

강원대학교 비교법학연구소 『강원법학』
제50권, (2017. 2) 461-496쪽.
Kangwon Natl. Univ. Kangwon Law Review
Vol.50, (Feb. 2017) pp.461-496.

동물장묘시설의 신설에 관한 행정규제의 쟁점 및 개선방안*

김 영 순**

<국문초록>

반려동물과 오랜 기간 동안 생활해 온 사람은 정서적 친밀감으로 인해, 반려동물의 죽음에 대해 자신의 딸이나 아들을 잃었을 때의 상실감을 가지게 된다. 따라서 사람과 동일하게 장례를 치르고자 하는 욕구가 생긴다. 인구의 고령화, 1인 가족의 증가로 인해 반려동물 시장이 급성장하고 있고, 동물장묘시설의 필요성도 점점 커지고 있다. 그런데 현재 우리나라에서 동물의 사체를 처리하는 방법은 사설(私設) 동물장묘시설을 찾지 않는다면 쓰레기봉투가 유일한 해결책이다. 그러나 현행법상 사설 동물장묘시설을 설치하는 데에는 많은 행정상 어려움이 있다. 동물보호법이나 건축법, 폐기물관리법 등의 규정이 서로 상충하거나, 각 지방자치단체의 행정업무가 통일되어 있지 않고, 수많은 반대 민원을 설득해야 하기 때문이다. 특히 동물보호법상 동물장묘업의 등록신청, 건축법상 건축물 용도변경, 폐기물처리시설 승인 등과 관련하여 행정법적 문제들이 제기되고 있다.

본 논문은 동물장묘시설 신설에 따른 현행 행정 규제의 현황을 살펴보고, 문제점에 대한 개선방안을 제시하는 것을 목표로 한다. 이에 따라 행정 규제의 쟁점을 세 가지로 나누어 각 각의 쟁점에 대한 문제점을 살펴보고, 이에 대해 몇 가지 개선방안을 제시한다. 첫째는 동물보호법상 동물장묘업 대상 동물의 범위를 확대하여 모든 반려동물이 동물장묘업이 대상이 되도록 하는 것이다. 이렇게 하면 동물장묘시설에 폐기물관리법을 적용할 여지가 더 이상 없어져, 행정규제를 일원화할 수 있

DOI: 10.18215/kwlr.2017.50..461

투고일자: 2017.02.02, 심사일자: 2017.02.13, 게재확정일자: 2017.02.14.

* 이 논문은 인하대학교의 지원에 의하여 연구되었음.

** 인하대학교 법학전문대학원 부교수, 변호사.

다. 둘째는 동물장묘업 시설기준 및 등록 거부 사유를 법률로 추가적으로 규정하는 것이다. 현재 지방자치단체의 조례에서 산발적으로 규정하고 있는 부분은 법률유보 원칙에 위반할 소지가 있으므로, 이격 거리기준이나 주민에 대한 설명의무 등 필요한 요건을 선별하여 법률로 명확히 규정할 필요가 있다. 셋째는 동물장묘시설의 건축법상 용도를 건축법령에 명시하고, 용도변경 기준과 동물장묘업 등록기준을 통일시키는 것이다. 이렇게 함으로써 행정규제를 일원화하여 동물장묘시설 신설을 장려할 수 있다.

주제어: 반려동물, 동물장묘, 동물보호법, 건축물용도변경, 폐기물

목 차

- I. 서론
- II. 동물장묘시설의 신설 및 행정규제 현황
- III. 동물장묘시설의 신설에 관한 행정규제의 쟁점
- IV. 동물장묘시설 신설을 위한 행정규제의 개선방안
- V. 결론

I. 서론

영전 사진과 납골함을 눈 앞에 두고 슬퍼하는 모습, 일 년에 한 번씩 봉안묘를 찾아 과거를 추억하는 모습 등은 산 자와 죽은 자를 기억 속에서 연결하는 의식(儀式)이다. 그런데 우리는 이미 사람이 아닌 반려(伴侶)동물이 죽은 후에도 동일한 풍경을 자주 목격하고 있다. 인생의 반려자가 사람이든 동물이든 죽은 후까지 이어지는 교감은 거의 유사하기 때문이다. 특히 사람과 반려동물의 물리적이고 감정적인 친밀감은 반려동물의 죽음에 대해 자신의 딸이나 아들을 잃었을 때의 상실감을 갖게 만들고, 사람과 동

일하게 장례를 치르고자 하는 욕구를 일으킨다.¹⁾ 그럼에도 불구하고 반려동물이 죽으면, 사체(死體)를 종량제 쓰레기봉투에 넣어서 쓰레기통에 버려야만 합법적이라면 반려동물 소유자의 심정은 어떨까. 정서적 친밀감을 나누던 동물을 쓰레기통에 넣는다는 것은 생명에 대한 불편한 느낌을 갖게 만든다. 오래 전에 마하트마 간디는 “동물을 대하는 태도를 보면 그 나라의 위대성과 도덕적 진보를 알 수 있다”고 피력한 바 있다. 그런데 우리나라에서 동물의 사체를 처리하는 방법은 사실 동물장묘(動物葬墓)시설을 찾지 않는다면 쓰레기봉투가 유일한 해결책이다. 그러나 현행법상 사실 동물장묘시설을 설치하는 데에는 많은 행정상 어려움이 있다. 동물보호법이나 건축법, 폐기물관리법 등의 규정이 서로 상충하거나, 각 지방자치단체의 행정업무가 통일되어 있지 않고, 수많은 반대 민원을 설득해야 하기 때문이다.

특히 동물보호법상 동물장묘업의 등록신청, 건축법상 건축물 용도변경, 폐기물처리시설 승인 등과 관련하여 행정법적 문제들이 제기되고 있다. 본 논문은 이런 문제들을 행정법적 측면에서 검토하고, 개선방안을 제시하는 것을 목표로 한다. 먼저 II장에서는 동물장묘시설의 현황, 동물장묘시설 신설시 이익의 충돌, 관련법의 상호비교 등을 통해 현황을 파악한다. 그리고 III장에서는 동물장묘시설의 신설에 관한 행정규제의 쟁점을 살펴본다. 행정법적 쟁점들은 주로 최근 행정심판 사례와 언론기사들을 검토하여 도출해냈다. 쟁점들은 동물장묘시설의 등록, 건축법상 건축물 용도변경, 폐기물처리시설 승인 등으로 구분하여 살펴본다. 그리고 IV장에서는 위에서 살펴본 쟁점들을 토대로 개선방안을 제시한다. 구체적으로 동물보호법상 동물장묘업 대상 동물의 확대, 동물장묘시설의 시설기준 및 등록 거부사유를 법률로 추가하여 규정, 건축법상 동물장묘시설의 건축물 용도 명시 등을 제시한다.

1) Stanley Brandes, "The meaning of american pet cemetery gravestones", *ethnology* vol.48 no.2, 2009, pp.115.

II. 동물장묘시설의 신설 및 행정규제 현황

1. 동물장묘시설의 현황

반려동물은 사람과 더불어 사는 동물이라는 뜻으로, 기존에 사용하던 애완동물이라는 말이 사람의 장난감으로 여겨진다는 반성에서 사용하기 시작하였다.²⁾ 2015년 전국 만 19세 이상 남녀 1,011명에게 조사한 결과 19%가 반려동물을 키운다고 대답하는 등,³⁾ 반려동물을 키우는 인구가 증가하면서 관련 시장 규모도 급속히 성장하고 있다.⁴⁾ 반려동물 산업은 반려동물의 생애주기별로 구분된다. 즉, 반려동물의 출생과 관련된 판매업, 동물병원 등의 의료 및 미용업, 호텔이나 카페 등의 엔터테인먼트업 등이 있다.⁵⁾ 그리고 마지막으로 동물의 사망으로 인해 필연적으로 동물사체 처리업이 생겨난다. 동물의 사체는 일반적으로 ‘폐기물’로 처리된다. 따라서 생활 폐기물로서 종량제 쓰레기 봉투에 넣어서 버리거나, 동물병원에서 죽은 경우 의료 폐기물로 처리된다. 또는 동물장묘시설에서 화장이나 건조장하는 것이 합법적인 처리방법이다. 이 외에 임의로 매장하거나 소각하거나, 무단으로 투기하는 것은 위법하다.⁶⁾

2) 1983년 오스트리아 빈에서 열린 인간과 애완동물의 관계를 주제로 하는 국제 심포지엄에서 처음으로 제안되었다. 여기서는 개, 고양이, 새 등의 애완동물을 종래의 가치성을 재인식하여 반려동물로 부르도록 제안하였고 승마용 말도 여기에 포함된다(국립축산과학원 홈페이지 ‘반려동물이란’, <http://www.nias.go.kr/companion/firstHtml.do?centerPage=infoAny>).

3) 그 중에서 개(15%)가 가장 많았고, 고양이(4%), 새(1%), 물고기(1%), 고슴도치(1%), 토끼(0.3%), 거북이(0.1%)등으로 나타났다(한국 갤럽, 2015년 반려동물 동거 현황, 동물에 대한 인식 조사, <http://www.gallup.co.kr/gallupdb/reportContent.asp?seqNo=689>).

4) 2010년 자료에 의하면 한국 반려동물 관련 시장은 4조~5조원 대에 달하는 것으로 추정되고 있다(통계청, 통계로 찾은 2014 블루슈머 6, 2014, 13쪽).

5) 이를 업종별로 나누면 판매(도소매업, 수입업, 인터넷 판매업, 사료 및 완구), 보관(병원업, 보험업, 호텔업, 미용업, 애완동물 시터), 대여(대여업, 촬영목적 등의 동물 파견업), 훈련(동물 훈련업, 출장 훈련업), 전시(동물원, 수족관, 이동 동물원, 동물 서커스, 승마)로 구분할 수 있다.

6) 무단투기, 임의 매립이나 소각을 하게 되면 폐기물관리법 제68조 제3항, 제8조에 의해 100만원 이하의 과태료에 처하고, 공공수역에 동물사체를 무단투기하면 수질 및

그러나 더불어 살던 동물이 죽었다고 해서 이를 쓰레기로 처리하는 것은 정서상 용납되기 어려운 일이다. 동물보호법에서는 반려동물의 소유자가 반려동물에 대하여 가지는 가족애 등의 정서를 고려하여 장례의 방식으로 반려동물의 사체를 처리함으로써 동물의 생명 존중 등 국민의 정서를 함양하기 위해 동물장묘업을 규정하게 되었다고 분명하게 밝히고 있다.⁷⁾ 동물장묘업에는 화장, 건조, 납골, 봉안, 장례식장 등이 포함된다. 우리 법은 매장이나 분묘를 허용하고 있지 않다. 실증연구 결과에 의하면 우리나라에서는 반려동물을 키우는 사람, 40대 이상, 종교를 가지고 있는 사람이 반려동물의 장례에 대해 긍정적인 인식을 갖고 있으며, 그 이외의 경우에도 부정적 인식이 매우 적은 것으로 나타난다.⁸⁾ 외국의 경우는 우리나라보다 더 적극적으로 이를 받아 들이고 있다. 미국에서는 1896년 뉴욕의 하츠데일 동물 묘지가 생겨난 이래 공식적으로 600여 개의 반려동물 묘지가 있으며, 연방차원보다는 주 차원에서 법제를 마련하고 있다.⁹⁾ 일본은 고령화 사회로 접어들면서 2015년에 일본의 반려동물 산업 규모가 1조4689억 엔 규모로 직전 해보다 1.3% 증가했다.¹⁰⁾ 동물사체 처리에 대해서는 동물애호 및 관리에 관한 법률상 동물취급업에서 규정하고 있지 않고, 각 지방

수생태계보전에 관한 법률 제78조 제3호 및 제15조 제1항 제2호에 의해 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에, 공유수면에 정당한 사유없이 무단투기하면 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에, 정당한 사유없이 항만에 무단투기하면 항만법 제97조 제3호 및 제22조 제1호에 의해 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처해진다.

