

소유권에 기한 유체인도청구의 허용 여부

- 대법원 2008.11.20. 선고, 2007다27670 전원합의체 판결(集 56-2, 民164) -

이 준 형*

- I. 사실관계
 - 1. 사건의 경위
 - 2. 소송의 경과
- II. 제1심 및 원심의 판단(원고 청구 인용)
 - 1. 제1심(서울중앙지법 2006. 6. 20. 선고, 2006가합17992 판결)
 - 2. 제2심(서울고법 2007. 4. 10. 선고, 2006나63268 판결)
- III. 피고 측 상고 이유
 - 1. 제사주재자의 권리에 대한 법리오해
 - 2. 장자의 제사주재자 지위를 부인할 수 있는 특별한 사정에 관한 법리오해
 - 3. 채증법칙 위배로 인한 사실오인
- IV. 대상판결 요지
- V. 문제의 제기
- VI. 대상판결에 나타난 견해의 검토
 - 1. 다수의견
 - 2. 대법관 박시환, 대법관 전수안의 반대의견
 - 3. 대법관 안대희, 대법관 양창수의 반대의견
 - 4. 다수의견에 대한 대법관 이홍훈, 대법관 김능환의 보충의견
 - 5. 整理
- VII. 이론의 검토
 - 1. 특수소유권론의 내용
 - 2. 독일 死者供養說의 형성과정
 - 3. 比較法
- VIII. 私 見

* 논문접수: 2010. 4. 30. * 심사개시: 2010. 5. 10. * 게재확정: 2010. 6. 10.

* 법학박사, 한양대학교 법학전문대학원 교수

I. 사실관계¹⁾

1. 사건의 경위

망인은 1947. 7. 26. 乙과 혼인하여 그 사이에 원고 등 3남 3녀를 두었는데, 1961.경부터 乙과 떨어져 丙과 동거에 들어간 이래 2006. 1. 8. 사망할 때까지 약 44년간 丙과 함께 살면서 그 사이에 피고들(1남 2녀)을 두었다(다만, 피고들의 호적등본에는 母가 丙이 아닌, 원고의 생모인 乙로 등재되어 있음).

피고들은 2006. 1. 8. 망인이 사망하자 그의 유체를 공원묘지에 안장하였다. 이에 원고는 망인의 유체를 선산에 미리 준비해 놓은 묘터에 모셔야 한다면서 이장을 요구하였고, 피고들이 이를 거부하자 피고들을 상대로 망인의 유체 인도를 구하는 이 사건 소송을 제기하였다.

2. 소송의 경과

(1) 원고의 주장

① 망인의 유체, 유골에 대한 소유권은 제사주재자에게 있고, 망인의 장남이자 호주승계인인 원고가 망인의 제사주재자이므로, 피고들은 원고에게 망인의 유체를 인도해야 한다.

② 망인의 생존 당시 망인과 원고 사이에는 왕래가 있었는데, 피고들은 망인이 사망하자 원고 등 다른 형제들에게 이를 알리지 않은 채 망인의 유체를 공원묘지에 안장하였고, 얼마 후 이러한 사실을 알게 된 원고는 망인을 선산에 미리 준비해 놓은 묘터에 모시기 위해 이장을 요구하였으나 피고들이 이를 거부하여 이 사건 소송을 제기한 것이므로, 원고에게 제사주재

1) 사실관계는 전적으로 이 사건 재판연구관의 보고서로 추정되는 宋景根, “제사주재자의 결정방법과 망인 자신의 유체·유골(遺體遺骨)에 관한 처분행위의 효력 및 사자(死者)의 인격권”, 『대법원판례해설』, 제77호, 2008, 제623~686면, 특히 제626~628면에 의존하였다.

자의 지위를 유지할 수 없는 특별한 사정이 있다고 할 수 없다.

(2) 피고들의 주장

① 망인의 생전 의사에 따라 망인의 유체를 이 사건 분묘에 안장한 것이므로 원고도 이에 따라야 한다(→제1심에서 판단).

② 원고와 망인이 망인의 생전에 40여 년 동안 절연해 왔고, 양자 사이의 왕래, 부모로서의 자식 양육, 자식으로서의 부모 부양 등 가족구성원으로서의 최소한의 가족애조차 없었으므로, 원고에게는 제사주재자의 지위를 유지할 수 없는 특별한 사정이 있다(→제2심에서 판단).

II. 제1심 및 원심의 판단(원고 청구 인용)²⁾

1. 제1심(서울중앙지법 2006. 6. 20. 선고, 2006가합17992 판결)

(1) 원고 측 청구원인에 대한 판단

① 시체·유체도 물건으로서 소유권의 객체가 되나, 그 소유권은 오로지 매장·제사·공양 등을 할 수 있는 권능과 의무를 내용으로 하는 특수한 소유권이고, 이와 같은 시체·유체에 대한 권리는 민법 제1008조의3에 준하여 제사주재자에게 귀속된다.

② 관습상 종손이 있는 경우라면 그가 제사를 주재하는 자의 지위를 유지할 수 없는 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 종손에게 제사주재자의 지위가 인정된다(大判 00.9.26, 99다14006). 원고는 망인의 장자로서 망인에 대한 제사를 주재할 지위에 있어서 망인의 유체에 대한 권리는 원고에게 귀속되는데, 피고 재단은³⁾ …망인의 유체를 공동점유하고 있으므로, 피고들은 원고

2) 제1심판결 및 원심판결은 『대법원판결집』, 제56권 2호, 제215~216면, 214~215면에 각각 실려 있다.

에게 자신들이 불법점유하고 있는 망인의 유체를 인도할 의무가 있다.

(2) 피고들의 주장에 대한 판단

망인이 생전에 미리 자신의 유해를 처분하는 행위는 망인의 사후 유해에 대한 권리를 취득한 자에 대하여 법률상 구속력이 미치는 것이 아니다.

2. 제2심(서울고법 2007. 4. 10. 선고, 2006나63268 판결)

제1심판결 이유를 그대로 인용하고(민사소송법 제420조), 다만 위 1. (2)에 다음을 추가한다.

즉, 망인은 스스로의 의사에 의하여 원고의 母인 乙과 별거하고 피고들의 母인 丙과 동거생활을 함으로써 원고와 사이의 왕래나 양육, 공양 등이 이루어지지 않았다고 보이고, 달리 원고가 망인의 생존 시 부모로서의 공양을 거부하거나, 사후 제사를 거부하겠다는 등의 의사를 표현하였음을 인정할 만한 아무런 증거가 없으므로, 원고에게 제사를 주재하는 자로서의 지위를 유지할 수 없는 특별한 사정이 있다고 볼 수 없다.

III. 피고 측 상고이유⁴⁾

1. 제사주재자의 권리에 대한 법리오해

(1) 호주상속 폐지 등 민법개정으로 형사간의 합의가 없는 원고만의 일방적인 제사승계자 선언과 주장만으로 분묘승계권은 인정되지 않는다.

(2) 망인이 생전에 선정한 곳에 묻혔다면, 그 곳을 유지하지 못할 다른 중대한 사정(예를 들어 홍수 등으로 인한 유실, 소유권 변동으로 인한 이장

3) 제1심에서는 망인이 묻혀있는 공원묘지를 설치, 운영하고 있는 財團이 공동피고였다.

4) 상고 이유 또한 『대법원판결집』, 제212~214면에 실려 있다.

등)이 없는 한 제사주재자라고 하더라도 함부로 변경할 수 없는 것이 타당하다.

2. 장자의 제사주재자 지위를 부인할 수 있는 특별한 사정에 관한 법리오해

(1) 처음 절연하게 된 동기가 망인에게 있다고 하더라도 장자인 원고가 성년에 이른 후에도 계속하여 절연 상태를 유지하였다면, 이는 원고에게 망인과의 관계를 회복하고자 하는 의지가 없음을 보여 주는 것이며, 이런 경우에는 당연히 제사주재권을 부인할 수 있어야 하는 것이 제사주재권의 인정 취지에 부합한다.

(2) 호주승계인인 장자라고 해서 유체를 물건으로서 소유권의 객체를 주장하며, 본인이 사전에 자신의 유해를 처분한 의사에 반하여 기왕에 조성된 분묘를 발굴하여 유체를 원고 마음대로 일방적으로 이장한다는 것은 법은 차치하고서라도 인륜에 어긋난다 할 수 있고, 이런 발상을 하는 원고에게 제사주재권을 인정할 수는 없다.

3. 채증법칙 위배로 인한 사실오인

원고가 성년이 된 후에도 20년 이상 망인과 절연하여 살아왔다는 점만 보더라도, 원고가 망인의 생존 시 부모로서의 공양을 거부하거나, 사후 제사를 거부하겠다는 등의 의사를 표현하였음을 인정할 수 있다.

IV. 대상판결(대법원 2008.11.20. 선고, 2007다27670 전원합의체 판결)요지

1. [다수의견] 제사주재자는 우선적으로 망인의 공동상속인들 사이의 협의에 의해 정하되, 협의가 이루어지지 않는 경우에 제사주재자의 지위를 유지할 수 없는 특별한 사정이 있지 않은 한 망인의 장남(장남이 이미 사망

한 경우에는 장남의 아들, 즉 장손자)이 제사주재자가 되고, 공동상속인들 중 아들이 없는 경우에는 망인의 자녀가 제사주재자가 된다.

[대법관 박시환, 대법관 전수안의 반대의견] 제사주재자는 우선 공동상속인들의 협의에 의해 정하되, 협의가 이루어지지 않는 경우에는 다수결에 의해 정하는 것이 타당하다.

[대법관 김영란, 대법관 김지형의 반대의견] 민법 제1008조의3에 정한 제사주재자라 함은 조리에 비추어 제사용 재산을 승계받아 제사를 주재하기에 가장 적합한 공동상속인을 의미하는데, 공동상속인 중 누가 제사주재자로 가장 적합한 것인가를 판단함에 있어서 공동상속자들 사이에 협의가 이루어지지 아니하여 제사주재자의 지위에 관한 분쟁이 발생한 경우에는 민법 제1008조의3의 문언적 해석과 그 입법 취지에 충실하면서도 인격의 존엄과 남녀의 평등을 기본으로 하고 가정평화와 친족상조의 미풍양속을 유지·향상한다고 하는 가사에 관한 소송의 이념 및 다양한 관련 요소를 종합적으로 고려하여 개별 사건에서 당사자들의 주장의 당부를 심리·판단하여 결정하여야 한다.

2. [다수의견] (가) 사람의 유체·유골은 매장관리·제사·공양의 대상이 될 수 있는 유체물로서, 분묘에 안치되어 있는 선조의 유체·유골은 민법 제1008조의3 소정의 제사용 재산인 분묘와 함께 그 제사주재자에게 승계되고, 피상속인 자신의 유체·유골 역시 위 제사용 재산에 준하여 그 제사주재자에게 승계된다.

(나) 피상속인이 생전행위 또는 유언으로 자신의 유체·유골을 처분하거나 매장장소를 지정한 경우에, 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.

[대법관 박시환, 대법관 전수안의 반대의견] 피상속인의 유체·유골은 제

사용 재산인 분묘와 함께 제사주재자가 이를 승계한다고 본 다수의견에는 찬성한다. 그러나 제사주재자가 피상속인의 유체·유골에 대한 관리·처분권을 가지고 있다고 하여 정당한 사유 없이 피상속인의 의사에 반하여 유체·유골을 처분하거나 매장장소를 변경하는 것까지 허용된다고 볼 수는 없다.

[대법관 안대희, 대법관 양창수의 반대의견] (가) 장례의 방식이 다양화하여 분묘 없는 장례가 빈번하게 되고 또한 매장 또는 분묘개설을 강행할 근거가 없는 이상, 유체의 귀속은 분묘의 귀속과 분리하여 처리되어야 한다.

(나) 망인이 자신의 장례 기타 유체를 그 본래적 성질에 좇아 처리하는 것에 관하여 생전에 중국적인 의사를 명확하게 표명한 경우에는, 그 의사는 법적으로도 존중되어야 하며 일정한 법적 효력을 가진다고 함이 타당하다. 나아가 망인의 의사대로 이미 장례나 분묘개설 기타 유체의 처리가 행하여진 경우에는, 다른 특별한 사정이 없는 한 유체의 소유자라고 하더라도 그 소유권에 기하여 그 분묘를 파헤쳐 유체를 자신에게 인도할 것을 청구할 수 없다.

