

유해인도

[의정부지방법원 고양지원 2017. 12. 22. 2017가합1134]



【전문】

【원 고】 원고 1 외 2인 (소송대리인 변호사 황현정 외 1인)

【피 고】 재단법인 ○○ 외 1인 (소송대리인 법무법인 케이알 담당변호사 강석률)

【변론종결】2017. 11. 24.

【주문】

]

1. 원고들의 피고들에 대한 각 청구를 모두 기각한다.
2. 소송비용은 원고들이 부담한다.

【청구취지】 피고들은 공동하여 원고들에게 파주시 (주소 생략) 봉안당 내에 안치된 망 소외 1의 유해를 인도하라.

【이유】

1. 인정 사실

가. 망 소외 1(이하 '망인'이라 한다)은 1993. 2. 4. 원고 1과 혼인신고를 하고 원고 1과 사이에 장녀인 원고 2(생년월일 1 생략), 차녀인 원고 3(생년월일 2 생략) 등 2명의 딸을 두었다.

망인은 위와 같이 원고 1과의 혼인관계가 계속 중이던 2006. 11.경 피고 2와 사이에 아들인 소외 2(생년월일 3 생략)를 두게 되었다.

나. 망인이 2017. 4. 16. 사망하자, 피고 2는 망인의 유해를 피고 재단법인 ○○(이하 '피고 재단'이라 한다)과 사이에 피고 재단이 운영하는 파주시 (주소 생략) 봉안당 사용계약을 체결하고, 그 무렵 망인의 유해를 위 봉안당에 봉안하였다.

[인정 근거]

○ 원고와 피고 재단 : 민사소송법 제150조 제3항(자백간주)

○ 원고와 피고 2 : 갑 제1호증, 을나 제1호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 당사자들의 주장 및 판단

가. 당사자들의 주장

1) 원고들의 주장

우리 사회 구성원들의 생활양식과 각종 법률 및 제도가 변화함에 따라 종손이 제사주재자가 된다는 관습은 더 이상 효력을 유지할 수 없는 점, 누가 제사주재자가 되는지에 관하여 법률에 아무런 규정이 없고 종래의 관습도 효력을 유지할 수 없으므로 조리에 의해 제사주재자를 결정해야 하는 점 및 이에 더하여 사적자치의 원칙 및 상속인들 사이의 평등을 지향하는 민법의 개정방향 등을 고려하면, 공동상속인들 사이의 협의에 의해 제사주재자를 정하는 것이 가장 조리에 부합한다.

그러나 그와 같은 협의가 이루어지지 않을 경우에는 망인과 공동상속인들 사이의 생전 가족관계 및 생활양태, 종교, 생존 배우자의 부양관계, 공동상속인들 사이의 협의가 이루어지지 않은 경위 등과 같은 객관적 요소와 망인의 생전 의사 혹은 유지(遺志), 생존 배우자 및 공동상속인들의 의사 등 주관적 요소를 병렬적·포괄적·종합적으로 고려하여, 법원이 제사주재자를 정하는 것이 바람직하다.

이 사건의 경우 망인의 법적 상속인으로는 법률상 배우자인 원고 1과 자녀인 원고 2, 원고 3과 소외 2 등 총 4명인 점, 소외 2는 망인과 피고 2 사이에서 출생한 혼외자인 점, 법적 상속인 중 소외 2를 제외한 다수의 상속인들은 모두 원고들이 망인에 대한 제사를 주재할 의사를 가지고 있는 점, 원고 3과 소외 2는 미성년자로서 망인의 유해 등에 관한 사무를 처리하기 부적절한 점 등을 고려하면, 망인의 장녀인 원고 2 또는 원고들 전원이 망인의 제사주재자로 지정되어야 할 것이다.

따라서 망인의 유해에 대해 적법한 소유 내지 점유 권원을 가지고 있지 않은 피고 2는 원고들에게 망인의 유해를 인도 하여야 할 의무가 있고, 적법한 권리자가 아닌 피고 2와 봉안당 사용계약을 체결한 피고 재단도 원고들에게 망인의 유해를 인도할 의무가 있다.

