

대법원의 유체인도 판결의 법철학적 고찰*

한양대학교 법학전문대학원 부교수·법학박사 林美媛

논문요약

2008년 대법원의 유체인도 판결은 민사법학뿐 아니라 법철학적 관점에서 관심을 끌었다. 법철학적 관점에서는 이 판결이 '법원리들의 정합적인 체계로서의 통일적 법질서를 유지하는 법해석'을 명확히 함으로써 우리 법원의 법해석론 상의 의미있는 전환을 보여주었다고 긍정적으로 평가되었다.

문제된 사안에서 유체귀속에 대한 판단은 유체에 작용하는 두 의지인 망인의 의사 對 제사주재자의 의사 간의 우위성 판단으로 수렴된다고 볼 수 있다. 유체귀속의 문제에서 대법원의 다수의견은 후자에 기초한 해결을, 반대의견은 전자에 기초한 해결을 강조하였고, 제사주재자의 결정 문제에서는 조리의 내용을 둘러싸고 다양한 의견들이 제시되어, 공동상속인들 간의 합의가 이루어지지 않을 경우 장남-장손의 우선권을 인정할 것, 다수결에 의해 결정할 것, 법원이 후견적으로 결정할 것 등이 주장되었다.

유체귀속 및 제사주재자의 결정방법에 관한 다양한 사법적 의견들은 실체적 관점과 방법론적 관점에서뿐 아니라 법철학적 관점에서도 관심을 끈다. 이 의견들은 탈관습적 시대의 관습의 본질이 무엇인가 생각해보게 하며, 근대 이후 형성된 윤리적 담론의 논거들, 즉 선형적-보편적 자유-자율성의 논거/ 윤리적 제도화-실정화의 논거/ 해석학적 관습-역사성의 논거/ 절차적-담화적 이성의 논거들에 비추어서도 재해석해볼 여지를 준다.

유체를 분묘-제사승계의 대상으로 보고 유체귀속을 제사주재자의 처분(의사)에 맡기는 것이 지금까지 최선의 관습이었다면, 이제 유체는 주체 자신의 생전의사에 따라 처리되어야 하는 주체의 인격적-실존적 나머지로써 탈관행적으로 다루어질 수도 있을

* 이 논문은 2013년 한양대학교 일반연구비 지원으로 연구되었음(HY-2013-G).

것이며, 그렇게 역사적 관습의 영역을 합리화-절차화-제도화시켜 새로운 관습성으로 표현해내는 것이 탈관습적 시대의 司法의 과제가 될 것이다.

[주제어] 유체인도, 제사주재자, 관습, 관습법, 이성, 역사, 제도, 담론

a corpse-transfer, head of family memorial service, custom, customary law, reason, history, institution, discourse

* 논문접수 : 2013. 3. 28. * 심사개시 : 2013. 4. 8. * 게재확정 : 2013. 5. 6.

目 次

- I. 서론 - 논의의 대상: 대법원 2008. 11. 20. 선고 2007다27670 판결
3. 판결의 실체적 이해 - 조리의 문제
4. 판결의 법철학적 이해
- II. 본 론
1. 판결의 검토
2. 판결의 방법론적 이해 - 법률 흡결의 문제
- III. 결론을 대신하여

I. 서 론 - 논의의 대상 : 대법원 2008. 11. 20. 선고 2007다27670 판결

2008년 대법원의 유체인도 판결¹⁾은 민사법학뿐 아니라 기초법적

- 1) 이 유체인도 판결(대법원 2008.11.20. 선고, 2007다27670 판결)에 관한 민사법적 분석으로는 김재형, “2008년도 민법판례동향”, 민사재판의 제문제(제18권), 민사실무연구회 편(2009); 이준형, “소유권에 기한 유체인도청구의 허용 여부 - 대법원 2008.11.20. 선고, 2007다27670 전원합의체 판결(集56-2,民164)-”, 의료법학(제11권 제1호, 2010); 이진기, “제사주재자의 결정과 제사용 재산”, 고려법학(제56호), 고려대학교 법학연구원(2010). 법철학적 분석으로는 김도균, “우리 대법원 법해석론의 전환: 로널드 드

관점에서 관심을 끌었다. 민사법적 관점에서는, 우리나라 대법원 판결로는 보기 드물게 다양한 의견들로 구성되어 가히 의견들의 쟁투를 보여주었고 법적 논의의 예리함을 드러낸 의미있는 판결이라는 긍정적 평가가 있는가 하면,²⁾ 다양한 의견, 특히 반대의견을 제시한 대법관들에 대해 “구체적인 사건의 해결이 아니라 자기만족을 위한 지적 유희로 일관함으로써 법이론적 해결책의 모색이 아니라 논쟁을 위한 논쟁 이상을 제공하지 않는다는 아쉬움”을 남겼다는 비판도 제기되었다.³⁾ 법철학적 관점에서는, 법의 통합성(law's integrity)을 강

워킨의 눈으로 읽기 -법의 통일성(Law's Integrity)을 향하여-, 법철학연구(제13권 제1호), 한국법철학회(2010).

관련 분석으로는 오세혁, “관습법의 현대적 의미”, 법철학연구(제9권 제2호), 한국법철학회(2006).

관련 판결로는 서울고등법원 2007. 4. 10. 선고 2006나63268 판결; 서울중앙지방법원 2006. 6. 20. 선고 2006가합17992 판결 등이 있다.

- 2) 김재형, “2008년도 민법판례동향”, 민사재판의 제문제(제18권), 민사실무연구회 편(2009), 44-51쪽: 김 교수님은 이런 법적 논의의 다양성으로부터 사법의 진보가능성이 열린다는 점에서 판결 자체를 긍정적으로 평가하였으며, 유체의 사후처리의 기준 문제에서 사자의 인격권을 인정해야 한다는 의견을 제시하였다.
- 3) 이진기, “제사주제자의 결정과 제사용 재산”, 고려법학(제56호), 고려대학교 법학연구원(2010), 47-94쪽: 이 교수님에 따르면, 제사주제자의 결정 문제에서 제사주제자는 ‘제사를 주재하여야 하는 자’를 의미하며, 조리와 전래의 관습에 따른 결정방법을 주장한 다수의견이 가장 타당하다. 즉 조리에 의해 결정하되 (조리의 내용이라고 할) 협의 불성립 시 장남으로 한다는 다수의견은 가족생활의 보호를 선언한 헌법에 기초하여 가족내부의 자율을 존중하면서 가족제도의 외부적 틀을 유지하려는 규범의도를 고려한 것으로서 제사사상이 존속하는 이상 부득이한 결론이다. 그에 비해 ‘다수결’에 의한 결정을 제안한 박시환 대법관, 전수안 대법관의 반대의견은 합리적이고 과학적인 인식의 대상이 아닌 제사제도를 논리와 이성의 힘으로 포장하여 이론구성한 것이다. 또한 민법 제1008조3의 문언적 해석과 구체적 타당성의 요청 등을 고려하여 제사주제자를 해석해낼 수 있다는 양창수 대법관, 안대희 대법관의 반대의견, 그리고 특히 다수의견처럼 관습의 일부로 남아있는 사항을 조리로 포장하여 설명할 것이

조한 드위킨의 구성적 법해석론에 비추어볼 때 ‘법원리들의 정합적인 체계로서의 통일적 법집서를 유지하는 법해석’을 명확히 함으로써 우리 법원의 법해석론 상의 의미있는 전환을 보여주었다고 긍정적으로 평가되었다.⁴⁾

이 유체인도 판결과 그에 대한 다양한 평가들은 본질적으로 ‘법은 개념적-연역적 이해의 대상일 뿐 아니라 해석학적 이해의 대상’임을 실증적으로 보여주고 있다. 이 글에서는 앞선 분석적 평가들을 참고로 하여 판결에서 제시된 다수/반대/보충의견들을 실체적 차원과 방법론적 차원으로 나누어 검토하고, 각 의견들의 논거를 법철학적 관점에서 재해석해보고자 한다. 이 다수/반대/보충의견들은 탈관습적 시대에 관습의 규범성, 더 나아가 규범의 본질을 바라보는 다양한 시각들로도 읽힌다. 유체를 분묘-제사승계의 대상으로 보고 유체귀속을 제사주재자의 처분(의사)에 맡기는 것이 지금까지 최선의 관습이었다면, 이제 유체는 주체 자신의 생전의사에 따라 처리되어야 하는 주체

아니라 변화된 새로운 관습을 찾아내어 그에 따른 해석을 해야 한다는 안대희 대법관의 보충의견은 생성, 존재 및 확인이 의심스러운 ‘변화된 관습’을 심리확정하여 재판규범으로 삼아야 한다는 주장으로서 사실 상 재판거부와 다를 바 없다. 그리고 제사를 주재하기에 적합한 자를 법원이 후견적으로 결정해야 한다는 김영란 대법관, 김지형 대법관의 반대의견은 경험칙의 산물이면서 가족 내부의 사항인 제사에 대해 제사의 계속을 담보할 수도 없는 ‘법원의 계몽적-합리적 후견’을 주장한다는 점에서 오히려 비합리적이다. 결론적으로 이 반대의견들은 장남을 제사주재자로 하는 내용의 조리를 부정하면서도 제사주재자의 결정을 위한 구체적 기준을 제시하지 못했다는 점에서 재판거부 또는 법원의 책임회피라고 비판될 수 있다. 즉 대법관들은 대상판결에서 구체적인 사건의 해결이 아니라 자기만족을 위한 지적유희로 일관함으로써 논쟁을 위한 논쟁 이상을 제공하지 않았다는 것이 이 교수님의 평가이다.

- 4) 김도균, “우리 대법원 법해석론의 전환: 로널드 드위킨의 눈으로 읽기 - 법의 통일성(Law’s Integrity)을 향하여-”, 법철학연구(제13권 제1호), 한국법철학회(2010), 96쪽, 135쪽.

의 인격적-실존적 나머지로써 탈관행적으로 다루어질 수도 있을 것이며, 그렇게 역사적 관습의 영역을 합리화-절차화-제도화시켜 새로운 관습성으로 표현해내는 것이 司法의 과제가 될 것이다. 이런 이해 작업을 통해 ‘탈관습적 시대에 법(司法)의 규범적 외연은 어떻게 확장될 수 있는가’에 관해 우회적으로나마 답해보고자 한다.

II. 본 론

1. 판결의 검토

가. 사실관계 및 판결 이유

사실관계는 다음과 같다:

생전 망인은 혼인하여 원고 등 자녀들을 두었으나 처 및 자녀들과 장기간 떨어져 지내면서 다른 여성과의 동거상태 하에서 이 사건의 피고인 자녀들을 두었다. 망인의 사망 후 피고들이 유체를 분묘에 매장한 상태에서 원고는 제사주재자의 지위에서 피고들에 대해 망인의 유체인도를 청구하였다.

