

# 참고서면

사 건 2019구합7096 방송통신심의위원회결정취소 및 재심의청구의 소  
원 고 전민정  
피 고 방송통신심의위원회

## ○ 전 대법원판사 이회창 회고록에서

### 사법 적극주의란

법관이 실정법의 법문규정에 얽매이지 않고 헌법정신에 따라 적극적인 법해석을 해야 한다는 입장으로서 헌법을 시대 변화에 적용해 탄력적으로 해석함으로써 입법부나 집행부의 행위를 적극적으로 판단하려고 하는 헌법철학이다. 법원이 단순한 문언해석을 넘어 법창조적인 기능까지 발휘하는 법해석을 해야 하는 이유는 재판에서 준거해야 할 실정법은 너무나 불완전하여 실정법의 규정이 미치지 않는 공백이나 사각의 법 공간이 생기는데 있다. 실정법이 시대정신을 벗어났거나 그 문언대로는 입법이 의도한 정의실현이 어렵게 된 경우에는 법관의 법창조적 해석기능만이 법의 정의를 되살릴 수 있다. 그것은 잘못된 사법 관행과 관념을 타파하고 헌법이 보장하는 기본권의 범주를 확장시킬 수 있게 해준다.<sup>1)</sup>

## ○ 예루살렘의 아이히만

독일에서 히틀러는 유대인 600만을 학살하라고 명령했고 아이히만은 집행했습니다. 아이히만은 예루살렘 법정에서 합법적인 절차에 의한 법과 명령이면 정당화된다는 항변을 하였습니다. 형식적법치주의 지배하에서 아무런 생각없이 행동한 결과 유대인 600만을 학살하였던 것입니다. 지금 우리나라에서 동일한 과오가 재현되고 있습니다. 바로 도올과 KBS가 공동으로 수천만 국민의 정신을 학살하고 있습니다. 합법적인 절차와 행정행위이면 면죄부를 받아야 한다는 피고의 주장은 예루살렘에서의 아이히만과 무엇이 다른가요? 법과 행정행위는 그 내용도 정의로와야 한다는 실질적 법치주의하에서는 대한민국 정체성을 훼손하여 국민의 사상을 오염시키는 자들은 반드시 처단되어야 하며 행정법상 제재는 그 최소한에 불과합니다.

## 1. 피고의 본안전 항변에 대한 판단

가. 이 사건 소는 항고소송의 대상적격이 있어 적법합니다.

### (1) 관련법리

행정행위는 상대방 또는 기타 관계자들의 법률상 지위에 직접적인 법률적 변동을 일으켜야 처분이 됩니다. 피고가 방통위에 제재요청 처분을 하여야 할 사안에서 제재요청을 하지 않은 위법성에서 원고의 재판청구권이 발생합니다. 그런데 피고의 권고결정과 거부처분에 대하여 원고가 재판청구권을 행사할 수 없도록 한다면 처분의 상대방은 이익이 되지만 제3자인 원고의 법률상 지위는 직접적으로 침해받게 되어 법률적 변동이 발생합니다. 따라서 피고의 행위는 복효적 행정행위에 해당합니다. 행정처분은 여러 가지 사정을 참작하여 개별적으로 결정하여야 합니다.

1) 이회창 회고록 1권, 이회창, 224-228면, 김영사, 2017.

(2) 이 사건 권고는 처분에 해당합니다.

(가) 권고를 받은 관계자나 책임자에 대하여 후속조치를 취하는 규정이 없으므로 처분성이 없다는 항변은 오해입니다.

○ 행정지도의 처분성 인정판례

교육인적자원부장관의 대학총장들에 대한 이 사건 학칙시정요구는 대학총장의 임의적인 협력을 통하여 사실상의 효과를 발생시키는 행정지도의 일종이지만, 그에 따르지 않을 경우 일정한 불이익조치를 예정하고 있어 사실상 상대방에게 그에 따를 의무를 부과하는 것과 다를 바 없으므로 단순한 행정지도로서의 한계를 넘어 규제적·구속적 성격을 상당히 강하게 갖는 것으로서 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사라고 볼 수 있다(헌재결 2003. 6. 26. 2002헌마337,2003헌마7·8)  
장관의 시정요구는 그 실질에 있어서 상대방에게 법적 의무를 부담시키는 행정처분으로서 행정소송의 대상이 된다.

○ 조선일보와 KBS 사례

<http://www.mediatoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=207805>

민원인은 방통심의위에 “조선일보가 의혹 제기를 한 게 아니라 유튜브 채널 가로세로연구소의 의혹 제기를 (조선일보가) 팩트체크한 것이고, 팩트체크 내용 중 계산 오류가 있어 정정보도한 것”이라고 지적한 뒤 “해당 방송은 조선일보가 부정선거 의혹을 제기했다가 그 주장을 철회한 것으로 잘못 인용했다”고 했다.

KBS 사사건건은 지난 23일 이에 대해 사과했다. 진행을 맡은 박찬형 KBS 기자는 “한가지 바로 잡도록 하겠다. 지난 4월21일 방송에서 야권에서 제기한 부정선거 주장을 다루면서 조선일보가 관련 의혹을 제기하고 나중에 이를 정정한 것으로 보도했었다”고 말한 뒤 “확인 결과 해당 부정선거 의혹은 조선일보가 아니고 가로세로연구소가 제기한 것으로 조선일보는 이를 팩트체크한 기사를 실었고 부정선거 의혹 제기와는 관련이 없어서 이를 바로잡는다”고 설명했다.

