

終意處分으로서 순차적 재산이전에 대한 서양법의 대응과 우리*

- 이른바 연속유증의 재고를 위하여 -

나 분명 기억하고 있으나, 신의 도우심으로,
1456년, 떠나갈 때,
나 약간의 유증물들을 남겼으나,
어떤 자들은, 나의 동의 없이
이를 유언이라 부르고자 했다.
그것은 그들의 의향, 내 뜻이 아니다.
그러나 어찌하랴! 모두들 입을 모아 말하기를
자기 것이라 해도 그 주인이 제 뜻대로 할 수 없다 하니.
-프랑스어 비용, “유언의 노래”, LXXV, 753, 760-**

김가을***

목 차

- I. 머리말
- II. 이 글의 목적과 내용
- III. 비교법적 검토
 - 1. 개관
 - 2. 로마법
 - 3. 독일 민법
 - 4. 프랑스 민법
 - 5. 그 외 유럽 민법
- IV. 맺음말-우리나라의 상속관습을 살펴며

* 이 논문은 2017년 10월 14일 제122회 한국법사학회 정례학술대회에서 발표한 것을 수정한 것입니다. 부족하지만 이 글에 최병조 교수님의 정년을 기념하고 교수님께서 늘 강령하시길 바라는 마음을 담았습니다. 더불어 자세한 심사평을 주신 심사위원 선생님들께도 감사의 말씀을 드립니다.

** 김준현 옮김, 프랑스어 비용, 『유언의 노래』, 세계시인선 4, 민음사, 2016, 49면.

*** 법학박사

[국문 요약]

이 논문의 주제는 선행 논문에서 제시된 소설의 한 대목으로부터 착안되었다. 과연 우리 민법도 소설에서 소개된 바와 같이 피상속인이 자신의 재산을 일정 제한된 시간적 간격 또는 조건을 두고 여러 사람에게 처분을 할 수 있을까? 소설이 작가의 상상력에 바탕을 두고 허구적으로 이야기를 꾸며나간 문학양식이라고 할지라도, 그 전체가 ‘거짓’이라고 할 수 없다. 즉 ‘외부의 어떤 현실의 사진’을 다르게 해석하고자 한 작가의 욕망이 개입됨으로써 그 이야기의 결말이 ‘거짓’으로 판명될지라도 소설의 원자(原子)는 ‘사실’이라고 필자는 생각한다. 그래서 이 글에서 실마리를 찾아보고자 하였다. 먼저 그 강구책으로 동일한 사안에 대한 외국 민법의 규정과 법리를 소개하였다. 이는 장래에 이어질 법리에 대한 적법성 또는 우리 민법과의 정합성 측면의 검토이다. 마지막으로 ‘사실’의 차원에서 우리나라 사인관계에도 피상속인의 의사 또는 제도가 있었을 확인해보고자 하였다. 이는 강구된 법리의 정당성 측면의 검토이다. 이 글에서 우리 민법에서 강구될 수 있는 법리에 대한 실마리를 찾는데 그쳤으나, 과거 사인들의 상속관계에 있어서 외국과 다르지 않은 법적 기교와 하나의 사실로서 존재하였음을 밝히는데 의의를 두고자 한다.

[주제어] 신탁유증, 연속유증, 후위상속, 순차적 무상양여, 이조상속법

I. 머리말

이 논문에서 다루고자 하는 주제인 ‘연속유증’에 대하여 이미 발표된 논문¹⁾의 처음에 다음과 같은 소설의 한 대목이 소개되었다. **“내 재산 일체는 아내인 김재순에게 물린다. 아내가 사망할 시에는 손녀 송주실이 재산 일체를 상속할 것이다. 단, 부동산을 매각할 시에는 박용학, 김재순, 송주실 삼인의 합의에 이루어진다. 이 모든 일은 변호사 정구인씨에게 위임한다.”**²⁾ 비록 소설의 한 대목이지만 필자가 이 글을 쓰게 된 동기이다. 왜냐하면 소설을 작가의 상상력에 바탕을 두고 허구적으로 이야기를 꾸며나간 문학양식이라 정의할지라도, 그 전체가 ‘거짓’이라고 할 수 없다. 즉 ‘외부의 어떤 현실의 사진’을 다르게 해석하고자 한 작가의 욕망³⁾이 개입됨으로써 그 이야기의

1) 권재문, 「부동산의 후계유증에 대한 제평가-권리소멸약정의 동기·가등기의 활용 가능성-」, 『저스티스 통권』 제146-1호(한국법학원, 2015), 335면 이하.

2) 박경리, 『노을 진 들녘』(마로니에북스, 2013), 345~346면.

3) 이 『노을 진 들녘』은 송화리 과수원의 주인 송노인과 손녀 송주실을 중심으로 전개되는 소설이다. 이 작품은 “부조리한 운명에 대한 비극적 서사(이상진, 『운명의 패러독스, 박경리 소설의 인간상』,

결말이 현실과 다른 ‘거짓’으로 판명될지라도 또는 그 주관적 욕망이 작위적인 구성으로 통하여 허구적 이야기를 지어냈을지라도, 소설의 원자(原子)는 ‘사실’이라고 생각하기 때문이다.⁴⁾

II. 이 글의 목적과 내용

앞서 말한 소설의 한 대목처럼 그리고 이미 발표된 논문⁵⁾이 설정한 바와 같이, 이 논문의 주된 사안 역시 다음과 같다.

甲이 소유한 X 주택을 자신의 사망 후에 재혼 배우자 A가 갖고 있다가, A가 사망한 후에는 전처와의 사이에서 태어난 자녀 B에게 X 주택을 넘겨주기를 원한다고 유언하였다. 이때 B는 X 주택에 대한 소유권을 가질 수 있을까?

사망을 원인으로 한 재산의 포괄적 승계는 법률의 규정에 의한 상속과 의사표시에 의한 권리변동으로, 유언을 통한 방식이 존재한다. 이 논문의 문제 사안은 망자가 유언을 통하여 終意處分을 한 것이다. 이때 유언을 통하여 상속인 지정을 할 수 있다면, A는 상속인이, 만약 그러할 수 없다면 포괄적 유증으로써 A는 수유자가 될 것이다. 왜냐하면 A는 사망을 원인으로 재산법상의 지위를 직접적, 포괄적으로 승계하는 자이기 때문이다.

『현대소설연구』 제56호 한국현대소설학회, 2014, 373면 이하)”로 또는 “여성이 가부장제적 사회구조에 의하여 억압되는 상황의 묘사(이혜경, 『박경리 『노을』 길 들녘』에 나타난 여성성 연구-에코페미니즘의 관점을 중심으로 -, 『서강인문논총』 제44집, 서강대학교, 2015, 313면 이하)”로 또는 “1960년 4·19혁명 당시 분출된 영웅주의에 대한 비판의식과 정치적 연대와 더불어 인간 개개인에 대한 믿음과 기대(조윤아, 『1960년 전후 박경리의 글쓰기에 나타난 역사 의식』, 『인문과학연구』 제29권, 성신여자대학교, 2011, 59면 이하)”등 으로 평석되어지고 있다. 인간군상의 부조리함이든, 남성에 의한 여성의 억압이든, 정치적 맥락을 갖던 모두 그 전부터 혹은 그 당시의 존재하던 ‘사실’을 바탕으로 한 것이고, 그것을 이야기로 만든 것은 작가의 의도된 관점일 것이다.

4) 박경리의 대표적 소설 『토지』의 내용을 법적으로 검토한 논문은 윤철홍, 『박경리 『토지』에 나타난 토지소유권의 취득에 관한 소고』, 『토지법학』 제28-2호(한국토지법학회, 2012), 23면 이하.

5) 권재문, 앞의 글(각주 3), 337면.

우리나라 민법은 유언으로 정할 수 있는 사항은 법률에 규정되어 있는 것에 한정되기 때문에 유언으로써 상속인 지정을 할 수 없고, 한자 해도 법률적 효력이 인정되지 않는다. 따라서 법정 상속인 이외의 자에게 상속과 같이 재산법상 지위가 포괄적 승계되기 위해서는 유증을 통해야만 한다. 그런데 위 사안에서 만약 甲이 자신의 재산 X가 중국적으로 B에게 이전되길 원하는 의사로 표시한 것이라면, 그러므로 A는 일정한 사실이 발생될 때까지 X를 보유하고 그 사실이 발생되면 더 이상 X를 보유할 수 없게 됨으로써 B가 X를 소유하길 원하는 경우, 과연 B의 법적 지위는 무엇일까? 특히 우리 민법이 이를 유증으로서 포섭하고 甲의 의사실현을 조력해줄 수 있을까? 즉 B가 X 주택의 소유권을 취득할 수 있는가이다. 현재 이 문제 사안에 대하여 신탁법상 수익자연속신탁을 활용하자는 견해가 다수이다.⁶⁾ 또 그것이 아니라도 민법상 이른바 후계유증에 대해 부정적인 입장을 취하는 견해도 있다.⁷⁾ 이에 반해 후계유증은 유효하기 때문에 민법으로도 甲의 의사를 조력해 줄 수 없는 것은 아니라는 견해가 있다.⁸⁾

이하에서는 위 문제 사안에 대한 서양법의 대응을 살펴보고자 한다. 그 주요 대상은 독일 민법과 프랑스 민법이다. 독일 민법과 프랑스 민법이 위 문제 사안을 해결하기 위한 법제도를 갖고 있고 우리 민법은 없기 때문에 이 문제에 대하여 불가능하다고 결론을 내릴 수도 있을 것이다. 만약 두 나라와 달리 우리 민법이 갖고 있는 ‘흠결(Gesetzeslücke)’이 입법자가 의도한 것이라면 두고 볼 여지도 없이 불가능하다. 즉 확장 아니면 목적 아니면 유추해석이든, 이를 통하여 법보충(*supplendi causa*)을 하려면 흠결이 전체 법질서에 비추어 볼 때 계획과는 반대로 불완전한 경우여야만 한다.⁹⁾ 따라서 만약

6) 최수정, 『상속수단으로서의 신탁』, 『민사법학』 제34호(한국민사법학회, 2006, 588면 이하; 최현태, 『복지형신탁 도입을 통한 민사신탁의 활성화-수익자 연속신탁을 중심으로-』, 『재산법연구』 제27권 제1호(한국재산법학회, 2010), 14면 이하; 이근영, 『수익자연속신탁에 관한 고찰』, 『재산법연구』 제27권 제3호(한국재산법학회, 2011), 133면 이하.

7) 김형석, 『우리 상속법의 비교법적 위치』, 『가족법연구』 제23권 제2호(한국가족법학회, 2009), 110면 이하; 현소래, 『유언의 해석』, 서울대학교 법학박사학위논문, 2009, 255~256면.

8) 권재문, 앞의 글(각주 3), 350면 이하.

9) Larenz, "Methodenlehre der Rechtswissenschaft", 2. Aufl., C.H.Beck S. 373; Canaris, "Die Feststellung von Lücken im Gesetz", 2. Aufl., Duncker & Humblot, S. 39; 칼 엥기쉬 지음, 안법

입법자가 의도적으로 배제한 것이라면 이는 흠결이 아니다. 그런데 입법자가 명백하게 배제한 것이 아니라면 그건 흠결이다. 따라서 해석을 통하여 보완할 여지가 있을 것이다. 문제는 무엇을 근거로 입법자가 명백하게 배제한 것이 아니라는 결과로 판단을 내리는가이다. 필자는 그 근거를 사인들이 추구했던 사실 또는 사인들의 행위를 지배했었던 사실이라 생각한다. 즉 오래 전부터 특정 사실들이 존재해 왔음에도 불구하고 그에 준하는 규범이 성립되지 않은 것은 ‘흠결’을 추정할 수 있다고 판단한다. 그래서 위 소설에 주목했던 것이고, 그 사실들을 찾아보고자 했다. 다만 우리 법에 대한 인식의 심화(“로마법을 넘기 위하여”)를 위하여 먼저 독일과 프랑스 민법상 법규의 기술적 또는 기능을 먼저 소개하고자 한다.¹⁰⁾

Ⅲ. 비교법적 검토

1. 개관¹¹⁾

이 논문에서 비교법의 대상은 독일 민법과 프랑스 민법이다. 이 두 국가조차도 終意處分과 관련하여 서로 동일한 형식과 내용을 갖고 있지 않다. 그러나 이 두 국가는 위 문제 상황을 해결하기 위한 제도를 입법화하고 있다는 점에 우리나라와 다르다. 독일의 경우 유언을 통한 終意處分(Letzwillige Verfügung)을 우리 민법과 프랑스 민법보다 넓게 인정하는데, 그것이 바로 상속인 지정(Erbeinsetzung)이다. 그러나 상속과 동일한 효과를 발생시키는 포괄유증으로는 위 문제 상황을 해결할 수 없다. 반면에 프랑스는 독일과 같이 유언을 통하여 상속인 지정을 통한 효과를 발생시킬 수 없다. 그래서 終意

영·윤재왕 옮김, 『법학방법론』(세창출판사, 2011), 231면 이하 참고.

