

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건 2018다264420 분묘굴이 등 청구의 소  
원고, 상고인 원고 1 외 3인  
소송대리인 법무법인 스타웍스파트너스  
담당변호사 박주범 외 1인  
피고, 피상고인 피고  
소송대리인 법무법인 일산  
담당변호사 이해진  
원 심 판 결 의정부지방법원 2018. 7. 13. 선고 2017나204538 판결  
판 결 선 고 2021. 5. 27.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 의정부지방법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 사안 개요

피고의 아버지와 결혼했던 소외 1은 1954. 11. 14. 사망하였고 피고의 어머니 소외

2는 1980. 6. 9. 사망하였는데, 그 분묘(이하 '이 사건 분묘'라 한다)가 이 사건 토지에 설치되어 있으며, 피고는 현재까지 이 사건 분묘를 수호·관리해 왔다. 원고들은 2002년경 이 사건 토지가 포함된 분할 전 토지를 증여받아 취득하였다.

원고들은 피고를 상대로 이 사건 분묘의 굴이와 토지의 인도, 2008. 6. 1.부터 위 토지 인도일까지 분묘의 기지(基地) 점유에 따른 부당이득반환을 구하는 이 사건 소를 제기하였다. 이에 대해 피고는 20년 이상 평온·공연하게 이 사건 분묘의 기지를 점유하여 분묘기지권을 시효로 취득하였으므로 원고들의 청구에 응할 의무가 없다고 주장하였다.

## 2. 피고의 분묘기지권 인정 여부(상고이유 제1점)

타인의 토지에 소유자의 승낙 없이 분묘를 설치한 경우에 20년간 평온·공연하게 그 분묘의 기지를 점유하면 분묘기지권을 시효로 취득한다(대법원 1955. 9. 29. 선고 4288민상210 판결, 대법원 2011. 11. 10. 선고 2011다63017, 63024 판결 등 참조).

2000. 1. 12. 법률 제6158호로 전부 개정된 「장사 등에 관한 법률」에 따르면, 그 시행일인 2001. 1. 13. 후에 토지 소유자의 승낙 없이 설치한 분묘의 연고자는 토지 소유자 등에게 토지 사용권이나 그 밖에 분묘의 보존을 위한 권리를 주장할 수 없다(제23조 제3항, 부칙 제2호. 위 법률은 2007. 5. 25. 법률 제8489호로 전부 개정되었는데 제23조 제3항은 제27조 제3항으로 위치만 변경되고 내용은 그대로 유지되었다. 이하 개정 전후를 불문하고 '장사법'이라 한다). 따라서 장사법 시행일 후에 토지 소유자의 승낙 없이 설치한 분묘에 대해서는 분묘기지권의 시효취득을 주장할 수 없게 되었다. 그러나 장사법 시행일 이전에 설치한 분묘에 관해서는 분묘기지권의 시효취득이 오랜 기간 지속되어온 관행 또는 관습으로서 여전히 법적 규범으로 유지되고 있다는 것이 판

레이다(대법원 2017. 1. 19. 선고 2013다17292 전원합의체 판결 참조).

원심은 위에서 본 사실관계를 토대로, 피고가 분묘기지권을 시효취득 하였으므로 원고들에게 이 사건 분묘를 굴이하거나 이 사건 토지를 인도할 의무가 없다고 판단하였다. 원심판결에는 상고이유 주장과 같이 분묘기지권에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

### 3. 피고의 분묘기지권 인정 범위(상고이유 제2점)

원고들은 장사법 제18조에 따라 이 사건 분묘에 대한 분묘기지권은 각 분묘당 30㎡를 초과하여 인정되어서는 안 된다고 주장하였으나, 원심은 다음과 같은 이유로 이를 배척하였다. 분묘기지권은 분묘의 기지 자체뿐만 아니라 분묘의 설치 목적인 분묘의 수호와 제사에 필요한 범위 내에서 분묘 기지 주위의 공지를 포함한 지역까지 미친다(대법원 2011. 11. 10. 선고 2011다63017 판결 참조). 장사법 제18조 제2항에서 정하는 점유면적 30㎡는 분묘의 기지면적만을 가리키며 분묘기지 외에 분묘의 수호와 제사에 필요한 분묘기지 주위의 공지까지 포함된 묘지면적을 가리키는 것은 아니다(대법원 1994. 8. 26. 선고 94다28970 판결 참조). 원심판결에 상고이유 주장과 같이 분묘기지권 인정 범위에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

그리고 분묘의 점유면적 등에 관한 그 밖의 상고이유 주장은 사실심인 원심의 전권 사항에 속하는 증거의 취사선택과 사실인정을 다투는 것에 지나지 않아 적법한 상고이유가 될 수 없다.

### 4. 분묘기지권을 시효로 취득한 경우 지료 지급의무의 존부 등(상고이유 제3점)

장사법 시행일 이전에 타인의 토지에 분묘를 설치한 다음 20년간 평온·공연하게 분묘의 기지를 점유함으로써 분묘기지권을 시효로 취득한 경우에, 분묘기지권자는 토지 소유자에게 분묘기지에 관한 지료를 지급할 의무가 있다(대법원 2021. 4. 29. 선고

2017다228007 전원합의체 판결 참조).

위에서 본 사실관계를 위 법리에 비추어 보면, 피고가 분묘기지권을 시효취득 하였더라도 토지 소유자인 원고들에게 분묘기지에 관한 지료를 지급할 의무가 있고, 원고들의 부당이득반환 주장은 이러한 지료의 지급을 구하는 것으로 볼 여지가 있다. 원심으로서 그 후 선고된 위 전원합의체 판결에 기초하여 석명권을 행사하여 위 주장이 지료를 구하는 것인지를 밝혀 그에 따라 심리해야 한다.

원심은 피고가 분묘기지권을 시효취득 하였더라도 분묘기지에 관한 지료를 지급할 의무가 없다는 기존의 대법원 판결을 이유로 원고들의 청구를 배척하였다. 원심판결에는 분묘기지권을 시효로 취득한 경우 지료 지급의무에 관한 법리 등을 오해한 잘못이 있다. 이를 지적하는 원고들의 상고이유 주장은 정당하다.

## 5. 결론

원고들의 상고는 이유 있어 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장            대법관            노정희

주    심            대법관            김재형

                      대법관            안철상

대법관 이흥구