

## 분묘기지권에 관한 관습

손 경 찬\*

### 〈국문초록〉

타인의 토지에 분묘를 설치한 자는 그 墳墓基地에 대하여 지상권에 유사한 일종의 물권을 취득하게 된다. 이것이 우리 대법원이 인정하고 있는 관습법의 일종인 분묘기지권이다. 그동안 오랫동안 분묘기지권은 관습법의 하나의 예라고 의심 없이 받아들여졌다. 최근에는 분묘기지권을 긍정하는 입장과 부정하는 입장으로 갈려 논쟁이 벌어지고 있다. 하지만 분묘기지권에 관한 ‘관습’ 혹은 ‘관습법’이 실재하는지를 밝힌 연구는 그동안 없었다. 그래서 이 연구에서는 분묘기지권에 관한 ‘관습’이 실재하는지를 조선시대·개화기·일제 강점기의 재판자료를 중심으로 실증하였다.

그동안 대법원에서는 분묘기지권의 유형으로 세 가지를 인정하였다. 즉 분묘기지권은 ① 토지소유자의 승낙을 받은 경우, ② 분묘를 설치한 자가 본인의 토지(산지)를 타인에게 매매한 경우, ③ 타인소유 토지에 대해 20년간 점유하여 취득시효를 완성한 경우에 인정되었다. 또한 2017년 1월 19일 대법원 전원합의체판결에서도 세 번째 유형의 분묘기지권에 관한 관습법을 변경하거나 폐지할 수 없다고 판시하였다.

과연 대법원의 관습법에 대한 판단이 타당할까? 전통법제에서는 토지소유자의 승낙을 받은 경우에 해당하는 ‘借葬’이라는 관습은 있었다. 또한 분묘를 설치한 뒤 빈곤 등의 이유로 타인에게 분묘가 설치된 토지를 매매하면서, 기존 설치된 분묘는 계속하여 유지할 수 있게 하는 ‘유사한 관습’도 있음을 확인하였다. 하지만 취득시효에 관한 관습은 전통법제에 있었던 관습이 아니며, 일제 강점기에 조선고등법원에서 ‘창출’된 관습으로 볼 여지가 상당하다.

분묘기지권을 법적안정성을 위해 폐지하지 않은 대법원의 판단에 동의한다. 하지만 ①, ② 유형은 그대로 존치하더라도, ③ 유형의 분묘기지권은 재검토할 필요가 있다. 왜냐하면 취득시효에 의한 분묘기지권 취득은 전통적인 ‘관습법’ 혹은 ‘관습’으로 볼 수 없기 때문이다. 그렇지만 대법원에서 법적안정성을 위해 분묘기지권을 당장 폐지하지는 못하겠다는 판단도 충분히 수긍이 된다.

주제어 : 분묘기지권, 분묘기지권의 시효취득, 관습, 관습법, 차장借葬

• 투고일 : 2018.03.14. / 심사일 : 2018.04.25. / 게재확정일 : 2018.04.26.

## I. 들어가면서

사람은 누구나 언제 가는 죽게 된다. 사람의 사망 이후 장례의 문화는 각 국가마다 다르다. 어떤 국가는 화장이 주가 되며, 어떤 국가는 樹木葬 혹은 風葬을 하기도 한다. 水葬을 하려면 바닷가 근처이어야 하며 풍장이나 수목장이 주된 장례문화가 되려면 내륙이어야 한다. 이처럼 장례에 관한 풍속은 각종 사회 문화 또는 관습을 뚜렷하게 대비시키는 것 중 하나이다. 그 중 우리나라의 가장 대표적인 장례문화는 산에 분묘를 만드는 것이라 할 것이다. 익히 알려져 있기를 우리나라 역사에서 고려까지는 불교문화가 강하여 火葬을 많이 하였고, 조선시대에는 성리학적인 유교사상과 토속신앙, 풍수지리설 등이 합하여져서 산에 무덤을 만드는 분묘가 성행하였다.

일제 강점기에 朝鮮高等法院에서 분묘기지권을 관습법의 일종으로 인정한 이래,<sup>1)</sup> 현행 대법원 판례는 「타인의 토지에 분묘를 설치한 자는 그 墳墓基地에 대하여 地上權에 유사한 일종의 物權을 취득한다」고 한다. 이것이 바로 분묘기지권이라고 불리우는 관습상의 물권이다.<sup>2)</sup> 우리 민법 제185조에는 물권의 종류와 내용은 법률로 정한 것에 한하여 인정된다는 物權法定主義를 규정하고 있다. 그러므로 법전에 규정되어 있지 않는 물권은 인정되지 못하는 것이 원칙이다. 이에 대한 예외가 바로 ‘慣習法上 法定地上權’<sup>3)</sup>과 ‘墳墓基地權’인 것이다.

사실 그간 법학 및 법조계에서 관습법의 이름으로 불리는 분묘기지권에 대해 큰 의문을 품지는 않았으며, 그다지 큰 관심을 불러일으키지도 못하였던 것 같다. 이는 분묘기지권에 관한 그간의 법학 쪽 연구 성과가 아주 많지 않음을 통해서 알 수 있다. 도리어 분묘를 둘러싼 분쟁의 양상을 분석하고 그 사회적 역사적 의미를 찾으려는 시도는 역사학 연구자들에 의해 선도되었다. 대표적으로 김경숙,<sup>4)</sup> 한상권,<sup>5)</sup> 전경목<sup>6)</sup>에 의해 수행된 조선시대 ‘山訟’ 연구를 들 수

1) 조선고등법원 판결 1927. 3. 8.

2) 朴駿緒 대표편집, 「주석민법(물권3)」, 韓國司法行政學會, 2001, 99면.

3) 관습법상 법정지상권 논의는 분묘기지권에 관한 관습과 직접적인 연결점은 없으므로 이 글에서는 생략한다. 다만 판례에 의해 인정된 관습법상 법정지상권은 존재하지 않는 ‘관습’이 일제의 의해 창출된 것이라는 주장이 있음은 주목할 점이다. 자세한 것은 권재문, “관습법상 법정지상권의 인정근거와 필요성에 관한 비판적 고찰”, 『법사학연구』37, 한국법사학회, 2008.4.

4) 김경숙, 「조선의 묘지소송」, 문학동네, 2012; 김경숙, “조선후기 山訟 所志類의 文書樣式과 分類”, 『규장각』25, 서울대 규장각한국학연구원, 2002. 12; 김경숙, “조선후기 山訟과 上言·擊鉦-盧尙樞家 와 朴春魯家の 소송을 중심으로-”, 『古文書研究』33, 한국고문서학회, 2008. 8.

5) 한상권, “조선후기 산송의실태와 성격-정조대 상언·격쟁의 분석을 중심으로-”, 『성곡논총』27-4, 성곡학술문화재단, 1996.

있다. 산송은 전통시대의 분묘에 대한 분쟁을 지칭하는 것이다. 전통시대에는 분묘에 관한 소송을 ‘산송’ 혹은 ‘묘지송’이라는 이름으로 불렀다. 이들 선행연구에 의하면 조선후기 산송은 종법질서의 산물로서 분묘에 대한 사회적 관심을 배경으로 출현하였으며, 사대부가를 중심으로 ‘爲先意識’에 근거하여 조상의 분묘를 길지에 모시고 ‘배타적인 守護權’을 확보하기 위해 출현하였다.<sup>7)</sup> 또한 문중차원에서 연명하여 정소를 하였으며,<sup>8)</sup> 조상을 위한 소송이다 보니 장기적으로 滯訟이 빈번하였고 점차 격화되는 양상을 띠게 되었다.<sup>9)</sup> 그래서 경우에 따라서는 遠地墳山의 수호를 위한 소송도 있었으며, 이를 遷葬을 통해 近地墳山으로 옮기는 것도 활성화되었다.<sup>10)</sup> 또한 조선시대에는 산송을 통해 신분간의 대립이 있었으며 이를 해결하기 위해 상언·격쟁을 활용하기도 하였다.<sup>11)</sup> 이러한 역사학적 연구는 분묘를 둘러싼 사회갈등과 그 사적인 의미를 밝히는 것들이다. 하지만 법제적인 측면에 국한하여 분묘소송에 적용된 ‘준거법’을 밝히고, 실제 민사판결에서 분묘소송에 적용된 법원리를 밝히는 부분은 조금 부족하였다. 그래서 필자는 최근 조선시대의 분묘에 관한 분쟁을 법제적으로 분석한 바 있다. 즉 조선시대의 분묘에 관한 분쟁의 준거법이었던 법전의 규정 제정과정을, 그리고 실제 민사판결인 決訟立案에서 분묘분쟁이 발생한 경우 어떤 절차에 의해 분쟁을 해결하였는가를 살펴보았다.<sup>12)</sup>

다시 법학으로 돌아와서 분묘기지권에 대한 선행연구를 살펴보자. 조선고등법원 이래로 분묘기지권은 관습법의 한 예라는 것에 큰 의문이 없었던 법학계에서는 분묘기지권에 관한 판례 정리 및 평석 등을 간간히 하거나, 분묘기지권 재검토론이 간혹 제시되었다.<sup>13)</sup> 그러다가 2000년 1월 12일 「장사 등에 관한 법률」이 전면 개정되면서 분묘기지권의 존폐에 대한 논의가 본격적으로 시작

6) 전경목, “山訟을 통해서 본 조선후기 司法制度 운용실태와 그 특징”, 『법사학연구』18, 한국법사학회, 1997. 12.

7) 김경숙, “조선후기 사대부가의 山訟실태와 대응책-長成 幸州奇氏家 古文書를 중심으로-”, 『역사학연구』58, 호남사학회, 2015. 5.

8) 김경숙, “等狀을 통해 본 조선후기 聯名呈訴와 公論 형성”, 『규장각』36, 서울대 규장각한국학연구원, 2010.6.

9) 김경숙, “조선 후기 전의이씨의 山訟과 墳山守護”, 『역사학연구』39, 호남사학회, 2010.

10) 김경숙, “조선후기 사대부가의 遠地墳山과 遷葬-海南 海南 尹氏家의 사례를 중심으로-”, 『사학연구』103, 한국사학회, 2011. 9.

11) 한상권, “조선후기 산송의 실태와 성격-정조대 상언·격쟁의 분석을 중심으로-”, 『성곡논총』27-4, 성곡학술문화재단, 1996.

12) 손경찬, “조선시대 분묘에 관한 소송”, 『법학논문집』42-1, 중앙대학교 법학연구원, 2018. 4.

13) 이시윤, “관례를 중심으로 한 관습상의 법정지상권”, 『서울대 법학』14-1, 서울대학교 법학연구소, 1973.6; 조종식, “관습법상 분묘기지권에 관한 연구”, 『법조』34-6, 법조협회, 1985.

되었다고 할 수 있다. 즉 종전에는 영구히 매장을 하였는데 반하여, 동법의 제정으로 인해 분묘설치 기본기간을 15년으로 하되, 시군구청장에게 신고하면 15년씩 3회에 한하여 연장할 수 있게 하였다. 그 분묘설치 기간의 상한은 60년으로 하였으며, 기간이 만료된 묘의 유골은 개장하여 화장하게 하였다. 동법의 제정 이후 2000년대부터 본격적으로 분묘기지권의 요건의 재검토, 지료의 지급의 여부, 60년의 경과 후의 분묘기지권 인정여부, 분묘기지권의 폐지논의 등이 시작되었다. 그 중 분묘기지권의 존폐여부에 대한 논의를 먼저 살펴보면 크게 폐지론과 신중론으로 대별될 수 있다. 분묘기지권 폐지론은 장사법 제27조 제1항 제3항 요건을 해석하면 장사법 시행이후에는 분묘기지권을 인정할 수 없으며, 일제에 의해 인정된 관습법상 분묘기지권에서 분묘에 관한 ‘관습’을 확인할 수 없다는 것을 주된 논거로 든다.<sup>14)</sup> 이에 반해 신중론은 장사법의 제정이 분묘기지권을 폐지한다는 의미는 아니며, 법적 안정성 및 전통에 대한 존중 등을 이유로 좀 더 신중히 때를 기다리자는 입장을 펼친다.<sup>15)</sup> 그 와중에 2017. 1. 19. 대법원은 분묘기지권에 대한 전원합의체 판결<sup>16)</sup>을 내렸으며, 동판결에서 분묘기지권을 전면적으로 부인하지는 않았다.

