

# 대통령 전용기 탑승 배제조치에 대한 헌법소원

— 문화방송의 헌법소원사건과 관련하여 —

정 연 주\*

## 목차

I. 머리말	IV. 이 사건 헌법소원심판청구를 취하할 경우
II. 헌법소원제기의 적법요건과 관련하여	V. 다른 법적 구제절차
III. 탑승배제조치의 위헌성	VI. 맺는 말

## I 국문초록 I

얼마 전 대통령의 동남아 순방에 문화방송 기자들은 대통령 전용기 탑승을 거부당했다. 이에 문화방송은 이러한 탑승배제조치가 헌법이 보장하는 언론의 취재·보도의 자유와 평등권을 침해한 위헌적 공권력 행사에 해당한다고 주장하면서 헌법소원을 제기했다. 이 헌법소원심판사건에서의 쟁점은 본안전 판단에서는 문화방송이 청구인자격을 가지는지, 탑승배제조치가 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사인지, 그리고 탑승배제조치는 이미 종료된 행위인데 그럼에도 불구하고 심판의 이익이 인정되어 중구결정을 내릴 수 있는지 등이 될 것이다. 본안판단에서는 이 사건에서 탑승배제조치로 인해 청구인의 어떠한 기본권이 침해당했는지, 그리고 그러한 침해행위가

\* 성신여대 법대 교수

논문접수일 : 2023. 7. 18., 심사개시일 : 2023. 8. 1., 게재확정일 : 2023. 8. 18.

위헌인지 등이 쟁점이라고 할 수 있다.

결론적으로 이 사건 헌법소원심판청구는 적법하게 제기되었다고 볼 수 있다. 즉 문화방송은 청구인자격을 가지고, 탑승배제조치는 권력적 사실행위로서 헌법소원의 대상이 되는 공권력행사이며, 탑승배제조치는 이미 종료되어 권리보호이익은 부정되지만 기본권침해의 반복위험성과 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항에 대한 헌법적 해명의 필요성이 인정되어 심판의 이익이 인정된다고 할 수 있다. 아울러 본안판단과 관련하여 탑승배제조치는 헌법상 비례의 원칙과 평등의 원칙 등을 위반하여 청구인의 취재·보도의 자유 등의 언론의 자유와 평등권 등의 기본권을 침해한 것으로 판단된다.

한편 만일 정치적 상황 등의 변화를 이유로 청구인이 심판청구를 취하할 경우 심판절차가 어떻게 진행될지도 문제될 수 있다. 이 사건은 언론사의 언론의 자유 등 기본권에 대한 침해행위가 앞으로도 반복될 위험이 있거나 당해 분쟁의 해결이 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항이어서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 경우에 해당하기 때문에 헌법재판소는 심판절차를 종료시킬 것이 아니라 직권으로 본안판단을 하여 종국결정을 내려야 할 것이다.

**주제어** : 문화방송, 헌법소원, 청구인자격, 권력적 사실행위, 심판의 이익, 헌법소원심판 청구취하, 언론의 자유

## I. 머리말

이 글은 TV 방송사 등 언론사가 향유하는 언론의 자유의 내용과 그 자유가 침해당했을 경우 어떠한 법적 소송을 제기할 수 있는지, 그리고 그 요건은 무엇인지 등의 헌법적 문제를 다룬 것이다. 이미 널리 알려진 바와 같이 2022년 11월 10일 MBC 문화방송 기자들은

대통령의 동남아 순방에 탑승을 거부당했다. 이에 문화방송은 자사 기자들의 탑승을 배제한 조치에 반발해 2022년 12월 26일 헌법소원 심판을 청구했다. 문화방송은 “MBC 기자들에 대한 취재 제한 조치가 헌법이 보장하는 언론의 취재, 보도의 자유와 평등권을 침해한 위헌적 공권력 행사인 만큼 헌법 위반이라는 판단을 내려달라”고 청구 이유를 설명했다. 또 “대통령실의 이 같은 조치는 향후 본사는 물론 다른 언론사의 비판적 보도를 막고 위축시키기 위해 악용될 가능성도 있는 만큼 국민의 알 권리를 위해 헌법재판소의 판단을 구하기로 했다”고 덧붙였다.<sup>1)</sup> 우리 헌정사에서 초유의 사건이 발생한 것이다. 이는 정치적·사회적으로 뿐 아니라 헌법적으로도 매우 중요하고 심각한 사안이라 이 사건의 헌법적 쟁점을 정리하고 그에 대한 학문적 고찰을 해보는 것은 방송사의 언론의 자유의 보장과 유사한 사건의 반복 방지 등 다양한 헌법적 가치를 보장하기 위하여 매우 커다란 의미가 있다고 생각한다.

## II. 헌법소원제기의 적법요건과 관련하여

### 1. 청구인자격의 문제

먼저 청구인인 문화방송의 청구인자격이 문제될 수 있다. 헌법소원심판청구의 근거조항인 헌법재판소법 제68조 제1항은 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수

1) MBC, “문화방송, 대통령실 ‘전용기 탑승취재금지’에 헌법소원심판 청구”, 2022. 12. 26.

있다.”고 규정하고 있다. 따라서 헌법소원심판을 청구할 수 있는 자는 공권력작용으로 인하여 자신의 헌법상 보장된 기본권이 침해된 자이다. 그러므로 청구권자는 기본권의 주체이며, 기본권능력이 있는 자만이 헌법소원을 제기할 수 있는 청구인이 될 수 있다.<sup>2)</sup> 이에 는 일반적으로 자연인, 권리능력 없는 사단, 법인 등이 모두 해당될 수 있다.<sup>3)</sup> 그리고 법인의 경우에는 사법인은 물론 예외적으로 공법인이나 공법상의 영조물 등도 청구인자격을 가질 수 있다.

이 사건에서 헌법소원심판을 청구한 문화방송은 주식회사 형태의 공영방송사다. 즉 문화방송은 상법상의 주식회사 형태를 취하고 있으므로 사법상의 법인이라고 할 수 있고, 원칙적으로 사법인 내지 사기업은 기본권의 주체로서 청구인자격을 가진다고 하겠다.

그러나 다른 한편 문화방송이 일반 사인이 아닌 공영방송이기 때문에 공법인이거나 아니면 형식적으로는 사인이지만 공적 과제를 수행하는 이른바 공무수탁사인이고, 따라서 공적인 방송사업의 운영과 관련해서는 공적 과제를 수행하는 일종의 공권력 주체의 지위를 가지고, 따라서 기본권을 행사하는 기본권의 주체가 아니기 때문에 헌법소원심판의 청구인자격이 없고, 따라서 이 사건을 각하해야 한다는 주장이 제기될 수도 있다.

물론 공법인 등은 원칙적으로 기본권의 주체가 아니므로 헌법소원심판의 청구인자격을 갖지 않는다. 예컨대 공법인인 국가나 지방자치단체 등의 공공단체는 공권력행사의 주체이지 기본권의 주체가 아니므로 원칙적으로 청구인능력을 가지지 않는다. 헌법재판소도 “국가나 국가기관 또는 국가조직의 일부나 공법인은 기본권의 ‘수범자(Adressat)’이지 기본권의 주체로서 그 ‘소지자(Träger)’가 아니고 오

2) 기본권의 주체에 대하여 자세한 것은 정연주, 헌법학원론, 2021, 94 이하 참조.

3) 청구인의 종류에 대하여 자세한 것은 정연주, 헌법소송론, 2019, 317 이하 참조.

히려 국민의 기본권을 보호 내지 실현해야 할 ‘책임’과 ‘의무’를 지니고 있는 지위에 있을 뿐이다.”라고 판시하여 이 점을 분명히 하고 있다.<sup>4)</sup>

그러나 공법인이나 공법상의 영조물 등도 예외적으로 국가와의 관계에서 기본권의 주체로서의 지위를 가질 수 있고, 따라서 헌법소원심판의 청구인능력을 가질 수 있다. 즉 국가에 대하여 독립성을 가지고 있는 독자적 기구로서 해당 기본권영역에서 국가에 대하여 기본권을 주장할 필요가 있는 경우에는 예외적으로 그 해당 기본권의 주체성을 인정할 수 있고, 따라서 헌법소원의 청구인능력을 인정할 수 있는 것이다.<sup>5)</sup>

예컨대 헌법재판소는 1994학년도 신입생선발입시안에 대한 헌법소원 사건에서 “헌법 제31조 제4항은 … 교육의 자주성·대학의 자율성을 보장하고 있는데 이는 대학에 대한 공권력 등 외부세력의 간섭을 배제하고 대학구성원 자신이 대학을 자주적으로 운영할 수 있도록 함으로써 대학인으로 하여금 연구와 교육을 자유롭게 하여 진리탐구와 지도적 인격의 도야라는 대학의 기능을 충분히 발휘할 수 있도록 하기 위한 것이며, 교육의 자주성이나 대학의 자율성은 헌법 제22조 제12항이 보장하고 있는 학문의 자유의 확실한 보장수단으로 꼭 필요한 것으로서 이는 대학에게 부여된 헌법상의 기본권이다. 따라서 국립대학인 서울대학교는 다른 국가기관 내지 행정기관과는 달리 공권력의 행사자의 지위와 함께 기본권의 주체라는 점도 중요하게 다루어져야 한다.”라고 함으로써 과거 - 현재처럼 독립된 공법인이 아닌 - 공법상의 영조물이었던 서울대학교가 공권력행사의 주

4) 현재 1994. 12. 29. 93헌마120, 판례집 6-2, 477, 480.

5) 김하열, 헌법소송법, 2016, 428; 정연주, 헌법소송론, 2019, 321; 허영, 헌법소송법론, 2021, 370.

