

독립유공자포상신청거부처분취소

[서울고법 2019. 12. 18. 2018누73067]



【판시사항】

1950년 무렵 사망한 甲의 아들 乙이 '甲이 학생으로 3·1운동에 참가하였다가 체포·구금되어 유죄판결을 선고받았다'는 등의 사유로 甲을 3·1절 계기 독립유공자 포상대상자로 추천해 줄 것을 신청하였으나, 국가보훈처장이 乙에게 독립유공자 포상을 위하여 甲의 공적을 심사하였으나 '독립운동 이후 행적 이상(철도국 서기로 근무)'이라는 사유로 포상대상에 포함되지 못하였음을 알린다는 취지의 공적심사 결과를 통지한 사안에서, 위 통지는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하고 乙에게 원고적격이 있지만 위 통지가 재량권 일탈·남용에 해당하지 않는다고 한 사례

【판결요지】

1950년 무렵 사망한 甲의 아들 乙이 '甲이 학생으로 3·1운동에 참가하였다가 체포·구금되어 유죄판결을 선고받았다'는 등의 사유로 甲을 3·1절 계기 독립유공자 포상대상자로 추천해 줄 것을 신청하였으나, 국가보훈처장이 乙에게 3·1절 계기 독립유공자 포상을 위하여 甲의 공적을 심사하였으나 '독립운동 이후 행적 이상(철도국 서기로 근무)'이라는 사유로 포상대상에 포함되지 못하였음을 알린다는 취지의 공적심사 결과를 통지한 사안이다. 국가보훈처장이 포상추천을 거부할 경우 甲에 대한 포상절차가 더는 진행되지 않게 되어 유족인 乙로서는 국무회의 및 대통령의 영전 수여 여부 판단을 받을 기회를 빼앗기게 됨으로써 독립유공자 등으로서의 지위를 인정받을 기회를 상실하여 독립유공자예우에 관한 법률에서 정한 실질적인 보상을 받을 길을 원천적으로 차단당하게 되므로 위 통지는 乙의 권리의무 내지 법률적 지위에 직접적인 영향을 미치는 공권력의 행사 또는 이에 준하는 행정작용에 해당하고, 乙에게는 甲의 유족으로서 국가보훈처장에 대하여 합리적인 기준에 의한 공정한 심사를 거쳐 포상추천 여부를 결정하도록 그 행위발동을 요구할 법규상 또는 조리상 신청권이 있다고 보아야 하며, 위법한 심사가 이루어질 경우 이를 다룰 수 있도록 사법심사의 기회를 부여하는 것이 헌법의 정신과 그에 따른 관련 법령의 취지에도 부합하는 점을 종합하면, 위 통지는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하고, 乙에게는 이를 다룰 원고적격이 있지만, 甲이 3·1운동에 참가하여 체포·구금되었다가 유죄판결을 선고받았으나 그 후 일제 식민통치기구인 조선총독부 직속 철도국 서기로 근무하였고, 3·1운동 이후에도 독립운동을 지원하였다는 점에 관하여는 甲의 가족들이 작성한 사실확인서 외에 이를 인정할 만한 객관적 증거가 없으므로 국가보훈처장이 '독립유공자서훈 공적심사 일반기준'에 따라 甲이 학생 시절 3·1운동에 참여하면서 겪게 된 희생의 정도, 그 이후의 행적 등을 고려하여 통지를 한 것에 사실오인이나 비례·평등의 원칙 위배, 당해 행위의 목적 위반이나 동기의 부정이 있다고 볼 수 없어 위 통지가 재량권 일탈·남용에 해당하지 않는다고 한 사례이다.

【참조조문】

헌법 제32조 제6항, 독립유공자예우에 관한 법률 제4조, 제6조 제1항, 제2항, 행정소송법 제2조 제1항 제1호, 제12조, 제27조

【전문】

【원고, 항소인】 원고 (소송대리인 변호사 박주환)

【피고, 피항소인】 국가보훈처장

【제1심판결】 서울행법 2018. 11. 2. 선고 2018구합3974 판결

【변론종결】2019. 10. 16.

【주문】

】

1. 원고의 항소를 기각한다.
2. 항소비용은 원고가 부담한다.

【청구취지 및 항소취지】 제1심판결을 취소한다. 피고가 2018. 2. 20. 원고에게 한 2018년도 3·1절 계기 독립유공자 포상 추천 거부처분을 취소한다(원고는 청구취지에서 '포상신청' 거부처분의 취소라고 기재하고 있으나 이와 같이 설행한다).

【이유】

】 1. 기초 사실

가. 원고는 1950. 9. 30. 무렵 사망한 망 소외인(이하 '망인'이라 한다)의 아들로서 2017. 10. 30. 피고에 대하여 망인이 ○○○○고등학교 학생으로 3·1운동에 참가하였다가 체포·구금되어 유죄판결을 선고받았다는 등의 사유로 망인을 3·1절 계기 독립유공자 포상대상자로 추천하여줄 것을 신청하였다.

