

대 법 원

제 2 부

결 정

사 건 2022마7057 유체동산 인도단행 가처분
2022마7058(참가) 독립당사자참가신청

채권자, 상대방 채권자
소송대리인 법무법인 백송 담당변호사 강영수 외 2인

채무자 학교법인 연세대학교

독립당사자참가인, 재항고인
독립당사자참가인
소송대리인 법무법인 율성 담당변호사 윤형덕 외 1인

원 심 결 정 서울고등법원 2022. 10. 11.자 2022라20902, 2022라20903(참가)
결정

주 문

재항고를 기각한다.

재항고비용은 독립당사자참가인이 부담한다.

이 유

재항고이유를 판단한다.

1. 사건의 경위

원심결정 이유와 기록에 의하면 다음 사실을 알 수 있다.

가. 망 소외 1(이하 '망인'이라 한다)은 망 소외 2(이하 '망부(亡夫)'라고 한다)와 혼인하여 슬하에 연령순으로 장녀 소외 3, 차녀 소외 4, 삼녀 소외 5, 사녀 소외 6, 장남인 채권자, 차남인 독립당사자참가인(이하 '참가인'이라 한다)을 두었다.

나. 망인은 2022. 5. 31. 사망하였는데, 매장 장소를 두고 자녀들 사이에 다툼이 발생하여 망인의 유체가 채무자 운영의 병원 장례식장에 다시 안치되었다.

다. 채권자는 채무자를 상대로 자신에게 망인의 유체를 인도할 것을 구하는 가처분을 신청하였고, 딸들인 소외 3, 소외 4, 소외 5(이하 '소외 3 등'이라 한다)와 차남인 참가인이 독립당사자참가를 하면서 채무자를 상대로 참가인에게 망인의 유체를 인도할 것을 구하였다.

라. 제1심 법원은 2022. 8. 12. 참가인이 제사주재자라고 판단하여 채무자는 참가인에게 망인의 유체를 인도하라고 명하고 채권자의 신청은 기각하는 결정을 하였고, 소외 3 등의 독립당사자참가신청은 주장 자체로 자신의 권리를 주장하고 있다고 볼 수 없다는 이유로 각하하였다. 소외 3 등은 항고를 제기하지 않아 이들의 독립당사자참가신청 부분은 별도로 분리되어 확정되었다.

마. 채권자는 제1심결정에 대하여 즉시항고를 제기하였고, 원심은 2011. 10. 11. 제1심결정을 취소하면서 채권자의 채무자에 대한 가처분신청을 인용하고 참가인의 신청을 기각하였다.

바. 한편, 채무자는 제1심결정 직후 참가인에게 망인의 유체를 인도하였다.

2. 판단

가. 대법원은, 피상속인의 유체·유해를 민법 제1008조의3 소정의 제사용 재산에 준해서 보아 제사주재자가 이를 승계하고, 제사주재자는 우선적으로 망인의 공동상속인들 사이의 협의에 의해 정하되, 협의가 이루어지지 않는 경우에는 제사주재자의 지위를 유지할 수 없는 특별한 사정이 있지 않는 한 망인의 장남(장남이 이미 사망한 경우에는 장손자)이 제사주재자가 되고, 공동상속인들 중 아들이 없는 경우에는 망인의 장녀가 제사주재자가 된다고 판시하였다[대법원 2008. 11. 20. 선고 2007다27670 전원합의체 판결(이하 '2008년 전원합의체 판결'이라 한다) 참조].

그러나 대법원은, 제사주재자 결정방법에 관한 2008년 전원합의체 판결의 법리는 더 이상 조리에 부합한다고 보기 어려워 유지될 수 없다고 하면서, 공동상속인들 사이에 협의가 이루어지지 않는 경우에는 제사주재자의 지위를 인정할 수 없는 특별한 사정이 있지 않는 한 피상속인의 직계비속 중 남녀, 적서를 불문하고 최근친의 연장자가 제사주재자로 우선한다고 보았다. 또한 제사주재자의 지위를 인정할 수 없는 특별한 사정에는, 2008년 전원합의체 판결에서 판시한 바와 같이 장기간의 외국 거주, 평소 부모를 학대하거나 모욕 또는 위해를 가하는 행위, 조상의 분묘에 대한 수호·관리를 하지 않거나 제사를 거부하는 행위, 합리적인 이유 없이 부모의 유지 또는 유혼에 현저히 반하는 행위 등으로 인하여 정상적으로 제사를 주재할 의사나 능력이 없다고 인정되는 경우뿐만 아니라, 피상속인의 명시적·추정적 의사, 공동상속인들 다수의 의사, 피상속인과의 생전 생활관계 등을 고려할 때 그 사람이 제사주재자가 되는 것이 현저히 부당하다고 볼 수 있는 경우도 포함되며, 새로운 법리는 그 판결 선고 이후에 제사용 재산의 승계가 이루어지는 경우에만 적용된다고 판시하였다(대법원 2023. 5. 11. 선

고 2018다248626 전원합의체 판결 참조).

