



문제가 된 방송법 제75조 제5항은 ①지상파방송사업자는 ...가 위탁하는 방송광고를 할 수 없다'와 ②한국방송공사 또는 대통령이 정하는 방송광고판매대행사가 방송광고를 위탁한다'라는 두 내용을 담고 있다. 여기에는 지상파방송사업자에게 자유로운 광고 수주활동, 즉 영업활동을 보장하지 않고 특정 사업자에게 광고 수주를 위탁하도록 강제하는 위탁 강제의 문제와 지상파방송광고 사업을 할 수 있는 특정 사업자가 제한적이라는 제한적 경쟁의 문제가 있다.

헌법재판소는 2008년 11월 27일 위 조항이 헌법에 합치되지 아니한다고 결정내렸기 때문에, 이 결정을 글자 그대로 해석하면 위탁강제와 제한적 경쟁이 모두 헌법에 합치되지 아니한다는 결론에 이르게 된다. 헌법재판소 결정의 효력은 주문에만 있는 것이기 때문에 이러한 해석은 더욱 설득력 있어 보인다.

그러나 헌법재판소의 결정문을 자세히 읽어 보면, 헌법재판소가 위탁 강제와 제한적 경쟁 모두에 대하여 헌법에 위반된다는 결론을 내린 것이라고 해석하기 어렵다. 그 논거는 다수의견과 소수의견의 차이에 있다. 헌법재판소 재판관 9명 모두가 방송법 제75조 제5항과 방송법시행령 제59조 제3항에 대하여 문제가 있다고 판단하였다. 여기에는 이견이 없었다. 크게 의견이 갈렸던 부분은 방송법 제75조 제5항 중 위탁강제를 위헌으로 볼 것인지 여부였다.

다수의견은 방송법 제73조 제5항이 헌법에 합치되지 아니한다고 선언하면서, 위 조항의 내용 중 대행제한 부분만 심판대상으로 삼았다. 이와 달리 해석한 것이 조대현 재판관의 전부위헌의견과 이동흡 재판관의 반대이견 및 별개의견이다. 두 사람은 관점을 완전히 달리 하는 의견을 내놓았다.

위탁강제제도에 대한 여러 의견

먼저 이동흡 재판관의 의견을 보자. 이동흡 재판관은 방송법 제75조 제5항에 대해서는 각하의견을, 방송법시행령 제59조 제3항에 대해서는 헌법불합치 결정을 내려야 한다고 주장하였다. 그 이유는 다수의견과 달리 두 조항이 불가분의 관계에 있지 않기 때문에 구분하여 검토하여야 한다는 것이다. 방송법시행령 제59조 제3항은 방송법 제75조 제5항에서 말하는 '대통령령이 정하는 방송광고판매대행사'를 규정하는 조항인데, 이를 '한국방송광고공사가 출자한 회사'로 규정하고 있다. 방송법과 시행령을 함께 읽으면 '지상파방송사업자는 KOBACO 또는 KOBACO가 출자한 회사가 위탁하는 방송광고를 할 수 없다'가 된다. 즉 방송법은 제한적 경쟁을 허용하고 있지만, 시행령은 이를 사실상 독점으로 변화시켜 놓은 것

이다. 이동흡 재판관이 주목한 것이 이 점이다. 위헌의 문제는 시행령에 있는 것이지, 법 자체는 아니라는 것이다. 이 말은 위탁강제는 위헌의 문제가 없다는 뜻이기도 하다.

조대현 재판관은 이와 정반대의 견해를 내놓았다. 문제의 방송법과 시행령 모두 위헌이라는 것이다. 다수의견과의 차이는 형식적으로 보면 위헌과 헌법불합치에 있지만, 실질적으로는 위탁강제를 헌법에 위반되는 것으로 선언할 것인지에 있다. 조대현 재판관은 위탁강제제도의 위헌성을 함께 심판하여야 한다고 주장하였다. 조대현 재판관은 제한적 광고대행제도는 위탁강제제도를 떠나서는 독자적으로 존재할 이유가 없다고 판단하였다. 또 위탁강제제도가 없으면 대행제한제도는 기본권제한의 위력을 가지지 못하거나 약화될 것이므로 위탁강제제도는 대행제한제도가 위헌성을 가지게 되는 바탕과 원인을 제공하고 있다고 보았다. 따라서 방송법 제75조 제5항의 위헌성을 검토하기 위해서는 대행제한제도와 대행강제제도를 함께 심판하여야 한다고 강조하였다. 그렇지 않고 대행제한제도의 위헌 여부만 심판하게 되면, 위탁강제제도의 위헌성이 묵과되는 결과를 낳게 되기 때문이다.

위탁강제제도를 위헌으로 보는 견해

조대현 재판관은 위탁강제제도가 지상파방송사업자의 직업수행의 자유와 언론의 자유를 중대하게 침해하는 것이라고 보았다. 즉 지상파방송사업자는 자신이 방송할 광고물을 스스로 주문받지 못하고 특정의 방송광고대행사에게 위탁하여 수주하여야 하므로, 방송광고의 내용·시간·방법·요금 등도 방송광고대행사의 결정에 맡겨야 하고, 이는 지상파방송사업의 자주적 생존과 자율성을 치명적으로 침해한다는 것이다.

여기에는 몇 가지 반론이 있다. 조대현 재판관은 그동안 위탁강제제도의 위헌성으로 언급되던 주요 사항을 적시하고 그 문제점을 지적하였다. 첫째, 지상파방송의 공공성·공정성·공익성을 확보하기 위해서 불가피한 조치라는 주장에 대하여, 조대현 재판관은 공공성 등을 확보하기 위해서는 오히려 지상파방송사가 방송광고의 내용을 심사하고 선별할 필요가 있다고 반론한다. 둘째, 지상파방송사업자와 광고주가 광고계약을 기회로 서로 부당한 영향을 주지 못하게 하기 위하여 필요하다는 주장도 있다. 조 재판관도 그러한 가능성을 부정하지는 않았다. 하지만, 그렇다고 하여 광고계약의 직접 체결을 전면적으로 금지하고 위탁을 강제하는 제도가 정당화되는 것은 아니라고 보았다. 지상파사업자와 광고주가 서로 부당한 영향을 주지 못하도록 규제하는 방법도 있으므로 그러한 규제로 충분하며, 전면금지하는 과도한 것이라는 설명이다. 셋째, 위탁강제제도는 지방 방송국이나 종교방송과 같은 특수 방송국 등 소규모 지상파사업자의 광고수주활동을 통합하여 대행하고 소규모 방송을 지원함으로써 지상파방송의 공익성·다양성을 보장하는 데 기여한다는 주장도 있다. 조 재판관은 소규모 지상파방송을 보호하기 위하여 지상파 방송광고의 판매를 전부 위탁하도록 강제하는 것은 비례의 원칙에 부합하지 않는다고 판단하였다. 즉 지상파방송의 다양성을 확보하는 것이 목적이라면 광고계약은 자율로 맡겨 놓고 그 대신 방송발전기금을 걸어서 소규모 지상파사업자를 지원하는 방법으로 충분하다는 것이다.

헌법재판소는 독점에 대해서만 위헌 결정

만약 누군가 위탁강제제도 자체를 문제 삼아 헌법소원을 제기한다면 그 결과는 어떻게 될 것인가? 일부