creative commons
COMMONS DEED

저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

박사학위 청구논문
지도교수 문 홍 안

제주지역 분묘와 산담의 법리적 고찰



2014년 2월

건국대학교 대학원
법 학 과
고 관 용

제주지역 분묘와 산담의 법리적 고찰

A Study of Legal Structure of Grave & "Sandam"
Local customs at Jeju

이 논문을 법학 박사학위 청구논문으로 제출합니다

2013년 12월

건국대학교 대학원
법 학 과
고 관 용

고관용의 법학박사학위 청구논문을 인준함

심사위원장 _____

심사위원 _____

심사위원 _____

심사위원 _____

심사위원 _____

2013년 12월

건국대학교 대학원

목 차

표목차 ····· vi
그림목차 ····· vi
국문초록 ····· viii

제1장 서론 ····· 1

제1절 연구의 목적 ····· 1
제2절 연구의 범위 및 방법 ····· 2
1. 연구의 범위 ····· 2
2. 연구의 방법 ····· 3

제2장 제주의 장례문화와 산담 ····· 4

제1절 제주의 장례문화 ····· 4
1. 제주도의 장법(葬法) ····· 4
가. 제주 장례제도의 유래 ····· 4
나. 조선시대 이전 ····· 4
다. 조선시대 이후 ····· 6
2. 제주의 장묘문화 ····· 8
가. 제주의 장묘문화의 특징 ····· 9
나. 제주의 장례식과 역할 ····· 11
3. 묘지조성 ····· 13
가. 타인소유토지에 묘지안장 사례 ····· 13
나. 묘터의 사용 승낙 ····· 14
4. 벌초 등 ····· 15
가. 벌초의 유래 ····· 15
나. 벌초의 사회적 특징 ····· 17
다. 무연분묘의 벌초 ····· 17

제2절 산담 ····· 18
1. 산담의 의미 ····· 18
2. 산담의 기능 ····· 21
가. 금계(禁界)공간인 산담 ····· 21
나. 산담의 조성배경 ····· 22
3. 제주산담의 유형 ····· 26
가. 전방후원형 산담 ····· 27
나. 부등변사각형 산담 ····· 28
4. 산담의 구조와 축조 ····· 29
가. 산담의 구조 ····· 29
나. 산담의 축조 ····· 35

제3절 산담의 현황 ····· 36
1. 산담의 현재성(現在性) ····· 36
가. 죽음문화를 반영한 제주의 산담 ····· 36
나. 땀과 정성의 결정체로서의 산담 ····· 37
다. 산담의 예술적 가치 ····· 37
라. 산담과 제주의 문화 ····· 38
2. 제주지역의 분묘 현황 ····· 40
가. 묘지관습과 연혁 ····· 40
나. 묘지현황 ····· 41
3. 분묘현황에 대한 분석 ····· 44

제3장 분묘와 산담의 승계 ····· 47

제1절 우리나라 토지소유제도의 개관 ····· 47
1. 조선시대의 토지소유제도 ····· 47
가. 토지권리관계의 특징 ····· 47
나. 소유권의 공적증명 ····· 47
다. 입안제도 ····· 48
2. 대한제국의 토지소유제도 ····· 49
가. 양전지계사업의 추진 ····· 49
나. 토지건물의 매매교환양여전담에 관한 법률 ····· 50

다. 토지가옥증명규칙 ····· 52
라. 토지가옥소유권증명규칙 ····· 54
3. 일제강점기의 토지소유제도 ····· 54
가. 토지조사사업 ····· 54
나. 토지사정제도 ····· 56
4. 현행 토지소유제도 ····· 59

제2절 분묘의 권리와 관리의 승계 ····· 59
1. 민법제정이전의 제사상속제도 ····· 59
가. 조선시대 ····· 59
나. 일본강점기 ····· 61
2. 민법의 제정과 제사상속 ····· 62
가. 민법의 제정 ····· 62
나. 제사의 상속 ····· 63
3. 호주제폐지 이전의 제사주재자의 결정 ····· 64
가. 학설의 대립 ····· 65
나. 판례의 태도 ····· 65
4. 호주제도의 폐지와 제사용 재산의 관리 ····· 66
가. 호주제 폐지에 따른 제사주재자의 결정 ····· 66
나. 2008년 대법원 전원합의체 판결에 대한 비판 ····· 68
다. 민법 제1008조의3 존폐에 관한 논의 ····· 70

제3절 제주지역 분묘와 산담의 공시성 ····· 74
1. 토지사정에 의한 산담의 공시 ····· 74
가. 제주의 토지조사사업 ····· 74
나. 토지사정과 산담 ····· 75
2. 현행민법시행과 산담의 공시기능 ····· 76
가. 산담공시의 실현방법 ····· 76
나. 산담으로 공시제도의 실현 ····· 77
다. 분묘공시의 실현방법 ····· 77

제4장 분묘와 산담의 법리적 구조 ····· 79

제1절 분묘와 산담의 유형별 문제점 ····· 79
1. 분묘와 산담에 대한 등기가 있는 경우 ····· 79
가. 등기명의인이 제사주재자인 경우 ····· 79
나. 등기명의인과 제사주재자가 불일치하는 경우 ····· 79
2. 분묘는 있으나 산담에 대한 등기가 없는 경우 ····· 80
3. 분묘 없이 산담만 존재하는 경우 ····· 80
가. 산담에 대한 소유와 등기가 있는 경우 ····· 80
나. 산담에 대해 사실상 지배하지만 등기가 없는 경우 ····· 81
4. 분묘와 산담이 없으나 산담에 대한 등기가 존재하는 경우 ··· 81
5. 분묘만 존재하는 경우 ····· 82

제2절 분묘와 산담의 법리적 분석 ····· 82
1. 분묘와 산담의 권리귀속 ····· 82
가. 제사용 재산 ····· 82
나. 산담의 공시 ····· 83
2. 분묘와 산담에 대한 공시관계 ····· 84
가. 등기된 분묘의 공시 ····· 84
나. 등기되지 않은 분묘의 공시 ····· 85
3. 취득시효 ····· 92
가. 부동산소유권의 취득시효 ····· 92
나. 분묘와 산담을 통한 권리보호 ····· 94
4. 관습법상의 분묘기지권 및 한시적 매장제도 ····· 95
가. 분묘기지권 ····· 96
나. 장사법에서 한시적 매장제도 ····· 107

제3절 분묘와 산담에 관한 법률 정합성 ····· 114
1. 장사법 개정을 통한 해결방안 ····· 114
가. 「장사 등에 관한 법률」 개관 ····· 114
나. 장사시설 ····· 115
다. 장사법 개정을 통한 해결방안 ····· 119
2. 묘지 이전등기에 관한 특별법 제정을 통한 방안 ····· 120
가. 특별법의 필요성 ····· 120
나. 특별법의 실현방안 ····· 121

3. 묘지등록등기제도의 신설 방안 ····· 122
가. 묘지등록등기제도의 필요성 ····· 122
나. 묘지등록등기제도의 실현 방안 ····· 123
4. 제주산담의 문화관광자원화 방안 ····· 124
가. 문화관광의 기본방향 ····· 124
나. 산담의 문화관광자원화 ····· 125
다. 산담의 보전과 관광자원화 방안 ····· 125
라. 문화유산으로서의 제주 민묘 ····· 132
5. 소 결 ····· 134
가. 장사법 개정을 통한 개선 방안 ····· 134
나. 분묘기지권 및 한시적 매장제도에 대한 개선 방안 ····· 136
다. 묘지에 대한 이전등기 특별법 ····· 137
라. 묘지등기등록제도를 통한 개선 방안 ····· 138

제5장 결론 ····· 139

참고문헌 ····· 146
ABSTRACT ····· 152

표 목 차

<표 1-1> 연도별 화장률 추이 ····· 42
<표 1-2> 지역별 화장률 현황 ····· 42
<표 2-1> 전국 자연장지 설치 현황 ····· 43
<표 2-2> 전국 봉안당 설치 현황 ····· 43
<표 3-1> 2012년 주요행정총람 묘지현황 ····· 45
<표 3-2> 제주특별자치도의 묘지현황 ····· 46

그 림 목 차

<그림 1-1> 방묘-봉분의 바탕에 돌로 받침을 함 ····· 5
<그림 1-2> 무밭에 설치된 분묘와 산담 들 ····· 6
<그림 2-1> 보리밭에 설치된 분묘와 산담들 ····· 8
<그림 3-1> 마늘 밭 가운데 관리가 안된 분묘(골총)과 산담 ····· 15
<그림 3-2> 목초지에 목초를 제거하기 전에 벌초를 마친 분묘와 산담들 ····· 16
<그림 4-1> 밭 가운데 분묘와 외담으로 형성된 산담 ····· 19
<그림 4-2> 콩밭에 설치된 분묘와 산담 ····· 19
<그림 4-3> 목장지에 분묘와 산담으로 형성된 무덤들 ····· 20
<그림 4-4> 목장지에 분묘와 산담으로 형성된 무덤들 ····· 20
<그림 5-1> 분묘와 산담의 신문과 정돌 ····· 22
<그림 6-1> 목장지에 분묘와 산담으로 이루어진 무덤들1 ····· 22
<그림 6-2> 목장지에 분묘와 산담으로 이루어진 무덤들2 ····· 23
<그림 7-1> 마늘 밭 가운데 위치한 분묘와 산담1 ····· 23
<그림 7-2> 마늘 밭 가운데 위치한 분묘와 산담2 ····· 24

<그림 8-1> 분묘만 있고 산담이 없는 묘 ····· 25
<그림 8-2> 원묘(종묘의 다른 말) ····· 25
<그림 8-3> 큰 울타리 묘역에 단독으로 조성된 무덤 ····· 25
<그림 8-4> 분묘를 외담과 겹담으로 만들어진 산담 들 ····· 26
<사진 9-1> 목초지에 분묘와 외담으로 형성된 산담 ····· 27
<그림 9-2> 오름의 경사지에 설치된 분묘와 산담 ····· 27
<그림 10-1> 분묘와 겹담으로 형성된 부등변사각형 산담 ····· 28
<그림 10-2> 목장지에 설치된 분묘와 부등변사각형 산담 들 ····· 29
<그림 11-1> 제주무덤의 구조(평면도), 김유정, 제주풍토와 무덤 인용 ····· 31
<그림 11-2> 제주무덤의 구조(입면도), 김유정, 제주풍토와 무덤 인용 ····· 31
<그림 12-1> 산담에 설치된 신문과 정돌을 이에서 본 모습 ····· 32
<사진 12-2> 분묘와 산담에 설치된 문인석과 신문 ····· 33
<사진 13-1> 분묘가 설치된 산담에 신문을 대신에 만든 입구계단 ·· 34
<그림 14-1> 무밭에 설치된 쌍묘에 귓돌과 높은 산담 ····· 34
<그림 15-1> 근대적 토지소유권 증명서 ····· 52
<그림 16-1> 토지대장: 주소등록 및 소유권보존, 이전등기가 표시된 대장 ····· 87
<그림 16-2> 등기부등본 대장: 주소등록 및 보존등기 후 소유권이전등기 ····· 87
<그림 17-1> 제주시 노형동1592번지 내 묘지 5필지가 토지대장만 있고 미등기 ····· 88
<그림 17-2> 주거지에 설치된 분묘(노형동2364)와 산담 ····· 89
<그림 17-3> 지적도: 주거지(노형동2363)에 설치된 분묘(노형동2364)와 산담 ····· 90
<그림 17-4> 토지대장: 주거지(노형동2363)에 설치된 묘지의 수용토지 대장 ····· 90
<그림 17-5> 토지대장: 주거지에 설치된 묘지(노형동2364)의 대장 ····· 91

국문초록

제주지역 분묘와 산담의 법리적 고찰

장사제도는 사회 환경 및 사회적 가치관과 밀접하게 관련되어 있다. 좁은 국토의 효율적인 이용과 관련하여 주요한 정책 중의 하나가 분묘에 관한 제도개선이다.

제주지역의 분묘는 산담이 지목상 묘지로 특정되고 부동산등기도 되기 때문에 분묘의 존부와 관계없이 독립적인 거래의 객체가 될 수 있다. 그런데 제주지역에서는 다른 지역과 달리 묘지에 따른 산담을 만드는 문화가 정착되어 있어서 분묘가 차지하는 면적이 타 지역에 비하여 훨씬 넓은 면적을 차지하고 있다. 따라서 분묘기지권이 인정되는 경우 다른 지역에서와 달리 분묘기지권의 인정 범위가 산담으로 공시된 부분이어야 할 것으로 사료된다.

또한 분묘가 묘지로 등기가 이루어져 있음에도 상속으로 인한 등기를 하지 않고 몇 대를 이어져 내려오는 것이 일반적이다. 그런데 인근의 토지개발 등으로 묘지에 대한 상속등기를 하는 경우, 묘지와 산담에 대한 권리의 귀속이 불분명하여 결국 많은 일가 친족들이 상속권자가 될 수 밖에 없어 상속등기에 어려움이 많다.

이렇게 묘지와 관련된 법률적 쟁점은 많이 있으나 그 전제가 되는 분묘에 대한 객관적인 지료는 매우 빈약한 수준이다. 물론 「장사 등에 관한 법률」이 분묘의 설치기간의 제한, 무연분묘와 타인의 토지 등에 설치된 분묘 등의 처리 및 묘적부 등에 관하여 규정하고 있으나 이 법의 준수에 회의적이다.

국토의 효율적인 이용과 법의 엄정한 집행물 위해서라도 전국 묘지의 실태를 조사하는 것이 필수적이다. 분묘의 설치기간을 제한하기 위해서는 분묘의 설치시기가 확정되어야 하며, 무연분묘나 타인의 토지 등에 설치된 분묘인지의 여부는 충실하게 작성된 묘적부를 바탕으로 그 권리여부가 명확히 기재되어 있어야 할 것이기 때문이다.

구체적으로 첫째, 묘지 일제조사를 통하여 명확하게 적법한 절차에 따른 분묘와 불법적으로 설치된 분묘의 상태를 파악하고 이에 대한 근본적인 대응책을 수립하고 효율적인 분묘관리제도가 만들어져야 할 것이다. 둘

째, 장사법의 제 규정과 현실과의 괴리를 적극적으로 검토하고 묘지일제조사에서 확인되는 각종 문제점을 법 개정을 통하여 순차적으로 해결해 나가야만 할 것이다. 셋째, 묘지등록등기제도를 신설하여 묘지등기를 신속하게 처리 할 수 있도록 신고 등록 제도의 도입을 검토할 필요가 있다 할 것이다. 넷째, 제주도의 묘지는 산담과 함께 지목상 '묘지'로 구분되고 등기도 되고 있으나, 대부분의 묘지가 미등기이거나 등기명의인과 제사주재자가 일치하지 않는다. 이러한 불일치를 신속하고 간편한 방법으로 묘지에 대한 소유권이전등기에 관한 특별조치법의 제정으로 정당한 소유자로의 명의변경 절차로 많은 폐해를 방지할 필요성이 있다. 다섯째, 제주지역에 분포된 산담을 제주의 선인들이 살아있는 사람과 돌아가신 사람들이 어우러져 함께 살아가는 공간으로서의 역할과 산담 보전을 통하여 전통 문화 현장으로서 활용을 검토할 필요가 있다. 여섯째, 향후 장사정책은 장사법에 근간을 두면서, 묘지 등 장사시설에 관한 권한과 의무를 대폭적으로 지자체의 조례에 위임하여 지역 실정에 맞는 정책을 입안하여 지자체 주도로 실시될 필요가 있다.

주제어 : 분묘제도, 산담문화, 제사주재자, 묘지등기제도, 장사제도

제1장 서 론

제1절 연구의 목적

제주지역의 분묘는 다른 지역에서 임야에 위치하고 있는 것과 달리 경작지인 밭(田)이나 사람들이 거주하는 주거지 인근 지역에 산담으로 둘러싸여 독특한 모습을 보이고 있다. 제주에는 분묘를 보호하는 "산담" 이라는 것을 통하여 자손들은 낳아 기르고, 국가사회발전을 위해 헌신하다 돌아가신 조상들을 추모하는 공간을 확보하는 전통이 600여년 이상 이어져 오고 있다. 산담으로 둘러싸인 분묘는 일제강점기의 토지사업에서, 토지사정 이전에 존재하던 분묘는 지목상 묘지로 사정되어 특정되었고, 그 이후에 형성된 것들도 산담으로 둘러싸인 형태의 묘지를 조성하였다. 특히 분묘지기는 다른 지역보다 훨씬 넓은 면적으로 그 넓이가 약 80~100㎡에 이르는 등 독특하다. 이 논문은 이렇게 제주지역에만 존재하는 분묘를 둘러싸고 있는 산담에 대하여 법적인 관점으로 분석을 시도한 논문이다.
일반적으로 분묘는 제사의 대상으로, 제사주재자에 의해 승계되며 그에게 귀속된다. 이 경우 분묘는 일반적으로 임야의 한 부분에 설치됨으로써 독립적인 객체가 되는 일이 거의 없다. 다만 분묘가 속한 임야가 제사주재자에게 분묘설치에 대한 권원이 있는지 여부에 따라 분묘기지권이 문제될 뿐이다. 그러나 제주지역의 산담문화 속의 분묘는 산담이 지목상 묘지로 특정되고 부동산등기도 되기 때문에 분묘의 존부와 관계없이 독립적인 거래의 객체가 될 수 있다. 이 경우 산담과 분묘 그리고 산담에 대한 등기여부 등에 따라 여러 가지 사례가 생길 수 있다. 예컨대, 산담으로 이루어진 분묘가 등기가 되지 않은 경우에도, 산담으로 인하여 경계가 이루어져 분묘부분에 대하여 분묘기지권상의 권리나 산담을 통한 공시의 효과로 실질적인 권리를 행사하는 경우도 있다. 또한 분묘가 이장되어 분묘는 존재하지 않고 산담만 남은 경우, 분묘는 있으나 산담 없는 경우, 사정받는 산담이 있는 분묘에 대한 등록이 부동산등기부와 불일치하는 경우, 산담에 대한 공시와 분묘에 대한 제사주재자가 상이한 경우 등등 다양한 형태이다. 이 논문에서는 이러한 문제를 민사법적인 시각에서 분석하여 문제점을 도출하고 그 해결방안을 제시하고자 한다.

제2절 연구의 범위 및 방법

1. 연구의 범위

제주 지역에 특유의 전통 문화에 따른 장례제도와 산담문화를 검토하고 제주 고유의 산담문화도 계승하고 효율적인 분묘를 관리하기 위한 방안을 찾고자 한다.

이 논문에서는 제주도의 문화의 특성 속에서 산담문화를 살펴보면서, 분묘와 산담의 승계에 관한 법리, 분묘와 산담의 법리를 연구하고자 한다. 특히 관습의 이름으로 간과될 수 있는 분묘에 관한 문제를 법리적으로 분석하면서도, 장례문화에 대한 의식구조의 변화에 따라 미래지향적인 묘지제도와 산담문제를 제안하고자 한다. 제주도는 최근 3년간 전국에서 가장 많은 인구 증가율을 보이면서 제주지역이 산업화가 급속히 이루어지고 있다. 이에 따른 제주지역의 개발과 보전이라는 입장에서 많은 문제가 있는 '산담' 을 현실적으로 어떻게 해결하여야 할지 연구자의 고뇌와 향토애를 담아 보고자 한다.

한편 분묘제도와 직접적 관련이 있는 장사법은 1962년 제정하고 지속적으로 개정을 하여 오다가 2007년에는 전부개정이라는 명칭으로 이루어져 왔다. 사실상 큰 틀의 변화 없이 사실상 기본적인 부분을 적시하여 놓은 것이다. 장사의 책무, 장사시설의 설치와 이용, 죽은 자의 인격권에 관한 내용 등 지역별 특성에 따른 별도의 규정은 거의 없이 최근까지 일부개정이 계속 이루어지고 있다. 그러나 장례절차나 장례관습은 지역에 따라 천차만별이다. 특히 지역별로 이어져 오는 다양한 문화와 전통에 따른 장례환경을 조성하기 위한 법적 근거가 필요하다. 이러한 제도개선을 위하여 제주지역에만 존재하는 산담문화에 의한 분묘관리가 이루어진 과정을 상세히 분석하고 산담이 있는 분묘의 보존과 효율적인 관리를 위하여 법적 대안을 찾고자 한다. 또한 산담으로 둘러싸인 분묘는 다른 지역과 달리 어떻게 분묘의 관리 및 승계 제도가 이루어지고 있는지를 분석하고자 한다. 제주지역에 산담과 연관된 다양한 형태의 분묘들을 유형별로 상세히 분석하고 이를 통하여 장사를 새로운 문화의 영역으로 연결하려고 시도한다. 그리고 장사법의 각 규정과 연관된 묘지에 대한 문제점과 묘지의 상속문제와 묘지등기에 대한 개선방안을 연구 하고자 한다.

2. 연구의 방법

장례문화와 관련된 논문과 단행본, 언론에 보도된 기사와 법원판례를 통해 장사법의 문제점을 확인하고 대안을 마련하는 방법을 활용하였다. 특히 제주지역의 향토자료와 장사제도와 관련된 부분의 자료를 집중적으로 분석하고자 한다. 필요한 경우 이해의 편의를 위하여 직접 현장사진이나 사료를 삽입하여 이해의 편의를 도모하고자 한다. 이에는 다른 지역에서 쉽게 볼 수 없는 여러 유형의 산담 관련 사진이나, 구글지도 등에서 임의로 추출한 지번에 나타난 묘지에 대한 지적도, 토지대장, 부동산 등기부 등도 제시할 예정이다.

국토의 효율적인 이용과 묘지의 부족이라는 문제가 눈앞에 펼쳐지고 있으나 장사법에 관하여 구체적인 문제점을 다룬 연구 서적이나 논문은 다른 분야에 비해 빈약하다. 그만큼 장사분야가 일반적인 관심을 가지 못하는 분야임을 실증하는 것이다. 이는 묘지가 재산으로서의 가치가 낮은 관계로 사람들의 관심이 부족한 것처럼 보일 수도 있다.

산담과 분묘로 이루어진 묘역에 대한 재산권분쟁의 가능성을 염두에 두고 각 유형을 상정하여 법률적 쟁점을 도출하고, 이에 대한 문제를 해결하는 방안을 취하고자 한다. 한편 장사법의 시행에 따른 분묘의 문제도 검토의 대상으로 삼았다. 특히 2007년 제정된 「장사법」을 대상으로 그 주요내용을 살펴보고, 동법의 문제점을 지적함과 동시에 효율적인 분묘제도의 개선방안을 통하여 재산권과 연계된 묘지의 등기 및 관리방안에 대한 해결 방안을 문헌 연구를 통하여 제안하고자 한다. 또 본 논문에서는 산담으로 인한 분묘제도에서 발생하는 다양한 문제들을 장사법의 개정 혹은 효율적인 묘지 등기 및 관리방안에 대하여도 검토하고자 한다.

본 논문에서는 「장사법」의 주요 내용과 문제점을 살펴보고 제주지역의 산담문화에 따른 묘지제도를 중심으로 효율적인 분묘제도를 연구하고 있고, 제주의 산담으로 인한 분묘의 관리 및 권리승계의 문제를 검토하고 있다. 또한 산담에 대한 역사적인 유래와 산담으로 인한 분묘문제를 유형별로 분석하고 다양한 입법례를 검토하며 장사법의 개정이나 새로운 입법을 통하여 합리적인 분묘제도의 개선방향을 모색하고자 한다.

제2장 제주의 장례문화와 산담

제1절 제주의 장례문화

1. 제주도 장법(葬法)의 역사적 전개

가. 제주 장례제도의 유래

제주지역은 4,300여년전 부터 조상들이 살아온 흔적이 있고 AD 200년 경부터 탐라왕국시대[1]로 신라와 백제와 교역을 하면서 국가로서 역할을 한 역사를 보면 독자적인 상례제도가 있었을 것으로 추측되지만 현재로서는 알 길이 없다. 일반적으로 한반도의 장법은 삼국시대를 기점으로 보면, 신라시대의 봉토분으로부터 시작된다. 당나라의 영향을 받은 신라시대의 장법은 봉토분에 호석(護石)을 두르고 사자상이나 문무인 석상을 세우는데, 이런 문화적 연원은 중국 전한(前漢)시대에서부터 비롯된 것이다.[2] 이후 고려의 지배를 받으면서 탐라국의 왕이 성주가 되어 관리 하였고 조선시대에는 몽고의 침입으로 102년 동안이나 지배를 받으면서 몽고의 풍습 또한 이입되었다. 상례에 있어서 대체로 고려 말에서 조선조 초기 까지는 아주 특수한 경우를 제외하고 대부분 화장을 하였을 것으로 추측된다.

나. 조선시대 이전

제주에 고려시대 민묘가 없는 까닭은 '일반인인 경우 15세기 초까지 넓은 의미에서의 풍장(風葬)을 했던 것' 으로 추정하고 있다.[3] 사실 불교국가였던 고려시대에는 대부분 화장을 하였기 때문에 조선시대 이전까지는 거의 알려진 바가 없다. 다만 약간의 고려시대 방묘를 통하여 제주인

---

1) 탐라의 변천 연대 도표 참조
(탐라 · 탐모라 · 섭라 · 탁라)→(탐라왕국시대)→(탐라성주시대)→(제주목 · 군시대)→(일제강점기)→(제주도시대)→(제주특별자치도 시대)
2) 류홍열 감수, 한영출판사, 한국사대사전, 1978, 617면.
3) 김인호, 《한국 제주 역사 · 문화 뿌리학》, 우용출판사, 1997, 664면~666면.

의 죽음의 문화에 대한 흔적을 느낄 수 있을 정도이다. 따라서 고려시대는 조선시대처럼 무덤이 많지 않았다. 고려시대의 방묘는 묘산봉 광산김씨 방묘에서 보는 것과 같이 주위에 판석으로 튼튼하게 둘러져 있어 산담이 등장하기 이전의 양식을 엿볼 수 있다. 당시에는 방묘를 현재처럼 평지나 인가에 묘지를 조성한 것이 아니고 타 지역처럼 산 중턱이나 오름의 능선에 묘지를 조성하여서 방목하는 마소로 인한 훼손도 적었던 것으로 보여 진다.



<그림 1-1> 방묘-봉분의 바탕에 돌로 받침을 함

제주는 바다로 둘러 쌓여 있고 교통의 불편으로 인하여 문화의 전래가 늦어져 상·장례에서 주자가례[4]를 그대로 실행하는 데는 상당한 기간이 소요되었으며, 오랫동안 독자적으로 존재하였던 제주 일부의 풍습도 가미되었을 것으로 추측된다.

제주에서 볼 수 있는 대표적인 방묘는 문경공 고조기묘, 경주김씨 입도조 묘지 등이며, 대표적인 원묘는 태안현감을 지낸 고이지의 무덤이다.

제주의 중산간 들녘이나 밭(田) 가운데 수없이 많은 묘지가 산재하여 있지만 이들은 조선시대의 예(禮)사상의 영향을 받은 묘지들이다.

제주의 무덤은 대다수가 조선시대 용묘라고 할 수 있으며 조선후기의 무덤이 주류를 이루고 있다.

---

4) 중국명나라의 구준이 가례에 관한 주자의 학설을 수집하여 만든 책으로 그냥 가례라고도 하며, 관혼상제 등 사가의 예법을 수록하였다.



<그림 1-2> 무밭에 설치된 분묘와 산담들

다. 조선시대 이후

제주에는 고려시대까지 화장제도가 대부분이었으나 조선 초기에는 유교식 상장(喪葬) 제도가 시작된 것으로 추정된다. 조선 초기에 화장을 국법으로 금하게 되자 제주지역에서도 토장을 중심으로 장묘제도가 바뀌었다. 조선왕조실록에 의하면 1413년 6월 11일 제주 도안무사 윤임이 조정에 보고한 기록에서 濟州島按撫使尹臨 啓孝子節婦可褒賞者 一 前直長文邦貴 堤控梁深 生員高得宗 等 丁親喪 廬墓側 始行三年之制 一州感慕 ..... (‘전 직장(前直長)문방귀[5], 제공 양심, 생원 고득종[6] 등은 부친상을 당하여 묘소 곁에다 여막[7]을 짓고 처음으로 3년의 복제를 행하여 한 고을이 감모하고 .....)’라고 하여 제주도에서 1410년경에 3년의 복제를 행하여진 것으로 알려지고 있다. 또한 예조에서 가례에 따라 효성이 지극한 양심(梁深)에게 정문을 세워주고 벼슬을 내릴 것을 건의한 사실이 있다고 한다. 조선왕조 실록 세종조 1430년11월9일에 보면 예조에서 전라도 감사의 공문에 의거하여 아뢰기를 禮曹據全羅道監司關啓 濟州住前敎導 梁深年十五 父患淋疾 旁求藥餌 療治得愈 父歿廬墓盡禮 又事母孝 母歿又欲廬墳 兄弟親戚以家貧止之 不聽 躬擔土石營塚 祥禫之祭 一依 家禮 請旌門敍用 上曰 廬墓三年 人子常事 然此是海外之人 宣旌其孝 從之(‘제주에 사

5) 문방귀는 탐라 왕자 문충세 자로서 고득종의 매부.
6) 고득종은 탐라 성주 고봉례의 조카.
7) 고득종 부친의 묘는 광양촌 犬足坪에 있었던 것.

는 양심이 나이 15세에 아버지가 임질을 앓자 사방에서 약을 구해 드려서 병을 고치게 하였고 아버지가 죽자, 여묘를 사려하니 형제와 친척이 모두 가난하다고 이를 말렸으나 듣지 않고 자신이 흙과 돌을 날라서 무덤을 쌓고 소대상과 담제의 절차를 모두 가례대로 집행하였으니 바라옵건대 정문을 세우고 그에게 관직을 내리 소서 ' 하니 임금이 이르기를 '여묘를 삼년간 사는 것은 아들 된 사람으로 당연한 일이다.[8] 그러나 이 사람은 바다 밖에 있는 사람이니 그의 효성을 정문으로 표시하라.') 하고 그대로 따랐다고 한다. 특히 세종실록(世宗實錄) 2년(1420) 정월 경신(21일)일의 기록은 조선 개국 이후 처음으로 제주에 유교식 매장제도가 적용되었음을 생생하게 전해준다.

제주의 장례 풍속은 토속신앙과 더불어 여러 형태로 존재했을 것으로 추측된다.

조선초기부터 유교식 장례가 행해졌더라도 그 영향이 곧바로 민간에 두루 미치지 못했을 것으로 보인다. 제주도 풍속에는 사람이 죽으면 시체를 매장하는 법이 본래 없었고 시체를 그냥 냇가 골짜기 같은 곳에 내다 버리는 것이었다고 한다. 기건(奇虔)이 제주목사로 부임한 후 시신을 관에 넣어 땅에다 매장하는 법을 도민에게 가르쳐 주었다고 한다.

조선 성리학의 '예사상' 은 한반도 전 영역의 중앙집권체제를 강화하여 변방까지도 그 영향을 미쳤다. 즉 효(孝)를 통하여 충(忠)으로 이어지는 조선 유학의 상장(喪葬)의례는 중앙집권적인 지배구조를 공고히 하는 핵심적 역할을 담당하였다. 유교의 '예사상' 을 통해 중앙집권체제를 강화하고 있는 체제의 성격상 매장 중심의 장법이 권장되었을 것으로 추론해 볼 수 있다. 이러한 분위기 속에서 조선시대 제주의 장법은 관곽을 이용한 매장이 본편적 이었으며, 경제적 능력이 없는 가난한 서민들에게 있어서는 그 형식이 단지 관곽을 쓰지 않고 '땅을 조금 파서 묻는 약식 장례(略掘葬)' 가 당시 사회 · 경제적 조건에서 공공연하게 행해졌을 것으로 보인다. 타 지역에서는 대부분 임야에 흙으로 사성(莎城)을 만들어 무덤을 보호했다면, 제주의 묘지는 현무암석이 많은 지질 · 풍토적인 영향 때문에 경작지 가운데 돌로 산담을 만들어 묘지를 보호한 것이다.

8) 김봉옥 편역, 1986,《조선왕조실록중탐라록》, 82면, 제주문화방송.



<그림 2-1> 보리밭에 설치된 분묘와 산담들

전염병이나 나병환자에 대한 전염성으로 인하여 시신을 매장하거나 처리하지 못하여 방치하는 것이 학장(壑葬)과 경제적인 어려움과 극심한 가뭄으로 인하여 어쩔 수 없는 상황에서 시신을 바람에 날려버리는 풍장(風葬)의 경우도 있다고 하나 이는 경제적 궁핍으로 인해 어쩔 수 없는 상태에서 시신 방치라는 풍장의 요소도 곳곳에서 찾을 수 있다. 이 경우는 제주지역민들의 일반적인 장법이 아니라 상황적으로 발생한 시대 특수성이 있기 때문에, 공식적으로 그런 장법을 그대로 적용했다고 보기는 어렵다. 왜냐하면 학장이나 풍장과도 같은 시신의 방치는 물의 오염이나 전염병을 유발시켜 한 사회를 붕괴시킬 수 있는 위험이 매우 크다. 특히 분묘에 봉분이 작고 한 줄로 형성된 외담으로 간단하게 쌓은 산담들은 가난한 자나 연고가 없는 사람들의 무덤인 것으로 확인된다. 또한 제주의 야산 곳곳에서 볼 수 있는 석축 봉토로 된 작은 방형 무덤들도 산담문화에 따른 새롭게 풀어야 할 과제를 남기고 있다.

2. 제주의 장묘 문화

삶과 죽음이라는 동전의 양면과 같은 문화가 사람이 살아가는 본 모습이지만 사람들은 다른 사람의 죽음을 보면서도 자신은 죽음과는 전혀 관계가 없는 것으로 생각한다. 그러다가 우연히 자신과 관계된 죽음의 문화와 닿게 되면 비로소 죽음이 자신을 포함한 모든 존재의 문제임을 자각하게

되는 것이다. 그러기에 삶의 소중함은 죽음 때문에 인식되며 죽음의 문화에는 산 자의 염원이 장례문화의 곳곳에서 되살아난다.

가. 제주의 장묘문화의 특징

제주의 장묘문화의 특징은 살아있는 사람과 죽은 사람이 이웃하는 공간에서 함께 살아가는 것을 구현한다는 점이다. 장묘문화 제주지역의 장묘와 관련된 특이한 풍습을 요약하면 다음과 같다.

(1) 토롱(土壟)

사람의 사망시 장례식을 곧바로 치를 수 없는 사정이 있을 경우 시신을 임시 매장해 두었다가 장례 기일이 되면 정식 장례를 치른다는 점에서 가매장이라고 할 수 있다. 예컨대 죽은 사람이 편안하게 저승길을 가려면 길일을 찾아 장례를 치르기 위해 오랜 기간 대기하여야 하는 경우, 장례식에 참석하면 3일 정도는 제사나 명절 차례에 참석할 수 없다는 부정(不淨)인식 때문에 동네 사람들이 장례식을 도울 수 없는 경우, 특히 더운 여름철 시신이 부패하기 쉽기 때문에 가매장(假埋葬)을 하게 되는데 이를 토롱(土壟), 혹은 출병[9]이라고도 한다. 토롱은 보통 마을에서 지정하는 장소에서 가매장을 하는 것으로 정하여져 있으며, 타지에서 사망하여 동네로 들어와 장사를 치루는 경우에도 본가에 들어가지 못하고 토롱을 하고 장례식을 치루는 경우도 있다. 지금은 냉동시설이 잘 되어 있어 이러한 '토롱' 제도는 사라졌지만 예전에는 흔히 볼 수 있는 가매장 방법이었다.

(2) 빗돌(碑石) 마련

수의를 만들어 두면 부모님이 장수한다는 얘기가 있어 효도를 하기 위하여 부모님 생전에 수의를 만들어 집안에 비치하여 두는 것과 같이 비석을 만들기 위한 재료인 빗돌을 미리 마련하는 풍습이 있었다. 자신의 집으로 들어오는 올래 어귀에 평평하고 사각형으로 각진 돌을 마련하여 미리 준비해 쌓아둔다. 비석은 주로 부드러운 조면암재로 만들었고 돌자귀

9) 장주근, 《제주도 무속과 서사무가》, 역락, 2001, 109면.

로 비석을 평평하게 기초를 다스린 다음 무쇠 솥뚜껑으로 연마하였다 한다. 자신의 묘지에 비석으로 쓰기 위하여 준비하는 것으로 자손들의 짐을 덜기 위한 배려의 마음이 엿보인다. 제주의 여성들은 생전에 삼베나 무명, 모시 등 상례용 제수(祭需)도 미리 마련해 두었다고 하는데 이는 타 지역에서 노인들이 윤달에 제수용품을 준비하는 것과 유사한 풍습인 것 같다.

(3) 산자리 ᄃᆞ툼(山訟)

제주에서는 분묘를 설치하는 묘지의 묘를 산(山)이나 산소라고 부른다. 풍수지리에 따라 조상을 잘 모시면 후손들이 사업이 번창한다는 이유로 좋은 산(묘)자리를 차지하기 위하여 후손들 간에 묘터를 차지하기 위한 다툼을 일컫는다. 통하여 좋은 묘터가 있거나 다른 분묘가 있는 윗자리에 몰래 분묘를 설치하기 위하여 투장(偸葬), 헛묘(헛봉분)[10]을 만들어 놓는 경우가 있다. 이는 타인의 토지에 자신의 조상을 모시기 위하여 토지주의 승낙도 없이 분묘를 설치하거나 시신을 모시지 아니한 가짜 분묘인 헛묘(시신이 없는 가짜 봉분)나 헛봉분에 산담까지 만들어 두었다가 자신의 조상의 묘지로 사용하는 경우가 있다. 이로 인하여 토지주나 인근 분묘의 설치자 간에 조금이라도 더 좋은 명당에 분묘를 설치하기 위하여 묘터를 차지하기 위하여 소송을 하는 경우도 있다.[11]

(4) 천리(遷移)

좋은 곳으로 옮긴다는 뜻으로 쓰이는 데 다른 지역에서 이장(移葬)이라는 말을 제주에서는 천리(遷移)라는 용어로 쓴다. 이는 수도를 옮기는 것을 천도라고 하듯이 분묘를 일단 매장을 하였다가 묘를 다른 곳으로 옮기는 것으로 면리, 천장(遷葬)이라고도 한다. 집안에 길흉사에 따라서 사업이 잘되면 자신이 능력이 있는 것이고 못되면 조상 탓을 한다는 말이 있듯이 후손들이 편안하지 못하면 조상들을 탓하게 된다고 한다. 이때 사업이 성공하지 못하면 조상의 분묘를 명당에 모시지 못하여 생긴 것이라 여기고 새로운 명당을 찾아서 이장하는 것을 천리라고 한다. 제주에는 오래

10) 진성기, 『제주도민속-세시풍속』,제주민속연구소, 1969, 379~389면.
11) 풍수지리에 따라 좋은 묘터인 명당터를 관한 풍습은 다른 지역에서도 흔히 볼 수 있다,

동안 벌초를 매우 중시하는 풍습이 있는데 산소들이 산중턱 여러 곳으로 나누어 있어서 벌초의 어려움으로 가족공동묘지를 만들어 묘지를 관리하는 경우가 있다. 그래서 조상들이 분묘를 천리(遷移)하여 관리하기 용이하게 만드는 경우도 있다. 최근에는 분묘를 옮겨 선묘들을 화장(火葬)을 하여 자연장이나 납골묘에 모시는 것도 분묘를 옮기는 것으로 천리를 한다고 한다.

(5) 새각(邪氣)담

풍수지리에 따라 각자의 위치에 따라 방향이 좋은 곳과 나쁜 곳을 나누어 나쁜 기운이 돌아가신 분에게 해가 되는 것을 방지하기 위하여 방책을 하는 돌담을 새각담인데, 방제담(防止垣), 방쉬담(防邪垣)이라고도 한다. 이 새각담은 돌아가신 분에게 나쁜 방향을 보호하기 위하여 돌담을 쌓은데 두 가지 형태가 있다. 하나는 '나쁜 기운' 을 막기 위해 이미 만들어진 산담 위에 한쪽으로 잡담을 허리 높이로 쌓아 올려 쌓은 돌담 형태가 있고, 다른 하나는 산담과 조금 떨어 진 곳에 허리정도 높이로 측면 산담 길이만큼 돌담을 쌓아 돌아가신 분에 미치는 나쁜 기운(邪氣)을 방지하는 역할을 하는 것을 말한다.

나. 제주의 장례식과 역할

제주에서는 사람이 죽으면 상주는 장례에 관한 절차를 정하여 주는 정시를 찾아가 망자의 가족인 상주의 사주단자를 전하여 먼저 장례일자를 정하는 택일(擇日)을 한다. 그 후 치르는 돌아가신 분을 위한 여러 제사(祭祀)의 시간을 정하고 분묘의 설치일과 묘지에 따른 봉분의 방향 등을 정한다. 이와 같이 날짜를 정하는 택일에 따라 소렴(小殮)·대렴(大斂)을 하고 성복제(成服祭)를 하면서 3일장, 5일장, 7일장 등 장례기간도 결정하고 본격적인 장례식에 들어간다.

장례식의 중심에는 죽은 자를 모시는 '상주(喪主)' 가 있는데, 그 범위는 망자의 직계가족과 사위나 외손자들 까지도 상주로서 역할을 하도록 한다. 그밖에 가까운 친척(親戚)과 친구들은 복친(服親)으로서 참석하며, 상가를 찾아와 문상하는 사람으로서 문상객(問喪客)과 일을 돕는 일꾼이 있다. 제주에는 지금도 친구의 부모의 상가나 장지에 참석한다는 이유로

휴가를 내거나 영업을 중지하고 장지에 참석하는 것을 친구에 미덕으로 여기는 경우가 많다.

제주에는 오래 동안 어려운 일을 함께하는 수눌음(품앗이와 유사)정신이 토착화 되어 있어서 이웃들이 함께하여 일을 나눈다. 장례식에서 하는 일은 남녀로 분담되어 있는데, 남자들은 돼지를 잡고 천막을 치는 등 힘든 일들을 하고 여자들은 음식을 준비하는 역할을 한다. 이와 같이 일의 분담에 따라, 여자들의 계모임을 통하여 그릇이나 음식재료를 관리하고 천막이나 솥 등은 남자들의 모임에서 관리하였다. 이전에는 장례식을 자택에서 하는 것이 일반적이었으나 2008년경부터 제주시내에서는 장례식장이 활성화되기 시작하여 장례식장과 상조회사를 통하여 처리하고 있다. 다른 읍면 지역에서는 지역별 마을회에서 마을회관 등을 이용하여 장례식을 치루는 형태로 변화되고 있다.

처음에는 마을을 떠나서 타지에 살던 사람들이 상을 당한 경우 고향마을에서 장사를 치루면서 고향 사람들에게 장사 일을 부탁하는 것이 미안해서 장의사에게 장례를 의뢰하자 마을 사람들은 별로 반갑게 보지 않는 경향이 있었다. 그러나 10여년전 부터는 핵가족시대의 영향과 도시로 떠나서 생활하는 사람들이 많아서 농어촌 마을사람들도 장의사를 이용하는 것을 선호하고 제주시내에서는 모두들 장례식장을 이용하고 있는 실정이다.

전체적인 장례절차를 영장이라고 하는데 영장은 상주를 중심으로 복친과 문상객의 참여로 진행되고, 죽은 사람은 자기 직계 가족뿐만 아니라 일가친척들과 이웃, 친구들이 함께하는 가운데 주위사람들이 지켜보는 속에서 묘지에 위치한 봉분에 묻히게 된다. 마을공동묘지의 경우에는 마을회에서 묘지를 관리할 뿐만 아니라 매장할 때에 통장이나 원로회장 등이 매장 작업을 지켜보며, 매장하는 사람들이 봉분 크기가 너무 크게 하거나 통로를 방해하지 않도록 하고 있다고 한다. 장례절차인 영장이 끝나면 봉분을 관리하는 것은 자식들을 비롯한 직계 자손들이 책임지게 된다. 봉분을 두러싸는 산담의 경우는 일반적으로 장례식을 마치 후에 별도로 기일을 정하여 석공들을 동원하여 산담을 조성하는 경우가 대부분이다.

3. 묘지조성

묘지조성을 위하여 장지(葬地)를 결정하는 데에 풍수지리의 영향이 커서, 풍수 전문가인 '정시'[12]나 동네에서 학식이 높거나 풍수지리에 관심이 많은 사람을 통하여 장지를 선택하였다. 이렇게 묘지로 정하여진 목장지, 농경지나 주거지 인근 지역에 묘지를 만들고 산담으로 봉분을 둘러싸는 형태를 만들었다. 산담 안에 단독으로 모시는 경우가 대부분이나 쌍묘로 부부가 나란히 묻히기도 하고, 예외적으로 형제나 며느리가 같이 묻힐 경우도 있다. 그리고 돌아가신 분이 다니시는 문을 '신문(神門)'이라고 하여 담의 일부를 개방하고 그곳에 정돌이 놓여 있는 형태로 조성되어 있다. 산담은 네모 형, 원형, 반원형, 산담의 폭이 넓은 것, 좁은 것 등 다양한 형태를 볼 수 있다. 이렇게 다양한 형태에는 제주인의 삶의 흔적이고 다양한 사회경제적인 부분과 문화적으로 여러 의미가 내재되어 있는 것으로 보여 진다.

자기 토지에 묘지를 만드는 것이 경제적, 심리적으로 편하겠지만 풍수지리 등으로 좋은 자리를 찾아다닌 결과 남의 땅에 시신을 매장하게 될 수도 있다. 그런 경우에는 토지 소유자와 합의하여 매장하기도 하며, 우선 매장하고 나중에 토지 소유자의 허락을 받는 경우도 있었는데 대부분의 토지 소유자는 이러한 사정을 이해해 주었다고 한다.

가. 타인 소유 토지에 묘지안장 사례

서귀포시 ○○동의 여러 성씨 입촌조(入村祖)의 묘지를 보면 광산 김씨와 창녕 성씨의 선산<先山>은 그 문중이 소유하는 토지 내 산좌전(山座田)에 있는 경우이다. 풍천 임씨 입촌조 묘의 경우는 남의 토지에 있는 경우이고, 진주 강씨 입촌조 묘의 경우는 다른 마을에 사는 지파(支派)에 포함하는 종중(宗中)의 산좌전 안에 있는 경우도 있다. 직접 실질적으로 발생한 사례를 통하여 확인해 본다.

타인 소유의 토지에 묘를 쓴 사례로 마을에 구전되는 일화는, 1980년도에 ○○동에 사는 여자가 사망했을 때 A씨가 1972년 이래 소유하는 과수원 내에 산담으로 둘러싼 묘를 만들었다. A씨 부인에 의하면, 원래

12) 다른 지방에서는 이러한 풍수전문가 중 묘지의 선정, 봉분이나 관의 방향을 정해주는 사람을 '지관'이라고 부른다.

망인(亡人)의 친정 집안에서 묘를 이장한 자리에 묻을 예정으나, 망인의 사위 한 사람이 현재 묘가 있는 자리가 좋다고 이곳에 매장할 것을 주장했다고 한다. A씨는 일반 밭의 두배에 해당하는 금액을 받았다고 한다. A씨에 의하면, 당시 땅 매매 시에 경작지를 집터로 만들 경우에는 경작지의 2배 가격을 지불하는 것이 관례였고, 올레(길)를 만들 경우에는 3배를 지불했다고 한다. 그래서 집터로 만들 경우에 따라 두배를 받았다는 것이 A씨의 설명이었다. A씨 부부는 상주로부터 묘를 쓰고 싶다는 요청을 사전에 받았다고 한다. A씨는 이야기를 해주면서 “사설 묘지에 대한 제한이 없을 때는 무조건 썼다”고 말했다.

