

분묘기지권 시효취득의 관습 존재 유무에 관한 고찰

—분묘 관련 판례 및 제도의 연혁적 고찰을 중심으로—

A Study on the Existence or Nonexistence of Custom about Prescriptive Acquisition of Graveyard

—Focused on Historical Consideration of Precedent
and Institutions—

노 한 장*

No, Han-Jang

목 차

- | | |
|--------------------------|---------------------------|
| I. 문제의 제기 | III. 분묘기지권 시효취득의 관습 존재 유무 |
| II. 분묘기지권에 관한 판례의 연혁적 고찰 | IV. 결론 |

정부는 장사법(2001. 1. 13.시행)을 마련하여 개인묘지 설치면적을 제한하고 분묘의 설치기간도 최장 60년으로 제한하는 한시적 매장제도를 실시하는 등 산지의 효율적 이용을 위해 분묘·묘지관리를 대폭 강화하였다. 특히 장사법은 토지 소유자로부터 승낙을 받지 않고 타인

투고일 : 2019. 1. 27. / 심사외뢰일 : 2019. 1. 31. / 게재확정일 : 2019. 2. 12.

* 단국대학교 부동산건설대학원 외래교수, 부동산학 박사

Instructor, Graduate School of Real Estate and Construction, Dankook University, Ph. D.
in Real Estate

의 토지나 묘지 안에 설치한 분묘에 대해서는 그 분묘 보존을 이유로 권리를 주장하지 못하도록 제한함으로써 분묘기지권을 인정하지 않는 것으로 개정되었다. 장사법이 시행되자, 대법원은 전원합의체 판결을 통해 타인의 토지 위에 분묘를 설치하고 20년 동안 평온, 공연하게 분묘의 기지를 점유하면 시효로 인하여 지상권과 유사한 관습상의 물권인 분묘기지권을 취득한다는 법적 규범이 장사법이 시행된 후에도 여전히 존속한다는 판결을 내렸다. 이러한 판결이 선고되자, 학계에서는 분묘기지권의 시효취득에 관한 관습이 계속 존재하고 있는지 여부, 분묘기지권을 인정한다면 그 근거와 효력은 무엇인지, 우리 전통사회에 취득시효형 분묘기지권에 관한 관습이 과연 존재하였는지 여부 등 다양한 연구들이 등장하고 있다.

일부에서는, 우리 전통사회에 시효제도에 대한 인식이나 관습이 없었으며, 분묘기지권을 시효를 이유로 취득하는 관습 자체가 존재하지 않았다고 주장하고 있다. 이러한 견해에서는 그 근거로 조선총독부의 「관습조사보고서」 또는 「민사관습회답취집」에 취득시효형 분묘기지권에 관한 관습이 조선사회에 존재하지 않았다고 기록된 점을 들고 있다. 그러나 식민지 통치기구에서 일본인이 중심이 되어 그들의 법제와 입맛에 맞추어 조사한 관습조사 결과를 액면 그대로 받아들이는 것은 보다 신중한 접근이 필요하다고 할 것이다. 경국대전의 분묘를 위한 차등보수제(差等步數制) 및 속대전, 대전회통 등에서 규정한 용호수호(龍虎守護)의 사점을 통한 묘지점권(墓地占權)의 인정, 정소기간(呈訴期限)을 통한 권리행사기간의 제한, 산송을 통한 현실적 점유(現實的占有) 다툼 등 전통적 법제와 관습들을 유기적으로 결합해 볼 때 조선 사회에는 분묘기지권의 시효취득에 관한 관습이 존재하고 있었다고 보는 것이 타당하다.

[주제어] 분묘기지권, 시효취득, 분묘점권, 산송, 정소기간, 일제의 관습 정책

I. 문제의 제기

승유정책에 따른 매장 중심의 장사문화와 산지의 사점(私占)을 통한 묘지점권(墓地占權)의 행사, 산송(山訟)의 증가 등으로 분묘를 둘러싼 사회적 문제가 심각한 상황에서 일제강점기 조선고등법원은 타인의 토

지에 분묘를 설치한 점유자에게 분묘기지권(墳墓基地權)의 시효취득을 인정하는 판결을 내렸다.¹⁾ 조선고등법원은 타인의 토지에 그 소유자로부터 승낙을 받아서 분묘를 설치한 자는 물론이거니와(承諾形), 비록 토지 소유자로부터 승낙을 얻지 않고 타인의 토지에 분묘를 설치하였더라도 20년간 평온하고 공연하게 분묘의 기지를 점유한 때에는 취득시효(取得時效)로 인하여 그 토지 위에 지상권과 유사한 성격의 물권을 취득한다고 판시함으로써 이른바 ‘취득시효형(取得時效形)’ 분묘기지권을 인정하였다. 이러한 판결은 해방 후 의용민법 시대는 물론이고 우리 민법(법률 제471호, 1960. 1. 1.시행)과 매장법(법률 제799호, 1962. 1. 1.시행)이 제정된 이후에도 대법원에 의해 계승되고 그 내용이 구체화되면서 90년 이상 오랜 기간에 걸쳐 우리 사회의 확고한 관습법(慣習法)으로 자리를 잡아 왔다.

그러나 화장률 증가로²⁾ 장사방법이 매장에서 화장으로 급속히 바뀌고, 묘지공간 부족, 산지의 경제적 가치 상승과 재산권 의식 강화 등 사회적 변화에 따라 정부는 장사법을 마련하여 개인묘지의 면적을 1기당 10㎡를 초과하지 못하도록 제한하고, 분묘의 설치기간도 최장 60년으로 제한하는 등 분묘·묘지관리를 대폭 강화하였다. 특히, 장사법(법률 제6158호)은 동법 시행일인 2001. 1. 13. 이후에 설치된 분묘에 대해서는 토지 소유자의 승낙을 받지 않고 타인의 토지나 묘지 안에 분묘를 설치한 연고자에 대해 그 토지 소유자나 묘지 설치자 또는 연고자가 개장을 하는 경우 분묘 보존을 위한 권리를 주장할 수 없도록 제한함으로써 타인의 승낙을 받지 않고 그 토지에 설치한 분묘 기지에 인정하여 왔던 권리를 금지시켰다(제23조 제1항 및 제3항, 부칙 제2조). 이와 같이 타인

1) 조선고등법원 1927년 3월 8일 선고 1926년 민상 제585호 분묘굴이사건.

2) 우리나라의 화장률은 아래 표에서 보는 바와 같이 이미 80%를 넘어 빠르게 증가하고 있다.

년도	'93	'04	'05	'06	'07	'08	'09	'10	'11	'12	'13	'14	'15	'16
화장률(%)	19.1	49.2	52.6	56.5	58.9	61.9	65.0	67.5	71.1	74.0	76.9	79.2	80.8	82.7

자료 : (보건복지부, “2016년 화장률 82.7%, 전년보다 1.9%p 증가”, 보도자료, 2017. 12. 7.)

의 토지나 묘지 안에 그 소유자의 승낙을 받지 아니하고 설치한 분묘에 대해서는 그 보존을 이유로 권리를 주장할 수 없도록 장사법이 제정되자 학계 및 실무계에서는 상기 장사법의 시행으로 조선고등법원 및 대법원 판례가 인정해 온 분묘기지권, 특히 타인의 토지에 소유자의 승낙을 받지 않고 무단으로 설치한 분묘에 대해서는 더 이상 분묘기지권의 시효 취득이 인정되지 않는다는 견해와 장사법 시행 후에도 분묘기지권의 관습법은 여전히 존재한다는 견해가 팽팽하게 맞서게 되었다. 급기야 대법원은 이례적으로 공개변론까지 걸쳐 전원합의체 판결로 타인의 토지에 분묘를 설치한 경우 20년간 평온, 공연하게 분묘의 기지를 점유하면 지상권과 유사한 관습상의 물건인 분묘기지권을 시효로 취득한다는 법적 규범이 2000년 1월 12일 법률 제6158호로 전부 개정된 ‘장사 등에 관한 법률’의 시행일인 2001년 1월 13일 이전에 설치된 분묘에 관하여 현재까지 유지되고 있다고 판시하였다.³⁾

이 판례에 대하여 판결에 참여한 대법관 사이에서도 다수의견과 소수의견이 백중세를 보일 정도로 팽팽한 의견대립을 보였다. 상기 대법원 판결을 계기로 학설 또한 분묘기지권의 시효취득에 관한 관습이 계속 존재하고 있는 것인지 여부,⁴⁾ 분묘기지권을 인정한다면 그 근거와 효력은 무엇인지,⁵⁾ 분묘기지권의 시효취득을 인정하는 종전의 관습이 2001년 1월 13일 장사법 시행 후에도 전체 법질서와의 관계에서 정당성과 합리성을 유지하는지,⁶⁾ 우리의 전통사회에 취득시효형 분묘기지권에

3) 대법원 2017. 1. 19. 선고 2013다17292 전원합의체 판결 [분묘기지권의 취득시효에 관한 사건].

