

취득시효형 분묘기지권 인정여부 및 그 지료에 관한 고찰*

- 법률 해석 문제의 관점에서 -

김 수 민**

< 목 차 >

- I. 머리말
- II. 관습법으로서의 분묘기지권
- III. 2001. 1. 13. 장사법 시행 후 취득시효형 분묘기지권의 인정여부
- IV. 취득시효형 분묘기지권의 지료
- V. 맺음말

I. 머리말

장례문화는 지역의 종교, 역사, 기후, 지리적 조건 등 복합적인 요인에 의하여 다양한 모습을 띠고 있다. 사체의 처리방법과 관련해서 보더라도 매장 외에도 풍장, 화장 등이 있으며, 묘지에 관해서도 유럽이나 일본 등의 경우는 공원이나 교회 같은 곳에 평장을 하는 경우가 있고, 납골당 또는 납골묘를 설치하는 경우도 있다. 우리나라의 장례문화는 독특한 형태라고 할 수 있는데, 장례와 관련된 시설 등을 혐오시설로 보고, 시신의 매장은 주로 인적이 드문 산속에 하는 것이 종래의 보편적인 형태이다. 거기에 풍수지리설 등의 영향으로 조상의 시신을 어떤 곳에 매장하느냐에 따라서 후손의 번영이나 운수 등이 결정된다는 사고와 함께 조선시대의 성리학적 유교 사상, 조상숭배사상 등이 더해져

* 이 연구는 2022년도 영남대학교 학술연구조성비에 의한 것임.

** 영남대학교 법학전문대학원 조교수.

서 분묘를 설치하고 이를 수호 관리하는 일이 중요하게 여겨졌으며, 타인의 분묘를 함부로 훼손하는 행위는 단순히 윤리적으로 비난받을 일만이 아니라 형법 제160조에 규정된 분묘발굴죄로 범죄로 5년 이하의 징역에 처해지는 범죄행위에 해당한다. 이상과 같은 매장문화 및 형법상의 규정, 산지의 사유화 등으로 인하여 분묘기지권이라는 지상권과 유사한 관습법에 의한 물권이 형성된 것으로 보인다.

분묘기지권의 물권으로서의 성격은 일제강점기에 조선고등법원에 의하여 확인되었고,¹⁾ 해방 후에 대법원에 의해서도 관습법으로 인정되어 왔다.²⁾ 대법원에 의해 인정된 분묘기지권은 타인 소유 토지에 그 소유자의 승낙을 받아 분묘를 설치한 경우(승낙형), 자기 소유 토지에 분묘를 설치한 뒤 토지를 아무런 약정 없이 타인에게 양도한 경우(양도형), 타인 토지에 무단으로 분묘를 설치한 뒤 20년 동안 평온·공연히 분묘를 점유한 경우(취득시효형)가 있다.

대법원 2017. 1. 19. 선고 2013다17292 전원합의체 판결에서 “분묘기지권의 시효취득을 우리 사회에 오랜 기간 지속되어 온 관습법의 하나로 인정하여”라고 실시하여, 취득시효형 분묘기지권에 대하여 대법원이 분묘기지권을 관습법상의 물권으로 인정하는 것과는 별개로 ‘성립요건인 취득시효 부분도 분묘기지권과 결합하여 하나의 관습법으로 인정하고 있는가’ 라는 문제가 제기된다.³⁾ 이에 따라 취득시효형 분묘기지권의 성립요건, 2001. 1. 13. 시행된 장사 등에 관한 법률(이하 ‘장사법’이라 한다)과의 관계, 분묘기지권의 존속기간을 어떻게 볼 것인지에 관하여 차이가 있다.

대법원 2021. 4. 29. 선고 2017다228007 전원합의체 판결과 관련하여 취득시효형 분묘기지권의 지료 지급의무의 존부 및 그 발생시기를 판단함에 있어 ‘지료가 관습법상 분묘기지권의 내용인지’ 문제된다. 분묘기지권이라는 관습법의 권리 내용을 확정하는 데 지료가 분묘기지권의 내용에 포함되는지에 따라 법원이

1) 조선고등법원 1927. 3. 8. 선고 1926년 민상 제585호 판결.

2) 대법원 1957. 10. 31. 선고 4290민상539 판결.

3) 헌법재판소 2020. 10. 29. 선고 2017헌바208 결정은 「분묘기지권에 관한 관습법 중 “타인 소유의 토지에 소유자의 승낙 없이 분묘를 설치한 경우에는 20년간 평온·공연하게 그 분묘의 기지를 점유하면 지상권과 유사한 관습상의 물권인 분묘기지권을 시효로 취득하고, 이를 등기 없이 제3자에게 대항할 수 있다.”는 부분 및 “분묘기지권의 존속기간에 관하여 당사자 사이에 약정이 있는 등 특별한 사정이 없는 경우에는 권리자가 분묘의 수호와 봉사를 계속하는 한 그 분묘가 존속하고 있는 동안은 분묘기지권은 존속한다.”는 부분」이 헌법소원심판의 대상에 해당하는지 여부를 판단하여 ‘취득시효형 분묘기지권 자체’를 관습법으로 본 것으로 생각된다.

무엇을 기준으로 자료 지급의무를 판단하여야 하는지에 대해 검토가 필요하다.

이하에서는 먼저 분묘기지권이 관습법으로 인정되는 물건인 만큼 분묘기지권의 관습의 존재, 성립요건, 내용을 살펴본 후, 대법원 2017. 1. 19. 선고 2013다17292 전원합의체 판결을 중심으로 취득시효형 분묘기지권의 독자적 관습법으로서의 인정 여부를 검토하고, 대법원 2021. 4. 29. 선고 2017다228007 전원합의체 판결과 관련하여 지상권 유사의 물건인 분묘기지권의 내용에 자료가 포함되는지를 살펴 자료 지급의무와 그 발생시기 등을 검토하기로 한다.

Ⅱ. 관습법으로서의 분묘기지권

1. 분묘기지권의 개념과 법적성질

분묘기지권은 타인의 토지 위에 분묘를 설치한 자가 그 분묘의 소유를 위해 그 분묘의 기지 부분 토지를 사용하는 것을 내용으로 하는 관습에 의해 인정되는 지상권 유사의 물권을 의미한다. 분묘기지권은 매장문화에 바탕을 두고 조상숭배라는 우리나라 전통적 윤리관과 미풍양속을 기조로 하여 형성된 관습법상의 물건 제도로써 조선고등법원이 분묘기지권의 물건성을 확인하였으며, 대법원도 조선고등법원의 판례를 따름으로써 오늘날 판례법으로 확립된 것이다.⁴⁾

분묘는 시신이나 유골을 매장하는 시설이므로⁵⁾ 그 내부에 시신이나 유골이 안장되어 있어야 한다. 따라서 그렇지 않은 가묘의 경우에는 분묘로 볼 수 없다. 분묘기지권은 민법 등 법률로써 인정되는 것이 아니라 관습법상 인정되는 것으로 이에 관한 공시방법이 없으므로 공시방법으로서 등기를 요하지 않는다.⁶⁾ 그러나 봉분 등 분묘를 공시할 수 있는 형태는 있어야 하여야 하므로 평장이나 암장의 경우에는 분묘기지권이 성립되지 않는다.⁷⁾

분묘기지권은 지상권에 유사한 물건으로 일종의 제한물권으로 타인의 토지를 제한된 범위 내에서 사용할 수 있는 권리이고 그 사용은 분묘를 소유하기 위한

4) 판윤직 편집대표, 「민법주해(VI)」, 박영사, 1992, 99면.

5) 장사법 제2조 6호.

6) 대법원 1996. 6. 14. 선고 96다14036 판결.

7) 대법원 1991. 10. 25. 선고 91다18040 판결.

것이어야 한다. 분묘기지권이 미치는 범위는 분묘가 설치된 기지에 한정되지 않고, 분묘의 수호 및 봉제사에 필요한 주위의 공지를 포함한 지역까지 효력이 미치고 구체적인 범위는 개별적으로 정해야 한다.⁸⁾

2. 분묘기지권에 대한 관습

민법 제185조는 “물권은 법률 또는 관습법에 의하는 외에는 임의로 창설하지 못한다.”고 규정하여 물권법정주의를 천명하고 있다. 근대 물권법에서 물권법정주의를 말할 때의 ‘법’은 성문법 중의 ‘법률’만을 가리키는 것으로 이해되었다. 우리 민법은 법률 이외의 ‘관습법’도 법원으로 규정하고 있는데 이는 민법상의 제도가 대부분 서양에서 발달·형성되어 우리 전통사회에서는 생소한 것으로, 전통사회에서 예로부터 내려오는 관습법상의 물권을 인정하고 시간의 경과에 따라 사회가 필요로 하는 물권 종류의 변화가 생기므로 관습법에 의한 물권을 인정할 필요성이 있어 근대 민법의 물권법정주의를 수정한 것이다.⁹⁾

관습법은 일정한 법 공동체에서 자연발생적으로 형성된 법규범이다. 즉, 관습법이란 “사회의 거듭된 관행으로 생성된 사회생활 규범이 사회의 법적 확신과 인식에 의하여 법적 규범으로 승인·강행되기에 이른 것”을 의미한다.¹⁰⁾ 따라서 관습법이 성립하기 위해서는 거듭된 관행의 존재, 관행에 대한 법적 확신, 그 관행이 전체 범질서와 선량한 풍속 및 기타 사회질서에 반하지 않아야 한다.¹¹⁾ 어떤 사항에 관하여 오랫동안 동일한 행위가 반복됨으로써 그 사항에 관해서는 같은 행위가 행하여질 것이라고 일반적으로 예상할 수 있는 상태가 존재하여야 한다. 또한 관습법의 법적 구속력의 근거에 관한 법적 확신설에 의하면 관행이 일정한 준칙에 따라 절차를 진행하리라는 단순한 기대를 넘어 관행이 합법적이고 구속적인 법이라고 생각할 정도에 이르러야 한다.¹²⁾ 관행이 법적 확신을 취득하였는지는 중국적으로 법원의 재판에 의하여 확인될 수 밖에 없으므로 법원의 재판에 의하여 관습법의 존재 및 구체적 내용이 확인되면 관

8) 대법원 1988. 2. 23. 선고 86다카2919 판결; 대법원 1994. 8. 26. 선고 94다28970 판결.

9) 좌윤직·김재형, 「물권법」, 박영사, 2014, 17-18면.

10) 대법원 1983. 6. 14. 선고 80다3231 판결.

11) 대법원 2005. 7. 21. 선고 2002다1178 판결.

12) 이에 대해 국가승인설은 관습법은 국가에 의하여 승인되고 국가권력에 의하여 강제되는 때에 법규범이 된다고 한다.

행이 법적 확신을 취득한 때에 소급하여 관습법이 성립하였다고 인정된다.¹³⁾

관습법상의 분묘기지권과 관련된 관습이 존재하였는가에 대하여는 조선고등법원 1927. 3. 8. 선고 1926년 민상 제585호 판결에서 “조선에서 타인의 승낙을 받아 타인 소유지 내에 분묘를 설치한 자는 이를 소유하기 위해 타인 토지에 대하여 지상권에 유사한 일종의 물권을 취득한 것이라고 인정하는 것이 상당하다. (중략) 타인의 토지에 그 승낙을 얻지 않고 분묘를 설치한 자라도 20년간 평온·공연히 분묘의 기지를 점유하였을 때에는 시효에 의하여 타인의 토지에 대하여 지상권에 유사한 일종의 물권을 취득하고, 증명 또는 등기가 없더라도 누구에게든 이를 대항할 수 있는 것이 조선의 관습이다.”¹⁴⁾라고 판시한 이래로 분묘기지권을 관습법상의 물권으로 보는 견해가 다수적 견해이다.¹⁵⁾ 다만 부정하는 견해도 있다.¹⁶⁾

검토건대, 부정설에서 근거로 들고 있는 민사관습회답취집의 공주지방법원 홍산지청 대정 2년(1913) 1. 17.자 질의에 대한 “새로운 토지소유자는 투장분묘에 굴이를 청구할 수 없다는 관습은 없다.”라는 정무총감의 회신과 광주지방법원 전주지청 대정 10년(1921) 11. 1.자 질의에 대한 “타인 소유의 산지에 분묘를 설치하여 평온·공연하게 그 묘지를 점유한지 몇 년이 지난 이후 토지소유자가 변경된 경우 새로운 소유자에게는 그 분묘의 굴이를 청구할 수 없는 관습이 없다.”는 정무총감의 회신은 남부지방의 일부 관습에 대한 회신으로 함경남도지사의 대정 12년(1923) 9. 12.자 질의에 대한 “매도인이 조상의 분묘 있는

13) 지원림, 「민법강의」, 홍문사, 2022, 11면.