타인 소유의 토지에 묘지를 쓴 또 다른 사례로, B씨(서귀포시 거주)는 약 30년 전에 모친이 사망하자, 정시를 모시고 후손에게 큰 덕이 있다고 하여 안덕면 ○○리에 위치한 타인소유의 토지에 묘터를 정하고 토지 소유자의 허락도 받지 아니하고 일방적으로 타인 소유의 토지에 매장을 하였다. B가 토지 소유자의 동의를 받지 않은 이유는 그 토지에 이미 설치된 묘지와 인접한 바로 아래쪽 위치에 정시가 정하여 준 묘터에 어머니 묘를 조성하였기 때문이다.. 그 후 토지소유자는 자신의 선산과 인접하고 허락도 없이 매장을 하였기에 토지소유주의 이름과 연락처를 쓴 팻말을 묘지 앞에 설치하고 연락을 기다렸다고 한다. B씨는 어머니 묘지를 벌초할 때마다 팻말을 보았지만 연락을 하지 않았다고 한다. 이는 선산이 있는 곳 바로 인근에 매장했으니 토지소유자를 찾아가면 허락을 받지 못하고 이장을 하게 될지도 몰라 토지소유자 몰래 벌초를 다녔다고 한다. 결국 묘지를 설치한 후 20년이 지나서 토지소유자를 찾아가서 양해를 구하고 지가(地價)의 4~5배에 해당하는 금액과 돼지와 술을 대접한 후에야 허락을 받았다고 한다.

나. 묘터의 사용 승낙

일반적으로 후손들은 풍수지리에 따라 이미 설치된 묘소의 위쪽이나, 타인의 묘 가까이 묘소를 설치하는 것을 후손들은 원하지 않는다. 따라서 동네에 상가가 생기면 조상의 묘지를 지키기 위해서 묘지 주위에서 감시를 했다고 한다. 그것은 풍수지리에서 말하는 맥(脈) 위에 다른 묘가 들어서면 원래 있던 묘에 가는 기(氣)의 흐름을 막기 때문이다. <타인 소유의 토지에 묘를 쓴 사례2>에서는 위에 본 바와 같이 선산의 아래쪽에 썼

기 때문에 허락을 받을 수 있었다. 하지만 아래쪽에 있다 해도 이미 있는 선산인 묘와 너무 가까워서, '맥을 침범' (B씨의 표현)했다고 토지소유자가 생각할까봐 B씨는 신중하게 시일이 경과되기를 기다린 것이다.

일본강점기인 1912년 묘지에 관한 법률에 따라 공동묘지제도의 도입[13] 되면서 이러한 매장 관행은 많은 영향을 받았다. 그러나 공동묘지에 매장은 순서에 따라서 하기 때문에 기피하는 예도 많고, 일단 매장을 한 후에 풍수지리에 의한 묘터를 선정 한 후 묘지를 다시 이장하기도 했다. 또 예전에 개인묘지는 묘터가 좋다고 하면 자기가 살던 집 바로 옆에 만들 수도 있었다고 한다. 그래서 지금도 주거지에 많은 분묘와 산담이 있다.

4. 벌초 등

가. 벌초의 유래

분묘에 벌초를 하는 사람이 없어서 묘지에 풀이나 나무가 자란 곳을 '골총' 이라 하며 벌초는 골총이 되는 것을 막기 위한 방법이다.



<그림 3-1> 마늘 밭 가운데 관리가 안된 분묘(골총)과 산담

분묘의 위치가 좋은데 관리가 잘 안되어 골총이 되면 지나가는 타인들이

13) 강창수, 「공동묘지를 통해서 본 식민지시대 서울-1910년대를 중심으로」, 『서울학연구』 15호, 서울시립대학교 부설 서울학연구소, 2000, 131~165면 참조.

박사묘라 하여 후손이 성공하여 조상을 돌보지 않게 되었다는 비웃음을 받는 경우도 있다. 묘지에 있는 봉분에 나무가 자라기 시작하면 시신과 후손에게 나쁘게 영향을 미친다고 전해져 내려와 나무뿌리는 반드시 뽑아내 처리하고, 말 먹이인 촐(草)를 거두어 내기 전에 벌초를 하여야 분묘에 올라가서 촐(草)을 베지 못하게 하기 위하여 음력 8월 이전에 택일해서 일부러 이른 시일에 벌초를 한다.

제주에는 오래 전부터 추석을 앞두고 있는 음력 8월 1일을 벌초(伐草)하는 날로 정하며 초, 중, 고등학교에서는 성묘방학을 실시하고 있다. 벌초는 소분(掃墳)이라고도 하며, 묘지의 풀을 베는 작업을 가리킨다. 제주에서 남자들에게 벌초는 가장 중요한 행사 중의 하나였으며, 특별한 사정이 없는 한 다른 지역에로 나가있는 사람들도 참석해야만 했다.[14] 벌초의 기본은 부계혈족의 친족들이 함께 조상 묘지를 청소하는 작업이므로 벌초는 친족들이 같이 작업을 함으로써 내부적으로는 문중 내지 집안의 통합을 만드는 계기가 되며, 외부적으로 다른 집안에 대해 자기의 존재를 알게 해주는 기회이기도 하다.

벌초는 풀을 베는 것을 통해서 조상 묘를 확인하는 기회이기도 하여, 토지소유권 분쟁 등 민사재판에 있어서는 그 땅에 있는 묘를 누가 벌초해왔는가가 중요한 자료가 된다. 그러므로 매년 벌초를 하여 오던 묘를 다른 사람이 벌초하거나 비석을 세우면 그에 대항해서 묘주 이름과 연락처를 쓴 팻말을 세워 묘지를 찾기 위한 노력을 한다.



<그림 3-2> 목초지에 목초를 제거하기 전에 벌초를 마친 분묘와 산담들

14) 벌초를 통하여 지역에 거주하는 사람뿐만 아니라 외지에 나가 사는 사람들과 서로 만날 수 있는 기회가 된다.

나. 벌초의 사회적 특징

벌초를 보면 일반적으로 '집안 벌초' 와 '모둠 벌초(문중 벌초)' 로 구별된다. 집안벌초는 제사를 같이 지내는 8촌 이내의 가까운 조상의 묘에 가서 소규모의 집안사람들이 작업하는 것이며, 모둠벌초는 입촌조나 그 마을 내부의 분파의 공동 조상의 묘에 가서 그 후손들이 같이 작업을 하는 대규모 작업이다. 집안 벌초를 하는 집안은 설이나 추석에 같이 모여서 제사를 지내는 범위('명절을 같이 지내는' 범위)인 것이 보통이다. 그러나 그 범위는 조상과의 세대수에 의해서 획일적으로 결정되는 것이 아니고, 일가 친족들의 협의에 따라서 결정되는 경우가 대부분이다. 후손이 번성하여 벌초를 하는 인원수가 많으면 세대수가 짧아도 분리하여 하게 되고, 벌초할 인원이 적으면 선대 조상의 묘까지 벌초를 맡아서 하게 된다고 한다.

일반적으로 벌초에 여자들은 참석하지 않으나 부모님이나 가까운 일가의 묘를 벌초할 때에는 집안의 여자들도 참가하여 벌초를 하는 경우도 있다. 결국 벌초 작업은 남자들이 하는 일이며, 노동력을 제공하는 인원이 모자랄 때에만 여자도 참가하게 되는 것이 원칙이라고 할 것이다. 처갓집에 남자가 없을 경우 사위가 처갓집에 가서 벌초하는 경우도 많다고 한다. 또한, 벌초를 할 때에는 나이 드신 어르신네와 젊은이들이 같이 작업을 하지만 어르신네들이 쉬고 젊은이만 작업을 하는 것이 아니라 모두 작업에 참가하게 된다.

벌초는 산담이나 외장(산담 주위의 땅)은 작업하기가 쉽다고 여겨서 낫질이 서툰 사람에게 맡긴다. 산담 내부에는 낫을 잘 쓰는 장년(壯年)들이 작업을 하는 등 분담하고 있으며, 최근에는 기계의 사용이 일반화되면서 봉분이나 산담 내부에는 젊은이가 예초기를 조작하는 것이 많아졌다.

다. 무연분묘의 벌초

조상 묘 가까이에 주인 없는 무연분묘가 따로 있는 경우에는, 그 무연분묘도 같이 벌초하는 경우가 많다. 이러한 묘는 자기 집안 묘보다 먼저 그 땅에 있었던 것으로 간주하여, 먼저 그 땅에 자리 잡았다는 점을 존중해서 벌초 해 준다고 한다.

벌초는 자손으로서 조상을 모시는 일이면서, 동시에 자기 집안이 해야

할 일을 다 하는 모습을 다른 집안사람들에게 보여준다는 측면도 있다. 벌초는 한 집안만의 문제가 아니며, 벌초를 하지 않으면 이웃 어른들에 제대로 공경하지 않았다고 지적을 받을 뿐만 아니라 해당 묘가 무연고 분묘로 처리될 수 있으며, 다른 집안의 묘지를 벌초하게 되면 분쟁을 일으키는 경우도 있다.

제주의 장묘문화는 사람과 사람, 한 집안과 다른 집안 사이의 관계 속에 있으므로 "명절의 제사는 집안에서 하는 것이라 다른 사람이 어떻게 하는지 모른다. 그러나 벌초는 다른 사람들이 모두 다 보는 것이다. 그래서 명절보다 벌초에 더 신경을 쓰고 있다"고 한다.[15] 기제사나 명절과 같은 죽은 자를 모시는 제례와 비교하면, 묘지는 죽은 자를 모시는 자손 이외의 사람들과의 관계가 복잡하게 얽히게 되어 공공적(公共的)인 일로 보여 지는 것이다.

제2절 산담

1. 산담의 의미

산담이란 무덤의 주위를 타원형으로 쌓거나 장방형으로 쌓은 돌담으로[16] 영혼이 사는 집이자 무덤의 울타리라고 한다.

넓은 의미의 산담은 사자(死者)가 거주하는 공간을 지칭하는 용어로 봉분과 제사주재의 공간과 산담 등을 포함한 것이고, 작은 의미의 산담은 단순하게 봉분을 둘러싸고 있는 울타리 산담 자체만을 지칭한다. 제주지역에서의 "담"은 산담 이외에도 여러 유형이 있다. 예컨대 밭과 밭, 밭과 길의 경계 표시로서의 '밭담'과 돌담, 방어진지로서의 '석성'과 '연대', 마을의 수호신인 '돌하르방', 마을의 안녕을 위해 세운 '방사탑', 집 울타리인 '집담' '올래담', 밀물 따라 밀려든 고기를 썰물이 되면 가둬 놓고 쉽게 잡을 수 있도록 해안변 바다에 돌담으로 둘러막은 '원담', 무덤 속에 영혼을 달래며 서 있는 '동자석', 주민 상호간에 무언의 약속을 담고 있는 정낭을 꿰차고 있는 '정낭돌' 등이다.[17]

---

15) 김유정(미술평론가, 제주문화연구소장); 이러한 의식은 우리나라 사람들의 타인을 의식하는 체면문화의 영향도 크다.
16) 고성보외 3, 제주의 돌담, 제대출판사, 2009, 22면.
17) 제주시청 열린제주시, 제주도 인쇄정보산업협동조합, 2007년 1월 호, 14면.



<그림 4-1> 밭 가운데 분묘와 외담으로 형성된 산담



<그림 4-2> 콩밭에 설치된 분묘와 산담

사실 제주지역에서의 돌은 그냥 돌이 아닌, 제주사람들과 함께 호흡하는 살아 있는 생명의 문화이고, 제주 사람들의 수천년 이어져 내려오는 삶의 흔적들이다.

제주사람들은 죽음을 죽음으로 여기지 아니하고, 죽어서도 이웃과 함께 사이좋게 마을을 이루어 살아간다고 생각한다. 그 망자들이 사는 주거지가 중산간 일대의 오름 중턱이고, 그곳에 위치한 산소가 그들의 집이라면 망자의 집을 둘러싼 울타리가 산담이라는 의식이다. 따라서 이러한 산담은 영혼의 영역을 나타내는 일종의 경계 구실을 할 뿐만 아니라, 현실적으로 중산간 일대에서 방목하는 소나 말의 침입을 막고 또한 화입(火入)으로 불을 들일 때 산불이 무덤으로 오는 것을 방지하는 역할을 한다.



<그림 4-3> 목장지에 분묘와 산담으로 형성된 무덤들

제주의 산담은 조선시대에 중앙집권체제가 정착되고, 제주지역에 산중턱을 중심으로 목마장이 정책적으로 조성되면서 일반화 되었다. 당시는 숭유배불 정책에 따른 유교문화와 지역 토속문화가 어우러지고 목장지대에 마소들의 방목이 국가정책적으로 시행되면서 우마로부터 분묘를 보호하기 위하여 제주의 산담이 생겨나게 된 것으로 보고 있다.



<그림 4-4> 목장지에 분묘와 산담으로 형성된 무덤들

2. 산담의 기능

가. 금계(禁界)공간인 산담

산담은 살아 있는 사람들에게는 성(聖)스러운 부분과 함께 쉽게 다가서기 어려운 금기(禁忌)의 내용까지 포함되어 있다. 이러한 산담의 공간은 살아 있는 사람들에게 출입이 허가되는 특정한 날인 청명, 한식, 벌초, 묘제, 시제 등 을 제외하고는 찾아가지 않는 금기의 영역으로 살아있는 사람들이 일상적으로 생활하는 공간과 분리되었다. 제주에서 '산담' 이라고 지칭하는 것은 단순하게 봉분을 둘러 쌓고 있는 돌담으로 형성된 축조물만을 말하는 것이 아니다. 산담은 살아 있는 사람들이 아무 때나 찾아 갈 수 있는 공간이 아니라는 점에서 시간적인 지표를 갖고, 봉분과 죽음의 관념을 포괄하는 일종의 공간지표라고 할 수 있다.

삶과 죽음의 만남을 이어가는 제례을 지내면서 살아있는 사람들은 죽음을 두려워하기 보다는 돌아가신 분을 위하여 살아 있을 때와 마찬가지로 조상에 대한 예의를 갖추는 것이다. 산담 안의 공간은 일상적으로는 죽은 사람의 영역으로 구분되**는** 곳이지만, 살아있는 사람이 방문하는 경우에는 같이 함께하는 공간이 된다.

살아 있는 사람들이 조상들을 위하여 산담 내에서 제례를 지내면 조상들도 봉분 밖으로 나와 함께 한다고 한다. 이때 살아 있는 사람과 돌아가신 분과는 제례를 통하여 같은 생활공간에 위치하다가 제례를 마치면 다시 각자의 영역으로 되돌아간다. 살아있는 분들은 자신의 세계로 돌아오기 위하여 산담 밖으로 나오고, 돌아가신 분은 자신의 세계로 돌아가면서 산담의 신문(神門)을 닫게 되면 산담의 금계(禁界)가 된다.



<그림 5-1> 분묘와 산담의 신문과 정돌

나. 산담의 조성 배경

(1) 무덤의 보호

기본적으로 산담은 무덤을 보호하기 위한 돌담이다. 제주는 예로부터 목장을 운영하기 좋은 자연적인 여건 때문에 목축산업이 발달하였다. 자연목장이 많다보니 그 목장의 마소(馬牛)들이 묘지의 관리된 좋은 풀을 뜯기 위해 봉분에 오르는데, 봉분은 마소의 무게 때문에 한쪽으로 기울거나 흙이 파헤쳐져 보기 흉하게 되자 마소의 침입을 방지하기 위해 그 자손들이 산담을 쌓게 된 것이다. 따라서 초기의 산담은 외담으로 무덤을 보호하기 위해 봉분을 따라 담을 쌓았다. 하지만 갈수록 목마장에 방목하는 마소가 증가하여 봉분을 훼손하는 경우가 많아짐으로 마소들이 산담을 쉽게 넘지 못하도록 산담을 넓게 쌓아 지금의 모습이 되었다고 한다.



<그림 6-1> 목장지에 분묘와 산담으로 이루어진 무덤들1



<그림 6-2> 목장지에 분묘와 산담으로 이루어진 무덤들2

(2) 산담 관리의 편의성

경작지에 무덤을 조성하는 것은 제주 이외의 타 지역에서는 볼 수 없는 특이한 현상으로 제주에서는 지금도 이러한 풍습이 남아 있어서 종종 자신의 밭이나 친·인척의 경작지에다 무덤을 조성하고 있다. 친인척의 밭에 묘지를 조성할 경우 무덤을 쓰는 댓가로 약간의 묘터 값을 보상하기도 한다.



<그림 7-1> 마늘 밭 가운데 위치한 분묘와 산담1



<그림 7-2> 마늘 밭 가운데 위치한 분묘와 산담2

이 풍습에 비추어 보건데 이렇게 밭에 무덤을 조성하는 것은 조상의 무덤을 생활터전에 함께하여 일상적으로 관리하기 위한 경제적 측면이 강한 것으로 보여진다.

(3) 가문의 권위 상징

산소를 봉분으로 만드는 초기의 매장제도는 명문가나 벼슬아치가 아니면 장례비용을 마련할 수도 없어 일반인들은 산담이나 봉분을 만들 수 없었다. 산담은 조성비용이 많이 들기 때문에, 가문의 위세(威勢)의 한 표현으로 치장을 하기도 하였다. 외담으로 원형이나 전방 후원 산담은 무연고 분묘이거나, 후손이 없는 분묘 혹은 경제적인 처지가 어려운 사람들의 묘들이 대부분인 것으로 보아 산담은 곧 무덤의 보호에서부터 시작되어 가문의 권위를 상징하는 축조물이 된 것으로 추측해 볼 수 있다.



<그림 8-1> 분묘만 있고 산담이 없는 묘



<그림 8-2> 원묘(종묘의 다른 말)



<그림 8-3> 큰 울타리 묘역에 단독으로 조성된 무덤



<그림 8-4> 분묘를 외담과 겹담으로 만들어진 산담들

3. 제주 산담의 유형

제주 산담의 형태는 원형에서 전방후원형으로 변했고, 사각형은 부등변사각형으로 변했기 때문에 두 가지로 설명이 가능하다. 앞부분은 직선이고 뒷부분은 길쭉한 반원형인 전방후원(前方後圓)형 산담과 사각형이지만 앞부분이 길고 뒷부분이 짧은 부등변사각형의 산담으로 구분할 수 있다.

가. 전방후원형(前方後圓形) 산담

전방후원형 산담은, 제주의 산야에서 쉽게 볼 수 있는 산담 형태로서 돌하나씩 쌓고 올라가는 외담 형태로 앞부분이 직선이고 측면에서 뒷부분까지 잘록한 반원 형태이다. 이렇게 외담으로 산담을 조성하는 것은 여러 가지 이유가 있는데, 후손이나 연고자가 없거나, '가남[18]' 이 없는 경우, 주변 여건이 돌이 부족한 산야에 묘지를 설치하게 되는 경우가 있다. 이런 산담은 비용이 적게 들고 시간이 많이 소요되지 않기 때문에 장례식을 거행하는 당일에 봉분을 중심부에 조성하고 그 봉분을 중심으로 주변에 돌을 모아서 돌담으로 애워 쌓는 형태로 완성한다.

18) 다음 일이 어찌 될지 짐작이 되지 않는다는 뜻으로 사용되는 전라도, 제주도 사투리



<그림 9-1> 목초지에 분묘와 외담으로 형성된 산담

이런 형태의 산담이 조성된 것은 산담이 만들어지기 시작한 초기에 단지 마소로부터 분묘를 보호하겠다는 생각으로 조성된 것이다. 이는 마소의 침범을 방지위한 임시방편으로 조성된 것으로 산담과 봉분 사이에 돌을 쌓아서 분묘가 차지하는 면적이 적게 조성되어 제를 지낼 공간도 충분하지 아니하다는 것이 특징이다.



<그림 9-2> 오름의 경사지에 설치된 분묘와 산담

자연석 그대로를 이용하여 밭담 쌓듯이 돌과 돌을 물려 쌓는 방식으로 바람구멍을 살려 높이는 대략 60cm를 넘지 않으며, 쉽게 무너지지 않도록 쌓는다. 이런 묘지의 소유자는 경제적 능력이 부족한 경우가 많으므로 비석이나 상석, 토신단 등의 묘지석물이 없는 것이 특징이다. 또한 외담

으로 이루어진 산담에는 영혼의 길인 '올래(神門)'를 만들어 낼 수 없기 때문에 올래가 없는 것이 특징이다.
산담의 고형(古形)을 살펴보면, 15세기에 만들어진 탐라성주 고봉례묘 추정지(耽羅星主 高鳳禮墓 推定址) 방묘에서 보면 봉토가 무너지지 않게 봉분 외곽으로 석곽형태의 돌담을 두른 것이 초기의 산담 형태일 가능이 크다. 그리고 돌을 이용한 산담의 축조는 봉분을 가운데 두고 봉분의 형태에 따라 산담을 쌓게 되는데 봉분을 만들며 형식적으로라도 용미지절(龍尾階節)이 있으면 그 용미지절의 외형을 따라 전방후원식 산담을 쌓게 되고, 봉분이 원형이면 원형의 산담을 쌓게 된다고 한다.

나. 부등변사각형(不等邊四角形) 산담

제주 산담의 대표적인 양식으로 이 산담은 원형에서 사각형의 산담으로 점차 발달하여 현재의 산담 모습을 보여주고 있다. 이러한 산담은 앞면에 가로면과 측면인 세로면의 비율이 약 1.2 : 1.0로 구성되어 부등변사각형의 모양으로 만들어진 산담이다. 이러한 형식인 산담은 높이는 80~120 센티미터 정도이고, 넓이는 약100~120센티미터 정도로 '접담(겹담)'으로 만들어 졌다. 산담의 구성을 살펴보면 신문, 어귓돌, 토신단 등으로 산담의 구조를 골고루 갖추게 되며, 산담과 봉분 사이에 제대를 만들고 다양한 형태의 석물을 배치하는 형태로 다양한 형태로 구성 된다.



<그림 10-1> 분묘와 겹담으로 형성된 부등변사각형 산담

이러한 산담은 봉분의 형태에 맞게 둘러진 원형에서 전방후원형으로 발전하여 오다가 지금의 형태인 사각형의 산담으로 변했다고 생각한다. 왜냐하면 봉분을 만드는 매장제도는 비용이 많이 소요되기 때문에 명문가나 벼슬아치가 아니면 장례비용을 마련할 수도 없는 경제적인 처지 때문에 산담은 고사하고 봉분의 조성도 어려웠기 때문이다.



<그림 10-2> 목장지에 설치된 분묘와 부등변사각형 산담 들

4. 산담의 구조와 축조

가. 산담의 구조

(1) 올레

올레는 제주의 골목을 일컫는 말로, '큰길에서 집으로 들어가는 기다랗고 구부러진 길' 을 말하는데 정확히 마당 바로 직전까지를 일컫는다. 산담의 올레는 영혼이 다니는 신문(神門)을 말하는데 지역에 따라 오래, 올레-도, 도, 시문(神門)이라고도 한다. 살아 있는 사람들이 집으로 들어가는 올레는 직선으로 내기보다는 휘어지게 하여 태극의 형상으로 곡선으로 만든다고 한다. 이러한 올레의 역할은 집으로 들어오는 기운을 좋은 기운과 나쁜 기운으로 분리하기 위하여 태극의 원리를 활용하여 태극의 형상으로 만들어진다. 구부러진 길은 집안으로 오는 사람들의 거동을 살필 수 있고, 맞받아치는 센 바람의 영향을 줄이는 기능이 있고, 집집마다 독립

적인 영역을 표시하기 위해 만들어졌다고 한다. 큰길에서 올레로 들어가는 곳에 올레톡(턱)이라는 경계석을 설치하고, 올레를 지나면 다시 마당 입구에 마당톡(턱)이라는 경계석을 둔다. 이러한 올레의 원리는 영혼의 세계에서도 살아 있는 삶의 세계를 그대로 옮겨놓았다는 유교적인 생사관(生死觀)에 기인한다. 산담으로 둘러쌓인 묘지에 출입하는 문을 만들어 이 신문(神門)을 사람들이 출입하는 골목의 입구와 같다는 의미에서 산담에 위치한 신문을 올레라고 하는 것이다.

'시문' 이란 신문(神門)의 와음(訛音)으로 신이 다니는 길이라는 뜻이며, 신문이라는 말은 종묘나 향교에 신이 다니는 길인 신문(神門)을 모방하여 한학자들이 부르는 것이 음택의 산담에 정착되었다고 추측된다. 또한 왕릉에 신이 다니는 길인 신도(神道)의 모방적 표현이라고 해도 큰 무리는 없다고 할 것이다.

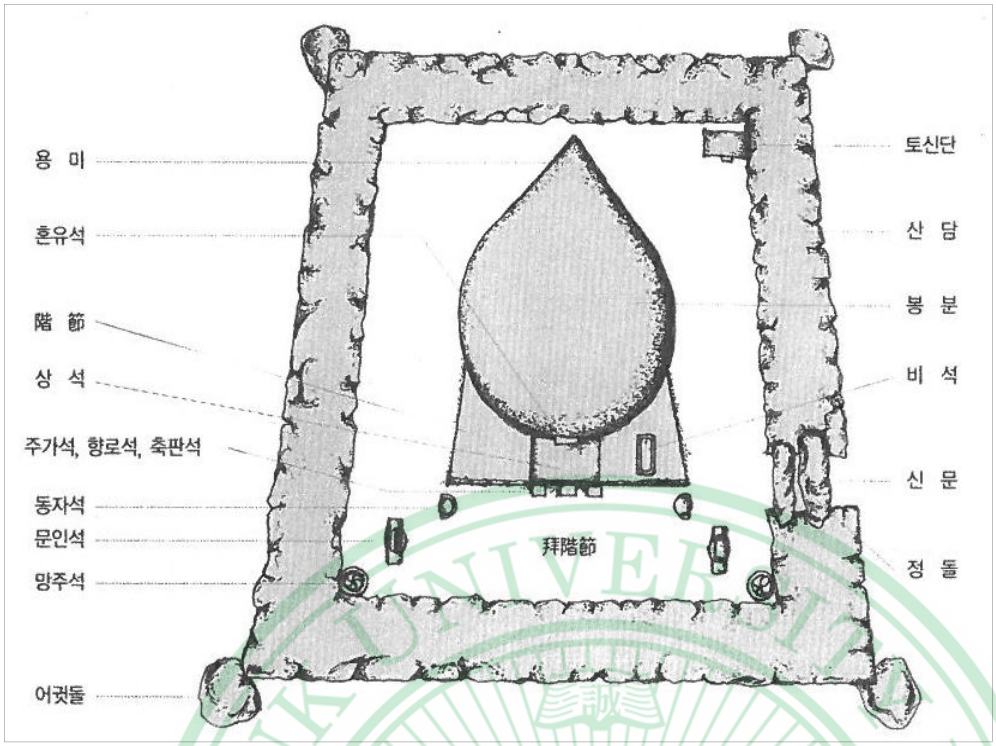
도는 출입구를 이르는 제주어인데『이아주소(爾雅註疎)』에, 도는 길(途)이라는 뜻으로 곧 도(道)이다.[19] 도(道)는 '곧다(直)' 라는 뜻으로 '곧아서 구부러짐이 없는 것이다' 라고 했다고 한다. 路, 場, 猷, 行은 道로써 '길' 의 이름을 널리 말하는 것으로 제주 산담에서는 '도' 를 '길' 이라는 속뜻을 포함하는 출입구라는 의미로 쓰이고 있다고 한다.[20]

산담의 올레는 좌측이나 우측에 약 40~50cm 가량 길을 트고 그 위에 길쭉하게 다듬은 돌을 1~3개 올려놓는데 이를 정돌이라고 하며, 올레 출입구 양편에는 안척과 밧척에 사각형의 돌이나 평평한 자연석으로 올레톡을 심어 경계를 표시하고 잔돌이나 납작한 돌을 깔아 영혼이 다니기 좋도록 평평하게 만든다고 한다. 간혹 올레가 끝나고 산담 안쪽에 댓돌을 놓아 영혼이 신발을 벗을 수 있도록 한 경우도 있는데 사자(死者)의 세계도 생자(生者)의 현실 세계의 연장이라는 유교적인 세계관이 반영된 것이라 할 것이다.

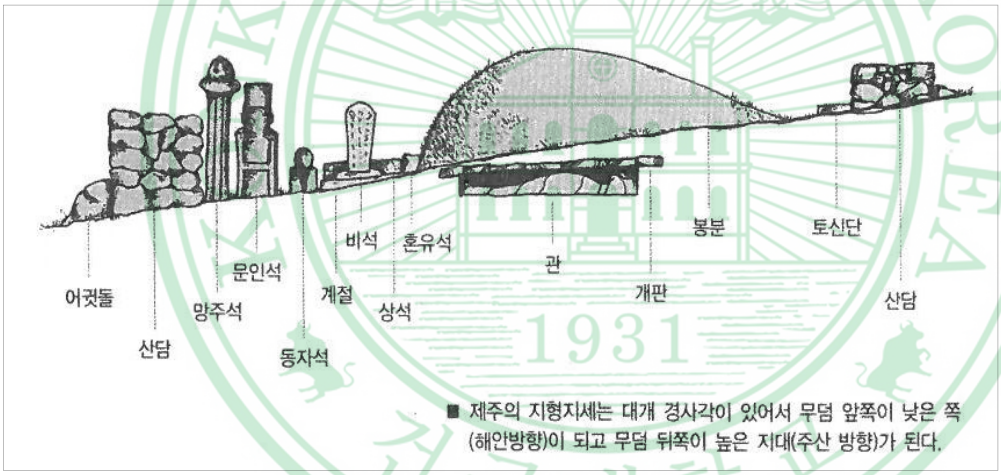
---

19) 이충구 외역,《이아주소(爾雅註疏》, 소명출판, 2004, 416쪽,
『爾雅註疎』세계에서 가장 오래된 한자 백과사전 '이아'의 경문과 주소, 음의 등을 번역한 '이아주소 제1권. '이아'는 한자 독해의 원조, 훈고의 으뜸 고전으로 손꼽히는 지침서이며 고대 문헌을 학습하고 문화유산을 계승하는 데 중요한 도구이다.

20) 제주시청 열린제주시, 앞의 책, 15면.



<그림 11-1>제주무덤의 구조(평면도), 김유정, 제주풍토와 무덤 인용



<그림 11-2> 제주무덤의 구조(입면도), 김유정, 제주풍토와 무덤 인용

(2) 신문(神門)의 위치

신문의 위치에 대한 명확한 설명이나 이유를 확인 할 수 있는 사료가 부족하여 정설은 알 수 없으나, 향토 사학자 故 박용후 선생에 의하면 신문

은 일반적으로 '여자의 묘는 오른 쪽에, 남자의 묘는 왼쪽에 50㎝가량 담을 튼다' 고 하였으나 그 연유를 알지 못하고 있다고 한다. 풍수전문가의 의견으로는 '남좌여우(男左女右)는 원래 음양의 이론으로서 남자는 양(陽)에, 여자는 음(陰)에 해당하여 좌측은 양이 되고 우측은 음이 된다' 고 한다.[21] 따라서 무덤(혈장)에서 좌청룡은 양으로 남자의 자손을 주관하고, 우백호는 음으로 여자의 자손을 주관하기 때문에 좌는 양이 되어 남자가 되고, 우는 음이 되어 여자가 된다고 한다. 또 황제내경 등에 의하더라도 남자는 신체의 좌측이 허약하고 여자는 우측이 허약하므로 남자의 좌측과 여자의 우측이 서로 허약함을 보완하기 위해 비롯된 것이 신문을 설치할 때 적용된 것으로 보고 있다. 곧 신문과 비석의 위치를 살펴볼 때, 역의 중심 원리는 중화(中和)이기에 중화는 실한 것을 덜어주고 허한 것을 보태어서 균형을 이루게 하고 있다고 한다.[22] 비석의 위치는 허한 곳, 즉 산좌(山坐)를 위주로 하여 명당에 물이 들어오는 방향과 삼합(삼각형)이 되는 곳으로 대개의 경우 청룡이 백호보다 짧거나 명당수가 우측에서 흘러 들어오면 비석의 위치는 좌측이 되고, 반대로 백호가 청룡보다 짧거나 명당수가 좌측에서 흘러들어올 때는 우측에 설치하는 것이라고 한다. 신문의 위치 역시 좌우의 허실에 의하여 디딤돌을 놓는 경우는 허한 쪽에 놓고, 신문 구멍을 내는 경우는 실한 쪽으로 하여 허실을 보완하고 중화를 이루게 하는 것이라고 한다 [23].



<그림 12-1> 산담에 설치된 신문과 정돌을 이에서 본 모습

21) 현용준, "제주도무속과 그 주변", 집문당, 2002, 336면
22) 제주시 · 제주대학교박물관,1997,<탐라성주고봉례묘추정지(耽羅星主高鳳禮墓推定址) -제주시 화북동 분묘유적 발굴조사 보고서>.
23) 강대원, 향토풍수가, 제주특별자치도 서귀포시 대정읍 상모리 거주

신문의 기능은 영혼의 출입구이며, 1~3개의 길쭉한 정돌을 올려놓아 사람이나 마소의 출입을 금하고, 신문에는 잔돌을 깔거나 납작한 돌을 놓아 정갈하게 하여 풀이 자라지 못하게 한다. 올레를 만들지 않을 경우 그 위치에 돌계단을 놓는데, 신문의 위치가 되는 쪽이 앞면이면 앞 쪽에, 측면일 경우 측면 쪽에 놓는 것이 상례(常例)라고 한다.

20세기 이후에 조성된 산담에는 신문을 만들지 않고 그냥 막아버린 경우가 많고, 일부는 신문의 위치에 평평한 사각형의 댓돌을 놓은 사례가 있는 것으로 보아 산담을 넘어 분묘로 들어가는 경우에는 신발을 벗고 출입을 하라는 의미를 내포하는 것 같다.



<그림 12-2> 분묘와 산담에 설치된 문인석과 신문

(3) 정돌

영혼이 다니는 올레(神門)의 길을 막는 돌을 정돌이라고 하는데, 정돌은 신문 위에 얹어놓는 돌로 길지만 모난 듯이 둥근 돌이다. 지름 20~30㎝, 길이 50~60㎝ 돌을 1개, 혹은 2개, 많은 곳은 3개를 올려놓아 마소나 사람의 출입을 금하도록 하고 있다. 제주의 전통적인 산담에는 모두 이 신문인 올래에 정돌이 놓여 있었으나 최근에 들어 산담을 조성하면서 신문을 폐쇄하고 그 자리에 돌계단을 만들어 두는 곳도 있다고 한다.



<그림 13-1> 분묘가 설치된 산담에 신문을 대신에 만든 입구계단

(4) 귓돌, 귀어짓돌, 팡돌

지역에 따라 귓돌을 귀어짓돌, 팡돌이라고도 한다는데, '귀어짓돌'은 '귀(귀퉁이)+어귓돌'의 와음이며, 산담 네 귀퉁이에 세우는 돌이라고 해서 귓돌이라고 부른다. 이 귓돌은 산담 네 귀퉁이에 정초석 역할을 하는 팡돌인데, 산담의 중심을 잡아주며 사람들이 무덤 출입을 용이하게 하는 역할을 한다.



<그림 14-1> 무밭에 설치된 쌍묘에 귓돌과 높은 산담

이 귓돌은 산담 축조시 장사(葬事)지내는 집안의 사위들이 마지막으로 갖다놓는 돌이라고도 하며, 밭을 갈 때 마소가 끄는 쟁기가 산담 가까이 오지 못하도록 산담의 외장(外場)을 보호하는 기능도 한다고 한다.[24]

나. 산담의 축조

(1)산담 쌓기

산담은 장례 당일 쌓을 수도 있고, 흙으로 둥그렇게 봉분만 쌓았다가 이후에 경제적인 여건이 될 때 산담을 두르기도 하는데, 장례 당일에 산담까지 쌓으려면 산담을 쌓을 인부인 '산역시(山役事)' 할 인력이 동원되어야 한다. 묘지에 접근성이 좋거나 돌이 많은 지역이면 당일(當日)에 산담을 완성할 수 있지만, 오름이나 험한 지형과 같이 여건이 좋지 않은 곳에 산담을 만들 경우, 산담 축조에 필요한 돌들을 일일이 사람의 손을 빌려서 하려면 상당한 시일이 소요되었다고 한다.

당일 산담을 쌓지 않을 경우 후에 산담을 쌓는 공사를 하려면 성역이라고 할 수 있는 분묘 주위에 공사를 한다는 예의를 갖추기 위하여 길일을 택하기 위하여 먼저 택일을 하고 정시(地官)와 함께 분묘가 위치한 토지의 신을 위한 토신제를 하고 산담을 쌓는 일을 시작한다고 한다.[25]

(2) 산담 쌓기 종류

산담을 쌓는 방법에는 잔돌을 밑에 넓고 촘촘하게 깔고 다시 그 위에 큰 돌을 외줄로 얹는 방식인 잣굽담 쌓기, 밭담이나 올래담을 쌓을 때 크기가 비슷한 자연석을 맞물리게 하면서 반복하여 외줄로 얹어놓는 방식인 잡담 쌓기, 밭에서 나온 수많은 잔돌을 처리하면서 밭과 밭 사이 성벽위의 길처럼 평평하게 쌓는 방식인 잣질(城路)쌓기, 읍성이나 관아의 돌담을 쌓을 때와 같은 방식으로 다듬은 돌을 바르게 쌓는 바른돌 쌓기, 산담처럼 양옆에 큰 돌로 지지하며 가운데를 채우는 겹담쌓기 등이 전통적인 돌담 쌓기 방식이라고 한다. 그러나 제주의 돌담 쌓기는 일본강점기에 이

24) 김웅철, 향토사학자, 제주특별자치도 서귀포시 대정읍 하모리 거주
25) 김석준, <경제생활>,《제주의 민속5-민간신앙 · 사회구조》, 1998, 627~628쪽.

르러서 일본식 돌담 쌓는 방식으로 많이 대체되었다고 한다.[26] 일본식 돌담 쌓기라 할 수 있는 '정치쓤(精緻つ-む)'이나 '경치(傾緻) 쌓기'는 일본인 기술자에게서 배운 제주의 '돌챙이(石工)[27]'들의 와음(訛音)으로, 다이아몬드식으로 제주도.꽉 끼어 쌓는 방식을 '경치(傾緻) 돌담'이라고 한다. 이 경치돌담은 잘 다듬은 사각형의 돌을 사선으로 꼭 맞게 붙여 정교하게 쌓는데, 비가 많이 오고 지반이 약한 곳일 경우 기초가 흔들려 돌담 중간으로 무너지는 경우가 있다고 한다. 일본강점기에 축조된 이런 경치돌담은 자연 경관 면에서나 바람 많고 비가 많이 오는 제주도의 기후조건과는 잘 어울리지 않는 돌담의 형태라고 한다.

제3절 산담의 현황

1. 산담의 현재성(現在性)

가. 죽음문화를 반영한 제주의 산담

산담은 영혼의 영역을 나타내는 일종의 경계의 표시로 산담을 경계로 봉분이 죽은사람의 주택이라면, 집 울타리의 돌담과 집은 살아있는 사람들의 공간으로 죽은 자들의 세계와 구분되는 것이다. 또 산담이 위치한 제주의 한라산 중턱에 해당하는 중산간 지역은 동시에 대부분 가축들을 방목하여 기르는 목장지대이므로 그곳에 무덤을 설치하면 말이나 소에 의해 산소가 훼손될 수 있다. 또 산불이 발생하는 경우 화재로부터 묘지를 보호하기 위하여 자연스럽게 분묘를 보호하는 형태의 산담이 조성된 듯하다. 한편 제주에서 분묘가 설치된 곳은 다른 지역과 달리 살아있는 사람들의 생활터전 인근에 설치되어 있다. 어로 작업과 연계된 해안가, 농사를 짓고 있는 전답지, 가축들을 방목하고 있는 목장지, 화전을 통하여 조성한 농지 등 모두가 사람들이 자유롭게 다닐 수 있는 곳에 만들어 졌다는 특징이 있다. 이러한 곳에 분묘를 설치하며 만들어진 산담은 단순하게 봉분을 보호하기 위한 만든 구축물이 아니라, 죽은 사람과 이웃하여 함께

26) 강대원, 향토풍수가, 제주특별자치도 서귀포시 대정읍 상모리 거주
27) 홍성목 역, <제주도조사보고>,《조선반도의 농법과 농민》, 우당도서관. 2000, 217~219면,

살아가는 공간이라는 의미가 크다.

많은 비용과 시간을 투자하여 조성한 산담은 세계적으로 유래를 찾기 어려운 특이한 외형으로 제주 사람들의 생사관(生死觀)을 보여주고 있다.[28] 즉 죽은 사람과 살아 있는 사람들을 연결하는 응집체로서 역할을 하는 것이다. 제주의 산담은 단순하게 분묘를 두르고 있는 돌담의 한 형식으로서의 산담이 아니라, 이러한 산담의 조성으로 물리적으로는 살아있는 사람의 영역과 죽은 사람들의 영역이 구분되어 있으나, 문화의 영역에서는 함께하는 것이라는 의미가 강하다. 따라서 산담문화는 제주인들이라면 누구나 죽어서 다시 돌아가야 할 본향(本鄕)같은 의식을 반영하며, 전통적인 문화의례를 이어가는 곳으로 제주 돌문화의 독창적인 공간개념을 상징적으로 드러낸 것이라 할 수 있다.

나. 땀과 정성의 결정체로서의 산담

산담은 600여년이상 이어져 오는 유교문화에 따른 조상 숭배 사상에 의해 분묘를 보호하고 죽은 사람의 영역을 확보하기 위해 땀과 정성으로 만들어진 역사적 산물임을 기억해야 한다. 산담은 하나씩 쌓아 올린 돌담을 통하여 죽은 사람의 영역을 직접적으로 연결하고, 다른 돌담과 달리 죽은 사람이 지켜보는 것으로 여겨서 산담을 조금이라도 훼손하거나 함부로 해서는 안되는 것처럼 인식되고 있다. 이러한 산담은 밭 가운데에도 위치하는 경우도 있다. 이는 농부들에게는 식사를 하거나 휴식을 취할 수 장소로 기능적으로 활용되기도 한다. 사실 경작지에는 제주의 거센 바람으로 늘 흙 먼지가 날리지만 산담은 돌담으로 넓고 높게 만들어져 농부들이 농지를 살펴보며 여유를 찾는 곳이기도 하다. 산담 내는 죽은 사람이 영역이기에 아무도 함부로 하지 않고 신성한 지역으로 인식 하기에 그곳에 물건들을 보관하여도 분실되지 않는다고 생각한다.

다. 산담의 예술적 가치

제주의 산담은 제주만이 연출해 낼 수 있는 가장 독보적이고 경이적으로 지형에 어울리는 풍토적인 경관을 이루는 것으로 돌담이야말로 가장 제주다운 경관을 품고 있다. 하지만 돌담을 통한 아름다움이나 예술적인 부분

28) 제주도한라산생태문화연구소, 한라산 구비전승 · 지명 · 풍수, 2006, 171-172면

을 논하기에 앞서, 제주의 산담은 대지위에 이름도 알지 못하는 수많은 사람들이 수백 년에 걸쳐 조상 대대로 함께 만들어낸 제주의 거대한 조형물이다. 즉 의도하지 않았지만 초대형 조형물이 수대에 걸쳐 자발적인 주민 참여로 제주 전역을 멋진 돌 문화공원으로 조성한 것이다. 제주에 흔하디 흔한 현무암 조각들을 모아서 제주 사람들의 의식을 하나로 만든 결정체이다. 산담이 만들어진 과정에서 보듯이 분묘의 보호를 위한 직접적이고 현실적인 문제를 해결하기 위한 구축물이지만 이 축조물은 수백년 동안 이어져 오는 과정에서 실용적인 측면과 미학적인 측정이 고려되면서 단순한 형태에서 멋을 축구하는 형태로 변화 되었다. 그 형태가 원형 산담에서 전방후원 산담으로 변하였고, 그리고 직사각형 산담을 거쳐 부등변 사각형 산담으로 바뀌진 것을 볼 수 있다.[29)]

라. 산담과 제주의 문화

제주지역은 유교적인 전통을 중시하여 지금까지도 장례식을 엄숙하고 가장 중요한 일정으로 일가 친족 모두가 반드시 참석하여야 일로 집안에서도 일가 친족들이 참석을 독려하고 있다. 또한 제주지역에는 전통적인 벌초일인 음력8월 1일에는 학교에서 성묘방학이 이루어지고 있고 육지부나 타지에 나가 있는 가족들이 제주로 내려와서 성묘를 하고 가는 풍습도 이어지고 있다. 그리고 집안에 제사가 있는 경우에는 상가에 참석하지 아니하고 경건한 마음으로 제사를 준비하는 것들이 지금도 지켜지고 있다. 앞에서 살펴본 것처럼 산소를 둘러쌓고 있는 산담의 영역은 마치 성역처럼 여겨져 왔기에 현재도 일제강점기인 1912년 토지사정 당시에 묘지로 등록된 7만3천여 필지가 넘게 남아있고 신고가 되지 않고 조성되어 산담으로 둘러진 산소도 비공식적 추정으로 240,456기 이상으로 산재되어 있다[30)].

이러한 산소들이 산업발전에 따라 제주지역의 중추 부분인 중산간 지역을 개발하는 과정에 이곳에 위치하고 있는 묘지는 개발환경을 저해하는 요소가 될 뿐만 아니라 개발사업주체나 개인 토지소유자는 그 개발하려면 묘지의 이장(移葬)문제가 발생하게 된다. 이와 같이 성역시 되는 묘지를 이장(移葬)하는 부분은 제주지역에서는 집안 전체의 문제로 여겨지고

29) 김유정, 제주풍토와 무덤, 2011, 34-63면 참조
30) 데이비드 네메스, 역 고영자, 제주 땅에 새겨진 신유가사상의 자취, 2012, 247면.

있기에 해당 토지에 존재하는 묘지문제를 해결하기 위해서는 문중회의 결의를 거치는 등으로 많은 시일이 소요될 수밖에 없다. 따라서 이러한 문제가 발생되어 제대로 해결하지 못하여 계획한 사업이 지연 되거나 사업자체가 중단되고 심지어는 사업을 포기하기도 한다. 또한 묘지부분이 토지사정으로 인하여 묘지가 산담까지 포함하여 별도의 부동산으로 분할된 것이 많아서 묘지소유자의 동의가 없는 경우에는 토지수용 절차를 거치지 않는 한 묘지를 이장하지 못하여 대규모 프로젝트나 산업기반시설인 도로신설 및 확장 사업이 장기간 지체되거나 우회도로를 개설하는 경우가 발생한다.

일제강점기에 토지사정 작업으로 묘지로 등록 등 공시가 되었으나 문중의 묘소를 대표자 개인 명의로 명의신탁이 되거나 상속인 공동 명의로 되어 있다가 제사주재자가 자신이 소유자로 주장하는 문제, 토지대장상 등록되어 있으나 그 등기명의인이 주소 및 생년월일이 기재되지 않아서 소유권자를 확정할 수 없는 문제, 등기부상 등기되어 있더라도 수대에 걸친 상속등기를 이행하지 아니하여 그 상속인 등을 파악하지 못하여 이를 등기하지 못하는 문제 등이 생기고 있다.

심지어는 골프장 개발사업자가 개발 사업을 진행하더라도 골프장 가운데 위치 묘지를 이장(移葬)할 수 없어 묘지를 골프장 내에 존속시킨 상태로 사업을 진행하기도 한다.

현재도 골프장 가운데에 관습상의 분묘기지권의 권리로 분묘를 존치 시키고 해마다 골프장에 벌초하러 다니고, 골프장에서는 분묘와 산담의 외곽에 나무를 심어서 손님들이 보이지 않게 하는 경우가 있다.

이러한 묘지는 다른 토지와는 달리 타인 소유의 토지에 분묘가 설치된 경우에도 관습법상 분묘기지권이 인정되고, 등기 없이도 봉분이 공시기능을 하고 있으므로 지료를 지급하지도 아니하고 분묘가 봉분 형태로 분묘의 관리가 계속되고 있는 동안은 관습상의 분묘기지권이 영구적으로 존속한다는 것이 판례의 태도이다.

2. 제주지역의 분묘 현황

가. 묘지 관습과 연혁

정부는 묘지에 관한 법(1962. 1. 1 시행)을 통하여 개인의 사유지에 호화 분묘나 경작지에 묘지를 쓰는 것을 제한하고 공동묘지를 조성하여 사용하도록 하였다. 그러나 제주도에서는 이로 인하여 매장제도가 더욱 확대되고 경작지 등에 분묘를 설치하며 전통적인 산담까지 설치하기 위하여 많은 비용이 소요되어 산담의 조성에 있어 빈부의 격차에 따른 위화감이 조성되는 경우가 있을 정도였다. 이러한 매장제도로 인하여 개인 사유지에 무허가로 분묘가 설치되는 등 문제가 심각해졌는데, 1981년에 제주도내의 묘소가 경작지 내에만 85,606기의 무덤이 산재하고, 비경작지인 임야와 목장지 등에는 144,850기가 위치하여 도합 24만 여개나 자리를 잡고 있다는 비공식적인 추정치가 보고되었다.[31] 이는 제주지역 전체의 묘지의 필지수가 7만5천 정도인 것으로 보면 묘지가 아닌 곳에 분묘가 설치된 무허가 분묘들이 엄청나게 많이 산재되어 있음을 알 수 있다.

