

멀티미디어 시대에 있어 방송개념의 가변성에 관한 연구

- IP-TV 문제를 중심으로 -

지 성 우*

I. 서설	IV. 방송법상 “방송”개념의 IP-TV에의 적용가능성
II. 이른바 방송·통신융합 매체로서의 IP-TV의 개념과 법적 문제점	V. 결어 : 멀티미디어시대에 있어 ‘방 송’개념의 확장가능성
III. 제3의 기본권 창조의 현실적 필요성 과 헌법 이론적 불가능성	

I. 서설

우리나라에서는 현재 IT839 전략²⁾의 핵심적인 사업의 하나로 광대역 통합망(BcN: Broadband Convergence Network)구축 사업을 추진하고 있다. BcN이란 ‘통신·방송·인

* 단국대학교 법과대학 전임강사, 법학박사.

2) IT839 전략이라 함은 Wibro 서비스, DMB(Digital Multimedia Broadcasting) 서비스, 홈 네트워크 서비스, 텔레메틱스 서비스, RFID(Radio Frequency Identification) 서비스, W-CDMA(Wideband Code Division Multiple Access) 서비스, 지상파 DTV(Digital TV), 인터넷전화(VoIP, Voice over Protocol) 등의 8대 서비스를 제공하기 위한 광대역 통합망(BcN, Broadband Convergence Network), U-센서 네트워크(USN, U-Sensor Network), IPv6(Internet Protocol v6) 등의 3대 인프라를 구축함으로써, 차세대 이동통신, 디지털 TV, 홈네트워크, IT SOC(Social Overhead Capital), 차세대 PC, 임베디드 S/W, 디지털 콘텐츠, 텔레메틱스, 지능형 로봇 등 9대 신성장동력을 육성하겠다는 계획이다. 다시 말하면 이는 언제 어디서나, 모든 사물이 인터넷에 연결되고 고품질 정보수신 및 고속으로 처리할 수 있는 환경을 조성하고 이로부터 새로운 경제적 기회를 창출하겠다는 것이다. 그리하여 2010년 정도에는 국민소득 2만 달러를 달성한다는 것이 정보통신부의 계획이다.

터넷이 융합된 품질보장형 광대역 멀티미디어 서비스를 언제 어디서나 끊임없이, 안전하게 광대역으로 이용할 수 있는 차세대 통합 네트워크³⁾라고 정의할 수 있다. 이러한 BcN의 개념은 종래에 사용하던 NGN(Next Generation Network)에 대응하는 개념으로서, 기존의 ‘차세대 통합 네트워크(NGcN: Next Generation convergence Network)’ 계획을 업그레이드한 셈인데, 패킷기반 전송기술을 이용하여 다양한 형태의 통신 서비스를 모두 수용하고 전송할 수 있는 통신망이라고 할 수 있다. 이 통신망은 각 서비스들이 표준화된 개방형 프로토콜을 통해 상호 유기적으로 작동하게 되어 음성과 데이터, 인터넷, 멀티미디어 등 각종 서비스가 하나의 통합 인프라 상에서 제공될 수 있다는 장점이 있다.⁴⁾

이렇게 인터넷 환경에서 종합적인 서비스를 이용하고자 하는 이용자들의 욕구와 산업체들의 관련 장비의 개발 필요성 등에 기인하여 차세대 통신망으로 불리고 있는 음성·영상·인터넷의 통합망(Convergence Network)이 발달하면서, 방송·통신·인터넷이 하나의 망에서 제공될 수 있는 길이 열렸다. 향후 통합망 사업의 가장 궁극적인 형태는 모든 방송·통신 및 인터넷서비스가 하나의 망에서 제공되는 형태가 될 것이다. 또한 초기에는 이러한 서비스가 유선망을 기반으로 하여 제공되었지만, 궁극적으로는 무선망 역시 BcN사업에 의하여 구축될 것으로 전망된다. 따라서 BcN사업은 단순히 유선의 개념에 한정되는 것이 아니고 유·무선 통합형으로 발전할 것이라고 예상된다.

이렇게 BcN망이 신설된다면, 향후 이 통합망을 통한 인터넷방송은 전송속도와 화질 면에서 획기적인 개선과 아울러 제공되는 프로그램의 양도 큰 폭으로 증가할 것으로 예상된다. 이러한 기술적 발전으로 인하여 기존의 인터넷망을 통해 방송·통신·인터넷이 동시에 전송될 수 있게 되었으며, 통신사업자들이 이러한 동시전송기술을 사업화하려고 시도하고 있다.

이러한 방송·통신·인터넷의 융합형서비스가 유선 뿐 만 아니라 무선에서도 광대역 서비스의 이용가능성이 확대될 것으로 예상되고 있으며, 유·무선간의 통합, 서비스간의 통합이라는 새로운 네트워크의 출현으로 인하여 기존의 방송과 통신의 개념 간의 구별이 모호해지고 있다. 이 중에서도 현재 출현가능한 서비스는 유선방송사업자들에 의한 디지털유선방송과 통신사업자들에 의한 IP-TV이다. 특히 IP-TV는 인터넷 프리

3) 정보통신부, 국민소득 2만불로 가는 길 - IT 839전략, 2004, 18면 참조(www.mic.go.kr에서 다운로드 가능, 최종검색일: 2005년 10월 1일).

4) BcN의 개념과 특성에 관해서는 전한열, 「BcN 계획 및 서비스 분석」, 방송위원회(편), 2004 정책연구자료집, 5면 이하, 2004 참조.

미엄망을 통한 방송프로그램의 방영행위가 가능한 서비스로서, 서비스의 질이나 전송 양식 면에서 유선방송과 매우 유사하여 경제학적으로는 대체재의 관계가 성립할 것으로 보고 있다. 또한 경우에 따라서는 가까운 장래에 지상파, 유선, 위성방송과 대등하거나 또는 이를 대체할 수 있는 콘텐츠 보유능력과 사회적 영향력을 가지게 될 것으로 예상되고 있다.

이 중 유선방송사업자들에 의한 서비스 제공은 방송법상의 방송으로 분류되고 있으나, IP-TV에 관하여는 방송법상의 방송인지 아니면 전기통신관련법상의 통신의 개념에 속하여야 하는지에 관해서 견해의 대립이 있다. IP-TV의 법적 성격에 관한 이러한 실무계의 대립은 헌법상의 방송 개념 및 방송법과 전기통신관련법상의 통신개념이 제대로 확립되어 있지 않기 때문이라고 본다.⁵⁾

이하에서는 이러한 문제점에 근거하여 인터넷 방송관련법의 재정비를 위하여 필수적으로 선행되어야 할 헌법 및 단행법적 차원에서의 방송의 개념과 아울러 IP-TV의 방송의 개념 포함가능성에 대하여 살펴보기로 한다.

II. 이른바 방송·통신융합 매체로서의 IP-TV의 개념과 법적 문제점

1. IP-TV의 의의와 분류

국제웹캐스팅협회(IWA: International Webcasting Association)⁶⁾의 정의에 의하면, 인터넷방송(Webcasting)이란 ‘인터넷⁷⁾을 통해 소비자에게 디지털방송 프로그램에 접속토록 해주는 PC와 방송이 결합된 매체’라고 정의하고 있다. 원래 ‘인터넷 방송’이란 어휘는 웹캐스팅에서 유래한 것으로서 본래의 개념은 웹(WWW: World Wide Web)을 통해 캐스팅(뿌려준다는 의미)하는 것이다. 따라서 인터넷 방송이란 인터넷을 통해 멀티미디어 콘텐츠를 실시간으로 제공하는 것을 의미한다. 이러한 인터넷 방송은 쌍

5) IP-TV의 실무적 문제점 및 방송위원회와 정보통신부간의 ‘권한쟁의심판’의 가능성에 대해서는 지성우, IP-TV문제 차라리 헌제에, 한국일보 2005년 11월 28일 자, A30면 참조.

6) <http://www.webcasters.org>(최종검색일: 2005년 10월 1일).

7) 인터넷의 개념에 대해서는 Mecklenburg, Wilhelm, Internetfreiheit, ZUM 41(1997), S. 525ff.(S. 542); 한편 인터넷상에서의 방영행위의 방송개념포함 여부에 관해서는 Bullinger, martin, Der Rundfunkbegriff in der Differenzierung kommunikativer Dienste, AfP 27(1996), S. 9ff. 참조

방향성, 주문형, 멀티캐스팅 등의 특징을 가지고 있어 기존의 방송개념과는 구별된다. 즉 인터넷 방송은 사용자가 이용자가 원하는 시간에, 원하는 내용을, 시간·공간의 제약 없이 전송하고 이를 수용할 수 있는 주문형 서비스가 가능하다는 매체적 특성을 가지고 있다.

이러한 인터넷 방송의 장점으로서는 흔히 다음과 같은 점을 들고 있다.

첫째, 기존에 그림과 텍스트로만 제공되던 인터넷 웹사이트와 비교하여 훨씬 생동감 있고 입체적인 콘텐츠를 제공함으로써 새로운 정보나 오락을 위하여 인터넷에 접근하는 현대인들에게 더욱 친근한 매체가 될 수 있다.

둘째, 인터넷 방송을 이용하면 실시간으로 방송을 시청할 수 있을 뿐 만 아니라 이러한 방영시간 이외에도 언제든지 이미 방영된 프로그램을 시청할 수 있다는 편리성이 있다.

