

# 特別緣故者에 대한 相續財産의 分與制度\*

鄭 相 鉉\*\*

## I. 序 論

상속제도가 사회제도의 하나로서 정당화되는 객관적 기초는 사유재산제도와 가족공동생활의 필요에 기인한 것이라고 할 수 있다. 즉 사유재산제도는 모든 사적 재산이 원칙적으로 일정한 개인에게 귀속되어야 하는 것을 의미하고, 그 개인이 사망한 경우에는 재산을 승계할 주체로서의 개인이 새롭게 정해져야 한다. 사망한 자의 재산이 새로운 주체에게 귀속되는 것을 상속이라 하며, 그러한 재산귀속의 주체가 가족공동체의 한 구성원이라고 한다면, 상속제도는 사유재산제도 및 가족공동체질서와 불가분의 관련이 있다고 할 수 있을 것이다.

상속이 개시되면 소정의 절차에 따라 상속재산은 특정한 개인에게 승계되는데, 대체로 상속재산이 귀속되는 특정한 개인으로서의 상속인은 가족구성원이거나 일정한 범위의 피붙이인 것이 일반적이다. 그러나 상속은 개시되었음에도 불구하고, 상속인이 구체적으로 누구인지가 분명하지 아니한 때에는 상속재산의 관리를 위한 일정한 조치가 필요하고, 상속인이 결국 나타나지 않을 때에는 최종적으로 상속재산을 누구에게 귀속시켜야 할 것인가를 결정해야 한다.

이와 같이 相續人이 不存在한 경우, 즉 상속인의 존부가 분명하지 않은 경우에, 상속재산의 최종적 귀속에 대하여, 종래 1990년 개정전 민법에 의하면 相續財産管理人의 選任(제1053조 이하)과 일반상속채권자와 유증받은 자에 대한 清算(제1056조),

\* 이 논문은 2001학년도 영남대학교 학술연구조성비 지원에 의한 것임

\*\* 영남대학교 법과대학 전임강사

그리고 相續人 搜索(제1057조) 등의 절차를 거친 후, 잔여상속재산이 있으면 國家에 歸屬(제1058조)시키는 것으로 규정하고 있었다. 그러나 1990년 민법의 일부개정으로 特別緣故者에 대한 相續財産 分與制度(제1057조의 2)가 신설되었는데, 이에 따르면 상속인이 존재하지 않은 경우, 상속재산의 국가귀속 전에, 상속인은 아니지만, 피상속인과 생계를 같이 하고 있던 자나 피상속인의 요양간호를 한 자, 또는 기타 피상속인과의 특별한 연고관계에 있는 자는 그의 청구와 가정법원의 심판에 의하여 상속재산을 분여받을 수 있게 되었다. 따라서 이 제도는 상속인 중에서 특별히 재산증가 등에 기여한 자에게 인정되는 상속분 가산으로서의 寄與分制度(제1008조의 2)나 1998년 민법개정안 제1009조 제3항 및 제4항과 2000년도 민법개정안 제1008조의 3에서 신설한 扶養相續分과는 구별되어야 한다.

한편 1990년 민법개정시에 이 제도를 신설한 목적이나 취지에 대하여 명문으로 밝힌 바는 없으며, 입법자료로서 참고하였던 외국의 입법례라고 한다면, 그 내용에 있어서 우리 민법과 동일한 일본민법 제958조의 3이 아닌가 생각된다. 또한 이 제도에 대한 우리의 판례가 일천한 반면, 이미 1962년에 이 제도를 신설한 일본에서는 그 이후 많은 연구결과물과 판례가 축적되어 있다. 이것은 우리 민법에서 새롭게 선보인 이 제도의 입법취지나 구체적인 내용, 그리고 해석 및 운용상의 문제점 등을 검토함에 있어서, 매우 유익한 참고자료가 되리라고 생각한다.

## II. 沿革的 基礎와 立法過程

### 1. 沿革 및 立法例

#### (1) 로마法

고전로마법에서는 상속인이 없거나 상속재산의 소유자를 알 수 없을 경우에, 선량한 가족의 復歸權(Heimfallsrecht der Gentilen)에 따라 그 승계자를 정하고, 법무관의 칙령에 의하여 필연적인 것은 아니지만, 상속재산이 채무초과인 경우에는 파산으로 처리하였다. 그리고 Augustus의 혼인질서에 관한 칙법(lex Iulia de maritandis ordinibus · lex Papia Poppaea)에 의하면, 상속인이 없는 재산(bona vacantia)은 수령자흡결재산(caducum)으로서 國庫(aerarium)에 귀속시키고, Tiberius이후

에는 財庫(fiscus)에 귀속시켰다. 이 때 국가는 사권의 주체가 아니므로 상속인은 될 수 없으나, 상속인과 유사한 재산승계인으로 인정되었다.<sup>1)</sup> 또한 Iustinianus법에 의하여도 상속인을 알 수 없는 재산은 종래와 같이 국고에 귀속되고, 예외적으로 군인의 재산은 그의 소속 군대에, 10인 조장(Dekurionen)의 재산은 자손이 없는 경우에는 소속 민회(curia)에, 조합구성원의 재산은 그 조합에, 사제·성직자·승려는 그가 속한 교회 또는 수도원에 귀속되었는데, 다만 이러한 취득 역시 상속에 의한 귀속으로 보지는 아니하였다.<sup>2)</sup> 따라서 로마법에서 상속인의 부존재시에 국고로의 귀속으로 처리하고, 오늘날과 같은 특별연고자제도는 없었다고 할 수 있다.<sup>3)</sup>

## (2) 獨逸民法

독일에서는 상속권 있는 혈족이 존재하지 않는 경우에, 로마법과 같은 復歸權이 7세기까지는 혈족(Sippe) 또는 촌락단체(Dorfgemeinschaft)에 인정되었고, 그 후에는 영주(Grundherrn)에게도 그러한 권리가 인정되었지만, 그 범위가 동산의 일정부분에 한정되었다. 프랑크시대에는 상속인이 없는 재산은 국가로 귀속되었고, 중세에는 수익권(Regal)으로서 생각되었지만, 그 수익권이 君主(Landesherren)에게 이전되는 것으로 보았다. 특히 바이에른과 오스트리아에서는 이와 같은 상속인 없는 재산이 군주의 지배권 확립에 크게 기여하였다. 이러한 복귀권은 근대의 여러 입법에서 나타나 法定相續으로 생각되기에 이르렀고, 특히 독일민법 제1936조는 國庫의 法定相續(gesetzliches Erbrecht des Fiskus)을 규정하고 있다. 즉 일정한

1) Max Kaser, Das römische Privatrecht, I. Abschnitt, C.H.Beck, 1955, S.586 ; Paul Frédéric Girard, Manuel élémentaire de droit romain, 8<sup>e</sup>éd., Librairie Arthur Rousseau, 1929, p.940 ; Fritz Schulz, Classical Roman Law, Clarendon Press, 1954, p.237

2) Max Kaser, Das römische Privatrecht, II. Abschnitt, C.H.Beck, 1959, S.361f.

3) 이에 대하여 曹圭昌, 로마法, 法文社, 1996, 1116면은 이 제도와 관련하여, “나아가 피상속인의 유산이 그와 일정한 법률관계에 있는 연고권자에게 귀속되기도 하였다. 예를 들면 양자가 정당한 이유없이 양가에서 축출된 경우, 양자는 유산의 1/4을 취득할 수 있었으며, 또한 피상속인의 친자와 배우자가 없을 때에는 혼인외의 출생자가 유산의 1/6을 취득할 수 있었고, 유산을 취득할 수 없을 때에는 부양청구권을 행사할 수 있었다”고 기술한다. 이러한 설명에 비추어 보면, 우리 민법상 특별연고자제도의 연혁적 기원을 로마법에서 일부 찾아 볼 수 있을 지도 모른다. 즉 로마법상 법정 상속인이 없는 경우에, 상속권이 전혀 인정되지 않았던 혼인외의 자나 양가에서 축출된 자에게 상속재산을 나누어 주도록 하고 있었던 것이기 때문이다. 물론 우리 민법에서는 혼인외의 자를 혼인중의 자와 달리 취급하고 있지 않으며, 위의 양가에서 축출된 자를 파악된 것으로 본다면, 그에게는 상속권이 없다. 그러나 애석하게도 필자는 위에 언급한 내용에 대하여 원전을 밝히고 있지 않아, 내용의 진위를 확신하기는 어렵다.

절차(BGB 1964조 이하)에 의하여 다른 법정상속인의 부존재가 확정되면 상속재산은 연방정부의 국고에 귀속된다. 국고는 최후의 필요한 法定相續人(le cousin de tout le monde · 모든 사람의 혈족)으로서 상속을 거절할 수 없지만, 항상 유산으로 유한책임을 부담하는데 그친다(BGB 2011조).<sup>4)</sup> 따라서 독일민법에서도 우리 민법과 같은 특별연고자의 상속재산 분여제도는 찾아 볼 수 없다.

### (3) 佛蘭西民法

불란서에 있어서도 상속인이 없는 경우에, 상속개시지의 지방법원은 이해관계인의 신청 또는 검사의 청구에 의하여 財産管理人을 選任하고, 財産目録作成 등 재산상태를 확정하며(C.c art. 811 이하), 상속인의 부존재가 확정되면 상속재산은 國家에 歸屬된다(C.c art. 768). 물론 이 때 국가를 상속인으로 볼 수 있을 것인가에 대하여, 전통적인 다수설에 의하면, 국가는 상속인이 아니라, 불란서민법 제539조(우리민법 267조) 및 제713조(우리민법 252조 2항)에서 규정하고 있는 무주재산의 국가귀속원칙이 적용된 하나의 예로 보고 있음에 반하여<sup>5)</sup>, 소수설과 판례는 국가를 상속인으로 해석하고 있다.<sup>6)</sup>

\*

\*

\*

고전로마법과 로마법대전, 독일과 불란서 등 유럽제국의 입법례에서 보았듯이, 상속인의 부존재시에 상속재산은 국가에 귀속하며, 우리 민법의 특별연고자제도와 같은 것은 찾아 보기 어렵다. 다만 우리 민법과 동일한 규정을 두고 있는 일본민법에 대하여는 입법취지와 더불어 항을 바꾸어 자세히 검토한다.

4) Wilfried Schlüter / Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd.II, 10.Aufl., 2000, OUS, 3 zu § 1936, S.4330 ; Dieter Leipold, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd.9, 3.Aufl., C.H.Beck, 1997, 1 zu § 1936, S.259 ; Heinrich Mitteis - Heinz Lieberich, Deutsches Privatrecht, C.H.Beck, 1968, S.150

5) Demolombe, Huc, Aubry et Rau, Planiol, Ripert

6) Colin et Capitant ; Civ. 13 juin 1855, S. 55. 1. 690, D. 55. 1. 253 ; Civ. 14 fév. 1911, S. 12. 1. 273, D. 12. 1. 337 ; Req. 6 déc. 1923, S. 24. 1. 297, D. 24. 1. 39 ; Civ. 20 juill. 1926, D. H. 26. 453

## 2. 立法過程

우선 상속인 부존재시에 상속재산의 처리에 관한 우리의 관습과 민법제정 당시의 입법과정 및 입법취지를 살펴 보기로 한다.

