



에서는 이번 헌법소원의 원고가 민영 방송광고 판매대행사 였다는 점에 주목하여, 지상파방송사업자가 헌법소원을 냈더라면 위탁강제제도 자체도 헌법에 어긋난다는 결론에 이르렀을 것이라고 해석한다. 하지만 헌법재판소의 다수의견을 자세히 읽어보면 그렇게 해석하기 어렵다.

그 이유는 첫째, 헌법재판소는 헌법소원심판이 청구되면 청구인의 주장에만 얽매어 판단을 한정하는 것이 아니라, 가능한 한 모든 범위에서 헌법상의 기본권 침해의 유무를 직권으로 심사한다는 점에 있다. 이번 결정문에도 그러한 사정은 충분히 드러난다. 다수의견은 지상파방송광고의 특

성과 규제의 필요성을 지적하고 있는 것이다. 다수의견에 의하면, 방송광고는 시장에서 유통되는 일반적인 사적 재화들과 달리 시장적 접근을 배제하고 정부 개입 내지 규제를 정당화하는 특성이 있다. 그 특성은 방송의 공공제적 성격에서 나온다. 방송광고는 방송과 마찬가지로 방송전파에 의존하여야 하기 때문에 공공성과 공익성이 요구되며, 방송광고를 통제하고 규제하는 정당성이 있다.

둘째, 다수의견은 방송광고를 미디어랩을 통해서만 판매하도록 하는 정당성에 대하여 상세히 설명하고 있다. 즉 방송사가 광고를 유치하기 위해 광고주에게 압력을 행사하거나, 반대로 자본가인 광고주가 광고를 빌미로 방송사에게 영향을 끼치는 것을 막기 위해서라는 것이다. 미디어랩은 방송사 입장에서 보면 방송의 편성 및 제작을 광고영업과 분리시켜 전문화, 효율화를 꾀할 수 있어서 좋고, 광고주 입장에서 보면 자신의 조건에 맞는 최적의 프로그램을 찾아 원하는 목적을 달성할 수 있어서 좋은 제도라는 설명도 덧붙여졌다. 다수의견이 조대한 재판관의 위헌 주장에도 불구하고 미디어랩의 필요성을 이 정도 언급할 정도면 향후 방송사업자가 방송법 제75조 제5항 중 위탁강제제도의 위헌성을 주장하더라도 받아들여질 가능성은 아주 희박하다.

셋째, 다수의견이 방송법 제75조 제5항을 헌법에 합치되지 않는다고 결론내리기도 위헌이 아닌 헌법불합치 결정을 내렸다는 점이 중요하다. 헌법불합치 결정이란, 해당 법조항이 헌법에 위반된다는 것을 확인하면서도 당분간 그 법조항의 효력을 유지시키는 결정을 말한다. 그렇지 않고 위헌으로 결정할 경우 해당 법조항이 그 때부터 효력을 상실하여 법적 안전성이 훼손될 수 있어 부득이하게 내리는 결정이다. 예컨대, A에게 혜택을 주는 법조항이 평등권 위반이라고 보아 위헌으로 결정하면, A에게 혜택을 주는 법적 근거가 사라져 이제부터 A에게 혜택을 줄 수 없게 된다. 만약 위헌의 취지가 A에게 혜택을 부여하는 것을 문제 삼는 것이 아니라, 왜 A에게만 혜택을 주고 B에게는 혜택을 주지 않는지를 문제 삼는 것이라면 A에게 혜택을 주어왔던 해당 법조항을 무효로 할 필요는 없다. 해당 법조문의 효력을 유지한 채 B에게도 혜택을 주는 방식으로 법조항을 개정하면 되기 때문이다. 방송법 제75조 제5항에 대하여 헌법불합치 결정을 내렸다는 것은 A, 즉 KOBACO에게만 혜택을 주고 다른 미디어랩에게는 그러한 혜택을 주지 않는 것이 헌법에 위반된다는 뜻이지, A이건 B이건 그러한 혜택을 주는 것, 즉 위탁강제가 헌법에 위반된다는 뜻은 아니라고 해석할 수 있다. 만약 위탁강제가 헌법에 위반된다고 판단했다면, 현재 그러한 혜택을 독점적으로 누리고 있는 KOBACO가 법 개정 때까지 혜택을 계속 향유하도록 하는 것이 부당하므로 단순 위헌을 선언했어야 했다.

