

대 법 원

판 결

사 건 2017다228007 치료청구  
원고, 피상고인 원고 1 외 1인  
소송대리인 변호사 박종준  
피고, 상고인 피고  
소송대리인 법무법인 도움  
담당변호사 이상현 외 1인  
원 심 판 결 수원지방법원 2017. 4. 20. 선고 2016나58055 판결  
판 결 선 고 2021. 4. 29.

주 문

상고를 모두 기각한다.  
상고비용은 피고가 부담한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 사안의 개요와 쟁점  
가. 사안의 개요

이 사건 임야 중 400㎡ 지상에는 1940년 7월경 사망한 피고의 조부(祖父)와 1961년 4월경 사망한 피고의 부(父)의 각 분묘(이하 '이 사건 분묘'라 한다)가 설치되어 있고, 피고는 현재까지 이 사건 분묘를 수호·관리해 왔다. 원고들은 2014년경 이 사건 임야의 지분 일부를 경매로 취득한 다음, 피고를 상대로 이 사건 분묘의 기지(基地) 점유에 따른 원고들의 소유권 취득일 이후의 지료 지급을 구하는 이 사건 소를 제기하였다. 이에 대해 피고는 20년 이상 평온·공연하게 이 사건 분묘의 기지를 점유하여 분묘기지권을 시효로 취득하였으므로 지료를 지급할 의무가 없다고 주장하였다.

원심은 분묘기지권을 시효로 취득한 경우에도 토지 소유자가 지료를 청구한 때부터는 지료를 지급할 의무가 있다고 보아, 원고들의 청구를 일부 받아들였다. 이에 대해 피고가 상고하였다.

#### 나. 이 사건의 쟁점

이 사건의 쟁점은 분묘기지권을 시효로 취득한 경우 분묘기지권자가 토지 소유자에게 지료를 지급할 의무가 있는지 여부이다.

### 2. 분묘기지권을 시효로 취득한 경우 지료 지급의무의 존부

#### 가. 분묘기지권에 관한 대법원 판례

대법원은 타인의 토지에 설치된 분묘를 소유하기 위하여 그 분묘기지에 해당하는 타인 소유 토지를 사용하는 권리로서 관습법상 물건인 분묘기지권을 인정해 왔다. 분묘기지권은 분묘를 수호하고 봉제사하는 목적을 달성하는 데 필요한 범위에서 인정되고, 봉분 등 외부에서 분묘의 존재를 인식할 수 있는 형태를 갖추고 있으면登記 없이도 성립한다(대법원 1962. 4. 26. 선고 4294민상1451 판결, 대법원 1996. 6. 14. 선고 96다14036 판결 등 참조).

분묘기지권은 타인의 토지에 소유자의 승낙을 받아 분묘를 설치한 경우 성립할 수 있고(대법원 2000. 9. 26. 선고 99다14006 판결 등 참조), 자기의 토지에 분묘를 설치한 사람이 그 토지를 양도하면서 분묘를 이장하겠다는 특약을 하지 않은 경우에도 성립한다(대법원 1967. 10. 12. 선고 67다1920 판결 등 참조). 나아가 타인의 토지에 소유자의 승낙 없이 분묘를 설치한 경우에도 20년간 평온·공연하게 그 분묘의 기지를 점유하면 분묘기지권을 시효로 취득한다(대법원 1955. 9. 29. 선고 4288민상210 판결, 대법원 2011. 11. 10. 선고 2011다63017, 63024 판결 등 참조. 이하에서는 이러한 유형의 분묘기지권을 '취득시효형 분묘기지권'이라 한다).

2000. 1. 12. 법률 제6158호로 「매장 및 묘지 등에 관한 법률」(이하 '매장법'이라 한다)을 전부 개정하여 시행된 「장사 등에 관한 법률」에 따르면, 그 시행일인 2001. 1. 13. 후에 토지 소유자의 승낙 없이 설치한 분묘의 연고자는 토지 소유자 등에게 토지 사용권이나 그 밖에 분묘의 보존을 위한 권리를 주장할 수 없다(제23조 제3항, 부칙 제2호. 위 법률은 2007. 5. 25. 법률 제8489호로 전부 개정되었는데 제23조 제3항은 제27조 제3항으로 위치만 변경되고 내용은 그대로 유지되었다. 이하 개정 전후를 불문하고 '장사법'이라 한다). 따라서 장사법 시행일 후에 토지 소유자의 승낙 없이 설치한 분묘에 대해서는 분묘기지권의 시효취득을 주장할 수 없게 되었다. 다만 대법원은 장사법 시행일 이전에 설치한 분묘에 관하여는 분묘기지권의 시효취득이 오랜 기간 지속되어온 관행 또는 관습으로서 여전히 법적 규범으로 유지되고 있음을 확인하였다(대법원 2017. 1. 19. 선고 2013다17292 전원합의체 판결 참조. 이하 위 판결을 '2017년 전원합의체 판결'이라 한다).

나. 분묘기지권을 시효로 취득한 경우 지료를 지급하여야 하는지 여부

장사법 시행일 이전에 타인의 토지에 분묘를 설치한 다음 20년간 평온·공연하게 그 분묘의 기지를 점유함으로써 분묘기지권을 시효로 취득하였더라도, 분묘기지권자는 토지 소유자가 분묘기지에 관한 지료를 청구하면 그 청구한 날부터의 지료를 지급할 의무가 있다고 보아야 한다. 그 상세한 이유는 다음과 같다.

1) 관습법으로 인정된 권리의 내용을 확정함에 있어서는 그 권리의 법적 성질과 인정 취지, 당사자 사이의 이익형량 및 전체 법질서와의 조화를 고려하여 합리적으로 판단하여야 한다. 취득시효형 분묘기지권은 당사자의 합의에 의하지 않고 성립하는 지상권 유사 권리이고, 그로 인하여 토지 소유권이 사실상 영구적으로 제한될 수 있다. 따라서 시효로 분묘기지권을 취득한 사람은 일정한 범위에서 토지 소유자에게 토지 사용의 대가를 지급할 의무를 부담한다고 보는 것이 형평에 부합한다.

가) 당사자 사이의 약정에 의하지 않고 법률 규정이나 관습법에 의하여 성립하는 법정지상권의 경우 지상권자는 토지 사용의 대가를 지급하여야 한다. 민법 제305조 제1항, 제366조, 「가등기 담보 등에 관한 법률」 제10조에 따라 지상 건물의 소유를 위해 법정지상권이 성립한 경우 지상권자는 토지 소유자에게 지료를 지급하여야 한다. 대법원은 토지와 건물을 동일인이 소유하다가 매매 등 원인으로 그 소유자가 다르게 되어 건물소유자가 관습법상 법정지상권을 취득하는 때에도 민법 제366조를 준용하여 지상권자에게 지료 지급의무가 있다고 하였다(대법원 1996. 2. 13. 선고 95누11023 판결 등 참조). 나아가 대법원은 자기의 토지에 분묘를 설치한 사람이 그 토지를 양도하면서 분묘를 이장하겠다는 특약을 하지 않아 취득한 분묘기지권에 관하여도 지료 지급의무가 있음을 전제로 지상권 소멸 청구에 관한 민법 규정을 유추적용하였고(대법원 2015. 7. 23. 선고 2015다206850 판결 참조), 지료를 요건으로 하지 않는 통행지역권을 시효

로 취득한 경우에도 요역지 소유자는 도로 설치 및 사용에 따라 승역지 소유자가 입은 손해를 보상하여야 한다고 하였다(대법원 2015. 3. 20. 선고 2012다17479 판결 참조).

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 토지 소유자의 승낙 없이 제한물권이 성립하는 다양한 경우에서 지료 등 지급의무를 인정한 판례의 취지를 고려하여 판단하여야 한다.

나) 타인의 토지에 분묘를 설치하더라도 그 점유의 성질상 소유의 의사가 추정되지 않고(대법원 1991. 3. 12. 선고 90다17507 판결 등 참조), 분묘기지권자가 시효의 완성으로 취득하는 권리도 토지 소유권이 아니라 단지 지상권과 유사하게 타인의 토지를 사용할 수 있는 제한물권에 불과하다(대법원 1969. 1. 28. 선고 68다1927, 1928 판결 등 참조). 그런데도 분묘기지권은 분묘가 존속하고 분묘 수호와 봉제사가 계속되는 한 소멸하지 않으므로, 토지 소유자의 분묘기지에 대한 소유권 행사가 사실상 영구적으로 제한될 수 있다. 토지 소유자는 분묘로 인해 그 기지 부분을 제외한 나머지 토지를 효율적으로 이용하지 못하는 경우도 많다.

관습법상 분묘기지권을 인정하는 취지는 분묘의 수호와 봉제사를 위해 필요한 범위에서 타인의 토지를 사용하도록 하려는 것일 뿐 분묘 소유자와 토지 소유자 중 어느 한 편의 이익만을 보호하려는 데 있는 것이 아니다. 그러므로 자신의 의사와 무관하게 성립한 분묘기지권으로 인해 위와 같은 불이익을 감수하여야 하는 토지 소유자로 하여금 일정한 범위에서 토지 사용의 대가를 지급받을 수 있도록 함으로써 토지 소유자와

분묘기지권자 사이의 이해관계를 합리적으로 조정할 필요가 있다.

2) 취득시효형 분묘기지권이 관습법으로 인정되어 온 역사적·사회적 배경, 분묘를 둘러싸고 형성된 기존의 사실관계에 대한 당사자의 신뢰와 법적 안정성, 관습법상 권리로서의 분묘기지권의 특수성, 조리와 신의성실의 원칙 및 부동산의 계속적 용의관계에 관하여 이러한 가치를 구체화한 민법상 지료증감청구권 규정의 취지 등을 종합하여 볼 때, 시효로 분묘기지권을 취득한 사람은 토지 소유자가 분묘기지에 관한 지료를 청구하면 그 청구한 날부터의 지료를 지급하여야 한다고 봄이 타당하다.

가) 조선시대에는 산림공유(山林公有)의 원칙에 따라 분묘가 주로 설치되던 임야에 대하여 개인의 소유권이 인정되지 않았다. 일제강점기를 거쳐 근대적 임야소유제도가 형성되는 과정에서도 사회 구성원들의 임야에 대한 권리의식은 거의 없거나 매우 낮았고 임야의 경제적 가치도 미미하였다. 한편 매장 중심의 전통적 장묘문화에도 불구하고 서구사회에서와 같은 공동묘지 등이 없어 분묘를 설치할 토지를 소유하지 못한 대부분의 사람들이 다른 사람의 임야에 조상의 시신을 매장할 수밖에 없었다.

전통적인 대가족 제도와 농경 중심 사회에서는 이웃 간의 정의(情誼)에 따라 임야 소유자로부터 명시적이거나 최소한 묵시적인 승낙을 받고 분묘를 설치하는 경우가 많았지만, 계약서 등 근거자료를 남겨놓는 경우는 매우 드물었다. 토지 소유자가 분묘 설치를 명시적으로 승낙하지 않은 경우에도 임야의 가치와 분묘의 특수성을 고려하여 임야를 무상 사용하는 것을 용인하는 경우가 많았다. 그런데 시간이 흘러 토지와 분묘의 소유자가 바뀌는 등으로 분묘 설치 당시의 사정을 알지 못하는 당사자 사이에 분묘굴이를 요구하는 등 분쟁이 생기는 경우에, 분묘 소유자가 애초에 토지 소유자의 승낙이 있었음을 증명하는 것이 불가능한 경우가 많았다. 대법원이 민법 시행 전후에 걸쳐 60

여 년 동안 일관되게 확인·적용하여 온 분묘기지권의 시효취득에 관한 관습법은, 이러한 애로를 해소해 주고 기존에 분묘를 둘러싸고 장기간 형성된 사실관계를 존중하여 분묘가 존치될 수 있도록 하였다(2017년 전원합의체 판결 참조).

