993. 5. 13, Case Reports 5-1, 275, 283 (Constitutional adjudication on Article 3 of Sound Records Act)



Freedom of speech and the press³⁾ is an indispensable element in any democratic system. The right of any member of society to freely express his/her ideas and opinions is a fundamental building block of all democratic societies. Without the protection of a public forum whereby the free exchange of the thoughts of the people occur, democratic politics can never be realized. Therefore, democracy takes root only when various ideas and opinions are actively communicated, criticized and discussed among the people through free exchange of ideas.

Furthermore, freedom of speech and the press enables people to think, express and communicate the end result of their ideas with others, thereby serving the most valid and direct function of manifesting one's personality while availing oneself as a member of the community.⁴⁾

In democratic politics, political activities are conducted through the free expression and exchange of ideas and opinions. Therefore, without the protection of such rights, democracy cannot be implemented. In the strict sense, a country without the protection of freedom of expression cannot be referred to as a democratic State. Without the protection of a public forum whereby the free exchange of the thoughts of the people occur, democratic politics can never be realized. The reason behind the preferred position of this right over other basic rights in a constitution is that the right is not merely limited to individual freedom but also serves as the basis for self-governing ideology through the voluntary participation in the governing body by the governed to criticize the

3) The Constitution of the Republic of Korea adopts the term 'the freedom of speech and of the press' instead of 'the freedom of expression' unlike other constitutions. It also views 'the freedom of assembly and of association' as a form of collective expression. Compared to Article 21 (1), the Basic Law of Germany in Article 5 lists six categories of the rights of freedom as follows: 1) Freedom of speech (*Meinungsfreiheit*), 2) Freedom of communication of opinion (*Meinungsverbreitungsfreiheit*), 3) Freedom of information (*Informationsfreiheit*), 4) Freedom of the press (*Pressefreiheit*), 5) Freedom of broadcast (*Rundfunkfreiheit*), and 6) Freedom of film (*Filmsfreiheit*). Vgl. BVerfGE 57, 295(320); 73, 118(152); 74, 297(323). For more information on freedom of expression in Germany, see Christoph Degenhart, in: Dolzer/Klaus(Hrsg.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Art. 5 Abs. 1, 2, C.F.Müller, 1999; Edzard Schmidt-Jortzig, "Meinungs- und Informationsfreiheit", in: Isensee/Kirchhof, *Hanbuch des Staatsrechts* Bd. VI, § 141, C.F.Müller, 2001; Klaus Stern, "Die Freiheit der Kommunikation und der Information" in: Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland* Bd. VI-1, §108, 2006; Pieroth/Schlink, *Grundrechte - Staatsrechte II*, C.F.Müller, 2010, etc.

Meanwhile, Article 1 of the First Amendment of the U.S. Constitution stipulates that "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances." Here, 'the freedom of speech' and 'the freedom of the press' are collectively referred to as 'the freedom of expression.'

4) 95 Hun-Ga 16, 1998, 4, 30, Case Reports 10-1, 327, 337 (Constitution adjudication on Article 5 (2) No. (5) of Registration of Publishing Companies and Printing Offices Act)

governing authority.⁵⁾

Furthermore, thought would be repressed without the protection of freedom of speech and the press, and thereby, truth would no longer exist. The right to pursue truth is a driving force and compelling condition for our society, without suffering the petrification of ideas, to grow into a democratic one. Article 21 of the Constitution lays the groundwork for the precondition of securing and further developing other constitutional values.

Freedom of expression does not exist without any restrictions, as with all other basic rights. The protection of the right is not permitted when it destroys the very existence of the community or the humanity and personalities of other members of society. Nevertheless, freedom of expression, in principle, must be guaranteed to the maximum level while the intervention of the State should be kept to a minimum.⁶⁾

Since freedom of expression has the most critical function of building public opinion in a democratic society through communication among the members of the society, it is the most basic as well as the most absolute and constitutive (*schlechthin konstituierend*) right among the other basic rights.⁷⁾ Therefore, freedom of expression is a compelling, ultimate and fundamental right (*finales Grundrecht*) in realizing the sovereignty of people in today's democratic nations. Here, the issue arises as to what may be the limits of freedom of speech and the press that are not protected under Article 21(4) of the Constitution. Another issue is, even for speech and the press protected by the Constitution, at what point the government should be allowed to intervene for the protection of public interests under Article 37(2) of the Constitution.

As in other advanced countries, Korea has experienced a tension between the authority seeking to create favorable public opinion and the people who desire the free expression of their voices. In other words, there have been continued issues regarding how to strike a balance between the need for freedom of expression and the extent of such a right granted under the Constitution

5) Thomas I. Emerson is presumably one of the leading scholars known to have best summarized the justification for the special protection of freedom of expression and the significance of the existence of such a right in the U.S. Constitution. He grouped the values sought by society in protecting the right into four categories: individual self-fulfillment, a means of attaining truth, a method of securing participation in decision-making and maintaining the balance between stability and change. See Thomas I. Emerson, "Toward a General Theory of the First Amendment", (72 Yale Law Journal, 1963), (pp. 878-886).

6) 95 Hun-Ga 16, 1998, 4, 30, Case Reports 10-1, 327, 333-339 (Constitutional adjudication on Article 5 (2) No. (5) of Registration of Publishing Companies and Printing Offices Act)

7) BVerfGE 5, 85; 7, 198; 20, 56.



while restricting the right within the rule of law and common practice due to the realistic need for constraint. This issue will likely continue to be at the center of debate in Korea's path of development toward democracy.

Consistent with this, Part II below examines the historical development of freedom of expression under the Korean Constitution, and Part III explores the theory of freedom of expression, the theory of limitation and other specific theories considering the preferred position of the right.

II. Modern Constitutional History and Freedom of Expression in Korea

1. Changes to the constitutional provision of freedom of expression

Article 21(1)⁸⁾ of the Constitution stipulates 'the freedom of speech and the press' and 'the freedom of assembly and association' in the same provision. While the provision does not directly use the terminology 'freedom of expression', it is widely accepted that it refers to 'the freedom of expression' in the Korean Constitution.

Freedom of expression found its place in Korea's first Constitution in 1948. Article 13 of the 1948 Constitution stipulated that "except where required by law, all citizens shall not be restricted in freedom of speech, press, assembly and association." In 1948, Korea had been under the U.S. Military Government for three years from 1945 to 1948, starting from the end of the World War II. It was then that the 1948 Constitution was drafted, and thus, much of it was heavily influenced by American democracy. Nevertheless, it is in stark contrast with other areas of the 1948 Constitution that freedom of expression strictly adopted the principle of statutory reservation. This was presumably due to the volatile domestic political situation and ongoing ideological debates in Korea at the time, which made it difficult to adopt the maximum protection of freedom of expression as under the First Amendment of the U.S. Constitution.⁹⁾

Since its first enactment, there have been nine amendments to Korea's Constitution. Nevertheless,

8) Article 21 of the current Constitution states:

- (1) All citizens shall enjoy the freedom of speech and the press, and freedom of assembly and association.
- (2) Licensing or censorship of speech and the press, and licensing of assembly and association shall not be permitted.
- (3) The standards of news service and broadcast facilities and matters necessary to ensure the functions of newspapers shall be determined by Act.
- (4) Neither speech nor the press shall violate the honor or rights of other persons nor undermine public morals or social ethics. Should speech or the press violate the honor or rights of other persons, claims may be made for the damage resulting therefrom.

9) For more details, see Kim, Young-Soo, *Constitution Theory of the Provisional Government of the Republic of Korea* (Sam Young-sa, 1980); Kim, Young-soo, *Korean Constitutional History*, (Hagmun-sa, 2000).

the Article on freedom of expression in the first Constitution remained unchanged until 1959. In the third amendment following the April 19 Revolution in 1960, the Constitution contained the provision stipulating “All citizens shall not be infringed on the freedom of speech, press, assembly and association.” It also added a provision for political parties in the same clause with freedom of expression. Presumably, the insertion marked a timely reflection of the democratization movements of the time. It also seems that freedom of political parties was also considered as one of the ‘political basic rights’ along with freedom of expression, which are the foundations of democracy.¹⁰⁾

However, the freedom of expression and political parties clauses were later separately stipulated in the fifth amendment in 1962 and the sixth amendment in 1969. These amendments also first stipulated freedom of expression together with freedom of assembly.¹¹⁾ This separation has remained until today’s Constitution. It is also noteworthy that there was a ‘censorship’ clause related to the film and entertainment industry to maintain public morals and social ethics.

The 1972 Constitution, also called the “Yushin Constitution” (seventh amendment), removed the censorship provision. On the surface, with the removal of the censorship provision, the Constitution was set to realize democracy. However, freedom of speech, the press, assembly and association were subject to strict statutory reservation,¹²⁾ meaning that freedom of expression can be limited as long as a law was enacted against the right, which in turn brought about a severe chilling effect on freedom of expression.

Under the authoritarian government in 1980, the eighth amendment of the Constitution stated “Neither speech nor the press shall violate the honor or rights of other persons nor undermine public morals or social ethics,”¹³⁾ which placed greater emphasis on the social responsibility of the press rather than on freedom of expression, resulting in government control of the press. Indeed,

10) Park, Sun-young, *Article 21 of the Constitution*, (Ministry of Government Legislation Edition, 2010), *Constitutional Commentary I* (2010), (pp. 705).

11) The 1962 Constitution stated “All citizens have freedom of speech and the press and freedom of assembly and association. (2) Licensing or censorship of speech and the press, and licensing of assembly and association shall not be recognized. However, censorship of movies and the entertainment industry may be allowed for the purpose of public morals and social ethics. (3) The standards of publication facilities of newspapers or news agencies may be determined by law. (4) For outdoor assembly, regulations on the time and place may be prescribed by law. (5) Neither speech nor the press shall violate the honor or rights of other persons nor undermine public morals or social ethics.”

12) Article 18 of the 1972 Constitution stipulated “All citizens shall have freedom of speech and the press and freedom of assembly and association except where law mandates otherwise.”

13) Article 20 of the 1980 Constitution stated “(1) All citizens shall have freedom of speech and the press and freedom of assembly and association. (2) Neither speech nor the press shall infringe the honor or rights of others nor undermine public morals or social ethics. Should speech or the press infringe the honor or rights of others, the victim may claim damages.”



the government enacted the ‘Basic Law of the Press’ and executed a policy for the consolidation and abolition of the press, including newspapers, broadcasting and news agencies. The intervention by the government on the media sector severely undermined the free market economic order of the press.

The current 1988 Constitution (ninth amendment), which was enacted as a result of nationwide protests by citizens against the dictatorship in June 1987, contains some significant progress regarding freedom of expression.¹⁴⁾

The Constitution restored the prohibition clause on licensing or censorship of speech and the press, which considerably improved freedom of expression and nullified the stifling ‘Basic Law of the Press’, which in turn granted the maximum protection of freedom of expression to perform its unique function as a framework for the development of democracy and citizen’s sovereignty.

2. The function and role of freedom of expression in Korea’s modern Constitutional history

Truth can be found through the free exchange of ideas. When the government decides what is right or wrong, thereby restricting the thoughts of its people to protect them from ‘bad’ ideology, then the society cannot make rational decisions. In 1644, John Milton in “Areopagitica, a speech for the liberty of licensed printing,” criticized the licensing of publishing and argued that truth and falsehood should be freely debated. Two hundred years later, J. S. Mill also claimed the importance of that free market of ideas in *On Liberty* and opposed censorship.¹⁵⁾ In the meantime, the U.S. established its freedom of expression through struggles since the early colonial era. Article 1 of the First Amendment of the U.S. Constitution in 1791 also stipulated no prohibition on freedom of

14) Article 21 of the 1988 Constitution (current Constitution):

- (1) All citizens shall enjoy the freedom of speech and the press, and freedom of assembly and association.
- (2) Licensing or censorship of speech and the press, and licensing of assembly and association shall not be permitted.
- (3) The standards of news service and broadcast facilities and matters necessary to ensure the functions of newspapers shall be determined by Act.
- (4) Neither speech nor the press shall violate the honor or rights of other persons nor undermine public morals or social ethics. Should speech or the press violate the honor or rights of other persons, claims may be made for the damage resulting therefrom.

15) John Stuart Mill, *On Liberty*, (Floating Press, 2009). Mill emphasized his point by stating, “If the opinion is right, they are deprived of the opportunity of exchanging error for truth; if wrong, they lose, what is almost as great a benefit, the clearer perception and livelier impression of truth, produced by its collision with error.”

expression.¹⁶⁾

Korean people have consistently made their best efforts to protect their freedom of thought to seek truth. In a relatively short period, Korea's history of freedom of thought and expression has gone through a similar process as in developed countries.

As Korea underwent Japanese colonial rule (1910-1945), the Korean War, the May 16 military coup, the Yusin and the May 17 military coup since the first Constitution in 1948, the 'national interest' unilaterally forced by the authorities was proclaimed to the people. During that time, the power circle, including presidents who set the national agenda of 'national security' and 'economic growth,' monopolized the formation of public opinion, and the decision-making on values was carried out by the executive branch. However, in practice, the power was heavily concentrated on one person, the head of the nation.

When the restriction of the basic rights of the people was deemed necessary, the rulers of the authoritarian governments compelled the people to unilaterally obey rather than persuade them or seek their consent through reasonable processes based on the spirit of law by balancing private interests and public interests. Due to this situation, since the nation's independence, the Korean people were deprived of their opportunities for even creating a 'forum for forming their political opinion' or a 'forum for dialogue' to make reasonable decisions through the process of democratic debate.

The situation began to noticeably change with the political democratization movement that swept across the nation in the late 1980s. Since then, diverse desires and conflicts among various social groups began to emerge, thereby leading to questions and debates over the national and social values that were traditionally taken for granted.

Some of the people's voices were labelled as 'leftwing ideology' or 'selfish collectivism.' However, these voices of democratization were a natural response to the repressive control that had been exercised by undemocratic authority and ultimately beneficial to the realization of true democracy

16) For more details on freedom of expression in the United States, see Chemerinsky Erwin, *Constitutional Law: Principles and Policies*, Aspen Law & Business, 2002; Kmiec Douglas W., et al. *The American Constitutional Order History, Cases, and Philosophy*, LexisNexis Matthew Bender, 2009; Crump David, et al. *Cases and Materials on Constitutional Law*, LexisNexis Matthew Bender, 2009; Farber Daniel A., *Cases and Materials on Constitutional Law Themes for the Constitution's Third Century*, Thomson/West, 2009; Choper Jesse H., et al. *Constitutional Law: Cases Comments and Questions*, Thomson/West, 2011; Nowak/Rotunda, *Constitutional Law*, West Group, 2000; Rotunda Ronald D., *Modern Constitutional Law: Cases and Notes*, Thomson/West, 2012; Kathleen/Noah, *Constitutional Law*, Foundation Press, 2016, etc.



and rule of law in Korea.¹⁷⁾

Freedom of expression during such series of struggles for democratization served not only its function of expressing the demands and intentions of individuals but also expanded its function to bind together the contemporary values of people. Thus, freedom of expression (speech) is a tool for an individual to form his/her 'self-realization' through engaging in speech activity, and at the same time, it is recognized as a 'tool for realizing self-governance' through participation in the political decision-making process while maintaining coexistence and a symbiotic relationship with other members of society based on equal consideration and respect.¹⁸⁾

III. Specific Details in Constitutional Freedom of Expression

1. Legal characteristics of freedom of expression

Article 21 (1) of the Constitution stipulates 'the freedom of speech and the press' and 'the freedom of assembly and association' in the same provision. Freedom of expression in the constitutional context traditionally means freedom of expressing one's ideas and opinions (freedom of speech) and freedom of disseminating such expressions (freedom of communication). It is regarded as one of the most fundamental rights of the people and an indispensable right in maintaining human dignity and value while pursuing happiness as well as in realizing the sovereignty of the people in today's democratic nations. In addition, freedom of expression is an "essential fundamental right in the existence and development of modern democracy" and the "maximum protection of such a right is one of the fundamental principles of liberal democracy."¹⁹⁾

In Korea, these basic rights are collectively referred to as 'freedom of expression.' In other words, these rights have characteristics as the 'basic right to exchange opinions' or the 'basic right for communication.' Freedom of expression is a basic element of an individual's expression of personality and self-determination, and it is also a composite element of the national order of liberal

17) See Choi, Song-hwa, *Theory of Public Interest*, (Seoul National University, 2004), (pp. 170-172).

18) 97 Hun-Ma 265, 1999. 6. 24, Case Reports 11-1, 768, 773-778 (Constitutional Complainant to Deny the Ruling of Dismissal of Court for Request for Ruling: A case involving condolence letters regarding Kim, Il-sung)

19) The German Federal Constitutional Court also reaffirmed the preferred position of freedom of the press stating that "freedom of speech can be presumed to be prioritized when in doubt. Otherwise, the core of freedom of the press, which is the prerequisite for a free and open political process, can be infringed." BVerfGE 7, 198, 212; 61, 1, 11; 85, 1, 16; 93, 266, 294f.

democracy.²⁰⁾ Although there are some opinions that distinguish between freedom of expression and freedom of the press, the Constitutional Court of Korea use these terms interchangeably.

‘Individual freedom of expression’ belongs to a subjective right in which a citizen can express his/her will without interference. However, ‘freedom of press (expression)’ for newspapers and broadcast media means more than the individual right in that it serves as a tool for the right of liberty (*dienende Freiheit*) in the formation of the public will of the people. In other words, many agree that freedom of the press for media is not focused on the protection of individual rights but on establishing democratic order through the protection to serve its mission.

Consequently, freedom of the press in the sense of freedom of expression places more emphasis on the functional aspect of forming various public opinions than on the freedom of the right belonging to a person. In particular, such a characteristic is more evident in the freedom of broadcasting. In the functional aspect of ‘the formation of public opinion,’ freedom of broadcasting is the same as with newspapers. However, when compared to freedom of newspapers, the distinctive character of freedom of broadcasting is more profound due to its technical and economic scarcity with greater social influence. Therefore, freedom of broadcasting is more strictly regulated than its printed counterpart in terms of market entry, contents and cross-media ownership.

2. Scope of protection of freedom of expression

Freedom of expression means the freedom of the outward articulation of one’s mental activity. All such expressive activities are the subjects of freedom of expression. However, there are some differing opinions in some areas as listed below, namely, whether specific activities fall under the scope of the protection of free expression.

(1) Advertisement

Advertisement refers to the dissemination of thoughts, knowledge, information, etc., targeting the unspecified general public. It is protected under Article 21 of the Constitution if its contents contain some public interests, even if it may be simply conveying commercial message for products

20) 89 Hun-Ga 104, 1992. 2. 25, Case Reports 4, 64, 93-97 (Constitutionality Review on Article 6 of Military Secret Protection Act -1, 768, 773-778) “Article 21 of the Constitution stipulates ‘the freedom of speech and the press.’ Freedom of expression in the constitutional context traditionally means freedom of expressing one’s ideas and opinions (freedom of speech) and freedom of disseminating such expressions (freedom of communication). . . . It is regarded as one of the most fundamental rights of the people and an indispensable right in maintaining human dignity and value while pursuing happiness as well as in realizing the sovereignty of the people in today’s democratic nations.” In addition, freedom of expression is an “essential fundamental right in the existence and development of modern democracy” and the “maximum protection of such a right is one of the fundamental principles of liberal democracy.”



or services. The Constitutional Court of Korea ruled that commercial advertisement also comes under the protection of Article 21 of the Constitution as freedom of expression.²¹⁾

(2) Obscene expression

Obscene expression refers to “an explicit and openly sexual expression distorting human dignity or personality, only appealing to sexual desire while having no overall literary, artistic, scientific or political value.”²²⁾ Thus, some argue that it has nothing to do with people’s self-governing value and should not be protected under freedom of speech and the press.²³⁾

However, the Constitutional Court understands the scope of freedom of expression in a much broader sense. In other words, once expressed, whether its harm could not be resolved from the beginning or even if it contains severe harm, an expression of obscenity still belongs to the realm of the constitutional freedom of expression.²⁴⁾

(3) Anonymous expression

‘Anonymous expression’ is the freedom to express one’s opinion or will to the public in anonymous form without revealing his/her identity or real name. It is a form of freedom of expression protected under the Constitution.²⁵⁾ Anonymous expression for minorities or the socially underprivileged taking full advantage of the Internet should be of course accepted as a protected right under the

21) When advertisement includes contents of public interests, even if it may be simply conveying commercial message for products or services, it is protected under Article 21 of the Constitution. Article 21 (1) states “All citizens shall enjoy the freedom of speech and of the press ...” freedom of expression is an essential fundamental right in the existence and development of the modern democracy and is strongly protected under the Constitution. Advertisement also disseminates thoughts, knowledge, information, etc., targeting the unspecified general public, and is surely protected under the Constitution.” 2000 Hun-Ma 764, 2002, 12. 18, Case Reports 14-2, 856, 866-870 (Constitutionality Review on Article 3 (1) (6) of Outdoor Advertisements, etc. Control Act)

22) 95 Hun-Ga 16, 1998. 4. 30, Case Reports 10-1, 327, 342 (Constitutionality Review on Article 5 (2) (5) of Registration of Publishing Companies and Printing Offices Act)

23) See more details, Moon, Jae-wan, Scope of Freedom of Obscene Expression and Constitution, (2009, Vol. 8, No. 2) (pp. 293-329)

24) 95 Hun-Ga 16, 1998. 4. 30, Case Reports 10-1, 327, 342 (Constitutionality Review on Article 5 (2) (5) of Registration of Publishing Companies and Printing Offices Act)

25) “ In Article 21 (1) of the Constitution, freedom of expression in the constitutional context traditionally means freedom of expressing one’s ideas and opinions (freedom of speech) and freedom of disseminating such expressions (freedom of communication). Such ‘freedom’ includes ‘anonymous expression’ expressing one’s opinion or will to the public without revealing his/her identity or real name.” 2008 Hun-Ma 324 etc., 2010.2.25, Case Reports 22-1 (I), 347, 363 (Constitutionality Review on Article 44 (5) (1) (2) of Act on the Promotion of Information and Communications Network Utilization and Information Protection Act)

Constitution.

Historically, there have been many examples where authors did not disclose their names in expressing their political opinions or addressing social issues. For example, George Orwell, who famously warned of the dangers of a surveillance society by Big Brother in his novels including *Nineteen Eighty-Four* and *Animal Farm*, published his novels under his pen name. His real name was Eric Blair. Samuel Clemens also published *The Adventures of Tom Sawyer* under his pen name of Mark Twain.

Since the mid-1990s, citizens have been able to freely express their opinions without going through traditional media channels thanks to the revolution of the Internet and mobile phones together with the society's wave of democratization. Often, some power bloggers have become more influential than traditional online or offline media in terms of being able to form public opinion.

Pointing out such circumstances, J. Habermas said, "in a decentralized modern society, people's sovereignty is manifested in the specific will of the political voice of the public in an 'anonymous format' by the dispersed identity of the communication process."²⁶⁾ As he pointed out, majority rule, which is a basic principle of democracy, also can be viewed as relying on the decision of the anonymous majority.

J. Rawls also introduced the philosophical device of 'the veil of ignorance' to secure the view of justice as fairness in which individuals assume 'the original position' as the background in making decisions by anonymizing personal preferences and social identity.²⁷⁾

Considering such aspects, the Constitutional Court found that Article 44-5 (1) 2 of the Act on the Promotion of Information and Communications Network Utilization and Information Protection Act infringes on the freedom of the press of a telecommunications service provider that operated Internet bulletin boards and also infringes on the freedom of expression of a user of the board and his/her self-determination right in violation of the principle of the prohibition of excessive restriction. The Article of the Act stipulated an identification confirmation process known as the 'Internet real-name system' in which users must go through the process before using the board.²⁸⁾

26) Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp, 1992, S. 7.

27) John Rawls, *A Theory of Justice*, (Harvard Univ. Press, 1971)

28) 2010 Hun-Ma 47, etc., 2012.8.23, Case Reports 24-2 (I), 590, 602-606 (Constitutionality Review on Article 44 (5) (1) (2) of Act on the Promotion of Information and Communications Network Utilization and Information Protection Act)



3. Key contents of freedom of expression

(1) Freedom of expression

‘Freedom of expression’ is the most basic concept of ‘the freedom of speech and of the press, meaning any citizen can freely express and convey his/her thoughts and opinions, and thereby freely participate in the formation of public opinion.’ Regarding freedom of expression, there is the passive form of the freedom of expressing one’s will without the State’s interference or obstruction and the active form of the freedom of actively participating in the formation of public opinion by expressing one’s opinion. Since freedom of expression is based on the formation of public opinion through communication with other people, even for the same expression of opinion, the more it is related to the formation of public opinion, the greater protection it requires.

(2) Right to know

This right is not stipulated in the Constitution of Korea. However, it is acknowledged as a constitutional right through the adjudication of courts cases and legal theories. It is a right for people not to be interfered with by government authorities in generally accessing, collecting and processing information and to be allowed to actively collect necessary information in the formation of public opinion or the will of the people as well as to claim the removal of an interference of such a right.²⁹⁾

The Constitutional Court of Korea considers acts of not responding to a request or denying access without reasonable justification when requested by an interested citizen to access records and documents in the custody of national or local governments as an infringement on the right to know of the people.³⁰⁾

For example, the Constitutional Court, in the early days of its foundation in 1989, in a case where an application for accessing and copying land survey documents was filed to reclaim the ownership of real estate by using the documents as evidence, ruled that such a right was constitutionally

29) 29 2002 Hun-Ma 579, 2004.12.16, Case Reports 568,575 (Constitutionality Review on a case involving the government agreement on garlic trade between the Republic of Korea and the People’s Republic of China) For ‘Right to know,’ see Park, Jong-bo, *Constitutional Basis of the Public Information Disclosure System and the Right to Know*,” *Journal of Public Law*, Vol. 28, No. 1, pages 1-18.

30) 93 Hun-Ma 174, 1994. 8 .31, Case Reports 6-2, 324, 329-331 (Constitutionality Review on a case involving a petitioner being denied access to read tax documents on real estate

protected as the right to know and has made consistent rulings since then.³¹⁾

In the case above, the Constitutional Court defined ‘the right to know as the freedom to access, collect and process information.’ It ruled that free expression of thoughts and opinions is predicated on protecting access to information and that free expression is innately linked to allowing application and accommodation of such requests. From the beginning days of its foundation, the Court has interpreted the right to know as a part of freedom of expression.

(3) Freedom of reporting

Freedom of reporting means the “freedom to participate in the formation of public opinion by conveying facts and expressing the will of media institutions through their publications or broadcasts.” Media agencies can participate in the formation of public opinion by reporting simple facts as well as by evaluating such public opinions.

Freedom of reporting satisfies the needs of the right to know of the people, significantly contributes to the formation of public opinion, which is indispensable to democratic politics, and facilitates the integration of the people as well as monitors and controls government power. Freedom of reporting can be divided into freedom of reporting by publication (newspapers and magazines) and by broadcast media.

Both freedom of newspapers and freedom of broadcasting serve their roles of forming public opinion. However, freedom of broadcasting compared to its printed counterpart possesses technical and economic scarcity. These aspects, together with relatively greater influence compared to other forms of mass media on society, pose potential risks in realizing diversity in the fundamental principle of the formation of public opinion. Therefore, the legislature’s discretion is widely acknowledged in the broadcasting system to exclude the monopolization of opinion compared to other media.³²⁾

(4) Right of Reply

31) 88 Hun-Ma 22, 579, 1989. 9.4, Case Reports 1, 176, 188-191 (Constitutionality Review on a case involving infringement of property rights by government authority)

32) 32. Article 8 of the current Broadcasting Act restricts the economic freedom of broadcasting businesses to some degree by restricting their ownership and management by type of broadcasting, such as terrestrial broadcasters, comprehensive programming channels and paid broadcasting channels. For the meaning of freedom of broadcasting and its contents, see, Ji, SeongWoo, *Operational System of National Broadcasting in the Age of Telecommunications Convergence* (Journalism and Law, Vol. 7, No. 1, 2008), (pp. 175-215).



1) Meaning

‘Right of reply’ or ‘right to claim for reply’ refers to the “right to claim by a person who has been damaged by factual allegations made by a periodical or broadcast. The claim is made against the publisher or broadcasting company in writing by such a person to demand the broadcast or publication of the claimant’s response to the allegations made by the media.” The right has following advantages.

First, the right guarantees the opportunity to respond to allegations by using the same form of media based on the principle of equity to have the same effect of the allegations when media institutions infringe upon the general personality right.

Second, the right of reply contributes to the balanced formation of public opinion and seeking the truth by allowing people to hear or see what the claimant has to say with regards to the allegations to make an informed judgement rather than solely relying on information collected and supplied by the media.³³⁾

Third, even when the reporting is not based on illegal acts with no intentional or negligent acts or with justification so that the claim cannot be made on a tort claim, the right can still be recognized.

The current Act on Press Arbitration and Remedies for Damage Caused by Press Reports (Media Arbitration Act) stipulates that a claimant can exercise the rights of 1) corrected report,³⁴⁾ 2) right of reply,³⁵⁾ 3) follow-up report³⁶⁾ and 4) compensation for damages.³⁷⁾

2) Distinction from ‘claim for correction of reports’

When the ‘right of reply’ was first introduced in Korea in the 1980s, there was confusion not only

33) 89 Hun-Ma 165, 1991. 9.16, Case Reports 3, 518,524-530 (Constitutionality Review on Article 16(3) and 19(3) of Act on the Registration, etc. of Periodical Publications)

34) When the press report is false, a person who suffers any damage can request to the press to publish a correction statement (or broadcast). Articles 14 and 15 of Media Arbitration Act.

35) A person who suffers any damage can request the right of reply to the allegation made by the press. Article 16 of Media Arbitration Act.

36) A person reported or announced to be a suspected offender or to suffer a criminal punishment by the press may, if the criminal procedure with respect to him/her is terminated by the final and conclusive judgment of acquittal or on equal terms, require the relevant press organization. etc. to make a further report on that fact within three months after that fact comes to his/her knowledge. Article 17 of Media Arbitration Act.

37) A person who suffers any damage can request financial compensation for the damage. Article 30 of Media Arbitration Act.

over the term of ‘claim for correction of reports’ but also over its substance and the operational aspect of the claim. In 1980, when the ‘Basic Law of the Press’ was enacted, ‘a provision of claim for correction of reports’ was first incorporated in the law. The provision stated that “regardless of whether the report is false or true, the media has a duty to publish an additional report written by the claimant free of charge.” This provision caused confusion as it is a ‘claim for correction of reports’ in form but it is in fact a ‘right of reply’ in substance. The problem was resolved when the government recognized that the two systems are indeed different and thereby enacted the Media Arbitration Act in 2005 to clearly differentiate the two systems.

3) Distinction from the right of access to mass media

There are mixed opinions whether there is any distinctive right of access to mass media based on its similarity to the constitutional right of reply. According to the view that right of access to mass media is different from the right of reply, the right of access is an overarching concept encompassing the rights to criticize, complain, demand, claim, request right of reply and participate in the media.³⁸⁾

This perspective seems to view the current constitutional right of reply as similar to the U.S. right to limited access. However, as Korea’s right of reply adopts the Continental model over the Anglo-American model, such a view may warrant a different interpretation.

The current system of right of reply is a special remedy adopted in civil law to resolve damages incurred by media reports. Korea’s current system is similar to that of Germany. In the case of France, where right of reply was first introduced, the right includes all value judgement, including facts, commentary and criticism, while Germany only allows the right to factual allegations of the media. In the U.S. and U.K., right of reply is not a familiar concept. In particular, the U.S., where there is no right of reply, recognizes ‘limited access’ as a form of right of reply based on the doctrine of fairness.

As such, Korea’s system of right of reply follows the Continental model rather than the Anglo-American model. Right of reply and right of access are often viewed by some scholars as the same concept or right of reply is seen as a subcategory or partial concept of right of access due to their similarity, often duplicate nature, in operational aspects and meaning.³⁹⁾ In Korea’s statutory context and court rulings, only right of reply is acknowledged.

38) Koo, Byung-sak, *New Constitution Theory*, (Park Young-sa, 1990), (p. 589)

39) For references, see Koo, Byung-sak, *Supra*.



(5) Right to be forgotten

The right to be forgotten is “the right to request the deletion of personal information that was provided with an agreement to collect personal information.” The European Union(EU) enacted the Data Protection Directive(DPD) in 1995 to classify search engine providers as data collectors in order to regulate them. The concept of the right to be forgotten made its first appearance in 2012 in the General Data Protection Regulation(GDPR) of the EU.

In the era when newspapers were popular, information in articles was forgotten as time passed. This made it very difficult for people to search the contents of past news articles as it took considerable time and effort.

On the other hand, the Internet space has brought revolutionary changes to how expressed contents are consumed by the people and brought significant changes to the perception of time and space. The cyber space is a participatory market where people engage in two-way communications and the most suitable media⁴⁰⁾ to promote free expression on a real-time basis. Accordingly, digital information neither vanishes from people’s interest nor perishes as time passes.

In the analogue days, oblivion was common and memory was the exception, but with the digital revolution, “memory became common while oblivion became an exception.”⁴¹⁾ Due to digitalization, oblivion is no longer the default value, and now the past does not vanish but is engraved in the record as warned by V. Schönberger. He cautions that J. Bentham’s Panopticon is on its way to completion through digitalization.

In Korea, there is an ongoing debate over whether it is necessary to introduce the ‘right to be forgotten’ as a part of the self-determination right of information to resolve this issue. If our society broadly recognizes the right, then the issue of ‘conflict of basic rights’ will arise between people demanding the privacy of the individual or the self-determination right of information and the freedom of press and the right to know enjoyed by the media.

Traditionally, the U.S. has protected freedom of expression while civil law placed greater emphasis on the values of human dignity and privacy. The two sides also differ in the balance of the interests between right to personal information and freedom of expression. Article 1 of the First

40) 2008 Hun-Ba 157, 2010. 12.28, Case Reports 22-2, 684, 700 (Constitutionality Review on Article 47 (1) of Framework Act on Telecommunications)

41) Viktor Mayer-Schönberger, *Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age*, Princeton University Press, 2009, pp. 1-3.

Amendment of the U.S. Constitution gives priority to ‘freedom of expression,’ while Europe prioritizes ‘right to personal information(right to be forgotten)’ based on Article 8 of the European Convention on Human Rights.⁴²⁾ With the enactment of GDPR on 25 May 2018, the EU stipulates the right to be forgotten in Article 17.⁴³⁾

Korea, for its part, distributed the Guideline for Claiming to Take-down Unwanted Self-Postings on the Internet in April 2016. However, the legislation of the right has constantly been delayed. The cause of the delay seems to stem from voices of concern among the people and the press regarding the conflict of basic rights with freedom of expression, which is a theoretical issue, and various potential problems that may be caused by the legislation of the right.

4. Restriction and limitation on freedom of expression

(1) Restriction principle on freedom of expression

1) General principle of restriction on basic rights

‘Restriction on basic rights’ means “any acts that make it impossible or severely difficult to carry out activities or maintain conditions protected as basic rights.” The restriction on basic rights may be specified in the Constitution or enacted by law.

Article 37 (2) of the Constitution states “the freedom and rights of citizens may be restricted by Act only when necessary for national security, the maintenance of law and order or for public welfare. Even when such restriction is imposed, no essential aspect of the freedom or right shall be violated.” As such, the Constitution stipulates that all rights can be restricted by law except for the freedom of the inner workings of thoughts by oneself.

In addition, Article 21 (4) of the Constitution provides “Neither speech nor the press shall violate

42) Article 8 of European Convention on Human Rights, ECHR), Right to respect for private and family life,
“1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.
2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.”

43) Article 17 of GDPR stipulates “Where the controller has made the personal data public and is obliged pursuant to paragraph 1 to erase the personal data, the controller, taking account of available technology and the cost of implementation, shall take reasonable steps, including technical measures, to inform controllers which are processing the personal data that the data subject has requested the erasure by such controllers of any links to, or copy or replication of, those personal data.”



the honor or rights of other persons nor undermine public morals or social ethics,” which clearly draws limitations on freedom of speech and the press. Article 37 (2) also stipulates that the freedoms and rights of citizens may be restricted by Act only when necessary for national security, the maintenance of law and order or for public welfare.

(2) Limitation of restriction on general basic rights based on Act

1) Article 37 (2) of the Constitution states “the freedoms and rights of citizens may be restricted by Act.” As we can see in the legal maxim, ‘my basic rights end where the basic rights of others begin,’ the basic rights of the people are not without limits and must be limited to some extent in order for a society to maintain the existence of the State and the order of the community. Nevertheless, there are also limitations on the restriction on the basic rights of the people. In particular, when such restriction crosses the line to become excessive, it ‘infringes on the basic rights’ which is not justified under the Constitution.

2) Limitation of purpose

Except for the freedom of the inner workings of thoughts, all basic rights that come into existence outwardly can be restricted by law for ‘national security,’ ‘maintaining order’ and ‘public welfare.’⁴⁴⁾

3) Limitation of form: Act

According to Article 37(2) of the Constitution, restriction on the basic rights can only be made in the form of law. Any restriction without a statutory clause will be a violation of the restriction principle, and thus will be an infringement of basic rights.

Here, ‘law’ holds its formal meaning as legislation enacted by the National Assembly. Also, other restrictions on basic rights by emergency order, emergency financial and economic order, treaties and generally recognized rules of international law will have the same effect as legislative law.

In addition, as a law restricting basic rights should also have to be applied to the unspecified majority, no ‘individual statute’ targeting specific issues can be permitted in principle. However, there is also an exception that when an individual statute is not specifically and extremely designed

44) National security means ‘securing national security,’ including the State’s independence and national territory and the Constitution and rule of law, and maintaining other constitutional organizations. In addition, ‘maintaining order’ in a narrower sense means securing the ‘wellbeing of the social order of the public.’ ‘Public welfare’ holds a position of priority compared to the interests of individuals, but it also means the common interests for each individual and the community. Public welfare is not only an indicator of the community for all but also a part of national ideology.

for any specific or individual court ruling or decision, then it may be permissible. Furthermore, the law must be clear enough for the people to know what is allowed and what is not. This clarity principle is not required to the same degree for all statutes, but stricter clarity is required for a criminal or infringement case than for a case involving the nature of benefiting or compensating a citizen.

4) Limitation of method: principle of excessive prohibition(proportionality)

The ‘principle of excessive prohibition’ or ‘principle of proportionality’ specifies the limitation on the State’s operation. It is tested under constitutional principles when the State restricts the basic rights of its people. The State’s operation must be viewed through these principles regarding whether the purpose is legitimate, the means are appropriate, damages are minimized and legal interests are balanced to assess the legislative action. If the action violates any one of the principles, it will be deemed unconstitutional.

(A) Legitimate purpose

Legitimate purpose means that any legislation restricting the basic rights of the people must be justifiable in its legislative purpose and in the legal system. It is noteworthy that the denial of the justification of purpose is very exceptional.⁴⁵⁾

(B) Appropriateness of means(appropriateness of method, suitability of means)

‘Appropriateness of means’ is tested when the legislative means used to realize its intended purpose makes it easier to achieve or facilitate the realization of the goal. If it does, then it may be appropriate as its means. Appropriateness of means does not judge whether the choice made by the lawmaker was optimal but rather it is limited to only assessing whether the means are an effective tool to achieve the legislative purpose.

(C) Minimum infringement(minimum damages)

“Minimum infringement” means even if the purpose of justification is suitable, the legislative actions on restricting the basic rights must seek to minimize the restriction by seeking mitigating measures or methods. In other words, the lawmakers must consider whether the restrictive law is

45) For example, (95 Hun-Ga 6, Case Reports 9-2, 1, 18 (prohibition of marriage between men and women who have the same surname and ancestral home) Article 809(1) of Civil Act stipulates a prohibition of marriage between men and women who have the same surname and ancestral home... its legislative purpose is no longer relevant to ‘social order’ or ‘public welfare which may restrict the freedom and rights of the people; thus it also may violate Article 57(2) of the Constitution.”



designed to minimize any damages for the people. It would be unconstitutional if there were other alternatives but lawmakers chose to strictly restrict the basic rights of the people.⁴⁶⁾

(D) Balance of legal interests(principle of proportionality in the narrow sense)

The ‘balance of legal interests’ estimates the ramifications of a certain action comparing private disadvantages when actions are taken with public disadvantages when actions are not taken. This means that the expected results due to the regulations should entail greater public interest or at least achieve a balance with other disadvantages. The principle of excessive prohibition as a constitutional principle applies to all State powers that restrict freedom.

5) Limitation of substance: ‘principle of no restriction on essential aspects of the substance of rights’

Article 37 (2) of the Constitution stipulates “...Even when such restriction is imposed, no essential aspect of the freedom or right shall be violated.” In other words, even if the needs for restricting basic rights is greater for practical reason, any legislation that restricts basic rights that infringes on the essential aspects of basic rights is not permitted. ‘Essential aspects of the basic rights’ here means ‘the core element of the right itself.’ ‘Infringement on the essential aspects’ means ‘a violation is severe enough to make the rights or freedom useless.’

All restrictions on basic rights must not infringe on the essential aspects of such rights. Similarly, restrictions on freedom of expression should never infringe on the essential aspects of the basic rights according to the general principle of limitation on the restriction of basic rights.⁴⁷⁾

(3) Other special provisions of restriction on freedom of speech and the press in the Constitution

The Constitution specifically lists the possibility to restrict certain key basic rights together with other basic rights. Unlike other basic rights, Article 21(4) stipulates, “Neither speech nor the press shall violate the honor or rights of other persons nor undermine public morals or social ethics. Should speech or the press violate the honor or rights of other persons, claims may be made for the damage resulting therefrom.”

46) 96 Hun-Ga 5, 1998. 3.28, Case Reports 10-1, 541, 556-557 (Constitutionality Review on Article 3 of Act on Prohibition on Collection of Financial Contribution)

47) “Essential aspects of the basic rights means the core element of the right itself. Restriction on the essential aspects means that a violation is severe enough to make the rights or freedom useless, and this might be different for each fundamental right.” 88 Hun-Ga 89, 1989.12. 22, Case Reports 1, 357, 372 (Constitutionality Review on Article 31(2)(1) and 21(3) of Act on the Utilization and Management of the National Territory.)

Considering the influence and importance of speech and the press, the Constitution reiterates neither speech nor the press should violate the honor or rights of other persons nor undermine public morals or social ethics. The constitutional provision of Article 21(4) makes it clear that there is a limitation to freedom of expression when it violates other basic rights. The provision, however, does not have the effect of the enactment of a new law. Rather, it reaffirms and stresses the importance of the ramifications of such acts.

6. Special principles to protect freedom of expression

(1) Prohibition principle of censorship

1) Concept of censorship

Article 21(1) and (2) stipulate that all citizens should enjoy freedom of speech and the press and licensing or censorship of speech and the press should not be permitted. Censorship is composed of the following elements: It is based on “1) administrative authority (identity: government agency) 2) over the expressed contents of thoughts and ideas (object: expressed contents) 3) for the purpose of prohibiting the whole or a part of the presentation (purpose: prohibition of the expression) 4) to review the contents of the expression prior to the presentation (time: prior review) and 5) prohibit the presentation of the material (result: forcible action).”⁴⁸⁾

When censorship is permitted, it poses great danger to the mental activities of the people by infringing on the creativity and ingenuity of the arts. Also, it screens out any unfavorable expression toward the authorities prior to publication, only allowing government-driven opinion or contents friendly to the authorities. Thus, the Constitution specifically prohibits any censorship.

2) Requirements

While any regulation after the publication of material poses a chilling effect, prior restraint freezes the expression itself for a certain period. Thus, it requires stricter requirements to permit prior restraint than any restriction after publication.

First, prior censorship means, as the word implies, ‘pre-screening of the contents of expression.’

48) See Moon, Kwang-sam, *Constitutional Law* (Sam Young-sa, 2015), (pp. 515). “The principle of prohibition of censorship is not meant to be a comprehensive ban on all forms of prior censorship. Rather, it only applies to prior restraint in which the permission for the expression of opinions is dependent on the administrative authority regarding whether or not the opinions can be published.”⁹³ Hun-ga 13, etc., Case Reports 8-2,212,221-214 (Constitutionality Review on Article 12 and etc., of Films Act)



Therefore, any content-neutral restriction is not censorship, and only prior censorship is banned. Thus, authorization procedures to prevent any damages through the simple expression of opinion in a certain form or method without any restriction on the contents of the expression do not constitute censorship. For example, ‘prohibition on distributing advertising pamphlets’ using an aircraft is designed to prevent air traffic accidents. Thus, the restriction is not censorship, as its goal is not to regulate the contents of the expression.

Second, any obligation to pre-submit contents, the prohibition of expression of unauthorized material or any compulsory measure to review materials are related to prohibition by requiring permission. Therefore, reporting obligations and submission requirements that are not related to the possibility of prohibition are not censorship.

