

## 청소년유해매체물결정및고시처분무효확인

[서울고등법원 2003. 12. 16. 2002누14418]



### 【전문】

#### 【원고, 항소인】

【피고, 피항소인】 정보통신윤리위원회외 1(소송대리인 변호사 황용환)

【제1심판결】 서울행정법원 2002. 8. 14. 선고 2002구합1519 판결

【변론종결】2003. 12. 2.

#### 【주문】

】

1. 원고의 피고들에 대한 각 항소를 모두 기각한다.
2. 당심에서 추가된 원고의 피고들에 대한 각 예비적 청구부분의 소를 모두 각하한다.
3. 소송비용은 제1, 2심 모두 원고의 부담으로 한다.

【청구취지 및 항소취지】제1심 판결을 취소한다.피고 정보통신윤리위원회에 대한 청구 : 주위적으로 위 피고가 2000. 8. 25. 원고에 대하여 한 청소년유해매체물결정은 무효임을 확인한다. 예비적으로 위 결정을 취소하라.피고 청소년보호위원회에 대한 청구 : 주위적으로 위 피고가 2000. 9. 27. 원고에 대하여 한 고시처분은 무효임을 확인한다. 예비적으로 위 고시처분을 취소하라(원고는 당심에서 피고들에 대한 각 예비적 청구를 추가하였다.).

【청구취지 및 항소취지】제1심 판결을 취소한다.피고 정보통신윤리위원회에 대한 청구 : 주위적으로 위 피고가 2000. 8. 25. 원고에 대하여 한 청소년유해매체물결정은 무효임을 확인한다. 예비적으로 위 결정을 취소하라.피고 청소년보호위원회에 대한 청구 : 주위적으로 위 피고가 2000. 9. 27. 원고에 대하여 한 고시처분은 무효임을 확인한다. 예비적으로 위 고시처분을 취소하라(원고는 당심에서 피고들에 대한 각 예비적 청구를 추가하였다.).

【청구취지 및 항소취지】제1심 판결을 취소한다.피고 정보통신윤리위원회에 대한 청구 : 주위적으로 위 피고가 2000. 8. 25. 원고에 대하여 한 청소년유해매체물결정은 무효임을 확인한다. 예비적으로 위 결정을 취소하라.피고 청소년보호위원회에 대한 청구 : 주위적으로 위 피고가 2000. 9. 27. 원고에 대하여 한 고시처분은 무효임을 확인한다. 예비적으로 위 고시처분을 취소하라(원고는 당심에서 피고들에 대한 각 예비적 청구를 추가하였다.).

#### 【이유】

##### 】1. 처분의 경위

갑제1호증, 을제1호증의 1 내지 4, 을제2호증의 1 내지 3, 을제3호증의 1, 2의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 원고는 1997. 6. 6.부터 인터넷 사이트인 [http://\(상세 생략\).com](http://(상세 생략).com)(이하 "이 사건 사이트"이라 한다.

)를 운영해 왔는데, 위 이 사건 사이트는 국내에서 최초로 개설된 게이웹사이트로 동성애자 생활의 가이드와 동성애자들의 삶을 공유한다는 취지를 표방하고 있다.

나. 피고 정보통신윤리위원회는 2000. 8. 25. 제17차 전문위원회 회의에서 "이 사건 사이트는 한국 최초의 게이웹사이트로 순수한 열린 마음들의 열린 만남을 모토로 운영된다고 하나, 전체 게시판의 내용들이 음란하고 욕설 등을 구체

적으로 묘사하고 있는데도 청소년들이 아무런 제재 없이 쉽게 접속할 수 있으므로, 청소년 유해매체물 심의기준 중 '수간을 묘사하거나 혼음, 근친상간, 동성애, 가학, 피가학음란증 등 변태성행위, 매춘행위 기타 사회통념상 허용되지 아니한 성관계를 조장하는 것'에 해당한다.

