

상속포기의 효과와 대습상속

- 대법원 2017. 1. 12. 선고 2014다39824 판결에 대한 검토를 중심으로 -

성 위 석*

〈국문초록〉

상속포기의 효과는 대습상속에까지 미치는가? 이 문제는 상속포기의 목적과 대습상속의 목적이 같은 경우에 있어서 그 논의의 필요성이 절실하다. 대상 사안에 있어서 원심 판결과 대상 판결은 이 문제에 관한 법리적 판단에 있어서 태도를 달리하였다.

대상 판결은 상속의 목적의 동일 여부와 관계없이 본위상속 즉 제1상속을 포기한 자도 고려기간 안에 대습상속에 대한 한정승인 또는 상속포기를 하지 않았다면 민법상의 법정단순승인(제1026조 제2호)을 한 것으로 의제된다고 판단하였다. 우리 민법이 상속에 관하여 단순승인의 원칙을 취하고 있으면서도 상속인에게 상속포기·한정승인 등의 기회를 부여하고 있다는 점과 상속과 대습상속은 각기 그 제도적 취지를 달리하는 것이라는 점 등에서 볼 때, 대상 판결은 논리적 측면에 있어서 정당하다고 평가한다.

그러나 법의 해석·적용에 있어서 법적안정성의 확보에 대하여만 시야를 한정하지 않고, 구체적타당성 확보의 견지에서 대상 사안을 살펴본다면, 대상 판결은 법해석론과 입법론의 양 측면에서 이론적으로 깊이 검토되어야 할 필요가 있다. 대상 사안은 법의 해석·적용에 있어서 특히 구체적타당성의 실현이 강조되어야 할 사안이다. 그렇지만 이 사안에 있어서도 구체적타당성의 이념이 무제약적으로 강조되어서는 안 되며, ‘법적안정성과 구체적타당성의 조화’라는 큰 틀 속에 포섭될 수 있을 정도로 강조되어야 할 것이다.

주제어 : 상속포기의 효과, 대습상속, 고려기간, 법정단순승인, 구체적타당성

• 투고일 : 2020.10.10. / 심사일 : 2020.10.23. / 게재확정일 : 2020.10.26.

I. 시작하는 말

우리 민법은 상속재산 포괄승계의 원칙을 취하면서도, 아울러 상속인의 이익을 보호하기 위하여 상속인이 일정 기간 안에 상속 여부를 결정할 수 있도

* 경북대학교 교수

록 선택의 자유를 부여하고 있다. 즉 상속인에게 상속의 한정승인(민법 제1028조)과 상속포기(민법 제1041조)를 인정하면서, 일정 기간 안에 달리 상속의 한정승인 또는 상속포기의 의사표시를 하지 않을 경우에는 법률상 단순승인을 한 것으로 보고 있다(제1026조).¹⁾

최근 대법원은 상속포기의 효과는 대습상속에까지는 미치지 않는다는 내용의 판결을 선고하였다. 상속포기의 효과는 본위상속에만 미치는지 아니면 대습상속에까지도 미치는지에 관하여는 민법상 특별 규정이 없고, 이에 관한 연구 성과가 거의 없는 상황에서, 대상 판결 즉 ‘대법원 2017. 1. 12. 선고 2014다39824 판결’은 대습상속으로 상속이 개시된 경우 이전에 피대습자에 대하여 상속포기를 한 자가 별도로 대습상속에 대하여도 상속포기를 할 필요가 있는가의 문제에 대하여 해석론의 입장에서 해결할 수밖에 없었다.

대법원은 상속포기제도가 바탕에 깔고 있는 법적안정성의 이념을 중시하는 입장에서, 대습상속이 이루어진 경우 이전에 피대습자에 대하여 상속포기를 한 상속인도 대습상속에 대하여 별도로 상속포기를 해야 한다고 보았으며, 이러한 법리는 상속을 포기한 재산과 피대습재산이 같은 경우에도 그대로 적용된다고 보았다. 상속을 포기한 재산에 대하여 대습상속이 개시된 경우 달리 한정승인이나 상속포기를 하지 않으면 단순승인을 한 것으로 보았던 것이다.

대상 판결은, 우리 민법이 상속에 관하여 단순승인의 원칙을 취하면서도 상속인에게 한정승인·상속포기 등의 기회를 부여하고 있다는 점과 상속과 대습상속은 각기 제도적 취지를 달리하는 것이라는 점 등에서, 관련 규정의 해석 구조상 논리적으로는 대체적으로 정당한 판결이라고 평가되고 있다.²⁾ 즉 대상 판결에서는 그 논리적 태도에 있어서 법적안정성의 측면에서는 특별한 문제점이 없다고 평가되고 있다.

그러나 법적안정성 이념과 더불어 법의 해석·적용에 있어서 결코 경시할 수 없는 구체적타당성의 견지에서 본다면, 대상 판결의 결론에는 깊이 검토해야 할 큰 문제점이 있다고 본다. 즉 대상 사안에 있어서는, 본위상속 포기의

1) 이선형, 상속포기의 효과는 대습상속에도 미치는가? - 대법원 2017. 1. 12. 선고 2014다39824 판결을 중심으로 -, 동북아법연구 제11권 제2호, 2017, 476면 참조.

2) 이선형, 앞의 논문, 498면 ; 권영준, 2017년 민법 판례 동향, 서울대학교 법학 제59권 제1호 (통권 제186호), 서울대학교 법학연구소, 2018. 3, 540~541면 ; 김명숙, 2017년 가족법 주요 판례, 인권과 정의 통권 제472호, 대한변호사협회, 2018. 3, 121~122면 ; 우병창, 상속포기의 효력과 대습상속 - 대법원 2017. 1. 12. 선고 2014다39824 판결 -, 2017년 가족법 주요 판례 10선, 세창출판사, 2018, 187~189면 ; 김상훈, 상속법판례연구, 세창출판사, 2020, 59면 등.

대상인 상속재산과 대습상속의 대상인 피대습재산이 변동 없이 같았음에도 불구하고, 이러한 경우에도 이전에 상속을 포기한 채무가 우연한 사정에 의하여 대습상속의 매개로 인하여 상속인에게 상속되는 결과를 낳게 되어, 구체적타당성의 실현에 큰 문제점이 발견되고 있다. 대상 사안과 대상 판결이 이론적으로 주목되어야 할 필요성은 바로 여기에 있다.

