

일본의 상속법 개정

박 정 기*

〈국문초록〉

최근 일본에서는 상속법에 관한 규정이 대폭 개정되었다. 개정의 배경에는 사회의 고령화가 더욱 진전되고 상속개시시에 배우자의 연령도 상대적으로 고령화하고 있기 때문에 그 보호의 필요성이 높아지고 있는 점, 또한 보호를 요하는 고령자의 증가와 고령자의 재혼 증가 등 상속을 둘러싼 사회 정세에도 변화가 나타나고 있는 점 등을 들 수 있다.

상속법개정의 주요내용은 다음과 같다.

1. 배우자의 거주권을 보호하기 위한 방안—배우자의 거주권
2. 유산분할에 관한 개선
3. 유언제도에 관한 개선
4. 유류분제도에 관한 개선
5. 상속의 효력 등에 관한 개선
6. 상속인 이외의 자의 공헌을 고려하기 위한 방안—특별 기여

일본 상속법과 우리나라 상속법 사이에는 많은 차이가 있지만, 고령화사회, 저출산, 만혼, 비혼, 고령자끼리의 재혼 등의 사회문제를 겪고 있는 것은 일본과 우리나라가 크게 다르지 않다고 할 수 있다. 이러한 점에 비추어 일본의 상속법개정은 우리에게도 참고할만한 내용이 적지 않다.

주제어 : 일본상속법, 상속법 개정, 배우자거주권, 자필증서유언, 유언집행자, 유류분

• 투고일 : 2018.9.30. / 심사일 : 2018.10.10. / 게재확정일 : 2018.10.19.

I. 서언

일본에서는 2018년(平成30년) 7월 6일, 「민법 및 가사사건절차법의 일부를 개정하는 법률」이 성립되고 7월 13일 공포되었다.¹⁾ 이 법률로 일본민법 중 상

* 경북대학교 법학전문대학원 교수

1) 이 법률은 원칙적으로 공포한 날부터 1년 이내에 시행된다(별도 정령으로 지정한다). 다만 유언서 방식을 완화하는 규정은 2019년(平成31년) 1월 13일부터 시행되며, 배우자의 거주권 관련 규정은 공포한 날부터 2년 이내에 시행된다(별도 정령으로 지정한다).

속법에 관한 규정이 대폭 개정되었다.

개정의 배경에는 사회의 고령화가 더욱 진전되고 상속개시시에 배우자의 연령도 상대적으로 고령화하고 있기 때문에 그 보호의 필요성이 높아지고 있는 점, 또한 보호를 요하는 고령자의 증가와 고령자의 재혼 증가 등 상속을 둘러싼 사회 정세에도 변화가 나타나고 있는 점 등을 들 수 있다. 이와 같은 사회 경제 정세의 변화에 대응하여 배우자의 사망에 의해 남겨진 타방 배우자의 생활에 대한 배려 등의 관점에서 상속법제를 개선하여야 할 때가 되었다는 문제의식에 부응하는 형태로 상속법 개정작업이 시작되었다.

일본 상속법과 우리나라 상속법 사이에는 많은 차이가 있지만, 고령화사회, 저출산, 만혼, 비혼, 고령자끼리의 재혼 등의 사회문제를 겪고 있는 것은 일본과 우리나라가 크게 다르지 않다고 할 수 있다. 이러한 점에 비추어 일본의 상속법개정은 우리에게도 참고할 만한 내용이 있고, 국제사법상 상속과 유언의 준거법으로 일본민법이 지정되는 경우²⁾도 있으므로 본고에서는 일본 상속법개정의 주요내용을 살펴보기로 한다.³⁾

II. 일본 상속법의 변천

1898년에 제정, 시행된 일본민법⁴⁾은 처에게 재산관리권을 인정하지 않고 원칙적으로 장자가 단독으로 상속하는 가독상속이 주류를 이루었다(장자단독상속). 家の 재산과 권력을 호주에게 집중시키는 대신 호주는 가족을 부양할 의무가 있었다. 이것은 에도시대의 무사 사회에 있었던 ‘家’를 모델로 하여 가부장제도를 채용하는 것이 국가로서는 도움이 되었기 때문이다. 또한 제2차 세계대전 전의 일본은 농업국가이며 대가족이 하나가 되어 농업에 종사하고 있었으므로 거기서 사는 사람들에게도 그다지 불편은 없었을 것이다. 그러나 일본이 제2차 세계대전에 패하여 「일본국헌법」이 제정되면서 상속법도 새로운 헌법의 기본 이념에 따라 개정을 할 필요가 생겼다. 일본국헌법은 가족생활에서 개인의 존엄과 양성의 평등을 요구하고(헌법 제24조), 남녀와子を 불평등하게 다루어서는 안된다는 것과 가제도를 폐지하여 호주의 재산과 권력을 분산시키

2) 김연·박정기·김인유, 「국제사법(제3판)」, 법문사, 2012년, 412면 이하 참조.

3) 본고에서 인용하는 조문은 특별한 언급이 없는 한 일본민법의 조문을 가리킨다. 그리고 개정전의 법을 현행법 또는 현행민법으로, 개정된 법을 신법으로 칭하기로 한다.

4) 일본민법전의 제정에 대해서는 곽윤직, 「민법총칙(신정 수정판)」, 박영사, 1998, 46-47면.

는 것이 필요했다. 그래서 1947년 친족법과 상속법을 개정함으로써 가제도 및 가독상속제도는 폐지되었다. 개정 후의 상속은 가족간의 평등이라는 이념하에 배우자에게는 항상 상속권이 발생하고 子 전원에게도 상속권이 인정되었다. 또한 경제 성장, 사회 발전과 함께 산업과 인구가 도시지역에 집중함에 따라 핵가족가구가 증가하여 상속이 발생할 때마다 재산이 분산되어 갔다. 그러한 가운데 여성의 사회적 지위의 향상은 더욱 진전되어 1980년에는 배우자의 상속분을 늘리는 개정이 이루어졌다(子와 함께 상속하는 경우에는 3분의 1에서 2분의 1로, 직계존속과 상속하는 경우에는 2분의 1에서 3분의 2로, 형제자매와 상속하는 경우에는 3분의 2에서 4분의 3으로 증가되었다).⁵⁾

Ⅲ. 상속법의 개정경과

일본에서 상속법을 개정하게 된 직접적인 계기가 된 것은 2013년 9월 4일에 적출이 아닌 子의 상속분을 적출인 子의 상속분의 2분의 1로 규정하고 있던 민법 제900조 제4호 단서의 규정이 헌법에 위반한다고 최고재판소⁶⁾가 판단한 것이었다.⁷⁾ 즉 혼인을 하지 않은 남녀 사이에 태어난 자녀의 상속분을 혼인한 남녀 사이에서 태어난 자녀의 상속분의 2분의 1로 한다고 규정한 민법 규정이 헌법위반이라고 판단한 것이다. 그 후 국회에서 신속하게 적출이 아닌 子의 상속분을 적출인 子의 상속분을 동등하게 하는 민법의 일부 개정⁸⁾이 이루어졌다. 이때 각 방면에서 “법률혼을 존중하는 국민의식이 손상된다”, “배우자를 보호하기 위한 조치를 아울러 강구하여야 한다” 등의 문제제기가 있었다.

그래서 법무성은 민법의 연구자와 일반 지식인 등의 협력을 얻어 2014년 1월부터 상속법제검토 작업팀(working team)을 설치하여 상속법개정에 관하여 논의하기로 하였다. 작업팀은 약 1년에 걸쳐, ① 배우자의 일방이 사망한 경우에 상속인인 타방 배우자의 거주권을 법률상 보호하기 위한 조치, ② 배우자의 공헌에 따른 유산의 분할 등을 실현하기 위한 조치, ③ 기여분제도의 개선, ④ 유류분제도의 개선이라는 4가지 논점에 대해 상세한 검토를 하였다. 그 후 작

5) 그 외에도 기여분제도의 창설, 형제자매에 대한 제대습제도의 폐지, 유산분할의 기준의 개정, 유류분에 관한 개정이 이루어졌다.

6) 최고재판소는 대법원, 가정재판소는 가정법원, 법무성은 법무부, 법무대신은 법무부장관에 각각 해당한다.

7) 이른바 비적출자위헌사건. 最大決 平成25년(2013년) 9월 4일 民集 67권 6호 1320면.

8) 平成25년 법률 제94호.

업팀의 보고를 받은 법무성은 2015년 4월 “法制審議會-民法(相續關係)部會”를 설치하고 널리 전문가를 모아 상속법개정 논의를 진행하였다.⁹⁾

그리하여 「민법(상속관계) 등의 개정에 관한 중간시안」(2016년 6월 21일, 이하 중간시안이라 한다), 「중간시안 이후에 추가된 민법(상속관계) 등의 개정에 관한 시안(추가시안)」(2017년 7월 18일, 이하 추가시안이라 한다)이 잇따라 공표되어 퍼블릭 코멘트에 회부되었다.¹⁰⁾ 퍼블릭 코멘트 종료후 몇 번의 상속법 부회를 거친 후에 「민법(상속관계) 등의 개정에 관한 요강안」(2018년 2월 16일)이 작성되어 법무대신에게 답신되었다. 이에 따라 법무성에서는 구체적인 조문의 작성 작업에 들어가 2013년 3월 12일 민법 및 가사사건절차법의 일부를 개정하는 법률(안)을 국회에 제출하였고, 2018년 7월 6일 법안이 성립하였다.

중간시안은 ① 배우자의 거주권을 보호하기 위한 방안, ② 유산분할에 관한 개선, ③ 유언제도에 관한 개선 및 ④ 유류분제도에 관한 개선, ⑤ 상속인 이외의 자의 공헌을 고려하기 위한 방안이라는 5개의 테마로 대별된다. 그리고 추가시안에서는 중간시안 후에 나타난 테마 등에 대해서 제한적인 범위에서 추가적인 제안을 하였다. 그 후 요강 및 이를 반영한 신법에서는 위의 ③ 중에서 상속의 효력을 별도 항목으로 독립시켰다. 신법에서는 ① 배우자의 거주권, ② 유산분할에 관한 개선, ③ 유언제도에 관한 개선 및 ④ 유류분제도의 개선, ⑤ 상속의 효력 등에 관한 개선, ⑥ 특별 기여 라는 6개 항목으로 되어 있다. 이와 같이 개정의 경과 중에 항목의 교체가 있었다.¹¹⁾

IV. 상속법개정의 주요내용

1. 배우자의 거주권을 보호하기 위한 방안－배우자의 거주권

1) 배우자거주권의 신설배경

신법은 배우자의 거주권을 단기적, 장기적으로 각각 보호하여야 한다고 하

9) 법제심의회는 법무대신의 자문에 대해 학식경험자를 구성원으로 한 위원회에서 기본적인 조사심의를 하는 기관이다. 법제심의회-민법(상속관계)부회는 법무대신 자문 제100호에 따라 법제심의회에 설치된 部會로서 구성원은 部會長 1명, 위원 21명, 간사 8명으로 구성되어 있으며, 거의 한 달에 한 번꼴로 회의가 개최되었다.

10) 퍼블릭 코멘트는 법률안에 대해 널리 국민으로부터 의견과 정보를 수집하는 절차를 말한다.