심의위원 5인은 전원 의견으로 행정지도 ‘권고’를 주장했다.심의위원들은 KBS가 바로잡는 방송을 한 점을 제재 수위 결정에 반영했다.

※ 사과방송과 정정보도한 점을 감안하여 권고결정하였다는 것은 사과방송과 정정보도하지 않았을 경우 제재를 받았음을 의미한다. 이와 비교할 때 도올과 KBS의 경우는 사과방송과 정정보도를 하지 않았는데 권고결정을 하였다. 이것은 2차가해를 의미한다. 사과방송과 정정보도를 하였다면 권고결정을 했어도 1차가해에 대한 치유가 조금이라도 될 수 있었겠지만 전혀 그렇게 하지 않고 오히려 2차, 3차, 4차 끝없는 도발을 시도하고 있다. 상대방에게 법적의무를 부담시키는 권고결정이 처분성이 인정되듯 제3자인 피해자에게 고통을 주는 권고결정 역시 처분성이 인정되는 것이다.

피고의 주장은 위반정도가 경미한 경우에 타당하고 본 사안과 같이 위반정도가 중한 경우에는 후속조치(제재조치 등)를 당연히 해야 하기에 제재조치가 있었어야 합니다. 시청자와 건국대통령 및 유족의 권익이 침해된 사실은 어느 모로 보아도 제재조치를 해야 할 중대한 사안입니다. 이에 대하여 피고가 내린 권고결정은 재량을 남용한 위법한 공권력의 행사에 해당합니다. 권고결정을 비권력적 사실행위로 보고 처분성이 없다고 주장하는 것은 권고의 상대방에 대해서는 타당할지 모르나 원고측에 대해서는 타당하지 않습니다. 위법한 공권력의 행사가 처분의 상대방에게는 이익이 되나 시청자와 건국대통령 및 유족의 권익보호는 침해하므로 복효적 행정행위로서 처분성이 인정됩니다. 권리를 제한(침해)하거나 의무를 부담시키는 것은 규제적, 구속적 성격인 점에서 같습니다. 이승만 대통령 등 피해자에 대한 권리의 침해는 권리의 제한보다 법익침해의 정도가 크다는 점에서 당연히 권리보호이익이 있습니다. 피고청의 권고결정은 국민의 시청자주권, 납세

자주권을 형해화하는 위법한 결정에 해당하고 행정소송 이외의 특별 불복절차가 따로 마련되어 있지 않다는 점에서 취소소송의 대상이 되는 처분입니다.

(나) 권고를 받은 관계자나 책임자가 권고를 따르지 않아도 불이익을 부과하는 규정이 없으므로 처분성이 없다는 항변은 오해입니다. 그러한 규정이 위법행위자들에게는 이익이되므로 타당하나 권익침해를 당한 측에게는 타당한 주장이 될 수 없습니다. 불법행위에 대하여 면죄부를 주기 위해 권고결정을 해서는 안되는 것이고 재량권 일탈에 해당하는 공권력 행위는 소의 대상이 됩니다. 피고의 주장은 재량권 일탈 행위에 대한 설명이 될 수 없습니다.

(다) 권고를 받은 관계자나 책임자에 대해 불복할 수 있는 규정이 없다는 항변은 공권력 남용 행위를 권고결정한 경우에 있어서는 이유가 될 수 없습니다. 권고결정에 따른 법률상 의무가 없으려면 경미한 위반을 전제한 권고결정이어야 합니다. 그 경우 불복을 허용할 실익이 없기 때문에 피고의 주장은 타당합니다. 그러나 공권력 남용행위의 경우 또는 시청자 권익보호와 유족등에 대한 권익침해 그리고 피고를 통제할 법률상 이익이 있는 경우에는 원고측에 대해서는 타당한 이유가 될 수 없습니다. 따라서 권고결정이라는 옷을 입은 위법한 공권력 행사에 대하여 불복할 수 있는 구제수단은 원고측을 위해서 존재해야 합니다.

(라) 피고의 제재조치 요청이나 권고만으로는 이해관계인의 권리의무에 직접적인 변동이 생긴다고 볼 수 없다는 항변은 권고결정의 성격을 일률적으로 판단한 잘못이 있습니다. 권고는 그 형태에 따라 단순한 권유에 불과한지, 아니면 관계자들의 법률상 지위에 영향을 미치는지 여부에 따라 개별적으로 판단해야 합니다. 피고의 권고는 두가지 의미 즉 양면적 효과가 있습니다. 권고를 받은 자에 대하여는 법률상 이익을 개별적 구체적으로 규제하는 효과가 없으므로 KBS 측에게는 처분성이 없다고 할 수 있으나 원고측을 포함한 이해관계인에 대하여는 ‘괴뢰’는 사자의 명예훼손, ‘나쁜놈, 꼴통’은 시청료를 납입하고 있는 시청자 인격권 침해 등 권익침해를 인정한 것입니다. 즉 권고결정은 인격권, 시청자주권 등의 보호법익의 존재를 확인해 준 것으로서 처분성이 있습니다. 그런데 처분을 다룰 수 있는 재판청구권이 발생하는데 이를 행사할 수 없게 한다면 권리의무에 변동이 생겼다고 할 수 있습니다.

(3) 이 사건 거부행위는 처분에 해당합니다.