이 글에서는, 먼저 대상 사안을 개관하면서 법리적 쟁점을 정리한 다음, 중요 착안 사항을 염두에 두고 대상 판결의 정당성에 대하여 검토하고자 한다. 이어 구체적타당성 확보의 견지에서 관련 규정의 해석상의 여지(餘地)에 대하여 살펴보고, 법 개정의 방향에 관하여 언급하기로 한다.

II. 대상 사안의 개요

1. 사실관계

가. 채무 발생의 경위

원고 S(○○보증보험주식회사)는 1993. 4. 28. 소외 X·소외 Y와 피보험자를 O(○○교육보증보험주식회사)로 정하여 대출보증보험계약을 체결하였고, B(이 사안에 있어서 피대습상속인)는 X와 Y의 S에 대한 이 계약상의 구상금채무를 연대보증하였다. X와 Y가 O에 대한 대출원리금의 지급을 연체하자, S는 1995. 7. 25. O에게 해당 금액을 대위변제하였다.

나. 제1차 상속 개시와 상속인의 상속포기

연대채무자 B는 2000. 11. 24. 사망하였고, 그의 유족으로는 배우자 B1과 자녀들 B2·B3·B4·B5³⁾가 있었다. B의 제1순위 상속인인 배우자 B1과 자녀들 B2·B3·B4·B5는 2001. 2. 3. 창원지방법원에 B 재산의 상속을 포기하는 심판청구서를 제출하였고, 동 상속포기의 신고는 2001. 2. 22. 수리되었다. 이에 B의 어머니 A(제2차 상속에 있어서 피상속인)는 제2순위 상속인(직계존속)으로서 B의 재산을 단독으로 상속하게 되었다.

3) B5는 원심 판결 및 대상 판결의 피고가 아니었으므로, 특별히 주목하지는 않는다.

다. 제2차 상속 개시와 대습상속

B1과 그 자녀들 B2·B3·B4·B5의 상속포기로 인하여 B의 재산을 단독으로 상속하였던 A는 2004. 2. 10. 사망하였다. A의 자녀로서는 망 B와 C·D·망 E(1995. 8. 20. 사망)·F가 있었으며, 망 E의 유족으로서는 배우자 E1과 그 자녀들 E2·E3·E4·E5가 있었다. 망 A의 상속재산(P주택)과 상속채무(이 사건 구상금채무)는 A의 고유재산이나 채무가 아니라 모두 망 B로부터 상속한 것들이었다. 망 A의 재산에 대한 상속이 있어서, D는 2011. 10. 27. 한정승인의 신고를 하여 같은 해 12. 7. 수리되었고, B5는 2012. 2. 3. 한정승인의 신고를 하여 같은 해 3. 29. 수리되었다. 그러나 B1·B2·B3·B4는 B의 사망으로 인한 상속이 있어서 이미 상속포기를 하였으므로 B의 채무로부터 완전히 벗어났다고 판단하고 A의 사망에 따른 상속포기나 한정승인을 별도로 하지 않았다.

S는 망 A가 단독으로 망 B의 채무를 상속하였고, A의 사망으로 인한 상속이 있어서 B1·B2·B3·B4·B5가 별도로 상속포기를 하지 않은 이상, C·D·E1·E2·E3·E4·E5·F와 더불어 망 A의 채무를 공동상속하였다고 주장하면서, 2012. 9. 28. 상속인 총 13인(본위상속 및 대습상속)을 피고로 하여,⁴⁾ 각 지분에 따라⁵⁾ 이 사건 구상금채무를 이행하라는 소를 제기하였다.⁶⁾

라. 대습상속인의 항변

이에 대하여, 피고들 가운데 B1·B2·B3·B4는 A의 사망 당시에는 A의 상속채무(소극재산)가 상속재산(적극재산)을 초과한다는 사실을 알지 못하였다고 주장하였다. 그리고 이 사건 소장 부분을 송달 받은 뒤인 2013. 1. 4. 법원에 한정승인의 신고를 하여, 같은 해 5. 6. 수리되었으므로, S의 청구는 부당하다고 주장하였다.

2. 재판의 경과

가. 제1심 판결⁷⁾

4) 이 사안에 있어서 피상속인 A의 사망 후 본위상속 및 대습상속에 있어서 상속인의 지위에 있었던 사람이 13인에 이르지만, 그 가운데 원심판결 및 대상 판결에 있어서 피고가 된 B1·B2·B3·B4와 관련되는 법률관계만을 논의의 주된 대상으로 삼고자 한다.

5) 망 B의 배우자 B1의 상속분은 $[1/5 \times 3/11]$ 이었고, 그 자녀들 B2·B3·B4의 상속분은 각각 $[1/5 \times 2/11]$ 이었다.

6) 이 사안에 있어서 관계인 전원에 관한 사실관계는 이선형 앞의 논문, 477면에서 간략하게 정리되어 있다.

제1심에서는, 대상 판결과 관련 없는 일부 피고들에 대하여는 공시송달 또는 자백간주에 의하여 원고 S의 청구가 인용되었다.

