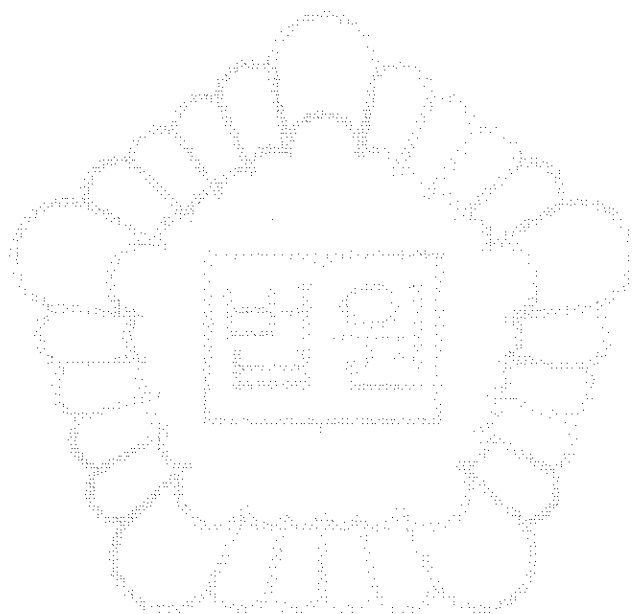


2010누9428

판 결 서



서울고등법원

서울고등법원

제 3 행정부

판 결

사 건 2010누9428 시정요구처분취소
원고, 피항소인 최병성 (630512-1155211)
안양시 만안구 안양9동 1094-1 홍화브라운빌딩 101동 1306호
소송대리인 법무법인 상록
담당변호사 장주영
피고, 항소인 방송통신심의위원회
대표자 위원장 박만
소송대리인 변호사 조수환
제 1 심 판 결 서울행정법원 2010. 2. 11. 선고 2009구합35924 판결
변 론 종 결 2012. 4. 5.
판 결 선 고 2012. 5. 3.

주 문

1. 피고의 항소를 기각한다.
2. 항소비용은 피고가 부담한다.

청구취지 및 항소취지

1. 청구취지

피고가 2009. 4. 24. 별지 목록 기재 각 게시글에 대하여 한 시정요구(해당정보의 삭제) 처분을 취소한다.

2. 항소취지

제1심 판결을 취소한다. 주위적으로 이 사건 소를 각하한다. 예비적으로 원고의 청구를 기각한다.

이 유

1. 제1심 판결 이유의 인용

이 법원이 이 판결에서 실시할 이유는, 제1심 판결의 이유 중에서 제1심 판결문 제6쪽 제8행의 "(4) 원고는 2008. 4. 3. 실시된 한국화학시험연구소의 시험분석결과 등을 근거로" 부분을 "(4) 원고는 2007. 9. 13.경 실시된 한국화학시험연구원의 시험분석결과 등을 근거로(기록 24쪽 참조)"로 고쳐 쓰는 이외에는 제1심 판결의 이유 기재와 같으므로, 행정소송법 제8조 제2항, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 인용한다.

2. 추가판단 부분

가. 이 사건 소의 적법 여부에 관한 피고의 주장

피고는 이 법원에서도 아래와 같은 여러 가지 이유를 들어, 이 사건 소는 부적법하다고 거듭 주장한다.

(1) 이 사건 시정요구는 단순히 권고적 효력만을 지닌 비권력적 사실행위인 행정지도에 불과하여 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없다.

(2) 이 사건 시정요구는 주식회사 다음커뮤니케이션(이하, '다음'이라 한다)에 대하여 원고가 게재한 이 사건 게시글을 제공하지 못하게 하는 것이므로, 이 사건 시정요구로 인한 직접적 불이익은 원고가 아니라 '다음'이 받는 것이고, 원고는 간접적인 불이익을 받는 것에 불과하여 이 사건 시정요구의 취소를 구할 원고적격이 없다.

(3) 설령 이 사건 시정요구를 취소한다고 하더라도, '다음'이 이 사건 시정요구에 따라 이미 이 사건 게시글을 완전히 삭제하여 다시 이를 게재하는 등 원상회복을 할 수 없게 되어 원고로서는 이 사건 시정요구의 취소를 구할 소의 이익이 없다.

