

청소년 유해매체물 규제: 엑스존사건 판결에 대한 평가와 분석

연구원 이 민 영*

지난 2003년 12월 16일, 서울고등법원 제6 특별부는 청소년유해매체물 결정 및 고시처분의 무효확인소송에서 원고의 청구를 기각하는 사법적 판단을 내린 바 있다. 본고에서는 이 판결에 대한 행정법적 평석을 기하는 동시에, 적절한 유해정보규제정책 개선방안의 모색을 위해 현행 청소년유해매체물 심의제도의 현주소를 짚어보고자 한다.

목 차

I. 서 론	IV. 판례평석
II. 사건개요	1. 쟁 점
III. 판결요지	2. 법 리
1. 원심의 판단	3. 논 의
2. 고법의 판단	4. 소 결
	V. 결 론

I. 서 론

표현의 자유에는 소위 성표현물(性表現物)에 의한 자유도 당연히 포함되는 것으로 해석되어진다. 그러나 헌법 제21조 제4항에서 “언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니 된다”고 규정하고 있으므로 성표현의 자유에도 일정한 한계가 존재하는 것이다. 즉 음란¹⁾한 물건으로서 음란물(淫亂物)은 헌법상 표현의 자유의 보호 영역에 포섭되는 것이 승인되지 아니하며, 이를 제조·판매하는 등의 행위를 형사처벌의 대

연락처: * 미래한국연구실 (02) 570-4083, mylee@kisdi.re.kr

1) 여기서 음란이란 일반인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 선량한 도의관념에 반하는 것이라 할 수 있다; 대법원 1997. 8.22. 선고 97도937 판결 참조.

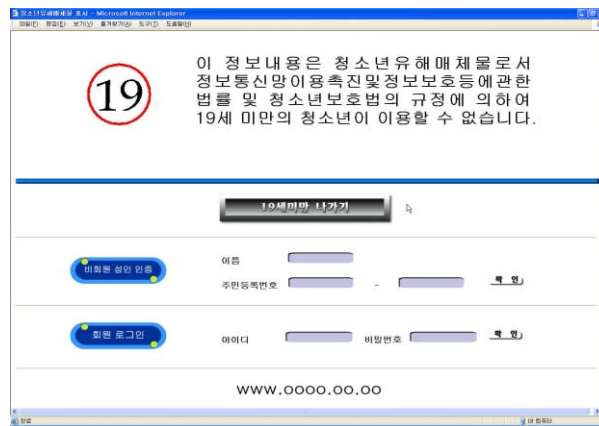
상으로 하고 있는 것이 우리 법제의 현실이다. 이러한 기본원칙은 인터넷을 위시한 정보통신 기술에 대하여도 그대로 적용되는 것으로 보아야 한다. 하지만 사이버스페이스에 올려지는 음란물과 일반적으로 유통되는 음란물에는 엄연한 차이점이 존재한다.²⁾ 더욱이 청소년보호법상 음란은 불확정개념으로서 청소년유해매체물을 그 범주에 포함하고 있는 까닭에 혼란을 가중시킨다. 따라서 다양한 표현양식을 고려하여 각 매체별로 음란물에 대한 정의가 필요하다. 하지만 청소년보호법은 제7조에서 개별 심의기관³⁾의 관할사항이 되는 매체물의 범위를 규정하고 있을 뿐,⁴⁾ 각 매체물이 지니는 특성과 성표현의 수위를 구분하지 않고 있다.⁵⁾ 이러한 경

- 2) 사이버스페이스상 음란물의 전송방법에 있어 컴퓨터파일에 담아 전송하는 행위에 대하여 우리 대법원은 '프로그램파일은 형법 제234조에서 말하는 문서, 도화, 필름 기타 물건에 해당한다고 볼 수 없다'고 판시한 바 있다; 대법원 1999. 2.24. 선고 98도3140 판결.
- 3) 청소년유해매체물의 심의기관 및 심의대상은 다음과 같다.

심의기관	대상매체물
정보통신윤리위원회	전기통신을 통한 음성정보·영상정보·문자정보 및 통신상의 광고
한국간행물윤리위원회	정기간행물, 만화, 소설 등의 도서류, 전자출판물, 간행물에 수록· 게재된 광고물
영상물등급위원회	음반, 비디오물, 게임물, 영화, 공연물 및 동매체물과 관련된 광고물
방송위원회	방송프로그램 및 방송광고
시·도	옥외광고물등관리법상의 광고선전물
청소년보호위원회	- 전문심의기관이 없는 매체물 - 각 심의기관의 심의요청이 있는 매체물 - 각 심의기관의 심의를 받지 아니하고 유통되고 있는 매체물

- 4) 제7조(매체물의 범위) 이 법에서 매체물이라 함은 다음 각호의 1에 해당하는 것을 말한다.
 1. 음반·비디오물및게임물에관한법률의 규정에 의한 음반·비디오물 및 게임물
 2. 삭제
 3. 공연법 및 영화진흥법의 규정에 의한 영화·연극·음악·무용, 기타 오락적 관람물
 4. 전기통신사업법 및 전기통신기본법의 규정에 의한 전기통신을 통한 음성정보·영상정보 및 문자정보
 5. 방송법의 규정에 의한 방송프로그램. 다만, 보도방송프로그램을 제외한다.
 6. 정기간행물의등록등에관한법률의 규정에 의한 특수일간신문(경제·산업·과학·종교분야를 제외한다), 일반주간신문(정치·경제분야를 제외한다), 특수주간신문(경제·산업·과학·시사·종교분야를 제외한다), 잡지(정치·경제·산업·과학·시사·종교분야를 제외한다) 및 대통령령으로 정하는 기타 간행물과 동법의 규정에 의한 정기간행물 외의 간행물중 만화·사진첩·화보류·소설 등의 도서류, 전자출판물, 기타 대통령령이 정하는 것
 7. 옥외광고물등관리법의 규정에 의한 간판·입간판·벽보·전단 기타 이와 유사한 상업적 광고선전물과 제1호 내지 제6호의 규정에 의한 각종 매체물에 수록·게재·전시 기타 방법으로 포함된 상업적 광고선전물

향은 모호한 기준에 의한 음란성 판단으로 심의결과를 치닫게 할 가능성을 내포한다. 실제로 정보통신윤리위원회가 발간예정인 정보통신윤리관련종합통계(1995~2003) 자료집에 따르면 1995년 이후 누적집계된 불법·청소년유해정보 심의건수 총 22만8,460건 중 음란물이 4만9,482건으로 가장 많은 62.5%를 차지하였다.⁶⁾ 이는 음란의 개념이 규범적인 까닭에 일반화하여 규정되기 어려울 뿐만 아니라 판단하는 시대와 장소 및 가치관이 고려되어야 함을 감안한다면, 지나치게 추상적인 심의기준의 현실화와 운영의 묘를 배가하는 절차가 요구된다는 점을 품고 있음을 지적하고 싶다. 심의결과 청소년유해매체물로 결정되어지면 다음과 같은 표시의무가 부여되는 제도의 틀 속에서,⁷⁾ 본고에서 논의할 사건에서는 표현의 자유에 대한 정당한 제한이 이루어진 것인지에 대하여 살피는 가운데 조금씩 드러나게 될 것이라 본다.



II. 사건개요

1. 원고는 1997년 6월 6일부터 인터넷사이트인 <http://exzone.com>(이하 “엑스존”이라 한다)을 운영해 왔는데, 위 엑스존은 국내에서 최초로 개설된 게이 웹사이트로 동성애자 생활의 가이드와 동성애자들의 삶을 공유한다는 취지를 표방하고 있다.

8. 기타 청소년의 정신적·신체적 건강을 해칠 우려가 있다고 인정되는 것으로서 대통령령이 정하는 매체물

- 5) 매체특성론에 대하여는 김철완·이민영 外, 건전한 정보통신 윤리확립과 개인정보 보호대책 방안 연구, 연구보고 01-03, 정보통신정책연구원, 2001, 270~272쪽 참조.
- 6) 전자신문 2004년 1월 15일자 기사.
- 7) 이에 대한 상세는 황성기, 청소년유해매체물의 전자적 표시제도에 관한 연구, 법과사회 제22호, 법과사회이론학회, 2002, 215~249쪽 참조.

