한정승인의 계수와 개선방향

박세민*

목 차

Ⅰ. 서설
Ⅱ. 한정승인제도의 도입
1. 외국제도의 전래
2. 전통사회의 상속
3. 일본민법상의 입법 경과
Ⅲ. 상속채권자와 상속인의 고유채권자의 경합
1. 대법원판결
2. 한정승인제도의 취지
Ⅳ. 제도정비의 문제

[국문 요약]

동아시아 전통사회의 상속제도는 채무의 승계를 전제로 하는 것이었으며, 상속재산의 한도에서 상속채무를 부담하는 형태의 제도는 존재하지 않았다. 일본의 근대화 과정에서 서양의 다양한 법제도들이 수용되었으며, 민법에 한정승인이라는 제도가 새롭게 마련되었다. 다른 유럽국가에 비하여 프랑스의 영향을 강하게 받아 마련된 일본 구민법, 즉 이른바 브와소나드 민법상의 한정승인은, 명치민법에 와서 다른 유럽국가의 입법례까지도 다양하게 참고하면서 다소간의 구조적 변화를 겪었다. 한국민법의 한정승인제도는 그 명치민법과 유사한 형태를 하고 있다.

일본민법의 입법자들은 상속이 개시되면 상속인이 상속재산에 관하여 고유재산에 대한 것과 동일한 정도의 주의를 기울여 재산을 관리하여야 한다고 하였고, 한정승인이 있는 경우에도 역시 같은 수준의 주의의무가 있는 것으로 규정하였다. 그런데 그 상속재산관리의 일환으로 이루어지는 상속채권에 대한 청산절차에 관하여 일본 구민법과 명치민법은 서로 다른 입장을 취하고 있다. 전자의 경우에는 상속인에게 부담이 적은 방법을 택하여 간단하게 상속채무를 변제하도록 하고 있는 반면에, 후자의 경우에는 파산절차에 유사한 방식으로 청산하도록 함으로써 상속인에게 보다 엄격한 관리의무를 부여하고 있는 셈이다. 한국민법은 후자의 영향을 받은 것이다.

---

* 경북대학교 법학전문대학원 부교수
필자의 은사이신 최병조 교수님께서 2018년 2월로 정년퇴임을 맞이하셨기에, 이 자리에서 그간에 입은 크나큰 학은에 깊이 감사드리고자 합니다.

한정승인에 관한 대법원판결에서 한정승인제도의 취지가 자주 언급되고 있고, 상속인과 상속채권자 중 어느 쪽을 더 우선적으로 보호할 것인지에 관한 논의가 이루어지고 있다. 입법사와 현재의 규정방식을 검토한 결과, 한정승인이라는 제도가 상속인을 보호하기 위한 것은 물론이지만, 상속채권자의 희생을 통하여 상속인을 보호하는 방향으로 운용되어서는 안 된다는 결론에 이르게 된다. 이와 같은 점들을 고려해볼 때, 현재의 규정불비의 상황에서는 다양한 문제가 발생할 소지가 있어 한정승인제도 자체에 관한 근본적인 검토와 입법적 개선이 필요하다.

[주제어] 한정승인, 상속, 가산, 단독상속, 공동상속, 명치민법, 브와소나드 민법

Ⅰ. 서설

민법이 규정하고 있는 한정승인이나 상속포기는 상속인의 의사표시로 법정의 상속 효과에 변경이 가해지는 제도이다. 민법은 상속편 중 법정상속에 관한 규정들 중에 "상속의 승인과 포기"라는 절을 두어 단순승인, 한정승인, 상속포기라는 세 가지 제도를 함께 규정해두고 있다. 그리고 그 중 限定承認은 "상속으로 인하여 취득할 재산의 한도에서 피상속인의 채무와 유증을 변제할 것을 조건으로 상속을 승인"(민법[1] 제1028조)하는 것으로 정의해두고 있다.

상속인의 범위와 상속분을 중심으로 발전해온 전통적인 상속제도에는 쉽게 확인되지 않는 새로운 제도가 현행 민법상 몇 가지 존재한다. 한정승인, 상속포기, 유류분과 같은 제도들로, 유럽의 상속제도에서 유래하여 일본민법을 통하여 도입된 것들로 알려져 있다. 일반적으로 외국법령이나 제도가 전승되고 수용되는 과정에서 여러 가지 다양한 요인이 개입되고 배제되며 각각의 입법에 반영되겠으나, 우리의 이 상속제도들의 경우에는 조금 특수한 문제가 있다.

우리 한정승인에 관한 규정은 민법제정 당시 제출된 政府案이 거의 수정 없이 통과된 것인데,[2] 이것은 현행 일본민법 제922조 이하의 限定承認에 관

1) 이하 법명의 적시가 없는 조문은 민법의 조문을 가리킨다.

2) 鄭光鉉, 『韓國家族法硏究』 附錄編 親族相續法立法資料(서울대학교 출판부, 1967), 66~67면; 『民法案審議錄』 下卷 親族編 相續編(民議院 法制司法委員會 民法案審議小委員會, 1957), 176~182면.

한 규정들과 매우 유사한 형태로 되어 있다. 그리고 이 한정승인 외에도 실상 상속법의 여러 제도의 연원이 일본 상속법에서 어렵지 않게 확인되고 있어, 종래 여러 규정의 해석에서 일본민법학의 결과물을 별다른 거부감 없이 활용해온 것이 사실이다. 더욱이 일본민법을 제정할 당시의 프랑스민법의 영향력이 지적되며 프랑스의 상속제도에 관한 고찰이 강조되기도 하였다.

19세기 프랑스민법상의 제도가 일본의 구민법, 즉 이른바 "브와소나드(Boissonade)민법" 및 明治民法(이하 "명치민법")을 거쳐 현행 한국민법에 이르기까지는 지속적으로 시간적・장소적인 이질감을 겪어야 했고, 또 고유의 상속관념 및 재산소유관념과의 갈등을 극복하여야 했음은 새삼스럽게 강조될 필요가 없을 것이다. 우리 현행 제도에 관한 보다 명확한 이해를 위해서도 계수과정의 각단계에서 이루어진 시점별 변경 추이 및 그 배경을 면밀히 고찰하는 것은 매우 긴요한 작업이 될 것이라고 생각된다. 이하에서는 한정승인제도를 중심으로 살펴보기로 한다.

Ⅱ. 한정승인제도의 도입

1. 외국제도의 전래

1) 한정승인의 기본구조

한국민법상의 한정승인의 구조는 다음과 같이 설명될 수 있다. 상속인은 상속개시 있음을 안 날로부터 3개월 이내에 단순승인이나 한정승인 또는 포기를 할 수 있다(제1019조). 대법원[3]은 민법 제1005조의 상속의 효과와 관

3) 대법원 2005. 7. 22. 선고 2003다43681 판결. 헌법재판소도 같은 입장으로 보인다. 헌법재판소 1998. 8. 27. 선고 96헌가22등 결정, 헌법재판소 2004. 10. 28. 선고 2003헌가13 결정. 대법원 2005. 7. 22. 선고 2003다43681 판결도 참조. 여기에서는 상속재산의 소극재산이 적극재산을 초과하는 경우에도 채무의 당연 승계까지 포함하여 상속인이 포괄승계하는 것은 상속인의 재산권 침해에 해당하겠지만, 승인과 포기의 자유가 인정되는 이상 위헌이라고 할 수 없다는 형식으로 상속의 구조를 설명하고 있다.

련하여, 상속이 개시되면 피상속인의 재산상의 권리와 의무가 “포괄적으로” “당연히” 상속인에게 승계되고, 승인이나 포기를 통하여 상속인에게 스스로 상속의 효과를 받거나 거절할 수 있는 자유가 보장되는 것으로 이해하고 있다. 그 기간 동안 한정승인도 상속포기도 하지 않으면 단순승인한 것으로 간주한다(제1026조 제2호). 한정승인이나 포기를 한 후라도 상속재산을 은닉하거나 부정소비하거나 고의로 재산목록에 기입하지 아니한 때에는, 그 제재[4]로서 단순승인으로 간주되기도 하는데(제1026조 제3호), 이것은 단순승인이라는 기본형에 가해진 제한이 소멸되는 형태로도 이해될 수 있을 것이다. 다시 말해 현행민법은 법정상속의 기본형을 단순승인의 형태로 파악하고 있다고 할 수 있다.

한정승인의 의사는 상속재산의 목록을 첨부하여 법원에 신고함으로써 표시된다(제1030조 제1항). 한정승인이 있는 경우에 대하여 통설[5]은 이른바 “채무와 책임의 분리”라는 개념을 인정하고 있다. 이것은 상속인의 固有財産과 상속으로 취득한 相續財産 사이의 최소한의 개념적 분리를 전제로 하는 것이다. 한정승인을 하면 피상속인의 채권자는 상속재산에 관해서만 강제집행할 수 있을 뿐, 상속인의 고유재산에 대해서는 강제집행할 수 없게 된다. 또한 한정승인한 자의 고유재산과 피상속인의 재산 사이에 혼동은 발생하지 않는다(제1031조).

한정승인을 한 상속인은 자신의 주도로 상속채무청산을 위한 절차를 진행해야 한다. 재산목록을 첨부하여 한정승인의 신고를 한 자는 5일 이내에 상속채권자와 유증자를 상대로 채권 또는 수증을 신고할 것을 공고해야 한다(제1032

---

4) 제1026조 제1호나 제2호가 상속인의 추정적 의사를 반영하여 규정된 것에 반하여, 제3호는 상속인의 일정한 행위에 대한 제재를 위한 것이라는 주장으로, 崔星京, 「상속법상의 법률행위와 채권자취소권－상속의 승인・포기와 포괄적 유증의 승인・포기를 중심으로－」, 『法曹』 제56권 제9호(법조협회, 2007), 207면. 이 제1026조와 유사한 내용과 형식을 가진 일본민법 제921조도 우리 규정과 동일한 순서로 해당 사유를 나열하고 있는데, 이 규정에 관하여 일본민법 기초자도 제1호는 단순승인을 할 의사를 추정한 것이며, 제3호는 불합리한 행위에 대한 제재의 성격을 가지는 것임을 확인하였다. 法典調査會, 『民法議事速記錄』 七(『日本近代立法資料叢書』 7)(商事法務硏究會, 1984), 422면.

5) 郭潤直, 『相續法』(박영사, 2004), 183면; 김주수・김상용, 『친족・상속법』(法文社, 2016), 755면; 송덕수, 『친족상속법』(박영사, 2017), 382면.

조 제1항). 그리고 채권 등을 신고한 자들에 대해서는 직접 각 채권액의 비율로 변제하여야 하며, 우선권 있는 채권자도 고려하여야 한다(제1034조 제1항).

그런데 이와 같은 상속재산의 목록작성을 기초로 하여 상속책임을 한정하는 상속의 전통은 유스티니아누스의 beneficium inventarii에서 그 기원을 찾을 수 있다. 이 "재산목록작성의 특권"을 행사하게 되면 상속인은 상속채권자와 수유자들이 청구하는 순서에 따라 차례대로 상속재산 중 적극재산이 소진될 때까지 변제를 함으로써 책임을 면할 수 있고, 우선권자 등을 특별히 고려할 필요가 없었으며, 이로써 변제를 받은 자들 사이에서 구상이 이루어지도록 되어 있었다.[6] 그런데 이처럼 로마법에서는 원칙적으로 상속인이 피상속인의 채무를 부담하게 하였던 것에 비하여, 게르만법에서는 상속인이 상속채무에 관하여 원칙적으로 제한적인 책임만을 부담하는 것으로 하였다. 그리고 예외적으로 상속인이 부주의하게 상속재산과 고유재산을 혼화하거나 기타 채권자에 대한 의무를 침해하는 경우에 무한책임을 지게 되는 것으로 하고 있었다.[7]

유럽 보통법에도 재산목록작성을 중심으로 상속책임을 한정하는 제도가 유지된다.[8] 그리고 한정승인으로 상속재산과 상속인의 고유재산이 분리되며, 상속재산에 속하는 적극재산으로 상속채무에 대한 유한책임을 부담한다는 해석으로 이어졌다고 한다. 또한 재산목록을 작성한 상속인은 상속재산에 속하는 적극재산을 「처분」하여 그 가액으로 상속채권자들에게 변제한다는 관념이 정착되었다고 한다. 그러므로 상속인은 자신이 "所有"하게 되는 상속재산으로부터 채권자에게 차례로 변제한다는 로마법적 관념이 아니라, 상속재산을 적절하게 관리하고 적절하게 처분하여 가액을 조성하고 채권자들에게 이것을 분배하는 "管理者"로서의 의무를 부담하는 것이다. 그리고 이와 같은 보통법상의 제도적 기본구조는 프랑스민법으로 이어졌고, 일본민법과 한국민법에서도 부분적으로 확인되고 있다.

---

6) 김형석, 「한정승인의 효과로서 발생하는 재산분리의 의미」, 『家族法硏究』 第22卷 3號(한국가족법학회, 2008), 500~501면. 이와 같은 로마법 방식을 일본 구민법상의 제도가 따르고 있다. 이 글, Ⅱ. 3. (4) 참조.

7) 김형석, 위의 글, 501면.

8) 이하의 보통법상의 한정승인의 내용은, 김형석, 앞의 글(각주 6), 502면.

