

## 유체인도등

[대법원 2008. 11. 20. 2007다27670]



### 【판시사항】

- [1] 제사주재자의 결정 방법
- [2] 망인의 유체·유골의 승계권자 및 피상속인이 생전행위 또는 유언으로 자신의 유체·유골의 처분 방법을 정하거나 매 장장소를 지정한 경우 그 효력
- [3] 제사주재자의 지위를 유지할 수 없는 특별한 사정의 의미

### 【판결요지】

[1]

[다수의견] 제사주재자는 우선적으로 망인의 공동상속인들 사이의 협의에 의해 정하되, 협의가 이루어지지 않는 경우에는 제사주재자의 지위를 유지할 수 없는 특별한 사정이 있지 않은 한 망인의 장남(장남이 이미 사망한 경우에는 장남의 아들, 즉 장손자)이 제사주재자가 되고, 공동상속인들 중 아들이 없는 경우에는 망인의 장녀가 제사주재자가 된다.

[대법관 박시환, 대법관 전수안의 반대의견] 제사주재자는 우선 공동상속인들의 협의에 의해 정하되, 협의가 이루어지지 않는 경우에는 다수결에 의해 정하는 것이 타당하다.

[대법관 김영란, 대법관 김지형의 반대의견] 민법 제1008조의3에 정한 제사주재자라 함은 조리에 비추어 제사용 재산을 승계받아 제사를 주재하기에 가장 적합한 공동상속인을 의미하는데, 공동상속인 중 누가 제사주재자로 가장 적합한 것인가를 판단함에 있어서 공동상속인들 사이에 협의가 이루어지지 아니하여 제사주재자의 지위에 관한 분쟁이 발생한 경우에는 민법 제1008조의3의 문언적 해석과 그 입법 취지에 충실하면서도 인격의 존엄과 남녀의 평등을 기본으로 하고 가정평화와 친족상조의 미풍양속을 유지·향상한다고 하는 가사에 관한 소송의 이념 및 다양한 관련 요소를 종합적으로 고려하여 개별 사건에서 당사자들의 주장의 당부를 심리·판단하여 결정하여야 한다

[2]

[다수의견] (가) 사람의 유체·유골은 매장·관리·제사·공양의 대상이 될 수 있는 유체물로서, 분묘에 안치되어 있는 선조의 유체·유골은 민법 제1008조의3 소정의 제사용 재산인 분묘와 함께 그 제사주재자에게 승계되고, 피상속인 자신의 유체·유골 역시 위 제사용 재산에 준하여 그 제사주재자에게 승계된다. (나) 피상속인이 생전행위 또는 유언으로 자신의 유체·유골을 처분하거나 매장장소를 지정한 경우에, 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하지 않는 이상 그 의사는 존중되어야 하고 이는 제사주재자로서도 마찬가지이지만, 피상속인의 의사를 존중해야 하는 의무는 도의적인 것에 그치고, 제사주재자가 무조건 이에 구속되어야 하는 법률적 의무까지 부담한다고 볼 수는 없다.

[대법관 박시환, 대법관 전수안의 반대의견] 피상속인의 유체·유골은 제사용 재산인 분묘와 함께 제사주재자가 이를 승계한다고 본 다수의견에는 찬성한다. 그러나 제사주재자가 피상속인의 유체·유골에 대한 관리·처분권을 가지고 있다고 하여 정당한 사유 없이 피상속인의 의사에 반하여 유체·유골을 처분하거나 매장장소를 변경하는 것까지 허용된다고 볼 수는 없다.

[대법관 안대희, 대법관 양창수의 반대의견] (가) 장례의 방식이 다양화하여 분묘 없는 장례가 빈번하게 되고 또한 매장 또는 분묘개설을 강행할 근거가 없는 이상, 유체의 귀속은 분묘의 귀속과 분리하여 처리되어야 한다.(나) 망인이 자신의 장례 기타 유체를 그 본래적 성질에 좇아 처리하는 것에 관하여 생전에 중국적인 의사를 명확하게 표명한 경우에는, 그 의사는 법적으로도 존중되어야 하며 일정한 법적 효력을 가진다고 함이 타당하다. 나아가 망인의 의사대로 이미 장례나 분묘개설 기타 유체의 처리가 행하여진 경우에는, 다른 특별한 사정이 없는 한 유체의 소유자라고 하더라도 그 소유권에 기하여 그 분묘를 파헤쳐 유체를 자신에게 인도할 것을 청구할 수 없다.

[3] 어떤 경우에 제사주재자의 지위를 유지할 수 없는 특별한 사정이 있다고 볼 것인지에 관하여는, 제사제도가 관습에 바탕을 둔 것이므로 관습을 고려하되, 여기에서의 관습은 과거의 관습이 아니라 사회의 변화에 따라 새롭게 형성되어 계속되고 있는 현재의 관습을 말하므로 우리 사회를 지배하는 기본적 이념이나 사회질서의 변화와 그에 따라 새롭게 형성되는 관습을 고려해야 할 것인바, 중대한 질병, 심한 낭비와 방탕한 생활, 장기간의 외국 거주, 생계가 곤란할 정도의 심각한 경제적 궁핍, 평소 부모를 학대하거나 심한 모욕 또는 위해를 가하는 행위, 선조의 분묘에 대한 수호·관리를 하지 않거나 제사를 거부하는 행위, 합리적인 이유 없이 부모의 유지(遺志) 내지 유훈(遺訓)에 현저히 반하는 행위 등으로 인하여 정상적으로 제사를 주재할 의사나 능력이 없다고 인정되는 경우가 이에 해당하는 것으로 봄이 상당하다.

#### 【참조조문】

- [1] 민법 제1008조의3
- [2] 민법 제1008조의3
- [3] 민법 제1008조의3

#### 【참조판례】

- [1] 대법원 1997. 11. 28. 선고 96누18069 판결(공1998상, 171), 대법원 2003. 7. 24. 선고 2001다48781 전원합의체 판결(공2003하, 1785), 대법원 2004. 1. 16. 선고 2001다79037 판결(공2004상, 377), 대법원 2006. 7. 4. 선고 2005다45452 판결(공2006하, 1503) /
- [2] 대법원 1976. 10. 26. 선고 76다1359, 1360 판결(공1976, 9456), 대법원 1991. 10. 25. 선고 91다18040 판결(공1991, 2820), 대법원 1997. 9. 5. 선고 95다51182 판결(공1997하, 3005)

#### 【전문】

【원고, 피상고인】

【피고, 상고인】

【원심판결】 서울고법 2007. 4. 10. 선고 2006나63268 판결

【주문】

】

상고를 기각한다. 상고비용은 피고들이 부담한다.

【이유】

】 상고이유를 판단한다.

1. 상고이유 제1점에 대하여

가. 제사주재자의 결정방법

- (1) 민법 제1008조의3은 "분묘에 속한 1정보 이내의 금양임야와 600평 이내의 묘토인 농지, 족보와 제구의 소유권은 제사를 주재하는 자가 이를 승계한다"고 규정하고 있다.

원래 1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정된 구 민법은 제사상속에 관한 일반 규정을 두지 않음으로써 제사상속을 도덕과 관습의 범주에 맡기면서도, 제996조에서 분묘에 속한 1정보 이내의 금양임야와 600평 이내의 묘토인 농지, 족보와 제구(이하 '제사용 재산'이라 한다)의 소유권은 호주상속인이 이를 승계하도록 규정하고 있었는데, 1990. 1. 13. 법률 제4199호로 개정된 구 민법에서는 호주상속제도를 폐지하고 호주승계제도를 채택하면서 위와 같이 제사용 재산의 승계를 호주승계의 효력이 아닌 재산상속의 효력 중의 하나로 제1008조의3에 규정하고 그 승계권자를 '호주상속인'에서 '제사를 주재하는 자'로 변경하였으며, 2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정된 현행 민법에서는 호주승계제도조차 폐지하고 제1008조의3은 그대로 유지하기에 이른 것이다.

- (2) 그런데 위와 같이 1990. 1. 13. 법률 제4199호로 개정된 구 민법은 물론 현행 민법에서도 '제사를 주재하는 자'가 제사용 재산을 승계한다고만 규정하고 있을 뿐 그것이 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 왔다( 대법원 1997. 11. 25. 선고 97누 7820 판결, 대법원 1997. 11. 28. 선고 96누18069 판결, 대법원 2004. 1. 16. 선고 2001다79037 판결 등 참조).

일반적으로 종손이라 함은 '장자계(長子系)의 남자손(男子孫)으로서 적장자(嫡長子)'를 지칭하는바, 종래 우리의 관습은 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 것이었으므로, 위 대법원판결들은 이러한 종래의 관습에 터잡은 것이라고 하겠다.

- (3) 그러나 사회의 거듭된 관행으로 생성한 사회생활규범으로서의 관습 내지 관습법이라고 할지라도, 헌법을 최상위 규범으로 하는 전체 법질서에 반하여 정당성과 합리성이 없는 때에는 이를 법적 규범으로 삼아 법원(法源)으로서의 효력을 인정할 수 없다( 대법원 2003. 7. 24. 선고 2001다48781 전원합의체 판결 등 참조).

앞서 본 바와 같이 적장자라는 신분을 최우선시하는 제사상속제도는, 과거의 종법사상(宗法思想)에 기초한 것으로서 조상숭배를 통한 부계혈족(父系血族) 중심의 가(家)의 유지와 계승을 목적으로 하는 것이었고, 가부장적인 대가족 제도와 자급자족을 원칙으로 하는 농경사회를 그 바탕으로 한 것이나, 우리 사회는 1970년대 이래 급속한 경제성장을 통하여 고도로 산업화·도시화된 사회를 이루었고, 대가족제도가 핵가족제도로 바뀌었으며, 가정 내에서 가족 개개인의 의사가 존중되고, 적서(嫡庶)의 차별이 사라졌으며, 남아선호 사상의 쇠퇴와 더불어 딸만을 자녀로 둔 가정의 비율이 증가하게 되었다.

이에 따라 1980. 10. 27. 헌법 제9호로 전문 개정된 헌법 제34조 제1항은 "혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 한다"고 선언하기에 이르렀고, 이는 현행 헌법 제36조 제1항으로 유지되고 있는 바, 그 후 사회의 모든 영역에서 가족 구성원의 평등을 실현하는 방향으로 제도가 개선되었으며, 여러 차례에 걸친 민법 개정을 통하여 형제자매의 상속분이 균등하게 되었고, 호주제도가 폐지되어 호주를 중심으로 한 가(家)의 제도에서 본인과 배우자를 중심으로 한 새로운 가족제도로 재편되는 한편, 2008. 1. 1. 호적제도조차 새로운 가족관계등록제도로 대체되기에 이르렀다.

위와 같이 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 확신 역시 상당 부분 약화되었으므로, 더 이상 관습 내지 관습법으로서의 효력을 유지할 수 없게 되었으며, 그러한 관습에 터잡은 종래의 대법원판결들 역시 더 이상 판례법으로서의 효력을 유지할 수 없게 되었다고 봄이 상당하다.

(4) 한편, 민법 제1조는 민사에 관하여 법률에 규정이 없으면 관습법에 의하고 관습법이 없으면 조리에 의하도록 정하고 있는바, 누가 제사주재자가 되는지에 관하여는 법률에 아무런 규정이 없고, 제사주재자에 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 입법 목적, 제사가 가지는 역사적·사회적 의미 등을 종합적으로 고려하여 조리에 의해 제사주재자의 결정방법을 정해야 할 것이다.

(가) 그런데 우리 민법은 사적 자치의 원칙을 그 기본원리로 하고 있고, 그동안 상속인들 사이의 평등을 지향하는 방향으로 민법이 개정되어 왔으며, 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.

(나) 그러나 공동상속인들 사이에 협의가 이루어지지 않는 경우에는, 제사주재자의 지위를 유지할 수 없는 특별한 사정이 있지 않은 한 망인의 장남(장남이 이미 사망한 경우에는 장남의 아들, 즉 장손자)이 제사주재자가 되고, 공동상속인들 중 아들이 없는 경우에는 망인의 장녀가 제사주재자가 된다고 봄이 상당하다.

원래 제사용 재산은 전통적인 제사상속제도에 수반되는 것으로서 선조에 대한 제사의 계속성을 확보하기 위해 필요한 것일 뿐만 아니라 가통(家統)의 상징이 되는 정신적, 문화적 가치를 갖는 특별한 재산으로서 가문의 자랑이자 종족단결의 매개물이라는 특성을 갖고 있는바, 제사용 재산의 승계에 관한 민법 제1008조의3은 이와 같이 특별한 의미를 갖는 제사용 재산을 유지·보존함으로써 조상숭배와 제사봉행이라는 우리의 전통을 보존하는 것을 목적으로 하고 있다.

그리고 제사용 재산의 승계는 본질적으로 상속에 속하는 것이기는 하지만( 대법원 2006. 7. 4. 선고 2005다45452 판결 참조), 제사용 재산을 일반 상속재산과 같이 공동상속인들 사이에서 분배하는 것은 우리 사회 구성원들의 정서에 맞지 않을 뿐만 아니라, 그와 같이 할 경우 제사봉행을 위한 제사용 재산은 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.

민법 제1008조의3에서 제사용 재산을 승계할 자를 재산상속인으로 정하지 않고 '제사를 주재하는 자'로 특정한 것은 이와 같은 제사용 재산 승계의 특수성을 반영하여 그 승계에 관한 법률관계를 간명히 처리하려는 데에 그 취지가 있는 것이다.

따라서 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 없다.

또한, 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.

이상의 제반 사정을 종합해 보면, 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 부합한다고 할 것이다.

한편, 협의가 이루어지지 않는 경우 위와 같이 장남 내지 장손자 등이 우선적으로 제사주재자가 되어 제사용 재산을 단독으로 승계함으로써 이러한 지위에 있는 상속인과 다른 상속인들을 차별하는 결과가 생긴다고 하더라도, 이는 공동상속인들 사이의 협의의 불성립이라는 사정에 의하여 초래된 것일 뿐만 아니라, 이러한 차별은 조상숭배와 제사 봉행이라는 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).

(다) 결국, 제사주재자는 우선적으로 망인의 공동상속인들 사이의 협의에 의해 정해져야 하되, 협의가 이루어지지 않는 경우에는 제사주재자의 지위를 유지할 수 없는 특별한 사정이 있지 않은 한 망인의 장남(장남이 이미 사망한 경우에는 장남의 아들, 즉 장손자)이 제사주재자가 되고, 공동상속인들 중 아들이 없는 경우에는 망인의 장녀가 제사주재자가 된다고 할 것이다.

다만, 제사주재자의 결정방법에 관한 대법원의 새로운 법리 선언은 제사승계제도에 관한 관습의 근간을 바꾸는 것인바, 대법원이 이 판결에서 새로운 법리를 선언하기에 이른 것은 앞서 본 바와 같이 그동안 제사제도에 대한 우리 사회 구성원들의 인식 및 전체 법질서가 변화되었기 때문인데, 만약 위 새로운 법리를 소급하여 적용한다면 종래 대법원판례를 신뢰하여 형성된 수많은 제사용 재산 승계의 효력을 일시에 좌우하게 됨으로써 법적 안정성과 신의성실의 원칙에 기초한 당사자의 신뢰 보호에 반하게 되므로, 위 새로운 법리는 이 판결 선고 이후에 제사용 재산의 승계가 이루어지는 경우에만 적용된다고 봄이 상당하다.

그러나 이 사건에서 대법원이 새로운 법리를 선언하는 것은 이를 이 사건의 재판규범으로 삼으려는 데에 그 취지가 있으므로, 이 사건에 대하여는 새로운 법리가 소급하여 적용되어야 할 것이다( 대법원 2005. 7. 21. 선고 2002다1178 전원합의체 판결 참조).