원심은 제사를 주재하는 자의 지위를 유지할 수 없는 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 종손에게 제사주재자의 지위가 인정된다고 보아 장자인 원고에게 망인의 유체에 대한 권리가 귀속된다고 판결하였다. 이에 대해 피고들은 상고하였고 대법원은 이를 기각하였다. 대법원 전원합의체 판결에서는 제사주재자의 결정방법, 피상속인이 생전행위 또는 유언으로 자신의 유체유골의 처분방법을 정하거나 매장 장소를 지정한 경우 그 효력, 제사주재자의 지위를 유지할 수 없는 특별한 사정의 의미에 관해 반대 및 보충 의견들이 제시되었다.

판결이유를 요약하면 다음과 같다.

(1) 다수의견

유체의 귀속에 관한 별도 규정이 없이 민법 제1008조의3은 분묘 등 제사용 재산의 소유권은 제사를 주재하는 자가 이를 승계한다고 규정하고 있다. 그에 따라 유체유골에 대한 소유권은 제사주재자에게 귀속되는 것으로 봄이 타당하다. 그러나 제사주재자가 누구인지 또는 어떻게 정하는지에 대해 아무런 규정도 두고 있지 않으며 종손을 제사주재자로 본 종래의 관습 및 판례법은 새로이 변화된 가족제도 하에서 더 이상 효력을 유지할 수 없다. 이런 경우 민사에 관해 단계적으로 법률, 관습법, 조리에 의하도록 규정한 민법 제1조에 따라, 민법의 일반원리와 제사용 재산의 성격, 민법 제1008조의3의 입법목적 및 제사가 가지는 역사적, 사회적 의미 등을 종합적으로 고려하여 조리에 의해 제사주재자의 결정방법을 정해야 한다. 그에 따라 민법 상의 사적 자치의 원칙, 상속인 간의 평등 지향성, 협의에 의한 결정의 타당성 등을 고려할 때 제사주재자는 공동상속인들의 협의에 의해 결정하도록 하고 그것이 이루어지지 않는 경우에는 제사주재자의 지위를 유지할 수 없는 특별한 사정이 있지 않는 한 장남이나 장손자 또는 장녀를 제사주재자로 보는 것이 타당하다. 다른 경우에 비해 이렇게 특정 일인의 장남 또는 장손으로 정하는 것이 사회통념 상 정당성 및 예측가능성을 가진다고 볼 수 있어 가장 조리에 부합한다. 원심판결은 ‘관습 상 종손에게 제사주재자의 지위가 인정된다’는 법리에 따른 것으로서 제사주재자의 결정 방법에 관한 법리 상의 잘못은 있으나 판결 결론에서는 정당한 것이 된다.

유체·유골의 처분방법 또는 매장장소 지정의 효력과 관련해서는, 사람의 유체·유골은 매장·관리·제사·공양의 대상이 될 수 있는 유체

물로서, 분묘에 안치되어 있는 선조의 유체·유골은 민법 제1008조의3 소정의 제사용 재산인 분묘와 함께 그 제사주제자에게 승계되고, 피상속인 자신의 유체·유골 역시 위 제사용 재산에 준하여 그 제사주제자에게 승계되는 것으로 보아야 한다.

(2) 박시환 대법관, 전수안 대법관의 반대의견

다수의견처럼 유체·유골의 승계권자는 제사주제자인 것이고, 제사주제자는 우선 공동상속인들 사이의 협의에 의해 정해야 한다. 그러나 협의가 이루어지지 않는 경우에 다수의견처럼 다시 장남에게 제사주제자의 지위를 인정한다면 종전 관습과 사실상 차이가 없게 된다. 제사는 집안 내부의 행사이고 제사용 재산을 누가 승계하느냐 하는 것 역시 집안 내부의 문제이므로, 제사주제자를 누구로 할 것인지 제사용 재산을 누가 승계할 것인지의 문제는 집안 내부 사람들의 의사에 따라 자율적으로 결정하도록 맡기는 것이 바람직하다는 점에서, 공동상속인들 간 협의불성립 시에는 다수결에 의해 제사주제자를 결정하는 것이 조리에 합당하다.

또한 유체·유골의 처분방법 또는 매장장소 지정의 효력과 관련해서는, 피상속인의 유체·유골은 제사용 재산인 분묘와 함께 제사주제자가 이를 승계한다고 본 다수의견에는 찬성하지만, 제사주제자가 피상속인의 유체·유골에 대한 관리·처분권을 가진다고 해서 정당한 사유 없이 피상속인의 의사에 반하여 유체·유골을 처분하거나 매장장소를 변경하는 것까지 허용된다고 볼 수는 없다. 인격권 및 신체에 대한 자기결정권은 사후에도 최대한 존중되어야 하고 피상속인의 유체·유골에 대한 권리를 제사주제자에게 귀속시킨 취지가 망인에 대한 경애·추모에 있다는 점에 비추어 볼 때, 피상속인의 유체·유골의 처분이나 장례방법에 관한 생전 의사표시에 법적 구속력을 인정하는

것이 타당하므로 제사주재자가 피상속인의 생전 의사에 반하여 유체·유골을 처분하거나 장례방법, 매장장소를 변경하는 행위는 특별히 정당한 사유가 없는 한 허용되지 않는 것으로 보아야 한다.

(3) 양창수 대법관, 안대회 대법관의 반대의견

분묘 등의 귀속자를 “제사를 주재하는 자”로 정하는 민법 제1008조의3에 준하여 유체귀속의 문제를 처리해야 한다는 다수의견의 입장은 더 이상 채택하기 어렵다. 과거와는 달라진 장례방식의 다양화를 고려할 때, 매장이나 분묘의 개설은 장사의 한 방법에 불과한 것이고 유체귀속에서 핵심적으로 문제되는 것은 유체이지 분묘가 아니므로, 유체의 귀속은 분묘의 귀속과 분리하여 처리되어야 한다. 종전 판례는 유체의 귀속 일반을 분묘 등의 승계에 관하여 정하는 민법 제1008조의3에 준하여 처리하여 왔고 다수의견도 이를 전제로 하지만, 이제는 민법 제1008조의3의 판단틀 바깥에서 유체의 처리·귀속에 관한 일반법리를 모색할 필요가 있다. 분묘승계나 제사주재와는 독립적으로 유체귀속의 문제에서는 망인의 종교적인 의사가 1차적인 기준이 되어야 한다. 망인이 자신의 장례 기타 유체를 그 본래적 성질에 좇아 처리하는 것에 관하여 생전에 종교적인 의사를 명확하게 표명한 경우에 그 의사는 ‘사후적 인격보호’의 차원에서 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.

그리고 누가 제사주재자가 되는지를 규정하기 위해서는 민법 제1008조의3에서의 ‘제사’란 무엇인지, ‘주재’란 무엇인지 또는 ‘주재하

는 자'란 무엇인지 등을 해석하여 그 의미를 구체적인 사건에 적용할 수 있도록 명확하게 하면 족하다.

(4) 김영란 대법관, 김지형 대법관의 반대의견

민법 제1008조의3에 정한 제사주제자라 함은 조리에 비추어 제사용 재산을 승계받아 제사를 주제하기에 가장 적합한 공동상속인을 의미하는데, 공동상속인 중 누가 제사주제자로 가장 적합한가를 판단함에 있어서는 공동상속인들 간의 협의에 의해 결정하도록 하고 그것이 이루어지지 않은 경우에는 민법 제1008조의3의 문언적 해석과 입법 취지, 그리고 인격의 존엄과 남녀평등을 기본으로 하고 가정평화와 친족상조의 미풍양속을 유지·향상시키려는 가사 소송의 이념 등을 종합적으로 고려하여 법원이 후견적으로 결정해야 한다.

(5) 다수의견에 대한 이홍훈 대법관, 김능환 대법관의 보충의견

‘제사를 주제하는 자’라 함은 ‘사실상 제사를 주제하는 자’가 아니라 ‘제사를 주제하여야 하는 자’를 말하는데 민법에서는 ‘제사를 주제하는 자’가 누구인지 정하지 않은 법의 흠결이 존재한다. 이 경우에는 민법 제1조 상 관습법에 의해 정해야 하지만 종래의 관습 내지 관습법과 대법원 판결들이 더 이상 효력을 갖지 않게 된 이상 조리에 따라 결정해야 한다. 이렇게 다수의견이 조리에 의해 제사주제자의 결정방법을 정해야 한다고 보는 것은, 종래의 관습이 개인의 존엄과 평등을 기초로 한 변화된 가족제도에 원칙적으로 부합하지 않게 됨으로써 더 이상 관습 내지 관습법으로서의 효력을 유지할 수 없게 되었다고 보기 때문이지, 그 관습 내지 관습법이 다른 내용으로 변경되었다고 보기 때문은 아니다. 그럼에도 불구하고 제사주제자에 관한 새로운 관습의 내용을 심리·확정하여 이를 재판규범으로 삼아야 한다는 (양창수 대법관, 안대희 대법관의 반대의견에 대한) 안대희 대

법관의 보충의견은 재판거부와 다름없다. 법원의 후견적 역할을 주장한 김영란 대법관, 김지형 대법관의 반대의견은 현행 우리 민법의 해석론으로는 채택하기 어렵고 가사소송법 상으로도 불가능하다. 또한 박시환 대법관, 전수안 대법관의 반대의견은 단순한 재산관계 영역뿐만 아니라 가족관계·신분관계 영역에 관한 사항이 포함되어 있는 문제를 다수결이라는 방법으로 결정하려는 것이어서 적절하지 않으며, 사회 구성원들의 보편적인 감정에도 부합하지 않는다.

유체·유골의 처분방법 또는 매장장소 지정의 효력에 있어서 양창수 대법관, 안대희 대법관의 반대의견처럼 망인의 인격권을 쉽사리 인정하는 것은 경계해야 하고, 오히려 유족 고유의 인격권 보호를 통해 망인의 인격권을 간접적으로 보호하는 것이 타당하다. 자신의 유체·유골의 처분방법 등에 관한 망인의 생전의 의사표시는 존중되어야 마땅하지만, 이는 도의적 의무인 것이지 법률적 의무로까지 볼 수는 없고, 유체·유골의 처분이나 매장장소 등의 선택은 그것이 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하지 않는 이상, 종국적으로는 망인의 유체·유골의 귀속권자인 제사주제자의 의사에 따라 이루어져야 할 것이다.

