

[사 건 명] 행심 2017 - 45

변상금부과 및 원상복구명령처분 취소 청구

□ 청구인 : ◇◇◇

□ 피청구인 : ◎◎초등학교장

[주 문] 피청구인이 청구인에 대하여 한 2017. 9. 11. 변상금부과처분, 2017. 9. 25. 변상금부과처분, 2017. 10. 16. 계고처분을 취소하고, 2017. 9. 11., 2017. 9. 25., 2017. 10. 16. 원상복구명령처분은 기각한다.

[청구취지] 피청구인이 청구인에 대하여 한 2017. 9. 11. 변상금부과 및 원상복구명령처분, 2017. 9. 25. 변상금부과 및 원상복구명령처분, 2017. 10. 16. 원상복구명령 및 계고처분을 취소한다.

[재결이유]

I. 사건개요

청구인 ◇◇◇는 □□군 ■■면 ■■■리 ☆☆-☆ 토지의 소유자로서 피청구인 소유의 □□군 ■■면 ■■■리 ★★★ 토지의 일부 147㎡를 무단점유하여 측백나무를 심고 컨테이너 박스 및 닭장을 설치하여서 피청구인은 청구인에게 2017. 9. 11. 경 변상금부과와 수목제거에 관한 원상복구명령 처분(이하 ‘1차 처분’ 이라고 한다)과 2017. 9. 25. 추가 변상금 부과와 수목제거에 관한 원상복구명령처분(이하 ‘2차 처분’ 이라고 한다)과 2017.

10. 16. 원상복구명령과 계고처분(이하 ‘3차 처분’ 이라고 한다)을 하였고, 청구인은 2017. 10. 25. 경 이 사건 처분들에 이의가 있어 상기 처분들의 취소를 구하는 행정심판을 제기하였다.

II. 청구인의 주장

청구인은 다음과 같은 이유로 피청구인의 이 사건 처분의 취소를 주장한다

- 가. 청구인은 이 사건 처분들은 처분사유를 구체적으로 명시하지 않았고, 처분 시 행정심판 및 행정소송을 제기할 수 있는지 여부, 그 밖에 불복할 수 있는지 여부, 청구절차 및 청구기간, 그 밖에 필요한 사항을 고지하지 않는 등 행정절차법을 위반하였다.
- 나. 청구인은 이 사건 1차 처분은 최초 1차 처분일인 2017. 9. 11.부터 소급하여 직전 5년간의 변상금을 부과하여야 함에도 불구하고, 1차 처분일의 사전통지일은 2017. 6. 1. 로부터 과거 5년간의 변상금 부과를 하였고, 2차 처분은 사전통지일부터 2017. 6. 1.부터 1차 변상금 납부일까지 추가 변상금 부과를 하여 변상금 부과기간과 금액을 잘못 산정한 위법이 있다.
- 다. 변상금 부과처분의 근거법령인 공유재산법 제81조 제1항은 변상금의 징벌적 성격을 감안하여 변상금 부과가 타당하지 않는 경우를 면제사유에 포함시키는 입법을 하여야 함에도 불구하고 이를 누락한 입법미비로 재산권을 침해하여 최소침해성 및 법익균형성을 위반하였다.
- 라. 청구인은 이 사건 처분들 중 원상복구명령처분은 측백나무 제거에 관한 원상복구 명령에 대한 시급성이나 필요성이 없고, 수목유지의 순기능이 크며, 공익대비 청구인이 입을 피해는 구체적으로 증대하기 때문에 비례원칙을 위반한 재량일탈, 남용의 위법이 있다.
- 마. 청구인은 이 사건 처분 중 계고처분은 행정대집행의 상당한 이행기간을 정하도록 한 요건을 위반한 만큼, 위법한 처분에 해당한다.

Ⅲ. 피청구인 주장

이에 대하여 피청구인은 다음과 같이 주장한다.