셋째, 기존의 공중파 방송과는 비교할 수 없을 만큼 콘텐츠의 제작비용과 방영비용이 저렴하여 누구든지 용이하게 자신만의 콘텐츠를 제작·방영하는 것이 가능하다.

넷째, 지상파, 유선방송과 같이 방송과 광고가 분리된 것이 아니라 광고와 전자상거래가 동시에 실시간으로 이루어질 수 있기 때문에 다른 매체에 비하여 광고이익을 크게 증대시킬 수 있다.⁸⁾

이러한 광의의 인터넷 방송의 개념 중 'IP-TV(Internet Protocol TV)'라 함은 '통신사업자들이 기존의 통신서비스 기반 위에서 비디오서비스를 제공함으로써 방송·전화·인터넷의 TPS서비스(Triple Play Service)를 완벽하게 구현하려는 서비스'를 일컫는다. 이는 광의로는 '초고속 인터넷의 가입자 망 구간을 물리적인 방송매체로 활용하여 A/V(Audio/Video)형태의 방송채널을 적극적으로 수용하는 것을 모두 포함하는 개념'이며, 협의로는 'Walled Garden, VOD 등 초고속인터넷의 부가서비스로서 서비스영역을 PC에서 TV로 확장시킨 개념'이라고 볼 수 있다.⁹⁾

8) 한국법제연구원(편), 인터넷방송의 입법방향, 2001, 78-79면.

9) 현재까지 우리나라에서는 IP-TV의 개념에 관한 유권해석 또는 학계의 통일적인 개념정의는 내려지지 않고 있다. 하지만 통상 'IP-TV'라 함은 "인터넷 체계를 기반으로 TV 모니터를 통해 인터넷 방송과 같이 스트리밍 방식의 방송을 전달하고, 이와 더불어 인터넷 및 기타 부가서비스를 제공하는 것"을 의미한다고 본다. 따라서 IP-TV는 일반적으로 IP 기반의 네트워크를 이용하여 HD(High Definition)급 고화질 생방송, 주문형 비디오(VOD), TV콘텐츠 등을 제공하는 것을 의미한다. IP-TV 도입의 전망과 문제점에 관하여는 윤석민, IPTV의 국내외 도입 현황과 정책상의 쟁점들, 한국정보법학회(편), IP 미디어 신상품의 성공적 시장진입을 위한 전략 연구, 2004, 93면 이하(96면 이하) 참조.

한편 학자들 간의 논의에 있어 공통적으로 IP-TV는 ① 기술적으로 IP(Internet Protocol)기반의 초

2. IP-TV의 방송개념 포함 여부의 논의의 핵심

현재 IP-TV의 정체성이 방송이나 통신이나를 놓고 방송계·방송위원회와 통신계·정보통신부 간에 격렬한 논쟁이 벌어지고 있다.¹⁰⁾ 방송계측의 주장에 의하면 IP-TV는 종합유선방송과 전혀 다르지 않은 방송이므로 방송법의 규율을 받아야 한다는 것이고, 반대로 통신계 측에 의하면 현행 방송법에 규정이 없으므로 통신의 영역에 속한다고 주장하고 있으며, 양측의 주장은 모두 나름대로의 논리를 가지고 있다.

이러한 논쟁은 외견상 두 기관간의 관할권 다툼으로만 보이지만, 법리적으로 해석하면 ‘방송법에 의한 방송사업자나 중계유선방송사업자 및 전광판방송사업자에 포함되지 아니하는 기관 및 단체가 인터넷상의 프리미엄 망을 통하여 행하는 유사방송행위’를 방송 개념에 포함시킬 수 있는 지에 관한 ‘방송개념’에 관한 아주 중요한 논쟁인 것이다.

이하에서는 먼저 ‘방송개념의 일반적 특징’에 대한 논의를 헌법이론적으로 살펴보고, 과연 인터넷을 이용한 방송행위, 그 중에서도 특히 IP-TV가 방송개념에 속할 수 있는지에 관해 논증해보고자 한다.

III. 제3의 기본권 창조의 현실적 필요성과 헌법 이론적 불가능성

1. 방송·통신의 자유의 기본권적 속성의 차이

과거 아날로그 시대에는 무지향적이며 비배제적인 일방향 서비스로서의 방송과 두 주체간의 반응을 전제로 한 지향성을 가진 일방향 서비스인 통신이 단행법적으로 엄

고속인터넷망 및 차세대 통합망(BcN)을 전승수단으로 한다는 것, ② 소비자 인터페이스로 TV 수상을 염두에 둔 서비스라는 점, ③ 주요 서비스로 스트리밍 기술(streaming technology) 중 멀티캐스팅(Multicasting) 기술을 통한 실시간 다채널 서비스를 제공한다는 점, ④ 이밖에 주문형영상(VOD)서비스와 TV뱅킹, 정보검색, 이메일, PVR(혹은 DVR) 등 다양한 양방향서비스의 제공이 가능하다는 점이 그 특징으로 거론되고 있다. 김도연·정윤식, BcN 구축계획에 따른 방송산업 구조의 개편 및 경쟁정책 방향(방송학회 세미나 발제문), 2005. 10. 20, 1면 이하(5-6면) 참조.

10) 이러한 논쟁의 와중에 이미 IP-TV의 방송콘텐츠 제공 및 방송사업자와 통신사업자 간의 콘텐츠 가격차별화에 관한 연구결과가 발표되고 있다. 가령 김원식, 통신방송 융합시대의 방송콘텐츠 가격차별화, 인터넷 : 현실과 도전(사이버커뮤니케이션학회 2005년도 추계학술대회 발표논문집), 2005. 11. 19, 1면 이하 참조.

격하게 구별될 수 있었다. 따라서 여기에 적용되는 규범 역시 방송 분야에는 방송망과 방송콘텐츠를 규율하는 방송법관계법이, 통신 분야에는 통신망과 통신콘텐츠를 규율하는 통신관계법¹¹⁾이 각각 분리·적용될 수 있었으며, 현재까지 우리나라에서는 방송과 통신의 존립목적, 규제체계, 규제철학 등이 엄격히 이원화되어 있다. 하지만 1990년대 후반부터 네트워크, 서비스, 단말기, 산업 등이 융합되어 방송과 통신의 양면성을 가지는 소위 방송·통신융합형서비스와 방송과 통신의 경계영역에 속하는 새로운 서비스(소위 멀티미디어 서비스)가 다수 등장함에 따라 기존의 서비스 분류 제도의 변화가 불가피해지고 있다.

이러한 문제점을 인식하고 정부와 이해관계자인 방송위원회 및 정보통신부에서는 법제 정비를 위하여 다각도의 노력을 기울이고 있다. 하지만 이러한 단행법적 차원에서의 정책기관의 노력과 입법방향을 구체적으로 살펴보기에 앞서 먼저 헌법이론적 차원에서 방송·통신의 양자의 속성을 모두 가지는 융합영역을 포괄할 수 있는 제3의 기본권 신설의 가능성이 있는지에 관하여 고찰해 볼 필요가 있다.

2. 융합개념에 대한 오해와 기본권 체계 변화의 불가능성

(1) 방송의 자유의 헌법상 의미와 기능

먼저 방송의 자유에 관하여 살펴보면, 주지하는 바와 같이 우리 헌법상 방송의 자유의 상위 개념으로서의 언론·출판의 자유는 사상·양심 및 지식·경험 등을 대중매체를 통하여 표현하는 자유이다. 이러한 언론·출판의 자유보장은 개인의 자유로운 인격발전을 이룩하고, 인간의 존엄성을 유지하며, 국민주권을 실현시켜주는 역할을 한다.¹²⁾ 비록 현행 헌법에서 ‘방송의 자유’를 명시적·직접적으로 규정하고 있지는 않으나, ‘언론’이라 함은 ‘담화·토론·연설·방송 등 구두에 의한 사상 또는 의견의 표명과 전달을 뜻하는 것’이라고 보고 있으므로, 이러한 일반적인 견해에 의하면¹³⁾ 방송의 자유 역시 언론·출판의 자유의 일종으로 간주되고 있다.¹⁴⁾

현재 우리나라에서는 일반적으로 방송의 자유의 기본권적 특징을 논할 때 방송의 자유가 주관적 공권이자 제도적 보장으로서 이중적 성격을 가졌다는 점까지만 설명

11) 주로 전기통신기본법, 전기통신사업법, 전파법 등이 적용되었다.

12) 헌재결 1992. 2. 25. 89헌가104

13) 허영, 헌법이론과 헌법, 박영사, 2001, 654면.

14) 박선영, 언론정보법 I, 법문사, 2002, 3면; 헌재결 1992. 2. 25. 89헌가104; 1996. 10. 31. 94헌가6.

되고 있다. 그러나 방송의 자유의 기본권적 특징은 단순히 방송의 자유가 이중적 성격을 가졌다는 데에 있는 것이 아니고, 동일한 기본권적 구조와 사회적 기능을 가지는 언론의 자유에 비해 상대적으로 특별한 제한을 받아왔다는 데 있다.

