대 구 지 방 법 원

제 1 5 민 사 부

판 결

사 건	2012가합3009 손해배상(기)등
원 고	1. ○옥○ 2. ○현○
피 고	1. ○석○ 2. ○만○ 3. ○종○
변 론 종 결	2013. 12. 17.
판 결 선 고	2014. 1. 21.

주 문

1. 피고들은 연대하여 원고 ○현○에게 4,000,000원 및 이에 대하여 피고 ○석○은 2012. 3. 28.부터, 피고 ○만○, ○종○는 2012. 3. 29.부터 각 2014. 1. 21.까지 연 5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.
2. 피고들에 대한 원고 ○옥○의 청구 및 원고 ○현○의 나머지 청구를 각 기각한다.
3. 소송비용은 피고들이 부담한다.
4. 제1항은 가집행할 수 있다.

청 구 취 지

피고들은 연대하여 원고 ○옥○에게 5,000만 원, 원고 ○현○에게 3,000만 원 및 각 이에 대하여 이 사건 소장부분 송달일 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

이 유

1. 인정 사실

가. 원고들과 피고들은 이 사건 문중의 종중원들이며, 그 중 피고 ○석○은 위 문중의 회장, 피고 ○종○, ○만○은 위 문중의 재산처분 및 묘지이장에 관한 업무에 종사 하던 사람이다.

나. 원고 ○옥○은 망 ○○두의 장남으로서 망 ○○두 및 부인이 합봉된 분묘를, 원고 ○현○은 망 ○○형의 3남으로서 질병으로 인하여 분묘를 관리할 수 없는 형 ○○순을 대신하여 망 ○○형의 분묘를 관리, 수호하여 왔다(이하 위 분묘들을 '이 사건 각 분묘'라 한다).

다. 이 사건 각 분묘는 이 사건 임야에 있는 위 문중 소유의 임야에 설치되어 있었는데, 위 문중은 2011. 11. 28.경 위 임야를 주식회사 지에스산업개발에 매도하는 매매 계약을 체결하였고, 주식회사 지에스산업개발은 2011. 12. 26. 위 임야에 관한 소유권 이전등기를 마쳤다.

라. 이 사건 문중은 위와 같이 이 사건 임야를 매도하기 전 그곳에 설치되어 있던 분묘들(이 사건 각 분묘를 포함하여 여러 기의 분묘가 설치되어 있었다)의 이장을 추진하였다. 그런데 원고들이 이 사건 각 분묘의 이장에 동의하지 아니하자, 피고들은

2011. 4.경 '이 사건 각 분묘의 이장에 동의하고, 피고 ○만○에게 이장절차를 위임한다'는 취지의 원고 ○옥○ 명의의 확인서(을 제4호증)를 위조하였으며, 결국, 2012. 2. 15.경 원고들의 동의 없이 이 사건 각 분묘를 발굴하여 다른 입야로 이장하였다.

마. 대구지방법원은 2013. 12. 5. 피고들이 공모하여 원고 ○옥○ 명의의 확인서를 위조하여 행사하고, 이 사건 각 분묘를 원고들의 동의 없이 이장한 범죄사실 등에 대하여 분묘발굴죄, 사문서위조 및 위조사문서행사죄로 피고 ○석○, ○종○에게 징역 10월을, 피고 ○만○에게 징역 8월에 집행유예 2년을 선고하였다[2012고단7979, 2013고단4529(병합)].

【인정근거】 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 3, 5 내지 8호증, 을 제1, 12호증의 각 기재 및 영상(가지번호 있는 것은 가지번호 포함), 변론 전체의 취지

2. 이 사건 각 분묘의 수호·관리권자

종손이 있는 경우라면 그가 제사를 주재하는 자의 지위를 유지할 수 없는 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 일반적으로 선조의 분묘를 수호, 관리하는 권리는 그 종손에게 전속된다고 봄이 상당하고, 종손이 아닌 자가 제사주재자로서 분묘에 대한 관리처분권을 가지고 있다고 하기 위해서는 우선 종손에게 제사주재자의 지위를 유지할 수 없는 특별한 사정이 있음이 인정되어야 하고(대법원 2000. 9. 26. 선고 99다14006 판결 참조), 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 곤란한 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 내지 유훈에 현저히 반하는 행위 등으로 인하여 정상적으로 제사를 주재할 의사나 능력이 없다고 인정되는 경우가 이에 해당하는 것으로 봄이 상당하다(대법원 2008. 11. 20. 선고 2007다27670 전원합의체 판결 참조).

앞서 본 바와 같이, 원고 ○옥○은 망 ○○두의 장남이고, 원고 ○현○은 망 ○○형의 3남이나 ○○형의 장남인 ○○순이 질병 등으로 인하여 제사주재자의 지위를 유지할 수 없자 대신 ○○형의 분묘를 수호, 관리하여 온 사실이 인정되므로, 이 사건 각 분묘의 수호, 관리권자는 원고들이라 할 것이다

따라서 원고 ○현○이 망 ○○형의 분묘의 수호, 관리권자가 아니므로, 원고 ○현○의 이 사건 청구가 이유 없다는 피고들의 주장은 받아들이지 않는다.

