

상업광고에 관한 헌법적 보장과 제한

— 헌법재판소 판례이론을 중심으로 —

황 도 수*

목 차

I. 서 론	III. 광고의 자유에 대한 제한
II. 광고에 대한 기본권적 보장	1. 기본권 제한의 일반이론
1. 문제제기	2. 사전허가금지
2. 미연방대법원 판례의 변천	3. 과잉금지 원칙
3. 우리 헌법재판소의 판례	IV. 결 론

I. 서 론

상업광고 등 상업적 표현¹⁾²⁾을 종합적으로 정의하기는 그 내용과 형태의 다양성으로 인하여 쉬운 일이 아니다. 표시·광고의 공정화에 관한 법률에서는 광고를 ‘사업자 등이 자기 또는 다른 사업자 등에 관한 사항 내지 자기 또는 다른 사업자 등의 상품 또는 용역의 내용·거래조건

* 건국대학교 법과대학 부교수

- 1) 상업광고 내지 상업적 표현에 대한 헌법적 보장에 관한 박사학위논문으로는 김용규, “미국헌법상 상업적 언론”, 부산대학교 박사학위논문, 2001. 8; 홍승철, “광고규제의 헌법문제”, 중앙대학교 박사학위논문, 1998. 12 등이 있다. 상업적 표현에 대한 헌법적 보장에 대한 기초적인 이론에 관한 논의는 위 학위논문을 참조하기 바란다. 이 글에서는 위와 같은 기초이론을 바탕으로 헌법재판소 판례를 정리하여 분석한다.
- 2) 이하에서는 상업광고 등 상업적 표현을 ‘광고’라고 줄여서 쓴다. 광고에는 정치광고 등과 같은 비상업적 광고가 포함되어 있고, 상업적 표현은 광고의 형태로만 행해지는 것이 아니므로 ‘광고’와 ‘상업적 표현’이 동일한 개념이라고 볼 수는 없다. 그러나 이 글에서의 편의성을 위하여 위와 같이 사용한다.

기타 그 거래에 관한 사항을 정기간행물, 인터넷신문, 방송, 전기통신, 그 밖에 대통령령이 정하는 방법(전단·팜플렛·견본 또는 입장권, 인터넷 또는 PC통신, 포스터·간판·네온사인·에드벌룬 또는 전광판, 비디오물·음반·서적·간행물·영화 또는 연극, 자기의 상품외의 다른 상품, 기타 이와 유사한 매체 또는 수단)으로 소비자에게 널리 알리거나 제시하는 것'으로 정의하고 있다. 일반적으로는 '판매를 촉진하기 위한 광고 기타 널리 상업적 거래를 제안하는 표현, 즉 이유이나 사업목적을 위해 사업자 또는 생산품이나 서비스를 널리 알리는 모든 형태의 표현행위'라고 정의된다.

광고는 기업 마케팅활동의 필수요소로서 현대 자본주의 사회의 필수 불가결한 제도이다. 모든 사회현상이 그러하듯이 광고도 사회적 기능과 역할의 관점에서 긍정적인 면과 부정적인 면을 가지고 있다.

긍정적인 면에서 광고를 살펴보면, 광고는 소비자들에게 상품의 품질, 특징, 가격 등의 정보를 제공함으로써 소비자의 선택을 위한 판단과 의사결정에 보조적인 역할을 수행한다. 이러한 정보제공과정에서 광고는 여러 형태의 표현방식을 동원하여 상품에 대한 사회적 가치를 부여하게 되는데, 이때 새로운 생활양식과 가치관을 제시함으로써 새로운 문화를 형성하기도 한다.

부정적인 면에서 광고를 살펴보면, 광고는 소비자의 구매의사결정에 설득적으로 작용하여 소비자의 구매 욕구를 자극시켜서 상품의 매출을 증대시킴을 목적으로 하므로³⁾ 그 목적달성을 위하여 소비자의 구매욕구에 자극적인 정보와 표현방식을 주로 이용하게 되는데, 이러한 과정에서 정보 자체를 과장하거나 왜곡함으로써 소비자들의 합리적인 의사결정을 방해하고, 나아가 시장의 공정성을 해침으로써 사회질서를 교란하게 된다. 예컨대, 상품매출증대를 위하여 허위·기만·과장된 내용의 광고

3) 헌법재판소 2002. 12. 18. 2000헌마764 결정.

가 행해질 경우 소비자는 왜곡된 광고에 오도되어 불합리한 구매의사결정에 이르게 될 것이고, 이로써 시장경쟁의 공정성이 저해될 것임은 물론, 이윤추구만능의 행동양식이 사회적 가치로 자리잡음으로써 기존의 건전한 문화가 훼손되기에 이르게 될 것이다.⁴⁾

이와 같은 광고의 양면성은 광고 및 광고행위에 대한 법적인 가치판단 및 그 법률관계 정립에 어려운 문제를 제기하게 된다. 헌법적인 관점에서도 여러 가지 쟁점이 제기되고 있는데, 광고와 광고행위가 헌법적으로 보장되는 기본권으로 인정될 것인가, 기본권으로 인정될 경우 그 기본권 보장의 정도는 어느 범위 내에서 인정될 수 있는 것인가, 광고에 관한 기본권은 어느 범위에서 제한될 수 있는가, 그 기본권 제한은 다른 기본권 제한과 비교하여 차이가 없는가 등의 문제가 제기되고 있다.

우리 헌법재판소는 1998년 이후 광고와 관련하여 몇 가지 결정을 선고하면서 이러한 문제와 관련하여 이론을 전개해 오고 있다. 그런데 그 이론의 내용을 살펴보면 아직 일관성 있는 판례를 정립하지 못한 상태임을 알 수 있다. 여기에서는 헌법재판소의 판례의 내용을 정리해 봄으로써 그 이론적 불안정성을 살펴보고, 나아가 앞으로의 과제와 나아가 갈 방향을 조심스럽게 모색해 본다.