이런 과정에서 이 글의 문제의식이 시작되었다. 즉 분묘기지권에 관한 ‘관습’ 혹은 ‘관습법’은 실재하였는가라는 점이다. 이 점에 대해 대법원의 다수의견 혹은 반대의견도, 분묘기지권의 찬성론자 혹은 폐지론자도 명확하게 근거를 대지는 못하고 있는 상황이다. 그래서 이 글에서는 분묘에 관한 ‘관습’을 추적함으로써, 분묘기지권의 발생사적 의미를 살펴보고, 현대 시대에 이를 적용하는 것이 타당한 것인가를 고민할 필요가 있다는 생각이 들었다. 이를 위해 조선시대의 민사재판 자료 중 분묘에 관한 사료, 개화기와 일제 강점기의 분묘에 관한 사료를 찾아 적절히 소개하고 분석하는 작업이 필요하다 할 것이다. 그 중 조선시대의 분묘의 분쟁에 대한 상언·격쟁과 所志 및 決訟立案은 역사학연구자들에 의해 발굴되어 분석되었으므로 이를 인용한다. 다만 개화기 이후 일제초기의 漢城裁判所 및 平理院 및 京城控訴院의 민사판결에 등장한 분묘 관련 자료는 아직 제대로 정리 및 분석이 되지 않았다. 이 자료들을 활용하면 전통사회에서 분묘를 둘러싼 분쟁을 어떻게 해결하였는지를 알아볼 수 있게 된다.

14) 오시영, “관습법상 분묘기지권의 폐지여부에 대한 고찰”, 『토지법학』23-1, 한국토지법학회, 2007, 43면; 오시영, “관습법상 분묘기지권의 관습 부존재에 대한 고찰(Ⅰ)”, 『강원법학』49, 강원대 비교법학연구소, 2016. 10.

15) 이진기, “분묘기지권의 근거와 효력”, 『비교사법』23-4, 한국비교사법학회, 2016. 11.

16) 대법원 2017. 1. 19. 선고, 2013다17292 전원합의체 판결.

다만 이 글의 서두에서 이 글의 분석 대상 자료의 한계와 분석의 한계를 먼저 인정하려 한다. 이 글의 주된 분석 대상은 조선시대의 민사재판 사료 일부를 대상으로 하였고, 1895~1909년의 舊韓末 民事判決文 및 1910년 이후의 조선고등법원 판결을 대상으로 하였다. 그 중 조선고등법원의 판결은 현행 대법원의 분묘기지권의 인정여부에 관한 기원이 되었으므로 현행판례의 해석과 크게 다를 바 없다. 하지만 1910년 이전의 구한말 민사판결문과 조선시대의 재판 사료는 준거법이 다르다. 즉 전통시대 및 개화기에는 현행 제도의 기원이 된 서구식 근대 민사법제가 정립되지 않은 시대였다. 典律체제에서 재판하였으며, 민사법규도 완비되지 않은 시대였다. 전통시대에는 현행 민법전에서 보이는 서구식 법 개념 및 제도 등이 어떠한 양상으로 표출되었는지도 정확하지 않다. 예컨대, 조선시대에 소유권 및 점유권의 구별이 있었는지, 계약의 양상은 어떠한지도 명확하게 알기 어렵다. 그러므로 분묘기지권에 관한 관습이 조선시대 및 개화기에 ‘있었다’ 혹은 ‘없었다’는 점을 논증한다는 것은 그 자체가 모순일 수도 있다. 이 점은 자료의 해석에서도 마찬가지이다. 예컨대, 이 글의 III에서 서술할 ‘매매형 분묘기지권’에 관한 자료의 해석을 현행 대법원 판례의 해석론에 적용해본다면 정확하지 않을 수도 있다. 하지만 이러한 자료의 한계와 해석의 한계에도 불구하고, 과연 전통법제의 분묘에 관한 소송에서 현행 분묘기지권과 ‘유사한’ 관습이 있었는가, 혹은 분묘기지권으로 ‘인정될 수 있었던 관습’의 실재를 찾아볼 수 있는가 하는 점은 충분히 의의가 있다는 생각이 든다.

요컨대, 이 글은 대법원에서 관습법의 일례로 인정하고 있는 분묘기지권의 역사적 성립배경을 추적하여, 과연 전통 사회에서 분묘기지권에 관한 ‘관습’ 혹은 ‘관습법’이 있었는지 없었는지를 살펴보고, 혹은 유사한 관습이 있었는지, 혹은 이후 조선고등법원 및 대법원에서 분묘기지권으로 ‘인정될 수 있었던 관습’이 있었는지를 추적해 보는 것이라 하겠다.

## II. 분묘기지권에 관한 대법원 판례

### 1. 분묘기지권의 성립요건

대법원의 판례에 의하면 분묘기지권은 다음의 세 가지 경우에 성립되고 취득된다.

첫째, 토지소유자의 승낙을 얻어 합법적으로 그 토지에 분묘를 설치한 자는 관습상 그 토지 위에 지상권에 유사한 일종의 물권을 취득하게 된다.<sup>17)</sup> 이때 토지소유자의 승낙이 있었다는 것은 계약이 체결되었음을 의미하는 것이라 평가되기도 한다.<sup>18)</sup>

둘째, 자기소유의 토지에 분묘를 설치한 자가 후에 그 분묘기지에 대한 소유권을 유보하거나 또는 분묘를 따로 이장한다는 특약을 함이 없이 토지를 매매 등으로 처분한 때에는 분묘소유자가 그 분묘를 소유하기 위한 분묘기지권을 취득하게 된다.<sup>19)</sup> 이는 관습법상 법정지상권에 관한 판례이론을 유추적용한 것으로 평가할 수도 있다.

셋째, 타인소유의 토지에 소유자의 승낙 없이 분묘를 설치한 경우에는 20년간 평온·공연하게 그 분묘의 기지를 점유함으로써 분묘기지권을 시효로 취득한다.<sup>20)</sup> 또한 판례에 의하면 타인소유의 토지 위에 그의 승낙 없이 분묘를 설치한 자가 시효취득하는 권리는 그가 소유의 의사로 계속하여 왔다고 볼 만한 특별한 사유가 없는 한 ‘소유권’이 아니라 그 ‘분묘기지권’일 뿐이라고 한다.<sup>21)</sup> 그렇다면 분묘기지권의 시효취득에서는 자주점유가 아니라 타주점유로 추정될 뿐인 것이다.

또한 분묘는 그 내부에 시신이 안장되어 있을 것을 요하며, 시신이 안장되어 있지 않은 이상 외형상 분묘의 형태를 갖추었다고 할지라도 이는 실제로 분묘라고 할 수 없으며 분묘기지권은 발생하지 않는다.<sup>22)</sup> 그리고 반대로 시신이 안장되어 있더라도 봉분이 없이 외부에서 인식할 수 없는 平葬의 경우,<sup>23)</sup> 이른바 暗葬되어 분묘의 존재를 인식할 수 없다면<sup>24)</sup> 분묘기지권은 성립되거나 취득할 수 없다.

그리고 일반적으로 부동산 물권의 변동은 등기를 하여야 한다. 하지만 분묘에서 득실변경에 등기를 하지는 않는다. 구민법에 관한 대법원판례는 등기가 없어도 제3자에게 대항할 수 있는 것이 우리나라의 ‘관습’이라고 판시한 바 있다.<sup>25)</sup> 현행 민법에서도 분묘에서 등기가 분묘기지권의 취득요건을 아니라고

17) 대법원 1962. 4. 26. 선고, 4294민상1451 판결.

18) 박재윤, “墳墓地權”·곽윤직 대표편집, 「민법주해Ⅵ 물권(3)」, 박영사, 1992, 100면.

19) 대법원 1967. 10. 12. 선고, 67다1920 판결.

20) 대법원 1957. 10. 31. 선고, 4291민상539 판결; 대법원 69. 1. 28. 선고, 68다1927, 1928 판결.

21) 대법원 1969. 1. 28. 선고, 68다1927, 1928 판결.

22) 대법원 1976. 10. 26. 선고, 76다1359 판결.

23) 대법원 1969. 1. 28. 선고, 68다1927, 1928 판결.

24) 대법원 1962. 3. 8. 선고, 4294민상804 판결.

25) 대법원 1957. 10. 31. 선고, 4290민상539 판결.

해석된다.

이처럼 대법원 판례에서 분묘기지권이 성립이 인정되는 것은 ① 승낙형 분묘기지권 ② 법정지상권형 분묘기지권 ③ 취득시효형 분묘기지권으로 나눌 수 있다.<sup>26)</sup> 그 중에서 명칭은 어떠하든 간에 세 번째 유형이 가장 논란의 대상이 된다. 즉 원토지의 소유자 혹은 산주의 허락을 받지는 않은 채로 분묘를 설치한 뒤, 평온 공언하게 20년간 분묘의 기지를 점유하면 분묘기지권을 취득한다는 것이다. 다음에 설명할 2017년 전원합의체 판결도 세 번째 유형에 해당하는 것이다.

## 2. 분묘기지권에 관한 2017년 전원합의체 판결

### (1) 사실관계

2011년 12월, 강원도 원주시 소재 임야의 소유자 甲은 자신의 땅에 있는 乙조상의 6기 분묘를 옮길 것을 을에게 요구했다. 그러나 을은 이에 응하지 않았다. 이에 소가 제기되었고 1·2심 재판부는 “6기의 분묘 가운데 5기의 분묘에 관해서는 20년의 취득시효가 완성됐다”라고 하며 을의 분묘기지권을 인정했다. 그러자 갑은 “분묘기지권의 시효취득에 대한 관습법은 없다. 관습법이 있다고 하더라도 ‘장사 등에 관한 법률’시행 등으로 소멸했다”고 하며 이제는 대법원 판결이 변경돼야 한다고 주장하였다.

### (2) 대법원 다수의견

(가) 관습법의 법적 규범으로서의 효력을 부정하기 위해서 관습을 둘러싼 전체적인 법질서 체계와 함께 관습법의 효력을 인정한 대법원판례의 기초가 된 사회 구성원들의 인식·태도나 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.

(나) 우선 2001. 1. 13.부터 시행된 장사법의 시행으로 분묘기지권 또는 그 시효취득에 관한 관습법이 소멸되었다거나 그 내용이 변경되었다는 주장은 받아들이기 어렵다. 분묘의 설치기간을 제한하고 토지 소유자의 승낙 없이 설치된 분묘에 대하여 토지 소유자가 이를 개장하는 경우에 분묘의 연고자는 토지

26) 기존의 분묘기지권을 다룬 다른 선행연구들에서도 대법원의 이 분류방식을 따랐다.

소유자에 대항할 수 없다는 내용의 규정들은 장사법 시행 후 설치된 분묘에 관하여만 적용한다고 명시하고 있어서, 장사법의 시행 전에 설치된 분묘에 대한 분묘기지권의 존립 근거가 위 법률의 시행으로 상실되었다고 볼 수 없다. 또한 분묘기지권을 둘러싼 전체적인 법질서 체계에 중대한 변화가 생겨 분묘기지권의 시효취득에 관한 종래의 관습법이 헌법을 최상위 규범으로 하는 전체 법질서에 부합하지 아니하거나 정당성과 합리성을 인정할 수 없게 되었다고 보기도 어렵다. 분묘기지권에 관한 관습에 대하여 사회 구성원들의 법적 구속력에 대한 확신이 소멸하였다거나 그러한 관행이 본질적으로 변경되었다고 인정할 수 없다.