3. 손해배상책임의 발생

피고들이 원고들의 동의 없이 이 사건 각 분묘를 이장한 사실은 앞서 본 바와 같고, 이러한 피고들의 임의 발굴 및 이장행위는 위법한 행위이므로, 피고들은 그로 말미암은 손해를 원고들에게 배상할 책임이 있다.

4. 손해배상의 범위

가. 이장비용

피고들은 원고들의 동의도 받지 아니한 채 임의로 이장의 방법과 장소 등을 정하여 이 사건 각 분묘를 이장하였으므로, 원고들이 이 사건 각 분묘를 적절하게 다시 이장하는 데 필요한 비용을 원고들에게 배상할 의무가 있다. 또한, 이를 위하여 각 분묘

1기당 필요한 이장비용이 1,000만 원이라는 사실은 당사자들 사이에 다툼이 없고, 위 금액은 원고들이 입은 이장비용 상당 법률상 손해의 범위 내에 있다.

이에 대하여 피고들은 이 사건 각 분묘가 이장된 다른 임야의 소유자로부터 분묘 설치에 관한 승낙을 받았기 때문에 이 사건 각 분묘를 다시 이장할 필요가 없어서, 원고들에게 이장비용 상당의 손해는 발생하지 않는다고 주장하고, 을 제7호증의 기재에 의하면 위 임야의 소유자인 주식회사 지에스산업개발이 2012. 2. 16. 이 사건 각 분묘를 포함한 이 사건 문중의 묘소 이장을 승낙한 사실은 인정되나, 피고들이 이 사건 각 분묘를 이장한 경위, 원고들이 분묘 이장에 반대하였던 점, 분묘 이장이 직계 후손인 원고들에게 가지는 의미 등을 종합하였을 때, 피고들이 주장하는 사유만으로는 원고들에게 이장비용 상당의 손해가 발생하였다는 위 인정을 뒤집기에 부족하다.

따라서 원고들에게 각 이장비용 1,000만 원씩의 손해가 발생하였음이 인정된다.

나. 위자료

자손으로서 조상의 분묘를 설치하고 수호하는 등의 행위는 법률상 보호를 받을 만한 가치가 있으므로 누구나 함부로 이를 침범할 수 없고, 피고들이 이 사건 각 분묘를 임의로 발굴하여 이장한 행위로 인하여 원고들이 상당한 정신적 고통을 입었음이 경험칙상 명백하므로, 피고들은 불법행위자로서 원고들이 입은 정신적 고통을 배상할 의무가 있다 할 것이며, 망인들과 원고들의 관계, 피고들이 이 사건 각 분묘를 이장한 경위, 이 사건 각 분묘의 이장 절차, 장소 및 그 상태 기타 이 사건 변론에 나타난 여러 사정을 참작하면, 그 위자료는 원고 ○옥○에 대하여 2,000만 원, 원고 ○현○에 대하여 1,000만 원으로 정함이 상당하다.

다. 피고들의 공탁

을 제11, 14호증(가지번호 포함)의 각 기재에 의하면, 피고들이 이 사건 각 분묘의 이장과 관련하여 위 형사사건에서 합의금(손해배상금)으로 원고 ○옥○에게 3,200만 원 (= 2013. 7. 16.자 공탁금 1,000만 원 + 2013. 12. 16.자 공탁금 2,200만 원), 원고 ○현○에게 1,600만 원(= 2013. 7. 15. 500만 원 + 2013. 12. 16.자 공탁금 1,100만 원)을 공탁한 사실이 인정되고, 원고들은 위 각 금원을 손해배상원금에서 공제하는 것에 아무런 이의가 없다.

그렇다면 원고 ○옥○의 피고들에 대한 손해배상금 채권 3,000만 원(= 이장비용 1,000만 원 + 위자료 2,000만 원)은 이를 초과하는 위 공탁에 의하여 모두 변제로 소멸하였다 할 것이고, 원고 ○현○의 경우 그 손해 2,000만 원(= 이장비용 1,000만 원 + 위자료 1,000만 원)에서 위 공탁금 1,600만 원이 공제되어야 하므로, 결국, 원고들의 피고들에 대한 손해배상금 채권은 원고 ○현○의 손해배상금 채권 400만 원(=2,000만 원 - 1,600만 원)만이 남았다 할 것이다.

라. 소결론

피고들은 공동불법행위자로서 연대하여 원고 ○현○에게 손해배상금 400만 원 및 위 불법행위일 이후로서 원고 ○현○이 구하는 각 이 사건 소장 부분 송달일 다음 날 (피고 ○석○ 2012. 3. 28., 피고 ○만○, ○종○ 2012. 3. 29.)부터 피고들이 그 이행의 무의 존부 및 범위에 관하여 항쟁함이 상당한 이 판결 선고일인 2014. 1. 21.까지는 민법이 정한 연 5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특례법이 정한 연 20%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

5. 결 론

원고 ○현○의 이 사건 청구는 위 인정 범위 내에서 이유 있으므로 인용하고, 원고

○옥○의 이 사건 청구 및 원고 ○현○의 나머지 청구는 이유 없으므로 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 황영수

 판사 손광진

 판사 김선희