체인 동시에 학문의 자유와 대학의 자율권이라고 하는 기본권의 주체가 된다고 판시했다.<sup>6)</sup> 또한 강원대학교 법학전문대학원 2015학년 모집정지처분 등 취소사건에서도 같은 내용의 판시를 하고 있다.<sup>7)</sup> 국립대학도 헌법상 학문의 자유 및 대학의 자율권으로 보호되는 영역에서는 독립된 기본권의 주체가 되므로, 국가를 상대로 할 경우에는 예외적으로 청구인능력이 인정될 수 있고, 따라서 국가공권력 행사가 국립대학의 자율권을 침해하는 경우에는 해당 기본권이 침해되는 것을 막기 위하여 헌법소원심판의 청구인능력이 인정되는 것이다. 한편 헌법재판소는 축협중앙회는 회원의 임의탈퇴나 임의해산이 불가능한 점 등 공법인적 특성을 많이 가지고 있지만, 그 존립목적 및 설립형식에서의 자주적 성격에 비추어 사법인성도 겸유한 특수한 법인으로서 기본권의 주체가 되고, 따라서 헌법소원 청구능력을 가진다고 판시했다.<sup>8)</sup>

이상 언급한 같은 논리에서 공법인인 한국방송공사도 보도의 자유 등 언론의 자유의 주체로서 국가를 상대로 할 경우에는 역시 헌법소원 청구인능력을 가진다고 하겠다. 따라서 설사 이 사건 문화방송이 공영방송이라고 하는 공적 과제를 수행하는 과정에서 공법인 내지 공무수탁사인의 지위를 가진다고 하더라도 국가에 대하여 독립성을 가지고 있는 독자적 기구로서 해당 방송과 취재 및 보도의 자유의 행사라고 하는 기본권 영역에서 국가에 대하여 기본권을 주장할 필요가 있는 경우에는 예외적으로 그 해당 기본권의 주체성을 인정할 수 있어 청구인자격을 가지고, 따라서 헌법소원심판청구를

6) 헌재 1992. 10. 1. 92헌마68등, 판례집 4, 659, 670. 이 결정의 문제점에 대하여 자세한 것은 정연주, 서울대 입시요강사건, 헌법실무연구 제2권, 헌법실무연구회편, 2001. 12, 411 이하 참조.

7) 헌재 2015. 12. 23. 2014헌마1149, 판례집 27-2하, 710, 715-716.

8) 헌재 2000. 6. 1. 99헌마553, 판례집 12-1, 686, 709.

할 수 있다고 보아야 할 것이다.

헌법재판소도 주식회사 문화방송의 방송광고판매대행업체 제한 사건에서 “공법인이나 이에 준하는 지위를 가진 자라 하더라도 공무를 수행하거나 고권적 행위를 하는 경우가 아닌 사경제 주체로서 활동하는 경우나 조직법상 국가로부터 독립한 고유 업무를 수행하는 경우, 그리고 다른 공권력 주체와의 관계에서 지배복종관계가 성립되어 일반 사인처럼 그 지배하에 있는 경우 등에는 기본권 주체가 될 수 있다. 이러한 경우에는 이들이 기본권을 보호해야 하는 국가적 기능을 담당하고 있다고 볼 수 없기 때문이다. 문화방송의 경우 공법상 재단법인인 방송문화진흥회가 최다출자자인 방송사업자로서 방송법 등 관련규정에 의하여 공법상의 의무를 부담하고 있지만, 상법에 의하여 설립된 주식회사로 설립목적은 언론의 자유의 핵심 영역인 방송사업이므로 이러한 업무 수행과 관련하여 당연히 기본권 주체가 될 수 있고, 그 운영을 광고수익에 전적으로 의존하고 있는 만큼 이를 위해 사경제 주체로서 활동하는 경우에도 기본권 주체가 될 수 있는바, 이 사건 심판청구는 청구인이 그 운영을 위한 영업 활동의 일환으로 방송광고를 판매하는 지위에서 그 제한과 관련하여 이루어진 것이므로 그 기본권 주체성을 인정할 수 있다.”라고 판시하여 이 점을 분명히 하고 있다.<sup>9)</sup>

## 2. 헌법소원의 대상인 공권력의 행사와 관련하여

### 가. 공권력 행사의 내용과 법적 성격

헌법재판소법 제68조 제1항은 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하

9) 헌재 2013. 9. 26. 2012헌마271, 판례집 25-2하, 68, 78-79.

고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다.”고 규정하고 있다. 따라서 이 사건 헌법소원심판청구가 적법하기 위하여는 청구인 문화방송의 기본권을 침해하는 공권력의 행사가 존재하여야 한다.<sup>10)</sup>

이 사건에서 문제가 되는 공권력의 행사는 대통령 내지 대통령실의 탑승배제조치라고 할 수 있다. 이 탑승배제조치라는 공권력의 행사에 의해 직접적으로 문화방송 기자들의 탑승이 거부되어 취재 등 언론의 자유가 침해되었기 때문이다. 이러한 탑승배제조치는 일종의 행정작용인 권력적 사실행위로서 헌법소원의 대상인 공권력의 행사에 해당된다고 볼 수 있다.

행정상의 사실행위란 직접적으로 일정한 사실상의 결과의 발생만을 목적으로 하는 행정주체의 행위를 말한다. 행정상의 사실행위는 경고, 권고, 시사와 같은 정보제공이나 단순한 지식표시로서의 행정지도와 같이 대외적 구속력이 없는 ‘비권력적 사실행위’와 행정청이 우월적 지위에서 일방적으로 강제하는 ‘권력적 사실행위’로 나뉘고, 그 중 권력적 사실행위는 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당될 수 있다.<sup>11)</sup>

권력적 사실행위는 일반적으로 행정쟁송 등 다른 법률에 의한 구제수단의 대상이 되지 않기 때문에 헌법소원의 대상이 될 수 있다. 그런데 어떤 행정상 사실행위가 권력적 사실행위에 해당하는지 여부는, 당해 행정주체와 상대방과의 관계, 그 사실행위에 대한 상대방의 의사·관여정도·태도, 그 사실행위의 목적·경위, 법령에 의한 명령·강제수단의 발동 가부 등 그 행위가 행하여질 당시의 구체적

10) 헌법소원의 대상으로서의 공권력 행사의 종류에 대하여 자세한 것은 정연주, 헌법소송론, 322 이하 참조.

11) 현재 2012. 7. 26. 2011헌마332, 판례집 24-2 상, 324, 328. 같은 견해 김하열, 헌법소송법, 473; 정연주, 헌법소송론, 347; 허영, 헌법소송법론, 390.



사정을 종합적으로 고려하여 개별적으로 판단하여야 할 것이다.<sup>12)</sup>

이와 관련하여 헌법재판소는 공권력행사로 인한 재산권침해에 대한 헌법소원사건에서 “재무부장관이 제일은행장에 대하여 한 해체 준비착수지시와 언론발표지시를 보면 이는 상급관청이 하급관청에 대하여 한 지시가 아님은 물론 위 인정사실에 의할 때 제일은행측의 임의적 협력을 기대하여 행하는 비권력적인 권고·조언 따위의 단순한 행정지도로서의 한계도 이미 넘어선 것이라 할 것이고, 오히려 위와 같은 공권력의 개입은 주거래은행으로 하여금 공권력의 뜻대로 순응케 하여 그 이름으로 제3자인수식의 국제그룹 해체라는 결과를 사실상 실현 시키는 행위라고 할 것이므로, 이와 같은 유형의 행위는 형식적으로는 사법인인 주거래은행의 행위였던 점에서 행정행위는 될 수 없더라도 그 실질이 공권력의 힘으로 재벌기업의 해체라는 사태변동을 일으키는 경우인 점에서 일종의 권력적 사실행위로 볼 것이며, 헌법재판소법 제68조 제1항 소정의 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당되는 것으로 파악할 것이다.”라고 판시했다.<sup>13)</sup> 그밖에 헌법재판소는 교도소장의 미결수용자의 서신에 대한 검열·지연발송·지연교부행위,<sup>14)</sup> 교도소 내 접견실의 칸막이 설치행위,<sup>15)</sup> 구치소장이 미결수용자로 하여금 수사 및 재판을 받을 때 재소자용 의류를 입게 한 행위,<sup>16)</sup> 유치장관리자가 현행범으로 체포된 피의자에게 차폐시설이 불충분한 화장실을 사용하도록 한 행위,<sup>17)</sup> 경찰서장이 피의자들을 유치장에 수용하는 과정에서 실시한

12) 헌재 1994. 5. 6. 89헌마35, 판례집 6-1, 462, 485-486.

13) 헌재 1993. 7. 29. 89헌마31, 판례집 5-2, 87, 105-106.

14) 헌재 1995. 7. 21. 92헌마144, 판례집 7-2, 94, 102.

15) 헌재 1997. 3. 27. 92헌마273, 판례집 9-1, 337, 342.

16) 헌재 1999. 5. 27. 97헌마137등, 판례집 11-1, 653, 658-659.

17) 헌재 2001. 7. 19. 2000헌마546, 판례집 13-2, 103, 109.

정밀신체수색 행위,<sup>18)</sup> 2년 10개월 동안 56차례에 걸쳐 행하여진 군수의 감사,<sup>19)</sup> 구치소장이 구치소에 수용되는 마약류사범에 대하여 하는 정밀신체검사,<sup>20)</sup> 교도소장이 교도소 수형자에게 소변을 받아 제출하게 하는 행위<sup>21)</sup> 등이 권력적 사실행위로서 헌법소원의 대상이 된다고 판시하였다.

따라서 앞서 언급한 바와 같이 청구인 문화방송 기자들의 기본권을 직접 침해한 공권력의 행사는 대통령 내지 대통령실의 탑승배제조치이고, 이러한 탑승배제조치는 강제적인 권력적 사실행위로서 헌법소원의 대상인 공권력의 행사에 해당된다고 볼 수 있다.