나) 이러한 분묘기지권의 시효취득에 관한 관습법의 역사적·사회적 배경과 취지를 고려하면, 분묘기지권자의 지료 지급의무를 인정함에 있어서도 분묘를 둘러싸고 장기간 형성된 기존의 사실관계를 존중하여 토지 소유자의 이해관계와 함께 분묘기지권자의 신뢰나 법적 안정성을 조화롭게 보호하여야 한다.

대법원은 자기 토지에 분묘를 설치한 사람이 토지를 양도하여 분묘기지권을 취득한 경우 지료 지급의무가 있다는 전제 하에, 분묘기지권자가 지료에 관한 판결 확정 후 책임 있는 사유로 상당한 기간 동안 지료 지급을 지체하고 그 지체된 지료가 2년분 이상이면 민법 제287조를 유추적용하여 분묘기지권의 소멸을 청구할 수 있다고 하였다(대법원 2015. 7. 23. 선고 2015다206850 판결 참조). 특별한 사정이 없는 한 취득시효형 분묘기지권의 지료에 관하여도 같은 법리가 적용될 수 있을 것이다.

그런데 분묘 설치 당시 토지 소유자가 무상으로 토지 사용을 승낙하였다는 사실을 증명할 수 없다고 하여 시효로 분묘기지권을 취득한 사람으로 하여금 오래 전 분묘를 설치한 시점까지 소급하여 그 이후의 지료를 모두 지급하도록 한다면, 분묘기지권자는 토지 소유자의 지료결정 청구에 따라 위 시점 이후의 지료를 일시에 지급해야 하고, 분묘기지권자가 상당한 기간 내에 이를 지급하지 않는 경우 토지 소유자의 소멸청구에 의해 분묘기지권 자체가 소멸하게 된다. 이러한 결과는 앞서 본 역사적·사회적 배경 하에 분묘에 관하여 오랫동안 지속된 과거의 사실관계를 존중하고 법적 안정성을 도모하기 위하여 관습법으로써 분묘기지권의 시효취득을 인정하고, 2017년 전원합의체 판결

에서 다시 분묘기지권의 시효취득이 여전히 법적 규범으로 유지되고 있음을 확인한 취지에 부합한다고 보기 어렵다.

다) 분묘기지권은 지상권과 유사한 물권이지만 우리 민족의 조상숭배사상과 우리 사회에 고유한 전통과 관습에 근거하여 인정된 것으로서 그 발생이나 소멸, 변동 등에 이르기까지 권리의 내용이 민법상 지상권과 동일하지 않다. 취득시효형 분묘기지권은 일정기간 계속된 사회질서를 유지하고 시간의 경과로 곤란해지는 증거보전으로부터의 구제를 피하며 자기 권리를 장기간 행사하지 않는 자를 법적 보호에서 제외하기 위한 시효제도의 존재 이유에도 부합하는 것으로서, 시효로 분묘기지권을 취득한 사람의 지료 지급의무의 범위에 대하여 지상권에 관한 민법 규정이나 법리를 그대로 적용할 수는 없다.

대법원은 분묘기지권의 특수성을 고려하여 민법상 물권에 관한 법리를 분묘기지권에 그대로 적용하지 아니하였다. 악의의 무단점유의 경우 소유권의 점유취득시효를 인정하지 않고(대법원 1997. 8. 21. 선고 95다28625 전원합의체 판결 등 참조), 지상권의 점유취득시효가 인정되려면 점유사실 외에도 토지 소유자의 허락이 존재하는 등 그 점유가 지상권자로서의 점유라는 점이 객관적으로 표시되어야 한다고 하면서도(대법원 1996. 12. 23. 선고 96다7984 판결 등 참조), 취득시효형 분묘기지권에 관하여는 민법상 재산권의 시효취득과 달리 토지 소유자의 승낙 없이 분묘를 무단으로 설치한 경우에도 분묘기지권을 시효로 취득할 수 있다고 하였다(대법원 1957. 10. 31. 선고 4290민상539 판결, 대법원 2011. 11. 10. 선고 2011다63017, 63024 판결 등 참조). 또한 민법상 점유자는 점유취득시효가 완성되더라도 등기를 하여야 그 재산권을 취득함에 반하여(민법 제245조 제1항, 제248조), 분묘기지권은 등기 없이도 취득하고 이를 제3자에게

대항할 수 있으며(대법원 1957. 10. 31. 선고 4290민상539 판결 등 참조), 존속기간에 관하여도 민법의 지상권에 관한 규정에 따를 것이 아니라 당사자 사이에 약정이 있는 등 특별한 사정이 없는 경우에는 권리자가 분묘의 수호와 봉사를 계속하고 분묘가 존속하고 있는 동안 분묘기지권이 존속한다고 판시하였다(대법원 1982. 1. 26. 선고 81다1220 판결 등 참조). 분묘기지권이 미치는 범위는 분묘를 수호·봉사하기 위해 필요한 범위에 한정되고, 이미 분묘기지권이 미치는 범위 내라 하더라도 새로운 분묘를 설치하는 것은 허용되지 않는다고 하였다(대법원 2001. 8. 21. 선고 2001다28367 판결 등 참조).

라) 어떤 사건에 관하여 재판의 기준이 될 성문법이나 관습법이 모두 존재하지 않는 경우 법관은 조리(條理)에 따라 재판하여야 한다(민법 제1조). 조리는 일반적으로 사물의 이치, 본질적 법칙 등으로 이해되거나, 사회적 의미를 중시하여 사람의 이성이나 양식에 기하여 생각되는 사회공동생활의 규범, 법의 일반원칙, 사회적 타당성, 형평, 정의 등으로 해석되기도 한다. 또한 권리의 행사는 신의에 좇아 성실히 하여야 한다(민법 제2조). 신의성실의 원칙은 법률관계의 당사자는 상대방의 이익을 배려하여 형평에 어긋나거나 신뢰를 저버리는 내용 또는 방법으로 권리를 행사하거나 의무를 이행하여서는 안 된다는 원칙으로, 이를 구체적인 법률관계에 적용함에 있어서는 상대방의 이익의 내용, 행사하거나 이행하려는 권리 또는 의무와 상대방 이익과의 상관관계 및 상대방의 신뢰의 타당성 등 모든 구체적인 사정을 고려하여야 한다(대법원 1989. 5. 9. 선고 87다카2407 판결 등 참조).

민법 제286조는 지료가 토지에 관한 조세 기타 부담의 증감이나 지가의 변동으로 인하여 상당하지 아니하게 된 때에는 당사자가 그 증감을 청구할 수 있다고 정한다. 지

상권뿐만 아니라 전세권(민법 제312조의2), 임대차(민법 제628조) 등에 관하여도 동일한 규정이 있다. 그런데 위 각 법률 규정에 의하면, 지가의 변동 등으로 지료가 상당하지 않게 되었더라도 당사자의 청구 없이 사정이 변동된 때에 바로 지료 증감의 효과가 발생하는 것이 아니며, 당사자가 사정이 변동된 시점부터의 지료를 소급하여 청구할 수 있는 것도 아니다. 이는 물건의 계속적 용익관계에서 조리와 신의성실의 원칙을 구현하되, 당사자가 상대방에 대하여 지료증감을 청구하면 장래를 향하여 지료가 증액 또는 감액되는 효과가 발생하도록 규율함으로써 기존의 법률관계를 신뢰하여 온 당사자의 이익과 법적 안정성을 도모하는 규정이라고 할 수 있다.

앞서 본 분묘기지권의 특수성에 조리와 신의성실의 원칙 및 위 각 법률 규정의 근본적인 취지 등을 더하여 보면, 분묘기지권자가 토지 소유자의 이익 없이 대가를 지급하지 않고 장기간 분묘기지를 평온·공연하게 점유하여 분묘기지권을 시효로 취득한 경우 분묘기지권자는 토지 소유자가 토지 사용의 대가를 청구하면 그때부터 지료 지급의무를 부담한다고 보아야 한다.

#### 다. 판례의 변경

이와 달리 분묘기지권을 시효로 취득하는 경우 분묘기지권자의 지료 지급의무가 분묘기지권이 성립됨과 동시에 발생한다는 취지의 대법원 1992. 6. 26. 선고 92다13936 판결 및 분묘기지권자가 지료를 지급할 필요가 없다는 취지로 판단한 대법원 1995. 2. 28. 선고 94다37912 판결 등은 이 판결의 견해에 배치되는 범위 내에서 이를 변경하기로 한다.

#### 3. 이 사건에 대한 판단

원심은 위 1.가.항의 사실관계를 토대로, 피고가 분묘기지권을 시효취득하였더라도

적어도 토지 소유자가 지료를 청구한 때부터는 분묘기지에 관한 지료를 지급할 의무가 있다는 전제 하에, 피고는 원고들에게 이 사건 소장 부분 송달일 다음날부터 원고들의 지분 비율에 해당하는 지료를 지급할 의무가 있다고 판단하였다.

이러한 원심의 판단은 앞서 본 법리에 따른 것으로 정당하고, 원심 판단에 상고이유 주장과 같이 취득시효형 분묘기지권에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

#### 4. 결론

그러므로 상고를 모두 기각하고, 상고비용은 패소자가 부담하도록 하여, 주문과 같이 판결한다. 이 판결에는 대법관 이기택, 대법관 김재형, 대법관 이흥구의 별개의견, 대법관 안철상, 대법관 이동원의 반대의견, 다수의견에 대한 대법관 박상옥, 대법관 민유숙, 대법관 노정희, 대법관 노태약의 보충의견이 있고, 그 외에는 관여 법관의 의견이 일치하였다.

#### 5. 지료 발생시점에 관한 대법관 이기택, 대법관 김재형, 대법관 이흥구의 별개의견

##### 가. 별개의견의 요지

다수의견은 분묘기지권을 시효취득한 경우 분묘기지권자는 토지 소유자가 분묘기지에 관한 지료를 청구하면 청구한 날부터 토지 소유자에게 지료를 지급할 의무가 있다고 한다.

분묘기지권을 시효취득한 경우 분묘기지권자가 토지 소유자에게 지료를 지급하여야 한다는 점에서는 다수의견에 찬성하지만, 지료 지급의무가 토지 소유자의 지료 청구 시부터 발생한다는 부분에 대해서는 반대한다. 분묘기지권을 시효취득한 경우 분묘기지권자는 토지 소유자에게 분묘를 설치하여 토지를 점유하는 기간 동안 지료를 지급할

의무가 있다고 보아야 하고, 토지 소유자의 지료 청구가 있어야만 그때부터 지료 지급 의무가 발생한다고 볼 수 없다. 다만 피고만이 상고한 이 사건에서 이 쟁점이 이 사건의 결론에 영향을 미치지 않게 되어 이 의견을 별개의견으로 한다.

먼저 분묘기지권이 인정되는 경우에 지료를 지급해야 하는 이유를 살펴본 다음, 분묘 설치 시부터 지료가 발생한다고 보아야 하는 근거를 제시하고자 한다.

나. 분묘기지권이 인정된다고 하더라도 아무런 대가를 지급하지 않고 다른 사람 토지에 분묘를 이용하는 것이 허용되는가?

분묘기지권은 다른 사람의 토지에 분묘, 즉 묘지를 설치하여 그 토지를 사용할 수 있는 권리로서 당사자 사이에 무상으로 사용하기로 하는 약정 등 특별한 사정이 없는 한 유상이라고 보는 것이 전체 법질서에 부합한다.

