

상업광고 규제 의 합헌성 심사기준

- 미국 연방대법원 판례의 동향을 중심으로 -

盧 熙 範
憲法研究官

- 目 次 -

I. 머리말	211
II. 상업적 언론(광고) 의의와 규제의 필요성	211
1. 의의	211
2. 광고규제의 필요성과 실제	214
III. 상업광고는 헌법 제21조 언론출판의 자유에 의하여 보호되는가?	214
1. 표현의 자유의 이론적 근거	214
2. 표현의 자유인가 직업의 자유인가?	216
가. 견해의 대립	216
나. 독일과 일본의 경우	216
다. 미국	217
IV. 상업적 언론에 관한 미국 연방대법원의 판례의 동향	218
1. 개관	218

2. Valentine v. Chrestensen(1942)	219
가. 사건의 개요	219
나. 판결요지	219
다. 평가	220
3. Bigelow v. Virginia(1975)	220
4. Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc.(1976)	221
가. 사건의 개요	221
나. 판결요지	222
다. 평가	223
5. Virginia Board of Pharmacy 판결 이후의 판례동향	223
가. Linmark Associates, Inc. v. Willingboro(1977)	223
나. Carey v. Population Services Int'l(1977)	224
다. Bates v. State Bar of Arizona(1977)	225
6. Central Hudson Gas and Electricity Corp. v. Public Service Commission of New York(1980)	225
가. 사건의 개요	225
나. 판결요지	226
7. Central Hudson 판결 이후의 동향	226
8. 評釋	227
 V. 상업적 언론에 대한 합헌성 심사기준	228
1. Central Hudson Test	228
2. Central Hudson 이후의 판례의 동향	230
가. In Metromedia, Inc. v. San Diego(1981)	230
나. Posadas de Puerto Rico Association v. Tourism Co.(1986)	230
다. Board of Trustees of the State University of New York v. Fox.(1989)	231

라. City of Cincinnati v. Discovery Network, Inc.(1993)	232
마. United States v. Edge Broadcasting Co.(1993)	233
바. 44 Liquormart v. Rhode Island(1996)	233
사. Thompson v. Western States Medical Center(2002)	235
3. 평가	236
VI. 헌법재판소 판례의 동향	238
1. 개관	238
2. 광고표현의 방법에 대한 제한	240
가. 옥외광고물등관리법 제3조 위헌소원(1998년)	240
나. 옥외광고물등관리법시행령 제13조 제9항 위헌확인 사건(2002년)	241
다. 평가	242
3. 광고내용에 대한 제한	244
가. 식품등의표시기준 위헌확인(2000년)	244
나. 식품위생법 제11조 제1항 위헌확인(2000년)	244
다. 식품위생법 제2조 등 위헌소원(2004년)	246
라. 약사법 제55조 제2항 위헌확인(2004년)	247
마. 평가	248
4. 의료법 제69조 등 위헌제청	249
가. 사건의 개요	249
나. 판결요지	249
다. 평가	250
VII. 결 어	252

I. 머리말

기본권의 카테고리 가운데에서도 표현의 자유에 대한 판례는 기본권보장의 전반적인 흐름을 나타내 준다. 표현의 자유 가운데에서도 특히 정치적, 문화적 및 예술적 표현의 자유는 그동안 헌법재판소의 판례를 통하여 합헌성심사의 기준을 대강 예측할 수 있다. 그런데, 상업적 표현에 대하여는 아직 우리 판례가 정립되어 있지 않다. 本稿는 상업적 언론(광고)에 관한 미국 연방대법원의 판례의 동향을 개관하고 나아가 이를 통해 어떤 특징적 양상이 있는지를 검토함으로써 광고표현을 규제하는 규범에 대한 합헌성 심사기준을 도출해 보려는 데 그 목적이 있다. 미국 연방대법원의 판례, 특히 표현의 자유에 관한 영역에서 그것은 다른 나라에도 적지 않은 영향을 미치고 있는 점에서 이를 분석해 보는 것은 상당한 의미가 있다. 끝으로 우리 헌법재판소의 판례를 검토하고 미국 연방대법원의 판례와 비교해 본다.

II. 상업적 언론(광고) 의의와 규제의 필요성

1. 의의

통상 廣告라고 하면 상품이나 서비스의 판매를 촉진하기 위하여 선전하는 영리목적의 표현 행위 즉, ‘商業’ 廣告를 말한다¹⁾. 미국에서는 이를 ‘상업적 언론(commercial speech)²⁾’이라고 하여 상업적 언론도 언론 그 자체로서 표현의 자유의 보호대상이 되는가에 대하여 논란이 있었다. 일반적으로

1) 광고에는 영리목적이 없이 단순히 정치적인 입장이나 주장을 표명하는 의견광고, 예를 들면 정치광고도 있다. 그러나 정치광고와 같은 의견광고는 보내는 측과 받는 측 모두에게 영리적 동기나 목적이 없다는 점에서 차이가 있다. 따라서 넓은 의미의 광고란 ‘다른 사람에게 사상·지식·정보 등을 알리는 것’이라고 정의할 수 있다.

2) ‘상업적 언론’은 ‘commercial speech’의 번역이다. 일본학자들은 ‘영리적 언론’이라고 번역하기도 한다.

상업적 언론은 판매를 촉진하기 위한 광고나 널리 상업적 거래를 제안하는 표현으로 정의되고 있다.³⁾ 상업적 언론은 정보전달적 기능과 설득적 기능을 수행하면서 소비자들에게 상품과 서비스의 선택을 위한 정보나 자료를 제공한다. 그런 점에서 상업적 언론과 광고는 넓은 의미에서 같은 개념으로 볼 수 있다.⁴⁾ 그러나 상업적 언론의 개념 내지 내용이 반드시 명확한 것은 아니다. 순수한 언론 즉, 비상업적 언론(non-commercial speech)과 상업적 언론은 구별된다고 하더라도 정확하게 그 경계를 구분하는 것은 쉽지 않다. 양자의 경계에는 겹치는 부분이 있고 구별은 상대적이다. 미국 연방대법원은 광고가 상업적인가 비상업적인가는 당해 광고의 주요목적이 이윤을 얻으려는 의도인가 아닌가에 따라 결정된다고 하였다. 그러나 지금은 그러한 구별은 타당하지 않다고 하면서 순수한 상업적 언론도 표현의 자유의 보호대상이라고 한다.

Virginia 판결에서 Blackmun 대법관은 상업적 언론과 비상업적 언론 사이에는 두가지 상식적인 차이(commonsense differences)가 있다고 했다. 첫째, 상업적 언론은 이윤에 의거하기(profit-driven) 때문에 비상업적 언론 보다 지속적이고(durable), 둘째, 상업적 언론은 비상업적 언론보다 객관적(objective)이라는 것이다. 보다 지속적이라는 것은, 상업적인 잡지와 신문은 이윤동기에 이끌리기 때문에 비상업적 언론보다 견고하다는 것이고(hardiness) 보다 객관적이라는 것은 그 진실을 입증하기는 것이 쉽다(verifiable)는 것을 말한다. 즉, 판매자는 제3자보다도 쉽게 그 사실을 확인할 수 있다는 것이다.⁵⁾ 결국 이 두가지 상식적 차이는 상업적 언론이 정부의 규제로 발간이 중단될 것이라는 두려움을 쉽게 느끼지 않는 위축효과

3) Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc. (1976).

4) 미국 판례는 '상업적 언론'(commercial speech)과 '광고'(advertising)를 엄격하게 구별하여 사용하고 있는 것 같지는 않다. 그러나 주로 'commercial speech'를 사용하는데, 이는 순수한 언론(pure speech)과 상업적 언론(commercial speech)을 대비하려는 의도로 보인다.

5) '공화당이 정치를 더 잘할 것이다'라는 것보다 '오이는 69이다'는 사실의 진실을 확실히 쉽게 확정할 수 있다는 것이다. [Alex Kozinski & Stewart Banner, *Who's afraid of Commercial Speech?* 76 Va. L. Rev. 627 (1990)].

(chilling effect)가 적고 따라서 상업적 언론에 대하여는 비상업적 언론보다 낮은 정도의 보호가 주어진다.는 것이다.

한편, 1983년의 Bolger v. Young Drug Products Corp. 판결⁶⁾에서 상업적 언론의 정의에 대해 상세한 검토가 이루어 졌다. 이 사건에서 피임기구 광고물의 우편송달을 금지한 연방 법이 문제되었는데, 연방대법원은 이를 위헌무효라고 한 판결이다. 이 사건에서 다수의견을 쓴 Marshall 대법관은 상업적 언론의 정의에 대하여 이렇게 지적했다.

『광고물이라고 해서 곧 상업적 언론은 아니다. 특정 생산품에 관해 언급하고 있다고 해서 곧 상업적 언론은 아니다. 또한 보낸 사람이 경제적 동기를 가졌다고 해서 그것만으로 곧 상업적 언론이라고 할 수는 없다. 그렇지만 이들 여러 요소들이 결합되어 상업적 언론에 해당한다는 결론이 나올 수는 있다』 이와 같이 상업적 언론과 순수한 언론을 구별하는 것이 쉽지 않다. 예컨대, 기업이 자신의 이름으로 공익광고⁷⁾를 하는 이른바 이미지 광고를 상업적 언론으로 볼 것인지 명확하지 않다. 미국 연방대법원도 상업적 언론과 비상업적 언론의 구별의 어려움을 인정하면서 ‘어떤 면에서 무엇이 상업적 언론인가를 말하는 것보다 무엇이 상업적 언론이 아닌가를 정의하는 것이 더 쉽다’고 하였다.

언론이 상업적인가 비상업적인가를 구별해야할 실무상의 필요성은 헌법적 保護程度와 合憲性 審査基準이 달라지기 때문이다.⁸⁾

아무튼 상업적 언론의 개념과 내용에 대한 더 상세한 검토는 다음으로 미루고, 여기서는 상업적 언론(광고)을 ‘판매를 촉진하거나 상업적 거래를 제안하는 표현’으로 정의한다.

6) 463 U.S. 6 (1983).

7) 최근 기업들은 미디어를 이용해 자신의 상품이나 서비스를 직접적으로 선전하는 광고대신에 환경, 공중도덕과 같은 공익광고를 한다.

8) 우리 학계에서 상업적 언론(광고)과 표현의 자유와의 관계에 대한 논의는 많지 않았다. 광고를 비롯한 상업적 언론문제에 대하여 헌법적 논의보다는 규제 자체에 초점이 맞추어져 있다. 그러나 최근 미국 연방대법원의 판례가 소개되면서 이에 대한 논의가 시작되고 있는 것으로 보인다.

2. 광고규제의 필요성과 실제

각국이 처음 광고를 규제하기 시작한 것은 소비자 보호 목적에서 출발한 것이 아니라 기업간의 공정경쟁을 보장하기 위해서였다. 미국의 경우 1938년 기존의 독점규제법을 보완한 Wheeler-Lea Act가 제정되어 불공정 내지 기만적 행위와 관행을 규제할 권한을 연방의회 산하의 연방거래위원회(FTC)에 부여되어 동위원회가 불공정 행위 및 불공정거래를 조장하는 광고를 규제하기 시작하였다. 그러다가 광고로 인한 소비자의 피해가 늘어나면서 허위, 오인 또는 과장광고로부터 소비자를 보호해야 할 필요성이 대두되면서 소비자의 보호가 광고규제의 중요한 목적되었다.

우리 나라도 1962. 식품위생법, 광고물단속법, 1963년 약사법과 방송법 영화법 등이 제정되면서 광고규제를 하기 시작했다. 그 후 1975년 공정거래에 관한 법률이 제정·시행되면서 부정경쟁방지를 목적으로 광고를 규제하다가 소비자 보호를 위한 허위, 과장 등 ‘부당한 표시·광고’를 규제하고 있다. 그 후 급속도로 증가하는 광고량을 규제하기 위하여 규제규범도 증가되었는데, 현재 광고관련법규만도 82개에 이르고, 그 중 직접적으로 광고행위 내지 광고표현을 규제하는 법규도 16개에 이른다.⁹⁾

III. 상업광고는 헌법 제21조 언론·출판의 자유에 의하여 보호되는가?

1. 표현의 자유의 이론적 근거

오늘날 표현의 자유의 가치 내지 헌법적 보장의 이론적 근거에 대하여 다음과 같은 점이 인정되고 있다. 첫째, 표현의 자유는 自己完成 내지 自己實現의 手段이다.¹⁰⁾ 인간의 표현행위는 인간존재의 본질적 부분이기 때문

9) 광고연감(1995), 제일기획.

10) 자기완성(self-fulfilment), 자기실현(self-realization)은 자치(autonomy)와 같은 의미로 이해된다.

