

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건 2018두49130 인적사항공개처분취소청구
원고, 상고인 별지 원고 명단 기재와 같다.
소송대리인 변호사 이창화 외 1인
피고, 피상고인 병무청장
원 심 판 결 서울고등법원 2018. 6. 5. 선고 2018누38217 판결
판 결 선 고 2019. 6. 27.

주 문

상고를 모두 기각한다.
상고비용은 피고가 부담한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 먼저 대상적격에 관하여 살펴본다.

(1) 항고소송의 대상인 '처분'이란 "행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용"(행정소송법 제2

조 제1항 제1호)을 말한다. 행정청의 행위가 항고소송의 대상이 될 수 있는지는 추상적·일반적으로 결정할 수 없고, 구체적인 경우에 관련 법령의 내용과 취지, 그 행위의 주체·내용·형식·절차, 그 행위와 상대방 등 이해관계인이 입는 불이익 사이의 실질적 관련성, 법치행정의 원리와 그 행위에 관련된 행정청이나 이해관계인의 태도 등을 고려하여 개별적으로 결정하여야 한다(대법원 2010. 11. 18. 선고 2008두167 전원합의체 판결 참조). 또한 행정절차법에서 정한 처분 절차를 준수하였는지는 본안에서 처분이 적법한가를 판단하는 단계에서 고려할 요소이지, 소송요건 심사단계에서 고려할 요소가 아니다(대법원 2016. 8. 30. 선고 2015두60617 판결 참조).

(2) 병역법 제81조의2에 의하면, 병무청장은 정당한 사유 없이 현역 입영 또는 사회복무요원 소집이나 군사교육소집에 응하지 아니하는 사람에 대해서는 인적사항과 병역의무 미이행 사항 등을 인터넷 홈페이지 등에 공개할 수 있고(제1항 제3호), 그 공개 여부를 심의하기 위하여 관할 지방병무청에 병역의무기피공개심의위원회(이하 '위원회'라 한다)를 두며(제2항), 관할 지방병무청장은 위원회의 심의를 거친 잠정 공개 대상자에게 인적사항 등의 공개 대상자임을 통지하여 소명 기회를 주어야 하며, 통지일부터 6개월이 지난 후 위원회로 하여금 잠정 공개 대상자의 병역의무 이행 상황을 고려하여 공개 여부를 재심의하게 한 후 공개 대상자를 결정한다(제3항).

(3) 관련 법령과 법리 및 아래와 같은 사정들을 종합하면, 병무청장이 병역법 제81조의2 제1항에 따라 병역의무 기피자의 인적사항 등을 인터넷 홈페이지에 게시하는 등의 방법으로 공개한 경우 병무청장의 공개결정을 항고소송의 대상이 되는 행정처분으로 보아야 한다. 그 구체적인 이유는 다음과 같다.

① 병무청장이 하는 병역의무 기피자의 인적사항 등 공개는, 특정인을 병역의무

기피자로 판단하여 그 사실을 일반 대중에게 공표함으로써 그의 명예를 훼손하고 그에게 수치심을 느끼게 하여 병역의무 이행을 간접적으로 강제하려는 조치로서 병역법에 근거하여 이루어지는 공권력의 행사에 해당한다.

② 병무청장이 하는 병역의무 기피자의 인적사항 등 공개조치에는 특정인을 병역의무 기피자로 판단하여 그에게 불이익을 가한다는 행정결정이 전제되어 있고, 공개라는 사실행위는 행정결정의 집행행위라고 보아야 한다. 병무청장이 그러한 행정결정을 공개 대상자에게 미리 통보하지 않은 것이 적절한지 여부는 본안에서 해당 처분이 적법한가를 판단하는 단계에서 고려할 요소이며, 병무청장이 그러한 행정결정을 공개 대상자에게 미리 통보하지 않았거나 처분서를 작성·교부하지 않았다는 점만으로 항고소송의 대상적격을 부정하여서는 아니 된다.

