

인적사항공개처분취소청구

[서울고등법원 2018. 6. 5. 2018누38217]



【전문】

【원고, 항소인 겸 피항소인】 별지1 원고들 명단 기재와 같다 (다만 별지2 제1항 기재 원고들은 항소인에만 해당한다) (소송대리인 변호사 김진우 외 1인)

【피고, 피항소인 겸 항소인】 병무청장 (소송대리인 정부법무공단 담당변호사 정한결 외 2인)

【제1심판결】 서울행정법원 2018. 2. 9. 선고 2017구합59581 판결

【변론종결】2018. 4. 17.

【주문】

】

1. 제1심판결을 아래와 같이 변경한다.

원고들의 이 사건 주위적 및 예비적 청구의 소를 각 각하한다.

2. 소송총비용은 원고들이 부담한다.

【청구취지 및 항소취지】1. 청구취지 주위적으로, 피고가 2016. 12. 20. 원고들에 대하여 한 병역의무 기피자 인적사항 등의 공개처분은 각 무효임을 확인한다. 예비적으로, 피고가 2016. 12. 20. 원고들에 대하여 한 병역의무 기피자 인적사항 등의 공개처분을 각 취소한다.2. 항소취지 가. 별지2 제1항 기재 원고들: 제1심판결을 취소한다. 주위적으로, 피고가 2016. 12. 20. 위 원고들에 대하여 한 병역의무 기피자 인적사항 등의 공개처분은 각 무효임을 확인한다. 예비적으로, 피고가 2016. 12. 20. 위 원고들에 대하여 한 병역의무 기피자 인적사항 등의 공개처분을 각 취소한다. 나. 별지2 제2항 기재 원고들: 제1심판결 중 위 원고들의 주위적 청구에 관한 부분을 취소한다. 피고가 2016. 12. 20. 위 원고들에 대하여 한 병역의무 기피자 인적사항 등의 공개처분은 각 무효임을 확인한다. 다. 피고: 제1심판결 중 피고 패소부분을 취소하고, 위 취소부분에 해당하는 별지2 제2항 기재 원고들의 예비적 청구를 각 기각한다.

【청구취지 및 항소취지】1. 청구취지 주위적으로, 피고가 2016. 12. 20. 원고들에 대하여 한 병역의무 기피자 인적사항 등의 공개처분은 각 무효임을 확인한다. 예비적으로, 피고가 2016. 12. 20. 원고들에 대하여 한 병역의무 기피자 인적사항 등의 공개처분을 각 취소한다.2. 항소취지 가. 별지2 제1항 기재 원고들: 제1심판결을 취소한다. 주위적으로, 피고가 2016. 12. 20. 위 원고들에 대하여 한 병역의무 기피자 인적사항 등의 공개처분은 각 무효임을 확인한다. 예비적으로, 피고가 2016. 12. 20. 위 원고들에 대하여 한 병역의무 기피자 인적사항 등의 공개처분을 각 취소한다. 나. 별지2 제2항 기재 원고들: 제1심판결 중 위 원고들의 주위적 청구에 관한 부분을 취소한다. 피고가 2016. 12. 20. 위 원고들에 대하여 한 병역의무 기피자 인적사항 등의 공개처분은 각 무효임을 확인한다. 다. 피고: 제1심판결 중 피고 패소부분을 취소하고, 위 취소부분에 해당하는 별지2 제2항 기재 원고들의 예비적 청구를 각 기각한다.

【청구취지 및 항소취지】1. 청구취지 주위적으로, 피고가 2016. 12. 20. 원고들에 대하여 한 병역의무 기피자 인적사항 등의 공개처분은 각 무효임을 확인한다. 예비적으로, 피고가 2016. 12. 20. 원고들에 대하여 한 병역의무 기피자 인적사항 등의 공개처분을 각 취소한다.2. 항소취지 가. 별지2 제1항 기재 원고들: 제1심판결을 취소한다. 주위적으로, 피고가 2016. 12. 20. 위 원고들에 대하여 한 병역의무 기피자 인적사항 등의 공개처분은 각 무효임을 확인한다. 예비적으로, 피고가 2016. 12. 20. 위 원고들에 대하여 한 병역의무 기피자 인적사항 등의 공개처분을 각 취소한다. 나. 별지2 제2항 기재 원고들: 제1심판결 중 위 원고들의 주위적 청구에 관한 부분을 취소한다. 피고가 2016. 12. 20. 위 원고들에 대하여 한