2) 각국 제도의 특성

그런데 유사한 것처럼 보이는 이 국가들의 각 제도 사이에서도 각국의 고유한 상속관념을 반영한 다양한 징표들이 나타난다. 예를 들어 공동상속인 사이의 한정승인의 의사표시와 관련하여, 2006년 개정 전의 프랑스민법의 경우에는 상속인들 사이에 상속의 승인이나 포기에 관하여 합의가 이루어지지 않은 경우에는 한정승인으로 한다(제782조)[9]고 규정하였는데, 일본민법에 와서는 그 형태의 변화를 겪게 된다. 즉 한정승인은 공동상속인 전원이 공동으로만 할 수 있다[10]고 하여, 합의에 이르지 못해 한정승인을 하지 못하면 단순승인의 효과가 부여된다. 그런데 한국민법에 와서는 한정승인의 다른 규정에서는 거의 변화가 없음에도 불구하고, 제1029조가 굳이 "각 상속인은 그 상속분에 응하여" 한정승인을 할 수 있다[11]고 규정하여, 공동상속재산에 관한 공유관계를 전제로 하여 각 지분의 한도 내에서 자유롭고도 개별적인 의사결정을 할 수 있게 하고 있다.

공동상속재산의 성격에 관하여, 프랑스는 독일처럼 공동상속인들 사이의 합수적 공동체 관계(Gesamthandsgemeinschaft)를 전제로 한 합유관계를 인정하고 있지는 않지만, indivision(불분할관계인 유산공유)으로 하고 있어 상속인의 상속분 처분이 자유롭지 않다. 이와 달리 일본민법은 제898조[12]에서

---

9) 2006년 개정법 제792조의2 제1항은 일부 공동상속인의 한정승인은 모든 공동상속인에 대하여 효력이 있다고 규정한다. "일부 상속인은 단순승인을 하고 다른 일부 상속인은 순재산으로 청산하는 방식으로 승인을 한 경우에, 후자에 적용되는 법리는 분할시까지 모든 상속인에게 적용된다(Lorsque la succession a été acceptée par un ou plusieurs héritiers purement et simplement et par un ou plusieurs autres à concurrence de l'actif net, les règles applicables à cette dernière option s'imposent à tous les héritiers jusqu'au jour du partage)."

10) 일본민법 제923조 "相続人が数人あるときは、限定承認は、共同相続人の全員が共同してのみこれをすることができる"

11) 그 구체적인 처리방식을 정한 명문규정이나 판례는 없는 상태이다. 郭潤直, 주5의 책(2004), 187면은, 공동상속인 전원이 한정승인절차를 한 것처럼 청산절차를 밟은 후 상속채무가 남아있다면 그 남아있는 상속채무를 각 공동상속인의 상속분의 비율로 분할하고, 단순승인을 한 자만이 자신에게 할당된 채무를 자기의 고유재산으로 변제하게 한다는 의견을 제시하고 있다. 절차는 복잡해지지만 제1029조에 나타나는 당해 규정의 운영방식이나 취지를 잘 반영하고 있다고 여겨진다. 윤진수, 『친족상속법 강의』(박영사, 2016), 441면에서는 그 외에도, 실무상으로는 채무초과의 경우에 공동상속인 중 한 사람을 제외하고는 모두 상속을 포기하고, 남은 한 사람만이 한정승인을 하는 방법이 자주 이용된다고 한다.

12) 일본민법 제898조 "相続人が数人あるときは、相続財産は、その共有に属する"

상속재산의 법적 성질을 공유[13]로 하고 있다. 그런데 일본민법 제899조가 공동상속인은 "그 상속분에 응하여"[14] 피상속인의 권리・의무를 승계한다고 하면서도 한정승인에 관해서는 공동상속인 전원이 공동으로만 할 수 있다고 한 것이다. 이것은 일본민법 제927조 이하에 규정된 한정승인에 기한 채무청산절차가 전체 공동상속재산에 관하여 일률적으로 효력을 가지는 것이고, 이를 기초로 하여 전체 상속채권자 및 수증자를 대상으로 하여 상속채무를 집단적으로 처리하는 방식을 채택한 점과도 관련이 있다고 할 수 있다. 즉 공동상속인 중 일부는 단순승인, 일부는 한정승인을 하는 경우[15] 자체를 인정하지 않음으로써, 상속재산의 일부에 대해서만 한정승인에 기한 상속채무의 청산절차를 진행하는 것은 허용되지 않는다.

우리의 경우에는 공동상속재산을 공유로 하고 있으며(제1006조), 공동상속인은 "각자의 상속분에 응하여" 피상속인을 포괄승계한다는 점(제1007조)에서는 일본과 차이가 없지만, 앞서 언급한 바와 같이 한정승인의 의사표시는 각 상속인이 "그 상속분에 응하여 취득할 재산의 한도에서" 상속채무를 변제할 것을 조건으로 승인할 수 있게 한 점에 특징이 있다. 문제는 그렇게 하면서도 한정승인에 따른 상속채무의 청산절차는 일본과 마찬가지로 집단

---

13) 일본은 공동상속인간의 遺産共有(일본민법 제898조)에 관하여 종래 합유설과 공유설이 대립해왔고, 현재 통설과 판례는 공유설을 지지하고 있다고 한다. 潮見佳男, 『相續法』(弘文堂, 2014), 99면은, 합유설은 상속개시와 동시에 상속재산이 상속인의 고유재산으로부터 분리된 특별한 목적재산을 구성한다는 관념을 기초로 한다고 하고, 공유설은 상속개시와 동시에 피상속인의 유산을 구성하고 있던 개개의 재산에 대하여 상속개시시점의 상속분에 따라 각 공동상속인에 의한 공유가 성립한다는 입장을 기초로 한다고 한다. 다만 공유설의 입장에서도 遺産共有에 재화의 지배・귀속의 물적 관계에 권리주체간의 인적 결합관계가 농밀하게 반영되어 있다는 점도 인정되고 있는 것으로 보인다. 일본민법 제909조(遺産の分割は、相続開始の時にさかのぼってその効力を生ずる。ただし、第三者の権利を害することはできない)는 유산분할에서 소급효를 제한하는 단서 규정을 두고 있어, 합유설을 취하기 곤란한 점이 있다. 水野紀子, 「日本相続法の形成と課題」, 水野紀子 編著, 『相続法の立法的課題』(2016), 13면.

14) 일본민법 제899조 "各共同相続人は、その相続分に応じて被相続人の権利義務を承継する"

15) 이와 같은 경우를 기대하기가 쉽지는 않다. 많은 경우에 공동상속인의 일부는 한정승인, 일부는 상속포기를 할 것이고, 상속포기에 관해서는 우리와 마찬가지로 상속개시시로 효과가 소급하므로(일본민법 제939조 "相続の放棄をした者は、その相続に関しては、初めから相続人とならなかったものとみなす") 상속포기를 한 자를 제외한 나머지 공동상속인들 사이에 한정승인의 합의가 이루어진다면 그들만으로 청산절차가 진행될 것이기 때문이다. 그렇지만 공동상속인 중 일부는 단순승인을 하고 일부는 한정승인을 하게 될 가능성을 완전히 배제할 수는 없는 것이어서, 이 점을 한정승인을 이용되기 어렵게 하는 이유로 드는 경우도 있다. 潮見佳男, 앞의 책 (각주 13), 57~58면.

적인 처리방식(제1034조 이하)을 취하고 있다는 점이다. 한정승인과 상속재산분할은 선후가 자유로우므로 상속재산에 관한 공유관계가 지속되는 과정에서도 한정승인을 할 수 있는데, 그 후 다시 전체 채권자들에게 채권액의 비율로 변제를 하게 하는 것은 어떻게 보더라도 절차적으로 원활한 진행을 기대하기 어렵다.

공동상속인 간의 한정승인에 관하여 어떤 연유로 일본민법과 의도적인 차이를 두었는지 그 배경에 관해서는 명확한 입법자료가 남아있지 않아 확인이 어렵다. 그렇지만 각 공동상속인들에게 있어 자기 상속분에 관한 처분 자체를 원천적으로 제한하는 그와 같은 규정에 대한 반감이 작용한 것은 아닐까 짐작되기도 한다. 그리고 위와 같은 사실을 기초로 할 때 우리의 전통적 相續分 개념은 비교대상이 되는 다른 입법례에 비하여 훨씬 더 독립적인 성격을 띤, 거의 所有權에 근접해있었던 것은 아닌가 추론해보는 것도 가능할 것이다. 그리고 그와 같은 법전통을 기반으로 하는 사회에 새롭게 도입된 이 제도는 현행의 제도에 영향을 미친 다른 입법례의 해당 제도와도 그 용도나 운용방식면에서 차이가 있을 수밖에 없을 것이다. 그렇다면 우리 사회에 이 새로운 제도가 잘 융화되어 정착할 수 있는 배경이나 요소가 존재하는지를 검토해보는 것도 의미가 있으리라 생각된다. 이하에서는 중국과 일본의 예와 비교하여 우리의 전통적 상속관념에 관하여 살펴보기로 한다.

2. 전통사회의 상속

1) 가산 관념과 한정승인의 관계

신분이나 지위의 전승과 경제적 가치 있는 재화의 전승이 명확하게 분리되지 않은 전통사회의 상속[16]은 오늘날의 상속개념과는 다소간의 차이가 있음이 분명하다. 또한 상속이라는 개념 자체가 학문적 관점에 따라 경제적 가

16) 申榮鎬, 『朝鮮前期相續法制 – 朝鮮王朝實錄의 記事를 중심으로 –』(세창출판사, 2002), 116면에서는, 실록의 관계기사나 법전상에 나타나는 “傳繼”, “分給”, “許給”, “得與”, “許與” 등의 용어가 증여, 사인증여, 유증, 상속 등에 해당할 수 있고, 상황에 따라서 증여나 유증이 상속과 동일한 관념으로 포섭될 수도 있다고 한다.

치의 전승으로 파악될 수도 있고 피상속인과 상속인의 관계에 관한 규율로 이해될 수도 있는 것[17]처럼 일의적으로 정의될 수 없는 측면이 있어, 과거의 제도와 현재의 제도를 직접 비교하는 것에는 여러모로 무리가 있다. 차후의 과제로 남겨두고, 여기에서는 부득이 세대간에 재산이 승계되는 과정 전체를 상속이라는 개념으로 포괄해두고자 한다.

적어도 家産 관념이 존재하는 사회에서는 상속포기나 한정승인과 같은 관념은 인정하기가 어렵다.[18] 中國 전통사회의 예를 들면, 중국에서는 가산 관념이 뚜렷했고, 또 가산분할에 있어서 균분주의[19]가 유지되었다. 가산의 균분분할은 상속인들 사이의 경제적 이익의 균등한 요구로서, 형제들간의 생존에 있어서의 대등한 요구를 인정함[20]을 의미한다. 이 가산분할은 家父의 사망과는 직접적 관계가 없고, 부모가 생전에 아들들을 상대로 가산분할을 해두는 경우도 있고, 사후에 즉시 행해지는 경우도 있다.[21]

그런데 債務辨濟에 관해서는 별도의 고려가 이루어지고 있었던 것으로 보인다. "子欠債父不知", 즉 아들의 채무는 부친과는 무관계하다는 것으로, 가족 구성원의 개인적 채무부담은 가산의 부담이 되지 않는다는 것[22]으로 해석될 수 있다. 그런데 "父債子還"이라고 하여, 부친의 채무는 아들이 변제한다는 법언도 전해진다. 가족이 共産 관계 또는 共財 관계에 있는 경우 부친

17) 申榮鎬, 위의 책(각주 16), 116면.

18) 이철우, 『서양의 세습가산제』(景仁文化社, 2010), 209면은 보통법상 세습가산에 관한 채무는 원물자체의 부담으로 취급되어 세습가산 원물과 함께 모든 세습가산 승계인에게 계승되었다고 한다. 그리고 같은 책, 215-216면은 상속기대권자의 세습가산 상속의 포기는 포기자 자신만 구속했으며, 그의 자손과 그밖의 후손들에게는 영향을 미치지 못했다고 한다.

19) 니이다 노보루(仁井田陞)/박세민・임대희 역, 『중국법제사연구(가족법)』(서경문화사, 2013), 159면은, 균분상속의 경우 자산의 축적 자체가 적을 수밖에 없고, 가산의 분할은 자연히 농지분할의 결과를 가져오므로, 전제적 정치권력의 입장에서는, 자기의 대립체가 되는 세력을 무너뜨리고 자기에게 유리한 소유형태를 만들기 쉽다고 설명한다. 즉 가산균분주의는 정치권력에게 좋은 기회이며, 가산균분을 내포한 가산공산제는 정치권력에 있어서 적당한 소유형태일 수 있으며, 그런 의미에서 단독상속제(Anerbenrecht)와 같은 것은 중국 지배체제에서는 성립하기 어려웠다고 한다.

20) 니이다 노보루(仁井田陞), 위의 책(각주 19), 158~159면.

21) 滋賀秀三, 『中国家族法の原理』(創文社, 1967), 82면.

22) 니이다 노보루(仁井田陞), 앞의 책(각주 19), 107면은 가장이 가족의 대표자이고, 가산의 부담이 될 수 있는 계약은 아들이 임의로 체결할 수 없고, 부친에게는 지급의무가 없다는 것을 의미한다고 하며, 이것이 父子가 가산에 관하여 공유관계에 있지 않다는 것을 의미하는 것은 아니라고 한다.