우리나라의 전통적인 문화를 지배하는 요소로 샤마니즘과 유교를 들 수 있다. 유교문화가 특히 상류사회에 영향을 미친데 대하여, 샤마니즘은 서민사회에 정신적 작용을 하는 바 유교와 샤마니즘은 독립적인 요소가 아닌 결합된 형태로 제주지역 사회 전반에 영향을 미친 것으로 보인다. 제주도에서는 조선시대 유배당한 사대부들이 풍수지리를 전파하고,[32] 주민들은 제주라는 섬의 한계를 극복하기 위하여 일찍이 풍수사상에 지대한 관심을 가진 것으로 보여 진다.

풍수가 인간의 흥망을 결정짓는다는 신앙은 사람들을 운명론적인 사상으로 몰아넣었고 이러한 사고는 제주인에게는 많은 위안을 주었던 듯하다. 현실적인 고난을 숙명적으로 받아들였던 제주인들은 자손들에게 그런 불행에서 벗어나게 하려는 소망으로 명당을 찾는데 정성을 다하고 산담을 만들어 분묘를 보호하는데 많은 경제적 부담을 감수하였다. 이것은 풍수에 대한 관념이 타 지역에 비하여 강했고 지역적 상황에 따른 현실적인

31) 데이비스 네메스, 역 고영자, 앞의 책(제주 땅에 새겨진 신유가사상의 자취), 247면.
32) 조선시대에 이르러 숭유억불정책으로 유교에 따른 매장제도가 활성화되기 시작하여 도참설 내지 풍수지리설이 크게 작용을 하였다. 조선시대의 상류층은 풍수지리설의 영향으로 조상의 음택과 양택을 구하는데 많은 재물을 탕진하였고, 사대부 및 일반 서민들도 풍수사상에 의하여 묘 자리가 좋지 않다는 이유로 이장하는 경우가 많았다.

의식이 반영된 것이라 할 것이다.

나. 묘지 현황

우리나라에서 묘지에 관한 통계가 작성되기 시작한 것은 1912년 '묘지·화장·매장 및 화장 취체규정'이 제정되어 공동묘지라는 집단묘지가 설치되면서 부터이다. 이후 1978년부터 1980년까지 3년간 항공측량 사진을 중심으로 전국적인 규모의 묘지의 실태를 평가하였고 보건복지가족부의 통계에 의하면 2004년 현재 약2,833만기로 추정하고 있다[33]. 분묘 1기당 묘지면적을 30평방미터로 하면 2004년도를 기준으로 하면 총 묘지의 면적은 84,990㎢로 추정된다. 2004년 이후에 정부 및 지방자치단체는 항공사진이나 묘지 전체를 조사한 적이 없고 공공묘지나 법인묘지 등 파악이 가능한 묘지만 파악하여 통계에 활용하고 있어, 불법 묘지를 포함한 전체의 묘지의 기수는 추정하기도 어려운 실정이라고 한다[34]. 제주에는 분묘를 설치하는 과정에 산담문화로 인하여 돌담을 구축하게 되어 묘지의 면적이 다른 지역에 비하여 아주 넓고, 밭이나 과수원 등 사람들의 생활터전과 인접하여 토지에 대한 재산권 행사에 불편을 주고, 분묘기지권이나 묘지의 상속 문제로 인하여 법률적 분쟁이 상존하고 있다고 할 수 있다.

2013년 우리나라 현황을 보면,[35] 2013년 7월 현재 화장시설은 전국 55개소에 314로이고, 이용현황은 197,717명에 이르고, 봉안당은 2012년 12월 현재 384개소에 이용현황은 1,041,674구에 이르고 있다. 한편 화장률은 2012년 기준으로 부산이 87.8%로 가장 높았으며, 인천이 85.8%, 울산이 81.8%, 서울이 81.5% 순이고, 화장률이 낮은 지역으로는 충남이 55.9%, 제주가 57.4%, 전남이 57.4%, 등이 순으로 나타났다.

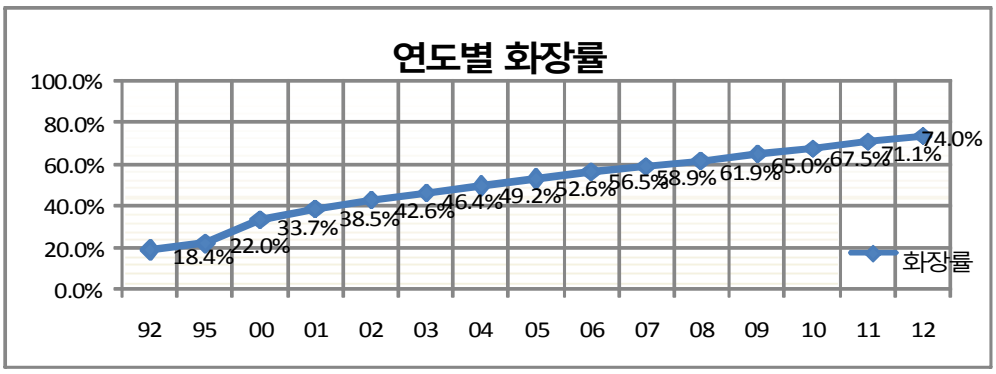
---

33) 정민자, "한국의 장묘제도에 대한 연구", 서울기독교대학교대학원 박사학위논문, 2007, 31-32면.

34) 김혁구, 시한부분묘제도의 정착화에 관한 연구, 전주대학교대학원 박사학위논문, 2010, 16-17면.

29) 보건복지부, '이제는 4명중 3명이 화장' 2013. 10. 29 보도자료

<표 1-1> 연도별 화장률 추이 (보건복지부 2013. 10. 29 보도자료)



년도	'92	'02	'03	'04	'05	'06	'07	'08	'09	'10	'11	'12
화장률(%)	18.4	42.6	46.4	49.2	52.6	56.5	58.9	61.9	65.0	67.5	71.1	74.0

<표 1-2> 지역별 화장률 현황 (보건복지부 2013. 10. 29 보도자료)

구 분	사망자수(명)		화장자수(명)		화장률(%)	
	2011년	2012년	2011년	2012년	2011년	2012년
계	**257,396**	**267,221**	**182,946**	**197,717**	**71.1**	**74.0**
서 울	40,320	41,514	31,751	33,846	78.7	81.5
부 산	19,643	20,534	16,848	18,027	85.8	87.8
대 구	12,355	12,352	8,713	9,177	70.5	74.3
인 천	12,504	12,881	10,589	11,055	84.7	85.8
광 주	6,593	6,874	4,348	4,785	65.9	69.6
대 전	6,336	6,580	4,488	4,772	70.8	72.5
울 산	4,462	4,567	3,560	3,734	79.8	81.8
세 종	-	820	-	503	-	61.3
경 기	48,394	50,830	37,526	40,683	77.5	80.0
강 원	10,521	11,030	6,940	7,543	66.0	68.4
충 북	10,176	10,478	5,564	6,178	54.7	59.0
충 남	14,025	13,994	7,531	7,823	53.7	55.9
전 북	13,126	13,700	8,011	8,902	61.0	65.0
전 남	16,090	16,766	8,351	9,623	51.9	57.4
경 북	20,237	20,644	11,586	12,517	57.3	60.6
경 남	19,593	20,419	15,222	16,565	77.7	81.1

구 분	사망자수(명)		화장자수(명)		화장률(%)	
	2011년	2012년	2011년	2012년	2011년	2012년
제 주	3,021	3,238	1,657	1,860	54.8	57.4
지역미상			261	124		

자연장지 및 봉안당 설치현황('12.12월 현재)

<표 2-1> 전국 자연장지 설치 현황 (보건복지부 2013.10.29 보도자료)

구 분	개소수	조성면적(㎡)	총자연장 능력(구)	기자연장 안치구수('12년 포함)	향후 자연장 가능구수	'12년 실적(구수)
계	**652**	**945,802**	**327,753**	**23,483**	**304,270**	**12,210**
공 설	32	463,865	235,503	15,735	219,768	5,354
사 설	620	481,937	92,250	7,748	84,502	6,856

<표 2-2> 전국 봉안당 설치 현황 (보건복지부 2013. 10. 29 보도자료)

구 분		개소수	총봉안능력(구)	기봉안구수('12년 포함)	향후 봉안 가능구수	'12년 실적(구수)
합 계		**384**	**3,525,902**	**1,041,674**	**2,484,228**	**88,552**
공 설 봉안당		131	1,489,549	629,429	860,120	51,437
사 설 봉안당	소 계	253	2,036,353	412,245	1,624,108	37,115
	법 인	53	920,047	217,299	702,748	16,590
	종교단체	200	1,116,306	194,946	921,360	20,525

3. 분묘 현황에 대한 분석

제주도 묘지현황도 전체적인 조사가 이루어 지지 않아서 정확한 통계를 측정하기는 어렵지만 제주 농경지에 위치한 묘지를 비공식 추정치[36] 로 1981년 조사한 바에 따르면 경작지에 490.21㎢에 85,606기가 위치하고, 비경작지(숲, 불모지, 도로, 건물 기타) 1,334.55㎢에 154,850기로 전체의 무덤 면적의 비율이 전체 토지면적의 0.4%인 것으로 나타나 다른 지역과 달리 농지에도 많은 분묘가 존재하고 있음을 확인 할 수 있다. 또 개인들이 신고하지 아니하고 조성한 가족 공동묘지 등을 제외하고, 확인이 가능한 공공묘지나 법인묘지 등의 묘지만 파악하여 통계로 정리한 2011년 묘지현황을 보면,[37] 묘지 수가 109,754개에 이르고 묘지 조성 면적이 13,141,617㎡에 300,120기의 묘가 존재하고 있다. 이를 내용별로 분석하여 보면 공공묘지(공설묘지와 부락공동묘지)에는 1,738,216㎡에 135,071기(1기당 12.8㎡), 사설묘지(종교시설묘지, 종중묘지, 가족묘지, 개인묘지) 4,390,839㎡에는 165,049기(1기당 26.6㎡)가 있고, 이중 개인묘지는 3,299,208㎡에 104,215기(1기당 31.6㎡)에 이르러 1기당 차지하는 면적도 장사법 기준의 면적을 초과하고 전체 묘지기수 대비 34.7%에 해당한다. 사설묘지 중에서 개인 묘지가 차지하는 비중이 75%에 이르러 매우 높다고 할 수 있다.

개인묘지의 경우에는 경작지는 물론 해안가, 임야, 목장지, 오름지대와 한라산 국립공원 내는 물론 주택지와 공공시설용지에도 여기 저기 산재하고 있어 문제가 되고 있다. 그러나 더 큰 문제는 해당 묘지의 연고자가 존재하는 지, 임야 대장에 등록되어 있는 지, 등기부에 등기되어 있는지에 대한 조사와 기록이 잘 이루어지지 않는 다는 것이다.

---

36) 제주 농경지에 있는 묘지조사(1981년)

토지이용	밭	논	총계	무덤수	무덤을 둔 토지의비율(%)
경작지	480㎢	9.60㎢	490.21㎢	85,606기	1%
비경작지(숲, 불모지, 도로,건물 기타)			1,334.55㎢	154,850기	0.5%
총계			1,824.76㎢	240,456기	0.4%

<제주통계연보>(1981년)에 의해 제공된 비공식적인 추정에 입각한 묘지 관련자료

37) 제주특별자치도, “열린 행정 통계정보 2012년 주요행정총람 - 묘지현황”, 2013., http://www.jeju.go.kr/contents/index.php?mid=010906(2013. 12. 10).

<표3-1> 2012년 주요행정총람 묘지현황

구분		개소수	조성 면적 (㎡)	기 매장		향후 매장 가능	
				기수	면적(㎡)	기수	면적(㎡)
합계		109,754	13,141,617	300,120	6,129,055	375,111	7,022,099
공공묘지	소계	164	5,531,577	135,071	1,738,216	213,871	3,793,361
	공설	15	998,192	13,119	152,586	35,137	845,606
	부 락 공동	149	4,533,385	121,952	1,585,630	178,734	2,947,755
사설묘지	소계	106,590	7,610,040	165,049	4,390,839	161,240	3,228,738
	종교	29	282,366	7,456	101,741	13,955	180,625
	종중	899	1,623,337	17,477	272,990	63,689	1,377,942
	가족	977	2,389,149	35,901	716,900	86,596	1,670,171
	개인	104,685	3,315,188	104,215	3,299,208	-	-

참고로 제주도 화장 현황은[38] 2012년 화장률이 57.4%에 이르는데, 이는 매년 3%정도씩 증가하고 있으나 전국의 평균 화장률 비율인 74.0%(2012년 기준)에 비하면 아직도 전국 최하위로 나타나고 있음을 알 수 있다. 이러한 이유로는 제주라는 지역적 특성으로 유교문화의 중시풍조와 산담문화 등으로 이어지는 사설 가족묘지 등의 조성을 통하여 후손들의 성공을 기원하려는 풍수지리적 사고로 아직도 매장문화를 유지하려는 노년층 의지가 반영된 것이라 여겨진다.
이는 제주지역에 위치한 묘지들은 산담 문화로 묘지로 등기가 되어있는 부분도 많고 외형상 산담으로 봉분을 보호하고 있어서 묘지 지목의 필지들이 큰 변화가 없음을 나타나고 있다. 그런데 통계정보에 따른 2011년도 묘지현황[39]에서는 묘지 조성면적이 13,141,617㎡이고 300,120기가 존재하고 있는 것으로 나타난 것은 실질적으로 묘지가 존재하는 지적 공부상의 묘지와 지적공부상의 묘지의 면적 16,737,518㎡와는 많은 차이를 나타내고 있다. 제주에는 공부상 지목이 묘지로 되어있는 필지수도

38) 제주특별자치도 보건복지여성국, 2013. 10, 행정사무감사 주요업무보고 자료

구분	전 국			제 주		
	사망자	화장자	화장율(%)	사망자	화장자	화장율(%)
2011년	257,396	182,946	71.1	3,021	1,657	54.8
2012년	267,221	197,717	74	3,258	1,860	57.4

39) 제주특별자치도 열린행정통계 2012년 주요행정총람정보, “묘지현황”, 2012. , http://www.jeju.go.kr/contents/index(2013.12.10.).

73,300필지에 이르는데 2000년 이후 현재까지 묘지의 면적이나 필지 수도 거의 변화가 없는 것으로 확인되고 있다. 이것은 산담으로 묘지가 보호되고 공부상 상속등기가 되지 않았거나, 분묘는 이장이 되어 봉분이 없어도 산담으로 묘지로의 필지를 유지할 수도 있고, 사실상 개발되어 묘지의 기능이 상실하였으나 소유권 이전등기의 어려움으로 공부정리가 되고 있지 않아 아직도 지목이 묘지인 필지로 남아 있는 것도 많은 것으로 보여 진다. 전국 토지 면적 대비로 묘지의 필지가 가장 많은 것으로 파악되고 있는데 이는 토지사정 당시에 묘지가 분묘를 둘러싸고 있는 삼담의 공시기능과 다른 토지와 의 명확한 경계로 묘지로 사정을 많이 받을 수 있었던 것 같다. 이로 인하여 묘지로 사정 토지를 토지대장에는 등재하였으나 등기 절차를 이행하지 아니하여 남아 있는 경우가 너무도 많다.

<표3-2> 제주특별자치도의 묘지현황(제주특별자치도 지적과 제공)

년도	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006
필지수	75,591	75,584	75,243	75,220	75,122	75,011	74,786
면적(㎡)	16,497,881	16,691,896	16,678,076	16,696,683	15,497,788	16,831,831	16,846,438

년도	2007	2008	2009	2010	2011	2012
필지수	74,509	74,300	74,138	73,748	73,346	73,300
면적(㎡)	16,802,916	16,776,160	16,732,231	16,806,246	15,215,220	16,737,518

이러한 문제를 해결하기 위한 구체적 방안에 관하여는 제4장 제4절에서 논의할 것이다.

제3장 분묘와 산담의 승계

제1절 우리나라 토지소유제도의 개관

1. 조선시대의 토지소유제도

가. 토지 권리관계의 특징

토지의 소유제도에서 고려는 공신과 관직에 따라 토지의 수조권 또는 소유권을 주어 생계를 유지하게 하였다. 이는 고대부터 조선시대까지 국왕의 영향력으로 대부분 국가의 소유로 인정되어 왔기에 개인이 토지를 소유하는 경우는 흔하지 않았기 때문이다.[40] 조선시대에는 부동산인 토지나 가옥의 매매가 이루어지면서 누가 어떤 형태로 소유자가 되는가에 따라 구분 하였다. 토지의 권리 관계는 국가기관이나 사대부들에 의하여 소유·경작자를 기준으로 소유형태에 따라서 국유전과 민전으로 파악할 수도 있고, 수취체제에 따라서 공전과 사전으로 파악할 수도 있다. 경작지를 소유하고 있는 자를 전주라고 하고, 농작물을 경작하는 토지를 전이라고 한다. 과전법에서는 토지소유자와 현실적·실질적 토지소유자와의 관계를 상징적으로 표현하여 수조권자를 전주라고 표현하고, 민전의 소유자를 전객이라고 표현한 것으로 생각된다.[41] 국가는 수조권을 사대부나 공신들에게 나누어 주어 양반관료들을 효율적으로 관리하고 전주는 수조권자로서 민전의 소유자들로부터 납조를 받는 형식으로 연결되었다. 이와 같은 신분계급에 따라 토지를 계층적으로 점유하여 조선시대의 실질적인 사회 경제체계를 형성하게 되었다고 할 것이다.[42]

나. 소유권의 공적증명

---

40) 오영모, 「조선시대 지방경제사 연구」, 교음사, 1992, 168-169면
41) 김성욱, 「한국의 토지소유제도의 변천과정과 통일문제」, 한국학술정보(주), 2010. 30면
42) 심희기, 「조선후기 토지소유에 관한 연구 - 국가지주설과 공동체소유설 비판-」, 1991, 45면 참조.

조선시대에 이르러 부동산 매매가 자유롭게 이루어지기 시작하여 토지의 현황파악을 위하고 국가에서 세금을 징수하기 위하여 양안제도(量案制度)를 실시하였다. 양안제도는 현재의 지적 공부와 같은 것으로 토지소유권의 증명에 있어 공적 장부로서 대표적인 것이다. 양안을 작성하기 위해서는 토지를 30년마다 토지를 측량하여 새로이 측량 할 때 마다 소유권을 등록하여 작성하였다.[43] 조선시대에는 토지를 측량함에 있어서 전체적인 생산량을 기준으로 면 또는 조 단위를 기준으로 광범위하게 하여 개인별로 어느 정도의 토지를 소유하고 있는지 정확하게 파악할 수는 없었다. 이러한 이유로 토지소유자 개인별로 세금을 징수하기 위하여 관공서에서는 별도의 개인별 토지소유현황을 기록 하였는데 이를 수세안, 긱기, 마상초 또는 명자책이라고 하였다.[44]

다. 입안제도

입안이란 조선시대의 토지의 소유관계를 공적으로 증명하는 방법으로 토지소유관계의 변동이 있을 때마다 작성하였다. 원칙적으로 토지소유에 관한 매매계약을 체결한 후 당사자는 관공서에 이를 신고하여 공증절차와 같이 이행하는 형태가 입안절차이다. 매매나 상속 등으로 권리의 이전이 합법적으로 이루어져 정당한 소유권의 이전이 진실한 것임을 입증하는 방법이 일종의 계약서라고 할 수 있는 문기의 작성이다[45] 그런데 이러한 문기는 양당사자와 증인과 집필인이 모여서 작성하는데 매매일자, 매수인, 목적토지의 부동산 표시와 거래 부동산의 동서남북의 경계를 이루는 표시를 하고 매매대금의 수령이나 담보사실을 기재하게 된다.[46] 이와 같은 계약은 당사자들만 그 진위 여부를 알 수 있기 때문에 권리의 진정성이 객관적으로 담보될 필요가 있었다. 따라서 토지 소유에 관한 계약을 체결 한 후 매매대금을 납부하고 소유권 이전된 후 100일 이내에 작성된 문기가 객관적으로 진정한 것임을 확인받는 제도가 요구되었는데, 이것은 입안제도이다.[47] 조선 초기에는 관서문기만이 인정되었는데, 조선 말엽까

43) 최명구, 「부동산등기법론」세창출판사, 2003, 1면.
44) 우병창, “조선시대에 있어서의 재산법 연구”, 고려대학교 대학원(박사학위논문), 1995. 170면 참조.
45) 우병창, 앞의 책(“조선시대에 있어서의 재산법 연구”), 258면; 문기는 명문 또는 문권이라고도 하는데, 매매 사실을 기록한 문기는 오늘날의 계약서에 해당된다(곽육진, 『부동산등기법』, 박영사, 1987, 42면 참조)
46) 김종권, 「부동산등기법(상)」, 한국사법행정학회, 1992, 70면.

지는 오늘날과 동일한 부동산의 물권변동을 공시하는 제도인 등기제도는 존재하지 않았다. 그러나 토지•가옥 등의 소유권이 인정되었고 변동이 허용되는 한, 국가적 합목적 요청과 권리관계의 안정을 위해서는 필연적으로 공증제도가 요청되었다. 관청이 공증력을 부여하는 입안은 소유지의 관청이 문기의 진정성 여부를 심사•확인하여 주는 일종의 행정행위이었다.[48] 이는 토지매매가 조선이전에는 거의 금지되어 오다가 사실상 전면적으로 허용되면 거래의 문란을 방지하려는 데 그 목적이 있었다. 그런데 매매에 관하여 당사자 모두가 직접 관사에 출두하여 매매 사실을 증명하여야 하는 절차적 번잡성과 비용부담의 문제로 거의 이용되지 않았고 입안절차를 거치지 않은 계약서인 백문문기의 작성이 일반화되었다.[49]매매당사자가 친족관계이거나 친분이 두터운 경우 또는 장래에 어떠한 폐단이 없을 것으로 예상되는 경우에는 굳이 입안을 받지 않더라도 문제가 발생할 가능성이 낮았기 때문이다. 더욱이 인구의 유동이 거의 없는 당시의 사회모습을 고려해 본다면 그러한 거래사실의 존재를 쉽게 알 수도 있었을 것이다.

2. 대한제국의 토지소유제도

가. 양전지계사업(量田地契事業)의 추진

1876년 개항이후 개항지의 외국인 거주자들이 외국인의 토지소유권에 관한 문제를 해결하고 토지소유권을 증명하기 위하여 1893년 가옥에 대한 증명서류로 가계제도(家契制度)가 시행되어 매수인이 소유권자로서의 권리를 인정 받으려면 새로운 가계를 교부 받도록 필요적 · 강제적으로 행하여 졌다.[50]

대한제국이 수립된 1897. 10. 12. 양전지계사업(量田地契事業)을 통하여 문란한 토지제도를 정비하고 외국인의 토지소유를 금지하기 위하여 양전사업을 통한 토지의 정확한 측량이 선행과 소유권의 조사 및 공증을 할 필요가 있었다.[51]

---

47) 우병창, 앞의 책(“조선시대에 있어서의 재산법 연구”), 258면 참조.
48) 우병창, 앞의 책, (“조선시대에 있어서의 재산법 연구”), 265면 참조.
49) 우병창, 앞의 책, (“조선시대에 있어서의 재산법 연구”), 263면 참조
50) 임영덕, “부동산 소유권이전등기 등에 관한 특별조치법의 연구” , 국민대학교 대학원 박사학위 논문, 2008, 13-14면.
51) 조종식, 「대한제국의 토지소유권제도」, 학영사, 1993, 218면.

개항 후 처음으로 양지아문에서 외국인 체류자에 대하여 소유권을 증명하는 서면으로 지계(地契)를 발급하였다. 이는 1898(광무 2년). 7. 2. 토지를 측량하기 위한 양지아문과 그 사무에 관한 규정이 제정되었고, 광무 2년 7. 6. 양지아문이 설립되어 시행되었다. 양지아문은 양무감리(量務監理)[52]라는 기관을 두고 내부와 농공상부에서 토지조사와 관련한 의결요청사항을 판단하고 처리하기 위한 기관이다. 1901(광무 5년)에 이르러 전답에 관한 지계제도의 필요성은 더욱 강하게 제기되어, 대한제국전답관계라는 지계발급을 위한 지계아문이 설치되었다.[53] 지계는 각 도에 지계감리를 두어 발행하였는데 지권(地券)이라고도 불렀다.[54]지계아문은 원래 외국인의 토지소유권을 국가가 증명해 주기 위하여 마련된 제도였으나, 아문이 설치된 이후에 지계아문의 업무와 양지아문의 업무가 중첩되어 지계아문에 통합되었다. 조선이 개항을 한 이후 외국인들은 조계지에 관한 조약이 다수 체결로, 조계지 및 조계지 10리 이내에서 토지와 건물의 소유권을 취득하려면 관리관청으로 부터 소유권을 증명하기 위해서 토지소유문서인 지계(地契)를 발급받아야 했다.[55]

대한제국의 왕실을 포함하여 공공단체, 관청 등 외국인을 제외한 대한제국인은 모두는 토지소유자가 되려면 지계발급을 받아야만 했다. 위 법령은 대한 제국이 추진한 개혁 내용 중 하나로, 지계 발급 사업에 대한 것이다. 대한 제국 정부는 1899년부터 5년 동안 전국 토지의 절반 이상을 측량하는 양전 사업을 실시하였다. 그리고 지계를 발급하여 근대적 토지소유권 제도를 확립하고, 이를 통해 국가 재정을 확충하고자 하였다. 그러나 지계 발급 사업은 러·일 전쟁 발발(1904) 직전에 중단되었다.

나. 토지건물의 매매교환양여전당에 관한 법률

1906년 5월 25일 애국계몽단체인 대한자강회[56]는 대한제국의 광무양

52) 김성욱, 앞의 책(「한국의 토지소유제도의 변천과정과 통일문제」,), 46-47면에 의하면, 양무감리는 양지사무와 관련하여 양지아문과 각 부(府), 부(部), 원, 청에 보고하고, 관찰사처럼 공문을 사용하여 각 부윤, 군수에게 훈령, 지령을 내릴 수 있는 자라고 한다.

53) 박병호, 「한국법제사고」, 법문사, 1974, 71면 참조.

54) 임영덕, 앞의 책 (“부동산 소유권이전등기 등에 관한 특별조치법의 연구”), 13-14면.

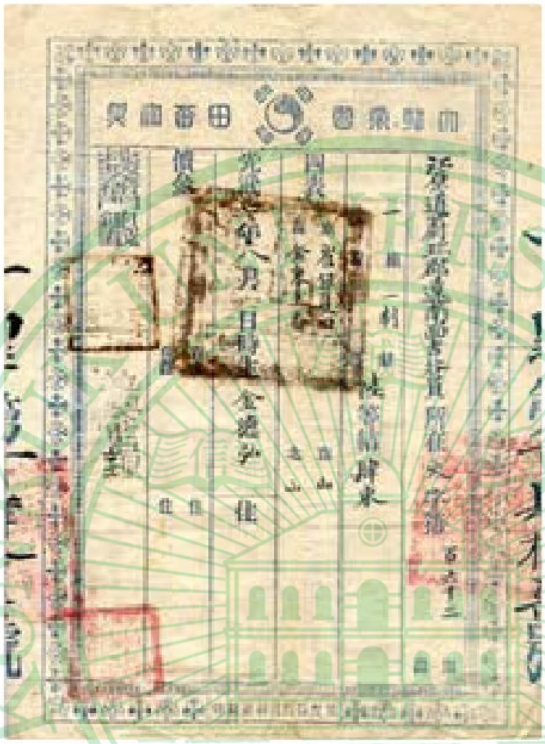
55) 김성욱, 앞의 책(「한국의 토지소유제도의 변천과정과 통일문제」), 47면.

56) 이 시기의 각종 단체에 대해서는 김도형, “대한제국 말기의 국권회복운동과 그 사상”, 연세대학교 대학원(박사학위논문), 1988. 참조.

전지계사업이 러일전쟁의 발발로 중단된 부동산 거래질서에 대한 건의서를 정부(참정대신)에 전달하였다.[57] 그 건의서의 내용은 부동산거래에 관한 법이 제정되지 아니하고 관청이 개입 없이 거래를 하므로 위조문권이 남발되고, 친인척 간에 가계가 흔들리는 폐해가 발생되는 것을 방지하기 위하여 계권을 동장, 면장의 인증과 지방관의 조사를 거친 후 증명을 받아 거래하여야 한다고 건의하였다.[58] 이에 대한제국은 1906년 7월 13일 토지소관법 기초위원회를 설치하고 「부동산권 소관법」을 제정하였다.[59] 이 법의 주요한 내용은 다음과 같다. 우선 이 법의 적용대산인 부동산은 전답, 산림, 천택 기타의 토지와 가옥 기타 토지의 정착물이라고 규정하였다(제2조). 그리고 부동산의 매매, 전당, 임대, 증여의 경우에 소유자는 지권으로 사유를 명기하고 그 소재지의 이장과 면장의 증인을 맡은 것을 첨부하고, 당해 지방 군수 또는 부윤 또는 감리에 청원하여 인허를 받아야한다(제3조). 또한 호주의 허가장이 없이는 가족의 공유부동산을 매도•전당•임대할 수 없도록 하였다(제9조). 그 이유는 대한자강회가 정부에 제출한 건의서에서도 잘 나타나있는데, 당시의 잠매(潛賣:암거래)로 인한 소유권분쟁이 주로 가족이나 친족 사이에 발생하고 있었기 때문에 이를 규제하기 위해서 본 조가 삽입되었던 것이다. 그리고 본 법에 규정이 없는 사항에 대해서는 현행법령에 의한다고 함으로서 외국인의 토지소유는 여전히 금지되었다(제23조). 부동산을 임차할 경우에는 등기하도록 되어 있었다(제4조). 그 밖에 이 법의 시행을 강제하기 위하여 위반자에 대하여 태형과 징역형의 형벌과 손해배상 등 처벌규정이 있었다. 그러나 일제와의 협의과정에서 통감인 이등박문(伊藤博文)의 법률고문인 매겸차낭(梅謙次郎)에 의해서 명칭과 내용의 일부가 수정되었다.[60] 우선 법률안의 명칭이 너무나 광범위하기 때문에 그 명칭을 「토지건물의 매매교환양여전당에 관한 법률」로 고칠 것, 양여는 무상만을 의미하니 교환을 첨가할 것, 임조권과 관련하여 소작권의 등기문제는 별도의 법을 제정할 때까지 유보할 것 등이었다. 그리고 등기하지 않을 경우에는 무효가 아니라 제3자에게 대항하지 못하도록 할 것, 태형 위주의 형벌규정은 악의적

57) 『대한자강회월보』(상) 1, 1906, 43-44면.
58) 물론 그 대상은 대한국 신민에 한정할 것을 전제로 한 건의안이었다. 최원규, 앞의 글(“한말일제초기 토지조사와 토지법 연구”). 151-152면; “건의서”, 『대한자강회월보』(상) 1, 1906, 43-44면 및 58-59면.
59) (최원규, 앞의 글(“한말 일제초기 토지조사와 토지법 연구”), 153-155면).
60) 대한제국과 일제와의 사이에 협의과정에 대해서는 최원규, 앞의 글(“한말 일제초기 토지조사와 토지법 연구”), 155면 이하 참조.

인 경우에만 실시하고 민법상의 손해배상규정을 일반적으로 적용할 것 등이었다. 따라서 「토지건물의 매매 교환 양여 전담에 관한 법률」로 광무 10년(1906. 10. 16.)에 공포되었다.[61] 이에 따라서 지계(地契)발급을 통하여 증명된 자신의 토지소유권을 부동산 소재지의 이장, 면장의 증인을 받아 군수, 부윤에게 제출하여 인허(認許)를 받은 후에 등기부에 기입함으로써 토지소유권을 법적으로 인정받게 되었다.



<그림 15-1> 근대적 토지소유권 증명서

다. 토지가옥증명규칙

광무 10년 11월 9일 훈령(訓令)인 '토지가옥 증명 규칙 시행에 관한 주의건' 이 제정되었다. 이 훈련에는 토지가옥증명규칙의 입법취지가 상세하게 규정되어 있다. "나의 나라에는 민법이 부비(不備)하기 때문에 인민이 소유하는 토지•가옥 등 일체의 부동산 계권은 관청에 고하여 완전

61) 김성욱, 앞의 책(「한국의 토지소유제도의 변천과정과 통일문제」,), 51면

하게 증명 받아야 함에도 불구하고 그러하지 않아서 때때로 소유권이 침탈되는 폐해가 많았다. 그래서 정부에서는 부동산조사회를 설치하고 '토지가옥 증명 규칙 및 시행규칙'을 우선 제정하여 반포 및 시행하게 되었다."라고 하여 이 증명제도의 제정취지를 밝히고 있다. 이 규칙에 의하여 그동안 부인되었던 외국인(일본인)의 토지소유가 비로소 합법화되었다. 즉 당사자의 일방이 외국인인 경우에 토지 또는 가옥을 매매•증여•교환•전당을 하는 경우에는 그 계약서에 통수 또는 동장의 인증을 받아서 소유권의 증명을 받아야 한다. 이 경우에 일본이사관의 조사를 받아야 하고 만약 받지 못한 경우에는 증명을 받은 계약서의 효력은 부인된다. 그리고 당사자 쌍방이 외국인으로 증명을 받고자 할 때에는 일본이사관에게 신청하여 일본이사관이 먼저 당해 군수 혹은 부윤에게 사실관계를 조회하여 토지가옥증명부에 기재한 후에 증명하도록 하였다(제8조).[62] 「토지가옥증명규칙」(1906. 10. 26)[63] 은 같은 해 12월 1일부터 시행되었다. 이로써 외국인(일본인)이 토지 등 부동산을 취득하여 합법적으로 소유권의 증명을 받을 수 있게 되었다.[64]「토지가옥증명규칙」은 『토지건물의 매매 교환 양여 전담에 관한 법률』과 비교하면 다음과 같은 차이가 있다. 첫째, 매매 · 증여 · 교환 등의 소유권과 저당권에 대한 계약만을 한정하여 조사하고 증명할 뿐, 임대를 제외시켰다. 따라서 사용권이나 경작권은 증명대상에서 배제되었다. 둘째, 인증권자를 면장과 이장에서 통수와 동장으로 바꿨고, 인허를 담당했던 군수를 증명권자로 하였다. 셋째, 등기제도 대신에 증명제도를 채택하고, 제3자 대항력에 관한 규정을 삭제하였다. 공적장부의 명칭도 등기부에서 토지가옥증명부로 변경되었다. 이 규칙은 계약서에 증명을 해 주는 공증계약제도로서 계약자 쌍방에 대해서만 집행력을 가지고, 증명부는 거래당사자들 간의 거래사실을 증명해 주는 장부에 지나지 않았다. 즉 계약증명제도에 불과하였다. 넷째, 「토지건물의 매매 교환 양여 전당에 관한 법률」이 계권과 신청서를 작성하도록 하 데 비하여 이 규칙은 당해 계약서를 증명하는 방식으로 취하였다. 다섯째, 외국인의 토지거래를 전면적으로 허용하였지만, 아직 이전에 잠매한 토지에 대해서 그 소유권을 증명해 준 것은 아니었다.

---

62) 김성욱, 앞의 책(「한국의 토지소유제도의 변천과정과 통일문제」), 52면

63) 칙령 제65호 토지가옥증명규칙, 서울대학교 도서관 편, 앞의 책(『의안•칙령』하) 206-207면;

64) 최원규, "한말 일제초기 토지조사와 토지법 연구", 연세대학교 대학원 박사학위청구논문, 1994. 165-166면.

라. 토지가옥소유권증명규칙

이 규칙은 그 시행 이전에 토지·가옥의 소유권을 취득한 자에 대해서는 아무런 경과조치가 없다는 문제가 있었다. 따라서 토지·가옥의 소유권을 취득한 자는 토지·가옥의 소유권을 임시적으로 다른 사람에게 이전하고 다시 그 자로부터 자기 앞으로 이전을 하여 소유권을 증명 받든지 아니면 그 토지·가옥을 다른 사람에게 전당을 하여 전당의 증명을 받음으로써 간접적으로 소유권의 증명을 받아야 하였다. 이것은 이미 조선의 토지를 잠매(潛賣:암거래)하여오던 일본인들의 입장에서는 매우 번거로운 일이었다. 일본인들을 위하여 「토지가옥소유권증명규칙」의 시행 이전에 토지•가옥의 소유권을 취득한 경우에도 소유권의 증명을 받을 수 있게 함으로써 당해 권리의 보호될 수 있도록 「토지가옥증명규칙」의 시행에 따른 문제점[65]을 보완한 「토지가옥소유권증명규칙」[66]을 만든 것이다. 대한제국의 외국인들이 토지 취득을 못하도록 만들어 놓은 것을 적법한 것으로 추인 받도록 규정하였다. 또한 동 규칙의 시행 이후에 매매•증여•교환 이외의 원인으로 토지 가옥의 소유권을 취득한 경우에도 소유권의 증명을 받을 수 있도록 하였다. 따라서 이 칙령은 「토지가옥증명규칙」의 시행 이전에 취득한 소유권도 증명에 의해서 보호받도록 소급효(遡及效)를 인정하였다는 점에서 규칙의 시행 이후에 거래관계를 전제로 하여 계약서에 증명을 받음으로써 그 소유권 증명을 받았던 것과는 다르다.
이처럼 소급효를 인정하므로서 일본인이 이미 불법적으로 저지르고 있었던 토지잠탈행위는 유효한 행위로 추인되어 보호받게 되었다.

3. 일제강점기의 토지소유제도

가. 토지조사사업

토지조사사업은 1912년 토지조사령이 공포되면서 본격화되어 1918년까지 총독부의 주도하에 실시하여 일제의 식민 통치에 필요한 비용, 즉 토지세를 안정적으로 확보하는 기회를 만들었다.

---

65) 김성욱, 앞의 책(「한국의 토지소유제도의 변천과정과 통일문제」), 53면, 재인용.
66) 이 증명규칙은 융희 2년(1908) 7월 20일에 칙령 제47호로 공포되고, 같은 해 8월 1일부터 시행되었다.

제주에서의 토지조사사업은 세부측량(細部測量)이란 명칭으로 1913년부터 2년 동안에 걸쳐 토지 소유주로부터 신고를 받아 처리하고 불복신고(不服申告)를 받아 재결(裁決) 결과를 처리하였으며 1917년 일제의 강권으로 완료되었다.[67]

일제는 토지조사사업을 실시하면서 신고주의를 원칙으로 하되 신고기간을 정하여 그 기간 안에 자기가 소유자임을 증명하는 서류를 제출하는 경우에만 토지소유자로 인정하였다. 농민들은 신고절차가 복잡하여 절차가 불편하여 반일감정이 생겨나고 신고를 포기하는 경우가 많아 졌다. 이로 인하여 농민들이 신고를 하지 않아서 총독부 소유의 토지가 많아 졌다. 또한 소유관계가 불분명하거나 문중 토지나 마을공유지, 그리고 왕실이나 공공기관에 속한 토지는 주인 없는 토지로 분류하여 총독부 소유지가 되었다.

일제가 우리나라를 강점한 직후부터 실시한 토지조사사업은 식민지 수탈이란 과업을 수행하기 위하여 제국주의적 발상에 의해 실시된 사업으로, 그 목적은 전토(田土)의 경계와 면적 및 소유 관계를 정확히 조사하여 토지에 대한 지세 수입을 증대, 확충하기 위한 것이라고 한다.

결국 일제는 토지조사사업으로 토지세를 확보하고 많은 토지를 총독부 소유로 만들고, 이런 토지를 동양척식주식회사 등 일본인이 경영하는 토지회사나 한국으로 건너오려는 일본인들에게 싼값으로 처분하여 일본인들이 많은 토지를 소유할 수 있는 여건을 만들었다. 또 일제는 토지조사사업을 실시하면서 토지에 대한 지주의 권리만을 인정하고 농민들이 오랫동안 지속되었던 관습적인 경작권을 인정하지 않아 수많은 농민들이 토지를 잃고 기한부 계약에 따라 지주의 토지를 빌려 경작하는 소작인으로 전락되었다.

토지조사사업을 통해 신고하지 않은 토지를 빼앗고 그 토지에 일본인 농민들을 이주시켜서 지주로 만든 뒤 조선인에게서 소작료를 받게 하였다. 이렇게 농민들이 자작농이 되는 일을 막고, 대부분의 농민을 소작농으로 삼아 지주에게 일방적으로 종속되게 만들었다. 농민들은 지주에게 소작료를 바쳐야 했는데, '돈'이 아니라 곡식이라는 '현물(現物)'이었고 그것도 수확량의 50%가 넘어 농민에게는 거의 남는 것이 없었다.

---

67) 김성욱, 앞의 책(「한국의 토지소유제도의 변천과정과 통일문제」), 72면,

나. 토지사정제도

(1) 토지사정의 의의

토지의 사정(査定)이란 토지조사부(土地調査簿)와 지적도(地籍圖)에 의거하여 토지의 소유자 및 그 경계를 정하는 것인데, 토지의 사정 후 그 내용을 공시(公示)하고 이의가 없으면 최초의 소유자가 사정명의인이 되었다고 한다. 사정토지는 일본강점기에 토지조사사업 과 임야조사사업으로 1909~1918, 1916~1924, 사이에 각각 시행하여 사정명의인 명의로 소유권보존등기를 하였다고 한다.

이러한 구 토지조사령(1912. 8. 13. 제령 제2호)에 의한 토지의 사정명의인은 당해 토지를 원시취득 하므로 그 토지에 대한 소유권 보존등기의 추정력이 인정 되고 있다. 즉 구체적으로 선친으로부터 본인상속 하였다는 사실과 증거 혹은 증인이 있으면 소유권보존등기가 가능 하지만 이를 입증하지 못하면 소유권 보존등기를 할 수 없으며, 다른 사람이 사정 토지에 소유권이전에 관한 서류가 있다면 그 다른 사람이 소유권보존등기를 할 수 있다고 한다.

토지조사사업과 임야조사사업의 결과물인 조사부와 조사서로 구 토지대장, 구 임야대장을 조제하였고, 조사사업 당시 해당마을에 거주하고 있는 경우 소유자주소란의 기재를 생략하였다고 한다. 이로 인하여 해당 마을에 동명이인이 없고 한자성명과 제적지 마을만 일치하면 대장 정정 신청 후 등기가 가능하지만, 지적부서 담당이 신청을 반려하면 국가를 상대로 소유권확인의 소를 제기하여 승소후 등기를 할 수 있었다. 따라서 사정토지에 소유권을 추정받기 위하여 본인이 입증을 하여야 하는데 이러한 서류에 위조나 변조 등으로 인하여 많은 다툼이 있었던 것으로 보여 진다.

(2)토지사정(土地査定)에 대한 불복(不服)

토지사정불복 신청사건 재결관계 기록물철[68]은 1918년 12월에서 1919년 11월 토지사정의 불복과 관련되어 생산된 기록물들이 편철되어 있는데, 탁지류(度支類) 세무목(稅務目) 역둔토절(驛屯土節)의 유목절(類

68) 토지사정불복 신립사건 재결관계 기록물철, 기록물철번호 '대정(大正) 8년 갑종(甲種) 2,142호' 생산년도: 대정8년 ~ 대정8년(1919년 ~ 1919년) 생산부서: 내무국 토목과관리번호: CJA0003956문서번호: 88-17M/F번호: 88-866총쪽수: 339면

目節) 체제를 따르고 있으며, 38건의 토지사정불복 신청과 관련한 문건이 첨부되어 있다.

조선총독부는 '근대적인 소유권 제도의 확립' 이라는 미명하에 1912년에서 1918년 토지조사사업을 실시하였다고 한다. 토지조사사업은 토지소유권의 조사, 토지가격의 조사, 지형지모(地形地貌)의 조사로 크게 3가지 방향으로 시행되었다. 특히, 위에서 본 토지의 사정에 의거하여 토지의 소유자 및 그 경계를 정하는 것인데, 토지의 사정 후 그 내용을 공시하였다고 한다. 만일 사정에 대하여 이의(異議)가 있으면 공시기간 만료 후 60일 이내에 고등토지조사위원회(高等土地調査委員會)에 신청하여 재심을 받도록 하였다고 한다. 이 기록물철은 토지사정의 불복에 대해 고등토지조사위원회에 재심을 요청한 38건의 문건으로 모두가 도지부장관(度支部長官)과 각 도장관(道長官) 사이 주고받은 것이다.

여기서 매 건마다 조선총독부 재무국(세무과)과 고등토지조사위원회(高等土地調査委員會) 및 각 도장관(道長官)과 주고받은 문서 특히, 각 도장관이 해당 지역의 <토지사정 불복신립의 건(土地査定不服申立ノ件)>을 도지부장관에 보고한 문건과 <토지사정 불복신립서(土地査定不服申立書)>와 토지등기부 및 관련 도면 등이 첨부되어 있다. 이 기록물철은 조선총독부의 토지조사사업 완료 후 잘못된 토지사정에 대해 고등토지조사위원회에 불복신청한 개인이 토지를 되찾는 과정을 보여주는 것이고, 토지조사사업 과정에서 실제로 민유지가 국유지로 편입되었음을 증빙하는 자료로서도 가치가 있다고 할 것이다.

4. 현행 토지소유제도

해방 후에도 일본민법을 의용하고 있었던 우리나라는 1948. 9. 15. 대통령령 제4호에 의한 법전편찬위원회 직제의 공포로 법전편찬위원회를 구성하여 법전작업에 착수하였다. 전쟁 등 여러 우여곡절을 겪으면서 1953. 7. 4. 민법전 초안이 완성되었다.[69] 이렇게 작성된 초안은 의용민법과 다른 입법태도를 취했다. 특히 부동산물권변동과 관련하여 종래 구민법이 의사주의를 취하고 있었던 것에 비하여 형식주의를 취한 것은 가장 큰 변화중의 하나로 일컬어진다.[70] 종래 구민법(일본민법)은 프랑스

69) 민법제정과정에 대하여는, 정종휴, "한국민법의 제정과정", 곽윤직 교수화갑기념논문집, 박영사, 1985. 1면 이하, 양창수, "민법안의 성립과정에 관한 소고", 「민법연구」(제1권), 박영사, 1991. 61면 이하 참조.

의 예에 따라 의사주의를 취하고 있었다.[71] 이러한 민법안에 대하여 의사주의를 유지하자는 반론도 거세게 일었다. 즉, "민법전 제정논의 당시의 등기이행의 실정으로 보면 형식주의의 채용은 도리어 막심한 폐해를 초래하리라고 생각되며, 형식주의의 채용에는 등기의 공신력이 따라야 하는데 현재의 실정으로는 도저히 등기에 공신력을 인정할 수 없다. 그러므로 차라리 수십년간 우리가 그 밑에서 살아왔으며, 그 동안에 판례법이나 해석이론도 어느 정도 확립된 의사주의를 답습하는 것인 현명한 정책이다[72]" 당시 민의원은 의사주의에 의한 물권변동에 있어서는 의사표시의 존부가 불명료하고, 법률관계가 착잡(錯雜)하다는 이유로[73], 독일의 예에 따라 형식주의를 취하였다. 서구 여러나라의 민법전의 계수를 통하여 우리민법은 1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정·공포되어 1960. 1. 1. 시행되어 현재에 이르고 있다. 일본강점기 이후 민법전이 시행되기 전까지 50여년간 의사주의에 의하던 부동산물권변동은 이제 형식주의를 취하게 됨으로써 부동산등기를 둘러싸고 혼란이 초래되었다. 이는 수차례의 민법개정을 통하여 등기를 촉구하는 계기가 되었다.

이제 부동산물권변동은 당사자의 의사표시 이외에 등기를 갖추지 않으면 그 효력을 발생할 수 없게 되었다. 형식주의는 '개인보다 거래'를 존중하고자 하는 기조에 입각하여 물권변동을 외부로부터 제3자가 인식할 수 있게끔 명확히 함으로써 거래의 안전을 도모하기 위한데 그 취지가 있다.[74] 이러한 사고에 의하여 당사자의 의사표시가 있다 하더라도 등기가 없는 한 물권변동은 당사자 사이에서나 제3자에 대해서도 그 효력을 발생할 수 없게 되었다.