### (1) 慣習의 檢討

우리의 관습에 비추어 보면, 대개 상속인이 없는 경우는 있지만, 상속인이 분명히 존재함에도 불구하고, 누가 상속인이 되어야 하는지 불분명하거나 상속인의 유무가 명확하지 않은 경우는 거의 없기 때문에, 이에 대한 관습을 찾아 볼 수 없다.<sup>7)</sup> 다만 상속인이 없는 경우 상속재산의 처리에 대하여, 京城에서는 漢城府에서 관리인을 정하고, 지방에서는 里長·洞長이 관리하며, 그 수익으로 死者의 장례비에 충당하는 것이 관례였다. 그리고 상속인이 나타나지 않을 것이 분명하게 된 때에는 이를 里·洞의 소유로 이전하고, 이·동에서 그 제사를 주관하는 것으로 하였다. 다만 이·동의 소유로 이전하기 이전의 재산은 단순히 死者의 유산으로서 보관하는데 지나지 아니하였으나, 이 재산을 無主物과 동일시할 수는 없고, 일종의 財團으로서 존립하는 것이었다.<sup>8)</sup> 한편 의용민법 시행 당시에, 호주 또는 가족이 사망하고 그 상속인이 없는 경우의 재산귀속에 대하여는 家를 같이 하는 近親者에게 귀속하는 것이 관습이라는 판결이 있었다.<sup>9)</sup>

이러한 점에 비추어, 우리의 관습에 나타나는 상속인 부존재시의 상속재산처리에 관하여, ①상속인이 부존재한 경우가 그리 많지 않았기 때문에, 그에 대한 관습이 없다는 사실, ②상속인의 부존재가 분명한 경우, 死者의 近親者에게 상속재산을 귀속토록 하고 있다는 사실, ③그리고 최후로 상속재산은 행정관청 혹은 주민자치의 역할에 맡겨 관리했다는 사실 등을 알 수 있다. 이와 같은 것을 검토해 보면, 근친자에게 상속재산을 귀속시키는 경우는 있었으나, 이것은 단지 유교주의·가족중심주의·혈통주의의 결과일 뿐이라고 생각된다. 즉 타인이나 국가에 재산을 넘겨주는 것보다는 피붙이에게 귀속시키려는 의도가 강하였던 것이다. 따라서 우리의 관습상 상속인이 부존재한 경우에, 오늘날의 특별연고자제도와 같은 것은 찾아 볼 수 없다.

7) 朝鮮總督府, 慣習調査報告書, 大正2, 363頁

8) 朝鮮總督府, 전계 報告書, 40頁

9) 대판 1962.3.22, 4294민상833 = 상속인이 없는 경우 家를 같이 하는 근친자에게 귀속된다고 하는 판결. 대판 1972.8.31, 72다1023 = 絶家가 되어 유산이 家를 달리하는 경우에는 근친자에게 귀속되는 것이라는 판결

## (2) 立法過程

① 일제에 의한 明治45년(1912)과 昭和18년(1943)의 朝鮮民事令은 각각 제11조에서 친족 및 상속에 관하여는 依用民法의 적용을 배제하고, 우리의 관습에 의하도록 규정하고 있었을 뿐만 아니라, 당시의 依用民法에도 이러한 제도가 없었기 때문에, 우리 민법이 이 제도를 접할 기회는 없었다.<sup>10)</sup> 또한 우리의 현행민법 제정당시 초안에 포함되어 있지 않았고, 국회의 심의과정이나 본회의에서도 그에 대한 논의는 찾아볼 수 없다.<sup>11)</sup> 그러나 1990년 1월 30일자로 공포되고, 1991년 1월 1일부터 시행에 들어간 개정민법은 상속인의 범위를 축소함과 아울러, 제1057조의 2에서 「特別緣故者에 대한 分與」제도를 신설하기에 이르렀다. 다만 이러한 개정은 친족·상속법에 관한 한, 유례없는 대폭적인 개정이었음에도 불구하고, 법조계의 본격적인 논의나 다양한 의견수렴과정이 없었을 뿐만 아니라, 신설제도에 대한 입법취지를 명확히 밝히지 않은 잘못을 범하였다는 비판을 받고 있다.

② 현행민법 제1057조의 2는 일본민법 제958조의 3을 받아들인 것이라고 하는 견해가 일반적이다.<sup>12)</sup> 물론 일본민법의 경우에도 민법제정 당시에는 상속인이 부존재한 경우에, 國庫에 귀속하는 것으로 규정하고 있었으며, 다만 우리와 다른 점은 상속인 없는 상속재산을 일단 法人으로 취급한다는 점이다.<sup>13)</sup> 그러나 일찍이 일본에서는 개인의 상속재산을 국가에 귀속시키는 것보다는 다른 적절한 용도에 충당하는 것이 바람직하다는 고려에 따라, 昭和2년(1927) 臨時法制審議會의 相續編中改正要綱에서 「상속인이 존재하지 않는 경우, 상속재산관리인은 가사심판소의 허가를 얻어, 前戶主

10) 明治45년 3월 18일 帝令 제7호 朝鮮民事令 제11조 “第一條의 法律中 能力, 親族 及 相續에 關하는 規定은 朝鮮人에게 此를 適用치 아니함. 朝鮮人에게 關하는 前項의 事項에 關하는 慣習에 依함”. 昭和18년 6월 9일 帝令 제30호 朝鮮民事令 제11조 “韓國人의 親族 및 相續에 關하여는 別段의 規定이 있는 境遇를 除外하고는 第一條의 法律에 의하지 아니하고 慣習에 의한다. 但 婚姻·年齡·裁判上의 離婚·認知·裁判上의 離縁·親權·後見·保佐人·親族會·相續의 承認 및 財産의 分離에 關한 規定은 此限에 不在한다. 分家·絶家再興·婚姻·協議上의 離婚·縁組 및 協議上의 離縁은 이를 市長 또는 邑·面長에게 届出함으로써 그 效力이 생긴다. 但 遺言에 의한 縁組에 關하여는 그 届出은 養親의 死亡時에 遡及하여 그 效力이 생긴다”.

11) 民議院法制司法委員會民法案審議小委員會, 民法案審議錄(下) 親族編·相續編, 1957, 188-191면; 國會事務處, 國會定期會議速記錄 제29호

12) 韓瑋熙, 改正 家族法論, 大旺社, 1990, 68면; 郭潤直, 相續法, 博英社, 1997, 346면; 金性淑, “特別緣故者에 대한 相續財産 分與制度”, 家族法研究 제6호, 韓國家族法學會, 1992.12, 187면

13) 이에 대하여 보다 자세한 것은 梅謙次郎, 民法要義 卷之五 相續編, 明治43, 243-245頁 참조

의 부조에 의하여 생계를 유지한 자, 기타 전호주와 특별한 연고가 있는 자 또는 신사나 사찰 등에 대하여, 국고에 귀속되어야 할 상속재산 중에 상당한 증여를 할 수 있는 것'이라고 규정한 바 있고, 소화11년(1936) 人事法案 제344조 역시 「전조의 기간내에 상속인의 권리를 주장하는 자가 없는 경우에, 특별관리인은 전호주의 부양에 의하여 생계를 유지한 자 기타 前戶主 혹은 그 家와 특별한 연고가 있는 자 또는 신사나 사찰 등 공익을 목적으로 하는 시설에 대하여, 가사심판소의 허가를 얻어 잔여재산 중에서 상당한 액을 증여하는 것」을 규정하고 있었다. 그러나 당시 민법개정 자체가 이루어지지 아니하는 바람에 위의 두 안은 실현되지 못하였다. 다만 그로부터 15년 후인 소화37년(1962) 개정 일본민법은 근대적 상속법리에 따라, 상속인의 범위를 비교적 좁은 범위로 한정하였고, 그에 따라 개정전 민법규정에 비하면 상속인의 부존재의 사례가 보다 많이 나타날 수 있게 되었다. 이러한 사정이 구체화되어, 상속인의 부존재시에 잔여 상속재산의 귀속을 결정하는 제958조의 3규정(특별연고자에 대한 상속재산의 분여)이 등장한 것이다.<sup>14)</sup> 다만 일본민법에 있어서 이 규정의 신설 당시에도, 일부의 예상은 이 제도의 이용도가 연간 40 - 50건 정도일 것으로 생각하였지만, 실제로는 이보다 훨씬 상회하였고, 특히 소화39년(1964년)에는 224건에 이르는 등 그 증가가 가히 폭발적이라고 해도 과언이 아니었다. 그러나 이것은 이 제도의 존재가 일반인에게 알려지고, 그 때까지 축적되어 있던 상속인부존재 사건이 집중되었기 때문이다. 그 이후 점차 줄어들어 어느 정도 안정적인 단계로 접어들었으나, 최근의 통계를 보면 다시 괄목할 만한 수적 증가를 보이고 있다.<sup>15)</sup>

③ 우리 민법 제1057조 2와 일본민법 제958조의 3은 다음과 같은 차이가 있다. 즉 일본민법의 경우에는 가정법원이 상속재산의 분여를 인정하기 위한 요건으로서, 법문상 「상당하다고 인정되는 때」를 부가하고 있으며, 청구기간을 상속인 수색 공고 후 3개월 내로 하고 있지만, 우리 민법에는 그와 같은 상당성 판단을 위한 규정이 없고, 청구기간을 상속인 수색공고 후 2개월 내로 하고 있다. 그러나 그 외의 내용에 있어서는 동일하며, 이러한 규정의 유사성에 비추어 일본민법의 검토가 우리 민법의

14) 鈴木祿弥, 相續法講義, 創文社, 1996, 91頁 ; 久貴忠彦, 新版注釈民法(27), 相續(2), 有斐閣, 平成元年, 693-694頁 ; 久貴忠彦, “特別緣故者に対する相續財産の分與”, 民商法雜誌 第56卷 2号, 1967.5, 196頁

15) 수리건수는 규정의 신설 후 다소의 변동이 있었지만, 昭和45년(1970)부터 昭和62년(1987)까지 사이에는 최저 289건, 최고 416건에 이르고 평균 352건이었다. 수리건수 중 가정법원의 인용건수와 각하건수는 대체로 9 : 1 정도의 비율로 나타나고, 특히 昭和62년의 경우 371건 수리, 인용 283건, 각하 37건, 취하 51건이었다. 久貴忠彦, 前掲書, 694頁

해석론에 많은 시사가 될 것이라고 생각한다.

### 3. 立法趣旨

(1) 일본에 있어서 특별연고자제도에 대한 실제이용도는 별론으로 하더라도, 전후의 일본민법이 상속인의 범위를 축소함으로써, 상속인 부존재의 경우가 보다 많아질 것이 예상되자, 이 제도를 신설하였던 것은 분명하다. 우리민법 역시 1990년의 개정으로 상속인의 범위를 8촌 이내의 방계혈족에서 4촌 이내의 방계혈족으로 축소하였기 때문에 (제1000조 1항 4호), 외형적으로는 상속인이 존재하지 않는 경우가 전보다 훨씬 많아지게 되었고, 그 결과 상속재산이 국가에 귀속되는 경우도 그 만큼 많아지게 되었다. 그러나 부계혈족과 모계혈족의 범위차이를 없앴으로써(제777조 1호), 상대적으로 모계혈족의 범위를 확대시킨 것은 결국 그 만큼 상속인의 범위를 확대하는 결과를 낳고 있기 때문에, 현실적으로 이 제도의 적용을 받게 되는 경우가 얼마나 될 지는 의문이다.<sup>16)</sup> 따라서 일본의 상황과는 사뭇 대조적이지만, 우리 판례상 아직 구체적인 사례가 보이지 않는 점이 그리 놀라운 일은 아니다. 한편 이러한 제도를 통하여 새로운 유형의 상속인을 만들어 내는 것과 다름이 없다는 비판도 가능하다. 즉 이론적으로는 채무승계를 허용하지 않으므로, 상속과 다른 것이라고 하지만, 실질적으로는 상속과 동일시할 수 있는 면이 많은 것이다. 특히 일본민법의 입법자들 역시 「실질적으로 상속제도의 수정」으로 이해하였고<sup>17)</sup>, 입법심의에서도 특별연고자에 대한 설명을 「피상속인과 특별한 관계에 있어서 피상속인이 만약 기회가 있었다면, 유언으로 그 자에게 재산을 주었을 것이라고 인정되는 관계에 있는 자」 또는 「사실상 상속인과 동일하게 고려되는 자」라고 표현한 점은 이러한 의미를 명확하게 나타내는 것이다.<sup>18)</sup>

(2) 특별연고자제도는 특히 다음과 같은 취지를 내포하고 있는 것으로 이해될 수 있다.<sup>19)</sup> ① 첫째, 이러한 제도를 통하여 법률상의 상속인은 아니지만, 피상속인과 특