- 7) 법제처 12-0655(2012. 12. 10.) '농림수산식품부-동물장묘업을 하기 위하여 폐기물처리업의 허가를 받아야 하는지(동물보호법 시행규칙 제37조 제1항 제4호등 관련)'.
- 8) 황규성 외4, “한국 반려동물 장례 인식에 관한 연구”, The Journal of the Convergence on Culture Technology(JCCT) 제1권 제4호, 2015, 16쪽.
- 9) 예를 들어 일리노이주의 반려동물 화장법, 뉴욕주의 반려동물 묘지 및 반려동물 화장장 운영세칙, 캘리포니아주의 보건 및 안전법 제6장의 ‘동물화장’ 규정, 버지니아주의 웨스트퍼블리싱 주해 버지니아 법규집 제57권 종교적이고 관용적인 문제들, 제3장, 묘지, 제8절 동물 묘지관련 규정이 있다(장은혜, “동물장묘업의 규제합리화를 위한 법제분석”, 한국법제연구원, 2015, 44쪽).
- 10) 2016. 6. 8.자. 노트펫 기사 '일본, 반려동물 숫자 줄어도 시장은 커져', (http://www.notepet.co.kr/news/article/article_view/?groupCode=AB100AD250&idx=5031, 2017. 2. 1. 최종방문)

자치단체의 조례 등에 의하여 규율되고 있다.¹¹⁾ 중국도 경제발전과 중산층 및 부유층의 증가에 따라 반려동물 시장이 급성장하고 있다. 등록된 반려견 수는 2740만 마리로 미국(5530만 마리), 브라질(3570만 마리)에 이어 세계 3위이며, 반려고양이 수는 5810만 마리로 미국(8060만 마리)에 이어 세계 2위이다.¹²⁾ 주로 베이징 창핑, 다싱 등의 교외에 반려동물 전용묘지가 잘 발달되어 있으며, 장례 서비스는 매장, 수목장, 박제 등 다양한 방법으로 이루어지고 있다.

반려동물 산업이 급성장함에 따라 다른 나라들은 제도적으로 장묘시설을 확충하고 있음에 반해, 우리나라의 동물장묘시설은 2017년 1월 현재 22개가 등록되어 있을 뿐이다.¹³⁾ 일본의 동물장묘시설이 520개 달하는 것과 비교하면 터무니없이 적은 숫자이다.¹⁴⁾ 2015년 말 기준으로 농림축산검역본부에 등록된 반려동물(개)은 979천 마리이지만, 등록이 의무가 아니기 때문에 실제로는 2~3배 정도일 것으로 추산된다. 이 중에서 매년 100천 마리 정도가 사망하고, 유기동물 중 18.6천마리는 자연사하고 16.4천마리는 안락사된다.¹⁵⁾ 동물장묘시설에서는 하루에 3~10건을 처리할 수 있는데, 전국의 모든 동물장묘시설을 365일 최대한으로 가동한다고 해도 80.3천건에 불과하다. 동물장묘시설이 턱없이 부족한 현실에서, 무허가 업체가 난립하여 환경문제, 소비자와의 분쟁이 자주 발생한다.¹⁶⁾

11) 15개 현의 58개 지역에서 조례 등의 형태로 동물사체 화장, 매장업 등에 관하여 규정하고 있고, 9개 시에서 조례 등으로 규정하고 있다(장은혜, 위의 논문(주 9), 70쪽 이하).

12) 2016. 5. 25.자 코트라 해외비즈니스 포털, ‘떠오르는 이색 업종, 中 펫푸드 시장 급성장’(http://tradedoctor.kotra.or.kr/bp/cn/gw/BPCNGW021M.html?BBS_ID=10&ARTICLE_ID=5037444&MENU_CD=M00001&UPPER_MENU_CD=M00002&MENU_CD2=M00006, 2017. 2. 1. 최종방문)

13) 경기도에 9곳(고양시와 구리시에 1곳, 김포시에 3곳, 광주시에 4곳), 충청남도에 4곳, 부산에 2곳, 대구, 광주광역시, 충청북도, 전라북도, 경상북도, 경상남도에 각 1곳이 있다(농림축산검역본부 홈페이지, http://www.animal.go.kr/portal_rnl/sale/funeral_list.jsp, 2017. 2. 1. 최종방문).

14) 이정임 외2, “반려동물 현황과 주요 이슈”, 경기연구원, 2015, 9쪽.

15) 2016. 5. 11. 자, 농림축산식품부, ‘반려동물 100만마리 시대’(http://www.qia.go.kr/viewwebQiaCom.do?id=39825&type=6_18_1bdsm, 2017. 2. 1. 최종방문)

최근에는 공공처리시설의 요구가 증가하면서 지방자치단체 차원에서 공설 동물장묘시설을 신설하려는 움직임을 보이고 있다.¹⁷⁾ 예를 들어 창원시는 2016. 1. 18. 반려동물 사체를 위생적·안정적으로 처리하여 감염병을 예방하고 환경오염도 방지하기 위해 공설장묘시설 조성을 추진한다고 발표하여, 지방자치단체 중에서 가장 먼저 반려동물 공공 장묘시설 설치를 추진하고 있다.¹⁸⁾ 인천에서는 부평구가 최근 시당국에 반려동물 화장장 건립을 건의했다. 인천 10개 군수구청장 협의회도 2014년부터 동물 화장시설 건립 필요성을 인천시에 제기하고 있다.¹⁹⁾ 그러나 주민의 반대 여론 등으로 인해 어느 곳이나 공설 장묘시설 설치가 쉽지만은 않아 보인다. 이런 상황에서 동물장묘시설의 신설에 대한 복잡한 인·허가 등 행정규제를 정비하여 신설을 장려할 필요가 있다.

2. 동물장묘시설을 둘러싼 이익 충돌

반려동물의 장묘에 관한 인식이 위와 같이 변화하는데도 불구하고, 동물장묘시설은 여전히 일종의 혐오시설로 인식되고 있다. 장묘시설 예정지의 인근 주민들은 혐오시설이 들어와 지역 이미지를 해치고 부동산 가격이 하

16) 전국에 약 270여개의 동물장묘업체들이 영업을 하고 있다고 추산하고 있다 (2015. 3. 2.자 상조 매거진, ‘반려동물장묘, 불법영업 기승...제도개선 필요’ http://www.sangjomagazine.com/sub_read.html?uid=1236§ion=sc4, 2017. 2. 1. 최종방문)

17) 경기도 내 반려동물 사체처리 선호도 조사에서 지자체 공공처리시설의 처리가 47.9%, 동물병원에서 처리가 20.9%, 장묘사업자에 의한 처리가 18.8%로 나타났다 (이정임 외2, 위의 논문(주 14), 16쪽).

18) 2016. 1. 18.자 연합뉴스 "반려동물도 가족처럼"...창원시 공공 장묘시설 전국 첫 추진 (<http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2016/01/18/0200000000AKR20160118115100052.HTML>, 2017. 2. 1. 최종방문) 시는 시 전체 41만5천여가구 중 18%인 7만4천 가구가 반려동물을 기르고 있는 것으로 추정하고, 10년 생존율로 적용하면 해마다 시에서 7천400마리가 죽는 것으로 파악했다.

19) 2016. 2. 16.자 조선닷컴, ‘700萬 반려동물 '마지막 배웅' 편안해진다’(http://news.chosun.com/site/data/html_dir/2016/02/06/2016020600152.html, 2017. 2. 1. 최종방문).

락할 것이라는 우려 때문에 반대하는 민원을 제기하는 것이 일반적이다.²⁰⁾ 관광산업 등으로 특화되어 있는 지역에서는 지역 이미지 때문에 관할 시도 소극적인 자세를 보이고 있다. 또한 화장시설 및 건조시설에서 발생할 수 있는 분진이나 냄새 등으로 인해 건강권을 해칠 수 있고, 상수도원이 오염될 수 있다는 주장도 강하게 제기된다. 만약 인근에 학교 등 교육시설이 있는 경우에는 학생들의 수업권과 건강권이 이슈로 등장한다. 교통 사정이 좋지 않은 지역에서는 장묘시설에 찾아오는 손님들로 인하여 교통체증이 증가할 것이라는 주장을 하기도 한다. 그런데 이와 같은 지역 주민들의 주장은 환경이익과 같은 공익적 주장도 포함되어 있기 때문에 단지 넘비 현상으로 치부하기 곤란한 측면이 있다.

한편 동물의 사체를 아무 곳에 버리거나, 소각하거나 매장하는 것은 환경오염을 유발할 수 있기 때문에 사체의 적절한 처리는 공익적 요청이기도 하다. 환경권을 침해한다는 이유로 동물장묘업을 허용하지 않는다면 오히려 환경오염을 유발하게 되는 측면이 있는 것이다. 정부에서도 신생 산업으로서 동물장묘업을 장려하고 있으므로 이를 활성화할 필요도 있다.²¹⁾

이와 더불어 동물장묘업을 하려는 사람의 영업의 자유나 재산권도 기본권으로 보호해야 할 필요가 있다. 동물장례식장이나 분향실, 화장시설의 운영 등은 영업의 자유로서 보장되어야 한다. 동물장묘업을 운영하기 위해 새로운 건물을 건축하거나, 기존 건물을 용도변경하는 것은 재산권의 행사로서 보호받아야 한다.

또 하나 고려해야 할 이익은 동물소유자의 행복추구권이다. 반려동물의 죽음은 가족의 죽음만큼 큰 상실감을 안겨 줄 수 있으므로 장묘절차를 통해 감정을 조절하고 사생활의 행복과 만족을 유지할 행복추구권이 있기 때

20) 2016. 7. 23.자 연합뉴스, '추모시설vs혐오시설' 논란 속 동물장묘업 등록 혼선 (<http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2016/07/21/0200000000AKR20160721169900061.HTML>, 2017. 2. 1. 최종방문).

21) 2016. 7. 7. 대통령이 주관한 제10차 무역투자진흥회의에서도 '반려동물 보호 및 관련 산업 발전 방안'이 논의되어 관련 법률 제정이 준비되고 있는 실정이다(2016. 7. 7.자 연합뉴스, <http://m.yna.co.kr/kr/contents/?cid=AKR20160707001400002>, 2017. 2. 1. 최종방문).