4) 권철, “분묘기지권의 시효취득에 관한 관습법 인정 여부-대법원 2017. 1. 19. 선고 2013다17292 전원합의체 판결-”, 성균관법학 제30권 제3호, 성균관대학교 법학연구소, 2018, 341-382쪽.

5) 이진기, “분묘기지권의 근거와 효력”, 비교사법 제23권 제4호, 한국비교사법학회, 2016, 1701-1746쪽.

6) 나태영, “분묘기지권에 관한 소고-대법원 2017. 1. 19. 선고 2013다17292 전원합의체 판결을 중심으로-”, 민사법의 이론과 실무, 민사법의 이론과 실무학회, 2018, 89-125쪽.

관한 관습이 존재하였는지 여부) 등 다양한 연구들이 등장하고 있다. 본 연구는 장사법의 시행으로 분묘·묘지에 대한 국가적 관리가 강화되고, 2017년 대법원 전원합의체 판결이 나오면서 위와 같은 다양한 논의가 확산되는 즈음에, 그러한 논란의 근본적 원인을 제공한 시효취득형 분묘기지권에 관한 관습이 과연 우리의 전통사회에 존재하여 왔는지 여부에 대한 근본적인 접근을 시도했다는 점에서 연구의 시의성과 학술적 가치가 기대된다.

Ⅱ. 분묘기지권에 관한 판례의 연혁적 고찰

1. 분묘기지권 최초 인정(朝鮮高等法院)

1.1 [사실관계]⁸⁾

본건 분묘이장 청구사건에서 원고는 자기의 소유인 임야에 대하여 최한중(崔漢中)에게 관리를 맡겼는데, 1926년 1월 20일 관리인으로부터 피고가 무단으로 당해 임야에 그 부모를 매장하여 분묘를 설치하였다는 사실을 통보받고 즉시 그 이장(移葬)을 청구하였으나 이에 응하지 않자 법원에 소송을 제기하였다. 이에 대하여 피고는 상기 임야는 1918년 5월 최한영(崔漢榮)에게 신탁을 하였으나, 1926년 3월 31일 해제의 의사 표시를 하여 현재 공부상 원고의 소유로 되어 있는 것이라 항변하였다.

7) 손경찬, “분묘기지권에 관한 관습”, 법학논고 제61집, 경북대학교 법학연구원, 2018, 219-249쪽; 오시영, “관습상의 분묘기지권 인정 대법원 판례 검토-대법원 2013다17292 전원합의체 판결”, 동북아법연구 제11권 제1호, 전북대학교 동북아법연구소, 2017, 241-263쪽.

8) 국역 고등법원판결록(高等法院判決錄), 제14권(민·형사편), 대법원 법원도서관, 2011, 45-48쪽.

피고는 또한, 지금부터 21년 전에 당시의 임야소유자였던 최한영으로부터 승낙을 얻어 모친을 매장하여 분묘를 설치하였으며, 이어서 1924년 2월 25일 부친의 사체를 합장한 것이므로 원고의 분묘이장 청구는 부당하다고 답변하였다. 이러한 사실관계를 바탕으로 상고심인 조선고등법원은 피고에게 승낙형(承諾形) 분묘기지권뿐만 아니라, 시효로 인한 분묘기지권(取得時效形)까지 인정하고 원고의 분묘굴이 청구를 배척하였다.

1.2 [판결요지 및 판결이유]

조선고등법원은 피고에게 분묘의 설치로 인한 지상권 유사의 물권취득, 이른바 분묘기지권의 시효취득을 인정하여 사건을 정성복심법원으로 파기환송하였다. 조선고등법원은 그 판결이유에 대해 다음과 같이 세 가지 근거를 제시하였다. 첫째, 조선에서는 타인으로부터 승낙을 받아 그가 소유하는 토지 안에 분묘를 설치한 자는 그 분묘를 소유하기 위해 대상 토지에 대해 지상권과 유사한 법적 성격을 갖는 물권을 취득한다. 둘째, 타인의 토지에 그 소유자로부터 승낙을 받지 않고 분묘를 설치하였더라도 20년간 평온하고 공연하게 분묘의 기지(基地)를 점유한 때에는 취득시효(取得時效)로 인해 타인의 토지에 대하여 지상권에 유사한 일종의 물권을 취득한다. 셋째, 시효로 취득한 권리에 대해서는 별도의 증명이나 등기 없이 제3자에게 대항할 수 있는 것이 관습(慣習)이다. 조선고등법원은 결국 21년 전에 모친의 분묘를 설치하였다면, 분묘 설치에 토지소유자의 승낙을 얻었을 당시는 물론, 그렇지 않더라도 그 기간 동안 평온·공연하게 분묘기지를 점유해왔다면, 분묘 점유자는 관습에 의해 이미 분묘의 기지에 대하여 지상권에 유사한 성격을 갖는 물권을 가지므로 가령 원고가 본건 토지의 소유권을 가진다고 하더라도 그 이장을 요구할 수는 없다고 설시하였다.

2. 매장법 이후 분묘기지권 계승(大法院)

해방 후에도 우리나라에는 한 동안 일본 민법을 의용하여 민사관계를 규율하였으며, 대법원은 일찍이 조선고등법원에서 인정한 분묘기지권에 대한 법리를 그대로 받아들이고 그 내용을 구체화시켜 나갔다.⁹⁾ 대법원은 타인이 소유하는 토지에 소유자로부터 승낙을 얻지 않고 분묘를 설치한 자라도 20년간 평온하고 공연하게 분묘의 기지를 점유하면 시효로 인하여 타인의 토지상에 지상권과 유사한 성격을 갖는 물권을 취득하는 것이고, 이러한 권리에 대하여는 등기 없이 이를 제삼자에 대항할 수 있는 것이 관습이라고 판시함으로써 조선고등법원의 시효취득형 분묘기지권에 관한 판례를 승계하였다.¹⁰⁾ 대법원은 평온(平穩)·공연(公然)의 의미에 대해서도 평온한 점유란 점유자가 점유를 취득하거나 보유하는과정에서 법률상 용인될 수 없는 강폭행위를 쓰지 않는 점유를 의미하고, 공연한 점유란 은비의 점유가 아닌 점유를 말한다고 정의를 내렸다.¹¹⁾

등기 없이 제3자에 대한 대항력을 인정하는 것과 관련 대법원은, 분묘기지권은 분묘에 시신을 평장하거나 암장을 함으로써 객관적으로 인식을 할 수 있는 외형을 갖추지 못하면 인정되지 않으므로, 봉분을 쓰는 등으로 외부에서 분묘가 존재한다는 것을 인식할 수 있는 외형을 갖춘 경우에만 인정되고, 이러한 특성상 분묘기지권은 별도로 등기를 하지 않아도 취득한다고 판시함으로써 분묘기지권의 공시방법은 일반 부동산에서와 같은 등기가 아니라, 외부에서 인식할 수 있도록 봉분 등 분묘의 형태를 갖추는 것이라는 점을 명확히 하였다.¹²⁾

9) 김준호, 물권법, 법문사, 2009, 273-275쪽.