따라서 제주도의 묘지도 일제강점기시대의 토지사정에서 묘지로 사정되었다면 대장상에 묘지를 등기하여야 하고, 그 이전은 원칙적으로 민법 제

---

70) 윤철홍, 「소유권의 역사」, 법원사, 1995, 192면.

71) 즉 프랑스민법 제873조는 "토지의 소유권을 양도하거나 또는 권리로서 토지의 부담을 가하거나 또는 이러한 권리를 양도하거나 이에 부담을 가하려면 권리변경에 관한 권리자 및 상대방의 합의 및 권리변경을 토지등기부에 등기하여야 한다. 단, 법률에 별도의 규정이 있을 때에는 그러하지 아니한다. 등기전에 있어서는 의사표시에 관하여 재판상 또는 공증상의 증서작성이 있고 또는 부동산등기소에서 의사표시를 하거나 또는 부동산등기소에서 의사표시를 제출하거나 또는 부동산등기법의 규정에 따라 등기허락증서를 상대방에 교부하였을 때에 한하여 당사자는 합의에 의하여 구속된다"고 규정하고 있었다.

72) 「민법안의견서」, 민사법연구회, 일조각, 1957, 67-74면의 김증한교수의 견해.

73) 「민법안심의록」(상권), 민의원·법제사법위원회·민법안심의소위원회, 1957. 117-118면

74) 김용한, 「물권법론」(재정정판), 박영사, 1993, 68면.

186조에 의하여 등기하여야 묘지에 대한 권리를 주장할 수 있는 것이 원칙이다. 그러나 조상 선대로부터 상속된 것이라면 민법 제187조에 의하여 등기 없이도 그 권리를 주장할 수 있을 것이다. 다만 그 권리자는 호주제도의 변천에 따라 호주상속인, 호주승계인, 제사주재자 등에게 귀속될 것이다.

제2절 분묘의 관리와 권리의 승계

1. 민법전 제정 이전의 제사상속

가. 조선시대

조선시대의 상속규정은 경국대전에 정하고 있는 통치규범과 기본원칙에 따라서 상속이 논하여 졌고 이러한 제도와 규범이 조선의 전체에 영향을 미치고 이어져 왔다. 조선시대의 상속제도는 재산상속과 제사상속의 이원체제였다. 조선시대 경국대전 예전(禮典)봉사(奉祀)조에는 若嫡長無後則衆子, 衆子無後則妾子奉祀로 기재되어있다. 즉 적장자가 후손이 없으면 중자가, 중자가 후손이 없으면 첩자가 봉사한다는 의미이다. 이에 의하면 원칙적으로 적장자가 제사상속인이 되고, 적장자가 없는 경우에는 적손(嫡孫), 중자(衆子), 서자(庶子), 중손(衆孫),서손(庶孫)의 순으로 제사상속인이 되었다고 한다. 또한 경국대전 예전(禮典) 입후(立後)조에는 嫡妾俱無子者, 告官立同宗支子爲後로 기재되어있다. 즉 처첩에게 모두 아들이 없는 자는 관에 고하여 동종의 아들로 계후하도록 하였다. 즉 후손이 없는 경우에는 의제의 후손을 만들어 제사가 지속되도록 하였다고 한다[75]. 당시에 일반적인 재산의 상속제도는 모든 가족이 균분하여 나누고 있었다. 그러나 일반인들이 관행은 윤회봉사와 분할봉사의 관행이 널리 퍼져 있었다고 한다. 조선의 전기에는 제사상속제도는 딸들 간에 조정을 통하여 윤회봉사를 하거나 딸이 제사를 모시는 외손봉사가 통상적으로 이어졌다. 그 후 임진왜란으로 인하여 인구가 급격히 감소하고 토지가 황폐화되고, 주자가례의 보급으로 제례에 대한 관심이 높아지게 되어 친족체계와

75) 서울고법, 2010. 10. 7 선고, 2009나116828

제사상속제도에 커다란 변화가 발생하게 되었다.[76]

조선시대에는 또한 제사상속인이 그 자격을 박탈당하여 차자(次子)나 다른 후손에게 봉사하는 제도가 있었는데, 이를 폐적(廢嫡)이라고 한다. 폐적의 사유는 크게 반역, 불충 등 공적인 것과 불구, 폐질, 불효, 불현 등 사적인 것으로 나눌 수 있다. 폐적의 주체는 현제의 봉사자, 주로 부(父)였다. 부가 장자에게 제사를 승계 시키지 않고 차자나 서자, 손자 등을 생전에 제사승계인으로 지정하는 것이다.

(1) 윤회봉사와 외손봉사

조선 초기에는 딸도 아들과 동등하게 제사를 봉행했다고 한다. 이는 아들이 없는 경우에 제사를 살아서는 함께하지 못한 딸이나 사위에게 상속시키며 봉제사에 따른 재산을 상속하고 외손봉사가 이어져 왔다. 이때는 적자에 대한 인식이 별로 없어 첩자나 성이 다른 외손이 봉사하는 것도 당연한 것으로 받아 들였다. 시일이 경과되고 본가가 시집과 멀어지고 사위나 딸이 처가 제사를 모시기 어려운 상황이 이어지면서 제사를 제대로 지내지 못하는 일들이 발생하였다. 조상들에 대한 윤회봉사를 금지 하면서도 부모님에 제사는 윤회봉사를 허용하는 사료들이 있다. 이로 인하여 제사를 모시기 위하여 상속받는 재산에 대하여 딸이나 사위가 처가로부터 상속 받은 재산을 스스로 반납하기도 하였다.[77]이로 인하여 딸과 사위에게 제사를 봉사하는 것을 금지하는 규정이 나타나기 시작했다.

(2) 적장자 봉사

임진왜란 이후부터 윤회봉사나 외손봉사가 자연스럽게 사라지고 적장자가 제사를 모시는 것이 일반화 되고 봉사재산은 종손인 적장자에게 상속되는 것이 관행화되었다. 이는 선조봉사자가 장자에게 이어 질 수 있도록 하고 제전이 부족한 경우에는 재산을 마련하여 종손이 지속적으로 제사를 모시도록 하였다고 한다.

집안에 적장자 있는 경우는 당연히 상속하면 되지만 적장자가 없는 경우에는 조선전기와 다르게 첩자나 외손이 있는 경우에도 성이 같은 양자를

76) 최재석, “한국가족제도사 연구” 일지사, 1983, 552-553면
77) 김상훈, “제사용재산의 승계에 관한 연구” 2008, 103-104면 참조.

들이는 것을 선호하게 되었다.[78] 이는 적장자 승계원칙이 자리를 잡은 것으로 보여 진다.

(3) 제사상속과 재산상속

재산의 상속은 경국대전에 기본원칙에 따르고 있으나 제사 상속인에게는 일반적으로 노비나 전답이 주어자고 가묘에 따른 재산분재의 경우도 있었다. 제사를 상속하여 주면서 조선초기에는 관직제수나 득남에 따른 축하금으로 별급이 행하여 졌다. 조선 후기에는 장자가 종손으로 우대하기 위하여 상속이 이루어지기 전인 생전에 장자에게 재산을 증여하여 미리 나누어 주는 형태로 발전하였다.[79]
이전까지 이어져 온 재산의 균분으로 인하여 상속재산이 축소되어 장자 상속재산이 적어지고, 주자가례의 보급으로 인하여 조상에 대한 숭배가 더욱 증가하게 됨으로서 가산(家産)이 흩어지는 것을 방지하고자 제사봉사자를 위한 봉사조(奉祀條)를 활용하여 장자에게 재산을 모아 주는 현상이 나타났다.

나. 일본강점기

일본강점기 초기 통감부가 일본의 가독상속제도를 강제로 이식하기 위하여 우리나라에 재산상속, 호주상속, 제사상속 등 3가지가 존재하는 것으로 관습조사보고서를 작성하였다.[80] 그후 1933. 3. 조선고등법원이 "제사상속은 도의상의 지위를 승계함에 불과하다"고 판시함으로서 제사상속인의 법률상 성격을 부인하고 법률외의 관습으로 방치하였으며, 1960. 1.1부터 시행된 현행민법 역시 제사상속에 관한 일반규정을 두지 않고 민법 제996조에서 분묘 등의 승계를 호주상속인이 하는 것으로 규정할 뿐, 제사상속을 도덕과 관습의 범주에 맡겼다. 이에 따라 종래 대법원은 공동상속인 중 종손에게 제사주재자의 지위를 유지할 수 없는 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 통상 종손이 제사주재자가 된다고 판시하여 왔다[81].

---

78) 이순구, "조선중기 총부권과 입후의 강화", 「고문서연구」 제9 · 10호, 한국고문서학회, 1996, 266-273면 참조.
79) 역사학회 편, "한국친족제도연구" 일조각, 1992, 90-91면.
80) 관습조사보고서,

(1) 의용민법

일제강점기에는 일본이 우리나라를 효율적으로 지배하기 위하여 우리에게 적용할 민상사 관계법을 만들려고 민상사 관습을 조사하다 포기하고 일본에서 사용 중이던 메이지 민법 등 23개 법을 조선민사령으로 제정 공표하여 적용 하였다. 이때 예외적으로 조선민사령은 친족과 상속분야는 일본 메이지민법에 의하지 아니하고 관습에 의한다고 했다(조선민사령 제11조). 이러한 조선민사령에 의해 우리나라에 적용되는 것을 의용민법이나 구민법이라고 부르기도 한다. 이는 재산법 분야와 다르게 가족법 분야는 고유한 전통이나 관습이 의하여 형성되기 때문에 일본 민법을 그대로 적용하기 어려웠기 때문이다.

(2) 제사상속인

일본은 조상을 숭배하고 제사와 성묘를 중시하고 기일을 지키고 호주의 승계와 장남이 단독으로 상속하는 우리 것과 일본도 비슷하다.
메이지 민법에서는 제사용재산은 일반 상속과 달리 가독상속인이 가(家)의 승계인이 되어서 단독으로 상속을 하는 것으로 되어 있다. 이러한 가독상속은 조상을 계승하고 가문의 제사를 영원하게 존속 하는 것을 목적으로 하는 것이었다.[82]
일제 강점기에는 조선의 관습에 따라 조상의 제사를 가장 중요시 하고 장자손(장남 또는 장남계의 장남손)이 제사자의 지위에 있고 그 자손이 없는 경우에는 남자 혈족의 남자를 양자로 들여서 제사자가 되게 하는 것이 관례다.

2. 민법의 제정과 제사상속

가. 민법의 제정

81) 대법원 1997. 11. 25. 선고, 97누7820판결; 대법원2000. 9. 26. 선고, 99다14006 판결; 대법원 2004. 1. 16. 선고, 2001다79037 판결 참조
82) 김상훈, 앞의 글(“제사용재산의 승계에 관한 연구”), 120-125면 참조.

모든 사람들이 생활에 기본이 되는 민법은 10여년의 작업으로 1960. 1. 1에 시행 되었는데 헌법정신과 관습법을 존중하자는 의견의 충돌을 합리적으로 조정하여 민법상의 친족상속편이 만들어 지게 되었다. 민법보다 먼저 제정된 농지개혁법에 제사용재산인 위토를 종중의 경제적 기반으로 특별규정으로 제사용재산으로 규정하여 금양임야와 묘토를 포함시키는 규정을 만들게 되었다. 이러한 제사용 재산의 특수성으로 민법에 “분묘에 속한 1정보 이내의 금양임야와 6백평이내의 묘토인 농지, 족보와 제구의 소유권은 호주상속인이 승계한다”라는 민법 제996조가 제정되었다. 따라서 적자상속제도와 강제상속제도가 만들어 지고 제사용재산의 범위도 정하여 졌다고 할 것이다.[83]

나. 제사의 상속

민법을 제정하면서 재산상속과 호주상속은 규정하고 제사상속에 관한 규정은 제정하지 아니 하였다. 우리의 관습상 호주는 일가의 가장으로서 가족을 통솔하는 다양한 권한을 가지고 전체 가족에 대한 부양의무(민법 제797조)가 있었다. 따라서 제사상속인에 관한 명문의 규정은 없으나 호주승계자는 일본과는 다르게 가통계승자 내지는 제사를 주재하는 자로서의 지위를 가졌다 할 것이다.

개정 전 민법에 따르면 호주상속권을 포기 할 수 없는 규정(민법 제991조), 사후양자제도(민법 제867조), 양부와 동성동본이 아니면 호주상속을 할 수 없다(민법 제877조 제2항), 호주상속인을 직계비속 1순위로 규정(민법 제984조)하고 있는 것으로 미루어 호주 상속은 제사상속을 포함하는 것으로 볼 수 있다.

민법이 시행된 이후에 1990년 이전까지는 호주의 권리가 형식적인 권리만 남아 있어도 호주권이 부여되고 법률의 규정상 제사용재산은 호주상속과 함께 호주상속인이 상속을 하였다. 1990년 이후 개정법에서는 호주상속에서 호주승계제도로 변화되고 상속제도가 아니라 승계가 되면서 호주승계인이 제사용재산의 승계를 하여야 하는 논의가 있게 되었고 사실상 제사상속에 대한 규정이 사라져 사실상 호주승계인이 제사승계를 하여 왔다.

헌법재판소에서는 호주제에 대하여 헌법불합치결정[84]으로 민법이 개정

83) 김상훈, 앞의 글(“제사용재산의 승계에 관한 연구”), 156-163면 참조

으로 호주 및 호주승계에 관한 규정들은 삭제되었다. 그런데 호주의 승계와 제사의 승계는 연계되어 있으나 호주제를 폐지하면서 제사용제산의 승계 규정은 그대로 두고 있어 논의의 대상이 되고 있다.

현행 민법에는 1008조의3에서 제사용재산이 제사주재자가 승계하는 것으로 정하고 있으나 후술하는 바와 같이 실재로 제사를 주재하는 자와 호주상속인이 승계하는 것이라는 학설이 대립이 있으나 제사상속인이 특권을 인정하고 있다.

3. 호주제폐지 이전의 제사주제자의 결정

1990년 개정 전 민법은 제사용 재산의 승계자를 호주상속인이 상속하도록 하였으나, 1990년 개정 민법은 이를 제사주재자가 승계하도록 하는 것으로 하고 제사의 승계를 호주의 승계와 분리하여 그 규정의 위치도 호주승계의 장에서 상속의 효력의 장으로 위치를 변경하여 규정하고 있다.[85]이는 제사승계자가 호주상속인이었던 것을 제사를 직접 주재하는 자가 제사를 승계하는 것으로 정한 것이다.

일본 메이지 민법에는 우리 민법과 달리 제사에 관한 권리의 승계에 관한 조문을 별도로 두어서 제사의 승계제도를 분명히 하고 있다. 일본 메이지 제987조는 “계보, 제구 및 분묘의 소유권은 전조의 규정에도 불구하고 관습에 따라 선조의 제사를 주재하는 자가 승계한다. 단, 피상속인의 지정에 따라 선조의 제사를 주재하는 자가 있는 때에는 그 자가 승계한다” 라고 규정한다. 또한 “관습이 분명하지 않은 때에는 제사의 권리를 승계하는 자는 가정재판소가 정한다” 라고 정하고 있다. 우리 민법은 금양임야와 묘토인 농지, 족보와 제구까지 승계대상을 확대하고 있다. 즉, 우리 민법은 제1008조의3에서 “분묘에 속한 1정보 이내의 금양임야와 600평 이내의 묘토인 농지, 족보와 제구의 소유권은 제사를 주재하는 자가 이를 승계한다.” 고 규정하고 있다. 이렇게 호주제도에 있어서 기존의 호주상속제도가 호주승계제도로 개편됨에 따라 1990년의 민법 개정은 제사용 재산에 대해 호주상속인이 아닌 제사주재자가 승계하는 것으로 규정

---

84) 헌법재판소, 2005. 2. 3 선고, 2001헌가9 · 10 · 11 · 12 · 13 · 14 · 15, 2004헌가5(병합) 전원재판부.

85) 이경용, “묘지에 관한 특별조치법 제정의 필요성에 관한 연구”, 경희대학교 법학전문대학원 박사학위논문, 2013, 70면 참조.

하였다. 하지만, 민법은 제사주재자의 범위나 결정 방법, 승계의 순위 등에 대해서는 명백히 밝히고 있지 않고 일본의 민법처럼 제사의 권리 승계에 관한 조문을 두고 있지도 않아서 논란의 대상이 되고 있다. 이에 대해 학설은 '실제로 제사를 주재하는 자'가 승계하는 것이라는 견해와, '호주승계인'이 승계하는 것이라는 견해로 학설이 대립하였다. 판례는 제사용 재산에 대해 일반상속재산과는 구분되는 특별재산으로 보고 있지만[86], 그 승계인인 제사주재자의 결정 방법 등의 문제로 토지개발계획이나 토지수용 등에 따른 보상 등이 있는 경우에 제사용 재산을 둘러싸고 제사주재자라고 주장하는 승계상속인들 사이에 분쟁이 발생하였다.

가. 학설의 대립

학설은 1990년 개정법상의 호주상속제도에서 호주 승계제도로 변경되면서 호주는 가통계승자 내지 제사상속인으로서의 지위를 상실하였고 이제는 가족등록부의 기재 방법상 호주가 기재되지 아니하고 가장의 경우에는 선두의 지위만 남아 있는 것이므로 민법 제1008조의3에서 말하는 제사주재자는 실제로 제사를 주재하는 자를 의미한다는 견해[87]와 조문의 위치가 변경되고 제사의 승계인이 제사주재자로 바뀌었다고 하더라도 호주승계를 대신한 가계계승 내지 제사계승에 있는 것이므로 그 제사주재자라 함은 원칙적으로 사실상의 호주승계인(이른바 종손)을 의미한다는 견해[88]가 대립되고 있으며, 제사주재자의 결정방법에 관하여 공동상속인 또는 친족의 협의에 의하여 제사주재자를 정하면 되고 제사승계순위를 법으로 강제할 필요는 없다는 견해가 있다.[89]

나. 판례의 태도

1990년 개정되기 전의 민법 제996조는 명시적으로 호주상속인이 제사용 재산을 승계하도록 규정하고 있었기 때문에 제사용재산에 대한 논란의 여지는 없었다. 그러나 1990년 민법을 개정하면서 호주상속제도에서 호주승계제도로 변경되고 새롭게 민법 제1008조의3이 신설되면서 제사용

86) 대법원 2006. 7. 4, 선고, 2005다45452, 판결.
87) 김주수 · 김상용, 『친족상속법』, 법문사, 2009, 544면.
88) 박병호, 『가족법』, 한국방송통신대학교, 1994, 287~290면.
89) 김주수 · 김상용, 앞의책(『친족상속법』), 544면.

재산의 승계자를 '제사를 주재하는 자' 로 규정하면서 일반 상속제도에 대한 예외 규정으로 인정하고 있다. 이때부터 "민법 제1008조의3에 의한 금양임야의 승계자는 제사를 주재하는 자로서 공동상속인 중 종손이 있다면 통상 종손이 제사의 주재자가 되나, 종손에게 제사를 주재하는 자의 지위를 유지할 수 없는 특별한 사정이 있는 경우에는 그렇지 않다고 할 것이다." 라고 하여 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 통상 종손이 제사주재자가 되는 것으로 판시[90]하였다.

4. 호주제도의 폐지와 제사용 재산의 관리

가. 호주제 폐지에 따른 제사주제자의 결정

호주제가 헌법재판소의 위헌 판결로 2005년 민법개정에서 호주제가 민법의 규정에서 삭제하면서 제사용재산에 대한 규정은 정리하지 않아 제사용재산의 승계문제가 논란의 대상이 되었다. 1990년 민법개정 전후의 판례에 의한다면 호주상속에서 호주승계라는 법의 개정이 있었으나 제사용재산의 승계는 원칙적으로 호주승계인(통상 종손 등)이 승계하는 결과를 가져오게 된다. 그러나 이제는 호주제가 폐지됨에 따라 호주가 원칙적으로 상속을 받던 제사용 재산의 승계문제를 어떻게 해결할 것인지에 대한 문제가 되었다.[91] 현행법상 수인이 상속인이 평등하게 균분하는 것을 원칙으로 하고 있으나 제사용재산은 균분이나 공동상속을 하게 되면 유지되기가 어려울 것이다. 이는 민법에 제사용재산에 관한 특별상속제도를 규정한 입법 취지에도 맞지 않다고 할 것이다. 이에 대하여 대법원은 전원합의체 판결[92]을 통해 호주제 폐지이후의 민법 제1008조의3에 대한 해석론을 제시하게 된다. 이 판례에서 대법관들의 다양한 견해를 살펴본다.

(1) 다수의견

다수의견(대법관7인)[93]에 의하면 "제사주재자는 우선적으로 망인의 공

90) 대법원 2004. 1. 16, 선고, 2001다79037, 판결.
91) 김판기, "분묘 등의 승계에 관한 민법 제1008조의3의 해석론", 『법학연구』 제21권 제3호, 충북대학교 법학연구소, 2010, 69면.
92) 대법원 2008. 11. 20, 선고, 2007다27670, 전원합의체 판결.

동상속인들 사이의 협의에 의해 정하되, 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.”고 함으로써 장남, 장손자, 장남이 없는 경우에는 망인의 장녀의 순서로 제사주재자를 정해야 한다는 의견을 개진하고 있다. 또한 선조의 유체·유골에 대해서는 “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.”고 밝힘으로써 분묘의 유체·유골 역시 제사용 재산인 분묘와 동일하게 승계해야 한다고 말하고 있다.

(2) 반대의견

(가) 상속인간 협의가 되지 않으면 다수결

호주제가 폐지되었으므로 민법 1008의3에서 규정은 “제사를 주제하는 자”는 호주가 상속하는 것이 아니므로 제사주제자의 결정은 공동상속인이 협의에 의하여 결정하여야 한다. 상속인간에 협의가 이루어지지 않는 경우에는 장자가 제사주제자가 되지 아니하고 공동상속인 간에 다수결에 따라서 제사주재자를 정하자 의견이다.[94]이는 제사의 주제자를 결정하는 것은 집안 내부의 문제이므로 법률이나 규정에 의하지 아니하고 자율적인 판단에 따라서 의사결정을 하고, 그래도 협의가 되지 아니하면 공동상속인들이 다수결에 의하여 결정하는 것이 타당하다는 견해이다.

(나) 상속인간 협의가 되지 않으면 법원이 결정

“민법 제1008조의3에 정한 제사주재자라 함은 조리에 비추어 제사용 재산을 승계 받아 제사를 주재하기에 가장 적합한 공동상속인을 의미한

93) 대법원장 이용훈, 대법관 고현철, 대법관 양승태, 대법관 이홍훈, 대법관 박일환, 대법관 김능환, 대법관 차한성의 의견
94) 대법관 박시환, 대법관 전수안의 의견.

다. 공동상속인 중 누가 제사주재자로 가장 적합한 것인가는 공동상속인들 사이에 협의가 이루어져야 하고 제사주재자를 정하지 못하여 다툼이 있는 경우에는 민법 제1008조의3의 문언적 해석과 그 입법 취지에 충실하면서도 인격의 존엄과 남녀의 평등을 기본으로 하고 가정평화와 친족상조의 미풍양속을 유지하는 등 다양한 관련 요소를 고려하여 결정하여야 한다." 고 밝히고 있다.[95] 이러한 결정은 법원이 후견적 역할로서 일정한 조건을 판단하여 결정하는 주체가 되어야 한다는 것이다. 이는 법원이 가사사건의 불성립을 조정하는 역할로 해결하면 된다는 견해이다.

(다) 관습에 따라 결정

이 견해는 시대의 변화와 다양성이 존중되는 시대에 맞게 누가 제사주재자가 되는 것이 타당한지에 대한 논의가 필요하다. 이를 위하여 어떠한 사회적 관습이나 시대에 변화에 따른 인식의 전환에 대한 광범위한 조사를 통하여 오늘날의 제사에 관한 새로운 관습이나 사회적 변화를 수용한 제사주재자를 정하는 것에 대한 명확한 인식으로 결정해야 한다고 주장한다. 이 견해는 조리는 보충적 법원으로서 법률과 관습법이 없을 경우 비로소 판단의 준거로 삼아야 하는데, 사회적 변화에 따른 관습 내지 관습법이 지속적으로 변경이 이루어지고 있으나 그것을 파악하지 아니하고 관습이나 관습법이 없다고 판단하여 조리에 의하여 결정하는 것은 합리적이지 못하다는 견해이다.[96]

나. 2008년 대법원 전원합의체 판결에 대한 비판

(1) 다수의견에 대하여

호주제도의 폐지와 기존에 적장자에 대한 제사상속제도에 관한 관습은 유제되고 있지 않다. 공동상속인간에 협의가 되지 않았을 경우, 제사주재자로 될 지위에 있는 장남 등으로서는 협의에 소극적이거나 응하지 않으면 법 개정 이전의 장남 등이 제사주재자가 된다는 것과 차이가 없다. 이는 장남이라는 이유로 제사용 재산을 유지·보존할 수 있는 것이 아닌데

95) 대법관 김영란, 대법관 김지형의 의견
96) 대법관 안대희, 대법관 양창수의 의견.

도 호주제나 부계혈족 중심의 가(家)의 관념에 입각하여 장자에게 특혜를 주는 것이다. 이는 합리적인 이유 없이 장자와 다른 상속인을 차별하는 것이다. 따라서 제사제도의 성격변화, 우리 사회의 각종 제도와 법률이 남녀간·상속인간 평등을 지향하는 방향으로 변화되어 온 것과 부합하지 않고, 사실상 장자가 협의에 응하지 아니하면 종전에 법률과 같아져 입법 취지가 사라지는 결과가 될 수 있다.[97]

(2) 다수결의 결정에 대하여

효사상과 미풍양속으로 내려오는 제사주재자의 결정에 대한 문제를 다수결이라는 방법으로 결정하는 것은 부적절하다. 이는 단순한 재산관계의 영역뿐만 아니라 가족관계·신분관계의 영역에 관한 사항이 다분히 포함되어 있는 문제이기 때문이다. 제사주재자를 다수결로 결정한다는 것은 우리 사회 구성원들의 보편적인 감정에도 부합하지 않으며, 공동상속인들 사이에서 제사용 재산을 둘러싼 불필요한 분쟁을 유발함으로써 가족관계의 안정을 깨뜨리고 가족들 사이의 우애를 훼손할 염려가 있다. 제사주재자의 결정이 문제되는 다양한 사안에서 경우에 따라 정작 중요하게 고려되어야 할 만한 요소들이 제사주재자 판단 기준에서 전혀 배제될 수도 있다.[98]또한 가부동수 등 다수결에 의해 결정할 수 없는 경우에 그것을 결정하여야 하는 새로운 문제가 발생할 수 있다.

(3) 법원의 결정에 대하여

최소한의 객관적이고 일률적인 기준 제시도 없이 언제나 법원이 제사주재자를 정해준다는 것은 제사용 재산에 관한 법률관계를 지나치게 법적 안정성을 훼손하는 것이다. 제1008조의3 개정 시에 입법자는 법원이 제사주재자를 결정할 수 있도록 하는 제도를 채택하지 않았고, 법원에 의한 제사주재자의 결정은 그 성질상 가사소송 또는 가사비송 사건에 해당한다고 보아야 할 것이다. 가사소송법 제2조 제1항이나 다른 법률 또는 가사소송규칙에 이에 관한 규정을 두지 않아 가정법원이 재판할 수 없다.[99]

---

97) 전효숙, “제사주재자의 결정방법”, 『법학논집』 제14권 제3호, 이화여자대학교 법학연구소, 2010, 314면.
98) 전효숙, 앞의 책,(“제사주재자의 결정방법”), 315면.
99) 전효숙, 앞의 책(“제사주재자의 결정방법”), 316면.

협의가 이루어지지 않는 경우 곧바로 법원이 제사주재자를 정해주는 방법은 집안 내부 상속인간에 자율적으로 결정되어야 할 문제에 법원이 과도하게 개입하는 것이 되어 바람직하지 않다.[100]

다. 제1008조의3 존폐에 관한 논의

상속재산에 관하여 일반재산과 제사재산에 대하여 어떻게 처리하여야 할 것인가의 문제이다. 첫째로 상속재산과 일괄하여 제사재산을 유산분할로 받는 방법, 두 번째는 일반재산과 제사재산을 나누어 분리하는 방법, 세 번째는 상속재산에서 제사의 승계자에게 재산을 더 많이 상속을 받을 수 있도록 하는 방안이 있을 수 있다.

첫 번째 방법은 상속재산 전체를 일괄하여 처리함으로서 제사재산에 대한 특별승계규정을 부정하는 것이며, 제사재산에 대한 상속규정을 둘 이유가 없어진다.

두 번째 방법은 제사재산에 대한 입법 취지에 부합하고 제사재산에 대한 특별승계원리를 인정하는 것으로, 일반재산과 구별하여 처리되는 이점이 있으나 제사상속자에게 제사비용까지 연계되어 다른 상속인과 차별성이 생기는 문제를 안고 있다.

마지막 세 번째 방법은 유산을 분할할 때 제사에 소요되는 제사비용을 별도로 인정하는 것으로, 현실적으로 매우 적절한 방법이 될 수 있으나, 상속분을 특별히 인정하는 범위에서 역시 그 특권성을 인정하는 결과가 된다. 이러한 방법들 가운데 우리 민법은 두 번째 방법을 채용함으로써 제사조항을 별도로 두게 되었다.

그런데 현재 제1008조의 3이라는 조문이 호주제가 존재하지 않은 상황에서 순수한 민속차원의 제사승계로 규정되고 있는가라는 의문과 사실상 제사조항 자체의 존재가 필요한 것인가 라는 학설이 논란이 있다.

(1) 민법 제1008조의3 존치론

우리나라는 아직까지도 뿌리 깊은 사상을 바탕으로 조상에 대한 숭배는 미풍양속이며 깊은 유교적 정서가 국민감정을 지배하고 있다. 또한 死後에 제사는 당연히 받들어야 한다는 신념도 상당히 남아 있다는 것을 이유

100) 전효숙, 앞의 책(“제사주재자의 결정방법”), 316면.

로, 제사용 재산을 일반재산과 동시하는 것은 국민감정이나 습속에 부합하지 않는다고 주장하는 견해가 있다.[101] 이 견해는 나아가 만일 제사용 재산을 일반상속원리에 따라 공동상속을 인정한다면, 제사용재산은 결국 흩어져서 없어져버릴 것을 우려하기도 한다. 또한 제사용 재산에 관한 규정은 긍정하면서 현행법의 태도에 수정을 요구하는 입장도 있다. 이 견해는 사용 재산의 승계에 관한 조항 가운데 분묘에 속한 금양임야와 분묘인 농지 등의 승계규정은 이를 삭제하고 분묘, 제구, 족보 등의 승계만을 인정함으로써 현실에 맞게 축소하자고 한다.[102]

2005년 민법 개정에 의해 오랫동안 가족법 질서를 지배하였던 호주제가 사라지면서 제사조항의 존재의의는 상당부분 그 입지를 상실할 수 있을 것이다. 그러나 가족법 질서 내에서의 호주제의 폐지가 곧바로 국민의 전통적 감성에 새로운 이상을 심어주지는 못할 것이다. 그러므로 현재의 조문을 폐지하는 것은 어려운 일이다. 다만 그 범위와 관련하여 좀 더 진보적 형태를 취할 필요는 있을 것이다. 예컨대 제사용 재산의 범위에 대한 축소가 바로 그것이다. 즉 현재의 제사용 재산의 승계에 대한 조항은 전통적 관습의 법적 표상으로 부인하기는 어려울 것이지만, 오늘날의 현실에 맞게 축소시킴으로써 국민의 이해를 도모하자는 것이다.[103]

(2) 민법 제1008조의3 폐지론

제1008조의3의 조문 그 자체의 존재를 부정하는 견해는 최근 일반 사회인들은 과거의 기성세대와 달리 조상의 제사에 대한 관념이나 의식을 달리하고 있다. 특히 기독교라는 종교적 영향으로 인해 기독교신자들에게 있어서 제사라는 것은 기존 전통적 제사형태와는 다른 것으로, 심지어 제사를 모시지 않는 사례도 많기 때문에 일반 상속규정에 대한 특칙으로서 제1008조의3은 폐지되어야 한다고 주장한다. 뿐만 아니라 근본적으로 제사조항이 오늘날 시대에 적합하지 않기 때문에, 일반상속에 대한 특칙을 규정하고 있는 제사조항은 폐지하는 것이 좋다는 견해도 있다.[104]

---

101) 곽윤직, 『상속법』, 박영사, 1997, 137면.
102) 김주수, 『친족상속법』, 법문사, 2002, 559면.
103) 김은아, “제사용 재산의 법적 지위”, 『법학연구』 제34권, 한국법학회, 2009, 144면.
104) 양수산, 『친족상속법』, 한국외국어대학교 출판부, 1998, 626면.

(3) 민법 제1008조의3을 둘러싸고 제기되는 새로운 문제점

(가) 제사용 재산과 세금

제사용 재산은 상속재산에서 제외되므로 상속세가 부과되지 않는다. 즉 대법원 판례[105]는 “구 민법(1990. 1. 13. 법률 제4199호로 개정되기 전의 것) 제996조는 분묘에 속한 1정보 이내의 금양임야와 6백 평 이내의 묘토인 농지, 족보와 제구의 소유권은 호주상속인이 이를 승계한다. 구 상속세법(1990. 12. 31. 법률 제4283호로 개정되기 전의 것) 제8조의2 제2항 제2호는 민법 제996조에 규정하는 재산의 가액은 상속세과세가액에 산입하지 아니한다고 규정하고 있다. 어느 토지가 위 규정 소정의 금양임야이거나 묘토인 농지에 해당한다면 위 규정에 정한 범위 내의 토지는 일반 상속재산과 구별되는 특별 상속재산으로서 그 제사 주재 여부와는 상관없이 호주상속인이 단독으로 그 소유권을 승계하는 것이므로(따라서 그에 대하여 다른 상속인들을 포함한 제3자 명의의 등기가 경료되어 있다 하여도 그 등기 또한 무효의 등기이다), 그 범위 내의 토지의 가액 상당을 상속세과세가액에 산입하여서는 안 된다.” 고 판시하였다. 그러나 이 판결에 반대하는 견해도 있으나[106], 이러한 반대견해는 제사용 재산의 승계를 상속으로 새기는 대법원판결의 기본태도에 반하고 제1008조의3 이 특별하게 금양임야 등을 보호하기 위한 법률규정이며 상속세 및 증여세법 제12조 3호[107]와 동 시행령 제8조 제3항[108]이 2억 원의 범위 내에서 제1008조의3에 열거된 제사용 재산을 비과세대상의 ‘상속재산’ 으로 규정한 입법목적과도 어울리지 않는다고 한다.[109] 또한 판

105) 대법원 1997. 11. 18, 선고, 97누5961, 판결.
106) 정긍식, “제사용 재산의 귀속 주체”, 『민사판례연구 22』, 민사판례연구회 편, 2000, 372면.
107) 제12조(비과세되는 상속재산) 다음 각 호에 규정된 재산에 대해서는 상속세를 부과하지 아니한다. 3. 「민법」 제1008조의3에 규정된 재산 중 대통령령으로 정하는 범위의 재산
108) 제8조(비과세되는 상속재산) ③ 법 제12조 제3호에서 “대통령령으로 정하는 범위의 재산”이란 제사를 주재하는 상속인(다수의 상속인이 공동으로 제사를 주재하는 경우에는 그 공동으로 주재하는 상속인 전체를 말한다)을 기준으로 다음 각 호에 해당하는 재산을 말한다. 다만, 제1호 및 제2호의 재산가액의 합계액이 2억원을 초과하는 경우에는 2억원을 한도로 하고, 제3호의 재산가액의 합계액이 1천만원을 초과하는 경우에는 1천만원을 한도로 한다.
109) 이진기. “제사주재자의 결정과 제사용재산”, 『고려법학』 제56호, 고려대학교 법학연구원, 2010, 81면.

례[110]는 “갑 등이 을을 상대로 부동산에 관한 상속재산분할을 청구한 사안에서, 제반 사정을 종합하면 해당 부동산은 민법 제1008조의3에 정한 금양임야로서 제사주재자인 을에게 단독으로 승계되었다는 이유로 상속재산분할의 대상이 되지 않는다”고 한다. 그러나 다른 한편 현행법체계 하에서는 제1008조의3의 제사용 재산을 엄격하게 제한 해석할 수 있는 수단이 없다고 한다.[111]

(나) 피상속인이 의사가 유족에 미치는 영향

망인의 유체의 처분에 대한 생전의사의 유족에의 법적 구속력 인정문제에 대해서 대법원 전원합의체 판결[112]의 다수의견은 “선량한 풍속 기타 사회질서에 반하지 않는 이상 그 의사는 존중되어야 하고 이는 제사주재자로서도 마찬가지이지만 피상속인의 의사를 존중해야 하는 의무는 도의적인 것에 그치고 제사주재자가 무조건 이에 구속되어야 하는 법률적 의무까지 부담한다고 볼 수는 없다”고 한다.

유체의 사후처분에 관한 본인의 생전의사와 유족의 의사가 충돌하는 문제는 장기등 이식에 관한 법률에서도 나타난다. 유체의 처분에 관한 본인의사의 존중에 대한 이론적 근거는 본인의 자기결정권의 보호라는 면에서 도출할 수 있다. 즉 본인 생전에 스스로 유체를 처분할 수 지위는 그가 자신의 신체에 대하여 갖는 자기결정권과 동일한 성격을 갖는 것이다 유체의 취급이 문제되는 순간에 본인은 이미 사망하였고 권리능력을 상실하였기 때문에 생전의 자기결정권의 사후 잔존효력이라는 의미의 자기결정권의 잔존에 의하여 사망자 본인의 생전의 의사가 사후에도 법적 효력을 갖는 것이다. 이러한 자기결정권은 사망자 본인의 인격권의 존중, 더 나아가서는 ‘인간의 존엄’ 그 자체라고 할 수 있다. 그러므로 본인의 의사는 내용의 여하에 불구하고 적극적인 의사 결정 뿐 아니라 소극적 의사결정도 모두 존중되어야 한다.[113]

유체에 대한 망인의 의사뿐만 아니라 유족의 의사도 동일한 자기결정권이라는 법리에 의해 해결하는 것이 타당하다. 그러나 동일한 자기결정권

110) 대법원 2012. 9. 13, 선고, 2011스145, 판결.
111) 송영민, “제사용재산과 유체귀속의 일체성에 관한 재검토”, 『동아법학』 제61호, 동아대학교 법학연구소, 2013, 135면.
112) 대법원 2008. 11. 20, 선고, 2007다27670, 전원합의체 판결.
113) 송영민, 앞의 책, (“제사용재산과 유체귀속의 일체성에 관한 재검토”), 137면.

이라고 하더라도 한편은 망인의 사후의 자기유체에 대한 자기결정권과 다른 한편으로는 유족의 생활방식에 의한 자기결정권에 대한 문제이다. 이는 이미 사망했지만 망인의 생전의 의사를 강조하여 망인의 의사를 우선할 것인가 그렇지 않으면 현재 생활하고 있는 유족의 의사를 우선할 것인가 하는 문제이며 이는 결국 개인의 가치체계 인생관 등에 의한 가치판단의 문제가 될 것이다. 그렇지만 유체의 처분에 대한 망인의 생전의 의사표시는 결국의 자신의 신체에 대한 자기결정권의 사후의 연장이라는 관점에서 본다면 유족의 의사보다 우선하는 것이 타당하다. 이는 결국 자신의 신체에 대한 결정이라는 관점과 유족의 타인의 신체에 대한 결정이라는 관점에서 파악해야 할 것이기 때문이다. 그렇다면 망인의 생전의 유체처분에 대한 의사는 사후에 유족에게도 구속력을 갖는가 하는 문제로 환원하면 망인이 자신의 장례 기타 유체를 그 본래적 성질에 좇아 처리하는 것에 관하여 생전에 종국적인 의사를 명확하게 표명한 경우에는 그 의사는 법적으로도 존중되어야 하며 일정한 법적 효력을 가진다고 함이 타당할 것이다.[114]

제3절 제주지역 분묘와 산담의 공시

1. 토지사정에 의한 산담의 공시

가. 제주의 토지조사사업

제주의 토지조사사업은 앞에서 살펴본바가 있지만 세부측량이라는 명칭으로 1913년부터 실시하여 1917년에 완료된 것 같고, 당시 행정구역은 삼군 체제(제주군 · 정의군 · 대정군 등)에서 1915년 이후 제주군이라는 단일 행정체제로 변경되었다.

총독부 고시 제243호(1913.8.15)에 의하면 토지를 소유한 자는 소위 토지조사령 시행규칙 제1조에 의해 신고서를 작성하여, 정의군은 1913년 8월 16일부터 1914년 5월 15일까지, 대정군은 1913년 8월 16일부터 1914년 4월 30일까지 신고해야 한다고 되어 있다. 제주군에 대해서는

114) 송영민, 앞의 책, (“제사용재산과 유체귀속의 일체성에 관한 재검토”), 137~138면.

1914년 3월 30일 고시에 의해 1913년 7월 1일부터 1914년 8월 31일까지로 그 기한이 변경되었다.

일제강점기의 제주토지조사사업도 우리나라 다른 지방과 마찬가지로 우리 농민의 사회경제적 위상 즉 농업·임업·어업 부분에 대하여 지대한 영향을 끼쳤고, 농민 상호간의 분쟁, 소유 경계의 분쟁, 수탈자에 대한 농민의 저항 등이 자주 발생하였다고 한다. 토지조사사업을 집행함에 있어 면장, 이동장, 지주 총대, 주요 지주 등을 소집하여 토지신고서 용지를 배포하고 토지 소유주가 신고한 것을 총대가 수합하여 리·동 단위로 분리하여 제출하였다고 한다. 이러한 신고주의에 의한 토지조사사업의 결과는 많은 문제점이 노출되고 이에 따른 다양한 분쟁이 일어나 동족끼리의 싸움으로 이어졌고, 제주에서도 토지 사정에 따른 불복신고가 잇따라 발생하였다고 한다.

조선이 식민지화된 후 제주도에 이주한 일본인들은 제주성내, 서귀포, 성산포, 한림, 추자 등지에 집단 거주하면서 국유지로 된 광대한 전토를 불하받아 어장 및 임항(臨港)토지로 사용하여, 막대한 부를 형성하고 광주농공은행 제주지점 혹은 식산은행에서 이윤을 증식하면서 일본으로 송금하였다고 한다.

제주 도민들은 일본인이 경영하는 업체의 고용인으로 전락되었으며 국유지 소유의 증폭으로 우리 농어민이 개간할 가능성이 있는 토지는 점차 좁아졌으며 화전민의 자유 개간권도 상실되고 말았다고 한다.

나. 토지사정과 산담

제주에서는 세부측량이라는 명분으로 토지사정 작업을 진행하는 과정에 묘지에 대한 사정이 있게 되었다. 당시에 토지사정제도는 토지의 소유자들이 신고를 통하여 자신의 토지임을 증명하여야 하고 동일한 토지에 권리를 주장하는 경우에는 화해나 조정을 통하여 해결하는 방식으로 토지의 사정자를 정하였다.

제주의 묘지는 타 지역과 달리 분묘가 산담으로 둘러싸여 있는 형태로 다른 토지와 산담의 경계로 분리되어 산담이 분묘에 대한 공시기능을 하고있는 상태이기에 묘지를 특정하는데 용이 하였다고 보여 진다. 그래서 다른 지역과 달리 지적도 상에 묘지부분이 분필되어 지번이 만들어 진 것을 흔히 볼 수 있는 것으로 보아 제주에서는 묘지에 대한 사정이 많이 이

루어 졌다고 볼 수 있다.

묘지 부분은 산담으로 경계가 구분되고 제사주제자나 묘지를 관리하는 자가 신고를 하는 경우에 재산적 가치가 있는 것이 아니어서 신고를 하면 쉽게 신고인의 명의로 사정이 이루어 진 것으로 보여 진다. 이때 신고인의 명의로 토지대장이 만들어 지는 과정에 토지대장의 작성자가 해당 마을에 조사를 하면서 신고자의 이름만 기재하고 주소를 기재하지 아니하고 토지대장이 만들어 졌다.

지금도 제주에는 묘지라는 지목으로 73,350필지가 존재하고 있는 것을 보면 사정 당시 산담의 공시로 인하여 묘지가 분필되어 현재까지 이어지는 것이라 할 것이다.

2. 현행민법시행과 산담의 공시기능

물권은 물건에 대한 지배성 및 이로부터 파생되는 절대성•배타성으로 언제나 외부에서 인식할 수 있는 공시방법을 수반해야 한다는 것인바 산담의 공시는 외형상 토지와는 구분된 형태로 돌담으로 둘러싸여 경계돌담으로 분리된 형태를 갖추고 있어서, 산담 부분을 외부에서 충분하게 인식할 수 있다. 그런데 그 전제로서 물권의 객체 될 수 있는 물건으로서의 성실을 갖는가에 대하여는 논의가 필요하다.

가. 산담공시의 실현방법

제주의 무덤은 다른 지방에서 볼 수 없는 독특한 구조적 특징으로 산담이 있다는 것이다. 이러한 산담은 무덤 주위를 타원형으로 쌓거나 장방형으로 쌓은 돌담으로 망자(亡子)의 집 울타리로 인식될 수 있는 형태로 외부에서 인식이 가능하다.

이러한 산담으로 둘러싸인 분묘가 바닷가, 주거지역이나 목장지를 비롯하여 타 지 역에서는 볼 수 없는 경작지인 밭(田)에서도 흔하게 볼 수 있다. 이러한 모습은 산담이 있는 분묘가 마치 살아있는 사람들과 함께 살아가는 모습을 보이고 있고 누구나 산담의 경계로 분묘로 공시되고 있는 것으로 인식하고 있다.

예를 들면 경작지에 분묘를 설치하고 산담으로 둘러싸고 농사를 짓는 경

작지와는 완전히 구분하여 농지와는 전혀 다른 토지로 분리하여 인식하고 그 경계를 침범하지도 아니한다. 또한 제주에서는 분묘가 위치한 토지의 소유주가 변경되는 경우에도 산담이 있는 분묘의 경우에 산담을 경계로 분묘의 소유권을 인정하여 매매가 이루어지는 것이 일반적이다. 따라서 새로운 토지주가 산담이 있는 분묘를 이장이나 철거를 요구하는 경우는 거의 볼 수가 없다.

나. 산담으로 공시제도의 실현

부동산에서 물권은 배타적 권리를 가지고 외부로 공시된 외형을 통하여 제3자에게 자신이 권리자임을 인식시켜야 거래 안전과 선의의 제3자인 일반인에게 손해가 발생되는 일을 예방 할 수 있다.

부동산인 물권의 변동은 언제나 외부에서 인식할 수 있는 공시방법을 수반해야 한다는 것인바 분묘의 공시는 외형상 토지와는 구분된 형태로 봉분이 제대로 이루어지고 잔디나 경계 표시로 다른 토지와는 시각적으로 분리된 형태를 갖추고 있어서, 분묘의 봉분 부분을 외부에서 충분하게 인식할 수 있다.

제주의 경우는 분묘를 산담으로 둘러싸고 경계를 형성하여 다른 토지와 구분하여 경계를 확정 할 수 있고 시각적으로 바로 인식할 수 있는 형태를 갖추고 있다. 그래서 토지 사정 당시에 제주에서는 산담으로 둘러싸인 분묘가 묘지로 토지대장에 등재가 쉽게 이루어 졌으나 보존등기에 이르지 않은 경우가 많다.

이번 연구를 통하여 지적도상으로 묘지로 표시된 필지들을 무작위로 확인한 결과 토지대장은 있으나 70%이상이 미등기 상태로 존치되고 있었다.

이는 토지사정 당시에 토지대장상에 소유자의 주소 등이 기재되어 있지 아니하여 당사자를 특정하는 어려움과 토지대장상의 명의인의 사망한 경우가 많아서 이다. 이로 인하여 당사자를 특정하고 몇 대에 걸친 상속절차로 소유권보존등기를 하려면 절차상의 번거로움과 비용문제로 등기제도에 따른 공시가 이우러지지 않고 있다. 이러한 미등기 부분은 장사법의 규정이나 특별법의 제정을 통하여 등기공시가 실현되어야 할 것이다. 이 부분은 제4장 제3절에서 자세히 논의 하고자 한다.