(6) 양창수 대법관, 안대희 대법관의 반대의견에 대한 안대희 대법관의 보충의견

다수의견은 제사주제자에 관한 종래의 관습 내지 관례법이 효력을 유지할 수 없게 된 상황에서는 조리에 의해 제사주제자의 결정방법을 정해야 한다는 전제 하에 제사주제자는 우선적으로 공동상속인들 사이의 협의에 의해 정하되, 협의 불성립 시에는 장남 내지 장손자를 제사주제자로 보는 것이 사회통념 상 가장 조리에 부합한다고 해석한다. 그러나 제사에 대한 우리 국민의 인식과 사회적 관습이 변화하여 종래의 제사주제자의 해석이 유지될 수 없게 된 상황에서는 사물

의 본성이나 법의 일반원칙, 이론적 당위를 의미하는 조리에 의해 결정할 것이 아니라 ‘사회의 거듭된 관행으로 생성된 관습 내지 관습법’에 의해 결정해야 한다. 즉, 종래 대법원은 종손이 제사주재자라는 관습을 인식하여 왔는데, 그러한 관습이 헌법이념에 합치되지 않거나 사회의 변화에 따라 바뀌었다면 새로운 ‘사회의 거듭된 관행’을 찾아내어 그에 따른 해석을 해야 하는 것이다.

유체귀속에 있어서는 특히 헌법을 정점으로 하는 통일적 법질서의 관점에서 사자의 헌법 상 권리로서 인간존엄 및 자기결정권이 적극적으로 보호되어야 한다.

(7) 김영란 대법관, 김지형 대법관의 반대의견에 대한 김영란 대법관의 보충의견

다수의견은 ‘사회통념상 상대적으로 정당성이 있다거나’, ‘공동상속인들 사이의 협의의 불성립이라는 사정에 의하여 초래된 것’이라는 등의 모호하거나 적절하지 않은 이유들만으로, 공동상속인들 간의 협의 불성립 시에는 출생에서 비롯되는 성별에 의하여 확일적으로 제사주재자를 결정하도록 함으로써 딸이 제사주재자가 될 기회를 사실상 박탈하였다. 이는 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 한 가족생활을 보장하고 가족 내의 실질적인 권리와 의무에 있어서 남녀의 차별을 두지 아니한다는 우리의 전체 법질서에 명백히 반한다. 제사주재자의 성격상 상속인들 중 특정한 1인으로 정할 수밖에 없어 필연적으로 상속인들 사이의 차별이라는 결과가 발생한다 하더라도 합리적인 차이를 감안한 차별은 헌법상의 평등 원칙에 위반되지 않으므로, 법원이 제사주재자의 결정에 후견적으로 개입하여 제반 사정들을 고려하는 경우에는 차별의 정당성을 확보할 수 있을 뿐 아니라, 급변하는 현대사회에서 제사주재자와 관련한 사회 구성원들의 인식 변화

등도 적절하게 반영할 수 있을 것이다.

나. 유체귀속의 문제 - 다수의견 / 반대의견들의 논거의 검토

판결(다수의견)은 다음의 논리를 취한다:

유체의 소유권자는 민법 제1008조의3의 분묘 등 제사용 재산의 소유권의 승계자인 제사주제자이다 - 누가 제사주제자인가에 관한 규범흠결이 있다 - 관습이나 판례법 아닌 조리에 의한 흠결보충이 가능하다 - 조리 상 협의에 의하되 협의가 불가능하면 장자-장손을 제사주제자로 본다 - 제사주제자의 지위를 유지할 수 없는 특별한 사정이 인정되지 않으므로, 원고는 제사주제자의 지위에서 유체인도를 청구할 수 있다.

유체유골은 민법 제1008조3 소정의 제사용 재산인 분묘와 함께 제사주제자에게 승계된다는 판단은 유체 및 유체가 담긴 분묘가 제사 승계의 대상이라는 인식에 기초한다. 제사주제자는 분묘에 대한 권리를 지니고 분묘의 핵심은 유체유골이므로 제사주제자로서 유체의 인도를 청구할 수 있다는 논리이다. 따라서 유체의 소유권이 승계되는 제사주제자가 누구인가를 정하는 것이 주요문제가 된다.

이 다수의견과 근본적인 견해 차이를 보이는 것이 양창수 대법관, 안대희 대법관의 반대의견이다. 그에 따르면, 유체의 귀속을 분묘귀속 및 제사주제와 결합시키는 것은 매장, 분묘개설, 제사가 더 이상 당연(관행)시되지 않는 상황에서는 적절한 해결방법이 아니다. 매장 및 분묘개설은 유체처리(장사)의 한 방법일 뿐이고 제사 역시 필수적인 의식이 아니다. 오히려 본질적인 것은 다양한 유체의 처리 및 추모방식에 관한 망인의 의사이다. 유체귀속의 문제는 제사주제자의 의사보다 망인의 의사를 존중하는 방식으로 해결되어야 하며, 특히 현

법 상 보장된 자기결정권 및 사자의 인격권, 그리고 망인의 의사를 좇을 도덕적(도의적) 의무 등을 고려할 때 법이 보호, 조력하여야 할 바이다.

의견대립을 보이는 이 사안을 인격체로서의 망인 - (망인의 불가피한 나머지로써의) 유체 - 유체처리(장사) - (유체가 문헌) 분묘 - 제사 - 제사주재자의 계열로 재구성해보면, 다수의견은 “유체는 (제사승계의 대상으로서) 분묘 및 제사와 함께 간다”는 견해이다. 이는 유체귀속의 문제를 망인의 ‘남은 유체’를 대상으로 한 ‘남은 자’들 간의 관계 문제, 즉 망인의 유체를 객체로 하여 가계 및 제사를 승계하는 (또는 승계하여야 하는) ‘남은 자’들 간의 유체관리 및 귀속 질서를 둘러싼 문제로 보는 입장이다. 그러나 양창수 대법관, 안대희 대법관의 반대의견에 따르면 유체는 ‘망인의 생전 의사에서 시작되는 자기결정-자기처분의 대상이자 그 결과로서의 유체’라는 점이 본질적 이므로 그 처리 및 귀속은 망인의 의사를 존중하는 것이어야 한다. 다수의견에 따르면 유체는 ‘망인의 사망 이후 그의 인격이나 의사와는 분리되어 유족 및 (중국적으로는) 제사주재자의 의사에 지배되는, 관리제사처분의 대상’이다. 따라서 이 사건에서처럼 제사주재자(원고인 장자)의 의사와 상관없이 장례분묘화를 거쳐 관리되는 유체는 반대의견의 관점에서는 망인의 인격적 나머지로써 결코 제사주재자에게 일방적으로 인도될 수 없는 것인 반면, 다수의견의 관점에서는 사망 이후 ‘어떻게든 남게 된 유체’이자 제사승계의 대상으로서 ‘어떤 식으로든 결정된 제사주재자’에게 승계된다.

위에서 언급되었듯이, 다수의견은 남아있는 유체로서의 물체성과 그것(물체성)이 제사주재자의 가계 및 제사승계에 필수적인 의미를 갖는다는 점에 주목하여, “유체는 제사와 함께 간다”라는 해결을 택

하였다. 그에 비해 반대의견은 망인의 인격과 의사가 갖는 가치우월성 및 장례-분묘-제사방식의 다양화-상대화 가능성을 들어 “유체는 (제사주제자만이 아니라 보다 중요하게는) 망인의 의사와 함께 간다”라는 점을 지적한다. 유체는 후대의 처분에 맡겨진 제사관리의 대상(객체)이기만 한 것이 아니라 분묘화나 제사관리의 가망 없이도 자신의 생전 의사에 따라 처리되어야 할, 자기의 주체적 인격성의 나머지 일부라는 관념이다.⁵⁾ 사안을 일반화-단순화시켜보면, 관리제사공양의 기대가 있거나 없는 망인 對 관리제사공양의 의지가 있거나 없는 상속인 및 제사주제자 사이에 유체처리, 분묘, 제사 등의 매개적 관습과 의식들이 자리잡고 있으며, 유체귀속에 대한 판단은 유체에 작용

5) 여기서 관점을 다소 넓혀 보면, 유체유골의 처분 문제는 최근 논의되는 존엄사 및 사전의료지시서의 테마와 겹쳐 보인다. 치료말기의 회복불가능한 환자는 자신에 대한 연명치료 여부가 가족 및 의료인의 판단과 의사에 일방적으로 종속되는 객체가 아니라 자기의 ‘사망과정’에 대해 사전에 자율적으로 결정할 수 있는 인격적 주체로 인정되어야 한다는 존엄사 및 사전의료지시서의 논리에 비추어보면, 남겨진 유체는 상속인과 유족들의 일방적인 관리제사처분의 대상이 아니라 ‘사망 이후의 과정’에 대한 자기의 자율적 의사가 반영되고 실현되어야 할, 인격적 주체의 일부라고 할 수 있다. 물론 이 경우 존엄사에서와 마찬가지로의 문제가 생길 수 있다. 가장 자율적인 결정으로서의 연명치료 거부 의사를 인정하는 존엄사의 논리가 환자를 자발적 죽음으로 밀어내는 억압적 기제로 작동할 때 가장 타율적인 죽음의 방식이 될 수 있는 것처럼, 유체의 처리에 관한 망인의 자율적 의사결정 가능성이 사실상 사후의 관리제사공양에 대한 기대불가능성의 상황과 이어짐으로써 마치 관리제사를 자발적으로 거부하는 사전유체처리지시서처럼 왜곡된 형태로 실현될 수도 있다. 다소 비관적으로 예견해볼 때, 가계-제사 승계의 관습에 따라 제사주제자가 유체를 승계하는 관습의 시대 이후에 망인의 자율적 의사에 따라 유체귀속이 결정되고 후손들은 자발적인 추모공동체의 일원으로 남는 탈관습적인 개인윤리의 시대를 거쳐 포스트모던적 개인들의 자발적인 자기처분이 지배하는 사전유체처리지시서의 시대가 오면 후손들은 망인의 자기처분의 사의 집행자의 지위에서 마치 유체처리반의 일원처럼 모였다 흩어지게 될 수도 있을 것이다.

하는 두 의지인 망인의 의사 對 제사주재자의 의사 간의 우위성 판단으로 수렴된다고 볼 수 있다.