14) 「국역 고등법원판결록」 제14권(민·형사편), 법원도서관, 2011, 47-48면.

15) 강태성, 「물권법」, 대명출판사, 2020, 797면; 박윤직·김재형, 앞의 책, 322면; 김상용, 「물권법」, 화산미디어, 2018, 38면; 김준호, 「물권법」, 법문사, 2022, 286면; 송덕수, 「물권법」, 박영사, 2021, 408면; 이영준, 「물권법」, 박영사, 2009, 694면; 이은영, 「물권법」, 박영사, 2006, 34면, 631면; 이진기, 「물권법」, 박영사, 2020, 357면.

16) 분묘기지권의 관습을 유형별로 고찰하면서 승낙형 및 관습법상 법정지상권형(양도형)의 경우 분묘기지권의 관습을 찾을 수 있으나, 취득시효형의 경우 이에 대한 관습을 찾을 수 없다는 견해로는 손경찬, “분묘기지권에 관한 관습”, 「법학논고」 제61집, 경북대학교 법학연구원, 2018, 233-242면; 조선고등법원의 관습법상 분묘기지권을 별다른 이견 없이 그대로 대법원이 인정해온 것은 분묘기지권과 관련된 관습에 대해 깊이 연구하지 아니하고 오해한 잘못으로 관습이 없었다는 견해로는 오시영, “관습법상의 분묘기지권의 폐지 여부에 대한 고찰”, 「토지법학」 제23-1호, 한국토지법학회, 2007, 41-45면; 민사관습회답취집의 회신의 내용이 상반되고 관습조사보고서는 분묘의 차지에 대해서만 기술하므로 분묘기지권의 관습이 존재하지 않는다는 견해로는 진상욱, “분묘기지권의 재검토-대법원 2017. 1. 19. 선고 2013다17292 전원합의체 판결-”, 「토지법학」 제33권 제1호, 한국토지법학회, 2017, 199-201면.

임야를 매수인에게 매도한 경우 매도증서에 특히 분묘의 구역을 제외한다는 뜻을 명시하지 않았다면 당해 분묘의 구역도 당연히 매매 목적물에 포함된다는 것이 관습이기 때문에 매도인은 사초지 내의 토지소유권을 주장할 수 없으나 매도인에게 분묘에 대한 존치를 계속할 수 있는 관습이 있다. 따라서 매수인은 매도인에 대하여 분묘의 굴이를 강요하거나 그 구역을 침해할 수 없는 것이 관습”이라고 한 중추원 서기관의 회신과 상반된다.¹⁷⁾ 또한 1912년의 조선관습조사보고서의 “지상권의 관습은 어떠한가”에 대하여 “분묘를 소유를 위한 차지는 드물게 그 사례가 보이고, 통상 지대를 지불하지 않는 듯하다. 원래 분묘용지는 이를 매수해야 하는 것이지만, 자력이 없는 자는 부득이하게 차지하여 분묘를 설정하는 것이다, 분묘의 차지는 아주 특별한 경우에 속한다. 그렇지만 차지하여 분묘를 설정하면 분묘설정자가 분묘를 이전하지 않으면 지주는 해약을 할 수 없다.”라는 내용이 있어 분묘기지권으로 명명되고 있지는 않으나, 토지의 이용권으로 차지에 대한 부분은 분묘기지권과 유사한 내용이 관습이 있다고 볼 수 있다.¹⁸⁾ 관습법은 일정한 법 공동체에서 자연발생적으로 형성된 사회생활규범이 사회의 법적 확신을 얻어 법규범 승인된 것이므로 일정한 법 공동체는 우리 민족이 생활의 터전이 된 한반도 전역을 의미한다. 따라서 조선의 전 지역이 아닌, 부분 지역의 관습의 존부로 분묘기지권에 대한 관습의 존재를 부정할 수는 없다. 조선시대에는 산림공유의 원칙에 의하여 산림의 소유권은 인정되지 않았으나, 분묘를 설치하면 그 분묘가 존속하는 동안 일정한 구역 내에서는 분묘점권을 통해 분묘가 보호받을 수 사회적 인식이 있었으므로 분묘기지권에 대한 관습은 존재한다고 볼 수 있다.¹⁹⁾

3. 분묘기지권의 성립유형

대법원은 분묘기지권의 유형을 승낙형, 양도형, 취득시효형으로 나누고 있다. 대법원은 위 각 유형의 분묘기지권을 각 관습법에 의한 분묘기지권으로 파악하고 있는 것처럼 보인다. 그러나 관습법으로 인정되는 물권으로서 분묘기지권과

17) 오시영, 앞의 논문, 41-43면.

18) 정금식, 「국역 관습조사보고서」, 한국법제연구원, 1992, 188면.

19) 노한장, “분묘기지권 시효취득의 관습 존재 유무에 관한 고찰 - 분묘 관련 판례 및 제도의 연혁적 고찰을 중심으로-”, 「일감부동산법학」 제18호, 건국대학교 법학연구소, 2019, 117-118면.

성립유형은 구별되어야 한다. 즉, 각 유형의 분묘기지권의 성립요건까지 관습에 의하여 인정되는 것인지에 대한 검토가 필요하다.

1) 승낙형 분묘기지권

승낙형 분묘기지권은 타인 소유 토지에 그 소유자의 승낙을 받아 분묘를 설치하였을 때 성립한다.²⁰⁾ 당사자의 약정에 의해 분묘기지권이 성립하는 유형이다. 분묘를 설치하면서 토지소유자와 분묘설치자 사이에 임차권·지상권 등의 설정이 있었다면 그에 따른 법률관계가 성립하므로 분묘기지권은 인정되지 않지만, 당사자 사이에 분묘설치에 관한 합의가 있을 뿐 구체적인 법률관계에 관한 약정이 없는 경우 분묘기지권이 성립하게 된다.

2) 양도형 분묘기지권

양도형 분묘기지권은 자기 소유 토지에 분묘를 설치한 뒤 그 분묘 기지에 대한 소유권의 유보나 분묘를 이장하겠다는 특약을 하지 않고 토지를 매매 등 기타 원인으로 처분한 경우에 성립한다.²¹⁾ 이는 관습상 법정지상권의 판례이론을 분묘기지권에 적용한 것이다. 당초의 판례는 “타인 소유의 토지에 분묘를 설치한 자는 20년간 평온·공연히 분묘의 기지를 점유한 때에는 해 기지 및 벌내에 대하여 지상권에 유사한 일종의 물권을 취득하고 자기 소유의 토지에 분묘를 설치한 자가 분묘기지에 대한 소유권을 보유하지 않고 또 분묘를 이전한다는 약정 없이 토지를 처분한 경우에도 그 후 20년간 평온·공연히 분묘의 기지를 점유한 때에는 역시 전기 권리를 취득하는 것이 아국의 관습이다.”라고 판시하여 양도형 분묘기지권을 독자적인 유형으로 파악하지 아니하고 취득시효형 분묘기지권의 성립요건과 결합하여 판단하였으나,²²⁾ 그 후 “자기 소유 토지에 분

20) 대법원 1958. 6. 12. 선고 4290민상771 판결; 대법원 2000. 9. 26. 선고 99다14006 판결.

21) 이를 법정지상권형 분묘기지권이라고 부르는 견해도 있다. 나태영, “분묘기지권에 관한 소고 - 대법원 2017. 1. 19. 선고 2013다17292 전원합의체 판결을 중심으로 -”, 『민사법론과 실무』 제21권 제4호, 민사법의 이론과 실무학회, 2018, 100면; 장병주, “분묘기지권의 지료지급의무와 그 지급 시기 - 대법원 2021. 4. 29. 선고 2017다228007 전원합의체 판결을 중심으로-”, 『민사법의 이론과 실무』 제24권 제3호, 민사법의 이론과 실무학회, 2021, 224면.

22) 대법원 1955. 9. 29. 선고 4288민상210 판결.

묘를 설치하고 이를 타에 양도한 경우에는 그 분묘가 평장되어 외부에서 인식할 수 없는 경우를 제외하고는 당사자 간에 특별한 의사표시가 없으면 판 사람은 분묘 소유를 위하여 산 사람이 토지에 대하여 지상권 유사 물권을 취득한다.”고 판시하여 독자적인 성립유형으로 판단하였다.²³⁾ 양도형 분묘기지권은 ‘성립요건’ 및 ‘분묘기지권’ 모두 관습에 의해 인정되고 있다는 점에 특징이 있다.

3) 취득시효형 분묘기지권

타인 소유 토지에 그 소유자의 승낙 없이 분묘를 설치한 뒤 20년 동안 평온·공연히 분묘의 기지를 점유하므로써 성립하는 분묘기지권이다. 조선고등법원이 “타인의 토지에 그 승낙을 얻지 않고 분묘를 설치한 자라 하더라도 20년간 평온·공연하게 분묘의 기지를 점유한 때에는 시효에 의하여 타인의 토지에 대하여 지상권에 유사한 일종의 물권을 취득하고, 증명 또는 등기가 없더라도 누구에 대해서든 이를 대항할 수 있는 것이 조선의 관습이다.”라고 판시한²⁴⁾ 이래 대법원도 이를 인정하고 있다.²⁵⁾ 위 조선고등법원 판결은 ‘20년간 평온·공연히 분묘 기지를 점유할 것’을 분묘기지권 취득의 요건으로 하고 있다. 조선 시대에 시효를 인정하는 관습이 있었는가에 대해 관습조사 보고서는 “조선 과거의 법령에는 시효를 이유로 한 권리의 득실을 인정한 규정은 없고, 건양 원년(1896) 이후의 법령에서는 국고 또는 황실 채무, 조세 등 국고에 대한 납부 의무, 어음채무 증에 대한 시효를 이유로 채권·채무의 소멸을 인정하였다. 그렇지만 아직 일반의 권리에 대해 시효를 인정하기까지는 이르지 않았다.”고 하여 취득시효 또는 소멸시효를 인정하는 관습의 존재를 부정하고 있다.²⁶⁾ 그럼에도 조선고등법원이 분묘기지권이 20년간 평온·공연하게 분묘의 기지 점유를 요건으로 분묘기지권을 취득한다고 본 것은 관습법상의 분묘기지권에 취득시효에 관한 일본 민법의 요건을 결합한 것으로 볼 수 있다.²⁷⁾

23) 대법원 1967. 10. 12. 선고 67다1920 판결.

24) 조선고등법원 1927. 3. 8. 선고 1926년 민상 제585호 판결.

25) 대법원 1957. 10. 31. 선고 4290민상539 판결; 대법원 2011. 11. 10. 선고 2011다63017, 63024 판결.

26) 전궁식, 앞의 책, 128면.