3. 어떤 경우에 제사주재자의 지위를 유지할 수 없는 특별한 사정이 있다고 볼 것인지에 관하여는, 제사제도가 관습에 바탕을 둔 것이므로 관습을 고려하되, 여기에서의 관습은 과거의 관습이 아니라 사회의 변화에 따라 새롭게 형성되어 계속되고 있는 현재의 관습을 말하므로 우리 사회를 지배하는 기본적 이념이나 사회질서의 변화와 그에 따라 새롭게 형성되는 관습을 고려해야 할 것인바, 중대한 질병, 심한 낭비와 방탕한 생활, 장기간의 외국 거주, 생계가 곤란할 정도의 심각한 경제적 궁핍, 평소 부모를 학대하거나 심한 모욕 또는 위해를 가하는 행위, 선조의 분묘에 대한 수호·관리를 하지 않거나 제사를 거부하는 행위, 합리적인 이유 없이 부모의 遺志 내지 遺訓에 현저히 반하는 행위 등으로 인하여 정상적으로 제사를 주재할 의사나 능력이 없다고 인정되는 경우가 이에 해당하는 것으로 봄이 상당하다.

V. 문제의 제기

이 사건 쟁점은 민법 제1008조의3(“분묘에 속한 1정보 이내의 금양임야와 600평 이내의 묘토인 농지, 족보와 제구의 소유권은 제사를 주재하는 자가 이를 승계한다”)의 해석론과 관련하여 다음 네 가지라고 할 수 있다.⁵⁾

① 누가 망인의 제사주재자가 되는가, ② 제사주재자의 지위를 유지할 수 없는 특별한 사정이란 무엇인가, ③ 망인의 유체, 유골에 대한 권리란 무엇이고 누구에게 귀속되는가, ④ 망인이 생전에 자신의 유체를 처분하거나 매장장소를 지정한 경우 제사주재자에게 법률상 구속력이 있는가.

이 가운데에 ①과 ②(대상판결요지 중 1.과 3.)는 사회 환경의 변화에 따른 관습법의 변경과 조리에 의한 분쟁의 해결이라고 하는 주로 法源論(sources of law)이 문제된다. 반면에 ③과 ④(대상판결요지 중 2.)는 인격권과 소유권, 자기결정권과 제사주재권의 대립과 같은 權利論의 관점에서 문제를 접근할 수 있다. 특히 死體(cadaver)의 처리는 일상생활에서만뿐만 아니라 의료실무에서도 그 중요성이 적지 않은바, 이하에서는 ③과 ④의 문제에 국한하여 평석을 진행하기로 한다.

그러나 다수의견에 따르면 사람이 생전에 완전한 능력을 갖춘 상태에서 합리적으로 자신의 유체의 처리에 관하여 정해놓은 경우에도 제사주재자가(물론 도의적 의무를 저버렸다는 비판은 들을 수 있지만) 법적으로 유효하게 그 결정을 반복할 수가 있게 된다. 이것은 ① 財産에 대한 처분을 유언으로 한 경우에 그 유언이 사후에 상속인을 법적으로 유효하게 구속하는 것(민법 제1073조, 제1025조 참조), 그리고 ② 身體에 대한 생전의 침습행위에 대하여 본인의 동의가 법적으로 중요한 의미를 갖는 것과 대비된다.

생각하건대, 이것은 제사주재자가 갖는 유체, 유골에 대한 권리를 “매장·

5) 宋景根, 전게논문, 제629면 및 제661면 이하를 보면 ③과 관련하여 유체, 유골에 대한 권리를 소유권으로 보고, 권리의 귀속자 문제만을 언급하고 있지만, 평석에서 보듯이 과연 그 권리를 당연히 소유권으로 볼 것인가는 심히 의문이다.

제사·공양 등을 할 수 있는 권능과 의무를 내용으로 하는 특수한 「소유권」이라고 보는 민법학계의 다수설⁶⁾과 대상판결 이전의 일부 하급심판결⁷⁾에서 비롯된 결과로 보인다. 이하에서는 먼저 대상판결에 나타난 대법관들의 다양한 의견을 살펴보고(VI), 다음으로 학계의 다수가 취하는 이른바 「특수 소유권설」에 대한 비판을 시도하고(VII), 결론을 내리기로 한다(VIII).

VI. 대상판결에 나타난 견해의 검토

1. 다수의견

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.

무릇 분묘라 함은 그 내부에 사람의 유골·유해·유발 등 시신을 매장하여 사자(사자)를 안장한 장소를 말하고, 외형상 분묘의 형태만 갖추었을 뿐 그 내부에 시신이 안장되어 있지 않은 경우에는 분묘라고 할 수 없으므로(대법원 1976.10.26. 선고 76다1359, 1360 판결, 대법원 1991.10.25. 선고 91다18040 판결 참조), 유체·유골이야말로 분묘의 본체가 되는 것으로서 그것이 없으면 법적으로 유효한 분묘를 설치할 수 없다. 또한, 민법은 분묘를 제

6) 『民法注解 總則(2)』, 제98조(金炳宰 집필부분), 博英社, 1995, 제30~31면.

7) 서울고법 74.10.11. 74나609(高集 1974, 민(2)178)는 원고가 자신의 조부모 및 백부모의 분묘를 발굴하고 그 자리에 건물을 신축한 피고에 대하여 점유권, 조상승배권, 소유권 침해를 주장한 사안인데, ①점유보호청구권은 기간도과로 ②조상승배권은 도의상 지위에 불과하고 물권 기타 이와 유사한 권리가 아니라는 이유로 각각 배척한 다음 ③소유권 침해와 관련하여 “유체, 유골은 그 사물의 성질상 매장, 관리, 제사 등의 목적적 제산을 받는 것이기는 하나 하나의 유체물로서 소유권의 객체가 된다”고 판시하였다(다만 이 사건에서는 원고가 조부모, 백부모의 호주상속인이라는 증거가 없다는 이유로 받아들이지 않았다).

사승계의 대상으로 삼고 있고, 분묘에 대한 수호·관리권은 특별한 사정이 없는 한 누가 그 분묘를 설치했는지에 관계없이 제사주재자에게 속한다고 해석되는바(대법원 1997.9.5. 선고 95다51182 판결 참조), 이는 유체·유골이 제사승계의 대상으로서 제사주재자에게 귀속됨을 전제로 하는 것이다.

한편, 유체·유골의 처분방법 또는 매장장소 지정에 관한 망인 자신의 생전 의사 내지 감정은 마땅히 존중되어야 하지만, 망인의 영혼이 떠나고 남은 유체·유골에 대한 매장·관리·제사·공양 등은 그 제사주재자를 비롯한 유족들의 망인에 대한 경애·추모 등 개인적인 감정에 의해 이루어지는 것이고, 망인의 유체·유골은 제사주재자에게 승계되는 것이므로, 그에 관한 관리 및 처분은 중국적으로는 제사주재자의 의사에 따라 이루어져야 한다고 봄이 상당하다. 나아가, 유체·유골의 처분방법이나 매장장소의 지정은 법정 유언사항에 해당하지 않고, 달리 법률적 구속력을 인정할 만한 근거도 없다.

이상의 사정을 종합해 보면, 피상속인이 생전행위 또는 유언으로 자신의 유체·유골을 처분하거나 매장장소를 지정한 경우에, 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하지 않는 이상 그 의사는 존중되어야 하고 이는 제사주재자로서도 마찬가지라고 할 것이지만, 피상속인의 의사를 존중해야 하는 의무는 도의적인 것에 그치고, 제사주재자가 무조건 이에 구속되어야 하는 법률적 의무까지 부담한다고 볼 수는 없다.

2. 대법관 박시환, 대법관 전수안의 반대의견

우선 피상속인의 유체·유골은 제사용 재산인 분묘와 함께 제사주재자가 이를 승계한다고 본 다수의견에는 찬성한다. 그러나 제사주재자가 피상속인의 유체·유골에 대한 관리·처분권을 가지고 있다고 하여 정당한 사유 없이 피상속인의 의사에 반하여 유체·유골을 처분하거나 매장장소를 변경하는 것까지 허용된다고 볼 수는 없으므로 그 점에서는 다수의견에 찬성할 수 없다.

자신의 신체에 대한 권리는 인격권의 핵심에 해당하고, 신체에 대한 자

기결정권은 당사자가 살아있는 동안에는 물론 그 사후에도 최대한 존중되어야 한다. 사람이 사망한 후에는 더 이상 권리의무의 주체가 되지 못한다는 것이 현행법의 일반원칙이기는 하나, 그렇다고 하여 권리능력을 상실하기 전에 생전행위 또는 유언으로 자기 신체의 처분이나 장례방법·매장장소 등에 관한 의사를 표시한 경우 그 의사표시의 효력을 사후에까지 유지시켜 법적 구속력을 인정하는 것까지 부정되어야 할 필요는 없다.

이는 피상속인의 유체·유골에 대한 권리를 제사주재자에게 귀속시킨 취지가 망인에 대한 경애·추모에 있다는 점에 비추어 보면, 유체·유골을 포함한 제사용 재산에 관한 제사주재자의 권리 자체에 내재하는 한계라고 보아야 할 것이다. 종래의 관습과 현행법이 제사용 재산에 대한 권리를 제사주재자가 단독으로 승계하도록 하고 있는 것은 여러 가지 면을 고려한 결과라고 할 것이지만, 실질적으로는 유족을 대표하는 지위에서 이를 승계하는 것이라고 볼 여지가 있다는 점을 고려하면, 제사주재자라고 하여 피상속인의 생전 의사를 무시하고 마음대로 유체를 처분하거나 다른 방법으로 장례를 치르는 것은 다른 유족들의 망인에 대한 경애·추모의 정을 훼손하는 행위로서 제사주재자에게 주어진 권한을 넘어서는 행위라고 보아야 한다.

대법관 안대희, 대법관 양창수의 반대의견에서 적절히 지적하다시피, 오늘날 死者에 대하여도 일반적 또는 제한적인 인격권을 인정하여야 한다는 주장이 제기되고 있고, 형법상 사자의 명예훼손죄, 저작권법상 저작자 사망 후의 저작인격권 보호규정, 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 등 개별 법령에서 사망자의 인격권을 보호하는 규정을 두고 있는 점을 보더라도, 피상속인의 유체·유골의 처분이나 장례방법에 관한 생전 의사표시에 법적 구속력을 인정하는 것이 현행법의 전체 체계에 어긋나는 것이라고 볼 수 없을 뿐 아니라, 장기 등 이식에 관한 법률에서는 사망자의 의사에 1차적 구속력을 인정하고 있는 점을 보아도 제사주재자가 피상속인의 생전 의사에 반하여 유체·유골을 처분하거나 장례방법, 매장장소를 변경하는 행위는 특별한 정당 사유가 없는 한 허용되지 않는 것으로 보아야 할 것이다.

3. 대법관 안대희, 대법관 양창수의 반대의견⁸⁾

가. 제사주재자가 누구인지 문제와 별도로, 장례 기타 신체의 사후처리(사후처리)에 관한 망인의 의사가 유체 소유권의 귀속 또는 그 행사에 어떠한 영향을 미치는지가 더욱 의미를 가질 수 있다.

(1) 이 사건 분묘는 ‘장사 등에 관한 법률’ 제14조에서 정하는 ‘사설묘지(사설묘지)’로서 민법 제1008조의3에서 정하는 금양입야 또는 ‘묘지인 농지’와는 전혀 무관하고, 또 족보나 제구에 대하여 이 사건 당사자들은 관심이 없다.

(2) 망인이 장례의 방식이나 장소 등과 같이 유체를 그 본래적 성질에 좇아 처리하는 것에 관하여 생전에 종국적인 의사를 명시적으로 표명한 경우에는, 그 의사는 법적으로도 존중되어야 하며 상응하는 법적 효력을 가진다고 봄이 타당하다. 또한, 설사 유체의 처리에 대한 망인의 의사에 별다른 법적 효과가 없다고 하더라도, 일단 그 의사에 기하여 장례나 분묘개설 기타 유체의 사후처리가 행하여진 후에는 유체의 소유권이 누구에게 귀속되는지에 상관없이 그 소유권은 그 한도에서 제한되어서 다른 특별한 사정이 없는 한 분묘를 파헤쳐 유체를 자신에게 인도할 것을 청구할 수 없다고 할 것이다.

나. 오늘날 장례의 방식이 다양화하여 분묘 없는 장례가 빈번하게 되고 또 매장 또는 분묘개설을 강행할 근거가 없는 이상, 유체의 귀속은 분묘의 귀속과 분리하여 처리되어야 한다.

(1) 이제 화장이나 자연장이 흔하게 행하여져서 분묘가 개설되지 아니하게 되면, 유체의 귀속이 분묘의 귀속에 대하여 정하는 민법 제1008조의3에 의하여 정하여진다는 논리가 타당할 수 없다. 사람은 필연적으로 죽게 되어 있고 죽으면 유체는 항상 남는 것이므로 그 귀속을 정할 필요는 사망과 함께 항상 발생하는 반면에, 매장이나 분묘의 개설은 장사의 한 방법에 불과하다.

(2) 국가가 누구에게 망인의 유체를 매장하여 분묘를 개설하는 방식으로

8) 판시 중 가, 나, 부분은 요약, 마, 부분은 가. (2)와 동일하므로 생략.