병역의무 기피자 인적사항 등의 공개처분은 각 무효임을 확인한다. 다. 피고: 제1심판결 중 피고 패소부분을 취소하고, 위 취소부분에 해당하는 별지2 제2항 기재 원고들의 예비적 청구를 각 기각한다.

【청구취지 및 항소취지】1. 청구취지 주위적으로, 피고가 2016. 12. 20. 원고들에 대하여 한 병역의무 기피자 인적사항 등의 공개처분은 각 무효임을 확인한다. 예비적으로, 피고가 2016. 12. 20. 원고들에 대하여 한 병역의무 기피자 인적사항 등의 공개처분을 각 취소한다.2. 항소취지 가. 별지2 제1항 기재 원고들: 제1심판결을 취소한다. 주위적으로, 피고가 2016. 12. 20. 위 원고들에 대하여 한 병역의무 기피자 인적사항 등의 공개처분은 각 무효임을 확인한다. 예비적으로, 피고가 2016. 12. 20. 위 원고들에 대하여 한 병역의무 기피자 인적사항 등의 공개처분을 각 취소한다. 나. 별지2 제2항 기재 원고들: 제1심판결 중 위 원고들의 주위적 청구에 관한 부분을 취소한다. 피고가 2016. 12. 20. 위 원고들에 대하여 한 병역의무 기피자 인적사항 등의 공개처분은 각 무효임을 확인한다. 다. 피고: 제1심판결 중 피고 패소부분을 취소하고, 위 취소부분에 해당하는 별지2 제2항 기재 원고들의 예비적 청구를 각 기각한다.

【청구취지 및 항소취지】1. 청구취지 주위적으로, 피고가 2016. 12. 20. 원고들에 대하여 한 병역의무 기피자 인적사항 등의 공개처분은 각 무효임을 확인한다. 예비적으로, 피고가 2016. 12. 20. 원고들에 대하여 한 병역의무 기피자 인적사항 등의 공개처분을 각 취소한다.2. 항소취지 가. 별지2 제1항 기재 원고들: 제1심판결을 취소한다. 주위적으로, 피고가 2016. 12. 20. 위 원고들에 대하여 한 병역의무 기피자 인적사항 등의 공개처분은 각 무효임을 확인한다. 예비적으로, 피고가 2016. 12. 20. 위 원고들에 대하여 한 병역의무 기피자 인적사항 등의 공개처분을 각 취소한다. 나. 별지2 제2항 기재 원고들: 제1심판결 중 위 원고들의 주위적 청구에 관한 부분을 취소한다. 피고가 2016. 12. 20. 위 원고들에 대하여 한 병역의무 기피자 인적사항 등의 공개처분은 각 무효임을 확인한다. 다. 피고: 제1심판결 중 피고 패소부분을 취소하고, 위 취소부분에 해당하는 별지2 제2항 기재 원고들의 예비적 청구를 각 기각한다.

【청구취지 및 항소취지】1. 청구취지 주위적으로, 피고가 2016. 12. 20. 원고들에 대하여 한 병역의무 기피자 인적사항 등의 공개처분은 각 무효임을 확인한다. 예비적으로, 피고가 2016. 12. 20. 원고들에 대하여 한 병역의무 기피자 인적사항 등의 공개처분을 각 취소한다.2. 항소취지 가. 별지2 제1항 기재 원고들: 제1심판결을 취소한다. 주위적으로, 피고가 2016. 12. 20. 위 원고들에 대하여 한 병역의무 기피자 인적사항 등의 공개처분은 각 무효임을 확인한다. 예비적으로, 피고가 2016. 12. 20. 위 원고들에 대하여 한 병역의무 기피자 인적사항 등의 공개처분을 각 취소한다. 나. 별지2 제2항 기재 원고들: 제1심판결 중 위 원고들의 주위적 청구에 관한 부분을 취소한다. 피고가 2016. 12. 20. 위 원고들에 대하여 한 병역의무 기피자 인적사항 등의 공개처분은 각 무효임을 확인한다. 다. 피고: 제1심판결 중 피고 패소부분을 취소하고, 위 취소부분에 해당하는 별지2 제2항 기재 원고들의 예비적 청구를 각 기각한다.

