

祭祀와 財産相續의 法的 問題

- 역사적 시야에서 -

鄭肯植*

목 차

- I. 머리말
- II. 현대 이전
 - 1. 조선시대
 - 2. 식민지기
- III. 현대
 - 1. 일본민법의 규정
 - 2. 현행민법의 해석
 - 3. 호주제도의 폐지와 제사주제자의 결정
- IV. 전망
- V. 맺음말

[국문 요약]

제사용 재산의 승계를 규정한 민법 제1008조의3를 연혁적으로 검토하고 2008년도의 헌법재판소의 결정과 대법원 판결을 분석하였다. 민법 제정 당시에는 호주상속인이 제사용 재산을 특권적으로 단독으로 상속하도록 하였다. 이는 종래 宗法的 가족질서에 바탕을 둔 것이다. 1991년 민법개정으로 제사를 주재하는 자가 승계하도록 하였으며, 이 규정은 호주제 폐지 이후에도 그대로 존속하고 있다. 2008년의 대법원 판례에서는 상속인의 협의, 협의가 성립되지 않으면 장자 등의 순서로 하도록 하였는데, 이는 여전히 종법질서에 바탕을 둔 장자·남성 우월적인 것이다. 제사용 재산은 일반상속재산과는 성격을 달리 하므로 이의 처분에 대해서는 제한이 있어야 한다. 제사용 재산의 승계는 전통문화의 보존에 도움을 주며 동시에 변화하는 사회와 가족상에 알맞게 바뀌어야 한다.

[주제어] 제사용 재산, 호주제, 墳墓의 관리권, 遺體의 관리권, 亡人의 인격권

* 서울대학교 법학대학원 교수

生居鎭川 死居龍仁

용인에 사는 어떤 사람이 벼락이 쳐서 돌이 무더기로 떨어져 깔려서 갑자기 죽었다. 사람들은 돌무더기를 치울 수 없어서 그대로 시신을 매장하였다. 그 사람이 저승에 가서 조사를 받으니 죽을 때가 아니라고 하여 다시 이승으로 돌아갔다. 그런데 영혼이 돌아갈 시신이 없어서 그냥 떠돌다가 진천까지 가게 되었다. 그 곳에 나이가 비슷한 부잣집 아들이 자식도 남기지 않고 죽었는데, 부모들은 혹시나 하며 매장을 하지 않고 있어서 용인 남자의 영혼이 들어가서 죽은 사람이 다시 살았다. 되살아난 남자는 진천 이야기를 하지 않고 용인 이야기만 해서, 진천의 부인이 수소문을 해서 용인을 찾아가서 모든 사실을 알게 되었다.

그렇게 해서 그 남자는 용인에서도 살고 진천에서도 살면서 진천과 용인의 부인에게서 아들들을 얻었다. 그러저럭 살다가 죽었는데, 진천과 용인의 아들들이 서로 아버지의 혼백을 모시겠다고 다투었고, 결국 진천 군수에게 소장을 올렸다. 소장을 본 진천군수가 “고인이 살아서는 어디에 살았는가?”라고 물으니, “진천에서 살았습니다”고 답하였다. 그러자 진천군수는 “生居鎭川하고 死居龍仁하라”라고 판결하였다.

출전: 『한국구비문화대계』 1집 9책(한국정신문화연구원, 1982), 161-6쪽.

I. 머리말

사람은 영생불사를 꿈꾼다. 현실에서 육체적으로 그것은 불가능하다. 그러나 영혼은 꼭 그런 것만은 아니다. 가계계승을 통하여 육신은 사라지지만 영혼은 지속되기를 희망하고 그 가시적 표현이 제사라고 할 수 있다. 祭祀는 儀式도 문제가 될 수 있지만, 재산도 문제가 된다. 제사와 관련한 재산은 먼저 분묘와 묘토 그리고 금양임야, 족보, 祭具 등이 있으며, 뿐만 아니라 屍身이나 遺體도 해당된다.¹⁾

1950년대 민법을 제정하면서 친족·상속편의 입법방침은 “순풍양속은 유

지하나 봉건사회적 인습·폐풍은 포기하여 현실과 너무 유리되지 않는 한도 내에서 기존의 관습을 개정하는 점진적 혁신론”이었다. 이에 따라 여성계의 반대에도 불구하고 호주제도가 민법에 규정되었다.²⁾ 그리고 “제사상속제도는 (중략) 우리나라 고래의 미풍양속이다. 그러나 이는 그 법률적 효과 내지 법률상의 권리의무를 규정하기 실제적으로 곤란할 뿐만 아니라 현재의 家는 관념적인 공동시조봉사단체로서의 성격으로부터 공동경제단체로서의 성격으로 그 중점을 옮기고 있어서 이를 법률제도로 규정하는 것은 사회현실에 적합하지 않다. 그래서 제사상속제도는 법률제도로부터 제외하여 도덕의 범주에 委讓하고 그 정신을 가급적 호주상속인을 정하는 데 참작”한다는 방침이었다. 이러한 관점에서 종래 호주상속인의 특권적 상속의 대상인 제사용 재산에 대해서는 인습적 국민감정을 고려하여 위에서 언급한 대로 제사용 재산은 호주상속인이 독점적으로 승계하도록 하였다.³⁾

1958년 제정민법 제996조에서는 “[분묘 등의 승계] 분묘에 속한 1町步(3천평[9,915㎡]) 이내의 禁養林野와 600평(1,983㎡) 이내의 墓土인 農地, 族譜와 祭具의 소유권은 호주상속인이 이를 승계한다.”라고 되어 있었다(1960. 1.1. 시행). 우리 민법의 입장은 제사와 관련되는 재산은 호주상속인이나 제사를 주재하는 자가 독점적으로 승계하도록 하여 일반재산상속에 대한 특례를 인정하고 있다. 이 규정은 직접적으로는 일본 明治民法(1898. 제정)의 영향을 받았지만, 조선시대의 관습과 맥이 닿는 것이다.

호주제도를 존치하되, “남녀평등정신에 반하는 호주계승을 목적으로 하는 직계비속장남자의 거가금지규정을 삭제하고, 친족의 범위를 조정하며, 실효성이 없는 호주권을 폐지하는 등 현행 민법의 가족관계 규정 중 불합리한 사항을 정리하기 위해” 1990년 민법이 개정되었다(1991.1.1. 시행). 이 때

1) 살아 있는 사람의 신체는 권리의 객체로 될 수 없지만, 屍身은 그렇지 않다. 시신이 소유권의 객체가 되는가에 대해서는 特殊所有權說과 慣習上 管理權說이 있으나 내용적으로는 같다. 遺體도 분묘와 함께 일체가 되어 제사용 재산을 구성한다. 박윤직 편집대표, 『민법주해(2)』, 박영사, 1992, 30-2쪽(金炳宰 집필).

2) 정궁식, 「한국의 호주제도에 대한 역사적 성찰」, 『식민주의의 정치적 유산』, 서울대학교 역사연구소, 2009 참조.

3) 김상훈, 「제사용 재산의 승계에 관한 연구」, 고려대 법학박사학위논문, 2008, 157-8쪽.

“호주상속”을 “호주승계”로 개정하고 상속편에서 친족편으로 편제를 바꾸었다. 가장 중요한 변화는 호주‘상속’은 ‘승계’로 명칭만 바뀌었을 뿐 그 자체는 존속되었으나 호주승계를 임의적인 것으로 하여 포기를 할 수 있도록 하였다.⁴⁾ 그리고 호주상속인이 제사용 재산을 단독으로 승계하도록 한 제996조를 삭제하고 그 대신 제1008조의3에서 “[분묘 등의 승계] 분묘에 속한 1정보 이내의 금양임야와 600평 이내의 묘토인 농지, 족보와 제구의 소유권은 제사를 주재하는 자가 이를 승계한다.”라고 규정하였다(1990.1.13. 본조신설, 1991.1.1. 시행).⁵⁾ 그렇지만 “호주상속인”이 “제사를 주재하는 자”로 바뀌었을 뿐이며, 본질적인 변화는 없었다.

2005년에 큰 변화가 있었다. 헌법재판소에서는 호주제도가 사실상 위헌이라는 결정을 내렸으며(헌법재판소 2005.2.3. 선고 2001헌가9 등, 2004헌가5 [병합] 결정), 이에 따라 민법을 개정하여 호주제도와 家制度를 폐지하였다(2005.3.31. 개정, 2008.1.1. 시행). 또 헌법재판소에서는 민법 제1008조의3에 대해 합헌결정을 하였고(2008.2.28. 선고 2005헌바7 결정), 2008년 11월 20일에는 제1008조의3의 “제사를 주재하는 자”에 대한 전원합의체 판결(2008.11.20. 선고 2007다27670)⁶⁾이 선고되어 법적 의미를 분명히 하였다.

본고에서는 조선시대에서부터 현재까지 제사용 재산과 관련된 법적 문제를 소개하고, 변화하는 시대상황, 특히 가족의 변화에 초점을 두어 제사용 재산의 귀속에 대한 단편적인 의견을 제시하기로 한다. 먼저 조선시대에 관련된 법을 소개하고 이어서 식민지기의 양상을 조선고등법원 판례를 통하여 살핀다(제2장). 다음에 민법의 규정에 대한 해석과 판례를 소개하여 현황을 검토한 후 판례를 분석한다(제3장). 마지막으로 역사적 관점에서 현재의 상

4) “제991조(호주상속권의 포기금지) 호주상속권은 이를 포기하지 못한다.” → “제991조(호주승계권의 포기) 호주승계권은 이를 포기할 수 있다.”

5) 정경식 대표편집, 『연혁 민법전』, 법무부, 2013, 231·233·240쪽 참조.

6) 대법원 종합법률정보(<http://glaw.scourt.go.kr/jbsonw/jbson.do>)에서 검색. 참여한 대법관은 이용훈(대법원장), 박시환(주심), 고현칠, 김영란, 양승태, 김지형, 이홍훈, 박일환, 김능환, 전수안, 안대희, 차한성, 양정수 등 13명이다. 이에 대해서는 송경근, 「제사주제자의 결정방법과 망인(亡人) 자신의 유체·유골(遺體·遺骨)에 관한 처분행위의 효력 및 사자(死者)의 인격권」, 『대법원판례해설』 77, 대법원, 2009, 623-686쪽에 판결의 이론적 배경에 대한 자세한 소개가 있다.

황을 반추하여 제사용 재산의 귀속 또는 관리에 대한 의견을 제시하기로 한다(제4장).

II. 현대 이전

1. 조선시대

조선시대의 기본법전인 《經國大典》에는 제사용 재산에 대해 직접적인 규정은 없다. 다만 家廟가 있는 家舍는 제사를 주재하는 자손이 단독으로 상속하도록 하고 있으며,⁷⁾ 재산상속에서는 제사를 승계하는 자에게는 1/5을 가급 하도록 하였고,⁸⁾ 자녀 없이 사망한 자가 본인의 토지와 노비로 제향을 누리기를 원하면 노비의 수를 제한하여 허용하고 있다(墓直奉祀).⁹⁾ 《經國大典》에서는 제사승계와 관련하여 재산의 귀속에 대해서는 더 이상의 규정이 없다.

16세기에 접어들어서 제사용 재산의 승계와 관련된 분쟁이 나타났는데, 대부분은 재산상속, 특히 가묘가 있는 가사의 상속과 관련하여 발생하였으며, 그 분쟁을 해결하는 과정에서 受教, 즉 법령이 등장하였다. 제사용 재산과 관련된 수교는 다음이 있다.

①曾祖考妣의 신주는 親盡[代盡]하면 가묘에서 나가 最長房의 집으로 옮기는 것은 진실로 미룰 수가 없다. 그 제사에 제공되는 재산은 경국대전 봉사조의 주에 “증조가 제향대수가 다 되어 가묘에서 나가게 되면 (봉사자의) 백숙부 중에 복이 다하지 않은 자가 제사를 지낸다.”라고 규정되어 있다. 가령 (현재의 봉사자인) 증손에게 후손이 있어도 그 복이 다하였으면 그 신주는 법적으로 당연히 백숙부에게

7) 《經國大典》〈戶典〉[田宅]: 立廟家舍 傳於主祭子孫.

8) 《經國大典》〈刑典〉[私賤]: 父母奴婢, 平分, 承重子加五分之一.〈如衆子女各給五口, 承重子給六口之類〉.