에 표현행위가 외압에 의해 억압될 경우에는 무엇보다도 인간존재에 대한 심한 고통을 느끼지 않을 수 없다는 것이다. 표현의 자유는 근대 시민혁명의 산물로 이데올로기적인 기반은 인간주의·개인주의라는 것이다. 둘째, 표현의 자유는 지식발전과 眞理到達을 위한 過程이다. 자유토론을 통하여 다양한 의견이나 사상이 개진되고, 그에 대한 반론의 과정을 거치도록 해야만 진리발견이 가능하다. 공개토론이 억제되고 통제나 조작으로 지식이나 진리가 왜곡된다면 사회발전의 저해요소로 작용한다. 이는 J. Milton이 주장한 사상의 자유시장론(free market of ideas¹¹⁾)과 맥락을 같이 하는데, 사상의 자유시장론에 대한 구체적 이론 정립은 미국 연방대법원의 Homes 대법관에 의하여 정립된바 있다.¹²⁾ 셋째, 자기통치(self-government)의 원리로 표현의 자유는 개인의 行爲決定의 필수적 手段이다. 사회의 각 구성원들이 행위결정을 할 때, 특히 민주적 정치과정에서 민주적 의사형성에 필수적이다. 이 근거는 주로 표현의 자유의 정치적 기능을 강조하게 되는데, 민주적 정치과정에서 민주적 의사결정의 위하여 자유로운 의사표현 및 토론이 보장되어야 하고 국가권력의 간섭이 배제되어야 한다는 것이다. 넷째, 표현의 자유는 사회의 공감대(consensus) 형성을 위한 중요한 수단이다. 사회는 자유로운 의사표현과 토론을 통하여 사회적 갈등을 순화시켜 공감대를 형성함으로써 안정과 변화 사이의 균형을 유지해 준다.

11) J. Milton은 그의 Areopagitika에서 진리는 「사상의 자유와 공개의 경쟁」에서 비로소 생겨나는 것이라고 강조하면서 이 세상에는 진리와 허위, 선과 악이 서로 얽혀서 존재하고 있기 때문에 선을 알기 위해 악을 알고 진리를 알기 위해 오류를 아는 것이 필요하다고 지적하고 자유로운 표현에는 자기교정의 과정이 작용하기 마련이므로 진리에서 허위를 제거하기 위해서도 자유로운 토론이 필요하다고 주장하였다. (J. Milton, Areopagitika, Oxford Univ. Press, 1954 pp. 51~52)

12) O. W. Homes 대법관은 “바람직한 최고의 선은 사상의 자유로운 거래에서 이루어지는 것이 좋을 것이다. 진리의 실험은 사상의 힘이 시장의 경쟁에서 스스로를 용인할 수 있느냐에 있다.” Abrams 사건 판결에서 지적했다. (Abrams v. U.S. 250 U.S. 616 (1919))

2. 표현의 자유인가 직업의 자유인가?

가. 견해의 대립

과연 상업광고가 헌법 제21조의 언론·출판의 자유에 속하는가? 전통적으로 언론·출판의 자유는 개인이 자신의 사상 또는 의견을 자유로이 발표함으로써 인간으로서의 존엄과 가치를 유지하는 인격발현의 수단이고, 정치적 의사형성에 국민이 참여할 수 있게 하는 것으로 민주주의 정치에 있어서 불가결의 전제로 보았다. 또 표현의 자유는 정신활동의 자유로써 정신활동의 소산이 아닌 영리적 광고 등은 표현의 자유로 파악할 수 없고 영업의 자유로 보아야 한다¹³⁾는 것도 같은 맥락이다. 그리하여 廣告와 같은 상업적 언론은 표현의 자유에 속하는 것이 아니라 직업수행의 자유(영업의 자유)에 속한다고 보는 견해이다.

반면에 단순히 상업적인 상품이나 서비스에 관한 사실을 알리는 광고라도 내용이 공익을 포함할 때에는 경제적 정보에 관한 국민의 알권리를 근거로 표현의 자유에 포함시켜야 한다는 견해¹⁴⁾이다. 알권리는 모든 정보원으로부터 일반적 정보를 수집할 수 있는 권리로서 정보수집의 수단은 듣고·보고·읽는 것 뿐 아니라 그 밖의 모든 방법을 포함하는 최광의의 수단으로 해석되어야 한다는 것이다.

나. 독일과 일본의 경우

독일의 경우 제2차 대전 직후에는 광고표현을 표현의 자유가 아닌 직업의 자유의 보호범주로 보는 것이 일반적이었으나, 오늘날에는 표현의 자유의 보호대상으로 간주하는 것이 보편적 현상이다.¹⁵⁾ 연방헌법재판소도

13) 조영황, “이구현, 광고법학 2판 (2001), 34쪽에서 재인용”.

14) 이정일, 이구현 앞의 책, 34쪽에서 재인용.

15) 홍승철, 전제논문, 75쪽.

1985. 11. 19.결정¹⁶⁾에서 상업광고는 그것이 가치있고 의사형성적인 내용을 가지고 있거나 또는 의사형성에 기여하는 정보를 담고 있는 경우에는 표현의 자유의 기본권(기본법 제5조 제1항)이 주장될 수 있다고 보았다.

일본 학계에서도 순수한 영리적 표현은 사상의 자유시장과 관계가 없고, 개인의 자치나 자기실현과도 관련성이 약하기 때문에 경제적 자유권의 행사로 보고 그에 대한 규제는 경제에 대한 규제로 보아야 한다는 견해가 있으나, 광고표현을 표현의 자유의 보호영역에 포함되는 것으로 보는 것이 주류이다. 주로 미국 연방대법원의 판례에 의하여 형성된 이론적 근거를 제시한다. 최고재판소도 1961. 안마사법사건 판결¹⁷⁾에서 ‘헌법 제21조는 사상, 양심의 표현 외에 사실의 보도 기타 일체의 표현의 자유를 보장하는 것이고, 광고도 여기에 포함되는 것이 상당하다. 광고가 상업활동의 성격을 가지고 있다고 하여 동조의 표현의 자유의 보장밖에 있는 것이라고는 말할 수 없다’¹⁸⁾고 상업적 광고도 넓게 표현의 자유의 보장 범위에 속한다고 하였다.

다. 미국

광고가 헌법적 보호를 받는가에 대하여 가장 먼저, 그리고 가장 많은 논의가 있었던 것은 미국이다. 순수한 상업광고는 경제활동(economic activity)의 일환으로 보아 표현의 자유의 보호대상이 아니라는 견해와 순수한 상업광고도 공공의 관심사가 될 수 있고, 그러한 정보는 개인의 경제적 결정의 기초가 되는 것으로 공익에 속하기 때문에 표현의 자유의 보호대상이라는

16) BVerfGE 71, 162.

17) 「안마사·침구사 및 유도정복사법」 제7조는 안마사등이 광고를 하는 경우 주소나 이름 등으로 제한하고 기능, 시술방법, 경력 등에 관한 광고를 금지하고 있었다. 이에 대하여 어느 뜰업자가 뜰의 적용증으로서 신경통, 류마티스 등의 병명을 기재한 광고전단을 배포한 혐의로 기소되어 최고재판소에 상고된 사건이다.

18) 最大判, 1961. 2. 15. 刑集 15卷2号 356面 다수의견, 그러나 최고재는 표현의 자유도 무제한의 절대적 자유가 아니고 공공복지를 위하여 제한될 수 있다고 하면서 국민의 보건위생상이 견지에서 공공복지를 위한 조치로 헌법 제21조에 위반되지 않는다고 판시하였다.

견해가 대립되어 있었다. 그러나 상업광고의 사회적 기능이 지속적으로 증대되고 특히 상업광고와 비상업광고의 경계 내지 차이도 정확하게 구분되지 않게 되면서 오늘날에는 상업광고도 표현의 자유에 의한 헌법적 보장이 이루어져야 한다는 것이 미국 연방대법원의 확립된 판례이다. 다만, 상업광고가 일반적인 언론과 동일하게 보호받는가에 대하여는 일치되지 않고 있다. 그리하여 근자에는 논의의 방향이 상업광고가 표현의 자유의 보호대상인가가 아니라 ‘상업적 언론이 순수한 언론과 어떤 차이가 있고, 어느 정도 헌법적으로 보호할 것인가’로 바뀌었다. 이와 같은 경향은 독일이나 일본도 마찬가지이다.

IV. 상업적 언론에 관한 미국 연방대법원의 판례의 동향

1. 개관

미국에서도 1976년 전까지는 상업적 언론(commercial speech)은 표현의 자유의 보호대상이 아니었다. 상업적 언론에 대하여 헌법적 보호가 부여되어야 한다는 관점이 처음 채택된 것은 1975년의 *Bigelow v. Virginia*¹⁹⁾ 판결이다. 그 후 1976년의 *Virginia Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumers Council*²⁰⁾ 판결에서 상업적 언론이 표현의 자유의 보호대상이라는 점을 분명히 한다. 1980년 *Central Hudson* 판결에서는 상업적 언론에 대한 규제에 대한 합헌성 심사의 4단계 기준을 제시한다. 이후 연방대법원은 이 기준을 적용하여 상업광고에 대한 위헌심사를 함으로써 *Central Hudson* 기준이 정립되었다. 그러나 위 기준을 적용함에 있어서 이 기준이 엄격심사인지 중간심사인지 아직까지도 연방대법원의 태도가 명확하지 않다.

19) 421 U.S. 809.

20) 425 U.S. 748.

2. Valentine v. Chrestensen²¹⁾ (1942)

가. 사건의 개요

상업적 언론이 修正 제1조의 보호대상이 되는가 하는 문제를 처음으로 다룬 사건이다. New York市는 도시미관 및 거리의 청결 목적으로 길거리에서 광고전단을 배포하는 것을 條例로 금지하였다. 기업가인 Chrestensen은 해군의 퇴역잠수함을 구입하여 New York市 동쪽 강부두에 전시하여 입장료를 받는 잠수함관광상품을 선전하는 광고전단을 배포하였다. 경찰당국은 정치적 항의와 관련된 전단은 배포할 수 있지만, 영리목적의 광고전단은 조례에 위반된다고 이를 금지하였다. 이에 chrestensen이 광고전단의 이면에 잠수함전시를 위한 부두사용허가를 거절한 당국에 대한 항의문을 실은 兩面 廣告傳單을 배포하자 시경국장 Valentine이 이 광고도 시조례에 위배된다면서 Chrestensen을 기소한 사건이다.

나. 판결요지

연방대법원은 ‘순수한 상업적 광고에 관한 한 헌법이 정부에 대하여 어떠한 제한도 부과하고 있지 않음이 명백하다’고 판시하여 상업적 언론은 수정 제1조의 보호대상이 아니라는 상업적 언론의 원칙²²⁾을 정립하였다. 노상에서의 광고전단 배포를 금지하는 것은 정치적 언론을 제한하는 것이 아니라 경제적 행위를 제한하는 것이고, chrestensen의 광고전단은 길거리에서의 광고전단 배포를 금지하는 규정을 회피할 목적으로 정치적 항의문을 게재한 것에 불과하다고 하면서 chrestensen의 유죄를 확정했다.

21) 316 U.S. 52 (1942).

22) 이를 ‘commercial speech doctrine’이라고 표현한다.

다. 평가

이 판결이 선고된 이후 약 30년 간 이 판결의 원칙이 적용되었다. 1951년 판매목적의 호별방문(door-to-door canvassing)을 금지하는 펜실베이니아주 법률이 문제된 *Breard v. City of Alexandria*²³⁾ 판결에서도 이 원칙이 적용되어 호별방문을 하며 잡지를 판매한 잡지의판원 Breard에게 유죄를 선언하고 위 법률이 합헌이라고 하였다. 그러나 여호와의 증인의 호별방문이 문제된 1943년 *Martin v. City of Struthers*²⁴⁾ 판결에서는 여호와의 증인인 Martin의 종교집회를 알리는 전단광고와 영리성이 거의 없는 종교서적을 판매하기 위한 호별방문은 영리 목적이 아니기 때문에 Martin은 무죄라고 판결했다. 이 판결에서 주목되는 것은 광고의 주요목적(primary purpose)이 상업적인가 비상업적인가를 구별하고 주된 목적이 상업적인 경우에는 수정 제1조의 보호대상이 아니라는 主要目的 基準(the primary purpose test)을 적용한 것이다. 이 주요목적 기준도 이후의 판결에 계속 적용된다.

3. *Bigelow v. Virginia*²⁵⁾ (1975)

버지니아주는 낙태를 조장하는 광고를 금지하고 이를 경범죄로 처벌하였다.²⁶⁾ 주간지 편집장인 Bigelow는 주간지(*The Virginia Weekly*)에 “바라지 않는 임신을 도와줌”이라는 제목으로 New York에 있는 산부인과병원의 낙태시술광고를 게재하였다.²⁷⁾ 주 하급법원은 물론 주 대법원도 낙태광고는 법률이 금지하고 있는 상업적인 광고물로서 표현의 자유에 의하여

23) 341 U.S. 920 (1951).