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

11) 대법원 1993. 5. 25. 선고 92다52764, 52771(반소) 판결; 대법원 1992. 4. 24. 선고 92다 6983 판결.

12) 대법원 1996. 6. 14. 선고 96다14036 판결; 대법원 1976. 10. 26. 선고 76다1359,1360

또한 대법원 판례는 20년간 점유, 평온하고 공연한 점유, 지상권에 유사한 일종의 물권(분묘기지권)의 시효취득, 등기 없이 제3자에 대한 대항력 인정, 법적 근거를 ‘관습’에 두고 있다는 점을 명확히 밝히고 있는 점 등은 앞에서 살펴본 조선고등법원의 분묘기지권 최초 인정 판례와 내용이 동일하다. 또한, 대법원은 자기가 소유하는 토지에 분묘를 설치하고 이를 타인에게 양도한 때에는 그 분묘 외부에서 인식할 수 없는 평장(平葬)을 제외하고는 당사자 간에 특별한 의사표시가 없으면 토지의 매도인은 그 분묘의 소유를 위해 매수인의 토지에 대하여 지상권과 유사한 성격을 갖는 물권을 취득한다고 판시하였다. 이에 따라, 분묘의 소유자가 타에 이장하지 않는다는 약정이 없는 이상, 분묘를 소유하는 것은 불법이라고 하여 분묘의 발굴청구를 인용하고, 그 기지내의 소나무를 벌채한 손해를 지급하라고 판시한 하급심 판결을 파기하였다.¹³⁾ 이로써, 대법원은 조선고등법원 판례에서 인정된 승낙형과 취득시효형 분묘기지권 두 가지 유형에 양도형 분묘기지권을 추가하여 분묘기지권의 인정 범위를 확대하였다.

3. 장사법 이후 분묘기지권 전면 재검토(大法院)

3.1 [다수의견]¹⁴⁾

다수의견은 그 동안 대법원은 분묘기지권을 시효로 취득하는 것을 우리 사회에 오랜 기간 동안 지속적으로 유지해 오고 있는 관습법의 하나로 인정하여, 20년 이상의 장기간 계속된 사실관계를 바탕으로 이루어진 분묘에 대한 사회질서를 법적으로 보호하였고, 우리 민법의 시행일

판결.

13) 대법원 1967. 10. 12. 선고 67다1920 판결.

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

인 1960년 1월 1일부터 50년 이상의 오랜 기간 위와 같은 관습이 존재한다는 사실에 대한 사회 구성원들의 법적 확신이 확고부동하게 이어져 오고 있음을 확인하고 이를 적용하여 왔다는 점을 명확히 하였다. 다수의 의견은 또한, 조선시대에는 산림공유 원칙에 따라왔으므로 대부분의 분묘가 설치되던 산림에 대하여는 민간이나 개인의 사적 소유권이 인정되지 않았으나, 일단 산지에 분묘가 설치되면 그 분묘가 존속하는 동안에는 이른바 ‘묘지점권’ 또는 ‘분묘점권’이라는 사적 점유권의 형태로 보호가 이루어졌으며, 대법원은 우리 사회에 널리 퍼져있던 매장 중심 장묘문화와 이를 기초로 인정된 분묘 수호를 위한 토지 사용권 보호를 내용으로 하는 관습 또는 관행의 존재를 근거로 시효를 원인으로 하는 분묘기지권의 취득을 인정하였다고 판시하였다.

3.2 [반대의견 및 보충의견]

반대의견 측 대법관들은 부모에 대한 효사상이나 조상을 숭배하는 사상을 중요시하는 유교 중심의 문화가 성행하였던 조선시대부터 그 영향이 남아있던 시기까지 우리 사회의 일반적 장사법은 ‘매장’을 중심으로 이루어졌고, 이러한 전통과 관습이 조선고등법원의 판결 및 대법원의 판례로 확인된 분묘기지권 성립의 기초가 되었다는 점은 공감하고 있다. 그렇지만 반대의견은 현행 민법 시행 후에는 임야를 비롯한 토지의 소유권 개념과 사유재산제도가 확립되고 토지의 경제적 가치 상승에 따른 토지 소유자의 권리의식 향상 및 그 보호의 필요성이 커졌으며, 매장중심 장묘문화가 현저히 퇴색함에 따라, 토지 소유자의 승낙 없이 무단으로 설치된 분묘까지 취득시효에 의한 분묘기지권을 인정하였던 관습은 그 사회적·문화적 기초를 상실하였고, 이러한 관습은 전체 법질서와도 부합하지 않게 되었으므로, 더 이상 이를 법적 규범으로 삼아 법원(法源)으로서의 효력을 인정할 수 없다고 주장하였다. 보충의견은

또한, 분묘기지권에 관하여만 민법상 소유권이나 다른 재산권의 시효취득 요건과 달리 취급하여 악의의 무단점유를 보호하는 것이 사유재산권 및 사적 자치를 존중하는 근대 민법의 정신에 부합하는지에 대하여 의문을 제기하면서, 승낙의 존재나 그 가능성은 결국 사실인정 내지는 의사표시의 해석의 문제라고 주장하였다.

4. 소결(판례의 검토)

일제강점기 1927년 조선고등법원이 처음으로 토지소유자의 승낙을 얻어서 분묘를 설치한 경우(승락형) 및 승낙을 얻지 않고 무단으로 설치한 분묘(취득시효형)에 대해서까지 분묘기지권(墳墓基地權)을 인정한 이래 분묘기지권은 90년이 넘는 오랜 기간 동안 조선고등법원 및 대법원의 거듭된 확인과 사회구성원들의 법적 확신에 의해 관습법(慣習法)으로서의 확고한 위치를 점하여 왔다. 그러나 장사문화가 매장에서 화장위주로 바뀌고, 산지의 경제적 가치와 소유권에 대한 의식이 변화되었는가 하면, 장사법의 전면 개정으로 토지 소유자의 승낙 없이 설치한 분묘의 소유자는 토지의 소유자에게 더 이상 권리를 주장할 수 없도록 제한하는 실정법이 제정되는 등 사회경제적, 법률적 환경이 변화됨에 따라 분묘기지권에 관한 관습법의 소멸여부 내지 법적 확신의 변화 여부를 놓고 법원 실무는 물론 학술적으로도 논란이 가중되고 있다. 특히 학계 일부에서는 관습법의 소멸여부가 아니라 한발 더 나아가 우리 사회에는 토지 소유자의 승낙을 받지 않고 무단으로 분묘를 설치한 경우에는 시효로 인하여 분묘기지권을 취득하는 관습 자체가 존재하지 않았다는 관습부존재론을 제기하는 견해마저 등장하고 있는 실정이다. 이 견해는 기존 판례가 기초로 삼고 있는 관습이 존재하지 않으므로 판례로 인정된 관습법은 더 이상 존립근거가 없으며 무효화되어야 하고, 다만 기설치된 분묘들을 불법이라고 일거에 파헤치는 것은 법적 안정성을 크게 해할