27) 김재형, “분묘기지권, 특히 그 시효취득에 관한 재검토”, 『저스티스』 제193호, 한국법학원, 2022, 122-123면은 “관습법상의 분묘기지권이 민법 제248조의 재산권에 해당하기 때문에, 제248조의 규정에 따라 분묘기지권의 취득시효가 인정된다는 것이다. 분묘기지권의 취득

대법원은 “분묘기지권의 시효취득을 우리 사회에 오랜 기간 지속되어온 관습법의 하나로 인정하여”라고 판시하였고,²⁸⁾ 헌법재판소는 구 관습법 위헌소원 사건²⁹⁾에서 「분묘기지권에 관한 관습법 중 “타인 소유의 토지에 소유자의 승낙 없이 분묘를 설치한 경우에는 20년간 평온·공연하게 그 분묘의 기지를 점유하면 지상권과 유사한 관습상의 물권인 분묘기지권을 시효로 취득하고, 이를 등기 없이 제3자에게 대항할 수 있다.”는 부분」이 관습법으로 헌법소원심판의 대상이 된다고 보아 취득시효형 분묘기지권을 전체로 하나의 관습법으로 보고 있는 듯하다.³⁰⁾

그러나 취득시효형 분묘기지권의 성립요건인 취득시효부분, 즉 20년간 점유 기간이나 공연·평온이라는 요건은 일본 민법의 소유권 취득시효 요건을 분묘기지권에 적용한 것으로 현행 민법 제245조의 요건에 관한 법률해석 문제로 볼 수 있다. 따라서 취득시효 부분까지 하나의 관습으로 볼 필요는 없다. 이처럼 분묘기지권만을 관습법으로 볼 때 분묘기지권의 취득시효 요건을 대법원 1997. 8. 21. 선고 95다28625 전원합의체 판결에서 악의의 무단점유자의 경우 자주점유 추정을 부정하여 소유권의 취득을 부정한 법리를 어떻게 해결할 것인지 및 2001. 1. 13. 장사법의 시행으로 분묘기지권의 시효취득을 인정할 수 있는지를 대법원 2017. 1. 19. 선고 2013다17292 전원합의체 판결을 중심으로 살펴보고

시효는 민법 제248조, 제245조 제1항을 준용한 것이거나 유추적용한 것이라고 보아야 할 것이다.”, “분묘기지권이 관습법상 물권으로 인정되는지 여부와 분묘기지권의 취득시효를 인정하는 것까지 관습법인지 여부는 구별해야 할 문제이다. 분묘기지권을 관습법상 물권을 인정하더라도 분묘기지권의 취득시효는 판례법이라고 할 수 있을지언정 관습법이라고 말할 수는 없다.”라고 한다. 생각건대 분묘기지권의 취득시효 부분은 관습법의 내용이 아니라, 분묘기지권이라는 관습법과는 별개로 민법 제245조, 제248조의 법률해석의 문제라고 볼 수 있다.; 이진기, “분묘기지권의 근거와 효력”, 『비교사법』 제23권 제4호, 한국비교사법학회, 2016, 1714면에서 “분묘기지권의 시효취득은 그 본질에서 관습법의 문제가 아니고 단지 「민법」 제248조와 제245조 제1항, 그리고 「장사법」에 포섭되는 사항이라고 하여야 한다.”고 보아 관습법상 분묘기지권과 시효취득을 분리하여 보고 있는 듯하다.

28) 대법원 2017. 1. 19. 선고 2013다17292 전원합의체 판결.

29) 헌법재판소 2020. 10. 29. 선고 2017헌바208 결정.

30) 대법원 2021. 4. 29. 선고 2017다228007 전원합의체 판결에서 별개의견은, “대법원은 분묘기지권의 근거를 관습법이라고 하였으나, 애초에 사회 일반에 존재하는 관습법을 확인한 것이 아니라, 실제로는 토지소유자의 승낙을 받은 경우에 성립하는 관습상의 분묘기지권에 근대적인 취득시효제도를 결합한 것이다. ‘20년의 시효기간’이나 ‘평온·공연한 점유’라는 요건은 민법상의 취득시효 요건에서 도출한 것으로 볼 수밖에 없다는 점에서도 이는 분명하다. 따라서 분묘기지권의 취득시효는 재산권에 관한 취득시효 규정을 관습상 분묘기지권에 적용하거나 유추적용한 것으로 보아야 한다. 따라서 취득시효형 분묘기지권은 본래적 의미의 관습법이라기보다는 의제 관습법적인 성격을 가지고 있다.”고 한다.

(Ⅲ), 지료 지급의무 및 그 발생시기와 같이 관습법상 분묘기지권의 내용이 불명한 경우 이를 어떻게 해결할 것인지를 2021. 4. 29. 선고 2017다228007 전원합의체 판결을 중심으로 검토한다(Ⅳ).

Ⅲ. 2001. 1. 13. 장사법 시행 후
취득시효형 분묘기지권의 인정 여부
- 대법원 2017. 1. 19. 선고 2013다17292
전원합의체 판결을 중심으로 -

1. 사안의 개요

1) 사실관계

(1) 원고의 토지 소유권 취득 경위

甲 종중은 1985. 6. 14. 원주시 소재 임야 14,257㎡(이하 ‘이 사건 임야’라 한다)에 관해 소유권보존등기를 경료하였다. 원고는 이 사건 임야의 소유권을 주장하며 甲 종중을 상대로 소유권보존등기 말소의 소를 제기하여 2008. 3. 12. “피고(甲 종중)는 원고에게 이 사건 임야에 관하여 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기 절차를 이행하라.”는 승소 판결을 선고받았다. 이에 대하여 甲 종중이 항소하였으나 2009. 4. 17. 항소를 기각 판결이 선고되었고, 다시 甲 종중이 상고하였으나 대법원은 2009. 8. 20. 상고를 기각하는 판결을 선고하였다. 원고는 2009. 10. 20. 이 사건 임야에 관하여 진정명의회복을 원인으로 하여 소유권이전등기를 경료하였다. 그 후 원고는 2011. 11. 2. 소외 1에게 이 사건 임야 중 일부 지분에 관해 2011. 9. 7. 매매를 원인으로 하여 소유권일부이전등기를 마쳐주었다.

(2) 분묘 설치 현황

이 사건 임야에는 분묘 6기[(가)~(바) 분묘³¹⁾]가 설치되어 있었다. 피고 1은

31) (가) 분묘 : 피고 2의 母인 소외 6 분묘, (나) 분묘 : 피고1의 증조부인 소외 5 분묘, (다)

甲 중증의 중손으로서 (나)~(바) 분묘 및 그 분묘 기지에 대하여, 소외 6의 아들인 피고 2는 (가) 분묘 및 그 분묘 기지를 각 보존·관리와 봉제사를 위해 점유하고 있었다.

2) 쟁점에 대한 원고와 피고의 주장 요지

원고는 이 사건 임야의 공유자로서 피고 1, 2를 상대로, 피고 1은 (나)~(바) 분묘를, 피고 2는 (가) 분묘를 각 굴이하고 각 분묘 기지 인도 및 그 기지에 설치된 망주석, 비석, 상석 등의 철거를 주장하였다. 이에 대하여 피고 1은 (나), (다), (마), (바) 분묘를, 피고 2는 (가) 분묘를 각 20년 이상 평온·공연하게 관리하여 분묘기지권을 취득하였으므로 원고의 청구는 기각되어야 한다고 주장하였다. 다만 피고 1은 (라) 분묘에 대하여 20년간 점유하지 않은 사실을 자인하였다.

2. 소송의 경과

1심법원³²⁾은 타인 소유의 토지에 분묘를 설치하고 20년간 평온, 공연히 분묘 기지를 점유하면 지상권 유사의 관습상의 물권인 분묘기지권을 시효로 취득하는데, 분묘기지권이란 분묘 수호 및 봉제사 목적 달성에 필요한 범위에서 타인 토지를 사용할 수 있는 권리를 의미하므로 피고들은 이 사건 소 제기 이전에 20년 이상 점유하지 않은 사실이 있는 (라) 분묘를 제외하고는 이미 분묘의 수호 및 관리를 위해 필요한 부분인 각 해당 분묘기지에 대한 분묘기지권을 취득하였다고 판단되므로 피고 1은 원고에게 분묘기지권을 취득하지 않은 (라) 분묘를 굴이하고, 그곳에 설치된 망주석, 상석, 비석 등을 철거하고, 위 분묘 기지 부분을 인도할 의무가 있다고 판단하고 원고의 나머지 청구는 기각하였다. 이에 원고가 항소하였으나, 원심법원³³⁾은 제1심 판결은 정당하므로 원고의 항소는 이유가 없다고 보아 항소를 기각하였다. 이에 대해 원고가 상고하였다.

분묘 : 甲 중증 시조 소외 2의 중손자인 소외 3 분묘, (라) 분묘 : 피고1의父인 소외 8 분묘, (마) 분묘 : 甲 중증 시조 소외 2의 三男인 소외 4 분묘, (바) 분묘 : 甲 중증 시조 소외 2 분묘(1733년 사망).

32) 춘천지방법원 원주지원 2012. 6. 29. 선고 2011가단15130 판결.

33) 춘천지방법원 2013. 1. 25. 선고 2012나3412 판결.

3. 대상판결

1) 다수의견의 요지

(1) 대법원은 분묘기지권의 시효취득을 관습법의 하나로 인정하여, 20년 이상 계속된 사실관계를 기초로 하여 형성된 분묘에 관한 사회질서를 법으로 보호하였고, 민법 시행일부터 50년 이상 위 관습에 대한 사회 구성원의 법적 확신이 확고부동하게 이어져 온 것을 확인하고 적용하여 왔다.

대법원이 오랫동안 인정하여 온 관습법의 효력을 부정하면 법적 안정성을 해할 우려가 있으므로, 관습법의 효력을 부정하려면 전체적인 법질서 체계 및 사회 구성원들의 인식·태도, 문화적·사회적 배경 등에 의미 있는 변화가 뚜렷히 드러나야 한다.

(2) 2001. 1. 13. 시행된 장사법 부칙 제2조는 분묘 설치기간을 제한하는 규정과 토지 소유자가 자신의 승낙 없이 설치된 분묘를 개장하는 경우 분묘 연고자는 대항 할 수 없다는 규정들은 위 장사법 시행 후 설치된 분묘에 한해 적용한다고 규정하고 있으므로, 위 장사법 시행 전에 설치된 분묘의 분묘기지권 존립 근거가 위 장사법 시행으로 상실되었다고 볼 수는 없다.

또한 분묘기지권의 시효취득에 관한 기존 관습법이 헌법을 최상위 규범으로 하는 전체 법질서에 부합하지 않거나, 정당성·합리성을 인정할 수 없게 된 것이 아니다.

그리고 화장률 증가 등으로 인해 전통적인 장묘문화에 대하여 사회 구성원들의 의식이 일부 변화하였더라도 여전히 우리 사회에 매장문화가 존재하고 사실 묘지 설치가 허용되며, 분묘기지권에 대한 관습에 관하여 사회 구성원들의 법적 구속력에 대한 확신이 소멸하였다거나 그 관행이 본질적으로 변경된 것은 아니다.

(3) 그렇다면 타인 소유 토지에 분묘를 설치한 후 20년간 평온, 공연히 분묘기지를 점유하면 관습상 물권인 분묘기지권을 시효 취득한다는 것은 오랜 기간 동안 지속된 관행 또는 관습으로서 법적 규범으로 승인되어 왔고, 그러한 법적 규범이 장사법 시행일 2001. 1. 13. 이전에 설치된 분묘에 대하여 현재까지 유지되고 있다.

2) 반대의견³⁴⁾의 요지

(1) 현행 민법 시행 후 토지 소유권 개념과 사유재산제도가 확립되었고 토지의 경제적인 가치 상승에 의해 토지 소유자의 권리의식이 향상되고 보호 필요성이 커졌으나, 매장 중심의 장묘문화는 현저히 퇴색되었으므로, 토지 소유자 승낙 없이 무단으로 설치된 분묘의 경우까지 관습으로 취득시효에 의한 분묘기지권을 인정하였던 문화적·사회적 기초는 상실되었고 그러한 관습은 전체 법질서와 부합하지 않게 되었다.

(2) 비록 토지 소유자의 승낙 없이 무단으로 설치한 분묘에 대하여 분묘기지권의 시효취득을 허용하는 것이 과거 토지 소유권 개념이 확립되지 않았던 시대의 매장문화를 반영한 관습이라도, 그러한 관습은 적어도 소유권의 시효취득에 관한 대법원 1997. 8. 21. 선고 95다28625 전원합의체 판결이 선고되고 2001. 1. 13. 장사법이 시행될 즈음에는 재산권에 관한 헌법 규정 또는 소유권의 내용 및 취득시효 요건에 대한 민법 규정, 장사법 규율 내용 등을 포함한 전체 법질서에 부합하지 않게 되어 정당성·합리성을 유지할 수 없게 되었다.

장묘문화에 대한 사회 일반 인식의 변화, 장묘제도의 변경과 토지 소유자의 권리의식 강화 등 예전과 달라진 사회현실에 비추어 볼 때, 우리 사회 구성원들의 분묘기지권 시효취득에 관한 법적 확신은 현저히 쇠퇴하였고, 이러한 법적 확신의 소멸이 장사법의 입법에 반영되었다.

(3) 그러므로 토지 소유자의 승낙 없이 20년 동안 평온, 공언히 점유하였다는 사실만으로 분묘기지권의 시효취득을 인정하는 기존의 관습은 적어도 장사법 시행일인 2001. 1. 13. 무렵에는 헌법을 비롯한 전체 법질서에 반하는 것으로서 정당성·합리성을 상실하였을 뿐 아니라 그러한 관습의 법적 구속력에 대해 우리 사회 구성원들은 확신을 가지지 않게 되어 법적 규범으로서 효력을 상실하였다. 따라서 2001. 1. 13. 당시 아직 20년의 시효기간이 경과하지 아니한 분묘는 법적 규범의 효력을 상실한 분묘기지권의 시효취득에 관한 종전의 관습으로 분묘기지권의 시효취득을 주장할 수 없다.