문이다.²²⁾

3. 동물장묘시설 신설에 관한 행정규제 현황

동물장묘시설의 신설과 관련된 행정규제는 동물보호법, 건축법, 폐기물관리법 등에 규정되어 있다. 동물보호법에 따르면 가정에서 반려의 목적으로 사육하는 개·고양이·토끼·페럿·기니피그·햄스터에 관련된 동물장묘업을 하려는 자는 동물보호법 시행규칙 제35조 [별표9]에서 정하는 시설과 인력을 갖추어, 관할 시장·군수·구청장에게 등록하여야 한다(동물보호법 제32조, 제33조)²³⁾. 동물장묘업이란 동물 전용 장례식장, 동물화장시설,²⁴⁾ 동물건조장,²⁵⁾ 동물 전용의 납골시설을 설치·운영하는 영업을 말한다(같은 법 시행규칙 제36조). 한편 장사 등에 관한 법률에서 “장사시설”이란 묘지·화장시설·봉안시설·자연장지 및 장례식장을 말한다. 동물의 사체는 인간과 달리 매장과 자연장(自然葬)은 허용되지 않는 것을 알 수 있다.²⁶⁾ 동물장묘시설과 묘지시설을 비교해 보면, 동물장묘시설은 동물보호법에 따라 등록을 하지만, 묘지설치는 장사 등에 관한 법률에 따라 허가를 받아야 한다. 묘지

22) 일본에서 반려동물 장묘에 관한 연구 중에 나타난 인터뷰 내용을 보면 반려동물 소유자의 심정이 적절히 표현되어 있다. 동물 묘지가 있는 사원을 찾아 온 어느 70대의 여성은 “20년 전에 처음으로 이 사원에 왔고 그 후에 일 년에 세 번 정도 찾아온다. 오늘은 13년 전에 기르던 고양이가 죽은 날이다. 내가 죽으면 이 묘지를 팔아, 죽은 고양이들을 위한 영구적인 추모에 돈을 지급할 것이다”로 말하고 있다 (Elizabeth Kenney, "Pet funerals and animal graves in Japan", *Mortality-Promoting the interdisciplinary study of death and dying*, 2011, pp.55).

23) 동물장묘업을 하려는 자는 영업 등록 신청서에 인력 현황, 영업장의 시설 내역 및 배치도, 사업계획서, 시설기준을 갖추었음을 증명하는 서류, 동물사체에 대한 처리 후 잔재에 대한 처리계획서를 첨부하여 관할 시장·군수·구청장에게 제출하여야 한다(동물보호법 시행규칙 제37조).

24) 동물의 사체 또는 유골을 불에 태우는 방법으로 처리하는 시설

25) 건조·멸균분쇄의 방법으로 처리하는 시설

26) "매장"이란 시신(임신 4개월 이후에 죽은 태아를 포함한다. 이하 같다)이나 유골을 땅에 묻어 장사(葬事)하는 것을 말하고, "자연장(自然葬)"이란 화장한 유골의 골분(骨粉)을 수목·화초·잔디 등의 밑이나 주변에 묻어 장사하는 것을 말한다(장사 등에 관한 법률 제2조).

설치 허가에 대해 법원은 사설묘지 설치허가 신청 대상지가 관련 법령에 명시적으로 설치제한지역으로 규정되어 있지 않더라도 환경오염 내지 지역 주민들의 보건위생상의 위해 등을 예방하거나 국토의 효율적 이용 및 공공 복리의 증진을 도모하는 등 중대한 공익상 필요가 있다고 인정할 때에는 그 허가를 거부할 수 있는 재량이 있다.²⁷⁾ 한편 장사 등에 관한 법률에서는 사설화장시설 또는 사설봉안시설, 장례식장을 설치·운영하려는 경우에는 관할하는 시장·군수·구청장에게 신고하여야 한다(제15조, 제29조). 이 때 신고는 행정법상 수리가 필요한 신고로 해석된다.²⁸⁾

동물장묘시설을 동물보호법상 요건을 갖추어 등록하는 것과 별도로, 기존의 건물을 동물장묘시설로 사용하려면 건축법상 건축물 용도변경신고를 하여야 한다. 또는 동물장묘업을 할 목적으로 건축하는 경우 건축허가를 받아야 한다. 관련 법령의 취지나 목적, 요건 등이 다르기 때문에 각 각 인·허가를 받아야 하는 것이다.

동물장묘시설과 관련하여 또 하나 검토해야 할 법률이 폐기물관리법이다. 기존에는 반려동물 사체가 폐기물관리법상 폐기물로 분류되어 동물장묘시설이 폐기물처리시설 기준을 준수하여야 했다. 그러나 이런 규제가 과도하다는 지적과 동거한 반려동물이 죽은 이후에 폐기물로 처리된다는 것에 대한 반감이 일었다. 이로 인해 2015. 1. 20. 폐기물관리법을 개정하여 동물보호법에 따른 동물장묘시설에서 처리되는 동물의 사체는 폐기물로 보지 않는다고 하여 제도적으로 완화하게 되었다. 그러나 배출가스 관리·시설 점검 등 주요 요소는 기존 폐기물관리법 기준을 준용하였다. 동물건조장은 정기검사 주기를 반기 1회로 완화하고, 동물화장로도 동물사체(유기물)만을 처리하는 특성을 고려하여 다이옥신 검사를 제외하는 등 검사항목

27) 대법원 2008. 4. 10. 선고 2007두6106 판결.

28) 왜냐하면 행정청은 관련 법령상의 요건 충족 여부, 입법 취지, 해당 법령의 보호법익, 법령상 추상적으로 규정된 안전성이나 공익성예의 적합 여부 판단, 실제법상의 권리관계와의 일치 여부 등을 사인이 제출한 신고서류뿐 아니라 행정청이 보유한 정보를 활용하거나 실사(현장방문이나 감정 등) 등을 통하여 심사하여 수리 여부를 판단하기 때문이다(한국법제연구원, “신고제도 합리화를 위한 법령정비 방안”, 법제처 연구용역 보고서, 2016, 557쪽).

도 조정하였다. 다만 동물보호법에 따른 동물이 아닌 동물의 사체는 기존과 같이 폐기물관리법에 따른 폐기물의 예에 따른다.

III. 동물장묘시설의 신설에 관한 행정규제의 쟁점

1. 동물장묘업 등록의 법적성격

A는 장례식장, 동물건조장, 납골시설 설치를 내용으로 한 동물장묘업 등록신청을 하였고, 동물건조장시설에 대해서 한국산업기술시험원으로부터 운영에 적합하다는 실험 결과까지 받았다. 관할시청의 민원실무심의회 결과 등록신청에는 하수도법, 문화재보호법, 건축법 등의 위반 사항은 없었다. 다만, 등록신청지 반경 500미터에 다른 가족추모공원이, 반경 2킬로미터 내에 4개의 묘지와 추모공원단지가, 반경 500미터 내지 1킬로미터 내에 마을회관 및 아파트 500여세대가 있었다. 이 곳 거주자들은 거세게 반대 민원을 제기하였다. A는 하수도원인자부담금이나 소음진동규제법 및 대기환경보전법상 소각로 용적 에너지 열량 등 세부사항 제출, 수도법상 급수공사 승인 등의 모든 시정요구 사항을 충족하였다. 그러나 행정청은 도로와 접하고 있어 혐오감을 주고, 차량의 통행과 납골시설 방문객의 수를 감안할 때 협소한 주차시설로 인한 안전사고 위험성, 지역이미지와 쾌적성이 훼손되고 지역주민 1,500여명의 집단민원 등을 이유로 등록을 반려하였다.²⁹⁾ 이 사건에서는 동물보호법상 등록에 필요한 요건을 모두 갖추었는지 여부, 요건을 갖춘 후에도 행정청이 다른 사유로 등록을 거부할 수 있는 재량이 있는지가 문제되었다.

1) 등록요건 및 등록거부 사유 존부

동물장묘업 등록 시설기준을 정하고 있는 동물보호법 시행규칙 제35조

²⁹⁾ 경기도 행심 2016-1145

[별표9]에 따라 장례식장은 분향실을 갖추고, 납골시설은 유골을 개별적으로 확인할 수 있는 표지판을 붙여야 한다. 화장시설 및 건조장시설에 대해서는 완전연소, 다른 시설과 격리, 냉동시설, 대기환경보전법 제16조에 따른 배출허용기준 등 환경 관계법령에 따른 기준에 적합해야 한다. 다만, 위 [별표 9]의 마목에서 시장 등은 위에서 정한 사항 외에 해당 지역의 특성을 고려한 기준을 별도로 정할 수 있다고 규정하고 있다. 이를 두고 해당 지방자치단체 장이 어느 범위까지 추가적으로 기준을 정할 수 있는지가 문제된다.³⁰⁾ 예를 들어 아래의 2.의 B사안에서 행정청은 동물장묘업은 인근 주민들의 정서 및 일상생활에 끼치는 영향이 크다는 이유로 해당 지역에 대한 주민갈등 예방계획서(악취, 분진, 소음 방지 대책)를 요구하였다. 해당 사업 예정지 도로 맞은편에 요양원이 있고, 200미터 반경에는 마을회관 및 50여 세대가 거주 중이고, 사업 예정지에서 800미터 내려오면 300여 세대의 빌라촌이 있으며 여기서 500미터 더 내려오면 4,500여명이 거주하고 있었다. 행정청은 이와 같은 점과 이 지역에 납골당이 5개소에 설치되어 있는 등 지역의 특성을 고려한 것이라고 주장하였다.

그러나 마목에서 말하는 ‘해당 지역의 특성을 고려한 기준’은 다른 항목과 최소한 유사한 성질의 것이어야 한다. 다른 항목에서는 시설기준과 배출허용기준 등 환경 관계법령에 따른 기준을 제시하고 있으므로, 마목도 이와 유사한 기준이어야 할 것이다. 이렇게 해석하는 것이 상위법령의 위임 범위를 벗어나지 않는 것이다. 만약 행정청의 주장처럼 주민의 민원까지 해결하도록 요구하는 것은 사실상 등록 거부행위이다. A는 법에서 정한 등록요건을 충족한 것으로 보아야 한다.

등록요건을 검토할 때 등록거부사유에 해당하는지도 함께 검토해야 한다. 동물보호법은 동물장묘업을 등록할 수 없는 사유를 몇 가지로 열거하고 있다. 즉, 시설 및 인력 기준에 맞지 아니한 경우, 장사 등에 관한 법률 제17조에 해당하는 지역에 동물장묘시설을 설치하려는 경우이다. 이에 따라 국토의 계획 및 이용에 관한 법률상 녹지지역 중 대통령령으로 정하는 지역, 수도법상 상수원보호구역, 문화재보호법에 보호구역, 붕괴·침수 등

30) IV. 2. 부분 참조

으로 보건위생상 위해를 끼칠 우려가 있는 지역으로서 지방자치단체의 조례로 정하는 지역에는 동물장묘시설을 신설할 수 없다. 이 위임에 따라 각 지방자치단체는 장사시설의 설치 및 관리 조례를 제정하여 이를 구체화하고 있다. 대부분의 지방자치단체는 하천, 제방 등의 바닥보다 낮은 저지대, 자연재해대책법에 따라 시장 등이 지정 고시한 재해위험지역, 최근 5년 이내에 산사태·침수 등의 재해가 발생되었던 지역으로 항구적인 안전대책이 마련되지 아니한 지역, 시설설치 예정부지의 경사도가 30도 이상인 급경사 지역, 마을별 상수도 취수원으로부터 100미터 이내 지역 등을 열거하고 있다. 여기에는 거주지로부터의 이격 거리 규정은 없다.