헌법은 모든 국민의 재산권을 보장하고, 그 내용과 한계는 법률로 정하도록 하고 있다(헌법 제23조 제1항). 소유권은 가장 전형적인 재산권으로서, 소유자는 물건을 사용·수익·처분할 수 있는 권리가 있다(민법 제211조). 소유자는 소유권 침해에 대한 구제 수단으로서 소유물을 정당한 권원 없이 점유하는 자에 대해 물건의 반환을 청구하고(민법 제213조) 점유 이외의 방법으로 소유권을 방해하거나 방해할 염려 있는 자에 대해서는 방해의 제거 또는 그 예방을 청구할 수 있다(민법 제214조). 이러한 물권적 청구권 외에도 소유자는 점유자가 물건의 점유·사용으로 얻은 이익에 대해 부당이득 반환을 청구할 수 있고(민법 제741조), 소유권을 침해하여 소유자에게 손해를 입힌 자에게 불법행위에 기한 손해배상을 청구할 수 있다(민법 제750조). 이와 같이 소유권은 물건을 직접적·배타적으로 지배할 수 있는 권리로서, 누구에게든지 주장할 수 있는 절대적인 권리 또는 대세적 권리이다.

타인의 토지를 사용하는 경우 점유자는 차임, 지료 등 토지 사용의 대가를 지급하기로 약정하는 것이 보통이다. 토지 소유자가 무상으로 지상권을 설정하거나 사용대차계약을 체결하는 것도 가능하지만 이는 토지 소유자와 점유자 사이에 특별한 인적 관계가 있는 경우가 대부분이고, 그렇지 않은 경우 타인의 토지를 무상으로 사용하는 것이 일반적인 모습이라고 할 수는 없다.

이러한 헌법상 재산권보장의 원칙, 민법상 소유권의 내용과 효력, 통상적인 거래 관념에 비추어 보면, 점유자가 스스로를 위하여 타인의 토지를 사용하는 경우 당사자 사이에 무상이라는 합의가 존재하는 등의 특별한 사정이 없는 한, 토지 사용의 대가를 지급해야 하는 유상의 사용관계라고 보아야 한다.

당사자 사이의 약정에 의하지 않고 법률 규정이나 관습법에 따라 성립하는 법정지상권, 주위토지통행권, 시효로 취득한 통행지역권의 경우 토지를 사용하는 자가 토지 소유자에게 지료나 손해보상금 등 대가를 지급해야 한다는 민법 규정(민법 제366조 단서, 민법 제219조 등)이나 대법원 판결(대법원 2015. 3. 20. 선고 2012다17479 판결)도 모두 이러한 관념을 기초로 하고 있다. 2000. 1. 12. 법률 제6158호로 전부 개정되어 2001. 1. 13.부터 시행된 「장사 등에 관한 법률」이 묘지에 관한 법률관계에서 토지 소유자의 권한을 강화한 것도 같은 맥락에서 이해할 수 있다(특히 제23조 제1항, 제23조 제3항). 위와 같이 개정된 법률 시행 후 설치된 분묘(부칙 제2조의 경과규정)에 관해서는 분묘기지권의 시효취득이 인정되지 않는다(2017년 전원합의체 판결 참조).

대법원 1992. 6. 26. 선고 92다13936 판결은 같은 취지에서 '분묘기지권을 시효취득하였다고 하더라도 특별한 사정이 없는 한 분묘기지권자는 토지 소유자에게 지료를 지급할 의무가 있고, 그 의무는 분묘기지권이 성립됨과 동시에 발생한다.'고 하였다. 이는

다른 사람의 토지를 이용하는 경우에는 그 대가를 지급해야 한다는 당연한 논리를 취득시효형 분묘기지권에 적용한 것으로 볼 수 있다. 그 후 선고된 대법원 1995. 2. 28. 선고 94다37912 판결은 이와 정반대로 '지상권에서 지료의 지급은 그 요소가 아니어서 지료에 관한 약정이 없는 이상 지료의 지급을 구할 수 없는 점에 비추어 보면 취득시효형 분묘기지권도 지료를 지급할 필요가 없다고 해석함이 상당하다.'고 하였다. 이 판결은 약정 지상권의 지료에 관한 법리를 취득시효형 분묘기지권에 그대로 적용하였는데, 취득시효형 분묘기지권은 당사자의 합의에 의하지 않고 성립하므로 약정 지상권에 관한 법리를 그대로 적용할 수 없다.

취득시효형 분묘기지권의 경우 지료 지급의무가 있는지에 관하여 위와 같이 두 개의 대법원 판결이 상이한 판단을 하였는데, 원칙적으로 지료 지급의무를 긍정한 위 1992년 대법원 판결의 태도가 타당하여 유지되어야 하고, 위 1995년 대법원 판결은 폐기되어야 한다.

다. 취득시효형 분묘기지권에서 지료는 언제부터 발생하는가?

1) 분묘기지권은 다른 사람의 토지에 분묘, 즉 묘지를 설치하여 그 토지를 사용할 수 있는 권리로서, 분묘를 설치한 시점부터 원칙적으로 유상이라고 보아야 한다. 다수의견은 취득시효형 분묘기지권이 애초에 무상이었음을 전제로 분묘기지권자는 토지 소유자가 지료를 청구할 때까지는 지료를 지급할 의무가 없고, 토지 소유자가 지료를 청구하면 장래를 향하여 지료 지급의무가 발생한다는 논리를 구사하고 있다. 그러나 분묘 설치 시부터 토지 소유자의 지료 청구 시까지 이를 무상으로 볼 근거가 없다.

2) 우선 분묘기지권자의 지료 지급의무를 인정할 경우 지료에 관한 법률관계가 어떻게 형성될 것인지에 관하여 지상권이나 법정지상권에 관한 법리를 참고하여 정리해 보

면 다음과 같다.

지료의 구체적 액수는 당사자의 협의로 정하거나 당사자의 청구에 따라 법원이 정할 수 있고(민법 제366조 단서), 그와 같이 정해진 지료가 지가 상승 등 경제사정의 변동으로 상당하지 않게 되면 당사자는 지료 증감을 청구할 수 있다(민법 제286조). 지료 채권에 대해서는 원칙적으로 10년의 소멸시효가 적용되지만(민법 제162조 제1항), 당사자가 협의하여 1년 이내의 기간에 대한 정기금으로 정하였다면 3년의 단기소멸시효에 걸리고(민법 제163조 제1호), 법원의 판결로 정해졌다면 10년의 소멸시효에 걸린다(민법 제165조 제1항).

분묘기지권자가 2년 이상의 지료를 지급하지 않으면 토지 소유자는 분묘기지권의 소멸을 청구할 수 있다(민법 제287조). 다만 토지 소유자가 법원에 지료결정 청구를 하여 지료 금액이 판결로 확정될 때까지는 분묘기지권자가 지료 지급을 지체하였다고 볼 수 없으므로 분묘기지권 소멸청구를 할 수 없고(대법원 1994. 12. 2. 선고 93다52297 판결 참조), 지료 금액을 결정하는 판결 확정 후 상당한 기간이 지나도록 분묘기지권자가 2년분 이상의 지료 지급을 지체하여야만 토지 소유자가 분묘기지권 소멸청구를 할 수 있다. 이때 '상당한 기간'이 지났는지 여부는 분묘기지권의 성격, 토지의 이용 목적, 분묘의 설치 경위·위치·면적, 지료를 연체한 이유와 연체 액수, 당사자의 태도 등을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다.

여기까지는 분묘기지권자의 지료 지급의무를 인정하는 다수의견과 별개의견 사이에 별다른 이견이 없을 것이다. 다수의견과 별개의견의 차이점은 지료 지급의무가 언제 발생하는지, 즉 분묘를 설치한 때부터 발생하는지 아니면 토지 소유자가 지료를 청구한 때부터 발생하는지에 있다.

3) 위와 같은 분묘기지권의 지료에 관한 법률관계는 대체로 지상권이나 법정지상권에 관한 민법 규정을 분묘기지권에 유추적용한 결과이다. 이와 마찬가지로 취득시효형 분묘기지권의 지료 지급의무의 발생 시기에 관해서도 민법 규정의 유추적용을 통해서 해결해야 한다.

분묘기지권은 전통적인 조상숭배사상과 근대적인 토지소유제도 사이의 간극을 메꾸어주는 과도기적 역할을 수행하였다. 대법원은 그 근거를 관습법이라고 하였으나, 애초에 사회 일반에 존재하는 관습법을 확인한 것이 아니라, 실제로는 토지 소유자의 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.

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. 특히 대법원 판결 중에 취득시효형 분묘기지권의 경우에 위 나.항에서 보았듯이 그 성립 시부터 지료 지급의무가 있다는 1992년 판결과 지료 지급의무가 없다는 1995년 판결이 병존하고 있었는데, 그중 어느 하나가 관습법이라고 할 수 없다.

법률 규정에 흠결이 있는 경우 법원은 유사한 사안에 관한 법규범을 유추적용함으로써

써 법률의 흠결을 보충할 수 있다. 이러한 유추를 위해서는 법적 규율이 없는 사안과 법적 규율이 있는 사안 사이에 공통점 또는 유사점이 있어야 하고 법규범의 체계, 입법 의도와 목적 등에 비추어 유추적용이 정당하다고 평가되어야 한다(대법원 2020. 4. 29. 선고 2019다226135 판결 참조). 어떤 권리가 관습법으로 인정되더라도 그 구체적인 내용에 관해서는 관습이 없거나 관습법으로 승인할 수 없는 경우에도 이와 마찬가지로 유사한 사안에 관한 법규범을 유추적용하여 그 권리의 내용을 보충할 수 있다.

관습법상 권리의 구체적인 내용을 보충하기 위한 법규범으로서 가장 중요한 것은 법률이다. 민법 제1조에서 민사에 관한 법원의 순위를 법률, 관습법, 조리(條理)의 순으로 정하고 있는데, 이것은 관습법상 권리의 내용을 보충해야 하는 상황에서도 적용될 수 있다. 그리고 법률관계를 합리적으로 규율하기 위하여 제정된 법률은 사회구성원의 법적 승인을 획득한 것으로서 관습법에서 요구되는 '사회 구성원의 법적 확신 또는 법적 인식'을 갖춘 규범이라고 볼 수 있다. 따라서 관습법상 권리의 내용에 관습법으로 정해지지 않은 부분을 보충하기 위해서 법원은 우선 유사한 사안에 적용할 성문법 규정을 찾아 그 유추적용을 통해 문제의 해결을 모색할 필요가 있다.

조리는 사물의 본질적 법칙, 사물의 도리 또는 사람의 이성에 의하여 생각되는 규범 등으로 일정한 내용을 가진 것이 아니라 법질서 전체 또는 그 속에 흐르는 정신에 비추어 가장 적절하다고 생각될 경우에 끌어 쓰는 극히 추상적인 말로서, 재판의 기준이 될 만한 법률이나 관습법이 없는 경우에 비로소 재판의 기준으로 등장할 수 있다. 법률은 사회생활관계를 합리적으로 규율하고자 조리를 조문 형식으로 구체화한 것으로 입법자가 승인한 법규범이다. 법률은 조리에 앞서 재판의 기준이 되므로, 관습법에 흠결이 있는 경우 법률의 유추적용을 통하여 해결할 수 있는데도 추상적인 조리나 신의

칙을 내세워 이와 달리 판단해서는 안 된다.

종전에 제사주재자의 결정방법에 관한 대법원 2008. 11. 20. 선고 2007다27670 전원 합의체 판결 또는 종종 구성원의 자격에 관한 대법원 2005. 7. 21. 선고 2002다1178 전원합의체 판결은 관습법이 없는 사항을 조리에 기초하여 보충하였다. 그러나 위 판결들은 해당 쟁점과 유사한 사안에 관한 성문법 규정이 없었기 때문에, 법률의 유추적용을 통해 해결할 수 없었고 결국 조리에 따라 판단할 수밖에 없었다고 볼 수 있다. 이 사건에서는 유사한 사안에 관한 성문법 규정이 있기 때문에 위 대법원 판결들과는 사안이 다르다.