나. 피고는 국가유공자 및 그 유족에 대한 보훈, 제대군인의 보상·보호 및 보훈선양에 관한 사무를 관장하기 위하여 국무총리 소속으로 설치된 국가보훈처(정부조직법 제22조의2)의 장이다.

피고는 2017. 12. 13. 독립유공자서훈 공적(功績)심사위원회(이하 '공적심사위원회'라 한다) 심의 결과 망인이 3·1운동에 참가한 이후 조선총독부 직속 기관인 철도국 서기로 근무하여 행적에 이상이 있다는 이유로 포상 보류로 의결되자, 2018. 2. 20. 원고에게 '2018년도 3·1절 계기 독립유공자 공적심사 결과 안내'라는 제목하에 제99주년 3·1절 계기 독립유공자 포상을 위하여 망인의 공적을 심사하였으나 '독립운동 이후 행적 이상(철도국 서기로 근무)'이라는 사유로 포상대상에 포함되지 못하였음을 알린다는 취지의 공적심사 결과를 통지하였다(이하 '이 사건 통지'라 한다).

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 제12, 13, 14호증, 을 제1에서 4호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 본안전항변에 관한 판단

가. 피고의 주장

피고는 다음과 같이 본안전항변을 한다.

피고가 행정안전부에 독립유공자 포상을 추천하기 위하여 행하는 공적심사는 행정기관 내의 의결사항으로 대통령의 영전 수여 여부 결정을 위한 일련의 절차 중 하나일 뿐, 원고의 권리의무나 법률적 지위에 어떠한 영향을 주는 것이 아니다.

따라서 이 사건 통지는 공적심사 결과를 안내하는 단순한 사실의 통지에 불과하므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하지 아니한다.

또한 유족인 원고는 서훈 수여의 상대방이 될 수 없고 단지 사실행위로서 훈장 등을 교부받거나 보관할 수 있는 지위에 있을 뿐이므로 원고에게 서훈의 수여를 요구할 수 있는 권리가 없어 서훈 수여 여부를 다툴 수 있는 원고적격

도 없다.

따라서 이 사건 소는 부적법하다.

나. 관계 법령

별지 기재와 같다.

다.

판단

1) 독립유공자에우에 관한 법률의 입법 취지 및 적용 대상자 등

가) 입법 취지

우리 헌법은 전문(前文)에서 '우리 대한민국은 3·1운동으로 건립된 대한민국임시정부의 법통'을 계승한다고 선언함으로써 대한민국이 일제에 항거한 독립운동가의 공헌과 희생을 바탕으로 이룩된 것임을 선언하고, 나아가 '국민생활의 균등한 향상'을 기함으로써 '우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보할 것을 다짐'함을 선언하며, 제34조 제1항에서 "모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다.

"라고 규정하고, 같은 조 제2항에서 "국가는 사회보장, 사회복지의 증진에 노력할 의무를 진다.

"라고 규정하며, 제32조 제6항에서 "국가유공자·상이군경 및 전몰군경의 유가족은 법률이 정하는 바에 의하여 우선적으로 근로의 기회를 부여받는다.

"라고 규정하고 있다.

따라서 우리 헌법은 독립유공자를 비롯한 국가유공자 등에 대한 국가의 우선적 보호이념을 명시하고 있고(헌법재판소 2001. 6. 1. 선고 98헌마216 전원재판부 결정, 헌법재판소 2010. 6. 24. 선고 2009헌바111 전원재판부 결정 등 참조), 국가는 일제로부터 조국의 자주독립을 위하여 공헌한 독립유공자와 그 유족에 대하여는 응분의 예우를 하여야 할 헌법적 의무를 지닌다고 보아야 한다(헌법재판소 2005. 6. 30. 선고 2004헌마859 전원재판부 결정 참조).

이에 따라 일제로부터 조국의 자주독립을 위하여 공헌한 독립유공자와 그 유족에게 국가가 그에 합당한 예우를 함으로써 독립유공자와 그 유족의 생활 안정과 복지 향상을 도모하고 나아가 국민의 애국정신을 함양하여 민족정기를 선양할 것을 목적으로 독립유공자에우에 관한 법률(이하 '독립유공자법'이라 한다)이 제정되었고(제1조), 위 법은 "대한민국 임시정부의 법통을 계승한 대한민국은 독립유공자의 희생과 공헌을 바탕으로 이룩된 것이므로 이러한 희생과 공헌이 우리와 우리 자손들에게 송고한 애국정신의 귀감으로서 항구적으로 존중되고, 그 희생과 공헌의 정도에 상응하여 독립유공자와 그 유족의 영예로운 생활이 유지·보장되도록 실질적인 보상이 이루어져야 한다.

"라는 것을 예우의 기본 이념으로 하고 있으며(제2조), "국가와 지방자치단체 등은 독립유공자의 애국정신을 기리고 이를 계승·발전시켜 민족정기를 선양하며 제2조의 기본 이념을 구현하기 위한 시책을 마련한다.

"라고 규정하고 있다(제3조).