Third, censorship should be exercised by the administrative authority. Whether any organization is an administrative institution is assessed and should be determined by how it is conducted. For example, if an act of censorship is conducted by an independent committee while government authorities in effect form the censor procedure and the authority can have a continuous impact on the procedure, then the committee should be viewed as the administrative authority. In addition, even if such a committee acts as a self-regulatory institution and is free from government intervention, if the procedure is planned and intended in legislative form by the State, then it should be seen as prior censorship.⁴⁹⁾

(2) Principle of clear and present danger

1) Significance

Article 1 of the First Amendment of the U.S. Constitution stipulates that Congress cannot enact laws that restrict freedom of speech. However, Article 1, which was incorporated into the Constitution in 1791, was merely a decoration with no practical effect. Justice Holmes was the

49) In a number of cases, (93 Hun-Ga 13, 1996. 10.26) the Constitutional Court of Korea correctly points this out in decisions stating “...when the censorship procedure is planned and intended in legislative form by the State, the fact that the censoring organization is composed of civilian parties and its independent status is guaranteed by the State does not make the organization or its acts, in form or in substance, a solely private self-regulatory organization.” For instance, Korea Media Rating Board, which was duly established under the Sound, Records, Video Products, and Game Software Act and founded according to legislative procedure, has administrative authorities such as setting the ratings for video and recordings and making recommendations for importing foreign records and for domestic production. Also, as its decisions can enforce the strongest measure, i.e. criminal punishment of the State, despite the Board’s members being civilians, it is evident that the Board is in fact an administrative agency of the State.” 2005 Hun-Ga 14, 2006. 10, 26, Case Reports 18-2, 379, 387-390 (Constitution adjudication on Article 35 (1) of the Sound, Records, Video Products, and Game Software Act)

first person to truly acknowledge the meaning of Article 1 in *Schenck v. U.S.* In his opinion, he presented the doctrine of clear and present danger and found guilty the defendants who distributed fliers to draft-age men urging resistance against conscription. In the ruling, the U.S. Supreme Court pronounced whether such expression posed the clear and present danger of causing real harm or contained the nature of the harm. The Court also stated such a test would differentiate the degree of punishment.⁵⁰⁾

This doctrine was reaffirmed in *Brandenburg v. Ohio* in 1969, and the doctrine was further refined. In the case, the Court applied the more stringent test for freedom of expression that, to restrict the freedom, three elements should be satisfied, i.e. whether the expression is directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action.⁵¹⁾

The 'clear and present danger' doctrine requires that there must be clear and present danger to restrict freedom of speech after publication. In other words, there should be a clear causal relationship between freedom of speech and the harm, and the occurrence of the harm must be in close proximity in time so that the harm is present enough to restrict the freedom. This doctrine became a guardian of the freedom of the press in the U.S. Today, the doctrine has been developed into a test for constitutionality and influenced the legal theories and cases in other countries including Korea.

It has been a long time since the introduction of the doctrine of clear and present danger in Korea's academic circles. However, we still need to see more court rulings in Korea that fully apply the doctrine. For example, the Constitutional Court partly applied the doctrine in the ruling of a case involving Article 7 (1) and (5) of the National Security Act in that the law applies only when there is a real danger of harm from an act involving a person who praises, incites or propagates the activities of an anti-government organization or an act that poses real danger of harm to the existence and security of the State or fundamental democratic order.⁵²⁾ This doctrine seems to have

50) For more details on the doctrine of clear and present danger, see, Thomas I. Emerson, "First Amendment Doctrine and the Burger Court," 68 *California Law Review*, 1980, pp. 422-481; Martin H. Redish, "Advocacy of Unlawful Conduct and the First Amendment: In Defense of Clear and Present Danger," 70 *California Law Review*, 1982, pp. 1159-1160; David R. Dow & R. Scott Shields, "Rethinking the Clear and Present Danger Test," 73 *Indiana Law Journal*, 1998, pp. 1217-1246; William B. Lockhart/ Yale Kamisar/ Jesse H. Choper/ Steven H. Shffrin, 『Constitutional Law: Cases, Comments, Questions』, West Publishing Co., 1991(7th ed.); David R. Dow, "The Moral Failure of the Clear and Present Danger Test," 6 *William & Mary Bill of Rights Journal* p. 747; John E. Nowak/ Ronald D. Rotunda, *Constitutional Law*, West Group, 2000(6th. ed.).

51) *Brandenburg v. Ohio* 395 U.S. 444 (1969).

52) 89 Hun-Ga 113, 1990. 4. 2, Case Reports 2, 49, 61-62 (Constitutionality Review on Article 7 of National Security Act)



more influence on lectures or media reports in raising people's awareness of human rights than in real legislation or court cases.⁵³⁾

(3) Content-neutral restriction

The U.S. Supreme Court applies different judicial review standards in considering cases of limiting the restriction on freedom of expression by an individual and cases of content-neutral restriction. When the State regulates an individual's expression, the regulation of the contents requires a higher standard of review and is permitted only when there is an inevitable reason to satisfy the public interests under strict requirements. Meanwhile, restriction on time, place and method, etc., that are content-neutral are broadly accepted for reasonable public interests.

The Constitutional Court of Korea reviewed a case where an organization's charter bans any political fund contributions with the organization's funds. In the case, the Court found that "the restriction of the organization on freedom of political expression by an individual or the group is content-neutral. However, when the ban is balanced with the public interest achieved, the meaning of the prohibition not only contributes to deter money-meddling politics and crony capitalism but also protects the political basic rights of individuals in the relationship with the groups. The public interests achieved here are very meaningful and important to any democratic country adopting representative democracy, thereby meeting the balancing test of legal interests."⁵⁴⁾ This case shows that the Court applies less stringent rules on the restriction of content-neutral expression.

(4) Possibility of restriction for economic reasons

If the monopoly of the press grows stronger, it may be impossible to supply diverse opinions. To prevent any potential harm arising from the excessive concentration of the press and the broadcasting industry, appropriate legislative restriction is not only constitutionally permitted but also demanded to maintain and restore the function of the newspaper market.

Therefore, the Constitutional Court found that the restriction on a newspaper group owning multiple newspapers is not unconstitutional in that there is a need to prevent the monopoly and concentration of the newspaper market by limiting the same newspaper company from owning

53) See, Yang Kun, *Freedom of Expression*, (Korean Public Law Association ed.), *The Influence and Lessons of the US Constitution in Korea* (Selected Thesis for the 200th Anniversary of the US Constitution) (University Publishing) (pp. 123-124)

54) 2008 Hun-Ba 89, 2010.12. 28, Case Reports 22-9 (2), 659, 672-673 (Constitutionality Review on Article 12 (2) of Political Campaign Fund Act (Old law)).

controlling shares of multiple daily newspapers to guarantee the diversity of newspapers.⁵⁵⁾

Furthermore, as a precondition to secure a ‘multitude of periodicals’ to maintain the function of the free press, the regulation of antitrust or corporate merger in the constitutional context should be considered under fair competition law. However, it is not permitted to discriminate or take disadvantageous action against certain newspapers solely based on market share or limit the number of copies issued.

In addition, freedom of broadcasting, which is subject to greater restriction than its printed counterparts, becomes a target for various economic limitations in areas of stricter market entry, content regulation, cross-media ownership, etc.

VI. Conclusion

Freedom of expression shares its history with movements such as the English Civil War and English Reformation in the 1600s. People’s conflicts with aristocrats to achieve freedom of religion and democratic government gave rise to the need of sharing one’s ideology with others. Conversely, those with power were not pleased with the idea of the sharing of diverse opinions among the people, as they sought to maintain their power by monopolizing knowledge and information. In some instances, people’s attempts to publish books to share information via printing technology were met with severe criminal punishment by the powerful to conserve their status.

For its part, the U.S. established freedom of expression following in the footsteps of similar experiences and conflicts with Britain from the beginning of its colonial era. Article 1 of the First Amendment in 1791 stipulated no prohibition on the freedom of expression. Freedom of expression for the people of the U.S. was considered an indispensable value to establish an independent democratic state apart from colonial rule. The civil law system also regards freedom of expression as the most significant fundamental right.

As such, throughout history, freedom of expression has helped to maintain human dignity and to realize the growth of one’s personality by freely circulating ideas and news, often unfavored by those in power. For citizens to participate in government affairs as members of a democracy and

55) 2005 Hun-Ma 165, etc. 2006. 6.29. Case Reports 18-1 (2), 337, 385-390 (Constitutional Review on Article 16 of Act on the Guarantee of Freedom and Functions of Newspapers, etc)



enjoy decent lives as humans in the future, it will be more important to provide support and care for freedom of expression to existing media, which might face financial difficulties and cutthroat competition, to build reasonable and constructive public thoughts and opinions.

With the changes of technological development and the times, we are witnessing the rise of various forms of media. However, freedom of expression will remain not only the core value for political and spiritual freedom but also the centerpiece among all ultimate rights (*Urgrundrecht*) in the Constitution, thus enjoying its preferred position.

In the information era, the conventional concept of freedom of expression needs to be reinterpreted with an emphasis on 'freedom on the Internet,' going beyond the traditional freedom of newspapers and freedom of broadcasting. In many respects, the values and influence exerted by so-called one-person social media and multimedia have become more powerful than the traditional media giants. With this future in mind, there is a pressing need to legislate relevant laws to secure the public interest and the value of one-person media as it takes the baton from the existing press to serve the press's function of supporting self-fulfillment and self-realization as well as to establish democratic order in our society.

Moreover, freedom of expression in the digital era should aim for an open constitutional approach by interacting with rights, including privacy rights, right to communication and the right to know to develop into a more integrated fundamental communication right (*Kommunikationsgrundrecht*).

Session 1 - Discussant 1

한국 헌법상 표현의 자유에 관한 고찰

Review of Korea's Constitutional Freedom of Speech

조소영 | Jo, SoYoung

부산대학교 법학전문대학원 교수
Professor, Pusan National University Law School



〈 토론문 〉

한국 헌법상 표현의 자유에 관한 고찰에 관하여 - 역사, 현재 그리고 미래 -

조소영(부산대학교 법전원 교수)

표현의 자유는 발제문에서도 설명되고 있는 바와 같이, 민주주의사회에서의 중요한 기본권이다. 때문에 현대국가에서 표현의 자유와 관련된 논의들은 중요하고 진지하게 전개되고 있다. 이런 면에서, 한국 헌법상의 표현의 자유의 좌표에 관하여 종적으로 과거와 현재, 그리고 미래의 모습까지 일목요연하게 정리 검토를 해주신 지 교수님의 발제문은 큰 의미를 지닐 뿐만 아니라 동료 연구자인 저에게도 또 하나의 공부의 기회를 만들어 주셨음에 감사의 말씀을 드린다.

현행 헌법규정 상에 명문조항으로는 표현의 자유라는 규정은 없음에도 불구하고, 표현의 자유로 통칭되는 자유권의 근거조항은 예외 없이 현행 헌법 제21조를 근거로 들어왔고 거기에서 더 나아가 해석에 따라 새로운 파생적 권리들이 포섭되어 이해되어 왔다. 그러한 점에서 발제문에서의 논의는 일부에서는 언론·출판의 자유를 지칭하는 것으로, 또 어떤 일부에서는 전통적인 언론·출판의 자유를 넘어선 새로운 권리들을 포함한 권리영역으로 지칭되고 있음은 저자의 의도를 생각해 보게 하는 보물찾기이다. 그만큼 현대 우리 사회에서의 표현의 자유는 광범위한 모습 또는 다양한 모습으로 구체화되고 있다고 하겠다.

발제자께서는 1948년 제헌헌법에서부터의 표현의 자유와 관련된 입법사를 고찰해 주셨지만, 우리 헌법사 고찰의 출발점을 임시정부 당시의 헌법문서로부터 출발해 본다면, 표현의 자유와 관련한 헌법규정의 태동은 이미 1919년 4월 11일자 임시정부의 대한민국임시헌장에서부터였다고 할 수 있다. 즉 임시헌장 제4조는 大韓民國의 人民이 信教 · 言論 · 著作 · 出版 · 結社 · 集會 · 信書 · 住所 · 移轉 · 身體及 所有의 自由를 향유한다

고 규정하여 선포했기 때문이다¹⁾. 그러나 입법적 출발시점을 어느 지점으로 해야 하는가는 큰 쟁점적 상황은 아니기 때문에, 적어도 우리 대한민국헌법사에 있어서 1948년 제헌헌법 이후의 개헌과정 속에서의 표현의 자유와 관련된 변화를 살펴본 발제자의 헌법사 고찰은 중요하다. 결국 정치적 상황과 맞물린 것이긴 하지만, 표현의 자유에 대한 제한의 정도와 범위, 그 한계 설정과 관련된 변화의 역사였기 때문이다. 현행 1987년 헌법은 우리 헌정사에서 현재까지는 가장 장수헌법이라는 의미도 크지만, 더 큰 의미는 그 개헌의 과정이 국민들의 개헌주장에서 시작되어 국민들의 직선으로 선출한 대통령을 등장시킨 민주헌법이라는 점에 있다고 평가되어 왔다. 그러나 그럼에도 불구하고 표현의 자유권이라는 점에서만 본다면, 자유언론제도에 대한 제한 규정이 그대로 존재하고 있을 뿐만 아니라 자유로운 언론출판에 대한 제한의 근거가 광범위한 규정내용 그대로 유지되고 있다는 점에서, 그리고 새로운 권리내용들이 보호되어야 한다는 점에서, 미래의 발전방향과 내용을 논의해 보아야 한다. 물론 이와 관련된 논의들은 이미 여러 번의 개헌논의 과정 속에서 여러 가지 내용들로 등장되었던 바 있다.

여러 논의들 중, 결과물의 의미라는 점에서 주목해 볼 만한 것이 지난 3월에 국회에 발의되었던 대통령 개헌안이었다. 때문에 발제자가 제시해 주신 표현의 자유의 미래의 모습에 관해서는 당시의 대통령 개헌발의안에서의 표현의 자유의 규정들을 비교하여 의견을 구해 보고자 한다. 개헌안에서의 표현의 자유와 관련된 주요내용을 살펴보면, 개정안 제20조와 제21조, 제22조가 해당된다. 즉 ① 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유는 기본권의 주체와 성격이 같지 않음에도 불구하고 하나의 조문에서 규정하고 있어 체계적이지 않으므로 이를 각각 분리하여 별도의 조문으로 규정하고, 표현의 자유를 명시함 ② 현행 헌법상의 규정은 통신·방송의 시설기준에 필요한 사항을 법률로 정하도록 하고 있어 언론·출판의 활동을 위축시키는 결과를 초래한다는 지적이 있으므로 이를 삭제함 ③ 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 경우에는 피해자가 이에 대한 배상 외에 정정을 청구할 수 있도록 하고 있었다. 그리고 다음으로 개정안 제22조에서는 새로운 기본권을 신설하였는데, 정보화 사회로 빠르게 진전되고 있는 현실을 고려하여 알권리 및 자기정보통제권을 명시적으로 확인함으로써 이에 대한 보장을 강화하고, 정보기본권 보장을 위한 핵심적인 사항으로서 정보의 독점과 폐해에 대해서는 국가가 예방 및 시정을 위해 노력하도록 규정했던 바 있다. 그런데 실제로 언론·출판이라는 명시적 문구가 표현의 모든 유형을 담아내지 못한다는 점에서, 개헌안은 “언론·출판 등”이라는 기타의 문구를 사용했다는 점, 자유언론제도의 보장이라는 점에서 현행 헌법상의 시설 기준 내용은 삭제하였지

1) http://db.history.go.kr/item/level.do?sort=levelId&dir=ASC&start=1&limit=20&page=1&pre_page=1&setId=-1&prevPage=0&prevLimit=&itemId=ij&types=&synonym=off&chinessChar=on&brokerPagingInfo=&levelId=ij_001_0010_00010&position=-1 [국사편찬위원회 한국사데이터베이스, 대한민국임시정부자료집 1, 1권 헌법·공보 > 大韓民國臨時政府 憲法 > 大韓民國臨時憲章 (1919. 4. 11)]

만, 여전히 법률유보 규정을 남겨 두었던 점, 개정안 규정대로라면 명예와 권리의 침해에 대해서는 피해배상청구와 정정청구를 인정하고 있음에 반하여 공중도덕이나 사회윤리의 침해에 대해서는 법적 효과에 대한 명시적인 언급을 하지 않았던 점 등이 문제점으로 지적되었던 것을 상기해 볼 필요가 있다. 이런 점에서 발제자가 생각하시는 표현의 자유의 미래의 모습이나 방향성과 관련하여 표현의 자유에 관한 개헌의견이 어떤 것인지 여쭙어 보고자 한다.

또한 발제자도 지적하고 계시듯이, ICT 발전으로 컴퓨터와 인터넷의 활용이 일상화되었고 지능정보사회로의 패러다임이 변화됨으로써 국정운영방식이나 국민의 삶의 방식 등 국가와 사회 전반에 걸쳐 많은 변화가 발생하였고, 이러한 전반적 변화는 개인의 자유와 권리 보장 및 국가의 책무 등 헌법의 가치체계에도 변화를 요구한다고 할 것이다. 따라서 새로운 기본권으로 도입되어야 하는 최우선적 기본권은 정보기본권이라는 데에 대해서는 이견이 없다. 정보기본권을 규정해야 하는 필요성이 충분히 인정된다는 점에서 정보기본권은 새로이 규정되는 것이 맞다고 할 것이지만, 규정 내용에 대해서는 숙고해야 할 부분들이 있다. 발제자가 ‘의사소통기본권’을 제안해 주신 것에 대해서도 동일한 고민이 남겨지는데, 사생활의 자유나 통신의 자유, 알권리 등은 각 기본권으로서의 보호영역이 다른 권리라는 점에서 상호유기적으로 혹은 개방적으로 어떻게 규정하고 해석해야 할 것인가는 쉽지 않은 문제이기 때문이다. 어떤 상황에서 관련된 기본권들이 경합적으로 문제가 되거나 중첩적인 관련성을 갖는다는 점과 통합적 기본권을 규정하여 해석에 의해 구체화한다는 것은 다른 차원의 문제라는 생각이 들어서 이기도 하다.

표현의 자유는 언론기본권으로 호칭되기도 하고, 언론계에서의 언론의 자유는 강학적 의미에서의 보도매체의 자유로 축소되어 언급되기도 한다. 그만큼 표현의 자유는 고정적이지 않고 변화하는 현대적 권리라고 하겠다. 그렇기 때문에 이 권리의 구조와 내용에 대한 연구가 중요하다는 점에서, 발제자의 분석과 정리 말씀에 다시 한번 감사를 드리는 것으로 토론을 마친다.

< Discussion >

Review of Korea's Constitutional Freedom of Speech: History, Present and Future

Jo, SoYoung

Professor, Pusan National University Law School

As stated in the presentation paper, the freedom of expression is an important fundamental right in a democratic society. As such, there have been important and sincere discussions related to the freedom of expression in modern countries. In this regard, Professor Ji's presentation paper is quite significant in that it has thoroughly and clearly outlined and analyzed the past, present and future of the freedom of expression in the Korean Constitution. I would like to take this opportunity to thank Professor Ji for the presentation paper, as I found it of great value to me as a fellow scholar.

Although the Korean Constitution does not have an express provision on the freedom of expression, there is no doubt that we can find the basis of the freedom of expression in Article 21 of the Korean Constitution. Further, other related rights have also been derived therefrom by way of interpretation. In this regard, it is rather interesting that some parts of the paper imply that the freedom of expression is essentially the freedom of the press and publication, while in other parts the freedom of expression is described as encompassing other rights beyond the traditional freedom of the press and publication. I think this is also an example that demonstrates how broad and how diverse the freedom of expression is in our modern society.

Professor Ji reviewed the legislative history related to the freedom of expression dating back to 1948, when the First Constitution of Korea was enacted. However, if we consider the constitutional documents of the Provisional Government of Korea as the starting point for studying constitutional history, it can be said that constitutional provisions on the freedom of expression existed as early as in 1919, when the Provisional Charter of the Republic of Korea was enacted on April 11th, 1919, by the Provisional Government. Indeed, Article 4 of the Provisional Charter provides that "the People of the Republic of Korea shall enjoy the freedom of religion, media, writing,



publication, association, assembly, correspondence, residence, movement and possession of body.”¹⁾ Nevertheless, identifying the starting point of the legislative history of the freedom of expression may not be critical. Therefore, Professor Ji’s study on the constitutional history of Korea regarding the changes to the freedom of expression, especially over the process of constitutional amendments since the 1948 Constitution, is very much significant. It is a history of changes in the extent and scope, as well as the limitations, of the freedom of expression influenced by the political contexts of the times. The present 1987 Constitution holds importance as the longest-standing constitution in Korea’s constitutional history, but its greater significance lies in the fact that it is a democratic constitution that was made through an amendment claimed by the people and enabled a directly elected president. Nevertheless, from the sole perspective of the right to the freedom of expression, the provision on the restriction on free media still exists, and an overbroad provision still serves as the basis of the restriction on free media and the press. Moreover, new rights may also need to be protected. It is against this backdrop that we need to discuss the direction and the details of the future development of the freedom of expression. Indeed, these issues have already been discussed in various forms throughout the several rounds of discussion on constitutional amendment.

Among other things, a remarkable product of such discussions was the constitutional amendment bill submitted to the National Assembly by the President in March 2019(hereinafter ‘amendment bill’). As such, I would like to request Professor Ji’s opinion on the future of the freedom of expression through an analysis of the provisions related to the freedom as included in the amendment bill. The provisions related to the freedom of expression in the amendment bill are Articles 20, 21, and 22. Specifically, the amendment bill ① separates the freedom of the media/press and the freedom of assembly/association and stipulates them in separate provisions, as they are currently provided for in a single provision despite their subjects and characteristics being different, while explicitly stipulating the freedom of expression; ② deletes the provision requiring that matters necessary for the facility standards for communication and broadcasting be determined by laws, as it may constrict the activities of the media and press; and ③ allows the aggrieved to demand correction in addition to compensation for the infringement of honor or rights by the media or press. In addition, Article 22 of the amendment bill establishes a new fundamental right: In consideration of the fast-changing environment of digitalized society, it expressly stipulates the right to know and the right to control personal information to enhance the level of guarantee. Also,

1) http://db.history.go.kr/item/level.do?sort=levelId&dir=ASC&start=1&limit=20&page=1&pre_page=1&setId=-1&prevPage=0&prevLimit=&citemId=ij&types=&synonym=off&chinessChar=on&brokerPagingInfo=&levelId=ij_001_0010_00010&position=-1[National Institute of Korean History, Korean History Database, Documents of the Provisional Government of the Republic of Korea 1, Vol. 1 Constitution · bulletin > 大韓民國臨時政府 憲法 > 大韓民國臨時憲章 (1919. 4. 11)]

it provides that, as the key to the guarantee of the basic right to information, the State shall make efforts to prevent and resolve monopolization of information and the resulting harms.

Regarding the amendment bill, the following issues require further contemplation. First, as the current text “the media and press” cannot encompass all forms of expression, the amendment bill used the expression “the media and press, etc.” Second, while the provision on the facility standards is deleted in order to guarantee free media, the provision for statutory reservation remains intact. Third, while the amendment bill stipulates compensation for the violation of a person’s honor or rights along with a correction measure, it does not specifically mention the legal effect in case of infringement on public morals or social ethics. Against this backdrop, I would like to ask Professor Ji’s opinion on the proposed constitutional amendment regarding the freedom of expression, especially in relation to its future direction.

Also, as Professor Ji pointed out, the use of computers and the Internet has become commonplace thanks to advances in information and communications technology, and the paradigm has shifted towards an intelligent digital society. This has brought many significant changes across the nation and society, including the methods of state governance and the lifestyles of the people, which in turn call for a change in values to be upheld by the Constitution, such as the guarantee of individuals’ freedom and rights and the roles and responsibilities of the State. As such, there is no doubt that the basic right to information, among many others, shall be the first to be established as a new fundamental right. While it is acknowledged that the basic right to information should be newly established because its necessity is sufficiently recognized, the specific details of the constitutional provision on the right to information need to be further contemplated. I also have a similar thought regarding the ‘basic right to communication’ presented by Professor Ji, as it may not be easy to determine how to define and interpret different rights such as the right to privacy, the right to communication and the right to know in a way that they can coexist harmoniously because they each have different scope of protection. This is also true because having fundamental rights compete or overlap with each other and deriving different rights by way of interpretation of a comprehensive fundamental right seem to be completely different matters.

The freedom of expression is sometimes labelled the basic media right, and within the media circles, freedom of media is sometimes narrowed down to the freedom of the reporting media. As such, the freedom of expression is not a fixed but an ever-changing right in the modern world. Therefore, studies on the structure and the contents of the freedom of expression are important, and I would like to once again thank Professor Ji for all the valuable analysis and comments.

Session 1 - Presentation 2

호주 헌법에서의 표현의 자유
Freedom of Expression under the
Australian Constitution

Adrienne Stone

호주 멜버른대학교 로스쿨 교수
Professor, Melbourne Law School



호주 헌법에서의 표현의 자유

Adrienne Stone^{1*}

초록

표현의 자유는 모든 현대 민주주의 헌법에서 보호의 대상이 되고 있다. 다만, 얼핏 보기에는 호주 헌법은 이에 대한 예외인 것처럼 보인다. 표현의 자유를 보호하기 위한 조항이 없다는 것은 널리 알려져 있는 일반적인 특성 - 즉, 여러 권리들에 대한 보호 조항의 희소성을 보여 주는 한 단면일 뿐이다. 그러나 전체적인 그림은 이보다 훨씬 복잡하다. 표현의 자유는 호주 헌법에서 오랫동안 그 기반을 유지해 왔으며 1992년 호주 연방대법원(High Court; 호주 최고법원)은 ‘정치적 소통의 자유(freedom of political communication)’라는 개념을 개발하였다. 이에 따라 본 개념은 호주 헌법의 특성 중에서 가장 중요하면서도 가장 많이 다뤄진 것 중 하나가 되었다.

호주 헌법에서 표현의 자유는 특수한 형태를 띤다. 즉, 호주 헌법상 표현의 자유는 불문법적 (혹은 묵시적) 형태를 띠며, 나아가 표현 전반에 적용된다기보다는 ‘정치적 소통’에만 한정된다. 또한 호주 연방대법원은 동 이론이 ‘개인적 권리가 아니’며 단순히 방해받지 않을 자유에 불과하다고 주장하였다. 본 논문에서는 지난 27년간 발전해 온 정치적 소통의 자유에 대하여 간략히 소개하고, 이러한 정치적 소통의 자유와 관련된 주요한 주제들을 파악해 보기로 한다. 이와 같은 과정에서, 본 논문에서는 정치적 소통의 자유가, 다른 국가 헌법들에서 통상 발견되는 명시적이고 일반적인 표현의 자유와 어느 정도의 유사성을 갖는지에 관하여 고찰해 보고자 한다. 또한, 본 논문에서는 호주 법의 정치적 소통의 자유가 그 특수한 형태에도 불구하고, 표현의 자유에 대한 일반적인 명시적 보장과 여러 측면에서 다르지 않음을 보이고자 한다.

^{1*} Redmond Barry Distinguished Professor, Kathleen Fitzpatrick Australian Laureate Fellow, Melbourne Law School. 본 논문의 이전 버전은 Cheryl Saunders 과 Adrienne Stone 공저로 “표현(Expression)”이라는 제하에 출간되었다 (호주 헌법에 관한 옥스포드 핸드북 (*The Oxford Handbook on the Australian Constitution*) (2018)). 본 논문을 위한 연구는 호주 연구위원회 (Australian Research Council)의 지원을 받았다.



| 목 차 |

호주 헌법에서의 표현의 자유	83
서론	85
표현의 자유, 민주주의 및 헌법	85
호주 헌법상 ‘정치적 소통의 자유’의 기원	87
정치적 소통의 자유: 근본적 요소	90
근거	90
정치적 소통의 자유의 적용의 심사방법	92
Lange 심사	92
구조화된 비례성 심사: McCloy v New South Wales	93
‘정치적 소통’이란 무엇인가?	96
명시적인 정치적 소통	97
유권자의 선택과 간접적 관련성이 있는 사안들에 대한 소통	98
개인의 도덕적 선택	99
정치적 소통에 대한 ‘실제적 부담’이란 무엇인가?	100
정치적 소통의 자유에 대한 제한	101
시위	102
정치, 금전 및 ‘증대 규정’	104
명예훼손, 교양 및 모욕	106
결론	111

서론

표현의 자유는 모든 현대 민주주의 헌법에서 보호의 대상이 되고 있다.¹⁾ 다만, 얼핏 보기에는 호주 헌법은 이에 대한 예외인 것처럼 보인다. 표현의 자유를 보호하기 위한 조항이 없다는 것은 널리 알려져 있는 일반적인 특성 - 즉, 여러 권리들에 대한 보호 조항의 희소성을 보여 주는 한 단면일 뿐이다.²⁾ 그러나 전체적인 그림은 이보다 훨씬 복잡하다. 표현의 자유는 호주 헌법에서 오랫동안 그 기반을 유지해 왔으며 1992년 호주 연방대법원(High Court; 호주 최고법원)은 '정치적 소통의 자유(freedom of political communication)'라는 개념을 개발하였다. 이에 따라 본 개념은 호주 헌법의 특성 중에서 가장 중요하면서도 가장 많이 다루어진 것 중 하나가 되었다.

호주 헌법에서 표현의 자유는 특수한 형태를 띤다. 즉, 호주 헌법상 표현의 자유는 불문법적(혹은 묵시적) 형태를 띠며, 나아가 표현 전반에 적용된다기보다는 '정치적 소통'에만 한정된다. 또한 호주 연방대법원은 동 이론이 '개인적 권리가 아니'며 단순히 방해받지 않을 자유에 불과하다고 주장하였다. 본 논문에서는 지난 27년간 발전해 온 정치적 소통의 자유에 대하여 간략히 소개하고, 이러한 정치적 소통의 자유와 관련된 주요한 주제들을 파악해 보기로 한다. 이와 같은 과정에서, 본 논문에서는 정치적 소통의 자유가, 다른 국가 헌법들에서 통상 발견되는 명시적이고 일반적인 표현의 자유와 어느 정도의 유사성을 갖는지에 관하여 고찰해 보고자 한다. 또한, 본 논문에서는 호주 법의 정치적 소통의 자유가 그 특수한 형태에도 불구하고, 표현의 자유에 대한 일반적인 명시적 보장과 여러 측면에서 다르지 않음을 보이고자 한다.

표현의 자유, 민주주의 및 헌법

호주 헌법에서 표현의 자유가 갖는 특수한 형태를 이해하기 위해서는 먼저 표현의 자유와 민주주의 간의 관계에 대하여 살펴볼 필요가 있다.

표현의 자유가 민주 정부에 필수적이라거나 또는 본질적이라는 주장은 자유주의적 정치 사상에서 가장 영향력 있는 발상 중 하나이다. 표현의 자유가 중시되는 이유는 그것이 국

1) Adrienne Stone, '표현의 자유에 관한 헌법 비교(The Comparative Constitutional Law of Freedom of Expression)' in Rosalind Dixon and Tom Ginsburg (eds), *Comparative Constitutional Law* (Edward Elgar 2011).

2) Adrienne Stone, 'Australia's Constitutional Rights' (2005) 27 *Sydney Law Review* 29 참조.

민들로 하여금 자신들의 정부에 관한 정보를 얻을 수 있도록 하고, 정부가 자신들에게 책임을 지도록 하며 누가 자신들을 지배하도록 할 것인지를 선택할 수 있도록 해 주기 때문이다.³⁾ 또한, 표현의 자유는 국민들이 자신들의 요구를 정부에 전달할 수 있도록 도움을 주며, 이로써 정부가 국민들의 요구에 보다 적극적으로 반응할 수 있도록 한다.

표현의 자유와 민주주의 간의 본질적 관계는 오랜 시간 헌법적 논쟁으로 이어져 왔다. 특정 문제에 관해 상당히 상이한 결론을 내리는 매우 다른 여러 헌법적 전통들을 살펴봐도, ‘표현의 자유와 민주주의 간의 관계’는 표현의 자유에 관한 헌법상 권리를 지지하는 가장 흔한 논거이다.⁴⁾ 예를 들면, 미국 법과 캐나다 법이 각각 혐오 발언, 음란물⁵⁾ 및 정치 기부⁶⁾에 관한 규제 등의 문제들에 대하여 상당히 상이한 입장을 취하고 있으나, 표현의 자유와 민주주의 간의 관계는 미국헌법 개정 제1조⁷⁾의 법리 및 캐나다 권리자유헌장⁸⁾상의 표현의 자유 보장을 정당화시키는 중요한 논거가 되고 있다.

표현의 자유와 민주주의 간의 이러한 관계가 가지는 힘 덕분에, 헌법학자들은 헌법에 표현의 자유에 관한 헌법상 권리가 포함되어 있지 않은 경우라 할지라도 표현에 대한 유사한 보호가 발생하게 된다는 점을 오랜 기간 주장해 왔다. 이미 1969년 찰스 블랙(Charles Black) 교수는 정부가 제대로 작동하도록 하기 위해서는 오늘날의 미국헌법 개정 제1조에서 보장하는 언론, 집회 및 청원의 자유에 대한 보호의 상당 부분이 (비록 그것이 헌법상 문언으로 명시되지 않았다 하더라도) 미국헌법에 필요하게 될 것임을 주장한 바 있다.⁹⁾

3) Frederick Schauer, 자유 언론: 철학적 질문(*Free Speech: A Philosophical Enquiry*) (Cambridge University Press 1981) 35-46; Kent Greenawalt, “자유 언론에 대한 정당화 논거(Free Speech Justifications),” (1989) 89 *Columbia Law Review* 119 at 145 - 146 참조.

4) Eric Barendt, 언론의 자유(*Freedom of Speech*) (Oxford University Press 2007) 18.

5) 예를 들어, Adrienne Stone, ‘표현에 관한 캐나다 헌법 (The Canadian Constitutional Law of Expression)’ in Richard Albert and David R. Cameron, *Canada In the World: Comparative Perspectives on the Canadian Constitution* (Cambridge University Press 2017) 등 참조.

6) Yasmin Dawood ‘민주주의, 권력 그리고 대법원: 비교학적 배경에서의 선거운동 자금 개혁(Democracy, Power and the Supreme Court: Campaign Finance Reform in Comparative Context)’ (2006) 4 *International Journal of Constitutional Law* 269.

7) *Whitney v California* 274 US 357, 37 (1927): ‘원하는 대로 생각하고 생각하는 대로 말할 자유는 정치적 진실의 발견과 유통에 필수불가결한 수단이다 (freedom to think as you will and speak as you think are means indispensable to the discovery and spread of political truth)’.

8) *Irwin Toy Ltd v Quebec (AG)* [1989] 1 SCR 927, 976; *Ford v Quebec (AG)* [1988] 2 S.C.R. 712, 756-7.

9) Charles Black, *헌법의 구조와 관계 (Structure and Relationship in Constitutional Law)* (Louisiana State University Press 1969), 40-48.

이러한 생각은 사법적 주목도 함께 받았다. 표현의 자유에 대한 명시적 보장이 없음에도 불구하고, 이스라엘 대법원은 유사한 형태의 논리를 활용하여 이스라엘 기본법(Israeli Basic Law)은 표현의 자유를 보호한다는 판결을 내렸다.¹⁰⁾ 캐나다 권리자유헌장이 제정되기 전 캐나다 대법원은 캐나다 헌법의 민주적 성격으로부터 도출한 유추를 통하여, 주(州)법이 출판의 자유를 침해하는 것으로서 무효라고 판결하였다.¹¹⁾ 동 판결에 따른 제한은 오직 주법에만 적용된 것이기는 하였으나, 그 논리는 상기한 바 있는 표현의 자유와 민주주의 정부 간의 관계를 정확히 그 근거로 삼았다:

영국령북아메리카법 (British North America Act)에서는 여론 및 공공 토론의 영향 하에 작동하는 의회를 상정하고 있다. 그와 같은 기관들의 효율성은 비판부터 대응 및 역비판, 정책 및 국정 운영에 대한 공격부터 방어 및 역비판, 가장 자유롭고 충분한 분석과 정치적 제안에 대한 다양한 관점의 검증에 이르기까지, 여러 이슈들에 대한 자유로운 공공 토론으로부터 나온다는 점에는 이론의 여지가 없을 것이다.¹²⁾

캐나다의 논리는 그것이 대의정치 및 책임정치 양자를 고려하고 있다는 점에서 호주의 사례에 있어 특히 적절하다. 대법원은 표현의 자유가 국민의 대의가 법제에 제대로 구현될 수 있도록 하며 또한 장관들이 정부에 대하여 책임을 지도록 하는 데 도움을 준다는 두 가지 측면에서 표현의 자유를 극찬하였다. 연방대법원장이 판시한 바와 같이, 표현의 자유의 중요성은 ‘장관들이 의회에 대하여 자신들의 책임을 다하도록 하고, 의회 의원들이 유권자들에 대하여 자신들의 의무를 다하도록 하고, 또한 유권자들 자신이 선거에서 자신들의 대표자들을 선출함에 있어 자신들의 책임을 다하도록 한다는 점에서 뚜렷이 드러난다’고 할 수 있다.¹³⁾

호주 헌법상 ‘정치적 소통의 자유’의 기원

호주에서 이러한 논리는 1992년 *Australian Capital Television v Commonwealth* 판결에서 강

10) Suzie Navot, *이스라엘 헌법(The Constitutional Law of Israel)* (Kluwer Law International 2007) 234. 기초 판례는 대법원(Supreme Court) 1953 decision *Kol Ha'am Co., Ltd v Minister of the Interior HCJ 73/53*, P.D. 7871 이며, 다음 링크에서 영문본을 열람 가능하다. http://elyon1.court.gov.il/files_eng/53/730/000/Z01/53000730.z01.pdf

11) *Re Alberta Legislation* (1938) 2 DLR 81, per Duff C.J. and Davis J. at pp 107-108.

12) *Re Alberta Legislation* (n 11) 133.

13) *Re Alberta Legislation* (n 11) 133.

조되었다.¹⁴⁾ 그러나 동 판결 이전에도 표현의 자유는 일종의 헌법적 내지 준(quasi-) 헌법적 지위를 지니고 있었다. 다른 커먼로 국가들에서와 마찬가지로, 표현의 자유는 법규주의 원칙 및 법률의 해석을 통해 커먼로에 영향을 미치는 근본 가치¹⁵⁾로서 오랜 기간 인식되어 왔다.¹⁶⁾

그러나, *Australian Capital Television*¹⁷⁾ 판결에서 연방대법원은 다수의견을 통하여 한 단계 더 나아가 헌법에는 정치적 사안에 관한 정치적 소통의 자유를 보호한다는 묵시적 내용이 담겨 있다고 판시하였다. 소위 ‘정치적 소통의 자유’로 알려진 본 개념은 의회와 선거 제도를 수립한 호주 헌법 조항들로부터 도출된 것이다. 이러한 조항들 중 가장 중요한 것을 꼽는다면 하원의원은 ‘국민들이 직접 선택한 자’여야 한다는 요건(제7조 및 제24조), 하원의원 중 장관을 임명할 것을 요구함으로써 책임정치를 보장하는 것(제64조), 의회적 요소 및 민중적 요소를 지니는 참여적 개정 절차를 규정한 것(제128조) 등을 들 수 있다. 간단히 말하면, 연방대법원은 헌법의 이러한 측면들이 제대로 작동하기 위해서는 정치적 소통의 자유가 ‘필수불가결’¹⁸⁾하다고 본 것이다. 정치적 소통의 자유는 국민들로 하여금 대표자들에게 자신들의 의견을 전달할 수 있도록 하고, 또한 대표자들 및 행정부로 하여금 국민들의 요구에 성실히 반응하고 그들에게 책임을 지도록 한다. 이와 같이 함으로써, 정치적 소통의 자유는 유권자들이 제7조 및 제24조에 의거하여 행사하는 대표자 선택이 ‘진정한 선택’이 될 수 있도록 한다.¹⁹⁾

이러한 논리는 캐나다와 이스라엘에서 사용된 주장과도 명백한 유사성을 갖는다. 그러나, 호주에서의 동 개념은 자체적으로 발전하여 호주 헌법의 특수성과 호주의 헌법문화 및 정치문화를 반영하였다. 생각건대 이러한 특성들 중 가장 중요한 것은 통상 호주식 ‘법규주의 (legalism)’라고 칭해지는 사법적 판단방식에 대한 호주식 접근방식이다. 이러한 사법적 판단이론은 잘 알려진 바와 같이 연방대법원장 Owen Dixon과 관련이 있으며, ‘커다란 분쟁에

14) *Australian Capital Television v Commonwealth* (1992) 177 CLR 104. 본 판례에서는 선거운동기간 동안 전자적 방식의 광고를 금지하는 영연방 법을 무효로 판단하였다. 해당 법률의 문제는 방송시간을 정당과 후보자들에게 무료로 할당하되, 현직에 있는 후보들과 기득권 정당에게 우선 혜택을 준 ‘자유시간’ 조항에 있었다.

15) 예를 들어 *Ballina Shire Council v Ringland* (1994) 22 NSWLR 60; *Brown v Classification Review Board* [1998] FCA 319 참조.

16) *Tajjour v New South Wales* (2014) 254 CLR 508, French CJ 545-547; *Evans v New South Wales* [2008] FCAFC 130; 168 FCR 576.

17) *Australian Capital Television v Commonwealth* (n 14).

18) *Australian Capital Television v Commonwealth* (n 14) 138-40.

19) *Australian Capital Television v Commonwealth* (n 14) 270 (McHugh J); *Lange v Australian Broadcasting Corporation* (1997) 189 CLR 106, 560.

서 사법적 결정을 내리는 데 있어 엄격하고 완전한 법규주의보다 안전한 길잡이는 없다.²⁰⁾ 라는 그의 발언(자신의 연방대법원장 취임식에서 한 발언)에서부터 그 유래를 찾을 수 있다. Dixon의 사법적 판단방식의 핵심에는 바로, 법은 사법적 추론을 제한하며, 법은 사법적 의사결정을 지배하는 ‘법적 정확성이라는 외적 표준’²¹⁾을 제공한다는 생각이 깔려 있다.

이 원칙들은 왜 정치적 소통의 자유 개념이 논쟁의 대상이 되는지 보여준다. 정치적 소통의 자유에 대한 비판론자들에 따르면, 정치적 소통은 명확히 헌법의 문언에 그 바탕을 두고 있는 것이 아니라는 것이다. 이러한 견해는 Australian Capital Television 판결에서 Dawson 판사가 제시한 반대의견의 이유에서 명확히 표현된 바 있다:²²⁾

호주 헌법의 법적 토대는 제국 의회에 의한 주권의 행사에 있다. 이러한 점이 헌법의 해석에 있어 갖는 중요성은, 헌법은 어디까지나 법을 통과시킬 수 있는 입법적 권한에 따라 통과된 하나의 법으로서 해석되어야 한다는 데 있다. 만약 어떠한 유추해석을 도출하고자 한다면, 그러한 유추는 반드시 외부적 조건이 아닌 ... 법 자체의 규정에서 드러나는 것이어야 한다...

여러 학술적 저술들에서, 정치적 소통의 자유는 허용될 수 없는 사법 적극주의의 한 예로서 법원에 대한 비판론자들의 조롱을 받아 왔다.²³⁾ 정치적 소통의 자유를 인정하는 것이 허용 불가한 유추해석인지 여부에 대한 문제는 논의의 실익이 없다. 그 이유는 법원이 지속적으로 정치적 소통의 자유가 적합한 해석원칙임을 재확인해 왔기 때문이다.²⁴⁾ 그럼에도 불구하고, 앞으로 살펴보는 바와 같이, 본 논쟁은 정치적 소통이라는 개념에 지속적으로 영향을 미치고 있으며, 특히 본 개념에 대한 안정적인 문언적 근거를 파악하고자 하는 법원의 태도에서도 이러한 점을 볼 수 있다.

20) 원문 중심주의와 법규주의 간의 관계에 대해서는 *Eastman v R* (2000) 203 CLR 1, [149] 참조.

21) Sir Owen Dixon, ‘사법적 방식에 관하여 (Concerning Judicial Method)’ in S Howard and Z Woinarski (ed), *Jesting Pilate and Other Papers and Addresses* (2 ed, 1997) 152, 155.

22) *Australian Capital Television v Commonwealth* (n 14) 181 (emphasis added).

23) 법원에 대한 주요 비판론자 중 한 명인 Jeffrey Goldsworthy는 ‘실제적 필요성’이 유추해석을 도출하기 위한 적합한 근거라는 주장을 받아들이지 않았으며, 또한 실제적 필요성 심사가 어떠한 경우에도 정치적 소통의 자유에 대한 적합한 근거가 될 수 있다는 주장도 받아들이지 않았다. “헌법적 유추 및 정치적 발언의 자유(Constitutional Implications and Freedom of Political Speech),” (1997) 23 *Monash University Law Review* 362. 한편, Tom Campbell, “사법 적극주의 - 정의 혹은 반역(Judicial Activism - Justice or Treason),” (2001) 10 *Otago Law Review* 307; “민주주의, 인권 및 실정법(Democracy, Human Rights and Positive Law),” (1994) 16 *Sydney Law Review* 195 도 참조.

24) *Lange v Australian Broadcasting Corporation* (n 22).

정치적 소통의 자유: 근본적 요소

다음으로 정치적 소통의 자유의 근본 요소에 관하여 살펴보면, *Australian Capital Television v Commonwealth*,²⁵⁾ 판결로부터 5년 후에 내려진 *Lange v Australian Broadcasting Corporation*,²⁶⁾ 판결에서 연방대법원은 가장 효과적인 분석의 출발점을 제공하고 있다.