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 제366조에 따라 법정지상권이 성립하면 지상권자는 '지상권 성립 시부터' 토지 소유자에게 지료를 지급하여야 한다. 분묘기지권을 시효취득하여 성립하는 토지 이용관계에 관해서도 법정지상권의 경우와 마찬가지로 분묘기지권이 성립한 때부터 지료를 지급하여야 한다(위 나.항에서 본 대법원 2012다17479 판결에서 통행지역권을 시효취득한 경우에 주위토지통행권의 경우와 마찬가지로 요역지 소유자가 승역지 소유자가 입은 손해를 보상해야 한다고 한 것도 이와 같은 취지로 볼 수 있다). 그런데 분묘기지권의 취득시효가 완성되면 분묘를 설치하여 점유를 개시한 시점으로 그 효력이 소급하여(민법 제247조 제1항, 제248조) 그때부터 분묘기지권이 성립한 것으로 보므로, 결국 분묘기지권자는 분묘를 설치한 때부터 지료 지급의무가 있다고 보아야 한다.

다수의견은 조리와 신의칙을 근거로 지료 지급의무의 발생 시기를 법정지상권과 달리 판단하고 있다. 특히 다수의견은 지료 지급의무의 인정 여부, 지료의 결정, 지료증 감청구권이나 지상권 소멸청구에 대해서는 모두 지상권이나 법정지상권에 관한 민법 규정을 유추적용하면서도, 유독 지료 지급의무의 발생 시기에 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. 이 사건 쟁점에 관하여 조리에 따라 판단한다고 하더라도 분묘를 설치한 때부터 취득시효 완성 시점까지, 그 후 토지 소유자가 지료를 청구한 시점이나 지료에 관한 소를 제기하거나 지료를 정하는 판결이 확정된 시점까지 다양한 시점 중 어느 하나가 조리에 맞는 것이라고 단정하기 어렵다. 분묘기지권이라는 권리가 성립했는데도 그 권리에 기초를 둔 지료를 지급할 의무는 발생하지 않고 있다. 상대방의 이행청구 시에 대가 지급의무가 있다는 것은 법률에 근거도 없고 '조리'라고 할 수도 없다. 분묘기지권에서 지료의 발생 시기를 정할 때에도 토지 사용관계를 정하고 있는 법규범의 취지를 최대한 존중하여 법규범의 통일성이 유지되도록 결론을 도출하는 것이 올바른 태도이다.

4) 다른 사람의 토지에 분묘를 무단으로 설치한 때에는 토지 사용에 따른 부당이득 반환의무나 불법행위로 인한 손해배상책임이 발생하고 분묘기지권의 시효취득은 그러한 의무를 부담하는 상태에서 이루어진다는 점에서도, 분묘 설치 시부터 지료가 발생한다고 보아야 한다.

토지 소유자와 분묘 설치자 사이에 분묘기지의 사용관계에 관한 합의나 승낙이 존재함이 증명된 때에는 사용대가의 존부와 액수도 합의 등에 따라 정해지고 분묘기지권의

시효취득은 문제될 여지가 없다. 분묘기지권을 시효로 취득하는 경우는 토지 소유자의 승낙 없이 분묘를 무단으로 설치한 경우 또는 시간의 경과 등으로 합의나 승낙의 존재 여부가 밝혀지지 않는 경우 두 가지로 나누어 볼 수 있다.

먼저, 토지 소유자의 승낙 없이 분묘를 설치한 경우에는 시효 기간 동안의 점유가 무단 점유에 해당함은 명백하다. 분묘 소유자는 토지 소유자가 청구하면 분묘를 굴이 하여야 하고, 그렇지 않은 경우에도 분묘를 설치하여 분묘기지를 점유하는 기간 동안 그 사용이익을 부당이득으로 반환할 의무를 부담한다. 분묘기지권의 취득시효 완성 전에 분묘 소유자의 부당이득반환의무가 인정된다는 점에는 아무런 이견이 있을 수 없을 것이다. 이와 같이 분묘 소유자가 토지 소유자에게 토지 사용의 대가를 반환할 의무가 있다는 점에서 이를 무상의 사용관계라고 할 수 없다. 분묘 소유자가 현실적으로 토지 소유자에게 토지 사용의 대가를 지급하지 않고 있다고 해도 이는 분묘 소유자가 부당이득반환의무를 이행하지 않고 있는 것에 불과하다. 이때 토지 소유자가 분묘 소유자에게 실제로 부당이득 반환을 청구하였는지 여부는 부당이득반환의무의 성립에 아무런 영향을 미치지 않는다.

20년의 시효 기간이 지나 분묘기지권의 취득시효가 완성되면 분묘 소유자가 분묘기지권을 취득한 결과 토지 소유자는 더 이상 분묘의 굴이를 청구할 수 없게 된다. 그러나 그러한 시효취득은 그 이전과 마찬가지로 '분묘 소유자가 토지 사용으로 인한 이익을 반환할 의무를 부담하는 상태'에서 이루어진다고 보아야 한다. 취득시효 완성의 효력이 분묘를 설치하여 점유를 개시한 시점으로 소급하는 결과(민법 제247조 제1항, 제248조) 시효취득자는 처음부터 무단 점유자가 아니라 분묘기지권을 보유하고 있었던 것으로 간주되고, 그로 인해 시효 기간 중 이미 발생하였던 부당이득반환의무가 지료

지급의무로 변하게 될 뿐이다.

관습법상 분묘기지권의 시효취득을 인정하는 취지는 분묘의 수호와 봉제사를 위하여 분묘가 존속할 수 있도록 하기 위한 것이다. 이를 넘어서서 무단 점유자에게 시효기간 동안 이미 발생한 부당이득반환의무를 면하게 해주거나 종전에 사용대가를 지급하여야 하던 관계를 무상의 사용관계로 전환하기 위한 것이라고 볼 근거가 없다. 분묘를 무단으로 설치한 후 시효기간이 지나 분묘기지권을 시효취득하였다고 하더라도 분묘기지권자는 토지 소유자에게 분묘를 설치한 때부터 지료를 지급할 의무가 있다고 보아야 한다.

다음으로, 토지 소유자와의 합의나 승낙이 있었는지 불분명한 경우에도 이와 다르게 볼 수 없다. 토지 소유자가 점유자에게 소유권에 기한 물권적 청구권, 부당이득반환청구권이나 불법행위로 인한 손해배상청구권을 행사하는 경우에 점유·사용할 정당한 권원, 즉 토지 소유자와의 합의나 승낙이 있다는 등의 사실에 대한 증명책임은 점유자에게 있다. 따라서 이를 증명하지 못하는 경우 점유자는 무단 점유자로서 토지 소유자의 청구에 응해야 한다.

다수의견은, 과거에는 임야에 분묘를 설치할 경우 토지 소유자가 무상의 사용 승낙을 하거나 이를 알면서도 용인했던 경우가 많았고 분묘기지권의 시효취득을 인정한 취지는 그 경우 증명의 곤란을 구제하기 위한 것인데 분묘기지권자가 지료 지급의무를 부담한다고 보는 것은 이러한 취지에 부합하지 않는다고 한다. 그러나 분묘 설치와 소유를 위한 점유라고 하여, 그 점유가 토지 소유자의 승낙에 기한 적법한 점유임이 추정된다거나 달리 점유·사용할 권원에 관한 증명책임이 토지 소유자에게로 전환된다고 볼 근거가 없다. 토지 소유자의 승낙이 있었는지 여부는 분묘가 설치된 위치와 경위,

분묘 설치자와 당시 토지 소유자의 관계, 그동안 분묘기지의 사용관계 등 여러 사정을 고려하여 판단할 사실 인정 또는 의사해석의 문제이다. 토지 소유자와의 합의나 승낙을 인정하여 그에 따르는 것은 별론으로 하되(이 경우에는 시효취득이 문제되지 않는다), 분묘 소유자가 토지 소유자와의 합의나 승낙이 존재함을 증명하지 못한 경우에는 무단 점유의 경우와 마찬가지로 분묘 소유자는 시효 기간 동안 부당이득반환의무를 부담하고, 나아가 분묘기지를 시효취득한 후에도 분묘 설치 시부터 지료 지급의무를 부담한다고 보아야 한다.

5) 분묘기지의 지료 지급의무는 토지 소유자가 지료를 청구하는지 여부에 따라 달라진다고 볼 수 없다. 토지 소유자의 분묘기지에 대한 지료 채권을 인정하면서 발생한 때가 아니라 토지 소유자의 청구 시부터 지료 지급의무가 발생한다는 것은 우리 법질서에서 매우 낯설고 부자연스럽다.

본래 이행청구는 권리와 의무의 존재를 전제로 한다. 어떤 권리와 이에 대응하는 의무가 발생하고 있어야만 그 이행을 청구할 수 있고, 권리와 의무가 발생하지 않았는데도 그 이행을 청구한다는 것은 논리적으로 설명할 수 없다. 채권에 대한 구제수단의 하나인 이행청구권은 채권의 청구적 효력에서 나오는 것으로 채권과 채무가 성립하고 있을 것을 전제로 한다. 민법에서 정하고 있는 이행청구에 관한 규정도 채권과 채무의 성립을 전제로 하고 있다. 즉, 민법 제387조 제2항은 "채무이행의 기한이 없는 경우에는 채무자는 이행청구를 받은 때로부터 지체책임이 있다."라고 정하고 있는데, 이것은 채무의 존재를 전제로 이행청구를 할 수 있다고 정한 것이다. 민법 제414조, 제416조에서 정한 연대채무자에 대한 이행청구도 연대채무의 존재를 전제로 하고 있다. 지료 증감청구권(민법 제286조), 전세금증감청구권(민법 제312조의2)이나 차임증감청구권(민

법 제628조)은 애초에 정해진 지료, 전세금이나 차임이 경제사정의 변동에 따라 부당하게 된 경우 지료 등의 '증감'을 청구할 수 있는 권리일 뿐이고 지료 등의 지급의무를 '발생'시킬 수 있는 권리가 아니다.

토지 소유자의 분묘기지권자에 대한 지료 채권은 토지 소유권에서 나오는 것이지만, 지료 채권이 발생하지 않은 상태에서는 토지 소유자가 지료의 이행을 청구할 수 없다. 지료 채권의 성립을 전제로 지료의 이행청구를 할 수 있는 것이므로, 지료의 발생시점은 그 이행청구와는 상관없다.

타인의 토지를 분묘의 설치나 유지를 위하여 무단으로 이용하고 있는 상태에서 부당이득반환의무와 불법행위로 인한 손해배상의무가 발생하였다가, 분묘기지권의 시효취득으로 그러한 의무가 없어지고, 토지 소유자의 이행청구 시에 지료가 발생한다는 다수의견의 결론은 너무 어색하여 받아들일 수 없다.

6) 분묘를 설치한 때부터 지료를 지급할 의무가 있다고 보아도 분묘의 존속을 위협하거나 법적 안정성을 침해할 위험이 크다고 볼 수 없다.

다수의견은 토지 소유자의 지료 청구에 따라 그 전의 지료까지 지급해야 하고 이를 지체하면 분묘기지권 자체가 소멸할 수 있다고 하면 법적 안정성을 해치고 분묘기지권의 시효취득을 인정하는 취지에 부합하지 않는다고 한다.

그러나 지료 채권은 소멸시효가 적용되고, 따라서 분묘가 언제 설치되었든 분묘 소유자가 지급할 지료는 최대 10년분에 한정된다. 분묘기지는 대부분 임야이고 분묘기지권은 분묘를 수호하고 봉제사하는 목적을 달성하는 데 필요한 범위로 한정되므로, 10년분임을 감안해도 지료의 합계액이 크지 않을 것으로 보인다. 위 다. 2)항에서 본 것처럼 토지 소유자가 법원에 지료결정 청구를 하여 지료 금액이 판결로 확정될 때까지

는 분묘기지권자가 지료 지급을 지체하였다고 볼 수 없고, 판결 확정 후 상당한 기간이 지나도록 분묘기지권자가 2년분 이상의 지료 지급을 지체하여야만 토지 소유자가 분묘기지권 소멸 청구를 할 수 있다. 따라서 분묘기지권자가 지료를 지급할 경제적 능력이 부족한 경우에도 토지 소유자로부터 지료를 청구받은 때부터 판결이 확정되고 상당한 기간이 지날 때까지 분묘의 이장 등을 준비할 수 있고, 예상치 못한 단기간에 강제로 분묘를 옮겨야 할 위험은 크지 않다.