(다) 그렇다면 타인 소유의 토지에 분묘를 설치한 경우에 20년간 평온·공연하게 분묘의 기지를 점유하면 지상권과 유사한 관습상의 물권인 분묘기지권을 시효로 취득한다는 점은 오랜 세월 동안 지속되어 온 관습 또는 관행으로서 법적 규범으로 승인되어 왔고, 이러한 법적 규범이 장사법 시행일인 2001년 1월 13일 이전에 설치된 분묘에 관하여 현재까지 유지되고 있다고 보아야 한다.<sup>27)</sup>

### (3) 대법원의 반대의견

(가) 토지 소유자의 승낙 없이 무단으로 설치된 분묘까지 취득시효에 의한 분묘기지권을 관습으로 인정하였던 사회적·문화적 기초는 상실되었고 이러한 관습은 전체 법질서와도 부합하지 않게 되었다.

(나) 비록 토지 소유자의 승낙이 없이 무단으로 설치한 분묘에 관하여 분묘기지권의 시효취득을 허용하는 것이 과거에 임야 등 토지의 소유권이 확립되지 않았던 시대의 매장문화를 반영하여 인정되었던 관습이더라도, 이러한 관습은 적어도 소유권의 시효취득에 관한 대법원 1997. 8. 21. 선고 95다28625 전원합의체 판결이 이루어지고 2001. 1. 13. 장사법이 시행될 무렵에는 재산권에 관한 헌법 규정이나 소유권의 내용과 취득시효의 요건에 관한 민법 규정, 장사법의 규율 내용 등을 포함하여 전체 법질서에 부합하지 않게 되어 정당성과 합리성을 유지할 수 없게 되었다. 분묘기지권 시효취득의 관습에 대한 우리 사회 구성원들이 가지고 있던 법적 확신은 상당히 쇠퇴하였고, 이러한 법적 확신의 실질적인 소멸이 장사법의 입법에 반영되었다고 볼 수 있다.

(다) 따라서 토지 소유자의 승낙이 없음에도 20년간 평온·공연한 점유가 있었다는 사실만으로 사실상 영구적·무상인 분묘기지권의 시효취득을 인정하

27) 대법원 2017. 1. 19. 선고, 2013다17292 전원합의체 판결 다수의견.



는 종전의 관습은 적어도 장사법이 시행될 무렵에는 사유재산권을 존중하는 헌법을 비롯한 전체 법질서에 반하는 것으로서 정당성과 합리성을 상실하였을 뿐 아니라 이러한 관습의 법적 구속력에 대하여 우리 사회 구성원들이 확신을 가지지 않게 됨에 따라 법적 규범으로서 효력을 상실하였다. 그렇다면 2001. 1. 13. 당시 아직 20년의 시효기간이 경과하지 아니한 분묘의 경우에는 법적 규범의 효력을 상실한 분묘기지권의 시효취득에 관한 종전의 관습을 가지고 분묘기지권의 시효취득을 주장할 수 없다.<sup>28)</sup>

#### (4) 판례에 대한 평가

2017년 1월 분묘기지권에 대한 대법원의 전원합의체 판결은 소위 ‘취득시효형 분묘기지권’이 문제가 된 사안이었다. 토지소유주의 토지소유권의 보전이나, 20년간 평온 공언하게 점유한 취득시효자의 분묘기지권을 우선해주는가의 문제였다. 세상사 많은 일들이 그렇지만 양쪽의 주장이 모두 일리가 있는 주장이다. 특히 분묘는 단순한 재산권 행사의 대상을 넘어 조상에 대한 숭배 및 종법적 질서와도 관련이 있어서 해결하기 쉽지 않다. 이 사건을 해결하기 위해 판결을 하여야 했던 대법원 재판관들의 고민도 충분히 짐작이 된다.

대법원의 다수의견과 반대의견 모두 2001. 1. 13. 장사법이 시행된 이후에는 취득시효형 분묘기지권을 인정하지 않음에 대해서는 공통적으로 인정하고 있다. 하지만 장사법 시행 이전의 분묘의 취득시효에 대해서는 견해가 갈린다.

대법원의 다수의견은 관습법을 변경하기 위해서는 전체법질서가 변경되어야 하고 사회구성원들의 인식 및 태도가 뚜렷이 변화하여야 한다고 전제하고, 장사법의 제정으로 인해 법질서체계에 중대한 변화가 생긴 것은 아니며, 종래의 관습법이 헌법을 최상위 규범으로 하는 전체 법질서에 부합하지 아니하거나 ‘정당성’과 ‘합리성’을 인정할 수 없게 되었다고 보기도 어려우며, 분묘기지권에 관한 관습에 대하여 사회 구성원들의 법적 구속력에 대한 ‘확신이 소멸’하였거나 그러한 관행이 본질적으로 변경되었다고 인정할 수 없다고 하였다. 따라서 장사법 시행 이전에 설치된 분묘가 20년의 취득시효를 완성한 경우에는 취득시효를 인정하는 관습법을 부정할 수 없다고 한다.

이에 반해 반대의견은 사회적·문화적 기초는 상실되었고 이러한 관습은 전체 법질서와도 부합하지 않게 되었으며, 악의의 무단점유의 경우 취득시효를 부정하는 95다28625 전원합의체 판결을 논거로 들어, 분묘기지권 시효취득의

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

관습은 기존의 전체 법질서에 부합하지 않게 되어 ‘정당성’과 ‘합리성’을 유지할 수 없게 되었으며, 분묘기지권 시효취득의 관습에 대한 우리 사회 구성원들이 가지고 있던 법적 확신은 상당히 쇠퇴하였다고 한다. 따라서 장사법 시행 당시 취득시효의 요건을 갖추지 못한 분묘는 장사법 시행 이전에 설치되었다 하더라도 분묘기지권의 취득시효를 주장할 수 없다고 한다.

최근 헌법재판소 및 대법원의 법리에서 주목할 점은 ‘정당성(legitimate)’논변과 ‘합리성(rational)’논변을 즐겨 사용하는 것이다. 이 논변들은 법철학 및 법학방법론적으로 중요한 지위를 가진다. 예컨대 법이 가지는 ‘권위’의 속성과 그 권위에 대한 복종을 말하려면 정당성(legitimate)한 권위를 가져야 한다는 주장을 들 수 있다.<sup>29)</sup> 그런데 이 ‘정당성’에 논변은 ‘합리성’과 긴장관계에 있기도 하다.<sup>30)</sup> 최근 연구에 의하면 이 정당성과 합법성사이의 간극을 메우기 위해 ‘사법의 합리성’을 벗어나지 않은 범위 내에서 ‘사법재량’이 중요하다고 한다.<sup>31)</sup> 하지만 대법원의 반대의견은 분묘기지권에 대한 위 관례에서 분묘기지권 시효취득 관습이 전체 법질서와 부합하지 않아 ‘정당성’ 및 ‘합리성’ 모두가 인정되지 않는다고 하였다. 그리고 이러한 법적 논증방법은 최근 민사 관습법에 대한 대법원의 판결에서 반복적으로 등장한다. 종중원의 지위에 관한 전원합의체 판결,<sup>32)</sup> 상속회복청구권의 소멸시효에 관한 전원합의체 판결<sup>33)</sup> 등에서 모두 비슷한 논거를 들었다. 즉 대법원은 관습법의 존립여부를 결정하는 논증방법으로 다음을 사용한다. 어떤 사안에 관한 관습 혹은 관습법이 “헌법을 최상위규범으로 하는 우리 법질서에 부합하는가? 아닌가?”를 판단하거나, 그 관습법이 “‘정당성’과 ‘합리성’이 인정되는가? 아닌가?”에 따라 판단을 한다. 하지만 정당성과 합리성의 관계에 대한 법철학적인 논의를 대입하여 보면 대법원의 논증방법은 논의의 여지가 있다고 생각된다. 이 글에서는 자세한 논의는 생략하고 다음을 기약한다. 다만 위 대법원 다수의견 반대의견에서 논거로 든 ‘정당성’ 및

29) 박준석, “조셉 라즈(Joseph Raz)의 권위론에 대한 비판적 고찰”, 『법철학연구』10-1, 한국법철학회, 2007, 337면.

30) 우리 대법원의 노동법 관례들도 ‘정당성’과 ‘합리성’의 모순관계가 있다는 분석도 참고할 만하다. 신권철, “노동법에 있어서 사회통념과 정당성-판례분석을 중심으로”, 『노동법연구』40, 서울대학교 노동법연구회, 2016.

31) 이덕연, “법철학 및 법이론으로 본 ‘법적문제’로서 사법적극주의”, 『법학연구』27-1, 연세대학교 법학연구원, 2017. 3.

32) 대법원 2005. 7. 21. 선고 2002다1178 전원합의체판결.

33) 대법원 2003. 7. 24. 선고 2001다48781 전원합의체 판결; 이 판결에 대한 자세한 평석은 다음을 참조. 윤진수, “相續回復請求權의 消滅時效에 관한 舊慣習의 違憲 與否 및 判例의 遡及效 -대법원 2003. 7. 24. 선고 2001다48781 전원합의체 판결(公 2003하, 1785)-”, 『비교사법』11-2, 한국비교사법학회, 2004.

‘합리성’에 비추어 말해보자면, 분묘기지권 취득시효의 관습은 헌법을 최상위규범으로 하는 법질서에 비추어 ‘정당성’을 부인하기는 어려우나, 사회의 변화에 따라 이제는 ‘합리성’을 결여한 관습으로 볼 수 있지 않는가 한다.

### 3. 소결

분묘기지권에 관한 관습의 인정여부 문제로 돌아가 본다. 기존의 대법원 판결에서 분묘기지권에 대해 ① 토지소유자의 승낙을 얻은 경우, ② 자기소유 토지에 분묘를 설치한 후 매매한 경우 ③ 타인 토지 혹은 무주지에 20년간 점유하여 취득시효를 한 경우로 분류하였다. 2017년 대법원 전원합의체 판결에서는 2001 장사법 시행 이후에는 취득시효형 분묘기지권은 더 이상 인정되지 않음을 인정하였다. 다만 다수의견에서는 장사법 시행 이전에 설치된 분묘에 대해서는 취득시효를 인정하였고, 반대의견에서는 장사법 시행 당시 취득시효의 요건을 갖추지 못한 분묘는 장사법 시행 이전에 설치되었다 하더라도 취득시효할 수 없다고 하였다.

전술하였지만 본 연구에서는 위의 대법원 판결의 기초가 되었던 분묘기지권에 관한 ‘관습’ 혹은 ‘관습법’이 실재하는지를 찾아보는 것이 목적이다. 전통법제에서 분묘기지권에 관한 ‘관습’ 혹은 ‘관습법’이 존재하는지 실증하면, 현행 대법원 판결을 해석한데 있어서도, 추후에 새로운 사건이 생긴 경우에 대법원 판결을 적용함에 있어서도 준거가 될 수 있기 때문이다. 그러므로 전통법제에서의 분묘에 관한 관습을 찾아볼 필요가 있다.

## Ⅲ. 분묘에 관한 관습 양상

### 1. 분묘기지권은 ‘관습’인가 ‘관습법’인가?

일반적으로 관습법이란 사회의 거듭된 ‘관행’으로 생성한 사회생활규범이 사회의 ‘법적 확신’과 인식에 의하여 법적 규범으로 ‘승인·강행’되기에 이르게 된 것을 말하고, 사실인 관습은 사회의 관행에 의하여 발생한 사회생활규범인 점에서 관습법과 같으나 사회의 법적 확신이나 인식에 의하여 법적 규범으로서 승인된 정도에 이르지 않은 것을 말한다.<sup>34)</sup> 즉 우리 대법원은 관습법과 사

실인 관습을 명확히 구분하여 정의하였다.<sup>35)</sup> 하지만 관습법과 사실인 관습의 실례를 엄밀히 준별하여 적용한 것은 아니라 할 것이다. 그렇다면 분묘기지권은 ‘관습법’인가 ‘사실인 관습’인 것인가? 물론 그동안의 우리 민법학계의 다수설과 판례는 분묘기지권을 당연히 관습법의 일례로 이해하였다. 위 2017년 대법원 전원합의체 판결도 분묘기지권이 당연히 관습법이라는 전제아래 논지를 펼친 것이다.