이격 거리는 장사 등에 관한 법률 제14조 제8항 및 같은 법 시행령 제15조 [별표2]에 사설묘지의 기준에 규정되어 있다. 이에 의하면 도로법 제2조의 도로, 철도산업발전 기본법 제3조 제2호 가목의 철도의 선로, 하천법 제2조 제2호의 하천구역 또는 그 예정지역으로부터 200미터 이상 떨어진 곳, 20호 이상의 인가 밀집지역·학교 그 밖에 공중이 수시로 집합하는 시설 또는 장소로부터 300미터 이상 떨어진 곳에는 묘지를 설치할 수 없다. 또한 시행령 제18조 제1항 [별표3]에서는 사설 봉안시설(봉안묘, 봉안탑, 봉안당, 봉안담)에 대한 기준을 제시하면서, 조례에서 기준을 추가적으로 정할 수 있도록 위임하고 있다. 이에 따라 각 지방자치단체는 장사시설의 설치 및 관리 조례에서 거리 기준을 추가하고 있다. 예를 들어 “도로·철도·하천으로부터 300미터, 20호 이상의 인가가 밀집한 지역·학교 그 밖에 공중이 수시 집합하는 시설 또는 장소로부터 500미터 이상 떨어진 곳이어야 하고, 다만 토지나 지형의 상황에 따라 시야가 상당부분 차단되어 있는 경우로 시장이 인정하는 경우에는 그러하지 아니하다”고 하고 있다. 따라서 동물보호법상 주거지역으로부터 이격거리 기준 위반이나 집단민원의 미해결은 등록거부사유가 아니다.

2) 등록이 재량행위인지 기속행위인지 여부

위와 같은 내용에도 불구하고 행정청이 동물장묘업 등록신청서를 접수한 후 등록 거부처분을 하는 경우가 현실에서 자주 발생하고 있다. 시설기

준이나 거리기준 등을 충족하지 못한다는 이유도 있지만, 다수의 집단 민원이 제기되었는데 민원인과 원만히 합의하지 못하였다는 이유도 있다. 특히 동물장묘시설이 매장시설등과 같이 혐오시설로 인식되어 주민들의 반대 민원이 거세게 제기되므로, 시장 등이 민원을 무시하고 법상 요건을 충족하였다고 하여 바로 등록을 하는 것은 정치적 부담을 지게 될 것이 자명하다. 그러나 위에서 살펴 본 바와 같이 동물장묘업을 하려는 사람의 영업의 자유와 동물소유자들의 행복추구권, 동물장묘시설의 공익적 성격을 감안한다면 반대하는 민원이 거세다는 이유만으로 등록을 거부하는 것은 바람직하지 않다. 이런 현실을 감안할 때 등록의 법적성격을 기속행위로 보아야 하는지, 재량행위로 보아야 하는지는 중요하다. 만약 기속행위로 본다면 법상 요건이 충족될 때 등록을 해 주어야 하므로 동물장묘업자의 권리가 좀 더 보호될 것이다. 반면 재량행위로 본다면 행정청이 여타의 공익들-주민들의 의견을 포함한 환경이익 등-을 더 중요하게 평가하여 등록을 거부할 여지가 많아지게 된다.

대법원은 해당되는 처분이 기속행위인지 재량행위인지를 구별하는 기준으로 당해 행위의 근거가 된 법규의 체재·형식과 그 문언, 당해 행위가 속하는 행정 분야의 주된 목적과 특성, 당해 행위 자체의 개별적 성질과 유형 등을 언급하고 있다.³¹⁾ 그런데 실제로 동물장묘업 등록거부처분에 대해서는 행정심판위원회와 법원은 상반된 해석을 하고 있다. A와 같은 사안에서 행정심판위원회는 동물장묘업의 등록은 그 등록요건에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서 행정청에게 상당한 재량권이 있으므로 재량행위라고 보았다.³²⁾ 따라서 관할시장이 지역의 청정이미지에 악영향을 미치게 될 점, 관광개발에 악영향이 예상되는 점, 주민들이 등록반대 진정서를 제출한 점, 국토계획법상 보전관리지역으로서 자연환경 등을 위해 관리가 필요한 지역이라는 점을 감안하여 거부처분을 한 것은 적법하다고 보았다. 반면, 같은 사안에 대해 대구지방법원은 기속행위로 보았다.³³⁾ 판결 이유에서

31) 대법원 2001. 2. 9. 선고 98두17593 판결.

32) 행심 2014-100, 2014. 5. 26.

33) 대구지방법원 2014. 8. 20. 선고 2014구합20539 판결.

“동물장묘업 등록신청을 받은 행정청은 그 등록신청이 관계법령에서 정하는 제한에 배치되지 않고 그 신청이 법정등록 요건에 합치되는 경우에는 특별한 사정이 없으면 등록해 주어야 하고, 관계법령에서 정하는 제한사유 이외의 사유를 들어 등록을 거부할 수 없으며, 다만 심사결과 관계법령상의 제한사유 이외의 중대한 공익상 필요가 있는 경우에 한하여 그 등록을 거부할 수 있다”고 하였다. 그러나 완전한 기속행위는 아니고, ‘중대한 공익상 필요’가 있는 경우에는 거부처분을 할 수 있다는 예외를 허용하고 있다. 다만 당해 사건에서 법원은 중대한 공익상 필요가 있는지를 실제로 심사하지는 않고, 단지 관계법령인 동물보호법 및 같은 법 시행규칙에서 정하고 있는 시설 및 인력기준에 적합하고, 등록결격사유에 해당되지 않으므로 거부처분이 위법하다고 판단하였다. 지역의 청정이미지, 관광개발 등에 악영향, 주민들의 삶의 질 향상, 주민들의 민원이라는 사유가 위 법령상의 거부 사유에 해당하지 않는다고 판단한 부분은 현실적으로 큰 의미가 있다고 본다. 최근 경기도 행정심판위원회에서도 위 대구지방법원과 같이, 관계법령에서 정하는 제한사유 이외의 사유를 들어 등록을 거부할 수 없으며, 다만 심사결과 관계법령상 제한사유 이외의 중대한 공익상 필요가 있는 경우에 한하여 그 등록을 거부할 수 있다고 보았다.³⁴⁾

등록이라는 것은 원래 공적 증명의 의미로 사용되지만, 현행 행정규제에서는 인·허가와 관련하여 다양한 의미로 사용된다. 따라서 영업규제 측면에서 등록은 그 실질을 검토하여 기속행위인지 재량행위인지를 판단해야 한다. 여기서 사용된 등록은 일반적인 상대적 금지를 특정한 경우에 해제하여 적법하게 일정한 행위를 할 수 있게 하여 주는 허가과 성질이 유사하기 때문이다. 어떤 행위를 허가제로 할 지 등록제도로 할지는 영업행위가 공공의 안녕질서 또는 공익에 미치는 영향의 정도라고 보는 견해가 있다.³⁵⁾ 즉, 영향이 더 큰 영업은 요건의 구비 여부를 판단하는데 재량이 인정되는 허가영업으로 하고, 영향이 적은 영업은 재량이 거의 인정되지 않는 등록영업으로 하고 있다는 것이다. 이에 비추어 보면, 동물장묘업 등록

34) 경기도 행심 2016-564, 2016. 6. 8.

35) 박재욱, “등록제도에 관한 현행법 검토”, 월간 법제, 법제처, 1999, 2쪽.

은 인·허가 의미로 사용되고 있으므로 등록수리의 실질로 판단해야 한다. 우리 법에서는 묘지시설은 제한규정을 많이 두면서 신고 또는 허가를 받도록 하고 있는 반면, 동물장묘업은 일정한 시설기준만 갖추면 등록이 가능하도록 하고 있다. 동물장묘업 영업등록은 폐기물처리시설이나 사설묘지 등과 같이 사업계획서에 대한 사전검토 및 설치신고 후 행정청이 이에 대한 사전 검토 후 사업계획서의 적부 또는 이행통지 등의 절차가 없다. 사업을 하려는 자가 동물장묘업 등록 요건에 맞게 먼저 시설설치를 완료하고 등록신청을 하게 되어 있다. 따라서 행정청의 재량이 다른 유사 영업에 비해 상대적으로 거의 인정되지 않는 것으로 해석할 수 있다.

또한 동물보호법상 동물장묘시설 등록에 관한 법령의 체재, 문언 등을 검토하면 법령의 등록요건을 구비하고 있고, 등록거부 사유에 해당하지 않는 이상 등록을 해야 할 것으로 보인다. 등록에 대한 판례 중에 주유소 설치 등록을 반려했던 처분에 대한 취소판결을 참고로 검토할 수 있다. 대법원은 주유소 설치허가권자는 주유소 설치허가 신청이 석유사업법, 같은법 시행령, 혹은 그 시행령의 위임을 받은 시·도지사의 고시 등 관계 법규에서 정하는 어떠한 제한에 배치되지 않는 이상 당연히 같은 법령 소정의 주유소 설치허가를 하여야 하며, 공익상 필요가 없음에도 불구하고 요건을 갖춘 자에 대한 허가를 관계 법령에서 정하는 제한사유 이외의 사유를 들어 거부할 수는 없다고 하였다.³⁶⁾

현실적으로 동물장묘업 등록거부를 하는 이유를 자세히 들여다보면, 그 이면에는 동물장묘시설이 혐오시설이라는 전제 하에 환경상의 위험 및 그로 인한 주민들의 빗발치는 민원이 있다는 것을 알 수 있다. 동물장묘시설이 묘지시설과 마찬가지로 혐오시설이며 환경상의 위험을 크게 가져오는 것일까. 동물장묘시설은 묘지시설과 달리 매장이 인정되지 않고, 화장시설이나 봉안시설의 규모가 작다. 유기물의 화장이라는 점에서는 유사하지만 동물장묘시설은 애견병원이나 애견카페 등의 복합시설로 운용되는 것이 가능하기 때문에 혐오시설이라는 인식은 선입견일 수 있다. 더구나 시설설치를 완료한 후 등록신청 단계에서 동물보호법에 규정되어 있지 않은 사유를

36) 대법원 1998. 9. 25. 선고 98두7503 판결.

들어 등록신청을 반려하면 사업자에게 막대한 경제적 손실을 초래하고 예측 가능성을 해칠 수 있다. 따라서 동물장묘업의 등록을 기속행위로 해석하는 것이 타당하다.

3) ‘중대한 공익상 필요’의 해석

위 대구지방법원에서는 원칙적으로 기속행위로 해석하면서도 ‘중대한 공익상 필요’가 있는 경우에 거부처분을 할 수 있는 예외를 열어두고 있다. 판례는 주로 기속행위로 해석되는 행정행위에 있어서 환경이익이나 국토의 훼손 방지라는 공익을 더 우위에 두어야 할 경우에 중대한 공익상의 필요라는 명제로 구체적 타당성을 도모하고 있는 것으로 보인다. 건축허가에서도 같은 입장을 보이고 있는데, 이에 대해 건축물이 주변 환경이나 기타 중대한 공익에 적합하여야 한다는 것은 건축허가의 요건으로 규정되어 있지 않더라도 법치국가의 원리상 당연히 요구되는 행정법상 일반원리의 하나로서 불문법상 허가요건이라고 보는 견해가 있다.³⁷⁾ 법은 한편으로는 권리를 보장하면서, 한편으로는 권리의 남용을 허용하지 않는다. 권리 남용 금지의 법철학적 논거로 자연법 원리를 든다면 모든 권리는 내재적 한계를 갖게 된다. 이에 따르면 모든 행정규제는 법률의 규정이 없더라도 불문법상 허가요건이 충족되지 않았다고 하여 인허가를 거부할 수 있는 여지가 생길 수 있다. 이는 법치행정에 대한 심각한 위협이 될 수 있으므로 경계해야 한다고 본다. 또한 불확정한 개념을 도입하여 법관의 재량에 따라 거부처분이 정당화되는 것은 사법적극주의를 허용하는 것이 되어 타당하지 않다.