의 사망이라는 것은 공동재산을 가진 집단에서 그 일원이 사라졌다는 것을 의미할 뿐 그와 같은 관계가 해소되는 것이 아니어서, 재산은 종전대로 잔존 구성원이 계속 보유한다.[23] 따라서 거기에는 권리・의무의 승인 내지 불승인이 새삼스럽게 문제될 이유도 없어서[24] 한정승인이나 상속포기와 같은 것을 선택할 여지도 없는 것이다. 또한 상속재산과 고유재산의 구별이 없기 때문에 상속을 포기한다고 하면, 그것은 전재산의 포기와 다를 바가 없다.[25] 그런데 공산혁명 후에 이 법언에 대하여, 자손이 영원히 채무를 지고 반동착취계급의 牛馬가 되는 것과 같은 제도라고 하여, 한정승계를 원칙으로 취하고자 하는 시도가 있었다[26]고 한다.

가산과 가산승계에 관한 한 매우 특색 있는 전통을 가진 日本에서도 한정승인과 같은 제도는 존재하지 않았다. 일본 에도시대의 모든 사람은 일종의 "法人"으로서의 家(いえ, 이에)에 속해있었고,[27] 모두 각자의 家의 가업을 영위하며 살아갔다. 명치민법은 이런 사회적 환경에서 개인의 법주체를 확립하고 소유권을 정하며, 법적인 측면에서의 근대화를 이루고자 하였다. 그런데 서구의 법조문을 참조하면서 입법을 해가는 것보다 더 큰 문제는 法院과 같은 사법인프라의 구축이었다. 이에 명치민법의 기초자들은 이와 같은 제도적 불비에 대하여 기존의 법질서를 활용하가며 대응[28]해갈 수밖에 없었다고 한다. 이전부터 존재하던 戶籍 제도를 이용하여 명치민법에 특유한 家 제도를 창설하였고,[29] 가족의 내부의 일은 전적으로 家의 자치에 맡겨진 것이다. 가

23) 滋賀秀三, 앞의 책(각주 21), 109면.
24) 니이다 노보루(仁井田陞), 앞의 책(각주 19), 108면.
25) 滋賀秀三, 앞의 책(각주 21), 110면. 한편 여기에서는 이와 같은 일련의 과정에 국가권력이 개입하는 예도 전무하여, 상속에 대한 신고나 출원과 같은 것도 전혀 없었으며, 상속세와 같은 것도 생각해내지 못했다고 한다.
26) 니이다 노보루(仁井田陞), 앞의 책(각주 19), 108면, 각주 24.
27) 水野紀子, 앞의 글(각주 13), 4면.
28) 水野紀子, 앞의 글(각주 13), 8면.
29) 利谷信義, 「明治民法における「家」と相続」, 『社會科學硏究』 第23卷 第1号(東京大学社会科学研究所, 1971), 34면에 의하면, 明治4年의 戶籍法에서의 戶籍이 원래 호주를 중심으로 하여 戶主와 친족관계에 있는 가족원들을 표시하는 것인데, 그 기능뿐 아니라 국가권력이 일정한 정책적 판단에 의하여 戶主를 통하여 가족질서를 규제할 수 있게 하는 수단 및 가족경영을 둘러싼 재산관계를 규제하는 수단으로 이용되었다고 한다. 후자의 경우에, 가족경영 자체가 거래와 생산의 단위이므로 그 대표자인 戶主에게 가산을 집중시켜 그 분산을 방지하고 경영의 계속성을 보장하며, 相續에 따른

령 서구법의 이혼이 재판이혼을 기본으로 하는 등 사법시스템이 적극적으로 개입하는 반면에, 일본에서는 家의 구성원들 사이에 맡겨지며, 호적은 그것을 접수할 뿐이었다. 사법시스템의 극단적인 소극성이 확인된다.

상속법에서도 이와 같은 인프라나 조건의 차이로 인하여 서구법과는 다른 현상이 나타난다. 명치민법이 창설한 家 제도는 종래의 전통을 이은 것이기는 하지만, 서구법의 이념이 적극 반영됨으로써 종래와는 다른 새로운 기능을 수행하기도 해야 했다. 명치민법이 창설한 家督相續은 一子相續, 즉 단독상속이다. 전통사회에서 家의 재산은 호주의 개인재산이었는데, 명치민법의 家 제도에서는 가족구성원 전원에 대한 扶養義務를 다하도록 함으로써 이 단독상속의 不平等性을 완화하고자 하였다.[30] 家督相續을 창설하면서도 다른 한편으로 서구법이 운영하고 있는 유산의 공동상속의 규정을 계수하기도 하였다. 다만 실제로 家督相續에 재산이 집중되어 있었기에 그 遺産相續이 실질적으로 의미가 있었는지는 의문이다. 2차대전 후 家督相續이 삭제되면서 유산상속과 유산분할절차에 관한 새로운 이론구축이 문제[31]되었기 때문이다.

家督相續에서는 피상속인도 상속인도 각각 1명이므로 공동상속에서와 같은 유산분할은 필요하지 않다. 나아가 새로운 호주 명의의 신호적을 편제할 때에 家督을 승계함으로써 상속이 진행되는 것으로 인식하였다고 한다.[32] 결국 중국과는 다르기는 하지만 가산제를 운영하면서 一子單獨相續制를 실

채권채무관계의 변동을 최소화하는 것이었다고 한다.

30) 水野紀子, 앞의 글(각주 13), 11면.

31) 水野紀子, 앞의 글(각주 13), 12~13면에서 그와 같은 사정을 간략히 소개하고 있다. 독일의 경우에 상속재산을 합유로 하고 있고, 프랑스의 경우에는 합유 개념은 취하지 않으나 19세기 후반의 판례로부터 비롯되어 1976년에 입법화된 유산공유(indivision)에 의하여 거의 합유와 다를 바 없는 형태로 운영되고 있다. 이 포괄적 공유상태에서 유산분할까지 이루어지는데, 실제로 공증인이 유산분할절차를 진행하기 때문에 특별수익의 계산이나 유류분감쇄청구도 모두 이 절차 내에서 이루어진다. 그런데 일본의 경우에는 유산분할 전에 이루어진 거래의 효력이 유산분할의 소급효로써 무효가 되는 것을 염려하여 일본민법 제909조(遺産の分割は、相続開始の時にさかのぼってその効力を生ずる。ただし、第三者の権利を害することはできない)에서 소급효를 제한하는 단서 규정을 두게 되었고, 이로 인하여 일본의 공동상속재산을 합유라고 하기 사실상 어렵게 된다. 일본에서는 상속개시 후 단기간에 유산분할절차를 진행하는 공증인 관행과 같은 제도가 없으므로 장기간의 유산공유상태가 지속되는 경향이 많고, 실제로 사자의 명의로 되어 있는 부동산이 다수 존재한다고 한다.

32) 水野紀子, 앞의 글(각주 13), 12면.

시하였던 과거 일본에서도 한정승인과 같은 개념은 성립하기 어렵다. 또한 한정승인이라는 제도가 도입될 당시 이 제도가 일본 사회에 낯선 것[33]이기도 하였겠지만, 당시의 사회적 환경에 비추어보아 그리 큰 의미를 가지는 것이라고도 보기 어려울 것이다.

2) 유산상속제 하에서의 한정승인

가산제를 운영한 위 두 나라의 경우와 달리, 우리 전통사회의 재산상속법상의 재산은 공동소유로서의 가산이 아니라 부모, 부 또는 모[34]가 소유주체로서 단독소유하는 재산이었다. 따라서 부모의 분재행위[35]는 중국의 가산분할처럼 공동소유하는 재산의 분할이 아니라, 당해 재산에 대한 소유주체의 변동이며 遺産相續이다. 그러므로 설령 "가산분급"이라는 용어가 사용되더라도 그 실질은 부모 私財의 분급[36]이다.

우리 전통상속법의 특징은 유산의 子女均分相續[37]으로 표현[38]된다. 그런데 고려시대[39][40]와 조선시대 전기까지도 실효성을 가지고 유지되어온 이

---

33) 磯部四郎, 『民法[明治23年]釋義』 財産取得編(下)(相續法之部), 日本立法資料全集 別卷 87, 100면 이하에서는 상속포기 등의 새로운 규정의 도입과 관련하여 관행과 條理의 갈등의 모순으로 설명한다. 즉 채무상속을 전제로 한 일본의 전통적 관습은 몇 가지 이유에서 조리에 반하므로 더 이상 유지되지 못하고 교정되어야 한다는 주장이다.

34) 박병호, 『韓國法制史』(민속원, 2012), 239면의 조선시대의 부부별산제와 처의 재산능력에 관한 설명 참조.

35) 박병호, 위의 책(각주 34), 240면은 分財는 실제로는 필요에 따라 생존 중에 하는 경우가 많으며, 사망이 임박한 경우에는 생존하고 있는 夫 또는 妻의 유산도 함께 분재대상으로 하였다고 한다. 현재의 법개념으로 생전증여로 파악될 수 있겠으나, 그 본질은 유산의 분배에 해당한다고 해야 할 것이다.

36) 박병호, 앞의 책(각주 34), 275면.

37) 經國大典 刑典 私賤條의 노비에 관한 자녀균분상속 및 經國大典 戶典 田宅條의 부모의 유산인 토지나 가옥을 형제자매 사이에 균분하여 나누지 않고 어느 한 사람이 독점한 경우(父母田宅合執) 5년 제소기한의 적용을 받지 않는다는 규정 등.

38) 박병호, 앞의 책(각주 34), 226면은, 우리나라의 가족제도를 특징짓는 가장 중대한 요소로 率壻婚俗과 유산의 자녀균분 상속제도를 들고 있다.

39) 박병호, 앞의 책(각주 34), 272~273면.

40) 최홍기, 「친족제도의 유교화 과정」, 『조선 전기 가부장제와 여성』(아카넷, 2004), 55면에서는 高麗시대의 私田의 상속제도와 관련하여, 체제상 채택된 제도는 적장자 우선주의이지만 구체적 사례에서 균분상속제도가 하나의 상속제도로 현실적으로 자리하고 있었음은 분명하다고 하고, 같은 글, 56면에서는, 친족제도가 유교적으로 개혁되면서 체제는 적장자 우선의 상속제를 지향하며 공식적으로 추진한 반면에, 전통과 관련하여 일반사회에서는 자녀균분적 상속제가 현실적으로 선호되었고, 이것인 체제상으로도 승인되었다고 평가한다. 조선 후기의 적장자 우선주의가 강화되는 현상에 비추어볼 때, 상속제도상 적장자 우선주의의 강화는 친족제도가 유교적으로 재편되는 과정에 수반

균분상속제도는 두 차례의 전쟁 후 붕괴된 향촌사회의 질서를 가문을 중심으로 재편하고자 하는 움직임[41] 속에서 얼마간의 변화를 보이게 된다. 또한 반복되는 균분상속으로 재산이 영세화되면서 향촌사회에서 가문의 위상이 격하되는 것에 대한 우려도 변화의 원인이 되었을 것이다. 이때 법전에 규정된 균분상속을 회피하기 위하여 제사를 위해 설정된 奉祀條를 활용하는 방안이 활용되었고, 이것은 제사를 승계하는 長子가 관리하게 되어, 제사의 장자단독승계와 더불어 사실상 재산의 장자 단독상속 내지 우대상속이 실현[42] 되었다고 한다. 조선 초기까지만 해도 제사에는 망자에 대한 사후봉양의 성격이 강하였으나, 조선 후기에 와서는 가계계승의 의미가 더 크게 작용했고, 이것은 日政 시기에 더욱 강화된다.[43] 나아가 1933년 3월 3일 조선고등법원 판결이 제사상속을 법제도에서 제외함으로써 일본식의 호주상속제도만을 인정하게 되었고, 繼祀의 중심개념이 되어버린 이 호주권 상속의 관념은 민법 제정되는 당시 "家"와 "호주제도"로서 그대로 반영되었다.[44]

자녀균분상속을 큰 특징으로 하는 우리 상속법제에서 이처럼 장자단독상속의 체계를 유지하는 것이 조선 후기 및 日政 시대라는 기간의 한시적 현상이라고 평가하더라도 그것이 수백 년에 걸쳐 유지되었다면 상속관념의 변화에 부족한 시간은 아니었으리라 생각된다. 그렇다면 조선시대 후기에 두드러지게 나타나는 유교적 사회질서 확립의 일환으로 이루어진 가계계승을 목적으로 한 一子單獨相續의 경우의 경우에는, 전술한 일본의 예와 마찬가지로 일종의 가산관념을 인정할 수밖에 없어 결과적으로 채무불승계의 관념도 인정하기가 쉽지 않았으리라 여겨진다. 이 점과 비교하여 조선 전기까지만 해도 사회일반에 통용되던 자녀균분상속의 체계에서도 채무불승계는 용이하지

되는 현상이라고 평가될 수 있을 것이다.

41) 鄭肯植, 「朝鮮時代의 家系繼承法制」, 『서울대학교 法學』 제51권 제2호(서울대학교 법학연구소, 2010), 91면.

42) 鄭肯植, 위의 글, 92면.

43) 박병호, 앞의 책(각주 34), 269면; 鄭肯植, 앞의 글(각주41), 94면.

44) 鄭肯植, 앞의 글(각주 41), 95면은, "가"와 "호주제"를 폐지한 2005년 민법개정 및 후속판결을 통하여 가계계승이 법이 아닌 관습의 영역으로 돌아갔다고 평가하며, 현재의 가계계승은 15세기로 회귀한 것이라고 한다.

않을 것인데, 제사가 死後奉養의 의미로 강하게 인식되는 한 이른바 망자의 "인격의 연장"[45]이라는 관념이 존재할 것이며, 이처럼 망자의 법인격이 존속하는 것으로 이해되는 한 망자의 잔존채무를 부정하는 것은 쉽지 않은 일이다.