하지만 이제 이 당연하다고 받아들이고 있었던 전제를 조심스럽게 재검토할 때가 되었다. 왜냐하면 얼마 전 한 연구자에 의한 문제제기에 의해 관습법 논쟁이 촉발되었기 때문이다. 김성학은 한국 전통사회에서는 서구 전통사회에서 관습법이라고 부를 수 있는 관습법은 부재하며, 우리가 관습법이라고 부르는 것은 사실상 관습에 불과한 것이라는 주장을 하였다.<sup>36)</sup> 이에 대한 찬반양론으로 제기되었다. 이후 법사학 연구자들은 김성학의 주장을 더 발전하여 실례를 들며 ‘전통사회 관습법 존재 당연화론’을 재고하자는 주장들이 등장하였다.<sup>37)</sup> 이 선행연구들은 전통 사회에서는 서양의 법사에서 인정되는 의미에서의 ‘관습법’의 개념 및 ‘관습법의 인식 및 그에 따른 재판’에 부합하는 규범 및 재판의 실체가 없었다는 취지의 주장을 한다. 이 논의는 너무 범위가 넓고 깊은 내용이어서 본고에서는 자세하게 다룰 수는 없다. 이 주제는 오랜 기간 구체적인 사례의 실증을 통해 결론을 내릴 수 있는 문제라고 생각된다.

다만 이 논쟁은 민사법·법사학적·법리학적으로 다양한 화두를 던진 것으로 볼 수 있다. 특히 민법 제1조에 대한 재검토 필요성을 들 수 있겠다.<sup>38)</sup> 우리 민법 제1조에 의하면 민사에 관하여 성문의 법률에 의하고 성문의 법률이

34) 대법원 1983. 6. 14. 선고, 80다3231 판결.

35) 로마법상 관습과 관습법의 구분을 실례를 통해 논증한 연구로는 다음을 참조. 최병조, “로마법상 慣習과 慣習法”, 『서울대 법학』47-2, 서울대학교 법학연구소, 2006. 6.

36) Marie Seong-Hak Kim, *Law and Custom in the Choson Dynasty and Colonial Korea: A Comparative Perspective*, 66 J. Asian Studies, 2007; Marie Seong-Hak Kim, *CUSTOMARY LAW AND COLONIAL JURISPRUDENCE IN KOREA*, American Journal of Comparative Law Winter, 2009; Marie Seong-Hak Kim, “日本統治下における韓國の慣習法の構成”, 『東洋文化研究』11, 2009.

37) 심희기, “조선시대 지배층의 재판규범과 관습 -홍희신서와 목민심서를 소재로 한 검증”, 『법조』61-2, 법조협회, 2012; 심희기, “동아시아 전통사회의 관습법 개념에 대한 비판적 검토-일본식민지 당국에 의한 관습조사를 중심으로-”, 『법사학연구』46, 한국법사학회, 2012; 문준영, “대한제국기 민사재판에서 관습의 규범적 역할- 전통 소송의 성격과 관습법에 관한 논쟁에 붙여”, 『법학논고』52, 경북대학교 법학연구원, 2015. 11.

38) 민법 제1조에 대한 대표적인 연구로는 다음의 2가지를 들 수 있다. 최병조, “제1조 법원”곽윤직 대표편집, 『민법주해(Ⅰ)』, 박영사, 1992, 26~72면; 윤진수, “제1장 통칙”김용담 대표편집, 『주석 민법 총칙(1) 제4판』, 한국사법행정학회, 2010, 69~128면.

없으면 관습법에 의하고 관습법이 없는 경우에는 조리에 의한다고 하고 있다. 민법 제1조는 소위 민법의 法源으로서 관습법을 인정한 조문이며, 법학자들이라면 별 의심 없이 당연히 받아들이고 있던 ‘일반조항’이다. 법철학자 하트(L.H.A Hart)의 표현을 빌린다면 우리 민법 제1조는 ‘승인률(Rule of Recognition)’이 될 것이다.<sup>39)</sup> 그렇다면 승인률을 ‘법이전의 세계에서 법의 세계로’ 편입을 시키는 도구로 이해하자면, 민법 제1조에서는 어떤 ‘관행’ 사실이 ‘법적확신에 의한 승인’을 얻어 ‘관습법’으로 인정되면, 그 관습법은 法源으로 인정 되어 민사재판의 준거가 된다는 것이다. 다시 말하자면 분묘에 관한 분쟁에서 발생한 다양한 ‘관행’이 ‘관습법’으로 인정되면, 우리나라 민사재판의 준거가 된다고 할 수 있다.

다음으로 이 논쟁은 관습법을 어떻게 정의할 것인가 하는 문제를 제기한 것으로 볼 수 있다. 즉 ‘제정법’에 반대되는 ‘비제정법으로서의 관습법’을 부인하는 법학자는 없을 것이다. 만약 ‘관습법’을 중세유럽의 지방분권사회에서 각 지역마다 독자적으로 형성된 관습법으로 이해한다면, 우리 전통사회에서는 중세유럽식의 ‘관습법’ 관념은 없었다는 주장이 타당하다. 하지만 여기서 한국 전통사회에서 분묘에 관한 ‘관습’이 있었는지 ‘관습법’이 있었는지 쉽게 결론을 내리는 것은 성급한 일이다.

다만 대법원 판례에서 분묘기지권을 ‘관습법’이라고 하였으므로 현재 분묘기지권은 관습법으로 이해한다. 다음으로 찾아 볼 것은 조선시대, 개화기 등 전통사회에서 분묘에 대한 분쟁에 대한 관습 혹은 관습법이 있었는가 하는 점이다. 논의를 단순화하여 현행 대법원에서 인정한대로 분묘기지권은 ‘관습법’으로 칭하고, 조선시대 및 개화기의 분묘에 관한 분쟁은 ‘관습’으로 칭해 논지를 이끌어가 보겠다.

## 2. 전통법 시대 분묘에 관한 관습

전통시대(조선시대, 개화기)에도 당연히 분묘의 설치는 있었고, 이를 둘러싼 갈등이 심하였다. 당시 갈등의 양상도 분묘의 步數와 법전의 규정에 따른 권리 침해문제, 분묘의 점유자가 토지의 소유자에게 지료를 지급할 것인지 여부, 조선시대에 분묘기지권에 대한 관습이 있었는가 등 다양하다. 이 글에서는 현행 대법원에서 분묘기지권을 관습법이라고 인정하는 근거에 대한 역사적 기원을

39) 허버트 하트/오병선 역, 『법의 개념』 아카넷, 2001, 192면.

추적해 보는 것이 주된 목적이다.

전통법 시대 특히 조선시대에는 산송의 범람이라고까지 평가될 만하다. 특히 조선 후기에 위선의식과 중법질서 등과 결합하여 濫訟, 滯訟등이 빈번하였다. 다음 조선시대의 한 주장을 살펴보면 이를 뚜렷이 알 수 있다. “근래 山訟은 실로 고질적인 폐단입니다. 서울과 지방이 떠들썩하고 嶺南이 더욱 심합니다. 권력가에서 非理로 널리 점유하므로, 다툼이 시끄러워 살인·掘塚하는 일까지 있으며... 우리나라의 경우를 말하면 국초에는 역시 쟁산하는 일이 없었으므로 ‘山訟’이라는 두 글자가 법전에 실려 있지 않은바, 受敎로 말하면 이는 《經國大典》이 완성된 이후의 일입니다...사부의 경우에는 광대하게 점유한 山麓이 아무런 제한이 없으니, 이 어찌 매우 분수에 지나친 것이 아니겠습니까. 《經國大典》에서 職品の 높고 낮음에 따라 분묘의 步數를 정한 것은 대저 사람들의 경작이나 소 먹이는 일을 금하고자 한 것이지 본래 이것이 산송을 하고자 하는 자들을 위해서 만든 것이 아닙니다. 그러니 만약 이 법을 산송에 적용하여 지경의 안팎과 養山의 여부에 관계없이 보수 이외의 지역에 대해서는 타인의 入葬을 금하지 못하도록 하는 것을 길이 불변의 제도로 삼는다면 송사가 없도록 할 수 있을 것입니다.”<sup>40)</sup> 또한 다음의 기록에서도 조선시대 산송의 중요성을 강조한다. 즉 “수령이 주로 실시할 일곱 가지 일 중에 ‘詞訟簡’이 첫째이다. 소위 사송간이란 孔聖께서 말씀하신 당초에 송사가 생기지 않게 함의 뜻이다. 聽訟을 상세하고 엄정하게 하면 저절로 간편해질 것이나 송사 중에 山訟이 더욱 어렵다.”<sup>41)</sup> 또한 대한제국 시기 한 신문의 사설에서는 “남쪽의 지방관의 말을 들으니 소송이 10개이면 산송이 8~9개이다”<sup>42)</sup>라고 평가하기도 하였다.

그렇다면 분묘에 관한 ‘관습’을 살펴보도록 하자. 이 글에서는 주로 1895~1945년까지 법원에서 인정한 분묘에 대한 관습을 정리하였다. 산송(분묘송, 묘송)등은 분묘의 수호에 관한 쟁송이었다. 분묘는 하나의 공작물이라고 인정되었으며,<sup>43)</sup> 산송의 관할은 산이 소재하는 곳에서 재판하여야 한다고 典章에 실려 있었다.<sup>44)</sup> 그리고 偷葬 및 勒葬을 한 분묘에 대해서는 그 권리를 인정해주지 않고 관에서 굴이할 것을 명하였다.<sup>45)</sup> 또한 여러 사람들이 무덤을 쓴 곳은

40) 『국역 비변사등록』 1712년(숙종 38년) 6월 3일 : 慶尙監司 李坦이 입시하여 身役의 需米 문제와 山訟해결을 위해 墳墓의 步數를 정하는 것에 대해 논의함.

41) 『국역 비변사등록』 1747년(영조 23년) 11월10일 : 山訟을 嚴正히 處決하라는 傳敎.

42) 『皇城新聞』 1900. 11. 19: 論說 山訟之弊起於禍福.

43) 朝鮮高等法院 1920. 6. 4. 선고, 大正 9년 민상제54호.

44) 漢城裁判所 1906. 3. 26. 선고, 光武 10년 민제18호, 제103호.

‘各姓亂葬之地’라고 하여 서로 자신의 배타적 점거를 허락하지는 않았다.<sup>46)</sup> 만약 분묘를 포함하는 산록 등을 매매할 때에는 “동서남북 4표를 정하여 하는 것이 예부터의 ‘慣例’으나, 길이와 너비를 재는 것은 그 ‘例’를 찾기 힘들다.”고 판단한 바도 있다.<sup>47)</sup> 그리고 현행 대법원 판결에 의하면 쌍분은 금지되는데, 이와 마찬가지로 “분묘의 기지에 다시 분묘를 신설하고 다른 목적을 위해 이를 사용하는 권능을 포함하지 않는 것으로 한다.”<sup>48)</sup>라는 판시도 등장하였다. 또한 대법원 판결에서 암장은 금지되는 것처럼, “소위 원고의 8대조 무덤이라는 것은 옛날에 어린 아이가 죽어서 암장을 한 땅이므로 분묘로 인정할 수 없다.”<sup>49)</sup>라는 판시가 있었다. 특히 쌍분형 분묘기지권이 인정되지 않고, 암장의 경우 분묘기지권을 인정할 수 없다는 대법원의 관습법은 그 근거가 있음을 알 수 있다.

