

게 해력을 부여하는 법률이 평등원칙에 위배된다고 판단하는 경우와 같이 단순위헌 결정을 하는 때에는 현재 존재하는 해력을 전부 제거하게 되어 헌법으로부터 더욱 멀어지는 결과를 초래할 우려가 있다. ② 위헌법률의 제거가 법적 공백이나 혼란을 초래할 우려가 있는 경우 ③ 심판대상 법률조항의 합헌부분과 위헌부분의 경계가 모호하여 단순위헌결정으로 대처하기 어려운 경우 등을 들 수 있다. 자유권을 침해하는 위헌적 법률에 대하여는 위헌결정을 통한 위헌상의 제거로 합헌성이 회복된다는 측면에서 예외적 공공의 공정에 매우 신중을 기하여야 할 것이다.

위헌법률의 제거로 인한 법적 공백이나 혼란의 우려가 있다 하더라도, 그것이 법적 안정성의 관점에서 법치국가적으로 용인하기 어려운 법적 공백이나 혼란이어서 예외적으로 일정 기간 위헌적인 상태를 감수하는 것이 헌법적 질서에 보다 가깝다고 판단되는 경우가 아니라면 헌법불합치 결정이 원칙적으로 용인되지 아니한다(헌재 1999. 10. 21. 97헌바26, 판례집 11 - 2, 383, 417 - 418 참조).

나. 이사건의 경우

이 사건 심판대상 규정들에 대하여 단순위헌 결정을 하여 지상파 방송광고 판매대행을 규제하는 근거규정이 사라지게 되면, 지상파 방송광고 판매대행은 현재 지상파 방송을 제외한 나머지 방송에 대해서와 마찬가지로 시장의 일반원리에 입각하여 이루어지게 될 것인데, 지상파 방송광고 외 다른 방송광고의 예에 비추어 보면 민영 방송광고 판매대행업자의 수의 증가나 총 상회권의 경쟁 등이 방송의 공정성, 공익성 등을 결정적으로 훼손시키고 법치국가적 법적 안정성을 심각하게 침해하는 결과를 가져오리라고는 생각되지 아니한다.

결국 이 사건 심판대상 규정들은 과잉규정완화에 위배하여 직업수행의 자유 등을 침해하는 것으로 이에 대하여 헌법불합치 결정을 해야 할 예외적 사유를 규정하기 어려우므로 원칙에 따라 단순위헌을 선고하여야 한다.

8. 재판관 조대현의 전부위헌의견

가. 다수의견과 다른 점

방송법 제73조 제4항은 지상파 방송광고 판매를 대행사에게 위탁하도록 강제하는 부분(위탁강제제도)과 지상파 방송광고 판매를 대행하는 자격을 제한하는 부분(대행제한제도)을 함께 규정하고 있다.

다수의견은 주문에서는 방송법 제73조 제4항이 전부 헌법에 합치되지 아니한다고 선언하면서 이유에서는 방송법 제73조 제4항의 내용 중 위탁강제부분은 심판대상이 아니라고 보고 대행제한부분만 심판대상으로 삼아 헌법에 합치되지 아니한다고 판단하고 있다. 방송법 제73조 제4항의 내용 중 대행제한부분이 방송광고대행사인 청구인의 기본권을 침해한다는 점에 대해서는 이견이 없다.

그러나 방송법 제73조 제4항 중 위탁강제부분도 대행제한부분과 함께 청구인의 기본권을 침해한다고 보아야 한다.

나. 위탁강제제도의 기본권 침해성

방송법 제73조 제4항 본문의 내용 중 위탁강제부분은 지상파방송사업자가 방송광고주나 방송광고대행사 외 직접 방송광고계약을 체결하는 것을 금지하고 지상파 방송공고를 반드시 특정 대행사에게 위탁하여 수여하도록 강제하는 것이다. 이로 인하여 지상파방송사업자는 자신이 방송할 광고물을 스스로 주문받지 못하고 특정의 방송광고대행사에게 위탁하여 수여하여야 하며 방송공고의 내용(실사·시간

·방법·요금 등)도 방송광고대행사의 결정에 맡기게 된다. 이는 지상파방송사업자에 필요한 주요 수입원을 특정의 방송광고대행사에게 전부 맡기는 것이어서 지상파방송사업의 자주적 생존과 자율성을 지형적으로 침해하는 것이라고 할 것이다. 따라서 방송법 제73조 제4항 본문의 위탁강제제도는 지상파방송사업의 자유(직업수행의 자유와 언론의 자유)를 중대하게 침해하는 것이라고 보지 않을 수 없다.

