

창 원 지 방 법 원

제 2 민 사 부

판 결

사 건 2011나12297 분묘굴이

원고, 항소인(탈퇴) 이○○ (*****-*****)

밀양시 [REDACTED]

송달장소 대구 달서구 [REDACTED]

원고 승계참가인 손○○ (*****-*****)

대구 달서구 [REDACTED]

소송대리인 법무법인 김해앤세계 담당변호사 황태진

피고, 피항소인 박○○ (*****-*****)

밀양시 [REDACTED]

소송대리인 변호사 박순문

제 1 심 판 결 창원지방법원 밀양지원 2011. 9. 22. 선고 2010가단5597 판결

변 론 종 결 2012. 7. 12.

판 결 선 고 2012. 7. 26.

주 문

1. 당심에서의 승계참가 및 예비적 청구에 따라 제1심 판결을 다음과 같이 변경한다.

원고 승계참가인의 주위적 및 예비적 청구를 모두 기각한다.

2. 소송총비용은 원고 승계참가인이 부담한다.

청구취지 및 항소취지

제1심 판결을 취소한다. 주위적으로, 피고는 원고 승계참가인(이하 '참가인'이라고만 한다)에게 밀양시 ○○면 ○○리 산*** 임야 3,669㎡ 중 별지 도면표시 1, 2, 3, 4, 1의 각 점을 순차로 연결한 선내 부분 7㎡(이하 '이 사건 임야 부분'이라고 한다)에 위치한 분묘 1기(이하 '이 사건 분묘'라고 한다)를 발굴하여 이장하고, 이 사건 임야 부분을 인도하라. 예비적으로, 피고는 참가인에게 이 사건 임야 부분에 위치한 가묘 1기를 철거하고, 이 사건 임야 부분을 인도하라(원고는 당심에서 예비적 청구를 추가하였고, 참가인은 당심에 이르러 승계참가하였으며, 원고는 이 사건 소송에서 탈퇴하였다).

이 유

1. 참가인의 주위적 청구

가. 당사자의 청구원인 및 항변

(1) 주장

참가인은, 이 사건 임야 부분의 소유자로서 그 방해배제청구권을 근거로 하여, 피고가 참가인에게 이 사건 분묘를 굴이하고 그 분묘기지인 이 사건 임야 부분을 인도할 의무가 있다고 주장하고, 이에 대하여 피고는 이 사건 임야 부분을 이 사건 분묘의 기지로서 1967. 8. 23. 이래 20년 이상 평온·공연하게 점유·관리하여 옴으로써 이 사건 임야 부분에 관하여 분묘기지를 취득하여 점유할 권리가 있으므로 참가인에게

이 사건 분묘를 굴이하거나 이 사건 임야 부분을 인도할 수 없다고 주장한다.

(2) 판단

원고(탈퇴, 이하 '원고'라고만 한다)가 이 사건 임야 중 2/5 지분에 관하여 2006. 8. 30., 이 사건 임야 중 3/5 지분에 관하여 2008. 6. 26. 각 소유권이전등기를 마쳤고, 참가인은 2011. 2. 21. 이 사건 임야에 관하여 소유권이전등기를 마쳤으며, 피고가 이 사건 분묘를 수호·관리하면서 이 사건 임야 부분을 점유하고 있는 사실은 다툼이 없거나 갑 제1, 2, 4호증, 을 제1, 2, 3, 5, 10, 14, 16호증(가지번호 있는 것은 각 가지번호 포함)의 각 기재와 영상 및 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있다.

그러나, 타인 소유의 토지에 소유자의 승낙 없이 분묘를 설치한 경우에도 20년간 평온·공연하게 그 분묘의 기지를 점유하면 지상권 유사 관습상 물권인 분묘기지권을 시효로 취득하고, 분묘기지권은 분묘를 수호하고 봉제사하는 목적을 달성하는 데 필요한 범위 내에서 타인의 토지를 사용할 수 있는 권리를 의미하는 것으로서, 분묘기지권은 분묘의 기지 자체뿐만 아니라 분묘의 설치목적인 분묘의 수호 및 제사에 필요한 범위 내에서 분묘 기지 주위의 공지를 포함한 지역에까지 미치는 것이다(대법원 2011. 11. 10. 선고 2011다63017, 63024 판결 등 참조).