한편 이 사건 탑승배제조치가 대통령의 고도의 정치적·외교적인 통치행위에 해당되어 사법심사의 대상에서 제외된다는 주장이 제기될 수도 있다. 그러나 설사 이 조치가 - 물론 이러한 조치가 통치행위에 해당된다고 볼 수도 없지만 - 백번 양보하여 통치행위에 속한다 할지라도 통치행위를 비롯한 모든 국가작용은 헌법과 기본권에 기속되므로 기본권을 위헌적으로 침해하는 경우 당연히 헌법소원의 대상이 될 수 있다.<sup>22)</sup> 헌법재판소도 긴급재정명령 등 위헌확인사건에서 “대통령의 긴급재정경제명령은 국가긴급권의 일종으로서 고도의 정치적 결단에 의하여 발동되는 행위이고 그 결단을 존중하여야 할 필요성이 있는 행위라는 의미에서 이른바 통치행위에 속한다고 할 수 있으나, 통치행위를 포함하여 모든 국가작용은 국민의 기본권적 가치를 실현하기 위한 수단이라는 한계를 반드시 지켜야 하는 것이고, 헌법재판소는 헌법의 수호와 국민의 기본권 보장을 사명으로

18) 헌재 2002. 7. 18. 2000헌마327, 판례집 14-2, 54, 59-60.

19) 헌재 2003. 12. 18. 2001헌마754, 판례집 15-2 하, 609, 624-625.

20) 헌재 2006. 6. 29. 2004헌마826, 공보 제117호, 938, 940-941.

21) 헌재 2007. 7. 27. 2005헌마277, 판례집 18-2, 280, 284-285.

22) 정연주, 헌법소송론, 333; 허영, 헌법소송법론, 385.

하는 국가기관이므로 비록 고도의 정치적 결단에 의하여 행해지는 국가작용이라고 할지라도 그것이 국민의 기본권 침해와 직접 관련 되는 경우에는 당연히 헌법재판소의 심판대상이 된다.”고 판시함으로써 이를 분명히 하고 있다.<sup>23) 24)</sup>

다른 한편 대통령실 내지 국가에게 특정 언론사의 취재를 거부할 자유가 있다는 주장이 제기될 수도 있을 것이다. 그러나 대통령 또는 대통령실에게는 그럴 자유가 있다고 보기 어렵다. 왜냐하면 대통령 전용기는 대통령의 사유재산이 아니라 공무수행을 위해 제공되는 국유재산이고 취재와 보도가 이루어지는 언론현장으로서 이는 공적 영역에 속하고,<sup>25)</sup> 따라서 대통령 전용기 내에서의 대통령 내지 대통령실에 의한 언론사의 취재 및 보도와 관련된 행위는 기본권주체인 일반 사인의 지위가 아닌 국가공권력 주체로서의 지위에서 이루어진 것이기 때문이다. 즉 탑승배제조치는 대통령이 기본권과 자유의 주체인 개인의 지위에서가 아니라 국민의 기본권을 실현시켜야 할 의무가 있는 기본권의 객체인 국가기관으로서의 지위에서 한 행위이기 때문이다. 따라서 이 사건 탑승배제조치는 대통령 내지 대통령실의 전형적인 공권력의 행사에 해당되고, 이에 따라 후술하는 바와 같이 원칙적으로 합리적 차별사유가 없는 한 특정 언론사의 취재 등 언론의 자유를 제한할 권리나 자유가 인정된다고 보기 어렵다.

23) 헌재 1996. 2. 29. 93헌마186, 판례집 8-1, 111, 116.

24) 통치행위에 대한 사법심사의 문제에 대하여 자세한 것은 정연주, 통치행위에 대한 사법심사, 저스티스 95호, 한국법학원, 2006. 12, 29 이하 참조.

25) 이와 관련하여 대통령의 이번 동남아 순방 이후 이루어진 기자들과의 질의·응답 과정에서 윤 대통령은 전용기 내에서 특정 언론사 기자 두 명을 불러 개인적인 면담을 가진 것과 관련해 “제 개인적인 일이다. 취재에 응한 것도 아니고”라고 답했다. 이에 취재진이 ‘(전용기는) 공적인 공간이었다’라고 질문하자 “(다른 질문) 또 없으신가요?”라고 말하면서 즉답을 회피했다. 뉴시스 2022. 11. 18.

### 나. 보충성원칙과 관련하여

한편 대통령 내지 대통령실의 이 사건 조치가 전형적인 행정작용으로서 행정소송의 대상이 되기 때문에 문화방송은 헌법재판소법 제68조 제1항 단서 조항이 정한 보충성의 원칙에 따라 행정소송을 먼저 제기한 연후에 헌법소원을 제기해야 하는데, 이를 거치지 않고 곧 바로 헌법소원을 제기했기 때문에 이 사건 헌법소원은 부적법한 것으로 각하되어야 한다는 주장이 제기될 수도 있을 것이다.<sup>26)</sup> 그러나 이 사건 탑승배제조치는 권력적 사실행위로서 일반적으로 행정쟁송 등 다른 법률의 구제수단의 대상이 된다고 보기 어렵고, 실제로 대법원 등 일반법원이 권력적 사실행위를 행정소송의 대상으로 삼아 구제한 사례를 찾아보기 어렵다. 또한 설사 행정소송의 대상이 된다 할지라도 후술하는 바와 같이 이 사건 탑승배제조치는 이미 종료된 행위이기 때문에 소의 이익이 없어 법원에 가더라도 각하될 수밖에 없는 등 행정소송 제기의 기대가능성이 없을 것이기 때문에 보충성의 원칙이 적용된다고 보기 어렵다. 헌법재판소도 “서신검열행위는 이른바 권력적 사실행위로서 행정심판이나 행정소송의 대상이 되는 행정처분으로 볼 수 있으나, 위 검열행위가 이미 완료되어 행정심판이나 행정소송을 제기하더라도 소의 이익이 부정될 수밖에 없으므로 헌법소원심판을 청구하는 외에 다른 효과적인 구제방법이 있다고 보기 어렵기 때문에 보충성의 원칙에 대한 예외에 해당한다고 보는 것이 상당하다.”라고 판시하여 같은 입장을 취하고 있다.<sup>27)</sup>

따라서 이 사건은 다른 법률의 구제절차가 없어 보충성의 원칙이 적용되지 않거나, 아니면 다른 법률의 구제절차가 있는지 불확실하

26) 보충성의 원칙에 대하여 자세한 것은 정연주, 헌법소송론, 400 이하 참조.

27) 현재 1998. 8. 27. 96헌마398, 판례집 10-2, 416, 424-425. 같은 취지의 판례 현재 1999. 5. 27. 97헌마137등, 판례집 11-1, 653, 661.

거나, 설사 다른 법률의 구제절차가 있다 하더라도 구제받을 기대가 능성이 없는 이른바 보충성원칙의 예외에 해당하여 처음부터 헌법소원의 대상이 될 수 있는 사안에 해당한다고 볼 수 있다.<sup>28)</sup> 이번 조치가 우리 헌정사에서 유례가 없는 초유의 사건이라는 점을 고려한다면 더욱 더 그러하다고 하겠다.

### 3. 심판의 이익과 관련하여

한편 이 사건 탑승배제조치가 헌법재판소의 사건 심리 전에 이미 종료되기 때문에 이러한 조치를 다룰 소의 이익이 없어 사건을 각하해야 한다는 주장이 제기될 수 있을 것이다. 즉 사건의 종료로 인해 탑승배제조치 자체가 취소될 여지가 없어 설사 청구인 문화방송이 헌법소원에서 승소한다 할지라도 회복되는 이익이 없고, 따라서 권리보호이익이 없기 때문에 사건 자체를 심리할 이익 내지 필요가 없다는 것이다.

헌법소원심판은 본래 개인의 권리구제를 목적으로 하는 주관적 소송을 본질로 하므로 권리보호이익은 헌법소원의 중요한 요건의 하나이다. 즉 헌법소원은 청구인의 침해된 기본권의 구제를 목적으로 하는 제도이므로 이 제도의 목적상 침해된 권리의 보호이익이 없는 경우에는 그 헌법소원은 원칙적으로 부적법하다.<sup>29)</sup> 권리보호이익 내지 소의 이익은, 국가적·공익적 입장에서는 무익한 소송제도의 이용을 통제하는 원리이고, 당사자의 입장에서는 소송제도를 이용할 정당한 이익 또는 필요성을 말하는 것으로, “이익 없으면 소 없다”라는 법언이 지적하듯이 소송제도에 필연적으로 내재하는 요청

28) 보충성원칙의 예외에 대하여 자세한 것은 정연주, 헌법소송론, 416 이하; 허영, 헌법소송법론, 427 이하 참조.

29) 현재 1997. 1. 16. 90헌마110, 판례집 9-1, 90, 107.

이다.<sup>30)</sup> 따라서 일반적인 경우라면 이 사건 탑승배제조치가 이미 종료되어 취소시킬 대상이 없으므로 이러한 조치를 다룰 소의 이익이 없고, 따라서 심판이익도 없어 이 사건 심판청구를 각하하는 것이 원칙일 것이다.

그러나 다른 한편 헌법소원제도는 주관적 권리구제와 객관적 헌법수호의 이중적 기능을 가지고, 따라서 주관적 소송과 객관적 소송의 이중적 성격을 가진다.<sup>31)</sup> 이에 따라 주관적 소송의 측면에서는 권리보호이익의 유무가 본안전 판단의 기준이 되지만, 객관적 소송의 측면에서는 심판이익의 유무가 본안전 판단의 중요한 기준이 된다. 따라서 양자는 별도로 검토되어야 한다. 일반적으로 권리보호이익이 부정되면 심판이익도 부정되지만, 권리보호이익이 없더라도 예외적으로 심판이익이 인정될 수 있기 때문이다. 즉 헌법소원심판이 청구인의 주관적 권리구제에는 도움이 되지 않아도, 헌법질서의 수호·유지를 위해서 필요할 경우 심판이익이 있기 때문에 본안판단을 해야 하는 것이다.

헌법재판소도 “침해행위가 이미 종료하여서 이를 취소할 여지가 없기 때문에 헌법소원이 주관적 권리구제에는 별 도움이 안되는 경우라도 그러한 침해행위가 앞으로도 반복될 위험이 있거나 당해 분쟁의 해결이 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항이어서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 경우에는 심판청구의 이익을 인정하여 이미 종료한 침해행위가 위헌이었음을 선언적 의미에서 확인할 필요가 있는 것이다.”라고 판시하여 이를 확인하고 있다.<sup>32)</sup> 다만 여기에서 말하는 반복적 침해의 위험성이란 단순히 추

30) 헌재 2001. 9. 27. 2001헌마152, 판례집 13-2, 447, 454.

