에 관한 규정 제59조 등이 헌법에 위반된다는 결론에 이르는 것은 큰 문제가 없어 보인다. 방송광고의 경우 순수한 민간단체인 한국광고자율심의기구가 사전심의를 하고 있지만, 심의기구가 민간단체인지 아닌지는 앞서 본 판례에 의하면 중요하지 않고, 한국광고자율심의기구의 심의에 행정권이 뒷받침되었는지 여부가 중요한 것이다. 또한 검열의 나머지 요건을 충족하는지 여부도 중요하다.

방송법 제32조 제2항은 방송광고의 사전심의를 규정하고 있고, 동조 제3항은 방송사업자가 심의·의결을 받지 않았거나 심의·의결한 내용과 다르게 방송하여서는 아니 되는 의무를 규정하고 있으며, 방송사업자가 이를 위반할 경우 3,000만원 이하의 과태료에 처하게 되므로 방송광고사전심의가 법률에 의하여 만들어진 제도임을 알 수 있다. 또 한국방송자율심의기구가 방송광고사전심의를 하게 된 것도 방송법에 의하여 업무가 위탁되었기 때문이다. 즉 방송법이 방송광고사전심의를 방송통신위원회의 업무로 규정하면서도 동시에 그 업무를 민간에 위탁할 수 있도록 허용하고 있기 때문에 한국광고자율심의기구가 방송광고에 대한 사전심사를 하고 있는 것이다.

헌법재판소가 방송광고사전심의를 위헌이라고 본 이유도 여기에 있다. 헌법재판소의 위헌 논리는 다음과 같다. ①광고도 언론의 자유의 보호 대상이다, ②언론의 자유를 보호한 헌법에 따라 사전검열은 법률의 규정이 있더라도 불가능하다, ③방송법은 방송광고에 대하여 사전에 방송위원회(현 방송통신위원회)의 심의·의결을 받도록 하고 있고, 심의·의결을 받지 아니한 광고방송을 금지하고, 이에 위반한 경우 과태료를 부과하고 있다, ④한국광고자율심의는 행정주체인 방송위원회로부터 위탁을 받아 방송광고의 사전심의라는 공무를 수행하고 있다, ⑤공무수탁자의 공권력 행사는 국가가 행하는 것과 법적 효과에서 전혀 다르지 않다, ⑥방송광고사전심의는 한국광고자율심의기구가 담당하고 있지만 그 실질은 방송위원회가 위탁이라는 방법으로 그 업무의 범위를 확장하고 있는 것에 지나지 않는다, ⑦한국광고자율심의기구가 행하는 방송광고사전심의는 행정기관에 의한 사점검열로서 헌법이 금지하는 사전검열에 해당한다.

이러한 다수의견에 대하여, 상업광고는 다른 표현행위보다 그 보호 정도가 낮으므로 검열을 절대적으로 금지한 헌법 제21조 제2항이 적용될 것이 아니라, 국민의 자유를 제한하는 법률의 위헌 여부를 판단하는 일반적인 기준인 헌법 제37조제2항의 적용을 받아야 한다는 이유에서 별개 또는 반대의견을 낸 재판관이 각각 1명씩 있었다.

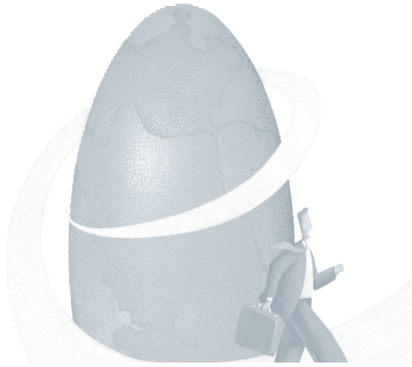
뒤늦게 위헌 결정이 된 이유는

돌이켜 보면, 방송광고사전심의제도가 검열에 해당하여 위헌이라는 결론에 이르는 것은 헌법재판소의 판례 태도에 비추어 보면 당연한 것이다. 그럼에도 불구하고, 방송광고사전심의제도가 영화, 음악, 비디오물 등과 달리 뒤늦게 위헌으로 결정된 이유는 어디에 있는가?

광고업계 종사자들이 방송광고사전심의제도의 위헌성을 제기한 것은 14년 전이었다. 1994년 9월 광고회사 종사자들이 문제의 방송법 조항에 대하여 헌법소원을 제기한 적이 있으며, 헌법재판소는 1998년 11월 이 사건을 각하하였다. 그 후 2004년에도 같은 내용의 헌법소원이 제기되었지만, 헌법재판소는 역시 각하하였다. 이는 헌법소원제도가 가지는 특수한 성격 때문이다.

헌법소원의 경우 일반 재판과 달리 엄격한 요건을 갖춘 사안에 대해서만 헌법재판소가 위헌 여부를 심판한다. 즉 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 자기의 기본권이 현재 직접 침해받은 사람만이 헌법소원을 낼 수 있으며, 다른 구제절차가 있으면 그 구제절차를 다 거친 후에 헌법소원을 내야 한다. 그렇지 않을 경우 헌법재판소는 요건 미비로 각하한다. 이는 우리나라 헌법재판제도는 헌법소원을 보충적인 수단으로 설정하여 놓았기 때문이다. 재판으로 구제받을 수 있으면 재판으로 하는 것이 원칙이고, 헌법소원은 예외적인 제도라는 뜻이다. 만약 그렇지 않으면 법률에 불만을 가진 사람들이 무조건 헌법재판소로 달려올 것이 분명한데 이것 역시 바람직하지 않기 때문이다. 과거에는 헌법재판소가 이 보충성의 요건을 엄격하게 해석하였는데 요즘은 상당히 유연해졌다. 방송광고사전심의제도는 이 덕을 본 셈이다.

그동안 헌법재판소 판례로 판단컨대, 방송광고사전심의제는 누군가에 의하여 사전심사가 이루어지고, 심사받지 않은 광고는 방송할 수 없다는 형태로 만들어지는 한 위헌이다. 여기서 누군가는 행정기관이던 민간기관이던 마찬가지다. 그렇다고 방송광고사전심의제가 언제나 위헌이 되는 것도 아니다. 방송법에서 해당 조항을 삭제하고, 순수하게 민간에 의하여 운영될 경우 행정권이 뒷받침된 것이 아니기 때문에 검열이 아니다. 또 방송법에 사전심의제를 그냥 두더라도 과태료 부과와 같은 불이익 조항을 없앨 경우 검열이 아니다. 또한 영화등급제처럼 방송광고등급제를 실시하고, 등급에 따라 방송시간을 달리 한다면 이 역시 검열이 아니다. 광고제작자의 창의력을 최대한 살리면서도 방송광고의 부작용을 자율적으로 해결할 수 있는 방안은 헌법의 틀 안에서 얼마든지 가능할 것으로 보인다. KAA



방송광고사전심의제는 누군가에 의하여 사전심사가 이루어지고 ,심사받지 않은 광고는 방송할 수 없다는 형태로 만들어지는 한 위헌이다 .여기서 누군가는 행정기관이던 민간기관이던 마찬가지다 .