나. 판단

(1) 이 사건 시정요구를 '행정처분'으로 볼 수 없다는 주장에 대하여

살피건대, ① 이 사건 시정요구 당시에 시행되던 「방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률」(2008. 2. 29. 법률 제8867호로 제정된 것, 이하 '법'이라 한다)에 의하면, 피고는 방송 내용의 공공성 및 공정성을 보장하고 정보통신에서의 건전한 문화를 창달하며 정보통신의 올바른 이용환경 조성을 위하여 설립된 기관으로(법 제18조 제1항), 피고의 위원은 대통령이 위촉하고, 구성과 운영에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 하고 있으며(법 제18조 제3항, 제7항), 별도의 기금 이외에 국고에서 피고의 운영 등에 필요한 경비를 지급받을 수 있고(법 제28조), 피고의 직무는 정보의 심의 및 시정요구 외에 방송법 제100조에 따른 제재조치 등에 대한 심의·의결 등을 할 수 있음과 아울러 심의규정의 제정 및 공표를 하며, 심의규정에 위반되는 경우에는 그 제재조치를 결정할 수 있는데(법 제21조, 제24조, 제25조), 이와 같은 피고의 설립, 운영, 직무에 관한 내용을 종합하면, 피고는 공권력 행사의 주체인 국가행정기관이라고 봄이 타당하다고 할 것인 점, ② 위와 같이 국가행정기관으로 볼 수 있는 피고가 법과

「방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률 시행령」(이하, '시행령'이라 한다) 제8조 제2항 등 관계 규정에 따라 행하는 시정요구는 '다음'과 같은 정보통신서비스제공자 등에게 조치결과 통지의무를 부과하고 있고, 정보통신서비스제공자 등이 피고의 시정요구에 따르지 아니하는 경우 피고는 방송통신위원회에 정보통신서비스제공자 등으로 하여금 불법정보의 취급거부·정지 또는 제한을 하도록 하는 명령을 하여 줄 것을 요청할 수 있는 점(시행령 제8조 제4항), ③ 비록 이 사건 시정요구는 행정지도 내지 권고의 외관을 띠고 있지만, 그 요구의 상대방인 정보통신서비스제공자 등은 게시글의 유·무와는 사업상의 감독기관인 방송통신위원회 내지 피고와의 원활한 협조관계에 월등한 이해관계를 갖고 있으므로, 정보의 삭제 등 시정이 정보게시자의 의사나 동의에 의해서가 아니라 행정기관의 개입과 이에 따르는 정보통신서비스제공자 등의 이행에 의하여 이루어질 가능성이 있다고 할 것인 점, ④ 또한, 피고의 시정요구는 그 대상이 되는 정보의 삭제 또는 접속차단을 넘어 이용자에 대한 이용정지 또는 이용해지에까지 이를 수 있으므로, 정보통신망 이용자의 표현의 자유를 위축시켜 스스로 표현행위를 자제하게 만드는 위축 효과가 작다고만 할 수 없고, 피고로서도 그 시정요구를 통하여 표현의 자유를 제한하게 되는 결과의 발생을 의도하거나 적어도 예상은 할 수 있다고 볼 것인 점 등을 앞서 인용한 제1심 판결이 판시한 여러 사정과 종합해 볼 때, 이 사건 시정요구는 단순한 행정지도로서의 한계를 넘어 규제적·구속적 성격을 갖는 것으로서 항고소송의 대상이 되는 공권력의 행사로서 '처분'에 해당한다고 봄이 상당하다(헌법재판소 2012. 2. 23. 선고 2011헌가13 결정 참조).