- 가. 피청구인은 청구인에게 청구인의 학교부지의 일부 점유사실을 고지하고 가설물 및 수목철거를 요청하였으나, 거부되어 2017. 2. 2. ○○교육지원청에서 청구인에게 변상금을 부과하라는 공문에 따라 변상금은 처분의 사전통지일 기준으로 과거 5년간 산출되어 부과되었고, 불복 절차는 변상금 부과 사전통지 시 고지되었다.
- 나. 피청구인은 교육지원청으로부터 2017. 7. 6. 펜스지원경비를 지원받았으나, 현재까지 청구인이 원상복구명령을 미 이행하므로 펜스설치 공사를 진행하지 못해 교육지원청에 예산을 반납하여야 할 상황이 발생할 수 있고, 공유재산 관리 소홀 등 공공복리에 중대한 침해를 가져올 수 있다.

Ⅳ. 이 사건 처분의 위법여부

1. 관계법령

공유재산및 물품관리법 제81조, 제83조
행정절차법 23조, 26조,
지방재정법 82조, 83조, 84조
행정대집행법 3조

2. 판 단

가. 인정되는 기초 사실

청구인 및 피청구인이 제출한 행정심판청구서와 답변서, 증거자료 및 청구인과 피청구인의 진술 등을 종합하여 보면 다음과 같은 사실을 각각 인정할 수 있다.

- 1) 청구인은 □□군 ■■■면 □□□리 ☆☆-☆ 번지의 소유자로서 피청구인의 □□군 ■■■면 □□□리 ★★★ 부지의 일부인 147㎡에 측백나무를 심고 컨테이너 박스 및 닭장을 설치하는 등 무단 점유를 하여 왔다
- 2) 피청구인은 2017. 6. 1. 청구인에게 과거 5년간 변상금 합계 5,194,560원을 부과하고 시설물 철거에 관한 원상복구명령의 처분의 사전통지를 하였고, 청구인은 2017. 7. 3. 사전통지에 대한 의견서를 제출하였다
- 3) 피청구인은 2017. 9. 11. 과거 5년간 변상금 합계 5,194,560원을 부과하였고, 무단점유에 대한 원상복구처분인 1차 처분을 하였으며, 청구인은 2017. 9. 20. 변상금 합계 5,194,560원을 납부하고 철조망과 닭장을 철거하였다
- 4) 피청구인은 2017. 9. 25. 경 청구인에게 변상금 336,400원(산출기간 2017. 6. 1.부터 2017. 9. 20)부과와 원상복구명령처분인 2차 처분을 하였고, 청구인은 2017. 9. 27. 변상금을 납부하였다.
- 5) 피청구인은 2017. 10. 16. 청구인에게 수목에 관한 원상복구 및 경계선 표시 말뚝 원위치 이전을 2017. 10. 20. 까지 이행하지 않으면 행정대집행법에 따라 강제집행된다는 계고처분 즉 3차 처분을 하였다.

나. 이 사건 처분들이 행정절차법으로 위법한 지 여부

청구인은 이 사건 처분들은 처분사유를 명시하지 않았고, 처분 시 행정심판 및 행정소송을 제기할 수 있는지 여부, 그 밖에 불복할 수 있는지 여부, 청구절차 및 청구기간, 그 밖에 필요한 사항을 고지하지 않는 등 행정절차법을 위반하였다고 주장하므로 살펴보건대 행정절차법 제23조는 행정청은 처분을 할 때에는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 제외하고는 당사자에게 그 근거와 이유를 제시하여야 한다, 행정절차법 제26조는 행정청이 처분을 할 때에는 당사자에게 그 처분에 관하여 행정심판 및 행정소송을 제기할 수 있는지 여부, 그 밖에 불복을 할 수 있는지 여부, 청구절차 및 청구기간, 그 밖에 필요한 사항을 알려야 한다라고 규정하고 있지만, 먼저 피청구인은 이 사건 처분들을 함에 있어서 처분사유를 명시