나) 적용 대상자

독립유공자법은 순국선열 또는 애국지사에게 해당하는 독립유공자, 그 유족 또는 가족이 독립유공자법에 따른 예우를 받도록 규정하고 있는데(제4조), 순국선열은 일제의 국권침탈 전후로부터 1945. 8. 14.까지 국내외에서 일제의 국권침탈을 반대하거나 독립운동을 위하여 일제에 항거하다가 그 반대나 항거로 인하여 순국한 자로서, 그 공로로 건국훈장·건국포장 또는 대통령 표창을 받은 자(제4조 제1호)이고, 애국지사는 일제의 국권침탈 전후로부터 1945. 8. 14.까

지 국내외에서 일제의 국권침탈을 반대하거나 독립운동을 위하여 일제에 항거한 사실이 있는 자로서, 그 공로로 건국훈장, 건국포장 또는 대통령 표창을 받은 자(제4조 제2호)이다.

나아가 독립유공자, 그 유족 또는 가족(이하 '독립유공자 등'이라 한다)으로서 독립유공자법의 적용 대상자가 되려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 국가보훈처장에게 등록을 신청하여야 하고(제6조 제1항), 국가보훈처장은 제1항에 따른 등록신청을 받은 때에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 독립유공자의 요건과 그 유족 또는 가족으로서의 요건을 확인한 후 국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률(이하 '국가유공자법'이라 한다) 제74조의5에 따른 보훈심사위원회의 심의·의결을 거쳐 독립유공자 등에 해당하는지를 결정한다(제6조 제2항). 그리고 독립유공자 등 등록신청을 받은 관할 청장 또는 지청장은 전자정부법 제36조 제1항에 따른 행정정보의 공동이용을 통하여 상훈수여증명서에 관한 행정정보를 확인하여야 하고, 신청인이 확인에 동의하지 아니하는 경우에는 건국훈장증·건국포장증 또는 대통령표창증 사본을 첨부하도록 하여야 한다(독립유공자 예우에 관한 법률 시행규칙 제2조 제2항). 나아가 독립유공자법에 따라 보상을 받을 권리는 원칙적으로 제6조 제1항에 따른 등록신청을 한 날이 속하는 달부터 발생한다(독립유공자법 제8조 본문).

따라서 독립유공자 등으로서 독립유공자법의 적용 대상자가 되어 보상을 받을 권리를 취득하려는 자는 본인 또는 가족 등이 독립유공자의 요건에 해당하여야 하는데, 독립유공자는 위에서 본 것처럼 순국선열 또는 애국지사에게 해당하여야 하고, 순국선열 또는 애국지사는 일제의 국권침탈을 반대하거나 독립운동을 위하여 일제에 항거한 사실이 있는 자로서 그 공로로 건국훈장·건국포장 또는 대통령 표창을 받은 자이어야 하므로 결국 독립유공자 등이 되기 위해서는 본인 또는 가족 등이 건국훈장 등을 받을 것이 전제된다.

다) 서훈 확정 절차

(1) 일반적 절차

(가) 영전 수여에 관하여 헌법 제80조는 "대통령은 법률이 정하는 바에 의하여 훈장 기타의 영전을 수여한다.

"라고 규정하고 있고, 이에 따라 상훈법은 대한민국 국민이나 외국인으로서 대한민국에 공로가 뚜렷한 자에 대한 서훈에 관한 사항을 규정함을 목적으로 하면서(제1조) "대한민국 훈장 및 포장은 대한민국 국민이나 우방국 국민으로서 대한민국에 뚜렷한 공적을 세운 사람에게 수여한다.

"라는 것을 서훈의 원칙으로 하며(제2조), 서훈의 기준은 서훈 대상자의 공적 내용, 그 공적이 국가와 사회에 미친 효과의 정도 및 지위, 그 밖의 사항을 고려하여 결정하고(제3조), 서훈 대상자는 국무회의의 심의를 거쳐 대통령이 결정한다고 규정하면서(제7조) 훈장의 한 종류로 건국훈장(대한민국의 건국에 공로가 뚜렷하거나, 국가의 기초를 공고히 하는 데에 이바지한 공적이 뚜렷한 사람에게 수여한다, 제9조 제2호, 제11조)을, 포장의 한 종류로 건국포장(대한민국의 건국과 국가의 기초를 공고히 하는 데에 헌신·진력하여 그 공적이 뚜렷한 사람에게 수여한다, 제19조 제1호, 제20조)을 들고 있다.

(나) 서훈 결정은 최종적으로 대통령의 권한이나, 상훈법 제5조에서는 서훈의 추천은 중앙행정기관의 장(대통령 직속기관 및 국무총리 직속기관의 장을 포함한다), 국회사무총장, 법원행정처장, 헌법재판소사무처장 및 중앙선거관리위원회사무총장이 한다고 규정하고 있고(제1항), 서훈의 추천은 대통령령으로 정하는 바에 따라 공적심사를 거쳐야 한다고 규정하고 있다(제3항). 그 위임에 따른 상훈법 시행령에서는 서훈 추천 대상자의 공적 및 서훈 추천의 적정성 등을 심사하기 위하여 상훈법에 따른 서훈의 추천권한이 있는 자 등 소속으로 공적심사위원회를 둔다고 규정하면

서(제2조 제1항), 서훈의 추천권자가 서훈을 추천할 때에는 공적심사위원회의 심사를 거쳐 서훈 예정일 30일 전까지 공적조서를 행정안전부장관에게 제출하여야 한다고 규정하고 있다(제3조 제2항).