이 사건에 관하여 살펴건대, 앞서 든 증거들에 변론 전체의 취지를 종합하면, 피고가 그 아버지인 박○○이 사망한 1967. 8. 23. 이 사건 임야 부분에 망 박○○의 시신을 매장하여 이 사건 분묘를 설치한 이후 20년간 평온·공연하게 그 분묘의 기지를 점유한 사실, 이 사건 임야 부분은 이 사건 분묘를 수호하고 봉제사하는 목적을 달성하는 데 필요한 범위 내인 사실 또한 인정되므로 피고는 이 사건 임야 부분에 대하여 분묘기지권을 시효 취득하였다고 할 것이어서 피고의 항변은 이유 있고, 결국 참가인

의 위 주장은 이유 없다.

나. 참가인의 재항변에 관한 판단

(1) 분묘기지권 포기 주장

참가인은 ① 원고의 시아버지인 구○○이 1973. 7. 23. 이 사건 임야에 관하여 소유권이전등기를 마쳤을 무렵 피고가 위 구○○에게 이 사건 분묘를 이장하고 이 사건 임야 부분을 인도하여 주기로 약정(제1차 약정)하였고, ② 원고의 며느리인 김○○가 2010. 4. 28.경 피고를 찾아갔을 때에도 피고가 망 박○○의 제삿날인 2010. 8. 23. 이후에 이 사건 분묘를 이장하고 이 사건 임야 부분을 인도하여 주기로 약정(제2차 약정)하는 등 피고가 위와 같이 취득한 분묘기지권을 포기하였다고 주장한다.

살피건대, 이에 부합하는 듯한 증거로는 갑 제3, 5, 6호증, 갑 제7호증의 6의 각 기재, 제1심 증인 권○○, 당심 증인 김○○의 각 증언이 있으나, 위 증거들과 앞서 을 제1, 2호증의 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정들 즉, ① 망 박○○의 실제 사망일은 1967. 8. 23.(음력 7. 18.)로서 통상 제사는 음력을 기준으로 지내는 관습에 의하면 위 김○○가 피고를 찾아갔을 무렵 제삿날은 2010. 8. 27.(음력 7. 18)인 점(제적등본상 망 박○○의 사망일인 1957. 10. 23.을 기준으로 하더라도 2010. 8. 23.은 제삿날이 될 수 없음은 역수상 명백하다), ② 가사 위 권○○에게 피고의 며느리가 분묘를 이장해 주기로 하였다고 하더라도 이 사건 분묘를 수호·관리 하면서 이 사건 임야 부분을 점유하는 피고의 의사와는 무관해 보이는 점, ③ 위 김○○의 진술에 의하더라도 피고의 이 사건 분묘 이장의 약속은 피고의 가족과 상의하여 결정한다는 것에 불과하여 이를 확정적 의사라고 보기에 무리가 있는 점 등에 비추어 보면, 위 증거들만으로는 피고가 이 사건 분묘를 이장하기로 약속하였다거나 이 사건

임야 부분에 관한 분묘기지권을 포기하였음을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없으므로 참가인의 위 주장은 이유 없다.

(2) 분묘기지권 소멸 주장

참가인은 2011. 6월경 이 사건 분묘에 안장된 시신이나 유골이 원고에 의하여 발굴되어 존재하지 아니하므로 이 사건 임야 부분에 대한 분묘기지권도 소멸하였다고 주장한다.