II. 광고에 대한 기본권적 보장

1. 문제제기

광고가 가지는 긍정적인 기능, 즉 소비자에게 상품 등에 관한 정보를 제공하는 기능을 고려하면, 광고는 자본주의 사회에서 중요한 표현행위

4) 위 결정.

로서 보호되어야 할 것이지만, 다른 한편 광고가 가지는 부정적인 기능, 즉 그 목적 자체가 소비자의 구매의욕자극을 통한 매출증대에 있고, 그 목적달성을 위하여 정보가 왜곡될 위험성이 상존한다는 점을 고려하면 광고에 대하여 헌법적인 보호를 부여할 가치가 있는가라는 의구심이 들게 된다.

이러한 문제점으로 인하여 광고에 대하여는 이를 헌법적 보호의 대상으로 인정하자는 견해와 일반적인 표현의 자유와는 다른 영역이라고 보아 이를 헌법상의 기본권으로 인정할 수 없다는 견해가 대립되기도 한다.

2. 미연방대법원 판례의 변천

실제로 미국에서는 광고를 헌법상의 기본권으로 보장할 것인가의 문제를 두고 연방대법원 판례가 극심하게 변천하기도 하였다.

1940년대의 미연방대법원 판례는 광고의 역기능을 강조하여, 광고는 표현의 자유에 해당하지 않는다는 입장을 취하였다. 1942년 *Valentine v. Chrestensen* 사건을 들 수 있다.⁵⁾ 광고는 경제적 이익을 추구하는 표현, 해명, 전달만 행할 뿐이기 때문에 민주국가에서 표현의 자유가 갖는 기본권적 기능으로서의 설득적, 교훈적 또는 방향제시적 정신작용을 수행하지 못한다는 것이었다. 광고는 그 표현의 동기가 “사적 자치에 의한 이기적인 것”이고, ‘사리(私利)를 위한 상업적 이익’을 추구하는 것이므로 이를 기본권으로 보장할 필요성이 없다는 것이었다.

그러나 1970년대에 이르러 미국 연방대법원은 광고에도 정보제공으로서의 긍정적 기능이 있고 사회적으로 보호의 가치가 있다는 점에 주목하였다. 그리하여 임신중절을 알선하는 광고를 하면서 여성들에게

5) 316 U.S. 52(1942).

저렴한 비용으로 임신중절시술을 할 수 있는 병원과 진료소를 소개해 준다는 내용으로 광고를 행한 경우 이러한 정보제공성 광고도 광고라는 이유만으로 헌법적 보장의 대상에서 제외되어야 할 것인지가 문제된 1975년의 *Bigelow v. Virginia* 사건⁶⁾과 약품광고에서 처방약의 양, 가격, 수수료, 프리미엄, 할인, 리베이트, 거래조건 등 정보를 알리는 행위가 광고라는 이유만으로 헌법적 보호대상에서 제외되어야 하는가가 문제된 1976년의 *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc.* 사건⁷⁾에서 미연방대법원은 ‘이들 광고는 공공의 이익에 부합되는 정보를 제공하는 것인데, 이러한 정보의 흐름을 자유롭게 허용하는 것이 수정헌법 제1조의 취지’라고 판시하여 광고에 대하여 헌법적인 보장을 인정하는 견해로 입장을 바꾸었다. 이후 광고가 표현의 자유의 일환으로 기본권으로서 헌법적으로 보장된다는 판례는 변동없이 유지되고 있다.

3. 우리 헌법재판소의 판례

우리나라의 경우, 광고에 대한 헌법적 보장 논의는 비교적 손쉽게 정리되었다. 광고와 관련된 첫 번째 헌법재판 사건이었던 1998. 2. 27. 96헌바2 옥외광고물등관리법 제3조 위헌소원 사건에서 광고의 자유가 표현의 자유에 의하여 보장받는 기본권임을 명시적으로 판시함으로써 실무상 논쟁의 여지를 처음부터 없앴다. 즉, 우리 헌법은 제21조 제1항에서 “모든 국민은 언론·출판의 자유……를 가진다.”라고 규정하여 현대 자유민주주의의 준립과 발전에 필수불가결한 기본권으로 언론·출판의 자유를 강력하게 보장하고 있는 바, 광고물도 사상·지식·정보 등을 불특정다수인에게 전파하는 것으로서 언론·출판의 자유에 의한 보호

6) 421 U.S. 809(1975).

7) 425 U.S. 748(1976).

를 받는 대상이 됨은 물론이라고 판시하였다.

나아가 헌법재판소는 광고에 대한 헌법적 보장의 근거를 단순히 언론·출판의 자유에 한정하지 아니하고, 국민의 알권리 내지 직업선택의 자유에서도 찾고 있음을 볼 수 있다.

국민의 알권리의 관점에서, 헌법재판소는 국민의 알권리는 국민 누구나 일반적으로 접근할 수 있는 모든 정보원(情報源)으로부터 정보를 수집할 수 있는 권리로서 정보수집의 수단에는 제한이 없는 권리인데, 알권리의 정보원으로서 광고를 배제시킬 합리적인 이유가 없음을 고려할 때, 광고는 이러한 관점에서도 표현의 자유에 속한다고 판시하였고,⁸⁾ 직업선택의 자유의 관점에서, 헌법재판소는 2005. 10. 27. 2003헌가3 결정에서 헌법 제15조가 직업수행의 자유 내지 영업의 자유를 보장하고 있는데, 광고를 제한하는 입법은 직업수행의 자유도 동시에 제한하게 된다고 판시하여 광고의 자유가 표현의 자유뿐만 아니라 직업의 자유에 의하여도 기본권으로 보장받고 있다고 판시하였다.

