

헌법재판소 결정문을 통해서 본 경쟁미디어랩 도입 방향 전망

지상파 방송광고의 판매독점 문제로 결국 헌법재판소가 해결하였다. 헌법재판소는 지난 6월 26일 방송광고 사전심의제도를 위헌으로 결정하는데 이어, 11월 27일에는 방송광고의 판매독점을 허용하고 있는 방송법 관련 조항에 대하여 헌법불합치 결정을 내렸다. 우리나라에 방송광고 판매독점이 시작된 것이 1981년이고, 최근 미디어 환경이 급변하면서 민영 미디어랩(Media Representative)의 도입 등 방송광고 판매제도의 개선 필요성이 여러 차례 대두되었지만 이해관계자 눈치 보기로 아무런 변화가 없던 중 헌법재판소가 해결사 역할을 제대로 한 것이다.

앞으로 남은 과제는 2009년 12월 31일 시한으로 효력을 상실하는 방송법 제73조 제5항 및 방송법시행령 제59조 제3항(이하 해당 조항)을 개정하는 일이다. 한국방송광고공사(이하 KOBACO)의 독점적 지위는 사라지게 되었지만, 방송광고 시장을 어떻게 개편할 것인가를 놓고 이해 충돌이 극심하게 나타날 수 있다. 이 난제를 해결하는 실마리 역시 헌법재판소가 제공하고 있다. 방송법 제73조 제5항 등 위헌확인에 관한 헌재 결정문(2006헌마352)을 중심으로 헌재 결정의 의미를 정확하게 파악하는 일이 무엇보다 중요한 시점이다.

●원재천 한국외대 법학과 교수



방송광고 판매제도의 변화

먼저 지상파 방송광고 판매제도의 변화를 보자.

헌법재판소는 해당 조항의 위헌성을 검토하기 전에 방송광고 판매제도가 어떻게 변화하였는지 살펴본다. 지금과 같은 KOBACO 체계가 구축된 것은 1980년 12월 31일 한국방송광고공사법이 제정되면서부터다. 1970년대만해도 방송사들이 광고주들을 상대로 직접 영업을 할 수 있었으나, 1980년 11월 갑갑적인 언론통폐합으로 지상파 방송사를 KBS와 MBC로 이원화한 후 방송광고 판매제도까지 공영조직인 KOBACO로 바뀌었던 것이다. 당시 한국방송광고공사법 제15조는 '국내 각 방송국은 공사가 대행 위탁하는 방송광고를 외에는 광고방송을 할 수 없다. 다만, 대통령령으로 정하는 방송광고에 대하여는 그러하지 아니하다'고 규정하고 있었다.

KOBACO 독점이 장기화되면서 비판의 목소리가 커지자 국회는 2000년 1월 방송법을 개정하여 지금처럼 '지상파방송사업자는 한국방송광고공사 또는 대통령령이 정하는 방송광고 판매대행사가 위탁하는 방송광고를 이외에는 방송광고를 할 수 없다'는 규정으로 개정하고, 한국방송공사법 제15조를 삭제하였다.

위탁 강제 <제한적 경쟁(사실상 독점)>

앞으로 방송광고 판매제도가 어떻게 바뀔 것인지 큰 그림을 그리기 위해서는, 이번 헌법재판소 결정이 KOBACO의 판매 독점에 한정된 것인지, 위탁 강제에 관한 것인지를 살펴보는 것이 중요하다.

다 이 사건 시행령조항에 대한 본안심사

(1) 이 사건 시행령조항에 대한 헌법소원심판청구는 적법요건을 충족한 것이므로 이 사건 시행령조항이 청구인의 직업수행의 자유 및 평등권을 침해하였는지의 여부에 관한 위헌성 심사가 필요하다고 할 것이다.

