

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건 2017두50690 이장불승인처분취소
원고, 상고인 원고
소송대리인 변호사 배경렬
피고, 피상고인 국립영천호국원장
원 심 판 결 대구고등법원 2017. 6. 9. 선고 2016누6703 판결
판 결 선 고 2017. 9. 26.

주 문

상고를 기각한다.

상고비용은 원고가 부담한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 가. 「국립묘지의 설치 및 운영에 관한 법률」(이하 '국립묘지법'이라고 한다) 제7조 제2항은 "국립묘지에 매장되거나 안치된 사람의 시신이나 유골(이하 '매장 유골'이라고 한다)은 그 유족이 원하는 경우에는 국립묘지 외의 장소에 이장한다. 다만, 이장

후에는 국립묘지에 다시 안장할 수 없다."라고 규정하고 있다. 위 규정에 따른 이장(移葬)은 유족이나 관계 기관의 장이 관할 행정청에 신청하여야 하고, 그 신청 절차 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 되어 있다(법 제11조 제1항, 제2항).

그 위임에 따른 「국립묘지의 설치 및 운영에 관한 법률 시행령」에 의하면, 유족 또는 관계기관의 장은 총리령으로 정하는 바에 따라 안장 등의 신청서를 제출하여야 하고(제12조 제1항), 그 밖에 안장 등의 신청에 관하여 필요한 사항은 총리령으로 정하도록 하였다(같은 조 제4항). 이에 따라 「국립묘지의 설치 및 운영에 관한 법률 시행규칙」(이하 '법 시행규칙'이라고 한다) 제3조 제1항은 안장 등 신청서에 첨부하여야 할 서류로서 사망진단서(제1호) 및 안장대상자의 유형에 따라 전사증명서(제2호)나 공적 자료(제3호) 등을 정하고 있는데, 특히 '국립묘지에서 국립묘지 외의 장소로 이장하는 경우'에는 "① 가족관계기록사항에 관한 증명서 또는 제적등본, ② 이유소명서 및 ③ 그 밖에 국립묘지관리소장이 필요하다고 인정하는 서류"를 규정하고 있다(제6호).

나. 이처럼 국립묘지법령은 안장대상자를 국립묘지에 안장하거나 또는 이미 안장된 유골 등을 다른 곳으로 이장하려는 경우 그 유족의 의사를 반영하도록 하면서도 유족의 범위를 명확히 정하지 않고 있다. 그러나 다른 한편, 국립묘지법이 '안장대상심의 위원회가 국립묘지의 영예성(榮譽性)을 훼손한다고 인정한 사람'은 국립묘지 안장 대상에서 제외하는 등으로 충의정신 선양 등의 입법목적에 추구하고 있고(제1조, 제5조 제4항 제5호), 법 시행규칙 제3조 제1항은 다른 경우와 달리 매장 유골을 '국립묘지 외의 장소로 이장하려는 경우'에는 국립묘지관리소장이 필요하다고 인정하는 서류를 함께 제출하도록 하여, 관리소장에게 이장 신청의 적정성을 심사할 수 있는 재량을 부여하고 있다.

특히 국립묘지에 안장된 사람의 배우자는 본인이나 유족의 희망에 따라 합장할 수 있는데(법 제5조 제3항), 일단 이장이 이루어진 뒤에는 망인을 다시 국립묘지에 안장할 수 없게 되고(법 제7조 제2항 단서), 그에 따라 국립묘지에 합장될 수 있는 망인의 배우자 역시 장래에 국립묘지에 합장될 가능성이 없어지게 되며, 그 밖의 망인의 유족들 역시 망인을 계속적으로 국립묘지에 안치시키는 데 대한 이해관계가 있게 된다. 따라서 이러한 유족들 사이에 이장 여부를 둘러싼 다툼이 있어 각각 상충되는 요구를 할 경우 국립묘지의 적정한 운영에 장애가 생길 수 있으므로, 유족 중 일부가 국립묘지 외의 장소로 이장하겠다는 신청을 한 경우, 국립묘지를 관리하는 행정청으로서 망인의 배우자뿐만 아니라 국립묘지의 적정한 운영과 영예성 유지라는 입법목적에 부합하는 범위 내의 '유족들'로부터 동의가 있는지 여부를 심사하여, 그들 모두의 동의가 없다면 이장 신청을 거부할 수 있다고 봄이 타당하다. 여기서 배우자 이외 '유족'의 범위에 관하여는, 국가유공자의 유족 또는 가족의 범위를 규정한 「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률」 제5조 제1항을 그 원칙적 판단기준으로 고려할 수 있다.

2. 원심은 제1심판결 이유를 인용하여 다음과 같은 사실을 인정하였다.

가. 국립묘지인 국립영천호국원의 관리·운영자인 피고는 국립묘지에서 국립묘지 외의 장소로의 이장신청이 있는 경우, 이장을 신청한 유족에게 가족관계기록사항에 관한 증명서 또는 제적등본, 이유소명서 외에 '유족(망인의 배우자와 자녀를 가리킨다)들의 동의서'를 제출하도록 하고 있다.

나. 원고는 국립영천호국원에 안장된 망인의 장남으로서, 망인의 시신·유골을 국립묘지 외의 장소로 이장하겠다고 신청하였으나, 피고는 망인의 생존 배우자와 나머지 자녀 2명의 동의서가 제출되지 않았음을 들어 그 이장 신청을 불승인하였다.

원심은 이러한 사실관계를 토대로, 망인의 유골이 국립영천호국원에 안장됨으로써 이에 대한 수호 및 관리권이 피고에게 이전되었고, 법 제7조 제2항 본문에 따라 유족이 원하는 경우 망인의 유골을 국립묘지 외의 장소로 이장할 수 있는데, 원고가 다른 유족인 망인의 배우자와 다른 자녀들의 동의를 받지 못하였으므로, 원고의 이장신청을 불승인한 피고의 처분이 적법하다고 판단하였다.

3. 원심 판결이유를 앞에서 본 법리에 비추어 보면, 위와 같은 원심의 판단은 정당하고, 거기에 이장에 관한 국립묘지법 제7조 제2항의 해석·적용에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.

한편 피상속인 자신의 유체·유골 역시 제사용 재산에 준하여 그 제사주재자에게 승계되고, 제사주재자는 우선적으로 망인의 공동상속인들 사이의 협의에 의해 정하되, 협의가 이루어지지 않는 경우에는 제사주재자의 지위를 유지할 수 없는 특별한 사정이 있지 않은 한 망인의 장남이 제사주재자가 된다고 한 대법원 2008. 11. 20. 선고 2007다27670 전원합의체 판결은 사법(私法)상 공동상속인들 사이에서 망인의 유체·유골 등을 승계할 자를 정하는 법리를 선언한 것으로서 사안을 달리하고, 공법(公法)인 국립묘지법에 의하여 매장 유골의 관리·수호권을 취득한 국립묘지관리소장에 대한 관계에서 곧바로 원용될 수는 없다.

4. 그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 패소자가 부담하도록 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 김재형

대법관 박보영

주 심 대법관 김창석

대법관 이기택