살피건대, 분묘는 사람의 사체, 유골, 유발 등을 매장하여 제사나 예배 또는 기념의 대상으로 하는 장소를 말하는 것이고, 사체나 유골이 토괴(土塊)화하였을 때에도 분묘인 것인바(대법원 1990. 2. 13. 선고 89도2061 판결 등 참조), 참가인의 주장에 부합하는 듯한 증거로는 갑 제7호증의 1, 2, 9, 18 내지 23의 기재와 영상, 당심 증인 김○○의 증언이 있으나, 앞서 채택한 증거들, 갑 제7호증의 4, 을 제23, 24호증(각 가지 번호 포함)의 각 기재와 영상 및 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정들 즉, ① 원고가 2011. 6월 말경 및 2011. 7월 말경 2차례에 걸쳐 이 사건 분묘에 안장된 망 박○○의 유골 중 육안으로 확인할 수 있는 부분을 발굴하여 반출하였다고 하더라도, 위 유골은 발굴 당시 매장한 지 이미 40년 이상 지나 상당 부분 토괴화되었을 것으로 보이는바, 그와 같이 토괴화 된 유골 부분은 그대로 존재하고 있을 것으로 보이는 점, ② 당심 증인 김○○가 망 박○○의 유골을 발굴하여 화장하였다고 제출하는 사진만으로는 실제 망 박○○의 유골인지 분간하기도 어려운 점, ③ 피고는 2차에 걸친 원고의 이 사건 분묘에 대한 훼손 기도 직후에 모두 이 사건 분묘를 원상 복구한 점 등에 비추어 참가인 제출의 위 증거들만으로는 이 사건 분묘에 안장된 시신이나 유골이 존재하지 않는다거나 분묘수호 및 봉제사의 대상이 되지 않는다는 점을

인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로 참가인의 이 부분 주장도 이유 없다(가사 이 사건 분묘에 안장된 시신이나 유골이 전혀 존재하지 않는다고 하더라도, 분묘기지권은 분묘에 시신이 안장되어 일단 물권으로서 인정된 이상 분묘가 후손의 관리중단으로 자연히 소멸하여 외부에서 인식할 수 없는 상태로 되기 전까지는 계속 존속하는 지상권 유사의 물권으로 봄이 상당한 점, 지상권 유사의 관습상 물권인 분묘기지권과 가장 가까운 민법 제366조 소정의 법정지상권이나 관습상의 법정지상권이 성립한 경우를 보면, 성립 이후에 건물을 개축 또는 증축하는 경우는 물론 건물이 멸실되거나 철거된 후에 신축하는 경우에도 법정지상권은 성립하는 점(대법원 1997. 1. 21. 선고 96다40080 판결 등 참조), 분묘기지권에 기하여 토지를 사용하게 할 의무를 지는 토지소유자가 분묘를 훼손하는 경우에도 그 분묘훼손을 이유로 분묘기지권이 소멸한다고 해석하는 것은 정의관념에 매우 반하는 점 등에 비추어 보면 참가인의 이 부분 주장은 이유 없다).

3. 참가인의 예비적 청구

예비적으로 참가인은, 이 사건 분묘는 원고가 그곳에 안장된 망 박○○의 시신이나 유골을 발굴, 반출한 이후에 조성된 것으로 봉분만 존재하고 그 시신이나 유골은 존재하지 아니하는 소위 '가묘'이므로 관습법상 분묘기지권의 대상이 되지 않는 것인바, 피고는 참가인에게 위 가묘를 철거하고 그 기지인 이 사건 임야 부분을 인도할 의무가 있다고 주장하므로 살피건대, 앞서 본 바와 같이 이 사건 분묘에 시신이나 유골이 존재하지 않는다고 보기 어려우므로, 이 사건 분묘가 가묘임을 전제로 하는 참가인의 이 부분 주장은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

4. 결론

그렇다면, 원고 승계참가인의 이 사건 주위적 및 예비적 청구는 모두 이유 없어 이를 기각할 것인바, 당심에서의 승계참가와 예비적 청구 추가에 따라 제1심 판결을 위와 같이 변경하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 황기선

판사 여경은

판사 황여진

별지

도 면