한편 피고들 B1·B2·B3·B4에 대하여는, “피고들이 늦어도 원고 S가 일부 피고들을 상대로 제기한 창원지방법원 2010가소29857호 사건의 소장 부분을 송달 받은 2010.경 이미 A(제2차 상속관계에서의 피상속인으로서 연대채무자 B의 어머니)의 상속채무가 상속재산을 초과하는 사실을 알았던 것으로 보므로, B1·B2·B3·B4가 2013. 1. 4.에야 비로소 한정승인신고를 하고, 같은 해 5. 6. 수리심판을 받았다고 하더라도 그 한정승인은 민법 제1029조 제3항에서 정한 특별한 한정승인의 요건을 갖추지 못하여 효력이 없다.”라고 하여, 한정승인이 정상적으로 이루어지지 않았다고 판단하였다. 그리고 “B1·B2·B3·B4는 이 사건 구상금채권이 S의 대위변제일인 1995. 7. 25.부터 10년이 경과하여 시효로 소멸하였다는 취지로 항변하지만, S가 1995. 8.경 이 사건 구상금채권을 청구채권으로 하여 구상금채무자인 망 B의 소유였던 P주택에 관하여 가압류 신청을 하여, 1995. 8. 17. 그 결정(창원지방법원 95카단7566호)을 받아 같은 해 8. 21. 집행한 사실에 비추어 보면 소멸시효의 중단을 주장하는 원고의 재항변은 이유 있다. 더불어 피고들 E2, E3가 이 사건 소장 부분을 송달 받은 후인 2013. 4. 25. 법원에 상속포기 심판청구서를 접수한 사실이 인정되지만,⁸⁾ 그것만으로 상속포기의 효력이 발생하였다고 단정할 수 없으므로 위 피고들의 주장은 이유 없다.”라고 판단하였다.⁹⁾

제1심은 원고 S의 청구를 모두 받아들여 원고 전부승소판결을 하였다. 이에 피고들 B1·B2·B3·B4는 항소하였다.

나. 원심(항소심) 판결¹⁰⁾

1) 피고의 본안 전 항변과 원심의 판단

가) 소의 이익 존부

피고측(B1·B2·B3·B4)은 “이 사건 구상금채권에 관하여 원고 S는 1997.

7) 창원지방법원 마산지원 2013. 8. 21. 선고 2012가단11405 판결.

8) 이 상속포기 심판청구 사건은 2013. 11. 27. 청구 각하되었다.

9) 제1심의 판결 요지는 이선형, 앞의 논문, 478면과 우병창, 앞의 논문, 172~173면 등을 참고하여 재구성한 것이다.

10) 창원지방법원 2014. 5. 21. 선고 2013나10875 판결.

10. 2. B를 상대로 ‘창원지방법원 97가단20819호’로 승소 확정판결을 받은 후 소멸시효를 중단시키기 위하여 이 사건 소를 제기하였는데, S가 이 사건 구상금채권을 피보전채권으로 하여 B 소유의 부동산을 이미 가압류한 결과 위 가압류에 의하여 시효중단의 효력이 계속되고 있기 때문에 S로서는 소멸시효를 중단시키기 위한 이 사건 소를 제기할 필요가 없다 할 것이므로, 시효중단을 위한 이 사건 소는 소의 이익이 없어 부적법하다.”라고 주장하였다.¹¹⁾

이에 대하여, 원심은 “이 사건 소는 B가 아닌 B1·B2·B3·B4를 상대로 제기된 것인데, 피고들이 B의 재산상속을 포기하였으므로 피고들이 이 사건 구상금채무를 상속 받지 않았다고 다투고 있는 이상 상속채무자 확정의 곤란성 등 상속제도의 특성을 고려할 때 구상금채무의 소멸시효 완성 여부와 관계없이 소의 이익이 있다. 또한 B를 상대로 한 S의 ‘창원지방법원 97가단20819호’ 소송이 확정된 날부터 이미 10년이 훨씬 지나 형식상 위 판결에 터 잡은 채권의 소멸시효가 이미 완성되었으므로 S로서는 새로운 채무명의를 받아야 할 필요가 있어 보이는 사정 등에 미루어 보면 S의 제소는 소의 이익이 있다.”라고 판단하였다.

나) 신의칙 등 위반 여부

피고측은 “원고 S가 ‘창원지방법원 97가단20819호’로 승소 확정판결을 받은 후 시효중단을 위하여 B1·B2·B3·B4를 상대로 ‘부산지방법원 2007가단148139호’로 상속포기의 항변을 하자 2007. 12.경 소를 취하하였는데, S가 B1·B2·B3·B4를 상대로 다시 동일한 소송인 이 사건 소를 제기하는 것은 신의칙, 금반언의 원칙에 반하여 허용될 수 없다.”라고 주장하였다.

이에 대하여, 원심은 “본안에 대한 종국판결이 있기 전에 소를 취하하였다면 같은 소를 제기하는 데에 제약이 없으므로, 피고들 B1·B2·B3·B4가 제출한 증거만으로는 원고가 피고들을 상대로 다시 동일한 소송인 이 사건 소를 제기하는 것이 신의칙, 금반언의 원칙에 반하여 허용될 수 없다고 인정하기에 부족하다.”라고 판단하였다.

2) 본안에 대한 원심의 판단

가) 당사자의 주장

11) 이하 원심판결의 요지는 우병창, 앞의 논문, 174~177면을 참고하여 재구성한 것이다.

원고 S는, 피고들 B1·B2·B3·B4는 B의 재산을 단독으로 상속한 A의 재산 중 B의 상속지분을 대습상속하였으므로 원고에게 이 사건 구상금채무 중 피고들의 상속지분에 해당하는 돈을 변제해야 할 의무를 진다고, 주장하였다.

피고들 B1·B2·B3·B4는, 자신들이 B의 재산상속을 포기하였음에도 불구하고 후순위 상속인인 A를 거쳐 다시 B의 상속분을 대습상속하게 된다면 이는 상속포기 및 대습상속의 제정 목적에 역행하는 것이고 이미 포기한 채무를 다시 부담하는 것이 되어, 금반언 및 신의성실의 원칙에도 반한다고, 주장하였다.

나) 원심의 판단

(1) 사실관계의 인정 여부

원심은, B가 A의 아들이라는 사실, B의 제1순위 상속인인 B1·B2·B3·B4가 상속을 포기하여 제2순위 상속인인 A가 B의 재산을 단독으로 상속한 사실, 그 후 A가 사망하여 B1·B2·B3·B4가 B의 상속분을 대습상속하게 된 사실이 인정된다고, 판단하였다.

그리고 원심은, A의 상속재산으로는 부동산이 있고, 구상금채무를 포함한 상속채무가 있는데, 이러한 상속채무와 상속재산은 피상속인 A의 고유한 재산이나 채무가 아니라 모두 피대습상속인 B로부터 상속 받은 것이며, A의 고유 재산이나 채무는 전혀 없다는 사실도 인정된다고, 판단하였다.