다. 제사주재자의 결정 문제 - 다수의견 / 반대의견 / 보충의견들의 논거의 검토

이렇게 유체귀속에 관한 다수의견과 양창수 대법관, 안대희 대법관의 반대의견 간의 근본적 대립 아래에 다수의견과 또 다른 반대의견들 간의 대립이 있다. 우선 양창수 대법관 등의 반대의견과 달리 다수의견을 비롯한 다른 두 반대의견들 - 박시환 대법관, 전수안 대법관의 반대의견과 김영란 대법관, 김지형 대법관의 반대의견 - 은, 유체유골은 민법 제1008조의3에 따라 제사용 재산의 귀속에 준하여 제사주재자가 이를 승계한다는 데에 의견을 같이 한다. 다만 이 두 반대의견은 ‘유체는 제사주재자에게’ 라는 관점에서 유체의 귀속을 정하기 위해 제사주재자가 누구인지 결정해야 한다는 문제해결의 논리에는 동의하되 다수의견이 취한 제사주재자의 결정방법, 즉 조리에 따라 일차적으로는 협의에 의하고 협의불성립 시 장자-장손 계열을 제사주재자로 한다는 방법에는 반대한다. ‘조리’에 의한 제사주재자의 결정이라는 다수의견의 새로운 법리는, 제사를 주재하는 자의 지위를 유지할 수 없는 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 통상 종손에게 제사주재자의 지위가 인정된다고 보았던 종전의 판례를 변경한 것이라는 점에서 적어도 다수의견의 관점에서는 큰 의미를 지니는 것이지만, 박시환 대법관, 전수안 대법관의 반대의견으로는 (관습을 대신한) 조리에 의한 결정방법이 일차적으로는 협의, 협의불성립의 경우에는 다시 장자-장손으로 돌아감으로써 사실상 (협의성립에 관한) 장남의 주관적 의사 및 장남-장손의 우월한 지위에 대한 확인과 다를 바 없어진다. 박시환 대법관, 전수안 대법관은 집안 내부의 문

제인 제사승계는 집안 내부인들의 의사에 따라 자율적으로 결정되도록 맡기는 것이 타당하므로, 일차적으로는 공동상속인들의 협의에 의하되 불성립 시에는 대등한 자들 사이의 의사결정 방법으로서 ‘다수결의 방식’을 취하는 것이 합리적-민주적이고 가장 조리에 합당하다고 본다. 또한 인격권 및 신체에 대한 자기결정권의 관점에서, 제사주재자가 유체유골에 대한 권리는 지니되 그에 내재하는 한계로 인해 망인의 의사에 반하여 유체를 처분하거나 매장장소를 변경하는 행위는 허용될 수 없다는 입장이다.

이에 비해 김영란 대법관, 김지형 대법관의 반대의견으로는, 제사주재자의 결정방법으로서 조리를 취하는 것이 타당하고 그에 따라 일차적으로는 협의에 의하되 불성립 시에는 다수결이 아니라 ‘법원의 종합적, 구체적 판단’에 맡겨야 한다. 즉 제사주재자라는 불확정 개념을 해석함에 있어서 조리 상 ‘제사를 주재하기에 가장 적합한 자’로 보아야 하며, 개별사건에서 누가 제사를 주재하기에 가장 적합한가에 대해서는 민법 제1008조의3의 문언적 해석과 입법취지, 인격의 존엄과 남녀평등을 기본으로 하고 가정의 평화와 친족상조의 미풍양속을 유지, 향상한다는 가사소송의 이념 및 다양한 관련요소를 종합적으로 고려하여 법원이 판단해야 한다는 것이다.

이런 반대의견들 중 다수결에 의한 제사주재자의 결정 방법을 취한 의견에 대해서는 재산법/신분법적 관계의 차이를 고려치 않았다는 점(김영란 대법관, 김지형 대법관의 반대의견 및 이홍훈 대법관, 김능환 대법관의 보충의견), 그리고 구성원의 보편적 법감정에 부합하지 않는다는 점이 지적되었다(이홍훈 대법관, 김능환 대법관의 보충의견). 그리고 법원에 의한 결정방법을 취한 의견에 대해서는 그것이 갖는 반자율적 후견주의성 외에, 제사주재자를 결정할 제도를 두

지 않은 입법자의 소극적 의사, 법원의 재판 권한 상의 한계를 들어 해결책이 될 수 없다는 비판의견이 제시되었다(이홍훈 대법관, 김능환 대법관의 보충의견).

법철학적 관점에서, 이런 다양한 의견들은 탈관습적 시대의 규범윤리의 본질이 무엇인가 생각해보게 한다. “(상대방과의) 계약은 지켜야 한다”와 “(조상의) 제사는 지내야 한다”, 그리고 “(모든) 망인은 추모해야 한다”라는 규범명제들을 다소 단순화시켜 비교해보면, 첫 번째 명제는 자율적 합의가 갖는 상호성에 기초한 법의 일반원리이고, 두 번째 명제는 역사-문화적 맥락을 갖는 관습적-윤리적 요청이며, 세 번째 명제는 양심이 관여하는 주관적-보편적인 도덕의 요청으로 볼 수 있다. 당사자들의 관계에 있어서도 첫 번째 명제에서는 권리의무의 주체로서의 형식적-보편적인 상호성의 관계가, 두 번째 명제에서는 선대 및 후대를 잇는 家공동체의 구성원으로서 관습적-윤리적 승계의 관계가, 세 번째 명제에서는 도덕적 인격체로서 내면적 의지결정에서 출발하는 주관적-자율적 관계가 각각 두드러진다. 이런 규범적 특성들을 고려해볼 때, 제사주재자의 결정방법으로서 협의 불성립 시 ‘집안 내부의 자율적인 결정으로서의 다수결’의 방식이 타당하다는 견해에 대해서는 “家 중심의 제사승계공동체는 계약공동체인가”라는 질문을 하게 된다. 다수결을 주장하는 견해는 무엇보다 탈관습적 시대의 생활감정인 상호 보편적 합리성을 존중하고자 한다. 그러나 당사자 모두가 자기이익에 충실한 합리적 보편인들 간의 계약공동체가 아니라 상호성-공정성의 원리가 요구되기도 실현되기도 어려운 회고적-전승적 家공동체의 문제에서도 다수결 제도가 가장 타당한 의사결정 방법인지는 의문이다. 그것은 탈관습적 시대의 윤리관념에 부합하는 합리적-자율적인 결정 방법을 찾아야 한다는 높은 요

구 수준에 비해 너무 손쉬운 형식적 해결이라는 생각이 든다. 탈관습적 사회의 개인들은 수평적-상호적 계약공동체의 일원인 동시에 전승적 관습공동체의 일원이기도 한 兩세계의 시민이라는 점을 다소 간과한 듯하다.

또 다른 반대의견으로서 ‘법원’이 종합적, 구체적으로 ‘제사를 주재하기에 가장 적합한 자’를 판단하는 것이 가장 합목적적이라고 보는 견해에 대해서는 “과연 법원이 때로는 도덕성보다 더 다양하고 이해 불가능한, ‘가구성원으로서 살아낸 에토스’를 읽어내는 데에 가장 적합한가”라는 의문을 갖게 된다. 가계-제사승계의 문제에 있어서는 망인과 후대(제사주재자) 간의 권리의무 관계의 상호성이나 자발성보다 일방적인 하강-승계성이 두드러지며 그런 점에서 누가 제사(주재)의 무’를 질 ‘권리’를 가지는가에 대한 다툼으로 보이기도 한다. 현대의 탈관습적 생활감정 하에서 망인의 유체가 중요한 자는 더 이상 가계-제사승계자가 아닐 수 있으며 현실적으로 장례-제사의 주체와 추모공양의 주체는 겹치지 않을 수 있다. 법원이 탈관습적-다원적 사회의 후견적 판단자이고자 한다면, 이 사건의 경우 제사를 주재하기에 가장 적합한 자는 누구인가보다 오히려 망인의 유체가 가장 중요한 자는 누구인가를 우선 판단하는 것이 필요할 것 같다.

2. 판결의 방법론적 이해 - 법률 흠결의 문제

유체귀속 및 제사주재자의 결정에 관한 논의는 두 가지 의문을 낳는다. 우선 방법론의 차원에서 유체귀속의 판단 및 제사주재자의 결정에 있어 법률의 흠결이 존재하는가, 그리고 실체적 차원에서 제사주재자의 결정에 있어 조리에 의한 해결이 타당한가라는 물음이다.

우선 방법론의 차원에서 이 사안은 법률의 흠결에 해당하는가가 문

제된다. 법률의 흠결이 확인되는 경우에 법관의 법률내재적 법형성이 정당화될 수 있다는 점에서 흠결 개념은 법형성의 출발점이 된다.⁶⁾

라렌쯔의 분석에 따르면 법관의 법률해석과 법형성은 본질을 달리 하는 것이 아니라 동일한 사유과정의 서로 다른 단계이다. 개념적으로 구별해보면, 가능한 법문이 갖는 의미(어의)의 한계가 곧 법해석의 한계이며, 이 한계를 넘어선 지점에서 법형성이 시작된다. 그것이 법률자체의 근본계획 내지 목적론의 틀 안에서 이루어질 경우 흠결보충으로서의 법률내재적 법형성에 해당하며, 법률 자체의 목적론적 계획을 넘어서지만 전체 법질서의 틀과 지도원리 안에서 이루어질 경우 법률초월적 법형성이 된다. 일반적으로 판결을 거부할 수 없는 법관으로서의 법률의 해석과 흠결의 보충에 대한 의무를 지니며, 흠결보충을 넘어서는 법률초월적 법형성의 작업에는 부가적인 정당화 근거가 필요하다.⁷⁾

이 때, 법형성의 출발점이 되는 흠결이란 일종의 불완전성을 암시하는데, 어떤 법률이 특정영역에서 완벽한 규율을 추구하는 경우에만(그런 규율의도를 전제해서만) 충족되지 않은 불완전성으로서 법률의 흠결에 대해 언급할 수 있다는 점에서, 법률의 흠결은 ‘계획, 의도에 반하는 법률의 불완전성’이라고 규정할 수 있다.⁸⁾ 이런 불완전성으로서의 흠결에는 개별 규범 차원의 흠결과 보다 총체적인 법률 차원의

6) 흠결에 관한 방법론적 설명은 임미원, “법관의 법형성에 관한 일고찰 - <구 조세감면규제법> 한정위헌 결정과 관련하여 -”, 공법연구(제41집 제1호), 한국공법학회(2012)를 참고하였음.

7) Larenz/ Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin(1995), 187-188쪽.

8) Larenz/ Canaris, 앞의 책, 194쪽; Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart(2005), 178쪽; Kramer, *Juristische Methodenlehre*, Bern(2010), 181-182쪽.

흠결이 있다. 어떤 법률조항에 추가규정을 더하지 않고는 그 법률조항 자체가 적용될 수 없는 경우에 흠결이 존재하며, 이는 개별규범 자체 안에 불완전성이 있는 경우로서 규범흠결(Normlücke)이라고 부를 수 있다.⁹⁾ 이에 비해 일반적으로 언급되는 법률흠결(Gesetzeslücke)이란 이런 개별법문이 아니라 일정한 규율(Regelung) 전체가 불완전한 경우, 즉 근본적인 규율 의도 상 일정한 규율이 필요한 문제에 대해 아무런 규정도 갖추지 않은 경우로서 규율흠결(Regelungslücke)에 해당한다. 어떤 법률을 추가적 규정없이 적용하려 할 경우 문제되는 사례의 해결(답변) 자체가 불가능해지는 경우처럼 명확성-구체성-특정성의 결여가 문제인 개별 규범의 흠결과는 달리, 법률(규율) 흠결에서는 타규율 대상과의 규율 상의 불평등성-불공평성이 문제이다. 즉, 근본적인 규율의도 상 일정한 대상(경우)들에 대해서도 규율하는 것이 필요하고 기대됨에도 불구하고 이런 특정 대상(경우)들을 규율하지 못한다면, 이런 법률은 각자에게 귀속되는 바를 주려는 근본적 규율 의도에 반하는 불완전한 것이 된다. 이는 “같은 것은 같게, 다른 것은 다르게 다루라”(Gleiches gleich zu behandeln)는 명령에 반하므로, 법관은 이런 규율의 흠결을 근본적인 규율의도 및 법률의 목적에 따라 보충할 의무를 지게 된다.