수 있으므로 여성들의 종중원 자격을 인정하는 판례변경에 준하여 법적 안정성을 도모하는 것이 타당하다는 주장까지 제기하고 있다. 이와 같이 분묘기지권의 시효취득에 관한 대법원 판례와 관련하여 논쟁이 되고 있는 핵심 논제는 분묘기지권의 시효취득을 인정하는 관습이 과연 우리 사회에 존재하고 있었는가의 문제에서 출발한다. 민법 제1조는 법 규범의 존재형식인 법원(法源)에 대하여 「민사에 관하여 법률에 규정이 없으면 관습법에 의하고 관습법이 없으면 조리에 의한다」고 규정하여 성문법인 법률이 없는 경우 관습법이 그 다음으로 법적 규범을 갖는다는 것을 명시하고 있으며, 민법 제185조는 「물권은 법률 또는 관습법에 의하는 외에는 임의로 창설하지 못한다」고 규정하여 관습법에 의해서도 물권의 종류를 창설할 수 있도록 하고 있다. 따라서 관습이 존재하였다면 그 동안 법원 판결을 중심으로 형성된 분묘기지권에 관한 관습법은 정당성과 합리성을 갖는 것이므로 장사법에 저촉되는 범위 내에서 변경 또는 효력을 제한하면 된다. 그러나 일부 학설처럼 우리 사회에 그러한 관습이 존재하지 않은 것이 사실이라면 법적 안정성과 구체적 타당성의 조화를 위한 보다 심도 있는 논의와 추가적 조치가 필요할 것이다. 결국 그 동안 타인의 토지에 소유자의 승낙을 받지 않고 무단으로 설치한 분묘에 대하여 20년간 평온, 공연하게 이를 점유한 경우에 분묘기지권의 시효취득 인정여부 및 분묘기지권의 존속기간, 지료의 지급여부, 공시방법, 분묘기지권의 인정범위 등 권리의 내용에 관하여 축적된 판례이론들의 정당성과 합법성 여부는 분묘기지권의 전제이자 인정근거로 삼은 ‘관습이 과연 우리 사회에 존재하였는가’의 문제에 귀착된다고 할 수 있다.

Ⅲ. 분묘기지권 시효취득의 관습 존재 유무

1. 분묘기지권 관습의 존재(墳墓占權)

유교국가인 조선사회에서는 조상을 모시기 위한 길지를 선점하기 위해 신분의 높고 낮음에 관계없이 앞을 다투어 위세를 과시하려는 위선경쟁(爲先競爭)이 성행하였으며,¹⁵⁾ 이러한 과정에서 발생하는 크고 작은 충돌들은 산송(山訟)과 사회적 문제의 원인이 되기도 하였다.¹⁶⁾ 따라서 분묘설치를 위한 공간을 마련하는 것은 개인과 문중이 해결해야 할 과제였는바, 개국 이래 조선의 국가기본법인¹⁷⁾ 경국대전(經國大典)에는 전답의 경우와 달리, 「시초장사점자장팔십(柴草場私占者杖八十)」이란 규정을 두어 임야를 사적으로 점유하는 자에 대해서는 80대의 곤장형에 처하도록 형사처벌 규정까지 마련하는 등 그 사적 소유를 철저하게 금지하였다.¹⁸⁾ 그렇지만, 다른 한편으로는 조선 초기부터 경국대전(經國大

15) 신광섭, “조선시대의 묘제와 부장품”, 한국문화사 05 상장례, 삶과 죽음의 방정식, 국사편찬위원회, 두산동아, 2005, 223-224쪽.

16) 조선사회에서는 16, 17세기를 지나면서 성리학적 장사의례가 정착되어 감에 따라 후손들에게 조상의 분묘는 그 중요성과 의미가 더욱 커져갔다. 이에 따라, 명당자리에 분묘를 훌륭하게 단장하고 묘역을 확대시켜 위세를 과시하는 위선사업(爲先事業)이 활발해지고, 분묘를 중심으로 족산(族山), 종산(宗山)이 형성되어 갔다. 또한, 조상의 분묘를 지키기 위해 후손들은 목숨을 걸고 산송에 매달렸으므로 국왕이 나서도 해결되지 않는 사례도 속출하였다(이덕형, “조선후기 사대부의 성리학적 풍수관—분수원산송을 사례로—”, 역사민속학 제30집, 한국역사민속학회, 2009, 237-238쪽).

17) 조선시대는 통일법전시대라고 일컬어질 만큼 통일법전의 제정과 그것의 계속적인 증보에 의한 법치주의적 통치를 하였다는 점에서 법제사적 특성이 있다고 평가되고 있다. 조선시대 최초의 통일법전은 경국대전(經國大典)이며, 오늘날 전해지는 경국대전은 성종 때(1485년)부터 시행된 제4차 경국대전이다. 이어서, 영조 때(1746년)에는 『경국대전』 이후의 각 법령을 정비한 통일법전인 『속대전(續大典)』이 편찬되었으며, 정조 때(1785년)에는 『속대전』 이후의 법령과 『경국대전』·『속대전』을 하나로 통합한 『대전통편(大典通編)』을 편찬하여 시행하였다. 고종 때(1865년)에는 『대전통편』 이후의 법령을 보충한 『대전회통(大典會通)』이 편찬, 시행되었다.

한국민족문화대백과사전, <<http://encykorea.aks.ac.kr/Contents/Item/E0022710>>.

典)에 품계(品階)에 따라 보수(步數)에 차등을 두도록 하여 비록 그 규모와 경계는 달랐지만, 사족(士族)들에게는 일정 범위의 산지에 분묘를 설치하고 관리할 수 있는 분묘점권(墳墓占權)을 부여함으로써 분묘설치를 위한 사적 사용권을 허용하였다.¹⁹⁾ 그렇지만, 사족들은 이러한 제한 규정을 제대로 지키지 않았고, 조선 후기에 접어들면서 산지의 광점(廣占) 현상이 성행하였으며, 영조(1746년) 때 편찬한 속대전(續大典)에는 명시적으로 용호수호(龍虎守護) 범위까지 사점(私占) 및 금양(禁養)을 인정하게 되었다.²⁰⁾ 이와 같이 분묘를 설치한 묘지에 대해서는 특별취급을 하여 국가가 분묘점권(墳墓占權)을 부여함으로써 분묘가 존속하는 동안 국가적 차원에서 그 사적 점유권의 형태로 보호가 이루어졌던 것이다.²¹⁾ 용호수호의 광점(廣占) 허용은 그 보수의 산정에 객관성이 결여되어 점유자의 주장에 따라 그 범위가 결정되었으므로 갈등을 해결하기는 커녕 오히려 입장자와 금장자 간에 분묘를 둘러싼 산송(山訟)을 촉발하는 요인으로 작용하였다.²²⁾

이와 같이, 양반들은 조선 전기부터 후기까지 경국대전의 차등보수제

18) 김성욱, “현행 입야소유제도의 형성과정에 관한 연구”, 안암법학 통권 제26호, 안암법학회, 2008, 183-184쪽.

19) 경국대전(經國大典)에 따르면, 문무관료는 1품은 사면 각 90보, 2품은 80보, 3품은 70보, 4품은 60보, 5품은 50보, 6품 이하는 40보의 범위를 분묘수호 범위로 인정받을 수 있었다. 관직이 없는 생원과 진사, 일반 사족은 6품직 관료에 준하여 사면 400보를 수호할 수 있었다(經國大典, 禮典, 喪葬).

20) [士大夫墳墓, 隨其品秩各有步數] 士大夫墳墓, 隨其品秩各有步數. 冒禁偷葬者, 依法掘移. 但高玄墳墓子孫廢祭, 而或他人侵葬, 不爲禁止至于二三年後, 則依大典凡訟田宅過五年例勿聽. 偷葬犯墳, 則不在此限. ○ 雖無步數之人, 龍虎內養山處, 勿許他人入葬. 龍虎外, 則雖或養山, 勿許廣占. ○ 龍虎闊遠, 或至五六百步, 亦不可一準龍虎, 惟在訟官量度, 彼此圖局山勢遠近參酌處決. 有主山及人家近處偷葬者, 禁斷. 雖一人家舍百步內, 毋得入葬. 偷葬者, 百日內不得現出, 則許令山主告官, 啓聞後自官掘移(續大典>刑典>聽理>偷葬依法掘移).

21) 이진기, 앞의 논문, 1714-1717쪽.

22) 김경숙, “법 생활, 소송과 사회갈등”, 한국문화사 28 고문서에게 물은 조선 시대 사람들의 삶, 국사편찬위원회, 두산동아, 2005, 247-248쪽.