9) 《經國大典》〈禮典〉[奉祀]: 士大夫無子·女, 欲以奴婢·墓直主祭者, 從財主之意, 署文記, 使奉其祀, 大夫六口, 士以下四口.

로 옮겨 봉사를 해야 하니, 후손의 유무를 막론하고 예에 따라 당연히 제사를 내보내야 한다. 그런데 오늘날에는 증손에게 (제사를 지낼) 후손이 없는 것을 이유로 그 제사에 제공하는 재산을 다른 자손에게 주고 있다. 이것은 아주 법의 본뜻에 어그러지니 한결같이 경국대전에 따라 적용해야 한다. 1552년(명종 7) 11월 30일 형조 등의 수교.¹⁰⁾

②장자의 처를 비록 冢婦라고 하더라도, 김익정이 김석윤의 繼後子가 되었는데, 김석윤의 처가 살아 있을 때 김익정이 후사 없이 죽고, 김석윤의 처가 다시 김기서를 後嗣者로 삼아서 조상을 봉사하는 것을 김기서가 이를 주관하고 있다. 그런데 김익정의 처가 어찌 총부의 이름을 빌려 이를 다투려고 하는가? 衆子의 예로써 토지와 노비를 나누어 가지는 것이 역시 두터운 뜻이다. 1553년(명종 8) 4월 23일에 의논하여 결론을 얻었다.¹¹⁾

③자식이 없는 사람을 제사지내기 위한 노비: 수교 전체의 1/5을 제사를 위하여 주되 10구를 넘을 수 없다. 성인이 되었는데도 후사가 없이 사망하였으니 마땅히 사당에 위패를 모시고 조상에게 덧붙여 제사를 받아야 할 자가 비록 그의 부모보다 먼저 사망하였더라도 그의 형제자매들이 재산을 나누어 받을 때 남녀를 막론하고 각자 마땅히 받아야 할 노비의 상속분에서 위의 몫을 계산하여 뽑아낸다. 만약 노비의 수가 적을 경우에는 '우선적으로 나누어 주는 사람' 등에 관한 사항은 법전의 규정취지에 의거하여 시행하며, 토지도 앞의 예에 의하여 행하는 것이 어떻겠는가? 그렇게 할 것이다. 1576년(선조 9) 8월 2일에 받은 전교.¹²⁾

- 10) <受教>: 曾祖神主親盡, 而出祀堂移於最長之房者, 則固不可推. 其奉祀之物, 大典奉祀條註, '曾祖代盡當出 則就叔伯位服未盡者祭之'云, 假令 曾孫有后其服已盡, 其神主法當移祀於伯叔, 則勿論后之有無, 例當出祀, 而今者以曾孫無后之故, 移其祭祀之物, 給他曾孫, 甚乖立法本意, 一遵大典行用. 嘉靖壬子十一月三十日, 刑曹等承傳.; 이 수교는 《受教輯錄》 등에는 보이지 않는 수교로 申濤의 《大典詞訟類聚》에만 있다. 정공식 외 역주, 『잊혀진 법학자 신번: 譯註 大典詞訟類聚』, 민속원, 2012, 134-5쪽.
- 11) “長子之妻, 雖曰冢婦, 而金益精爲金錫胤繼后之子, 錫胤妻生時, 益精無后身死, 錫胤妻更以金基瑞爲繼后, 則祖上奉祀, 基瑞當主之, 益精妻豈可以假冢婦之名爭之. 其以衆子例分得田民, 亦是厚意. 嘉靖癸丑四月二十三日議得.” 이 수교 역시 申濤의 《大典詞訟類聚》에만 있다.(정공식 외 역주, 앞의 책 [주10], 136-7쪽); 《受教輯錄》<禮典> [立後] § 368: 長子死後 更爲立後 以主祭祀 則長子之婦 不可假冢婦之名 爭其田民 依衆子例分給 [嘉靖癸丑承傳].
- 12) 《受教輯錄》<刑典> [私賤] § 890: 班耐之人奴婢田畝 多寡斟酌 先給主祭之人 使之奉祀 其餘畵商法典 使孫分給 定以五分之一 以給祭用 無過十口 永爲恒式 成人而無後 所當耐食者 雖其身死在於父母之前 其同生等分財之時 不問男女 皆就其應得奴婢數內 計分抽出施行 餘還本族 假如奴婢數小則先給 田地依右例 [萬曆丙子承傳].

親盡으로 最長房遷祧를 하면 신주는 당연히 새로운 봉사자가 옮겨 모셔야 한다.¹³⁾ 그러나 제사용 재산의 귀속에 대해서는 아무런 규정이 없었기 때문에 논란이 되었다. 수교①에서는 최장방천조로 제사를 이어받는 방계손이 제사용 재산을 승계할 수 있도록 하였다. 수교에서 “오늘날에는 증손에게 (제사를 지낼) 후손이 없는 것을 이유로 그 제사에 제공하는 재산을 다른 자손에게 주고 있다”라고 하고 있다. 여기서 우선 증조의 제사를 물려받은 증손에게 자손이 있으면 신주는 물론 제사용 재산까지 이어받는 것임을 알 수 있다. 그러나 그에게 자손이 없으면 그렇지 않고 제사용 재산을 다른 자손들이 상속받았다. 이러한 현실은 예법에 맞지 않기 때문에 자손의 유무를 구분하지 않고 제사용 재산까지 옮겨주도록 하였다. 그러나 최장방천조는 현실에서 실천하기 어렵기 때문에 16세기 후반 이후에는 나타나지 않고 別廟를 세워 봉사하였다.¹⁴⁾ 그 결과 조선후기에는 이와 관련된 논의와 수교는 보이지 않는다.

장자가 무후로 사망하여 중자가 봉사하는 경우[兄亡弟及]에 제사용 재산인 가묘가 있는 가사는 당연히 중자가 상속하였다. 그런데 망장자에게 처나 딸 등이 있으면 그들의 생계가 문제로 되어 많은 논란이 있었다.¹⁵⁾ 그리고 예법에는 없지만 망장자의 처가 亡夫와 그 조상의 제사를 지내는 ‘冢婦’관습이 존재하였다. 총부는 제사를 주재함을 이유로 망부의 재산을 상속하려고 하였고, 중자는 《經國大典》[奉祀]문의 형망제급에 따라 상속을 주장하였다. 또 시집에서 입후를 하여 제사를 승계하는 경우 역시 논란이 되었다.¹⁶⁾ 수교

13) 《經國大典》〈禮典〉[奉祀]에서는 증조까지 3대봉사를 규정하고 있는데, 현재의 제사주재자가 사망하면 증조는 가묘가 아닌 묘소에서 제사를 받게 된다(친진[대진]). 그런데 증조의 입장에서 보면 여전히 증손들이 살아 있다. 그래서 현재 제사자의 방계친족 중에 아저씨 항렬에 해당하는 사람들 가운데서 최연장자가 제사를 잇도록 하였다(최장방천조). 자세히는 정궁식, 『朝鮮初期 祭祀承繼法 制의 成立에 관한 研究』, 서울대학교 법학박사 학위논문, 1996, 133쪽 참조.

14) 정궁식, 『朝鮮中期 祭祀承繼의 實態: 安東 周村 眞城李氏家門의 例』, 김인걸 외 편, 『조선의 정치와 사회』, 집문당, 2002 참조.

15) 정궁식, 앞의 논문(주13), 155-6쪽 참조.

16) 이 갈등은 입후의 주도권을 둘러싸고 총부와 시집구성원의 다툼으로 변화였으며, 입후가 확산되는데 중요한 계기가 되었다. 李舜九, 『朝鮮中期 冢婦權과 立後의 강화』, 『고문서연구』 9·10, 한국고문서학회, 1996 참조.

②에서는 제사주제자인 亡夫가 무후로 사망한 경우에 그 처는 제사용 재산을 승계할 수 없도록 하였다. 총부법은 16세기 중엽부터 논의되기 시작하여 결국 총부의 제사승계권은 부정되어 중자의 예로 상속을 하였으며 또 가묘는 봉사자에게 주도록 하였다. 이는 《續大典》으로 이어졌다.¹⁷⁾

후손이 없이 죽은 중자녀에 대해서는 조상에게 덧붙여 지내는 耐祭¹⁸⁾의 경우 제사용 재산에 대해서는 아무런 규정이 없었다.¹⁹⁾ 수교^③에서는 이 경우에도 《經國大典》에 따라 노비 10구 이내에서 전체 재산의 1/5을 제사용 재산으로 인정하여 이전을 허용하였다. 이는 《속대전》에 좀 더 자세히 규정되었다.²⁰⁾

《경국대전》에서 상정하고 있는 제사승계는 적장자의 단독승계이다. 그러나 현실에서는 그렇지 않았다. 즉, 조선전기에 실제의 제사승계는 제자녀분할·윤회봉사가 일반적이었으며, 부녀봉사[冢婦法], 外孫奉祀, 收養·侍養奉祀 등 비부계적[非宗法的] 祭祀承繼가 일반적이었다. 봉사조도 법상으로는 고유상속분의 20%이었으나, 초기에는 제대로 지켜지지 않았다. 재산상속의 남녀균분상속과 제사승계의 諸子女輪回奉祀는 17세기까지는 일반적인 현상이었다.

그러나 후기에는 사정이 달라졌다. 먼저 혼속이 率壻婚俗에서 半親迎禮로 변하면서 내외관념이 생기기 시작하여, 친손과 외손, 부계조상과 모계조상을 차별하였다. 그리고 노비제도의 붕괴로 재산이 영세화되면서 균분상속을 유지할 수 없게 되었다. 제사의 諸子輪回奉祀와 재산의 남녀차별상속을 거쳐 궁극적으로는 제사의 적장자단독봉사와 적장자우대적 재산상속의 관행이 유지되었다. 이러한 상속제의 변화에는 《경국대전》에 1/5로 규정된 봉사조가

17) 《續大典》〈禮典〉[立後]: 長子死無後, 更立他子奉祀則長子之婦, 毋得以冢婦論 <田·民依衆子例分給, 立廟家舍, 傳給於主祭子孫, 而擅賣者禁斷>.

18) 장자가 혼인 후에 무후로 사망하면 입후를 하여 제사를 지내지만, 중자의 경우에는 입후를 하지 않고 조상의 제사에 덧붙여 제사를 지내는데, 이를 “부제”라고 한다. 정공식, 앞의 논문(주13), 205-7쪽 참조.

19) 《經國大典》〈禮典〉[奉祀]: 旁親之無後者 耐祭.

20) 《續大典》〈刑典〉[私賤]: 班耐人奴婢, 先給主祭者五分之一, 無過十口, 餘給使孫 <不問男女凡無後所當附食者, 雖其身死在於父母之前, 其同生等分財之時, 皆就其應得奴婢數內計此分數抽出施行, 餘給本族, 假如奴婢數少則只給主祭者, 田地同>.

중요한 역할을 하였다.²¹⁾ 그 결과 16세기와 같이 제사승계의 다변화와 그에 따른 제사용 재산의 승계를 둘러싼 분쟁은 거의 발생하지 않았다.

《경국대전》의 규정과 관행 등을 종합하면 분묘나 유체 등 제사용 재산을 제사를 주재하는 자가 단독으로 승계하는 것을 상정하고 있다. 〈호전〉 [전택]문의 규정에서 조상의 신주를 모시는 가묘는 물론 제사와 관련된 재산도 일체로 제사를 주재하는 자손이 상속함을 간취할 수 있다.²²⁾ 특히 유교적 제사가 일반화되고 제사의 영속을 위해 별도의 재산을 마련하여 宗山 등이 형성되면서 제사승계자가 제사용 재산을 관리(사실상 소유)하는 예는 일반화되었다.

2. 식민지기

서구법적 개념으로 조선시대의 상속제도에 접근한 것은 《慣習調査報告書》가 처음이다. 관습조사보고서에는 祭祀, 財産, 戶主相續 세 종류의 상속을 인정하고, 祭祀相續을 가장 중요한 것으로 파악하면서도, 일본민법의 상속체계에 따라 祭祀相續과 戶主相續은 家督相續의 범주로 설명하였다(제158문).²³⁾ 이러한 입장은 함방 후 朝鮮高等法院에서도 변화가 없었다.²⁴⁾ 이로써 상속은 재산상속과 제사상속, 그리고 강제로 이입된 호주[가독]상속의 三元相續體系로 변용되어 상당 기간 지속되었다.