현행 대법원 판결에서 분묘기지권을 설명하며 ① 승낙형 ② 매매에 의한 관습법상 법정지상권형 ③ 취득시효형 분묘기지권으로 분류하였음은 전술하였다. 그렇다면 전통법제에 위의 세 가지 유형에 해당하는 관습이 실재하였는지를 살펴보면, 대법원 판결에서 전개된 논지의 타당성을 알 수 있다.

#### (1) 승낙형 분묘기지권에 관한 관습

토지소유자의 승낙을 얻은 경우의 분묘기지권에 관한 관습은 존재하였을까? 이에 대해 조선고등법원은 “조선에 있어 타인의 승낙을 얻어 그 소유지 내에 분묘를 설치한 자는 이를 소유하기 위해타인의 토지에 대해 地上權과 유사한 일종의 물권을 취득하는 것으로 한다.”<sup>50)</sup>라고 하여 그러한 관습을 인정하였다.

우선 조선시대의 경우 토지소유자의 승낙에 의한 분묘설치를 하는 관습이 있었는지 살펴보자. 조선시대에는 토지소유자의 ‘허락’을 얻으면 《經國大典》 등 법전에 규정된 步數의 범위를 침범하지 않는 한에서, 묘지를 쓰는 것이 허락되었다. 즉 조선 초까지 남성이 여성의 집으로 장가드는 풍습으로 남자가 결혼한 후 처갓집에 주로 살았고, 따라서 남성이 사망한 후 처가의 墓域에 장례를 치루는 것이 흔하였으며, 이런 경우 남성으로서는 선조의 분묘가 여러 곳으로 산재되었다.<sup>51)</sup> 일반적으로 조선시대 사대부가에서는 본인의 분산에 다른

45) 漢城裁判所 1905. 5. 19. 선고, 光武 9년 제341호.

46) 忠淸南道裁判所 1907. 11. 6. 선고, 사건 번호 없음.

47) 平理院裁判所 1907. 7. 29. 선고, 光武 11년 민제397호, 光武 11년 제69의1호.

48) 朝鮮高等法院 1928. 5. 15. 선고, 昭和 3년 민상제140호.

49) 京畿裁判所 1907. 4. 15. 선고, 제69호.

50) 朝鮮高等法院 1927. 3. 8. 선고, 大正 15년 민상제585호.

사람들이 묘지를 쓰는 것을 허락하지는 않았으나, 그 집안의 사위 등의 묘지에 대해서는 반대할 수 없었다. 다시 말하자면 조선시대의 종산은 외가나 처가 산에서부터 형성되는 경우가 많았던 것이며, 외손 또는 사위로서 외가나 처가의 분산 밑자락에 들어갔다가, 그 자손들이 계장하면서 부계분묘가 집중되어 점차 외손이나 사위 집안의 종산으로 변해갔던 것이다.<sup>52)</sup> 하지만 이후에 본족과 사위의 후손들끼리 산송을 벌이기도 하였다.<sup>53)</sup>

조선시대 처가의 허락을 얻어서 분묘를 만든 예를 들면 다음을 들 수 있다. 16세기 경상도 안동의 柳雲龍 가에서 종산을 형성한 사례이다. 이 사례에서 등장하는 분산인 天燈山은 안동 권씨의 집안의 시조의 무덤이 있던 곳이었으며, 이 집안에 유씨 집안이 장가를 들었다. 1518년 유씨 집안의 柳子濫의 처가 사망하여 천등산에 입장하려 하였으며, 이와 동시에 이미 죽은 柳子濫도 천등산에 移葬하려 하였다. 하지만 안동 권씨 가에서 처음에는 유자온 처의 入葬을 급하여 마찰이 있었다, 하지만 죽은 유씨 집안에서 서울에 있는 정승 권씨 집앞에 가서, 상복을 입고는 한 달 동안 지키고 있고 길에서 옆드려서 빌었다. 그래서 권씨 집안 후손 權均이 중국에는 허락을 하였다. 그래서 유씨 가에서 유자온의 처를 천등산에 장례를 치르게 되었다. 이후 유중영, 유운룡 등 후손들이 천등산에 繼葬하여 유씨가 종산이 되었다. 즉 풍산 유씨가 처가의 산에 입장한 것을 계기로 하여 그의 후손들이 외손의 자격으로 외손가에 계장함으로써 종산을 형성한 것이다.<sup>54)</sup> 이처럼 토지소유자의 허락을 받으면 분묘를 설치할 수 있다는 관습은 존재하였다.

그렇다면 개화기에는 승낙에 의한 분묘설치 관습이 있었을까? 개화기에서도 유사한 관습이 있었다. 특히 平理院 및 漢城裁判所에서도 이와 유사한 관습을 판례상 인정하였다. 개화기 재판소에서 토지소유자 승낙형 분묘기지권을 지칭하는 용어는 ‘借得一壙’ ‘借得入葬’등이거나,<sup>55)</sup> 혹은 ‘借葬’이라고 불렀다.<sup>56)</sup> 평리원은 특히 타인소유의 토지에 허락을 얻어 분묘를 쓴 경우에 그 분묘에 관한 권리를 인정하여 주었다. 여기서 ‘借葬’이라는 용어는 처음 분묘 설치 시에

51) 김경숙, “조선후기 山訟과 사회갈등 연구”, 서울대학교 문학박사학위논문, 2002, 70면.

52) 김경숙, 「조선의 묘지소송」, 문학동네, 2012, 28면; 김경숙, “조선후기 山訟과 사회갈등 연구”, 서울대학교 문학박사학위논문, 2002, 71면.

53) 정구복·박병호·이해준·이영훈·김현영, 「호남지방 고문서 기초연구」, 한국정신문화연구원, 1999, 95~99면.

54) 김경숙, “조선후기 山訟과 사회갈등 연구”, 서울대학교 문학박사학위논문, 2002, 72~73면.

55) 平理院裁判所 1906. 6. 27. 선고, 光武 10년 민제254호, 제52호.

56) 漢城裁判所 1897. 7. 29. 선고, 建陽 2년 민제134호.



토지소유자의 허락을 얻어서 장례를 지냈음을 인정하는 용어이다. 하지만 ‘借葬’을 현행법상 지상권과 유사한 물권인 분묘기지권과 완전히 동일하다고 판단하기 어려울 수도 있다. 아직 전통법제의 시대에 있었던 평리원 및 한성재판소에서는 ‘借葬’이 지상권에 해당하는지 아닌지에 대한 판단은 하지 못하였다. 당시 재판관들의 관념 속에 지상권이라는 개념은 없었기 때문이다. 다만 평리원에서는 ‘借葬’을 한 당사자에게 예외 없이 승소판결을 내려주었다. 이러한 판결들이 조선고등법원에서 타인의 승낙을 얻은 경우 타인의 토지에 대해 지상권과 유사한 물권을 취득하는 것을 인정하는 판결로 변천되었다 볼 수 있다. 생각건대, ‘借葬’으로 타인의 승낙을 얻어 분묘를 설치한 경우에는 타인이 소유한 산지에 허락을 통해 지상권 유사의 물권을 취득한 것으로 볼 수 있다.

그리고 다른 개화기의 판결에서는 같은 동리에서 본족과 사위의 후손이 산을 공유하여 수백 년을 살아오다 산에 대한 분할이 될 때, 토지소유자의 허락에 의해 분묘에 대한 ‘세거’함을 인정하는 표현이 보인다. 즉 판결이유에서 “申訴人の 8대조는 즉 被申訴人の 9대조의 사위로 같은 산 아래에서 살아 마침내 世居하였다”<sup>57)</sup>라고 하였다.

또한 원토지소유자의 승낙에 의해 분묘에 대한 권리를 인정한 사례를 추가로 들어보자. 한 사례에 의하면 원고가 토지를 매수하여 어머니 무덤을 만든 뒤 아내의 무덤도 조성하였다. 그런데 훗날 피고가 피고의 어머니를 원고 조부 무덤 근처에 만들려고 하였는데 처음에는 금장하다가 후에 부득이 허락하였다. 이 경우 나중에 원고가 피고를 상대로 굴이를 청구한 경우 재판소는 원고에게 패소판결을 내렸다.<sup>58)</sup> 다른 예를 들자면 당사자가 강원도에서 산지를 소유하고 있었는데 자기 소유의 선산에 타방 당사자가 15세가량 어린 아이를 13년 전에 장사를 지냈다. 산지 소유자는 그 산지가 쓸모없는 땅이고 어린 아이의 무덤이라서 그냥 묵인하고 금하지 않았다. 그런데 타방 당사자가 욕심이 생겨 13년 뒤에 산에 대한 소유권을 주장하는 것은 타당하지 않다고 주장하였다. 이러한 주장을 재판소에서 받아들였다.<sup>59)</sup> 즉 이 판결에서 재판소에서는 13년 전 분묘가 조성된 것은 원토지소유자의 묵시적 승낙에 의한 권리 취득이었음을 긍정한 것이다.

다만 원소유자의 묵시적 승낙에 의한 분묘설치의 경우 분묘에 대한 권리를 인정은 하긴 하지만 ‘堡地價’를 납부하라고 하는 판결도 있었다. 예컨대 다음의

57) 忠淸南道裁判所 1908. 2. 29. 선고, 민제□호.

58) 平理院裁判所 1908. 5. 14. 선고, 隆熙 2년 제105호, 隆熙 2년 제93호.

59) 平理院裁判所 1907. 8. 22. 선고, 隆熙 원년 제15호.

사례를 들 수 있다. 피고가 원고의 소유지에 入葬을 하였으나, 원고가 4년간 禁葬을 하지 않았다. 이후 4년 뒤에 원고가 피고에게 해당 분묘를 굴이하라고 하자, 재판소에서는 피고가 입장한 것을 원고가 승낙함은 인정할 수 있고, 처음 분묘를 조성할 때는 묵시적인 승낙을 하였다가, 이후에 굴이를 하라고 하는 것은 타당하지 못한 점이 있다고 인정하였다. 다만 피고 등이 분묘의 대지의 가액을 변상하는 것이 타당하다고 판시한 것을 들 수 있다.<sup>60)</sup> 원고는 피고가 분묘를 설치할 때 묵시적 승낙을 하였다면 추후 소송에서도 피고의 분묘지에 대한 권리를 인정하는 것이 타당할 것이지만, 남포군 재판소에서는 원고의 주장이 타당하지 않음을 인정하면서도, 피고에게 대지가를 변상하라고 판시한 사건이다. 재판관의 調停의 모습을 보이는 판결이다.

이상의 예를 통해 토지소유자의 승낙을 얻은 경우에 타인 토지 위에 분묘를 설치할 수 있었으며, 그 분묘에 대하여 분묘를 수호할 권리를 인정하는 ‘관습’은 있었음을 알 수 있다.

## (2) 관습법상 법정지상권형 분묘기지권에 관한 ‘관습’

원토지 소유자가 토지를 매도한 후 매도인이 해당 산지에 대해 분묘를 가질 수 있는 권리가 있는가? 이는 분묘가 설치된 산지에서 분묘를 이장하지 않고 산지를 매매하는 경우이며, 현행법상 관습법상 법정지상권형 분묘기지권에 해당하는 것이다. 조선고등법원은 “조선에서 선조의 분묘가 있는 山坂은 이를 양도의 목적물로 할 수 없다는 관습은 없고, 분묘 그 자체와 기지는 별개로 보아 따로 소유권의 목적으로 할 수 있으므로 분묘의 소유권을 보유하고 그 분묘소재의 산지 또는 기지의 소유권을 양도하는 것도 가능하다.”<sup>61)</sup>라고 판시하여, 관습법상 법정지상권형 분묘지기권을 인정하였다. 이 판결을 뒷받침할 관습이 조선시대 및 개화기에 있었는가?