(가) 행정청이 국민으로부터 신청을 받고서 한 거부행위가 행정처분이 되기 위하여는 국민이 행정청에 대하여 신청에 따른 행정행위를 해 줄 것을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 권리가 있어야 한다(97누3200)는 것이 판례의 태도입니다. 도올의 패륜적 발언을 제재요청하지 않은 피고에 대하여 주권자인 국민이 법원을 통해 통제를 신청할 수 있는 신청권은 헌법 제1조의 국민주권의 원리에서 도출됩니다. 국민주권의 원리는 국민이 단순히 권력의 대상이 아니라 국가의사를 결정할 수 있는 최고의 지위에 있고 통치권력은 국민의 기본권을 최대한 보호하는 지위에 있음을 말합니다. 따라서 시청자주권은 국민주권의 원리에서 도출되는 것으로서 당연히 인정 받아야 하는 보편적 권리이고 이러한 법상식을 조리법이라고 합니다. 행정법의 법원에는 관습법과 조리법도 있습니다. 서울이 수도라는 관습법을 헌재가 확인해주었듯이 국민주권의 원리는 장식용이 아닌 본 사안에 적용하라고 존재하는 원리이고 법원은 이를 확인할 법창조의 의무가 있습니다.

(나) 민원신청에 대하여 행정기관이 절차적인 접수 의무가 있다면 실제적인 신청권도 인정될 수 있습니다. 헌법 제37조 1항은 “국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 않는다”고 규정하고 있습니다. 만일 위법한 방송에 대하여 민원을 신청할 때마다 권고결정을 하는 경우 다룰 수가 없다고 한다면 이것이 바로 독재국가입니다. 권력분립은 이런 독재를 견제하기 위한 장치이고 따라서 국민주권을 규정한 헌법은 방송을 시청하는 국민에게 절차적 신청권과 더불어 실제적 신청권을 부여하였다고 해석함이 타당합니다.

(다) 권고결정이 첫 번째 거부처분(제재조치를 거부한 위법한 처분)이고 권고결정의 위법성을 다투는 원고의 이의신청에 대한 기각결정은 단순한 회신이 아닌 두 번째 거부처분입니다. 피고는 이의신청을 기각하는 처분을 단순히 종전의 거부처분(권고결정)을 유지하겠다는 통지(회신)에 불과하여 처분이 아니라고 주장하나 다음과 같은 이유에서 부당합니다. 첫째, 최초의 처분(권고결정)이 있는 후 상당한 기일이 지나서 이의신청에 대한 기각결정을 하여 제척기간을 초과시키는데 악용될 수 있습니다. 둘째, 제척기간은 최종 결정(권고결정을 유지하겠다는 결정)일로부터 진행되는 것이 일반적입니다. 셋째, 적법한 이의신청에 대하여 위법한 권고결정을 유지하겠다는 기각결정은 판단유탈, 심리미진, 이유불비 등의 위법성이 여전히 남아있다는 점에서 잘못된 결정이어서 위법한 처분일 수밖에 없습니다.

(대판 1996.6.11. 95누12460)”

국민이 어떤 신청을 한 경우에 그 신청의 근거가 된 조항의 해석상 행정발동에 대한 개인의 신청권을 인정하고 있다고 보여지면 그 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 처분으로 보아야 할 것이고, 구체적으로 그 신청이 인용될 수 있는가 하는 점은 본안에서 판단하여야 할 사항인 것이다.

(라) 원고의 민원은 피고에 대하여 방송심의에 관한 직권발동을 촉구하는 단서 정도로 간주하려면 피고의 적법한 행정행위가 전제되어야 합니다. 피고는 직권발동을 촉구당하여 직권을 행사하였으나 직권을 남용하여 조리상 인정되는 구체적 권리인 시청자주권을 침해하였기에 재심의 요구는 적법하며 이에 대한 거부처분(회신)은 위법한 행정처분에 해당합니다.

(4) 원고는 권고결정의 취소를 구할 원고적격이 있습니다(법률상 보호되는 이익이 있습니다)

원고는 행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자라 하더라도 당해 권고결정이라는 행정처분으로 인하여 법률상 보호되는 이익을 침해당한 경우에 해당합니다. 따라서 처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기하여 그 당부의 판단을 받을 자격이 있습니다.

(가) 제3자의 원고적격

행정처분이 상대방이 아닌 제3자도 그 처분으로 인하여 법률상 보호되는 이익을 침해당한 경우에는 그 처분의 취소 또는 변경을 구하는 행정소송을 제기하여 그 당부의 판단을 받을 법률상 자격이 있다(대판 1999.12.7., 97누12556).

공영방송이 방송법 제1조의 목적과 방송의 결과가 시청자의 권익보호와 시청자의 이익에 합치하도록 하여야 한다는 동법 제3조 규정에 반하여 방송한 것은 국민의 재산권 침해입니다. 그 이유는 시청자가 방송을 시청하고 싶지 않아도 방송수신료를 강제납부해야 하는 불이익이 있기 때문입니다. 대한민국 국민은 공영방송 재난방송주관사인 KBS를 안 볼 수 없습니다. 원고는 시청료를 강제납부하는 시청자로 원고적격이 당연히 있습니다. 따라서 원고는 방송의 내용과 피고가 제

대로 된 감독을 하지 않고 내리는 결정에 대하여 이해관계가 있으며 이러한 이해관계의 침해는 법익침해에 해당됩니다. 만일 피고가 감독을 부실하게 하는 경우 이해관계있는 시청자가 이익을 제기하지 않으면 누가 이익을 제기한다는 말인지, 공익은 침해되어도 괜찮다는 말인지 묻지 않을 수 없습니다. 민중소송과는 달리 방송은 시청자를 대상으로 하는 것이므로 시청자는 방송의 위법성 문제에 대해서는 법적인 문제를 제기할 수 있습니다.