11) 중간시안, 추가시안, 신법의 대응관계에 대해서는 후술 <표> 참조.

여, 배우자 단기거주권, 배우자거주권(장기거주권)을 신설하였다. 이는 배우자가 거주하고 있던 피상속인의 건물을 일정 기간 사용하는 것을 인정하는 것을 내용으로 하는 법정의 권리이다.

중간시안에서 배우자상속권의 확대가 중요한 논점으로 다루어졌다. 그 중 하나인 배우자의 거주권을 보호하기 위한 방안으로 배우자 단기거주권과 배우자거주권이 논의되었다. 이것은 현재의 고령화 사회의 진전에 의해 일방 배우자가 사망한 경우에, 유산이 거주건물과 부동산일 때에는 통상은 고령의 생존 배우자가 서둘러 거주하고 있는 건물을 퇴거하고 새로이 삶의 터전이 되는 집을 찾아 이사하게 된다. 그러나 이것은 생존배우자에게는 정신적으로도 육체적으로도 매우 부담이 될 것이다. 배우자의 거주권은 이를 방지하고 배우자가 사망한 경우 생존배우자의 생활을 보장하는 의미가 강하게 반영된 것이다. 그 이후의 논의에 따라 요강안, 법률안으로서 새롭게 배우자의 거주권인. ①배우자 단기거주권과 ② 배우자거주권의 내용이 제시되었다.¹²⁾

특히 배우자 단기거주권은 생존 배우자(대부분의 경우 아내)가 피상속인인 배우자(대부분의 경우 남편)에 대한 유산분할에 대해 합의가 될 때까지 당해 거주건물에 무상으로 거주할 수 있는 권리를 말한다(신법 제1037조). 이러한 규정이 없는 현행법 하에서도 판례는 대체로 공동상속인 중 일인이 상속개시 전부터 피상속인의 허락을 얻어 유산인 건물에서 피상속인과 동거해 온 경우에는 특별한 사정이 없는 한 피상속인과 위의 상속인 간에 위 건물에 대하여 상속개시시를 始期로 하고 유산분할시를 終期로 하는 사용대차계약이 성립하고 있던 것으로 추인된다고 판시하였고,¹³⁾ 의사표시의 추인의 방법을 이용하여 어떻게든 배우자의 단기 거주를 확보하고자 한다. 다만 이러한 추인에 의한 해결은 반대의 의사표시가 명확한 경우에는 사용할 수 없어서 스스로 일정한 한계가 있다. 그래서 신법은 위의 판결내용을 진전시켜서 배우자단기거주권이라는 권리를 신설하고 유산분할 협의를 마칠 때까지 배우자의 잠정적인 거주를 권리로써 확보하려고 하였다.

12) 배우자의 거주권을 보호하는 방안으로서, 각 권리의 내용을 단기거주권과 장기거주권이라는 명칭을 중간시안 이후 사용하였지만, 최후의 부회에서 배우자단기거주권, 배우자거주권이라는 명칭으로 각각 변경되었다. 部會資料(26-1) 1면.

13) 最判 平成8년(1996년) 12월 17일 민집 50권 10호 2778면.

2) 배우자의 거주권의 단기적 보호(배우자 단기거주권)

(1) 배우자단기거주권의 내용, 성립 요건

가. 거주건물에 배우자를 포함한 공동상속인간에 유산분할을 하여야 할 경우 생존배우자가 피상속인 재산에 속한 건물에 상속개시시에 무상으로 거주하고 있던 경우에는 다음의 (i) 및 (ii)의 기간 그 거주건물의 소유권을 상속 또는 유증에 의해 취득한 자(거주건물취득자)에 대하여 거주건물을 무상으로 사용할 수 있는 권리인 배우자 단기거주권을 가진다. 또한 거주건물의 일부분을 무상 사용하는 경우에는 그 부분을 무상으로 사용할 권리를 취득한다(신법 제1037조 제1항).

(i) 거주건물에 배우자를 포함한 공동상속인간에 유산분할을 할 경우,

① 유산분할에 의해 거주건물의 귀속이 확정된 날 또는 ② 상속이 개시된 때부터 6개월을 경과한 날 중 늦은 날까지의 기간

(ii) (i) 이외의 경우 거주건물취득자는 언제든지 배우자단기거주권의 소멸을 청구할 수 있지만(신법 제1037조 제3항), 이 청구일로부터 6개월을 경과한 날까지의 기간

그러나 ① 배우자가 상속개시시 거주건물에 관한 배우자거주권(장기거주권)을 취득한 때, ② 민법 제891조(상속인의 결격사유) 또는 폐제(廢除)¹⁴⁾에 의해 상속권을 상실한 때에는 이 배우자단기거주권은 인정되지 않는다(신법 제1037조 제1항).

나. 위의 가(신법 제1037조 제1항 제1호) 이외의 경우, 즉 거주건물에 대하여 배우자를 포함한 공동상속인간에 유산분할을 하여야 할 경우 이외의 경우

이 배우자단기거주권이 인정되는 경우에는 거주건물취득자는 제3자에 대한 거주건물의 양도 그 밖의 방법으로 배우자의 거주건물의 사용을 방해하여서는 아니된다(신법 제1037조 제2항). 배우자가 거주건물에 대한 유산분할에 대한 절차에 관여하지 않는 때에 배우자는 상속에 의해 거주건물의 소유권을 취득한 자가 배우자 단기거주권의 소멸의 청구를 한 날부터 6개월을 경과한 날까

14) 피상속인이 민법 제892조가 정하는 바에 의하여 상속권을 가지는 자에게 현저한 비행의 사실이 있는 경우에 가정재판소에 추정상속인폐제심판신청을 함으로써 추정상속인이 가지고 있는 유류분을 포함한 상속권을 박탈하는 제도이다.

지 거주건물을 상속에 의해 취득한 자에 대하여 배우자 단기거주권을 가진다. 이 경우에는 상속에 의해 거주건물의 소유권을 취득한 자는 언제든지 단기거주권의 소멸의 청구를 할 수 있다(신법 제1037조 제3항).

(2) 배우자 단기거주권의 효력

가. 용법준수의무 및 선관주의의무

신법에서는 배우자단기거주권을 가지는 배우자는 종전의 용법에 따라 선량한 관리자의 주의를 가지고 거주건물을 사용하여야 한다. 또한 배우자는 거주건물취득자의 승낙을 얻지 않고 제3자에게 거주건물을 사용하게 할 수 없다(신법 제1038조)고 규정한다. 그리고 이러한 규정을 위반한 경우에 대해서는 거주건물취득자는 당해 배우자에 대한 의사표시로 배우자거주권을 소멸시킬 수 있다. 배우자 단기거주권은 사용대차계약과 유사한 법정채권이므로 사용대차계약의 용법준수의무와 동일한 규정을 두고 있다. 따라서 배우자는 계약 또는 거주건물의 성질에 의해 정해진 용법에 따라 사용 수익하여야 한다.

나. 배우자 단기거주권의 비양도성

배우자 단기거주권은 양도할 수 없다(신법 제1041조에 의한 신법 제1032조 제2항의 준용). 제3자에게 양도하는 것을 금지하지만 동거하게 된 친족은 제외된다. 배우자단기거주권은 무상으로 취득되는 것이기 때문에 양도의 필요성이 적다는 이유에 의한 것이다.¹⁵⁾

다. 거주건물의 수선 등

신법 제1033조의 규정은 배우자단기거주권에 대해서도 준용된다(신법 제1041조). 따라서 배우자는 거주건물의 사용에 필요한 수선을 할 수 있다. 또한 거주건물의 수리가 필요한 경우에 배우자가 상당한 기간 내에 필요한 수리를 하지 않을 때는 거주건물의 소유자는 필요한 수선을 할 수 있다. 그리고 배우자가 스스로 거주건물의 수리를 할 때를 제외하고 거주건물의 수리를 요할 때 또는 거주건물에 대해 권리를 주장하는 자가 있는 경우에는 배우자는 거주건물의 소유자에 대해 지체없이 그 취지의 통지를 하여야 한다. 그러나 거주건물의 소유자가 이미 이를 알고 있는 경우에는 통지할 필요는 없다.

15) 部會資料 (26-1) 1면, 부회 제26회 회의의사록 1면.

라. 거주건물의 비용부담

신법에서는 생존배우자가 거주건물의 통상의 필요비를 부담하는 것으로 하고 배우자가 거주건물에 대하여 통상의 필요비 이외의 비용을 지출한 때에는 각 상속인은 민법 제196조의 규정에 따라 그 상속분에 따라 그 상환을 하여야 한다. 그러나 유익비에 대해서는 재판소는 다른 상속인의 청구에 의하여 그 상환에 대하여 상당한 기한을 허여할 수 있다고 한다(신법 제1041조에 따른 신법 제1034조의 규정의 준용). 또한 중간시안 후의 부회에서 ‘각 상속인’이라는 문구가 ‘다른 상속인’이라고 고쳐지고 이것은 요강안, 신법으로 이어졌다.¹⁶⁾

(3) 배우자 단기거주권의 소멸

배우자 단기 거주권은 사용대차 유사의 법정채권으로 파악되기 때문에 그 소멸에 대해 사용대차 규정이 준용된다. 신법은 제1038조 제3항에서 ① 배우자가 선량한 관리자의 주의의무에 반하는 사용을 한 경우와 용법준수의무 위반의 경우 ② 거주건물취득자의 동의를 얻지 않고 거주건물을 제3자에게 사용하게 한 경우에는 거주건물취득자는 당해 배우자에 대한 의사표시에 의해 배우자 단기거주권을 소멸시킬 수 있다고 한다.

신법 제1039조에서는 배우자가 거주건물에 대한 배우자거주권을 취득한 경우에는 배우자 단기거주권은 소멸하는 것으로 한다. 이것은 배우자단기거주권이 배우자거주권에 포함되기 때문이다(신법 제1037조 제1항 단서 참조).

배우자는 배우자단기거주권이 소멸한 때에는 배우자단기거주권이 인정되는 배우자가 거주건물에 대한 배우자거주권을 취득한 경우를 제외하고 거주건물의 반환을 하여야 한다. 그러나 배우자가 거주건물에 대해 공유지분을 가지는 경우에는 거주건물의 취득자는 배우자단기거주권이 소멸한 것을 이유로 거주건물의 반환을 구할 수 없다(신법 제1040조 제1항). 배우자는 배우자단기거주권이 소멸한 경우에 거주건물의 반환을 할 때에는 상속개시 후 거주건물에 부속시킨 물건을 수거 할 의무를 진다. 그러나 거주건물에서 분리할 수 없는 물건 또는 분리하는데 과다한 비용을 요하는 물건에 대해서는 그러하지 아니하다(신법 제1040조 제2항에 따른 민법 제599조 제1항, 제2항의 준용). 또한 배우자는 배우자거주권이 소멸한 경우에 거주건물을 반환할 때는 상속개시 후에 거주건물에 생긴 손상(통상의 사용으로 인해 발생한 손상 및 노후화를 제외한다.)을 원상으로 복구할 의무를 진다. 그러나 그 손상이 배우자의 책임으로 돌

16) 部會資料(15-1) 1면.

릴 수 없는 사유로 인한 것인 때에는 그러하지 아니하다(신법 제1040조에 따른 민법 제621조의 준용).