장사를 치르도록 하는 것은 물론이고 나아가 ‘제사’를 지내는 것을 법으로 강제할 수 없다. 그런데도 종전 판례에 의하면, 분묘에 묻힌 사람의 후손은 분묘 기타 일정한 재산, 나아가 그 사람의 유체가 귀속될 사람을 정하려면 제사를 지내야 하고, 나아가 제사를 지내는 사람이 없는 경우에도, 또 특히 부모 기타 선조가 분묘에 묻혀 있지 아니한 경우에도, 부모 등의 유체 등의 귀속을 정하기 위하여 “제사를 주재하는 자” 또는 “제사를 주재하여야 하는 자”를 관습법 또는 조리의 이름으로 ‘창조’해 내야 한다.

(3) “장사 등에 관한 법률”에 의하면, 매장(따라서 분묘의 개설)은 같은 법 제13조에서 정하는 공설묘지, 제14조에서 정하는 사설묘지가 아니면 이를 할 수 없고(제7조 제1항), 분묘의 설치기간도 원칙적으로 15년이며(제19조 제1항, 제2항), 설치기간이 경과한 분묘에 대하여는 연고자 또는 묘지의 설치자가 해당 분묘에 설치된 시설물을 철거하고 매장된 유골을 화장하거나 ‘봉안’하여야 한다(제20조 제1항, 제2항).

그런데 분묘 속에 묻힌 유체에 대한 권리는 그것이 유골 등으로 그 형체를 남기는 한 그 귀속이 정하여지지 않으면 안 되므로, 그 문제를 이제 한 정된 기간 동안만 유지될 수 있는 분묘의 귀속과 불가분적으로 결합시켜야 할 이유는 없다.

(4) 이 사건에서 핵심적으로 문제되는 것은 유체이고 분묘가 아니다. 그렇게 보면 유체가 분묘의 본체라고 해서 유체의 귀속을 분묘의 귀속과 일치시켜야 한다는 것은 논리가 뒤바뀐 것이다. 그것은 분묘 안에 있지 아니한 유체는 분묘와 아무런 관련이 없고 하물며 그 유체에 대하여 분묘의 ‘본체’를 논의할 수 없음도 자명하다.

(5) 민법 제1008조의3에서 정하는 “제사를 주재하는 자”를 “제사를 주재하여야 하는 자” 또는 “제사를 주재하여 마땅한 자”라고 해석하면 장남 등에게 제사를 주재할 것을, 나아가 일반적으로 선조에게 제사를 지내야 하는 것을 간접적으로 시사하는 것이 되기 때문에 부당하다.

(6) 이상에서 본 바와 같이 민법 제1008조의3은 그 부분체계성으로 말미

암아 이제 유체의 귀속자를 정하는 일반적 기준이 될 수 없다. 그러므로 민법 제1008조의3의 판단틀 바깥에서 유체의 처리·귀속에 관한 일반법리를 모색할 필요가 있다.

다. 장례 기타 유체의 사후처리에 관하여는 많은 외국의 예를 들 것도 없이 망인의 종교적인 의사가 1차적인 기준이 된다(상속인들은 그 한도에서 망인의 유언집행자에 준하는 지위에 있게 된다).

(1) 사람의 신체는 그의 본질적 속성이다. 그리고 신체는 가장 뚜렷한 '내 것'으로서, 내가 소유하는 어떠한 물건보다도 더욱 현저하게 나에게 속하며 나의 의사에 의하여 지배된다. 그런데 사람의 사망으로 생전에 신체가 속하던 그 '사람'은 사라지고, 유체의 처리는 살아 있는 자들의 일이 된다. 유체가 이제 '물건'이 되어서 그에 대하여 소유권이 성립한다고 하더라도, 그것은 오로지 장례와 같은 사후처리, 나아가 제사·공양 등을 할 수 있는 권능, 또 그와 같은 의무가 따르는 특수한 객체임은 물론이다.

(2) 사람이 자신의 신체에 대하여 가지는 권리는 인격권적인 성질의 것으로서, 그것이 법정의 유언사항인지 아닌지 여부와는 관계없이, 장례·장기 기증·분묘개설 기타 자신의 유체에 대한 사후처리에 관한 한, 이른바 '事後的 인격보호'의 한 내용으로서 법적 효력을 가진다고 하여야 한다.

이는 인격권이 死者에게도 살아 있는 사람과 같은 또는 그에 준하는 내용과 범위로 일반적으로 인정되어야 하는지 여부와는 별개의 문제이다. 인격권이라는 법개념 자체가 인격적 성질을 가지는 개별적 이익에 대하여 개별적인 국면에서 법적 보호가 부여되는 것이 쌓여감으로써 점차로 형성되어 간 것이다.

(가) 인간의 존엄은 그의 사망에 의하여 완전한 무로 돌아가는 것은 아니며, 살아 있는 사람에 대한 인격 보호의 필요는 사망으로 인하여 완전히 소멸하지 않는다. 우리 법도 사자의 명예를 보호하는 형법 제308조, 저작자 사망 후의 저작인격권 보호에 관한 저작권법 제14조 제2항, 나아가 특히

“사망한 자에 대한 인격권의 침해가 있거나 침해할 우려가 있는 경우”에 관하여 정면에서 그리고 상세히 정하는 ‘언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률’ 제5조 제3항 내지 제5항 등을 통하여 이 점을 명확하게 하고 있다.

(나) 사람이 자신이 사망한 후에 일어나는 장사 기타 유체의 처리에 대하여 관심을 표명하고 자신의 의사를 중국적으로 정하여 그대로 실행되기를 원하는 것은 자연스러운 일이다. 우리 법은 망인이 생전에 가지던 재산에 대하여 행한 그의 중국적인 死因行爲에 유언 또는 사인증여라는 이름으로 법적 효력을 준다. 그렇다면 망인이 소유하는 어떠한 물건보다도 더욱 현저하게 그에게 속하여 그 의사에 의하여 지배되던 그의 몸에 대하여는 그 성질상 더욱 그러하여야 할 것이다. 다만, 그 중국적인 의사는 유언과 같이 방식을 지켜야 하는 것은 아니지만 명확하게 표시되어야 한다(장기 등 이식에 관한 법률 제11조 제1항 제1호도 참조).

(다) 또한, 망인의 의사를 1차적 기준으로 하는 것이 망인에 대한 유족의 추모·경애라는 인격적 이익과 충돌하는 결과가 되지 않는가 하는 의문이 들지 모른다. 그러나 그것은 망인 의사의 법적 보호의 내용과 한계를 적절하게 정함으로써 충분히 처리될 수 있으므로, 그 점을 들어 그 1차적 기준성을 아예 부인할 것이 아니다.

(3) 그리고 망인의 의사를 유체 처리의 면에서도 존중하는 것이 부차적으로는 사람이 사망한 후에 그 유족들이 망인의 유체를 ‘모시는’ 것을 두고 분쟁에 말려드는 결코 바람직하지 않은 일을 부족하나마 미리 막는 하나의 방법이 될 수도 있다.

한편, 우리는 ‘망인의 안식’이라는 관념을 알고 있다. 누구도 죽은 후의 세계를 알 수 없다. 그러나 자신이 죽은 후에 사랑하는 유족들이 유체를 두고 서로 편을 갈라 싸운다는 것은 이를 상상하는 것만으로도 끔찍한 일이다. 그러한 사태를 피하기 위하여서라도, 살아 있는 동안에 자신이 죽은 후에 남기는 유체를 어떻게 처리할 것인지의 의사 결정에 법적 효력을 줄 필요가 있고, 그 의사의 실현을 도덕에 맡기는 것으로는 그러한 사태를 적절

히 막을 수 없다. 그것이야말로 살아 있는 사람들을 위하여 그 한도에서 누구에나 닥쳐올 죽음 그 후에 대한 현재의 안식을 확보하는 것이 된다.

(4) 우리의 실정의 법도 유체에 대한 망인의 의사지배를 기본적으로 인정하는 바탕 위에서 있다고 할 것이다. 무엇보다도 '장기 등 이식에 관한 법률'이 그러하다.

사망한 사람의 유체로부터 장기를 적출하기 위한 기본요건을 정하는 같은 법 제18조 제3항을 보면 본인이 장기의 적출에 관하여 자신의 중국적인 의사를 밝힌 한에서는 그 의사가 1차적인 기준이 되며 유족의 의사는 부차적으로만 고려됨을 알 수 있다. 즉 한편으로, 망인이 생전에 장기의 적출에 반대하였으면, 어떠한 경우에도, 즉 유족이 장기의 적출에 적극적으로 동의하는 경우에도, 그 유체로부터 장기를 적출할 수 없는 것이다. 또 다른 한편으로 망인이 장기의 적출에 동의하였으면 원칙적으로 그에 따른다. 다만, 유족의 명시적인 거부가 있으면 장기를 적출할 수 없다(같은 항 제1호 단서). 이처럼 예외적으로 유족의 명시적 거부 의사를 고려하는 것은 마치 재산에 관한 유언에서 유족의 재산적 이익을 고려하여 유류분제도가 마련된 것과 같이 이해될 수 있다. 특히 장기의 적출이 예외 없이 유체의 의식적인 훼손이 되므로, 그 한도에서 유족의 감정 기타 인격적 이익에 특별히 배려한 것이다. 그러므로 이 단서규정을 장례 기타 유체의 처리 일반에 관한 유족 의사의 우월성 내지 1차적 기준성을 뒷받침하는 법적 근거로 이해하는 것은 경계되어야 한다.

이와 같이 장기의 적출에 관하여 본인의 의사가 1차적으로 존중되어야 함은 같은 법의 제2조가 그 법의 '기본이념'을 정하면서 제2항에서 장기를 기증하고자 하는 사람이 자신의 장기 기증에 관하여 표시한 자발적 의사는 존중되어야 한다고 정하는 것에 의해서도 뒷받침된다.

라. 나아가 설사 유체의 처리에 관한 망인의 중국적인 의사에 법적 효력을 인정할 수 없다고 하더라도, 이미 장례나 분묘개설 등 유체의 사후처리가 망인의 의사(앞서 본 대로 그것이 없는 경우 등에는 상속인 과반수의 의사)에

쫓아 행하여졌다면, 다른 특별한 사정이 없는 한, 이제 유체에 대한 유족의 소유권은 그 유족이 누구이든 그 성질에 쫓아 제한되어서 그에 기하여 분묘를 파헤쳐 유체를 자신에게 인도할 것을 청구할 수는 없다고 할 것이다.

(1) 앞서 본 대로 유체에 대한 소유권은 통상의 물건소유권과는 달리 장례·제사·공양 등 ‘잔존한 인격체’라는 유체의 특수한 성질에 쫓은 일정한 권능 및 의무를 내용으로 한다. 그런데 이미 여기서 논의하는 법문제에 있어서 장례는 이미 행하여진 것이므로, 문제의 여지가 없다. 그 외에 남은 제사나 공양 기타의 권리내용은 망인에 대한 추모와 경애·존숭을 표현하는 행위로서 비로소 의미를 가진다.

그런데 망인의 의사에 쫓아 장례가 행하여지고 분묘가 개설되었는데, 이를 파헤쳐 유체를 자신에게 인도할 것을 청구하는 것은 망인 자신이 종국적으로 밝힌 유체의 사후처리에 관한 의사에 반하는 것으로서, 위와 같은 망인에 대한 추모나 경애·존숭의 표현이라는 제사 등의 본래 취지에 맞지 않는다. 그리고 그 제사나 공양 등은 반드시 분묘를 파헤쳐 유체를 인도받지 않더라도 행할 수 있다. 만일 유족이 제사 등을 위하여 분묘에 참배하는 것 등이 방해받는다면, 그 금지 등 법적 구제수단을 모색하면 족한 것이다. 유체를 둘러싼 법적 분쟁이 이 사건에서와 같이 유족들 사이에서 ‘정통성’의 싸움을 해결하거나 각자의 원망을 해소하는 수단이 되어서는 안 된다.

(2) 다수의견은 유족에게는 장례 기타 유체의 사후처리에 관한 망인의 의사에 쫓을 도의적 의무는 있으나 법적 의무는 없다고 한다. 그렇다고 하면 이 사건에서 원고가 존중할 도의적 의무가 있는 망인의 의사대로 개설된 분묘를 파헤쳐 유체를 인도할 것의 청구를 인용하는 것은 도덕적 의무의 내용대로 이미 실현된 바를 법이 뒤집는 것이 된다. 그러나 그것은 결국 부도덕을 부추기는 것으로서, 법이 그에 조력하여서는 안 된다.

우리 법도 그러한 태도 위에서 있다. 무엇보다도 민법 제744조는 변제가 아무런 채무 없이 이루어졌다고 하더라도 그 변제가 “도의관념에 적합한” 것이면 그 반환을 청구할 수 없다고 정한다. 이 규정은 법이 국민의 윤

리의식을 해치는 바에 가담하여서는 안 되며, 도덕에 맞는 상태가 이미 형성된 경우에 그 상태를 법적 수단을 써서 원상에 돌리는 것은 허용되지 않음을 용변으로 말하여주고 있다.