Lange 판결의 배경은 시사하는 바가 크다. 1992년 *Australian Capital Television* 판결과 1997년 *Lange* 판결 사이의 기간 동안 정치적 소통의 자유의 본질 및 정도에 관한 법원 구성원들 간의 의견차는 점점 벌어지는 것으로 보였다.²⁷⁾ 3년 후, Australian Broadcasting Corporation에 대해 뉴질랜드 전 총리가 제기한 명예훼손 소송에서 나온 *Lange* 판결은 정치적 소통 자유의 개념을 재고하는 기회를 제공하였다. 실제로, *Lange* 사건이 다투어지고 있는 동안, 연방대법원이 *Theophanous* 판결을 번복할 것이라는 확실한 가능성이 엿보였을 뿐 아니라, 나아가 묵시적 정치적 소통 자유의 미래에 대한 의구심까지도 제기되는 것처럼 보였다.²⁸⁾ 그러나, *Lange* 판결은 정치적 소통의 자유를 만장일치 의견으로 재확인하였다. 다만, 법원의 논리 중 일부 측면에서는 비판의견에 따라 정치적 소통 자유의 개념을 재구성하는 것으로 보이기는 한다.

근거

마치 Owen Dixon 연방대법원장의 법규주의를 상기시키듯, 법원은 *Lange* 판결에서 정치적 소통 자유의 근거를 헌법적 문언으로부터 재확인하였다. *Lange* 판결에서 적시한 바와 같이, 정치적 소통의 자유는 헌법의 ‘문언과 구조’²⁹⁾, 특히 상원 및 하원 의원은 각각 주와 연

25) *Australian Capital Television v Commonwealth* (n 14).

26) *Lange v Australian Broadcasting Corporation* (n 22).

27) *Theophanous v Herald & Weekly Times* (1994) 182 CLR 104.

28) Adrienne Stone, “Lange, Levy 그리고 호주 헌법에서의 정치적 소통 자유의 방향(*Lange, Levy and the Direction of the Freedom of Political Communication under the Australian Constitution*),” (1998) 21 *University of New South Wales Law Journal* 117, 119-120.

29) ‘구조’라는 개념은 다른 유추해석에 있어서도 두드러지는데, 특히 연방으로 하여금 주들이 자신들의 필수적인 주 기능을 수행하는 능력에 간섭하지 못하도록 한 유추는 헌법의 연방 구조로부터 도출된 유추로서 인식되고 있다. *Melbourne Corporation v Commonwealth* (1947) (n 31) at 74 (Starke J); 88 (McTiernan J). 이와 유사하게 Dixon 판사는 유추해석을 ‘체계의 효율성을 위하여 논리적으로 필요한’ 것이라고 묘사하였다. *Melbourne Corporation v Commonwealth* (1947) (n 31) at 83.

방의 ‘시민들에 의해 직접 선택’되어야 한다는 제7조 및 제24조의 요건으로부터 도출된다.³⁰⁾ 이들 조항들은 “문언상으로 보면, 상원 및 하원 의원들이 정기적 선거에서 국민에 의해 직접 선택되도록 하고 있으며”³¹⁾, “국민들로 하여금 선거권자로서 자유롭고 충분한 정보를 바탕으로 한 투표권을 행사할 수 있도록 하는” 소통을 제한하지 못하도록 하고 있다.³²⁾

뿐만 아니라, 연방대법원은 책임 있는 각료 정부 체계를 수립하는 헌법 조항들³³⁾이 “필연적으로 선거권자들 및 그들의 대표자들에게 연방 의회의 전체 존속기간 동안 행정부의 행위에 관한 정보에 대한 접근을 거부할 수 있는 입법적, 행정적 권한에 대한 제한을 암시”³⁴⁾ 한다고 판시하며, 이들 조항을 그 근거로 삼았다. 마지막으로, 법원은 국민투표에 의한 개정에 대한 내용을 담은 헌법 제128조를 언급하며, 이것이 “헌법 개정을 위해 국민투표에서 유권자들이 던지는 투표와 관련이 있을 수 있는”³⁵⁾ 정보에 대한 보호를 필요로 한다고 판시하였다.

나아가, 기존 법이 ‘독자적인’ 원칙에 의지하였다는 주장에 대한 답변으로 보이는 판시에서, 법원은 유추해석이 오직 헌법 문언 및 구조에 대한 인용을 통해서만 이루어져야 한다고 판시하였다:³⁶⁾

헌법에서는 오직 헌법의 문언과 구조가, “대의정치” 를 지지하는 한도 내에서만 “대의정치”라는 제도에 효력을 부여한다... “대의정치 및 책임정치가 요구하는 것은 무엇인가?”라는 것은 적절한 질문이 아니다. 적절한 질문이란 바로, “헌법의 문언과 구조가 금지, 허용 또는 요구하는 것은 무엇인가?”이다.

30) *Lange v Australian Broadcasting Corporation* (n 22) 557.

31) 연방대법원이 근거로 한 조항은 다음과 같다. 제1조(연방의 권한을 의회에 수여); 제8조 및 제30조 (상원 및 하원에 대한 유권자들은 오직 1 회만 투표할 것); 제25조 (선거에서 투표 자격이 없는 것으로 판단된 자는 그 인종을 불문하고 제24조 에 따른 선거구 결정시 산입되지 않음); 제28조 (하원의 존속기간); 제13조 (상원의원의 임기는 최대 6년임을 규정); 제28조 (하원은 3년 이상 존속할 수 없음). *Lange v Australian Broadcasting Corporation* (n 22) 557.

32) *Lange v Australian Broadcasting Corporation* (n 22) 557.

33) 제6조 (의회 회기는 1년에 최소 1회 이상 개최될 것); 제83조 (금원은 법에 따라 재무부에서 배당할 것); ss 62 (장관들의 “발의 및 조언”에 따라 여왕의 행정권한이 행사될 것); 제64조 (장관들은 의회에 출석할 것); 제49조 (영국 하원의 “권한, 특권 및 면책”의 도입).

34) *Lange v Australian Broadcasting Corporation* (n 22) 561.

35) *Lange v Australian Broadcasting Corporation* (n 22) 561.

36) *Lange v Australian Broadcasting Corporation* (n 22) 561.

달리 말하면, 헌법에는 대의정치 및 책임정치에 관한 ‘독자적인’ 원칙은 존재하지 않는다 (정치적 소통의 자유 및 표현의 자유 원칙은 더더욱 그러하다). 오히려, 헌법의 문언 내에서 파악되는 대의정치 및 책임정치의 구체적 제도가 존재하며, 정치적 소통의 자유는 그것이 바로 그러한 제도들의 정상 작동에 합리적으로 필요한 한도 내에서만 소통을 보호한다. 이와 같이 볼 때, *Lange* 판결은 호주 헌법의 법규주의적 근간을 강력히 재천명한 것이다.

그러나 보다 심도깊게 고찰해 보면, *Lange* 판결은 그다지 크게 변경되지 않은 것으로 보인다. 근거의 문제에 관하여 볼 때, ‘문언과 구조’에 대한 강조는 *Australian Capital Television* 판결의 다수 의견에 나타난 접근방식과 크게 다르지 않다.³⁷⁾ 또한, 그리고 아마도 이러한 점에 대한 방증으로서, *Lange* 판결은 법의 실제적인 부분을 거의 변경하지 않았다. *Lange* 판결은 연방대법원이 다수의견으로 정치적 소통의 자유가 명예훼손 소송에서 새로운 항변사유를 제공하였다고 판시함으로써³⁸⁾ 정치적 소통의 자유를 명예훼손 법의 영역으로까지 확장하였던 *Theophanous* 판결³⁹⁾ 을 변경하고자 하였다. 그러나, 발표자가 다른 저서 등에서도 설명한 바와 같이⁴⁰⁾, *Lange* 판결에서 재구성하고자 한 법은 실제적으로는 *Theophanous*와 매우 유사하다.⁴¹⁾

정치적 소통 자유의 적용의 심사방법

- *Lange* 심사

그렇다면 *Lange*가 정치적 소통의 자유의 근거, 또는 정치적 소통의 자유가 명예훼손 법에 적용되는지 여부에 관하여 중대한 변경을 가져온 것인지는 명확하지 않다. 그러나 *Lange*가 정치적 소통의 자유의 적용에 관한 2단계의 심사를 제시하였다는 점에서 그 중요성을

37) *Australian Capital Television v Commonwealth* (n 14) 134 (Mason CJ); 228 McHugh J.

38) *Theophanous v Herald and Weekly Times* (1994) 182 CLR 104, 140-141

39) *Theophanous v Herald and Weekly Times* (1994) 182 CLR 104.

40) ‘*Lange* 판례 이후의 정치적 소통의 자유(The Freedom of Political Communication since *Lange*)’, in A. Stone and G. Williams (eds.), *기रो에 선 연방대법원: 헌법 에세이(The High Court at the Crossroads: Essays in Constitutional Law)*, (Federation Press, 2000) 1

41) 두 판례 모두 ‘정부 및 정치 문제’에 관한 명예훼손적인 허위 발언의 출간과 관련하여 이러한 항변이 가능하다고 보았으며, 또한 두 판례 모두 출간자로 하여금 행위의 합리성을 입증하도록 하고 있다. *Theophanous v Herald and Weekly Times* (n 38) 140-141; *Lange v Australian Broadcasting Corporation* (n 22) at 573.

갖는다는 데는 의심의 여지가 없다. 이후 *Coleman v. Power*⁴²⁾ 에서 경미하게 변경된 바 있는 본 심사의 내용은 다음과 같다:

1. 첫째, 해당 법률이 정부 또는 정치적 사안에 관한 소통의 자유에 대해 조건, 운영 또는 효과 면에서 실질적으로 부담을 가하는가?
2. 둘째, 만일 해당 법이 상기와 같은 자유에 실질적으로 부담을 가한다면, 해당 법은 합리적으로 적합하며 합법적 목적을 달성할 수 있도록 조정되어 있고, 또한 헌법상 규정된 대의정치 및 책임정치의 체계 및, 헌법 개정안을 국민의 충분한 정보에 기반한 결정에 부치는 것에 관하여 호주 헌법 제128조에 규정된 절차와 양립가능한가?

만일 첫 번째 질문에 대한 답이 “그렇다” 이고 두 번째 질문에 대한 답이 “아니다”라면, 해당 법은 무효이다.⁴³⁾

본 심사의 1단계는 정치적 소통의 자유가 적용되는 소통을 파악하는 것에 그 주된 목적이 있다. 2단계는 허용되지 않는 방식으로 정치적 소통에 부담을 가하는 법이 어떠한 것인지를 파악하는 데 그 목적이 있으며, 또한 정치적 소통의 자유의 태동에서부터 명확하듯, 정치적 소통에 부여되는 보호가 절대적인 것은 아니라는 사실을 반영하고 있다.

- 구조화된 비례성심사: *McCloy v New South Wales*

따라서 *Lange* 테스트 2단계는, 캐나다 헌장 제1조와 같이 다른 국가 헌법에서는 통상 일반적인 법률유보조항을 통해 행하는 역할을 수행한다. 이러한 유보조항은 통상 ‘구조화된 비례성’ 심사⁴⁴⁾를 통해 적용되며, 이에 *Lange* 테스트는 호주 헌법에서 이와 같은 비례성 심사의 층위에 관한 물음을 제기하였다. 거의 20년간에 걸쳐, 본 물음에 대한 답은 *Lange* 판결 자체로부터 나온 것으로 보인다. 즉, *Lange* 판결에서는 그 2단계 테스트를 비례성 심사와 동등한 것으로 취급하였다.⁴⁵⁾

42) *Coleman* (2004) 220 CLR 1, 78 (Gummow and Hayne JJ); 50 (McHugh J); 82 (Kirby J).

43) *Lange v Australian Broadcasting Corporation* (n 22) 567-58.

44) 캐나다의 접근방식을 보려면 *R v Oakes* [1986] 1 SCR 103 참조.

45) 상기 인용한 문구 바로 뒤에 딸린 각주에서 연방대법원은 ‘이러한 상황에서는, ‘합리적 적합성 및 조정 심사’와 ‘비례성 심사’ 간의 차이점은 거의 없다’ 고 판시하였다. · *Lange v Australian Broadcasting Corporation* (n 22) 567 n 272.

그러나, *Lange*가 이 점을 명백히 밝혔다고 보여짐에도 불구하고, 법원은 *McCloy v New South Wales*⁴⁶⁾에서 다수의견을 통해 자신의 논증에 대한 요소로서 ‘구조화된’ 비례성이라는 개념을 별도로 도입하였다. 본 침해 심사는 *McCloy*에 이어 *Brown v Tasmania*⁴⁷⁾에서 경미하게 수정되고, 이후 *Clubb v Edwards* (*Clubb*)⁴⁸⁾에서 재확인된 바 있으며, 그 구체적 내용은 다음과 같다:

1. 해당 법률이 그 조건, 운영 혹은 효과면에서 자유에 실제로 부담을 가하는가?⁴⁹⁾
2. 만일 상기 1번에 대한 답이 ‘그렇다’ 인 경우, 해당 법률의 목적은 적법한가? 즉, 헌법적으로 규정된 대의정치 체계의 유지와 양립 가능한가?
3. 만일 상기 2번에 대한 답이 ‘그렇다’ 인 경우, 해당 법률은 헌법적으로 규정된 대의정치 및 책임정치 체계의 유지와 양립가능한 방식을 통해 그러한 적법한 목적을 추구함에 합리적으로 적합하며 그에 맞게 규정되어 있는가?⁵⁰⁾

본 심사의 3단계에서 나오는 비례성 분석은, 타 헌법 체계에서 적용되는 비례성 심사의 영향을 받았음(비록 동일하지는 않으나)이 명백해 보이는 방식을 통해 보다 구체적으로 정의되었다.⁵¹⁾

본 비례성 심사는, 문제의 조항이 자유에 미치는 부담의 정도를 그 고려 대상에 포함한다. 본 심사에는 3가지 단계가 있으며, 이는 어떠한 법률이 다음 측면에서 볼 때 적합하고, 필요하며, 적절한 균형을 가지는 것으로서 정당화될 수 있는지에 관한 질문이다.

적합성 - 해당 조항의 목적과 합리적 연관성이 있는가;

46) *McCloy v New South Wales* (2015) 257 CLR 178.

47) *Brown v Tasmania* (2017) 261 CLR 328.

48) *Clubb v Edwards* (2019) 93 ALJR 448.

49) *McCloy* (n 46) 194 [2].

50) *Brown* (n 47) 364 [104].

51) *R v Oakes* [1986] 1 SCR 103, 138-40에서는 캐나다 권리와 자유 헌장에 대한 제한이 ‘자유 민주주의 사회에서 입증가능하도록 정당화될 수 있어야 한다’는 제1조의 요건을 적용하기 위한 수단으로서 3단계 비례성 심사를 적용하였다.

필요성 - 자유에 대하여 보다 적은 제한 효과를 가지면서도 동일한 목적을 달성할 수 있는 명백하고도 강력한, 합리적 실행가능성이 있는 대체 수단이 없는가 ;

균형의 적정성 - 제한적 조치가 달성하고자 하는 목적의 중요성과 그것이 자유에 부과하는 제한의 정도 간의 균형을, 지속적으로 사법적 기능의 한계 내에서 파악하기 위한 가치 판단을 요하는 기준.

만일 어떠한 조치가 비례성 심사의 기준을 충족하지 못하는 경우 3번째 질문에 대한 답은 “아니다”가 될 것이며, 해당 조치는 입법 권한에 대한 묵시적 제한의 한계를 넘어서는 것이 될 것이다.⁵²⁾

본 공식의 가장 독특한 점은 3 번째 단계에 있다. 균형이 오직 ‘적정’하기만 하면 된다고 강조하며 아울러 ‘사법 기능의 한계’를 직접적으로 언급하고 있는 것을 보건대, 법원이 호주식 법규주의의 주요 요건들을 염두에 두고 있음은 명백하다. 이후의 해석 또한 법원이 특히 대체적 수단의 가용성에 대한 평가와 관련한 비례성 원칙의 적용에 있어 입법부의 재량을 존중할 것임을 확인하고 있다. 예를 들면, *Clubb* 판결에서 Nettle 판사는 단순히 보다 덜 제한적이면서 동등한 실행 가능성을 갖는 대체 수단이 존재한다는 사실만으로는 ‘필요성’의 부재를 입증하는 데 불충분하며, 그보다는 ‘만약 동등한 실행 가능성과 가용성을 갖는, 묵시적 자유에 대하여 *현저히* 적은 부담을 가하는 명백하고도 강력한 대체 수단이 존재하는 경우여야, 해당 법률은 이러한 측면에서 필요성이 없는 것으로 판단될 수 있다’라고 강조하였다.⁵³⁾

비례성 원칙의 도입은 법원 내에서도 일부 논쟁을 불러일으켰다.⁵⁴⁾ 그러나, *Clubb*⁵⁵⁾ 및 *Comcare v Banerji* (*Banerji*)⁵⁶⁾ 에서 연방대법원이 내린 판결 이후로 헌법에서 비례성 원칙의 위치는 현재 안정된 것으로 보인다. 본 논문의 나머지 부분에서는 비례성 분석을 포함,

52) *McCloy v New South Wales* (n 48) 194-195.

53) *Clubb* (n 48) 509 [277] (emphasis in original). 이와 같이 심사의 내용을 명시함에 있어, Nettle J는 그가 *Brown*에서 기술하였던 보다 엄격한 기준을 수정하였다 (n 47) 328 [282]. See *Clubb* (n 48) 507 [267]-[268]. 심사의 본 요소는 원고로 하여금 대체 수단을 파악할 부담을 부과함으로써 더욱 완화되었다: *Clubb* (n 48)) 508 [269].

54) Adrienne Stone, ‘비례성 원칙 및 그 대안(Proportionality and its Alternatives)’ (2020 출간예정) *Federal Law Review* 참조.

55) 현재 7인의 재판관 중 5인은 비례성 분석을 수용한다: *Clubb* (n 48) 462 [6], 470-1 [70]-[74] (Kiefel CJ, Bell and Keane JJ) 506-9 [66]-[275] (Nettle J), 544-6 [461]-[470] (Edelman J).

56) (2019) 93 ALJR 900.

Lange 심사가 적용된 후행 판결에서 나타나는 동 심사의 각 요소를 하나씩 살펴보도록 하겠다.

‘정치적 소통’이란 무엇인가?

Lange 심사에서 제시하는 첫 번째 문제는 해당 법이 정치적 소통에 대한 ‘부담’인지 여부이다. 본 질문은 어떠한 종류의 소통이 정치적 소통의 자유의 범주에 해당하는지에 관한 검토를 요한다. 동 질문은 본 논문에서 ‘범위’ 또는 ‘범주’에 관한 질문으로 칭하기로 한다.⁵⁷⁾

연방대법원은 정치적 소통의 자유가 소통의 비(非)언어적 형태에 적용된다는 점을 신속히 밝혔다. 동 개념의 근본 논리가 ‘말’과 같은 보다 협소한 개념이 아닌 ‘소통’에 적용되는 것이므로, 연방대법원의 이러한 결론은 놀라울 것이 없다. 동 개념의 이러한 특성을 명백하게 확인한 것은 *Levy v Victoria*⁵⁸⁾ 판결인데, 이 사건에서는 죽거나 상처입은 새들을 수집해 전시하는 것과 같은 비언어적 형태의 시위를 포함한 시위 활동들을 금지하기 위해 적용된 법에 대한 위헌 주장이 제기되었다. 연방대법원은 *Lange* 심사의 2번째 단계에 따라 궁극적으로 해당 법을 합헌으로 판단하였으나, 그러면서도 ‘비언어적 행동에 의한 시위는 오늘날 매우 흔한 정치적 표현의 일종’이며 따라서 정치적 소통의 자유의 범주 내에 속한다는 점을 확인하였다.⁵⁹⁾

그러나, 자유의 범위에 관한 질문은 그 초점이 소통의 방식보다 그 내용에 맞춰질 경우 더욱 복잡해진다. *Lange*에서는 ‘정부 또는 정치적 사안들에 관한 소통’을 언급하고 있으나, 이미 논의한 바와 같이 정치적 소통의 자유의 근본 논리는 일반적 개념에 관심을 돌리는 것이 아니라, 헌법에 따라 수립된 대의정치 및 책임정치 제도들, 즉 상, 하원 선거, 책임 정부에 관한 규정 및, 제128조에 따라 수립된 국민투표 절차 등에 관심의 초점을 둔다. 따라서, *Lange* 심사에 따르자면 적합한 질문은 ‘이러한 제도들이 제대로 작동하기 위해서는 어떤 종류의 소통이 필요한가?’ 하는 것이 될 것이다. 다른 저서들⁶⁰⁾에서 보다 상세히 기

57) Schauer (n 3) 91 참조.

58) *Levy v Victoria* (1997) 189 CLR 579.

59) *Levy v Victoria* (n 58) 595 (Brennan CJ). Toohey and Gummow JJ (at 613); McHugh J (at 622–623); Kirby J (at 286)도 참조할 것.

60) Adrienne Stone, “권리, 개인적 권리 및 자유: 정치적 소통의 본질 (Rights, Personal Rights and Freedoms: The Nature of the Freedom of Political Communication),” (2002) 25 *Melbourne University Law Review* 374.

술한 바와 같이, 정치적 소통의 자유의 범주에 포함되어야 할 명백한 필요성이 있는 소통에는 최소 3가지의 부류가 있다.

- 명시적인 정치적 소통

당연한 이야기겠지만, 정치적 소통의 자유는 ‘명시적인 정치적 소통’을 포함한다. 즉, 정치적 소통의 자유는 현존하는, 또는 발의된 연방 법률 및 국민투표, 정책 제안 및 정부와 야당의 공약, 연방 의회의 업무, 의회 구성원의 공적 행동 및 정부 행정기관의 행위 등에 관한 논의 등, 명백하게 정부와 관련된 소통을 포함한다. 이러한 사안들은 연방 선거에서의 투표권자의 선택 및, 정치적 소통의 자유에 의해 보호받는 타 기관들과 분명한 연관성이 있다.

이러한 범주에서 발생할 수 있는 복잡한 문제는, 정치적 소통의 자유가 연방 정부의 구조로부터 도출되며, 따라서 얼핏 보기에는 연방 의회나 연방 행정부의 행위, 정책 및 인적 구성원, 혹은 국민투표 절차에 관한 소통만을 포함하는 것처럼 보인다는 사실에서 발생한다. 그러나, 연방대법원이 최근 *Unions NSW*에서도 명백히 밝힌 바와 같이, 연방 및 주 정치는 충분히 상호 연관성이 있는 것으로서, 정치적 소통의 자유는 주의 정치적 사안들, 즉 현존 또는 발의된 주 법 및 국민투표, 정책 제안 및 주 정부와 야당의 공약, 주 의회의 업무, 주 의회 구성원들의 공적 행동 및 정부 주 행정기관들의 행위 등에 관한 논의까지도 포함하는 것이다.⁶¹⁾

적어도 원칙적으로는, 정치적 소통의 자유는 정부 정책을 발효시키고 법을 집행하는 정부 관료들의 공적 기능에 관한 논의도 포함한다. 따라서 *Coleman v Power*⁶²⁾에서는, 경찰관에 대한 비판은 정치적 소통의 자유에 의해 보호된다는 판결이 내려졌다. 이와 동일한 논리로 법원의 업무 및, 적어도 어떤 경우에 있어서는 사법부의 공적 행위에 관한 논의도 여기에 포함될 수 있다.⁶³⁾ 비록 법원 자체는 정치적 소통의 자유에 의한 보호를 받는 기관이 아니나, 법원에 대한 논의는 법이 어떻게 작동하고 있으며 어떠한 부분에서 개정이 필요

61) *Unions NSW v New South Wales* (n 73) 550.

62) *Coleman v Power* (n 61).

63) 그러나, 정치적 소통의 자유가 법원 및 사법부에 관한 논의에 적용되는 정도에 관해서는 명확히 정의된 바 없다. McHugh J 판사와 Kirby J 판사는 다음 관례에서 부수의견을 통해 상충되는 의견을 제시하였다: *APLA v Legal Services Commission (NSW)* (2005) 224 CLR 322, 361 (McHugh J); 440 (Kirby J). 한편, *Herald & Weekly Times v Popovic* (2003) 9 VR 1, 10, 105 도 참조할 것: 본 사안에서는 빅토리아 주 항소법원의 두 판사가, 법관의 절차 진행에 관한 논의가 정치적 소통의 자유에 대한 보호를 촉발하는 ‘정부 및 정치에 관한 사안’에 해당하는지에 관하여 의구심을 표명하였다.

한지를 보여 줄 수 있다. 더욱이, 사법부에서의 임명, 견책 및 해임은 행정적 기능에 해당한다. 따라서, 적어도 법원의 행위가 입법부 및 행정부의 행위에 영향을 미치는 한도 내에서는 법원에 대한 논의도 자유의 의미 내에 포섭되는 “정치적 소통”에 해당할 수 있다.⁶⁴⁾

- 유권자의 선택과 간접적 관련성이 있는 사안들에 대한 소통

아직까지는 정치적 소통의 자유의 범주 내에 있는 소통의 범위가 협소해 보일 수 있다. 그러나 본 개념의 기저에 있는 논리에 따르면, 매우 폭넓은 범위의 소통이 그 범주 내에 포함될 가능성이 있다. 연방 의회는 다양하고 폭넓은 이슈들을 고려의 대상으로 하며, 이와 같이 현대 사회에서의 연방 정부의 폭넓은 관여를 고려하건대 공적 중요성을 갖는 어떠한 문제가 연방 정치 논쟁의 대상이 되지 않으리라고 확신하기란 거의 불가능하다 할 것이다.

그 범주의 잠재적인 폭은, 그 자체로는 법 또는 정부 조치의 대상이 될 가능성이 적으나, 그럼에도 유권자들의 정부에 대한 태도에 영향을 미칠 수 있는 사안들, 즉 종교, 철학, 역사, 의료과학 및 사회학 문제 등에 대한 논의까지도 고려 대상으로 할 경우 더욱 명확해진다. 다시 말하지만, 정치적 소통의 자유의 논리는 이러한 부류의 소통도 포함되어야 하는 것임을 강력히 시사한다. 이러한 사안들에 관한 유권자들의 이해 혹은 태도는 공서양속의 문제에 관한 그들의 태도 및 정부에 대한 그들의 태도, 나아가 연방 선거에서 그들이 행사하는 투표에까지도 영향을 미칠 수 있다. ‘정치적 소통’ 범주의 폭에 대하여는 아직까지 연방대법원에서 충분히 고려된 바 없다. 그러나, *Attorney-General (SA) v Corporation of the City of Adelaide*⁶⁵⁾ (*Corneloups’ Case*) 에서, ‘거리 교화’에서 행해진 대중 설교가, 정치적 소통의 자유를 그 근거로 한 위헌심사의 목적상 정치적 소통에 해당한다는 점이 시인(아울러 법원에 의해 수용)되었다. 연방대법원장 French는 다음과 같이 설명하였다:⁶⁶⁾

명백하게도 설교, 유세, 장광설 및 인쇄물의 배포는, 연방 차원의 정치 또는 정부와 직접 혹은 간접적으로 관련이 있을 수 있는 공적 사안들을 구성원들에게 전달하기 위한 활동들이다. 실제로 묵시적 자유에 의해 보호받는 소통의 범위는 광범위하다.

그러나 연방대법원장은 소통이 어떻게 정치 또는 정부와 ‘간접적으로’ 연관될 수 있는지에 관해서는 설명하지 않았다. 다만 *Corneloups’ Case*의 사실관계와도 일치하는 한 가지 가능

64) *APLA Limited v Legal Services Commission (NSW)* (n 86) 361참조; Gleeson CJ 판사와 Heydon J 판사가 행정부 및 입법부의 기능과 관련된 사안에 관한 소통과, 법원에 관한 다른 종류의 소통을 구분하고 있음에 주목할 것.

65) *Attorney-General (SA) v Corporation of the City of Adelaide* (2013) 249 CLR 1.

66) *Attorney-General (SA) v Corporation of the City of Adelaide* (n 89) 44.

성은, 그러한 소통이 유권자들로 하여금 기본적인 사안들에 관한 견해를 형성할 수 있도록 하고, 또한 그러한 기본적인 사안들은 다시금 각각의 정치적 이슈들에 대한 유권자들의 견해와도 연관될 수 있다는 것이다. 이러한 접근방식은 정치적 소통의 자유의 범주 내에 있는 소통의 범위를 상당히 확장시킬 수 있다. 예를 들어, 어떤 유권자의 기본적인 도덕성, 또는 인성 및 세계에 관한 믿음 혹은 이해가 이러한 측면에서 정부의 정치와 ‘간접적으로’ 연관되어 있을 가능성이 상당히 높다. 만일 이것이 사실이라면, 철학, 종교, 사회학 및 과학의 문제들에 관한 소통의 많은 부분이 정치적 소통의 자유의 범위 내에 들어올 가능성이 크다.

- 개인의 도덕적 선택

만일 지금까지 진행되어 온 논리 과정이 더욱 발전된다면, 정치적 소통의 자유의 범위는 ‘표현’ 혹은 ‘언론’을 보호하는 헌법적 권리 및 보장과 크게 다르지 않은 것이 될지도 모른다.⁶⁷⁾ 그러나, *Clubb*에서는 일부 한계가 존재할 수 있는 상황을 제시하고 있다. 동 판례에서 연방대법원은 다음과 같은 구분을 지었다:

‘특정 개인이 내리는 도덕적 혹은 윤리적 선택에 관한 개인들 간의 논의는, 국민이 내리는 정치적 선택에 관한 논의와 동일시될 수 없다.’⁶⁸⁾

문제는 낙태 반대 시위와 관련된 배경 하에 발생하였다. 해당 사건의 청구인은 멜버른의 한 낙태시술 클리닉 입구에서 어떤 한 쌍의 남녀에게 접근하여 그들이 낙태를 행하지 않도록 설득하였다. 청구인은 그러한 클리닉으로부터 일정 거리 내에서 그와 같은 행위를 금지하는 법에 따라 기소되어 유죄판결을 받았다.⁶⁹⁾ 법원은 청구인의 항소를 기각하며, 청구인이 해당 커플들로 하여금 낙태를 하지 않도록 설득하는 것 외에 다른 행위를 하였다는 증거가 없다는 것이 그 이유라고 판시하였다. 결과적으로, 추가적인 증거가 없는 상황에서 법원은 그녀가 병원 앞에서 시도한 소통은 ‘정치적’ 소통이 아니며, 따라서 헌법에 의해 보호되지 않는다는 결론을 내렸다. 따라서, 우리는 정치적 소통의 자유를 보다 일반적인 표현의 자유에 대한 보장과 구분짓는, 정치적 소통의 자유에 대한 명백한 제한을 처음으로 목도하게 된 것이다.

67) 단, ‘정치적 소통’이라는 개념이 나체 춤 (United States (*Barnes v Glen Theatre Inc* 501 U.S. 560 (1991))) 이나 매춘 권유 (Canada Reference re ss. 193 & 195.1(1)(c) of Criminal Code (Canada), (*the Prostitution Reference*), [1990] 1 S.C.R. 1123) 등, 타 보장의 범위 밖에 있는 사안들까지도 포괄할 수 있다고 보기는 어렵다.

68) *Clubb* (n 48) 465 [29].

69) s 185D of the *Public Health and Wellbeing Act 2008* (Vic) (*‘Victorian Act’*).

하지만 본 판결은 올바른 것이었을까? 사적인 의료 상담과 같이, 자유의 범위 내 정치적 소통으로 간주될 수 없는 부류의 소통에 대한 상식적인 이해가 가능할 수도 있다. 하지만, 그럼에도 법원이 이러한 사실관계에 대하여 내린 결론을 받아들이기는 어렵다. 교류가 있었던 장소는 오랜 기간 낙태 반대 시위가 행해졌던 장소였다. 본 사안에서, 해당 시설에 들어가려는 사람들에게 접근하여 낙태를 하지 않도록 설득하는 낙태 반대 운동가로서의 청구인의 존재는, 낙태에 대한 그녀의 원칙적 반대 및, 낙태 제한 법과 정책에 대한 그녀의 지지의사를 효과적으로 전달하였다고 할 수 있다. 더욱이, 낙태 클리닉 외부에서의 현장 시위와 관련된 역사의 측면에서 보면, 청구인인 Clubb이 클리닉 근처에 서서 해당 커플로 하여금 낙태를 하지 않도록 설득한 행위는 선거 관련 의사결정에 영향을 미칠 수 있는 정치적 시위 행위에 해당한다.⁷⁰⁾

정치적 소통에 대한 ‘실제적 부담’이란 무엇인가?

‘정부 또는 정치적 사안에 관한 소통’이라는 개념의 범위를 판단하는 것은 *Lange* 심사 첫 번째 단계의 주요 초점이다. 그럼에도 불구하고, 몇 가지 다른 문제들 또한 존재한다.

첫째, 본 심사의 내용은 정치적 소통의 자유에 대한 침해가 ‘법률’로부터 발생한다고 가정하고 있으며, 이러한 가정은 정치적 소통의 자유의 근본적인 구조적 특성을 반영한 것이다. 이는 소통에 대해 어떠한 적극적인 권리 또는 자격을 부여한다기보다는 정치적 소통을 방해로부터 보호한다는 측면에서 ‘소극적’인 것이라고 할 수 있다.⁷¹⁾ 또한, 이는 ‘수직적’으로 적용되는데, 이는 다시 말해 그것이 사적 행위보다는 정부에 적용된다는 의미이다. (단, 살펴본 바와 마찬가지로, 이러한 수직적 운영은 그것이 커먼로에 적용되는 것을 금지하지는 않는다.)⁷²⁾

70) 본 쟁점에 관한 보다 오래된 논쟁을 보려면 Shireen Morris and Adrienne Stone ‘연방대법원에서: 낙태 상담 및 정치적 소통 자유의 한계 (Before the High Court: Abortion Counselling and the Limits of Freedom of Political Communication)’, (2018) 40 *Sydney Law Review* 395 참조.

71) *McClure v Australian Electoral Commission* (1999) 163 ALR 734; 73 ALJR 1086 at 740–741 [28] (ALR), 1090 (ALJR): “이러한 자유는 정부의 행위로부터의 자유이다; 이는 타인으로 하여금 소통의 수단을 제공할 것을 요구할 수 있는 권리가 아니다. 청구인의 주장은 그가 타인으로 하여금 그의 견해를 전파시키도록 요구할 수 있는 권리를 보유하고 있는지 여부에 달려 있다.” 본 논리는 *Mulholland v Australian Electoral Commission* (2004) 220 CLR 181, 245 (Gummow and Hayne JJ); 224 (McHugh J)에서도 인용, 승인되었다.

72) Adrienne Stone, “헌법과 커먼로: 답변 (The Constitution and the Common Law: A Reply),” (n 60); Graeme Hill and Adrienne Stone, “커먼로에서의 헌법주의(The Constitutionalisation of the Common Law),” (2004) 25 *Adelaide Law Review* 67.

둘째, ‘실제적’ 부담에 대한 요건은 정치적 소통에 가해지는 일부 사소한 부담을 제외하는 것으로 보인다. 그러나, *Monis*⁷³⁾ 에서도 보듯, 이와 관련하여 *Lange* 심사에서 제시한 기준점(threshold)은 실제적으로는 매우 낮다. 해당 사건에서 Hayne 판사가 내린 판결은 이러한 실제성 요건이 현실적으로 추가적인 거름장치가 되는지 여부에 관하여 의문을 던진다. 그는 동 사건에서 심사의 대상이 된 법률(연방 형법 조항)이 표현에 대하여 단지 크지 않거나 경미한 부담만을 부과하므로 유효하다는 주장을 배척하였다. Hayne 판사의 표현에 따르면, 정치적 소통에 대해서는 아무리 ‘작은’ 부담이라도 *Lange* 심사의 첫 번째 단계와 관련해서는 ‘실제적 부담’이 된다.⁷⁴⁾

정치적 소통의 자유에 대한 제한

Lange 심사의 첫 번째 단계는 자유의 범주 내에 있는 소통을 파악하고, 그러한 소통이 부담을 받게 되는 상황들을 파악한다. 어떠한 법률이 *Lange* 심사의 첫 번째 단계에서 정치적 소통에 부담을 주는 것으로 파악되는 경우, 심사는 두 번째 단계로 넘어가게 된다. 두 번째 단계는 두 가지 요소, 즉 수단과 목적에 관한 심사이다. 다시 말해, 이 단계에서는 문제의 법률이 추구하는 목적과, 해당 목적을 추구하는 수단이 모두 ‘대의정치 및 책임정치의 헌법으로 규정된 체계’와 양립 가능할 것을 요구한다. 실제로, *Coleman v Power* 사례에서 법원은 본 단계의 심사를 일부 수정하여 법률이 추구하는 목적과 그것이 활용하는 수단 모두가 헌법으로 규정된 정부 시스템과 양립 가능하여야 함을 완전하게 명확히 하였다.⁷⁵⁾

Lange 심사의 두 번째 단계는 첫 번째 단계와 동일한 근본 논리의 지배를 받는다. 첫 번째 단계가 ‘어떤 종류의 정치적 소통이 헌법에 따라 수립된 대의정치 및 책임정치의 기관들의 적절한 기능 수행과 연관이 있는가?’ 하는 문제를 제기하는 것과 마찬가지로, 두 번째 단계에서는 ‘정치적 소통의 자유에 부담을 가하는 법률 중 어떠한 법률이 그럼에도 불구하고 상기한 기관들의 적절한 기능 수행과 양립 가능한가?’라는 물음을 제기한다. 즉, 핵심을 보다 명확히 하자면, 정치적 소통의 자유에 대한 어떠한 제한들이 그럼에도 불구하고 연방 선거에서의 ‘진정한 선택권’의 행사, 행정부의 의회에 대한 적절한 책임성 및 국민투표

73) *Monis v The Queen* (2013) 249 CLR 92.

74) *Monis v Queen* (n 73) 160-161. 마지막 사항에 관하여, Crennan, Kiefel 및 Bell 판사는 *Monis* 판례에서 내린 결정의 결론에는 의견 일치를 보았으나, 그들은 ‘그 효과가 매우 미미하여 사소한’ 법률의 경우에는 *Lange* 심사의 첫 번째 단계를 통과하여 유효한 것이 될 수 있다는 가능성은 열어 두었다..

75) *Coleman v Power* (n 61) 50, 78, 82.

절차의 적절한 기능 수행과 양립 가능한가? 하는 것이다.

정치적 소통의 자유의 문언적 근거에 기초한 주장임에도 불구하고, 본 심사의 두 번째 단계에서 제기된 질문은 매우 복잡할 뿐 아니라, 합리적인 사람들조차 의견을 일치시키기 어려운 여러 문제들을 야기한다. 따라서 법원은 호주에서의 정치적 소통의 자유의 본질을 판단하는 데 있어 큰 역할을 수행하여야 하는 피할 수 없는 선택지에 맞닥뜨려 있다.⁷⁶⁾ 정치적 소통의 자유와 관련된 판례법이 발전되어 감에 따라, 정치적 소통의 자유 및 그것이 기여하는 가치에 대한 이해도가 점점 높아지고 있다. 다만 적어도 현재로서는, 전체적 그림은 여전히 다소 복잡하고 불안정한 것으로 보인다. 아래 3 가지 예시로써 이러한 점에 대하여 살펴보겠다.

- 시위

정치 시위에 관한 연방대법원의 최근 두 가지 사례 (비례성 심사와 관련하여 위에서 논의된 바 있음)부터 논하고자 한다. 첫 번째로 *Brown v Tasmania*는 연방대법원이 사업장 (별 목이 행해지는 삼림지대 포함) 근처에서 시위를 할 권리를 제한한 타즈매니아 법률 2017년 무효로 판단한 사례이다.⁷⁷⁾ 두 번째는 위에서도 논의된 바 있는, 낙태 시위 관련 *Clubb*⁷⁸⁾ 사례와, 그와 맥락을 같이 하는 *Preston v Avery* (*Preston*)⁷⁹⁾ 사례로서, 법원은 동 사례들에서 ‘안전 접근 지대’라는 개념을 규정하여 낙태 클리닉 밖에서의 시위를 제한한 두 가지의 주 법률을 합헌으로 판단하였다. 결과만 보면 이들 사례들은 서로 반대의 경우인 것처럼 보이나, 실제로 이들 사례들은 상호 용이하게 조화될 수 있는 것들이다.

두 사례 모두에서 해당 법률의 일반적 목적은 적법한 것으로 판단되었다. 즉, 법원은 시위자들에 의한 사업활동에의 피해를 예방하고(*Brown*)⁸⁰⁾, 적법한 의료 서비스에의 안전하고 품위 있는 접근을 용이하게 하기 위한 목적을 위하여(*Clubb* 및 *Preston*) 시위가 제한될

76) Adrienne Stone ‘모욕과 감정, 중상 및 욕설: 정치적 소통 자유의 20년 (Insult and Emotion, Calumny and Invec-tive’: Twenty Years of Freedom of Political Communication) (2011) 30 *University of Queensland Law Journal* 79 참조.

77) 해당 법률은 만일 경찰관이 어떠한 자가 해당 법에서 금지하는 행위를 저지를 것이라고 합리적으로 믿는 경우, 해당 경찰관이 시위대로 하여금 해당 구역을 떠날 것을 요구할 수 있는 권한을 부여함으로써 작동된다. 그러한 지시에 불응할 경우 형법상의 벌 등에 처해지는 등의 일련의 결과가 발생할 수 있다. Duldig and Tran; Patrick Emerton and Maria O’Sullivan, ‘Private Rights, Protest and Place in *Brown v Tasmania*’ (2018) 44 *Monash University Law Review* 458 참조.

78) 상기 nn 69-70 및 관련 문장 참조.

79) *Preston v Avery* (2019) 93 ALJR 448.

80) *Brown* (n 47), 362 [99], 363 [101]

수 있음을 인정하였다. 여기서 차이는 비례성 심사의 적용에서 나온다. *Brown*에서 문제된 법률은 그 운용과 관련한 상당한 불확실성, 즉 시위대는 물론 경찰조차도 어떠한 장소에서 시위가 가능한지를 확신할 수 없다는 이유 때문에 무효로 판단되었다.⁸¹⁾ 즉, 결과적으로 해당 법률은 적법한 시위까지도 금지하는 결과를 낳을 수 있었던 것이다. 반면, *Clubb* 과 *Preston*에서 문제되었던 법률에서는 시위를 해서는 안 되는 150m의 ‘접근 지역’을 설정함에 따라 *Brown*에서와 같은 불확실성이 존재하지 않게 됨으로써, 결과적으로 정치적 소통에 대한 합리적인 제한으로서 합헌이라고 판단되었다.⁸²⁾

본 논문의 목적상, 비례성 심사의 세부내용보다 더 중요한 것은 법원이 시위를 정치적 소통의 적법한 형태로 용이하게 받아들였다는 점이다. 이러한 태도는 이미 1997년 *Levy v Victoria*에서도 명확히 드러난다. 본 판결에서 연방대법원은 정치적 시위가 설사 상징적 행위 및, 무절제하거나 비이성적인 감정에의 호소를 동반한 것이라 하더라도 그것이 ‘정치적 소통’의 범주에 속한다는 점을 인정하였다.⁸³⁾ *Brown*과 *Clubb, Preston* 판결에서 법원은 시위가 갖는 힘 - 특히 주목을 끌 수 있는 능력 - 은 그러한 시위가 일어나는 장소와 연관이 있을 수 있다는 점을 인정하였다. 특히 그러한 시위가 전통적으로 시위의 장소로 활용되어 온 장소에서 개최되는 경우 시위의 장소가 갖는 중요성은 더욱 커질 수 있다.⁸⁴⁾ *Brown*의 배경에는 타즈매니아 삼림에서 행해지는 벌목에 반대하는 환경 시위가 행해진 오랜 역사가 있었고, 또한 *Clubb*과 *Prestone*의 경우에도 낙태 시술을 행하는 병원 밖에서 이루어진 낙태 반대 시위의 오랜 역사가 존재하였다는 사실은 시사하는 바가 있다.

시위의 일반적인 중요성 및 시위의 ‘장소’의 중요성을 인정함으로써, 정치적 소통의 자유에 관한 호주 법은 국제적 주류와도 유사성을 갖게 된다. 단, 다른 국가들에서와 마찬가지로, ‘합리적’ 제한은 허용된다.⁸⁵⁾ 또한, 정치 광고 및 정치 기부를 규제하는 법률에 관한 사안들을 검토해 보면, 마찬가지로 유사한 점을 발견할 수 있다.

81) *Brown* (n 47), 358-59 [84]-87 (Kiefel CJ, Bell and Keane JJ) ; [227]-228 (Gageler J)

82) *Clubb* (n 48), 467-475, [44]-[102] (Kiefel CJ, Bell and Keane JJ); 513 [294] (Nettle J)

83) *Levy* (n 58)

84) *Brown* (n 47) , 346-7 [32]-[33], 387 [191], 400 [240], 402-3 [244]-[246]; *Clubb* (n 48) 467 [45], 472 [80]-[81], 489 [188], 511 [283], 515 [306], 528 [380], 543 [456].