배우자단기거주권은 그 존속기간 만료 전이라도 배우자가 사망한 때에는 소멸한다(신법 제1041조에 따른 민법 제597조 제3항의 준용). 이 경우에는 배우자단기거주권의 소멸에 의해 발생하는 의무는 배우자의 상속인이 지게 된다. 배우자는 선량한 관리자의 주의의무 위반이나 배우자가 다른 상속인의 승낙을 얻지 않고 제3자에게 거주건물을 사용하게 한 경우에는 그 사용에 의해 발생한 손해의 배상 및 배우자가 지출한 비용의 상환은 거주건물이 반환된 때부터 1년 이내에 청구하여야 한다. 이 손해배상청구권은 거주건물이 반환된 때부터 1년이 경과할 때까지 시효는 완성하지 않는다(신법 제1041조에 따른 민법 제600조의 준용).

3) 배우자의 거주권의 장기적 보호(배우자거주권)

(1) 배우자거주권의 내용, 성립요건

배우자 단기거주권이 유산분할의 종료시까지 피상속인의 배우자(생존 배우자)가 단기에 무상으로 배우자의 거주건물을 사용할 수 있는 권리인데 대하여, 반면 배우자거주권은 배우자가 희망한 경우에 종신 또는 (장기간에 걸치는) 일정 기간 거주건물에 계속 살 수 있는 권리를 인정한 것이다. 요컨대 배우자거주권은 생존 배우자의 마지막 거처를 권리로서 확보하고자 하는 것이다. 이러한 생존 배우자는 대부분은 고령자이며, 오래 살아 정든 집에 마지막까지 계속 살고 싶다는 희망이 강한 것이 통례이다. 그런데 피상속인이 유언을 남기지 않고 사망한 경우 생존 배우자는 무상으로 피상속인과 함께 사실상 거주하고 있었던 것에 지나지 않는다고 하여 분할 협의에서 충분한 배려를 받을 수 없는 경우가 많다. 그래서 신법은 제8장에서 ‘배우자의 거주권’으로서 새롭게 제1028조 이하에서 배우자거주권(장기거주권)에 대해 다음과 같은 규정을 두고 있다.

신법 제1028조에서는 피상속인의 배우자(생존배우자)는 피상속인 소유였던 건물에 상속개시시에 거주하고 있었던 경우, 다음의 ① 및 ②의 때, 그 거주건물 전부에 대해 무상으로 사용 수익할 권리(배우자거주권)를 취득한다고 하였다.

- ① 유산분할에서 배우자거주권을 취득한다고 되었을 때
- ② 배우자거주권이 유증의 목적으로 된 때¹⁷⁾

그리고 피상속인이 상속개시시에 거주건물을 배우자 이외의 자와 공유하고 있던 경우는 제외된다(신법 제1028조 제1항 단서).¹⁷⁾ 또한 거주건물이 배우자의 재산에 속하게 된 경우라 하더라도 다른 사람이 그 공유지분을 가지는 때에도 배우자거주권은 소멸하지 않는다(동조 제2항) 그리고 신법 제903조 제4항(혼인기간이 20년 이상인 부부의 일방이 사망한 경우의 생존배우자에게 거주 건물과 부지를 유증, 증여한 경우에 대해 그 증여 또는 유증의 가격을 상속 재산에 포함하지 않는다고 하는 규정)은 배우자거주권의 증여, 유증에도 준용된다(신법 제1028조 제3항).

유산분할의 청구를 받은 가정재판소의 심판에 의해 다음의 ①, ②의 경우에 한하여 배우자거주권이 인정된다(신법 제1029조).

- ① 공동상속인간에 배우자거주권의 합의가 있을 때
- ② ① 이외의 경우로 생존배우자가 배우자거주권의 취득을 희망하는 취지를 신청한 경우에 거주건물의 소유자가 받는 불이익의 정도를 고려하여 여전히 배우자의 생활을 유지하기 위해 특히 필요하다고 인정할 때

배우자거주권의 존속기간은 생존배우자의 종신 동안이지만, 분할협의나 유언에서 별도로 정한 경우와 가정재판소가 유산분할의 심판에서 별도로 정한 경우에는 그에 의한다(신법 제1030조).

(2) 배우자거주권의 효력

거주건물의 소유자는 배우자에게 배우자거주권 설정등기를 해줄 의무를 진다(신법 제1031조 제1항). 배우자거주권을 등기함으로써 거주건물의 물권을 취득한 자 기타 제3자에게 대항할 수 있다. 여기서 말하는 제3자는 배우자거주권이 인정되는 배우자 이외의 자이다. 부동산임차권의 대항요건에 관한 민법 제605조의 규정은 배우자거주권에 준용된다(신법 제1031조 제2항 전단).

배우자거주권의 등기를 한 경우에는 배우자가 거주건물의 점유가 방해되는 때에 방해정지청구를 할 수 있으며, 제3자가 거주건물을 점유하고 있을 때에는 거주건물의 반환청구를 할 수 있다(신법 제1031조 제2항 후단에 따른 민법 제605조의4의 준용).

배우자는 종전의 용법에 따라 선량한 관리자의 주의를 가지고 거주건물을

17) 또 하나의 경우로서 ③ 피상속인과 배우자 사이에 배우자에게 배우자거주권을 취득시키는 사인증여계약이 있을 때가 요강안의 단계까지 들어 있었지만 법안에서 제외되었다.

18) 제1028조 제1항의 단서 및 동조 제2항의 규정은 部會資料(25-1)에서 도입되었다.

사용, 수익하여야 한다. 그러나 종전 거주용으로 제공하지 않은 부분에 대해서는 이를 거주용으로 제공할 수도 있다(신법 제1032조 제1항).

배우자거주권은 양도할 수 없다(신법 제1032조 제2항).

배우자는 거주건물의 소유자의 승낙을 얻지 못하면 거주건물의 개축, 증축을 하거나 또는 제3자에게 거주건물의 사용 수익을 하게 할 수 없다(신법 제1032조 제3항).

배우자는 거주건물의 사용 및 수익에 필요한 수선을 할 수 있다(신법 제1083조 제1항). 거주건물의 수선이 필요한 경우에 배우자가 상당한 기간 내에 필요한 수선을 하지 않을 때는 거주건물의 소유자는 그 수선을 할 수 있다(동조 제2항). 배우자 스스로 수선을 하지 않는 경우에 거주건물의 수선을 요할 때 또는 거주건물에 대해 권리를 주장하는 자가 있는 때는 배우자는 거주건물의 소유자에게 지체없이 그 취지를 통지하여야 한다. 그러나 거주건물의 소유자가 이미 이를 알고 있는 경우는 제외된다(동조 제3항).

배우자는 거주건물의 통상의 필요비를 부담한다. 민법 제583조 제2항(환매에서 비용상환청구에 관한 규정)은 통상의 필요비 이외의 지출에 적용한다(신법 제1034조). 따라서 고정자산세 등의 통상의 필요비에 대해서는 배우자가 부담한다. 이 이외의 지출에 대해서는 재해 등에 의해 파손된 경우의 수리비(非常의 필요비, 민법 제196조 제1항)와 유익비에 관하여는 그 가격이 현존하는 경우에 한하여 건물소유자의 선택에 좇아 지출액 또는 증가액을 배우자는 건물소유자에 대하여 각각 상환 청구할 수 있다(동조 제2항 본문). 그러나 유익비에 대해서는 건물소유자의 청구에 의하여 재판소가 그 상환에 대하여 상당한 기한을 허여할 수 있다(동조 제2항 단서).

(3) 배우자거주권의 소멸

배우자거주권은 임차권 유사의 법정채권으로 파악되기 때문에 그 소멸에 대해서는 임대차 나 사용대차 규정이 준용된다.

배우자가 거주건물의 용법준수의무나 선량한 관리자의 주의의무를 위반한 경우에는 거주건물의 소유자는 배우자에 대한 의사표시로 배우자거주권을 소멸시킬 수 있다(신법 제1032조 제4항).

배우자는 배우자거주권이 소멸한 때에는 거주건물의 반환을 하여야 한다. 그러나 배우자가 거주건물에 대한 공유지분을 가지는 경우에는 거주건물의 소유자는 배우자거주권이 소멸한 것을 이유로 거주건물의 반환을 구할 수 없다(신법 제1035조 제1항).

배우자는 배우자거주권이 소멸하여 거주건물을 반환하는 때에는 상속개시 후에 거주건물에 부속시킨 물건을 수거할 의무를 진다. 그러나 거주건물로부터 분리할 수 없는 물건 또는 분리하는 데 과도한 비용을 요하는 물건에 대해서는 그러하지 아니하다(신법 제1035조 제2항에 따른 제599조 제1항, 제2항의 준용). 또한 배우자는 배우자거주권이 소멸하여 거주건물을 반환하는 때에는 상속개시 후에 거주건물에 발생한 손상(통상의 사용수익으로 인해 발생한 마모, 노후화를 제외하고)을 원상으로 복구할 의무를 진다. 그러나 그 손상이 배우자의 책임으로 돌릴 수 없는 것일 때에는 그러하지 아니하다(신법 제1035조 제2항에 따른 민법 제621조의 준용).

배우자거주권의 기간 만료로 인하여 배우자거주권은 종료하고(신법 제1036조에 따른 민법 제597조 제1항의 준용), 배우자거주권이 인정된 배우자가 사망한 때에는 배우자거주권은 소멸한다(신법 제1036조에 따른 민법 제597조 제3항의 준용). 배우자가 선량한 관리자의 주의의무나 용법준수의무를 위반한 사용, 수익으로 인해 발생한 손해의 배상 및 배우자가 지출한 비용의 상환은 거주건물이 반환된 때부터 1년 이내에 청구하여야 한다. 그리고 이 손해배상청구권은 거주건물이 반환된 때부터 1년이 경과할 때까지 시효는 완성하지 않는다(신법 제1036조에 따른 민법 제600조의 준용). 또한 배우자거주권이 인정되는 거주건물에 대하여 전대의 효과에 관한 규정은 배우자거주권에 준용된다(신법 제1036조에 따른 민법 제613조의 준용).

배우자거주권에 대해 기간을 정한 경우에는 그 기간 만료로 인하여 배우자거주권은 소멸한다. 또한 배우자거주권이 인정된 거주건물의 전부가 멸실 기타 이유로 사용 수익할 수 없게 된 경우에는 이로써 배우자거주권은 소멸한다(신법 제1036조에 따른 민법 제616조의2의 준용).

2. 유산분할에 관한 개선

1) 유산분할에서 배우자의 보호(반환면제 의사표시의 추정)

신법은 유산분할의 경우에도 배우자를 보호하려고 한다. 즉 신법은 현행 민법 제903조에 혼인기간이 20년 이상인 부부의 일방인 피상속인이 다른 일방에게 그 거주용도로 제공하는 건물 또는 그 부지에 대해서 유증 또는 증여를 한 때에는 민법 제903조 제3항의 반환¹⁹⁾면제의 의사표시가 있었던 것으로 추

19) 생전증여를 계산상 상속재산에 가산하는 것을 일본에서는 持戻(MOCHIMODOSHI)라는

정한다는 규정을 추가하고 있다(신법 제903조 제4항). 이것은 그 거주 의 용도에 제공하는 건물 또는 그 부지라는 범위에 한정되지만, 특별 수익의 산정단계에서 반환면제의 의사표시가 있었던 것으로 추정함으로써 결과적으로 배우자의 구체적 상속분을 종전 이상으로 확대하려고 시도한 것이다. 이것도 전술한 배우자거주권과 마찬가지로 고령인 생존배우자의 생활을 보호하려는 취지에서 나온 규정이라고 할 수 있다.