24) 319 U.S. 862 (1943).

25) 421 U.S. 809.

26) 1973년 *Roe v. Wade* 판결에서 연방대법원은 임신 후 최초 3개월간의 낙태는 합법적인 것이라고 했지만, 버지니아 주는 낙태시술행위와 낙태를 조장하는 광고를 법률로 금지하고 있었다.

27) 문제된 광고의 광고주는 합법적인 낙태수술을 시행하는 뉴욕주의 민간병원이었다.

보호받지 못한다고 하면서 Bigelow에게 유죄를 선고하였다.

이에 대하여 연방대법원은 상업적 광고도 공익에 기여할 수 있는 가치있는 정보인 경우에는 수정 제1조에 의하여 보호된다고 하였다. 연방대법원은 '뉴욕주에서의 낙태시술광고는 시술을 필요로 할 가능성이 있는 버지니아 주민뿐만 아니라 낙태에 대하여 의문이 있거나 낙태문제에 대한 다른 주의 법률 및 발전정도 그리고 버지니아주의 개혁을 모색하고 있는 주민등 다양한 계층의 독자에게 잠재적 이익과 가치있는 정보를 내포하고 있다. 이러한 정보는 공공의 이익에 관한 것으로 헌법적 보호를 받는다'고 판시하면서 버지니아 주법을 위헌 무효라고 판결하였다.

위 판결은 상업적 광고라도 공중의 관심에 관한 정보를 내포하고 있다면, 수정 제1조에 의하여 보호받는다고 함으로써 기존의 *Valentine v. Chrestensen* 판결에서 확립된 상업적 언론의 원칙을 훼손하였다. 다만, 광고내용이 공익적 정보를 내포하고 있는 경우에 헌법에 의하여 보호받는다 함으로써 순수한 상업 광고가 수정 제1조에 의하여 완전한 보호를 받는지는 분명하지 않았다. 광고의 주된 목적이 영리적인 것인가 여부에 따라 판단하는 主要目的基準(The primary purpose test)에서 벗어난 최초의 판결이었다.

4. *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc.*²⁸⁾ (1976)

가. 사건의 개요

버지니아주는 약사의 직업주의를 고양하고 양질의 서비스를 유지하기 위하여 법률로 약사들에게 조제약(prescription drugs) 가격광고를 금지하였다. 변호사, 의사, 공인회계사 등과 같이 전문직업인에 속하는 약사들이

28) 425 U.S. 748.

광고를 하면 제명을 당하는 제재를 받았기 때문에 광고를 할 수 없었다. 약사만이 조제약을 팔 수 있기 때문에 위 법률은 조제약의 가격에 대한 정보를 효과적으로 차단했다. 조제약의 약95%는 약사들이 아니라 제약회사가 만들었다. 버지니아주의 한 소비자단체가 약사에게 조제약 가격광고를 금지하는 버지니아주 법률이 수정 제1조에 위반된다고 소송을 제기하였다.

나. 판결요지

연방대법원은 순수한 상업적 언론도 표현의 자유에 의하여 보호된다고 하면서 조제약 가격광고를 금지한 버지니아주 법률을 위헌이라고 하였다. 다수의견을 쓴 Blackmun 대법관은 이렇게 지적하였다. 약사들이 주장하고자 하는 것은 문화적, 철학적, 정치적인 문제가 아니고 특정한 뉴스가치가 있는 사실을 말하려는 것도 아니다. 그들이 알리려고 하는 것은 단지 'X라는 조제약을 Y라는 가격에 팔겠다'라는 것이다. 자유시장경제에서 재화의 분배는 수많은 개인의 경제적 결정을 통하여 이루어진다. 그 결정이 현명하고 확실한 정보에 근거한 (intellegent and well-informed) 것이어야 한다는 것은 공익의 문제이다. 상업적 정보의 자유로운 유통은 일반인의 중요한 관심사이다. 조제약 가격정보에 대한 특정 소비자의 이익은 당시의 가장 긴박한 정치적 쟁점에 대한 이익보다 클 수 있다. 결국 상업적 정보의 자유로운 유통은 자유시장경제에서 불가피한 요소이다. 한편, Blackmun 대법관은 상업적 언론에 대하여 단지 시간, 장소, 방법 등의 제한은 가능하고, 또한 허위나 기만적이거나 오도적인 상업적 언론에 대한 규제도 할 수 있다고 보았다. 나아가, 상업적 언론에 대한 규제는 이른바 위축효과가 적기 때문에 전통적으로 언론자유에 대해 적용되는 원칙들 가운데 '과도한 광범성 때문에 무효의 원칙'(the overbreadth doctrine)', '애매하기 때문에 무효의 원칙'(vagueness doctrine), 그리고 '사전제한금지의 원칙'(the prior restraint doctrine) 등은 상업적 언론에 대해서는 적용되지 않는다고 하였다.

다. 평가

순수한 상업적 언론도 표현의 자유(수정 헌법 제1조)에 의하여 보호받는다고 명시한 최초의 판결이다. 상업적 언론이 헌법적 보호를 받아야되는 이론적 근거를 구체적으로 제시하였다. 상업적 정보의 자유로운 유통은 공중의 관심사이고 자유시장경제의 불가결의 요소로서 공공의 이익이다. 자유로운 정치적 표현의 보장이 민주적 정치과정에서 민주적 의사형성을 가능하게 하는 것과 마찬가지로 자유로운 상업적 정보의 유통을 보장하는 것은 자유시장경제에서 효율적인 자원의 배분을 가능하게 한다. 따라서 비상업적 정보나 상업적 정보의 자유로운 흐름은 똑같이 헌법적 보호를 받는다.

5. Virginia Board of Pharmacy 판결 이후의 판례동향

순수한 상업광고도 표현의 자유에 의하여 보호받는다라는 버지니아 판결은 선례가 되어 이후의 판결에 그대로 적용된다.

가. Linmark Associates, Inc. v. Willingboro²⁹⁾ (1977)

부동산(집)에 “For Sale” 또는 “Sold”라는 표지판을 설치하는 것을 금지한 시조례를 연방대법원은 만장일치로 위헌이라고 선언하였다³⁰⁾. Willingboro市는 백인거주지역에 흑인들이 들어오면서 백인들이 대거 집을 팔고 다른 곳으로 이사 가려고 하자 백인거주자들의 이주를 저지함으로써 인종적으로 균형있는 공동체(지역)를 이루려고 하였다. 그러나 대법원은 ‘어디에서 살고, 어디에서 가족을 부양할 것인가를 결정하는 것은 가장 중요한 것 중의 하나이다. 그에 관한 정보는 Willingboro 주민들에게 절대적으로 필요한 것

29) 431 U.S. 85 (1977).

30) Justice Rehnquist not participating.

이다. 시가 이런 정보를 주민들에게 금지하는 것은 위헌이다'라고 판시하였다. 법정의견을 쓴 Marshall 대법관은 부동산을 팔려는 광고와 Bigelow 사건에서의 낙태광고 또는 Virginia 사건에서의 조제약 광고 사이에 의미있는 차이(meaningful distinction)를 발견할 수 없다고 하였다. 이에 대하여 시 당국은 조제가 금지하는 것은 단지 시간, 장소, 방법을 합리적으로 제한할 뿐이라고 주장하였다. 그러나 연방대법원은 부동산 (매매)광고의 대체수단이 충분히 존재한다고 보이지 않는 상황에서 오로지 '부동산 광고'만을 금지하고 있기 때문에 이는 시간, 장소, 방법에 대한 제한이 아니라 직접적으로 광고의 '내용'을 제한하는 것으로 내용중립적인 제한이 아니라고 하였다.

나. Carey v. Population Services Int'(31) (1977)

버지니아 판결을 적용하여 처방받지 않은 피임약(contraceptives)을 광고하거나 전시하는 것을 금지하는 것은 수정헌법 제1조에 위배되어 위헌이라고 하였다. 뉴욕주교육법은 16세 이하의 청소년에게는 피임기구의 판매 및 배포를 금지하고 16세 이상이라도 약사 이외에는 판매 및 배포를 금지하였으며 약사를 포함하여 어느 누구도 피임기구를 광고하거나 전시하는 것을 금지하였다. 사건의 주된 쟁점은 피임기구의 판매 규제의 헌법적 정당성에 관한 것이었지만, 아울러 광고금지도 문제되었다. 연방대법원은 '광고에 있어서 피임기구, 약, 낙태 및 부동산 사이에 헌법적 차이(constitutional distinction)를 발견할 수 없다. 개인과 사회는 상업정보의 자유로운 유통에 실질적인 이익이 있다'고 하면서 Virginia Pharmacy 판결에 기초하여 광고금지를 위헌이라고 판시하였다.

31) 431 U.S. 678 (1977).

다. Bates v. State Bar of Arizona³²⁾ (1977)

버지니아판결은 변호사들의 상업광고에도 그 원칙이 적용될 것인지에 대하여 몇 가지 의문을 남기고 있었다. 그런데, Bates 판결에서 버지니아판결을 적용하여 변호사들에게 ‘전형적인 법률서비스’(routine legal services)의 가격광고를 금지하는 아리조나주법 위헌이라고 선언하였다. 1년 후, Ohralik v. Ohio State Bar Association³³⁾ 판결에서는 변호사의 고객 유치활동을 금하는 오하이오주 변호사협회규칙에 대하여 Bates 판결과 달리 합헌결정을 했는데, 이는 선례를 적용하지 않은 것이 아니라 고객의 공박 기타 부당한 방법을 이용하여 고객을 유치하는 악덕 변호사에 대한 유치활동금지는 적절하다는 취지였다.

6. Central Hudson Gas and Electricity Corp. v. Public Service Commission of New York³⁴⁾ (1980)

가. 사건의 개요

뉴욕시공공서비스위원회(PSC)는 에너지 절약을 위하여 에너지소비를 조장하는 일체의 광고를 금지하였다.³⁵⁾ Central Hudson 가스·전기회사는 전기사용을 촉진하는 광고를 하였다. 그러자 뉴욕시 당국은 이 광고를 금지할 것을 명하였다. Central Hudson 회사는 위원회가 일체의 에너지 소비광고를 금지하는 것은 수정 제1조에 위반된다고 주장하였다.

32) 433 U.S. 350 (1977).

33) 436 U.S. 447 (1978).

34) 447 U.S. 557.

35) 위 규칙은 1973년 연료부족이 심각하던 때에 뉴욕시공공서비스위원회(PSC)가 제정한 것인데, 연료부족 현상이 해소된 이후에도 계속 유지되었다.

나. 판결요지

상업적 언론이 수정 제1조의 보호를 받기 위해서는 다음 「四段階基準」(a four-part test)을 충족해야한다. 즉, (i) 광고가 합법적인 행위(lawful activity)에 관한 것이고 기망(misleading)하는 것이 아니어야 하며 (ii) 규제하고자 하는 정부의 이익이 실질적인 것이어야한다. 이 두가지 요건이 충족된다면, (iii) 규제가 정부의 이익을 직접적으로 증진하는 것일 것 (iv) 규제수단이 규제목적에 달성함에 필요 이상의 과도한 것이 아닐 것이라는 두가지 요건을 충족하여야한다. 이 기준을 적용하여 연방대법원은 ① 위원회가 금지한 광고는 불법적이거나 부정확한 것이 아니고 ② 에너지 절약이라는 정부의 이익은 실질적인 것이어서 앞의 두가지 요건을 충족한다. ③ 전기소비를 조장하는 광고와 에너지소비 사이에는 직접적인 관련이 있기 때문에 광고금지명령은 에너지 절약이라는 정부의 이익에 직접적으로 기여한다. 세 번째 요건도 충족한다. 그러나 비효율적인 에너지源을 전환함으로써 에너지소비를 감소시키는 태양열이나 다른 에너지源과 같은 난로나 전기열 사용을 촉진하는 광고는 에너지절약을 방해하거나 공중을 기만하는 것이 아니다. 정부는 에너지 절약정책을 추진하기 위하여 광고의 형태나 내용을 제한할 수 있지만, 정부의 이익을 해하지 않는 광고까지 금지하는 것은 필요 이상의 과도한 것이다. 에너지광고의 전면금지는 위헌이다.³⁶⁾

7. Central Hudson 판결 이후의 동향

Central Hudson 판결에서 제시된 4段階 심사기준은 이후 상업적 언론에 대한 합헌성 심사에 적용된다. 다만, 네 번째 요건에 대하여는 일관되지 못하였는데, 이에 대하여는 아래 'IV. 상업적 언론의 합헌성 심사기준'에서 구체적으로 살펴본다.

36) Powell 대법관이 쓴 범정의견이다. 이 사건에서 Rehnquist 대법관은 반대의견을 개진하였다.