(2) 독립유공자 포상절차

(가) 독립유공자 포상방법에는 정부가 공적을 발굴 조사하여 포상을 실시하는 '발굴포상'과 독립운동가 본인이나 그 후손 등이 정부에 공적사실을 제출하면 그 사실 여부를 검증한 후 독립유공자로 포상하는 '신청포상' 방법이 있다.

소정의 구비서류가 접수되면 피고가 위촉한 위원으로 구성된 공적심사위원회의 심사에 부의하여 포상 여부와 훈격을 심의하게 된다.

공적심사위원회에서는 심사대상의 공적사항과 독립운동에 미친 기여도 및 희생도, 독립운동 당시의 지위, 사망 시까지의 행적 등 다양한 요소를 신청인이 제출한 자료와 국가보훈처에서 발굴해낸 관련 자료 등에 근거하여 개개인에 대한 검증을 거쳐 포상 여부와 훈격을 심사한다(공적심사위원회 운영규정). 피고는 이러한 심사를 거쳐 훈격이 부여된 자에 대하여 정부 포상을 위하여 상훈법 제5조, 그 시행령 제3조 및 정부표창규정 제8조에 따라 행정안전부에 추천을 하고, 국무회의 심의와 대통령의 재가로 서훈이 확정되어 포상이 이루어진다.

(나) 국가보훈처는 독립유공자의 발굴 및 포상을 위하여 보훈업무 시행지침, 보훈업무 민원편람 등을 규정하고 있는데 그 구체적 내용은 다음과 같다.

◎ 포상은 연간 3회 이루어지도록 한다(3-1절, 광복절, 순국선열의 날)

◎ 정부 주도의 독립유공자 발굴·포상과 신청에 따른 포상을 모두 주도한다.

◎ 포상절차는 다음과 같다.

독립운동 활동자 또는 유족의 포상자료 제출 / 정부 주도 발굴 ⇒ 공적심사위원회 심사 ⇒ 행정안전부에 서훈 추천 ⇒ 국무회의 심의 ⇒ 대통령 재가※ 확정 후 제출인에게 포상 결과 개별 통지

◎ 신청에 따른 포상은 심사대상자의 인적사항과 행적, 공적 내용을 알고 있는 사람은 누구나 언제나 신청 가능하고, 보훈지청이나 공훈발굴과에 방문 및 우편접수 방법으로 신청이 이루어진다.

그 구체적인 접수절차는 다음과 같다.

◎ 국가보훈처는 독립유공자 포상신청서 양식을 마련하여 포상신청인으로 하여금 그 양식에 따라 독립유공자공적조서, 독립유공자평생이력서, 개인정보이용 및 제공사전동의서 및 유의사항 등을 작성하여 제출하도록 하고 있고, 독립유공자평생이력서에는 출생에서 현재(사망)까지 독립운동 내용 및 사회활동, 경제활동, 학력, 경력 등을 연대순으로 자세히 기재(사회활동의 경우 소속기관, 직책 등 명시), 누락된 기간이 없도록 연도순으로 기재하되 신청인이 심사대상자의 행적을 자세히 알 수 없는 기간은 '00년~00년 구체적 행적 모름'으로 명시하도록 하고 있다.

그 외에 포상신청 제출자료 중 인적사항 입증자료에 관하여 '◆ 심사대상자의 본적, 주소, 생몰기간 등의 인적사항과 신청인과의 관계를 확인할 수 있는 자료, ◆ 가족관계등록부(구 민적부, 구 제적등본), ◆ 족보(가급적 광복 이전 족보)는 표지·해당내용·간행연도 표기면을 복사하여 제출, ◆ 신청인의 주민등록등본'이라고 정하고, 공적 입증자료에 관하여 '◆ 독립운동 공적을 객관적으로 입증할 수 있는 원전자료를 원칙으로 함, ◆ 입증자료는 원본제출을 원칙으로 하되, 복사본 제출 시에는 자료명, 해당 내용, 간행연도가 표시된 사본을 제출'이라고 정하고 있다.

독립유공자 포상신청서 양식은 국가보훈처 운영의 홈페이지에 민원사무서식으로 올라와 있다.

◎ 국가보훈처 소속 공훈발굴과에서 신청인이 제출한 자료를 확인하고, 이미 수집된 자료와 데이터베이스 자료를 검토하여 입증자료를 보완한다.

◎ 포상 시점 및 심사 시기·절차 등을 신청인에게 상세히 안내하여 공적심사 지연에 대한 불만을 최소화한다.

◎ 공적심사 결과는 계기별 포상일 전 공훈발굴과에서 신청인에게 개별통지한다.

◎ 신청인이 공적조사서를 작성함에 있어 상세하게 작성하도록 안내한다.

라) 독립유공자에 대한 예우

독립유공자법 제2장에서는 독립유공자와 그 유족 또는 가족에 대한 예우를 규정하고 있다.

그 구체적 내용은 다음과 같다.