"는 이유로 청소년보호법 제10조, 법 시행령 제7조에 의하여 청소년 유해매체물로 심의·결정하였고, 피고 청소년보호위원회는 피고 정보통신윤리위원회의 요청에 따라 2000. 9. 20. 청소년보호위원회 고시 제2000-31호로 결정사유를 음란, 효력발생일을 2000. 9. 27.로 하여 이 사건 사이트가 청소년 유해매체물에 해당한다는 내용의 고시를 하였다.

다.

한편, 피고 정보통신윤리위원회는 2001. 9. 4. 이 사건 사이트의 "청소년보호위원회 고시 제200-31호 청소년 유해매체물(전기통신물) 목록표상의 결정사유인 음란을 동성애로 변경해 달라."는 안건에 관하여 심의한 결과 "동성애 관련 정보내용 외에 음란성 정보내용이 일부 포함되어 있어 결정사유를 변경할 이유가 없다.

"는 이유로 위 신청을 기각하기로 결정하였다.

## 2. 관계법령

청소년보호법 (2001. 5. 24. 법률 제6479호로 개정되기 전의 것)

제8조(청소년 유해매체물의 심의·결정)

① 제27조의 규정에 의한 청소년보호위원회(이하 "청소년보호위원회"라 한다.

)는 제7조의 규정에 의한 매체물의 청소년에 대한 유해 여부를 심의하여 청소년에게 유해하다고 인정되는 매체물에 대하여는 청소년 유해매체물로 결정하여야 한다.

다만, 이 법 또는 다른 법령의 규정에 의하여 당해 매체물의 윤리성·건전성의 심의를 할 수 있는 기관(이하 "각 심의 기관"이라 한다.

)이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

② 청소년보호위원회는 각 심의기관이 해당 매체물에 대하여 청소년 유해 여부의 심의를 하지 아니할 경우 청소년 보호를 위하여 필요하다고 인정할 때에는 그 심의를 하도록 요청할 수 있다.

제10조(청소년 유해매체물의 심의기준)

① 청소년보호위원회와 각 심의기관은 제8조의 규정에 의한 심의를 함에 있어서 당해 매체물이 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 청소년 유해매체물로 결정하여야 한다.

1. 청소년에게 성적인 욕구를 자극하는 선정적인 것이거나 음란한 것
2. 청소년에게 포악성이나 범죄의 충동을 일으킬 수 있는 것
3. 성폭력을 포함한 각종 형태의 폭력행사와 악물의 남용을 자극하거나 미화하는 것
4. 청소년의 건전한 인격과 시민의식의 형성을 저해하는 반사회적·비윤리적인 것

5. 기타 청소년의 정신적·신체적 건강에 명백히 해를 끼칠 우려가 있는 것

- ② 제1항의 규정에 의한 기준을 구체적으로 적용함에 있어서는 현재 국내사회에서의 일반적인 통념에 따르며 그 매체물이 가지고 있는 문학적·예술적·교육적·의학적·과학적 측면과 그 매체물의 특성을 동시에 고려하여야 한다.
- ③ 청소년 유해 여부에 관한 구체적인 심의기준과 그 적용에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

#### 제14조(표시의무)

- ① 청소년 유해매체물에 대해서는 청소년에게 유해한 매체물임을 나타내는 표시(이하 "청소년 유해표시"라 한다.)를 하여야 한다.
- ② 제1항의 규정에 의한 청소년 유해표시를 하여야 할 의무자, 청소년유해표시의 종류와 시기·방법 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

#### 제22조(청소년 유해매체물의 고시)

- ① 청소년보호를 위하여 필요하다고 인정할 경우, 청소년보호위원회는 제8조 제1항 본문 및 제3항과 제12조의 규정에 의하여 결정 또는 확인한 매체물에 대하여는 이를 청소년 유해매체물로 고시하여야 한다.
- ② 각 심의기관은 청소년 유해매체물에 대하여 심의의견서를 첨부하여 청소년보호위원회에 당해 매체물의 고시를 요청하여야 한다.
- ③ 청소년보호위원회가 제1항 및 제2항의 규정에 의한 매체물을 고시할 때에는 고시의 사유와 효력발생시기를 명시하여야 한다.

