분묘기지권의 실무적 검토

문광호*

The practical study on the site right of graveyards

Moon Kwang Ho

요약

분묘기지권에 대하여는 분묘의 이전에 관한 내용만 토지보상법 시행규칙 제42조에 규정하고 있고, 분묘기지권이라는 본연의 권리는 별도의 규정이 없다. 따라서 분묘기지권의 보상근거 우리 토지보상법의 전체에서 찾아 보면 이장보조비로써 100만원 이내에서 분묘기지권의 가치를 인정한다고 보여지고 이는 분묘기지권 제도의 존손 여부는 별론으로 하고 현재의 법체계하에서 당연한 조치로 생각된다. 다만 관습법상 오랜 세월동안 인정되어 온 분묘기지권에 대한 보상규정은 토지보상법에 명문화 하여 이론을 없애는 입법자의 노력이 필요하다고 생각된다.

(ABSTRACT)

Paper inquire into centering around the judical precedent, futher more refer the literature on this subject by combination documentary method of study and that of law-interpretation and this aims to examine the basis and legitimacy of the legal superficies in customary law, the right of the tomb and present relevant precedents in an orderly manner.

keyword : 관습법(customary law), 지상권(legal superficies), 분묘권(the right of the tomb), 분묘기지권(the site right of graveyards)

• *제1저자 : 감정평가사
• 투고일 : 2014. 6. 30, 심사일 : 2014. 7. 30, 게재확정일 : 2014. 8. 30.

1.서론

타인의 토지에서 분묘라는 특수한 공작물을 설치한 자가 그 분묘를 소유하기 위하여 분묘를 소유하기 위하여 분묘를 기타부분인 토지를 사용할 수 있는 물권이다. 이것도 「관습법에 의한 법정지상권」의 일종으로서, 현재의 판례와 학설이 인정하고 있다

분묘기지권의 인정근거는 다음과 같다. 우리 민족은 분묘를 조상의 사체와 영혼이 안주하는 곳으로 생각하여 존엄시하는 풍속을 가지고 있다. 그런데, 일부계층을 제외하고는 자신의 종산을 가지지 못했으며 또한 공동묘지 등도 거의 없었으므로, 타인의 산에 매장 할 수 밖에 없었다. 이런 경우에 토지소유권의 보호만을 생각하여 일단 설치된 분묘를 함부로 철거하거나 손상한다면 이는 우리 민족의 묘지존중의 관념에 어긋난다. 이에 따라, 분묘기지권이 인정되게 되었다.[1)]

이 분묘기지권도 그 성질을 따져보면 그 「존립의 근거」가 관습법이고, 그 「설립방법」도 당사자의 의사와는 하등 관계가 없이 법률상 당연히 인정되는 점에서 관습법상의 법정지상권과 극히 유사하다. 이러한 점에서 분묘기지권도 「관습법상의 법정지상권」이라고 할 수 있겠지만, 판례는 이 분묘기지권을 「지상권유사의 일종의 물권」이라고 할 뿐 지상권 그 자체로 보고 있지는 않으므로[2)] 분묘기지권을 관습법상 법정지상권 자체에 포함된다고 할 수 없고, 「관습법상의 법정지상권 유사의 일종의 물권」으로 보는 것이 정확할 것이다.

이러한 분묘기지권의 근본이 돼는 분묘가 국가 또는 지방자치단체등에 의한 공공사업에 편입돼는 경우 “공익사업을 위한 토지등의 취득 및 보상에 관한 법률‘(이하 ’토지보상법‘이라한다) 시행규칙 제42조는 분묘에 대한 보상액에 대한 규정으로 석물이전비를 포함한 분묘이전비 등에 대한 보상액 산정의 기준이 있다. 이는 분묘를 이전하는 비용에 대한 내용이기는 하나 실제 조상의 분묘를 수익을 목적으로 거래하는 관행이 전무한 상황에서 우리 법 체계에서 유일하게 분묘에 대한 일정수준의 가치에 대한 가이드를 제시한다는 의미에서 검토하는 것이 의미있다고 하겠다.