만일 공동상속인들 사이의 합의가 이루어지지 않을 경우 자동적으로 장손에게 제사주재자로서의 지위를 인정하게 된다면, 이는 부계혈족 중심의 가계계승을 이유로 종래의 관습을 그대로 따라가게 되는 결과로, 협의에 의해 망인의 장남이 아닌 다른 아들이나 딸도 제사주재자가 될 수 있다는 조리에 반할 뿐만 아니라, 제사용 재산의 승계권자를 제사주재자로 따로 규정하여 제사용 재산을 호주상속인의 특권에서 분리시키려 한 1990년 개정 민법의 태도에도 배치된다.

또한 오늘날 제사가 가계계승보다는 망인에 대한 추모의 성격이 더 강해지고 있고, 출산율의 저하와 남아선호사상의 쇠퇴가 가속화되고 있으며, 장손에게 우선적으로 제사주재자의 지위를 인정하는 것은 가족 내에서 남성의 우월적 지위, 여성의 종속적 지위라는 종래 관습에서 파생된 차별로 헌법상 평등의 원칙에도 위배된다.

2) 피고 2의 주장

대법원 판례에 따르면 망인의 공동상속인들 사이의 합의가 이루어지지 않은 이상 망인의 장남인 소외 2에게 제사주재자로서의 지위가 인정되고, 피고 2는 미성년자인 소외 2의 법정대리인인 친권자 모로서 피고 재단과의 사용계약을 통해 적법하게 망인의 유해를 피고 재단 운영의 추모공원에 봉안한 것이므로, 원고들의 청구에 응할 수 없다.

나. 판단

1) 제사주재자를 정하는 방법에 대한 대법원 판례의 태도

가) 시체·유해도 물건으로서 소유권의 객체가 되나, 그 소유권은 오로지 매장·제사·공양 등을 할 수 있는 권능과 의무를 내용으로 하는 특수한 소유권이라고 할 것인데, 이와 같은 시체·유해에 대한 권리는 민법 제1008조의 3의 '분묘에 속한 1정보 이내의 금양임야와 600평 이내의 묘토인 농지, 족보와 제구의 소유권은 제사를 주재하는 자가 이를 승계한다'라는 규정에 준하여 제사주재자에게 귀속된다고 할 것이다.

민법상 '제사를 주재하는 자'가 누구이거나 어떻게 정하는지에 관하여는 아무런 규정을 두고 있지 않다.

이에 관하여 종래 대법원은, 공동상속인 중 종손이 있다면 그에게 제사를 주재하는 자의 지위를 유지할 수 없는 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 통상 종손이 제사주재자가 된다고 판시하여 왔고(대법원 1997. 11. 25. 선고 97누7820 판결, 대법원 1997. 11. 28. 선고 96누18069 판결, 대법원 2004. 1. 16. 선고 2001다79037 판결 등 참조), 이는 상속인들간의 협의와 무관하게 우선적으로 적장자가 제사상속인이 되고 적장자가 없는 경우에는 적손(嫡孫), 중자(衆子), 서자(庶子), 중손(衆孫), 서손(庶孫)의 순서로 제사상속인이 되는 종래의 관습에 터잡은 것이다.

그러나 위와 같은 관습은 핵가족 중심의 가족제도로의 변경 및 남아선호 사상의 쇠퇴와 딸만을 자녀로 둔 가정 비율의 증가, 혼인과 가족생활에서의 양성 평등을 선언하고 있는 헌법 규정(제36조 제1항), 민법 개정을 통해 형제자매의 상속분이 균등해지고, 호주를 중심으로 한 가(家)의 제도에서 본인과 배우자를 중심으로 한 새로운 가족제도로의 재

편 등 사회의 모든 영역에서 각종 구성원의 평등을 실현하는 방향으로 개선되는 제도 등 우리 사회 구성원들의 생활양식과 각종 법률 및 제도가 변화함에 따라 상속인들간의 협의와 무관하게 적장자가 우선적으로 제사를 승계해야 한다는 종래의 관습은, 가족 구성원인 상속인들의 자율적인 의사를 무시하는 것이고 적서간에 차별을 두는 것이어서 개인의 존엄과 평등을 기초로 한 변화된 가족제도에 원칙적으로 부합하지 않게 되었고, 이에 대한 우리 사회 구성원들의 법적 확산 역시 상당 부분 약화되었으므로, 더 이상 관습 내지 관습법으로서의 효력을 유지할 수 없게 되었으며, 그러한 관습에 터잡은 종래의 대법원 판결들 역시 더 이상 판례법으로서의 효력을 유지할 수 없게 되었다고 봄이 상당하다.