85) 예를 들어 영국과 캐나다에서 나타난 사례들 참조: *Austin v Commissioner of Police of the Metropolis* [2009] AC 564; *Gillan v United Kingdom* (2010) 50 EHRR 45; *R. W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd* [2002] 1 SCR 156.

- 정치, 금전 및 '증대 규정'

연방대법원이 최초로 묵시적 자유를 인정한 *Australian Capital Television v Commonwealth* 사례에서, 선거 기간 동안 유료 정치 선전을 금지하는 연방 법률에 대한 위헌여부가 심사되었다. 당시에도 지적된 바와 같이, 동 사례는 매우 어렵지만 그러나 표현의 자유 이론가들에게는 여러 다른 맥락을 통해 익숙한 일련의 질문들을 제시하였다.⁸⁶⁾ 정치 기부 및 선거유세 자금 모금과 관련된 배경에서 언론의 자유를 제한하는 법률은 정치적 절차에서 부패 문제를 해결하는 한편 (비록 많은 논란은 있으나) 부유한 사람들이 정치 절차를 장악하게끔 하는 '왜곡된' 효과를 감소시켜 주는 것으로 통상 간주된다. 따라서, 이러한 법률들은 표면적으로는 언론의 자유의 근간을 이루는 동일한 가치들 - 특히 민주주의 정부의 발전이라는 가치 - 에 의해 정당화된다. 또한 이러한 법률들은 풀기 어려운 난제들을 제시하는데, 즉 공적 담론 및 나아가 정부의 민주주의 체계 (결국은 이것이 애초 표현의 자유에 대한 중요한 정당화 근거이다)를 '증대'하기 위한 표현에 대하여 국가가 이를 제한하는 것이 허용되는가 하는 질문이 그것이다. 다른 방식으로 질문을 해 본다면 다음과 같다. 표현의 자유에 대한 제한이, 표현의 자유의 기반이 되는 가치들을 증대시킨다는 사유로 정당화될 수 있는가?

Australian Capital Television 에서 위헌심사의 대상이 된 법률은 이러한 질문이 정치적 소통의 자유의 맥락에서 어떻게 제기되는지를 보여 준다. 해당 법률은 선거 기간 동안 유료 전자 광고를 금지함으로써 정치적 소통을 제한하였다. 다만, 동 법률은 부유한 기부자들이 정치적 절차에 미치는 영향을 감소시킨다는 데 그 정당화 근거를 두고 있었는데, 동 법률은 한편으로는 대의정치 및 책임정치를 증대시키는 법률로 간주될 수도 있었다.

비록 동 질문이 *Australian Capital Television*⁸⁷⁾ 에서 완전히 해결된 것은 아니지만, “증대” 관련 논거가 *Australian Capital Television* 및 그 이후의 사례들에서 일부 지지를 받은 것은 사실이다.⁸⁸⁾ 실제로, *Coleman*에서 McHugh 판사는 다음과 같이 판시함으로써 이러한 형태의 논거들이 원칙적으로 허용가능한 것임을 명확히 하였다:

86) Frederick Schauer, '사적 권력의 세계에서 자유 언론(Free Speech in a World of Private Power)' in Tom Campbell and Wojciech Sadurski (eds), *Freedom of Communication* (Dartmouth 1994) 1.

87) *Australian Capital Television v Commonwealth* 판결에서는 해당 질문에 대한 직접적인 검토는 이루어지지 않았으며 그 이유는 해당 법률이 아전 선거에서의 결과를 바탕으로 하여 특정 후보자 및 정당에 '자유 시간 (전자적 미디어에 대한 자유 접근권)'을 불공평하게 배당함으로써 무효로 판단되었기 때문이다. *Australian Capital Television v Commonwealth* (n 14) 131-2 (Mason CJ).

88) *Australian Capital Television v Commonwealth* (n 14) 129 (Mason CJ).

정치 및 정부 관련 사안에 관한 소통은 대의정치 및 책임정치 체계의 일부이며, 이러한 소통은 정치 및 정부 관련 사안에 관한 소통을 증대, 또는 보호하는 방식으로 규제될 수 있다. 이러한 효과를 가지는 규제들은 자유의 가치를 손상시키는 것이 아니며, 반대로 오히려 증대시키는 것이다.⁸⁹⁾

법원은 최종적으로 *Union NSW* 및 *McCloy*에서 이러한 사안들에 관한 명확한 입장을 채택하였다. 본 판결에서 법원은 ‘금전을 바탕으로 불공평하게 정부에 대한 접근권을 획득하는 것과 같은 부당한 영향력의 제거’를 목적으로 하는 법률이 *Lange* 심사의 의미 내에서 적법한 목적을 가지는 것임을 인정하였다.⁹⁰⁾

정치적 소통의 자유를 제한하는 법률이 정치적 소통에 대한 기회의 평등을 적법하게 추구한다거나 혹은 정치적 논쟁을 ‘증대’시킬 수도 있다는 결론은, 정치적 소통의 자유의 바탕이 되는 논리와 전적으로 일치하는 것이다. 그러나, 이러한 결론이 ‘진정한 선택’이라는 개념에서 요구되는 것으로 보기는 어렵다. 오히려 그 반대로, 정부가 의도적으로 그러한 제한을 활용하여 자신의 이익을 추구하거나 혹은 정치적 논쟁을 왜곡할 수 있다는 우려를 근거로 그러한 시도에 대해 깊은 의구심을 표하는, 표현의 자유에 관한 확립된 견해가 존재한다. 미국에서는 이러한 의구심이 그러한 소위 ‘증대 법률’을 금지하는 법리로 구체화되어 있다.⁹¹⁾ 만일 정치적 논쟁을 왜곡하는 규제 성향에 관한 미국식 견해를 누군가가 수용한다면, 그는 그러한 법률들이 헌법이 보장하는 선거의 자유를 침해한다는 결론에 쉽게 도달할 수 있을 것이다.

따라서, 다른 저서에서도 주장한 바와 같이, ‘증대 규정’이 정치적 소통에 대한 허용 가능한 제한인지 여부에 대한 법원의 판단은 해당 주(州)가 표현의 규제와 관련하여 신뢰할 수 있는지 여부에 대한 법원의 평가에 달려 있다 할 것이다.⁹²⁾ 보다 광범한 비교법적 관점에 따르면 이러한 점이 더욱 명백해진다. 캐나다의 경우와 같이 일반적으로 주의 역할(특히 표현에 대한 규정에 있어)을 상대적으로 보다 용이하게 받아들이는 정치적 전통을 가진 국가에서는 이러한 형태의 규제를 허용가능한 것으로 볼 가능성이 더 높다. 반면, 특히 자

89) *Coleman v Power* (n 61) 90.

90) *McCloy v New South Wales* (n 65) 248 (Gageler J) citing *Unions NSW v New South Wales* (n 73) 545, 557, 579.

91) 따라서, 미국 연방대법원은 *Buckley v Valeo* 424 US 1, 48–9 (1976)라는 유명한 판결에서 다음과 같이 판시하였다: “정부가 다른 사람들의 상대적 의견을 장려하기 위해 우리 사회의 일부 요소들에 관한 발언을 제한할 수 있다는 생각은 미국헌법 개정 제 1조와는 완전히 배치되는 것이다.”

92) 이 부분에 대한 보다 상세한 분석에 관해서는 Adrienne Stone “혐오 발언의 문제를 어떻게 볼 것인가 (How to Think about the Problem of Hate Speech: Understanding a Comparative Debate),” in Katharine Gelber and Adrienne Stone (ed), *Hate Speech and Freedom of Speech in Australia* (The Federation Press 2007) 참조.

유주의적인 성향을 갖는 미국 전통에서는 예상 가능한 바와 같이 정부의 행위에 대해 보다 의구심을 갖는다. 이와 같이 볼 때, 공통선을 추구하는 입법행위라는 호주의 정치 전통에 비추어 보건대 연방대법원이 ‘중대 규정’을 지지하는 논리를 수용하였다는 사실은 놀라울 것이 없다.⁹³⁾ 다만 명심할 점은, *Lange*에서 설명한 바와 같은 헌법의 ‘문언 및 구조’라기 보다는, 호주의 정치적 전통에 뿌리내리고 있는 가치들이 결정적인 요소였다는 사실이다.

- 명예훼손, 교양 및 모욕

명예훼손 관련 법에서도 마찬가지로, 호주 연방대법원의 판례법은 주류적인 견해와 유사하다. 살펴본 바와 같이, 정치적 소통의 자유의 발전 초기단계에서 연방대법원은 기존의 명예훼손 관련 법을 수정하여 공직자가 제기한 소의 피고 언론기관들에게 보다 광범한 보호를 제공하였다. 이러한 측면에서 *Theophanous* 사건에서의 법원은 명백히 미국 개정헌법 관련 유명한 판결인 *New York Times v Sullivan*⁹⁴⁾의 영향을 받았다고 할 수 있으며, 다만 호주의 판단은 다른 방식으로 형성되었을 뿐이다.⁹⁵⁾ 이는 또한 호주를 적어도 커먼로 분야에서 헌법적 주류에 포함시키는 것이다. 영국, 캐나다, 뉴질랜드, 남아프리카공화국 및 인도는 공히 매우 보호적인 판단을 추구하는 방향으로 움직여 왔으며, 이러한 동향은 유럽 인권재판소에서도 뚜렷이 나타난다.⁹⁶⁾ 피고 언론기관으로 하여금 자신의 행위에 대한 ‘합리성’을 입증하도록 하는 호주의 태도는, 비록 명예가 인간 존엄의 중요 가치인 독일 헌법만큼은 아닐지라도, 상기한 미국 유명 판례와 비교할 때 명예 보호에 상대적으로 더 큰 비중을 부여한다고 할 수 있다.⁹⁷⁾

그러나, 이와 같이 정치적 소통의 자유에 관하여 새로이 등장한 그림은 *Coleman v Power* 와 *Monis v The Queen* 판결로 인해 복잡하게 되었다. *Coleman*에서 연방대법원은 공공장소 내 혹은 근처에서 “타인에게 헐박, 욕설, 혹은 모욕적인 언사”를 하는 것을 범죄로 취급

93) Paul Kelly, *100 Years: The Australian Story* (Allen & Unwin 2001) 116 에서는 호주의 연방후 초기의 헌법적, 정치적 전통을 묘사하면서 이를 “자본주의를 문명화하기 위해 수립된 계몽된 국가 권력 체계”라고 보았다. (이 자료 정보를 알려준 Simon Evans씨에게 감사를 표한다.)

94) 376 US 254 (1964).

95) New York Times 판례의 영향력에 대해서는 Adrienne Stone, “정치적 소통의 자유, 헌법 그리고 커먼로(The Freedom of Political Communication, the Constitution and the Common Law),” (1998) 26 Federal Law Review 219 참조.

96) Edward J Eberle Human Dignity, Privacy, and Personality in German and American Constitutional Law, (1997) *Utah Law Review*. 963; Adrienne Stone, ‘New York Times v. Sullivan’ in the Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law (2017) 참조.

97) 상동.

하는 퀸즐랜드(Queensland) 주법에 따라 기소된 활동가에 대한 유죄판결을 파기하였다.⁹⁸⁾ 법원은 다수의견을 통해, 그러한 법률은 피고인이 고의로 폭력적 반응을 유도하였거나 혹은 그러한 반응이 합리적으로 예상되는 상황에 제한적으로 적용되는 경우에 한해서만 정치적 소통에 유효하게 적용될 수 있다고 판시하였다. 주목할 것은 다수의견이 상기한 일종의 증대 논리를 거부하였다는 점이다. 동 논리는 Heydon 판사의 반대의견에 명확히 기재되어 있다. 그는 모욕적 언사는 ‘교양있는 기준과 배치된다’고 하면서 다음과 같이 판시하였다:

시민들이 공공장소에서 준수하는 교양의 기준을 높이려는 입법적 시도는 적법한 것이다. 교양적 기준을 높임에 있어서, 제7조 제1항 제d호는 그것이 없었다면 모욕적 언사를 하였을 사람들이 정부 및 정치적 사안에 관해 행하는 소통의 질을 높일 뿐 아니라, 나아가 그것이 없었다면 모욕을 당하거나 모욕적 언사를 들을 수 있었던 사람들이 그러한 소통에 유사한 방식으로 반응할 수 있도록 함으로써 토론의 양과 질을 높일 가능성을 높여 준다.⁹⁹⁾

판결문에서 그는 이어 ‘모욕적 언사는 유권자들이 가용한 다른 대안들을 인지하게끔 할 수 있는 과정을 개선한다기보다는 훼손한다.’¹⁰⁰⁾ 라고 결론내렸다.

다수의견은 교양의 추구가 *Lange* 심사의 의미 내에서의 ‘적법한 목적’이 아니라고 판시하며 동 논리를 매우 확정적으로 거부하였다. 다시 말해, 다수의견은 법률에서 추구하는 수단, 또는 그러한 수단이 적법한 목적에 ‘합리적으로 적절하며 적합한지’ 여부에 집중하기보다는, 교양을 높이는 데 목적을 둔 법률은 바로 그러한 사실 자체로 무효라고 판시하였다.

Gummow 판사와 Hayne 판사¹⁰¹⁾ 는 이러한 점을 가장 명확히 하였다:

만일 제7조 제1항 제d호를 우리가 제시한 방식으로 해석하지 않고 타인의 개인적 감정을 해하기 위한 언사를 금지하는 것으로 해석한다면, 모든 주제 (개인적이건 정치적이건)에 관한 공공장소에서의 담화는 부랑자법(Vagrant Act)의 요건에 따라

98) Section 7(1)(d) of the *Vagrants, Gaming and Other Offences Act* 1931 (Qld).

99) *Coleman v Power* (n 61) 125 (footnotes omitted).

100) *Coleman v Power* (n 61) 125.

101) 심사대상 법률을 유효하다고 판시하였으나, 그 근거로서 해당 법률이 모욕적 언사가 ‘불법적인 물리적 보복을 자극 유도하기 위한 것이거나 혹은 유도할 합리적인 가능성이 있는’ 상황에서만 정치적 소통에 적용된다는 점에서 제한되어 있다는 점을 들었다. *Coleman v Power* (n 61) 77.

더욱 협소하게 제한될 것임이 자명하다. 아울러, 동법이 달성하는 목적 (동법의 적용에 대한 광범한 해석에 따라)은 필연적으로 교양 있는 담화를 보장하는 것으로서 묘사될 수밖에 없다. *Lange* 결정의 근거에 따르면 그러한 식으로 파악되는 목적은 *Lange*에 명시된 두 번째 심사를 충족할 수 없다는 결론에 도달하게 된다.¹⁰²⁾

교양의 추구는 냉정히 말하자면 정치적 소통의 자유의 체계 안에서의 적법한 목적이 아니며, 교양을 높이는 데 목적을 둔 법률은 결코 유효할 수 없다.

다수의견을 제시한 다른 판사들도 유사한 입장을 취하는 것으로 보인다. 특히 McHugh 판사는 심지어 모욕이 정치적 토론을 감소시키는 경우라 할지라도 모욕은 보호의 대상이 된다고 판시하였다:

모욕적 언사의 사용은 정치적 논의 및 토론에서 매우 널리 사용되는 기술이다. 연설자들이나 작가들도 때로 모욕적 언사를 위협 무기로 사용하는 경우가 있음은 물론이다. 아울러, 모욕적 언사가 위협을 목적으로 사용되었는지 여부와 무관하게, 모욕을 당할 것에 대한 두려움만으로도 정치적 토론에 위축효과 (*chilling effect*)을 미칠 수 있다. 그러나, 앞서 말한 바와 같이 모욕은 헌법이 보호하는 정치적 토론의 적법한 일부에 해당한다.¹⁰³⁾

마찬가지로 Kirby 판사도 신속히 Heydon 판사의 견해에 반대하였다:

[Heydon 판사의] 의견은 항상 (또는 통상적으로) 교양이 지배하는 지성적 샬롱(salon)에 대한 묘사처럼 보인다 ... 호주 정치에서는 설득의 방식으로 모욕과 감정, 비방 및 욕설이 평소 사용되어 왔다 ... 헌법은 실제의 호주의 대의정치를 마주해야 한다.¹⁰⁴⁾

이러한 맥락에서 ‘증대 논리’를 거부한 것은 선거 지출 및 기부에 관한 태도와도 결코 다르지 않으나, 여전히 그에 대한 설명은 필요해 보인다. 상기한 인용문에서 보면 이러한 설명은 두 가지 형태를 띤다. 즉, Gummow 판사와 Hayne 판사는 선례를 근거로 하여, 정치적 소통을 제한하는 법률에 대한 정당화 근거로서 교양성을 제시하는 주장은 *Lange*와 일치하지 않는다고 판시하였다. McHugh 판사 및 Kirby 판사는 호주에서의 정치적 토론의 정착화

102) *Coleman v Power* (n 61) 78–9 (emphasis added).

103) *Coleman v Power* (n 61) 24 (emphasis added).

104) *Coleman v Power* (n 61) 91.

된 방식을 근거로 하여, Heydon 판사의 분석이 이러한 관행과 일치하지 않는다는 사유로 Heydon 판사의 분석을 거부하였다.¹⁰⁵⁾

그 어떤 주장도 완전히 설득력이 있지는 않다. 비록 명예훼손에 관한 법이 교양과 관련한 규칙을 강요하는 것으로 이해될 수도 있으나¹⁰⁶⁾, 명예훼손은 형법상 모욕 관련 법과 명백히 유사하지는 않다. *Lange* 규칙의 적용은 1) 소통의 내용 (반드시 명예훼손적이면서 동시에 허위여야 함) 과 2) 화자의 행위의 합리성에 달려 있다. *Coleman*에서 심사의 대상이 된 법률이 금지한 모욕은 상기한 두 가지 측면에서 모두 달랐다. 즉, 해당 법률은, 반드시 허위라고는 볼 수 없으며 또한 화자의 명예를 훼손하지 않을 수 있었던 발언, 아울러 의도적으로 모욕성을 띤 발언에 적용되었다.¹⁰⁷⁾ 다시 McHugh 판사와 Kirby 판사의 주장을 살펴보면, 이러한 설명의 실체를 호주의 정치적 토론에 대한 묘사로 받아들이는 것은 어렵지 않다. 그러나, '실제의 대의정치'라는 개념이 어째서 합헌성 판단의 '기준선'이 되어야 하는지는 분명하지 않다. 정치적 관행은 통상 헌법적 기준에 따라 주로 평가를 받고, 반대의 상황은 상정하기 어렵다. 어떤 경우에도, 이러한 논리는 법과 관행이 서로 다른 방향을 가리키는 상황에서는 큰 도움이 될 수 없다.¹⁰⁸⁾ 만일 McHugh 판사와 Kirby 판사가 언급한 바 있는 정치적 모욕의 오랜 역사가 모욕적 행동에 대한 규제의 오랜 역사와 공존한다면¹⁰⁹⁾, 정치적 소통의 자유의 내용을 판단함에 있어 어째서 어떠한 관행이 다른 관행보다 우선되는지를 설명할 필요가 있다.

더 정확히 말하자면, *Coleman*에서 제기하는 의문은 '헌법이 정부가 한편으로는 공적 모욕에 대한 규제(비록 그러한 모욕이 공적 담론에 대한 참여를 확대한다 할지라도)를 통해 교양을 추구하도록 하면서도, 또 한편으로는 정부가 정치 기부에 대한 규제를 통해 정치적 토론에서의 평등을 추구하도록 하는 이유는 무엇인가?'

그 이유는 이러한 상충하는 가치들의 힘에 대한 보다 규범적 차원의 설명을 통해서만 찾

105) *Coleman v Power* (n 61) 78-79 (Gummow and Hayne JJ).

106) Robert C. Post, "명예훼손 법의 사회적 기초: 명예와 헌법 (The Social Foundations of Defamation Law: Reputation and the Constitution)," (1986) 74 *Calif. L. Rev.* 691 참조.

107) 법원의 여러 구성원들이 각각 사용한 공식은 다양하나, 고의적 모욕이라는 요소는 모든 경우에 공히 적용되는 것으로 보인다: *Coleman v Power* (n 61) 26-27, 40, 74, 87, 108-109, 118.

108) 따라서, Heydon 판사는 반대의견에서, 확립된 관행을 근거로 하여 심사대상 법률을 지지하였다. 그는 모욕적 언사를 규제하는 법률이, '공익을 위해 또는 일반적 법에 따라 전통적으로 토론이 활발하지 않았던 분야에 적용된다'고 하였다: *Coleman v Power* (n 61) 123.

109) Roger Douglas, "모욕할 헌법적 자유: Coleman 판례의 무의미성 (The Constitutional Freedom to Insult: The Insignificance of Coleman)," (2005) 16 *Public L. Rev.* 23.

을 수 있을 것으로 보인다. 발표자가 다른 저서에서도 주장한 바와 같이, 특정한 종류의 평등주의에서 해답을 찾을 수도 있다. ‘교양’이라는 개념은 부유하게 태어난 사람들에 대한 명예와 존경이라는 사회적 관습에 그 뿌리를 두고 있다. 몇몇 사회들 (특히 프랑스와 독일)에서 이러한 개념들은 소위 ‘상향조정’에 의해 수정되었다. 즉, 이러한 사회에서는 기존에 오직 귀족들에게만 부여되었던 ‘명예’를 모든 사람들에게까지 확대한 것이다. 그에 반하여, 미국은 ‘하향조정’된 사회이다. 미국에서의 평등은 과거 부유하게 태어난 사람들에게만 부여되었던 명예와 존경이라는 개념에 대한 보호를 모든 사람들에게 부여하기를 거부함으로써 구현된다. 이러한 분석이 *Coleman*에서 법원이 취한 접근방식의 진정한 근거에 대한 실마리를 제공할 수 있을 것이다. 저자가 다른 저서에서도 기술한 바와 같이:

중요한 사실은 아마도 미국과 마찬가지로 호주는 신 개척 사회이며, 또한 ‘교양’에 대한 강한 경외심을 갖는 명예라는 개념은 호주에 있어 매우 생소한 것이라는 점이다. 공적 토론에서의 ‘교양’이라는 것이 정치적 소통을 축소시킬 수 있는 적법한 사유라는 생각을 거부한 것은, 공적 토론에서의 교양이라는 개념이 갖는 귀족적 근원에 대한 불편한 감정에서 그 근원을 찾을 수 있을지도 모른다.¹¹⁰⁾

그러나 여기서 다시 한 번, 이후의 판례들은 전체적 그림을 더욱 복잡하게 한다. *Monis v The Queen*에서 연방대법원은 모욕적 서한 작성을 통제하는 연방 형법조항의 위헌 여부에 관하여 의견이 반반으로 나뉘었다.¹¹¹⁾ 동법을 무효로 보는 판사들 중에서, 연방대법원장 및 Hayne 판사의 판결은 *Coleman*의 논리와 가장 정확히 일치하였다. 이들은 본 사안이 *Coleman*의 논리에 따라 해석되어야 한다고 보았다. 이전의 사례에서와 마찬가지로, *Monis*에서 심사 대상이 된 법률의 목적, 즉 모욕에 의해 야기되는 감정적 상처의 예방은 적법하지 않다는 판단이 내려졌다.¹¹²⁾

그러나, Crennan, Kiefel, Bell 판사는 본 사안에서 심사 대상이 된 법률이 유효하다고 판단하며, 본 사안이 *Coleman*과는 2가지 근거에서 구별된다고 하였다. 판사들은 첫째로, *Monis*의 대상 법률이 ‘상당한 감정적 반응 또는 심리적 반응’을 야기하는 모욕 중에서도 매우 심각한 형태의 것만을 금지하는 데 그 목적을 두고 있는 반면, *Coleman*의 경우에는 이와 같은 제한이 뚜렷이 드러나지 않는다는 점을 들었다.¹¹³⁾ 둘째, *Coleman*에서의 법

110) Adrienne Stone, “모욕과 감정, 중상 및 욕설: 정치적 소통 자유의 20년 (Insult and Emotion, Calumny and Invective: Twenty Years of Freedom of Political Communication),” (2011) 30 *University of Queensland Law Journal* 79, 97.

111) *Monis v The Queen* (n 73) 249 CLR 92.

112) *Monis v The Queen* (n 73) at 133–34 (French CJ); 139 (Hayne J).

113) *Monis v The Queen* (n 73) 211.

은 공공장소에서 이루어진 발언을 그 대상으로 하는 반면, 본 법률은 가정 및 직장으로 매우 모욕적인 사항이 침투되는 것을 막는 효과를 가져온다.¹¹⁴⁾ 이러한 특성들을 종합적으로 판단하여, 이들 판사들은 제471.12조가 적법한 목적을 추구하며 해당 조항의 목적을 달성하는 데 합리적으로 필요한 것 이상을 요구하지는 않는다는 결론을 내렸다. 이러한 상황에서 판사들은 어떠한 법률이 ‘모욕적인 내용’을 통제하는 것이 적법하며, 이 경우 문제의 법률은 상대적으로 제한된 방식을 통해 그러한 통제를 행하였다고 판시하였다.¹¹⁵⁾

결론

정치적 소통의 자유는 오늘날 뿌리깊게 자리잡은 호주 헌법의 한 요소이다. 정치적 소통의 자유의 기본적 속성은 상당 부분 명확하다. 즉, 이는 헌법의 문언과 구조로부터 도출된 유추이며, ‘적극적’ 권리를 부여한다기보다는 정부의 방해를 배제하기 위한 것이다. 또한, 이는 연방, 주, 영토 정부의 입법부 및 행정부에 직접 적용되며 커먼로에는 간접적으로 적용된다. 아울러, (비록 절대적인 것은 아니나) ‘정부 및 정치 관련 사안’ 및 연방, 주, 영토 정부도 정치적 소통의 자유에 따른 보호의 대상이 됨은 물론, 명백히 정치적인 것 이외의 것까지도 보호의 대상이 됨에 따라 정부 및 정치와 ‘간접적으로’ 관련된 사안들까지도 여기에 포섭된다.

더욱이, 정치적 소통의 자유는 보다 일반적인 표현의 자유와 여러 측면에서 유사한 방식으로 작동한다. ‘정치적 소통’이라는 개념이 갖는 유연한 성질은 정치적 소통의 자유의 포섭 범위가 (비록 ‘개인적인 도덕적 선택’에 관한 논의에는 적용되지 않으나) 일반적인 표현의 자유와 상당히 유사한 것일 수 있음을 시사한다. 더욱이, 명예훼손 법, 선거자금 조성 및 정치적 시위 등과 같이 다양한 이슈들에 관한 한, 법원이 정치적 소통의 자유에 대한 제한에 관하여 내린 판단은 다른 나라에서의 표현의 자유 관련 조항에 따라 내려진 결정들과도 유사하다.

다만, 법원이 ‘증대 논리’가 일부 상황 (정치 기부에 대한 규제 등)에서 높은 설득력을 가질 수 있음을 명확히 해 온 것은 사실이나, 그와 마찬가지로 ‘교양’의 추구(단순한 모욕 및 감정적 상처 회피라는 측면에서)가 정치적 소통에 대한 제한을 정당화할 수 있는 적법한 목적이 되지 못한다는 사실 또한 명확하다. 더욱이, *Monis*에서는 이러한 범주들 내에 명확

114) *Monis v The Queen* (n 73) 214.

115) *Monis v The Queen* (n 73) 214-215.



히 속하지 않는 여러 사례가 존재한다는 점을 기술하였다. 또한, 정치적 소통의 자유에 대한 보다 전체적인 그림은 시간이 흐름에 따라 앞으로 많은 판례들을 통해서만 완성될 수 있을 것이다. 각각의 사례를 통하여 원칙을 발전시켜 나가는 것이 일반적 헌법 이론에서 통상적인 것임은 당연하며, 더욱이 일반적인 내용으로 기술되어 있는 표현의 자유와 같은 권리나 보장과 같은 경우에 있어서는 이러한 측면이 더욱 두드러진다. 여러 다른 측면들에서는 물론 특히 마지막 측면에 있어, 정치적 소통의 자유는 타 헌법들에서 발견되는 정치적 소통의 자유에 대한 보장과 유사하다.

Freedom of Expression under the Australian Constitution

Adrienne Stone^{1*}

Abstract

Freedom of expression is protected in all modern democratic constitutions. At first glance, the Australian Constitution seems to be an exception. The absence of a provision protecting freedom of expression is just one aspect of a widely noted more general feature - the sparsity of protection for rights. Yet the full picture is considerably more complicated. Freedom of expression has long had a foothold in Australian constitutional law and in 1992 the High Court of Australia developed a doctrine known as ‘the freedom of political communication’ which has become one of the most important - and most litigated - features of Australian constitutional law.

Freedom of expression under the Australian Constitution takes an unusual form. It is unwritten (or ‘implied’) and limited to ‘political communication’ rather than expression generally. The High Court of Australia has also insisted that the doctrine is ‘not a personal right’ but merely a freedom from interference. This paper will outline the freedom of political communication as it has developed over the past 27 years and identify its major themes. In doing, so the paper will also consider the extent to which the freedom of political communication resembles an explicit and generally expressed right of freedom, commonly found in other constitutions. It will show that, despite its unusual form, in many respects the Australian law of freedom of political communication is indistinguishable from a general express guarantee of freedom of expression.

1* Redmond Barry Distinguished Professor, Kathleen Fitzpatrick Australian Laureate Fellow, Melbourne Law School. An earlier version of this paper was published as “Expression” in Cheryl Saunders and Adrienne Stone *The Oxford Handbook on the Australian Constitution* (2018) and research for this paper was supported by the Australian Research Council.



| Table of Contents |

<i>Freedom of Expression under the Australian Constitution</i>	113
Introduction	115
Freedom of Expression, Democracy and Constitutional Law	115
The Origins of Freedom of Political Communication in Australian Constitutional Law ...	117
Freedom of Political Communication: The Fundamental Elements	119
Foundations	120
The Application of the Freedom of Political Communication	122
The Lange Test	122
Structured Proportionality: <i>McCloy v New South Wales</i>	123
What is 'Political Communication'?	125
Explicitly Political Communication	126
Communication on Matters Indirectly Relevant to Voter Choice	127
Personal Moral Choices	128
What is an 'Effective Burden' on Political Communication?	130
Limitations on Freedom of Political Communication	130
Protest	131
Politics, Money and 'Enhancement Regulation'	133
Defamation, Civility and Insult	135
Conclusion	140

Introduction

Freedom of expression is protected in all modern democratic constitutions¹⁾. At first glance, the Australian Constitution seems to be an exception. The absence of a provision protecting freedom of expression is just one aspect of a widely noted more general feature - the sparsity of protection for rights.²⁾ Yet the full picture is considerably more complicated. Freedom of expression has long had a foothold in Australian constitutional law and in 1992 the High Court of Australia developed a doctrine known as ‘the freedom of political communication’ which has become one of the most important - and most litigated - features of Australian constitutional law.

Freedom of expression under the Australian Constitution takes an unusual form. It is unwritten (or ‘implied’) and limited to ‘political communication’ rather than expression generally. The High Court of Australia has also insisted that the doctrine is ‘not a personal right’ but merely a freedom from interference. This paper will outline the freedom of political communication as it has developed over the past 27 years and identify its major themes. In doing so the paper will also consider the extent to which the freedom of political communication resembles an explicit and generally expressed right of freedom, commonly found in other constitutions. It will show that, despite its unusual form, in many respects the Australian law of freedom of political communication is indistinguishable from a general express guarantee of freedom of expression.

Freedom of Expression, Democracy and Constitutional Law

To understand the unusual form that protection of expression takes in Australian constitutional law, we need first to turn to the relationship between freedom of expression and democracy.

The argument that freedom of expression is essential for, or intrinsic to, democratic government is one of most influential ideas in liberal political thought. Freedom of expression is valued because it allows citizens to get information about their government; to hold their governments accountable to them; and to exercise choice as to who governs them. It also assists citizens in communicating their wishes to their government, enabling governments to be more responsive.³⁾

1) Adrienne Stone, ‘The Comparative Constitutional Law of Freedom of Expression’ in Rosalind Dixon and Tom Ginsburg (eds), *Comparative Constitutional Law* (Edward Elgar 2011).

2) See Adrienne Stone, ‘Australia’s Constitutional Rights’ (2005) 27 *Sydney Law Review* 29.

3) See generally, Frederick Schauer, *Free Speech: A Philosophical Enquiry* (Cambridge University Press 1981) 35-46; Kent Greenawalt, ‘Free Speech Justifications,’ (1989) 89 *Columbia Law Review* 119 at 145 - 146.



The intrinsic relationship between freedom of expression and democracy has long been translated into constitutional argument. It is the most common justification given in support of constitutional rights of freedom of expression, even across quite different constitutional traditions that reach quite different conclusions on specific issues.⁴⁾ It is, for instance, a key justification for the law of the First Amendment to the Constitution of the United States⁵⁾ and the guarantee of freedom of expression under the Canadian Charter of Rights and Freedoms⁶⁾ notwithstanding the significant differences between these bodies of law on questions like the regulation of hate speech, pornography⁷⁾ and political donations.⁸⁾

The strength of this connection is such that constitutionalists have long argued that even when a constitution does not include a constitutional right of freedom of expression, an analogous protection for expression arises. As far back as 1969, Professor Charles Black argued that much of the protection of freedom of speech, assembly and petition currently granted under the First Amendment, would be required under the United States Constitution, even in the absence of constitutional text, as necessary to ensure the proper workings of the national government.⁹⁾

This line of thought has received judicial recognition as well. The Supreme Court of Israel has employed a similar form of reasoning to find that the Israeli Basic Law also protects freedom of expression, despite the absence of an explicit guarantee.¹⁰⁾ In Canada, before the enactment of the Charter, the Supreme Court drew inferences from the democratic nature of the Canadian Constitution to conclude that provincial legislation was invalid for interference with the freedom of the press.¹¹⁾ The resulting limitation applied only to provincial legislatures, but the reasoning relied

4) Eric Barendt, *Freedom of Speech* (Oxford University Press 2007) 18.

5) *Whitney v California* 274 US 357, 37 (1927): ‘freedom to think as you will and speak as you think are means indispensable to the discovery and spread of political truth’.

6) *Irwin Toy Ltd v Quebec (AG)* [1989] 1 SCR 927, 976; *Ford v Quebec (AG)* [1988] 2 S.C.R. 712, 756-7.

7) See for example, Adrienne Stone, ‘The Canadian Constitutional Law of Expression’ in Richard Albert and David R. Cameron, *Canada In the World: Comparative Perspectives on the Canadian Constitution* (Cambridge University Press 2017).

8) Yasmin Dawood ‘Democracy, Power and the Supreme Court: Campaign Finance Reform in Comparative Context’ (2006) 4 *International Journal of Constitutional Law* 269.

9) Charles Black, *Structure and Relationship in Constitutional Law* (Louisiana State University Press 1969), 40-48.

10) Suzie Navot, *The Constitutional Law of Israel* (Kluwer Law International 2007) 234. The foundational case is the Supreme Court’s 1953 decision *Kol Ha’am Co., Ltd v Minister of the Interior* H CJ 73/53, P.D. 7871 available in English at http://elyon1.court.gov.il/files_eng/53/730/000/Z01/53000730.z01.pdf

11) *Re Alberta Legislation* (1938) 2 DLR 81, per Duff C.J. and Davis J. at pp 107-108.

upon precisely the kind of relationship between freedom of expression and democratic government just discussed:

The [British North America Act] contemplates a parliament working under the influence of public opinion and public discussion. There can be no controversy that such institutions derive their efficacy from the free public discussion of affairs, from criticism and answer and counter-criticism, from attack upon policy and administration and defence and counter-attack; from the freest and fullest analysis and examination from every point of view of political proposals.¹²⁾

Indeed, the Canadian reasoning is particularly apposite to the Australian case because it takes account of both representative and responsible government. The Supreme Court extolled freedom of expression both for its power to facilitate the proper representation of the people in the legislature and because it assists in holding ministers responsible to the Crown. As the Chief Justice concluded, the importance of freedom of expression ‘is signally true in respect of the discharge by Ministers of the Crown of their responsibility to Parliament, by members of Parliament of their duty to the electors, and by the electors themselves of their responsibilities in the election of their representatives’.¹³⁾

The Origins of Freedom of Political Communication in Australian Constitutional Law

The Australian iteration of these ideas was to come in 1992 in *Australian Capital Television v Commonwealth*.¹⁴⁾ But even before that case, freedom of expression had some constitutional or quasi-constitutional status. As in other common law countries, freedom of expression had long been understood as a fundamental value that informs the common law¹⁵⁾, and through the principle

12) *Re Alberta Legislation* (n 11) 133.

13) *Re Alberta Legislation* (n 11) 133.

14) *Australian Capital Television v Commonwealth* (1992) 177 CLR 104. Finding invalid a Commonwealth law prohibiting electronic advertising during election campaigns was found invalid. The flaw in the law lay in the ‘free-time’ provisions which allocated ‘broadcasting time free of charge to political parties and candidates but in a way that favoured incumbent candidates and established political parties.

15) See for example *Ballina Shire Council v Ringland* (1994) 22 NSWLR 60; *Brown v Classification Review Board* [1998] FCA 319.



of legality, the interpretation of statutes.¹⁶⁾

In *Australian Capital Television*,¹⁷⁾ however, the High Court (by majority) went a step further and held that the *Constitution* contained an *implication* that protected freedom of political communication about political matters. The ‘freedom of political communication’, as the doctrine has become known, is derived from provisions of the Australian Constitution that establish the parliament and electoral system. The most important of these are the provisions that require members of the Houses of Parliament be ‘directly chosen by the people’ (ss 7 and 24), ensure responsible government by requiring Ministers to be members of the Houses of Parliament (s 64) and provide for a participatory amendment process with parliamentary and popular elements (s 128). Stated in brief, the High Court reasoned that freedom of political communication is ‘indispensable’¹⁸⁾ to the proper operation of these aspects of the Constitution. It allows citizens to communicate their views to representatives, and allows representatives and the Executive to be responsive and accountable to them. In doing so, freedom of political communication ensures that the choice of representatives exercised by voters under ss 7 and 24 is a ‘true choice’.¹⁹⁾

The reasoning bears an obvious affinity to the arguments employed in Canada and Israel. But nonetheless, the Australian doctrine has developed in its own ways and reflects the particularities of the Australian Constitution and its constitutional and political culture. Perhaps most significant of these features has been the Australian approach to judicial method, usually described as Australian ‘legalism’. This theory of adjudication is famously associated with Chief Justice Owen Dixon and traced to his statement (on his swearing in as Chief Justice) that ‘there is no other safe guide to judicial decisions in great conflicts than a strict and complete legalism’.²⁰⁾ At the core of Dixon’s judicial method is the idea that the law constrains judicial reasoning; that law provides an ‘external standard of legal correctness’²¹⁾ that governs judicial decision making.

16) *Tajjour v New South Wales* (2014) 254 CLR 508, French CJ 545-547; *Evans v New South Wales* [2008] FCAFC 130; 168 FCR 576.

17) *Australian Capital Television v Commonwealth* (n 14).

18) *Australian Capital Television v Commonwealth* (n 14) 138-40.

19) *Australian Capital Television v Commonwealth* (n 14) 270 (McHugh J); *Lange v Australian Broadcasting Corporation* (1997) 189 CLR 106, 560.

20) On the connection between textualism and legalism, see *Eastman v R* (2000) 203 CLR 1, [149].

21) Sir Owen Dixon, ‘Concerning Judicial Method’ in S Howard and Z Woinarski (ed), *Jesting Pilate and Other Papers and Addresses* (2 ed, 1997) 152, 155.

These principles explain why the freedom of political communication attracted controversy. According to its critics the freedom of political communication is not squarely based in the constitutional text, a view expressed clearly in the dissenting reasons of Justice Dawson in *Australian Capital Television*:²²⁾

The legal foundation of the Australian Constitution is an exercise of sovereign power by the Imperial Parliament. The significance of this in the interpretation of the Constitution is that the Constitution is to be construed as a law passed pursuant to the legislative power to do so. *If implications are to be drawn, they must appear from the terms of the instrument itself and not from extrinsic circumstances ...*

In academic writing, the freedom of political communication has been derided by critics of the Court as an instance of impermissible judicial activism.²³⁾ The question of whether the recognition of the freedom of political communication was an impermissible implication is for practical purposes moot, as the Court has consistently reaffirmed the doctrine as a proper implication.²⁴⁾ Nonetheless, as we shall see, the controversy has had continuing effects on the doctrine, notably in the Court's determination to identify a secure textual foundation for the implication.

Freedom of Political Communication: The Fundamental Elements

Turning to the fundamental elements of the freedom of political communication, the High Court's decision in *Lange v Australian Broadcasting Corporation*,²⁵⁾ decided five years after *Australian Capital Television v Commonwealth*,²⁶⁾ provides the most useful starting point for analysis.

The background to *Lange* is instructive. Between *Australian Capital Television* in 1992 and *Lange* in 1997 divisions between members of the court about the nature and extent of the freedom of

22) *Australian Capital Television v Commonwealth* (note 14) 181 (emphasis added).

23) The Court's leading academic critic, Jeffrey Goldsworthy, accepts neither that 'practical necessity' is the proper touchstone for the drawing of implications or that the test of practical necessity would in any case establish an appropriate basis for the freedom of political communication. Jeffrey Goldsworthy, "Constitutional Implications and Freedom of Political Speech," (1997) 23 *Monash University Law Review* 362. See also Tom Campbell, "Judicial Activism – Justice or Treason," (2001) 10 *Otago Law Review* 307; "Democracy, Human Rights and Positive Law," (1994) 16 *Sydney Law Review* 195.

24) *Lange v Australian Broadcasting Corporation* (n 22).

25) *Lange v Australian Broadcasting Corporation* (n 22).

26) *Australian Capital Television v Commonwealth* (n 14).



political communication appeared to grow.²⁷⁾ Three years later *Lange*, which arose out of defamation claim brought by a former Prime Minister of New Zealand against the Australian Broadcasting Corporation provided an opportunity to reconsider the doctrine. Indeed, when *Lange* was argued, there appeared to be a distinct possibility that the High Court would overrule *Theophanous* and even some doubt as to the future of the implied freedom of political communication.²⁸⁾ However, *Lange* saw a unanimous reaffirmation of the freedom of political communication, though some aspects of the Court's reasoning also seem to reformulate the doctrine in response to criticisms.

Foundations

In a manner that recalls the Sir Owen Dixon's legalism, the *Lange* Court reaffirmed the freedom of political communication's foundation in the Constitution's text. As it is expressed in *Lange*, the freedom of political communication is derived from the 'text and structure'²⁹⁾ of the Constitution, notably the requirement of ss 7 and 24 that the members of the Senate and the House of Representatives be "directly chosen by the people" of each State and of the Commonwealth respectively.³⁰⁾ These sections, "read in context, require the members of the Senate and the House of Representatives to be directly chosen at periodic elections by the people"³¹⁾ and require that communication "which enables the people to exercise a free and informed choice as electors" cannot be restricted.³²⁾

In addition, the High Court also relied upon those sections of the Constitution that create a

27) *Theophanous v Herald & Weekly Times* (1994) 182 CLR 104.

28) Adrienne Stone, "*Lange, Levy and the Direction of the Freedom of Political Communication under the Australian Constitution*," (1998) 21 *University of New South Wales Law Journal* 117, 119-120.

29) The notion of 'structure' is prominent in other implications as well notably the implication preventing the Commonwealth from interfering with the capacity of states to exercise their essential state functions is recognised as an implication from the federal structure of the Constitution. *Melbourne Corporation v Commonwealth* (1947) (n 31) at 74 (Starke J); 88 (McTiernan J). Analogously Justice Dixon described the implication as one that 'the efficacy of the system logically demands' *Melbourne Corporation v Commonwealth* (1947) (n 31) at 83.

30) *Lange v Australian Broadcasting Corporation* (n 22) 557.

31) The High Court relied on s 1 (vesting the power of the Commonwealth in the Parliament); s 8 and s 30 (electors for the Senate and the House of Representatives to vote only once); s 25 (persons of any race disqualified from voting at elections not be counted in determining electorates under s 24); s 28 (duration of the House of Representatives); s 13 (six years to be the longest term served by a Senator) and s 28 (the House of Representatives to continue for no longer than three years). *Lange v Australian Broadcasting Corporation* (n 22) 557.

32) *Lange v Australian Broadcasting Corporation* (n 22) 557.

system of responsible ministerial government,³³⁾ holding that they “necessarily imply a limitation on legislative and executive power to deny the electors and their representative information concerning the conduct of the executive branch of government throughout the life of a federal Parliament”.³⁴⁾ Finally, the Court turned to s 128, which provides for amendment by popular referendum, reasoning that this in turn requires the protection of information “that might be relevant to the vote [electors] pass in a referendum to amend the Constitution.”³⁵⁾

Moreover, in an apparent response to the claim that the prior law relied upon a ‘free-standing’ principle, the Court held that the implication was to be construed *only* by reference to constitutional text and structure:³⁶⁾

[T]he Constitution gives effect to the institution of “representative government” only to the extent that the text and structure of the Constitution establish it . . . the relevant question is not, “What is required by representative and responsible government? It is, “What do the terms and structure of the Constitution prohibit, authorise or require?”

In other words, there is no ‘free-standing’ principle of representative and responsible government in the Constitution (much less a principle of freedom of political communication or freedom of expression). Rather there are specific institutions of representative and responsible government identified in the text of the Constitution and the freedom of political communication protects communication only in so far as it is reasonably necessary for the proper functioning of those institutions. In this respect, *Lange* is a strong reiteration of the legalist foundations of the Australian *Constitution*.