그렇다면 어떤 경우에 중대한 공익상 필요를 인정하고 있는지 살펴볼 필요가 있다. 환경이익, 지역의 이미지, 민원의 제기가 중대한 공익상 필요에 해당할 수 있을까. 행정심판에서는 주민 거주지역과 각종 교육시설과의 이격거리, 인근에 천연기념물인 수리부엉이의 서식을 중대한 공익상의 필요를 판단하는 요소로 보았다. 그리고 사실관계 판단에서 시설지역 내 반

37) 김남철, “건축허가의 법적 성질에 관한 소고”, 공법학연구 제5권 제2호, 한국비교공법학회, 2004, 427쪽.

경 300미터에는 인가가 10여 채에 불과하고 나머지 대부분이 공장 등으로 활용되고 있으며, 수리부엉이가 서식하는 야산 인근에 이미 공사가 시작되었고, 시설지역과 교육시설과의 직선거리는 650미터 정도이며 임야 등으로 인하여 육안으로 확인이 불가능하다고 보고, 중대한 공익상의 필요가 없다고 판단하였다.³⁸⁾ 동물의 사체를 임의로 소각하거나 매장하는 것을 금지하는 이유는 환경상의 공익을 저해하는 것을 막기 위한 것인데, 그렇다면 동물장묘시설에 대한 등록기준에 환경상의 공익이나 국토의 보전 개발이 고려될 수 있다. 중대한 공익상 필요가 그런 내용이라면 동물보호법상 등록요건에 환경이익에 관한 부분을 추가적 요건으로 규정하는 것이 타당하다.

2. 건축물 용도변경 허가 및 신고수리의 법적성격

B는 기존에 자신의 건물에서 중고차 매매를 하다가 동물장묘업을 영위하기 위해서, 동물 화장 소각로 설치를 위한 묘지 관련 시설로 변경하는 건축물 용도변경신고를 하였다. 이에 대해 구청장은 관계법령인 동물보호법 시설기준에 따라 용도변경신고가 적법한지를 검토하면서, 건너편에 요양원이 있고 200미터 반경에는 마을회관과 50여 세대가 거주하고 있으며 800미터 내려오면 300여 세대의 빌라촌이 있고 500미터 더 내려오면 4,500여 명이 거주하고 있어, 악취·분진 등의 환경상의 문제가 발생하고, 이미 추모공원 외 납골당이 5개소에 설치되어 있어 주민들의 반대가 심하므로 해당 지역에 대한 주민갈등 예방계획서(악취, 분진, 소음 방지 대책계획)을 B에게 요구하였다. 그런데 B가 해당 지역 주민들과 합의를 하지 못해 위 계획서를 제출하지 못하자, 구청장은 용도변경신고를 반려하였다.³⁹⁾ 이 사건에서는 동물장묘시설이 건축법상 무슨 용도인지, 용도변경신고가 행정청의 수리를 요하는 신고인지 등이 쟁점이 되었다.

1) 동물장묘시설의 건축법상 용도

38) 경기도 행심 2016-564, 2016. 6. 8.

39) 경기도 행심 2016-1543

기존의 건물을 동물장묘시설로 사용하려고 할 때 건축물 용도변경이 필요하다. 건축법상 건축물 용도변경을 할 때는 상위의 시설군에 속하는 건축물로의 용도변경은 허가대상, 하위군에 속하는 건축물로의 용도변경은 신고대상, 같은 시설군에 속하는 용도변경은 건축물대장 기재내용의 변경을 신청하면 된다. 그리고 변경하려는 용도의 건축기준에 맞아야 한다(건축법 제19조). 따라서 동물장묘시설이 어떤 시설군에 속하는 건축물인지에 따라 건축기준 및 허가 또는 신고사항인지 여부가 달라진다. 건축법에는 자동차 관련 시설군, 근린생활 시설군, 주거업무 시설군, 그 밖의 시설군으로 구분하고 있고, 건축법 시행령 제14조에서 각 시설군에 대해 좀 더 자세한 규정을 두고 있다.

그런데 열거된 시설군 중에는 동물장묘시설이 없다. 동물장묘시설과 관련된 시설로는 산업 등 시설군 중에서 묘지 관련 시설, 그 밖의 시설군 중에서 동물 및 식물 관련 시설을 들 수 있다. 같은 법 시행령 제3조의5 [별표1]에 의하면 묘지 관련 시설은 화장시설, 봉안당, 묘지와 자연장지에 부수되는 건축물이 있다. 동물 및 식물 관련 시설로는 축사, 가축시설, 도축장, 도계장, 작물재배사가 있다. 이렇듯 현행 법령의 미비가 있다 보니, 기존 시설을 동물장묘시설로 용도변경하는 신청이 들어올 때 각 지방자치단체는 서로 다른 용도로 인정하고 있다. 전국 18곳의 건축물대장상 용도를 보면 동·식물 관련 시설(6곳), 근린생활시설(5곳), 자원순환시설(4곳), 장례식장(2곳), 묘지 관련 시설(1곳) 등 제각각이다.⁴⁰⁾

묘지 관련 시설 중에 봉안당의 경우는 장사등에 관한 법률 제15조, 같은 법 시행령 18조, 장사시설의 설치 및 관리에 관한 조례 등의 적용을 받게 되므로, 이에 의한 기준을 충족해야 한다. 예를 들어 ‘고양시 장사시설의 설치 및 관리 조례’에서는 봉안시설은 도로·철도·하천으로부터 300미터, 20호 이상의 인가가 밀집한 지역·학교 그 밖에 공중이 수시 집합하는 시설 또는 장소로부터 500미터 이상 떨어진 곳에 설치하여야 한다는

40) 2016. 7. 23.자 연합뉴스, '추모시설vs혐오시설' 논란 속 동물장묘업 등록 혼선 (<http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2016/07/21/02000000000AKR20160721169900061.HTML>, 2017. 2. 1. 최종방문)

제한이 있다(제6조). 따라서 만약 지방자치단체에서 동물장묘시설을 묘지 관련 시설로 본다면 위 이격 거리기준 등의 요건을 추가로 요구할 것이고, 동물 및 식물 관련시설로 본다면 이격 거리기준 등의 요건은 필요없다. 용도변경신청이 승인 또는 거부될 수도 있기 때문에, 동물장묘시설이 건축법상 어떤 용도에 해당하는지는 매우 중요한 문제이다. 국토교통부는 법령상의 용도 분류에 명시되지 아니한 새로운 업태 등의 용도분류는 해당 건축물의 구조, 이용목적, 형태 및 관계법령 등을 종합적으로 고려하여 위 시행령 별표에서 규정하고 있는 용도와 가장 유사한 용도로 분류하여야 한다는 해석 기준을 제시하고 있다.⁴¹⁾ 특히 동물장묘업 등록시 신청업종을 장례식장, 화장시설, 동물건조장시설, 납골시설로 선택하여 신청하므로 별표 제26호의 묘지관련시설(화장시설 또는 봉안당시설) 또는 28호의 장례식장에 해당하는 것으로 본다는 유권해석을 한 바 있다. 법제처의 유권해석처럼 묘지 관련 시설로 본다면, 장사 등에 관한 법령 및 관련 조례상의 설치기준 및 거리기준 등을 모두 충족해야 하므로 동물장묘시설의 설치가 훨씬 어려워진다.

2) 용도변경신고 수리의 법적 성격

한편으로 B사건의 경우처럼 동물장묘업을 하려는 자가 건축물 용도변경을 신청했을 때, 시설기준이나 거리기준 또는 민원을 이유로 거부처분을 받는 경우가 있다. 이 때 용도변경신고가 수리를 요하는 행위인지가 문제된다. 일반적으로 사인(私人)에 의한 신고는 신고 자체로 법적 효과가 발생하는 자기완결적 신고와 행정청의 수리로 법적 효과가 발생하는 수리를 요하는 신고로 구분하다. 양자를 구분하는 기준으로 형식적 심사만을 하는 경우에 자기완결적 신고이고, 실질적 심사까지 하는 경우는 수리를 요하는 신고라고 보는 것이 전통적인 견해이다. 따라서 자기완결적 신고는 처분성이 없다는 것이 종래의 견해인데, 판례는 오히려 자기완결적 신고로 보이는 경우에도 처분성을 인정하고 있다.⁴²⁾ 예를 들어 건물 소유자의 용도변

41) 국토교통부 건축과-43515(2015. 12. 18)호

경신청을 반려하는 것은 국민의 권리의무에 영향을 미치는 행정처분에 해당한다. 대법원은 건축물의 용도변경신고가 변경하고자 하는 용도의 건축기준에 적합한 이상 행정청으로서 관계 법령이 정하지 않은 다른 사유를 내세워 그 용도변경신고의 수리를 거부할 수 없다고 보고 있다.⁴³⁾ 이는 건축허가를 기속행위로 보는 판례와 그 맥을 같이 하는 것으로 볼 수 있다. 건축은 개인의 소유권 행사로서 헌법상 보장된 재산권의 행사이다. 그러나 무조건 건축을 허용한다면 공중에 위험이 발생할 수도 있으므로 일정한 기준을 충족하는 경우에 이를 허용해 주게 된다. 따라서 건축 신고나 허가는 개인의 권리를 다시금 회복시켜 주는 것이므로 강학상 허가로서 기속행위에 해당한다.⁴⁴⁾ 같은 맥락에서 건축물의 용도를 다른 용도로 변경할 때에도 변경 신청한 용도 기준을 충족한다면 용도변경을 허가해 주어야 한다.

따라서 B사건에서 변경되는 용도는 동물장묘시설로서 동물보호법상 시설 등록 기준 충족 여부를 판단하여야 한다. 특히 관련 조례가 없거나 건축용도를 묘지 관련 시설로 보지 않는 지방자치단체라면 이격 거리 기준으로는 용도변경허가를 거부할 수 없을 것이다.

3) 동물장묘업의 등록과 건축법의 관계

C는 필요서류를 갖추어 동물장묘업 등록신청을 하였으나, 관할 시장은 기존의 공장 건물을 건축법 제19조에 따른 건축물 용도변경절차-묘지관련 시설로 변경하는 절차-를 사전에 이행하라는 요구를 하였다. C는 이를 이행하기 위한 시간이 촉박했던 관계로 정해진 기한 내에 이행하지 못하였다. 그러자 관할 시장은 등록 신청을 반려해버리고 말았다. 이 사건에서는 건축물 용도변경이 동물장묘업 등록의 선행 조건인지가 문제되었다.

42) 박해식, “주민등록 전입신고 수리 여부에 대한 심사범위와 대상”, 행정판례연구 15-2, 박영사, 2010, 238쪽.

43) 대법원 2007. 6. 1. 선고 2005두17201 판결; 대법원 2000. 2. 25. 선고 97누6414 판결.

44) 대법원 2003. 4. 25. 선고 2002두3201 판결, 김남철, 위의 논문.