그러나 1933년에 朝鮮高等法院은 종전의 입장을 바꾸어 祭祀相續의 法的性格을 부인하였다. “戶主相續 및 財産相續制度가 확립된 현재에 이것 이외의 祭祀相續의 관념은 先代를 봉사하거나 조상의 제사를 봉행해야 하는 道德

21) 정궁식, 『중법적 제사승계와 가족의 변화』, 김필동·지승중 외, 『한국사회사연구』, 나남, 2003 참조.

22) 1793년(정조 17)에 남편이 사망한 후 처가 家藏과 남편의 혼백상자를 가지고 집을 나갔는데, 곧 개가하고 남편의 혼백상자는 남편의 형에게 돌려보낸 사건이 있었다.(문숙자, 『68년의 나날들: 조선의 일상사』, 너머북스, 2009, 200쪽) 이 사례에서 제사를 지내지 않으면 최소한 제사의 직접적인 대상만은 상속할 수 없다는 관행 내지 인식을 알 수 있다.

23) 鄭肯植 역, 『國譯 慣習調査報告書』, 개역관: 한국법제연구원, 2000, 346-9쪽.

24) 조선고등법원 1921년 12월 11일 판결 “일문의 宗孫으로서 本系를 상속하는 경우에는 戶主權, 財産權뿐만 아니라 門祖의 祭祀權을 상속해야 하는 것이 朝鮮에서의 慣習이다.” 등 참조.

상의 地位를 承繼하는 것에 불과하며” 또 “단순히 타인이 자기가 종손임을 부인하거나 또는 따로 제사를 영위하는 자가 있어서 강제로 타인으로 하여금 자기가 종손임을 인정하게 하거나 또는 타인이 영위하는 제사의 정지를 요구할 수 있는 권리가 있다고 할 수 없다. 그러므로 종손의 지위에 수반해야 할 호주권 또는 재산권의 승계를 다투는 경우가 아니라면 곧바로 종손지위의 확인을 구하는 것에 대해서는 법률상의 이익이 있다고 할 수 없다(1933.3.3. 선고 昭和7民上626 판결)”²⁵⁾고 하여 제사상속의 法的 性格을 부인하였다. 이에 따라 재산상속과 호주상속의 이원체제로 개편되었다.

분묘는 제사상속인인 종손이 단독으로 소유 및 상속을 하며, 이에 대해 절대적인 권리를 가져서 移葬 등에는 친족의 동의가 필요 없다. 다만 제사를 거행하지 않으면 종중원이 봉사자의 배제를 청구할 수 있는 권리가 있다. 이는 분묘만이 아니라 족보나 제구에 대해서도 해당된다.²⁶⁾ 그리고 차양자는 남자가 출생할 때까지 양가의 제사를 대행[攝祀]하고 재산을 관리하는 것이다.²⁷⁾

조선후기 이후 제사용 재산에 대한 분쟁은 적법한 제사승계자격에 대한 다툼인 ‘종손 지위의 확인’이 대부분이며, 이는 1958년 제정 민법에까지 이어졌다.

Ⅲ. 현대

1. 일본민법의 규정

일본 明治民法(1898. 6. 법률 9) 제987조는 家督相續의 특권에 속하는 재산을 정한 것이다.²⁸⁾ 이러한 것들은 가계를 중시하고 絶祀를 방지하기

25) 『朝鮮高等法院 判決錄』 20卷, 司法協會, 1934, 154-162면.

26) 김상훈, 앞의 논문(주3), 136-7쪽.

27) 법원행정처 편, 『친족상속에 관한 구관습』, 법원행정처, 1985, 364쪽.

28) 民法 제987조 系譜、祭具及ヒ墳墓ノ所有權ハ家督相續ノ特權ニ屬ス(계보, 제구 및 분묘의 소유권

위한 것으로 가독상속과 분리할 수 없는 것이다. 호주는 계보를 보호하고 조상을 봉사할 의무가 있기 때문에 위 재산은 반드시 호주에게 속해야 한다. 따라서 피상속인의 유언으로도 이를 가독상속인이 아닌 자에게 증여할 수 없고, 만약 가독상속인 아닌 자에게 포괄적으로 증여하더라도 이 재산은 반드시 가독상속인이 승계한다.²⁹⁾ 즉 가계계승을 위해 제사용 재산을 家督相續人이 특권으로 상속하게 한 것이다.³⁰⁾ 이는 ‘家(Ie)’가 지니는 종교적 성격의 법률적 표현이며, 가족국가관이 이념적으로 확대되어 민법에 표현된 것이다. 따라서 국가이념에 의해 규정되었기 때문에 상속 및 제사의무가 부과된 것이다.³¹⁾

일본에서는 전후에 平和憲法의 채택과 민주화의 일환으로 家制度 및 가독상속을 폐지하였으며, 이에 따라 제사용 재산의 승계를 규정한 명치민법 제987조는 폐지되고 신민법 제987조가 개정되었다.³²⁾ 당시의 논의에 따르면 제사용 재산의 승계자는 ①도덕적인 것으로 여겨 법에서 규정할 필요가 없다는 의견, ②그대로 家督相續으로 두자는 의견, ③재산상속의 특별한 예로 처리하여 제사주재자에게 상속분을 특별증액하자는 의견, ④관습이나 피상속인이 지정하게 하는 의견, ⑤공동상속재산에 포함시키는 의견 등이 있었다.³³⁾ 결국 넷째 안이 채택되어 제사용 재산은 “被相續人이 지정한 자, 慣習上の 祭祀主宰者, 家庭法院에서 결정한 자” 등의 순서로 귀속되게 되었다.³⁴⁾

은 가독상속의 특권에 속한다).

29) 梅謙次郎, 『民法要義 卷之五 相續編』(18版), 私立法政大學, 1910, 79면.

30) 이는 종래 일본에서의 통설이었다. 자세한 것은 井戶田博史, 『祭祀條項の改正と法構造』, 『家族の法と歴史: 氏・戸籍・祖先祭祀』, 世界思想社, 1993, 184-6면 참조.

31) 김상훈, 앞의 논문(주3), 121-3쪽.

32) 자세한 논의는 김상훈, 앞의 논문(주3), 199-210쪽 참조.

33) 김상훈, 앞의 논문(주3), 196-200쪽 참조.

34) 일본 민법 제897조 [系譜·祭具의 承繼] ① 系譜, 祭具 및 墳墓의 所有權은 前條의 規定[財産相續의 包括承繼; 필자주]에도 불구하고 慣習에 따라 祖上の 祭祀를 主宰해야 할 자가 이를 承繼한다. 단 被相續人의 指定에 따라 조상의 제사를 主宰해야 할 자가 있으면 그 자가 承繼한다.

② 前項 本文의 경우에 慣習이 명확하지 않으면, 前項의 權利를 承繼해야 할 자는 家庭法院이 이를 決定한다.

2. 현행민법의 해석

현행민법의 제사용 재산에 대한 규정의 원형은 농지개혁법(1949.6.21. 제정, 1996.1.1. 폐지)에 보인다. 제6조 제7호에서는 “분묘를 수호하기 위하여 종전부터 소작료를 징수하지 아니하는 기존의 위토로서 墓 每 1위에 2反步 이내의 농지”라고 하여 농지개혁의 대상에서 금양임야를 제외하였다. 이 규정은 정부안에는 포함되어 있지 않았는데, 金禹植 의원 등의 수정안에 포함되어 있었다. 그는 “애국심을 고양하기 위해 조상을 잊어서는 안 되며, 또 우리는 5천년 문화의 특수한 민족으로 禮儀之邦이며, 조상숭배가 우리의 가장 미덕이다” 등을 수정안 제안이유로 설명하였다. 논란 끝에 통과되었다.³⁵⁾

제사용 재산의 승계는 본질적으로 (재산)상속이며(대법원 2006.7.4. 선고 2005다45452 판결), 다만 제사의 지속을 위해 특례를 규정한 것이다. 따라서 그 목적에 따른 제한과 특성이 있다. 상속법상 독자성이 인정되어 상속분의 계산 등에서 배제되며, 세법상으로도 일정 부분은 상속세 부과대상에서 제외된다. 또 「민사집행법」, 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」, 「상속세 및 증여세법」³⁶⁾에서도 강제집행 및 과세의 대상이 아니다. 이의 승계자가 임의로 처분할 수 있는지에 대해서는 이를 긍정하는 것이 다수이지만, 목적성과 특수성을 고려하여 이를 부정해야 할 것이다.³⁷⁾ 그리고 명문의 규정은 없지만, 유체, 사당, 위패, 족보 등도 이에 해당한다. 분묘는 시신이나 유골을 매장한 시설로 시신이 매장되어 있어야 하며, 설사 매장되어 있어도 관리하는 자가 없는 古冢은 해당하지 않는다. 분묘인 토지, 1정보 이내의 금양임야의 기준

35) 김상훈, 앞의 논문(주3), 144-6쪽.

36) 「민사집행법(개정 2005.1.27.)」 제195조(압류가 금지되는 물건) 다음 각호의 물건은 압류하지 못한다. (생략) 8. 위패·영정·묘비, 그 밖에 상례·제사 또는 예배에 필요한 물건. 9. 족보·집안의 역사적인 기록·사진첩, 그 밖에 선조승배에 필요한 물건 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률(2005.3.31. 제정)」 제383조(파산재단에 속하지 아니하는 재산) ① 압류할 수 없는 재산은 파산재단에 속하지 아니한다. 「상속세 및 증여세법」 제12조(비과세되는 상속재산) 다음 각호에 규정하는 재산에 대하여는 상속세를 부과하지 아니한다. … 3. 민법 제1008조의3에 규정된 재산중 대통령령이 정하는 범위안의 재산

37) 김상훈, 앞의 논문(주3), 25-41쪽.

은 묘토는 분묘 당 600평을 인정하며, 금양임야는 主祭者를 기준으로 해야 할 것이다. 이들은 실제 분묘가 설치되어 제사에 활용되어야 한다.³⁸⁾

제사용 재산의 승계는 1991년 민법 개정 전에는 호주상속의 특권이었으나 개정 후에는 특권적 성격을 탈각시키고 상속에서 분리시켰지만, 여전히 특수한 양상을 지닌 승계로 만들었다.³⁹⁾ 현행민법 제1008조의3의 “제사를 주재하는 자”에 대해서는 실제의 제사주제자와 호주승계인으로 보는 두 견해가 있다.

첫째, ‘실제의 제사를 주재하는 자’로 보는 견해의 근거는 호주제도의 임의화, 호주대습상속규정의 폐지, 이성양자의 호주승계 가능, 사후양자와 유언양자의 폐지, 명문상 제사주제자인 점 등을 들고 있다.⁴⁰⁾ 이에 대한 비판은 제사승계는 공동이 아닌 단독인 점, 공동의 경우에 공유인지, 그렇다면 분할이 가능한지의 문제와 협의가 되지 않을 때의 문제, 상속인이 아닌 가족도 승계를 할 수 있는지 등이다.

둘째, 민법의 개정에도 불구하고 여전히 ‘호주승계인’으로 보는 견해의 근거는 민법의 개정에도 불구하고 호주는 여전히 가의 대표자, 가계 및 제사승계자인 점, 제사용 재산은 일반상속재산이 아닌 특수한 재산인 점, 민법에서 상정하고 있는 제사는 유교적 제사만이 아닌 다른 형태의 그것도 인정하고 있으며, 제사용 재산은 특수성을 인정하여 대외관계에서 권리관계를 명확히 하기 위해 1인에게 승계를 인정한 점, 국민감정의 고려 등이다.⁴¹⁾ 이에 대해서는 결과적으로 가부장적 호주제도를 여전히 인정하고 있으며, 상속인 사이의 실질적 불균등(1991년부터 남녀균분상속)을 야기하고, 개정민법의 취지를 사실상 부인한다는 반대견해가 있다.⁴²⁾

38) 김상훈, 앞의 논문(주3), 6-25쪽.

39) 이희배, 「분묘·제사·제사용재산의 승계」, 『가족법학논집』, 동림사, 2001, 881-2·887쪽.

40) 이경희, 「민법상 제사용 재산의 승계에 관한 일고찰」, 『아세아여성법학』 5, 아세아여성법학연구소, 2002; 민유숙, 「민법 제1008조의3에 의한 금양임야의 의미와 그 승계」, 『대법원 판례해설』 49, 법원도서관, 2004; 신영호, 「제사용 재산의 상속」, 『가족법학논총』, 박영사, 1991; 박병호, 「민법상 제사용 재산의 승계」, 『가족법연구』 10, 한국가족법학회, 1996 참조.