16) 梁壽山, 親族相續法, 日新社, 1994, 681면 ; 李庚熙, 家族法, 法元社, 2000, 326면 ; 郭潤直, 전게서, 347면

17) 加藤一郎, “民法の一部改正の解説(3)”, ジュリスト 第251号, 昭和27, 52頁

18) 山主政幸, “民法改正資料 - 主として法務委員会會議録から論点を集録・整理したもの”, 日本法学 第28卷 5号, 昭和37, 143頁 以下

19) 金容漢, 新親族相續法論, 博英社, 2002, 367-368면 ; 泉久雄 外, 民法講義8 相續, 有斐閣, 1978, 263頁 ; 遠藤浩 外, 民法(9)相續, 有斐閣叢書, 1988, 15頁 ; 深谷松男, 現代家族法, 青林書院, 1997, 198頁 ; 山主政幸, “民法の一部改正について”, 法律時報 第34卷 7号, 昭和37, 14頁 ; 人見康子, “特別縁故者に対する残余相續財産の処分について”, ジュリスト 第306



별한 연고관계에 있는 자에게 상속재산을 분여할 수 있도록 하는 것이 피상속인의 뜻에도 부합한다는 것이다. 물론 이러한 목적은 유증이나 사인증여에 의하여도 동일하게 달성될 수 있지만, 우리에게 유증이 보편화되어 있지 않으며, 엄격한 要式性으로 인하여 활발하게 이용되지 못하고 있는 것이 현실이다. 따라서 이 제도는 遺贈 내지 死因贈與를 補充하는 역할을 한다고 볼 수 있는 것이다. ② 둘째, 소액의 상속재산을 국가에 귀속시키는 것보다는 특별한 연고가 있는 사람들에게 분여하는 것이 더 바람직하다는 社會的인 考慮도 그 이유가 될 수 있을 것이다. ③ 셋째, 事實上的 配偶者나 事實上的 養子와 같이, 실제로 피상속인과 깊은 연고를 가진 자라 하더라도, 법률상 상속인이 아니어서 전혀 상속을 받을 수 없는 경우가 있는데, 바로 이러한 경우에 상속재산을 분여함으로써, 법정상속인에 준하여 이들을 보호하고자 하는 法定相續의 補充이라는 점도 하나의 이유라고 할 수 있을 것이다.

(3) 이상에서 본 바와 같이, 상속제도의 객관적 기초가 사유재산제도와 가족공동생활의 필요에 기한 것이라고 한다면, 상속인 부존재시의 상속재산을 국가에 귀속시키는 것보다는 특별한 연고자에게 분여하는 것이 바람직하다는 사회적 고려도 생각해 볼 수 있고, 상속인의 범위축소로 인하여 상속인이 부존재한 경우가 이전보다 많아지게 되었다든가, 유증 내지 사인증여의 엄격한 요식성을 보충하기 위한 것도 이 제도를 신설하게 된 하나의 취지가 될 수 있을 것이다. 그러나 상속인의 범위가 축소되었다고 하여 이 제도의 이용도가 급증한 것은 아니며, 무엇보다 이전부터 논의되어져 온 事實婚의 配偶者나 事實上的 養子에 대한 보호가 가장 중요한 입법취지라고 할 것이다.<sup>20)</sup>

### III. 法的 性質

#### 1. 權利性

특별연고자의 상속재산분여청구는 법적인 권리인가에 대하여 다툼이 있다. 학설은

号, 昭和39, 53頁 ; 高梨公之, “相續法の改正と相續範圍の非近代化”, 日本法学 第28卷 5号, 昭和37, 81頁

20) 金聘洙, 親族·相續法, 法文社, 2000, 613면 ; 高貞明, 韓國家族法, 敎文社, 1993, 322면 ; 裴慶淑·崔錦淑, 親族相續法講義, 第一法規, 2000, 552면 ; 梁壽山, 전계서, 681면 ; 李庚熙, 전계서, 326면 ; 韓瑋熙, 전계서, 68-69면 ; 郭潤直, 전계서, 347면 ; 金性淑, 전개논문, 189면

다음과 같이 나누어져 있으나, 우리 나라의 경우 이에 대한 판례가 전무한 상황이라 법원의 태도는 알기 어렵다.

### (1) 恩惠說

특별연고자의 분여청구는 상속권과 같이 일정한 신분에 따라 당연히 인정되는 권리가 아니라, 가정법원에 의하여 「特別緣故者」로 인정되고, 분여가 「相當하다」는 심판이 있어야 한다는 점에서, 법률의 규정에 의하여 특정인에게 배풀어지는 은혜적 성질을 갖는다는 견해이다.<sup>21)</sup> 따라서 특별연고자의 분여청구는 가정법원에 의하여 권리로서 형성되지 않는 한, 어떠한 실체적 권리도 아니며, 독립된 청구권으로서 인정할 수 없다는 것이다.

### (2) 期待權說

특별연고자는 가정법원의 재량에 의하여 상속재산의 분여를 기대할 수 있는 지위에 놓이며, 이러한 기대적 입장을 法的 期待權이라고 해석하는 견해이다.<sup>22)</sup> 즉 특별연고자로서 분여를 받을 수 있는 지의 여부는 가정법원의 재량에 놓여 있으므로 매우 불안정하지만, 청구인은 분여가능성에 대한 기대적 입장을 갖고 있으며, 이에 따라 스스로 소송상 확인의 이익을 가지고, 분여심판의 청구를 할 수 있다는 것은 법률상의 권리로서 기대권성을 인정할 수 있다는 것이다.

### (3) 限定的 期待權說

가정법원이 재산분여심판을 결정하지 않을 수 없는 일정한 범위의 特別緣故者, 즉 事實婚의 配偶者나 事實上的 養子 등에 한하여, 법적 기대권이 있는 것으로 보는 견해이다.<sup>23)</sup> 물론 이 경우에도 가정법원에 대한 분여청구와 가정법원의 재량에 따른

21) 郭潤直, 전게서, 353면; 李庚熙, 전게서, 326면; 岡壇學, 家事審判法講座, 第2卷, 205頁; 阿川清道, “民法の一部を改正する法律について”, 法曹時報 第14卷 4号, 1962.4, 64頁; 沼邊愛一・藤島武雄, “特別緣故者に対する相続財産の処分をめぐる諸問題”, 判タイムス 第155号, 66頁; 小石寿夫, “相続人の不存在と特別分与”, 家族法判例百選, 昭和42, 140頁; 久貴忠彦, 前掲論文, 199頁

22) 金鍾律, 民法講義, 博英社, 2000, 1077면; 島津一郎 外, 相続法の基礎, 青林書院新社, 1977, 38-39頁

23) 金曉洙, 전게서, 614면; 高貞明, 전게서, 322면; 梁壽山, 전게서, 683면; 裴慶淑・崔錦淑, 전게서, 553면; 李熙培, 財産相續의 法律知識, 青林出版, 1992, 286면; 嚴英鎭, 事例中心 家族法, 大旺社, 1994, 568면; 金玟中, 民法講義, 斗聖社, 1997, 923면; 金性淑,

분여심판 과정을 거치지만, 이렇게 한정된 특별연고자의 경우에는 상속재산이 남아 있고, 이들이 상속결격자에 준하는 사유가 없다면, 가정법원도 분여거부의 심판을 할 수 없다는 의미에서, 재산상의 기대권으로서 인정될 수 있다는 것이다.

#### (4) 一般的 權利說

특별연고자의 재산분여청구를 다른 일반적인 권리와 동일하게 보는 견해이다.<sup>24)</sup> 그리고 나아가 이러한 입장 중에는 소송절차상의 보호를 받는다는 점에서, 넓은 의미의 권리성을 갖는다고 하는 견해도 있다. 즉 재산분여청구의 기각·일부 분여에 대하여 고등법원에 항소할 수 있다는 점에서, 분여심판에 불복하는 경우 항소·상고가 가능한 소송상의 권리라고 보는 것이다.<sup>25)</sup>

#### (5) 日本의 判例

일본의 판례 중에는 유언무효확인소송의 당사자자격에 관한 소송에서, 특별연고자는 “재산분여청구를 한 경우에 가정법원은 잔여재산이 있음에도 불구하고, 또 상속결격자에 준하는 요건도 인정되지 않는 자에게 전혀 분여하지 않는다고 심판하는 것은 허용되지 아니하므로, ... 따라서 재산분여청구에 대한 가정법원의 재량행위는 그 범위에 일정한 한계가 있고, 그 한도내에서 특별연고자에게도 기대권을 인정할 수 있다”고 판시함으로써, 한정적 기대권설에 가까운 판결을 하고 있다.<sup>26)</sup>

#### (6) 檢討

특별연고자의 상속재산에 대한 분여청구권의 법적 성질을 논의하는데 있어서, 그 분여 여부는 가정법원의 심판에 따라 결정되므로, 이를 심판확정전과 확정후로 분리하여 검토할 필요가 있을 것이다.

##### ① 審判前의 分與請求權

분여청구권의 법적 성질에 관한 논의에 있어서, 일반적으로는 가정법원의 심판전에

전개논문, 193면

24) 李銀榮, 民法學講義, 博英社, 1995, 973면 ; 金亨培, 民法學講義, 新潮社, 2000, 1427면 ; 韓瑋熙, 전게서, 69면 ; 金容漢, 전게서, 367면

25) 田中実・人見康子, “特別緣故者に対する残余相續財産の分與制度をめぐる若干問題”, 慶応法学研究 第40卷 9号, 昭和42, 8頁

26) 日札幌高等裁判所函館支判 1966・8・1, 家庭裁判月報 19・8・75

갖게 되는 분여청구권에 집중될 것이다. 이에 대하여 상속재산이 남아 있고 분여에 필요한 모든 요건을 갖추면, 가정법원은 자의적으로 분여를 거부할 수 없다는 점에서, 이것을 은혜적 성질로만 볼 수 없는 측면이 있다. 반면에 상속재산의 분여 여부에 대한 결정은 오로지 家庭法院의 裁量에 속하고, 분여를 받을 수 있을 것인가의 여부는 매우 불안한 상태에 지나지 않기 때문에, 이것을 일반적인 권리로서 인정하기도 곤란한 점이 있다. 이와 같이 법적 성질의 파악이 곤란하다는 점에서 권리성 여부의 논의 자체가 전혀 실익이 없다는 견해도 있다.<sup>27)</sup> 또한 분여심판에 대한 불복방법을 인정함으로써, 이러한 청구권을 소송상의 권리로 이해하는 견해도 있지만, 그것은 분여심판에 대한 가정법원의 재량권을 제한하고, 타당한 재량권의 행사를 유도하기 위한 것이며, 나아가 상급심에 의하여 가사심판의 통일성을 기할 수 있도록 한 정책적 이유가 내포된 것일 뿐, 분여청구의 권리성을 인정하기 위한 것은 아니다.

생각전대 앞서 본 바와 같이, 상속제도의 객관적 기초가 私有財産制度와 家族共同生活의 필요에 있고, 상속인 부존재시 상속재산을 국가에 귀속시키는 것보다는 特別한 緣故關係에 있는 자에게 分與하는 것이 적합하다는 社會的 考慮, 그리고 일본민법을 통하여 추론된 제도적 취지에 비추어, 어느 정도의 제한된 권리성을 인정하는 것이 그러한 고려와 취지에 더욱 부합할 수 있을 것이다. 즉 연고관계의 존재만으로 모든 경우에 분여청구권의 권리성을 인정하기는 곤란하겠지만, 事實婚의 配偶者나 事實上の 養子 또는 구체적이고 실질적으로 판단하여 특별한 연고관계가 있어서, 피상속인이라도 이들에게 유증을 했을 것이라고 인정되는 자와 같이, 상속인에 준하는 일정한 범위의 특별연고자에게는 相續權과 마찬가지로의 期待權과 같은 성질의 권리를 갖는 것으로 이해하는 것이 타당할 것이라고 생각한다.