결국 일본의 가독상속처럼 가산의 단독상속이 원칙인 경우이든, 중국처럼 공동소유인 가산의 공동상속이 원칙인 경우이든, 家産 개념을 인정하는 이상 한정승인과 같은 책임제한의 원리와는 상호 융화되기 어렵다. 또한 가산의 개념을 원칙적으로 인정하지는 않지만 조선 후기와 같은 가계계승이 강조되는 우리의 경우에도 상속의 효과에 변형을 가하는 것을 허용할 수 있는 사회적・제도적 환경은 아니었다고 할 수 있다. 이와 같은 조건에서 한정승인은 일본의 근대화과정에서 과감하게 민법전에 등장하게 되었다. 이하에서 그 과정에 관하여 살펴보기로 한다.

3. 일본민법상의 입법 경과

1) 프랑스민법의 영향

일본 상속법은 프랑스법으로부터 다대한 영향을 받은 것으로 알려져 왔고, 이른바 모법으로 지칭되기도 하였다. 그리고 일본민법의 영향을 크게 받은 우리 상속법을 연구하는 데에 있어서도 프랑스민법은 주요한 관심의 대상[46]이었다. 모법이라는 개념이 일의적으로 정의될 수 있는 것은 아니어서 일단

---

45) 申榮鎬, 앞의 책(각주 16), 116면은 전통사회의 상속을 인격승계나 인격의 연장에 관한 개념으로 설명하는 입장에 있다. 이와 같은 이해는 滋賀秀三, 앞의 책(각주 21), 114면에서도 확인된다. 여기에서는 중국의 상속제도를 인격의 상속으로 파악하여, 사망에 의하여 인격이 소멸하지만, 그 인격에 귀속되어 있던 재산은 어떤 방법으로든 다른 인격에 옮겨놓는 것이며, 이것은 유산상속으로 명명된다고 설명한다. 즉 개인의 인격은 후계자가 있는 한 육체의 죽음과 함께 소멸되는 것이 아니라 후계자 속에 계속 살아있으며, 여러 명의 후계자가 있는 경우에 상호 평등한 자격을 가진 부친의 후계자이고, 이것은 가산분할이라는 법률적 사건으로 나타난다. 같은 책, 115~116면에서는 "承繼"라는 용어의 해석을 통하여 이것은 곧 사람, 제사, 재산이 혼연일체로 후대에 이어지는 것으로 이해하고 있다. 상속으로부터 인격승계를 도출해내는 이와 같은 설명방식에 의하면 가산분할이 아닌 유산상속에서도 상속포기나 한정승인과 같은 제도를 인정할 수 없게 된다.

46) 프랑스 한정승인제도를 우리 제도의 모법으로 평가하는 견해로, 김형석, 앞의 글(각주 6), 523면; 김미경, 「한정승인에 있어 한정승인자의 상속재산 처분과 상속채권자 보호－대법원 2010. 3. 18. 선고 2007다77781 전원합의체 판결－」, 『法學硏究』 제27권, 제1호(충북대학교 법학연구소, 2016), 207면.

그 용어의 적절성 여부는 별론으로 하더라도, 적어도 이 상속법 영역에서 프랑스법과 일본법은 어떤 관계에서 어느 정도의 영향을 받았는지, 프랑스법 이외의 다른 유럽법의 영향은 없었던 것인지, 타국의 제도를 수용할 당시의 일본법의 기초자들은 이른바 모법이 속한 국가의 일반적인 이해수준으로 해당 제도를 이해하고 있었는지 등을 이해하는 것은, 이 제도를 올바르게 파악하는 데에 매우 중요한 요소로 작용할 것이다.

프랑스 법학자 브와소나드(Gustave Émile Boissonade de Fontarabie, 1825. 6. 7.-1910. 6. 27.)가 일본에서 각종 강의와 저술활동을 하였으며, 특히 명치민법 이전에 편찬된 바 있는 일본 구민법의 기초에 크게 공헌하였음은 주지의 사실이다. 브와소나드는 일본 구민법을 기초하는 데에 있어 나폴레옹법전의 규정 또는 그 정신을 담고자 적극적으로 노력하는 태도를 보였으나, 가족법 분야에 있어서는 그러하지 않은 것으로 보인다.[47] 브와소나드가 일본 구민법의 재산법 분야를 전적으로 담당하여 기초한 것과 달리, 가족법 분야는 일본의 風俗習慣을 고려할 필요가 있다는 이유에서 일본인이 기초하였다. 그렇지만 기초를 담당한 熊野敏三, 磯部四郎 등은 브와소나드의 來日(1873년, 明治6年) 후 "자연법강의(Cours de droit naturel)"[48]를 수강한 자들이며, 적어도 구민법 제1초안의 가족법 영역은 브와소나드의 영향력[49] 하

47) 西希代子, 「遺留分制度の再検討(8)」, 『法学協会雑誌』 第124巻 第9号(法学協会, 2007), 2107면에서는, 특히 브와소나드가 일본에 온 직후에는, 華族, 士族, 평민을 불문하고 동일한 상속법을 적용하여야 한다고 하였으나, 이후에는 평민에 대해서만 장자권을 폐지하고, 華族에 대해서는 장자권을 유지하면서 호주의 의사에 따라 장자 이외의 자에게 재산을 분할할 수 있게 할 것을 제안한 바 있음을 지적하고 있다. 장래 상속순위의 조정이나 장자권의 폐지가 이루어져야 함을 언급하면서도, 프랑스의 제도가 가장 최선의 것이어서 그대로 따라야 한다기보다는, 오히려 자연법의 명령이라는 방식으로 제도개선의 필요성을 설명하였다고 한다. 西希代子, 같은 글, 2108면.

48) 明治10年에 "性法講義"라는 제목의 책으로 간행되었다.

49) 김형석, 「우리 상속법의 비교법적 위치」, 『家族法研究』 第23巻 3號(한국가족법학회, 2009), 120면은, 일본 가족법이 브와소나드가 아닌 일본인 위원들에게 맡겨졌다고 하면서도 브와소나드의 영향이 상당한 것이었다고 평가하며, 가족법의 기본구조나 개념에서 프랑스민법의 제도를 상당부분 채택하였다고 한다. 다만 같은 글, 121면에서도 언급하고 있는 것처럼 메이지민법을 제정할 당시의 상속의 기본개념은 일본 특유의 상속형태인 家督相續이며, 유산상속은 그것에 보충적인 기능을 가지고 있었다. 현재 家督相續 제도가 폐지되고 유산상속을 기본으로 하고 있지만, 유류분 등 다양한 제도에서 그 잔재가 여전히 확인되고 있다.

에 있었다는 평가[50]가 존재한다. 가령 브와소나드 저술의 "유류분제도와 그 정신적·경제적 영향의 역사(Histoire de la réserve héréditaire et de son influence morale et économique)"가 프랑스 學士院賞 受賞作이라는 점에서, 유류분제도가 구민법이 기초될 당시에도 그와 같은 전통을 전혀 갖고 있지 않던 일본에 과감하게 수입된 데에는 브와소나드의 영향이 컸음을 짐작하게 한다.[51]

다만 브와소나드가 일본에 오기 전 프랑스에서 가졌던 상속관념과 일본에 온 이후의 상속관념에는 서로 차이가 있다고 한다. 프랑스에서는 당시 평등관념에 기초하여 무유언 균분상속을 상속제도의 중심에 둔 반면에, 일본에 온 후에는 일본에 전통적으로 유언을 인정한 법률도 없었고 관습적으로도 이용된 바가 없었음에도 불구하고 이제부터는 유언에 관한 관습이 인정되어야 한다는 주장을 펼치며, 유언상속이 원칙의 지위에 있으면서 무유언상속은 피상속인의 의사를 추론하는 방식으로 위치시키려 시도하였다고 한다.[52] 아마도 법체계에 따라 각각 그 운용에 필요하면서도 적응가능한 상속제도의 형태가 존재할 것이어서 그에 따라야 하며, 각 제도의 존재의의도 서로 달리 할 수밖에 없다는 인식을 분명히 하였던 것으로 보인다.

실상 일본은 明治維新(1868년)이 시작되자마자 바로 법령정비에 착수하였다. 상속에 관해서는 1877년(明治10年)까지 華士族·平民 모두 무유언상속을 원칙으로 하여 父의 家督相續人의 선택의 자유가 일정한 범위에서 제한되어, "廢嫡 요건이 극히 완화된 장남자 단독상속"제도를 창설했다. 그리고 1880년(明治13年)에 太政官布告 第52号에서 토지 讓受의 원인 중 하나로서 家督相續과 함께, 상속인들 사이의 평등분배가 이루어지는 "遺産相續"이라는 표현이 처음 등장하였다.[53] 유산상속에 있어서는, 1876년(明治9年)의 乙

50) 西希代子, 「遺留分制度の再検討(7)」, 『法学協会雑誌』 第124巻 第8号(法学協会, 2007), 1844면.

51) 西希代子, 앞의 글(각주 47), 2087~2088면. 또 西希代子, 같은 글, 2090~2092면은, 유류분에 있어서도 프랑스에서 자녀들간의 평등한 기회보장에 방점을 두었으나, 일본에 와서는 자연법원리에 상응하는 제도로서 제도 자체의 도입을 적극 지지하면서, 일본에서 장남이 재산을 단독으로 승계하여 동생들을 부양하는 관습이 있음에 주목하여, 유언 또는 증여로 가족 외부로 재산을 처분하고자 하는 피상속인의 의사를 어느 정도 제한해가는 제도로서 구상하였다고 한다.

52) 西希代子, 앞의 글(각주 47), 2088면.

號布告案[54]에 華族・士族의 家督相續을 제외한 재산상속에 관하여, 立嫡에 의한 一子(원칙적으로 嫡男子)의 단독상속으로 할 것인지 분할상속으로 할 것인지를 父 또는 戶主의 의사에 맡기는 것으로 하였는데, 양자는 원칙과 예외의 관계가 아니라 병렬구조[55]를 이루었다.

그런데 브와소나드가 일본에 오기 전부터 일본의 다수의 민법초안이 이미 프랑스민법을 강력하게 의식하고 있었던 것으로 보인다. 상속법에 관한 초안으로서는, 나폴레옹 민법전의 번역인 "佛蘭西法律書 民法"을 기초로 하여 편찬된 「民法決議」(明治4年, 1871년)가 최초의 것이고, 또한 일본 최초의 민법 전체에 관한 본격적 초안으로 알려진 「改刪未定本民法」(明治5年)은 人事篇, 財産篇, 契約篇으로 구성되어 있으며, 이것은 후에 일부 수정을 거쳐 「皇國民法假規則」(明治5年)으로 편찬된다. 이 「改刪未定本民法」과 「皇國民法假規則」은 내용적으로 나폴레옹법전의 번역에 가깝지만, 일본의 독자적인 규정이 추가되어 있고, 또 구성이나 규정 순서에서도 다소간의 차이를 보인다는 평가[56]도 있다.

브와소나드가 일본에 온 후에 상속법규정을 다수 포함한 乙號布告案이 마련되는 과정에서 브와소나드의 의견을 적극 청취한 것으로 알려져 있는데,[57] 이때 여성상속권의 도입이나, 父 또는 戶主에 의하여 균분상속이 선택되는 경우에는 여자와 비적출자에게도 동등한 상속분을 부여하는 내용이 최초로 인정되었다.

2) 일본 구민법상의 한정승인

1880년(明治13年)부터 약 10년 동안의 작업 끝에 일본 구민법, 속칭 브와소나드민법이라고 일컬어지는 민법전이 완성되었고, 가족법 부분은 제1편인 人事編과 제3편인 財産取得編에 규정되었다. 이 구민법의 상속법 영역에 브

---

53) 이상의 대강의 내용은, 西希代子, 앞의 글(각주 47), 2115~2116면.
54) 西希代子, 앞의 글(각주 47), 2127면에 의하면, 민법초안의 편찬과는 별도로 戶籍 및 相續에 관한 규정의 초안 작성을 위한 논의가 진행되었고, 그것에 관한 기록이다.
55) 西希代子, 앞의 글(각주 47), 2129면.
56) 이상, 西希代子, 앞의 글(각주 47), 2117면.
57) 西希代子, 앞의 글(각주 47), 2130~2132면.

와소나드가 어느 정도로 간여하였는지는 분명하지 않다[58]고 한다. 다만 기안에 있어서 브와소나드의 의견이 청취되었을 가능성이 있다는 점이나 브와소나드 강의의 수강자 중 한 명인 磯部四郎(이소베 시로)가 상속법 영역을 기초하였다는 점에서 간접적인 영향은 있었을 것으로 추측된다.

유류분제도에 있어서는 브와소나드가 이론적으로 매우 정통해있고, 또한 나름대로의 입법적 신념을 가지고 있던 분야인 만큼 프랑스민법과의 사이에 구조적 또는 내용적 차이가 상당한 것으로 보이기도 한다. 그러나 한정승인제도의 입법과 관련하여서는 그다지 심도 있는 연구의 결과로 도입된 것은 아닌 것으로 보인다. 앞서도 언급하였지만 상속의 승낙이나 포기와 같은 제도는 일본의 전통사회에는 낯선 제도였고, 家督相續이 주류를 이루는 상속체계상 반드시 도입되어야 할 당위성도 충분하지 않았다. 상속법 기초자인 磯部四郎[59]는 상속포기와 관련하여 기존의 관행과 조리가 갈등과 모순의 관계에 있다고 하면서, 채무상속을 전제로 한 일본의 전통적 관습은 조리에 반하므로 더 이상 유지되어서는 안 되고 교정대상이 되어야 한다고 주장[60]한다. 여기서 말하는 조리는 브와소나드를 통하여 일본법에 전해진 유럽의 자연법사상을 달리 표현한 것이 아닌가 여겨진다.

