

일본의 대습상속제도의 비교법적 검토

안 영 하*

- I. 머리말
- II. 일본의 대습상속제도의 변천과정
- III. 우리민법 및 일본민법의 해석론의 비교법적 검토
- IV. 맺음말

I. 머리말

대습상속이란 피상속인의 상속인이 될 직계비속 또는 형제자매가 상속개시 이전에 사망하거나 결격자가 되어 상속권을 상실하게 된 경우, 그 직계비속 또는 그 배우자가 사망하거나 결격자가 된 者の 순위에 같음하여 상속인이 되는 것을 말한다(민법 제1001조, 제1003조 제2항). 대습상속은 세계 각국에서 일반적으로 인정되고 있는 제도인데, 각 나라의 상속법상의 특색에 따라 대습원인이나¹⁾ 요건에서 차이를 보이고 있다²⁾.

* 성균관대학교 연구전임강사, 법학박사.

1) 추정상속인이 상속에서 배제되는 경우는 여러 가지가 있다. 즉 상속개시 전의 사망으로 인하여 상속에서 제외되는 경우가 일반적이라고 할 것이나, 사망이외에도 상속결격, 상속포기, 상속폐제 등으로 인하여 상속권을 상실하는 경우도 있다. 이에 각국은 각 나라의 사정에 맞게 대습원인을 규정하고 있다. 우리민법과 프랑스민법의 경우에는 사망과 결격을 대습원인으로 인정하고 있으나, 일본은 이에 더하여 상속폐제의 경우도 대습원인으로 인정하고 있으며, 독일의 경우에는 상속포기 도 대습원인으로 인정하고 있다. 각국의 대습원인에 관하여는 안영하, “대습상속에 관한 연구”, 성균관대학교 박사학위논문, 2004, 17면 이하 참조.

2) 대습상속의 비교법적 검토에 관하여는 안영하, 전제 “대습상속에 관한 연구”, 10면 이하 참조.

일본에서도 대습상속제도는 오래전부터 인정되었는데, 일반적으로 대습상속에 관하여 추정상속인이 상속개시 이전에 사망 또는 결격·상속인 폐제로 인하여 추정상속인이 될 지위를 잃은 경우, 그 者에 자가 있으면, 그 자가 추정상속인이 될 지위를 잃은 그의 親이 받을 수 있었던 상속분을 받아서 상속하는 것이라고 정의하고 있다³⁾. 일본의 대습상속제도는 우리의 제도와 대습원인 및 대습상속의 요건에 관하여 해석론상 유사한 점이 많을 뿐만 아니라, 현재 우리나라에서 문제가 되고 있는 점에 관하여 이미 많은 부분 논의를 통하여 입법적 해결을 시도하고 있는 상태이므로 우리의 해석론에 시사하는 바가 많다고 할 것이다⁴⁾. 예컨대 현재 우리민법의 해석상 문제가 되고 있는 孫의 상속권의 성격에 관하여 일본도 과거 많은 논의가 있었으나 1962년의 민법개정으로 孫은 언제나 대습상속만을 하는 것으로 규정하여 입법적인 해결을 하였고, 동시사망의 경우에 대습상속을 인정할 것인가의 문제에 관하여도 입법을 통하여 대습상속을 인정하는 것으로 하였다. 또한 대습원인으로서의 상속포기의 인정여부에 관하여는 지금도 논의가 계속되고 있는 실정이며, 현재 우리민법에서만 인정되고 있는 배우자의 대습상속을 일본에서도 도입할 것인지에 관하여는 지금까지도 많은 논의가 이루어지고 있으나 아직도 결론이 나지 않고 있는 점 등에 관하여 검토를 하여 보면 현재의 우리의 해석에 많은 도움이 되리라 생각된다. 따라서 이하에서는 일본의 대습상속제도의 발달과정을 먼저 살펴본 후 대습원인과 대습상속의 요건 및 기타 해석론상 문제가 되고 있는 부분에 관하여 우리의 해석과 관련된 부분을 중심으로 하여 차례대로 검토해 보기로 한다.

II. 일본의 대습상속제도의 변천과정

1. 대습상속제도의 역사적 배경 및 입법과정

(1) 明治民法 制定 以前の 代襲相續

일본에서 대습상속의 기원으로 볼 수 있는 것은 아주 오래되어 大宝令(大宝時代는 연대로는 701년-704년) 및 養老令(養老時代는 연대로는 717년-724년)에서도 찾아 볼 수 있다고 한다. 이와 같은 令制에서의 상속제도는 家相續과 財産相續라는 두 가지의

3) 阿部浩二, 中川善之助, 泉久雄 編集, 新版注釋民法(26), 相續(1), 有斐閣, 1992, 225面.

4) 다만 일본에서도 대습상속에 관하여 여러번의 개정을 통하여 입법적 해결을 시도하였으나, 입법에 관한 타당성의 논의는 지금도 계속되고 있다는 점에 주의하여야 할 것이다.

형태로 나타나는데, 대습상속도 이 양자에 모두 나타나고 있다고 한다⁵⁾. 家相續法인 繼嗣法에 의하면 三位 이상의 繼嗣의 법정순위는 ① 嫡妻長子, ② 嫡出長孫, ③ 嫡妻長子同母第… 이고, 동순위자 간에는 年長者순으로 상속하였으므로, 만약 제1순위의 嫡妻長子가 상속개시 전에 사망하거나, 혹은 罪疾 때문에 상속인이 되는 것이 부적당한 사정이 있으면, 嫡出長孫이 이에 대신하여 繼嗣할 수 있었다고 한다⁶⁾. 즉 嫡出長孫은 자신의 아버지인 嫡妻長子를 대신하여 상속에 참여할 수 있는 대습상속이 인정되었던 것이다. 또한 남자가 없는 寡妻妾의 대습상속을 인정한 규정이 있다고 한다⁷⁾.

재산상속에 관하여는, 大宝令에는 피상속인의 유산은 嫡子와 庶子에게 나누어지고, 만약 형제(피상속인의 아들)중에 사망한 者가 있으면, 그의 직계비속인 피상속인의 男孫이 대습하게 되고, 男孫이 없고 사망한 男子의 寡婦가 있으면, 과부가 대습하였다⁸⁾. 즉 재산상속에 있어서도 대습상속이 인정되었고, 특기할만한 사항은 며느리의 대습도 인정되었다는 것이다. 즉 戶令應分條에 의해 父보다 먼저 男子가 사망하면 男孫이 대습상속하지만, 만약 男孫이 없으면 사망한 남자의 遺妻가 그 남자(夫)를 대습한다. 夫에 대하여 어떠한 상속권도 갖고 있지 않은 妻가 대습의 경우에만 상속권을 인정받는 것이다⁹⁾. 상속권자의 범위에 있어서 다른 부분이 있기는 하지만 大宝令의 이 규정은 養老令에서도 변한 것은 없었다고 한다¹⁰⁾. 다만 이러한 令制하에서 형제(피상속인의 아들들)가 모두 사망한 경우, 즉 추정상속인인 남자가 모두 사망한 때에는 일체의 재산은 차별없이 사망한 남자의 嫡庶여부, 또한 그들의 子의 嫡庶를 불문하고 전체 男孫에게 균분되었다고 한다¹¹⁾.

大宝·養老의 繼嗣令, 戶令의 상속제는, 平安時代¹²⁾에 들어와 律令制의 일반적인 쇠

5) 阿部浩二, 前掲 新版注釋民法(26), 226面.

6) 阿部浩二, 前掲 新版注釋民法(26), 226面.

7) 中田薫, “養老戶令應分條の研究”, 法制史論集 1卷, 1919, 53面.

8) 阿部浩二, 前掲 新版注釋民法(26), 226面.

9) 高柳眞三, “代襲相續の性格”, 家族法大系VI, 1965, 45面.

10) 阿部浩二, 前掲 新版注釋民法(26), 226面.

11) 阿部浩二, 前掲 新版注釋民法(26), 226面.

이러한 해석과는 달리 일본의 역사에서 법정상속권 자체가 오늘날 나타나는 것처럼 강고부동의 권리로서 인정되지는 않았기 때문에 대습상속이 인정되었는가 하는 논의도 다소 불명확한 것이지만, 嫡子가 父 보다 먼저 사망한 경우에 嫡孫을 양자로 입적하는 것과 같은 관행은, 본질적으로는 대습상속을 인정하는 것과 같은 것으로 볼 수 있다고 생각되므로, 일본에도 大宝養老 이래, 봉건법을 거쳐 明治에 이르기까지 대습상속과 같은 것이 있었다고 볼 수 있다는 견해도 있다. 中川善之助·泉久雄, 法律學全集24, 相續法(第3版), 有斐閣, 1989, 127面.

되에 수반하여 변천의 길을 걸어왔다고 한다. 즉 4位 이하의 者도 嫡子에게 장애가 있을 때에는 嫡孫을 조부의 양자로 하여 적자로 선정하는 풍습이 생겨서, 이를테면 律令의 제도로서 嫡孫養子가 행하여지고, 이것과 병행하여, 3位 이상의 嫡孫承祖의 제도도 4位 이하의 상당히 넓은 계층에서 행해지게 되었고, 왕조시대의 嫡孫養子와 嫡孫承祖는 중세의 武家庶民의 사이에 넓게 전해졌다고 한다¹³⁾

재산에 관하여는 律令이래 武家政府 성립후에도 分割相續이 행해졌지만, 봉건적 주종관계가 확립됨에 따라 領地의 분할을 회피하여, 명실공히 분할하지 않는 單獨相續制가 요구되어 室町時代¹⁴⁾ 후반에는 그것이 武士간에 일반화되었다고 한다¹⁵⁾. 그러나 그것은 武士相續法에서 그랬다고 할 뿐이고, 서민에게는 반드시 그랬던 것은 아닌 듯 하다고 한다. 이리하여 德川時代의¹⁶⁾ 단독상속제의 보급 발달은 家相續과 재산 상속이 결합되어 家를 잇는 嫡子가 유일의 재산상속인이 되어 長子單獨相續이 완성되었다고 한다¹⁷⁾.

德川幕府法에서도 대습상속이 인정되었고¹⁸⁾, 德川庶民法에서도 대습상속이 지역에 따라 관습법적으로 존재하였다고 한다¹⁹⁾.

이러한 幕府法에서의 嫡孫承祖의 관행은 명치시대에도 계수되었으나, 그 초기에는

12) 784년 간무왕(桓武王)이 헤이안쿄(平安京:京都)로 천도한 때부터 미나모토노 요리토모(源賴朝)가 가마쿠라 막부(幕府)를 개설한 1185년까지의 약 400년 동안의 일본 정권을 말한다.

13) 阿部浩二, 前掲 新版注釋民法(26), 226面.

14) 足利(あしかが)씨가 정권을 잡았던 시대(1338년-1573년)를 말한다. 室町幕府는 足利尊氏(あしかがたかうじ)가 1338년에 京都 室町에 개설한 막부를 말한다.

15) 阿部浩二, 前掲 新版注釋民法(26), 226面.

16) 德川家康(とくがわいえやす)가 1603년 江戸에 幕府를 세운 이래 德川氏가 통치하던 시대를 말함.

17) 阿部浩二, 前掲 新版注釋民法(26), 226面.

18) 德川幕府法에서의 상속은 엄밀히 말하면 幕府에 대하여 승계를 신청하고 이러한 신청에 대하여 俸祿을 재수여하는 것이었다. 또한 嫡妻長子로 태어난 자는 출생신고가 있으면 당연히 嫡子의 신분을 취득하지만, 嫡子가 사망 또는 廢嫡되어도 다른 직계비속이 차순위로서 당연히 적자로 되는 것이 아니라 피상속인이 다시 적자로 선정하는 신청을 하여야 되었다. 이러한 의미에서는 대습상속이 없었다고 할 수도 있으나, 嫡子로 선정되는 자의 순위는 관습법적으로 정하여지고, 嫡庶長幼의 순서가 지켜지고 있었던 것 같고, 또 封爵수여의 신청에 대하여 幕府의 허가는 恣意的인 것이 아니라 오히려 강하게 제약되고 있어서 엄밀한 신분제사회구조를 가진 幕府가 武士의 존속을 그 자신의 존립의 필수요건으로 하였던 것과 특별한 이유가 없으면 허가를 하였던 것을 보면, 실질적으로 상속권이라 부를 만한 것이 존재하였다고 보는 것이 타당하다고 한다. 阿部浩二, 前掲 新版注釋民法(26), 227面.

19) 阿部浩二, 前掲 新版注釋民法(26), 227面.

귀족과 평민의 취급에 혼란을 보이고 있었다고 하는데²⁰⁾, 적어도 1872년(明治 5年) 이전에는 일반평민에게는 嫡長子孫相續의 관행을 인정하지 않고 피상속인의 의사를 강하게 인정하고 있었다고 한다. 따라서 士族以上の 신분에 있어서와는 별개로, 일반 평민에게는 전국에 일률적으로 존재하고 있었음을 확인할 수는 없지만, 이후에 민법전에 규정하는 방향으로 통일되어 왔다고 한다²¹⁾.

(2) 明治民法에서의 代襲相續

明治시대에 민법전이 제정되면서 대습상속도 민법전에 규정되게 되었다²²⁾. 이 시기에 일본의 상속은 家督相續²³⁾과 遺産相續으로 나뉘어 규정되어 있었는데, 양쪽 모두에 대습상속은 인정되었다.

(가) 舊民法에서의 代襲相續

舊民法에서는 家督相續과 遺産相續 모두에 대습상속이 인정되었다.

家督相續에 관하여는 舊民法 財産取得編 제295조 2항에서 ‘…家督相續人이 될 者가 피상속인보다 먼저 사망하거나 또는 제297조에서 들고 있는 원인으로 인하여 廢除된 경우에 그 자에게 비속친이 있는 때에는 그 비속친은 법정순위에 의하여 가독상속인이 된다.’고 규정하여 대습상속을 인정하고 있고²⁴⁾, 유산상속에 관하여는 舊民

20) 阿部浩二, 前掲 新版注釋民法(26), 227面.

21) 阿部浩二, 前掲 新版注釋民法(26), 228面.

22) 명치시대에 최초로 성문화되어 공포되었던 민법은 실제 시행되지 않았다. 이 민법을 구민법이라고 한다. 이 후에 다시 제정작업을 거쳐 공포 시행된 민법을 명치민법이라고 하는데 여기에서는 구법이라고 표시하기로 한다.

23) 家督相續이란 1947년(昭和22년) 개정전의 민법에서, 前戶主의 신분상 및 재산상의 권리의무를 상속하는 것을 말한다. 유산상속이 공동상속인 것에 대하여 항상 단독상속이 되어 호주의 사망, 隱居, 국적상실 등에 의해 개시되었다. 가독상속인은 법정의 추정가독상속인(직계비속 중에서 촌수가 가깝고, 남녀의 기준으로 결정된 선순위자), 지정가독상속인, 선정가독상속인 등의 순서로 1인이 선정되었지만, 보통은 장남이 가독상속인이 되었다.(법률용어사전, 유비각, 1994, 157면 참조.)

24) [日本舊民法 第295條]

法律ニ於テ家督相續人ト爲ル可キ者ノ順位ヲ定ムルコト左ノ如シ

第一 被相續人ノ家族タル卑屬親中親等ノ最モ近キ者

第二 卑屬親中同親等ノ男子ト女子ト有ルトキハ男子

第三 男子數人アルトキハ其先ニ生マレタル者但嫡出子ト庶子又ハ私生子ト有ルトキハ嫡出子

第四 女子ノミ數人アルトキハ其先ニ生マレタル者但嫡出子ト庶子又ハ私生子ト有ルトキハ嫡出子

法 財産取得編 제314조²⁵⁾는 ‘비속친이 유산을 상속하는 경우에는 제295조의 규정을 적용한다’고 규정하고 있는데, 이는 대습상속을 규정한 제295조를 준용하는 것이므로 유산상속에 있어서도 역시 대습상속이 인정되었다.

구민법에서는 가독상속에서 선순위 가독상속인이 없어서 피상속인의 형제자매가 가독상속인이 될 경우에는(舊民法 第301條) 피상속인의 형제자매를 피대습자로 하는 대습상속은 인정되지 않았고²⁶⁾, 유산상속에 있어서도 유산상속의 상속인의 순위는 1

然レトモ右ノ規定ニ從ヒテ家督相續人タル可キ者カ被相續人ニ先タチテ死亡シ又ハ第二百九十七條ニ掲ケタル原因ニ由リテ廢除セラレタル場合ニ於テ其者ニ卑屬親アルトキハ其卑屬親ハ法定ノ順位ニ依リテ家督相續人ト爲ル

법률에 의해 가독상속인이 될 자의 순위를 정한 것은 다음과 같다.

1. 피상속인의 가족인 비속친 중 친등이 가장 가까운 자
2. 비속친 중 동친등의 남자와 여자가 있으면 남자
3. 남자가 수인 있는 때에는 먼저 출생한 자. 단 적출자와 서자 또는 사생자가 있는 때에는 적출자
4. 여자만 수인 있는 때에는 먼저 출생한 자. 단 적출자와 서자 또는 사생자가 있는 때에는 적출자

그러나 위의 규정에 따라 가독상속인이 될 자가 피상속인보다 먼저 사망하거나 또는 제297조에 서 들고있는 원인으로 인하여 폐제된 경우에 그 자에게 비속친이 있는 때에는 그 비속친이 법정 순위에 의하여 가독상속인이 된다.(前田達明 編, 史料民法典, 成文堂, 2004, 1084面.)

25) [日本舊民法 第314條]

卑屬親カ遺産ヲ相續スル場合ニ於テハ第二百九十五條ノ規定ヲ適用ス

비속친이 유산을 상속하는 경우에는 제295조의 규정을 적용한다(前田達明 編, 前掲 史料民法典, 1084面.)

- 26) 형제자매의 비속친도 가독상속인이 될 수 있는 경우가 있었으나, 이는 법이 정해 놓은 선정순서에 따라 가독상속인이 되는 것이었다. 즉 가독상속인이 될 수 있었던 피상속인의 형제자매인 자신의 父 또는 母가 이미 사망한 경우에는 다른 피상속인의 형제자매가 있으면 이들이 선순위의 가독상속인이므로 피상속인의 형제자매의 비속친은 가독상속인이 될 수 없으므로, 설령 이러한 자가 구민법 제301조에 의하여 가독상속인이 되더라도 이는 대습상속에 의한 것이 아니라 본인의 상속권에 기인한 것이라고 할 것이다.