제39조(이의신청) 이 법에 의한 처분에 대하여 불복이 있는 자는 그 처분의 고지를 받은 날부터 60일 이내에 그 사유를 갖추어 처분을 한 행정청에 이의신청을 할 수 있다.

#### 제40조(소의 제기)

- ① 이 법에 의한 처분에 대하여 불복의 소를 제기하고자 할 때에는 이의신청에 대한 처분의 고지를 받은 날부터 90일 이내에 이를 제기하여야 한다.
- ② 제1항의 기간은 이를 불변기간으로 한다.

#### 청소년보호법시행령

#### 제5조(청소년 유해매체물의 심의·결정 및 통보)

① 법 제27조의 규정에 의한 청소년보호위원회(이하 "청소년보호위원회"라 한다.

) 및 법 제8조 제1항 단서의 규정에 의한 각 심의기관(이하 "각 심의기관"이라 한다.

)은 법 제8조 제1항·제3항 및 제5항의 규정에 의하여 청소년 유해매체물의 결정이 있는 경우에는 지체없이 그 이유를 명시하여 제13조의 규정에 의한 청소년 유해표시의무자와 제15조의 규정에 의한 포장의무자에게 그 사실을 통보하여야 한다.

이 경우 통보방법은 우편에 의한 통보를 원칙으로 하되, 주소불명 등으로 우편에 의한 통보가 불가능한 경우에는 청소년 유해매체물의 결정내용을 정보통신망에 게재하여 누구나 쉽게 열람이 가능하도록 하여야 한다.

제7조(청소년 유해매체물의 심의기준) 법 제10조 제3항의 규정에 의한 청소년 유해매체물의 심의기준은 별표 1과 같다.

제13조(청소년유해표시의무자)

① 법 제14조의 규정에 의하여 청소년유해표시를 하여야 할 자는 별표 2와 같다.

다만, 다른 법령의 규정에 의하여 청소년유해표시를 하여야 할 자가 정하여진 경우는 당해 법령이 정하는 바에 의한다.

[별표 1] 청소년 유해매체물의 심의기준( 제7조 관련)

## 2. 개별 심의기준

가. 음란한 자태를 지나치게 묘사한 것

나. 성행위와 관련하여 그 방법·감정·음성 등을 지나치게 묘사한 것

다.

수간을 묘사하거나 혼음, 근친상간, 동성애, 가학·피학성 음란증 등 변태성행위, 매춘행위 기타 사회통념상 허용되지 아니한 성관계를 조장하는 것

라. 청소년을 대상으로 하는 성행위를 조장하거나 여성을 성적 대상으로만 기술하는 등성윤리를 왜곡시키는 것

마. 존속에 대한 상해·폭행·살인 등 전통적인 가족윤리를 훼손할 우려가 있는 것

바. 잔인한 살인·폭행·고문 등의 장면을 자극적으로 묘사하거나 조장하는 것

사. 성폭력·자살·자학행위 기타 육체적·정신적 학대를 미화하거나 조장하는 것

아. 범죄를 미화하거나 범죄방법을 상세히 묘사하여 범죄를 조장하는 것

자. 역사적 사실을 왜곡하거나 국가와 사회존립의 기본체제를 훼손할 우려가 있는 것

차. 저속한 언어나 대사를 지나치게 남용하는 것

카. 도박과 사행심 조장 등 건전한 생활태도를 저해할 현저한 우려가 있는 것

타. 청소년유해약물 등의 효능 및 제조방법 등을 구체적으로 기술하여 그 복용·제조 및 사용을 조장하거나 이를 매개하는 것

파. 청소년유해업소에서의 청소년고용과 청소년출입을 조장하거나 이를 매개하는 것

하. 청소년에게 불건전한 교제를 조장할 우려가 있거나 이를 매개하는 것

[별표 2] 청소년 유해매체물의 유해표시의무자( 제13조 관련)

구분유해표시 의무자4. 전기통신을 통한 음성정보·영상정보·문자정보 정보를 제공하는 자

전기통신사업법(2002. 12. 26. 법률 제6822호로 개정되기 전의 것)

제53조의2(정보통신윤리위원회)

- ① 제53조의 규정에 의한 불온통신을 억제하고 건전한 정보문화를 확립하기 위하여 정보통신윤리위원회(이하 "위원회"라 한다.  
)를 둔다.

