

익성 다양성을 확보하기 위한 수단으로서 어느 정도 입법목적에 기여할 것이다.
문제는 한국방송광고공사와 한국방송광고공사가 출자한 방송광고 판매대행사에게만 지상파방송사에 방송광고를 판매하도록 하는 것이 과연 제한적이지만 시장원리를 도입한 것인지에 관한 것이다. 아예에서는 이 사건 규정이 제한적 경쟁원리를 도입한 것인지에 관해 본다.

지상파 방송광고 시장은 그동안 한국방송광고공사에 의한 거래독점, 요금규제 및 가위팔기 등으로 인해 심각한 비효율과 경쟁력 저하를 초래하였다. 그리고 최근에는 위성방송 등의 발달로 지상파 방송광고의 효과가 과거에 비해 감소되어 기업들이 마케팅비용에서 광고비를 줄이고 있다. 이에 지상파 방송광고 시장의 활성화를 위해서는 지상파 방송광고 판매대행 시장에 있어 제한적으로라도 경쟁체제를 도입하여야 한다는 주장이 강하게 제기되고 있다. 이를 위해 이 사건 규정이 한국방송광고공사 이외에 한국방송광고공사가 출자한 회사가 지상파 방송광고 판매대행을 할 수 있도록 하는 이 사건 제도를 도입하게 된 것이다.

그런데 이 사건 규정이 한국방송광고공사와 한국방송광고공사가 출자한 회사에게만 지상파 방송광고 판매대행을 허용하는 것이 지상파 방송광고 판매대행 시장에 경쟁체제를 도입한 것인지에 대해서는 의문을 갖지 않을 수 없다.

이 사건 규정은 한국방송광고공사에게만 지상파 방송광고 판매대행을 할 수 있도록 하던 제도를 해체하여 한국방송광고공사가 출자한 회사의 경우에도 지상파 방송광고 판매대행을 할 수 있도록 함으로써 외관상으로는 제한적 경쟁체제를 도입하였다. 그런데 실제 이 사건 규정이 만들어진 2007년 이후 오늘날까지 한국방송광고공사가 지상파 방송광고 판매대행을 할 수 있도록 출자를 한 회사는 한 곳도 없으며, 이와 같이 한국방송광고공사가 경영상의 편단을 이유로 지금까지 계속해서 출자를 미룬다면 한국방송광고공사의 독점체제는 무너지지 않을 것이다. 이것은 이 사건 규정에서 지상파 방송광고 판매대행사출자를 합리적이고도 객관적인 기준에 의해 정하고 있는 것이 아니라 아무런 기준 없이 한국방송광고공사와 이로부터 출자를 받은 회사로 한정하여 특정 주체에게만 지상파 방송광고 판매대행을 할 수 있도록 하는 방법을 택하고 있는 데 기인하는 것이다. 이 사건 규정은 한국방송광고공사의 출자 요건에 관하여 전혀 정하고 있지 않으며, 그 출자 여부가 오로지 한국방송광고공사의 편단에 의해 좌우되도록 함으로써 한국방송광고공사가 출자를 결정하지 않으면 결국 한국방송광고공사의 독점체제가 여전히 유지될 수 있도록 하고 있다.

이 사건 규정이 이와 같이 한국방송광고공사의 재량적 편단에 지상파 방송광고 판매대행 시장의 경쟁체제의 실현 여부를 맡겨 놓은 것은 제한적으로라도 경쟁체제를 도입한 것이라고 말할 수 없다.

실령, 한국방송광고공사가 출자를 한다고 하더라도 이 역시 한국방송광고공사가 방송광고 판매대행과 지상파 방송광고 시장의 규제기관으로서 독점적 지위를 유지해 온 기존 체제의 연장선일 뿐, 제한적으로라도 시장경쟁의 원리를 도입한 것이라고 볼 수 없다. 한국방송광고공사로부터 출자를 받게 되면 아무런 민영 방송광고 판매대행사라고 하더라도 한국방송광고공사의 규제 하에 놓일 수밖에 없으며, 그렇게 되면 한국방송광고공사의 지배로부터 자유로운 민영미디어업으로서의 역할을 기대하기 어렵다.