이런 흠결 개념에 비추어 대법원의 판결을 가. 다수의견 / 박시환 대법관, 전수안 대법관의 반대의견 / 김영란 대법관, 김지형 대법관의 반대의견과 나. 양창수 대법관, 안대희 대법관의 반대의견 / 이홍훈 대법관, 김능환 대법관의 보충의견으로 나누어 이해해 보면 다음과 같다.

9) Larenz, 앞의 책, 193쪽.

가. 다수의견 / 박시환 대법관, 전수안 대법관의 반대의견 / 김영란 대법관, 김지형 대법관의 반대의견이 취한 방법론적 입장

다수의견에 따르면 우선 유체귀속에 관해서는 민법 상 ‘법률흡결 또는 규율흡결’이 존재한다. 이렇게 유체의 귀속 자체를 규율하는 법률규정이 없는 경우, 다수의견처럼 민법 제1008조의3의 분묘 등 제사용 재산에 준하여 규율한다면 이는 유추의 방법에 의한 흡결보충에 해당한다. 즉, ‘같은 것은 같게’라는 관점에서 분묘 등 제사용 재산의 귀속을 규율하는 규범을 유체에 대해서도 (유추)적용할 수 있는 것이다. 그에 따라 유체는 제사주재자에게 귀속된다고 판단할 경우 다시 민법 제1008조의3의 제사주재자에 관한 ‘규범흡결’이 존재한다. 위 조문은 제사주재자가 제사용 재산의 소유권을 승계한다고 규정할 뿐이어서 제사주재자가 누구인가에 대한 추가적 규정을 더하지 않고는 조문 자체의 적용이 불가능하다. 이렇게 구체성-특정성의 결여에 기인하는 개별 규범의 흡결의 경우, (다수의견 및 두 반대의견들처럼) 법률 뿐 아니라 관습과 판례법이 모두 효력을 상실했다고 본다면 조리, 법의 일반원리, 사물의 본성(die Natur der Sache) 등에 의한 흡결보충의 방법을 취할 수 있다. 그밖에 흡결보충의 방법으로 원용되는 사유형상들로는 법질서의 정신, 정당한 법, 자연법 등이 있으며 자유법론적 관점에서는 ‘법관 고유의 창조적 평가’도 인정된다.¹⁰⁾ 다수의견 / 박시환 대법관, 전수안 대법관의 반대의견 / 김영란 대법관, 김지형 대법관의 반대의견들이 이 조리에 해당하는 구체적 기준으로 제시한 것은 (협의 이외에) 사회통념 상의 정당성과 예측가능성(다수의견), 다수결이라는 보편적 의사결정의 원리(박시환 대법관, 전수안 대법관

10) Engisch, 앞의 책, 202-204쪽.

의 반대의견), 사법적-제도적 권위가 갖는 후견적 결정권한(에 따른 법원의 평가)(김영란 대법관, 김지형 대법관의 반대의견) 등이다.

이 중 김영란 대법관, 김지형 대법관의 반대의견은 방법론의 관점에서 특징적이다. 이 의견은 제사주재자의 결정은 조리에 의한다는 전제에서 출발하여 조리에 가장 부합하는 결정방법으로 법원의 후견적 판단(‘법원이 후견적으로 판단할 것’)을 든다. 한편 민법 제1조 상 법률과 관습법이 없으면 조리에 의한다는 민법의 法源 상의 위계에 따라 법원은 법률 흠결 및 관습법의 실효 시 조리를 통해 범형성적으로 판단할 수 있다. 따라서 이 사안은, 민법 제1조 상 ‘제사주재자가 누구인지 조리에 따라 판단해야 하는(조리를 통해 흠결 보충해야 하는) 법원’이 ‘제사주재자로 적합한 자가 누구인지 법원이 후견적으로 판단할 것’이라는 결정방법을 조리합치적인 것으로 선언한 것과 같다. 즉 제사주재자가 누구인지에 대한, 조리를 기준으로 한 법원의 범형성적 판단내용이 법원의 후견적 판단(“제사주재자가 누구인지 법원이 후견적으로 판단하라”)이다. 자유법론적 관점에서 흠결보충의 방법으로 원용되는 ‘법관 고유의 창조적 평가’를 일정 정도 연상시킨다.

나. 양창수 대법관, 안대희 대법관의 반대의견 / 이흥훈 대법관, 김능환 대법관의 보충의견이 취한 방법론적 입장

양창수 대법관, 안대희 대법관의 반대의견의 관점에서든 역시 유체 귀속에 관해서는 법률흠결 또는 규율흠결이 존재함을 인정할 수 있다. 그러나 이런 흠결의 보충방법에 있어서는, 다수의견처럼 민법 제1008조의3에 따라 유체-분묘-제사의 공속성을 고수하여 유체는 제사주재자에게 귀속된다고 보고 제사주재자를 특정하는 일로 돌아갈 것이 아니라, 이와는 다른 판단틀 하에서 망인의 종교적인 의사 등을 포괄적으로 고려하여 유체의 처리, 귀속에 관한 일반법리를 발견해내

는 작업이 필요하다고 본다. 즉, 유체의 귀속 문제를 분묘 및 제사귀속과 분리시켜 ‘민법 제1008조의3의 판단틀 바깥에서’ 자기결정권, 사자의 인격권, 망인의 의사를 좇을 도덕적 의무 등에 근거하여 해결해야 한다는 것이다. 이는 포괄적인 헌법 및 법의 일반원리에 의한 흠결보충으로 볼 수 있다.

그리고 제사주재자의 결정문제에 있어서는, 규범흠결의 상태에서 취해지는 조리에 의한 흠결보충의 방식으로 해결할 것이 아니라고 본다. 유체귀속 문제와 상관없이 어떤 필요에서이든 민법 제1008조의3의 제사주재자를 결정해야 한다면, 다수의견처럼 조리를 통해 해결할 것이 아니라, 법해석의 범위 내에서 해결해야 한다는 입장이다. 즉 제사, 주재, 주재하는 자 등의 어의(語義) 확인에서 시작하여 법문언적-문맥적 의미 안에서 제사주재자가 누구인지 해석해내야 하며,¹¹⁾ 그것으로 불충분한 경우에는 목적론적 관점에서 민법 제1008조의3의 규율 목적, 입법 의도, 헌법 이념 및 구체적 타당성의 요청 등을 고려하여 그에 따라 제사주재자가 누구인지 규정해야 한다는 견해이다. 이 경우, 문리적 해석과 함께 제사상속이라는 사안의 본성, 개인의 존엄과 양성평등에 기초한 혼인 및 가족생활을 보호하는 헌법이념, 전통적 습속에 대한 사회 구성원의 달라진 인식 등을 고려하는 목적론적 해석 및 헌법합치적 해석이 주요한 기준이 될 것이다.

이에 대해 이홍훈 대법관, 김능환 대법관은, 제사주재자의 결정에 관한 법의 흠결이 있고 기존 관습이 효력을 잃어 이를 조리에 의해

11) 대법원 2008. 11. 20. 선고 2007다27670 판결(이하 이 사건 판결):

“...법원으로서 분묘 등의 승계가 문제된 경우에 민법 제1008조의3에서의 ‘제사’란 무엇인지, ‘주재’란 무엇인지 또는 ‘주재하는 자’란 무엇인지 등을 해석하여 그 의미를 구체적인 사건에 적용할 수 있도록 명확하게 하면 족한 것이다.”

보충해야 함에도 양창수 대법관, 안대희 대법관은 민법 제1008조의3의 해석론을 통해 해결하려 한다고 비판한다. 이흥훈 대법관, 김능환 대법관은 일관되게 이 사안을 법률흠결로 보고 조리에 의한 흠결보충이 타당함을 강조하는 한편, 조리를 해석함에 있어서는 입법자의 의사를 중시하는 태도를 취한다. 즉, 김영란 대법관, 김지형 대법관의 견해인 ‘법원의 후견적 결정’이라는 방법에 대해, 그것은 법률개정 시의 입법자의 의도에 반할 뿐 아니라 가사소송법이나 가사소송규칙 등에 규정된 가정법원의 재판권한 상의 한계를 넘어서는 이유에서 반대한다. 입법권 對 사법권 간의 권력분립의 원리, 입법자의 의사 및 입법 취지 중심의 해석론, 법률 규정으로 엄격히 제한되는 법률 구속성의 원리 등에 기초하여 법원의 후견적 결정이라는 방법은 근거가 없다고 보는 이흥훈 대법관, 김능환 대법관의 의견은, 특히 제사승계의 보호라는 민법 제1008조의3의 입법취지와 강행규정성에 비추어 제사주재자를 ‘제사를 주재하여야 하는 자’로 보고 다수의견이 제시한 장자-장손계열을 조리에 가장 부합하는 제사주재자(의 결정 방법으)로 인정한다. 방법론적 관점에서 볼 때 이흥훈 대법관, 김능환 대법관의 의견은 법률해석의 기준에 있어서는 입법자의 의사를 중시하는 주관적 해석론에 가까우며, (조리에 의한 흠결보충을 강조함에 도) 근본적으로 법률해석을 넘어서 법관의 범형성 권한에 대해서는 권력 분립 및 법률 구속성의 원리에 따라 제한적-소극적인 입장을 보인다.

3. 판결의 실체적 이해 - 조리의 문제

여기서 논의는 두 번째의 문제로 이어진다. 제사주재자의 결정에 있어 조리에 의한 해결이 타당한가 또는 변화된 관습에 의한 해결이

타당한가의 문제이다.