그러나 광고가 여러 가지 기본권으로 중첩적으로 보장된다고 하여 광고에 대한 헌법적 보장의 내용과 정도가 다른 기본권에 비하여 더욱 확고하고 엄격하게 보장된다는 것을 의미하지는 않는다. 광고를 기본권으로 보장하는 헌법적 근거가 다양하다는 것을 의미할 뿐이다. 오히려 뒤에서 보는 바와 같이 광고는 그 본질이 '사적 영리성'에서 발원하는 것으로서 사회에 부작용을 초래할 위험성이 크다는 점에서 그에 대한 헌법적 보장의 내용과 정도는 다른 기본권에 비하여 약화되어 있음을 볼 수 있다.

최근 헌법재판소는 2003. 12. 18. 2002헌바49 결정에서 방송광고와 관련하여 통신·방송을 통한 광고에 대하여 기본권적인 보장 자체를 부인하는 이론을 전개하여 이론상 어려운 논점을 제기하고 있다. 즉,

8) 헌법재판소 2002. 12. 18. 2000헌마76 결정.

방송광고는 헌법상의 기본권이 아니라, 법률에 의하여 비로소 형성되는 권리라는 이론을 전개하고 있다. 이에 대하여는 뒤에서 살펴본다.

III. 광고의 자유에 대한 제한

1. 기본권 제한의 일반이론

광고가 기본권으로 보장됨으로써, 기본권에 관한 일반법리가 광고에도 적용됨이 원칙이다. 따라서 광고는 특별한 사정이 없는 한 개인의 자유와 창의를 따라 자유롭게 행해질 수 있고, 광고의 자유를 제한하기 위해서는 헌법 제37조 제2항에 의한 과잉금지 원칙에 따라야 한다.

헌법 제37조 제2항의 과잉금지 원칙에 의하면, 광고에 대한 규제입법에 있어서 그 입법목적이 헌법 및 법률의 체제상 그 정당성이 인정되어야 하고(목적의 정당성), 그 목적의 달성을 위하여 그 방법이 효과적이고 적절하여야 하며(방법의 적절성), 입법권자가 선택한 기본권 제한의 조치가 입법목적달성을 위하여 설사 적절하다 할지라도 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 하며(피해의 최소성), 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교형량할 때 보호되는 공익이 더 큰 경우(법익의 균형성)에 한하여 그 규제가 합헌으로 인정될 수 있다.

그런데 광고는 다른 표현과는 달리 ‘영리성 추구’과정에서 사회적 부작용이 발생할 위험성이 크다는 점으로 인하여 그에 대한 법적 규제는 다른 표현에 대한 규제보다 강력하게 행해질 필요성이 있다는 견해가 가능하다. 이러한 견해에 의하면, 광고를 규제하는 입법적 규제에 대한 위헌성 심사기준은 다른 언론에 대한 입법적 규제에 대한 위헌성 심사기준과는 다르게 적용될 수 있다는 논의가 가능하게 된다.

헌법재판소의 판례를 살펴보면, 헌법재판소의 초기판례는 광고에 대한 기본권 제한 법리를 일반적인 표현의 자유에 대한 제한 법리와 동일한 내용으로 형성하고 있었으나, 최근 들어 몇몇 분야에서 광고에 대한 기본권 제한의 법리를 다른 표현의 자유에 대한 제한의 법리와는 다른 이론으로 구성하고 있음을 볼 수 있는데, 이를 개별적으로 살펴본다.

2. 사전허가금지

우리 헌법 제21조 제2항은 ‘언론·출판에 대한 허가나 검열과 집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니한다.’라고 규정하여 표현의 자유에 대한 사전허가제도를 엄격하게 금지하고 있다.

헌법재판소가 광고의 자유를 기본권으로서 헌법 제21조 제1항 언론·출판의 자유의 한 형태로 보장하고 있음은 위에서 본 바와 같다. 따라서 원칙적으로는 광고의 자유에 대하여도 사전허가를 금지하는 헌법 제21조 제2항이 그대로 적용된다고 보아야 한다.

헌법재판소는 1998. 2. 27. 96헌바2 결정에서 옥외광고물에 대하여 사전허가를 규정하고 있던 심판대상조항이 사전검열이나 허가에 해당되는지 여부에 관하여 심사한 바 있다. 위 사건에서 헌법재판소는 ‘사전허가 금지는 허가나 검열은 행정권이 주체가 되어 사상이나 의견 등이 발표되기 이전에 예방적 조치로서 그 내용을 심사·선별하여 발표를 사전에 억제하는, 즉 허가받지 아니한 것의 발표를 금지하는 제도인데, 심판대상이 된 법률조항은 일정한 지역·장소 및 물건에 광고물 또는 게시시설을 표시하거나 설치하는 경우에 그 광고물 등의 종류·모양·크기·색깔, 표시 또는 설치의 방법 및 기간 등을 규제하고 있는바, 이러한 규제는 광고물 등의 내용을 심사·선별하여 광고물을 사전에 통제하려는 제도가 아니므로 사전허가·검열에 해당되지 아니한다.’고 판시하였다.

위 결정은 광고에 대하여도 헌법 제21조 제2항이 적용됨을 전제로

하여 위헌심사를 한 것으로 해석될 수 있다.

그러나 광고가 가지는 사회적 위험성을 고려하여 광고의 경우에는 일반적인 표현의 자유와 달리 헌법 제21조 제2항이 적용되지 아니한다는 해석도 가능하다는 입장에서 위 결정을 살펴보면, 위 결정이 반드시 사전허가를 금지하는 헌법 제21 조 제2항을 광고의 자유에도 전면적으로 적용하고 있는 것으로 해석되기 어려운 면도 찾아볼 수 있다.