2. 분묘기지권의 기능

분묘기지권도 역시 전술한 바와 같은 관습법상의 법정지상권과 마찬가지로 구의용민법시대부터 이미 판례가 인정하여 온 것이나, 그 승인의 사회적 의의는 관습법상의 법정지상권의 경우보다 훨씬 깊은 것이라 할 수 있다.

분묘기지권이 생기는 이유는 고대로 한국사회의 묘지제도의 특수성에서 오는 것이다. 일본같은 나라에서는 사리

경내에 묘지를 설치하고 일반임야에 함부로 묘지를 함부로 설치하지 않는데 반하여 우리나라의 경우는 공동묘지외에 일반 임야에 함부로 묘지를 설치하기 때문에 분묘를 보호하기 위하여 분묘기지권을 인정할 필요가 있다. 그러나 한편으로 분묘의 설치는 풍수지리설과 결합하여 묘지의 무절제한 확장을 초래하였으며, 또한 토지소유권을 침해하여 법적분쟁의 원인이 되기도 하였다.

오늘날은 국토의 조화로운 개발을 위해서 묘지가 적잖이 장애 요인이 되고 있으며, 그렇다고 풍수지리설과 조상숭배사상에 터잡고 있는 전통적인 분묘제도를 손쉽게 배척할 수는 없는 것이다. 따라서 분묘제도의 개선은 중요한 사회적 과제 중에 하나이다. 전통적인 묘지제도의 개선을 위해 「이장 및 묘지 등에 관한 법률」을 제정하여 공법상의 규제 강화에 의하여 분묘행정이 개선되어 우리들의 조상숭배와 풍수적 명당의식에도 차차 변화되면 분묘기지문제도 차츰 감소될 것이다.

3. 연혁

우리나라 옛날의 분묘에 관한 제도는 중국에서 생성한 제도와 방식을 기초로 하고 있었다. 불교가 최대로 융성하였던 신라의 중기부터 고려시대의 말기에 이르기까지 불교의식에 의한 묘비의 방식이 성행 하였고, 조선에 와서는 유교의식에 의해 묘비를 하였으며, 이에 관하여는 명률의 규정에 따랐다. 그러다가 한일합방으로 인하여 이와 같은 규정은 다 없어지고 분묘의 보호를 위하여 형법상 시행령으로 발포하였다. 그러나 관습법의 분묘기지권이 인정된 것은 그 후 조선고등법원판례가 그 효시가 아닌가 한다.

동 판례는 「타인의 토지에 그의 승낙을 얻지 아니하고 분묘를 한 자라 할지라도, 20년간 평온 공연히 분묘의 기지를 점유한 때에는 시효로 인하여 타인의 토지에 대하여 지상권에 유사한 일종의 물권을 취득하는 것으로 한다. 이러한 권리에 대하여는 증명이나 등기받음이 없어도 이를 제3자에게 대항할 수 있는 관습이다」라고 판시[3]하여 관습법상 분묘기지권을 최초로 언급하였으며, 이후 이 판결은 긍정적으로 받아들여져 민법총칙의 법원론에서, 판결민법의 일예로서, 취득시효에 있어서, 물권법정주의론에 있어서 그 존재가 인정되고 금일 판례법으로서 그 효력을 발휘하고 있다고 한다.[4]

4. 분묘기지권의 입법례

관습법상 법정지상권은 타인의 토지에 분묘를 설치한 자가 그 분묘를 소유하기 위하여 타인의 토지를 제한된 목적의 범위에서 사용할 수 있는 지상권

유사의 물권으로서 판례에 의하여 설정된 제도이다. 따라서 외국의 분묘기지권을 우리나라의 분묘기지권과 비교법적 관점에서 고찰하되 일본과 미국의 분묘기지권을 대상으로 한다.