With deeper reflection, however, it is apparent that *Lange* does not change very much. On the question of foundations, the emphasis on ‘text and structure’ is not clearly different from the approach evident in the majority judgments in *Australian Capital Television*.³⁷⁾ Further, and perhaps in proof of this point, is that *Lange* did little to change the substance of the law. It purported

33) Section 6 (requiring a session of Parliament at least once a year); s 83 (requiring that money to be appropriated from the treasury by law); ss 62 (executive power of the Queen exercised on “initiative and advice” of ministers) s 64 (requiring Ministers to sit in Parliament); s 49 (adopting the “powers, privileges, and immunities” of the House of the Parliament of the United Kingdom).

34) *Lange v Australian Broadcasting Corporation* (n 22) 561.

35) *Lange v Australian Broadcasting Corporation* (n 22) 561.

36) *Lange v Australian Broadcasting Corporation* (n 22) 561.

37) *Australian Capital Television v Commonwealth* (n 14) 134 (Mason CJ); 228 McHugh J.



to overturn the High Court's previous decision in *Theophanous*³⁸⁾ in which the High Court, by majority, extended the freedom of political communication into the law of defamation, holding that the freedom of political communication gave rise to a new defence to actions for defamation.³⁹⁾ However, as I have explained elsewhere,⁴⁰⁾ the apparently reformulated law in *Lange* is substantively very similar to *Theophanous*.⁴¹⁾

The Application of the Freedom of Political Communication

- The Lange Test

It is not clear, then, that *Lange* represented a significant revision of either the foundations of the freedom of political communication or its application to the law of defamation. However, *Lange* was undoubtedly significant for its enunciation of a two-stage test for the application of the freedom of political communication. That test, as slightly altered in *Coleman v Power*,⁴²⁾ is as follows:

1. First, does the law effectively burden freedom of communication about government or political matters either in its terms, operation or effect?
2. Secondly, if the law effectively burdens that freedom, is the law reasonably appropriate and adapted to serve a legitimate end and in a manner compatible with the maintenance of the constitutionally prescribed system of representative and responsible government and the procedure prescribed by Commonwealth of Australia Constitution, s 128 for submitting a proposed amendment of the Constitution to the informed decision of the people?

38) *Theophanous v Herald and Weekly Times* (1994) 182 CLR 104.

39) *Theophanous v Herald and Weekly Times* (n 38) 140-141

40) 'The Freedom of Political Communication since *Lange*', in A. Stone and G. Williams (eds.), *The High Court at the Crossroads: Essays in Constitutional Law*, (Federation Press, 2000) 1

41) Both cases provide that the defence arises in relation to the publication of defamatory, false statements on 'government and political matters' and both also require the publisher to prove reasonableness of conduct *Theophanous v Herald and Weekly Times* (n 38) 140-141; *Lange v Australian Broadcasting Corporation* (n 22) at 573.

42) *Coleman* (2004) 220 CLR 1, 78 (Gummow and Hayne JJ); 50 (McHugh J); 82 (Kirby J).

If the first question is answered “yes” and the second “no”, the law is invalid.⁴³⁾

The first stage of this test is principally directed towards identifying the communication to which the freedom of political communication applies. The second stage is directed towards identifying which law *impermissibly* burden political communication and reflects the fact, evident from the inception of the freedom of political communication, that the protection it confers is not absolute.

- Structured Proportionality: *McCloy v New South Wales*

The second stage of the *Lange* test thus performs the role often performed in other Constitutions by a general limitation clause, such as s1 of the Canadian Charter. Such limitation clauses are typically employed through a ‘structured proportionality’ analysis⁴⁴⁾ and the *Lange* test therefore raised a question about the status of this kind of proportionality analysis in Australian constitutional law. For almost two decades, the question appeared to be answered by *Lange* itself, which treated the second stage of the *Lange* test as equivalent to the test of proportionality.⁴⁵⁾

Nonetheless, despite the apparent clarity of *Lange* on this score, in *McCloy v New South Wales*⁴⁶⁾ the Court (by majority) introduced a ‘structured’ proportionality as a separate element of its reasoning. Following *McCloy*, which was slightly altered in *Brown v Tasmania*⁴⁷⁾, and reaffirmed in *Clubb v Edwards* (“*Clubb*”)⁴⁸⁾, the test for infringement is as follows:

1. Does the law effectively burden the freedom in its terms, operation or effect?⁴⁹⁾
2. If ‘yes’ to question 1, is the purpose of the law legitimate, in the sense that it is compatible with the maintenance of the constitutionally prescribed system of representative government?

43) *Lange v Australian Broadcasting Corporation* (n 22) 567-58.

44) For the Canadian approach see *R v Oakes* [1986] 1 SCR 103.

45) In a footnote that immediately followed the passage just quoted, the High Court stated ‘[i]n this context, there is little difference between the test of reasonably appropriate and adapted and the test of proportionality’. *Lange v Australian Broadcasting Corporation* (n 22) 567 n 272.

46) *McCloy v New South Wales* (2015) 257 CLR 178.

47) *Brown v Tasmania* (2017) 261 CLR 328.

48) *Clubb v Edwards* (2019) 93 ALJR 448.

49) *McCloy* (n 46) 194 [2].



3. If ‘yes’ to question 2, is the law reasonably appropriate and adapted to advance that legitimate object in a manner that is compatible with the maintenance of the constitutionally prescribed system of representative and responsible government?⁵⁰⁾

The proportionality analysis entailed by the third stage of the test was further defined in a way that is clearly influenced by (though does not replicate) proportionality analysis applied in other constitutional systems:⁵¹⁾

The proportionality test involves consideration of the extent of the burden effected by the impugned provision on the freedom. There are three stages to the test – these are the enquiries as to whether the law is justified as suitable, necessary and adequate in its balance in the following senses:

suitable — as having a rational connection to the purpose of the provision;

necessary — in the sense that there is no obvious and compelling alternative, reasonably practicable means of achieving the same purpose which has a less restrictive effect on the freedom;

adequate in its balance — a criterion requiring a value judgment, consistently with the limits of the judicial function, describing the balance between the importance of the purpose served by the restrictive measure and the extent of the restriction it imposes on the freedom.

If the measure does not meet these criteria of proportionality testing, then the answer to question 3 will be “no” and the measure will exceed the implied limitation on legislative power.⁵²⁾

The most distinctive aspect of this formulation is in the third step. In emphasising that the balance need only be ‘adequate’ and by referring directly to ‘the limits of the judicial function’, the Court clearly has the core commitments of Australian legalism in mind. Subsequent interpretation has confirmed that the Court will accord the legislature a measure of deference in the application of proportionality, especially in the assessment of the availability of alternative means. For instance,

50) *Brown* (n 47) 364 [104].

51) *R v Oakes* [1986] 1 SCR 103, 138-40 applying a three-stage proportionality test as a means of applying the requirement in s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* that limitations on *Charter* be ‘demonstrably justified in a free and democratic society’.

52) *McCloy v New South Wales* (n 46) 194-195.

Justice Nettle in *Clubb* stressed that the mere availability of a less restrictive and equally practicable alternative is not sufficient to demonstrate an absence of ‘necessity’; rather, ‘[a] law may be adjudged unnecessary in the relevant sense if there is an obvious and compelling alternative of *significantly* lesser burden on the implied freedom that is equally practicable and available’.⁵³⁾

The adoption of proportionality has occasioned some controversy within the Court.⁵⁴⁾ However, following the High Court’s decisions *Clubb*⁵⁵⁾ and *Comcare v Banerji* (*Banerji*)⁵⁶⁾ its place in constitutional law is settled for the moment. The remainder of this paper will consider each element of the *Lange* test in turn including, in later cases where it has been applied, proportionality analysis.

What is ‘Political Communication’?

The first matter that arises under the *Lange* test is whether the challenged law is a ‘burden’ on political communication. That question requires, in turn, some consideration of what kinds of communication come within the purview of the freedom of political communication. This question is referred to in this paper as the question of ‘scope’ or ‘coverage’⁵⁷⁾.

The High Court quickly made clear that the freedom of political communication applied to non-verbal forms of communication, a hardly surprising conclusion since the underlying logic of the doctrine applies to ‘communication’ rather than a narrower concept like ‘speech’. Explicit confirmation of this feature of the doctrine came in *Levy v Victoria*,⁵⁸⁾ a challenge to a law that applied to prevent protest activities including non-verbal forms of protest such as collecting and displaying killed and injured birds. The High Court ultimately upheld the law under the second limb of the *Lange* test but confirmed that ‘protests by non-verbal conduct are today a commonplace

53) *Clubb* (n 48) 509 [277] (emphasis in original). It should be noted that in articulating the test this way, Nettle J revised an even more deferential standard that he had articulated in *Brown* (n 47) 328 [282]. See *Clubb* (n 48) 507 [267]–[268]. The intensity of this element of test is lessened further by the imposition of the burden of identifying alternative means on the plaintiff: *Clubb* (n 48)) 508 [269].

54) See Adrienne Stone, ‘Proportionality and its Alternatives’ forthcoming (2020) *Federal Law Review*.

55) Five of the seven Justices now accept proportionality analysis: *Clubb* (n 48) 462 [6], 470–1 [70]–[74] (Kiefel CJ, Bell and Keane JJ) 506–9 [66]–[275] (Nettle J), 544–6 [461]–[470] (Edelman J).

56) (2019) 93 ALJR 900.

57) See Schauer (n 3) 91.

58) *Levy v Victoria* (1997) 189 CLR 579.



of political expression' and hence within the scope of the freedom of political communication.⁵⁹⁾

Questions as to the scope of the freedom become more complex however, when the focus is upon the *content* rather than the mode of communication. *Lange* refers to 'communication about government or political matters' but as already discussed, the underlying logic of the freedom of political communication directs attention not to a general concept but to the institutions of representative and responsible government established by the Constitution namely elections for the House of Representatives and the Senate, the provision for responsible government and the referendum process established by s 128. So, pursuant to the *Lange* test, the question becomes, what kinds of communication are necessary for the proper functioning of these institutions? As suggested in more detail elsewhere,⁶⁰⁾ there are at least three categories of communication that have a strong claim for inclusion within the coverage of the freedom of political communication.

- *Explicitly Political Communication*

Most obviously, the freedom of political communication would cover 'explicitly political communication'. That is, it covers communication explicitly *about* government such as discussion of current and proposed federal laws and referenda, the policy proposals and platforms of government and opposition parties, the business of the federal Parliament, the public conduct of members of Parliament and the conduct of the executive arms of government. These matters are obviously relevant to a voter's choice in federal elections and the other institutions protected by the freedom.

A potential complication in this category arises from that fact that freedom of political communication is derived from structures of federal government and therefore would appear at first sight to cover only communications about the behaviour, policy and personnel of the federal Parliament and federal Executive or about the referendum procedure. However, the High Court has made clear, most recently in *Unions NSW*, that federal and state politics are sufficiently interrelated that the freedom of political communication covers the discussion of state political matters, such as current and proposed state laws and referenda, the policy proposals and platforms of the state government and opposition parties, the business of the state parliaments, the public conduct of

59) *Levy v Victoria* (note 58) 595 (Brennan CJ). See also Toohey and Gummow JJ (at 613); McHugh J (at 622–623); Kirby J (at 286).

60) Adrienne Stone, "Rights, Personal Rights and Freedoms: The Nature of the Freedom of Political Communication," (2002) 25 *Melbourne University Law Review* 374.

members of state parliaments and the conduct of the state executive arms of government.⁶¹⁾

In principle, at least, the freedom of political communication should also cover discussion of the public functions of government officials carrying into effect government policy and enforcing the law. So in *Coleman v Power*,⁶²⁾ criticism of a police officer was held to be protected by the freedom of political communication. The same kind of argument would include discussion of the business of courts and, at least in some circumstances, the public conduct of the judiciary.⁶³⁾ Although courts are not themselves institutions protected by the freedom of political communication, *discussion* of courts can illustrate how laws are functioning and where they need reform. Judicial appointments, discipline and removal, moreover, are executive functions. Therefore, at least where the conduct of courts reflects upon the conduct of the legislature and executive, discussion of courts may be 'political communication' within the meaning of the freedom.⁶⁴⁾

- *Communication on Matters Indirectly Relevant to Voter Choice*

So far the category of communication within the coverage of the freedom of political communication might seem narrow. But according to the doctrine's underlying logic, a very large swathe of communication is potentially within its coverage. The federal Parliament considers a wide array of issues, and the breadth of federal government involvement in modern life means that it is almost impossible to be sure that any matter of public significance will not become the subject of federal political debate.

The potential breadth of its coverage becomes even clearer if we consider the discussion of matters that are not themselves likely to be the subject of law or government action, but might nonetheless influence the attitudes of voters toward the government such as issues of religion,

61) *Unions NSW v New South Wales* (note 73) 550.

62) *Coleman v Power* (note 61).

63) However, the extent to which the freedom of political communication applies to discussion of courts and the judiciary has not been definitively resolved. Differing views were expressed by McHugh J and Kirby J by way of obiter dicta in *APLA v Legal Services Commission (NSW)* (2005) 224 CLR 322, 361 (McHugh J); 440 (Kirby J). See also, *Herald & Weekly Times v Popovic* (2003) 9 VR 1, 10, 105 in which two members of the Court of Appeal of Victoria cast doubt on whether discussion of the conduct of proceedings by a judicial officer was 'a communication concerning government and political matters' that attracted the protection of the freedom of political communication.

64) See *APLA Limited v Legal Services Commission (NSW)* (note 86) 361; note the distinction drawn by Gleeson CJ and Heydon J between communication on matters relevant to the functioning of the executive and legislature and other kinds of communication about courts.



philosophy, history, medical science and sociology. Once again, the logic of the freedom of political communication points strongly to the inclusion of this category of communication. Voters' understanding of, and attitudes to, these matters can affect their attitudes on questions of public policy, their attitudes to the government, and ultimately their vote at a federal election.

The breadth of the category 'political communication' has not been fully considered by the High Court. However, it is notable that in *Attorney-General (SA) v Corporation of the City of Adelaide*⁶⁵⁾ (*Corneloups' Case*) it was conceded (and the Court accepted that) public preaching by a 'Street Church' was political communication for the purposes of a challenge based on the freedom of political communication. Chief Justice French explained:⁶⁶⁾

Plainly enough, preaching, canvassing, haranguing and the distribution of literature are all activities which may be undertaken in order to communicate to members of the public matters which may be directly or *indirectly* relevant to politics or government at the Commonwealth level. The class of communication protected by the implied freedom in practical terms is wide.

The Chief Justice does not explain how communication might be 'indirectly' relevant to politics or government. One possibility, consonant with the facts of *Corneloups' Case*, is that such communication helps voters form views on fundamental matters that in turn are relevant to the voter's views on discrete political issues. This approach may greatly broaden the category of communication within the coverage of the freedom of political communication. It seems highly plausible, for instance, that a voter's basic morality, beliefs about or understanding of human nature and the world are 'indirectly' relevant to politics of government in this sense. If that is true then much communication on matters of philosophy, religion, sociology and science are likely to be potentially within the coverage of the freedom of political communication.

- *Personal Moral Choices*

If this line of reasoning advanced so far is developed further it might be that its scope, the freedom of political communication is not much different from constitutional rights and guarantees that

65) *Attorney-General (SA) v Corporation of the City of Adelaide* (2013) 249 CLR 1.

66) *Attorney-General (SA) v Corporation of the City of Adelaide* (note 89) 44.

protect ‘expression’ or ‘speech’.⁶⁷⁾ However, *Clubb* indicates where some of the limits might be. In that case, the High Court drew a distinction between:

‘A discussion between individuals of the moral or ethical choices to be made by a particular individual is not to be equated with discussion of the political choices to be made by the people.’⁶⁸⁾

The question arose in the context of anti-abortion protesting. The appellant in the case approached a couple at the entrance of a Melbourne fertility control clinic, to attempt to dissuade them from proceeding with an abortion. She was charged and convicted under a law that prohibited such activity within a certain distance of such clinics.⁶⁹⁾ In dismissing her appeal, the Court held that because there was no evidence that the appellant had done anything other than attempt to dissuade the couple from proceeding with the abortion. Consequently, without further evidence the Court concluded her communication was not ‘political’ communication and therefore not protected by the Constitution. For the first time, therefore, we see a clear limit on the freedom of political communication that distinguishes it from a more general guarantee of freedom of expression.

But was this decision correct? There may be strong common-sense appeal to the idea of a category of communication — such as a private medical consultation — that should not be regarded as political communication within the scope of the freedom. However, it is difficult to accept the Court’s conclusion in these circumstances. The site of the exchange had long been a site of protest about abortion. In this context, the appellant’s presence as an anti-abortion activist, approaching those entering the facility to try to persuade them not to have an abortion, effectively communicated her opposition regarding abortion as a matter of principle and her support for laws and policies that would restrict abortion. In the context of the history of on-site protest outside abortion clinics, moreover, Ms Clubb’s very act of standing near the clinic, and trying to dissuade the couple from having an abortion, was a political act of demonstration that could influence electoral decision-making.⁷⁰⁾

67) Though it is difficult to see that the concept of ‘political communication’ might cover some matters at the outer-edge of other guarantees such as nude dancing, as in the United States (*Barnes v Glen Theatre Inc* 501 U.S. 560 (1991)) or soliciting for purposes of prostitution, as in Canada *Reference re ss. 193 & 195.1(1)(c) of Criminal Code (Canada)*, (the *Prostitution Reference*), [1990] 1 S.C.R. 1123.

68) *Clubb* (n 48) 465 [29].

69) s 185D of the *Public Health and Wellbeing Act 2008* (Vic) (‘Victorian Act’).

70) For a longer argument on this point see, Shireen Morris and Adrienne Stone ‘Before the High Court: Abortion Counselling and the Limits of Freedom of Political Communication’, (2018) 40 *Sydney Law Review* 395.



What is an ‘Effective Burden’ on Political Communication?

Determining the scope of the concept of ‘communication on government or political matters’ is the principal focus of the first limb of the *Lange* test. Nonetheless, several other matters arise.

First, the formulation of the test assumes that infringement of the freedom of political communication arises from ‘law’, an assumption that reflects fundamental structural features of the freedom of political communication. It is ‘negative’ in the sense that it protects political communication from interferences rather than conferring a positive right or entitlement to communication.⁷¹⁾ In addition, it is ‘vertical’ in operation, which means that it applies to governmental rather than private action. (Though, its vertical operation does not, as we have seen, preclude its application to the common law).⁷²⁾

Second, the need for an ‘effective’ burden would seem to preclude some trivial burdens on political communication. It appears from *Monis*,⁷³⁾ however, that in practice, the threshold established by this aspect of the test is very low. Indeed, Justice Hayne’s judgment in that case raises doubt as to whether the effectiveness requirement provides any additional filter at all. His Honour rejected an argument that the law challenged in that case (a section of the Commonwealth Criminal Code) was valid because it imposed only an insubstantial or slight burden on expression. In Justice Hayne’s words, even a ‘little’ burden on political communication qualifies as an ‘effective burden’ for the purposes of the first limb of the *Lange* test.⁷⁴⁾

Limitations on Freedom of Political Communication

The first stage of the *Lange* test thus identifies the communication within the scope of the freedom

71) *McClure v Australian Electoral Commission* (1999) 163 ALR 734; 73 ALJR 1086 at 740–741 [28] (ALR), 1090 (ALJR): “The freedom is a freedom from governmental action; it is not a right to require others to provide a means of communication. The petitioner’s case depends upon him having some right to require others to disseminate his views.” Cited with approval in *Mulholland v Australian Electoral Commission* (2004) 220 CLR 181, 245 (Gummow and Hayne JJ); 224 (McHugh J).

72) Adrienne Stone, “The Constitution and the Common Law: A Reply,” (n 60); Graeme Hill and Adrienne Stone, “The Constitutionalisation of the Common Law,” (2004) 25 *Adelaide Law Review* 67.

73) *Monis v The Queen* (2013) 249 CLR 92.

74) *Monis v Queen* (n 73) 160-161. On this last point, Justices Crennan, Kiefel and Bell agree for the purposes of the decision in *Monis* but they leave open the possibility that a law the effect of which is ‘so slight as to be inconsequential’ may survive the first stage of the *Lange* test and thus be valid.

and identifies circumstances in which such communication is subject to a burden. When a law burdens freedom of political communication within the meaning of this first stage of the test, the analysis shifts to the second stage, which itself has two elements: it is a test of both *means* and *ends*. That is, it requires both that the end pursued by the challenged law and the means through which it pursues that end to be compatible with the ‘constitutionally prescribed system of representative and responsible government’. Indeed, in *Coleman v Power*, the Court revised the test slightly to make it absolutely clear that both the end pursued by the law *and* the means it employed must be compatible with the constitutionally prescribed system of government.⁷⁵⁾

The second stage of the *Lange* test is thus governed by the same underlying logic as the first. Just as the first stage in effect asks ‘what kind of political communication is relevant to the proper function with the proper function of the institutions of representative and responsible government established by the Constitution?’, the second stage asks ‘what kind of laws burdening freedom of political communication are nonetheless compatible with the proper functioning of those institutions?’ To put the point more concretely, what kinds of limits on freedom of political communication are nonetheless compatible with the exercise of a ‘true choice’ in federal elections, the proper accountability of the executive to Parliament and the proper functioning of the referendum process?

Despite the appeal to the textual foundations of the freedom of political communication, the questions raised at the second stage of the analysis are highly complex and raise matters on which reasonable minds can disagree. The Court is thus faced with inescapable choices that give it a large role in determining the nature of freedom of political communication in Australia.⁷⁶⁾ As the freedom of political communication case law develops a fuller understanding of the freedom of political communication and the values it serves is emerging. Though for the moment at least, the overall picture remains somewhat complex and unsettled. Three illustrations will make the point.

- Protest

I will start with two recent cases in the High Court concerning political protest (which have been discussed above in the context of proportionality analysis). The first, *Brown v Tasmania*, arose

75) *Coleman v Power* (note 61) 50, 78, 82.

76) See further Adrienne Stone ‘Insult and Emotion, Calumny and Invective’: Twenty Years of Freedom of Political Communication (2011) 30 *University of Queensland Law Journal* 79.



in 2017 when the High Court held invalid a Tasmanian law that limited rights to protest near businesses⁷⁷⁾ (including forestry land on which logging was conducted). The second arose is the abortion protesting case discussed above *Clubb*⁷⁸⁾ and a companion case *Preston v Avery* (*Preston*),⁷⁹⁾ in which the Court upheld two state laws that limited protest outside abortion clinics by providing for a 'safe access zone'. Viewing only the result, these cases appear opposed but they are readily reconcilable.

In both cases, the general objective of the law was held to be legitimate. That is, the Court accepted that protest could be limited for the purposes of preventing harm to business activities by protestors (*Brown*)⁸⁰⁾ and to allow safe and dignified access to legal medical services (*Clubb* and *Preston*). The difference arose from the application of proportionality analysis. The law in *Brown* was ruled invalid because of considerable uncertainty as to its operation, which meant that neither protestors nor police could be certain where they were entitled to protest.⁸¹⁾ As a result the law would prevent lawful protest. By contrast, the laws at issue in *Clubb* and *Preston*, which identified 150 m 'access zones' in which protest could not take place, involved no similar uncertainty and were upheld as reasonable limits on political communication.⁸²⁾

For the purposes of this paper, more important than the details of proportionality analysis is the Court's ready acceptance of protest as a legitimate form of political communication. This attitude was evident as early as 1997 in *Levy v Victoria* in which the High Court accepted that political protest fell within the category of 'political communication' even if it involved symbolic conduct and intemperate or irrational appeals to emotion.⁸³⁾ In *Brown* and in *Clubb* and *Preston*, the Court accepted that the power of a protest — in particular its capacity to attract attention —

77) The law operated by empowering police officers to require protestors leave an area if the officer reasonably believes that a person is committing conduct prohibited by the act. Failure to comply with such a direction leads to a range of consequences including subjection to criminal penalties. See, Duldig and Tran; Patrick Emerton and Maria O'Sullivan, 'Private Rights, Protest and Place in *Brown v Tasmania*' (2018) 44 *Monash University Law Review* 458.

78) See above nn 69-70 and accompanying text.

79) *Preston v Avery* (2019) 93 ALJR 448.

80) *Brown* (n 47), 362 [99], 363 [101]

81) *Brown* (n 47), 358-59 [84]-87 (Kiefel CJ, Bell and Keane JJ); [227]-228 (Gageler J)

82) *Clubb* (n 48), 467-475, [44]-[102] (Kiefel CJ, Bell and Keane JJ); 513 [294] (Nettle J)

83) *Levy* (n 58)

may be linked to the place in which it occurs.⁸⁴⁾ The place of protest may be especially important where protest occurs in a place that has traditionally been a forum for protest. Brown arose in the context of a long history of environmental protesting against logging in the Tasmanian forests and in *Clubb* and *Preston* it is relevant that there was a long history of abortion protests outside of clinics providing abortion services.

Recognising the importance of protest generally and the importance of ‘place’ in protest puts the Australian law of freedom of political communication close to the international mainstream. However, as in other places, ‘reasonable’ limitations are permitted.⁸⁵⁾ Much the same can be said if we review cases concerning laws regulating political advertising and political donations.

- Politics, Money and ‘Enhancement Regulation’

Australian Capital Television v Commonwealth, the High Court’s first implied freedom case, considered a challenge to a Commonwealth law that prohibited paid political advertising during election periods. As was pointed out at the time, the case posed an especially hard set of questions that are familiar to theorists of freedom of expression in other contexts.⁸⁶⁾ Laws that limit freedom of speech in the context of political donations and campaign financing are usually seen as addressing the problem of corruption in the political process and (more controversially) reducing the ‘distorting’ effects of allowing the wealthy to dominate the political process. Thus they are apparently justified by the same values — notably the promotion of democratic government — on which freedom of speech itself depends. These laws raise a conundrum: Is it permissible for the state to limit expression to ‘enhance’ public discourse and in turn the democratic system of government (which, after all, is an important justification for freedom of expression in the first place)? Or to put the question another way: can *limits* on freedom of expression be justified on the basis that they *enhance* the values on which freedom of expression depends?

The law challenged in *Australian Capital Television* shows how the question arises within

84) *Brown* (n 47), 346–7 [32]–[33], 387 [191], 400 [240], 402–3 [244]–[246]; *Clubb* (n 48) 467 [45], 472 [80]–[81], 489 [188], 511 [283], 515 [306], 528 [380], 543 [456].

85) See for example the cases arising in the United Kingdom and Canada: *Austin v Commissioner of Police of the Metropolis* [2009] AC 564; *Gillan v United Kingdom* (2010) 50 EHRR 45; *R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd* [2002] 1 SCR 156.

86) Frederick Schauer, ‘Free Speech in a World of Private Power’ in Tom Campbell and Wojciech Sadurski (eds), *Freedom of Communication* (Dartmouth 1994) 1.



the context of the freedom of political communication. The challenged law limited political communication by prohibiting paid electronic advertising during election periods but, because its rationale was to reduce the influence of rich donors on the political process, it could also be characterised as a law that *enhanced* representative and responsible government.

Though the question was not fully resolved in *Australian Capital Television*⁸⁷⁾ the ‘enhancement’ argument did attract some support in that and later cases.⁸⁸⁾ Indeed, in *Coleman*, Justice McHugh is quite explicit that these forms of argument are permissible in principle, stating:

Communications on political and governmental matters are part of the system of representative and responsible government, and they may be regulated in ways that enhance or protect the communication of those matters. Regulations that have that effect do not detract from the freedom. On the contrary, they enhance it.⁸⁹⁾

The Court ultimately adopted a clear position on the matter in *Unions NSW* and in *McCloy* in which the Court accepted that a law directed to ‘the elimination of undue influence, understood in the sense of unequal access to government based on money’ was a legitimate purpose within the meaning of the *Lange* test.⁹⁰⁾

The conclusion that a law limiting freedom of political communication may legitimately seek to equalise opportunity for political communication, or ‘enhance’ political debate, is entirely consistent with the underlying logic of the freedom of political communication. However, it is difficult to see that the conclusion is *required* by the notion of a ‘true choice’. On the contrary, there is a well-established view of freedom of expression that would be highly suspicious of such attempts based on the fear that government would deliberately use such restrictions in ways that prefer its own interests or otherwise distort political debate. In the United States, this suspicion has hardened into a rule against such enhancement laws.⁹¹⁾ If one accepted the American view of the propensity

87) In *Australian Capital Television v Commonwealth* the question was side-stepped as the law was held invalid because of the unequal way in which it distributed ‘free time’ (free access to electronic media) to candidates and parties based on performances at previous elections *Australian Capital Television v Commonwealth* (note 14) 131–2 (Mason CJ).

88) *Australian Capital Television v Commonwealth* (note 14) 129 (Mason CJ).

89) *Coleman v Power* (note 61) 90.

90) *McCloy v New South Wales* (note 65) 248 (Gageler J) citing *Unions NSW v New South Wales* (n 73) 545, 557, 579.

91) Thus, the Supreme Court of the United States famously declared in *Buckley v Valeo* 424 US 1, 48–9 (1976) that: “[T]he concept that government may restrict the speech of some elements of our society in order to enhance the relative voice of others is wholly foreign to the First Amendment.”

of regulation to distort political debate, one could readily conclude that such laws undermined the electoral choice guaranteed by the Constitution.

As argued elsewhere, therefore, a court's determination of whether 'enhancement' regulation is permissible limitation on political communication depends on its assessment of whether the state is to be trusted in the regulation of expression.⁹²⁾ A broader comparative perspective is illuminating. Political traditions that are relatively more accepting of the role of the state in general (and in the regulation of expression in particular), like Canada's, are more likely to regard this form of regulation as permissible, whereas the notably libertarian American tradition is predictably more suspicious of government action. Viewed in this light, it is not surprising that the High Court has accepted the argument for 'enhancement' laws, given the Australian political tradition of legislative action in pursuit of the common good.⁹³⁾ The point to note, however, is that it is values deep within the Australian political tradition which were determinative, rather than the 'text and structure' of the Constitution as explained in *Lange*.

- *Defamation, Civility and Insult*

In defamation law as well, the Australian High Court's case law brings it close to the mainstream consensus. As we have seen, early on in the development of the freedom of political communication, the High Court modified the existing law of defamation to give greater protection to media defendants pursued by public officials. In this respect The *Theophanous* Court was clearly influenced by the iconic First Amendment case *New York Times v Sullivan*,⁹⁴⁾ though the Australian rule is formulated differently.⁹⁵⁾ Once again, this places Australia firmly within the constitutional mainstream, at least if regard is had to the common law world. The United Kingdom, Canada, New Zealand, South Africa and India have all moved somewhat in the direction of the highly protective rule and similar developments are evident in the European Court

92) For a longer analysis of this point, see Adrienne Stone "How to Think about the Problem of Hate Speech: Understanding a Comparative Debate," in Katharine Gelber and Adrienne Stone (ed), *Hate Speech and Freedom of Speech in Australia* (The Federation Press 2007).

93) Paul Kelly, *100 Years: The Australian Story* (Allen & Unwin 2001) 116 describing Australia's early post-Federation constitutional and political tradition sees it as a "system of enlightened state power ... erected ... to civilize capitalism". (I thank Simon Evans for pointing me to this source).

94) 376 US 254 (1964).

95) On the influence of *New York Times* see Adrienne Stone, "The Freedom of Political Communication, the Constitution and the Common Law," (1998) 26 *Federal Law Review* 219.



of Human Rights.⁹⁶⁾ The Australian position, which requires a media defendant to demonstrate the ‘reasonableness’ of its conduct gives relatively higher weight to the protection of reputation as compared with the famous US decision though not as much weight as in German constitutional law where it is a high valued aspect of human dignity.⁹⁷⁾

This emerging picture of the freedom of political communication is, however, complicated by *Coleman v Power* and *Monis v The Queen*. In *Coleman* the High Court quashed the conviction of an activist convicted under a Queensland law criminalising the use of “threatening, abusive, or insulting words to any person” in or near a public place.⁹⁸⁾ By majority, the Court held that such a law could only validly apply to political communication if it is limited to circumstances in which the accused either intends to provoke a violent response or such a response is reasonably likely. Of particular note is the majority’s rejection of a form of the ‘enhancement argument’ just discussed. This argument is clearly put in the judgment of Justice Heydon in dissent. Insulting words, his Honour held, ‘are inconsistent with civilized standards’ and consequently:

A legislative attempt to increase the standards of civilization to which citizens must conform in public is legitimate. In promoting civilised standards, s 7(1)(d) not only improves the quality of communication on government and political matters by those who might otherwise descend to insults, but it also increases the chance that those who might otherwise have been insulted, and those who might otherwise have heard the insults, will respond to the communications they have heard in a like manner and thereby enhance the quantity and quality of debate.⁹⁹⁾

He concludes, later in the judgment, that ‘[i]nsulting words damage, rather than enhance, any process which might lead to voter appreciation of the available alternatives’.¹⁰⁰⁾

The majority rejects this argument in an especially definitive manner holding that the pursuit of civility is not a ‘legitimate end’ within the meaning of the *Lange* test. In other words, rather than focussing on the means pursued by the law and whether those means are ‘reasonably appropriate

96) See discussion in Edward J Eberle Human Dignity, Privacy, and Personality in German and American Constitutional Law, (1997) *Utah Law Review*. 963; Adrienne Stone, ‘New York Times v. Sullivan’ in the Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law (2017)

97) *Ibid.*

98) Section 7(1)(d) of the *Vagrants, Gaming and Other Offences Act 1931 (Qld)*.

99) *Coleman v Power* (note 61) 125 (footnotes omitted).

100) *Coleman v Power* (note 61) 125.

and adapted' to a legitimate end, the majority held that a law aimed at promoting civility is, *by reason of that fact*, invalid.

Justices Gummow and Hayne¹⁰¹⁾ make the point most clearly:

If s 7(1)(d) is not construed in the way we have indicated, but is construed as prohibiting the use of any words to a person that are calculated to hurt the personal feelings of that person, it is evident that discourse in a public place on any subject (private or political) is more narrowly constrained by the requirements of the Vagrants Act. And the end served by the Vagrants Act (on that wider construction of its application) would necessarily be described in terms of ensuring the civility of discourse. *The very basis of the decision in Lange would require the conclusion that an end identified in that way could not satisfy the second of the tests articulated in Lange.*¹⁰²⁾

The pursuit of civility is — to put it starkly — not a legitimate end within the scheme of the freedom of political communication and law aimed at promoting civility is never valid.

The other members of the majority seem to take a similar position. Notably Justice McHugh found that insults are protected *even if* they diminish political debate:

The use of insulting words is a common enough technique in political discussion and debates. No doubt speakers and writers sometimes use them as weapons of intimidation. *And whether insulting words are or are not used for the purpose of intimidation, fear of insult may have a chilling effect on political debate. However, as I have indicated, insults are a legitimate part of the political discussion protected by the Constitution.*¹⁰³⁾

And Justice Kirby likewise swiftly rejects Justice Heydon's view:

[Justice Heydon's] chronicle appears more like a description of an intellectual salon where civility always (or usually) prevails ... Australian politics has regularly included insult and emotion, calumny and invective, in its armoury of persuasion ... the Constitution addresses

101) Upholding the challenged law but only on the basis that it is limited so as to apply to political communication only in circumstances where insulting words are 'intended to, or they are reasonably likely to provoke unlawful physical retaliation'. *Coleman v Power* (note 61) 77.

102) *Coleman v Power* (note 61) 78–9 (emphasis added).

103) *Coleman v Power* (note 61) 24 (emphasis added).



the nation's representative government as it is practised.¹⁰⁴⁾

The rejection of the enhancement argument in this context by no means inconsistent with its position with respect to electoral spending and donations, but it does require explanation. In the passages just quoted, the explanations take two forms: Justices Gummow and Hayne rely on precedent, holding that an argument relying on civility as a justification for a law limiting political communication was inconsistent with *Lange*. Justices McHugh and Kirby rely instead on established modes of political debate in Australia, rejecting Justice Heydon's analysis as inconsistent with those practices.¹⁰⁵⁾

Neither argument is fully convincing. Although the law of defamation can be understood as enforcing rules of civility,¹⁰⁶⁾ defamation is not clearly analogous to the criminal insult law. The application of the *Lange* rule depends both on the content of the communication (which must be defamatory and false) and the reasonableness of the speaker's conduct. The insults prohibited by the law challenged in *Coleman* differed in both respects: it applies to insults that are not necessarily false; may inflict no harm on the speaker's reputation of the speaker; and to deliberately offensive language.¹⁰⁷⁾ Turning to Justice McHugh and Justice Kirby's claims, it is easy to accept the truth of this account as a *description* of Australian political debate but it is not clear why the concept of 'representative government as it is practised' should provide the 'base-line' for the assessment of validity. Political practices are ordinarily judged against constitutional standards rather than the other way around. In any event, such arguments are of little help where laws and practices point in different directions.¹⁰⁸⁾ If the long history of political insult, to which Justices McHugh and Kirby refer, exists alongside a long history of regulation of insulting behaviour,¹⁰⁹⁾ it is necessary to explain why one practice rather than the other had priority in determining the content of the freedom of political communication.

104) *Coleman v Power* (note 61) 91.

105) *Coleman v Power* (note 61) 78-79 (Gummow and Hayne JJ).

106) See Robert C. Post, "The Social Foundations of Defamation Law: Reputation and the Constitution," (1986) 74 *Calif. L. Rev.* 691.

107) The formulations used by the various members of the Court varied but an element of deliberate offense appears to be common to all: *Coleman v Power* (note 61) 26-27, 40, 74, 87, 108-109, 118.

108) Thus Justice Heydon relies on established practice in dissent to support the challenged law. He observes that the law regulating insulting words 'operates in an area in which discussion has traditionally been curtailed in the public interest or as part of the general law': *Coleman v Power* (note 61) 123.

109) Roger Douglas, "The Constitutional Freedom to Insult: The Insignificance of *Coleman*," (2005) 16 *Public L. Rev.* 23.

Put more precisely, the question that *Coleman* poses is ‘why does the Constitution allow a government to pursue *civility* through the regulation of public insult (even if it would increase engagement in public debate) but does allow a government to pursue *equality* in political debate through the regulation of political donation?’

It seems likely that such a reason can only be found with a more normatively driven account of the strength of these competing values. As I have argued elsewhere, a certain kind of egalitarianism may provide the missing argument. The concept of ‘civility’ has may have its roots in social conventions of honour and respect due to the well-born. In some societies (notably France and Germany) these notions have been adapted by ‘levelling up’. That is, these societies now extend to all the ‘honour’ once due to only the noble. By contrast, the United States is a society that has ‘levelled down’. Equality is realised by denying to all the protection of notions of honour and respect once due to the well born alone. This analysis may provide a clue as to the real basis of the Court’s approach in *Coleman*. As I have suggested elsewhere:

It is perhaps significant that, like the United States, Australia is a society of the New World and one to which the notions of honour that might found a strong respect for ‘civility’ are largely foreign. The rejection of the idea that ‘civility’ in public debate is a legitimate reason to curtail political communication might have its roots in a discomfort with the aristocratic origins of the notion of civility in public debate.¹¹⁰⁾

But once again, later cases complicate the picture. In *Monis v The Queen* the High Court was evenly divided on the validity of a Commonwealth criminal law addressed to offensive letter writing.¹¹¹⁾ Among those judges who found the law invalid, the judgments of the Chief Justice and Justice Hayne are most clearly of a piece with the reasoning in *Coleman*. For these Justices the case is governed by the finding in *Coleman*. As in the earlier case, the end pursued by the law challenged in *Monis* — the prevention of hurt feelings through the giving of offence — was held to be not legitimate.¹¹²⁾

However, Justices Crennan, Kiefel and Bell found the law challenged in this case to be valid, and distinguished *Coleman* on two grounds. First, they held that the law challenged in *Monis* was aimed at preventing only a very serious form of offense that caused ‘significant emotional

110) Adrienne Stone, “Insult and Emotion, Calumny and Inveictive: Twenty Years of Freedom of Political Communication,” (2011) 30 *University of Queensland Law Journal* 79, 97.

111) *Monis v The Queen* (n 73) 249 CLR 92.

112) *Monis v The Queen* (n 73) at 133-34 (French CJ); 139 (Hayne J).



reaction or psychological response', a limitation not evident in the *Coleman* law.¹¹³⁾ Second, the law in *Coleman* concerned statements made in a public place whereas this law operated to prevent the intrusion of very offensive material in to the home and the workplace.¹¹⁴⁾ Taken together these features lead the judges to the conclusion that s 471.12 pursued a legitimate object and did not go beyond what was reasonably necessary to achieve the provision's object. In these circumstances their finding was that it is legitimate for a law to address 'offensiveness' and that this particular law did so in a relatively restrained way.¹¹⁵⁾

Conclusion

Freedom of political communication is now a well-established element of Australian constitutional law. Much about its basic nature is clear: it is an implication drawn from the text and structure of the Constitution; it operates to prevent government interference rather than to confer a 'positive' entitlement; it applies directly to the legislature and executive of federal, state and territory governments and 'indirectly' to the common law; and its protection, while not absolute, is conferred on 'government and political matters' and federal state and territory governments and goes beyond the explicitly political to cover matters 'indirectly' relevant to the government and politics.

Moreover, in many respects, the freedom of political communication operates much like a more typical right of freedom of expression. The elastic nature of the concept of 'political communication' means that the coverage of the freedom of political communication may be quite similar to a typical right of freedom of expression (though it does not apply to discussion of 'personal moral choices'). Moreover, when it comes to issues as diverse as defamation law, electoral funding and political protest and protest, the way the Court determines limits on freedom of political communication resembles decisions made under freedom of expression clauses elsewhere.

However, while the Court has been clear that 'enhancement' arguments may be highly persuasive in some contexts (such as the regulation of political donations) it is equally clear that the pursuit of 'civility' (in the sense of the avoidance of mere offence and hurt feeling) is not a legitimate end justifying limitations on political communication. As *Monis* demonstrates, moreover, there are many instances that will not fall clearly within these categories and the development of a

113) *Monis v The Queen* (n 73) 211.

114) *Monis v The Queen* (n 73) 214.

115) *Monis v The Queen* (n 73) 214-215.

fuller picture of the freedom of political communication will emerge only over time in the light of decided cases. Case by case development of principles is of course typical of constitutional doctrine in general and is especially marked in the case of rights or guarantees like freedom of expression expressed in general terms. In this last respect, as in many others, the freedom of political communication resembles a guarantee of freedom of political communication found in other constitutions.

Session 1 - Discussant 2

호주 헌법에서의 표현의 자유
Freedom of Expression under the
Australian Constitution

박종현 | Park, JongHyun

국민대학교 법학대학 교수
Professor, Kookmin University College of Law



〈 토론문 〉

‘호주 헌법에서의 표현의 자유’

박종현 (국민대 법대 부교수, 미국 뉴욕주 변호사)

호주 헌법은 연방제, 양원제, 의원내각제를 중심으로 정치제도에 관한 최고규범들을 주된 내용으로 하고 있다. 권력의 기술(description)로서의 헌법의 양태는 고전적이라 평할 수 있는데, 현대의 많은 헌법들은 자유(보장)의 기술(description) 역시 헌법의 존재의 이유(*raison d'être*)로 보고 있기 때문이다. 하지만 비록 한국이나 미국과 같이 권리장전(bill of rights)을 헌법 명문으로 두지 않았더라도, 호주에서 기본적 인권이 보장되지 않는다고 말할 수는 없을 것이다. 남반구에서 성공적으로 민주주의 체제를 운영하고 있다고 평가받는 국가 중 하나인 호주라면, 종합적인 권리장전의 부재에도 불구하고, 국민주권을 실천하기 위하여 기본적 인권보장을 법제도화하려는 노력을 분명히 기울여 왔을 것이라 쉽게 예측할 수 있기 때문이다. 그리고 권리장전이나 혹은 개별적 권리에 대한 보장이 헌법문언에 부재한 경우 권리의 헌정화(constitutionalization) 작업은 일반적으로 국제인권규약에의 가입 및 조항의 수용(reception)을 통하여, 혹은 사법적극주의에 기반을 둔 헌법해석 혹은 변천을 통해 이루어질 것으로 추정할 수 있다(혹은 헌정화가 아니더라도 하위법률들의 제정정을 통해 다양한 권리의 보장을 시도할 수도 있을 것이다). 호주에서는 사법부의 적극적인 헌법해석을 통하여 기본권을 발굴(창조)해내어 기본권 보장의 사회적 요구에 헌법적으로 반응해왔는데 Adrienne Stone 교수의 발표문에서 확인할 수 있다.