- (5) 원심은, 관습상 종손이 있는 경우라면 그가 제사를 주재하는 자의 지위를 유지할 수 없는 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 종손에게 제사주재자의 지위가 인정된다고 전제한 다음, 망 소외인의 장남인 원고가 종손으로서 그에 대한 제사를 주재할 자의 지위에 있다는 취지로 판시하였다.

원심이 전제로 삼은 법리는 위에서 본 제사주재자의 결정방법에 관한 법리와 다른 것이어서 잘못이라고 할 것이지만, 원심이 적법하게 인정한 사실에 의하면 위 망인의 장남인 원고와 피고들을 비롯한 다른 공동상속인들 사이에서 누구를 위 망인의 제사주재자로 할 것인지에 관한 협의가 이루어지지 아니한 사실을 알 수 있으므로, 위 법리에 따라 위 망인의 장남인 원고가 위 망인의 제사주재자가 된다고 보아야 할 것이다.

따라서 원심판결의 결론은 정당하고, 원심의 위 잘못은 판결 결과에는 영향이 없으므로, 이 점에 관한 상고이유는 받아들이지 아니한다.

#### 나. 유체·유골의 처분방법 또는 매장장소 지정의 효력

- (1) 사람의 유체·유골은 매장·관리·제사·공양의 대상이 될 수 있는 유체물로서, 분묘에 안치되어 있는 선조의 유체·유골은 민법 제1008조의3 소정의 제사용 재산인 분묘와 함께 그 제사주재자에게 승계되고, 피상속인 자신의 유체·유골 역시 위 제사용 재산에 준하여 그 제사주재자에게 승계된다.

무릇 분묘라 함은 그 내부에 사람의 유골·유해·유발 등 시신을 매장하여 사자(死者)를 안장한 장소를 말하고, 외형상 분묘의 형태만 갖추었을 뿐 그 내부에 시신이 안장되어 있지 않은 경우에는 분묘라고 할 수 없으므로( 대법원 1976. 10. 26. 선고 76다1359, 1360 판결, 대법원 1991. 10. 25. 선고 91다18040 판결 참조), 유체·유골이야말로 분묘의 본체가 되는 것으로서 그것이 없으면 법적으로 유효한 분묘를 설치할 수 없다.

또한, 민법은 분묘를 제사승계의 대상으로 삼고 있고, 분묘에 대한 수호·관리권은 특별한 사정이 없는 한 누가 그 분묘를 설치했는지에 관계없이 제사주재자에게 속한다고 해석되는바( 대법원 1997. 9. 5. 선고 95다51182 판결 참조), 이는 유체·유골이 제사승계의 대상으로서 제사주재자에게 귀속됨을 전제로 하는 것이다.

한편, 유체·유골의 처분방법 또는 매장장소 지정에 관한 망인 자신의 생전 의사 내지 감정은 마땅히 존중되어야 하지만, 망인의 영혼이 떠나고 남은 유체·유골에 대한 매장·관리·제사·공양 등은 그 제사주재자를 비롯한 유족들의 망인에 대한 경애·추모 등 개인적인 감정에 의해 이루어지는 것이고, 망인의 유체·유골은 제사주재자에게 승계되는 것이므로, 그에 관한 관리 및 처분은 종국적으로는 제사주재자의 의사에 따라 이루어져야 한다고 봄이 상당하다.

나아가, 유체·유골의 처분방법이나 매장장소의 지정은 법정 유언사항에 해당하지 않고, 달리 법률적 구속력을 인정할 만한 근거도 없다.

이상의 사정을 종합해 보면, 피상속인이 생전행위 또는 유언으로 자신의 유체·유골을 처분하거나 매장장소를 지정한 경우에, 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하지 않는 이상 그 의사는 존중되어야 하고 이는 제사주재자로서도 마찬가지라고 할 것이지만, 피상속인의 의사를 존중해야 하는 의무는 도의적인 것에 그치고, 제사주재자가 무조건 이에

구속되어야 하는 법률적 의무까지 부담한다고 볼 수는 없다.

- (2) 위 법리에 비추어 살펴보면, 원심이 망 소외인의 생전 의사에 따라 일부 공동상속인들이 위 망인의 유체를 이 사건 분묘에 매장한 것이라 하더라도 위 망인이 생전에 자신의 유체를 처분하는 행위는 위 망인의 사후에 그 유체에 대한 권리를 취득한 원고에 대하여 법률상 구속력이 없다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 제사주재자의 권리에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

## 2. 상고이유 제2점, 제3점에 대하여

가. 어떤 경우에 제사주재자의 지위를 유지할 수 없는 특별한 사정이 있다고 볼 것인지에 관하여는, 제사제도가 관습에 바탕을 둔 것이므로 관습을 고려하되, 여기에서의 관습은 과거의 관습이 아니라 사회의 변화에 따라 새롭게 형성되어 계속되고 있는 현재의 관습을 말하므로 우리 사회를 지배하는 기본적 이념이나 사회질서의 변화와 그에 따라 새롭게 형성되는 관습을 고려해야 할 것인바, 중대한 질병, 심한 낭비와 방탕한 생활, 장기간의 외국 거주, 생계가 곤란할 정도의 심각한 경제적 궁핍, 평소 부모를 학대하거나 심한 모욕 또는 위해를 가하는 행위, 선조의 분묘에 대한 수호·관리를 하지 않거나 제사를 거부하는 행위, 합리적인 이유 없이 부모의 유지(遺志) 내지 유훈(遺訓)에 현저히 반하는 행위 등으로 인하여 정상적으로 제사를 주재할 의사나 능력이 없다고 인정되는 경우가 이에 해당하는 것으로 봄이 상당하다.

- 나. 위 법리에 비추어 살펴보면, 원심이, 1961년경부터 망 소외인이 스스로의 의사에 의하여 원고의 어머니와 별거하고 피고들의 어머니와 동거생활을 함으로써 원고와의 왕래나 원고에 의한 부양 등이 이루어지지 않았다고 보일 뿐, 달리 원고가 위 망인의 생존시 위 망인에 대한 부양을 거부하거나 사후 제사를 거부하겠다는 등의 의사를 표시하였음을 인정할 만한 아무런 증거가 없다는 이유로 원고에게 제사주재자의 지위를 유지할 수 없는 특별한 사정이 인정되지 않는다고 판단한 것은 수긍할 수 있고, 또한 상고이유에서 주장하는 바와는 달리 원고의 이 사건 청구를 가리켜 제사주재자의 지위를 상실시킬 정도로 '합리적인 이유 없이 망인의 유지(遺志) 내지 유훈(遺訓)에 현저히 반하는 행위'를 하는 것이라고 볼 수도 없다.

따라서 원심판결은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 제사주재자의 지위를 유지할 수 없는 특별한 사정에 관한 법리 오해나 채증법칙에 관한 법령 위반 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

## 3. 결 론

그러므로 상고를 모두 기각하고, 상고비용은 패소자들이 부담하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

- 이 판결에는 상고이유 제1점에 대한 대법관 박시환, 대법관 전수안, 대법관 안대희, 대법관 양창수의 반대의견과 상고이유 제1점 중 제사주재자의 결정방법에 대한 대법관 김영란, 대법관 김지형의 반대의견이 있는 외에는 관여 법관들의 의견이 일치하였고, 다수의견에 대한 대법관 이홍훈, 대법관 김능환의 보충의견과 대법관 안대희, 대법관 양창수의 반대의견에 대한 대법관 안대희의 보충의견 및 대법관 김영란, 대법관 김지형의 반대의견에 대한 대법관 김영란의 보충의견이 있다.

## 4. 상고이유 제1점에 대한 대법관 박시환, 대법관 전수안의 반대의견

가. 제사주재자의 결정방법에 관하여

(1) 유체·유골의 승계권자는 제사주재자이고, 제사주재자는 우선 공동상속인들 사이의 협의에 의해 정해야 한다는 점에 대하여는 다수의견과 견해를 같이한다.

그러나 협의가 이루어지지 않는 경우에는 제사주재자의 지위를 유지할 수 없는 특별한 사정이 있지 않은 한 망인의 장남 내지 장손자 또는 경우에 따라 장녀(이하 '장남, 장손자, 장녀'를 합쳐서 '장남 등'으로 약칭한다)가 제사주재자가 된다는 다수의견에는 아래와 같은 이유로 찬성할 수 없다.

(가) 누가 제사주재자가 되는지에 관하여 분쟁이 생기는 것은 대개 공동상속인들 사이에서 협의가 이루어지지 않았기 때문일 것인데, 이 경우 당연히 장남 등이 제사주재자가 된다는 것은 처음부터 종손이 제사주재자가 된다는 종전 대법원판례의 입장과 사실상 별 차이가 없게 된다.

제사주재자로 될 지위에 있는 장남 등으로서는 아예 협의에 불응하거나 협의가 이루어지지 않도록 소극적인 태도를 취하면 되기 때문이다.

구 민법(1990. 1. 13. 법률 제4199호로 개정되기 전의 것)이 장남을 최순순위 호주상속인으로 규정하고 있었던 점에 비추어 보면, 다수의견은 결국 제사용 재산에 관한 특권을 향유하는 자를 형식상으로만 '호주상속인'에서 '장남 등'으로 바꾸었을 뿐 실질적으로는 종전과 동일한 결과를 가져옴으로써, 제사용 재산을 호주상속인의 특권에서 분리시키려 한 1990년 개정 민법의 취지를 몰각하게 된다.

또한, 민법 제1008조의3에 의한 제사용 재산의 승계는 본질적으로 상속에 속하는 것이고( 대법원 2006. 7. 4. 선고 2005다45452 판결 참조) 그 중에는 상당한 정도의 재산적 가치를 가진 자산이 포함될 수 있다는 점에서 우리 민법이 수차에 걸쳐 형제자매간의 상속분을 동등하게 되도록 개정해 온 취지에도 반하게 된다.

(나) 민법 제1008조의3의 입법 취지와 제사용 재산의 성격 등을 고려하여, 제사용 재산을 유지·보존하고 제사용 재산의 승계에 관한 법률관계를 간명히 할 필요가 있으며, 이를 위해서는 제사주재자를 공동으로 하는 것보다는 특정한 1인으로 하는 것이 적절하다는 다수의견에는 공감한다.

그러나 장남 등을 제사주재자로 하는 것이 다른 상속인을 제사주재자로 하는 것보다 이러한 목적 달성에 보다 부합하고 사회통념상 상대적으로 정당성이 있어 조리에 가장 부합한다는 다수의견에는 동의하기 어렵다.

다수의견은 그 가장 중요한 이유로, 제사제도가 갖는 부계혈족(父系血族) 중심의 가계계승 성격과, 현재 우리 사회 구성원들 사이에서는 협의가 이루어지지 않는 경우 장남 내지 장손자가 제사주재자가 되고 아들이 없으면 딸이 제사주재자가 된다는 점에 관한 인식이 널리 용인되고 있고, 이러한 인식이 현재의 전체 법질서에 반하지도 않는다는 점을 들고 있다.

그러나 다수의견이 지적하는 바와 같이 제사제도의 가계계승 성격과 적장자가 제사상속인이 되던 종래의 관습은 본래 가부장적인 대가족 제도와 자급자족을 원칙으로 하는 농경사회에 바탕을 둔 것으로서, 개인의 의사와 가치가 존중되는 핵가족 제도와 고도의 산업화·도시화가 이루어진 현재의 우리 사회에는 부합하지 않을 뿐 아니라, 실제로도 오늘날의 제사는 가계계승보다는 망인에 대한 추모의 성격이 더 강해졌다고 볼 수 있다.

또한, 위와 같은 핵가족화·도시화·산업화 과정에서, 우리 사회는 가정의 일방적 의사보다는 부부간의 대화와 가족 개개인의 의사가 존중되고 형제자매 사이에 나이나 성별에 관계없이 동등하게 취급되는 경향이 짙어졌으며, 출산율의 저하와 남아선호 사상의 쇠퇴로 딸만을 둔 가정의 비율이 높아지고, 족보에 아들과 딸을 함께 기재하는 것이 일



반화되는 추세이며, 여성에게도 종원의 지위를 부여하는 종중이 상당수 등장하게 되고, 여성이 상주를 맡거나 제사에 참석하는 것이 더 이상 특이한 일로 여겨지지 않는 등 사회 구성원들의 의식구조와 생활양식에 많은 변화가 있었다.

이와 같은 변화는 우리 헌법과 법률에 반영되어, 1980. 10. 27. 개정된 헌법은 "혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다"는 규정( 제36조 제1항)을 신설함으로써, 가부장적인 가족관계에서 벗어나 인간의 존엄과 양성평등에 기초한 가족관계로 성립되고 유지되어야 한다는 헌법적 결단을 표현하였고, 민법도 형제자매간의 상속분을 동등하게 하고 친족의 범위에 관한 부계혈족과 모계혈족 사이 및 부족인척(夫族姻戚)과 처족인척(妻族姻戚) 사이의 차별을 없앴으며, 호주제도를 전면 폐지하고 핵가족 중심의 가족관계등록제도를 시행하는 한편, 혼인신고시 부부간의 협의에 의해 자녀가 모(母)의 성과 본을 따를 수 있게 하는 등 많은 개정이 이루어졌다.

위와 같은 양성평등에 입각한 우리 사회의 기본이념 및 법질서의 변화에 따라, 대법원은 2005. 7. 21. 선고 2002다1178 전원합의체 판결을 통하여 종중 구성원의 자격을 성년 남자만으로 제한하는 종래의 관습법은 더 이상 법적 효력을 가질 수 없게 되었다고 보아 여성에게도 종중원의 자격을 인정하는 판결을 한 바도 있다.

위와 같은 변화의 과정을 통해 장남을 우선시하는 종래의 관습에 대한 우리 사회 구성원들의 법적 확신 역시 이미 상당 부분 소멸하였을 뿐만 아니라, 과연 이러한 관습이 현재 우리 사회의 전체 법질서에 부합하는지 의문이고, 이러한 현상은 앞으로 더욱 심화될 것이다.

한편, 공동상속인들 중 장남 등의 지위에 있다는 이유만으로 제사용 재산을 가장 잘 유지·보존할 수 있는 것이 아님은 두말할 나위가 없으며, 또한 다수의견에 의하더라도 어차피 장남 등이라는 지위보다 협의를 우선하는 이상, 제사용 재산의 승계에 관한 법률관계를 간명히 하겠다는 취지는 이미 상당 부분 포기한 셈이어서 그다지 큰 의미를 가질 수 없다.

이상과 같은 이유로, 협의가 이루어지지 않는 경우 장남 등이 제사주재자가 되는 것이 민법 제1008조의3의 입법 취지에 보다 부합하고 사회통념상 상대적으로 정당성이 있어 조리에 가장 부합한다는 다수의견에는 동의할 수 없는 것이다.

(다) 다수의견은, 협의가 이루어지지 않는 경우 장남 등이 우선적으로 제사주재자가 되어 제사용 재산을 승계함으로써 장남 등과 다른 상속인들을 차별하는 결과가 생긴다고 하더라도, 이는 상속인들 사이의 협의의 불성립이라는 사정에 의해 초래된 것이고, 이러한 차별은 조상숭배와 제사봉행이라는 '전통의 보존'과 제사용 재산의 승계에 관한 법률관계를 간명히 하기 위한 것으로서 합리적인 이유가 있다고 보고 있으나, 그 견해에도 동의하기 어렵다.

앞서 지적한 바와 같이 협의가 이루어지지 않으면 장남 등이 당연히 제사주재자가 되는 것으로 할 경우 장남 등은 얼마든지 협의의 불성립을 유도할 수 있고, 따라서 위와 같은 차별은 상속인들 사이의 협의의 불성립이라는 객관적 사정에 의해 초래된 것이라기보다는 장남 등의 주관적 의사에 달려있는 협의 성립 여부에 좌우되는 것이어서 합리적인 이유가 있는 차별이라고 볼 수 없다.