- (1) 국가, 지방자치단체, 그 밖의 공공단체 및 각급 학교 등은 국경일·기념일 등 중요한 행사를 할 때 국민의례로 순국선열에 대한 묵념을 하여야 하며, 초청된 독립유공자에게는 그에 상응한 의식상의 예우를 하여야 한다(제10조).
- (2) 독립유공자 등에 대하여는 보상금, 사망일시금, 생활조정수당으로 구분되는 보훈급여금을 지급하고, 보훈급여금을 받을 권리에 대하여는 압류를 금지한다(제11조에서 제14조). 또한 독립유공자의 자녀 또는 손자녀 중 제12조에 따른 보상금을 받지 아니하는 사람에게는 생활수준을 고려하여 생활안정을 위한 지원금의 지급도 가능하다(제14조의5).
- (3) 국가는 독립유공자 등이 교육기관에서 필요한 교육을 받을 수 있도록 교육지원을 하여야 하는데, 그 구체적 내용으로는 교육기관에 독립유공자 등을 일정 비율 이상 취학시키고, 교육에 필요한 수업료 등의 면제 또는 보조, 학습보조비의 지급 등이 있다(제15조, 국가유공자법 제22조의2, 제23조에서 제25조, 제25조의2 및 제26조).
- (4) 국가는 독립유공자 등에게 취업지원을 하여야 하는데, 그 구체적 내용으로는 채용시험의 가점 등, 국가기관 등의 채용 의무, 기업체 등의 우선고용 의무 등, 보훈특별고용, 직업훈련, 능력개발 장려금의 지급 등이 있다(제16조, 국가유공자법 제29조 제3항, 제30조, 제31조 제2항에서 제5항, 제31조의2, 제32조, 제33조, 제33조의2, 제33조의3, 제34조, 제34조의2, 제35조의2, 제36조, 제37조, 제37조의2 제1항에서 제3항, 제38조 제2항·제3항 및 제39조)
- (5) 국가, 지방자치단체 등은 소관 공공시설에 식료품·사무용품·신문 등 일상생활용품의 판매를 위한 매점 운영 또는 자동판매기 설치를 허가하거나 위탁할 때 등록·결정된 독립유공자 등의 신청이 있는 경우에는 우선적으로 반영하여야 한다(제16조의2 생업지원).
- (6) 국가는 독립유공자 등에 대하여 의료지원을 하여야 하는데, 그 구체적 내용으로는 △ 독립유공자가 질병에 걸리면 대통령령으로 정하는 국가나 지방자치단체의 의료기관에서 진료하거나 다른 의료기관에 위탁할 수 있고, 진료비용은 원칙적으로 국가가 부담하며, △ 독립유공자의 유족 또는 가족은 보훈병원에서 진료하거나 다른 의료기관에 위탁하여 진료하게 할 수 있고, 진료비용을 감면하는 것 등이 있다(제17조, 국가유공자법 제45조).
- (7) 독립유공자 등은 일정 요건 아래에 국가로부터 농토구입대부, 주택대부, 사업대부, 생활안정대부 등을 장기저리로 받을 수 있는 대부지원을 받을 수 있다(제18조, 국가유공자법 제48조에서 제56조, 제59조에서 제62조).
- (8) 국가나 지방자치단체는 일정 요건에 해당하는 독립유공자 등에게 국가나 지방자치단체에 의하여 건설되거나 국가나 지방자치단체의 재정이거나 주택도시기금법에 따른 주택도시기금의 지원을 받아 건설·공급되는 주택을 무주택기간, 생활수준 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 우선 공급할 수 있고, 주택법 제54조에 따라 민영주택을 건설·공급하는 사업주체도 그 민영주택 건설·공급량의 일부를 독립유공자 등에게 우선 공급할 수 있다(제24조).

(9) 그 외에도 독립유공자 등에 대하여 양로지원, 요양지원에 대한 보조, 보훈재가복지서비스, 양육지원, 양로지원 등의 위탁, 수송시설의 이용지원, 고궁 등의 이용지원, 국내 정착 지원에 관한 특례, 묘지관리 비용의 지원 등이 이루어지고(제19조에서 제26조), 예우를 할 때 독립유공자법에 규정된 것을 제외하고는 국가유공자법을 적용한다.