또한 방송법 제73조 제4항 본문의 위탁강제제도는 지상파 방송공고를 하고자 하는 방송광고주나 그 대행사로 하여금 방송공고의 내용을 지상파방송사업자와 직접 협의하여 결정하지 못하고 지상파 방송공고의 판매를 대행하는 대행사와 협의하여 방송광고계약을 체결하게 하여 방송광고주와 그 대행사의 계약체결의 자유도 제한한다.

다. 위탁강제제도의 위헌성을 함께 심판하여야 할 필요성

방송법 제73조 제4항 본문의 내용 중에서 방송광고대행사인 청구인의 직업수행의 자유를 제한하는 부분은 주로 대행제한부분이라고 할 수 있다. 방송법 제73조 제4항 본문의 내용 중 대행제한부분은 지상파 방송광고 판매를 대행할 수 있는 방송광고대행사를 한정함으로써 거기에 해당되지 않는 방송광고대행사로 하여금 지상파 방송광고 판매를 대행하지 못하게 하여 방송광고대행사인 청구인의 직업수행의 자유를 제한하는 것이다.

그러나 대행제한제도는 지상파방송사업자가 방송공고를 직접 판매하지 못하고 반드시 대행사에게 위탁하여 판매하도록 강제하는 위탁강제제도를 토대로 하여 존립하면서 위탁강제제도와 힘을 합쳐서 청구인과 같은 일반 방송광고대행사의 직업수행의 자유를 제한한다. 대행제한제도는 위탁강제제도를 떠나서는 독자적으로 존립할 이유가 없고, 위탁강제제도가 없으면 대행제한제도는 기본권제한의 위력을 가지지 못하거나 약화될 것이므로, 위탁강제제도는 대행제한제도가 위헌성을 가지게 되는 바탕과 원인을 제공한다고 볼 수 있다. 따라서 이 사건에서는 대행제한제도와 위탁강제제도를 합쳐서 함께 심판할 필요가 있다.

위에서 본 바와 같이 위탁강제제도도 지상파방송사업의 자유를 침해하는 정도가 중대함에 불구하고, 이를 제쳐두고 대행제한제도의 위헌 여부만 심판한다면 위탁강제제도의 위헌성을 묵과하게 된다. 따라서 대행제한제도의 위헌성뿐만 아니라 위탁강제제도의 위헌성도 아울러 밝혀야 한다. 대행제한제도가 전부 위헌이라 하여 실질상이지 않고 헌법에 합치되지 아니하므로 개신하여 존속시켜야 한다고 판단하는 경우에는 위탁강제제도의 위헌성을 밝힐 필요성이 더욱 크다고 할 것이다.

라. 위탁강제제도의 위헌성

방송법 제73조 제4항 본문의 위탁강제제도도 지상파방송사업의 자유(직업수행의 자유와 언론의 자유)를 중대하게 침해하는 것이라는 점은 앞서 본 바와 같다.

문헌채록담당부장관과 한국방송광고공사는 지상파방송의 공정성·공정성·공익성을 확보하기 위하여 지상파방송사업자의 광고영역을 분리시켜 독립된 방송광고공사에게 맡기려 한다고 주장한다. 그러나 지상파방송은 수신자를 제한할 수 없어 공정성이 크고 정보제공과 여론형성에 미치는 영향력이 커서 공정성을 확보하고 개인의 권리나 공공의 이익을 해치지 않도록 하여야 할 필요가 있다고 하겠지만, 그것이 지상파방송과 그 방송공고를 분리시켜야 할 사유라고 보기 어렵고, 오히려 지상파방송의 공정성·공정성을 확보하려면 지상파 방송공고의 특성을 지상파방송을 실시하는 방송사업자가 실시하고 선별하게 할 필요가 있다고

할 것이다.