【이유】

】1. 기초사실

가. 원고들은 '여호와와 증인' 신도로서 2016. 2. 이전에 현역 입영 또는 소집 통지를 받고도 병역법 제88조에서 정한 기간 이내에 입영하지 아니하거나 소집에 응하지 아니한 사람들이다.

나. 서울 등 14개 지방병무청(지방병무지청 포함, 이하 같다)장은 각 지방병무청 단위로 설치된 병역의무기피공개심의 위원회(이하 '위원회'라 한다)의 심의를 거쳐 현역병 입영을 하지 아니하거나 사회복무요원 소집에 불응한 사람들 중 병역의무 기피자로서 인적사항 등을 공개할 잠정 공개 대상자를 선정한 다음, 2016. 2.말경부터 2016. 4.말경까지 잠정 공개 대상자로 선정된 사람들에게 '기피일자, 기피요지, 공개 내용, 공개 예정일, 공개 방법'등이 기재된 '병역의무 기피자 인적사항 등의 공개 사전통지서'를 등기우편으로 송부하였는데, 원고들도 잠정 공개 대상자에 포함

되었다.

위 사전통지서에는 유의사항으로 '병역의무를 기피한 부득이한 사유가 있을 때에는 사전통지서를 받은 날로부터 30일 내에 소명서를 관할 지방병무청에 제출하도록 하고, 해당 기한까지 소명서를 제출하지 않을 때에는 병역의무 기피 사실을 공개하는 것에 이의가 없는 것으로 간주된다'는 내용이 기재되어 있다.

다.

서울 등 14개 지방병무청장은 원고들로부터 소명서 등을 제출받은 다음, 다시 위원회의 심의를 거쳐 2016. 12. 12.경 원고들을 최종 공개 대상자로 확정하였고, 그 무렵 원고들에게 '병역기피자 공개 관련 소명서 제출에 대한 심의결과 알림' 등을 통하여 최종 공개 대상자가 되었음을 통지하였다.

라. 피고는 2016. 12. 20. 원고들을 포함하여 전항 기재 최종 공개 대상자로 확정된 237명에 대한 인적사항을 병무청 홈페이지에 게시하였다(이하 '이 사건 공개'라 한다).

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 4, 10 내지 125, 128호증, 을 제2, 17호증(가지번호 있는 것은 각 가지번호 포함)의 각 기재 및 변론 전체의 취지

2. 본안전 항변에 관한 판단

가. 본안전 항변

이 사건 공개가 행정처분에 해당함을 전제로 하여, 이 사건 공개에는 절차적 하자가 있을 뿐 아니라, 내용면에서도 처분사유가 인정되지 아니하거나 재량권을 일탈·남용한 것이어서 위법하므로, 주위적으로 이 사건 공개의 무효확인을, 예비적으로 이 사건 공개의 취소를 구하는 원고들의 청구에 대하여, 피고는, 이 사건 공개는 그 자체로 원고들의 법률상 지위에 아무런 변동을 일으키지 아니하는 비권력적 사실행위의 성격을 가지므로, 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하지 않으니, 이 사건 주위적 및 예비적 청구의 소는 모두 부적법하다고 항변한다.

나. 판단

1) 행정청의 어떤 행위가 항고소송의 대상이 될 수 있는지의 문제는 추상적·일반적으로 결정할 수 없고, 구체적인 경우 행정처분은 행정청이 공권력의 주체로서 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서 국민의 권리의무에 직접적으로 영향을 미치는 행위라는 점을 염두에 두고, 관련 법령의 내용과 취지, 그 행위의 주체·내용·형식·절차, 그 행위와 상대방 등 이해관계인이 입는 불이익과의 실질적 견련성, 그리고 법치행정의 원리와 당해 행위에 관련한 행정청 및 이해관계인의 태도 등을 참작하여 개별적으로 결정하여야 한다(대법원 2010. 11. 18. 선고 2008두167 전원합의체 판결 참조).

