

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건 2013두20585 경기민요보유자추가인정거부처분취소
원고, 피상고인 원고
소송대리인 법무법인 단천
담당변호사 구자희 외 1인
피고, 상고인 문화재청장
소송수행자 이재필 외 3인
소송대리인 변호사 정주교
원 심 판 결 서울고등법원 2013. 8. 23. 선고 2012누34671 판결
판 결 선 고 2015. 12. 10.

주 문

원심판결을 파기하고, 원고의 항소를 기각한다.
항소제기 이후의 소송총비용은 원고가 부담한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 행정청이 국민의 신청에 대하여 한 거부행위가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하려면, 행정청의 행위를 요구할 법규상 또는 조리상의 신청권이 그 국민에게 있어야 하고, 이러한 신청권의 근거 없이 한 국민의 신청을 행정청이 받아들이지 아니한 경우에는 그 거부로 인하여 신청인의 권리나 법적 이익에 어떤 영향을 주지 아니하므로 이를 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없다(대법원 2005. 4. 15. 선고 2004두11626 판결 등 참조).

2. 원심판결 이유에 의하면, ① 피고는 2011. 1. 28. '2011년 중요무형문화재 지정(보유자 인정 등) 조사계획'을 수립하면서 중요무형문화재인 경기민요의 보유자 추가인정 조사도 여기에 포함하여 실시하기로 하고, 원고를 포함한 경기민요 전수교육 조교 5명을 상대로 이력서, 주요 전승활동 등 관련 자료를 제출받은 뒤 개인 기량평가(독창) 및 면담조사를 하는 방법으로 조사를 실시한 사실(이하 '이 사건 조사'라 한다), ② 피고로부터 이 사건 조사 결과를 바탕으로 경기민요 보유자 추가인정 타당성에 대한 검토를 요청받은 문화재위원회 무형문화재분과위원회는 2012. 1. 27. '경기민요는 현재 유파를 인정하지 않고 2명의 보유자가 있어 전승 단절의 우려가 없으므로 보유자를 추가로 인정하지 아니한다'는 내용의 의결을 한 사실, ③ 이에 피고는 2012. 2. 14. 원고에게 위 의결과 같은 내용으로 경기민요 보유자 추가인정이 부결되었음을 통지(이하 '이 사건 통지'라 한다)한 사실을 알 수 있다.

3. 그런데 문화재보호법(2014. 1. 28. 법률 제12352호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제24조는 "문화재위원회의 심의를 거쳐 무형문화재 중 중요한 것을 중요문화재로 지정할 수 있고(제1항), 중요무형문화재를 지정하는 경우에는 해당 중요무형문화재의 보유자를 인정하여야 하며(제2항), 이미 인정한 보유자 외에 해당 중요무형문화재의 보

유자를 추가로 인정할 수 있다(제3항)"고 규정하면서, 중요무형문화재 보유자의 인정기준과 절차 등에 필요한 사항을 대통령령에 위임하고 있다(제5항). 이에 따라 구 문화재보호법 시행령(2014. 12. 23. 대통령령 제25873호로 개정되기 전의 것) 제12조는 중요무형문화재 보유자의 인정기준을 '중요무형문화재의 기능 또는 예능을 원형대로 체득·보존하고 그대로 실현할 수 있는 사람'이라고 규정하고(제1항 제1호), 인정절차에 관하여 "피고는 중요무형문화재의 보유자를 인정하려면 문화재위원회의 해당 분야 분과위원회의 위원이나 전문위원 등 관계 전문가 3명 이상에게 필요한 조사를 하게 하여야 하고(제2항), 문화재위원회의 심의를 거쳐 중요무형문화재의 보유자 인정 여부를 결정하여야 한다(제3항)."고 규정하고 있다. 또한 문화재청 훈령인 '중요무형문화재 지정·보유자(보유단체) 인정·전수교육조교 선정에 관한 운영 규정' 제3조 제1항은 "피고는 직권으로 검토한 결과 중요무형문화재로 지정하거나 보유자로 인정할 필요가 있다고 판단되는 경우에 중요무형문화재 지정 또는 보유자 인정 종목을 선정한다."고 규정하고 있다.

이러한 중요무형문화재 보유자의 추가인정에 관한 문화재보호법령 등의 규정 내용에 의하면 중요무형문화재 보유자의 추가인정 여부는 피고의 재량에 속하고, 특정 개인이 자신을 보유자로 인정해 달라고 신청할 수 있다는 근거 규정을 별도로 두고 있지 아니하므로 법규상으로 개인에게 그러한 신청권이 있다고 할 수 없다.

그리고 구 문화재보호법 및 그 시행령이 위와 같이 개인에게 신청권을 부여하고 있지 아니한 취지는 피고로 하여금 개인의 신청에 구애되지 않고 중요무형문화재의 보존과 전승이라는 공익적 관점에서 객관적으로 보유자 추가인정의 필요성 또는 타당성 여부를 판단하도록 함에 있다. 또한 문화재를 보존하여 민족문화를 계승하고, 이를 활용

할 수 있도록 함으로써 국민의 문화적 향상을 도모함과 아울러 인류문화의 발전에 기여한다는 문화재보호법의 입법목적과 중요무형문화재 보유자의 추가인정 절차에 관한 규정 내용 등을 고려할 때, 추가인정에 관한 법령의 규정이 중요무형문화재의 보존이라는 공익 이외에 중요무형문화재의 보유자로 인정될 개인의 이익도 함께 보호하고 있다고 해석되지 아니한다.

이상과 같은 여러 사정을 앞에서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원고가 전수교육 조교로서 이 사건 조사를 받았다는 사정만으로는 원고에게 중요무형문화재 보유자의 추가인정에 관한 법규상 또는 조리상 신청권이 있다고 볼 수 없고, 피고가 원고를 경기민요 보유자로 추가인정하지 않았다고 하더라도 그로 인하여 원고의 권리나 법적 이익에 어떤 영향을 준다고 할 수 없으므로, 이 사건 통지는 항고소송의 대상이 되는 거부처분에 해당하지 아니한다.

4. 그럼에도 이와 달리 원심은, 원고에게 중요무형문화재 보유자의 추가인정에 관하여 재량권의 한계 일탈이나 남용이 없는 적법한 응답을 요구할 조리상의 권리가 있다는 잘못된 전제에서 이러한 응답신청권에 기하여 위법한 거부처분에 대하여는 항고소송으로 그 취소를 구할 수 있다고 보아, 경기민요 보유자 추가인정이 부결되었음을 알리는 이 사건 통지가 항고소송의 대상이 되는 거부처분에 해당한다고 인정하고, 이 사건 소를 부적법한 것으로 보아 각하한 제1심판결을 취소하고 본안에 대하여 판단하였다.

따라서 이러한 원심판결에는 항고소송의 대상이 되는 거부처분에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다. 이를 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

5. 그러므로 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략하고 원심판결을 파기하되, 이 사건

은 대법원이 직접 재판하기에 충분하므로 재판하기로 한다. 이 사건 소는 부적법하여 이를 각하하여야 할 것인데 이와 결론이 같은 제1심판결은 정당하므로 원고의 항소는 이유 없어 이를 기각하고, 항소제기 이후의 소송총비용은 패소자가 부담하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 김 신

주 심 대법관 김용덕

 대법관 박보영

 대법관 권순일