따라서, 이 사건 시정요구가 '처분'에 해당하지 않는다는 피고의 주장은 이유 없다[한편 피고는, 이 사건 시정요구를 항고소송의 대상인 '처분'으로 인정하는 것은 기존

대법원의 판결 등과 상반되어 위법하다는 취지로도 주장하나, 피고가 주장한 대법원 2009. 2. 26.자 2008두18663 판결 등(을 제1호증의 1 내지 5)은, 구 전기통신사업법(2007. 1. 3. 법률 제8198호로 개정되기 전의 것)이 정하고 있는 '정보통신윤리위원회'에 관한 것으로 이 사건과는 사안을 달리한다고 보이므로, 이 사건 시정요구를 '처분'으로 인정한다고 하여 기존 대법원의 판례와 저촉된다고 볼 것은 아니다].

(2) 원고는 제3자에 불과하여 원고적격이 없다는 주장에 대하여

행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자라고 하더라도 당해 행정처분으로 인하여 법률상 보호되는 이익을 침해당한 경우에는 취소소송을 제기하여 그 당부의 판단을 받을 자격이 있다고 할 것인데(대법원 2009. 2. 26. 선고 2006두16243 판결, 대법원 2010. 5. 13. 선고 2009두19168 판결 등 참조), 시행령 제8조 제5항에 따르면, 피고의 시정요구에 대하여 정보통신서비스제공자 등 외에 원고와 같은 이용자도 피고의 시정요구를 받은 날부터 15일 이내에 일정한 사항이 적힌 문서를 피고에게 제출하여 이의 신청을 할 수 있도록 규정하고 있을 뿐만 아니라, 원고는 이 사건 시정요구를 통하여 원고가 작성한 이 사건 게시글이 삭제당하는 직접적인 피해를 입게 되었으므로, 원고에게는 이 사건 시정요구의 취소를 청구할 법률상의 이익이 있다고 봄이 상당하다.

결국, 원고에게 이 사건 시정요구의 취소를 구할 원고적격이 없다는 피고의 주장도 받아들일 수 없다.

(3) 원고가 이 사건 시정요구의 취소를 구할 소의 이익이 없다는 주장에 대하여

위법한 행정처분의 취소를 구하는 소는 위법한 처분에 의하여 발생한 위법상태를 배제하여 원상으로 회복시키고 그 처분으로 침해되거나 방해받은 권리와 이익을 보호·구제하고자 하는 소송이므로, 비록 그 위법한 처분을 취소한다 하더라도 원상회복

이 불가능한 경우에는 원칙적으로 그 취소를 구할 이익이 없다고 할 것이지만(대법원 1996. 11. 29. 선고 96누9768 판결 등 참조), 위법한 행정처분의 취소를 통하여 기본적인 권리회복은 불가능하더라도, 그를 통하여 부수적으로 보호할 법률상 이익이 남아 있는 경우에는 그 취소를 구할 소의 이익은 여전히 인정되고(대법원 2005. 9. 9. 선고 2003두5402, 5419 판결, 대법원 2009. 1. 30. 선고 2007두13487 판결 등 참조), 나아가 동일한 소송 당사자 사이에서 동일한 사유로 위법한 처분이 반복될 위험성이 있어 행정처분의 위법성 확인 내지 불분명한 법률문제에 대한 해명이 필요하다고 판단되는 경우 등에 있어서는 행정의 적법성 확보와 그에 대한 사법통제, 국민의 권리 구제의 확대 등의 측면에서 여전히 그 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다고 할 것이다(대법원 2007. 7. 19. 선고 2006두19297 전원합의체 판결, 대법원 2008. 2. 14. 선고 2007두13203 판결 참조).

살피건대, ① 피고의 주장과 같이 '다음'이 이미 이 사건 게시글을 삭제하여 이 사건 시정요구 이전에 원고가 이 사건 블로그에 게재한 이 사건 게시글 그 자체를 다시 위 블로그에 게재하는 것이 기술적으로는 불가능하게 되었다고 하더라도, 원고 등이 이 사건 게시글과 같은 내용의 글을 새로이 작성하여 이 사건 블로그에 다시 게재하는 조치는 충분히 가능할 것으로 보여, 이 사건 시정요구가 취소되어도 그 때문에 발생한 위법상태를 배제하여 원상으로 회복시키는 것이 불가능한 경우에 해당한다고 단정하기는 어려운 점, ② 또한, 이 사건 시정요구가 위법하다는 이유로 취소될 경우에는, 이 사건 시정요구에 따라 침해된 원고의 법률상 이익에 대한 구제가 좀 더 쉽게 이루어지는 등 원고에 대한 권리구제에 도움이 되는 측면이 분명히 존재할 것이므로, 설령 이 사건 게시글 자체의 원상회복이 가능하지 않게 되었다더라도 원고가 이 사건 시