건축법은 건축물의 용도와 규모에 따라 법 적용을 달리하기 때문에 건축물의 용도가 달라지면 그 적용기준 또한 달라진다. 일반적으로 용도지역·지구 안에서 허용되는 용도인지의 여부, 주차대수, 정화조, 건축물 하중 기준, 학교보건법 등 관련 법령의 기준 등을 충족하여야 한다. 건축물 용도변경은 사용검사 후에 언제든지 가능하다. 따라서 동물장묘업 등록신청 전후에 모두 가능하다. 그런데 용도변경을 하여야만 동물장묘시설로 사용할 수 있기 때문에 위 사안에서 행정청은 사전에 용도변경절차를 완료하라고 요구한 것이다. 그러나 이에 대해 행정심판에서는 동물장묘업 등록신청은 그 등록신청이 관계법령에서 정하는 제한에 배치되지 않고 그 신청이 법정 등록 요건에 합치되는 경우에는 등록해주어야 하며, 관계법령상의 제한 이외의 중대한 공익상 필요가 있는 경우에 한하여 등록을 거부할 수 있다고 해석하였다. 그리고 관계법령인 동물보호법상의 법정요건은 동물보호법 시행규칙 제37조 [별표9]에 따라 판단해야 하고, 건축법 제19조에 따른 용도변경절차는 법정요건이 아니라고 보았다.⁴⁵⁾

행정심판에서 위 반려처분이 위법하다고 하여 취소하자, 행정청은 법령에서 정한 시설기준 위반·화장시설이 격리되어 있지 않음-을 이유로 2차로 반려하였다. 반려 사유 중에는 실질적으로 150미터 거리에 택지개발지구 예정지가 있었고, C가 인접한 주민들에게 설명회 등을 개최하지 않고 동물장묘업 계획을 의도적으로 은폐하였다는 점도 고려되었다.⁴⁶⁾

문제는 2차 반려처분이 재결의 기속력에 반하는 것인지 여부이다. 행정심판의 재결은 피청구인과 관계 행정청을 기속한다(행정심판법 제49조 제1항). 그러나 거부처분의 재결에서 판단된 사유와 기본적 사실관계의 동일성이 없는 사유라면 ‘새로운 사유’에 해당하므로, 다시 거부처분을 하여도 위법하지 않다. 더 나아가 처분 당시에 이미 존재하고 있던 사유로써 당사자도 그 사실을 알고 있었다고 하더라도, 당초 처분사유와 동일성이 인정되지 않을 수 있다.⁴⁷⁾ C사건에서 1차 반려 사유는 “청구인이 건축물 용

45) 경기도 행심 2016-564, 2016. 6. 8.

46) 경기도 행심 2016-1337

47) 대법원 2011. 10. 27. 선고 2011두14401 판결.

도변경 절차 등의 보완요구를 이행하지 않았다”는 것이었고, 행정심판에서 처분이 취소된 후에 2차 반려 사유는 “화장로는 동물의 사체 또는 유골을 완전 연소시킬 수 있는 구조물이어야 하고 다른 시설과 격리되어야 한다”는 것이었다. 행정청은 기본적 사실관계에 동일성이 없으므로 재결의 기속력에 위반하지 않는다고 주장하였다. 기본적 사실관계의 동일성 범위를 판례처럼 좁게 인정하게 되면 당사자의 입장에서는 거부처분이 취소되어도 큰 의미가 없다.⁴⁸⁾ 등록 요건(적극 요건 또는 소극 요건)마다 기본적 사실관계가 다르다고 보는 것은 당사자에게 지나치게 가혹하다. 행정청은 등록신청서를 접수한 후 적극 요건 및 소극 요건(불수리 요건) 등을 모두 검토하여 수리 여부를 결정하는 것이 일반적이다. 따라서 C의 경우에는 기본적 사실관계가 동일하므로 2차 반려처분은 재결의 기속력에 반하는 처분이라고 보는 것이 타당하다.

3. 폐기물처리시설과의 관계

반려동물의 사체는 일반적으로 폐기물로 간주된다. 폐기물관리법 제2조 제1호에서 폐기물을 정의하고 있는데, 이에 따르면 ‘폐기물이란 쓰레기, 연소재(燃燒滓), 오니(汚泥), 폐유(廢油), 폐산(廢酸), 폐알칼리 및 동물의 사체(死體) 등으로서 사람의 생활이나 사업활동에 필요하지 아니하게 된 물질’을 말한다. 그런데 같은 법 제3조에서는 동물보호법 제32조 제1항에 따른 동물장묘업의 등록을 한 자가 설치·운영하는 동물장묘시설에서 처리되는 동물의 사체는 예외가 된다고 규정하고 있다. 따라서 동물보호법상 개·고양이·토끼·페럿·기니피그·햄스터는 동물장묘업의 대상이 되고, 이 동

48) 판례는 “기본적 사실관계의 동일성 유무는 처분사유를 법률적으로 평가하기 이전의 구체적인 사실에 착안하여 그 기초인 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일한지 여부에 따라 결정되며 이와 같이 기본적 사실관계와 동일성이 인정되지 않는 별개의 사실을 들어 처분사유로 주장하는 것이 허용되지 않는다고 해석하는 이유는 행정처분의 상대방의 방어권을 보장함으로써 실질적 법치주의를 구현하고 행정처분의 상대방에 대한 신뢰를 보호하고자 함에 그 취지가 있다”고 본다(대법원 2007. 10. 11. 선고 2007두9365 판결).

물들의 사체는 폐기물관리법이 아닌 동물보호법의 적용을 받게 된다.⁴⁹⁾ 그러나 동물보호법에서 동물장묘업의 대상 동물을 한정적으로 열거하고 있기 때문에 열거된 동물 이외의 동물의 사체는 여전히 폐기물로 분류되고, 이를 처분하려는 업체는 폐기물관리법의 적용을 받게 된다. 따라서 현행법 하에서 처리하는 동물의 종류에 따라 동물보호법 또는 폐기물관리법의 적용을 받게 된다.

1) 폐기물처리업 허가와 동물장묘업 등록

폐기물처리업-폐기물의 수집·운반, 재활용 또는 처분업-을 하려는 자는 폐기물처리 사업계획서를 시·도지사에게 제출하여야 한다(폐기물관리법 제25조). 시·도지사는 사업계획서를 검토한 후 적정통보를 하게 된다. 검토사항은 폐기물처리업 허가를 받으려는 자가 결격사유가 있는지, 시설의 입지 등이 다른 법률에 저촉되는지, 시설·장비와 기술능력이 허가기준에 맞는지, 폐기물처리시설의 설치·운영으로 수도법 제7조에 따른 상수원보호 구역의 수질이 악화되거나 환경정책기본법 제12조에 따른 환경기준의 유지가 곤란하게 되는 등 사람의 건강이나 주변 환경에 영향을 미치는지 여부이다. 위의 적합통보를 받은 자는 그 통보를 받은 날부터 2년(폐기물처리업 중 소각시설과 매립시설의 설치가 필요한 경우에는 3년) 이내에 환경부령으로 정하는 기준에 따른 시설·장비 및 기술능력을 갖추어 업종, 영업대상 폐기물 및 처리분야별로 시·도지사의 허가를 받아야 한다. 폐기물처리업의 적정통보나 허가, 변경허가는 모두 재량행위이다.⁵⁰⁾ 이는 폐기물의 원활하고 적정한 처리, 수질오염으로 인한 인근 주민들의 생활환경 보호라는 공익을 실현하기 위한 행정의 합목적성을 강조한 것이다.

49) 2015. 1. 20. 개정되기 전에 법제처는 동물장묘업의 등록을 위해 별도의 폐기물처리업의 허가를 받을 필요가 없다고 하여 동물보호법상 등록동물은 폐기물관리법의 적용대상에서 제외된다는 유권해석을 한 바 있다.(법제처 12-0655, 농림수산부-동물장묘업을 허가하기 위하여 폐기물처리업의 허가를 받아야 하는지(동물보호법 시행규칙 제37조 제1항 제4호 등 관련))

50) 대법원 2011. 11. 10. 선고 2011두12283 판결; 대법원 2005. 4. 28. 선고 2004두8828 판결; 서울행정법원 2004. 3. 5. 선고 2003구합19593 판결.

기존의 법제처 유권해석 중에는 동물장묘업을 하려는 자가 동물보호법상 동물장묘업 등록을 하기 위하여 폐기물관리법에 따른 폐기물처리업의 허가를 받아야 하는지가 문제된 적이 있다. 이에 대해 법제처는 별도로 폐기물처리업의 허가를 받을 필요가 없다고 유권해석하였다.⁵¹⁾ 그 이유는 동물보호법령이 필요한 시설 및 인력기준을 구체적으로 정하는 등 완결된 규정을 두어 동물장묘업을 독자적인 영업으로 보고 있으며, 반려동물의 소유자로부터 의뢰가 있을 때에만 수시로 화장시설을 가동하기 때문에 영업 대상 동물의 중량과 처리 빈도에 비추어 폐기물처리업을 하기 위한 대용량의 시설을 갖추는 필요가 없다는 것이다. 만일 동물장묘업을 하기 위하여 폐기물처리업의 허가를 받아야 한다면 사실상 동물장묘업의 등록을 막는 결과가 초래될 것이다. 유권해석 이후에 폐기물관리법은 동물장묘업의 영업대상을 폐기물관리법의 적용범위에서 제외하는 것으로 개정되었다.

2) 폐기물처리시설 승인 및 신고와 동물장묘업 등록

한편 폐기물처리업의 허가를 받았거나 받으려는 자 외의 자가 폐기물처리시설을 설치하려면 환경부장관의 승인을 받아야 하고, 환경부령이 정하는 소규모 폐기물처리시설을 설치하려면 환경부장관에게 신고만 하면 된다(폐기물관리법 제29조 제2항). 문제는 동물장묘업을 운영하려는 자가 동물사체를 처리하기 위하여 폐기물관리법 시행규칙상 필요한 서류를 구비하여 행정청에 폐기물처리시설 신고를 하였는데, 행정청에서 법에 규정되어 있지 않은 다른 이유로 이를 반려하는 경우이다. 예를 들어 행정청에서 주민의견청취 결과 폐기물처분시설 설치 운영시 대기오염물질 증가로 주변 환경에 미치는 영향이 클 것으로 예상되어 공익상 입지제한이 필요하다는 이유로 반려 처분을 하는 경우이다. 법원은 입법연혁상 규제를 완화하기 위해 일정한 규모 이하에 대해서는 신고만 하도록 개정된 점, 신고를 받으면 신고증명서를 신고인에게 내 주어야 하는 점 등을 들어 시행규칙에서 정한 요건을 갖춘 적법한 신고인 이상 이를 수리하여야 하고 이와 무관한 사유

51) 법제처 12-0655, 2012. 12. 10. 농림수산물부-동물장묘업을 하기 위하여 폐기물처리업의 허가를 받아야 하는지(동물보호법 시행규칙 제37조 제1항 제4호등 관련).

를 들어 반려처분은 하는 것은 위법하다고 판단하였다.⁵²⁾ 헌법재판소에서 도 폐기물처리시설의 신고의무는 원칙적 승인 의무에 대한 예외로서 신고 의무로 그 규제가 완화된 것이며, 관계 행정청이 신고증명서를 의무적으로 발급해야 한다고 보았다⁵³⁾ 동물장묘시설이라고 하더라도 폐기물처리시설 승인 및 신고는 기속행위로 해석해야 한다.

