

서울서부지방법원

제 21 민 사 부

결 정

사 건 2022카합50323 유체동산 인도단행 가처분
2022카합65(참가) 독립당사자참가신청

채 권 자 A
소송대리인 법무법인(유한) 세종
담당변호사 백제흠, 최철민, 정인배

채 무 자 학교법인 ○○대학교
소송대리인 변호사 오윤정

독립당사자참가인 1. B
2. C
3. D
4. E
독립당사자참가인들 소송대리인 법무법인 율성
담당변호사 윤형덕, 서연희

주 문

1. 채무자는 독립당사자참가인 B에게 ○○대학교 ○○장례식장에 안치되어 있는 망

AA(주민등록번호: 생략)의 유체를 인도하라.

2. 독립당사자참가인 B를 제외한 나머지 독립당사자참가인들의 참가신청을 각하한다.
3. 채권자의 신청을 기각한다.
4. 소송비용은 참가로 인한 비용을 포함하여 채권자가 부담한다.

신 청 취 지

채권자: 채무자는 채권자에게 주문 제1항 기재 유체를 인도하라.

독립당사자참가인들: 주문 제1항과 같다(신청취지 중 '독립당사자참가인에게'는 '독립당사자참가인 B에게'로 본다).

이 유

1. 사안의 개요

가. 망 AA(이하 '망인'이라 한다)는 망 AB[이하 '망부'(亡夫)라 한다]와 혼인하여 2남 4녀를 자녀로 두었다. 망인의 자녀는 연령순으로 독립당사자참가인(이하 '참가인'이라 한다) C, D, E, 신청외 ○○○, 채권자(장남), 참가인 B(차남)이 있다.

나. 망인은 2022. 5. 31. 사망하였고, ○○에 있는 채무자 병원 장례식장에서 장례를 치르게 되었다.

다. 망인의 장례과정에서 강원도 □□군 소재 묘터(이하 '□□군 묘터'라 한다)를 매장장소로 주장하는 채권자 및 ○○○, 원주시 △△면 소재 묘터(이하 '△△면 묘터'라 한다)를 매장장소로 주장하는 참가인들 간에 다툼이 발생하였다. 그로 인하여 망인의 발인이 중단되었고, 망인의 유체는 다시 장례식장에 안치되었다.

라. 망부는 2021. 12. 19. 사망하였고, □□군 묘터에 매장되어 있다.

2. 당사자의 주장

가. 채권자

채권자가 장남으로서 제사주재자가 되므로 망인의 유체를 인도받을 권리를 가진다.

나. 참가인들

채권자는 제사주재자의 자격이 없고, 참가인 B이 제사주재자가 되어야 한다. 따라서 참가인 B이 망인의 유체를 인도받을 권리를 가진다.

3. 관련 법리

가. 대법원 2008. 11. 20. 선고 2007다27670 전원합의체 판결

1) 제사주재자의 결정 방법

가) 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. 일반적으로 종손이라 함은 '장자계의 남자손으로서 적장자'를 지칭한다. 종래 우리의 관습은 상속인들 간의 협의와 무관하게 우선적으로 적장자가 제사상속인이 되고 적장자가 없는 경우에는 적손, 중자, 서자, 중손, 서손의 순서로 제사상속인이 되는 것이었으므로, 위 대법원판결들은 이러한 종래의 관습에 터잡은 것이다.

나) 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 법원으로서의 효력을 인정할 수 없다. 우리 사회 구성원들의 생활양식과 각종 법률 및 제도가 변화함에 따라 상속인들 간의

협 의와 무관하게 적장자가 우선적으로 제사를 승계해야 한다는 종래의 관습은, 가족 구성원인 상속인들의 자율적인 의사를 무시하는 것이고 적서 간에 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 되었다.

다) 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 한다.

라) 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 된다.

마) 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 것이다. 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 내지 유혼에 현저히 반하는 행위 등으로 인하여 정상적으로 제사를 주재할 의사나 능력이 없다고 인정되는 경우가 이에 해당한다.

2) 유체의 승계주체

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. 검토

공동상속인들의 협의가 이루어지지 않는 경우에 제사주재자는, 법원이 개별 사건에서 당사자들의 주장의 당부를 심리하여 인정되는 여러 사정을 참작하여 결정하는 것이 타당하다. 그 이유는 다음과 같다. 따라서 위 전원합의체 판결(이하 '판례'라 한다) 중 상속인들 간 협의가 되지 않는 경우 장남 또는 장손자, 아들이 없으면 딸(이하 '장남 등'이라 한다) 순으로 제사주재자가 된다는 부분은 그대로 받아들이기 어렵다.

1) 사회 및 법질서 변화의 측면

가) 제사나 제사용 재산의 승계제도가 조상숭배를 통한 부계혈족 중심의 가계계승에 그 뿌리를 두고 있는 것은 사실이나, 오늘날에는 그와 같은 가계계승의 의미가 상당 부분 약화되었고, 망인에 대한 추모의 성격이 더 강해졌다고 볼 수 있다.