왜냐하면, 위 결정의 의미를 축소하여 볼 경우, 위 결정은 ‘심판대상이 된 당해 법률조항은 광고의 내용을 통제하는 것이 아니므로 가사 헌법 제21조 제2항이 적용된다고 하더라도 헌법 제21조 제2항 위반을 이유로 위헌으로 결정될 수 없으므로, 광고의 자유에 대하여 헌법 제21조 제2항이 적용되는지 여부에 관하여 판단할만한 논의의 실익이 없으므로 이에 관하여는 판단을 하지 아니한 것이다’라고 가정판단한 것으로 이해할 수도 있기 때문이다.

다음 항목에서 보듯이 헌법재판소가 최근 들어 광고에 대한 위헌성 심사기준을 완화하여 적용하는 판례와 방송광고에 대하여는 처음부터 기본권으로서의 성질을 박탈하기에 이른 판례를 형성하고 있는 것을 감안하면, 앞으로 헌법재판소가 광고에 대하여는 사전허가금지조항의 적용이 없다거나 사전허가금지와 관련하여 별도의 완화된 심사기준을 적용하는 이론을 제시할 가능성을 배제할 수 없다고 하겠다. 그러나 뒤에서 보듯이 헌법재판소가 새로 형성한 판례이론이 반드시 바람직하다고 볼 수 없으므로, 이 부분에 관한 헌법재판소의 판례동향도 주의할 필요성이 있다고 하겠다.

3. 과잉금지 원칙

가. 광고의 내용에 대한 완화된 심사기준

광고의 자유가 기본권으로 보장되므로, 그에 대한 제한은 헌법 제37조

제2항에 따라 ‘국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있다’는 과잉금지 원칙을 따라야 함이 원칙이다.

헌법재판소의 초기 판례에서는 위 원칙에 따라 광고의 자유에 대한 제한에 대하여 헌법 제37조 제2항이 규정하는 과잉금지 원칙을 그대로 적용하였고, 광고의 자유와 다른 표현의 자유를 달리 구분하지 않았다. 즉, 1998. 2. 27. 96헌바2 사건에서 옥외광고물의 설치에 관하여 허가제도를 규정하고 있는 법률에 대하여 위헌성을 심사하면서, 헌법 제37조 제2항에 의한 과잉금지 원칙을 일반적으로 적용하였는데, ‘그 입법목적이 헌법 및 법률의 체제상 그 정당성이 인정되어야 하고(목적의 정당성), 그 목적의 달성을 위하여 그 방법이 효과적이고 적절하여야 하며(방법의 적절성), 입법권자가 선택한 기본권 제한의 조치가 입법목적달성을 위하여 설사 적절하다 할지라도 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 하며(피해의 최소성), 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교형량할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다(법익의 균형성)’⁹⁾는 과잉금지 원칙의 일반론을 그대로 심사기준으로 적시하였고, 그에 따라 옥외광고물 또는 게시시설을 표시하거나 설치하고자 하는 자에게 시장·군수 또는 구청장의 허가를 받거나 시장·군수 또는 구청장에게 신고할 것을 규정하고 있던 옥외광고물등관리법 제3조의 위헌성을 심사하면서, ‘위 법조항은 광고물 및 광고시설이 제한되는 지역을 특정하여 도시계획법에 의한 도시계획구역, 문화재보호법에 의한 문화재 및 문화재보호구역, 산림법에 의한 보전임지, 자연공원법에 의한 자연공원, 도로·철도·공항·항만·궤도·삭도·하천 및 대통령령이 정하는 그 부근의 지역, 기타 미관 풍치의 유지 및 도시환경의 보전을 위하여 대통령령이 정하는 지역·장

9) 헌법재판소 1997. 8. 21. 93헌바51; 1990. 9. 3. 89헌가95 참조.

소 및 물건에 한정하고 있고, 광고물 등의 종류·모양·크기·색깔, 표시 또는 설치의 방법 및 기간 등 허가 또는 신고의 기준에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다고 규정하여 허가나 신고의 기준에 관하여도 일정한 제한을 둠으로써 제한을 필요최소한으로 규정하고 있음을 볼 수 있다고 판시하여 과잉금지 원칙의 법리를 그대로 적용하여 합헌을 선고하였다.

그 뒤 2000. 3. 30. 97헌마108 사건에서도 동일한 태도를 취하고 있었다. 즉, ‘식품 등의 명칭·제조방법 및 품질에 관하여는 허위표시 또는 과대광고를 하지 못하고, 포장에 있어서는 과대포장을 하지 못하며, 식품·식품첨가물의 표시에 있어서는 의약품과 혼동할 우려가 있는 표시를 하거나 광고를 하여서는 아니된다’고 규정하고 있던 식품위생법 제11조 제1항에 대하여 ‘이 사건 법령조항은 표현의 자유를 제한하는 것이기도 하다. 그러나 국민의 자유와 권리는 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 법률로써 제한할 수 있다(헌법 제37조 제2항). 식품의 약리적 효능에 관한 광고를 아무 제한 없이 전면적으로 허용할 경우 무분별한 허위·과대광고, 마치 의약품인 양 소비자를 오도하는 광고의 사태현상이 염려되고, 이에 따라 소비자의 정확한 판단을 그르치게 할 위험성이 높으며, 그 결과 오신·과신으로 말미암은 여러 가지 부작용이 예상되므로 식품의 약리적 효능에 관한 허위·과대광고, 마치 질병의 치료·예방 등을 직접적이고 주된 목적으로 하는 의약품인 양 소비자를 오도하는 표시·광고는 국민건강 보호를 위하여 규제되지 아니하면 아니된다’라는 이유로 판시하여 과잉금지 원칙의 일반이론을 적용하여 합헌을 선고하였다.