(2) 상속포기의 효과가 대습상속에 대하여도 미치는지 여부

원심은, A의 고유재산이나 채무가 전혀 없는 경우에는 대습상속인 B1·B2·B3·B4가 피대습상속인 B로부터의 상속을 포기한 효과가 A의 사망에 따른 B의 대습상속에까지 미친다 할 것이며, 그 결과 B1·B2·B3·B4는 A의 S에 대한 구상금채무의 대습상속까지 포기하는 결과가 되었다 할 것이므로, B1·B2·B3·B4가 B로부터 구상금채무를 대습상속하였음을 전제로 한 S의 청구는 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다고, 판단하였다.

이러한 결론에 도달한 근거를 다음과 같이 밝히고 있다. ① 상속포기제도의 취지는 상속인을 상속채무로부터 보호하기 위하여 상속인에게 상속 여부를 선택할 수 있도록 하는 것이므로 상속인이 상속포기를 한 때에는 그 상속재산을 종국적으로 승계하지 않겠다는 의사가 내재되어 있다고 봄이 상당하고, 상속포기를 통하여 그 상속채무의 위험으로부터 완전히 벗어났다고 예상하는 것이 일반적이다. ② 망 A는 망 B부터 상속 받은 재산이나 채무 외에 다른 재산이

나 채무가 전혀 없으므로 피고들이 망 A의 재산을 대습상속한다면 이미 포기한 망 B의 채무를 망 A를 거쳐 다시 상속 받게 되는 모순된 결과를 초래한다. ③ 대습상속제도는 피상속인의 채무를 대습자에게 승계시키기 위하여 인정되는 것이 아니라 대습자의 상속에 대한 기대를 보호함으로써 공평을 기하기 위하여 인정되는 것인데, 이 사건과 같이 망 A에게 망 B로부터 상속 받은 재산 외에 다른 재산이 전혀 없는 경우에는 피고들에게 망 A의 재산에 대한 상속의 기대가 있다고 보기도 어려워 대습상속을 인정할 필요성이 없다. ④ 망 B의 제1순위 상속인인 피고들이 상속을 포기하면 제2순위 상속인인 망 A가 망 B의 재산을 단독상속하게 되고 그 이후 망 A의 사망에 따라 망 B의 채무 중의 일부를 다시 대습상속하게 되나, 이는 상속의 순위 및 상속포기의 효과에 관한 민법 규정을 종합적으로 해석함으로써 비로소 도출되는 것이고, 전문지식이 없는 피고들에게 망 B의 상속을 포기한 후의 상속관계 등을 파악하여 망 A의 사망 시 재차 상속포기할 것까지 기대하기는 어렵다.

3) 원심판결

원심은 위와 같이 판단하면서, 피고들 B1·B2·B3·B4의 항소를 인용하였다. 원심은, “1. 제1심 판결 중 피고들에 대한 부분을 취소한다. 2. 원고의 피고들에 대한 청구를 기각한다. 3. 원고와 피고들 사이에 생긴 소송 총비용은 원고가 부담한다.”라고 하며, 제1심 판결을 뒤집고 B1·B2·B3·B4의 승소로 판결하였다. 원고 S는 이에 불복하여 상고하였다.

다. 대법원 판결(대상 판결)

대법원은 아래와 같이 판단하고, “원심 판결을 파기하고, 사건을 창원지방법원에 환송한다.”라고 판결하였다.

1) 상속포기의 효과의 범위

대법원은 상속포기의 효과가 대습상속에까지 미치는지에 대하여 다음과 같이 보았다. 피상속인의 사망으로 상속이 개시된 후 상속인이 상속을 포기하면 상속이 개시된 때에 소급하여 그 효력이 생긴다(민법 제1042조). 따라서 제1순위 상속권자인 배우자와 자녀들이 상속을 포기하면 제2순위에 있는 사람이 상속인이 된다. 상속포기의 효력은 피상속인의 사망으로 개시된 상속에만 미치고, 그 후 피상속인을 피대습자로 하여 개시된 대습상속에까지 미치는 않는다. 대습상속은 상속과는 별개의 원인으로 발생하는 것인데다가 대습상속이 개

시되기 전에는 이를 포기하는 것이 허용되지 않기 때문이다. 이는 종전에 상속인의 상속포기로 피대습자의 직계존속이 피대습자를 상속한 경우에도 마찬가지이다. 또한 피대습자의 직계존속이 사망할 당시 피대습자로부터 상속 받은 재산 외에 적극재산이든 소극재산이든 고유재산을 소유하고 있었는지에 따라 달리 볼 이유도 없다.

2) 별도로 상속포기 또는 한정승인을 하지 않은 경우

대법원은 별도로 상속포기 또는 한정승인을 하지 않은 경우에 관하여 다음과 같이 보았다. 피상속인의 사망 후 상속채무가 상속재산을 초과하여 상속인인 배우자와 자녀들이 상속포기를 하였는데, 그 후 피상속인이 사망하여 민법 제1001조, 제1003조 제2항에 따라 대습상속이 개시된 경우에 대습상속인이 민법이 정한 절차와 방식에 따라 한정승인이나 상속포기를 하지 않으면 단순승인을 한 것으로 간주된다. 위와 같은 경우에 이미 사망한 피상속인의 배우자와 자녀들에게 피상속인의 직계존속의 사망으로 인한 대습상속까지도 포기하려는 의사가 있다고 볼 수 있지만, 그들이 상속포기의 절차와 방식에 따라 피상속인의 직계존속에 대한 상속포기를 하지 않으면 효력이 생기지 않는다. 이와 달리 피상속인에 대한 상속포기를 이유로 대습상속 포기의 효력까지 인정한다면 상속포기의 의사를 명확히 하고 법률관계를 확일적으로 처리함으로써 법적안정성을 꾀하고자 하는 상속포기제도가 잠탈될 우려가 있다.

3) 대상 판결의 결론

대법원은 결론적으로 아래와 같이 판단하였다.