(差等步數制), 속대전, 대전회통의 용호수호(龍虎守護) 보호 등을 통한 분묘기지의 광점, 족산, 종중 등을 통한 위선사업(爲先事業) 등 다양한 방법으로 분묘를 매개로 한 산지의 사점을 통해 배타적 이용권인 묘지점권을 확대해 나갔다. 조선 후기에 접어들면서는 일반 인민들도 산림공유 원칙을 근거로 양반의 사점화에 저항하거나, 무주공산 선점, 입장, 투장 등 실력행사를 통해 사점화를 촉진시킴으로써 분묘를 매개로 한 분묘점권을 확보해 나갔다. 분묘점권(墳墓占權)이란 산지의 국유제 원칙하에서 예외적으로 사점(私占)을 허용하는 것으로서, 그 법적 성질은 어디까지나 국가소유의 임야에 분묘를 쓰기 위한 배타적 용익권(排他的 用益權)이지 임야 자체의 소유권(所有權)까지 허용한 것은 아니었다.²³⁾ 여하튼, 조선 사회에서는 국가의 ‘산림천택여민공지(山林川澤與民共之)’ 정책에 따른 산림공유의 원칙에 의하여 비록 임야를 사적으로 소유(所有)하지는 못하였지만, 양반에서 일반 인민에 이르기까지 비록 그 경로와 인정범위는 다를지언정, 일단 산지에 분묘를 설치하면 그 분묘가 존속하는 동안 분묘점권을 통해 보호를 받을 수 있는 생활풍습 내지 사회적 인식이 있었으며, 그 내용 및 법적 성격은 오늘날 판례가 인정하고 있는 분묘기지권과 같고, 그 법의 존재형식에 있어서는 당시의 관습(慣習) 내지 관행(慣行)으로 볼 수 있을 것이다. 따라서 조선 사회에는 비록 분묘기지권이라는 법률용어 자체는 존재하지 않았지만, 그러한 법적 규범(法的 規範)과 관습(慣習)은 존재하였다고 보는 것이 타당하다고 여겨진다.

2. 분묘기지의 현실적 점유 다툼(山訟)

조선 시대에는 분묘기지권에 관한 관습이 존재하지 않았다고 주장하

23) 김성욱, “조선시대의 분묘제도에 관한 연구”, 법학논총 제16권, 조선대학교 법학연구원, 2009, 22-23쪽.

는 입장에서는 그 근거의 하나로서 조선후기부터 성행하였던 산송(山訟)을 드는 견해도 있다. 조선시대에는 전국 각지에서 산송이 다반사로 발생하였는데, 이러한 현상은 타인이 자신의 토지에 분묘를 설치한 경우 이를 용인하지 않겠다는 거부인식이 팽배하였다는 사실, 환언하면 분묘 기지권을 인정하지 않았음을 증명하는 증거라는 것이다. 그러면서, 이 견해는 그 대표적인 사례로서 1710년(숙종 36년) 경상도 성주지방에서 박수하(朴壽河)와 박경여(朴慶餘) 사이에 발생한 정려문 산송(旌閭門山訟), 일명 ‘박효랑(朴孝娘) 사건’을 들고 있다.²⁴⁾ 그러나 정려문 산송은 오히려 분묘를 설치하고 일정기간이 지나면 그 분묘기지에 대하여 소유권 또는 적어도 그 묘지를 수호할 권리(오늘날의 분묘기지권)를 취득하는 관습이 있었음을 나타내 주는 방증이라 볼 수 있다. 정려문 산송은 대구부에 거주하던 청안현감 박경여가 그의 조부를 박수하의 선산에 사전 협의나 승낙이 없이 입장(入葬)하자 박수하가 스스로 현감을 상대하기가 어렵다고 판단하여 관(官)에 제소하였으나, 성주목사와 경상감사가 현감인 박경여의 편을 들어 박수하에게 패소판결을 내리면서 시작된 산송이었다.

이 사건에서 금장자(禁葬者)인 박수하는 산송을 제기한 이유로 자기 집안에서 이미 선산을 수호하고 관리해 온 지 60여 년이나 지났기 때문에 패소할 이유가 없는데 선산을 하루아침에 빼앗기는 것은 너무 억울한 심정이 들어 국왕에게까지 직접 호소하였고,²⁵⁾ 박경여 또한 이 사건이 2년 이상 진행되는 동안 자신의 점유(占有) 사실을 보다 확고하게 하기 위해 자신의 종으로 하여금 분묘 주위의 송추를 작벌(斫伐)토록 하여 묘도(墓道)를 만들고 묘비를 만들려 하자, 나중에 이러한 사실을 알게

24) 오시영, 앞의 논문, 249-251쪽.

25) 公(박수하-인용자 주)...(中略) 曰 形勢不敵 難與抗拒 必須擊錚而後 可得伸理矣...(中略)... 豈可自盡形勢之不敵 而坐失六十年守護之先山乎(「孝娘事蹟」 「朴孝娘실기」 권1, 1쪽(전경목, “박효랑 사건의 전말과 소송상의 문제점”, 법사학연구 제31권, 한국법사학회, 2005, 141-142쪽. 재인용).

된 박수하가 산을 완전히 빼앗으려 한다며 박경여의 사내종을 잡아다가 볼기를 친 것으로 나타나 있다.²⁶⁾ 이와 같이 박수하가 분묘를 설치하고 60여 년이 지나도록 장기간 선산을 수호해 왔으므로 자기에게 그 분묘기지를 빼앗길 이유가 없다고 생각하거나, 분묘를 설치한 후 확고하게 현실적 점유를 하면 소송에서 그 분묘기지에 대하여 보호를 받는 데 유리할 것이라 생각하는 박경여의 태도로 미루어 당시에는 분묘설치 후 일정기간 확고하게 점유를 하면 그 분묘기지에 대하여 사실상 소유권을 취득하거나, 적어도 그 분묘를 수호하면서 그 분묘기지에 대한 배타적 사용권인 분묘점권(취득시효형 분묘기지권)을 취득할 수 있는 것이 당시의 관습이었다는 것을 충분히 추단할 수 있다고 생각된다. 따라서 우리 전통법제에서는 산주의 토지소유권과 그 토지를 무단으로 점유한 제3자의 분묘기지권 등이 충돌할 경우 진정한 권리자의 보호에 더 중점을 두었다는 견해는 재고할 필요가 있다고 여겨진다.²⁷⁾

조선 후기의 산송(山訟)은 분묘의 현실적 점유 및 관리를 통해 그 기지인 산지에 대한 소유권 내지 이용권을 확보하기 위한 투쟁이었으며, 이러한 배타적 분묘기지 이용권인 분묘점권 인정 관습이야말로 오늘날 권리개념으로 볼 때 다른 아닌 분묘기지권으로 볼 수 있을 것이다. 또한 우리의 전통법제에서는 산주의 토지소유권과 그 토지를 무단으로 점유한 제3자의 분묘기지권 등이 충돌할 경우 진정한 권리자의 보호뿐만 아니라 거래의 안전도 매우 중요시 하였던 것으로 여겨진다. 속대전(續大典)에 따르면, 원칙적으로 사대부는 능장(勒葬), 유장(誘葬), 투장(偷葬) 등을 금지하고 그 위반자에 대해서는 일반 민가를 탈취한 자를 처벌하는 여가탈입지율(閭家脫入之律)에 준하여 처벌하도록 함으로써 진정

26) 慶餘...(中略)...營立石物 使其奴 斫伐松楸 「孝娘事蹟」 「朴孝娘실기」 권1, 1쪽. 그 후 公(박수하칭-인용자 주)尤不勝痛惋 招致慶餘之奴 略施笞杖矣 「孝娘事蹟」 「朴孝娘실기」 권1, 1쪽(전경목, 위의 논문, 144쪽 재인용).

27) 손경찬, 앞의 논문, 239-242쪽; 심희기, “일제강점 초기 식민지 관습법의 형성”, 법사학연구 제28권, 한국법사학회, 2003, 25-29쪽.