③ 병무청 인터넷 홈페이지에 공개 대상자의 인적사항 등이 게시되는 경우 그의 명예가 훼손되므로, 공개 대상자는 자신에 대한 공개결정이 병역법령에서 정한 요건과 절차를 준수한 것인지를 다툴 법률상 이익이 있다. 병무청장이 인터넷 홈페이지 등에 게시하는 사실행위를 함으로써 공개 대상자의 인적사항 등이 이미 공개되었다고 하더라도, 재판에서 병무청장의 공개결정이 위법함이 확인되어 취소판결이 선고되는 경우, 병무청장은 취소판결의 기속력에 따라 위법한 결과를 제거하는 조치를 할 의무가 있으므로 공개 대상자의 실효적 권리구제를 위해 병무청장의 공개결정을 행정처분으로 인정할 필요성이 있다. 만약 병무청장의 공개결정을 항고소송의 대상이 되는 처분으로 보지 않는다면 국가배상청구 외에는 침해된 권리 또는 법률상 이익을 구제받을 적절한 방법이 없다.

④ 행정처분이 외부적으로 성립하려면 행정청의 의사표시가 공식적인 방법으로

외부에 표시되어야 하므로(대법원 2017. 7. 11. 선고 2016두35120 판결 참조), 가급적 외부로 표시되는 행정청의 의사표시를 항고소송의 대상으로 포착하는 것이 바람직하다. 그런데 관할 지방병무청장의 공개 대상자 결정의 경우 상대방에게 통보하는 등 외부에 표시하는 절차가 관계 법령에 규정되어 있지 않아, 행정실무상으로도 상대방에게 통보되지 않는 경우가 많다. 또한 관할 지방병무청장이 위원회의 심의를 거쳐 공개 대상자를 1차로 결정하기는 하지만, 병무청장에게 최종적으로 공개 여부를 결정할 권한이 있으므로, 관할 지방병무청장의 공개 대상자 결정은 병무청장의 최종적인 결정에 앞서 이루어지는 행정기관 내부의 중간적 결정에 불과하다. 가까운 시일 내에 최종적인 결정과 외부적인 표시가 예정되어 있는 상황에서, 외부에 표시되지 않은 행정기관 내부의 결정을 항고소송의 대상인 처분으로 보아야 할 필요성은 크지 않다.

만일 관할 지방병무청장의 공개 대상자 결정이 대상자에게 개별적으로 통보되는 등으로 대상자가 그 결정이 이루어진 사실을 알게 되었다면, 공개 대상자에게 조기의 권리구제 기회를 부여하지 않을 특별한 이유도 없으므로 관할 지방병무청장의 공개 대상자 결정을 항고소송으로 다룰 수 있도록 하는 것도 가능하지만, 이것이 병무청장의 최종적 결정의 처분성을 부정하는 논거가 될 수는 없다. 관할 지방병무청장이 1차로 공개 대상자 결정을 하고, 그에 따라 병무청장이 같은 내용으로 최종적 공개결정을 하였다면, 공개 대상자는 병무청장의 최종적 공개결정만을 다투는 것으로 충분하고, 관할 지방병무청장의 공개 대상자 결정을 별도로 다투 소의 이익은 없어진다고 보아야 한다(대법원 2018. 6. 15. 선고 2016두57564 판결 참조).

(4) 원심판결 이유 및 적법하게 채택된 증거에 의하면, 다음과 같은 사정을 알 수 있다.

① 원고들은 '여호와의 증인' 신도로서 현역 입영 또는 소집 통지를 받고도 병역법 제88조에서 정한 기간 이내에 입영하지 아니하거나 소집에 응하지 아니한 사람들이다.

② 서울 등 14개 지방병무청장은 원고들을 잠정 공개 대상자로 선정하고 원고들로부터 소명서 등을 제출받은 다음, 위원회의 심의를 거쳐 2016. 12. 12.경 원고들을 공개 대상자로 결정하였으나, 그 결정의 통지는 일부 원고들에게만 이루어졌다.

③ 피고는 2016. 12. 20. 원고들의 인적사항 등을 병무청 인터넷 홈페이지에 게시하였다.

