

# 대 법 원

## 제 1 부

## 판 결

사 건 2012두26920 독립유공자서훈취소처분의취소  
원고, 상고인 원고  
피고, 피상고인 국가보훈처장 외 1인  
소송대리인 법무법인(유한) 화우 담당변호사 손태호 외 1인  
원 심 판 결 서울고등법원 2012. 11. 6. 선고 2012누12503 판결  
판 결 선 고 2015. 4. 23.

## 주 문

상고를 모두 기각한다.

상고비용은 원고가 부담한다.

## 이 유

상고이유를 판단한다.

1. 피고 국가보훈처장에 대한 청구에 관하여

가. 행정청의 어떤 행위가 항고소송의 대상이 될 수 있는지의 문제는 추상적·일반적으로 결정할 수 없고, 구체적인 경우에 행정처분은 행정청이 공권력의 주체로서 행

하는 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 관련성, 그리고 법치 행정의 원리와 당해 행위에 관련한 행정청 및 이해관계인의 태도 등을 참작하여 개별적으로 결정하여야 한다(대법원 1992. 1. 17. 선고 91누1714 판결, 대법원 2010. 11. 18. 선고 2008두167 전원합의체 판결 등 참조).

그런데 헌법은 제80조에서 "대통령은 법률이 정하는 바에 의하여 훈장 기타의 영전을 수여한다", 제82조에서 "대통령의 국법상 행위는 문서로써 하며, 이 문서에는 국무총리와 관계 국무위원이 부서한다"고 규정하고 있고, 구 상훈법(2011. 8. 4. 법률 제10985호로 개정되기 전의 것, 이하 같다)은 제7조에서 "서훈대상자는 국무회의의 심의를 거쳐 대통령이 결정한다", 제8조 제2항에서 "서훈을 취소하고 훈장 등을 환수하거나 훈장 패용을 금지하고자 할 경우에는 국무회의의 심의를 거쳐야 한다"고 규정하고 있다.

한편 망인에 대한 서훈취소는 유족에 대한 것이 아니므로 유족에 대한 통지에 의해서만 성립하여 효력이 발생한다고 볼 수 없고, 그 결정이 처분권자의 의사에 따라 상당한 방법으로 대외적으로 표시됨으로써 행정행위로서 성립하여 효력이 발생한다.

나. 원심은 판시와 같은 이유로, (1) 피고 대통령은 2011. 4. 5. 국무회의의 의결을 거쳐 2011. 4. 6. 원고의 조부인 망 소외인(이하 '망인'이라 한다)에 대한 서훈취소 서류에 결재하고, 국무총리 및 행정안전부장관이 부서하는 방식으로 망인에 대한 서훈취소를 결정하였으므로, 피고 대통령의 망인에 대한 이 사건 서훈취소결정은 헌법과 법률이 정한 절차와 방식에 따른 행위로 적법하고, 이로써 망인이 서훈대상자의 지위에

서 제외되는 효과가 확정적으로 발생하였다고 전제한 다음, (2) 피고 국가보훈처장의 원고에 대한 이 사건 서훈취소통보는 상대방 또는 기타 관계자들의 법률상 지위에 직접적인 법률적 변동을 일으키지 아니하는 행위로 항고소송의 대상이 될 수 없는 사실상의 통지에 해당하므로 그 취소를 구하는 이 부분 소는 부적법하다고 판단하였다.

다. 원심판결 이유를 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 앞서 본 관련 규정 및 법리에 부합되고, 거기에 상고이유 주장과 같이 항고소송의 대상적격, 원고적격 내지 법률상 이익, 피고적격 등에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

그리고 이 사건 서훈취소통보가 항고소송의 대상이 될 수 없는 사실상의 통지에 해당한다는 원심의 판단이 정당한 이상, 원심이 이 사건 서훈취소통보가 처분에 해당함을 전제로 하여 가정적으로, 피고 국가보훈처장이 이 사건 서훈취소통보에 관한 권한을 적법하게 위임받아 이 사건 서훈취소통보를 하였고 서훈취소 심사과정에 절차적 위법이 있다고 할 수 없다고 판시한 부분의 당부는 판결 결과에 영향이 없으므로, 원심판결에 행정권한의 위임 등에 관한 법리오해의 위법이 있다는 취지의 상고이유는 나아가 판단할 필요 없이 받아들이지 아니한다.

