

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건 2017두47465 부작위위법확인
원고, 피상고인 원고
피고, 상고인 광주지방검찰청 검사
원 심 판 결 광주고등법원 2017. 5. 25. 선고 2016누4132 판결
판 결 선 고 2018. 9. 28.

주 문

원심판결을 파기한다.

원고의 항소를 기각한다.

항소 이후의 소송총비용은 원고가 부담한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 행정소송법상 거부처분 취소소송의 대상인 '거부처분'이란 '행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 이에 준하는 행정작용', 즉 적극적 처분의 발급을 구하는 신청에 대하여 그에 따른 행위를 하지 않았다고 거부하는 행위

를 말하고, 부작위위법확인소송의 대상인 '부작위'란 '행정청이 당사자의 신청에 대하여 상당한 기간 내에 일정한 처분을 하여야 할 법률상 의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 것'을 말한다(제2조 제1항 제1호, 제2호). 여기에서 '처분'이란 행정소송법상 항고소송의 대상이 되는 처분을 의미하는 것으로서, 행정소송법 제2조의 처분의 개념 정의에는 해당한다고 하더라도 그 처분의 근거 법률에서 행정소송 이외의 다른 절차에 의하여 불복할 것을 예정하고 있는 처분은 항고소송의 대상이 될 수 없다(대법원 2000. 3. 28. 선고 99두11264 판결). 검사의 불기소결정에 대해서는 검찰청법에 의한 항고와 재항고, 형사소송법에 의한 재정신청에 의해서만 불복할 수 있는 것이므로, 이에 대해서는 행정소송법상 항고소송을 제기할 수 없다(대법원 1989. 10. 10. 선고 89누2271 판결).

형사소송법에 의하면, 검사는 고소·고발사건에 관하여 공소제기 또는 불기소결정 등의 처분을 한 때에는 그 처분한 날로부터 7일 이내에 서면으로 고소인 또는 고발인에게 그 취지를 통지하여야 하고(제258조 제1항), 고소·고발사건에 관하여 불기소결정을 한 경우에 고소인 또는 고발인의 청구가 있는 때에는 7일 이내에 고소인 또는 고발인에게 그 이유를 서면으로 설명하여야 한다(제259조). 그리고 고소권자로서 고소를 한 사람이 검사로부터 불기소결정 통지를 받은 때에는 그 검사 소속의 지방검찰청 소재지를 관할하는 고등법원에 그 당부에 관한 재정을 신청할 수 있으나(제260조 제1항 본문), 재정신청을 하려면 원칙적으로 검찰청법 제10조에 따른 항고를 거쳐야 한다(제260조 제2항 본문). 나아가 검찰청법 제10조 제4항은 검사의 불기소결정에 대한 고소인 또는 고발인의 항고는 형사소송법 제258조 제1항에 따른 통지를 받은 날부터 30일 이내에 하여야 한다고 규정하고, 제6항은 항고를 한 자가 자신에게 책임이 없는 사유

로 정하여진 기간 이내에 항고를 하지 못한 것을 소명하면 그 항고 기간은 그 사유가 해소된 때부터 기산하도록 규정하고 있다.

이와 같이 형사소송법 제258조 제1항의 처분결과 통지는 불기소결정에 대한 항고기간의 기산점이 되며, 형사소송법 제259조의 공소불제기이유고지 제도는 고소인 등으로 하여금 항고 등으로 불복할지 여부를 결정하는 데 도움을 주도록 하기 위한 것이므로, 이러한 통지 내지 고지는 불기소결정이라는 검사의 처분이 있는 후 그에 대한 불복과 관련한 절차일 뿐 별도의 독립한 처분이 된다고는 볼 수 없다. 만약 검사가 형사소송법 제258조 제1항의 처분결과 통지 의무를 이행하지 않은 경우에는 항고기간이 진행하지 않는 효과가 발생하고, 형사소송법 제259조의 공소불제기이유고지 의무를 이행하지 않은 경우에는 고소인 등이 검사의 불기소결정의 이유를 알 수 없어 그에 대한 불복 여부를 결정하는 데 장애를 초래할 수 있게 되므로, 고소인 등이 검찰청법 제10조 제6항에 따라 '자신에게 책임이 없는 사유로 정하여진 기간 내에 항고를 제기하지 못하여' 그 사유가 해소된 때부터 항고기간이 진행하게 될 여지가 있게 될 뿐이다.

2. 원심판결 이유와 적법하게 채택된 증거들에 의하면, 아래와 같은 사실을 알 수 있다.

가. 원고는, 원고에 대한 2015. 4. 6.자 광주지방법원 2014고합541호 공직선거법위반 사건 국민참여재판 공판기일에서 공판검사 소외 1, 소외 2가 그 공판과 직접 관련이 없음에도 별건 수사 중이던 원고의 공갈 등 피의사실 등을 언급함으로써 피의사실공표, 공무상비밀누설, 명예훼손의 범행을 저지르고, 광주지방검찰청 순천지청에서 원고의 공갈 등 피의사실을 수사 중이던 검사 소외 3은 그 피의사실 관련 수사기록을 위 공판검사들 2인에게 건네주어 공무상비밀누설의 범행을 저질렀다는 취지로, 그 무렵 위 검사 3인 모두를 고소하였다.