1) 일본에서의 분묘기지권

일본에서의 지방과 산촌에서 집안에 묘지를 설치하는 자가 있고, 이것을 묘지라고 하는 자가 있어도, 이것은 공적으로 인정한 묘지가 아니므로, 유골 등을 이장 할 수 없다. 묘지는 공중위생상 또는 국민의 종교감정에 크나큰 관계가 있기 때문에, 납골당과 화장터는 예부터 그의 관리에 대하여 행정상의 규제를 받고 있다. 묘지 이외의 구역에는 이장 등은 허가되지 않고 공동묘지에 인접한 사유지에 개인이 「某國의 묘」란 묘비를 세워서 장래 묘지로 하는 구조 외 실태가 있어도, 현재 이장의 사실이 없는 것은 묘지로서, 허가를 받지 않는 한, 묘지로는 인정되지 않고 이장이 허가되지 않고 또 과거 십년전 이장한 유골이 있어도 벌써 소멸하였다고 생각할 수 있는 것은 묘비를 碑라고 칭했다고 한다.[5)]

일본에 있어서 분묘기지권이 허용되는 곳은 사원묘지가 원칙이고, 시점촌 공공단체에는 필요한 한도에 있어서 예외적으로 허가가 인정되었다. 즉 개인의 사적 분묘기지권이 인정되지 않고 있다. 일본에 이어서 분묘기지의 사용권과 그 승계자는 어떻게 되는가? 이는 한국과 같은 제사주솔자에게 승계되는가이다.

분묘이용권은 공동 승계인에게 공유적으로 승계되는 것으로서 적어도 유골은 분골하여 각자의 원하는 묘지에 이장한다고 해석된다. 심판례는 묘지관리를 하여온 자의 양녀와 수대전의 소유명의인의 상속인과의 분묘지와 분할승계를 인정하고, 피이장사자의 당사자의향을 참작하여 묘지사용권을 분속시킨 것 등이 있다.

2) 미국에 있어서의 분묘기지권

우리나라에 있어서 개인소유의 묘지에 있어서는 당연히 산주의 승인을 얻어야 한다. 그러나 종중소유의 산에다 승낙 없이 묘지를 설치한 경우가 문제가 되며 공동상속인의 동의를 얻지 않는 경우이다. 매주가 사망하여 그것이 공동상속인에 승계되어진 때에 공동상속인이 다른 공동상속인의 동의를 얻지 않고 스스로 손자를 거기에 이장한 경우에 미국의 판례는 「공유자 일인은 타인의 평등한 특권을 배척하지 않는 한, 보유토지의 합리적인 사용을 하는 권리를 갖는다. 그러나 묘지의 경우에는 단독소유이면 혈족, 친족의 이장 또는 타인의 이장도 허가하여진다는 것이 될 수 있어도, 공유의 경우에는 어는 것이나 그 권리를 없고 타인의 동의를 얻을 필요가 없다. 그 토지가 이장목적

에 사용되는 한, 다른 부동산과 같이 소유자의 권리를 행사 할 수 없다.

상속인은 선조가 보유함과 같은 조건으로 복종하며 취득하는 것으로서 일종의 신탁이 가족의 이익 때문에 그의 토지에 부착하는 것이다. 공유자는 이장의 스페이스가 더욱 이용되는 것을 조건으로 사망의 순서에 따라서 이장되어진 권리를 가지고 그것을 보유하게 될 것이다. 거기에 공유자 일인이 타인의 동의 없이 타인 또는 혈족의 유체를 이장한 경우에 있어서 그것은 다른 공유자가 소유한 이장 장소를 빼앗는 것이므로, 이와 같은 경우 이장이 현재 행하여지기 전에 이의가 있는 때에는 재판소는 이와 같은 이장을 금지 할 수 있을 것이다. 그러나 이장이 끝난 뒤에는 그 유체를 제거하는 것에 대해서 재판소는 혐오한 표시를 나타내고 있다. 그 이유는 정의의 요구라고 표시하였다.

이하에서 일본에서의 분묘기지권의 사용과 승계, 그리고 판례를 통한 미국의 분묘사용권의 공동상속등을 비교 고찰하여 보았다. 우리나라에 분묘기지권이 생기는 이유는 고래로 한국사회의 특수성에 기인한다고 보아야 한다. 따라서 우리나라의 분묘기지권은 위 외국의 분묘기지권과 근본적인 차이가 있다고 본다.

2,분묘기지권의 성립요건

분묘설치자의 분묘기지에 대한 토지권유사의 일종의 물권 즉 분묘기지권은 다음의 세가지 중 하나만 구비하면 성립한다고 한다.