2) 이 사건 소의 적법 여부

가) 국민의 적극적 신청행위에 대하여 행정청이 그 신청에 따른 행위를 하지 아니하겠다고 거부한 행위가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하는 것이라고 하려면, 그 신청한 행위가 공권력의 행사 또는 이에 준하는 행정작용이어야 하고, 그 거부행위가 신청인의 법률관계에 어떤 변동을 일으키는 것이어야 하며, 그 국민에게 그 행위발동을 요구할 법규상 또는 조리상의 신청권이 있어야 한다(대법원 1998. 7. 10. 선고 96누14036 판결, 대법원 2007. 10. 11. 선고 2007두1316 판결 등 참조). 그리고 거부처분의 처분성을 인정하기 위한 전제요건이 되는 신청권의 존부는 구체적 사건에서 신청인이 누구인가를 고려하지 아니하고 관계 법규의 해석에 의하여 일반 국민에게 그러한 신청권을 인정하고 있는가를 살펴 추상적으로 결정되는 것이고, 신청인이 그 신청에 따른 단순한 응답을 받을 권리를 넘어서 신청의 인용이라는 만족적 결과를 얻을 권리를 의미하는 것은 아니라고 할 것이므로 국민이 어떤 신청을 한 경우에 그 신청의 근거가 된 조항의 해석상 행정발동에 대한 개인의 신청권을 인정하고 있다고 보이면 그 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 처분으로 보아야 할 것이고, 구체적으로 그 신청이 인용될 수 있는가 하는 점은 본안에서 판단하여야 할 사항이다(대법원 1996. 6. 11. 선고 95누12460 판결, 대법원 2009. 9. 10. 선고 2007두20638 판결 등 참조). 나아가 행정청의 어떤 행위가 항고소송의 대상이 될 수 있는지는 추상적·일반적으로 결정할 수 없고, 구체적인 경우 행정처분은 행정청이 공권력 주체로서 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서 국민의 권리의무에 직접적으로 영향을 미치는 행위라는 점을 염두에 두고, 관련 법령의 내용과 취지, 행위의 주체·내용·형식·절차, 그 행위와 상대방 등 이해관계인이 입는 불이익과의 실질적 견련성, 그리고 법치행정 원리와 당해 행위에 관련한 행정청 및 이해관계인의 태도 등을 참작하여 개별적으로 결정하여야 한다(대법원 2002. 7. 26. 선고 2001두3532 판결, 대법원 2012. 9. 27. 선고 2010두3541 판결 등 참조).

나) 앞서 든 증거 및 인정한 사실관계와 을 제5에서 8호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실과 사정을 종합적으로 고려하면, 이 사건 통지는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하고, 원고에게는 이를 다룰 원고적격이 있다고 봄이 타당하므로 이 사건 소는 적법하다.

이와 다른 전제에 있는 피고의 본안전항변은 이유 없다.

◎ 국가는 일제로부터 조국의 자주독립을 위하여 공헌한 독립유공자와 그 유족에 대하여 응분의 예우를 할 헌법적 의무를 지고, 이러한 헌법적 의무를 실현하기 위하여 독립유공자법이 제정되었다.

◎ 독립유공자법은 독립유공자 등의 영예로운 생활이 유지·보장되도록 '실질적으로 보상'하는 것을 그 예우의 기본이념으로 하고 있고, 이에 따라 의식상의 예우 외에도 독립유공자 등에 대한 보훈급여금(보상금, 사망일시금, 생활조정수당), 생활안정을 위한 지원금 등의 금전적 지원과 교육지원, 취업지원, 생업지원, 의료지원, 대부지원, 주택의 우선공급 등의 다양한 지원을 마련함으로써 '실질적'인 예우가 이루어질 수 있도록 하고 있다.

◎ 그런데 앞서 본 것처럼 독립유공자로 인정받기 위한 전제는 상훈법상 건국훈장 등을 받는 것이고, 영전 수여 여부는 최종적으로 대통령의 권한이지만 독립유공자 포상절차는 정부 주도의 발굴인지 신청에 따른 것인지를 불문하

고 피고 산하 공적심사위원회의 심사를 거쳐 피고의 추천을 받는 것을 필수적인 절차로 하고 있다.

◎ 피고는 독립유공자 포상신청을 한 원고에게 '망인에 대한 공적심사위원회의 공적심사 결과 포상대상에 포함되지 못하여 포상추천을 할 수 없다'는 취지의 이 사건 통지를 하였다.

피고의 이러한 포상추천 거부는 대통령의 권한인 영전 수여를 위한 일련의 절차 중 하나로서 그 자체가 영전의 수여 여부를 결정하는 효력을 가지는 것은 아니나, 이로써 망인에 대한 포상절차가 더는 진행되지 아니하게 되어 망인의 유족인 원고로서는 국무회의 및 대통령의 영전 수여 여부 판단을 받을 기회를 빼앗기게 되고, 이에 따라 독립유공자 등으로서의 지위를 인정받을 기회를 상실하여 독립유공자법에서 정한 실질적인 보상을 받을 길을 원천적으로 차단당하게 된다.

따라서 이 사건 통지는 국민의 권리의무 내지 법률적 지위에 직접적인 영향을 미치는 공권력의 행사 또는 이에 준하는 행정작용이라고 봄이 타당하다.

◎ 나아가 앞서 본 상훈법령 및 보훈업무 시행지침, 보훈업무 민원편람 등에 의하면, 독립유공자 포상방법에는 정부가 공적을 발굴 조사하여 포상을 실시하는 '발굴포상'과 독립운동가 본인이나 그 후손 등이 정부에 공적사실을 제출하면 그 사실 여부를 검증한 후 독립유공자로 포상하는 '신청포상' 방법이 있는데, '신청포상'의 경우 독립운동 활동자 또는 유족 등이 언제든지 포상자료를 제출하면서 신청할 수 있되, 피고가 마련한 독립유공자 포상신청서 양식에 따라 독립유공자공적조사서, 독립유공자평생이력서, 개인정보이용 및 제공사전동의서 및 유의사항 등을 작성하여 제출하도록 하고 있다.