- ④ 위원회는 불온통신의 근절 및 건전정보의 유통활성화를 위하여 다음 각호의 업무를 행한다.

2. 전기통신회선을 통하여 일반에게 공개를 목적으로 유통되는 정보 중 대통령령이 정하는 정보의 심의 및 시정요구  
전기통신사업법시행령

제16조의3(심의대상이 되는 정보의 범위)

- ① 법 제53조의2 제4항 제2호에서 "대통령령이 정하는 정보"라 함은 전기통신사업자가 제공하는 전기통신역무를 통하여 전달되는 정보 중 다음 각호의 1에 해당하지 아니하는 정보를 말한다.

1. 국가·지방자치단체 또는 공공단체에서 제공하는 정보

2. 다른 법령의 규정에 의하여 심의대상이 되는 정보

행정소송법

제20조(제소기간)

- ① 취소소송은 처분 등이 있음을 안 날부터 90일 이내에 제기하여야 한다.

다만, 제18조 제1항 단서에 규정한 경우와 그밖에 행정심판청구를 할 수 있는 경우 또는 행정청이 행정심판청구를 할 수 있다고 잘못 알린 경우에 행정심판청구가 있는 때의 기간은 재결서의 정본을 송달받은 날부터 기산한다.

- ② 취소소송은 처분 등이 있는 날부터 1년( 제1항 단서의 경우는 재결이 있는 날부터 1년)을 경과하면 이를 제기하지 못한다.

다만, 정당한 사유가 있는 때에는 그러하지 아니하다.

- ③ 제1항의 규정에 의한 기간은 불변기간으로 한다.

3. 원고의 피고들에 대한 각 주위적 청구(무효확인을 구하는 부분)에 대한 판단

가. 피고들의 본안전 항변에 관한 판단

- (1) 피고들은, ① 피고 정보통신윤리위원회의 2000. 8. 25.자 청소년 유해매체물 결정에 대하여, 원고는 위 결정이 있은 지 1년이 지난 2002. 1. 10. 비로소 이 사건 소송을 제기하여 제소기간을 도과하였고, ② 피고 청소년보호위원회의 2000. 9. 27.자 고시에 대해서는, 청소년보호법 제39조, 제40조의 규정에 따라 처분에 대하여 불복이 있는 자는 그

처분의 고지를 받은 날부터 60일 이내에 이의신청을 하여야 하고, 처분에 대하여 불복의 소를 제기하기 위해서는 이의신청에 대한 처분의 고지를 받은 날부터 90일 이내에 소를 제기하여야 하는데, 원고는 소를 제기하기 전에 필요적으로 거쳐야 하는 전심절차를 거치지 않았을 뿐 아니라 고시가 있는 후 1년이 지난 2002. 1. 10. 비로소 이 사건 소송을 제기하여 제소기간을 도과하였으므로, 원고의 피고들에 대한 각 주위적 청구는 모두 각하되어야 한다고 주장한다.

(2) 그러나, 원고의 피고들에 대한 이 사건 각 주위적 청구부분의 소는 처분의 무효확인을 구하는 소송이고, 제소기간의 제한이나 행정심판을 거치지 아니하면 소송을 제기할 수 없다는 규정이 있는 경우 거쳐야 하는 전심절차의 제한 등은 그 처분의 취소소송, 부작위위법확인소송의 경우에 적용되는 것이지 처분의 무효확인을 구하는 소송에까지 적용되는 것은 아니므로, 피고들의 위 각 주장은 모두 이유 없다.

#### 나. 본안에 관한 판단

##### (1) 원고의 주장

(가) 피고들이 이 사건 사이트를 청소년 유해매체물로 결정, 고시한 이 사건 각 처분은 원고를 상대방으로 하는 상대방 있는 행정처분이고, 피고들은 청소년보호법시행령 제5조 제1항에 의하여 원고에게 이를 통지할 의무가 있음에도 불구하고 이를 이행하지 아니하였으므로 위 처분은 아직 그 효력 자체가 발생하지 아니하여 무효이다.