41) 김주수, 『주식 민법 상속(1)』, 한국사법행정학회, 2005, 365-6쪽; 이희배, 앞의 논문(주39); 정궁식, 「祭祀用 財産의 歸屬主體」, 민사관례연구회 편, 『民事判例研究』 22, 박영사, 2000 참조.

42) 김상훈, 앞의 논문(주3), 182-6쪽.

판례는 1990년 민법개정 이후에도 대법원 판례는 여전히 제사주재자는 ‘원칙적으로 종손’으로 보아 “제사주재자는 종손이 있는 경우라면 그에게 제사를 주재하는 자의 지위를 유지할 수 없는 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 그가 된다”라고 판시하였다(대법원 1997.11.28 선고 96누18069; 2004.1.16. 선고 2001다79037; 2011.7.28 선고 2011다36800 판결).⁴³⁾

현행법에서는 귀속주체를 막연히 “제사를 주재하는 자”라고 규정하여 혼란이 생길 우려가 있다. 이에 대해 법문 그대로 해석하여 제사주재자는 호주가 반드시 제사를 주재해야 한다는 권리의무를 인정하지 않은 것이며, 따라서 가족 중 누구나 제사를 주재할 수 있다. 따라서 事實上 제사를 주재하는 자가 승계하는 것이다. 대개 호주승계인이 제사를 주재하는 것이지만, 호주승계인이 주재하지 않으면 가족의 협의로 결정하고 만약 협의가 되지 않으면 공동승계가 될 것이다. 그리고 제사용 재산의 승계권이 호주승계의 장에서 삭제되고 상속의 효과로서 제사주재자가 승계하는 것으로 규정하였기 때문이다.⁴⁴⁾

3. 호주제도의 폐지와 제사주재자의 결정

호주제가 폐지된 2008년 2월과 11월에는 민법 제1008조의3과 관련된 헌법재판소의 최초의 결정과 대법원 전원합의체 판결이 나와 민법 제1008조의3의 헌법적 의미와 제사주재자를 분명히 하였다. 이하에서는 헌법재판소의 결정을 소개하고, 위 대법원 전원합의체 판결을 중점적으로 분석한다.

1) 현재 결정

공동상속인 중 1인이 호주승계⁴⁵⁾를 이유로 제1008조의3에 따라 제사용 재산의 소유권을 단독으로 승계하였다고 주장하여 제1심 법원에서 일부승

43) 이희배, 「제사를 주재하는 자」의 결정과 ‘제사용 재산’의 승계, 『법률신문』 2009.2.5. 참조.

44) 金曠洙, 「改正家族法概說」, 『고시연구』 1990년 2월호, 164쪽; 李熙培, 「戶主制度의 改正」, 『월간고시』, 1990년 3월호, 78-9쪽; 金性叔, 「改正家族法의 內容」, 『고시계』, 1990년 2월호, 182쪽.

45) 피상속인은 2001년 3월 8일에 사망하였다.

소를 하였고, 패소한 다른 상속인이 항소하면서 항소심 계속 중에 위헌법률 심판제청신청을 하였고, 당해사건 법원인 서울고등법원은 위 위헌제청신청⁴⁶⁾과 청구인들의 항소를 모두 기각하자 이에 대해 헌법소원심판을 청구하였다.

청구인들은 다음의 이유로 민법 제1008조의3에 대해 위헌제청을 신청하였다.

①유교적인 제사의 습속을 보호하려는 민법 제1008조의3의 입법취지는 종교의 자유와 평등 및 국교금지원칙을 선언하는 우리 헌법의 취지에 위배되며, 제사주제자가 단독으로 승계하는 제사용 재산의 범위가 지나치게 넓어서 다른 상속인들의 재산권인 상속권을 과도하게 침해하고 있다.

②제사 습속상 일반적으로 장남이 제사주제자가 되는 점에 비추어 보면, 결국 장남인 상속인과 그 외의 상속인들 및 제사주제자가 될 수 없는 여성 상속인을 차별하는 것으로서 평등의 원칙에 반한다.

③제사용 재산을 단독으로 승계한 제사주제자가 이를 임의로 처분하는 경우, 다른 상속인은 자신들의 의사와 무관하게 선조의 분묘에 대한 수호·봉사권 등을 박탈당하게 되므로, 나머지 상속인들의 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권도 침해한다.

이에 대해 헌법재판소는 “가. 재산권 침해”, “나. 평등권 침해” 여부로 나누어 판단하고, 다음의 이유로 청구인의 주장을 기각하였으며, “인간의 존엄과 가치 및 행복추구권”에 대해서는 별도로 판단하지 않았다.⁴⁷⁾

46) 서울고법 2004. 12. 15. 선고 2003나82138 판결; 기각이유는 헌법재판소와 대동소이하므로 생략한다.

47) 이유는 다음과 같다: 선조의 분묘에 대한 수호·봉사권이 헌법 제10조에서 파생되는 헌법상 권리라고 보기도 어려울 뿐만 아니라, 행복추구권은 다른 기본권에 대한 보충적 기본권으로서의 성격을 지니므로, 이 사건 법률조항에 대하여 제사주제자가 아닌 다른 상속인들의 재산권의 침해 여부를 판단하는 이상 행복추구권의 침해 여부를 독자적으로 판단할 필요는 없다.

가. 재산권 침해 여부

①제사상속제도는 유교의 예교사상에서 나온 것으로서 우리 고래의 순풍양속이다. 제사용 재산은 우리의 전통적인 제사상속제도에 수반되는 것이고, 선조에 대한 제사의 계속성을 확보하기 위하여 필요하고 또 家統의 상징이 되는 정신적, 문화적 가치를 갖는 특별한 재산으로서 가문의 자랑이자 종족 단결의 매개물이라는 특성을 지니고 있다. 따라서 제사용 재산의 승계제도는 조상숭배와 제사봉행이라는 우리의 전통을 보존하는 것을 일차적인 목적으로 하고 있다. 제사용 재산의 승계자를 '제사를 주재하는 자'로 정하여 제사용 재산을 둘러싼 법적 분쟁이 발생하는 경우 당사자 적격과 제사용 재산에 관한 권리관계를 명확히 함으로써 '법적 안정성'이라는 공익도 도모하고 있다. 그러므로 민법 제1008조의3은 헌법 전문과 헌법 제9조에서 선언하고 있는 '전통문화의 계승·발전'과 '법적 안정성'이라는 공익을 입법 목적으로 하고 있는 것으로서 정당하다.

②제사용 재산을 승계하는 제사주재자는 '호주'나 '종손'이 아니라 '실제로 제사를 주재하는 자'로서 원칙적으로 공동상속인들의 협의에 따라 정해지므로, 종손 이외의 차남이나 여자 상속인 또는 상속인들이 공동으로 제사를 주재하는 것도 가능할 것이다. 또한 제사용 재산의 범위는 제사주재자가 승계할 수 있는 최대 범위를 정한 것에 불과하고, 실제로 인정되는 제사용 재산의 범위는 '제사봉행'을 위하여 필요한 범위 내로 제한된다.

③1991년 민법을 개정하여 제사용 재산을 '호주상속인'이 아닌 '제사주재자'가 승계하도록 규정함으로써 호주제도의 위헌성을 제거하였고, 제사의 지속을 위해 제사용 재산을 일반 상속재산에서 분리하여 제사주재자에게 승계하도록 한 이 사건 법률조항은 여전히 그 의미가 있다. 민법 제1008조의3은 제사주재자에게 제사의무를 강요하거나 유교적 제례 방식으로 제사를 행할 의무를 부여하고 있지도 않으므로, 제사주재자는 어느 방식으로든 조상에 대한 추모 공경의 예를 행할 수 있다고 할 것이어서, 이 사건 법률조항이 종교의 자유를 침해한다는 비판도 받아들이기 어렵다.

나. 평등권 침해 여부

①민법 제1008조의3은 상속인들 중 특정인에게 제사주재자의 지위를 인정하고 있지는 않으므로 본질적으로 상속인들 사이에 어떠한 차별대우를 하고 있다고 할 수 없다.

②상속인들 사이에 제사주재자의 선정 협의가 이루어지지 아니하는 경우에는 종손인 상속인과 다른 상속인들을 차별하는 결과가 생기지만, 이러한 차별대우는 상속인들 사이의 협의의 불성립이라는 우연적인 사실에 의하여 초래된 것일 뿐이라고 보아야 할 것이다. 또한 이러한 차별은 우리나라의 조상숭배와 제사봉행이라는 ‘전통의 보존’과 제사용 재산을 둘러싼 법적 분쟁에 있어서 당사자자격의 기준을 정하여 ‘법적 안정성’을 도모하기 위한 것으로서 합리적인 이유가 있다.

헌법재판소의 결정에서는 민법 제정 당시의 ‘순풍양속’론에 입각하여 제사를 전통문화로 파악하여 헌법적 근거를 부여한 다음 제사용 재산을 둘러싼 분쟁해결을 위한 법적안정성의 관점에서 합헌성을 인정하고 또 유교적 제례외의 다른 방식을 인정하여 조상추모의 다양성을 열어둔 점은 긍정적이다. 하지만 공동상속인들의 협의가 이루어지지 않은 경우에는 장자-장손으로 이어지는 호주승계인을 제사주재자로 인정하게 되어 결과적으로 다른 상속인이 차별을 받게 되는 점에 대한 논변은 부족하다.

2) 대법원 판결

2005년 헌법재판소의 결정과 그에 따른 민법의 개정으로 家制度와 戶主制度가 폐지되었다. 그러나 민법 제1008조의3은 개정되지 않아서 여전히 ‘제사를 주재하는 자가 제사용 재산을 승계하도록 하였다. 따라서 이에 대한 논의도 이전과 크게 달라질 것은 없다. 그런데 “대법원 2008.11.20. 선고 2007다27670 전원합의체 판결”은 많은 시사점을 던져주고 있으므로 자세히 살펴보기로 한다.⁴⁸⁾

48) 정병호는 이 사안과 논문 첫머리의 “생거진천 사거용인” 설화를 간단히 소개하였다. 정병호, 「[정병호의법률산책] 현대판 생거진천 사거용인」, 『세계일보』 2015.3.17. 기사 참조.

사안: 원고는 亡人(A) 및 그와 법률혼 관계에 있는 B 사이에서 출생한 3남 3녀 중 장남이고, 피고들은 망인 및 그와 사실혼 관계에 있는 C 사이에서 출생한 자녀들(1남 2녀)이다. 망인은 1947년 B와 혼인하였다가, 1961년경부터 B와 떨어져 C와 동거에 들어간 이래 2006. 1. 8. 사망할 때까지 약 44년간 C와 함께 살면서 그 사이에 피고들을 두었다. 피고들은 망인이 사망하자 망인의 생전유언에 따라 망인의 유체를 공원묘지에 안장하였다. 원고는 망인의 유체를 선산에 미리 준비해 놓은 묘터에 모셔야 한다면서 이장을 요구하였고, 피고들이 이를 거부하자 피고들을 상대로 망인의 遺體引渡를 구하는 소송을 제기하였다.

원고의 주장: 망인의 유체·유골에 대한 소유권은 제사주제자에게 있고, 망인의 장남이자 호주승계인인 원고가 망인의 제사주제자이므로, 피고들은 원고에게 망인의 유체를 인도해야 한다.

피고들의 주장: ①망인의 생전 의사에 따라 망인의 유체를 이 사건 분묘에 안장한 것이므로 원고도 이에 따라야 한다. ②원고와 망인이 망인의 생전에 40여 년 동안 絶緣해 왔고, 양자 사이의 왕래, 부모로서의 자식 양육, 자식으로서의 부모 부양 등 가족구성원으로서의 최소한의 가족애조차 없었으므로, 원고에게는 제사주제자의 지위를 유지할 수 없는 특별한 사정이 있다.

제1심 및 원심⁴⁹⁾의 판단(원고 승소): ①유체·유골에 대한 소유권은 오로지 매장·제사·공양 등을 할 수 있는 권능과 의무를 내용으로 하는 특수한 소유권이고, 이에 대한 권리는 민법 제1008조의3에 준하여 제사주제자에게 귀속된다. ②관습상, 종손이 있는 경우라면 그가 제사를 주제하는 자의 지위를 유지할 수 없는 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 종손에게 제사주제자의 지위가 인정되므로, 망인의 장남으로서 제사주제자의 지위에 있는 원고에게 망인의 유체에 대한 권리가 귀속되고, 피고들은 원고에게 이를 인도할 의무가 있다. ③원고가 망인의 생존 시 망인에 대한 부양을 거부하거나 사후 제사를 거부하겠다는 등의 의사를 표시하였음을 인정할 증거가 없는 이상, 피고들의 주장사실만으로는 원고에게 제사주제자로서의 지위를 유지할 수 없는 특별한 사정이 있다고 볼 수 없다.