원래 이 추정규정은 이번 상속법개정에서 당초 주요 심의의 중심이었던 생존 배우자의 자산형성, 유지에 대한 공헌을 정면으로 평가하는 배우자상속분의 인상제안이 많은 반대에 부딪혀 포기하지 않을 수 밖에 없던 중에, 그 인상안을 대신하는 다른 방안으로서 중간시안 공표 후 2017년 8월에 추가로 공표된 시안의 하나이다. 이 때 나타난 추정규정시안이 그 이후의 퍼블릭 코멘트에서도 긍정적인 평가를 받아 2018년 1월에 공표된 요강안, 그리고 법률안으로 결실을 보게 되었다.

위와 같이 신법의 추정규정은 특별수익자의 상속분에 관하여 규정하고 있는 현행 민법 제903조에 새롭게 포함되는 것이다. 민법 제903조의 특별수익제도는 공동상속인 중의 1인 또는 수인이 피상속인으로부터 생전증여 등 특별수익을 받은 때에 이러한 특별수익자는 민법 제903조에 의하여 그러한 수익액이 특별수익자의 상속분 산정에 참작되어 상속분에 충당되며 또한 상속분을 초과하는 경우(초과특별수익)는 수익금액의 한도 내에서 자기의 상속분을 감축시키는 것이다. 즉 각 상속인의 상속분을 산정할 때는 원칙적으로 상속인에 대한 증여의 목적재산을 상속재산으로 간주한 후, 상속인이 증여 또는 유증(이하 증여 등이라 한다)에 의해 취득한 재산은 특별수익에 해당한다고 하여 당해 상속인의 상속분의 액에서 재산의 가액을 공제한다(민법 제903조 제1항). 그리고 이러한 반환계산을 한 때에는 요컨대 초과특별수익이 있는 경우를 제외하면 증여 등이 있어도 배우자의 최종적인 전체 취득액은 증여 등이 없었던 경우와 비교하여 통상 변하지 않게 된다. 그러나 특별수익의 반환은 공동상속인 상호

용어로 표현하고 있다. 이 용어에 대하여 적절한 번역이 없어 일반적으로 ‘반환’이라고 번역하지만 정확한 표현 내지 용어의 사용은 아니다. 한편 박윤직, 상속법, 박영사, 180-181면은 ‘조정’이라는 용어를 사용하면서, 특별수익자는 특별수익의 객체인 재산(또는 가액) 자체를 상속재산에 포함시키기 위하여 돌려주는 것이 아니라, 특별수익의 객체인 재산의 평가액이 계산상 상속재산의 가액에 가산될 뿐이고, 수증자는 그가 받은 재산을 계속해서 그대로 보유하므로 반환이라는 용어는 부당하다고 한다. 또한 윤진수, 친족상속법강의, 박영사, 2016, 378면도 ‘조정’이라고 하고 있고, 송덕수, 친족상속법, 박영사, 2015, 315면은 ‘반환(조정)’이라고 한다.

간의 형평을 도모하는 동시에 피상속인의 통상의 의사의 추측을 바탕으로 하는 산정방법이다. 따라서 피상속인이 그것과 다른 의사표시, 즉 반환면제의 의사표시를 한 때 및 그 의사가 있을 개연성이 높은 때에는 그 의사를 존중한다는 것이 신법 제903조 제3항 및 제4항이다. 따라서 피상속인이 특별수익의 반환면제의 의사표시를 한 (또는 추정되는) 때에는 특별수익의 반환계산을 할 필요는 없게 된다. 그 결과 증여 등을 받은 배우자는 더 많은 재산을 최종적으로 취득할 수 있게 된다.

2) 가지급제도 등의 창설 · 요건 명확화

신법은 분할 도중에 예저금²⁰⁾을 인출할 수 없게 된다는 점에서 오는 불편을 해결하기 위하여 가사사건절차법의 보전처분 요건을 완화하는 방안(신가사 제200조 제3항), 가정재판소의 판단을 거치지 않고 예금의 환급을 인정하는 방안(신법 제909조의2)을 마련하고 있다. 이것은 오로지 예저금채권이 유산분할의 대상이 되는가 하는 논의를 처리하기 위한 문제라고 할 수 좋다.

예저금과 같은 가분채권이 유산분할의 대상이 되는지에 대해서는 논의가 있고, 종전 판례는 상속재산 중 가분채권이 있을 때에는 그 채권은 상속개시와 동시에 당연히 상속분에 따라 분할되어 각 공동상속인의 분할단독채권이 되고 예금채권도 가분채권으로서 당연히 분할된다고 하였다.²¹⁾ 그러나 이러한 입장에 따르면 유산의 상당한 부분을 차지하는 예저금채권을 유산분할의 대상으로 할 수 없으며, 공평한 유산분할의 실현이 곤란하게 된다. 한편 예저금채권을 분할의 대상에 포함시켜 버리면 장례비용 등의 지출에도 불편이 생길 수밖에 없다. 이 양립할 수 없는 주장 중에서 유산분할에 관한 기본 규칙을 어떻게 설정할지가 문제되었다. 그래서 중간시안은 양론을 병기하고 퍼블릭 코멘트에 회부하기로 하였다.

最大決 平成28년(2016년) 12월 19일(민집 70권 8호 2121면)은 예저금일반의 성격 등을 고려하면서 이상과 같은 각종 예저금채권의 내용 및 성질을 보면 공동상속된 보통예금채권, 통상저금채권 및 정기저금채권은 모두 상속개시와 동시에 당연히 상속분에 따라 분할되지 않고 유산분할의 대상으로 된다고 해석하는 것이 상당하다고 판시하여, 예저금채권이 유산 분할의 대상에 포함된다는 판단을 하였다. 그러나 이 결정은 가분채권 전반이 아니라 예저금채권에 대해

20) 예금과 저금을 말한다.

21) 最判 昭和29年(1954년) 4월 8일 민집 8권 4호 819면, 最大判 昭和53년(1978년) 12월 20일 민집 32권 9호 1674면, 最判 平成16년(2004년) 4월 20일 裁判集民 214호 13면 등.

서만 판시한 것에 불과하고 또한 그 범위가 어디까지 미치는지 현시점에서는 반드시 분명하지 않다.²²⁾ 그래서 추가시안은 위 결정을 전제로 생길 수 있는 불편을 해소하는 규정을 둘 것을 제안하였다. 그것이 신법의 가지급제도이다.

위 결정에 의해 예저금채권이 준공유됨으로써 유산분할이 이루어질 때까지 각 상속인이 개별적으로 권리행사를 하는 것은 허용되지 않게 되었다. 따라서 유산분할이 행해질 때까지 피상속인의 예저금을 가지고 그에게 발생한 채무(의료비, 시설이용료)를 지급하거나 피상속인에게 부양되고 있던 사람의 생활비, 장례비용 등을 지급하기 위해서는, 공동상속인 전원의 동의가 필요하며, 그 동의를 얻지 못할 경우의 불편에 대해 어떤 조치를 취할 것인가가 중요한 과제가 되었다. 그래서 신법에서는 요건을 완화한 예저금채권에 대한 가분할을 가사사건절차법 제200조 제3항으로 추가하였다. 또한 장례비용 등 상속개시 후에 생긴 자금 수요에 대하여 보다 간이 신속하게 지급을 가능하게 하기 위하여 가정재판소의 판단을 거치지 않고, 예저금의 환급을 인정하는 신법 제909조의2의 규정이 마련됐다. 이러한 규정은 다음과 같다.

[가사사건절차법] (유산분할심판 사건을 본안으로 하는 보전처분) 신법 제200조 제3항

전항에 규정하는 것 외에 가정재판소는 유산분할심판 또는 조정의 신청이 있는 경우에 상속재산에 속하는 채무의 변제, 상속인의 생활비 지급 기타 사정에 따라 유산에 속하는 예저금채권(민법 제466조의 5 제1항에 규정하는 예저금채권을 말한다. 이하 이 항에서 같다)을 당해 신청을 한 자 또는 상대방이 행사할 필요가 있다고 인정하는 때에는 그 신청에 따라 유산에 속하는 특정의

22) 참고로 우리나라의 판례를 살펴보면 대판 1997. 6. 24. 97다8809은 금전채무와 같이 급부의 내용이 가분인 채무가 공동상속된 경우, 이는 상속 개시와 동시에 당연히 법정상속분에 따라 공동상속인에게 분할되어 귀속되는 것이므로, 상속재산 분할의 대상이 될 여지가 없다고 한다. 또한 대결 2016. 5. 4. 2014스122은 금전채권과 같이 급부의 내용이 가분인 채권은 공동상속되는 경우 상속개시와 동시에 당연히 법정상속분에 따라 공동상속인들에게 분할되어 귀속되므로 상속재산분할의 대상이 될 수 없는 것이 원칙이다. 그러나 가분채권을 일률적으로 상속재산분할의 대상에서 제외하면 부당한 결과가 발생할 수 있다. 예를 들어 공동상속인들 중에 초과특별수익자가 있는 경우 초과특별수익자는 초과분을 반환하지 아니하면서도 가분채권은 법정상속분대로 상속받게 되는 부당한 결과가 나타난다. 그 외에도 특별수익이 존재하거나 기여분이 인정되어 구체적인 상속분이 법정상속분과 달라질 수 있는 상황에서 상속재산으로 가분채권만이 있는 경우에는 모든 상속재산이 법정상속분에 따라 승계되므로 수증재산과 기여분을 참작한 구체적 상속분에 따라 상속을 받도록 함으로써 공동상속인들 사이의 공평을 도모하려는 민법 제1008조, 제1008조의2의 취지에 어긋나게 된다. 따라서 이와 같은 특별한 사정이 있는 때는 상속재산분할을 통하여 공동상속인들 사이에 형평을 기할 필요가 있으므로 가분채권도 예외적으로 상속재산 분할의 대상이 될 수 있다고 한다.

예저금채권의 전부 또는 일부를 그 자에게 임시로 취득하게 할 수 있다. 그러나 다른 공동상속인의 이익을 해칠 때는 그러하지 아니하다.

[민법] (유산분할 이전의 예저금채권의 행사) 신법 제909조의 2

각 공동상속인은 유산에 속하는 예저금 채권 중 상속개시시의 채권액의 3분의 1에 제900조 및 제901조의 규정에 의하여 산정한 당해 공동상속인의 상속분을 곱한 금액(표준적인 당면 필요생계비, 평균적인 장례비용의 액수 기타 사정을 감안하여 예저금채권의 채무자별로 법무성령으로 정하는 금액을 한도로 한다.)에 대해서는 단독으로 그 권리를 행사할 수 있다. 이 경우 당해 권리의 행사를 한 예저금채권에 대해서는 당해 공동상속인이 유산의 일부 분할에 의하여 이를 취득한 것으로 본다.