10) 이 논문은 불충분하지만 아래의 논문으로부터 많은 시사를 받았다. 최병조, 『법학방법론과 법문화 - 自賣계약의 예증을 통한 법문화비교의 관점에서 -』, 『서울대학교 법학연구소 학술대회(법학방법론의 기초와 적용) 자료집』(서울대학교 법학연구소, 2015), 1면 이하.

11) 김형석, 앞의 글(각주 9), 101면 이하 참고.

處分에 있어서 유언자는 포괄유증(legs universal)을 함으로써 수유자로 하여금 상속인^{치립} 법적 지위를 갖게 할 수 있다. 그래서 위 문제 상황을 생전 증여와 유증을 포함하는 무상양여(libéralité) 규정 내 순차적 무상양여(libéralité graduelle)¹²⁾ 규정으로 해결한다. 대륙법계에 속하는 이 두 나라가 동일한 문제 사안에 대한 대응방식을 고찰해 보고자 한다. 그보다 먼저 소개하고자 하는 법은 로마법이다. 이 두 나라는 대륙법계에 속하는 바, 로마법은 유럽에서 근대 민법이 탄생하기 전까지 보통법(ius commune)이었다. 즉 로마법은 유럽연합 회원국들의 역사적 공통분모의 역할을 하고 있다고 할 수 있기 때문이다.¹³⁾ 이하의 내용은 주제와 관련된 자료들의 해석과 이를 소개한 교과서들의 내용을 정리한 것이다.

2. 로마법

Gai. 2.229.

Ante heredis institutionem inutiliter legatur, scilicet quia testamenta vim ex institutione heredis accipiunt, et ob id velut caput et fundamentum intellegitur totius testamenti heredis institutio.

“상속인 지정 전에 유증하는 것은 무효이다. 즉 유언이 효력을 상속인 지정으로부터 얻었고, 그에 기하여 예컨대 상속인 지정이 전체 유언의 머리이자 기초¹⁴⁾로 이해되기 때문이다.”

로마는 상속법이 특별히 발달한 사회였다. 가부장(*paterfamilias*)의 재산에 대한 자유로운 처분권을 무엇보다도 중시하였고, 법정상속을 무유언상속이라는 소극적인 명칭으로 표현하였다는 점과, 이는 유언이 없을 때 보충적

12) 이 제도를 소개한 논문은 권철, 『프랑스 민법상 신탁적 무상양여(증여·유증)에 관한 소고』, 『민사법학』 제59호(한국민사법학회, 2012), 405면 이하; 유증 및 무상양여를 소개한 논문은 김현진, 『프랑스민법상 유증』, 『민사법학』 제59호(한국민사법학회, 2012), 439면 이하 참고.

13) 최병조, 『로마법과 비교법』, 『법학』 제48권 제4호(서울대학교 법학연구소, 2007), 2면.

14) 강조점과 밑줄은 필자에 의한 것이며 이하에서도 마찬가지이다.

으로 적용되었을 뿐이라는 점을 보면 유언의 자유가 절대적으로 중시되었다고 할 수 있다. 뿐만 아니라 반복되는 법정상속에 의하여 家産이 파편화되는 결과를 막기 위하여 유언에는 상속인 지정이 반드시 포함되어 있어야만 했다. 그리고 이 상속인 지정은 처분의 자유를 실질적으로 대변하는 사항으로서 유언의 머리아자 기초로 관념되었다.¹⁵⁾

1) 신탁유증(fideicommissum)

(1) 의의

Gai. 2.269

Multum autem differunt ea, quae per fideicommissum relinuntur, ab his, quae directo iure legantur.

“신탁유증과 직접적인 유증에는 매우 큰 차이가 있다.”

Gai. 2.271

Item intestatus moriturus potest ab eo, ad quem bona eius pertinent, fideicommissum alicui relinquere; cum alioquin ab eo legari non possit.

“게다가 수유자의 부담으로 유증을 할 수 없으나 신탁유증을 통하여 물려줄 수 있다. 나아가 신탁유증을 통하여 취득할 자의 부담으로, 다시 신탁유증을 통하여 타인에게 물려줄 수 있다.”

Inst. 2.24.pr

Potest autem quis etiam singulas res per fideicommissum relinquere, veluti fundum, hominem, vestem, argentum, pecuniam numeratam, et vel ipsum heredem rogare ut alicui restituat, vel legatarium quamvis a legatario legari non

15) 최병조, 『로마법 강의』(박영사, 1999), 497면 이하.

possit.

“어떤 이가 예컨대 토지, 노예, 의복, 은, 주화 등 개별물들도 신탁유증으로 남길 수 있고, 상속인 본인 또는 -수유자에게 유증되지만-수유자에게 어떤 이에게 반환할 것을 부탁할 수 있다.”

로마법상 유증(*legatum*)은 유언자가 자신이 지정하는 자에게 상속재산의 부담으로 개별적으로 재산을 출연하는 종의처분이다. 이는 상속인 지정과 개념상 명확하게 대립되는 것이다. 즉 상속인 지정으로 피상속인의 종의에 의한 포괄승계인의 자격이 생겼다면, 유증은 원칙적으로 포괄승계인의 부담으로 **개별 재산을** 종의로 출연하는 것을 의미한다.¹⁶⁾ 그리고 종류에 맞춰서 명확하게 표시해야만 한다. 이에 반하여 신탁유증은 유언자¹⁷⁾가 자신의 사망 후 특정의 제3자에게 공여할 것을 상대방에게 의뢰하고 재산을 신탁하는 처분이다.

(2) 방식

Inst. 2.24.3 = Gai. 2.249

Verba autem fideicommissorum haec maxime in usu habentur: ‘peto, rogo, volo, mando, fidei tuae committo’. quae perinde singula firma sunt atque si omnia in unum congesta essent.

“신탁유증의 언어로는 다음과 같은 말이 가장 많이 쓰인다고 인정된다. 즉 ‘청한다, 부탁한다, 원한다, 위임한다, 너의 신의에 맡긴다. 이 [말]들은 모두 하나로 병합된 것과 마찬가지로 각각 [사용되어도] 효력이 있다.”¹⁸⁾

16) 최병조, 위의 책(각주 15), 502면.

17) 신탁유증 또한 유언을 통한 終意處分이기 때문에 유언자는 유언능력(*testamenti factio*)를 갖고 있어야만 한다.

18) 이하 논문에서 제시된 로마법 사료 가운데 유스티니아누스 법학제요는 성중모 譯, 『유스티니아누스 법학제요』, 近刊: 同, “유스티니아누스 법학제요 한글 初譯”, 『법사학연구』 제45권(민속원, 2012), 245면 이하를 참고하였다; 이 초역의 개선안을 제시한 논문은 최병조, 『“유스티니아누스 법학제요 한글 초역(初譯)”에 대한 선후책(善後策) -동시에 로마 법률용어의 역어에 대한 몇 가지 제안-』, 『법학』 제55권 제1호(서울대학교 법학연구소, 2014), 253면 이하; 그 외 가이우스 법학제요는 Ulrich Manthe(Hrsg.), “Gaius, Institutiones”, 2. Aufl., 2015를 참고하였다.

Inst. 2.23.2 = Gai. 2.250

In primis igitur sciendum est, opus esse ut aliquis recto iure testamento heres instituat, eiusque fidei committatur ut eam hereditatem alii restituat: alioquin inutile est testamentum in quo nemo heres instituitur. cum igitur aliquis scripserit: ‘Lucius Titius heres esto’, poterit adicere: ‘rogo te, Luci Titi, ut, cum primum possis hereditatem meam adire, eam Gaio Seio reddas restituas’. potest autem quisque et de parte restituenda heredem rogare: et liberum est vel pure vel sub condicione relinquere fideicommissum vel ex die certo.

“그리하여 무엇보다도 어떤 이가 적법한 유언으로 상속인으로 지정되는 것과, 상속재산을 타인에게 반환하도록 그의 신의에 위탁되는 것이 필요하다는 것을 알아야 한다. 그와는 달리 아무런 상속인이 지정되지 않는 유언은 무효이다. 그리하여 어떤 이가 ‘루키우스 티티우스가 상속인이 되라’고 쓴 경우, 문언 ‘루키우스 티티우스여, 나는 그물건을 가이우스 세이우스에게 교부하고 반환하도록 너에게 청한다’를 부가할 수 있다. 유산 일부의 반환에 관하여도 상속인에게 청할 수 있다. 무조건 또는 조건부로 또는 확정 기한부로 신탁유증하는 것도 자유롭다.”

로마법에는 다양한 형식의 유증이 있었다. 다섯 가지 종류가 알려져 있다. 그 가운데 물권적 유증과 채권적 유증이 있다. 물권적 유증의 경우 “*L. Titio hominem Stichum do lego*(루키우스 티티우스에게 노예 스티쿠스를 주고 유증한다)” 또는 “*L. Titius hominem Stichum sumito, capito vel sibi habeto*(루키우스 티티우스는 노예 스티쿠스를 취하라, 占하라, 가져라)”라는 方式文을, 이에 반하여 채권적 유증의 경우 “*Heres meus L. Titio Stichum servum meum dare damnas esto*(나의 상속인은 루키우스 티티우스에게 나의 노예 스티쿠스를 줄 의무를 부담하라)”라는 방식문을 사용하여 작성되어야만 한다.¹⁹⁾ 신탁유증의 경우 이와 같은 엄격한 방식문을 요하지 않는다. 그래서 희랍어로 쓴 경우 유증은 무효이나, 신탁유증은 유효하다(Gai. 2.281).

19) 최병조, 『로마법상 학술대립 : 채권적 유증의 효력과 카토(Cato)의 法理則』, 『법학』 제39권 2호(서울대학교 법학연구소, 1999), 157면 이하.

(3) 효과

Inst. 2.23.1

Sciendum itaque est, omnia fideicommissa primis temporibus infirma esse quia nemo invitus cogebatur praestare id de quo rogatus erat: quibus enim non poterant hereditates vel legata relinquere, si relinquebant, fidei committebant eorum qui capere ex testamento poterant: et ideo fideicommissa appellata sunt ...

“이무도 [다만] 부탁만 받은 바를 의사에 반하여 급부할 것이 강제되지 않았기 때문에 모든 신탁유증이 초기에는 구속력이 없었다는 점을 알아야 한다. 상속이나 유증을 받을 수 없었던 자들에게 남기려 했던 경우, 유언으로 취득할 수 있었던 자들의 신의에 위탁되었다. 법의 사슬이 아니라 부탁받는 자들의 염치에 기반하기 때문에 ‘신탁유증이라 불렀다. ... (후략)”

상속이나 유증을 받을 수 없었던 자들에게 남기려 했던 경우, 유언으로 취득할 수 있었던 자들의 신의에 위탁되었다. 법의 사슬이 아니라 부탁받는 자들의 염치에 기반을 두기 때문에 ‘신탁유증이라 불렀다. 이때 부담을 지는 자는, 대체로 수유자이겠지만 법정상속인²⁰⁾도 가능하다. 그러나 이 신탁유증은 초기에 효력이 없었다. 그러므로 특정의 제3자는 수유자에게 유언장에 명시된 재산의 청구, 그 부담을 이행하라고 청구하지 못하였다.

2) 변화

Inst. 2.23.1

... (전략) *postea primus divus Augustus semel iterumque gratia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam iussit consulibus auctoritatem suam interponere. quod, quia*

20) Gai. 2.270.

iustum videbatur et populare erat, paulatim conversum est in adsiduum iurisdictionem: tantusque favor eorum factus est, ut paulatim etiam praetor proprius crearetur, qui fideicommissis ius diceret, quem fideicommissarium appellabant.

“... (전략) 후에 신황 아우구스투스가 최초로 한번 그리고 반복하여 당사자들에게 의하여 촉발되어 또는 [누군가에게] 부탁이 황제의 이익을 위하여 이루어졌기 때문에 또는 부탁받은 자들의 아주 중대한 背任 때문에 집정관들에게 그들의 권위를 개입시키도록 명하였기 때문이다. 그들의 개입은 정당하다고 인정되었고 일반적 찬동을 얻었기 때문에, 점차 정규의 사법권으로 바뀌었다. 그리고 신탁유증에 대하여 점차 큰 우대가 이루어져서, 신탁유증을 담당하는 ‘신탁유증담당 법무관’이라 불린 고유한 법무관도 창설되었다.”