(2) 이에 관하여 살펴건대, 이 사건 시행령조항에서 지상파 방송광고 판매대행사의 허용범위를 '한국방송광고공사가 출자한 회사'로 규정한 것은 방송의 공정성과 공익성, 그리고 다양성을 확보하기 위한 것으로 그 입법목적은 정당하다고 할 것이지만, 수단의 적합성, 피해의 최소성, 법익균형성의 점에 있어서는 다수의 견이 지적하고 있는 바와 같은 이유, 즉 하げ의 도입 등 방송의 공정성과 공익성을 담보할 수 있으면서도 이익의 침해를 최소화할 수 있는 다른 여러 가지 수단이 있음에도 방송의 공정성 등을 확보하기 위한 목적으로 이 사건 시행령조항이 규정한 한국방송광고공사의 출자방식은 실질적으로 지상파 방송광고 판매대행사에서의 한국방송광고공사 독점체제의 유지와 기능하게 함으로써 청구인과 같은 민영 방송광고판매대행사의 직업수행의 자유를 심히 침해하고 있다는 점에서 수단의 적합성, 피해의 최소성, 법익 균형성 원칙에 위배되는 것으로 청구인의 직업수행의 자유를 과잉금지원칙에 위반하여 침해하고 있다고 할 것이다. 또한 이 사건 시행령조항은 한국방송광고공사가 출자하지 않은 회사를 한국방송광고공사가 출자한 회사와 차별 취급하고 있는 것인바, 지상파 방송광고 판매대행사에서의 복수경쟁체제의 도입과 방송의 공정성, 공익성 및 다양성 확보라는 입법목적의 달성 여부가 한국방송광고공사의 출자여부라는 단일기준에 의하여 좌우될 수는 없다는 점에서 이 사건 시행령조항은 차별취급의 정당성을 인정할 수 없는 것으로 청구인의 평등권을 침해하고 있다고 할 것이다.

(3) 따라서 이 사건 시행령조항 및 그와 동일한 내용을 담고 있는 개정된 시행령조항은 다수의견이 '심판대상 확정 및 헌법불합치 결정과 잠정적용 명령'에서 지적하고 있는 바와 같은 이유로 모두 헌법에 합치되지 아니한다고 하여야 한다.

(4) 나는 이와 같이 이 사건 시행령조항이 헌법에 합치되지 아니한다는 다수의 견의 결론에는 동의하지만, 그 위헌성 심사에 있어서는 이 사건 법률조항에는 독립된 이 사건 시행령조항에 대한 독자적인 위헌성 심사가 이루어져야 한다는 점에서 이 사건 법률조항과 이 사건 시행령조항을 일체로 보고 위헌성 심사를 진행한 다수의견과 그 이유를 달리하는 것이다. 하지만 다수의견이 직업수행의 자유 침해 여부를 판단하면서 내세운 위헌사유를 보면, 실제로는 이 사건 시행령조항에서 비롯된 한국방송광고공사의 실질적 독점체제 유지와 관련된 것일 뿐, 복수경쟁체제를 도입한 이 사건 법률조항에는 무관한 것이라 할 것이므로, 결과적으로 다수의 견은 이 사건 시행령조항에 대한 위헌성 논쟁만을 가지고 위헌성 논증의 대상이 될 수 없거나 위헌성 논증이 이루어진 바도 없는 이 사건 법률조항까지도 함께 위헌이라고 판단하는 오류를 범한 것이라는 비판을 면할 수 없다고 할 것이다.

라 결론

이상과 같이 이 사건 법률조항과 이 사건 시행령조항은 불기분의 일체를 이루는 것이 아니라 각기 독자적인 의미를 지니고 있고 각각의 위헌성 심사의 범주상 내용에도 차이가 있으므로 당연히 구분되어 위헌성 심사가 이루어져야 하고, 그 결과 이 사건 법률조항에 대한 심판청구는 기본권침해의 직접성을 인정할 수 없어 부처법하여 각하되어야 마땅하고, 이 사건 시행령조항에 대해서만 청구인의 직업수행의 자유 및 평등권을 침해하여 헌법에 합치되지 아니한다고 하여야 한다.

매의 집행행위에는 입법행위도 포함되는 것이며 헌재 1996. 2. 29. 94헌마213, 판례집 8-1, 147, 154-155; 헌재 2003. 9. 25. 2001헌마33, 판례집 15-2상, 319, 351 등 참조. 다수의견에서도 법률규정이 그 규정의 구제와를 위하여 하위규범의 시행을 예정하고 있는 경우에는 당해 법률의 기본권침해의 직접성은 원칙적으로 부인된다고 밝힌 바 있다.