물론 이러한 견해에 대하여, 사실혼배우자 등을 특별히 보호해야 하는 실체법상의 근거가 없고, 사실혼관계에 있는지 또는 사실상의 양자인지를 구별하는 것도 쉽지 않다는 비판이 있을 수 있다.<sup>28)</sup> 그러나 앞서 본 바와 같이, 이 제도의 근본적인 입법취지가 사실혼배우자나 사실상의 양자를 보호하기 위한 것이며, 우리 민법의 일반적인 태도가 재산관계에 관한 한 사실혼을 보호하는 입장에 있다는 점, 피상속인의 의사에 유언 등에 의하여 분명하지 않고 법정상속인도 없는 경우에는 피상속인의 추정된 의사에 적합하도록 하는 것이 보다 타당할 것이라는 점 등에 비추어, 가능하면 사실혼

27) 鈴木祿弥, 前掲書, 92頁; 唄孝一, “「特別緣故者への財産分与」制度の立法経過についての断章”, 私法 第30号, 昭和43, 154頁

28) 島津一郎 外, 前掲書, 39頁; 久貴忠彦, 前掲論文, 205頁

의 배우자나 사실상의 양자 및 이들과 동일시되는 자에게 재산을 분여하고, 또 그들에게 유리한 법적 구성을 취하는 것이 바람직할 것이다. 따라서 재산분여의 법적 성질은 은혜적 성질로 볼 수는 없을 것이고, 그렇다고 구체적으로 확정된 권리도 아닌, 특정의 연고자에게 인정되는 일종의 限定的 期待權으로서의 성질을 가지는 것으로 보아야 할 것이다.

## ② 審判確定 後의 分與請求權

한편 특별연고자의 분여청구가 가정법원의 심판에 의하여 확정되었을 경우에는 이미 기득권화된 것으로 볼 수 있기 때문에, 일반적 권리와 동일하게 취급하여도 무방할 것이다.

## 2. 一身專屬性

가정법원의 심판전에 있어서 특별연고자에 대한 상속재산의 분여청구권을 限定的 期待權이라고 할 때, 여기서 「限定的」이라고 하는 것은 人的으로 特定の 緣故關係가 있는 자에게만 기대권을 인정해야 한다는 의미로 파악해야 한다. 즉 그러한 기대권은 피상속인과의 특별한 연고에 근거한 것이므로, 이러한 분여청구권을 향수하거나 이를 행사하는 자는 特別緣故者에 한정해야 한다는 의미이다. 따라서 이러한 분여청구는 歸屬上·行使上의 一身專屬的 性質을 가진 것으로 파악해야 하며, 그러한 의미에서 특별연고자는 분여청구의 법적 지위를 타인에게 讓渡한다든가, 연고자가 사망한 경우에 그 상속인은 특별연고자의 지위를 承繼하여 분여청구를 할 수는 없다고 해야 할 것이다.<sup>29)</sup> 물론 이러한 청구권을 은혜적 성질로 보는 경우에 있어서도, 결과에 있어서는 일신전속권성을 인정할 수 있고, 따라서 그 양도 및 상속은 불가능하게 된다.<sup>30)</sup>

한편 특별연고자의 분여청구가 가정법원의 심판에 의하여 확정되었을 경우에는 일반적 권리와 동일하게 취급될 수 있으므로, 양도 및 상속의 대상이 될 수 있다고 해석해야 할 것이다.

29) 金鵬洙, 전계서, 617면 ; 金性淑, 전계논문, 193면

30) 郭潤直, 전계서, 353면

## IV. 分與請求의 要件

상속재산의 분여청구를 위해서 실질적으로는 특별연고관계가 있어야 하고, 분여의 상당성이 인정되어야 한다. 그리고 그 전제로서 상속인의 부존재 상태가 되어야 하는데, 이는 법정상속인 뿐만 아니라 대습상속인도 존재하지 않는 경우이며, 유일한 상속인이 상속결격 또는 상속을 포기하는 경우도 마찬가지로 취급된다.

## 1. 特別緣故關係

민법은 특별연고관계자에 관하여 「피상속인과 생계를 같이 하고 있던 자」, 「피상속인의 요양간호를 한 자」, 「기타 피상속인과 특별한 연고가 있던 자」라고 규정하고 있다(제1057조의 2 제1항). 앞의 두 가지는 특별연고관계의 예시라고 할 수 있다.<sup>31)</sup> 특별연고관계에 해당하는가를 결정하는 것은 가정법원의 구체적인 판단에 맡겨져 있다. 다만 그 기준에 대하여 친족관계의 존재나 원근이 고려될 수 있다고 하는 견해도 있고<sup>32)</sup>, 그러한 것은 하등의 관계가 없다고 하는 견해도 있다.<sup>33)</sup> 그러나 특별한 연고를 인정하기 위해서는 친족관계의 원근 뿐만 아니라, 구체적이고 실질적인 연고관계의 여부를 그 판단의 기준으로 삼아야 할 것이다.<sup>34)</sup>

## (1) 被相續人と 生計를 같이 하고 있던 자

이는 대부분이 친족 내지 사실상 그와 같이 취급될 수 있는 자로서, 사실상의 배우자<sup>35)</sup>나 사실상의 양자<sup>36)</sup>가 전형적인 예라 할 것이다. 그 외 사실상의 양친<sup>37)</sup>이나

31) 金容漢, 전거서, 369면

32) 鈴木祿弥, 前掲書, 92頁 ; 日大阪高等裁判所判決 1969・12・14, 家庭裁判月報 22・6・59

33) 我妻榮・唄孝一, 相続法, 判例コンメンタル, 日本評論社, 昭和41, 233頁 ; 久貴忠彦, 前掲論文, 199頁

34) 金崎洙, 전거서, 614면 ; 金容漢, 전거서, 369면 ; 高貞明, 전거서, 322면 ; 梁壽山, 전거서, 683면 ; 郭潤直, 전거서, 349면 ; 嚴英鎭, 전거서, 568면 ; 金性淑, 전거논문, 195면 ; 久貴忠彦, 前掲書, 697頁

35) 日東京家庭裁判所審判 1963・10・7, 家庭裁判月報 16・3・123 ; 日千葉家庭裁判所審判 1968・12・9, 家庭裁判月報 16・5・175 ; 日岡山家庭裁判所審判 1971・12・1, 家庭裁判月報 25・2・99 ; 日山口家庭裁判所審判 1974・12・27, 家庭裁判月報 27・12・61

36) 日岡山家庭裁判所審判 1964・11・16, 64(家)107 ; 日大阪家庭裁判所審判 1965・3・11,

며느리<sup>38)</sup>, 未認知의 非嫡出子<sup>39)</sup> 등도 이에 해당된다. 한편 민법개정 전에는 繼母子關係<sup>40)</sup>나 嫡母庶子關係<sup>41)</sup>도 법정친자관계로서 상속인이 될 수 있었지만, 개정민법에 의하면 인척관계에 불과하므로, 비록 이들간에 상속권은 없으나, 가족적 공동생활을 하는 경우가 많기 때문에, 특별연고자에 해당될 수 있을 것이다. 또한 생계를 같이 하게 되는 것은 피상속인과 혈족이나 인척관계 때문인 경우가 많겠지만, 어떠한 동기에 의하든 문제삼지 않으며, 타인이라도 가능하다.<sup>42)</sup> 그리고 생계를 같이 하고 있다는 것은 상호부조적이든 일방이 타방에 의존하고 있는 상관없다. 특히 사실혼의 배우자나 사실상의 양자는 법정상속인이 존재하는 때에도, 일정한 경우에 분여의 대상이 될 수 있도록 보다 강하게 보호하는 것이 입법취지에 비추어 바람직할 것이다.<sup>43)</sup> 특히 사실상의 배우자에 대한 특별법 기타 판례상의 보호는 특별연고자에 대한 상속재산분여제도의 취지를 확대할 필요성을 반증하고 있는 것으로 주목할 가치가 있다.<sup>44)</sup>

家庭裁判月報 17·4·70 ; 日大阪家庭裁判所審判 1965·11·27, 家庭裁判月報 18·7·62 ; 日大阪家庭裁判所審判 1967·11·21, 家庭裁判月報 20·6·65

37) 日岡山家庭裁判所玉野支審判 1963·11·7, 家庭裁判月報 16·4·161 ; 日大阪家庭裁判所審判 1964·3·28, 家庭裁判月報 16·7·72 ; 日大阪家庭裁判所審判 1966·11·28, 家庭裁判月報 19·7·96

38) 日大阪家庭裁判所審判 1967·11·21, 家庭裁判月報 20·6·65

39) 日浦和家庭裁判所審判 1966·9·13, 久貴忠彦, 判例特別緣故者法, 昭和52, 36頁

40) 日京都家庭裁判所審判 1963·12·7, 家庭裁判月報 16·5·173 ; 日大阪家庭裁判所審判 1964·11·16, 民商法雜誌 56·2·44 ; 日大阪家庭裁判所審判 1965·12·18, 65(家)4905 ; 日福岡家庭裁判所行橋支審判 1973·4·9, 家庭裁判月報 25·12·55 ; 日東京家庭裁判所審判 1972·1·19, 家庭裁判月報 25·3·98

41) 日大阪家庭裁判所審判 1965·10·30, 民商法雜誌 56·2·43

42) 韓瑋熙, 전게서, 69면 ; 裴慶淑·崔錦淑, 전게서, 553면 ; 金性淑, 전게논문, 196면

43) 韓瑋熙, 전게서, 72면 ; 金容漢, 전게서, 370면 ; 林在淵, “改正家族法에 대한 意見”, 司法行政, 1990.6, 47면 ; 金性淑, 전게논문, 210면 ; 鈴木祿彌, 前掲書, 94頁

44) 주택임대차보호법 제9조 1항, 근로기준법 시행령 제44조 1항 1호, 공무원연금법 제3조 1항 2호 가, 군인연금법 제3조 1항 4호 가, 사립학교교직원연금법 제2조 1항 2호 가, 선원법시행령 제29조 1호는 각각 「사실상 혼인관계에 있는 자」를 배우자에 포함시켜서, 임차권의 승계, 유족보상금수령권, 연금수령권 등을 인정하고 있다. 또한 판례 중에는 자동차종합보험보통약관상 “보험증권에 기재된 피보험자 또는 그 부모, 배우자 및 자녀가 죽거나 다친 경우에는 보상하지 아니합니다”라는 면책조항은 피보험자나 그 배우자 등이 사고로 손해를 입은 경우에는 그 가정 내에서 처리함이 보통이고, 손해배상을 청구하지 않는 것이 사회통념에 속한다고 보아 규정된 것으로서, 그러한 사정은 사실혼관계의 배우자에게도 마찬가지라 할 것이므로, 여기서 「배우자」라 함은 반드시 법률상의 배우자만을 의미하는 것이 아니라, 관행에 따른 결혼식을 하고 결혼생활을 하면서 아직 혼인신고만 되지 않고 있는 사실혼관계의 배우자도 이에 포함된다고 봄이 상당하다고 판시한 경우가 있다(대판 1994.10.25, 93다39942).

다만 원칙적으로 이러한 제도는 상속인이 존재하지 않는 경우에 인정되는 것이며, 상속인이 존재하는 경우에는 예외적 보호가 될 수 밖에 없고, 나아가 사실상의 양자에 대하여는 아무런 보호규정을 두지 않고 있다. 이러한 점에 비추어 특별법에 의한 예외적 보호 내지 보호범위 밖에 있는 사실상의 배우자나 사실상의 양자에 대하여는 특별연고자제도의 해석론을 통하여 보호할 필요가 있을 것이라고 생각된다.