여기에서 말하는 법률상 보호되는 이익은 처분의 근거법규 및 관련 법규에 의하여 보호되는 개별적, 직접적, 구체적 이익이 있는 경우를 말합니다. 권고결정의 근거 법규인 방송법 제1조는 방송의 공적 책임과 시청자의 권익보호를 규정하였고 방송이 이를 침해한 경우에 해당합니다. 도올은 반탁하면 ‘나쁜 놈’, ‘꼴통’이라고 망언을 하였고 이를 KBS는 방조를 함으로써 반탁을 한 국민들과 반탁을 지지하는 대다수 국민이 나쁜 놈과 꼴통이라는 낙인이 찍혀 수많은 국민의 명예가 훼손되었습니다. 이것은 방송내용이 시청자의 개별적인 명예를 훼손한 정도를 넘어서 방송을 통한 좌편향 이념교육이라 할 수 있고 이는 북한 공산주의를 이롭게 하는 이적행위로서 국가의 계속성에 심각한 위해가 될 수 있다는 점에서 한 개인의 개별적, 직접적, 구체적 이익과는 비교도 할 수 없는 대형 범죄행위에 해당합니다. 국가적 법익에 관한 죄는 모든 국민이 개별적 연관성이 있습니다. 개인의 합은 국가이기 때문입니다. 대한민국이 정상적인 국가라면 이 사건 관련자들은 매우 엄중한 처벌을 받아야 할 사안이 명백하고 따라서 대는 소를 포함한다는 원칙에 의해서 행정법원에서는 당연히 소송대상이 될 수밖에 없습니다. 언론중재및피해구제등에관한법률은 제26조부터 제31조까지 언론에 의한 피해자는 법원에 소를 제기할 수 있고 법원은 적당한 처분을 명하도록 규정하고 있습니다. 또한 KBS는 국민으로부터 시청료까지 납부받는 공영방송입니다. 시청료를 납부하는 고객은 방송심의 규정을 위반한 공영방송을 제재하라고 요청할 권한이 있습니다. 지방자치법 제17조의 주민소송 규정과 같은 이치입니다. 피고의 거부처분들은 원고를 포함한 국민을 모독한 불법행위자들에게 면죄부를 준 위법한 행정행위로서 시청자 원고의 인격권 등의 권익을 개별적, 직접적, 구체적으로 침해하였기에 원고적격이 충분히 있습니다.

국가가 나서서 바로잡아야 할 공익보호를 시민이 대신해주는 공익소송은 그 취지상 소의 이익을 넓게 인정해야 헌법상 재판청구권을 실질적으로 보장하게 됩니다. 재정낭비 감독수단을 보완하기 위해 추진되는 납세자 소송, 소비자소송제도나 현행 주민자치법 제17조 주민소송은 국민주권을 실질화하는 당연한 제도입니다. 이와같이 국민주권을 실질화하는 추세에 따라 방심위 활동 감독수단을 보완하기 위해 시청자소송을 보장하여 공익침해를 근절하고 시청자의 권익을 보호해 나가야 한다는 점에서 소의 이익은 존재합니다. 방심위가 감시·통제역할을 제대로 못하고 있는 상황에서 KBS 시청료를 납부하는 시민이 방송관련된 부패행위나 위법행위에 대한 유효한 외부적 감시통제장치가 되게하는 시청자소송은 방송집행의 투명성과 책임성을 강화시켜 공익수호와 기본권보장을 실현해 줄 것입니다.

시청자주권 침해	1. 방송법 제1조 : 방송의 공적 책임과 시청자의 권익보호를 규정 2. 헌법 제1조 : 국민주권주의 3. 헌법 제10조 및 제37조 : 열거되지 않은 기본권도 경시되지 않고 국가가 이런 기본권을 확인하여 보장해야 한다 4. 건전한 방송을 시청할 권리와 악의적으로 왜곡된 방송으로부터 보호받을 권리가 있음
인격권 침해	괴뢰, 무덤, 나쁜놈, 꼴통, 모욕 및 명예훼손
재산권 침해	방송법 목적에 반한 방송 : 지방자치법 제17조 주민소송, 재난방송주관사인

	KBS를 안 볼 수 없다. 시청료 강제납부 -> 방송심의 규정 위반한 공영방송 제재 요청권한이 있음
재판받을 권리 침해	1. 민원처리법 제35조와 방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률 제25조를 종합하면 당사자에는 민원인도 포함됨 2. 방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률 시행령 제8조⑤항 : 이용자도 이의신청 및 쟁송 가능 3. 언론중재및피해구제등에관한법률 26조 ~ 31조 : 피해자는 법원에 소를 제기할 수 있고 법원은 적당한 처분을 명하도록 규정 4. 헌법 제27조 원고적격을 인정하지 않는 경우 방송법은 재판권과 평등권 침해하여 위헌 5. 방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률 제25조 ⑥ : 심의위원회가 시정요구를 할 때에는 당사자에게 그 처분에 관하여 행정심판 및 행정소송을 제기할 수 있는지 여부, 그 밖에 불복을 할 수 있는지 여부, 청구절차 및 청구기간, 그 밖에 필요한 사항을 알려야 한다 5. 개괄주의
민원신청권 침해	<b>민원처리에관한법률</b> : 민원의 공정하고 적법한 처리는 국민의 권익을 보호함을 목적으로 한다(제1조). 민원이란 민원인이 행정기관에 대하여 처분 등 특정한 행위를 요구하는 것이다(제2조 제1호). 민원 신청하고 공정, 친절, 적법한 응답을 받을 권리가 있다(제5조) -> 적법한 응답을 받지 못함
국가적법익침해	국가보안법 이적단체 동조죄 : 국가정체성 계속성 침해,