또한, 헌법 전문과 헌법 제9조에서 말하는 '전통'과 '전통문화'란 역사성과 시대성을 띤 개념으로서 헌법의 가치질서, 인류의 보편가치, 정의와 인도정신 등을 고려한 현재 시대의 의미로 파악하여야 하며, 가족제도에 관한 전통·전통문

화란 적어도 그것이 가족제도에 관한 헌법이념인 '개인의 존엄'과 '양성의 평등'에 반하는 것이어서는 안 된다는 한계가 있으므로, 전래의 가족제도의 어떤 부분이 헌법 제36조 제1항이 요구하는 개인의 존엄과 양성평등에 반한다면 헌법 제9조를 근거로 들어 그 헌법적 정당성을 주장할 수는 없는 것이다(헌법재판소 2005. 2. 3. 선고 2001헌가9 등 전원재판부 결정 참조). 이러한 관점에서 보면, 협의가 이루어지지 않는 경우 당연히 장남 등이 제사주재자로 된다는 것은 사실상 처음부터 장남 등이 제사주재자로 되는 것과 별 차이가 없어, 제사용 재산을 '호주상속인'의 특권으로 규정하고 있던 구 민법(1990. 1. 13. 법률 제4199호로 개정되기 전의 것)과 실질적으로 동일한 결과가 되므로, 조상숭배와 제사봉행의 전통 보존이라는 입법 목적을 고려하더라도 그 정당성을 인정하기 어려울 뿐만 아니라, 그러한 전통이 왜 꼭 장남 등을 통해서만 보존되어야 하는지에 관하여도 의문을 품지 않을 수 없다.

나아가 설령 위와 같은 차별이 입법 목적상 부득이한 측면이 있다 하더라도, 현실적으로 상속인들 사이에서 성별과 나이에 의한 차별이 발생하는 결과를 가져온다면 이를 불가피하다고만 할 것이 아니라, 변화된 우리 사회 구성원들의 의식과 전체 법질서 등에 맞는 새로운 해석을 통해 합리적인 해결책을 모색함이 바람직할 것이다.

- (2) 이상 살펴본 바에 의하면, 공동상속인들 사이에 협의가 이루어지지 않는 경우에 장남 등이 제사주재자가 된다고 할 수는 없고, 그렇다면 다수결에 의해 제사주재자를 결정하는 것이 가장 적절하다고 생각한다.

제사는 집안 내부의 행사이고 제사용 재산을 누가 승계하느냐 하는 것 역시 집안 내부의 문제이므로, 제사주재자를 누구로 할 것인지 제사용 재산을 누가 승계할 것인지 하는 문제 역시 집안 내부 사람들의 의사에 따라 자율적으로 결정하도록 맡겨두는 것이 바람직하다.

민법 1008조의3이 제사용 재산의 승계자를 '제사를 주재하는 자'라고만 규정하고 누가 제사주재자가 되어야 할지에 관하여는 아무런 규정을 두지 않은 취지도 그에 있다고 생각된다.

대등한 입장에 있는 사람들 사이에서 의사결정을 하는 방법 중에서는 다수의 의사에 따르는 것이 그 중 합리적이고 민주적이라는 민주사회의 기본원칙에 비추어 보아도, 장남에게 우선권을 인정하던 종래의 관습이 정당성을 잃어가고 있는 현재에 와서는 동등한 입장에 있는 상속인들 사이에서 다수결의 방식에 따라 제사주재자를 정하는 것이 가장 조리에 합당할 것이다.

다수결이라는 방식 그 자체가 완벽한 것은 아니어서 경우에 따라 다수결에 의한 결정이 구체적 사건에서 타당성을 잃은 결론에 도달할 위험을 배제하지 못한다고 하더라도, 적어도 지금까지 고안된 의사결정의 방식 중 가장 합리성을 띤 방법이라는 점에서 볼 때 그와 같은 일부 예외적인 불합리한 결과는 감내할 수밖에 없을 것이며, 그와 같이 형식적 다수결에 의하여 생기는 불합리한 결과에 대하여는 제사주재자의 지위를 유지하지 못할 특별한 사정에 해당하는 것으로 처리한다든지, 제사주재자의 지위 자체를 부정할 정도에는 이르지 못하지만 다수결로 정해진 제사주재자가 그 지위에 주어진 모든 권능을 제한없이 행사함으로써 생길 수 있는 개별적인 불합리에 대하여는 권리남용이나 신의칙위반 등 일반조항의 적용을 통하여 적절히 조절하는 방법도 가능할 것이다.

또한, 가부동수 등 다수결의 방법으로도 정할 수 없는 예외적인 경우에는 부득이 여러 사정을 종합하여 조리에 따라 법원이 정하는 방법으로 보완할 수밖에 없을 것이다.

다만, 대법관 김영란, 대법관 김지형의 반대의견이 제시하는 바와 같이 협의가 이루어지지 않는 경우 곧바로 법원이 제사주재자를 정해주는 방법은 상속인들간에 자율적으로 결정되어야 할 집안 내부 문제에 법원이 과도하게 개

입하는 것이 되어 바람직하지 않을 뿐만 아니라, 최소한의 객관적이고 일률적인 기준 제시도 없이 언제나 법원이 그때그때 여러 사정을 종합하여 제사주재자를 정해준다는 것은 제사용 재산에 관한 법률관계를 지나치게 불안정하게 하여 부적절하다고 생각한다.

한편, 제사주재자를 1인으로 특정함으로써 생길 수 있는 폐단을 고려하여 상속인들이 공동으로 제사를 주재하는 방법도 생각해 볼 수 있으나, 이는 제사용 재산을 일반 상속재산과 같이 공동상속인들 사이에서 분배하는 것과 같은 결과를 가져옴으로써 제사용 재산을 별도로 승계하도록 규정한 민법 제1008조의3의 입법 취지와 우리 사회 구성원들의 일반정서에 부합하지 않을 뿐만 아니라, 그와 같이 할 경우 제사봉행을 위한 제사용 재산은 결국 존속하기 어렵게 될 것이므로 역시 적절하지 않다.

(3) 결론적으로, 제사주재자는 우선 공동상속인들의 협의에 의해 정하되, 협의가 이루어지지 않는 경우에는 다수결에 의해 정하는 것이 타당하고, 다만 이러한 새로운 법리는 다수의견과 마찬가지로 이 사건 이외에는 이 판결 선고 후 제사용 재산의 승계가 이루어지는 경우에만 적용된다고 봄이 상당하다.

따라서 원고가 망 소외인의 공동상속인들 사이에서 다수결에 의해 제사주재자로 지정된 것이 아님에도 불구하고, 단지 위 망인의 장남이라는 이유만으로 원고에게 우선적으로 제사주재자의 지위를 인정함으로써 그가 위 망인의 제사주재자로서 위 망인의 유체·유골에 대한 권리가 있다고 보아 원고의 청구를 인용한 원심의 판단에는 제사주재자의 결정방법에 관한 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

나. 유체·유골의 처분방법 또는 매장장소 지정의 효력에 관하여

다수의견은 피상속인이 생전행위 또는 유언으로 자신의 유체·유골의 처분이나 매장장소를 지정한 경우에는 선량한 풍속, 기타 사회질서에 반하지 않는 이상 그 의사는 존중되어야 하지만, 피상속인의 의사를 존중해야 하는 의무는 도의적인 것에 그치고 제사주재자가 무조건 이에 구속되어야 하는 법률적 의무까지 부담한다고 볼 수 없다는 것이다.

우선 피상속인의 유체·유골은 제사용 재산인 분묘와 함께 제사주재자가 이를 승계한다고 본 다수의견에는 찬성한다.

그러나 제사주재자가 피상속인의 유체·유골에 대한 관리·처분권을 가지고 있다고 하여 정당한 사유 없이 피상속인의 의사에 반하여 유체·유골을 처분하거나 매장장소를 변경하는 것까지 허용된다고 볼 수는 없으므로 그 점에서는 다수의견에 찬성할 수 없다.

자신의 신체에 대한 권리는 인격권의 핵심에 해당하고, 신체에 대한 자기결정권은 당사자가 살아있는 동안에는 물론 그 사후에도 최대한 존중되어야 한다.

사람이 사망한 후에는 더 이상 권리의무의 주체가 되지 못한다는 것이 현행법의 일반원칙이기는 하나, 그렇다고 하여 권리능력을 상실하기 전에 생전행위 또는 유언으로 자기 신체의 처분이나 장례방법·매장장소 등에 관한 의사를 표시한 경우 그 의사표시의 효력을 사후에까지 유지시켜 법적 구속력을 인정하는 것까지 부정되어야 할 필요는 없다.

이는 피상속인의 유체·유골에 대한 권리를 제사주재자에게 귀속시킨 취지가 망인에 대한 경애·추모에 있다는 점에 비추어 보면, 유체·유골을 포함한 제사용 재산에 관한 제사주재자의 권리 자체에 내재하는 한계라고 보아야 할 것이다.

종래의 관습과 현행법이 제사용 재산에 대한 권리를 제사주재자가 단독으로 승계하도록 하고 있는 것은 여러 가지 면을 고려한 결과라고 할 것이지만, 실질적으로는 유족을 대표하는 지위에서 이를 승계하는 것이라고 볼 여지가 있다는 점을 고려하면, 제사주재자라고 하여 피상속인의 생전 의사를 무시하고 마음대로 유체를 처분하거나 다른 방법으로 장례를 치르는 것은 다른 유족들의 망인에 대한 경애·추모의 정을 훼손하는 행위로서 제사주재자에게 주어진 권한을 넘어서는 행위라고 보아야 한다.

대법관 안대희, 대법관 양창수의 반대의견에서 적절히 지적하다시피, 오늘날 사자(死者)에 대하여도 일반적 또는 제한적인 인격권을 인정하여야 한다는 주장이 제기되고 있고, 형법상 사자의 명예훼손죄, 저작권법상 저작자 사망 후의 저작인격권 보호규정, 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 등 개별 법령에서 사망자의 인격권을 보호하는 규정을 두고 있는 점을 보더라도, 피상속인의 유체·유골의 처분이나 장례방법에 관한 생전 의사표시에 법적 구속력을 인정하는 것이 현행법의 전체 체계에 어긋나는 것이라고 볼 수 없을 뿐 아니라, 장기 등 이식에 관한 법률에서는 사망자의 의사에 1차적 구속력을 인정하고 있는 점을 보아도 제사주재자가 피상속인의 생전 의사에 반하여 유체·유골을 처분하거나 장례방법, 매장장소를 변경하는 행위는 특별한 정당 사유가 없는 한 허용되지 않는 것으로 보아야 할 것이다.

위와 같은 법리와 기록에 비추어 보면, 망 소외인이 생전에 자신의 유체의 매장장소를 지정한 행위는 위 망인의 사후에 그 유체에 관한 권리를 취득한 제사주재자인 원고에게 법률상 구속력이 없다고 보아, 위 망인이 실제로 매장장소를 지정했는지 여부를 가리지 아니한 채 위 망인의 유체를 원고에게 인도하여야 한다고 판단한 원심판결에는, 제사주재자의 권리에 관한 법리를 오해하고 심리를 다하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

다.

결 론

그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송함이 상당하다.

#### 5. 상고이유 제1점에 대한 대법관 안대희, 대법관 양창수의 반대의견

가. 원고는 제사주재자의 지위에 있음을 전제로 이 사건 유체에 대한 소유권에 기하여 이 사건 분묘 안에 매장된 이 사건 유체를 자신에게 인도할 것을 청구하고 있다.

이에 대하여 피고들은 제1심 이래 일관하여 이 사건 유체는 망인의 의사에 따라 이 사건 분묘에 매장된 것이므로, 제사주재자의 지위에서 이 사건 유체의 인도를 청구할 수 없다고 주장하여 왔다.

상고이유 제1점도 이에 이어서, 망인이 생전에 정한 장례 등 자기 유체의 처분에 관한 의사대로 장례가 행하여진 경우에는 다른 특별한 사정이 없는 한 제사주재자로서의 권리에 기하여 이를 뒤엎고 유체의 인도를 청구할 수 없다는 취지로 주장한다.

이렇게 보면 이 사건의 해결을 위하여는, 제사주재자가 누구인지의 법문제도 제기되어야 할지 모르나, 그와 별도로 제사주재자가 누구이든 상관없이 장례 기타 신체의 사후처리(死後處理)에 관한 망인의 의사가 유체 소유권의 귀속 또는 그 행사에 어떠한 영향을 미치는지가 더욱 의미를 가질 수 있다고 생각된다.

이하 이 사건의 해결에 필요한 범위에서 논의하기로 한다.

- (1) 다수의견은 유체의 귀속문제를 민법 제1008조의3에 준하여 처리하여 유체가 거기서 정하는 "제사를 주재하는 자"에 귀속된다고 하고 누가 제사주재자인지를 논의한다.

그리고 그와 같이 정하여진 제사주재자는 망인의 의사에 좇아 장례가 행하여진 경우에도 유체의 인도를 청구할 수 있다고 한다.

이에 관하여 다수의견은 자신의 유체에 관한 처분이 법정 유언사항도 아니며 달리 그 의사에 법적 구속력을 인정할 근거가 없으므로 망인이 생전행위 또는 유언으로 자신의 유체를 처분하거나 매장장소를 지정한 경우에 그 의사를 존중할 의무는 도의적인 것에 그치고 제사주재자를 포함하여 상속인 기타 제3자가 이에 좇아야 할 법적 의무는 아니라고 한다.

- (2) 우선 분묘 등의 귀속자를 "제사를 주재하는 자"로 정하는 민법 제1008조의3에 준하여 유체의 귀속도 처리되어야 한다는 종전 판례 및 이 사건 다수의견의 입장은 더 이상 채택하기 어렵다{특히, 이 사건 분묘는 제1심 공동피고 재단법인 양평공원으로부터 묘지사용권을 분양받아서 근자의 2006년 1월에 개설되었고, '장사 등에 관한 법률' 제14조에서 정하는 '사설묘지(私設墓地)'로서 같은 법의 적용을 받는다.

따라서 이 사건 분묘는 민법 제1008조의3에서 정하는 금양임야 또는 '묘지인 농지'와는 전혀 무관하고, 또 족보나 제구에 대하여 이 사건 당사자들은 관심이 없는 것으로 보인다.

그러한 만큼 이 사건 분묘는 실제적으로도 민법 제1008조의3이 전제로 하는 분묘 등과는 거리가 있는 것이다}.

나아가 망인이 장례의 방식이나 장소 등과 같이 유체를 그 본래적 성질에 좇아 처리하는 것에 관하여 생전에 종국적인 의사를 명시적으로 표명한 경우에는, 그 의사는 법적으로도 존중되어야 하며 상응하는 법적 효력을 가진다고 봄이 타당하다.

또한, 설사 유체의 처리에 대한 망인의 의사에 별다른 법적 효과가 없다고 하더라도, 일단 그 의사에 기하여 장례나 분묘개설 기타 유체의 사후처리가 행하여진 후에는 유체의 소유권이 누구에게 귀속되는지에 상관없이 그 소유권은 그 한도에서 제한되어서 다른 특별한 사정이 없는 한 분묘를 파헤쳐 유체를 자신에게 인도할 것을 청구할 수 없다고 할 것이다.

- 나. 종전에 판례는 반드시 분묘에 묻힌 유체·유골(이하 단지 '유체'라고 한다)만이 아니라 유체의 귀속 일반을 분묘 등의 승계에 관하여 정하는 민법 제1008조의3에 준하여 처리하여 왔다.

다수의견도, 원심법원도 이를 전제로 하고 있다.