31) 헌법소원의 이중적 기능에 대하여 자세한 것은 정연주, 헌법소원심판청구취하의 효과, 공법연구 제28집 제4호 제2권, 2000. 6, 201 이하 참조.

상적이거나 이론적인 가능성이 아니라 구체적인 것이어야 한다.<sup>33)</sup>

이처럼 헌법재판소는 두 가지 기준, 즉 기본권침해의 반복위협성과 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항에 대한 헌법적 해명의 필요성을 심판이익의 유무에 대한 판단기준으로 제시하고 있다. 그리고 이는 헌법재판소의 일관된 입장이다.

예컨대 헌법재판소는 서신검열 등 위헌확인사건에서 “피청구인 교도소장의 미결수용자의 서신에 대한 검열이나 지연발송 및 지연교부행위는 이미 종료되었고 청구인도 출소하였지만 헌법소원의 본질은 개인의 주관적 권리구제 뿐만 아니라 객관적인 헌법질서의 보장도 겸하고 있는 것인데, 위와 같은 미결수용자의 서신에 대한 검열이나 지연발송 및 지연교부행위는 헌법상 보장된 통신의 자유나 비밀을 침해받지 아니할 권리 및 변호인의 조력을 받을 권리와와 관계에서 그 위헌 여부가 해명되어야 할 중요한 문제이고, 그러한 검열행위는 행형법의 규정에 따라 앞으로도 계속될 것으로 보이며 검열 후 서신의 발송지연·교부지연행위 등의 위헌 여부에 대하여도 논란의 여지가 있으므로, 이 사건 심판청구는 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항으로서 그 해명이 중대한 의미를 지니고 있고 동종행위의 반복위협성도 있어 심판청구의 이익이 있다고 할 것이다.”라고 판시하고 있고,<sup>34)</sup> 재소자용수의착용처분 위헌확인사건에서 “미결수용자에 대하여 재소자용 의류를 입게 한 행위에 대한 헌법소원심판 계속중 청구인들이 석방되어 주관적인 권리보호이익이 소멸되었으나, 그러한 기본권 침해행위가 반복될 위험이 있고 그 해

32) 헌재 1992. 1. 28. 91헌마111, 판례집 4, 51, 56-57; 헌재 1997. 11. 27. 94헌마60, 판례집 9-2, 675, 688.

33) 헌재 1996. 11. 28. 92헌마108, 판례집 8-2, 588, 596.

34) 헌재 1995. 7. 21. 92헌마144, 판례집 7-2, 94, 102-103.

명이 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항으로서 중대한 의미를 지니고 있으므로 심판청구의 이익이 인정된다.”라고 판시하고 있으며,<sup>35)</sup> 유치장내 화장실설치 및 관리행위 위헌확인사건에서 “유치인으로 하여금 유치실 내 화장실을 사용하도록 강제한 피청구인 경찰서장의 행위와 관련하여 전국의 다수 유치장 화장실의 구조와 사용실태가 이 사건에서의 그것과 유사하여 청구인들에 대한 이 사건 심판대상행위와 동종의 조치로 인한 기본권침해행위는 여러 사람에게 대하여, 그리고 반복하여 일어날 위험이 있다고 보여지므로, 심판청구의 이익이 인정된다.”라고 판시하고 있고,<sup>36)</sup> 계호업무지침 제60조 등 위헌확인사건에서 “교도소장이 수용자가 없는 상태에서 실시한 거실 및 작업장 검사행위는 종료되었으므로 이에 대하여 심판을 구할 청구인의 주관적 권리보호이익은 이미 소멸되었다. 그러나 헌법소원은 주관적 권리구제 뿐만 아니라 헌법질서 보장의 기능도 겸하고 있고, 이 사건 검사행위는 앞으로도 계속 반복될 것으로 보이며, 헌법질서의 수호·유지를 위하여 그에 대한 헌법적 해명의 필요성이 인정되므로 이 사건 검사행위에 대한 심판청구의 이익을 인정할 수 있다.”라고 판시하고 있다.<sup>37)</sup>

이 사건 탑승배제조치는 우리 헌정사에서 초유의 사건으로 이를 통제하지 않는다면 비판적 언론에 대한 이러한 또는 유사한 제한조치가 앞으로도 계속 반복될 가능성이 높고, 이는 결과적으로 정권 우호적인 언론만 살아남고 정권 비판적이거나 비우호적인 언론은 배제되거나 자기검열을 하게 되는 위축효과를 야기하기 때문에, 이러한 조치의 위헌성 여부를 확인하고 동일한 또는 유사한 사건의 반

35) 헌재 1999. 5. 27. 97헌마137등, 판례집 11-1, 653.

36) 헌재 2001. 7. 19. 2000헌마546, 판례집 13-2, 103, 108.

37) 헌재 2011. 10. 25. 2009헌마691, 판례집 23-2 하, 82, 88-89.



복을 막고 위헌적 공권력 행사를 예방·통제해야할 헌법적 필요성은 매우 큰 것이다.

따라서 이 사건에서 공권력에 의한 탑승배제조치는 이미 종료되어 권리보호이익은 부정되지만 기본권침해의 반복위험성과 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항에 대한 헌법적 해명의 필요성이 인정되어 심판의 이익이 인정된다고 할 수 있으며, 따라서 이 사건 헌법소원심판청구의 적법요건은 충족된다고 하겠다.

### Ⅲ. 탑승배제조치의 위헌성

#### 1. 침해된 기본권

이 사건에서 침해된 기본권은 헌법 제21조 제1항에서 보장하고 있는 언론의 자유, 특히 취재·보도의 자유라고 하겠다. 주지하는 바와 같이 언론의 자유에는 언론기관의 자유가 포함되고, 언론기관의 자유에는 언론기관활동의 자유가 주된 내용인데, 이는 언론기관이 국가권력 등 외부의 간섭 없이 자유롭게 활동할 수 있는 자유를 말한다. 구체적으로는 각종 언론사의 보도의 자유가 핵심적인 내용이다. 그리고 보도의 자유에는 취재의 자유가 당연히 포함된다. 취재의 자유의 보장 없이 보도의 자유 등 언론기관활동의 자유가 제 기능을 발휘할 수 없기 때문이다.<sup>38)</sup> 이 사건의 경우 탑승배제조치로 문화방송의 취재와 보도의 자유가 침해되었다고 볼 수 있다. 또한 문화방송 기자들이 정보를 획득할 기회를 상실했으므로 정보의 자유 내지 알 권리의 침해도 고려될 수 있을 것이다.<sup>39)</sup>

38) 언론기관활동의 자유에 대하여는 정연주, 헌법학원론, 252 이하 참조.

주지하는 바와 같이 언론기관은 정보의 수집과 편집, 보도의 신속성과 파급력, 그리고 국민의 여론형성과 알 권리의 충족에 있어서의 엄청난 영향력을 행사하고 있고, 이로써 민주주의를 강력하게 실현하는 기능을 가지기 때문에 보도의 자유를 비롯한 언론기관활동의 자유는 강한 객관적 가치질서로서의 성격을 가진다. 따라서 보도의 내용의 다양성과 공정성 및 객관성을 담보하기 위한 자유언론제도의 보장은 언론기관의 자유의 전제조건이라고 할 수 있다.<sup>40)</sup> 그런데 언론기관의 취재 및 보도의 자유 등에 대한 국가권력의 간섭은 이러한 자유언론제도의 보장을 침해하는 것이다. 따라서 앞서 언급한 바와 같이 이 사건 탐승배제조치와 같은 국가적 간섭과 통제가 반복된다면 이는 결국 자유언론제도의 근간을 무너뜨릴 수 있다.

아울러 헌법 제11조 제1항에서 보장하는 평등권도 침해당했다고 볼 수 있다. 왜냐하면 합리적 차별사유 없이 다른 언론기관과는 달리 유독 문화방송 기자들만이 탐승이 거부됐기 때문이다. 특히 문화방송이 대통령의 비속어 보도를 한 것이 가장 큰 탐승배제 이유라고 하는데, 알려진 바와 같이 비속어 논란은 대부분의 다른 언론기관도 보도했기 때문에 이러한 차별을 정당화할 합리적 사유를 발견하기 어렵기 때문이다.

## 2. 침해행위의 위헌성

### 가. 비례의 원칙과 관련하여

주지하는 바와 같이 국민의 기본권을 제한 또는 침해하는 모든 국

39) 정보의 자유 내지 알 권리에 대하여는 정연주 헌법학원론, 342 이하 참조.

40) 자유언론제도에 대하여는 정연주, 헌법학원론, 254; 허영, 한국헌법론, 2022, 633 이하 참조.

가작용은 헌법 제37조 제2항에 따라 비례의 원칙과 기본권의 본질적 내용 침해금지의 원칙을 준수해야 한다. 그런데 앞서 언급한 바와 같이 이 사건 탑승배제조치는 전형적인 국가의 공권력 작용으로서 청구인의 기본권 침해의 소지가 크다. 따라서 이 사건 조치가 비례의 원칙을 준수해야 함은 당연하다. 즉 목적의 정당성, 수단의 적합성, 침해의 최소성, 법익의 균형성을 충족해야 한다는 것이다.

첫째, 이번 조치를 굳이 감행해야 할 정당한 공익적 목적을 발견하기 어렵다. 대통령실에 따르면 이 사건 탑승배제조치가 국익을 위한 것이라고 주장하는데, 도대체 어떤 국익을 위한다는 것인가? 도대체 이번 조치로 인해 달성되는 공익으로 무엇을 상상할 수 있을까?