**(나) 방송법위 위헌성**

방송법은 방송의 공적책임과 시청자의 권익보호를 주안점으로 강조하는 시청자주권을 명시하고 있습니다. 이러한 가치를 침해했을 때 주권자 시청자에게 원고적격을 인정하지 않는다면 방송법은 국민의 재판청구권을 침해하는 위헌법률이 됩니다. 시청자에게 피해가 있을 때 복효적 행정행위가 된다는 점에서 원고적격을 인정하여 불복을 허용해야 합니다.

**(다) 불기소처분 통제법리와 유사**

형사소송법은 고소사건에 대해서 불기소처분을 하면 재정신청(검찰항고전치), 고발사건에 대해서는 검찰항고제도를 두고 있습니다. 권고결정에 대한 불복은 불기소처분이 고소·고발인에게 처분한 것이 아니라도 불복할 수 있게 하는 구조와 같습니다.

**(5) 이 사건 소는 제소기간을 준수했습니다.**

**(가) 이의신청에 대한 기각결정은 처분이 맞습니다.**

피고의 처분은 두 개의 거부처분을 하였으며 첫째가 권고처분, 둘째가 재심의기각처분입니다. 권고결정에 대한 재심의신청은 형사소송법상 검찰항고나 재정신청제도와 본질이 같습니다. 재정신청이 있으면 검찰항고를 거쳐 관할 고등법원의 재정결정이 있을 때까지 공소시효의 진행이 정지된다(형사소송법 제262조의4①)는 규정에서 볼 수 있듯이 재심의 신청과 동시에 행정소송 청구기간은 정지되어야 합니다. 검찰항고와 재정신청에서도 기각결정이 있을 때로부터 불복기간을 계

산하듯 거부처분이 있는 날로부터 기간을 계산해야 맞습니다. 그렇지 않다면 피고가 처분을 언제 하나에 따라 원고의 행정소송 준비기간이 달라지게 되는 불이익을 받게 된다는 점에서 피고의 주장은 타당하지 않습니다. 즉 원고가 이의신청을 하는 것은 재심의하여 제재처분을 기대하면서 별다른 소송준비를 안하고 있음이 상당한데, 재제조치할 것이라는 기대와 달리 재심의 기각처분을 받고 그것도 제1회 거부처분을 받은 날로부터 90일 되는 직전의 날에 받게 된다면 소송준비를 1일간 준비하여 소송제기하라는 말이며 이는 상식에 어긋난 주장입니다.

#### (나) 제소기간의 특례

진정, 이의신청, 민원, 청원, 행정심판 등 어떤 개념을 사용하더라도 본질이 행정심판이면 행정심판 대상으로 받아들임이 판례의 태도입니다. 즉 행정심판은 엄격한 요식을 요하지 않는 서면주의입니다. 따라서 행정소송법에서 정한 행정심판을 거친 경우의 제소기간의 특례가 적용된다고 할 수도 있습니다.

“민원신청서가 행정기관의 처분의 시정을 구하는 취지라면 행정심판청구로 볼 수 있다”(대판 1995. 9. 29. 95누5332)

#### (다) 고지의무 위반

피고는 원고가 불복절차를 문의하였으나 제대로 답변하지 못하였습니다. 일반국민이 법률 문외한임을 감안할 때 처분결과를 통지하면서 불복제도를 친절하게 고지했어야 함에도 고지의무를 위반하였습니다(행정절차법 제26조, 행정심판법 제58조). 방심위는 방통위가 상급관청으로서 행정심판위원회라는 사실과 불복절차에 대하여 전혀 고지하지 않았습니다. 따라서 정보부족으로 권고 결정에 대한 원고의 불복은 재심의 신청과 행정심판 청구 두 가지 의미가 있었습니다. 재심의는 방심위 자체의 직접통제를 기대하지만 한편으로는 내부통제라는 한계를 갖는 점에서 방심위의 위법부당 여부를 상급기관에서 판단하도록 행정심판 청구의 의도도 있었습니다.

대법원 판례에 의하면 피고는 고지의 하자가 있었고 불고지의 효과로 청구기간은 연장되어야 합니다.

#### <대법원 2012. 5. 10. 선고2010다15660 판결>

민원사무처리에 관한 법률(이하 '민원사무처리법'이라 한다)은 민원사무의 공정한 처리와 민원행정제도의 합리적 개선을 도모함으로써 국민의 권익을 보호함을 목적으로 하여 민원사무처리에 관한 기본적인 사항을 규정한 법률로서( 제1조), 민원사항에 대한 행정기관의 장의 거부처분에 대하여 불복이 있는 민원인이 그 거부처분을 받은 날부터 90일 이내에 처분청인 그 행정기관의 장에게 문서로 이의신청(이하 '민원 이의신청'이라 한다)을 할 수 있는 절차를 두고, 민원 이의신청을 한 날부터 10일 이내에 행정기관의 장이 민원 이의신청에 대하여 결정하고 그 결과를 민원인에게 지체 없이 문서로 통지하도록 하고 있으나( 제18조 제1, 2항), 민원인은 민원 이의신청 여부와 관계없이 행정심판법에 의한 행정심판 또는 행정소송법에 의한 행정소송을 제기할 수 있으며( 같은 법 제18조 제3항), 이에 따라 행정기관의 장은 민원 이의신청에 대한 결과를 통지하는 때에는 결정이유와 아울러 원래의 거부처분에 대한 불복방법 및 불복절차를 구체적으로 명시하여야 한다( 같은 법 시행령 제29조 제3항).

