3. 적법요건에 대한 판단

58. 가. 직접성 충족 여부

59. 법령에 의한 기본권침해의 직접성이란 집행행위에 의하지 아니하고 법령 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우를 뜻하므로 구체적 집행행위를 통하여 비로소 당해 법령에 의한 기본권침해의 법률효과가 발생하는 경우에는 직접성의 요건이 결여된다. 다만 법규범이 집행행위를 예정하고 있더라도 법규범의 내용이 집행행위 이전에 이미 국민의 권리관계를 직접 변동시키거나 국민의 법적 지위를 결정적으로 정하는 것이어서 국민의 권리관계가 집행행위의 유무나 내용에 의하여 좌우될 수 없을 정도로 확정된 상태라면 그 법규범의 권리침해의 직접성이 인정된다.(헌재 1991. 3. 11. 91헌마21, 판례집 3, 91, 98 ; 헌재 1997. 7. 16. 97헌마38, 판례집 9 - 2, 94, 104 ; 헌재 2003. 12. 18., 2001헌마543, 판례집 제15권 2집 하, 581, 593) 그런데 구 방송법 제32조 제2항은‘ 위원회는 제1항의 규정에 불구하고 대통령령이 정하는 방송광고에 대하여는 방송되기 전에 그 내용을 심의하여 방송여부를 심의 · 의결할 수 있다 ’고 규정하고 있어 마치 이 사건 규정들에 의한 기본권 침해는 방송위원회의 심의 · 의결이라는 집행행위를 매개로 하여서만 발생하는 것처럼 보이나, 제3항은,‘ 방송사업자는 제2항의 규정에 의한 방송광고에 대해서 위원회의 심의 · 의결의 내용과 다르게 방송하거나 심의 · 의결을 받지 않은 방송광고를 방송하여서는 아니된다 ’고 규정함으로써 방송광고를 하고자 하는 자는 누구든지 사전에 심의를 거치도록 의무화하고 있고,‘ 방송심의에 관한 규정 ’제59조가 이를 확인하고 있으며, 방송법시행령 제21조의2는 사전심의를 받아야 하는 방송광고의 종류를 나열함으로써 사전심의 대상을 구체화하고 있다. 즉, 이 사건 규정들은 서로 불가분적으로 결합하여 그 자체에서 텔레비전 방송광고의 사전심의라는 의무를 부과하고 있는 것이다. 그렇다면 이 사건 규정들은 집행행위 이전에 이미 국민의 권리관계를 직접 확정적으로 정하고 있다고 할 것이고, 따라서 이 사건 규정들의 권리침해의 직접성은 인정된다.

60. 나. 자기관련성 존재 여부

61. 헌법재판소법 제68조 제1항에 의하면, 헌법소원심판은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자가 청구할 수 있는바, 기본권을 침해받은 자라 함은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 자기의 기본권이 현재 그리고 직접적으로 침해받은 자를 의미하며, 단순히 간접적, 사실적 또는 경제적인 이해관계가 있을 뿐인 제3자는 이에 해당하지 않는다.(헌재 1993. 3. 11. 91헌마233, 판례집 5 - 1, 104, 111 ; 헌재 1994. 6. 30. 92헌마61, 판례집 6 - 1, 680, 684 ; 헌재 1999. 4. 29. 97헌마382, 판례집 11 - 1, 521, 527) 다만 공권력 작용의 직접적인 상대방이 아닌 제3자라고 하더라도 공권력 작용이 그 제3자의 기본권을 직접적이고 법적으로 침해하고 있는 경우에는 그 제3자에게도 자기관련성이 있다.(헌재 1993. 3. 11. 91헌마233, 판례집 5 - 1, 104, 111 ; 헌재 1993. 7. 29. 89헌마123, 판례집 5 - 2, 127, 134 ; 헌재 1994. 6. 30. 92헌마61, 판례집 6 - 1, 680, 684) 그런데 이 사건 규정들은 방송광고의 사전심의 주체로 방송위원회만을, 이러한 절차를 거친 방송광고물에 대한 방송의 주체로 방송사업자만을 정하여 이 사건 청구인과 같은 광고주를 그 법규 수범자 범위에서 제외하고 있다. 이러한 규정 형식과 관련하여 이 사건 규정들에 대한 청구인의 자기관련성에 의문이 제기될 수 있으나, 청구인과 같이 방송을 통해 광고를 하고자 하는 자는 이 사건 규정들 때문에 반드시 사전에 심의를 거쳐야 하고, 그렇지 않을 경우 자신이 원하는 방송광고를 할 수 없게 되므로 청구인과 같은 광고주의 경우도 이 사건 규정들에 의해 자신의 기본권을 제한 받고 있다고 할 것이다.