다. 분묘공시의 실현방법

분묘는 시신을 모시고 그 위에 봉분을 만들어 외형적으로 표출이 되어서 누구나 봉분을 시각적으로 분묘로 인식할 수 있는 형태를 가지고 있어서 분묘는 외부에서 인식이 가능하다고 할 것이다. 봉분을 취득하는 분묘기지권은 분묘의 기지 자체(봉분의 기저 부분)뿐만 아니라 그 분묘의 설치 목적인 분묘의 수호 및 제사에 필요한 범위 내에서 분묘의 기지 주위의 공지를 포함한 지역에까지 미치는 것이고, 그 확실한 범위는 각 구체적인 경우에 개별적으로 정하여야 한다[115].

분묘를 만들면서 시신을 매장하지 아니하고 화장을 하는 경우에는 분묘에 봉분을 만들지 아니하고 평장을 하는 것이 일반적이므로 외부적으로 봉분이 없어서 공시기능을 하지 못하는 경우가 생길 수 있다.

그러나 조선시대 이후에 우리나라의 전통적인 분묘는 봉분이라는 영혼이 생활하는 영역을 표시하는 시설을 만들고 제사를 모시는 제대를 만들어 그곳에서 조상숭배를 하는 곳으로 이용하고 있으며 야산에 있는 경우가 많지만 매년 벌초를 통하여 분묘를 관리하여 살아있는 사람들이 사는 곳과는 다르게 만들어 밭농사나 논농사로 경작할 수 없도록 하여 경계를 구분하여 분묘임을 표출하여 공시를 실현하고 있다. 분묘는 봉분이라는 시설물 설치를 통하여 사실상의 공시를 통하여 배타적 권리를 행사하고 있다고 볼 수 있다.

분묘를 관리하는 자는 상속인 중에 제사주재자가 관리를 하는 것으로 본다. 제사주재자는 우선적으로 망인의 공동상속인들 사이의 협의에 의해 정하되, 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, 공동상속인들중 아들이 없는 경우에는 망인의 장녀가 제사주재자[116]가 되어서 분묘를 지속적으로 관리를 하게 된다고 한다.

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.

---

115) 대법원 2007. 6. 14. 선고 2006다84423 판결
116) 대법원 2008. 11. 20. 선고, 2007다27670 전원합의체 판결

제4장 분묘와 산담의 법리적 구조

제1절 분묘와 산담의 유형별 문제점

1. 분묘와 산담에 대한 등기가 있는 경우

가. 등기명의인이 제사주재자인 경우

산소(山所)가 위치한 묘지 내에 외관상 확인 가능한 봉분 형태로 분묘가 설치되어 있고, 분묘의 외곽은 산담으로 다른 토지와 구분되어 있으며, 산담으로 둘러싸인 묘지 부분에 대하여 제사주재자 명의의 등기가 되어 있는 경우이다. 묘지 부분에 대한 소유권이 등기되어 있는 경우에는 당연히 독립된 부동산으로서 재산권 행사가 가능하다. 즉 분묘와 산담등기가 된 묘지는 제사용재산으로 제사주재자의 고유재산으로 특별한 문제가 발생될 여지가 없다.

나. 등기명의인과 제사주재자가 불일치하는 경우

산소(山所)가 위치한 묘지 내에 관리하는 분묘가 있고, 분묘의 외곽을 산담이 둘러싸고 있어 다른 토지와 구분되고 있으나, 산담으로 둘러싸인 묘지 부분에 대하여 제사주재자 명의의 등기가 경료되지 아니한 경우이다. 현재 제사주재자가 분묘를 관리하고 봉사를 하고 있다면 이 분묘나 묘지는 제사용 재산으로서 제사주재자 명의의 등기여부와 관계없이 제사주재자에 귀속되므로 분묘를 관리하는데 문제가 없다. 다만 묘지부분이 등기는 되어 있으나 제사주재자 명의로 등기되지 않은 경우에는 현행법에 따라 공부상의 명의인으로부터 상속등기나 소유권이전등기 절차를 이행하여 등기명의인 명의로 묘지대장 및 부동산등기부를 사실관계와 일치되도록 하여야 한다.

2. 분묘가 있으나 산담에 대한 등기가 없는 경우

산소(山所)가 위치한 묘지 내에 관리하는 분묘가 있고, 분묘의 외곽을 산담이 둘러싸고 있어 다른 토지와 구분되고 있으나, 산담으로 둘러싸인 묘지 부분에 대하여 별도의 묘지등기가 없는 경우이다. 이 경우 묘지는 일반적으로 임야의 일부에 위치하고 있게 된다. 현재 제사주재자가 분묘를 관리하고 봉사를 하고 있다면 이 분묘나 묘지는 제사용 재산으로서 제사주재자 명의의 등기여부와 관계없이 제사주재자에 귀속되므로 분묘를 관리하는데 문제가 없다.

제사주재자가 정당한 권원에 의하여 분묘와 산담을 설치한 경우, 토지소유자로부터 해당 부분에 대한 분할등기를 요청하여 등기를 취득할 수 있다. 그러나 해당 토지소유자가 분할 이전등기에 응하지 않는 경우에는 소유권이전등기 절차의 이행을 청구하여 묘지에 대한 등기를 취득하여야 한다.

한편 산소가 위치한 묘지가 제사주재자 이외의 자의 소유에 속하게 되는 경우라도 분묘가 관리되고 있다면 분묘기지권이 인정될 수 있다. 그러나 2001년 1월13일 이후에 설치된 분묘의 경우에는 관습상의 분묘기지권이 인정되지 아니하고, 장사법에 따라 한시적 매장제도의 규정에 따라야 할 것이다.

분묘기지권이 인정되는 범위가 분묘가 속한 부분에 속하는지 혹은 산담으로 둘러싸인 묘지 전부에 분묘기지권이 인정되는지 문제된다.

3. 분묘 없이 산담만 존재하는 경우

가. 산담에 대한 소유와 등기가 있는 경우

산소(山所)가 위치한 묘지 내에 외관상 확인 가능한 분묘가 없으나, 산담으로 돌을 쌓아서 다른 토지와 구분하고 있고, 해당 묘지 부분에 대하여 분필등기가 되어있고 종래 제사주재자 명의의 등기가 되어 있는 경우이다. 종래 묘지가 있었으나 이장 등에 의하여 현재 묘지로 이용되지 않으나 산담과 묘지등기만 남아있는 경우이다. 이 경우는 원칙적으로 분묘와는 상관없이 묘지라는 지목의 토지를 소유하고 재산권을 행사하는 경우가 된다. 따라서 외관상 등기명의인의 재산이 될 것이다. 그러나 종래 분

묘관리와 봉사 등을 하였던 제사주재자 소유명의인 경우에는, 이제 제사용 재산으로서 용도가 폐기되었으므로 제사주재자의 고유재산이 될 수 없을 것이다.

한편 묘지등기가 된 묘역을 포함하여 인근을 경작하는 경작자 입장에서는 취득시효의 요건을 갖추었다면 취득시효의 대상이 될 수 있는지 여부가 문제될 것이다. 특히 일종의 축조물인 산담을 과연 시효로 취득할 수 있을지 문제된다.

나. 산담에 대해 사실상 지배하지만 등기가 없는 경우

산소(山所)가 위치한 묘지 내에 외관상 확인 가능한 분묘가 없으나, 산담으로 돌을 쌓아서 다른 토지와 구분하고 있고, 해당 묘지 부분을 지배하고 있지만 묘지부분에 대한 분필등기가 되어있지 아니한 경우이다. 종래 묘지가 있었으나 이장 등에 의하여 현재 묘지로 이용되지 않으나 산담이 그대로 남아있고, 제사주재자가 현재에도 이용하고 있는 경우이다.

이러한 경우 분묘가 존재하지 않지만 산담으로 누구나 인식할 수 있는 외형이 존재하기 때문에 관습상의 분묘기지권을 유추적용 할 수 있을지 문제된다. 제주도는 다른 지역과 달리 산담에도 죽은 자의 생활터전이라는 의식이 강하기 때문에, 외관상 분명히 인식할 수 있는 산담을 일종의 공시로 볼 수 있지 않을까 하는 의문이 있다. 생각건대, 산담은 봉사의 대상이 될 수 있는 제사용 재산에 속하지 않으므로 관습상의 분묘기지권을 유추 적용할 수 없다고 본다. 따라서 산담에 대한 별도의 권리를 주장할 수 없을 것으로 생각한다.

다만 산담을 둘러싸인 면적이 타 지역의 분묘와 달리 면적이 90㎡ 내외나 되고 주거지 인근에 위치하고 있는 경우에 문제가 된다. 이때 제사주재자가 산담으로 둘러싸인 부분에 텃밭을 가꾸는 등 지속적으로 관리를 하여 20년의 평온·공연한 자주점유가 인정된다면 일반취득시효를 통하여 묘지소유권이 정당성을 주장할 수도 있을 것이다.

4. 분묘와 산담이 없으나 산담에 대한 등기가 존재하는 경우

산소(山所)가 위치한 묘지 내에 외관상 확인 가능한 분묘와 산담도 없으나, 해당 묘지 부분에 대하여 분필등기가 되어 있는 경우의 문제이다. 종

래 묘지가 있었으나 이장 등에 의하여 현재 묘지로 이용되지 않으나 묘지등기만 남아있는 경우이다. 원칙적으로 외관상 등기명의인의 재산이 될 것이다. 그러나 종래 분묘관리와 봉사 등을 하였던 제사주재자 소유명의인 경우에는, 이제 제사용 재산으로서 용도가 폐기되었으므로 제사주재자의 고유재산이 될 수 없을 것이다.

한편 묘지등기가 된 묘역을 포함하여 인근을 경작하는 경작자 입장에서는 취득시효의 요건을 갖추었다면 취득시효의 대상이 될 수 있을 것이다. 이 경우는 분묘와는 상관없이 묘지라는 지목의 토지를 소유하고 재산권을 행사하는 경우가 된다.

5. 분묘만 존재하는 경우

타인의 임야 일부에 외관상 확인 가능한 봉분 형태로 분묘를 설치하여 관리하고 있는 경우, 전형적인 분묘기지권의 인정여부가 문제된다.
그러나 2001년 1월13일 이후에 설치된 분묘의 경우에는 관습상의 분묘기지권이 인정되지 아니하고, 장사법에 따라 한시적 매장제도의 규정에 따라야 할 것이다. 새로운 장사법이 시행되기 이전에 분묘를 설치하여 분묘기지권을 취득한 경우도 2001년 1월 13일 이후에 분묘를 합장한 경우에는 새로운 장사법 이후에 분묘를 설치한 것으로 적용을 받아서 관습법상의 분묘기지권을 취득할 수 없게 된다.

제2절 분묘와 산담의 법리적 분석

1. 분묘와 산담의 권리귀속 - 제사용 재산

가. 제사용 재산

산담은 분묘를 설치하는 자의 자손들이 정성으로 설치하는 것이기에 산담의 소유는 분묘의 설치자와 일치하며 분묘와 산담의 소유자가 다른 경우는 있을 수 없다. 그러므로 산담은 분묘와 사실상 불가분의 관계에 있기 때문에 이것이 분리되어 산담만 매매가 이루어지는 경우는 일반적으로는 있을 수 없다. 다만 예외적으로 분묘가 이장(移葬)되어 산담만이 남아

있는 경우가 발생 할 수 있다. 산담 내에 봉분이 있었던 장소에 새로운 봉분을 설치하는 경우에는 산담 자체에 대한 부분이 매매의 대상이 되는 경우가 발생 될 수 있다. 그것은 이전에 분묘를 설치하면서 산담을 조성한 자들이 소유권을 가지고 처리하게 되는 것이 보통이고 묘지를 이장하고 산담만 남아 있는 기간이 상당하게 소요된 경우에는 토지소유자가 산담을 해체하여 일반적인 돌로 처리하거나 농지로 개간하는 경우도 있을 수 있다. 분묘를 이장하고 산담만 남은 경우에는 관습상의 분묘기지권은 존속되지 않기 때문에 타인의 토지에 있는 산담은 철거의 대상이 되기 때문이다.

다만 산담이 있는 분묘가 이장(移葬) 한 후에 산담 부분에 명인방법에 의한 권리를 주장하거나 관리를 하여야만 일정기간 이나마 산담의 권리를 주장할 수 있다. 분묘를 이장(移葬)하고 상당한 기간이 경과되어 산담을 제대로 관리하지 못하여 훼손되는 경우에는 산담에 대한 소유권을 포기한 것으로 보아 산담을 조성한 자가 토지 소유자에게 산담에 대한 권리를 행사하기가 어렵다.

나. 산담의 공시

산담은 묘지 내에 봉분 형태로 분묘가 설치하고, 분묘의 외곽을 돌을 쌓아서 다른 토지와 구분하여 있고 해당 묘지 부분을 특정 하는 역할을 한다. 분묘와 산담은 누구나 인식할 수 있는 외형이 존재하는 한 분묘를 보호하는 공시기능을 한다. 분묘가 설치되고 20년이 경과하면 관습상의 분묘기지권을 통하여도 분묘를 계속 존치 시킬 수 있다. 물론 산담이 없이 분묘만 설치되어도 관습상의 분묘기지권을 취득하나 산담이 있는 경우에는 토지사정 당시에 다른 토지와 분할하여 묘지로 등기를 할 수 있었던 것 같다. 묘지부분이 분필등기는 되어 있지 않은 경우에 제사주재자나 분묘관리인이 산담을 통하여 분묘를 확실하게 공시하게 되는 경우가 있을 수 있다. 이러한 산담의 외형을 통한 공시로 제사주재자나 분묘관리인이 묘지를 자신의 명의로 등기를 하는 경우에는 분묘와 산담이 위치하고 있는 토지의 소유자로부터 해당 부분을 분할등기를 요청하여 등기를 취득할 수 있다. 또한 정당한 권원에 의하여 분묘와 산담을 설치한 경우에 해당 토지소유주가 분할 이전등기에 응하지 않는 경우에는 산담이 차지하고 있는 전체의 면적을 점유취득시효를 원인으로 한 소유권이전등기 절차를 이

행을 청구하여 묘지에 대한 등기를 취득하여야 한다. 그러므로 산담은 분묘를 명확하게 공시하는 역할을 하고 있다고 볼 수도 있다.

2. 분묘와 산담에 대한 공시관계

가. 등기된 분묘의 공시

분묘를 설치한 묘지등기를 하려면 먼저 토지대장 등 공부에 등재가 되었느냐에 따라서 등기절차를 어떻게 할 것인지를 판단 할 수 있다. 분묘에 대한 부분을 부동산등기부에 묘지로 등기가 되어 있는 경우에는 매매나 상속으로 이전하는 경우에 일반적인 토지에 매매나 상속등기와 같은 절차로 하면 된다. 즉 등기에 필요한 등기원인을 증명하는 정보, 주소증명정보, 주민등록번호, 인감증명, 상속등기의 경우는 등기원인을 증명하는 정보[117]등을 제공하여 등기권리자와 등기의무자가 공동으로 변호사나 법무사에게 위임하거나 당사자들이 직접 신청하여 등기를 하면 된다. 그런데 앞에서 살펴본 바와 같이 분묘에 대한 재산적 가치가 미미하므로 이에 대한 이전등기 자체를 신청하지 않거나 이전등기 신청에 필요한 정보들을 구비할 수 없어서 등기를 신청하지 못하는 경우도 있다. 상속등기를 신청하는데 피상속인이 명의가 아닌 선대의 명의 되어 있거나 피상속인에 따른 각종 서류를 첨부할 수 없는 경우에 동일인 보증서 등 각종 정보로 보완하여 등기절차를 이행하면 될 것이다.

피상속인의 명의에 주소나 주민등록번호 등이 기재되지 아니하여 등기명의인을 특정하지 못하거나 필요한 정보를 준비할 수 없는 등 각종의 문제가 있어 이를 소명하지 못하는 경우에는 등기절차를 이행하지 못하는 경우가 발생한다고 할 수 있다.

또한 등기명의인이 사망하고 수대에 걸쳐 분묘는 관리하여 오고 있으나 상속등기를 하지 않은 경우에 상속법상 수많은 법정상속인들 간에 의견조정이나 이해관계의 충돌로 상속등기를 하지 못하는 경우가 발생하게 된다.

실질적인 예를 들어보면 제주시(당시 북제주군) 월정리 산2번지의 경우에 이 부동산은 월정리 마을회 소유의 부동산이나 토지사정 당시에 마을

117) 유석주, 부동산등기법, 삼조사, 271-272면 참조, 2012.

회는 법인이 아니라는 이유로 마을회 명의는 등기를 할 수 없게 되었다. 그래서 마회회에서는 마을을 대표하는 5인의 명의로 명의 신탁을 하여 수탁자 명의로 등기를 하게 되었다. 마을회에서는 마을에 공공용지로 지금까지 계속 사용하여 오면서 지내 오면서도 명의 신탁을 해지하고 않고 있었다. 이는 마을회 명의로 소유권 이전등기 절차를 이행하는 것에 대한 법률의 무지와 많은 비용과 번거롭다는 이유로 이전등기 절차를 미루어 온 것이다. 그러다가 부동산 가격이 상승하게 되고 제주에 부동산 투기 세력이 몰리면서 1990년경 명의수탁인의 상속인중 1인이 채무에 시달리는 과정에 자신에 상속지분에 해당하는 부분을 매각하는 경우가 발생하였다.

이로 인하여 마을에서 명의수탁자의 상속인을 상대로 명의신탁 해지를 원인으로 한 소유권 이전등기 절차를 이행하는 과정에 명의수탁인의 상속이 3대나 이루어져 명의수탁에 따른 상속인이 256명으로 정하여 소송이 시작되었다. 소송이 진행되는 과정에도 상속인들이 사망하여 피고 당사자 변경과 상속지분을 계속 변경하면서 소송을 하였고 심지어 판결 후에 등기하는 과정에도 상속인들이 사망하여 등기를 하는 과정에도 첨부서면의 문제도 등기가 상당기간 지연되었던 적이 있다. 이때 상속인들은 법정 상속의 비율에 의해서 상속지분을 정하였으나 상속인이 너무 많고 각자의 상속지분이 달라서 분모가 수천만들의 몇으로 만들어져 소송과 등기하는 과정에 많은 어려움이 있었다. 분묘에 따른 묘지 등기의 경우도 마찬가지다.

나. 등기되지 않은 분묘의 공시

분묘가 설치된 묘지가 앞에서 살펴본 토지조사사업에 따라 부동산등기령과 임야조사령에 따른 사정(査定)에 의하여 모든 토지에는 토지대장과 임야대장이라는 지적공부가 만들어지게 되었다. 이러한 지적 공부가 만들어졌음에도 이는 행정관서에 서는 자신들이 토지 등의 관리를 위하여 필요한 공적장부이고, 토지에 관한 소유권에 관한 권리를 증명하는 공적장부인 등기부는 지법법원 등 법원의 사무로 되어 있는 형태의 공부가 이원화 체제가 이루어져 있었다. 이에 대한 법률 지식이 없는 자들은 행정관서에 토지대장이나 임야대장을 만들고 등기부에는 기재하지 않고 있는 경우가 현재에도 발견되는 경우가 있다. 특히 묘지의 경우에는 지가로 평가되어

매매의 대상이 되지 않기 때문에 지적공부만 작성하고 소유권 보전등기 절차를 이행하지 아니하여 등기가 되어 있지 않은 경우가 많다.

(1) 토지대장 등에 소유자가 특정된 경우

사정에 의하여 토지대장 등에 소유자란에 소유자임을 특정 할 수 있는 주소와 성명이 명확한 경우에는 등록 명의인이나 상속인 · 포괄승계인 등이 자신이 소유자임을 증명하여 소유권 보존등기를 할 수 있다. 그러나 등기되기 이전에 토지대장 등에 등록명의인으로부터 매수한 경우에는 등록명의인의 명의로 소유권 보존등기를 한 이후에 매매를 원인으로 한 소유권 이전등기 절차를 이행하여야 할 것이다[118].

부동산 등기법 제65조에 따르면 상속이 경우에는 수대에 걸쳐 상속이 이루어져서 상속인이 수인이 있어도 협의 등으로 통하여 상속인이 특정된 경우에 상속인 명의로 상속보존등기가 가능하다. 법인의 경우에는 합병이나 분할 · 분할합병의 경우에 포괄 승계인의 경우에는 자신의 명의로 바로 소유권 보존등기가 가능하다.

실례로 제주시 아라동 1944번지 묘지185㎡는 1914. 7. 30 김○○ 명의로 사정을 받았으나 토지대장에 이름만 있고 주소가 등재되지 아니하였다. 2003. 3. 24에 김○○ 명의로 주소 등록을 하였고 2012. 11. 23에 김○○ 의 상속인인 김△△로 소유권 보존등기를 한 경우가 있다.

이 경우는 토지사정인이 생존하고 있는 상태에서 명의인과 동일인임을 증명하여 토지대장에 주소를 등록하여 묘지 소유자가 특정되어 그 상속인의 명의로 소유권보존등기를 한 후 제3자에게 소유권이전등기까지 이루어진 사례이다.

118) 대법원 등기선례집 제Ⅰ권, 240항, 1983. 11. 2.

고유번호	5011011700-11944-0000	토지 대장	도면번호	54	발급번호	20140121-0029-0002
토지소재	제주특별자치도 제주시 아라일동		장 번 호	1-1	처리시각	09시 12분 47초
지 번	1944	축 척 1:1200	비 고		작 성 자	허인실

토지표시			소유자		
지목	면적(㎡)	사유	변동일자	주소	
			변동원인	성명 또는 명칭	등록번호
(27) 묘지	*185*	(40)1977년11월15일 지목변경	1914년7월30일	북군 구좌면 월정리	
			(01)사정	김 00	
(27) 묘지	*185*	(51)2006년7월1일 제주도에서 행정관할구역변경	2003년3월24일	북군 구좌읍 월정리 574	
			(22)주소등록	김 00	
		---- 이하 여백 ----	2003년6월26일	삼도이동 256-2	
			(02)소유권보존	김 00	** 803-1******
			2003년9월24일	삼도이동 183-8	
			(03)소유권이전	정 00	** 804-1******
등급수정 연월일	1992년5월11일 설정				
토지등급 (기준수확량등급)	116				
개별공시지가기준일					
개별공시지가(원/㎡)					

토지대장에 의하여 작성한 등본입니다.
2014년 1월 21일
제주특별자치도 제주시장

<그림 16-1> 토지대장: 주소등록 및 소유권보존, 이전등기가 표시된 대장

등기사항전부증명서(말소사항 포함) - 토지

[토지] 제주특별자치도 제주시 아라일동 1944 고유번호 2201-2003-008038

【 표 제 부 】 (토지의 표시)

표시번호	접 수	소재지번	지 목	면 적	등기원인 및 기타사항
~~1~~	~~2003년6월26일~~	~~제주도 제주시 아라일동 1944~~	~~묘지~~	~~185㎡~~	
2		제주특별자치도 제주시 아라일동 1944	묘지	185㎡	2006년7월1일 행정구역명칭변경으로 인하여 2006년7월19일 등기

【 갑 구 】 (소유권에 관한 사항)

순위번호	등 기 목 적	접 수	등 기 원 인	권리자 및 기타사항
1	소유권보존	2003년6월26일 제54993호		소유자 김 △△ ** 03-1****** 제주시 삼도이동 256-2
2	소유권이전	2003년9월24일 제79585호	2003년9월23일 매매	소유자 정 □□ ** 04-1****** 제주시 삼도이동 183-8

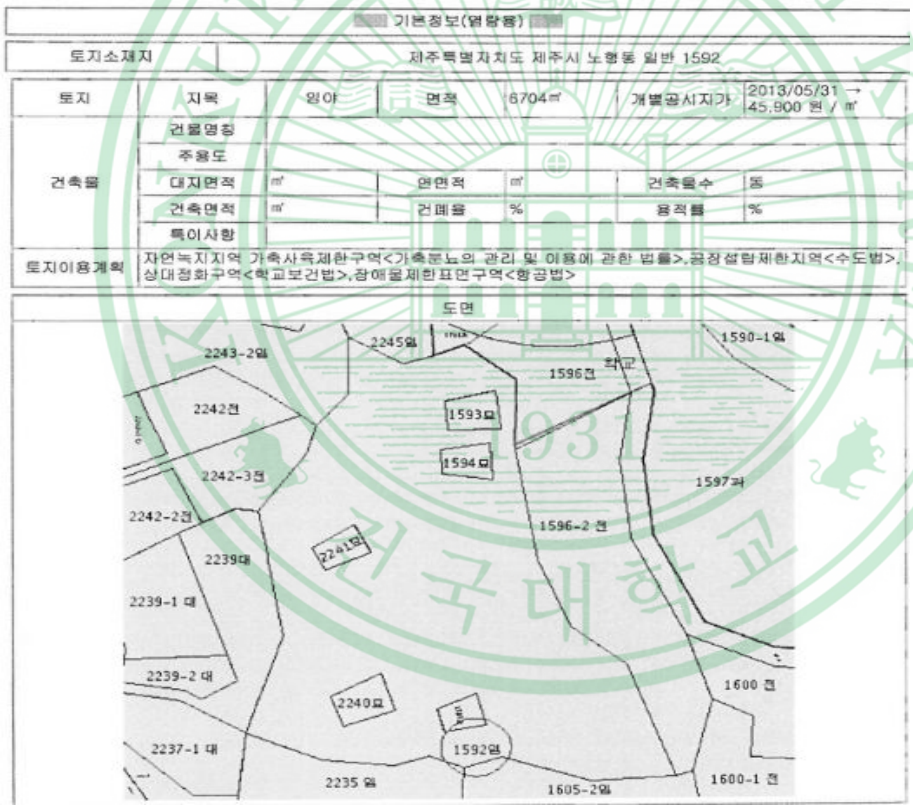
<그림 16-2> 등기부등본 대장: 주소등록 및 보존등기 후 소유권이전등기

(2) 토지대장 등에 소유자가 특정되지 않은 경우

토지대장 등에 소유자란에 등록명의인이 주소와 성명 등이 명확하지 아니하여 등록명의인을 특정하지 못하는 경우는 소유자는 토지대장 등에 소유자를 특정 할 수 있도록 정정 절차를 먼저 하여야 한다. 토지대장 등에

소유자에 관한 사항을 정정하지 아니하고 인우보증인이나 동일인 확인서 등으로 대신할 수 없고 정정을 통하여 토지대장 등에 의하여 당사자를 특정 할 수 있으면 소유권 보존등기절차를 이행하면 된다. 지적공부가 멸실·훼손된 경우에는 관련소관청은 지적공부와 가정 유사한 자료에 의하여 토지에 대한 사항을 복구하여야 하고, 등록명의인의 등록 내용이 변경된 경우에는 부동산 변경등기 절차처럼 등록사항을 변경하는 증명서류로 소유권 보존등기 절차를 이행하면 등록 명의인이 소유권 등기 권리자가 될 수 있다.

각종 서류로 등록 명의인을 특정 할 수 없는 경우에는 국가를 상대로 소유권확인 판결을 받아서 소유권 보존등기를 할 수 있다. 등록명의인으로부터 매수한 자가 소유권 이전등기를 받고자 하는 경우에는 피고를 등록대장 상의 명의인으로 하고 피고에게 소유권 보전등기 및 이전등기절차 이행 청구소송을 통하여 판결을 받고 등록 명의인인 피고 명의로 대위보존등기 이행한 후 원고 자신의 명의로 이전등기 절차를 이행하면 된다.



<그림 17-1> 제주시 노형동1592번지 내 묘지 5필지가 토지대장만 있고 미등기

이는 소송은 채권적 효력으로 당사자에게만 효력이 있고 제3자에게는 판결의 효력이 미치지 않는 것이므로 판결을 통하여 보존등기나 이전등기 절차를 생략하고 현재의 등록명의인이라도 자신의 명의로 소유권 보존등기절차를 이행할 수 없다고 한다[119].

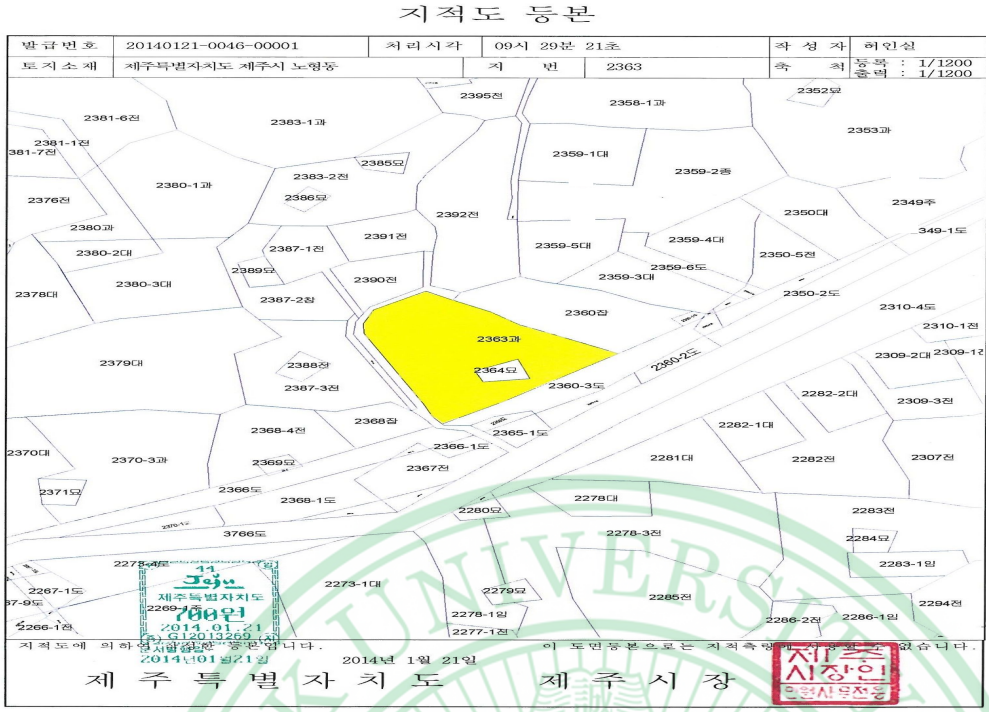
실례로 제주시 노형동 2364번지 묘지79㎡는 1915. 2. 17 김○○ 명의로 사정을 받았으나 토지대장에 이름만 있고 주소가 등재되지 아니하였다. 이 토지는 도심지 주택가에 위치하고 음식점과 접하고 있는 상태로 제주시 노형동 2363번지 과수원(사실상 음식점)1819㎡ 가운데에 위치하고 있으나 묘지 소유자를 특정하지 못하여 현재도 산담으로 둘러싸인 분묘 상태로 현존하고 있다.

이 경우는 토지사정인이 이미 사망하여 토지대장에 주소를 등재하지 못하였고 수대에 걸친 상속으로 인하여 후손들이 소유자를 특정하지 못하여 소유권보존등기까지 이루어지 못하고 있는 사례이다.



<그림 17-2> 주거지에 설치된 분묘(노형동2364)와 산담

119) 대법원 등기선례집 제 Ⅶ 권 제120항, 2003. 6. 4.


지적도 등본

발급번호	20140121-0046-00001	처리시각	09시 29분 21초	작 성 자	허인실
토지소재	제주특별자치도 제주시 노형동	지 번	2363	축 척	등록 : 1/1200 출력 : 1/1200

지적도에 의하여 작성한 등본입니다.
2014년 1월 21일
이 도면등본으로는 지적측량에 사용할 수 없습니다.
제 주 특 별 자 치 도 제 주 시 장

<그림 17-3> 지적도: 주거지(노형동2363)에 설치된 분묘(노형동2364)와 산담

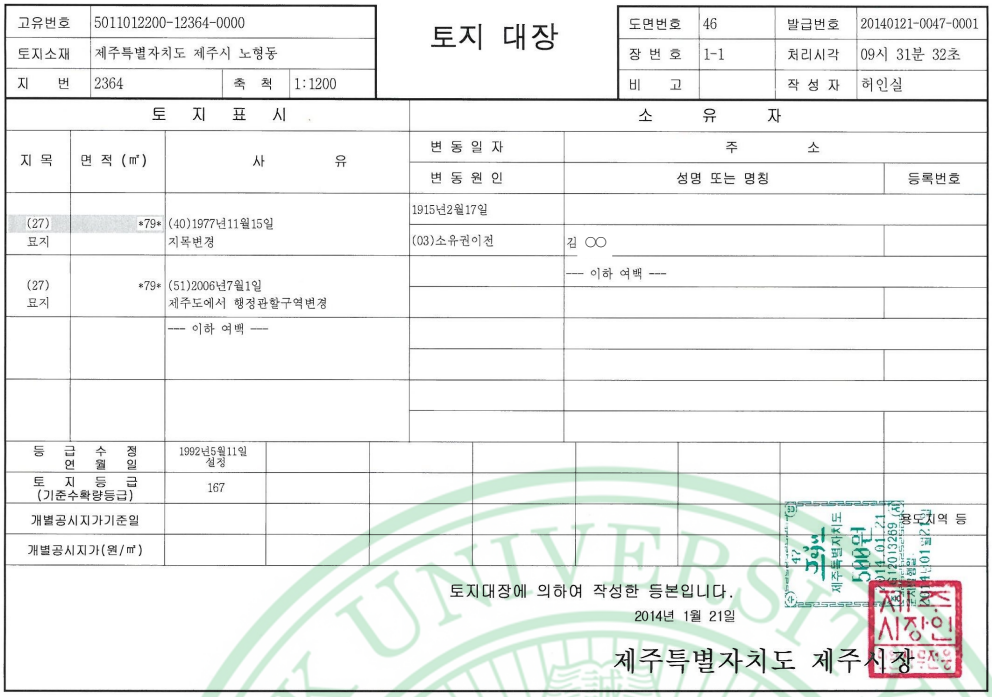
고유번호	5011012200-12363-0000	토지 대장	도면번호	46	발급번호	20140121-0043-0001
토지소재	제주특별자치도 제주시 노형동		장 번 호	2-1	처리시각	09시 28분 27초
지 번	2363	축 척 1:1200	비 고		작 성 자	허인실

토지표시			소유자		
지목	면적(㎡)	사유	변동일자	주소	
			변동원인	성명 또는 명칭	등록번호
(01) 전	*2,215*	(20)1983년1월14일 분할되어 본번에 -1를 부함	1975년8월14일 (03)소유권이전	3117 현 ○○	11-1******
(03) 과수원	*2,215*	(40)1986년5월23일 지목변경	2005년6월22일 (03)소유권이전	3122-9 김 ○○	01-2******
(03) 과수원	*1,819*	(20)1993년3월3일 분할되어 본번에 -2를 부함		이하 여백	
(03) 과수원	*1,819*	(51)2006년7월1일 제주도에서 행정관할구역변경			

등급수정연월일	1980년3월1일 수정	1984년7월1일 수정	1986년8월1일 수정	1989년1월1일 수정	1989년9월1일 수정	1991년1월1일 수정	1992년1월1일 수정	1993년1월1일 수정
토지등급 (기준수확량등급)	50	132	133	137	147	157	167	175
개별공시지가기준일	2010년1월1일	2011년1월1일	2012년1월1일	2013년1월1일				
개별공시지가(원/㎡)	290,000	290,000	310,000	325,000				

토지대장에 의하여 작성한 등본입니다.
2014년 1월 21일
제주특별자치도 제주시장

<그림 17-4> 토지대장: 주거지(노형동2363)에 설치된 묘지의 수용토지대장



토지 대장

고유번호	5011012200-12364-0000			도면번호	46	발급번호	20140121-0047-0001
토지소재	제주특별자치도 제주시 노형동			장 번 호	1-1	처리시각	09시 31분 32초
지 번	2364	축 척	1:1200	비 고		작 성 자	허인실

토지표시			소유자		
지목	면적(㎡)	사유	변동일자 / 변동원인	주소 / 성명 또는 명칭	등록번호
(27) 묘지	*79*	(40)1977년11월15일 지목변경	1915년2월17일 (03)소유권이전	김 ○○	
(27) 묘지	*79*	(51)2006년7월1일 제주도에서 행정관할구역변경		--- 이하 여백 ---	
		--- 이하 여백 ---			
등급수정 연월일		1992년5월11일 설정			
토지등급 (기준수확량등급)		167			
개별공시지가기준일					
개별공시지가(원/㎡)					

토지대장에 의하여 작성한 등본입니다.

2014년 1월 21일

제주특별자치도 제주시장

<그림 17-5> 토지대장: 주거지에 설치된 묘지(노형동2364)의 대장

(3) 토지대장 등에 등록도 되지 않은 경우

분묘가 설치되어 현존하고 있으나 토지대장 등에 등록 되어 있지 않은 경우에는 소유권에 대한 권한이 전혀 없는 것이 되어서 소유권에 관한 권리를 주장하거나 소유권에 관한 등기는 할 수 없고 관습상의 분묘기지권의 문제가 발생한다. 분묘기지권은 앞에서 살펴본 바와 같이 분묘라는 공시를 통하여 이루어 진 경우이므로 외형상으로 공시되지 않은 평장의 경우에는 관습상의 분묘기지권은 인정되지 않는다는 것이 판례에 일관된 입장임은 이미 확인바 있다.

관습상의 분묘기지권은 타인의 토지에 형성되는 것이나 그 범위는 분묘의 수호와 봉제사를 위한 목적을 달성 할 수 있는 필요한 분묘의 기지의 주위를 포함하는 지역이라고 한다[120]. 이는 제주의 경우는 지역주민들이 통상적인 관례상으로 분묘를 둘러싸고 있는 산담의 부분까지 분묘를 수호하기 위한 기지의 범위로 볼 수 있고 산담까지 분묘의 범주에 포함하여 제사용 재산으로 보아야 할 것이다.

120) 대법원 1994. 12. 13. 선고, 94다15530 판결.

3. 취득시효

취득시효는 어떤 사람이 마치 그가 권리자인 것과 같이 권리를 행사하고 있는 사실상태가 일정한 기간 동안 계속된 경우, 그와 같은 권리행사라는 외관의 사실 상태를 근거로 하여 그 사람이 진실한 권리자이냐 아니냐를 묻지 않고서 처음부터 그 자가 권리자이었던 것으로 인정하는 제도이다.

가. 부동산소유권의 취득시효

(1) 점유취득시효

민법 제245조 제1항에 “20년간 소유의 의사로 평온·공연하게 부동산을 점유하는 자는 등기함으로써 그 소유권을 취득한다”라고 규정함으로써 점유에 의한 소유권의 취득을 인정하고 있다.

점유취득시효 요건으로서의 점유는 소유의 의사로 하는 점유, 즉 자주점유이어야 한다. 자주점유에 대한 판단은 권원의 성질에 의하여 객관적으로 정하여지며, 권원의 성질이 불분명한 경우에는 자주점유로 추정된다. 또한, 점유는 평온·공연한 소유의 의사로 하는 점유이면 충분하고 선의·무과실은 그 요건이 아니다. 여기서 평온한 점유라 함은 강박이나 폭행을 쓰지 아니하고 점유한 것을 말한다.

점유에는 추정력이 있으므로 점유자는 특별한 사정이 없는 한 평온·공연하게 점유하는 것으로 추정된다. 따라서 시효취득을 부정하는 자가 평온·공연한 점유가 아님을 증명하여야 한다.

부동산을 점유시효취득하기 위해서는 20년간의 점유가 계속되어야 한다. 등기부상 소유명의자가 동일한 경우에는 점유승계가 이루어졌다고 하더라도 전 점유자와 합산하여 임의의 시점을 점유개시의 기산점으로 삼을 수 있다는 것이 판례의 입장이다.

예를 들면 갑소유의 전을 1990년 3월 5일에 A가 매수를 하였으나, 소유권이전등기를 경료하지 못한 상태에서 경작을 하다가 2005년 8월 15일에 B가 A의 점유를 승계하여2013년 12월 10일 현재까지 경작을 하였다면 B는 갑에게 1990년 3월 5일 매매를 원인으로 한 소유권이전을 청구 할 수 있다. 또한 B는 갑에게 2013년 12월 10일을 취득시효 완성일로 역산하여 1993년 12월 10일 매매를 원인으로 한 소유권이전 청구를

할 수도 있다는 것이 판례의 입장인 것이다.

등기부상 소유명의자가 변동된 경우에는 원칙적으로 취득시효의 기초가 되는 점유가 개시된 시점이 기산점이 되고, 당사자는 기산점을 임으로 선택할 수 없다고 본다. 그 이유는 제3자의 법적 지위가 취득시효자에 의하여 좌우되게 되어 부당하기 때문이다. 이 경우 취득시효자는 점유취득시효만료 전에 등기를 이전받은 제 3자에게는 취득시효을 주장할 수 있다. 예를 들어 1990년 3월 5일 갑의 전을 A가 매수하여 소유권이전등기를 경료하지 아니하고 경작을 하던중 2005년 8월 19일에 갑이 을에게 매매를 하여 소유권이전등기를 완료해 주었다. 하지만 A가 계속해서 2013년 12월 10일까지 경작을 하였다면 A는 을에게 1990년 3월 5일 매매를 원인으로 한 소유권이전 청구를 할 수 있다.

그러나, 취득시효가 일단 완성된 후에 제3취득자가 소유권이전등기를 마친 경우에 취득시효자는 제3취득자에게 대하여 취득시효로 대항할 수 없다. 다만, 기존의 점유자가 계속 점유하고 있고 소유자가 변동된 시점을 새로운 기산점으로 삼아 다시 취득시효의 점유기간이 완성되는 경우에는 취득시효의 완성을 주장할 수 있다. 위의 예제에서 2011년 5월 7일 갑이 을에게 전을 매매하여 소유권이전등기를 마친 상태이고 A가 계속 점유하여 경작을 하고 있다고 한다면 A는 을에게 1990년 3월 5일 매매를 원인으로 한 소유권이전 청구를 할 수 없다는 것이 판례의 입장인 것이다. 만약에 A가 2031년 5월 7일까지 평온·공연하게 점유를 하였다면 A는 을에게 매매를 원인으로 한 소유권 이전청구를 할 수 있다는 것이 판례의 입장인 것이다.

또한 소유자가 취득시효완성 후에 제3자에게 부동산을 양도한 경우에 시효취득사실을 알고 있는 등기명의자가 고의로 취득시효대상이 되는 부동산을 제3자에게 처분한 경우 불법행위가 성립한다. 이 경우 제3자가 불법행위에 적극적으로 가담하였다면 이는 사회질서에 반하는 행위로서 무효가 된다.

점유취득시효에 의하여 부동산의 소유권을 최종적으로 취득하기 위해서는 등기를 하여야 한다. 취득시효로 인한 소유권의 취득을 원시취득이라고 하는 것이 다수설과 판례의 입장이므로 그 등기는 성질상 보존등기를 하여야 할 것이지만, 실무상 '이전등기' 의 형식에 의한다. 점유취득시효에 의한 부동산취득을 원시취득으로 보면서도, 등기의 종류를 이전등기의 형식을 취하는 원인은 종전의 권리변동관계를 단절시킴으로서 발생할 수

있는 공시의 혼란을 피하고 잠재적 분쟁을 종식시키는 의미에서 점유자와 소유자가 공동신청으로 하여야 하는 이전등기절차에 의하도록 한 것이다.
점유취득시효완성을 원인으로 한 소유권이전등기청구는 시효완성 당시의 소유자를 상대로 하여야 한다.

(2) 등기부취득시효

민법 제245조 제2항은 "부동산의 소유자로 등기한 자가 10년간 소유의 의사로 평온·공연하게 선의이며 과실 없이 그 부동산을 점유한 때에는 소유권을 취득한다" 라고 규정함으로써 등기에 의한 소유권의 취득을 인정하고 있다.
등기부취득시효에 있어서는 선의·무과실의 점유를 요건으로 한다. 예컨대 정당한 절차에 의하지 않은 등기를 하고 이를 점유한 자는 선의라고 할 수 없고 등기부상소유자가 아닌 자로부터 매수하여 점유한 자는 과실 있는 점유자라고 할 수 있다.
점유자의 선의·무과실은 점유 개시 시에만 있으면 되고, 전 시효기간 동안 계속되어야 하는 것은 아니다. 점유의 선의는 추정되는 반면에 무과실은 추정되지 않으므로 이는 점유자가 입증하여야 한다.
등기부취득시효의 경우 점유는 10년간 계속되어야 한다. 다만 등기는 반드시 소유자로 등기된 기간과 점유기간이 일치할 필요는 없다. 이 경우 취득시효자 명의뿐만 아니라 앞 등기명의까지 합쳐 10년간 소유자로 등기되어 있으면 충분하다고 하는 것이 판례의 입장이다.

나. 분묘와 산담을 통한 권리보호

일정한 사실상태가 오래 지속되면 사회는 그것이 권리관계와 부합하는 것으로 신뢰하고 이를 기초로 한 법률관계가 형성되는데, 진정한 권리관계와 일치하지 않는다고 하여 이러한 사실 상태를 부인하면 사회질서가 흔들리게 된다. 그래서 법은 일정기간 계속된 사실 상태를 권리관계로 인정함으로써 사회질서를 안정시키고 제3자의 신뢰를 보호하려고 한다.
취득시효의 경우 권리를 행사하지 않고 있는 권리자보다 실제로 목적물을 수익하는 자를 보호함으로써 재화의 효용을 극대화할 수 있고, 사실적 상태에 대한 시효이익 보유자의 신뢰를 보호함을 통한 사회의 법률관계

안정을 도모함에 있다고 정리할 수 있다.
산담으로 둘러싸인 분묘는 외형상 공시요건을 갖추고 있음은 이미 살펴보았다. 분묘가 설치되어 있고 자주적으로 평온·공연한 점유로 20년이 경과하면 관습상의 분묘기지권을 취득하는데 그 범위가 산담이 설치된 범위까지 미치는가를 생각해 보아야 할 것이다.
통상적인 타 지역의 분묘와 달리 제주는 산담으로 인하여 분묘의 외곽을 형성하고 있는 산담의 크기가 일반적으로 90㎡내외를 차지하고 이는 장사법 상의 분묘의 제한을 훨씬 넘는 크기이다. 통상적으로 관습상의 분묘기지권을 묘지의 봉제를 위한 부분까지 인정한다면 지역적 특수성을 인정하여 산담의 외곽까지를 분묘기권의 범위로 인정하는 것이 타당하다 할 것이다. 다만 타인의 토지 위에 산담을 설치가 분묘가 위치하고 있다가 분묘만 이장을 하고 분묘가 있던 토지에 시설물을 설치하거나 농사를 지어서 20년이 경과한 경우에 관습상의 분묘기지권이 아닌 부동산점유시효취득을 인정할 것인가 문제된다.
제주의 경우는 산담이 설치된 분묘가 거주지나 경작지 내에 위치하는 경우가 많고 이장을 하고 산담을 철거한 이후에도 계속 점유하는 경우도 있다. 이처럼 분묘를 이장한 이후를 기산점으로 하여 20년 이상 평온·공연하게 점유를 하고 있다면 제사주제자의 소유의 의사를 인정하여 점유시효취득을 인정하는 것이 취득시효의 입법 취지에 합치된다 할 것이다.

4. 관습법상의 분묘기지권 및 한시적 매장제도

산담은 지금까지 판례로 인정하여온 관습상의 분묘기지권이 면적을 분묘와 제사를 지내는 범위 내에서 산담의 외곽까지 분묘기지권의 면적을 확장하였다고 할 수 있다. 장사에 관한 법률은 2001년 1월 13일 이후의 분묘에 한하여 그 개장을 인정하며 분묘에 의한 국토의 잠식을 방지하기 위하여 분묘의 설치기간을 제한하고 타인의 토지 등에 설치된 분묘를 토지소유자가 개장할 수 있는 권리로 한시적 매장제도를 규정하였다. 이는 그 설치기간이 종료된 후 자신의 토지 위에 설치된 조상의 분묘라도 이를 철거하여야 한다는 것을 의미하여 사적소유권에 대한 과도한 침해라는 문제가 제기 될 수 있다. 여기서 관습법상의 분묘기지권으로 타인의 토지 등에 설치된 분묘도 보호하여온 판례를 인정하여 장사에 관한 법률에서

분묘의 설치기간을 제한규율을 새로운 법이 시행된 이후에 분묘에 대해서만 대상으로 하여 법률로 관습법상의 분묘기지권을 보호하는 것을 인정하여 입법이 된 것으로 볼 수 있게 되었다. 이는 타인의 토지 등에 설치된 분묘에 대해서 관습법상의 분묘기지권을 인정하여 타인에 재산권의 침해를 정당화하고 우리 법체계의 기본이념인 소유권 존중의 원칙에 위배된다고 할 수 있으므로 시대의 변화에 따른 법적 제도의 변화에 따라 종래의 판례에 대한 변경의 필요성이 있다 할 것이다.