즉 방송의 자유와 흔히 비교되는 '언론의 자유'도 公的 意見形成機能(Funktion der öffentlichen Meinungsbildung)을 가지고 있어 방송의 자유와 같이 자유로운 의견형성에 봉사하는 자유이며, 기본권적으로는 主觀的 公權이자 制度的 保障으로서의 양자의 성격을 모두 가지고 있는 것으로 이해되고 있다.¹⁵⁾ 따라서 이러한 이중적 성격은 방송의 자유에만 인정되는 고유한 특성이 아니라 언론·출판의 자유의 공적 의견형성 기능에서 유래하는 공통적인 성격이라고 보아야만 한다.¹⁶⁾

이런 견지에서 보면 일단 신문의 자유와 방송의 자유는 동일한 기본권적 의미와 기능을 갖고 있다. 즉 주관적 공권이자 제도적 보장으로서의 이중적 성격은 방송의 자유의 고유한 법적 성격이 아니며, 언론·출판의 자유가 갖는 공통된 성격이다.¹⁷⁾ 하지만 이러한 기능상의 동일성에도 불구하고 언론은 국가적 형성보다는 언론 기관의 설립·존속에 있어 개인의 주관적 공권을 보장함으로써 다수의 언론기관에 의한 다양한 의견형성에 주안점을 두고 있다. 이와 같이 동일한 규범구조와 기능을 가지고 있는 언론의 자유에 비하여, 방송의 자유는 그 제도적 성격이 더욱 강조됨으로써 언론의 자유에서는 극히 예외적으로만 인정되는 진입상의 허가제, 내용규제, 소유규제 등의 구조규제 등 특별히 중한 기본권적 제한이 정당화되어 왔으며,¹⁸⁾ 그 공공적 성격 역시 신문에 있어서보다 더욱 강하게 요구되어 왔던 것이다.

이와 같은 이유에서 방송의 자유는 신문의 자유에 있어서 보다 더욱 엄격한 진입규제, 내용규제, 교차소유 등의 제한을 받아 왔던 것이다.

(2) 통신의 자유의 헌법적 의미와 기능

15) Vgl. BVerfGE 12, 205(261); Martin Löffler/Reinhart Ricker, Handbuch des Presserechts, München 4. Aufl. 2000, S. 15ff.

16) Vgl. Christoph Degenhart, in: Rudolf Dolzer/Klaus Vogel(Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 5 Abs. 1, 2, Heidelberg 1999, Rn. 638ff.

17) 독일의 연방헌법재판소도 “언론은 국민과 그 대표자간의 중개자”이며, “기본법 제5조 제1항이 보도라고 규정하여 법문상 협의로 규정되어 있기는 하지만 본질적으로 방송과 언론은 구별되지 않는다”고 보고 있다. Vgl. BVerfGE 20, 162(174ff.)

18) 언론의 자유에 비하여 방송의 자유에 가해지는 특별한 제한과 그 정당성에 관하여는 拙稿, 방송허가제의 헌법적 근거와 문제점에 관한 연구, 토지공법연구 20집(2003), 245면 이하(247 - 262면) 참조

우리 헌법 제18조에서는 ‘모든 국민은 통신의 비밀을 침해받지 아니한다’라고 규정하고 있다. 여기서 ‘통신’이란 단순히 전자적 장치를 통한 통신만을 의미하는 것이 아니라 편지, 전신(전화·전보·텔렉스), 기타 우편(소포·우편환)의 비밀 등 모든 개인적 의사전달 수단을 포괄하는 개념이라고 보아야 하며, 이는 아래에서 설명하는 단행법적 의미에서의 통신개념을 모두 포함하는 광의의 통신개념으로 볼 수 있을 것이다.¹⁹⁾

공공성과 공정성을 이념적 기반으로 하여 도구적 성격을 가지는 방송의 자유와는 달리 통신의 자유에 있어서는 통신주체간의 비밀보호가 핵심적인 기본권의 내용이 된다. 여기서 통신의 비밀(Korrespondenzgeheimnis)이란 ‘편지·전화·전보·소포·우편환·텔렉스 등 모든 가용한 통신수단을 이용함에 있어서 그 통신형태, 통신내용, 통신의 당사자 배달의 방법 등이 본인의 의사에 반해서 공개되는 일이 없어야 한다는 의미’이다. 이러한 통신의 비밀은 구체적으로 열람금지(Einsichtsverbot)·누설금지(Mitteilungsverbot)·정보금지(Auskunftsverbot) 등을 내용으로 하고 있다.²⁰⁾

이렇게 헌법상 보장된 통신의 자유는 첫째, 사생활보호의 수단적 의의를 가진다. 특히, 중요한 핵심 통신업무가 국가 또는 거대 민간 통신회사에 의해서 독점되고 있기 때문에 모든 국민은 이러한 국가 또는 거대 민간 통신회사의 통신업무에 의존하도록 간접적으로 강제되는 상황에서 통신의 비밀보장은 주거의 자유와 더불어 사생활의 비밀을 보호하기 위한 필수불가결한 수단적 의미를 가진다. 둘째, 통신의 비밀을 보장함으로써 사회구성원 상호간에 의사소통이 원활하게 이루어지도록 촉진할 수 있다. 즉 통신의 비밀보장은 언론·출판·집회·결사의 자유와 함께 사회공동체 의사소통을 원활히 함으로써 사회공동체의 생활영역을 확장시켜 주며 사회구성원간의 의견교환을 보호해주는 역할을 하고 있다.

요약컨대 통신의 자유의 핵심은 그 내용을 통신주체의 의사에 반하여 통신주체 이외의 제3자에게 알려지지 않도록 통신의 비밀을 보장하는 데에 있으며, 이를 통하여 사생활을 보호하고 사회구성원 상호간의 의사소통이 원활하게 됨으로써 사회공동체의 생활영역이 확대되는 데 기여하는 데에 있다고 본다. 이와 같이 방송의 자유와 통신의 자유는 각각 그 인정근거, 구성원리와 이에 기한 방송사업과 통신사업의 규제논리가 매우 현격한 차이가 있다. 따라서 네트워크가 통합되면서 하나의 네트워크 안에

19) 독일 기본법에서도 통신의 의미를 이렇게 광의의 개념으로 파악하고 있다. 독일 기본법 제10조 (Das Brief-, Post- und Fernmelegeheimnis) 및 Michael Sachs, Verfassungsrecht II - Grundrechte, Heidelberg 2. Aufl 2002, S. 386f. 참조

20) 허영, 한국헌법론, 박영사, 2005, 385-386면

서 방송행위와 통신행위가 나타나는 경우 기존의 네트워크를 기준으로 ‘방송네트워크를 이용하면 방송’이고 ‘통신네트워크를 이용하면 통신’이라는 전통적인 이분법적 사고에 혼란이 초래된 것이다.

3. 방송·통신융합 현상에 대한 법적 쟁점의 인식전환 필요성

(1) 기본권적 관점에서 바라본 융합개념의 허구성

통상 ‘방송·통신의 융합’²¹⁾이라 하면 마치 방송과 통신이 하나가 되는 것처럼 오해하기 쉬우나, 기본권적 관점에서는 이와 같은 논리를 수용할 수 없다고 본다. 즉 의견상 방송과 통신간의 매체의 특성이 융합되는 것처럼 보일 뿐이지, 기본권적 관점에서는 방송의 자유와 통신의 자유권이라는 헌법상의 권리가 융합되어 양자가 사라지고 제3의 기본권 영역이 창출되거나, 방송의 자유와 통신의 자유 중간에 제3의 ‘회색지대적 기본권’이 탄생하는 것은 아니라고 본다. 따라서 향후 방송과 통신의 융합이라는 사회적 현실과 이로 인한 자유권 개념의 융합여부와 아울러 제3의 기본권 창출 등 기본권 체계의 변화문제를 논의하기 위해서는 방송과 통신의 융합현상에 대하여 기존의 매체적 특성에 기한 접근방식과 아울러 헌법적 관점에서의 접근이 필요할 것으로 사료된다.

첫째, 네트워크 측면에서, ‘망의 융합’이란 통신망을 통한 방송서비스 또는 방송망을 통한 통신서비스의 제공이 가능해졌다는 것을 의미한다. 이는 한 개의 통합망에서 방송서비스와 통신서비스 양자의 제공이 가능해졌다는 것을 의미할 뿐, 기본적으로 제공되는 콘텐츠는 방송서비스 또는 통신서비스일 뿐이다.

둘째, ‘서비스의 융합’은 방송과 통신의 매체적 속성을 모두 가진 서비스의 제공이 가능해진다는 것이다.

즉 방송서비스와 통신서비스 중 어떤 서비스인지의 구별이 확실치 않은 서비스가 다수 제공된다는 것이다. 일반적으로는 당해 콘텐츠가 방송과 통신의 매체적 속성을 모두 가지고 있다고 하면서 이것이 서비스의 융합이라고 주장되고 있다.

그러나 인간의 지각능력의 특성상 일순간에 인간이 지각하는 서비스는 개별적으로 보면 방송 아니면 통신일 뿐이지, 양 서비스의 화학적 결합으로 인한 제3의 서비스가

21) 방송·통신의 융합과 미래 미디어의 역할분담에 대하여는 Gounalakis, Georgios, Regulierung von Presse, Rundfunk und elektronischen Diensten in der künftigen Medienordnung, ZUM 47(2003), 180ff. 참조.