(5) 위 사실관계를 앞서 본 법리에 따라 살펴보면, 피고가 원고들을 병역의무 기피자로 판단하여 인적사항 등을 병무청 인터넷 홈페이지에 게시하는 방법으로 공개하기로 결정한 것은 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 판단된다. 피고의 공개결정이 공개 대상자들에게 개별적으로 통보되지 않았다고 하더라도, 공개 대상자들의 인적사항 등을 병무청 인터넷 홈페이지에 게시함으로써 공개결정이 대외적으로 표시되어 외부적으로 성립되었다고 할 것이다.

2. 직권으로 소의 이익에 관하여 살펴본다.

(1) 행정처분의 무효확인 또는 취소를 구하는 소가 제소 당시에는 소의 이익이 있어 적법하였더라도, 소송 계속 중 처분청이 다툼의 대상이 되는 행정처분을 직권으로 취소하면 그 처분은 효력을 상실하여 더 이상 존재하지 않는 것이므로, 존재하지 않는 그 처분을 대상으로 한 항고소송은 원칙적으로 소의 이익이 소멸하여 부적법하다고 보아야 한다(대법원 2006. 9. 28. 선고 2004두5317 판결 참조).

다만, 처분청의 직권취소에도 불구하고 완전한 원상회복이 이루어지지 않아 무효확

인 또는 취소로써 회복할 수 있는 다른 권리나 이익이 남아 있거나 또는 동일한 소송 당사자 사이에서 그 행정처분과 동일한 사유로 위법한 처분이 반복될 위험성이 있어 행정처분의 위법성 확인 내지 불분명한 법률문제에 대한 해명이 필요한 경우 행정의 적법성 확보와 그에 대한 사법통제, 국민의 권리구제의 확대 등의 측면에서 예외적으로 그 처분의 취소를 구할 소의 이익을 인정할 수 있을 뿐이다(대법원 2007. 7. 19. 선고 2006두19297 전원합의체 판결, 대법원 2016. 6. 10. 선고 2013두1638 판결 참조).

(2) 기록에 의하면, 대법원이 이른바 양심적 병역거부가 병역법 제88조 제1항에서 정한 병역의무 불이행의 '정당한 사유'에 해당할 수 있다는 취지로 판례를 변경하자(대법원 2018. 11. 1. 선고 2016도10912 전원합의체 판결 참조), 피고는 위 대법원 판례변경의 취지를 존중하여 이 사건 상고심 계속 중인 2018. 11. 15.경 원고들에 대한 공개결정을 직권으로 취소한 다음, 그 사실을 원고들에게 개별적으로 통보하고 병무청 인터넷 홈페이지에서 게시물을 삭제한 사실을 인정할 수 있다.

(3) 따라서 이 사건 소는 이미 소멸하고 없는 처분의 무효확인 또는 취소를 구하는 것으로서 원칙적으로 소의 이익이 소멸하였다고 보아야 한다. 또한, 피고가 양심적 병역거부자인 '여호와의 증인' 신도들에 대하여 대법원의 판례변경의 취지를 존중하여 당초 처분을 직권취소한 것이므로, 동일한 소송 당사자 사이에서 당초 처분과 동일한 사유로 위법한 처분이 반복될 위험성이 있어 행정처분의 위법성 확인이나 불분명한 법률문제에 대한 해명이 필요한 경우도 아니어서, 소의 이익을 예외적으로 인정할 필요도 없다. 결국 이 사건 소는 부적법하다고 판단된다.

3. 결론

원심이 피고의 공개결정이 항고소송의 대상인 '처분'에 해당하지 않는다고 판단한 것

은 잘못이지만, 이 사건 주위적 및 예비적 청구의 소를 부적법하다고 보아 각하한 결론은 결국 정당하다.

그러므로 상고를 모두 기각하고, 상고비용은 행정소송법 제32조에 따라 피고가 부담하도록 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 민유숙

주 심 대법관 조희대

 대법관 김재형

 대법관 이동원