8. 評釋

순수한 상업적 언론도 표현의 자유에 의하여 보장된다는 것이 연방대법원의 결론이다. 그럼에도 불구하고 상업적 언론은 일반적인 언론과 차이가 있다는 점 때문에 왜 상업적 언론이 비상업적 언론과 동일하게 헌법적 보호를 받아야 하는가에 대한 이론적 근거에 대한 의문이 제기된다. 즉, ① ‘단지 상업적 거래를 제안하는 표현’이 과연 표현의 자유를 보장하는 어떤 근거에 의하여 보장되는가?³⁷⁾ ② 과연 광고가 대의제(representative form of government)에 있어 더 나은 의사결정에 기여하는가?³⁸⁾ ③ 과연 광고가 사상의 자유시장의 일부분인가?³⁹⁾ 아니면 오로지 자기실현(self-realization) 내지 자치(autonomy)가 광고를 표현의 자유로서 보장하는 근거인가?⁴⁰⁾ ④ 만약 광고의 주된 목적이 자유시장경제를 보다 효율적으로 작동하도록 하는 것이라면, 이것이 표현의 자유를 보장하는 이론과 관련이 있는가?

위와 같은 비판에도 불구하고, 광고가 표현의 자유에 의하여 보호되어야 하는 이유는 다음과 같다. 첫째, 현대사회에서 표현의 자유는 보내는 측의 자유와 함께, 받는 쪽의 자유, 즉 알권리도 보장한다. 따라서 상품 및 서비스를 선전하는 순수한 상업적 광고라도 소비자측에서 보면 중요한 생활정보의 하나이며 소비자는 그 정보를 바탕으로 보다 현명한 경제적 결정

37) Kathleen N. Sullivan/Gerald Gunther, *First Amendment Law*, 170-171, Foundation Press(1999).

38) 민주주의에 있어서 경제는 정치에 종속되기 때문에 광고는 표현의 자유로 보장될 수 없다(Virginia 판결의 반대의견을 쓴 Rehnquist); 광고는 정치적 이데올로기적 표현에 종속된다. 따라서 공적 토론(public deliberation)이나 대의제에 기여하지 않는다(Jackson & Jeffries, supra).

39) 규제받지 않는 개개의 표현의 충돌이 장기적으로는 진실을 밝힌다는 생각이 자유시장론의 기초이다. 그런데 그런 생각이 단기적인 이익을 내기 위한 판매를 고조시키는 것과는 무관하다.

40) Jackson & Jeffries, *Commercial speech: Economic Due Process and First Amendment*, 65 Va. L. Rev. - 표현의 자유의 중심적 가치를 자치(autonomy) 내지 자기실현에 있다고 주장하는 사람들 중에서도 상업적 언론은 인간의 인격이나 자기완성의 능력이 없는 사기업에 의한 것이기 때문에 표현의 자유에 의하여 보장될 수 없다고 한다.

이 가능하게 된다는 자기통치의 원리에 기여한다. 따라서 광고는 알권리를 충족시킴으로써 자기통치의 가치를 구현할 수 있기 때문에 표현의 자유의 한 형태로서 보장되어야 할 것이다.⁴¹⁾ 다만, 알권리는 현대민주국가에서 국민의 국가에 대한 정보청구권 내지 거대언론매체에 대한 접근권으로서의 의미가 있다는 점에서 과연 상업적 정보에 대한 일반 공중의 국가기관이나 언론매체가 아닌 제3자에 대한 청구 내지 접근권으로서 이해하기에는 다소 어려운 점이 있다.

둘째, 표현의 자유의 가치는 자기통치(민주주의) 뿐만 아니라 자기실현에도 있기 때문에 상업광고는 자기통치의 원리와 밀접한 관련이 없다고 하더라도 각 개인이 자기의 식견을 넓혀 풍부한 문화적 생활을 누릴 수 있게 하는 자기실현 내지 자기충족의 가치를 구현하는 불가결한 것이다. 그러나 광고표현을 자기실현의 가치로만 이해할 경우 상업적 언론도 비상업적 언론과 동등한 보호를 해야한다는 비판이 따른다.

V. 상업적 언론에 대한 합헌성 심사기준

1. Central Hudson Test

Central Hudson Gas and Electricity Corporation v. Public Service Commission of New York, 447 U.S. 557(1980) 사건에서 연방대법원은 상업적 언론에 대한 규제의 합헌성 심사기준으로 「4段階 基準」을 제시했다. 그 내용은 첫째, 광고가 표현의 자유로서 보장받기 위해서는 그 내용이 합법적 행위에 관한 것이고 또 誤導하는 것이 아니어야 한다. 둘째, 정부의 규제 목적이 실질적인 것이어야 한다. 셋째, 규제가 정부의 규제목적에 직접 증진시키는 것이어야 한다. 넷째, 규제가 규제목적에 필요한 이상의 것이어서는 안된다. 이 기준은 상업적 언론 규제에 대한 위헌심사기준으로

41) 浦部法穂, 清水英夫, 松井.

정립되었다. 이를 분설하면 ① 광고내용이 합법적 행위에 관한 것이어야하고 오도하는 것이 아니어야한다는 것은, 광고가 불법적 행위(unlawful activity)에 관한 것이거나 소비자를 오도(misleading) 또는 기만(flauulent)하는 것은 헌법적 보호대상이 아니고, 진실하고 非誤導的인(truthful and nonmisleading) 광고만이 표현의 자유에 의하여 보호된다는 것이다. 광고가 불법적 행위를 조장하거나 오해를 유발하는 것⁴²⁾이라면 그 자체로 헌법적 보호를 받을 수 없고, 다음 단계에 대한 판단을 요하지 않는다. ② 광고규제를 정당화 할 수 있는 정부의 실질적인 이익(substantial interest)이 존재해야한다는 것이다. 정부의 “실질적인 이익”이 무엇인가는 명확하지 않다. 다만, 정치적 표현을 규제하기 위한 정부의 “필수불가결한 이익”(compelling interest)과 비교할 때, 그 보다는 약한 것이다. 이에 대하여 연방대법원은 ‘에너지절약’, ‘주민의 건강, 안전, 복지’ ‘도시미관’ 등이 정부의 실질적인 이익이라고 하였다. 비례원칙의 ‘입법목적의 정당성’으로 이해할 수 있다. ③ 광고규제가 정부의 이익을 “직접적으로 증진”(directly advance)하는 것이어야 한다는 것은 규제(수단)가 직접적으로 규제 목적을 달성하기 위한 것이고, 실제로 규제목적에 기여해야한다는 의미로 이해할 수 있다. ④ 규제수단이 규제 목적을 달성함에 있어 필요 이상의 과도한 (no more extensive than necessary)것이 아니어야 한다는 네 번째 요건에 대하여는 선택가능한 수단 중에서 가장 피해를 최소화할 수 있는 수단을 택하여야 한다는 ‘최소한의 제한수단(Least Restrictive Alternatives, LRA)’을 뜻한다고 해석하기도 하고, ‘수단이 목적을 달성하기에 적합한 것’이어야 한다는 견해가 대립되어 있었다. 전자는 일반적 언론에 대한 심사기준인 ‘엄격심사’ 요건을 뜻하고, 후자는 그보다 완화된 ‘중간심사’ 요건으로 볼 수 있다. 그 후 연방대법원은 네 번째 요건은 ‘최소한의 제한수단’이 아니라 목적과 수단 사이의 합리적 적합성(reasonable fit)⁴³⁾ - 완전한 적합성이 아니라도 - 을 뜻하는

42) 예를 들면, “ I will sell 1 pound of cocaine for \$ 1,000”라는 광고나 “I am the best attorney in the practice of admiralty in the N.Y. area”라는 광고의 경우를 말한다.

43) ‘합리적 적합성’은 단순한 합리성(rational basis)과 준별된다. 목적과 수단 사이에 적합성을 말하고 입법자가 이를 입증해야할 부담을 진다. 합리성의 경우는 입법자가 부담을 지지 않는다.

것이라고 분명히 하였다가 다시 최근 Thompson v. Western States Medical Center⁴⁴⁾ 판결에서는 5:4의 결정으로 ‘최소한의 제한수단’ 이라고 하였다. 그 자세한 내용은 아래에서 살펴본다.

2. Central Hudson 이후의 판례의 동향

가. In Metromedia, Inc. v. San Diego⁴⁵⁾ (1981)

연방대법원은 Central Hudson 기준을 적용하여 비상업적 광고게시판(bill-boards)의 설치를 금지하는 조례는 위헌이지만, 상업적인 광고게시판의 현장이 아닌 곳(off-site)의 설치를 금지하는 것은 합헌이라고 하였다. 교통안전과 도시미관은 시당국의 실질적인 이익이고, 상업 광고 게시판의 설치 규제는 직접적으로 당국의 이익을 증진시키며, 필요 이상의 과도한 것이 아니라고 하였다. 그러나 광고판과 교통안전 사이에 인과관계가 있다고 하더라도 상업광고를 허용하면서 비상업광고를 허용하지 않는 것은 문제라고 하면서 도시미관과 교통안전을 위해 현장광고와 비현장광고(onsite and offsite advertising)를 합리적으로 차별할 수 있지만 상업광고판이 허용되는 장소에 설치된 비상업광고판이 왜 안전운전에 더 위험이 되고 도시미관을 해치는 것인지에 대한 아무런 설명이 없다면, 시가 상업적 메시지에 대한 광고판의 내용을 선택하는 것을 조례로써 제한할 수 없다고 판시하였다.

나. Posadas de Puerto Rico Association v. Tourism Co.⁴⁶⁾ (1986)

Puerto Rico 準州가 Puerto Rico 住民을 대상으로 하는 카지노 광고를 금

44) 122 S. Ct. 1497 (2002).

45) 453 U.S. 490 (1981).

46) 478 U.S. 328 (1986).

지한 법률이 문제된 사건이다⁴⁷⁾. 연방대법원은 Central Hudson 기준을 적용하여 주민에 대한 카지노광고 금지는 합헌이라고 판결했다. 즉, ① 이 사건에서 문제된 카지노 도박은 최소한 이론적으로는 합법적인 것이고, 과도하거나 기만적인 것이 아니다. ② 과도한 도박이 주민들의 건강, 안전, 복지를 해치기 때문에 이를 보호하려는 당국의 이익은 실질적인 것이고 ③ 광고를 금지시킴으로써 당국의 이익은 직접적으로 증진되며 ④ 주민들의 도박욕구를 차단하려는 당국의 이익을 달성함에 있어서 필요 이상의 과도한 것이 아니라고 판단했다. 이 판결은 Central Hudson 기준의 첫 번째 요건과 관련하여 상업적 언론이 불법적인 것은 아니지만 담배나 알콜과 같이 넓게 보아 해로운(harmful) 것이어도 헌법적 보호를 받는다는 점을 분명히 했다고 할 수 있다.

다. Board of Trustees of the State University of New York v. Fox⁴⁸⁾ (1989)

이 판결에서 연방대법원은 Central Hudson 기준의 네 번째 요건이 ‘최소한의 제한수단’이 아니라 ‘목적과 수단의 적합성’(a fit between the legislature's ends and the means chosen to accomplish those ends)이면 족하다고 분명히 하였다. 뉴욕주립대학교는 캠퍼스 내에서의 영리기업의 행사를 금지하였다. 이 사건은 식기 및 용기제조업체인 Tupperware가 동대학 기숙사에서 가정용품을 팔 목적으로 ‘Tupperware parties’라는 이름을 붙여 행사⁴⁹⁾를 하겠다고 하자 학교당국이 이를 금지한 데서 발단이 되었

47) Puerto Rico 정부는 관광산업을 증진시킬 목적으로 1948년 도박에 관한 법률(Games of Chance Act of 1948)을 제정하여 카지노 도박장예의 출입은 관광객에만 허용하고 Puerto Rico 주민의 출입을 금지하였다. 2년 후 의회는 동법률을 개정하여 “어떠한 카지노도 광고를 할 수 없으며 그 시설을 Puerto Rico인에게 제공할 수 없다”고 규정하였다.(카지노 건물의 입간판은 허용되었음) 카지노 운영허가를 받은 Posadas는 카지노 광고를 금지한 동법률에 대한 위헌소송을 제기한 것이다. (6 Media L. Rep. 1497 (1980))

48) 492 U.S. 469.

49) 회사는 판매를 위한 가정용품을 제공하고 “재정적으로 어떻게 책임을 질 것인가 그리고 가게를 어떻게 효율적으로 꾸려 나갈 것인가”와 같은 주제로 정보를 제공하려고 하였다. 다수의견을 쓴 Scalia 대법관은 ‘문제된 언론은 상업적인(commercial) 것이므로 Central Hudson 기준이 적용된다’고 하였다.

다. 연방대법원은 Central Hudson 기준을 적용하여 합헌이라고 판결했다. 즉, ① 합법적인 거래를 제안하는 것이고 誤認시키는 것이 아니며, ② 州는 캠퍼스 내에서 학생들의 안전을 도모하고 상업적인 분위기보다는 교육적 분위기 조성에 이익이 있고, ③ 회사의 이용을 금지하는 것은 직접적으로 당국의 이익을 증진하다. 또한 ④ 안전과 교육분위기 조성을 위한 행사 금지의 목적과 수단 사이의 합리적 적합성이 인정된다고 판시하였다.