1) 소유자의 승낙을 얻어 분묘를 설치한 경우

여기서 토지소유자의 승낙이 있었다는 것은 당사자 간에 분묘 설치에 관한 합의만이 있었고, 그 토지사용권에 관한 구체적인 합의(예컨대, 지상권 설정의 합의 또는 임대차계약 등)는 없는 경우를 말한다. 이에 관한 구체적인 합의가 있었다면, 그 합의에 따른 토지상용권을 취득할 뿐이다.[6]즉 토지소유자의 승낙을 얻어 그의 소유지 안에 분묘를 설치한 때에 취득된다.[7] 토지 소유자의 승낙이 있다는 것은 당사자 사이의 합의 , 즉 어떤 계약이 성립하였음을 의미한다.

2) 취득시효

타인소유의 토지에 그의 승낙없이 분묘를 설치한 경우에는 20년간 평온, 공연하게 그 분묘의 기지를 점유함으로써 분묘기지권을 취득한다.[8]여기서 분묘기지권을 시효 취득할 수 있는 자는 분묘의 소유자에 한한다. 분묘의 소유권은 종손에게 속하며, 방계자손에게는 속하지 않는다. 그러나 증손이 아닌 자손도 분묘기지를 사용할 수는 있다.[9]분묘소

유자(분묘기지의 점유자)는 특별한 사정이 없는 한 분묘기지를 소유의사로 점유하는 것으로는 해석할 수 없으므로, 소유권이 아니라 분묘기지권을 시효취득한다.[10] 이와같이 분묘기지권을 시효취득할 수 있는 자는 그 분묘의 소유권에 한하며, 따라서 분묘소유자가 아닌 사람은 아무리 장기적 분묘를 소유하여도 분묘기지권을 시효취득하지 못하며, 조상의 분묘에 대한 소유권은 관습상 종손에 속한다.[11]

3) 자기소유의 토지에 분묘를 설치한 자가 그 후에 「그 분묘기지의 소유권을 유보하거나 분묘기지도 함께 이전한다는 특약」을 하지 않고 토지를 타인에게 양도한 경우

자기소유의 토지에 분묘를 설치한 자가 후에 그 분묘기지에 대한 소유권을 보유하거나 또는 분묘도 함께 이전한다는 특약을 함이 없이 토지를 매매 등으로 처분한 때에는, 그 분묘를 소유하기 위하여 분묘기지권을 취득하게 된다.[12]

3.분묘기지권의 내용과 성질

1) 성질

분묘기지권은 특수한 지상권으로서, 물권이다. 이처럼, 물권이므로 그 분묘기지권부분이 침해당한 때에는 분묘기지권자는 분묘기지권에 기하여 그 침해의 배제를 청구 할 수 있다.

2) 내용

분묘기지권의 내용은 이미 설치되어 있는 분묘를 소유하기 위하여 타인의 토지를 사용하는 것이다. 따라서 새로운 분묘를 설치한다는가 그 밖의 다른 목적으로 분묘기지를 사용하지 못한다. 또한, 분묘기지권은 분묘를 소유하기 위하여 인정되는 물권이고, 분묘는 양도 등의 처분을 할 수 없으므로, 분묘기지권 자체도 양도 등으로 처분 할 수 없다.

3) 범위

분묘기지권 미치는 범위는 분묘를 설치한 목적을 달성할 수 있는 범위이다. 분묘기지권은 분묘가 설치된 基地部分만 미치는 것이 아니고 분묘의 수호 및 제사에 필요한 주위의 토지에도 미친다. 또한, 累代의 분묘가 집단으로 설치된 경우에는 그 집단을 이루는 全墳墓의 수호와 제사에 소요되는 범위를 참작하여 포괄적으로 정한다. 특히, 장사 등에관한 법률이 정하는 분묘의 점유면적(제16조참조)은 분묘기지권이 미치는 범위를 정하는 기준이 아니다. 분묘를 설치한 목적을 달성할 수 있는 범

위인가의 판단은 각 구체적인 경우에 개별적으로 정한다.

