

다만 어떤 법률 규정이 하위 법령에 그 규정의 구체화를 위하여 내용의 일부를 위임하고 있는 경우라 하더라도 수권 조항과 시행령 조항이 서로 불거리는 관계를 이루면서 전체적으로 하나의 규율 내용을 형성하고 있고, 수권 조항과 시행령 조항을 서로 분리하여서는 규율 내용의 전체를 파악하기 어려운 경우에는 수권 조항과 시행령 조항 모두에 대해 불거짐이 합체로서 기본권 침해의 직접성을 인정할 수 있을 것이다. 헌재 2002. 6. 27. 99헌마480, 판례집 14-1, 616, 625; 헌재 2008. 6. 26. 2008헌마506, 공보 141, 911, 913 등 참조.

그런데 이 사건 규정이 구 방송법 제73조 제1항은, 지상파방송사업자는 한국방송광고공사 또는 대통령령이 정하는 방송광고 판매대행사가 위탁하는 방송광고를 이외에는 방송광고를 할 수 없다고 규정하고, 구 방송법시행령 제30조 제1항은, 법 제73조 제1항 본문에서 “대통령령이 정하는 방송광고 판매대행사”라 함은 방송광고 판매대행을 위하여 설립된 주식회사로서 한국방송광고공사가 출자한 회사를 말한다”고 규정하고 있는데, 이를 규정에 의하면 한국방송광고공사(이하 “나”라 함) 한국방송광고공사로부터 출자를 받은 방송광고 판매대행사가 아니면 지상파 방송광고 판매대행을 할 수 없다. 그렇다면 위 구 방송법 조항과 구 방송법시행령 조항은 지상파 방송광고 판매대상 시청 형태와 관련하여 서로 불거짐적으로 결합되어 전례로서 하나의 규범 체계를 형성하고 있음은 물론, 그 지체에서 일반 민영 방송광고판매대행사의 지상파 방송광고 판매대행을 제한하고 있다고 할 것인 바, 이 사건 규정의 기본권 침해의 직접성은 인정된다고 할 것이다.

나. 자기권선성

헌법소원에 있어서는 원칙적으로 공권력의 행사 또는 불행사의 직접적인 상대방이 자기권선성이 인정되고, 공권력의 작용에 단지 간접적이나 사실상 또는 경제적인 이해관계가 있을 뿐인 제3자의 경우에는 자기권선성이 인정되지 않는다. 헌재 1993. 7. 29. 89헌마23, 판례집 5-1, 104, 111). 다만 공권력 작용의 직접적인 상대방이 아닌 제3자라고 하더라도 공권력 작용이 그 제3자에게 자기권선성이 있다고 할 것인바, 헌재 1993. 3. 11. 91헌마23, 판례집 5-1, 104, 111; 헌재 1994. 6. 20. 92헌마61, 판례집 6-1, 680, 684 참조). 이러한 기본권침해의 자기권선성 판단은 입법 목적, 실질적인 규율대상 범 규정에서의 제한이나 금지가 제3자에게 미친 영향이나 진지성의 정도 및 규율의 직접적인 수구자에 의한 헌법소원 제기의 기대가능성 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다. 헌재 1997. 9. 25. 96헌마133, 판례집 9-2, 410, 416).

이 사건 규정은 지상파방송사업자에게 한국방송광고공사나 그로부터 출자를 받은 회사가 위탁하는 방송광고물이 아니면 방송광고를 할 수 있도록 하는 의무를 부과하면서, 이를 위반한 지상파방송사업자에게 3천만원 이하의 과태료에 처할 수 있도록 하여 그 직접적인 수구자를 지상파방송사업자로 한정하고 있다. 이러한 규정 형식과 관련하여 민영 방송광고 판매대행사에 불과한 청구인의 이 사건 규정에 대한 자기권선성에 의문을 제기할 수 있다. 그런데 지상파 방송사업자에게 방송광고 판매대행을 하고자 하는 청구인은 이 사건 규정이 지상파방송사업자에게 방송광고를 위탁할 수 있는 자로 한국방송광고공사와 그로부터 출자를 받은 회사로서 한정하고 있기 때문에 이를 하지 못하는 것이므로 청구인은 이 사건 규정으로 인해 자신의 직업 수행에 관한 기본권을 제한 받고 있다고 할 것이다. 따라서 이 사건 규정에 대한 청구인의 자기권선성은 인정된다고 할 것이다.

