

# 상 고 이 유 서

사 건 2020누58252 방송통신심의위원회결정취소및재심의청구의소

원 고 프리덤칼리지장학회 대표 전민정

피 고 방송통신심의위원회 (이하 '방심위')

## 1. 원심 판결의 요지

원심은,

원고의 2019. 3. 22. 자 민원제기에 대한 피고의 2019. 7. 2. 권고결정 및 원고의 2019. 7. 18. 재심의신청에 관한 피고의 2019. 8. 23. 거부처분을 각 취소하여 줄 것을 구하는 청구에 대하여,

피고의 권고결정은 항고소송의 대상이 되는 처분이라고 할 수 없고, 원고에게 이 사건 방송에 대한 재심의 신청권이 인정되는 것은 아니라는 취지로 원고의 청구를 각하하였습니다.

이러한 원심 판결에 대하여 상고인은 1심과 항소심에서 제출하였던 원고측 자료를 상고이유로 인용하고자 하며, 아래에서는 추가적인 상고이유만 설명 드리도록 하겠습니다.

## 2. 상고 이유의 요지

### 가. 기본권보호의무 위반

KBS방송국, 방심위, 하급심 법원은 국민의 기본권을 침해해서는 아니될 소극적 의무, 국민의 기본권을 침해한 경우 침해된 기본권을 구제할 의무, 국민의 기본권을 실현시킬 적극적 의무, 기본권이 침해되지 않도록 예방할 의무를 위반하였습니다.

『헌법 제10조 제2문은 소극적으로는 국가권력이 국민의 기본권을 침해하는 것을 금지하는데 그치지 아니하고 나아가 적극적으로 국민의 기본권을 타인의 침해로부터 보호할 의무를 부과하고 있다』(헌재 2003.1.30. 2002헌마358) 『헌법 제10조 제2문에 근거하여 국가는 국민의 기본권을 침해하지 않고 이를 최대한 보호해야 할 의무를 가지며, 만약 국가가 불법적으로 국민의 기본권을 침해하는 경우 그러한 기본권을 보호해 주어야 할 행위의무를 진다. 또한 이러한 행위의무를 이행하기 위하여 국가가 관련 법률을 제정하여야 할 입법의무가 헌법해석상 발생한다.』(헌재 2003.5.15. 2000헌마192)

헌법재판소는 기본권 보장은 ‘최대보장의 원칙’과 ‘과소보호금지의 원칙’이 적용된다고 보고 있습니다. 이와 같은 기준에 근거하여 보호조치를 이행하지 않은 경우에 위헌임을 확인할 수 있다고 판시하였습니다.

법원은 KBS 방송국과 방심위의 국민에 대한 기본권 침해행위로부터 국민의 기본권을 보호해야할 의무가 있습니다. 기본권보호의무는 통치권력의 기본권기속성에 따라 엄격히 준수되어야 합니다. 기본권이 객관적 가치질서로서 공동체를 형성하는 기능을 수행한다면 기본권은 방사효를 가지게 되어 국가권력을 기속할 뿐만 아니라 사인 상호간에도 효력이 미치게 됩니다. 그 결과 국가의 공권력은 기본권규범에 의하여 스스로 개인의 자유영역을 침해해서는 안 될 뿐만 아니라 그에 대한 사회세력의 위해를 방지하여야 할 의무도 지게 됩니다. 기본권보호의무는 국가 즉 법원은 국민이 기본권을 침해당할 때 적극적으로 개입하여 기본권을 보호해야 한다는 기본권의 객관적 가치질서와 국가안전보장으로부터 도출되며 기본권 과소보호금지에 초점이 있습니다. 기본권은 개인

의 주관적 권리일뿐만 아니라, 객관적 가치질서이기에 원고적격은 넓게 봐야하며 재량권은 상대적으로 수축되어야 합니다. 즉 원고적격은 공공기관의 재량권 보장과 편의를 위해서 제한되어서는 안됩니다. 기본권 침해가 있으면 국가의 국민에 대한 기본권보호의무와 국민의 국가에 대한 기본권보호청구권은 모두 작동되어야 합니다. 행정소송법상 민중소송은 기본권침해의 자기관련성이 없어도 공익을 위해 재판청구권을 보장합니다. 공익을 위한다면 자기관련성은 완화되어야 국가의 기본권보호의무에 충실하게 됩니다. 공익은 기본권의 합이기 때문입니다. 따라서 방심위는 권고결정을 하고 의무를 다했다는 식으로 면피하려고 하는 태도에 반성이 필요합니다. 항소심 법원은 방송이 위법했는지, 권고결정이 올바른 판단이었는지, 1심법원이 기본권보호의무를 위반했는지를 보호자적 입장에서 판단해 주어야 합니다. 대법원은 방심위와 하급심이 기본권을 침해당한 원고와 국민의 기본권을 효과적으로 보호해줘야하는 기본권보호의무를 소홀히 함으로써 과소보호금지원칙을 위반하였는지 여부를 심사해야 합니다.