일본 구민법의 한정승인에 관한 규정은 실제로 나폴레옹민법과 비교할 때 기본적인 구조는 거의 유사하게 하면서 개별적인 규정에서 프랑스민법의 규정들을 재정렬 내지 재배치하였다고 평가할 수 있을 만큼 공통된 내용의 규정을 많이 가지고 있다. 프랑스민법과 일본 구민법은 공통적으로 재산의 취

---

58) 가족법 부분의 起草와 관련하여서는, 브와소나드의 저술을 번역하고 강의를 수강한 井上操와 磯部四郎의 반대도 있었을 뿐 아니라, 브와소나드 자신도 기초 작업을 거절하였다는 사실이 확인된다. 西希代子, 「遺留分制度の再検討(9)」, 『法学協会雑誌』 第124巻 第10号(法学協会, 2007), 2314 ~2315면.

59) 磯部四郎, 앞의 책(각주 33), 100면 이하.

60) 磯部四郎, 앞의 책(각주 33), 101~103면에서는 그 이유로 세 가지를 들고 있다. 상속은 피상속인의 채무를 승계하는 것에 주안을 두어서는 안 되며, 상속인의 이익이 되는지는 불문하고도 상속을 통하여 한층 더 무거운 의무를 부담시키는 것을 주안으로 해서는 안 된다는 것이고, 두 번째는, 상속이라는 것은 상속인의 권리여야지 의무여서는 안 되고, 세 번째는, 그것을 향유할 것인지는 상속인의 임의의 의사에 달려있어야 하며, 포기가 가능해야 한다는 것이다. 따라서 신법에 의하여 조리에 반하는 종전의 관습은 폐지하는 것이 바람직하다는 의견이다. 참고로, 프랑스민법 제775조 "누구도 자신에게 부여된 상속을 승인할 의무는 없다"

득에 관한 제3편에 상속에 관한 규정들을 두고 있고, 그 아래에 상속의 승인과 포기에 관한 규정들을 분류해두고 있다. 세부적인 사항에서는 다소간의 차이가 있는데, 가령 일본 구민법의 상속승인 및 포기에 관한 첫 조문[61]이면서 당해 항목의 일반조항이라고 할 수 있는 財産取得編 제317조[62]가 家督相續人에 관하여 상속포기 또는 限定受諾[63]을 제한하고 있다는 점이다. 이 조문은 일본 고유의 상속제도를 고려한 것으로, 이것에 관하여 磯部四郎[64]는 가명의 폐멸을 막고 사회질서를 유지하기 위해서도 家督相續이 필요하고 그 포기는 제한될 수밖에 없다고 설명하고 있다.

또 한정승인의 경우에 한정되는 것은 아니지만 또 다른 재창조의 일례로, 브와소나드민법 財産取得編 제323조는 法定單純受諾이 인정되는 예로, 타인에게 소유권을 양도하거나 물권을 설정한 경우(임차권 설정 제외), 기간 내에 한정수락 또는 포기하지 않은 때를 들고 있고, 또 같은 법 제327조 제2호에서 상속재산을 사취하거나 은닉한 경우를 들고 있다. 이것은 2006년에 개정되기 이전의 프랑스민법 제778조[65]가 규정하는 "승인의 의사를 필연적으로 추단하게 하는 상속인의 행위 및 상속인이 상속인의 자격으로서만 행사할 수 있는 권리를 가졌다고 보이는 때"를 구체화한 것이라고 할 수 있다. 또한

---

61) 참고로, 2006년 개정전 프랑스민법 중 상속승인 및 포기에 관한 규정 중 가장 첫 조문은 774조로 "상속의 승인에는 단순승인과 한정승인이 있다"고 규정하고, 상속포기에 관해서는 같은 법 제784조, 제792조에서 규정하고 있는데, 일본 구민법은 이것에 비하여 전체 구조를 일괄하여 파악할 수 있도록 조정한 것이다. 磯部四郎, 앞의 책(각주 33), 105면.

62) 財産取得編 제317조 "상속인은 상속에 대하여 단순 또는 한정의 수락을 하거나 또는 포기를 할 수 있다. 단 법정가독상속인은 포기를 할 수 없다 또 隱居가독상속인은 한정수락을 할 수 없다" 이 隱居는, 일본법상 호주는 응당 家政을 보아야(家政を執る) 하는데, 그와 같은 능력을 상실한 호주가 교체되는 것을 가리킨다. 따라서 隱居에 의한 상속은 사망에 의한 상속과 동일하게 취급된다. 明治 시대 隱居 제도에 관한 설명으로, 利谷信義, 앞의 글(각주 29), 80면 이하.

63) 명치민법에서 "限定承認"으로 용어를 변경한다. "受諾"이라고 하면 그 의사표시로써 비로소 상속인이 되는 것이 되는 것으로 해석될 수 있지만, "承認"이라고 하게 되면 사망으로써 바로 상속인으로서의 자격이 있는 자가 상속권을 얻는 것을 의미하게 되며, 이때의 승인은 상속인이 되는 신분의 확정을 가리킨다고 한다. 法典調査會, 『民法議事速記錄』 七, 『日本近代立法資料叢書』 7, 414면.

64) 磯部四郎, 앞의 책(각주 33), 106면.

65) 개정전 프랑스민법 제778조 "L'acceptation peut être expresse ou tacite: elle est expresse, quand on prend le titre ou la qualité d'héritier dans un acte authentique ou privé; elle est tacite, quand l'héritier fait un acte qui suppose nécessairement son intention d'accepter, et qu'il n'aurait droit de faire qu'en sa qualité d'héritier."

같은 법 제779조[66]의 "단순한 보존행위, 감독행위 및 임시관리행위는 그것이 상속인의 명의 또는 자격으로 행한 것이 아닌 때에는 상속승인의 행위가 아니다"라는 규정이나, 제780조[67]의 공동상속인들 사이의 상속재산의 증여, 매도, 이전하는 행위는 승인의 효력 있다는 규정에 수정을 가한 것이라고 할 수 있다. 명치민법의 해당 규정[68]은 이 구민법의 규정을 승계한 것이고, 한국민법 제1026조가 거의 같은 취지로 규정되어 있다.

3) 상속재산에 관한 관리의무

제1022조는 "단순승인 또는 포기"가 있기 전의 상속재산에 관하여 상속인의 고유재산과 동일한 정도의 주의[69]를 기울여 관리하여야 할 의무가 있음을 규정하고 있다. 만일 단순승인을 상속의 기본형으로 여기고 한정승인이나 상속포기가 그에 대한 일정한 효과상 변형 내지 제한이라고 인식한다면, 상속개시가 있은 후 한정승인이나 상속포기를 하기까지 상속인이 상속재산에 관하여 어떤 권한을 지니는지가 설명될 수 있어야 한다. 제1005조에 따라 상속인은 피상속인의 재산상의 권리와 의무를 포괄적으로 승계한다. 이때의 승계의 의미와 관련하여, 단순승인의 형태로서 피상속인의 재산상의 지위가 어떠한 변경도 가해지지 않은 채 상속인에게 그대로 승계되었다가 그 후 한정승인이나 상속포기 등의 의사표시를 통하여 당초의 상속인의 지위 내지 상속효과에서 일정한 변경을 겪게 되는 것인지, 아니면 제1022조가 상속인의 "관리하여야 할 의무"를 규정하였듯이 상속개시로 인하여 일시 상속인의 管理 하에 유보되었던 상속재산이 상속인의 승인이나 포기와 같은 결정을 통하여 비로소 그 법적 지위를 확정하게 되는 것인지에 관한 것이다.

---

66) 개정전 프랑스민법 제779조 "Les actes purement conservatoires, de surveillance et d'administration provisoire, ne sont pas des actes d'addition d'hérédité, si l'on n'y a pas pris le titre ou la qualité d'héritier."

67) 개정전 프랑스민법 제780조 제1항 "La donation, vente ou transport que fait de ses droits successifs un des cohéritiers; soit à un étranger, soit à tous ses cohéritiers, soit à quelques-uns d'eux, emporte de sa part acceptation de la succession."

68) 明治31年 명치민법 제1024조(현행 일본민법 제921조와 형태와 취지가 동일).

69) 일본민법 제918조 제1항("相続人は、その固有財産におけるのと同一の注意をもって、相続財産を管理しなければならない。ただし、相続の承認又は放棄をしたときは、この限りでない")에서 유래한 개념이다.

2006년 개정 전의 프랑스민법 제797조는 한정승인의 경우 재산목록작성을 위한 기간 및 승인·포기를 위한 의사결정기간 동안에 상속인의 자격을 강요당하지 않는다고 규정하면서, 상속인을 상대로 한 소송도 제기하지 못한다고 규정하였다. 일본 구민법 財産取得編 제319조도 소송절차 중지에 관한 규정을 두었다. 磯部四郎[70]은 이 점에 대하여 당해 기간에 상속인의 신분은 확정되지 않는 상태로 존재한다고 이해하는 것으로 보인다.

그런데 명치민법에 와서는 이와 관련된 규정이 사라지며, 한국민법에도 존재하지 않는다. 명치민법의 입법자들이 이를 당연한 것으로 여겨 규정하지 않은 것인지, 아니면 상속인 신분의 미확정 내지 상속재산의 流動的 지위를 부정하려는 의도에서 일부러 삭제한 것인지는 확인이 어렵다. 그 대신에 구민법에는 존재하지 않던 현행 일본민법 제918조에 해당하는 명치민법 제1021조를 두면서 상속개시 후 승인 또는 포기가 있기까지 자기 고유재산에 대한 것과 동일한 정도의 주의의무를 정해두었다. 일본 입법자의 의사[71]가 어떠한 것이든 이 시간적 간격에서의 상속재산의 귀속 여하는 상속세의 부과, 상속인에 의한 각종 처분행위의 효력 등과 관련하여 어떤 식으로든 분명히 설정될 필요가 있다.

한편 제1022조는 "단순승인 또는 포기"가 있기 전의 상속재산에 관하여 상속인의 고유재산과 동일한 정도의 주의를 기울여 관리하여야 할 의무가 있음을 규정하고 있다. 그렇다면 限定承認의 경우에는 상속인 고유의 재산에 필요한 주의와 동등한 정도의 주의가 계속해서 유지되어야 한다는 것으로 해석[72]되어야 할 것이다. 한정승인에 관한 일본민법상의 대부분의 규정이 그

70) 磯部四郎, 앞의 글(각주 33), 811면.

71) 法典調査會『民法議事速記錄』七,『日本近代立法資料叢書』7, 420면에 富井政章 기초위원의 발언에 의하면, 구민법의 受諾 대신에 承認이라는 용어를 사용한 것에서도 추론할 수 있듯이, 상속개시로 상속재산은 상속인의 재산인 것으로 해석되어야 한다고 하고, 또 자기재산이 된 상속재산에 대하여 굳이 자기재산과 동일한 주의를 기울여야 하는 것인지의 질문에 대해서도 이것은 상속인의 "의무"를 부과한 규정이라고 강조하기도 하였지만, 속기록의 해당 부분 중 뒷부분이 欠落되어 최종적인 의사가 확인되지 않는다. 이후의 회의에서도 이 재산이 상속인에게 귀속된 것인지 여부에 관해서는 지속적으로 논쟁이 이루어지고 있다.

72) 郭潤直, 앞의 책(각주 5), 149면; 김주수·김상용, 앞의 책(각주 5), 742면, 757면.

대로 우리 민법 규정에 수용된 것에 반하여, 한정승인자가 고유재산에서와 동일한 주의로써 상속재산을 관리할 의무를 가지며, 그 구체적인 사항에 관하여 위임관계의 규정을 준용한다고 규정한 일본민법 제926조[73]은 우리 민법에 제정되는 과정에서 자취를 감췄다. 고유재산에 대한 동일한 주의의무와 위임관계에서 요구되는 주의의 정도가 상호 부합하지 않는다는 고려에서 삭제된 것이 아닌가 추측되기도 하지만, 그렇다고 해서 한정승인자의 고유재산에 대한 정도의 주의로써 상속재산을 관리할 의무가 우리 민법에서 부정되는 것으로 해석되어서는 안 될 것이다. 왜냐하면 우리 민법 제1022조에 대응하는 일본민법 제918조[74]가 "상속의 승인 또는 포기를 한 때"까지는 고유재산에서와 동일한 주의로 상속재산을 관리할 것을 규정하였고, 그에 비하여 우리 규정은 "단순승인 또는 포기한 때"까지 그와 같은 주의의무로 관리되어야 하는 것으로 되어 있어, 입법자가 다분히 의도적으로 변경하여 규정한 것으로 파악될 수 있기 때문이다. 따라서 한정승인이 있는 때에는 종전과 동일한 수준의 관리의무가 존재하는 것으로 이해될 수 있을 것이다.