제공되는 것은 아니라고 본다. 따라서 ‘서비스의 융합’이라는 통상적인 용례에도 불구하고 현재 화면에서 수 개의 서비스가 동시다발적으로 제공되는 경우(가령 드라마와 데이터방송을 시청·이용하면서 메신저로 친구와 대화하는 경우), 규범적인 차원에서 살펴보면 개별 서비스는 방송서비스(드라마, 데이터방송) 아니면 통신서비스(메신저)일 뿐이며, 방송서비스 또는 통신서비스와 확연히 구분되면서 매체의 법적 성격이 전혀 다른 새로운 제3의 매체가 제공되는 것으로는 보기 어려우며, 방송처럼 보이는 ‘통신서비스’ 또는 통신적 성격을 가지는 것처럼 보이는 ‘방송서비스’일 뿐이라고 본다.

이와 같은 견지에서 살펴보면 화학적 의미에서 ‘방송과 통신의 융합’은 애당초 존재하지 않는 개념으로서, 일반적으로 회자되는 ‘융합형 서비스’를 규율할 수 있는 ‘제3의 기본권’ 또는 ‘통합형 기본권’은 창출될 수 없다고 볼 수 있다. 이와 같이 기본권적 속성의 불변성에 의하여 방송 또는 통신의 개념만이 존재하며, 제3의 개념은 적어도 규범적으로는 현재까지 案出된 바 없다.

셋째, ‘사업자의 융합’이라는 측면에서 살펴보면 기존에 자신의 영역에서 사업행위를 하던 방송 및 통신사업자가 서로의 영역으로 사업을 확대할 수 있다는 의미일 뿐 기본권의 성격변화와는 무관하다.

이상에서 살펴본 바와 같이 통상 방송·통신의 융합이라고 일컬어지는 매체간의 융합현상은 그 언어적 표현이 융합일 뿐, 상호 화학적으로 융합하여 제3의 매체를 탄생시키고, 이로 인해 현재까지 구축되어 있는 기본권 체계에는 존재하지 않았던 새로운 개념의 기본권이 출현하는 것이 아니라고 본다. 따라서 양자간의 융합이란 방송의 자유권과 통신의 자유권 양자가 확장되면서 중간적 영역으로 기능적으로 수렴 내지 중첩됨으로써, 물리적으로 결합하는 개념이라고 본다.

이에 의하면 전통적인 의미에서의 방송과 통신의 기본적인 기본권적 속성이나 규제철학은 변화하지 않을 것이며, 기본적인 이론적 배경, 즉 공공성의 보장(방송 측면), 개인의 비밀유지(통신 측면) 역시 변화할 수 없는 것이다. 그러므로 방송·통신 관계 법제를 정비함에 있어서는 방송의 자유와 통신의 자유가 갖는 기본권적 성격이 상이하며, 이러한 차이점이 향후에도 사라지지 않을 것이라는 점을 명심해야 할 것이다.

이러한 측면에서 살펴보면 비록 현재의 방송·통신에 관한 단행법제가 방송과 통신의 존립목적, 규제철학, 구체체계 등의 차이로 인하여 엄격히 이원화되어 있는 관계로 융합영역을 규율할 수 있는 법률적 근거의 부재가 문제로 지적되기는 하지만, 그

렇다고 해서 헌법적으로 기본권 속성에 차이가 있는 방송의 자유와 통신의 자유 중 어느 한 기본권이 다른 쪽을 대체하거나 두 기본권과 다른 성격을 가진 제3의 기본권이 창출될 가능성은 희박하지 않은가 하는 것이 현재까지의 연구결과이다.²²⁾

(2) 통합형 네트워크의 등장과 헌법이론의 적용

이렇게 제3의 기본권 개념 창출의 불가능성에도 불구하고 현실적으로는 방송과 통신을 모두 전달할 수 있는 네트워크가 계속 등장하고 있는 추세에 있으며, 향후 이러한 ‘통합형 네트워크’가 확장될 것으로 예상된다. 따라서 이러한 현상을 규율하기 위해서는 방송영역에서는 공공성의 기준을 일부 하향 조정하는 한편, 통신영역에서는 사업성을 일부 포기하는 방향으로 규제철학을 정립해 나가야 할 것이다. 하지만 전술하였듯이 한 가지 분명한 것은 이렇게 규제철학을 하향(방송측면) 또는 상향조정(통신측면) 할 때에도 그 출발점은 역시 방송의 자유와 통신의 자유권의 보호 및 이에 관한 기본권 제한의 일반적인 이론이 바탕이 되어야 할 것이라는 점이다.

위에서 밝힌 바와 같이 방송의 자유나 통신의 자유는 향후 어떠한 네트워크 기술의 발전에 의해서도 결코 화학적으로 융합될 수 없는 이질적인 자유권이다. 따라서 ‘방송과 통신의 융합’이라는 미명하에 착각을 불러일으킬 소지가 있는 이론을 주장하는 것은 지양해야 할 것으로 본다. 필자는 ‘방송과 통신의 융합’이라는 개념을 주창하고 이를 설파함으로써 경제적 이익을 취할 수 있는 집단들이 위에서 언급한 방송의 자유와 통신의 자유의 이론에 대한 기본적 이해도 없이 마치 방송과 통신이 하나가 되고 이것이 제3의 새로운 기본권을 탄생시키는 것처럼 주장해 온 것이 결코 학문적 무지라고만은 생각지 않는다. 우리가 그동안 무비판적으로 받아들였던 ‘방송과 통신의 융합’이라는 개념이 실제로 현실세계에 존재할 수 없는 것은 이러한 주장을 통해 경제적 이득을 취할 수 있는 집단들도 잘 알고 있을 것이다. 현재까지 마치 방송과 통신이 화학적으로 ‘융합’되어 전혀 다른 성격의 서비스가 창출되고 이를 규제하기

22) 다만 방송의 자유 역시 방송이라는 매체가 존재하기 전까지는 자유권의 영역에 포함되지 않았으나, 방송이라는 매체의 출현과 함께 언론출판 내지는 표현의 자유의 일종으로 인정된 예를 보면 방송의 자유나 통신의 자유와 구별되는 제3의 기본권 영역 창출이 전혀 불가능한 것은 아닐 수도 있다는 점에 대하여는 향후 미래 헌법학의 연구과제로 남겨두기로 한다.

현재 전 세계적으로 소위 융합영역을 규율할 수 있는 새로운 기본권 개념 창출을 위해 노력 중에 있으므로, 향후 연구결과에 따라서는 결론이 달라질 수도 있을 것이라고 사료된다. 하지만 이러한 미래 헌법학의 과제가 성공적으로 수행될 수 있을지, 또 그 시기가 언제인지에 관해서는 단언할 수 없는 실정이다.

위하여 지금까지의 ‘방송’ ‘통신’에 대한 규제원칙을 허물어야 한다고 주장하는 논거들은 어쩌면 대개 그동안 각국별로 상이한 이유에 근거하여 금지되거나 제한되었던 통신사업자들의 방송사업 진입을 위해 악용되어 왔지 않았나 하는 의심마저 든다.

이렇게 보면 향후 방송·통신 융합과 관련하여 상호교차 소유, 통합기구문제 등을 논의함에 있어서는 통신사업자의 방송사업 진출을 가속화시키고, 방송만의 고유한 콘텐츠의 공공성의 논리를 약화시킬 수 있다는 점에 유념하여야 할 것이다. 또한 새로이 등장하는 서비스들이 과연 기본권적으로 방송의 자유 또는 통신의 자유 어느 쪽에 속하는 것인지에 대한 구별과 아울러, 만일 방송개념에 포함된다고 판단될 때에는 방송의 공공성을 보호하기 위한 확실한 제도적 장치가 마련되어야 할 것이다.

하지만 현실적으로 일대 불특정다수의 커뮤니케이션의 개념인 방송영역에 ‘한정성을 가지는 방송’²³⁾영역이 나타나고, 반대로 일대 일의 커뮤니케이션으로 이해되는 통신에 ‘공연성을 가지는 통신’²⁴⁾영역이 나타나고 있는바, 이러한 새로운 서비스 유형에 대하여는 ‘방송의 자유의 제도적 보장’ 내지 ‘통신의 비밀보장’이라는 기계적·도식적인 기본권 개념을 적용하여 규제수준을 정하는 데에는 일정한 한계가 있을 수밖에 없다. 현재 외견상 정책기관 간의 관할권 다툼으로 보일 수도 있는 논쟁의 핵심은 바로 이러한 교차영역에서의 규제수준을 정하는 문제라고 본다.

위에서 상론한 바와 같이 이미 ‘방송네트워크’와 ‘통신네트워크’의 구별이 어려워지고 있고, 네트워크 기술의 발전으로 인해 향후 ‘통합형 네트워크’로 단일화될 것으로 예상된다. 하지만 이 경우에도 당해 커뮤니케이션 참가자의 서비스의 이용형태, 기능 및 사회적 여론형성력 등을 중심으로 서비스별로 ‘방송’ 또는 ‘통신’의 영역에 속하게 하되 그 규제수준을 개별 서비스 군으로 구분하여 ‘사회적 여론형성력’이 인정되는 서비스에 관해서는 기본적으로 방송에 가해지는 규제를, ‘사회적 여론형성력’이 인정되지 않거나 매우 약한 서비스에 관해서는 기본적으로 통신에 가해지는 규제를 가하여야 한다고 본다. 이렇게 개별 서비스들의 특성을 고려하여 개별 서비스 별로 차별화된 규제수준을 유지하면서, 당해 매체의 사회적 여론형성력에 대한 정기적·장기적인 연구를 통하여 규제 수준을 조절함으로써, ‘방송의 자유와 통신의 자유를 분리하는 헌법원칙을 유지하는 한도 내에서의 단행법적 규제의 차별화’가 필요하다고 본다.