## 나. 기본권 침해

위법한 방송으로 원고를 포함한 국민이 기본권을 침해당했습니다. 방심위는 위법한 방송에 상응하는 제재처분이나 과징금 부과처분 등을 하였어야 함에도 재량권을 남용하여 권고결정하고 이에 대해 원고의 행정심판을 포함한 쟁송을 원천차단까지 하여 재판청구권을 비롯한 다수 기본권을 침해하였습니다.

원고는 권고결정을 행한 방심위로부터 불복방법을 고지받지 못하였습니다. 방심위는 방송통신위원회에 행정심판을 할 수 있도록 안내하여 주었어야 합니다. 불복방법을 알려 주었다면 재심의 청구를 하지 않고 행정심판을 제기하였을 것입니다. 방심위의 권고결정은 기본권보호의 사각지대로 인도하여 법률지식이 부족한 국민으로 하여금 불복을 어렵게 하여 포기하게 만드는 구조로 되어 있어서 일종의 사법농단입니다. 이를 시정할 의무가 있는 법원조차 원고적격과 처분성을 편협하게 해석하여 재판청구권을 행사할 수 없게 하고 있습니다. 헌법상 법원의 존재의의는 원고를 포함한 국민이 위법한 방송에 의해 침해된 기본권을 법원에서 구제받을 수 있도록 기회를 주는데 있습니다.

## 다. 기본권침해의 계속성

권고결정은 방송이 위법하여 국민의 기본권침해가 있음을 인정한 조치입니다. 그런데 여전히 KBS 방송국은 홈페이지에서 문제의 도올 방송을 VOD 형태로 제공하고 있다는 점에서 기본권 침해는 계속되고 있습니다. 심각한 위법에 대해서 권고결정이라는 경한 조치를 취한 결과는 KBS제주방송국 다큐드라마‘암살1948’<sup>1)</sup>에서 볼 수 있듯이 역사왜곡과 명예훼손을 더 대담하게 자행하도록 조장하고 있습니다. 이러한 국가정체성을 파괴하는 역사왜곡 방송행태에 제동을 가하기는 고사하고 오히려 전국민은 수신료를 강제징수 당할 수 밖에 없는 구조로 되어 있어서 전국민의 재산권이 침해되고 있습니다. 여러 기본권이 현재 침해되고 있을 뿐아니라 장래 계속 침해될 위험에 놓여 있으므로 신속한 방지조치가 필요합니다. 기본권 보호의무가 있는 방심위와 법원이 그 직무에 반하여 기본권 침해를 방조하고 있으니 이는 시급히 시정되어야 합니다.

## 라. 입법불비의 위헌성

방송법상 시청자를 위한 기본권보호장치는 적합하고 효과적이고 충분하지 않습니다. 방송법의 존재 목적은 방송의 공적책임(방송법 제1조, 5조)과 시청자의 권익보호(동법 제1조, 3조)에 있습니다. 본 사안에서 기각판결이라는 결과는 위 두 가지 방송법의 목적과 배치됩니다. 방송의 공적책임을 다하지 못해도 책임지지 않고 시청자는 권익을 침해당해도 보호받지 못하는 이러한 시스템은 방송법 규정에 문제가 있어서입니다. 방송법 제100조는 방송사가 경미한 위반을 한 경우는 의견제시나 권고결정을 하고 중대한 위반을 한 경우는 제재

---

1) 제주KBS방송국 2021년 4월 2일 특집, <암살1948> 방송 : KBS제주방송에서 4·3사건을 겨냥한 특집, <암살1948>이 방영되었다. 방송내용은 시종일관 남로당(공산당) 프락치인 암살자 문상길 중위를 정당화, 미화하고, 4·3사건의 폭동성과 반역성을 은폐, 뒤집으려는 음흉한 책략이었다. 2001년 헌법재판소는 전원일치의 의견으로 제주4·3의 본질을 공산무장세력의 반란이라고 결정하였다. 반역행위에 가담한 자들은 우리의 헌법질서에서 보호될 수 없다고 하였던 것이다(2000헌마238). 공영방송에서 자유민주적기본질서를 위반하는 내용을 공공연히 방송하는 것은 방심위와 법원에서 이와 같은 방송법 위반사항을 제재하지 않는데 기인한다.