(3) 다수의견과 같이 유체의 사후처리에 관한 망인의 의사에 법적 효력이 주어질 수 없다는 견해를 취한다고 하면, 아직 장례 등 유체의 사후처리가 행하여지지 아니한 경우와 그 의사대로 유체가 처리된 경우를 법적으로 달리 처리하는 것은 허용될 수 없다고 할는지 모른다.

그러나 법이 동일한 법률요건을 문제 삼더라도 그것이 어떠한 상태를 장래를 향하여 새로이 형성하는 법률효과와 관련되는 경우와 이미 형성된 상태를 교정하는 법률효과와 관련되는 경우를 구별하여 처리하는 것은 드문 일이 아니다. 앞서 본 민법 제744조의 경우 외에도, 예를 들어 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하여 무효인 계약의 경우에 그에 기하여는 이행청구를 하지 못함은 물론이나, 일단 그에 기하여 이행이 행하여지면 이를 불법원인급여라고 하여 수령자가 그 급부의 반환을 청구하지 못하는 것이다(민법 제746조). 그리고 불법원인급여에 관하여는 오히려 불법원인으로 이행을 받은 급부수령자가 소유권을 취득하고 급여자의 소유권은 아예 상실된다는 점(대법원 1979. 11. 13. 선고 79다483 전원합의체 판결 참조)도 이 사건의 맥락에서 시사하는 바가 없지 않음을 지적하여 두고자 한다.

4. 다수의견에 대한 대법관 이홍훈, 대법관 김능환의 보충의견⁹⁾

(1) 유체·유골의 승계에 관하여

이 사건은 망인의 유체가 이미 분묘 안에 안장되고 그것이 유족들에 의한 제사의 대상으로 되고 있으므로, 다수의견은 이를 전제로 하여 제사용 재산

9) 이외에 상고이유 제1점 중 제사주재자의 결정 방법에 대한 대법관 김영란, 대법관 김지형의 반대의견과 이 반대의견에 대한 대법관 김영란의 보충의견이 각각 있으나, 본 평석의 주제에서 벗어나므로 인용을 생략한다.

및 유체·유골의 승계에 관한 법리를 전개한 것이며, 이와 같은 전제 사실을 떠난 논의[대법관 안대희, 대법관 양창수의 반대의견]는 적절하지 않다.

(2) 망인의 인격권 및 그에 근거한 망인의 의사표시의 효력에 관하여

(가) 대법관 박시환, 대법관 전수안, 대법관 안대희, 대법관 양창수의 반대의견은, 망인의 인격권을 근거로 망인이 생전에 자신의 유체·유골의 처분방법 또는 매장장소 지정(이하 ‘유체·유골의 처분방법 등’이라고 한다)에 관하여 한 의사표시는 제사주재자에게 법률적 구속력이 있다는 취지이다.

(나) 오늘날 과학기술의 발전과 각종 매스 미디어의 발달, 인터넷의 성행 등에 따라 사람의 인격적 가치에 대한 침해의 위험성이 높아졌고, 그에 따라 인격권에 대한 보호의 필요성이 커졌으며, 저작권법, 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률에서는 망인의 저작인격권 침해나 언론기관의 보도로 인한 망인의 인격권 침해에 대비한 보호규정을 두고 있다. 그러나 그렇다고 하여 실정법에서 망인의 인격권에 관한 보호규정을 두고 있지 않은 경우에도 망인의 인격권을 일반적으로 인정할 수 있는지에 관하여는 신중한 접근이 필요하다고 생각한다.

사람은 생존하는 동안 권리와 의무의 주체가 되는 것이므로(민법 제3조), 사망한 후에는 그 주체가 될 수 없는 것이다. 또한, 인격권은 일신전속권으로서 그 주체의 인격에 전속하여 그 주체와 분리될 수 없는 것이므로, 재산권과는 달리 양도나 상속의 대상이 될 수 없고, 따라서 법률에 특별한 규정이 없는 한 그 귀속주체가 사망함에 따라 소멸한다고 보아야 한다.

우리 민법이 아직 출생하지 않은 태아에게 제한적인 권리능력을 인정하고 있는 것(제762조, 제1000조 제3항, 제1064조)을 들어 망인에게도 이를 인정할 수 있는 것 아니냐는 주장이 있을지 모르나, 태아의 경우 조만간 자연인이 되어 권리능력을 취득할 것이 기대되기 때문에 특별히 위와 같은 규정을 둔 것인 반면, 망인의 경우에는 사망으로 권리능력이 확정적으로 소

별되므로 적절한 비교대상이 될 수 없다.

실정법의 규정이 없음에도 망인의 인격권을 일반적으로 인정할 경우, 그 귀속주체가 누구인지(즉, 사망한 사람의 인격권이 사망한 사람에게 귀속될 수 있는지), 누가 이를 행사할 것인지(즉, 사망한 사람이 자신의 인격권을 행사할 수 있는지), 유족이 이를 대신 행사할 수 있다고 본다면 그 법률적 근거는 무엇인지, 만일 유족이 없는 사람은 어떻게 되는 것인지 등이 문제 되는데, 이에 관한 논거 및 그 타당성이 검증되지 아니한 상태에서 선불리 망인의 인격권을 일반적으로 인정하는 것은 곤란하다고 생각한다.

따라서 법률에서 망인의 인격권의 행사방법 등을 규정하고 있는 경우가 아닌 한 망인의 인격권을 쉽사리 인정하는 것은 경계해야 하고, 오히려 유족 고유의 인격권 보호를 통해 망인의 인격권을 간접적으로 보호함으로써 위와 같은 문제점을 해소할 수 있을 것이다.

(3) 한편, 망인의 인격권을 인정하는 것과 망인이 생전에 자신의 유체·유골의 처분방법 등에 관하여 한 의사표시에 그 제사주재자가 법률상 구속 되는지 여부는 또 다른 문제이다. 망인의 인격권이 인정되는 경우에도 그 유족들의 망인에 대한 경애·추모의 감정 등 유족들 고유의 인격권 또한 그와 별개로 보호되어야 함은 명백하기 때문이다.

여기서 우리는, 이미 사망하여 권리능력이 소멸한 사람의 인격권을 쉽사리 인정하여 도덕적인 영역에 속한다고 보이는 사항까지 인격권으로 해결하려는 것은, 오히려 살아있는 권리주체인 제사주재자 등 유족들의 인격권을 침해하는 결과를 가져올 수도 있음을 유념할 필요가 있다. 장기 등 이식에 관한 법률 제2조 제2항에서 장기를 기증하고자 하는 사람이 자신의 장기 기증에 관하여 표시한 자발적인 의사는 존중되어야 한다고 규정하면서도, 같은 법 제18조 제3항 제1호에서는 본인이 사망 전에 장기 등의 적출에 동의한 경우에도 그 가족 또는 유족이 장기 등의 적출을 명시적으로 거부하는 경우에는 이를 적출할 수 없도록 규정함으로써 망인의 의사에 반하는 유족의 의사에 법률적 구속력을 인정함과 아울러 같은 법 제2조 제2항을 선언적 의미

의 규정으로 삼은 것은, 위와 같이 유족의 망인에 대한 경애·추모의 감정 등 유족 고유의 인격권을 보호하기 위한 취지라고 볼 수 있을 것이다.

또한, 민법 제1008조의3은 제사주재자가 제사용 재산을 승계하도록 함으로써 조상승배와 제사봉행이라는 우리의 전통을 보존하고, 제사용 재산의 分散·散逸을 방지하며, 제사용 재산의 승계에 관한 법률관계를 간명히 처리할 목적으로 두게 된 강행규정인바, 만일 망인이 한 유체·유골의 처분방법 등에 관한 의사표시에 그 제사주재자가 법률상 구속되어야 한다면 위와 같은 입법 취지에 어긋나는 결과를 가져올 수 있다는 점도 고려해야 한다.

나아가 망인의 의사에 따라 망인의 유체·유골의 처분이나 특정 장소에의 매장 등이 이루어진 경우, 그 제사주재자 등이 함부로 그 유체·유골의 인도를 구할 수 없는 경우가 있을 수 있으나, 이는 어디까지나 유체·유골의 처분 등에 관하여 그 적법한 승계권자, 즉 제사주재자의 사전 동의 또는 사후 승낙이 있었다는 등의 특별한 사정이 있는 경우에 한정되어야 할 것이지, 제사주재자의 의사에 반하여 또는 제사주재자를 배제한 채 불법적으로 이루어진 경우까지 그렇게 해석할 수는 없다. 만일 이와 같이 해석하지 않는다면 망인의 의사를 내세워 일단 어떤 방법을 동원해서라도 유체·유골의 처분이나 매장을 해 놓고 보자는 식의 행동을 부추길 것이고, 이는 망인의 유체·유골을 놓고 그 유족들 간에 또 다른 분쟁과 불법을 조장하게 될 우려가 있기 때문이다.

5. 整理

(1) 이상에서 보듯이 1.과 4.의 입장은 다음과 같다. ① 망인이 생전에 자신의 유체·유골의 처분방법 등에 관하여 한 의사표시는 존중되어야 마땅하지만, 이는 도의적 의무인 것이지 법률적 의무로까지 볼 수는 없다. ② 유체·유골의 처분이나 매장장소 등의 선택은 그것이 선택한 풍속 기타 사회질서에 반하지 않는 이상, 중국적으로는 망인의 유체·유골의 귀속권자인 제사주재자의 의사에 따라 이루어지는 것이 타당하다.

(2) 이에 반하여 2.와 3.의 입장은 다음과 같다. ① 망인이 장례의 방식이나 장소 등과 같이 유체를 그 본래적 성질에 좇아 처리하는 것에 관하여 생전에 종국적인 의사를 명시적으로 표명한 경우에는, 그 의사는 법적으로도 존중되어야 하며 상응하는 법적 효력을 가진다.

② 유체의 처리에 대한 망인의 의사에 기하여 장례나 분묘개설 기타 유체의 사후처리가 행하여진 후에는 유체의 소유권이 누구에게 귀속되는지에 상관없이 다른 특별한 사정이 없는 한 분묘를 파헤쳐 유체를 자신에게 인도할 것을 청구할 수 없다. 다만, ②의 근거로서 2.는 “다른 유족들의 망인에 대한 경애·추모의 정을 훼손하는 행위로서”, 3. “그 소유권은 그 한도에서 제한되어서”를 각각 든다.

VII. 이론의 검토

1. 특수소유권론의 내용

우리나라의 학설은 물건의 요건으로서 민법 제98조에서 명시적으로 규정하고 있는 지배가능성 외에도 외계의 일부일 것, 즉 인격을 가진 사람 및 그 일부분이 아닐 것을 추가적으로 요구한다. 현대의 인격절대주의 하에서 사람과 그 일부분은 물건이 아니라 인격권의 대상이라고 보기 때문이다. 즉, 소유권과 인격권을 준별한다.

그 귀결로서 구체적으로 다음과 같은 입장을 취한다.¹⁰⁾

(1) 살아있는 사람의 인체 또는 그 일부.

① 인체 및 그 일부(인위적으로 인체에 부착시킨 의치 등도 포함)는 물건이 아니다.

10) 상세한 문헌 인용은 『民法注解 總則(2)』, 제30~33면을 참조.

② 그러나 “사회질서에 반하는 한” 인체의 일부 중 분리된 것(강제적으로 분리된 혈액 등도 포함)은 분리당한 자의 소유에 속하고, 인체의 일부를 분리시키는 계약이나 분리된 일부를 처분하는 행위 모두 유효하다.

(2) 망자의 시체, 유해

① 죽은 자의 시체나 유해는 물건이다. 그러나 그 취급은 (i) 형법(信仰에 관한 죄 중 제159조 내지 제161조),¹¹⁾ 경범죄처벌법(제1조 6호),¹²⁾ 장사 등에 관한 법률 등의 公法과 (ii) 私法上的 사회질서 및 매장공양 등에 관한 慣習에 의하여 제한된다.

이에 반하여 李英俊은 독일 학설의 「대세」와 마찬가지로 “「미라」나 학술용 골격으로 되어 인간의 존엄과 가치에 대한 인식을 자극하지 않게 된 경우라면 모르되, 그렇지 않은 경우에는 시체의 物件性を 인정할 수 없으므로” 특수소유권의 객체도 되지 않는다고 한다.¹³⁾

② 소유권의 객체성을 긍정한다. 다시 말해서 시체 등에 대한 권리를 소유권으로 본다. 다만, 사용·수익·처분할 수 있는 보통의 소유권과 달리 오로지 매장제사공양 등을 할 수 있는 권능과 의무를 내용으로 하는 특수소유권이라고 설명한다.