(2) 그런데 이 사건 법률조항은 지상파 방송광고 판매대행사의 허용범위를 한국방송광고공사 또는 대통령령이 정하는 방송광고판매대행사로 규정하고 있으므로 이 사건 법률조항의 수법지도 아닌 방송광고 판매대행자인 청구인의 입장에서 이 사건 법률조항의 내용 중 대통령령이 정하는 방송광고판매대행사에 해당하는지의 여부에 따라 직업수행의 자유 등 기본권을 제한받게 되는 것인지 아닌지가 결정되는 것이다. 다시 말하면, 청구인이 지상파 방송광고 판매대행업을 영위할 수 있는지, 없는지는 이 사건 법률조항 자체에 의하여 확정되는 것이 아니라 오로지 하위규범인 이 사건 시행령조항에 의하여 확정되는 것이다. 따라서 이 사건 법률조항에 의해서는 청구인에 대하여 어떠한 자유의 제한, 의무의 부과 또는 법적 자위의 박탈이라는 법적 효과가 발생한다고 볼 수 없는 것이고 이 사건 시행령조항에 의하여 청구인이 지상파방송사업자에게 방송광고를 위탁할 수 있는 대행사의 범위에서 배제되거나 그 자격이 제한되는 경우에 비로소 청구인에 대한 기본권침해의 문제가 발생하게 되는 것으로, 이 사건 법률조항에 대한 헌법소원심판청구는 기본권침해의 직접성 요건을 결여한 것이라고 볼 수 밖에 없는 것이다. 결국 이 사건 법률조항에 대한 헌법소원심판청구는 기본권침해의 직접성을 인정할 수 없어 부적법하므로 각하되어야 마땅하다.

(3) 그러나 다수의견은 이 사건 법률조항과 이 사건 시행령조항은 서로 불기분적으로 결합하여 그 자체에서 일반 민영방송광고판매대행사의 지상파 방송광고 판매대행업을 제한하고 있는 것으로 보고 이 사건 법률조항에 대하여서까지 기본권침해의 직접성을 인정하였다. 하지만 이 사건 법률조항과 이 사건 시행령조항은 각기 분리 가능한 독자적인 영역을 지니고 있으므로 불기분의 일체를 이루는 것으로 볼 수 없는 것임은 물론이고 다수의견이 기본권침해의 직접성을 인정하면서 근거로 든 헌법재판소의 선례는 수권조항 자체에서 불응종신금지주의를 규정하여 수법자인 청구인에게 직접적으로 금지 또는 제한의무를 부과한 경우이거나 헌재 2002. 6. 27. 99헌마480, 판례집 14-1, 616, 625 참조. 방송광고 사전심의제도를 규정한 법률조항으로 인하여 방송광고를 하거나 하는 자는 누구든지 사전에 심의를 거쳐야 하는 의무가 부과된 경우 헌재 2008. 6. 26. 2005헌마306, 공보 141, 911, 913에 해당하므로, 수권조항 자체에서 청구인에게 어떠한 금지 또는 행위의무를 부과한 것으로 볼 수 없는 이 사건 법률조항의 경우에도 직접적으로 적용될 수 있는 선례로 볼 수는 없다고 할 것이다. 오히려 헌법재판소는 그 동안 많은 사례에서 하위규범의 시행을 예정하고 있는 수권조항 규정의 기본권침해의 직접성을 부인한 바 있으므로 헌재 1996. 2. 29. 94헌마213, 판례집 8-1, 147, 155; 헌재 2001. 1. 18. 2000헌마36, 판례집 13-1, 151, 161; 헌재 2002. 12. 18. 2001헌마111, 판례집 14-2, 872, 878-879; 헌재 2003. 9. 25. 2001헌마33, 판례집 15-2상, 319, 351; 헌재 2003. 9. 25. 2001헌마194, 판례집 15-2상, 391, 401; 헌재 2008. 4. 24. 2004헌마440, 공보 139, 530, 532 등 참조. 이 사건 법률조항의 기본권침해의 직접성을 부인하는 것이 헌법재판소의 기존의 선례의 태도에 반하는 것이 아님은 명백하다고 할 수 있다.