2. 피고 정보통신윤리위원회는 2000년 8월 25일 제17차 전문위원회 회의에서 “엑스존은 한국 최초의 게이웹사이트로 순수한 열린 마음들의 열린 만남을 모토로 운영된다고 하나, 전체 게시판의 내용들이 음란하고 욕설 등을 구체적으로 묘사하고 있는데도 청소년들이 아무런 제재 없이 쉽게 접속할 수 있으므로, 청소년유해매체물 심의기준 중 ‘수간을 묘사하거나 혼음, 근친상간, 동성애, 가학·피학성음란증 등 변태성행위, 매춘행위 기타 사회통념상 허용되지 아니한 성관계를 조장하는 것’에 해당한다”는 이유로 청소년보호법 제10조 및 동법 시행령 제7조에 의하여 청소년유해매체물로 심의·결정하였고, 피고 청소년보호위원회는 피고 정보통신위원회의 요청에 따라 2000년 9월 20일 청소년보호위원회 고시 제2000-31호로 결정사유를 음란, 효력발생일을 2000년 9월 27일로 하여 엑스존이 청소년유해매체물에 해당한다는 내용의 고시를 하였다.⁸⁾
3. 청소년보호법 제8조 제1항의 규정에 의거 정보통신윤리위원회가 청소년유해매체물로 결정하여 동법 제22조 제2항의 규정에 의거 청소년보호위원회에 고시 요청한 청소년유해매체물을 동법 제22조 제1항에 의거 발하여진 위 고시는, 청소년유해정보물을 제공하는 사업자가 청소년보호법 제14조상 청소년유해표시의무를 이행하여야 하며, 동법 제17조에 의거 누구든지 영리를 목적으로 동 매체물을 청소년을 대상으로 판매·대여·배포하거나 시청·관람·이용에 제공하여서는 아니 됨을 의무사항으로 정하고 있다.⁹⁾
4. 한편 피고 정보통신윤리위원회는 2001년 9월 4일 엑스존의 “청소년보호위원회 고시 제2000-31호 청소년유해매체물 목록표상의 결정사유인 음란을 동성애로 변경해 달라”는 안전에 관하여 심의한 결과 “동성애 관련 정보내용 외에 음란성 정보내용이 일부 포함되어 있어 결정사유를 변경할 이유가 없다”는 이유로 위 신청을 기각하기로 결정하였다.

III. 판결요지

1. 원심의 판단

행정법원은 다음과 같이 판단하였다.¹⁰⁾

- 8) 청소년보호위원회가 청소년유해매체물을 고시할 때에는 고시의 사유와 효력발생시기를 명시하여야 한다; 청소년보호법 제22조 제3항 참조.
- 9) 이에 대한 벌칙으로는 청소년보호법 제14조상의 청소년유해표시의무 위반시 2년 이하의 징역 또는 1천만원이하의 벌금이 부과되며(동법 제51조 제1호), 동법 제17조상의 판매금지등의의무 위반시 3년이하의 징역 또는 2천만원이하의 벌금이 부과된다(동법 제50조 제1호).

가. 하자 있는 행정처분이 당연무효가 되기 위하여는 그 하자가 법규의 중요한 부분을 위반한 중대한 것으로서 객관적으로 명백한 것이어야 하는 것이고, 한편 행정청이 어떤 법률의 시행령에 근거하여 행정처분을 한 후 법원이 그 시행령에 대하여 위헌 또는 위법이라는 이유로 무효로 결정을 한 경우 일반적으로 시행령이 헌법이나 법률에 위반된다는 사정은 대법원의 최종 판결이 있기 전에는 객관적으로 명백한 것이라 할 수 없으므로, 특별한 사정이 없는 한 이러한 하자는 행정처분의 취소사유에 해당할 뿐 당연무효 사유는 아니라고 보아야 할 것이다. 이 사건에 있어서 보건대, 원고의 주장과 같이 '동성애를 조장하는 것'을 청소년유해매체물의 심의기준에 포함시킨 법 시행령 제7조 [별표 1] 2. 다.항의 규정이 동성애자들의 인격권·행복추구권, 평등권, 표현의 자유를 침해하는 것으로 헌법에 위반되고, 법 제10조의 위임의 한계를 벗어난 위임입법으로서 법에 위반되어 무효인 규정이라 하더라도, 피고들의 이 사건 각 처분 당시에는 법원이 그 무효를 선언한 바가 없었으므로, 그러한 무효인 시행령 규정에 따른 이 사건 청소년유해매체물 결정 및 고시 처분은 그 하자가 중대하다고 할 수 있을지언정 객관적으로 명백하다고 할 수 없어 당연무효라고 볼 수 없으므로, 피고들의 이 사건 각 처분이 당연무효임을 전제로 한 원고의 주장은 이유 없다.

나. 처분의 적법성이 다투어지는 항고소송에 있어서 처분청은 당초 처분의 근거로 삼은 사유와 기본적 사실관계가 동일성이 있다고 인정되는 한도 내에서 다른 사유를 추가하거나 변경할 수 있다 할 것이고, 피고들이 이 사건 처분사유로 들고 있는 것은 동일한 엑스존 사이트 내용을 그 대상으로 그 평가를 달리하는 것이므로, 당초 '동성애 조장' 외에 '음란성 정보가 포함되었다'는 등의 사유도 처분사유로 인정된다 할 것이다. 그런데, 위에서 본 대로 하자 있는 행정처분이 당연무효가 되기 위하여는 그 하자가 중대할 뿐만 아니라 객관적으로 명백한 것이어야 하는데, 피고 정보통신윤리위원회가 심사대상으로 삼은 엑스존의 게시물 내용을 보면 그 게시물이 법 제10조 제1항 제1호 혹은 제5호, 법 시행령 제7조 [별표 1] 2. 가. 나. 다. 하.에 규정된 심의기준에 해당되는지 여부에 관하여 보는 사람에 따라 의견이 구구할 소지가 있는 것으로 판단되고, 따라서 설령 객관적으로 엑스존에 음란성 정보가 포함되어 있지 않다거나 혹은 일부 음란성 정보가 있더라도 이를 이유로 청소년유해매체물로 결정·고시함은 과잉금지의 원칙에 위반된다고 하는 원고의 주장 사유가 그대로 인정되더라도 그러한 하자는 중대할지라도 객관적으로 명백하다고 할 수 없으므로, 그러한 사유는 이 사건 처분의

10) 서울행정법원 2002.8.14. 선고 2002구합1519 판결.

취소사유에 해당할 뿐이지 당연무효 사유는 아니라고 봄이 상당하다. 따라서 피고들의 이 사건 각 처분이 당연무효임을 전제로 한 원고의 위 주장도 이유 없다.

2. 고법의 판단

고등법원은 다음과 같이 판단하였다.¹¹⁾

가. 원고의 주위적 청구(무효확인을 구하는 부분)에 대한 판단

- (1) 청소년보호법 시행령 제5조 제1항에서 청소년유해표시의무자 및 청소년유해매체물 포장의무자에게 위 청소년유해매체물 결정사실을 통보하도록 규정하고 있는 것은, 현실적으로 청소년유해매체물 결정이 있었다고 하여 모든 국민들이 실제 위 결정사실을 곧바로 알 수 있는 것은 아니므로 특히 위 결정에 의하여 청소년보호법 제 14조, 제15조에 의하여 청소년 유해표시 의무 또는 청소년유해매체물 포장의무를 부담하는 자에 대해서는 이를 통보해 줌으로써 위법에서 규정하고 있는 의무를 신속하게 준수할 수 있도록 하기 위한 것이라고 봄이 상당하다. 그러므로 앞서 본 바와 같이 피고 정보통신윤리위원회가 엑스존을 청소년유해매체물로 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.
- (2) 여러 사정에 비추어 보면, 청소년보호법 시행령 제7조 [별표 1] 2. 다.항의 규정 중 “동성애를 조장하는 것”을 청소년유해매체물의 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.
- (3) 또한 하자 있는 행정처분이 당연 무효가 되기 위하여는 그 하자가 중대할 뿐만 아니라 객관적으로 명백한 것이어야 하는데, 앞서 든 각 증거에 의하면, 피고 정보통신윤리위원회는 2000년 8월 25일 제2분과전문위원회 제17차 회의에서 엑스존이 ‘동성애 조장’뿐만 아니라 ‘음란’에도 해당한다는 이유로 엑스존을 청소년유해매체물로

11) 서울고등법원 2003.12.16. 선고 2002누14418 판결.

결정하였고, 위 엑스존 사이트에 일부 음란한 내용도 포함되어 있었던 사실을 인정할 수 있는 바, 청소년유해매체물로 결정·고시하려면 어느 정도 음란한 내용이 포함되어 있어야 하는가 여부는 보는 사람의 시각에 따라 다를 수 있는 것이므로 원고의 주장대로 엑스존에 일부 음란한 내용이 포함되어 있다는 이유로 청소년유해매체물로 결정·고시한 것이 과잉금지의 원칙에 위반된다고 하더라도 그러한 하자가 객관적으로 명백한 하자에 해당한다고 볼 수 없다.