## 2. 피고 대통령에 대한 청구에 관하여

가. 원고의 이 사건 취소 청구 대상에 대하여 본다.

(1) 원심은 판시와 같은 이유로, 이 사건 서훈취소통보는 상대방 또는 기타 관계자들의 법률상 지위에 직접적인 법률적 변동을 일으키지 아니하는 행위로 항고소송의 대상이 될 수 없는 사실상의 통지에 해당하므로 그 취소를 구하는 이 부분 소는 부적법하고, 설령 이 사건 서훈취소통보를 처분으로 본다고 하더라도 이 사건 서훈취소통보는

피고 국가보훈처장의 권한 내의 행위로서 피고 국가보훈처장의 명의로 통보되었으므로, 피고 대통령이 처분 등을 행한 행정청이라 할 수 없어 이 부분 소는 피고적격이 없는 자를 상대로 한 것이어서 부적법하다고 판단하였다.

(2) 그런데 원심판결 이유와 기록에 의하면 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

(가) 피고 국가보훈처장은 1990년경 독립유공자 서훈공적심사위원회의 심사를 거쳐 총무처장관에게 망인에 대한 독립유공자 서훈추천을 하였다.

(나) 총무처장관이 구 상훈법 제7조에 따라 국무회의에 위 서훈추천을 의안으로 제출하자 대통령은 국무회의의 심의를 거친 뒤 망인을 서훈대상자로 최종 결정하였으며, 당시 상훈에 관한 사무를 관장하던 총무처장관은 피고 국가보훈처장에게 위 서훈결정 사실을 통보할 것을 위임하여, 피고 국가보훈처장이 1990. 12. 26.경 원고에게 망인이 독립유공자로서 서훈결정(건국훈장 애국장)되었다는 사실을 통보하였다.

(다) 그 후 피고 국가보훈처장은 독립유공자 서훈취소 제1, 2심사위원회를 구성하여 심사를 거친 뒤 2010. 11. 19. 망인의 친일 행적이 확인되었음을 이유로 그 서훈취소에 관한 의안 제출을 행정안전부장관에게 요청하였다.

(라) 행정안전부장관에 의하여 2010. 12. 21. 국무회의에 망인에 대한 서훈취소가 안건으로 상정되었으나, 신중한 검토가 필요하다는 국무총리의 의견에 따라 의결이 보류되었고, 다시 3개월간 국무총리실의 검토를 거친 뒤 이 사건 서훈취소 안건은 2011. 4. 5. 국무회의에서 의결되었다.

(마) 피고 대통령은 2011. 4. 6. 망인에 대한 서훈취소 전자문서에 결재함으로써 서훈취소를 결정하였고, 국무총리 및 행정안전부장관이 부서하였다.

(바) 이에 상훈 사무를 관장하는 행정안전부장관은 피고 국가보훈처장에게 "독립유공

자 서훈취소요청 건이 국무회의 의결 및 대통령 재가로 서훈취소 대상자가 불임과 같이 확정되었음을 알려드리오니, 상훈법 제8조 제1항에 따라 훈장과 이와 관련하여 수여한 물건을 모두 환수 조치하여 주시기 바랍니다"라는 취지의 서훈취소결정 통보를 하였다.

(사) 이에 따라 피고 국가보훈처장은 2011. 4. 19. 원고에게 "2011년 4월 5일 국무회의의 서훈취소 의결을 거쳐 4월 6일 망인의 독립유공자 서훈이 취소 결정되었음을 알려드립니다. 아울러 기존에 전수된 건국훈장 애국장 및 훈장증의 반환을 요청하오며, 우리 처 직원이 귀 닥을 방문할 예정이오니 방문 가능한 일시를 알려주시면 감사하겠습니다"라는 등의 내용을 통보하였다.