#### <대판1987.11.24. 87누529>

자동차운수사업법 제31조 등의 규정에 의한 사업면허의 취소 등의 처분에관한 규칙(교통부령) 제7조 제3항의 고지절차에 관한 규정은 행정처분의 상대방이 그 처분에 대한 행정심판의 절차를 밟는데 있어 편의를 제공하려는 데 있으며 처분청이 위 규정에 따른 고지의무를 이행하지 아니하였다고 하더라도 경우에 따라서는 행정심판의 제기기간이 연장될 수 있는 것에 그치고 이로 인하여 심판의 대상이 되는 행정처분에 어떤 하자가 수반된다고 할 수 없다.

또한 VOD 등에 의한 법익침해의 계속성<sup>2)</sup>으로 보아 제소기간 도과여부 논의는 실익이 없습니다.

2) 증거자료 -

**(6) 소결론**

이 사건 권고결정과 이의신청에 대한 기각결정은 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하며, 원고는 이 사건 권고결정의 취소를 구할 원고적격도 인정되고, 청구기간도 도과하지 않았습니다.

**2. 이 사건 권고 및 기각결정의 위법성 : 재량권 남용·일탈**

**가. 피고의 주장**

이 사건 권고 및 회신결정은 재량권 일탈·남용이 아니라고 주장합니다.

**나. 재량권 일탈·남용 여부**

(1) 권고결정은 KBS가 방송법과 심의규정을 위반했음을 인정한다는 의미입니다.

(2) 피고는 방송법과 심의규정을 엄격하게 심의하지 않은 직무유기의 위법이 있습니다. 사상의 자유도, 강연형식의 프로그램도, 질문에 답하는 발언도 역사를 왜곡하고 국민을 모독할 자유까지 보장하지는 않습니다. 법률에 의하여 제한되며 역사왜곡은 범죄입니다.

(3) 방통위에 방송법 제100조의 제재조치를 요청할 중대한 사안에 대해 요청하지 않은 직무유기의 위법이 있습니다.

(4) 성실하게 재심의하지 않은 직무유기의 위법이 있습니다.

(5) 불복방법 고지의무 위반의 위법이 있습니다.

(6) 권고결정으로 위법성을 은폐하려고 한 위법이 있습니다.

<방송법 위반내용>	<방심위심의규정 위반내용>
<p><b>제1조(목적)</b> 이 법은 방송의 자유와 독립을 보장하고 방송의 공적 책임을 높임으로써 시청자의 권익보호와 민주적 여론형성 및 국민문화의 향상을 도모..</p>	<p>0 형평성·균형성·공정성을 유지하여야 하며, 진행자 또는 출연자는 타인을 조롱 또는 희화화하여서는 아니된다'</p>
<p><b>제3조(시청자의 권익보호)</b> 방송사업자는 시청자가 방송프로그램의 기획·편성 또는 제작에 관한 의사결정에 참여할 수 있도록 하여야 하고, 방송의 결과가 시청자의 이익에 합치하도록 하여야 한다.</p>	<p>0 방송의 객관성(동규정 제14조), 윤리성(동규정 제25조), 방송언어(동규정 제51조)규정</p>
<p><b>제5조(방송의 공적 책임)</b> ①방송은 인간의 존엄과 가치 및 민주적 기본질서를 존중하여야 한다. ②방송은 국민의 화합과 조화로운 국가의 발전 및 민주적 여론형성에 이바지하여야 하며 지역간·세대간·계층간·성별간의 갈등을 조장하여서는 아니된다. ③방송은 타인의 명예를 훼손하거나 권리를 침해하여서는 아니된다. ④방송은 범죄 및 부도덕한 행위나 사행심을 조장하여서는 아니된다. ⑤방송은 건전한 가정생활과 아동 및 청소년의 선도에 나쁜 영향을 끼치는 음란·퇴폐 또는 폭력을 조장하여서는 아니된다.</p>	<p>0 방송심의의 기본원칙인 사회통념을 존중하여야 한다</p> <p>0 KBS 자체 심의에서 거르지도 않고, 제8조에 명시된 가족시청시간대, 청소년시청보호시간대에 그대로 방송함</p> <p>0 지상파방송은 사회통합 실현에 기여하여야 한다</p> <p>0 방송은 진실을 왜곡해서는 안된다</p>



**제6조(방송의 공정성과 공익성)** ①방송에 의한 보도는 공정하고 객관적이어야 한다. ②방송은 성별·연령·직업·종교·신념·계층·지역·인종등을 이유로 **방송편성에 차별**을 두어서는 아니 된다. ③방송은 국민의 **윤리적·정서적 감정을 존중**하여야 하며, 국민의 기본권 옹호한다. ④방송은 표준말의 보급에 이바지하여야 하며 언어순화에 힘써야 한다. ⑤방송은 정부 또는 특정 집단의 정책등을 공표함에 있어 **의견이 다른 집단에게 균등한 기회가 제공**되도록 노력하여야 하고, 또한 각 **정치적 이해 당사자**에 관한 **방송프로그램을 편성함에 있어서도 균형성이 유지**되도록 하여야 한다.