나) 따라서 누가 제사주재자가 되는지에 관하여는 법률에 아무런 규정이 없고, 제사주재자 관한 종래의 관습 내지 판례법이 그 효력을 유지할 수 없게 된 현재의 상황에서는, 민법의 일반원리와 아울러 제사용 재산의 성격, 제사용 재산의 승계에 관한 민법 제1008조의3의 입법목적, 제사가 가지는 역사적·사회적 의미 등을 종합적으로 고려하여 조리에 의해 제사주재자의 결정방법을 정해야 할 것인바, 사적 자치의 원칙을 기본원리로 하여 상속인들 사이의 평등을 지향하는 방법으로 개정된 민법의 태도 및 통상 하나의 법률관계에서 여러 이해당사자들의 견해가 대립될 경우에는 일단 협의에 의하는 것이 가장 조리에 부합한다고 볼 수 있으므로, 공동상속인들이 있는 경우에는 그 공동상속인들 사이의 협의에 의해 제사주재자가 정해져야 한다고 봄이 상당하다.

다) 그러나 공동상속인들 사이에 협의가 이루어지지 않는 경우에는, 일정한 기준에 의해 공동상속인들 중에서 제사주재자를 정할 수밖에 없다.

제사용 재산의 승계에 관한 민법 제1008조의3은 제사용 재산을 유지·보존함으로써 조상숭배와 제사봉행이라는 우리의 전통을 보존하는 것을 목적으로 하고 있고, 제사용 재산을 일반 상속재산과 같이 공동상속인들 사이에서 분배하는 것은 우리 사회 구성원들의 정서에 맞지 않을 뿐만 아니라, 그와 같이 할 경우 상속을 거듭할수록 분산(分散)·산일(散逸)되어 결국 제사용 재산으로서 기능할 수 없게 될 것이므로, 제사용 재산은 일반 상속재산과는 다른 특별재산으로서 일반 상속재산에 관한 공동균분의 법리가 적용되지 않는다고 보아야 한다.

이러한 제사용 재산을 유지·보존하고 제사용 재산의 승계에 관한 법률관계를 간명히 하기 위해서는, 제사주재자를 공동으로 정하는 것보다는 특정한 1인으로 정하는 것이 적절하고, 그 특정인은 어느 정도 예측 가능하면서도 사회통념상 제사주재자로서의 정당성이 인정될 수 있는 자로 정하는 것이 바람직할 것이다.

그런데 제사와 제사용 재산의 승계제도는 과거의 조상숭배를 통한 부계혈족(父系血族) 중심의 가계계승에 그 바탕을 두고 있는 것으로서, 오늘날 제사의 성격이 많이 바뀌었다고는 하지만 아직은 위와 같은 종래의 가계계승 성격에서 완전히 벗어났다고 할 수 없고, 현재 우리 사회 구성원들 사이에서는 개인별 가치관에 따라 견해를 달리할 수 있고 지역별 전통이나 문화에 따라 정도의 차이가 있기는 하지만, 협의가 이루어지지 않는 경우 장남 내지 장손자가 제사주재자가 되고 아들이 없으면 딸이 제사주재자가 된다는 점에 관한 인식이 널리 용인되고 있는 것으로 보이고, 동등한 조건과 지위에 있는 사람들 사이에서는 연장자를 우선하는 것이 우리의 전통적인 미풍양속이자 일반적인 사회통념이며, 위와 같은 우리 사회 구성원들의 인식이나 전통이 현재의 전체 법질서에 반한다고 보기도 어렵다.

라) 그러므로 위와 같은 제반 사정을 종합해 보면, 망인의 공동상속인들 사이에 협의가 이루어지지 않는 경우에는 적서를 불문하고 장남 내지 장손자가, 공동상속인들 중 아들이 없는 경우에는 장녀가 제사주재자가 된다(대법원 2008. 11. 20. 선고 2007다27670 전원합의체 판결 참조).