아우구스투스 황제는 신탁유증에 법적의무를 부과하고, 새로운 비상심리 절차에 의한 강제 집행을 목적으로 특수한 신탁유증법무관(*praetorfideicommissarius*) 職을 창설한 것이다. 사인증여를 받은 자는 -상속인뿐만 아니라 - 모두 신탁유증에 의한 의무를 부담하였다. 일정한 방식을 요하는 유증에 비하여 신탁유증은 非요식행위라는 이점을 가져 이후 발전하게 되었다. 신탁유증과 유증 사이의 차이점들은 점차 사라졌고, 유스티니아누스황제 시대에는 두 제도가 동등하게 취급되었다(*per omnia exaequata sunt legata fideicommissis*).²¹⁾

3) 상속신탁유증(*fideicommissum hereditatis*)²²⁾

상속신탁유증은 유산에 대해 먼저 상속인을 지정하고, 그 자가 시간의 경과 또는 일정 사건의 발생이 있으면 뒤이어 다른 상속인에게 이전할 의무를 부담케 하는 방식이 아니다.²³⁾ 왜냐하면 상속인 지정에 관해서는 조건 또는 기한을 붙이지 못하였기 때문이다.²⁴⁾ 본래 로마법상 상속신탁유증이라 함은

21) D. 30.1; 성중모 譯, 앞의 책(각주 18), 135면.

22) 이하의 내용은 Kaser/Knütel, “Römisches Privatrecht”, 18. Aufl. § 78, Rn. 3ff.

23) Kaser/Knütel, a.a.O., § 78, Rn. 1.

24) 최병조, 앞의 책(각주 15), 499면. “일단 상속이 되면 영구히 상속인이다(Semel heres semper heres).”

신탁유증과 같이 상속을 받을 수 없는 특정 제3자에게 상속재산을 공여하기 위한 것이다. 즉 유언으로 상속인을 지정하고, 그 지정 상속인이 상속재산을 특정 제3자에게 공여할 것을 유언자가 그의 신의에 부탁한 것이다. 문제는 상속재산 이전의 부담을 법적으로 어떻게 구성할 것인가이다.

(1) 상속재산매매의 문답계약(*stipulationes emptae et venditae hereditatis*)

Gai. 2.252

Olim autem nec heredis loco erat nec legatarii, sed potius emptoris. tunc enim in usu erat ei, cui restituebatur hereditas, nummo uno eam hereditatem dicis causa uenire; et quae stipulationes inter uenditorem hereditatis et emptorem interponi solent, eadem interponebantur inter heredem et eum, cui restituebatur hereditas, id est hoc modo: heres quidem stipulabatur ab eo, cui restituebatur hereditas, ut quidquid hereditario nomine condemnatus fuisset siue quid alias bona fide dedisset, eo nomine indemnus esset, et omnino si quis cum eo hereditario nomine ageret, ut recte defenderetur; ille uero, qui recipiebat hereditatem, inuicem stipulabatur, ut si quid ex hereditate ad heredem peruenisset, id sibi restitueretur, ut etiam pateretur eum hereditarias actiones procuratorio aut cognitorio nomine exequi.

“즉 그가 과거 상속인의 지위 또는 소유자의 지위에 있지 않았고 오히려 매수인의 지위에 있었다. 그 당시 왜냐하면 상속재산을 양도받을 자에게 형식적으로 1錢으로 매도하는 것이 통상적이었기 때문이다. 그리고 문답계약으로 상속재산의 매도인과 매수인 사이 체결한 것 외에 상속인과 상속을 받을 자와 사이에도 체결하였고, 이는 다음과 같은 방식으로 한다: 상속인은 상속을 받을 자에 대해 문답계약을 통하여 그는 모든 것, 상속을 명목으로 유책판결을 받음으로 또는 선의로 변제하였던, 손해 없을 것을 서약하거나 누군가 그에게 상속을 명목으로 소추한 경우 통상 유효하게 방어 할 것이다. 그러나 상속재산의 취득자가 문답계약을 통한 반대급부로 상속재산으로부터 자신에게 인도되어질 그것을 상속인에게 요구할 수 있거나,

또는 이로써 상속인은 상속을 명목으로 한 청구를 위탁사무관리인 또는 소송대리인으로서 수행할 것을 동의한 것이다.”

상속인이 특정 제3자에 대해 상속재산을 이전할 의무를 부담하고 특정 제3자인 수유자는 상속인에게 상속재산의 이전을 청구할 권리를 갖는다. 이때 로마법은 상속인과 이 특정 제3자와 一錢 약취행위(*mancipatio nummo uno*)가 이뤄진 것으로 보았다. 따라서 신탁유증으로부터 발생된 법적관계는 채권·채무관계이다. 그러나 이 특정 제3자는 유효한 상속인이 아니다. 그래서 상속인과 동일하게 법적지위를 만들기 위하여 통상 상속재산 매매로서 문답계약을 체결하였다.

(2) 트레벨리우스 원로원 의결(Senatus Consultum Trebellianum)

Gai. 2.253

SSed posterioribus temporibus Trebellio Maximo et Annaeo Seneca consulibus senatus consultum factum est, quo cautum est, ut si cui hereditas ex fideicommissi causa restituta sit, actiones, quae iure civili heredi et in heredem competere, ei et in eum darentur, cui ex fideicommissio restituta esset hereditas; per quod senatus consultum desierunt illae cautiones in usu haberi. praetor enim utiles actiones ei et in eum, qui recepit hereditatem, quasi heredi et in heredem dare coepit, eaeque in edicto proponuntur.

“그러나 트레벨리우스 막시무스와 안나이우스 세네카의 집정관 하에서 결정을 내린 바 있고, 거기서 신탁유증을 인해 상속재산을 인도함에 따라 상속인을 위한 또는 그에 대해 발생된 시민법상 소권들이 신탁유증을 인해 상속재산을 취득하는 자를 위하여 또는 그 자에 대한 것으로 부여된다고 정하였다. 이 원로원 결정으로써 앞서 언급된 문답계약은 쓸모없다. 왜냐하면 법무관은 말하자면 상속인을 위한 그리고 그를 상대로 한 것으로서 상속재산을 취득한 자를 위한 그리고 그를 상대로 한 준소권을 부여하기 시작하기 때문이다. 그리고 이는 고시로 공포되었다.”

Inst. 2.23.4

Et in Neronis quidem temporibus Trebellio Maximo et Annaeo Seneca consulibus senatus consultum factum est. quo cautum est ut, si cui hereditas ex fideicommissi causa restituta sit, omnes actiones quae iure civili heredi et in heredem competere, ei et in eum darentur cui ex fideicommissio restituta esset hereditas. post quod senatus consultum praetor utilios actiones ei et in eum qui recepit hereditatem, quasi heredi et in heredem dare coepit.

“네로 황제 치하 트레벨리우스 막시무스와 안나이우스 세네카가 집정관직에 있을 때 원로원의결²⁵⁾이 제정되었다. 그 원로원의결에서 어떤 이에게 유산이 신탁유증의 이유로 반환되는 경우, 시민법에 의하여 상속인에게 그리고 상속인을 상대로 발생하는 모든 소권이 신탁유증의 이유로 반환된 유산에 기하여 반환받은 자에게 그리고 그를 상대로 부여된다고 규정되었다. 그 원로원의결 후에 법무관은 準소권들을 유산을 수취한 자에게 상속인처럼 부여하게 되었다.”

(3) 페가수스 원로원 의결(SC Pegasianum)²⁶⁾

Gai. 2.258

Sed si recuset scriptus heres adire hereditatem ob id, quod dicat eam sibi suspectam esse quasi damnosam, cauetur Pegasiano senatus consulto, ut desiderante eo, cui restituere rogatus est, iussu praetoris adeat et restituat, proindeque ei et in eum, qui receperit, actiones dentur, ac iuris esset ex senatus consulto Trebelliano. quo casu nullis stipulationibus opus est, quia simul et huic, qui restituit, securitas datur, et actiones hereditariae ei et in eum transferuntur, qui receperit hereditatem.

25) 트레벨리우스 원로원의결senatus consultum Trebellianum(후 56년): 수익자에게 상속인의 지위 heredis loco를 허여한다. 그리하여 상속인이 또는 상속인을 상대로 하는 소권은 準소권으로서 수익자가 행사하거나 또는 수익자를 상대로 행사될 수 있다.

26) 기원후 73년 경 플라비우스 왕조시대(flavius dynasty)의 법학자로서 그의 이름으로부터 비롯된 것이다.

“그러나 유언으로 지정된 상속인이 개시된 상속을 채무초과된 상속재산을 갖는다 주장하며 거절하였다. 페가수스 원로원이 결정하길, 법무관의 명령에 따라 받은 바를 주기로 부담을 진자는 (상속을) 승인하고 (상속재산을) 인도해야 하고 트레벨리우스 원로원 결정에 좇아 취득한 자를 상대로 한, 취득한 자를 위해 소권이 부여된다. 이 경우 문답계약은 필요치 않는다. 왜냐하면 (상속재산을) 인도한 자에게 보호가 제공되고 동시에 상속재산을 취득한자에 대한 상속소권은 그에게 이전된다.”

Inst. 2.23.5

Sed quia heredes scripti, cum aut totam hereditatem aut paene totam plerumque restituere rogabantur, adire hereditatem ob nullum vel minimum lucrum recusaban, atque ob id extinguebantur fideicommissa; postea Vespasiani Augusti temporibus Pegaso et Pusione consulibus senatus censuit, ut ei qui rogatus esset hereditatem restituere perinde liceret quartam partem retinere, atque lege Falcidia ex legatis retinere conceditur. ex singulis quoque rebus quae per fideicommissum relinquuntur eadem retentio permissa est. post quod senatus consultum ipse heres onera hereditaria sustinebat ... (후략)

“그러나 지정된 상속인들이 대부분의 경우 전 유산 또는 전 유산에 약간 미치지 않게 반환하도록 청구 받았을 때, 이득이 적거나 아예 없어서 상속 승인을 거절하였고 이로써 신탁유증도 소멸하였기 때문에, 후에 베스파시아누스 황제 치하에 페가수스와 푸시오가 집정관직에 있을 때에 원로원은 유산 반환을 청구 받은 자가 팔키디우스법²⁷⁾에 의하여 유산으로부터 1/4분을 보유할 수 있는 것과 마찬가지로 [그 만큼을] 보유할 수 있다고 정하였다. ... (후략)”

27) Inst. 2.22.pr “유증에 마지막으로 제한을 가한 팔키디우스법(기원전 41년 경)에 관하여 살펴보는 것이 남아있다. 예전에 12표법에 의하여 유증에 전 재산을 맡길 정도로 유증의 권한이 자유로웠기 때문에(즉 이 법에 ‘자신의 재산에 관하여 유증하는 것이 법이 되’라고 규정되어 있었다), 이 유증의 허용범위를 제한하여야 한다고 인정되었다. 그리하여 이익이 없거나 또는 소액뿐이라서 피지정 상속인이 상속 승인을 거절하여 [유언자가] 대체로 무유언으로 사망하기 때문에, [위와 같은 유증의 제한은] 바로 유언자를 위하여 규정된 것이다. 그리고 더 나아가 푸리우스법과 보코니우스법이 제정되었음에도 두 법중 어떤 것도 사안의 해결에 충분하지 않다고 인정되었기에, 마지막으로 팔키디우스법이 제정되었다. 그 법에 전재산의 3/4 이상 유증할 수 없음, 즉 상속인이 1인이건 복수이건 그 또는 그들에게 [전재산의] 1/4가 남겨져야 한다고 규정되었다.”

4) 소결

유스티니아누스가 로마법상 상속신탁유증이란 제도에 대하여 법학제요에서 갈무리한 바와 같이 구속력이 없던 종래 신탁유증에 대해 집행관들이 관여할 수 있게 하고 고유의 법무관도 창설되었다. 즉 법적 구속관계로 인정한 것이다. 문제는 법리적으로 유언자로부터 상속인으로 지정된 자와 그 자로부터 상속재산을 이전받을 수 있는 자를 어떤 '법적' 관계로 설정할 것인가가 쟁점이 되었다. 이는 대체적으로 문답계약을 통하여 해결한 것으로 보인다. 그러나 로마법상 가장 쟁점이 되었던 것은 유산을 반환해야 할 자로서 지정된 상속인들이 대부분의 경우 유산 전부 또는 그 전부에 약간 미치지 않게 반환청구 받음으로서, 이득이 적거나 아예 없음을 예상하여 상속 승인을 거절하였고 이로써 신탁유증도 소멸하게 만드는 사정이 발생함에 따라 이에 대한 해결이 큰 쟁점이었던 것으로 파악된다.²⁸⁾ 이에 대해 위 두 원로원 의결과 팔키디우스법(*lege Falcidia*)에 의하여 마치 오늘날 유류분처럼 피상속인으로부터 유산을 받은 자가 그 재산으로부터 1/4을 보유할 수 있게 한 것이 특징이라 할 것이다.