이와 같이 토지 소유자가 지료를 청구하기 전의 기간에 대해서도 지료 지급의무를 인정한다고 해서 분묘기지권자에게 부당하게 불리하다고 볼 수 없을 뿐더러, 다수의견이 우려하는 것처럼 분묘기지권이 대규모로 소멸되는 사태가 초래될 것으로 보이지 않는다.

라. 이 사건에 관하여 본다.

이 사건 분묘 중 하나는 1940년에, 다른 하나는 1961년경에 이 사건 임야에 설치되어 1960년과 1981년경 각각 분묘기지권의 취득시효가 완성되었고, 원고들은 2014년경 위 임야에 관한 공유지분을 취득하였다.

위 법리에 비추어 보면, 피고는 원고들이 청구하는 바에 따라 원고들의 소유권 취득 일 이후 지료를 지급할 의무가 있다. 그런데도 원심이 피고는 원고들이 지료를 청구한 때부터 지료를 지급할 의무가 있다고 보아 원고의 청구를 일부만 인용한 것은 잘못이다. 그러나 피고만이 상고한 이 사건에서는 불이익변경금지의 원칙에 따라 원심판결을 피고에게 불이익하게 변경할 수 없으므로, 피고의 상고를 받아들이지 않는 데 그친다.

이상과 같은 이유로 다수의견과는 상고를 기각한다는 점에서 결론이 같지만, 지료의 발생시점에 관하여 다수의견과 이유가 다르므로 별개의견을 개진한다.

## 6. 대법관 안철상, 대법관 이동원의 반대의견

가. 다수의견은 관습법상 물권인 분묘기지권을 시효로 취득한 경우 분묘기지권자는 토지 소유자가 분묘기지에 관한 지료를 청구하면 그 청구한 날부터의 지료를 지급할 의무가 있다고 한다.

그러나 장사법 시행일인 2001. 1. 13. 이전에 분묘를 설치하여 20년간 평온·공연하게 그 분묘의 기지를 점유하여 분묘기지권을 시효로 취득하였다면, 특별한 사정이 없는 한 분묘기지권자는 토지 소유자에게 지료를 지급할 의무가 없다고 보아야 한다. 취득시효형 분묘기지권(이하에서 '분묘기지권'이라고 함은 취득시효형 분묘기지권을 말한다)에 관하여 분묘기지권자의 지료 지급의무를 원칙적으로 부정해온 종전 대법원 1995. 2. 28. 선고 94다37912 판결은 타당하여 유지되어야 하고, 이를 변경하려는 다수의견에 찬성할 수 없다. 그 이유는 다음과 같다.

1) 분묘기지권은 관습법상 물권이므로, 관습에 대한 조사나 확인을 통하여 관습법의 내용을 선언하여야 하고 법원이 해석을 통해 그 내용을 정하는 것은 타당하지 않다.

가) 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 무엇

인지 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.

나) 지금까지 분묘기지권에 관하여 유상성을 내용으로 하는 관습이 확인된 적이 없었다는 사실은 분묘기지권이 관습상 무상이었음을 반증한다. 관습상 무상이기 때문에 유상으로서의 징표가 보이지 않았다고 보는 것이 옳지, 반대로 관습상 유상이기 때문에 무상으로서의 징표가 보이지 않았다고 보는 것은 법률가들의 논증방식이 아니다. 또한 아래 2)항에서 보는 것처럼 분묘기지권의 시효취득을 인정하여 온 취지나 배경에 비추어 보아도, 분묘기지권은 관습상 무상이었다고 보는 것이 자연스럽고 건전한 상식에 부합한다.

위 대법원 94다37912 판결은 분묘기지권을 시효취득한 경우 지료 지급의무가 없다고 하였고 위 판결은 선고 당시부터 널리 알려져 하급심판결에서 자주 인용되는 등 대법원 판례로서의 역할을 하여왔다. 반면 분묘기지권자의 지료 지급의무를 긍정한 대법원 1992. 6. 26. 선고 92다13936 판결은 그동안 판례로서의 역할을 하지 못하였으므로 이것이 대법원의 종래 해석이었다고 볼 수 없다. 2017년 전원합의체 판결에서는 장사법 시행일 이전에 설치된 분묘에 관하여 분묘기지권을 시효로 취득하는 것이 장사법 시행일 후에도 유효한지에 대하여 전면적으로 논의되었는데, 대법원은 이것이 여전히 유효한 관습법임을 명확히 하였다. 위 전원합의체 판결의 법정의견은 분묘기지권자에게 지료 지급의무가 있는지에 관하여 명시적인 입장을 밝히지는 않았지만, 선례인 위 대법원 94다37912 판결에 따라 관습법의 내용을 상정한 뒤 그 관습법의 법적 규범성

을 인정하였다고 보아야 한다. 위 법정의견이 분묘기지권의 내용 중 하나인 존속기간에 관하여 당사자의 약정 등 특별한 사정이 없는 한 권리자가 분묘의 수호·봉사를 계속하고 그 분묘가 존속하고 있는 동안 유지된다는 기존 선례를 명시적으로 언급하고 있는 점이나, 위 전원합의체 판결의 반대의견이 '토지 소유자의 승낙이 없음에도 20년간 평온·공연한 점유가 있었다는 사실만으로 사실상 영구적이고 무상인 분묘기지권의 시효취득을 인정하는 종전의 관습은 장사법 시행일 무렵에는 법적 규범으로서 효력을 잃게 되었다'고 하여 분묘기지권이 관습상 무상임을 밝혔음에도 다른 의견을 제시하지는 아니하였던 점 등에 비추어 그러하다.

그런데도 이와 같이 받아들여져 온 관습법상 권리의 내용에 관하여, 다수의견이 이제 와서 토지 소유자와 분묘기지권자의 이해관계를 조율할 필요가 있다는 등의 이유로 그 내용을 달리 판단하여 판례를 변경하려는 것은 일관성이 없고 위 전원합의체 판결이 전제한 바와도 모순된다.

다) 설령 2017년 전원합의체 판결이 분묘기지권의 내용이 관습법상 유상인지 무상인지를 명확히 하지 아니하였다고 보더라도, 현재까지 유지되어 온 판례를 변경하기 위하여는 이를 변경할 필요성과 당위성이 존재하여야 한다. 그런데 분묘기지권이 유상이라는 관습이 존재한다는 점에 부합하는 어떠한 자료도 찾아볼 수 없고, 아래 2)항에서 보는 것처럼 분묘기지권자에게 지료 지급의무가 없다고 보는 것이 법해석상으로는 건전한 상식에 비추어 타당하다. 따라서 종전 대법원 판례를 변경하려는 다수의견은 타당하지 않다.

2) 지상권에 관한 일반 법리나 분묘기지권과 법정지상권의 차이점, 분묘기지권의 시효취득을 관습법으로 인정하여 온 취지에 비추어 보더라도 분묘기지권자에게 지료 지

급의무가 있다고 볼 수 없다.

가) 지상권은 지료에 관한 약정이 없는 이상 지료의 지급을 구할 수 없는 것이 원칙이다. 지료에 관한 유상의 약정이 있는 경우에도 이를 등기하여야만 제3자에게 대항할 수 있고, 등기되지 않은 경우에는 무상의 지상권으로서 지료증액청구권도 발생하지 않는다(대법원 1999. 9. 3. 선고 99다24874 판결 등 참조). 지상권이 토지의 사용을 본체로 하고 있을 뿐 지료를 요건으로 하지 않고 있기 때문이다. 이는 차임을 성립요건으로 하는 임대차(민법 제618조)와 분명히 구별된다. 따라서 지상권이 타인의 토지를 사용하기 위한 권리라는 속성으로부터 곧바로 유상성(有償性)이 도출되지 않는다.

지상권과 유사한 관습법상 권리인 분묘기지권에 관해서도, 지료가 그 권리의 필수적 요건이라고 볼 수 없다. 분묘기지권은 등기 없이 성립하고 존속하므로 지료에 관하여 공시할 방법도 마련되어 있지 않다. 그럼에도 분묘기지권의 취득시효가 완성된 후 토지 소유자가 청구하면 갑자기 토지이용의 대가를 지급할 의무가 발생한다고 볼 법리적 근거가 부족하다.

나) 다수의견에 의하더라도 토지 소유자가 지료를 청구한 날부터 유상이라는 것이므로 다수의견 자체가 지료의 청구가 없는 분묘기지권은 무상임을 전제로 하고 있다고 보인다.

공법상 추상적인 급부청구권이 구체적인 수급권으로 전환되거나 조건부 권리의 조건 성취 또는 기한부 권리의 기한 도래 혹은 형성권의 행사 등 예외적인 경우를 제외하고는, 예컨대 권리자의 청구로 인하여 무상인 법률관계가 유상인 법률관계로 바뀌는 것과 같이 권리의 내용이 변경되는 것을 뒷받침할 만한 법 원리를 찾기 어렵다. 채무이행의 기한이 없는 경우에는 채무자는 이행청구를 받은 때로부터 지체책임을 지는데(민

법 제387조 제2항), 이는 지체책임에 관한 것일 뿐이고 권리의 내용 자체의 변경에 관한 것이 아니다.

결국 다수의견대로라면 토지 소유자의 일방적 의사표시에 의하여 분묘기지권의 지료에 관한 무상의 법률관계가 유상의 법률관계로 전환된다는 것인데 이는 토지 소유자에게 일종의 형성권을 부여하는 것과 마찬가지로 이해된다. 그러나 형성권은 법의 명문 규정이 없이는 인정될 수 없고, 우리 법에는 그와 관련한 어떠한 규정도 두고 있지 아니할 뿐만 아니라 그와 같은 관습이 존재한다는 점도 전혀 확인되지 아니한다. 다수의견은 조리, 신의칙이나 민법 제286조의 지료증감청구권 규정을 근거로 제시하고 있으나, 추상적인 조리나 신의성실의 원칙을 근거로 형성권을 창설할 수는 없다. 민법 제286조의 지료증감청구권은 애초에 지료 지급의무가 있는 유상의 지상권에 관한 규정으로 무상의 지상권의 경우에는 위 규정이 적용되지 않으므로(대법원 1999. 9. 3. 선고 99다24874 판결 참조), 애초에 무상인 분묘기지권에 민법 제286조를 유추적용하는 것도 타당하지 않다. 다수의견은 별다른 근거 없이 법원이 새로운 형성권을 창설하는 것과 다름이 없다.

다수의견이 처음 논의의 출발점에서 인정하였듯이 분묘기지권은 무상이고, 이를 유상으로 변환시킬 수 있는 근거가 없다. 법률관계의 당사자들 간의 이해관계를 합리적으로 조율하는 것은 바람직하지만, 이를 위하여 새로운 법 원리를 만들어내는 것은 삼가야 한다. 처음부터 무상이었던 분묘기지권의 내용은 계속하여 무상으로 유지되는 것이다.

다) 당사자의 약정에 의한 지상권과 달리 법정지상권에 관하여는 법정지상권자의 토지 소유자에 대한 지료 지급의무가 인정됨은 다수의견이 지적한 바와 같다. 그러나 이

에 관하여는 민법 제305조 제1항, 제366조 등 명문의 규정이 있다. 판례는 관습법상 법정지상권에 관하여도 지료 지급의무를 인정하여 왔는데, 이는 그 권리가 민법상 법정지상권에 유사하다고 보아 법정지상권에 관한 규정을 준용하였기 때문이다(대법원 1993. 6. 29. 선고 93다10781 판결 등 참조).