그러나 최근 헌법재판소는 광고의 자유를 헌법상의 기본권으로 인정하면서도 기본권 제한에 관한 헌법 제37조 제2항을 적용함에 있어서는 다른 일반적인 표현의 자유에 대한 경우와는 다른 심사기준을 적용하려는 시도를 행하고 있다. 2005. 10. 27. 2003헌가3 결정에서 헌법재판소는

광고의 규제에 대하여 기본적으로는 헌법 제37조 제2항에 의한 과잉금지 원칙이 적용되어야 할 것이지만, 그 심사를 완화하는 것이 상당하다고 판시함으로써 광고에 대한 헌법적 보장의 수준을 낮추는 판례를 새롭게 형성하고 있다.

즉, 상업광고는 표현의 자유의 보호영역에 속하지만 사상이나 지식에 관한 정치적, 시민적 표현행위와는 차이가 있고, 한편 직업수행의 자유의 보호영역에 속하지만 인격발현과 개성신장에 미치는 효과가 중대한 것은 아니라는 점을 근거로 하여, 상업광고 규제에 관한 비례의 원칙 심사에 있어서 ‘피해의 최소성’ 원칙은 같은 목적을 달성하기 위하여 달리 덜 제약적인 수단이 없을 것인지 혹은 입법목적을 달성하기 위하여 필요한 최소한의 제한인지를 심사하기 보다는 ‘입법목적을 달성하기 위하여 필요한 범위 내의 것인지’를 심사하는 정도로 완화되는 것이 상당하다는 새로운 판례이론을 형성하고 있는 것이다.

위 결정에서 헌법재판소는 새로운 심사기준을 적용한 뒤, “특정의료 기관이나 특정의료인의 기능·진료방법” 자체에 관한 광고를 금지하고 있던 의료법 제46조 제3항에 대하여 위헌을 선고하였는데, ‘의료광고가 전문적이고 기술적인 영역에 관한 것이고, 일반 국민들이 그 가치를 판단하기 어려운 측면이 있다 하더라도, 소비자로서 하여금 과연 특정의료인이 어떤 기술이나 기량을 지니고 있는지, 어떻게 진단하고 치료하는지를 알 수 없게 한다면, 이는 소비자를 중요한 특정 의료정보로부터 차단 시킴으로써 정보의 효율적 유통을 방해하는 것이며, 표현의 자유와 영업의 자유의 대상이 된 상업광고에 대한 규제가 입법목적의 달성에 필요한 한도 내에서 섬세하게 재단(裁斷)된 것이라 할 수 없다. …… 이상의 이유에서 이 사건 조항은 입법목적을 달성하기 위하여 필요한 범위를 넘어선 것이므로, ‘피해의 최소성’ 원칙에 위반된다’라고 판시이유를 밝혔다.

이와 같은 헌법재판소의 판례변경은 광고가 다른 표현행위와는 달리

시장정보를 왜곡할 사회적 위험성이 크다는 점을 반영하기 위한 것이라고 그 취지를 이해할 수 있다. 그러나 헌법재판소가 그 취지를 구현하기 위하여 채택한 판례이론은 헌법 제37조 제2항의 해석 및 기본권 체계에 일대 변혁을 초래할 수 있는 위험성을 가진 이론이라고 아니할 수 없다. 왜냐하면 헌법재판소의 판례이론은 기본권의 중요도에 따라 헌법 제37조 제2항에 의한 과잉금지 원칙의 내용이 다변화될 수 있다는 것을 의미하기 때문이다. 그리고 과잉금지 원칙 내용의 다변화는 결국 헌법재판소 재판관의 몫으로 돌아갈 것인데, 이는 자칫 헌법재판소 권한의 비대화로 이어질 수 있기 때문이다.

새로운 판례이론의 장점은 헌법재판소가 구체적인 사건을 접한 뒤 당해 사건의 구체적 타당성을 고려하여 개개 사건에 적용될 과잉금지 원칙의 내용을 그때그때 형성해 낼 수 있다는 데에서 찾아볼 수 있다. 따라서 개개 사건의 구체적 타당성을 강조하는 입장에서는 새로운 판례이론이 구체적 타당성을 실현할 수 있는 합리성을 가진다고 옹호하는 견해를 가질 것이다.

그러나 위와 같은 판례이론의 결국은 헌법재판을 헌법에 의한 재판이 아니라, 헌법재판관에 의한 재판으로 전락시킬 위험성을 배제할 수 없다는 점에서 조심스런 접근이 요망된다고 하겠다. 위 사건에서는 헌법재판소가 상업광고가 표현의 자유의 보호영역에 속하지만 사상이나 지식에 관한 정치적, 시민적 표현행위와는 차이가 있다는 점을 이유로 ‘폐해의 최소성’ 심사를 완화하였지만, 다른 사건에서는 다른 이유를 들어 ‘법익의 균형성’ 심사를 완화하는 이론을 전개할 수도 있는 것이다. 이러한 변형된 이론의 전개가 헌법재판소 재판관에 의하여 자유롭게 행해지게 된다면, 헌법에 의한 재판이 형해화될 우려도 불식할 수 없게 된다고 하겠다. 이 부분 판례이론의 추이를 주시할 필요성이 있다.