4) 존속기간·포기

분묘기지권의 존속기간이 약정이 없는 경우에는 분묘소유자가 분묘의 수호와 제사를 계속하는 한 분묘기지권은 존속한다. 따라서, 상다한 기간 분묘의 수호와 제사를 저버리면 분묘기지권은 소멸한다. 판례는 "분묘기지권의 포기는 분묘기지권자가 토지소유자에 대하여 포기의 의사표시를 함으로써 바로 소멸한다. 그러므로, 그 의사표시 외에 점유도 포기하여야 할 필요는 없다."고 한다.

5) 지료문제

분묘기지권자는 토지소유자에게 지료를 지급하여야 하는가? 분묘기지권은 분묘를 존엄시하는 우리민족의 풍속에 근거하여 인정되고 있다. 그런데, 지료를 지급하여야 한다고 하면 2년간 지료가 체납되는 경우에는 토지소유자는 분묘기지권의 소멸을 청구할 수 있게 된다(제287조). 이는 분묘를 존엄시하는 풍속에 어긋난다. 또한, 분묘기지권은 관습법상의 물권인 바, 우리의 관습법에서는 특약이 없으면 무상이라고 여겨진다. 그러므로, 분묘기지권자는 지료지급의 특약이 없으면 지료지급의무가 없다고 하는 견해가 있다.

(1) 일부 긍정설

자기의 토지에서 분묘를 소유하는 자가 그 토지를 양도함으로써 분묘기지권을 취득하는 경우에는 민법 제366조 단서를 유추적용하여 지료를 지급하여야 한다. 그리고, 토지소유자의 승낙을 얻어서 분묘를 설치한 경우에는, 당사자 간에 지료의 약정이 있으면 그에 따르고 이러한 약정이 없으면 무상이다. 또한 분묘기지권을 시효취득한 경우에는 무상이다.

(2) 전부 긍정설

지료를 지급하지 않는다는 특약이 없으면, 분묘기지권을 취득하는 모든 경우에 지료를 지급하여야 한다. 그러나, 그 근거에 있어서 견해가 대립된다. 즉, 일부긍정설처럼 각 경우로 나누어서 유상이나 무상으로 하는 것은 근거가 없으며 상호 간의 균형도 맞지 않는다고 하는 견해와 분묘기지권의 인정은 토지소유권의 제한이므로 그 제한에 대하여는 보상을 하여야 함이 법의식에 합치한다는 견해가 있다. 지료액에 관하여 다툼이 있으면, 당사자의 청구에 의하여 법원이 결정한다고 한다.[13)]

(3) 판례

지상권에 있어서 지료의 지급은 그 요소가 아니어서 지료에 관한 약정이 없는 이상 지료의 지급을 청구 할 수 없다. 이 점에 비추어 보면, 분묘기지권을 시효취득한 경우에도 지료를 지급할 의무가 없다.[14] 이러한 논지라면, 시효취득 이외에 경우에도, 지료를 지급한다는 약정이 없으면 무상이라고 해석이 된다.

4. 분묘기지권의 효력

1) 물권의 취득

분묘기지권은 「지상권에 유사한 물권」이다. 분묘소유자는 분묘물권을 취득한다. 대법원 1973.2.26. 선고 72다2454판결은 「분묘설치행위가 비록 위법이라하더라도 지상권 유사의 물권을 취득한다」고 판시한다. 이는 타인의 토지를 제한된 범위내에서 사용하는 것을 그 내용으로 한다.

2) 효력 범위

분묘기지권이 미치는 범위에 대해 판례는 분묘를 수호하고 목적을 달할 수 있는 범위내라고 보고 있다.

5. '토지보상법'상 분묘에 대한 보상

1)토지 보상법등 보상규정 분묘 보상 내용

(1)토지 보상법 제 42조 내용

분묘에 관한 보상은 "장사 등에 관한 법률'에 의한 연고자가 있는경우 분묘이전비,석물이전비,잡비,이전보조비 등으로 구성돼어있으며 연고자가 없는 경우 연고자가 있는 분묘 보상액의 50퍼센트 이하에의 범위에서 산정한다고 규정하고 있으며, 각 구성에 대한 실무적인 상세한 내역은 '분묘에 대한 보상액의 산정지침'에 의거 산정의 적정성과 공정성을 확보하게 된다.