(아) 한편 원고는 이 사건 소를 제기하면서 피고 국가보훈처장을 주위적 피고로 하여 '피고 국가보훈처장이 2011. 4. 19.자로 통지한 망인에 대한 독립유공자 서훈취소 처분의 취소'를 구하고, 피고 대통령을 예비적 피고로 하여 '피고 대통령이 2011. 4. 19. 원고에게 한 망인에 대한 독립유공자 서훈취소 처분의 취소'를 구하였다.

(자) 이 사건 소장의 청구원인에는 "주위적 피고 국가보훈처장은 2011. 4. 19. 망인에 대한 독립유공자 서훈취소 처분을 통보한 행정청이며, 예비적 피고 대통령은 상훈법상 서훈에 관한 결정권한을 가지는 기관입니다(국가보훈처장이 이 사건 서훈취소의 권한을 가진 처분 주체인지 아니면 대통령의 결정을 통보한 것에 불과한 것인지에 관하여 법률상 의문의 소지가 있으므로 위와 같이 주위적, 예비적 피고로 구분하여 소를 제기합니다)"라고 기재되어 있다.

(3) 위와 같은 사실관계에 비추어 보면, 비록 피고 대통령에 대한 청구취지가 '2011. 4. 19.자 서훈취소 처분의 취소'로 기재되어 있기는 하나, 2011. 4. 19.에는 피고 국가

보훈처장이 원고에게 이 사건 서훈취소통보를 하였을 뿐이어서 원고가 피고 대통령에 대하여 이 사건 서훈취소통보의 취소를 구한 것이라고 보기 어렵다. 오히려 원고는 피고 국가보훈처장을 주위적 피고로 하여 이 사건 서훈취소통보의 취소를 구하고, 주위적 피고에 대한 청구가 인용되지 아니할 경우를 대비하여 서훈취소의 결정권자인 피고 대통령을 예비적 피고로 하여 이 사건 서훈취소결정의 취소를 구한 것이라고 봄이 타당하다.

나. 이 사건 서훈취소결정이 통치행위에 해당하는지에 대하여 본다.

구 상훈법 제8조는 서훈취소의 요건을 구체적으로 명시하고 있고 그 절차에 관하여 상세하게 규정하고 있다. 그리고 서훈취소는 서훈수여의 경우와는 달리 이미 발생한 서훈대상자 등의 권리 등에 영향을 미치는 행위로서 관련 당사자에게 미치는 불이익의 내용과 그 정도 등을 고려하면 사법심사의 필요성이 크다. 따라서 기본권의 보장 및 법치주의의 이념에 비추어 보면, 비록 서훈취소가 대통령이 국가원수로서 행하는 행위라고 하더라도 법원이 사법심사를 자제하여야 할 고도의 정치성을 띤 행위라고 볼 수는 없다(대법원 2010. 12. 16. 선고 2010도5986 전원합의체 판결 등 참조).

그럼에도 이와 달리 원심은, 원고가 피고 대통령에 대하여 이 사건 서훈취소결정의 취소를 구하는 것이라고 선해하더라도, 이 사건 서훈취소결정은 통치행위에 해당하므로 이를 다투는 이 부분 소는 부적법하다고 판단하고 말았으니, 이러한 원심의 판단에는 통치행위에 관한 법리를 오해한 위법이 있다.

다. 망인에 대한 서훈취소 사유의 존부에 관하여 본다.

대한민국 훈장 및 포장은 서훈의 원칙을 정한 구 상훈법 제2조에 따라 대한민국 국민이나 우방국 국민으로서 대한민국에 뚜렷한 공적을 세운 사람에게 수여하는 것으로

서, 서훈은 단순히 서훈대상자 본인에 대한 수혜적 행위로서의 성격만을 가지는 것이 아니라 국가에 뚜렷한 공적을 세운 사람에게 명예를 부여함으로써 국민 일반에 대하여 국가와 민족에 대한 자긍심을 높이고 국가적 가치를 통합·제시하는 행위의 성격도 가지고 있다(대법원 2014. 9. 26. 선고 2013두2518 판결 참조). 그리고 서훈의 수여 사유인 '대한민국에 대한 뚜렷한 공적'에 관한 판단은 서훈추천권자가 제출한 공적조서에 기재된 개개의 사실뿐만 아니라 일정한 공적기간 동안 서훈 대상자의 행적을 전체적으로 평가하여 이루어진다. 한편 구 상훈법 제8조 제1항 제1호는 '서훈공적이 거짓임이 판명된 경우'에는 그 서훈을 취소하도록 정하고 있는데, 이러한 서훈취소 제도는 수여된 서훈을 그대로 유지한다면 서훈의 영예성을 수호할 수 없는 사유가 발생한 경우에 서훈제도의 본질과 기능을 보호하기 위하여 마련된 것으로 보인다.