34) 대법관 김용덕, 대법관 박보영, 대법관 김소영, 대법관 권순일, 대법관 김재형.

4. 대상 판결의 검토

1) 취득시효형 분묘기지권을 독자적인 관습법으로 파악하는지 여부

다수의견은 “분묘기지권의 시효취득을 우리 사회에 오랜 기간 지속되어 온 관습법의 하나로 인정하여, 20년 이상의 장기간 계속된 사실관계를 기초로 형성된 분묘에 대한 사회질서를 법적으로 보호하였고, 민법 시행일인 1960. 1. 1.부터 50년 이상의 기간 동안 위와 같은 관습에 대한 사회 구성원들의 법적 확신이 어떠한 흔들림도 없이 확고부동하게 이어져 온 것을 확인하고 이를 적용하여 왔다.”라고 하고, 반대의견도 “토지 소유자의 승낙 없이 무단으로 설치된 분묘까지 취득시효에 의한 분묘기지권을 관습으로 인정하였던 사회적·문화적 기초는 상실되었고 이러한 관습은 전체 법질서와도 부합하지 않게 되었다.”고 하여 취득시효형 분묘기지권을 하나의 독자적인 관습법으로 파악하고 있다. 대상 판결과 같이 분묘기지권의 취득시효 요건도 관습법으로 파악한다면 장사법의 시행으로 관습법의 효력이 상실되었는지 여부가 문제된다. 분묘기지권의 취득시효가 관습법으로 승인되었더라도 사회 구성원들이 그 관행의 법적 구속력에 대해 확신을 갖지 않게 되었거나, 사회질서 또는 사회를 지배하는 기본적 이념의 변화로 인해 그 관습법을 적용하여야 할 시점의 전체 법질서에 부합하지 않는다면 관습법은 법적 규범의 효력이 부정될 수 있으므로 대상판결은 취득시효형 분묘기지권에 대한 법적 구속력의 변화가 있었는지 여부와 취득시효형 분묘기지권이 전체 법질서에 부합하지 않게 되었는지 여부에 대하여 논의하고 있다.

그러나 취득시효형 분묘기지권을 독자적 관습으로 파악한다면 분묘기지권 자체와는 별개로 취득의 요건으로 ‘시효의 기간이 얼마인지에 대한 관습의 존부’에 대하여 살펴보았어야 한다. 그러나 대법원은 이에 대한 그 어떤 언급도 없이 조선고등법원 판례 이후 줄곧 분묘기지권의 시효취득 기간을 20년을 기준으로 판시하고 있는 문제점이 있다. 대법원은 분묘기지권의 시효취득을 관습법으로 파악하면서 왜 20년의 기간을 요구하는 것인가? 생각건대, 대법원이 20년을 분묘기지권의 취득시효 기간으로 보는 것은 민법 제248조 준용 규정에 의해 점유로 인한 부동산소유권의 취득 기간을 분묘기지권의 취득시효에 적용한 것으로 보인다.³⁵⁾

만약 분묘기지권의 취득시효 요건을 관습법으로 보지 않는다면, 분묘기지권

의 시효취득에 대한 판례의 변경 여부는 관습법의 변경이 아니라 취득시효에 관한 요건에 관한 해석 문제가 된다.³⁶⁾

민법 제248조, 제245조 제1항은 “20년간 소유의 의사로 평온, 공연하게 부동산을 점유하는 자는 등기함으로써 그 소유권을 취득한다.”고 규정하고 있다. 따라서 분묘기지권의 취득시효 여부는 ‘소유의 의사’, ‘등기의 요부’의 취득시효 요건에 대한 법률해석 문제로 귀착한다.

(1) ‘소유의 의사’의 필요 여부

과연 분묘기지권 시효취득에 소유의 의사가 필요한 것인가? 결론부터 말하면 분묘기지권 취득시효 요건으로 소유의 의사라는 주관적 요건은 필요하지 않다고 생각한다.

대상판결의 반대의견은 “1997. 8. 21. 선고 95다28625 전원합의체 판결이 선고된 후에는 무단 점유에 의한 소유권의 시효취득을 부정하게 되었고 다른 재산권의 시효취득에 관하여도 마찬가지로 법리가 적용되어야 함에 비추어 보면, 타인 소유의 토지에 소유자의 승낙이 없다는 사실을 잘 알면서 무단으로 분묘를 설치한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 분묘를 설치한 자에게 토지 소유자의 승낙을 받아 분묘를 설치한다는 실질이나 그에 따른 점유를 한다는 의사가 있다고 볼 수 없다. 그럼에도 불구하고 이처럼 무단으로 설치한 분묘에 관하여 분묘기지권의 시효취득을 인정하는 것은 결국 소유권 및 다른 재산권의 시효취득과는 그 요건이 다른 시효취득제도를 인정하는 것이 된다.”고 하여 분묘기지권의 취득시효에 ‘소유의 의사’가 필요하다고 한다.³⁷⁾

35) 반대의견에 대한 대법관 김재형의 보충의견은 “분묘기지권이 관습법상 물권으로 인정되는지 여부와 분묘기지권의 취득시효를 인정하는 것까지 관습법인지 여부는 구별해야 할 문제이다. 관습상 분묘기지권을 물권으로 인정한다고 해서 관습상 분묘기지권의 발생 원인이나 성립요건을 종래의 판례와 같이 보아야 하는 것은 아니다.”, “분묘기지권의 취득시효에 관한 판례는 사회 일반에 존재하는 관습법을 확인한 것이 아니라, 실제로는 토지 소유자의 승낙을 받은 경우에 성립하는 관습상의 분묘기지권에 근대적인 취득시효제도를 반영한 것이다. ‘20년의 시효기간’이나 ‘평온·공연한 점유’라는 요건은 민법상의 취득시효 요건에서 도출한 것으로 볼 수밖에 없다는 점에서도 이는 분명하다. 따라서 분묘기지권의 취득시효는 재산권에 관한 취득시효 규정을 관습상 분묘기지권에 적용 또는 유추적용한 것으로 보아야 한다.”고 하여 취득시효형 분묘기지권을 독자적 관습법으로 보지 않고 분묘기지권의 취득시효 요건은 민법 취득시효 요건 문제로 보고 있다.

36) 권철, “분묘기지권의 시효취득에 관한 관습법 인정 여부 - 대법원 2017. 1. 19. 선고 2013다17292 전원합의체 판결 -”, 『성균관법학』 제30권 제3호, 성균관대학교 법학연구원, 2018, 369면.

그러나 취득시효에 관한 규정이 재산권에 준용된다고 하더라도 재산권에 따라 확일적으로 취득시효의 주관적 요건이 필요하다고 볼 필요는 없다.³⁸⁾ 대상 판결의 다수의견에 대한 보충의견이 지적인 바와 같이 1997. 8. 21. 선고 95다 28625 전원합의체 판결은 “점유자가 점유 개시 당시에 소유권 취득의 원인이 될 수 있는 법률행위 기타 법률요건이 없이 그와 같은 법률요건이 없다는 사실을 잘 알면서 타인 소유의 부동산을 무단점유한 것임이 증명된 경우에는 특별한 사정이 없는 한 점유자가 타인의 소유권을 배척하고 점유할 의사를 갖고 있지 않다고 보아 소유의 의사가 있는 점유라는 추정은 깨어졌다.”고 판시함으로써 악의의 무단점유자에 대하여 민법 제245조 제1항에 의한 소유권 시효취득을 부정하였는데, 이는 현행 민법이 법률행위로 인한 부동산 물권의 득실변경에 관해 등기라는 공시방법을 갖추어야 효력이 생기는 이른바 ‘형식주의’를 채택하였고, 이러한 관점에서 보면 점유자가 소유권 등 부동산 물권을 등기 없이 취득한다는 의사를 가지는 것이 타당하다고 볼 수 없는 점 등을 고려한 것이다. 그러나 분묘기지권의 취득과 상실에는 등기가 필요하지 않고,³⁹⁾ 등기를 할 방법도 없다. 부동산등기법에서 등기할 수 있는 권리를 법정하고 있는데 분묘기지권은 등기할 수 있는 권리에 해당하지 않는다. 분묘기지권을 등기할 방법 자체가 없는데 분묘기지권의 시효취득 요건으로 소유의 의사를 요구하는 것은 모순된 것이다. 따라서 분묘기지권의 취득시효 요건으로 소유의 의사라는 주관적

37) 다수의견에 대한 대법관 김신, 대법관 조희대의 보충의견은 “위 전원합의체 판결의 취지는 악의의 무단점유자에 대하여 민법 제245조 제1항에 의한 소유권 시효취득을 부정하였는데, 그 취지는 등기한 진정한 부동산 소유자가 점유자의 취득시효완성으로 인하여 소유권을 쉽게 상실하는 불합리한 결과를 방지하기 위한 것으로 볼 수 있다.

그러나 분묘 소유를 위한 토지 사용권만을 등기 없이 취득하는 관습법상의 물권인 분묘기지권의 시효취득 요건을 위와 똑같은 입장에서 바라볼 수는 없다. (중략)

따라서 부동산 물권관계에 관한 등기제도의 의미 등을 바탕으로 한 소유권 시효취득의 요건은 분묘 소유를 위한 토지 사용권만을 인정하고 등기 없이 취득할 수 있는 관습상의 물권인 분묘기지권의 시효취득의 요건과 분명히 구별되어야 하고, 위 전원합의체 판결의 법리가 분묘기지권의 시효취득에 관한 관습법의 효력에 영향을 미친다고 보기 어렵다.”고 판시하였으나, 이는 취득시효형 분묘기지권을 독자적인 관습법으로 보는 입장에서 분묘기지권의 취득요건으로 파악한 것으로, 민법 제248조, 제245조 제1항의 법률해석 문제로 분묘기지권 시효취득에 있어 ‘소유의 의사’가 필요한지 여부와는 구별하여야 한다.

38) 대법원 2015. 3. 20. 선고 2012다17479 판결은 통행지역권의 시효취득에 있어 주관적 요건이 필요하지 않다고 한다. 이 판례의 입장에 찬성하는 견해로는 오용규, “통행지역권의 취득시효 완성 요건 및 그 대가 보상 - 대상판결 : 대법원 2015. 3. 20. 선고 2012다17479 판결 -”, 『청연논총』 제14집(사법연수원 교수논문집 43-74), 사법연수원, 2017, 69면.

39) 등기의 필요 여부에 대하여는 항을 바꿔서 아래 (2) 항에서 서술한다.

요건은 필요 없다.

(2) 등기의 필요 여부

민법 제248조, 제245조 제1항은 “~등기함으로써 그 소유권을 취득한다.”라고 규정하고 있어, 분묘기지권의 취득시효에 등기가 필요한지 문제된다. 분묘기지권은 일종의 물권이므로 그 취득과 상실에 등기가 필요한지 문제되는 바, 대법원은 “타인 소유의 토지에 소유자의 승낙 없이 분묘를 설치한 경우에도 20년간 평온, 공연하게 그 분묘의 기지를 점유하면 지상권과 유사한 관습상의 물권인 분묘기지권을 시효로 취득하고, 이를 등기 없이 제3자에게 대항할 수 있는 것이 관습이다.”⁴⁰⁾ “타인 소유의 토지에 소유자의 승낙 없이 분묘를 설치한 경우에는 20년간 평온, 공연하게 그 분묘의 기지를 점유하면 지상권 유사한 관습상의 물권인 분묘기지권을 시효로 취득하는데, 이러한 분묘기지권은 봉분 등 외부에서 분묘의 존재를 인식할 수 있는 형태를 갖추고 있는 경우에 한하여 인정되고, 평장되어 있거나 암장되어 있어 객관적으로 인식할 수 있는 외형을 갖추고 있지 아니한 경우에는 인정되지 않으므로, 이러한 특성상 분묘기지권은 등기 없이 취득한다.”⁴¹⁾ 라고 판시하여 분묘기지권의 시효취득에 등기가 필요하지 않다는 입장이다.