한 소유자를 보호하면서도, 일반 인민이 묘지를 계속하여 쓰고 있는 분묘기지에 대해서는 묘지터로서의 권리를 인정하고 있는 것은 분묘기지에 대해서는 거래안전보호도 중요한 법가치로 보호하는 관습이 있었다는 사실을 말해 주는 것이라 할 수 있다. 산송은 오히려 당시 분묘를 설치하고 그 기지인 산지를 점유하면 배타적 산지이용권인 분묘점권(墳墓占權)이 인정되던 조선 중기까지의 차등보수제가 조선 후기에 들어와 용호수호의 범위까지 광점화(廣占化) 되면서 점차 양반들의 세장지(世葬地)가 되어 마치 사유지처럼 변하여 갔던 사회상의 변화를 보여주는 사례라 할 수 있다.

3. 시효취득 기간(呈訴期限)

일제 통감부 법전조사국(法典調査局)의 관습조사보고서(慣習調査報告書)상 제1장 총칙 제20번의 ‘시효를 인정하는가, 앓는가’라는 문답에는 조선의 전통사회에 취득시효(取得時效) 또는 소멸시효(消滅時效)를 인정하는 관습은 없다고 기록되어 있다.²⁸⁾ 그러나 조선 시대에는 이미 오늘날 분묘기지권의 시효제도 요건에 해당하는 관습(慣習)을 유추할 수 있는 실정법 규정들이 산재하고 있었음을 찾아볼 수 있다.

속대전(續大典)과 대전회통(大典會通)에 따르면,²⁹⁾ 원칙적으로 분묘가 설치된 금장(禁葬)부분에 대해 타인이 입장(入葬)하는 것은 불법행위이지만, 예외적으로 분묘수호권의 시효취득이 가능한 경우가 있었다. 하지만, 분묘사용권의 시효취득을 위해서는 일정한 요건을 구비해야

28) 정공식, 국역조선관습보고서, 연구보고 92-10, 한국법제연구원, 1992. 128-129쪽.

29) 사대부의 분묘는 그의 품질에 따라 각각 보수가 있으므로 금법(禁法)을 무릅쓰고 투장(偷葬)하는 자는 법에 의하여 발굴하여 옮긴다. 그러나 遠代 祖上의 분묘에 자손이 廢祭하고 혹은 타인이 侵葬하더라도 금지하지 아니하여 이삼년이 지난 뒤면 原典의 訟田宅過五年例에 의하여 청리(聽理)하지 않고, 투장(偷葬)하여 분묘를 범하면 此限에 不在한다(김성옥, “현행 임야소유제도의 형성과정에 관한 연구”, 18쪽, 재인용).

하는바, 분묘설치라는 객관적인 사실상태가 일정기간 계속되어야 하고 (占有의 繼續), 종래의 분묘 설치자가 2, 3년간 이를 다투지 않아야 한다 (時效期間). 그러나 비록 소유자가 일정기간 다투지 않더라도 종래에 설치된 분묘를 훼손하고 투장(偷葬)한 경우라면, 기간의 정함이 없이 분묘의 이장을 요구할 수 있다(平穩, 公然한 占有). 그렇지만, 고의·과실이라는 주관적 요건의 입증은 별도로 요구하지 않았다(고의, 선악 여부 불문).³⁰⁾ 따라서 분묘점유자는 그 반사적 효과(反射的 效果)로서 시효에 의해 분묘기지의 사용권을 취득하는 것을 사회 구성원들의 법적 확신으로 여기는 관습이(慣習)이 있었던 것으로 합리적 추단이 가능하다 할 것이다. 현행 민법상으로도 부동산의 소유권은 소멸시효에 걸리지 않는 권리이지만(민법 제162조 제2항), 20년간 소유의 의사로 평온, 공연하게 부동산을 점유하는 자는 등기함으로써 그 소유권을 취득한다(민법 제245조 제1항)는 점유취득시효 제도의 반사적 효과로 부동산의 소유권을 상실하는 법논리에 비추어 보면³¹⁾ 시효로 인한 분묘기지권의 취득과 산지 소유자의 권리 제한은 충분히 짐작할 수 있다고 판단된다. 이처럼 일정한 재산권 침해에 대해서는 일정기간이 경과하면 다투지 못하는 관습이 있었던 것으로 보이며, 이것이야말로 오늘날 법제도에서 바라보면 부동산의 시효취득제도(時效取得制度)에 해당하는 것으로 볼 수 있다.

성종실록에 따르면,³²⁾ 정소기한(呈訴期限)의 제한이 없으면 간사배들이 자기 이익을 위해 언제든지 소송을 제기할 수 있어 진실의 판정이 어려울 뿐만 아니라 장기간의 재물가액의 변동으로 이익을 획득하는

30) 김성욱, 위의 논문, 18-20쪽.

31) 홍성재, 민법총칙 전정판, 대영문화사, 2009, 454-456쪽.

32) “漢城府啓 田地家舍一般財物而訟 田則立限 家舍則無限年 故奸詐者 或稱盜賣 或稱合執 或稱典當 甚者價賤時賣之 價貴則謀欲還之 轉賣他人 以是或稱父母未分 而自作元隻 符同納招 辨正爲難 奸僞日滋 請自今雖實被奪者 過十年不告爭者 勿許聽理從之” (成宗實錄 二年 九月 壬申)라고 하여 家舍에 있어 呈訴無限年으로 인한 폐해가 滋甚하므로 이를 十年으로 제한하는 조처를 취하고 있다.

수단으로 악용하는 폐단을 막기 위해 정소기간이 필요하다고 하였다. 이와 같은 정소기간의 입법취지는 오늘날 시효제도의 존재이유인 오랫동안 계속된 사실 상태의 보호, 입증곤란의 구제, 권리의 불행사에 대한 제재,³³⁾ 등과 그 맥락을 같이한다. 정소기간이란 소송을 제기할 수 있는 기간을 의미하므로 민사소송의 경우에는 소멸시효제도를 전제로 하고, 형사소송의 경우에는 공소시효를 전제로 하는 제도이며, 정소기간은 결국 실체법상 시효제도의 절차법상 반영이라고 할 수 있다. 조선고등법원과 대법원이 시효기간을 20년으로 정한 것은 최장 30년의 정소기간을 인정했던 조선의 일반적 관습(慣習)과 일본의 메이지 민법상 취득시효 기간 20년에 비추어 볼 때 충분히 가능하고 합당한 것이라 할 수 있다. 따라서 일제 식민통치기구인 법전조사국의 ‘朝鮮慣習報告書’나 중추원의 ‘民事慣習回答彙集’ 등 일제의 식민지 정책에 의한 관습조사 결과 조선사회에 분묘기지권과 시효제도에 관한 관습이 존재하지 않았다는 관습조사 결과는 타당하지 아니하며, 일제가 실시했던 관습조사의 목적, 조사기관별 식민지 통치 방향 등을 면밀히 검토할 필요가 있다.

4. 분묘점유의 평온·공연성(偷葬·勒葬)

조선시대에는 시효취득에 주관적 요건은 문제 삼지 않았으므로 비록 타인 소유의 산지라는 사실을 알았든(악의), 몰랐든(선의) 시효취득은 인정되었고, 소유자의 승낙유무도 문제를 삼지 않았지만, 분묘기지를 점유할 당시부터 강폭(強暴) 또는 은비(隱秘) 행위를 동반하는 늑장(勒葬),³⁴⁾ 투장(偷葬) 등 평온·공연성이 없는 경우에는 시효를 인정하지 않은 점을 주목할 필요가 있다. 따라서 조선고등법원부터 대법원이 인

33) 강인원, “소멸시효 제도의 존재의의 및 소멸시효 중단사유로서의 승인에 대한 소고”, 인권과 정의 통권 제478호, 대한변호사협회, 2018, 67-68쪽.

34) 늑장(勒葬) : 강제로 힘을 이용하여 다른 사람의 묘지나 산에 분묘를 설치하는 행위.
투장(偷葬) : 몰래 무덤을 설치하는 행위.