[日本舊民法 第301條]

法定又ハ指定ノ家督相續人アラセル場合ニ於テ其家ニ死亡者ノ父アルトキハ父, 父アラサセルトキハ母 ハ左ノ順序ニ從ヒ家族中ヨリ家督相續人ヲ選定ス

第一 兄弟

第二 姉妹

第三 兄弟姉妹ノ卑屬親中親等ノ最モ近キ男子若シ男子アラス又ハ拋棄シタルトキハ女子

법정 또는 지정의 가독상속이 없는 경우에는 그 가에 사망자의 부가 있으면 부, 부가 없는 때에는 모가 다음의 순서에 따라 가족중에서 가독상속인을 선정한다.

제1 형제

순위가 家를 같이 하는 卑屬親이고, 2순위가 배우자, 3순위가 戶主로 규정되어 있어서(舊民法 제313條)²⁷⁾, 피상속인의 형제자매는 상속인이 아니기 때문에 피상속인의 형제자매를 피대습자로 하는 대습상속은 인정되지 않았다.

(나) 舊法에서의 代襲相續

공포되었으나 시행되지는 않은 구민법과 마찬가지로 일본역사상 최초로 시행된 민법인 舊法도 대습상속을 가독상속과 유산상속 양쪽에 모두 인정하였다.

舊法 제974조에서²⁸⁾ 가독상속에 관한 대습상속을 인정하였으며, 유산상속에서는 구민법과 달리 독립된 1개의 조문(舊法 제995조)²⁹⁾을 두어 대습상속을 인정하였다.

舊法에서도 가독상속에서 선순위 가독상속인이 없어서 피상속인의 형제자매가 가독상속인이 될 경우에는(舊法 제982조) 구민법에서와 같은 이유로 대습상속이 인정되지 않고, 유산상속에서는 상속인의 제1순위가 家를 같이 하는 卑屬親이고(舊法 994

제2 자매

제3 형제자매의 비속친 중 친등이 가장 가까운 남자 만약 남자가 없거나 또는 포기한 때에는 여자(前田達明 編, 前掲 史料民法典, 1084面.)

이 경우 가독상속인을 선정할 부모가 모두 없으면 친족회가 선정한다(日本舊民法 第302條).

27) [日本舊民法 第313條]

家族ノ遺産ハ其家族ト家ヲ同フスル卑屬親之ヲ相續シ卑屬親ナキトキハ配偶者之ヲ相續シ配偶者ナキトキハ戶主之ヲ相續ス

가족의 유산은 그 가족과 가를 같이 하는 비속친이 상속한다. 비속친이 없는 때에는 배우자가 상속한다. 배우자가 없는 때에는 호주가 상속한다.(前田達明 編, 前掲 史料民法典, 1085面.)

28) [舊法 第974條]

第九百七十條及ヒ第九百七十二條ノ規定ニ依リテ家督相續人タルベキ者カ家督相續ノ開始前ニ死亡シ又ハ其相續權ヲ失ヒタル場合ニ於テ其者ニ直系卑屬アルトキハ其直系卑屬ハ第九百七十條及ヒ第九百七十二條ニ定メタル順序ニ從ヒ其者ト同順位ニ於テ家督相續人ト爲ル

제970조 내지 제972조의 규정에 의하여 가독상속인이 될 자가 가독상속의 개시 전에 사망하거나 또는 그 상속권을 잃은 경우에 그 자에게 직계비속이 있는 때에는 그 직계비속은 제970조 내지 제972조에 정한 순서에 따라 그 자와 동순위의 가독독상속인이 된다.(前田達明 編, 前掲 史料民法典, 1190面)

29) [舊法 第995條]

前條ノ規定ニ依リテ遺産相續人タルベキ者カ相續ノ開始前ニ死亡シ又ハ其相續權ヲ失ヒタル場合ニ於テ其者ニ直系卑屬アルトキハ其直系卑屬ハ前條ノ規定ニ從ヒ其者ト同順位ニ於テ遺産相續人ト爲ル

전조의 규정에 의하여 유산상속인이 될 자가 상속개시 전에 사망하거나 또는 그 상속권을 잃은 경우에 그 자에게 직계비속이 있는 때에는 그 직계비속은 전조의 규정에 따라 그 자와 동순위의 유산상속인이 된다.(前田達明 編, 前掲 史料民法典, 1191面)

조), 2순위가 배우자, 3순위가 직계존속, 그리고 4순위가 戶主로 규정되어 있으므로 (舊法 996조), 피상속인의 형제자매는 상속인이 아니어서 이 또한 대습상속이 인정되지 않았다³⁰⁾.

(3) 1942年度(昭和17년)의 一部改正

1942년의 일부개정은 기존의 대습상속에 관한 규정을 변경한 것은 없고, 다만 태아에 관하여도 대습상속을 인정하는 규정이 부가되었다(舊法 제974조의 개정)³¹⁾.

(4) 1947年度(昭和22년)의 新法

(가) 1947년도 개정의 개관

30) [舊法 第994條]

被相続人ノ直系卑屬ハ左ノ規定ニ從ヒ遺産相續人ト爲ル
一 親等ノ異ナリタル者ノ間ニ在リテハ其近キ者ヲ先ニス
二 親等ノ同シキ者ハ同順位ニ於テ遺産相續人ト爲ル
피상속인의 직계비속은 아래의 규정에 따라 유산상속인이 된다.
일. 친등이 다른 자 사이에서는 그 가까운 자가 우선한다.
이. 친등이 동일한 자는 동순위로 유산상속인이 된다.

[舊法 第996條]

前二條ノ規定ニ依リテ遺産相續人タルベキ者ナキ場合ニ於テ遺産相續ヲ爲スベキ者ノ順位左ノ如シ

- 第一 配偶者
- 第二 直系尊屬
- 第三 戶主

前項第二號ノ場合ニ於テハ第九百九十四條ノ規定ヲ準用ス

전 2조의 규정에 의해 유산상속인이 될 자가 없는 경우에 유산상속을 할 자의 순위는 다음과 같다

- 제1 배우자
- 제2 직계존속
- 제3 호주

전항 제2호의 경우에는 제994조의 규정을 준용한다.(前田達明 編, 前掲 史料民法典, 1191面)

31) 阿部浩二, 前掲 新版注釋民法(26), 228面.

舊法 제974조에 다음 내용을 추가하였다.

“전항의 적용에 있어서는, 태아는 이미 출생한 것으로 본다. 단 사체로 출생한 경우에는 그렇지 않다.”

1947년도의 신법은 친족법 및 상속법의 대폭 개정을 통하여 직계비속의 대습상속에 관하여 제888조에서 규정하였고, 종래에 인정되어 오던 직계비속의 대습상속 이외에도 형제자매에 관하여도 대습상속을 인정하였다. 즉 형제자매가 추정상속인이 될 경우, 그 者에 대습원인이 생기면 그 者의 자가 대습한다고 하여 姪 등의 대습상속을 인정하였다(일본민법 제889조 제2항)³²⁾. 즉 1947년도의 신법의 규정에 의하여 피상속인의 형제자매가 혈족상속인으로 인정되었고, 이에 응하여 형제자매의 직계비속이 대습상속을 할 수 있는 것으로 된 것이다³³⁾.

1947년법에 의하면 피상속인의 직계비속의 대습상속은, 1순위 본위상속권도 가지고 있는 者에게 대습상속권도 인정할 것임에 반하여, 형제자매의 직계비속의 대습상속은 처음부터 본위상속권이 없어서 대습상속만이 인정됨에 지나지 않는다는 차이가 있었다. 이 때문에 형제자매의 1인이더라도 생존하고 있는 경우에는 상속권을 상실한 피상속인의 형제자매의 자녀가 대습상속하는 것에 의문이 없지만, 형제자매의 전원이 사망 또는 실권한 경우 姪들은 대습상속을 통하여 상속인이 되는 것인가, 혹은 대습상속을 하는 것이 아니라고 해석하여 본위상속권이 없으므로 완전히 상속에서 배제되어 상속을 하지 못하는 것인가에 관하여 논쟁이 있었다³⁴⁾. 하급심 판례는 대습상속을 할 수 있다고 판시하였으나³⁵⁾, 학설은 나뉘어져 있었는데, 다수설은 姪에게 대습

32) 中川善之助泉久雄, 前掲 相續法(法律學全集24), 127-128面.

33) 阿部浩二, 前掲 新版注釋民法(26), 239面.

34) 阿部浩二, 前掲 新版注釋民法(26), 239面.

35) 東京高裁 昭和35(1960). 10. 29 判決. 高裁民集 13卷 7号, 686面. (法律時報 33卷 12号, 101面)
이 판결의 判旨는 다음과 같다.

1. 민법 제889조 1항은 상속인으로 될 혈족의 범위를 형제자매까지 한정하고 있지만, 제2항에서 동법 제888조를 준용하고 있으므로, 형제자매의 직계비속이 대습상속권을 가지고 있다는 것은 명백하다. 抗訴人은 이러한 대습상속권은 형제자매중에 생존자가 있는 때에 한한다고 주장한다. 또 피상속인의 자가 전원 사망하여 孫이 상속하는 경우에, 대습상속에 의하는 것이 아니라, 孫은 2친등의 직계비속으로서 평등한 입장으로 상속한다고 하는 說도 있지만, 만약 손의 상속의 경우에 관하여는 위의 설이 옳다고 하여도, 고유의 상속권이 없는, 특히 대습상속권만을 가지고 있는 형제자매의 직계비속에 관하여는 손의 경우와 전적으로 동일하게 해석하여 대습상속권을 부정하는 것은 무리한 추론일 뿐만 아니라, 그 외에 합리적 근거를 발견할 수도 없다.
2. (1) 형제자매도 상속인이고, 게다가 그의 대습상속을 인정한 현행민법의 입장은, 피상속인의 재산적 권리의무는 당연히 일정한 친족에게 상속된다고 하는 친족주의적인 상속사상에 기초하는 것이고, 血緣者가 있는 경우에는 상속재산은 되도록 혈연자에게 상속되어, 국고귀속하지 않는 것을 의도하고 있는 것이라고 할 수 있다. (2) 따라서 대습상속권의 정신은 자연적인 순서를 따르면 당연히 상속할 수 있었던 것을, 우연한 사실인 추정상속인이 피상속인보다 먼저 사망한 것 등에 의해 그 이익을 잃는 것은 인정상 또 형평상 부당하므로, 이러한 상속의 기대를 보호하는 것이다.

상속이 개시되지 않고, 상속인의 부존재로서 상속재산은 국고에 귀속한다고 해석하고 있었다고 한다³⁶⁾. 이에 관한 논의는 우리에게 시사하는 바가 크므로 항을 달리하여 자세히 살펴보기로 한다.

(나) 孫 이하 直系卑屬의 相續權의 성질에 관한 견해의 대립

1947년도의 민법개정을 통하여 피상속인의 직계비속뿐만 아니라 피상속인의 형제자매도 상속권을 가지게 되었고, 각 경우에 대습상속도 인정되었기 때문에 피상속인이 사망하여 상속이 개시된 경우, 만약 추정상속인인 피상속인의 子 전원이 사망이나 결격 혹은 폐제로 인하여 상속을 할 수 없어서 孫들만이 상속을 하는 경우 피상속인의 孫의 상속권의 성격에 관하여 논의가 있었다.

즉 피상속인의 孫은 피상속인의 직계비속으로서 고유의 상속권을 가지고 있는 동시에 대습상속도 가능한 지위에 있었기 때문에 피상속인의 손의 상속이 직계비속으로서의 본위상속인지 아니면 자신의 親을 대습한 대습상속인지가 문제가 되었다. 추정상속인 전원이 사망 또는 결격이나 폐제에 의하여 상속권이 없는 경우, 이 경우에도 그들의 자녀는 상속을 할 수 없는 親을 대습하여 본위상속이 아닌 대습상속을 한다는 대습상속설과 제1순위의 직계비속이라는 본위상속권에 의하여 본위상속을 한다는 본위상속설이 대립되어 있었다. 이러한 논란은 상속권의 성격에 국한된 문제가 아니라 상속인의 범위와 상속분에 까지 영향을 미쳤다. 즉 본위상속만을 한다고 해석하는 견해에서는 피상속인의 형제자매 전원이 상속권을 잃은 경우에는 대습상속을 하는 것이 아니라 상속인 없는 상속재산으로 해석을 하였고, 상속분에서도 본위상속이라고 하면 상속분은 頭數分割에 의하게 되고, 대습상속에 의하면 株數分割에 다르게 되어 상속분에 차이가 있었던 것이다.

1) 本位相續說

피상속인의 子들이 모두 사망 또는 결격 혹은 폐제로 인하여 상속권을 잃은 경우에 피상속인의 孫은 제888조 제1항(1962년 개정 전 규정)의 규정에 의하여 대습상속을 하는 것이 아니라 제887조(62년 개정 전 규정)에서 규정하고 있는 피상속인의 직계비

(3) 또 생질이 거주하고 있는 삼촌, 고모의 유산이 국고에 귀속하는 것은 현재 국민의 법감정에 맞지 않고, (4) 또 항상 대습상속권을 가진다고 하는 해석은 민법의 친족부양의 의무가 발생하는 친족범위(3촌)와도 균형이 맞다.

36) 阿部浩二, 前掲 新版注釋民法(26), 239面.

속이므로 이 규정에 의하여 본위상속³⁷⁾을 하게 된다고 한다³⁸⁾.

본위상속설은 다음과 같은 근거를 들고 있다.

첫째, 頭分으로 상속하는 것이 동순위상속인 균분의 원칙에도 합당하고, 또한 본위 상속으로 해석하지 않으면 제887조(62년 개정 전 규정)가 손이하의 직계비속에 本位相續權을 부여한 것에 의미가 없게 된다³⁹⁾.

둘째, 대습상속의 취지는 대습자가 피대습자와 동렬의 者에 의하여 제외되지 않게 함으로써 상속순위를 조절하는 것에 있으므로 즉, 존수가 다른 상속인간에 있어서의 순위조절의 제도이므로 존수가 같은 상속인간에는 문제가 되지 않는다⁴⁰⁾.

셋째, 법문의 해석상 상속인으로 직계비속이라고 규정하고 있는 것은 원칙이고, 대습상속규정은 특례이므로, 원칙규정에 의해 처리될 수 있으면, 특례인 대습상속규정을 적용할 수는 없다. 따라서 자 전원이 사망하고 손만 존재하는 경우에는 일촌인 子가 없으므로 孫은 직계비속이 상속인이라는 규정에 의하여 상속인으로 된다고 해석하여야 한다⁴¹⁾.

37) 이를 均分說 내지는 頭分說, 固有權說, 非代襲說 이라고도 한다.

38) 廣橋次郎, “代襲相續の要件について”, 民商法雜誌 37卷 3号, 1958, 15面; 小石壽夫, 先例親族相續法, 帝國判例法規出版社, 1958, 313面; 市川四郎, “代襲相續の要件”, 家族法大系VI(相續(1)), 有斐閣, 1965, 64-65面; 阿部浩二, “代襲相續における若干の問題”, 東北法學會雜誌 8号, 1958, 26面; 永田菊四郎, “代襲相續に關する諸問題”, 私法學の諸問題(沼博士古稀記念論文), 1958, 42面; 中川善之助泉久雄, 前掲 相續法(法律學全集 24), 134面

39) 中川善之助泉久雄, 前掲 相續法(法律學全集 24), 134面, 註 3. 참조. 다만 市川四郎교수는 대습상속은 상속권을 상실하지 않고 상속개시당시에 존재하면 당연히 상속할 수 있는 者가 사망 혹은 그 외의 원인에 의해 상속권을 잃은 경우, 그 자의 직계비속으로 하여금 그 者와 동순위로 상속하게 하는 것이 공평의 이념에 맞다는 이유에서 인정된 제도라고 하면서, 따라서 이 제도를 인정한 본래의 정신에 입각해서 고찰해 보면, 상속인의 일부가 상속권을 잃은 경우와 상속인 전원이 상속권을 잃은 경우를 특히 구별해야 할 이론적 근거를 찾을 수 없다고 한다. 이러한 차별적 취급을 하기 위하여는 특별한 법률의 명문이 필요하다고 한다. 따라서 孫의 경우이든 혹은 姪의 경우이든 모두 상속인의 일부가 상속권을 잃은 경우는 물론 상속인 전원이 상속권을 잃은 경우에도 대습상속을 하여야 한다고 주장한다.

다만 손에 관하여는 상속인이 될 子 전원이 상속권을 잃으면, 親을 대습하는 것이 아니라, 피상속인에 대하여 직접 고유의 상속권, 소위 본위상속권을 가지는 것은 민법 제887조(62년 개정 전 민법)의 해석상 명백한 것이므로 본위상속설이 옳다고 한다. 따라서 姪의 경우에는 親(피상속인의 형제자매) 전원이 상속권을 잃었다 하더라도, 본위상속권이 없으므로 대습상속을 한다고 해석하고 있다. 市川四郎, 前掲 “代襲相續の要件”, 64-65面.

40) 廣橋次郎, 前掲 “代襲相續の要件について”, 15面; 永田菊四郎, 前掲 “代襲相續に關する諸問題”, 42面.

넷째, 상속분의 비율은 상속개시 전에는 유동적인 상태이고, 상속개시에 의해 그때의 사정에 의해 확정된다. 즉 상속권의 유무, 비율 등은 모두 상속개시시를 표준으로 하여 결정되는 것이 원칙이고, 자의 최후의 1인이 사망하여 고유의 상속이 개시된다고 하여도 불합리하다고는 할 수 없다⁴²⁾.

다섯째, 대습상속 본래의 취지에서 본다면 소위 株分상속이 되어야 하지만, 손에 관하여는 제887조(62년 개정 전 규정)가 있기 때문에 예외적 상속형태인 대습상속에 의하지 않고, 본위상속이 되어야 한다⁴³⁾.