나. 광주지방검찰청 조사과 수사사무관은 원고에 대한 고소인 조사 등을 거친 후, 2015. 9. 17. 형사재판 중에 공판검사가 원고의 공갈 등 범행 피의사실 등을 언급한 것은 검사의 법령에 의한 행위로서 위법성이 조각되는 정당행위에 해당하므로, 명예훼손죄, 피의사실공표죄, 공무상비밀누설죄가 성립하지 않는다고 보아 '고소 각하' 의견으로 의견서를 작성하여 사건을 검사에게 송치하였다.

다. 피고는 2015. 9. 22. 위 검사 3인에 대하여 불기소(고소 각하) 결정을 하면서, 그 결정문의 '죄명'란에는 '명예훼손'만을 기재하였으나 '피의사실'과 '불기소이유'에는 위 수사사무관 작성의 의견서 기재를 인용하는 방법으로 위 세 가지 죄 모두에 대하여 판단하는 결정문을 작성하였고, 같은 날 원고에게 그 처분결과를 알리는 '고소사건 처분결과통지서'를 발송하여 그 무렵 원고가 이를 수령하였다. 위 고소사건 처분결과통지서 '죄명'란에는 '명예훼손'만이 기재되어 있었다.

라. 원고는 2015. 11. 27. 피고에게 '형사소송법 제258조 제1항 처분고지 신청'이라는 제목 하에 '원고의 고소사건에 대하여 원고는 명예훼손죄 부분만 불기소처분 통지를 받았기에, 누락된 나머지 죄명에 대한 처분 결과를 7일 이내에 통지하여 주길 신청한다'는 취지의 내용증명우편을 발송하면서(이하 '이 사건 신청'이라 한다), 소명자료로 ① 피고 작성의 원고에 대한 고소인 진술조서, ② 피고 작성의 고소사건 처분결과통지서, ③ 위 수사사무관 작성의 의견서 등을 첨부하였다.

마. 이 사건 신청에 대하여 피고가 아무런 조치를 취하지 않자, 원고는 2015. 12. 24. 이 사건 신청에 대한 피고의 조치가 행정소송법상 부작위 또는 거부처분에 해당한다고 주장하면서, 주위적으로 부작위위법확인을, 예비적으로 거부처분의 취소를 구하는 이 사건 소를 제기하였다.

3. 이러한 사실관계를 앞에서 본 법리에 비추어 살펴보면, 이 사건 신청은 형사소송법 제258조 제1항의 '처분결과 통지' 의무의 이행을 요구하는 내용이고, 이러한 처분결과 통지는 사실행위로서 그 자체가 별도의 독립한 처분이 된다고 볼 수는 없으므로, 이 사건 신청에 대한 피고의 부작위 또는 거부는 행정소송법상 부작위위법확인소송의 대상인 '처분의 부작위' 또는 거부처분취소소송의 대상인 '거부처분'에 해당하지 않는다.

나아가 살펴보더라도, 피고 불기소결정문 이유에 의하면 원고의 고소사건 전체를 종결하려는 의사가 있었음이 분명하고, 피고가 2015. 9. 22. 원고의 고소사건 전체에 대하여 불기소결정을 하고 원고에게 고소사건 처분결과를 통지한 이상, 단순히 대표적 죄명인 명예훼손죄만을 기재하였다는 사정만으로 형사소송법 제258조 제1항의 처분결과 통지의무를 이행하지 않았다고 볼 수 없다.

따라서 이 사건 소 중 주위적 청구는 행정소송법상 부작위위법확인소송의 대상이 아닌 것에 대하여 제기된 것이어서 부적법하고, 예비적 청구는 행정소송법상 '처분 등'에 해당하지 않는 조치의 취소를 구하는 것이어서 역시 부적법하다.

그럼에도 원심은 이와 달리, 피고가 원고의 고소사건 중 명예훼손죄를 제외한 나머지 부분에 대하여 처분결과 통지를 누락한 부작위가 본안판단의 대상이 된다고 보아 이를 위법하다고 판단하여 원고의 주위적 청구를 인용하였다. 이러한 원심판단에는 행정절차법상 처분 및 부작위위법확인소송의 적법성 등에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있고, 이를 지적하는 취지의 상고이유 주장은 이유 있다.

4. 그러므로 원심판결을 파기하기로 하되, 이 사건은 이 법원이 직접 판결하기에 충분하므로 재판하기로 한다. 이유를 일부 달리하지만 이 사건 소를 모두 각하한 제1심

판결의 결론은 정당하므로 원고의 항소를 기각하고, 항소 이후의 소송총비용은 패소자가 부담하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 조재연

주 심 대법관 김소영

 대법관 박상옥

 대법관 노정희