정하고 있는 ‘악의의 무단점유자’³⁵⁾에 대해서는 분묘기지권의 시효취득을 인정하는 관습이 존재하지 않았으므로 이를 부정해야 한다는 최근의 일부 주장들은 타당하지 않으며 재검토의 여지가 있다고 판단된다.

조선고등법원 및 대법원 판례가 적시한 바와 같이, 분묘기지권을 시효로 취득하는 자는 시효로 소유권이 아니라 지상권 유사의 물권을 취득하는 것이므로,³⁶⁾ 굳이 그 기지에 대한 소유(所有)의 의사까지 요구하는 것은 아니어서 ‘악의’의 경우에도 분묘기지권이 인정되며, 분묘설치에 대한 토지소유자의 승낙유무도 문제되지 않는다. 판례는 다만, 설사 분묘설치 당시에는 악의의 무단점유자라 할지라도 평온(平穩)·공연(公然)하게 분묘를 일정기간 점유해야 분묘기지권의 시효취득을 인정하고 있는바, 여기서 평온이란 점유자가 점유를 취득 또는 보유함에 있어 법률상 용인될 수 없는 강폭행위를 쓰지 않는 점유이고, 공연이란 은비가 아닌 점유를 말한다고 판시하였는바,³⁷⁾ 조선사회에서 강폭 행위를 동반하는 능장(勒葬)이나, 은비행위에 해당하는 투장(偷葬) 등에 대해서는 입장자의 권리를 인정하지 않았던 관습과 그 태도가 일치한다. 따라서 관습상 평온·공연하지 않은 점유는 보호되지 않았지만, ‘악의의 무단점유자’에 대해서도 분묘기지권은 인정되었으므로 이를 부인하는 일부 주장은 타당하지 않다고 판단된다.

35) 법률해석에 있어서 선의(善意)는 어떤 사정을 알지 못하는 것이고, 악의(惡意)는 알고 있는 것을 의미하며(곽윤직/김재형, 민법총칙, 박영사, 2012, 48-49쪽), ‘무단(無斷)’이란 승낙이 없는 것을 말하므로(대법원 2017. 1. 19. 선고 2013다17292 판결, 반대의견), ‘악의의 무단점유’란 결국 자기 소유가 아니라는 사실을 알면서 그 소유자의 승낙 없이 점유하는 것을 의미한다. 따라서 ‘악의의 무단점유’는 소유권이 없다는 것을 알았느냐 여부, 승낙이 있었느냐 여부에 관한 문제이고, ‘능장, 투장’ 등은 점유행위의 평온·공연성 여부에 관한 문제라는 점에서 양자는 차이가 있다.

36) 조선고등법원 1927. 3. 8. 판결, 1926년 민상 제585호; 대법원 1957. 10. 31. 선고 4290민상539 판결.

37) 대법원 1996. 6. 14. 선고 96다14036 판결 [분묘굴이].

IV. 결론

최근 들어, 조선시대에는 취득시효라는 제도에 대한 인식 또는 관습이 아예 없었으며, 관습상의 분묘기지권을 시효로 취득한다는 인식 또한 없었으므로 시효취득형 분묘기지권에 대한 관습 자체가 존재하지 않았다는 주장이 제기되고 있다. 이러한 견해에서는 조선총독부가 「관습조사보고서」 또는 「민사관습회답휘집」을 통해 취득시효형 분묘기지권에 관한 관습이 조선사회에 존재하지 않았음을 밝히고 있음에도, 조선고등법원의 일본인 재판관들이 이러한 관습조사 결과를 외면한 채 시효에 의한 분묘기지권의 취득을 인정하는 과오를 범했으므로 판결을 전면 재검토해야 한다고 주장한다.³⁸⁾ 분묘기지권에 대한 관습의 존재를 부정하는 또 다른 견해는, 분묘에 대한 시효취득이라는 개념은 우리의 전통법에 존재하는 관념이 아니며, 조선고등법원 식민지 재판관들이 창설한 창출된 관습법이므로 취득시효형 ‘관습’을 찾기가 쉽지 않다는 주장을 펴기도 한다.³⁹⁾

일제는 통감부의 법전조사국(法典調査局)을 통해 한국의 민사와 상사에 관한 관습을 조사하였으며, 조선총독부는 이를 바탕으로 관습조사보고서(慣習調査報告書)를 간행하였다. 이 보고서에는 분묘기지권과 관련되는 몇 가지 사항도 포함되어 있는바, 「지상권에 관한 관습은 어떠한가(제2장, 물권, 문답 제34번)」라는 문답에는 조선에서 분묘소유를 위한 차지는 드물게 그 사례가 보이고, 통상 지대를 지불하지 않는 듯하다고 보고함으로써, 결국 분묘의 소유자에게는 분묘점유를 매개로 하여 토지소유권과 분리된 소유권이나 용익권 등 별도의 권리가 존재한다는 사실을 인정하지 않고 있으며, 차지(借地)를 통해서만 분묘를 소유할 수 있다고 보고 있다. 관습조사보고서에는 시효제도에 대한 조선사회의 관습존

38) 오시영, 앞의 논문, 258-259쪽.

39) 손경찬, 앞의 논문, 239-242쪽.

재 여부에 대해서 「시효를 인정하는가, 않는가」라는 문답에서(제1장 총칙 제20번), 조선의 전통사회에 취득시효 또는 소멸시효를 인정하는 관습은 없다고 기록하여,⁴⁰⁾ 조선 사회의 전통적 법령에는 시효규정이 존재하지 않는다고 결론을 내리고 있는 것이다.⁴¹⁾ 이에 반하여, 또 다른 일제의 조선 관습조사기관인 조선총독부 중추원(中樞院)의 관습조사 결과를 기록한 「민사관습회답휘집(民事習回答彙集)」에 따르면, 조선 후기에는 분묘 자체의 소유권 충돌은 물론, 분묘 자체의 소유권이 보장되어 그것이 토지의 소유권보다 우선적으로 적용될 수도 있었으며, 그것이 조선의 관습이라고 인식하고 있다. 조선고등법원(朝鮮高等法院)은 후자에 따라 분묘기지에 대한 권리와 그 분묘가 설치된 토지의 소유권은 분리될 수 있는 별도의 권리라는 인식하에 권리의 내용적 성격에 보다 부합하는 배타적 용익물권인 분묘기지권으로 판결을 내린 것으로 보인다. 이와 같이 일제 강점기 식민통치기관인 법전조사국과 중추원, 조선고등법원 등 기관에 따라 조선사회의 분묘기지권의 시효취득에 관한 관습의 존재여부라는 같은 주제에 대한 조사결과지만 일제의 식민지 관습정책, 관습조사 기관의 성격, 식민지 관습의 조사목적, 조사방법의 차이 등에 따라 차이가 있었다.⁴²⁾

이와 같이, 일제강점기에 식민지배기구의 관습정책 및 관습조사 결과에 대해서는 식민지 지배에 맞도록 왜곡하여 관제관습을 만들었다는 주장(歪曲論),⁴³⁾ 관습의 ‘성문법화’의 추진이었다는 주장(法認論), 그리고 일제에 의해 교묘하게 통제된 관습이었다는 견해(新慣習・新慣習法論)⁴⁴⁾ 등 법사학자들 사이에서 진행되고 있는 논의를 주의 깊게 살펴볼

40) 정궁식, 앞의 보고서, 128-129쪽.

41) 정궁식, 위의 보고서, 128-129쪽.

42) 심희기, 앞의 논문, 6-7쪽.

43) 이동희, “3.1 독립운동 이후에 있어서의 일본의 법적용과 식민지법제의 변화”, 법학논총 제35권 제1호, 단국대학교 법학연구소, 2011, 64-65쪽.

44) 심희기, 앞의 논문, 28-29쪽.

