

■ 행심2019-94호

○ 사건명 : 장사등에 관한 법률 위반 묘지 이전명령처분 취소청구

○ 주 문 : 청구인의 청구를 인용한다.

○ 청구취지 : 피청구인이 2019. ○. ○. 청구인에 대하여 한 묘지 이전명령(이행강제금 500만원) 처분을 취소한다.라는 재결을 구합니다.

○ 이 유

I. 사건개요

피청구인은 2018. ○○.경 청구의 ○○○으로부터 “□□군 △△면 ☆☆리 ○○○-○, ☆☆리 ○○-○번지”에 봉분 11기와 비석 2개에 대하여 불법묘지신고를 접수하였다. 청구인은 2018. ○○. ○○. 청구인에 대하여 “1991년부터 1996년 △△면 ☆☆리 일대에 묘11기 설치하여 장사 등에 관한 법률 제14조 위반”하였다는 사유로 불법묘지 이전 명령 사전통지를 하였고, 청구인은 2018. ○. ○.. 피청구인에게 처분사전통지에 대한 의견을 제출하였다. 피청구인은 2019. ○. ○. 청구인에 대하여 “□□군 △△면 ☆☆리 ○○○-○, ☆☆리 ○○-○번지에 설치한 분묘는 장사 등에 관한 법 제14조(사설묘지의 설치 등)제3항(종중·문중묘지를 허가받지 않고 설치)을 위반하였다는 사유로, 같은 법 제31조제1호에 의거 2019. ○. ○..까지 묘지이전명령 처분(이하 “이 건 처분”이라 한다)을 하였다.

II. 청구인 주장

청구인은 피청구인에게 이 사건 묘지를 불법이라고 신고한 자는 묘지설치 문제로 사소한 분쟁 중에 있는 청구인과 같은 ○○○씨 △△△△파 ☆☆☆☆☆파 문중원들로서, 피청구인은 문중원들의 신고를 토대로 묘지이전명령 처분을 하였으며, 이 사건 분묘 7기는 설치된 때로부터 20년 이상 경과하여 각 분묘기지권이 성립된 합법적인 분묘이고, 이와같이 20년 이상 경과한 분묘라고 한다면 형사상 또는 민사상 모든 시효가 만료되었다고 할 것으로 행정청에서 어느 일방의 당사자 주장만으로 행정처분을 하는 것은 행정권의 남용으로서 부당하고 민사적으로 당사자끼리 관할 법원에서 다툴 문제이며, 망 ○○○, 망 ○○○ 분묘 및 비석은 2016. ○.경 설치되었는데 위 분묘 2기는 청구인의 직계혈족이 아니고, 청구인이 설치한 바 없는 무관한 분묘 및 비석이므로 법적으로 책임을 부담해야 할 분묘라고 할 수 없으므로 위 분묘 2기에 대하여는 분묘를 설치하고 관리하고 있는 자를 피청구인이 제대로 조사하여 그를 상대로 묘지 이전명령을 처분해야 할 것으로 이 사건 처분은 부당하므로 취소되어야 한다는 취지의 주장을 하고 있다.

III. 피청구인 주장

피청구인은 분묘기지권이 법원의 판단을 통해 인정되는 지상권에 유사한 관습상 물건으로

장사 등에 관한 법률에서는 별도로 규정하고 있지 않으며, 장사 등에 관한 법률을 위반한 불법 분묘는 분묘기지권과 별개로 행정처분이 가능한 것으로 장사업무 지침서에 명기되어 있으며, 분묘 2기는 같은 번지내에 설치되어 있고 같은 문중원으로 청구인이 수년간 시재 및 별초를 함으로써 작은집 문중 분묘를 관리하여 왔기에 묘지 이전명령 행정처분은 타당하고 적법하다고 판단하였으며, 청구인의 관련법 위반행위로 장사 등에 관한 법률 제31조 및 같은 법 시행규칙 제21조 별표5 2. 개별기준 가. 사설묘지 설치자 등 1)의 규정에 따라 묘지 이전명령 행정처분은 적법하고 타당하니 청구인의 행정심판 청구를 기각하여 달라는 취지의 주장을 하고 있다.