나. 광고의 형식에 대한 완화된 심사기준

표현의 자유에 대한 규제에서는 그 규제가 내용에 대한 것인지, 방법에 대한 것인지에 따라 위헌심사의 기준이 달라진다는 소위 Two-Track 이론이 헌법재판소의 일관된 관례이다. 즉, 국가가 개인의 표현행위를 규제하는 경우, 표현내용에 대한 규제는 원칙적으로 중대한 공익의 실현을 위하여 불가피한 경우에 한하여 엄격한 요건 하에서 허용되는 반면, 표현내용과 무관하게 표현의 방법을 규제하는 것은 합리적인 공익상의 이유로 폭넓은 제한이 가능하게 된다는 것이다. 헌법상 표현의 자유가 보호하고자 하는 가장 핵심적인 것이 바로 ‘표현행위가 어떠한 내용을 대상으로 한 것이든 보호를 받아야 한다’는 것이며, ‘국가가 표현행위를 그 내용에 따라 차별함으로써 특정한 견해나 입장을 선호하거나 억압해서는 안 된다’는 것이기 때문이다.¹⁰⁾

표현의 내용과 표현의 방법을 구분하여 규율하는 위와 같은 관례이론은 광고의 경우에도 마찬가지로 적용되고 있다. 따라서 광고의 내용을 규제하는 것이 아니라 광고의 방법을 규제하는 입법에 대한 위헌성 심사에 있어서는 완화된 심사기준이 적용된다.

헌법재판소는 2002. 12. 18. 2000헌마764 사건에서 ‘광고물은 당해 교통수단의 소유자에 관한 광고내용에 한하여 표시’할 수 있도록 규정하고 있던 옥외광고물등관리법시행령 제13조 제3항에 대하여 위헌성을 심사하면서, ‘위 조항이 자신에 관한 광고를 허용하면서 타인에 관한 광고를 금지한 것은 특정한 표현내용을 금지하거나 제한하려는 것이 아니라 광고의 매체로 이용될 수 있는 차량을 제한하고자 하는 표현방법에 따른 규제인바, 표현의 방법에 대한 제한은 합리적인 공익상의 이유로 비례의 원칙의 준수 하에서 가능하다’라고 하여 완화된 심사기준을 적용

10) 헌법재판소 2002. 12. 18. 2000헌마764 결정.

한 뒤, 자동차란 매체를 이용하여 자유롭게 광고를 하는 표현행위가 개인의 인격발현에 대하여 가지는 의미·중요성과 다른 한편으로는 자동차를 이용한 광고행위를 제한해야 할 공익상의 이유를 서로 비교형량하여 볼 때, 자동차에 타인에 관한 광고표시를 허용함으로써 보장되는 표현의 자유를 통해 얻을 수 있는 개인의 이익보다는 자동차에 타인에 관한 광고를 금지함으로써 얻을 수 있는 공익이 더 크다는 이유로 합헌이라고 결정하였다.

다. 헌법 제21조 제3항과 방송광고

우리 헌법 제21조 제3항은 “통신·방송의 시설기준과 신문의 기능을 보장하기 위하여 필요한 사항은 법률로 정한다.”고 규정하여 다른 표현매체와는 달리 통신·방송매체에 대하여 특별한 규정을 두고 있다. 이는 방송의 자유가 주관적인 자유권으로서의 특성을 가질 뿐 아니라 다양한 정보와 견해의 교환을 가능하게 함으로써 민주주의의 존립·발전을 위한 기초가 되는 언론의 자유의 실질적 보장에 기여한다는 특성을 가지고 있고, 아직까지 방송매체의 정보유통 통로의 유한성이 완전히 극복되었다고 할 수 없으므로 매체시장에서의 독점을 방지하여 정보와 견해의 다양성과 공정성을 보장하기 위한 국가의 규제가 허용될 수 없는 단계에까지 이르렀다고는 보기 어렵다는 점을 반영한 것으로 해석되고 있다.

헌법 제21조 제3항에 관하여는 헌법재판소는 2001. 5. 31. 2000헌바43 등 결정에서 원칙적인 해석을 행한 바 있다. 즉, 방송의 자유가 기본권으로 보장됨을 전제로 헌법 제21조 제3항은 일정한 방송시설기준을 구비한 자에 대해서만 방송사업을 허가하는 허가제가 허용될 여지를 주는 한편 방송사업에 대한 시설기준을 ‘법률’로 정하도록 함으로써 행정부에 의한 방송사업허가제의 자의적 운영이 방지되도록 하는 것이라고 그 규정의 의미를 해석하였었다.

광고와 일반적인 표현을 구분하는 입장에서는 헌법 제21조 제3항의 해석에 있어서도 ‘통신·방송매체를 통한 광고’¹¹⁾와 ‘통신·방송매체를 이용한 다른 일반적인 표현’을 별도로 구분하여 다른 심사기준을 적용할 필요성이 있다는 이론을 제시할 가능성이 있다.

실제로 헌법재판소는 2003. 12. 18. 2002헌바49 결정에서 방송광고를 규제하는 입법에 대하여 위헌성을 심사하면서 헌법 제21조 제3항의 해석과 관련하여 종전의 판례이론과는 다른 판례이론을 전개하였다. 위 결정에서 헌법재판소는 방송광고에 대한 심사기준을 완화하겠다는 생각에서 이론을 전개한 것으로 보이는데, 결과적으로는 방송광고뿐만 아니라 방송 전반에 대하여 기본권적 보장을 부인하는 이론에 이르고 있음을 볼 수 있다. 즉, 헌법재판소는 ‘방송은 신문과 마찬가지로 여론형성에 참여하는 언론매체로서 그 기능이 같지만, 아직까지 그 기술적, 경제적 한계가 있어서 소수의 기업이 매체를 독점하고 정보의 유통을 제어하는 정보유통 통로의 유한성이 완전히 극복되었다고 할 수 없고, 누구나 쉽게 접근할 수 있는 방송매체는 음성과 영상을 통하여 동시에 직접적으로 전파되기 때문에 강한 호소력이 있고, 경우에 따라서는 대중조작이 가능하며, 방송매체에 대한 사회적 의존성이 증가하여 방송이 사회적으로 강한 영향력을 발휘하는 추세이므로 이러한 방송매체의 특수성을 고려하면 방송의 기능을 보장하기 위한 규율의 필요성은 신문 등 인쇄매체보다 높으므로 입법자는 자유민주주의를 기본원리로 하는 헌법의 요청에 따라 국민의 다양한 의견을 반영하고 국가권력이나 사회세력으로부터 독립된 방송을 실현할 수 있도록 광범위한 입법형성재량을 갖고 방송체제의 선택을 비롯하여, 방송의 설립 및 운영에 관한 조직적, 절차적 규율과 방송운영주체의 지위에 관하여 실체적인 규율을 행할 수 있다’고 판시하면서, 방송에 관한 입법은 비록 그 내용이 제한적일지