## (2) 被相續人の 療養看護를 한 자

피상속인의 요양간호에 노력한 자로서는 주로 피상속인과 생계를 같이 하는 경우가 일반적이지만, 비록 생계는 같이 하지 않더라도, 피상속인을 돌보고 그 요양·간호에 특별히 노력한 자를 말한다.<sup>45)</sup> 이것은 피상속인에 대한 헌신적 봉사에 대하여, 상속재산의 분여로서 보답하는 것이 피상속인의 뜻에도 부합하고 형평의 관점에서도 바람직하기 때문이다. 주로 근방에 살고 있는 사람<sup>46)</sup>이나 먼 친척<sup>47)</sup> 등으로서 피상속인의 요양·간호에 성심을 다한 자가 될 것이다. 그리고 그러한 봉사의 동기는 묻지 않기 때문에, 가정부나 간호사와 같이 정당한 보수를 받고 있는 경우라 할 지라도, 간호에 특별히 노력했다면 이에 해당될 수 있을 것이다.<sup>48)</sup> 다만 이에 대하여 정당한 보수를 받고 있는 경우에는 원칙적으로 특별연고자가 될 수 없으며, 금전적 평가에 대한 봉사뿐만 아니라, 육친에 가까운 애정을 가지고 헌신적으로 봉사하는 것과 같은 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 특별연고관계를 인정해야 한다는 견해도 있다.<sup>49)</sup> 타당한 견해라고 생각되며, 일본의 판례 중에는 이러한 입장을 나타낸 것도 있다.<sup>50)</sup>

## (3) 기타 被相續人と 特別한 緣故가 있던 자

앞에서 예시한 두 가지 경우 이외에 정신적·물질적으로 밀접한 관계에 있는 자로

45) 久貴忠彦, 前掲書, 701頁

46) 日前橋家庭裁判所審判 1964·10·29, 民商法雜誌 56·2·45

47) 日鹿兒島家庭裁判所審判 1963·11·2, 家庭裁判月報 16·4·158 ; 日大阪家庭裁判所審判 1977·3·15, 家庭裁判月報 10·1·94

48) 韓瑋熙, 전게서, 70면 ; 金容漢, 전게서, 368면 ; 裴慶淑·崔錦淑, 전게서, 553면 ; 金性淑, 전개논문, 197면 ; 久貴忠彦, 前掲論文, 219頁 ; 日高松高等裁判所決定 1973·12·18, 家庭裁判月報 26·5·88

49) 郭潤直, 전게서, 349면 ; 李庚熙, 전게서, 327면 ; 金性淑, 전개논문, 197면 ; 岡垣學, 相續關係, 家事審判法講座II, 昭和40, 206頁 ; 加藤一郎, 前掲論文, 54頁 ; 阿川清道, 前掲論文, 64頁

50) 日神戸家庭裁判所審判 1976·4·24, 判例時報 882·17



서, 상속재산을 분여하는 것이 피상속인의 의사에 합치하는 것으로 볼 수 있을 정도의 특별한 관계에 있는 자를 말한다.<sup>51)</sup> 물론 여기에 해당하는가의 여부는 개개의 경우에 있어서, 가정법원의 구체적인 판단에 맡겨져 있으나, 혈족관계나 인척관계가 있는 자로서 가까운 자, 깊은 교제가 있었던 자와 같이 피상속인에게 유언을 시켰더라도, 그 사람에게 유증을 하였을 것이라고 인정되는 생활관계에 있던 자가 될 것이다.<sup>52)</sup> 보다 구체적인 예를 보면, 친족관계가 있는 자로서 경제적인 도움을 준 자<sup>53)</sup>, 상대방으로서 물심양면 피상속인을 돌본 자<sup>54)</sup> 등을 들 수 있을 것이다. 그리고 상속재산의 분여는 상속이 아니므로, 종교법인<sup>55)</sup>이나 학교법인<sup>56)</sup>, 공익법인<sup>57)</sup>, 사회복지법인<sup>58)</sup> 등과 같은 법인이나 지방공공단체<sup>59)</sup>, 권리능력없는 사단<sup>60)</sup>도 가능하다고 보며, 따라서 장기간에 걸쳐서 신세를 진 양로원이나 요양원 등도 특별연고자가 될 수 있다.<sup>61)</sup>

- 
- 51) 朴秉彥, 家族法, 한국방송통신대학, 1991, 418면 ; 池元林, 民法講義, 弘文社, 2002, 1640면  
 52) 金亨培, 전계서, 1427면 ; 金性淑, 전계논문, 197면 ; 岡垣學 外, 逐條民法特別法講座(10), 親族・相續, ぎょうせい, 1988, 572-573頁  
 53) 日大阪家庭裁判所審判 1964・9・30, 家庭裁判月報 17・3・69 ; 日京都家庭裁判所審判 1967・8・18, 家庭裁判月報 20・3・91 ; 日名古屋家庭裁判所審判 1973・2・24, 家庭裁判月報 25・12・44 ; 日神戸家庭裁判所審判 1976・4・24, 判例時報 882・17  
 54) 日大阪家庭裁判所審判 1963・12・23, 家庭裁判月報 16・5・176 ; 日大阪家庭裁判所審判 1966・5・27, 家庭裁判月報 19・1・55  
 55) 日東京家庭裁判所審判 1965・8・12, 家庭裁判月報 18・1・96 ; 日福島家庭裁判所郡山支審判 1971・8・25, 家庭裁判月報 24・8・57  
 56) 日神戸家庭裁判所審判 1976・4・24, 判例時報 822・17 ; 日大阪家庭裁判所審判 1976・12・4  
 57) 日天津家庭裁判所審判 1977・9・10, 家庭裁判月報 30・2・141  
 58) 日松江家庭裁判所審判 1979・2・21, 家庭裁判月報 31・10・84  
 59) 日熊本家庭裁判所審判 1964・3・31, 家庭裁判月報 17・8・75 ; 日大阪家庭裁判所審判 1967・4・13, 家庭裁判月報 20・2・45 ; 日名古屋家庭裁判所審判 1973・2・24, 家庭裁判月報 25・12・48 ; 日大阪家庭裁判所審判 1976・12・4, 家庭裁判月報 29・6・42 ; 日福島家庭裁判所審判 1980・2・21, 家庭裁判月報 32・5・57 ; 日浦和家庭裁判所秩父支部審判 1990・6・15  
 60) 日長崎家庭裁判所審判 1966・4・8, 家庭裁判月報 18・11・77  
 61) 金壽澤, 전계서, 615면 ; 金容漢, 전계서, 370면 ; 高貞明, 전계서, 322면 ; 梁壽山, 전계서, 683면 ; 韓瑋熙, 전계서, 70면 ; 裴慶淑・崔錦淑, 전계서, 553면 ; 李庚熙, 전계서, 327면 ; 郭潤直, 전계서, 350면 ; 嚴英鎮, 전계서, 568면 ; 金玟中, 전계서, 923면 ; 金鍾律, 전계서, 1078면 ; 金性淑, 전계논문, 198면 ; 鈴木祿彌, 前掲書, 91頁 ; 加藤一郎, 前掲論文, 52頁 ; 阿川清道, 前掲論文, 64頁 ; 久貴忠彦, 前掲論文, 224頁. 반대하는 견해로는 高梨公之, 前掲論文, 85頁

## (4) 圖聯問題

## ① 過去の緣故關係

민법 제1057조의 2에 관한 해석에 비추어, 피상속인의 사망시에 현실적으로 특별한 연고관계에 있을 필요는 없다고 보여지므로, 과거의 어떤 시기에 연고가 있었던 자도 가능하다.<sup>62)</sup> 물론 점점 복잡해지는 현대생활에 있어서, 과거의 어느 시기에 존재하였던 피상속인에 대한 연고가 민법상의 특별연고관계로 인정될 만큼 평가받을 수 있는 예는 그렇게 많지 않을 것이라고 생각한다.<sup>63)</sup>

## ② 妾에 대한 相續財産의 分與

(1) 피상속인으로부터 생활비를 받고 있던 첩의 경우에, 일반적인 견해는 이러한 관계가 양속질서<sup>64)</sup>에 반하므로 상속재산의 분여대상에 포함될 수 없을 것이라고 한다.<sup>65)</sup> 그러나 이와 같은 획일적 파악에 대하여는 다소의 의문이 있다. 왜냐하면 첩관계라고 하는 것은 본처가 존재함에도 불구하고, 다른 여성을 두어 경제적인 원조를 하면서 성적 관계를 계속하는 것을 의미하고, 실제 첩관계를 유지하고 있던 남자가 사망한 경우에, 첩의 특별연고관계 여부가 문제되기 위해서는 그 전제로서 상속인이 존재하지 않아야 한다. 즉 유일하게 상속권을 가진 본처가 이미 사망하거나 상속결격 또는 상속을 포기한 경우일 것을 요하기 때문이다.

(2) 본처의 사망과 관련하여 피상속인의 재산을 첩에게 분여하는 경우를 살펴 보면, 우선 본처가 사망하기 전에 존재하였던 과거의 첩관계는 양속질서에 반하므로, 법

62) 金鵬洙, 전계서, 615면; 金容漢, 전계서, 371면; 高貞明, 전계서, 322면; 李庚熙, 전계서, 327면; 郭潤直, 전계서, 350면; 朴秉濠, 전계서, 419면; 高野竹三郎, 相續法, 昭和50, 355頁; 加藤一郎, 前掲論文, 54頁; 久貴忠彦, 前掲書, 709頁; 日東京家庭裁判所審判 1966・5・13, 家庭裁判月報 16・12・41

63) 金性淑, 전계논문, 198면; 久貴忠彦, 前掲書, 709頁

64) 사적 자치의 제한으로서 일본민법 제90조는 「공공질서 또는 선량한 풍속」 위반행위의 무효를 규정하고, 우리 현행민법 제103조는 「선량한 풍속 기타 사회질서」 위반행위의 무효를 규정하고 있다. 그런데 일반적으로 이들 두 나라에서는 그와 같은 행위표지를 「공서양속」이라는 용어로 통일하여 사용하고 있는데, 물론 의미에 있어서 공공질서와 사회질서가 동일한 것이라고 생각되므로 문제될 것은 없다. 다만 우리 민법의 경우에는 일본민법상의 공공질서를 사회질서로 대체하고 있기 때문에, 이를 「공서양속」이라고 보다는 「양속질서」라고 하는 것이 명확한 용어법이라고 생각한다. 우리 나라의 학자들 중에도 이러한 표현을 사용하는 이가 있다(李英俊, 民法總則, 博英社, 1991, 224면). 이하에서도 우리 민법의 예에 따라 「양속질서」로 통일한다.

65) 金鵬洙, 전계서, 615면; 嚴英鎭, 전계서, 568면; 金鍾律, 전계서, 1078면

의 보호를 거부할 수 있을 것이다. 그러나 본처가 피상속인보다 먼저 사망한 경우는 앞서 본 바와 같이, 이미 첩관계가 존재하지 않기 때문에, 이러한 경우를 양속질서에 반한다고 하여, 첩에 대한 재산의 분여가 부정된다는 것은 논리적으로 타당하지 않게 된다. 물론 이 경우에도 본처의 사망 후, 사실혼 또는 기타의 인적 관계를 유지한 정도와 요양, 간호 등의 연고관계를 검토하여, 상속재산의 분여여부를 결정해야 할 것이다. 특히 수인의 첩이 존재하는 경우에도 피상속인과의 개별적인 연고관계의 상당성을 고려하여, 1인 또는 수인의 첩에 대한 재산의 분여여부를 결정해야 할 것이다.

(3) 한편 본처가 생존하고 있음에도 불구하고, 상속인의 부존재라는 사태가 발생되어, 그 첩에 대한 상속재산의 분여가 문제되는 것은 유일한 상속인으로서의 본처가 상속결격자이거나 상속을 포기한 경우라고 할 수 있을 것이다. 이러한 경우는 진정한 상속인의 부존재 상태는 아니지만, 일반적으로 상속인의 부존재 상태에 준하여 상속재산의 청산이 필요한 경우이다.<sup>66)</sup> 따라서 본처가 상속을 포기하거나 상속결격인 경우에는 엄연히 본처가 존재하기 때문에, 양속질서위반을 이유로 첩에 대한 상속재산의 분여를 거부할 수 있을 것이다. 다만 상속결격의 경우는 별론으로 하더라도, 본처가 상속을 포기한 경우를 자세히 살펴 보면, 상속채권자나 수증자에 대한 청산이 종료된 후에도, 여전히 분여가 가능한 상속재산이 잔존하는 경우나 첩에 대한 분여가 의미있게 될 것인데, 사실상 상속재산에 대한 청산절차를 거쳤음에도 불구하고, 상속재산이 남아 있는 경우라면, 상속인으로서의 본처가 상속을 포기한다는 것은 상식적으로 납득하기 어려운 상황일 것이다. 따라서 이 경우에 현실적으로 첩에 대한 분여가 문제되는 경우는 거의 없을 것이다.