다. 소결

이 사건 규정에 대한 심판청구는 직접성, 자기권선성 등을 모두 갖추고 있으므로 적법하다 할 것이다.

4. 현행 지상파 방송광고판매제도와의 방송광고제도

가. 지상파 방송광고 판매제도의 변화

지상파 방송광고의 판매에 있어 1970년대에는 방송사들이 광고주들을 상대로 직접 영업을 할 수 있었다. 그런데 1988년 12월 31일 언론통폐합 조치의 일환으로 “한국방송광고공사법”이 제정되었고, 동 법 제13조에서는 “국내 각 방송국은 공사가 대행 위탁하는 방송광고를 외에는 광고방송을 할 수 없다. 다만 대통령령이 정하는 광고방송에 대하여는 그러하지 아니하다.”라고 규정하여 한국방송광고공사만이 독점적으로 지상파 방송광고 판매대행을 할 수 있도록 하였다.

한편 위와 같은 한국방송광고공사의 지상파 방송광고 판매대행에 대한 독점적 제한과 관련하여 끊임없이 비판이 제기되다. 2000. 1. 국회는 방송법을 개정하여 제73조 제1항에서 “지상파방송사업자는 한국방송광고공사 또는 대통령령이 정하는 방송광고 판매대행사가 위탁하는 방송광고를 이외에는 방송광고를 할 수 없다”는 규정을 두어 지상파 방송광고 판매대상 시청에 복수 경쟁체제의 도입을 위한 기초를 마련하였다. 한국방송광고공사 독점의 근거가 되었던 한국방송광고공사법 제13조를 삭제하였다. 그리고 위와 같은 방송법 개정 이후 방송법시행령 제53조 제1항은, 법 제73조 제1항 본문에서 “대통령령이 정하는 방송광고 판매대행사”라 함은 방송광고 판매대행을 위하여 설립된 주식회사로서 한국방송광고공사 출자한 회사를 말한다”는 규정을 두어 지상파 방송광고 판매대상 시청에 복수 경쟁체제의 가능성을 열어놓았다. 그러나 한국방송광고공사는 경영상의 판단을 이유로 민영회사에 대한 출자를 하지 않아 현재에도 한국방송광고공사이유 일하게 지상파 방송광고 판매대행을 할 수 있을 뿐이며, 지상파 방송광고 판매대행 시장에서의 제한적 경쟁체제는 여전히 이루어지지 않고 있다.

나. 지상파 방송광고의 특성과 규제의 필요성

방송광고도 판매자와 구매자 사이에 거래되는 사적 재산이다. 그러나 시청에서 유통되는 일반적인 사적 재산과는 다른 특성을 지닌다. 방송광고는 그 수용이 한시적이어서 방송시간이 지난 후 재방송의 가치 소멸하기 때문에 어떤 가격이라도 팔아야 하고, 공급량이 상당히 제한된 상품으로서 광고물량이 증가하더라도 방송광고시간을 늘릴 수 없으며, 요금의 상승이나 하락에도 그 수요가 거의 영향을 받지 않는다. 상품으로서의 위와 같은 특성으로 인해 방송광고는 시장적 접근에 있어 상당히 유리한 위치를 점하고 있다.

그런데 방송광고는 시장적 접근을 배제하고 정부개입 내지 규제를 정당화하는 특성도 지니고 있다. 그것은 바로 방송광고를 거래하는 매개 수단인 방송의 공공재적 성격 때문이다. 방송전파는 무한정 생산되는 생산자재가 아니라 전 국민이 공유하는 한정된 자원이기 때문에 방송전파에 의존하는 방송에는 공공성과 공익성이 요구되고, 방송의 주요 자원 역할을 하는 방송광고 역시 방송전파에 의존하여야 한다는 점에서 방송과 같이 공공성과 공익성이 요구된다.