결론적으로 현재 학계와 실무계에서는 소위 ‘방송과 통신의 융합’을 마치 방송과 통신이 화학적으로 결합되어 규제 철학과 강도의 차이가 희석되는 것으로 오해되고

23) 가령 지하철방송, 철도방송, 선박방송 등.

24) 가령 홈페이지의 개설, 게시판 또는 공개 채팅룸의 이용 등.

있는 듯하나, 위에서 상술한 바와 같이 헌법적 차원에서 기본권적 이론적으로 살펴보면 명백한 이론적 오류 또는 의도적 왜곡이라고 본다. 즉 방송의 자유와 통신의 자유는 그 기본권적 성격, 자유권의 존립목적 등이 완전히 상이한 기본권으로서 향후 어떠한 기술발전에 의해서도 결코 통합되거나 융합될 수 없는 기본권들이다.

따라서 ‘방송’과 ‘통신’의 화학적 결합을 통한 ‘방통의 자유권’ 내지 ‘통방의 자유권’은 존재하지 않는 것이다. ‘방송’은 여전히 ‘방송’이지만 사회적 영향력이나 공연성을 결한 ‘한정된 공중에게 한정된 사회적 영향력을 가지고 방영되는 방송’, 가령 지하철 방송, 철도방송, 선박방송, 기내방송 등에 대하여는 아주 낮은 수준의 진입장벽과 내용규제로 족한 것이며, 반대로 사회적 영향력과 공연성이 높은 서비스가 가능한 IP-TV, Wibro 등과 같은 서비스들은 진입시 경쟁하여야 할 기존의 방송행위와 동일·또는 유사한 규제수준을 유지시켜야 하는 것이다.

IV. 방송법상 “방송”개념의 IP-TV에의 적용가능성

1. 헌법상 “방송개념”의 단행법적 가변성

우리 헌법 제21조는 「① 모든 국민은 언론·출판의 자유 …를 가진다. ② 언론·출판에 대한 허가나 검열 …는(은) 인정되지 아니한다」라고 하여 언론·출판의 자유와 언론·출판에 대한 허가·검열제를 금지하고 있을 뿐, ‘언론’과 ‘방송’의 구체적인 개념은 헌법해석 또는 단행법적 규율에 맡겨놓고 있다.

이 규정의 원조적인 독일의 경우에도 우리의 헌법에 해당하는 기본법 제5조에서 ‘방송을 통한 보도의 자유’만을 규정하고 있을 뿐, 구체적인 방송개념에 대한 구체적인 기준이나 정의는 존재하지 않는다. 독일에서도 역시 구체적인 정의나 기준은 헌법의 체계적·구체적 해석 또는 단행 법률의 규정에 맡기고 있는 것이다.

한편 독일의 연방헌법재판소에 따르면 ‘방송의 자유의 규범력을 유지하기 위해서는 판결 당시의 시점까지 도입된 기술수준만을 기준으로 방송의 개념을 확정할 수 없으며, 방송의 개념은 기술적인 혁신가능성과 의견형성의 중개매체로서의 기능을 고려하여 歷史的·規範的으로 결정되어야 한다’고 보고 있다. 그러므로 새로운 기술이 출현하여 방송의 자유라는 측면에서 이에 대한 기본권 보장의 필요성이 제기되는 경우, 비록 이 새로운 기술이 종래의 방송 개념과 상응하지 않는다고 하더라도 방송으로서의 기술적·개념적 특징이 인정되는 때에는 방송의 개념을 積極的·彈力的으로 해석하

여 방송의 개념에 포함시켜야 한다고 判示하고 있다.²⁵⁾

연방헌법재판소가 제시한 기본법적 의미에서의 이러한 개방적 방송개념에 따르면 새로운 방송유형과 매체가 방송의 개념에 속하는지의 여부가 매우 탄력적으로 결정되므로, 신기술의 개발로 인한 방송 개념의 변화에 따라 새로운 법원리를 적용할 수 있어 ‘具體的 妥當性’이라는 면에서는 매우 우수하다. 그러나 반대로 ‘法的 安定性’이라는 측면에서는 방송과 기타 미디어의 개념구분이 불명확하여 멀티미디어나 방송과 유사한 통신서비스를 방송의 개념에 포함시킬 수 있는지에 관한 명확한 기준을 제시하기가 용이하지 않을 수도 있다.²⁶⁾

이와 같이 방송의 개념이 기술의 발전에 따라 확장 가능한 유동적인 개념이라면 이를 헌법이라는 국가의 최고규범 내에 규정하는 것은 입법기술상 문제가 있다. 헌법은 ‘국민의 기본권에 관한 사항과 국가의 통치구조에 관한 국민적인 합의를 최고규범의 형식으로 규정하여 놓은 것’이다. 따라서 헌법은 규범적 단계구조면에서 헌법보다 하위에 존재하는 단행 법률에 비하여 보다 엄격한 요건과 절차 하에서 절실한 사회적 필요성이 있을 때에만 개정 가능한 ‘硬性性’을 그 특징 중 하나로 하고 있으므로, 기술의 발전에 따른 신속하고 탄력적인 개정이 어렵다는 문제점이 있다. 이러한 사정으로 인하여 거의 모든 선진국가의 헌법에서는 직접적인 방송의 개념을 찾아볼 수 없으며, 다만 언론·출판의 자유만을 언급하고 있고, 구체적인 放送概念의 劃定은 단행법과 헌법의 체계적 해석에 맡기고 있는 것이다.

결론적으로 IP-TV와 같은 새로운 매체들이 등장할 때마다 방송이나 아니면 통신이나의 개념과 관할권의 문제가 다투어지는 근본적인 이유는 헌법상의 방송·통신의 개념이 매우 개방적인 개념이기 때문이다. 따라서 각국은 이러한 방송·통신 개념을 일의적으로 규정하지 않고 단행법적 차원에서 입법정책에 맡겨놓고 있기 때문이다. 그러므로 입법자는 기술의 발전과 사회적 영향력에 따라 단행법적으로 방송개념을 확장 또는 축소할 수 있다고 본다.

이하에서는 위와 같은 헌법이론적 배경 하에 현행 방송·통신관계법상 IP-TV가 방송개념에 포함될 수 있는지의 여부에 관하여 살펴보기로 한다.

2. IP-TV 서비스의 단행법상 방송개념 포함여부

25) Vgl. BVerfGE 12, 205(208ff.).

26) Vgl. Albrecht Hesse, Rundfunkrecht, München, 2. Aufl. 1999, S. 85f.

(1) 현행 방송법상의 '방송'개념의 현실부정합성

한편 현행 방송법 제2조 제1호는 방송개념을 추상적·구체적 개념으로 2분화하여 정의하고 있다. 먼저 추상적으로는 「방송이란 함은 방송프로그램을 기획·편성 또는 제작하여 이를 공중(개별계약에 이한 수신자를 포함하며 이하 "시청자"라 한다)에게 전기통신설비를 이용하여 송신하는 것」이라고 규정하고 있다.

이와 아울러 구체적 개념으로서 방송법 제2조 제1호에 의하면 ① 텔레비전방송, ② 라디오방송, ③ 데이터방송, ④ 이동멀티미디어방송을 들고 있다.

또한 동법 제32조 제1항에서는 「방송위원회는 방송, 중계유선방송 및 전광판방송의 내용과 기타 전기통신회선을 통하여 공개를 목적으로 유통되는 정보 중 방송과 유사한 것으로서 대통령령이 정하는 정보의 내용이 공정성과 공공성을 유지하고 있는지의 여부와 공적 책임을 준수하고 있는지의 여부를 방송 또는 유통된 후 심의, 의결한다」고 규정하고 있다. 따라서 법문의 해석상 방송위원회는 '방송법 제2조의 방송(텔레비전 방송, 라디오방송, 데이터방송, 이동멀티미디어방송)'과 아울러 '중계유선방송' 및 '기타 전기회선을 통하여 공개를 목적으로 유통되는 정보 중 방송과 유사한 것으로서 대통령령이 정하는 정보'에 관한 내용심의권을 갖고 있으므로 이러한 방영형태도 역시 방송으로 볼 수 있다고 하겠다.

또한 이러한 방송법 제32조 제1항을 구체화하고 있는 방송법 시행령 제21조 제1항에 의하면 방송법 제32조 제1항에서 「'대통령령이 정하는 정보'라 함은 방송사업자·중계유선방송사업자 및 전광판방송사업자가 '방송', 'TV' 또는 '라디오' 등의 명칭을 사용하면서 일정한 편성계획에 따라 유통시키는 정보」를 말한다. 따라서 「방송사업자·중계유선방송사업자 및 전광판방송사업자가 '방송', 'TV' 또는 '라디오' 등의 명칭을 사용하면서 일정한 편성계획에 따라 유통시키는 정보」 역시 방송의 개념에 속한다고 할 수 있다. 이해의 편의를 위하여 이를 도식화하면 다음과 같다.