이상에서 살펴 본 바와 같이 본위상속설은 대체적으로 상속인을 ‘직계비속’이라고 규정하고 있는 법문언과 동순위 상속인간에는 대습상속이 일어나지 않고 다만 상속 순위가 다른 상속인간에 그 형평성을 고려하여 규정한 것이라는 점을 근거로 하여, 異親等間에만 대습상속을 적용하려는 것이 그 근본취지라 하겠다.

2) 代襲相續說

대습상속설⁴⁴⁾은 피상속인의 자녀가 모두 사망 또는 결격으로 인하여 상속을 할 수 없을 때에는 피상속인의 孫은 제887조(62년 개정 전 규정)의 피상속인의 직계비속으로서 본위상속을 하는 것이 아니라 제888조 제1항(1962년 개정 전 민법)의 규정에 의하여 대습상속을 하는 것이라고 한다⁴⁵⁾.

대습상속설은 다음과 같은 이유를 들고 있다.

첫째, 일본민법 제887조 제1호(1962년 일부개정 전 규정, 즉 1순위 상속인을 직계비속이라고 한 규정)는 孫의 代보다도 子の 代를 먼저로 한다는 것일 뿐, 상속개시시에 현존하는 직계비속 중에 親等이 가까운 者라는 의미는 아니다. 그리고 대습상속의 규정은 손은 항상 자를 대습한다는 취지를 가지고 있다고 할 수 있기 때문이다⁴⁶⁾.

둘째, 자가 한사람이라도 생존하면 손에 대하여 대습상속이 개시되는데, 子の 최후

41) 市川四郎, 前掲 “代襲相續の要件”, 65面; 永田菊四郎, 前掲 “代襲相續に關する諸問題”, 42面.

42) 小石壽夫, 前掲 先例親族相續法, 313面.

43) 阿部浩二, 前掲 “代襲相續における若干の問題”, 26面.

44) 이를 株分說 혹은 代位說이라고도 한다.

45) 木下明, “代襲相續の法理”, 茨城大學文理學部紀要社會科學 9号, 1959, 135面; 市川四郎, “代襲相續の要件”, 家族法大系VI 相續(1), 有斐閣, 1965, 64-65面; 我妻榮·立石芳枝, 親族法相續法<法律學體係コメンタル編>, 1956, 日本評論社, 382面; 中川善之助 編, 註釋相續法 上, 1954, 有斐閣, 161面; 風間鶴壽, “代襲相續をめぐる若干の疑問”, 神戸商大論集 26号, 1958, 203面.

46) 我妻榮·立石芳枝, 前掲 親族法相續法<法律學體係コメンタル編>, 382面.

의 1인이 사망하면, 그 순간 孫에 대해 본위상속이 개시된다는 것은 타당성을 결여하는 것이고, 孫은 그의 親을 통하여 상속하는 것이다⁴⁷⁾.

셋째, 상속인으로서 가장 적격인 者, 즉 법정상속에 있어서 최우선 순위자는 피상속인의 子라고 하는 법의식이 일반인에게 있고, 이 법의식을 모든 경우에 실현가능하게 하려는 것이 대습상속이라고 이해하는데서, 孫이 상속하는 경우에는 항상 대습상속이다⁴⁸⁾.

넷째, 諸子均分の 대원칙과 직계비속에 관한 근친자 우선의 취지의 관철이라는 면에서는, 세대를 뛰어넘어 상속하는 때에는 항상 株分相續에 의하게 하여야 한다⁴⁹⁾.

판례도 대습상속설의 입장을 따르고 있었다⁵⁰⁾.

이러한 논의는 뒤에서 살펴 볼 1962년의 개정으로 인하여 입법적 타당성에 관한 논의는 있었으나 입법적으로 해결되었다.⁵¹⁾

(5) 1962年度(昭和37년)의 一部改正

1962년 3월 23일의 제40회 국회에서 통과되고, 동년 7월 1일부터 시행된 민법의

47) 中川善之助 編, 前掲 註釋相續法 上, 161面.

48) 木下明, 前掲 “代襲相續の法理”, 135面.

49) 風間鶴寿, 前掲 “代襲相續をめぐる若干の疑問”, 203面.

50) 福岡高裁 昭和32. 7. 16, 民集 10卷 5号 285面. 中川善之助泉久雄, 前掲 相續法(法律學全集 24), 137面 再引用. 이 판결은 상속인 전원이 사망한 경우에는 대습상속은 일어나지 않고, 항상 본위상속만이 되고, 따라서 형제자매의 전원사망의 경우, 원래 고유의 상속권을 갖지 않은 甥姪은, 백숙 부모를 상속할 권리가 없다고 한 원심을 파기하고, 이러한 경우에도 대습상속은 가능하다고 함으로써, 甥姪 등의 대습상속을 인정한 결정이다.

동경고등재판소 판결도 대습상속설을 따르고 있다. 東京高裁 昭和35(1960). 10. 29 判決. 高裁民集 13卷 7号, 686面.(法律時報 33卷 12号, 101面) 이 판결에 관하여는 주) 35 참조.

51) 孫이하 직계비속의 상속권의 성격에 관하여는 우리 민법의 해석에 있어서도 견해가 심하게 대립되고 있다. 앞에서 살펴본 일본의 경우와 마찬가지로 대습상속설과 본위상속설이 대립되고 있는 바, 판례는 대습상속설을 따르고 있다. 필자의 개인적인 견해로는 대습상속설이 타당하다고 생각되지만, 손이하의 상속인은 제1000조에 의한 본위상속권을 가지고 있음과 동시에 제1001조에 근거한 대습상속권도 아울러 가지고 있다고 생각된다. 따라서 제1001조를 제1000조의 특별규정으로 보아 제1001조를 우선 적용하여 대습상속을 하는 것으로 해석을 하고, 상속포기와 같이 대습원인이 아닌 경우에는 원칙규정인 제1000조를 통하여 본위상속을 하는 것으로 해석하는 것이 타당하다고 생각된다. 이에 관하여는 안영하, “피상속인의 손 및 질 등의 상속권의 성격”, 비교사법, 제12권 2호, 121면 이하 참조.

일부개정에 의하여 대습상속에 관한 규정이 개정되었다⁵²⁾. 62년도의 일부개정은 기존에 대습상속을 별도로 규정하고 있던 제888조를 삭제하고, 제887조에서 ‘子 및 그 代襲者’라는 제목으로 일괄규정하고 있으며, 제887조 제1항에서 제1순위 상속인을 기존의 ‘직계비속’에서 ‘子’로 개정함으로써, 孫이하의 상속인은 언제나 대습상속으로만 상속을 하는 것으로 규정하는 등 대습상속의 요건에 관하여 대폭적인 개정을 하였다.

1962년의 개정내용은 다음과 같다.

① 개정 전의 규정은 제1순위의 血族相續人을 직계비속으로 규정하고 있었으나 개정으로 인하여 제1순위의 血族相續人이 子로 바뀜으로써 孫 以下の 直系卑屬의 상속 형태가 확립되었다(제887조 제1항). 즉 개정 전까지는 피상속인의 子 전원이 사망·결격 또는 상속폐제로 인하여 상속권이 없는 경우에 孫의 상속이 대습상속인지 아니면 본위상속인지에 관하여 논란이 있었음은 앞에서 살펴본 바와 같다. 그러나 개정을 통하여 피상속인의 孫은 대습상속만을 하는 것으로 규정하였으므로 이러한 논의는 입법적으로 해결되었다. 즉 1962년도의 민법 개정을 통하여 제1순위 상속인을 피상속인의 “子”로 한정함으로써 인하여 피상속인의 孫 이하는 본위상속권이 없으므로 언제나 대습상속만을 하게 되었다.

이와 같이 개정된 이유에 대하여 첫째로 본위상속설이 개정전 규정의 해석론으로서는 다수설이지만 입법론으로서서는 오히려 대습상속설이 합리적이고, 둘째로 유연성에 의하여 좌우되지 않는 구성이 법률적으로는 바람직하고, 셋째로는 외국의 주요한 입법례도 대부분 대습상속을 한다는 입장을 채용하고 있다는 것 등을 들고 있다⁵³⁾. 이러한 개정에 대하여 阿部浩二교수는 피상속인의 孫에게 본위상속권을 부정한 것에 비판을 가하지만⁵⁴⁾, 법개정에 의하여 孫만이 상속인이 될 경우 대습상속을 하여 결과적으로 株分相續을 하게 된 것에 대하여는 찬성하는 입장인 것 같다⁵⁵⁾. 이로써

52) 1962년도의 일부개정은 1954년 7월에 법무대신이 민법개정을 할 필요가 있으면 그 요강을 제시 하라는 諮問(제10호)을 내림으로써 시작되었다. 이에 法制審議會는 民法部會를 설치하고 그 후 身分法小委員會를 설치하여 친족편 및 상속편의 개정작업을 진행하였다. 그 결과 1955년 7월 및 1959년 6월 발표된 ‘假決定 및 留保事項’을 거쳐 1962년 1월에는 ‘민법의 일부를 개정하는 법률안 요강’이 民法部會에서 최종적으로 결정되었다. 이 법률안요강의 제5는 ‘피상속인의 孫 이하의 직계비속은 언제나 대습상속에 의하여 상속하는 것으로 한다’고 하고 있었다. 이 案이 채택되어 시행된 것이 바로 1962년도의 일부개정이다. 浦本寬雄, 民法講座 第7卷 親族相續(代表執筆 星野英一), 有斐閣, 1987, 384-385面 참조.

53) 浦本寬雄, 前掲書, 386面.

54) 阿部浩二, 前掲 新版注釋民法(26), 222面.

입법적 타당성은 별개로 하더라도 孫이하의 상속에 관한 학설대립은 입법을 통하여 해결되었다⁵⁶⁾.

② 종전의 제888조는 삭제하고⁵⁷⁾ 그 규정을 현행 제887조의 2항과 3항으로 흡수하였다. 이때 「...상속의 개시 전에...」라고 하였던 종전의 규정을 「...상속의 개시 이전에...」라고 개정하여 동시사망의 경우에도 대습상속이 인정되는 것을 명문으로 규정하여 학설상의 다툼을 해소하였다.

③ 代襲相續人は 피상속인의 직계비속이어야 한다는 규정을 신설하여 이전까지 논의가 있었던 양자입양 전의 자에 대한 대습상속의 인정여부에 관하여 입법으로 해결하였다⁵⁸⁾.

55) 阿部浩二, 前掲 新版注釋民法(26), 241-242面.

56) 1962년의 개정의 타당성에 관하여, 기존에 자신은 본위상속설로 해석을 하였으나, 개정법이 孫에게는 고유의 상속권이 없고, 손은 항상 자를 대습하여 상속하는 것으로 정하였으므로 종래의 소수설로 통일된 결과가 되어 해석론상의 다툼은 무의미하게 되었다고 하는 견해가 있으며(中川善之助 泉久雄, 相續法(法律學全集 24), 1989, 134 - 135면), 또한 阿部浩二 교수는 “세계의 상속법은 제1순위의 상속인을 직계비속으로 하는 것이 통례이고(프랑스 731조, 독일 1924조, 스위스 457조), 일본에서도 律令시대 직계비속이 제1순위의 상속인으로 되어 왔던 것을 보면, 이것은 비정상적인 개정이라고 할 것이다. 昭和 37년의 일부개정법에서도 孫 이하는 대습상속에 의하여 상속이 가능하므로 전체적으로 보면 직계비속의 상속권에는 변화가 없는 것으로 보인다. 그러나 孫 이하는 조부모 이상에 대하여 고유의 상속권(本位相續權)을 갖지 못하여 대습상속만 함에 대하여, 조부모 이상은 孫 이하를 고유로 상속할 수 있는 것으로 되어 있는 것은, 논리적으로 일관성을 갖지 못했을 뿐만 아니라, 逆流상속을 존중하는 결과를 초래하였다고 비판받아도 어쩔 수 없다고 생각된다”고 하여 개정에 대하여 비판하고 있다(阿部浩二, 前掲 新版注釋民法(26), 222面). 더 나아가 “이 개정에 의하여 대습상속 전반의 이론적 일관성이 붕괴되었다”고 비판하면서, ‘손에게 고유의 권리를 인정하지 않는 것은 손의 권리평등을 인정하지 않는 것이고, 또한 대습상속의 본질에 반한다고 생각한다’고 하는 주장도 있다(青山道夫, 改訂家族法論Ⅱ, 288面).

57) 삭제된 제888조는 다음과 같다.

일본민법 제888조(代襲相續)-현재 삭제.

① 前條의 規定에 의하여 相續人으로서 될 者가, 相續開始 前에 死亡 또는 그 相續權을 잃은 경우에 있어서, 그 者에 直系卑屬이 있는 때는, 그 直系卑屬은 前條의 規定에 따라 그 者와 同順位로 相續人이 된다.

② 前項의 規定의 適用에 있어서, 胎兒는 이미 出生한 것으로 본다. 단, 死體로 出生한 경우에는 그렇지 않다.

58) 일본민법은 입양을 하게 되면 양자는 입양일로부터 양친의 적출자로 되고(일본민법 제809조), 양친의 혈족과의 사이에는 법정혈족관계가 발생하는 것으로 하고 있지만(일본민법 제727조), 우리 민법과는 달리 입양 전에 존재하고 있던 양자의 혈족은 양친과 혈족관계가 발생하지 않는 것으로 해석하고 있다. 따라서 예컨대 양자로 된 者에게 입양 전에 이미 자녀가 있었어도, 이 자녀는 양친의 孫으로 되지 않는 것이다(內田貴, 民法Ⅳ 親族相續, 東京大學出版會, 2002, 267-268面 참조).

④ 피상속인의 직계비속(제887조 제3항)과 피상속인의 형제자매의 직계비속(1962년 민법 제889조 제2항)에 의한 재대습상속을 인정하였다.

이와 같이 피상속인의 직계비속(제887조 제3항)과 피상속인의 형제자매의 직계비속(1962년 민법 제889조 제2항)에 의한 재대습상속을 인정한 1962년도의 개정에 관하여는 비판이 있었다. 즉 “1947년법에서 형제자매의 최후순위에 더하여져서 형제자매의 직계비속에도 대습상속권이 인정되는 것으로 되었다. 형식상으로는 직계비속의 경우와 형제자매의 경우가 같은 것으로 되었으나, 입법자의 의중은 이 양자를 전적으로 동일한 것으로는 보지 않는 미세한 차이의 뉘앙스가 있는 것으로 생각된다. 즉 제1순위상속인은 직계비속이라고 하는 첫 번째의 친계전체를 지칭하고, 그와 촌수가 가장 가까운 者를 상속인으로 한다고 하는 원칙이 있는 것이고, 제3순위의 경우는 형제자매라고 하는 傍系 2촌혈족만을 지칭하고 있다. 따라서 직계비속의 경우의 대습상속은 고유의 상속권을 가진 자가, 다만 친등을 피대습자의 자리까지 끌어올리는 것일 뿐인데 대하여, 형제자매의 대습상속은 혈족상속권의 한계를 초월하여 원래 상속권이 없는 자의 친등을 형제자매의 위치까지 끌어올림에 의해 그 결과로서 상속권을 인정받는 것으로 된 것이다. 입법자가 최후순위의 혈족상속인을 호칭하는 데 있어서, 형제자매라고만 하고 있고, 형제자매 및 그 직계비속이라고 하지 않은 것에는, 원칙적으로 형제자매까지만 혈족상속권을 인정하는 것을 고려한 것이라고 생각된다. 독일민법과 같이 제1순위는 직계비속(제1계친), 제2순위는 부모 및 그의 직계비속(제2계친), 제3순위는 조부모 및 그 직계비속(제3계친)으로 하면, 子·孫·父母·兄弟姊妹·甥姪·祖父母의 순으로 상속인이 되지만, 일본에 있어서는(제3순위를 형제자매와 그 직계비속이라는 의미로 해석하면), 상속순위는 子·孫·父母·祖父母·兄弟姊妹·甥姪로 되고, 조부모(중조부모가 있으면 그들도 이후에 계속되고)가 형제자매나 그 직계비속에 우선하는 것만이 다르다. 그러나 1947년(昭和22년)의 개정입법이 것처럼 혈족상속권을 존중하여 친계주의를 옹호하는 것 같은 고려는 아니라고 생각된다. 오히려 형제자매의 대습상속이라고 하는 것에는 형제자매의 子 정도만이 고려되어 포함되는 것이고, 그 직계비속 전부까지는 고려되지 않은 것으로 생각된다. 생질은 고유의 상속권이 인정되지 않지만 대습상속은 허락하는 것이라고 하는 것이(적어도 잠재적으로 의식된) 입법취지가 아니었을까 생각한다. 따라서 형제자매의 대습상속은 그의 子 즉 생질의 범위에 당연히 한정되고, 자손 전체에 당연히 연장되는 것은 아니라고 함이 옳다.”고 하는 비판

따라서 일본민법에 의하면 양자입양 전에 출생한 者는 양친의 孫이 아니므로 대습상속을 할 수 없다.

이 있었다⁵⁹⁾.

또한 형제자매의 직계비속에게 재대습상속을 인정하게 되면, 피상속인의 甥姪을 넘어서 무한히 대습상속권을 인정하는 것이고(제889조 제2항에 의한 제887조 제2항·3항의 준용), 여기서는 소위 웃는 상속인(lachender Erbe)이 출현할 가능성이 있고, 일부러 개정법이 규정한 특별연고자에 대한 상속재산의 분여규정(민법 제958조의 3)을 실질적으로 死文化시킬 위험이 생긴다고 한다. 뿐만 아니라 민법이 3촌내의 친족 간의 부양의무를 ‘특별한 사정’의 존재에 적용을 받고 있는 것(민법 제877조 2항)과 어떻게 균형을 맞출 것인가 라고 하면서 피상속인의 형제자매의 재대습상속에 관하여 부정적인 견해를 보이고 있다. 물론 형제자매의 직계비속에게 대습상속을 인정하지 않으면, 때로는 현실적으로 피상속인의 유산이 친족도 아닌 제3자에 의해 제멋대로 된다고 하는 위험이 발생할 지도 모르나 이것만으로는 생질들에게 대습상속을 인정하는 것이 현실에 합당한 해결이라는 입장에서, 그것을 인정할 만큼의 이유는 아니라고 생각한다고 하고 있다⁶⁰⁾. 또한 방계혈족상속인의 범위를 확대한 것이 되어, 웃는 상속인(lachender Erbe)을 만들어 근대상속법의 경향에 반한다는 비판도 있다⁶¹⁾.