① 피고들 B1·B2·B3·B4의 상속포기는 피상속인 B로부터 상속 받는 것을 포기하는 효과가 있을 뿐임이 분명하다. 따라서 B가 부담하는 구상금채무는 B 사망 후 제1순위 상속인인 B1·B2·B3·B4의 상속포기에 따라 제2순위 상속인인 A에게 단독으로 상속되었다가, 그 후 A의 사망에 따라 B의 대습상속인인 B1·B2·B3·B4 등 공동상속인들에게 공동으로 상속되었다. B의 사망 후 피고들이 상속을 포기했다고 하더라도 이는 B에 대한 상속포기에 지나지 않아 그 효력이 B의 어머니인 A의 사망에 따른 대습상속에까지 미친다고 볼 수 없다. A의 사망에 따라 B를 피대습자로 한 대습상속이 개시된 후 피고들이 상속의 효력을 배제하고자 하였다면, B에 대한 상속포기와는 별도로 다시 민법이 정한 기간 내에 상속포기의 방식과 절차에 따라 A를 피상속인으로 한 상속포기를 하였어야 할 것이다.

② 원심은 A는 사망 당시 B로부터 상속 받은 재산 외에 고유재산이 없었다는 우연한 사정을 들어 피고들의 B에 대한 상속포기의 효과가 A의 사망에 따른 대습상속에까지 미치므로, 결국 피고들은 A의 원고에 대한 이 사건 구상금 채무의 대습상속을 포기하는 결과가 되었다고 판단하였다. 그러나 이러한 원심 판결에는 위에서 본 상속포기, 대습상속에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

III. 대상 판결의 검토

1. 대상 판결의 법리적 쟁점

대상 판결이 안고 있는 법리적 쟁점은 대체로 아래와 같이 세 가지 측면에서 정리될 수 있다.¹²⁾

첫째, 상속포기의 효과는 대습상속과 관련하여 어떤 범위에서 파악되어야 하는가의 문제, 즉 제1상속에서 한 상속포기의 효과가 피상속인을 피대습자로 하여 개시된 제2상속(대습상속)에까지 미친다고 볼 것인지 여부의 문제가 제기되었다. 이 문제에 대하여, 원심 판결은 긍정적인 입장에서 판단하였지만, 대상 판결은 부정적인 입장에서 판단하였다. 상속인의 상속포기로 피대습자의 직계존속이 피대습자를 상속한 경우에도 원심 판결과 대상 판결은 입장의 차이를 같이하였다.

둘째, 피대습인의 직계존속이 사망할 때 피대습인으로부터 상속 받은 재산 외에 고유재산을 소유하고 있었는지 여부에 따라 상속포기의 효과의 범위를 달리 보아야 하는가의 문제가 제기되었다. 이 문제에 대하여, 원심 판결은 긍정적인 입장에서 판단하였지만, 대상 판결은 부정적인 입장에서 판단하였다.

셋째, 제1상속에 있어서 상속인인 배우자와 자녀들이 상속포기를 한 후 피상속인의 직계존속의 사망하여 제2상속(대습상속)이 개시되었지만 대습상속인이 한정승인이나 상속포기를 하지 않은 경우, 단순승인을 한 것으로 간주되어야 하는가의 문제가 제기되었다. 이 문제에 대하여, 원심 판결은 부정적인 입장에서 판단하였지만, 대상 판결은 긍정적인 입장에서 판단하였다.

전체적으로 볼 때, 원심 판결은 제1상속에 있어서 상속포기를 한 피상속인

12) 이하 우병창, 앞의 논문, 180면 참조.

의 배우자와 자녀들의 이익에 주목하면서 법의 해석·적용상의 구체적타당성의 실현에 보다 무게를 두고 있는 데 대하여, 대상 판결은 상속제도 전반의 운영상 법적안정성의 확보에 보다 무게를 두고 있다.

2. 해설

앞에서 대상 판결이 안고 있는 중요한 법리적 쟁점들을 지적하였다. 아래에 서는, 이러한 쟁점들과 관련되는 현행법 해석론 즉 민법 기타 법령의 관련 규정에 관한 법리를 검토한 다음, 대상 판결의 정당 여부에 대하여 논평하고자 한다. 논의의 진행에 있어서는, 상속 및 대습상속의 제도적 취지, 상속포기의 절차와 방식, 상속포기제도의 이념적 주안점, 대습상속인의 의사와 사회일반인의 의사, 법 해석·적용의 지도이념 즉 법적안정성과 구체적타당성의 조화 등이 중요 착안사항으로서 기능하게 될 것이다.

가. 상속포기제도

1) 의의

피상속인의 사망으로 상속이 개시되면 피상속인에게 속한 모든 재산상의 권리의무가 상속인에게 당연히 승계된다. 여기서 상속인에게 상속재산에 속한 모든 재산상의 권리의무의 승계를 부인하고 처음부터 상속인이 아니었던 것으로 할 수 있는 권리 즉 상속을 포기할 수 있는 권리가 인정되고 있다(민법 제1041조).

일반적으로 보면, 상속재산 가운데 적극재산이 소극재산 보다 많은 경우 상속인은 상속을 포기하지 않을 것이며, 소극재산이 적극재산 보다 많은 경우 상속인은 상속을 포기하려고 할 것이다. 적극재산과 소극재산 가운데 어느 쪽이 더 많은지 명확하지 않은 경우 상속인은 한정승인을 함으로써 과도한 채무의 승계를 면할 수 있지만, 한정승인의 절차가 꽤 번거롭기 때문에 상속인은 상속을 포기함으로써 채무의 승계를 간단히 면할 수 있게 될 것이다.¹³⁾

상속의 포기는 상속에 관한 법률상의 지위를 상실시키는 행위로서 다른 상속인이나 피상속인 또는 상속인의 채권자 등에게 미치는 영향이 클 수 있다. 따라서 일단 발생한 상속의 효력을 상속인의 자유로운 의사에 따라 확정적으

13) 김주수·김상용, 제14판 친족·상속법 - 가족법-, 법문사, 2017, 768면 참조.

