

# 손해배상(기)

[대법원 2007. 6. 28. 선고 2005다44114 판결]

## 【판시사항】

- [1] 분묘기지권의 귀속 주체
- [2] 분묘기지권의 존속기간 및 분묘가 일시적으로 멸실된 경우에 분묘기지권의 존속 여부(적극)

## 【판결요지】

- [1] 분묘의 수호 관리나 봉제사에 대하여 현실적으로 또는 관습상 호주상속인인 종손이 그 권리를 가지고 있다면 그 권리는 종손에게 전속하는 것이고 종손이 아닌 다른 후손이나 종중에서 관여할 수는 없다고 할 것이나, 공동선조의 후손들로 구성된 종중이 선조 분묘를 수호 관리하여 왔다면 분묘의 수호 관리권 내지 분묘기지권은 종중에 귀속한다.
- [2] 토지소유자의 승낙을 얻어 분묘가 설치된 경우 분묘소유자는 분묘기지권을 취득하고, 분묘기지권의 존속기간에 관하여는 당사자 사이에 약정이 있는 등 특별한 사정이 있으면 그에 따를 것이나, 그러한 사정이 없는 경우에는 권리자가 분묘의 수호와 봉사를 계속하며 그 분묘가 존속하고 있는 동안 존속한다고 해석함이 타당하다. 또, 분묘가 멸실된 경우라고 하더라도 유골이 존재하여 분묘의 원상회복이 가능하여 일시적인 멸실에 불과하다면 분묘기지권은 소멸하지 않고 존속하고 있다고 해석함이 상당하다.

## 【참조조문】

- [1]  
[민법 제185조](#),  
[제279조](#)
- [2]  
[민법 제185조](#),  
[제279조](#)

## 【참조판례】

- [1]  
[대법원 1992. 3. 13. 선고 91다30491 판결](#)(공1992, 1297) / [2]  
[대법원 1982. 1. 26. 선고 81다1220 판결](#)(공1982, 301),  
[대법원 1994. 8. 26. 선고 94다28970 판결](#)(공1994하, 2528)

## 【전문】

【원고, 피상고인】

【피고, 상고인】

【원심판결】

서울고법 2005. 7. 8. 선고 2004나80900 판결

【주 문】

상고를 모두 기각한다. 상고비용은 피고가 부담한다.

## 【이 유】

상고이유를 판단한다.

### 1. 상고이유 제1점에 대하여

분묘의 수호 관리나 봉제사에 대하여 현실적으로 또는 관습상 호주상속인인 종손이 그 권리를 가지고 있다면 그 권리는 종손에게 전속하는 것이고 종손이 아닌 다른 후손이나 종중에서 관여할 수는 없다고 할 것이나, 공동선조의 후손들로 구성된 종중이 선조 분묘를 수호 관리하여 왔다면 분묘의 수호 관리권 내지 분묘기지권은 종중에 귀속한다고 할 것이다([대법원 1992. 3. 13. 선고 91다30491 판결](#)).

위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 그 채용 증거를 종합하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 이 사건 분묘 10기의 분묘기지권이 원고 종중에 귀속된다고 판단한 것은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 분묘기지권의 귀속에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

### 2. 상고이유 제2점에 대하여

토지소유자의 승낙을 얻어 분묘가 설치된 경우 분묘소유자는 분묘기지권을 취득하고, 분묘기지권의 존속기간에 관하여는 당사자 사이에 약정이 있는 등 특별한 사정이 있으면 그에 따를 것이나, 그러한 사정이 없는 경우에는 권리자가 분묘의 수호와 봉사를 계속하며 그 분묘가 존속하고 있는 동안 존속한다고 해석함이 타당하다. 또, 분묘가 멸실된 경우라고 하더라도 유골이 존재하여 분묘의 원상회복이 가능하여 일시적인 멸실에 불과하다면 분묘기지권은 소멸하지 않고 존속하고 있다고 해석함이 상당할 것이다.

원심판결 이유에 의하면, 이 사건 분묘들은 이 사건 임야의 소유자였던 원고 종중의 승낙 하에 설치된 사실, 그 후 이 사건 임야에 관하여는 1977. 3. 29. 피고의 모인 소외 1 앞으로 매매예약에 의한 소유권이전청구권 보존의 가등기가 경료되었다가 1978. 4. 29. 가등기에 기한 본등기로서 소유권이전등기가 경료되었고 소외 1 이 사망하자 1995. 9. 2. 피고 앞으로 협의분할에 의한 상속을 원인으로 한 소유권이전등기가 경료된 사실, 피고가 2001. 8. 30. 이 사건 분묘들을 파해쳐 그 유골을 꺼내고 이를 화장한 후 위 유골의 유분은 충남 아산군 송악면 (상세지번 생략)에 있는 납골당에 보관하고 있는 사실을 알 수 있는바, 사정이 이러하다면, 원고들이 분묘기지권을 취득하였고, 이 사건 분묘의 원상회복이 가능하다고 할 것이어서 위 분묘기지권은 여전히 존속한다고 할 것이다.

원심이 같은 취지에서 원고들에게 각 해당 분묘의 분묘기지권이 있다고 판단한 것은 정당한 것으로 수긍이 가고 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 분묘기지권에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

### 3. 상고이유 제3점에 대하여

원심이 채용한 증거들을 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 이 사건 임야에 원고 종중 대표자 소외 2의 선대 분묘 10기, 원고 4의 고조부의 분묘 1기가 설치되어 있다고 판단한 것은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 채증법칙을 위배한 위법이 있다고 인정되지 아니할 뿐만 아니라, 원고의 이 부분 상고이유는 사실심의 전권에 속하는 증거의 취사선택과 사실인정을 탓하는 것에 불과하여 적법한 상고이유라고 보기도 어렵다.

### 4. 결 론

그러므로 상고를 모두 기각하고, 상고비용은 패소자가 부담하도록 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.