이러한 비판에 따라 1980년도의 일부개정에서 피상속인의 형제자매의 경우의 재대습상속은 다시 개정과정을 거치게 된다.

(4) 1980年度(昭和55년)의 一部改正

앞에서 살펴본 바와 같이 피상속인의 직계비속(제887조 제3항)과 피상속인의 형제자매의 직계비속(1962년 민법 제889조 제2항)에 의한 재대습상속을 인정한 1962년도의 개정에 관한 비판을 받아들여서 1980년도의 일부개정에 의하여 형제자매의 직계비속에 의한 재대습상속은 인정되지 않게 되었다. 즉 직계존속 및 형제자매의 상속권을 규정한 제889조에서 제2항의 규정을 개정하였다. 개정 전에는 형제자매의 경우 제887조 제2항 및 제3항의 규정을 준용한다고 하여 직계비속의 대습상속과 재대습상속 규정을 준용하였으나, 제3항을 준용한다는 부분을 삭제하여 형제자매의 경우에는 재대습상속을 부정하였다.

59) 中川善之助泉久雄, 前掲 相續法(法律學全集 24), 133-134面.

60) 阿部浩二, 前掲 新版注釋民法(26), 240面.

61) 遠藤浩 等 編, 民法(9) 相續, 有斐閣雙書, 1976, 39-40面.

III. 우리민법 및 일본민법의 해석론의 비교법적 검토

우리민법과 일본민법은 대습원인과 피상속인 및 대습상속인에 관한 요건, 기타 해석과 관련된 여러 가지 문제에서 서로 비슷한 규정 및 해석을 하고 있지만 경우에 따라서는 다른 점도(예컨대 상속폐제는 일본에서 대습원인으로 인정하고 있지만 우리는 제도 자체를 인정하지 않고 있다) 많이 나타나고 있다.

이하에서는 우리민법의 해석론과 일본민법의 해석론을 비교해보기로 하는데, 지면 관계상 전체를 장황하게 비교·설명하지는 않기로 하고, 각 관련된 부분에서 먼저 우리민법의 규정 및 해석에 관하여 간단히 언급한 다음 이에 대해 일본에서는 어떤 논의가 있었는지에 관하여 자세히 살펴봄으로써 우리 민법의 해석에 도움이 되고자 한다.

1. 代襲原因

대습원인은 代襲相續을 발생케하는 원인이다. 우리민법은 대습원인으로 사망과 결격만을 규정하고 있으나, 일본민법에서 규정하고 있는 대습원인은 상속인으로 될 자가 상속개시 이전에 사망하거나 상속결격 또는 상속인의 폐제⁶²⁾에 의하여 상속권을 잃은 3가지 경우이다. 우리민법과 마찬가지로 상속포기의 경우는 대습상속의 원인이 아니다⁶³⁾.

62) 일본에서는 유류분을 가진 推定相續人이 被相續人을 학대하거나 또는 중대한 모욕을 가하거나 또는 다른 추정상속인에게 현저한 비행을 가한 경우에, 피상속인이 가정재판소에 이런 행위를 한 추정상속인을 상속인에서 제외시켜 줄 것을 청구하여 상속에서 제외할 수 있다. 이러한 제도를 상속의 폐제라고 한다.

일본민법 제892조는 「유류분을 가진 추정상속인이 피상속인에 대하여 학대를 하거나 또는 그에게 중대한 모욕을 가한 때, 또는 추정상속인에게 그 외의 현저한 비행이 있는 때에는 피상속인은 그 추정상속인의 폐제를 家庭裁判所에 청구할 수 있다」고 규정하여 상속인의 폐제제도를 인정하고 있다. 이에 의하면 상속인의 폐제는 당연히 발생하는 것이 아니라 피상속인의 청구에 의한 가정재판소의 심판에 의하여 이루어진다. 이러한 폐제는 피상속인의 유언에 의하여서도 가능하고(제893조)-이 경우에 폐제의 효과는 피상속인의 사망시에 그 효력이 발생한다-, 피상속인은 언제나 도 취소를 청구할 수 있으며(제894조 제1항), 추정상속인의 폐제 또는 취소의 청구가 있고 그 심판이 확정되기 전에 피상속인이 사망하여 상속이 개시된 경우에는 가정재판소는 친족, 이해관계인 또는 검찰관의 청구에 의해 유산의 관리에 관하여 필요한 처분을 명할 수 있다고 한다(제895조 제1항).

63) 현행 일본민법 제887조 제2항은 사망과 상속결격 상속폐제의 3가지를 규정하고 있으나 1962년

그런데 우리민법은 제1순위의 상속인을 피상속인의 직계비속으로 규정하고 있기 때문에 피상속인의 손이하의 직계비속도 본위상속권을 가지고 있지만(민법 제1000조 제1항 제1호), 일본민법의 규정에 의하면 제1순위의 상속인을 피상속인의 자라고 규정하고 있기 때문에 相續拋棄를 한 者의 直系卑屬은 대습상속을 하지 못함은 물론 子 전원이 상속을 포기한 경우에도, 손이하의 직계비속은 고유의 상속권을 가지고 있지 못하기 때문에 상속에서 제외되는 결과가 나타난다⁶⁴⁾⁶⁵⁾. 이에 대하여 일본에서는 입법론상의 비판이 있다⁶⁶⁾.

(1) 被代襲者의 相續開始 以前の 死亡

(가) 우리 민법

우리 민법 제1001조는 ‘...상속인이 될 직계비속 또는 형제자매가 상속개시 전에 사망하거나...’라고 규정하여 사망을 대습원인으로 인정하고 있다. 사망이란 자연사망

민법개정 전에는 일본민법이 “상속인으로 될 자가 상속개시 전에, 사망 또는 그 상속권을 잃은 경우에...”라고 규정하고 있어서 상속포기의 경우도 대습원인으로 되는지에 대하여 학설상 다툼이 있었다. 다수설은 상속포기는 상속개시 후에 이루어진다는 이유로 상속포기를 대습원인으로 인정하지 않았다고 한다.(中川淳, 相續法逐條解說(上), 日本加除出版株式會社, 1997, 72面). 그러나 대습원인으로 인정하는 반대설도 있었다(谷口知平, “相續放棄の効果について”, 民商法雜誌 27卷 1號, 45面). 하지만 62년의 개정법이 대습원인을 사망과 결격 그리고 폐제에 국한하고 있으므로 이러한 논란은 사라졌다고 할 것이다.

64) 民事局長回答 昭和 37年(1962) 9月 29日 民事 甲 2749號는 다음과 같다.

一. 被相續人 甲에 父 A, 子 乙, 孫 丙(乙의 子)이 있는 경우, 민법의 일부개정법(소화37년(1962) 법률 40호) 시행 후, 甲의 사망으로 상속이 개시된 경우, 乙이 상속포기를 한 경우에는 A가 상속인이 된다.

二. 被相續人 甲에 父 A, 子 XYZ의 3인과 孫 丙(X의 子)가 있는 경우, 前記民法의 일부개정시행 후, 甲의 사망에 의해 상속이 개시된 경우, X가 상속을 포기하면 Y 및 Z가 상속인이 된다.

65) 이에 관하여 우리민법의 해석으로도 일본과 마찬가지로 피상속인의 子 전원이 상속포기를 하면 피상속인의 손이 상속을 하는 것이 아니라 손은 언제나 대습상속을 하기 때문에 손은 상속을 할 수 없고, 제2순위 상속인인 피상속인의 직계존속이 상속을 하게 된다고 해석을 하는 견해가 있다. 곽윤직, 상속법(개정판)[민법강의 VI], 박영사, 2004, 62-63면.

66) 子의 전원이 상속포기를 한 경우에는, 손이하의 직계비속이 있는데도 불구하고 상속재산이 직계존속형제자매(甥姪) 등의 방계비속에 귀속되는 것은 불합리하고, 국민감정에도 맞지 않으며 또한 상속결격·상속인의 廢除도 상속개시 후에 생기는 것이니 만큼, 상속포기가 상속개시 후에 이루어지는 것을 이유로 하여 대습원인에서 제외되는 것은 의문이라고 한다. 中川善之助·泉久雄, 前掲 相續法(法律學全集(24), 129面).

이 포함되는 것은 너무나 자명하지만, 민법상 인정되고 있는 실종선고와 인정사망, 부재선고의 경우에도 대습상속이 발생한다고 할 것이다. 다만 ‘상속개시 전의 사망’이라고 규정되어 있으므로 이를 문리해석한다면 상속개시와 동시에 사망한 경우는 ‘이전’이라는 용어를 사용하므로, 동시에 사망한 경우는 대습상속에서 제외되게 된다. 이에 관하여 학설은 일치하여 동시사망을 한 경우에도 대습상속은 인정되는 것으로 해석하고 있으며⁶⁷⁾, 판례도 마찬가지로 동시사망의 경우 대습상속을 인정하고 있다⁶⁸⁾⁶⁹⁾.

(나) 일본 민법

일본 민법 제887조 제2항은 “피상속인의 자가 상속개시 이전에 사망한 경우 또는…”이라고 규정하여 대습원인으로 사망을 인정하고 있다.

그런데 명문으로 “상속개시 이전”이라고 규정한 것은 비교적 최근의 일이다. 즉 1962년의 일부개정은 「相續開始 前」을 「相續開始 以前」으로 개정하였는바, 개정 전에는 동시사망의 경우에 대습상속의 인정여부에 관하여 의문의 여지가 있었으나⁷⁰⁾, 개정을 통하여 상속개시 以前이라고 명문으로 규정함에 따라 학설의 대립은 사라졌

67) 광동헌, “대습상속”, 아세아여성법학-상속-제6호, 아세아여성법학연구소, 2003, 35면; 광윤직, 전 개서, 61-62면; 김용한, 친족상속법(보정판), 박영사, 2003, 308면; 김주수, 친족상속법(제6전정증보판), 법문사, 2005, 529면; 김준원, “배우자의 대습상속에 관한 개선방안의 법적 고찰”, 閑道 정환 담교수화갑기념논문집(민사법의 실천적 과제), 법문사, 2000, 513면; 박동섭, 친족상속법, 박영사, 2003, 441면; 배경숙·최금숙, 친족상속법강의(가족재산법), 제일법규, 2000, 459면; 양수산, 친족상속법-가족법-, 한국외국어대학교출판부, 1998, 606면; 이경희, 가족법(친족법-상속법) 사정판, 법원사, 2004, 344면; 이승우, “대습상속소고”, 아세아여성법학-상속-유언-유류분- 제7호, 아세아여성법학연구소, 2004, 44면; 정구태, “대습상속에 관한 연구”, 고려대학교 석사학위논문, 2002, 44-45면; 정궁식, “배우자의 대습상속권”, 민사판례연구(25), 박영사, 2003, 312면.

68) 대법원 2001. 3. 9. 선고 99다13157 판결.

69) 동시사망의 경우에도 대습상속을 인정할 수 있다는 해석론에 관하여는 안영하, “대법원 2001. 3. 9. 선고 99다13157 판결에 대한 판례평석 -소위 콤파에서의 KAL기 추락사건”, 가족법연구, 제19권 제2호, 2005, 489면 이하 참조.

70) 西塚靜子, “災害ト相續”, JURIST 192号, 1959, 8面. 이에 관한 民事局長通達 昭和37년(1962) 6월 15일 民事 甲 1606號는 다음과 같다. “死亡한 數人 中 1인이 다른 자의 死亡 후에 더 생존한 것이 명백하지 않은 경우의 취급에 관하여, 종전은 명문의 규정이 없었으나, 개정법률(昭和 37년(1962) 개정법)에서는, 이러한 자는 동시에 사망한 것으로 推定된다고 한다(제32조의 2). 따라서 예를 들면 동시에 사망한 親子간에는 상속은 이루어지지 않지만, 孫以下の 直系卑屬은 代襲相續人으로써 相續登記의 申請을 하는 것이 가능하다”고 하고 있다. 家裁月報 14卷 10號, 205面.

다. 이러한 개정은 1962년(昭和 37년)의 개정법이 동시사망의 추정규정(일본민법 제 32조의 2)을 신설한 것과 상응하는 것으로서⁷¹⁾, 부모와 자가 동시사망의 추정을 받는 경우에는子是 부모를 상속할 수 없지만, 孫은 子를 대습하여 상속하는 것이 가능하다는 것, 예컨대 父 A와 子 B가 난과하여 생사불명이 되면 선박실종으로서 난과 후 1년이면 실종선고가 되고, A, B는 난과한 때에 동시에 사망한 것으로 보는 데, B는 A를 상속할 수 없다. 그러나 이 경우 B에 子 C가 있는 경우에는 C는 B를 대습하여 A를 상속하는 것이 가능하다. B는 A의 상속개시 전에 사망한 것은 아니지만 A의 상속개시 이전에 사망한 것이라고 할 수 있기 때문이다. 즉 동시사망의 경우에도 대습상속이 인정되는 것으로 되었다^{72/73)}.

아울러 사망한 것으로 취급되는 실종선고의 경우에도 실종선고를 받은 자는 그 사망으로 보는 일에 사망한 것이 되어 사망으로 보는 날짜가 상속개시 이전이면 대습원인이 되어 대습상속은 이루어진다고 해석하고 있다⁷⁴⁾.

(2) 被代襲者の 相續缺格

(가) 우리 민법

우리민법 1001조에서는 ‘…相續開始 前에 死亡하거나 缺格者가 된 경우에…’라고 규정을 하여 상속결격을 대습상속의 요건으로 하고 있다. 상속결격은 상속개시전 혹은 동시에 발생하는 것이 일반적이지만, 상속개시 후에 상속결격이 된 경우에 대습상속이 인정되는가에 관하여 학설은 대체적으로 이를 긍정하고 있다⁷⁵⁾. 그러나 상속개

71) 阿部浩二, 前掲 新版注釋民法(26), 244面; 中川善之助·泉久雄, 前掲 相續法(法律學全集(24)), 140面.

72) 阿部浩二, 前掲 新版注釋民法(26), 244面; 中川善之助·泉久雄, 前掲 相續法(法律學全集(24)), 140-141面.

73) 다만 이러한 개정에 대하여 용어의 선택에 대한 비판이 가해지고 있다. 즉 ‘상속개시전’과 ‘상속개시 이전’과의 용어의 相異와 그 효과의 차이를 일반적인 문자로 이해하기는 어렵다고 하면서, ‘상속개시전 혹은 상속개시와 동시에 사망한 경우’ 정도로 규정하는 것이 좋겠다는 견해가 있으며(山主政幸, “同時死亡の推定”, 日本法學 28卷 5号, 1962. 45面.), 또한 “문장을 자세하게 분석하여 읽는 수재에게는 간략하여 좋겠지만, ……무심코 읽어 놓칠 위험이 있다.”는 비판도 있다(中川善之助, “民法の一部改正(下)”, 法學セミナー 80号, 1962, 11面.)

74) 阿部浩二, 前掲 新版注釋民法(26), 244面; 遠藤浩 等 編, 前掲 民法(9) 相續, 46面; 中川淳, 前掲 書, 70面.

75) 곽윤직, 전게서, 62면; 김용환, 전게서, 308면; 김주수, 전게서, 529면; 박동섭, 전게서, 442면; 배

시 후에 제1004조에서 규정한 사유가 발생한 경우, 결격원인에 따라 피상속인에게 상속결격이 되어 대습상속이 인정되는 경우도 있지만, 결격원인에 따라서는 상속결격으로 되지 않아 대습상속이 부인되고, 상속인의 상속이 그대로 확정되는 경우도 있다고 할 것이다. 따라서 이 문제는 결격원인별로 분석해 보아야 한다. 즉 제1004조의 제3호와 제4호는 직접적으로 상속인의 유언에 대한 행위가 있어야만 하는 것이므로 피상속인이 사망하고 나면 이러한 행위를 할 수 없는 것은 자명하다고 할 것이다. 따라서 제3호와 제4호에 해당하는 사유는 상속개시 전에만 발생할 수 있다⁷⁶⁾. 제5호에 의한 결격행위는 상속개시 전에도 가능하고, 상속개시 후에도 가능하다고 할 것이다. 제1호와 제2호에 해당하는 결격사유에 관하여는 견해가 나뉘어 있는데, 학설은 일반적으로 상속개시 후에 제1호와 제2호에 해당하는 사유가 발생하여도 피상속인의 상속에 대하여 상속결격이 되는 것으로 해석하여 대습상속을 하는 것으로 해석하고 있는 것 같다. 즉 상속개시 후 낙태를 한 경우에 대하여 상속결격을 인정하고 있는 판례⁷⁷⁾에 대하여 찬성을 하고 있는 것으로 보아 제1호에 해당하는 사유가 상속결격 후에 발생하여도 피상속인에 대하여 상속결격이 된다고 해석하고 있는 것 같다⁷⁸⁾. 그러나 이에 반하여 제1호의 사유는 반드시 상속개시시에 존재하여야 하며 피상속인이 피해자인 경우에도 결격과 상속이 동시에 일어난다고 해석하여야 한다고 하면서⁷⁹⁾,

경숙·최금숙, 전게서, 459면; 양수산, 전게서, 606면; 정구태, 전계논문, 46-47면.

76) 박병호, “상속결격의 제문제”, 현대 민법의 과제와 전망(남송 한봉희박사 화갑기념논문집), 밀알, 1994, 578면.

77) 대법원 1992. 5. 22. 선고 92다2127 판결과 서울민사지방법원 1993. 6. 9. 선고, 92가합32826-49909 판결에 의하면 妻가 夫의 사망 이후, 夫와의 사이에 생긴 태아를 낙태한 경우 妻를 상속결격으로 보고 있으므로, 이 경우에는 상속개시 후의 사유로 제1004조 1호의 규정에 의하여 결격이 되는 것으로 판시하고 있다.

78) 곽윤직, 전게서, 41면; 김주수, 전게서, 535면. 단 곽윤직 교수는 낙태의 경우에는 상속상 자기의 지위를 유리하게 하거나 또는 불리를 면하기 위하여 하는 경우에만 제1004조 제1호의 결격사유에 해당한다고 하고 있지만, 이러한 의도가 있으면 상속개시 후의 낙태행위라 하더라도 결격사유가 된다고 해석하는 것은 동일한 것 같다.