나. 원고의 예비적 청구(취소를 구하는 부분)에 대한 판단

먼저 원고의 이 부분 소가 제소기간을 도과하였는지 여부에 관하여 살펴건대, ① 청소년유해매체물 결정은 불특정 다수인에 대하여 하는 행정처분으로 상대방이 있는 것이 아니고, 청소년보호법 시행령 제5조 제1항에서 그 처분의 효과로 청소년유해표시, 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 효력 발생일부터 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 고시가 효력이 발생하는 날 처분의 고지가 있었던 것으로 보아야 할 것이며, 위 고시가 2000년 9월 27일 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. 그렇다면, 원고의 피고들에 대한 각 예비적 청구부분의 소는 제소기간을 도과한 부적법한 소라고 볼 수밖에 없다.

IV. 판례평석

1. 쟁 점

청소년보호법 제2조 제3호에 따르면, 청소년유해매체물이란 청소년보호법 제8조¹²⁾ 및 제12조¹³⁾의 규정에 의하여 청소년보호위원회가 청소년에게 유해한 것으로 결정하거나 확인하여

- 12) 제8조(청소년유해매체물의 심의·결정) ①제27조의 규정에 의한 청소년보호위원회(이하 ‘청소년보호위원회’라 한다)는 제7조의 규정에 의한 매체물의 청소년에 대한 유해여부를 심의하여 청소년에게 유해하다고 인정되는 매체물에 대하여는 청소년유해매체물로 결정하여야 한다. 다만, 이 법 또는 다른 법령의 규정에 의하여 당해 매체물의 윤리성·건전성의 심의를 할 수 있는 기관(이하 ‘각 심의기관’이라 한다)이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.
- ②청소년보호위원회는 각 심의기관이 해당 매체물에 대하여 청소년유해여부의 심의를 하지 아니할 경우 청소년보호를 위하여 필요하다고 인정할 때에는 그 심의를 하도록 요청할 수 있다.
- ③청소년보호위원회는 제1항 단서의 규정에 불구하고 다음 각호의 1에 해당하는 매체물에 대하여는 청소년에 대한 유해여부를 심의하여 청소년에게 유해하다고 인정되는 매체물에 대하여는 청소년유해매체물로 결정할 수 있다.
1. 제1항 단서의 각 심의기관의 요청이 있는 매체물
 2. 제1항 단서의 각 심의기관의 청소년유해여부 심의를 받지 아니하고 유통되는 매체물
 - ④청소년보호위원회 또는 각 심의기관은 매체물 심의결과 그 매체물의 내용이 형법등 다른 법령에 의하여 유통이 금지되는 내용이라고 판단되는 경우에는 그 매체물에 대한 청소년유해매체물 결정을 하기 전에 관계기관에 형사처벌 또는 행정처분을 요청하여야 한다. 다만, 각 심의기관별로 해당법령에서 별도의 절차가 있는 경우에는 그 절차에 의한다.
 - ⑤청소년보호위원회 또는 각 심의기관은 제작·발행의 목적 등에 비추어 청소년이 아닌 자를 상대로 제작·발행되거나, 매체물 각각에 대하여 청소년유해매체물로 결정하여서는 당해 매체물이 청소년에게 유통되는 것을 차단할 수 없는 매체물에 대하여는 신청 또는 직권에 의하여 매체물의 종류, 제목, 내용등을 특정하여 청소년유해매체물로 결정할 수 있다.
 - ⑥청소년보호위원회의 심의 결정방법 등 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.
- 13) 제12조(유해매체물의 자율규제) ①매체물의 제작·발행자, 유통행위자 또는 매체물과 관련된 단체는 자율적으로 청소년유해여부를 결정하고 청소년보호위원회 또는 각 심의기관에 그 결정된 내용의 확인을 요청할 수 있다.
- ②제1항의 규정에 의한 확인요청을 받은 청소년보호위원회 또는 각 심의기관은 심의결과 그 결정내용이 적합한 경우에는 이의 확인을 하여야 하며, 청소년보호위원회는 필요한 경우 이를 각 심의기관에 위탁하여 처리할 수 있다.
- ③제2항의 규정에 의하여 청소년보호위원회 또는 각 심의기관이 확인을 한 경우 당해매체물의 확인을 필한 표시를 부착할 수 있다.
- ④매체물의 제작·발행자, 유통행위자 또는 매체물과 관련된 단체는 청소년에게 유해하다고

고시한 매체물 또는 법 제8조 제1항 단서의 규정에 의한 각 심의기관이 청소년에게 유해한 것으로 의결 또는 결정하여 청소년보호위원회가 고시하거나 제12조의 규정에 의하여 청소년에게 유해한 것으로 확인하여 청소년보호위원회가 고시한 매체물을 말한다. 위와 같이 엑스존을 청소년유해매체물로 결정 및 고시한 이 사건 처분에 대하여 무효확인소송이 제기되었는 바, 여기서 제시된 쟁점사항을 정리하면 다음과 같다.

첫째, 당해처분의 근거규정인 청소년보호법 시행령 제7조의 위헌·위법성 여부를 들 수 있다. 더불어 ‘동성애’에 관한 처분사유를 ‘음란’으로 변경하여 청소년유해매체물로 결정·고시한 것이 과잉금지원칙을 위반하는지의 여부이다.

둘째, 위 쟁점사항 모두 당해처분이 당연무효사유에 해당할 것인지에 대하여 살펴보아야 한다. 이는 행정행위가 당연무효가 되기 위한 요건으로서 하자의 중대·명백에 관한 것이며, 곧 처분의 무효사유와 취소사유를 준별하는 기준으로 작용한다 하겠다.

셋째, 취소소송의 제소기간이 도과한 정당한 사유의 의미가 무엇인지에 관한 것이다.

2. 법 리

가. 무효확인소송

행정소송법 제4조는 항고소송의 종류로, 같은 법 제3장은 ‘취소소송 외의 항고소송’이란 제목으로 무효등확인소송에 대하여 규정하고 있다. 그 대표적인 것으로 무효확인소송은 제소기간과 전심절차에 상관없이 처분의 무효를 주장할 수 있는 쟁송수단의 하나이며, 권리주체인 국가나 공공단체를 피고로 하지 않고 행정청을 피고로 하여 제기되는 항고소송의 일종이다.

(1) 의 의

(가) 필요성

행정처분의 흠이 중대·명백하여 당연무효인 경우에도 무효확인소송을 허용하는 까닭은,

판단되는 매체물에 대하여 청소년보호위원회 또는 각 심의기관의 결정없이 제14조 및 제15조의 규정에 준하는 청소년유해표시 또는 포장을 할 수 있다.

⑤청소년보호위원회 또는 각 심의기관은 제4항의 규정에 의하여 자율적으로 청소년유해표시 및 포장을 한 매체물을 발견한 때에는 청소년유해여부를 결정하여야 한다.

⑥매체물의 제작·발행자, 유통행위자 또는 매체물과 관련된 단체가 제4항의 규정에 의하여 청소년유해표시 또는 포장을 한 매체물은 청소년보호위원회 또는 각 심의기관의 최종결정이 있을 때까지 이 법의 규정에 의한 청소년유해매체물로 본다.

⑦제1항 내지 제6항의 규정에 의한 청소년유해여부의 결정과 확인의 절차 및 방법 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

외형상 처분이 존재하고 그 처분의 효력이 지속하는 것으로 오인될 가능성이 있으므로 재판을 통하여 그 효력의 부정을 선언할 필요가 있기 때문이다.¹⁴⁾ 즉 하자의 중대·명백성으로 인해 처분 등의 상대방 및 일반 공공의 당해처분에 대한 신뢰를 해치는 것이 되지 않지만, 무효인 처분이라도 행정처분으로서의 외관이 존재하고 또 처분의 무효원인인 사유와 취소원인인 사유의 구별은 이론과 같이 절대적인 것이 아니기 때문에 무효인 처분이 마치 유효한 것처럼 행정청에 의하여 집행되거나 무효인 처분을 전제로 후속조치가 취해질 우려가 적지 아니한 것이 사실이다. 따라서 처분이 무효인 경우에 있어도 무효를 주장할 수 있는 법적 절차를 마련해 놓는 것은 무의미한 것이 아니다. 무효인 처분의 상대방이나 이해관계인은 처분이 무효임을 공적으로 확인 받음으로써 처분의 외관적 존재 자체를 제거할 필요가 있는 것이다.