그것은 유체가 묻힌 분묘가 누구에게 귀속하는가 하는 법문제의 처리가 그 안에 묻힌 유체의 귀속을 정하는 것이 된다는 생각을 출발점으로 한다.

그러나 그러한 사고는, 사람이 사망하면 유체를 땅에 묻어 분묘를 마련하고 또 분묘 안에 묻힌 망인에 대하여 제사를 지내는 것이 당연하고 또 강행되어야 할 규범임에 의문이 없던 시대에는 타당할지 몰라도, 이제 장례의 방식이 다양화하여 분묘 없는 장례가 빈번하게 되고 또 매장 또는 분묘개설을 강행할 근거가 없는 이상, 유체의 귀속은 분묘의 귀속과 분리하여 처리되어야 한다.

- (1) 유체를 매장하여 봉분을 마련함으로써 분묘를 개설하는 것이 유체 처리의 한 과정으로서의 '장사(葬事)'의 유일한 방법이 아님은 이제 더 이상 논의를 필요로 하지 않는다.

오늘날에 이르러 분묘 개설 이외의 장사는 우리가 늘 경험하는 바일 뿐만 아니라, '장사 등에 관한 법률'이 시체나 유골을 땅에 묻어 장사하는 '매장'(그리고 '분묘'는 그와 같이 유체 등을 매장하는 시설이라고 정의된다.

같은 법 제2조 제6호) 외에도, 유체를 불에 태워 장사하는 '화장', 화장한 유골의 골분(骨粉)을 수목이나 화초 등의 밑이나 주변에 묻어 장사하는 '자연장'을 장사의 방법으로 규정하고 있는 것( 같은 조 제2호, 제3호)에서도 명확히 드러난다.

이와 같이 이제 화장이나 자연장이 흔하게 행하여져서 분묘가 개설되지 아니하게 되면, 유체의 귀속이 분묘의 귀속에 대하여 정하는 민법 제1008조의3에 의하여 정하여진다는 논리가 타당할 수 없게 됨은 명백하다.

사람은 필연적으로 죽게 되어 있고 죽으면 유체는 항상 남는 것이므로 그 귀속을 정할 필요는 사망과 함께 항상 발생하는 반면에, 매장이나 분묘의 개설은 장사의 한 방법에 불과한 것이다.

- (2) "분묘 등의 승계"라는 표제를 붙이고 있는 민법 제1008조의3의 내용과 연혁 등에 대하여는 다수의견이 그 판결이유의 맨 앞부분에서 실시하는 바와 같다.

위 규정은 분묘 기타 거기에 열거되어 있는 물건이 "제사를 주재하는 자"에게 귀속된다고 한다.

그런데 위 규정은 유족들이 제사를 지내지 않는 경우에는 분묘 등의 법적 운명이 어떻게 되는가에 대하여는 아무런 정함이 없다.

거기서 말하는 바의 "제사"를 반드시 우리 전래의 유교식 제사로 한정할 필요는 없고, 예를 들어 단순히 유족들이 기일에 모여 지내는 간단한 추도모임만이 행하여지는 경우와 같은 것도 여기서의 "제사"에 해당한다고 해석하는 것이 아주 배제된다고 하여야 할 이유는 없을는지 모른다.

그러나 그 "제사"에 앞서 말한 넓은 의미의 제사가 포함된다면, 그러한 제사를 주재하는 사람에게 분묘, 나아가 금양임야나 제구(祭具) 등을 귀속시킬 이유가 무엇이겠는지 다시금 생각해 보지 않을 수 없다.

그리고 그와 같이 넓은 의미에서의 제사조차 아예 없는 경우도 얼마든지 있을 수 있다.

한편, 우리 법은 일반적인 행동의 자유 위에 기초하고 있으며, 보다 개별적으로는 종교의 자유를 인정하고 조선시대와는 달리 국교는 인정되지 아니한다( 헌법 제20조). 따라서 국가가 누구에게 망인의 유체를 매장하여 분묘를 개설하는 방식으로 장사를 치르도록 하는 것은 물론이고 나아가 '제사'를 지내는 것을 법으로 강제할 수 없다.

그것은 "제사"를 지내야 하는지 여부를 검토해 보는 것 자체를 강제할 수 없다는 것에도 미친다고 하여야 할 것이다.

그런데도 종전 판례에 의하면, 분묘에 묻힌 사람의 후손은 분묘 기타 일정한 재산, 나아가 그 사람의 유체가 귀속될 사람을 정하려면 제사를 지내야 하는 것이다.

뿐만 아니라 제사를 지내는 사람이 없는 경우에도, 또 특히 부모 기타 선조가 분묘에 묻혀 있지 아니한 경우에도, 부모 등의 유체 등의 귀속을 정하기 위하여, 종전 판례에 의하면 "제사를 주재하는 자" 또는 "제사를 주재하여야 하

는 자"를 관습법 또는 조리의 이름으로 '창조'해 내야 하는 것이다.

- (3) 한편, 유체가 매장되어 분묘가 개설되는 경우라도, 그 개설 및 유지 등에 대하여는 앞서 본 "장사 등에 관한 법률"(원래의 "매장 및 묘지 등에 관한 법률"이 2000. 1. 12. 법률 제6158호로 전문 개정되면서 그 명칭이 변경된 것이다. 그 후 수 차례의 개정을 거친 후 다시 2007. 5. 25. 법률 제8489호로 전문 개정되었으나, 그 내용은 커다란 변화 없이 유지되고 있다)의 규율을 받는다.

위 법에 의하면, 매장(따라서 분묘의 개설)은 같은 법 제13조에서 정하는 공설묘지, 제14조에서 정하는 사설묘지가 아니면 이를 할 수 없다( 제7조 제1항). 그리고 그와 같이 설치된 분묘의 설치기간은 그 연장의 가능성은 열려 있으나 원칙적으로 15년이며( 제19조 제1항, 제2항), 설치기간이 경과한 분묘에 대하여는 연고자 또는 묘지의 설치자가 해당 분묘에 설치된 시설물을 철거하고 매장된 유골을 화장하거나 '봉안'하여야 한다( 제20조 제1항, 제2항).

이와 같이 현행법 아래서 분묘는 그것이 일단 설치되었다고 하더라도 15년 등 한정된 기간 안에서만 유지될 수 있다.

그런데 분묘 속에 묻힌 유체에 대한 권리는 그것이 유골 등으로 그 형체를 남기는 한 그 귀속이 정하여지지 않으면 안 되므로, 그 문제를 이제 그와 같이 한정된 기간 동안만 유지될 수 있는 분묘의 귀속과 불가분적으로 결합시켜야 할 이유는 없는 것이다.

- (4) 다수의견은 망인의 영혼이 떠나고 남은 유체에 대한 매장·관리·제사·공양 등은 그 제사주재자를 비롯한 유족들의 망인에 대한 경애·추모 등 개인적인 감정에 의해 이루어지고, 망인의 유체는 제사주재자에게 승계되는 것이므로, 그에 관한 관리 및 처분은 종국적으로는 제사주재자의 의사에 따라 이루어져야 한다고 봄이 상당하다고 한다.

그러나 망인의 유체가 제사주재자 등에게 승계되어야 한다는 전제에 동의할 수 없음은 앞서 본 바와 같다.

또 제사나 공양 등은 유족들의 개인적인 감정에 의하여 이루어지는 것으로서 그들의 자유에 맡겨진 것임은 물론이나, 그렇다고 해서 망인이 생전에 자신이 죽은 후에 남기는 몸을 어떻게 장사 지내는가를 정할 수 없다고 할 것은 아니다.

일반적으로 제사나 공양 등은 망인의 의사대로 장사 지낸 상태대로라도 행할 수 있으므로, 제사 등을 지낸다는 것으로서 특히 이미 매장된 유체를 자신의 관리·처분 아래 두어야 한다는 것이 정당화될 수 있는지 의문이다.

또 다수의견은 분묘란 그 내부에 망인의 유골 기타 시신을 매장한 장소를 말하며, 외형상 분묘의 형태만 갖추었을 뿐 그 내부에 시신이 매장되어 있지 않으면 분묘가 아니고, 유체야말로 분묘의 본체이므로 그것이 없이는 법적으로 유효한 분묘를 설치할 수 없을 뿐만 아니라 분묘에 대한 관리·처분권은 누가 그 분묘를 설치했는지에 관계없이 제사주재자에 있다고 한다.

그러나 이 사건에서 핵심적으로 문제되는 것은 유체이고 분묘가 아니다.

그렇게 보면 유체가 분묘의 본체라고 해서 유체의 귀속을 분묘의 귀속과 일치시켜야 한다는 것은 논리가 뒤바뀐 것이다.

그것은 분묘 안에 묻힌 유체에 대하여는 그럴지도 모르겠으나, 그렇지 아니한 유체는 분묘와 아무런 관련이 없고 하물며 그 유체에 대하여 분묘의 '본체'를 논의할 수 없음은 자명하기 때문이다.

- (5) 여기서 누가 제사주재자가 되는지를 조리에 의해 정해야 한다는 다수의견의 입장에 대하여 방법론적인 관점에서 이의를 제기하고자 한다.

(가) 다수의견은 그 이유로 ① "누가 제사주재자가 되는지에 관하여 법률에 아무런 규정이 없다"는 것, ② 제사주재자에 관한 "종래의 관습 내지 판례법이 그 효력을 유지할 수 없게 된 현재의 상황"을 든다.

그러나 ②는 ①을 전제로 하여 민법 제1조에 좇아 조리에 기한 법발견을 정당화하기 위한 논리이므로, 결국 ①이 핵심이다.

그런데 ①에 관하여 보면, 법원으로서 분묘 등의 승계가 문제된 경우에 민법 제1008조의3에서의 '제사'란 무엇인지, '주재'란 무엇인지 또는 '주재하는 자'란 무엇인지 등을 해석하여 그 의미를 구체적인 사건에 적용할 수 있도록 명확하게 하면 족한 것이다.

그러므로 누가 제사주재자가 되는지에 대하여 법률에 아무런 규정이 없다고 하는 것은, 마치 바로 그 앞의 민법 제1008조의2 제1항에서 누가 그 규정상의 "피상속인의 재산의 유지 또는 증가에 특별히 기여한 자"가 되는지에 대하여 법률에 아무런 규정이 없으므로 그것을 민법 제1조에 좇아 조리에 좇아 정할 수밖에 없다고 하는 것과 같이 무의미한 논리가 된다.

(나) 다수의견이 법 판단의 근거로 조리를 끌어들이고 그에 기하여 장남 등이 민법 제1008조의3에서 정하는 "제사를 주재하는 자"가 된다고 판단한 것은 실제로는 다음과 같은 기능을 한다.

즉, 제사가 넓은 의미이든, 좁은 의미이든 그것이 실제로 전혀 행하여지지 않는 경우에도 분묘, 나아가 유체의 귀속자를 그러한 기준에 의하여 정하게 하려는 것이다.

그것은 위의 법문을 그 통상적인 의미와는 달리 그것을 "제사를 주재하여야 하는 자" 또는 "제사를 주재하여 마땅한 자"라고 해석하는 경우에만 정당화될 수 있을 것이다.

그렇다면 이에는 적지 않은 문제가 있다고 하지 않을 수 없다.

그것은 장남 등에게 제사를 주재할 것을, 나아가 일반적으로 선조에게 제사를 지내야 하는 것을 간접적으로 시사하는 것이 되기 때문이다.

(6) 이상에서 본 바와 같이 민법 제1008조의3은 그 부분체계성으로 말미암아 이제 유체의 귀속자를 정하는 일반적 기준이 될 수 없다(구체적으로 그 규정의 적용요건이 무엇이며, 그 법률효과는 무엇인지, 또 그 적용이 유체의 귀속에 어떠한 영향을 미치는지를 여기서 논의할 필요는 없을 것이다). 그러므로 우리는 민법 제1008조의3의 판단틀 바깥에서 유체의 처리·귀속에 관한 일반법리를 모색할 필요가 있다.

다.

장례 기타 유체의 사후처리에 관하여는 많은 외국의 예를 들 것도 없이 망인의 종국적인 의사가 1차적인 기준이 된다(상속인들은 그 한도에서 망인의 유언집행자에 준하는 지위에 있게 된다고 할 것이다).

(1) 사람의 신체는 그의 본질적 속성이다.

그리고 신체는 가장 뚜렷한 '내 것'으로서, 내가 소유하는 어떠한 물건보다도 더욱 현저하게 나에게 속하며 나의 의사에 의하여 지배된다.

그런데 사람의 사망으로 생전에 신체가 속하던 그 '사람'은 사라지고, 유체의 처리는 살아 있는 자들의 일이 된다.

유체가 이제 '물건'이 되어서 그에 대하여 소유권이 성립한다고 하더라도, 그것은 오로지 장례와 같은 사후처리, 나아가 제사·공양 등을 할 수 있는 권능, 또 그와 같은 의무가 따르는 특수한 객체임은 물론이다.



(2) 사람이 자신의 신체에 대하여 가지는 권리는 인격권적인 성질의 것으로서, 그것이 법정의 유언사항인지 아닌지 여부와는 관계없이, 장례·장기기증·분묘개설 기타 자신의 유체에 대한 사후처리에 관한 한, 이른바 '사후적(死後的) 인격보호'의 한 내용으로서 법적 효력을 가진다고 하여야 한다.

이는 인격권이 사자(死者)에게도 살아 있는 사람과 같은 또는 그에 준하는 내용과 범위로 일반적으로 인정되어야 하는지 여부와는 별개의 문제이다.

여기서는 인격권이라는 법개념 자체가 인격적 성질을 가지는 개별적 이익에 대하여 개별적인 국면에서 법적 보호가 부여되는 것이 쌓여감으로써 점차로 형성되어 간 것임을 지적함에 그치고자 한다.

(가) 인간의 존엄은 그의 사망에 의하여 완전한 무로 돌아가는 것은 아니며, 살아 있는 사람에 대한 인격 보호의 필요는 사망으로 인하여 완전히 소멸하지 않는다.

우리 법도 사자의 명예를 보호하는 형법 제308조, 저작자 사망 후의 저작권격권 보호에 관한 저작권법 제14조 제2항, 나아가 특히 "사망한 자에 대한 인격권의 침해가 있거나 침해할 우려가 있는 경우"에 관하여 정면에서 그리고 상세히 정하는 '언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률' 제5조 제3항 내지 제5항 등을 통하여 이 점을 명확하게 하고 있다.

(나) 사람이 자신이 사망한 후에 일어나는 장사 기타 유체의 처리에 대하여 관심을 표명하고 자신의 의사를 종국적으로 정하여 그대로 실행되기를 원하는 것은 자연스러운 일이다.

우리 법은 망인이 생전에 가지던 재산에 대하여 행한 그의 종국적인 사인행위(死因行爲)에 유언 또는 사인증여라는 이름으로 법적 효력을 준다.

그렇다면 망인이 소유하는 어떠한 물건보다도 더욱 현저하게 그에게 속하여 그 의사에 의하여 지배되던 그의 몸에 대하여는 그 성질상 더욱 그러하여야 할 것이다.

다만, 그 종국적인 의사는 유언과 같이 방식을 지켜야 하는 것은 아니지만 명확하게 표시되어야 한다( 장기 등 이식에 관한 법률 제11조 제1항 제1호도 참조).

(다) 또한, 망인의 의사를 1차적 기준으로 하는 것이 망인에 대한 유족의 추모·경애라는 인격적 이익과 충돌하는 결과가 되지 않는가 하는 의문이 들지 모른다.

그러나 그것은 망인 의사의 법적 보호의 내용과 한계를 적절하게 정함으로써 충분히 처리될 수 있으므로, 그 점을 들어 그 1차적 기준성을 아예 부인할 것이 아니다.