한편 폐기물설치시설의 승인을 받았더라도 건축을 하려면 건축허가를 받아야 한다. 행정청은 주변지역의 환경적 피해발생, 전원주택 밀집지역으로 주거환경 악화, 산업단지에 기업유치 지장, 주민정서에 부합하지 않는다는 이유 등으로 동물장례식장 허가를 불허하는 경우가 있다. 그러나 행정심판에서는 동물장례식장의 소각시설은 상대적으로 소각 규모가 소량이며 이미 동물보호법 시행규칙 제37조 제1항 및 폐기물관리법 제29조 제2항에 따라 폐기물처리시설 설치승인서 또는 설치신고증명서를 구비하도록 하여 반려동물 사체처리 과정에서 대기환경오염 방지가 가능하므로 이 사건 건축으로 인해 주변인들에게 환경적 피해나 영업에 지장을 줄 특별한 사정이 없다고 보았다. 또한 인근 주민들의 반대는 관계법령에서 정하는 제한사유가 아니므로 그 자체만으로 허가를 거부할 수 없다고 하여 건축 불허가처분은 위법하다고 보았다.⁵⁴⁾

IV. 동물장묘시설 신설을 위한 행정규제의 개선방안

1. 동물보호법상 동물장묘업 대상 동물의 확대

현행법 하에서 동물장묘업은 동물의 종류에 따라 동물보호법의 적용을 받거나, 폐기물관리법의 적용을 받는다. 이는 동물보호법상 대상 동물을 개·고양이·토끼·페럿·기니피그·햄스터로 제한하고 있기 때문이다. 이를 예시

52) 수원지방법원 2015. 8. 11. 선고 2015구합60939 판결.

53) 헌법재판소 2014. 7. 24. 자 2012헌바437 결정.

54) 경기도 행심 2014-371

적으로 해석할 수 있다면 문제가 없겠지만, 동물보호법의 동물은 열거적으로 해석해야 한다. 이런 이원적인 구조가 당위성이나 논리적 합리성이 있는지 의문이다. 크기에 따른 구분도 아니고, 지능에 따른 구분도 아니다. 단지 사람들이 많이 기르고 있는 대중적인 동물일 뿐이다.

외국의 사례를 살펴보면, 미국의 버지니아주와 뉴욕주에서는 반려동물을 인간과 친밀한 관계를 맺으며 살 수 있도록 적응하고 길들여진 개, 고양이, 토끼, 햄스터, 어류, 조류, 거북이, 도마뱀, 개구리, 등 모든 애완동물이라고 정의하고 있고, 일리노이주의 반려동물화장법상 반려동물은 숨진 당시 반려 주인과 반려 또는 유대관계를 갖고 있던 숨진 동물이라고 포괄적으로 정의하고 있다.⁵⁵⁾ 일본은 동물 애호 및 관리에 관한 법률 제10조에서 동물취급업의 대상이 되는 동물은 포유류, 조류 또는 파충류에 한한다고 하여, 역시 우리나라보다 넓게 규정하고 있다.

동물보호법에서 말하는 반려동물은 인간과의 교감, 유대관계를 중요시한다. 따라서 굳이 동물의 종류를 한정할 필요가 없고, 모든 동물을 동물보호법의 대상으로 하는 것이 타당하다. 이렇게 하면 동물장묘업의 대상이 모든 반려동물로 확대되고, 더 이상 폐기물관리법의 적용을 받을 여지가 없어진다.

2. 동물장묘업 시설기준 및 등록 거부 사유를 법률로 추가 규정

동물보호법에는 동물장묘시설의 등록시 시설기준과 인력기준만 있지, 이격 거리기준 등은 따로 없다. 그러나 건축법상 건축물 용도변경을 묘지 관련 시설로 볼 경우 이격 거리기준 등의 제한이 따르고, 각 지방자치단체의 조례로 이를 구체화할 수 있는 여지가 생긴다. 현재 고양시와 남양주시는 ‘동물장묘업 시설 기준 규칙’을 두고 있고, 파주시와 김포시, 담양군은 ‘동물장묘시설의 설치 및 운영 조례’를 두고 있다. 이 조례들은 크게 세 가지 면에서 살펴볼 필요가 있다. 첫째는 시설기준을 추가로 규정하는 있는 점이다. 동물보호법 시행규칙 [별표9] 제2호 마목에서는 시장이 시설기

⁵⁵⁾ 장은혜, 위의 논문(주 9), 45쪽 이하.

준을 추가적으로 규정할 수 있도록 위임하고 있다. 이에 따라 고양시와 남양주시는 규칙으로 악취방지법 제7조의 방지시설, 대기환경보전법 제16조의 방지시설, 오염물질 실시간 확인을 위한 전광판 설치(황산화물, 질소산화물, 먼지, 염화수소 등), 잔류성유기오염물질 관리법 제14조의 배출허용기준을 추가로 요구하고 있다. 더 나아가 고양시는 ‘그 밖에 해당 지역의 특성을 고려한 시설기준’이라고 하여 추상적인 기준을 규정하고 있다. 김포시는 규칙이 아닌 조례로 장사등에 관한 법률 시행규칙 [별표1의3], 대기환경보전법 제28조의 기준을 추가로 요구하고 있다. 시설기준을 규칙에서 구체적으로 정하는 것은 허용되는 것이지만, 어디까지나 상위 법령에서 위임받은 한계 내에서 구체적으로 설정해야 한다. 그런데 고양시 규칙과 같이 ‘해당 지역의 특성을 고려한 시설 기준’이라는 모호하고 추상적인 규정을 두는 것은 위임의 범위를 벗어나는 것으로 문제가 있다. 위 II.2의 B사안에서 살펴본 바와 같이 행정청이 이 규정을 근거로 하여 주민갈등 예방계획서 제출을 요구하는 것은 법치행정상 무리이다.

둘째는 동물장묘업 등록을 할 수 없는 경우를 조례에서 개별적으로 열거하고 있는데, 이를 정리하면 아래의 표와 같다.

<표> 조례로 정하는 등록 결격 사유

	파주시 (조례)	고양시 (규칙)	김포시 (조례)	담양군 (조례)
장사시설의 설치 운영 조례상 봉안시설 금지 장소 (①도로·하천·철도로부터 300미터 이내에 위치하는 경우, ②20호 이상의 인가밀집지역·학교 그 밖에 공중이 수시로 집합하는 시설 또는 장소로부터 500미터 이내에 위치하는 경우)	0		0	0 ⁵⁶⁾
장사시설 운영 조례상 묘지시설 금지 장소 (붕괴·침수 등으로 보건위생상 위해를 끼칠 우려가 있는 곳)	0	0	0	0 ⁵⁷⁾

대기환경보전법 제23조 제6항, 시행령 제12조 제1호 (반경 1킬로미터 안의 상주인구가 2만명 이상인 지역)	0		0	0
--	---	--	---	---

그런데 위 조례 규정은 포괄위임 및 법률유보원칙과 관련하여 문제가 있다. 동물보호법 시행령, 장사 등에 관한 법령의 위임에 따라 지방자치단체는 붕괴, 침수 등 보건위생상 위해를 끼칠 우려가 있는 지역에는 등록을 거부할 수 있다. 따라서 동물장묘시설에 관한 조례에서는 이런 지역을 특정할 수 있을 뿐, 이격 거리제한 등을 할 수는 없다. 조례가 민주적인 정당성을 지닌 의회에서 제정되는 것으로써 포괄적인 위임으로도 족하다고 하더라도, 주민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 내용은 상위 법률의 구체적인 위임이 있어야 한다.⁵⁸⁾ 그런데 동물장묘업 등록거부는 동물장묘업을 하려는 사람의 영업의 자유를 제한하는 내용이기 때문에 법률의 구체적인 위임이 있을 때에만 등록 결격 사유를 조례로 제정할 수 있다. 이와 같은 위임 없이 제정된 조례 규정은 무효라고 해야 한다.

한편 법원은 등록을 기속행위로 해석하면서, 중대한 공익상의 필요가 있는 때에 등록을 거부할 수 있는 예외를 인정하고 있다. 이런 한도 내에서 행정청은 재량을 행사할 여지가 있다. 그러나 중대한 공익상 필요가 있는지 여부는 종국적으로 사법부의 판단에 달려있다. 중대한 공익상의 필요를 환경상의 이익으로 한정하여 검토한다고 하더라도, 법에 규정되어 있지 않는 이상 행정청이나 국민에게 행위규범으로 아무런 의미도 주지 못한다. 따라서 동물장묘업 등록시 등록기준을 법에서 명확하게 규정하는 것이 필요하다.⁵⁹⁾ 예를 들어 2016. 9. 30. 국회에 상정된 동물보호법 개정안은 이

56) 담양군은 10호 이상의 인가밀집지역이라고 하여 다른 지방자치단체보다 범위를 축소하고 있다.

57) 담양군은 장사시설의 설치 및 운영 조례에서 이와 같은 규정을 갖고 있지 않고, 동물장묘업 시설의 설치 및 운영 조례에서 동일한 내용을 규정하고 있다.

58) 대법원 2012. 11. 22. 선고 2010두19270 전원합의체 판결.

59) 최우용은 ‘등록’이라는 용어가 가지는 형식적 틀에서 벗어나 ‘법령’ 그 자체의 내용을 살펴보고 그 법적 성격을 도출해야 하고, 그에 맞는 입법적 준비를 해야 한다고

격 거리 기준을 요건으로 추가하고 있다. 구체적으로 동물보호법 제33조 제3항 제5호 중 “「장사 등에 관한 법률」 제17조에”를 “다음 각 목의 어느 하나에”로 하고, 같은 호에 각 목을 다음과 같이 신설하고 있다. ① 장사 등에 관한 법률 제17조에 해당하는 지역 ② 도로법 제2조의 도로, 철도산업발전기본법 제3조 제2호 가목의 철도의 선로, 하천법 제2조 제2호의 하천구역 또는 그 예정지역으로부터 농림축산식품부령으로 정하는 거리 이내에 위치한 지역 ③ 20호 이상의 인가밀집지역, 학교 등 대통령령이 정하는 시설 또는 장소로부터 농림축산식품부령으로 정하는 거리 이내에 위치한 지역으로 하고 있다.⁶⁰⁾ 이는 [별표2]의 사설묘지의 설치 기준에서 정하는 거리 기준과 동일하다. 제안이유는 화장시설의 경우 동물 사체 처리 시 발생하는 분진, 악취 등으로 인하여 환경오염 및 주민들의 주거환경 침해 문제가 야기되고 있음에도 현행법에 따르면 장사 등에 관한 법률로 정하는 일정지역 외에는 별다른 설치 장소 제한 규정이 없어 인근 주민과의 분쟁이 커지고 있는 문제점을 해결하기 위한 것이라고 설명하고 있다. 지역주민과의 분쟁을 해결하는 일응의 기준으로 환영할만 하지만, 한편으로 동물장묘시설은 묘지시설이 허용되지 않고 오직 화장이나 건조장, 봉안시설에 불과한데, 이와 같이 엄격하게 이격 거리 기준을 적용하는 것이 타당한지 의문이다. 동물장묘업이 발달한 일본의 예를 보면 묘지 설치기준으로 이격 거리 기준은 있지만, 납골당이나 화장장은 시설기준만 있지 거리기준은 없다.⁶¹⁾ 위 개정안의 취지는 공감하지만 화장시설이 소규모인 점을 고려하여 이격 거리 기준을 재검토 할 필요가 있다.