우선 조선시대에는 매도인이 산지를 매도한 뒤에 본인 소유 분묘에 대한 권리를 인정받는 경우도 있었다. 조선시대에 분묘가 있는 선산을 가난함을 이유로 매매하였다가 분묘에 대한 분쟁이 발생하자 매매를 취소하고 관에 정소하여 매매문기를 되찾은 경우도 나온다.<sup>62)</sup> 그리고 조선시대의 분산 매매에 관한 다른 예를 들어보자. 1889년 7월 전라도 남원에 거주하는 A와 B의 산송사건이

60) 藍浦郡裁判所 1909. 1. 13. 선고, 隆熙 3년 민제1호.

61) 朝鮮高等法院 1918. 9. 8. 선고, 大正 7년 민상제212호.

62) 김경숙, “조선후기 사대부가의 山訟실태와 대응책-長成 幸州奇氏家 古文書를 중심으로-”, 『역사학연구』58, 호남사학회, 2015. 5, 137면.

분묘의 매매에 대한 실례를 보여준다. 분쟁의 대상이 된 산지에 대해 B는 조부 대에 이미 매도한 산지였지만, 부친의 분묘가 존재함을 근거로 분산수호권을 주장하였다. 따라서 매수인 A의 처의 분묘를 철거할 것을 요구하였고 환퇴할 것까지 요구하였다. A는 매도인이 처음 매도할 당시 기존 분묘를 移葬할 것을 약속했으므로 掘去를 하여야 할 것이라고 주장하였다. 이 소송은 B에게 유리하게 전개되었으며, A는 망치를 이장하라고 하였다.<sup>63)</sup> 또한 다른 사례를 들자면, 1860년 A가에서는 B의 산을 매수하면서 분묘를 만들었다. 20년 뒤 B의 손자가 산지에 대한 권리를 주장하면서 송추작벌을 금단하였고, 20년 전 매매는 환퇴됨으로써 일단락되었다.<sup>64)</sup> 이들 사례를 보고 조선시대 분묘소송을 연구한 선행연구에서는 분묘 매매에서는 매도인에게 유리하게 판결되는 경향이 강하였다고 평가하였다.<sup>65)</sup>

개화기에도 산지를 매도한 뒤 본인이 설치한 분묘에 대한 권리가 인정된 사례가 있었다. 특히 산지를 매도한 이후의 매도인에게 산지전체에 대한 권리를 인정하는 것은 사리에 맞는 것은 아니지만, 전통법제(조선시대 및 개화기)에는 매도인이 산지를 매도한 뒤에 매수인에 대해 본인 소유 분묘에 대한 권리를 주장하는 것을 넘어서서, 매수인에게 매장을 금하게 한 경우도 있었다. 다시 말해 매도인이 매도한 뒤 본인의 분묘에 대한 권리를 주장함은 물론이며, 매수인에게 금장까지 요구한 사례도 있었던 것이다. 예를 들면 산지를 매매하는 경우 “매수인이 매수한 땅에 새롭게 무덤을 만들지 말 것(買得處不得新葬)”을 특약으로 산지 매매계약을 하기도 하였고, 이 계약증서와 달리 매수인이 사망한 동생을 매수한 산지에 入葬하자, 매도인이 이에 제동을 걸면서 소를 제기하였고, 평리원재판소는 매도인의 손을 들어주어 매수인의 동생 무덤을 굴이할 것으로 판시한 사례를 들 수 있다.<sup>66)</sup>

다른 사례를 들어보자면 養子가 파양되고 난 뒤에 집안의 산지를 매수인에게 매도하였다. 이 경우 양자의 집안에서 매매의 무효를 주장하였고, 매수인이 入葬한 분묘를 掘移할 것을 요구하였다. 이 건에 대해 충청남도재판소에는 매수인 측의 매매를 무효로 인정하였다.<sup>67)</sup> 파양된 양자가 매매함은 무효라고 하는 것은 현행법상으로 맞지 않다. 하지만 전통법제시대에는 타인권리매매 혹은

63) 朝鮮時代 南原屯德坊의 全州李氏와 그들의 文書(Ⅰ), 所志 No. 107~110, 132~135면.

64) 嶺南古文書集成(Ⅰ) 金陵延安李氏家門, 上書 No. 9-1·2, 所志 No. 2~4, 5-5, 6참조.

65) 김경숙, “조선후기 山訟과 사회갈등 연구”, 서울대학교 문학박사학위논문, 2002, 139면.

66) 平理院裁判所 1908. 5. 12. 선고, 隆熙 2년 민제177호, 隆熙 2년 제92호.

67) 忠清南道裁判所 1908. 1. 23. 선고, 민제 호.

盜賣의 경우에는 그 거래행위의 유효성을 인정하지 않는 경향이 강하였다. 또한 이 사례는 산지의 원소유자의 소유권을 넓게 인정한 사례이다.

다른 유형으로 매도인이 원래 설치한 분묘에 대한 권리(소유권)를 본인에게 유보한 뒤에, 분묘를 둘러싼 기지의 소나무 땔감 등의 작별권만 매도하는 경우도 있었다. 이런 경우에는 당연히 매도인은 매매대상이 된 산지에서 본인이 설치한 선조의 분묘에 대한 수호할 권리를 가졌다. 예컨대 1907~1908년까지의 박민하(A)와 이금중(B)의 山訟사건을 들 수 있다. 1907년 강원도재판소에서 제1심판결이 진행되었다. 피고 B가 춘천에서 조부의 분묘를 만든 뒤 해당 토지를 매수하여 40년간 금양 하였으며, 해당 산국 내의 송추를 마을 사람에게 매도하였다. 이후 C라는 사람이 산국 내에 범장을 하자, 이를 못하게 하고 굴이하게 하였다. 반면 원고 A는 11대 조상의 산소가 산국 내에 있으며, 수백 년 동안 금양한 땅이라고 주장하였다. 재판소에서는 C가 범장하는 것을 못하게 막은 사람이 B이며, A의 墓直은 홍천에 있고 B의 墓直은 춘천에 있는 점, 외부인이 범장함을 금지한 사람이 B인 점을 들어 B에게 승소판결을 하였다.<sup>68)</sup> A가 평리원에 항소하였지만 缺席判決로 패소하였고,<sup>69)</sup> B가 다시 평리원에 항소하여 이번에는 B가 전부승소하게 되었다. 따라서 A의 산지에 대한 권리는 인정하지 않게 되었다.<sup>70)</sup> 일련의 재판과정에서 원토지소유자 B는 본인 소유의 분묘에 대한 권리는 유보하고 단지 작별권만 매도한 것이며, 이 경우 본인 소유 산지의 분묘에 대한 권리는 원매도인에게 속하는 것을 인정받은 것이다.

또 다른 예를 들어보자면 洪汝正(A)와 羅秀景(B)의 분묘에 관한 소송을 들 수 있다. 원고 A은 조상의 선산이 수원군에 있는데, 원고 측 집안에서 산 아래 산지를 피고 B에게 매도하였다. 다만 그 매매의 대상은 산 소재지의 나무 땔감 및 소나무를 3년 기한으로 작별할 수 있다는 것을 약속하고 매도하였다고 주장하였다. 이에 반해 피고 B는 31년 전에 원고에게 해당 산지를 매수하여 금양하고 있는데 지금 와서 원고가 본인이 매도한 산지에 와서 偷葬을 한다고 주장하였다. 이에 대하여 재판소에서는 문권을 살펴보니 ‘해당 산지는 나무 벨 곳(柴場)을 매도한 것이지만 山局(墳墓基地)을 매도한 것은 아님’을 들어 원고에서 승소판결을 하였다.<sup>71)</sup> 이 건에서 나무 베는 것을 3년 기한으로

68) 정확히는 이금중의 일부승소이고, 일부의 토지에 대해서는 박민하에게도 권리를 인정하였다. 江原道裁判所 1907. 6. 26. 선고, 사건 번호 없음.

69) 平理院裁判所 1908. 1. 15. 선고, 光武 11년 민제1311호, 隆熙 원년 제11호.

70) 平理院裁判所 1908. 7. 18. 선고, 隆熙 2년 민제1312호, 隆熙 2년 제151호.

71) 平理院裁判所 1907. 7. 29. 선고, 光武 11년 민제397호, 光武 11년 제69의1호.

작별권을 매도하였다는 것은 진정한 의미로서는 매매라고 볼 수 없으며, 임대차 혹은 기한부 매매로 볼 수 있고, 따라서 재판소에서는 원고의 산지에 대한 소유권을 인정한 것이다.

이와 반대로 이번에는 매도인이 매도한 산지에 새롭게 분묘를 설치하는 것은 가능하였는지도 문제가 된다. 위에서 살핀 사례들처럼 매도인이 본인의 분묘를 두고 산지를 매도한 경우 기존의 분묘에 대한 권리를 인정받는 것은 일반적인 모습이었다. 반대로 매도인이 매도한 뒤 새롭게 매수인의 산지에 분묘를 설치하는 경우는 허용되지 않았다. 예컨대 매도인이 매수인에게 매도한 산지에다가 재종형의 무덤을 설치한 경우 이를 허용하지 않은 판결을 들 수 있다.<sup>72)</sup>

이상의 판결들을 통해 볼 때 조선고등법원에서 인정한 것처럼 조선시대 및 개화기에도 분묘가 있는 山坂은 양도할 수 있었으며, 분묘와 분묘의 기지를 분리하여 양도할 수 있는 ‘관습’과 ‘유사한 양상’은 존재하였고 볼 수 있다. 다만 위의 자료들은 사실 관계 살펴 볼 때 ‘분묘기지에 관한 소유권을 유보하거나 분묘를 따로 이장한다는 특약이 없이’ 산지를 처분한 경우에 해당하는지는 명확하지는 않은 한계가 있다. 분묘와 분묘기지를 분리하여 양도한다는 것의 전제에는 분묘를 이장하지 않는다는 특약의 존재가 당연히 추정되지만, 그렇다고 반드시 분묘기지에 대한 소유권을 유보한다는 것을 긍정하게 되는 것은 아니다. 그리고 당시 재판자료에는 당사자의 주장 및 사실관계가 명확하지 않고, 단지 재판소의 관사에 의한 사실인정 및 재판관의 법적 판단만 존재한다. 그러므로 자료의 한계로 인해 ‘소유권유보 혹은 불이장의 특약’의 여부를 확정하기도 곤란한 것이다. 하지만 위에서 예를 든 자료들을 통해, 분묘와 분묘의 기지를 분리하여 양도할 수 있으며, 양도한 경우 원분묘 소유자는 분묘에 관한 법적인 권리를 가졌음은 확인할 수 있었다. 개화기의 재판관들은 분묘와 분묘기지가 분리되어 양도된 경우, 원분묘소유자의 소유권 혹은 분묘기지권을 더 폭넓게 인정해주는 모습을 보이기도 하였다.

### (3) 취득시효형 분묘기지권에 관한 관습

다음으로 취득시효형 분묘기지권에 대한 관습은 실재하였는가를 살펴보자. 이에 관한 대표적인 판례는 1927년 조선고등법원의 다음 판결이다. “타인의 토지에 그 승낙을 얻지 않고 墳墓를 설치한 자라도 20년간 평은 또는 공연하게 분묘기지를 점유할 때는 시효로 인해 타인의 토지에 대해 ‘지상권과 유사한 일

72) 漢城裁判所 1907. 3. 20. 선고, 光武 11년 민제91호, 제65호.

종의 물권'을 취득하는 것으로 한다. 이 권리에 대해서는 증명 또는 등기를 받은 것이 없어도 이를 제3자에게 대항할 수 있는 것이 관습이다.”<sup>73)</sup>라고 판시하여 이러한 유형을 긍정하였다. 즉 1927년 조선고등법원 판결에 의하면 취득시효형 분묘기지권도 조선의 관습이 된다는 것이다.