라. City of Cincinnati v. Discovery Network, Inc.⁵⁰⁾ (1993)

신시내티 시당국은 길거리의 안전과 좋은 환경을 유지하기 위해 길거리 신문가판대에서 광고전단을 배포하는 행위를 금지하였다. 市에는 1,500 내지 2,000개의 가판대가 있었는데 광고전단을 배포하는 가판대는 단지 62개소였다. 연방대법원은 거리의 안전과 미관을 유지하는 것은 시당국의 실질적 이익에 해당하지만, 그러나 가판대에서의 광고전단 배포금지는 시당국의 이해를 직접적으로 증진시키지 않을 뿐만 아니라 목적과 수단 사이에 적합성을 갖추고 있지 않아 위헌이라고 하였다. 특히 네 번째 요건과 관련하여 연방대법원은 Central Hudson 판례와 같이 단순히 합리적인 적합성(reasonable fit)을 기준으로 한 규제는 완전한 해결방안이 아니고 문제해결의 범위가 국가의 관련이익과 비례하여 고려되어야 한다고 하면서 최소한의 제한원칙(LRA)을 적용시켜야 한다는 의미는 아니지만 의도하는 목적을 달성하기 위한 구체적인 방안이 되어야 한다고 하였다. 즉, 62개소를 제외한 나머지 가판대에서는 계속해서 신문 등을 판매하게 되는데 이들 가판대보다 62개소의 가판대가 더 많은 쓰레기를 양산하거나 길을 어지럽힌다고 볼 수 없다는 것이다. 한편, 시당국의 조치는 상업적 내용과 비상업적

50) 507 U.S. 410 (1993).

내용이라는 메시지의 차이를 가지고 규제한 것이기 때문에 단순히 시간, 장소, 방법에 의한 제한이라고 볼 수 없다면서 시당국의 주장을 배척했다.

마. United States v. Edge Broadcasting Co.⁵¹⁾ (1993)

연방법은 복권을 허용하는 주(州)의 면허를 받은 방송사를 제외한 복권광고 방송을 금지하고 있었다. Edge Broadcasting company는 복권을 허용하지 않는 North Carolina州에서 면허를 받아 운영하고 있는 라디오 방송사였다. 그런데 방송사 청취자의 90% 이상이 복권을 인정하는 이웃 Virginia州의 주민이었다. Edge 방송사는 버지니아복권에 대한 광고방송을 금지하는 연방법은 수정헌법 제1조에 위반된다고 주장하였다. 연방대법원은 Central Hudson 기준을 적용하여 연방법이 방송사의 표현의 자유를 침해하지 않는다고 판결했다. 즉, ① 복권광고가 버지니아주에서는 합법적인 것이고, 허위나 기만적인 것이 아니므로 첫 번째 요건을 충족한다. ② 입법자(연방의회)는 North Carolina주와 같이 복권을 인정하지 않는 주의 정책을 지지할 수 있다. 그것이 Virginia주와 같이 복권을 인정하는 주의 정책에 부당하게 간섭하는 것도 아니다. 도박금지는 주의 이익에 실질적이다. ③ 복권 광고방송이 North Carolina주의 反賭博정책을 훼손하는 것이 분명하므로 이 법률조항은 직접적으로 당국의 이해를 증진시킨다. ④ 목적과 수단 사이에 적합성이 있다.

바. 44 Liquormart v. Rhode Island⁵²⁾ (1996)

1956년, 로드아일랜드주는 알콜성 음료의 광고를 규제하는 두 개의 법률을 제정했다. 그 첫째 법률은 주류업자 및 他州의 주류 제조업자, 도매업

51) 509 U.S. 418 (1993).

52) 116 S. Ct. 1495 (1996).

자, 운송업자들에 의한 일체의 광고를 금지하였고, 또 다른 법률은 언론매체가 알콜 음료의 가격에 관한 광고를 게재 또는 방송하는 것을 금지했다. 1991. 상고인(44 Liquormart)는 한 신문에 자신의 업소의 알콜음료가격(맥주가격)이 저렴함을 나타내는 광고를 실었다. 주당국은 상고인에게 벌금을 부과하고 광고중지명령을 내렸다. 상고인은 이 주법들이 표현의 자유에 대한 침해라고 주장하여 제소하였다. 사실심에서 주당국은 이들 규제가 직접적으로 음주 節制를 증진시킨다고 반박하였다. 지방법원은 연방대법원의 선례인 Central Hudson 판결에 의거하여 위 주법들이 위헌이라고 판결했다. 반면 제1항소법원은 원심을 파기하였다.

연방대법원 다시 항소법원 판결을 파기했다. 대법관들은 판결에 전원일치를 이루었으나, 그의견은 여럿으로 갈라졌다. Stevens 대법관이 제시하고 Kennedy, Souter, Ginsburg 대법관이 동조한 상대다수견(plurality opinion)에 의하면, 수정 헌법 제1조는 합법적인 생산품과 서비스에 관한 진실하고 非誤導的인(truthful and nonmisleading) 상업적 메시지의 전파를 보호하며, 공중이 진실하고 비오도적인 상업적 정보를 현명치 못하게 사용할 것이라는 州정부의 가부장주의적인 가정은 상업적 정보의 억압을 정당화 할 수 없다고 보았다.

그러나 한편, Stevens 대법관은 선례인 Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc. 판결을 인용하면서 정확한 정보를 받을 공중의 이익을 위하여 상업적 언론에 대한 어느 정도의 규제는 인정된다고 보았다. 또한 Central Hudson 판결에서 제시된 다음과 같은 점을 강조했다. 즉, 언론과 무관한 정책적 동기로 상업적 언론을 전면 금지한 경우에는 법원은 그 심사에 있어 “특별한 주의”(special care)를 기울여야 한다는 것이다. 이에 따라 그는 지적하기를, 알콜소비감소에 대한 州의 이익은 “실질적”이라고 하더라도 광고의 전면금지가 직접 그러한 이익을 증진시킬 것이라는 증거는 없다고 보았다. 또한 그는 규제가 필요이상이어서는 안 된다는 요건이 충족되지 않았음을 주목했다. Central Hudson 기준의 3번째와 4번째 요건을 충족하지 못했다는 것이다.

사. Thompson v. Western States Medical Center⁵³⁾ (2002)

연방대법원은 특정 조제약(compounded drugs)의 광고 및 판촉을 금지한 연방법을 표현의 자유를 침해하여 위헌이라고 선언하였다. 연방식품의약품법⁵⁴⁾은 특정 조제약(compounded drugs)의 광고 및 판촉을 금지하였다. 제약회사들은 대규모로 약을 조제하여 약사들에게 공급하였고 약사들은 이와 같이 미리 조제된 약품을 환자들에게 팔았다. 약사들은 위 연방법률이 수정헌법 제1조가 보장하는 상업적 언론의 자유를 침해하는 것이라는 이유로 위헌소송을 제기하였다. 정부는 특정 조제약의 광고 및 판촉을 금지하는 이유는 약사들에 의한 소규모 조제는 경제적으로 수지가 맞지 않기 때문에 제약회사에 의한 대규모 조제행위가 압도할 것이고 이는 식약청의 신약승인절차를 무의미하게 만들 수 있다고 지적하면서 조제약의 광고 및 판촉을 금지하는 법률은 정부가 소규모 조제행위와 대규모 조제행위 사이의 선을 긋는 것이라고 하였다.⁵⁵⁾

제1심 법원은 Central Hudson 기준을 적용하여 이 법률조항이 수정헌법 제1조에 위반된다고 하였다. 정부는 항소하였고 항소법원은 조제약의 광고 및 판촉금지가 정부의 이익을 직접적으로 증진시킨다는 점 또는 덜 제한적인 대체수단이 존재하지 않는다는 점을 정부가 입증하지 못함으로써 Central Hudson 기준을 통과하지 못한다는 이유로 위헌이라고 하였다. 연방대법원은 위 금지규정이 수정헌법 제1조가 보장하는 상업적 언론을

53) 535 U.S. 357, 122 S.Ct. 1497.

54) Food and Drug Administration Modernization Act (FDAMA).

55) 정부는 조제약의 광고 및 판촉 금지의 목적을 다음과 같이 주장하였다. 첫째, 식약청의 신약승인(新藥承認)절차는 공중의 건강을 보호하기 위한 것인데 대규모로 미리 조제된 약이 팔리게 되면 신약승인절차의 효용을 해칠 뿐만 아니라 공중의 건강을 훼손할 여지가 있고 둘째, 대규모 조제약의 광고 및 판촉을 허용하면 특별한 의학적 이유로 식약청에서 승인된 약품을 상업적으로 이용할 수 없는 환자들의 조제약 복용을 보호할 필요가 있으며 셋째, 식약청의 신약승인절차의 필요성과 개별적인 필요에 따라 자신에게 맞는 약을 복용해야 할 환자를 위한 조제행위의 필요성이라는 두 가지 공익 사이의 균형을 맞추기 위하여 조제약의 광고 및 판촉을 금지할 필요가 있다고 하였다.

제한하는 것으로 헌법에 위반된다고 결정하였다. 그러나 9명의 재판관 중 5명만 위헌의견에 동참했고 나머지 4명⁵⁶⁾은 반대하였다. Thomas 대법관이 집결한 다수의견에 의하면 광고금지 는 Central Hudson 기준의 4번째 요건을 충족하지 못했다고 하였다. 그 요지는 다음과 같다.

조제약의 광고 및 판촉을 금지하는 것이 정부의 이익을 직접적으로 증진시킨다고 할지라도 정부는 조제약의 광고 및 판촉금지가 필요 이상의 과도한 제한이 아니라는 점을 입증하여야만 한다. 그러나 정부는 이를 입증하지 못하였다. 만약 정부가 상업적 언론을 제한하지 않는 방법으로 목적을 달성할 수 있다면 정부는 그렇게 해야만 한다. 정부는 이 사안에서 언론규제와 관련없는 방법으로도 (소규모) 조제와 대규모의 상업적인 제조 사이의 선을 그을 수 있다. 예를 들면 약의 조제에 있어서 상업적 규모의 제조 또는 심사 장비의 사용을 금지할 수 있고, 약사들로 하여금 처방전을 받기 전에 미리 약을 조제해 놓는 행위를 금지하거나 다른 주의 약사나 약품도매상들에게 대량으로(도매로) 조제약을 제공하는 것을 금지할 수 있다. 그러나 정부는 위와 같은 방법들이 신약승인절차를 해할 정도의 대규모 조제행위를 막기에 왜 부족한지에 대한 아무런 이유를 제시하지 못하였다.

연방대법원은 Central Hudson 기준의 네 번째 요건을 최소한의 제한수단으로 보고 매우 엄격하게 해석한 것이다.

3. 평가

전통적으로 연방대법원은 표현의 자유에 대하여 내용에 근거한(content-based) 제한은 엄격한 심사(strict scrutiny)를, 내용 중립적인(content-neutral) 행위나 시간, 장소, 방법에 대한 제한은 그 보다는 완화된 중간적 심사를 해 왔다. 그러나, 위 Central Hudson 판결에서 제시된 심사기준은 전통적으로 언론자유 제한에 대한 엄격한 심사기준(strict scrutiny) 보다는 약한 것이다. 그 내용은 중간적 심사척도(intermediate scrutiny)에 해당

56) 대법관 Breyer, Stevens, Ginsburg, Rehnquist.

된다. 그런 점에서 상업적 언론에 부여되는 헌법적 보장은 아직 비상업적 언론에 대한 헌법적 보장에는 미치지 못한다고 할 수 있다. 57)

이 같은 현재의 상황에 대해 비판적 견해가 제시되고 있는데, 그 요지는 다음과 같다. 상업적 언론도 비상업적 언론과 마찬가지로 공공적 담론(public discourse)에 기여할 수 있고, 정치적 언론과 마찬가지로 공공적 중요성을 지닐 수 있다. 경제적 정보의 자유로운 유통으로 인한 공공적 가치는 크다. 현대사회의 공공적 담론에서 정치적 언론과 상업적 언론의 역할을 구별하는 것은 더 이상 적절치 못하다. 상업적 언론이 공공 생활을 지배하고 있기 때문에 상업주의로부터 공공적 담론을 분리할 수 없는 것이다. 따라서 일정한 상업적 언론에 대해서는 비상업적 언론과 동등한 헌법적 보호를 줄 필요가 있다.58)

한편, 위에서 본 바와 같이 상업적 언론에 대한 연방대법원의 태도가 유동적인 상황에서 과연 Central Hudson 기준이 아직도 유효한가라는 의문이 든다. 특히 연방대법원은 Central Hudson 기준의 4번째 요건과 관련하여 합리적 관련성이 있을 것을 요한다고 했다가 최근에는 최소한의 제한수단이어야 한다고 판시하고 있다. 이는 일반적인 표현의 자유 제한에 대하여 적용되는 엄격한 심사기준을 뜻하는 것으로 볼 여지가 있다. 그러나 Central Hudson 기준의 4번째 요건에 대한 해석이 한결같지 않은 것은, 연방대법원의 태도가 일관되지 않다가 보다는 자유로운 정보유통의 보장과 공익에 반하는 광고 규제의 필요성이라는 두 가지 공익사이에서 연방대법원이 구체적인 사건에 따라 합리적인 결론을 내리려는 노력의 결과로 볼 수 있다. 연방대법원의 이와 같은 노력에는 수정헌법 제1조는 표현이 상업적인가 그렇지 아니한가를 묻지 않고 모두 보장하고 있다는 전체에 따른 것이다. 정보의 자유로운 유통은 상업적인가 비상업적인가에 따라 항상 질적인 차이가 있다고 할 수는 없다.