이와 관련하여 윤석열 대통령은 2022년 11월 18일 대통령실 출근길에 기자들과 만나 “MBC에 대한 전용기 배제는 국가 안보의 핵심 축인 동맹관계를 사실과 다른 가짜뉴스로 이간질하려고, 악의적 행태를 보였기에 대통령의 헌법수호 책임의 일환으로 부득이한 조치였다”고 밝혔다. 이러한 윤 대통령의 발언에 MBC 소속 기자가 ‘MBC가 뭐가 악의적이라는 거냐’, ‘뭘 왜곡했냐’라고 질문하자 윤 대통령은 답을 하지 않았다.<sup>41)</sup> 이에 앞서 대통령실은 MBC 취재진의 전용기 탑승을 불허하면서 지난 9월 뉴욕 순방 때 비속어 논란 보도 등을 배제 이유로 들었다. 즉 당시 MBC가 비속어 발언을 가장 먼저 보도했고, ‘PD수첩’에서 김건희 여사 대역 출연을 고지 없이 방송했다는 점을 이유로 들었다.<sup>42)</sup>

이러한 사항들이 탑승배제조치를 취한 정당한 사유가 될 수 없다는 것은 단언을 요하지 아니할 것이다. 대통령의 비속어 발언이 가

41) 뉴시스 2022. 11. 18.

42) 시사HN, 기장접근 막는 윤석열 대통령의 이상한 순방, 2022. 11. 17.

짜뉴스인지의 여부에 대하여는 지금까지 명백하게 밝혀진 것이 없어 가짜뉴스인지는 사실확인을 해봐야 하는 것이며, 만일 처음부터 명백히 가짜뉴스라고 한다면 왜 대한민국 대부분의 언론사가 이를 자체적으로 확인한 후 경쟁적으로 보도를 했을까? 또한 가짜뉴스라고 주장할 수 있을지라도 이에 대하여는 사후 법적 절차를 통해 확인하고 구제받으면 될 일이지 이를 제일 먼저 보도한 특정 언론사의 탑승을 배제할 일은 결코 아닌 것이다. 아울러 'PD수첩'에서 김건희 여사 대역 출연을 고지 없이 방송했다는 점 역시 도대체 논란거리가 될 수 없는 것이다. 그 'PD수첩'에 출연한 인물이 김건희 여사의 대역이라는 것은 모든 시청자가 알 수 있었을 것이다. 도대체 어떤 시청자가 김건희 여사가 그 방송에 직접 출연했다고 생각하겠는가?

결국 이 사건 탑승배제조치는 특정 언론사 길들이기 또는 정권에 대한 비판 언론 억제 등 언론의 자유를 위협적으로 침해하는 행위이며, 그러한 조치를 취할 수밖에 없는 헌법수호를 위한 정당한 목적을 발견할 수가 없다. 즉 어떠한 공익도 달성될 수 없다는 것이다. 오히려 특정 언론사를 배제하는 것은 헌법수호가 아니라 헌법파괴이며, 방송사의 언론의 자유를 보장하는 것이 오히려 헌법수호인 것이다. 따라서 이 사건 탑승배제조치는 목적의 정당성을 충족할 수 없다.

둘째, 수단의 적합성도 충족하기 어렵다. 왜냐하면 만일 청구인의 보도 행위나 내용 등에 문제가 있고 정말로 공익적 차원에서 해당 언론사에 대한 제재가 필요하다면 언론중재위원회의 구제절차를 밟거나 소송을 제기하는 등 다양한 다른 법적 수단(예컨대 정정보도청구, 손해배상청구 등)을 통해 해결하는 것이 순리이기 때문이다. 따라서 이 사건 탑승배제조치의 수단으로서의 적합성이 인정될 수 없다.

셋째, 앞서 언급한 바와 같이 이 사건 탑승배제조치의 정당한 공

적 목적을 발견할 수 없고, 설사 일정한 목적의 정당성이 인정된다 하더라도 위에서 지적했듯이 그러한 의도는 다른 법적 수단을 통해 얼마든지 해결이 가능하기 때문에 청구인의 기본권 제한은 정당화될 수 없고, 따라서 이 사건 조치는 청구인의 기본권을 최소한도로 침해하는 조치라고 볼 수도 없어 침해의 최소성 원칙도 충족하지 못한다. 또한 전용기 탑승배제조치도 출발에 임박해 MBC에 통보함으로써 MBC 기자들이 다른 경로를 통해 취재·보도할 수 있는 방법을 준비할 수 있는 기회 조차 제공하지 않은 것 역시 기본권에 대한 최소침해의 원칙을 위반한 것으로 볼 수 있다.

넷째, 앞서 언급했듯이 이 사건 조치로 달성되는 공익은 없거나 불확실한 반면 그를 통해 상실되는 청구인의 기본권과 우리 자유언론제도 전반에 대한 부정적 영향이 현저히 크기 때문에 법익의 균형성도 충족하지 못한 것이다.

결국 이 사건 탑승배제조치는 비례의 원칙을 위반한 것이다.

한편 이 사건 조치로 MBC는 대통령의 일부 공식 일정에 참여하는 것이 불가능하여 전혀 취재·보도할 수 없었다. 따라서 이 경우는 언론의 자유라는 기본권의 본질적 내용을 부분적으로 침해했다고 볼 수 있다.

#### 나. 평등의 원칙과 관련하여

한편 앞서 언급한 바와 같이 이 사건 탑승배제조치는 합리적 차별 사유 없이 유독 청구인인 문화방송에게만 취해졌기 때문에 평등의 원칙도 위반했다고 하겠다. 특히 문화방송이 대통령의 비속어 보도를 한 것이 가장 큰 탑승배제 이유라고 하는데, 알려진 바와 같이 비속어 논란은 대부분의 다른 언론기관도 보도했기 때문에 문화방송의 평등권이 차별적으로 침해당했다고 볼 수 있다.

## Ⅳ. 이 사건 헌법소원심판청구를 취하할 경우

### 1. 문제의 제기

한편 문화방송 측이 이 사건 헌법소원심판청구를 취하할 경우 심판청구절차가 어떻게 되는지가 문제될 수 있다. 왜냐하면 앞서 언급한 바와 같이 대통령의 동남아 순방시 대통령실이 문화방송 기자들의 대통령 전용기의 탑승을 배제한 이후 최근 유사한 사례에서 문화방송 기자들의 대통령 전용기의 탑승을 허용한 바가 있기 때문에 문화방송 측에서도 자신들의 비판과 요구가 사후 관철되었다고 간주하여 이 사건 심판청구를 취하할 가능성도 있기 때문이다.<sup>43)</sup> 또는 얼마전 문화방송의 사장단이 교체되어 문화방송사의 헌법소원 심판청구에 대한 시각이 바뀌거나 정부와의 새로운 관계 설정을 모색하기 위하여 심판청구를 취하할 수도 있을 것이다. 그밖에 다양한 정치적 이유에서 심판청구를 취하할 수도 있다. 어쨌든 정치적 상황 변화에 민감한 우리의 언론문화를 고려한다면 심판청구취하의 가능성을 배제할 수 없다고 여겨진다. 따라서 만일 청구인이 이 사건 심판청구를 취하할 경우 심판절차가 어떻게 진행되는 지, 즉 헌법소원 심판청구취하의 법적 효과가 문제될 수 있고, 여기서 이 문제를 고찰해보는 것은 아래에서 살펴보는 바와 같이 이 문제와 관련한 그동안의 헌법재판소의 입장을 고려할 때 충분히 그 의미가 있다고 생각한다.

헌법재판소법의 경우에는 심판청구의 취하와 관련하여 아무런 규

43) 언론보도에 따르면 대통령실이 2023년 1월 14일부터 6박 8일 아랍에미리트(UAE)·스위스 순방길에 오르는 윤석열 대통령의 전용기에 MBC 기자의 탑승을 허용키로 했다. 연합뉴스 2023. 1. 12.

정이 없고, 행정소송법에도 이에 관한 규정이 없다. 따라서 헌법재판소법 제40조(준용규정)에 따라 민사소송법이 준용될 수도 있을 것이고, 따라서 이 경우 민사소송법 제266조 및 제267조에 따라 심판절차를 종료시킬 수도 있을 것이다.

이와 관련하여 헌법재판소는 과거 5·18사건과 관련한 불기소처분 취소사건에서 “헌법재판소법이나 행정소송법이나 헌법소원심판청구의 취하와 이에 대한 피청구인의 동의나 그 효력에 관하여 특별한 규정이 없으므로, 소의 취하에 관한 민사소송법 제239조(현행 민사소송법 제266조)는 검사가 한 불기소처분의 취소를 구하는 헌법소원심판절차에 준용된다고 보아야 한다. 따라서 청구인들이 헌법소원심판청구를 취하하면 헌법소원심판절차는 종료되며, 헌법재판소로서는 헌법소원심판청구가 적법한 것인지 여부와 이유가 있는 것인지 여부에 대하여 판단할 수 없게 된다.”라고 판시하면서 해당 사건의 심판절차를 종료시키는 결정을 내린 바 있다.<sup>44)</sup>

그러나 심판청구취하의 법적 효과에 관한 이러한 헌법재판소의 입장은 타당하다고 보기 어렵다.<sup>45)</sup> 왜냐하면 이는 민사소송제도와 구별되는 헌법소원제도의 본질과 특성을 전혀 고려하지 않고 있기 때문이다.<sup>46)</sup>

## 2. 헌법소원제도의 본질과 이중적 기능

앞서 언급한 바와 같이 헌법소원제도는 이중적 기능을 가진다. 즉 헌법소원제도는 단순한 개인의 기본권구제의 기능만을 가지고 있는

44) 헌재 1995. 12. 14. 95헌마221등, 판례집 7-2, 697.

45) 같은 견해 허영, 헌법소송법론, 471.

46) 헌법소원심판청구취하의 법적 효과에 대하여 자세한 것은 정연주, 헌법소원심판 청구취하의 효과, 공법연구 제28집 제4호 제2권, 2000. 6, 198 이하 참조.