49) 제1심: 서울중앙지방법원 2006.6.20. 선고 2006가합17992 판결; 원심: 서울고법 2007.4.10. 선고 2006나63268 판결.

대법원의 판단(상고기각, 원고 승소)⁵⁰⁾

[1] 제사주재자의 결정 방법

[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, 전수안의 반대의견] 제사주재자는 우선 공동상속인들의 협의에 의해 정하되, 협의가 이루어지지 않으면 다수결에 의해 정하는 것이 타당하다.

[대법관 김영란, 대법관 김지형의 반대의견] 민법 제1008조의3에 정한 제사주재자는 조리에 비추어 제사용 재산을 승계받아 제사를 주재하기에 가장 적합한 공동상속인을 의미한다. 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 가정법원이 개별 사건에서 당사자들의 주장의 당부를 심리·판단하여 결정하여야 한다.

[2] 망인의 유체·유골의 승계권자 및 피상속인이 생전행위 또는 유언으로 자신의 유체·유골의 처분 방법을 정하거나 매장장소를 지정한 경우 그 효력

[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)피상

50) 김지형은 이 판결을 “다양한 의견이 제시되어 법적 논의의 예리함을 보여주는 훌륭한 판결이다”라고 높이 평가하였다(김지형, 『2008년도 민법 판례 동향』, 『민사재판의 제문제』, 민사실무연구회, 2009, 47쪽).

속인이 생전행위 또는 유언으로 자신의 유체·유골을 처분하거나 매장장소를 지정한 경우에, 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하지 않는 이상 그의 의사는 존중되어야 하고 이는 제사주재자로서도 마찬가지이다. 하지만 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 인대희, 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] 제사주재자의 지위를 유지할 수 없는 특별한 사정의 의미

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 말한다. 그러므로 우리 사회를 지배하는 기본적 이념이나 사회질서의 변화와 그에 따라 새롭게 형성되는 관습을 고려해야 한다. 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 遺志 내지 遺訓에 현저히 반하는 행위 등으로 인하여 정상적으로 제사를 주재할 의사나 능력이 없다고 인정되는 경우가 이에 해당하는 것으로 봄이 상당하다.

위 대법원 판결의 결론은 다음과 같다.

(가)제사주재자의 결정방법: ①망인의 공동상속인들 사이의 협의, ②제사주재자의 지위를 유지할 수 없는 특별한 사정이 있지 않은 한 망인의 장남 및 그 대습상속인(장손자), ③아들이 없으면 망인의 장녀(혼생자와 혼외자의 동등 취급).

(나)망인의 유체·유골의 승계권자: 사람의 유체·유골은 매장·관리·제사·공양의 대상이 될 수 있는 유체물이며, 분묘에 안치되어 있는 선조의 유체·유골은 제사용 재산인 분묘와 함께 그 제사주재자에게 승계된다.⁵¹⁾

(다)망인이 생전에 자신의 유체·유골의 매장장소를 지정한 경우 그 효력: 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하지 않는 망인의 의사는 존중되어야 하지만, 피상속인의 의사를 존중해야 하는 의무는 도의적인 것에 그치고, 제사주재자가 무조건 이에 구속되어야 하는 법률적 의무는 없다.

(라)제사주재자의 지위를 유지할 수 없는 특별한 사정의 의미: 제사제도가 관습에 바탕을 둔 것이므로 이를 고려하여야 하지만, 이 관습은 과거의 관습이 아니라 사회의 기본적 이념이나 사회의 변화에 따라 새롭게 형성되어 계속되고 있는 현재의 관습이어야 한다. 중대한 질병, 심한 낭비와 방탕한 생활, 장기간의 외국 거주, 생계가 곤란할 정도의 심각한 경제적 궁핍, 부모에 대한 학대나 심한 모욕 또는 위해를 가하는 행위, 선조의 분묘에 대한 수호·관리를 하지 않거나 제사를 거부하는 행위, 합리적인 이유 없이 부모의 遺志 내지 遺訓에 현저히 반하는 행위 등으로 인하여 정상적으로 제사를 주재할 의사나 능력이 없다고 인정되는 경우가 이에 해당하는 것으로 봄이 상당하다.⁵²⁾

51) 박윤직 편집대표, 앞의 책(주1), 30-2쪽.

52) 김상훈, 앞의 논문(주3), 187-196쪽에 이와 관련된 판결을 정리하였다.

3) 대법원 판결의 분석

이 판결에서의 쟁점은 첫째, 제시주재자를 정하는 기준을 법률로 명시하지 않았기 때문에 민법 제1조에 따라, 즉 관습법과 조리에 따라 결정해야 하는데, 관습이 변하고 있으면 조리의 내용을 어떻게 해석할 것인가와 둘째, 망인이 유언으로 유체·유골의 처분방법이나 매장장소를 지정한 경우 그 의사의 효력을 인정할 것이며, 나아가 유체의 법적 지위·망인의 인격권 등도 논의되었다.⁵³⁾

① 제시주재자의 결정방법

이에 대해 다수의견은 다음과 같다: 사회의 거듭된 관행으로 생성한 어떤 사회생활규범이 법적 규범으로 승인되기에 이르렀다고 하기 위하여는 그 사회생활규범은 헌법을 최상위 규범으로 하는 전체 법질서에 반하지 아니하는 것으로서 정당성과 합리성이 있다고 인정될 수 있는 것이어야 하고, 그렇지 아니한 사회생활규범은 비록 그것이 사회의 거듭된 관행으로 생성된 것이라고 할지라도 이를 법적 규범으로 삼아 관습법으로서의 효력을 인정할 수 없다(대법원 2003.7.24. 선고 2001다48781 전원합의체 판결). 적장자승계의 관습은 가족구성원의 자율적 의사결정을 무시하는 것이고 개인의 존엄과 평등을 기초로 한 변화된 가족제도와 부합하지 않으며 이에 대한 사회구성원의 법적 확신이 약화되었으므로 더 이상 관습(법)으로 효력을 유지할 수 없다. 따라서 ①민법의 일반원리, ②민법 제1008조의3의 입법목적, ③제사의 역사적·사회적 의미 등을 종합적으로 고려하여 조리에 의해 제시주재자의 결정 방법을 정해야 하고, 결론적으로 사적자치에 입각하여 ①상속인들이 협의로 결정하고, ②협이가 이루어지지 않으면 장남, 장손이, 아들이 없어야 딸이 되

53) 이 판결에는 다수의견 외에, 세 개의 반대의견, 다수의견의 반론, 반대의견의 보충의견 등 다양한 해석론이 개진되었다. 이에 대해 김도균은 우리 법원이 법해석의 통일성을 지향한 것으로 평가하였다(김도균, 『우리 대법원 해석론의 전환: 로널드 드워킨의 눈으로 읽기-법의 통일성(Law's Integrity)를 향하여-』, 『법철학연구』 13-1, 세창출판사, 2010, 121-2·96쪽). 본고에서는 법해석학적 논의는 생략하고 호주제도의 폐지에 따른 '제시주재자'의 선정과 유체 등의 처리에 대한 유언의 효력에 대해서만 다룬다.

는 인식이 용인되고 있으며, ③같은 조건이면 연장자를 우선하는 것이 미풍양속이며 전통으로 보았다.

위 판결의 다수설은 협의에 의해 제사주재자를 결정하고 그가 제사용 재산을 승계하며, 협의가 되지 않으면 장남과 장손이, 이들이 없으면 장녀가 한다. 여기서 婚生子와 婚外子를 구분하지 않았기 때문에 적자가 없으면 서자라도 제사를 승계할 수 있다고 하여 남녀·적서차별을 부인하였다. 그리고 이성적인 망인의 유언은 존중되어야 하지만, 이는 도덕적 의무에 불과하고 제사주재자(들)을 법적으로 구속하지는 않는 것으로 보았다.

소수의견은 다음과 같다. ①공동협의로 결정하되 협의가 이루어지지 않는 경우에는 다수결에 의해 결정해야 한다(박시환, 전수안). ②협의를 이루이지 않는 경우에는 인격의 존엄과 남녀의 평등을 기본으로 하고 가정평화와 친족상조의 미풍양속을 유지·향상한다고 하는 가사에 관한 소송의 이념에 따라 가정법원이 결정해야 한다(김영란, 김지형).

다수의견에 따를 때, 제사주재자의 순위는 직계비속에 한정할 경우⁵⁴⁾에 1958년 제정민법의 호주상속인의 순위와 크게 다르지 않고, 다만 혼생자를 혼외자보다 우선하는 규정을 간접적으로 배제하였을 뿐이다.⁵⁵⁾ 또한 망인의 의사를 적극적으로 고려하지 않았다. 이러한 다수의견의 입장은 호주제도를 염두에 두고 있는 듯하다. 호주승계(상속)는 전통적 관습인 제사승계에 바탕을 둔 것이다. 제사승계는 “적장자 → 적장손 → 중자 → 적녀 → 처”로 되며,

54) 사안이 직계비속이 있기 때문에 직계존속은 논의가 되지 않았다. 또 전제로서 비속이 존속의 제사를 지내는 경우만 상정하였을지도 모른다. 그러나 장성한 미혼인 비속이 막대한 제사용 재산을 남기고 특별한 유언도 없이 사망할 경우도 발생할 수 있다(조선시대에는 조상 제사에 부제한대주12 참조). 이때에는 존속들이 제사용 재산을 둘러싸고 다투게 될 것이고, 법원은 이를 해결해야 하며, 이 판례의 취지를 확대하면 다시 위헌으로 폐지된 호주상속인의 순위에 따라야 할 것이다.

55) 제984조(호주상속의 순위) 호주상속에 있어서는 다음 순위로 상속인이 된다.

1. 피상속인의 직계비속남자 2. 피상속인의 가족인 직계비속녀자
3. 피상속인의 처 4. 피상속인의 가족인 직계존속녀자
5. 피상속인의 가족인 직계비속의 처

제985조(동전) ①전조의 규정에 의한 동순위의 직계비속이 수인인 때에는 최근친을 선순위로하고 동친등의 직계비속중에서는 혼인중의 출생자를 선순위로 한다.

②전항의 규정에 의하여 순위동일한 자가 수인인 때에는 연장자를 선순위로 한다. 그러나 전조 제5호에 해당한 직계비속의 처가 수인인 때에는 그 부의 순위에 의한다.

③양자는 입양한 때에 출생한 것으로 본다.

적녀와 처는 잠정적·일시적으로 지위를 승계하였으며, 이는 호주상속에 그 대로 반영되었다. 이러한 태도는 호주제도를 폐지한 입법자의 태도를 무시한 것이다.⁵⁶⁾

특히 호주제도는 사회현실을 반영한 정책적 결정에 따른 폐지가 아니라 국가의 최고규범인 헌법의 이념에 위배되었기 때문에 폐지되었다. 따라서 명시적이든 묵시적이든 호주제도를 토대로 하고 있는 것에 대해서 법적 효력을 인정하는 것은 헌법의 평등이념에 반하는 것으로 보아야 한다.⁵⁷⁾

다만 소수의견은 공동상속인의 다수결에 따르거나 가정법원에서 결정하도록 하였다. 앞의 의견에 따르면 뜻하지 않게 제사를 맡게 되는 경우가 발생할 수도 있으며, 뒤의 견해에 따르면 법원의 부담이 과중해질 우려가 있다. 그 대안으로 제사주재자를 상속인들이 협의로 결정할 수 있게 한 점, 「상속세 및 증여세법시행령」 제8조⁵⁸⁾ 등에 비추어보면 공동승계나 분할승계를 인정할 수 있다.⁵⁹⁾ 또 다른 방법으로 추첨에 의해 결정하는 방법도 있다. 이 판결은 제사주재자의 결정에 대해 과도적인 성격을 갖는 것이므로,⁶⁰⁾ 관행의 변화에 따라 지켜보아야 할 것이다.

56) 물론 망인이 사망한 2006년에는 호주제도는 존재하였다. 그러나 호주승계를 임의로 하고 호주상속과 제사용 재산의 귀속을 분리한 1991년 개정민법의 취지에 따르면 호주승계순위에 구애받지 않아도 될 것이다.