62. 다. 소결

63. 이 사건 규정들에 대한 심판청구는 직접성, 자기관련성 등을 모두 갖추고 있으므로 적법하다 할 것이다.

4. 본안에 대한 판단

64. 가. 방송광고에 대한 우리나라의 사전심의 제도

65. 1987. 11. 28. 법률 제3978호로 제정된 방송법은 제17조 제2항과 제20조 제1항에 근거규정을 두고 방송광고에 대해 방송위원회가 사전심의를 하도록 규정하고 있었다. 이 방송법은 2000. 1. 12. 법률 제6139호로 폐지 · 제정되었고, 사전심의에 관한 조문의 위치는 제32조 제1항과 제2항으로 옮겼으며, 이전과 달리 제103조 제2항에서,‘ 방송위원회는 제32조 제2항의 규정에 의한 방송광고물의 사전심의에 관련된 업무를 대통령령이 정하는 바에 의하여 민간기구 · 단체에 위탁한다 ’고 규정하여 민간기구가 사전심의를 할 수 있도록 하였다. 위 방송법 제32조 제2항은 2004. 3. 22. 법률 제7213호 다시 개정되는데, 사전심의의 대상이 되는 방송광고의 종류를 대통령령에 위임하였다. 이 위임 규정에 따라 방송법시행령 제21조의2는 사전심의의 대상이 되는 방송광고물의 종류를 텔레비전방송광고 · 라디오방송광고 및 데이터방송광고(동영상 및 음성이 포함된 방송광고에 한한다)로 정하고 있다. 방송법은 다시 2008. 2. 29. 법률 제8867호로 개정되어 방송광고 사전심의의 주체를 방송통신심의위원회로 변경하였다.

66. 한편, 구 방송법 제103조 제2항과 방송법시행령 제68조 제3항에 따라 방송위원회는 2000년부터 방송위원회 고시를 통해 방송광고의 사전심의를 민간기구에 위탁해 오고 있으며, 2000. 7.‘ 방송광고물 사전심의의 민간위탁고시 ’(방송위원회 고시 제2000 - 3호)에서 자율심의기구를 민간위탁기구로 선정하였고, 이 기구는 같은해 8. 1.부터 업무를 개시하여 현재까지 방송광고 사전심의 업무를 맡고 있다.

나. 자율심의기구에 의한 방송광고 사전심의가 사전검열에 해당하는지 여부

(1) 방송광고와 표현의 자유

헌법 제21조 제1항은, 모든 국민은 언론 · 출판의 자유를 가진다고 규정하여 표현의 자유를 보장하고 있는바, 의사표현의 자유는 바로 언론 · 출판의 자유에 속한다. 그러므로 의사표현의 매개체를 의사표현을 위한 수단이라고 전제할 때, 이러한 의사표현의 매개체는 헌법 제21조 제1항이 보장하고 있는 언론 · 출판의 자유의 보호대상이 된다. 그리고 의사표현 · 전파의 자유에 있어서 의사표현 또는 전파의 매개체는 어떠한 형태이건 가능하며, 그 제한이 없다.(헌재 1993. 5. 13. 91헌바17, 판례집 5 - 1, 275, 284). 광고도 사상 · 지식 · 정보 등을 불특정 다수인에게 전파하는 것으로서 언론 · 출판의 자유에 의한 보호를 받는 대상이 되며(헌재 1998. 2. 27. 96헌바2, 판례집 10 - 1, 118, 124 - 125 ; 헌재 2002. 12. 18. 2000헌마764, 판례집 14 - 2, 856, 867 - 868 ; 헌재 2005. 10. 27. 2003헌가3, 판례집 제17권 2집, 189, 198), 이 사건 방송광고가 언론 · 출판의 자유, 즉 표현의 자유 보호의 대상이 됨은 물론이다.