반면에 李太載로 대표되는 소수설은 시체 등에 대한 권리를 소유권이 아닌 일종의 관습법상의 관리권으로서 양도·포기할 수 없는 매장제사하는 권

11) 刑法 제159조(사체 등의 오욕) 사체, 유골 또는 유발을 오욕한 자는 2년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다.

제160조(분묘의 발굴) 분묘를 발굴한 자는 5년 이하의 징역에 처한다.

제161조(사체 등의 영득) ① 사체, 유골, 유발 또는 관내에 장치한 물건을 손괴, 유기, 은닉 또는 영득한 자는 7년 이하의 징역에 처한다. ② 분묘를 발굴하여 전항의 죄를 범한 자는 10년 이하의 징역에 처한다.

12) 경범죄처벌법 제1조(경범죄의 종류) 다음 각호의 1에 해당하는 사람은 10만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료의 형으로 벌한다. <중략>

6. (시체 현장변경 등) 죽어 태어난 태아를 감추거나 정당한 이유 없이 변사체 또는 죽어 태어난 태아가 있는 현장을 바꾸어 놓은 사람.

13) 『民法總則』, 博英社, 2007, 제987~988면(그에 따르면 김상용, 백태승, 명순규, 268도 同 旨라고 한다).

리에 불과하다고 본다.¹⁴⁾

③ 시체 등에 대한 권리의 귀속자를 둘러싸고, 특수소유권설은 (i) 시체 등도 상속재산의 일부이므로 상속인으로 보는 견해, (ii) 피상속인보다 先代의 시체 등은 민법 제1008조의3 소정의 이른바 제사용 재산에 해당하고 피상속인의 시체 등은 이에 준하는 것이므로 제사주재자라고 보는 견해,¹⁵⁾ (iii) [** 소수설]시체, 유해는 피상속인의 소유물이 아니므로 상속재산도 아니고, 제사용 재산도 아니라고 보고 관습에 의하여 정해지는 喪主라고 보는 견해가 서로 대립한다.

④ 권리귀속자에 의한 시체, 유해의 처분행위(가령 대학병원에 기부)에 대하여, 특수소유권설은 사회질서에 반하는 것으로서 無效라고 본다. 또한 亡人이 생전에 자신의 유해를 처분하는 행위도 死後 귀속자에 대한 법률상 구속력이 없고, 다만 사회질서에 반하지 않는 한 遺志대로의 처분도 무방하다고 한다.

(3) 이상에서 보듯이, 통설의 특수소유권설에 대한 유일한 반대입장은 독일의 학설을 끌고 온 소수설이 있을 뿐이다. 그렇다면 그 내용이 무엇이고 어떠한 과정을 거쳐 형성되었는지를 이하에서 항을 바꾸어 살펴본다.

2. 독일 死者供養說의 형성과정

(1) 로마법과 보통법에서 살아 있는 사람¹⁶⁾의 신체나 그 死體가 법률상

14) 대표적으로 『民法總則』, 法文社, 1983, 제183면. 그리고 『民法注解 總則(2)』, 제32면도 소유권 내지 지배권의 객체라 할 수 없는 살아있는 신체의 死後 모습인 피상속인 자신의 시체 등은 피상속인으로부터 상속되거나 승계되는 것이 아니라고 보므로, 오히려 소수설에 가깝다고 할 것이다.

15) 과거에는 현행 민법 제1008조의3에 해당하는 규정(개정 전 민법 제996조)에서 호주상속인이 승계한다고 되어 있었으므로 특수소유권설은 호주상속인이라고 보았으나, 호주상속제도가 호주승계제도로 바뀐 다음에는 호주승계인이라고 보는 입장이 다수인 듯하다. 다만, 『民法注解 總則(2)』, 32면만은 조상의 시체 등은 제사용 재산으로서 특수소유권의 객체가 되고, 피상속인 자신의 시체 등은 상주에게 원시적으로 당연 귀속한다고 양자를 분리한다.

16) 물론 로마법의 경우는 自由人에 한한다. 노예가 물건(res)으로서 사유재산의 대상이 된

물건인가는 거의 문제가 되지 않았다. 고대 로마법에서는 유체 자체가 물건이냐는 문제보다는, 분묘를 법적으로 어떻게 다룰 것인가와 관련하여 유체의 매장이 있어야 분묘가 비로소 宗教物(res religiosae)이 된다는¹⁷⁾ 설명이 보다 일반적이었다. 예외적으로 형법 및 형사소송법과 관련하여 시신에 관한 규율을 일부 찾아볼 수 있을 뿐이다. 가령 파울루스는 분묘에서 시신을 탈취하는 행위를 사형에 처할 수 있을 정도로 중대한 분묘침해(sepulchri violatio)의 사안이라고 하였다.¹⁸⁾ 분묘침해의 구성요건에 시신 탈취가 포함된다는 내용은 기독교 황제였던 콘스탄티우스가 357년 발한 칙령(rescriptum)에도 나온다.¹⁹⁾ 그 외에는 처형된 자나 추방 중에 죽은 자의 시신의 처리에 관한 규율 정도가 학설회찬 중 「처벌받은 자의 시신에 관하여(De cadaveribus punitorum)」에 있을 뿐인데,²⁰⁾ 이에 따르면 원칙적으로 매장을 위하여 시신의 인도를 요청하는 자가 있으면 그가 누구라도 그에게 시신을 인도하여야 한다고 하고 있다.²¹⁾ 중세에 로마법이 부활한 다음에도 한동안은 법상태에 변화가 없었다. 유체의 처리에 대하여는 계수된 로마법 원칙 외에 교회법의 매장규정이 추가되었을 뿐이다.²²⁾

(2) 해부학의 등장과 함께 사람의 사체는 비로소 의학에 필요한 재화로 탈바꿈하였다. 이러한 변화를 맞아 법률가들은 과연 처형된 자의 시체를 해부실험에 사용하는 것이 정당한지를,²³⁾ 그리고 얼마 지나지 않아서는 학문 발전

다는 점은 로마의 법률가들에게는 자명한 사실이었다(그리하여 Gaius D. 1.8.1.1은 유체물[*res corporalis*]의 전형적인 예로서 사람[*homo*]을 들었던 것이다).

17) Marcianus D. 1.8.6.4 참조.

18) Paulus D. 47.12.11.

19) Constantius C. 9.18.4.3.

20) D. 48.24.

21) Paulus D. 48.24.3.

22) 『教會法大典(Corpus iuris canonici)』 중 「埋葬에 관하여(De sepulchris)」(X 3.28; VI 3.12).

23) 바르톨루스(Bartolus v. Saxoferrato)가 처형된 죄수의 시신을 해부실험에 사용하는 것이 정당한가 하는 문제를 제기한 때는 볼로냐에 최초로 醫學部가 설치된 지(1300년경) 불과 몇 년 뒤였다(Secunda super Digesto Novo, Lugduni 1530, ad D. 48.24.3, fol. 211^{vb}: 그러나 그 자신은 이 문제에 대한 대답을 유보하였다). 그 후 F. Curtius, In Primam et Secundam Digesti veteris Partem Commentaria, Lugduni 1533, ad D. 2.1.3, Nr. 38, fol. 38^r이 이를 정당하다고 (아마도 최초로) 보았고, (그보다 다소 후대의 인물로

에 사용하기 위하여 시신을 분묘에서 꺼내는 행위는 분묘침해죄에 해당하지 않거나 적어도 그 가벌성이 줄어드는 것이 아닌지를²⁴⁾ 논하기 시작하였다.

19세기 들어 칼 게오르그 폰 배히터(Carl Georg v. Wächter)는 자신의 독일형법교과서에서 분묘에서 유체를 탈취하는 행위의 가벌성을 논하면서 18세기 말까지 형법 문헌에서 널리 퍼져있던, 분묘침해는 절도의 특수한 형태라는 로마법의 분류에 반기를 들었다.²⁵⁾ 배히터는 유체 전체는 그 누구의 소유도 아니라는 견해를 취하였다. 반면에 유체의 일부(가령 죽은 사람의 머리나 갈비뼈)는 소유권의 객체가 될 수 있다고 보았다. 또한 망자의 자기 유체에 대한 처분행위는 선량한 풍속 위반이 아닌 한 구속력이 있다고 주장하였다.

배히터 이후 19세기 말까지 유체의 법률문제에 대하여 의견을 피력하는 학자들이 드물지 않게 등장하였다. 유체의 법률문제에 대한 관심의 증가에는 현실적인 이유가 있었는데, 19세기를 경과하면서 영미법계²⁶⁾와 프랑스법계²⁷⁾ 등 각국의²⁸⁾ 민사법원에서 유족 간에 유체 매장의 장소와 방식을

쿠르티우스를 인용한) L. Decius, *Lectura super Prima Parte Digesti veteris, Venetiis* 1523, ad D. 2,1,3, Nr. 4, fol. 14^{vr}; 그리고 I. Clarus, *Opera omnia sive Practica civilis at-que criminalis, Lib. V(Practica ciminalis)*, 868이 이를 따르면서 通說이 되었다고 한다. 이상은 M. Schmoeckel et al.(hrsg.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. I, Allgemeiner Teil, §§ 1-240*, Tübingen, 2003 중 §§ 90-103 (T. Rüter 집필부분), Rn. 13, Fn 68에서 재인용.

24) 처벌할 수 없다는 견해로는 T. Decianus, *Tractatus Criminalis II, Francofurti ad Moenum* 1591, Lib. IV, Cap. 44, 127b. 반면에 가볍게 처벌해야 한다는 입장으로는 B. Carpov, *Iurisprudentia Forensis Romano-Saxonica*, 5. Aufl. Lipsiae et Francofurti 1684, p. 4, c. 34, D. 4,1428; S. Stryk, *Usus Modernus Pandectarum, Bd. IV, 2. Aufl. Halae Magdeburgicae* 1713, ad D. 247,12, § 5. 이상은 Schmoeckel et al. (hrsg.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB* (주 23), Bd. I, §§ 90-103, Rn. 13, Fn 69에서 재인용.

25) *Lehrbuch des Römisch-Teutschen Strafrechts*, Stuttgart 1826, § 197, 338 f.

26) 영국의 판결 가운데에는 Williams v. Williams, (1881-5) All England Law Report 840(Chancery Division 1882), 미국의 판결로는 Wynkoop v. Wynkoop, 42 Pennsylvania Reporter (Pa.) 293 (1862), 당시의 영미법 상황에 대한 개관적 서술로서는 R. F. Martin, Removal and reinterment of remains, *American Law Reports, Annotated, 2nd Series, Bd. XXI*, 473-535, 478-491.

27) 프랑스의 판결례로는 Cour d'Appel de Bastia, 17 juill. 1865, Recueil Dalloz 1866 II, 177; Cour d'Appel de Nancy, 14 août 1869, Recueil Dalloz 1869 II, 233; Tribunal de Grande Instance de Lille, 11 nov. 1874, Recueil Dalloz 1875 II, 49; Tribunal de Grande Instance de Douai, 5 avr. 1875, Recueil Dalloz 1875 III, 50, 포르투갈의 판결례 중에는 Tribunal de lère instance de Lisbonne, 31 août 1874, Recueil Dalloz 1875 III 49(프랑스 어로 번

둘러싼 분쟁이 증가하였기 때문이다. 그것은 아마도 이들 분쟁은 종교적 분묘구정의 권위가 추락하면서 세속법원의 관할에 속하게 되었기 때문일 것이다. 많은 이들이 배히터의 견해에 좇아서 유체 전체는 소유권의 대상이 될 수 없는 불용통물(res extra commercium)이라고 하면서도, 갈비뼈나 두개골, 해부용 표본과 같은 유체의 일부는 소유권의 대상이 될 수 있고 또 유체의 처분행위도 제한적이나마 유효하다고 설명하였다.²⁹⁾ 동일한 견해는 형법에서도 주장되어서 유체란 타인의 재물이 아니므로 절도죄의 객체가 될 수 없다고 보았다.³⁰⁾

이와 정반대의 견해는 에른스트 임마누엘 벡커(Ernst Immanuel Bekker)가 주장하였다. 그는 유체는 소유권의 객체가 될 수 있고, 상속인의 소유에 속한다고 주장하였다.³¹⁾ 형법학계에서는 19세기 말 유체는 소유권의 대상이 아닐 뿐만 아니라 아예 법률상의 물건조차도 아니라는 입장이 널리 퍼졌다.³²⁾ 이것은 사법학계에서는 소수설이 주장하던 물건 개념, 즉 유체물이라고 해서 모두 물건은 아니며 私權의 대상이 될 수 없는 것은 물건이 아니라는

역되어 제재).