나) 대한민국헌법은 모든 국민은 법 앞에 평등하고(제11조 제1항), 혼인과 가족 생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를

보장한다(제36조 제1항)고 선언하고 있다. 이를 기초로 한 우리 법질서는 호주제도의 폐지, 형제자매 간의 동등한 상속분 인정, 여성의 종중원 자격 인정¹⁾ 등 가족관계 내에서 개인의 의사와 가치가 존중되고 양성평등이 강화되는 방향으로 변화되어 왔다.

다) 위 가), 나)항과 같은 변화의 추세를 감안하면, 현재 우리 사회 구성원들 사이에서 상속인들 간 협의가 되지 않는 경우에 장남 등이 당연히 제사주재자가 된다는 점에 관한 인식이 널리 용인되고 있다고 단정하기 어렵다.

라) 공동상속인들의 협의가 이루어지지 않는 경우 일률적으로 장남 등을 제사주재자로 보게 되면 장남 등은 협의에 불응하거나 소극적 태도를 취하는 방법으로 자신이 제사주재자가 될 것인지 선택할 수 있게 되고, 결국 나머지 상속인들의 의사는 장남 등의 의사에 종속될 수밖에 없게 된다. 이는 종손이 제사주재자가 된다는 종래 대법원판결들과 사실상 별 차이가 없음은 물론이고, '가족 구성원의 자율적인 의사'나 '개인의 존엄과 평등을 기초로 한 변화된 가족제도' 등 판례가 종래 대법원판결들을 변경하는 근거로 삼았던 헌법적 가치나 사회적 변화들이 현실에서 제대로 구현되지 못하는 결과를 낳게 된다.

2) 분쟁해결의 측면

가) 일반적으로 가족 구성원들은 주거를 함께 또는 가까이 하거나, 상호 교류를 하면서 일생에 걸쳐 영향을 주고받는다. 따라서 가족은 부부 간, 부모와 자녀 간, 형제자매 간 등 그 관계의 종류를 불문하고 복잡, 미묘할 수밖에 없는 속성을 가지고 있다.

1) 최근 대법원은, 종중에 관한 관습법 중 종중의 구성원을 성년 남성만으로 제한한 부분은 변화된 우리의 전체 법질서에 부합하지 않아 정당성과 합리성이 인정되지 않으므로 그 효력을 상실하였고, 조리상 공동선조와 성과 본을 같이 하는 성년 여성도 당연히 종원이 된다고 판단한 대법원 2005. 7. 21. 선고 2002다1178 전원합의체 판결과 같은 취지에서, 민법 제781조 제6항에 따라 자녀의 복리를 위하여 자녀의 성과 본을 변경할 필요가 있어 자녀의 성과 본이 모의 성과 본으로 변경되었을 경우 성년인 그 자녀는 모가 속한 종중의 공동선조와 성과 본을 같이 하는 후손으로서 당연히 종중의 구성원이 된다고 판단하였다(대법원 2022. 5. 26. 선고 2017다260940 판결 참조).

제사주재자 역시 가족관계의 틀 안에서 논의되는 것이므로 그러한 특성이 충분히 고려되어야 한다. 그럼에도 성별이나 나이와 같은 형식적인 요소를 우선적인 기준으로 삼게 되면 가족 구성원들이 수증하기 어려운 결정이 내려질 가능성이 커진다. 그러므로 개별 사안에서 당해 가족관계의 특수성을 충분히 반영하여 '제사주재자로 가장 적절한 사람이 누구인지'에 따라 제사주재자를 정하는 것은 분쟁을 종국적으로 해결하는 방법이 될 수 있다.

나) 판례는 장남 등이 정상적으로 제사를 주재할 의사나 능력이 없다고 인정되면 제사주재자의 지위를 유지할 수 없다고 봄으로써 가족관계의 실질적 요소를 고려할 수 있는 통로를 열어두고 있다. 그러나 제사를 주재할 의사나 능력이 없는 사람을 배제한다고 해서 곧바로 가장 적절한 사람이 제사주재자가 되는 것은 아니라는 점에서 제사주재자를 결정하는 기준으로는 충분하지 않다.

다) 제사주재자의 지위를 유지할 수 없는 특별한 사정을 인정하는 이상, 장남 등이 제사주재자가 된다고 정해둔다고 해서 법률관계가 간명해지는 것도 아니다. 제사주재자의 지위에 대하여 협의가 이루어지지 않는 경우에는 대부분 그러한 예외적 특별사정에 관한 공방이 이루어질 것이기 때문이다. 그렇다면 제사를 주재할 의사나 능력이 없는지를 포함하여 개별 사건에서 드러나는 사정을 모두 고려하여 제사주재자를 정하는 것이 법률관계를 더 불안정하게 한다고 볼 수도 없다.