방송법 제73조 제4항 본문이 위탁강제제도를 채택한 이유는 지상파방송사업자와 광고주가 광고계약을 기점으로 서로 부당한 영향을 주지 못하게 하려는 것이라고 한다. 그러나 그러한 입법목적은 지상파방송사업자와 광고주가 광고계약을 기점으로 서로 부당한 영향을 주지 못하게 규제하는 방법으로 충분히 달성할 수 있다고 할 것이고, 광고계약의 직접 체결을 전면적으로 금지하고 방송공고의 판매를 대행사에게 위탁하도록 강제하는 제도가 정당화될 수는 없다고 할 것이다.

또한 방송법 제73조 제4항 본문은 위탁강제제도·특수방송공 등 소규모 지상파 방송사업자의 광고수주활동을 통합하여 대행하고 소규모 방송을 지원함으로써 지상파방송의 공익성·다양성을 보장하는데 기여한다고 한다. 그러나 지상파방송의 공익성은 지상파방송이 정보제공과 여론형성에 미치는 영향력이 크기 때문에 그 공정성을 확보하고 개인의 권리나 공공의 이익을 해치지 않도록 하여야 한다는 것을 의미할 뿐이고, 공익성을 이유로 지상파방송의 자유를 제한하는 것도 그러한 한도에서만 허용되는 것이다. 지상파방송사업이 공익적으로 활용되게 할 목적으로 지상파방송사업의 자유를 제한하기 위해서는 그러한 공익목적도 지상파방송사업의 자유를 제한할 수 있을 정도로 중요하여야 하는데, 소규모방송이나 특수방송을 보호하기 위하여 지상파 방송공고의 판매를 전부 위탁하도록 강제하는 것은 방송사업의 자유를 제한하기 위한 비례의 원칙에 부합된다고 보기 어렵다. 그리고 지상파 방송공고의 판매를 지상파방송사업자의 자율에 맡기더라도 방송발전기금을 부담하게 하는 등의 방법으로 지상파방송의 다양성을 확보하는 방안을 강구할 수 있을 것이므로, 지상파 방송공고의 판매를 전부 대행시키도록 강제하는 것이 지상파방송의 다양성을 확보하는 수단으로서 반드시 필요하고 적절한 것인지 의문이다.

실사 지상파 방송공고의 판매를 대행사에게 위탁시킬 필요성이 있다고 하더라도 방송광고 판매의 위탁 여부를 지상파방송사업자의 선택에 맡기거나 아니라고 반드시 특정 대행사에게 위탁하도록 법률로 강제하는 것까지 정당화할 수는 없다고 할 것이다.

결국 방송법 제73조 제4항 본문 중 위탁강제부분은 지상파방송사업의 자유를 제한하여야 할 정당한 사유도 없이 지상파방송사업의 자유(직업수행의 자유와 언론의 자유)를 중대하게 제한하는 것이라고 보지 않을 수 없다.

마. 결론

따라서 방송법 제73조 제4항 본문은 대행제한부분과 위탁강제부분을 포함하여 전부 헌법에 위헌된다고 선언하여야 한다. 위탁강제부분이 위헌인 이상 대행제한부분도 개신시켜 존치시킬 필요가 없다고 할 것이고, 방송법 제73조 제4항 본문이 전부 위헌인 이상 그 시행령 규정의 위헌 여부는 더 나아가 따져볼 필요가 없다.

9. 재판관 이동흡의 반대이견 및 별개의견(구 방송법 제73조 제5항에 대한 각하의견 및 구 방송법시행령 제30조 제3항에 대한 별개의견)

다수의견은 이 사건 규정이 구 방송법 제73조 제4항·이하 이 사건 법률조항'이라고만 한다. 구 방송법시행령 제30조 제4항·이하 이 사건 시행령조항'이라고만 한다. 이 불기판적으로 결합하여 일체를 이루는 것으로 보고 기본권침해의 직접성을 인정하는 물론 이 사건 법률조항에 이 사건 시행령조항 모두 헌법에 합치되지 아니한다고 판단하고 있다.