(나) 성질과 기능

행정행위의 무효사유와 취소사유의 구분이 언제나 뚜렷한 것이 아닐 뿐 아니라, 무효확인소송은 적어도 형식적으로 보면 존재하는 행정처분의 효력을 다투는 것인 점에서 취소소송과의 본질적인 차이를 인정하기 어렵다. 더욱이 우리 행정소송법 제38조 제1항은 무효등확인소송에 대하여 같은 법 제29조를 준용하도록 하여 무효확인판결도 취소판결과 같이 소송의 당사자는 물론 제삼자효(第三者效)를 가지는 것으로 하였으며, 판례 역시 '행정처분의 무효확인판결이 비록 형식상 확인판결이라고 하여도 그 무효확인판결의 효력은 취소판결과 같이 소송의 당사자는 물론 제삼자에게도 미치는 것'이라는 태도를 견지하고 있다. 이는 처분의 무효확인판결이 비록 실체법상의 법률관계를 형성하는 것은 아니라 하더라도 누구든지 무효확인판결을 원용하여 누구에 대해서나 당해처분의 무효를 주장할 수 있는 일이고, 무효확인판결도 실질적으로는 존재하는 공권적 작용에 대하여 형성적 역할을 하는 것임을 반영하는 것이라 하겠다. 이와 같이 볼 때, 무효확인소송은 형성소송으로의 성질이 가미된 확인소송이 할 수 있다.¹⁵⁾

한편 무효확인소송의 기능으로는 ① 권익침해의 우려를 미리 방지하는 예방소송적 기능(豫防訴訟的 機能), ② 위법상태 자체를 제거하여 개인의 권익구제의 실효성을 도모하는 현상정리적 기능(現狀整理的 機能), ③ 처분의 무효를 전제로 하는 현재의 법률관계에 관한 주장으로 구제가 되지 않을 때 보충적으로 인정된다는 보충소송적 기능(補充訴訟的 機能) 등

14) 이광윤·김민호, 최신행정법론, 법문사, 2002, 399쪽.

15) 이러한 관점에서 무효확인소송이 무효를 확인·선언한다는 면에서 실질적으로는 확인소송의 성질을 갖지만 형식적으로는 행정주체가 우월한 지위에서 행한 처분의 효력 유무를 직접 소송의 대상으로 한다는 면에서 항고소송의 성질도 가지는 것으로 볼 수 있다는 준항고소송설(準抗告訴訟說)이 학계의 통설이다: 김철용, 행정법 I, 박영사, 2001, 227쪽.

이 언급되고 있다.¹⁶⁾

(2) 특 질

무효확인소송에서 무효확인청구와 취소청구는 그 소송의 요건을 달리하므로 동일한 행정처분의 동일한 하자를 청구의 원인으로 하여 兩 청구를 병합하여 청구할 수 있다. 그리고 행정처분의 무효확인을 구하는 청구에는 원고가 그 처분의 취소를 구하지 아니한다고 해석되지 않는 한, 그 처분의 취소를 구하는 취지까지 포함되어 있다고 볼 수 있다. 다만 이 경우에 취소청구를 인용하려면 취소소송의 요건을 구비하여야 한다.

한편 무효확인소송의 경우도 처분 등을 대상으로 하지만, 흠이 중대하고 명백한 무효인 처분일 경우에는 법원의 심사에 앞서 우선 행정청에게 심리·판단을 하게 할 필요가 없다고 할 것이므로, 행정심판전치주의에 관한 규정은 준용되지 아니한다.¹⁷⁾ 또한 무효인 처분은 기간의 경과에 의하여 확정될 만한 효력이 없는 처분이라 할 것이므로, 무효확인소송은 제소기간(提訴期間)의 제한을 받지 않고 제기할 수 있다.¹⁸⁾

나. 행정행위의 흠 혹은 하자: 무효와 취소

행정행위가 적법요건들을 충족하지 못한 경우 흠 있는 행정행위가 된다. 행정행위의 흠이란 행정행위의 성립 또는 발효요건이 결여된 행정행위를 말한다. 따라서 행정행위는 법률에 적합하고 공익목적에 부합하여 유효하게 성립된 경우에는 행정행위로서 완전한 효력을 발생하게 되지만, 그 유효요건에 흠이 있을 때에는 그 효력을 완전히 발생하지 못한다. 이와 같이 행정행위로서 완전한 효력의 발생에 장애가 되는 흠을 가리켜 행정행위의 흠이라 한다. 우리의 행정법은 행정행위의 흠이 가져오는 법적 효과를 무효와 취소(가능성)로 나누고 있다.

(1) 행정행위의 무효와 취소

행정행위의 무효란 행정행위가 외관상으로 존재하나 행정행위의 성립에 중대하고 명백한 흠이 있어 행정행위의 효력이 처음부터 발생하지 않는 것을 말한다. 따라서 행정행위가 무효일 경우에는 행정청의 특별한 의사표시를 기다릴 필요가 없이 처음부터 당연히 법률적 효과가 전혀 발생하지 않는다. 하지만 행정행위로서의 외관은 존재하기 때문에 행정청, 상대방 또는 이해관계인이 그 유효성을 주장할 우려가 있다. 그래서 무효인 행정행위에 대하여 무효를 주장하는 방법이 현실적으로 필요하다. 현행법상 무효를 주장하는 방법으로는 무효확인심판

16) 이에 대한 상세는 김희수, 무효등확인소송에서의 소의 이익, 대구법학 제2호, 대구대학교 법학연구소, 2000, 210~213쪽 참조.

17) 행정소송법 제18조 및 같은 법 제38조 제1항 참조.

18) 행정소송법 제20조 및 같은 법 제38조 제1항 참조.

과 무효확인소송 등이 있다. 그러나 실무에서는 일반인이 행정행위의 무효원인과 취소원인을 쉽게 구분하기 어려운 까닭에 무효의 주장을 취소소송의 형식(무효선언적 취소)으로 제기하는 경우가 많다.

한편 행정행위의 취소란 일단 유효하게 성립한 행정행위를 그 성립에 흠이 있음을 이유로 권한 있는 기관(처분청·감독청·재결청·법원)이 그 법률상의 효력을 원칙적으로 행정행위 시로 소급하여 소멸시키는 별도의 독립된 행정행위를 말한다. 행정행위의 취소는 행정행위 시로 소급하여 효력이 소멸된다는 점에서 처음부터 효력이 발생하지 않는 무효와 다르고, 장래에 대해서만 효력이 소멸되는 철회와도 구별된다.

(2) 무효와 취소의 구별 필요성

흠의 효과가 무효 또는 취소로 나누어질 수 있는가에 대하여는 견해가 대립되어 있는데, (가) 이를 부정하는 입장으로 ① Kelsen과 Merkl의 논리적 견해, ② Mayer와 Herrmann의 목적론적 견해가 있으며, (나) 긍정적하는 입장으로는 ① 개념론적 견해, ② 기능론적 견해가 존재한다.¹⁹⁾ 일반적으로 무효와 취소를 구별해야 할 필요성은 첫째, 현행 행정심판법과 행정소송법에 있어 쟁송의 방법(취소쟁송 및 무효확인쟁송), 행정소송제기요건상의 차이(출소기간의 제한 여부), 사정판결(事情判決) 및 사정판결의 적용 여부, 선결문제로서 주장될 경우 수소법원(受訴法院)의 판단권 여하 등에 차이가 있고, 둘째, 무효인 행정행위는 가령 공정력이나 불가쟁력과 같은 행정행위의 특수한 효력을 발생할 여지가 없으며, 셋째, 흠의 치유는 취소할 수 있는 행정행위에 대해서만, 전환은 오로지 무효인 행정행위에 대해서만 인정될 수 있다는 점에 있는 것으로 이해되고 있다. 우리 행정소송법이 항고소송의 종류를 취소소송과 무효등확인소송으로 구분·인정하고 있는 것은 흠의 태양(態樣)을 무효와 취소로 나누는 것을 전제로 한다고 할 수 있다.

(3) 무효와 취소의 구별 기준

무효·취소의 구별긍정설을 전제로 그 구별기준에 관하여는 ① 중대설, ② 중대·명백설, ③ 명백성을 완화하는 학설로 조사의무설 및 명백성보충설 등의 견해가 있다. 무효와 취소의 구별기준을 흠의 성질에 두어 흠의 내부적 성질이 중대하고 외부적 성질이 명백한 것은 무효로 보는 중대·명백설이 현재 통설과 판례의 입장이다.

(가) 중대·명백설

행정행위의 흠이 중대·명백한 경우에만 무효를 인정하는 重大·明白說은 주로 행정법상 법적 안정성에 대한 고려와 행정행위에 대한 상대방의 신뢰보호에 의해 정당화되는 것이라

19) 이에 대한 상세는 박윤훈, 최신행정법강의(상), 박영사, 2000, 409~410쪽 참조.