(3) 그리고 망인의 의사를 유체 처리의 면에서도 존중하는 것이 부차적으로는 사람이 사망한 후에 그 유족들이 망인의 유체를 '모시는' 것을 두고 분쟁에 말려드는 결코 바람직하지 않은 일을 부족하나마 미리 막는 하나의 방법이 될 수도 있다.

한편, 우리는 '망인의 안식'이라는 관념을 알고 있다.

누구도 죽은 후의 세계를 알 수 없다.

그러나 자신이 죽은 후에 사랑하는 유족들이 유체를 두고 서로 편을 갈라 싸운다는 것은 이를 상상하는 것만으로도 끔찍한 일이다.

그러한 사태를 피하기 위하여서라도, 살아 있는 동안에 자신이 죽은 후에 남기는 유체를 어떻게 처리할 것인지의 의사 결정에 법적 효력을 줄 필요가 있고, 그 의사의 실현을 도덕에 맡기는 것으로는 그러한 사태를 적절히 막을 수

없다.

그것이야말로 살아 있는 사람들을 위하여 그 한도에서 누구에나 닥쳐올 죽음 그 후에 대한 현재의 안식을 확보하는 것이 된다.

(4) 우리의 실정의 법도 유체에 대한 망인의 의사지배를 기본적으로 인정하는 바탕 위에 서 있다고 할 것이다.

무엇보다도 '장기 등 이식에 관한 법률'이 그러하다.

사망한 사람의 유체로부터 장기를 적출하기 위한 기본요건을 정하는 같은 법 제18조 제3항을 보면 본인이 장기의 적출에 관하여 자신의 종국적인 의사를 밝힌 한에서는 그 의사가 1차적인 기준이 되며 유족의 의사는 부차적으로만 고려됨을 알 수 있다.

즉 한편으로, 망인이 생전에 장기의 적출에 반대하였으면, 어떠한 경우에도, 즉 유족이 장기의 적출에 적극적으로 동의하는 경우에도, 그 유체로부터 장기를 적출할 수 없는 것이다.

또 다른 한편으로 망인이 장기의 적출에 동의하였으면 원칙적으로 그에 따른다.

다만, 유족의 명시적인 거부가 있으면 장기를 적출할 수 없다( 같은 항 제1호 단서). 이처럼 예외적으로 유족의 명시적 거부의를 고려하는 것은 마치 재산에 관한 유언에서 유족의 재산적 이익을 고려하여 유류분제도가 마련된 것과 같이 이해될 수 있다.

특히 장기의 적출이 예외 없이 유체의 의식적인 훼손이 되므로, 그 한도에서 유족의 감정 기타 인격적 이익에 특별히 배려한 것이다.

그러므로 이 단서규정을 장례 기타 유체의 처리 일반에 관한 유족 의사의 우월성 내지 1차적 기준성을 뒷받침하는 법적 근거로 이해하는 것은 경계되어야 한다.

이와 같이 장기의 적출에 관하여 본인의 의사가 1차적으로 존중되어야 함은 같은 법의 제2조가 그 법의 '기본이념'을 정하면서 제2항에서 장기를 기증하고자 하는 사람이 자신의 장기 기증에 관하여 표시한 자발적 의사는 존중되어야 한다고 정하는 것에 의해서도 뒷받침된다.

라. 나아가 설사 유체의 처리에 관한 망인의 종국적인 의사에 법적 효력을 인정할 수 없다고 하더라도, 이미 장례나 분묘개설 등 유체의 사후처리가 망인의 의사(앞서 본 대로 그것이 없는 경우 등에는 상속인 과반수의 의사)에 좇아 행하여졌다면, 다른 특별한 사정이 없는 한, 이제 유체에 대한 유족의 소유권은 그 유족이 누구이든 그 성질에 좇아 제한되어서 그에 기하여 분묘를 파헤쳐 유체를 자신에게 인도할 것을 청구할 수는 없다고 할 것이다.

(1) 앞서 본 대로 유체에 대한 소유권은 통상의 물건소유권과는 달리 장례·제사·공양 등 '잔존한 인격체'라는 유체의 특수한 성질에 좇은 일정한 권능 및 의무를 내용으로 한다.

그런데 이미 여기서 논의하는 법문제에 있어서 장례는 이미 행하여진 것이므로, 문제의 여지가 없다.

그 외에 남는 제사나 공양 기타의 권리내용은 망인에 대한 추모와 경애·존송을 표현하는 행위로서 비로소 의미를 가진다.

그런데 망인의 의사에 좇아 장례가 행하여지고 분묘가 개설되었는데, 이를 파헤쳐 유체를 자신에게 인도할 것을 청구하는 것은 망인 자신이 종국적으로 밝힌 유체의 사후처리에 관한 의사에 반하는 것으로서, 위와 같은 망인에 대한 추모나 경애·존송의 표현이라는 제사 등의 본래 취지에 맞지 않는다.

그리고 그 제사나 공양 등은 반드시 분묘를 파헤쳐 유체를 인도받지 않더라도 행할 수 있다.

만일 유족이 제사 등을 위하여 분묘에 참배하는 것 등이 방해받는다면, 그 금지 등 법적 구제수단을 모색하면 족한 것이다.

유체를 둘러싼 법적 분쟁이 이 사건에서와 같이 유족들 사이에서 '정통성'의 싸움을 해결하거나 각자의 원망을 해소하는 수단이 되어서는 안 된다.

- (2) 다수의견은 유족에게는 장례 기타 유체의 사후처리에 관한 망인의 의사에 좇을 도의적 의무는 있으나 법적 의무는 없다고 한다.

그렇다고 하면 이 사건에서 원고가 존중할 도의적 의무가 있는 망인의 의사대로 개설된 분묘를 파헤쳐 유체를 인도할 것의 청구를 인용하는 것은 도덕적 의무의 내용대로 이미 실현된 바를 법이 뒤집는 것이 된다.

그러나 그것은 결국 부도덕을 부추기는 것으로서, 법이 그에 조력하여서는 안 된다.

우리 법도 그러한 태도 위에 서 있다.

무엇보다도 민법 제744조는 변제가 아무런 채무 없이 이루어졌다고 하더라도 그 변제가 "도의관념에 적합한" 것이면 그 반환을 청구할 수 없다고 정한다.

이 규정은 법이 국민의 윤리의식을 해치는 바에 가담하여서는 안 되며, 도덕에 맞는 상태가 이미 형성된 경우에 그 상태를 법적 수단을 써서 원상에 돌리는 것은 허용되지 않음을 웅변으로 말하여주고 있다.

- (3) 다수의견과 같이 유체의 사후처리에 관한 망인의 의사에 법적 효력이 주어질 수 없다는 견해를 취한다고 하면, 아직 장례 등 유체의 사후처리가 행하여지지 아니한 경우와 그 의사대로 유체가 처리된 경우를 법적으로 달리 처리하는 것은 허용될 수 없다고 할는지 모른다.

그러나 법이 동일한 법률요건을 문제 삼더라도 그것이 어떠한 상태를 장래를 향하여 새로이 형성하는 법률효과와 관련되는 경우와 이미 형성된 상태를 교정하는 법률효과와 관련되는 경우를 구별하여 처리하는 것은 드문 일이 아니다.

앞서 본 민법 제744조의 경우 외에도, 예를 들어 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하여 무효인 계약의 경우에 그에 기하여는 이행청구를 하지 못함은 물론이나, 일단 그에 기하여 이행이 행하여지면 이를 불법원인급여라고 하여 수령자가 그 급부의 반환을 청구하지 못하는 것이다( 민법 제746조). 그리고 불법원인급여에 관하여는 오히려 불법원인으로 이행을 받은 급부수령자가 소유권을 취득하고 급여자의 소유권은 아예 상실된다는 점( 대법원 1979. 11. 13. 선고 79다483 전원합의체 판결 참조)도 이 사건의 맥락에서 시사하는 바가 없지 않음을 지적하여 두고자 한다.

마. 이상에서 본 대로 망인이 자신의 장례 기타 유체를 그 본래적 성질에 좇아 처리하는 것에 관하여 생전에 종국적인 의사를 명확하게 표명한 경우에는, 그 의사는 법적으로도 존중되어야 하며, 일정한 법적 효력을 가진다고 함이 타당하다.

나아가 특히 이 사건에서 피고들이 주장하는 대로 망인의 의사대로 이미 장례나 분묘개설 기타 유체의 처리가 행하여진 경우에는 다른 특별한 사정이 없는 한 유체의 소유자라고 하더라도 그 소유권에 기하여 그 분묘를 파헤쳐 유체를 자신에게 인도할 것을 청구할 수 없다고 할 것이다.

그럼에도 원심법원은, 유체에 대한 소유권이 민법 제1008조의3에 준하여 제사주재자에게 귀속됨을 전제로 이 사건에서 망인의 장남인 원고가 제사주재자로서 이 사건 유체의 소유권을 취득하고 망인의 생전 의사는 그 소유권에 기한 이 사건 유체의 법적 처리에 영향을 미치지 못한다고 하여, 피고의 주장, 즉 망인이 생전에 자신의 묘지를 선정하고 그곳에 묻혔다면 이를 유지하지 못할 중대한 사정이 없는 한 제사주재자라고 하여 함부로 그 현상을 변경하지 못한다는 주장을 당연히 이유 없는 것으로 배척하였다.

그러므로 이 사건 장례 및 분묘가 망인의 의사에 좇아 거행·설치되었는지 하는 점을 더 심리하게 하기 위해 원심판결을 파기하고 사건을 원심법원에 환송해야 한다.

#### 6. 상고이유 제1점 중 제사주재자의 결정방법에 대한 대법관 김영란, 대법관 김지형의 반대의견

가. 다수의견은, 전통적인 제사제도는 종법사상(宗法思想)에 기초한 조상숭배를 통해 부계혈족(父系血族) 중심의 가(家)의 유지와 계승을 목적으로 하는 것이고, 민법 제1008조의3이 정하고 있는 '제사용 재산'의 승계는 이러한 전통적인 제사상속제도에 수반되는 것으로서 선조에 대한 제사의 계속성 확보 및 가통(家統)의 상징이자 종중 단결의 매개물이라는 특별한 의미를 갖는 제사용 재산의 유지·보존을 통한 조상숭배와 제사봉행이라는 전통의 보전을 일차적 목적으로 한다고 밝힌 다음, 민법 제1008조의3이 규정한 제사용 재산의 승계인이 되는 제사주재자의 결정에 관하여는 법률에 아무런 규정이 없고, 종래의 관습 내지 판례법마저 일부 효력이 없게 된 이상 그 입법 목적과 민법의 일반 원리, 제사의 역사적·사회적 의미 등을 종합하여 조리에 의해 이를 정해야 함을 전제로, 공동상속인들 사이의 협의를 우선으로 하되, 협의에 의해 제사주재자가 정해지지 않는 경우에는 제사주재자의 지위를 유지할 수 없는 특별한 사정이 없는 한 망인의 장남(장남이 이미 사망한 경우에는 장남의 아들, 즉 장손자)이, 공동상속인들 중 아들이 없는 경우에는 망인의 장녀가 제사주재자가 되어야 한다고 결론짓고, 그것이 현재의 관습 및 사회통념상 상대적 정당성, 제사용 재산의 승계에 관한 법률관계의 간명화란 측면에 보다 부합한다는 점을 근거로 들고 있다.

그러나 다수의견이 전개하는 논리와 결론은, 결국 민법 제1008조의3이 정한 제사용 재산의 승계인으로 되는 제사주재자의 결정에 있어서 적서(嫡庶)의 구별을 없애고 딸만을 자녀로 둔 가정에서 장녀의 우선적 지위를 인정하는 것 이외에는 전통적인 종법사상과 부계혈족 중심의 가(家)의 관념에 입각한 장자 우선의 원칙을 여전히 지도적 원리로 유지하겠다는 선언과 다르지 않다 할 것이다.

그렇지만 이는 대법관 박시환, 대법관 전수안의 반대의견(이하, 대법관 박시환 등의 반대의견이라 한다)이 적절히 지적하다시피 제사용 재산을 호주상속인의 특권에서 분리시키고자 한 1990. 1. 13. 개정 민법의 취지에 반할 뿐만 아니라 우리 민법이 수차례 걸쳐 형제자매간의 상속분을 동등하도록 개정해 왔고, 민법 제1008조의3에 의한 제사용 재산의 승계는 그 본질에 있어 이러한 재산상속의 성격을 지니고 있다는 점, 가계계승보다는 망인에 대한 추모라고 하는 제사 자체의 성격 변화, 제사상속인에 관한 종래 관습에 대한 사회 구성원들의 법적 확신의 약화, 양성평등의 강화 및 호주제의 폐지 등 점진적이면서도 일관된 우리 사회의 친족상속 관련 법적 질서와 인식의 변화상을 도외시한 해석론이어서 현재의 관습과 사회적 정당성에 부합한다고 보기 어렵다.

나아가 제사용 재산의 승계에 관한 법률관계의 간명화란 측면에서 보더라도, 다수의견이 장남 등 우선의 원칙으로 일관하는 대신 대외적으로 공시되지 아니하는 공동상속인들 사이의 협의를 더 우선하고, 협의 불성립의 경우에도 장남 등에게 제사주재자의 지위를 유지할 수 없는 특별한 사정이 있을 때에는 제사주재자가 될 수 없다는 예외를 인정하고 있는 이상, 공동상속인들 사이에 장남 등을 제사주재자로 인정할 수 없다고 다툼이 생기는 대부분의 분쟁 사건의 경우에는 이를 둘러싼 법률관계의 복잡성과 불확실성은 여전하다 할 것이어서 이 또한 장남 등을 우선하는 다수의견에 대한 설득력이 있는 충분한 근거가 된다고 보기 어렵다.

이 점에 있어 다수의견에 대하여 대법관 박시환 등의 반대의견이 제기한 문제의식에는 전적으로 공감을 하는 바이지만, 그렇다고 하여 위 반대의견이 그 대안으로 다수결의 원리를 민법 제1008조의3에 의한 제사주재자의 판단 기준으로 채택하자고 하는 해석론에는 선뜻 찬성하기 어렵다.

왜냐하면 민법 제1008조의3 및 관련 규정의 해석상 제사주재자에 해당하는지 여부를 결정하는 것은 신분법적 요소가 다분히 포함되어 있음에도 단순히 다수결이라고 하는 재산법적 일반론에 통용되는 획일적 기준을 적용하는 방식을 취함으로써, 제사주재자의 결정이 문제되는 다양한 사안에서 경우에 따라 정작 중요하게 고려되어야 할 만한 요소들이 제사주재자 판단 기준에서 전혀 배제될 수도 있어 서로 저촉될 수 있는 전통과 현대에 걸친 다양한 이념과 가치 및 현실 사이의 조화로운 실현을 달성하기 어렵게 하고 구체적 타당성이 없는 결론에 이를 염려가 있다고 생각하기 때문이다.

그러므로 다수의견 중에서 조리에 근거하여 제사주재자로서의 정당성을 인정할 수 있는 자를 제사주재자로 판정한다는 기본원칙과 그에 따른 일차적 판정 방안으로 공동상속인들 사이의 협의를 우선한다고 하는 해석의 전제논리는 그대로 따르기로 하되, 다만 위 협의가 이루어지지 아니할 경우의 보충적 판정 방안으로는, 다수의견이 제시하는 바와 같이 중법사상에 입각한 부계혈족 중심의 가(家)의 의사 및 이해가 주로 반영된 '장남 등'의 순서에 의한다거나, 대법관 박시환 등의 반대의견이 제시하는 바와 같이 '다수결의 원리'를 제사주재자를 정하는 사실상의 절대적·우선적·획일적 기준으로 삼을 것이 아니라, 민법 제1008조의3의 입법 목적과 위 조항의 문언에 보다 충실한 새로운 해석을 통하여 조리에 맞는 합리적인 판단 기준이 제시되어야 한다고 본다.