한정승인한 상속인의 상속재산에 관한 관리의무의 규정은 일본 구민법 財産取得編 제328조의 취지를 계승한 것이다. 限定受諾을 한 자는 그 特有財産[75]에서와 동일한 주의로 상속재산을 관리하고 채권자 및 수유자에게 그 계산을 할 수 있다[76]는 이 규정은 개정전 프랑스민법 제804조[77]의 취지를 참조한 것으로 보인다. 한정상속인이 상속재산에 대한 관리행위에 관하여 중

---

73) 일본민법 제926조 제1항 "限定承認者は、その固有財産におけるのと同一の注意をもって、相続財産の管理を継続しなければならない。" 제2항 "第六百四十五条、第六百四十六条、第六百五十条第一項及び第二項並びに第九百十八条第二項及び第三項の規定は、前項の場合について準用する。"

74) 일본민법 제918조 제1항 "相続人は、その固有財産におけるのと同一の注意をもって、相続財産を管理しなければならない。ただし、相続の承認又は放棄をしたときは、この限りでない。"

75) 明治31年 명치민법 제1028조의 "고유재산"과 같은 개념이다. "고유재산"이라는 개념이 당시 일본인에게는 익숙하지 않은 개념이었지만, 기초자는 이 규정에 상응하는 일본 구민법의 財産取得編 제328조의 상속인의 "特有財産"과 동일한 개념으로 창안한 것이라고 하고 있다. 法典調査會『民法議事速記錄』七,『日本近代立法資料叢書』7, 420면의 富井政章의 발언.

76) 財産取得編 제328조 "限定受諾者ハ其特有財産ニ於ケルト同一ノ注意ヲ以テ相續財産ヲ管理シ債權者及ヒ受遺者ニ其計算ヲ爲ス可シ但此計算ハ債務及ヒ遺贈ノ辨濟ノ爲メ相續財産ヲ拂盡シタル後一个月內ニ之ヲ完了スルコトヲ要ス"

77) 개정전 프랑스민법 제804조 "Il n'est tenu que des fautes graves dans l'administration dont il est chargé"

대한 과실에 대해서만 책임을 진다는 이 규정은, 한정승인을 한 경우에 대해서는 통상의 수준에 비하여 책임이 감경된다는 취지인 것이다. 기초자인 磯部四郎[78]는 이 조문에 관하여, 누구든 자기 재산을 관리함에 있어 불충분한 주의로 하지는 않을 것이고, 또 여기에서의 관리는 債權者를 위한 것이므로 限定受諾者는 이를 위한 일종의 特別義務를 부담하는 것이라 해야 한다고 설명한다. 일본 구민법 규정에서의 "管理"라는 용어가 프랑스 규정상의 "administration"을 그대로 번역한 것임은 어렵지 않게 확인될 것이다.

명치민법의 제정 당시 이 관리상의 주의의무에 관한 규정과 관련하여 다양한 논의가 이루어졌음이 확인된다. 원안의 起草委員인 富井政章[79]에 의하면, 한정승인한 경우 상속인에 대하여 선량한 관리자의 주의로써 관리할 것을 요구하는 입법례도 있지만 역시 상속인의 재산에 해당하므로 관리에 있어서는 평소의 자기 재산에 대한 주의를 기울이면 충분할 것이라고 판단하였다는 설명이 있었고, 또 위임에 관한 규정을 준용하도록 한 것은 이 한정승인자와 채권자 및 수유자들 사이에서의 적용상 필요할 것이라는 생각에서였다고 밝힌 바 있다. 그런데 이 원안에 대해서는, 한정승인도 상속의 일종이므로 상속인이 자신의 소유물을 보관하여 관리한다는 관념이 적절하지 않다는 비판[80]도 있었고, 또 그에 반해 파산선고를 받은 경우처럼 소유는 하되 처분이 제한되는 경우도 얼마든지 있을 수 있다는 반론[81]도 있었다.

일본민법의 제정과정에서의 이와 같은 논의가 우리 제도의 해석에도 그대로 수용될 수 있는지 여부는 별도로 검토되어야 할 것이지만, 적어도 우리 규정이 지금의 형태를 하게 된 연유로서 이 제도에 영향을 미쳤던 기초적 관념은 확인이 되는 셈이다. 결국 일본민법의 기초자들이 상정한 한정승인이라는 재산승계의 형태는, 설령 그것이 상속에 속하는 것으로 이해된다고 하더라도 완전한 소유의 영역은 아닌 管理의 영역이고, 향후 이루어지게 될 각종의 청산절차를 대비한 법정의 의무를 수행하게 되는 과정인 것이다. 그리

78) 磯部四郎, 앞의 책(각주 33), 141~142면.
79) 法典調査會, 『民法議事速記錄』 七, 『日本近代立法資料叢書』 7, 433~434면.
80) 法典調査會, 『民法議事速記錄』 七, 『日本近代立法資料叢書』 7, 434~435면의 土方寧의 발언.
81) 法典調査會, 『民法議事速記錄』 七, 『日本近代立法資料叢書』 7, 435면의 磯部四郎의 발언.

고 그 관리의 구체적인 상황으로서, 相續債權者의 강제집행은 상속재산으로 제한되고, 상속인의 고유재산에 집행할 수 없다는 원칙이 적용된다(제1028조). 또 상속채권자는 제1032조에 따라 채권자 신고를 하여 제1034조 이하의 규정에 따라 배당[82]을 받게 된다.

4) 상속채무의 청산

상속재산의 소극재산이 적극재산을 초과하는 경우에 대하여 이 제1032조 이하의 규정 외에도 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」이 규정하는 상속파산제도가 이용될 수 있다. 특히 이 법 제389조 제3항이 "상속재산에 대하여 파산선고가 있는 때에는 한정승인한 것으로 본다"고 하여 상속재산의 성격을 동일한 것으로 규정짓고 있다. 또 이것을 기초로 같은 법 제346조가 "상속인이나 상속재산에 대한 파산선고는 한정승인 또는 재산분리에 영향을 미치지 아니한다"라고 하여, 한정승인과 상속파산이 병존할 수 있음을 인정하고 있다.

이 제1032조 이하의 규정은 일본민법 제927조 이하의 규정과 규정방식과 순서에서 거의 유사한 형태를 하고 있다. 그런데 이 일본민법의 규정들이 제정 당시의 논의를 살펴보면, 파산절차와 유사한 형태의 채무청산절차를 굳이 민법에 별도로 두어야 하는 것인지에 의문을 제기하는 견해[83]가 눈에 띈다. 한정승인이 상속의 한 형태로 존재하는 이상 상속재산에 대한 처분권은 상속인에게 있어야 하며 채무도 함께 승계되어야 하기에 이와 같은 상속채권의 청산절차에 관한 민법규정은 필요하지 않다고 하기도 하고, 또 다른 한편으로는 그와 같은 규정을 두더라도 피상속인의 채무를 변상하는 것이 불가능한 경우에는 결국 상속인이 파산절차를 통하여 해결하도록 해야 하므로 이런 형

---

82) 대법원 2013. 9. 12. 선고 2012다33709 판결은, 제1037조에 근거하여 민사집행법 제274조에 따라 행해지는 형식적 경매는 한정승인 규정에 따른 채무변제를 위한 현금화절차이므로, 일반채권자들의 배당요구는 허용되지 않는다고 하였다. 대법원 2010. 6. 24. 선고 2010다14599 판결은, 상속채권자로 신고한 자는 상속재산에 관한 것이라면 담보권 실행을 위한 경매절차에서도 집행권원을 가지고 배당요구를 하는 것도 가능하다고 하였다.

83) 法典調査會, 『民法議事速記錄』 七, 『日本近代立法資料叢書』 7, 437~438면의 土方寧의 발언.

식의 규정은 실효성이 떨어진다는 지적[84]이었다.

이에 비하여 존치론의 입장을 취하면서도 원안의 입장과는 달리, 이 청산절차가 가능한 한 相續人에게 유리한 쪽으로 구성되어야 한다는 견해[85]도 있었다. 일본 구민법의 가족법 부분을 실질적으로 담당한 磯部四郎의 발언을 살펴보면, 당시 일본의 기본적인 상속형태인 家督相續에서 家督相續人이 상속을 포기할 권리를 가지지 않으므로[86] 상속은 하되 그 채무청산에 관한 책임은 가볍게 하는 것이 바람직하다는 입장을 가지고 있었음을 알 수 있다. 이 의견에 의하면, 당시 "既成民法"으로 지칭되던 구민법의 규정처럼 한정승인자는 상속재산을 "견고하게 지키면서" 우선권 있는 채권을 가려내어 적절하게 변제하고, 또 상속재산에 관하여 별다른 이의가 없으면 적시에 찾아오는 채권자에게 지급하는 방식으로 피상속인이 생존해 있을 때와 다름없는 방식으로 임무를 수행하는 것이며, 개정민법안, 즉 명치민법 원안처럼 상속채권자와 소유자에 대하여 한정승인을 한 사실 및 일정한 기간 내에 그 청구의 신고를 해야 한다는 취지를 공고[87]하는 것과 같은 별도의 부담은 주지 않아야 한다는 것이다. 더욱이 상속인으로 하여금 파산절차처럼 번잡한 단계까지 나아가게 하는 것은 가급적 지양해야 하며, 채권의 正・不實 여부에 관한 조사나 채권의 지급방식과 같은 것은 전적으로 채권자들 상호간에 맡기는 것이 적절하다고도 하였다.

실제로 한정승인자의 지위와 역할에 관한 기본입장의 측면에서 구민법의 청산절차는 명치민법의 규정과는 큰 차이를 보인다. 우선 財産取得編 제329조[88]는 限定受諾者가 상속재산을 매각할 필요가 있는 때에는 법원의 허가를

84) 法典調査會, 『民法議事速記錄』 七, 『日本近代立法資料叢書』 7, 440면의 土方寧의 발언.
85) 法典調査會, 『民法議事速記錄』 七, 『日本近代立法資料叢書』 7, 438~439면의 磯部四郎의 발언.
86) 일본 구민법 財産取得編 제317조 "相続人ハ相続ニ付キ単純若クハ限定ノ受諾ヲ為シ又ハ抛棄ヲ為スコトヲ得但法定家督相続人ハ抛棄ヲ為スコトヲ得ス又隠居家督相続人ハ限定ノ受諾ヲ為スコトヲ得ス"
87) 우리 민법 제1032조와 동일한 취지의 현행 일본민법 제927조 제1항("限定承認者は、限定承認をした後五日以内に、すべての相続債権者 (相続財産に属する債務の債権者をいう。以下同じ。) 及び受遺者に対し、限定承認をしたこと及び一定の期間内にその請求の申出をすべき旨を公告しなければならない。この場合において、その期間は、二箇月を下ることができない")와 명치민법 1029조.
88) 일본 구민법 財産取得編 제329조 "限定受諾者ハ動産ト不動産トヲ問ハス總テ相續財産ノ賣却ヲ要スルトキハ區裁判所ノ許可ヲ得テ之ヲ競賣ニ付ス可シ"

얻어 경매할 수 있다고 하고, 제330조[89]는 그 적법하게 매각한 각각의 재산으로부터 생긴 대가는 서로 혼동하지 않게 하여, 그 각 재산에 대하여 우선권 있는 채권자에게 순차 변제한다고 규정하였다. 또 상속채무 또는 유증의 변상을 위한 압류가 있거나 그 변상에 대한 이의가 있는 때에는 재판에서 정한 방법 등에 따라 변제를 할 수 있지만(제331조[90]), 그렇지 않은 경우에는 제332조[91]에 의하여 채권자 및 수유자의 청구에 따라 한정수락자가 재산이 소진할 때까지 임의로 변제를 하면 책임을 완전히 면하게 되며, 그 후에는 채권자나 수유자들 상호간의 구상권이 문제될 뿐이다.

명치민법 제정과정에서의 위와 같은 논쟁과 관련하여 원안의 起草委員들은, 서구의 몇몇 입법례처럼 파산절차에 의하는 번거로움을 감수하지 않고도 동일한 효과를 내어 공평의 목적도 달성해낼 수 있는 제도가 민법상 마련되어 있는 것이 적절할 것이고,[92] 상속인이 피상속인의 재산을 일목요연하게 파악하고 있지 않은 이상 어떤 채권과 채무가 나올지 모르며 또 행여 적극재산이 소극재산보다 더 많을지도 모르는 상황에서 "경솔하게" 파산을 신청하는 것보다는 "신중하게" 한정승인을 하는 편이 훨씬 이용도가 높을 것[93]이

89) 일본 구민법 財産取得編 제330조 "限定受諾者ハ適法ニ賣却シタル財産ノ各箇ニ付テ得タル代價ヲ混同セス其各箇ニ付テ優先權ヲ有スル債權者ニ順次ニ辨濟ス可シ"

90) 일본 구민법 財産取得編 제331조 "相續ノ負擔スル債務又ハ遺贈ノ辨償ヲ差押ヘ又ハ其辨償ニ付キ異議ヲ述フル債權者又ハ受遺者アルトキハ限定受諾者ハ裁判ヲ以テ定メタル順次及ヒ方法ニ從フニ非サレハ其辨濟ヲ爲スコトヲ得ス"

91) 일본 구민법 財産取得編 제332조 "前條ノ差押又ハ異議アラサルトキハ債權者又ハ受遺者ノ要求ニ從ヒテ辨濟ヲ爲ス辨濟ノ爲メニ相續財産ヲ拂盡シタル後ト雖モ第三百二十八條ニ規定シタル計算ヲ完了セサル前ニ要求ヲ爲ス債權者又ハ受遺者ハ左ノ區別ニ從ヒ既ニ辨濟ヲ得タル債權者及ヒ受遺者ニ對シテ求償權ヲ行フコトヲ得 第一 債權者ハ先ツ受遺者ニ對シ次ニ債權者ニ對スルコト 第二 受遺者ハ單ニ受遺者ニ對スルコト"

92) 法典調査會,『民法議事速記錄』七,『日本近代立法資料叢書』7, 442~443면의 富井政章의 발언. 여기에서는 독일민법이 의식되었던 것이 아닌가 추측된다. 독일법은 파산법(Insolvenzordnung)에서 규율하는 상속재산파산절차(Nachlaßinsolvenzverfahren) 외에도 민법상 상속재산관리(Nachlaßverwaltung)를 두고 있다. 그런데 독일민법 제1981조 이하에 규정된 이 절차가 개시되면, 상속인은 상속재산에 대한 관리 및 처분권을 상실하고(제1984조 제1항 "Mit der Anordnung der Nachlassverwaltung verliert der Erbe die Befugnis, den Nachlass zu verwalten und über ihn zu verfügen"), 상속재산관리인이 그 권한을 가지게 된다(제1985조 제1항 "Der Nachlassverwalter hat den Nachlass zu verwalten und die Nachlassverbindlichkeiten aus dem Nachlass zu berichtigen"). 그리고 이것은 상속인 스스로 파산관재인과 같은 청산주체가 되는 일본의 제도와는 큰 차이가 있다.