57) 양건, 표현의 자유에 관한 1990년대 미국 연방대법원 판례의 동향, 미국헌법연구 제11호(2000), 242쪽.

58) 양건, 앞의 글(The Supreme Court-Leading Cases, 110 Harvard. L. R. 222~225).

다만, Blackmun 대법관의 지적대로 상업적 언론과 비상업적 언론은 상식적 차이가 있고 헌법이 보장하는 표현의 자유의 핵심은 비영리적 언론이란 점은 부인할 수 없다. 그렇다면 헌법의 보장이 미치는 표현행위 속에는 영리적인 것과 비영리적인 것이 존재하며 원칙적으로 그 보장의 정도에 차이가 있다(위헌심사기준에 차이가 있다)고 할 것이다.⁵⁹⁾

결론적으로 연방대법원의 상업광고에 대한 합헌성 심사기준은 원칙적으로 중간적 심사기준이 적용된다고 할 것이다. 그러나 직접적인 정보를 차단하는 특정광고내용⁶⁰⁾의 전면금지나 ‘진실하고 기만적이지 아니한 합법적인 광고’를 금지하는 경우에는 입법자가 그와 같은 금지의 필요성과 효과 및 대체수단의 존부를 반드시 입증해야 할 것이므로 엄격한 심사가 적용된다고 할 것이다.

VI. 헌법재판소 판례의 동향

1. 개관

헌법재판의 역사가 짧고 상업적 언론의 헌법적 보장에 대한 논란이 많지는 않았기 때문에 많은 상업광고 관련 사례가 헌법재판소에서 다루이지는 못했다. 더욱이 상업광고 표현이 헌법상 어느 정도 보호되는지에 대한 판

59) 그렇다면, 상업적 언론(광고)이 표현의 자유에 의하여 보장된다는 실질적 의미는 거의 사라진다는 비판이 따른다. 그러나 표현의 자유는 자기실현의 가치를 기본에 둔 자기통치의 가치에 의해 지지된다고 보면 알권리는 개인의 인격의 발전과 자기실현을 가능하게 하기 위한 개인권이고, 그것과 함께 정치적인 의사형성의 전제로 될 정치과정의 참가를 확실하게 하기 위한 공공적인 성격을 가지는 권리로서 현대적 의의가 있다고 해석한다면, 센트럴 허드슨 기준과 같이 일반적인 표현의 자유의 시간, 장소, 방법에 대한 제한의 입법의 위헌심사기준에 해당하는 소위 중간심사기준을 사용하는 것도 합리적 이유가 있다고 할 수 있다. (橋本公昶, 戶波江二, 헌법의 쟁점, 유배각)

60) 광고 내용에 따라 특정상품의 판매를 위한 순수한 상업광고, 상품지식의 계몽을 목적으로 하는 광고, 무형의 능력, 기능에 대한 광고, 의사전달의 목적을 동시에 가지는 광고(서적판매광고)등으로 구별될 수 있다.

단을 받은 것은 3-4건에 불과하기 때문에 헌법재판소의 판례의 동향을 분석하기에는 충분하지 않다.

예컨대 방송광고의 사전심의제의 위헌성을 제기한 (i) 방송법 제17조 제3항 등 위헌확인 사건,⁶¹⁾ 변호사의 업무광고 규제의 위헌성을 제기한 (ii) 변호사법 제23조 제2항 위헌확인 사건⁶²⁾ 등은 본안판단을 받았더라면 상업광고의 헌법적 보장에 관한 leading case가 될 수 있었다. 그러나 위 사건들은 적법요건 미비로 각하되었다. 처음으로 상업광고 규제에 대하여 본안판단이 내려진 것은, 광고방법을 제한하는 옥외광고물관리법 및 동법시행령에 대한 사건이었다. 위 판결에서 헌법재판소는 상업광고가 헌법상 표현의 자유의 보호영역에 포함된다고 분명히 선언하였다. 그러나 상업광고가 헌법상 표현의 자유에 의하여 보장되는 근거에 대하여는 일관성있게 제시하지 못했고 상업적 언론과 비상업적 언론의 구별 내지 차이를 두지 않았다. 따라서 상업광고 규제에 대한 별도의 위헌심사기준을 적용하지도 않았다.

상업광고가 헌법상 표현의 자유에 의하여 어느 정도 보호되는지 그리고 상업광고를 규제하는 법률에 대한 위헌심사기준은 무엇인지를 다룬 것은 2005년의 의사의 업무광고제한에 관한 의료법 제69조 등 위헌제청사건⁶³⁾에서 비로소 이루어졌다. 이 사건은 처음으로 언론을 상업적인 것과 비상업적인 것으로 구별을 시도하고 상업적 언론에 대한 합헌성 심사기준을 제시했다는 점에서 획기적인 것이었다. 그러나 이 판례가 상업적 언론에 대한 합헌성 심사기준을 정립한 것은 아니다. 여러 가지 점에서 의문이 있다. 앞으로 보다 다양한 쟁점에 대한 판례를 기다려봐야 할 것으로 보인다.

그렇지만 우리 헌법재판소 판례의 흐름을 살펴보는 것은 나름대로 의미가 있다. 미국 연방대법원 판례와 어떤 차이가 있는지를 비교·검토해 봄으로써 우리 판례의 합헌성 위헌심사의 기준을 정립하는데 도움이 될 수

61) 헌재 1998.11.26. 94헌마207, 판례집 10-2, 716, 716-717.

62) 헌재 2002. 7. 18. 2000헌마490, 공보 71.

63) 헌재 2005. 10. 27. 2003헌가3, 판례집 17-2, 189.

있기 때문이다.

의료법 이전의 판결과 의료법 판결로 나누어 살펴본다. 다만, 의료법 이전의 판결은 다시 ① 광고방법에 대한 제한과 ② 광고내용에 관한 제한으로 나눈다.

2. 광고표현의 방법에 대한 제한

가. 옥외광고물등관리법 제3조 위헌소원⁶⁴⁾ (1998년)

옥외광고물법 제3조는 옥외광고물을 표시·설치하는 경우 시·도지사의 사전허가를 받도록 규정하였다. 서울시장은 서울신문사가 건물 옥상에 설치한 기존의 전광판이 개정된 법령의 기준에 미달한다는 이유로 기간갱신청구를 거절하고 교체를 요구하였음에도 이에 응하지 않자 강제철거를 하려고 하였다. 이에 서울신문사가 위 법조항에 대하여 위헌소원을 제기한 것이다.

헌법재판소는 옥외광고물을 설치하는 경우 사전허가를 받도록 한 위 법조항에 대하여 합헌 판결을 내렸다. 그 요지는 이렇다. 광고물도 사상·지식·정보 등을 불특정다수인에게 전파하는 것으로서 언론·출판의 자유에 의한 보호를 받는 대상이 됨은 물론이다. 미관풍치와 미풍양속을 유지하고 공중에 대한 위해를 방지함을 목적으로 하고 있어 입법목적의 정당성이 인정된다. 광고물 관리를 사후적인 지도·감독에만 의존하게 되면 효과적인 광고물 관리를 어렵게 할 것이므로, 사전허가제도의 필요성이 있다. 제한되는 지역을 한정하고, 표시 또는 설치의 방법 등에 신고 및 허가 기준에 관하여도 제한을 필요최소한으로 규정하고 있다. 그렇다면 이 법 제3조는 그 입법목적에 필요한 범위 내에서 최소한의 규제만을 규정하고 있다고 할 것이므로, 헌법 제37조 제2항이 정하는 과잉금지원칙에 위반된다고 볼 수 없다.

64) 헌재 1998. 2. 27. 96헌바2, 판례집 10-1, 118-130.

나. 옥외광고물등관리법시행령 제13조 제9항 위헌확인 사건⁶⁵⁾ (2002년)

옥외광고물등관리법시행령 제13조 제9항은 운전자들의 운전과 보행자들에게 산란함을 야기하여 운전과 보행에 방해되지 않도록 교통수단(자동차)에 타인의 관한 내용의 광고를 부착하는 것을 원칙적으로 금지하였다. 즉, 교통수단을 이용한 광고는 교통수단 소유자 자신에 관한 내용의 광고만 허용하였다. 주식회사 카드레스는 광고를 수주받아 자가용 승용차를 가진 사람들을 대상으로 그들에게 대가를 지불하고 의뢰받은 업체의 광고를 자가용에 부착하는 방식으로 자가용 등 비영업용 차량을 광고매체로 활용하는 광고대행업을 하려고 하였으나 위 시행령에 의하여 금지되자 위 시행령 조항이 헌법에 위반된다는 이유로 위헌소원을 제기한 것이다.

헌법재판소는 도로안전과 환경·미관을 위하여 자동차에 광고를 부착하는 것을 제한하는 것은 일반 국민들과 운전자들의 공공복리를 위한 것으로 제한이 가능하다고 하면서 시행령은 합헌이라고 하였다. 그 요지는 이렇다. 광고가 단순히 상업적인 상품이나 서비스에 관한 사실을 알리는 경우에도 그 내용이 공익을 포함하는 때에는 헌법 제21조의 표현의 자유에 의하여 보호된다. 국민의 알권리는 국민 누구나가 일반적으로 접근할 수 있는 모든 정보원으로부터 정보를 수집할 수 있는 권리로서 정보수집의 수단에는 제한이 없는 권리이다. 알권리의 정보원으로서 광고를 배제시킬 합리적인 이유가 없으므로 광고는 이러한 관점에서도 표현의 자유에 속한다.⁶⁶⁾

헌법재판소는 표현의 방법에 대한 제한은 비례의 원칙의 준수 하에서 가능하다고 하면서 비례원칙을 적용하였다. 자동차에 타인에 관한 내용의 광고 금지는 도로교통의 안전과 도시미관을 위한 것으로 정당하고 이를 위하여 광고의 매체로 이용될 수 있는 차량을 제한할 필요성이 있다고 하였다. 자동차 소유자 자신에 관한 내용의 광고는 허용하면서 타인에 관한 내용의

65) 헌재 2002. 12. 18. 2000헌마764, 판례집 14-2, 856, 856-885, 위 사건의 정식 사건명은 “옥외광고물등관리법 제3조 제1항 제6호 등 위헌확인”이지만 실제 심판의 대상이 된 것은 동법 시행령이었다.

66) 헌재 1998. 2. 27. 96헌바2, 판례집 10-1, 118, 124.

광고를 금지하는 것은 도로교통의 안전과 도시미관을 해치지 않는 적절한 수준으로 제한하려고 한 것이라고 판시하였다. 끝으로 자동차에 타인에 관한 광고표시를 허용함으로써 표현의 자유를 통해 얻을 수 있는 개인의 이익보다는 자동차에 타인에 관한 광고를 금지함으로써 얻을 수 있는 공익이 더 크다고 판결하였다. 이 사건 시행령조항이 표현의 자유를 침해하지 않는다고 하였다고 하였다.

다. 평가

먼저 두 판결은 모두 상업광고가 헌법 제21조의 언론·출판의 자유에 의하여 보호된다고 보았다. 그러나 그 근거는 서로 다르다. 첫 번째 판결(이하 ‘광고판설치허가제판결’이라고 약칭함)은 광고물이 사상·지식·정보 등을 불특정다수인에게 전파하기 때문이라는 것이고, 두 번째 판결(이하 ‘자동차광고금지판결’이라고 약칭함)은 광고가 알권리의 정보원이기 때문에 표현의 자유에 포함된다고 하면서 광고 내용에 ‘공익’이 포함될 때 표현의 자유의 보호대상이라는 것이다. 그러나 이 판결들은 다음과 같은 비판을 면할 수 없다. 광고판설치허가제 판결은 언론의 정보 전달적 기능에만 초점을 맞추므로써 불법적 정보를 전파하는 경우도 헌법적 보장이 부여된다는 불합리한 결론을 낳게 된다. 또한 상업적 언론과 비상업적 언론 사이에 아무런 차이가 없게 된다. 자동차광고금지 판결은 광고가 공익을 포함할 때 표현의 자유의 보호대상이 된다고 함으로써 과연 순수한 상업광고가 표현의 자유의 보호대상이라는 것인지 불명확하게 한다. 특히 후자의 입장은 상업 광고가 공익에 기여할 수 있는 가치있는 정보인 경우에만 수정 헌법 제1조에 의하여 보호된다고 한 1975년의 미국 연방대법원의 *Bigelow v. Virginia*⁶⁷⁾ 판결의 입장과 같은 것으로 이해될 수 있다.⁶⁸⁾ 그러나 위와 같

67) 421 U.S. 809.