- 28) 독일과 같이 매장분쟁이 상대적으로 뒤늦게 나타난 나라에서도 가령 J. Kohler, Studien aus dem Strafrecht, Bd. I, Mannheim 1890, 207과 같은 문헌을 통하여 영미법계와 프랑스 법계의 사건들은 알려져 있었다.
- 29) 가령 v. Wächter, Pandekten I, Leipzig 1880, § 60, Beilage I B II, Leipzig 1881, 276 f.; L. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, Teil C, Stuttgart 1868/1883 (Neudruck: Aalen 1973), § 60, 3, Fn. 3d; O. Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, 3. Aufl., Berlin 1893, § 64 I 5, 604; F. Regelsberger, Pandekten I, Leipzig 1893, § 110 II, 413 f.; H. Dernburg, Pandekten I, 7. Aufl., Berlin 1902, § 69, 159 f.; B. Windscheid/T. Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts I, 9. Aufl., Frankfurt a.M. 1906, § 147, Fn. 6, 729 f.
- 30) T. G. Goltammer(Hrsg.), Die Materialien zum Straf-Gesetzbuch für die preußischen Staaten, Bd. II, Berlin 1872, 270 f.; Merkel, Diebstahl und Unterschlagung, in: F. v. Holzendorff(Hrsg.), Handbuch des deutschen Strafrecht, Bd. III, Berlin 1874, 619 ff., 632; Meres, Das Reichsstrafgesetzbuch in seinem Verhältnis zur Religion, Der Gerichtssaal 27(1875), 321-372, 365; F. v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 7. Aufl., Berlin 1896, § 125 II 2, 415.
- 31) System des heutigen Pandektenrechts I, Weimar 1886, § 77 III, Beilage 1 B, 331.
- 32) M. Mittelstein, Mensch und Leichnam als Rechtsobjekte, GoldA 34 (1886), 172-180, 179; H. Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 4. Aufl., Erlangen 1888, § 83, 620 (4판에 와서야 비로소 추가됨); Kohler, Studien (주 28), 206; K. Binding, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Bd. II, Leipzig 1896, § 145, 86.

입장³³⁾과 상통하는 것이었다.

(3) 독일민법의 기초자는 不融通物에 관한 규율은 불필요하다고 보았으므로, 독일민법 제정 후에도 논의의 전제는 거의 변하지 않았다. 그럼에도 불구하고 민법전 시행 이후 독일 사법학계에서는 유체를 물건으로 볼 수 없다는 견해가 빠르게 그 지지자들을 늘려나갔다.

인격권 이론의 선구자 중 一人인 칼 가라이스(Karl Gareis)는 이미 1900년에 유체의 법적 취급과 처분권은 물권법이 아니라 망자의 인격권의 餘後效에 따라야 한다고 주장하였다.³⁴⁾ 가라이스는 자신이 게르만 법에 도입한 「자기보호의 지위(Selbstmundschaft)」³⁵⁾를 더욱 발전시킨 인격권 개념으로 망자가 자신의 유체에 대하여 한 처분에 구속력을 인정하였다. 그밖에도 가라이스는 상속인 기타 매장을 맡은 자의 처분권도 인정하였지만,³⁶⁾ 이들의 처분권은 인격권의 餘後效와 연관시키지 않았다. 가라이스는 비록 유체에 대한 소유권은 부정하였지만 과연 유체가 물건인가에 대하여는 명확한 입장을 밝히지 않았다.³⁷⁾

그로부터 3년 뒤 율리우스 라우스니츠(Julius Rausnitz)는 유체의 물건성을 부인하는 짧은 논문을 발표하였다. 여기서 라우스니츠는 가라이스를 인용하면서 유체는 물건이 아니고 인격이 남은 것이라고 주장하였다.³⁸⁾ 그러자 가라이스가 즉시 라우스니츠의 견해를 받아들였다. 라우스니츠에 따르면, 여전히 남아있는 인격권에 기하여 유체를 처분할 권한 있는 자는 상속인이 아니라 배우자 기타 망인의 최근친이고, 이는 최근친이 비록 상속

33) 가령 C. W. Cramer, Die Behandlung des menschlichen Leichnams im Civil-und Strafrecht, Diss. Zürich 1885, 26 f. 참조.

34) Das Recht am menschlichen Körper, in: FG der Juristischen Fakultät in Königsberg für ihren Senior Johann Theodor Schirmer zum 1. August 1900, Königsberg 1900, 59-100, 92.

35) Gareis(주 34), 87.

36) Gareis(주 34), 95.

37) Gareis(주 34), 65, 92.

38) Das Recht am menschlichen Leichnam und das Recht der Anatomie, Das Recht 1903, 593-595, 594.

권이 없더라도 마찬가지로 하였다.³⁹⁾

그리고 오토 기에르케(Otto Gierke)는 독일민법전 시행 전부터 자신이 취했던 견해, 즉 물건의 개념은 자연적 대상물의 개념과 일치하지 않는다는 견해에 가라이스의 주장을 받아들여서 오늘날까지도 널리 사용되는 유체는 “인격의 잔재(Rückstand)”라는 명제를 정립시켰다.⁴⁰⁾ 유체는 물건이 아니라는 이러한 주장은 수많은 지지자를 모았다.⁴¹⁾

또한 학설 중의 일부는 절충적인 견해를 취하면서 유체는 물건이긴 하지만 소유권의 대상이 아니고, 다만 (상속인이 아니라) 가족이 死者供養權(Totensorgerecht)⁴²⁾ 내지 防禦權을 갖는 데에 그친다고 하였다.⁴³⁾ 결과에 있어서는 어느 견해를 취하느냐에 따라 그 차이가 그렇게 크게 나지 않았다. 유체에도 일정한 범위에서 소유권규정이 적용된다는 입장에서도 유체의 처분은 극히 제한적으로만 가능할 뿐임을 인정하고,⁴⁴⁾ 반대로 유체를 인격의 잔재로 보는 입장에서도 일정한 시간이 흐르거나 해부 목적의 인도 또는 해부용 표본으로 가공하면 고유의 성질을 잃어버리고 통상의 물건으로 바뀐다고 보았기 때문이다.⁴⁵⁾ 나아가 살아있는 사람의 분리된 신체의

39) K. Gareis, Über Rechtsverhältnisse an Begräbnisstätten, Seufferts Blätter für Rechtanwendung 70(1905), 308-324, 321 참조.

40) Deutsches Privatrecht, Bd. II, Leipzig 1905, § 102 II, 35.

41) H. Schreuer, Der menschliche Körper und die Persönlichkeitsrechte, in: FG der Bonner Juristischen Fakultät für Karl Bergbohm zum 70. Geburtstag, 1919, 242-272, 266; E. Josef, Praktische Fragen des Totenrechts, Gruchots Beitr. 65(1921), 304-307.

42) 오늘날 독일에서 일반적으로 사용되는 「死者供養權」이란 명칭은 아마도 W. v. Blume, Fragen des Totenrechts, AcP 112(1914), 366-427, 386의 표현(Totenfürsorge)에서 비롯된 듯하다.

43) L. Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I.1, 6.-8. Aufl., Tübingen 1911, § 114 I 1, 287; v. Blume, Totenrecht(주 42), 366-427, 375, 379

44) F. v. Schwerin, Das Recht am Leichnam, Seufferts Blätter für Rechtanwendung 70(1905), 653-660, 667; P. Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen, Bürgerliches Gesetzbuch. Erstes Buch. Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Berlin 1908, vor § 90, Anm. 6 e a; Planck/O. Strecker, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., Berlin 1913, vor § 90 Anm. 2 a); P. Oertmann, Aneignung von Bestandteilen einer Leiche, Leipziger Zeitschrift für deutschen Recht 1925, Sp. 511-518, Sp. 513 참조.

45) 가령 Rausnitz(주 38), 595; Gareis(주 39), 318; Schreuer(주 41), 275.

일부가 물건이고 그 소유자는 본래 그 신체를 가진 자라는 점에 관해서도 대체로 의견들이 일치하였다.⁴⁶⁾

(4) 독일의 법원에는 移葬訴訟과 관련하여 유체의 법적 처리를 다루는 사건이 많이 제기되었다.⁴⁷⁾ 1903년 최초의 사건에서는 제국법원이 상당히 조심스러운 태도를 보였다. 그리하여 제국법원은 망자의 딸이 그 오빠를 상대로 유골단지의 이장을 허용해달라는 청구를 기각하면서 유체에 대한 소유권은 인정할 수 없음을 그 이유로 내세웠다.⁴⁸⁾ 유체에 대한 소유권을 인정할 수 없으므로, 이를 근거로 하는 이장청구도 허용할 수 없다는 식이었다. 유체나 유골이 과연 물건인지 하는 문제나 당사자 중 일방에게 유골에 대하여 소유권과 구별되는 제한적 처분권이 있는지 하는 문제는 거의 제기되지 않았다.

그 후에도 제국법원은 유체의 법적 처리 문제는 가능한 한 판단하지 않다가 점차 死者供養權의 이론 쪽으로 방향을 틀어 나아갔다. 그리하여 1909년 제국법원은 망자의 미망인에게 “특별한 권리”를 인정하는 판결을 내렸는데, 이때에도 “과연 그 권리가 對人權인지 아니면 對世權인지”는 판단하지 않았다.⁴⁹⁾

그 후 제국법원은 1913년 판결에서 가라이스를 인용하면서 유체에 관한 처분권은 “학설에 의하여 사법상의 근거가 마련되었는데, 이에 따르면 유체는 無主物로서 다루어서는 안 되며 망자의 인격권이 일정한 범위에서 계속해서 존속하는 것으로 본다”고 선언하였다.⁵⁰⁾ 하지만 이와 같은 선언에도 불구하고 유체가 과연 물건인지, 그리고 死者供養權은 누가 갖는 것인지는 여전히 불분명하였다. 그리고 1920년 판결에서 제국법원은 망자의 지시가 있었던 경우는 가라이스의 주장처럼 인격권이 여전히 효력을 발휘한다고 보고 망자의 지시는 구속력을 갖는다고 판시하긴 하였지만,⁵¹⁾ 이 사건에서는 보다

46) 예를 들어 Gareis(주 34), 91과 Oertmann(주 44), 512를 비교.

47) 유럽 전체에서 이러한 소송이 등장했던 과정에 대해서는 앞의 주 26 내지 28을 참조.

48) RG(v. 3.12.1903 — IV 217/1903) SeuffA 59, 308 참조.

49) RGZ(v. 15.4.1909 — VI 177/08) 71, 20, 22.

50) RG(v. 13.3.1913 — IV 590/12) WarnRspr. 1913, Nr. 303.

51) RGZ(v. 28.10.1920 — VI 261/20) 100, 171.

일반적으로 유체의 처분권자가 상속인인지, 최근친인지는 굳이 판단할 필요가 없었는데, 그것은 최근친이 상속인이 되는 경우가 많았기 때문이다.⁵²⁾

결국은 1937년에 이르러서야 제국법원은 입장을 정리하였다. 이에 따르면 상속인이 아닌 最近親의 유족이 원칙적으로 매장방식을 정할 수 있는 권한을 갖는다.⁵³⁾ 그리고 서로 다른 친족 사이의 우선순위는 1934년 제정된 火葬에 관한 법률(Gesetz über die Feuerbestattung)⁵⁴⁾을 유추적용함으로써 해결하였는데, 同法 제2조 제2항과 제3항을 보면 망자의 시신을 화장할 수 있는 자가 누구인지가 규정되어 있었다.

(5) 제2차 대전을 前後하여 死者供養權에 관한 논의가 한풀 꺾이면서⁵⁵⁾ 유체를 물건으로 보는 견해가 戰後들어 보다 힘을 얻어갔다. 이것은 특히 각주석서의 戰前版과 戰後版의 서술내용을 비교해보면 더욱 분명해진다.⁵⁶⁾

1960년대에 접어들면서는 장기이식수술의 등장으로 유체의 효용이 크게 증가함에 따라 논의가 새로운 추진력을 얻게 된다. 원칙적으로 의학의 발전 자체가 새로운 법이론적 근거를 마련해주지는 않는다. 오히려 “이식을 위하여 망자의 장기를 적출할 수 있는지, 할 수 있다면 어떠한 조건에서 그러한지” 등의 새로운 문제에 대답하기 위하여 기존에 나와 있는 기본입장들이 다시금 조명을 받기 시작하였다. 몇몇 학자들은 物權法에서 해결책을 모

52) 예를 들면 RGZ(v. 5.7.1923 — IV 1408/22) 108, 217 참조.

53) RGZ(v. 5.4.1937 — IV 18/37) 154, 269, 271.

54) RGBl. 1937 I 380.

55) 그렇다고 논의가 전혀 없었던 것은 아니다. 가령 LG Detmold(v. 30.8.1957—O 226/57) NJW 1958, 265는 제국법원이 전개하였던 망자공양권의 기본원칙에 따라서 이장청구를 판단하였고, J. Brunner, Theorie und Praxis im Leichenrecht, NJW 1953, 1173 f.은 살아있는 자의 자기 자신에 대한 소유권과 유체에 대한 소유권을 긍정함으로써 해부실험에 법적 안정성을 꾀하고자 하였으며, H. Trockel, Die Rechtswidrigkeit klinischer Sektionen, Berlin 1957, 특히 97-101은 死者供養說에 서서 논의를 전개하고 있다.