결국 이 사건 규정은 한국방송광고공사의 독점적인 방송광고판매 판매대행과 가격규제로 인한 비효율이 방송광고 시장, 시청자 시장, 외부제작 시장을 포함한 지상파방송시장 전 영역에서 발생하고 있음을 감안하여, 이러한 문제를 해결하고자 한국방송광고공사와 이로부터 출자를 받은 민영회사로 하여금 지상파 방송

광고 판매대행을 할 수 있도록 하는 제한적 경쟁체제를 도입한 것이다. 이것은 외관상으로는 제한적 경쟁체제를 도입한 것일 뿐, 그 실질을 있어서는 기존 한국방송광고공사의 독점체제의 연장선 지나지 않는다고 할 것이다.

따라서 이 사건 한국방송광고공사의 출자 방식은 지상파 방송광고 판매대행 시장에 제한적으로라도 경쟁체제를 도입한다는 이 사건 규정의 입법목적에 기여하는 수단이라고 볼 수 없다.

(다) 피해의 최소성

이 사건 규정과 관련하여 입법자는 지상파 방송광고 판매대행 시장에 제한적 경쟁체제를 도입하고, 방송의 공공성, 공익성, 다양성을 확보한다는 명분 아래 한국방송광고공사와 이로부터 출자를 받은 회사에게만 지상파 방송광고 판매대행을 할 수 있도록 하고 있다. 그런데 위에서 본 바와 같이 한국방송광고공사와 이로부터 출자를 받은 회사에게만 지상파 방송광고 판매대행을 할 수 있도록 하는 것은 이 사건 규정의 입법목적에 달상하는 적절한 수단이 아님은 물론, 기본적인 제한을 최소화하는 방법도 될 수 없다. 무엇보다 이 사건 규정이 목표로 하는 방송의 공공성, 공익성, 다양성을 보장하고 실질적인 제한적 경쟁체제를 도입하면서도 이로 인한 기본적인 침해는 최소화하는 방법으로 입법자는 지상파 방송광고 판매대행 사업을 일정한 요건, 조직, 사실을 갖춘 업체에 한하여 허가제로 한다든지, 중소 방송국에 일정량의 방송광고를 제공하는 경우에만 민영 광고판매 대행사업자의 설립을 허가한다든지, 방송광고 가격의 상한선을 정한다든지, 특정 장르, 특정 시청자를 대상으로 한 프로그램 쿼티제를 도입한다든지, 방송사의 출연금으로 기금을 조성하여 공공성이 높은 프로그램제작에 보조금을 지급한다든지, 허가를 받은 경우에도 방송의 공익성·공정성을 해치는 영업을 할 경우에는 허가를 취소한다든지 하는 등의 사전적 혹은 사후적 규제나 감독 방법을 선택할 수 있다. 그럼에도 불구하고 입법자는 위와 같은 방법을 외면한 채, 한국방송광고공사와 이로부터 출자를 받은 회사만 지상파방송광고의 판매대행을 할 수 있도록 함으로써 실질적으로는 지상파 방송광고 판매대행 시장이 한국방송광고공사에 의해 독점될 수 있도록 하고 있다. 이는 기본적인 제한 수단을 선택할 경우에는 보다 덜 침해적인 수단을 선택하여야 한다는 기본적인 침해의 최소침해성 원칙을 위반한 것이다.

(라) 법익균형성

청구인과 같은 민영 방송광고 판매대행 사업자는 현재 케이블 TV나 위성방송 사업자에 대해서는 방송광고를 판매할 수 있으나, 그 규모는 지상파 방송광고 시장의 크기 및 그 수익에 비하여 미약한 수준이므로 이 사건 규정으로 인해 민영 방송광고 판매대행사가 지상파 방송광고 판매대행을 할 수 없어 침해당하는 기본권은 심히 중대하다고 할 것이다.

이에 비해 이 사건 규정은 지상파 방송광고 판매대행 시장에 제한적 경쟁체제를 도입하고, 방송의 공공성, 공익성, 다양성을 확보한다는 명목으로 한국방송광고공사와 이로부터 출자를 받은 방송광고 판매대행사에게만 지상파 방송광고 판매대행을 허용하고 있으나, 이 사건 규정이 선택하고 있는 위와 같은 방법은 지상파 방송광고 판매대행 시장에 제한적 경쟁체제를 도입한 것이라고는 볼 수 없으며, 오히려 여러 가지 다른 수단들이 민영 방송광고 판매대행사의 직업수행을 보다 덜 제한하면서도 입법목적 달성에 기여할 수 있다는 것을 앞에서 보았다.