로 받아드릴 것인가 아니면 거부할 것인가를 선택할 수 있도록 해야 할 것이며, 이를 제한하는 유언 기타 법률행위는 무효로 취급된다.¹⁴⁾

상속의 포기는 상대방 없는 단독행위로서, 이 권리는 일신전속권에 속한다. 상속의 포기는 조건이나 기한에 친하지 아니하며, 일부의 포기도 인정되지 않는다.¹⁵⁾

2) 절차와 방식

민법 제1019조 제1항은 상속포기의 기간에 관하여 “상속인은 상속 개시 있음을 안 날로부터 3월 내에 단순승인이나 한정승인 또는 포기를 할 수 있다. (후략)”라고 정하고 있다. 여기서 ‘상속 개시 있음을 안 날’에 대하여 견해가 일치하는 것은 아니지만, 우리 학설·판례는 일반적으로 ‘상속 개시의 원인이 되는 사실의 발생을 알고 이로써 자기가 상속인이 되었음을 안 날’을 뜻한다고 보고 있다(상속인지위인식시설).¹⁶⁾

민법 제1041조는 “상속인이 상속을 포기할 때에는 제1019조 제1항의 기간 내에 가정법원에 포기의 신고를 하여야 한다.”라고 정하고 있다. 즉 상속포기는 의사표시만으로 효과를 발생하는 행위가 아니라 포기 기간 내에 가정법원에 신고해야 하는 요식행위이다. 상속포기의 절차와 방식에 대하여는 가사소송법과 동 시행규칙에서 정하고 있다. 상속인 등은 피상속인의 성명과 최후주소, 피상속인과의 관계 등 일정한 사항을 기재하고 기명날인하거나 서명한 서면으로 가정법원에 신고하여야 한다(가사소송법 제36조 제3항, 가사소송규칙 제75조 제1항·제2항). 가정법원은 상속포기의 신고를 수리할 때에는 반드시 심판 절차를 거쳐 심판서를 작성하여야 하며(가사소송규칙 제75조 제3항), 그 심판이 당사자에게 고지되어야 효력을 발생한다.¹⁷⁾ 상속포기 신고가 수리되면, 취소할 수 없다(민법 제1024조 제1항).

상속포기의 기간, 방식 및 절차를 정하고 있는 규정들은 강행규정이다. 이를 위반하여 상속이 개시되기 전에 상속을 포기하거나 정해진 절차와 방식을 위

14) 신영호·김상훈, 제3판 가족법강의, 세창출판사, 2018, 416면 ; 우병창, 앞의 논문, 181면.

15) 상속의 포기는 채권자취소권의 대상이 되지 않는다. 이를 인정하는 것은 상속인에게 상속의 승인을 강요하는 것이기 때문이다. 신영호·김상훈, 앞의 책, 425면 ; 우병창, 앞의 논문, 181면.

16) 곽윤직, 상속법, 박영사, 2004, 172면 ; 이경희, 가족법, 법원사, 2012, 456면 ; 우병창, 앞의 논문, 181면 등. 대법원 2005. 7. 22. 선고 2003다43681다 판결 ; 대법원 2012. 10. 11. 선고 2012다56367 판결 ; 대법원 2013. 6. 14. 선고 2013다15869 판결 등.

17) 대법원 2016. 12. 29. 선고 2013다73520 판결.

반한 상속포기의 신청은 효력이 없다.¹⁸⁾ 판례는 상속 개시 전에 상속포기를 할 수 없으며,¹⁹⁾ 상속포기에 조건을 붙일 수 없고,²⁰⁾ 법이 정하는 절차와 방식을 따르지 않은 상속포기는 효력이 발생하지 않는다²¹⁾고 하는 등, 상속으로 인한 법률관계를 획일적 처리함으로써 법적안정성을 꾀하는 방향으로 해석을 시도하여 왔다.²²⁾

민법 제1026조 제2호에 의하면, 상속인이 민법 제1019조 제1항의 기간 내에 한정승인 또는 포기를 하지 아니한 때에는 단순승인을 한 것으로 간주된다.²³⁾

한편 민법 제1024조 제1항에 의하면, 상속의 승인이나 포기는 민법 제1019조 제1항의 기간 내에도 취소할 수 없게 된다. 이 규정은 총칙편의 규정에 의한 취소에 영향을 미치지 않지만, 그 취소권은 추인할 수 있는 날로부터 3월, 승인 또는 포기한 날로부터 1년 내에 행사하지 아니하면 시효로 인하여 소멸하게 된다(동조 제2항).

우리 민법 기타 법령은 대습상속의 포기에 대하여는 별도의 규정을 두고 있지 않다. 그렇지만 상속포기에 관한 규정은 대습상속의 포기에 대하여도 일반적으로 적용된다고 이해되고 있다. 그런데 여기서 주목해야 할 점은, 대상 사안과 같은 경우 즉 이미 있었던 상속(제1상속 즉 본위상속)에서 유효하게 포기한 상속재산(채무)이 뒷날 제2상속 즉 대습상속으로 인하여 같은 내용의 상속재산(채무)으로 되돌아 오는 경우에도 앞에서 설명된 현행법상의 절차와 방식대로 적용되어야 하는가라는 문제점이다. 이런 경우에 바로 적용될 수 있는 규정이 현행법상 없는 상황에서 원심 판결과 대상 판결은 문제 해결의 방향을 달리하고 있다. 이 글의 논의의 출발점은 바로 여기에 있다.

3) 이념적 주안점

앞에서 살펴본 바와 같이, 우리 민법은 상속포기의 기간(고려기간)을 상속인이 상속 개시가 있음을 안 날로부터 3월 내로 즉 비교적 단기로 제한하고,²⁴⁾ 상속인이 그 기간 내에 한정승인 또는 포기를 하지 않은 경우 단순승인을 한

18) 지원림, 민법강의, 홍문사, 2016, 2020면 ; 우병창, 앞의 논문, 182면.

19) 대법원 1994. 10. 14. 선고 94다8334 판결.

20) 대법원 1995. 11. 14. 선고 95다27554 판결.

21) 대법원 1994. 10. 14. 선고 94다8334 판결.

22) 권영준, 앞의 논문, 540면.

23) 이 규정은 1998. 8. 27. 헌법재판소의 헌법불합치 결정에 따라, 2002. 1. 14. 민법 개정을 통하여 신설되었다.

24) 이 기간은 제척기간이라고 이해된다. 김주수·김상용, 앞의 책, 740~741면. 제척기간을 두는 이유는 법률관계의 조속한 확정을 꾀하려는 데 있다. 이선형, 앞의 논문, 493면.