68) 동 판결은 순수한 상업광고가 수정 헌법 제1조에 의하여 완전한 보호를 받는 것인지 명확하지 않다는 평가를 받고 있다.

은 주장은 미국에서 이미 자취를 감추었다.

위 두 판결을 모두어 보면, 전자는 광고 내용에 공익이 포함되어야만 표현의 자유에 포함된다는 것이고 후자는 알권리의 정보원이기 때문에 표현의 자유에 포함된다는 것인데 양 논거의 관련성을 찾기가 어렵다. 또 두 판례는 상업적 언론과 비상업적 언론을 전혀 구별하지 않았다. 옥외광고물이 상업적인 용도로 더 많이 사용되기는 하겠지만 정치적 광고로 사용될 수 있다. 더욱이 서울신문사는 표현의 자유의 주체이기도 하다. 규제 대상이 광고의 내용이 아니라 광고의 방법에 대한 것으로 판단하였기 때문으로 보이는 하지만, 비상업적 광고판에 대한 사전허가제의 문제도 쟁점이 될 여지가 있다. 그러나 헌법재판소는 이런 문제는 전혀 언급하지 않았다.

한편, 위 판례들에 적용된 합헌성 심사기준에 대하여 보면, 전자는 과잉금지원칙에 의한 엄격한 심사를 하였는데 이는 적절하다고 보기 어렵다. 왜냐하면 통상 표현의 자유에 대한 시간, 장소, 방법 규제의 합헌성 심사에 있어서 완화된 심사기준을 적용하기 때문이다. 더욱이 미국 연방대법원은 상업광고의 내용 규제의 합헌성 심사에도 중간 심사기준을 정립하고 있다. 헌법재판소가 이 사건의 사전허가제가 '상업광고'의 '방법'을 규제하는 것으로 보았다면 보다 완화된 심사(중간 심사)기준이 적용됐어야 했다. 후자는 광고표현의 방법에 대한 제한인지 내용에 대한 제한인지 분명하지 않다 관점에 따라서 달리 볼 여지가 있다. 교통수단에 대한 광고금지이지만, 타인에 관한 광고와 자기에 관한 광고를 구별하여 후자만 허용하는 것은 광고의 내용에 대한 것으로 볼 수도 있기 때문이다. 그러나 그 구별이 광고의 내용에 대한 것이라고 하더라도 지극히 가치중립적이다. 그렇다면 이 사건에도 중간적 심사기준이 적용되어야 한다. 헌법재판소는 광고 허용으로 인한 개인의 이익과 금지로 인하여 얻게 되는 공익을 비교형량하고 있을 뿐, 최소한의 제한수단 기준을 적용하고 있지는 않다. 넓은 의미의 중간적 심사기준을 적용한 것으로 평가할 수 있는데 이는 적절한 것으로 보인다.

3. 광고내용에 대한 제한

가. 식품등의표시기준 위헌확인⁶⁹⁾ (2000년)

식품의약품안전청은 음주로 인한 건강위해적 요소로부터 국민의 건강을 보호할 목적으로 식품 또는 의약품에 ‘음주전후, 숙취해소 등’ 음주를 조장하는 내용의 표시를 금지하였다. 청구인은 “숙취해소용(宿醉解消用) 천연차(天然茶) 및 그 제조방법”에 관하여 특허권을 획득하였는데, 자신이 발명한 방법으로 생산한 천연차에 그 특허표시인 “숙취해소용 천연차”라는 표시를 하지 못하게 되자 위헌소원을 제기한 것이다.

헌법재판소는 “음주전후”, “숙취해소”라는 표시는 이를 금지할 만큼 음주를 조장하는 내용이라 볼 수 없다는 이유로 식품의약품안전청의 고시를 위헌이라고 선언하였다. 그 요지는 이렇다. 식품에 숙취해소 작용이 있음에도 불구하고 이러한 표시를 금지하면 숙취해소용 식품에 관한 정확한 정보 및 제품의 제공을 차단함으로써 숙취해소의 기회를 국민으로부터 박탈하게 될 뿐만 아니라, 보다 나은 숙취해소용 식품을 개발하기 위한 연구와 시도를 차단하는 결과를 초래한다. 위 규정은 숙취해소용 식품의 제조·판매에 관한 영업의 자유 및 광고표현의 자유를 과잉금지원칙에 위반하여 침해하는 것이다.

이 판결은 광고의 내용을 제한하는 조치에 대하여 광고표현의 자유를 침해하여 헌법에 위반된다고 판시한 최초의 판결이라는 점에서 그 의미가 크다.

나. 식품위생법 제11조 제1항 위헌확인⁷⁰⁾ (2000년)

식품위생법 제11조 제1항은 국민의 건강보호를 위하여 식품 내지 식품

69) 헌재 2000. 3. 30. 99헌마143, 판례집 12-1, 404.

70) 헌재 2000. 3. 30. 97헌마108, 판례집 12-1, 375, 390-391.

첨가물의 표시에 있어서 의약품과 혼동할 우려가 있는 표시·광고 및 질병의 치료에 효능이 있다는 내용의 표시·광고를 금지하였다. 스쿠알렌과 같은 건강식품을 판매하는 청구인은, 자신이 판매하는 제품에 질병치료에 효능이 있다는 표시가 금지되자 위헌소송을 제기하였다. 청구인은 식품은 인체의 면역 기능과 자연치유력을 보완하여 질병을 치료하고 건강을 회복시키는 기능이 있음에도 “식품”에 대하여 질병의 치료·경감·처치 또는 예방의 기능이 있다는 표시·광고를 전면금지하는 것은 헌법에 위배된다고 주장하였다.

이에 대하여 헌법재판소는 위 법령조항을 식품이 질병의 치료 등을 직접적이고 주된 목적으로 하는 의약품으로 혼동·오인하게 하는 표시·광고만을 규제하는 것으로 한정적으로 해석·적용하는 한 헌법에 위배되지 않는다고 하였다.

식품의 효능에 관한 표시·광고는 식품의 제조·판매에 관한 직업행사의 자유(영업의 자유)의 제한일 뿐만 아니라 표현의 자유의 보호대상⁷¹⁾임을 분명히 하였다. 나아가 식품의 약리적 효능에 관한 허위·과대광고는 의약품인 양 소비자를 오도하여 국민건강을 해칠 수 있어 규제되지 아니하면 안되지만 특정 식품에 약리적 효능이 있는 이상 그에 관한 표시·광고를 전부 금지하는 것은 입법취지에 어긋날 뿐만 아니라 과잉제한으로서 헌법적으로 용납되지 아니한다고 하였다. 그러면서도 위 법령조항은 식품광고로서의 본질과 한계를 벗어나 질병의 치료 등을 직접적이고 주된 목적으로 하는 의약품으로 혼동·오인하게 하는 표시·광고만을 규제하는 것으로 한정적으로 풀이하여야 한다고 하면서 위와 같이 한정하여 해석하는 한 식품제조업자 등의 영업의 자유, 광고표현의 자유를 침해하지 않는다고 하였다.

이 판결은 진실하고 비오도적인 광고는 표현의 자유에 의하여 보호된다는 것과 진실한 정보의 자유로운 유통을 전부 금지하는 것은 헌법상 허용될 수 없음을 분명히 하였다. 이는 미국연방대법원이 ‘진실하고 기만적이지 않은 합법적인 광고’는 표현의 자유에 의하여 보호된다고 일관되게 판시한

71) 헌재 2000. 3. 30. 97헌마108, 판례집 12-1, 375, 390.

것과 전체에 있어서 그 맥락을 같이 한다고 볼 수 있다. 또한 진실한 광고라도 오도할 위험이 있는 광고는 금지될 수 있다고 하였다. 그러나 정보 전달의 대체수단의 존재가능성을 전면 부인하는 경우에는 엄격한 심사가 행해질 수 있다는 것을 보여주었다. 한편, 표현의 자유를 규제하는 법문을 한정적으로 축소하여 해석하는 한 합헌이라고 함으로써 이른바 표현의 자유에 있어서 ‘광범하기 때문에 무효의 원칙’이 적용되지 않는다는 취지로 해석할 여지를 남기고 있다.

그러나 이 판결은 다음과 같은 문제점을 안고 있다. 이 사건에서 문제된 언론은, 상품의 구매를 제안하고 촉진하는 전형적인 상업 광고 즉, 상업적 언론이다. 따라서 헌법재판소는 처음부터 문제의 언론이 상업적 언론이라는 정의를 내리고 출발했어야 했다. 그렇지만 헌법재판소는 문제된 언론이 상업적인지 비상업적 것인지 구분하지 않고 단지 정보의 진실성에 초점을 맞추었다. 그 결과 상업적 언론 규제에 대하여 별도의 합헌성 심사기준이 제시 될 수 없었다. 한편, 헌법재판소가 광범하기 때문에 무효의 원칙을 이 사건에 적용할 것이라는 숙고한 것으로 보이지 않는다.

다. 식품위생법 제2조 등 위헌소원⁷²⁾ (2004년)

2004년에 헌법재판소는 식품 내지 식품첨가물의 표시에 있어서 의약품과 혼동할 우려가 있는 표시·광고 및 질병의 치료에 효능이 있다는 내용의 표시·광고를 금지한 식품위생법 제 11조 제1항에 대하여 종래 판결에 따라 다시 합헌 결정을 하였다. 스타미네랄이라는 건강식품을 제조, 판매하는 청구인이 자신의 제품에 필수영양소가 들어 있음을 이유로 ‘약리효과가 있다는 표시’를 하여 처벌을 받았다. 그러자 청구인은 위 법조항이 헌법에 위반된다고 위헌소원을 제기한 것이다.

헌법재판소는 97헌마108 판결을 확인하면서 헌법에 위반되지 아니한다고 판시하였다. 헌법재판소는 이 사건 법률조항은 소비자가 식품을 의약

72) 2004. 9. 28. 2003헌바6.

품으로 혼동할 우려가 있는 표시나 광고를 금지하고 있는 것이며, 식품을 의약품으로 혼동할 우려가 없는 표시나 광고까지 금지하고자 하는 것은 아니라고 하였다. 헌법재판소는 '식품을 의약품과 혼동할 우려가 있는 표시·광고가 무엇인지' 하는 것은 식품과 의약품의 상이한 기능과 목적을 기준으로 하여 판단된다고 하면서 '식품을 의약품으로 혼동할 우려가 있는 표시·광고'란, 소비자로 하여금 잘못된 정보를 제공하는 표시·광고에 한한다고 판시하였다. 이 판결에도 위 97헌마108 판결의 문제점은 그대로 남아있다.

라. 약사법 제55조 제2항 위헌확인⁷³⁾ (2004년)

약사법은 의약품이 아닌 것에 대하여 의학적 효능·효과가 있는 것으로 오인될 우려가 있는 표시·광고를 금지함으로써 식품에 대하여 그 약리적 효능에 대한 표시·광고를 금지하였다. 청구인은 스타미네랄이라는 건강보조식품을 제조·판매하는 자인데, '스타미네랄을 복용하고 질병을 치료하였다는 체험담이 수록된 책자 1,000부를 제작한 다음, 스타미네랄을 판매하면서 이를 교부하여 의학적 효능·효과 등이 있는 것으로 오인될 우려가 있는 광고를 하였다는 이유로 기소되었다. 헌법재판소는 97헌바108 판결 취지에 따라 약사법 규정이 합헌이라고 하였다. 위 판결과 마찬가지로 광고표현의 자유에 대한 제한을 주요 쟁점으로 보지 않고 직업의 자유 제한을 주된 쟁점으로 보았다. 즉, 식품의 효능에 관하여 표시·광고는 식품제조업자 등의 직업행사의 자유(영업의 자유)를 제한함과 아울러 상업적 광고표현의 자유를 제한한다고 하였다. 판단구조도 직업의 자유 침해 여부와 표현의 자유 침해 여부를 따로 떼어서 별도로 심사하지 않고 한데 묶어서 한꺼번에 심사하였다.

73) 헌재 2004. 11. 25. 2003헌바104, 판례집 16-2, 355, 370-371.