(나) 청소년보호법 제10조 제3항의 위임에 따라 청소년 유해매체물의 심의기준을 정한 같은법시행령 제7조 [별표 1] 2. 다.

항은 개별심의기준의 하나로서 "동성애를 조장하는 것"을 들고 있는바, 동성애를 비롯한 성 정체성 자체는 정신질환이나 변태성행위가 아니라 동성간의 사랑을 추구하는 성적 지향(sexual orientation)의 하나로서 세계보건기구(WHO)와 미국정신의학회가 정신질환을 진단하는 기준으로 사용하기 위하여 발간하는 통계편람(DSM)에서도 이를 정신질환 또는 정신적 장애가 아니라 성행동의 정상적 지향체로 인정하고 있음에도 불구하고, "동성애를 조장하는 것"을 문제삼고 이와 관련된 내용을 청소년 유해매체물 심의기준의 하나로 규정하고 있는 것은 헌법 제10조에서 보장하고 있는 개인의 인격권·행복추구권의 내용으로 인정되는 성적 자기결정권을 부당하게 제한하는 것이고, 성적 지향을 이유로 한 차별로서 평등권을 침해하는 것이며, 또한 동성애에 관하여 의견을 표현할 수 있는 자유와 동성애에 대한 알권리를 제한하는 것으로서 표현의 자유를 침해하는 것이므로 헌법에 위반될 뿐 아니라, 모법인 위 청소년보호법 제10조 제1항에서 정한 심의기준 어디에도 해당하지 아니하므로 위임입법의 한계를 벗어난 것으로서 무효라 할 것이고, 피고들은 실제 이 사건 사이트가 음란한 사이트이기 때문이 아니라 동성애를 조장하는 사이트이기 때문에 이 사건 처분을 한 것이므로, 결국 이 사건 각 처분은 헌법에 위반될 뿐 아니라 위임입법의 한계를 벗어나 무효인 같은법시행령 제7조 [별표1] 2. 다.

항의 "동성애를 조장하는 것"이라는 심의기준에 근거한 것으로서 그 위법성이 중대하고 명백하여 무효라 할 것이다

(다) 또한, 피고 정보통신윤리위원회가 이 사건 사이트에 대하여 "동성애 조장"뿐만 아니라 "음란성 정보가 포함되어 있음"을 이유로 청소년 유해매체물로 결정하였다 하더라도, 이 사건 사이트는 음란한 사이트라고 할 수 없을 뿐만

아니라 설령 음란한 정보내용이 일부 게재되어 있었다 하더라도 우리 사회에서 억압받고 소외당하는 동성애자들에게 사회적 억압을 극복하고 동성애자로서 삶을 공유할 수 있는 공간역할을 하는 이 사건 사이트의 특성과 그 기능을 고려해 볼 때, 극소수가 아무 생각 없이 올린 게시물 몇 개로 음란성 여부를 평가하여 청소년 유해매체물로 결정하고 고시한 이 사건 처분은 과잉금지의 원칙에 위반되는 과도한 것으로서 그 위법성이 중대하고 명백하여 무효라 할 것이다.

(2) 판단

- (가) 청소년보호법 제8조, 제22조를 비롯한 제반 규정을 종합해 보면, 제7조에 규정된 각종 매체물의 청소년에 대한 유해 여부를 심의하여 청소년에게 유해하다고 인정되는 매체물에 대하여 청소년 유해매체물로 결정하는 행정처분은 처분의 상대방이 정해져 있는 행정처분, 즉 당해 유해매체물의 소유자 등 특정인을 대상으로 하고, 특정인에 대해서만 그 효력이 발생하는 처분이 아니라, 일반 불특정 다수인에 대하여 표시의무, 포장의무, 판매금지 등 각종 효력이 발생하고, 그 효력 또한 불특정 다수인에게 일률적으로 적용되는 행정처분으로 고시에 의하여 효력이 발생한다( 대법원 2001. 7. 27. 선고 99두9490 판결 등 참조).