나. 원심결정 이유를 위와 같은 법리와 기록에 비추어 살펴본다.

1) 이 사건은 2008년 전원합의체 판결 선고 이후이자 위 대법원 2018다248626 전원합의체 판결 선고 이전에 망인이 사망하여 그 유체의 귀속이 문제되므로, 제사주재자 결정방법에 관한 새로운 법리 대신 2008년 전원합의체 판결의 법리가 적용된다. 이에 따르면 망인의 공동상속인들 사이에 제사주재자에 관한 협의가 이루어지지 않았으므로, 망인의 장남인 채권자가 제사주재자가 된다.

나아가 살펴보더라도, 이 사건은 실질적으로 망인의 장남과 차남 사이에서 제사주재자의 지위를 둘러싸고 벌어진 분쟁으로(망인의 직계비속 중 연장자인 소외 3 등은 제1심에서 독립당사자참가를 하면서 자신들에게 망인의 유체를 인도해달라고 주장하지는 않았으며, 제1심의 독립당사자참가신청 각하결정에 대하여 항고를 제기하지 않아 스스로의 의사에 따라 제사주재자의 지위에 관한 재판절차에서 이탈하였다), 이들 사이에서는 장남인 채권자가 망인의 직계비속 중 연장자이다.

2) 아래의 사정에 비추어 보면, 채권자에게 망인에 대한 제사주재자의 지위를 유지할 수 없는 특별한 사정도 없다.

망인은 사망 시점으로부터 10여 년 전인 2011. 12. 5. 공황장애와 치매, 파킨슨병 진단을 받고 계속 투병해왔다. 참가인의 주장과 같이 망인이 원주시 (주소 1 생략) 소재 묘터에 매장되려는 의사가 진정으로 있었는지 의심스럽고, 오히려 망인의 의사는 자신의 유체가 강원도 횡성군 소재 묘터에 매장되어 있는 망부의 묘소 옆에 매장되는 것을 가장 우선적으로 희망하였던 것으로 보인다.

그런데 망부는 사망하기 한 달 전인 2021. 11. 19. '장남인 채권자가 묘소를 관리

하고 제례를 지내라'는 내용과 함께 '채권자에게 자신의 주요 재산을 유증'하는 내용을 포함하여 유언공정증서를 작성하였고, 2021. 12. 13. 채권자에게 자신의 묘터가 위치할 강원도 횡성군 (주소 2 생략) 소재 '○○강 자연휴양림' 부지 전체를 증여하였다. 망부가 현재의 묘터에 매장된 것은 망부의 유지에 따른 것으로 보인다.

따라서 채권자가 주장하는 바와 같이 망부가 매장된 강원도 횡성군 소재 묘터에 망인을 매장하는 것이 망인의 유지에 현저히 반한다고 보기 어렵다.

나아가 채권자가 망부의 분묘를 수호·관리하는 데 소홀히 하였다고 보기도 어렵다.

3) 단행가처분의 집행에 의하여 피보전권리가 실현된 것과 마찬가지로의 상태가 사실상 달성되었다 하더라도 그것은 어디까지나 임시적인 것에 지나지 않으므로, 가처분이 집행됨으로써 그 목적물이 채권자에게 인도된 경우에도 본안소송의 심리에서는 그와 같은 임시적, 잠정적 이행상태를 고려함이 없이 그 목적물의 점유는 여전히 채무자에게 있는 것으로 보아야 한다(대법원 2007. 10. 25. 선고 2007다29515 판결, 대법원 2011. 2. 24. 선고 2010다75754 판결 등 참조).

이 사건에서 채무자는 망인의 공동상속인들 사이에 분쟁이 있는 상황에서 어느 일방에게 망인의 유체를 인도하지 못하다가, 제1심 가처분결정 직후에 바로 그 결정 내용대로 참가인에게 망인의 유체를 인도하였다. 이는 임시적인 이행상태에 불과하므로, 채무자가 여전히 망인의 유체를 점유하고 있는 것으로 봄이 타당하다.

다. 따라서 장남인 채권자가 망인에 대한 제사주재자로서 망인의 유체에 대한 권리를 가진다고 본 원심 판단은 정당하고, 거기에 제사주재자 결정방법, 단행가처분의 집행에 따른 채무자의 점유에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다.

3. 결론

그러므로 재항고를 기각하고 재항고비용은 패소자가 부담하도록 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

2023. 6. 15.

재판장	대법관	천대엽
	대법관	조재연
주 심	대법관	민유숙
	대법관	이동원