필요가 있다. 따라서 위와 같은 일제 식민지 통치기구의 삼림과 분묘·묘지정책 등을 연계하여 검토하지 않은 채, 조선고등법원이 조선총독부 산하 법전조사국과 중추원 등 식민지 통치기구에서 그것도 일본인이 중심이 되어 그들의 법제도와 입맛에 맞추어 조사하여 작성한 관습조사 보고서나 민사관습회답취집 등의 내용을 액면 그대로 받아들이는 것은 보다 신중한 접근이 필요하다고 할 것이다.⁴⁵⁾ 경국대전의 분묘를 위한 차등보수제(差等步數制) 및 속대전, 대전회통 등에서 규정한 용호수호(龍虎守護)의 사점을 통한 묘지점권(墓地占權)의 인정, 정소기한(呈訴期限)을 통한 권리행사 기간의 제한, 산송(山訟)을 통한 점유 다툼 등을 유기적으로 결합해 볼 때 조선 사회에 분묘기지권의 시효취득에 관한 관습(慣習)이 존재하였다고 것이 타당하다.

45) 예를 들어, 일제강점기 사법기관인 조선고등법원은 현실적 사건의 구체적 해결을 위해 조선의 관습에 근거한 분묘기지권을 인하였지만(1927년), 산지의 경제적 이용 등 식민지의 효율적 통치가 목적인 조선총독부의 ‘묘지·화장장·매장및화장취체규칙’(1912년)은 개인묘지의 설치를 철저히 제한하고 허가주의를 취하는 등 묘지제도에 대한 접근방법에 큰 차이를 보였다.

참고문헌

1. 단행본

곽윤직·김재형, 민법총칙, 박영사, 2012.

국역 고등법원판결록(高等法院判決錄), 제14권(민·형사편), 대법원 법원도서관, 2011.

김준호, 물권법, 법문사, 2009.

홍성재, 민법총칙 전정판, 대영문화사, 2009.

2. 학술지

강인원, “소멸시효 제도의 존재의의 및 소멸시효 중단사유로서의 승인에 대한 소고”, 인권과 정의 통권 제478호, 대한변호사협회, 2018, 67-68쪽.

권철, “분묘기지권의 시효취득에 관한 관습법 인정 여부-대법원 2017. 1. 19. 선고 2013다17292 전원합의체 판결-”, 성균관법학 제30권 제3호, 성균관대학교 법학연구소, 2018, 341-382쪽.

김경숙, “법 생활, 소송과 사회갈등”, 한국문화사 28 고문서에게 물은 조선 시대 사람들의 삶, 국사편찬위원회, 두산동아, 2005, 1-429쪽.

김선경, “조선 후기 산송과 산림 소유권의 실태”, 동방학지 제77-79집, 연세대학교 국학연구원, 1993, 531-535쪽.

김성욱, “현행 임야소유제도의 형성과정에 관한 연구”, 안암법학 통권 제26호, 안암법학회, 2008, 183-184쪽.

_____, “조선시대의 분묘제도에 관한 연구”, 법학논총 제16권, 조선대학교 법학연구원, 2009, 22-23쪽.

- 김준형, “19세기 마을 단위 금양의 확산과 채초를 둘러싼 갈등”, 남명학 연구 제57집, 경상대학교 경남문화연구원, 2018, 239-241쪽.
- 나태영, “분묘기지권에 관한 소고-대법원 2017. 1. 19. 선고 2013다17292 전원합의체 판결을 중심으로-”, 민사법의 이론과 실무, 민사법의 이론과 실무학회, 2018, 89-125쪽.
- 손경찬, “분묘기지권에 관한 관습”, 법학논고 제61집, 경북대학교 법학연구원, 2018, 239-242쪽.
- 신광섭, “조선시대의 묘제와 부장품”, 한국문화사 05 상장례, 삶과 죽음의 방정식, 국사편찬위원회, 두산동아, 2005, 223-224쪽.
- 심재우, “檢案을 통해 본 한말 山訟의 일단”, 고문서연구 제50호, 한국고문서학회, 2017, 35-41쪽.
- 심희기, “일제강점 초기 식민지 관습법의 형성”, 법사학연구 제28권, 한국법사학회, 2003, 25-29쪽.
- 오시영, “관습상의 분묘기지권 인정 대법원 판례 검토-대법원 2013다17292 전원합의체 판결”, 동북아법연구 제11권 제1호, 전북대학교 동북아법연구소, 2017, 249-251쪽.
- 윤진수, “토지 및 임야 사정의 법적 성격-원시취득론 비판-”, 서울대학교 법학 제53권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2012, 622-623쪽.
- 이덕형, “조선후기 사대부의 성리학적 풍수관-분수원산송을 사례로-”, 역사민속학 제30집, 한국역사민속학회, 2009, 237-238쪽.
- 이동희, “3.1 독립운동 이후에 있어서의 일본의 법적용과 식민지법제의 변화”, 법학논총 제35권 제1호, 단국대학교 법학연구소, 2011, 64-65쪽.
- 이승일, “일제의 관습조사와 전국적 관습의 확립과정 연구 —『관습조사 보고서』의 편찬을 중심으로”, 대동문화연구 제67권, 성균관대학교 대동문화연구원, 2009, 367-369쪽.
- 이진기, “분묘기지권의 근거와 효력”, 비교사법 제23권 제4호, 한국비교

사법학회, 2016, 1701-1746쪽.

전경목, “박효랑 사건의 전말과 소송상의 문제점”, 법사학연구 제31권, 한국법사학회, 2005, 141-142쪽.

정일영, “1910년대 묘지 통제에 담긴 일제 식민지배의 논리”, 한국민족운동사연구 제80권, 한국민족운동사학회, 2014, 10-13쪽.

최종고, “심포지엄: 법의식과 법생활에서의 일제유산의 극복”, 법사학연구 제16권, 한국법사학회, 1995, 10-11쪽.

한상우, “죽은 자의 공간을 통해 본 전통과 근대-합천이시족보의 기지 기록을 중심으로-”, 대동문화연구 제96집, 성균관대학교 대동문화연구원, 2016, 89-91쪽.

3. 보고서

정공식, 국역조선관습보고서, 연구보고 92-10, 한국법제연구원, 1992, 128-129쪽.

[Abstract]

A Study on the Existence or Nonexistence of Custom about Prescriptive Acquisition of Graveyard

**—Focused on Historical Consideration of Precedent and
Institutions—**

No, Han-Jang*

The government restrictively strengtened the control over tombs and graveyards by legislation of the Funeral Act(enforcement date : 2001. 1. 13.) including limitation of burial ground and duration for 60 years in order to achieve effective use of mountain area. Especially, the Funeral Act revised toward forbidding claims of rights for grave preservation about the tombs that have been constructed upon another's land without his permission. As soon as the Funeral Act was enforced, the Supreme Court declared, the legal norms that grave possessors who have occupied the graveyard over 20 years peacefully and publicly acquire graveyard rights over the burial ground don't exist through the supreme court decision. Here, the graveyard right is a kind of customary law which is similar to the surface right. On sentencing this case, the academic world is making diverse studies about following issues : whether the custom of graveyard right is lasting yet, what is the

* Instructor, Graduate School of Real Estate and Construction, Dankook University, Ph. D.
in Real Estate

reason and effect of the grave right, whether the custom for acquisition of grave rights by prescription existed or not. Some people argue that there had not been any cognition or custom for acquisition over graveyard right by prescription did not exist in our traditional communities. In this part, they provide this fact as a legal basis that there is no record on the survey reports including 「The survey report of custom」 and 「The Question and Answers」 under the Japanese Government-General of Korea about the custom which allows acquisition by prescription.

However, it seems that the acceptance of the survey result that was performed by Japanese colonial institutions and Japanese interviewers in accordance with their legal system and favors requires a deliberate approach. Considering permission of differential burial area by steps, grave right by practical occupation, time limit of litigation surrounding graveyards, it sounds reasonable that the custom for acquisition graveyard right by prescription substantially existed in Chosun Dynasty society.

[Key Words] Rights of Graveyards, Acquisition by Prescription, Rights for grave Occupation, Litigation Surrounding Mountain Area, Limit of Litigation, Customary Policy of Japanese