57) 이회배, 앞의 글(주43) 참조.

58) 「상속세 및 증여세법시행령」 제8조(비과세되는 상속재산) ③법 제12조제3호에서 “대통령령으로 정하는 범위의 재산”이란 제사를 주재하는 상속인(다수의 상속인이 공동으로 제사를 주재하는 경우에는 그 공동으로 주재하는 상속인 전체를 말한다)을 기준으로 다음 각 호에 해당하는 재산을 말한다.

59) 이회배, 앞의 논문(주39), 892-3쪽; 16, 17세기까지는 여러 자녀들이 제사를 돌아가며 모시는 것이 일반적이었고, 또 1980년대까지 산촌과 어촌에서는 제사를 여러 자녀들이 나누어 모시는 관행이 있었다. 근래에 이러한 과거의 관행이 부활하고 있다. 呂重哲, 「祭祀分割相續에 관한 一考」, 『人類學研究』 1, 영남대학교 문화인류학연구회, 1980; 呂重哲, 「韓國山間部落에서의 分家和 財産相續」, 『韓國學報』 15, 일지사, 1979; 李昌基, 「濟州道の 祭祀分割」, 『韓國의 社會와 歷史』, 일지사, 1991; 李昌基, 「濟州道 祭祀分割의 事例研究」, 『민족문화논총』 13, 영남대학교 민족문화연구소, 1992; 정궁식, 앞의 논문(주13), 7쪽 참조.

60) 김상용, 「2000년대 민사판례의 경향과 흐름: 가족법」, 『민사판례연구』 33(하), 박영사, 2011, 554쪽.

② 망인의 유체·유골의 승계권자와 유언의 효력

다수의견은 망인의 유체·유골은 상속의 대상으로 제사주재자가 승계를 하며, 망인이 생전에 자신의 유체·유골의 매장장소를 지정한 경우에 제사주재자는 이에 구속받을 법률상의 의무가 없다고 하였다.⁶¹⁾ 반대의견1은 원칙적으로 다수의견에 찬성하면서도 망인의 명시적인 의사에 반하는 유골 등의 처분에 반대하여 망인의 의사를 존중해야 한다고 주장하며, 반대의견2는 유체와 분묘의 귀속을 분리하여⁶²⁾ 망인의 생전의 의사를 절대적으로 존중할 것을 주장하였다.⁶³⁾

매장지의 지정 등 망인의 의사를 존중해야 할 것인지의 여부는 ‘사자의 인격권’, ‘권리주체’ 등과 관련되는 논의이다. 망인 자신의 인격권에 대해서도 논란이 있지만, 망인에 대한 명예훼손죄(형법 제308조) 등 현행법에서도 인정하고 있다. 망인의 명예를 훼손하는 행위를 금지할 수 없다면 인간의 존엄과 가치라는 헌법상의 기본권을 실효성 있게 보장할 수 없으므로, 인정해야 한다. 다수의견에 대한 보충의견은 유족 고유의 인격권보호로 망인의 인격권을 간접적으로 보호할 수 있다고 한다. 하지만 인격적 이익에 대해 유족과 망인의 이익이 충돌될 때에는 망인의 인격권을 보호해야 한다. 또 망인의 인격권이 보호되는 경우에도 유족들의 망인에 대한 추모의 감정 등은 고유의 인격권이지만, 양자가 충돌되는 경우에는 망인을 우선하여 유체 등의 처리에 대해서는 망인의 의사를 존중해야 한다.⁶⁴⁾

망인은 원칙적으로 권리의무의 주체가 될 수 없다(민법 제3조 참조). 그러

61) 이회배, 앞의 논문(주39), 895쪽.

62) “유체와 분묘의 귀속을 분리하는 논변”은 의문이다. 유체가 매장되지 않은 분묘는 상정할 수 없을 것이며, 유체가 매장되지 않은 墟墓는 墳墓基地權의 대상이 되지 않는다.(박준서 외 편, 『(주식)민법(물권3)』(제3판), 韓國司法行政學會, 2000, 100쪽[윤형한 집필]; 곽윤직 편집대표, 『민법주해4(물권3)』, 박영사, 1992, 101쪽[박재윤 집필]; 판례도 같다[대법원 1976.10.26. 선고 76다1359 및 1991.10.25. 선고 91다18040 판결]). 유체와 분묘는 일체로 논의해야 할 것이며, 그렇다고 해서 망인의 의사를 존중하는 결론에는 지장이 없을 것이다.

63) 조상의 遺言 내지 遺命은 자손들이 절대적으로 준수해야 하는 것으로 인식되었다. 喜頭兵一, 『李朝의 財産相續法』, 朝鮮總督府中樞院, 1936, 113-135面; 문숙자, 『조선시대 재산상속과 가족』, 경인문화사, 2004, 251·260-2쪽.

64) 김재형, 앞의 논문(주50), 49-51쪽 참조.

나 민법 제3조의 역사적 의미를 다시 생각하고,⁶⁵⁾ 망인의 명예나 이익 그리고 그의 희망[유언]과 관련될 때에는 예외적으로 법주체성을 인정해야 할 것이다.⁶⁶⁾

따라서 유체와 분묘를 포함한 제사용 재산의 처리는 일차적으로는 망인의 의사를 적극적으로 고려해야 한다. 망인의 의사가 없으면 상속인들이 협의로 결정하되, 협의가 되지 않으면 법원이 여러 사정을 고려하여 결정해야 할 것이다. 판례의 집적으로 판례법이 형성되고 이것이 사회의 관행을 형성하게 될 것이고, 이에 따라 제사용 재산을 둘러싼 분쟁도 종식될 길이 열리는 날이 오게 될 것이다.⁶⁷⁾

4) 다양한 제사주재자의 결격사유

장남이라는 이유만으로 제사용 재산의 승계를 인정하는 것은 의문이다. 다음의 판결을 살펴보자. ①종손이지만 망부 생존 시에도 가정불화 등을 이유로 선대의 제사 및 망부의 부양을 소홀히 하여 (형제들과) 분쟁을 일으켜 왔으며 막내아들이 망부의 임종 시까지 그를 모시고 살다가 현재도 망인의 영정을 보관하고 있는데 원고는 망인의 사후 몇 달도 되지 않아 자신의 단독소유권을 주장한 사건(대법원 2004.1.16. 선고 2001다79037 판결)에서는 종손의 제사주재자의 지위를 인정하지 않았다. ②장남이 이민을 간 후 분묘를 전혀 돌보지 않다가 그 일대의 지가가 오르자 땅을 팔기 위해 걸림돌이 되는 조상의 분묘를 철거하고 유골을 제대로 보존하지 않은 사건에 대해 유죄선고의 판결을 하였다(서울중앙지법 제12형사 단독부).⁶⁸⁾ ③장남(호주승계인)은

65) 법실증주의의 입장에서는 민법 제3조를 권리창설규정으로 보고 있다. 그러나 이 규정은 봉건제를 철폐한 근대시민혁명을 역사적 배경으로 탄생한 것으로, 私法領域에서 인간평등을 규정한 권리'선언'적 규정이다(이호경[서울대학교 법과대학 명예교수] 의견). 이영준, 『민법총칙: 한국민법론 I』, 박영사, 2005, 741-2쪽 참조. 연혁적으로 고찰하면 명예나 유혼 등에 대해 사자의 권리주체성을 절대적으로 부인할 이유는 없을 것이다.

66) 현재의 권리주체는 의사설에 입각하고 있어 망인의 주체성을 부인하지만, 이익설의 입장에 서면 인정할 수 있다. 자세한 것은 김도균, 「권리의 본질과 근거에 대한 논의: 의사설과 이익설」, 『권리의 문법』, 박영사, 2008, 63쪽 참조.

67) 이 경우에 분쟁해결의 경제적인 측면, 즉 사회 전체의 비용을 고려하지 않을 수 없다. 하지만 이 문제는 법적 분쟁의 최종적 해결이라는 사법권의 본질에서 나오는 어쩔 수 없는 현상이다.

외국 영주권자이지만, 호주승계절차를 마쳤고 국내에 여러 부동산을 보유하고 그 중 한 곳에 주민등록을 두고 있으며, 직접 분묘개장 등의 절차를 마치고 이장한 후 종손으로 그의 명의로 비석을 세우는 등의 분묘관리를 하였다. 원심인 서울고등법원에서는 “장남은 외국 영주권자로 외국에 거주하기 때문에 제사주재자가 되기 어려운 입장이어서 다른 형제들을 제사주재자로 인정(1996.10.16. 선고 95구3659 판결)”하였다. 그러나 대법원에서는 “위의 사실만으로는 장남(호주승계인)에게 제사주재자의 지위를 유지할 수 없는 특별한 사정이 있다고 할 수 없다(대법원 1997.11.28. 선고 96누18069 판결[상속세 부과처분취소])”고 하였다.

사례 ①과 ②는 추정 제사주재자에게 제사를 주재하는 자의 지위를 유지할 수 없는 특별한 사정이 있는 전형적인 경우라고 할 수 있다. 그렇지만 사례 ③은 앞과는 다르다. 원심인 고등법원은 실제의 제사거행을 중시하여 원고패소판결을 하였고, 대법원은 종손으로서의 상징적 역할을 중시하여 반대의 판결을 하였다. 특히 이 사건은 제사주재자를 직접적으로 다루지는 않는 국가(세무서장)를 상대로 하는 ‘상속세부과처분취소소송’이고 만약 형제들 사이에 제사용 재산의 귀속을 둘러싼 민사사건이었으면 그 결과는 다를 가능성도 있다. 금양임야나 묘토의 경제적 가치가 상승함에 따라 이를 둘러싼 분쟁은 늘어갈 것이며, 이에 대한 합리적인 해결방안의 제시가 필요하다.

IV. 전망

위에서 제사용 재산에 대한 연혁과 현행법의 태도 그리고 판례를 검토하였다. 여기서는 앞으로 발생할지도 모르는 몇 가지 문제를 살펴보기로 한다.

첫째, 제사용 재산을 승계한 자에게 제사봉행의무를 강제할 수 있는가의 문제이다. 조상제시는 1933년 조선고등법원이 법적의무가 아닌 도덕적 의무

68) 서울중앙지법 제12형사단독부 판결; 『국민일보』, 2007.7.5.

(다음[http://www.daum.net/?nil_profile=daum&nil_src=search] 검색어: 조상묘불법이전) 참조.

에 불과한 것으로 선언한 이후에 법의 영역에서 사라졌다. 만약 제사승계자가 제사용 재산을 처분하고 제사를 지내지 않는 경우에 다른 자손들이 이에 대해 이의를 제기하고 그 재산을 상속받을 수 있는가이다.

결론적으로 가능한 한 제사봉행의 의무를 인정하고 임의로 처분하는 것을 금지해야 한다. 제사용 재산은 조상의 제사를 위한 특별재산으로 파악하여 상속에서 배제하고, 다만 그 관리를 사실상의 제사주제자에게 맡겨야 한다. 민법 제1008조의3이 상속편에 규정된 것은 상속재산이어서가 아니라 봉사자 또는 자연인의 사망이라는 우연한 사실에 의해 권리의무의 변동이 일어난다는 점에서 상속편에 포함된 것이지 본질적으로 상속과 무관한 것으로 보아야 한다. 그리고 제사주제자는 물론 외부적으로는 소유권을 승계하였지만, 이는 제사용 재산에 대해 일반적 의미의 소유권(민법 제211조)을 승계하는 것이 아니라, 내부적으로는 단지 관리만 위탁받았으며 그 본래의 목적에 따라 제사를 정성스럽게 거행하여야 하는 의무를 부담하는 구속성이 있는 소유권을 승계한 것이다.⁶⁹⁾

둘째, 제사용 재산은 不融通物이 아니므로 원칙적으로 그 소유자는 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하지 않는 한 자유로이 처분할 수 있다.⁷⁰⁾ 그러나 경제적 가치 외에 정신적·문화적 가치가 있는 제사용 재산이 있다. 오래된 종가의 사당, 여러 세대를 내려온 제기나 족보 등은 단순한 제사용 재산을 넘어선 문화재이며, 또 후손들에게는 친족집단을 상징하는 물건이다.⁷¹⁾ 특히 가옥에 부속된 사당은 독립된 물건이 아니며 가옥의 일부로 균분상속의 대상이 된다.⁷²⁾ 스위스민법 제613조에는 특정한 상속재산에 대해서는 분할

69) 하급심판결은 연혁적 이유에서 처분을 허용하지 않지만, 대법원판결은 일관되게 처분을 허용하고 있으며, 학설은 나뉘고 있다.(김상훈, 앞의 논문(주3), 35-41쪽)

70) 신영호, 앞의 논문(주40), 585쪽.