93) 法典調査會,『民法議事速記錄』七,『日本近代立法資料叢書』7, 444면의 梅謙次郎의 발언. "파산"이라는 극단적인 상황을 가능한 한 회피하고자 하는 일본 특유의 감각이 작용한 것이 아닌가 생각

라고 하기도 하였다. 더욱이 채무를 승계한 상속인이라면 성실히 채무를 이행하여야 함에도 불구하고 법률에 의하여 의무 중 일부만 이행할 수도 있도록 보호를 받게 되었다면 응당 그만큼의 책임도 뒤따라야 한다는 의견[94]을 피력하기도 하였다. 채무의 완전한 이행을 전제로 하는 일본의 전통적 관습에 비추어볼 때 이와 같은 새로운 제도가 이질감을 갖게 하는 것은 사실이지만, 일단 이 제도를 받아들이기로 한 이상은 債權者의 利益을 보호한다는 관념을 도외시해서는 안 된다는 것으로 귀결되었고, 결국 상속인의 공고절차로 개시되는 이와 같은 청산방식은 거의 원안대로 현행 일본민법에 규정되었으며, 우리 민법의 규정에까지 이어지고 있다.

Ⅲ. 상속채권자와 상속인의 고유채권자의 경합

1. 대법원판결

한정승인이 있으면 상속재산과 상속인의 고유재산의 분리가 이루어지고, 상속채무에 대한 책임은 상속재산으로 한정된다. 그런데 이 상속재산에 관해서는 피상속인의 채권자, 즉 상속채권자뿐만 아니라 상속인의 채권자 및 제삼자의 이해관계와도 관련이 있는데, 상속재산은 상속인에게 포괄승계된 재산으로 이해될 수도 있기 때문이다. 이 한정승인한 자의 상속재산의 성격에 관하여 최근에 나온 두 개의 대법원판결이 눈에 띈다.

대법원 2016. 5. 24. 선고 2015다250574 판결[이하, “제2판결”]은 한정승인한 상속인의 고유의 채권자와 상속채권자의 경합에서 후자의 우위를 인정한 판결이다. 이에 따르면 상속인의 채권자는 상속채권자가 상속재산으로부터 채권만족을 얻은 후 나머지에 관하여서만 강제집행을 할 수 있을 뿐이라

되며, 그렇다고 하여 현재 일본에서 한정승인이 상속파산보다 더 널리 활용되고 있다고 볼 근거는 확인되지 않는다.

94) 法典調査會, 『民法議事速記錄』 七, 『日本近代立法資料叢書』 7, 443면의 梅謙次郎의 발언.

는 것이다. 그런데 이 판결에서는 그보다 앞서 나온 대법원 2010. 3. 18. 선고 2007다77781 전원합의체 판결[이하, “제1판결”]을 언급하고 있다. 이 제1판결은 상속인이 한정승인한 후에 상속재산에 관하여 자기 채권자 명의의 저당권을 설정한 경우에 관한 것이다. 여기에서는 대법원은, 상속채권자와 상속재산 위에 담보권을 취득한 채권자의 우열관계에 관하여 민법이 규정을 두고 있지 않으므로 양자관계는 민법의 일반원칙에 따라 해결될 수 있을 뿐이라고 하였다. 결국 물권자인 상속인의 채권자가 상속채권자에 비하여 우위에 있다는 결론에 이르게 되었다.

한정승인을 하더라도 상속재산에 대한 상속인의 처분권은 제한되지 않는다. 제1판결의 사안에서도 상속인이 한정승인을 한 후에 저당권을 설정해주었다. 그런데 이와 달리 제2판결에서는 동등한 지위의 대립하는 일반채권자만이 있을 뿐이며, 일반적으로 우선하는 지위의 물권자는 존재하지 않는다. 이처럼 구체적인 사안에서 얼마간의 차이를 보이는 두 사건은 일견 서로 모순되지 않는 것처럼 보이기도 하고, 나름대로 조화롭게 해석될 여지가 있는 것으로 보이기도 한다. 그렇지만 상속채권자 우위의 입장을 가지고 있던 제1판결의 반대의견의 주장을 다수의견, 특히 보충의견이 비판하며 피력하고자 했던 주장의 논거를 살펴보면, 이 두 판결이 전혀 갈등관계에 있지 않다고 단정 짓기도 어렵다는 사실을 알 수 있다.

제1판결의 다수의견과 반대의견은 무엇보다도 한정승인 후의 상속재산이 가지는 성격에 대한 인식에서 분명한 차이를 보인다. 반대의견은 “한정승인자의 상속재산은 상속채권자의 채권에 대한 책임재산”이어서 상속채권자에게 우선적으로 변제되어야 한다고 주장한다. 상속채권자가 상속인의 고유재산에 대하여 강제집행할 수 없다면, “형평”상 상속인의 고유채권자도 상속재산에 대하여 우선할 수 없다고 한다. 이것이 비하여 다수의견은, 제1045조 이하의 재산분리제도와 같은 효과를 인정할 수 없는 현행 민법상의 한정승인제도로는 상속채권자의 우선적 지위를 인정하기 어렵다는 입장이다. 특히 다수의견의 보충의견은 상속재산은 상속인의 책임재산이며, 상속인의 저당권 설정은 정당한 처분행위라고 강조하며, 반대의견의 입장처럼 명문규정에도

없는 상속재산에 관한 우선적 특권 내지 대세권적 권리를 형평이라는 불명확한 관념에 근거하여 인정할 수 없다고 하였다. 이 보충의견에 의하면 현행법상으로는 재산분리제도나 파산제도를 통해서만 상속재산과 상속인의 고유재산이 분리될 수 있을 뿐이며, 현행의 한정승인제도를 통해서는 그와 같은 효과가 실현될 수 없다. 그런데 제2판결에서는 한정승인만으로도 상속재산은 일단 상속채권자를 위한 책임재산이 된다고 하여 사실상의 재산분리의 효과를 인정한 것이다.

2. 한정승인제도의 취지

한정승인 후의 상속재산의 성격에 관하여 제1판결의 반대의견이 제2판결과 기본적인 인식을 같이 하는 것으로 이해될 수도 있는 상황에서, 기본적으로는 두 판결의 조화로운 해석을 도출해내는 일이 필요하다. 예를 들어 제2판결이 인정한 한정승인으로 인하여 발생한 財産分離의 효과가 제1판결의 사안에서 나타나는 것처럼 왜 담보물권의 설정으로 인하여 消滅하게 되는지[95]에 관한 설명이 이루어져야 한다. 그리고 그것과 더불어 두 판결이 일정한 부분에서 갈등관계에 있게 된 근본적인 원인을 규명해내는 일도 또한 필요할 것이다.

위와 같은 대립관계에 대하여 종래의 학설은 대체로 제2판결과 유사한 형태의 결론에 이르는 것으로 형성되어왔다. 상속인의 담보물권자가 있는 경우와 달리 상속채권자와 한정승인자의 채권자가 모두 일반채권자이면 상속채권자가 우선한다는 견해[96]나 한정승인에 따라 재산분리의 효과가 발생하여 상속채권자는 상속인의 채권자보다 우선하여 상속재산으로부터 변제를 받을 수 있는 권리가 생긴다는 견해[97]가 있다. 또 한정승인에 의한 재산분리는

95) 제1판결의 반대의견도 이와 유사한 논지를 언급하였다. “한정승인자의 고유채무를 위한 담보물권 등의 설정등기에 의하여 앞에서 본 바와 같은 의미에서의 상속채권자의 우선적 권리가 상실된다고는 보는 다수의견”

96) 윤진수, 앞의 책(각주 11), 444면.

97) 김주수・김상용, 앞의 책(각주 5), 756면.

상속채권자를 위한 효과가 있어 상속재산이 상속인의 채권자에 대해서는 책임재산이 되지 않는다는 견해[98]도 있는데, 이때 상속채권자는 상속재산에 관하여 상속인의 채권자가 집행하는 것에 대해 제삼자이의의 소(민사집행법 제48조)에 의하여 배제할 수 있다고 한다. 이들 학설처럼 한정승인자의 상속재산에 관하여 상속채권자의 우선적 지위를 인정하는 것이 한정승인 제도의 취지에 부합[99]한다는 견해는, 대체로 상속채권자에게 衡平상의 우선특권이 인정된다는 입장이고, 그 상속재산은 상속채권자의 채권에 대한 책임재산으로 존재한다는 입장이다.

그렇지만 제1판결의 다수의견, 특히 보충의견에서 지적되었듯이, 한정승인자의 상속재산에 관한 상속채권자의 우선특권이 인정되려면 원칙적으로 법률에 규정이 있어야 한다. 그리고 그것은 사회적 약자의 보호, 공평의 원칙, 사회정책적 배려, 당사자 의사의 추정 등[100]과 같은 사유로 뒷받침되어야 한다. 제2판결이 공평 내지 형평이라는 관념을 강조하며, 양 재산 사이의 교차 강제집행을 허용하려 하지 않지만, 그 타당성 여하는 별론으로 하더라도 법률에 근거규정이 없다는 점은 문제로 지적되지 않을 수 없다.

제1판결을 자세히 살펴보면, 대립하는 두 견해가 각각 나름대로의 한정승인의 제도적 취지를 언급하고 있음을 알 수 있다. 다수의견은 한정승인제도의 기본적 취지는 상속인을 보호하기 위한 것이지 상속채권자를 보호하기 위한 것이 아니라고 한 반면에, 반대의견은 상속인의 고유채권자가 상속재산에 관하여 상속채권자에 우선하여 강제집행할 수 없다고 하는 것이 한정승인제도의 취지에 부합한다고 하였다. 제2판결에서도 형평과 한정승인제도의 취지가 언급되고 있다. 결국 이 제도에서는 상속인과 상속채권자 중 어느 편이 더 보호되어야 하는지 여부가 문제해결의 출발점이 되는 셈이다.[101]

---

98) 김형석, 앞의 글(각주 6), 527면.

99) 송재일, 「한정승인과 담보권－대법원 2010. 3. 18. 선고 2007다77781 전원합의체 판결을 계기로－」, 『서울法學』 제19권 제3호(서울시립대학교 법학연구소, 2012), 191면.

100) 남효순, 「프랑스민법상의 우선특권－개정 담보법(2006)의 내용을 중심으로－」, 『民事法學』 제49~2호(한국민사법학회, 2010), 189면. 같은 글, 190면에서는 민법을 제정할 당시에 구민법상 존재하던 물권편의 각종 선취특권을 다수 폐지한 이유로 "예상하지 못한 곳에서 선취특권자가 나타나서 다른 담보권자에게 불측의 손해를 끼치는 것은 근대법의 이상에 맞지 않"기 때문이라고 한다.

민법은 한정승인을 한 경우 피상속인에 대한 상속인의 재산상의 권리의무가 소멸하지 않는다고 하여(제1032조) 혼동의 제한에 관한 규정을 두고 있다. 일본민법 제925조, 프랑스민법 791조,[102] 독일민법 제1976조 및 제1977조 등 한정승인에 관한 외국의 입법례에서도 동일한 취지의 규정들이 확인되고 있어 이 제도의 특징적 요소로 파악될 수도 있는 이 규정을 통하여 한정승인 공통의 제도적 취지를 확인해볼 수도 있을 것이다. 한정승인을 통하여 상속인의 피상속인에 대한 채권도 소멸하지 않으며, 피상속인의 상속인에 대한 채권도 소멸하지 않는 이상, 이것은 상속채권자에게 더 유리할 것도 없고, 상속인을 더 유리한 상황에 두려고도 하지 않는다. 다시 말해, 한정승인은 상속채무에 대한 책임을 제한함으로써 상속인을 보호하기 위한 제도인 것은 분명하지만, "상속채권자를 희생하여 상속인을 보호하는 제도도 아니"[103]라는 관점으로 이해되어야 할 것이다.

일본 한정승인의 도입과정을 검토한 결과, 일본민법의 입법자들은 상속인에 대하여 상속채무의 책임 한정이라는 혜택을 누리는 것과 더불어 상속채권자에 대한 성실한 의무수행을 기대했던 것으로 보인다. 환언하면 한정승인의 의사표시 후 그의 상속재산은 일정한 기간 동안 상속채무를 이행하기 위한 준비상황에 있게 되며, 잠정적으로나마 상속채권에 대한 의무이행의 책임재산으로 존재하여야 한다는 인식을 하고 있었던 것으로 보인다. 그런 관점에서라면 제2판결이 결론에 있어 타당하다고도 하겠지만, 역시 미비한 제도의 보완은 당면한 과제로 남게 된다.