3) 일부분할의 요건 및 잔여 유산분할에서 규율의 명확화 등

신법은 규정이 없어서 명확하지 않았던 일부분할에 대해 원칙적으로 허용하기로 하였다. 중간시안 단계에서는 이와는 반대로 원칙부정의 제안을 하고 있었지만, 우여곡절 끝에 원칙허용하는 방향으로 되었다(신법 제907조 제2항).

신법은 현행법하의 유산분할심판에서는 예외적으로 허용될 것으로 여겨지는 일부분할을 상속인에게 더 이용하기 쉬운 것으로 하기 위하여 민법 제907조에 일부분할의 명문 규정을 둔 후, 유산분할의 협의가 이루어지지 않는 경우에는 상속인은 가정재판소에 일부분할을 구할 수 있다는 규정을 두었다. 가정재판소는 적정 공평한 유산분할의 실현을 위해 후견적으로 관여하고 상속인에 의한 일부분할의 청구가 다른 공동상속인의 이익을 해칠 우려가 있는 때에는 그 일부 분할의 청구는 각하된다(그리고 바로 각하할 것이 아니라 석명권을 행사하여 신청의 범위의 확장을 하지 않는지 확인하여야 한다).²³⁾ 이것은 종래의 유산분할심판의 이념 즉 적정 공평한 유산분할의 실현을 지도원리로 하고 그러기 위해서는 원칙적으로 모든 유산을 한번에 분할해야 한다는 이념에서 공동상속인의 유산에 대한 처분권한을 기초로 하여 유산분할의 대상을 자유롭게 선택하게 한다는 이념으로 전환한 것이다.

4) 유산분할 전에 유산을 처분한 경우 유산의 범위

상속재산은 유산분할의 절차에 따라 상속인간에 공평하게 분할되는데, 유산

23) 중간시안 후에 추가된 민법(상속관계) 등의 개정에 관한 시안(추가시안)의 보족설명, 30면.

공유는 민법상의 공유로 해석되며, 공동상속인이 그 공유지분을 처분하는 것 자체가 금지되어 있지 않다. 다만 이러한 처분에 관하여 명문규정, 관련판례가 없기 때문에 유산분할에서 어떻게 처리해야 하는지에 대해 실무상 불명확하다. 그래서 신법은 ① 이러한 경우에 공동상속인 전원의 합의로써 처분된 재산이 유산으로 존재하는 것으로 간주하여 유산분할을 할 수 있다고 하며(신법 제906조의2 제1항), ② 처분을 한 당해 공동상속인에 대해서는 동의를 요하지 않는 것으로 하였다(동조 제2항).

3. 유언제도에 관한 개선

1) 자필증서유언의 방식완화, 유언보관제도의 창설

(1) 자필증서유언의 방식완화

자필증서유언에 관한 민법 제968조는 유언자가 그 全文, 일자 및 성명을 자서하고 이에 날인할 것을 요구할 뿐만 아니라(민법 제968조 제1항), 자필증서증의 가감 기타의 변경은 유언자가 그 장소를 지시하여 이를 변경한 취지를 부기하고 특히 이에 서명하고 또한 그 변경의 장소에 날인하지 않으면 그 효력이 생기지 아니한다고 규정하고 있다(동조 제2항). 이러한 규제는 비밀증서유언이 방식이 결여되어 무효인 경우에, 무효행위의 전환으로 자필증서유언으로서는 유효로 되기 위한 요건으로서도 요구된다(민법 제971조). 이와 같이 민법은 유언자가 유언을 스스로 작성하는 경우 요식성, 자서성을 엄격하게 요구하고 있다. 이것은 간편하게 이용할 수 있는 자필증서유언에서 유언자의 최종의사를 확실하게 담보하려는 취지에서 나온 것이다. 즉 공증인이 유언작성과정에 개입하는 공정증서유언과 달리 자필증서유언에서는 간단하고 편리한 반면, 死後에 본인에게 확인할 수 없는 유언자의 최종의사의 확실함을 담보할 필요가 있다. 따라서 법은 유언을 할 때 자필요건을 엄격하게 요구하고 있으며, 상속개시시에 검인절차의 이행을 요구하고 있다(민법 제1004조 제1항).

그러나 엄격한 자필요건의 관철은 다른 면에서 자필증서유언에서 간편함이라는 장점을 박탈해 버린다. 고령화 사회를 맞이한 현재 고령자가 인생의 최종국면에서 자기 의사를 유언으로 남기려고 하는 경우에 엄격한 자필요건을 관철하는 것은 모처럼의 유언이 무효가 되어 버리는 결과를 초래한다. 신법은 자필증서유언에서의 과도한 규제를 배제하고 그 이용을 촉진시키기 위해 재산목록에 대해서는 자서를 요구하지 않기로 하였다.

신법 제968조 제2항은 자필증서유언을 하는 경우에 유언사항과 첨부서류인 재산목록을 구분하여, 전자에 대해서는 종전대로 자서성을 요구하는 반면, 후자에 대해서는 자서를 요구하지 않으며, 워드 프로세서를 사용해도 무방한 것으로 하였다. 나아가 워드 프로세서로 작성한 목록에는 각 페이지별로 서명·날인을 요구하고 있다. 신법 제968조 제3항은 자필증서 중의 가감 기타 변경은 유언자가 그 장소를 지시하고 이를 변경한 취지를 부기하여 특히 이에 서명하고 또한 그 변경의 장소에 날인하지 않으면 그 효력이 생기지 않는다는 현행 민법 제968조 제2항의 규정을 워드 프로세서로 작성한 부분의 가감 기타 변경의 경우에도 요구하고 있다. 워드 프로세서로 작성한 부분이라도 소정의 요건하에 별도로 가감 기타 변경을 할 수 있음을 주의적으로 규정한 것이다.

(2) 유언보관제도의 창설

공정증서유언은 각 공증인 사무소에서 엄중하게 보관되고, 이것이 어느 공증인 사무소에 보관되어 있는지 쉽게 검색할 수 있다. 그러나 자필증서유언(이하 유언서라 한다)은 그 보관방법이 각 사람에게 달려 있으며, 작성 후에 분실되거나 또는 은닉, 변조될 우려가 있다. 그래서 자필증서유언의 원본을 공적기관이 보관하도록 하는 제도가 창설되었다. 이에 따라 「법무국에 있어서 유언서의 보관 등에 관한 법률」이 제정되었다(이하 유언서보관법이라 한다). 그리하여 유언서의 보관에 관한 사무는 법무대신이 지정하는 법무국이 향후 유언장 보관소로서 담당하게 되었다(유언서보관법 제2조). 이 제도에 대한 구체적인 내용을 살펴보기로 한다.

가. 유언서 보관신청(유언서보관법 제2조-제5조)

유언자는 유언서보관관(유언서보관법 제3조)에 대하여 자기의 유언서를 無封의 상태로 보관신청을 할 수 있다(유언서보관법 제4조 제1항). 유언서보관은 법무국에서 행해지고(유언서보관법 제2조), 이 신청이 있는 경우에는 법무국의 사무관인 유언서보관관은 유언이 민법 제968조에 정해진 방식을 충족하고 있는지에 대한 외형적인 심사를 하게 된다. 이 심사는 당해 유언이 제출된 시점에서의 현상을 확인하는 데 그치고, 그 유효성 등에 대해서까지 판단하는 것은 아니다. 따라서 당해 유언이 신청자 본인에 의해 작성된 것임을 확인하는데 그친다. 유언서보관관은 당해 유언신청자에 대하여 신청자 본인임을 확인하기 위해 법무성령에서 정하는 바에 따라 당해 신청인을 특정하기 위해 필요한 서류의 제시나 제출 또는 구체적인 설명을 요구할 수 있다(유언서보관법 제5조).

나. 유언서에 관한 정보의 관리(유언서보관법 제7조)

유언서보관관은 보관유언이 재해 등으로 인해 멸실되는 등의 우려를 회피하기 위해 유언장을 데이터화하여 화상 데이터를 유언서보관파일로 보관·관리한다. 그 보관파일에 저장되는 구체적인 내용은 다음과 같다.

① 유언서의 화상정보, ② 유언서에 기재되어 있는 작성연월일, ③ 유언자의 성명, 출생연월일, 주소·본적[외국인의 경우에는 국적], ④ 유언서에 기재가 있는 경우에는 수유자의 성명 또는 명칭 및 주소, ⑤ 민법 제1006조 제1항의 규정에 의하여 지정된 유언집행자의 성명 또는 명칭 및 주소, ⑥ 유언의 보관을 개시한 연월일, ⑦ 유언서가 보관되어 있는 유언보관소의 명칭 및 보관번호.

다. 유언서 보관의 신청 철회(유언서보관법 제8조)

유언자는 언제든지 유언서 관리의 신청을 철회 할 수 있다. 그 경우에는 유언서가 보관되어 있는 특정 유언서보관소에 스스로 출두하여 일정한 서면을 제출하여야 한다(유언서보관법 제8조 각호).

라. 유언서의 보관 등(유언서보관법 제6조, 제8조)·유언서정보증명서의 교부 등(유언서보관법 제9조)

유언자 본인, 상속인 등이 유언서의 내용 등을 확인할 필요성을 고려하여 유언서보관법에 각종 규정을 두고 있다. 유언자는 언제든지 유언서의 열람 또는 반환을 청구할 수 있다(유언서보관법 제6조 제2항, 제8조 제4항). 이 제도는 유언자 이외의 사람에 의한 유언의 위조나 변조 등을 방지할 목적을 위한 제도이므로 보관신청, 열람, 반환청구는 유언자 자신이 법무국에 출두하여 행하여야 한다(유언서보관법 제4조 제6항, 제6조 제4항, 제8조 제3항). 유언자의 사망에 의해 유언이 효력을 발생한 후에는 상속인, 수유자 및 유언집행자 등(이하관계상속인 등이라 한다. 또한 구체적인 관계상속인 등의 범위에 대해서는 유언서보관법 제9조 각호에 규정되어 있다.)은 유언서보관관에 대하여 유언서 보관파일에 저장되어 있는 사항을 증명하는 서면인 유언서정보증명서의 교부를 청구할 수 있다(유언서보관법 제9조 제1항). 이 청구는 자기가 관계상속인 등에 해당하는 유언서를 실제로 보관하고 있는 유언서보관소 이외의 유언서보관관에 대하여 이를 요구할 수도 있다(유언서보관법 제9조 제2항). 상속개시 후라면 관계상속인 등도 보관파일에 기록되어 있는 사항을 증명하는 서면의 교부를 청구할 수 있다(유언서보관법 제9조 제1항). 유언은 언제든지 철회할 수 있으므로(민법 제1022조), 상속개시 전에 유언서의 존재를 분명히 하는 것

은 불필요한 혼란을 초래하게 된다. 그래서 이것이 인정되는 것은 유언이 효력을 발생한 후(유언자의 사망 후)에만 가능하다(민법 제985조 제1항). 유언서보관관은 관계상속인 등에 대해 유언서정보증명서의 교부 또는 제3자의 청구에 의하여 관계 유언서의 열람을 하게 한 경우에는 유언서의 존재를 알리기 위해 상속인, 수유자, 유언집행자 등에 대해 유언서를 보관하고 있다는 것을 통지하여야 한다(유언서보관법 제9조 제5항, 또한 당연히 유언서의 존재 등에 대해 상속인 등이 이미 알고 있는 경우에는 그 필요는 없게 된다.).