(2)분묘에 대한 보상액의 산정지침상 분묘보상내역

분묘에 대한 보상액은 분묘이전비와 석물이 이전비를 합산하여 구한다. 분묘이전비는 순수한 이장비에 운구차량비 또는 차량운반비, 잡비를 합산하여 구하고, 석물이전비는 석물의 종류에 따라 크기와 중량 및 도로조건, 경사비율, 수평거리, 운반소요시간 등을 감안한 석물계수표를 적용하여 구한 값에 석물 이전에 다른 차량운반비와 잡비를 합산하여 구한다.

이러한 분묘 이전비는 분묘의 종류에 따라 상이하며, 분묘의 종류는 유연단장, 유연합장, 유연아장, 무연단장 등으

로 구분한다

이전보조비는 사업지구 인근소재 법인 묘지 단위면적당 사용료에 10㎡(단장)또는 15㎡(합장)의 곱한 금액 100만원 한도내에서 지급하게 된다.

2)실제 분묘 보상의 현황

분묘에 대한 보상액과 석물의 보상액은 상기의 수학적 기법에 의하여 산정하게 돼어있는데 결과적으로 수학적 기법에 의한 산정의 내용은 매년 물가상승률등을 고려하여 다소 유동적이기는 하나, 도서 벽지를 기준으로 대략적으로 최대 유연단장 1,841,000원, 유연합장 2,761,500원, 무연단장735,000원, 유연아장 736,400원이다.

석물이전비의 경우, 석물이전비 = A / T × M × (6 0 × 2 × L) / V + A/T×M×t=A×M×(60×2×L/v+t)/V/T . A : 이전설치공의 노임,M : 필요한 이전설치공의 수,M의 산출 : 총운반물중량 ÷ 1인당1회운반중량 ※ 1인1회 운반 및 설치 또는 해체량 : 50kg, L : 운반거리(분묘지에서 차량까지의 거리), T : 1일 실작업시간(360분), t : 이전작업시간, V : 왕복평균속도에 의한다 그러나 실제 석물의 경우 제작당시 향이 표시돼어있는 경우가 많고, 석물이전하는 것에 대한 전통적인 부정적인 인식 때문에 석물의 가격으로 지급하는 경우가 많다.

3)토지보상법상 분묘기지권의 가치

그렇다면 상기와 같은 분묘의 이전을 위한 실비 많을 보상하게 돼면, 헌법 제23조에 규정한 재산권의 보장과 그의 제한과 관련하여 '정당한 보상'은 실현가능한가?

이러한 헌법에서 정한 '정당한 보상'이 실현돼기 위해서는 분묘기지권은 관습법적으로 또는 판례에서 인정하는 권리이므로 이에 대한 개별보상원칙에 따라 별도의 보상을 해 주어야 할 것이다. 따라서 토지보상법에서는 명확하게 규정하고 있지 않으나 '이장보조비'를 통해 분묘기지권의 가치에 대하여 100만원 이내에서 보상하고 있는 것으로 보이며 이는 입법자가 헌법이 정한 정당보상의 정신을 실현하기 위한 조치라고 생각된다.

6. 문제점과 개선방향

.관습법상의 분묘기지권의 주요내용은 자손이 분묘를 돌보는 한 존속기간 제한 없이 무료로 타인의 토지를 분묘기지로 사용할 수 있다는 것이다. 공동선조와 관련된 제도로 호주제도, 동성동본금혼제도, 성년남성의 종원 자격인정, 관습법상의 분묘기 지권 등을 들 수 있는데, 그 중 앞의 세 가지 제도는 헌법재판소 및 대법원의 판례또는 입법을 통하여 모두 부정됨으로써 호주제도의 폐지, 8촌 이내의 근친혼 금지, 성

년여성에게도 종원자격 인정으로 바뀌었다. 마지막 남은 제도인 죽은 자를 위한 관습법상의 분묘기지권도 과연 타인의 토지 위에 분묘를 설치한 경우 이를 존속기간의 제한 없이 무료로 사용할 수 있는 관습법상의 분묘기지권이 유지될만한 관습이 현재도 존재한다고 할 것인가 여부인데, 유교문화의 쇠퇴, 기독교문화의 보급, 의료수준의 발달, 교육수준의 향상 등에 근거한 화장 문화 및 수목장 등 새로운 장례문화의 발달, 공설묘지 및 사설묘지를 비롯한 납골당 등의 완비로 이제는 분묘기지에 대해 재산권적 시각으로 접근하고 있음에 비추어 관습법상의 분묘기지권을 더 이상 인정해야 할 관습은 존재하지 않게 되었다고 보아야 할 것이다.