청소년보호법시행령 제5조 제1항에서 청소년 유해표시 의무자 및 청소년 유해매체물 포장의무자에게 위 청소년 유해매체물 결정사실을 통보하도록 규정하고 있는 것은, 현실적으로 청소년 유해매체물 결정이 있었다고 하여 모든 국민들이 실제 위 결정사실을 곧바로 알 수 있는 것은 아니므로 특히 위 결정에 의하여 청소년보호법 제14조, 제15조에 의하여 청소년 유해표시 의무 또는 청소년 유해매체물 포장의무를 부담하는 자에 대해서는 이를 통보해 줌으로써 위 법에서 규정하고 있는 의무를 신속하게 준수할 수 있도록 하기 위한 것이라고 봄이 상당하다.

그러므로, 앞서 본 바와 같이 피고 정보통신윤리위원회가 이 사건 사이트를 청소년 유해매체물로 결정하고, 피고 청소년보호위원회가 그 효력발생시기를 명시하여 이를 고시함으로써 이 사건 각 처분은 그 효력이 발생하였다고 봄이 상당하고, 피고들이 위 처분이 있었던 사실을 원고에게 제대로 통지하지 아니하였다고 하여 그 효력 자체가 발생하지 아니한 것이라고 볼 수는 없다.

- (나) 다음, 하자 있는 행정처분이 당연무효로 되려면 그 하자가 법규의 중요한 부분을 위반한 중대한 것이어야 할 뿐 아니라 객관적으로 명백한 것이어야 하고( 대법원 2002. 2. 8. 선고 2000두4057 판결, 1997. 5. 28. 선고 95다15735 판결 참조), 행정청이 위법·무효인 시행령을 적용하여 한 행정처분이 당연무효로 되려면 그 규정이 행정처분의 중요한 부분에 관한 것이어서 결과적으로 그에 따른 행정처분의 중요한 부분에 하자가 있는 것으로 귀착되고, 또한 그 규정의 위법성이 객관적으로 명백하여 그에 따른 행정처분의 하자가 객관적으로 명백한 것으로 귀착되어야 하는바, 일반적으로 시행령이 헌법이나 법률에 위반된다는 사정은 그 시행령의 규정이 위법·무효라고 선언한 대법원의 최종 판결이 선고되지 아니하였고 또한 그 시행령의 규정이 위법·무효인지 여부가 해석상 다툼의 여지가 없을 정도로 명백하였다고 인정되지 아니하는 이상 위 들이 있기 전에는 객관적으로 명백한 것이라 할 수 없으므로, 이러한 시행령에 근거한 행정처분의 하자는 취소사유에 해당할 뿐 무효사유가 된다고 볼 수는 없다 할 것이다( 대법원 1997. 5. 28. 선고 95다15735 판결 등 참조).

청소년보호법시행령 제7조 [별표 1] 2. 다.

항의 규정 중 "동성애를 조장하는 것"을 청소년 유해매체물의 심의기준에 포함하고 있는 부분에 관하여 살피건대, 이성 간의 성적 결합과 이를 기초로 한 혼인 및 가족생활을 정상적인 성생활로 간주하는 전통적인 성에 대한 관념 및 시각에 비추어 보면 "동성애 또는 동성 간의 성적 접촉"을 사회통념상 허용되지 아니하는 성관계로 볼 수 있는 여지가 없다고 할 수 없으나, 동성애를 비롯한 성 정체성 자체는 정신의학상 정신질환이나 정신적 장애가 아니라 이성애와 같이 정상적인 성적 지향의 하나로 간주되어야 한다는 주장(갑제4호증 참조, 국가인권위원회의 결정 및 위 결정에서 원용하고 있는 세계보건기구, 미국정신의학회 통계편람(DSM)의 진단, 분류 등 참조)이 적지 아니한바, 동성애 또는 동성 간의 성적 접촉을 "이성애 또는 이성 간의 성적 결합"과 같은 것으로 볼 수는 없다 하더라도 우리 사회의 성적 소수자인 동성애자들을 범죄자 또는 사회적인 일탈자 정도로 보아 배척하는 것만으로 해결할 수 있는 문제로 보이지는 않는 점, 헌법 제10조에서 보장하고 있는 개인의 인격권·행복추구권의 내용으로 인정되는 성적 자기결정권 및 동성애에 관하여 의견을 표현할 수 있는 자유와 동성애에 대한 알권리를 제한하는 것으로서 표현의 자유를 침해할 우려가 있는 점, 동성애 자체를 선정적이거나 음란한 것 또는 반사회적·비윤리적인 것 등 청소년보호법 제10조 제1항 각호에 규정한 사유에 해당한다거나 청소년보호법시행령 제7조 [별표 1] 2. 다.