것으로 보고 있으며, 상속의 포기를 취소할 수 없도록 하고 있다. 한편 민법과 가사소송법 및 가사소송규칙은 상속포기를 일정한 방식을 갖추도록 하는 이른바 요식행위로 규제하고 있다. 상속의 포기에 관한 우리 법령의 이러한 입장과 관련 판례의 태도를 전체적으로 묶어서 살펴보면, 우리나라 현행 법제는 상속의 효력에 관하여 상속인이 가지는 의사의 존재와 내용을 명확하게 파악하고 법률관계를 확일적으로 처리함으로써 상속관계에 대한 규제에 있어서 법적안정성을 실현하는 데 그 이념적 주안점을 두고 있다고 해석된다.

이러한 설명은 대습상속의 포기의 경우에도 일반적으로는 그대로 적용된다고 이해되고 있다. 그런데 여기서 주목해야 할 점은, 상속포기제도의 이념적인 측면을 중시하면서 관련 규정의 해석논리에 치중하여 적용할 경우, 사례에 따라서는 구체적타당성의 측면에서 당사자의 기대 내지 이익을 침해할 뿐 아니라, 사회일반인의 건전한 법의식 내지 법감정을 침해하는 경우가 있을 수 있다는 점이다. 이러한 경우에 대하여는, 상속포기제도가 비록 이념적 측면에 있어서 법적안정성의 실현에 주안점을 두고 있다고 할지라도, 예외적으로 해석론의 여지를 활용함으로써 구체적타당성을 아울러 고려하는 방향으로 논의의 공간을 찾아야 할 것이라고 본다.

4) 대상 사안의 해결

대상 사안에 있어서는, 문제 해결에 관하여 특히 피고들 B1·B2·B3·B4의 제1차 상속(본위상속)에서의 상속포기와 제2차 상속에서의 대습상속의 포기가 주된 관심의 대상이 되고 있으며, 제1차 상속에서의 상속포기의 효과는 제2차 상속에서의 대습상속에까지 미친다고 볼 것인가가 문제시되고 있다.

앞에서 상속포기제도에 대하여 살펴보았다. 이어서 대습상속제도의 여러 측면을 검토하게 되면, 대상 사안의 해결에 있어서 그 기본 방향이 잡히게 될 것이라고 본다.

나. 대습상속제도

1) 의의

대습상속이란 상속이 개시되기 전에 상속인이 될 피상속인의 직계비속 또는 형제자매가 사망하거나 결격된 경우에, 그의 직계비속과 배우자가 사망한 또는 결격된 자의 순위에 갈음하여 상속하는 것을 말한다(민법 제1001조·제1003조 제2항).

우리 민법상 대습상속이 인정되는 경우는 다음과 같다.²⁵⁾ 첫째, 상속인이 될 피상속인의 직계비속이 상속 개시 전에 사망하거나²⁶⁾ 결격된 때에는 그 직계비속이 대습상속한다(민법 제1001조·제1000조 제1항 제1호). 둘째, 상속인이 될 피상속인의 형제자매가 상속 개시 전에 사망하거나 결격된 때에는 그의 직계비속이 대습상속한다(민법 제1001조·제1000조 제1항 제3호). 셋째, 상속인이 될 피상속인의 직계비속 또는 형제자매가 상속 개시 전에 사망하거나 결격된 때에는 그의 배우자는 그의 직계비속과 공동으로 대습상속하고, 직계비속이 없으면 단독으로 상속한다(민법 제1003조 제2항).²⁷⁾²⁸⁾

대습상속 내지 대습상속할 수 있는 권리의 법적 성질에 관하여는,²⁹⁾ 이를 피대습인³⁰⁾ 즉 사망한 또는 결격된 자의 상속권을 대위하거나 승계하는 권리로 보지 않고, 대습인에게 인정되는 고유의 권리로 보는 견해가 일반적이다.³¹⁾ 여기서 대습인 즉 대습상속인 자신의 고유의 권리라는 말의 의미는 피상속인에 대한 고유의 상속권을 대습자가 가진다는 뜻이 아니라, 상속에 대한 일종의 기대권이 법률에 의하여 부여된다는 뜻으로 이해되어야 한다.³²⁾

대습상속의 요건이 갖추어진 경우에는 대습인은 피대습인이 받았을 상속분을 상속하게 된다(민법 제1010조 제1항). 그리고 대습인이 수인인 경우에는 그 상속분의 한도에서 법정상속의 방법에 의한다(민법 제1010조 제2항).

2) 제도적 취지

상속과 대습상속은 그 제도적 기반 즉 취지를 달리하고 있다.

상속은 상속의 개시와 동시에 일신전속적인 것을 제외한 모든 권리·의무

25) 민법은 재대습에 관한 규정을 두고 있지 않음으로써 대습상속인의 범위가 종적으로 확대되어 있고, 피상속인의 직계비속의 배우자와 형제자매의 배우자에게까지 대습상속권을 인정함으로써 대습상속인의 범위가 횡적으로도 확대되어 있어, 대습상속인의 범위가 너무 광범위하다. 광동현, 대습상속, 아세아여성법학 제6호, 2003, 53면.

26) 민법 해석상 상속 개시와 동시에 사망한 자도 피대습인에 포함된다고 보아야 한다. 광동현, 앞의 논문, 34~35면.

27) 상속인이 될 자가 직계존속이거나 4촌 이내의 방계혈족인 때에는 대습상속이 인정되지 않는다. 윤진수, 친족상속법강의, 박영사, 2016, 289면.

28) 우리나라처럼 배우자의 대습상속을 인정하는 예는 찾아보기 어렵다. 윤진수, 앞의 책, 289면.

29) 대습상속의 법적 성질 및 인정 근거를 이해하는 데 참고할 수 있는 각국 입법의 연혁에 대하여는, 광동현, 앞의 논문, 30~32면 참조.

30) 대습상속의 사유를 제공한 자를 피대습인이라고 부른다. 피대습자라는 표현이 혼용되고 있다. 윤진수, 앞의 책, 289면.