타인의 토지 등에 설치된 분묘 중에 장사법 부칙 제2조 제2항이 동법 시행 이후에만 토지소유자의 개장권을 인정한 것은 오랫동안 판례에 의해 확립된 관습법상의 분묘기지권에 의한 기득권을 인정한 결과이다. 이러한 관습법상의 분묘기지권의 영속성을 현재 우리의 관습이라고 할 수 있는지와 관습법상의 분묘기지권의 내용이 입법을 제한할 만큼 관습에 대한 충분한 조사를 기초로 하고 있는지 검토가 필요한 부분이라고 생각된다.

장사법 제27조는 토지소유자가 타인의 토지 등에 설치된 분묘에 매장된 시체나 유골을 개장할 수 있도록 하고 있지만, 동법 동조는 2001년 1월 13일 이후에 설치된 분묘에 대해서만 적용되기 때문에(장사법 부칙 제2조 제2항), 그 이전에 타인의 토지 등에 설치된 분묘는 존속하게 되는 문제점이 있다. 이러한 기득권을 인정하는 것은 동법 시행 이전에 이미 완성된 관습법상의 분묘기지권을 부정함으로써 야기될 수 있는 소급효 금지의 원칙에 대한 논쟁을 회피하려는 목적에서 기인하는 것으로 이해되나 법의 입법 취지를 달성하기 위해서는 장사법 시행 이전에 설치된 관습법상의 분묘기지권에 기초한 분묘 역시 개장의 대상이 되어야 한할 것이다.

가. 분묘기지권

(1) 분묘기지권의 성립

(가) 의의

(가) 타인의 토지에 합법적으로 분묘를 설치한 자는 관습상 그 토지 위에 지상권에 유사한 일종의 물권을 취득하며 그 범위는 분묘의 기저부분과 분묘수호에 필요불가분한 주위의 공지까지 포함한다고 해석함이 부당하므로 그 분묘부분이 침해당할 때에는 그 침해의 배제를 청구할 수 있는 동

시에 그 수호자는 그 수호를 이유로 그 분묘에 인접한 타인의 분묘를 침범하는 행위를 할 수 없는 것이다.[121]

(나) 분묘에 관하여 지상권 유사의 물권을 취득한 것으로 인정되는 실례...자기 소유토지에 분묘를 설치하고 이를 타에 양도하는 경우에 있어서, 그 분묘가 평장된 것으로서 외부에서 인식할 수 없는 것인 경우를 제외하고는 「당사자 간에 특별한 의사표시가 없으면, 타인의 승낙을 얻어 그 소유지내에 분묘를 설치하면, 타인의 토지에 대하여 지상권유사의 물권을 취득하는 것에 준하여 판 사람은 그 분묘를 소유하기 위하여 산 사람의 토지에 대하여 지상권유사의 물권을 취득한다고 해석함이 타당」하다[122].

(다) 현재 시신이 안장되어 있지 아니한 장래 묘소로서 외형상 분묘의 형태만 갖추었을 뿐인 경우에는 실제 분묘라 할 수 없으니 그 소유를 위하여 지상권 유사의 물권이 생길 수 없다[123]. 분묘기지권이 성립하기 위하여는 봉분 등 외부에서 분묘의 존재를 인식할 수 있는 형태를 갖추고 있어야 하고, 평장되어 있거나 암장되어 있어 객관적으로 인식할 수 있는 외형을 갖추고 있지 아니한 경우에 분묘기지권이 인정되지 아니한다. 종산에 임의로 분묘를 설치하였다고 하여 당연히 관습상의 지상권이 성립하는 것은 아니다[124].

(나) 판례의 태도

① 이전형

분묘를 설치한 후 철거특약 없이 자기 소유의 토지를 타인에게 토지 소유권을 이전한 경우 인정되는 것[125]으로 관습법상의 법정지상권의 법리를 유추 적용하여 관습법상의 분묘기지권을 인정한 것이다.[126] 관습법상

121) 대법원 1962. 4. 26. 선고, 4294민상1451 판결.
122) 대법원 1967.10. 12. 선고, 67다1920 판결.
123) 대법원 1976.10. 26. 선고, 76다1359, 1360 판결 ; 1991.10.25. 선고, 91다18040, 판결.
124) 대법원 1967. 7. 18. 선고, 66다1600 판결.
125) 대법원 1967. 10. 12. 선고, 67다1920 판결
126) 김증한/ 김학동, 물권법, 제9판, 박영사, 1998, 386면; 이상태, 물권법, 6정판, 법원

의 분묘기지권에 대해서는 분묘가 존재하는 기간 동안 영속으로 분묘기지권을 인정하고 있어 관습법상의 법정지상권은 민법 제280조와 제281조에 의한 존속기간을 적용하고 있는 것보다도[127] 존속기간을 과다하게 보호하고 있다고 할 것이다.

판례가 인정하는 관습법상의 법정지상권은 경매를 통하여 토지와 건물이 어느 하나에 권리행사로 인하여 각각의 소유자가 다르게 되는 경우에, 양 당사자가 지상 건물의 소유를 위해 토지에 대해 일정한 권리를 설정하는 약정을 하지 않았다할지라도, 건물이 일정기간 동안 존속할 수 있도록 하기 위하여, 관습법상의 지상권을 인정하여 건물이 철거되는 것을 방지하는 것을 의미한다. 현행법 체계에서 지상권은 계약에 따른 지상권, 법정지상권과 관습법상의 법정지상권으로 구별될 수 있다.

② 승낙형

당사자가 분묘의 설치를 하며 토지 소유자와 사용계약을 하였지만 존치기간을 정하지 아니한 경우[128]에 분묘라는 특수성을 인정하여 분묘가 존재하는 기간 동안을 사용 할 수 있도록 하는 내용의 판례를 통하여 관습법상의 분묘기지권의 법리로 해결하고 있다. 이를 사용계약에 따른 지상권의 문제로 해결하면, 당사자가 분묘를 설치하기 위해 지상권을 설정하면서 그 기간을 약정하지 않은 것은 존속기간을 약정하지 아니한 지상권의 문제가 되어, 분묘는 건물 이외의 공작물로 인정되어 그 존속기간이 5년(민법 제280조 제1항 제3호)만 존속하게 되는 경우가 되기 때문이다. 따라서 당사자 간에 분묘의 존속기간에 대한 약정 기간을 정하였다면, 이는 유효한 약정으로서 그 약정기간 동안 분묘를 설치할 수 있기 때문에 관습법상의 분묘기지권이 적용될 여지는 없다.

판례는 당사자가 분묘의 설치에 대한 사용약정을 하였지만 그 존속기간에 대해서 약정하지 않은 경우에는 '권리자가 분묘의 수호와 봉사를 계속하는 한 그 분묘가 존속하고 있는 동안은 분묘기지권이 존속한다' 고 함으로써[129] 관습법상의 분묘기지권을 인정하였다. 이를 관습법상의 분묘

사, 2009, 311면; 이영준, 물권법, 신정2판, 박영사, 2004, 640면.

127) 대법원 1986. 9. 9. 선고, 85다카2275. 결정.

128) 대법원 1962. 4. 26. 선고, 4294민상1451 판결 ; 대법원 1982. 1. 26. 선고, 81다1220, 판결 ; 대법원 2007. 6. 28. 선고, 2005다44114, 판결.

129) 대법원 1982. 1. 26. 선고, 81다1220 판결 ; 대법원 1994. 8. 26. 선고, 94다28970 판결 ; 대법원 2007. 6. 28. 선고, 2005다44114 판결.

기지권의 법리에 의하면 분묘의 존속을 전제로 그 존속기간의 제한이 없게 되는 것이다.

③ 시효취득형

민법제248조는 이를 소유권 이외의 재산권의 취득함에 동법 제245조 제1항은 점유로 인한 소유권의 취득시효[130]에 관해서 규정을 준용하고 있다. 따라서 타인의 토지 위에 설치된 분묘에 대한 권리를 지상권으로 보게 되면, 이러한 민법 제245조 제1항과 제248조에 의해 분묘에 대한 연고자는 분묘의 소유를 위하여 타인의 토지에 대한 지상권을 취득하게 되나 당사자가 존속기간을 약정하지 않은 경우에 해당하기 때문에, 건물 이외의 공작물로 인정되어 5년의 존속기간이 적용될 것이다.

그러나 판례는 타인의 토지 위에 분묘를 설치하여 20년간 평온, 공연하게 점유한 자가 그 소유권을 취득하지는 않지만[131] 지상권과 유사한 관습법상의 분묘기지권을 취득하고 이러한 관습법상의 분묘기지권은 '권리자가 분묘의 수호와 봉사를 계속하는 한 그 분묘가 존속하고 있는 동안' 존속한다.[132]

관습상 분묘기지권의 시효취득 요건 및 등기의 요부는 타인 소유의 토지에 소유자의 승낙 없이 분묘를 설치한 경우에 20년간 평온, 공연하게 그 분묘의 기지를 점유하면 지상권 유사의 관습상의 물권인 분묘기지권을 시효로 취득한다. 이러한 분묘기지권은 봉분 등 외부에서 분묘의 존재를 이식할 수 있는 형태를 갖추고 있는 경우에 한하여 인정되고, 평장되어 있거나 암장되어 있어 객관적으로 인식할 수 있는 외형을 갖추고 있지 아니한 경우에는 인정되지 않으므로 이러한 특성상 분묘기지권은 등기 없이 취득하고,[133] 타인소유의 토지위에 그 소유자의 승낙 없이 분묘를 설치한 자가 20년간 평온 공연히 그 분묘의 묘지를 점유한 때에는 그 점유자는 시효에 의하여 그 토지 위에 지상권유사의 물권을 취득하고 이에 대한 소유권을 취득하는 것은 아니다[134]. 타인의 토지에 그 승낙을 얻지 않

130) 대법원 1955. 9. 29. 선고, 4288민상210 판결 ; 대법원 1995. 2. 28. 선고, 94다37912 판결.
131) 대법원 1969. 1. 28. 선고, 68다1927,1928 판결 : 시효취득의 대상이 소유권이 아니라 관습법 상의 분묘기지권이라는 점.
132) 대법원 1982. 1. 26. 선고, 81다1220 판결 ; 대법원 1994. 8. 26. 선고, 94다28970 판결 : 관 습법상의 분묘기지권 일반의 존속기간에 대하여.
133) 대법원 1996. 6. 14. 선고, 96다14036 판결.

고 분묘를 설치한 자일지라도 20년간 평온 또 공연하게 분묘의 기지를 점유한 때에는 시효로 인하여 타인의 토지위에 지상권에 유사한 일종의 물권을 취득하는 것이고 여사한 권리에 대하여는 등기 없이 이를 제3자에 대항할 수 있는 것이 관습이다[135].

분묘의 기지에 관하여 관습상 인정되는 지상권 유사의 일종의 물권은 당해 분묘를 소유하기 위하는 것이며 분묘를 소유할 수 없는 자는 사실상 당해 분묘를 장기간 관리하였다 하여도 전시 물권을 시효에 의하여 취득할 수 없다 할 것이며 조상의 분묘에 대한 소유권은 관습상 종손에 속하고 방계자손에 속하지 아니함이 분명하다[136].

타인소유의 토지에 그 소유자의 승낙 없이 분묘를 설치한 후, 20년 간 평온, 공연하게 그 분묘가 설치된 토지를 점유한 경우에는 취득시효의 일반 법리가 적용될 수 있음에도 불구하고, 판례는 이를 관습법상의 분묘기지권의 법리에 의해 해결하고 관습법상의 분묘기지권이 지상권과는 다른 존속기간이 적용되고 있는 것이다.

(다) 내용

① 분묘기지를 사용하는 권리, 효력 범위

타인소유의 토지에 분묘를 설치한 자가 취득한 지상권유사의 물권에는 그 기지에 새로이 분묘를 신설할 권능은 포함되지 않는다[137]. 분묘의 소유를 위하여 분묘기지에 관한 지상권 유사의 물권을 시효로 취득한 경우 그 권리는 종손에 속하는 것이나 분묘에 안치된 선조의 자손도 종손의 권리를 터잡아 분묘의 기지를 사용할 수 있다[138].

분묘의 묘지라 함은 봉분의 묘지만이 아니고 적어도 분묘의 보호 및 제사에 필요한 주위의 공지를 포함한 지역을 가리키므로 그 묘지의 소유자라 하더라도 그 지상에 적법하게 존재하는 타인의 묘지주변을 침범하여 공작물 등을 설치할 수 없다. 또한 사성(莎城, 무덤 뒤를 반달형으로 둘러쌓은 둔덕)이 조성되어 있다 하여 반드시 그 사성 부분을 포함한 지역

134) 대법원 1969. 1. 28. 선고, 68다1927 · 1928 판결.
135) 대법원 1957. 10. 31. 선고, 4290민상539 판결.
136) 대법원 1959. 4. 30. 선고, 58다182 판결.
137) 대법원 1958. 6. 12. 선고 4290민상771 판결.
138) 대법원 1979. 10. 16. 선고 78다2117 판결.

에까지 분묘기지권이 미치는 것은 아니다[139].

분묘 전면은 경사가 별로 없고 비교적 평탄하여 석축을 쌓지 않더라도 분묘를 보존하는데 있어 아무런 지장이 없는 경우라면 석축공사를 시행하는 행위가 선대분묘를 수호하고 봉제사하는 목적을 달성하는데 필요한 범위를 벗어나는 것이다[140].

기존의 분묘기지권이 미치는 지역적 범위 내에서 부부 합장을 위한 쌍분형태의 분묘를 새로이 설치할 수 있는지 여부는 분묘기지권의 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 일방의 합장을 위하여 쌍분(雙墳) 형태의 분묘를 설치하는 것도 허용되지 않으며[141], 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 분묘지기권이 미치는 범우 내에서 그 후에 사망한 다른 일방을 단분(單墳)형태로 합장하여 분묘를 설치하는 것도 허용되지 않는다[142]. 타인의 토지 위에 분묘를 설치·소유하는 자는 다른 특별한 사정이 없는 한 그 분묘의 보존·관리에 필요한 범위 내에서만 타인의 토지를 점유하는 것이므로 점유의 성질상 소유의 의사가 추정되지 않는다[143].

a) 분묘의 기지인 토지가 분묘소유권자 아닌 다른 사람의 소유인데 그 토지소유자가 분묘소유자에 대하여 분묘의 설치를 승낙한 경우, 그 분묘의 기지에 대하여 분묘소유자를 위한 분묘기지권을 설정한 것인지 여부

분묘의 기지인 토지가 분묘소유권자 아닌 다른 사람의 소유인 경우에 그 토지 소유자가 분묘소유자에 대하여 분묘의 설치를 승낙한 때에는 그 분묘의 기지에 대하여 분묘소유자를 위한 지상권 유사의 물권(분묘기지권)을 설정한 것으로 보아야 하므로, 이러한 경우 그 토지소유자는 분묘의

139) 대법원 1959. 10. 8. 선고, 4291민상770 판결 ; 1997.5.23. 선고, 95다29086 판결.
140) 대법원 1993. 7. 16. 선고, 93다210 판결.
141) 대법원 1997. 5. 23. 선고, 95다29086 판결.
142) 대법원 2001. 8. 21. 선고, 2001다28367 판결
143) 대법원 1997. 3. 28. 선고, 97다3651, 3668 판결.

수호 · 관리에 필요한 상당한 범위 내에서는 분묘기지가 된 토지부분에 대한 소유권의 행사가 제한될 수밖에 없다. 분묘의 부속시설인 비석 등 제구를 설치 · 관리할 권한은 분묘의 수호 · 관리권에 포함되어 원칙적으로 제사를 주재하는 자에게 있고, 따라서 만약 제사주재자가 아닌 다른 후손들이 비석 등 시설물을 설치하였고 그것이 제사주재의 의사에 반하는 것이라 하더라도, 제사주재자가 분묘의 수호 · 관리권에 기하여 철거를 구하는 것은 별론으로 하고, 그 시설물의 규모나 범위가 분묘기지권의 허용범위를 넘지 아니하는 한, 분묘가 위치한 토지의 소유권자가 토지소유권에 기하여 방해배제청구로서 그 철거를 구할 수는 없다. 무릇 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 제사주재자로서의 분묘에 대한 관리처분권을 가지고 있다고 하기 위해서는 우선 종손에게 제사주재자의 지위를 유지할 수 없는 특별한 사정이 있음이 인정되어야 한다[144].

b) 동일 종손이 소유 · 관리하는 분묘가 집단 설치된 경우에 분묘기지권이 미치는 지역 등

동일종손이 소유, 관리하는 여러 기의 분묘가 집단 설치된 경우 그 분묘기지권이 미치는 지역은 그 종손이 그 일단의 전 분묘를 보전 수호하여 묘 참배에 소요되는 범위를 참작하여 포괄적으로 정하는 것이 위 물권의 효력을 인정하는 관습의 취지라고 해석되는 것이다. 이때 인정되는 분묘기지권은 그 집단으로 된 전분묘의 보전수호를 위한 것이므로, 그 분묘기지권에 기하여 보전되어 오던 분묘들 가운데 일부가 그 분묘기지권이 미치는 범위 내에서 이장되었다면 그 이장된 분묘를 위하여서도 그 분묘기지권의 효력이 그대로 유지된다고 보아야 할 것이고, 다만 그 이장으로 인하여 더 이상 분묘수호와 봉제사에 필요 없게 된 부분이 생겨났다면 그 부분에 대한 만큼은 분묘기지권이 소멸한다고 할 것이다.

매장 및 묘지 등에 관한법률 제4조 제1항 후단 및 같은 법 시행령 제2조 제2항의 규정이 분묘의 점유면적을 1기당 20㎡로 제한하고 있으나, 여기서 말하는 분묘의 점유면적이라 함은 분묘의 점유면적만을 가리키며 분묘기지 외에 분묘의 수호 및 제사에 필요한 분묘기지 주위의 공지까지 포함

144) 대법원 2000. 9. 26. 선고, 99다14006 판결.

한 묘지면적을 가리키는 것은 아니므로 분묘기지권의 범위가 위 법령이 규정한 제한면적 범위내로 한정되는 것은 아니라 할 것이다[145].

② 지료

분묘기지권을 시효취득의 경우에 지료의 지급에 관하여 타인 소유의 토지에 소유자의 승낙 없이 분묘를 설치한 경우에는 20년간 평온, 공연하게 그 분묘의 기지를 점유함으로써 분묘기지권을 시효로 취득하며 지상권에 있어서 지료의 지급은 그 요소가 아니어서 지료에 관한 약정이 없는 이상 지료의 지급을 구할 수 없는 점에 비추어 보면, 분묘기지권을 시효취득하는 경우에도 지료를 지급할 필요가 없다고 해석함이 상당하다[146]는 것이 현재까지 판례의 태도이다.

③ 분묘기지권의 존속기간

분묘기지권의 존속기간에 관하여는 민법의 지상권에 관한 규정에 따를 것이 아니라 당사자 사이에 약정이 있는 등 특별한 사정이 있으면 그에 따를 것이며, 그러한 사정이 없는 경우에는 권리자가 분묘의 수호와 봉사를 계속하며 그 분묘가 존속하고 있는 동안은 분묘기지권은 존속한다고 해석함이 타당하므로 민법 제281조에 따라 5년간이라고 보아야 할 것은 아니라는 것이 판례의 입장이다[147].

또한 분묘의 기지에 대한 지상권 유사의 물권인 관습상의 법정지상권이 점유를 수반하는 물권으로서 권리자가 의무자에 대하여 그 권리를 포기하는 의사표시를 하는 외에 점유까지도 포기하여야만 그 권리가 소멸하는 것은 아니다[148]

(라) 판례에 대한 검토

① 유형 분류

145) 대법원 1994.12. 23. 선고, 94다15530 판결 ; 1994. 8. 2. 선고, 94다28970 판결.
146) 대법원 1995. 2. 28. 선고, 94다37912 판결.
147) 대법원 1994. 8. 2. 선고, 94다28970 판결 ; 1982. 1. 26. 선고, 81다1220 판결
148) 대법원 1992. 6. 23. 선고, 92다14762 판결.

자기 소유의 토지에 분묘를 설치한 후 철거특약 없이 타인에게 토지 소유권을 이전한 경우는 관습법상의 법정지상권과 유사한 구조이기 때문에, 이에 대해서는 관습법상의 법정지상권과 관습법상의 분묘기지권의 관계가 문제될 수 있다고, 타인의 소유지 내에 그 소유자의 승낙을 얻어 분묘를 설치한 경우와 관습법상의 분묘기지권을 시효 취득하는 경우에는 각각 약정 지상권과 지상권의 시효취득에 관한 규정이 적용될 수 있음에도 불구하고 판례가 관습법상의 분묘기지권을 인정하고 있는 경우이기 때문에, 이는 법률과 관습법의 관계에 관한 문제라 할 것이다.

② 관습법상의 법정지상권과 관습법상의 분묘기지권의 관계

관습법상의 분묘기지권은 전통적인 미풍양속에 따른 조상숭배의 사상으로부터 인정되고 있다면, 관습법상의 법정지상권은 경매로 인하여 지상건물의 철거로 인한 경제적 손실을 방지하기 위한 것이라는 차이가 있을 뿐이다.

자기 소유의 토지에 분묘를 설치한 후 철거특약 없이 타인에게 토지 소유권을 이전한 경우에 인정되고 있는 관습법상의 분묘기지권은 자기 소유의 건물과 토지 중 토지가 경매로 인하여 타인의 소유가 된 경우에 건물 소유자에게 건물이 계속 존속할 수 있는 권리가 인정되는 관습법상의 법정지상권의 법리를 인정한 것이라 할 것이다. 그러나 유사한 법리로부터 인정되는 관습법상의 법정지상권과 관습법상의 분묘기지권의 법률효과를 다르게 정할 합리적인 근거는 없다고 생각된다.

즉, 관습법상의 분묘기지권의 경우에는 분묘가 존속하는 한 그 기지권이 존속하며, 토지소유자가 지료를 청구할 수 없다고 하고.[149] 관습법상의 법정지상권은 당사자가 약정기간을 정하지 않은 지상권으로서 민법에 따라 존속기간이 정해지며, 토지소유자가 지료를 청구할 수 있다는 것이 판례이다.[150]

---

149) 대법원 1995. 2. 28. 선고, 94다37912 판결.

150) 대법원 1993. 6. 29. 선고, 93다10781 판결. (본 사안은 관습법상의 법정지상권이 성립한 경우에, 2년 이상의 지료미지급을 이유로 지상권의 소멸청구를 인정하는 민법 제287조가 관습법상의 법정지상권에도 적용될 수 있다는 판례임); 대법원 1996. 2. 13. 선고, 95누11023 판결. (본 사안은 국유재산에 대해서 관습법상의 법정지상권이 성립하는 경우로서, 이 경우에는 민법 제366조를 유추 적용하여 지료를 청구할 수 있다고 함).

당사자 사이에 지료의 지급에 대한 약정이 존재하지 않음에도 불구하고 관습법상의 법정지상권에 대해서는 그 지료의 지급을 인정하고 있는 판례[151]인데, 관습법상의 분묘기지권에 대해서는 "지상권에 있어서 지료의 지급은 그 요소가 아니어서 지료에 관한 약정이 없는 이상 지료의 지급을 구할 수 없기" 때문에, 관습법상의 분묘기지권에 대해서 지료를 인정하지 않는다고 밝히고 있다.[152] 이처럼 지료를 인정하지 않는 것에 대하여 판례가 다르게 판단하는 것은 상호간에 모순이 된다 할 것이다. 본래 약정지상권에서 약정 당사자가 지료의 지급 여부 및 지급액을 자유롭게 정하도록 하기 위함이었다. 그러나 관습법상의 법정지상권이나 분묘기지권은 당사자가 지료에 대해서 약정할 기회 자체가 없는 경우에 발생하는 것이고, 법률의 규정에 의한 권리변동인데, 합리적인 당사자라면 토지의 사용을 대가로 지료를 지급함이 없이 지료에 대한 약정이 없었다는 이유로 지료의 지급을 부정하는 것은 타당하지 않다고 할 것이다. 따라서 관습법상 분묘기지권의 경우에도 분묘기지권자가 토지소유자에 대해서 지료를 지급하여야 법리에 맞다 할 것이다.

관습법상의 분묘기지권이 조상숭배를 근거로 우리의 관습이라고 다르게 볼 것이 아니라 관습법상의 분묘기지권에 대해서도 관습법상의 법정지상권의 법리를 적용하는 것이 타당하다고 생각된다.

③ 분묘기지권의 범위

판례는 관습법상의 분묘기지권과 관련하여 이러한 분묘구역의 면적과 분

이외에 대법원 1994. 12. 2. 선고, 93다52297 판결 ; 대법원 1996. 4. 26. 선고, 95다52864; 대법원 2001. 3. 13. 선고, 99다17142 판결. 등은 법정지상권이나 관습법상의 법정지상권에 있어서 당사자의 협정이나 법원의 결정에 의해서 지료가 정해지지 않았다면(민법 제366조 단서 참조), 법정지상권자가 일정기간 지료를 지급하지 않았다고 할지라도 지료지급을 지체한 것으로 볼 수는 없기 때문에 지상권의 소멸청구를 인정할 수 없다고 판시하고 있다. 이는 법정지상권이나 관습법상의 법정지상권이 성립하는 경우에도 지료를 지급하여야 한다는 것을 전제로, 다만 그 지료는 당사자의 협정이나 (당사자의 청구에 기초한) 법원의 결정에 의해서 구체화되어야 함에도 불구하고 그 지료액이 아직 구체적으로 정해지지 않았다면, 지료지급의 지체 역시 발생할 수 없다는 것을 의미한다. 따라서 위 판례들 역시 법정지상권이나 관습법상의 법정지상권이 성립하는 경우에는 지상권자가 지료를 지급하여야 한다고 판시하고 있는 것으로 해석된다.

151) 대법원 1993. 6. 29. 선고, 93다10781 판결 ; 대법원 1994. 12. 2. 선고, 93다52297 판결 ; 대법원 1996. 2. 13. 선고, 95누11023 판결 ; 대법원 1996. 4. 26. 선고, 95다52864 판결 ; 대법원 2001. 3. 13. 선고, 99다17142 판결.

152) 대법원 1995. 2. 28. 선고, 94다37912 판결.

묘의 수호 및 제사에 필요한 면적을 구별하고, 분묘기지권은 후자의 범위까지 미친다고 판시하고 있다. 즉, 판례는「장사법」이전에 시행되었던「매장 및 묘지 등에 관한 법률」에서 분묘의 점유면적을 제한하던 규정이 분묘기지권에도 적용되는지의 여부에 대하여, "분묘기지권은 분묘의 기지 자체뿐만 아니라 그 분묘의 설치목적인 분묘의 수호 및 제사에 필요한 범위 내에서 분묘의 기지 주위의 공지를 포함한 지역에까지 미치는 것이고, 그 확실한 범위는 각 구체적인 경우에 개별적으로 정하여야 하고「매장 및 묘지 등에 관한 법률」제4조 제1항 후단 및 같은 법 시행령 제2조 제2항의 규정이 분묘의 점유면적을 1기당 20평방미터로 제한하고 있으나, 여기서 말하는 분묘의 점유면적이라 함은 분묘의 기지면적만을 가리키며 분묘기지 외에 분묘의 수호 및 제사에 필요한 분묘기지 주위의 공지까지 포함한 묘지면적을 가리키는 것은 아니므로 분묘기지권의 범위가 위 법령이 규정한 제한면적 범위 내로 한정되는 것은 아니"라고 함으로써,[153] 관습법상의 분묘기지권에 대해서는「매장 및 묘지 등에 관한 법률」의 적용을 부인하였다. 이러한 판례의 태도는「장사법」제정 이후에도 여전히 유지되고 있는 것으로 보인다. 즉, 판례는 "분묘기지권은 분묘의 기지 자체(봉분의 기저 부분)뿐만 아니라 그 분묘의 설치 목적인 분묘의 수호 및 제사에 필요한 범위 내에서 분묘의 기지 주위의 공지를 포함한 지역에까지 미치는 것이고 그 확실한 범위는 각 구체적인 경우에 개별적으로 정하여야" 한다고 판시하고 있다.[154] 이와 같은 판례에 의하면,「장사법」상의 분묘 제한면적은 '분묘 1기와 그 분묘의 상석·비석 등 시설물을 설치하는 구역의 면적'이므로, 분묘의 수호 및 제사에 필요한 범위는 그 제한면적에 포함되지 않는다. 그러나 국토의 효율적 이용과 공공복리 증진이라는「장사법」제정 목적의 실효성을 확보하기 위해서는 분묘의 수호 및 제사에 필요한 범위 역시 분묘의 제한면적에 포함하는 것이 타당하다고 생각된다.[155] 향후 이를 보다 명확하게 하기 위하여 분묘의 수호 및 제사에 필요한 범위를 분묘 제한면적에 포함하는 방향으로 법을 개정할 것을 제안한다.

153) 대법원 1994. 8. 26. 선고, 94다28970 판결.
154) 대법원 2007. 6. 14. 선고, 2006다84423 판결
155) 김 진, 분묘기지권에 관한 소고, 재산법연구, 제24권 제1호, 2007, 21면 :「장사법」의 실효성을 확보하기 위해서 분묘의 수호 및 제사에 필요한 범위를 최소한에 한정해야 한다고 주장.

(5) 분묘기지권에 따른 장사 등에 관한 법률의 검토

분묘기지권은 우리의 전통적인 조상숭배 관념을 고려하여 인정된 권리이긴 하지만, 토지소유자의 희생을 강요하고 좁은 국토의 합리적인 사용을 방해하는 폐단이 있어 분묘기지권의 필요성을 재고해야 한다는 논의가 있어 왔고, 마침 종래 '매장 및 묘지 등에 관한 법률'이 지난 2000년도에 「장사 등에 관한 법률」로 전면 개정되었고, 이 과정에서 종래 인정되어왔던 '분묘기지권'을 축소, 폐지하는 내용이 법률상 명문으로 규정되었다. 이 법에 따르면 이제부터(2001년 1월 13일)는 타인의 허락 없이 타인 소유의 토지에 분묘를 설치해도 '분묘기지권'이 인정되지 않는다(동법 제23조 제3항). 즉 토지 소유자의 허락 없이 무덤을 만든 경우에 과거처럼 20년 간 평온, 공연한 점유로 분묘기지권이 발생하지 않는다는 얘기이다.

다만 토지소유자의 승낙을 얻어 분묘를 설치한 자는 기간의 경과와 관계없이 여전히 분묘기지권을 가지며, 또한 위 법률 개정 전에 이미 설치되어 있던 경우에는 기존의 '분묘기지권'이 소멸되는 것은 아니다. 즉 '장사 등에 관한법률'에 의하면 법률 시행일인 2001년 1월 13일 이후 새로 설치된 분묘의 경우에는 분묘기지권이 인정되지 않으므로 토지소유자는 분묘설치기간에 관계없이 분묘를 이장시킬 수 있으나, 이 법률 시행 전에 설치된 분묘에 대하여는 20년이 경과된 경우 분묘기지권의 시효취득이 여전히 인정되어 토지소유자는 이장시킬 수 없다(동법부칙 제2조). 그리고 현행 '장사 등에 관한 법률'에 의하여 묘지의 기본사용기간은 '15년'이며, 연고자의 신청으로 15년씩 3회까지만 연장이 가능하기에 최대 60년까지만 사용이 가능하다(동법 17조 제1항).

나. 장사법에서 한시적 매장제도

(1) 규정 내용

(가) 장사법 이전의 법률규정

장사법 제정 이전에도 장사와 관련해서는 이미 1912년 6월 조선총독부령 제123호로 묘지·화장장·매장 및 화장취체규칙이 제정되었다.[156]

해방 이후에는 매장, 화장 및 개장과 묘지, 화장장 및 납골당의 시설과 관리에 관한 사항을 규정하기 위하여 1961년 12월 5일 매장 등 및 묘지 등에 관한 법률(법률 제799호)이 제정되어 1962년 1월 1일부터 시행되었다. 판례는 동 규정을 위반하여 분묘를 설치한 경우에도 동 규정들이 사법상의 효과에는 영향을 미치지 않는다면서, 관습법상의 분묘기지권을 인정하였다.[157]

한편 동 법률은 1968년 12월 31일부터 매장 및 묘지 등에 관한 법률(법률 제2069호)로 명칭이 개정되어 장사법이 제정되기 전까지 시행되었다. 이중 1977년 11월 1일 시행된 매장 및 묘지 등에 관한 법률(법률 제2605호) 제15조의 2 제1항은 "일제신고의 기간 내에 정당한 사유 없이 그 신고를 하지 아니한 분묘는 연고자가 없는 분묘(무연분묘)로 본다"는 규정을 신설하면서, 동법 동조 제2항에서 "서울특별시장·부산시장 또는 도지사는 국토활용의 효율화를 위하여 필요하다고 인정될 때에는 전항의 규정에 의한 무연분묘의 유골을 공·사설납골당에 집단 안치할 수 있다"고 정함으로써, 무연분묘에 관한 규정을 신설하였다.[158]

(나) 장사법 내용

보건위생상의 위해를 방지하고, 국토의 효율적 이용 및 공공복리의 증진에 이바지할 목적으로 매장·화장 및 개장에 관한 사항과 묘지·화장장·납골시설 및 장례식장의 설치·관리 등에 관한 사항을 규정한 매장 및 묘지 등에 관한 법률을 전부 개정한 장사에 관한 법률이 2000년 1월 12일 제정되어 2001년 1월 13일 이후로 시행되고 있으며, 이후 동법은 열 차례의 일부개정이 있었다.[159]

---

156) 이승길, 분묘기지권, 토지법학, 제19호, 2003. 12, 78면.

157) 대법원 1973. 3. 26. 선고, 72다2464 판결.

158) 이러한 무연분묘의 처리는 분묘에 대한 연고자가 없는 경우의 처리 방법이기 때문에(즉, 의무를 지는 자가 없기 때문에), 별도의 벌칙규정이 존재하지 않았다.

159) 1차 개정-법률 제6615호(2002. 1. 19. 일부개정, 2002 . 4. 20. 시행); 2차 개정-법률 제6841호(2002. 12. 30. 타법개정, 2003. 10. 1. 시행); 3차 개정-법률 제7678호(2005. 8. 4. 타법개정, 2006. 8. 5. 시행); 4차 개정-법률 제8489호(2007. 5. 25. 전부개정, 2008. 5. 26. 시행); 5차 개정-법률 제9030호(2008. 3. 28. 일부개정, 2008. 5. 26. 시행); 6차 개정-법률 제9847호(2009. 12. 29. 타법개정, 2010. 12. 30. 시행); 7차 개정-법률 제10331호(2010. 5. 31. 타법개정, 2010. 12. 1. 시행); 8차 개정-법률 제10741호, (2011. 5. 30. 타법개정 2011. 9. 1. 시행); 9차 개정-법률 제11008호, (2011. 8. 4. 일부개정, 2012. 8. 5. 시행); 10차 개정-법률 제11253호, (2012. 2. 1. 일부개정, 일부2012. 8. 2. 및 일부 2013. 2.

장사법 제19조 제1항은 공설묘지 및 사설묘지에 설치된 분묘의 설치기간을 15년으로 제한하고 설치기간이 지난 분묘의 연고자는 시·도지사, 시장·군수·구청장 또는 법인묘지의 설치·관리를 허가받은 자에게 설치기간 연장의 신청이 있으며 한 번에 15년씩 3회에 한정하여 그 설치기간을 60년간 연장하도록 하고 있다.

설치기간이 종료된 분묘에 대해서는 연고자가 설치기간이 종료된 날로부터 1년 내에 해당 분묘에 설치된 시설물을 철거하고 매장된 유골을 화장하거나 봉안하여야 하며, 연고자가 이러한 철거의무를 이행하지 않는 경우에는 공설묘지나 사설묘지의 설치자가 해당 분묘에 설치된 시설물을 철거하고 매장된 유골을 화장하여 일정 기간 봉안할 수 있다.[160] 또한 철거의무자가 이러한 철거의무를 이행하지 않는 경우에는 1년 이하의 징역 또는 500만원 이하 벌금이 부과되며, 그 이행이 이루어지기까지 1년에 2회의 범위 내에서 강제 이행금이 부과된다.

(다) 한시적 매장제도에 대한 국제 비교

이러한 한시적 매장제도에 대한 국제적으로 비교하여 보면 비교 대상 국가들 중 아시아에서 는 일본과 홍콩의 경우 분묘설치기간에 제한을 두고 있지 않으나, 싱가포르의 경우 15년 간 설치할 수 있도록 규정하고 있다. 유럽 국가들의 경우에는 대체적으로 공 공묘지 중심으로 분묘 설치를 일정한 기간 내에만 가능하도록 분양권 혹은 이용권을 부여하고 있다. 예로, 스위스 에어마팅엔주에서는 20년(가족묘의 경우 40년), 그리고 독일에서는 15년 간 공공묘지 매장권을 제공하고 있다. 프랑스에서는 공공묘지의 경우 최소 5년에서 15년 기한, 30년, 50년, 영구 등의 다양한 형태로 기한부 분양묘지를 운영하고 있다. 영국에서도 공공묘지의 경우 50년, 75년 및 100년의 사용권을 제공하며, 스웨덴에서는 최소 15년 최대 50년간의 매장권을 임대해주고 있다. 한편, 스웨덴에서는 일반묘지를 영구히 이용할 수 있다. 우리나라의 경우 공설묘지와 모든 사설묘지는 최초

---

2. 시행)

160) 분묘의 설치기간을 제한하는 장사법 제19조의 존속을 전제로 하더라도, 장사법 제20조는 개정될 필요성이 있다고 생각한다. 즉, 사설묘지(장사법 제14조 참조) 중 개인묘지의 경우와 사설묘지 중 가족묘지, 종중 등의 묘지 및 법인묘지의 상당부분은 분묘의 연고자와 사설묘지의 설치자가 동일인인 가능성이 있을 뿐만 아니라, 사설묘지의 설치자가 사망한 경우도 발생할 수 있기 때문에, 장사법 제20조에는 궁극적으로 해당 토지의 소유자에게 그 철거를 인정하는 규정을 첨가할 필요가 있다 할 것이다.

15년에서 최장 60년(15년씩 3회 연장 시) 간만 설치할 수 있도록 규정하고 있다.

여기에서 우리나라의 한시적 매장제와 다른 국가들의 한시적 매장제간에는 아주 주요한 차이가 존재한다. 유럽 국가들의 경우 지방자치단체에서 공공묘지를 설치하여 그 곳에서의 분묘 이용권(혹은 매장권)을 한시적으로 제공하고 있는데 반해, 우리나라에서는 국가나 지방자치단체에서 공공묘지를 충분하게 확보하지 않거나 사설묘지를 허용하고 있으면서 묘지(분묘)의 설치기간을 제한하고 있다. 즉, 외국에서는 공공묘지의 효율적인 운영을 위해 한시적 이용권을 부여하고 있는 반면, 우리나라의 경우에는 매장 억제의 목적으로 모든 묘지에 대해 시간적 제약 규정을 두고 있다.

(2) 문제점

(가) 재산권 보장에 대한 제한 법률로서의 장사법

우리 헌법 제23조는 모든 국민의 재산권을 보장하면서, 그 내용과 한계를 법률로 정하도록 하고 있다. 또한 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 하지만, 그러한 재산권 행사의 공공복리성에 대한 구체적 내용이라고 할 수 있는 공용수용 역시 법률로써 정하도록 하고 있다.[161] 또한 헌법 제122조는 국가는 국토의 효율적이고 균형 있는 이용·개발과 보존을 위하여 법률이 정하는 바에 의하여 그에 관한 필요한 제한과 의무를 과할 수 있다고 규정하고 있다.

이러한 헌법상의 규정들은 국민의 재산권이 일반적으로 보장되기는 하지만, 공공복리나 국토의 효율적 이용 등을 위하여 그러한 재산권의 보장이 법률로서 제한될 수 있다는 것으로 요약될 수 있다. 여기서 정당한 권원에 기한 분묘의 설치기간을 제한하는 장사법 제19조는 이러한 재산권 보장에 대한 제한 법률로서 기능으로 장사법이 시행된 2001년 1월 13일부터의 분묘의 설치를 일정기간으로 제한함으로써, 향후 묘지의 설치로 인한 국토의 잠탈되는 것을 막으려는 목적에서 규정된 것으로 이해된다.

장사법 제19조의 규정은 우리 민법 제212조는 토지의 소유권은 “정당한 이익이 있는 범위 내에서 토지의 상하에 미친다”고 규정하고 있으며,

161) 정종섭, 헌법학원론, 초판, 박영사, 2006, 528면. ; 헌법 제23조 제2항과 제3항의 규정이 독일연방기본법 제14조의 규정과 유사하며, 여기서 공용수용은 공공복리를 위해서만 허용한다는 점.

동법 제211조는 “소유자는 법률의 범위 내에서 그 소유물의 사용, 수익, 처분할 권리가 있다”고 규정하고 있다. 이와 같이 토지의 소유자는 자신이 소유하는 토지를 정당한 이익의 범위 내에서 사용, 수익하고 처분할 권리가 있기 때문에, 그 소유 토지에 분묘를 설치하는 것을 제한하는 하는 것은 민법에서 보장하는 소유권에 대한 제한으로 된다고 할 수 있다.

(나) 재산권 제한의 한계

① 문제의 소재

헌법 제37조는 “국민의 재산권은 국가안전보장, 질서유지나 공공복리의 필요를 위한 경우에 한하여 법률로써 제한될 수 있으며, 그 제한의 경우에도 재산권의 본질적 내용은 침해될 수 없다”고 함으로써 이를 명확히 하고 있다. 여기서 재산권의 본질적 내용에 대한 침해금지는 과잉금지의 원칙을 의미하며, 이는 목적의 정당성, 수단의 상당성과 법익의 균형성 등을 그 내용으로 한다.[162]

장사법 제19조는 분묘의 설치기간을 제한하는 것은 형식상 재산권 보장에 대한 제한 법률로서 기능한다고 할 수 있다. 결국 장사법 제19조는 재산권 보장의 형식적 요건인 법률에 의한 제한이기는 하지만, 실질적 요건인 과잉금지의 원칙에 부합하는지의 여부가 재검토되어야 할 것이다. 그러나 헌법의 기본권이나 민법상의 기본 권리인 소유권을 제한하기 위해서는 형식상의 요건인 법률적 제한 외에 실질적 요건으로서 그 본질적 권리를 침해할 수 없다는 한계가 존재한다.

② 헌법재판소 판례 분석[163]

이 사건은 분묘의 설치기간을 제한한 구 장사법 제17조(장사법 제19조 참조) 자체가 위헌인지에 대해서 다투고 있는 것이 아니라, 이 사건에서의 해당 분묘는 설치기간의 제한을 받지 않음에도 불구하고 이를 이장하는 경우에는 설치기간의 제한을 받게 되는 구 장사법 부칙 제2조가 신뢰보호의 원칙에 반하여 헌법 제10조의 행복추구권을 침해하는지의 여부에

162) 정종섭, 앞의 책(헌법학원론), 294면 이하 참조.
163) 헌법재판소 2009. 9. 24. 선고, 2007헌마872 판결.

대해서 다투고 있는 사건이다.

대상판결은 분묘의 설치기간을 제한하는 규정을 신설하면서 이를 당해 조항의 시행 후 최초로 설치되는 분묘부터 적용하도록 한 구 '장사 등에 관한 법률' (2001. 1. 13. 시행, 법률 제6158호) 부칙 제2조 중 제17조 (현행 장사법 제19조 참조)에 관한 부분이 신뢰보호원칙에 반하여 청구인의 행복추구권을 침해하는지 여부에 대한 것이다.

갑(청구인)은 장사법이 제정되기 전인 1979. 6. 21. 망부의 분묘를 설치하였고, 2001. 4. 21. 다시 망모를 합장하여 그 분묘(이하 '해당 분묘' 라 명함)를 관리하여 오다가 2006. 12. 13. 택지개발사업으로 이 사건 토지가 협의취득 됨으로써, 2007. 4. 5. 한국토지공사로부터 같은 해 6. 30.까지 해당 분묘를 이장하라는 요구를 받게 되었다. 이와 관련하여 구 '장사 등에 관한 법률' (이하 '구 장사법' 이라고 약함) 부칙 제2조는 "제17조 및 제23조 제3항의 개정규정은 이 법 시행 후 최초로 설치되는 분묘부터 적용한다"고 규정하고 있었기 때문에, 구 장사법 부칙 제2조에 의해 해당분묘는 설치기간의 제한을 받지 않았지만, 해당 분묘가 소재하는 토지의 협의취득에 따라 청구인이 새로이 분묘를 이장하는 경우에는 그 이장된 분묘가 설치기간의 제한을 받게 되었다.

이러한 사안에 있어서 헌재는 "분묘의 설치기간을 제한하게 된 이유는, 국토가 묘지로 잠식되는 심각한 상황 하에서 묘지의 부족과 묘지 설치로 인한 환경파괴 및 국토의 효율적 이용 저해 등의 문제를 해소하기 위한 것인바, 우리나라의 장례문화 및 제한된 국토사정 등을 고려할 때 분묘의 설치기간을 제한하는 규정이 추구하는 공익은 매우 긴요하다고 할 것이고, 분묘의 설치기간을 제한하는 제도가 실효를 거두려면 기존의 분묘를 이장하는 경우도 이러한 기간의 제한을 받게 해야 할 것"이기 때문에, 구 장사법 부칙 제2조의 규정으로 인하여 침해되는 신뢰이익의 보호가치, 침해의 방법과 정도, 실현하고자 하는 공익목적 등을 종합적으로 비교·형량 할 때, 동 규정이 헌법상의 신뢰보호원칙을 위반하여 청구인이 부모의 분묘를 가꾸고 봉제사를 하고자 하는 행복추구권을 침해한다고 볼 수 없다고 하였다.

(다) 검토

장사법 제19조의 규정은 헌법과 민법에서 보장하는 소유권에 대한 제한

이 되기 때문에, 그러한 제한이 소유권의 본질적 내용을 침해하는지에 대해서는 과잉금지의 원칙에 대한 구체적 기준이라 할 수 있는 목적의 정당성, 수단의 상당성과 법익의 균형성 등을 개별적으로 검토해 보아야 할 것이다.

우선 분묘로 인한 국토의 잠식화를 방지하기 위해 분묘의 설치를 제한하여야 한다는 목적의 정당성은 인정될 수 있다고 생각된다. 그러나 그 수단의 상당성과 법익의 균형성에 있어서는 적지 않은 문제가 있다고 생각된다.

법익의 균형성 측면에서 볼 때에도 현재의 장사법의 규정은 법적으로 정당한 당사자 보다는 그렇지 않은 당사자를 두텁게 보호하는 문제점이 발생한다. 즉, 자신의 토지 위에 설치된 분묘의 경우에는 비교적 적정한 관리가 이루어져 왔기 때문에, 분묘의 설치시점을 밝히기가 용이한 편이라고 할 수 있다. 이에 비해 타인의 토지 위에 설치된 분묘의 경우에는 언제부터 그 분묘가 설치되었는지를 밝히기 쉽지 않은 경우가 많을 것이다. 이러한 사정 하에서 2001년 1월 13일 이후의 분묘를 철거하는 경우, 전자의 분묘는 그 설치시점을 확정할 수 있는데 비해 후자의 분묘는 사실상 2001년 1월 13일 이후에 설치된 분묘임에도 불구하고 그 설치시점을 확정할 수 없음으로 인하여 후자의 분묘가 철거 대상에서 제외될 수도 있다는 문제가 발생할 수 있을 것이다. 여기서 수단의 상당성과 관련해서는 종중 등의 경우를 제외한 분묘의 경우에는 대략 3~4대 조가 지나면 연고자에 의한 관리가 제대로 이루어지지 않는 무연분묘나 타인의 토지 등에 설치된 분묘로 되는 경우가 많은 것이 현실이다. 이러한 상황에서는 무연분묘뿐만 아니라 타인의 토지 등에 설치된 분묘 역시 장사법 시행 이후에 한하지 않고 그 이전까지 확대하여 철거토록 하는 것이 국토의 잠식화를 방지하기 위해서 보다 합목적적이고 실효성 있는 수단이라고 할 수 있다.[164] 그럼에도 불구하고 자신의 토지 위에 설치된 분묘를 일정기간 이후에 철거토록 하고, 그 기간 이후에 철거하지 않은 연고자에 대해서는 형벌을 과하는 것은(장사법 제40조와 제43조 참조) 목적을 이루기 위한 수단의 상당성을 벗어나는 것이라고 생각된다. 자신의 토지 위에 설치한 분묘의 설치기간을 제한하는 것보다 무연분묘를 포함하여 타인의 토지 등

164) 연고자가 없는 무연분묘의 경우에는 분묘에 대한 권리를 주장할 수 있는 자가 없기 때문에, 무연분묘의 철거에 대한 장사법 제28조는 장사법 시행일 이전의 분묘에 대해서도 적용될 수 있을 것이다. 이러한 이유로 장사법 부칙 제2조는 무연분묘의 철거에 관한 장사법 제28조에 대한 시간적 적용 범위를 정하고 있지 않다.