2) 원고들은, 이 사건 공개는 정보화 사회에서 개인의 명예 내지 수치심을 자극함으로써 간접적으로 행정상 의무이행을 확보하기 위한 것으로, ㉠ 피고에 의해 일방적으로 행해지고 이로 인하여 원고들의 명예, 인격권 등이 침해되는 점, ㉡ 일회적으로 끝나는 것이 아니라 상당기간 공개상태를 지속하면서 공개 대상자들에게 이를 수인할 것을 명령하는 성격도 아울러 가지고 있는 점, ㉢ 위와 같이 계속성을 갖는 사실행위에 대하여 이를 취소할 경우 장래에 이루어질 인격권의 침해로부터 원고들의 권리를 구제할 실익이 있는 점 등에 비추어 원고들의 구체적 권리의무에 직접적 변동을 초래하는 공법상 행위로서 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당한다고 주장한다.

그러나 다음의 사정들에 비추어 볼 때, 이 사건 공개가 행정청이 공권력의 주체로서 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서 국민의 권리의무에 직접적으로 영향을 미치는 행위라고 보기 어려우므로, 이 사건 공개는 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없다.

① 공개는 행정청이 스스로 확보한 정보를 직접 또는 인터넷 등 매체를 통하여 불특정 다수인이 알 수 있도록 외부적으로 표시하는 행위로서, 의사표시를 요소로 하는 법적행위가 아니라 사실행위이다.

② 공개가 행정청에 의해 일방적으로 행해지긴 하지만, 공개 자체로는 아무런 법적 효과가 발생하지 않고, 공개 상대방에 대하여 어떠한 수인의무를 부과하지도 않으므로 권력적 행위로 보기 어렵다.

③ 병역법은 정당한 사유 없이 현역 입영 또는 사회복무요원 소집이나 군사교육소집에 응하지 아니하는 사람에 대해서 인적사항과 병역의무 미이행 사항 등을 인터넷 홈페이지 등에 공개할지 여부 등을 심의하기 위하여 관할 지방병무청에 위원회를 두고(제81조의2 제2항), 관할 지방병무청장은 위원회의 심의를 거친 잠정 공개 대상자에게 인적사항 등의 공개 대상자임을 통지하여 소명 기회를 주어야 하고, 통지일부터 6개월이 지난 후 위원회로 하여금 잠정 공개 대상자의 병역의무 이행 상황을 고려하여 공개 여부를 재심의하게 한 후 공개 대상자를 결정하도록 하고 있다(제81조의2 제3항). 그렇다면, 지방병무청장의 공개 대상자 결정이 행정처분에 해당한다 할 것이므로, 원고들은 이 사건 공개가 이루어지기 전 원고들을 공개 대상으로 결정한 관할 지방병무청장의 처분에 대하여 다투어 이 사건 공개를 저지할 수 있다.

더구나 일단 공개가 이루어지면 그 자체로 사실행위가 완료되므로, 취소로 소멸시킬 법률효과나 취소의 방법을 상정하기 어려운 만큼 그 전 단계에서 지방병무청장의 위 결정에 대하여 다투는 것이 실효적이고 직접적인 구제수단이 된다.

다.

소결론

따라서 원고들의 피고에 대한 이 사건 주위적 및 예비적 청구의 소는 각 항고소송의 대상이 될 수 없는 것에 대하여 제기된 소로서 부적법하고, 피고의 본안전 항변은 이유 있다

3. 결 론

그렇다면, 원고들의 피고에 대한 이 사건 주위적 및 예비적 청구의 소는 이를 각 각하하여야 할 것인데, 제1심판결은 이와 일부 결론을 달리하여 부당하므로, 제1심판결을 주문과 같이 변경하기로 한다.

[별지 생략]

판사 이승영(재판장) 박선준 이현우