할 수 있다. 이 학설은 어떤 행정행위가 중대하고 명백한 흠을 지닌 경우에는, 행정행위의 흠에도 불구하고 그 존속을 정당화해주는 법적 안정성(Rechtssicherheit)의 요청이 더 이상 타당할 수 없고 실질적 정의(materielle Gerechtigkeit)의 원칙에 굴복해야 한다는 법리라고 설명될 수 있다.²⁰⁾ 독일 행정절차법이 제44조 제1항에서 “행정행위에 특별히 중대한 흠이 있고 고려대상이 되는 모든 사정을 합리적으로 판단할 때 그러한 사실이 명백한 경우 그 행정행위는 무효이다”라는 명시적 규정을 두고 있는 것도 그러한 맥락에서 이해될 수 있겠다.

(나) 중대·명백설의 검토

중대·명백설의 규범력은 논증의 설득력에 의존한다. 그리고 그 논증은 행정의 법률적합성 원칙과 법적 안정성의 원칙간의 형량을 통해 이루어진다. 그런데 중대·명백설은 당연무효의 예외성을 강조하여 명백성의 요건을 엄격히 적용할 경우, 법적 안정성의 요청과 법률적합성의 요청간의 균형 잡힌 형량을 이루지 못하고 자칫 前者의 우위를 인정하는 결과를 낳을 수 있다. 이는 행정행위의 무효이론으로서 중대·명백설을 일률적으로 적용할 경우 구체적 타당성을 기할 수 없는 사례나 상황이 존재하는 것과 무관하지 않다. 더욱이 법질서 전체에 비추어, 도저히 용인할 수 없는 치명적인 흠이 있는 경우에도 법적 안정성의 요청 때문에 그 잠정적 유효성을 인정하거나 쟁송기간이 지났다고 하여 종국적 유효성을 인정하여야 한다는 것은 정당화되기 어렵다.

그러기에 가령 법적 안정성의 요청을 고려할 필요가 없는 경우에는 그 흠의 존재가 명백하지 않더라도 행정행위의 무효를 인정하는 이론적 수정을 요구하는 견해가 있다. 사안에 따라서는 흠 있는 행정행위를 당연무효라 하기 위하여 명백성을 요구하는 법리적 요청, 즉 법적 안정성의 요청을 고려할 필요가 없는 경우도 있을 수 있는데, 그런 경우에도 일률적으로 명백성이 결여되었다는 이유에서 그와 같은 행정행위에 대한 특별한 효력보장을 유지시킨다면 법치국가의 원칙에 부합하기 어려울 것이기 때문이라 한다.²¹⁾ 이와 같은 시각은 구체적 이익상황을 고려하여 그 결과가 흠의 ‘중대·명백’이라는 표현에 의하여 무리 없이 설명될 수 있는 경우에는 그 공식에 따를 것이나, 그렇지 못한 경우에는 ‘중대·명백’은 ‘대단히 顯著한 違法’이라는 정도의 의미를 갖는다고 해석하는 경향으로 파악할 수 있을 것이다.

(4) 행정행위의 무효에 대한 판례

행정행위의 무효사유와 취소사유의 구별기준에 관하여 우리 대법원은 일찍이 중대·명백설의 입장을 취했고 그 후 일관되게 판례를 유지해왔다. 다만 판례는 위헌법률에 근거한 처분

20) H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11.Aufl., Verlag C.H.Beck, 1997, S.247.

21) 홍준형, 행정행위의 무효이론의 재검토, 행정논총 제36권 제1집, 서울대학교 행정대학원, 1998, 206~208쪽.

의 효력에 관하여 중대·명백설에 입각하면서도 예외적으로 하자의 명백성이 인정되지 않는 경우에도 중대성만으로 당연무효를 인정할 수 있다는 여지를 남기고 있다.

(가) 대법원 1961.12.21. 선고, 4294행상6 판결

이 판결에서 법원은 “위법한 행정처분 중에는 그 행위에 내재하는 하자에 중대한 범규위반이 있어 그 하자가 중대하고 명백한 경우에는, 비록 그 행정행위가 외형적으로 존재하고 행정청이 그 유효임을 주장할지라도 그 행정처분은 당초부터 효력을 인정할 수 없는 행정처분이라 할 것이고, 이에 반하여 행정처분의 하자가 중대하고 명백한 것이 아닐 때에는 그 행정처분은 당연무효가 아니고 취소 또는 변경 청구의 대상이 된다”고 실시하였다.

(나) 대법원 1994.10.28. 선고, 92누9463 판결

여기서 재판부는 “어느 법률에 근거하여 행정처분이 발하여진 후에 헌법재판소가 그 법률을 위헌으로 결정하였다면 결과적으로 위 행정처분은 법률의 근거 없이 행하여진 것과 마찬가지가 되어 하자가 있는 것이 된다고 할 것이나, 하자 있는 행정처분이 당연무효가 되기 위하여는 그 하자가 중대할 뿐만 아니라 명백한 것이어야 하는데, 일반적으로 법률이 헌법에 위반된다는 사실이 헌법재판소의 위헌결정이 있기 전에도 객관적으로 명백한 것이라고 할 수는 없으므로 당사자가 위와 같은 행정처분에 대하여 취소소송을 제기하는 것이 법률상 불가능하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 이러한 하자는 위 행정처분의 취소사유에 해당할 뿐 당연무효사유는 아니라고 봄이 상당하다”고 판시하였다.²²⁾

(다) 대법원 1995. 7.11. 선고, 94누4615 판결

다수의견을 통하여 중대·명백설의 입장을 재확인한 이 판결에서는, “행정행위의 무효사유를 판단하는 기준으로서의 명백성은 행정처분의 법적 안정성 확보를 통하여 행정의 원활한 수행을 도모하는 한편 그 행정처분을 유효한 것으로 믿은 제3자나 공공의 신뢰를 보호하여야 할 필요가 있는 경우에 보충적으로 요구되는 것으로서, 그와 같은 필요가 없거나 하자가 워낙 중대하여 그와 같은 필요에 비하여 처분 상대방의 권익을 구제하고 위법한 결과를 시정할 필요가 훨씬 더 큰 경우라면 그 하자가 명백하지 않더라도 그와 같이 중대한 하자를 가진 행정처분은 당연무효라고 보아야 한다”는 반론이 반대의견으로 제기된 바 있다.

(라) 대법원 1997. 5.28. 선고, 95다15735 판결

위법·무효인 시행령이나 시행규칙의 규정을 적용한 하자 있는 행정처분은 그 하자가 객관적으로 명백하지 않아 당연무효라고 볼 수 없다고 판시한 이 판결은, “하자가 중대하고 명백하여 당연무효로 되는 것인가 또는 취소할 수 있음에 불과한 것인가는 그 법률의 목적·의

22) 同旨: 대법원 2000. 6. 9. 선고, 2000다16329 판결.

미·기능 등을 목적론적으로 고찰함과 동시에 그 구체적 사안 자체의 특수성에 관하여도 합리적으로 고찰함을 요한다”고 실시하였다.²³⁾ 하지만 이는 ‘하자 있는 행정처분이 당연무효로 되려면 그 하자가 법규의 중요한 부분을 위반한 중대한 것이어야 할 뿐만 아니라 객관적으로 명백한 것이어야 한다’는 점을 전제하고 있다는 점에서, 어디까지나 중대·명백설을 토대로 하여 그 판단에 있어 갖추어져야 할 고려사항을 제시한 것으로 이해하여야 할 것이다.

다. 취소소송의 제소기간

행정소송법에서는 민사소송의 경우와는 달리 제소기간을 제한하고 있는데, 이는 행정법관계가 직접 공익과 밀접하게 관련되어 있어 오랫동안 불확정상태에 둘 수 없고 행정작용과 그로 인한 권리관계를 조속히 안정시킬 필요가 있기 때문이다. 즉 행정소송법 제20조 제2항은 “취소소송은 처분 등이 있는 날부터 1년을 경과하면 이를 제기하지 못한다. 다만 정당한 사유가 있는 때에는 그러하지 아니하다”고 규정하고 있어, 취소소송은 처분이 있는 날로부터 1년²⁴⁾을 경과하면 제기할 수 없다. 처분이 있는 날이란 처분이 효력을 발생한 날이다.²⁵⁾ 다만 이 기간은 불변기간(不變期間)이 아니며, 정당한 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다. ‘안 날’로부터 90일²⁶⁾과 ‘있는 날’로부터 1년은 서로 선택적인 것이 아니라 그 중 어느 하나의 기간이 도과(徒過)되면 제소기간이 만료된다. 따라서 정당한 사유는 처분이 있음을 ‘안 날’로부터 90일 또는 ‘있는 날’로부터 1년중 어느 하나라도 경과하기 전에 시작되어야 한다고 볼 것이다.