에 설치된 분묘를 제한하는 것이 국토의 잠식화를 보다 실효성 있게 방지할 수 있는 수단이라고 생각된다.

현재 장사법에 따른 분묘의 철거시기가 아직 도래하지 않았고 국민 역시 동법에 대한 충분한 인식도 없기 때문에,[165] 구체적인 법률분쟁이 발생하고 있지는 않다. 그러나 그 철거시기가 도래하여 개인 소유 토지 위에 설치된 분묘의 철거가 강행되는 경우에는 위 규정에 대한 거센 비판이 제기될 가능성이 크다고 생각된다. 또한 이에 대한 직접적인 위헌법률 심판이 제기되는 경우에 그 위헌결정이 인용될 가능성을 전적으로 배제하기도 힘들다고 생각된다.[166]

이러한 이유로 분묘의 설치기간을 제한하는 장사법 제19조와 제20조의 규정을 존치할 것인지에 대해서는 신중히 재검토할 필요가 있으며, 타인의 토지 등에 설치된 분묘에 대한 제한을 확대하는 방향으로 장사법을 개정하는 것이 보다 타당하다고 생각된다.[167] 이와 같은 현재의 장사법 제19조와 제20조는 수단의 상당성이나 법익의 균형성 등에 있어서 적지 않은 문제가 있다고 생각된다.

제3절 분묘와 산담에 관한 법률 정합성

1. 장사법 개정을 통한 해결방안

가. 「장사 등에 관한 법률」 개관

(1) 「장사 등에 관한 법률」의 연혁

장사법은 1911년 일제에 의해 「墓地,火葬場,埋葬및火葬取締規則」을 제

165) 김 진, 장사제도 개선에 관한 연구, 성균관법학 제19권 제3호, 2007. 12, 889면 참조.

166) 헌법재판소의 결정(헌재 2009. 9. 24. 2007헌마872)에 따르면, 장사법 제19조와 제20조의 합헌 결정이 내려질 가능성이 보다 크다고 할 수 있을 것이다. 헌법재판소가 의식적으로 장사법 제19조와 제20조를 판결대상에서 배제함으로써, 이에 대한 명확한 결정을 유보하고 있는 것 같다.

167) 장사법 제19조와 제20조의 실효성에 대해서 '심히' 의문을 제기하는 견해로는 오시영, 관습법상의 분묘기지권의 폐지 여부에 대한 고찰, 토지법학, 제23-1호, 2007. 6, 50면; 장사법 제19조와 제20조를 행정법 내지 형법상의 단속규정으로 이해하고 그 사법적 효력을 부정하는 견해로는 이승길, 전게논문, 81면.

정하여 시행한 이래 1962년「매장 등 및 묘지 등에 관한 법률」(이후 '62 매장법' 이라 한다)이 제정됐고 2000년 「장사 등에 관한 법률」(장사법)로 전부 개정된 이후 2007년 장사법 전부개정으로 지금의 장사법으로 이어오고 있다. 이중 가장 관심을 갖는 것은 자연장 제도를 도입한 2007년 전부개정 법률이지만 제정된 지 7년 이 경과한 지금까지 입법 미비 등의 이유로 성과를 보이지 못하고 있다. 매장법 이후 13차례의 제·개정이 있었다. 본 논문에서는 분묘와 관련된 부분만 살펴보기로 한다.

(2) 묘지 일제조사와 무연고 시체 등의 처리

보건복지부장관, 지방자치단체장은 묘지 등의 수급계획을 수립하거나 무연분묘를 정리하는 등, 그 필요성이 인정되는 경우에는 일정한 기간 및 구역을 정하여 분묘에 대한 일제 조사를 할 수 있다(「장사법」 제11조). 한편 시장 등은, 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한, 관할 구역 안에 있는 연고자가 없거나 연고자를 알 수 없는 시체를 매장하거나 화장하여 10년간 봉안하여야 하며, 그 봉안 기간이 종료한 후에는 -화장하지 않고 매장하였던 시체의 경우에는 화장을 한 후 이를 일정한 장소에 집단으로 매장하거나 자연장하여야 한다(「장사법」 제12조, 「장사법 시행령」 제9조).

나. 장사시설

(1) 분묘

(가) 분묘의 종류

「장사법」의 적용을 받는 분묘는 공설묘지와 사설묘지이다. 이중 사설묘지는 개인묘지, 가족묘지, 종중·문중묘지와 법인묘지를 포함하는 개념이다(「장사법」 제14조 제1항 참조). 여기서 개인묘지는 1기의 분묘나 해당 분묘에 매장된 자와 배우자 관계였던 자의 분묘를 같은 구역 안에 설치하는 묘지를 의미하며, 가족묘지는 민법상의 친족관계였던 자(민법 제777조 참조)의 분묘를 같은 구역 안에 설치하는 묘지를 의미한다.

(나) 분묘의 설치

공설묘지의 설치·조성 및 관리권은 지방자치단체장에게 있다(「장사법」 제13조). 특히 지방자치단체장은 지역 특성에 비추어 부득이하다고 인정되는 경우에는 공설묘지의 전부 또는 일부를 다른 지방자치단체장과 공동으로 설치·조성 및 관리할 수도 있다

한편 사설묘지 중 개인묘지를 설치한 자는 그 묘지를 설치한 후 30일 이내에 해당 묘지를 관할하는 시장 등에게 이를 신고하여야 한다(「장사법」 제14조 제2항).

이에 비해 가족묘지, 종중·문중묘지나 법인묘지를 설치·관리하려는 자는 보건복지부령으로 정하는 바에 따라[168] 해당 묘지를 관할하는 시장 등의 허가를 받아야 한다(「장사법」 제14조 제3항). 이러한 묘지설치의 허가 또는 변경허가를 받지 않고 종중·문중묘지나 법인묘지를 설치한 자는 2년 이하의 징역이나 1천만 원 이하의 벌금에 처하게 된다(「장사법」 제39조 제1호).

(다) 분묘의 점유면적

공설묘지, 가족묘지, 종중·문중묘지 또는 법인묘지 안의 분묘 1기와 그 분묘의 상석·비석 등 시설물을 설치하는 구역의 면적은 10제곱미터(합장하는 경우에는 15제곱미터) 이하여야 하며, 개인묘지는 30제곱미터 이하여야 한다(「장사법」 제18조).

(라) 분묘의 설치기간과 설치기간이 종료한 분묘의 처리

168) 여기서 "보건복지부령으로 정하는 바"는 가족묘지 등의 신고시 필요한 서류로서, 그 구체적 서류의 종류는 다음과 같다(「장사법 시행규칙」 제6조).
1. 가족묘지의 경우: 평면도, 개별 분묘 및 묘지소재지를 파악할 수 있는 위치도(약도) 또는 사진, 사용할 묘지 또는 토지가 허가신청인의 소유임을 증명하는 서류나 묘지 또는 토지소유자의 사용승낙서, 「가족관계의 등록 등에 관한 법률」 제15조 제1항 제1호의 가족관계증명서(이하 "가족관계증명서"라 약함).
2. 종중·문중묘지의 경우: 종중·문중묘지 설치에 관한 종약(宗約) 또는 종중·문중의 의사임을 증명하는 서류, 실측도, 개별 분묘 및 묘지 소재지를 파악할 수 있는 위치도(약도) 또는 사진, 사용할 묘지 또는 토지가 종중·문중 소유임을 증명하는 서류
3. 법인묘지의 경우: 법인의 정관, 재산목록 및 임원명부, 실측도 및 토질조사서, 사용할 묘지 또는 토지가 법인 소유임을 증명하는 서류, 묘지 조성사업비, 자금조달계획서 및 재해 대책을 포함한 관리운영계획서, 상하수도, 조경, 전기통신, 도로, 방재설비 등 기반시설계획서, 묘지 조성 및 공정계획서, 묘지 안의 주요 시설물 설치계획서(배치도·평면도 및 구조도를 포함함)

공설묘지와 사설묘지에 설치된 분묘의 설치기간은 15년으로 한다(「장사법」 제19조 제1항). 이러한 설치기간이 지난 분묘의 연고자는 시·도지사, 시장·군수·구청장 또는 법인묘지의 설치·관리를 허가받은 자에게 설치기간의 연장을 신청하여 한 번에 15년씩 3회에 한하여 설치기간을 연장할 수 있다(「장사법」 제19조 제2항). 다만 설치기간의 연장과 관련하여 지방자치단체장은 관할 구역 안의 묘지 수급을 위하여 필요하다고 인정되는 경우에 조례로 정하는 바에 따라 5년 이상 15년 미만의 기간 안에서 분묘 설치의 연장 기간을 단축할 수 있다. 위의 기간을 계산함에 있어서 합장분묘는 합장한 날을 기준으로 그 기간을 산정한다(「장사법」 제19조 제3항). 이러한 설치기간의 제한을 받는 분묘는 2001년 1월 13일 이후에 최초로 설치된 분묘이며, 그 이전에 설치된 분묘는 설치기간의 제한을 받지 않는다. 「장사법」 부칙 제2조는 분묘의 설치기간과 타인의 토지 등에 설치된 분묘의 처리 등에 관한 장사법의 규정이 「장사법」 시행 후 최초로 설치되는 분묘부터 적용한다고 규정하고 있기 때문이다.[169] 다만 2001년 1월 13일 전에 설치된 분묘를 이장하는 경우, 이장된 분묘는 2001년 1월 13일 이후에 최초로 설치된 분묘이기 때문에, 이에 대해서는 설치기간의 제한을 받게 된다[170]. 한편 분묘의 설치기간이 종료된 분묘의 연고자는 설치기간이 끝난 날부터 1년 이내에 해당 분묘에 설치된 시설물을 철거하고 매장된 유골을 화장하거나 봉안하여야 한다(「장사법」 제20조 제1항).

(마) 묘적부의 기록과 관리

시장 등은 관할 구역 안의 묘지 현황에 대한 묘적부(墓籍簿)를 작성·관리하여야 한다(「장사법」 제22조). 묘적부는 전자적 처리가 불가능한 특별한 사유가 있는 경우를 제외하고는 전자적 방법에 의하여 작성·관리하여야 한다.

(2) 무연분묘 등의 처리

169) 이와 같이 「장사법」 시행 이전의 분묘에 대하여 설치기간의 제한을 받지 않는 경과규정을 둔 것에 대하여 반대하는 견해로는 고창현, 장사문화의 저해요인과 장사법의 개선방안, 토지법학, 제18호, 2002. 194면.

170) 헌법재판소 2009.9.24. 선고, 2007헌마872 판결.

(가) 타인의 토지 등에 설치된 분묘

토지 소유자(점유자나 그 밖의 관리인을 포함), 묘지 설치자 또는 연고자는 관할 시장 등의 허가를 받고 ⅰ) 토지 소유자의 승낙 없이 해당 토지에 설치한 분묘나 ii) 묘지 설치자 또는 연고자의 승낙 없이 해당 묘지에 설치한 분묘(위 ⅰ)과 ii)를 합하여 "타인의 토지 등에 설치된 분묘"라 칭함)에 매장된 시체나 유골을 개장할 수 있다(「장사법」 제27조). 다만 이러한 개장을 하기 위해서는 토지 소유자, 묘지 설치자 또는 연고자는 미리 3개월 이상의 기간을 정하여 그 뜻을 해당 분묘의 설치자나 연고자에게 알려야 하며, 해당 분묘의 연고자를 알 수 없으면 그 뜻을 공고하여야 한다.

이러한 해당 토지 소유자, 묘지 설치자 또는 연고자의 개장권에 대하여 타인의 토지 등에 설치된 분묘의 연고자는, 예컨대 관습법상의 분묘기지권과 같은, 토지 사용권이나 그 밖에 분묘의 보존을 위한 권리를 주장할 수 없다(「장사법」 제27조 제3항). 다만 그 제한은 2001년 1월 13일 이후에 최초로 설치된 분묘에 한하여 적용되며, 그 이전에 설치된 분묘의 연고자는 해당 토지 소유자, 묘지 설치자 또는 연고자의 개장권에 대하여 관습법상의 분묘기지권과 같은 권리로서 대항할 수 있다(「장사법」 부칙 제2조 제2항 참조).

(나) 무연분묘의 처리

지방자치단체장은 일제 조사 결과 연고자가 없는 분묘(이를 "무연분묘"라 함)를 인지하게 되면, 일정한 공고를 거친 후, 매장된 시체 또는 유골을 화장하여 일정 기간 봉안할 수 있다(「장사법」 제28조). 이에 대하여 봉안한 유골의 연고자가 확인을 요구하는 경우, 지방자치단체장은 그 요구에 따라야 한다.

2001년 1월 13일 전에 타인의 토지 등에 설치된 분묘의 경우에는 연고자에게 관습법상의 분묘기지권이 유보되어 있는 것과는 달리, 무연분묘의 경우에는 권리의 주체가 존재하지 않기 때문에 관습법상의 분묘기지권과 같은 분묘를 위한 토지사용권이 발생할 여지가 없다.

다. 장사법 개정을 통한 해결방안

묘지등기에 관한 문제가 민법 186조에 따른 물권변동이 묘지 소유자의 명의인이 사망하여 현존하는 묘지소유자 등과 매매 등의 협의되는 경우에도 실질적인 명의인과 달라 상속등기의 어려움으로 문제가 된다. 묘지는 분묘의 관리문제와 상속재산 관계가 연계되어 있어서 친족이나 형제간에 이해관계로 협의가 되지 않는 경우가 있다. 묘지 명의인이나 연고자 등이 토지대장상에 이름만 등재되고 주소도 기재되지 않은 경우에는 소유자가 생존여부도 확인할 길이 없고, 확인이 되어도 명의인이 이미 사망해서 몇 대에 걸친 상속이 이루어진 경우에는 법정상속인이 너무 많아서 공부상 정리가 너무 힘들어서 묘지문제를 해결할 수 없는 경우가 많다.

그 동안 국가와 지방자치단체가 이러한 묘지문제의 심각성을 알면서도 분묘의 문제를 거론하여 모든 사람이 만족하는 제도를 만들기도 어렵고 기존 묘지에 설치된 분묘의 문제도 해결하지 못하여 있는데 이는 분묘에 대한 체계적인 관리 시스템을 도입되지 않고 있기 때문이다. 묘지를 공시할 수 있는 제도가 마련되지 않고 묘지문제를 터부시 하거나 성역처럼 공론화되지 못하여 현재의 묘지문제를 야기 하였다 할 것이다.

이에 장사법 등 묘지관련법 등을 제정하거나 개정하여 문제해결에 나서고 있으나 근본적인 실태조사나 현실성이 결여되어 여전히 묘지문제는 해결되지 않고 있다. 이렇다보니 토지 소유자는 자기 소유 토지에 타인의 묘지가 있는 경우에 관습상의 분묘기지권으로 인하여 소유권에 기하여도 지료 청구도 못하고 분묘의 이장을 요구하지 하지 못하는 상태가 발생하고 있다. 자신의 토지에 설치된 타인의 분묘로 인하여 재산권 행사에 제약을 받고 개발이 지연된다는 이유로 토지가격이 하락하더라도 이를 감수하고 토지를 매매할 수밖에 없는 처지가 되고 있다. 분묘가 설치된 토지의 매수자도 묘지가 존치하는 상태로 순차적으로 토지 매매가 계속되는 현상이 이어져 분묘의 소유자와 토지 소유자가 전혀 알지 못하는 경우도 많아지고 있다.

2. 묘지 이전등기에 관한 특별법 제정을 통한 방안

가. 특별법의 필요성

제주특별자치도는 외교, 국방을 제외한 특별한 권한을 행사하는 것으로 한 제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법에 따라 국제자유도시를 지향하여 왔다. 2013. 11. 28에는 해외 주요 섬 관광지인 하와이, 오키나와, 발리를 멀찌감치 따돌리며 유일하게 관광객 1000만명 고지를 선점[171]했다. 앞으로는 단순한 보는 관광에서 자연과 문화가 어우러진 아름다운 제주를 만들어 지속적인 성장을 위해서 문화관광에 새로운 핵심 프로젝트로 돌 문화를 개발하여 산담을 세계자연문화유산으로 등재하고 새로운 관광 인플라를 구축하여 문화관광이 제주경제의 변화와 더 큰 성장을 주도해 나가도록 하여야 새로운 관광 자원을 개발하게 될 것이다.

이러한 문화유산이란 한 사회의 전통적인 언어가 담겨있는 우리 앞에 남겨진 과거의 축적물로 그 가치의 범주를 제대로 평가할 때 오래 기억되며, 제대로 보존된다.. 제주 전역에서 어느 방향을 둘러봐도 산담은 흔한 돌무더기에 불과하나 그 산담의 문화적 독창성은 제주 사회를 가장 명확하게 설명할 수 있는 인공물인 것이다. 여느 돌담과 달리 삶과 죽음의 문화를 넘나들고, 제주의 산업적 의미와 사회적 의식을 모두 포괄하고 있기 때문에 제주의 돌담 가운데 백미(白眉)라고 할 수 있다. 산담은 제주 사람들의 생사관의 지표라는 점에서 그 어떤 유형문화재보다도 조형적인 가치와 정신적인 가치를 풍부하게 내재하고 있으며 제주지역에만 형성된 산담은 전대(前代)가 남긴 유물이라는 점에서 문화유산임에는 틀림이 없다. 이러한 문화유산을 보전하면서 지역 산업 발전에 따른 개발과 조화를 이루며 적절하게 묘지부분을 조정하지 않으면 역사적 문화유산을 제대로 보전하지도 못하고 산업개발에 역행하여 시대에 뒤처지는 일이 생기게 될 것이다.

따라서 이러한 문제들을 해결하기 위하여 제주지역에 묘지들을 바르게 정리하기 위한 묘지 이전등기에 관한 특별법을 제정하여 지적공부상 명의인과 제사주재자 등 묘지관리자를 일치 시키는 작업을 하여야 한다.

---

171) 제주도정뉴스, “제주관광객 ‘1천만명 시대’…반세기만의 대위업”, 2013. 11. 28, http://news.jeju.go.kr/contents/index.

나. 특별법의 실현방안

제주지역은 다른 지방의 분묘와 다르게 한라산을 비롯한 국립공원과 360여개의 오름에서 바닷가 해안까지 골고루 분포되어 있고 경작지나 도심지의 주거지역에도 산재해 있다. 특히 분묘가 경작지나 도심지 내에 산담이 둘러져 다른 경작지나 토지와 분리되어 있는 특이성을 가지고 있다. 이러한 묘지에 산담으로 인하여 평균적으로 장사법에 규정된 분묘보다 크고 다른 지방의 분묘보다도 훨씬 큰 면적을 차지하고 있다. 그리고 전국의 평균 화장율이 74%(2012년 기준)에 이르고 있음에도 제주는 57.4%[172] 로 전국 최하위 그룹으로 매우 낮게 나타나고 있다. 그러므로 다른 지역과 달리 분묘와 산담의 중요성과 묘지가 주거지역에도 분포하여 묘지에 대한 재산가치가 높아져 재산권 행사가 필요한 경우도 있다고 할 것이다.

(1) 제주지역 분묘와 산담의 일제조사

제주지역은 분묘가 산담으로 둘러 싸여서 다른 토지와 분리되어 있어서 토지와 필지가 다르고 사정당시에 명의인으로 남아 있고 상속등기가 이루어지지 않은 토지가 상당하다. 지금도 묘지로 되어 있는 73,300필지가 상당부분이 토지대장에만 등재 되어 있고 등기가 이루어지지 아니하고 있다. 산담을 문화관광화를 추진하기 위해서도 제주에 분묘가 얼마나 있으며 산담으로 둘러싸인 것은 몇기인지, 등기된 것과 등기가 이루어지지 아니한 것이 어느 정도인지도 파악이 되지 아니하고 있다. 묘지에 대한 소유권이전등기에 관한 특별조치법을 제정하기 위해서는 현실적으로 어떠한 상황이 존재하고 있는 지에 대한 충분한 조사를 위하여 묘적부에 대한 일제조사와 국가 및 지자체에 대한 책임 범위를 명확하게 하여 조사를 하여야 할 것이다.

---

172) 제주특별자치도 보건복지여성국, 2013. 10, 행정사무감사 주요업무보고 자료

구분	전 국			제 주		
	사망자	화장자	화장율(%)	사망자	화장자	화장율(%)
2011년	257,396	182,946	71.1	3,021	1,657	54.8
2012년	267,221	197,717	74	3,258	1,860	57.4

(2) 미등기 묘지에 관한 문제

토지대장이나 임야대장상 묘지로 되어 묘지에 대하여 소유권 보존등기 절차를 이행하지 않거나 보존등기가 되어 있어도 이전등기나 상속등기 절차가 이루어지지 않은 경우가 많다. 이로 인하여 묘지에 대한 보존등기나 이전등기를 하려고 하여도 공부상의 명의인과 제사주재자 등이 일치하지 아니하여 명의변경에 따른 이전등기 절차를 행하려면 많은 시간과 비용이 소요되어 보존등기나 이전등기를 이행하지 못하고 있다. 또한 주거지 인근 지역에 분묘가 설치되어 있다가 분묘를 이장한 묘지를 매매한 경우에 매도인이 소유권이전등기를 하여 줄 수 없이 매수인이 장기간 점유하여 다른 용도로 이미 사용되고 있는 경우에도 묘지에 대한 소유권을 취득하지 못하고 있다.

3. 묘지등록등기제도의 신설 방안

가. 묘지등록등기제도의 필요성

모든 국민에게 반드시 관련이 있는 제도가 분묘제도이고 이러한 분묘가 위치한 묘지는 재산적 가치는 크지 않아도 효사상과 미풍양속에 따른 중요한 재산적 성격을 가지고 있다고 할 것이다. 이러한 묘지는 별도로 독립된 지목을 가지고 있으나 분묘를 설치하는 용도로 한정되어 있고 대지(垈地)나 전(田)과 같은 부동산이므로 부동산등기법상의 등기절차에 묘지등기 등의 이전등기절차가 이루어지고 있다.

특히 제주 지역에 묘지는 산담으로 분묘를 둘러싸고 외형상 분묘임이 분명하게 표출되어 공시절차를 이행하고 있다고 보아야 할 것이다. 이 묘지는 지목이 묘지로 토지대장에는 공부상 명의인이 기재되어 있으나 소유권 보존등기를 하지 아니하여 미등기의 상태인 경우가 있고, 보존등기가 되어 있으나 수대에 걸쳐 상속등기 절차나 이전등기 등의 제대로 이루어 지지 아니하여 묘지에 대한 공부상의 명의인과 실재 제사주재자 또는 분묘의 관리자가 다른 경우 등 다양한 형태로 나타나고 있다.

이러한 문제로 미등기 상태의 묘지를 묘지대장상의 명의인을 입증하는 절차의 번거로움 때문에 보존등기를 하지 않거나, 묘지의 등기상 명의인이 타계하여도 절차상의 불편으로 상속등기를 하지 않는 경우 등 여러 가

지 상황에서 공부를 정리하지 않으면 묘지의 관리인과 실질적인 소유자가 다른 상태가 지속 된다면 각종 공과금의 부과나 중요한 국책 개발을 하는 과정에도 막대한 지장을 초래하여 사업을 지연하거나 무산되는 경우가 있다.

나. 묘지등기등록제도의 실현 방안

묘지는 부동산이기 때문에 물권법상의 물권변동에 따라 등기제도를 통하여 공시제도를 실현하여야 한다. 묘지는 조상을 모시는 모두에게 가장 중요하지만 재산적 가치가 적고 소유권 보존등기나 이전등기 절차에 따른 비용이나 절차의 불편으로 인하여 묘지에 대한 공부상의 명의인과 제사주재자나 분묘관리자와 일치하지 않는다.

이러한 공부상의 명의인과 실질적인 소유자와 일치를 시키기 위하여 등기절차의 간소화 하고 신속한 등기등록절차가 필요하다고 할 것이다.

묘지에 대하여는 입목에 관한 법률을 준용하여 등기등록제도를 활용할 필요가 있다. 묘지라는 지목을 가지고 있는 부분은 별도의 묘지등기부를 편성하고 토지등기부에는 별도 묘지등기부에 있음을 표기하는 방법으로 하고 지목이 묘지에 다른 지목으로 변경되는 경우에는 반대의 절차를 통하여 묘지등기부에는 토지 등기부에 이관되었음을 표기하고 당초의 토지등기부를 활용하여 공부를 정리하면 공부의 편성에는 문제가 없다 할 것이다.

그래서 묘지에 대한 이전등기는 등록을 변경하는 것처럼 사실관계를 신고하면 묘적부에 변경된 사실을 등기소에 묘적부 변경사실을 통보하면 소유권이전등기가 이전등기를 하는 방법도 고려할 필요가 있다. 또한 피상속인에 대한 사망 신고시에 의무적으로 묘지에 대한 상속이나 소유권이전 부분도 신고를 하면은 묘지에 대한 이전등기가 연계되는 절차도 모색될 수 있을 것이다. 묘지에 대한 상속인도 친족간의 협의에 의하여 정하거나 제사주재자의 결정 방법에 따라 정하여진 제사주재자의 명의로 이전등기가 이루어 질 수 있도록 등기절차의 개선도 검토할 필요가 있다고 할 것이다. 또한 묘지에 대한 전국적인 일제조사를 통하여 무연분묘를 정리하고 장사법이나 특별법을 통하여 묘지등기등록제를 도입하는 방안도 필요하다고 할 것이다.

4. 제주산담의 문화관광자원화 방안

가. 문화관광의 기본방향

제주의 산담은 세계적으로 찾아볼 수 없는 특이하고 관광자원으로 개발할 충분한 가치가 있음에도 불구하고 산담의 중산간 지역의 개발로 인하여 훼손율이 최근 들어 심각하게 높아지고 있고, 이에 대한 적극적인 조사와 적절한 보전 관리 방안이 강구되지 않을 경우 문화자원으로서의 산담의 가치가 크게 위협을 받지 않을까 우려되어 진다.

제주도 산담을 보전하고 관리하는 출발점은 산담이 후손에게 물려 줄 가치가 있는 문화자원이란 점을 인식하는 것부터이다. 산담에 가치는 사용가치' 뿐만 아니라 후손들에게 물려 줄 '상속가치' 가 있다고 여기고 있는가에 있다. 하지만 실제 산담 주인들은 '사용가치' 에 대해선 조상들의 산소를 수호하고 있다는 점에서 중요성을 인식하고 있으나 '상속가치' 에 대해선 재산적 가치가 적어서 그 중요성을 덜 인식하고 있다고 할 것이다. 이는 제주의 산담을 보전하고 관리하는 것은 산담 주인을 포함한 제주도민들이 그 가치를 깨닫고 상속가치의 공감대가 충분히 형성될 수 있도록 감안해야 함을 의미한다.

산담을 보전하고 관리한다는 의미는 산담소유자의 입장에서는 개인의 묘지의 관리문제와 이장 후의 재산권 행사와 어느 정도 상충되는 측면이 있다. 보전가치가 있는 문화재로 지정하는 것도 좋지만 개인의 입장에서 조상의 묘소를 장기적으로 어떻게 관리하고 문화유산으로 활용하려면 벌초를 비롯한 묘지를 관리하여주고 별도의 인센티브 없이 묘지가 있는 산담을 관관자원으로 사용하거나 재산권 행사가 제한당하는 것은 산담의 소유자의 입장에서는 합리적이라고 할 수 없다할 것이다.

산담의 보전과 관리는 산담소유자의 1차적 관계를 통한 접근방식도 중요하지만 장기적인 차원에서의 산담의 가치인식을 제주도 전역으로 확대하고 민간부문이 자발적으로 보전 및 관리의 주체가 되도록 유도하는 제도적 뒷받침 또한 중요하다.

결국 제주도 산담의 보전 및 관리방안은 산담 가치 중요성을 확산시키고 산담의 소유자 또는 산담을 둘러싼 마을 중심으로 보전 및 관리를 유도할 수 있는 동기부여와 인센티브를 지원해야 할 것이다. 이를 통해 산담에

대한 보전관리 가능성과 재산권 행사를 충분히 양보할 수 있는 민간의 자발적 참여를 이끌어 낼 수 있으며 이러한 상황을 일반화시키기 위해선 제도적 뒷받침이 있어야 할 것이다.

나. 산담의 문화관광자원화

산담은 사람의 손으로 누구의 지시가 아닌 자발적인 참여를 통하여 하나씩 쌓아서 만들어 낸 대지 위에 펼쳐진 예술 작품으로 전 세계인으로부터 평가를 받을 수 있다. 이러한 산담을 보전하고 관리를 유도하기 위해서는 단순히 보전에 대한 소득보전에 그치지 말고 산담을 하나의 문화자원, 관광자원으로 활용하여 농가 및 지역사회경제에 도움이 되도록 지속적이고 장기적으로 이루어질 수 있도록 접근해야 한다. 즉 산담 보전을 통한 농가소득 보전과 지역경제 활성화라는 목표를 달성하기 위해 관리해야 할 과제가 '산담 가치에 대한 인식을 확산' 하는 것이다. 또 하나는 산담 보전을 유도하기 위한 '동기부여 및 인센티브 제공' 과 '제도적 지원' 을 위한 방안이 수립 되어져야 할 것이다.

산담이 조성이 작품성으로는 만리장성보다도 많은 돌담으로 수 없이 많은 사람들이 스스로 만들어 낸 예술작품에 대하여 산담 소유자에 대한 직접적 지원은 산담에 대한 새로운 가치를 공식적으로 인정하는 계기이자 그 가치를 유지시키기 위한 공식적 합의를 도출 할 수 있는 의미를 부여할 수 있다.

아직도 제주에서는 산담에 대한 경외성과 신성시 하여 접근을 하지 않는 경향이 있기 때문에 이에 대한 인식 전환을 통하여 산담이 전세계에서 유일하게 존재하는 사자(死者)의 주거 공간을 조성하고 살아 있는 사람들과 함께하는 문화적 유산임을 모두에게 알리고 이를 문화관광의 전기를 마련하여야 할 것이다.

다. 산담의 보전과 관광자원화 방안

(1) 산담 보전

(가) 공공신탁(National Trust) 모델 도입

산담에 대한 현실적인 보전방안을 강구하기 위하여 제도적 지원체계와 산담의 관광자원화 거점 육성과 함께 문화적인 가치 평가와 함께 이를 알리는 전략적인 홍보가 필요하다. 산담에 대한 실제적인 관심을 유도하는 방법은 언론매체나 홍보물 등을 통한 홍보도 필요하겠지만 실제로 산담의 가치를 경험해 보도록 하는 체험학습을 하도록 함으로써 그 이용자의 체험을 통해 사실적인 홍보가 이루어질 수 있는 방안이 필요하다. 첫 번째 방안은 환경보전을 위한 공공신탁(National Trust)모델을 도입하는 것이다. 이미 제주특별자치도는 이미 지난 2007년 5월 공공신탁(National Trust)모델방식을 통한 사유 곶자왈 공유 10년 계획을 발표했다. 제주특별자치도의 약 6%를 차지하는 식생이 양호하고 지하수 함양에 중요한 역할을 하는 곶자왈 중 60%에 해당하는 사유지에 대해 곶자왈 한 평사기 운동 등을 통해 체계적으로 보전·관리하겠다는 것을 검토할 필요가 있다.

제주도의 산담을 보전하기 위해서도 이러한 방식에 근거하여 산담보전을 위한 기금마련 운동을 전개할 필요가 있다 할 것이다.

산담 보전 지역이 우선되는 지역을 우선 토지비축제나 문화예술 진흥지구, 경관보전 지역 지정 등을 활용하여 지역주민들에게 산담 매입의 필요성을 설명하여 지자체가 조상숭배를 중시하는 묘지소유자들을 설득하기 위하여 묘지의 보전관리를 책임지고 묘지의 산담을 매입하고 해당 지역주민들에게는 산담에 위치한 분묘를 정성스럽게 관리하면서 전세계에서 유일한 산담을 활용한 수익모델을 만들도록 지원하여 서로가 상생할 수 있도록 하는 방안이 필요하다 할 것이다.

(나) 산담의 가치에 재평가

산담에 대한 진정한 가치에 대한 재평가를 통하여 산담을 주제로 한 다양한 관광상품이 개발이 필요하다. 제주의 아름다운 풍광과 어우러져 한 땀 한땀 쌓아올린 산담을 새롭게 인식하고 '제주올레 걷기' 로 제주의 산담과 밭담을 배경으로 산책로를 개발하고 제주의 돌담을 소재로 한 다양한 활용과 문화적 가치를 제대로 인정받는 혁신적인 방안이 필요할 것이다.

하지만 제주 산담에 담겨져 있는 제주인의 정신세계와 정성으로 이루어낸 그 의미와 가치 등에 대해서는 제대로 알려지지 않고 있다. 최근에 올

래 걷기의 열풍으로 돌담을 배경으로 구불구불한 길의 아름다움, 그리고 그 길을 걷는 즐거움에 포인트가 맞춰지고 있는 것 같다. 산담을 쌓게 된 배경과 산담의 다양한 축조방식, 그리고 바람 많은 제주에서 돌담이 차지하는 장점 등에 대해서는 제대로 알려지지 않고 있으므로 제주 돌담에 대해 제대로 알리는 다양한 프로그램이 개발돼야 한다.

그 중 가장 쉽게 접근할 수 있는 게 홍보물로 책자와 CD 등을 제작해 전국의 도서관과 여행사, 제주공항과 제주항, 제주행 항공편 기내와 카페리의 선내에 비치하는 것도 방법이 될 것이다. 이와는 별도로 관련 서적들이 많이 제작, 배포될 수 있도록 관련도서 제작자에게 인센티브를 주는 방법도 있다.

그리고 제주돌문화공원을 활용하여 그 이름에서 알 수 있듯이 제주의 다양한 돌문화를 테마로 하고 있는 관광지이므로 현재 제주돌문화공원의 운영방식을 보면 다양한 모습의 화산탄과 돌 민구류, 민예품 등의 전시에서 벗어나야 할 것이다. 돌문화공원에서 상영하는 영상물의 경우도 화산활동에 의해 제주에 돌이 많게 됐다는 등 자연과학 분야의 내용이 주류를 이루고 있다. 여기에 제주돌담의 가치를 제대로 알리고 인식시키기 위한 내용물도 추가되어야 한다는 것이다. 제주의 돌담과 산담을 쌓는 모습과 산담의 의미와 세계적으로 찾아볼 수 없는 분묘의 보존을 위한 석축이라는 점을 알리고, 제주의 돌담이 강한 남태평양의 바람으로부터 농작물을 얼마나 보호하는 지를 실험 등을 통해 보여주는 것도 한 방법이라 할 수 있다.

(다) 산담의 세계문화유산 등재 추진

제주도의 경우 지난 2007년 제주화산섬과 용암동굴이 우리나라에서는 처음으로 세계자연유산에 등재됐다. 그리고 그 이후부터 한라산과 용암동굴 등 제주의 자연을 찾는 관광객이 급증, 세계자연유산 등재에 따른 긍정적 평가가 이어지고 세계유산 등재가 관광객 증가에 긍정적인 파급효과를 보이고 있는 것이다.

때문에 제주도에서 제주돌담과 해녀의 경우 세계유산으로의 등재 가치가 충분하다는 것인데 특히 제주 돌담의 경우 유네스코의 세계문화유산으로 등재하는데 돌담과 함께 산담도 제주의 돌담의 한 축으로 보전할 가치가 있다고 할 것이다. 유네스코(UNESCO)의 세계유산(World heritage)은

한 민족, 한 국가에서만 보존되고 전승되어야 할 유산이 아니라 전 세계인이 공동으로 지키고 전승해야 할 유산이라는 의미이며, 과거에서 현재와 미래로 이어지기 때문에 지속가능성(Sustainability)을 지니고 있다.[173]

제주의 돌담도 그만한 가치가 있다는 주장이다. 특히 돌담의 주종인 밭담으로 둘러쳐진 밭은 사계절 경작되는 살아있는 유산과 산담으로 조상숭배사상과 죽은사람과 살아있는 사람이 어우러져 살아가는 생활하는 터전이 세계문화유산이 될 수 있다는 것이다.

세계유산으로 등재될 경우 재산권 행사 등에 있어서 불편이 따를 것이라는 우려도 있는데 제주의 돌담이나 산담의 전체가 아닌 일정지역만을 지정할 경우 그 문제는 해결될 수 있다. 나아가 제주 돌담의 가치를 일거에 전 세계에 알리는 홍보효과도 볼 수 있다. 그리고 그 과정에서 지역주민들에게도 제주 돌담의 중요성을 인식시켜 보호에 앞장서게 할 수 있는 교육적 효과 또한 크다고 할 것이다.

(2) 산담 보전과 활용

(가) 주민들이 자발적인 참여

공공부문에서 제도화를 통한 직접적인 지원체계 마련을 통해 산담 보전을 할 수 있는 장을 만든다면 다음으로 필요한 것은 민간부문이 자발적으로 산담의 보전 및 관리 활동에 나설 수 있도록 유도하는 것이다. 즉 산담은 해당 마을에서 산담을 자발적으로 보전 및 관리할 수 있도록 유도하고 지원하면서 이를 확산시키는 것이다.

산담이나 밭담을 활용한 살기 좋은 마을을 만들기 위해서는 산담이나 밭담을 매개로 한 관광 상품을 만들어 내는 것이 필수적이라 할 것이다. 관광 콘텐츠로 생각해 볼 수 있는 방안들은 밭담 미로공원, 밭담 체험길, 돌담 쌓기 재현, 산담의 과학성을 시현하고 체험할 수 있는 공간 조성, 지역 특산물과 연계한 상품 등을 생각해 볼 수 있는데 구체적인 사업모델은 향후 전문가들을 통해 도출이 필요할 것이다.

(나) 산담보전 지원의 체계화

173) 이혜은 외. 「유네스코 지정 한국의 세계유산」, 국립제주박물관, 2005.

① 석공 양성방안 수립

전통 문화인 산담과 밭담 등 제주의 돌담을 보전하기 위한 자원체계 확립하여 돌담을 쌓는 전문 석공들 노쇠화와 은퇴 이전에 기술 전수가 여의치 않음에 따라 돌담기술을 복원하고 활성화할 수 있는 제도적 지원 틀이 절실한 상황이다. 특히 돌담 기술은 지역마다 고유한 성격을 지니고 석공들 사이에서도 기술적 교류가 없는 상태여서 이를 복원하고 활용할 수 있는 공간이 필요한 상황이므로, 이를 위해 성공기술자들을 조직화하는 작업이 필요가 있다 할 것이다.

전통문화 보전 차원에서 석공이 조직화 할 수 있도록 행·재정적 지원을 아끼지 말고, 석공 연합회 조직을 구성하기 위해선 돌담관련 전문가들이 DB를 구축하여 체계적으로 관리할 필요가 있다고 할 것이다. 그리고 이들이 조직화하기 위해선 인센티브 제공이 필요한데 도내 산담과 밭담을 포함한 돌담을 쌓는 공공 수요처에 이들 조직에게 독점적 기회를 제공하는 방안이 필요하다. 또한 석공기술의 원활한 전수가 이뤄질 수 있도록 지역의 전통문화제 지정도 검토해야 하고 산담 및 밭담문화 해설사 과정을 마련하여 이 조직을 통해 관련 연구와 매뉴얼을 제작하고 교육할 수 있도록 지원을 해야 할 것이다.

② 돌 문화 축제의 개발

삼다도인 제주가 돌로 뒤덮인 섬임에도 불구하고 제주 돌을 활용한 축제의 개최를 적극 검토하여 돌 문화 축제를 통해 관광객들에게는 다른 지방에서는 볼 수 없는, 제주만이 갖고 있는 산담과 밭담의 아름다움을 알리는 홍보의 장을 마련되어야 할 것이다.

주요 프로그램으로는 돌담 쌓기 대회, 산담 쌓기 대회 등을 개최하면 특화된 축제로 거듭날 수 있다고 여겨진다. 이러한 돌담 쌓기 대회를 통해 제주도내 곳곳에서 이름도 없이 과거의 전통을 이어가고 있는 돌담 쌓는 장인을 발굴해 낼 수 도 있고 언급한 석공들의 조직화도 이러한 석공들의 발굴을 통해 가능할 것이다. 나아가 대회에서 두각을 나타낸 석공들을 중심으로 돌담인부 양성프로그램의 개발도 가능해질 것이다.

(다) 산담에 직접지원제도

① 경관보전 직불제

현재 유채와 같은 단년생 농작물로 제한되어 있는 것을 농어촌경관에 영향을 주는 모든 경관적 자원에 적용하도록 규정이 마련되어야 할 것이다. 이를 통하여 관광자원화되는 산담이 돌담의 보전을 위하여 직접적 지원과 관련해 생각해볼 수 있는 제도적 방안으로 경관보전 직불제 범위를 산담과 밭담까지 확대하는 것이다. 산담이나 밭담을 직불제의 자원에 포함시키는 법의 개정을 통하여 보전비용을 마련하는 방안이 가장 바람직한 대안이 될 것으로 판단된다.

② 산담의 향토문화관광지구 지정

제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법 제179조 (향토문화예술의 진흥)과 제180조 (향토문화관광지구의 지정 등)의 법류 조항에 근거하여 밭담을 전통문화예술의 진흥 및 전승계발의 대상으로 간주해 보전가치가 높은 지역을 중심으로 시행하는 것이다. 이미 관광객이나 돌담 전문가들은 '제주도에 남은 마지막 보물' 이라며 그 중요한 가치를 인정하고 있다. 하지만 전문가가 써배이와 현장 실측을 통해 확인된 사실이지만 주요 개발 사업에 의해 밭담의 원형이 많이 훼손되고 있는 실정이다. 또한 밭담을 쌓는 전문 석공도 점점 찾아보기 힘든 상황이어서 더 늦기 전에 밭담을 보전하기 위한 현실적 대책이 필요하다는 여론을 확인할 수 있었다.

이렇듯 전통 문화로써의 제주도 밭담을 보전하기 위해서는 밭담 농가에 대한 경관보전 비용을 지급하는 것 외에도 밭담을 둘러싼 자원들이 활동할 수 있는 공간 확보가 무엇보다 중요하다. 이러한 의미에서 제주특별법을 활용할 필요성이 있다.

③ 토지비축제도를 통한 산담의 공공자원화

토지비축제도는 원활한 투자유치를 유도하기 위해 예산의 일정부분을 개발 가능한 토지를 매입하는 제도이다. 제주의 산담이나 밭담의 보전가치

가 높은 지역을 선정하고 마을회와 연계하여 매물로 나오는 묘지와 토지를 매입하고 산담이나 밭담을 허물 가능성을 사전에 막기 위해서 경관보전가치가 높은 지역을 우선 중심으로 산담이나 토지매입이 필요하다 할 것이다. 산담을 매입하더라도 기존 묘지소유자가 계속해서 묘지를 관리하는 것을 허용하고 향토문화관광지구 지정 등을 통해 관광자원화를 위한 시도가 필요하다 할 것이다.

(라) 문화유산으로서 산담의 정보 구축

산담을 지속적으로 관리하기 위해선 제주도 전체의 산담 지도를 확보할 필요가 있으므로 이는 GIS를 활용하여 산담 관리시스템 구축이 가능하다고 보여 진다. GIS를 활용한 제주도 산담 관리시스템 구축을 통해 3년 또는 5년 마다 산담의 훼손율 등을 모니터링 하여 보전 및 관리방안을 지속적으로 점검하고 학술적 연구를 위한 기초 데이터 구축 및 지원이 가능하고 관광객들을 위해서도 유용한 정보로 활용할 수 있다고 보여 진다.

(마) 성과평가체계 확립

마지막으로 필요한 사항은 앞서 이야기한 사업들에 대한 일련의 평가체계를 확립하는 방안이 필요하다. 제주도 돌담으로 시작된 전통 문화 보전의 움직임은 앞으로 산담 및 타 분야로까지의 확대로 이어질 가능성이 높다. 이에 대비하여 효과적인 제도시행과 예산집행을 유도하기 위해 합리적인 성과평가와 지원방안을 모색할 필요가 있고, 이를 바탕으로 합리적인 전통문화 보전 및 관리 프로세스가 정착되고 확산시킬 수 있는 계기가 될 것이다.

산담이라는 전통문화를 보전하기 위해 성과에 대한 효과적인 평가가 전제되지 않은 상황에서 단순히 예산을 지원하는데 그치는 것은 그 취지를 반감시킨다. 사업에 대한 평가가 충실하지 못하다는 것은 사업에 대한 효과분석 등을 통해 보다 발전적인 고민이 상대적으로 결여될 수 있기 때문이다. 때문에 성과평가체계 확립은 여타 지원방안 못지않게 중요하다고 할 수 있다.

성과평가체계 확립을 통해 산담을 제대로 관리하고 있는 우수마을에 대해서는 마을 보조금을 차등 지원하는 등의 인센티브도 고려할 필요가 있

고 이를 통해 마을간 경쟁을 통해 산담에 대한 지역 주민들의 인식전환과 함께 체계적인 산담 관리가 가능해질 수 있을 것이다.

라. 문화유산으로서의 제주 민묘

(1) 제주의 민묘

제주의 민묘는 산담이라는 돌로 된 울타리를 두르고 있다는 점에서, 한반도의 민묘 구조와 다르다. 여기에서 산담이라고 하면, 단순하게 봉분을 두르고 있는 울타리 개념이 아니다. 산담은 사자(死者)가 거주하는 공간을 지칭하는 용어로서 산담은 사자의 묘역을 모두 포괄하는 죽음의 문화적 담론 공간이라 할 수 있다. 그러므로 산담은 집담, 울담, 밭담 등의 돌문화의 물질적 유형을 넘어서는 제주 사람들의 죽음의 타계관(他界觀)이가 담긴 문화적 공간으로 규정할 수 있다.

한반도로부터 유교의 장묘문화가 건너와 화산섬의 지질·풍토적인 요인과 산업적 이유로 만나면서 돌로 된 산담의 대역사(大役事)를 이루어 낸 것이다. 제주의 문화 가운데 가장 찬란한 성과라고 할 수 있는 이 산담은 수백 년의 역사 속에서 제주의 경관을 대지 예술의 장관으로 바꿔놓았다. 앞으로 이런 경관은 더 이상 만들어지지 않을 것이지만, 지금껏 남은 산담은 오히려 개발과 장묘제도의 시대적 추이에 따라 빠르게 훼손되거나 변화하고 있다.

하나의 문화는 하루아침에 이루어지지 않는다. 하나의 문화는 그 사회 내 상층의 지배적 요소를 반영하기도 하지만, 또한 그 영향을 수용하거나 변형하는 기층의 생활요소들이 결합하면서 어떤 때는 제도적으로 공고화되기도 하고, 어떤 때는 자생적으로 등장하기도 한다.

일찍이 산담의 출현이 충효라는 예사상의 국가적 이데올로기를 충실히 반영한다는 점에서 한반도의 지배질서의 산물이기는 하나, 그 형식에 있어서는 당대의 제주의 산업적 측면을 염두에 둔 토착적인 형식의 돌문화라는 사실에서 문화의 독자성과 자생성을 거론하지 않을 수가 없다. 이제 산담은 하나의 독자적인 양식으로 굳어졌다. 이 양식은 풍토적인 특성으로 말할 수 있는데. 풍토적 특성이란 지역의 기후, 지리, 지질, 그리고 그 사회의 경제구조, 산업, 문화적 가치를 특징짓는 생산력과 생산관계 속에서 만들어진 문화적 성격이다. 이런 문화적 특성은 문화형식을 통해서 시

대적인 양식으로 구현된다. 그러나 그런 문화형식들은 급작스럽게 나타나 특정 문화를 구현하는 것이 아니며, 이미 오래전에 생긴 형식들의 변형에 의해 비로소 하나의 문화형식이 완결된다. 결국 하나의 문화적 코드의 완결은 지나간 공동체의 문화적 의미를 포함하는 시간의 연속이며, 이후 그 공동체가 나아갈 문화적 마인드의 출발 코스가 되는 셈이다.