호주 연방대법원(High Court)에서 표현의 자유, 특히 정치적 표현의 자유를 헌법에 내재된 권리(implied right)로 해석하며 이를 ‘정치적 소통의 자유(Freedom of political communication)’라 명명하게 된 과정을 Stone 교수는 주요 판례들의 소개와 이에 대한 평석을 통해 보여준다. Stone 교수는 정치적 소통의 자유를 제한하는 공권력(규제)의 위헌성을 판단하는 심사기준 역시 소개하고 검토하며 소위 ‘비례성의 원칙(proportionality test)’, ‘이익형량(balancing test)’가 위헌심사에서 어떻게 구체화되는지를 드러낸다. 또한 정치영역에서 표현의 자유에 관한 대표적인 헌법적 쟁점인 선거광고에 있어 정치자금제한이나 명예훼손의 문제에 대한 사례 고찰까지 발표문에서 시도하고 있다. 그간 국내에 널리 소개되지 못했던 호주 헌법에 대한 일반적 소개를 넘어서 호주에서 정치적 표현의 자유의 보호라는 구체적 쟁점에 대한 면밀한 분석은 우리의 헌법학계와 헌법재판실무에 상당한 영

향을 끼칠 것으로 보인다. 비교헌법의 지평을 넓혀 아시아에서 헌법학과 헌법재판의 교류를 더욱 활성화시킬 수 있는 소중한 행사에서 저명한 Stone 교수의 발표에 대한 토론을 맡게 되어 영광으로 생각한다.

Stone 교수가 발표문에서 보여주는 기본적인 입장은 다음과 같이 정리된다. 즉, 비록 표현의 자유(뿐만 아니라 권리장전)가 호주 헌법에 부재하지만 연방대법원의 헌법해석을 통해 정치적 소통의 자유가 인정되어 왔고, 이에 대한 그간의 판례법리를 종합해보면 표현의 자유를 헌법의 명문으로 두고 있는 국가에서와 비슷한 내용과 수준으로 호주에서도 표현의 자유를 보호하고 있다는 것이다. 마그나카르타나 스튜어트 왕조 때의 권리청원, 권리장전들로 대표되는 영미법계의 (정치적) 표현의 자유의 보장에 대한 역사를 고려할 때, 호주 연방대법원이 여러 판례를 통해 보여준 민주주의와 표현의 자유의 견련성에 대한 통찰과 정치제도에 관한 조항에서 정치적 소통의 자유를 도출해내는 탁월한 논증은 연원(root)과 맥락(context)이 있는 자연스러운 현상(phenomenon)이라 할 수 있다. 다만 연방대법원의 태도에는 부자연스럽게 여겨지는 부분도 공존한다. 먼저 영미법계에서도 코먼로에만 의존하지 않고 법전화(codification)를 진행해왔다는 사실을 고려할 때, 법관법(judge-made law)으로 헌법적 권리를 창출해내려는 시도는 지나치게 고전적이라는 느낌을 강하게 부여한다. 미국은 연방헌법의 제정을 통하여, 영국은 EU 인권조약을 수용한 인권법의 제정을 통하여 헌법적 권리의 보장체계를 완성하였는데 이와 비교해서 특히 그러하다. 나아가 입법부와 사법부 사이의 권력분립원리 및 견제와 균형의 문제, 반다수결주의 난제(countermajoritarian difficulty), 법해석의 한계 등의 고전적인 법리(jurisprudence) 문제들이 호주의 상황에서 난맥처럼 얽혀있을 것이라는 추정을 양산한다. 사법통치(juristocracy)가 가져올 수 있는 문제들에 대한 지적 -특히 정치의 사법화(judicialization of politics)-은 이미 보편성을 획득한 상황에서, 그리고 영미법계와 대륙법계가 전통의 고수라는 고집을 버리고 서로 수렴해가는 상황에서, 나아가 헌법분야에서도 국민의 기본권을 보다 적확하게 보장하기 위한 보증수단으로 성문의 인권장전을 제정 운영하는 것이 어느 법계에서든 보편화되고 있는 상황에서, 법관법에 의해 헌법적 권리를 발굴하고 창출하는 것에 대해 그저 만족하고 안주하는 것이 적절한지는 검토가 필요해 보인다.

Australian Capital Television 판결은 정치적 소통의 자유에 관련된 이정표가 되는 판결로 보인다. 무엇보다 연방대법원이 의회와 선거제도에 관한 헌법조항들, 즉 하원의 직선제, 하원의원에 의한 내각구성, 헌법개정과정에 국민참여(투표) 보장 등에 관한 소위 정치 제도적이고 절차적인 헌법규정들을 근거로 구체적인 기본권을 도출했다는 점은 이 판결의 핵심이라 할 수 있다. 법현실주의(legal realism)로 무장한 사법적극주의자들의 목적론적 해석은 헌법명문에 다양한 기본권이 나열되어 있는 우리에게는 - 낮설지는 않지만- 익숙치는 않은 모습이므로 당혹감을 주기도 한다. 무엇보다 정부형태 등의 헌법제도적 논의와

민주주의와 같은 고도의 헌법원리에서 구체적인 기본권을 이끌어내고 이를 바탕으로 정치영역과 연관되는 자유권과 평등권 관련 다양한 문제를 해결하려는 시도는 우리의 일반적인 헌법적 논의에서는 해석의 한계를 벗어난 논리적 비약으로 비춰질 수도 있다. 설사 제도 보장과 기본권 보장의 밀접한 연관성을 인정하고 ‘생동하는 헌법(living constitution)’의 개념을 인정한다 해도 말이다. 그렇다고 호주 연방대법원의 시도를 엄밀한 논증을 결한 문제 있는 판결로 치부해버릴 수는 없다. 기본권조항이 부재한 상황에서 보여준 연방대법원의 노력은 국민들의 정치적 표현의 자유를 보장하기 위한 당시의 최선의 선택이었음을 누구든 쉽게 이해할 수 있을 것이다. 다만 사법부의 적극주의에 대한 비판 역시 납득할 만하므로 이를 실익이 없는 논의라 단언하는 것은 무리가 있어 보인다. 이러한 비판은 헌법해석에 대한 대립적 논의를 넘어, 큰 관점에서 보면, 결국 민주주의 내에서 입법과 사법의 역할 및 한계에 대한 논의, 민주주의와 헌정주의의 충돌이라는 민주주의 체제 내 사법부와 관련된 중요한 논의와 연결되므로 신중하게 경청할 필요가 있다. 미국의 프라이버시, 낙태권에 대한 논쟁에서 알 수 있듯이 적법절차 조항에서의 기본권 도출은 말할 필요도 없고 추상적이고 포괄적인 기본권조항에서 새로운 기본권을 도출해내는 작업 역시 수십년이 흘러도 여전히 사법적극주의 및 목적론적 해석에 대한 학문적, 사회적, 정치적 비판과 대립을 양산해낼 수 있는 파급력을 가진다. 위대한 반대자 더글라스 대법관의 penumbra 논증은 법적 상상력의 극치를 보여주어 찬사를 받지만 다른 한편으로는 법규주의자(legalist)들의 조롱의 대상이 되고 정치적으로는 분열을 일으키기도 한다. 게다가 아무리 대법관들이 탁월한 법리와 논증을 기반으로 한 헌법해석으로 헌법적 권리를 발굴해낸다 하더라도, 개별사례를 해결하는 과정(case by case)을 통해서 기본권의 내용과 보호범위 등을 설정하는 것은 기본권을 정합적으로 체계화하는데 한계를 보일 수밖에 없을 것이다. 일반 국민의 권리보장에 대한 예측가능성을 담보하기 위해서는 권리보장을 위한 촘촘한 망(net)을 만들어내는 것이 필요한데, 이는 사법부가 전적으로 해결할 수 있는 과제는 아니며 입법적인 시도가 우선되어야 할 문제로 보인다. 그러한 맥락에서 호주에서 법관법에 의해 발굴된 정치적 소통의 자유가 표현의 자유를 헌법에 명문화한 다른 국가에서의 표현의 자유와 거의 동일한 내용과 보호수준 및 범위를 가지는지는 의문이 든다.

물론 호주가 갖는 독특한 역사를 고려하면 입법보다 사법에 방점을 둔 법적 논의, 나아가 헌법적 기본권의 사법해석적 도출은 그리 어색하지는 않다. 영연방에 오랜 시간 동안 편입되어 있었고 자주적 독립을 확보한 지 오래되지 않은 호주의 역사에서 영연방법제의 수용과 적용은 일상화되어 있었고, 법제적 측면에서 영국에의 종속은 결국 호주의 현실에 부합하지 않는 법규범을 실제 적용하는데 있어 사법부의 역할을 중요하게 만들었다. 즉 사법부는 사건별로 구체적 타당성을 확보하는 방향으로 영연방법제를 해석하면서 현실과 규범의 간극을 좁히는 관행을 만들었던 것으로 보인다. 나아가 금세기 가장 저명한 호주의 법학자인 Julius Stone이 수행한 법현실주의적 연구는 규범과 현실의 괴리를 없애는 현



실주의적인 사법운동을 강조하는 흐름으로 이어졌고, 그 전통하에서 현재 호주 연방대법원은 현실의 필요에 따라 헌법해석으로부터 새로운 권리를 도출함에 주저하지 않는 것이라 보인다. 다만 법원의 역할, 특히 헌법변천을 이끌어내고 있는 적극적 사법부에 대한 호주 학계 내부의 비판 역시 경청할 필요가 있다. 영국법제의 전통과 완전히 절연하는 것이 불가능하다 할지라도, 그렇다고 지금의 호주에서 자주독립국으로서 국민들의 의사를 현정화하는 것을 못할 이유가 없다. 얼마만큼 호주인들이 헌법개정과 헌법적 권리 쟁점에 관심을 보이는지 토론자가 알수는 없지만, 최근 주요 언론사들이 정부의 표현의 자유에 대한 개입과 제한에 저항하여 먹칠된 신문을 발행한 예에서 알 수 있듯이, 분명 표현의 자유에 대한 전방위적이고 상세한 헌법적 보호 시스템의 필요성에 대한 논의는 사회적으로 존재할 것으로 추정된다. 그러한 상황이라면 표현의 자유를 정립하고 구체화하는 역할과 몫을 기존의 관행대로 사법부에 전적으로 맡길 것이 아니라 호주인들 및 그들의 대표들로 구성된 의회에 맡기고 헌법개정에 대해 논의할 필요가 있지 않을까 한다. 모든 기본권보장의 논의는 궁극적으로 국민을 위한 것이며 국민들도 이 논의에 참여할 자격이 있고 나아가 이에 상응하는 책임도 져야 하기 때문이다.

해석에 의한 기본권 도출의 문제, 사법적극주의에 대한 우려 외에도 연방대법원의 판결과 논증에 대해서는 다음과 같은 의문점이 제기될 수 있다. 연방대법원은 민주주의를 전제로 정치적 소통의 자유의 보장의 필요성을 강조하는데 이것이 결국 표현의 자유의 보장을 기능주의적으로 접근하고 표현의 자유를 정치에 한정하여 인정하는 한계를 보인다는 점이다. 물론 일반 국민의 정치적 의사 표출의 자유를 보장함은 민주주의 운영을 위한 전제이고 이를 위해 제도적 장치, 구체적 권리보장이 필요한 것은 당연하다. 정치적 선택을 위한 적절한 정보의 교환, 그리고 국민적 요구의 전달 및 정부에서의 반영 등이 이러한 권리보장으로 달성될 수 있어야 한다. 그런데 이렇게 표현의 자유라는 권리의 존재의 목적을 원활한 정치 운영 정도로 좁혀버리는 것은 동시대의 일반적인 표현의 자유 보장에 대한 논의와 궤를 같이하지 못한다. 이 시대에 표현의 자유를 보장하는 것은 표현이 정치적으로 가치가 있기 때문만은 아니다. 공적이지 않으며 정치적으로 무의미한 표현일지라도 표현을 통해 개인은 스스로의 생각을 완성하고 표출하게 되고 개성의 신장과 인격의 도야를 이룰 수 있다는 점에서, 사적인 측면에서도 표현의 자유의 보장은 중요한 함의를 갖는다. 특히 개별 주체의 인격과 자유를 보장하는 것이야말로 민주주의의 궁극적 목표라 할 수 있는데, 만약 민주주의를 표현의 자유와 연계시키고 표현의 자유의 근거를 민주주의에서 찾으려 한다면, 표현의 자유를 정치적인 의미로 한정시키는 것은 오히려 민주주의와 표현의 자유의 연계를 불충분하게 설정하는 것이라 할 수 있다. 게다가 표현의 자유는 정보의 전달이라는 측면에서도 그 의미를 가지며 그에 따라 광고(상업적 표현 : commercial speech) 역시 보호되는 표현의 일종이 될 수 있는 것이다. 헌법에 명문으로 일반적 표현의 자유를 보장하고 있는 한국에서는 정치적 표현의 자유를 넘어 상업적 표현의 자유에 대해

서도 표현의 자유에 관한 보호 법리-특히 사전검열금지의 원칙-를 적용하고 있어 표현들 사이의 차등 취급을 사실상 불허하고 있다. 하지만 표현의 자유의 정치적 기능과 역할을 강조하는 호주 연방대법원은 상업광고에 대해서뿐만 아니라 정치적 표현에 대해서도 완전한 헌법적 보장을 인정하지 않는 인상을 부여한다. 엄격한 명예훼손법, 강력한 국가안전보장법, 정부의 비밀주의 등이 복잡하게 얽히면서 정치적 표현에 대해서도 많은 제한이 이루어지는 상황에서, 정치적 소통의 자유라는 헌법적 기본권의 우월성(supremacy), 혹은 정치적 소통의 자유까지 고려한 세심한 이익 형량은 좀처럼 확인되기 어렵다. SNS 트윗계정으로 정부를 비판한 공무원에 대한 해고 결정이 정당하다는 최근 호주 연방대법원의 판결은 그 예라고 할 수 있다. 덧붙여, 명예훼손과 연계된 사안들에서 명예 보호에 상대적으로 더 큰 비중을 두고 있는 사법부의 일반적 태도는 인격의 보장을 강화할 수 있다고 평가 가능하지만, 공적 인물의 명예에 대해서는 표현의 자유 보장과의 균형을 보다 세심하게 고려할 필요가 있음 역시 분명해 보인다. 정치에서 순기능을 발휘할 수 있는 표현들에 대해서만 유의미한 정치적 소통으로 헌법상 보장을 허용하는 것은 표현의 내용을 기반으로 한 공권력의 심사(content based review)를 수반하게 될 것이고 이는 정치를 위축시킬 수도 있다. 민주주의는 다양한 의사 표현을 동가치로 보장하며 이로 인한 혼란 역시 성장의 씨앗으로 여기는 포용적인 정치시스템이기 때문이다.

Stone 교수는 Lange 판결과 관련하여 ‘헌법의 문언 내에서 파악되는 대의정치 및 책임정치의 구체적 제도가 존재하며, 정치적 소통의 자유는 그것이 바로 그러한 제도들의 정상 작동에 합리적으로 필요한 한도 내에서만 소통을 보호한다’고 표현의 자유를 좁게 파악하고 있는데, 이런 기능주의적 관점은 결국 정치적 소통의 자유가 정치적 표현을 보장하는데 있어 그리고 나아가 일반적인 표현의 자유와 같은 기능을 하는데 있어 장애가 될 수도 있지 않을까 의문을 제기해본다.

비슷한 맥락이지만 호주 연방대법원이 표현의 자유를 정치적 ‘소통’의 자유라고 표현한 것도 약간 불편함을 불러일으킨다. 사실 발화자의 표현은 수신자의 반응, 의견교환을 촉발시키기 위한 목적의 경우도 있지만 이것이 필연적이라고 보기는 어렵다. 의견의 주고받음(소통이나 토론)을 떠나 그저 나의 견해를 알리고 남기기 위해서도 표현은 의미를 갖는다. 이는 공적 영역을 넘어 사적인 영역에서 표현에도 동일하게 적용될 것이다. 다만 ‘소통’이라는 단어는 보호되는 표현을 한정시키고 특히 공적 영역을 전제로 하여 논의나 토론을 불러일으킬만한 표현의 자유를 보장한다는 인상을 부여한다. 의회제도가 개인의 토론의 자유에 대한 일정부분 보장을 필요로 한다는 연방대법원의 태도도 그러한 맥락에서 정치적 소통의 자유를 좁게 이해하는 것이라 해석될 수 있다. 다만 타국의 정치(인)이나 국제기구, 국제정치에 대한 비판은 호주 내에서 정치적 선택이나 제도정치권의 운영과 직접적으로 연결은 되지 않지만 (간접적으로 연결되어) 정치적 소통의 자유의 보호대상이라



보는 연방대법원의 태도는 상당히 흥미롭다. 그러나 정치적 소통의 자유의 범주를 과감하게 확장시키는 태도가 그렇다고 일관적이지는 않다. Clubb판결에서 연방대법원은 특정 개인이 내리는 도덕적이며 윤리적인 선택에 관한 개인적 논의는 정치적 선택에 관한 논의와 동일시될 수 없다고 하여 정치적 소통의 자유의 보호대상이 아니라 선을 분명히 그었다. 하지만 도덕적이며 윤리적인 선택도 모두 정치적 의미를 가질 수 있고 결국에는 정치에 간접적인 영향을 미칠 수 있다는 점을 연방대법원은 아예 무시한 듯하다. 모든 표현이 정치적이라 할 수는 없지만 직간접적으로 정치와 연계되지 않는 표현을 선별하기 어려운 지금의 현실에서 연방대법원은 갈팡질팡하는 느낌이다.

(낙태에 반대하는) 대중 설교와 낙태하지 않도록 개별적으로 설득하는 것이 헌법상 보호 여부를 달리 할 수 있는 정도로 구별가능한 행동인가에 대해 당연히 의문이 제기될 수 있고, Stone 교수 역시 연방대법원 판례를 비판하고 있다. 그러면서 Stone 교수는 명시적인 정치적 소통 외에 간접적인 정치적 소통 역시 정치적 소통의 자유의 범주에 들어올 수 있다고 주장한다. 연방정부의 논의의 폭을 고려하면 다양한 표현과 논의가 공적 중요성을 갖는 연방정부의 정치 논쟁의 대상이 되기 때문에 이들 역시 정치적 소통의 자유로 보호해야 한다는 것이다. 그런데 이렇게 표현의 자유의 보호 범위를 직간접적인 정치적 표현으로 확장하는 것은 궁극적으로는 일반적 표현의 자유에 대한 보호로 귀결될 수밖에 없다. 그렇게 되면, 정부형태만을 다루고 있는 헌법에서 일반적 표현의 자유를 어떻게 추론하여 구성할지 보다 적극적으로 고민할 필요가 있을 것이다. 간접적인 정치적 소통의 자유의 보호를 주장하든지, 일반적 표현의 자유의 보호를 주장하든지 현재의 호주 헌법에서는 적극적이고 창조적인 헌법해석에 의존할 수밖에 없는데, 문제는 현재의 (기본권 관련) 불문헌법 상황에서 이러한 과감한 해석은 더욱 많은 법규주의자들의 비판에 직면할 것이라는 점이다.

결국 사법부의 그간의 노력을 인정하면서 보다 적절하게 표현의 자유를 인정하기 위해서는 근본적으로 권리장전을 만드는 노력이 필요하지 않을까 생각이 든다. 보통법이 권리를 보장해줄 것이라는 믿음이 너무 강했던 것인지 모르겠지만, 현재 호주 헌법에서는 투표권(right to vote), 종교의 자유(freedom of religion), 배심재판권리(the right to a trial by jury), 수용에 대한 적절한 보상을 받을 권리(protection against acquisition of property on unjust terms), 차별금지(prohibition of discrimination on the basis of State of residency)만이 권리화 되어 있다. 물론 사법부가 정치적 소통의 자유, 투표권, 적법절차의 권리를 판결로 인정하고 있지만 국민의 기본권 보장을 위해서는 보다 근본적인 변화가 필요해 보인다. 기본적 인권이 헌정화되면 기본권 보장의 상황은 안정화될 것이고 무엇보다 헌법적 권위를 확보한 기본권에 대한 공적 규제는 느슨한 비례성 원칙의 심사가 아닌 엄격하고 까다로운 비례성 원칙의 심사가 적용될 것이다. 명확성 원칙 판단과 구분이 안되는 수준의 비례성

원칙 심사가 아니라, 조금이라도 기본권 최소침해적인 다른 대안이 있으면 판단대상 규제를 위헌으로 판단하는 엄격한 심사가 이루어지게 되어 기본권에 대한 실질적 보장을 가능하게 할 수 있다. 민주주의의 근간으로서 표현의 자유의 가치를 인정하는 정치공동체라면 모름지기 그에 대한 규제에 회의적이고 부정적인 시각을 가지고 규제의 수용여부를 엄정하게 살펴보는 것이 필요한데, 표현의 자유를 헌법명문에 마련하는 것은 이를 위한 전제처럼 보인다.

< Discussion >

‘Freedom of Expression under the Australian Constitution’

Park, Jong-hyun

Associate Professor at Kookmin University, Attorney-at-Law (New York)

The key contents of the Australian Constitution represent the highest norms regarding political institutions, centered on federalism, bicameral system and the parliamentary system. It can be said that the form of the Constitution as the description of powers is classical, as many modern constitutions view the description of the guarantee of freedom as a *raison d'être* of a constitution. However, even though Australia does not have a statutory bill of rights in the Constitution, unlike countries such as Korea or the US, this does not mean that Australia does not guarantee fundamental human rights. As Australia is considered to have successfully operated a democratic system among the countries in the Southern hemisphere, it can be readily assumed that the nation, despite the absence of a comprehensive bill of rights, has made efforts to institutionalize the guarantee of fundamental rights in order to materialize the people's sovereignty. Further, when there is no explicit bill of rights or guarantee of individual rights stipulated in the text of a constitution, it can be presumed that the constitutionalization of rights would generally be completed through the accession to international human rights instruments and the reception of their provisions, or through constitutional interpretation or transition based on judicial activism (Or, various rights may be guaranteed by enacting or amending subordinate laws and regulations apart from constitutionalizing such rights). Australia has been responsive to society's call for the guarantee of fundamental rights by discovering (establishing) fundamental rights through the active interpretation of the Constitution by the judiciary, which is also mentioned in the paper by Professor Adrienne Stone.

Professor Stone demonstrates the process through which the freedom of expression, especially the freedom of political expression, has been interpreted as an implied right in the Constitution and has been named as 'Freedom of political communication', through some of the key judgments and commentaries thereto. Professor Stone also introduces the standards of review for determining the constitutionality of state power (regulation) that restricts the freedom of political communication,



and shows how the proportionality test and the balancing test are structured in constitutionality tests. In addition, Professor Stone examines some cases on the restrictions on political funds and defamation in relation to election advertisements, which have been one of the major constitutional matters regarding the freedom of expression in the realm of politics. Professor Stone's analysis is expected to have significant influence on the related academic circles and the practice of constitutional trials in Korea, as it not only provides the general overview of the Australian Constitution, which has not been widely introduced in Korea, but also includes the thorough analysis specifically on the protection of the freedom of political expression in Australia. It gives me great pleasure and it is an honor to have this opportunity to offer my thoughts and questions regarding the presentation by the distinguished Professor Stone at this very precious event, where I hope we will be able to expand the horizons of comparative studies on constitutions and further facilitate exchanges on constitutional studies and constitutional trial practices in Asia.

It appears that Professor Stone's thesis in the paper is as follows: Despite the absence of a written provision in the Australian Constitution on the freedom of expression (and a bill of rights), the freedom of political communication has been recognized through the constitutional interpretation of the High Court of Australia. Also, a comprehensive study on the related judgments reveals that the freedom of expression is protected in Australia in a similar manner and at a similar level to other countries that have explicit provisions on the freedom of expression in their constitutions. Given the history of the guarantee of the freedom of (political) expression in Common Law jurisdictions, embodied in the Magna Carta or the Petition of Right and the Bill of Rights during the Stuart Dynasty, it seems to be a natural phenomenon with firm roots and context, as seen with the Australian High Court in many of its judgments, which present brilliant reasoning on deriving the freedom of political communication from the insight on the interconnectivity between democracy and the freedom of expression and from the provisions on the political systems. Nevertheless, there exist some unnatural aspects as well in the attitude of the High Court. First of all, given that even many Common Law countries have codified their laws without depending solely on common law, it feels overly classical to attempt to derive constitutional rights from judge-made laws. This is even more so when we consider the fact that the US and the UK completed their systems to guarantee the constitutional rights through the enactment of the federal constitution and the enactment of the Human Rights Act, which embraced the European Convention on Human Rights, respectively. It also gives rise to the presumption that many classic issues of jurisprudence, such as the separation of powers and checks and balances between the legislative and judicial branches, the difficulty surrounding countermajoritarianism, and the limitations of legal interpretation, are

intricately intertwined in the situation of Australia. Today, general consensus has been formed as to the potential problems that may arise with juristocracy, especially the judicialization of politics, and Common Law jurisprudence and Civil Law jurisprudence are converging rather than adhering to their respective traditions. Furthermore, it is becoming more common for jurisdictions to enact and implement a statutory bill of human rights under the constitution in order to provide more appropriate protection for the fundamental rights of the people. Against this backdrop, it may be worthwhile to consider whether it is proper to simply remain complacent about deriving or establishing constitutional rights from judge-made law.

Australian Capital Television appears to be a milestone judgment regarding the freedom of political communication. The significance of this judgment is that the High Court derived specific fundamental rights from the constitutional provisions on the Parliament and the election systems, namely the institutions and procedures such as the direct election for the House of Commons, the constitution of the Cabinet by the members of the House of Commons, and the guarantee of the people's participation (referendum) in constitutional amendments. Judicial activists' teleological interpretation, armed with legal realism, is not new, yet unfamiliar and thus can be confusing for us Koreans, whose constitution expressly stipulates various fundamental rights. In particular, the attempts to derive specific fundamental rights from constitutional institutions such as the government and a high-level constitutional principle such as democracy, and further to resolve various problems regarding the right to freedom and equality related to the political realm based on such specific rights, may be considered a logical leap that goes beyond the limit of interpretation, at least in the context of general constitutional discussion in Korea. This is so even if we recognize the close connectivity between the guarantee of institutions and the guarantee of fundamental rights as well as the concept of a 'living constitution'. This is by no means to say that the High Court decision was problematic due to a lack of logical reasoning. No one will disagree that what the High Court did in the absence of provisions on fundamental rights was the best choice to guarantee the freedom of political expression of the people. Still, the criticism regarding the activism of the judiciary is also not without justification, and therefore, it is difficult to say that it is of no practical use. Indeed, it is worthwhile to pay close attention to such criticism since, from a broader perspective than confronting opinions regarding constitutional interpretation, it is related to important issues regarding the judiciary within the democratic system, such as the roles and limitations of the legislative and judicial branches in a democracy, and judiciary in the context of the conflict between democracy and the constitutional government system. As was seen in the controversies in the US over the right to privacy and abortion, deriving new fundamental rights from an abstract and comprehensive provision on fundamental rights, not to mention from due process provisions, has the potential to raise academic, social and political criticism and conflict



regarding judicial activism and teleological interpretation, even decades later. Although the great dissenter Justice Douglas's 'penumbra reasoning' is praised for its unparalleled legal imagination, it is also ridiculed by legalists and has given rise to a political rift. Moreover, even if judges develop a constitutional right through constitutional interpretation based on outstanding legal principle and reasoning, defining the contents and the scope of the protection of a fundamental right on a case-by-case basis will eventually reveal limitations in coherently systemizing fundamental rights. In order to guarantee predictability for the general public regarding the protection of a right, it is necessary to weave a fine net for guaranteeing rights. This, however, cannot be done entirely by the judiciary, and legislative attempts should precede. In this regard, I wonder if the freedom of political communication developed by the judge-made law of Australia is substantially the same in terms of its contents, level of protection and scope of protection, as the freedom of expression of other countries that have stipulated the freedom of expression in their constitutions.

It should be acknowledged that given the unique history of Australia, it may not be so peculiar that its legal discussion has placed a greater emphasis on the judiciary than on the legislature, and that fundamental rights under the Constitution are derived from interpretation by the judiciary. Throughout the history of Australia, which remained as a part of the British Commonwealth for a long time and has achieved autonomic independence only recently, the acceptance and the application of the laws of the British Commonwealth was only natural. Further, in terms of the legal system, its subordination to the UK expanded the roles of the judiciary in applying in practice the legal norms not suitable to the situation in Australia. In other words, the judiciary appears to have interpreted the laws of the British Commonwealth in a way to secure specific appropriateness for each case in order to narrow the gap between the reality and the norms. In addition, the research conducted from the perspective of legal realism by Julius Stone, one of Australia's most renowned jurists of the 20th century, gave rise to the trend of emphasizing realistic judicial operation that minimizes the gap between the reality and the norm. It appears that the High Court, based on such a tradition, is not hesitant to derive new rights from the interpretation of the Constitution to serve the needs of reality. Still, it is necessary to listen carefully to the criticism within Australia's academia regarding the roles of the courts, especially the criticism against the active judiciary that has been leading constitutional change. Even if it may be impossible to move completely away from the tradition of the laws of the British Commonwealth, there is no reason that today's Australia, as an independent sovereign, may not constitutionalize the wills and opinions of the people. Although I may not know how enthusiastic the Australian people are about a constitutional amendment or issues regarding constitutional rights, I think there must be some discussion within the Australian

society over the necessity for an all-directional and detailed constitutional system for the protection of the freedom of expression – as exemplified by the latest case where major press institutions published newspapers with redacted front pages in protest against the government’s intervention into and restriction on the freedom of expression. If the situation is as such, then I think it may be necessary to proceed with the discussion on constitutional amendment by letting the Australian people, and the Parliament as their representative, play the role of realigning and specifying the freedom of expression, instead of having the judiciary continue to do so. This is because all discussion about the guarantee of fundamental rights is ultimately for the sake of the people, who are entitled to participate in and be responsible for such discussion.

In addition to the derivation of fundamental rights from constitutional interpretation and the concerns regarding judicial activism, there are a number of questions raised over the judgments of the High Court and their underlying logics. First, the High Court emphasizes the necessity of the protection of the freedom of political communication on the premise of democracy. However, the limitation of this attitude is that it approaches the protection of the freedom of expression from a functionalistic point of view and limits the freedom of expression only to the political area. To be sure, the guarantee of the people’s freedom to express their political will is a prerequisite for the functioning of democracy, and it requires institutional mechanisms and the guarantee of specific rights. Exchanges of relevant information for political choices and the delivery of the people’s demands, and the reflection of such demands by the government, should be made available through the guarantee of such rights. Having said that, limiting the purpose of the right to the freedom of expression to the proper operation of politics is not in line with the current discussion on the guarantee of the freedom of general expression. Today, the freedom of expression is guaranteed not just because it has political value. The guarantee of the freedom of expression holds great significance in the private realm as well, in that individuals complete and deliver their thoughts through expression and even develop their identities and cultivate their personalities, even if such expression may be unofficial or politically insignificant. In particular, the ultimate purpose of democracy is no other than to protect the personalities and the freedom of individuals. If we are to interlink democracy with the freedom of expression and find the basis of the freedom of expression in democracy, limiting the freedom of expression to its political meaning would result in allowing only limited interconnectivity between democracy and the freedom of expression. Moreover, the freedom of expression is also significant in the delivery of information, and therefore, advertisements (commercial speech) can also be classified as protected expression. Korea, whose constitution expressly guarantees the freedom of expression in general, applies the principle to the protection of the freedom of expression – especially the ban on pre-censorship – not only to the freedom of political expression but also to the freedom of commercial expression, disallowing



differentiated treatment between different forms of expression. However, the High Court of Australia, which emphasizes the political roles and functions of the freedom of expression, appears not to provide a complete constitutional guarantee not only for commercial advertisements but also for political expression. At a time like today, when even political expression is under many restrictions against the backdrop of strict defamation laws, powerful national security laws and the secretiveness of governments, it is difficult to find the supremacy of the constitutional fundamental right of the freedom of political communication or to expect the delicate weighing of interests that includes the freedom of political communication. One example is the latest High Court judgment that upheld the decision to dismiss a public official who criticized the government via Twitter. In addition, while the judiciary's general emphasis on the protection of reputation in cases involving defamation can be considered to help reinforce the protection of human dignity, it also seems evident that the protection of the reputation of public figures should be weighed more carefully against the freedom of expression. Allowing constitutional protection only to expressions that can bring positive effects in politics by labelling them as meaningful political communication will entail content-based review, which may in turn constrict politics. After all, democracy is an all-embracing political system that protects various expressions as having equal values and even views the resulting confusion as a source of power for growth.

Regarding *Lange*, Professor Stone seems to view the freedom of expression in a narrower sense by stating, "There are specific institutions of representative and responsible government identified in the text of the Constitution and the freedom of political communication protects communication only in so far as it is reasonably necessary for the proper functioning of those institutions." I would like to point out that such a functionalistic perspective might be an impediment to the freedom of political communication in protecting political expression and ultimately functioning as the freedom of expression in a general sense.

In a similar vein, it is a little disturbing that the High Court described the freedom of expression as the freedom of political 'communication'. In fact, an expression by a speaker may be aiming at invoking a response from or an exchange of opinions with the receiver, but this is not always the case. Expression has its meaning in simply delivering and preserving one's opinion, beyond strictly exchanging opinions with others (communication or discussion). This shall apply not only to expression in the public realm but to expression in the private realm as well. Here, the word 'communication' restricts the scope of protected expressions, and implies that it only encompasses such expressions that may instill discussion or debate in the public arena. In this regard, the High Court's stance that the parliamentary system requires the guarantee of individuals' freedom of discussion to some extent can be construed as defining the freedom of political communication

narrowly. Still, it is quite interesting that the High Court views that criticism of the politics or political figures of other countries, international organizations or international politics is to be protected by the freedom of political communication, although it is not directly related (but indirectly related) to political choices or the operation of the institutionalized politics of Australia. However, the High Court is not consistent in drastically expanding the scope of political communication. In *Clubb*, the High Court drew a distinction between the moral or ethical choices by individuals and the political choices by the people, making it clear that the former cannot be protected by the freedom of political communication by stating, “A discussion between individuals of the moral or ethical choices to be made by a particular individual is not to be equated with discussion of the political choices to be made by the people.” Nevertheless, it seems that the High Court neglected the fact that even moral and ethical choices can have political meanings and may have an indirect impact on politics in the end. Today, while all expressions may not be political, it is hard to find expressions that are not related to politics, either directly or indirectly. It appears that the High Court cannot clearly decide its stance in the current environment.

Questions also arise as to whether public preaching against abortion and dissuading individuals from having an abortion are indeed distinguishable in terms of the availability of constitutional protection. Professor Stone criticizes the related High Court decision and argues that indirect political communication, not to mention explicit political communication, may also fall into the category of political communication. Given the scope of the subjects of discussion of the federal government, various kinds of expressions and discussions shall be the means of political debate of the federal government, and therefore, they should also be protected under the freedom of political communication. It should be noted, however, that expanding the scope of the protection of the freedom of expression to include direct and indirect political expression will eventually be tantamount to offering the protection of the freedom of expression in general. If that happens, we would need to deliberate more deeply on how to derive the freedom of expression in general from a constitutional clauses that deal only with the form of the government. To do so in the context of the present Australian Constitution would inevitably depend on a more active and creative constitutional interpretation, whether it be the protection of the freedom of indirect political communication or the protection of the freedom of expression in general. The problem, however, is that such a progressive interpretation at a time when the Constitution has no written provision on fundamental rights will only arouse more criticism from legalists.

In my opinion, after all, there should be an attempt to develop a statutory bill of rights in order to provide a more appropriate guarantee of the freedom of expression, while also not disregarding the attempts made by the judiciary so far. Presumably because of the strong belief that the common law



will be sufficient in protecting rights, the Australian Constitution has only constitutionalized the right to vote, the freedom of religion, the right to trial by jury, the protection against acquisition of property on unjust terms and the prohibition of discrimination on the basis of State of residency. Whilst the judiciary recognizes through its decisions the freedom of political communication, the right to vote and the right to due process, it seems that more fundamental changes are necessary for the protection of the fundamental rights of the people. Once the fundamental human rights are constitutionalized, the situation surrounding the guarantee of fundamental rights will be stabilized, and a strict balancing test, instead of a lax balancing test, will apply to public regulation on the fundamental rights that have secured their constitutional status. Unlike a lax balancing test that is not essentially different from vagueness test, a strict balancing test will find a regulation unconstitutional if there exists any other alternative that has a less restrictive effect on the fundamental right, and will therefore enable a substantial guarantee of fundamental rights. A political community that recognizes the value of the freedom of expression as the basis of democracy needs to maintain a skeptical and negative attitude towards a regulation restricting the freedom of expression and should consider whether or not to embrace such a regulation in a strict manner. A premise for doing so would be to stipulate the freedom of expression in the text of the Constitution.

Session 2 - Presentation 3

표현의 자유

Freedom of Speech

Hubertus Gersdorf

독일 라이프치히대학교 법과대학 교수
Professor, Universität Leipzig Juristenfakultät



표현의 자유

라이프치히 대학교 후베르투스 게르스도르프 교수
(Prof. Dr. Hubertus Gersdorf)

초록

1. 독일 기본법(GG) 제5조의 커뮤니케이션의 기본권은 개인의 정신세계를 표출하고 (개인의 권리 기능) 민주주의적 여론형성(객관법적 기능)에 기여한다. 기본법 제5 조는 민주주의의 수호를 위해 특별한 보호를 받는다.
2. 일반적 인격권이 기본법과 충돌하는 일은 실제로 자주 발생한다. 독일 연방헌법재판소는 이익형량에 사용될 수 있는 세분화된 우선원칙 체계를 발전시켰다. 사실 주장과 의견 표명의 허용 여부에 대해서는 상이한 기준이 적용된다.
3. 최근에 인터넷을 통한 커뮤니케이션이 이루어지면서 새로운 문제들이 발생하고 있는데, 인터넷상의 혐오발언으로부터 인격권을 보호하는 일과 다원적 민주주의와 관련하여 소셜봇 및 매개 미디어에서 발생하는 위험들이 그것이다. 매개 미디어(페이스북, 유튜브, 트위터 등)들은 미디어 자유라는 기본권적인 보호를 받는다. 이들을 규제하는 데에는 특수한 문제들이 발생한다. 전통적 미디어들을 규제해온 수단은 여기에 맞지 않는다. 이들 수단들은 매개 미디어들의 개별화된 콘텐츠를 반영하지 못한다.

I. 도입

기본법, 즉 독일 헌법은 국가사회주의(나치) 정권의 전체주의에 대한 반대구상이다. 바로 기본법의 커뮤니케이션 조항에서도 그러하다. 이 조항은 1933년부터 1945년까지 지속되었던 선전(선동)국가인 언론과 정보를 조작한 아픈 기억들의 성찰이다. 기본법 제5조 제1항(Art. 5 Abs. 1 GG)에서 보호하고 있는 커뮤니케이션의 기본권, 즉 자유로운 의사표현, 정보의 자유 및 언론과 방송의 자유는 민주주의의 핵심이다.

우선 민주주의의 핵심이 어떤 구조로 형성되어 있는지를 살펴보고 난 후 커뮤니케이션 관련 헌법조항의 기반을 간략하게 설명해 보겠다. 이 중 많은 부분은 최고법원이 실시하였으며 독일 연방헌법재판소의 일관된 판례와 궤를 같이 한다. 반면에 본 발표문의 후반부에서 다루게 될 문제는 대부분 아직 판례를 통해 확인되지 않고 있다. 인터넷을 통한 커뮤니케이션 여건 속에서 혐오발언으로부터 개인의 인격을 어떻게 효과적으로 보호할 수 있는가? 소셜봇이나 매개 미디어(Facebook, YouTube, Twitter 등)와 같은 새로운 커뮤니케이션 형태를 통해서 표현의 자유와 민주적 의사형성에는 어떠한 기회가 생성되고 또 어떠한 위험이 도사리고 있는가? 우리는 지금 기본권 도그마의 신대륙에 발을 내딛고 있다.

II. 커뮤니케이션 관련 헌법조항의 기본

1. 커뮤니케이션의 기본권

독일 기본법 제5조 제1항에서는 표현의 자유, 정보의 자유, 언론 및 방송의 자유를 각각 독립적인 기본권으로 보호하고 있다. 반면 유럽연합의 기본권헌장과 유럽이사회의 유럽인권협약에는 자유로운 의사표현을 하나의 기본권으로 보장하고 있는데, 여기에는 개인의 의사표현의 자유뿐만 아니라 언론 및 방송의 자유가 포함된다. 유럽연합법에서는 독일 기본법 제5조 제1항에서와 같이 커뮤니케이션 기본권을 별도로 규정하고 있지 않다.

기본법 제5조 제1항에 따른 모든 커뮤니케이션 기본권은 개인의 권리와 객관법의 두 가지 기능을 수행한다.

개인의 권리 기능은 개인이 자신의 정신적 인격을 펼칠 수 있는 권리에 해당한다. 개인성에는 사적 및 공적 공간에서 “입을 열 수 있고” “정신세계를 표출하려는” 자연적 욕구를 포함한다(로만 헤르초크, 독일 연방헌법재판소장 및 연방대통령 역임). 연방헌법재판소의

표현방식에 따르면 자유로운 의사 표현은 “사회적으로 인간 인격의 가장 직접적인 표현”이다.

이미 1958년에 연방헌법재판소는 표현의 자유의 객관법적 기능을 지적했다. 표현의 자유는 “자유민주주의의 기본질서를 … 구성하고 있다”고 볼 수 있는데, 표현의 자유를 통해 비로소 상시적인 정신적 논쟁이, 즉 표현의 자유에 필연적인 의견대립이 가능해지기 때문이다. 이런 점에서 기본법 제5조는 입법, 행정 그리고 사법에 대한 “지침과 자극”을 제공하는 “객관적인 가치규범”이다.

커뮤니케이션 기본권의 이러한 객관법적 내용은 독일 법규범의 요소이다. 기본법 제5조의 주체는 민주주의 관점에서 특권을 누린다. 예컨대 상업성 광고 목적의 유인물을 배포할 때에는 허가가 필요하지만 공공분야에서 정치적 유인물을 배포할 때에는 허가가 필요 없다. 그 밖에도 언론이나 방송에 종사하는 언론인들은 형사소송법상 포괄적인 증언거부권을 가진다. 그리고 무엇보다 기본법 제5조의 커뮤니케이션 기본권은 객관법적 원칙으로서 민사법에 영향을 미친다. 다른 기본권과 충돌 시에, 특히 타인의 일반적 인격권과 충돌할 때에는 기본법 제5조의 “특별한 가치내용”이 형량에 결정적으로 반영되어야 한다. 이익형량 과정에서 개인은 특별한 보호를 받는데, 물론 이는 개인을 위해서가 아니라 민주주의를 수호하기 위해서이다.

또한 객관법적 내용으로 인해 의식적으로 또는 이미 밝혀진 허위사실의 주장은 기본법 제5조 제1항의 보호를 받을 수 없는데, 이러한 허위사실은 “헌법으로 보호되는 여론형성에 아무런 기여를 할 수 없기 때문”이라는 것이 연방헌법재판소의 일관된 판례이다. 그래서 예컨대 나치의 유대인 대학살을 부인하는 자는 의사표현의 기본권을 주장할 수 없다.

2. 커뮤니케이션의 기본권의 제한

기본법 제5조 제1항의 표현의 자유 및 기타 커뮤니케이션 기본권은 무조건 보장되는 것이 아니라 일반 법률(예, 형법)과 개인의 명예권 등을 통해 제한된다. 명예의 효과적인 보호가 전통적으로 큰 역할을 해왔는데, 인격권의 보호에 대해서는 뒤에서 다시 설명하겠다. 그 외에도 여러 기본권이 커뮤니케이션의 기본권을 제한할 수 있다. 개인정보를 수집, 저장, 사용 및 전달하는 것으로부터 개인을 보호하는 정보의 자기결정권이 그 예가 될 수 있다. 이 기본권은 미디어 기업과 상대방 사이에서, 예를 들면 미디어를 통한 개별화된 광고가 이루어지면서, 그 중요성이 증가하고 있다. 광고 효과가 미치지 못하는 부분을 줄이고 개별화된 광고를 가능하게 하기 위해서는 미디어들이 이용자의 성향을 가능한 한 포괄적으로 파악해야 하는데, 이는 가능한 한 많은 개인정보를 수집해야 한다는 뜻이다. 이러한

이용자 추적은 개별화된 광고를 위해서뿐만 아니라 콘텐츠를 개별화하기 위해서도 필요하다. 뉴스피드(페이스북)나 사용자 인터페이스(유튜브, 넷플릭스, Apple-TV, 아마존 프라임 비디오)가 알고리즘과 같은 인공지능(AI)에 조정되어 개별화되는 것을 보면 미디어의 매스 커뮤니케이션이 구조변동을 겪고 있다는 사실이 분명해진다. 과거에는 미디어들이 동일 콘텐츠를 모두에게 유포했다면 오늘날은 점점 더 상대방의 (실제적 또는 그들이 주장하는) 요구에 맞추어 유포하고 있다. 이러한 개별화는 이용자의 성향에 대한 광범위한 조사가 사전에 수행되어야만 한다. 그러나 이는 정보의 자기결정권, 즉 정보보호와 충돌할 수 있다.

더 나아가 이용자 추적을 위해서는 이용자의 기기에 소프트웨어를 장착하여 이용자의 성향을 파악해야 하는 경우가 적지 않다. 연방헌법재판소는 정보기술 시스템에 적절한 감시 소프트웨어를 장착시키는 문제를 다룬 소위 온라인-수색 결정에서 독일 기본법상 기본권 보호의 흠결을 발견하였고, 이에 따라 새로운 기본권을 생각해 냈는데, 정보기술 시스템의 신뢰성과 무결성(無缺性) 보장에 대한 기본권이 그것이다.