마. 유언서보관사실증명서의 교부(유언서보관법 제10조)

누구라도 유언서보관관에 대해 유언서보관소에 자기와 관련된 유언이 보관되어 있는지 여부에 대한 확인과, 그것이 있는 경우에는 유언서보관파일에 기록되어 있는 정보 중, ① 유언서에 기재되어 있는 작성연월일 및 ② 유언서가 보관되어 있는 유언서보관소의 명칭과 보관번호를 증명하는 서면인 유언서보관사실증명서를 요구할 수 있다. 이것은 당연히 상속개시 후에 있어서이다(유언서보관법 제10조).

바. 유언서의 폐기(유언서보관법 제6조 제5항)

유언서보관관은 유언자가 사망한 날(이것이 분명하지 아니한 경우에는 이에 상당하는 날로서 정령으로 정하는 날)부터 상속에 관한 분쟁을 방지할 필요가 있다고 인정되는 기간으로서 정령이 정하는 날을 경과한 후에는 보관유언서를 폐기할 수 있다(유언서보관법 제6조 제5항).

사. 가정재판소에 의한 검인 불필요(민법 제1004조 제1항)

위와 같은 절차를 거쳐 보관된 유언서에 관해서는 가정재판소에 의한 검인 절차는 불필요한 것으로 하였다(민법 제1004조 제1항). 이 제도에 의한 유언서보관이 된 경우에는 유언서보관관리관이 당해 유언에 대해 민법 제968조의 규정이 정하는 방식에 대한 적합성을 심사하는 것이 전제되어 있기 때문에, 상속개시 후에 검인절차를 행하여 유언서의 상태의 확정과 현상을 명확히 할 필요성은 낮다고 할 수 있기 때문이다.

2) 유증의 담보책임 등

신법은 유증의 담보책임에 대해 유증의무자는 유증의 목적인 물건 또는 권리를 상속개시시(그 후에 당해 물건 또는 권리가 유증의 목적으로 특정된 경

우에는 그 특정된 때)의 상태로 인도 또는 이전할 의무를 진다. 그러나 유언자가 그 유언에 별도의 의사를 표시한 때에는 그 의사에 따른다는 규정을 두기로 하였다(신법 제998조).²⁴⁾ 이것은 채권법개정²⁵⁾과 보조를 맞추는 개정이다. 채권법개정에서 담보책임에 관한 규정(민법 제560조 이하)이 변경된 것을 반영하여 유증의 담보책임도 그것과 법제상의 보조를 맞추기 위해 변경한 것이다. 또한 채권법 개정에서 착오의 효과가 무효가 아니라 취소로 변경되었으므로(민법 제95조 참조) 신법 제1025조 단서에서도 개정이 이루어졌다.²⁶⁾

3) 유언집행자의 권한 명확화

(1) 개정배경

유언은 그 내용이 실현되지 않으면 의미를 갖지 않는다. 유언내용의 실현은 본래 유언자의 권리의무의 승계인인 상속인이 해야 할 것이지만, 유언내용에 따라서는 유언자의 의사와 상속인의 이익이 대립하는 경우가 있어 공정한 유언내용의 실현(유언의 집행)을 기대할 수 없는 경우가 있다. 이러한 경우에 유언자에 대신하여 유언내용을 실현하는 사람이 필요하다. 유언집행자를 두는 의미는 유언의 집행을 유언집행자에게 맡김으로써 유언의 적절하고 신속한 집행을 실현을 가능하게 하는 점에 있다.

유언집행자란 유언을 집행하는 자이고, 유언의 집행이란 유언의 내용을 실현하는 것이며, 유언에 따른 권리의전의 실현과 그에 관련하여 필요로 하는 사무를 수행하는 것이다(사실행위를 포함한다). 이와 같은 유언집행자의 의미에서 볼 때 유언집행자는 유언자의 의사를 실현하는 자로서 본래는 유언자의 대리인으로서의 입장을 가진다고 할 수 있다(민법 제1015조. 그러나 유언의 효력이 발생하는 시점에서는 이미 유언자가 사망하였기 때문에 유언자의 지위를 포괄적으로 승계한 상속인의 대리인이 되어 있다고 생각된다.).

민법 제1012조 제1항은 유언집행자는 상속재산의 관리 기타 유언의 집행에 필요한 일체의 행위를 할 권리의무를 가진다고 규정하고 있을 뿐, 유언집행자의 책무나 유언집행자에게 어떤 권한이 부여되어 있는지는 반드시 명확하지 않다. 유언집행자의 권한의 범위는 일반적으로 유언의 내용에 따라 정해진다. 그렇다면 그

24) 部會資料(10) 17면.

25) 平成 29년 5월 법률 제44호 「민법의 일부를 개정하는 법률」.

26) 본조 단서의 “사기 또는 강박”을 “착오, 사기 또는 강박”으로 변경하였다, 部會資料(24) 26면.

기준으로서 너무 추상적이고 개별 구체적인 분쟁의 해결에는 도움이 되지않기 때문에 유언사항에 관한 유형마다 유언집행자의 권한의 내용을 명시하는 등 가능한 유언집행자의 권한의 범위를 법률상 명확히 하여야 한다고 지적되고 있다.²⁷⁾

또한 민법 제1015조는 유언집행자는 상속인의 대리인으로 본다고 규정하고 있을 뿐, 유언집행자의 법적 지위와 그 행위의 효과가 누구에게 귀속하는지가 규정상 반드시 명확하지 않다. 그 때문에 유언자의 의사와 상속인의 이익이 대립하는 경우에 유언집행자와 상속인 사이에서 분쟁이 발생할 수 있다는 지적도 있다.²⁸⁾

또한 유언에서 유언집행자의 지정이 행해진 경우에 그 권한의 유무 및 내용을 공시하는 수단이 없고, 현행법에서는 유언집행자가 취임한 취지 및 유언의 내용을 상속인에게 통지하여야 한다는 규정이 없고, 실무상 유언집행자로부터 통지가 없는 것에 관하여 상속인과의 사이에서 분쟁이 발생할 수 있으므로 유언집행자는 취임 후 그 취지 및 유언의 내용을 상속인에게 통지할 것을 의무화해야 한다는 지적이 있다.²⁹⁾ 그래서 유언집행자의 법적 지위와 일반적인 권한 등을 명확히 하는 방향으로 검토가 이루어지고, 중간 시안이 공표된 후 검토를 거듭하여 요강안, 법률안이 마련되었다.

(2) 유언집행자의 책무, 권리의무

현행민법 제1012조 제1항은 “유언집행자는 상속재산의 관리 기타 유언의 집행에 필요한 일체의 행위를 할 권리 의무가 있다”고 규정하고 있다. 신법은 이 조항에 ‘유언의 내용을 실현하기 위해’라는 문언을 추가하고 있다(신법 제1012조 제1항). 이것은 유언집행자의 책무가 유언 내용의 실현에 있음을 명확히 하는 관점에서 추가된 것이며, 유언집행자는 유언 내용을 실현하는 것을 목적으로 유언집행에 필요한 일체의 행위를 할 권한을 가진다는 것이 명확하게 되었다.

(3) 유언집행자의 행위의 효과

신법 제1015조는 유언 내용의 실현이라는 유언집행자의 책무(신법 제1012조 제1항)에 비추어 민법 제1015조의 ‘상속인의 대리인으로 본다’ 라고 한 부분의 실질적인 의미를 명백히 하여, 유언집행자의 행위의 효과가 상속인에게 직접 귀속하는 것을 명확히 하였다. 이것은 유언자의 의사와 상속인의 이익이 대립

27) 민법(상속관계) 등의 개정에 관한 중간시안의 보충설명, 46-47면.

28) 상계서, 46면.

29) 상계서, 46면.

하는 경우 등에도 유언집행자로서는 상속인의 이익을 위하여 행동하는 것이 아니라, 어디까지나 유언자의 의사를 실현하기 위하여 직무를 수행하면 충분하다는 것을 명확히 한 점에 그 취지가 있다.³⁰⁾ 신법 제1012조 제1항 및 신법 제1015조에 의하여 유언자의 의사와 상속인의 이익과 대립하는 경우(예를 들어 상속인으로부터 유류분침해액 청구가 행해진 경우 등)에도 유언집행자는 유언자의 의사에 따라 유언 내용의 실현이라는 책무를 수행하면 되고, 당해 상속인의 이익을 위해 행동할 필요는 없다는 것이 명확하게 될 것으로 생각된다.

또한 현행법에서는 유언집행자가 유언의 집행을 할 때 그 행위의 효과의 귀속주체인 상속인을 위하여 하는 것을 나타낼 필요가 있는지에 대해 문언상 명백하지는 않지만 일반적으로는 유언집행자는 법률효과의 귀속주체인 상속인 전원을 명시하는 것까지는 필요하지 않고 자신의 자격을 나타내어(유언집행자인 자기의 이름으로) 행위를 하여야 한다고 생각되고 있다. 나아가 민법 제1015조를 개정하여 유언집행자의 행위의 효과는 상속인에게 귀속한다 라는 표현으로 변경한 것에서 보면, 대리인이 본인을 위하여 하는 것을 나타내는 것(현명)이 필요한 것(민법 제99조)과 마찬가지로, 유언집행자임을 나타내는 것을 포함하여 규정하는 것이 상당하다고 생각된다. 이러한 이유로 유언집행자가 한 행위의 효과의 내용을 상속인에게 통지할 필요가 있다고 생각된다. 무엇보다 유언집행자가 취임을 승낙한 경우에는 즉시 임무를 개시하게 되고(민법 제1007조, 또한 신법에서도 제1007조 제1항으로 규정이 남는다.), 통지의무도 임무의 일환으로 취임을 승낙하는 것은 당연한 전제가 된다. 그래서 이 점을 명확히 하기 위해 신법 제1007조 제2항은 “유언집행자는 그 임무를 개시한 때에는 지체없이 유언의 내용을 상속인에게 통지하여야 한다.”고 표현하고,³¹⁾ 민법 제1007조를 신법 제1007조 제1항으로 하였다.

(5) 유언집행자의 복임권

현행 민법에서 유언집행자는 유언자가 그 유언에 반대의사를 표시한 경우를 제외하고 부득이한 사유가 없으면 제3자에게 그 임무를 수행하게 할 수 없다(민법 제1016조 제1항). 무엇보다 유언으로 유언집행자의 지정이 행해진 경우 충분한 법률 지식을 가지고 있지 않은 사람이 유언집행자로 지정되는 경우가 많다. 따라서 그러한 유언집행자는 그 직무가 광범위한 경우나 어려운 법률문제를 포함하는 경우 등에 있어서 적절하게 유언을 집행하는 것이 곤란하게 된

30) 部會資料(20) 26면.

31) 部會資料(24-2) 27면.

다. 또한 상속인이 유언집행자로 선임되면 유언의 내용에 따라서는 그 직무의 일부에 관해서는 이익상반의 관계에 서기 때문에 직무를 행하게 하는 것이 타당하지 않거나 대립관계에 있는 상속인의 이익이 되는 행위를 적절히 행하는 것을 기대할 수 없는 경우가 있다. 그래서 신법에서는 이러한 문제를 해결하기 위해 유언집행자의 복임권의 개선이 이루어졌다.