항에서 규정하고 있는 "혼음, 근친상간, 가학·피학성 음란증 등 변태성행위, 매춘행위"와 같은 정도로 사회통념상 허용되지 아니하는 성관계에 해당한다고 볼 수 있는지는 의문인 점 등 여러 사정에 비추어 보면, 청소년보호법시행령 제7조 [별표 1] 2. 다.

항의 규정 중 "동성애를 조장하는 것"을 청소년 유해매체물의 심의기준에 포함하고 있는 부분을 위헌 또는 위법인 규정으로 볼 여지가 있다고 할 것이다.

그러나 위 규정이 헌법에 위반된다거나 청소년보호법 제10조의 위임의 한계를 벗어난 위임입법으로서 무효라는 대법원의 판결이 선고된 바 없고, 위법·무효인지 여부가 해석상 다툼의 여지가 없을 정도로 객관적으로 명백하다고 할 수도 없다.

(다) 또한, 하자 있는 행정처분이 당연무효가 되기 위하여는 그 하자가 중대할 뿐만 아니라 객관적으로 명백한 것이어야 하는데, 앞서 든 각 증거에 의하면, 피고 정보통신윤리위원회는 2000. 8. 25. 제2분과전문위원회 제17차 회의에서 이 사건 사이트가 "동성애 조장"뿐만 아니라 "음란"에도 해당한다는 이유로 이 사건 사이트를 청소년 유해매체물로 결정하였고, 위 이 사건 사이트에 일부 음란한 내용도 포함되어 있었던 사실을 인정할 수 있는바, 청소년 유해매체물로 결정·고시하려면 어느 정도 음란한 내용이 포함되어 있어야 하는가 여부는 보는 사람의 시각에 따라 다를 수 있는 것이므로 원고의 주장대로 이 사건 사이트에 일부 음란한 내용이 포함되어 있다는 이유로 청소년 유해매체물로 결정·고시한 것이 과잉금지의 원칙에 위반된다고 하더라도 그러한 하자가 객관적으로 명백한 하자에 해당한다고 볼 수 없다.

다.

소결론

그렇다면, 피고들의 이 사건 각 처분이 아직 효력이 발생하지 아니하였다거나 그 하자가 중대, 명백하여 무효라고 볼 수 없으므로, 원고의 피고들에 대한 이 사건 각 주위적 청구는 모두 이유 없다.



#### 4. 원고의 피고들에 대한 각 예비적 청구(취소를 구하는 부분)에 대한 판단

##### 가. 원고의 주장

원고는, (1) 청소년보호법 제39조는 "이 법에 의한 처분에 대하여 불복이 있는 자는 그 처분의 고지를 받은 날부터 60일 이내에 그 사유를 갖추어 처분을 한 행정청에 이의신청을 할 수 있다.

"라고 규정하고 있고, 제40조 제1항에서는 "이 법에 의한 처분에 대하여 불복의 소를 제기하고자 할 때에는 이의신청에 대한 처분의 고지를 받은 날부터 90일 이내에 이를 제기하여야 한다.

"라고 규정하고 있는바, 이는 청소년보호법에 의한 처분은 그 상대방에게 고지해야 함을 전제로 한 것인데, 원고는 이 사건 각 처분에 관하여 고지를 받은 바 없으므로 여전히 이의신청을 할 수 있고, 소송에서의 제소기간 기산점도 고지를 받은 날부터 기산하여야 한다는 취지로 볼 수 있으므로, 이 사건 각 처분에 대한 취소소송의 제소기간은 도과하지 않았다고 보아야 하고, (2) 그렇지 않다 하더라도 행정소송법 제20조 제2항은 "취소소송은 처분 등이 있는 날부터 1년을 경과하면 이를 제기하지 못한다.