하였던 만큼, 행정절차법 23조를 위반한 위법이 없고, 또한 행정절차법 제26조의 위 고지절차에 관한 규정은 행정처분의 상대방이 그 처분에 대한 행정심판 등의 불복 절차를 밟는 데 있어 편의를 제공하려는 데 있으므로 처분청이 위 규정에 따른 고지의무를 이행하지 아니하였다고 하더라도 경우에 따라서는 행정심판의 제기기간이 연장될 수 있는 것에 그치고 그러한 사정만으로 심판의 대상이 되는 행정처분에 어떤 하자가 수반된다고 할 수 없고(서울고등법원 2015누49728호 판결, 서울행정법원 2012구합41585 판결 참조), 나아가 청구인은 행정소송법과 행정심판법이 정한 제소기간과 심판기간 내에 이 사건 심판청구와 행정소송을 제기하였으므로 피청구인이 이 사건 처분들 당시 불복방법을 고지하지 아니하였다는 사정만으로 이 사건 처분들이 위법하다고 보기 어려운 만큼, 청구인의 이 부분 주장은 이유 없다.

다. 이 사건 1차처분과 2차처분 중 변상금부과처분의 변상금 부과기간과 금액산정이 위법한지 여부

청구인은 이 사건 1차처분은 최초 1차처분일은 2017. 9. 11.부터 소급하여 직전 5년간의 변상금을 부과하여야 함에도 불구하고, 1차처분일의 사전통지일은 2017. 6. 1. 로부터 과거 5년간의 변상금 부과를 하였고, 2차 처분은 사전통지일부터 2017. 6. 1.부터 1차 변상금 납부일까지 추가 변상금 부과를 하여 변상금 부과기간과 금액을 잘못 산정한 위법이 있다고 주장하므로 살펴보건대

먼저 청구인은 피청구인 소유의 □□군 ■■면 □□리 ★★★ 토지의 일부 147㎡를 권원 없이 측백나무를 심고 컨테이너 박스 및 닭장을 설치하여 무단 점유한 만큼, 피청구인에게 변상금을 납부할 의무가 있다.

다만, 변상금부과기간과 금액에 관하여는 지방재정법 제82조 제1항은 금전의 지급을 목적으로 하는 지방자치단체의 권리는 시효에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 5년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다. 2항은 금전의 지급을 목적으로 하는

지방자치단체에 대한 권리도 제1항과 같다, 지방재정법 제83조 제1항 금전의 지급을 목적으로 하는 지방자치단체의 권리에 관하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 「민법」 중 소멸시효의 중단과 정지에 관한 규정을 준용한다. 제2항 금전의 지급을 목적으로 하는 지방자치단체에 대한 권리도 제1항과 같다, 지방재정법 제84조는 법령이나 조례에 따라 지방자치단체가 하는 납입 고지는 시효 중단의 효력이 있다라고 규정하고 있고, 사전통지는 납입고지라고 볼 수 없는 바,

이 사건에서 2017. 6. 1. 내용증명은 그 문언내용상 납입고지라기보다는 사전통지임이 명백하고, 그 사전통지를 민법상 시효중단이 있는 최고로 보기도 어려울 뿐만 아니라 최고라고 본다하더라도 6개월 이내에 가압류 등의 절차를 취하지 않아서 이 사전통지로서 변상금부과 채권이 시효중단되었다고 볼 수 없다고 할 것이고, 이 사건 1차 처분인 2017. 9. 11. 변상금부과처분이 청구인에게 송달시에 비로소 변상금부과채권이 시효중단되었다고 보아야 할 것인 만큼, 청구인에게 송달일을 기준으로 이미 5년이 경과한 채권은 시효가 완성되었다고 할 것이다. 따라서 이 사건 1차처분은 이미 소멸시효가 경과된 변상금이 포함되어 있는 만큼, 소멸시효가 완성된 기간까지 포함하여 변상금을 부과한 이 사건 변상금부과 1차처분은 위법한 처분이라고 할 것이다.