마. 평가

위 판결들에서 몇 가지 공통점이 발견된다. 첫째, 광고 제한의 본질을 직업행사의 자유(영업의 자유)에 대한 제한으로 보고 표현의 자유에 대한 제한은 부수적인 것으로 인식한다. 둘째, 상업적 언론과 비상업적 언론을 구별하지 않는다. 셋째, 광고 규제 법률에 대한 별도의 합헌성 심사기준을 적용하거나 제시하지 않고 통상의 과잉금지심사를 적용한다. 위와 같은 공통점은 아직까지 상업 광고의 헌법적 보장에 대한 기준을 갖고 있지 않다는 점을 시사한다. 광고가 영업행위의 일환인 경우에는 마땅히 영업의 자유의 보호대상이 된다. 그러나 그렇다고 하여 표현의 자유에 의한 보호가 약화되는 것은 아니다. 기본권 보호규범은 각기 추구하는 목적과 내용이 항상 일치한다고 할 수 없으므로 기본권 제한의 합헌성은 특별한 사정이 없는 한 각 기본권 규정에 의거하여 개별·독립적으로 심사함이 바람직하다. 표현의 자유와 직업행사의 자유의 내용이 동일하다고 할 수 없으므로 그 규제에 대한 합헌성 심사기준도 같다고 볼 수 없다.⁷⁴⁾ 상업적 언론과 비상업적 언론을 구분하지 않고 과잉금지라는 동일한 심사기준을 적용하여 한데 묶어 한꺼번에 그 합헌성을 심사하는 것은 각 기본권의 특성을 무시하는 것이고 궁극적으로 기본권 보장에 허점이 생길 수 있을 것이다. 위와 같은 점에도 불구하고 위 판결들은 ‘진실하고 기만하지 않는 합법적인 광고’는 헌법상 표현의 자유에 의하여 보호된다는 점을 분명히 하였다는 점에서 상업 광고의 헌법적 보장의 기틀을 마련했다고 할 수 있다.

74) 물론 경합하는 기본권 보장의 핵심적 내용이 일치한다면 동일한 합헌성 심사기준이 적용될 여지도 있다.

4. 의료법 제69조 등 위헌제청⁷⁵⁾ (2005)

가. 사건의 개요

의료법은 허위 또는 과장된 의료광고로부터 의료소비자를 보호하고, 안전성이 검증되지 않는 의료인의 기능이나 진료방법에 관한 광고로 인한 불필요한 의료행위나 의료사고를 방지하고, 환자유치를 위한 과당경쟁으로 인한 의료질서의 문란을 예방하기 위하여 특정의료기관이나 특정의료인의 기능 및 진료방법에 관한 광고를 금지하고 있다. 제청신청인은 안과 의사인데, 자신이 운영하는 안과병원 인터넷 홈페이지에 자신의 진료모습이 담긴 사진과 함께 외국에서 연수한 약력(경력), 라식수술에 대한 진료방법을 게재하는 등 특정의료인의 기능, 진료방법에 관하여 광고를 하였다는 이유로 기소되어 서울중앙지방법원에서 재판을 받던 중 의료광고를 제한한 의료법 제46조 제3항 및 이에 대한 처벌을 규정한 동법 제69조가 헌법에 위반된다고 주장하면서 위헌여부심판의 제청신청을 하였고, 위 법원은 이를 받아들여 헌법재판소에 제청한 것이다.

나. 판결요지

헌법재판소는 소비자를 보호하고 의료인 간의 과당경쟁을 막기 위하여 의료광고에 대한 합리적 규제가 필요하지만 의료인의 기능이나 진료방법에 대한 광고를 일률적으로 금지하는 것은 규제목적 달성을 위한 필요한 범위를 넘어선 것으로 표현의 자유 및 영업의 자유를 침해하여 위헌이라고 하였다.

헌법재판소는 먼저 상업광고 규제에 대한 합헌성 심사기준을 다음과 같이 제시하였다. 상업광고 규제에 의한 표현의 자유 내지 직업수행의 자유의 제한은 헌법 제37조 제2항에서 도출되는 비례의 원칙(과잉금지원칙)을

75) 헌재 2005. 10. 27. 2003헌가3, 판례집 17-2, 189.

준수하여야 하지만, 상업광고는 사상이나 지식에 관한 정치적, 시민적 표현행위와는 차이가 있고, 인격발현과 개성신장에 미치는 효과가 중대한 것은 아니므로, 비례의 원칙 심사에 있어서 '피해의 최소화' 원칙은 '입법목적에 달성하기 위하여 필요한 범위 내의 것인지'를 심사하는 정도로 완화되는 것이 상당하다고 하였다.

나아가 상업광고는 불법적인 내용이거나 허위 혹은 기만적인 것이 아닌 한 그 자체가 해로운 것은 아니며 개인은 충분한 정보가 제공될 경우에 자신들의 최선의 이익을 인식할 수 있으므로 의료정보의 자유로운 유통을 위하여 의사소통을 차단해서는 안된다고 하였다.

특히 자유시장 경제에서 소비자에게 상업적 정보가 충분히 보장되어 소비자가 합리적인 결정을 할 수 있도록 하는 것은 표현의 자유의 중요한 과제에 속한다고 상업광고가 헌법상 표현의 자유에 의하여 보장되는 이론적 근거를 「자기통치의 원리」에서 찾고 있는 것으로 볼 수 있는데 이는 매우 주목된다.

아울러 비록 의료광고가 전문적이고 기술적인 영역에 관한 것이고, 일반 국민들이 그 가치를 판단하기 어려운 측면이 있다 하더라도, 소비자로 하여금 과연 특정의료인이 어떤 기술이나 기량을 지니고 있는지, 어떻게 진단하고 치료하는지를 알 수 없게 한다면, 이는 소비자를 중요한 특정 의료정보로부터 차단시킴으로써 정보의 효율적 유통을 방해하는 것이며, 표현의 자유와 영업의 자유의 대상이 된 상업광고에 대한 규제가 입법목적의 달성에 필요한 한도를 벗어났다고 하였다.

다. 평가

이 판결은 상업광고가 헌법상 표현의 자유에 의하여 보장되는 이론적 근거를 나름대로 제시하고 상업광고 규제의 합헌성 심사기준을 명시적으로 제시했다는 점에서 매우 주목된다. 나아가 미국 연방대법원이 상업광고 제한에 대한 합헌성 심사기준으로 정립한 Central Hudson 기준을 비례심사

의 틀 안으로 수용하려고 노력한 점도 높이 살 만하다. 이 판결은 앞으로 상업적 언론 규제의 합헌성 심사에 있어서, 특히 변호사, 의사, 약사, 변리사, 공인회계사 와 같은 전문직업군의 업무광고 규제에 대한 위헌심사에 있어서 선례로서의 역할을 할 것으로 기대된다.

그러나 이 판례에 아무런 의문이나 문제가 없는 것은 아니다. (i) 우선 특정 의료인의 기능 및 진료방법에 대한 광고가 ‘상업적’인 것인지에 대한 정의를 내리지 않고 처음부터 ‘상업광고’로 단정하고 시작한다. 표현의 자유 영역에서 상업광고 규제에 대한 별도의 합헌성 심사 기준을 정립하려면 최소한 언론 중에서 어떤 것이 ‘상업적’인 것이고 무엇이 ‘비상업적’인 것인지를 구별이 전제되어야 한다. 상업적 언론과 비상업적 언론을 구별하는 특징적 요소나 기준을 제시하지 못한 점은 못내 아쉽다. (ii) 헌법재판소는 상업광고에 대한 규제를 영업의 자유와 표현의 자유에 대한 제한으로 보고 그 침해 여부를 한데 묶어서 한꺼번에 심사하고 있다. 그러나 표현의 자유와 영업의 자유는 추구하는 목적과 내용이 항상 같지 않고 따라서 그 제한에 대한 합헌성 심사 기준도 다를 수 있다는 점에서 의문이다. (iii) 한편, 표현의 자유 제한에 대한 비례성 심사에서도 상업광고의 경우 ‘피해의 최소화’원칙이 ‘입법목적 달성을 위하여 필요한 범위 내의 것’으로 완화된다는 것은 미국 연방대법원의 판례를 참조할 때 이해된다. 그러나 직업의 자유 제한에 대한 비례성 심사에 있어서 상업광고의 경우 왜 ‘피해의 최소화원칙’이 위와 같이 완화되는 것인지에 대하여는 그 이론적 근거가 빈약하다.⁷⁶⁾ (iv) 또한 상업광고에 대한 합헌성 심사기준이 항상 위와 같이 완화된다고 단정할 수 없다는 점⁷⁷⁾에서 헌법재판소가 제시한 기준이 타당한 것인지도 의문이다.⁷⁸⁾

76) 이 판례와 같이 상업광고 제한에 대한 위헌심사를 영업의 자유 및 표현의 자유에 대한 침해 여부를 한꺼번에 판단하면 위와 같은 동일한 심사기준을 적용해야한다는 점에서 불가피하게 된다.

77) 미국 연방대법원도 상업광고의 경우 최소침해수단 요건(LRA)을 적용해야 한다고 하여 엄격심사를 요하는 경우가 있음을 인정한다.

78) 미국 연방대법원의 상업적 언론에 대한 합헌성 심사기준인 중간심사 기준을 우리의 전통적인 위헌심사기준인 비례성 심사에 꿰맞추기 위해서 억지로 그 변용을 시도한 결과로 보인다.

Ⅶ. 결 어

미국 연방대법원의 판례를 종합해 보면 다음과 같은 결론에 이끌어낼 수 있다. (i) 첫째, 상업적 언론(광고)이란 상품이나 용역의 판매를 촉진하거나 상업적 거래를 제안하는 표현이다. (ii) 둘째, 광고는 헌법의 표현의 자유(언론·출판의 자유)에 의하여 보장된다. (iii) 셋째, 상업적 언론은 언제나 정치적 표현과 같은 표현의 자유의 핵심적 자유와 동일한 정도로 보호받지는 않는다. (iv) 넷째, 상업광고 규제의 합헌성 심사는 표현의 자유의 제한입법에 적용되는 엄격한 심사가 아니라 그 보다 완화된 심사척도가 적용되어야 한다. 다만, ① 상업적 정보를 직접적으로 차단하는 특정 광고내용의 전면금지, ② 공익에 해가 되지 않고 공중의 이익을 증진시킬 뿐인 상업적 정보의 유통 금지, ③ 소비자 보호나 공정경쟁 등과 같은 전통적인 상업적 언론규제 목적 이외에 다른 목적을 위한 상업적 정보의 유통 금지의 경우에는 엄격한 심사가 이루어져야 한다. (v) 다섯째, 전통적으로 언론자유에 대해 적용되는 합헌성 심사원칙인 ‘과도한 광범성 때문에 무효의 원칙’(the overbreadth doctrine), ‘애매하기 때문에 무효의 원칙’(vagueness doctrine) 및 ‘사전제한금지의 원칙’(the prior restraint doctrine)은 상업적 언론에 대해서는 적용되지 않는다.⁷⁹⁾⁸⁰⁾

우리 헌법재판소도 상업광고 규제의 위헌심사에 있어서 미흡한 점이 있지만 미국 연방대법원이 정립한 합헌성 심사기준과 거의 동일한 기준을 제시하고 있다는 점은 높이 평가된다. 앞으로 더 세련되고 정치한 기준이 정

79) Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc. (1976) 사건에서 Blackmun 대법관은 상업적 언론에 대한 규제는 이른바 위축효과(chilling effect)가 적기 때문에 전통적으로 언론자유에 대해 적용되는 합헌성 심사원칙 가운데 ‘과도한 광범성 때문에 무효의 원칙’(the overbreadth doctrine), ‘애매하기 때문에 무효의 원칙’(vagueness doctrine) 및 ‘사전제한금지의 원칙’(the prior restraint doctrine) 등은 상업적 언론에 대해서는 적용되지 않는다고 하였다.

80) 그러나 언제나 ‘그렇다’라고 단정하기는 어렵다. 왜냐하면 상업광고라고 하더라도 순수한 언론 이상으로 일반 공중에 중요한 의미를 갖는 경우를 상정할 수 있기 때문이다.

립되길 기대한다. 현대산업사회의 형성 및 발전과정에서 광고는 중요한 기능을 수행하는 사회제도의 하나로 받아들여졌고, 그래서 다른 어떤 사회 가치보다도 막강한 영향력을 행사하는 자본주의의 이상적 가치를 표현하는 제도로서 '자본주의의 꽃'이라고 불리우기도 한다.⁸¹⁾ 우리가 숨쉬고 있는 공기는 산소와 질서, 그리고 광고로 구성되어 있다"고 한 퀴랭(R. Guerin)의 말처럼 광고는 이제 우리의 삶의 일부가 되어 있고 그 중요성은 커지고 있다. 그만큼 상업광고 규제 입법은 신중해 질 필요가 있고 이에 대한 위헌심사도 더 세련되고 정밀해질 필요가 있다.

81) 김영치, 의료광고의 현황과 문제점
(www.advertising.co.kr/data/sem/karb_sem98/forum3.htm)