방송의 위와 같은 공공재적 성격 때문에 방송광고는 다른 언론매체와는 달리 전통적으로 엄격한 법적 규제를 받아 왔다. 음성과 영상을 통하여 이루어지는 방송매체는 동시적이며, 누구나 쉽게 접근할 수 있어서 통제하기가 어려울 뿐만 아니라

방송영상의 구성, 기법, 시간배정 또는 내용배정에 따라서는 대중 조작도 가능하다”는 이유로 다른 미디어들보다도 공공성, 공익성이 더 강조되어 왔고, 이러한 방송의 공공성, 공익성은 방송광고를 통제하고 규제하는 이유가 되어 왔다.

다. 방송광고와 미디어랩 제도

미디어랩은 매체사를 대신하여 광고주나 광고회사에 광고시간이나 지면을 대신 판매해주고, 매체사로부터 판매대상 수료를 받는 회사를 의미하는 것으로, 매체를 뜻하는 미디어(Media)와 대표자를 뜻하는 레프르젠티티브(Representative)의 합성어이다.

그런데 방송광고 판매와 관련하여 당사자의 작가를 제한하고 위와 같은 미디어랩을 통해서만 이를 할 수 있도록 하는 이유는 방송사가 광고를 유지하기 위해 광고주에게 압력을 행사하거나, 반대로 자본가인 광고주가 광고를 필마로 방송사에게 영향을 끼치는 것을 막기 위해서이다. 만약 방송광고를 놓고 방송사와 광고주에 작가를 하게 된다면, 방송사와 광고주 사이에 세력 균형이 맞지 않는 경우 공정한 거래를 하기 어렵게 될 것이다. 예컨대 상대적으로 자본력이 부족한 중소 광고주의 경우는 방송사의 여러 가지 횡포로 그대로 수용할 수밖에 없으며, 광고주가 자본력이 막강한 경우에는 방송사가 그 광고주에 의해 좌우되어 광고주의 이익을 대변하는 방송사로 전락할 위험에 처하게 될 것이다.

한편, 방송사가 미디어랩을 이용하게 되면, 방송의 편성 및 제작을 광고영업과 분리시켜 전문화, 효율화를 꾀함으로써 방송경영의 합리화와 수익성을 제고할 수 있고, 광고주의 입장에서 미디어랩이 시청률 조사 등의 분석 자료를 통해 광고주들에게 적합한 방송광고를 제시해 주고, 사후 광고효과 분석과 같은 방송광고에 관련된 제반 서비스를 제공해 주므로 자신의 조건에 맞는 최적의 프로그램을 찾아 원하는 목적을 달성할 수 있게 된다. 이러한 이유로 대부분의 국가에서는 미디어랩을 통해 방송광고의 판매와 구매를 하도록 하고 있다.

라. 공영미디어랩으로서 한국방송광고공사의 역할

한국방송광고공사는 1988년 언론통폐합 과정에서 제정된 “한국방송광고공사법”에 의거하여 설립되었다. 언론통폐합을 통해 공공과 민영이 혼재하던 방송체제가 경영방송 단합체제로 전환되었고, 이 과정에서 공영방송제도 도입의 정당성을 뒷받침하기 위해 한국방송광고공사를 설립하였는데, 권리를 배제하고 공익을 추구에야 하는 공영방송은 광고영업을 할 수 없다는 이유에서 방송사의 광고영업 기능을 대행하는 기구로 한국방송광고공사를 설립한 것이다.

한국방송광고공사는 공중에 통시하는 방송광고실시를 정립하고 국민의 건전한 문화생활과 방송문화의 발전 및 방송광고진흥에 이바지함을 목적으로 하며, 그 기능은 공영미디어랩으로서 방송의 제작·편성과 광고영업분리정책의 실효성 있는 수행을 통한 공영방송의 공익성과 공공성을 보장하고, 공영방송과 특수방송의 성장과 유지에 필요한 재원의 안정성을 도모하여, 공적 인프로서 방송광고요금을 조장하는 것이다.