분묘기지권은 지상권과 유사한 물권이지만 그 권리의 내용이나 공시방법, 존속기간 등에서 법정지상권과 많은 차이점이 있다. 분묘기지권자는 분묘를 수호하고 봉사하는 목적을 달성하는 데 필요한 상당한 범위에서만 타인의 토지를 사용할 수 있을 뿐이므로, 그 권리의 내용이나 범위가 민법상 지상권보다 제한적일 수밖에 없다. 또한 봉분 등 외부에서 분묘의 존재를 인식할 수 있는 형태를 갖추고 있는 경우에 한하여 인정되고, 평장이나 암장과 같이 객관적으로 인식할 수 있는 외형을 갖추고 있지 않은 경우에는 인정되지 않으며, 위와 같은 특성상 분묘기지권은 등기 없이 성립한다(대법원 1996. 6. 14. 선고 96다14036 판결 등 참조). 나아가 분묘기지권의 존속기간은 당사자의 약정이 있으면 그 약정에 따라, 그러한 약정이 없으면 권리자가 분묘의 수호와 봉사를 계속하고 그 분묘가 존속하고 있는 동안 유지되며(대법원 1982. 1. 26. 선고 81다1220 판결 등 참조), 민법상 지상권에 관한 규정을 따르지 않는다.

이처럼 관습법상 물권인 분묘기지권은 법정지상권과 분명한 차이가 있으므로, 법정지상권에 관한 법리를 분묘기지권에 대하여 그대로 적용하는 것은 근거가 없다고 보아야 한다.

라) 분묘 설치 당시 토지 소유자와 분묘 설치자 사이에 토지 사용에 관한 합의가 있으면 그 합의가 우선하며 분묘기지권의 시효취득은 문제되지 않는다. 시효 기간 동안 분묘기지권자가 토지 소유자에게 지료를 지급해온 경우에는 분묘기지권의 취득시효가

완성되었더라도 분묘기지권자는 그와 같이 지료를 지급해온 상태대로, 즉 유상의 분묘기지권을 시효취득한다고 할 것이다. 그러나 분묘기지권을 시효로 취득한 대부분의 경우에는 시효 기간 동안 당사자가 지료를 수수(授受), 청구하거나 지료에 관한 약정을 하는 일이 없다.

2017년 전원합의체 판결과 다수의견에서 언급한 것처럼, 우리나라에서는 종래 산림공유의 원칙과 매장 중심의 장묘 문화, 제사 숭경의 대상인 분묘의 특수성과 이에 관한 선조들의 규범의식, 이웃 간의 정의를 소중히 여기던 전통적 가치관 등 역사적 배경 아래 임야 소유자의 명시적 승낙이나 묵시적 용인 하에 분묘를 설치하여 그 기지를 무상으로 사용하는 경우가 많았다. 그런데 시간이 지나고 토지나 분묘의 소유자가 바뀌어 분묘기지에 관한 분쟁이 생기게 되면, 토지 소유자의 승낙이 있었음을 증명하는 것이 사실상 불가능하게 된다.

시효제도는 일정 기간 계속된 사회질서를 유지하고 시간의 경과로 인하여 곤란해지는 증거보전으로부터의 구제를 피하며 자기 권리를 장기간 행사하지 않는 자를 법적 보호에서 제외하기 위한 것으로, 특히 법적 안정성은 시효제도를 뒷받침하는 가장 중요한 근거이다. 분묘기지권의 시효취득을 관습법으로 인정하여 온 취지도 20년 이상 장기간 계속된 사실관계를 기초로 형성된 분묘에 관한 사회질서를 법적 권리로 보호함으로써 법적 안정성을 도모하기 위함이다(2017년 전원합의체 판결 참조).

이와 같이 분묘기지권의 시효취득을 관습법으로 인정하여 온 배경과 취지를 고려하면, 지료의 수수나 청구조차 없이 20년 이상의 장기간 평온·공연하게 분묘기지의 점유가 계속되었다면 토지 소유자가 묵시적으로 분묘기지권자의 무상의 토지 사용을 용인하였거나 적어도 분묘기지권자는 그와 같이 알고 분묘기지를 점유해 왔다고 보는 것이

자연스럽다. 그에 따라 분묘기지권자는 시효 기간 동안 계속된 사실관계와 동일한 내용의 권리, 즉 지료 지급의무를 부담하지 않는 분묘기지권을 취득한다고 보아야 한다.

시효 기간이 진행되는 동안에는 무상이었음에도 시효 완성으로 권리를 취득한 후에 오히려 이것이 유상으로 바뀐다는 다수의견의 논리는, 장기간 계속된 사회질서를 법적 권리로 보호하려는 시효제도의 취지에 맞지 않는 해석이다. 다수의견에서 언급한 대법원 2015. 3. 20. 선고 2012다17479 판결은 통행지역권을 시효취득한 경우 요역지 소유자는 도로 설치·사용에 따라 승역지 소유자가 입은 손해를 보상하여야 한다고 하였지만, 위 판결은 통행지역권이 주위토지통행권과 유사하고 민법 제219조 제2항이 주위토지통행권자의 통행지 소유자에 대한 손해 보상 의무를 규정하고 있음을 주된 고려사항으로 삼았다. 분묘기지권이 관습법상 권리로서 민법상 통행지역권이나 주위토지통행권과는 권리의 성질이나 성립 근거가 전혀 다르고, 통행지역권의 경우 승역지가 보통 도로와 건물 대지 사이에 위치한 토지임에 반하여 분묘가 설치되는 토지는 활용가치가 낮았던 임야여서 토지 소유자가 분묘기지의 무상 사용을 용인한 경우가 많았던 점 등에 비추어 볼 때 위 판결의 이론을 분묘기지권에 적용할 수는 없다고 보아야 한다.

3) 분묘기지권에 관해 지료 지급의무를 부정하더라도 헌법상 보장된 토지 소유자의 재산권을 침해하거나 전체 법질서에 어긋나지 않는다.

가) 최근 헌법재판소는 2020. 10. 29. 선고 2017헌바208 결정에서 관습법상 분묘기지권을 시효로 취득하는 것이 토지 소유자의 재산권을 침해하는 것이 아님을 분명히 밝히면서 위와 같은 관습법이 헌법에 위반되지 아니한다고 판단하였다. 위 헌법재판소 결정은 분묘기지권을 시효취득 하더라도 분묘의 수호·관리에 필요한 범위에서만 분묘기지권이 인정되고 분묘의 수호·봉사가 중단되는 경우 분묘기지권이 소멸하는 등 토지 소

유자의 재산권 제한은 그 범위가 한정되어 있고, 분묘기지권에 지료나 존속기간을 인정하면 지료 연체를 이유로 분묘기지권의 소멸을 청구하거나 기간 만료를 이유로 분묘의 이장을 요구할 수 있게 되어 분묘기지권 보장 수준이 그만큼 후퇴할 수밖에 없어 분묘기지권을 둘러싼 법률관계를 복잡하게 하고 분묘기지권자의 경제적·정서적 이익에 중대한 침해를 가할 뿐만 아니라 분묘를 존엄시 해온 우리 사회의 미풍양속에도 어긋나는 결과를 초래한다는 점 등을 고려하였다.

헌법재판소가 적절히 판시한 바와 같이 분묘기지권에 관하여 지료를 인정하지 않더라도 토지 소유자의 재산권을 침해한다고 볼 수 없다. 헌법은 소유권을 포함한 재산권을 보장하고 있지만 그 내용과 한계는 법률로 정하도록 하고 있고 재산권의 행사는 공공복리에 적합해야 하므로(헌법 제23조 제1항, 제2항), 토지 소유권에 대한 보장이 절대적일 수는 없다. 관습법도 법률과 같은 효력을 가지므로, 분묘기지권에 관한 관습법에 따라 토지 소유권이 일정 부분 제한을 받는 것은 헌법상 재산권보장 원칙 아래에서도 충분히 허용될 수 있다.

나) 관습법이 그 법적 규범으로서 효력이 인정되어 왔더라도, 사회 구성원들이 그러한 관습이나 관행의 법적 구속력에 대하여 확신을 갖지 않게 되었다거나 사회를 지배하는 기본적 이념이나 사회질서의 변화로 인하여 그러한 관습법을 적용하여야 할 시점의 전체 법질서에 부합하지 않게 되면 그러한 관습법은 법적 규범으로서의 효력이 부정된다(대법원 2005. 7. 21. 선고 2002다1178 전원합의체 판결 등 참조). 하지만 대법원이 오랜 기간 동안 사회 구성원들의 법적 확신에 의하여 뒷받침되고 유효하다고 인정해 온 관습법의 효력을 사회를 지배하는 기본적 이념이나 사회질서의 변화로 인하여 전체 법질서에 부합하지 않게 되었다는 등의 이유로 부정하게 되면, 기존의 관습법에

따라 수십 년간 형성된 과거의 법률관계에 대한 효력을 일시에 뒤흔드는 것이 되어 법적 안정성을 해할 위험이 있다. 따라서 관습법의 법적 규범으로서의 효력을 부정하기 위해서는 그 관습을 둘러싼 전체적인 법질서 체계와 함께 관습법의 효력을 인정한 대법원 판례의 기초가 된 사회 구성원들의 인식·태도나 그 사회적·문화적 배경 등에 의미 있는 변화가 뚜렷하게 드러나야 하고, 그러한 사정이 명백하지 않다면 기존의 관습법에 대하여 법적 규범으로서의 효력을 유지할 수 없게 되었다고 단정하여서는 아니 된다(2017년 전원합의체 판결 참조).

우리 법 제도는 사회질서의 유지, 증명의 곤란 구제와 소송경제의 실현 등을 위하여 취득시효를 정당한 권리 취득의 한 방법으로 인정하고 있다. 자주점유에 기한 점유취득시효가 완성되면 소유권 자체가 무상으로 이전되는데, 분묘기지권의 경우 소유권이 아닌 토지사용권을 취득하는 것에 불과하다. 시효취득을 위해서는 분묘기지의 점유가 평온하고 공연해야 하며, 토지 소유자는 20년 동안 언제든지 권리를 행사하여 시효를 중단시킬 수 있었음에도 권리를 행사하지 않은 경우에만 시효취득이 인정되는 점에 비추어 보면, 무상의 분묘기지권을 인정하는 것이 우리의 전체 법질서에 반한다고 볼 수도 없다.

다수의견과 같은 해석은 취득시효 제도의 존재 의의를 몰각시킬 뿐 아니라 새로운 분쟁의 여지를 제공하는 것이 되어 정당한 법 해석이라고 볼 수 없다. 앞서 1)항에서 본 것처럼 관습법으로 인정되어 온 분묘기지권의 내용에 관하여 종전의 관습이 변경되었다는 아무런 자료가 없고, 이를 둘러싼 사회 구성원의 인식·태도, 사회를 지배하는 기본적 이념이나 사회질서의 변화가 뚜렷하지 않음에도 판례 변경의 방법으로 손쉽게 관습법의 적용을 배제하거나 그 내용을 변경하는 것은 법적 안정성을 크게 훼손하는

성급한 처사가 아닐 수 없다.

4) 마지막으로 앞서 본 헌법재판소 결정에서도 언급된 바와 같이 분묘기지권자의 지료 지급의무를 인정하는 경우 지료 연체로 인한 분묘기지권의 소멸 청구에 따라 분묘의 굴이를 구하는 분쟁이 급증할 것이라는 점도 우려하지 아니할 수 없다. 그동안의 분쟁이 분묘기지권을 인정받기 위한 것이었던 반면 앞으로는 분묘기지권을 소멸시키기 위한 분쟁으로 모습을 달리하게 될 것이고, 결국에는 분묘기지권의 시효취득을 관습법상 권리로 인정해 온 우리 사회의 미풍양속을 크게 훼손하는 결과를 가져오게 된다. 대법원이 2017년 전원합의체 판결을 통하여 보장하려고 하였던 분묘기지권의 모습이 과연 이런 것이었는가를 되묻지 않을 수 없다.

나. 이 사건의 결론에 관하여 본다.