생각건대, 분묘기지권의 시효취득 요건은 관습법이 아니므로 민법 제187조가 적용되지 않고, 동법 제248조에서 제245조를 준용하고 있으나 ‘준용한다’는 의미는 어떤 사항에 관한 규정을 그와 유사하지만 본질적으로 다른 사항에 적용한다는 것이다. 대법원도 “어느 법령의 규정이 특정 사항에 관하여 다른 법령의 특정 사항에 관한 규정을 준용한다고 정하면서 준용되는 해당 조항을 특정하거나 명시하지 아니하여 포괄적·일반적으로 준용하는 형식을 취하고 있다고 하더라도, 준용규정을 둔 법령이 규율하고자 하는 사항의 성질에 반하지 않는 한도 내에서만 다른 법령의 특정 사항에 관한 규정이 준용된다.”라고 판시하고 있다.⁴²⁾ 따라서 제248조에서 소유권의 취득시효에 관한 제245조를 준용하고 있더라도 소유권과 분묘기지권은 법적 성질에서 현저한 차이가 있으므로 등기 부

40) 대법원 1957. 10. 31. 선고 4290민상539 판결; 대법원 2011. 11. 10. 선고 2011다63017, 63024 판결 등.

41) 대법원 2017. 1. 19. 선고 2013다17292 전원합의체 판결.

42) 대법원 2015. 8. 27. 선고 2015두41371 판결.

분까지 일률적으로 똑같이 적용될 필요는 없는 것이다. 분묘기지권은 봉분 그 자체가 공시 기능을 하고 있으므로 분묘기지권의 취득시효에는 등기가 필요하지 않다고 보는 것이 타당하다.

2) 장사법과의 관계

(1) 장사법 규정

2001. 1. 13.부터 시행된 장사법(법률 제6158호)은 분묘 설치기간을 15년으로 제한하고 15년씩 3회에 한하여 설치기간 연장을 허용하며(제17조 제1항, 제2항), 토지 소유자의 승낙 없이 설치된 분묘에 대해 토지 소유자가 이를 개장하는 경우에 분묘의 연고자는 당해 토지 소유자에게 토지 사용권 기타 분묘의 보존을 위한 권리를 주장할 수 없다고 규정하고 있지만(제23조 제3항), 위 조항들의 적용 시기에 관하여 법 시행 후 최초로 설치되는 분묘부터 적용한다고 규정하고 있다(부칙 제2조).

2008. 5. 26.부터 시행된 장사법(법률 제8489호)도 위와 같은 내용을 조문 위치를 변경하여 분묘의 설치기간을 제한하고(제19조), 분묘 연고자가 토지 소유자의 승낙 없이 설치된 분묘에 대한 토지 사용권 등을 주장할 수 없다는 내용의 규정을 두고 있으나(제27조 제3항), 위 조항들 역시 장사법(법률 제6158호) 시행일인 2001. 13. 이후 최초로 설치된 분묘부터 적용한다고 규정하고 있다(부칙 제2조 제2항).

2016. 8. 30.부터 시행된 장사법(제13660호)은 분묘의 설치기간을 30년으로 제한하고 1회에 한하여 그 설치기간을 30년으로 하여 연장할 수 있도록 규정하면서(제19조 제1항, 제2항), 설치기간 제한 조항은 장사법(법률 제6158호)의 시행일인 2001. 13. 이후 최초로 설치된 분묘부터 적용한다고 명시하고 있다(부칙 제2조).

(2) 분묘기지권의 시효취득 가능성

취득시효형 분묘기지권을 독자적 관습법이 아닌, 관습법인 분묘기지권과 민법의 취득시효 규정의 결합으로 볼 경우 장사법 시행과 분묘기지권의 관계가 문제된다.

일단 취득시효형 분묘기지권을 독자적인 관습법으로 볼 경우에는 장사법(법

를 제6158호) 제23조 제3항 규정은 물권법정주의를 규정한 민법 제185조에서 관습법은 법률과의 관계에서 어떠한 효력이 있는지에 관한 문제로 귀착한다. 법률에 대한 관습법의 효력에 대하여 보충적 효력설, 대등적 효력설, 변경적 효력설이 대립하고 있다. 보충적 효력설은 법률에 규정이 있는 물권과 다른 물권을 관습법에 의해 인정하는 것은 허용되지 않고, 법률이 특별히 규정하고 있지 않은 내용이나 종류의 물권만 관습법상 성립이 인정된다는 견해이다.⁴³⁾ 대등적 효력설은 물권에 관하여는 관습법에 대해 성문법과 대등한 효력을 인정하는 견해이다. 대등적 효력설에 의하면 법률에 규정이 없는 새로운 종류나 내용의 물권이 관습법상 성립이 인정된다고 한다.⁴⁴⁾ 변경적 효력설은 관습법상의 물권이 성문법을 변경하는 결과가 되며, 여기서 성문법을 변경한다는 것은 성문법상 규정을 수정한다는 뜻이 아니라 그 규정의 적용을 배척하게 되는 결과가 된다는 견해이다.⁴⁵⁾ 장사법의 시행과 분묘기지권의 관계에 있어 관습법과 법률의 효력에 대한 보충적 효력설은 분묘기지권을 배제하는 장사법이 제정되었으므로 분묘기지권은 배제될 것이고, 변경적 효력설 또는 대등적 효력설에 의하면 관습법의 근거가 되는 사회 일반의 법적 확신의 소멸에 의해 관습법으로 인정되어온 분묘기지권은 더 이상 인정되기 어렵기 때문에 장사법 시행일 이후부터는 동법 규정에 의해 분묘기지권이 인정되지 않는다고 한다.⁴⁶⁾

대상판결은 취득시효형 분묘기지권을 독자적 관습법으로 보고 장사법의 시행으로 사회 일반의 법적 인식의 변화가 있었는나 여부를 통해 분묘기지권의 존립 근거를 판단하고 있다.

그러나 분묘기지권의 취득시효 요건은 법률의 해석 문제라고 본다면, 민법의 취득시효에 대한 특별법이자 신법인 장사법의 토지 소유자의 승낙 없이 설치된 분묘에 대해 토지 소유자가 이를 개장하는 경우 분묘의 연고자는 그 토지 소유자에 대항할 수 없다는 규정으로 인해 2001. 1. 13. 이후에는 분묘기지권의 시효취득이 더 이상 인정되지 않는다고 볼 수 있다.⁴⁷⁾ 2001. 1. 13. 이전에 설치된

43) 강태성, 앞의 책, 25면; 박윤직·김재형, 앞의 책, 20면; 김상용, 앞의 책, 32면; 김준호, 앞의 책, 19면.

44) 김증환·김학동, 「물권법」, 박영사, 1997, 17면; 이영준, 앞의 책, 17면; 이은영, 앞의 책, 32면; 양형우, 「민법의 세계」, 도서출판 정독, 2023, 388-389면.

45) 김용환, 「물권법」, 박영사, 1996, 36면.

46) 박용석, “분묘기지권에 관한 고찰”, 「법학연구」 제50권 제2호, 부산대학교 법학연구소, 2009, 393면.

47) 물론 이러한 해석은 장사법 제27조 제3항의 규정이 분묘기지권의 시효취득을 배제한 규

분묘는 장사법(법률 제6158호) 부칙 제2조에서 명문으로 제23조 제3항의 적용을 배제하고 있으므로 분묘기지권의 시효취득이 가능하다.

(3) 분묘기지권의 존속기간

분묘의 설치기간을 제한한 장사법 시한부 매장제도는 관습법상 분묘기지권의 내용 변경에 해당한다. 물권의 종류와 내용은 법률이 정하는 것에 한하여 인정된다는 물권법정주의는 강행규정이므로, 2001. 1. 13. 이후 설치된 분묘의 최장 존속기간은 60년이다. 승낙형 분묘기지권의 경우 당사자의 약정에 하여 60년 이상의 분묘의 존속기간을 정할 수 있는데, 이는 물권으로서의 효력이 아닌 단지 채권으로서의 효력을 갖는데 그친다. 60년 이상의 분묘기지권의 존속기간을 인정하는 것은 물권법정주의에 반하기 때문이다.

기존 대법원 판례는 분묘기지권자가 분묘의 수호와 봉사를 계속하여 그 분묘가 존속하고 있는 한 분묘기지권이 존속한다는 법리를 전개하여 왔다.⁴⁸⁾ 사회의 거듭된 관행으로 형성된 사회생활규범이 관습법으로 승인되었더라도 사회구성원들이 그 관행의 법적 구속력에 대해 확신을 갖지 않게 되었거나, 사회질서 또는 사회를 지배하는 기본 이념의 변화로 인해 그 관습법을 적용하여야 할 시점에서 전체 법질서에 부합하지 않는다면 그 관습법은 법적 규범으로서 효력이 부정될 수 밖에 없는데,⁴⁹⁾ 2001. 1. 13. 시행된 장사법은 묘지 공간과 생활공간의 부족 문제 해결의 필요성, 장묘 문화에 관한 사회 인식의 변화, 토지 소유자의 권리의식 강화 등 사실상 영구적으로 인정되던 분묘기지권의 존속기간에 대한 사회질서 또는 사회를 지배하는 기본적 이념 변화를 반영한 입법이라 볼 수 있기 때문에 분묘기지권의 존속기간 변경은 관습법의 변경 내지 폐지에 해당한다.

위와 같이 장사법의 시한부 매장제도가 분묘기지권의 존속기간에 대한 관습법의 변경을 가져온 입법이라면 분묘기지권의 성립 시기를 불문하고 동일하게 적용할 수 있으므로, 2001. 1. 13. 시행된 장사법 이전에 분묘가 설치되고 분묘기지권도 이미 성립한 경우 또는 2001. 1. 13. 장사법 시행 이전에 분묘가 설치

정이라는 것을 전제로 한 논의이다. 이 규정을 토지 소유자의 승낙 없이 분묘를 설치한 경우 분묘 개장을 할 수 있는 것만 인정한 것이고, 분묘기지권의 시효취득을 배제하지는 않는다고 본다고 보는 견해로는 이진기, 앞의 논문, 1735-1740면.

48) 대법원 1982. 1. 26. 선고 81다1220 판결.

49) 대법원 2005. 7. 21. 선고 2002다1178 전원합의체 판결.

되었거나 장사법 시행 후 분묘기지권이 성립한 경우에도 분묘기지권의 최장 존속기간 60년이 적용될 수 있다. 이처럼 분묘기지권의 존속기간 변경은 관습법의 변경에 해당하므로, 법률해석 문제인 분묘기지권의 취득시효 요건과는 구별되어야 한다.

다만, 장사법 부칙 제2조에서 분묘의 설치기간 제한 조항은 장사법 시행일 2001. 1. 13. 이후 최초로 설치된 분묘부터 적용한다고 규정하여, 장사법 시행 전에 설치된 분묘의 경우 분묘기지권의 존속기간이 사실상 영구적인 것은 아닌지 의문이 있을 수 있다. 그러나 장사법 부칙 제2조의 소극적 입법 취지는 장사법 시행 전에 설치된 분묘의 경우 장사법 적용을 완전히 배제하여 영구적 존속기간을 인정하는 취지라기보다는 장사법 시행 전에 설치된 분묘의 경우에도 장사법 시행일로부터 최장 60년의 존속기간을 보장해야 한다는 의미로 해석해야 한다.⁵⁰⁾

대상판결은 취득시효형 분묘기지권을 독자적 관습법으로 보아 장사법 시행 이후에도 취득시효형 분묘기지권이 인정될 수 있는가의 여부만을 판단하고 있으나,⁵¹⁾ 취득시효 요건을 법률의 해석 문제로 본다면 분묘기지권의 취득시효를 인정하면서도 분묘기지권의 존속기간을 제한할 수 있어 분묘기지권의 장사법 시행 전과 후의 차별적 문제도 해결할 수 있을 것이다.

50) 오시영, “관습상의 분묘기지권의 전제인 관습 부존재에 대한 고찰(Ⅲ)”, 『법학논총』 제37집, 숭실대학교 법학연구소, 2017, 8면.

51) 대상판결의 반대의견은, “토지 소유자의 승낙이 없음에도 20년간 평온·공연한 점유가 있었다는 사실만으로 사실상 영구적이고 무상인 분묘기지권의 시효취득을 인정하는 것은 토지 소유자의 아무런 관여나 귀책 사유 없이 토지 소유권을 과도하게 제한하는 것일 뿐만 아니라 토지 소유자에게 토지의 제공에 대한 아무런 보상조차 허용하지 아니하므로, 토지 소유권이라는 사유재산권이 유명무실해지는 등 헌법상 보장된 재산권의 본질적 내용을 침해할 수 있다.”고 판시하고 있다. 그러나 분묘기지권의 시효취득 여부와 존속기간을 분리하여 판단한다면 반대의견이 우려한 헌법상 보장된 재산권 침해의 본질적 내용 침해 가능성도 적어질 수 있다.