먼저 신법은 현행법과는 달리, 부득이한 사유가 없어도 복대리인을 선임할 수 있다고 한다. 그리고 신법은 현행법과 마찬가지로, 유언자가 별도의 의사를 표명한 경우에는 이에 따른다는 규율을 마련하고 있다. 다음으로 신법은 복대리인을 선임하는 것에 관하여 부득이한 사유가 있는 때에는 법정대리인의 규정(민법 제105조)과 마찬가지로, 복대리인의 선임 및 감독에 대해서만 책임을 지는 것으로 규정하고 있다. 한편 복임권을 행사한 경우에 위탁된 제3자의 권한의 범위를 명확히 하는 규율에 관해서는 유언집행자가 복임권을 행사하여 제3자에게 사무를 위임할 경우의 유언집행자와 제3자의 법률관계는 위임계약에 의해 규율되어야 하며, 제3자의 권한의 범위도 위임계약의 내용에 따른다고 생각할 수 있기 때문에 별도 규정은 두지 않았다.

4. 유류분제도에 관한 개선

신법은 유류분침해청구의 효력은 완전히 채권적인 것에 그치는 것으로 하였다(신법 제1046조). 구체적으로는 유류분이 침해된 유류분권리자(및 그 승계인)는 침해자인 수유자·수증자에게 침해된 유류분액에 상당하는 금전의 지급을 청구할 수 있으며, 이를 유류분침해청구권이라 한다. 이러한 유류분침해청구를 받은 수유자·수증자는 소정의 부담규칙에 따라 유류분침해액에 대해 채무를 부담한다. 그리고 재판소는 수유자·수증자의 청구에 의하여 상기 채무부담의 전부 또는 일부에 대하여 상당한 기한을 허여할 수 있다(신법 제1047조 제5항).

현행법상 유증이나 증여에 의해 유류분이 침해되었다고 하는자가 유류분감쇄(減殺)청구를 하였을 때 유류분감쇄청구권³²⁾의 법적 성질에 관하여 통설적 견해는 형성권=물권적 효과설을 취하고 있었다.³³⁾ 이 견해에 따르면, 유류분감쇄청구권을 행사하면 감쇄의 대상이 되는 유증의 목적재산이 복수 있는 경우

32) 우리의 유류분반환청구권에 해당한다.

33) 종래부터 판례(最判 昭和35년(1950년) 7월 19일 민집 14권 9호 1779면, 最判 昭和41년(1966년) 7월 14일 민집 20권 6호 1183면, 最判 昭和51년(1976년) 8월 30일 민집 30권 7호 768면)는 유류분감쇄청구의 행사는 물권적 효력을 생기게 하는 것으로 보았다.

에는 유류분감쇄청구권을 행사한 결과 통상은 각각의 재산에 대한 공유관계가 생기게 된다. 그 때문에 현행법상은 유류분감쇄청구를 행하였을 때에는 권리관계가 복잡하게 된다는 문제점이 있었다. 예를 들면 상속재산에 공장 등의 사업용 자산이나 회사의 주식 등이 있는 경우 유류분감쇄청구권이 행사되면 그 자산이 사업의 후계자와 비후계자 사이에 공유되어 원활한 사업승계가 저해될 우려가 있다. 또한 생존배우자에게 자택이 증여된 경우, 다른 공동상속인 예를 들면 생존배우자와 혈연관계가 없는 자식 등이 유류분감쇄청구권을 행사한 결과 자택에 관하여 생존배우자와 자식의 공유로 되어 계속 거주하는 생존배우자의 안정적인 거주가 저해될 우려가 있다. 이상과 같은 문제점을 해소하기 위한 유류분제도의 개선이다.

신법은 유류분권리자는 유류분 권리를 행사함으로써 수유자 등에 대하여 유류분침해액에 상당하는 금전의 지급을 청구할 수 있다고 하였다. 이에 따라 유류분감쇄청구권은 유류분 침해청구권이라고 부르게 되었다. 이 점 현행법은 유류분제도에 관하여 유류분권리자는 유류분감쇄청구권의 행사에 의해 유증 등을 실효시킬 수 있고 물건적으로 목적물이 유류분권리자에게 귀속하는 것으로 되었지만, 현재의 규율을 고쳐 유류분침해액 청구에 의하여 유류분권리자는 목적물의 귀속은 구하지 않으며 단적으로 유류분침해액 상당의 금전채권을 행사할 수 있는 제도를 마련한 것이다. 현행의 유류분제도가 유류분감쇄청구에 의하여 당연히 물건적 효과가 생기고 유류분권리자와 수유자·수증자와의 공유관계가 생기는 것이 수유자 또는 수증자의 재산확보에 지장이 있다는 관점에서 개정이 요구된 것에 대해, 유류분권리자는 수유자 또는 수증자에 대해 구체적인 금전청구권을 행사할 수 있게 되는 한편, 수유자 또는 수증자는 유언이나 증여가 행해진 의미를 누릴 수 있다. 유류분제도는 사유재산제도 하에서의 피상속인의 재산처분의 자유 및 거래의 안전과 일정한 법정상속인의 생활보호 및 가족재산의 공평한 분배라는 상반된 이해의 조정을 도모하는 데 있다. 이번 개정은 보다 더 피상속인의 재산처분의 자유 및 거래의 안전에 중점을 두면서 법정상속인의 보호에 관하여 현실적인 관점에서 실현해 가려고 하는 것이라고 할 수 있다.

5. 상속의 효력 등에 관한 개선

1) 법정상속분을 초과하는 부분에 대한 대항요건의 요구

첫째, 상속으로 인한 권리의 승계는 유산분할에 의한 것인지 여부에 관계없이 법정상속분을 초과하는 부분에 대해서는 대항요건을 갖추지 않으면 제3자

에게 대항할 수 없는 것으로 하였다(신법 제899조의2 제1항). 이것은 상속시키는 유언(신법에서는 특정재산승계유언, 신법 제1014조 제2항)에 관한 最判 平成3년(1991년) 4월 19일(민집 45권 4호 477면)을 변경하는 제안이라고 할 수 있다. 즉 위 판결은 특정 유산을 특정 상속인(A)에게 상속시킨다는 유언이 있는 경우에는 당해 유언에서 상속에 의한 승계를 당해 상속인(A)의 의사표시에 달렸다는 등의 특별한 사정이 없는 한 어떠한 행위를 필요로 하지 않고 있으며, 당해 유산은 피상속인(B)의 사망시에 즉시 상속에 의해 승계된다고 판시하고 있다. 이 입장에 따르면 법정상속분을 초과하는지 여부에 관계없이(유류분은 고려하지 않는다) 유산분할을 거치지 않고 직접 피상속인으로부터 당해 상속인에게 승계되고 대항요건의 구비는 문제되지 않는다.

문제는 A가 등기를 하지 않고 있는 동안에 다른 공동상속인(C)이 등기를 마치고 당해 유산(여기에서는 부동산)을 제3자(D)에게 전매해 버린 경우이다. 판례³⁴⁾에 의하면, 이 경우 전술한 最判 平成3년(1991년) 4월 19일의 논리에 따라 A는 B로부터 직접 권리를 취득하고 C는 무권리자가 된다. 따라서 A는 무권리자인 D(무권리자 C로부터 취득하였으므로 당연히 무권리자이다.)에 대하여, 상속시키는 유언에 의한 취득을 대항할 수 있다. AD간은 대항문제로 되지 않는다. 흥미로운 것은 A가 B의 상속인이 아니었던 경우, 이것과는 정반대로 AD가 대항문제로 되는 것이다. 즉, 만약 이러한 경우라면 B에서 A로의 승계는 특정승계인 유증 외에는 있을 수 없고, 결과적으로 B에서 A로의 유증은 등기 없이는 제3자(D)에게는 대항할 수 없게 된다.³⁵⁾ 신법은 이러한 결론이 불균형을 가져온다고 하여 양자의 균형을 맞추기 위하여 위에서 언급한 개정을 하였다.

2) 유언집행자가 있는 경우의 규율

둘째, 유언집행자가 있는 경우에는 상속인은 상속재산의 처분 기타 유언의 집행을 방해하는 행위를 할 수 없다고 하는 현행 민법 제1013조의 규정에 “전항의 규정에 위반한 행위는 무효로 한다. 그러나 이로써 선의의 제3자에게 대항할 수 없다”는 규정을 추가하고 있다(신법 제1013조 제2항). 이것도 첫째와 마찬가지로 보조를 맞추는 문제이다. 즉 판례에 따르면 유언집행자가 있는 경우 상속인이 행한 재산처분행위의 효과는 절대적 무효가 되는 한편,³⁶⁾ 유언집행자가 없는 경우에는 대항문제가 되어 불균형이 된다고 할 수 있기 때문이다.³⁷⁾

34) 最判 平成14년(2002년) 6월 10일 家月 55권 1호 77면.

35) 最判 昭和39년(1964년) 3월 6일 민집 18권 3호 437면 등.

36) 大判 昭和5년(1930년) 6월 16일 민집 9권 550면.

6. 상속인 이외의 자의 공헌을 고려하기 위한 방안—특별 기여

현행민법상 기여분은 상속인에게만 인정되고 있다(민법 제904조의2). 따라서 상속인의 처가 무상으로 피상속인(夫의 父나 母)의 요양 간호에 노력한 경우에도 기여분제도의 평가대상으로 되지 않아서 유산분할절차에서 상속인이 아닌 처가 기여분을 주장하거나 또는 어떤 재산의 분배를 청구할 수 없다. 그래서 신법에서는 상속인 이외의 자의 공헌을 고려하기 위한 방안으로서 상속인 이외의 자가 피상속인의 재산의 유지 또는 증가에 일정한 공헌을 한 경우에 대해 특별기여로서 다음과 같은 규정을 두었다. 피상속인에 대하여 무상으로 요양 간호 기타 노무의 제공을 함으로써 피상속인의 재산의 유지 또는 증가에 관해 특별한 기여를 한 피상속인의 친족(상속인, 상속 포기를 한 자 및 제891조의 규정에 해당하거나 또는 폐제에 의하여 그 상속권을 상실한 자를 제외한다. 이하 이 조에서 특별기여자라 한다.)은 상속개시 후 상속인에 대하여 특별기여자의 기여에 따른 액의 금전(이하 이 조에서 특별기여료라 한다.)의 지불을 청구할 수 있다(신법 제1050조 제1항).

이 방안의 청구권자를 일정한 신분관계를 가지는 자에 한할 것인지 여부에 대해서는 이 방안이 주로 개호에 의한 공헌을 염두에 두고 있음을 근거로 신법에서는 피상속인의 친족(상속인, 상속포기를 한 자, 상속인의 결격사유에 해당하는 자 및 廢除된 자를 제외한다.)을 특별기여자로 정하는 것으로 하였다.³⁸⁾

V. 평가 및 우리민법에 대한 시사점

이상과 같이 일본 상속법의 주요 개정내용을 6가지 테마를 중심으로 살펴보았다. 그 중에는 새로운 제도를 창설한 것이 있는가 하면 기존 제도의 미비점을 개선한 것도 있다. 이하에서는 우리민법에 대한 시사점을 얻기 위하여 새로이 창설된 제도를 중심으로 그 내용을 평가해 보기로 한다.