그렇다면 처분이 있는 날로부터 1년이라는 제소기간의 도과에 대한 정당한 사유란 무엇을 의미하는 것일까? 판례에 의하면, “행정소송법 제20조 제2항 소정의 ‘정당한 사유’란 불확정 개념으로서 그 준부는 사안에 따라 개별적·구체적으로 판단하여야 하나, 민사소송법 제160조의 ‘당사자가 그 책임을 질 수 없는 사유’나 행정심판법 제18조 제2항 소정의 ‘천재·지변·전쟁·사변 그밖에 불가항력적인 사유’보다는 넓은 개념이라고 풀이되므로, 제소기간 도과의 원인 등 여러 사정을 종합하여 지연된 제소를 허용하는 것이 사회통념상 상당하다고 할

23) 同旨: 대법원 1965.10.19. 선고 65누83 판결; 1985. 9.24. 선고 85다326 판결; 1997. 5.16. 선고 97누2313 판결; 대법원 2002. 2. 8. 선고 2000두4057 판결 등.

24) 행정심판을 거쳐 제기되는 경우에는 재결(裁決)이 있는 날로부터 1년이다.

25) 행정심판을 제기하지 아니하거나 그 재결을 거치지 아니하는 사건에 대한 제소기간을 규정한 행정소송법 제20조 제2항에서 “처분이 있는 날”이라 함은 상대방이 있는 행정처분의 경우는 특별한 규정이 없는 한 의사표시의 일반적 법리에 따라 그 행정처분이 상대방에게 고지되어 효력이 발생한 날을 말한다고 할 것이다; 대법원 1990. 7.13. 선고 90누2284 판결.

26) 행정소송법 제20조 제1항 참조.

수 있는가에 의하여 판단하여야 한다”고 한다.²⁷⁾

3. 논 의

가. 청소년유해매체물 심의·결정·고시

(1) 심의기준의 위헌·위법성

당해처분의 근거규정인 청소년보호법 시행령 제7조의 위헌·위법성 여부에 대하여 법원은 중대한 하자가 있는 것으로 보고 있다. 다만 헌법재판소의 위헌결정과 같은 사유가 없으므로 객관적으로 명백한 하자로 볼 수는 없다고 하여 심리를 하고 있다. 그런데 청소년보호법 제10조²⁸⁾의 규정에 의한 청소년유해매체물의 심의기준을 정하고 있는 청소년보호법 시행령 제7조는 [별표 1]에서 ‘수건을 묘사하거나 혼음, 근친상간, 동성애, 가학·피학성음란증 등 변태성 행위, 매춘행위 기타 사회통념상 허용되지 아니한 성관계를 조장하는 것’을 청소년유해매체물 심의의 개별기준으로 삼고 있다. 동성애를 변태성행위의 일종으로 유형화해 놓고 있는 것이다. 하지만 이러한 심의기준은 ① 기존의 연구결과에 따르면 동성애 표현물 자체가 청소년기의 성적 지향의 방향을 바꾸는 것은 아니라는 점, ② 미국심리학회에 의하면 동성애 성향은 정신질환이나 도덕적 타락이 아니며 새로운 도덕이나 사회분위기에 따라 바뀌는 것은 아니라는 점에서 비추어 볼 때, 사회적 편견을 조장하는 것으로 판단된다. 그리고 현행법의 성적 활동에 대한 제한 규정은 성행위 자체가 아니라 그것의 광범위한 사회적 영향을 문제 삼는 것 일진대, 동성애가 그러한 과문을 일으킨다는 것은 왜곡된 선입견에서 비롯된 것일 뿐이라 하겠다. 그 법적 논거는 다음과 같다.

27) 대법원 1991. 6.28. 선고 90누6521 판결.

28) 제10조 (청소년유해매체물의 심의기준) ① 청소년보호위원회와 각 심의기관은 제8조의 규정에 의한 심의를 함에 있어서 당해 매체물이 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 청소년유해매체물로 결정하여야 한다.

1. 청소년에게 성적인 욕구를 자극하는 선정적인 것이거나 음란한 것
2. 청소년에게 폭악성이나 범죄의 충동을 일으킬 수 있는 것
3. 성폭력을 포함한 각종 형태의 폭력행사와 약물의 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 청소년유해여부에 관한 구체적인 심의기준과 그 적용에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

즉 헌법 제11조 제1항이 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다”라고 하여, 평등의 원칙과 차별금지의 원칙을 천명하고 있다. 그리고 이에 따라 제정된 국가인권위원회법 제30조 제2항은 ‘평등권침해의 차별행위라 함은 합리적인 이유 없이 성별, 종교, 장애, 나이, 사회적 신분, 출신지역, 출신국가, 출신민족, 용모 등 신체조건, 혼인여부, 임신 또는 출산, 가족상황, 인종, 피부색, 사상 또는 정치적 의견, 형의 효력이 실효된 전과, 성적 지향(性的 指向), 병력(病歷)을 이유로 특정한 사람을 불리하게 대우하는 행위’로 규정하고 있다. 그렇다면 청소년보호법 시행령에 ‘동성애’가 청소년유해매체물 개별 심의기준으로 규정된 것은 개인의 성적 자기결정권을 부당하게 제한하는 성적 지향에 의한 인권침해라 할 것이며, 동성애를 차별적으로 명시한 것은 헌법 제10조상의 행복추구권·제11조상의 평등권·제21조상의 표현의 자유 등을 침해한 행위라고 판단하고 청소년보호위원회에 청소년보호법 시행령 제7조 개별심의기준 중 ‘동성애’를 삭제할 것을 권고한 것²⁹⁾은 타당하다고 볼 것이다.³⁰⁾ 그리고 청소년의 정보접근권 제한에 대하여는 알 권리에 대한 침해가능성이 존재하는 것으로 보인다. 또한 이러한 규정이 청소년보호법 제10조 제3항의 위임한계를 벗어난 것이 아니라고 단언할 수 없다는 점은 청소년보호법 시행령의 위헌성이 실체적·형식적으로

29) 국가인권위원회, 동성애사이트는 청소년유해매체 아니다. 2003년 4월 2일자 보도자료 참조: 이에 대해 국가인권위는 청소년보호법시행령 제7조의 개별 심의기준을 근거로 인터넷상에서 청소년들의 동성애 사이트 접근이 차단되고 있다는 점을 중시했습니다. 실제로 개별심사기준은 동성애를 ‘수간’이나 ‘변태성행위’와 같은 이상성욕의 하나로 규정하고 있으며, 개별 심의기준이 반영된 음란물차단프로그램은 동성애사이트에 대한 청소년의 접근을 차단하고 있습니다. 한편 미국정신의학회는 1974년 정신질환에 대한 통계편람인 DSM에서 ‘동성애’를 정신질환 목록에서 삭제했고, 세계보건기구(WHO)는 1993년 발간한 국제질병분류 ICD-10에서 “성적 지향은 정신적 장애와 아무런 관련이 없다”고 기술했습니다. 따라서 동성애를 정상적인 성적 지향의 하나로 인정하는 것은 세계적 추세라고 볼 수 있습니다. 또한 우리나라도 최근 동성애를 정상적인 성적 지향으로 간주하고 동성애자의 인권을 보호해야 한다는 사회적 인식이 확대되고 있습니다. 이밖에 통계청이 고시한 한국표준질병분류도 “성적 지향성 그 자체는 장애와 연관시킬 수 없다”고 밝히고 있으며, 교육인적자원부가 발행하는 ‘성교육 교사용 지도지침서’는 “동성애 또한 하나의 인간적인 삶인 동시에 애정의 형식이다. ...이성간에 이루어지는 사랑처럼 아름답고 행복한 것으로 발전할 수 있다(중학교용)”, “이제는 더 이상 동성애가 성도착증으로 분류되지는 않는다(고등학교용)”고 기술하고 있습니다.

30) 이에 대해 청소년보호위원회는 동성애 관련 조항을 삭제하겠다는 뜻을 밝혔지만 여전히 심의기준을 고쳐지지 않고 있다. 동성애 관련 표현물이 청소년 사이에 동성애를 조장한다고 생각하는 청소년보호위원회는 유관 토론회만을 개최하고는, 청소년보호법의 개정시기까지 기다린다는 입장이다.

윤곽을 드러내는 부분이라 하겠다.

(2) 결정·고시사유의 위법성

위 국가인권위원회의 권고에 대하여 청소년보호위원회는 동성애를 삭제한다고 하더라도 건전한 동성애와 음란한 동성애는 구분해서 대응할 방침이라 한다. 그렇다면 음란함의 기준은 무엇일까?