IV. 취득시효형 분묘기지권의 지료

- 대법원 2021. 4. 29. 선고 2017다228007 전원합의체 판결을 중심으로 -

1. 문제의 소재

분묘기지권은 분묘 수호 및 봉제사 목적 달성에 필요한 범위에서 타인 토지를 사용할 수 있는 지상권 유사한 관습법상 물권이다. 분묘기지권은 분묘의 소유를 목적으로 한다는 점에서 공작물이나 수목을 소유하기 위하여 타인의 토지를 사용하는 지상권과 유사하고, 소유를 목적으로 하지 않는 지역권이나 전세권과 구별된다. 지상권자는 토지 사용의 대가로 지료를 지급하는 것이 보통이지만, 지료가 지상권의 성립요건은 아니다. 따라서 지료에 대한 유상 약정이 없으면 지료 지급을 구할 수 없는 것이며, 지료에 관해 등기가 없는 경우에는 무상의 지상권으로 지료증액청구권도 발생할 수 없다.⁵²⁾ 그렇다면 지상권과 유사한 관습법상 물권인 분묘기지권의 경우 지료가 성립요건인가, 아니면 약정 물권이 아니므로 지상권과 다르게 보아야 하는가? 지료가 분묘기지권의 성립요건이 아니라면, 지료에 대한 부분은 관습법으로 분묘기지권의 내용에 포함되는가? 당사자 사이의 약정이 없는 경우 분묘기지권의 지료지급의무를 해석하는 기준은 무엇이 될 수 있는가? 등을 검토한다.

2. 사안의 개요

이천시 임야 4,969㎡(이하 ‘이 사건 임야’라 한다) 중 400㎡ 지상에 피고의 祖父(1940. 7.경 사망)와 피고의 父(1961. 4.경 사망)의 각 분묘(이하 ‘이 사건 분묘들’이라 한다)가 설치되어 있었고, 피고는 이 사건 분묘들을 수호·관리해 왔다. 원고들은 2014.경 이 사건 임야 지분 일부를 경매로 취득한 후, 피고를 상대로 이 사건 분묘들의 기지 점유에 의한 원고들의 소유권 취득일 이후의 지료 지급을 구하는 소를 제기하였다. 이에 대해 피고는 20년 이상 평온·공연히 이 사건 분묘들의 기지를 점유하여 분묘기지권을 시효 취득하였기에 지료 지급의

52) 대법원 1999. 9. 3. 선고 99다24874 판결.

의무가 없다고 주장하였다.

3. 소송의 경과

1심⁵³⁾은 지상권은 지료 지급이 요소가 아니므로 지료에 대하여 약정이 없으면 지료 지급을 구할 수 없는 점을 고려하면, 분묘기지권을 시효 취득하는 때에도 지료를 지급할 필요가 없다는 이유로 원고들의 청구를 기각하였다. 이에 대해 원고들이 항소하였고, 원심⁵⁴⁾은 분묘기지권을 시효 취득한 경우 토지소유자가 지료를 청구한 때부터 지료를 지급할 의무가 있다고 판단하여, 원고들의 청구를 일부 받아들였다. 이에 대해 피고가 상고하였다.

4. 대상판결

1) 다수의견의 요지

장사법 시행일(2001. 1. 13.) 이전에 타인 토지에 분묘를 설치한 뒤 20년간 평온·공연히 분묘 기지를 점유하여 분묘기지권을 시효취득하였더라도, 분묘기지권자는 토지소유자가 분묘기지에 관한 지료를 청구하면 그 청구한 날부터의 지료를 지급할 의무가 있다. 취득시효형 분묘기지권은 당사자간의 합의에 의하지 않고 성립하는 권리이고, 그로 인해 토지소유권이 영구적으로 제한될 수 있다. 그러므로 분묘기지권을 시효취득한 자는 일정 범위에서 토지 사용 대가를 지급할 의무를 부담한다고 하는 것이 형평에 부합한다. 취득시효형 분묘기지권이 관습법으로 인정되어 온 사회적·역사적 배경, 분묘기지권의 특수성, 당사자의 신뢰 및 법적 안정성, 조리와 신의성실의 원칙 및 부동산의 계속적 용익관계에 관해 이러한 가치를 구체화한 민법상 지료증감청구권 규정의 취지 등을 종합하면, 분묘기지권을 시효취득한 자는 토지소유자가 그 분묘기지에 대한 지료를 청구하면 ‘청구한 날부터’ 지료를 지급하여야 한다.

53) 수원지방법원 여주지원 이천시법원 2016. 5. 3. 선고 2015가소53727 판결.

54) 수원지방법원 2017. 4. 20. 선고 2016나58055 판결.

2) 별개의견⁵⁵⁾의 요지

분묘기지권을 시효 취득한 분묘기지권자는 토지소유자에게 분묘를 설치하여 토지를 점유하는 기간 동안 지료를 지급할 의무가 있다. 헌법상 재산권 보장의 원칙, 민법의 소유권 내용 및 효력, 통상적인 거래 관념에 의하면, 점유자가 타인 토지를 사용하는 경우 당사자 간에 무상 합의가 있는 등의 특별한 사정이 없는 한, 토지 사용 대가를 지급해야 하는 유상 사용관계라고 보아야 한다. 취득시효형 분묘기지권의 지료에 대하여 관습법으로 정해진 내용이 없으면 유사한 사안에 대한 법규범을 유추적용하여야 한다. 분묘기지권은 지상권과 유사한 물권으로서 당사자 간의 합의에 의하지 않고 관습법에 의해 성립한다. 이러한 토지 이용관계는 법정지상권과 가장 유사하다. 민법 제366조 등에 의해 법정지상권이 성립한 경우 지상권자는 ‘지상권 성립 시부터’ 토지소유자에게 지료를 지급해야 한다. 따라서 법정지상권의 경우와 마찬가지로 분묘기지권을 시효취득하여 성립하는 토지 이용관계에 대하여도 분묘기지권이 성립한 때부터 지료를 지급해야 한다.

3) 반대의견⁵⁶⁾의 요지

장사법 시행일(2001. 1. 13.) 이전에 분묘를 설치해 20년간 평온·공연히 그 분묘 기지를 점유하여 분묘기지권을 시효 취득하였다면, 분묘기지권자는 특별한 사정이 없는 한 토지소유자에게 지료를 지급할 의무가 없다. 분묘기지권은 관습법상 물권이므로, 관습에 대한 조사, 확인을 통해 관습법의 내용을 선언하여야 하고 법원이 해석으로 그 내용을 정하는 것은 타당하지 않다. 지금까지 분묘기지권에 대하여 유상성을 내용으로 하는 관습이 확인된 적이 없었다는 사실은 분묘기지권이 관습상 무상이었음을 반증한다. 지상권에 관한 일반 법리, 분묘기지권과 법정지상권의 차이점, 분묘기지권의 시효취득을 관습법으로 인정하여 온 취지에 비추어 보아도 분묘기지권자는 지료를 지급할 의무가 없다.

55) 대법관 이기택, 대법관 김재형, 대법관 이흥구.

56) 대법관 안철상, 대법관 이동원.

5. 대상판결의 검토

1) 분묘기지권자의 지료지급의무의 존부

(1) 지료가 분묘기지권의 내용의 일부인가?

분묘기지권의 성립유형을 각각의 관습법으로 보는 판례의 입장에 따르면 각 유형별로 분묘기지권의 유상성을 논의할 수 있다. 그러나 양도형 분묘기지권은 관습상 법정지상권과 같이 성립요건도 관습으로 결합된 관습상 분묘기지권이지만, 승낙형 분묘기지권과 취득시효형 분묘기지권은 분묘기지권만이 관습법이고 성립요건은 관습이 아닌 것으로 본다면, 각 유형별로 분묘기지권의 유상성을 논의할 것이 아니라, 분묘기지권 자체가 유상성을 내용으로 포함하고 있는지를 먼저 검토하여야 한다. 즉, 분묘기지권은 관습법상의 물권으로 물권법정주의에 의해 법률 또는 관습법이 정하는 것과 다른 내용을 갖지 못한다. 그러므로 지료가 분묘기지권의 내용이 되었는지를 먼저 검토하여야 한다. 지료가 분묘기지권의 내용이 되었다면 관습법상 인정되는 지료와 다른 내용의 분묘기지권을 인정할 수는 없기 때문이다.

대상판결의 다수견해는 “취득시효형 분묘기지권은 당사자의 합의에 의하지 않고 관습법에 의하여 성립하는 제한물권으로, 분묘기지권자의 이익을 위해 토지 소유권의 행사를 제약하게 됨에도 당사자는 지료의 유무나 금액을 미리 정할 수 없다. 이러한 취득시효형 분묘기지권의 성질에 비추어 보면, 시효로 분묘기지권을 취득한 사람의 지료 지급의무에 관하여는 법정지상권에 관한 법률의 규정이나 토지소유자의 승낙 없이 제한물권이 성립하는 다양한 경우에서 지료 등 지급의무를 인정한 판례의 취지를 고려하여 판단하여야 한다.”하여 지료를 관습법상 물권인 분묘기지권의 내용의 일부로 판단하지 않고 있다. 별개의견도 “취득시효 완성으로 성립하는 분묘기지권이 관습법상 물권이라고 하더라도, 지료 지급의무가 있는지 여부나 그 발생시기가 언제인지, 법원에 의한 지료 결정이 필요한지 여부, 지료증감청구권이나 지료 미지급에 따른 분묘기지권의 소멸청구 등 분묘기지권의 구체적인 내용에 관해서까지 관습법으로 정해져 있다고 볼 수는 없다.”고 하여 지료를 분묘기지권 내용의 일부로 파악하지 않고 있다.

이에 반해 반대견해는 “분묘기지권은 관습법상 물권이므로, 관습에 대한 조사나 확인을 통하여 관습법의 내용을 선언하여야 하고 법원이 해석을 통해 그

내용을 정하는 것은 타당하지 않다.”⁵⁷⁾고 판시하여 지료를 관습법상 물권의 내용으로 파악하고 있는 것으로 볼 수 있다.

검토건대, 분묘기지권의 지료는 승낙형 분묘기지권의 경우에는 대부분 당사자 사이의 약정에 따라 결정될 것이며, 취득시효형 분묘기지권의 경우에는 시효로 분묘기지권을 취득한 자는 토지 소유자에게 시효기간 동안 지료를 지급하지 않았던 경우가 대부분일 것이다. 취득시효 완성 후 토지 소유자에게 지료를 지급하였다고 하더라도 이는 관습이라기보다는 당사자 사이에 합의가 성립된 경우일 것이다. 그렇다면 분묘 수호 및 봉제사 목적을 달성에 필요한 범위에서 타인 토지를 사용할 수 있는 분묘기지권이라는 권리의 존재만이 관습법에 의해 인정된 것이고, 분묘기지권의 지료는 구체적 사안마다 개별적으로 정해지므로 법적 규범으로 승인·강행되어 법령과 같은 효력을 갖는 관습법의 분묘기지권의 내용으로 포함되지 않았다고 보는 것이 타당하다.⁵⁸⁾ 반대견해는 분묘기지권이 관습법상 물권이므로 그 내용 또한 관습법으로 확정되어 있다는 논리를 전제로 하나, 이는 물권의 내용 중 일부는 관습법으로 정해지지 않아 이에 대한 흠결이 존재할 수 있다는 점을 간과하였다.

57) 대상판결의 반대의견은 “다수의견은 분묘기지권이 유상 또는 무상인지에 관하여 법원이 판단할 수 있다고 전제한 뒤, 당사자의 이해관계를 조율하기 위하여 이를 유상으로 보아야 한다고 한다. 관습법은 사회의 거듭된 관행으로 생성된 사회생활규범이 사회의 법적 확신과 인식에 의하여 법적 규범으로 승인·강행되어 법령과 같은 효력을 갖는 것을 의미한다. 분묘기지권은 이러한 관습법으로 인정된 물권이므로 그 권리의 내용 또한 관습법에 따라 정하여야 한다. 따라서 법원은 분묘기지권에 관하여 지료에 관한 관습·관행이 존재하는지와 이에 대한 사회 구성원의 법적 확신에 대해 조사·확인하여 관습법의 내용이 무엇인지 선언하여야 한다. 다수의견과 같이 관습법에 대한 제대로 된 조사·확인을 거치지 않은 채 법해석을 통해 분묘기지권의 내용을 정하는 것은, 앞서 본 관습법상 권리의 성격이나 본질에 반하고, 법원이 관습의 내용을 확인하기 위한 노력을 기울이지 않은 채 관습으로 정하여야 할 권리의 내용을 스스로 정하는 우를 범하는 것이다.”라고 판시하고 있다.