이상과 같은 이유로, 이번 헌재 결정은 위탁강제제도 자체에 대해서도 헌법재판소가 사실상 합헌이라는 판단을 내렸으며, 현행 제한적 경쟁제도에 대해서만 헌법에 어긋난다고 결론 내렸다고 보는 것이 타당하다.

헌법에 합치하는 제한적 경쟁의 방법

헌법재판소는 헌법에 합치하는 제한적 경쟁의 방법에 대해서도 언급하고 있다. 이는 향후 방송법 개정에 적지 않은 영향을 미칠 것으로 보인다. 헌법재판소가 방송법의 해당 조항에 대하여 헌법불합치 결정을 내린 근거를 살펴보면 앞길이 보인다.

헌법재판소는 해당 조항이 순수한 민영 미디어랩의 직업수행의 자유와 평등권을 침해한다고 보았다. 일반적으로 직업수행의 자유에 대한 제한은 직업선택의 자유에 대한 제한보다 상대적으로 관대하다. 공공복리 등 공익상의 이유로 직업수행의 자유를 비교적 폭 넓게 규제할 수 있다고 보는 것이다. 이번 사건은 의견상 민간 미디어랩이 향유하는 직업수행의 자유에 대한 제한이다. 그러나 헌법재판소는 직업수행의 자유가 제한받았다고보다 직업선택의 자유가 제한받았다고 보는 것이 옳다고 판단하였다. 왜냐하면, 지상파 방송광고가 전체 방송광고 시장의 대부분을 차지하고 있기 때문에 KOBACO에게만 지상파 방송광고의 판매대행을 허용할 경우 다른 사람은 미디어랩이라는 직업을 사실상 선택하기 힘들기 때문이다.

헌법재판소는 이번 사건의 실질은 직업선택의 자유에 대한 제한이므로 위헌성 여부를 엄격한 심사기준에 따라서 시행하여야 한다고 보았다. 즉 해당 조항은 목적의 정당성, 수단의 적합성, 피해의 최소성, 법익 균형성의 요건을 충족하여야 합헌이 된다. 헌법재판소는 해당 조항이 보호하려고 하는 것은 중요한 공익이지만, 선택된 수단이 그러한 공익을 달성하는데 기여하지 못하고 중대한 기본권(직업수행의 자유)의 침해만 야기하고 있으므로 법익 균형을 상실하였다고 보았다.

특히 이번 결정에서 중요한 것은, 수단의 적합성과 피해의 최소성의 충족 여부를 살펴보면서 헌법재판소가 지적한 사항들이다. 이 내용은 향후 방송법 개정에 큰 참고가 될 수 있다.

먼저 생각해볼 수 있는 것은, 만약 KOBACO가 출자하여 민간 미디어랩을 설립하면 위헌성이 해소될 것인지 여부다. 즉 해당 조항 그 자체가 문제인가, 아니면 해당 조항처럼 KOBACO가 실행하지 않은 것이 문제인가를 살펴볼 필요가 있다. 헌법재판소는 이 점에 대해서도 분명한 견해를 내놓았다. 즉 KOBACO가 출자를 한다고 하더라도 이 역시 방송광고 판매대행과 지상파 방송광고 시장의 규제 기관으로서 KOBACO가 독점적 지위를 유지해 온 기존 체제의 연장선일 뿐, 제한적으로라도 시장경쟁의 원리를 도입한 것이라고 볼 수 없다는 것이다. 헌법재판소가 판단한 제한적 경쟁은 KOBACO파