(4) 나아가 본처의 사망 이전의 첩관계나 상속포기 또는 상속결격으로 인한 상속인의 부존재에 있어서, 첩의 상속재산분여청구가 양속질서위반을 근거로 부정되는 경우라고 하더라도, 첩이 본처의 존재사실을 알지 못하고, 첩관계를 유지해 온 경우에는 이러한 양속질서위반을 이유로 첩을 비난할 수는 없을 것이다. 즉 첩관계를 유지한 당사자로서 피상속인은 양속질서위반에 근거하여 비난할 수 있지만, 그러한 본처의 존재사실을 알지 못하고, 피상속인에 대하여 요양, 간호 기타의 연고관계를 맺은 첩에 대한 비난가능성이 없으므로, 그에 대하여는 상속재산의 분여를 인정해야 할 것이다. 물론 본처의 존재에 대한 부지는 그러한 청구를 하게 되는 첩이 자신의 부지사실을 스스로 입증해야 한다.

66) 金鵬洙, 전계서, 608면

## ③ 請求權의 承繼

특별한 연고관계에 있던 자가 피상속인의 상속개시 전에 이미 사망한 경우에, 그 연고자의 상속인 역시 청구인이 될 수 있는가에 대하여는 견해가 나누어져 있다. 즉 일본의 판례는 이른바 피상속인과 연고관계의 「同時存在原則」을 적용하지 않고 이를 인정하였는데<sup>67)</sup>, 학설 중에는 이를 긍정적으로 새기는 입장이 있다.<sup>68)</sup> 그러나 이러한 상속재산 분여청구권의 법적 성질은 일신전속적일 뿐만 아니라 상속성을 인정할 수 없으므로, 연고자의 상속인은 이를 청구할 수 없다고 하는 견해가 일반적이다.<sup>69)</sup> 다만 예외적으로 특별연고자가 재산분여를 청구한 후 사망한 경우에 대하여, 이 때 승계되는 것은 특별연고자로서의 지위가 아니라 특별연고관계에 기인한 분여청구자의 지위 때문이라고 하여 긍정하는 견해도 있고<sup>70)</sup>, 청구 이전이나 심판확정 전에는 승계되지 않지만, 심판의 확정 후에는 확정적인 권리로서 취득하기 때문에, 특별연고자의 상속인에게 승계된다고 하는 견해도 있다.<sup>71)</sup>

생각건대 앞서 본 바와 같이, 특별연고자의 상속재산 분여청구는 기본적으로 피상속인과 특별연고관계에 있는 자 또는 그러한 대우를 받을 만한 자에게 인정되는 것이므로, 일신전속적이고 상속의 대상이 되지 않는다고 보아야 한다. 다만 재산분여청구의 심판이 확정되면 일반적 권리와 동일한 것이므로, 이 경우에는 승계를 인정해야 할 것이다.

## ④ 死後 特別緣故者

피상속인의 사망 후에 연고관계가 발생한 자를 특별연고자로 볼 수 있을 것인가에 대한 문제가 있다. 즉 피상속인의 사망 후, 그 장례나 제사 또는 상속재산의 관리 등에 관하여도, 특별한 연고관계를 인정할 수 있을 것인가 하는 점이다. 이에 대하여 일본의 판례는 이른바 피상속인과 연고관계의 「同時存在原則」을 적용하지 않음으로써, 이를 인정하고 있다.<sup>72)</sup> 이에 대하여 학설은 판례를 긍정하는 견해도 있지만<sup>73)</sup>,

67) 日熊本家庭裁判所審判 1972・10・27, 家庭裁判月報 25・7・70 ; 日東京高等裁判所決定 1976・7・8, 家庭裁判月報 29・10・134

68) 郭潤直, 전게서, 351면 ; 村井衡平, 判例批評, 法律時報 第49卷 6号, 昭和52, 121頁

69) 金壽洙, 전게서, 617면 ; 韓瑋熙, 전게서, 71면 ; 朴秉濠, 전게서, 419면 ; 高貞明, 전게서, 322면 ; 梁壽山, 전게서, 684면 ; 李庚熙, 전게서, 327면 ; 金鍾律, 전게서, 1078면 ; 金性淑, 전게논문, 202면 ; 島津一郎 外, 前掲書, 41頁 ; 小石壽夫, 前掲論文, 140頁

70) 久貴忠彦, 前掲論文, 201頁

71) 金容漢, 전게서, 369면 ; 金性淑, 전게논문, 203-204면 ; 高野竹三郎, 前掲書, 357頁

72) 日横浜家庭裁判所審判 1962・10・29, 家庭裁判月報 15・5・114 ; 日長野家庭裁判所伊那

일반적으로는 매우 비판적이며<sup>74)</sup>, 판례 중에는 이러한 비판적 입장에 따른 것도 많이 있다.<sup>75)</sup> 한편 우리 민법의 해석론으로는 일반적으로 제1057조의 2 제1항의 법문상 「생계를 같이 하고 있던 자」, 「요양·간호를 한 자」, 「특별한 연고관계에 있던 자」로 규정하여, 피상속인의 생전 연고관계를 의미하는 것으로 해석되고, 이 제도의 취지로서 유증의 보충을 고려한다면, 이를 부정해야 할 것이라고 한다.<sup>76)</sup>

생각건대 이 제도의 일반적 취지를 고려한다면, 명문의 규정에도 불구하고, 피상속인의 사후에 진정한 배려 역시 특별연고관계를 인정할 필요성이 있을 것이다. 왜냐하면 이 제도가 잔여 상속재산을 국가에 귀속시키는 것보다는 특별연고자에게 분여하는 것이 바람직하다는 입법취지를 내포하고 있으며, 이를 통하여 피상속인의 사후라도 그에 대한 사회적 배려가 가능할 것이기 때문이다. 다만 잔여재산을 획득하기 위하여 고의적으로 피상속인의 사후 연고관계에 개입하고 악용하는 경우는 법원의 심판에 의하여 엄격하게 차단할 수 있어야 할 것이다.

## 2. 財産分與의 相當性

현행민법에서는 상당성에 관한 명문의 규정을 두고 있지 않지만<sup>77)</sup>, 연고관계에도 여러가지 유형이 있을 수 있고, 연고의 내용 및 정도에도 차이가 있기 때문에, 상속

支部審判 1963·7·20, 家庭裁判月報 15·10·146 ; 日大阪家庭裁判所 1964·7·22, 家庭裁判月報 16·12·41 ; 日熊本家庭裁判所天草支部審判 1967·8·4, 家庭裁判月報 20·3·88 ; 日新潟家庭裁判所高田支部審判 1969·5·12, 家庭裁判月報 22·3·95 ; 日福島家庭裁判所審判 1971·3·18, 家庭裁判月報 24·4·210 ; 日大阪家庭裁判所審判 1974·3·26, 家庭裁判月報 27·3·76 ; 日大阪家庭裁判所審判 1979·4·10, 家庭裁判月報 34·3·30

73) 鈴木祿弥, 前掲書, 92頁 ; 沼辺愛一·藤島武雄, “特別緣故者に対する相續財産の処分をめぐる諸問題”, 判例タイムズ 第155号, 昭和39, 236頁

74) 中川善之助·島津一郎, 親族·相續, 日本評論社, 1981, 309頁 ; 中川善之助·泉久雄, 相續法, 法律學全集, 有斐閣, 昭和63, 440頁 ; 福田隆重·棚村政行·松倉耕作, 新民法學5, 家族法, 一粒社, 1997, 254頁 ; 我妻榮·嘸孝一, 前掲書, 234頁 ; 高野竹三郎, 前掲書, 355頁 ; 岡垣學, 前掲書, 207頁

75) 日松山家庭裁判所審判 1966·5·30, 家庭裁判月報 19·1·59 ; 日鹿児島家庭裁判所審判 1970·1·20, 家庭裁判月報 22·8·78 ; 日東京高等裁判所決定 1978·8·22, 判例時報 第909号, 54頁 ; 日横浜家庭裁判所小田原支部審判 1980·12·26, 家庭裁判月報 33·6·43

76) 金壽澤, 전게서, 615면 ; 金容漢, 전게서, 371면 ; 韓瑋熙, 전게서, 71면 ; 朴秉濠, 전게서, 419면 ; 李庚熙, 전게서, 327면 ; 金性淑, 전개논문, 199면

77) 일본민법 958조의 3 제1항에서는 「전조의 경우에 있어서 상당하다고 인정되는 때에 가정재판소는 …」이라고 규정하고 있다.

재산을 분여받기 위해서는 가정법원의 재량에 의하여 재산분여가 상당하다는 인정을 받아야 한다. 그리고 그 상당성을 판단하는 기준으로는 연고관계의 내용, 농후의 정도, 특별연고자의 성별, 연령, 직업, 교육정도, 잔존하는 재산의 종류, 액수, 상황, 소재 등의 사정을 감안할 수 있을 것이다.<sup>78)</sup> 그리고 특별연고자가 수인인 경우에 그 분여대상과 내용을 결정하는 문제 역시 상당성의 판단에 달린 것이며, 위의 기준에 따라 법원의 재량으로 결정된다.<sup>79)</sup> 특히 표면적인 연고관계를 갖고 이를 악용할 소지도 있기 때문에, 특별연고관계의 인정과 분여의 상당성을 판단하는데 있어서 신중을 기해야 할 것이다.<sup>80)</sup>

## V. 財産分與의 請求

특별연고자로서 잔여 상속재산의 분여를 원하는 자는 제1056조의 기간이 만료된 후 2월 이내에, 가정법원에 대하여 재산분여의 청구를 하여야 한다(제1057조의 2 제2항).

### 1. 請求權者

특별연고자에 의한 상속재산의 분여청구는 일신전속적 성질을 가지므로, 가정법원에 대하여 재산의 분여를 청구할 수 있는 자는 스스로 특별연고자라고 주장하는 자에 한한다. 그리고 특별연고자로서의 지위는 가정법원의 심판에 의하여 결정되는 것이며, 청구 자체가 본인의 자유의사에 맡겨져 있는 것이므로, 실질적인 특별연고관계가

78) 金壽洙, 전게서, 616면 ; 金容漢, 전게서, 370면 ; 韓瑋熙, 전게서, 70면 ; 朴秉濠, 전게서, 421면 ; 梁壽山, 전게서, 684면 ; 襄慶淑·崔錦淑, 전게서, 554면 ; 李庚熙, 전게서, 328면 ; 郭潤直, 전게서, 352면 ; 金亨培, 전게서, 1427면 ; 金玟中, 전게서, 924면 ; 金性淑, 전개논문, 200면 ; 岡壇學, 前掲書, 212頁 ; 泉久雄 外, 前掲書, 269頁 ; 福田隆重·棚村政行·松倉耕作, 前掲書, 254頁 ; 日高松高等裁判所決定 1973·12·18, 家庭裁判月報 26·5·88

79) 郭潤直, 전게서, 352면 ; 李庚熙, 전게서, 328면 ; 金性淑, 전개논문, 200-201면 ; 久貴忠彦, 前掲書, 713頁 ; 福田隆重·棚村政行·松倉耕作, 前掲書, 254頁

80) 韓瑋熙, 전게서, 72면 ; 梁壽山, 전게서, 681면 ; 郭潤直, 전게서, 347면 ; 金性淑, 전개논문, 210면 ; 鈴木祿彌, 前掲書, 94頁 ; 山主政幸, 前掲 民法の一部改正について, 14頁

있더라도 분여청구를 하지 않으면, 재산의 분여를 받을 수 없다.<sup>81)</sup>

## 2. 請求內容과 節次

피상속인과 특별연고관계를 주장하면서 잔여 상속재산의 분여를 원하는 자는 상속 개시지의 가정법원에 그 분여를 청구할 수 있다(가사소송법 제2조 제1항 라류 35사건). 이 경우에 청구인은 심판청구서에 피상속인과의 특별연고관계를 밝혀야 하며(가사소송법 제36조), 만일 가정법원의 심판에 대하여 이의가 있는 경우에는 청구인이 即時抗告할 수 있다(가사소송규칙 제83조). 그리고 청구권자는 자신에게 분여할 것을 청구할 수 있을 뿐이며, 자신 이외의 타인에게 분여해 줄 것을 청구하지는 못한다.<sup>82)</sup>