IV. 이건 처분의 위법·부당여부

1. 관계법령

- 행정절차법 제1조, 제5조, 제21조, 제23조
- 행정절차법 시행령 제14조의2
- 구 매장 및 묘지등에 관한 법률[시행 1981. 5. 17.] [법률 제3389호, 1981. 3. 16., 일부개정] 제8조
- 구 장사 등에 관한 법률[시행 2014. 8. 7.] [법률 제11998호, 2013. 8. 6., 타법개정]제14조, 제31조, 제43조

2. 판 단

가. 청구인 및 피청구인이 제출한 행정심판청구서, 답변서와 기타 소명자료에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

1) 피청구인은 2018. 〇〇.경 청구외 〇〇〇으로부터 “□□군 △△면 ☆☆리 〇〇〇-〇, ☆☆리 〇〇-〇번지”에 봉분 11기와 비석 2개에 대하여 불법묘지신고를 접수하였다.

2) 청구인은 2018. 〇〇. 〇〇. 청구인에 대하여 “1991년부터 1996년 △△면 ☆☆리 일대에 묘 11기 설치하여 장사 등에 관한 법률 제14조 위반”하였다는 사유로 불법묘지 이전 명령 사전통지를 하였고, 청구인은 2018. 〇〇. 〇〇. 피청구인에게 처분사전통지에 대한 의견을 제출하였다.

3) 피청구인은 2019. 〇. 〇〇. 청구인에 대하여 “□□군 △△면 ☆☆리 〇〇〇-〇, ☆☆리 〇〇-〇번지”에 설치한 분묘는 장사 등에 관한 법 제14조(사설묘지의 설치 등)제3항(종중·문중묘지를 허가받지 않고 설치)을 위반하였다는 사유로, 같은 법 제31조제1호에 의거 2019. 〇. 〇〇.까지 묘지이전명령 처분을 하였다.

나. 살피건대, 「행정절차법」제1조에 “이 법은 행정절차에 관한 공통적인 사항을 규정하여 국민의 행정 참여를 도모함으로써 행정의 공정성·투명성 및 신뢰성을 확보하고 국민의 권익

을 보호함을 목적으로 한다.”, 같은 법 제5조에 “행정청이 행하는 행정작용은 그 내용이 구체적이고 명확하여야 하며, 행정작용의 근거가 되는 법령등의 내용이 명확하지 아니한 경우 상대방은 해당 행정청에 그 해석을 요청할 수 있다. 이 경우 해당 행정청은 특별한 사유가 없으면 그 요청에 따라야 한다.”고 하고, 같은 법 제21조제1항에 “행정청은 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우에는 미리 다음 각 호의 사항을 당사자들에게 통지하여야 한다.”, 그 항 제3호에 “처분하려는 원인이 되는 사실과 처분의 내용 및 법적 근거”라 정하며, 같은 법 제23조제1항에 “행정청은 처분을 할 때에는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 제외하고는 당사자에게 그 근거와 이유를 제시하여야 한다.”, 그 항 각호에 “1. 신청 내용을 모두 그대로 인정하는 처분인 경우, 2. 단순·반복적인 처분 또는 경미한 처분으로서 당사자가 그 이유를 명백히 알 수 있는 경우 3. 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우”라 규정하며,

행정절차법 시행령 제14조의2에 “행정청은 법 제23조의 규정에 의하여 처분의 이유를 제시하는 경우에는 처분의 원인이 되는 사실과 근거가 되는 법령 또는 자치법규의 내용을 구체적으로 명시하여야 한다.”고 하고,

구 매장 및 묘지등에 관한 법률[시행 1981. 5. 17.] [법률 제3389호, 1981. 3. 16., 일부개정]제8조제1항에 “누구든지 이 법에 의하지 아니하고는 사설묘지·사설화장장 또는 사설납골당을 설치할 수 없다.”, 제2항에 “대통령령으로 정하는 사설묘지·사설화장장 또는 사설납골당을 설치하고자 하는 자는 도지사의 허가를 받아야 한다.”, 같은 법 부칙<법률제799호, 1961.12.5.> 제3조에 “제2항에 “본법 시행전에 구법에 의하여 설치된 분묘는 본법에 의한 묘지에 설치된 것으로 간주한다.””라고 하고,