것이 아니라, 중요한 헌법적 해명, 헌법질서유지, 권력통제 등 공익 추구의 기능도 아울러 가지고 있다. 이는 그동안의 확립된 헌법재판소의 견해이기도 하다.<sup>47)</sup>

독일의 경우에도 헌법소원의 이러한 이중적 기능, 즉 개인의 주관적 권리구제의 기능과 더불어 헌법질서유지와 권력통제 등의 객관적인 공익추구의 기능이 판례<sup>48)</sup>와 학설<sup>49)</sup>에 의하여 확립되어 있다. 따라서 독일 연방헌법재판소도 위에서 소개한 우리 헌법재판소의 결정과 기본적으로 동일한 취지의 결정을 내리고 있다. 즉 중요한 헌법적 문제에 대한 해명을 위해서나 특별히 중요한 기본권에 대한 침해가 문제될 경우, 또는 침해의 원인이 되는 공권력작용의 반복위험이 있는 경우 등에 있어서는 기본권 침해의 원인이 된 공권력작용이 이미 종료되었거나<sup>50)</sup> 취소된 경우<sup>51)</sup>에도, 그리고 심지어는 헌법소원의 청구취지가 이미 실현된 경우<sup>52)</sup>라도 사건을 각하하지 않고 본안판단을 하고 있다.

### 3. 헌법소원제도의 객관적 소송화

이처럼 헌법소원제도는 개인의 주관적 권리구제의 기능뿐 아니라,

47) 헌재 1992. 1. 28. 91헌마111, 판례집 4, 51; 헌재 1993. 12. 23. 93헌가2, 판례집 5-2, 578; 헌재 1997. 11. 27. 94헌마60, 판례집 9-2, 675; 헌재 1998. 8. 27. 96헌마398, 판례집 10-2, 416.

48) 예컨대 BVerfGE 33, 247(258f.); 45, 63(74).

49) Säcker, Das Bundesverfassungsgericht, 3. Aufl., 1981, S. 36; Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 4. Aufl., 1997, Rdnr. 197; Gusy, Die Verfassungsbeschwerde, 1988, Rdnr. 15f.; Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz Kommentar, 4. Aufl., 1997, Art. 93, Rdnr. 36; E. Klein, Zur objektiven Funktion der Verfassungsbeschwerde, DÖV 1982, S. 797; Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 1991, S. 191.

50) 예컨대 BVerfGE 74, 102(115); 76, 363(381); 86, 288(309).

51) 예컨대 BVerfGE 15, 226(230); 32, 87(92); 53, 152(157); 56, 99(106); 76, 363(381).

52) 예컨대 BVerfGE 50, 244(248); 69, 315(341); 85, 36(53); 91, 125(133).



중요한 헌법적 해명, 헌법질서유지, 권력통제 등 객관적·공적 이익 추구의 기능도 가지고 있으며, 따라서 오늘날 헌법소원제도는 주관적 소송의 성격 뿐 아니라 사실상 객관적 소송<sup>53)</sup>의 성격도 아울러 가지게 되었다고 볼 수 있고, 이에 따라 소의 이익과 청구인 적격의 범위가 그만큼 확대되고 있다고 볼 수 있다.

앞서 언급한 바와 같이 독일 연방헌법재판소도 헌법소원제도가 개인의 권리구제제도이긴 하지만, 다른 한편 헌법수호와 다른 국가기관통제 및 헌법의 해석과 발전에 기여하는 기능을 가진다고 보고, 이러한 객관적 기능 때문에 헌법소원제도가 다른 일반법원의 권리구제제도와 구별된다고 판시하고 있다.<sup>54)</sup>

#### 4. 헌법소원과 직권심리주의

한편 이러한 헌법소원의 기능과 목적의 확대와 더불어 헌법소원을 비롯한 헌법재판절차에는 직권심리주의가 강하게 지배하고 있다고 볼 수 있다. 따라서 헌법재판소는 헌법소원심판절차에 있어서 당사자의 청구취지나 주장과 논거 등에 구속됨이 없이 직권으로 당

53) 여기서 말하는 헌법소원의 객관적 소송화가 물론 헌법소원이 곧 바로 행정소송법 제45조에서 규정하고 있는 민중소송이나 기관소송과 같은 순수한 객관적 소송이나 독일 바이에른주 헌법 제98조 제4문이 규정하고 있는 이른바 Popularklage를 의미한다는 것은 아니다(Vgl. H. Klein, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz Kommentar, 2006, Bd. V, 2006, Art. 93, Rdnr. 67; Gusy, aaO, Rdnr. 62; Pestalozza, aaO, S. 441ff.). 왜냐하면 민중소송 등의 순수한 객관적 소송은 특정 개인의 기본권침해와 그 구제를 전제로 하지 아니하고 행정통제나 행정의 적법성확보 등 오로지 객관적 공익추구만을 목적으로 하지만, 헌법소원의 경우에는 기본적으로는 공권력작용에 의한 청구인 개인의 기본권침해와 그 구제를 전제로 하면서 동시에 객관적 공익추구도 목적으로 한다는 점에서 양자는 구별된다고 하겠다. 객관적 소송과 주관적 소송의 구별과 관련하여 정연주, 민중소송과 선거소송, 고시연구 1998. 2, 116 이하 참조.

54) 예컨대 BVerfGE 33, 247(259); 79, 365(367f.); 85, 109(113).

사자가 주장하지 아니한 제반사항에 대하여 판단할 수 있고, 또한 판단하여야 할 의무가 있는 것이다. 이러한 강력한 직권심리주의는 “재판부는 사건의 심리를 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 당사자의 신청 또는 ‘직권에 의하여’ 다음의 증거조사를 할 수 있다...”라고 규정하고 있는 헌법재판소법 제31조 및 앞서 언급한 헌법소원제도 내지 헌법재판제도의 공적 기능과 목적 등으로부터 도출된다고 볼 수 있다. 이에 따라 헌법재판소도 교수재임용추천거부 등에 대한 헌법소원심판사건에서 “헌법재판소법 제25조, 제26조, 제30조, 제31조, 제32조, 제37조, 제68조, 제71조 등에 의하면 헌법소원심판제도는 변호사 강제주의, 서면심리주의, 직권심리주의, 국가비용부담 등의 소송구조로 되어 있어서 민사재판과 같이 대립적 당사자간의 변론주의 구조에 의하여 당사자의 청구취지 및 주장과 답변만을 판단하면 되는 것이 아니고, 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자가 변호사의 필요적 조력을 받아 그 침해된 권리의 구제를 청구하는 것이므로 소송비용과 청구양식에 구애되지 않고 청구인의 침해된 권리와 침해의 원인이 되는 공권력의 행사 또는 불행사에 대하여 직권으로 조사 판단하는 것을 원칙으로 하고 있다. 따라서 헌법소원심판은 그 청구서와 결정문에 반드시 피청구인을 특정하거나 청구취지를 기재하여야 할 필요가 없다. 그러므로 헌법소원심판청구서에 피청구인을 특정하고 있더라도 피청구인의 잘못된 표시는 헌법소원심판청구를 부적법하다고 각하할 사유가 되는 것이 아니며 소원심판대상은 어디까지나 공권력의 행사 또는 불행사인 처분 자체이기 때문에 심판청구서에서 청구인이 피청구인(처분청)이나 청구취지를 잘못 지정한 경우에도 권리구제절차의 적법요건에 흠결이 있는 것이 아니어서 직권으로 불복한 처분(공권력)에 대하여 정당하게 책임져야 할 처분청(피청구인)을 지정하여 정정할 수도 있고 처

분청을 기재하지 아니할 수도 있다. 따라서 헌법재판소는 청구인의 심판청구서에 기재된 피청구인이나 청구취지에 구애됨이 없이 청구인의 주장요지를 종합적으로 판단하여야 하며 청구인이 주장하는 침해된 기본권과 침해의 원인이 되는 공권력을 직권으로 조사하여 피청구인과 심판대상을 확정하여 판단하여야 하는 것이다.”라고 판시함으로써 헌법소원 내지 헌법재판절차에서의 강력한 직권심리주의와 그에 대한 재판소의 의무를 강조하고 있다.<sup>55)</sup>

행정소송법 제26조도 “법원은 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있고, 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수 있다.”라고 규정하고 있고, 이에 따라 행정소송에도 직권심리주의가 가미되고 있으며, 따라서 당사자처분주의에 일정한 제한이 가해지고 있다. 이 역시 행정소송이 개인의 권리구제의 목적이외에 행정의 적법성 확보와 행정통제라고 하는 공적 목적에 기여하는 기능을 가지기 때문이라고 볼 수 있다.<sup>56)</sup>

독일의 경우에도 ‘진실발견을 위한 재판소의 증거조사’에 관하여 규정하고 있는 연방헌법재판소법 제26에 근거하여 헌법재판절차에 직권심리주의(Untersuchungsgrundsatz)가 지배하고 있는데, 이러한 직권심리는 공익소송으로서의 헌법소송의 특성상 당연히 인정되는 것으로서,<sup>57)</sup> 헌법재판소의 권한이자 의무라고 할 수 있다.<sup>58)</sup> 아울러 행정법원법 제86조 제1항도 직권심리주의에 대하여 규정하고 있고,

55) 헌재 1993. 5. 13. 91헌마190, 판례집 5-1, 312.

56) 같은 견해 김남진, 행정법 I, 1997, 811 이하.

57) Vgl. Pestalozza, aaO, S. 57f.; F. Klein, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar, Bd. 1, 2006, Vorbemerkung vor §17, Rdnr. 39ff.; Schlaich, aaO, Rdnr. 57; Lechner, aaO, S. 702ff.

58) Vgl. Lechner, Die Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, Bd. III, 2. Halbband, 1959, S. 704.

이에 따라 행정소송절차에도 직권심리주의가 가미되고 있다. 물론 이 역시 행정소송이 가지는 공적 기능에서 연유한다고 볼 수 있다.<sup>59)</sup> 행정소송이 가지는 이러한 공적 기능 때문에 직권심리는 법원의 권한이자 의무라고 평가되고 있다.<sup>60)</sup>

## 5. 헌법소원제도의 특성과 민사소송과의 차이점

이처럼 헌법소원제도는 민사소송과는 본질적으로 다르다. 즉 민사소송은 어디까지나 개인의 권리구제를 목적으로 하고 그 판결의 효력이 원칙적으로 소송당사자에게만 한정하여 미치는 것으로서 당사자처분주의를 근간으로 하지만, 헌법소원제도는 개인의 권리구제 뿐 아니라, 공익추구도 그 목적으로 하고 있고, 헌법소원에 있어서의 인용결정은 일반적 기속력과 대세적·법규적 효력을 가진다.<sup>61)</sup> <sup>62)</sup>

59) 이에 대하여 자세한 것은 vgl. Kopp, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 8. Aufl., 1989, §86, Rdnr. 1ff.; Tschira/Schmitt Glaeser, Verwaltungsprozessrecht, 9. Aufl., 1988, Rdnr. 745ff.