원심은 분묘기지권자는 적어도 토지 소유자가 지료 지급을 청구한 때부터는 토지 소유자에게 그 분묘기지에 대한 지료를 지급할 의무가 있다는 이유로 원고들의 피고에 대한 이 사건 지료 지급 청구를 일부 인용하였다.

그러나 이러한 원심의 판단에는 분묘기지권의 지료에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 잘못이 있으므로, 원심판결은 파기되어야 한다.

이상과 같은 이유로 다수의견에 찬성할 수 없음을 밝힌다.

7. 다수의견에 대한 대법관 박상옥, 대법관 민유숙, 대법관 노정희, 대법관 노태악의 보충의견

별개의견과 반대의견이 제시하는 몇 가지 논점들에 대하여 필요한 범위에서 반박하고, 다수의견의 논거를 보충하고자 한다.

가. 별개의견에 대하여

1) 시효로 분묘기지권을 취득한 사람의 지료 지급의무를 판단함에 있어서 헌법상 재산권보장의 원칙이나 민법상 소유권의 내용과 효력을 고려하여야 한다는 점에는 이견이 있을 수 없다. 그러나 별개의견은 헌법상 재산권보장의 원칙, 민법상 소유권의 내용과 효력, 통상적인 거래 관념을 기초로 우리 법질서에서 타인 토지의 사용관계를 원칙적으로 유상의 사용관계로 보아야 한다고 하면서, 나아가 이러한 해석을 취득시효형 분묘기지권의 유상성에 대한 근거로 삼고 있는바, 별개의견이 들고 있는 위와 같은 근거에는 쉽게 동의하기 어렵다. 그 이유는 다음과 같다.

관습법에 의하여 분묘기지권이라는 제한물권을 인정하는 이상, 토지 소유자는 분묘의 수호·관리에 필요한 상당한 범위 내에서는 분묘기지가 된 토지 부분에 대한 소유권의 행사가 제한될 수밖에 없다(대법원 2000. 9. 26. 선고 99다14006 판결, 2017년 전원합의체 판결 등 참조). 그럼에도 헌법재판소는 분묘기지권의 시효취득에 관한 관습법은 매장 문화의 존속과 분묘에 대한 보호 필요성, 분묘기지권의 특수성에 따른 시효취득의 요건 및 재산권 제한 범위의 한정성 등을 고려할 때 과잉금지원칙에 위배되어 토지 소유자의 재산권을 침해한다고 볼 수 없고, 나아가 원칙적으로 지료 지급의무가 없다는 사정만으로 필요한 정도를 넘어서는 과도한 제한이라고 보기도 어렵다고 하였다(헌법재판소 2020. 10. 29. 선고 2017헌바208 결정 등 참조). 그렇다면 분묘기지권자의 지료 지급의무를 판단함에 있어 헌법상 재산권보장의 원칙이나 민법상 소유권의 내용과 효력은 근거로서 충분하다고 볼 수 없다.

또한 오늘날 점유자가 타인의 토지를 사용하는 경우 차임이나 지료 등 토지 사용의 대가를 지급하기로 약정하는 것이 보통이라고 하더라도, 별개의견에서도 언급하고 있는 바와 같이 여전히 토지 소유자는 무상의 지상권을 설정하거나 사용대차계약을 체결

할 수 있고, 민법은 지상권에 대해 토지사용의 대가로서 지료의 지급을 성립요건으로 정하고 있지 않으므로(민법 제279조), 지상권설정계약에서 유상의 약정이 없는 때에는 무상으로 보게 된다. 따라서 타인 소유의 토지를 사용하는 법률관계에서 당사자 사이에 무상이라는 합의가 존재하는 등의 특별한 사정이 없는 한 유상의 사용관계라고 보아야 한다고 일률적으로 말할 수 없을 뿐만 아니라, 관습법에 의하여 성립하고 대부분 당사자 사이에 지료에 관한 약정을 할 수 없는 취득시효형 분묘기지권자의 토지 사용 관계에 합의에 의하여 사용관계를 설정하는 오늘날의 거래관념을 그대로 적용할 수도 없다.

민사에 관하여 법률에 규정이 없으면 관습법에 의하고 관습법이 없으면 조리에 의한다(민법 제1조). 조리는 사회적 의미를 중시하여 볼 때 사람의 이성이나 양식에 기하여 생각되는 사회공동생활의 규범, 법의 일반원칙, 사회적 타당성, 형평, 정의 등으로 이해되거나 표현되고, 성문법, 관습법이 없는 경우에 법원(法源), 즉 재판의 기준이 된다. 대법원은 2008. 11. 20. 선고 2007다27670 전원합의체 판결에서 민법 제1008조의3에서 정하는 제사주재자의 결정방법에 관하여 민법이 아무런 규정을 두고 있지 않고 공동상속인 중 종손을 제사주재자로 삼은 종래의 관습법은 효력을 상실하였으므로, 민법 제1조에 따라 조리에 의하여 제사주재자를 결정하여야 한다고 하였다. 대법원 2005. 7. 21. 선고 2002다1178 전원합의체 판결도 종종 구성원의 자격을 성년 남자로 제한하는 종래 관습법이 효력을 상실하였으므로, 종종 구성원의 자격에 대해서는 민법 제1조의 조리에 의해 보충하여야 한다고 하였다. 위 전원합의체 판결들에서 조리를 적용한 결과 무엇이 타당한 결론인지에 관하여는 다수의견과 소수의견 사이에 입장이 나뉘었지만, 조리에 따라 판단하여야 한다는 점에 대해서는 견해가 일치하였다. 다수의견은 재

판의 기준이 될 성문법과 관습법이 존재하지 않는 이 사건의 쟁점에 대하여 판단함에 있어, 분묘기지권에 관한 종래 대법원의 해석을 존중하고 헌법상 재산권보장과 그 제한에 관한 원칙, 토지의 소유와 사용관계를 규율하는 관련 성문법 규정들의 내용과 취지를 고려하여 조리, 즉 사회적 타당성과 형평에 부합하는 법을 인식한 것이다.

2) 별개의견은 분묘기지권의 지료에 관하여는 법정지상권에 관한 민법 규정을 우선적으로 유추적용하여야 하고, 조리를 근거로 이와 달리 판단하는 것은 옳지 않다고 한다. 그러나 별개의견도 언급한 것처럼, 법 규범을 유추적용하기 위해서는 법적 규율이 없는 사안과 법적 규율이 있는 사안 사이에 공통점 또는 유사점이 있어야 할 뿐만 아니라, 법규범의 체계, 입법 의도와 목적 등에 비추어 유추적용이 정당하다고 평가되어야 하는바(대법원 2020. 4. 29. 선고 2019다226135 판결 참조), 취득시효형 분묘기지권의 지료 지급의무에 관하여 법정지상권에 관한 민법 규정을 그대로 유추적용하는 것은 다음과 같은 이유로 정당하다고 평가하기 어렵다.

성문법에 있어서도 사람의 물건에 대한 지배관계를 규율하는 물권에 관한 법은 다른 법영역에 비하여 각국의 역사적 전통과 사회적 관습의 영향을 많이 받는 영역이다. 더욱이 분묘기지권의 시효취득은 분묘라는 특수한 대상의 수호·관리를 위하여 관습법에 의하여 인정되는 것으로서 그 발생요건과 범위, 존속기간 등 권리의 내용이 성문법상 권리와 같지 않다. 이는 다수의견이 2017년 전원합의체 판결을 참조하여 언급한 것처럼, 우리 민족의 조상숭배사상과 산림공유의 원칙, 매장 중심의 장묘 문화 등 역사적·사회적 배경 하에 토지 소유자는 임야의 활용 가치나 분묘의 특수성을 고려하여 분묘기지의 무상 사용을 용인하며 이의하지 않는 경우가 많았고, 법원은 분묘를 둘러싸고 장기간 형성된 이러한 사실관계를 존중하여 분묘기지권의 시효취득을 인정하여 왔기

때문이다.

법원은 관습법으로 정해지지 않은 분묘기지권의 구체적인 내용을 확정함에 있어서도 이와 같이 분묘기지권이 관습법상 권리로 인정되어 온 역사적 배경이나 권리의 특수성, 대법원 판례의 변경으로 인한 사회적 혼란을 방지할 필요성 등을 충분히 감안하여 판단하여야 한다. 앞서 다수의견에서 상세히 살펴 본 바와 같이 대법원은 분묘기지권의 시효취득을 관습법으로 인정하면서, 분묘기지권이 미치는 범위와 그 존속기간 등에 관하여는 민법의 규정을 그대로 따르지 않고 구체적이고 합리성 있는 해석을 도출하여 왔다. 취득시효형 분묘기지권자의 지료 지급의무도 법정지상권의 경우에서와 똑같은 입장에서 바라볼 수 없다. 분묘 설치 후 대가를 지급하지 않고 토지 소유자의 이의 없이 장기간 평온·공연하게 분묘기지를 점유하여 분묘기지권을 시효취득하였다면, 그와 같은 기존의 사실관계를 존중하는 것이 분묘기지권의 시효취득에 관한 관습법의 취지에 부합하고, 위와 같은 배경과 요건 하에 시효로 분묘기지권을 취득한 사람의 지료 지급의무의 범위가 성문법 및 그에 대한 해석의 경우와 다르게 되는 것은 오히려 자연스러운 일이다.

3) 별개의견은 분묘기지권자가 시효 기간 동안 부당이득반환의무나 손해배상의무를 부담하고 있었으므로 시효취득 이후에도 분묘를 설치한 때부터 지료 지급의무가 있다고 한다. 그러나 시효취득 이후의 법률관계를 시효취득 전의 법률관계와 반드시 동일하게 보아야 하는 것은 아니다.

일반적이고 전형적으로 취득시효가 문제되는 소유권의 경우 점유자는 시효 기간 동안 토지 소유자에 대하여 토지의 사용이익에 상당하는 부당이득반환의무를 지지만, 취득시효가 완성되어 소유권을 취득하면 취득시효의 소급효(민법 제247조 제1항)로 인하

여 소유권 취득의 효력이 점유를 개시한 때로 소급한다. 그 결과 시효 기간 동안의 점유가 정당한 권원에 기한 것이 되고, 시효 기간 동안 발생하였던 토지 소유자에 대한 부당이득반환의무도 소멸하거나 소급하여 발생하지 않은 것이 된다.

분묘기지권의 경우에도 분묘 소유자는 시효가 진행되는 동안에는 분묘기지를 점유할 정당한 권원이 없어 토지 소유자에 대하여 분묘를 굴이하거나 부당이득반환의무를 진다. 그러나 취득시효가 완성되어 분묘기지권을 취득하면 그 효력이 분묘를 설치한 때로 소급하고, 분묘기지의 점유는 애초부터 분묘기지권에 기한 정당한 점유가 되며, 이로써 '무단 점유'임을 전제로 한 부당이득반환의무는 소멸하게 된다.

별개의견은 분묘기지권의 취득시효가 완성되면 시효 기간 중 이미 발생하였던 부당이득반환의무가 소급하여 지료 지급의무로 변한다고 한다. 그러나 무단 점유를 전제로 한 부당이득반환의무와 적법한 사용관계를 전제로 한 지료 지급의무는 그 성질이 다르다. 부당이득반환의무는 점유자와 토지 소유자 사이에서만 문제되는 채권적 관계이지만, 지료는 물권의 내용을 구성하는 것으로 당사자의 청구에 따라 법원에 의하여 결정되면 토지의 양수인 등 제3자에 대해서도 효력이 있다. 취득시효 완성의 소급효가 시효 기간 중 발생한 부당이득반환의무를 소급적으로 소멸시키는 근거가 될 수는 있어도, 시효 기간 중 부담하지 않았던 지료 지급의무를 점유 개시 시로 소급하여 발생시키거나 부당이득반환의무를 지료 지급의무로 변환시키는 근거가 된다고 볼 수도 없다.