하지만 나는 다수의견과 달리 이 사건 법률조항과 이 사건 시행령조항은 불가분

적으로 결합하여 일체를 이루는 것이 아니라 각기 분리 가능한 독자적인 의미를 지니고 있고 그 위헌성 심사의 범위나 내용에 차이가 있으므로 당연히 이를 구분하여 심사하여야 하고, 그 결과 이 사건 법률조항에 대하여는 기본권침해의 직접성을 인정할 수 없으므로 그에 대한 심판청구는 각하를 면할 수 없다고 할 것이고, 이 사건 시행령조항에 대하여만 독자적인 위헌성 심사를 거쳐 헌법불합치 선언이 이루어져야 한다고 생각한다. 아래에서 그 이유에 관하여 밝히기로 한다.

가. 법률조항과 시행령조항의 의미와 위헌성 심사의 범위

① 이 사건 법률조항은 입법자가 한국방송광고공사의 지상파 방송광고 판매대행에 대한 독점체제를 폐지하고 지상파 방송광고 판매대상시장에 복수경쟁체제를 도입할 목적으로 마련한 것으로, 그 내용에서도 지상파 방송광고 판매대행사의 허용범위를 한국방송광고공사 또는 대통령령이 정하는 방송광고판매대행사로 규정하고 있으므로, 이 사건 법률조항은 지상파 방송광고 판매대상시장에서의 독점체제를 폐지하고 복수경쟁체제를 도입한 입법으로 볼 수 있을 뿐, 이 사건 청구인이 문제 삼고 있는 지상파 방송광고 판매대상시장에서의 한국방송광고공사의 독점체제와 연관지을 수는 없는 것이다.

② 한편 이 사건 법률조항의 위임에 따라 대통령령으로 규정된 이 사건 시행령조항은, 한국방송광고공사 이외에 허용되는 지상파 방송광고 판매대행사의 범위를 '방송광고 판매대행을 위하여 설립된 주식회사로서 한국방송광고공사가 출자한 회사'로 규정하고 있어 명실적으로는 지상파 방송광고 판매대상시장에서의 복수경쟁체제를 도입한 것으로 볼 수 있지만, 실질적으로는 한국방송광고공사의 경쟁업체를 한국방송광고공사가 출자한 회사로 규정함으로써 여전히 한국방송광고공사의 독점체제를 유지한 것에 불과하다고 할 여지도 있는 것이다.

③ 이와 같이 이 사건 법률조항과 이 사건 시행령조항은 그 형식 및 규정내용에 있어 확연히 구분되는 것이므로 그 위헌성 심사의 범위나 내용에 있어서도 차이가 있을 수밖에 없는 것이다. 즉, 이 사건 법률조항에서 지상파방송광고판매대행사의 허용범위를 한국방송광고공사 이외에 대통령령이 정하는 방송광고대행사로 규정한 것이 위헌인지의 여부(복수경쟁체제의 도입)와 이 사건 시행령조항에서 한국방송광고공사 이외에 지상파 방송사업자에게 방송공고를 위탁할 수 있는 업체를 한국방송광고공사가 출자한 회사로 제한한 것이 위헌인지의 여부(한국방송광고공사의 실질적 독점체제의 유지)는 구분되어야 하고, 그 당연한 귀결로서 이 사건 법률조항과 이 사건 시행령조항에 대한 각각의 위헌성 심사의 범위나 내용은 물론 그 위헌여부에 대한 판단도 서로 달리질 수 있는 것이다. 청구인 스스로도 이 사건 헌법소원심판청구사에서 주위적으로는 이 사건 법률조항 및 이 사건 시행령조항의 위헌확인을 구하면서 애매적으로는 이 사건 시행령조항의 위헌확인만을 구하고 있고, 또한 이 사건 시행령조항에 대하여만 한국방송광고공사의 독점체제 유지로 인한 직업선택의 자유 및 평등권 침해를 위헌사유로 주장하고 있는 것도 이와 같은 맥락에서 이해할 수 있는 것이다.

나. 이 사건 법률조항의 기본권침해의 직접성

① 이 사건 법률조항과 이 사건 시행령조항은 각기 분리 가능한 것인 만큼, 수권조항인 이 사건 법률조항이 청구인의 기본권을 직접 침해하는 것인지가 문제된다. 헌법재판소법 제30조 제4항에 의한 헌법소원사건에서의 직접요건인 기본권 침해의 직접성(즉 집행행위에 의하지 아니하고 법률 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 자유의 박탈이 생긴 경우)를 뜻하는 것이고, 이