60) Vgl. Tschira/Schmitt Glaeser, aaO, Rdnr. 747.

61) 헌법재판소법 제75조 제1항은 “헌법소원의 인용결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다.”라고 규정함으로써 이를 뒷받침하고 있다. 참고로 독일 연방헌법재판소법 제31조 제1항도 “연방헌법재판소의 결정은 연방과 주의 헌법기관 및 모든 법원과 행정청을 기속한다.”라고 규정하고 있다. 이러한 일반적 기속력 및 대세적·법규적 효력에 대하여 vgl. Schlaich, aaO, Rdnr. 439ff.; Pestalozza, aaO, S. 319ff.; Lechner, aaO, S. 711ff.

62) 헌법재판소도 민사소송법 제118조에 대한 헌법소원심판사건(헌재 1992. 6. 26. 90헌아1, 판례집 4, 378)에서 “헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원에 있어서 인용결정은 위헌법률심판의 경우와 마찬가지로 이른바 일반적 기속력과 대세적·법규적 효력을 가진다. 이러한 효력은 법원에서의 구체적·개별적 소송사건에서 확정된 판결이 그 기속력이나 확정력에 있어서 원칙적으로 소송당사자에게만 한정하여 그 효력이 미치는 것과 크게 다른 것이다.”라고 판시함으로써 개별적·주관적인 당사자 처분주의의 성격을 가지는 민사소송과 일반적·객관적 성격을 가지는 헌법소원제도의 차별성을 강조하고 있다. 같은 견해의 판례: 헌재 1995. 1. 20. 93헌아1, 판례집 7-1, 113.

더욱이 오늘날 헌법소원제도가 고도로 발전함에 따라 개인의 권리 구제 보다는 오히려 권력통제, 중요한 헌법적 해명, 헌법질서유지 등 객관적 공익추구가 헌법소원제도의 더욱 중요한 기능이자 목적이 되었고, 이에 따라 앞서도 언급한 바와 같이 헌법소원제도는 상당부분 객관적 소송의 성격을 가지게 되었으며 소의 이익도 그만큼 확대되었다. 이는 민사소송과 구별되는 헌법소송의 기능과 특성 및 일반법원과 구별되는 헌법재판소의 지위와 기능 등<sup>63)</sup>에 비추어 지극히 당연하고 자연스러운 현상이라고 볼 수 있다. 준용규정에 관한 헌법재판소법 제40조 제1항이 “헌법재판소의 심판절차에 관하여는 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도에서 민사소송에 관한 법령을 준용한다.”라고 규정함으로써 비록 헌법재판소의 심판절차에 민사소송에 관한 법령이 준용될 수 있다 하더라도 이는 어디까지나 ‘헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도에서’ 준용된다는 점을 분명히 하고 있는데, 이 역시 이러한 민사소송과 구별되는 헌법재판의 특성 때문이라고 하겠다.

## 6. 헌법소원심판청구취하와 재판부의 동의

따라서 지금까지 언급한 헌법소원제도의 본질과 기능 및 특성에

63) 이러한 헌법소원제도 내지 헌법재판제도의 기능과 특성 및 일반재판과의 차이점에 대하여 vgl. Simon, Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Handbuch des Verfassungsrechts, hrsg. v. Ernst Benda/Werner Mayhofer/Hans-Jochen Vogel, 2. Aufl., Bd. 2, 1994, Rdnr. 42ff.; Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 1980, S. 951ff.; Ossenbühl, Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, in: Hamburg-Deutschland-Europa, Festschrift für Hans Peter Ipsen, hrsg. v. Rolf Stöter und Werner Thieme, 1977, S. 129ff.; Schlaich, aaO, Rdnr. 465ff.; ders., Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRL 39, 1981, S. 120ff.

비추어 볼 때 헌법소원심판절차에 민사소송법의 규정과 원리가 준용되는 데에는 일정한 한계가 있다. 여기서 논의되는 헌법소원심판 청구취하의 효과 문제가 바로 그 예라고 할 수 있다. 따라서 만일 구체적 헌법소원의 대상과 내용 및 청구취지 등에 비추어 공익추구, 중요한 헌법적 해명, 권력통제, 동일한 기본권 침해의 반복방지, 헌법질서유지 등 공적·객관적 이익과 기능이 강조되는 경우라면 청구인이 그 심판청구를 취하한 경우라도, 그리고 상대방인 피청구인이 이에 동의하거나 이의를 제기하지 아니한 경우라도 당사자의 의사에 관계 없이 헌법재판소는 직권으로 그 심판절차의 계속 여부 및 결정내용 등에 대하여 판단할 수 있는 권한을 가지고 있으며,<sup>64)</sup> 또 이를 행사해야 할 의무가 있다고 보아야 할 것이다. 이러한 헌법재판소의 의무는 헌법수호와 권력통제 및 공익추구의 권한과 의무를 가지는 헌법재판소의 존재 의의와 앞서 언급한 헌법소원제도의 기능과 특성 등으로부터 도출된다고 볼 수 있다. 따라서 청구인의 심판청구취하는 피청구인의 동의와 더불어 재판부의 동의<sup>65)</sup>를 요하며, 결국 헌법소원심판청구취하의 허용 여부와 그 법적 효과는 당사자가 아니라, 관련되는 다양한 공·사익의 총체적 형량을 바탕으로 한 재판부의 판단에 좌우된다고 보아야 할 것이다.<sup>66)</sup>

## 7. 결어

따라서 이 사건에서 만일 청구인 문화방송이 정치적 상황 변화 등

64) 독일의 경우 직권심리주의가 적용되는 결과 청구인의 심판청구취하신청에 구속됨이 없이 연방헌법재판소가 공익적 이유가 존재할 경우 직권으로 심판절차를 계속시킬 수 있다는 점에 대하여 vgl. Pestalozza, aaO, S. 412f.

65) 여기서 재판부의 동의는 헌법재판소법 제23조 제2항에 따라 종국심리에 관여한 재판관의 과반수의 찬성으로 이루어질 것이다.

66) 이러한 취하의 허용 여부와 이익형량에 대하여 vgl. F. Klein, aaO, Rdnr. 8.

을 이유로 이 사건 헌법소원심판청구를 취하한다 하더라도 헌법재판소는 청구인의 심판청구취하와 이에 대한 피청구인의 동의 여부만을 기준으로 하지 말고, 직권으로 이 사건 헌법소원의 대상과 내용 및 그 의미와 목적 등을 총체적으로 검토해서 앞서 언급한 객관적·공익적 사유가 존재한다고 판단이 된다면 심판청구의 취하 및 이에 대한 피청구인의 동의에도 불구하고 이 사건을 계속시켜 그 본안판단과 종국결정을 내려야 할 것이다.

독일 연방헌법재판소도 해당 헌법소원이 가지는 공익적 의미를 심판청구취하의 유효 여부의 기준으로 삼으면서 헌법소원의 내용과 청구취지가 일반적 의미(von allgemeiner Bedeutung) 내지 공익적 의미가 존재하는 경우 청구취하를 받아들이지 않고 종국결정을 내리고 있다.<sup>67)</sup>

결론적으로 앞서 심판의 이익과 관련하여 언급한 바와 같이 이 사건은 심판청구의 대상 및 내용과 관련하여 언론사의 언론의 자유 등 기본권에 대한 침해행위가 앞으로도 반복될 위험이 있거나 당해 분쟁의 해결이 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항이어서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 경우에 해당하여 헌법재판의 필요성이 대단히 크다고 할 것이므로 심판청구의 취하에도 불구하고 심판절차는 종료되지 않는다고 보아야 하고, 따라서 헌법재판소로서는 직권으로 심판절차를 진행하여 본안판단을 하고 재판부에서 평의한 대로 종국결정을 내려야 할 것이다.

67) 예컨대 BVerfGE 98, 218(242f.). 이와 관련한 독일의 사례에 대하여는 정연주, 헌법소원심판청구취하의 효과, 공법연구 제28집 제4호 제2권, 2000. 6, 194 이하 참조.

## V. 다른 법적 구제절차

문화방송은 헌법소원 이외에 다른 법적 구제절차도 밝을 예정이라고 발표했는데, 이에는 국가배상청구와 형사제재가 고려될 수 있을 것이다.

### 1. 국가배상

국가배상청구는 헌법 제29조 제1항에 따라 공무원의 직무상 불법행위로 인한 손해에 대하여 국가를 상대로 배상을 청구하는 제도로써 공법상의 손해전보제도이다. 국가배상청구권이 성립하기 위해서는 일반적으로 공무원의 직무행위가 불법이어야 하고, 이로써 타인에게 손해가 발생하여야 한다.<sup>68)</sup>

이 사건의 경우 대통령이나 대통령실이라는 공직자가 공적 직무행위와 관련하여 위헌적으로 그리고 고의 또는 과실로(즉 불법적으로) 청구인인 문화방송의 위에서 언급한 다양한 기본권을 침해하여 손해를 발생시켰기 때문에 국가배상청구권이 성립될 수 있을 것이다. 즉 앞서 언급한 바와 같이 대통령 전용기는 대통령의 사유재산이 아니라 공무수행을 위해 제공되는 국유재산이고 취재와 보도가 이루어지는 언론현장으로서 이는 공적 영역에 속하고, 따라서 대통령 전용기 내에서의 대통령 내지 대통령실에 의한 언론사의 취재 및 보도와 관련된 행위는 국가공권력 주체로서의 지위에서 이루어지는 것이고, 따라서 탐승배제조치는 대통령이나 대통령실이 공무원의 지위에서 행하는 일종의 직무행위이고, 이러한 직무행위는 고의 또는 과실로 비례의 원칙이나 평등의 원칙 등 헌법을 위반하여, 즉 불

68) 국가배상청구제도에 대하여 자세한 내용은 정연주, 헌법학원론, 428 이하 참조.