- 방송 = ① 텔레비전방송, 라디오방송, 데이터방송, 이동멀티미디어방송
(방송법 제2조의 방송)
- + ② 중계유선방송, 전광판방송(방송법 제32조 제1항)
- + ③ 기타 방송과 유사한 것으로서 대통령령이 정하는 방송(방송사업자, 중계유선방송사업자 및 전광판방송사업자가 전기통신회로를 이용하여 '방송', 'TV' 등의 명칭을 사용하면서 일정한 편성계획에 따라 유통시키는 정보 : 방송법 시행령 제21조 제1항)

위와 같이 규정하고 있는 현행 방송법에 의할 때 가장 문제가 되는 것은 인터넷을 통한 대부분의 방송행위는 방송으로 분류되지 않고 전기통신기본법이나 전기통신사업법의 적용을 받게 된다는 점이다. 특히 현행 방송법시행령 제21조를 문언적으로만 해석하면 방송법의 적용을 받는 방송사업자, 중계유선방송사업자 및 전광판방송사업자가 방송, TV, 라디오라는 명칭을 사용하여 행하는 인터넷 방송은 한정적으로 유사방송서비스의 범주에 포함될 수 있으나, 기타 방송법에 의한 방송사업자나 중계유선방송사업자 및 전광판방송사업자에 포함되지 아니하는 기관 및 단체가 인터넷을 통하여 행하는 유사방송행위는 방송법의 적용을 받지 않는 결과가 된다. 이러한 문언적 해석에 의할 경우 방송사에서 행하지 않는 인터넷을 통한 방송행위를 방송의 영역에 포함시킬 수 없다는 해석상의 문제점이 있는 것이다. 따라서 향후 이 규정을 개정하여 기존의 방송사업자가 아닌 자(가령 KT)에 의한 방송행위 역시 방송법상의 방송개념에 포함시켜야 할 필요성이 발생하는 것이다.

이하에서는 이렇게 현재 방송법상 방송행위에는 포함되지 않으나 향후 방송법상의 방송행위에 포함되어야 할 IP-TV가 과연 현행 방송법상의 추상적 정의 규정에 의하여 향후 ‘방송’개념에 포함될 가능성이 있는지에 관하여 살펴보기로 한다.

(2) 프로그램의 기획·편성·제작

방송이란 단순히 수집된 정보를 전달하는 것이 아니라 특정 내용을 특정한 시간대에 의도적으로 송신하는 행위를 기획하고 이를 적극적으로 편성한다는 점에서 일반적인 통신행위와 구별된다. 이 중 특히 ‘편성’이란 방송되는 사항의 종류, 내용, 분량, 시각, 배열 등을 정하는 행위를 의미한다.²⁷⁾ 물론 송신행위를 하는 사업자가 기획, 편성, 제작을 모두 하여야 하는 것은 아니므로, 송신행위를 하는 사업자 중 의도적인 내용 기획이나 편집 또는 제작을 하지 않는 사업자는 방송사업자로 볼 수 없을 것이다. 따라서 ‘방송사업’은 송신되는 내용물을 공중에게 제공되기 위하여 의도적으로 제작하고 종류, 내용, 분량 등을 편집하는 것을 핵심적인 방송개념의 구성요건요소로 하고 있다.

실제로 IP-TV 서비스 중 예상되는 주된 내용은 다채널 디지털방송 또는 데이터방송인데, 이 경우 당해 서비스의 제공사업자는 전송할 프로그램의 종류, 내용, 분량, 시각, 배열을 정하고 이를 시청자에게 미리 EPG(Electronic Program Guide)를 통하여

27) 방송법 제2조 제15호 참조.

공지하게 되는데, 이러한 행위는 방송법상의 '편성'에 해당하게 될 것이다. 따라서 방영행위의 대종을 이루는 디지털방송이나 데이터방송의 경우, 이를 방송이라고 보아야 할 것이다.

(3) '공중예의 송신'

IP-TV를 통신이라고 주장하는 견해에 의하면 '방송'은 '불특정 다수에게 일방적으로 송신되는 것'이며, 통신은 '특정인(또는 특정인 집단)에게 쌍방향으로 송·수신되는 것'이라고 강변하고 있다. 하지만 이러한 주장은 다음과 같은 점에서 이론적 모순이 있다고 본다.

첫째, 헌법상 기본권 보호의 기본원리 측면에서 살펴보면, 전술하였듯이 '통신의 자유'는 '통신의 비밀을 보장함으로 인한 사생활을 보호와 이를 통한 커뮤니케이션의 활성화'에 그 의의가 있고, '방송의 자유'는 '방송이라는 수단을 통한 사상·표현의 자유로서 공적 성격이 강한 것'이라고 본다. 따라서 현행법상 '공중에 대한 송신'이라는 방송의 개념 요소는 송수신자간에 이루어지는 방송내용의 전달이 상호 개인적인 활동영역에 속하지 않는다는 것을 의미한다고 해석될 수 있을 것이다.²⁸⁾

기본권 측면에서 살펴보면 IP-TV에서 제공가능하거나 제공 예정될 서비스들(지상파, 영화, 오락, 드라마, 스포츠, 취미 등 다양) 중 극히 일부서비스들을 제외하고는(메신저, SMS 등) 도저히 '통신의 비밀 보장'이라는 통신의 자유의 기본원리를 구현하고 있다고 파악할 수 없다. 따라서 IP-TV를 통하여 제공되는 서비스들은 아무런 느슨한 법적 기준을 적용해도 최종 소비자의 입장에서 보면 사상·표현을 전달하는 수단적 의미로서의 '방송의 자유'에 해당한다고 볼 수밖에 없을 것이다.

둘째, 방송법상 '공중'이라는 측면에서 살펴보면, 다소의 오해가 있을 수 있는 '공중에의 송신'이라는 개념에 대한 정확한 법적 인식이 필요한 것 같다.

종래 방송은 텔레비전, 라디오 등 수신기만 갖추면 누구나 이용가능 하였고, 이것이 통신과의 가장 중요한 차이점 중의 하나였다. 그러나 방송의 디지털화 및 광대역 네트워크의 발전에 따라 데이터방송, 주문형 방송 등 양방향적 서비스 구현이 가능해짐에 따라 양방향성은 이제 통신의 고유한 성격이 아니라 방송서비스 이용시 '이용자의 선택성의 확대'로 이해하여야 할 것이다. 만일 이렇게 이해하지 않을 경우에는 가령 현재 서비스가 제공되고 있는 홈쇼핑 채널을 이용하는 시청자가 TV를 시청하면

28) 유의선, 방송통신융합시대의 규제관리기구 정립방안, 방송위원회토론회 자료집, 2004. 12. 8., 40면.

서 자동전화 ARS 또는 상담원을 통하여 제품을 구매할 때에는 ‘방송’으로, IP-TV를 통한 T-Commerce를 이용하여 직접 구매할 때에는 ‘통신’으로 보아야 한다는 이상한 결과가 도출될 것이다.

따라서 향후 종래의 ‘다수의 수신자들에 대한 무차별적인 송신’이라는 전통적인 방송의 개념에 어느 정도 변화가 필요하다고 본다. 즉 ‘한정된 공간(가령 지하철, 버스, 비행기 등)에서 한정된 공중을 상대로 한 무차별적 송신’이나 ‘비대칭적 양방향성을 갖고 비밀보호를 주목적으로 하지 않는 송신(가령 IP-TV와 같이 한정된 고객을 상대로 적은 용량의 정보를 수신 받아 다량의 정보를 송신하는 한정된 양방향성의 경우)’에도 역시 방송의 개념에 포함되어야 한다는 점은 분명하다고 사료된다. 커뮤니케이션 형태로 보면 전자의 경우는 약간의 시간적 차이는 있으나 전광판 방송과 유사하고, 후자의 경우에는 기술적으로만 기존의 라디오나 TV와 차이가 있을 뿐 전혀 다른 서비스라고 보이지 않기 때문이다.

셋째, 방송법의 文言的 解釋에 의해서도 개별 수신자에게 송신하는 행위 역시 방송의 개념에 포함된다.

현행 방송법 제2조 제1호에 의하면 「‘방송’이라 함은 「방송프로그램을 기획·편성 또는 제작하여 이를 공중(개별계약에 의한 수신자를 포함하며 이를 ‘시청자’라 한다)에게 전기통신설비에 의하여 송신하는 것」이라고 규정하고 있다.

법문에서도 확연히 알 수 있듯이 방송법상 ‘공중’의 개념은 일반적으로 인식되고 있는 ‘일반대중’과는 다른 것이다. 개별적으로 계약을 체결한 고객을 상대로 서비스를 제공하는 경우, 당사자 개인으로 보면 개별계약이지만 다수의 당사자에게 서비스를 제공하는 사업자 입장에서 보면 이는 ‘1대 1’의 관계가 아니고 ‘1대 다수’의 관계가 성립하는 것이다. 그러므로 ‘공중에게 송신되는 것’은 방송으로, ‘개인(또는 개별계약자)에게 송신되는 것’은 통신으로 보는 견해는 현행 방송법 해석에 있어 가장 기본적인 文言的 의미조차 제대로 파악하지 못한 것이라고 볼 수밖에 없다.

(4) ‘통신설비’의 이용과 ‘방송과 통신의 개념’간의 상관관계

방송의 개념을 형식적으로만 파악하는 견해에 의하면 방송은 ‘방송설비’를 이용하는 것이고, 통신은 ‘통신설비’를 이용하는 것이라 보고 있는 듯하다. 즉 IP-TV는 인터넷상이라는 통신망을 이용하므로 통신이라고 주장하고 있으나 이러한 견해는 다음과 같은 근거에서 타당하지 않다고 본다.