나아가 '신청포상'이 있는 경우 피고는 공적심사위원회를 개최하여 공적을 심사한 후 행정안전부에 서훈을 추천하고, 그 후 국무회의의 심의, 대통령의 재가를 거치며, 피고는 포상 시점 및 심사 시기·절차 등을 신청인에게 상세히 안내하여 공적심사 지연에 대한 불만을 최소화하고, 공적심사 결과는 계기별 포상일 전 신청인에게 개별통지하도록 하고 있다.

이처럼 관련 법규에서 신청인이 언제든지 '신청포상'을 신청하면 피고는 공적심사위원회 심사를 거쳐 행정안전부의 추천 여부를 결정하고 공적심사 결과를 신청인에게 통지하도록 하고 있으므로 신청인에게는 피고에 대하여 공적심사위원회를 통하여 합리적인 기준에 의한 공정한 심사를 거쳐 포상추천 여부를 결정하도록 그 행위발동을 요구할 법규상 또는 조리상의 신청권이 있다고 봄이 타당하다.

이 경우 신청인이 피고에 대하여 포상추천을 반드시 하여달라고 요구할 권리를 가지는 것은 아니라고 하더라도, 앞서 본 것처럼 거부처분의 처분성을 인정하기 위한 전제요건이 되는 신청권의 존부는 신청인이 그 신청에 따른 단순한 응답을 받을 권리를 넘어서 신청의 인용이라는 만족적 결과를 얻을 권리를 의미하는 것은 아니고, 구체적으로 그 신청이 인용될 수 있는가 하는 점은 본안에서 판단하여야 할 사항이므로 신청인에게 신청권이 있다고 보는 데 방해가 되지 아니한다.

◎ 만약 피고의 주장과 같이 이 사건 통지가 단순한 사실의 통지에 불과하여 항고소송의 대상이 될 수 없다고 본다면, 공적심사위원회 또는 피고에게 사실오인이나 비례·평등의 원칙 위배, 당해 행위의 목적 위반이나 동기의 부정 등 재량권의 일탈·남용이 있는 경우에도 신청인은 이를 다툰 방법이 없게 되어 적법한 권리나 법률적 지위를 인정받

지 못하게 될 우려가 있고, 이를 방지하기 위하여 대통령의 영전 수여 이전에 이루어지는 공적심사위원회나 피고의 공정한 심사 여부에 관한 사법심사의 필요성이 있다.

◎ 따라서 이 사건 통지는 망인의 유족인 원고의 권리의무 내지 법률적 지위에 직접적인 영향을 미치는 공권력의 행사 또는 이에 준하는 행정작용에 해당하고, 서훈 수여의 상대방인지 여부와 관계없이 원고에게는 망인의 유족으로서 피고에 대하여 합리적인 기준에 의한 공정한 심사를 거쳐 포상추천 여부를 결정하도록 그 행위발동을 요구할 법규상 또는 조리상 신청권이 있다고 봄이 타당하며, 위법한 심사가 이루어질 경우 이를 다룰 수 있도록 사법심사의 기회를 부여하는 것이 헌법의 정신과 그에 따른 관련 법령의 취지에도 부합한다.

3. 이 사건 통지의 적법 여부

가. 원고는 다음과 같이 주장한다.

망인은 1919년 ○○○○고등학교 학생으로 3·1운동에 참가하였다가 체포·구금되어 유죄판결을 선고받았다.

망인은 그 후 1931년부터 1938년까지 고향인 평안북도 △△산 근처 □□선 철도 개설 시 조선근대화와 고향발전을 위하여 호구지책으로 최말단 공무원인 서기로 근무하였다.

망인은 1940년 독립군에게 독립군 자금을 지원하고 그 영수증을 받았으며 육혈포까지 받는 등 독립운동을 계속하였다.

망인은 1945. 8. 광복 후 ◇◇역장으로 근무하다가 1945. 11. 단신으로 월남하였는데 6·25사변 중인 1950. 9. 30. 북한군에 체포되어 총살당하였다.

이처럼 망인은 대한민국 현대사의 피해자이자 희생자이며 독립유공자에 해당하므로 망인에 대한 독립유공자 포상추천을 거부한 이 사건 통지는 위법하여 취소되어야 한다.

나. 재량행위에 대한 사법심사에 있어서는 행정청의 재량에 기한 공익판단의 여지를 고려하여 법원은 독자의 결론을 도출함이 없이 당해 행위에 재량권의 일탈·남용이 있는지 여부만을 심사하게 되고, 이러한 재량권의 일탈·남용 여부에 관한 심사는 사실오인, 비례·평등의 원칙 위배, 당해 행위의 목적 위반이나 동기의 부정 유무 등을 그 판단 대상으로 한다(대법원 2001. 2. 9. 선고 98두17593 판결, 대법원 2010. 9. 9. 선고 2010다39413 판결 등 참조).