2) 이 사건 청구원인에 관한 판단

가) 위와 같은 대법원 판례의 태도는, 공동상속인들 사이에 협의가 되지 않을 경우 제사주재자로 될 지위에 있는 장남 등으로서의 아예 협의에 불응하거나 협의가 이루어지지 않도록 소극적인 태도를 취하면 되므로, 당초부터 장남 등이 제사주재자가 된다는 기존의 관습법상 내용과 결과적으로 별 차이가 없게 될 수가 있고, 장남 등의 지위에 있다는 사정만으로 제사용 재산을 가장 잘 유지·보존할 수 있는 능력이나 의사가 인정된다고 보기 어려울 뿐만 아니라, 개인의 의사와 가치가 존중되는 핵가족 제도와, 고도의 산업화·도시화가 이루어지고 제사가 가계계승보다는 망인을 추모하는 성격이 더 강해진 현재, 우리 사회의 각종 제도와 법률이 남녀간·상속인간 평등을 지향하는 방향으로 변화되어 온 것과 부합하지 않는 등의 측면도 분명히 존재한다.

나) 그러나 원고들이 주장하는 제사주재자 지정 방식은 다음과 같이 현행 민법의 해석론상 취하기 어려운 측면이 있거나 가족관계·신분관계 영역에 적용하기 부적절하다는 등의 문제를 발생시킬 수 있어, 이를 일반적·원칙적인 방법으로 채택하기는 현실적으로 쉽지 않다.

- ① 원고들은 망인의 공동상속인 중 다수의 의견에 따라 원고 2 또는 원고들 전원이 망인의 제사주재자가 되어야 한다는 취지로 주장하나, 단순한 재산관계의 영역뿐만 아니라 인격권과 자율을 존중하여야 하는 가족 내의 의사결정을 포함하여 전통과 윤리를 담고 있는 제사와 제사주재자의 결정을 다수결이라는 방법으로 결정하는 것은 부적절하고, 우리 사회 구성원들의 보편적인 감정에 부합한다고 볼 수도 없으며, 공동상속인들 사이에서 제사용 재산을 둘러싼 불필요한 분쟁을 유발함으로써 가족관계의 안정을 깨뜨리고 가족들 사이의 평온을 훼손할 염려가 있을 뿐만 아니라, 가부동수 등 다수결에 의해 결정할 수 없는 경우도 분명 발생할 가능성이 높는데 이에 대한 합리적인 해결 방안도 찾기 어려우므로(가부동수 등의 상황이 발생하거나 형식적 다수결에 의하여 생기는 불합리한 결과에 대해서는 제사주재자의 지위를 유지하지 못할 특별한 사정에 해당한다고 보거나 권리남용 내지 신의칙위반 등 일반조항의 적용을 통해 해결할 수도 있을 것으로는 보이나, 위와 같은 방식은 어디까지나 보충적인 방법에 지나지 않을 뿐만 아니라 위와 같은 판단을 내리는 것은 결국에는 법원의 개입이 요구되는 결과를 낳게 되는데, 법원의 개입은 뒤 ②항 기재와 같은 문제점이 있다), 위 주장을 채택하기 어렵다.

- ② 원고들은 법원이 망인과 공동상속인에 대한 객관적·주관적 요소 등 제반사정을 참작하여 제사주재자를 지정하여야 한다는 취지로 주장하나, 1990. 1. 13. 법률 제4199호로 개정된 구 민법 개정 당시 법원이 제사주재자를 결정할 수 있도록 제도를 채택하지 않았을 뿐만 아니라, 법원에 의한 제사주재자의 결정은 그 성질상 가사소송 또는 가사비송 사건에 해당한다고 보아야 할 것인데, 가사소송법 제2조 제1항은 가정법원의 재판권에 속하는 가사소송 또는 가사비송 사건을 제한적으로 열거하고 있고, 같은 조 제2항은 다른 법률 또는 대법원 규칙에서 가정법원의 권한에 속하게 한 사항에 대하여도 이를 심리·재판할 수 있도록 규정하고 있으나, 제사주재자를 정하는 결정은 그 중 어디에도 속하지 아니하므로, 가정법원이 이를 심리·재판하는 것은 불가능하므로, 입법론으로는 별론으로 하더라도 현행 우리 민법의 해석론으로는 위 주장을 채택하기 어렵다.

또한 공동상속인 간에 자율적으로 결정되어야 할 집안 내부 문제에 법원이 과도하게 개입하는 것이 되어 바람직하지 않을 뿐만 아니라, 최소한의 객관적이고 일률적인 기준 제시도 없이 언제나 법원이 그때그때마다 여러 사정을 종합하여 제사주재자를 정해준다는 것은 제사용 재산에 관한 법률관계를 지나치게 불안정하게 하여 부적절하다.