---

101) 홍춘의・이상래, 「상속재산의 강제집행절차에 있어서 상속채권자와 한정승인을 한 상속인의 조세채권자 사이의 우열관계－대법원 2016. 5. 24. 선고 2015다250574 판결을 중심으로－」, 『東北亞法硏究』 第10卷 第3號(전북대학교 동북아법연구소, 2017), 954면은, 한정승인이 상속채권자나 수유자에 대한 청산을 목적으로 하는 제도라고 하며, 상속인의 이익이 침해되지 않는 한도에서 채권자의 이익을 공평하고 또한 가능한 한 확실하게 보장하는 것을 주된 목적으로 하여야 한다고 한다. 제2판결처럼 상속채권자 보호에 방점을 둔 것으로 보인다.

102) 개정전 프랑스민법 제802조 제2호조 참조. "De ne pas confondre ses biens personnels avec ceux de la succession, et de conserver contre elle le droit de réclamer le paiement de ses créances."

103) 郭潤直, 앞의 책 (각주 5), 184면. 참고로, 제1판결의 반대의견은 다수의견에 관하여 "상속채권자의 희생 아래 한정승인자로부터 상속재산에 관한 담보물권 등을 취득한 고유채권자를 일방적으로 보호하려는 것"이라며 비판한 바 있다.

Ⅳ. 제도정비의 문제

법개정 등 제도정비를 실현하기 위해서는 선결적으로 다음과 같은 사항이 고려되어야 한다.

1. 우선 상속인의 상속채무의 승계를 어떻게 처리할 것인지에 관한 기본적인 결정이 이루어져야 한다. 근대적 상속제도 하에서는 限定承認을 바람직한 상속형태로 인정하는 견해[104]가 있는데, 이것은 결국 상속된 적극재산의 한도 이상으로 상속채무를 부담해서는 안 된다는 것이다. 앞서 살펴본 바와 같이 한정승인이라는 제도는 동아시아 전통사회의 상속관념과는 아무런 연결고리가 없는 제도였으나, 결국 필요에 따른 입법적 결단의 결과로 도입될 수 있었다. 그것에 부수하는 구체적인 상속채무 청산처리의 방법은 제도의 존부와는 별개의 문제로서 다양한 형태로 강구해볼 수 있겠으나, 그것에 관계없이 「상속재산의 한도에서 상속채무에 관하여 책임을 부담한다」는 관념 자체의 수용을 거부할 특별한 이유는 없는 것으로 여겨진다. 다만 이 경우에 문제가 되는 것은 결국 상속법의 다른 규정들과의 논리적 정합성 및 이론적 균형을 이루는 대규모의 법개정이 문제가 될 것이다.

또 단순승인 형태를 상속의 기본형으로 하고서 한정승인을 그 효과의 일정한 제한 정도로 이해하는 지금의 방식을 유지하고자 한다면, 이 경우에는 제도의 취지를 제대로 실현할 수 있는 구체적이고 실효성 있는 조치를 입법적으로 실행하지 않고는 올바른 운영이 곤란하다. 앞서 살펴본 제1판결과 제2판결에서처럼 상속인과 상속채권자 사이의 이익이 충돌하는 문제는 형태를 달리 하여 지속적으로 발생할 것이기 때문이다. 가령 일본 한정승인 제도의 입법과정에서 한정승인이 소유인지 아니면 관리인지의 문제가 치열하게 논의된 적이 있었음에도 불구하고, 이후에 다시 상속에 관한 일본 고유의 관념

104) 郭潤直, 앞의 책(각주 5) 185면. 이화숙, 「相續의 承認과 抛棄에 대한 立法論的 硏究」, 『民事法學』 제30호(한국민사법학회, 2005), 496면에서는 제1019조의 고려기간이 경과되는 한정승인으로 보아야 한다는 입법론을 제시한다.

으로 회귀하여, 한정승인이 상속채권자가 상속인의 고유재산에 집행하는 것만을 저지하는 제도이며, 상속인의 채권자가 상속재산에 집행하는 것을 저지하는 제도는 아니라고 한 예[105]에서도 확인된다. 충분히 예상되는 관념의 혼선은 반드시 명시적인 입법을 통하여 방지되어야 한다. 한정승인이 상속의 한 형태임을 전제로 하면서도 제2판결과 같은 상속채권자 우위의 결론에 이르고자 한다면, 그것에 필요한 재산분리 및 공시에 관한 규정으로 보충되어야 할 것이다.

2. 또한 현행법에서 한정승인 제도로 실현하고자 하는 고유한 기능이 확정되어야 한다. 만일 한정승인을 상속인에 의한 상속채권자를 위한 管理의 상태로 이해한다면, 이것이 어느 쪽의 이익이 우선적으로 보호되는 관리인지에 관한 입장을 분명히 할 필요하다. 현재 우리 한정승인 제도는 明治時代 일본의 사회적・경제적 상황에 요구되던 형태가 그 기본골격을 이루고 있음을 알 수 있다. 한정승인이라는 새로운 제도를 도입하는 이상 그 제도 본연의 취지를 고려하여 相續債權者를 위한 제도로 운용되어야 하며, 그것을 위한 일정한 상속인의 義務가 발생할 수 있다는 것이 일본민법의 입법자들의 생각이었다면, 현재 우리 사회에서는 과연 상속인과 상속채권자 중 어느 쪽의 보호가 더 중시되어야 하는 것인지에 대해서 진지하게 검토해볼 필요가 있다. 현행 규정처럼 마치 파산관재인과도 같은 지위에서 스스로 청산절차를 주도해가는 정도의 엄격한 부담을 상속인에게 부담시킬 것인지, 아니면 일본 구민법의 예처럼 단순히 상속재산을 보관하면서 상속채권자의 주도로 이루어지는 구체적인 집행을 수인하는 것에 그치게 할 것인지 등, 가능한 한 한정승인이라는 제도의 활용도를 높일 수 있는 방안이 선택되어야 할 것이다. 나아가 일단 한정승인을 관리로 이해하는 전제에 선다면, 한정승인 후의 저당권설정과 같은 상속재산에 대한 처분행위에 대하여 그 효력을 부정 내지 제한하는 실효적 방법도 함께 검토되어야 할 것이다.

---

105) 我妻栄・立石芳枝,『親族法・相続法』(日本評論新社, 1952), 491면. 그러나 여기에서도 이와 같은 상황이 불공평할 수 있으므로, 상속재산과 상속인의 고유재산을 법률적으로 별개의 재산을 구성하는 것으로 하여, 상속인의 채권자는 한정승인절차의 종료시까지 상속재산에 대하여 집행할 수 없도록 해석하는 방안, 즉 프랑스식 방안을 제시한다.

3. 한정승인이라는 제도를 구성하는 데에 있어 다음과 같은 점도 생각해볼 수 있다. 피상속인의 채무초과와 관련하여 사실상 파산절차와 그 내용과 형식이 유사한 제도를 민법에 추가적으로 둔 것은, 당시 일본에서 피상속인에 관한 것일지언정 정식의 파산절차를 수행하는 비용과 노력을 기울이지 않고 간이하게 상속채권을 청산하고자 하고자 하는 희망과 수요가 있었기 때문이다. 그렇다면 지금 우리에게 있어서 그와 같은 효용가치상의 확신이 들지 않는다면 이런 형태의 제도를 유지해갈 것인지 여부에도 회의적일 수밖에 없을 것이다. 서양의 법제도를 수용해가면서도 사법인프라의 부족이라는 당시 일본사회의 현실에 적응해야만 했고, 거기에 일본 특유의 사법소극적 태도가 결합됨으로써 창출된 특정의 제도가 현재의 우리 사회에도 여전히 효용성을 가지고 활용될 수 있는지 한 번 되돌아볼 때이다.

▌참고문헌

郭潤直,『相續法』改訂版, 박영사, 2004.
김주수・김상용,『친족・상속법』 제13판, 法文社, 2016.
박병호,『韓國法制史』, 민속원, 2012.
송덕수,『친족상속법』 제3판, 박영사, 2017.
申榮鎬,『朝鮮前期相續法制－朝鮮王朝實錄의 記事를 중심으로－』, 세창출판사, 2002.
윤진수,『친족상속법 강의』, 박영사, 2016.
이철우,『서양의 세습가산제』, 서울대학교 법학연구 총서, 景仁文化史, 2010.
鄭光鉉,『韓國家族法硏究 附錄編 親族相續法立法資料』, 서울大學校學術叢書 第八, 서울대학교 출판부, 1967.
『民法案審議錄』 下卷 親族編 相續編, 民議院 法制司法委員會 民法案審議小委員會, 1957.

磯部四郎,『民法[明治23年]釋義』, 財産取得編(下)(相續法之部), 日本立法資料全集 別卷 87, 信山社
潮見佳男,『相續法』 第5版, 弘文堂, 2014.
滋賀秀三,『中国家族法の原理』, 創文社, 1967.
니이다 노보루(仁井田陞)/박세민・임대희 역,『중국법제사연구(가족법)』, 서경문화사, 2013.
我妻栄・立石芳枝,『親族法・相続法』, 日本評論新社, 1952.
法典調査會『民法議事速記錄』 七,『日本近代立法資料叢書』 7, 商事法務硏究會, 1984.

김미경,「한정승인에 있어 한정승인자의 상속재산 처분과 상속채권자 보호－대법원 2010. 3. 18. 선고 2007다77781 전원합의체 판결－」,『法學硏究』제27권, 제1호, 충북대학교 법학연구소, 2016. 6.

김형석,「한정승인의 효과로서 발생하는 재산분리의 의미」,『家族法硏究』第22卷 3號, 한국가족법학회, 2008.

_____,「우리 상속법의 비교법적 위치」,『家族法硏究』第23卷 3號, 한국가족법학회, 2009.

남효순,「프랑스민법상의 우선특권－개정 담보법(2006)의 내용을 중심으로－」,『民事法學』제49~2호, 한국민사법학회, 2010. 6.

송재일,「한정승인과 담보권－대법원 2010. 3. 18. 선고 2007다77781 전원합의체 판결을 계기로－」,『서울法學』제19권 제3호, 서울시립대학교 법학연구소, 2012. 2.

이화숙,「相續의 承認과 抛棄에 대한 立法論的 硏究」,『民事法學』제30호, 한국민사법학회, 2005. 12.

鄭肯植,「朝鮮時代의 家系繼承法制」,『서울대학교 法學』제51권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2010. 6.

崔星京,「상속법상의 법률행위와 채권자취소권－상속의 승인・포기와 포괄적 유증의 승인・포기를 중심으로－」,『法曹』제56권 제9호(통권 제612호), 법조협회, 2007.

최홍기,「친족제도의 유교화 과정」,『조선 전기 가부장제와 여성』, 최홍기 등 8인 공저, 대우학술총서 566, 아카넷, 2004.

홍춘의・이상래,「상속재산의 강제집행절차에 있어서 상속채권자와 한정승인을 한 상속인의 조세채권자 사이의 우열관계－대법원 2016. 5. 24. 선고 2015다250574 판결을 중심으로－」,『東北亞法硏究』第10卷 第3號, 전북대학교 동북아법연구소, 2017. 1.

利谷信義,「明治民法における「家」と相続」,『社會科學硏究』第23巻 第1号, 東京大学社会科学研究所, 1971.

西 希代子,「遺留分制度の再検討(7)」,『法学協会雑誌』第124巻 第8号, 法学協会, 2007.

_____,「遺留分制度の再検討(8)」,『法学協会雑誌』第124巻 第9号, 法学協会, 2007.

_____,「遺留分制度の再検討(9)」,『法学協会雑誌』第124巻 第10号, 法学協会, 2007.

水野紀子,「日本相続法の形成と課題」, 水野紀子 編著,『相続法の立法的課題』, 有斐閣, 2016.

〈Abstract〉

A Study on the Introduction and the Improvement direction of Heir's Limited Liability System

Park, SeaMin*

The inheritance system in East Asian traditional societies was premised on the succession of debt, and there was no form of system to cover the inheritance debt at the limit of the inherited property. In the process of the modernization of Japan, various Western legal systems were adopted, and a new system called the "Heir's Limited Liability" system was also adopted in civil law. The Heir's Limited Liability of Japanese former Civil Code, so-called "Boissonade Civil Code", strongly influenced by France, underwent some structure changes at the stage of Meiji Civil Code, referring to other European legal practices. The Korean system is similar to the structure of the Japanese one.

Legislators in the Japanese civil law regulate that when an inheritance is initiated, the heir must take the same care regarding the inheritance as he or she would about his or her own property, and after the approval of limited liability, the same standard obligation of care shall still exist. By the way, on the liquidation procedure for the inherited debts, which is part of the administration of the inherited property, the former Civil Code and the Meiji

* Associate Professor, Kyungpook National University Law School

Civil Code are taking different positions. In the case of the former, the heir is required to take a low-impact method to repay the inheritance debt, while in the case of the latter, the heir should take the administration obligation, which required to liquidate in a more stringent manner, similar to bankruptcy process. The Korean system was influenced by the latter.

The purpose of the Heir's Limited Liability system is recently often referred to in the Korean Supreme Court, and discussions are being made on which side of the heirs or the creditors of inheritee should be protected preferentially. Upon examination of the legislation history and the present form of regulation, it is concluded that although the scheme of this system is intended to protect the heirs, it should not be operated in the direction of protecting the heirs at the expense of the creditors of inheritee. In addition, under the present deficiency of regulations, various problems could arise, so it is necessary to review the basic detalis of the system itself and improve the legislation.

[Key Words] Heir's Limited Liability, succession, family fortune, joint inheritance, Meiji Civil Code, Civil Code of Boissonade

접수일 : 2018. 3. 15. ‖ 심사개시일 : 2018. 3. 23. ‖ 게재확정일 : 2018. 4. 10