다만, 정당한 사유가 있는 때에는 그러하지 아니하다.

"라고 규정하고 있고, 피고들이 법령상 규정된 통지의무를 위반하여 원고가 위 각 처분이 있음을 알지 못하였으므로 제소기간을 준수하지 못한 것에 정당한 사유가 있으며, (3) 이 사건 각 처분에는 원고가 앞서 무효사유로 주장한 것과 같은 취소사유가 있으므로, 위 각 처분을 취소하여야 한다고 주장한다.

##### 나. 제소기간 도과 여부에 관한 판단

먼저, 원고의 이 부분 소가 제소기간을 도과하였는지 여부에 관하여 살피건대, ① 청소년 유해매체물 결정은 불특정 다수인에 대하여 하는 행정처분으로 상대방이 있는 것이 아니고, 청소년보호법시행령 제5조 제1항에서 그 처분의 효과로 청소년 유해표시, 포장 등을 해야 할 의무가 있는 자에게 그 의무의 준수를 위하여 이를 통지할 의무를 부과하고 있을 뿐 상대방에 대한 고지에 의하여 효력이 발생하는 것이 아니라 관보에 고시를 함으로써 고시에서 정한 효력발생일부부터 효력이 발생하는 것이고, 청소년보호법 제39조에 규정된 "그 처분의 고지를 받은 날부터 60일 이내에 - - - 이의신청"을 할 수 있는 대상이 되는 처분은 고시에 의하여 효력이 발생하는 위와 같은 처분이 아니라 같은 법 제36조(수거·파기), 제37조(시정명령) 등 같은 법에 규정된 상대방 있는 행정처분을 대상으로 한 것으로 보일 뿐 아니라, ② 그렇지 않다 하더라도 이 사건 각 처분의 효력은 불특정 다수인에게 일률적으로 적용되는 것이므로 이러한 행정처분의 경우 제소기간 또한 일률적으로 정함이 상당하고, 따라서 행정처분에 이해관계를 갖는 자가 고시 또는 공고가 있었다는 사실을 현실적으로 알았는지 여부에 관계없이 고시가 효력이 발생하는 날에 행정처분이 있음을 알았다고 보아야 할 것이므로( 대법원 2001. 7. 27. 선고 99두9490 판결 참조) 고시가 효력이 발생하는 날 처분의 고지가 있었던 것으로 보아야 할 것이며, 위 고시가 2000. 9. 27. 효력이 발생하였음은 앞서 본 바와 같고, 이 사건 소가 그로부터 60일이 훨씬 지난 후에 제기되었으므로 이 사건 각 처분에 대한 취소소송의 제소기간이 도과하지 않았다고 볼 수 없고, ③ 이 사건 각 처분이 불특정 다수인을 상대로 한 것으로 고시에 의하여 효력이 발생하는 행정처분인 점에 비추어 볼 때, 피고들이 법령상 규정된 통지의무를 위반하여 원고가 위 각 처분이 있음을 알지 못하였다는 등의 사정만으로는 제소기간을 준수하지 못한 것에 정당한 사유가 있다고 할 수 없다.

다.

소결론

그렇다면, 원고의 피고들에 대한 각 예비적 청구부분의 소는 제소기간을 도과한 부적법한 소라고 볼 수밖에 없다.

#### 5. 결론

그렇다면, 원고의 피고들에 대한 각 주위적 청구는 이유 없어 이를 기각하고, 각 예비적 청구부분의 소는 부적법하므로 이를 각하할 것인바, 제1심 판결은 이와 결론을 같이하여 정당하므로 이에 대한 원고의 피고들에 대한 각 항소는 이유 없어 이를 모두 기각하고, 당심에서 추가된 각 예비적 청구부분의 소는 부적법하므로 이를 모두 각하하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사 이동흡(재판장) 양현주 하종대