**제32조(방송의 공정성 및 공공성 심의)** 방송통신심의위원회는 공정성과 공공성을 유지하고 있는지의 여부와 공적 책임을 준수하고 있는지의 여부를 방송 또는 유통된 후 심의·의결한다. 이 경우 매체별·채널별 특성을 고려하여야 한다.

**제33조(심의규정)**

1. 헌법의 민주적 기본질서의 유지와 인권존중에 관한 사항
2. 건전한 가정생활 보호에 관한 사항
3. 아동 및 청소년의 보호와 건전한 인격형성에 관한 사항
4. 공중도덕과 사회윤리에 관한 사항

는 규정

○ <정보통신망이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 위반내용>

제3조 이용자의 권익보호

제70조(벌칙) ① 사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

② 사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 거짓의 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손한 자는 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

**(7) 엄격한 심사기준을 적용하지 않은 위법이 있습니다.**

개인방송은 표현의 자유를 넓게 인정하여 심사기준을 완화하고 방송사업자인 KBS가 제작한 방송은 심사기준을 강화할 필요가 있고 거짓과 모독은 허용되지 않는다는 판례에 의하면 피고의 처분은 재량권을 남용한 위법에 해당합니다.

**<대법원 2019. 11. 21. 선고 2015두49474>**

시청자 제작 방송프로그램은 소수의 이해와 관점을 반영하여 다양한 사회적 의견을 형성하는 방송의 공적 역할을 위하여 도입된 것으로, 시청자가 제작한다는 점에서 기술이나 자본, 접근 가능한 정보의 양에 한계가 있고 그 결과 전문성이나 대중성이 부족할 수밖에 없는데, 이와 같은 한계는 각각의 다른 의견을 가진 시청자가 각자의 관점으로 방송프로그램을 제작하여 방송하는 방법으로 해결할 수 있다는 점에 특성이 있다. 따라서 시청자가 제작한 방송프로그램은 방송내용의 진실성과 신뢰도에 대한 기대의 정도나 사회적 영향력의 측면에서 **방송사업자가 직접 제작한 방송프로그램과 다를 수밖에 없다.** 그러므로 방송통신심의위원회가 시청자가 제작한 방송프로그램의 객관성·공정성·균형성 심사를 할 때는 방송사업자가 직접 제작한 프로그램에 비하여 심사기준을 완화할 필요가 있다.

역사적 관심사에 관한 비판이나 문제제기를 널리 인정한다고 하더라도 구체적인 근거가 제시되지 않은 악의적인 모함이나 사실의 왜곡까지 방송에서 허용되는 것은 아니다.

**(8) 공정성 위반의 위법이 있습니다.**

정경심 한 개인에 대한 객관성을 위반한 보도는 중징계를 하고 건국대통령에 대한 객관성, 공정성 등 다수 규정을 위반하여 전국민의 마음에 엄청난 상처를 준 왜곡 보도는 고작 권고를 한 것은 공정성을 심각하게 위반한 위법이 있습니다.

○ 조선일보와 KBS사례 : KBS가 사과방송과 정정보도한 점을 감안하여 권고결정하였으나 본 건은 사과도 정정보도 없이 권고결정함

○ 방심위, '정경심 PC서 총장 직인 발견' SBS 보도 중징계 확정, 한겨레, 2020. 6. 23.

검찰이 사문서위조 혐의로 정경심 교수를 기소한 가운데 정 교수가 증거물로 제출한 본인의 업무용 컴퓨터에서 '동양대 총장 직인 파일이 발견됐다'는 내용의 보도가 있었으나 해당 컴퓨터에는 '직인이 찍힌 상장이 보관돼 있었고, 파일 형태의 직인은 보도가 나간 사흘 뒤 동양대 휴게실 컴퓨터에서 나온 것으로 밝혀졌다. 이에 대해 방심위는 "장관 후보자가 가족의 비리 의혹이라는 전 국민적 관심사에 대한 보도인 만큼 철저한 사실관계 확인 과정을 거쳐야 함에도, 실제 업무용 컴퓨터에 파일 형태의 직인이 있었는지 불명확한 상황에서 정확한 확인 없이 추정을 바탕으로 단정적으로 보도한 것은 중대한 문제"라고 지적하고 SBS에 대해 법정제재인 '주의'를 확정했다.<sup>3)</sup>

**(9) 부패유발요인은 위헌법률입니다.**

위법한 방송이 중징계 사안에 해당하더라도 자의적으로 권고결정을 함으로써 면책을 받게 할 수 있습니다. 이를 통제하지 않으면 공익침해와 탈법과 부패를 유발합니다.

피고는 방송이 심의규정에 위반했다는 점은 인정하여 권고결정을 했습니다. 그러나 피고는 방송법 제33조 심의규정을 엄격하게 심의했다면 제재조치를 하였을텐데 심의규정을 철저히 위반하여 심의한 결과 제재조치를 하지 않은 위법이 있습니다. 헌법정신이 반영된 심의규정은 대한민국을 건전하게 지켜내야 하는 가이드라인을 제시한 것이므로 심의위원의 가치관과 시청자의 가치관이 다를 수가 있다 할지라도 심의는 심의규정을 따라서 해야 합니다. 그런데 심의한 내용을 보면 도울의 발언이 어떠한 심의규정을 위반했다는 기록이 없고 이유모순과 이유불비로 일관되고 있어서 심의위원 자의로 심의한 위법이 있었음이 명백합니다. 역사적인 해석, 질문에 답하는 형식, 소수자의 입장을 전하는 취지이므로 위법하지 않다는 피고의 주장은 법을 위반하는 범죄행위도 면책이 된다는 궤변이 됩니다. 자유는 헌법 질서 안에서의 자유이며 거짓을 말할 자유는 없고 거짓을 말할 자유는 법률로 제한을 받아야 합니다.