79) 상속개시 후의 제1호의 행위에 의하여 상속결격이 된다고 하는 것은 일본의 영향을 받은 것이 아닌가 생각된다. 일본의 상속결격사유는 우리와 그 규정이 다르다. 즉 일본민법 제891조 제1호는 ‘고의로 피상속인 또는 상속의 선순위 혹은 동순위에 있는 자를 살해하거나 살해하려 했기 때문에 형에 처해진 者’라고 규정하고 있다. 따라서 일본의 경우에는 살해행위는 상속개시전에 있었으나 형에 처해지는 것은 상속개시 이후일 수가 있다. 따라서 일본의 해석으로는 이러한 행위가 상속개시 전에 있을 수도 있고, 상속개시 후에 있을 수도 있지만, 우리의 규정에는 이러한 내용이 없으므로 해석으로는 상속개시 전에 존재하고 있어야만 결격사유가 된다고 해석하여야 할 것이다. 박병호, 전계논문, 578면.

다만 상속개시 후에도 결격이 되는 경우는 제1004조 제2호의 원인행위인 상해행위가 상속개시전에 있고, 이러한 상해로 인하여 상속개시 후에 사망이라는 결과가 발생한 경우와 제5호에 해당하는 사유가 있는 경우에만 피상속인에게 상속결격이 되는 것이며, 그 결과 이러한 상속결격자를 피대습자로 하여 대습상속이 발생하는 것이라고 새겨야 할 것이라는 견해가 있다⁸⁰⁾.

(나) 일본민법

일본민법 제887조 제2항은 “피상속인의 자가 상속개시 이전에 …… 또는 제891조의 규정에 해당하여…”라고 하여 제891조의 규정에 해당하는 경우 즉 소위 상속결격을 대습원인으로 하고 있다. 일본민법전에는 결격이라는 용어가 없기 때문에 결격에 해당하는 대습원인을 ‘제891조 1항의 규정에 해당하는’이라고 함에 의해 ‘그 상속권을 잃은 때’라는 표현을 사용하고 있다고 한다⁸¹⁾.

동조 2항은 ‘피상속인의 자가 상속개시 이전에 사망한 경우 또는 제891조의 규정에 해당하거나 혹은 폐제에 의해 그 상속권을 잃은 경우’라고 규정하고 있어서 여기서는 ‘상속개시 이전에’라는 용어가 걸리는 것은 ‘사망한 때’에 만이고, ‘제891조의…’, ‘폐제에 의해…’에는 걸리지 않는다. 즉 상속개시 후에 결격·폐제가 되었어도 대습원인이 된다고 한다⁸²⁾. 따라서 이전에는 상속개시 후에 결격·폐제가 된 경우에 대습상속이 발생하는 가에 관하여 다툼이 있었으나, 입법적으로 이러한 문제는 해결되었다고 한다⁸³⁾.

이러한 결격사유가 있으면 상속인은 당연히 상속권을 잃는다. 그러나 결격사유는 대부분 상속개시 전에 발생하지만, 피상속인이 살해된 것을 알고 그것을 고발하지 않거나 혹은 고소하지 않았기 때문에 결격이 되는 경우(제891조 제2호)는 항상 상속개시 후에 발생하는 것이고, 상속에 관한 피상속인의 유언서를 위조·변조·파기·은닉하여 결격이 되는 경우도 상속개시 후에 발생할 수 있다. 또한 피상속인을 살해한 경우도 형에 처해지지 않으면 결격사유가 있는 것은 아니기 때문에 이것 또한 결격사

80) 박병호, 전계 “상속결격의 제문제”, 578면; 안영하, 전계 “대습상속에 관한 연구”, 192면 이하.

81) 阿部浩二, 前掲 新版注釋民法(26), 244面; 中川善之助·泉久雄, 前掲 相續法(法律學全集(24)), 141面.

82) 阿部浩二, 前掲 新版注釋民法(26), 244面; 中川善之助·泉久雄, 前掲 相續法(法律學全集(24)), 141面.

83) 阿部浩二, 前掲 新版注釋民法(26), 244面.

유는 상속개시 후에 확정된다고 할 것이다. 따라서 이와 같은 경우에는 결격의 효과는 상속개시시에 소급하여 발생하고, 따라서 상속인은 상속권이 없으므로 대습상속이 발생한다고 한다⁸⁴⁾.

(3) 被代襲者의 相續人의 廢除

우리 민법은 상속인의 폐제를 인정하지 않고 있다. 이에 반하여 일본은 상속인의 폐제제도를 인정하고 있으며 이를 대습원인으로 하고 있다.

일본민법 제887조 제2항은 “피상속인의 자가 상속개시 이전에 …… 혹은 폐제에 의하여 그 상속권을 잃은 때에는 ……”이라고 하여 대습원인으로 상속폐제를 인정하고 있다.

폐제는 유류분을 가진 추정상속인에 관하여서만 적용되므로, 유류분을 갖지 않은 형제자매의 자에 관하여는 폐제가 대습원인이 되지 않는다고 한다⁸⁵⁾. 상속개시 이전에 폐제된 경우 뿐만 아니라 상속개시 후에 폐제된 경우도 대습원인이 되는 것은 결격의 경우와 같다. 폐제는 결격과 달리 심판에 의해서만 발생하는 것이므로 폐제원인인 피상속인에 대한 학대·모욕이나 상속인의 현저한 비행사실이 있는 것만으로는 폐제가 되지 않고, 그것을 가정재판소가 인정하여 폐제의 심판을 한 때에 비로소 폐제의 효과가 생기는 것이라고 한다(제892조). 대부분은 상속개시 전에 생기겠지만 생전에 심판을 청구해도 상속개시 후에 심판이 확정되거나(제895조), 유언에 의한 폐제(893조)는 언제나 심판확정이 상속개시 후에 된다. 결격이 결격사유의 발생과 동시에 그 효과가 생기는 것과는 달리 심판에 의해서만 발생하고, 상속개시 전에 심판이 확정되면 그 때부터 폐제의 효과가 발생하며, 상속개시 후에 심판이 확정되면 효과가 상속개시시에 소급하여 발생하기 때문에(제893조), 폐제된 者의 子는 대습하는 것이 된다고 한다⁸⁶⁾.

(4) 相續拋棄의 경우

84) 阿部浩二, 前掲 新版注釋民法(26), 244-245面; 中川善之助·泉久雄, 前掲 相續法(法律學全集(24)), 141面.

85) 阿部浩二, 前掲 新版注釋民法(26), 246面; 中川善之助·泉久雄, 前掲 相續法(法律學全集(24)), 144面.

86) 阿部浩二, 前掲 新版注釋民法(26), 246面; 中川善之助·泉久雄, 前掲 相續法(法律學全集(24)), 144面.

(가) 우리 민법

상속포기는 대습원인이 아니기 때문에 제1000조 제1호와 제3호에 의하여 상속을 할 상속인이 상속을 포기한 경우, 그 직계비속과 배우자는 대습상속을 할 수 없다⁸⁷⁾⁸⁸⁾. 다만 상속포기를 대습원인으로 추가하는 것이 타당한지의 여부에 대하여는 견해가 나뉘고 있다. 즉 상속포기의 경우 대습상속인은 상속에 대한 기대가 없다고 하거나, 상속포기를 대습원인으로 인정하는 것은 실익이 없고 오히려 불합리한 경우가 발생할 수 있다는 점, 상속인의 범위를 축소하는 것이 타당하다는 등의 이유로 상속포기를 대습원인에 포함시키는 것을 반대하는 부정론과⁸⁹⁾, 상속인의 상속포기가 그 배우자나 직계비속의 상속포기까지 강제하게 되므로 불합리하다고 하거나 대습상속은 대습자의 고유의 권리이므로 상속포기만 대습상속을 부정할 이유가 없다는 점 등을 이유로 입법론적으로 대습원인으로 상속포기를 도입하자고 하는 긍정론⁹⁰⁾이 대립되어 있는 실정이다⁹¹⁾.

(나) 일본민법

현행 일본민법의 해석론에 의하면 상속포기는 대습원인이 아니라고 할 것이다. 그

87) 박윤직, 전계서, 62면; 김주수, 전계서, 529면. 李永武, “先順位 相續人들이 相續을 拋棄하였을 경우 相續財産이 次順位 相續人에게 歸屬되는지 여부에 관하여”, 인권과 정의 제239호, 1996, 108면.

88) 상속포기의 경우에도 대습상속을 인정하는 판결이 있었다. 즉 서울민사지방법원 1993. 5. 20. 선고 92 가합 31465 판결을 보면 “...상속인이 상속권을 포기하였으나 그에게 대습상속인이 있는 경우에는 대습상속인이 그 상속인의 순위에 갈음하여 상속인이 되는 것이므로, 위 망인의 상속인들인 처나 자가 상속을 포기한 이 사건의 경우 위 망인의 손인 위 A 외 4인이 대습상속인임이 명백하여 ...”라고 하여 상속포기의 경우에도 대습상속을 인정한 판결이 있었다. 그러나 동일사건에 대한 2심(서울고등법원 1994. 1. 14. 선고 93나29626 판결)과 대법원(대법원 1995. 4. 7. 선고 94다 11835)에서는 1심과 결론은 같으나(孫에게 상속권을 인정한 결론), “제1순위 상속권자인 처와 자들이 모두 상속을 포기한 경우에는 孫이 직계비속으로서 상속인이 된다고 할 것이므로...”라고 하여 상속포기를 대습원인으로 인정하고 있지 않다.

89) 김기영, “대습상속원인으로서의 동시사망의 추정”, 연세법학연구 제7집 제1권, 2000, 142-143면; 김주수, 전계서, 529면; 김준원, 전계논문, 513면; 안영문, “대습상속에 관한 몇가지 문제점”, 부산법조 제15호, 1997, 120-121면; 이해일, “동시사망의 추정과 대습상속권에 관한 연구”, 경주대학교 논문집 제10집, 1998, 208-213면; 정구태, 전계논문, 47-48면; 최금숙, “현행민법상 상속인규정에 대한 재검토”, 가족법연구 18집 1호, 가족법학회, 2004, 112면.

90) 박동현, 전계논문, 38면; 박윤직, 전계서, 62-63면; 박병호, 가족법, 한국방송통신대학교출판부, 1999, 334면; 이경희, 전계서, 345면; 이승우, 전계논문, 45-46면; 정공식, 전계논문, 313면.

91) 이에 관한 자세한 논의는 안영하, 전계 “대습상속에 관한 연구”, 200면 이하 참조.

러나 1962년(昭和 37년)의 개정전까지는 대습원인을 ‘상속인이 상속개시 전에 사망 또는 그 상속권을 잃은 경우’(1962년 개정 전 민법, 즉 1947년(昭和22년)법의 888조 1항)라고 규정하고 있어서 ‘상속권을 잃은 경우’에 상속포기도 포함하여 포기가 대습원인이 되는가에 관하여 논의가 있었으나, 1962년 개정민법이 대습원인을 사망과 결격 그리고 폐제로 규정하였으므로 이러한 논의는 입법론은 별개로 하더라도 해석론으로는 결론지어졌다고 할 것이다.

개정 전의 상속포기에 관한 해석론을 살펴보면, 일반적으로 포기가 대습원인이 되지 않는다는 것에 관하여는 학설상 널리 승인되었다고 한다⁹²⁾. 그 이유는 상속포기는 상속개시 전에 상속권을 잃은 경우가 아니기 때문이라고 한다. 즉 포기자는 일단 소위 형성권적 상속권을 享受하고, 그 후에 포기의 신청에 의하여 상속인의 지위를 상속개시시에 소급하여 이탈하는 법률관계에 지나지 않는다는 것을 이유로 하는 것이라고 한다⁹³⁾.

그러나 이에 대하여 상속결격과 상속폐제 모두 상속개시 후에 발생하는 경우가 있으므로 위와 같이 상속개시 후에 포기가 이루어진다는 것만으로는 대습원인에서 제외될 이유가 부족하고, 親의 행위가 子에 미치는 것을 피하고, 결격사유가 있는 경우 및 폐제된 때에도 대습상속이 개시된다면 포기의 경우도 대습원인으로 인정하여도 좋지 않을까 하는 의문이 제기되었다고 한다⁹⁴⁾. 뿐만 아니라 자가 전원포기한 경우, 유산은 전부 직계존속 및 형제자매 때로는 생질에 귀속되는 경우도 있을 수 있는데, 이러한 결과는 일반적 법감정으로 보아 반드시 받아들여지는 것은 아니라는 견해도 있었다⁹⁵⁾. 그러나 1962년(昭和37년) 개정법은 대습원인으로서 사망·결격·폐제의 3가지를 열거하고, 포기는 그것에서 제외하고 있을 뿐만 아니라 포기한 자는 처음부터 상속인이 아닌 것으로 본다고 하여 그 효력규정도 개정하였기 때문에 포기가 대습원인이 아닌 것은 확정되었다고 한다⁹⁶⁾.

이렇게 포기를 명문으로 대습원인에서 제외한 것은, 포기자는 자기뿐만 아니라 자기의 子를 포함하여 자기의 계통에는 유산이 없다고 하는 의미로 포기를 한다는 것,

92) 다만 반대의 견해로는 즉 포기를 대습원인으로 인정한 견해로는 谷口知平, 前掲“相續放棄の效果について”, 45面.

93) 阿部浩二, 前掲 新版注釋民法(26), 243面; 中川善之助·泉久雄, 前掲 相續法(法律學全集(24)), 138面.

94) 阿部浩二, 前掲 新版注釋民法(26), 243面.

95) 阿部浩二, 前掲 新版注釋民法(26), 243面.

96) 阿部浩二, 前掲 新版注釋民法(26), 243面.

대습을 인정하면 특히 農家에서 나타나는 유산분산의 방지목적의 포기신청에 있어서는 대습상속인까지 포기신청을 하여야 하므로 신청의 수고를 번거롭게 하여 절차를 복잡하게 할 뿐이고, 신청을 잃어버리고 안 한 경우에는 법률관계를 쓸데없이 혼란하게 하는 것도 되고, 또 포기된 마이너스 유산을 다시 대습하여도 보통 다시 대습상속인이 포기한다는 것, 포기하지 않는 자가 있어도 그러한 것을 특별히 중시할 필요는 없다고 하는 이유에서 포기가 대습원인에서 제외된 것 같다고 한다⁹⁷⁾.

그러나 이러한 입법에 대한 비판도 있다. 즉 전에는 상속포기는 상속개시 후에 생기는 것으로써, 포기자는 상속개시와 동시에, 어떤 의미로는 상속재산을 취득해 두고 -즉 승인하면 자기의 권리의무로 할 수 있는 상태에 있는 상속재산을 승계하고 있다 - 이것을 포기하는 것이기 때문에 임의의 처분과도 비슷한 것이라는 이유로, 포기자의 자에게 대습상속권이 없는 것을 당연시 하였으나, 이제는 설령 포기가 처분에 가까운 성질을 가지고 있다 하여도, 그것은 포기자의 행위이기 때문에 그것에 의하여 직접적으로 포기자의 자의 대습권을 박탈하는 것은 결격이나 폐제의 효과를 상대적으로 고려하여 그의 자에 대습상속을 허락하는 것과 균형이 맞지 않는다고 하여 포기도 대습원인으로 인정하여야 한다는 견해가 있다⁹⁸⁾. 이 견해에 의하면 親의 포기는 親의 자유라고 할지라도, 그것이 자의 포기까지 강제하는 결과로 되는 것이 정당하다고 말할 수 있겠는가라고 하면서, 프랑스법 같이 대습상속을 親을 대위하여 자가 상속하는 것이라고 하면 포기자를 대위하여 상속할 수 없지만, 대습상속을 자의 고유한 권리라고 하면 포기자의 자가 반드시 대습불능이라고 할 수 있는 것은 아니라고 한다. 따라서 이러한 점은 1962년(昭和 37년)개정법에서 재고되어야 할 것 중에 하나라고 한다⁹⁹⁾.

또한 1962년 개정 이전에는 자 전원이 상속포기를 하면 孫들은 대습상속은 할 수 없지만 직계비속으로서의 고유의 자격으로 본위상속을 할 수 있다고 하는 것이 통설이었으나, 1962년 개정법은 孫의 본위상속권을 박탈하였기 때문에, 이러한 경우에 대습상속을 인정하지 않으면 孫은 여러 명이 있어도 상속재산은 직계비속에 상속되지 않는다. 이러한 경우 유산은 모두 직계존속이나 형제자매 또는 생질이 취득하게 될 것인데, 상속은 본래 위에서 아래로 흐르는 것이 本則이므로 이러한 것은 확실히 불

97) 加藤一郎, “民法の一部改正の解説(3)”, *ジュリスト* 251号, 昭和 37년(1962), 51面; 阿部浩二, 前掲 新版注釋民法(26), 243面.

98) 中川善之助 泉久雄, 前掲 相續法(法律學全集(24)), 138面.

99) 中川善之助 泉久雄, 前掲 相續法(法律學全集(24)), 138-139面.

합리하고 불공평하다고 한다¹⁰⁰). 따라서 결국 孫에게 본위상속권을 인정하든가, 아니면 포기상속인의 대습을 인정하여야 하는데, 프랑스는 전자를 따르고, 독일은 양자를 모두 채택함으로써 파탄을 막았지만, 일본 민법(1962년(昭和37년))은 이 양자를 모두 부정하는 것에 의해 파탄을 막지 못한 것으로 생각된다고 하여 대습원인으로 포기를 인정하지 않은 것에 대하여 비판을 하고 있다¹⁰¹⁾¹⁰²).

2. 被代襲者 및 代襲相續人에 관한 要件

대습상속이 인정되기 위하여는 몇 가지 요건이 필요한데 이하에서는 우리 민법에서 요구하고 있는 요건을 기준으로 하여 일본의 해석론을 비교 검토하기로 한다.

(1) 被代襲者는 被相續人의 子 또는 兄弟姊妹일 것

우리 민법의 해석상 피대습자는 피상속인의 직계비속이거나 형제자매이어야 한다. 따라서 피상속인의 배우자¹⁰³)나 2순위 상속인인 피상속인의 직계존속 및 4순위 상속인인 4촌 이내의 방계혈족을 피대습자로 하는 대습상속은 인정되지 않는다.