58) 김상현, “취득시효형 분묘기지권의 지료 지급 여부에 관한 고찰”, 『외법논집』 제45권 제3호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2021, 337면은 “취득시효형 분묘기지권은 그 내용이 관례를 통하여 형성된 관례법적 성격도 지니고 있음에도 기존에 상반된 관례가 존재하고 있었던 점 등에 비추어 보면, 취득시효형 분묘기지권의 지료 부분에 관한 관습이 존재한다거나 이를 관습법으로서의 분묘기지권의 일체를 이루는 관습(법)으로 인정하기는 어려울 것으로 보인다. 그렇다면 취득시효형 분묘기지권의 지료 부분은 이미 관습(법)화되었다기보다는 분묘기지권의 내용으로 정해지지 아니한 공백으로 보고 해석으로 보충하는 것이 타당하다.” 한다.

(2) 지료지급의무에 대한 법해석

분묘기지권의 내용으로 정해지지 않아 흠결로 남아 있는 지료는 법해석 또는 법형성을 통해 보충되어야 한다.⁵⁹⁾ 어떤 권리가 관습법으로 인정되더라도 그 구체적인 내용에 관해서는 관습이 없거나 관습법으로까지 승인되지 않은 경우에는 어떤 기준을 근거로 그 권리의 내용을 보충하여야 하는지 문제가 발생한다.

지료 지급의무에 대하여 대상관결의 다수의견은 “취득시효형 분묘기지권의 성질에 비추어 보면, 시효로 분묘기지권을 취득한 사람의 지료 지급의무에 관하여는 법정지상권에 관한 법률의 규정이나 토지소유자의 승낙 없이 제한물권이 성립하는 다양한 경우에서 지료 등 지급의무를 인정한 판례의 취지를 고려하여 판단하여야 한다.”라고 판시하였고, 별개의견은 “취득시효형 분묘기지권의 지료에 관하여 관습법으로 정해진 내용이 없다면 유사한 사안에 관한 법규범을 유추 적용하여야 한다.”는 입장이다. 그러나 반대의견은 지료는 관습법상 법정지상권의 내용이므로 지료에 관한 관습이 존재하는지 조사하여야 하는데, 분묘기지권에 관한 유사성을 내용으로 하는 관습은 확인된 적이 없었으므로 분묘기지권이 관습상 무상이라고 한다.

생각건대, 지료가 분묘기지권의 내용에 포함되지 않았다고 본다면 분묘기지권의 지료지급의무를 검토함에 있어 우선 법규정이 있는지를 살펴보아야 한다. 민법 제1조는 법원으로 법률, 관습법, 조리의 순서를 규정하고 있다. 관습법인 분묘기지권의 지료지급의무에 대한 직접적인 법률의 규정이 없으므로 이와 유사한 물권인 지상권과 법정지상권의 규정을 살펴 이를 유추 적용할 수 있는지를 우선 검토하여야 한다. 또한 지료는 관습으로 정해지는 관습법상 물권의 내용이 아니므로 성립유형에 따라 그 흠결에 대한 해석을 하는 것이 타당하다.⁶⁰⁾

59) 양천수, “법률에 반하는 법형성의 정당화 가능성”, 『법과 사회』 제52호, 법과사회이론학회, 2016, 109-110면은 “법해석은 이미 존재하는 법규범을 구체화하는 작업이라면 법형성은 새롭게 법규범을 만드는 작업이라는 것이다. (중략) 법학방법론에서는 ‘법문언의 가능한 의미’를 기준으로 법해석과 법형성을 구별한다.”, “영미 법학에서는 법해석과 함께 법형성을 넓은 의미의 해석에 포함시켜 이해하는 경향이 강하다. (중략) 영미 법학에서는 대륙법의 민법이나 형법처럼 개념적이고 자기완결적인 실정법체계를 갖추지 않았고, 그 대신 법관에 의해 만들어지는 판례법을 법으로 인정해 왔기에 대륙법학보다 법관의 법형성에 관대하였다. 이 때문에 법해석과 법형성을 개념적으로 명확하게 구획하지 않았고, 법형성 역시 법해석의 범주에서 파악한다.”고 한다. 분묘기지권의 지료는 분묘기지권의 내용으로 정해지지 아니한 흠결이므로 법해석인지 법형성인지가 문제되나, 분묘기지권은 관습법으로 인정된 물권으로 법해석과 법형성의 구별 기준인 ‘법문언’이 없으므로 포괄적으로 법해석이라 보고 논의한다.

60) 분묘기지권자의 지료 지급의무에 대한 학설은 약정이 없으면 지료 지급의무가 없다는 견

우선, 승낙형 분묘기지권은 당사자의 약정에 의해 성립되므로 약정에 의한 지상권과 유사하다. 약정 지상권에서 지료는 성립 요소가 아니므로 승낙형 분묘기지권의 경우에는 지료에 관한 약정이 없으면 지료 지급의무가 없다고 보아야 한다. 이에 비해 양도형 분묘기지권은 당사자의 의사와 무관하게 성립하고 관습상 법정지상권과 유사하므로 민법 제366조가 유추적용 될 수 있을 것이다. 그러나, 취득시효형 분묘기지권은 당사자의 약정이 없다는 점은 관습법상 법정 지상권과 유사하지만, 성립에 있어 취득시효 요건이 필요하고 성립 근거가 달라 바로 민법 제366조를 유추적용하는 것은 적절하지 않다. 이처럼 법률의 규정을 유추적용할 수 없다면 관습의 존재를 살펴야 하는데, 앞에서 살핀 바와 같이 취득시효형 분묘기지권의 경우에는 지료가 관습법인 분묘기지권의 내용으로 되어 있지 않아 지료지급의무에 대한 관습도 존재하지 않는다. 그렇다면 조리에 따라 지료지급의무를 판단하여야 하는데, 조리는 사물의 이치, 사람의 이성에 의해 생각되는 사회 공동생활의 규범, 사회적 타당성, 형평, 정의 등을 의미한다. 분묘기지권의 취득시효로 토지의 소유권을 취득하는 것이 아니라 토지의 사용할 수 있는 제한물권을 취득하는 것이고, 통상 타인 소유의 토지를 사용하는 경우 대가를 지급해야 하는 것이 타당하며, 헌법상 재산권 보장 원칙 등을 고려하면 조리에 의하여 지료 지급의무가 있다고 판단하는 것이 타당하다.

2) 지료 지급의무의 발생시기

대법원은 양도형 분묘기지권의 경우에는 “특별한 사정이 없는 한 분묘기지권자는 분묘기지권이 성립한 때부터 토지 소유자에게 그 분묘의 기지에 대한 토지사용의 대가로서 지료를 지급할 의무가 있다.”고 판시하였다.⁶¹⁾

취득시효형 분묘기지권의 경우인 대상판결의 다수의견은 “분묘기지권의 특수성에 조리와 신의성실의 원칙 및 위 각 법률 규정의 근본적인 취지 등을 더하여 보면, 분묘기지권자가 토지소유자의 이익 없이 대가를 지급하지 않고 장기간 분묘기지를 평온·공연하게 점유하여 분묘기지권을 시효로 취득한 경우 분

해(강태성, 앞의 책, 802면; 고상룡, 「물권법」, 법문사, 2001, 448면), 약정이 없더라도 지료 지급의무는 있다는 견해(김용한, 앞의 책, 390면; 이영준, 앞의 책, 697면; 이은영, 앞의 책, 635면), 승낙형 분묘기지권은 약정이 있으면 그 약정에 의하고 약정이 없으면 무상이지만, 양도형 분묘기지권의 경우는 유상이라는 견해(곽윤직·김재형, 앞의 책, 325면)가 있다.

61) 대법원 2021. 5. 27. 선고 2020다295892 판결

묘기지권자는 토지소유자가 토지 사용의 대가를 청구하면 그때부터 지료 지급 의무를 부담한다.”고 판시하여 조리 및 신의칙⁶²⁾을 근거로 ‘당사자가 청구한 날’로부터 지료 지급의무가 발생한다는 입장이다. 그러나 별개의견은 “취득시효형 분묘기지권의 지료에 관하여 관습법으로 정해진 내용이 없다면 유사한 사안에 관한 법규범을 유추적용하여야 한다. 분묘기지권은 다른 사람의 토지를 이용할 수 있는 지상권과 유사한 물권으로서 당사자의 합의에 의하지 않고 관습법에 따라 성립한다. 이러한 토지 이용관계와 가장 유사한 모습은 법정지상권이다. 민법 제366조 등에 따라 법정지상권이 성립하면 지상권자는 ‘지상권 성립 시부터’ 토지소유자에게 지료를 지급하여야 한다. 분묘기지권을 시효취득하여 성립하는 토지 이용관계에 관해서도 법정지상권의 경우와 마찬가지로 분묘기지권이 성립한 때부터 지료를 지급하여야 한다.”고 판시하여 민법 제366조를 유추적용하여 ‘분묘기지권이 성립한 때’부터 지료지급의무를 인정하고 있다.

검토건대, 승낙형 분묘기지권의 경우 대부분 당사자 사이의 약정에 지료가 결정될 것이므로 지료지급의무의 발생시기는 당사자의 약정에 의하여 정해될 것이다. 이에 비해 양도형 분묘기지권의 경우 관습법상 법정지상권과 유사하므로 민법 제366조가 유추 적용될 수 있어 지료지급의무의 발생시기는 양도형 분묘기지권이 성립한 때로 보는 것이 타당하다. 그러나 취득시효형 분묘기지권은 관습법인 분묘기지권과 민법의 취득시효 규정의 결합된 것으로, 취득시효 요건을 갖추어야 하는 등 성립 근거가 달라 양도형 분묘기지권과 같이 볼 수는 없다.⁶³⁾ 지료는 관습법으로 승인된 분묘기지권의 내용 일부가 아니므로, 이에 대

62) 이에 대해 대상 판결의 별개의견은 “다수의견은 조리와 신의칙을 근거로 지료 지급의무의 발생시기를 법정지상권과 달리 판단하고 있다. 특히 다수의견은 지료 지급의무의 인정 여부, 지료의 결정, 지료증감청구권이나 지상권 소멸청구에 대해서는 모두 지상권이나 법정지상권에 관한 민법 규정을 유추적용하면서도, 유독 지료 지급의무의 발생시기에 관하여는 조리와 신의칙을 근거로 민법에 전혀 근거가 없는 방식으로 판단하고 있다. 이처럼 지료에 관한 법률관계에 관하여 어떤 경우에는 민법 규정을, 어떤 경우에는 조리와 신의칙을 적용하는 것은 지나치게 작위적이다.”라고 비판한다.

63) 법정지상권에 관한 민법 규정을 취득시효형 분묘기지권에 유추적용할 수 있는지에 대하여 권영준, “2021년 민법 판례 동향”, 「서울대학교 법학」 제63권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2022, 265면은 “양도형 분묘기지권과 취득시효형 분묘기지권은 성립과정과 근거를 보면 양자는 엄연히 다른 권리이다. 그만큼 법정지상권과 취득시효형 분묘기지권 사이에는 거리가 있으므로 법정지상권 관련 조항을 취득시효형 분묘기지권에 유추적용 할 수 있는 것은 아니다.”라고 한다.; 반대견해로는 이수경, “관습법상의 물권의 지료청구권에 관한 소고- 대법원 2021. 4. 29. 선고 2017다228007 판결의 지료지급청구시기에 대한 논의를 중심으로-”, 「토지법학」 제38권 제2호, 한국토지법학회, 2022, 48면은 “취득시효형 분묘기지권의 지료 청구와 관련하여 관습법으로 정해진 내용이 없으므로 유사한 사항에 대한

한 흠결이 발생한다. 이러한 흠결에 대하여 지료의 유상성에서 전술한 바와 같이 법해석 또는 법형성의 기준이 되는 법률, 관습법, 조리의 순서로 검토하여야 하는데, 취득시효형 분묘기지권의 지료에 대한 부분을 유추할 법률, 관습법이 존재하지 않는다. 그렇다면 조리에 의해 지료지급의 발생시기도 판단할 수 밖에 없다. 조선시대 산림공유 원칙, 매장 중심의 장례문화에서 형성된 분묘기지권의 특수성, 분묘기지권의 취득시효와 소유권 취득시효의 차이점, 분묘에 대한 장기간 형성된 기존의 사실관계 존중, 법적 안정성, 분묘기지권자의 신뢰 보호와 토지 소유자의 재산권 보장 간의 조화, 사회적 정의 등을 고려하면 토지소유자의 청구시부터 분묘기지권의 지료지급의무가 발생한다고 보는 것이 타당하다.