3. 독일 민법

독일 민법이 제정되기 전에는 지금 **독일 민법** 제2100조부터 제2146조까지 규정하고 있는 先位-後位²⁹⁾상속인(*Vor-und Nacherbe; fideicommissumhereditatis*) 제도는 금지되었다.³⁰⁾ 독일 민법을 제정할 당시 참고가 되었던 프랑스 민법(*code civil Art. 896; 897, 1048~1074*)과 프로이센 일반란트법(*A.L.R. I, 12 § § 53, 466~477, 480*) 그리고 오스트리아 민법전(*ABGB § § 608~617*)의 경우 로마법을 좇아 상속신탁유증의 기능을 하는 포괄신탁유증(*universalfideikommiß*)을 규정하고 있었다.³¹⁾ 이에 반해 독일은 이 포괄신

28) Inst. 2.23.5.

29) 이 역어는 이 논문 IV.에서 후술한다.

30) Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band V, Erbrecht, Amtliche Ausgabe, 1888, S. 79.

탁유증과 보충지정(substitution)³²⁾을 혼합한 신탁유증적 보충지정(fideikommissarische Substitution)제도를 인정하고 있었다.³³⁾ 독일 민법을 제정하면서 이를 선위-후위상속제도로 입법화한 것이다.³⁴⁾ 당시 정치·경제적으로 반대의 목소리가 없었던 것은 아니었다. 프랑스 혁명 이후이기 때문에 정치적으로는 이 제도가 귀족이 자신의 가산을 지키기 위한 목적(세습)으로 이용될 수 있다는 비판과 경제적으로 재화의 자유로운 유통 또는 재산거래의 자유를 침해한다는 비판이 있었다.³⁵⁾ 하지만 독일 상속법의 아버지라 볼 수 있다는 Gottfried Schmitt는 독일 민법 제2100조 이하의 규정을 편찬한 주요 이유를 피상속인의 유언능력(Testierbefugnis)의 증대에 있다고 한다.³⁶⁾ 오늘날 독일 민법 제

31) 로마법상 '상속신탁유증'이 보통법 시대에는 포괄신탁유증으로서 활용되어졌다. 이 역시 피상속인이 유언 또는 법정상속인에게 상속재산을 제3자에게 반환할 것을 청하는 것이다. 이때 이전할 부담을 진 상속인을 신탁 상속인(*heres fiduciarius*)으로 칭하였다.

32) 이는 통상보충지정(*substitutio vulgaris*)과 유언에서 상속인으로 지정된 자녀가 상속을 받은 후 성숙기에 도달하기 전, 즉 유언을 할 수 있기 전에 사망하는 경우에 대비하여 보충상속인을 지정하던 미성숙자(未成熟者) 보충지정(*Substitutio pupillaris*)을 말한다. 이때 피상속인은 지정된 자녀가 유언을 할 수 있기 전이므로 그를 대신하여(*Stellvertretung*) 한 것이다.

33) 즉 상속인이 지정된 자(A)에게 일정한 사건이 발생되면 보충 지정된 자(B)가 상속인이 되며, 이 피상속인의 재산을 받는 보충지정제도를 로마법상 상속신탁유증제도와 혼합하였다. 먼저 일정한 자(A)가 상속인이 되고 그 자에게 일정한 사건의 발생, 기한이 도래하면, 그의 재산은 지정된 다른 자(B)에게 이전하도록 만든 것이다. 이는 독일이 주변 유럽국가와 달리 새롭게 만든 제도라 한다. Staudinger/Martin Avenarius, Vorbem zu § § 2100~2146, 2003, Rn. 2.

34) Staudinger/Martin Avenarius, *ibid.*, 이때 민법편찬위원회가 고민한 것은 후위지정인(=Nachberufener)이 선위상속인(=Vorerben)에게 갖는 반환청구의 법적성질이다. ① 보통법에 있어서 상속재산매매 규정을 유추적용하여 대인적 청구권(*persönliche Herausgabeanspruch*)을 인정하지는 견해, ② 프랑스 민법의 규정과 같이 선위상속인에게 용익권(*Nutznie ßung*)만 인정하지는 견해, ③ 피상속인이 상속인에게 상속재산에 부담을 지우고 후에 상속인이 상속인 지위의 취득에 종속된 채권적 상속재산 반환 청구권이 있다는 견해, ④ 선위상속인의 권리가 시간적으로 제한되어 있음으로 후위지정인은 시간적으로 유예된 권리를 가짐으로서 상속재산의 반환에 대하여 독립적인, 물건적 권리가 있다는 견해들이 있었다. 특히 마지막 ④번 견해는 포괄유증(*universalfideicommiss*)에 관한 프로이센, 작센, 바이에른 그리고 오스트리아가 취한 입장이었다. 이에 관해서는 Hrg. Werner Schubert, "Die Vorlage der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches", Fünftes Buch : Gottfried von Schmitt, Erbrecht, Teil 1, 1984, S. 300f.; Motive, S. 80.

35) 유언을 통한 유산의 순차적 재산이전과 관련하여 선위- 그리고 후위상속제도와 비교해야 할 것은 세습가산제도(*Familienfideikommiss*)이다. 독일 민법 제정 이전까지 존재하던 제도로서 가문의 연속성을 위하여 일정 家産-특정한 개별재산-에 대하여 생전 또는 유언으로써 물권적 처분금지령을 지정할 것을 말한다. 이 제도는 바이마르 헌법(제155조 제2항 2문)에 의하여 폐지되었다. Kipp/Coing, "Erbrecht", 14. Aufl., § 46 VI, S. 292. 보다 자세한 연구는 이철우, 『서양의 세습가산제』(경인문화사, 2010).

36) Hrg. Werner Schubert, S. 294; Staudinger/Martin Avenarius, Vorbem zu § § 2100~2146, Rn. 8f.; B. Mugdan, "Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsch

2100조의 목적은 유언자의 법정상속인 또는 상속인으로 지정도야만 하는 자에게 상속재산이 가기 전 그 상속재산을 관리, 사용권한을 그의 배우자 또는 방계혈족에게 귀속시키기 위한 피상속인의 의사 또는 후위상속인이 성인으로 성장하기 전까지 재산의 지배권을 선위상속인에게 귀속시키기 위한 피상속인의 의사 또는 생존하고 있는 일방 배우자가 재혼함으로써 유언자의 자녀가 갖는 상속에 관한 기대에 악영향이 발생하는 것을 방지하려고 한 피상속인의 의사 등으로 설명되고 있다.³⁷⁾

1) 상속인 지위의 시간적 제한

선위 그리고 후위상속의 본질적인 특징은 **독일 민법** 제2100조로부터 드러난다. “피상속인은 다른 사람이 상속인이 된 후에 비로소 상속인이 되는 방식으로 상속인을 지정할 수 있다(후속상속).” 이는 **독일 민법** 제1922조³⁸⁾에서 피상속인의 사망으로 상속재산 전부가 일인 또는 다수의 상속인에게 승계된다는 원칙과 상이한 점을 갖는다. 특히 **독일 민법** 제2139조에서 “후속상속이 개시되면 우선상속인은 더 이상 상속인이 아니다”고 규정하기 때문에 선위상속인과 후위상속인은 공동상속인도 아니다. 피상속인으로부터 상속재산이 선위상속인 그 후 후위상속인으로 승계되는 이유는 피상속인의 의사이다. **독일 민법** 제2013조 역시 “피상속인이 상속인에게 일정 시점 또는 사건이 발생한 후 어느 제3자에게 반환할 것을 지정한 경우, 그 제3자는 후위상속인으로 지정된 것이다”고 규정하고 있다. 선위상속과 후위상속의 법적구조는 선위상속에 있어서는 해제조건 또는 기한이며, 후위상속은 정지조건 또는 기한이다.³⁹⁾ 이러한 부관이 의미를 갖는 부분은 **독일 민법** 제2109조 1항이다. 이 규정에 따르면 후위상속이 선위상속인의 사망과 관련되지 않는 범위 내에서, 후위상속이 선위상속이 발생된 후 30년 안에 일어나지 않으면 후위상속

Reich”, Band V: Erbrecht, 1899, S. 48(Prot. 91).

37) Staudinger/Martin Avenarius, Vorbem zu § § 2100~2146, Rn. 11ff.

38) § 1922 ① Mit dem Tode einer Person (Erbfall) geht deren Vermögen (Erbschaft) als Ganzes auf eine oder mehrere andere Personen (Erben) über.

39) Staudinger/Martin Avenarius, § 2100, Rn. 31.

의 지정은 무효이다. 그러므로 피상속인은 종의처분을 통하여 재산의 순차적 이전을 무한세대로 지정할 수 없고, 동조에 규정된 시간 내에서 일정 세대에 대해서만 처분을 정할 수 있다.

2) 終意處分으로서 해석의 문제

가령 피상속인이 선위 그리고 후위상속을 지정한 경우, 누가 선위 또는 후위상속인인지, 어느 시점에 또는 어느 사건으로 후위상속이 개시되는지에 대해 해석이 요구된다. 왜냐하면 후위상속인 제도는 종의처분으로서 상속인 지정과 관련된 문제로서 유언에 나타난 바에 따라 결정되기 때문이다. 독일 민법은 이에 대하여 규정하고 있는데, 먼저 **독일 민법** 제2101조 1항에서는 “상속개시할 당시에 아직 포대되지 않은 자가 상속인으로 지정된 경우 후속상속인으로 지정된 것으로 한다.” 그러나 이 조항 역시 피상속인의 의사와 일치하지 않는다면 그 상속인 지정의 효력은 없다. 특히 예비상속인(Ersatzerbe)과 관련해서 **독일 민법** 제2102조 제2항은 “예비상속인으로 또는 후속상속인으로 지정된 자인지 여부가 의심스러운 때에는, 그를 예비상속인으로 한다.” 그리고 **독일 민법** 제2014조 “피상속인이 특정 시점의 개시 전 또는 사건의 발생 전까지만 상속인이 될 것을 지시하고, 그 다음 어느 자가 상속재산을 취득하는지 정하지 않은 경우, 만약 피상속인이 특정 시점의 개시 또는 사건의 발생 당시에 사망했다라면, 피상속인의 법정상속인이 되었을 자들이 후속상속인으로 지정된 것으로 한다.” 또 **독일 민법** 제2106조 제1항은 “피상속인이 후속상속인을 지정하였으나, 후속상속이 개시되는 특정 시점 또는 사건을 정하지 않은 경우, 상속재산은 우선상속인의 사망으로써 귀속된다.” 등 법률에 해석의 준칙들이 규정되어 있다.

3) 선위상속인의 법적 지위

선위상속인은 시간적으로 제한되어 있지만 완전상속인(Vollerbe)이다. 즉 (후속)상속이 개시되기 전까지 특별한 점이 없다. 왜냐하면 피상속인의 사망으로 포괄적 지위를 즉시 승계하는 자는 선위상속인이기 때문이다. 물론 후

속상속이 개시된 후에는 더 이상 상속인이 아니다(獨民 제2139조). 그래서 우선상속인은 외부적 관계에 있어서 유산의 포괄승계인으로서 ‘主’에 해당하나, 후위상속인과의 내부관계에서는 ‘從’에 해당한다. 따라서 외부적으로 우선상속인이 할 수 있으나, 후위상속인과의 관계에서는 할 수 없다.⁴⁰⁾ 여기서 흥미로운 것은 그 피상속인의 사망 후 그리고 후속상속이 개시되기 전까지 법적 지위이다.

(1) 처분제한

선위상속인 역시 피상속인의 상속인이기 때문에 원칙적으로 상속재산에 대해 자유로운 처분가능성이 존재한다.⁴¹⁾ **독일 민법** 제2112조는 “선위상속인은 상속재산에 속한 목적물을 제2113조부터 제2115조의 규정과 다르게 규율되지 않는 한 처분할 수 있다.” 그러나 **독일 민법** 제2113조 이하의 규정들이 강하게 그를 제한한다.⁴²⁾ 그 내용을 보면 “상속재산 가운데 토지 또는 토지에 속하는 권리 또는 등기된 선박의 처분은 후위상속인의 권리를 좌절시키거나 침해하는 한도 내에서 후위상속이 개시부터 무효”이다. 특히 “증여를 포함한 무상처분” 또한 무효이다. 단 “도의상 또는 예의상 고려에 좇아 행하여진 것”은 제외된다. 그리고 부분적인 무상처분 역시 후위상속인 보호를 위하여 준용된다.⁴³⁾ 여기서 무효는 처분에 후위상속인의 승인이 없는 한, 후위

40) Lange/Kunchinke, “Erbrecht”, 5. Aufl., S. 601. 그래서 우선상속인은 용익권자보다 더 나올 수 없는 존재로 평가받기도 한다.