(2) 헌법 제21조 제2항의 검열의 의미 및 요건

우리 헌법 제21조 제2항은, 언론 · 출판에 대한 허가나 검열은 인정되지 아니한다고 규정하고 있다. 여기서 말하는 검열은 그 명칭이나 형식과 관계없이 실질적으로 행정권이 주체가 되어 사상이나 의견 등이 발표되기 이전에 예방적 조치로서 그 내용을 심사, 선별하여 발표를 사전에 억제하는, 즉, 허가받지 아니한 것의 발표를 금지하는 제도를 뜻하고, 이러한 사전검열은 법률에 의하더라도 불가능하다. 언론 · 출판에 대하여 사전검열이 허용될 경우에는 국민의 예술활동의 독창성과 창의성을 침해하여 정신생활에 미치는 위험이 클 뿐만 아니라 행정기관이 집권자에게 불리한 내용의 표현을 사전에 억제함으로써 이른바 관제의견이나 지배자에게 무해한 여론만을 허용하는 결과를 초래할 것이다. 따라서 이러한 사전검열은 절대적으로 금지된다. 그러나 한편, 사전검열금지의 원칙이 모든 형태의 사전적인 규제를 금지하는 것은 아니고, 의사표현의 발표여부가 오로지 행정권의 허가에 달려있는 사전심사만을 금지한다. 사전검열은 일반적으로 허가를 받기 위한 표현물의 제출의무, 행정권이 주체가 된 사전심사절차, 허가를 받지 아니한 의사표현의 금지 및 심사절차를 관철할 수 있는 강제수단 등의 요건을 갖춘 경우에만 금지되는 것이다.(헌재 1996. 10. 4. 93헌가13 등, 판례집 8 - 2, 212, 223 ; 헌재 1996. 10. 31. 94헌가6, 판례집 8 - 2, 395, 402 - 403 ; 헌재 2001. 8. 30. 2000헌가9, 판례집 제13권 2집, 134, 147 - 149 ; 헌재 2005. 2. 3. 2004헌가8, 판례집 제17권 1집, 51, 59)

(3) 광고방송의 사전심의와 사전검열 여부

(가) 위에서 본 바와 같이 헌법재판소는 헌법이 금지하는 사전검열의 요건으로 다음과 같은 것을 제시해 오고 있다. 첫째, 일반적으로 허가를 받기 위한 표현물의 제출의무가 존재할 것, 둘째, 행정권이 주체가 된 사전심사절차가 존재할 것, 셋째, 허가를 받지 아니한 의사표현을 금지할 것, 넷째, 심사절차를 관철할 수 있는 강제수단이 존재할 것 등이 그것이다(헌재 1996. 10. 4. 93헌가13등, 판례집 8 - 2, 212, 223 ; 헌재 1996. 10. 31. 94헌가6, 판례집 8 - 2, 395, 402 - 403 ; 헌재 2001. 8. 30. 2000헌가9, 판례집 제13권 2집, 134, 147 - 149). 따라서 이 사건 방송광고 사전심의가 이러한 요건들을 충족하여 청구인의 표현의 자유를 침해하고 있는지를 본다.

먼저 구 방송법 제32조는 텔레비전 방송광고를 하고자 하는 자는 방송국에 이에 대한 청약을 하기 전에 먼저 방송위원회로부터 사전심의를 받도록 하고 있다. 그리고‘ 방송광고심의에 관한 규정 ’제44조 제1항은 방송광고물의 심의를 받고자 하는 자는 심의신청서 2부에 방송광고물 및 관련 증빙자료를 첨부하여 위원회에 제출하도록 하고 있다. 이와 같은 것은 사전검열의 요건 중 일반적으로 허가를 받기 위한 표현물의 제출 의무를 부과한 것이라 볼 수 있다.

한편, 이 사건 구 방송법 제32조 제3항은‘ 방송사업자는 방송광고에 대해서 방송위원회의 심의 · 의결의 내용과 다르게 방송하거나 심의 · 의결을 받지 않은 방송광고를 방송하여서는 안된다 ’고 규정하고 있다. 이는 광고주가 사전심의를 받지 않은 방송광고를 청약하는 경우에는 방송할 수 없도록 하는 것으로서 허가받지 않은 의사 표현을 금지하는 것에 해당한다.

그리고 구 방송법 제108조 제1항 제2의2호는, 방송사업자가 사전심의를 받지 않은 광고물이나 사전심의 내용과 다른 광고물을 방송하는 경우 과태료 3,000만원 이하에 처하도록 하여 방송사업자가 사전심의를 받지 않은 방송광고의 청약을 거절하도록 함으로써 광고주가 사전심의를 받을 수밖에 없도록 강제하고 있다. 위와 같은 과태료 처분은 사전심의절차를 관철시키기 위한 강제수단에 해당한다.

마지막으로 이하에서는 이 사건 방송광고 사전심의가 행정기