V. 맺음말

대법원은 오랫동안 분묘기지권을 관습법으로 인정하여 왔으며, 분묘기지권이 성립하는 유형을 승낙형, 양도형, 취득시효형으로 인정하며, 각 유형의 분묘기지권을 각 관습법에 의한 분묘기지권으로 파악하고 있는 것처럼 보인다. 그러나, 분묘기지권이라는 권리 자체는 관습법으로 인정되는 것이라 하더라도, 각 유형의 성립요건까지 관습법에 의하여 인정되는 것인지에 대하여는 검토가 필요하다. 특히 취득시효형 분묘기지권의 경우 성립요건인 취득시효 부분은 관습이 아니라, 민법 취득시효 요건 문제이므로, 분묘기지권의 취득시효 여부는 ‘소유의 의사’, ‘등기의 요부’의 취득시효 요건에 대한 법률해석 문제로 귀착된다. 분묘기지권의 특수성으로 인해 취득시효 요건으로 소유의 의사라는 주관적 요건은 필요 없고, 봉분 그 자체가 공시기능을 하고 있으므로 등기도 필요하지 않다. 또한 분묘기지권의 취득시효 요건을 법률해석 문제로 볼 경우 장사법은 민법 취득시효에 대한 특별법이자 신법이므로 장사법 시행일 2001. 1. 13. 이후에는 분묘기지권의 시효취득이 인정되지 않는다. 다만 분묘기지권의 존속기간 변경은 관습법의 변경에 해당하므로 장사법의 시한부 매장제도는 분묘기지권의

법규범을 유추적용 해야 할 터인데, 분묘기지권을 지상권과 유사한 물건으로서 당사자 합의에 의하지 않는 점을 고려한다면 법정지상권이 가장 유사한 모습이라고 평가할 수 있을 것이다. 그렇다면 민법 제366조 등에 따라서 지상권이 성립한 때부터 토지 소유자에게 지료를 지급해야 할 것이고 분묘기지권을 시효로 취득한다 하더라도 성립한 때부터 지료를 지급할 것을 의미하게 된다.”고 한다.

성립 시기를 불문하고 동일하게 적용할 수 있다. 이처럼 취득시효 요건을 법률 해석 문제로 본다면 분묘기지권의 취득시효를 인정하면서 존속기간을 제한할 수 있어 분묘기지권의 장사법 시행 전과 후의 차별적 문제도 해결할 수 있다.

취득시효형 분묘기지권의 지료 지급의무 및 그 발생시기와 관련하여, 우선 지료가 분묘기지권의 내용에 포함되지 않아 지료부분에 대한 흠결이 존재하므로 법해석으로 보충되어야 한다. 취득시효형 분묘기지권의 경우 성립에 있어 취득시효 요건이 필요하고 성립 근거가 달라 법정지상권 규정을 유추적용하는 것은 적절하지 않고, 지료에 대한 관습도 존재하지 않는다. 따라서 조리에 의해 판단하여야 하는데, 분묘기지권의 특수성, 법적안정성, 분묘기지권자의 신뢰 보호와 토지소유자의 재산권 간의 조화, 사회적 정의 등을 고려하여 조리에 의하여 지료지급의무가 있고, 지료 지급의무 발생시기는 토지소유자의 청구시로 보는 것이 타당하다.

투고일 : 2023.4.21. / 심사완료일 : 2023.6.12. / 게재확정일 : 2023.6.15.

[참고문헌]

- 강태성, 「물권법」, 대명출판사, 2020.
- 곽윤직 편집대표, 「민법주해(VI)」, 박영사, 1992.
- 곽윤직 · 김재형, 「물권법」, 박영사, 2014.
- 고상룡, 「물권법」, 법문사, 2001.
- 「국역 고등법원판결록」 제14권(민·형사편), 법원도서관, 2011.
- 김상용, 「물권법」, 화산미디어, 2018.
- 김용한, 「물권법」, 박영사, 1996.
- 김증한 · 김학동, 「물권법」, 박영사, 1997.
- 김준호, 「물권법」, 법문사, 2022.
- 송덕수, 「물권법」, 박영사, 2021.
- 양형우, 「민법의 세계」, 도서출판 정독, 2023.
- 이영준, 「물권법」, 박영사, 2009.
- 이은영, 「물권법」, 박영사, 2006.
- 이진기, 「물권법」, 박영사, 2020.
- 정공식, 「국역 관습조사보고서」, 한국법제연구원, 1992.
- 지원림, 「민법강의」, 홍문사, 2022.
- 권영준, “2021년 민법 판례 동향”, 「서울대학교 법학」 제63권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2022.
- 권 철, “분묘기지권의 시효취득에 관한 관습법 인정여부 - 대법원 2017. 1. 19. 선고 2013다17292 전원합의체 판결 -”, 「성균관법학」 제30권 제3호, 성균관대학교 법학연구원, 2018.
- 김상헌, “취득시효형 분묘기지권의 지료 지급 여부에 관한 고찰”, 「외법논집」 제45권 제3호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2021.
- 김재형, “분묘기지권, 특히 그 시효취득에 관한 재검토”, 「저스티스」 제193호, 한국법학원, 2022.
- 나태영, “분묘기지권에 관한 소고 -대법원 2017. 1. 19. 선고 2013다17292 전원합의체 판결을 중심으로-”, 「민사법의 이론과 실무」 제21권 제4호, 민사법의 이론과 실무학회, 2018.
- 노한장, “분묘기지권 시효취득의 관습 존재 유무에 관한 고찰 - 분묘 관련 판례 및 제도의 연혁적 고찰을 중심으로-”, 「일감부동산법학」 제18호, 건국대

- 학교 법학연구소, 2019.
- 박용석, “분묘기지권에 관한 고찰”, 『법학연구』 제50권 제2호, 부산대학교 법학연구소, 2009.
- 손경찬, “분묘기지권에 관한 관습”, 『법학논고』 제61집, 경북대학교 법학연구원, 2018.
- 양천수, “법률에 반하는 범형성의 정당화 가능성”, 『법과 사회』 제52호, 법과사회이론학회, 2016.
- 오시영, “관습법상의 분묘기지권의 폐지 여부에 대한 고찰”, 『토지법학』 제23-1호, 한국토지법학회, 2007.
- _____, “관습상의 분묘기지권의 전제인 관습 부존재에 대한 고찰(Ⅲ)”, 『법학논총』 제37집, 숭실대학교 법학연구소, 2017.
- 오용규, “통행지역권의 취득시효 완성 요건 및 그 대가 보상 - 대상판결 : 대법원 2015. 3. 20. 선고 2012다17479 판결 -”, 『청년논총』 제14집(사법연수원 교수논문집 43-74), 사법연수원, 2017.
- 이수경, “관습법상의 물권의 지료청구권에 관한 소고-대법원 2021. 4. 29. 선고 2017다228007 판결의 지료지급청구시기에 대한 논의를 중심으로-”, 『토지법학』 제38권 제2호, 한국토지법학회, 2022.
- 이진기, “분묘기지권의 근거와 효력”, 『비교사법』 제23권 제4호, 한국비교사법학회, 2016.
- 장병주, “분묘기지권의 지료지급의무와 그 지급 시기 - 대법원 2021. 4. 29. 선고 2017다228007 전원합의체판결을 중심으로-”, 『민사법의 이론과 실무』 제24권 제3호, 민사법의 이론과 실무학회, 2021.
- 진상욱, “분묘기지권의 재검토-대법원 2017. 1. 19. 선고 2013다17292 전원합의체 판결-”, 『토지법학』 제33권 제1호, 한국토지법학회, 2017.

[국문초록]

취득시효형 분묘기지권 인정여부 및 그 지료에 관한 고찰 - 법률해석 문제의 관점에서 -

김수민*

대법원은 오랫동안 분묘기지권을 관습법으로 인정하였고, 분묘기지권이 성립하는 유형을 승낙형, 양도형, 취득시효형으로 구분하며, 각 유형의 분묘기지권을 각각의 관습법으로 파악하고 있는 것으로 보인다.

그러나, 분묘기지권 자체가 관습법으로 인정된 물건인 것과는 별개로 그 성립유형까지 분묘기지권과 결합하여 관습법인지를 판단하는 것은 과연 타당한지에 대한 검토가 필요하다. 또한, 관습법으로서의 분묘기지권의 지료 지급의무 및 그 발생시기에 대한 약정이 불명한 경우 지료 부분도 분묘기지권의 요소로서 관습법상 분묘기지권의 내용을 이루는지를 검토하여 분묘기지권에 있어서 지료지급의무와 그 발생시기를 합리적으로 해석할 필요성이 있다.

본 연구에서는 먼저 관습법으로서의 분묘기지권의 성립유형을 검토하고, 대법원 2017. 1. 19. 선고 2013다17292 전원합의체 판결의 검토를 통해 취득시효형 분묘기지권이 독자적인 관습법인지 여부를 살펴보고, 대법원 2021. 4. 29. 선고 2017다228007 전원합의체 판결을 검토하여 취득시효형 분묘기지권의 지료 지급 의무 및 그 발생시기에 대하여 검토하였다.

취득시효형 분묘기지권의 경우 성립요건인 취득시효 부분은 관습이 아니라, 민법의 시효취득 요건 문제이므로, 분묘기지권의 취득시효 여부는 ‘소유의 의사’, ‘등기의 요부’의 취득시효 요건에 대한 법률해석 문제로 귀착된다. 취득시효 요건을 법률 해석 문제로 본다면 분묘기지권의 시효취득을 인정하면서 존속기간을 제한 할 수 있어 분묘기지권의 장사법 시행 전과 후의 차별적 문제도 해결할 수 있다.

분묘기지권의 내용에 지료가 포함되지 않아 지료 부분에 대한 흠결이 존재하

* 영남대학교 법학전문대학원 조교수.

여 법해석으로 보충되어야 하는데, 성립 근거가 달라 법정지상권 규정을 유추 적용하는 것은 적절하지 않고, 관습도 존재하지 않으므로 조리에 의해 판단해야 한다. 법적안정성, 분묘기지권의 특수성 등을 고려하여 조리에 의하여 지료 지급의무가 있고, 지료지급의무 발생시기는 토지소유자의 청구시로 보는 것이 타당하다.

주제어 : 분묘기지권, 지료, 취득시효, 관습법, 장사 등에 관한 법률

[Abstract]

A Study on Whether to recognize Prescriptive Acquisition of
Graveyard Right and the Land Use Fee
- Focusing on the Matter of Legal Interpretation -

Kim, Su-Min*

The Supreme Court recognized the right to graveyard as customary law for a long time, divided the types of right to graveyard into approval type, transfer type, and prescriptive acquisition type, and it seems that each type of graveyard right was identified as each customary law.

However, apart from the fact that the right to graveyard itself is the real right recognized by customary law, it is necessary to review whether it is appropriate to determine whether it is customary law in combination with right to graveyard up to the type of establishment.

In addition, if the obligation to pay land use fee for the right to graveyard as customary law and the agreement on the timing of its occurrence are unknown, as an element of the land right, reviewing whether the land use fee constitutes the contents of the right to graveyard under the customary law, there is a need to reasonably interpret the duty to pay the land use fee and the timing of its occurrence in the right to graveyard.

In this study, the establishment type of the right to graveyard as customary law is reviewed, and reviews Supreme Court en bane Decision 2013Da17292 decided January 19, 2017, and studies Supreme Court en bane Decision 2017Da228007 decided April 29, 2021.

In the case of prescriptive acquisition of graveyard right, requirements for establishment is not customary law but a matter of the requirement of acquisition of prescription under Civil Law. It comes down to a problem of legal interpretation.

* Assistant professor, Law School of Yeungnam University.

If the acquisition prescription requirement is regarded as a matter of legal interpretation, it is possible to limit the duration while recognizing the acquisition of prescription for the right to the right of graveyard, thereby solving the discriminatory problem before and after the enforcement of Funeral Law on the right to the right to graveyard.

Since the contents of the right to graveyard do not include the land use fee, there is a deficiency in the land use fee, so it needs to be supplemented by legal interpretation.

It is not appropriate to apply the provisions of the legal superficies by analogy because the grounds for establishment are different, and since there is no custom, judgment must be made by reasoning. Considering the legal stability and the specificity of the right to graveyard, there is a duty to pay rent by reasoning, and it is reasonable to regard the time when the duty to pay occurs when the land owner.

Key words : Right to graveyard, Land use fee, Acquisition prescription,
Customary law, Acts on Funeral Services