11) 이하 ‘방송광고’라고 줄인다.

라도 형성적·허용적 규정이며, 방송사업자의 주관적 권리는 그 입법의 형성에 의하여 비로소, 그리고 오로지 형성된 기준에 따라서만 성립될 수 있다는 이론을 전개하였다.

이에 따르면, 입법자가 방송법제의 형성을 통하여 민영방송을 허용하는 경우 민영방송사업자는 그 방송법제에서 기대되는 방송의 기능을 보장받으며 형성된 법률에 의해 주어진 범위 내에서 주관적 권리를 가지고 헌법적 보호를 받을 뿐이고, 비록 그 입법규제에 대한 위반행위에 대하여 과태료 등의 제재가 수반되더라도 이를 들어 이 사건 법률조항의 성격을 기본권 제한규정으로 볼 것은 아니게 된다.

이러한 이론에 따라 헌법재판소는 위 결정에서 ‘대통령령이 정하는 범위 안에서 협찬고지를 할 수 있다’고 규정하고 있던 방송법 제74조 제1항에 대한 위헌성을 심사하면서, ‘위 조항은 여타의 법익을 위한 방송의 자유에 대한 제한이 아니라 방송사업의 운영을 규율하는 형성법률로서, 협찬고지를 민영방송사업의 운영에 필수적인 재원조달수단의 하나로 보장하는 한편 그 허용범위를 제한함으로써 방만한 협찬에 의하여 협찬주 등의 사적 이익이 방송프로그램 제작과정에 부당한 영향력을 행사하여 방송프로그램의 상업성을 부채질하거나 방송편성의 자유와 독립을 해할 우려를 방지하고, 방송광고로서 금지 내지 규제되는 사항을 우회적으로 달성하거나 한국방송광고공사를 통한 위탁광고제도를 비껴가는 등의 수단으로 협찬고지를 이용하는 것을 방지할 목적으로 입법된 것이고, 또 위 조항은 방송사업자뿐 아니라 시청자 및 방송관련종사자 등 각 이해관계를 고려하여 헌법상 방송의 자유를 실질적으로 보장하기 위하여 필요한 규제이며, 그것이 방송의 자유의 객관적 보장영역으로서 필수적 요소인 민영방송사업의 수익성을 부인할 정도로 영업활동에 대한 제한을 가하거나, 민영방송사업자의 사적 자치에 의한 형성이나 결정의 기본적 요소를 박탈하는 정도에 이르지 아니하므로 헌법상 기본원리를 준수하면서 그 입법형성의 재량의 범위 내에서 행해졌다’는 이유

로 합헌결정을 하였다.

위 판례이론이 등장한 이유가 ‘광고방송’에 대한 특별한 심사기준을 마련하기 위한 것이었다고 그 취지를 이해할 수는 있다. 그러나 그 이론 구성이 기본권 자체를 부인하는데 이르고 있다는 점, 그리고 그 기본권 부인의 대상이 방송광고에 그치는 것이 아니라 방송 전반에 미치고 있다는 점에서 위 판례이론은 헌법 제21조 제3항에 대한 해석과 관련하여 심각한 문제를 제기하고 있다고 하겠다.

먼저, 위 판례이론은 과연 우리 헌법이 통신·방송의 자유 전체를 기본권 목록에서 배제하고 있는 것으로 해석되어야 하는가라는 본질적인 문제를 제기하고 있다. 위 판례는 ‘입법자가 방송법제의 형성을 통하여 민영방송을 허용하는 경우 민영방송사업자는 그 방송법제에서 기대되는 방송의 기능을 보장받으며 형성된 법률에 의해 주어진 범위 내에서 주관적 권리를 가지고 헌법적 보호를 받는다’, ‘방송사업자의 주관적 권리는 그 입법의 형성에 의하여 비로소, 그리고 오로지 형성된 기준에 따라서만 성립될 수 있다’라고 판시하여 민영방송사업자가 가지는 권리는 기본권으로 보장되는 권리가 아니라고 명시적으로 판시하고 있기 때문이다.

위 판례이론이 통신·방송의 자유 전반에 대한 기본권적 보장을 포기하는 것으로 이해된다면, 위 판례이론은 헌법재판소의 종전 판례이론과 정면으로 배치되는 것이라고 아니할 수 없다. 헌법재판소는 위에서 살펴본 바와 같이 종전 2001. 5. 31. 2000헌바43등 결정에서 헌법 제21조 제3항에 관하여 해석함에 있어서 일단 방송의 자유가 기본권으로 보장됨을 전제로 일정한 방송시설기준을 구비한 자에 대해서만 방송사업을 허가하는 허가제가 허용될 여지를 주는 한편 방송사업에 대한 시설기준을 법률로 정하도록 함으로써 행정부에 의한 방송사업 허가제의 자의적 운영이 방지되도록 하는 것이라고 그 규정의 의미를 해석하였었기 때문이다.