나. 민법 제1008조의3의 신설이 제사용 재산의 승계를 호주제와는 분리하고자 하는 입법자의 의도가 반영된 것이고, 같은 취지에서 그 승계의 주체를 종전의 '호주상속인' 대신 '제사를 주재하는 자'라고 하는 가치중립적이면서 개방적 해석이 가능한 불확정개념으로 대체하였음은 앞서 본 바와 같다.

이는 근본적으로 제사상속제도가 도덕과 관습의 범주에 속하는 것으로서, 종래 기준이 되었던 호주제가 지도적 원리로서의 가치를 잃은 이상 이에 관한 사회 일반에 유효한 지배적 규범과 관습, 인식 등의 내용과 그 변화를 탐구하여 구체적 타당성 있는 해결책을 모색해 나갈 수밖에 없는 현실을 반영하기 위한 것으로 보아야 할 것이다.

그렇다면 공동상속인들 사이에서 누구를 제사주재자로 할 것인지에 관하여 협의가 이루어지지 않거나 협의할 수 없는 때에는, '장남 등을 우선시하는 종래의 관습' 혹은 '공동상속인들 가운데 보다 다수가 지지하는 공동상속인 유무' 등 다수의견이나 대법관 박시환 등의 반대의견이 제시한 하나의 사정만을 유일한 기준으로 삼아 판단하기보다는, 그러

한 사정들을 포함하여, 피상속인과 공동상속인들 사이의 생전의 가족관계 및 생활양태, 종교, 생존 배우자의 부양관계, 공동상속인들 사이에서 협의가 이루어지지 아니한 경위, 주재하여야 할 제사의 종류와 범위, 공동상속인들의 생활형편, 거주지, 상속재산 및 그 분할의 내용과 승계되는 제사용 재산의 경제적 가치 등의 객관적 요소와, 피상속인의 생전 의사 혹은 유지(遺志), 생존 배우자 및 공동상속인들의 의사 등의 주관적 요소를 동일한 평면에서 병렬적·포괄적·종합적으로 고려하여 제사주재자를 정하는 것이 민법 제1008조의3의 신설취지에 비추어 가장 바람직하고, 그렇게 함으로써 사회 일반의 보편적 규범과 구체적 정서에도 가급적 괴리되지 않는 예측 가능한 결론을 도출해 낼 수도 있다고 믿는다.

이러한 의미에서, 1990. 1. 13. 신설된 민법 제1008조의3의 '제사를 주재하는 자'라고 함은 '공동상속인들 중 제사용 재산을 승계받아 제사를 주재하기에 가장 적합한 자'라고 규정한 것과 다를 바 없고, 공동상속인들 가운데 누가 이러한 자에 해당하는가는 결국 위와 같은 다양한 요소를 종합적으로 고려하여 판단하는 것이 오늘날 우리 사회의 조리에 가장 들어맞는 것이라고 할 수 있을 것이다.

다.

조리를 민법 제1008조의3에 정한 제사주재자 판정의 기본 원리로 하면서 공동상속인의 협의와 장남 등 가내 서열, 그리고 특정인이 제사주재자의 지위를 유지할 수 없는 특별한 사정이 있는지 여부의 가치판단을 거쳐 제사주재자 자격흠결사유 유무를 그 구체적 판정 방안으로 제시하고 있는 다수의견이나, 다수결에 의하되 다수결이 불합리할 경우 제사주재자의 지위를 유지할 수 없는 특별한 사정이 있는지 여부나 가부동수 등 다수결에 의할 수 없는 경우에는 여러 사정을 종합하여 누가 제사주재자가 될 것인지 결정하여야 한다는 대법관 박시환 등의 반대의견이나, 모두 위 조항의 해석과 적용에 있어서 법원이 후견적 입장에서 규범적인 판단을 할 여지를 인정하고 있다는 점에 있어서는 위 나.항에서 제시한 해석론의 법리와 다를 바 없다 할 것이고, 단지 누구를 더 적합한 제사주재자로 보는 것이 조리에 더욱 부합할 것인가에 관한 구체적 가치평가의 기준만 달리하고 있는 것으로 이해된다.

그런데 앞서 본 바와 같이 민법 제1008조의3이 "제사용 재산은 (공동상속인의 협의가 이루어지지 않거나 협의할 수 없을 때에는) 공동상속인들 중 제사용 재산을 승계받아 제사를 주재하기에 가장 적합한 자가 승계한다"고 규정하고 있다고 볼 때, 누가 위 조항에서 말하는 제사주재자로 가장 적합한가를 판단하는 것은 바로 위 조항의 규정내용 자체에 의하여 법원에 맡겨진 일이고 이와 같은 법원의 후견적 역할은 민법 전반에 산재한 백지조항 내지 불확정개념을 두고 있는 법조항의 경우에 그 합목적적 해석에 통상 수반되는 것인데다가, 특히 민법의 친족상속편에 속한 여러 규정들에 의하면 가사사건에 관한 분쟁에 있어서는 당사자간 협의의 불성립의 경우에 곧바로 법원의 후견적 역할을 원칙적인 해결방안으로 예외 없이 채택하고 있는데, 이러한 점은 제사주재자라는 법개념의 해석에 있어서는 좋은 참고가 될 수 있다고 본다(바로 이러한 점에서 " 민법 제1008조의3에 정한 제사주재자라 함은 상속인들 중에서 제사를 주재함이 가장 적합한 자를 앞서 본 바와 같은 다양한 판단 기준에 의하여 가려내는 것이 이른바 조리에 가장 들어맞는다"고 보는 것은 엄연히 위 법개념에 대한 해석론으로 제시할 수 있는 것이고, 뒤에서 다수의견에 대한 보충의견이 지적하는 바와 같이 단순한 입법론으로 치부되어서는 아니 됨을 다시 한 번 강조하여 둔다).

더구나 가사소송법은 제2조 제1항에서 가정법원의 전속관할에 속하는 가사사건을 열거한 다음, 같은 조 제2항에서는 "가정법원은 다른 법률 또는 대법원규칙에서 가정법원의 권한에 속하게 한 사항에 대하여도 이를 심리·재판한다"고 규정하고 있으므로, 대법원규칙인 가사소송규칙에 위 나.항에서 제시한 바와 같은 해석론을 명문화함으로써 가사비송 등의 쟁송절차를 통한 간편하고 합리적인 분쟁해결을 얼마든지 도모해 볼 수 있을 것이다.

라. 결론적으로 민법 제1008조의3에 정한 제사주재자라 함은 조리에 비추어 제사용 재산을 승계받아 제사를 주재하기에 가장 적합한 공동상속인을 의미한다 할 것이고, 공동상속인 중 누가 제사주재자로 가장 적합한 것인가를 판단함에 있어서 공동상속인들 사이에 협의가 이루어지지 아니할 경우의 보충적 판정기준으로는 다수의견이 제시하는 종법사상에 입각한 장남 등 우선의 원칙은 물론 대법관 박시환 등의 반대의견이 제시하는 다수결의 원리 역시 찬성하지 아니하고, 그 대안으로서 제사주재자의 지위에 관한 분쟁이 발생한 경우 민법 제1008조의3의 문언적 해석과 그 입법 취지에 충실하면서도 인격의 존엄과 남녀의 평등을 기본으로 하고 가정평화와 친족상조의 미풍양속을 유지·향상한다고 하는 가사에 관한 소송의 이념과 앞서 본 다양한 관련 요소를 종합적으로 고려하여 개별 사건에서 당사자들의 주장의 당부를 심리·판단하여 결정되어야 한다고 본다.

이와 다른 취지로, 1990년 민법 개정에 의해 강제적인 호주상속제도가 폐지되고 제사상속인이 호주상속인에서 제사주재자로 변경된 이후에도 여전히 종손이 민법 제1008조의3이 정한 제사주재자로 된다고 판시한 대법원판결들은 당해 사안에서 제사주재자로 인정된 종손이 다른 공동상속인들에 비해 그 제사를 주재하기에 적합한 자라는 취지에서가 아니라 구체적 사정과 상관없이 종손이라는 신분만을 이유로 제사주재자로 인정하는 의미라면 그 범위 내에서 이 견해에 배치되므로 변경되어야 한다.

마. 위와 같은 해석론에 따라 이 사건을 살펴보면, 이 사건과 같이 실제로 공동상속인 사이에 협의가 이루어지지 않아서 분쟁이 발생한 사안의 경우, 다수의견처럼 장남 본인에게 제사주재자의 지위를 유지할 수 없는 특별한 사정이 없는 한 피상속인의 생전 의사나 유지, 피상속인과 원·피고 등 공동상속인들 사이의 생전의 가족관계, 부양관계, 공동상속인들 사이에 협의가 이루어지지 아니한 경위 등 비중있게 고려되어야 할 사정들은 도외시킨 채 단지 장남이라는 이유만으로 제사주재자가 된다고 단정하는 것은 타당하지 않고, 원심판결 이유와 같이 피상속인이 약 44년간 장남인 원고 측과 절연한 채 그와 배다른 형제간인 피고들을 데리고 가정을 이루어 생활하고, 그 연장선상에서 피상속인의 사망 후 피고들이 피상속인을 공원묘지에 안치·관리하고 있는 상황이라면, 원고가 피고들의 의사에 반하여 원·피고들 공동의 피상속인인 망인의 분묘에서 망인의 유체·유골을 임의로 수거할 수 있을 정도로 정당성을 가지는 제사주재자의 지위에 있다고 볼 수 있는지 여부에 관하여 판단하기 위해서는 앞서 본 바와 같이 판단 기준이 될 수 있는 여러 고려요소들에 관하여 구체적으로 심리하여 보아야만 할 것이다.

그럼에도 원심은 민법 제1008조의3에서 정한 제사주재자의 판정에 관하여 공동상속인들 사이에 협의가 이루어지지 아니한 이 사건에 있어서 원·피고들을 비롯한 공동상속인들 중 누가 망인의 제사주재자로서 가장 적합한지를 판단함에 있어 필요한 여러 사정들을 조사·심리하지도 아니한 채 장남인 원고에게 우선적으로 제사주재자의 지위를 인정함으로써 망인의 유체·유골에 대한 권리가 있다고 보아 원고의 청구를 인용하였으니, 이러한 원심판결에는 제사주재자의 결정방법에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 아니하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

바. 그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송함이 상당하다.

7. 다수의견에 대한 대법관 이홍훈, 대법관 김능환의 보충의견

가. 제사주재자의 결정방법에 관하여

- (1) 다수의견에 적시된 바와 같이, 1990. 1. 13. 법률 제4199호로 개정되기 전의 구 민법 제996조는 호주상속인이 제사용 재산을 승계하도록 하면서, 같은 법 제984조 이하에서 누가 호주상속인이 되는지를 자세히 규정하고 있었는데, 1990. 1. 13. 법률 제4199호로 개정된 구 민법은 제사용 재산의 승계권자를 '호주상속인'에서 '제사를 주재하는 자'로 변경하여 민법 제1008조의3으로 규정하면서도 누가 '제사를 주재하는 자'가 되는지에 관하여는 아무런 규정을 두지 않았다.

여기서 '제사를 주재하는 자'라 함은 '사실상 제사를 주재하는 자'가 아니라 '제사를 주재하여야 하는 자'를 말하므로 그것이 누구인지를 정하는 것이 필요하고, 단순히 '제사를 주재하는 자'의 의미에 관한 해석만으로는 문제를 해결할 수 없다.

따라서 민법에서 '제사를 주재하는 자'가 누구인지에 관하여 정하지 않은 것은 법의 흠결에 해당하므로, 민법 제1조의 규정에 따라 관습법에 의해 이를 정해야 할 것인데, 다수의견이 판시하는 바와 같이 이에 관한 종래의 관습 내지 관습법과 대법원판결들의 효력이 더 이상 유지될 수 없게 된 이상, 조리에 의해 이를 정할 수밖에 없다.

그러므로 제사주재자를 결정하는 문제를 민법 제1008조의3의 해석론으로 해결함으로써 충분하다는 취지의 대법관 안대희, 대법관 양창수의 반대의견(이하 '대법관 안대희 등의 반대의견'이라고 한다)에서 표명된 견해는 타당하다고 할 수 없다.

또한, 다수의견이 조리에 의해 제사주재자의 결정방법을 정해야 한다고 보는 것은, 상속인들 사이의 협의와는 무관하게 종손, 즉 적장자가 우선적으로 제사주재자로 된다는 종래의 관습이 개인의 존엄과 평등을 기초로 한 변화된 가족제도에 원칙적으로 부합하지 않게 됨으로써 더 이상 관습 내지 관습법으로서의 효력을 유지할 수 없게 되었다고 보기 때문이지, 그 관습 내지 관습법이 다른 내용으로 변경되었다고 보기 때문은 아니다.

그럼에도 불구하고, 제사주재자에 관한 새로운 관습의 내용을 심리·확정하여 이를 재판규범으로 삼아야 한다는 취지의 대법관 안대희 등의 반대의견에 대한 대법관 안대희의 보충의견에서 표명된 견해는 재판을 거부하는 것에 다름 아니어서 타당하다고 할 수 없다.

- (2) 대법관 김영란, 대법관 김지형의 반대의견(이하 '대법관 김영란 등의 반대의견'이라고 한다)은, 공동상속인들 사이에 협의가 이루어지지 않는 경우에는 법원이 개별 사건에서 당사자들의 주장의 당부를 심리·판단하여 제사주재자를 결정해야 한다는 것이다.

그러나 이는 입법론으로는 별론으로 하더라도 현행 우리 민법의 해석론으로는 채택하기 어렵다.

제사용 재산의 승계에 관한 민법 제1008조의3은 1990년 개정된 구 민법(1990. 1. 13. 법률 제4199호로 개정된 것)에서 강제적인 호주상속제를 임의적인 호주승계제로 바꾸면서 제사용 재산의 승계권자를 '호주상속인'에서 '제사를 주재하는 자'로 변경한 것인데, 위 개정 당시 입법자는 법원이 제사주재자를 결정할 수 있도록 하는 제도를 채택하지 않았다.



또한, 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 대법원규칙에서 가정법원의 권한에 속하게 한 사항에 대하여도 이를 심리·재판할 수 있도록 규정하고 있고 있다.

그런데 제사주재자를 정하는 결정은 그 중 어디에도 속하지 아니하므로 가정법원이 이를 심리·재판하는 것은 불가능하고, 따라서 법원이 개개의 사건에서 제사주재자를 결정하는 것은 가사소송법 제2조 제1항이나 다른 법률 또는 가사소송규칙을 개정하여 이에 관한 규정을 둔 후이나 가능하다고 보아야 할 것이다.

결국, 대법관 김영란 등의 반대의견은 제사주재자를 정하는 문제에 관한 답변이 아니라 또 다른 문제를 제기한 것과 다를 바 없어 찬성할 수 없다.

(3) 대법관 박시환, 대법관 전수안의 반대의견(이하 '대법관 박시환 등의 반대의견'이라고 한다)은, 공동상속인들 사이에 협의가 이루어지지 않은 경우에는 다수결에 의해 제사주재자를 결정하는 것이 가장 적절하다는 것이다.

그러나 대법관 김영란 등의 반대의견에서도 지적하고 있다시피 단순한 재산관계의 영역뿐만 아니라 가족관계·신분관계의 영역에 관한 사항이 다분히 포함되어 있는 문제를 다수결이라는 방법으로 결정하는 것은 적절하다고 할 수 없을 뿐만 아니라, 현재 우리 사회 구성원들의 보편적인 감정에도 부합하지 않는다.

아울러, 이는 공동상속인들 사이에서 제사용 재산을 둘러싼 불필요한 분쟁을 유발함으로써 가족관계의 안정을 깨뜨리고 가족들 사이의 우애를 훼손할 염려가 있다.