71) 현충사 경매에 있는 충무공 이순신의 고택 터 등은 충무공의 15대 宗婦의 사유지로 종부의 채무 때문에 경매로 나온 예가 있었다. 이 사태는 현충사와 그 일대가 문화재인 성격을 전혀 고려하지 않았기 때문에 발생한 것이다. 다행히 德水李氏 門中이 낙찰을 받았기 때문에 현충사와 충무공이 남긴 유적이 사라지는 비운을 피할 수 있었다. 『연합뉴스』, 2009.3.25; 『뉴스스』, 2009.5.4 참조.

72) 현행법은 토지와 가옥을 별도의 부동산으로 보고 있다. 만약 가옥대장이나 부동산등기부에 가옥과 사당이 별도의 부동산으로 등재되어 있으면 분리해서 처리하면 된다. 그러나 현실적으로 그럴 가능성은 아주 낮은 것이다.

처분을 금지하거나 이에 대해 다른 상속인의 異議權을 인정하고 있다.⁷³⁾ 또한 서양귀족가문에서 가족경제생활의 토대가 되는 재산이나 가문의 명예 등과 관련된 재산의 처분을 제한하여 가족구성원에게 유지하도록 하는 世襲家産制度가 있다.⁷⁴⁾ 조선전기에 가문의 재산상속 등에서 금기는 ‘孫外餘他’, 즉 “재산을 후손이 아닌 사람들에게 이전하는 것”을 금지하였다.⁷⁵⁾ 또한 제사용 재산의 처분을 금지하고 이를 어긴 후손은 관에 신고하여 처벌하고 환퇴하도록 하였다.⁷⁶⁾

따라서 가문의 상징이나 문화재적 가치가 있는 제사용 재산에 대해서는 목적재산으로 인정하여 분할의 금지, 임의처분에 대한 다른 상속인의 이익권을 허용하는 등 특별하게 취급해야 할 것이다.⁷⁷⁾ 뿐만이 아니라 오로지 제사만을 위한 재산, 예컨대 분묘 자체나 유골봉안시설 등 제사의례와 관련한 시설물을 승계한 자에게는 처분금지 등의 의무를 인정해야 한다.⁷⁸⁾

셋째, 민법이 상정하고 있는 가족상과 사회상이 변하고 있다. 현재 우리는 인구감소를 우려하고 있으며 조만간 현실로 닥칠 것이다. 따라서 자녀가 없는 부부의 제사와 그들이 승계한 그리고 그들을 위한 제사용 재산의 처리문제가 발생할 것이다. 그리고 제사는 부담이며 그 대가는 재산상속이다. 남녀균분상속 하에서 기꺼이 제사를 승계하려는 자가 없을 수도 있다. 또 제사는 (적)장자단독승계에서 중자녀유회 내지 분할봉사로 회귀하는 경향이 나타나

73) 스위스민법 613조의 개괄적 내용은 다음과 같다. ① 성질상 결합하여 일체를 구성하는 物件은 상속인 중 1인이 그 分割에 대하여 異議를 신청한 경우에는 개개로 분리할 수 없다. ② 家의 紀錄 및 그 가에 대하여 특별한 기념적 가치를 가진 물건은 상속인 중 1인이 이의를 신청한 경우에는 매각할 수 없다. ③ 상속인간의 승계를 도출할 수 없는 경우에는 관할관청은 地方慣習이나 지방관습이 존재하지 않는 경우에는 각 상속인의 개인적 관계를 참작하여 이러한 물건을 매각할 것인가 또는 상속인에게 귀속시킬 것인가 및 그 귀속에 관하여 相計할 것인가를 결정한다.

74) 이철우, 『서양의 世襲家産制』, 경인문화사, 2010 참조.

75) 문숙자, 앞의 책(주63), 135쪽 이하 참조.

76) 장궁식, 「16세기 재산상속과 제사승계의 실태」, 『고문서연구』 24, 한국고문서학회, 2004, 24-29쪽.

77) 현행 「문화재보호법」에는 국가지정문화재의 매매나 담보 등 처분행위를 금지하지 않고 있으며 다만 수출(국외반출)에 대해서는 일정한 규제를 하고 있으며(제35조), 매매 등에 대해서는 행정적 규제를 하고 있다(제77조~제82조).

78) 「장사 등에 관한 법률」에서는 묘지 등의 사전매매만 금지할 뿐 사후매매는 금지하지 않고 있다(제22조). 분묘를 승계한 자가 이를 처분하더라도 금지할 수 없다. 다만 민법 제2조(信義誠實의 원칙)나 제103조(反社會秩序의 法律行爲) 위반만 문제로 될 뿐이다. 그런데 제사의무는 법적 의무가 아니며 또 대법원은 처분을 인정하고 있다. 이에 따르면 위반이 아닌 것으로 보아야 할 것이다.

고 있다. 따라서 현재의 제사용 재산에 대한 민법 규정과 대법원 판례만으로는 이러한 변화에 대응할 수 없다. 또한 제사 자체를 거부하여 사실상 無緣墳墓가 급속도로 늘어날 수도 있다.⁷⁹⁾ 이러한 변화에 대처하는 조치가 필요하다.

넷째, 제사의 의미에 대한 이해와 이에 바탕을 둔 법제나 판례의 정비와 정립이 필요하다. 민법이나 우리가 이상형으로 상정하는 제사와 그 승계는 농경사회에 바탕을 둔 유교적 제사의례와 승계이다. 제사의 목적은 ‘收族敬宗과 報本追遠’이다. 이러한 제사는 산업사회 그리고 이를 넘어선 정보사회에는 더 이상 적합하지 않다. 그리고 제사에는 가계계승과 사후봉양의 두 관념이 있다.⁸⁰⁾ 전통적 제사승계에 근거한 호주제도가 사라진 현재 제사를 통한 가계계승은 법적으로 무의미하다. 그러나 제사의 사후봉양은 여전히 의미가 있을 것이다. 자녀들이 공동이나 분할하여 봉사하는 것이나 상속인이 아닌 자가 망인의 제사를 지내는 것도 가능하므로 제사주제자는 1인 또는 혈연자만으로 고집할 것은 아니다. 따라서 제사용 재산을 제사를 지내는 상속인들이 공동으로 승계하거나 상속인이 아닌 자가 승계하는 것을 인정해야 한다.

79) 「장사 등에 관한 법률」에서는 無緣墳墓를 제사주제자의 동의 없이 처리할 수 있다. 무연분묘는 토지소유자나 묘지 설치자 또는 연고자의 승낙 없이 설치한 분묘이다(제27조, 제28조). 그런데 자기의 토지에 분묘를 설정하고 사망하여 매장된 자는 토지상속인이 곧 제사주제자이므로 그가 묘지를 관리하지 않아 사실상 무연분묘일지라도 법상으로는 아니며, 또 墳墓基地權이 인정된 분묘 역시 그러하다. 이러한 분묘는 쉽게 처리할 수도 없다. 그리고 묘지는 15년 동안 설치할 수 있으며 한번에 15년씩 3회를 연장할 수 있으므로(제19조), 최장 60년간 설치할 수 있다. 이 법은 「매장 등 및 묘지 등에 관한 법률」(1961.1.1. 시행)을 2000년에 개정한 것이며, 분묘의 설치기한도 이 때 처음 규정하였고, 이는 2001년 1월 시행 이전에 설치된 분묘에는 적용되지 않는다(제17조, 부칙 제2조).

본고에서 본격적으로 다루지는 않았지만, 공동상속인들이 피상속인의 제사를 서로 모시지 않으려는 경우도 상정해야 한다(이 경우 사건명은 유체 ‘인수[引受]’가 될 것이다). 이때 제사용 재산과 그 따른 비용—예컨대 토지에 대한 조세, 묘지 등의 이용료 등—에 대한 권리와 의무의 귀속주체를 결정해야 한다. 의무자부담자가 의무를 이행하지 않는다고 해서 권리자가 묘지를 이장하는 등 합부로 권리행사를 할 수 없다(형법 제12장 제2편 각칙 ‘신앙에 관한 죄[제158~162조]’ 참조). 이는 제사를 모시겠다고 서로 다투는 사건보다 더 복잡한 문제가 될 것이다. 무연분묘와 함께 이 문제를 사회의 변화를 고려하여 해결책을 제시해야 한다.

80) 정공식, 「조선전기 朱子家禮의 수용과 祭祀承繼 관념」, 『역사민속학』 12, 한국역사민속학회, 2001 참조.

위의 경우, 공동승계와 공동봉사는 제사의 지속에 위험요소가 될 수 있으며, 또 피가 흐르지 않는 타인이 제사를 정성스럽게 거행하지 않을 우려도 있다.⁸¹⁾ 또한 현행법상으로는 제사를 강제할 수 없는 것이 현실이다. 제사를 지내지 않는다고 해서 묘지 등이 사라지는 것은 아니고 결국 무연분묘는 더욱 늘어날 것이다. 이를 해결할 합리적인 방안을 강구해야 한다. 제사용 재산을 종중재산에 대한 總有關係를 유추하여 제사주재자는 대외적으로는 단독으로 소유하지만, 대내적으로는 구속을 받는 것으로 보는 견해가 역사적으로 타당하다.⁸²⁾ 즉 제사를 위한 목적재산으로 보고 제사의무를 조건으로 하는 것이다. 역사적으로 볼 때 제사를 안정적으로 지속하기 위해 등장한 것이 契의 형태를 이용한 宗中이다. 종중의 출발은 제사의 존속이었으며, 현재에도 조상제사는 종중을 결속시키는 중요한 기제로 작용하고 있다.⁸³⁾ 그러나 종중은 관습과 판례에 의해 규율되고 있으며, 이를 둘러싼 분쟁 역시 끊이지 않고 있다. 종중에 대한 합리적 규율을 통해 종중재산과 제사용 재산을 동시에 처리할 수 있을 것이다.

V. 맺음말

제사승계와 재산상속은 역사적으로 밀접한 관련을 맺고 있다. 조선시대에는 제사승계는 재산상속을 수반하는 것이 일반적이었다. 특히 유교적 가족질서가 강화된 후기에는 제사승계자가 제사용 재산을 독점적으로 관리하였다. 이러한 경향은 가부장제를 규정한 일본 명치민법의 영향으로 식민지기에 더욱 강화되었다. 1958년 제정민법에서는 그 이전까지 관습으로 사실적으로

81) 이는 역사적으로 볼 때 제자녀유회봉사가 결국은 장자단독봉사로 이행되는 직접적인 계기가 되었다(정공식, 앞의 논문[주21] 참조).

82) 정공식, 앞의 논문[주41] 참조.

83) 대법원 2005.7.21. 선고 2002다1178 전원합의체 판결에서는 여성의 宗中員 자격을 인정하였다. 이는 앞에서 다룬 전원합의체 판결과 일맥상통한다. 정공식, 『종중의 성격에 대한 비판적 검토: ‘자연 발생적 단체’설에 대한 역사적 접근』, 민사판례연구회 편, 『민사판례연구』 29, 박영사, 2007 참조.

존재하던 제사용 재산의 호주상속인의 단독상속이 규범적으로 확정되었다. 이는 1990년 민법 친족상속편의 대대적인 개정에도 불구하고 호주‘상속’이 호주‘승계’로 바뀌고 제사용 재산의 승계인은 호주상속인이 아닌 ‘제사를 주재하는 자’로 되어 형식적인 변화는 있지만, 실질적으로는 거의 변화가 없었다. 다만 민법 개정 전에는 호주상속인이 법률상 무조건적으로 제사용 재산을 당연히 승계하였으나, 개정 후에는 호주승계인이 원칙적으로 제사용 재산을 승계하지만, 그에게 특별한 사정이 있으면 그렇지 아니하며, 그 특별한 사정이 관례로 정립되기 시작하였다.⁸⁴⁾

제사용 재산의 승계에 대해 획기적인 변화를 가져온 것은 2005년이다. 헌법재판소에서 호주제도를 사실상 위헌으로 선언하고 민법을 개정하여 호주제도를 폐지하였다(2008년 시행). 그리고 2008년의 대법원 전원합의체 판결은 호주승계에 근거를 하고 있는 제사주재자의 순위에 약간의 변화를 가져왔다.⁸⁵⁾ 판결의 다수입장은 기본적으로는 제사용 재산은 단독으로 승계하는 것으로 당사자의 합의, 장남과 장손, 장녀의 순서로 결정하였다. 이는 여성의 奉祀權을 인정하고 적서차별을 부인한 점에 의의가 있다. 그러나 망인의 의사에 대해 법적 구속력을 인정하지 않은 점은 여전히 한계라고 할 수 있다. 그렇지만 최종결정은 법원에서 해야 하고, 변화한 사회상에 비추어 망인의 의사를 존중해야 한다는 소수의견이 있어 새로운 가능성을 열어 두었다.