결국 이 사건 규정을 통해 보호하려는 공익 지체는 중요한 공익이지만, 선택된 수단이 그러한 공익 달성에 기여하지 못하고 중대한 기본권의 침해에 이르고 있는바, 이와 같은 기본적인 침해는 보호하려는 공익의 크기를 불문하고 정당화될 수 없으며, 그 자체로 법의 균형을 상실하는 것이라 할 것이다.

(마) 소결

이상에서 본 바와 같이 이 사건 규정은 괴리금지원칙을 위반하여 청구인의 직업수행의 자유를 침해하고 있다.

다. 평등권 침해 여부

(1) 심사기준

평등원칙 위반에 대한 심사는 엄격한 심사적도에 의하는 경우와 완화된 심사적도에 의하는 경우로 나뉘어진다. 그런데 평등원칙 위반 여부를 심사함에 있어 엄격한 심사적도에 의해 적정한, 완화된 심사적도에 의해 적정한 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라지게 될 것이다. 먼저 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우 엄격한 심사적도가 적용될 수 있다. 헌법 스스로 차별의 근거로 삼아서는 안되는 기준을 제시하거나 차별을 특히 금지하고 있는 영역을 제시하고 있다면, 그러한 기준을 근거로 한 차별이나 그러한 영역에서의 차별에 대하여는 엄격하게 심사하는 것이 정당화된다. 다음으로 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사적도가 적용되어야 할 것이다. 헌재 1999. 12. 23. 98헌마 363, 판례집 11 - 2, 770, 787.

그런데 이 사건 규정은 한국방송광고공사나 이로부터 출자를 받은 민영 방송광고 판매대행 사업자가 아니라 지상파 방송사업자에 방송광고 판매대행을 전여 할 수 있도록 하여 일반 민영 방송광고 판매대행 사업자의 직업수행의 자유에 중대한 제한을 초래하고 있다. 따라서 이 사건 평등권 위반 여부 심사에 있어서는 엄격한 비례성심사가 적용되어야 할 것이다.

(2) 평등권 침해 여부

이 사건 규정은 지상파 방송광고 판매대행과 관련하여 제한적 경쟁체제를 도입하면서도 방송의 공공성 내지 공익성, 다양성을 담보하기 위해 지상파 방송광고 판매대행사도 한국방송광고공사와 이로부터 출자를 받은 자로 한정하고 있다.

그런데 한국방송광고공사는 마케팅 영업본부, 공익사업본부 등 각 본이별로 전문인력을 갖추고 있고, 다양한 공공광고를 제작하며, 광고연구 및 관련 부설기관 등을 통해 광고 산업 발전을 위한 여러 가지 공적 기능과 역할을 수행하고 있다. 또한 한국방송광고공사로부터 출자를 받은 회사는 사익의 추구를 지체하고, 건전한 재무구조를 이루어 지상파 방송광고 판매에 있어서 광고주나 방송사의 지배에서 벗어나 독립적으로 영업수행을 할 수 있는 가능성을 가지고 있다.

그러나 시장이 위와 같더라도 한국방송광고공사와 이로부터 출자를 받은 회사에게만 지상파 방송광고 판매대행을 맡길 이유는 없다. 방송광고의 순수한 사적영역이 아니라 공공성과 공익성이 요구되는 특수한 분야에 기는 하나, 민영 방송광고 판매대행사를 통하는 경우라 하더라도 그 요건을 허가제로 하거나 중소방송사에 대한 광고판매대행 할당제를 설정하거나 정해진 기준을 위반하는 경우 허가를 취소하거나 하는 등의 사전 또는 사후의 절차적 권리를 하면, 지상파 방송광고 판매대행업의 제한적 경쟁체제를 유지하고, 방송의 공공성, 공익성, 다양성을 달성할 수 때문이다. 위와 같은 입법목적의 달성은 한국방송광고공사이거나 이로부터 출자를 받았는지 여부로 좌우되지는 않으며, 지상파 방송광고 판매대행사가 공영인지 민영인지, 또는 공적 부분의 출자가 있었는지 여부를 불문하고 실질적인 경쟁관계를 형성할 수 있는 특수의 광고판매 대행사가 존재하는지, 공공성이나 다양성 등을 제고하기 위한 실질적인 제도를 구축하고 있는지 여부에 달려 있는 것이다. 그럼에도 불구하고 이 사건 규정은 민영 방송광고 판매대행사는

사적 이익만을 위해 설립된 회사라고 단정하고 한국방송광고공사와 이로부터 출자를 받은 회사에만 지상파방송사업자에 대한 방송광고 판매대행을 할 수 있도록 하고 있는바, 이는 차별목적과 수단 사이에 비례성을 상실한 것이라 할 것이다.