일본의 경우도 마찬가지로 피대습자는 피상속인의 직계비속이거나 형제자매이어야 한다. 다만 주의할 점은 피상속인의 子 뿐만 아니라 孫과 같은 직계비속도 재대습상속이 인정되므로 피대습자가 될 수 있지만, 피상속인의 형제자매의 子는 재대습상속이 되지 않으므로 피대습자가 될 수 없다. 피상속인의 직계존속 및 배우자를 피대습자로 하는 대습상속은 인정되지 않는다¹⁰⁴).

(2) 代襲相續人은 被代襲者의 直系卑屬이거나 배우자일 것

100) 中川善之助·泉久雄, 前掲 相續法(法律學全集(24)), 139面.

101) 中川善之助·泉久雄, 前掲 相續法(法律學全集(24)), 139面.

102) 1962년(昭和37년)개정법의 초안이 심의된 法制審議會第六回民法部會(1962. 1. 12)에서는 子 親원이 포기를 한 경우에 한하여 孫에게 본위상속권을 인정하자고 하는 견해도 나타났다고 한다. 中川善之助·泉久雄, 前掲 相續法(法律學全集(24)), 140面, 注4.

103) 판례는 피상속인의 배우자뿐만 아니라 피대습자의 배우자를 다시 피대습자로 하는 대습상속도 인정되지 않는다고 하고 있다. 대법원 1999. 7. 9. 선고 98다64318, 64325 판결.

104) 遠藤浩 等 編, 前掲 民法(9) 相續, 45面. 일본민법은 우리 민법과 달리 혈족상속인의 범위를 형제자매까지로 한정하고 있으므로 형제이외의 자, 예컨대 4촌 이내의 방계혈족은 대습상속의 문제가 발생하지 않는다.

(가) 우리 민법

우리 민법 제1001조는 “...상속인이 될 직계비속 또는 형제자매가 상속개시 전에 사망하거나 결격자가 된 경우에 그 직계비속이 있을 때에는 그 직계비속이 사망하거나...”로 규정하여 대습상속인을 피대습자의 직계비속으로 한정하고 있고, 또한 민법 제1003조 제2항을 통하여 피대습자의 배우자도 대습상속인으로 인정하고 있다. 피대습자의 직계비속이기만 하면 자연혈족이든 법정혈족이든 상관이 없다. 현행 우리 민법에서는 繼母子관계와 嫡母庶子관계는 법정혈족으로 인정하고 있지 않으므로, 이들 사이에 새로이 양친자관계를 성립시키지 않는 한, 계모와 적모를 피대습자로 하는 대습상속은 일어나지 않는다. 대습상속인이 될 배우자는 法律婚의 배우자를 의미한다고 할 것이다¹⁰⁵⁾.

여기서 문제가 되는 것은 대습상속인은 피대습자의 직계비속이어야 하지만, 피상속인에 대하여도 직계비속이어야 하는가이다. 아래에서 살펴볼 바와 같이 일본민법에서는 이를 명문으로 요구하고 있으나 우리 민법에는 그런 규정이 없다. 이에 대하여 우리민법의 해석으로도 양자에게 입양 전에 이미 출생한 자가 있다면 이러한 者는 대습상속인이 될 수 없다는 견해가 있다. 즉 피상속인의 자가 양자이고, 피상속인과 양친자관계가 성립되기 전에 이미 양자에게 자식이 있었던 경우에는 그 양자의子是 피상속인의 직계비속이 될 수 없기 때문에 피상속인을 대습상속할 수 없다고 한다¹⁰⁶⁾. 그러나 우리 민법의 해석상 양자의 직계비속은 출생시기와 상관없이 언제나 양친과의 사이에 법정혈족관계가 발생하는 것으로 해석하는 것이 타당하리라 생각되므로 양자 입양 전에 출생한 子라고 하더라도 양자인 부모를 대습하여 상속할 수 있다고 해석하는 것이 타당하리라 생각된다.¹⁰⁷⁾ 아울러 이와 같이 해석한다면 우리 민법의 해석상 피대습자의 직계비속이면서 피상속인의 직계비속이 아닌 경우는 없으므로 이러한 요건은 필요하지 않다고 생각된다.

(나) 일본민법

대습상속인은 피대습자의 직계비속이어야 한다. 따라서 우리 민법과 달리 피대습

105) 광윤직, 전게서, 63면; 박동섭, 전게서, 446면. 판례도 대습상속이 아닌 일반상속에 관한 사항이지만 사실상의 배우자에게는 상속권을 인정하고 있지 않다. 대법원 2000. 6. 9. 선고 99다54349 판결.

106) 김용한, 전게서, 309면.

107) 同旨: 박동섭, 전게서, 444면.

자의 배우자는 대습상속을 할 수 없다. 상속인이 될 것이 예정된 피상속인의 자가 상속개시 이전에 사망 또는 결격, 폐제로 인하여 상속권을 잃은 때에는 그 자의 자가 대습상속인이 되고, 이 대습상속인 즉 손이 피상속인보다 먼저 사망하거나 실권한 경우에는 손에 관하여 다시 그의 자가 대습하여 상속하는 것이다(일본민법 제887조). 그런데 주의할 것은 형제자매가 피대습자가 되는 때에는 제887조 2항만 준용되기 때문에 재대습상속은 안된다. 따라서 피대습자의 직계비속이어야 한다는 요건은 피대습자가 피상속인의 자일 경우에만 피대습자의 직계비속 전체를 의미하고, 피대습자가 피상속인의 형제자매인 경우에는 피대습자의 자만이 대습상속인이 될 수 있다¹⁰⁸⁾.

피대습자의 직계비속이면 자연혈족이거나 법정혈족이거나 상관없다고 한다¹⁰⁹⁾. 우리 민법과 마찬가지로 繼親子나 嫡母의 庶子は 현행 일본민법의 규정상 1촌의 인척에 지나지 않으므로 양자관계를 새로이 성립시키지 않았다면 대습상속을 할 수 없다¹¹⁰⁾. 태아는 상속개시시에 존재하기만 하면 대습원인발생시에 존재하지 않았다고 하더라도 대습상속인이 될 수 있다고 한다¹¹¹⁾.

그런데 일본민법은 우리 민법과는 달리 피대습자를 피상속인의 자로 하는 대습상속에서의 대습상속인은 피상속인의 직계비속이어야 함을 요구하고 있다(일본민법 제887조 제2항 단서). 이 규정은 1962년(昭和 37년)의 일부개정법에 의하여 신설된 규정이다.

자가 상속개시 이전에 사망하면 사망한 자가 親子이거나 養子이거나를 구분하지 않고 대습상속의 가능성이 생기는 것이지만, 대습상속인은 피상속인의 직계비속이어야 하므로 양자가 과양된 때에는 과양에 의해 양자 및 그의子和 양친과의 사이의 법정혈족관계는 소멸하기 때문에(일본민법 제729조), 양자의 상속도, 양자의 자의 대습상속도 일어나지 않는다¹¹²⁾.

108) 阿部浩二, 前掲 新版注釋民法(26), 246面; 中川善之助泉久雄, 前掲 相續法(法律學全集(24)), 145面.

109) 遠藤浩等編, 前掲 民法(9) 相續, 46面.

110) 阿部浩二, 前掲 新版注釋民法(26), 246面. 中川善之助泉久雄, 前掲 相續法(法律學全集(24)), 145面.

111) 中川善之助泉久雄, 前掲 相續法(法律學全集(24)), 145-146面.

112) 일본 구법에서는 양자가 과양되어도 양자의 자는 그 親인 양자와 같이 '養家를 떠난 때'에만 養親과의 혈족관계를 잃는 것으로 되어 있었기 때문에(일본 구법 제730조 후단), 破養된 양자의 자는 같이 養家를 떠난 경우가 아닌 때에는 대습상속인이 될 수 있었다. 阿部浩二, 前掲 新版注釋民法(26), 224面. 여기서 주의할 것은 과양된 경우를 대습원인으로 할 수 있으나 문제가 있는데, 현행 일본민법에서는 사망, 결격, 폐제만을 대습원인으로 인정하고 있기 때문에 이와 같이 과양된

피대습자가 양자입양된 후에 얻은 자는 출생 및 입양을 묻지 않고 피대습자를 통하여 피상속인의 직계비속이 된다.

그런데 일반적으로 대습상속인은 피상속인의 손이고, 따라서 피상속인의 직계비속임에도 불구하고 이러한 단서규정을 신설한 것은 오로지 양자입양 전에 이미 존재하고 있는 양자의 자녀를 상속에서 제외시키기 위함이라고 한다¹¹³⁾. 즉 일본민법의 해석론에 의하면 입양 후에 출생한 양자의 자, 혹은 養子の 養子は 양자를 통하여 양친과 법정혈족관계가 발생하지만, 입양 전에 출생한 양자의 자, 혹은 양자의 양자는 양자의 친부모 등과 같이 양친이나 그의 혈족과 어떠한 혈족관계도 갖지 않는다고 하는 것이 일반적으로 승인된 견해라고 한다¹¹⁴⁾. 이러한 해석의 결과 입양 후에 출생한 양자의 자가 양친을 대습하는 것에는 의문이 없지만, 입양 전에 출생한 자에게 대습상속을 인정할 것인가에 대하여는 견해가 나뉘어 왔으나, 이러한 견해의 대립을 1962년(昭和37년)의 일부개정법이 ‘단, 피상속인의 직계비속이 아닌 자는’ 대습상속인이 되지 않는다고 명문규정을 두어(민법 제887조 제2항 단서) 입법으로 해결한 것이라고 한다¹¹⁵⁾¹¹⁶⁾. 다만 1962년의 일부개정에 대하여 개정법이 상속인이 될 양자의 입양전의 자만 상속에서 배제하는 것은 이해하기 힘들다는 비판이 있다¹¹⁷⁾.

경우는 대습원인이 될 수 없으나, 구법하에서는 대습원인을 명확하게 규정하지 않고, ‘...유산상속인이 될 자가 상속개시 전에 사망하거나 또는 그 상속권을 잃은 경우에...’라고 규정하고 있어서(구법 995조), 과양에 의하여 상속권을 잃은 경우도 대습원인으로 해석이 가능하였다고 생각된다.

113) 阿部浩二, 前掲 新版注釋民法(26), 247面; 中川善之助泉久雄, 前掲 相續法(法律學全集(24)), 147面.

114) 다만 이와는 반대로 이러한 경우에도 양친과의 사이에 혈족관계가 생긴다고 하는 해석도 있다. 谷口知平, “代襲相續人と被相續人との關係”, 民商法雜誌 22卷 2号, 1946, 117面; 山島正男, “養親子關係の成立および效力”, 總合判例研究叢書-民法(谷口知平 外 編), 有斐閣, 1960, 188面.

115) 阿部浩二, 前掲 新版注釋民法(26), 247面.

116) 養子の 양자입양 전의 자에 대하여는 명치민법 이후 학설·판례·호적실무에서 대체적으로 소극적으로 취급하여 왔으며, 昭和22년(1947년)의 민법개정 이후에도 이를 답습하였고, 오히려 지배적인 학설로 자리 잡았다. 그러나 이에 반하여 양자입양 전의 자에 대하여도 대습상속은 오로지 형평의 원칙에 기초하는 것이고, 보통의 순서에 따르면 상속할 것이라는 期待를 보호하여야 하며, ‘그 자에 직계비속이 있는 때는’이라는 삭제된 제888조의 규정에서 ‘그 자’는 피대습자를 가리키는 것이 文理상 분명하므로 대습상속인이 피상속인의 직계비속이라는 것까지 요구하는 것으로 해석할 필요는 없다는 반대설도 있었다. 그러나 昭和37년(1962)의 개정으로 이와 같은 논의는 입법으로 해결되었다고 한다. 中川淳, 前掲書, 73面, 注 9.

이에 관한 해석론의 전개과정에 관하여는 안영하, 전개 “대습상속에 관한 연구”, 88면 이하 참조.

117) 中川善之助泉久雄, 前掲 相續法(法律學全集(24)), 147面.

이상과 같이 입양전의 양자의 자는 대습상속인이 되지 못하나, 항상 그런 것은 아니다. 즉 입양전의 양자의 자라고 하더라도 양친인 피상속인의 직계비속인 경우가 있기 때문이다¹¹⁸⁾. 대습상속인이 되는 것은 피상속인의 직계비속이면 족하고 반드시 피대습자를 통하여 양친의 직계비속이 되어야 하는 것은 아니기 때문이라고 한다.¹¹⁹⁾

(3) 代襲相續人은 被相續人에 대하여 相續權을 喪失하지 않을 것

(가) 우리 민법

대습상속인은 피상속인의 상속에 있어서 상속권을 가지고 있어야 한다. 대습상속인은 피대습자의 상속상의 지위를 대위하는 것이 아니라 자신의 고유한 권리로 피상속인을 상속하는 것이다. 따라서 대습상속인 자신이 피상속인에 대한 상속인이므로 대습상속인은 피상속인에 대하여 상속결격자가 아니어야 한다¹²⁰⁾. 그런데 대습상속인은 피대습자에게도 상속결격자가 아니어야 하는가에 관하여는 피대습자에게 상속결격이면 이미 상속에 대한 기대가 없다고 하거나 이런 경우에 대습상속을 인정하는 것은 우리 국민의 감정에 맞지 않는다고 하여 피대습자에게 상속결격인 경우에는 대습상속을 부정하는 견해¹²¹⁾와 결격의 효과는 대인적·상대적이므로, 피대습자에 대하여 상속권을 잃고 있는 자도 피상속인에 대하여서는 결격자가 아니라고 하거나 대습상속을 대습상속인 고유의 권리에 기한 것으로 보고 피대습자에게 결격사유가 있다고 하더라도 대습상속인은 피상속인에 대한 고유의 권리로서 대습상속을 할 수 있다고 보는 것이 타당하다는 등의 근거로 이 경우에도 대습상속을 인정하는 견해¹²²⁾로 학설이 나뉘어져 있다.

(나) 일본민법

대습상속인은 피상속인과의 관계에서 상속결격사유나 상속인의 폐제사유가 있어서

118) 예컨대 피상속인의 자 내지는 孫을 입양한 者를 피상속인이 양자로 입양을 하면 입양전에 존재하던 양자의 자는 피상속인의 직계비속이 된다.

119) 阿部浩二, 前掲 新版注釋民法(26), 250面.

120) 곽윤직, 전계서, 64면; 김용한, 전계서, 309면; 김주수, 전계서, 531면; 배경숙·최금숙, 전계서, 463면; 안영문, 전계논문, 111면; 양수산, 전계서, 607-608면.

121) 김주수, 전계서, 531면; 이해일, 전계논문, 206면.

122) 곽윤직, 전계서, 64면; 배경숙·최금숙, 전계서, 464면; 정구태, 전계논문, 59면.

는 안된다고 한다¹²³⁾.

그런데 우리와 마찬가지로 대습상속인이 피상속인에 대하여 결격이거나 폐제된 경우, 즉 피상속인에 대하여 상속권이 없는 者は 대습상속을 할 수 없는 것이 당연하지만¹²⁴⁾, 피대습자에 대하여 상속권이 없어서(결격 또는 폐제) 피대습자를 상속할 수는 없지만, 피상속인에 대하여는 상속결격이나 상속폐제가 아닌 者が 피상속인을 대습상속할 수 있는가에 대하여는 견해가 나뉘고 있다. 즉 피대습자에 대하여 상속결격이라고 하더라도 피상속인을 대습할 수 있다는 견해와 할 수 없다는 견해가 대립되어 있다.

다만 주의할 것은 대습자가 피대습자에 대하여 상속결격이 된 경우, 그 사유가 제 891조 제1호(고의로 피상속인 또는 상속의 선순위나 동순위에 있는 자를 사망케 하거나 혹은 살해하고자 하여 형에 처해진 경우)인 경우에는 피상속인에게도 상속결격이 되기 때문에, 이러한 경우에는 대습상속을 할 수 없다는 것에는 이견이 없다¹²⁵⁾. 문제로 되는 것은 제891조 2호 이하의 결격사유로 피대습자에게 결격이 된 경우 이러한 대습자가 피상속인을 대습상속할 수 있는가의 문제이다.

1) 代襲相續 認定說

일반적으로 대습상속인이 피대습자에게 상속권이 없어도 피상속인에게 결격사유나 폐제가 없으면 대습상속을 할 수 있다고 하는 견해이다¹²⁶⁾. 결격의 효과는 상대적인

123) 中川淳, 前掲書, 71-72面; 遠藤浩等編, 前掲 民法(9) 相續, 48面.

124) 孫(대습상속인)이 親(피상속인)을 살해하거나 혹은 살해하려 하여 처벌을 받은 경우에는 孫은 親에 대하여 본위상속권을 가지고 있지 않는 것을 이유로 결격자가 되지 않는 것은 아니라고 한다. 따라서 子(피대습자)가 親보다 먼저 사망하고 있어도 이러한 경우에는 親에 대하여 결격자이므로 대습상속을 할 수 없다고 한다. 일본민법 제891조는 본위상속권의 유무와 관계없이, 일정한 사유가 있는 경우에는 상속인이 되지 못하는 것을 규정하고 있다고 해석되기 때문이라고 한다. 阿部浩二, 前掲 新版注釋民法(26), 245面; 遠藤浩等編, 前掲 民法(9) 相續, 49面.

125) 아래에서 보는 바와 같이 대습상속을 인정하는 학설에서도 대습자가 피대습자에게 제891조 제1호에 해당하는 결격사유가 있는 때에는 피상속인에 대한 대습상속이 인정되지 않는다고 하고 있다. 즉, 孫은 親에 대하여 본위상속권을 가지고 있지 않기 때문에 子는 孫의 선순위 상속인은 아니지만, 실질적으로 보면 子는 親의 상속에 관해 선순위 상속인이라고 보는 것이 옳다고 한다. 따라서 孫이 子를 살해하거나 살해하려 하여서 처벌된 경우에는 子에 대하여 결격자가 될 뿐만 아니라, 親을 대습상속할 수도 없다고 한다.(阿部浩二, 前掲 新版注釋民法(26), 245面; 中川善之助泉久雄, 前掲 相續法(法律學全集(24)), 142面.)