56) Staudinger의 경우 10. Aufl., Berlin 1936, § 90 Anm. 5(E. Riezler 집필)는 “유체는 재산 법거래에서 말하는 물건이 아니다”고 하는 데 반하여, 11. Aufl., 1963, § 90 Anm. 5(H. Coing 집필)는 “유체는 물건이다”고 한다. 한편 Soergel의 경우 6. Aufl., Stuttgart 1938(Gerold 집필)는 물건성을 예외 없이 부정하는 데 반하여, 8. Aufl., Stuttgart 1952(§ 90 Anm. 3)는 유보적인 태도를 보인다. 1945년 이전의 이해에 대해서는 F. Wieacker, Sachbegriff, Sacheinheit und Sachzuordnung, AcP 148(1943), 57, 66, Fn. 11도 참조.

색하면서 유체 및 그 일부를 이제는 일정한 범위 내에서 融通物로 보아야 한다고 주장하였다.⁵⁷⁾ 하지만 여전히 대부분은 死者供養說의 입장에서 서서 이론을 전개하였다.⁵⁸⁾ 다시 이들 가운데 다수는 折衷的인 입장을 취하여 한편으로 망자공양설을 받아들이면서도 다른 한편으로 유체의 물건성을 긍정하는 태도를 취하였다.⁵⁹⁾

사실 어떤 이론구성을 취하는가와 실제의 결론은 그다지 필연성이 없다. 물건법적인 접근방법의 대표자격인 아이히홀츠(Eichholz)도 망자나 그 친족의 동의 없는 장기이식에 대해서는 상대적으로 관대한 태도를 취하였다. 물론 그의 관점에서 모든 사람에게 열려있는 유체 및 그 일부에 대한 소유권취득을 통제하기 위한 장치인 선량한 풍속 위반의 기준을 엄격하게 요구하면 반대의 결과가 될 수도 있다. 반면에 死者供養權을 인정한다고 해서 망자공양권자의 동의가 없음에도 불구하고 이익형량에 의하여 유체의 완전성에 대한 침해를 인정하는 것이 불가능한 것만은 아니다.⁶⁰⁾

독일의 판례는 제2차 대전 이후에도 여전히 제국법원이 발전시켜온 태도를 그대로 견지하고 있다.⁶¹⁾ 장기이식의 법률문제는 그 후 1997년 장기이식

57) 대표적으로 J. Eichholz, Die Transplantation von Leichenteilen aus zivilrechtlicher Sicht, NJW 1968, 2227-2276; W. Peuster, Eigentumsverhältnisse an Leichen und ihre transplantationsrechtliche Relevanz, Diss. Köln 1971, 71-93.

58) 가령 W. Kiessling, Verfügungen über den Leichnam oder Totensorge, NJW 1969, 533-537는 망자봉양의 신탁적 측면을 부각하기 위하여 마치 20세기 벽두에 가라이스가 그러하였듯이 가족법적인 망자보호(Totenschutz) 개념을 다시금 검토한다. 그밖에도 H. Trockel, Das Recht zur Vornahme einer Organtransplantation, MDR 1969, 811 f.; W. Reimann, Die postmortale Organentnahme als zivilrechtliches Problem, in: H. Hablitzel, M. Wollenschläger(Hrsg.), Recht und Staat. FS für Günther Küchenhoff zum 65. Geburtstag, Bd. I, Berlin 1972, 341-349; H. Forkel, Verfügungen über Teile des menschlichen Körpers, JZ 1974, 593-599; F. Bieler, Persönlichkeitsrecht, Organtransplantation und Totenfürsorge, JR 1976, 224-229; R. Zimmermann, Gesellschaft, Tod und medizinische Erkenntnis-Zur Zulässigkeit von klinischen Sektionen, NJW 1979, 569-576(시체해부에 관한 서술 포함).

59) 上註(주 58)에서 인용한 글 가운데 유체의 물건성을 명시적으로 부정한 키슬링(Kiessling)의 글을 제외한 모든 글들이 그러하다.

60) Zimmermann(주58), 573 참조.

61) BGHZ(v. 20.9.1973-III ZR 148/71) 61, 238; OLG Frankfurt a.M.(v. 23.3.1989-16 U 82/88) NJW-RR 1989, 1159; BGH(v. 26.2.1992-XII ZR 58/91) NJW-RR 1992, 834.

법(Transplantationsgesetz)⁶²⁾이 공포되면서 부분적으로 해소되었지만, 유체의 처분 문제는 장기이식법이 적용되지 않는 조직이식의 법적 처리나 보다 일반적으로 해부의 허용 여부와 관련하여 여전히 중요성을 갖는다.

3. 比較法

亡者供養權으로 대표되는 이상과 같은 독일의 학설발전은 정도의 차이는 있지만 大陸法系에 속하는 다른 나라의 상황까지도 대체로 설명해주고 있다고 할 수 있다.

(1) 같은 독일법계에 속하면서도 독일과 달리 일반적 인격권을 조문화(스위스 민법 제28조)한⁶³⁾ 스위스의 경우, 스위스 민법 제31조 제1항에 따라 사람의 사망으로 인격은 종료하기 때문에 유체 자체는 물건에 다름 아니라고 할 수도 있지만, 그럼에도 불구하고 통설은 유체를 물건으로서 다룰 수 없고⁶⁴⁾ “法院의 자유로운 법발견에 의하여 확정되거나 확정되어야 할 관습법상 특수한 법원칙”에 따라 처리하여야 한다고 본다.⁶⁵⁾

이에 따르면 친족에게 유체에 대한 결정권이 주어진다(독일의 死者供養權에 해당하는).⁶⁶⁾ 윤리적, 가치적 규정들에 의한 물건성의 후퇴는 시간의 경과와 함께 약화되기 때문에 통설은 일정한 시간이 지나면 유체는 통상적

62) Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen, BGBl. 1997 I 2631. 同法에 대해서는 H. J. Wieling, Sachenrecht(Lehrbuch), 4. Aufl., Berlin/Heidelberg 2001, § 2 II c), 60 참조. 이에 따르면 1979년 법률안제출권을 가지고 있는 연방정부와 분데스라트(Bundesrat)가 각각 장기이식법 초안을 제출하였는데, 前者는 이른바 「반대방식」(死者가 장기적출을 반대하지 않는 한 적출을 허용)을, 後者는 이른바 「동의방식」(死者의 동의를 있어야 장기적출을 허용)을 내용으로 하여 견해의 대립이 있었다고 한다. 그 중 後者의 제안이 최종적으로 입법화되었다(同法 제3조, 제4조 참조).

63) R. Gmür, Das schweizerische Zivilgesetzbuch verglichen mit dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch, Bern, 1965, S. 55 이하에 따르면 스위스민법 제28조는 프랑스민법 제1382조 및 제1383조에 관한 19세기 프랑스 법원의 실무에서 비롯된 것이라고 한다.

64) 예를 들면 H. Rey, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, 2. Aufl., Bern, 2000, N 112

65) Berner Kommentar/Meier-Hayoz, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. IV Das Sachenrecht, 4. Aufl., Bern 1966, N 71 des systematischen Teil vor Art. 641

66) BGE 101 II 177 ff.

인 물건이 되어 법적으로 거래할 수 있는 대상이 된다고 본다.⁶⁷⁾

(2) 역시 같은 독일법계에 속하면서, 스위스와 유사하게 인격조항(오스트리아 민법 제16조)을 가진⁶⁸⁾ 오스트리아의 경우에도 사람의 유체는 더 이상 사람이 아니므로 그 자체는 물건으로 보거나 또는 —오스트리아 민법 제285조의a(동물의 물건성을 부정하는 조문) 신설 이후에는 이와 같은 특별한 규정이 없는 한— 적어도 물건과 동일시하여야 한다고 하면서도 분묘를 강제하는 공법규정의 존재를 이유로 유체를 대상으로 하는 재산권은 통상 생각할 수 없고,⁶⁹⁾ 따라서 상속재산을 구성하지도 않는다고 한다.⁷⁰⁾

유체의 매장을 위한 조치 및 매장을 할 권리는 가족법상의 또는 사실상의 가까운 관계(가정공동체)를 요건으로 하고,⁷¹⁾ 망자의 처분이 있을 때에는 그것을 망자가 자신의 인격권을 행사한 것으로 본다.⁷²⁾ 그러나 유체 또는 그 일부가 적법하게⁷³⁾ 분묘 이외의 다른 용도로 지정되거나 익명상태로 일정한 시간이 경과하거나 유체의 원형이 완전히 상실되어서 망자의 추모나 숭배가 다른 이익(가령 고고학적 이익)보다 우선순위에서 뒤처지는 경우에는 물건으로서의 속성이 발현된다고 한다.⁷⁴⁾

(3) 같은 대륙법계이긴 하지만 많은 점에서 독일법과 대비되는 프랑스 법에서는, 1993년 6월 18일 國事院(Conseil d'État)이 이른바 밀로(Milhaud)

67) Rey(주 64), N. 115; Berner Kommentar/Meier-Hayoz(주 65), N 74 des systematischen Teil vor Art. 641

68) 오스트리아 민법전의 기초자인 짜일러(Zeiller)는 칸트가 原權(Urrecht)이라고 불렀던 唯一生得權인 自由權을 민법 제16조에 받아들여서 “모든 사람은 이미 이성 에 의하여 밝혀진 생득권을 가지며, 그렇기 때문에 인격으로서 취득되어야 한다”고 규정하였다(諸哲雄, “민사법에 의한 인격보호의 역사적 전개: 특히 독일법을 중심으로”, 『중앙대학교 법학연구소 법학논문집』, 제24집 제1호, 2000, 제247~289면, 특히 제258~259면).

69) SZ 13/127; 27/179; 45/133 등.

70) Rummel/K. Spielbüchler, ABGB Kommentar, 1. Bd., 3. Aufl., Wien 2000, Rz 3 zu § 285; Rz 4 zu § 531.

71) Rummel/K. Spielbüchler(주 70), 1. Bd., Rz 13 zu § 7.

72) Rummel/K. Spielbüchler(주 70), 1. Bd., Rz 29 zu § 16.

73) 1982년 의료시설법(Krankenanstaltengesetz) 제62조의a 및 Rummel/K. Spielbüchler(주 70), 1. Bd., Rz 29 zu § 16 참조.

74) Rummel/K. Spielbüchler(주 70), 1. Bd., Rz 3 zu § 285.

판결에서 유체 존중과 인간의 존엄성 원칙 사이의 직접적인 관계를 승인하였다. 이에 따라서 유체는 비록 더 이상 사람이 아니지만, 망자의 시신은 망자의 존엄성이란 이름하에 보호를 받게 되었다.⁷⁵⁾

많은 성문법규가 이러한 보호를 전제로 하고 있는데, 가령 형법에서 시신의 완전성과 분묘를 보호하고 있고,⁷⁶⁾ 장기의 적출을 치료 또는 연구 목적으로만 할 수 있도록 하였으며,⁷⁷⁾ “사망한 사람의 장기를 적출하거나 의학적인 부검을 행한 의사는 시신을 가능한 최선을 다하여 복원시켜야 한다”는 公衆保健法(Code de la santé publique)의 규정⁷⁸⁾도 그러한 예에 해당한다.

나아가 위 존엄성 원칙은 망자의 생전 의사도 보호하기 때문에 프랑스의 입법자는 망자에 대한 유전자 동일성 검사는 본인이 생전에 명시적으로 동의의를 표시한 경우에 한하여 이를 허용하도록 하였다.⁷⁹⁾ 시체의 부검 또한 망자의 유체 보호와 공익(사인 규명, 국민 보건 등) 사이의 이익형량에 기초하도록 하였다.⁸⁰⁾

VIII. 私見

이상의 검토에서 보듯이, 대상판결(다수의견)의 판시내용 가운데 가장 문제가 되는 것은 망자에 의한 생전 처분의 효력에 법적 구속력의 부여를 부정하는 것이다. 이것은 특수소유권설이 가지고 있는 많은 불분명한 점에서 비롯된 결과이기도 하다. 여기에서는 일단 그 이론에서 말하는 특수소유권의 내용과 귀속에 대하여 다음과 같이 몇 가지를 지적하고자 한다.

1. 먼저 통설과 대상판결의 여러 견해가 「특수소유권」이라고 부르는 권

75) A. Laude, B. Mathieu et D. Tabuteau, Droit de la santé, Paris 2007, n° 555, p. 674.

76) Art. R. 225-17 CP.

77) Art. L. 1241-6 CSP.

78) Art. L. 1232-5 CSP.

79) Art. 16-11 CC.