따라서 이 사건 규정은 청구인의 평등권을 침해하고 있다고 할 것이다.

라. 심판대상 확정 및 헌법불합치 결정과 정당적용 명령

(1) 위에서 본 바와 같이 이 사건 규정이 구 방송법 제73조 제1항은 2007. 1. 26. 법률 제301호 개정으로 지상파방송사업자에 지상파방송사업자와 방송채널사용계약을 체결하고 그 채널을 사용하여 지상파방송을 하는 방송채널사용사업자를 포함시켰으며, 구 방송법시행령 제30조 제1항은 2007. 8. 7. 대통령령 제20219호로 개정되면서 조항의 위치만 제1항에서 제2항으로 옮겼다. 그런데 위 개정된 규정들과 이 사건 규정 사이에는 본질적인 차이가 없으므로 개정된 규정들에 대해서도 이 사건 규정의 위헌 문제가 발생한다고 할 것인바, 구 방송법 제73조 제1항과 구 방송법시행령 제30조 제1항에 대해 위헌을 선언하기로 하면서 개정된 방송법과 방송법시행령 규정의 효력을 그대로 유지시킨다면 이는 위헌적인 상태를 여전히 방치하는 결과가 될 것이다. 따라서 위헌결정의 필요성을 담보하고, 법질서의 정립과 소송경제를 위하여 개정된 방송법과 방송법시행령 규정에 대해서도 이 사건 규정과 함께 위헌을 선고할 필요가 있다고 할 것이므로 방송법 제73조 제1항, 방송법시행령 제30조 제1항에 대해서도 위헌을 선언하기로 한다.

(2) 그런데 앞서 본 바와 같은 이유로 이 사건 심판대상 규정을 헌법에 위반된다고 한적적으로 위헌결정을 하여야 할 것이지만, 단순위헌결정을 하여 당장 그 효력을 상실시킬 경우에는 지상파 방송광고 판매대행을 규제하는 근거 규정이 사라져 방송광고 판매대행사업자가 난립함으로써 지상파 방송광고 판매대행 시장을 무질서한 상태에 빠뜨리게 될 것이다.

따라서 이 사건 심판대상 규정에 대해 단순위헌결정을 하는 대신 헌법불합치 결정을 하기로 하는바, 방송법 제73조 제1항과 방송법시행령 제30조 제1항은 그 위헌성이 제거될 때까지 잠정적으로 적용되어야 하고, 늦어도 2009. 12. 31.까지는 개정을 하여야 할 것이다.

6. 결론

그렇다면 이 사건 심판대상 규정을 헌법에 합치되지 아니하므로 주문과 같이 결정한다. 이 결정에는 아래 7과 같은 재판관 이공현의 단순위헌의견, 아래 8과 같은 재판관 조대환의 전부위헌의견, 아래 9와 같은 재판관 이등용의 반대이견 및 별개의견이 있는 외에는 나머지 관여 재판관 전원의 일치된 의견에 의한 것이다.

7. 재판관 이공현의 단순위헌의견

나는 이 사건 심판대상 규정이 순수한 민영 방송광고 판매대행사의 직업수행의 자유와 평등권을 침해한다는 다수외견에 찬성하지만, 이 사건에서 헌법불합치 결정을 해야 할 사유가 있다고 보지 아니하므로 아래와 같은 단순위헌의견을 밝힌다.

가. 헌법불합치결정의 정당화 사유

법률이 헌법에 위반되는 경우 헌법의 최고규범성을 보장하기 위하여 그 법률은 원칙적으로 위헌으로 선언되어야 하고, 다만 헌법불합치 결정을 정당화하는 예외적 사유가 인정되는 때에 한하여 불합치결정을 할 수 있다.

헌법불합치결정이 정당화되는 예외적인 사유로는 ① 일정한 범위의 수혜자에