조리를 취하는 다수 및 반대의견들에 맞서 안대희 대법관은 반대의견에 대한 보충의견에서 일반적인 흠결보충의 방법으로서 이용되는 법의 일반원리(조리)의 의미를 규정함으로써 이 사례에서는 조리에 의한 해결이 적절하지 않음을 지적한다. 이 보충의견에 따르면 조리는 사물의 본성 또는 법의 일반원칙을 의미하며, 경험적 사실성 및 그에 대한 사회적인 승인에 기초하는 것이 아니라 존재-사실 초월적인 당위로서의 보편타당성을 본질로 한다. 따라서 유효한 관습의 부재시에는 그 경험적-사실적 공백을 존재초월적인 조리를 통해 메울 것이 아니라 존재-사실 차원에 머물면서 사회적 상당성을 지닌 새로운 사실성(관습)을 찾아 그에 따라 해결하는 것이 타당하다.¹²⁾ 즉, 제사주재자는 사회의 거둬들인 관행으로 생성된 관습 내지 관습법에 의해 결정되어야 할 사항이며, 종래의 관습이 유지되지 않는다면 새로운 관습을 찾아 제사주재자가 누구인지 결정하여야 한다는 견해이다.¹³⁾

12) 이 사건 판결: “조리는 보충적 법원(法源)으로서 법률과 관습법이 없을 경우 비로소 판단의 준거로 삼아야 하는바, 관습 내지 관습법이 변경되었을 뿐 전통적 습속에 의한 제사는 사회 구성원들 사이에서 계속 이루어지고 있어 관습 내지 관습법이 없다고 할 수 없는 현 상황에서, 제사주재자의 결정 문제를 조리에 의한다는 것은 현실적인 존재의 인식 문제를 이론적인 당위로써 관철하려는 잘못이 있다고 보여진다. 그리고 조리는 법의 일반원칙으로서 통상 관례에 의하여 인식되지만, 그것은 보편타당한 가치에 근거한 사회의 승인을 전제로 하는 것으로서... .. 따라서 이 사건에서 굳이 누가 제사주재자가 되는지를 논할 필요성이 있다면, 이는 광범위한 조사와 심리를 통하여 오늘날의 제사에 관한 습속 및 사회적 변화를 수용한 제사주재자를 정하는 습속이 어떠한지를 명확히 인식한 후에 결정해야 할 것이다.”

13) 이 사건 판결: “우선 제사는 우리 민족의 조상에 대한 경애추모를 위한 전통적인 습속으로서 유교사상에 기반을 두고 있는 것인바, 그러한 제사의 주재자가 누구인지에 관하여는 기본적으로 ‘사회의 거둬들인 관행으로 생성된 관습 내지 관습법’에 의해 결정되어야 할 것이지 조리에 의해

이와는 또 다른 차원의 문제로서, 다수의견이 조리에 합치하는 제사주재자의 내용으로 제시한 바, 즉 협의 불성립 시 장자-장손계열로 정한다는 데 대해서도 안대희 대법관은 비판적이다. 다수의견은 호주승계제도가 폐지된 현행법 체계에서 피상속인의 의사를 고려, 반영함 없이 다시 장자-장손을 제사주재자로 보고 있으며 이는 다수의견 스스로 (상속인들의 자율적인 의사를 무시할 뿐 아니라 개인의 존엄과 평등을 기초로 한 변화된 가족제도에도 부합하지 않아) 더 이상 관습 내지 관습법으로서의 효력을 유지할 수 없다고 본 적장자 우선의 제사승계 방식을 구성된 간의 협의(불성립) 이후에 다시 조리의 내용으로 받아들이는 것과 같다.¹⁴⁾ 그런 점에서 다수의견은 ‘달라진 관습’의 문제를 ‘조리’로 해결하려는 모순, 그리고 그 조리의 내용으로서 더 이상 승인되지 않는 과거의 관습(장남장손자)을 다시 불러내는 모순을 보인다.

이런 안대희 대법관의 견해에 대해서는 이흥훈 대법관, 김능환 대법관이 다수의견에 대한 보충의견을 통해 비판을 가하였다. 그에 따르면 다수의견이 조리에 의해 제사주재자를 결정해야 한다고 본 것은 기존관습이 내용변화한 것이 아니라 효력상실 했다고 보기 때문

결정되어야 할 것은 아니다. 종래 대법원은 종손이 제사주재자라는 관습을 인식하여 왔는데, 그러한 관습이 헌법이념에 합치되지 않거나 사회의 변화에 따라 바뀌었다면 새로운 ‘사회의 거듭된 관행’을 찾아내어 그에 따른 해석을 해야 한다. 즉, 제사는 전통적인 습속에 따라 이루어지는 것으로서 제사주재자의 결정도 습속에 따라 정해지는 것이 일반적이므로, 제사주재자는 사회적 상당성을 지닌 관습에 따라 정해져야 할 것이지 이론적 당위성으로 정해져야 하는 것은 아니기 때문이다.”

14) 이 사건 판결: “다수의견은 변화된 관습에 대한 인식 노력을 포기한 채 단순히 관습의 일부로 남아 있다고 생각되는 사항을 조리로 포장한 채 설명하고 있을 뿐이다.”

이다. ‘관습이 변해서’가 아니라 ‘관습이 사라져서’ 관습 이외의 판단 규범으로 조리가 등장한 것이다. 그럼에도 제사주재자에 관한 새로운 관습을 재판규범으로 삼아야 한다는 견해는 사실상 재판거부와 다르지 않다.

여기서 문제는 적장자 우선의 제사승계방식이 관습법으로서는 헌법합치적인 정당성과 합리성이 없어 관습법적 효력을 상실한 것이지만, 조리로서는 사회 통념 상 정당성-예측가능성을 가진다는 다수의견의 모순성에 있는 듯하다. 즉, 다수의견은 제사주재자의 결정방법에 있어 “왜 더 이상 관습이 아니라 조리인가”의 문제, 그리고 조리의 내용으로서 “왜 다시 적장자 우선의 관습인가”의 문제에서 비밀관성을 보인다.

법철학적 관점에서 제사주재자의 결정에 관한 안대희 대법관의 보충의견에 대해서는 두 가지 의문이 제기될 수 있다.

첫째, 제사주재자는 사회의 거둬들인 관행으로 생성된 관습 내지 관습법에 의해 결정되어야 할 사항이며, 종래의 관습이 유지되지 않는다면 사회적 상당성을 지닌 새로운 관습을 찾아 그에 따라 해결해야 한다는 이 의견은, ‘흠결보충이 아니라 해석의 문제로 접근할 것’, 그리고 ‘실정법률도, 자연법적 조리도 아닌 사실인 관습에 의해 해결할 것’으로 요약된다. 즉, ‘해석’의 문제에서 출발하되 실질 면에서는 해석의 기준으로서 ‘승인된, 새로운 관습’을 찾으려 한다는 점에서 목적론적 해석의 형태를 띤 사실 상의 법형성은 아닌가 의문을 가지게 된다.¹⁵⁾

둘째, 이 보충의견은 존재-사실초월적인 당위요청으로서의 사물의

15) Rütters, “Rechtswissenschaft ohne Recht?”, *NJW* 2011, 434; - , “Klartext zu den Grenzen des Richterrechts”, *NJW* 2011, 1856.

본성 또는 조리 對 존재사실 차원의 승인된 습속으로서의 관습이라는 이원론에 기초하여, 조리 또는 사물의 본성이 아니라 존재-사실 차원의 관습에 따라 제사주제자를 결정할 것을 주장한다. 그러나 사물의 본성론은 - 이 이론 자체가 어렵고 다차원적인 법철학적 문제임은 일단 접어두고 - 초월적 당위이념으로부터 추상적으로 규범의 실질을 도출해내는 논리라기보다는 존재/당위의 이원적 분리의 문제를 해결하기 위한 완화된 규범원리로 이해하는 것이 타당하다. 코잉의 설명에 따르면, “사물의 본성(Natur der Sache)은 우리에게 질서요소들(Ordnungselemente)을 제공해주지만 결코 질서 자체를 제공하는 것은 아니다. 사물의 본성에 대한 고찰을 통해 귀결되는 바는 다음과 같은 인식, 즉 법질서와 관련된 소재인 사회적 삶(사회생활)은 전혀 형태화되지 않은 날 것의 재료가 아니라, 법적인 질서가 그에게 결합될 수 있고 결합되어야 하는 일정한 구조들을 이미 제시한다는 것이다.”¹⁶⁾ 사물의 본성이란 이런 사회적 삶의 구조를 의미하며, “우리가 가치평가적인 자세로 사태에 접근할 때 이 구조들은 명백히 드러나고 그 의미(중요성)를 얻을 수 있게 된다.”¹⁷⁾ 이렇게 사물의 본성은 존재-사태연관성과 당위-가치연관성을 동시에 내포하는 관념이다.¹⁸⁾

16) Coing, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 4. Aufl., Berlin(1985), 189-190쪽.

17) Coing, 앞의 책, 190쪽.

18) 구체적 자연법 사상으로서의 사물의 본성론은 여러 법철학자들에 의해 다양하게 전개되었다:

라드브루흐는 방법이원주의에서 비롯되는 존재와 당위의 대립을 완화시키고 사실의 세계와 이념의 세계와의 거리를 좁히고자 사물의 본성론을 발전시켰다. 카우프만에게서 사물의 본성론은 삶의 복잡성(Komplexität des Lebens)에 합치하는 선소여화된 법을 제시하려는 시도였다. 법이론적-방법론적 관점에서 ‘사물의 본성’은 법이념 또는 법률규범과 생활사

그런 점에서 유체귀속의 문제와 일단 분리된 제사주재자의 결정 방법에 있어서는, 다수의견 및 두 반대의견처럼 조리 자체를 기준으로 삼은 것이 문제라기보다는 사물의 본성적 구조로서의 조리의 내용을 무엇으로 보는가가 보다 중요한 문제이며, 조리 내용의 구체화 과정에서는 존재 쪽으로 보다 기울거나 당위 쪽으로 보다 기울어질 수 있다. 이 사건에서 대법관들이 제시한 다양한 조리의 내용들이 이를 잘 보여준다. 따라서 제사주재자의 결정은 해석을 통해 해결 가능한가 또는 조리에 의한 흠결보충이 필요한가의 문제는 방법론적 자의의 문제는 아니되 방법론적 선택이 가능한 문제라고 볼 수 있다. 승인된, 새로운 관습을 찾는 일은 법해석의 이름으로도 가능하고 사물의 본성(조리)을 통해서도 가능하며, 각각의 방법론을 거쳐 관습의 실질 내용에 관한 동일한 결론에 이를 수도 있기 때문이다.

4. 판결의 법철학적 이해

다소 작위적이거나 과도한 해석일 수 있으나 이 판례에서 제시된 여러 의견들을 통해 한편으로는 탈관습적 시대의 도덕-관습-법이 각각 제기하는 규범적 요청을 읽어낼 수 있다.

실관계가 그 속에서 동일화되지 않으면 안되는 ‘의미’(Sinn)를 가리키며, 따라서 대립구별되는 양자는 서로 일치에 이를 수 있다: 한스 페터 슈나이더, “현대법철학에 미친 라트브루흐의 영향”, 라트브루흐/ 최종고 역, 『법철학』(부록2), 삼영사(2002), 379-381쪽.

발백에 따르면, 사물의 본성은 객관적으로 확인가능한, 현실의 사물논리적 구조성이며, 그것의 존재합치적 질서로서의 성격이 법을 결정적으로 구성하게 된다: Ellscheid, “Das Naturrechtsproblem. Eine systematische Orientierung.” in: Kaufmann/ Hassemer(Hg.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Heidelberg(1985), 17 2쪽.