민법에서 상정하고 있는 제사는 농경사회에 기반을 하고 있는 유교적 제사이다. 이는 도입 이후 상당기간 — 조선시대 — 동안은 유용하였지만, 현재에는 더 이상 적합하지 않다. 산업화를 넘어 정보화의 단계에 접어든 현대사회에 적합한 새로운 제사와 이를 위한 재산의 승계방안을 검토해야 한다. 첫

84) 대법원 2009.3.26. 선고 2006다38109 판결에서는 호주상속인으로서 금양입야를 단독으로 승계하였음을 주장하는 자가 당해 토지가 전체적으로 선조의 분묘를 수호하기 위하여 벌목을 금지하고 나무를 기르는 금양입야임을 입증하여야 하고, 나이가 제사용 재산을 승계받을 수 없는 특별한 사정이 없음을 입증해야 한다고 판시하였다.

85) 김상용은 헌법재판소의 호주제 헌법불합치 결정, 여성의 중중구성원자격을 인정한 대법원 판결 등 2000년대 가족법판례를 “2000년대 가족법 판례에서 읽을 수 있는 시대정신은 ‘부계혈통주의의 약화’와 ‘양성평등의 진전’이다.”라고 총괄적으로 평가하였다.(김상용, 앞의 논문(주60), 549-555쪽)

째, 어떤 형태로든 제사의 지속을 상정하고 제사용 재산의 승계자에게는 제사거행의 의무를 인정해야 할 것이다. 둘째, 문화재적 가치나 가문의 상징이 될 수 있는 제사용 재산에 대해서는 처분을 제한해야 한다. 셋째, 제사와 그 재산의 단독승계만을 상정하는 것에서 벗어나 공동 내지 분할승계를 인정해야 하며, 나이가 상속인이 아닌 자의 승계가능성도 열어두어야 한다. 이는 17세기까지의 전통이었다. 마지막으로 제사의 의미를 이해한 승계제도를 마련해야 한다. 전통적 제사의 관념은 가계계승과 사후봉양이며, 목적은 ‘收族敬宗’이다. 현재에도 사후봉양—돌아가신 조상에게 1년에 한 번 음식을 대접하며 기리는 의식—과 친족의 만남—친족의 우의를 다지는 것—은 여전히 의미가 있을 것이다.⁸⁶⁾ 따라서 제사의 이러한 의미와 의의를 되살리려면 따뜻한 식구를 만드는 데 어느 정도 도움은 될 것이다.⁸⁷⁾

제사는 산 자의 망인에 대한 의례로 이념보다는 心性이나 文化 등의 영향을 강하게 받는다. 사회적 여건이 변하면 그에 따라 제사의 형식이 바뀌며 또한 제사용 재산의 승계방식도 달라지기 마련이다. 다만 과도기에 혼란을 줄이고 사회전체의 재화를 합리적으로 배분하는 방안의 모색이 필요하다. 앞서 든 진천군수의 지혜가 필요할 때이다.

■ 참고문헌

《經國大典》, 《受教輯錄》, 《續大典》

정궁식 외 역주, 『잊혀진 법학자 신변: 譯註 大典詞訟類聚』, 민속원, 2012.

鄭肯植 역, 『國譯 慣習調查報告書』, 개역판: 한국법제연구원, 2000.

『朝鮮高等法院 判決錄』

정궁식 대표편집, 『연혁 민법전』, 법무부, 2013.

86) 로저 L. 자넬리·임돈희 공저/ 김성철 역, 『조상의례와 한국사회』, 일조각, 2000, 96-8쪽.

87) 제사가 역으로 가정의 파탄을 가져오는 것은 어렵지 않게 볼 수 있다. 법원에서는 시댁의 제사를 잘 모시지 않은 등을 이유로 이혼을 인정하였다.(『로이슈』, 2015.1.27; 『연합뉴스』, 2008.9.22; 다음 검색어: 제사 이혼)

- 곽윤직 편집대표, 『민법주해2(총칙2)』, 박영사, 1992.
 _____, 『민법주해4(물권3)』, 박영사, 1992.
 김주수, 『주석 민법 상속(1)』, 한국사법행정학회, 2005.
 문숙자, 『조선시대 재산상속과 가족』, 경인문화사, 2004.
 _____, 『68년의 나날들: 조선의 일상사』, 너머북스, 2009.
 박준서 외 편, 『(주석)민법(물권3)』, 제3판: 韓國司法行政學會, 2000.
 법원행정처 편, 『친족상속에 관한 구관습』, 법원행정처, 1985.
 이영준, 『민법총칙: 한국민법론 I』, 박영사, 2005.
 이철우, 『서양의 世襲家産制』, 경인문화사, 2010.
 한국정신문화연구원 편, 『한국구비문학대계』 1집 9책, 한국정신문화연구원, 1982.
 梅謙次郎, 『民法要義 卷之五 相續編』, 18版, 私立法政大學, 1910.
 喜頭兵一, 『李朝の財産相續法』, 朝鮮總督府中樞院, 1936.
 로저 L. 자넬리 · 임돈희 공저/ 김성철 역, 『조상의례와 한국사회』, 일조각, 2000.
- 金性叔, 『改正家族法の 內容』, 『고시계』, 1990년 2월호.
 金疇洙, 『改正家族法概說』, 『고시연구』, 1990년 2월호.
 김도균, 『권리의 본질과 근거에 대한 논의: 의사설과 이익설』, 『권리의 문법』, 박영사, 2008.
 _____, 『우리 대법원 해석론의 전환: 로널드 드워킨의 눈으로 읽기 - 법의 통일성(Law's Integrity)를 향하여 -』, 『법철학연구』 13-1, 세창출판사, 2010.
 김상용, 『2000년대 민사판례의 경향과 흐름: 가족법』, 『민사판례연구』 33(하), 박영사, 2011.
 김상훈, 『제사용 재산의 승계에 관한 연구』, 고려대 법학박사학위논문, 2008.
 김재형, 『2008년도 민법 판례 동향』, 『민사재판의 제문제』, 민사실무연구회, 2009.
 민유숙, 『민법 제1008조의3에 의한 금양임야의 의미와 그 승계』, 『대법원 판례해설』 49, 법원도서관, 2004.
 박병호, 『민법상 제사용 재산의 승계』, 『가족법연구』 10, 한국가족법학회, 1996.
 송경근, 『제사용재자의 결정방법과 망인(亡人) 자신의 유체·유골(遺體·遺骨)에 관한 처분행위의 효력 및 사자(死者)의 인격권』, 『대법원판례해설』 77, 대법원, 2009.
 신영호, 『제사용 재산의 상속』, 『가족법학논총』, 박영사, 1991.
 呂重哲, 『韓國山間部落에서의 分家和 財産相續』, 『韓國學報』 15, 일지사, 1979.
 _____, 『祭祀分割相續에 관한 一考』, 『人類學研究』 1, 영남대학교 문화인류학연구회, 1980.
 이경희, 『민법상 제사용 재산의 승계에 관한 일고찰』, 『아세아여성법학』 5, 아세아여성법학연구소, 2002.
 李舜九, 『朝鮮中期 冢婦權과 立後의 강화』, 『고문서연구』 9 · 10, 한국고문서학회, 1996.
 李昌基, 『濟州道の 祭祀分割』, 『韓國의 社會와 歷史』, 일지사, 1991.
 _____, 『濟州道 祭祀分割의 事例研究』, 『민족문화논총』 13, 영남대학교 민족문화연구소, 1992.
 李熙培, 『戶主制度의 改正』, 『월간고시』, 1990년 3월호.
 _____, 『분묘 · 제사 · 제사용재산의 승계』, 『가족법학 논집』, 동림사, 2001.
 _____, 『제사를 주재하는 자의 결정과 제사용 재산의 승계』, 『법률신문』 2009.2.5.

정궁식, 『朝鮮初期 祭祀承繼法制의 成立에 관한 研究』, 서울대학교 법학박사 학위논문 1996.
 _____, 『祭祀用 財産의 歸屬主體』, 민사판례연구회 편, 『民事判例研究』 22, 박영사, 2000.
 _____, 『조선전기 朱子家禮의 수용과 祭祀承繼 관념』, 『역사민속학』 12, 한국역사민속학회, 2001.
 _____, 『朝鮮中期 祭祀承繼의 實態: 安東 周村 眞城李氏家門의 例』, 김인걸 외 편, 『조선의 정치와 사회』, 집문당, 2002.
 _____, 『종법적 제사승계와 가족의 변화』, 김필동·지승중 외, 『한국사회사연구』, 나남, 2003.
 _____, 『16세기 재산상속과 제사승계의 실태』, 『고문서연구』 24, 한국고문서학회, 2004.
 _____, 『중증의 성격에 대한 비판적 검토: '자연발생적 단체' 설에 대한 역사적 접근』, 민사판례연구회 편, 『민사판례연구』 29, 박영사, 2007.
 _____, 『한국의 호주제도에 대한 역사적 성찰』, 『식민주의의 정치적 유산』, 서울대학교 역사연구소, 2009.
 정병호, 『[정병호의법률산책] 현대판 생겨진천 사거용인』, 『세계일보』 2015.3.17.
 井戸田博史, 『祭祀條項の改正と法構造』, 『家族の法と歴史: 氏・戶籍・祖先祭祀』, 世界思想社, 1993.

대법원 종합법률정보(<http://glaw.scourt.go.kr/jbsonw/jbson.do>)
 헌법재판소(<http://www.ccourt.go.kr/cckhome/kor/main/index.do>)
 국가법령정보센터(<http://www.law.go.kr/main.html>)

『국민일보』, 2007. 7. 5.

『뉴스시스』, 2009. 5. 4

『로이슈』, 2015. 1. 27.

『연합뉴스』, 2008. 9. 22.; 2009. 3. 25.

이상 신문기사 등은 다음[http://www.daum.net/?nil_profile=daum&nil_src=search] 검색

* 최종검색일: 2015년 4월 15일

* 본고는 줄고 『祭祀用 財産의 歸屬主體』와 2008년 6월 5일 대법원에 제출한 참고인 진술서를 토대로 2009년 9월 12일 한국계보학회와 뿌리회 공동 학술발표회 “祭祀와 相續의 傳統과 變容”에서 발표한 논문을 수정·보완한 것이다. 익명의 심사위원들의 지적은 본고의 완성에 많은 도움이 되었으며, 감사한다. 단 오류는 필자의 책임이다.

〈Abstract〉

Legal Problems about Ancestor-worship and Inheritance: A Historical Perspective

Jung, Geung Sik*

This paper reviews the Civil Act Article 1008-3 (Inheritance of Graveyards, etc.) from the historical perspective and analyzes the decision of the Constitutional Court and the ruling of the Supreme Court in 2008. When the civil act was legislated, it was stipulated that the right of ownership in property for ancestor-worship shall be proprietarily succeeded to by the successor to family head-ship. It was based upon the traditional clan rules. When the civil act was revised in 1991, it was stipulated that it shall be succeeded to by the person who superintends the ancestral rites. In spite of abolition of system of family head-ship, this article is still effective. According to the ruling of the Supreme Court in 2008, it shall be succeeded to by the eldest son in case heirs do not agree to who will succeed to it. It is still based upon the clan rules that give priority to the eldest son and the agnate relative. The right of ownership in property for ancestor-worship shall not be disposed of without restriction as opposed to the right of ownership in general property. The succession of the right of ownership in property for ancestor-worship should not only preserve the traditional culture, but also reflect the change of the society and the family.

* Professor, College of Law/School of Law, Seoul National University

[Key Words] Property for Ancestor-worship, System of Family Head-ship, Management of Graves, Management of Corpse, Right to Personality of the Deceased