4) 별개의견은, 권리와 의무가 발생하지 않았는데도 그 이행을 청구한다는 것을 논리적으로 설명할 수 없고, 지료 채권이 발생하지 않은 상태에서는 토지 소유자가 지료의 이행을 청구할 수 없다고 한다. 그러나 이러한 별개의견의 반박은 다수의견과 다른 전제에 서서 다수의견을 비판하는 것으로 타당하지 않고, 논리적으로 채권의 발생이

반드시 이행 청구에 선행해야만 한다고 볼 수도 없어 동의하기 어렵다.

다수의견에 따르면 대가를 지급하지 않고 20년간 분묘기지를 평온·공연하게 점유하여 분묘기지권을 시효취득한 사람은 토지 소유자가 지료를 청구하기 전에는 지료 지급 의무를 부담하지 않지만, 토지 소유자가 지료를 청구하면 그때부터는 지료를 지급할 의무를 부담하게 된다. 이와 같이 당사자 일방의 의사표시 내지 단독행위에 의하여 권리·의무가 발생하거나 채권·채무관계에 영향을 미치는 경우는 성문법이 적용되는 법질서에서도 드물지 않게 볼 수 있다. 예를 들어 채무의 이행에 관하여 기한이 정하여져 있지 않은 경우에 채권자의 이행 청구는 채무자의 지체책임을 발생시킨다(민법 제387조 제2항). 또한 다수의견이 언급한 것처럼 지상권자, 전세권자, 임차인이 지료, 보증금, 차임의 증감청구권을 행사하면 지료 등이 증감되는 효과가 발생하고 당사자는 그때부터 바로 증감된 지료 등을 지급할 의무를 부담하게 된다. 따라서 법률관계의 일방 당사자가 청구하면 그때에 권리·의무가 발생하는 것이 논리적이지 않거나 부자연스럽다고 할 수 없다.

#### 나. 반대의견에 대하여

1) 반대의견은, 분묘기지권은 관습법상 물권이므로 관습에 대한 조사나 확인을 통하여 관습법의 내용을 선언하여야 하고 법원이 해석을 통해 그 내용을 정하는 것은 타당하지 않다고 한다. 그러나 이러한 반대의견의 견해는 대법원이 관습법상 인정된 권리의 내용에 관하여 기존의 견해를 변경하려면 관습법의 조사와 발견을 통하여만 가능하다는 결론에 이르게 되어 그대로 받아들일 수 없다. 취득시효형 분묘기지권이 관습법상 인정된 권리이더라도 법원은 관습법에 대한 해석과 구체적 사안에 대한 적용을 거쳐 이 사건의 쟁점이 되는 지료 지급의무의 존부 등을 판단하고, 대법원은 관습법상

권리의 내용이 관습의 존재를 근거로 인정되었다는 등의 사정이 없는 한 법해석의 일반적인 기준과 원칙에 의하여 관습법에 관한 해석이나 그 적용에 관한 견해를 변경할 수 있다고 보아야 한다.

또한 취득시효형 분묘기지권이 유상을 내용으로 하는 권리라는 관습이 확인되지 아니한 이상 무상으로 보아야 한다는 취지의 반대의견의 견해는 민법상 약정 지상권의 법리를 유추적용한 것으로 보일 뿐 관습법의 발견과 해석에 관한 것으로도 보기 어려워 선뜻 동의하기 어렵다.

2) 분묘기지권의 취득시효에 관해서는 조선고등법원이 1927. 3. 8. '타인의 승낙을 얻어 그 소유 토지 내에 분묘를 설치한 자는 이를 소유하기 위하여 타인의 토지에 대하여 지상권과 유사한 일종의 물권을 취득하고, 타인의 토지에 그 승낙을 얻지 않고 분묘를 설치한 자라 하더라도 20년간 평온·공연하게 분묘기지를 점유하면 시효에 의하여 지상권에 유사한 물권을 취득하며, 등기 없이도 이를 제3자에게 대항할 수 있는 것이 관습이다'라는 취지로 판결한 것이 최초인 것으로 보인다. 그런데 취득시효 제도는 조선시대에 없던 근대적 법제도이므로, 위 조선고등법원 판결은 분묘의 수호와 봉사를 위한 토지 사용권의 보호를 내용으로 하는 관습과 근대적 취득시효 제도를 결합하여 시효에 의한 분묘기지권의 취득을 인정한 것으로 볼 수 있다. 해방 후 같은 취지의 대법원 판례가 거듭됨에 따라 분묘기지권을 시효로 취득하는 것이 확립된 관습법으로 받아들여지게 되었다.

이처럼 취득시효형 분묘기지권이 당초 관습에만 근거한 것이 아니라 취득시효 제도를 결합하여 인정되었던 결과, 권리의 구체적인 내용이나 효력 범위에 관하여 관습의 존재가 확인되지 않는 부분이 있었다. 분묘기지권을 둘러싸고 당사자 사이에 분쟁이

있는 경우에 법원은 관습법상 권리의 내용이 확인되지 않는다는 이유로 권리 자체를 부정할 수는 없으므로, 종래 대법원은 관습법과 성문법의 해석 및 형평의 관념에 기초하여 취득시효형 분묘기지권의 내용을 확정하여 왔다.

예를 들어, 대법원은 토지 소유자의 승낙을 얻어 분묘를 설치한 경우 성립하는 분묘기지권의 존속기간에 관하여 당사자 사이에 약정이 있는 등 특별한 사정이 없는 한 권리가 분묘의 수호와 봉사를 계속하고 분묘가 존속하고 있는 동안 분묘기지권이 존속한다고 '해석'함이 타당하다고 하였고(1982. 1. 26. 선고 81다1220 판결 등 참조), 이러한 법리를 취득시효형 분묘기지권에도 적용하였다. 분묘기지권이 미치는 범위 등 분묘기지권의 효력에 관하여, 대법원은 동일 종손이 소유·관리하는 여러 기의 분묘가 집단 설치된 경우 인정되는 분묘기지권은 집단 설치된 전 분묘의 보전수호를 위한 것이므로 그 분묘들 가운데 일부가 분묘기지권이 미치는 범위 내에서 이장되었다면 그 이장된 분묘를 위하여서도 그 분묘기지권의 효력이 그대로 유지된다고 판단하는 한편(1994. 12. 23. 선고 94다15530 판결 등 참조), 분묘기지권의 효력이 미치는 지역 범위 내라고 하더라도 기존의 분묘 외에 새로운 분묘를 신설할 권능은 포함되지 않으므로 부부 중 일방이 먼저 사망하여 설치된 기존의 분묘에 쌍분(雙墳) 형태로 다른 일방의 분묘를 설치하는 것은 허용되지 않는다고 하였다(1997. 5. 23. 선고 95다29086, 29093 판결 등 참조). 나아가 대법원은 단분(單墳) 형태로 합장하는 것도 허용되지 않는다고 하였다(2001. 8. 21. 선고 2001다28367 판결 등 참조). 이러한 판결들은 관습의 존재를 근거로 판단된 것이라고 하기 어렵다.

3) 이 사건의 쟁점에 관하여 판시한 대법원 1992. 6. 26. 선고 92다13936 판결은 취득시효형 분묘기지권자는 특별한 사정이 없는 한 분묘기지권이 성립한 때부터 지료 지

급의무가 있다고 하였고, 한편 대법원 1995. 2. 28. 선고 94다37912 판결은 약정 지상권의 지료에 관한 법리를 취득시효형 분묘기지권에 적용하여, 지상권에 있어서 지료의 지급은 그 요소가 아니어서 지료에 관한 약정이 없는 이상 지료의 지급을 구할 수 없는 점에 비추어 보면 취득시효형 분묘기지권도 지료를 지급할 필요가 없다고 '해석'함이 타당하다고 하였다. 그런데 위 판결들은 모두 취득시효형 분묘기지권이 유상 또는 무상인지에 관하여 법적 규범으로 승인된 관습이나 관행의 존재를 조사·확인하거나 이를 근거로 판단한 것이 아니다. 2017년 전원합의체 판결도 장사법 시행 이전에 설치된 분묘에 관하여는 분묘기지권을 시효로 취득하는 것이 여전히 유효한 관습법이라고 판단하였을 뿐, 그와 같이 취득한 분묘기지권이 관습법상 무상을 내용으로 하는 권리인지에 대하여는 판단하지 않았다. 그 외에 종래 대법원이 취득시효형 분묘기지권의 지료 지급의무에 관하여 관습이 존재하는지 확인한 바가 없고, 오히려 이 사건의 쟁점에 관하여 위와 같이 상충되는 선례가 존재하고 있다는 점은 이에 관한 관습법이 존재하지 않았다는 점을 반증한다고 할 수 있다.

다. 대법원이 현행 민법 하에서 분묘기지권의 시효취득을 관습법으로 인정할 때로부터 60여 년이 흘러 우리 사회의 경제적·사회적 환경이 크게 변화하였다. 매장법, 장사법 등의 제정·시행으로 화장·봉안시설이나 묘지가 확충되고 장묘문화가 점차 매장에서 화장 중심으로 변경되고 있으며, 적법하게 설치된 공설·사설 묘지에 관해서도 사용자·관리비를 납부하는 것이 자연스럽게 되는 등 분묘기지권을 둘러싼 사회·문화적 환경도 지속적으로 변화하고 있다. 분묘기지권을 둘러싼 이러한 사회·경제적 사정의 변동으로 종전의 사용관계를 그대로 유지하는 것이 사회정의감에 비추어 공평하지 않게 되었으므로 분묘기지권자는 토지 소유자의 청구에 따라 그 기지 사용의 대가를 지급하여

야 한다고 봄이 타당하다.

그리고 이와 같이 분묘기지권자가 토지 소유자로부터 청구받은 때부터 지료를 지급할 의무가 있다고 보면, 분묘기지권의 시효취득을 인정하여 온 관습법의 취지를 존중하여 분묘의 존속과 법적 안정성을 도모하면서도 토지 소유자의 일방적 희생을 막고 사유재산권을 존중하는 전체 법질서에도 부합하는 바람직한 결과를 달성할 수 있다.

분묘기지권을 시효취득한 분묘기지권자는 토지 소유자가 재판상 또는 재판 외에서 지료를 청구하면 그때부터 지료를 지급할 의무가 있다. 당사자의 청구에 따라 법원이 결정한 지료를 2년분 이상 지급하지 않으면 토지 소유자는 분묘기지권의 소멸을 청구할 수 있다고 보아야 할 것이지만(민법 제287조), 당사자의 협의나 법원의 판결에 의해 분묘기지권에 관한 지료의 액수가 정해지지 않았다면 분묘기지권자가 지료를 지급하지 않았더라도 지료 지급을 지체한 것으로 볼 수는 없으므로 분묘기지권 소멸 청구는 허용되지 않는다(대법원 1994. 12. 2. 선고 93다52297 판결 등 참조).

따라서 분묘기지권자가 지료를 부담할 경제적 능력이 없는 경우에도 지료를 청구받은 때부터 적어도 2년 동안은 시간을 두고 계획을 세워 이장 등을 준비할 수 있고, 단 기간에 조상의 분묘가 강제로 개장되는 상황은 면할 수 있다. 한편 토지 소유자가 과거에 지료를 청구하였던 경우 분묘기지권자는 그 청구 시점부터의 지료를 지급해야 하고, 판결로 정해진 2년분 이상의 지료를 연체하면 분묘기지권 소멸 청구에 따라 결국 분묘기지권이 소멸할 수 있다. 그러나 토지 소유자가 지료를 청구한 때부터는 토지의 무상 사용에 관한 분묘기지권자의 신뢰가 크다고 보기 어려워 이러한 결과가 부당하다고 볼 수 없다.

이상과 같은 이유로 다수의견의 논거를 보충한다.

재판장      대법원장      김명수

              대법관      박상옥

              대법관      이기택

              대법관      김재형

              대법관      박정화

              대법관      안철상

              대법관      민유숙

              대법관      김선수

              대법관      이동원

주    심      대법관      노정희

대법관      김상환

대법관      노태약

대법관      이흥구