또한, 대법관 박시환 등의 반대의견은 가부동수 등 다수결의 방법으로 제사주재자를 정할 수 없는 경우에는 제반 사정을 종합하여 법원이 결정할 수밖에 없다는 것이므로, 이러한 한도에서는 위에서 본 대법관 김영란 등의 반대의견에 대한 문제점을 그대로 지적할 수 있을 것이다.

따라서 대법관 박시환 등의 반대의견에도 찬성할 수 없다.

나. 유체·유골의 처분방법 또는 매장장소 지정의 효력에 관하여

(1) 유체·유골의 승계에 관하여

대법관 안대희 등의 반대의견은, 제사와 장례의 방식이 다양화하고 제사를 아예 지내지 않거나 분묘를 설치하지 않는 경우도 많아진 이상, 분묘에 관한 권리의 귀속과 유체·유골에 관한 권리의 귀속은 분리해서 판단해야 함에도, 다수의견이 유체·유골의 귀속을 분묘의 귀속과 관련지어 분묘 등의 승계에 준하여 제사주재자가 승계한다고 보는 것은 적절하지 않다는 취지이다.

그러나 다수의견에서 본 바와 같이 유체·유골이 없는 분묘란 있을 수 없으므로, 민법 제1008조의3에 의해 승계의 대상이 되는 분묘에는 유체·유골이 매장되어 있음을 전제로 하는 것이고, 따라서 유체·유골을 매장하고 분묘를 설치한 경우에 유체·유골에 관한 권리의 귀속과 분묘에 대한 수호·관리권의 귀속은 서로 분리될 수 없다고 보아야 한다.

더욱이 이 사건은 망인의 유체가 이미 분묘 안에 안장되고 그것이 유족들에 의한 제사의 대상으로 되고 있으므로, 다수의견은 이를 전제로 하여 제사용 재산 및 유체·유골의 승계에 관한 법리를 전개한 것이며, 이와 같은 전제 사실을 떠난 논의는 적절하지 않다.

(2) 망인의 인격권 및 그에 근거한 망인의 의사표시의 효력에 관하여

(가) 대법관 박시환, 대법관 전수안, 대법관 안대희, 대법관 양창수의 반대의견은, 망인의 인격권을 근거로 망인이 생전에 자신의 유체·유골의 처분방법 또는 매장장소 지정(이하 '유체·유골의 처분방법 등'이라고 한다)에 관하여 한 의사표시는 제사주재자에게 법률적 구속력이 있다는 취지이다.

(나) 오늘날 과학기술의 발전과 각종 매스 미디어의 발달, 인터넷의 성행 등에 따라 사람의 인격적 가치에 대한 침해의 위험성이 높아졌고, 그에 따라 인격권에 대한 보호의 필요성이 커졌으며, 저작권법, 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률에서는 망인의 저작인격권 침해나 언론기관의 보도로 인한 망인의 인격권 침해에 대비한 보호규정을 두고 있다.

그러나 그렇다고 하여 실정법에서 망인의 인격권에 관한 보호규정을 두고 있지 않은 경우에도 망인의 인격권을 일반적으로 인정할 수 있는지에 관하여는 신중한 접근이 필요하다고 생각한다.

사람은 생존하는 동안 권리와 의무의 주체가 되는 것이므로( 민법 제3조), 사망한 후에는 그 주체가 될 수 없는 것이다.

또한, 인격권은 일신전속권으로서 그 주체의 인격에 전속하여 그 주체와 분리될 수 없는 것이므로, 재산권과는 달리 양도나 상속의 대상이 될 수 없고, 따라서 법률에 특별한 규정이 없는 한 그 귀속주체가 사망함에 따라 소멸한다고 보아야 한다.

우리 민법이 아직 출생하지 않은 태아에게 제한적인 권리능력을 인정하고 있는 것( 제762조, 제1000조 제3항, 제1064조)을 들어 망인에게도 이를 인정할 수 있는 것 아니냐는 주장이 있을지 모르나, 태아의 경우 조만간 자연인이 되어 권리능력을 취득할 것이 기대되기 때문에 특별히 위와 같은 규정을 둔 것인 반면, 망인의 경우에는 사망으로 권리능력이 확정적으로 소멸되므로 적절한 비교대상이 될 수 없다.

실정법의 규정이 없음에도 망인의 인격권을 일반적으로 인정할 경우, 그 귀속주체가 누구인지(즉, 사망한 사람의 인격권이 사망한 사람에게 귀속될 수 있는지), 누가 이를 행사할 것인지(즉, 사망한 사람이 자신의 인격권을 행사할 수 있는지), 유족이 이를 대신 행사할 수 있다고 본다면 그 법률적 근거는 무엇인지, 만일 유족이 없는 사람은 어떻게 되는 것인지 등이 문제되는데, 이에 관한 논거 및 그 타당성이 검증되지 아니한 상태에서 선불리 망인의 인격권을 일반적으로 인정하는 것은 곤란하다고 생각한다.

따라서 법률에서 망인의 인격권의 행사방법 등을 규정하고 있는 경우가 아닌 한 망인의 인격권을 쉽사리 인정하는 것은 경계해야 하고, 오히려 유족 고유의 인격권 보호를 통해 망인의 인격권을 간접적으로 보호함으로써 위와 같은 문제점을 해소할 수 있을 것이다.

(다) 한편, 망인의 인격권을 인정하는 것과 망인이 생전에 자신의 유체·유골의 처분방법 등에 관하여 한 의사표시에 그 제사주재자가 법률상 구속되는지 여부는 또 다른 문제이다.

망인의 인격권이 인정되는 경우에도 그 유족들의 망인에 대한 경애·추모의 감정 등 유족들 고유의 인격권 또한 그와 별개로 보호되어야 함은 명백하기 때문이다.

여기서 우리는, 이미 사망하여 권리능력이 소멸한 사람의 인격권을 쉽사리 인정하여 도덕적인 영역에 속한다고 보이는 사항까지 인격권으로 해결하려는 것은, 오히려 살아있는 권리주체인 제사주재자 등 유족들의 인격권을 침해하

는 결과를 가져올 수도 있음을 유념할 필요가 있다.

장기등 이식에 관한 법률 제2조 제2항에서 장기를 기증하고자 하는 사람이 자신의 장기 기증에 관하여 표시한 자발적인 의사는 존중되어야 한다고 규정하면서도, 같은 법 제18조 제3항 제1호에서는 본인이 사망 전에 장기 등의 적출에 동의한 경우에도 그 가족 또는 유족이 장기 등의 적출을 명시적으로 거부하는 경우에는 이를 적출할 수 없도록 규정함으로써 망인의 의사에 반하는 유족의 의사에 법률적 구속력을 인정함과 아울러 같은 법 제2조 제2항을 선언적 의미의 규정으로 삼은 것은, 위와 같이 유족의 망인에 대한 경애·추모의 감정 등 유족 고유의 인격권을 보호하기 위한 취지라고 볼 수 있을 것이다.

또한, 민법 제1008조의3은 제사주재자가 제사용 재산을 승계하도록 함으로써 조상승배와 제사봉행이라는 우리의 전통을 보존하고, 제사용 재산의 분산(分散)·산일(散逸)을 방지하며, 제사용 재산의 승계에 관한 법률관계를 간명히 처리할 목적으로 두게 된 강행규정인바, 만일 망인이 한 유체·유골의 처분방법 등에 관한 의사표시에 그 제사주재자가 법률상 구속되어야 한다면 위와 같은 입법 취지에 어긋나는 결과를 가져올 수 있다는 점도 고려해야 한다.

나아가 망인의 의사에 따라 망인의 유체·유골의 처분이나 특정 장소에의 매장 등이 이루어진 경우, 그 제사주재자 등이 함부로 그 유체·유골의 인도를 구할 수 없는 경우가 있을 수 있으나, 이는 어디까지나 유체·유골의 처분 등에 관하여 그 적법한 승계권자, 즉 제사주재자의 사전 동의 또는 사후 승낙이 있었다는 등의 특별한 사정이 있는 경우에 한정되어야 할 것이지, 제사주재자의 의사에 반하여 또는 제사주재자를 배제한 채 불법적으로 이루어진 경우까지 그렇게 해석할 수는 없다.

만일 이와 같이 해석하지 않는다면 망인의 의사를 내세워 일단 어떤 방법을 동원해서라도 유체·유골의 처분이나 매장을 해놓고 보자는 식의 행동을 부추길 것이고, 이는 망인의 유체·유골을 놓고 그 유족들 간에 또 다른 분쟁과 불법을 조장하게 될 우려가 있기 때문이다.

(라) 결론적으로, 망인이 생전에 자신의 유체·유골의 처분방법 등에 관하여 한 의사표시는 존중되어야 마땅하지만, 이는 도의적 의무인 것이지 법률적 의무로까지 볼 수는 없고, 유체·유골의 처분이나 매장장소 등의 선택은 그것이 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하지 않는 이상, 종국적으로는 망인의 유체·유골의 귀속권자인 제사주재자의 의사에 따라 이루어지는 것이 타당하다고 생각한다.

#### 8. 대법관 안대희, 대법관 양창수의 반대의견에 대한 대법관 안대희의 보충의견

가. 조리에 의한 제사주재자의 결정에 관하여

- (1) 먼저 이 사건의 경우, 앞서 대법관 안대희, 대법관 양창수의 반대의견에서 지적한 바와 같이 누가 제사주재자가 되는지에 관하여는 굳이 논의할 필요가 없음을 다시 한 번 밝히면서, 다음과 같은 견해를 보충적으로 제시한다.
- (2) 다수의견은 제사주재자에 관한 종래의 관습 내지 판례법이 효력을 유지할 수 없게 된 현재의 상황에서는 조리에 의해 제사주재자의 결정방법을 정해야 한다는 전제하에 제사주재자는 우선적으로 공동상속인들 사이의 협의에 의하여 정해져야 하되, 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 부합한다고 해석하고 있다.

오늘날 제사에 대한 우리 국민의 인식과 사회적 관습도 변화하고 있어 종래의 제사주재자의 해석이 유지될 수 없음은 다수의견과 생각을 같이 한다.

그러나 조리에 의하여 제사주재자를 해석하는 것이 타당한지, 나아가 다수의견이 실시하는 조리가 과연 타당한지에 관하여는 의문을 품지 않을 수 없다.

- (3) 우선 제사는 우리 민족의 조상에 대한 경애추모를 위한 전통적인 습속으로서 유교사상에 기반을 두고 있는 것인바, 그러한 제사의 주재자가 누구인지에 관하여는 기본적으로 '사회의 거듭된 관행으로 생성된 관습 내지 관습법'에 의해 결정되어야 할 것이지 조리에 의해 결정되어야 할 것은 아니다.

종래 대법원은 종손이 제사주재자라는 관습을 인식하여 왔는데, 그러한 관습이 헌법이념에 합치되지 않거나 사회의 변화에 따라 바뀌었다면 새로운 '사회의 거듭된 관행'을 찾아내어 그에 따른 해석을 해야 한다.

즉, 제사는 전통적인 습속에 따라 이루어지는 것으로서 제사주재자의 결정도 습속에 따라 정해지는 것이 일반적이므로, 제사주재자는 사회적 상당성을 지닌 관습에 따라 정해져야 할 것이지 이론적 당위성으로 정해져야 하는 것은 아니기 때문이다.

장남 또는 장녀가 제사주재자가 되는 것이 조리에 맞다고 한다면 현실적으로 이와 다르게 제사를 봉행하는 사회의 습속에 대하여는 무엇이라고 답할 것인지 궁금하다.

장남이 종교적 신념으로 제사를 거부하여 차남이 전통적인 방식에 의해 제사를 지내고 있다면 그런 경우에도 장남이 제사주재자가 되는지, 그것이 과연 조리라고 할 수 있는지 설명하기 쉽지 아니할 것이다.

조리는 원래 사물의 본성이나 사회에서 승인된 법의 일반원칙을 의미하는 것으로서, 이 사건과 같이 전통적 습속에 의거하고 있는 제사의 주재자를 정하는 원리로서는 타당하지 아니하다.

다수의견이 조리의 근거라고 실시하고 있는 내용도 "... 장남 내지 장손자가 제사주재자가 되고 아들이 없으면 딸이 제사주재자가 된다는 점에 관한 인식이 널리 용인되고 있는 것으로 보이고, ... 연장자를 우선하는 것이 우리의 전통적인 미풍양속이자 일반적인 사회통념이며"라고 하여 실질에 있어서는 관습을 의미하는 것으로 보인다.

따라서 그것이 과연 사회에서 승인된 법의 일반원칙이거나 정의에 부합한다는 것을 의미하는 조리의 인식근거인지도 의문이 아닐 수 없다.

즉, 다수의견은 변화된 관습에 대한 인식 노력을 포기한 채 단순히 관습의 일부로 남아 있다고 생각되는 사항을 조리로 포장한 채 설명하고 있을 뿐이다.

따라서 대법원은 심리를 계속하여 과연 우리 사회 구성원들의 제사에 관한 관념이 어떠하고 그 주재자는 누구로 하고 있는지 등의 변화된 관습을 인식한 후 그에 따라 판단해야 할 것이지, 관습이 변화했다고 하여 바로 조리에 의하여, 법원의 정언명령(定言命令)으로서 제사주재자를 정하는 것은 타당하다고 할 수 없다.

- (4) 다음으로, 다수의견이 실시하고 있는 조리에 의한 제사주재자의 내용에 대하여도 수긍할 수 없다.

다수의견은 장남과 차남 사이의 분쟁인 이 사건 해결의 범위를 넘어서서 일반적인 제사주재자의 해석을 시도하고 있는바, 여기에는 이론적 모순과 위험성이 있음을 지적하지 않을 수 없다.

호주승계제도가 폐지된 현행법 체계에서는 제사주재자의 결정에 관하여는 일차적으로 피상속인의 의사를 반영하는 것이 합리적이라는 유력한 견해도 표출되고 있는바, 다수의견이 실시하고 있는 조리에는 그러한 부분에 대한 언급이 없이 피상속인의 의사를 도외시한 채 제사주재자를 정하고 있어 그것이 과연 법의 일반원리인 조리인지 의문이 아닐 수 없다.

또한, 다수의견은 양성평등을 규정한 헌법 제36조 제1항에 비추어 종전의 판례가 유지될 수 없다고 하면서 결국은 내용에 있어서 남녀의 구별을 두고 있다.

특히, 다수의견에 의하면 장녀인 딸과 그보다 나이가 어린 아들이 있을 경우 아들의 제사주재자로서의 지위를 인정하고 있는바, 그것이 법의 일반원칙을 말하는 조리라고 하기에는 위험하다고 생각한다.

이것은 결국 종전 판례의 변형된 적용으로서 헌법에 규정한 양성평등의 원칙을 위배한 것이고, 그러한 원리를 특히 조리라고 할 때에는 대법원이 남성 우위의 사상에 근거한 판결을 하고 있다는 비판에 직면하게 될 것이다.

이 밖에 다수의견은 일반적인 제사주재자를 정하면서 바로 선대가 아닌 조부 이상의 제사에 대하여는 누가 제사주재자인지, 즉 장남의 후손으로는 딸만 있고 차남의 후손으로 아들이 있을 경우 조부의 제사는 누가 주재하는지에 관하여 명확한 설시가 없고(다수의견에 의하면 차남의 후손인 아들이 제사주재자가 되는 것으로 보이기도 한다), 오늘날 종교적 이유로 전통제례를 거부하는 적지 않은 국민들이 있음을 고려할 때 그러한 경우에도 장남, 장녀가 무조건 제사주재자가 된다는 것이 타당한 지에 대하여도 답이 없다.