역사왜곡은 한 개인의 명예문제보다 중요하게 다뤄져야 하고 심각한 범죄행위에 해당합니다. 정경심 사건이 중징계라면, 건국대통령에 대한 왜곡과 모독은 중징계 그 이상으로 결정해야 할 사안입니다. 이와같이 피고의 권고결정과 기각결정은 해야 할 제재처분요청을 하지 않은 위법이 있습니다.

**다. 소결론**

이 사건 권고 및 기각결정은 심리미진, 이유불비, 이유모순, 법리오해, 법령위반 등 위법한 처분 사유에 기한 것이며, 재량권을 일탈·남용한 위법한 처분으로 취소되어야 합니다.

**3. 결론**

행정소송은 위법부당하게 행해진 행정작용을 시정하여 침해된 국민의 권익을 구제하는 기능과 행정작용이 적법하고 합목적적인 방향으로 나아가도록 하는 행정통제의 기능도 있습니다. 사법부가 본연의 업무인 국민권익구제와 행정의 적법성 회복을 외면한다면 그것은 직무유기가 될 것입니다. 피고방심위의 처분성을 인정하지 않고 불복할수도 없게 한다면 방심위는 범죄행위를 세탁시키는 합법적인 기구로 악용될 수 있습니다. 방송법과 민원법 등을 종합고려하여 시청자의 방심

3) 방심위, '정경심 PC서 총장 직인 발견' SBS 보도 중징계 확정, 한겨레, 2020. 6. 23.

의 결정에 대한 이의신청은 적법하고, 시청자 권익보호를 위해 방심위는 성실하게 재심의할 의무가 있었으나 이를 무시한채 기각한 것은 위법합니다. 권고결정을 불복한 사안이 기각된 것은 시청자주권을 침해하는 처분이라고 봐야 합니다. 기소편의주의와 기소독점주의에 대한 견제장치로서 검찰항고와 재정신청제도가 존재하듯 권고결정에 불복하는 이의신청은 민원인이 피고에게 제재조치 여부를 방통위에 처분으로 결정해 줄 것을 신청하는 것이며 이를 권한없이 중간에서 무시한 것은 위법한 거부처분입니다. 피고의 거부처분에 별도의 구제수단이 마련되어 있지 않다고 해석하고 행정쟁송 대상이 아니라고 판단한다면 방심위는 위법행위를 하여도 통제받지 않는 절대권력기구이고 절대선의 지위를 부여받는 반헌법적 기구로 전락한다는 점에서 쟁송 대상이 된다고 봄이 타당합니다.

피고의 권고결정은 검사의 불기소처분과 같은 구조입니다. 개괄주의를 취하고 있는 우리 법제하에서는 피고의 권고결정에 대해서 방통위에 이의신청(검찰항고), 이의신청에 대한 기각에 대해서 행정소송(재정신청)을 허용하여 일상적인 기본권 구제기관인 법원이 맡아 처리함은 당연합니다. 민원회신의 처분성을 부정하는 것은 심의규정대로 심의하지 않은 행정청에 대하여 제대로 심의하라고 신청할 수 있는 헌법상 재판청구권 등 기본권을 부정하는 인식입니다. 실질적 법치국가에서의 법원의 역할은 기본권을 보장해 주어야 할 명분이 있다면 명시적 근거규정이 없더라도 헌법정신에 입각하여 조리법에서 이론적 근거를 도출하여 명분을 관철시키는 것임을 상기해야 합니다. 국민의 기본권 보장에 충실하기 위해서 대법원의 부송부결정권 폐지, 재정신청 확대, 경찰의 사건송치 의무화 등은 방송법상 시청자주권 보장을 위해서도 같은 구조와 논리가 적용된다고 보며 권리구제를 적극적으로 인정해야 함을 의미합니다.

피고의 논리대로라면 방심위는 견제를 받지 않는 구조이고 견제를 받지않겠다는 주장입니다. 이것은 일방적이고 편의주의적인 행정입니다. 국민의 행복과 편의를 위해 일해야 하는 행정이 오히려 국민의 행복과 편의를 무시하고 시청자의 정당한 요구를 외면하고 있으니 결국 방심위는 국민을 위해 봉사하고 있는 것이 아니라 자기 조직을 위해 무사안일하게 일하고 있는 것입니다. 이러한 복지부동하는 행태에 대해서 사법부는 경종을 울려 주어야 합니다. 방통위에 제재조치를 요청할 중대한 사안에 대해 요청하지 않은 것은 직무유기이고 권고결정으로 위법성을 은폐하려고 한 것은 위법합니다. 이러한 위법한 행위에 대해 검찰항고와 같은 법리로 불복한 것인데 이러한 권리행사마저 방해하는 위법을 자행한 것입니다.

**존경하는 재판장님!**

변론종결하는 날 사법적극주의를 채택하여 행정부를 통제하고 기본권을 보호하여 달라는 원고의 말에 “네, 알겠습니다”라는 말씀을 하셨습니다. 대한민국을 살릴 수 있는 재판장님의 현명한 판단을 두 손모아 기다리겠습니다.