정요구의 취소를 구할 이익은 있다고 볼 것인 점, ③ 한편, 피고의 주장과 같이 이 사건 시정요구의 취소에 따른 원상회복이 불가능하다는 이유만으로 그 취소를 구할 소의 이익이 없다고 보게 되면, 이 사건 시정요구가 위법하다고 주장하는 원고가 이 사건 게시글과 같은 내용의 글을 다시 이 사건 블로그 등에 게재할 경우에 이 사건 시정요구가 적법하다고 주장하는 피고로서도 이 사건 시정요구와 같은 처분을 다시 할 가능성이 존재하는 이상, 법원이 이 사건 시정요구의 취소를 구할 법률상 이익을 긍정하여 그 위법성 내지 하자의 존부를 판결로 명확하게 확인하여 준다면, 원고에 대한 반복적인 권리 침해의 위험을 방지할 수 있게 되는 점 등을 앞서 본 법리와 종합해 볼 때, 원고에게는 이 사건 시정요구의 취소를 구할 법률상 이익이 여전히 남아 있다고 봄이 타당하다.

따라서, '다음'이 이미 이 사건 게시글을 삭제하였다는 사정만으로 원고가 이 사건 시정요구의 취소를 구할 소의 이익이 없다고 볼 것은 아니므로, 그와 다른 전제로 주장하는 피고의 이 부분 주장도 받아들일 수 없다.

3. 결론

그렇다면, 피고의 항소는 이유 없어 이를 기각한다.

재판장 판사 이태종 _____

판사 강경구 _____

판사 임영우 _____

게 시 글

순번	제목(게시일자)	주요 내용
1	중국산보다 발암물질 많은 쓰레기시멘트 (2007. 10. 31.)	“국내시멘트에는 발암물질인 6가크롬이 다량 포함되어 있지만 중국산 시멘트에는 발암물질이 전혀 검출되지 않았습니다. 쓰레기로 만든 발암시멘트의 생산 중단을 위한 서명을 받고 있습니다.”
2	환경부 장관님 대답해 주세요 (2008. 11. 10.)	“쓰레기시멘트로 인한 쓰레기 처리비용 1,740억 원이 우리 아이들의 아토피를 감수하며 발암시멘트를 만들어야 하는 큰 돈일까요? 발암시멘트를 만들어 국민을 질병과 죽음으로 몰고 간 것입니다. 국민들이 쓰레기로 만든 발암시멘트에 갇혀 사는 고통을 겪어야 합니다.”
3	폐유독물로 시멘트를 만들려는 환경부 (2008. 7. 15.)	(주)○○화학의 운반차량 정지영상과 함께 “어떤 유독성 지정폐기물을 실은 것일까요? 화학공장에서 나온 알 수도 없는 지정폐기물이 시멘트공장으로 향하고 있습니다. 오늘도 수많은 유독물질이 시멘트공장으로 들어가고 시멘트로 만들어지고 있습니다.”

정본입니다.

2012. 5. 8.

서울고등법원

법원주사보 홍 순 호



판결에 불복이 있을 때에는 이 정본을 송달받은 날(발송송달의 경우에는 발송한 날)부터 2주 이내에 상소장을 이 법원에 제출하여야 합니다 (보조참가인의 경우에는 피참가인을 기준으로 상소기간을 계산함에 유의).

※ 각 법원 민원실에 설치된 사건검색 컴퓨터의 발급번호조회 메뉴를 이용하거나, 담당 재판부에 대한 문의를 통하여 이 문서 하단에 표시된 발급번호를 조회하시면, 문서의 위·변조 여부를 확인하실 수 있습니다.