그런데 한국방송광고공사는 위에서 본 것처럼 강제적인 언론통폐합 과정에서 설립되었다는 점과 지상파 방송광고 요금 규제 및 기류 팔기 등으로 방송광고 시장에 심각한 비효율을 초래하고 있다는 점, 그리고 정부의 규제 보호막 속에서 경쟁에 노출되지 않아 국내는 물론 국제적인 광고 산업의 경쟁력을 저하시키고 있다는 점에서 그 존폐의 정당성에 관하여 끊임없이 비판을 받아 왔다.

5. 이 사건 규정의 위헌 여부

가. 문제되는 기본권

(1) 이 사건 규정은 한국방송광고공사 및 한국방송광고공사가 출자한 방송광고 판매대행사만이 지상파방송사업자에게 방송광고를 판매할 수 있도록 규정함으로써 한국방송광고공사가 출하지 않은 민영 방송광고 판매대행사는 지상파방송사업자에 방송광고판매를 할 수 없도록 하고 있는바, 이는 괴임금지원칙을 위반하여 직업수행의 자유를 침해하는 것이 아니냐 하는 의문을 갖게 한다.

(2) 한편, 이 사건 규정은 한국방송광고공사와 한국방송광고공사로부터 출자를 받은 회사가 아니면 지상파방송사업자에게 방송광고 판매대행을 할 수 없도록 함으로써 순수한 민영 방송광고 판매대행사를 이들에 비해 과도하게 차별하는 것이 아니냐 하는 의문을 갖게 한다.

(3) 이상에서와 같이 이 사건 규정은 직업수행의 자유와 평등권 문제를 야기하고 있으므로 이하에서는 이들에 대해 살펴본다.

나. 직업수행의 자유에 대한 이해 여부

위에서 본 바와 같이 이 사건 규정은 민영 방송광고 판매대행사의 직업수행의 자유를 제한하고 있으나, 이러한 자유도 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에는 그 본질적 내용을 침해하지 않는 범위 내에서 헌법 제37조 제2항에 의한 제한이 가능하다고 할 것인바, 헌재 1998. 2. 27. 96헌바2, 판례집 10-1, 118, 124-125; 헌재 2002. 2. 28. 99헌바17, 판례집 14-1, 118, 124; 헌재 2008. 7. 31. 2008헌마1010, 공보 142, 1097, 1105 참조). 이하에서는 이 사건 규정이 그 제한의 범위를 벗어난 직업수행의 자유를 침해하고 있는지를 살펴본다.

(1) 실시 기준

이 사건 규정은 한국방송광고공사 또는 한국방송광고공사로부터 출자를 받은 방송광고 판매대행사에만 지상파방송사업자에게 방송광고를 판매할 수 있도록 규정하고 있다. 그런데 방송이라는 매체를 통해 광고를 판매할 수 있는 곳이 지상파방송 이외에도 존재하지만, 지상파 방송광고가 전체 방송광고 시장의 대부분을 차지하고 있는 우리나라 광고시장의 현실을 감안할 때, 지상파방송사업자에 대한 방송광고 판매대행을 한국방송광고공사나 이로부터 출자를 받은 방송광고 판매대행사로 하도록 하는 것은 청구인과 같은 민영 방송광고 판매대행사의 직업수행의 자유를 유명무실하게 할 우려가 있다. 이와 같이 직업수행의 자유에 대한 제한이지만 그 실질이 직업수행의 자유를 침해하지 않는 경우에는 그것이 직업선택이 아닌 직업수행의 자유에 대한 제한이라고 하더라도 엄격한 심사기준이 적용된다 할 것이다.

(2) 괴임금지원칙 위반 여부

가) 목적의 정당성

이 사건 규정은 지상파 방송광고 판매대상 시청에 제한적 경쟁체제를 도입함과 동시에 방송의 공공성과 공익성, 그리고 다양성을 확보하기 위해 한국방송광고공사와 이로부터 출자를 받은 민영미디어랩에서 지상파 방송광고 판매대행을 할 수 있도록 하고 있다. 이러한 이 사건 규정의 입법목적은 정당하다고 할 것이다.

나) 수단의 적법성

이 사건 규정이 한국방송광고공사와 이로부터 출자를 받은 민영 방송광고 판매대행사에만 지상파 방송광고의 판매대행을 하도록 하는 것은 방송의 공공성, 공