일반적으로 성표현물의 개념에는 음란 및 저속한 표현물 등이 포함된다. 무릇 음란의 기준은 개인의 윤리관이나 종교관 혹은 인생관에 따른 개별적인 입장의 차이와 시대와 사회의 가치관이나 도덕적 기준까지 작용하는 규범적 성질을 가진 것이어서, 그 사회의 총속과 윤리, 종교와도 밀접한 관계를 가지며 그 시대를 사는 사람들의 총체적인 문화관에 따라서 달리 판단할 수밖에 없는 상대적인 개념으로 인식되고 있다.³¹⁾ 게다가 ‘오늘날 세계적인 성표현 자유화경향의 영향으로 성에 관한 우리나라의 인식도 현저히 변화하고 있는 점’이 고려되어,³²⁾ 엄격했던 과거의 음란기준은 성담론의 개방화추세 또는 성인의 알 권리의 요구와 함께 점차 완화되고 있다. 한편 저속이란 반드시 음란하지는 않지만 그 표현이 외설스러워 청소년보호를 위해 매체의 특성에 따라 그 표현과 유통을 제한하는 성표현물을 말한다. 청소년보호를 위해 저속한 표현을 규제하는 경우 그 보호대상은 보호를 필요로 하는 연령대에 제한적으로 적용되어야 하고, 규제수단 또한 청소년에 대한 유통을 금지하는 방향으로 좁게 설정되어야 할 것이다.

이와 같다면, 관련 재판에서 피고측 변호인이 어느 동성애 사이트에서 ‘차마 입에 담지 못할 내용’을 적어왔다고 증인에게 내민 문서의 내용이 ‘성행위 뒤 사정을 할 때 항문 안과 바깥에 하는 것이 에이즈와 어떤 연관성을 갖느냐’는 것이었다는 점³³⁾은 음란성의 기준이 지나치

31) 박선영, 가상공간에서의 성표현의 자유와 법적 제한, 현안분석 2002-14, 한국법제연구원, 2002, 23쪽.

32) 대법원 1995. 6.29. 선고, 94누2558 판결.

33) 경향신문, 정부의 동성애관 이중잣대, 뉴스메이커 2003년 9월 29일자 기사: 문화평론가 서모씨는 “동성애자 사이에서 이런 상담은 건강과 관련된 문제일 뿐 전혀 음란하지 않다”며 “그렇다면 청소년이 성 문제를 구체적으로 상담하는 사이트도 외설적이나”고 물었다. 청소년대상 성문제상담사이트의 게시판에는 자신의 성경험이나 임신, 성병에 관해 묻는 내용을 누구나 볼 수 있도록 돼 있다. 동성애사이트의 영향을 받아 청소년 사이에서 동성애가 조장된다는 주장에 대해서 서씨는 “외부의 영향을 받아 성정체성을 바꾸는 것이 가능했다면 많은 동성애자가 이성애자가 됐을 것”이라며 “그게 안 되니까 차별 속에서도 동성애자로서 살아갈 수밖에 없는 것 아니냐”고 말했다. 그는 이어 “청소년을 보호해야 하는 청소년보호위원회가 진정 청소년을 위하는 방법이 무엇인지를 고민해야 한다”며 “내가 동성애자는 아닐까, 어떻게 해야 하지, 내가 잘못된 것은 아닐까” 등 고민하는 청소년이 차별받지 않고 정보를 얻을 수 있도록 하는 것이 옳을지,

게 자의적이며 형해화되어 있다는 지적을 피하기 어려울 것이다. 특히 인터넷사이트 게시판에 등록되는 음란성 게시물에 있어 표현물인 서비스 자체의 성격과 특징을 감안하지 아니하고 일괄적으로 유해한 성표현물로 단정 짓는 것은 억압적 심의규제로 평가될 수 있을 것이다. 이러한 음란의 기준으로 동성애 사이트에 대하여 청소년유해매체물로 결정·고시한 처분은 단순히 저속하다고 볼 수 있는 표현물에 대하여 모호한 음란성의 잣대로 표현의 자유를 심대하게 침해하고 있으므로, 수단의 적절성이나 합리적 비례성을 충족하지 못하여 과잉금지의 원칙을 위배한다고 봄이 상당하다고 본다. 같은 맥락에서 음란성이 농후하다면 불법정보로 취급해야 할진대, 일부 음란한 내용이 포함되어 있다고 청소년유해매체물로 결정하는 심의를 하는 것 자체가 심의기준으로서 음란성에 대한 명확성이 배제되어 있음을 반증하는 것이므로, 저속한 표현으로 이루어진 게시물에 대한 삭제와 같이 콘텐츠제공자(Internet Contents Provider: ICP)에 대한 자율규제로 족한 사안에 대한 당해처분은 과잉금지원칙에 위배되는 것으로 보인다. 재판부도 ‘...청소년유해매체물로 결정·고시하려면 어느 정도 음란한 내용이 포함되어 있어야 하는가 여부는 보는 사람의 시각에 따라 다를 수 있는 것이므로 원고의 주장대로 엑스존에 일부 음란한 내용이 포함되어 있다는 이유로 청소년유해매체물로 결정·고시한 것이 과잉금지의 원칙에 위반된다고 하더라도...’고 판시하여 중대한 하자를 구성하는 점에 대하여는 긍정하고 있는 것으로 보인다.

나. 행정행위의 당연무효사유와 객관적으로 명백한 하자

전술(前述)한 심의기준 및 결정사유를 규정하고 있는 청소년보호법 시행령 제7조에 근거한 청소년유해매체물 결정 및 고시처분은 중대한 흠을 지니는 것으로 보아야 할 것이다. 다만 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 없다는 법원의 판단에 대하여는 논의를 제기하는 차원에서 다음과 같은 의문점을 표명할 수 있다.

즉 행정행위의 무효이론 가운데 판례가 지지하는 중대·명백설에 의할 경우, 객관적으로 명백한 하자임을 주장할 수 없으면 당해처분은 당연무효가 되지 아니하지만, 이러한 중대·명백설에 있어 흠의 명백성은, 흠의 존재가 당사자의 주관적 판단이나 법률전문가의 인식능력에 의해서가 아니라 통상적인 주의력과 이해력을 갖춘 일반인의 판단에 따를 때 누구의 의심도 허용하지 않을 만큼 객관적으로 확실한가에 의해 결정된다. 따라서 “관련 진정사건에 대한 국가인권위원회의 권고는 객관적인 법해석에 따른 실질적 행정작용이므로, 이러한 사정

동성애를 비정상적으로 바라보고 정보를 차단하는 것이 바람직할지 생각해봐야 한다”고 말했다.

을 감안하여 당해처분을 ‘대단히 현저한 위법’이 있다고 보아 객관적으로 명백한 하자가 있다고 해석하는 것은 법리상 오해가 있는가?” 하는 점이다. 이는 ‘국가인권위원회가 준입법(準立法)·준사법적 기능(準司法的 機能)을 담당하는 독립규제행정기관임에도 불구하고, 공신력 있는 국가기관의 준사법적 판단을 객관적으로 명백한 하자의 기준에 포섭할 수 없겠는가’라는 것이다.

다. 제소기간 도과의 정당한 사유

판시사항과 마찬가지로 청소년유해매체물 결정은 불특정 다수인에 대하여 하는 행정처분으로 상대방이 있는 것이 아니고, 청소년보호법시행령 제5조 제1항에서 그 처분의 효과로 청소년유해 표시 및 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 효력발생일부터 효력이 발생하는 것이다. 따라서 이 사건 각 처분의 효력은 불특정 다수인에게 일률적으로 적용되는 것이므로 이러한 행정처분의 경우 제소기간 또한 일률적으로 정함이 상당하고, 행정처분에 이해관계를 갖는 자가 고시 또는 공고가 있었다는 사실을 현실적으로 알았는지 여부에 관계없이 고시가 효력이 발생하는 날에 행정처분이 있음을 알았다고 보아야 할 것이다.³⁴⁾ 그리고 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 없다고 하겠다. 그러므로 제소기간이 도과한 취소소송에 대하여 예비적으로 청구한 것은 부적법·각하될 수 밖에 없다.

다만 청소년보호법 시행령 제5조 제1항에서는 “법 제27조의 규정에 의한 청소년보호위원회 및 법 제8조 제1항 단서의 규정에 의한 각 심의기관은 법 제8조제1항·제3항 및 제5항의 규정에 의하여 청소년유해매체물의 결정이 있는 경우에는 지체 없이 그 이유를 명시하여 제13조의 규정에 의한 청소년유해표시의무자와 제15조의 규정에 의한 포장의무자에게 그 사실을 통보하여야 한다. 이 경우 통보방법은 우편에 의한 통보를 원칙으로 하되, 주소불명 등으로 우편에 의한 통보가 불가능한 경우에는 청소년유해매체물의 결정내용을 정보통신망에 게

34) 통상 고시 또는 공고에 의하여 행정처분을 하는 경우에는 그 처분의 상대방이 불특정 다수인이고 그 처분의 효력이 불특정 다수인에게 일률적으로 적용되는 것이므로, 행정처분에 이해관계를 갖는 자가 고시 또는 공고가 있었다는 사실을 현실적으로 알았는지 여부에 관계없이 고시가 효력을 발생하는 날에 행정처분이 있음을 알았다고 보아야 한다: 대법원 2001. 7.27. 선고, 99두 9490 판결.