생각건대, 종전의 판례이론을 포기하고 새로운 판례이론을 수립할만한 현실적인 필요성이 있었는지에 관하여도 의문이고, ‘방송광고’에 특별한 심사기준이 필요하다는 것을 이유로 방송의 자유 자체를 기본권 목록에서 제외하는 것이 과연 바람직한가라는 것도 의문이다. 더구나 최근 방송에 대한 기술적 제약이 점차 사라짐으로써 방송매체가 다른 표현매체와의 차이점이 점점 희석되고 있다는 점 및 이미 기본권으로 보장되고 있던 방송의 자유를 이제 와서 기본권 목록에서 제외하는 것이 우리 사회 전반 및 국민 전체에 과연 바람직한 것인가 라는 점을 고려하면 새로운 판례이론은 시계바늘을 거꾸로 돌려놓는 느낌을 갖게 한다고 하겠다. 사실 ‘방송광고’에 대하여 특별한 심사기준을 설정하는 이론 자체에 대하여도 반대의 입장이 크다는 점을 고려하면, 새로운 판례이론의 입론은 더욱 설자리를 찾기 어려울 것으로 보인다.

둘째는 헌법 제21조 제3항의 적용범위에 관한 의문이다. 헌법 제21조 제3항이 규정하고 있는 내용을 살펴보면, 그 내용은 ‘통신·방송의 시설기준’에 한정되어 있음이 문언상 분명하다. 그럼에도 불구하고, 새로운 판례이론은 통신·방송의 시설기준이 아니라 ‘통신·방송매체를 통하여 전달되는 표현’ 전반에 대하여 헌법 제21조 제3항을 적용하고 있음을 볼 수 있다. 즉, 방송업자의 통신·방송의 시설에 관한 사항이 아니라 민영방송사업자의 통신·방송을 통한 표현에 관하여도 헌법 제21조 제3항을 적용하여 국가에게 광범한 입법형성권을 부여하는 것으로 이론을 구성하고 있는 것이다.

그러나 새로운 판례이론은 문리해석을 넘어서고 있다는 점에서 우선 비판을 면할 수 없다고 하겠다. 헌법 제21조 제3항에 대한 해석을 위와 같이 광범위하게 확대해석하기 위해서는 그에 대한 충분한 논거를 제시하여야 할 것인데, 위 결정에서는 새로운 판례이론을 위한 설득력 있는 논거를 발견하기 어렵다고 하겠다.

위 새로운 판례이론을 그대로 유지하는 것에 대하여 회의적인 견해를

가지면서 추후의 이론전개를 주목해 본다.

IV. 결 론

위에서 광고에 관련된 우리나라 헌법재판소 판례를 정리해 보았다. 헌법재판소는 광고를 헌법 제21조에 의하여 보장되는 표현의 한 분야로 받아들여서, 광고의 자유를 기본권으로 보장한다는 원칙을 가지고 있었다. 그런데 최근 헌법재판소는 광고가 가지는 사회적 위험성을 강조하면서, 광고에 대한 입법적 규제에 대하여는 일반적인 표현의 자유에 대하여 보장되는 위헌성 심사기준과는 다른 심사기준을 적용하려는 이론을 새롭게 시도하고 있음을 볼 수 있다. 그리하여 광고의 자유를 제한하는 입법에 대한 위헌심사에 대하여는 헌법 제37조 제2항의 과잉금지 원칙을 변형하여 완화된 심사기준을 제시하기도 하고, 방송광고(나아가 방송의 자유 전반)에 대하여는 아예 그 기본권적 보장 자체를 박탈하는 이론을 수립하기에 이르고 있다. 이러한 헌법재판소의 새로운 판례이론은 종전의 헌법재판소 판례이론과 정면으로 배치되는 것은 물론이고, 국민의 기본권을 축소시켜서 국민의 자유를 크게 위축시키는 결과를 초래하는 것이라고 하겠다. 과연 새로운 판례이론이 우리 사회와 국민의 발전에 기여하는 것인지에 대하여는 근본적인 의문이 제기된다. 헌법재판소의 새로운 판례이론이 구체적 타당성을 위하여 전개된 과도기적인 것이라고 위안을 삼으면서 추후의 이론전개에 주목해 본다.

(투고일 2006년 12월 11일, 심사일 2006년 12월 27일, 게재확정일 2007년 1월 8일)

주제어 : 광고, 광고의 자유, 표현의 자유, 언론의 자유, 언론출판의 자유, 사전허가금지, 과잉금지 원칙

[Abstract]

Protection of Commercial Expression under the Constitutional Law

Do-Ssu Hwang*

This article collects and analyzes the Constitution Court cases in which the Court has discussed the protection of commercial expression.

In 1998 the Court held that the freedom of commercial expression is protected as the fundamental right from unwarranted governmental regulation, since commercial expression not only serves the economic interest of the speaker, but also assists consumers and furthers the social interest.

Since 2003 the Court newly applied a relatively relaxed standard to judicial review in the area of commercial expression(Constitution Court 2005. 10. 27. 2003hunka3), and even denied the constitutional protection itself in the area of broadcasting advertisement(Constitution Court 2003. 12. 18. 2002hun-ba49). Thus the government may easily regulate the content of commercial expression to prevent the dissemination of information that is false, deceptive, or misleading.

This new doctrines could cause collisions with ordinary accepted past doctrines, especially with the doctrines relating Korean Constitutional Law Clause

* Associate Professor, College of Law, Konkuk University

37 Paragraph 2. The new doctrines seems to be transit. So it is needed to observe next constitutional cases relating commercial expressions.

Key Words : commercial expression, advertisement, freedom of expression, freedom of speech