나아가 이 사건 변상금부과 2차처분은 비록 변상금 부과채권의 기간이 2017. 6. 1.부터 2017. 9. 20.까지이어서 비록 소멸시효가 완성된 채권은 아니지만, 변상금부과 2차처분에 대하여 청구인에게 사전통지나 의견진술의 기회를 주지 않았던 만큼, 대법원 판결(대판 2000. 11. 14. 선고 99두5870)에 의하면 “행정청이 침해적 처분을 함에 있어서 당사자에게 사전통지를 하거나 의견제출의 기회를 주지 아니하였다면 사전통지를 하지 않거나 의견제출기회를 주지 아니하여도 되는 예외적인 경우에 해당하지 않는 한 그 처분은 위법하여 취소를 면할 수 없다”고 판시하고 있어서 변상금부과에 대한 2차처분은 변

상금부과처분에 대한 청구인의 나머지 주장은 살펴볼 필요 없이 위법하다고 할 것이다. 따라서 피청구인은 청구인의 무단점유에 대한 변상금을 다시 산정하여 부과하여야 할 것이다.

라. 이 사건 처분들 중 측백나무 제거에 대한 원상복구명령처분이 위법한지 여부

청구인은 이 사건 처분들 중 수목에 대한 원상복구명령처분은 측백나무 제거에 관한 원상복구 명령에 대한 시급성이나 필요성이 없고, 수목유지의 순기능이 크며, 공익대비 청구인이 입을 피해는 구체적으로 증대하기 때문에 비례원칙을 위반한 재량일탈, 남용의 위법이 있다고 주장하므로 살펴보건대

공유재산및물품관리법 83조 제1항에 의하면 지방자치단체의 장은 정당한 사유 없이 공유재산을 점유하거나 공유재산에 시설물을 설치한 경우에는 원상복구 또는 시설물의 철거 등을 명하거나 이에 필요한 조치를 할 수 있다라고 규정하고 있고, 청구인의 구술 진술에 의하더라도 현재 이 사건 측백나무로 인하여 경제적 이득을 얻고 있는 것이 없고, 또한 철거하더라도 경제적 손실이 거의 없다고 하고 있으며, 또한 청구인은 측백나무에 대하여는 컨테이너 박스와는 달리 피청구인으로부터 허가를 얻어 사용을 할 의사가 없는 만큼, 이 사건 수목에 대한 원상복구처분은 청구인의 주장과 같은 비례원칙을 위배한 위법이 없다고 할 것이다.

마. 이 사건 계고처분이 위법한지 여부

청구인은 이 사건 처분 중 계고처분은 행정대집행의 상당한 이행기간을 정하도록 한 요건을 위반한 것으로 위법한 처분에 해당한다고 주장하므로 살펴보건대,

먼저 피청구인의 원상복구명령이 정당함에도 불구하고 청구인이 이를 이행하지 않을 경우에는 피청구인은 행정대집행법의 요건에 따라 청구인에게 계고처분으로 행정대집행을 할 수 있고, 청구인도 이에 따라야할 의무가 있다.

다만, 행정대집행법 제3조 제1항에는 대집행을 하려함에 있어서는

상당한 이행기한을 정하여 그 기한까지 이행되지 아니할 때에는 대집행을 한다는 뜻을 미리 문서로써 계고하여야 한다. 이 경우 행정청은 상당한 이행기한을 정함에 있어 의무의 성질·내용 등을 고려하여 사회통념상 해당 의무를 이행하는 데 필요한 기간이 확보 되도록 하여야 한다라고 규정하고 있고, 대법원 판결도 상당한 의무 이행기간이 부여되지 아니한 대집행계고처분은 대집행의 적법절차에 위배한 것으로 위법한 처분이라고 판시(92누11626 판결)하고 있는 바, 피청구인은 의무이행기한이 2017. 10. 20. 까지로 된 이 사건 3차처분인 대집행계고서를 2017. 10. 16. 청구인에게 발송하였고, 청구인이 2017. 10. 18. 청구인이 이를 수령한 사실을 알 수 있는 만큼, 이 사건 대집행계고처분은 그 요건인 상당한 이행기간을 정하였던 것이 아니므로 행정대집행법 요건을 위배한 위법이 있다고 할 것이다.

따라서 피청구인은 측백나무제거에 대한 원상복구명령이 적법한 만큼, 행정대집행법의 요건에 따라 행정대집행을 다시 하여야 할 것이다.

V. 결 론

그렇다면 청구인의 청구는 일부 이유가 있다고 인정되므로 이를 일부 인용하기로 하여 주문과 같이 재결한다.