41) 선위상속인 역시 피상속인의 상속인으로서 그의 재산을 포괄적으로 승계한다. 그러므로 이를 처분할 수 있는 법적지위는 있다. 그러나 학설과 판례는 이를 특별재산(sondervermögen)으로서 선위상속인 자신만의 재산과 구분한다. 왜냐하면 조건의 성취 또는 기한의 도래로 인하여 후위상속이 개시되면 후위상속인에게 이전되어야 하기 때문이다. Lange/Kuchinke, “Erbrecht”, a.a.O., S. 581.

42) **독일 민법** 제2136조에 따르면 피상속인은 이들 선위상속인의 제한과 의무를 면제할 수 있다. 특히 **독일 민법** 제2137조에 따르면 피상속인이 후위상속이 개시 시에 선위상속으로부터 남은 상속재산에 관하여 후속상속인을 지정하였다면 위 제2136조에 규정된 선위상속인의 제한과 의무로부터 면제를 지시한 것으로 본다. 규정을 두고 있다.

43) § 2103 ① Die Verfügung des Vorerben über ein zur Erbschaft gehörendes Grundstück oder Recht an einem Grundstück oder über ein zur Erbschaft gehörendes eingetragenes Schiff oder Schiffsbauwerk ist im Falle des Eintritts der Nacherbfolge insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde.

§ 2103 ② Das Gleiche gilt von der Verfügung über einen Erbschaftsgegenstand, die unentgeltlich

상속이 일어난 시점부터 절대무효이다.⁴⁴⁾ 만약 후위상속인이 처분을 승인이 있는 경우 **독일 민법** 제185조를 유추적용을 통하여 유효하게 된다.⁴⁵⁾

(2) 선의채권자의 보호

독일 민법 제2113조 제3항은 제161조 제3항⁴⁶⁾에 규정된 바와 같이 “권리를 무권리자로부터 취득한 사람을 위한 규정은 이들 경우에 준용된다.” 토지의 경우 독일 민법 제892조(부동산등기부의 공신력Öffentlicher Glaube)가 준용된다. 그러나 대개 부정된다. 왜냐하면 부동산등기법(Grundbuchordnung) 제51조⁴⁷⁾에 쫓⁴⁸⁾아 관청에 의해 후위상속이 기재되기 때문이다. 동산의 경우 **독일 민법** 제932조(동산의 선의취득Gutgläubiger Erwerb) 이하의 규정들이 준용된다. 그러므로 그 대상들은 후위상속 재산에 포함되지 않는다. 만약 선위상속인의 무상 처분행위에 기한 경우 **독일 민법** 제816조 제1항 2문⁴⁹⁾에 따라서 후위상속인은 무상 취득자를 상대로 부당이득반환청구를 할 수 있다.⁵⁰⁾

oder zum Zwecke der Erfüllung eines von dem Vorerben erteilten Schenkungsversprechens erfolgt. Ausgenommen sind Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird.

44) BGHZ 52,269(270); Dirk Olzen, “Erbrecht”, 4. Aufl. Rn. 339; Lange/Kuchinke, a.a.O., S.585.

45) § 185 ① “무권리자가 어떤 목적물에 대하여 한 처분이 권리자의 사전승인 아래 행하여진 경우에는 그 처분은 효력이 있다.” Brox/Walker, “Erbrecht”, 25. Aufl., Rn 362. 여기서 직접적용이 아니라 유추적용을 한 이유는 선위상속인이 아직 권리자가 아니기 때문이다; 독일 민법 가운데 재산법에 관한 번역은 양창수 역, 『독일민법전』(박영사, 2005년판)을 따랐다.

46) **독일 민법** 제161조 [중간처분의 무효] ① 어떤 사람이 정지조건부로 목적물을 처분한 경우에 조건이 성취되면, 그가 조건 성취 전에 목적물에 대하여 한 모든 처분은 그것이 조건 성취로 발생할 효력을 좌절시키거나 침해하는 때에는 그 한도에서 효력이 없다. (후략)

② 해제조건인 경우에 조건의 성취로 권리가 소멸하는 사람의 처분에 대하여도 또한 같다.

47) § 51 zu GBO, Bei der Eintragung eines Vorerben ist zugleich das Recht des Nacherben und, soweit der Vorerbe von den Beschränkungen seines Verfügungsrechts befreit ist, auch die Befreiung von Amts wegen einzutragen.

독일 부동산등기법 제51조 “선위상속인을 기재함에 있어서 후위상속인의 권리로 동시에 하고 선위상속인의 처분권이 제한이 면제된 경우, 역시 관청에 의해 그 면제도 기재되어야만 한다.”

48) 이 조항 역시 독일 민법 제2136조에 의해 피상속인이 의무를 면제할 수 있다.

49) **독일 민법** 제816조 ① “...(전략) 처분이 무상으로 행하여진 때에는, 처분에 기하여 직접 법적 이익을 취득한 사람이 동일한 의무를 진다.”

50) Dirk Olzen, Rn. 334.; Lange/Kuchinke, S. 596f.

(3) 상속재산의 관리·보존의무

우선상속인은 그가 상속재산을 소유할 동안에도 후위상속인에 대하여 **독일 민법** 제2130조 제1항 1문에 따라 “후속상속 개시 후에 우선상속인은 후속상속인에게 상속재산의 반환 시까지 계속된 통상적인 관리상태로 반환할 의무를 진다.” 이때 상속재산 관리에 있어서 **독일 민법** 제2131조⁵¹⁾는 우선상속인에게 자기사무에 관하여 갖는 통상 행하여지는 주의의무만을 부과한다. 이것으로부터 선위상속인의 법률상 지위에 신탁적 요소(Treuhänderische Element)가 있다고 설명하기도 한다.⁵²⁾ 그리고 그 관리와 보존을 위하여 소요되는 비용에 대해서 **독일 민법** 제2124조⁵³⁾는 우선상속인이 진다고 한다. 그러나 그 비용은 상속재산에서 지출할 수 있고, 자신 재산에서 비용을 지출하였다면 **독일 민법** 제2125조⁵⁴⁾에 의하여 사무관리로서 비용상환을 후위상속인에게 청구할 수 있다. 그러나 우선상속인이 통상적인 관리를 하지 않는다면 후속상속인은 **독일 민법** 제2127조에 따라 상속재산상태에 관한 정보를 청구할 수 있고,⁵⁵⁾ 제2128조에 의하여 우선상속인에 대하여 담보제공을 청구할 수 있다.⁵⁶⁾

51) § 2131 Der Vorerbe hat dem Nacherben gegenüber in Ansehung der Verwaltung nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.

52) Dirk Olzen, Rn. 669; Kipp/Coing, § 49 III.

53) **독일 민법** 제2124조 [보존비용] ① 우선상속인은 후속상속인에 대해 통상적인 보존비용을 부담한다. ② 우선상속인에 개별 상속물을 보존하기 위하여 제반 사정에 비추어 필요하다고 볼 수 있는 기타 비용은 상속재산에서 지출할 수 있다. 그가 기(자기) 재산에서 비용을 지출한 경우, 후속상속인은 후속상속이 개시될 때에 이를 상환할 의무를 진다.

54) **독일 민법** 제2125조 [비용; 수거권] ① 우선상속인이 상속재산에 관하여 제2124조에 해당하지 않는 비용을 지출한 경우, 후속상속인은 후속상속이 개시될 때에 사무관리 규정에 따라 그 비용을 상환할 의무를 진다.

② 우선상속인은 상속재산에 속하는 물건에 부속시킨 설비를 수거할 수 있다.

55) **독일 민법** 제2127조 [후속상속인의 정보권] 후속상속인은, 우선상속인이 자신의 관리로써 후속상속인의 권리를 중대하게 침해한다고 볼 만한 사유가 있는 때에는, 우선상속인에게 상속재산의 상태에 관한 정보(Auskunft über den Bestand der Erbschaft)를 청구할 권한이 있다.

56) **독일 민법** 제2128조 [담보제공] 우선상속인의 용태(Verhalten) 또는 그의 열악한 재산상태로 인하여 후속상속인의 권리를 중대하게 침해할 만한 우려가 있는 경우, 후속상속인은 담보제공을 청구할 수 있다.

4) 후위상속인의 법적 지위

(1) 기대권(Anwartschaftsrecht)

후위상속이 개시되면 독일 민법 제2139조에 의해 피상속인의 상속인이다. 장래 상속인 지위를 차지할 기대(Anwartschaft)를 가진 자이다. 우선상속인이 갖는 처분제한은 이 후위상속인이 갖는 기대를 법적으로 보호하기 위한 것이다.⁵⁷⁾ 독일 민법은 명백하게 이를 ‘권리’로 부른다. 독일 민법 제2108조에서 “후속상속 사정의 개시 전, 그러나 상속개시 후 지정된 후속상속인이 사망한 경우, 피상속인에게 다른 의사가 있는 것으로 볼 수 없는 한, 후속상속인의 권리는 자신의 상속인에게 이전된다. 후속상속인이 정지조건부로 지정된 경우, 제2074조(유증에서 정지조건)에 의한다.”고 규정되어 있다. 후속상속인의 상속인에게 이전되는 저 권리가 기대권이라는 것이다. 이 기대권은 피상속인의 사망함으로써 후위상속인이 갖는다. 그러나 이 역시 피상속인의 다른 의사가 있는 것으로 해석에 되면 배제될 수 있다. 이 기대권이 양도가 가능한 것인가에 대해서는 명문의 규정은 없다. 그러나 이를 관습법상 (gewohnheitsrechtlich) 인정되는 것으로 보고 있으며⁵⁸⁾, 그 형식에 있어서는 독일 민법 제2033조(공동상속인의 처분권)를 유추한다. 뿐만 아니라 질권(독일 민법 제1273조 이하), 압류(독일 민사소송법 제857조 제1항⁵⁹⁾)설정도 가능하다.⁶⁰⁾ 따라서 후위상속인의 채권자는 이 기대권을 압류(pfänd)하여 처분할 수 있다.

(2) 반환청구권

후위상속이 개시되면, 이제 피상속인의 상속인은 후위상속인이다(우선상속인의 상속인이 아니다).⁶¹⁾ 그러므로 선위상속인은 이제 더 이상 상속인이

57) Lange/Kuchinke, S. 608(§ 28 VI 1).

58) Staudinger/Martin Avenarius, Rn. 74 zu § 2100; Lange/Kuchinke, S. 611(§ 28 VI 3 c)

59) **독일 민사소송법** 제857조 [기타 재산권의 강제집행] ① 부동산에 대한 강제집행 대상이 되지 않는 기타 재산권의 강제집행에 대해서는 이 규정이 준용된다.

60) Brox/Walker, Rn. 358.

아니다. 원칙적으로 우선상속인에게 귀속되었던 상속재산은 후속상속인에게 이전되어야만 한다. 이때 그 대상은 의심스러운 경우 독일 민법 제2110조는 “어느 공동상속인이 상속인으로 되지 않음으로 인해(Wegfall) 우선상속인에게 귀속하는 상속지분에까지 미친다.”고 규정하고 있다.

(3) 물상대위

우선상속인이 피상속인으로부터 승계 받은 상속재산은 자신의 재산이지만, 후위상속인의 기대권에 의해 구속되는 특별재산으로서 구분된다. 후위상속의 개시로 후위상속인의 상속인의 지위에서 그리고 피상속인의 승계인으로서 그 우선상속인 본연의 재산과 구분되는 특별재산으로서 상속재산의 반환을 요구할 수 있다. 이때 독일 민법은 앞서 말한 목적을 달성하고자 제 2111조에서 “개별상속물의 멸실 등에 따른 대체물은 상속재산에 속한다”고 규정함으로 후위상속인의 물상대위(Dingliche Ersetzung; Surrogation)를 인정하고 있다.

4. 프랑스 민법

프랑스는 민법 제정 이전, 그러니깐 앙시앵 레짐(구체제:l'Ancien Régime) 하의 관습법 시대(Le droit coutumier)부터 법정상속(succession légitime ou *ab intestat*)만을 인정하였고, 상속인 지정을 인정하지 않았다. 즉 로마법과 다르게 발전해온 것이다.⁶²⁾ 오늘날 **프랑스 민법**은 제967조에 따르면 “누구든 유언장에 상속인을 지정하든, 유증을 하든, 그의 의사를 분명하게 나타내기 적절한 그 어떤 명칭을 사용하여 처분할 수 있다.” 그러나 **동법** 제1002조 제2항에 따라 “유언에 의한 처분은 상속인 지정(institution d'héritier)이란 명칭을 썼던, 유증(leg)이란 명칭을 썼던 이하 포괄유증(legs universels)과 부분

61) RGZ 75, 363.