37) 最判 昭和39년(1964년) 3월 6일 민집 18권 3호 437면 참조.

38) 部會資料(26-2) 12면.

1. 배우자의 거주권 보호

오늘날에는 부부가 가족의 핵으로 파악되는 경향이 강해져 정서면뿐만이 아니라 재산형성면에서도 부부의 공동성이 사람들 사이에서 강하게 의식되게 되었다. 또한 가구 구조의 변화와 평균 수명의 연장은 부부만의 세대가 생활하는 기간을 어느 정도 장기기간으로 하고 있고 노년기부터 고령기에 있어서 부부관계가 가지는 의미와 비중을 높임과 동시에 일방 배우자 사망 후의 생존배우자(많은 경우 처)의 단신생활 기간을 장기화시켜, 이 기간의 생활보장의 필요성도 증가하고 있다, 한편 사람이 사망하여 상속이 개시되는 시점에서는 그 자도 장년기부터 노년기에 있어 유산을 그다지 필요로 하지 않는 경제상태에 있는 경우도 많다. 그렇다면 子(차세대)에게로의 재산이전보다도 생존배우자의 생활보장이나 부부재산의 청산이 상속의 기능으로서 보다 중시되어야 할 것이다. 이러한 인식을 전제로 한다면 배우자상속권의 확대라고 하는 방향이 금후의 상속제도가 나아가야 할 방향의 하나가 될 수 있다는 것은 확실할 것이다. 또한 상속에 의한 생활보장은 종래에는 주로 생계 유지를 위한 재산의 확보를 의미하였지만, 오늘날은 이에 그치지 않고 피상속인의 사망시에 배우자가 가지고 있던 생활환경의 유지라는 보다 넓은 이익으로 파악할 수 있게 되어 있다. 그러한 관점에서 일본 상속법 개정에서 배우자거주권을 신설한 것은 적어도 방향성에서 타당하다고 본다.

2. 자필증서유언보관제도 창설

고령이 되면 자신의 이름조차 자서하는 것이 어려워진다. 문자 자체도 흔들릴 수 있고 어렵게 자필증서유언을 작성하고도 정확하게 읽을 수 없는 가능성이 있다. 특히 자필증서유언은 임종이 임박한 때에 작성하는 경우도 많아, 전문 자서를 요구하는 현행 제도는 지나치게 엄격한 것이 아니냐는 지적이 있을 수 있다. 자필증서유언은 간편하게 작성할 수 있다는 장점이 있고 원활한 상속의 실현이라는 관점에서 자필증서유언의 작성을 촉진하기 위해 형식적인 요건을 완화할 필요성도 있다. 한편 자필증서유언은 전문가 등의 참여 없이도 자신의 손으로 손쉽게 만들 수 있다는 장점이 있는 반면, 상속인에 의한 은닉 또는 위조의 우려가 있는 것 등의 문제도 있다. 또한 대규모 재해가 발생한 경우에는 유실의 가능성도 있다. 자필증서유언의 작성을 촉진하기 위해서도 그 보관

상의 문제점을 개선해 나갈 필요가 있다. 그러한 관점에서 본다면 자필증서유언 보관제도를 창설한 것은 일정한 의미가 있을 것이다.

3. 특별기여제도의 창설

특별기여제도를 창설함으로써 상속인의 아내가 피상속인(남편의 아버지와 어머니)의 요양 간호에 노력한 경우에도 기여분제도의 평가 대상이 되지 못하여 유산분할절차에서 상속인이 아닌 아내가 기여분을 주장하거나, 혹은 유산의 분배를 청구할 수 없는 현상을 고쳐 상속인이외의 자의 공헌을 고려하기 위한 방안을 마련한 것은 일정한 의의가 있을 것이다. 다만 상속제도는 가능한 한 간소하고 정형적인 것이어야 하며, 그 예외 중의 예외라고 할 수 있는 특별연고자제도가 있음에도 불구하고 옥상옥을 두는 규정을 둘 필요성이 있는가 라고 생각할 수도 있다. 본래는 기여분과 부당이득이라고 하는 규정의 유연한 처리를 통해 해결되어야 할 문제라고 생각된다. 그렇지만 상속인 이외의 자의 기여를 고려하기 위해서는 현행법상의규제, 법리는 불충분하다. 따라서 본 방안을 창설하는 것에는 일정한 의의가 있다고 생각된다. 한편 신법과 같은 상속인 이외의 자의 공헌을 고려하기 위한 방안을 마련함으로써 무상으로 부모의 개호를 할 것을 강요하는 사례가 늘어날 것이 우려된다. 또한 지금까지는 상속인 간의 주장·입증에 의해 다투어진 상속분쟁에, 상속인 이외의 특별기여자의 주장·입증이 더하게 되므로 상속을 둘러싼 분쟁이 더욱 복잡화, 장기화될 우려가 있다. 실무에서는 상속인뿐만 아니라 특별기여자도 포함하여 상속 분쟁으로 발전하지 않도록 조정할 필요가 있을 것이다.

VI. 결어

일본은 심각한 고령화사회를 맞이하고 있고 그 진전에 따라 사망자수의 증가가 예상되어 금후 유산분쟁의 증가는 피할 수 없다. 또한 자산이 고령자에게 편중되어 있고, 그 자산도 부동산이 중심으로 자가비율이 높은 특징에서도 유산분쟁은 복잡화, 심각화하고 있다. 또한 저출산, 핵가족화에 의한 세대의 축소는 가정의 기능을 저하시키고 친족간의 대립을 첨예화시킨다. 부모의 개호부담이나 동거하고 있는 자녀에 의한 불투명한 부모의 재산 지출, 생전증여 등의

문제와 결부되어 유산상속에 있어서는 유산의 범위를 둘러싼 분쟁 및 특별수익, 기여분의 문제를 생기게 하는 요인이 되어 있다.

이러한 상황 하에서 이번 상속법 개정으로 1980년 이래 실로 35년만의 대규모 개정이 이루어지게 되었다. 이에 따른 은행, 보험, 세제 등의 실무에 대한 영향도 적지 않을 것이다. 이미 채권법이 획기적으로 개정된데 이어 상속법도 개정됨으로써 민법의 주요부분이 상당부분 바뀌게 되었다. 이러한 점은 사회정세의 변화에 적극 대응하는 노력의 일환으로 평가할 수 있다.

< 표 >

테마	항목	중간시안	추가시안	신법	비고
(1) 배우자의 거주권을 보호하기 위한 방안 -배우자의 거주의 권리	배우자의 거주권의 단기적 보호	단기거주권	(없음)	제안을 대체로 유지 (신법 1037조)	
	배우자의 거주권의 장기적 보호	장기거주권	(없음)	제안을 대체로 유지 (신법 1028조)	
(2) 유산분할에 관한 개선	배우자보호를 위한 방안	배우자의 법정상속분의 개선	반환면제 의사표시의 추정규정(신법 903조4항)		상속분으로서가 아니라 반환면제 의사표시의 추정 규정으로서 규정
	유산분할시 가분채권의 취급	유산분할시 가분채권의 취급에 관하여 규정을 둘 것을 제안	가지급제도등의 창설·요건명확화 (신법 909조의2, 신가사 200조3항)		유산분할시 가분 채권의 취급에 관하여 규정을 두지 않고 해석 에 맡기고, 가지 급 규정만을 둔 다.
	일부분할의 요건 및 잔여 유산분할에 있어서 규율의 명확화등	일부분할을 원칙부정	일부분할을 원칙긍정 (신법 907조 2항)		원칙부정에서 원칙긍정으로
	유산분할전에 유산을 처분한 경우 유산의 범위	제안 없음	상속개시후의 공동상속인에 의한 재산처분 에 관하여 규 제를 제안	유산분할 전 에 유산을 처분한 경우 유산의 범위	

(3) 유언제도에 관한 개선	자필증서유언의 방식완화	(없음)	제안의 취지를 유지 (신법 968조 2항)	
	유언사항 및 유언의 효력등에 관한 개선	(없음)	(※신법에서는 유증의 담보책임 이 항목으로서 독립)	
	자필증서유언의 보관제도의 창설	(없음)	제안을 대체로 유지	
	유언집행자의 권한의 명확화등	(없음)	(※신법에서는 권리의 승계에 관한 규율, 의무의 승계에 관한 규율이 상속의 효력등(권리 및 의무의 승계등)에 관한 수정의 항목으로서 독립(제5))	
(4) 유류분제도에 관한 개선	유류분감쇄청구권의 효력 및 법적 성질의 수정 : · 물권적 효력설을 변경하여 채권적 효력만 · 예외로서의 현물급부에 관하여 논의		완전금전채권화 : 유류분침해청 구권으로 (신법 1046조)	
	유류분의 산정방법의 개선		(생략)	
	유류분침해액의 산정에 있어서 채무의 취급에 관한 개선		(생략)	
(5) 상속의 효력등에 관한 개선	상속에 의한 권리의 승계에 관한 규율	(※ 중간시안 에서는 (3)유 언제도에 관 한 수정 중의 소항목이었던 것이 독립)	(없음)	(신법 899조의 2)
	상속에 의한 의무의 승계에 관한 규율			(신법 902조의 2)
	유언집행자가 있는 경우, 상속인의 행위의 효과			(신법 1013조 2항)
(6) 상속인 이외의 자의 공헌을 고려하기 위한 방안-특별 기여		(없음)	제안을 대체로 유지 (신법 1050조)	

[참고문헌]

곽윤직, 민법총칙(신정수정판), 박영사, 1998.

곽윤직, 상속법, 박영사, 1997.

김연·박정기·김인유, 국제사법(제3판), 법문사, 2012.

송덕수, 친족상속법, 박영사, 2015.

윤진수, 친족상속법강의, 박영사, 2016.

民法（相續關係）等の改正に關する中間試案, 2016.

中間試案後に追加された民法（相續關係）等の改正に關する試案(追加試案), 2017.

民法(相續關係)等の改正に關する要綱案, 2018.

部會資料

相續法制の見直しに向けた課題, 論究ジュリスト 20號, 有斐閣, 2017.

[Abstract]

Revision of the Japanese Inheritance Law

Park, Jeong-Ki*

Recently, provisions of the Japanese inheritance law were largely revised. The background surrounding the revision is the aging of society which is getting more pronounced and the relatively advanced age of the spouse at the time inheritance is commenced demands the need for protection. Also societal outlook regarding inheritance is changing as population of the elderly who needs support in terms of their personal affairs such as remarriage is increasing.

The major contents of the revision of the Japanese inheritance law are as follows.

1. Ways to protect the spouse's right of residence
2. Improvements to the division of the estates
3. Improvements to testaments
4. Improvements to legal reserve of inheritance
5. Improvements to the effects of inheritance
6. Ways to consider contributors other than inheritors who have specially supported the inheritee

Although Korean inheritance law differs greatly from Japanese inheritance law, the societal problems such as the aging society, low birth rate, late marriages or remarriages between senior citizens are quite similar. In this aspect, revision of the Japanese inheritance law is worthy of reference.

Keywords : Japanese Inheritance Law, Revision of the Inheritance Law, Right of Residence of the Spouse, Will by Holograph Document, Executor of the Will, Legal Reserve of Inheritance

* Kyungpook National University Law School, Professor.