국가는 독립유공자를 제대로 가려내어 마땅히 그들과 유족 또는 가족들에게 그 공헌도에 상응하는 예우를 하여야 할 의무가 있으나, 독립유공자의 구체적 인정절차는 입법자가 헌법의 취지에 반하지 아니하는 한 입법재량을 가지는 영역에 해당된다고 볼 것이고, 독립유공자 인정의 전 단계로서 상훈법에 따른 서훈추천은 해당 후보자에 대한 공적심사를 거쳐서 이루어지며, 그러한 공적심사의 통과 여부는 해당 후보자가 독립유공자로서 인정될 만한 사정이 있는지에 달려 있다.

이에 관한 판단에 있어서 국가는 나름대로의 재량을 지닌다(헌법재판소 2005. 6. 30. 선고 2004헌마859 전원재판부 결정 참조).

다.

피고는 독립유공자서훈 공적심사 일반기준(을 제5호증, 이하 '심사기준'이라 한다)을 통하여 포상의 대상자, 심사 시 고려사항, 포상의 일반기준 등을 규정하고 있는데, 이는 그 형식 및 내용 등에 비추어 재량권 행사의 기준에 관한 행정청 내부의 사무처리준칙이라 할 것이고, 그 기준이 객관적으로 보아 합리적이 아니거나 타당하지 아니하여 재량권을 남용한 것이라고 인정되지 아니하는 이상 행정청의 의사는 가능한 한 존중되어야 한다(대법원 2013. 11. 14. 선고 2011두28783 판결, 대법원 2014. 6. 26. 선고 2012두1525 판결 등 참조).

심사기준에 따르면, 포상대상자는 적극적인 독립운동 공적이 있어야 하고, 독립운동 공적이 원전자료에서 확인됨을 원칙으로 하며, 사망 시까지의 행적에 문제가 없어야 하는데, 대한제국 시기에 친일단체 활동 등으로 국위를 손상시키거나 을사늑약 등 매국조약 당시 대신급 이상을 역임하여 국권상실에 책임이 있다고 판단된 자, 일제 식민통치기구 또는 관련 단체에 재직하거나 식민통치에 직·간접적으로 협력한 것으로 판단된 자, 상훈법상의 서훈취소조항에 해당하는 자는 포상대상자에서 제외된다.

또한 심사 고려사항은 독립운동에의 기여와 희생 정도, 독립운동 공적의 역사적 의의, 독립운동 단체에서의 지위와 역할, 이미 포상된 분과의 훈격상 균형이고, 포상 일반기준에 따르면 독립운동의 참여 정도, 당시의 지위, 독립운동사에 미친 영향 등을 공적심사위원회에서 종합적으로 평가하여 포상 여부와 훈격을 결정하여야 한다.

나아가 심사기준은 독립운동 활동기간 및 활동으로 인한 옥고(수형) 기간에 따른 포상기준을 정하고 있다.

라. 갑 제1에서 7, 11호증, 을 제2, 3, 4호증(가지번호 있는 것은 각 가지번호 포함)의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

○ 망인은 1919. 3. 1. 당시 ○○○○고등학교 학생으로 3·1운동에 참가하여 체포·구금되었다가 1919. 11. 6. 경성지방법원에서 보안법 위반으로 징역 6월(미결일수 90일은 본형에 산입)에 집행유예 3년의 판결을 선고받았다.

○ 그 후 망인은 1931년부터 1938년까지 평안북도 △△산역(□□선)에서 조선총독부 산하 철도국의 철도공무원(서기)으로 근무하였다.

마. 살피건대, 망인은 3·1운동에 참가하여 체포·구금되었다가 유죄판결을 선고받았으나 그 후 일제 식민통치기구인 조선총독부 직속 철도국 서기로 근무하였고, 피고의 재량권 행사의 기준인 심사기준에 의하면 포상대상자는 사망 시까지의 행적에 문제가 없어야 하고 일제 식민통치기구 또는 관련 단체에 재직한 경우에는 제외되며, 한편 망인이 3·1운동 이후에도 독립운동을 지원하였다는 점에 관하여는 망인의 가족들이 작성한 사실확인서 외에 이를 인정할 만한 객관적 증거가 없다.

따라서 피고가 심사기준에 따라 망인이 학생 시절 3·1운동에 참여하면서 겪게 된 희생의 정도, 그 이후의 행적 등을 고려하여 이 사건 통지를 한 것에 사실오인이나 비례·평등의 원칙 위배, 당해 행위의 목적 위반이나 동기의 부정이 있다고 볼 수 없어 이 사건 통지가 재량권 일탈·남용에 해당한다고 볼 수 없다.

이와 다른 전제에 있는 원고의 주장은 이유 없다.

4. 결론

그렇다면 원고의 청구는 이유 없어 기각하여야 한다.

이 사건 소를 각하한 제1심판결은 이와 결론이 달라 부당하다.

그러나 원고만이 항소한 이 사건에서 불이익변경금지의 원칙상 항소인인 원고에게 불이익하게 제1심판결을 취소하고 원고의 청구를 기각하는 판결을 할 수는 없으므로 원고의 항소를 기각하기로만 한다.

[[별 지] 관계 법령: 생략]

판사 김동오(재판장) 박재우 박해빈