그런데 1912년 조선고등법원에서는 “예전 조선에서는 私人이 封山이나 禁山 그 밖에 특별히 入葬이 금지된 토지가 아닌 국유산지에 분묘를 설치하고 그 주위를 긴 세월 동안 禁養한때에는, 그 분묘에 때를 입히고 긴 세월 禁養한 구역 내 토지의 ‘소유권’을 취득하는 것이 관습이다.”<sup>74)</sup>라고도 판시하였다. 두 가지 판결은 얼핏 보면 모순되는 것처럼 보인다. 즉 1927년 조선고등법원 판결은 분묘기지권을 취득시효할 수 있다고 본 반면, 1912년 조선고등법원 판결은 장기간의 점유에 의해 분묘에 관하여 취득되는 권리를 ‘지상권 유사의 물권인 분묘기지권’이 아니라 ‘소유권’이라고 판시하였던 것이다. 생각건대, 1912년 조선고등법원 판결은 禁山이나 封山이거나 입장이 특별히 금지되지 않은 ‘국유의 무주지’를 오랜 기간 동안 점유하면 ‘소유권’을 취득한다고 본 것이다. 반면 1927년 조선고등법원 판결은 ‘타인의 토지’에 대한 허락 없는 점유가 오래된 경우 ‘지상권 유사의 물권을 취득’한다고 본 것이다. 따라서 양자의 판결이 모순되는 것은 아니다.

한 가지 더 주목할 점은 통감부 및 일제도 토지소유자의 승낙이 없는 분묘설치에 제동을 걸려고 한 것이다. 즉 1908년 『森林法』 제13조는 소유자의 승낙이 없으면 삼림임야에 매장을 금지한다고 하였다.<sup>75)</sup> 1908년 제정된 산림법을 주목해 보아야 한다. 왜냐하면 동법 제13조를 적용하면 승낙을 받지 못하면 분묘기지권을 인정할 수 없기 때문이다. 조선고등법원도 이와 유사하게 판단하였다. 즉 조선고등법원은 “임의로 국유 삼림산야에 분묘를 설치할 수 있었던 종래의 관습은 구한국삼림법 제13조의 실시예 의하여 폐지되었다.”<sup>76)</sup>라고 하고, “舊삼림법 제13조에는 소유자의 허락을 받지 아니하면 삼림산야에 분묘를 설치할 수 없다고 규정하고, 같은법 제17조는 이에 위배한 경우의 처벌규정을 두었다. 같은법 시행 후에는 소유자의 허락을 받지 아니하면 삼림산야에 분묘를 설치할 수 없다.”<sup>77)</sup>고 하였다. 위 판결이 나온 배경은 1915년 조선고등법원 판

73) 朝鮮高等法院 1927. 3. 8. 선고, 大正 15년 민상제585호.

74) 朝鮮高等法院 1912. 12. 28. 선고, 大正 11년 민상제62호.

75) 『官保』 1908. 1. 21 : 법률 제1호 『森林法』.

76) 朝鮮高等法院 1917. 12. 18. 선고, 大正 6년 민상제258호.

77) 朝鮮高等法院 1915. 3. 16. 선고, 大正 4년 민상제39호.

결의 이유 부분에서 찾을 수 있다. 즉 “조선은 예부터 각 개인이 임의로 국유 삼림산야에 분묘를 설치하였고, 국가에서도 인정하였다. 하지만 한일병탄 이후에는 당국이 이 관습이 공익과 공안을 해하는 것이라고 하여 고치려고 하였고, 또한 묘지를 정리하기 위해 1912년 「墓地火葬場埋葬及火葬規則」을 발표하였다.”<sup>78)</sup>라고 하였다. 그렇다면 조선고등법원은 1908년 삼림법이 제정되기 전에는 토지소유자의 승낙이 없이도 긴 세월 금양하면 분묘에 대한 권리를 취득하게 되며, 1908년 이후에는 승낙을 얻지 못하고 설치한 분묘를 인정하지 못하겠다고 법리구성을 한 것이다.

그렇지만 1908년 이후에 타인의 토지에 설치된 분묘에 관하여서도, 1927년 판결에서 관습법상 지상권 유사의 물권을 긍정하였다. 이 부분은 삼림법 제13조의 규정의 성격과 관련된다 할 것이다. 동법 제13조를 효력규정으로 본다면, 이 규정을 위반한 행위의 사법상 효력을 인정하지 못하게 되어 분묘기지권을 인정하지 못할 것이다. 반면 이 규정을 단속규정으로 해석한다면 타인의 소유 토지 혹은 국유의 토지에 분묘를 설치한 자에게 분묘기지기권을 인정할 수 없다고 할 수는 없기 때문이다. 이를 통해 보건대, 조선고등법원은 동규정을 효력규정이 아닌 단속규정으로 해석한 것으로 볼 수 있다. 그래서 1927년 조선고등법원 판결에서 취득시효형 분묘기지권이 인정될 수 있었다.

위의 1912년 · 1915년 · 1927년 조선고등법원 판결에서는 공통적으로 ‘조선에서는 오랜 기간 동안 타인의 토지 혹은 무주지를 점유하면, 그 점유를 한 당사자는 시효의 경과로 인해 소유권이든 지상권유사의 물권이든 취득할 수 있는 관습이 있었다’는 논지를 공통으로 펼친다.

과연 그러할까? 조선시대 산송을 연구한 연구자들의 연구 성과를 살펴보고, 필자가 1895~1910년까지 평리원, 한성재판소, 경성공소원 등의 판결을 살펴본 야도, 토지소유자가 허락하지 않은데 그 분묘를 평온 · 공연하게 점유하여 취득 시효를 함을 인정하는 ‘관습’을 판결 상으로 혹은 기타 사료 상으로도 찾기는 쉽지 않다.

도리어 이런 경우에는 전통법제 시대에는 ‘暗葬’ 및 ‘勒葬’ 등의 이름으로 불렸으며, 이 경우에는 점유한 자의 취득시효가 인정되기 보다는 원토지 소유자의 권리를 인정하였다. 또한 심지어 암장 혹은 능장의 경우 불법적인 장례를 치른 당사자에게는 형사벌도 행하여졌다. 다음으로 고려해 볼 바는 민법의 일반원리이다. 즉 민사법의 양 갈래 큰 줄기는 ‘진정한 당사자의 권리보호’와 ‘거

78) 朝鮮高等法院 1915. 3. 16. 선고, 大正 4년 민상제39호.

래의 안전'이다. 즉 원래 산주의 토지소유권과 그 토지를 무단으로 점유한 제3자의 분묘기지권 등이 충돌 될 경우 어느 사람을 보호하는가 하는 점이 그것이다. 이 경우 거래의 안전을 위하여 취득시효를 인정하여 제3자의 권리를 보호해주겠다는 것은 서구법적 관념에 가깝다. 전통법제에서 제3자의 보호보다는 진정한 권리자의 보호에 더 큰 주안점을 두었다. 다시 말해 분묘에 대한 '시효취득'이라는 관념은 전통법적인 관념이 아니며, 식민지 법정에서 창출된 관습으로도 볼 수 있다. 여기서 '시효'라는 관념이 전통법제에서 있었는가는 논란의 대상이 된다. 물론 조선시대에도 시효제도에 해당한다고 볼 수 있거나, 유사한 것이라고 볼 수 있는 제도들이 있었다.<sup>79)</sup> 이 연구에서는 자세한 설명은 생략하고 별도의 연구로 다시 규명하려 한다. 하지만 전통법제에서 소위 '시효제도'가 있었는가 아니면 '체척기간'을 규정한 것에 불과한 것인가는 중요한 쟁점중 하나이다. 이 논의를 분묘기지권의 취득시효로 확장해보자면, 식민지 재판관들은 조선시대의 관습 및 법과는 정확하게 맞지 않는 서구식의 시효제도를 '의도적으로' 혹은 '무의식적으로' 분묘 소송에 적용하였다고 볼 수 있는 것이다. 말하자면 조선고등법원 재판관들은 그들에게 익숙하였던 시효제도를 '원용'하여 한국전통법제에 존재여부가 불투명한 시효제도를 '창설'한 것으로도 볼 수 있다.<sup>80)</sup> 결론적으로 전통사회 재판에서 산에 대한 분쟁이 발생한 경우 중국적 승소자는 본인의 토지를 소유한 '소유자'였지, 주인의 허락을 받지 않고 분묘를 점유한 점유자가 아니었다. 따라서 취득시효형 분묘기지권에 대한 '관습'은 찾기가 쉽지 않은 것이다.

#### (4) 소결

이상에서 조선고등법원 이후 현행 대법원까지 인정되어온 분묘기지권의 3유형(승낙형, 매매에 의한 관습법 법정지상권형, 취득시효형)에 해당하는 관습이 실재하였는지를 살펴보았다. 조선시대의 재판사료 및 개화기의 평리원 한성재판소의 판결례를 살펴볼 때, 승낙형 분묘기지권과 매매에 의한 관습법상 법정지상권형의 사례를 뒷받침하는 '유사한 관습'은 다수를 확인하는 것이 가능하였다. 반면 취득시효형 분묘기지권을 인정하는 '관습'은 없었음을 확인하였다.

79) 대표적으로는 《經國大典》 戶典 田宅條 過五年勿聽法 및 《大典後續錄》의 呈訴期限 등의 제도를 들 수 있다.

80) 식민지기 관습법이 '형성'된 것으로 보아야 한다는 선행연구는 다음이다. 심희기, "일제강점 초기 '식민지 관습법'의 형성", 『법사학연구』28, 한국법사학회, 2003. 10.



#### IV. 마치면서

대법원 2017. 1. 19. 선고 2013다17292 전원합의체 판결에서 취득시효에 의한 분묘기지권을 인정하여 오던 기존의 관습법이 타당한지 타당하지 않은지를 판단하였다. 앞서 살펴보았듯이 대법원의 다수의견은 분묘기지권에 관한 관습에 대하여 사회 구성원들의 법적 구속력에 대한 ‘확신이 소멸’하였거나 그러한 관행이 본질적으로 변경되었다고 인정할 수 없다고 하였고, 반대의견은 분묘기지권 시효취득의 관습에 대한 우리 사회 구성원들이 가지고 있던 법적 확신은 상당히 쇠퇴하였다고 하였다. 하지만 대법원의 다수의견은 분묘기지권에 관한 관습법을 폐지하지 않았다. 필자도 법리상 반대의견이 더 타당하다고 생각되지만, 만약 판결을 내리는 재판관이었으면 쉽게 반대의견의 손을 들기도 곤란했을 것 같다. 수십·수백 년간 이어져온 분묘에 관한 관습 혹은 관습법을 일순간에 바꾸기는 너무나 사회적 비용이 많이 들고 파장이 적지 않다. 즉 ‘법적안정성’은 우리 법체계가 사법제도가 가장 중시해야 할 부분인 것이다. 이 판결에서 대법원 다수의견은 ‘법적안정성’을 위해 분묘기지권에 관한 관습법을 유지하려 하였으며, 분묘기지권을 전면적으로 폐지하는 것은 아직은 ‘시기상조’이며, 언젠가 사회구성원들의 합의가 모아져 다수의 국민의 합의에 의해 변경하는 것이 필요하다는 입장으로 이해된다. 법철학적으로 평가하자면 하트의 2차 규율 중 ‘변경률(Rule of change)’<sup>81)</sup>에 의해 심사숙고 한 뒤 아직은 기존의 판결을 변경하기는 곤란하다고 한 것으로도 평가할 수 있다.