## 3. 請求期間

분여청구의 기간은 상속인수색의 공고기간이 만료된 후 2개월 내이다. 다만 이러한 청구기간의 만료 전에 청구한 경우는 그 기간의 만료와 적법한 상속권을 주장하는 자가 없는 한, 하자가 치유되어 적법한 청구로 인정될 수 있다.<sup>83)</sup> 그러나 이러한 청구기간을 법정한 것은 신속하게 특별연고자의 범위를 확정하기 위한 것이기 때문에, 기간만료 후의 청구는 허용되지 않는다. 따라서 복수의 청구인이 있는 경우에, 그 중에서 1인이라도 법정청구기간이 만료된 후에 청구하면, 부적법한 청구로서 기각되어야 한다.<sup>84)</sup> 그리고 이 제도는 상속인의 부존재가 확정된 후에 인정되는 것이기 때문에, 상속인의 수색공고기간 내에 상속인이 나타나 상속권에 대한 다툼이 있는 경우, 예를 들면 사후인지청구 등의 경우에는 비록 수색공고기간이 만료되었다고 하더라도, 재산 분여의 청구기간은 진행되지 않는다고 할 것이다.<sup>85)</sup> 물론 타당성의 견지에 비추어 이러한 상황에도 불구하고 장기간 경과 후의 청구는 허용되지 않는다.<sup>86)</sup>

한편 현행민법 제1057조의 2는 상속인수색의 공고에 대한 제1057조가 아니라, 제

81) 金壽洙, 전거서, 615면 ; 金性淑, 전거논문, 201면

82) 金性淑, 전거논문, 201면

83) 金性淑, 전거논문, 205면 ; 久貴忠彦, 前掲書, 719頁 ; 日大阪家庭裁判所審判 1965・11・25, 家庭裁判月報 18・6・13

84) 金性淑, 전거논문, 205면 ; 久貴忠彦, 前掲書, 720頁

85) 金性淑, 전거논문, 206면

86) 鈴木祿弥, 前掲書, 93頁 ; 日秋田家庭裁判所審判 1964・11・2, 家庭裁判月報 17・1・118

1항에서는 “제1056조의 기간내에…”, 제2항에서는 “…제1056조의 기간의 만료후…”라고 규정하고 있으므로, 상속인수색의 공고기간내에도 재산분여청구를 할 수 있는 것처럼 보인다. 그러나 이것은 입법상의 오류이며, 제1항은 “제1057조의 기간내에…”, 제2항은 “…제1057조의 기간의 만료후…”로 정정되어야 한다.<sup>87)</sup> 그리고 상속인수색의 공고기간을 2년 이상으로 한다는 것은 상속관계를 조속히 확정한다는 점에서 너무 장기간이라 할 수 있을 뿐만 아니라, 제1056조와의 균형으로 보아 단축하는 것이 바람직할 것이다.<sup>88)</sup> 또한 제1058조의 상속재산의 국가귀속에 관한 규정 역시, “전조의 기간내에 상속권을 주장하는 자가 없는 때에는”을 “전조의 규정에 의하여 분여되지 않은 때에는”으로 수정하여야 한다.

그리하여 이와 같은 현행민법 규정상의 오류를 인식하고, 1998년 11월 13일의 개정안에서는 제1057조의 후단 「2년」을 「1년」으로 단축하고, 제1057조의 2 제1항 및 2항에서 「제1056조」를 각각 「제1057조」로 수정하였으며, 제1058조 제1항에서 「전조의 기간내에 상속권을 주장하는 자가 없는 때에는」을 「제1057조의 2의 규정에 의하여 처분되지 아니한 때에는」으로 수정하였다. 그리고 이것은 다시 2000년 10월 16일의 개정안에서 제1057조 전단의 「전조 제1항」을 「제1056조 제1항」으로, 동조 후단에서 「2년 이상」을 「1년 이상」으로 수정하고, 제1057조의 2 제1항 및 제2항에서 「제1056조」를 각각 「제1057조」로 수정하였으며, 제1058조 제1항에서 「전조의 기간내에 상속권을 주장하는 자가 없는」을 「제1057조의 2의 규정에 의하여 분여되지 아니한」으로 하고, 동조 제2항에서 「전항」을 「제1항」으로 수정하였다. 그러나 1998년 개정안은 2000년 5월 29일 국회의 임기만료로 폐기되었고, 2000년도 개정안은 2002년 5월 현재까지 의결되지 않고 있는 상태이다.<sup>89)</sup>

87) 裴慶淑·崔錦淑, 전게서, 552면 주 83); 郭潤直, 전게서, 353면; 金容漢, 전게서, 369면; 金性淑, 전개논문, 204면

88) 韓瑋熙, 전게서, 69면 주 16); 金性淑, 전개논문, 204-205면

89) 현행민법전은 1990년의 대폭적인 개정 이후에도 지속적인 개정요구가 있어 왔는데, 가족법에 대한 헌법재판소의 헌법불합치결정이 잇따르고, 동성동본불혼규정이나 남녀불평등 규정 등 친족편의 문제점 개선에 대한 필요성이 제기되었으며, 평균수명의 연장과 핵가족제도의 확산으로 노인문제가 심각한 사회문제로 대두됨에 따라, 현행 상속분제도를 재정비하는 등 상속편의 불합리한 규정을 개선·보완할 필요성이 절실하였다. 이에 따라 법무부는 1993년 6월부터 학계와 법조계, 여성계 등 각계의 대표들로 민법개정특별분과위원회(위원장 金壽洙교수)를 구성하고, 5년여의 작업 끝에 민법개정안을 완성하여, 이를 1998년 11월 13일 민법중개정법률안으로서 국회에 제안하였다. 그런데 이 법률안은 1998년 11월 16일 국회 법제사법위원회 회부되고, 1999년 12월 17일 국회 본회의에 상정되었으나, 2000년 5월 29일 제212회 정기국회에서 의결되지 못한 채, 제



## VI. 相續財産 分與의 效果

### 1. 分與의 性質

재산분여의 청구가 인용되면, 청산 후 잔존하는 상속재산의 전부 또는 일부가 처분에 의하여 청구인에게 분여된다(제1057조의 2 제1항). 따라서 그러한 분여심판은 금전의 지급, 물건의 인도, 등기 기타의 의무이행에 대하여 집행력을 가지며(가사소송법 제41조), 특히 부동산등기 등의 권리이전은 단독으로 청구할 수 있게 된다. 다만 이 경우 특별연고자의 분여재산 취득에 대한 법적 구성이 문제되는데, 이것은 피상속인으로부터 상속에 의하여 승계취득되는 것은 아니며, 원시취득으로 이해하여야 한다. 따라서 변제를 받지 못한 상속채권자나 수증자는 이에 대하여 아무런 청구도 할 수 없다.<sup>90)</sup>

한편 이것은 법률의 규정에 의한 특별배려로서 특별연고자에 대한 무상증여의 성격을 갖는 것이므로, 구체적인 재산의 이전은 가정법원의 심판이 확정된 시점이다.<sup>91)</sup>

### 2. 分與對象이 되는 財産

특별연고자에게 분여되는 것은 상속인 부존재시의 청산절차가 종료된 후 잔존하는 상속재산이다. 물론 법률상 양도가 금지된 재산은 분여의 대상이 될 수 없으며, 그 양도에 동의나 승낙이 필요한 경우에는 이러한 요건 역시 갖추어야 한다.<sup>92)</sup> 다만 그러한 상속재산 중에서 다음과 같이 분여의 대상이 될 것인가가 문제되는 경우가 있다.

#### (1) 相續債務

특별연고자에 대한 상속재산의 분여에서 상속채무는 분여자에게 귀속되지 않는다고

15대 국회의 임기만료로 자동 폐기되었다. 이에 법무부는 다시 1998년안과 유사한 새로운 민법개정안을 만들어, 2000년 6월경 관계부처의 의견조율과 6월 13일 입법예고를 마친 후, 2000년 10월 16일 국회에 제출하였으나, 2002년 5월 현재까지 의결되지 않고 있는 상태이다.

90) 韓瑋熙, 전거서, 71면 ; 金容漢, 전거서, 370면 ; 裴慶淑 · 崔錦淑, 전거서, 554면

91) 郭潤直, 전거서, 355면

92) 金性淑, 전거논문, 206면

하는 점에는 학자들의 견해가 대체로 일치한다. 즉 특별연고관계로 인하여 분여받은 자는 상속인이 아니기 때문에 상속채무는 귀속되지 않는다는 것이다.<sup>93)</sup> 생각전대 이 제도의 취지에 비추어, 특별연고자에게 상속채무까지 귀속시키는 것은 문제가 있으며, 분여의 성질을 원시취득으로 보는 한, 상속채무의 승계는 고려할 필요가 없을 것이다. 또한 절차상 특별연고자의 상속재산분여는 이미 상속채권자와 수증자에 대한 상속재산의 청산이 완료된 이후의 문제이므로(제1056조), 분여청구자에게 상속채무가 귀속되는 결과는 거의 나타나지 않는다. 물론 상속재산에 대한 청산이 완료되었음에도 불구하고, 청산절차에서 제외된 상속채권자나 유증받을 자가 존재하는 경우가 있을 수 있지만, 이들은 적법한 상속재산의 청산절차에 참가하지 않은 자로서 특별히 법이 보호할 필요가 없다. 한편 이러한 문제는 특별연고자에 대한 상속재산의 분여제도에 있어서, 잔여 상속재산의 국가귀속에 상속채권자나 유증받을 자의 변제청구를 배척한 제1059조와 같은 규정을 두지 않았기 때문에 발생하는 것이며, 이와 같은 명문규정을 둔다면 보다 근본적으로 처리될 수 있을 것이라고 생각한다.

## (2) 共有持分

피상속인의 공유지분이 특별연고자에 대한 분여의 대상이 될 수 있는가 하는 문제가 있다. 즉 민법 제267조에 따르면, 공유지분인 피상속인의 재산은 상속인이 없는 경우에, 다른 공유자에게 지분의 비율로 귀속하게 되는 반면, 민법 제1057조의 2에 의하면 공유지분 역시 일종의 상속재산으로서 분여의 대상이 되기 때문이다.

### ① 제267조 우선적용설

학설 중에는 공유지분의 탄력성을 전제로 한 민법 제267조가 우선적으로 적용되어, 피상속인의 공유지분은 분여의 대상이 될 수 없으며, 다른 공유자에게 지분의 비율로 귀속된다고 하는 견해가 있다. 즉 특별연고자에 대한 재산분여제도는 본래 국가에 귀속되어야 하는 청산 후의 재산을 국가 귀속에 앞서 연고자에게 분여하는 것에 불과하므로, 제267조에 의하여 국가 이외의 귀속자가 이미 법정되어 있는 공유지분과 같은 경우에는 분여의 대상이 될 수 없다는 것이다.<sup>94)</sup>

93) 金壽洙, 전게서, 617면 ; 金容漢, 전게서, 370면 ; 梁壽山, 전게서, 685면 ; 高貞明, 전게서, 322면 ; 裴慶淑·崔錦淑, 전게서, 554면 ; 李庚熙, 전게서, 328면 ; 金鍾律, 전게서, 1078면 ; 池元林, 전게서, 1641면 ; 金性淑, 전게논문, 206면 ; 鈴木祿彌, 前掲書, 93頁 ; 高野竹三郎, 前掲書, 356頁

## ② 제1057조의 2 우선적용설

이 견해는 민법 제267조의 입법취지를 무주물귀속의 특례로 보아, 공유자 1인이 공유지분을 포기하거나 상속인 없이 사망하면, 민법 제252조 2항에 의하여 국가에 지분이 귀속될 것이므로, 이러한 결과를 회피하여 다른 공유자에게 귀속시키는 것이 합리적이라고 하는 고려에 기인한 것일 뿐<sup>95)</sup>, 지분의 탄력성을 절대적으로 지켜야 한다는 내용은 아니므로, 특별히 제267조를 제1057조의 2에 비하여 우선적으로 적용할 이유는 없다는 입장이다.<sup>96)</sup> 따라서 공유지분인 피상속인의 재산은 상속인이 없는 경우에 분여의 대상이 될 수 있다고 한다.