셋째는 주민 의견 청취에 관한 것이다. 고양시와 남양주시는 시장은 주

주장한다(최우용, “행정법상 ‘등록’의 법적 성격에 관한 고찰”, 동아법학 64, 동아대학교 법학연구소, 2014, 138쪽).

60) 국회 의안정보 2002556호, 국회 의안정보시스템(http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_C1B6G0C9I3Y0G1A5D4K0M2L0T3K0E9, 2017. 2. 1. 최종방문)

61) 묘지는 하천 또는 호수에서 묘지까지의 거리가 20미터 이상이어야 하고, 주택, 공원, 보육시설, 병원 등의 시설에서 묘지까지는 100미터 이상이어야 한다. 화장터는 경계에 일정한 높이의 장벽이나 울타리 등을 세워야 하고 잠금장치가 있는 출입구를 설치하여야 한다(장은혜, 위의 논문(주 9), 86쪽).

변환경에 대한 영향을 최소화할 수 있도록 해당 지역 주민설명회 또는 공청회를 개최하여 주민의견을 청취할 수 있다고 규칙으로 정하고 있다. 그러나 동물장묘업자는 위와 같이 청취한 주민의 의견을 최대한 반영하여 동물장묘시설을 설치할 수 있도록 노력할 의무가 있을 뿐, 이것이 등록거부 사유가 되는 것은 아니다. 더 나아가 인근 주민들의 동의서를 제출하지 않았다는 사유로 행정청이 그 신청을 반려한다면 이는 위법하다. 대법원은 장례식장을 건축하는 것이 인근 토지나 주변 건축물의 이용현황에 비추어 현저히 부적합한 용도의 건축물을 건축하는 경우에 해당하는 것으로 볼 수 없음에도, 인근 주민들의 민원이 있다는 사정만으로 건축허가신청을 반려한 처분은 법령의 근거 없이 이루어진 것으로 위법하다고 한 바 있다.⁶²⁾ 일본의 경우는 25개의 조례가 주변 주민의 동의를 요구하고 있고, 33개의 조례는 주민에게 설명할 의무를 부과하고 있다. 예를 들어 카츠카베시 조례는 주민, 토지 또는 건축물의 소유자나 사용자에게 계획서에 대한 설명회를 개최하고, 그 결과를 시장에게 보고해야 하며, 관계 주민 등은 동물장묘시설의 설치 또는 변경 계획에 의견을 제시할 수 있도록 하고 있다.⁶³⁾ 우리 법에서도 주민갈등을 최소화하기 위해서 우선 설명회 개최를 의무화할 필요가 있다.

3. 건축법상 관련 내용 개정

동물장묘시설의 건축법상 용도변경이 명확하지 않아 각 지방자치단체별로 다른 용도를 적용하고 있다. 이에 대해 앞에서 살펴본 바와 같이 법제처는 묘지 관련 시설로 용도를 구분할 수 있다고 유권해석을 한 바 있다. 최근에는 김포시와 파주시, 담양군은 조례에서, 고양시는 규칙에서 건축법상 동물장묘업의 용도를 묘지 관련 시설로 분류한다고 규정하고 있다.

정부는 동물장묘업의 건축물 용도가 명확하지 않아 지방자치단체별로 용도를 달리 적용하고 있어 국민들이 불편을 초래하므로 이를 명확하게 하

⁶²⁾ 대법원 2002. 7. 26. 선고 2000두9762 판결.

⁶³⁾ 장은혜, 위의 논문(주 9), 70쪽~84쪽.

게 위하여 2016년 9월에 건축법 시행령 개정안을 마련하여 공고하였다. 개정안은 [별표1] 제26호 라목에 동물장묘시설(동물 화장시설, 동물건조시설, 납골시설)을, 제28조 나목에 동물장묘시설(동물장례식장)을 신설하는 것을 포함하고 있다.⁶⁴⁾ 그러나 아직 시행되고 있지는 않다. 이 부분이 조속히 개정되어 행정이 통일적으로 운영되어야 할 것이다.

또 하나의 문제는 동물보호법상 등록과 건축법상 건축물 용도변경의 기준이 다르다는 것이다. 동물보호법상 등록 요건에는 이격 거리 기준이 없지만, 건축물 용도변경에서 묘지 관련 시설로 볼 때는 이격 거리 기준을 준수하여야 한다. 따라서 용도변경을 묘지 관련 시설로 본다면, 동물보호법상 등록 요건도 이와 동일한 요건을 추가하는 것이 타당하다. 그리고 만약 용도변경과 등록을 동일 요건으로 규정하게 된다면, 동물보호법상 등록을 하게 되면 건축법상 용도변경을 의제하는 집중효를 주는 것이 타당하다. 이렇게 하면 복잡한 행정규제를 일원화할 수 있고, 동물장묘업의 신설을 촉진할 수 있다.

V. 결론

아직까지는 대부분의 사람들에게 반려동물 장례식은 굉장히 기이하고, 이해하기 힘든 우스꽝스러운 일로 여겨질 수도 있다. 그러나 일본에는 개 전용 묘지와 고양이 전용 묘지가 있으며, 사원에서는 반려동물이 죽은 날을 기하여 극락 영생을 빌기도 한다. 이는 반려동물이 죽음을 통해 영적인 세계로 들어간다는 믿음과도 연관이 있다. 이런 신앙적인 차원이 아니더라도 오랜 기간동안 함께 해 온 동물의 죽음 앞에 우리는 무언가를 기념하고 추억하고 싶어한다. 반려동물 장례식은 20세기의 산물로서 도시화, 개인주의화, 새로운 가족 구성의 결과임에 틀림없다.⁶⁵⁾

64) 국토교통부 공고 제2016-1289호, 건축법 시행령 일부개정령안 (http://www.molit.go.kr/USR/law/m_46/dtl.jsp?r_id=4806, 2017. 2. 1. 최종방문)

65) Elizabeth Kenney, 위의 논문, p.59.

그러나 우리나라는 공설 동물장묘시설도 없고, 사설 동물장묘시설은 복잡한 인·허가 규제로 인해 신설하기가 쉽지 않다. 반려동물 시장이 급성장함에 따라 동물장묘시설에 대한 필요성이 더 커질 것이 분명하다. 따라서 동물장묘시설 신설에 따른 현행 행정 규제의 문제점을 보완하는 것이 중요하다. 저자는 행정 규제의 쟁점을 세 가지로 나누어 각각의 쟁점에 대한 문제점을 살펴보고, 이에 대해 몇 가지 개선방안을 제시하였다. 첫째는 동물보호법상 동물장묘업 대상 동물의 범위를 확대하여 모든 반려동물이 동물장묘업의 대상이 되도록 하는 것이다. 이렇게 하면 동물장묘시설에 폐기물관리법을 적용할 여지가 더 이상 없어져, 행정규제를 일원화할 수 있다. 둘째는 동물장묘업 시설기준 및 등록 거부 사유를 법률로 추가적으로 규정하는 것이다. 현재 지방자치단체의 조례에서 산발적으로 규정하고 있는 부분은 법률유보원칙에 위반할 소지가 있으므로, 이격 거리기준이나 주민에 대한 설명의무 등 필요한 요건을 법률로 명확히 규정할 필요가 있다. 셋째는 동물장묘시설의 건축법상 용도를 건축법령에 명시하고, 용도변경기준과 동물장묘업 등록기준을 통일시키는 것이다. 이렇게 함으로써 행정규제를 일원화하여 동물장묘시설 신설을 장려할 수 있다.

참고문헌

<국내문헌>

- 김남철, “건축허가의 법적 성질에 관한 소고”, 공법학연구 제5권 제2호, 한국비교공법학회, 2004.
- 박재옥, “등록제도에 관한 현행법 검토”, 월간 법제, 법제처, 1999.
- 박해식, “주민등록 전입신고 수리 여부에 대한 심사범위와 대상”, 행정판례연구 15-2, 박영사, 2010
- 이정임 외2, “반려동물 현황과 주요 이슈”, 경기연구원, 2015.
- 장은혜, “동물장묘업의 규제합리화를 위한 법제분석”, 한국법제연구원, 2015.
- 최우용, “행정법상 ‘등록’의 법적 성격에 관한 고찰”, 동아법학 64, 동아대학교 법학연구소, 2014.
- 한국법제연구원, “신고제도 합리화를 위한 법령정비 방안”, 법제처 연구용역 보고서, 2016.
- 황규성 외4, “한국 반려동물 장례 인식에 관한 연구”, The Journal of the Convergence on Culture Technology(JCCT) 제1권 제4호, 2015.

<국외문헌>

- Kenney, Elizabeth, "Pet funerals and animal graves in Japan", Mortality-Promoting the interdisciplinary study of death and dying, 2011.
- Brandes, Stanley, "The meaning of american pet cemetery gravestones", ethnology vol.48 no.2, 2009.

<Abstract>

動物葬儀施設の新設に関する行政規制の争点と改善策

(Issues of administrative regulation about the establishment of animal funeral facilities and improvement plans)*

金 英 順(Kim, Young Soon)*

ペットと長い間生活してきた人は、感情的な親密のために、ペットの死について自分の娘や息子を失ったときの喪失感を持つことになる。したがって、人と同じように葬儀を支払ううとする欲求が生じる。人口の高齢化、1人の家族の増加により、ペット市場が急成長しており、動物葬儀施設の必要性も高まっている。現在、韓国での動物の死体を処理する方法は、プライベート動物葬儀施設を見つけなければゴミ袋が唯一の解決策である。しかし、現行法上、プライベート動物葬儀施設を設置するには、多くの管理の難しさがある。動物保護法や建築法、廃棄物管理法などの規定が互いに矛盾したり、各地方自治体の行政業務が統一されておらず、多くの反対請願を説得必要があるためである。特に動物保護法上の動物葬儀業の登録申請、建築基準法建築物の用途変更、廃棄物処理施設の承認などに関連して、行政の法的問題が提起されている。

本論文では、動物葬儀施設の新設に伴う現行の行政規制の現状を見て、問題の改善策を提示することを目的とする。これにより、行政の規制の争点を三つに分けて、それぞれの争点の問題を見て、これに対していくつかの改善案を提示する。第一は、動物保護法上の動物葬儀業対象動物の範囲を拡大して、すべてのペットがペット葬儀業が対象になるようにすることである。これにより、動物葬儀施設に廃棄物管理法を適用する余地がもはやなくなって、行政規制を一元化することができる。第二には、動物葬儀登録 施設基準及び登録拒否の理由を法律でさらに規定するものである。現在、地方自治団体の条例で散

* This work was supported by INHA UNIVERSITY Research Grant.

** Inha University Law School, Associate Professor.

発的に規定している部分は、法律留保の原則に違反する恐れがありますので、離隔距離基準や住民の説明義務等に必要な要件を選別して、法律で明確に規定する必要がある。第三には、動物葬儀施設の建築基準法の用途を建築法令に明示して、用途変更の基準と動物葬儀業登録基準を統一させるものである。これにより、行政の規制を一元化して、動物葬儀施設の新設を奨励することができる。

Key words: ペット、動物葬儀、動物保護法、建築物の用途変更、廃棄物