(5) 조리는 보충적 법원(法源)으로서 법률과 관습법이 없을 경우 비로소 판단의 준거로 삼아야 하는바, 관습 내지 관습법이 변경되었을 뿐 전통적 습속에 의한 제사는 사회 구성원들 사이에서 계속 이루어지고 있어 관습 내지 관습법이 없다고 할 수 없는 현 상황에서, 제사주재자의 결정 문제를 조리에 의한다는 것은 현실적인 존재의 인식 문제를 이론적인 당위으로써 관철하려는 잘못이 있다고 보여진다.

그리고 조리는 법의 일반원칙으로서 통상 판례에 의하여 인식되지만, 그것은 보편타당한 가치에 근거한 사회의 승인을 전제로 하는 것으로서 법관이 자신의 합리적인 생각이라고 하여 바로 조리로 인식하여서는 아니되고(그것은 법관의 오만이라고 비판받을 여지도 있다), 특히 이 사건과 같이 상당수의 대법관들이 반대의견을 표출하고 있다면 그러한 견해는 결국은 사회적 승인이 있다고도 할 수 없어 조리라고 하기에는 부족하다고 생각한다.

따라서 이 사건에서 굳이 누가 제사주재자가 되는지를 논할 필요성이 있다면, 이는 광범위한 조사와 심리를 통하여 오늘날의 제사에 관한 습속 및 사회적 변화를 수용한 제사주재자를 정하는 습속이 어떠한지를 명확히 인식한 후에 결정해야 할 것이다.

나. 사자(死者)의 헌법상 권리에 관하여

(1) 우리의 법체계는 최고규범인 헌법을 정점으로 하여 통일적 법질서를 유지하고 있다.

사회공동체의 모든 법규범은 헌법의 가치와 내용을 실현하는 것이므로 헌법의 테두리 내에서 일정한 체계적인 통일성이 유지되어야 한다.

그렇기 때문에 헌법은 공·사법을 포함한 모든 법규범의 해석·적용에 있어서 그 기초인 동시에 한계가 되고, 법의 흠결이 있는 경우에는 이를 보충하는 원리가 된다.

헌법 제10조는 "모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리를 가진다.

국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다"고 규정하고 있다.

이 인간존엄성 규정은 헌법규범 가운데에서도 근본규범으로서 모든 국가작용의 목적과 가치판단의 기준을 제공하고 모든 법규범의 효력과 내용을 해석하는 기준이 되며 법의 흠결을 보충하는 제1차적인 원리가 된다.

헌법 제10조는 단순한 선언적 규정이 아니라 인간의 본질이며 고유한 가치인 개인의 인격권과 행복추구권을 보장하고 있다.

이러한 개인의 인격권과 행복추구권은 개인의 자기(운명)결정권을 전제하고 있으며( 헌법재판소 1990. 9. 10. 선고 89헌마82 결정), 이 자기결정권은 인격체인 인간이 내리는 모든 자율적 결정을 보장하는 것으로, 여기에는 신체에 대한 자기결정권, 특히 사후(死後)에 자신의 장기(臟器)나 유체·유골을 기증하거나 처분할 자유 및 유체·유골의 매장방법 내지 매장장소를 결정할 자유를 포함하는 것이다.

(2) 법률상 권리의무의 주체는 살아있는 사람에 한하고, 이는 헌법상 기본권의 주체로서도 마찬가지라는 점에서 과연 사자(死者)가 인격권의 주체가 될 수 있는지 의문이 제기될 수 있다.

그러나 인간의 존엄성을 보호해야 할 국가의 의무는 사후에도 계속 존재하는 것이다.

그리고 만약 사람의 사후에 그 인격이 비하된다면 인간의 존엄과 가치는 훼손되고 살아있는 동안의 인간의 존엄성 보장조차 유지될 수 없다.

이는 인간의 존엄성에 기초한 우리 헌법의 기본 정신과 헌법 제10조에 근거한 개인의 인격권 보장의 이념에 반하는 것으로 받아들일 수 없다.

그렇다고 한다면, 실정법에 명문의 규정이 있는지 여부를 불문하고 사람의 명예와 같은 일반적 인격권은 사후에도 보장되어야 하고, 그러한 범위 내에서 사자도 인격권의 주체가 된다.

즉, 사자의 권리는 사망 후 단순한 사체로서는 주체성을 인정하기 어렵다 할지라도 사자가 생존시에 이루어 놓은 명예, 인격과 의사표시 등에 대하여는 당연히 헌법상 보장의 대상이 된다.

다만, 사자의 인격권은 영원히 보장되는 것이 아니라 망인에 대한 기억이 희미해져가고 시간이 흐름에 따라 그 보호의 필요성은 그만큼 사라져가는 것이다.

(3) 사후(死後)에 자신의 유체·유골의 처분이나 매장방법 내지 매장장소를 결정하는 것은 헌법 제10조의 개인의 인격권에서 파생되는 신체에 대한 자기결정권의 한 내용이므로, 우리 민법을 해석·적용하거나 그 흠결을 보충함에 있어서 망인의 인격권이 침해되지 않도록 해야 한다.

우리 민법이 제사주재자의 권리에 대하여 구체적인 내용이나 한계를 규정하고 있지 않고, 자신의 유체에 대한 처분이나 매장지 결정을 법정 유언사항으로 규정하고 있지 않지만, 망인이 생전에 자신의 유체에 대한 처분이나 매장방법 내지 매장장소를 결정하였다면 망인의 인격권이 미치는 범위에서 법적 효력을 갖는다.

다수의견에 대한 대법관 이홍훈, 대법관 김능환의 보충의견은 법적인 근거가 없는 사자의 인격권을 인정할 수 없다는 취지로 실시하고 있는바, 이러한 견해는 개별 법률이 구체적이고 명시적으로 규정하고 있지 않은 한 어떠한 권리도 인정될 수 없다는 것인데, 헌법상의 기본권 규정은 개방적이고 포괄적이지만 사법부가 그 해석을 통하여 권리의 내용을 구체화하는 것이고, 이것이야말로 헌법이 대법원에 부여한 권한이자 의무라 할 것이다.

특히, 헌법상의 권리가 침해되었을 때 이를 구제하거나 권리의 침해를 방지하기 위한 해석은 더욱 적극적이어야 하며, 헌법상의 기본권에 관한 사항은 개별적 법률에 규정이 없다고 하여 부인될 수 없다.

이러한 해석은 최고규범인 헌법을 정점으로 하는 우리 법체계에서 통일적인 법질서를 유지하는 것이며, 헌법이 사법을 포함한 모든 법규범의 해석의 기준이 됨과 동시에 법의 흠결을 보충하는 원리이기 때문이라는 점은 앞서 보았다.

다수의견과 같이 망인의 의사에 반해서까지 그의 유체를 처분하거나 분묘를 이전할 권한이 민법 제1008조의3의 제사주재자의 권리에 포함된다고 해석하는 것은, 망인이 생전에 인격체로서 내린 결정을 무시하고 인간으로서의 존엄성을 훼손하는 것으로서 헌법 제10조에 위배될 뿐만 아니라, 제사주재자는 망인에 대한 경애추모(敬愛追慕)를 주재하는 자라는 점에서 제사의 본질과 제사승계제도의 입법 취지에도 결코 부합하지 않고 우리의 전통적인 사고에도 어긋난다.

이상과 같이 대법관 안대희, 대법관 양창수의 반대의견에 대한 보충의견을 밝혀둔다.

#### 9. 대법관 김영란, 대법관 김지형의 반대의견에 대한 대법관 김영란의 보충의견

가. 다수의견은, 공동상속인들 간의 협의와 무관하게 적장자가 우선적으로 제사를 승계해야 한다는 종래의 관습은 가족 구성원인 공동상속인들의 자율적인 의사를 무시하는 것이고 적서(嫡庶)간에 차별을 두는 것이어서 개인의 존엄과 평등을 기초로 한 변화된 가족제도에 원칙적으로 부합하지 않게 되어 더 이상 관습 내지 관습법으로서의 효력을 유지할 수 없게 되었으나, 제사와 제사용 재산의 승계 제도는 과거의 조상숭배를 통한 부계혈족(父系血族) 중심의 가계계승에 그 바탕을 두고 있고 오늘날 제사의 성격이 많이 바뀌었다고는 하지만 아직은 가계계승의 성격에서 완전히 벗어났다고 할 수 없으며, 협의가 이루어지지 않는 경우 장남 또는 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 보기는 어려우므로, 공동상속인들 사이의 협의가 이루어지지 않는 경우에는 망인의 장남(장남이 이미 사망한 경우에는 장남의 아들, 즉 장손자)이 제사주재자가 되어야 하고, 공동상속인 중 아들이 없는 경우에는 망인의 장녀가 제사주재자가 되어야 한다고 한다.

나. 다수의견은, 반대의견에서 지적하였듯이 민법 제1008조의3이 정한 제사용 재산의 승계인으로 되는 제사주재자의 결정에 있어서 적서(嫡庶)의 구별을 없애고, 딸만을 자녀로 둔 가정에서 장녀의 우선적 지위를 인정하는 것 이외에는 전통적인 종법사상과 부계혈족 중심의 가(家)의 관념에 입각한 장자 우선의 원칙을 여전히 지도적 원리로 유지하겠다는 선언과 다르지 않다.

다수의견이 지적하고 있듯이, 우리 사회는 1970년대 이래 급속한 경제성장을 통하여 고도로 산업화·도시화된 사회를 이루었고, 대가족제도가 핵가족제도로 바뀌었으며, 가정 내에서 가족 개개인의 의사가 존중되고, 적서(嫡庶)의 차별이 사라졌으며, 남아선호 사상의 쇠퇴와 더불어 딸만을 자녀로 둔 가정의 비율이 증가하게 되었고, 이에 따라 1980. 10. 27. 헌법 제9호로 전문개정된 헌법 제34조 제1항은 "혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 한다"고 선언하기에 이르렀으며, 이는 현행 헌법 제36조 제1항으로 유지되고 있는바, 그 후 사회의 모든 영역에서 가족 구성원의 평등을 실현하는 방향으로 제도가 개선되었으며, 여러 차례에 걸친 민법 개정을 통하여 형제자매의 상속분이 균등하게 되었고, 호주제도가 폐지되어 호주를 중심으로 한 가(家)의 제도에서 본인과 배우자를 중심으로 한 새로운 가족제도로 재편되는 한편, 2008. 1. 1. 호적제도조차 새로운 가족관계등록제도로

대체되기에 이르렀다.

그런데 다수의견이 지도적 원리로 삼고 있는 전통적인 종법사상과 부계혈족 중심의 가(家)의 관념에 입각한 장자 우선의 원칙은 현대 사회에서 합리적인 기준이 될 수 없는 성별 및 연령을 기준으로 공동상속인들 사이에 차별을 두는 것으로 위와 같은 사회생활 및 제도의 변화에 역행하는 것임이 분명하므로, 다수의견은 스스로 내세운 전제조차 충족시키지 못하는 모순에 빠져 있을 뿐만 아니라, 우리 민법이나 대법원이 오랜 기간에 걸쳐 헌법상의 평등의 원칙을 가족관계 내에서도 실질적으로 구현하고자 해 온 노력과도 배치된다.

다수의견은 제사주재자에 관한 종래의 관습 내지 판례법이 그 효력을 유지할 수 없게 되었으므로 조리에 의해 그 결정방법을 정해야 한다고 하고는, 나아가 조리에 의하면 공동상속인들의 협의가 이루어지지 않는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 망인의 장남, 아들이 없으면 망인의 장녀가 제사주재자가 된다고 한다.

다수의견이 공동상속인들의 자율적인 의사로 이루어진 협의 결과를 무시하고 적서간의 차별을 두고 있다는 이유로 종래의 관습 내지 관습법의 효력을 전부 배제한 점에서, 협의 등으로 망인의 장남이 아닌 다른 아들들이나 딸들도 제사주재자가 될 수 있다는 것이 조리라고 한 점에서 보면 종래의 관습 등에서 자유로워졌음을 전제하고 있음이 명백한데도, 협의가 이루어지지 않는 경우에는 부계혈족 중심의 가계계승을 이유로 종래의 관습 및 판례법으로 돌아가자고 하여 스스로 배제한 관습 등을 다시 끌어들이는 것은, 장남이 아닌 다른 아들들이나 딸들도 엄연히 부계혈족이라는 점을 굳이 지적할 필요도 없이, 그 자체로도 앞뒤가 맞지 않는다.

다.

대법원은 2005. 7. 21. 선고 2002다1178 전원합의체 판결로써, 종원의 자격을 성년 남자만으로 제한하고 여성에게는 종원의 자격을 부여하지 않는 종래 관습에 대하여 우리 사회 구성원들이 가지고 있던 법적 확신이 상당부분 흔들리거나 약화되어 있고, 무엇보다도 헌법을 최상위 규범으로 하는 우리의 전체 법질서는 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 한 가족생활을 보장하고 가족 내의 실질적인 권리와 의무에 있어서는 남녀의 차별을 두지 아니하며, 정치·경제·사회·문화 등 모든 영역에서 여성에 대한 차별을 철폐하고 양성평등을 실현하는 방향으로 변화되어 왔으며, 앞으로도 이러한 양성평등의 원칙은 더욱 강화될 것인바, 종중은 공동선조의 분묘수호와 봉제사 및 종원 상호간의 친목을 목적으로 형성되는 종족단체로서 공동선조의 사망과 동시에 그 후손에 의하여 자연발생적으로 성립하는 것임에도 공동선조의 후손 중 성년 남자만을 구성원으로 하고 여성은 종중의 구성원이 될 수 없다는 종래의 관습은 공동선조의 분묘수호와 봉제사 등 종중의 활동에 참여할 기회를 출생에서 비롯되는 성별만에 의하여 생래적으로 부여하거나 원천적으로 박탈하는 것으로서 변화된 우리의 전체 법질서에 부합하지 아니하여 정당성과 합리성이 없고, 따라서 종중 구성원의 자격을 성년 남자만으로 제한하는 종래의 관습법은 이제 더 이상 법적 효력을 가질 수 없다고 판시한 바 있다.

그런데 다수의견은 '사회통념상 상대적으로 정당성이 있다거나', '공동상속인들 사이의 협의의 불성립이라는 사정에 의하여 초래된 것'이라는 등의 모호하거나 적절하지 않은 이유들만으로, 공동상속인들 사이에 협의가 이루어지지 않는 경우 제사주재자를 출생에서 비롯되는 성별에 의하여 획일적으로 결정하도록 함으로써 망인에게 아들이 있는 경우에는 딸이 제사주재자가 될 기회를 사실상 박탈하였으니, 이는 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 한 가족생활을 보장하고 가족 내의 실질적인 권리와 의무에 있어서는 남녀의 차별을 두지 아니한다는 우리의 전체 법질



서에 반함이 명백할 뿐만 아니라, 위 전원합의체판결의 정신에도 배치됨이 분명하다.

라. 제사주재자의 성격상 상속인들 중 특정한 1인으로 정할 수밖에 없어 필연적으로 상속인들 사이의 차별이라는 결과가 발생하게 된다고 하더라도, 합리적인 차이를 감안한 차별은 헌법상의 평등의 원칙에 위반되지 않으므로, 법원이 제사주재자의 결정에 후견적으로 개입하여 반대의견에서 제시하고 있는 제반 사정들을 고려함으로써 그 차별의 정당성을 확보할 수 있을 뿐만 아니라, 급변하는 현대사회에서 우리 사회 구성원들의 제사주재자와 관련한 인식의 변화 등을 적절하게 반영할 수 있다는 점에서도 대법관 김영란, 대법관 김지형의 반대의견이 타당함을 지적하면서, 위 반대의견에 대한 보충의견을 밝히는 바이다.

대법원장 이용훈(재판장) 고현철 김영란 양승태 박시환(주심) 김지형 이홍훈 박일환 김능환 전수안 안대희 차한성 양창수