

임대차보증금

[대법원 2001. 8. 21. 선고 2001다28367 판결]

【판시사항】

분묘기지권에 그 효력이 미치는 지역적 범위 내에서 기존의 분묘에 단분(單墳)형태로 합장하여 새로운 분묘를 설치할 권능이 포함되어 있는지 여부(소극)

【판결요지】

분묘기지권은 분묘를 수호하고 봉제사하는 목적을 달성하는 데 필요한 범위 내에서 타인의 토지를 사용할 수 있는 권리를 의미하는 것으로서, 이 분묘기지권에는 그 효력이 미치는 지역의 범위 내라고 할지라도 기존의 분묘 외에 새로운 분묘를 신설할 권능은 포함되지 아니하는 것이므로, 부부 중 일방이 먼저 사망하여 이미 그 분묘가 설치되고 그 분묘기지권이 미치는 범위 내에서 그 후에 사망한 다른 일방을 단분(單墳)형태로 합장하여 분묘를 설치하는 것도 허용되지 않는다.

【참조조문】

[민법 제185조](#),

[제279조](#)

【참조판례】

[대법원 1997. 5. 23. 선고 95다29086, 29093 판결\(공1997하, 1854\)](#)

【전문】

【원고,상고인】

【피고,피상고인】

【원심판결】

서울지법 200 1. 4. 20. 선고 2000나59066 판결

【주문】

원심판결 중 분묘굴이청구에 관한 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울지방법원 본원 합의부에 환송한다. 원고의 나머지 상고를 기각한다.

【이유】

상고이유를 본다.

1. 부당이득반환청구에 관하여

원심은, 피고가 1967년 무렵 소외 1의 소개로 당시 이 사건 임야의 소유자였던 소외 2로부터 이 사건 묘역부분을 매수하여 그 지상에 망 소외 3의 분묘를 설치하고 그 후 소외 4가 사망하자 그 시신을 합장하면서 그 묘역을 정비하고 상석 등의 석물을 설치하여 점유하고 있는 사실을 인정한 다음, 피고가 그와 같은 합장의 과정에서 그 묘역을 11.8평 정도 확장하였다는 원고의 주장에 대하여 이를 인정할 증거가 없다는 이유로 배척하였는바, 관련 증거들을 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정은 수긍이 가고, 거기에 자백의

구속력에 관한 법리오해나 채증법칙 위반의 위법이 없다. 이 점에 관한 상고이유는 받아들일 수 없다.

2. 손해배상청구에 대하여

원심은, 피고가 망 소외 3의 묘지에 망 소외 4의 시신을 합장하고 묘역을 정비하면서 수목을 절단하거나 훼손하여 원고에게 100만 원 상당의 손해를 입게 하였다는 원고의 주장에 대하여, 피고가 망 소외 3의 묘역을 정비하면서 주변에 있는 잡목을 일부 절단하거나 훼손한 사실은 인정되지만, 그 훼손된 수목의 종류, 형태, 수량 등에 관한 아무런 주장·입증이 없을 뿐만 아니라 피고가 그 당시 경제적 가치가 있는 나무를 절단 또는 훼손하였다고 볼 만한 증거가 없으며, 달리 손해가 발생하였다는 점을 인정할 증거가 없다는 취지로 배척하였다. 불법행위로 인하여 손해가 발생한 사실이 인정되는 경우에는 법원은 손해액에 관한 당사자의 주장과 입증이 미흡하더라도 적극적으로 석명권을 행사하여 입증을 촉구하여야 하고 경우에 따라서는 직권으로라도 손해액을 심리·판단하여야 하지만(대법원 1974. 12. 24. 선고 73다1312 판결, 1982. 4. 13. 선고 81다1045 판결, 1986. 8. 19. 선고 84다카503, 504 판결 등 참조), 손해의 발생 여부에 대한 입증이 부족한 이 사건에 있어서 원심의 위와 같은 판단은 수긍이 가고, 거기에 심리미진의 위법은 없다. 이 점에 관한 상고이유는 결국 독자적인 견해에서 원심판결을 비난하는 것에 불과하여 받아들일 수 없다.

3. 분묘굴이청구에 대하여

가. 원심은 피고가 망 소외 3에 대한 분묘 설치시 위 묘역부분에 대하여 그 소유권자인 소외 2의 승낙을 얻어 분묘를 설치하였으므로, 위 묘역부분에 대하여 분묘기지권을 취득하였고, 위 묘역에 대하여 분묘기지권을 취득하였다고 하더라도 그 권한의 범위에 그 묘역에 망 소외 4의 시신을 합장할 권능까지 포함되었다고 보기는 어려우나, 이미 취득한 위 묘역에 대한 분묘기지권이 상실된다고는 볼 수 없으며, 분묘기지권이 미치는 범위는 분묘를 수호하고 봉사하는 데 필요한 범위로, 분묘가 직접 설치된 기지에 한하는 것이 아니고 분묘의 수호 및 제사의 봉행에 필요한 주위의 빈 땅에도 그 효력이 있으므로, 현재의 위 분묘의 묘역부분은 이미 취득한 위 묘역에 대한 분묘기지권 내에 포함된다고 봄이 상당하다는 이유로 결과적으로 피고가 망 소외 3의 분묘에 망 소외 4의 시신을 합장한 것은 피고가 취득한 분묘기지권의 범위에 속한다는 취지로 판단하였다.

나. 그러나 원심의 위와 같은 판단은 다음과 같은 이유로 수긍하기 어렵다.

분묘기지권은 분묘를 수호하고 봉제사하는 목적을 달성하는 데 필요한 범위 내에서 타인의 토지를 사용할 수 있는 권리를 의미하는 것으로서(대법원 1993. 7. 16. 선고 93다210 판결), 이 분묘기지권에는 그 효력이 미치는 지역의 범위 내라고 할지라도 기존의 분묘 외에 새로운 분묘를 신설할 권능은 포함되지 아니하는 것이므로, 부부 중 일방이 먼저 사망하여 이미 그 분묘가 설치되고 그 분묘기지권이 미치는 범위 내에서 그 후에 사망한 다른 일방을 단분(單墳)형태로 합장하여 분묘를 설치하는 것도 허용되지 않는다고 할 것이다(대법원 1997. 5. 23. 선고 95다29086 판결 참조).

원심이 적법하게 확정된 사실과 기록에 의하면, 망 소외 4의 분묘는 망 소외 3 분묘에 함께 합장하여 단분의 형태로 설치된 것으로서 피고가 1998. 2. 무렵 소외 4가 사망하자 새롭게 설치한 사실을 인정할 수 있고, 사실관계가 이러하다면 망 소외 4의 분묘가 비록 망 소외 3의 분묘의 분묘기지권이 미치는 지역적 범위 내인 동일한 봉분 내에 위치한다고 하더라도 그러한 분묘 신설은 허용되지 않는다고 할 것이다.

그럼에도 불구하고, 원심이 판시와 같은 이유만으로 망 소외 4의 분묘에 대한 원고의 분묘굴이청구를 배척한

것은 분묘기지권의 범위에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미쳤다고 하겠다. 따라서 이 점을 지적하는 상고이유는 이유 있다.

4. 결론

그러므로 원심판결 중 분묘굴이청구에 관한 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 원심법원에 환송하기로 하며, 원고의 나머지 상고를 기각하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.