62) Pothier, Robert Joseph, “Traité des successions, donations testamentaire, donations entre-vifs, substitutions et des propres” in Œuvres VIII, Paris, 1847, p. 1, 225.

포괄유증(legs à titre universel),⁶³⁾ 특정유증(legs particuliers)에 관한 규정에 따라서만 효과를 발생”시킨다. 즉 독일 민법과 같이 상속인 지정을 통하여 법정 상속인을 배제할 수 없다. 그러므로 유류분에 의한 제한을 받게 된다.⁶⁴⁾ 그리고 제3자에게 유언을 통한 포괄유증을 하는 경우 유언자는 통상 보충지정(substitution vulgaire ou directe)을 할 수 있을 뿐 신탁유증적 보충지정(substitution fidéicommissaire)⁶⁵⁾을 할 수 없다. 그러나 2006년 상속법과 무상양여법(libéralité)⁶⁶⁾이 개정이 되면서 일종의 변화를 겪게 되었다. 여기서 무상양여(또는 무상처분)법은 재산을 무상으로 처분하는 행위로서, 생전증여(donation entre vifs)와 유증 두 가지 방법을 포함하는 것이다. 이하에서는 개정 이전과 이후의 변화를 소개하고자 한다.

1) 2006년 이전

유언자가 그의 유언장에 “나는 피에르에게 포괄유증을 한다. 그리고 그가 사망하거나 이를 거절하면 파울에게 한다.”라고 명시한 경우, 즉 첫 번째로 이전지정자(appelé)가 받을 수 없거나, 받기를 원치 않는 경우를 대비하여 그를 보충할 사람을 두 번째로 지정한 것을 통상보충지정이라고 한다. 이는 **구 프랑스 민법** 제898조⁶⁷⁾ “수증자, 상속자 또는 수유자가 유산(le don)을 물려받지 못하는 경우 제3자가 이를 받는 것으로 지정되는 처분은 보충지정(substitution)으로 간주되지 않으면 유효하다.”에 의하여 유효하다.⁶⁸⁾ 덧붙

63) 이 제도에 관해서는 김현진, 앞의 책(각주 14), 455면 참고.

64) 프랑스 상속법에 관한 개괄적 소개는 김형석, 앞의 책(각주 9), 105면 이하 참고.

65) 권철, 앞의 책(각주 14), 405면 각주1에서 ‘substitution fidéicommissaire’를 ‘신탁적 이전부담부 처분’으로 번역하였다. 제도의 목적 자체가 상속인 또는 수유자가 피상속인으로부터 승계 받은 재산을 제3자에게 이전할 부담을 지는 것이기 때문에, 그 의미에 맞춰 번역한 것으로 이해된다. 다만 이 논문에서는 원어에 맞게끔 ‘신탁유증적 보충지정’으로서 하였다. 이에 대하여 김현진, 앞의 책(각주 14), 451면, 각주43에서는 ‘신탁적 보충수유자지정’으로 사용하였다.

66) loi n° 2006-728 du 23 juin 2006.

67) Art. 898 ancien du Code civil, La disposition par laquelle un tiers serait appelé à recueillir le don, l'hérédité ou le legs, dans le cas où le donataire, l'héritier institué ou le légataire ne le recueillerait pas, ne sera pas regardée comme une substitution et sera valable.

68) C. Aubry et C. Rau, “COURS DE DROIT CIVIL FRANÇAIS D'APRÈS LA MÉTHODE DE ZACHARIAE”, T. VI, 1875, p. 298; Christian Jubault, “Droit civil - Les successions, Les libéralités”, 2e éd., 2010, p. 443.

어 단순 신탁유증(fidéicommiss purs et simples et conditionnels)도 유효하다. 즉 일정한 자에게 재산을 물려주고, 그 수증 또는 수유된 목적물을 두 번째 순서로 지정된 자에게 되돌려 줄 부담(la charge)을 부여하는 처분도 가능하며, 수증자 또는 수유자에게 확정 또는 불확정 기한(terme certain ou incertain)을 지시하거나 또는 정지조건(condition suspensive)으로 유산을 특정 제3자에게 되돌려주는 처분도 가능하다.⁶⁹⁾ 즉 **구 프랑스 민법 제898조**에서 말하는 소극요건인 보충지정은 신탁유증적 보충지정을 말하는 것이다.⁷⁰⁾ 이는 **구 프랑스 민법 제896조**에서 금지하고 있다. “보충지정은 금지된다. 수증자, 지정 상속인 또는 수유자가 유언자의 처분에 의하여 (물려받은 바를) 제3자에게 보존과 되돌려 줄 부담을 지는 것은 무효이며, 수증자, 지정 상속인 또는 수유와의 관계에서도 그러하다”⁷¹⁾ 즉 수증자, 상속인, 수유자가 유언자로부터 물려받은 유산을 보존하고 이를 그대로 제3자에게 되돌려줄 의무가 신탁유증적 보충지정(substitution fidéicommissaire)의 핵심개념으로 파악한 것이다. 즉 “너가 안 되면 나”가 아니라 “**너 다음 나**”란 방식으로 일정한 재산이 연속적인 순서대로 이전되기 위해선 이 보존의무가 없어서는 안 된다. 이것은 **프랑스 민법** 제정 이전 프랑스 혁명(1789)의 영향이다. 왜냐하면 앙시앵 레짐(구체제:l’Ancien Régime) 하에서 귀족재산의 집중과 토지분배의 불균등이 이 신탁유증적 보충지정에 기초하고 있었기 때문이다.⁷²⁾ 그래서 1792년 11월 14일의 법률을 통해 이 신탁유증적 보충지정을 폐지하고 1804년에 입법화한 것이다.⁷³⁾ 그러나 예외가 없는 것은 아니다. **구 프랑스 민법 제897조**에서는 “부모 및 형제·자매에게 유증재산을 제3자에게”, **구**

69) Aubry et Rau, ibid.

70) Christian Jubault, ibid(n° 636).

71) Art. 896 ancien du Code civil, Les substitutions sont prohibées. Toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué ou le légataire sera chargé de conserver et de rendre à un tiers sera nulle, même à l'égard du donataire, de l'héritier institué, ou du légataire.

72) 이철우, 앞의 책(각주35), 223면 이하.

73) 프랑스민법전의 주요초안자의 한 사람인 포르탈리스도 “살아있는 사람의 이익을 죽은 사람의 이익에 종속시켜서 이미 죽은 세대의 의사에 의해 현존의 세대가 아직 존재하지 않는 세대를 위해 희생하는 것이 되기 때문에 이를 금지한 것은 유통의 자유와 농업의 이익을 위하여 잘한 일”이라고 평가하였다고 한다. 포르탈리스, 양창수(譯), 『民法典序論』(박영사, 2003) 140면.

프랑스 민법 제1048조에서는 “자녀에게 유산을 주면서, 그로 하여금 앞으로 출생할 그의 1촌 자녀에 한하여 이를 이전해 주어야 부담”을 지을 수 있다고 한 것이다. 즉 유언자의 손자녀 또는 조카가 그 부모의 잘못된 재산관리 탓에 불행한 상태가 되지 않게 위함인 것이다.⁷⁴⁾

(1) 이전의무부담자와 이전지정자의 관계

예외적으로 허용되었던 신탁유증적 보충지정에 있어서 법리에 관한 논의가 있었다. 순차적 조항에 내재된 이중성(dualité)을 어떻게 설명할 것인가이다. 즉 제1수익자(premier gratifié)에게 인정된 권리와 두 번째 수익자(second gratifié)의 경우 보충지정이 실현되기 전까지 갖는 권리가 무엇인가이다. 이는 실질적으로 이전의무부담자(grevé, 위 제1수익자)가 갖는 소유권은 중간 또는 매개적인 특성을 가지는 것 기인한 것이다.

① 해제조건(condition résolutoire)

뻘티에가 발전시킨 전통적인 견해⁷⁵⁾에 따르면 신탁유증적 보충지정은 조건적 무상양여로서 이해되어야만 한다고 한다. 이전의무부담자(제1)는 이전지정자(appelé, 위의 두 번째 수익자)보다 먼저 사망하는 것을 해제조건으로 하여 재산을 취득한 소유자이다. 그리고 이전지정자(제2)는 이전의무부담자보다 오래 살아남는 것을 정지조건(condition suspensive)으로 하는 소유자라 설명한다.⁷⁶⁾ 이 조건설에 따르면 이전의무부담자로부터 이전지정자에게 재산이 이전되면 사망자로부터 이전의무부담자(제1)에게 이전된 재산이전은 소멸하게 된다. 따라서 이전의무부담자가 제3자에게 당해 재산을 양도한 경우 그 법률관계는 소급적으로 소멸(anéantissement rétroactif)을 하고, 보충지정이 개시되기 전 이전지정자(제2)가 처분한 경우 중국적으로 유효(consolidation)하게 된다. 이 학설은 오랫동안 판례와 학설에서 지배적인 위

74) Marcel Planiol, “Traité Élémentaire de Droit civil”, t. III, 1918, n° 3299(p. 885).

75) Pothier, *ibid.*, sec. V, art. 2, n° 159.

76) Marc Nicod, § 1048 à 1056 Civil code in *Juris Classeur*, Fasc. 10, n° 17, 2008.

치를 차지하였다.⁷⁷⁾ 그러나 이 견해는 이론적 장애를 안고 있다. 왜냐하면 일단 조건이 충족되면, 이전지정자(제2)만이 무상양여를 받은 자로 간주되기 때문이다. 다시 말하면 그는 사망자가 유언을 하고 난 후부터 소유자인 것이다. 이러한 간주를 통하여 연속적인 두 개의 무상양여 가운데 제1에게 행해진 무상양여를 제거시킨다.⁷⁸⁾

② 부담(Charge)의 설정

오늘날의 저자들은 이전의무부담자(제1수익자)가 증여 또는 유증된 재산의 완전한(pleinement) 소유권자이며 다만 보전하고 이전할 부담을 졌을 뿐이라고 설명하는 것을 선호한다.⁷⁹⁾ 따라서 이전의무부담자는 사망자(처분자)가 원한 보충지정의 효과를 위태롭게 하는 행위를 하지 말아야 할 의무를 진다. 단 이 학설은 이전지정자(제2수익자)가 그보다 오래 생존한 경우에 한해서만 이 의무를 부과한다. 혹여 이전지정자가 그보다 먼저 사망한다면, 이전의무부담자가 제3자를 위하여 한 양도의 합의는 종국적으로 유효하게 된다. 이때 위 생존을 조건으로 한 학설과 완전하게 다른 것은 아니다. 그러나 재산의 처분 가능성이라는 점에서는 다르다. 즉 제1수익자가 조건적으로 소유자가 아니라 그 자만이 소유자이다.

조건적 양도금지조항을 부담시킨 이 보충지정에 대한 현대적 학설의 특징은 연속적인 두 소유자의 존재를 식별해 낸 것이다. 즉 이전의무부담자와 그의 사망 후 이전지정자이다.

2) 2006년 이후

2006년 이 무상양여법이 개정되었다. 이 논문의 대상인 순차적 무상양여의 경우 자유화이다. 프랑스 혁명 이후 총재산의 이전의 방식을 특정한 틀에

77) Pothier, *ibid*, sect. 5, art. 2, 1977; Cass. req., 1884: DP 1884, 1, p. 419; S. 1884, p. 345 - Cass. req., 5 juin 1918 et Cass. civ., 10 juin 1918 : DP 1919, 1, P. 90; S. 1922, 1, p. 25.

78) Marc Nicod, *Fasc. 10*, n° 18.

79) F. Terré et Y. Lequette, "Droit civil, Les successions, Les libéralités", 3e éd., 1996, n° 573; M. Grimaldi, "Droit civil, Successions", 3e éd., 1996, n° 386.