유체귀속의 문제에 있어 두 측은 망인의 의사와 제사주재자의 의사이다. 유체귀속 문제를 분묘귀속 및 제사의 주재와 분리시켜야 한다는 양창수 대법관, 안대희 대법관의 견해는 무엇보다 망인의 의사가 유체처리 및 귀속을 지배해야 한다는 관점에서 유체귀속은 ‘망인의 의사’에 따라, 제사주재자는 ‘새로운 관습’에 따라 결정해야 한다는 입장이다. 이 견해는 포스트모던 시대에(도) 여전히 존재하는, 전통적 에토스에 기반한 家 단위의 전승-관습 공동체 對 인격적 자율성(사자의 인격권)-자기지배(신체 및 장기에 관한 자기지배)-자기결정(유체의 처분방법과 매장장소 등에 관한 자기결정)에 기초한 개인주의적 도덕-계약-법 공동체라는 이원적 대립에서 후자에 우위를 둔다.

후자로 기울어진 공동체 내에서 개인들은 상호성-자율성에 기초한 법적-도덕적 권리(기본권)의 주체로서 자기결정-자기지배를 추구하며 사후에도 인격적 권리의 주체이고자 한다. 또한 법이 도덕을 강제해서는 안되지만 부도덕에 조력해서도 안된다는 점에서 망인의 의사를 좇을 타인들의 도의적 의무가 법적으로 정당화된다. 이렇게 전승의 의무보다는 자기지배의 권리에 기초한 공동체에서 법은 엄밀하게는 도덕 및 윤리와 분리되지만, 법이 도덕의 간접적-형식적 가능조건으로 작용할 수 있고 관습에 따르는 윤리적 삶의 간접적 지지자일 수 있다는 점에서, 자유주의적 법관념, 자율 도덕 및 관습적 윤리는 상호공존할 수 있다. 위의 판결에서 제시된 여러 의견들 중 특히 양창수 대법관, 안대희 대법관의 반대의견은 더 이상 관습적 제사상속의 수직적 의무의 법리에서가 아니라 법적-도덕적-인격적 주체의 권리의 관점에서 출발하여 보편적인 유체귀속의 일반법리를 찾으려 하고, 제사주재자 역시 자유주의적 법-도덕-윤리 관념에 반하지 않는 ‘새로운 관습’의 이성을 찾아 그에 따라 해결하고자 한다. 그런 점에

서 개인주의적 자율도덕과 자유주의적 법관념에 기초한, 사실상의 ‘탈관습적’ 윤리 질서를 구상하는 듯하다.¹⁹⁾ 이런 견해는 독일 관념론 철학자인 칸트의 법이론 및 윤리학을 연상시키는데, 개인의 사후 인격권과 자기결정권의 관점에서 유체귀속에 관한 망인의 의사를 존중해야 한다는 입장을 취하기 때문이다. 그에 따르면 유체는 제사승계의 본질적 징표도 아니고 제사승계의 수단도 아니다. 家로서 고유한 내력을 갖는 특정 제사공동체가 관리처분 또는 추모공양하는 제사승계의 수단이나 대상으로서가 아니라, 법-도덕공동체의 구성원 누구나가 보편적으로 존중해야 할 사자의 의사 및 그의 인격적 일부라는 관점에서 유체는 목적 자체성을 지닐 수 있다. 칸트가 강조한 이성적 의지의 보편성, 인격체의 자율성 및 목적자체성 관념이 사자의 인격적 자율성의 고려로 이어진 것이라고 해석해볼 수 있다.²⁰⁾

그에 비해 다수의견은 유체의 귀속은 제사주재자의 몫이되 제사주재자의 결정 문제에서는 더 이상 법률과 관습이 작용치 않는다고 보고 사물(사태)의 법칙을 확인하고자 애쓴다. 일차적으로는 구성원들

19) “법이란 일인의 자의가 타인의 자의와 자유의 보편법칙에 따라 통일될 수 있게끔 하는 조건들의 총체이다.”: I. Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, W. Weischedel(Hg.), Werkausgabe Band VIII, Suhrkamp(1982), A33; “그 누구도 나로 하여금 자기 방식으로 (그가 타인들의 행복에 대해 생각하는 방식대로) 행복해지도록 강제할 수 없다. 가능한 보편적 법칙에 따라 모든 이들의 자유와 공존할 수 있는, 비슷한 목적을 추구할 타인들의 자유를 (즉, 타인의 이러한 권리들) 침해하지만 않는다면, 누구나 스스로가 판단한 방식대로 자기의 행복을 추구해도 좋은 것이다.”: I. Kant, *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*, H.F. Klemme(Hg.), Meiner(1992), A235.

20) “네 의지행위의 주관적 격률이 동시에 보편적 법칙이 되기를 네가 바랄 수 있는, 그런 격률에 따라서만 행위하라”: I. Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Werkausgabe VII, Suhrkamp(1982), BA52, BA67, BA70.

의 고유한 에토스와 전승의지를 존중하여 협의를 통해 결정하되 그것이 불가능할 때 다시 관행적 질서에 대한 회고적 확인의 자세로 돌아가 장자-장손 계열의 관습의 법칙에 따라야 한다고 주장한다. 그리고 그렇게 등장한 관습의 법칙을 사물의 법칙(조리)이라고 설명한다. 이런 다수의견에 있어서 유체귀속 및 제사주재자의 결정에 전제된 공동체는 사실상 관습적-윤리적 전승 공동체이고 유체는 이 공동체가 승인한(이 공동체의 전승의지에 귀속되는) 제사승계의 대상이다. 유체는 (좁은 의미의) 도덕의 문제(또는 도덕적 요구)를 제기하지 않으며, 법은 死者의 의사의 실현에 조력하기보다 제사승계의 관습-윤리를 사후적으로 승인하는 역할로 충분하다는 견해이다. 이런 견해는 역사적-해석학적 관점에서 규범의 정당화 문제를 해결하려 한 리터, 마르크바르트 등의 신아리스토텔레스주의(Neoaristotelismus)를 연상시킨다. 이 다수의견은 유체귀속과 관련해서는 제사승계 관습의 보호라는 관점에서 家공동체의 대표단수로서의 제사주재자의 의사에 보다 큰 비중을 둔다. 그리고 제사주재자의 결정 방법으로는 사물의 본성적 질서인 조리를 존중하되 그 구체적 내용에 있어서는 다시 장자장손 계열이라는 회고적-관습적 질서로 돌아간다. 그런 점에서 해석적 이해의 자세를 통해 역사적-관습적 공동체 고유의 에토스를 공동체의 ‘내부도덕적 질서’로 승인-정당화할 수 있다고 본 신아리스토텔레스주의자들의 견해와 어느 정도 겹쳐 보인다.²¹⁾

21) 이들은 헤겔이 강조했던 ‘객관적-제도적 의미내용을 갖춘 실체적 인륜성’ 개념을 역사적 공동체의 내부 도덕으로 재구성함으로써 사실상 공동체의 법과 질서(Law and Order)로 환원되는 관습(인습)적 도덕 차원의 윤리체계를 제시한다. 규범적 정당화에 이르는 담론의 방식에 있어서도 이들은 해석학적-실용주의적 전환(hermeneutic-pragmatic turn)으로 표현되는 관심변화 속에서 인간의 언어적 삶에 주목하지만, 언어의 선행성과 의사소통 공동체의 선행성보다 특정언어에 기초한 의사소통의

이 다수의견의 두 아류로서 김영란 대법관, 김지형 대법관은 법원이 ‘제사를 주재하기에 가장 적합한 자’를 찾아야 한다고 주장한다. 즉 법(司法)에 대해 지배적인 관습-윤리의 사후적 승인의 기능을 넘어 보다 적극적인 관습-윤리의 후견자 내지는 관습적 이성의 발견자의 역할을 요구한다. 다소 극단화시켜 표현하면, 법은 관습-윤리의 제도화까지 담당할 수 있으며(담당할 수 있어야 하며) 그런 점에서 국가는 가족 및 시민사회의 질서를 방임하는 국가가 아니라 이 자율적 질서들을 국가의 실정적 제도 안에서 실체화시키는 이성국가이자 윤리(인륜)적 국가이다. 이 의견이 가장 신뢰하는 것은 司法的 이성, 제도적 이성이며 이 이성 안에서 관습-윤리의 실체적 발견과 승인이 이루어져야 한다는 입장이다. 이런 견해는 독일 관념론 철학자인 헤겔의 법철학적 구상과 통하는 면이 있다. 김영란 대법관, 김지형 대법관은 家공동체 내부의 관습의 확인이나 자율적 의견형성의 가능성을 부인하지는 않되 최종적으로는 법원이 ‘객관적-윤리적인 관습성’의 관점에서 제사주재자로서 누가 가장 적합한가를 후견적으로 판단해야 한다는 입장이다. 이는, 家공동체의 자생적 관습 질서는 보다 객관적이고 실체적인 의미 내용을 갖춘 윤리성(인륜성)의 차원으로 고양되어야 하며 그러기 위해서는 국가-사법-제도성이 매개가 되어 이 관습적 질서를 실정적-후견적으로 완성시켜야 한다는 헤겔적 관점과 통할 수 있다.²²⁾

관습(관행)적 실현에 작용하는 우연적 조건 또는 역사적 언어-문화-전통 공동체 귀속성에 내재하는 우연성에 관심을 둔다. 그런 점에서 인간의 선형적-보편적 담화존재성보다는 역사적-해석학적인 텍스트 의존(존재)성에 주목하며 이성적-보편주의적 담론보다 미학적-해석학적 담론을 추구한다: K.-O. Apel, *Diskurs und Verantwortung*, Frankfurt(1992), 107-109, 114쪽; H. Schnädelbach, “Was ist Neoaristotelismus?”, *Zur Rehabilitierung des animal rationale*, Frankfurt(1992), 220-221쪽.