126) 阿部浩二, 前掲 新版注釋民法(26), 245面.

것을 원칙으로 하고, 孫의 子에 관한 결격은 親에게까지는 미치지 않는다고 함이 옳기 때문이라고 한다¹²⁷⁾. 또한 제891조 제2호 이하의 행위, 특히 유언에 간섭하는 대습자의 행위에 의하여 피대습자와 대습자간의 상속적 협동관계가 단절된 경우에는 대습자와 피상속인간의 상속적 협동관계는 여전히 파괴되지 않고 잔존하고 있으므로 피대습자에 대하여 대습자가 결격이라고 하더라도 대습자는 피상속인을 대습상속할 수 있다고 한다¹²⁸⁾.

2) 代襲相續 否定說

대습자는 피대습자와의 관계에 있어서 상속인의 지위를 가지고 있어야 한다고 해석하는 견해이다¹²⁹⁾. 즉 대습자는 피대습자에게 폐제되거나 상속결격이 되어서는 안 된다고 하는 견해인데, 이러한 대습자는 피상속인과의 관계에 있어서 말하자면 상속협동체적 결합관계를 파기했다고 할 수 없을 지도 모르지만, 피대습자에 대한 상속의 기대가 없기 때문에 대습상속을 인정할 근거가 없다고 한다¹³⁰⁾.

(4) 대습상속인은 相續開始時에 存在하고 있을 것

(가) 우리 민법

대습상속인이 될 자는 추정상속인이 상속권을 잃은 당시에 존재하여야 하는가, 아니면 상속개시 당시에 존재하고 있으면 충분하고 상속권을 잃을 당시에는 존재하고 있지 않아도 되는가의 문제에 대하여 대습상속인이 피대습자의 직계비속인 경우에는 이러한 대습상속인은 상속개시시에 존재하면 된다고 하여 일반적으로 상속개시시설을 따르는 것에는 별 이견이 없는 듯 하다¹³¹⁾. 그런데 피대습자의 배우자가 대습상속

127) 阿部浩二, 前掲 新版注釋民法(26), 245面; 中川善之助泉久雄, 前掲 相續法(法律學全集(24)), 143面

128) 中川善之助泉久雄, 前掲 相續法(法律學全集(24)), 142-143面.

129) 中川善之助 外, 前掲 註解相續法(山島正男 집필부분), 54面; 青山道夫, 前掲 中川善之助 編 註釋相續法(上), 62面.

130) 青山道夫, 前掲 中川善之助 編 註釋相續法(上), 62-63面.

131) 곽동현, 전계논문, 48면; 곽윤직, 전게서, 63면; 김용환, 전게서, 309면; 김주수, 전게서, 530면; 김준원, 전계논문, 514면; 박동섭, 전게서, 444면; 안영문, 전계논문, 111면; 양수산, 전게서, 607면; 이경희, 전게서, 346면; 이승우, 전계논문, 51면; 이해일, 전계논문, 205면; 정구태, 전계논문, 55면. 다만 곽동현 교수의 글에는 상속개시시에 존재하면 된다는 명확한 표현은 없으나, 태아의 경우에

인이 되는 경우에는 피대습자의 배우자가 대습상속인으로 되기 위하여는 상속개시시에 존재하는 것만으로는 부족하고, 대습원인이 발생할 당시에도 배우자로서 존재하고 있어야 한다는 견해¹³²⁾와 직계비속의 경우와 마찬가지로 상속개시시에 존재하고 있으면 된다고 하는 견해¹³³⁾로 나뉘어져 있다.¹³⁴⁾

(나) 일본민법

대습상속인은 상속의 개시시에 존재하고 있어야 한다. 피상속인과 상속인은 상속개시시에 공존하지 않으면 안된다고 하는 소위 同時存在의 原則(Grundsatz der gleichzeitigen Koexistenz)은 대습상속도 상속인 이상 적용되는 것이다.

昭和37년(1962)의 일부개정법은 제887조 제2항에서 「피상속인의 자가, ……, 그 상속권을 잃은 때에는, 그 者의 子는 그를 대습하여 상속인이 된다. …」고 규정하여, 상속인인 자가 피상속인보다 먼저 사망한 경우뿐만 아니라 폐제와 결격이라는 실권 사유가 발생한 후, 상속개시시까지 출생한 子나 상속개시시의 태아까지(제886조 제1항) 피상속인을 대습상속할 수 있도록 하였다. 상속인의 子이면 충분하고, 그 子가 친자인가 양자인가를 구별하지 않기 때문에, 피폐제자 또는 결격자가 실권한 후에 입양한 양자도 상속개시시에 존재하면 대습상속하는 것이 가능하게 되었다고 한다¹³⁵⁾.

그러나 1962년의 개정이 있기 전의 1947년법 하에서는 대습상속인의 존재시기에 관하여 논란이 있었다. 즉 대습원인 발생 후 상속개시 전에 출생하거나 입양한 子의 대습상속의 인정여부에 대하여 논란이 있었던 것이다. 그 이유는 1947년법의 규정이 제888조(현행민법에서는 삭제된 조문임)에서 「전조의 규정에 의하여 상속인이 될 자가, 상속개시 전에 사망하거나 또는 그 상속권을 잃은 경우에, 그 자에 직계비속이 있는 때에는, 그 직계비속은 전조의 규정에 따라 그 자와 동순위로 상속인이 된다」고 규정하고 있어서, 상속권을 잃은 때에 존재하는 직계비속에게만 대습상속권을 인정하여야 한다는 해석이 가능하였기 때문이다.

피대습자의 실권당시의 태아뿐만 아니라 실권 후에 포태한 태아에게도 대습상속권이 있다고 해석하는 것으로 미루어 보아 상속개시시절을 취하고 있는 것으로 생각된다.

132) 박윤직, 전게서, 63-64면; 이해일, 전계논문, 206면.

133) 김주수, 전게서, 530-531면; 김준원, 전계논문, 514면; 박동섭, 전게서, 446면; 이경희, 전게서, 346면; 이승우, 전계논문, 51면; 정구태, 전계논문, 57면.

134) 이에 관하여 자세한 것은 안영하, 전계 “대습상속에 관한 연구”, 225면 이하 참조.

135) 阿部浩二, 前掲 新版注釋民法(26), 252面; 中川善之助泉久雄, 前掲 相續法(法律學全集(24)), 149面.

이하에서는 이에 관한 논의를 살펴보기로 한다.

1) 1947年 新法하에서의 解釋

대습상속인의 존재시기에 관하여 대습원인발생시설과 상속개시시설이 대립하고 있었다.

가) 代襲原因發生時說

이 학설에 의하면 대습상속은 대습원인 발생시에 존재하고 있는 者만에 한정되고, 대습원인 발생 후에 출생하거나 입양된 者는 대습상속인이 될 수 없다고 한다¹³⁶⁾.

즉 상속인은 적어도 태아로서 피상속인과 동시에 존재하지 않으면 안되는 것인데, 이 원칙이 대습상속에 적용되면 대습상속인은 대습원인발생시까지 적어도 태아로 존재하지 않으면 안된다고 하거나¹³⁷⁾, 피대습자가 추정상속인의 지위를 잃을 때 직계비속이 아니었던 者는 기대가 존재하지 않기 때문에 대습상속인이 될 수 없다고 하고¹³⁸⁾, 개정 전의 규정인 “...상속권을 잃은 경우에 있어서 그 者에 직계비속이 있는 경우...”라는 규정과, 상속권이 없어진 후에 출생하거나 입양한 자에게는 상속에 대한 기대가 없다는 것을 근거로 하여 대습원인이 발생한 이후에 출생한 자녀 입양을 한 자는 대습상속을 할 수 없다고 해석하고 있으며¹³⁹⁾, 대습상속인은 추정상속인이 상속권을 잃은 때에 그의 상속권을 승계하는 것이라는 점과 후에 출생한 자는 추정상속인의 자라고 할 수 없다는 것¹⁴⁰⁾, 대습상속이 피대습자를 중심으로 상속하는 것이 아니라 피상속인을 중심으로 상속하는 것을 승인하는 이상, 대습자는 상속개시시에 존재하면 족하다는 의견은 일응 이유가 있는 것처럼 생각되지만, 대습자가 피상속인을 상속하는 것은 말할 필요도 없이 피대습자인 상속인이 그 상속권을 잃은 것을 전제로 하는 것이므로, 대습상속의 경우에 상속인의 실권 당시 존재하는 직계비속에 대하여만 상속권을 인정하는 것이 이론에 모순이 있는 것은 아니라는 것을 이유로 든다¹⁴¹⁾.

136) 柚木馨, 判例相續法論, 有斐閣, 1956, 124-125面.

137) 中川善之助·泉久雄, 前掲 相續法(法律學全集(24)), 149面.

138) 中川善之助 外, 前掲 註解相續法(山畠正男 집필부분), 52面.

139) 이러한 견해는 학설로는 다수설적인 지위를 차지하고 있었고, 판례와 호적실무에서도 인정되었다고 한다(中川淳, 前掲書, 73-74面; 阿部浩二, 前掲 新版注釋民法(26), 251-253面.).

140) 我妻榮·立石芳枝, 前掲 親族法相續法<法律學體係コメンタル編>, 385面.

판례는 일반적으로 대습원인발생시절을 따랐다¹⁴²⁾.

나) 相續開始時說

상속개시시를 기준으로 하여 대습상속인을 결정하여야 한다는 견해이다. 상속개시시절은 대습상속은 피대습자의 직계비속이 피대습자의 지위를 승계하는 것이 아니라 자기 고유의 권리로서 상속하는 것이고, 한편으로는 이러한 직계비속의 보호라는 의미도 있기 때문에 직계비속이 피대습자의 실권 후에 생겼다는 것은 대습상속을 방해하는 사유가 되지 않는다고 하거나¹⁴³⁾, 상속인의 자격은 상속개시시를 가지고 결정하는 것이 상속법상의 원칙이고, 그 때까지 우연한 요소의 작용도 또한 어쩔 수 없는 것이므로 대습상속인의 자격도 상속개시시를 표준으로 결정하여야 한다¹⁴⁴⁾는 것을 이유로 들고 있다.

유산상속에 관하여서는 상속개시시절을 따르는 판례도 있었다¹⁴⁵⁾.

이러한 견해의 대립에 대하여 1962년의 일부개정법이 제888조 2항을 삭제하고, 단순히 ‘피상속인의 자가 … 그 상속권을 잃은 때에는, 그 자의 자가 그를 대습하여…’로 규정한 제887조에 흡수하여 이 분쟁에 종지부를 찍었다고 한다¹⁴⁶⁾. 그러나 제887조 2항은 조문상 명료한 것은 아니어서 소위 동시존재의 원칙에 의한 해석을 할 여지도 있다고 한다. 즉 예컨대 中川善之助 교수는 1962년 법이 넓게 대습원인이 발생하면 ‘그 者の 자가 그를 대습하여 상속인이 된다’고 규정하고 있는 이상(887조 2항), 오늘날에 있어서는 해석론으로 다룰 여지는 없게 되었다고 하면서¹⁴⁷⁾ 다만, 내심으로는 제887조 2항의 “…그 者の 자가 …”라는 것은 상속인이 “상속권을 잃은 때”의 “그

141) 市川四郎, “代襲相續の要件”, 家族法大系VI相續(1), 有斐閣, 1965, 62面.

142) 大判 明38. 9. 19, 民錄 11, 1210; 最判 昭30, 1, 21, 民集 9, 1, 1; 大阪 高判 昭38, 12, 25 判例時報 387, 29面.

143) 青山道夫, 前掲 中川善之助 編 註釋相續法(上), 59面.

144) 永田菊四郎, 前掲 “代襲相續に關する諸問題”, 55面.

145) 大判 昭和4, 1, 22, 民集 8卷 12面. 이 판결에 따르면 ‘민법 제995조의 2 소위 유산상속인이 될 자는, 상속개시시에 상속권 상실의 원인없이 생존하여 당연히 유산을 상속할 자를 지칭하고, 그 자의 사망 또는 상속권상실의 원인이 되는 사실의 발생당시에 유산상속인의 자격을 가졌는가의 여부는 묻지 않는 것으로 해석함이 상당하다’고 하고 있다.

146) 阿部浩二, 前掲 新版註釋民法(26), 252面.

147) 中川善之助·泉久雄, 前掲 相續法(法律學全集(24)), 150面.

者の子”라는 의미로 해석하는 것은 가능하지 않은 것인가 하고 의심된다고 한다¹⁴⁸⁾. 그러나 개정제안이유에 의하면 그것은 상속인이 ‘그 상속권을 잃은 후 상속개시 전에 출생한 자 및 양자로 된 자가 있으면 그러한 자에게도 대습상속을 인정한 것이다’라는 취지가 있으며¹⁴⁹⁾, 개정 전의 제888조 2항이 삭제된 것으로 보아 상속개시시로 해석하여야 한다고 한다¹⁵⁰⁾.

이렇게 해석을 할 때 상속권을 잃은 후에 입양한 양자도 대습상속권이 있는 것이 되어, 입양 전의 양자의 자에게는 대습상속권이 부정되는 것과 관련하여 조화가 되지 않는다는 문제가 있다고 한다¹⁵¹⁾.

또한 대습상속인의 존재시기를 상속개시시로 하면 결격자 또는 피폐제자가 그 상속권을 잃은 후에, 입양에 의해 그 者の 양자가 된 者에게도 대습을 허용하는 결과가 된다고 하면서, 親을 살해함으로써 처벌을 받은 자는 결격자로서 상속자격을 잃지만, 그 후에 그 결격자의 양자로 된 자는 결격자인 양친을 대습하여 양친에게 살해된 양 조부모를 상속하는 것이 가능하게 된다고 한다. 이러한 결론은 어쩐지 납득이 되지 않는다고 하면서, 결격 후에 출생한 친자에 관하여는 대습상속권을 인정하고, 결격 후에 입양한 자에게는 대습상속권을 인정하지 않는 것이 불합리하다고 한다면, 오히려 대습상속에 관하여도 동시존재의 원칙을 준용하여 대습원인발생시에 존재하는 者에게만 대습상속권을 한정하는 것이 현명하다는 견해도 있다¹⁵²⁾. 아울러 대습상속인의 존재시기를 상속개시시로 한 1962년의 입법에 대하여 상속권을 잃은 후 양자를 통하여 대습상속을 하려는 경우(일본에서는 이를 소위 ‘身代わり養子’라고 한다)의 유산을 결격·폐제된 친권자가 관리한다고 하는 것은 제도 그 자체의 의미를 잃는 것이어서 의문이 많은 입법이라고 하고 있다¹⁵³⁾.

3. 기타 해석과 관련된 문제

(1) 再代襲相續

148) 中川善之助·泉久雄, 前掲 相續法(法律學全集(24)), 150面, 注 3.

149) 中川善之助, “民法の一部改正(中)”, 法學セミナー 79号, 1962, 6面.

150) 阿部浩二, 前掲 新版注釋民法(26), 253面.

151) 阿部浩二, 前掲 新版注釋民法(26), 253面.

152) 中川善之助·泉久雄, 前掲 相續法(法律學全集 24)), 149-150面.

153) 阿部浩二, 前掲 新版注釋民法(26), 253面.

(가) 우리 민법

피상속인의 직계비속 혹은 형제자매가 상속개시 전에 사망 또는 결격으로 인하여 상속권을 잃은 경우에 그 직계비속과 배우자는 대습상속을 하게 된다. 그런데 대습상속으로 인하여 상속을 할 추정대습상속인에게도 대습원인이 발생하여 상속권을 잃은 경우에 그 직계비속이나 배우자가 다시 대습상속을 할 수 있는가가 문제가 된다. 이를 재대습상속이라고 하는데, 우리 민법은 명문의 규정을 두고 있지 않아서 이에 관한 문제는 전적으로 해석에 맡겨져 있는 상태라고 할 것이다. 직계비속의 경우에는 재대습상속이 인정된다고 하는 것에 학설은 일치되어 있다¹⁵⁴⁾. 그런데 피대습자가 피상속인의 형제자매인 경우의 재대습상속에 관하여는 이를 부정하는 견해와¹⁵⁵⁾, 이를 긍정하는 견해¹⁵⁶⁾로 나뉘어져 있다.¹⁵⁷⁾

(나) 일본민법

대습상속인이 될 수 있는 者は 피상속인의 子の 子(즉 孫) 또는 형제자매의 子이다. 그런데 대습상속인이 될 者에게 다시 대습원인이 발생하였을 경우에 재대습상속이 일어나는 지에 대하여는 규정이 나뉘어 있다.

1) 代襲相續人이 被相續人의 直系卑屬인 경우

피상속인의 子에 대습원인이 발생하면, 子の 子 즉 孫이 대습상속을 한다. 그런데 이러한 孫에게도 대습원인이 발생하면 孫의 子 즉 曾孫이 曾祖父母인 피상속인을 대습상속하게 된다(일본민법 제887조 제3항). 이러한 재대습상속에 관한 제887조 제3항의 규정은 1962년 일부개정을 통하여 입법된 것인데, 이렇게 명문으로 입법되기 전에는 해석론으로 승인되어 왔다고 한다¹⁵⁸⁾. 재대습상속을 명문으로 규정한 이유에 관

154) 광동현, 전계논문, 48면; 광윤직, 전게서, 64-65면; 김주수, 전게서, 532면; 김준원, 전계논문, 515면; 박병호, 전게서, 333-334면; 배경숙·최금숙, 전게서, 465면; 이경희, 전게서, 346면; 이승우, 전계논문, 60면; 이해일, 전계논문, 209면; 정구태, 전계논문, 60면.

155) 안영문, 전계논문, 126면; 이해일, 전계논문, 209면.

156) 광동현, 전계논문, 49면; 광윤직, 전게서, 65면; 김주수, 전게서, 532면; 김준원, 전계논문, 515면; 이경희, 전게서, 347면; 이승우, 전계논문, 60면; 정구태, 전계논문, 61면. 박병호 교수는 형제자매를 피대습자로 하는 경우를 명시하여 밝히고 있지는 않으나, 대습상속인이 상속개시 전에 실권한다면 또한 그 직계비속이 대습상속하게 되므로 재대습, 재재대습도 일어나게 된다고 하는 것으로 보아 긍정설을 취하는 것으로 생각된다(박병호, 전게서, 333-334면).