맞추는 규정의 가혹함으로 인해 후퇴되었던 의사능력(pouvoir de la volonté)을 회복시키기 위하여, 유언자에게 자신의 재산에 관한 사후 운명에 대해 더 많은 자유(plus liberté)를 주기 위한 것이다. 즉 신탁유증적 보충지정의 자유화가 개정의 목적이다.⁸⁰⁾ 그럼으로써 어떤 재산을 가족에게 남기는 수단을 확보하고, 상속인의 재산관리에 대한 경험부족 등으로부터 상속인을 보호하는 수단을 확보할 수 있게 될 것으로 기대하고자 내려진 결정이다.⁸¹⁾ 이하에서 새롭게 신설된 조문을 중심으로 신탁유증적 보충지정에 대해 설명하고자 한다.⁸²⁾ 그리고 위 이전지정자와 이전의무부담자와의 법적관계에 대한 학설 가운데 부담의 설정(설)의 영향으로 이전의무부담자를 제1수익자⁸³⁾로, 이전지정자를 제2수익자로 용어를 변경하였다.⁸⁴⁾

(1) 요건

프랑스 민법 제1048조⁸⁵⁾에 따라 기술적으로 순차적 무상양여는 증여이든 유증이든지 간에 순차적 조항(clause graduelle)이 그 내용에 포함되어야만 한다. 순차적 유증(legs graduels)이라면 유언자는 재산을 보전하고(conserver) 제2수익자에게 이전할(transmettre) 이중 부담(charge)을 유언장에 명시해야만 한다. 그러므로 프랑스법상 인정된 연장의 4형식(자필, 비밀, 공증, 국제)에 맞춰서 유효해야만 이 이중 조항도 유효하게 된다. 그리고 만약 그 목적물이 부동산이라면 반드시 공시해야만 한다.⁸⁶⁾

80) Marc Nicod, Fasc. 10, n° 1.

81) 권철, 앞의 책(각주 14), 412면.

82) 이에 대한 개괄적 소개는 김형석, 앞의 책(각주 9), 106면, 각주101, 권철, 앞의 책(각주 14), 416면 참고.

83) 유증이라면 제1수유자가, 증여라면 제1수증자가 될 것이다.

84) Marc Nicod, *ibid.*, n° 35.

85) 프랑스 민법 제1048조 무상양여는 수증자 또는 수유자에게 그 대상이 되는 재산 또는 권리를 보존하고, 그의 사망 시 증서에 지정된 제2수익자에게 위 재산 또는 권리를 이전하는 의무를 내용으로 하는 부담을 부과할 수 있다. 이하 무상양여 규정의 번역은 권철, 앞의 책(각주 14), 427면 이하를 따랐다.

86) 프랑스 민법 제1049조 ③ 이 무상양여가 부동산에 관한 때에는 무상양여에 과한 부담은 공시해야 한다.

(2) 효과

① 제1수익자의 법적지위

2006년 개정법에서는 명확하게 말하지는 않지만 제1수익자는 그의 생애 동안에 사망자로부터 승계 받은 목적물의 소유자이다. 전통적 견해에 따르면 제1수익자의 권리는 용익권자(l'usufruitier)의 그것과 상당히 유사하다고 한다. 용익권자는 물건에 대해 일시적으로 지배할 수 있고, 제1수익자는 제3자에게 반환하기 위하여 그 재산을 보전해야 하는 것이 실질적으로 유사하다는 것이다. 그러나 주요한 차이점이 있다. 제1수익자는 타인의 물건에 대한 그의 우선권(prérogative)을 행사하는 것이 아니다. 그는 그 재산의 소유자인 동안에 그 관리권으로부터 이득을 얻지만 처분의 자유 역시 갖고 있기 때문에 다르다. 또 중요한 것은 제1수익자(이전의무부담자)가 제2수익자(이전지정자)보다 오래 생존한다면 그 재산을 이전할 의무가 없다. 확정적으로 제1수익자가 소유자가 된다. 즉 제2수익자가 제1수익자보다 오래 생존한 경우에만 그 재산을 관리하고 이전할 의무를 지기 때문이다. 반면 용익권자는 그럴 가능성조차 없다.⁸⁷⁾

프랑스 민법 제1050조 제2항⁸⁸⁾에서 제1수익자는 제2수익자의 이익을 위하여 무상양여의 대상재산 또는 권리의 향수(jouissance)를 포기할 수 있다. 이때 제2수익자의 대상재산에 대한 권리가 발생한다(프랑스 민법 제1051조). 단 이 포기로 인하여 제1수익자의 채권자 등 제3의 권리를 해할 수 없고 프랑스 민법 제1050조 제3항⁸⁹⁾에서 규정하고 있다. 즉 사해(fraude)를 구성하는 것과 독립적으로 제3자에 대해 대항할 수 없다. 따라서 제1수익자의 채권자들은 포기했음에도 불구하고 당해 재산에 대해 강제집행(se venger)을 청구할 수 있다. 그러나 제2수익자인 이전지정자는 이를 저지할 수 있다.⁹⁰⁾

87) Marc Nicod, Fasc. 10, n° 6, 2008.

88) 프랑스 민법 제1050조 제2항 그러나 이전의무부담자는 제2수익자의 이익을 위하여 무상양여의 대상 재산 또는 권리의 향수를 포기할 수 있다.

89) 프랑스 민법 제1050조 제3항 이 사전포기는 그 포기에 선행하는 이전의무부담자의 채권자도 포기된 재산 또는 권리에 대한 권리를 이전의무부담자로부터 승계한 제3자도 해할 수 없다.

② 제2수익자의 법적지위

이전지정자가 이전의무자보다 오래 생존한다면 이전지정자, 즉 최종 수익자를 위하여 두 번째 재산이전이 이루어진다. 이것은 처분자(사망자)의 의사에 따라 연속적 두 처분이 실현된 것이다. 이전의무자의 사망은 목적물의 지배를 끝내는 동시에 이전지정자의 지배를 시작을 여는 하나의 이음매(charnière)이다. 즉 제2수익자는 제1수익자의 위치에 서게 된다. 이때 마치 상속처럼 소급효 없이 즉시 처분자가 약속한 재산을 받을 지위를 얻게 된다. 이에 대하여 전통적인 학설⁹¹⁾은 해제조건과 소급효를 동원하여 이전지정자가 처음부터 처분자의 재산의 소유자였던 것으로 본다. 따라서 보충지정이 있었음에도 불구하고 유증자로부터 이전의무자로의 재산이전을 없었던 것으로 본다. 이에 대해 **프랑스 민법** 제1051조 전문은 “제2수익자는 자신의 권리를 무상양여를 한 본인으로부터 취득한다고 본다.”고 규정하였다. 즉 사망자이자 유증자로부터 이전된 것으로 보는 것이다. 이는 법적 허구로서 이전의 무부담자의 사망으로 그의 상속인들에게 상속재산을 구성하지 않기 위한 것이다.⁹²⁾ 그러나 이전지정자가 사망자이자 유증자로부터 이전된다고 하더라도 해제조건 하에서 이전의무부담자로부터 재산을 양수한 제3자가 취득시효(usucapion)를 주장하는 것까지 배제하는 것은 아니다.⁹³⁾

(3) 그 외

이 순차적 무상양여는 한 세대에 대해서만 한정된다. 그러므로 제2수익자에게 보존 및 이전의무를 부담시킬 수는 없다(프랑스 민법 제1053조). 그리고 유증으로서 무상양여가 이뤄진 경우, 제1수익자가 법정상속인인 경우 그의 유류분(quotité)을 제외한 자유분의 범위 내에서 하는 것이 원칙이다(프랑스 민법 제1054조 제1항).

90) Marc Nicod, Fasc. 10, n° 23, 24.

91) Marc Nicod, Fasc. 10, n° 18.

92) Marc Nicod, Fasc. 10, n° 60.

93) Marc Nicod, Fasc. 10, n° 70.

5. 그 외 유럽 민법⁹⁴⁾

위 국가들 외에도 오스트리아 역시 오스트리아 민법 제608조 이하에서 선위 그리고 후위상속에 대해 규정하고 있다. 마찬가지로 피상속인은 시간 순서대로 선위상속인(수탁자:Fiduziar)이 먼저 그리고 그 후 후위상속인(신탁수유자:Fideikommissar)이 상속되게 할 수 있다. 선위상속인은 유산의 소유자이나 그의 권리는 원칙적으로 상속재산을 사용하는데 그친다. 이러한 법적 구조는 스위스 민법도 마찬가지이다(스위스 민법ZGB 제493조). 스페인 민법 역시 다르지 않다. 특히 스페인의 경우 이러한 신탁유증적 보충지정은 2세대를 넘길 수 없다고 한다(스페인 민법CC 제881조). 벨기에의 경우 원칙적으로 선위상속인이 상속재산을 보존해야 하는 의무를 포함하는 선위 그리고 후위상속인의 지정은 금지된다(벨기에 민법CC 제896조). 그러나 예외적으로 선위상속인에 아이를, 후위상속인에 손자로 지정하는 것은 예외적으로 허용된다. 마찬가지로 자녀가 없는 피상속인은 그의 형제를 상속인에 그리고 조카를 후위상속인에 지정할 수 있다(벨기에 민법CC 제1048조).

IV. 맺음말 – 우리나라의 상속관습을 살피며

머리말에서 한 소설의 한 대목을 보고 ‘사실’로서 주목하고, 우리 역시 재산의 순차적 이전의 한 관행이 있었다고 굳히게 된 이유는 아래의 판례와 문헌 때문이다.

[대법원 1971. 6. 22. 선고 71다786 판결]

의용민법시행 당시에는 기혼장남이 그 처만을 남기고 그 호주상속 전에 사망하

94) Flick/Piltz, Der Internationale Erbfall, 2. Aufl., 2008 참고.

고 그 후 호주가 그 직계존속 및 처없이 사망한 경우에는 사후양자의 선정이 있을 때까지 기혼장남의 처에게 호주 및 재산상속권이 있음이 관습이었다.

또 한 문헌⁹⁵⁾에 따르면 호주가 사망을 하면 호주상속이 개시될 것이므로 그 순위는 호주상속인의 순위에 준한다고 한다. 따라서 제1순위는 적출자인 남자가 된다. 다만 호주에게 남자 없이 모, 처, 여자만 있을 경우에는 사후양자를 선정할 때까지 그 유산을 모가 일시관리하게 된다. 따라서 양자를 하면 양자 성립일부터 양자가 양부의 유산을 승계한다고 한다. 그런데 호주상속이 아니라 재산상속에도 이런 관습이 있었다는 자료가 있다.

조선총독부 중추원조사과가 펴낸 『李朝の財産相續法』⁹⁶⁾이 그것이다. 경국대전형전사천조(經國大典刑典私賤條)에 의하면 「無子女夫妻奴婢雖無傳係生存者區處本族外不得與他如有妾子女義子女養子女亦毋過其分妻適他者其所區處不用」라고 한다. 즉 부모의 유산의 상속을 받을 자녀가 없는 夫妻의 유산의 상속에 관한 내용이라고 한다. 여기 구처(區處)는 처분(處分)이다. 재산의 주체인 지위를 의미한다. '생존자구처'는 망배우자의 유산을 생존배우자가 상속하는 것을 말한다. 즉 생존배우자는 망배우자의 유산을 상속한다. 조상의 가산은 자계상전(子孫相傳)으로 타족에게 귀속시키는 것을 원치 않는다. 자녀가 없는 경우에 망배우자의 유산을 생존배우자로 하여금 그의 일신을 한하여 상속하게 만드는 것도 그 자로 하여금 종래의 생활을 지속시키게 하고, 그 자가 사망을 한 경우 결국에는 망배우자의 본족(本族)이 상속해야만 하는 재산이다. 망배우자의 유산이 생존배우자의 사망으로 인하여 당연하게 본족에게 승계시키는 상속이다. 따라서 생존배우자의 사망함에 따라 재산은 망배우자의 유산과 생존배우자의 유산으로 나뉘어져, 동시에 2개의 상속이 개시하는 것이다. 이 경우에는 망배우자의 유산에 대해서 생존배우자는 선위상속인이고, 망배우자의 본족은 후위상속인이다.⁹⁷⁾ 후위상속의 특징은 선위상

95) 이상욱, 『일제시대의 재산상속법』, 『법사학연구』 제11권(민속원, 1990), 89면 이하.

96) 중추원조사과편, 『李朝の財産相續法』(국학자료원, 1997), 33면 이하, 320면 이하, 381면 이하.

97) 이러한 상속의 형태를 정광현, 『한국상속관습법에 대한 입법론적 고찰』, 『법학』(서울대학교) 제5권, (서울대학교 법학연구소, 1957), 253면에서 “仲繼相續”이라 한다. 그리고 “독일에서 생존배우

속인과 같이 피상속인으로 하고 같은 상속재산으로 하여 개시되는 상속이라는 점에 있다. 따라서 선위상속인은 몸소 상속인이며, 상속으로 인하여 상속재산을 승계했음에도 불구하고 후위상속인을 위하여, 후위상속이 개시하기까지 그의 상속재산을 관리해야 할 지위에 있다. 그 관리는 자기를 위한 관리이고, 사용·수익할 권리를 갖는다. 또 반드시 처분권을 부정하는 것도 아니라고 한다.