첫째, 방송법의 문언적 해석에 의하면²⁹⁾ ‘방송’의 송신은 전기통신설비에 의하는

것으로 되어 있는바, 이러한 ‘전기통신’은 그동안 기술발전에 따라 ‘지상파’, ‘유선’, ‘위성’ 등으로 확장되어 왔으며, 이제 IP기술을 통한 ‘인터넷상의 프리미엄망’으로 그 개념이 확장된 것에 불과하다. 또한 향후 기술의 발전에 따라 새로운 전송수단이 등장할 경우에도 전송되는 내용이 ‘사회적 여론형성 기능’을 가지고 있다고 판단될 경우에는 방송관계법의 규율을 받아야 하는 것이다.

둘째, 기존의 전화나 전보 등 전통적인 통신방식이나 방송은 모두 ‘전기통신설비’를 이용하여 제공되어 왔으므로 IP-TV가 단순히 인터넷이라는 통신망을 이용한다고 해서 방송의 개념에서 제외할 수는 없다.

- 즉
- ① 음성전화 = 전기통신설비를 이용한 음성통신(Voice over Network)
 - ② 데이터방송 = 전기통신설비를 이용한 데이터방송(Data over Network)
 - ③ 지상파방송 = 전기통신설비(지상파)를 이용한 방송
(Radio, TV, Data over Terrestrial Network)
 - ④ 유선방송 = 전기통신설비(유선)를 이용한 방송
(Radio, TV, Data over Cable Network)
 - ⑤ 위성방송 = 전기통신설비(위성)를 이용한 방송
(Radio, TV, Data over Satellite Network) 이며, IP기술을 이용한
인터넷 망에서의 방송행위 역시
 - ⑥ IP-TV = 전기통신설비(인터넷 망)을 이용한 방송
(Radio, TV, Data over Internet Network)이라고 볼 수밖에 없을 것
이다.

위에서 헌법의 기본권 보호의 대상에 관해 실시한 바와 같이, 망의 구조나 기술적 방식이 달라졌다고 해서 당해 망에서 제공되는 서비스가 방송의 자유의 보호범위에 속하는 ‘방송 또는 방송행위’에서 통신의 자유의 보호범위에 속하는 ‘통신 또는 통신행위’로 질적인 변화가 일어나는 것은 아니다. 따라서 네트워크의 전송기술에 변화가 있다고 해도 네트워크를 통해 전송되는 콘텐츠의 내용이 ‘사회적 여론형성 기능’을 하고 있다면 이는 ‘방송’이라는 속성을 가지고 있는 것이라고 보아야 할 것이다. 그러므로 IP-TV는 ‘인터넷상 동영상의 제공이 가능하도록 QoS가 보장된 프리미엄 통신망의 발전’에 불과한 것이지, 당해 망에서 제공되는 서비스의 기본적인 속성이 ‘방송’에

29) 현행 방송법 제2조 제1호 : 「‘방송’이라 함은 방송프로그램을 기획·편성 또는 제작하여 이를 공중(개별계약에 의한 수신자를 포함하며 이를 ‘시청자’라 한다)에게 전기통신설비에 의하여 송신하는 것」이라고 규정하고 있다.

서 ‘통신’으로 변화하는 것은 아니다.

셋째, 통신망을 이용할 경우 방송이 아니라고 보아야 한다는 주장은 실무상으로도 다음과 같은 허점이 있다.

가령 종합유선방송사업자는 방송법상의 방송사업자인데, 현재 이러한 방송사업자는 기간통신사업자(가령 파워콤, KT 등)로부터 전기통신회선설비를 임차하여 종합유선방송행위를 하고 있는바, 이런 경우 ‘통신설비’를 이용하여 ‘방송행위’를 한다고 해도 이를 ‘방송사업’을 영위하는 ‘방송사업자’라고 규정하고 있다.³⁰⁾

또한 ‘정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률’ 제43조 제1항³¹⁾ 및 동법시행령 제22조³²⁾에 의하면 콘텐츠공급자(정보제공사업자) 중 방송법에 의한 방송사업자 등은 보관의무 규제에서 제외시킴으로써 방송법으로 규율하도록 되어 있는바, 이미 동법에

30) 이미 ‘유선방송설비등에관한기술기준’ 제24조 및 제36조에서는 대역외채널전송에서는 IP 패킷방송을 수용할 수 있도록 규정해 놓고 있다(2004. 11. 6. 정보통신부 고시 2004-63호)

제24조(가입자설비 및 가입자단말장치)

① 종합유선방송을 수신하기 위한 가입자설비는 다음 각 호의 기준에 적합하여야 한다.

1. 종합유선방송을 수신할 수 있는 주파수로 변환하는 기능이 있을 것
2. 자동 주파수조정기능 및 자동 이득조정기능이 있을 것

② 디지털 종합유선방송을 수신하기 위한 가입자단말장치의 기술적 조건은 [별표 8]과 같다.

③ 종합유선방송사업자가 임대하는 가입자단말장치는 제38조의 규정에 의한 대역외 하향 채널 및 상향채널에서 ATM 셀구조 또는 IP 패킷 구조 중 선택하여 지원할 수 있다.

제36조(대역외 채널전송 구조)

① 대역외 하향채널은 ATM 셀구조, MPEG-2 전송스트림 패킷구조 또는 IP 패킷구조로 캡슐화하여 MPEG 구조로 정보를 전송하되, 디지털유선방송송수신정합표준에서 규정한 형식을 따라야 한다.

② 대역외 상향채널은 IP패킷에 실린 정보를 ATM AAL5로 캡슐화하여 ATM 셀구조 또는 IP 패킷구조로 전송하되, 디지털유선방송송수신정합표준에서 규정한 형식을 따라야 한다.

31) ‘정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률’ 제43조 제1항 : 「청소년보호법 제7조제4호의 규정에 의한 매체물로서 동법 제2조제3호의 규정에 의한 청소년유해매체물을 이용자의 컴퓨터에 저장 또는 기록되지 아니하는 방식으로 제공하는 것을 영업으로 하는 정보제공자중 대통령령이 정하는 자는 당해 정보를 보관하여야 한다」

32) ‘정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률시행령’ 제22조(영상 또는 음향정보 보관 의무 사업자의 범위) : 「법 제43조 제1항에서 "대통령령이 정하는 자"라 함은 전기통신회선을 통하여 정보를 유통시키는 자를 말한다. 다만, "방송", "텔레비전" 또는 "라디오"의 명칭을 사용하면서 일정한 편성계획에 따라 정보를 유통시키는 자중 「방송법」 제2조제3호·제6호 및 제12호의 규정에 의한 방송사업자·중계유선방송사업자 및 전광판방송사업자를 제외한다」

서도 통신망을 이용하여 방송행위가 가능한 것으로 예정하고 있는 것이다. 따라서 IP-TV사업자가 프리미엄 망을 이용하여 방송콘텐츠를 제공할 경우에는 방송법상 사업자로서의 법적 지위를 부여받은 후 사업을 영위할 수 있는 법적 장치는 이미 예정되어 있는 것이다.

셋째, 인터넷상의 프리미엄 망을 이용한 방송행위가 방송의 범위에 속한다고 하는 것은 이미 대법원 판례에서도 선언한 바 있다.

즉 최근 대법원³³⁾은 ‘방송이란 일반 공중으로 하여금 동시에 수신하게 할 목적으로 무선 또는 유선통신의 방법에 의하여 음성 등을 송신하는 것뿐만 아니라, 그와 달리 방송이 서버까지만 송신이 되고 일반 공중이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 인터넷을 통하여 그에 접속하여 비로소 서버로부터 개인용 단말기까지 송신이 이루어지는 인터넷방송과 같은 전송도 포함’한다고 판시한 바 있다.

결론적으로 위와 같이 이론적·실무적 차원에서 검토하면 과거로부터 방송은 필수적으로 ‘전기통신설비’의 사용을 전제하고 있었던 것이며, IP 방식에 의해 인터넷 프리미엄망을 통해 제공되는 ‘방송’행위는 네트워크의 구조에 차이가 있을 뿐, 사회적 영향력을 가지는 언론의 자유의 보호대상이 되는 ‘방송’을 전송하고 있는 점에는 전혀 차이가 없다고 본다.

(5) 사업모델 측면에서의 유사성

다음으로 IP-TV를 통신이라고 주장하는 견해에 의하면 IP-TV는 기존의 방송사업과는 그 성격이 본질적으로 다른 것이라고 주장할 수도 있을 것이다. 하지만 IP-TV와 케이블방송은 IP기술을 주로 사용하는가에 대한 기술적 차이가 있을 뿐, 아래와 같이 향후 제공될 디지털케이블 TV와 IP-TV의 서비스는 거의 유사하며, 사업모델 역시 별다른 차이가 없다.

33) 대판 2003.3.25 선고 2002다66946판결. 당해 판결은 구 저작권법 제2조 제8호의 방송에 인터넷 방송이 포함되는지의 여부에 관한 판결이다.