157) 이에 관하여 자세한 내용은 안영하, 전계 “대습상속에 관한 연구”, 235면 이하 참조.

하여는 직계비속일반의 상속권이 인정되지 않게 된 것이 재대습에 관한 소극적인 해석을 강화하는 것을 두려워하였기 때문이 아닐까하는 견해도 있다¹⁵⁹⁾.

피대습자(여기서는 대습상속인, 즉 재대습상속의 피대습자를 말한다)가 추정상속인의 지위에 있을 때 대습원인이 발생하여야 다시 재대습상속이 일어나는 것인지에 관하여 일본에서는 의문이 제기되었다고 한다. 즉 대습원인 발생시에 피대습자는 추정상속인의 지위에 있어야 하는가의 문제이다. 이에 관하여 구법시대의 판례는 家督相續에 관하여 법정의 推定家督相續人이 되기 전에 사망한 者의 子에게 대습상속권을 인정하지 않았지만¹⁶⁰⁾, 유산상속에 관하여는 종래의 판례의 태도를 뒤집어서 피대습자가 추정상속인이 아닐 때 대습원인이 발생한 때에도 그 者의 子에게 재대습상속이 인정된다는 판례¹⁶¹⁾가 나타났다고 한다¹⁶²⁾.

그러나 1962년의 일부개정으로 인하여 제887조 제3항이 재대습상속은 대습상속인이 그 대습상속권을 잃은 경우에 인정된다고 하고 있으므로 이는 피상속인의 직계비속 사이에서는 항상 子가 親을 대습한다고 하는 것과 같은 뜻이라고 하여 대습상속인이 될 자에게 대습원인이 발생하였을 당시에 추정상속인이 아니라고 하더라도 언제나 대습상속이 발생한다고 한다¹⁶³⁾.

2) 代襲相續人이 被相續人의 兄弟姉妹의 子인 경우

대습상속인이 피상속인의 형제자매의 子인 경우에는 재대습상속이 인정되지 않는다. 즉 피대습자가 피상속인의 子인 경우에는 재대습상속이 인정되지만(민법 제887조 제3항), 제3순위의 상속인인 피상속인의 형제자매가 상속개시 전에 사망 또는 상속권

158) 阿部浩二, 前掲 新版注釋民法(26), 253面. 中川善之助·泉久雄, 前掲 相續法(法律學全集(24)), 151面.

159) 我妻榮·嘸孝一, 相續法<判例コンメンタル>, 日本評論社, 1966, 35面.

160) 大正7. 1. 29. 第1民事部判決, 大正6年(オ)1009号. 民錄 24. 111-122面.

161) 昭和4. 1. 22. 第2民事部判決, 昭和63(オ)1078号. 民集 8. 1. 6-23面. 이 판결에 의하면 “민법 제 995조에 소위 유산상속인이 될 자는 상속개시시에 상속권 상실의 원인인 사실 없이 생존하면 당연히 유산을 상속할 자를 지칭하고, 그 자의 사망 또는 상속권 상실의 원인인 사실의 발생당시에 유산상속인인 자격을 가졌는지 여부는 묻지 않는다고 해석하는 것이 상당하다”고 하여 피대습자에게 대습원인이 발생할 당시에 추정상속인일 것을 요구하지는 않는다고 판시하고 있다. 이러한 취지의 판례는 이후 이어지고 있다(東京高裁 昭和33. 6. 24. 決定, 下民集 9. 6. 1181面).

162) 山本正憲, “代襲相續の要件について(1)”, 民商法雜誌 46卷 5号, 1962, 52面.

163) 中川善之助·泉久雄, 前掲 相續法(法律學全集 24), 152面.

을 잃어서 상속을 할 수 없게 된 경우, 그 자가 대습상속을 할 수 있지만, 이러한 者에게도 대습원인이 발생하였을 경우에는 재대습상속이 일어나는 것이 아니라 상속인의 부존재의 경우로 처리된다.

대습상속인이 피상속인의 형제자매의 子인 경우 대습상속이 발생하지 않는 것은 1980년도의 일부개정에 의한 것인데, 1980년 개정 전에는 이러한 者가 대습상속인이 되는 경우에도 재대습상속은 인정되었다. 즉 1962년의 일부개정에 의하여 피상속인의 직계비속(제887조 제3항)과 피상속인의 형제자매의 직계비속(1962년 민법 제889조 제2항)에 의한 제887조 제3항의 준용)에 의한 재대습상속을 인정하였다¹⁶⁴⁾¹⁶⁵⁾.

이와 같이 피상속인의 형제자매에게도 재대습상속을 널리 인정하는 것에 대한 비판에 따라 1980년도의 일부개정에 의하여 형제자매의 직계비속에 의한 재대습상속은 인정되지 않게 되었다. 즉 직계존속 및 형제자매의 상속권을 규정한 제889조에서 제2항의 규정을 개정하였다. 개정 전에는 형제자매의 경우 제887조 제2항 및 제3항의 규정을 준용한다고 하여 직계비속의 대습상속과 재대습상속 규정을 준용하였으나, 제3항을 준용한다는 부분을 삭제하여 형제자매의 경우에는 재대습상속을 부정하였다.

(2) 配偶者の 代襲相續

우리 민법은 명문으로 피대습자의 배우자의 대습상속을 인정하고 있다(민법 제1003조 제2항). 따라서 이의 타당성에 대하여 입법론적인 타당성은 별개로 하더라도 해석론으로는 부정할 수 없다고 하겠다¹⁶⁶⁾.

그러나 일본에서는 배우자에게 대습상속을 인정할 것인지의 여부에 대하여 많은 논의가 있었다.

현행 일본민법은 피대습자의 배우자에게는 대습상속권을 인정하고 있지 않다. 따

164) 피상속인의 형제자매의 직계비속(1962년 민법 제889조 제2항)에 의한 재대습상속을 인정한 1962년도의 개정에 관한 비판은 앞에서 설명한 바 있다. 中川善之助泉久雄, 前掲 相續法(法律學全集(24)), 133-134面; 阿部浩二, 前掲 新版注釋民法(26), 240面. 참조

165) 형제자매의 직계비속에게 제한없는 대습상속권을 인정한 1962년의 일부개정법은 결코 타당한 것은 아니지만, 해석상 이러한 대습상속도 긍정되지 않으면 안된다고 하여 재대습상속을 긍정하고 있지만(阿部浩二, 前掲 新版注釋民法(26), 241面), 해석론으로 이를 제한하여 형제자매의 대습상속은 그의 子, 즉 甥姪의 범위에 당연히 한정되고, 자손 전체에 당연히 연장되는 것은 아니라고 하여 재대습상속을 인정하지 않는 학설도 있었다. 中川善之助泉久雄, 前掲 相續法(法律學全集 24)), 134面.

166) 우리 민법의 해석론 및 입법론에 관하여는 안영하, 전계 “대습상속에 관한 연구”, 241면 이하 참조.

라서 피대습자의 配偶者는 대습상속권이 인정되지 않기 때문에 피상속인의 子인 配偶者가 상속개시 이전에 사망한 경우에, 생존배우자는 사망배우자를 대습하는 권리를 갖지 못한다¹⁶⁷⁾. 다만 그들 사이에 子가 있으면 이 子가 그 父나 母를 대습하여 상속할 뿐이다. 이들 사이에 子가 없으면 피상속인의 유산은 사망배우자의 형제자매(피상속인의 子로써 1순위상속인)나 직계존속(피상속인의 2순위상속인), 피상속인의 형제자매(경우에 따라서는 이들의 子)에게 상속되고 생존배우자는 그 재산에 어떠한 권리도 갖지 못한다¹⁶⁸⁾.

그런데 이렇게 생존배우자에게 대습상속권이 인정되지 않음으로 인하여 생기는 문제는 특히 전쟁미망인에게 발생하였다고 한다. 즉 상속 전, 특히 家督相續 전에 전쟁에 나간 슬하에 자녀가 없던 家督相續人인 夫가 사망하였기 때문에, 親의 재산은 亡夫의 동생에게 상속되고, 생존배우자인 전쟁미망인은 그 재산에 대하여 어떠한 권리도 갖지 못하는 문제가 생겼다고 한다¹⁶⁹⁾.

이러한 이유로 생존배우자에게도 대습상속권을 인정하는 것에 대한 논의가 진행되었으나, 1947년의 신법과 1962년의 일부개정법에서도 처의 대습상속권에 관하여는 규정하지 않았다. 처의 대습상속권을 신설하지 않은 이유는 妻가 夫의 사망 후에 곧 재혼을 한 경우는 어떻게 할 것인가, 대습상속 후 재산을 지참하고 재혼한 때에는 어떠한가, 처가 사망한 때에 夫에게 대습상속권을 인정하여 처의 부모를 夫가 대습상속하는 것이 실정에 맞는가, 夫에게는 대습상속을 부정하고 처에게만 대습상속권을 인정하는 것은 남녀평등에 반하지 않는가 등의 제문제에 관하여 새로이 검토할 필요가 있다는 것을 이유로 한다고 한다¹⁷⁰⁾.

배우자에게도 대습상속권을 인정할 것인가에 관하여 戰後 그 입법화를 주장하는 의견이 계속 제기되면서, 1980년의 일부개정법에 이의 도입에 관한 논의가 계속되었으나, 결국 생존배우자의 대습상속에 관하여는 규정하지 않았다.

1980년의 일부개정에 관한 논의에 대하여 살펴보면 배우자의 대습상속에 관하여 1975년 8월 1일의 法制審議會民法部會身分法小委員會中間報告¹⁷¹⁾에서는 다음과 같은

167) 中川善之助·泉久雄, 前掲 相續法(法律學全集(24)), 124面.

168) 阿部浩二, 前掲 新版注釋民法(26), 228-229面.

169) 阿部浩二, 前掲 新版注釋民法(26), 229面; 中川善之助·泉久雄, 前掲 相續法(法律學全集(24)), 124面.

170) 阿川清道, “民法の一部を改正する法律について”, 法曹時報 14卷4号, 1962, 53面.

171) 法務省民事局參事官室, “法制審議會民法部會身分法小委員會中間報告について”, ジュリスト 596, 1975. 9. 15, 83面.

의견을 제시하였다.

(가) 배우자의 대습상속권을 인정하지 않는 현행법을 유지하자는 의견

- 1) 대습상속권을 인정하면 생존하는 처의 자유를 사실상 구속하는 것이 되고, 또 夫의 親의 유산을 기대하는 것은 家制度로 다시 돌아가는 것이 아닌가 생각된다. 우리나라에서는 혈통상속의 사상이 뿌리깊게 강한데 이를 무시해도 좋은가. 현행제도 하에서도 실무상 특별한 불합리를 느끼지 않는다.
- 2) 유산의 유지 증가에 공헌한 처에게는 기여분으로서 고려하여야 할 것이다.
- 3) 어떠한 요건으로 인정하여야 할 것인가 하는 입법기술상의 문제점이 많다.

(나) 부부의 일방은 타방을 대습하여 상속할 수 있다고 하여야 한다는 의견

- 1) 배우자의 일방이 그 부모보다 먼저 사망하였다고 하는 우연 때문에 子의 배우자간에 차이가 생기는 것은 불합리하고 불공평하다.
- 2) 기대적 이익을 보호하는 것만으로 가제도가 부활되지는 않는다.

(다) 예컨대 다음과 같은 요건 하에서 배우자에게 대습상속권을 인정하여야 한다는 의견

- 1) 부부간에 子가 없는 경우에 한한다.
- 2) 재혼 혹은 인척관계의 종료의 선언을 한 경우 및 배우자의 사망 후 일정한 연수를 경과한 경우를 제외한다.
- 3) 대습상속권의 범위를 경우에 따라 나눌 필요가 있다(父의 처와 子의 처 사이의 형평의 문제가 있다).
- 4) 대습상속권의 범위를 변경하는 권한을 재판소에 부여한다.

이와 같은 배우자의 대습상속권의 문제는 기여분제도의 신설과도 밀접한 연관이 있어서, 주로 농가의 후계자의 처가 유산의 유지·증가에 기여하였으나, 夫가 먼저 사망한 경우에 관하여 논의되었다. 그러나 이를 인정하면 夫나 후계자 이외의 子의 처의 대습상속권을 부정할 수 없고, 게다가 재혼, 혼인기간, 인척관계종료와의 관계, 외국에도 입법례가 없다는 것 등을 들어 의문이 제기되었고, 결국 1979년 7월 17일의 「改正要綱試案」은 ‘부부의 일방이 타방을 대습하여 상속인이 된다고 하는 입법조치

는 특별히 강구하지 않는 것으로 한다'고 하여 1980년의 개정에 반영되지 않았다¹⁷²⁾.

1980년 개정에서 배우자의 대습상속권이 인정되지 않은 것에 대하여, 가족형태가 급속하게 변천하는 현상에 비추어 보아, 대습상속을 인정해서까지 寡婦를 보호하지 않으면 안된다는 필연성으로 통찰하지 않았기 때문이라고 분석하면서, 배우자에게 대습상속권을 인정하라는 요청은 일본의 가정생활에 있어서, 특히 농촌에서 종래 親이 큰 부자라고 하더라도 자는 보통 고령이 되어도 특유재산을 그다지 가지지 않는다고 하는 사실에 비추어 보아, 배우자 특히 처의 보호를 위하여 필요하다고 생각된다고 하는 견해가 있다¹⁷³⁾. 이 견해에 의하면 공동상속으로 된 현행법 하에서도 亡夫가 상속할 수 있었던 재산에 대하여 배우자로서의 상속분만은 확보할 수 있게 하는 것은 안되겠는가 라는 의견을 제시하고 있다¹⁷⁴⁾. 그러나 이에 반하여 寡婦가 재혼하지 않는다고는 장담할 수 없기 때문에, 그러한 경우에까지 대습상속권을 인정하는 것은 오히려 불합리하다고 생각된다고 하여, 인척간의 상속관계를 인정하지 않는 민법의 입장에서는 배우자에게 대습상속권을 인정하지 않는 것도 부득이하다고 하는 견해도 있다¹⁷⁵⁾.

아울러 배우자의 대습상속권은 기여분과 관련하여 논의되었던 것인데, 기여분권리자가 상속인으로 한정된 결과 중간보고의 부정설이 제시하였던 기여분을 이용한 배우자의 보호도 할 수 없게 되어 피상속인의 재산의 유지·증가에 기여한 농가후계자의 처의 보호는 완전히 방치되는 결과가 되었다고 비판하면서, 그 구제책으로 사실혼배우자도 포함하여 報酬계약이나 조합계약의 체결, 유증, 부당이득·묵시계약의 이론의 활용 등이 주장되고 있다¹⁷⁶⁾.

IV. 맺음말

이상에서 살펴 본 바와 같이 일본의 대습상속제도는 우리의 제도와 비교하여 볼 때 매우 유사한 내용으로 규정되어 있다. 즉 대습원인으로 우리와 달리 우리민법이 규정하고 있지 않는 상속폐제를 인정하고 있기는 하지만, 우리민법과 마찬가지로 사

172) 浦本寬雄, “代襲相續”, 民法論集 7 親族相續, 有斐閣, 1984, 390面.

173) 中川善之助·泉久雄, 前掲 相續法(法律學全集(24)), 125-126面.

174) 中川善之助·泉久雄, 前掲 相續法(法律學全集(24)), 124面.

175) 青山道夫, 改正家族法論Ⅱ, 法律文化社, 1971, 281面.

176) 浦本寬雄, 前掲 “代襲相續”, 390面.

망과 결격만을 인정하고 상속포기는 인정하고 있지 않다는 부분에서 동일하며, 또한 대습원인으로 인정하지 않는 상속포기에 관하여는 입법론적 논의가 있다는 유사점이 있다. 또한 대습요건에 관한 부분도 대습상속인이 피상속인의 직계비속이어야 한다는 규정을 제외하면 우리의 민법과 거의 동일하다고 하겠다.

이와 같이 일본은 우리와 비슷한 규정을 가지고 있지만, 현재 우리 민법의 해석상 논의가 있는 부분에 관하여 여러차례의 개정을 통하여 점차적으로 입법적 해결을 진행하고 있다는 점에서 이와 같은 비교법적 검토가 의미가 있다고 하겠다. 다만 우리 민법은 대습상속인으로 피대습자의 직계비속뿐만 아니라 배우자도 인정함으로 인하여 해석론에서 일본과의 차이를 보이고 있다. 즉 동일한 조문으로 피상속인의 혈족-특히 피상속인의 孫-과 인척인 피대습자의 배우자의 대습상속을 규정함으로 인하여 경우에 따라서는 법감정에 어긋나는 해석을 하여야 하는 경우도 있을 수 있다. 예컨대 동시사망의 경우 피대습자의 子의 대습상속권을 인정하는 해석을 한다면 마찬가지로 규정은 동일하므로 피대습자의 배우자의 대습상속도 인정하여야 하는 결과가 발생한다. 이러한 기본적인 규정의 차이를 전제로 하고 일본의 대습상속제도를 비교 검토한다면 우리민법의 해석상 많은 도움이 되리라 생각한다.



▶ 안영하

대습상속(succession by representation), 대습원인(cause of representation), 대습상속의 효과(effects of representation), 사망(death), 상속결격(ineligibility for inheritance), 상속포기(renunciation of inheritance)

[Abstract]

A Comparative Legal Study on The succession by Representation of Japan

An, Young-Ha^{*}

The succession by Representation occurs a lineal descendant or a brother or sister who would become an inheritor has died, or has become disqualified before the commencement of succession. Succession by Representation is generally approved in most countries. However along the history and social environment of each country, the forms of succession by Representation are differentiated individually.

The succession by Representation of Japan is much similar with that of us :.at the point of its conditions and effects, while the succession by Representation of spouse is not admitted in Japan(Our civil law stipulates the representation by the spouse of the deceased or disqualified person. that is Article 1003 Paragraph 2).

A comparative legal study on the succession by representation of Japan gives our study on that various dogmatic views.

* Ph. D., a full-time instructor of study in Sung Kyun Kwan University.