이와 같은 서훈의 원칙 및 취소에 관한 규정들과 아울러 그 취지와 입법 목적 등을 종합하여 보면, 구 상훈법 제8조 제1항 제1호에서 정한 서훈취소 사유인 '서훈공적이 거짓임이 판명된 경우'에는 서훈 수여 당시 조사된 공적사실 자체가 진실에 반하는 경우뿐만 아니라, 서훈 수여 당시 드러나지 않은 사실이 새로 밝혀졌고 만일 그 사실이 서훈 심사 당시 밝혀졌더라면 당초 조사된 공적사실과 새로 밝혀진 사실을 전체적으로 평가하였을 때 서훈 대상자의 행적을 그 서훈에 관한 공적으로 인정할 수 없음이 객관적으로 뚜렷한 경우도 포함된다고 보아야 한다.

원심은 판시와 같은 이유로, (1) 망인이 친일단체에 자발적이고 주도적으로 가담함으로써 친일행적을 하였다고 인정한 다음, 망인에 대한 서훈 당시 공적으로 인정되었던 사실이 있었다고 하여도 위와 같은 친일행적을 포함하여 전체적으로 보면 서훈대상으로 평가될 만한 서훈공적이 없어, 구 상훈법 제8조 제1항 제1호의 서훈공적이 거짓

로 밝혀진 경우에 해당하므로 망인에 대한 서훈취소사유가 존재하고, (2) 반민족행위 처벌법에 따른 특별조사위원회나 일제강점하 반민족행위 진상규명에 관한 특별법에 따른 친일반민족행위진상규명위원회에 의하여 친일반민족행위자로 선언되지 않았다고 하더라도, 관련 증거에 의하여 서훈취소 사유가 밝혀지면 구 상훈법에 따른 서훈취소사유가 존재한다고 보아야 하므로, 이와 다른 원고의 주장은 이유 없다고 판단하였다.

이 부분 상고이유 중 망인이 친일행위를 하였다고 볼 수 없어 서훈취소사유가 존재하지 아니함에도 이와 달리 본 원심의 판단이 위법하다는 취지의 주장은, 결국 사실심 법원의 자유심증에 속하는 증거의 취사 선택이나 가치판단을 탓하는 것에 불과하여 적법한 상고이유가 되지 못한다. 나아가 원심의 사실인정과 판단을 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴봐도, 위와 같은 원심의 판단은 앞서 본 법리에 기초한 것으로서, 거기에 구 상훈법 제8조 제1항 제1호에서 정한 서훈취소 사유에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 위법이 없다.

라. 따라서 원심으로서 원고의 피고 대통령에 대한 이 사건 서훈취소결정의 취소 청구에 대하여 이를 기각하여야 함에도, 원고가 피고 대통령에 대하여 이 사건 서훈취소통보의 취소를 구한 것이라는 잘못된 전제 아래 이 사건 서훈취소통보가 항고소송의 대상이 되지 않는다거나, 이 사건 서훈취소결정이 통치행위에 해당한다는 이유로 이를 각하한 것은 잘못이다. 그렇지만 원고만이 상고한 이 사건에서 불이익변경금지의 원칙상 원고에게 더 불리한 청구기각의 판결을 선고할 수는 없으므로, 이 부분에 대한 원고의 상고를 기각할 수밖에 없다.

### 3. 결론

그러므로 상고를 모두 기각하고, 상고비용은 패소자가 부담하기로 하여, 관여 대법관



의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장	대법관	김소영
-----	-----	-----

	대법관	이인복
--	-----	-----

주 심	대법관	김용덕
-----	-----	-----

	대법관	고영한
--	-----	-----