## ③ 제3설

이 견해는 단순히 제267조 우선적용 내지 제1057조의 2 우선적용이라는 도식화를 배척하고, 당해 잔여 상속재산의 속성(동산, 부동산)이나 공유자 상호간 또는 피상속인과 특별연고자와의 인적 관계나 밀접도 기타 여러 사정을 고려하여 결정해야 한다는 입장이다.<sup>97)</sup>

## ④ 판례

이에 대한 우리 나라의 판례는 보이지 않는다. 다만 일본의 판례를 보면, 종래에는 제267조(일본민법 제255조) 우선적용설을 취하였으나<sup>98)</sup>, 1972년 3월 가사사건 담당판사 협의회에서 伊藤滋夫판사의 의견설명 이후<sup>99)</sup>, 최근의 판례는 제1057조의 2(일본민법 제958조의 3) 우선적용설을 따르고 있다.<sup>100)</sup>

94) 久貴忠彦, 前掲書, 725頁

95) 民議院法制司法委員會民法案審議小委員會, 民法案審議錄(上) 總則編・物權編・債權編, 1957, 166-167면 ; 李英俊, 物權法, 博英社, 1992, 518-519면

96) 郭潤直, 전게서, 354면 ; 金性淑, 전게논문, 207면 ; 川井健, 注釋民法(7), §255 III ; 廣中俊雄, 物權法, 昭和57, 435頁 ; 鈴木祿彌, 前掲書, 93頁 ; 深谷松男, 前掲書, 198頁 ; 中川善之助・泉久雄, 前掲書, 441頁 ; 前田達明, “相續人不存在의 共有持分について”, 判例タイムズ 第546号, 昭和60, 18頁 ; 有地亨, “特別緣故者えの遺産分與對象としての共有持分權”, 家族法判例百選, 1988, 146頁 ; 久貴忠彦, 前掲論文, 251頁

97) 太田武男, 相続法概説, 一粒社, 1997, 136頁

98) 日東京高等裁判所決定 1965・3・5, 家庭裁判月報 17・4・50 ; 日名古屋高等裁判所金沢支部審判 1974・11・30, 家庭裁判月報 27・10・52

99) 家庭裁判月報 24・9・26

100) 日東京高等裁判所判決 1972・9・8, 家庭裁判月報 25・8・47 ; 日名古屋高等裁判所決定 1974・9・26, 家庭裁判月報 37・5・56 ; 日最高裁判所判決 1989・11・24, 民事判例集 43・10・1220. 특히 1989년의 최고재판소의 판결은 제1057조의 2 우선적용설을 취한

## ⑤ 검토

생각전대 특별연고자에 대한 상속재산 분여제도가 신설된 이상, 공유지분은 상속인도 없고 특별연고자도 없는 경우에 한하여, 다른 공유자에게 속한다고 해석하는 것이 타당할 것이다. 특히 이러한 해석에 따르면 상속재산 중에 공유지분과 다른 단독소유 재산이 병존하는 경우에, 공유지분만 특별연고자에 대한 분여의 대상에서 제외된다고 하는 불합리한 결과를 시정할 수 있게 된다.<sup>101)</sup> 그리고 제3절과 같이 상속재산의 속성이나 당사자의 인적 관계를 고려하여 결정하여야 한다는 견해는 이를 결정하기 위한 새로운 판단기준을 제시해야 하는 순환론으로서 곤란한 점이 있다. 한편 이러한 결론에도 불구하고, 만약 공유자를 우선적으로 보호해야 할 특별한 이유가 존재하는 경우에는 특별연고관계의 상당성을 부인하면 될 것이라는 견해가 있는데<sup>102)</sup>, 이러한 견해는 법적 안정성의 견지에서 다소 의문이다.

## (3) 知的 財産權

특별연고자에 대한 상속재산의 분여에 있어서, 지적 재산권 등은 관련 특별법에 의하여 상당한 제한을 받는 부분이 있다. 즉 저작권의 경우 著作財産權이나 出版權, 著作隣接權은 상속의 대상이 되지만, 저작권법 제46조에 의하면 「저작권자가 상속인 없이 사망한 경우에 그 권리가 민법 기타 법률의 규정에 의하여 국가에 귀속되는 경우」에는 저작재산권이 소멸한다고 규정하고, 이를 저작인접권의 양도에 준용하고 있다(동법 제72조). 따라서 저작재산권이나 저작인접권의 경우에는 상속인 부존재시 국가귀속 이전에 특별연고자에 대한 분여대상이 된다고 할 것이다. 그러나 공업소유권의 경우에는 분여의 대상이 되지 않는다. 즉 특허법 제124조는 「특허권은 상속이 개시된 때 상속인이 없는 경우에는 소멸된다」고 규정하고 있으며, 이를 실용신안법 제42조에서 준용하고, 의장법 제59조와 상표법 제64조도 특허법과 같이 분여의 대상이 되지 못하고 소멸하는 것으로 규정하고 있다.

제1심(日大阪地判 1987·7·28, 家庭裁判月報 42·3·74)과 제267조 우선적용설을 취한 제2심(日大阪高判 1987·12·22, 家庭裁判月報 42·3·60) 사이를 고민하다, 제1심 판결과 동일하게 제1057조의 2 우선적용설을 취하였다. 자세한 것은 太田武男, 家族法の判例と法理, 一粒社, 平成5, 247頁 이하

101) 郭潤直, 전계서, 354면

102) 郭潤直, 전계서, 354면

## 2. 分與의 形態

가정법원에 의하여 재산분여청구가 인용되면 상속재산의 전부 또는 일부를 분여할 수 있다. 다만 그 명확한 기준이 정해져 있지 않기 때문에, 가정법원의 재량으로서 상당성의 판단에 맡길 수 밖에 없다. 분여형태에 관한 일본의 판례를 참고해 보면, 사실혼부부나 사실상의 양자로서 생계를 같이 한 경우에는 상속재산을 각각 1/2씩의 지분에 따라 공유로 하거나<sup>103)</sup>, 3인 이상의 신청인에 대하여는 그 협의에 따라 정하기도 하였다.<sup>104)</sup> 그리고 상속재산이 이들의 생존의 기초를 이루는 경우나 상속재산이 많지 않은 경우, 특별연고자가 친족인 경우 등에는 전부분여의 예가 많았고<sup>105)</sup>, 친족이 아닌 知人이거나 遠親, 종교법인인 경우에는 일부분여의 사례가 많았다.<sup>106)</sup> 이러한 예를 보면 친족관계의 원근이 중요한 기준이 되고 있음을 알 수 있다. 그러나 일부분여의 예는 5%미만에 그치고, 거의 대부분 전부분여를 하는 방향이며<sup>107)</sup>, 이러한 기준을 확립적으로 보아서는 안되므로, 차제에 특별연고관계가 인정되는 한, 친족관계의 원근이나 친족과 타인을 구별할 이유는 없다고 할 것이다.<sup>108)</sup>

또한 일반적으로 상속재산의 분여는 그 이전부터 사실상 재산을 지배하고 있거나 원하는 경우에는 현물분여를 할 수 있을 것이다. 그러나 현물분여가 불가능하거나 대금분여를 원한다면 환가하여 대금으로 분여하는 것도 가능할 것이다.<sup>109)</sup>

한편 이 제도는 상속재산의 청산 후 잔여재산으로 분여하는 것이지만, 상속재산의 청산이 곤란한 경우나 상속재산이 특별연고자의 생활의 기초가 되어 있는 경우에는 채무의 부담을 전제로 하는 負擔附分與나 條件附分與도 가능하다고 할 것이다.<sup>110)</sup>

103) 日和歌山家庭裁判所新宮支部審判 1965・11・17, 昭和 41 (家) 53

104) 日京都家庭裁判所審判 1963・11・30, 民商法雜誌 56・2・72

105) 久貴忠彦, 前掲書, 716頁

106) 日大阪家庭裁判所審判 1963・12・23, 家庭裁判月報 16・5・176 ; 日大阪家庭裁判所審判 1964・7・28, 民商法雜誌 56・2・49 ; 日東京家庭裁判所審判 1965・8・12, 家庭裁判月報 18・1・96 ; 日東京家庭裁判所審判 1965・7・15, 昭和 39 (家) 8662 ; 日高松高等裁判所決定 1973・12・18, 家庭裁判月報 26・5・88

107) 田中実・久貴忠彦・人見康子, “特別緣故者に対する殘存相續財産の分與制度をめぐる諸問題”, 私法 第30号, 昭和43, 151頁

108) 高野竹三郎, 前掲書, 356頁 ; 久貴忠彦, 前掲書, 716 ; 日大阪高等裁判所決定 1969・12・24, 家庭裁判月報 22・6・59

109) 金崎洙, 전게서, 616-617면 ; 梁壽山, 전게서, 685면 ; 裴慶淑・崔錦淑, 전게서, 554면 ; 李庚熙, 전게서, 328면 ; 嚴英鎮, 전게서, 569면 ; 金玟中, 전게서, 924면 ; 金性淑, 전게 논문, 209면 ; 鈴木祿彌, 前掲書, 93頁

110) 金性淑, 전게 논문, 209면 ; 日神戸家庭裁判所審判 1968・9・2, 家庭裁判月報 21・3・73

## VII. 結語(制度的 問題點)

이상과 같이 특별연고자에 대한 상속재산의 분여제도는 우리 민법에 신설된 제도일 뿐만 아니라, 우리 판례가 일천한 관계상 이론적인 면을 중심으로 살펴 보았다. 다만 우리보다 한발 앞선 일본의 사정을 참고하면 그 시행상의 문제점을 다소 파악할 수 있을 것이라고 생각한다.

우선 ①민법전 규정상의 문제로서 청구기간에 대한 개정안을 참고하여야 할 것이고, ②해석론으로서로는 가능하더라도, 국가귀속의 경우와 마찬가지로 청산절차에서 제외된 상속채권자와 유증받을 자의 청구를 제한하는 규정이 필요할 것이다. 즉 제 1057조 2의 3항을 신설하여 명문으로 '전항에 의하여 상속재산을 분여받은 연고자에 대하여는 상속재산으로부터 변제를 받지 못한 상속채권자나 유증받을 자가 이를 청구하지 못한다'라고 규정하는 것이다. ③또한 내용상으로 특별연고자에 대한 상속재산의 분여제도는 그 자체가 가정법원의 재량권에 의존하므로, 남용 내지 확대운영의 위험이 존재할 수 있다. 특히 우리 국민의 일반적 법의식에 비추어, 헌신적으로 피상속인의 요양·간호에 노력한 자는 청구를 하지 않고, 오히려 상속재산을 탐내어 표면적인 친절을 베풀 자가 이를 원용할 위험이 있다. 따라서 상속재산의 국가귀속을 회피하기 위하여, 사소한 연고관계를 이용하거나 표면적인 연고관계를 갖고, 이를 악용할 소지도 있기 때문에, 가정법원은 특별연고관계의 인정과 분여의 상당성을 판단하는데 있어서 신중을 기해야 할 것이다. ④그리고 상속인의 범위가 축소되었다고는 하지만, 아직도 4촌 이내의 혈족까지 상속인이 될 수 있고, 이전의 모계혈족과 부계혈족의 범위차이를 없앤 만큼, 그 친족의 범위가 좁지 않은 현실에서, 실제로 이 제도의 적용을 받게 되는 경우가 얼마나 될 지는 의문이다. 이러한 점을 들어, 상속인이 있는 경우에도 사실혼의 배우자나 사실상의 양자, 생계동일자, 요양·간호에 기여한 자에 대한 상속재산분여의 길을 열어 줄 수 있도록 하는 입법론을 신중히 검토할 필요가 있을 것이다. ⑤한편 이러한 제도를 통하여 새로운 유형의 상속인을 만들어 내는 것과 다름이 없다는 비판도 가능하다. 즉 이론적으로는 채무승계를 허용하지 않으므로, 상속과 다른 것이라고 하지만, 실질적으로는 상속과 동일시할 수 있는 면이 있는

것이다. 특히 이러한 것은 일본민법의 입법취지를 통하여도 명확하게 밝혀지는 것이다. 결국 특별연고자의 상속재산의 분여제도는 특별연고자를 「유증되어야 할 자」로 이해하여, 遺贈의 자유로운 전개를 제한하고, 오히려 「사실상 상속인과 동일시되는 자」로 이해함으로써, 혈연에 의한 재산의 분배에 고정되는 결과를 낳은 것이다. 이러한 점에 비추어, 이론적으로나 현실적인 측면에서, 특별연고자에 대한 상속재산분여 제도의 재검토가 필요할 것이라고 생각한다.