유럽재판소도 2019년 10월에 내린 판결에서 이 문제를 다루었다. 이용자가 사전에 동의했을 때에만 브라우저에 쿠키 설치가 허용되는가를 확인하는 문제였다. 법원은 비록 쿠키 설치가 개인정보 수집에 해당되는 것은 아니지만 정보보호 관점에서 볼 때 동의가 필요하다고 결정했다. 쿠키가 설치되면 추후에 이용자 추적이 가능해지기 때문에 쿠키를 설치하는 것은 이용자 추적과 마찬가지로 정보보호 측면에서 판단되어야 한다는 것이다. 이는 (연방헌법재판소의 견해와는 달리) 이용자의 최종 기기에 감시 소프트웨어를 장착하기 위해서는 새로운 기본권이 필요하지 않다는 사실을 보여준다. 정보의 자기결정권이 (확장 및 목적론적으로 해석해보면) 이미 충분한 보호를 제공해 주고 있기 때문이다.

3. 표현의 자유, 언론·방송의 자유가 일반적 인격권과 충돌할 때 우선 원칙

일반적 인격권은 실제로 표현의 자유, 언론·방송의 자유와 충돌하는 경우가 종종 있다. 연방헌법재판소는 이익형량에 필요한 세분화된 우선원칙 체계를 발전시켰다. 언어를 통한 표현과 그림(영상)을 통한 표현의 허용에 대해서는 다른 기준이 적용된다. 여기서는 언어에 대한 기준에 대해서만 국한하여 살펴보겠다.

언어형식을 통한 의사표현을 헌법적으로 평가하기 위해서는 그것이 의견인지 또는 사실의 주장에 해당하는지의 구별이 결정적이다. 의견은 어떤 사항에 대한 입장이나 견해라는 특징을 가지고, 따라서 옳거나 거짓이 있을 수 없는 반면 사실은 증명이 가능하고 옳거나 거짓일 수 있다.

a. 사실의 주장

앞서 설명한 것처럼 연방헌법재판소의 결정에 따르면 의식적으로 또는 이미 밝혀진 허위의 사실을 주장하는 것은 여론형성에 아무런 기여를 할 수 없다는 이유만으로도 이미 기본법 제5조 제1항의 보호대상이 아니다. 따라서 충돌하는 인격권이 우선권을 가진다.

이에 반해 진위가 아직 불확실한 사실의 주장은 기본법 제5조 제1항의 보호범위 내에 자리하고 있다. 형량을 하는데 있어서 가장 중요한 점은 발언하는 사람이 주의의무를 다했는지, 다시 말해 기대할 수 있는 정도로 발언 내용의 진위를 검토했는지, 경우에 따라서는 자신이 그것에 대해 알고 있는 만큼을 정확하게 전달했는지의 여부이다. 해당 발언이 제3자의 인격권을 강하게 침해할수록 주의 필요성이 높아진다. 그렇다고 해서 표현의 자유의 기본권을 사용하고자 하는 의욕을 하락시켜 표현의 자유를 전반적으로 위축시키는 효과를 가져올 수 있는 정도의 주의의무를 요구해서도 안될 것이다. 전문 미디어에 대해서는 개인 미디어보다 엄격하다. 주의의무에 위배될 때에는 인격권의 보호가 우선된다. 반면 주의의무가 충족된 경우라면 보통 표현의 자유가 우선된다.

유포하는 사실이 진실이라면 그 사실이 내밀한 영역, 사적 영역 또는 사회영역을 침해하는가가 문제가 된다. 개인의 내밀영역(중대한 질병, 성생활 등)에 관계되는 의견의 표현에 대해 당사자는 이를 감수할 필요가 없다. 기본법 제1조의 인간의 존엄은 최상의 헌법원칙으로서 형량의 대상이 아니고 따라서 언제나 기본법 제5조 제1항에 우선된다. 그러나 의견을 표명한 것이 개인의 사적 영역이나 사회적 영역만을 침해한 경우에는 사정이 다르다. 이 때에는 포괄적인 이익형량을 해보아야 한다. 원칙적으로 주장하는 사실이 진실이라면 감수해야 한다. 개인의 인격권이 자신의 마음에 드는 정도만 일반에게 공개될 것을 요구할 권리까지 인정해 주지는 않는다.

b. 의견의 표명

연방헌법재판소는 가치에 대한 판단을 포함하고 있는 의견표명을 헌법적으로 어떻게 평가할 것인가에 대해서도 형량에 반영할 수 있는 우선원칙을 마련하였다. 인간의 존엄을 위반한 때에는 인격권이 우위를 인정 받는다. 인간의 존엄을 위반하는 사실을 유포한 때에도 마찬가지다. 기본법 제1조 제1항에 따른 인간의 존엄성은 “불가침”이고 따라서 형량의 대상이 아니다. 해당 사항에 대한 논쟁보다는 개인을 깎아 내리는 것이 주목적인 소위 비방에 해당하는 경우에도 마찬가지로 형량이 불필요하다. 연방헌법재판소의 판례에 따르면 비방도 기본법 제5조 제1항의 보호를 받는다. 그럼에도 불구하고 충돌되는 인격권이 항상 우선된다. 연방헌법재판소의 일관된 판례에 따르면 이익형량이 이루어지지 않기 때



문에 비방이라는 개념은 매우 협의로 이해해야 하고, 본질적으로 개인간의 분쟁에만 제한된다.

제3자의 존엄성을 해치지 않고 비방에 해당하지 않는 기타 모든 의견의 표명에 대해서는 충돌하는 인격권과 포괄적으로 형량해 보아야 한다. 이때 이 의견을 표명하는 자가 단지 자신의 이해관계 때문에 발언하는 것인지 또는 대중적으로 중요한 문제를 다루고자 하는 것인지가 결정적인 사실이다. 개인의 이익을 추구할 때에는 보호의 범위가 크지 않다. 반면 대중적으로 중대한 문제와 관련된 정신적 논쟁 과정에서 나온 발언일 때에는 표현의 자유가 민주주의 질서에 갖는 근본적인 의의를 고려하여 자유로운 발언이라고 보는 것이 설득력이 있다. 따라서 보통 기본법 제5조 제1항이 우선권을 갖는다.

III. 현대 인터넷 커뮤니케이션 여건에서 발생한 기본권 도그마의 새로운 문제

최근에 인터넷을 통한 커뮤니케이션이 이루어지면서 새로운 문제들에 대한 집중적인 논의가 이루어지기는 했으나 명확히 해결되지는 못하고 있다. 여기서는 두 가지 영역의 문제만 짚어 보겠는데, 인터넷상의 혐오발언 등으로부터 인격권을 보호하는 것이 한 가지 영역이고, 소셜북과 매개 미디어에서 발생하여 다원적 민주주의에 미치는 위험이 다른 한 영역의 문제이다.

1. 인격권의 보호

인격권은 인터넷의 사용으로 인해 특수한 위험에 처해 있다.

a. 혐오발언을 통한 인격권 침해에 대한 보호

첫번째 위험은 인터넷상에서 모두가 접근할 수 있는 매스 커뮤니케이션으로부터 발생한다. 과거에는 전통적 매체인 신문이나 방송사만이 매스 커뮤니케이션에 참여할 수 있는 특권을 가졌지만 인터넷상에서는 매스 커뮤니케이션이 누구에게나 열려 있다. 누구나 소셜 네트워크 또는 플랫폼에서 콘텐츠를 “임의의 대중”에게 전파할 수 있다. 미디어의 자유는 인터넷상에서 모두의 자유가 되었다. 이로 인해 누구나 모든 이의 인격권을 침해할 수 있게 되었다. 인터넷상의 인격권 침해 횟수를 보면 이 침해의 잠재력이 분명히 드러난다. 그 어디에서보다 인터넷상에서 인격권을 효과적으로 보호할 수 있는 대책을 마련하는 일이 국가의 과제이다.

혐오발언과 기타 형사법 위반에 대응하기 위해 독일 연방입법자들은 네트워크시행법(Netzwerkdurchsetzungsgesetz)을 제정하였고 2017년 10월 1일에 발효되었다. 이 법률은 이용자가 이의를 제기했을 때에 페이스북, 유튜브 그리고 트위터와 같은 네트워크 제공자에게 포스팅 된 내용이 법률로 규정된 요건을 준수했는지, 특정 위반에 해당하는지를 검토하도록 하고 이를 위반했을 때에는 삭제할 것을 의무화하고 있다. 이때 검토 기간은 차별적으로 적용된다. 위법임이 명백한 내용은 원칙적으로 24시간 이내에 삭제되어야 한다. 명백하지는 않고 “단순히” 위법한 내용은 원칙적으로 7일 이내에 삭제되어야 하는데, 특정 조건 하에서는 이 7일 기한에 대한 예외가 적용된다. 소셜 네트워크 제공자가 반복적으로 검토 및 삭제 의무를 이행하지 않을 때에는 범칙금이 부과될 수 있다. 2019년에는 네트워크시행법률에 따른 신고의무 위반에 대해 페이스북 측에 2백만 유로의 범칙금이 부과되기도 했다.

소셜 네트워크상의 혐오발언과 같은 처벌 가능한 내용의 배포를 저지한다는 네트워크시행법률의 목표는 무조건적인 지지를 받아 마땅하지만 당연히 격렬한 비난의 대상이기도 하다. 특히 검토 및 삭제 기간에 문제가 있다. 해당 내용이 위법인지를 판단하기 위해서는 복잡하고 세분화된 우열비교기준에 따른 포괄적인 검토가 사전에 수행되어야 한다. 네트워크시행법률에 규정된 검토·삭제 기간 이내에 이러한 세심한 검토를 시행하는 것이 불가능한 경우도 많다. 또한 네트워크시행법률에서 범칙금을 부과하고 있어서 소셜 네트워크 운영자들은 의혹을 세심하게 검토하지 않고 내용을 삭제해 버리려는 경향이 있다. 이와 같은 과잉차단은 기본법 제5조 제1항의 표현의 자유의 기본권과 합치하지 않는다. 뿐만 아니라 네트워크시행법률의 비례성에 관한 연방헌법재판소의 결정도 아직 내려지지 않았다.

그 밖의 측면을 살펴보자. 인터넷상에서 인격권이 효과적으로 보호되기 위해서는 명예훼손과 같은 침해를 유발한 자의 신원을 확인할 수 있어야 한다. 명예를 훼손한 자의 신원이 확인되어야 민사법상의 보호 청구권(부작위, 철회) 및 형법을 통해 인격권을 관철시킬 수 있다. 그러나 인터넷에서는 익명으로 활동하는 것이 일반적이다.

현재 익명성에 대한 권리는 기본법뿐만 아니라 일반법으로도 보호되고 있다. 하지만 익명에서 벗어나는 가능성이 없는 인격권은 공염불이 될 수밖에 없다. 인터넷 이용자에게 실명을 사용하도록 법으로 의무화하는 것이 하나의 해결책이 될 수 있을 것이다. 유인물 또는 텔레미디어 서비스 제공자들을 포함하여 전통적 대중매체인 신문이나 방송에 간기(刊記)(발행자 명·주소·발행 연월일 등)를 표기해야 하는 의무가 있었던 것을 생각하면 이러한 “디지털 복면 금지”가 설득력을 얻는다. 독일 입법자는 다른 방식을 선택했는데, 텔레미디어법을 제정하여 페이스북과 같은 네트워크 운영자가 인격권의 침해를 받는 자들에게(법원이 심사한 후에) 이용자의 신상정보(이름, 주소, 이메일 및 IP주소 등)를 제공해야 하는

의무를 부과하였다. 다만 서비스 제공자가 이용자의 신상정보를 실제로 보유하고 있을 때에만 이를 통해 효과적으로 보호받을 수 있게 되었다. 그 외의 경우에는 정보청구권이 무의미하다. 그러나 서비스 제공자가 자신의 서비스를 이용하는 사람들의 신상정보를 수집하는 것이 아직 의무는 아니다. 이 점에 대해서는 입법자의 개선작업이 요구된다.

형사소추기관이 정보를 얻을 수 있는 가능성과 관련해서도 개선필요성이 있다. 지금까지의 법률관계에서는 관할 기관의 지시가 있을 때에만 소셜 네트워크 제공자가 이용자의 신상정보를 형사소추기관에 전달할 의무가 있다. 반면에 소셜 네트워크에 게시된 가별적 내용의 게시물에 대한 정보를 받지 못하면 형사소추기관은 아무런 조치를 취할 수 없다. 이제는 형사소추상의 이러한 허점이 메워져야 한다. 2019년 10월 말에 연방정부는 소셜 네트워크 운전자들이 형법상 중대한 게시물을 연방범죄청에 신고하고 관청에 관련자 신상정보를 전달하라고 결정했다. 이로써 혐오발언, 국민에 대한 선동 및 기타 처벌 가능한 게시물을 효과적으로 처벌할 수 있는 중요한 첫걸음을 내디뎠다.

b. 잊혀질 권리

인격권에 대한 두 번째 위협은 인터넷이 아무 것도 망각하지 않는다는 사실이다. 신문 지면에 인쇄된 기사는 며칠 안에 잊혀지지만 인터넷상에서는 수 년 또는 수십 년간 머리카사로 남을 수 있다. 따라서 인터넷에서는 아날로그 시대의 미디어와는 비교할 수 없는 인격권에 대한 위협이 유발된다.

인격권에 대한 이러한 위협에 대해 유럽 입법자들은 정보보호기본규정(Datenschutz-Grundverordnung) 제17조에 “잊혀질 권리”를 명시했다. 그러나 이 권리는 표현의 자유 및 정보 자유의 권리와 충돌할 수 있고, 따라서 정보보호기본규정 제17조에 규정되어 있는 것처럼 형량이 필요하다. 유럽재판소도 2019년 9월 24일자 구글-결정에서 처음으로 기본권 차원의 형량을 요구하였다.

하지만 형량에 어떤 기준이 적용되는지는 밝혀지지 않았다. 필자 개인적으로는 앞서 설명한 것처럼 연방헌법재판소가 아날로그 시대에 표현의 자유와 인격권 사이에 충돌이 발생했을 때 사용한 기준, 즉 발언권원칙을 적용하는 것이 바람직하다고 본다. 여기에 대해서는 아직 논의가 시작 단계에 머물고 있다.

2. 의견의 다양성 및 민주적 여론형성의 보호

인격권뿐만 아니라 의견의 다양성과 민주적 여론형성도 새로운 위협에 노출되어 있다. 두

가지 예를 들어 이를 설명해 보겠는데, 소셜봇과 페이스북, 유튜브, 트위터와 같은 매개 미디어가 그것이다.

a. 소셜봇

디지털 커뮤니케이션에서 본질적이고 민주주의에 중대한 문제는 소셜봇이다. 소셜봇은 정해진 알고리즘에 따라 인터넷상에서 인간의 커뮤니케이션을 흉내 내는 소프트웨어라고 볼 수 있다. 봇은 특정 발언에 대해 특정한 내용으로 반응하도록 프로그래밍이 가능하다. 소셜봇을 기본권으로 보호하기 위해서는 다음과 같은 구별이 필요하다.

소셜봇 뒤에 실제 인간이 숨어 있고(선거운동 중인 정치가, 이미지 관리 중인 축구선수 또는 기사를 작성하고 있는 기자 등) 이런 사실을 이용자가 눈치챌 수 있을 때에는 소셜봇은 표현의 자유의 기본권의 보호를 받는다. 기본권의 주체는 봇 뒤에 숨어 있는 사람이다.

더욱 문제가 되는 것은 소셜봇 뒤에 가상의 인간이 숨어 있는 경우로, “인간”이라는 특성과 그 정체성에 대한 착각을 불러 일으키는 경우이다. (설명한 것처럼) 연방헌법재판소의 판례에 따르면 표현의 자유에 해당하지 않는 허위 사실(나치의 유대인 학살 부정)의 유포와 유사하게, 발언하는 자의 신분을 위장하는 소셜봇을 투입하는 것도 기본법 제5조의 보호대상이 아니다. 어쨌건 이와 같은 봇의 사용을 법적으로 금지하는 것은 언론의 자유의 제한에 해당될 수 있을 것이다.

봇 뒤에 실제 사람이 숨어 있는 경우에도 봇의 투입을 눈치챌 수 없다면 여론 형성에 영향을 미칠 수 있다. 독일에서는 입법자들이 이 문제를 해결하기 위해 소셜봇에 표시의무를 부과하는 것을 검토하고 있는데, 이는 커뮤니케이션 질서를 보호하는 적절한 수단임이 확실해 보인다.

b. 매개 미디어

(1) 기본법 제5조 제1항 제2문의 미디어 자유의 주체로서의 매개 미디어

최근 학술적 논의의 중심에 인터넷상에 새로 등장한 행위자인 소위 매개 미디어들을 기본권 차원에서 어떻게 분류할 것인가 하는 문제가 있다. 부분적으로는 검색엔진이나 소셜 네트워크와 같은 매개 미디어들은 기본법 제12조와 제14조에 명시된 경제적 기본권의 주체로 간주되지만, 매개 미디어들도 기본법 제5조 제1항 제2문의 미디어 자유를 주장할 수 있다는 다른 견해도 있다.

전통적 미디어와는 달리 매개 미디어는 자체 콘텐츠가 아닌 타인의 콘텐츠를 제공한다는 데에 특수성이 있다. 또한 자신의 플랫폼에 올려진 이용자의 콘텐츠에 대해 아무런 인식적이거나 의지적인 관련성도 없다. 아울러 이 두 가지 사항은 기본법 제5조의 보호 문제에 중요한 사실도 아니다. 중요한 사실은 (연방헌법재판소의 판례도 마찬가지지만) 매개 미디어가 “콘텐츠와의 충분한 관련성”이 있는가 하는 점뿐이다. 예를 들면 독립적인 내용을 담은 플랫폼 운영자와는 달리 페이스북에 있어서는 이러한 콘텐츠 관련성이 인정된다. 한편으로 페이스북은 커뮤니티 기준(Community Standards)을 통해 자신의 네트워크상의 대화에 대한 기본조건과 제한을 미리 제시한다. 다른 한편으로 페이스북은 알고리즘을 통해 이용자 각각에 보여지는 내용, 소위 뉴스피드(Newsfeed)를 조종하고 이를 통해 기본법 제5조에서 보호하는 커뮤니케이션 프로세스에 영향을 미친다(이것이 핵심적인 측면이다). 마찬가지로 유튜브는 이용자들에게 알고리즘에 기초한 개별화된 내용을 제공한다. 이러한 개별화된 콘텐츠 선별의 이면에는 이용자들을 위한 (논제와 관련된) 정보의 기반이 협소해지고 공개 토론이 축소되는 문제가 발생한다(Filterblasen: filter bubbles, Echokammern: echo chambers).¹⁾ 페이스북과 기타 유튜브, 트위터와 같은 소셜 네트워크는 이와 같이 알고리즘에 기초하여 콘텐츠를 조종하고 선별함으로써 여론형성에 기여한다는 점에서 기본법 제5조의 보호를 받는다.

(2) 매개 미디어 규제

독일에서도 소셜 네트워크가 여론 형성에 미치는 중요성이 증가하고 있음을 인식하고 있다. 특히 페이스북과 유튜브 등 소셜 네트워크 제공자의 시장권력은 우려될 정도이다. 연방정부가 설치한 독립적인 정보윤리위원회(Datenethikkommission)는 2019년 10월에 최종 보고서를 제출했다. 위원회는 소셜 네트워크의 “게이트 키퍼링 기능”으로 인하여 “고도의 잠재적 위험”이 있다고 보아, 이들을 규제할 것을 요청하고 있다. 소셜 네트워크를 관할하는 독일 주정부들도 이 문제를 인식하고서 현실적인 협약안을 통해 규제방안을 내놓았다.

(a) 투명성 의무

협약안에서는 소셜 네트워크 제공자와 같은 매개 미디어에 대해 투명성 의무를 규정하고 있다. 매개 미디어들은 자신의 플랫폼에 접근 여부를 결정하는 기준을 공개해야 한다.

1) [번역자 주] 필터 버블(filter bubble, Filterblasen)은 개별화된 검색의 결과물의 하나로, 이용자의 정보(위치, 과거의 클릭 동작, 검색 이력)에 기반하여 웹사이트 알고리즘이 선별적으로 어느 정보를 이용자가 보고 싶어하는지를 추측하며, 그 결과 이용자들이 자신의 관점에 동의하지 않는 정보로부터 분리될 수 있게 하면서 효율적으로 자신만의 문화적, 이념적 거품에 가둘 수 있게 한다. 그리고 에코 챔버(echo chamber, Echokammern)는 SNS상에서 같은 생각을 가진 사람들과 집중적으로 교류함으로써 시야가 축소되는 것을 일컫는다.

언뜻 보기에 매개 미디어에 대한 이러한 투명성 의무 부과는 알고리즘으로 조정되는 정보의 획득 및 유포 과정을 조금은 엿볼 수 있게 해주기 때문에 올바른 방향으로 가고 있는 것으로 보일 수 있다. 그러나 자세히 살펴보면 헌법학자들에게는 의구심이 생긴다. 그 의구심은 매개 미디어들이 기본권으로 보호되는 미디어의 자유를 통한 특별한 보호를 받는다는 데에서 기인한다. 알고리즘의 공개의무는 기업의 경영기밀과 영업기밀을 침해할 뿐만 아니라 기본법 제5조에서 보호하는 자치영역까지도 제한한다. 전통적 미디어는 정보의 취득과 선별 및 출판내용을 처리하는 데에 있어서 특별한 기본권 보호를 받는다. 이러한 출판활동은 기본법 제5조의 미디어 자유의 핵심을 형성한다. 자유주의적인 커뮤니케이션 관련 헌법 조항에 따르면 국가는 미디어의 편집회의에 아무런 개입을 할 수 없다. 전통적 미디어는 그들이 어떤 기준에 따라 출판내용을 정리하고 유포하는지를 공개할 필요가 없다. 이런 의무가 부과될 수도 없을 것이다. 매개 미디어에도 이와 다른 기준이 적용될 수는 없다. 정보를 정리하고 유포하는 일을 (전통적 미디어에서처럼) 기자가 행하는가 (소셜 네트워크에서처럼) 인공지능이 행하는가 하는 문제는 중요하지 않다. 기본법 제5조는 두 경우 모두에 대해 자치영역을 보장하고 있는데, 국가는 원칙적으로 그 영역에 개입할 수 없다. 알고리즘의 기밀이 21세기의 편집상 기밀인 것이다! 더 나아가 전통적 미디어도 출판 활동 과정에서 점점 더 인공지능을 사용한다는 점을 고려해야 한다. 지금까지 주로 매개 미디어와 관련해서 논의되었던 콘텐츠의 개별화는 전통적 미디어에도 동일하게 적용된다. 미디어들이 어떤 기준에 따라 자신의 콘텐츠를 개별화하는지를 공개할 의무는 독일의 기본법에 낫설다. 따라서 매개 미디어 측에 투명성 의무를 부과하는 일은 재고되어야 할 것이다. 판도라의 상자는 여기서도 그대로 닫아 두어야 한다.

(b) 차별금지

주정부들은 그 밖에도 매개 미디어들이 콘텐츠를 융합하고, 선별하고 제공하는 과정에서 차별을 하지 않을 의무를 부과하는 방안을 고민하고 있는데, 이는 헌법과는 거리가 있다. 이와 같은 규제는 기본권으로 보호되는 소셜 네트워크 운영자의 미디어 자유와 이용자의 정보의 자유에 위배된다. 전통적 매체와 마찬가지로 소셜 네트워크의 제공자들도 경향성의 자유를 누린다. 이들은 자기 네트워크상에서 커뮤니케이션의 내용적 기준을 자유롭게 결정할 수 있다. 따라서 어떤 제공자들은 좌파-자유주의적인 경향을 미리 제시하고 다른 의견에 대해서는 네트워크 대화공간에서 차단할 수 있다. 표현의 자유는 언제나 경향성의 자유이다. 미디어에 적용되는 것은 소셜 네트워크에도 적용된다. 그래서 연방헌법재판소는 2019년 5월에 내린 페이스북 관련 결정에서 소셜 네트워크 제공자와 이용자의 기본권 사이에서 이익을 형량할 때 “플랫폼의 내용적 방향성”이 결정적으로 중요하다고 지적했다.

그리고 무엇보다도 차별금지라는 규제장치는 전통적인 방송규제에서 유래되었다. 이 장

치는 커뮤니케이션 프로세스의 구조변화, 즉 콘텐츠의 개별화를 반영하지 못한다. 이는 소셜 네트워크뿐만 아니라 수용자들의 (실제 그러하든 주장에 불과하든) 커뮤니케이션 요구에 따라 재단된 맞춤형 콘텐츠를 제공하는 전통적 미디어에도 적용된다. 소셜 네트워크를 통한 콘텐츠의 개별화는 (전통적 미디어를 통한 것도 마찬가지로) 개인의 커뮤니케이션에 대한 자기결정, 즉 기본권으로 보호되는 정보의 자유에 기여한다. 콘텐츠가 개별화되기 위해서는 중요하거나 중요하지 않은 콘텐츠 그리고 원하거나 원하지 않는 콘텐츠를 선별하는 결정이 선행되어야 한다. 콘텐츠를 선별하고 그에 따라 포함하고 배제시키는 일은 정보의 자유의 고유한 본질이다. 개인이 특정 내용을 제외시킬 권리, 즉 “차별”할 권리를 가지고 있기 때문에 이 권리는 소셜 네트워크(그리고 전통적 미디어)에도 적용된다. 그렇지 않다면 콘텐츠의 개별화는 불가능하다.

(c) 소셜 네트워크의 두 기둥 모델(Zwei-Säulen-Modell): 다양한 퍼블릭 피드(public feed)를 개별화된 뉴스 피드(news feed)와 나란히 제공할 것을 의무화 함

앞서 언급한 정보윤리위원회는 최근 제출한 최종보고서에서 추가적인 규제방안을 제안하였다. 여기에 따르면 소셜 네트워크들은 앞으로도 계속 규제를 받지 않고 개별화된 콘텐츠를 담은 뉴스피드를 제공할 수 있어야 한다. 하지만 뉴스피드 옆에는 “경향성이 없고, 균형적이며 다중적인 다양한 의견을 담은 기사와 정보”가 정리되어 있는 퍼블릭 피드가 나란히 실려 있어야 한다. 소셜 네트워크는 다양한 기사를 담은 퍼블릭 피드를 그 옆에 나란히 제공해야만 개별화된 뉴스피드를 제공할 수 있다는 것이다.

이 제안도 방송규제, 더 정확하게는 1980년대에 독일에 민영방송이 도입된 직후 민영방송을 규제했던 일을 떠올리게 한다. 민영방송이 시작된 초창기에는 내적 다원주의 시스템이 적용되어 모든 개별 제공자들은 의무적으로 자신의 프로그램에 전체 다양성을 담을 의무가 있었다. 1990년 중반부터는 이러한 (어차피 제대로 작동하지 않았던) 시스템이 외적 다원주의 방안으로 대체되어 개별 방송프로그램이 아닌 민영방송 프로그램 전체에 반영되면 되도록 변경되었다.

이와 같은 두 기둥 모델은 여러 가지 의문을 제기한다. 개별 제공자(특히 사설 신문이나 잡지)들이 동의하지 않는다면 어떻게 퍼블릭 피드에 균형 잡히고 다원적인 내용을 모아둘 수 있는가? 그리고 여기에는 어떠한 기준이 적용되어야 하는가? 이러한 문제들을 무시하고서는 이러한 규제수단은 다양성 문제를 적절히 해결할 수 없다. 이는 다양성 위험을 감소시키기 보다는 오히려 강화시킨다. 퍼블릭 피드를 통해 더 많은 사람이 플랫폼을 이용할 것이기 때문에 퍼블릭 피드를 제공하는 것은 그렇지 않아도 강한 플랫폼의 시장권력을 더욱 강화시킬 것이다. 즉 내용이 많아지면 정보가 많아지고 시장권력도 커진다. 이 모

든 것은 광고로 유지되는 미디어의 경제적 기반을 더욱 침식하도록 작동할 것이다. 전통적인 민영 미디어 제공자들은 강력해지기 보다는 약화될 것이다. 자신의 네트워크에서 뉴스를 확대하고 싶어하는 것으로 알려진 마크 저커버그 Mark Zuckerberg 에게는 퍼블릭 피드 설치 의무가 싫지는 않겠지만 출판사들은 “별무소득”일 것이다.

또한 퍼블릭 피드를 통해 개별화된 뉴스피드의 “필터 버블”을 제거한다는 목표를 달성하기는 매우 어려워 보인다. “필터 버블”에 갇힌 자, 즉 좌측과 우측을 두루 살피지 않는 자, 그러니까 일간지나 방송이 전부 “거짓 언론”이고 “기득권의 앞잡이(Establishment)”에 속한다고 생각해서 이들과 더 이상 대면하지 않는 자는 퍼블릭 피드 역시 “거짓 언론”과 “기득권 논리”를 정리한 것에 불과하다고 추측해서 눈길도 주지 않을 것이다. 균형 잡힌 내용을 담은 퍼블릭 피드를 제공하는 것을 의무화한다고 하더라도 “필터 버블”을 터트려 개인들을 다른 세계관과 대면시켜 주지는 못할 것 같다. 퍼블릭 피드와 대면할 것을 의무화하거나 또는 개별화된 뉴스피드에 퍼블릭 피드를 첨가하는 것을 감수할 것을 의무화한다면 결국 “민주주의적 강제교육”이 되고, 이는 자유 속에 숨쉬는 커뮤니케이션 관련 헌법의 정신이나 이용자의 정보의 자유에 부합하지 못할 것이다.

(d) 결론

이제 결론을 내려 보자. 소셜 네트워크는 국가를 새로운 도전으로 내몰았다. 전통적 미디어 규제 수단은 맞지 않는다. 이들 수단은 소셜 네트워크 제공자의 개별화된 콘텐츠를 반영하지 못한다. 입법자들은 “새롭게 사고해야” 하는데, 이는 소셜 네트워크를 규제하는데 있어서뿐만 아니라 콘텐츠를 개별화하고 있는 전통적 미디어를 규제할 때에도 적용된다. 모든 경우에 시장권력과 언론권력은 민주주의의 관점에서 보자면 눈에 가시 같은 존재다. 특히 페이스북이나 유튜브와 같은 매개 미디어들의 시장권력은 민주주의에 대한 근본적 문제가 되고 있다. 경제적 경쟁이 반드시 다양성으로 이어지는 것은 아니다. 하지만 미디어와 (여론을 형성하는) 매개 미디어들의 시장권력을 제한하는 일은 다원적 민주주의를 위한 본질적인 전제조건이다.

페이스북과의 불평등한 경쟁에서 소규모 제공자들에게 힘을 실어주기 위해서는 텔레커뮤니케이션법(Telekommunikationsrecht)에서 입증된 상호연결체제(Interconnectionregime)를 시장권력을 가진 소셜 네트워크 제공자에게 적용해볼 수 있을 것이다. 텔레커뮤니케이션법상의 상호연결은 텔레커뮤니케이션 회사들에게 망을 결합하여 여러 망 이용자들 간의 커뮤니케이션을 보장할 수 있게 할 것을 의무화하고 있다. 이러한 의무가 페이스북 회사에도 부과된다면 소규모 네트워크 이용자들은 페이스북 이용자와 소통할 수 있고, 이를 통해 소위 로그인 효과는 축소되고 소규모 제공자들의 경쟁기회가 보다 향상될 것이다.



첨언하자면: 마크 저커버그는 소셜 네트워크의 생존 원칙을 이렇게 표현했다. “다른 모든 이와 무엇이랴도 나눌 수 있는 힘을 모두에게 주어라 Give everybody the power to share anything with anyone.” 아마도 우리는 이를 글자 그대로 받아들이고 시장권력을 가진 매개 미디어들이 자신의 정보창고를 공유하도록, 다시 말해 중소 경쟁사에 전달하도록 의무화 해야 할 것이다.

Freedom of Speech

Prof. Dr. Hubertus Gersdorf, Universität Leipzig

Abstract

1. Die Kommunikationsgrundrechte des Art. 5 GG dienen der geistigen Persönlichkeitsentfaltung des Einzelnen (individualrechtliche Funktion) und dem demokratischen Meinungsbildungsprozess (objektivrechtliche Funktion). Um der Demokratie willen genießt Art. 5 GG besonderen Schutz.
2. Das allgemeine Persönlichkeitsgrundrecht tritt in der Praxis oftmals in Konflikt mit Art. 5 GG. Das Bundesverfassungsgericht hat für die Güterabwägung ein ausdifferenziertes System von Vorrangregeln entwickelt. Es gelten unterschiedliche Maßstäbe für die Zulässigkeit von Tatsachenbehauptungen und von Meinungsäußerungen.
3. Unter den Bedingungen moderner Internetkommunikation ergeben sich neue Fragen wie der Schutz des Persönlichkeitsrechts vor Hassrede im Internet und wie Gefahren, die von Social Bots und Medienintermediären für die pluralistische Demokratie ausgehen. Medienintermediäre (Facebook, YouTube, Twitter etc.) unterfallen dem grundrechtlichen Schutz der Medienfreiheiten. Ihre Regulierung wirft besondere Probleme auf. Die Instrumente der Regulierung klassischer Medien passen nicht. Sie tragen der Personalisierung von Inhalten durch Medienintermediäre nicht Rechnung.



I. Einleitung

Das Grundgesetz, d.h. die Verfassung der Bundesrepublik Deutschland, ist ein Gegenentwurf zu dem Totalitarismus des nationalsozialistischen Regimes. Das gilt auch und gerade für die Kommunikationsverfassung des Grundgesetzes. Sie verarbeitet die traumatischen Erinnerungen an die staatliche Meinungs- und Informationslenkung durch den Propagandastaat zwischen 1933 und 1945. Die durch Artikel 5 Absatz 1 Grundgesetz (Art. 5 Abs. 1 GG) geschützten Kommunikationsgrundrechte, d.h. die freie Meinungsäußerung, die Informationsfreiheit sowie die Presse- und Rundfunkfreiheit, sind die Herzkammer der Demokratie.

Lassen Sie mich zunächst einen Blick auf die Baustuktur dieser Herzkammer der Demokratie werfen und Ihnen die Grundlagen der Kommunikationsverfassung skizzieren. Vieles von dem ist höchstrichterlich geklärt und entspricht ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Überwiegend ungeklärt sind dagegen die Fragen, denen ich mich im zweiten Teil meines Vortrags widme. Wie lässt sich ein wirksamer Persönlichkeitsschutz gegen Hassrede unter den Bedingungen der Internetkommunikation gewährleisten? Welche Chancen, aber auch Gefahren bestehen für Meinungsfreiheit und demokratische Meinungsbildung durch neue Kommunikationsformen wie Social Bots und Medienintermediäre (Facebook, YouTube, Twitter etc.)? Hier betreten wir grundrechtsdogmatisches Neuland.

II. Grundlagen der Kommunikationsverfassung

1. Die Kommunikationsgrundrechte

Art. 5 Abs. 1 GG schützt die Meinungs-, Informations-, Presse- und Rundfunkfreiheit, die jeweils eigenständige Grundrechte sind. Demgegenüber existiert in der Grundrechtecharta der Europäischen Union und in der Europäischen Menschenrechtskonvention des Europarats ein einheitliches Grundrecht auf freie Meinungsäußerung, das sowohl die Meinungsäußerung des Einzelnen als auch die Presse- und Rundfunkfreiheit der Medien umfasst. Eine gesonderte Regelung der Kommunikationsgrundrechte wie in Art. 5 Abs. 1 GG gibt es im Europäischen Recht nicht.

Sämtliche Kommunikationsgrundrechte des Art. 5 Abs. 1 GG erfüllen zwei Funktionen: eine individualrechtliche und eine objektivrechtliche.

Die individualrechtliche Funktion betrifft das Recht des Einzelnen auf Entfaltung seiner geistigen

Persönlichkeit. Individualität umschließt das natürliche Bedürfnis, im privaten und öffentlichen Raum „den Mund auf tun zu können“ und „geistig Luft abzulassen“ (Roman Herzog, ehemaliger Präsident des Bundesverfassungsgerichts und Bundespräsident der Bundesrepublik Deutschland). In der Diktion des Bundesverfassungsgerichts: Die freie Meinungsäußerung ist „unmittelbarster Ausdruck der menschlichen Persönlichkeit in der Gesellschaft“.

Auf die objektivrechtliche Funktion der Meinungsfreiheit hat das Bundesverfassungsgericht bereits 1958 hingewiesen. Die Meinungsfreiheit ist „für eine freiheitlich-demokratische Grundordnung ... schlechthin konstituierend“; „denn sie ermöglicht erst die ständige geistige Auseinandersetzung, den Kampf der Meinungen, der ihr Lebenselement ist.“ Art. 5 GG bildet insoweit eine „objektive Wertordnung“, die „Richtlinien und Impulse“ für Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung gibt.

Dieser objektivrechtliche Gehalt der Kommunikationsgrundrechte prägt die Rechtsordnung Deutschlands. Die Träger des Art. 5 GG genießen Privilegien im Interesse der Demokratie. So ist das Verteilen politischer Flugblätter im öffentlichen Bereich erlaubnisfrei, während das Verteilen von Flugblättern mit kommerzieller Werbung erlaubnispflichtig ist. Weiter: Journalisten von Presse und Rundfunk haben im Strafprozessrecht umfassende Zeugnisverweigerungsrechte. Und vor allem: Die Kommunikationsgrundrechte des Art. 5 GG wirken als objektiv-rechtliche Prinzipien auf das Zivilrecht ein. Bei der Abwägung mit kollidierenden Grundrechten, insbesondere mit dem allgemeinen Persönlichkeitsgrundrecht anderer Personen, ist der „besondere Wertgehalt“ des Art. 5 GG maßgeblich zu berücksichtigen. Im Rahmen der Güterabwägung genießt der Einzelne besonderen Schutz; dies allerdings nicht um seiner selbst willen, sondern um der Demokratie willen.

Der objektiv-rechtliche Gehalt führt auch dazu, dass nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bewusst oder erwiesen unwahre Tatsachenbehauptungen nicht von Art. 5 Abs. 1 GG geschützt sind, „da sie zu der verfassungsrechtlich gewährleisteten Meinungsbildung nichts beitragen können“. So kann etwa derjenige, der den Holocaust leugnet, sich nicht auf das Grundrecht der Meinungsäußerung berufen.

2. Schranken der Kommunikationsgrundrechte

Die Meinungsfreiheit und die weiteren Kommunikationsgrundrechte des Art. 5 Abs. 1 GG sind nicht absolut gewährleistet, sondern finden ihre Schranken vor allem in den allgemeinen Gesetzen (z.B. Strafgesetzbuch) und im Recht der persönlichen Ehre. Der wirksame Ehrschutz spielt traditionell eine große Rolle; auf den Schutz des Persönlichkeitsgrundrechts komme ich gleich



zurück. Daneben können weitere Grundrechte den Kommunikationsgrundrechten Grenzen setzen. Zu nennen ist etwa das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung, das vor der Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe personenbezogener Daten schützt. Dieses Grundrecht spielt im Verhältnis von Medienunternehmen und Rezipienten eine zunehmende Bedeutung, namentlich bei personalisierter Werbung durch die Medien. Um Streuverluste zu vermeiden und um Werbung personalisieren zu können, müssen die Medien das Nutzerverhalten möglichst umfassend erfassen, d.h. möglichst viele personenbezogene Daten erheben. Nutzertracking ist aber nicht nur für die Personalisierung von Werbung erforderlich, sondern ebenso für die Personalisierung von Inhalten. Die durch Künstliche Intelligenz (KI), d.h. durch Algorithmen gesteuerte Personalisierung des Newsfeed bei Facebook oder der Benutzeroberflächen bei YouTube, Netflix, Apple-TV oder Amazon Prime Video verdeutlicht, dass sich die Massenkommunikation der Medien in einem Strukturwandel befindet. Haben Medien früher dieselben Inhalte an alle verbreitet, schneiden sie ihre Inhalte heute immer mehr auf die (tatsächlichen oder vermeintlichen) Bedürfnisse der Rezipienten zu. Eine solche Personalisierung setzt eine umfassende Vermessung des Nutzerverhaltens voraus. Das aber kann in Konflikt geraten mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung, also mit dem Datenschutz.

Darüber hinaus erfordert Nutzertracking oftmals die Installation einer Software auf dem Endgerät des Nutzers, die das Erfassen des Nutzerverhaltens erst ermöglicht. Das Bundesverfassungsgericht hat in der sogenannten Online-Durchsuchungs-Entscheidung in Bezug auf die Infiltration entsprechender Überwachungssoftware auf informationstechnischen Systemen eine Schutzlücke in den Grundrechten des Grundgesetzes ausgemacht und deshalb ein neues Grundrecht entwickelt: das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme.

Auch der Europäische Gerichtshof hat sich in einem jüngst ergangenen Urteil aus Oktober 2019 mit der Problematik beschäftigt. Der Gerichtshof hatte die Frage zu klären, ob das Setzen von Cookies im Browser nur zulässig ist, wenn der Nutzer vorher zugestimmt hat. Der Gerichtshof hat dies bejaht unter Hinweis auf den Datenschutz, obgleich das Setzen von Cookies noch keine Erhebung personenbezogener Daten ist. Da jedoch Cookies das spätere Nutzertracking erst ermöglichen, ist das Setzen von Cookies ebenso wie das Nutzertracking am Datenschutz zu messen. Das zeigt, dass es – entgegen der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts – keines neuen Grundrechts für die Infiltration von Überwachungssoftware auf den Endgeräten der Nutzer bedurft hätte. Das Grundrecht auf informationelle Selbstvermittlung bietet – bei entsprechend weiter, teleologischer Auslegung – bereits ausreichend Schutz.

3. Vorrangregeln für die Kollision von Meinungs-, Presse- und Rundfunkfreiheit mit dem allgemeinen Persönlichkeitsgrundrecht

Das allgemeine Persönlichkeitsgrundrecht tritt in der Praxis oftmals in Konflikt mit der Meinungs-, Presse- oder Rundfunkfreiheit. Das Bundesverfassungsgericht hat für die Güterabwägung ein ausdifferenziertes System von Vorrangregeln entwickelt. Es gelten unterschiedliche Maßstäbe für die Zulässigkeit von Wortbeiträgen und von Bildbeiträgen. Ich möchte mich auf die Maßstäbe für Wortbeiträge beschränken.

Für die verfassungsrechtliche Bewertung von Meinungsäußerungen in Wortform kommt der Unterscheidung zwischen Meinungen und Tatsachenbehauptungen weichenstellende Bedeutung zu. Während Meinungen durch das Element der Stellungnahme und des Dafürhaltens gekennzeichnet sind, also nicht richtig oder falsch sein können, können Tatsachen, die dem Beweis zugänglich sind, richtig oder falsch sein.

a. Tatsachenbehauptungen

Wie bereits dargelegt, unterliegen nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bewusst oder erwiesene unwahre Tatsachenbehauptungen schon nicht dem Schutz des Art. 5 Abs. 1 GG, weil sie zur Meinungsbildung nichts beitragen können. Das kollidierende Persönlichkeitsgrundrecht hat daher Vorrang.

Demgegenüber bewegt sich die Behauptung einer Tatsache, deren Wahrheitsgehalt noch ungewiss ist, innerhalb des Schutzbereichs des Art. 5 Abs. 1 GG. Für die Abwägung kommt es entscheidend darauf an, ob der Äußernde seine Sorgfaltspflicht erfüllt hat, ob er also in zumutbarer Weise die Richtigkeit überprüft und gegebenenfalls seinen Kenntnisstand darüber zutreffend mitgeteilt hat. Je stärker die Äußerung die Persönlichkeitsrechte Dritter berührt, desto höher sind die Sorgfaltsanforderungen. Allerdings dürfen an die Sorgfaltspflichten auch keine Anforderungen gestellt werden, welche die Bereitschaft zum Gebrauch des Grundrechts der Meinungsfreiheit herabsetzen und so auf die Meinungsfreiheit insgesamt einschnürend wirken können. Für professionell arbeitende Medien sind die Anforderungen strenger als für Privatleute. Bei Verletzung der Sorgfaltspflicht hat der Schutz des Persönlichkeitsrechts Vorrang. Demgegenüber geht die Meinungsfreiheit regelmäßig vor, wenn die Sorgfaltspflicht erfüllt wurde.