재하여 누구나 쉽게 열람이 가능하도록 하여야 한다”고 규정하고 있음에도 불구하고, 이 사건에서 이루어지지 않은 청소년유해매체물 결정에 대한 사실통보는 제소기간의 도과에 대한 정당한 사유가 되지 못하는 법리적 해석을 별론으로 하더라도 제도적 실효성을 상실하고 있다. 이의제기 가능성의 봉쇄가 처분의 효력에 영향을 미치지 아니한다 하더라도 이는 행정절차법의 취지에 위배되는 것이므로, 제도적 보완이 요구된다 할 것이다.

4. 소 결

각급법원이 전심(前審)으로서만 명령·규칙을 심사할 따름이어서 종국적 심사를 최종심사 권한기관인 대법원에 유보한 것으로 본다면, 이 판결은 나름대로의 의의를 지닌다고 할 것이다. 즉 당해처분에 중대한 하자가 있음을 확인한 부분이 그것이다. 다만 행정행위의 무효이론에 관한 중대·명백설의 재확인도 아쉬움으로 남는다. 당해처분에 객관적으로 명백한 하자가 있음을 보이는 징표로 국가인권위원회의 권고내용을 들 수 있을 것이라 생각하는 필자로서, 국가인권위원회가 실질적 행정작용을 담당하는 행정기관이면서 국민의 권익구제기관임에도 불구하고 그 실효성이 보장되지 아니하는 상황에서 사법기관인 법원에 구속력을 담보할 수는 없다 하더라도 국가기관의 작용 및 권익구제에 일관성을 가미하는 방향으로 진행되어야 할 것이라는 사건(私見)을 피력해 본다. 설령 객관적 명백성을 뒷받침할 수 없다 할지라도, “행정행위의 무효사유를 판단하는 기준으로서의 명백성은 행정처분의 법적 안정성 확보를 통하여 행정의 원활한 수행을 도모하는 한편 그 행정처분을 유효한 것으로 믿은 제3자나 공공의 신뢰를 보호하여야 할 필요가 있는 경우에 보충적으로 요구되는 것으로서, 그와 같은 필요가 없거나 하자가 워낙 중대하여 그와 같은 필요에 비하여 처분 상대방의 권익을 구제하고 위법한 결과를 시정할 필요가 훨씬 더 큰 경우라면 그 하자가 명백하지 않더라도 그와 같이 중대한 하자를 가진 행정처분은 당연무효라고 보아야 한다”는 입장³⁵⁾에 근거하여 국가인권위원회의 권고를 명확히 중대한 하자의 심사척도로 삼아 당해처분을 무효로 볼 여지도 있지 않았나 하는 의견을 조심스럽게 제기한다.

결국 원고는 청소년보호법 시행령의 위헌·위법성에 대한 대법원의 최종심사를 상고심으로 제기할 수 있을 것인 바, 원고는 대법원 상고를 결정하였다는 입장을 표명한 상태이다.³⁶⁾ 여기에서 동성애에 관한 편견 없는 시각으로 청소년유해매체물심의 규제도 전체를 조망하여³⁷⁾ 법리를 해석·적용해 달라는 당부를 감히 재판부에 고한다.

35) 대법원 1995. 7.11. 선고, 94누4615 판결 [반대의견] 참조.

36) <http://outpridekorea.com/ttboard/ttboard.cgi?bname=NOTICE>

V. 결 론

국가인권위원회가 실시한 ‘차별에 대한 국민의식조사’의 결과를 살펴보면, 국가인권위원회 법을 토대로 한 16가지 차별영역 가운데 우리 사회에서 국민들이 느끼는 가장 심각하다고 생각되는 차별로서 동성애에 관한 차별이 4.6%로 9위를 차지하였다.³⁸⁾ 이는 동성애가 사회통념상 허용되지 않는 성관계로서 음란한 것으로 치부할 대상이 아님을 보여준다. 엑스존사이트의 내용 가운데 문제의 소지가 있다고 볼 수 있는 것은 자신을 소개하는 게시판 정도이다. 여기에는 자신의 아이디·나이·거주지·신장·체중·체형·성향·결혼여부 및 상대방의 나이·성향·체형 등을 올리게 되어 있어 적절한 상대를 찾아 전자우편을 통해 동성애자들이 서로 사귄 수 있는 기회를 제공해 주고 있었다. 다만 이 게시판에 간혹 게재된 지속적인 표현을 정보통신윤리위원회는 유해 심의 및 결정사유로서 음란의 기준에 끌어들이는 것이다. 엑스존이 성행위의 모습을 노골적으로 보여주는 영상자료를 게시한 것은 아님에도 매체의 특성과 매체물의 속성을 고려하지 않고 동성애 성관계를 조장하는 것으로 판단한 이후에 이를 음란하다고 판정한 것은, 공정한 심의에 의한 규제의 적정성을 배제하고 있는 듯하다.³⁹⁾ 이러한 경향은 권위주의적인 규제기관이 지니는 보수적 색채 및 관료적 성향과 무관하지 않다.

이러한 견지에서 동성애 자체가 유해한 것으로 규정한 청소년보호법 시행령은 개정되어야 할 것이다. 우선 상고제기된 재판에서 합당한 법리의 검토가 이루어지길 기대해 본다. 또한 동성애에 대한 혐오와 동성애자들에 대한 사회적 편견으로 인하여 청소년기에 동성애 표현물을 제한하는 것은 바람직하지 않다고 볼 것이기에, 이토록 지루한 법정공방(法庭攻防)을 상대적으로 나약할 수밖에 없는 성적 소수자(性的少數者)에게 내몰고 있는 우리의 행정현실이 변화되어야 한다고 강변하고 싶다. 표현의 자유범위에 속하지 않는 불법정보와 성인에게는 허용이 되지만 청소년의 접근은 규제되는 유해정보를 모두 포함하는 음란물에 대한 잣대를 보다 공정한 심사척도로 이끌어가는 것이 청소년보호에 대한 정당성을 합리화시킬 수 있을 것이기에, 청소년유해매체물로부터 청소년을 보호한다는 취지에 부합하도록 지나친 제한

37) 이에 대한 개관은 김성천, 인터넷과 청소년 보호, 인터넷법률 통권 제12호, 법무부, 2002, 35~42쪽; 김도현, 청소년보호법의 이념과 현실, 민주법학 통권 제22호, 민주주의법학연구회, 2002, 59~76쪽 참조.

38) 차별에 대한 국민의식조사, 월간 인권 통권 제5호, 국가인권위원회, 2004, 24~27쪽.

39) 이에 대하여 최근 정보통신윤리위원회는 인터넷 불법유해정보에 대한 심의를 강화하기 위해 심의전담 상임전문위원을 증원하고 신규 분야 심의팀을 신설하는 한편 심의절차 투명화에도 적극 나서며 음란물과 비음란물 등의 구분기준도 명확히 할 계획이라고 밝혔다; 전자신문 2004년 1월 16일자 기사.

을 시정할 수 있는 제도적 방안의 모색이 필요하다는 점을 강조하며 부족한 이 글을 맺는다.

참 고 문 헌

- [1] 김도현, 청소년보호법의 이념과 현실, 민주법학 통권 제22호, 민주주의법학연구회, 2002.
- [2] 김성천, 인터넷과 청소년 보호, 인터넷법률 통권 제12호, 법무부, 2002.
- [3] 김철완·이민영 外, 건전한 정보통신 윤리확립과 개인정보 보호대책 방안 연구, 연구보고 01-03, 정보통신정책연구원, 2001.
- [4] 김철용, 행정법 I, 박영사, 2001.
- [5] 김희수, 무효등확인소송에서의 소의 이익, 대구법학 제2호, 대구대학교 법학연구소, 2000.
- [6] 이광윤·김민호, 최신행정법론, 법문사, 2002.
- [7] 박선영, 가상공간에서의 성표현의 자유와 법적 제한, 현안분석 2002-14, 한국법제연구원, 2002.
- [8] 박윤훈, 최신행정법강의(상), 박영사, 2000.
- [9] 홍준형, 행정행위의 무효이론의 재검토, 행정논총 제36권 제1집, 서울대학교 행정대학원, 1998.
- [10] 황성기, 청소년유해매체물의 전자적 표시제도에 관한 연구, 법과사회 제22호, 법과사회이론학회, 2002.
- [11] H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11.Aufl., Verlag C.H.Beck, 1997.