또한 오늘날의 분묘기지권을 비롯한 전통적인 묘지제도는 산지개발·산림록화·자연경관보호 등에 있어서 장애요인으로 되므로, 문제점도 가지고 있다. 그러나, 분묘기지권의 인정근거를 고려할 때 분묘기지권을 지금 당장에 전면적으로 부인할 수 없고, 분묘에 대한 국민의식의 변화 및 공동묘지의 확장 등이 이루어지는 때에 맞추어서 점진적으로 부인하는 것이 옳다.

그러나 현행 손실보상기준에 관하여는 종래 완전보상설(完全補償說)과 상당보상설(相當補償說)의 대립이 있다. 이는 바로 전자는 자유주의적 견지에서 침해된 재산권이 본래 갖는 가치에 해당하는 재산적 가치의 보상을 의미하며, 후자는 사회적·국가적 견지에서 그 재산권을 침해하는 공공필요성을 중시하여 이른바 사회국가적 기준으로 결정되는 상당한 보상을 의미하는 것이다.

우리 <헌법>의 해석으로는 구체적 손실보상청구권의 발생과 마찬가지로 이에 대한 것도 구체적 법률이 정하는 바에 의한다고 할 수 있다. 이에 관한 구체적 실정법은 <토지보상법> 등이 있다.

그러나, 아쉽게도 개별법인 토지보상법에는 개별 물건에 대한 보상기준으로 제28조 토지에 관한 소유권외의 권리의 평가제시하고 있으나, 분묘기지권에 대하여는 분묘의 이전에 관한 내용만 토지보상법 시행규칙 제42조에 규정하고 있으고, 분묘기지권이라는 본연의 권리는 별도의 규정이 없다. 따라서 분묘기지권의 보상근거 우리 토지보상법의 전체에서 찾아 보면 이장보조비로써 100만원 이내에서 분묘기지권의 가치를 인정한다고 보여지고 이는 분묘기지권 제도의 존손 여부는 별론으로 하고 현재의 법체계하에서 당연한 조치로 생각된다. 다만 관습법상 오래새월동안 인정돼어온 분묘기지권에 대한 보상규정은 토지보상법에 명문화 하여 이론을 없애는 입법자의 노력이 필요하다고 생각된다.

참고문헌

1) 강태성, 물권법, 대명출판사, 2011, p.748.
2) 대법원 1959.4.30. 선고 4291민상182 판결; 1967.10.12. 선고 67다1920 판결 등 참조.
3) 조선고등법원 1927.3.8. 민사판결집 제14호 p.62.
4) 최용환, “분묘기지권의 검토”, 사법논문집, 광주전남대학교 출판부. 1985. p.218.
5) 조종식, 한국의 묘지, 대원출판사, 1987, p.73.
6) 강태성, 전게서, p.749.
7) 대법원 1967.10.12 선고67다1920 판결.
8) 대판 1996.6.14. 96다14036; 대판 1995.2.28. 98다37912.
9) 대판 1979.10.16. 78다2117.
10) 즉, 일반적으로는 소유의사가 없고, 특별한 사정이 있으면 소유의사가 있다고 해석된다. 따라서, 소유의사의 유무가 불분명한 경우에는 소유의사가 없는 것으로 된다. 그러므로 추정은 문제되지 않는다. 그런데, 일부학자는 “분묘기지권의 취득시효에 있어서는 타주점유(소유의사 없이 하는 점유)로 추정될 뿐”이라고 주장하는 것(곽윤직, 상게서, p.239), 즉 민법 제197조(자주점유의 추정)의 예외라는 주장은 수긍하기 어렵다.
11) 대법원 1959.4.30. 선고 4291민상182 판결.
12) 대법원 1967.10.12. 선고 67다1920 판결.
13) 강태성, 전게서, pp.751-753.
14) 대판 1995.2.28. 94다37912.