법적으로 특정 방송사의 취재 등 언론의 자유를 침해하여 손해를 야기시켰기 때문이다.

## 2. 형사제재

국가배상청구 이외에 이 사건 탑승배제조치에 관련된 공무원에 대하여 직권남용을 이유로 형사 고발하는 것을 고려할 수 있을 것이다. 직권남용에 대하여 형법 제123조는 “공무원이 직권을 남용하여 사람으로 하여금 의무없는 일을 하게 하거나 사람의 권리행사를 방해한 때에는 5년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.”고 규정하고 있다. 이 사건의 경우 공무원인 대통령 내지 대통령실 관계자 - 예컨대 비서실장이나 홍보수석 등 - 가 문화방송의 기자들을 상대로 탑승배제조치를 취함으로써 직권을 남용하여 취재·보도의 자유 등의 권리행사를 방해한 것이 인정될 수 있을 것이다.

앞서 언급한 바와 같이 대통령 전용기는 대통령이 자유롭게 마음대로 사용할 수 있는 사유재산이 아니라 공적 직무집행을 위하여 사용할 권한이 부여되는 국민의 세금으로 운영되는 국유재산이다. 따라서 취재진의 전용기의 탑승 여부와 전용기에서의 취재·보도활동은 공적 영역에 속하는 것으로서 이에 대한 대통령실의 전용기 관리에 헌법이 정한 원칙에 따라야 할 것이다. 그런데 앞서 지적했듯이 이 사건 탑승배제조치는 헌법을 위반하여 청구인 문화방송의 기본권을 침해한 위헌적 행위로서 직권남용에 해당한다고 볼 수 있다.<sup>69)</sup>

69) 이와 관련하여 한국기자협회와 전국언론노동조합이 MBC 기자 전용기 탑승 배제 사태와 관련해, 대통령실 관계자들을 직권남용 혐의로 경찰에 고발했다. 한편 세계 160여개국 기자들이 가입한 국제기자연맹(International Federation of Journalists)이 사건과 관련하여 규탄 성명을 한다는 보도가 있고, 한국외신기자클럽에선 이

다만 대통령의 경우에는 형사상 특권 때문에 형사소추를 할 수 없다. 즉 헌법 제84조는 “대통령은 내란 또는 외환의 죄를 범한 경우를 제외하고는 재직중 형사상의 소추를 받지 아니한다.”라고 하여 대통령의 형사상 특권을 인정하고 있고, 이에 따라 대통령에 대하여는 재직중 형사소추를 할 수 없다. 이는 대통령의 헌법상 지위와 책임에 따른 것으로 볼 수 있다. 즉 국가원수인 대통령은 국가를 대표하는 국정의 최고책임자로서의 지위에서 국정운영을 주도하는 막중한 책무를 지고 있기 때문에 인정되는 특권이다. 그런데 이러한 형사상의 불소추권은 재직중에 한하여 인정되는 것이기 때문에 퇴직 후에 소추하는 것은 가능하다. 이 경우 형사소추의 공소시효는 재직중 정지된다고 보아야 할 것이다.<sup>70)</sup> 한편 형사소추만 면제되는 것이므로 민사상·행정상의 책임은 면제되지 아니한다.<sup>71)</sup>

---

미 성명이 발표됐다. 오마이뉴스, “MBC 전용기 배제는 직권남용, 박근혜 ‘국정농단’도 그렇게 시작”, 2022. 11. 16.

70) 현재 1995. 1. 20. 94헌마246, 판례집 7-1, 15, 16: 우리 헌법이 채택하고 있는 국민주권의(제1조 제2항)와 법앞의 평등(제11조 제1항), 특수계급제도의 부인(제11조 제2항), 영전에 따른 특권의 부인(제11조 제3항) 등의 기본적 이념에 비추어 볼 때, 대통령의 불소추특권에 관한 헌법의 규정(제84조)이 대통령이라는 특수한 신분에서 따라 일반국민과는 달리 대통령 개인에게 특권을 부여한 것으로 볼 것이 아니라 단지 국가의 원수로서 외국에 대하여 국가를 대표하는 지위에 있는 대통령이라는 특수한 직책의 원활한 수행을 보장하고, 그 권위를 확보하여 국가의 체면과 권위를 유지하여야 할 실제상의 필요 때문에 대통령으로 재직중인 동안만 형사상 특권을 부여하고 있음에 지나지 않는 것으로 보아야 할 것이다. 위와 같은 헌법 제84조의 규정취지와 함께 공소시효제도나 공소시효정지제도의 본질에 비추어 보면, 비록 헌법 제84조에는 “대통령은 내란 또는 외환의 죄를 범한 경우를 제외하고는 재직중 형사상의 소추를 받지 아니한다”고만 규정되어 있을 뿐 헌법이나 형사소송법 등의 법률에 대통령의 재직중 공소시효의 진행이 정지된다고 명백히 규정되어 있지는 않다고 하더라도, 위 헌법규정은 바로 공소시효진행의 소극적 사유가 되는 국가의 소추권행사의 법률상 장애사유에 해당하므로, 대통령의 재직중에는 공소시효의 진행이 당연히 정지되는 것으로 보아야 한다.

71) 정연주, 헌법학원론, 741.

## Ⅵ. 맺는 말

상기 언급한 바와 같이 이 사건 헌법소원심판청구는 적법하게 제기되었다고 볼 수 있다. 아울러 본안판단과 관련하여 이 사건 심판청구의 대상인 공권력 행사로서의 대통령 내지 대통령실의 문화방송 기자들에 대한 탑승배제조치는 헌법상 비례의 원칙과 평등의 원칙 등을 위반하여 청구인의 취재·보도의 자유 등의 언론의 자유와 평등권 등의 기본권을 침해한 것으로 판단된다. 또한 만일 정치적 상황 등의 변화를 이유로 청구인이 심판청구를 취하할 경우에도 헌법재판소는 심판절차를 종료시킬 것이 아니라 직권으로 본안판단을 하여 종국결정을 내려야 할 것이다. 아무쪼록 헌법재판소가 오로지 헌법과 국민만을 염두에 두고 사건을 양심껏 처리해 정의와 헌법정신이 살아있다는 것을 보여주기 바란다.

## 참고문헌

- 김남진, 행정법 I, 법문사, 1997.
- 김하열, 헌법소송법, 박영사, 2016.
- 정연주, 민중소송과 선거소송, 고시연구 1998. 2, 116-129.
- \_\_\_\_\_, 서울대 입시요강사건, 헌법실무연구 제2권, 헌법실무연구회편, 2001. 12, 411-432.
- \_\_\_\_\_, 통치행위에 대한 사법심사, 「저스티스」 95호, 한국법학원, 2006. 12, 29-49.
- \_\_\_\_\_, 헌법소송론, 법영사, 2019.
- \_\_\_\_\_, 헌법소원심판청구취하의 효과, 「공법연구」 제28집 제4호 제2권, 2000. 6, 191-207.
- \_\_\_\_\_, 헌법학원론, 법영사, 2021.
- 허영, 헌법소송법론, 박영사, 2021.
- \_\_\_\_\_, 한국헌법론, 박영사, 2022.
- Gusy, Die Verfassungsbeschwerde, 1988.
- E. Klein, Zur objektiven Funktion der Verfassungsbeschwerde, DÖV 1982.
- F. Klein, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar, Bd. 1, 2006.
- H. Klein, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz Kommentar, Bd. V, 2006.
- Kopp, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 8. Aufl., 1989.
- Lechner, Die Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, Bd. III, 2. Halbband, 1959.
- Ossenbühl, Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, in: Hamburg-Deutschland-Europa, Festschrift für Hans Peter Ipsen, hrsg. v. Rolf Stöter und Werner Thieme, 1977.
- Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 1991.
- Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz Kommentar, 4. Aufl., 1997.
- Säcker, Das Bundesverfassungsgericht, 3. Aufl., 1981.

Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 4. Aufl., 1997.

\_\_\_\_\_, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRL  
39, 1981, 99-143.

Simon, Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Handbuch des Verfassungsrechts, hrsg. v.  
Ernst Benda/Werner Mayhofer/Hans-Jochen Vogel, 2. Aufl., Bd. 2,  
1994.

Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 1980.

Tschira/Schmitt Glaeser, Verwaltungsprozeßrecht, 9. Aufl., 1988.

<Abstract>

**Constitutional Complaint against the Boarding  
Exclusion Action of the Presidential Aircraft  
- Regarding the Case of an Adjudication on a  
Constitutional Complaint of MBC -**

Jung, Yonju\*

As is generally known, the boarding in the presidential plane of the journalists of Munwha Broadcasting Corporation(MBC) in case of Presidential State Visit in Southeast Asia Countries were recently rejected. MBC requested an adjudication on a Constitutional Complaint asserting that the freedom of Speech and equal rights of the claimant were infringed by the boarding exclusion action of Executive Office of the President. The legal requirements of the adjudication on a Constitutional Complaint could be met. MBC holds a qualification as a claimant. The boarding exclusion action of Executive Office of the President is a kind of powerful factual act. It belongs to an exercise of the governmental power which can be the subject of adjudication on a Constitutional Complaint. This Case has an interest of an adjudication even though the boarding exclusion action is finished and cannot be cancelled any more.

On one hand, the freedom of Speech and equal rights of the claimant were infringed by the boarding exclusion action of Executive Office of the President. The action is unconstitutional because it violated the principles of proportionality and equality.

In case of withdrawal of litigation, on the other hand, the Constitutional

---

\* Professor of College of Law, Sunshin University

Court has to decide the unconstitutionality of the action by official authority, because the Case has an interest of an adjudication.

**Key Words** : MBC, constitutional complaint, qualification of claimant, powerful factual act, interest of adjudication, withdrawal of litigation, freedom of speech