처분이나 과징금 처분을 하도록 규정하였습니다. 그런데 방송법 제100조 ⑦항은 과징금처분 또는 제재조치명령에 이의가 있는 자는 해당 제재조치명령을 받은 날부터 30일 이내에 방송통신위원회에 재심을 청구할 수 있다고 하여 재심청구는 제재처분이나 과징금 처분에 대해서만 가능하고 권고결정에 대해서는 할 수 없도록 되어 있습니다. 그렇다면 방송사가 중대한 위반을 하였는데 방심위가 권고결정을 한다면 방송사는 이의처분에 해당되어 재심청구를 하지 않겠지만, 시청자는 이의제기를 하지 못하므로 시청자 권익보호와 방송의 공적 책임에는 반하게 되어 방송법의 목적을 형해화시키는 괴이한 결과가 됩니다. 이러한 부패요인에 대해서 시청자가 민원제기 하더라도 무시로 일관한다면 이것이야말로 형식적법치주의, 더 나아가 합법적인 독재국가가 아닐 수 없습니다. 따라서 방송법 제100조의 규정이 시청자가 권고결정에 대해 불복할 수 없다고 해석하거나 동법 제100조 제7항의 재심청구인에 시청자가 포함되지 않는다고 해석하는 한 방송법은 위헌입니다.

#### 마. 적극적인 기본권보호의무 이행 요청

행정기관과 법원은 법률규정이 불비하거나 법률의 규정이 불완전·불충분하여도 기본권규정으로부터 나오는 보호기능을 존중하는 방향으로 법을 해석하고 적용해야 합니다. 법률의 불비를 이유로 기본권보장에 철저히 않는다면 이는 법률이 기본권보다 상위가치에 놓이게 되어 법률이 헌법의 핵의 위치를 점하게 될 수 있습니다. 따라서 법률보다 헌법적 가치가 실질적인 규범력을 발휘할 수 있도록 기본권의 직접효를 인정하는 것이 바람직하며 법률은 보조적인 수단규범으로 자리매김 되어야 합니다. 원고가 국가에 대하여 가지는 청구권은 반대측면에서는 법원의 적극적 보호의무를 의미합니다. 국가의 구체적인 보호의무는 형식적 법규범에서만 그 근거를 구할 것이 아니라, 실질적 의미의 헌법, 조리법 등에서도 직접 도출할 수 있어야 기본권의 국가권력 기속성을 실효성있게 하고, 현대복지국가헌법에 부합할 수 있습니다. 방송법상 기본권보호규정이 불비한 입법불비의 경우에는 법관이 기본권보호의무를 진다고 봅니다. 입법부가 법률규정을 구체적으로 제정할 때까지 법원이 법창조 역할을 수행하거나 방송법 해당 규정을 무효로 선언해야 합니다. 법원이 방송법의 위헌성을

인정하여 적극재판해야 합니다. 그렇게 할 수 없다면 방송법의 위헌여부를 헌법재판소에 제청하여 줄 것을 신청합니다.

#### 바. 심리미진의 위법

1심과 항소심은 모두 원고가 제기한 청구이유에 대하여 납득할 만한 이유를 제시하지 못하고 있습니다. 방송법의 목적인 방송의 공적책임과 시청자 권익보호에 의거하여 보호법익의 침해 또는 위협에 대하여 원고의 이익과 피고의 이익을 비교형량할 때 원고와 국민이 수인할 수 없다는 것은 법원이 과소보호금지원칙을 위반하여 심리한 위법이 있습니다. 방송법의 구조상 기본권보호의 사각지대가 존재하여 기본권침해가 발생할 개연성이 충분히 인정되는 경우 법원은 적극적으로 위헌법률심판제청을 하는 등 기본권보호의무를 이행하였어야 함에도 방송법의 위헌여부가 재판의 전제가 되는지 여부를 심리하지 않은 위법이 있습니다. 위헌법률심판제청을 하지 않더라도 사법적극주의에 입각하여 사안의 본질을 심리하지 않은 위법 또한 있습니다.

### 3. 결론

존경하는 대법관님! 위와 같은 사정 및 원고가 그 동안 제출한 모든 서면 및 증거방법을 종합적으로 고려하시어, 문제의 VOD 영상물은 방송금지시켜 주시고, 권고결정, 재심의 청구 기각결정, 원심의 기각판결은 취소하여 주시며, 위법성에 상응하는 처분이 가해지도록 취소판결은 물론 방송법의 위헌법률심판제청 등의 조치를 취하여 국민의 기본권 보호와 국가정체성을 수호하여 주시기를 간곡히 요청합니다.

2021. 6. 17.

대법원 귀 중