Bei der Verbreitung wahrer Tatsachen kommt es darauf an, ob sie die Intimsphäre, die Privatsphäre oder die Sozialsphäre berühren. Meinungsäußerungen, die die Intimsphäre des Einzelnen betreffen (schwere Krankheit, Sexualität etc.), müssen vom Betroffenen nicht hingenommen werden. Die



Menschenwürde des Art. 1 GG ist als oberstes Konstitutionsprinzip nicht abwägungsfähig und geht daher Art. 5 Abs. 1 GG stets vor. Anders liegen die Dinge, wenn die Meinungsäußerung nur die Privat- oder Sozialsphäre des Einzelnen berührt. In diesem Fall muss eine umfassende Güterabwägung stattfinden. Grundsätzlich sind wahre Tatsachenbehauptungen hinzunehmen. Insbesondere gibt das Persönlichkeitsrecht dem Einzelnen keinen Anspruch, in der Öffentlichkeit nur so dargestellt zu werden, wie es ihm genehm ist.

b. Meinungsäußerungen

Auch für die verfassungsrechtliche Würdigung von Meinungsäußerungen, die Werturteile enthalten, hat das Bundesverfassungsgericht Vorzugsregeln entwickelt, welche im Rahmen der erforderlichen Abwägung zu berücksichtigen sind. Vorrang genießt das kollidierende Persönlichkeitsrecht bei einem Verstoß gegen die Menschenwürde. Es gilt nichts anderes als bei der Verbreitung von Tatsachen, die die Menschenwürde verletzen. Die Menschenwürde ist nach Art. 1 Abs. 1 GG „unantastbar“ und daher nicht abwägungsfähig. Ebenso wenig findet eine Abwägung im Fall von sogenannter Schmähdiskussion statt, bei der nicht die Auseinandersetzung in der Sache, sondern die Herabwürdigung der Person im Vordergrund steht. Schmähdiskussion ist zwar nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts durch Art. 5 Abs. 1 GG geschützt. Gleichwohl hat das kollidierende Persönlichkeitsrecht stets Vorrang. Weil eine Güterabwägung nicht erfolgt, ist der Begriff der Schmähdiskussion nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sehr eng zu verstehen und im Wesentlichen auf den Fall der Privatfehde begrenzt.

Bei allen anderen Meinungsäußerungen, die also nicht die Menschenwürde eines Dritten verletzen oder Schmähdiskussion darstellen, ist eine umfassende Abwägung mit dem kollidierenden Persönlichkeitsrecht vorzunehmen. Maßgeblich ist hierbei, ob der Äußernde bloße Eigeninteressen oder eine für die Öffentlichkeit wichtige Frage behandelt. Bei der Verfolgung individueller Interessen fällt der Schutz geringer aus. Wenn es hingegen um Beiträge zum geistigen Meinungskampf in einer für die Öffentlichkeit wesentlichen Frage geht, spricht wegen der fundamentalen Bedeutung der Meinungsfreiheit für die demokratische Ordnung eine Vermutung für die freie Rede. Art. 5 Abs. 1 GG genießt dann in der Regel Vorrang.

III. Neue grundrechtsdogmatische Fragen unter den Bedingungen moderner Internetkommunikation

Unter den Bedingungen moderner Internetkommunikation ergeben sich neue Fragen, die

intensiv diskutiert werden, aber bislang nicht geklärt sind. Ich möchte nur zwei Problembereiche herausgreifen: den Schutz des Persönlichkeitsrechts, insbesondere vor Hassrede im Internet; und die Gefahren, die von Social Bots und Medienintermediären für die pluralistische Demokratie ausgehen.

1. Schutz des Persönlichkeitsrechts

Das Persönlichkeitsrecht ist durch das Internet besonderen Gefahren ausgesetzt.

a. Schutz bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch Hassrede

Eine erste Gefahr resultiert aus der im Internet für jedermann möglichen Massenkommunikation. Während in der Vergangenheit nur die klassischen Medien Presse und Rundfunk das Privileg zur Teilnahme an Massenkommunikation hatten, steht Massenkommunikation im Internet jedermann offen. Jeder kann in sozialen Netzwerken und anderen Plattformen Inhalte an eine „beliebige Öffentlichkeit“ verbreiten. Die Medienfreiheiten sind im Internet zu Jedermann-Freiheiten geworden. Dadurch kann auch jedermann jedermanns Persönlichkeitsrechte verletzen. Die hohe Zahl von Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Internet verdeutlicht dieses Gefährdungspotenzial. Es ist Aufgabe des Staates, für einen wirksamen Schutz des Persönlichkeitsrechts auch und gerade im Internet Sorge zu tragen.

Um der Gefahr von Hassrede und weiteren Verstößen gegen Strafgesetze zu begegnen, hat der Bundesgesetzgeber das Netzwerkdurchsetzungsgesetz erlassen, das am 1. Oktober 2017 in Kraft getreten ist. Es verpflichtet die Anbieter sozialer Netzwerke wie Facebook, YouTube oder Twitter, bei einer Beschwerde von Nutzern die im Netzwerk geposteten Inhalte auf die Einhaltung bestimmter, im Gesetz geregelter Straftatbestände zu überprüfen und im Fall der Rechtswidrigkeit zu löschen. Hierfür gelten unterschiedliche Prüffristen. Offensichtlich rechtswidrige Inhalte sind innerhalb von 24 Stunden zu löschen. Nicht offensichtlich, sondern nur „schlicht“ rechtswidrige Inhalte sind in der Regel innerhalb von 7 Tagen zu löschen; eine Abweichung von der 7-Tage-Frist ist unter bestimmten Voraussetzungen zulässig. Kommen die Anbieter sozialer Netzwerke ihren Prüf- und Löschungspflichten wiederholt nicht nach, kann gegen sie ein Bußgeld verhängt werden. Gegen Facebook wurde im Jahr 2019 ein Bußgeld in Höhe von 2 Millionen Euro verhängt wegen Verstoßes gegen Berichtspflichten nach dem Netzwerkdurchsetzungsgesetz.

Auch wenn das Ziel des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes, die Verbreitung strafbarer Inhalte wie Hassrede in sozialen Netzwerken zu unterbinden, uneingeschränkt Zustimmung verdient, ist es gleichwohl zu Recht heftiger Kritik ausgesetzt. Vor allem sind die Prüf- und Löschungsfristen



problematisch. Ob ein Inhalt rechtswidrig ist, lässt sich oft erst nach einer umfassenden Prüfung anhand des dargelegten komplexen und ausdifferenzierten Systems von Vorrangkriterien beurteilen. Eine sorgfältige Prüfung ist innerhalb der im Netzwerkdurchsetzungsgesetz geregelten Prüf- und Lösungsfristen aber häufig nicht möglich. Auch mit Blick auf die Bußgeldandrohung des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes können die Betreiber sozialer Netzwerke daher geneigt sein, Inhalte ohne sorgfältige Prüfung im Zweifel zu löschen. Ein solches Overblocking ist nicht mit dem Grundrecht der Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 GG vereinbar. Eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsmäßigkeit des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes steht allerdings noch aus.

Ich komme zu einem weiteren Aspekt. Wirksamer Persönlichkeitsschutz im Internet setzt voraus, dass derjenige, von dem Eingriffe wie Beleidigungen ausgehen, identifizierbar ist. Nur wenn die Person des Verletzers feststeht, kann das Persönlichkeitsrecht mithilfe der zivilrechtlichen Schutzansprüche (Unterlassung, Widerruf) und des Strafrechts durchgesetzt werden. Im Internet ist aber Anonymität verbreitet.

Nun ist zwar das Recht auf Anonymität sowohl durch das Grundgesetz als auch durch einfaches Recht geschützt. Ohne Möglichkeit der De-Anonymisierung läuft das Persönlichkeitsrecht jedoch leer. Eine Lösung könnte eine gesetzliche Klarnamenspflicht für die Internetnutzer sein. Für ein solches „digitales Vermummungsverbot“ spricht die Parallele zur Impressumspflicht für die klassischen Medien Rundfunk und Presse einschließlich Flugblätter und Telemediendiensteanbieter. Der deutsche Gesetzgeber hat einen anderen Weg gewählt und Netzwerkbetreiber wie Facebook durch das Telemediengesetz verpflichtet, in ihrem Persönlichkeitsrecht betroffenen Personen – nach gerichtlicher Überprüfung – Auskunft über die Bestandsdaten von Nutzern (Name, Adresse, E-Mail- und IP-Adresse etc.) zu erteilen. Dadurch ist allerdings das Persönlichkeitsrecht nur dann wirksam geschützt, wenn der Diensteanbieter über die Bestandsdaten seiner Nutzer auch tatsächlich verfügt. Sonst läuft der Auskunftsanspruch leer. Eine Verpflichtung der Diensteanbieter, die Bestandsdaten ihrer Nutzer zu erheben, existiert aber bisher nicht. Hier muss der Gesetzgeber nachbessern.

Nachbesserungsbedarf besteht auch in Bezug auf die Möglichkeit der Informationsbeschaffung der Strafverfolgungsbehörden. Nach bisheriger Rechtslage sind die Anbieter sozialer Netzwerke nur auf Anordnung der zuständigen Stelle verpflichtet, Bestandsdaten von Nutzern an die Strafverfolgungsbehörden herauszugeben. Erhalten die Strafverfolgungsbehörden von Postings mit strafbarem Inhalt in sozialen Netzwerken keine Kenntnis, können sie hiergegen nicht vorgehen. Diese Lücke bei der Strafverfolgung soll nun geschlossen werden. Die Bundesregierung hat Ende

Oktober 2019 beschlossen, dass Betreiber sozialer Netzwerke strafrechtlich relevante Beiträge dem Bundeskriminalamt melden und der Behörde die jeweiligen Bestandsdaten übermitteln müssen. Damit wird ein wichtiger Schritt in Richtung einer wirksamen Strafverfolgung bei Hassrede, Volksverhetzung und anderen strafbaren Postings getan.

b. Recht auf Vergessenwerden

Eine zweite Gefahr für das Persönlichkeitsrecht ist, dass das Internet nichts vergisst. Eine Meldung in der gedruckten Zeitung ist schon nach wenigen Tagen vergessen; im Internet kann sie noch nach Jahren oder Jahrzehnten zur Schlagzeile werden. Deshalb geht vom Internet eine ungleich größere Gefährdung des Persönlichkeitsrechts aus als von analogen Medien.

Wegen dieser Gefährdung des Persönlichkeitsrechts hat der europäische Gesetzgeber in Artikel 17 Datenschutz-Grundverordnung das „Recht auf Vergessenwerden“ normiert. Dieses Recht kann allerdings mit dem Recht auf Meinungs- und Informationsfreiheit kollidieren, sodass eine Abwägung erforderlich ist, was Art. 17 Datenschutz-Grundverordnung auch vorsieht. Die grundrechtliche Notwendigkeit einer Abwägung hat nun erstmals auch der Europäische Gerichtshof in seiner jüngsten Google-Entscheidung vom 24. September 2019 verlangt.

Ungeklärt ist allerdings, welche Abwägungsmaßstäbe gelten. Mir erscheint es sinnvoll, auf die bereits dargelegten Kriterien zurückzugreifen, die das Bundesverfassungsgericht für den Konflikt zwischen der Meinungsfreiheit und dem Persönlichkeitsrecht in der analogen Welt entwickelt hat, d.h. auf die Grundsätze des Äußerungsrechts. Hier stehen wir aber noch ganz am Anfang der Diskussion.

2. Schutz der Meinungsvielfalt und demokratischen Meinungsbildung

Nicht nur Persönlichkeitsrechte, sondern auch die Meinungsvielfalt und demokratische Meinungsbildung sind neuartigen Gefahren ausgesetzt. Ich möchte dies an zwei Beispielen deutlich machen: den Social Bots und den Medienintermediären wie Facebook, YouTube und Twitter.

a. Social Bots

Ein grundrechtliches und für die Demokratie relevantes Problem digitaler Kommunikation sind Social Bots. Social Bots sind nichts anderes als eine Software, die nach einem festgelegten Algorithmus menschliche Kommunikation im Internet simuliert. Ein Bot kann so programmiert werden, dass er auf bestimmte Aussagen mit bestimmten Inhalten reagiert. Für den



grundrechtlichen Schutz von Social Bots muss man differenzieren:

Wenn hinter Social Bots eine reale Person steht – ein Politiker im Wahlkampf, ein Fußballer zur Imagepflege oder ein Journalist zum Verfassen journalistischer Texte – und das für den Nutzer erkennbar ist, sind Social Bots durch das Grundrecht der Meinungsfreiheit geschützt. Träger des Grundrechts ist die hinter dem Bot stehende Person.

Problematischer ist der Fall, dass hinter Social Bots eine fiktive Person steht, sodass über die Eigenschaft „Mensch“ und seine Identität getäuscht wird. In Parallele zur Verbreitung unwahrer Tatsachen (z.B. Holocaustleugnung), die – wie dargelegt – nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht dem Grundrecht der Meinungsfreiheit unterfallen, dürfte auch der Einsatz von Social Bots, die über die Person des sich Äußernden täuschen, nicht durch Art. 5 GG geschützt sein. Jedenfalls dürfte ein gesetzliches Verbot der Verwendung solcher Bots durch die Schranken der Meinungsfreiheit gedeckt sein.

Und auch Bots, hinter denen eine reale Person steht, können die öffentliche Meinungsbildung beeinflussen, wenn der Bot-Einsatz nicht erkennbar ist. In Deutschland denkt der Gesetzgeber zur Lösung des Problems über eine Kennzeichnungspflicht für Social Bots nach, was sicher ein geeignetes Mittel zum Schutz der Kommunikationsordnung wäre.

b. Medienintermediäre

(1) Medienintermediäre als Träger der Medienfreiheiten des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG

Im Zentrum des wissenschaftlichen Diskurses steht das Problem, wie die neuen Akteure des Internet, die sog. Medienintermediäre, grundrechtlich einzuordnen sind. Zum Teil werden Medienintermediäre wie Suchmaschinen und soziale Netzwerke nur als Träger der Wirtschaftsgrundrechte aus Art. 12 und 14 GG angesehen; nach anderer Ansicht sollen sich Medienintermediäre auch auf die Medienfreiheiten des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG berufen können.

Die Besonderheit von Medienintermediären besteht darin, dass sie anders als klassische Medien nicht eigene, sondern fremde Inhalte bereitstellen. Auch haben sie zu den auf ihrer Plattform eingestellten fremden Inhalten ihrer Nutzer keinen kognitiven und voluntativen Bezug. Beides ist aber für die Frage des Schutzes durch Art. 5 GG auch nicht entscheidend. Entscheidend ist – auch nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – allein, ob Medienintermediäre einen „hinreichenden Inhaltsbezug“ haben. Ein solcher Inhaltsbezug ist etwa bei Facebook anders als bei inhaltsneutralen Plattformbetreibern gegeben. Zum einen gibt Facebook durch Gemeinschaftsstandards (Community Standards) die Rahmenbedingungen und Grenzen für

die Kommunikation in seinem Netzwerk vor. Zum anderen – und dies ist der zentrale Aspekt – steuert Facebook durch Algorithmen die für den einzelnen Nutzer sichtbaren Inhalte, den sogenannten Newsfeed, und beeinflusst auf diese Weise den durch Art. 5 GG geschützten Kommunikationsprozess. Entsprechend zeigt YouTube seinen Nutzern algorithmenbasiert personalisierte Inhalte an. Kehrseite dieser individualisierten Inhaltsauswahl ist die (themenbezogene) Verengung der Informationsbasis für den Nutzer, die den öffentlichen Diskurs verkürzt („Filterblasen“ und „Echokammern“). Kraft dieser algorithmenbasierten Steuerung und Selektion von Inhalten tragen Facebook, aber auch andere soziale Netzwerke wie YouTube und Twitter zur Meinungsbildung bei und unterliegen deshalb dem Schutz des Art. 5 GG.

(2) Regulierung von Medienintermediären

Auch in Deutschland wird die ständig wachsende Bedeutung der sozialen Netzwerke für die öffentliche Meinungsbildung erkannt. Insbesondere die Marktmacht der Anbieter sozialer Netzwerke wie von Facebook und YouTube ist besorgniserregend. Die von der Bundesregierung eingesetzte unabhängige Datenethikkommission hat im Oktober 2019 ihren Abschlussbericht vorgelegt. Diese Kommission sieht wegen der „Torwächterfunktion“ sozialer Netzwerke „ein hohes Gefährdungspotential“ in ihnen und fordert deshalb ihre Regulierung. Auch die für die Regulierung der sozialen Netzwerke in Deutschland zuständigen Bundesländer haben das Problem erkannt und in einem aktuellen Staatsvertragsentwurf Regulierungsvorschläge gemacht.

(a) Transparenzpflichten

Der Staatsvertragsentwurf sieht für Medienintermediäre wie Anbieter sozialer Netzwerke Transparenzpflichten vor. Die Medienintermediäre müssen die Kriterien offenlegen, die über den Zugang zu ihrer Plattform entscheiden.

Auf den ersten Blick scheinen diese Transparenzpflichten für Medienintermediäre in die richtige Richtung zu gehen, da sie ein wenig Licht in das Dunkel des algorithmengesteuerten Prozesses der Informationsgewinnung und -verbreitung bringen. Bei näherem Hinsehen bekommt der Verfassungsrechtler jedoch Zweifel. Die Zweifel beruhen darauf, dass die Medienintermediäre dem besonderen Schutz der grundrechtlich geschützten Medienfreiheiten unterliegen. Die Verpflichtung zur Offenlegung der Algorithmen greift nicht nur in das Betriebs- und Geschäftsgeheimnis ein, sondern auch in den durch Art. 5 GG geschützten Autonomiebereich. Klassische Medien unterliegen dem besonderen grundrechtlichen Schutz bei der Informationsbeschaffung und der Selektion sowie Aufbereitung ihrer publizistischen Inhalte. Diese publizistische Tätigkeit bildet den Kern der Medienfreiheiten des Art. 5 GG. Nach der freiheitlichen Kommunikationsverfassung



hat der Staat in Redaktionskonferenzen der Medien nichts zu suchen. Klassische Medien müssen nicht offenlegen, nach welchen Kriterien sie publizistische Inhalte zusammenstellen und verbreiten. Sie dürften hierzu auch nicht verpflichtet werden. Für Medienintermediäre kann nichts anderes gelten. Ob die Informationsaufbereitung und -verbreitung – wie bei klassischen Medien – durch Journalisten oder – wie bei sozialen Netzwerken – durch KI erfolgt, ist unerheblich. Hier wie dort gewährt Art. 5 GG einen Autonomiebereich, in den der Staat grundsätzlich nicht eingreifen darf. Das Algorithmengeheimnis ist das Redaktionsgeheimnis des 21. Jahrhunderts! Überdies ist zu berücksichtigen, dass auch klassische Medien im Rahmen ihrer publizistischen Tätigkeit zunehmend KI einsetzen. Die Personalisierung der Inhalte, die bislang im Wesentlichen in Bezug auf die Medienintermediäre diskutiert wird, betrifft ebenso klassische Medien. Eine Verpflichtung der Medien offenzulegen, nach welchen Kriterien sie ihre Inhalte personalisieren, ist unserem Grundgesetz fremd. Deshalb sollten Transparenzpflichten für Medienintermediäre nochmals überdacht werden. Die Büchse der Pandora sollte auch hier geschlossen bleiben.

(b) Diskriminierungsverbot

Auch die weitere von den Bundesländern erwogene Verpflichtung der Medienintermediäre, eine diskriminierungsfreie Aggregation, Selektion und Präsentation von Inhalten zu gewährleisten, stünde im Abseits der Verfassung. Eine solche Regulierung verstieße gegen die grundrechtlich geschützte Medienfreiheit der Betreiber sozialer Netzwerke und gegen die Informationsfreiheit der Nutzer. Ebenso wie klassische Medien genießen die Anbieter sozialer Netzwerke Tendenzfreiheit. Sie können die inhaltlichen Standards für die Kommunikation in ihrem Netzwerk frei bestimmen. So kann etwa ein Anbieter eine links-liberale Tendenz vorgeben und anderen Meinungen den Weg in den Kommunikationsraum des Netzwerks verwehren. Meinungsfreiheit ist stets Tendenzfreiheit. Was für Medien gilt, gilt auch für soziale Netzwerke. Dementsprechend hat das Bundesverfassungsgericht in einer Entscheidung vom Mai 2019 zu Facebook darauf hingewiesen, dass im Rahmen der Güterabwägung zwischen den Grundrechten von Anbietern und Nutzern der inhaltlichen „Ausrichtung der Plattform“ maßgebliche Bedeutung zukommt.

Und vor allem: Das Regulierungsinstrument des Diskriminierungsverbots stammt aus der klassischen Regulierung des Rundfunks. Es trägt dem Strukturwandel des Kommunikationsprozesses nicht Rechnung: nämlich der Personalisierung von Inhalten. Das gilt nicht nur für soziale Netzwerke, sondern auch für klassische Medien, die dem Rezipienten maßgeschneiderte, auf seine (tatsächlichen oder vermeintlichen) kommunikativen Bedürfnisse zugeschnittene Inhalte bereitstellen. Die Personalisierung von Inhalten durch soziale Netzwerke (wie durch klassische Medien) dient der kommunikativen Selbstbestimmung des Einzelnen, d.h.

seiner grundrechtlich geschützten Informationsfreiheit. Die Personalisierung von Inhalten setzt stets eine Auswahlentscheidung zwischen relevanten und nicht relevanten sowie gewünschten und nicht gewünschten Inhalten voraus. Selektion und damit Ein- und Ausgrenzung von Inhalten ist der Informationsfreiheit wesensimmanent. Da der Einzelne das Recht zur Ausgrenzung, also zur „Diskriminierung“ bestimmter Inhalte hat, steht dieses Recht auch sozialen Netzwerken (und klassischen Medien) zu. Anders ist eine Personalisierung von Inhalten nicht möglich.

(c) Zwei-Säulen-Modell für soziale Netzwerke: Verpflichtung zur Bereitstellung eines Public Feed mit vielfältigem Angebot neben dem personalisierten News Feed

Die bereits erwähnte Datenethikkommission hat in ihrem jüngst vorgelegten Abschlussbericht einen weiteren Regulierungsvorschlag unterbreitet. Danach sollen die sozialen Netzwerke auch weiterhin unreguliert einen News Feed mit personalisierten Inhalten anbieten dürfen. Daneben soll jedoch ein Public Feed treten, in dem sich eine „tendenzfreie, ausgewogene und die plurale Meinungsvielfalt abbildende Zusammenstellung von Beiträgen und Informationen“ findet. Soziale Netzwerke sollen den personalisierten News Feed nur dann anbieten dürfen, wenn sie daneben einen Public Feed mit einem vielfältigen Angebot bereitstellen.

Auch dieser Vorschlag erinnert an die Rundfunkregulierung, genauer: an die Regulierung des privaten Rundfunks kurz nach seiner Einführung in Deutschland in den 1980er Jahren. In der Anfangsphase des privaten Rundfunks galt das System des Binnenpluralismus, wonach jeder einzelne Anbieter zur Abbildung der gesamten Vielfalt in seinem Programm verpflichtet war. Seit Mitte der 1990er Jahre wurde dieses – ohnehin nicht funktionierende – System durch ein außenpluralistisches Ordnungskonzept ersetzt, wonach sich die erforderliche Vielfalt nicht in jedem einzelnen Rundfunkprogramm, sondern in der Gesamtheit aller privaten Rundfunkprogramme widerspiegeln muss.

Ein solches Zwei-Säulen-Modell wirft viele Fragen auf. Wie lässt sich ein ausgewogenes und pluralistisches Angebot im Public Feed zusammenstellen, wenn einzelne Anbieter (insbesondere privater Zeitungen und Zeitschriften) damit nicht einverstanden sind? Und welche Kriterien sollen hierfür gelten? Ungeachtet dieser Fragen ist ein solches Regulierungsinstrument nicht geeignet, Vielfaltsprobleme zu lösen. Es reduziert nicht Vielfaltsgefahren, sondern verschärft sie eher. Die Bereitstellung eines Public Feed stärkte die ohnehin bereits bestehende erhebliche Marktmacht der Plattformen, weil mit einem Public Feed noch mehr Traffic auf die Plattformen geleitet würde: Mehr Inhalte – mehr Daten – mehr Marktmacht. Das alles trüge zur weiteren Erosion der wirtschaftlichen Grundlagen der werbefinanzierten Medien bei. Die klassischen privaten Medienanbieter würden nicht gestärkt, sondern geschwächt. Mark Zuckerberg, der bekannterweise



sein Netzwerk um Nachrichteninhalte erweitern möchte, dürfte über eine Verpflichtung zur Einrichtung eines Public Feed nicht unerfreut sein; die Verleger allerdings „gucken in die Röhre“.

Auch dürfte ein Public Feed kaum geeignet sein, das intendierte Ziel zu erreichen, die „Filterblase“ personalisierter News Feeds aufzulösen. Derjenige, der sich in der „Filterblase“ verfängt, der also nicht nach links und rechts schaut, d.h. keine Tageszeitung, keinen Rundfunk mehr konsultiert, weil all dies aus seiner Sicht „Lügenpresse“ ist und zum „Establishment“ gehört, wird wohl kaum einen Blick in den Public Feed werfen, in dem er wiederum nur eine Zusammenstellung der „Lügenpresse“ und des „Establishment“ vermutet. Eine Verpflichtung zur Bereitstellung eines Public Feed mit einem ausgewogenen Angebot von Inhalten dürfte kaum in der Lage sein, die „Filterblase“ aufzustechen und den Einzelnen mit einer anderen Weltsicht zu konfrontieren. Eine Verpflichtung zur Konsultation des Public Feed oder eine Verpflichtung, eine Anreicherung des personalisierten News Feed mit Inhalten aus dem Public Feed zu dulden, liefe auf eine „demokratische Zwangserziehung“ hinaus, die mit der Informationsfreiheit des Nutzers und mit dem Freiheit atmenden Geist der Kommunikationsverfassung nicht in Einklang stünde.

(d) Fazit

Ich komme zum Schluss. Soziale Netzwerke stellen den Staat vor neue Herausforderungen. Die Instrumente der Regulierung klassischer Medien passen nicht. Sie tragen der Personalisierung von Inhalten durch Anbieter sozialer Netzwerke nicht Rechnung. Der Gesetzgeber muss „neu denken“, nicht nur bei der Regulierung sozialer Netzwerke, sondern auch bei der Regulierung klassischer Medien, die ihre Inhalte personalisieren. Hier und dort ist Markt- und Meinungsmacht stets ein Dorn im Auge der Demokratie. Insbesondere die Marktmacht der Medienintermediäre wie Facebook und YouTube sind ein Fundamentalproblem für die Demokratie. Wirtschaftlicher Wettbewerb führt zwar nicht zwangsläufig zu Vielfalt. Aber die Begrenzung von Machtmarkt von Medien und von meinungsbildenden Medienintermediären ist wesentliche Voraussetzung für eine pluralistische Demokratie.

Um kleineren Anbietern im ungleichen Wettbewerb mit Facebook den Rücken zu stärken, könnte man das im Telekommunikationsrecht bewährte Interconnectionregime auf marktmächtige Anbieter sozialer Netzwerke übertragen. Das Interconnectionregime im Telekommunikationsrecht verpflichtet die Telekommunikationsunternehmen zum Zusammenschluss ihrer Netze, um die Kommunikation der Nutzer verschiedener Netzbetreiber zu gewährleisten. Würde man eine solche Verpflichtung auch Facebook und Co. auferlegen, könnten die Nutzer kleinerer Netzwerke mit den Nutzern von Facebook kommunizieren, wodurch die sogenannten Login-Effekte reduziert und die Wettbewerbschancen kleinerer Anbieter verbessert würden.

Überdies: Mark Zuckerberg hat einmal das Lebensprinzip sozialer Netzwerke mit den Worten beschrieben: „Give everybody the power to share anything with anyone“. Vielleicht sollten wir ihn beim Wort nehmen und marktmächtige Medienintermediäre verpflichten, ihre Datenschätze zu teilen, d.h. an kleinere konkurrierende Wettbewerber herauszugeben.

Session 2 - Discussant 3

표현의 자유

Freedom of Speech

송석윤 | Song, SeogYun

서울대학교 법학전문대학원 교수
Professor, Seoul National University School of Law



〈 토론문 〉

표현의 자유

송석윤 (서울대학교 법학전문대학원)

안녕하십니까.

오늘 헌법재판연구원이 “표현의 자유 - 이론과 경험의 국제비교”라는 주제로 주최하는 국제학술대회에 참여하게 되어 매우 기쁘게 생각합니다. 유남석 헌법재판소장님, 박종보 헌법재판연구원장님 이하 오늘의 행사를 준비하시느라 수고하신 여러분들께 감사드립니다. 헌법재판연구원이 설립된 후 어느덧 제8회의 국제학술대회가 개최되게 되었습니다. 헌법재판연구원이 박종보 원장님의 임기 중 한층 더 발전하기를 기원합니다.

오늘 독일 라이프치히 대학의 Hubertus Gersdorf 교수님의 발표에 토론을 맡게되었습니다. Gersdorf 교수님은 독일에서의 커뮤니케이션 기본권에 대한 매우 다양한 내용을 잘 정리하여 발표해주셨습니다. 전문가로서의 역량을 잘 알 수 있습니다.

독일연방헌법재판소는 1958년의 Lüth 결정에서 기본권은 주관적 방어권인 동시에 객관적 가치질서이기도 하다고 천명하였는데 이러한 기본권의 양면성이 커뮤니케이션의 자유에서 비롯되었다는 것은 주목할 만합니다. 민주주의가 제대로 기능하기 위해 의사소통이 활발히 이루어져야 함은 당연한 전제입니다. 우리사회에서 정치적 표현의 자유, 특히 선거와 관련된 유권자의 표현의 자유, 공무원이나 교원의 정치적 표현과 관련하여 되돌아 볼 필요가 있습니다.

발표문에서는 현대 인터넷 커뮤니케이션 환경에서 발생하는 문제들을 전반적으로 일별했는데 여기서는 몇가지의 문제에 대해 질문을 드리겠습니다.

언론매체들은 국가기관이나 헌법기관이 아니지만 제대로 작동하는 입헌민주주의 질서에 필수적인 제도적 기반으로 작용해 왔습니다. 언론매체들은 보도를 통한 여론의 형성 뿐 아니라 사회적 의제를 설정하고 소통을 통해 여론을 수렴하는 기능을 수행해 왔습니다. 언론환경의 급격한 변화 속에서 이러한 역할에 대한 우려가 있는 것을 부인하기 어렵



습니다.

이러한 관점에서 인터넷 포털사이트에 관심을 갖게 됩니다. 2017년을 기준으로 한국인의 77%가 검색서비스를 통해 뉴스를 접한다고 합니다. 이는 조사대상 36개국 가운데 압도적인 1위이며, 2위인 일본이 63%인 것에 비해도 훨씬 높은 수치입니다. 개별 언론사의 홈페이지를 통해 뉴스를 접한다는 비율은 4%에 불과하다고 합니다. 1위인 핀란드는 64%입니다. 뉴스를 검색할 수 있는 인터넷 포털사이트 중 네이버의 점유율이 약 70%정도이므로 한국사람의 절반 정도가 네이버를 통해 뉴스를 보고있다는 것입니다.

이러한 상황에서 기존의 신문사와 방송사의 기능은 개별 콘텐츠를 제작하여 제공하는 역할로 국한되게 되며 고유의 편집기능이 지니는 의미가 약화되고 있습니다. 독자들은 점차 자신이 원하는 기사를 선별하여 보게 됩니다. 이에 더하여 발표자가 지적인 바처럼 매개 미디어는 이용자들의 선호를 파악하여 개별화된 콘텐츠를 제공하는 기술을 사용하고 있습니다. 인터넷 환경 속에서 의견을 표출하고 정보를 취득하는 방법은 급속히 증가하지만 이것이 반드시 소통의 활성화로 연결되지는 않는 듯 합니다. 사회의 구성원들이 자신과 다른 생각을 지닌 사람들과 토론하지 않고 동일한 입장을 지닌 사람들과 신념을 확인하는데에 힘쓰는다면 이는 입헌민주주의에 도움이 되지 않습니다. 인터넷환경에서의 소통구조의 변화가 정치체계에 미치는 영향 - 예를 들어 정치체계의 양극화 - 에 대한 논의가 있는지요? 이와 관련하여 이러한 독과점적 지위에 있는 포털사이트도 경향성의 자유를 누린다고 해야 할까요.

최근 한국의 대표적인 인터넷 포털사이트인 네이버가 기사 콘텐츠를 제공하는 언론사에게 지급하는 뉴스 전재료를 폐지하고 광고수익을 언론사에게 배분하는 새로운 모델을 도입하기로 했다고 합니다. 이로 인해 조회수를 늘리기 위한 선정적 기사가 늘어날 것이라는 예상입니다. 1인 매체의 등장을 포함하는 인터넷 매체의 다변화에 따라 언론사의 기자들이 지니던 특권적 지위가 약화되는 속에서 이러한 매체의 상업화는 저널리즘의 윤리적 기초를 약화시키며 이는 언론인들의 자긍심의 하락으로 연결되는 듯합니다. 독일에서 전통적 언론과 언론인에 대한 신뢰의 약화라는 문제제기와 그 대처방안에 대한 논의가 있으면 소개 부탁드립니다.

한국에서도 가짜뉴스 또는 허위조작정보에 대한 대처방안에 대한 논의가 활발히 이루어지고 있으며 유럽에서의 입법논의들이 소개되고 있습니다. 독일에서의 네트워크시행법은 기존의 형법에 의해 규제되는 불법적 표현물이 인터넷 매체를 통해 확산되는 것을 방지하기 위하여 그 삭제를 네트워크 운영자에게 의무지우는 것이지 허위조작정보와 직접 관련되지는 않는 듯합니다. 나치의 유대인학살과 같은 과거청산과 관련되는 이슈 이외에 현대

정보사회에서의 허위조작정보와 관련된 논의는 없는지요?

한국의 헌법재판소는 인터넷게시판을 설치·운영하는 정보통신서비스 제공자에게 본인 확인조치의무를 부과하여 게시판 이용자로 하여금 본인확인절차를 거쳐야만 게시판을 이용할 수 있도록 하는 본인확인제를 규정한 법률조항이 이용자와 인터넷 서비스 제공자의 기본권을 침해한다고 결정한 바 있습니다. 하지만 헌법재판소는 선거운동기간 중 인터넷 언론사의 홈페이지의 게시판·대화방 등에 정당 및 후보자에 대한 지지·반대의 글을 게시할 수 있도록 하는 경우 인터넷언론사에 대하여 실명을 확인받도록 하는 기술적 조치를 할 의무, 위와 같은 글이 “실명인증”의 표시가 없이 게시된 경우 이를 삭제할 의무를 부과한 선거법 조항이 헌법에 위배되지 않는다고 보았습니다. 정치적 의사표현과 관련하여 익명성이 보다 더 보장되어야 한다는 견해와 선거에 임박하여 허위사실의 유포 등을 방지할 필요성이 크다는 견해가 있을 수 있는데 독일에서는 어떠한 판단을 내릴 것인지요.

새로운 기본권을 명명하는 문제와 관련해서 온라인상에 저장된 자신의 개인정보를 삭제할 권리를 “잊혀질 권리”라고 명명함으로써 가져오는 매력을 인정하지만 내용상 자기정보 삭제청구권이라고 부르는 것과 어떠한 실질적인 차이가 있는지 파악되지 않습니다. 잊혀질 권리란 망각될 권리인데 온라인에서 문제되는 것은 일차적으로 기억이 아니라 저장이라고 표현해야 하는 것은 아닌지요. 물론 정도에서 매우 커다란 차이가 있겠지만 저장이 바로 기억을 의미하는 것은 아닌 듯합니다. 이러한 점에서 유럽정보보호기본규정이 삭제청구권이라는 용어를 함께 사용하고 있다는 점을 확인하였습니다.

하지만 현대사회에서 과학기술의 발전과 함께 정보의 저장 정도가 현격하게 증가했음을 감안할 때 과도한 정보의 저장에 대한 통제가 필요하다는 점에 대해서는 당연히 동의합니다. 문제는 삭제를 요구할 수 있는 대상이 되는 정보의 범위를 정하는 것이겠지요. 정보의 삭제를 요구할 수 있는 시간적 기준을 객관적으로 정하는 것은 쉽지 않아 보입니다. 사회적으로 가치있는 정보는 저장한다고 하더라도 정보의 공적 가치를 현재의 관점에서만 판단할 수 있다는 한계가 있을 것입니다. 현재에는 사적 정보이지만 미래에는 공적인 의미를 획득할 가능성이 열려있기 때문일 것입니다. 이에 요구되는 형량이 현재와 미래사이에도 가능할런지요. 이에 대한 논의를 소개해 주시면 감사하겠습니다.

Gersdorf 교수님의 훌륭한 발표에 다시 감사드립니다.

< Discussion >

Freedom of Speech

Prof. Dr. SeogYun Song
Seoul National University, School of Law

Sehr geehrte Damen und Herren,

es freut mich sehr, heute an der internationalen Konferenz des Forschungsinstituts für Verfassungsgerichtsbarkeit (Constitutional Research Institute) zum Thema "Freedom of speech – Internationaler Vergleich von Theorie und Erfahrung" teilnehmen zu können. Ich bedanke mich dem Präsidenten des koreanischen Verfassungsgerichts Namseok Yu, dem Direktor des Forschungsinstituts für Verfassungsgerichtsbarkeit Jongbo Park und all denjenigen, die die heutige Veranstaltung vorbereitet haben. Es ist schon das achte internationale Konferenz nach der Eröffnung dieses Forschungsinstituts. Ich hoffe, dass es während der Amtszeit des Direktors Park noch weiter entwickelt wird.

Heute halte ich einen Diskussionsbeitrag zum Vortrag vom Professor Dr. Hubertus Gersdorf an der Universität Leipzig. Im Vortrag hat Prof. Gersdorf eine Vielfalt der Facetten des Kommunikationsgrundrechts in Deutschland aufschlussreich gezeigt. Damit wird seine spezialistische Kompetenz auf diesem Gebiet gut erwiesen.

In der Lüth-Urteil vom 1958 erklärte das Bundesverfassungsgericht, die Grundrechte seien sowohl subjektive Abwehrrechte als auch eine objective Wertordnung, wobei merkwürdig ist, dass diese Zweiseitigkeit der Grundrechte aus der Kommunikationsfreiheit herrührt. Das gerechte Funktionieren der Demokratie setzt ohne Zweifel aktive Kommunikationen voraus. In unserer Gesellschaft sollten wir auf die Freiheit der politischen Äußerungen zurückblicken, insbesondere auf die Meinungsfreiheit der Wähler in Bezug auf Wahlen sowie politische Äußerungen von Beamten und Lehrern.

Im Vortragsskript wurde ein Überblick über die Problemen gegeben, die im modernen Internet-Kommunikationsumfeld entstehen, hierbei stelle ich einige Fragen.

Die Medien, die weder staatliche noch verfassungsrechtliche Institutionen sind, haben jedoch



als wesentliche institutionelle Grundlage für eine funktionierende konstitutionelle Demokratie fungiert. Die Medien haben durch die Berichterstattung nicht nur öffentliche Meinungen gebildet, sondern auch soziale Agenda gesetzt und öffentliche Meinungen durch Kommunikationen zusammengeführt. Es ist schwer zu leugnen, dass diese Rolle in dem sich drastisch verändernden Medienumfeld besorgniserregend ist.

In diesem Blickwinkel interessiert man sich für Internetportale. Im Jahr 2017 hatten 77% der koreanischen Bevölkerung Zugang zu Nachrichten über die Service der elektronischen Suchmaschine. Dies ist der mit Abstand am höchsten Anteil unter den untersuchten 36 Ländern, weitaus höher als der zweite Platz Japans mit 63%. Der Anteil derjenigen, die auf den offiziellen Webseiten der jeweiligen Medien die Nachrichten erhalten, liegt nur 4 %. Finnland steht mit 64% an erster Stelle. Der Anteil von 'Naver' an den Internetportalen, auf denen Nachrichten abgerufen werden können, liegt bei etwa 70%, sodass die Hälfte der Koreaner über 'Naver' die Nachrichten erhalten.

Vor diesem Hintergrund beschränken sich die Funktionen klassischer Zeitungen und Rundfunkanstalten auf die Produktion und Bereitstellung individueller Inhalte, und die eigenen Redaktionsfunktionen verlieren an Bedeutung. Die Leser wählen nach und nach die Artikel aus, die sie sehen möchten. Überdies verfügen die Medienintermediäre, wie der Vortragsträger eben hingewiesen hat, über Techniken, die die Vorlieben von Internetnutzern identifizieren und so personalisierte Inhalte anbieten. Die Art und Weise, wie Menschen ihre Meinung äußern und Informationen im Internet erhalten, vermehrt rapid, was jedoch nicht unbedingt zur Aktivierung der Kommunikation zu führen scheint. Es hilft der konstitutionellen Demokratie nicht, wenn die Mitglieder der Gesellschaft sich nicht um die Diskussion mit den Andersdenkenden, sondern um die Bestätigung ihrer Überzeugung mit den Gleichgesinnten bemühen. Gibt es Diskussionen über die Auswirkungen von Änderungen der Kommunikationsstruktur im Internetumfeld auf das politische System(z.B. die Polarisierung des politischen Systems)? Sollten wir annehmen, dass auch dieses monopolistische Internetportal in diesem Zusammenhang über Tendenzfreiheit verfügen?

Neulich hat 'Naver,' das bedeutende Internetportal in Korea, beschlossen, die bisher an die Nachrichteninhalte liefernden Medienunternehmen gezahlten Gebühren abzuschaffen, und ein neues Modell einzuführen, Werbeeinnahmen an Medienunternehmen zu verteilen. Damit wird erwartet, dass sich verlockende Artikel mehren, um die Abrufzahl zu steigern. Mit der Abschwächung des privilegierten Status von Journalisten bei den Medienunternehmen infolge der Diversifizierung von Internetmedien, einschließlich der Entstehung von One-Person Media, schwächt die Kommerzialisierung solcher Medien die ethische Grundlage des Journalismus, was

zu einem Rückgang des Selbstwertgefühls von Journalisten zu führen scheint. Falls es etwaige Fragestellungen zum Vertrauensverlust traditioneller Medien und Journalisten bzw. Diskussionen über die Begegnungsmaßnahmen dazu in Deutschland gibt, stellen Sie sie bitte vor.

In Korea auch wird über die Reaktion auf Fake News oder manipulierte Informationen aktiv diskutiert und die Auseinandersetzung um die Normsetzung in Europa vorgestellt. Das deutsche Netzwerkdurchsetzungsgesetz verpflichtet zwar die Netzbetreiber zur Löschung gesetzeswidriger Äußerungen, die im geltenden Strafrecht geregelt sind, um die Verbreitung im Internet zu verhindern, es scheint jedoch sich nicht direkt auf die falschen oder manipulierten Informationen zu beziehen. Gibt es noch weitere Diskussionen über falsche Informationen in der modernen Informationsgesellschaft außer der Auseinandersetzung um die Aufarbeitung der Vergangenheit wie Holocaust?

Das koreanische Verfassungsgericht hat entschieden, dass die gesetzlichen Bestimmungen, die den Anbietern von Internetforen die Pflicht zur Identitätsfeststellung auferlegen, damit die Internetnutzer erst nach der Identifizierung ihrer Person Zugang zu Internetseiten erhalten können, gleichzeitig die Internetnutzer und die Anbieter in ihrem Grundrechten verletzen. Es hat jedoch festgestellt, dass die Bestimmungen des Wahlgesetzes nicht gegen die Verfassung verstoßen, welche die Internetanbieter verpflichten, Maßnahme zur Identifizierung von Nutzer-Echtnamen zu treffen und Beiträge ohne das Zeichen „Echtnamen-Identifiziert“ zu löschen, falls die Internetmedien die Beiträge für/gegen politische Parteien oder Kandidaten während der Wahlkampfzeit auf den Foren/Chatrooms ihrer offiziellen Internetseite erlauben. Während einige der Meinung sein mögen, dass die Anonymität bezüglich politischer Meinungsäußerungen gewährleistet werden muss, können andere für die Notwendigkeit der Vorbeugung gegen Verbreitung falscher Informationen direkt vor den Wahlen sprechen. Wie würde in Deutschland darüber entschieden?

Zwar nehme ich den Charme an, der durch die Bezeichnung des Rechts auf Löschung von online gespeicherten personenbezogenen Daten als das „Recht auf Vergessenwerden“ gegeben wird, kann aber nicht erkennen, ob es wirklich anders wäre, wenn es als das Recht auf Löschung eigener personenbezogener Daten bezeichnet wird. Das Recht auf Vergessenwerden bedeutet das Recht, vergessen zu werden; bei den Problemen auf den Webseiten handelt es sich jedoch in erster Linie nicht um Erinnerung, sondern um Speicherung. Speicherung scheint nicht direkt Erinnerung zu bedeuten, obwohl sie mehr oder weniger stark ähneln können. In diesem Sinne wird in der europäischen Datenschutz-Grundverordnung auch der Begriff „Löschungsanspruch“ parallel benutzt, wie ich es nachgelesen habe.

Im Hinblick auf den drastischen Anstieg der Größe gespeicherter Informationen im Zuge des



Fortschritts von moderner Wissenschaft und Technik stimme ich freilich der Notwendigkeit der Regulierung der exzessiven Speichungen von Informationen zu.. Es geht dann darum, den Umfang derjenigen Informationen zu bestimmen, deren Löschung beansprucht werden kann. Außerdem scheint es nicht einfach, maßgebliche Lösungsfrist objektiv zu bestimmen. Selbst wenn wir sozial wertvolle Informationen speichern, können wir den öffentlichen Wert der Informationen nur aus der gegenwärtigen Sicht beurteilen. Die Informationen, die gegenwärtig privat sind, könnten nämlich in Zukunft ein öffentliche Bedeutung gewinnen. Ist ein dafür erforderliche Güterabwägung auch zwischen Gegenwart und Zukunft möglich? Ich wäre dankbar, wenn Sie diesbezügliche Diskussionen vorstellen würden.

Haben Sie Professor Gersdorf wiederum vielen Dank für den hervorragenden Vortrag.