- ③ 원고들은 장남 내지 장손자 등이 우선적으로 제사주재자가 되어 제사용 재산을 단독으로 승계함으로써 이러한 지위에 있는 상속인가 다른 상속인들을 차별하는 결과가 발생하여 부당하다고 주장하나, 이는 공동상속인들 사이의 협의의 불성립이라는 사정에 의하여 초래된 것일 뿐만 아니라, 이러한 차별은 조상숭배와 제사봉행이라는 전통의 보존과 제사용 재산의 승계에 관한 법률관계를 간명히 하기 위한 것으로서 합리적인 이유가 있다고 보아야 한다(헌법재판소 2008. 2. 28. 선고 2005헌바7 전원재판부 결정 참조).
- ④ 원고들은 원고들 전원이 망인의 제사주재자가 되어야 한다는 취지로 주장하나, 제사용 재산의 유지·보존 및 승계에 있어서의 법률관계를 간명화하기 위해 제사주재자를 공동으로 정하는 것보다는 특정한 1인으로 정하는 것이 적절함은 앞서 본 바와 같다.
- ⑤ 또한 원고들은 혼외자인 소외 2가 망인의 제사주재자가 되는 경우 법률상 보호를 받는 법률혼보다 사실혼이 보호받는 결과가 되어 이는 부당하다는 취지로도 주장하나, 앞서 본 바와 같이 적자와 서자의 순서로 적서간에 차별을 두어 제사상속인이 되는 것은 종래의 관습에 터잡은 것으로, 이는 혼인 및 가족생활에서의 양성 평등을 지향하는 헌법규정과 호주제도의 폐지, 사회 제도와 생활양식의 변화 등을 고려할 때 더 이상 효력을 유지할 수 없는 관습 내지 관습법에 해당하는 것이어서, 원고들의 위와 같은 주장은 앞서 제2의 나. 1)항에서 본 대법원 판례의 태도보다 훨씬 후퇴하는 것에 해당하여 이를 받아들일 수 없을 뿐만 아니라, 무엇보다 현재 제사주재자로 지정된 소외 2가 미성년자라는 우연한 사정에 의해 그의 법정대리인인 친권자 모 피고 2가 소외 2를 대리하여 망인의 유해에 대한 법적인 권한을 행사하고 있는 것일 뿐이므로, 소외 2가 제사주재자가 된다는 사정만으로 사실혼이 법률혼보다 보호받는 결과가 직접적으로 도출된다고 보기도 어렵다.

다) 그렇다면 문제점이 없는 것은 아니나, 제사용 재산의 성격과 그 유지·보존의 필요성, 제사용 재산을 둘러싼 법률관계의 간명화, 현재 우리 사회 구성원 다수의 인식 등을 종합해 볼 때, 망인의 공동상속인들 사이에 협의가 이루어지지 않는 경우에는 적서를 불문하고 장남 내지 장손자가, 공동상속인들 중 아들이 없는 경우에는 장녀가 제사주재자가 된다고 보는 것이 다른 상속인을 제사주재자로 하는 것보다는 사회통념상 상대적으로 정당성이 있고, 예측가능성도 어느 정도 확보된다고 볼 수 있어 가장 조리에 부합하는 결론이라고 봄이 상당하다.

- 라) 따라서 이 사건에서는 망인의 장남인 소외 2가 제사를 주재하는 자의 지위를 유지할 수 없는 특별한 사정이 있음을 인정할 만한 증거가 없는 이상, 망인의 제사주재자에 해당하여 망인의 유해를 소유·점유할 권리를 가지고 있고, 피고 2는 소외 2의 법정대리인인 친권자 모로써 적법하게 피고 재단과 사이에 봉안당 사용계약 등을 체결하여 그에 따라 망인의 유해를 봉안하는 등 망인의 유해를 점유·관리하고 있다고 볼 수 있으므로, 이와 달리 망인의 유해를 소유·점유할 권리가 원고들에게 있다는 전제에서 피고들을 상대로 유해의 인도를 구하는 원고들의 주장은 이유 없다.

3. 결론

그렇다면 원고들의 피고들에 대한 각 청구는 이유 없어 이를 모두 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

판사 박양준(재판장) 손인희 이디모데