《케이블 TV와 IP-TV의 서비스 구성계획》

구 분	케이블TV	IP-TV
기본(방송) 서비스	○ 다채널방송서비스 - 지상파, PP 및 자체채널 ○ VOD서비스 - Real VOD - Subscription VOD - Series VOD 등 ○ 데이터방송	○ 다채널방송서비스 - 지상파, PP 및 자체채널 ○ VOD서비스 - Real VOD - Near VOD 등 ○ 데이터방송
부가서비스	○ TV뱅킹, T-Commerce ○ 검색, 메일, 커뮤니티, 게임 등	○ TV뱅킹, T-Commerce ○ 검색, 메일, 커뮤니티 등
서비스 제공방식	방송국(Headend)→광케이블망→분배점(동축망)→수신가구(셋탑박스)	IDC(Headend)→광케이블망→아파트단지(VDSL, 아파트LAN)→수신가구(셋탑박스)

실제로도 IP-TV는 진입초기부터 종합유선방송사업자들에게는 같은 유료방송시장을 두고 경쟁하는 경쟁사업자가 될 것으로 예상된다.

미국의 과거 사례를 보면 미국의 통신사업자들은 IP-TV사업 진입초기인 2004년 자국 내의 CATV사업자와 정면으로 경쟁하는데 한계를 느껴 차별화전략의 하나로 TVOD(True Video On Demand)만 제공하였다. 이에 반해 유럽의 사업자들은 우선 PC 또는 텔레비전을 이용한 VOD 서비스를 제공한 이후 멀티채널 제공을 시도한 바 있으나, 기존의 유선방송사업자들과의 경쟁에서 차별화된 콘텐츠 제공이 다소 지연되는 문제점이 발생하였다. 따라서 최근 사업을 시작하는 IP-TV사업자들은 시장진입초기부터 지상파, 영화, 드라마, 음악, 쇼핑, 데이터, 통신 등 모든 서비스를 선택하고 있으며, 이러한 토털서비스 전략(Full Service Strategy)가 개별서비스를 먼저 시작한 후 점차 서비스를 증가시켜 나가는 방식보다 가입자를 모집하는 데 더욱 유효하다는 실증 사례도 있다.³⁴⁾ 따라서 통신사업자들은 사업진입 초기부터 'Me too&More 전략'³⁵⁾

34) 최근 발표된 논문에 의하면 프라이스위터하우스쿠퍼 조사 결과(2005. 2), 유럽 고객의 71%가 멀티채널+VoD single bill을 선호하고 있다고 한다. 송민정, 가치사슬상의 구성요소 관점에서 고찰된 IPTV연구, 한국방송학회 2005년 봄철정기학술대회발표문, 25면.

35) 이는 다른 기존의 사업자들이 제공하는 서비스 이외의 독특한 서비스 포트폴리오를 구성하여

을 사용할 것으로 예상된다.

따라서 향후 제공될 IP-TV의 서비스 유형을 살펴보면 유선설비를 갖추고(망이 FTTH일 뿐 기술중립적인 차원에서 보면 유선방송사업자의 HFC와 동일) 텔레비전, 라디오, 데이터서비스 등을 제공할 계획이므로 종합유선방송과 동일하거나 이보다 더 다양한 서비스를 제공할 것이다. 이렇게 되면 위성방송이나 종합유선방송과는 직접적으로 대체재의 관계가 성립될 것이며, 이들 서비스는 사업초기부터 경쟁관계에 돌입할 것으로 예상된다. 이러한 상황에서 진입, 소유규제, 권역제한, 편성규정, 심의 등에 있어 IP-TV의 규제수준이 종합유선방송과 동일하지 않다면 IP-TV사업자는 적극적인 가입자 확보와 종합유선방송에 대한 M&A를 통하여 국내 네트워크 산업을 독점하게 될 가능성이 농후하다고 본다. 그러므로 이와 같은 현실적인 필요성에 기인하여서도 IP-TV에는 최소한 현재의 종합유선방송과 같은 수준의 규제가 가해져야 할 것으로 본다.

V. 결어 : 멀티미디어시대에 있어 ‘방송’개념의 확장가능성

상술한 바와 같이 기본권적 차원에서의 방송의 자유와 통신의 자유의 통합 내지 화학적 융합은 불가능하며, 방송이나 통신의 개념은 어느 일정 시기에 일의적으로 확정하는 것 역시 불가능하다. 방송과 통신 및 방송의 자유와 통신의 자유는 그 대상, 보호범위 등이 엄격하게 구별된 별개의 개념이다. 하지만 방송과 통신의 개념은 확정적·고정적인 개념이 아니며, 기술의 발전에 따라 그 범위가 확장 또는 축소될 수 있는 변화 가능한 상호 유동적인 개념이라고 본다.

즉 지상파라디오 방송 → 지상파 라디오·텔레비전 방송 → 유선방송 → 위성방송 → 이동멀티미디어 방송 → 인터넷 방송 등 방송의 개념은 통신과는 별개로 그 범위가 확장되어 왔으며, 새로운 네트워크 기술이 발전됨에 따라 그 구체적인 적용대상이 확장되는 것뿐이다. 따라서 향후 IP-TV와는 다른 네트워크 기술이 발전될 경우, 이러한 기술적 변화에 따라 제공되는 서비스가 사회적 영향력과 여론 형성력을 가지고 있다고 판명될 때에는 방송개념을 확장하여 이러한 서비스들도 방송의 개념에 포함시켜 규제하여야 할 것이다.

결론적으로 향후 기술의 발전으로 인하여 특정서비스를 두고 방송이나 아니면 통

신이나 하는 개념에 관한 논란이 생길 수 있는데, 이 경우 유념하여야 할 점은 방송 개념은 ‘시대변화와 기술발전에 따라 탄력적으로 변화할 수 있는 개방적 개념’이라는 점이다.³⁶⁾ 따라서 전송기술이 발전하고, 이러한 기술에 의해 제공되는 서비스들 중 종래에 방송개념에 포함되지 않던 서비스(가령 IP-TV, June, Fimm 등)의 서비스들도 그 사회적 영향력과 여론형성력이 생성되었다고 판단되면 방송관계법의 규율범위에 포함시켜야 하는 것이다. 그러므로 방송규제기관은 신규서비스 출현시 그 사회적 영향력과 이로 인한 여론형성력이 발생했는지에 관하여 지속적으로 주시·관찰하여야 한다.

다만 현재까지 세계 어느 나라에서도 사회적 영향력과 여론형성력의 발생, 이로 인한 방송개념에의 포함 가능성에 대한 객관적인 지표를 명확히 개발하지 못했으며, 향후에도 이러한 기준 설정은 쉽지 않을 것으로 예상된다. 그러므로 방송정책기관은 기술발전 동향, 시장현황, 시청자의 반응 등을 종합적으로 고려하여 당해 서비스의 ‘여론형성력 발생여부’에 대하여 결정하여야 할 것이며, 이는 사회적 합의를 바탕으로 한 입법자의 형성재량권의 범위에 속하는 것이다.



▶ 지성우

방송(Rundfunk), 방송법(Rundfunkgesetz), 통신(Telekommunikation), 방송의 자유(Rundfunkfreiheit), 방송개념(Rundfunkbegriff), IP-TV(Internet Protocol TV)

36) 방송개념의 가변성에 관하여는 拙稿, 멀티미디어 시대에 있어 방송개념의 확장 가능성에 관한 연구, 성균관 법학 제16권 제2호, 2004, 371면 이하(382-391면) 참조.

[Zusammenfassung]

Eine Studie über die Veränderlichkeit des Rundfunkbegriffs im Multimediazeitalter

Ji, Seong-Woo

In den letzten Jahren hat in Korea eine Diskussion über den Rundfunkbegriff eingesetzt, deren Ergebnisse sich noch nicht abschätzen lassen. Nachdem sich das vorherige KRG(Das koreanische Rundfunkgesetz) nur auf terrestrische Frequenzen bezog, wurde zusätzlich und selbständig das Kabelnetz nach ähnlichen Grundsätzen erlassen. Das neue KRG 2000 erweiterte technisch den Rundfunkbegriff auf Satelliten- und Kabelfernsehen. Das neue KRG hält jedoch am technisch geleiteten Rundfunkbegriff fest. Daher besteht weiterhin Kritik an der mangelnden Elastizität und Anpassungsfähigkeit des Rundfunkbegriffs an die technische Entwicklung im Multimedia-Bereich, und es bleibt ebenfalls die Forderung nach einem offenen Rundfunkbegriff bestehen.

Im allgemein umfasst der Rundfunkbegriff Hörfunk und Fernseh. Nach dieser Ansicht ist Rundfunk jede an eine unbestimmte Vielzahl von Personen gerichtete drahtgebundene oder drahtlose Übermittlung von Gedankeninhalten durch physikalische Wellen. Ständig weiter entwickelte technische Möglichkeiten jedoch führen dazu, dass der Rundfunkbegriff sich ausweitet und umstrittene Konturen erhält.

In diesem Zusammenhang hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt, dass der Rundfunkbegriff nicht unveränderlich definiert werden könne, weil Begriff und Bereich jeweils vom Normbereich abhingen. Die eindeutige Zuordnung der "klassischen" Programme zum rechtlichen Rundfunkbegriff schliesst daher nicht aus, dass angesichts des Verschmelzens der

elektronischen Medien mit der Welt des Informationsaustausches und der Informationverarbeitung durch Computer bei neueren Erscheinungsformen elektronischer Medien die Grenzen einer solchen Definition verschwimmen. Würde daher der Normbereich verändert, könnte dadurch der Rundfunkbegriff abgewandelt werden. Aus diesem Grund müssen einige moderne Informations- und Kommunikationstechniken daraufhin vergleichsweise untersucht werden, ob sie in der Zukunft dem Rundfunk zugeordnet werden können.