22) “추상적인 선을 대신해 등장한 객관성을 띤 인륜적인 것은 주관성이라는 무한한 형식을 거친 구체적 실체이다... 인륜적인 것은 그 자체로 필

한편 박시환 대법관, 전수안 대법관은 제사주제자의 결정이라는 관습-윤리적 문제 역시 집안 내부 구성원들의 의사에 따라 자율적으로 결정되도록 맡겨두는 것이 바람직하며 자율적 결정의 방법으로 가장 합리적이고 민주적인 것이 다수결의 방식이라고 본다. 그러나 다소 비판적으로 보면, 망인의 유체가 제사주제의 대상으로 다루어지는 관습 공동체에서 실행되는 자율적인 의사 결정이란 사실상 일방적-집단적 전승관계에 놓인 家의 구성원들이 제사승계에 관한 관습적 지배 윤리를 승인하는 차원이며, 이 때 결정주체인 구성원들은 상호독립적인 개인으로 분해되어 이익 또는 양심판단을 할 수 있는(하려 하는) 주체라고는 보기 어렵다. 그럼에도 이 의견은 탈관습적 사회의 어떤 의사형성-의사결정도 위계적 질서나 家 고유의 관습적 내력이 행사하는 권위적-정서적 힘에 압도되어서는 안되며, 최대한의 상호성-보편성-합리성을 보장하는 담화적 논의의 가능성이 열려 있어야 함을 강조한다. 물론 그것은 사실상 형식적-절차적 합리성에 머물 뿐인 담화적 이성¹⁴⁴에 대한 과신일 수도 있고, 이성적-보편적 개인으로서의 자의식이 家의 에토스와 충돌하기 쉬운 관습-윤리의 영역을 ‘담화적 이성’이라는 수평적 시민사회의 원리를 통해 합리화(이성화)시키려는 과도한 의욕일 수도 있다. 이런 견해는 하버마스의 담론윤리적 관심과 통하는 면이 있다. 박시환 대법관, 전수안 대법관은 제사주제자의 결정 문제에 있어서 평등한 구성원들이 ‘따져묻는 이성(räsonierende Vernunft)’의 자세로 참여하고 논의하는 과정을 거쳐 최종적으로는 다수결에 의해 결정한 내용을 (그 내용이 어떤 것이든) 합리적-민주

연적이며 주관적 사건과 자의를 넘어서서 지속되는 확고한 내용을 가지고 있다. 이것이 절대적으로 존재하는 법률과 제도이다.”: G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Werke 7, Suhrkamp(1993), §144.

적으로 확인된 관습으로 인정해야 한다는 입장이다. 이 의견에서는 무엇보다 ‘탈관습적 시대의 관습적 결정’이라는 난제에 대해 특정 관습공동체의 구성원으로서보다는 보편적 언어공동체의 구성원으로서 접근하려는 하버마스적 담론윤리의 태도가 엿보인다.²³⁾

어느 정도의 단순화와 비약을 무릅쓴다면, 이번 판결에서 제시된 다양한 사법적 의견들은 근대 이후 형성된 윤리적 담론의 주요 논거들, 즉 칸트적인 선형적-보편적 자유-자율성의 논거(유체귀속에 대한 양창수 대법관, 안대희 대법관의 반대의견)/ 헤겔적인 윤리적 제도화-실정화의 논거(유체귀속 및 제사주재자의 결정방법에 대한 김영란 대법관, 김지형 대법관의 반대의견)/ 신아리스토텔레스주의적인 해석학적 관습-역사성의 논거(유체귀속 및 제사주재자의 결정방법에 대한 다수의견)/ 하버마스적인 절차적-담화적 이성의 논거(제사주재자의 결정방법에 대한 박시환 대법관, 전수안 대법관의 반대의견)들과 연결지어 이해해볼 수 있을 것이다.²⁴⁾

23) “...담론윤리의 원리는 규범내용의 생성원리가 아니라, 현실적인 실천적 담론 또는 필요한 경우에는 개개인의 사고실험 속에 내재화되어야 하는 실천적 담론들에 대한 절차적 원리이다. 제도적으로 효력이 발생되어야 하는 법규범이든, 보편타당하고 그런 한에서 규범적 구속력 있는, 행위의 도덕성의 의미에서의 행위 격률이든, 규범들의 내용은 바로 이 실천적 담론들 속에서 상황연관적으로 근거부여될 수 있다.”: K.-O. Apel, 앞의 책, Frankfurt(1992), 119-120쪽.

24) 근대 이후 규범윤리학의 전통은 방대하고 다양함에도 필자가 칸트-헤겔-신아리스토텔레스주의적 해석학-담론윤리의 계열로 구성해 설명한 것은, 이들 사상에서 법 및 규범윤리적 논거들의 상호지양과 수렴의 계기가 특히 두드러지며, 그런 계기들이 이번 대법원 판결 속에 흥미롭게 드러나 있다고 보았기 때문이다. 적어도 근대에 들어 (자언법론까지 포함하여) 경험주의를 극복하고 윤리학에서의 이성주의-보편주의 경향을 주도한 것이 칸트라면, 그런 칸트의 선형적-형식적 이성주의를 주체의 객관화-절대화를 통해 극복한 것이 헤겔이고, 이런 헤겔의 절대정신을 다시 해석학적으로 변용하여 역사화-실체화시킨 것이 리터, 뤼베, 마르

Ⅲ. 결론을 대신하여

이렇게 하나의 사법판결에 대한 방법론적-실체적 이해를 넘어 윤리적 담론의 논거라는 관점으로까지 되돌아가보는 작업은 무엇보다 사법판결 자체가 갖는, 해석적 이해의 대상으로서의 텍스트성 및 그것이 갖는 규범윤리적 의미를 확인해본다는 의미를 갖는다. 대법원 판결을 텍스트로 하는 이런 재해석은 물론 실제 문제의 해결에 무용한 관념의 소비(낭비)이거나 사법판결에 대한 과도한 규범적 의미부여로 보일 수도 있다. 그러나 본래 필자의 관심과 의도는 그 어느 쪽도 아닌 해석적 사유(자유) 그 자체였다.

유체를 분묘-제사승계의 대상으로 보고 유체귀속을 제사주제자의 처분(의사)에 맡기는 것이 지금까지 최선의 관습이었다면, 이제 유체는 주체 자신의 생전의사에 따라 처리되어야 하는 주체의 인격적-실존적 나머지로써 탈관습적으로 다루어질 수도 있을 것이며, 그렇게 역사적 관습의 영역을 합리화-절차화-제도화시켜 새로운 관습성으로 표현해내는 것이 탈관습적 시대의 司法의 과제가 될 것이다.

크바르트 등의 헤겔주의자이다. 이들이 보여준 헤겔-아리스토텔레스 지향적이며 전통-역사회귀적인 보수적 경향을 비판하며 칸트의 계몽주의-보편주의적 이성을 절차화시킨 것은 하버마스의 담론윤리에서 두드러졌고, 특히 규범의 최종적 근거지움이 가능한가라는 문제의식 하에 선형화용론적 변용 가능성을 보여준 것이 아펠이었다. 이른바 헤겔우파적인 리터학과와 하버마스 중심의 프랑크푸르트 학파는 상호비판적인 입장을 취했으나 현재의 평가로는 많은 점에서 겹쳐 있기도 하다: 근대 이후 윤리적 담론의 주요 논거들에 대한 설명은 임미원, “탈관습적 시대의 규범적 논거들의 계보”, 『한양법학』(제24권 제1집), 한양법학회(2013)를 참고하였음.

abstract

Eine rechtsphilosophische Betrachtung der höchstrichterlichen Rechtsprechung über die Übergabe des Leichnams

Lim, Mi Won

Die Rechtsprechung vom Obersten Gericht(2008.11.20, 2007DA27670) ist insofern höchst interessant, als sie auf die Möglichkeit der postkonventionellen Ethik hinweist. Es geht um die Frage (1) der Zugehörigkeit des Leichnams vom Verstorbenen als Erblasser und die (2) der Determination des Führenden der familiären Ahnenerinnerungsfeier, die in §1008-3 KBGB geregelt ist.

Was die erste Frage (1) angeht, hält die herrschende Meinung den Willen des ältesten Sohnes als Erben für entscheidend und schliesslich besteht auf dem konventionellen Ethos. Die abweichende Meinung betont dagegen die Beachtlichkeit des Persönlichkeitsrechts wie des Selbstbestimmungsrechts des Verstorbenen. Insofern beruft sich die abweichende Meinung auf das universalistische Prinzip der Autonomie.

Was die zweite Frage (2) angeht, betrachtet eine abweichende Meinung die diskursive Meinungsbildung der freien gleichen Familienmitglieder und deren mehrheitliche Entscheidung als die rationale Methode, während die noch andere abweichende Meinung auf die gerichtliche paternalistische Ermittlung und Anerkennung vertraut. In diesen unterschiedlichen Meinungen spiegeln sich nicht nur die normativen Postulate der Konvention, der Moral und des Rechts wider, sondern auch die Genealogie der Hauptargumente des modernen normativen Diskurses, d.h. das formal-universalistische Argument der Autonomie, das

institutional-teleologische Argument der substantiellen Sittlichkeit, das hermeneutische Argument der Geschichtlichkeit und das prozeduralistische Argument der Diskursivität. Sie sind auch auf die Theorien von Kant, Hegel, Neoaristotelismus und Habermas zurückzuführen.

Die unterschiedlichen Meinungen von dieser höchstrichterlichen Rechtsprechung lassen vor allem die normative Text- und Sinnhaftigkeit der Rechtsprechung überhaupt als Gegenstandes des hermeneutischen Verstehens erkennen.

[참고문헌]

- 라드브루흐/ 최종고 역, 『법철학』, 삼영사(2002).
- 김도균, “우리 대법원 법해석론의 전환: 로널드 드워킨의 눈으로 읽기-법의 통일성(Law’s Integrity)을 향하여-”, 법철학연구(제13권 제1호), 한국법철학회(2010).
- 김재형, “2008년도 민법판례동향”, 민사재판의 제문제(제18권), 민사실무연구회 편(2009).
- 오세혁, “관습법의 현대적 의미”, 법철학연구(제9권 제2호), 한국법철학회(2006).
- 이진기, “제사주재자의 결정과 제사용 재산”, 고려법학(제56호), 고려대학교 법학연구원(2010).
- 대법원 2008. 11. 20. 선고 2007다27670 판결.
- 서울고등법원 2007. 4. 10. 선고 2006나63268 판결.
- 서울중앙지방법원 2006. 6. 20. 선고 2006가합17992 판결.
- K.-O. Apel, *Diskurs und Verantwortung*, Frankfurt(1992).
- H. Coing, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 4. Aufl., Berlin(1985).
- K. Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart(2005).
- G. W. F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Werke 7, Suhrkamp(1993).
- I. Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, W. Weischedel(Hg.), Werkausgabe Band VIII, Suhrkamp(1982);
- _____, *Zum ewigen Frieden*, H. F. Klemme(Hg.), Meiner(1992);
- _____, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Werkausgabe VII, Suhrkamp(1982);
- _____, *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*, H. F. Klemme(Hg.), Meiner(1992).
- A. Kaufmann/ W. Hassemer(Hg.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Heidelberg(1985).
- E. A. Kramer, *Juristische Methodenlehre*, Bern(2010).

- W. Kuhlmann, *Moralität und Sittlichkeit*, Frankfurt(1986).
- K. Larenz/ Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin(1995).
- O. Marquard, *Schwierigkeiten mit der Geschichtsphilosophie*, Frankfurt(1997).
- B. Rüthers, "Rechtswissenschaft ohne Recht?", *NJW*(2011), 434
_____, "Klartext zu den Grenzen des Richterrechts", *NJW*(2011), 1856.
- H. Schnädelbach, *Zur Rehabilitierung des animal rationale*, Frankfurt(1992).