라) 공동상속인들의 협의가 이루어지지 않는 경우 다수결의 방식으로 제사주재자를 정하는 것도 고려해볼 수 있다(판례의 반대의견). 그러나 다수결이라는 것은 일반적으로 재산법관계에서 통용되는 것으로 가족관계에서 고려되어야 할 실질적 요소가 제대로 반영되기 어렵다는 근본적 한계가 있고, 가부동수의 상황에서 해결책이 되지

못한다는 문제도 있다(판례의 반대의견도 가부동수인 경우에는 여러 사정을 종합하여 조리에 따라 법원이 정하는 방법으로 보완할 수 있다고 보았다).

4. 판단

가. 참가신청의 적법성에 관한 판단

참가인 B를 제외한 나머지 참가인들은 망인의 유체가 참가인 B에게 인도되어야 한다고 주장하고 있으므로, 주장 자체로 타인의 권리를 주장하고 있을 뿐 당사자의 양쪽 또는 어느 한쪽에 자기의 권리를 주장하고 있다고 볼 수 없다. 따라서 위 나머지 참가인들의 참가신청은 독립당사자참가의 요건을 갖추지 못하여 부적법하다.

나. 피보전권리 및 보전의 필요성에 관한 판단

다음과 같은 사정을 종합하면, 망인의 제사주재자는 참가인 B로 정하는 것이 타당하므로 참가인 B이 망인의 유체를 인도받을 권리를 가진다. 따라서 참가인 B의 피보전권리가 소명된다. 현재까지 장례식장에 안치되어 있는 망인의 유체의 상태를 고려하였을 때 신속히 제사주재자에게 인도가 이루어져야 한다고 인정되므로 보전의 필요성도 소명된다.

1) 생전 가족관계

망인은 생전에 참가인 B과 친밀한 관계를 유지하고 있었고, 채권자와는 불화를 겪고 있었던 것으로 보인다. 이와 관련하여 참가인들은 망인이 채권자를 배제하고 나머지 상속인들에게 재산을 상속하였다고 주장하고 있고, 채권자는 이를 적극적으로 다투지 않고 있다. 이러한 사정을 감안하면, 망인은 채권자보다는 참가인 B이 제사주재자가 되기를 더 원하였을 것이라고 추단할 수 있다.

2) 망인 및 상속인들의 의사

가) 망인은 자신을 □□군 묘터에 매장하는 것에 반대하면서 △△면 묘터에 매장하고, 망부의 유체도 △△면 묘터로 옮겨주기를 바라는 의사를 가지고 있었던 것으로 판단된다. 채권자는 망인이 □□군 묘터에 가본 적이 없으므로 망인의 위와 같은 의사는 참가인들의 기망으로 인한 것이라고 주장하나, 제출된 자료만으로는 이를 인정하기 어렵다.

나) 공동상속인들 6명 중 4명은 참가인 B이 제사주재자가 되고, 망인을 △△면 묘터에 매장하기를 원하고 있다. 채권자와 B만이 채권자가 제사주재자가 되고, 망인을 □□군 묘터에 매장하여야 한다고 주장하고 있다.

3) 묘터의 조성 및 매장 경위

가) ○○ 김씨인 망부의 조상들은 대대로 강릉시에 있는 묘터에 매장되었다. △△면 묘터는 망부가 자신의 부친부터 따로 모시겠다는 의사를 가지고 자신을 포함한 가족묘로 마련한 곳이다.

나) 그럼에도 망부가 □□군 묘터에 매장된 경위에 관하여 채권자는 망부의 의사에 따른 것이라고 주장하고 있으나, ① 채권자는 망부를 □□군 묘터에 매장하는 것에 관하여 참가인들과 협의를 하지 않았던 것으로 보이는 점(소병 제15호증 6쪽), ② 망부는 △△면 묘터를 가족묘로 계획하고 직접 조성하였는데, 그 후 가족묘를 □□군 묘터로 변경하겠다는 의사를 표시하였다는 자료는 확인되지 않는 점, ③ 망부가 □□군 묘터를 매장장소로 지정하였다면 망인이 그에 관하여 알았을 것인 점, ④ 그럼에도 망인은 그러한 사실을 전혀 알지 못한 것으로 보이고, 오히려 망부를 □□군 묘터에 매장한 것에 대하여 채권자를 원망하기도 한 점 등을 종합하면, 제출된 자료만으로는 망부가 □□군 묘터를 매장장소로 지정하였다고 인정하기 부족하다.

다) 채권자는 망인의 남편인 망부가 □□군 묘터에 매장되어 있고, △△면 묘터에는 망인의 시부만 매장되어 있으므로, 망인이 남편이 아닌 시부와 같은 장소에 매장되는 것은 상식과 예법에 어긋난다고 주장하나, 앞서 본 것과 같은 망인과 상속인들의 의사, 묘터의 조성 및 매장 경위 등에 비추어 보면 받아들이기 어렵다.

5. 결론

참가인 B를 제외한 나머지 참가인들의 참가신청은 부적법하므로 각하하고, 채권자의 신청은 이유 없어 기각하며, 참가인 B의 신청은 이유 있어 인용하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

2022. 8. 12.

재판장 판사 임정엽

판사 차승우

판사 송현직