(2) 산담의 문화적 의미

산담은 우리 사회에 어떤 의미가 있을까. 전대(前代)가 남긴 유물이라는 점에서 문화유산임에는 틀림이 없다. 문화유산이란 한 사회의 전통적인 언어가 담겨있는 우리 앞에 남겨진 과거의 축적물이다. 문화유산은 그 가치의 범주를 제대로 평가할 때 오래 기억되며, 제대로 보존된다. 그 산담의 문화적 독창성은 제주 사회의 전모(全貌)를 가장 명확하게 설명할 수 있는 인공물로서 여느 돌담과 달리 삶과 죽음의 문화를 넘나들고, 제주의 산업적 의미와 사회적 의식을 모두 포괄하고 있기 때문에 제주의 돌담 가운데 정성과 기술이 가미된 최고의 걸작이라 할 수 있을 것이다. 산담은 중세의 시간을 넘어서 존재하는 제주 섬의 가장 절실한 사연을 담고 있는 생사(生死)의 철학적 공간이며, 제주 사람들의 생사관의 지표라는 점에서 그 어떤 유형문화재보다도 조형적인 가치와 정신적인 가치를 풍부하게 내재하고 있다.

우리는 역사적으로 무덤의 출현이 단순하게 사체 처리 방식에서 시작되어 그 축조된 무덤을 보호하는 기능을 넘어 하나의 기념비가 되는 모습을 보았다. 바로 산담문화가 이에 해당하는데 산담은 목축문화의 산물이었으나 후대에 올수록 가문의 위세를 알리는 기념비성을 띠는 조형물로 변하게 되었다. 그러나 모든 문화는 지배적 시기, 잔존 시기, 부상하는 시기를 거치는 것이 역사과정의 법칙인 것처럼 조선시대 그 화려했던 산담문화도 지금은 잔존문화가 되고 있다는 사실에 놀랄 뿐이다.

이제 산담은 중세의 주류문화에서 오늘의 잔존(殘存)문화로 남게 되었다. 가치관의 변화에 따라 빠르게 달라지는 장묘문화에 대한 현재의 사고방식은 속도의 사회에 살면서 실용주의로 흐르고 있다. 실용주의는 공동체적인 결속보다는 개인의 편의성을 우선시 생각한다. 과거 공동체 문화의 산물인 산담은 더 이상 만들어지지 않는 문화적 변화를 맞게 되면서, 돌의 나라에서 사라질 위기에 놓이게 된 것이다.

사실, 이미 예견된 것처럼 근래에 산담은 인류 문화유산의 가치가 있음에도 불구하고 가속화되는 개발로 인해 점점 사라져 가고 있다. 도로 건설, 골프장 조성, 관광단지 개발 등으로 초지와 밭들이 사라지면서 그 안에 있던 산담 역시 땅에 매몰되거나 복개지의 재료로 쓰이고 있는 실정이다. 또한 가족 공동묘지를 조성하기 위해 산발적으로 조성됐던 묘지들이 이장되면서 산담의 원형이 빠르게 역사 속으로 사라지고 있다. 오히려 산담이야말로 제주의 정체성과 경관 미학적인 면에서 뛰어난 관광자원의 요소가 있음에도 불구하고 무분별하게 훼손되는 것을 속수무책으로 남의 일처럼 지켜보고 있는 것이 안타까울 따름이다. 산담은 제주 공동체가 함께 이룩한 거대한 문화 프로젝트라는 의미에서 보면, 당연히 훌륭한 인류문화유산으로 인식되고도 남는다. 그러기에 산담은 인간의 삶의 가치가 풍부하게 남아 있는 문화유산으로서 어느 것보다 먼저 문화재로 지정돼야할 것이다. 특히 제주의 묘지에는 다양한 석물들이 있어서 산담의 가치는 더욱 보배롭게 빛난다. 그러므로 제주의 산담 중 역사적인 의의와 문화적인 가치, 조형적인 진가(眞價)가 있는 산담들을 선별하여 서둘러 문화재로 지정해야 한다. 산담은 돌문화의 표본으로써 제주의 자연주의적인 문화 모델이 되어 대중적으로 그 가치를 널리 인식시켜야만 될 것이다.

이제 아름다운 제주의 들녘은 점점 자연미 넘치는 제주 현무암의 산담들이 사라지고 새로운 장묘문화가 부상하면서 흰색의 화강암 납골묘가 넘쳐나고 있다. 제주의 현무암 문화가 중국제 동자석이나 문관석으로 대체되는 것은, 단순한 문화의 교류와 같이 일시적인 공간 이동을 넘어서는 공간 점유의 문화적 변동이며, 이런 문화적 변동은 실용주의와 속도에 길들여진 현대인의 모습처럼, 결국 우리를 우리의 들녘으로부터 점점 소외시킬 것이며, 자연과 멀어져 가게 하는 문화적 동인으로 작용할 것이다.

5. 소결

가. 장사법 개정을 통한 개선 방안

장사법의 목적이 국토의 효율적인 이용을 목적으로 하고 있음에도 지금까지도 분묘에 대한 일제 조사나 체계적인 관리도 제대로 되어 있지 않은데 심각성이 있다.

분명 모든 사람은 죽고 부모형제도 분묘를 만들거나 화장을 하려면 장사법이 모든 국민에게 행복을 전할 수 있도록 장사법이 개정되어야 할 것이다. 이제는 묘지문제를 터부시 하거나 성역화 하여 뒤로 미루는 행정이 아니라 모두가 필요한 장사제도의 정착을 위하여 처음부터 공론화하여 현재의 묘지문제를 한씩 풀어 나가야만 할 것이다. 지금까지 장사법 등을 제정하거나 개정하였으나 장사에 대한 절차나 장례식장 문제 등에 관하여 규정하고 있으나 분묘에 대한 근본적인 실태조사의 시행이나 기존의 분묘제도에 대한 개선방안에 대한 이행 절차를 행하지 않아 실효성을 결여하고 있어 여전히 묘지문제는 해결되지 않고 있다.

관습상의 분묘기지권에 관한 문제가 장사법 제정으로 추가적으로 새롭게 발생하지는 않지만 장사법 시행 이전의 묘지에 대하여 그대로 존치하게 되어 사실상 형평에 원칙에 위배되는 결과가 되었다. 따라서 장사법 개정으로 연고자 있는 묘지에 대하여 분묘기지권의 존속기간에 대하여 국민적인 합의를 통한 합리적인 일정한 기간을 설정하여 토지 소유자에게 분묘의 이장을 청구할 수 있는 권한을 부여하여야 할 것이다.

장사법 제11조는 '보건복지부장관, 시 · 도지사 또는 시장 · 군수 · 구청장은 필요하다고 인정하면 일정한 기간 및 구역을 정하여 분묘에 대한 일제조사를 할 수 있다' 고 규정하고 있지만, 그 조사의 주체가 복수로 규정되어 있어서 책임의 주체가 불명확하며, 조사의 기간 역시 불확정적이고, 그 조사의 여부를 임의적으로 결정할 수 있는 문제점이 있다고 생각된다. 자신의 토지나 그 밖의 정당한 권원에 의한 분묘인지 또는 타인의 토지 등에 설치된 분묘인지를 구분하기 위해서는 전국의 분묘를 일제히 조사하여 그 실태를 파악하고, 또한 묘적부가 작성된 이후에도 이를 통한 공시의 효과를 높이기 위해서는 당사자의 적극적인 신고가 필수적이기 때문에, 장사법 제8조 제1항의 "매장을 한 자는 매장을 한 후 30일 이내에 매장지를 관할하는 특별자치도지사 · 시장 · 군수 · 구청장에게 신고하여야 한다" 는 규정을 "사망신고를 한 사망자의 연고자는 사망신고 후 30일 이내에 사망자의 매장 · 화장 · 개장 및 자연장 등의 장사 방법을 사망신고를 한 본적지 시 · 구 · 읍 · 면 또는 거주지 읍 · 면 · 동에 신고하여야 한다. 매장의 신고를 받은 본적지 시 · 구 · 읍 · 면 또는 거주지 읍 · 면 · 동의 장은 매장지를 관할하는 특별자치도지사 · 시장 · 군수 · 구청장에게 이를 통지하여야 한다" 고 개정할 필요가 있다고 생각한다. 이를 기초로 묘적부를 정확히 작성하는 작업이 전제되어야 할 것이다.

그리고 실질적인 장사문제의 해결을 위하여 묘지에 대한 근본적인 해결방안을 다양하게 검토하여 전국에 산재하여 있는 분묘들을 체계적으로 관리를 하여야 할 것이다. 또한 장사법에 묘지이전등기 절차에 관한 규정을 신설하여 지목상 묘지이거나 사실상 묘지인 경우에는 간편하고 적은비용으로 신속하게 처리할 수 있도록 하여 실질적인 권리자의 정당성을 확보하는 방안을 장사법으로 해결하도록 할 수 있다 할 것이다.

나. 분묘기지권 및 한시적 매장제도에 대한 개선 방안

분묘기지권을 인정하지 않는 경우에는 자신의 토지나 그 밖의 정당한 권원에 의해 설치된 묘지는 후손들의 이해관계가 밀접하기 때문에 이를 강제로 철거하려고 하는 경우에는 후손들의 거센 저항에 직면할 위험이 있다. 특히 이러한 강제 철거과정에서 이를 규정하고 있는 장사법 제19조와 제20조에 대한 위헌소송이 제기되어 동 규정에 대한 위헌이 인정되는 경우에는 장사법 전체의 규정이 실효될 위험성이 있다. 또한 자신의 토지나 그 밖의 정당한 권원에 의해 설치된 묘지라 할지라도 종중에서 관리되는 분묘 등을 제외한 적지 않은 분묘는 일정한 기간(3~4대조)이 경과하게 되면 관리되지 않고 방치되거나 토지의 소유권이전 등을 통해 무연분묘를 포함한 타인의 토지 등에 설치된 분묘로 변경될 가능성이 크기 때문이다.

무연분묘를 포함한 타인의 토지 등에 설치된 분묘에 대해서는 직접적으로 이해관계를 가지는 후손이 존재하지 않거나 그 이해관계가 크지 않기 때문에 상대적으로 그 철거에 대한 저항이 강하지 않으면서도 국토의 잠식화를 방지하기 위한 실효성 있는 정책이 될 수 있을 것이다.

이러한 타인의 토지 등에 설치된 분묘의 대부분은 판례에서 인정하고 있는 관습법상의 분묘기지권을 통해서 그 권리가 인정되고 있었다. 그러나 관습법상의 분묘기지권은 관습의 존재에 대한 충분한 확인이나 정당성의 확보가 결여된 상태에서 민법상의 약정 지상권이나 취득시효 등에 관한 규정에 반하는 내용을 정함으로써, 민법 제185조의 물권법정주의에 위배된다고 생각된다.[174] 특히 장사법 제27조와 제28조의 규정은 한시적 매

174) 대법원 1982. 1. 26, 선고, 81다1220 판결은 “민법 제185조에 따르면 물권은 법률 또는 관습법에 의하는 외에는 임의로 창설할 수 없는 것이나, 타인의 토지에 합법적으로 분묘를 설치한 자는 관습상 그 토지 위에 지상권에 유사한 일종의 물권을 취득한다(대법원 1962. 4. 26. 선고 4294민상1451 판결 참조)”고 판시하고 있지만, 물

장제도를 통하여 더 이상 관습법상의 분묘기지권이 존재하지 않는다는 것을 입법을 통해 분명히 밝히고 있는 것이라고 볼 수 있으므로 판례가 인정하는 관습법상의 분묘기지권은 폐기되어야 하고, 타인의 토지 등에 설치된 분묘에 대해서는 토지소유자의 개장권이나 시, 도지사나 시장, 군수 또는 구청장에 의한 화장, 봉안이 인정되어야 할 것이다. 자신의 토지나 그 밖의 정당한 권원에 의해 설치된 분묘의 존속기간에 대해서 제한을 두는 장사법 제19조와 제20조의 존치여부를 신중히 검토하고, 이에 대신하여 무연분묘뿐만 아니라 타인의 토지 등에 설치된 분묘에 대해서도 5년의 존속기간만(장사법의 시행 이전까지 포함하여)을 인정하여야 하고 그 시행 이전에 분묘기지권에 터 잡은 타인의 토지 등에 설치된 분묘 역시 철거의 대상으로 될 수 있는 것이고 장사법 부칙 제2조와 같이 장사법이 제정되어 시행된 이후의 타인의 토지 등에 설치된 분묘만이 철거의 대상이 되는 것이 아니라, 이전에 설치된 분묘에 대하여도 적용하여 철거를 하여야 할 것이다.[175]

다. 묘지에 대한 이전등기 특별법

특별법을 통하여 묘지에 대한 소유권이전등기에 해당하는 부동산은 현재 묘적부나 토지대장이나 임야대장에 지목이 묘지로서 등록되어 있거나, 대장 또는 등기부상 등록된 묘지를 이장한 후 실제 현황이 전·답·과수원이나 농지 또는 대지·임야 등으로 사용되고 있으면서 소유권이전등기를 하지 못한 묘지로서, 매매·증여·교환 등 법률행위로 인하여 사실상 양도된 묘지 또는 상속한 묘지와 소유권보존등기가 되어 있지 아니한 묘지에 대하여 적용한다.

묘지가 재산적 가치가 적기 때문에 상속인이나 등기의 권리자들이 시간이나 경제적인 이유로 등기법에 따른 등기를 신청하지 않는 것을 방지하여야 한다. 묘지의 공부 정리를 위하여 미등기 묘지나, 상속등기 절차를

권법정주의에도 불구하고 이러한 관습법상의 분묘기지권을 인정하는 근거는 관습법상의 분묘기지권에 대한 관습의 존재 유무나 그 존재 이유에 대해서는 밝히고 있지 않다.

175) 이미 승인된 관습법이라 할지라도 사회를 지배하는 기본적 이념이나 사회질서의 변화로 인하여 그 관습법을 적용할 시점에 있어서의 전체 법질서에 부합하지 않는 경우에는 그 관습법의 법적 효력을 부정할 수 있다는 판례로는 대법원(전합) 2003. 7. 24. 선고, 2001다48781; 대법원(전합) 2005. 7. 21. 선고, 2002다13850 판결 참조(다만 소수견해는 위헌결정의 불소급효 원칙에 따라 그 위헌결정 이후에만 –즉, 새로이 성립되는 법률관계에 대해서만– 관습법의 효력이 상실되어야 한다고 주장함).

이행하지 아니하거나, 이전등기 청구의 권리를 취득하였으나 공부상 등기명의인 일치하지 아니하여 이전등기 절차를 이행되지 않는 경우가 많다. 따라서 이러한 문제를 해결하고 묘지에 대한 공부 정리를 위하여 묘지 소유권 이전등기에 관한 특별법 제정의 필요성이 있다.

라. 묘지등기등록제도를 통한 개선 방안

묘지 관리를 위하여 행정관서에서는 묘지에 대한 체계적인 관리제도를 근거로 묘지등기부를 만들거나 묘지부분만 지적공부와 등기부를 일원화하는 방안도 검토할 필요가 있다. 또한 묘지 소유권이전의 경우 재산적 가치는 적지만 미풍양속에 따른 관리의 주체는 계속이어 질 수 있도록 토지등기부와는 별도로 묘지등기등록제도의 도입이 필요하다고 여겨진다.

미등기 상태의 묘지를 토지대장상의 명의인을 입증하는 절차의 번거로움 때문에 보존등기를 하지 않거나, 묘지의 등기상 명의인이 타계하여도 절차상의 불편으로 상속등기를 하지 않는 경우 등 여러 가지 상황에서 공부를 정리하지 않으면 묘지의 관리인과 실질적인 소유자가 다른 상태가 지속 된다면 각종 공과금의 부과나 중요한 국책 개발을 하는 과정에도 막대한 지장을 초래하여 사업을 지연하거나 무산되는 경우가 있으므로 묘지등록등기제도를 신설하여 묘지등기를 신속하게 처리 할 수 있도록 신고 등록 제도의 도입을 검토할 필요가 있다 할 것이다.

일반 토지등기부에서 지목이 묘지인 경우에는 묘지등록등기부로 분리하여 관리를 하고 묘지를 이전하는 경우에는 소유권 이전등기 절차를 간소화하고 상속세와 재산세 부과 대상에서 제외하여 묘지를 소유자나 관리자인 제사주재자 등에게 부담을 덜어줄 필요가 있다 할 것이다.

이를 해결하기 위하여 취득세 및 등록세를 면제하고 상속등기가 협의가 되지 않은 경우에 의무적으로 공동 상속등기 후에 협의로 변경등기를 쉽게 할 수 있도록 하고, 민법 제1008조의 3에 의한 제사 주재자가 등기하는 것을 간이하게 정리할 수 있도록 규정을 하여야 할 것이다.

선택과 집중을 통하여 문화보전과 묘지에 대한 권리행사라는 두 마리 토끼를 잡기 위하여 문화유산으로 보존이 필요한 묘지와 개발이 가능한 묘지부분을 정리하고 실질적으로 묘지를 재산권으로서 권리 행사를 할 수 있게 만드는 것이 중요하다.

제5장 결 론

우리나라는 사람이 사망 하면 당연히 시신을 매장하는 것을 전통으로 알고 있었으며, 매장하는 장소로는 산세가 좋은 명당자리를 찾아 매장을 하고 그 매장한 장소에 봉분을 만들고 주위를 깨끗이 하여 묘소를 성역화 하여 정성껏 가꾸는 것을 자손 된 도리라고 여겨져 왔다. 그 결과 국토는 묘지로 황폐화되면서 사회문제화 되었다.

인간만이 죽음의 존재를 유일하게 알 수 있기에 죽음에 관한 문화를 만들어 냈고, 우리는 그 문화 속에서 죽음을 준비하고 있다. 제주의 산담문화는 마치 돌아가신 분들을 위한 사후복지시설로 집을 짓듯이 분묘주위를 돌담으로 둘러쌓고 울타리를 만들어서 분묘를 안전하게 보호하는 시설을 만든 것으로 보여 진다.

특히 제주사람들은 살아있는 사람과 돌아가신 사람들은 삶의 장소는 다르지만 함께 어우러져 살아간다는 독특한 사고를 가지고 있다. 그래서 주거지역 근처나 출입이 가능한 곳이면 경작지나 임야 등 어디든지 분묘를 설치하고 그 봉분을 둘러 쌓은 형태로 산담을 만드는 것을 조상숭배의 근원으로 여기고 후손들이 복을 받게 된다고 생각하여 왔다. 산담이라는 형태로 분묘를 만드는 것은 많은 비용과 시간을 필요로 하고 산담 지역을 정성을 다하여 가꾸어 가는 것은 제주인들의 유교사상과 조상을 기리는 정성이 특별하다는 것을 보여주는 것이다. 이것은 제주도의 지리적 특성상, 무사안녕을 기원하는 토착신앙과 유교사상이 어우러져 다른 지역에 볼 수 없는 분묘의 관리와 샤마니즘적인 요소가 생활 속에 토착화된 것으로 볼 수 있다.

1. 묘지 일제 조사의 필요

전국 단위의 일제조사가 필요한 경우도 있을 것이며, 지역 단위의 일제조사가 필요한 경우도 있을 수 있다는 점에서 그 조사의 주체를 복수로 정하는 것은 부득이한 면도 있을 것이다. 특히 2016년부터 한시적 매장제도에 의한 제한을 받는 분묘가 발생함에도 불구하고, 전국적 규모의 묘지일제조사가 실시되지 아니하여 현재까지도 분묘에 대한 현황 파악이나

충분한 준비가 되지 않은 상태에 있다. 자칫 한시적 매장제도를 관철하는 경우 국민적 저항으로 인하여 「장사법」 자체가 유명무실하게 될 위험에 처할 수 있다. 따라서 보건복지부장관이 전국 단위 일제조사의 주체임을 명확히 하고, 이와 별도로 지방자치단체장에게 지역별로 추가의 일제조사를 할 수 있는 권한을 부여할 필요가 있다고 생각된다. 이러한 묘지 일제조사를 통하여 명확하게 적법한 절차에 따른 분묘와 불법적으로 설치된 분묘의 상태를 파악하고 이에 대한 근본적인 대응책을 수립하고 효율적인 분묘의 관리제도가 만들어져야 할 것이다.

2. 장사법의 개정의 필요성

장사법의 제 규정과 현실과의 괴리를 적극적으로 검토하고, 묘지일제조사에서 확인되는 각종 문제점을 법 개정을 통하여 순차적으로 해결해 나가야만 할 것이다.

「장사법」 부칙 제2조 제2항에서 2001년 1월 13일 전에 타인의 토지 등에 설치된 분묘에 대한 관습법상의 분묘기지권을 인정하는 것은, 그 이후 새롭게 설치된 분묘에 대하여는 한시적 매장제를 도입하는 것과 형평에 맞지 않는다. 개정 장사법의 시행으로 그 동안 관습법상 인정되어온 분묘기지권은 타인의 소유권을 침범하고 있으면서도 지료도 지급하지 아니하고 기간도 제한하지 않아 소유권자를 공허하게 만드는 것을 이법 시행 이후로는 분묘기지권을 인정하지 않도록 개정되었다. 그러나 외형상으로는 똑같이 봉분을 통하여 분묘을 표출하고 있으나 개정 장사법의 시행 이전, 이후로 그 처리 방법이 다르게 적용하는 문제는 법 적용의 형평성의 문제에서도 반드시 정리되어야 할 것이다.

따라서 종래 판례에 의해 관습법상의 분묘기지권이 인정된 타인의 소유지에 그 소유자의 승낙을 얻어 분묘를 설치하였지만 약정기간을 정하지 않은 경우는 약정기간을 정하지 않은 법정지상권에 관한 규정이 적용될 수 있다. 분묘기지권을 시효취득하는 경우는 소유권 이외의 재산권의 취득시효 규정이 적용될 수도 있는 경우이다. 자기 소유의 토지에 분묘를 설치한 후 철거특약 없이 타인에게 토지 소유권을 양도한 경우에 인정되는 관습법상의 분묘기지권은 관습법상의 법정지상권으로 해결할 수 있을 것이다. 판례는 관습법상의 분묘기지권의 존속기간을 분묘가 존재하는 한 영구적으로 인정하는데 비해, 약정기간을 정하지 않은 법정지상권의 존속

기간이나 소유권 이외의 재산권(지상권)의 취득시효에 따른 존속기간은 모두 5년으로 된다고 하여 분묘의 부분에 대하여는 특별하게 처리하고 있는 것이다. 타인의 토지 위에 정당한 권원 없이 설치된 분묘를 굳이 관습법상의 분묘기지권으로 보호하는 것이 과연 우리나라의 분명한 관습인지 판례는 밝히고 있지 않고 있다. 관습을 인정한다고 하여도 이러한 관습이 21세기를 살아가는 현재도 우리 사회에서 정당하고 합리적인 관습으로 받아들여질 수 있는지는 의문이다. 지금까지 전통적인 분묘제도는 각종 개발 사업을 추진함에 있어서 여러 가지 장애요인으로 작용하여 장사법의 개정을 통하여 관습상의 분묘기지권을 더 이상 인정하지 않는 것으로 규정하였다. 그러나 국민적 저항을 피하기 위하여, 기존에 관습상의 분묘기지권을 인정하여 계속 존속시키는 것은 합리성이나 정당성이 결여되었고 앞으로 실질적으로 법 적용을 할 수 있을 것인가라는 의문이 있다.

3. 묘지등록등기제도의 신설 검토

묘지는 용도가 한정되어 있지만 부동산이므로 부동산등기법상의 일반절차에 따른 묘지등기 등의 절차에 따라야 한다. 그러나 묘지는 재산적 가치가 크지 않아 부동산 등기에 소홀하여 실제 권리자와 공부상의 소유자가 일치하지 않는 경우가 매우 많다. 따라서 묘지 관리를 위하여 행정관서에서는 묘지대장을 만들어서 이를 근거로 묘지등기부를 만들거나 묘지부분만 공부를 일원화하는 방안도 검토할 필요가 있다. 또한 묘지 소유권이전의 경우 재산적 가치는 적지만 민법 제1008조의 3에 따른 관리의 주체는 계속 이어질 수 있도록 별도의 묘지등록등기제도의 도입이 필요하다고 여겨진다. 묘지의 등기명의인은 제사주재자의 결정 방법에 따라 정하여진 제사주재자 명의로 이전등기가 이루어 질 수 있도록 등기절차의 개선도 검토할 필요가 있다.

또한 묘지에 대한 전국적인 일제조사를 통하여 무연분묘를 정리하고 장사법이나 특별법을 통하여 묘지등록등기제를 도입하는 방안을 적극적으로 추진하여야 할 것이다. 특히 제주 지역에는 산담으로 분묘를 애워 쌓고 외형상 분묘임이 분명하게 표출되어 있으며, 지목이 묘지로 토지대장에는 기재되어 있으나 미등기의 상태인 경우가 많고, 등기가 되어 있어도 상속등기 절차 등이 제대로 이루어 지지 아니하여 묘지명의인과 실제관리자가

다르게 되어 있는 경우 등 다양한 형태로 나타나고 있다. 또, 묘지대장상의 명의인을 입증하는 절차의 번거로움 때문에 보존등기를 하지 않거나, 묘지의 등기상 명의인이 타계하여도 절차상의 불편으로 상속등기를 하지 않는 경우 등 여러 가지 상황에서 공부를 정리하지 않으면, 각종 공과금의 부과나 중요한 국책 개발을 하는 과정에도 막대한 지장을 초래하여 사업을 지연시키거나 무산시키는 경우가 있을 수 있다.

생각건대, 일반 토지등기부에서 지목이 묘지인 경우에는 묘지등록등기부로 분리하여 관리를 하고, 묘지를 이전하는 경우에는 소유권 이전등기 절차를 간소화하고 상속세와 재산세 부과 대상에서 제외하여 묘지를 소유자나 관리자인 제사주재자 등의 부담을 덜어줄 필요가 있다. 분묘를 이장한 경우, 묘지의 지목변경을 통하여 다시 토지등기부로 환원할 수 있도록 규정한다면 차후 재산권 행사에도 문제가 되지 않을 것이다.

4. 묘지이전등기에 관한 특별법 제정의 검토

묘지의 공부상 명의인과 실질적인 소유자를 일치시키기 위해서는 현행 등기부 취득시효나 일반취득 시효를 통하여 구제될 수 있다. 그러나 묘지 자체가 재산적 가치만으로 판단하면 소송절차를 이행하는데 비용이나 시일이 과다하게 소요되어 신속하게 해결되기 어려운 상태가 될 것으로 보여 진다.

이러한 문제를 신속히 해결할 수 있도록 묘지 이전에 관한 특별법을 제정하여 제사주재자 등의 명의로 간단한 신고 절차로 공부정리가 이루어져야만 전 국토에 산재하여 있는 묘지에 대한 효율적인 분묘관리가 이루어 질 것이다.

정부는 그동안 장기간의 미등기로 방치된 부동산에 대하여 여러차례 공부정리를 간단한 절차로 등기를 신속하게 처리하려는 특별조치법 등을 시행하였다. 그러나 묘지에 대하여는 그 특별조치법의 적용대상에서 제외하여 묘지에 대한 부동산등기부상 소유권관계가 실체관계와 부합되게 정리되지 않고 미등기나 실제소유자와 다른 경우가 많은 것으로 추측된다. 묘지는 재산적 가치가 적고 제사주재자와 묘지 소유자인 등기명의인이 다른 경우가 많지만 효용가지도 적고 명의인이 사망을 하여도 상속등기도 이루어 지지 않는 경우가 많아 공부상 정리가 제대로 되지 않는 것으로 보여 진다. 타인에 토지의 분묘기지권이 있거나 묘지등기가 있는 경우,

분묘를 제외한 전체 토지 소유자와 개발사업자에게는 그 묘지의 소유자나 묘지의 연고자를 확인하는 하는 것이 긴요하지만 실제 소유자를 확인하는 것도 쉽지 않다. 공부 정리를 위하여 묘지에 관한 특별조치법이 필요한 이유이다. 묘지이전등기에 관한 특별조치법 제정에 앞서 정부와 지자체는 묘지대장이나 묘적부 등록을 위한 일제조사를 통하여 전국에 산재한 묘지를 파악하여 한다.

5. 산담문화 와 산업화의 조화

묘지의 지속적인 확대는 국토의 침식과 산업발전을 저해하고 환경을 파괴하며 국토이용계획과 지역개발을 방해한다는 수많은 지적을 받아 왔다. 즉, 묘지는 산업 현장에서 개발사업주체나 개인 토지 소유자에게 해당 토지에 존재하는 묘지 때문에 계획한 사업이 지연 되거나 심지어는 사업을 포기하는가 하면 사업자체가 중단되기도 하는데, 이를 해결하기 위하여 한시적 매장제도를 도입하기로 하였으나 분묘기지권과의 문제로 사실상 활용이 가능할 지 의문시 된다 할 것이다.

장사법은 2000년대 초 매장을 억제하고 화장을 장려하기 위하여 제정되었으나 이후 약 5년 동안 한국사회는 초저출산현상과 인구고령화, 가족관계 약화, 고용불안정 및 미래 불확실성 증대, 토지가격 급상승 등 급격한 변화로 인하여 화장률이 2001년 38.3%에서 2012년 74.0%로 급증하였다.

그러나 이처럼 화장률이 계속 상승할지라도 풍수지리를 따르고 산담문화가 지속되는 등으로 매장 수요가 완전히 없어지지는 않을 것이다. 비록 인구의 감소와 평균수명의 증가로 과거만큼 묘지의 증가 속도가 빠르지는 않을 지라도, 글로벌 시대와 핵가족 시대 등으로 급격한 사회 환경의 변화에 따라 무연고화 되거나 방치되는 묘지는 빠르게 증가할 것이다. 이와 같이 묘지에 대한 사설묘지들에 대한 지속적인 관리의 공백이 더욱 나빠지고, 불법으로 설치된 묘지도 제대로 파악하기도 어렵기 때문에 공공기관에서도 관리에 어려움이 있다는데 큰 문제가 있다. 결국 향후 장사정책의 과제는 화장률을 더 높이는 일보다 다양하게 설치되는 묘지를 어떻게 효율적이고 체계적으로 관리할 것인가를 고려할 필요가 있다.

이와 같은 맥락에서 본 연구는 사회현상 변화에 따른 효율적인 묘지제도의 발전방향을 제시하고자 하였다. 단, 제주지역에 분포된 산담을 문화산

품으로 활용하여 살아있는 사람과 돌아가신 사람들이 어우러져 함께 살아가는 공간으로 분묘로서의 역할과 전통 문화가 숨쉬는 문화 현장으로서의 활용을 검토할 필요가 있다.

기본 방향은 사회 환경의 변화에 적합성을 가질 수 있도록 장사정책의 패러다임을 국토 이용의 효율성 제고를 강조한 묘지 증가 억제에서, 국민 복리 증진을 위한 장사법의 다양성 존중으로 전환하는 것이다. 이러한 목적을 효과적으로 달성하기 위하여 장사정책의 방향을 기존의 획일적인 묘지 설치 억제 및 화장 장려 지향에서 체계적·효율적 묘지관리 및 묘지집단화를 지향하고 문화적 가치가 필요한 산담으로 형성된 분묘는 보전할 수 있는 방안을 강구하고 그렇지 않은 분묘는 장사법에 따르도록 하는 선택과 보전을 통한 합리적인 조화가 필요하다.

6. 장사문화의 새로운 시도

새로운 패러다임으로의 장사정책을 전환시키는 주된 주체는 국가와 지자체가 되어야 하며, 묘지 등을 포함한 장사시설 설치 및 관리는 지역의 자연적 환경과 인문 사회적 환경에 따라 융통성을 가져야 할 것이다. 지금까지 장사법이 실효성을 가지지 못한 가장 주된 이유는 중앙정부가 지역 실정을 충분하게 고려할 수 없어 획일적으로 정책을 수립하고 집행하였기 때문이라고 할 수도 있다. 따라서 향후 장사정책은 장사법에 근간을 두면서, 묘지 등 장사시설에 관한 권한과 의무를 대폭적으로 지자체의 조례에 위임하여 다양한 형태로 나타나는 지역별 장사문화를 충분히 검토하여 지역 실정에 맞는 정책을 입안하여 지자체 주도로 실시될 필요가 있다.

장사법이 규정하고 있는 한시적 매장제도를 원래 취지를 살려서 묘지를 체계적이고 효율적으로 관리하기 위하여 모든 분묘에 한시적 매장제 적용을 묘지일제조사는 중앙정부와 지자체별로 한시적 매장제도를 적용하는 시기부터 매년 발생할 수 있는 무연분묘 등을 예측하고, 관련 장사시설을 수급계획 등에 반영하여 체계적으로 준비하여야 할 것이다.

특히 제주지역에만 존재하는 산담으로 인하여 발생하는 분묘기지권이나, 등기부취득시효, 일반취득시효와 관련된 문제들을 장사법에 반영하여 개정을 하든지, 아니면 특별법 제정을 통하여 분묘의 소유권이 제사주재자나 상속인 등이 실질적인 권리 주체와 일치 될 수 있는 시스템이 개발되거나 신속하게 이전등기가 가능한 묘지등기등록제도의 도입을 검토할 필

요가 있다할 것이다.

다른 정책들과 마찬가지로 장사정책 혹은 제도는 일관성과 신뢰성을 동시에 가져야 국민들로부터 그 실효성을 담보 받을 수 있다. 불법묘지와 무연고 및 방치 분묘들이 계속 증가하고 있는 상황에서 신중하되 조속히 묘지를 체계적 · 효율적으로 관리할 수 있는 제도들이 마련되어야만 할 것이다.

그러므로 묘지에 대한 적극적인 관리를 유도하고 공부의 체계화를 위하여 묘지대장과 묘지등록등기부제도를 도입하고 다른 토지와는 다르게 신속하고 간이하게 이전등기가 되도록 하여야할 것이다. 이를 위하여 묘지에 대한 정당한 권리자와 공부상의 소유자를 일치시키기 위하여 묘지와 산담에 관한 소유권 이전등기 특별조치법을 시행하여 묘지에 관한 재산권 문제를 일거에 해결하는 것이 바람직하다. 한편 제주의 산담문화를 조상들의 전통문화의 보존과 문화상품이라는 측면에서보다 적극적인 보호방안의 강구가 필요하다.

참 고 문 헌

곽윤직, 『물권법 제7판』, 박영사, 2006.

곽윤직, 『상속법』, 박영사, 1997.

김상용, 『물권법 초판』, 화산미디어, 2009.

고성보외 3, 『제주의 돌담』, 제대출판사, 2009.

김석준, 『경제생활 : 제주의 민속5-민간신앙·사회구조』, 1998.

김성욱, 『한국의 토지소유제도의 변천과정과 통일문제』, 한국학술, 2010.

김수봉·박종서·이필도·송현동·박형준·이승영·박서림, 『장사문화 발전을 위한 국가전략계획 수립연구』, 보건복지부·한국보건사회연구원, 2007.

김시덕,『화장문화 확산에 따른 전통상례의 변화』,장묘문화개혁운동 10년, 한국장묘문화개혁범국민협의회, 2009.

김시덕, 『화장문화 변천의 역사적 의미 : 산골문화(그 새로운 접근을 위한 연구)』, 한국장묘문화개혁범국민협의회, 2004.

김용한, 『물권법론(재정정판)』, 박영사, 1993.

김유정, 『제주풍토와 무덤』, 2011.

김인호, 『한국 제주 역사·문화 뿌리학』, 우용출판사, 1997.

김종권, 『부동산등기법(상)』, 한국사법행정학회, 1992.

김주수, 『친족상속법』, 법문사, 2002.

김주수·김상용, 『친족상속법』, 법문사, 2009.

김증한·김학동, 『물권법 제9판』, 박영사, 1998.

노베리트 엘리아스 1996, 김수정 역, 『죽어가는 자의 고독』, 문학동네, 1982.

다카무라 료헤이, 『대한자강회월보(상) 1』, 1906.

대법원, 『대법원 등기 선례집』, 제1권, 1983.

대법원, 『대법원 등기 선례집』, 제7권, 2003.

데이비스 네메스, 역 고영자, 『제주 땅에 새겨진 신유가사상의 자취』, 2012.

민사법연구회, 『민법안의견서』, 일조각, 1957.

민의원·법제사법위원회·민법안심의소위원회,『민법안심의록(상권)』, 대한민국국회, 1957.

박병호, 『한국법제사고』, 법문사, 1974.
－ 『가족법』, 한국방송통신대학교, 1994.
박태호, 『장례의 역사』, 서해문집, 2006.
보건복지가족부, 『2012년도 장사업무 안내』, 보건복지가족부, 2012.
신용하, 『조선토지조사연구사업』, 지식산업사, 1982.
양수산, 『친족상속법』, 한국외국어대학교 출판부, 1998.
양창수, “민법안의 성립과정에 관한 소고, 『민법연구』, 제1권, 박영사, 1991.
오영모, 『조선시대 지방경제사 연구』, 교음사, 1992.
우병창, 『조선시대재산법』, 세창출판사, 2006.
은장보, 『대만의 묘지문제와 묘지정책』, 1996.
역사학회 편, 『한국친족제도연구』, 일조각, 1992.
유석주, 『부동산등기법』, 삼조사, 2012.
윤철홍, 『소유권의 역사』, 법원사, 1995.
이상태, 『물권법 6정판』, 법원사, 2009.
이순구, “조선중기 총부권과 입후의 강화”, 『고문서연구』, 제10호, 한국고문서학회, 1996.
이승길, 『분묘기지권』, 제19호, 토지법학, 2003.
이영준, 『물권법 신정2판』, 박영사, 2004.
이성우, 『가정의례에 관한 의식행태 조사연구』. 한국보건사회연구원, 1993.
임종권,『묘지제도에 관한 국민 의식행태조사 연구』,한국보건사회연구원, 1994.
제주도한라산생태문화연구소, 『한라산 구비전승 · 지명 · 풍수』, 연구소 출판부, 2006.
조종식, 『대한제국의 토지소유권제도』, 학영사, 1993..
창원민사법연구회, 『한국 민법의 역사와 해석』, 창원대 출판부, 2005.
최명구, 『부동산등기법론』, 세창출판사, 2003.
최재석, 『한국가족제도사 연구』, 일지사, 1983.
현용준, 『제주도무속과 그 주변』, 집문당, 2002.
홍성목 역, 『제주도조사보고－조선반도의 농법과 농민』, 우당도서관 2000.

강기홍, “독일장사법 체계에서 수목장”, 『공법학연구』, 제7집 제2호, 한국비교공법학회, 2007.
고창현, “장사문화의 저해요인과 장사법의 개선방안”, 『토지법학』, 제18호, 2002.
김달수, “현행법 제도하에서 본 국민장의 평가와 개선방향”, 『동국대학교 불교대학원 하계학술세미나』, 동국대 출판부, 2009.
김도형, 『대한제국 말기의 국권회복운동과 그 사상』, 연세대학교 대학원 박사학위, 1988.
김부식, “묘지관행의 비교연구”, 『상명대학교 논문집』, 12권, 상명대 출판부, 1981.
김상훈, 『제사용재산의 승계에 관한 연구』, 2008.
김은아, “제사용 재산의 법적 지위”, 『법학연구』, 제34권, 한국법학회, 2009.
김진, “분묘기지권에 관한 소고”, 『재산법연구』, 제24권 제1호, 한국재산법학회, 2007.
김진, “장사제도 개선에 관한 연구”, 『성균관법학』, 제19권 제3호, 성균관대학교 법학연구소, 2007.
김태복, “묘지문제에 관한 연구”, 『한국토지행정학회보1』, 한국토지행정학회, 1986.
김태복, “장묘문화국민의식 설문조사”, 『한국토지행정학회보1』, 한국토지행정학회, 2004.
김창석, “장묘문화시설의 생활공원화 방안”, 『장묘문화개선을 위한 시민 토론회』, 장묘문화개혁범국민협의회, 2001.
김판기, “분묘 등의 승계에 관한 민법 제1008조의3의 해석론”, 『법학연구』, 제21권 제3호, 충북대학교 법학연구소, 2010.
김혁구, 『시한부분묘제도의 정착화에 관한 연구』, 전주대학교대학원 박사학위, 2010.
다카무라 료헤이, “공동묘지를 통해서 본 식민지시대 서울”, 『서울학연구』, 15호, 서울시립대학교 서울학연구소, 2000.
문성윤, 『법률적 측면에서 본 벌초』, 제민일보, 2000.
문화공보부 문화재관리국, 『한국민속종합조사보고서 제주도편』, 1974.
보건복지부, 『이제는 4명 중 3명이 화장』, 노인지원과, 2013.

박광동, “분묘기지권에 관한 고찰”, 『비교사법』 제11권 제1호, 2004.
박상호, “장사법의 문제점과 개선방안”, 『토지법학』, 제18호, 2002.
박태호, 『서울 장묘시설』, 한국장묘문화개혁범국민협의회, 2003.
“자연장 활성화 위해 규제완화 등 제도정비”, 『보건복지가족부 보도자료』. 노인지원과, 2009.
송영민, “제사용재산과 유체귀속의 일체성에 관한 재검토”, 『동아법학』, 제61호, 동아대학교 법학연구소, 2013.
송현동, “장묘문화 개선 시민운동의 성과와 한계”, 『장묘문화개혁운동 10년』, 한국장묘문화개혁범국민협의회, 2009.
신원우 · 김종원 · 최종관 · 허학영 · 김보현, “한반도 보호지역 관리시스템과 DMZ”, 『한국환경생태학회 학술대회논문집』, 19권 1호, 한국환경생태학회, 2009.
심희기, 『조선후기 토지소유에 관한 연구 - 국가지주설과 공동체소유설 비판-』, 1991.
우병창, 『조선시대에 있어서의 재산법 연구』, 고려대학교 대학원 박사학위논문, 1995.
이경용, 『묘지에 관한 특별조치법 제정의 필요성에 관한 연구』, 경희대학교 법학전문대학원 박사학위논문, 2013.
이경희, “민법상 제사용 재산의 승계에 관한 일고찰”, 『아세아여성법학』, 제5호, 아세아여성법학연구소, 2002.
이삼식 · 박종서, 『장사행정 효율화 방안』, 한국보건사회연구원, 2001.
이삼식 · 박미연 · 하미영 · 박종서 · 안영훈 · 한부영, 『장사제도 및 행정체계 국제비교 분석』, 보건복지부 · 한국보건사회연구원 , 2003.
이삼식 외, 『사회환경 변화에 따른 묘제지도 발전방향』, 보건복지부 · 한국보건사회연구원, 2011.
오시영, “관습법상의 분묘기지권의 폐지 여부에 대한 고찰”, 『토지법학』, 제23권 제1호, 2007.
이진기. “제사주재자의 결정과 제사용재산”, 『고려법학』, 제56호, 고려대학교 법학연구원, 2010.
임영덕, “부동산소유권이전등기 등에 관한 특별조치법의 연구”, 국민대학교대학원 박사학위논문, 2008.

임형택, “장사에 관한 법률과 관습법상의 법정지상권”, 『지적』, 제40권 제2호, 2010.
장주근, 『제주도 무속과 서사무가』, 역락, 2001.
장철수, 『한국의 관혼상제』, 집문당, 1995.
전효숙, “제사주재자의 결정방법”, 『법학논집』, 제14권 제3호, 이화여자대학교 법학연구소, 2010.
정긍식, “제사용 재산의 귀속 주체”, 『민사판례연구』, 22권, 민사판례연구회, 2000.
정민자, 『한국의 장묘제도에 대한 연구』, 서울기독교대학교 박사학위논문, 2007.
정승모, “상.장제도의 역사와 사회적 기능”, 『원한 만남 한국 상장례』, 국립민속박물관, 1990.
정종섭, 『헌법학원론 초판』, 박영사, 2005.
정종수, “우리나라 묘제”, 『영원한 만남 한국 상장례』, 국립민속박물관, 1990.
정종휴, “한국민법의 제정과정”, 『곽윤직교수 환갑 기념 논문집』, 박영사, 1985.
제주시청 열린제주시, 『제주도 인쇄정보산업협동조합』, 1월호, 2007.
조종식, “묘지제도의 개선대책”, 『재산법연구』, 제4권 제1호, 한국재산법학회, 1987.
진성기, 『제주도민속-세시풍속』, 제주민속연구소, 1969.
차득기 · 송원호 · 김형무 · 전석 · 김수진, 『묘지실태조사 시범사업 및 전국조사를 위한 연구』, 보건복지부 · 대한지적공사, 2010.
한국갤럽, 『한국인의 라이프스타일 조사』, 2005.
한국장묘문화개혁범국민협의회,『장묘문화개혁운동 10년』, 한국장묘문화개혁범국민협의회, 2009.
황규성 외 역, 『시신위생처리 역사, 이론 및 실제』, 대학서림, 2003.
제주도정뉴스, “제주관광객 ‘1천만명 시대’…반세기만의 대위업”, 2013. 11. 28, http://news.jeju.go.kr/contents/index(2013. 11. 30).
제주특별자치도, “열린 행정 통계정보 2012년 주요행정총람 - 묘지현황”, 2013. , http://www.jeju.go.kr/contents/index.php?mid=010906(2013. 12. 10).

제주특별자치도 열린행정통계 2012년 주요행정총람정보, “묘지현황”, 2012. , http://www.jeju.go.kr/contents/index(2013.12.10.).

ABSTRACT

A Study of Legal Structure of Grave & "Sandam" Local customs at Jeju

Ko, Kwan yong
Department of Law
Graduate School of Konkuk University

Burial Customs is closely linked to social practices, and values. One of the important policies on efficient land-use is improving the grave system. Within Sandam culture of Jeju Island, Sandam Grave is considered to be independent object, because Sandam grave can be registered as the real property. Unlike other places, the ancestors are kept close by particularly in Jeju. A large rectangular stone wall, or "sandam," surrounds a large grave on a jeju hillside, one of thousands on the island. The graves occupy a large area of land compared to graves in other regions. For this reason, legal problems can arise from site right of graveyards.

Despite the fact that graveyard is officially registered as the real property, there is however lack of property rights. When grave is passed on to next generation without proper inheritance registration, then there could a difficulty in property registration, because many relatives can become a person entitled to an appeal. Under this circumstance, there is a need for enacting special law on registration system.

「Funeral Services, etc. Act」 contains rules on Limitation of Installation period of Graveyard, registration document, and handling of an unknown person's grave and other's land graveyard. It is necessary to conduct research on actual condition of graveyard throughout the country. In order to limit installation period of graveyard, it is crucial to confirm installation period of graveyard. Moreover, rights ought to be clearly ,and sufficiently recorded on registration document as an unknown person's grave or other's land.

Specifically, simultaneous investigation on graveyard needs to be conducted in order to figure out situation between graveyard in accordance with due process of law, and illegally installed graveyard. Afterward, fundamental countermeasures, and efficient graveyard control system ought to be established.

Second, it is necessary to thoroughly review the provisions of burial law in order to bridge the gap of reality. Furthermore. various problems resulted from investigation on graveyard should be solved gradually through the provisions in the law.

Third, it is crucial to review the introduction of establishing graveyard registration system in order to expedite register process.

Fourth, disposition of rights of property is difficult on graveyard. So, there is a various problems associated with transfer registration or inheritance. Therefore, it is important to enact special law on registration system for proper ownership transfer registration.

Fifth, it is necessary to review the utilization of Jeju “Sandam” Local Customs as an essential element of cultural attraction, one of the symbols of unique beauty on Jeju Island, and where the reverence for ancestors can be experienced.

Sixth, funeral policy needs to be based on funeral law. It is necessary to entrust local government with authority ,and duty of right with respect to funeral system. Thereby, right policy can be drafted by taking into account of regional circumstance.

Key words : Grave Systems, Sandam Customs, Ancestor Worship Supervisor, Graveyard Registration Systems, Funeral Systems