대법원 전원합의체 판결에서 말한 것처럼 현재 분묘기지권의 세 유형이 있다. 소위 승낙형 분묘기지권, 관습법상 법정지상권형 분묘기지권, 취득시효형 분묘기지권 등이 그것이다. 그간 분묘에 관한 분쟁을 다루는 선행연구에서 실제 위 3유형의 분묘기지권이 존재하였는지에 대한 실증연구가 없었다. 이 연구는 그를 추적하기 위한 연구였다. 그 역사적인 기원을 찾아보니 일제 초기에 조선고등법원의 판결에서 위 세 유형의 분묘기지권이 확립되었다. 그 중에서 승낙형 분묘기지권과 관습법상 법정지상권형 분묘기지권은 그 이전의 시대에도 ‘유사한 관습’을 찾을 수 있었다. 승낙형은 조선시대에 분산에 그 집안의 사위를 장례를 허락함으로써 시작되었다고 할 수 있으며, ‘借葬’, ‘借得一壙’, ‘借

81) 하트는 직접적으로 적용되는 법규정을 제1차 규율이라고 불렀고, 제1차 규율을 만들어내고 재관하는 준거가 되고 변경하는 규율도 있다고 하였다. 이것이 제2차 규율로서 승인을, 재판율, 변경율인 것이다. 자세한 설명은 다음을 참조. 허버트 하트/오병선 역, 「법의 개념」, 아카넷, 2001, 183면 이하.

得入葬'등으로 불리는 관습이 존재하였음을 확인할 수 있었다. 매매에 의한 관습법상 법정지상권형도 조선시대 및 개화기에 '유사한 사례'가 있었음을 확인할 수 있었다. 생각건대 매도인이 본인 소유의 분산을 가난을 이유로 매도하면서, 조상의 무덤 하나는 유지하여 봉양하게 해달라는 간청을 한 경우, 매수인이 이를 허용하는 것은 충분히 수긍가능하고 유지 가능한 관습이었을 것이다. 하지만 세 번째 유형에 해당하는, 타인의 토지에 토지소유자의 허락을 받지 않고 분묘를 만드는 경우 취득시효를 할 수 있다는 관습은 전통법제에서 찾기 어려운 관습이다. 따라서 대법원의 전원합의체 판결에서 관습법이라고 인정하고 있는 취득시효형 분묘기지권은 재론이 필요한 것이라 하겠다.

이런 케이스처럼 이렇게 판단하기도 저렇게 판단하기도 까다로운 사건을 두고, 미국의 유명한 정치 철학자이자이자 법철학자였던 로날드 드워킨(Ronald Dworkin)은 판결하기 어려운 사안(Hard Case) 혹은 難題라 불렀다.<sup>82)</sup> 그에 의하면 판결하기 어려운 사안은 하나의 정답이 있으며 법관은 이를 찾기 위해 최선을 다해야 할 권리체제가 있다 한다.<sup>83)</sup> 그에 따르면 연쇄소설을 쓰는 소설가처럼 재판관들이 通全性(Integrity)을 가지고 사안을 해결해 나가야 하며 이를 제대로 실현했을 때야 비로소 법의 지배가 된다.<sup>84)</sup> 분묘기지권에 관한 관습법을 인정할 것인지 아닌지는 바로 難題에 해당할 것이다. 앞으로도 계속적인 논의과정이 필요한 것이다.

이 글은 대법원 전원합의체 판결의 판단근거가 되었던 분묘기지권에 관한 관습의 실재여부를 찾아보는데 주안점을 두었다. 하지만 분묘기지권에 대한 논의는 훨씬 논의할 지점이 많다. 전통법제에서 분묘에 관한 분쟁이 생겼을 때 권리 침해를 어떤 사법시스템 하에서 풀어갔는지도 실증할 필요가 있다.<sup>85)</sup> 그리고 분묘기지권의 경우 지료를 지급해야 하는지 문제, 「장사법」과 분묘기지권의 관계 등도 연구대상이다. 이들 주제는 앞으로의 과제로 남기고 추후에 보충하려 한다.

82) Ronald Dworkin's, *Law's empire*, Cambridge, Mass. : Belknap Press, 1986.

83) 장영민, “드워킨의 법철학 사상”, 『법학논집』9-1, 이화여자대학교 법학연구소, 2004, 285면.

84) 안준홍, “‘법의 제국’과 법의 지배”, 『법철학연구』19-1, 한국법철학회, 2016. 4.

85) 손경찬, “조선시대 분묘에 관한 소송”, 『법학논문집』42-1, 중앙대학교 법학연구원, 2018. 4.

[참고문헌]

『국역 비변사등록』

『皇城新聞』

대한제국기 『官保』

京畿裁判所 민사판결

朝鮮高等法院 민사판결

忠淸南道裁判所 민사판결

平理院裁判所 민사판결

漢城裁判所 민사판결

문준영, “대한제국기 민사재판에서 관습의 규범적 역할- 전통 사송의 성격과 관습법에 관한 논쟁에 붙여”, 『법학논고』52, 경북대학교 법학연구원, 2015. 11.

심희기, “동아시아 전통사회의 관습법 개념에 대한 비판적 검토-일본식민지 당국에 의한 관습조사를 중심으로-”, 『법사학연구』46, 한국법사학회, 2012.

권재문, “관습법상 법정지상권의 인정근거와 필요성에 관한 비판적 고찰”, 『법사학연구』37, 한국법사학회, 2008.4.

김경숙, “等狀을 통해 본 조선후기 聯名呈訴와 公論 형성”, 『규장각』36, 서울대 규장각한국학연구원, 2010.6.

김경숙, “조선 후기 전의이씨가의 山訟과 墳山守護”, 『역사학연구』39, 호남사학회, 2010.

김경숙, “조선후기 사대부가의 山訟실태와 대응책-長成 幸州奇氏家 古文書를 중심으로-”, 『역사학연구』58, 호남사학회, 2015. 05.

김경숙, “조선후기 사대부가의 遠地墳山과 遷葬-海南 海南 尹氏家の 사례를 중심으로-”, 『사학연구』103, 한국사학회, 2011. 9.

김경숙, “조선후기 山訟 所志類의 文書樣式과 分類”, 『규장각』25, 서울대 규장각한국학연구원, 2002. 12.

김경숙, “조선후기 山訟과 上言·擊錚-盧尙樞家 와 朴春魯家の 소송을 중심으로-”, 『古文書研究』33, 한국고문서학회, 2008. 8.

김경숙, 『조선의 묘지소송』, 문학동네, 2012.

박재운, “墳墓基地權”·곽윤직 대표편집, 『민법주해VI 물권(3)』, 박영사, 1992.

朴駿緒 대표편집, 『주석민법(물권3)』, 韓國司法行政學會, 2001.

박준석, “조셉 라즈(Josept Raz)의 권위론에 대한 비판적 고찰”, 『법철학연구』

- 10-1, 한국법철학회, 2007.
- 손경찬, “조선시대 분묘에 관한 소송”, 『법학논문집』42-1, 중앙대학교 법학연구원, 2018. 4.
- 신권철, “노동법에 있어서 사회통념과 정당성-판례분석을 중심으로”, 『노동법연구』 40, 서울대학교 노동법연구회, 2016.
- 심헌섭, “根本規範 理論 小考”, 『서울대학교 법학』40-3, 서울대학교 법학연구소, 1999.
- 심희기, “조선시대 지배층의 재판규범과 관습 -흙흙신서와 목민심서를 소재로 한 검증”, 『법조』61-2, 법조협회, 2012.
- 안준홍, “‘법의 제국’과 법의 지배”, 『법철학연구』19-1, 한국법철학회, 2016. 4.
- 오시영, “관습법상 분묘기지권의 관습 부존재에 대한 고찰(Ⅰ)”, 『강원법학』49, 강원대 비교법학연구소, 2016. 10.
- 오시영, “관습법상 분묘기지권의 폐지여부에 대한 고찰”, 『토지법학』23-1, 한국토지법학회, 2007.
- 윤진수, “相續回復請求權의 消滅時效에 관한 舊慣習의 違憲 與否 및 判例의 遡及 效 -대법원 2003. 7. 24. 선고 2001다48781 전원합의체 판결(公 2003하, 1785)-”, 『비교사법』11-2, 한국비교사법학회, 2004.
- 윤진수, “제1장 통칙” 김용담 대표편집, 『주석 민법 총칙(1) 제4판』, 한국사법행정학회, 2010.
- 이덕연, “법철학 및 법이론으로 본 ‘법적문제’로서 사법적극주의”, 『법학연구』27-1, 연세대학교 법학연구원, 2017. 3.
- 이진기, “분묘기지권의 근거와 효력”, 『비교사법』23-4, 한국비교사법학회, 2016. 11.
- 장영민, “드워킨의 법철학 사상”, 『법학논집』9-1, 이화여자대학교 법학연구소, 2004.
- 전경목, “山訟을 통해서 본 조선후기 司法制度 운용실태와 그 특징”, 『법사학연구』 18, 한국법사학회, 1997. 12.
- 조종식, “관습법상 분묘기지권에 관한 연구”, 『법조』34-6, 법조협회, 1985.
- 최병조, “로마법상 慣習과 慣習法”, 『서울대 법학』47-2, 서울대학교 법학연구소, 2006. 6.
- 최병조, “제1조 법원” 박윤직 대표편집, 『민법주해(Ⅰ)』, 박영사, 1992.
- 한상권, “조선후기 산송의 실태와 성격-정조대 상언·격쟁의 분석을 중심으로-”, 『성곡논총』27-4, 성곡학술문화재단, 1996.
- 허버트 하트/오병선 역, 『법의 개념』 아카넷, 2001.

Marie Seong-Hak Kim, “日本統治下における韓國の慣習法の構成”, 『東洋文化研究』  
11 2009.

Marie Seong-Hak Kim, CUSTOMARY LAW AND COLONIAL  
JURISPRUDENCE IN KOREA, American Journal of Comparative Law  
Winter, 2009.

Marie Seong-Hak Kim, *Law and Custom in the Choson Dynasty and Colonial  
Korea: A Comparative Perspective*, 66 *J. Asian Studies*, 2007.

Ronald Dworkin's, *Law's empire*, Cambridge, Mass. : Belknap Press, 1986.

[Abstract]

## Customs on the Right of Graveyards

Son, Kyoung-Chan\*

Anyone who has set up a tomb in the land of another person will acquire a kind of a real right similar to the superficies to the tomb base(墳墓基地). This is a right of graveyard, a kind of customary law recognized by the Supreme Court. Over the years, the right of graveyard was accepted without doubt as an example of customary. Recently, controversy has been going on between one position to affirm the right and the other to deny it. However, there have been no studies examining whether 'custom' or 'customary law' existed regarding the right of graveyard. This study tried to verify whether the custom of the right base actually existed by focusing on the trial data of the Joseon Dynasty, the Enlightenment Period and

Japanese colonial era.

In the meantime, the Supreme Court has recognized three types of the right of graveyard. In other words, the right was recognized in the cases ① in which the consent of the landowner was given, ② in which the person who built the tomb sold his land (mountain area) to the other, and ③ in which the land acquired by others was occupied for 20 years. In addition, on January 19, 2017, the Supreme Court ruled that the customary law concerning the third type of the right of graveyard could not be changed or abolished.

Is the judgment of the Supreme Court on the customary law reasonable? In the traditional legal system, there was a custom called 'Borrowing the land of another to make a grave'(借葬) when the landowner had consented. In addition, after establishing the tombs, it was confirmed that there were customs to sell the land to others and to use it about the tomb because of poverty. However, the custom of acquisitive prescription is not customary in the traditional legal system, and it can be seen that it was a custom

---

\* Research Professor, Yonsei University

created in the Joseon High Court during the Japanese colonial era.

The judgment of the Supreme Court that did not abolish the right of graveyard for legal stability is agreed. However, even if the ① and ② types remain intact, ③ the type of the right should be reviewed. The reasons are as follows: the acquisitive prescription can not be viewed as traditional 'customary law' or 'custom'. However, it is fully understandable that The Supreme Court is perfectly convinced that it will not abolish the right of graveyards right now for legal stability.

Keywords : Right of Graveyards, Acquisition of Graveyard Right on the Land of Another Person, Custom, Common law, Borrowing the land of another to make a grave(借葬)