80) Art. L. 1211-2 CSP.

리는 결코 所有權이 아니라는 점이다. 유체에 대한 방어 내지 그 처리를 위한 유족의 권리와 의무를 인정하기 위하여 유족에게 어떠한 「권리」, 그것도 對世의이고 排他的인 권리를 인정하여야 한다고 하여 그것이 반드시 所有權이어야 할 필요는 이론적으로뿐만 아니라(민법 제185조 참조) 실용적으로도 존재하지 않다.⁸¹⁾ 그렇다고 소수설과 같이 「관습법상 관리권」으로 볼 것인지는⁸²⁾ 보다 검토를 요한다.⁸³⁾

향후의 연구를 통하여 개인의 존엄과 그 표현인 사적자치의 존중, 그리고 유족의 사무는 신탁적 성격, 다시 말해서 관리사무에 국한한다는 점 등이 재평가되어야 할 것이다. 구체적으로 보면, 재산법(소유권)적 접근방식과 인격권적 접근방식을 유체 문제에서 어떻게 결합시킬 것인가에 대한 고민이 필요하며,⁸⁴⁾ 그런 점에서 III. 1.에서 살펴본 독일의 死者供養說의 형성과정은 우리에게 시사하는 바가 적지 않다고 생각한다.

2. 다음으로 이러한 권리의 귀속을 반드시 一人에게 집중시켜야 하는지도 심히 의문이다. 제사용 재산은 분산되어서는 안 된다는 명제의 배후에 있는 前近代的(農耕社會的) 宗法制의 꼬리끝기라는 비판이 가능할 것이다. 또한 그렇다고 일반재산처럼 상속을 인정하고 분할을 인정하거나 또는 사후적 인격권을 인정하고 그 승계를 논하는 입장도 받아들이기 어렵다.

비교법적 검토에서도 보듯이, 결국 보호의 필요성 판단에서 결정적 요소는 死者의 존엄이다. 사람은 생래적으로 존엄한 존재이고, 생존하는 동안에

81) Wieling(주 62), 59는 다음과 같다. “사체에 대한 소유권을 인정하려면 이런 경우 소유자의 권리가 크게 제한되어야 할 터인데, 그와 같은 이론구성은 실용적이지 않다고 생각한다.”

82) 前註 14의 문헌인용 참조.

83) 다만 여기에서는 권리의 객체(Rechtsgegenstände)에는 권리의 대상(Rechtsobjekt)이란 의미와 처분의 대상(Verfügensobjekt)이란 의미가 함께 들어있는데, 兩者는 구별해야 함을 지적하는 데에 그친다(K. Larenz/M. Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., München 2004, § 20 Rz. 1 이하 참조). 이런 점에서 앞서 前註 14에서 본 소수설의 「관리권」이라는 인식에는 동감할 수 있는 측면이 분명히 있다.

84) 여기에서는 상세히 언급할 수 없지만 著作權과 같이 인격권과 재산권이 결합되어 있는 권리가 우리 실정법 체계에도 없지 아니하다.

는 자신이 스스로의 존엄을 수호하는 역할과 권리가 있지만, 그 사람이 사망하면 권리주체성을 잃어 자신의 수호자로서의 역할을 더 이상 수행할 수 없으면(그렇다고 그 사람의 존엄성이 곧바로 소멸하는 것은 아니다) 결국 남은 遺族이 그의 존엄을 지켜줄 수밖에 없다.⁸⁵⁾

이를 위하여 독자적 성질을 갖는 절대적 비재산권으로서 死者供養權을 인정하고, 그에 적합한 권리귀속을 인정하는 것이 타당하다. 그렇다면 유체의 처리(장례를 포함하여) 및 사자의 명예보호 등의 문제에 있어서는 사망자의 명시적, 묵시적 의사가 1차적 기준이 되고, 2차적으로 直系卑屬長子가 아니라 最近親遺族인 배우자, 특히 事實婚配偶者의 의사를 존중하여야 한다고 보아야 할 것이다(대상판결과 같은 사안에서는 특히 이 점을 강조할 필요가 있다). 절대권이지만 死者의 명시적, 묵시적 의사가 없는 한 死後尊嚴保障의 범위 안에서 인정되고, 비재산권이므로 상속인이나 장례비용 부담자의 의사에 구속되지 않는다.

이렇게 보면 死者가 자신의 사체를 해부실험에 쓰도록 정하거나 반대로 死者가 장기이식을 위한 적출이나 사인규명을 위한 부검에 반대하였다면 유족은 이 결정에 「法的으로」 구속되고, 설령 유족의 허락 내지 동의가 있더라도⁸⁶⁾ 「원칙적으로」 死者의 결정을 변경할 수 없다고 보아야 할 것이다.

주제어 : 死體, 제사주재자, 유체인도, 특수소유권, 死者의 인격보호, 死者供養權

85) 이렇게 본다면 가족 내지 친족 간의 부양의무의 연장선에서 이 문제를 볼 수 있지 않을까 하는 생각이 든다.

86) 가령 장기적출에 대한 死者의 生前同意는 그 전까지 처분의 대상이 아니었던 것을 처분의 대상으로 만드는 것이므로, 동의 자체가 處分行爲라고 보아야 한다. 반면에 장기적출에 대한 遺族의 「예외적인」 死後同意는 이미 死者의 死亡으로 처분의 대상이 된 사체 일부(장기)의 用途指定으로 볼 수 있다.

[참 고 문 헌]

1. 국내문헌

『民法注解 總則(2)』, 제98조(金炳宰 집필부분), 博英社, 1995.

宋景根, “제사주재자의 결정방법과 망인 자신의 유체·유골(遺體·遺骨)에 관한 처분
행위의 효력 및 사자(死者)의 인격권”, 『대법원판례해설』, 제77호, 2008.

李英俊, 『民法總則』, 博英社, 2007.

李太載, 『民法總則』, 法文社, 1983.

諸哲雄, “민사법에 의한 인격보호의 역사적 전개: 특히 독일법을 중심으로”, 『중앙
대학교 법학연구소 법학논문집』, 제24집 제1호, 2000.

2. 외국문헌

E. I. Bekker, System des heutigen Pandektenrechts I, Weimar 1886.

Berner Kommentar/Meier-Hayoz, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd.
IV Das Sachenrecht, 4. Aufl., Bern 1966.

F. Bieler, Persönlichkeitsrecht, Organtransplantation und Totenfürsorge, JR 1976, 224

K. Binding, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Bd. II, Leipzig 1896,
§ 145, 86.

W. v. Blume, Fragen des Totenrechts, AcP 112(1914), 366-427.

J. Brunner, Theorie und Praxis im Leichenrecht, NJW 1953, 1173.

C. W. Cramer, Die Behandlung des menschlichen Leichnams im Civil- und Strafrecht,
Diss. Zürich 1885.

H. Dernburg, Pandekten I, 7. Aufl., Berlin 1902.

J. Eichholz, Die Transplantation von Leichenteilen aus zivilrechtlicher Sicht, NJW
1968, 2227.

L. Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I.1, 6.-8. Aufl., Tübingen
1911.

H. Forkel, Verfügungen über Teile des menschlichen Körpers, JZ 1974, 593.

K. Gareis, Das Recht am menschlichen Körper, in: FG der Juristischen Fakultät
in Königsberg für ihren Senior Johann Theodor Schirmer zum 1. August

- 1900, Königsberg 1900, 59-100.
- O. Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. II, Leipzig 1905.
- R. Gmür, Das schweizerische Zivilgesetzbuch verglichen mit dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch, Bern, 1965.
- L. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, Teil C, Stuttgart 1868/1883(Neudruck: Aalen 1973).
- T. G. Goldammer(Hrsg.), Die Materialien zum Straf-Gesetzbuch für die preußischen Staaten, Bd. II, Berlin 1872.
- E. Josef, Praktische Fragen des Totenrechts, Gruchots Beitr. 65(1921), 304-307.
- W. Kiessling, Verfügungen über den Leichnam oder Totensorge, NJW 1969, 533
- J. Kohler, Studien aus dem Strafrecht, Bd. I, Mannheim, 1890.
- K. Larenz/M. Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., München 2004.
- A, Laude, B. Mathieu et D. Tabuteau, Droit de la santé, Paris 2007.
- F. v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 7. Aufl., Berlin 1896.
- R. F. Martin, Removal and reinterment of remains, American Law Reports, Annotated, 2nd Series, Bd. XXI, 473-535
- Merkel, Diebstahl und Unterschlagung, in: F. v. Holzendorff(Hrsg.), Handbuch des deutschen Strafrecht, Bd. III, Berlin 1874, 619 ff.
- Meres, Das Reichsstrafgesetzbuch in seinem Verhältnis zur Religion, Der Gerichtssaal 27(1875), 321-372.
- H. Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 4. Aufl., Erlangen 1888.
- J. Rausnitz, Das Recht am menschlichen Leichnam und das Recht der Anatomie, Das Recht 1903, 593-595.
- M. Mittelstein, Mensch und Leichnam als Rechtsobjekte, GoldA 34(1886), 172-180.
- P. Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen, Bürgerliches Gesetzbuch. Erstes Buch. Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Berlin 1908.
- P. Oertmann, Aneignung von Bestandteilen einer Leiche, Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht 1925.

- Planck/O. Strecker, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., Berlin 1913.
- W. Peuster, Eigentumsverhältnisse an Leichen und ihre transplantationsrechtliche Relevanz, Diss. Köln 1971.
- W. Reimann, Die postmortale Organentnahme als zivilrechtliches Problem, in: H. Hablitzel, M. Wollenschläger(Hrsg.), Recht und Staat. FS für Günther Küchenhoff zum 65. Geburtstag, Bd. I, Berlin 1972, 341.
- H. Rey, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, 2. Aufl., Bern, 2000
- Rummel/K. Spielbüchler, ABGB Kommentar, 1. Bd., 3. Aufl., Wien 2000.
- H. Schreuer, Der menschliche Körper und die Persönlichkeitsrechte, in: FG der Bonner Juristischen Fakultät für Karl Bergbohm zum 70. Geburtstag, 1919, 242-272.
- F. v. Schwerin, Das Recht am Leichnam, Seufferts Blätter für Rechtsanwendung 70(1905), 653-660.
- Soergel/Gerold, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, § 90, 6. Aufl., Stuttgart 1938; 8. Aufl., Stuttgart 1952.
- Staudinger/E. Riezler, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, § 90, 10. Aufl., Berlin 1936.
- Staudinger/H. Coing, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, § 90, 11. Aufl., Berlin 1963.
- O. Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, 3. Aufl., Berlin 1893.
- H. Trockel, Die Rechtswidrigkeit klinischer Sektionen, Berlin 1957.
- H. Trockel, Das Recht zur Vornahme einer Organtransplantation, MDR 1969, 811.
- v. Wächter, Lehrbuch des Römisch-Teutschen Strafrechts, Stuttgart 1826.
- v. Wächter, Pandekten I, Leipzig 1880; II, Leipzig 1881.
- F. Wieacker, Sachbegriff, Sacheinheit und Sachzuordnung, AcP 148(1943), 57.
- H. J. Wieling, Sachenrecht(Lehrbuch), 4. Aufl., Berlin/Heidelberg 2001.
- B. Windscheid/T. Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts I, 9. Aufl., Frankfurt a.M. 1906.
- R. Zimmermann, Gesellschaft, Tod und medizinische Erkenntnis — Zur Zulässigkeit von klinischen Sektionen, NJW 1979, 569.

Whoes Hands on Your Corpse?: Historical and Critical Comment on a Case

Joon-Hyong Lee

Professor of Law, Hanyang University

=ABSTRACT=

In 2008, the Korean Supreme Court came across a plaintiff's claim to return his deceased father who had left family more than four decades ago and lived with another spouse(de facto) in the meantime to be buried after death in a cemetery of his own choice. The major opinion decided to approve the claim, on the ground that the first legitimate son should be the "head worshiper" prescribed in the article 1008-3 of the Korean Civil Code and that the corpse belong to the head woshiper, i. e. the head woshiper has a special "limited ownership" over the corpse for the purpose of its burial and worship, adding that a deceased's disposition inter vivos, if any, be only ethically but by no means legally binding others, including the head worshiper of course.

Here scrutinized are the historical developments starting from the Roman criminal law of sepulchri violatio(trespass to grave) through the Canon law of the Middle Age and the doctrinal reactions to the challenges of anatomy and surgery to the formation of the "supporting the deceased" theory in Germany as well as the similarities in other european continental countries(Switzerland, Austria and France).

The comparative review shows that the right of remaining family could neither be identified as limited "ownership" nor that the controversy over a corpse be solved by exclusively attributing/distributing it to one/some of the descendants. In principle, the question should be approached in the extension of family support.

Keyword : Corpse (cadaver), Head worshiper, Claim to transfer the deceased, Limited ownership, The deceased personality protection, Right (and duty) to worship ancestry