구 장사 등에 관한 법률[시행 2014. 8. 7.] [법률 제11998호, 2013. 8. 6., 타법개정]제14조제3항에 “가족묘지, 종중·문중묘지 또는 법인묘지를 설치·관리하려는 자는 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 해당 묘지를 관할하는 시장등의 허가를 받아야 한다. 허가받은 사항 중 대통령령으로 정하는 사항을 변경하려는 경우에도 또한 같다.”, 같은 법 제31조에 “시장등은 사설묘지·사설화장시설·사설봉안시설 및 사설자연장지의 연고자 또는 설치·조성자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 그 연고자 또는 설치·조성자에게 묘지·화장시설·봉안시설 또는 자연장지의 이전·개수, 허가취소, 시설의 폐쇄, 시설의 전부·일부의 사용 금지 또는 6개월의 범위 내에서 업무의 정지를 명할 수 있다.”, 그 항 제1호에 “제14조제3항 또는 제6항, 제17조 또는 제18조를 위반하여 사설묘지를 설치한 경우”라고 하고, 같은 법 제43조제1항에 “시장등은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게 500만원의 이행강제금을 부과한다.”, 그 항 제3호에 “제31조에 따른 묘지·봉안시설·자연장지의 이전 또는 개수명령을 받고 이행하지 아니한 해당 묘지·봉안시설·자연장지의 연고자”, 같은 조 제4항에 “시장등은 최초의 이전 또는 개수명령이 있는 날을 기준으로 하여 그 명령이 이행될 때까지 1년에 2회의 범위 안에서 반복하여 제1항에 따른 이행강제금을 부과·징수할 수 있다.”고 하며,

같은 법 부칙<법률제8489호, 2007.5.25.> 제9조에 “이 법 시행 전의 행위에 대하여 벌칙

이나 과태료 규정을 적용할 때에는 종전의 규정에 따른다.”고 하고, 같은 법 부칙<법률제 13108호, 2015.1.28.> 제7조에 “이 법 시행 전의 행위에 대하여 행정처분을 할 때에는 종전의 규정에 따른다.”고 규정하고 있는 바,

청구인과 피청구인이 제출한 증거자료 등에 의하여 판단해 보면, 피청구인이 2019. 1. 2. 현지조사로 확인하였다는 분묘 12기가 1991~1996년에 조성된 것이라면, 구 장사 등에 관한 법률[시행 2014. 8. 7.] [법률 제11998호, 2013. 8. 6., 타법개정] 부칙<법률제799호, 1961.12.5.> 제3조, 부칙<법률제8489호, 2007.5.25.> 제9조, 부칙<법률제13108호, 2015.1.28.> 제7조에 근거하여 허가를 받아야 하나 허가받지 아니하고 설치한 묘지에 해당하여 그 연고자 또는 설치·조성자에게 묘지이전명령 처분이 가능하다고 할 것이다. 그러나 피청구인의 행정처분을 살펴보면, 그 과정에서 2019. 1. 2. 현지조사 결과에서는 이 사건 분묘를 12기라 하고 있고, 2018. 12. 13. 처분사전통지에서는 이전명령 대상을 ‘1991년부터 1996년 △△면 ☆☆리 일대에 묘 11기’로, 2019. 1. 22. 묘지이전명령 처분서에는 ‘□□군 △△면 ☆☆리 ○○○-○, ☆☆리 ○○-○에 설치한 분묘’라 기재하여 청구인이 대상 분묘, 분묘의 개수 등 처분 대상에 대하여 인지할 수 있을 정도의 특정함이 없이 이전명령을 하였다고 판단되어진다.

또한, 피청구인은 ○○○씨 △△△△파 ☆☆☆☆☆파 종종 내부의 다툼으로 발생한 민원 제기사항을 정확한 사실관계 확인 없이 처분한 것으로 지번의 분묘들이 모두 ○○○씨 △△△△파 ☆☆☆☆☆파의 것이며 현지확인결과 □□군 △△면 ☆☆리 ○○○-○번지 외 1번지에는 총 19기의 분묘와 2기의 유골함이 존재하고 있음이 확인되어, 피청구인이 이 사건 지번에 존재하는 모든 분묘에 대하여 이전명령을 한 것인지, 처분사전통지에 거론한 묘 11기를 거론한 것인지 또 피청구인이 2019. ○. ○. 현지확인시 확인한 불법묘지 12기에 대한 것인지 처분의 사유가 되는 위반사항과 처분근거 등이 구체적이지 않다고 판단되어 진다.

행정절차법 제5조에 의하면 행정청이 행하는 행정작용은 그 내용이 구체적이고 명확하여야 하며, 같은 법 제21조제1항에서 행정청은 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우에는 처분하려는 원인이 되는 사실과 처분의 내용 및 법적 근거를 당사자 등에게 통지하여야 한다고 규정하고 있어 피청구인은 처분을 함에 있어 그 내용이 구체적이고 명확해야 하며, 처분 시 처분하려는 원인이 되는 사실에 대하여 명확하게 기술하여 고지를 하였어야 함에도 불구하고 민원제기 사항에 대해 사실관계를 확인조차 하지 않은 이 사건 처분은 위법·부당하고 절차적 하자가 있다고 하지 않을 수 없다.

V. 결 론

그렇다면, 청구인의 주장이 이유가 있다고 판단되므로 청구인의 청구를 받아들이기로 하여 주문과 같이 재결한다.