식민지시기 상속 관습법에 대하여 법학계의 주류적 입장은 조선총독부가 고유의 관습을 왜곡하여 일본 민법적인 것으로 변용하였다는 사실을 강조하고 있다고 한다.⁹⁸⁾ 따라서 우리나라에 이러한 관행, 즉 사실이 있었고, 위 내용처럼 독일과 프랑스와 같이 실제 상속이 이뤄졌는지는 불투명하다. 그래서 결론을 유보해야 할지 모른다. 뿐만 아니라 ‘호주’ 그리고 ‘家産’이라는 없어지거나 특징적인 개념이 들어가 있기 때문에도 그러하다. 그러나 반대로 일본 민법이 독일과 같은 상속 또는 프랑스와 같은 순차적 재산이전(이른바 후계유증)을 어떤 역사적 사실로서 다룬 것을 찾지 못했다는 것이다. 따라서 문헌으로부터 드러난 바에 따른다면 우리 역시 지금까지 서양법을 통해 드러난 순차적 재산이전의 기교를 보유하고 있었다고 판단하는 것이 비합리적이라 생각되지 않는다.⁹⁹⁾ 더욱이 『民法案審議, 下卷』에서 뚜렷한 배제의 흔적

자를 선위상속인으로 하고 자녀를 후위상속인으로 선정하는 제도(독일 민법 제3106조 이하)는 임의적 中繼相續의 일종으로 우리나라와 같이 婦女라는 이유에서 중계상속인이 되는 강제적인 중계상속과 다르다.”고 한다.

98) 정궁식, 「식민지시기 상속관습법의 타당성에 대한 재검토」, 『법학』 제50권 1호(서울대학교 법학연구소, 2009), 288면; 同, 「관습조사보고서」(한국법제연구원, 1992), 39면 외 다수.

99) 한 심사자의 견해에 따르면 “상속관습법상 또는 1990년 개정 전 민법상 호주상속 제도에서 등장하는 이른바 중계상속의 법리를 서양에서 말하는 ‘순차적 유증’의 법리와 유비하는 것은 다음의 두 가지 점에서 적절하지 않다”고 한다. “첫째, 중계상속은 유언에 의해 개시되는 것이 아니라 법률의 규정에 따른 것이므로, ‘종의처분’에 의한 순차적 재산이전이라는 이 글의 전체적인 주제와 전혀 관련이 없습니다. 둘째, 처 또는 배우자가 남자인 호주 또는 남자 상속인의 본족이 그 재산을 상속할 때까지 일시적으로 재산상속을 하는 것이 ‘상속인’의 지위에서 하는 것인지, ‘상속재산관리인’의 지위에서 하는 것인지에 대해서는 논란이 있다.”고 한다. 필자 역시 이른바 호주상속과 관련한 중계상속의 경우 법률에 의한 것임을 파악하고 있었다. 다만 논문에서 말하고자 했던 것은 논문의 머리말에서 제시한 쟁점에 대한 ‘법적 기술’을 서양법과 마찬가지로 우리나라 역시 알고 있었고 그처럼 해 온 사실들이 존재했다는 점을 강조한 것이다. 한 규범이 한 사실로부터 발생되는 것은 아니지만, 또 규범에 사실이 순응하는 것인지, 사실이 규범에 순응하는 것인지 불분명하지만, 규범과 사인의 의사실현을 정합시키기 위한 기반으로서 우리에게도 ‘특정’ 사실이 있었음을 말하고 싶었다. 더불어 이 상속관습에 대한 우리나라의 ‘논란’은 필자가 이 논문에서 말하고자 하는 바를 반증하는 것이라 판단한다. 왜냐하면 독일과 프랑스 역시 동일한 논란(우선상속인, 제1수익자의 법적

도 찾을 수 없었기 때문이다. 그렇다면 남은 문제는 이 종의처분으로써 재산의 순차적 이전에 대한 민법의 흠결을 해석으로써 얼마나 민법에 모순되지 않게 법리를 구성해야만 하는지가 문제가 될 것이나, 이는 선행 논문¹⁰⁰⁾이 그리고 이 글에서 소개된 비교법적 검토가 단서가 될 것으로 기대한다.

■ 참고문헌

- 권재문, 「부동산의 후계유증에 대한 재평가－권리소멸약정의 등기·가등기의 활용 가능성－」, 『저스투스 통권』 제146-1호, 한국법학원, 2015.
- 권 철, 「프랑스 민법상 신탁적 무상양여(증여·유증)에 관한 소고」, 『민사법학』 제59호, 한국민사법학회, 2012.
- 김준현 옮김, 프랑수아 비용, 『유언의 노래』, 세계시인선 4, 민음사, 2016.
- 김형석, 「우리 상속법의 비교법적 위치」, 『가족법연구』 제23권 제2호, 한국가족법학회, 2009.
- 김현진, 「프랑스민법상 유증」, 『민사법학』 제59호, 한국민사법학회, 2012.
- 박경리, 『노을 진 들녘』, 마로니에북스, 2013.
- 성중모 譯, 「유스티니아누스 법학제요 한글 初譯」, 『법사학연구』, 제45권, 민속원, 2012.
- 이상욱, 「일제시대의 재산상속법」, 『법사학연구』 제11권, 민속원, 1990.
- 이철우, 『서양의 세습가산제』, 경인문화사, 2010.
- 이상진, 「운명의 패러독스, 박경리 소설의 인간상」, 『현대소설연구』 제56호, 한국현대소설학회, 2014.
- 이혜경, 「박경리 『노을 진 들녘』에 나타난 여성성 연구－에코페미니즘의 관점을 중심으로－」, 『서강인문논총』 제44집, 서강대학교, 2015.
- 윤철홍, 「박경리 『토지』에 나타난 토지소유권의 취득에 관한 소고」, 『토지법학』 제28-2호, 한국토지법학회, 2012.
- 이근영, 「수익자연속신탁에 관한 고찰」, 『재산법연구』 제27권 제3호, 한국재산법학회, 2011.
- 양창수 역, 『독일민법전』, 박영사, 2005.
- 조윤아, 「1960년 전후 박경리의 글쓰기에 나타난 역사의식」, 『인문과학연구』 제29권, 성신여자대학교, 2011.
- 정광현, 「한국상속관습법에 대한 입법론적 고찰」, 『법학』, 제5권, 서울대학교 법학연구소, 1957.
- 정공식, 「식민지기 상속관습법의 타당성에 대한 재검토」, 『법학』 제50권 1호, 서울대학교 법학연구소,

지위 참고)이 있기 때문이다. 즉 우리나라 역시 서양법과 다르지 않은 법적 기술을 갖고 있기 때문에 처 또는 배우자가 상속재산 관리인일 뿐인지 아닌 상속인지에 대한 논란이 결과적으로 나타난 것으로 판단한다.

100) 권재문, 앞의 책(각주 3), 335면 이하.

2009.

- 정궁식, 『관습조사보고서』, 한국법제연구원, 1992.
- 조선총독부 증원조사과 編, 『李朝の財産相續法』, 국학자료원, 1997.
- 최병조, 『로마법과 비교법』, 『법학』 제48권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2007.
- _____, 『로마법 강의』, 박영사, 1999.
- _____, 『법학방법론과 법문화-自賣계약의 예증을 통한 법문화비교의 관점에서-』, 『서울대학교 법학연구소 학술대회(법학방법론의 기초와 적용) 자료집』, 서울대학교 법학연구소, 2015.
- _____, 『“유스티니아누스 법학제요 한글 초역(初譯)”에 대한 선후책(善後策) -동시에 로마 법률용어의 역어에 대한 몇 가지 제안-』, 『법학』, 제55권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2014.
- _____, 『로마법상 학설대립 : 채권적 유증의 효력과 카토(Cato)의 法理則』, 『법학』 제39권 2호, 서울대학교 법학연구소, 1999.
- 최수정, 『상속수단으로서의 신탁』, 『민사법학』 제34호, 한국민사법학회, 2006.
- 최현태, 『복지형신탁 도입을 통한 민사신탁의 활성화- 수익자 연속신탁을 중심으로 -』, 『재산법연구』 제27권 제1호, 한국재산법학회, 2010.
- 칼 앙기쉬 지음, 안법영 · 윤재왕 옮김, 『법학방법론』, 세창출판사, 2011.
- 포르탈리스, 양창수(譯), 『民法典序論』, 박영사, 2003.
- 현소혜, 『유언의 해석』, 서울대학교 법학박사학위논문, 2009.
- Brox/Walker, “Erbrecht”, C.H.Beck, 25. Aufl., 2012.
- Canaris, “Die Feststellung von Lücken im Gesetz”, Duncker & Humblot, 2. Aufl., 1983.
- C. Aubry et C. Rau, “COURS DE DROIT CIVIL FRANÇAIS D’APRÈS LA MÉTHODE DE ZACHARIAE”, PARIS, T. VI, 1875.
- Christian Jubault, “Droit civil - Les successions, Les libéralités”, L.G.D.J, 2e éd., 2010.
- Dirk Olzen, “Erbrecht”, C.H.Beck, 4. Aufl. 2013.
- F. Terré et Y. Lequette, “Droit civil, Les successions, Les libéralités”, DALLOZ, 3e éd., 1996.
- Flick/Piltz, “Der Internationale Erbfall”, C.H.Beck, 2. Aufl., 2008.
- Kipp/Coing, “Erbrecht”, J.C.B.Mohr, 14. Aufl., 1990.
- Kaser/Knütel, “Römisches Privatrecht”, C.H.Beck, 18. Aufl. 2005.
- Larenz, “Methodenlehre der Rechtswissenschaft”, Springer, 2. Aufl.. 1969.
- Lange/Kunchinke, “Erbrecht”, C.H.Beck, 5. Aufl., 2001.
- Mugdan, “Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsch Reich”, Band V :Erbrecht, R.v.Decker, 1899.
- Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band V, Erbrecht, Amtliche Ausgabe, 1888.
- Marcel Planiol, “Traité Élémentaire de Droit civil”, PARIS, t. III, 1918.
- Marc Nicod, § 1048 à 1056 Civil code in Juris Classeur, Fasc. 10. LexisNexis.
- M. Grimaldi, “Droit civil, Successions”, LITEC, 3e éd., 1996.
- Pothier, Robert Joseph, “Traité des successions, donations testamentaire, donations entre-vifs,

substitutions et des propres” in Œuvres VIII, Paris, 1847.

Staudinger/Martin Avenarius, Vorbem zu § § 2100–2146, 2003.

Ulrich Manthe(Hrsg.), “Gaius Institutiones”, WBG, 2. Aufl., 2015.

Werner Schubert(Hrg., “Die Vorlage der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches”, Fünftes Buch : Gottfried von Schmitt, Erbrecht, Teil 1, Berlin–New York, 1984.

〈Zusammenfassung〉

Kann der Erblasser die Übergang des Erbschafts für einer zeitlichen Begrenzung im Rahmen des koreanischen BGB einsetzen?

Kim, Gha Eul*

Der vorher aufgegebene Aufsatz hat die Textstelle eines Romans als Beispiel angeführt. Im Roman sagt ein alter Man, dass die Erbschaft als Ganzes auf seine Ehefrau A übergeht und wenn die Ehefrau A sterben wäre, würde seine Enkeltochter B die Erbschaft als Ganzes (von dem alten Man) nachfolgen.

In Beziehung auf der Textsettle hat der Autor eine Zweifel, dass der Erblasser den Übergang von der Vorerbfolge(z.B.: 'A') zur Nacherbfolge(z.B.: 'B'), wie geschreibende Inhalt im Roman, im Rahmen des koreanischen BGB bestimmen kann. Hinsichtlich der rechtlichen Konstruktion dieses Problems wird sich damit feststellen lassen, dass ob der Erblasser damit verfügen kann, dass die Erbfolge an eine aufschiebende- oder auflösende Bedingung auch noch Anfangs- oder Endtermin geknüpft ist.

Die vorliegende Arbeit darstellt '*fideicommissum*' des römischen Rechts, 'Vor- und Nacherben' des BGB und '*substitution fidéicommissaire*' des französischen Zivilrechts. Dies ist ein Zweck, um die Gesetzmäßigkeit der ausländischen Legaltheorie und die Vereinbarkeit mit koreanischen BGB zu

* Ph. D in law

überprüfen. Zum Schluss kann der Autor ein neue Dogma vom Schwerpunktthema nicht aufstellen, aber findet, dass es die Tatsache ähnlich diesem Roman in der Vergangenheit gab und die rechtlichen probleme aus dieser Tatsache ähnlich dem ausländischen Recht behandelte.

[Stichwörter] Fideicommissum, Nacherben, Substituion, Libéralité graduell.