31) 광동현, 앞의 논문, 32~33면 ; 송덕수, 제13판 신민법강의, 박영사, 2020, 1649면 ; 한삼인, 신체계 한국가족법, 화산미디어, 2015, 319면 ; 이선형, 앞의 논문, 482면 등.

32) 김주수, 친족·상속법 제6전정판, 법문사, 2002, 528면 ; 광동현, 앞의 논문, 33면.

(적극재산·소극재산)가 상속인에게 포괄적으로 승계되는 것이다(민법 제1005조). 즉 상속은 상속재산의 상속인에 대한 유리·불리를 고려하지 않고 이루어지는 것으로서(상속재산 포괄승계의 원칙), 그 뒤 상속인은 상속재산의 상태에 대한 자신의 입장에 따라 일정 기간 즉 고려기간 안에 한정승인 또는 상속포기를 할 수 있다. 민법은 상속인이 상속 과정에서 자신이 처할 수 있는 불리한 상황으로부터 벗어날 수 있는 길을 마련해 두고 있다.

그러나 대습상속의 제도적 취지는 상속의 경우와 달리 이해된다. 대습상속은 상속재산의 상속인에 대한 유리·불리를 떠난 단순한 포괄적 승계를 목적으로 하는 제도가 아니라, 상속의 일반원칙에 따를 경우 상속인의 범위에서 제외될 수밖에 없지만, 피상속인의 유족 가운데 상속에 의하여 재산을 승계할 수 있을 것이라는 기대를 가지는 일부의 유족을 제1순위의 상속인으로 포함시킴으로써 상속의 본질인 유족의 생활 유지를 충실하게 하려는 이른바 상속의 공평을 실현함을 목적으로 하는 제도라고 할 수 있다.³³⁾

살펴본 바와 같이, 상속제도와 대습상속제도는 그 제도적 취지를 달리하는 것임에도 불구하고, 우리 민법은 양자를 일괄하여 규정하고 있다. 대상 사안에 있어서 원심 판결과 대상 판결이 법리 적용에 있어서 견해의 차이를 보이는 것은 근본적으로 이에 연유한 것이라고 볼 수도 있다.³⁴⁾

3) 대습상속의 포기

피상속인의 사망으로 상속이 개시된 후 상속인이 상속을 포기하면 상속이 개시된 때로 소급하여 그 효과가 발생한다(민법 제1042조). 따라서 제1순위 상속권자인 배우자와 자녀들이 상속을 포기하면, 제2순위에 있는 사람이 상속인이 된다.³⁵⁾

이러한 상속포기의 효과는 피상속인의 사망으로 개시된 상속에만 미치는 것이고, 그 후 피상속인을 피대습자로 하여 개시된 대습상속에까지 미치지 않는다. 대습상속은 상속과는 별개의 원인으로 발생하는 것이며, 대습상속이 개시되기 전에는 이를 포기하는 것이 허용되지 않기 때문이다. 이는 종전에 상속인의 상속포기로 피대습자의 직계존속이 피대습자를 상속한 경우에도 마찬가지이다.³⁶⁾

33) 우병창, 앞의 논문, 188면 ; 이선형, 앞의 논문, 482면 등. 대법원, 2001. 3. 9. 선고 99다13157 판결.

34) 우병창, 앞의 논문, 188면.

35) 대법원, 1995. 4. 7. 선고 94다11835 판결.

민법 기타 법령은 대습상속의 포기에 관하여 그 절차나 방식에 관하여 별도의 규정을 두고 있지 않다. 여기서 대습상속권자가 대습상속을 포기하려고 할 때에는, 다음과 같은 이유에서 ‘일반적으로는’ 별도로 민법 기타 법령이 정하는 상속포기의 절차와 방식에 따라 대습상속을 포기해야 한다고 본다. 첫째, 대습상속 역시 그 본질은 상속(권)이기 때문에, 대습상속이 개시되기 전 즉 피상속인이 사망하기 전에 미리 이에 관한 권리를 포기할 수 없다.³⁷⁾ 둘째 앞에서 지적된 바와 같이 대습상속은 상속과는 별개의 원인으로 발생하는 것으로서, 각기 그 제도적 취지를 달리하고 있으며, 양자의 포기에 있어서는 모두 법률관계가 명확하게 처리됨으로써 법적안정성이 실현될 수 있도록 함을 그 이념적 주안점으로 삼고 있다.

그런데 대상 사안의 경우와 같이, 제1차 상속 즉 본위상속에 있어서 상속의 목적과 제2차 상속 즉 대습상속에 있어서 상속의 목적이 동일한 경우에 있어서도, 제1차 상속에 있어서 상속포기를 한 상속인이 제2차 상속 즉 대습상속에 있어서도 상속채무의 구속으로부터 벗어나기 위하여 상속포기를 하고자 한다면, 제1차 상속에서의 상속포기와는 별도의 절차와 방식으로 상속포기를 해야 한다고 보아야 하는지 그 여부가 문제시되는데, 이 점에 관하여 바로 이어서 다루기로 한다

4) 대상 사안의 해결

대상 사안에 있어서 원심 판결과 대상 판결은 당초 피상속인 B에 대한 상속포기의 효과가 A에 대한 대습상속에까지도 미치는지 그 여부에 대하여 판단을 달리하였다.

① 원심에서 피고들(B1·B2·B3·B4)은, 피고들이 이미 B의 재산상속을 포기하였음에도 B의 후순위 상속인인 A를 거쳐 다시 B의 상속분을 대습상속한다고 보는 것은 상속포기 및 대습상속의 제정 목적에 맞지 않고, 이미 포기한 채무를 다시 부담하는 셈이 되어 신의칙에 반한다고 주장하였다. 원심 판결은 이 사건에서 A에게 고유재산이나 채무가 없었다는 점을 들어, 피고들이 B로부터의 상속을 포기한 효과가 A의 사망에 따른 B의 대습상속에도 미친다고 판단하였다.³⁸⁾ 이에 원고 S는 상고하였다.

② 대상 판결은 상속포기의 효과가 피상속인을 피대습인으로 하여 개시된

36) 우병창, 앞의 논문, 183면 ; 이선형, 앞의 논문, 498면 등.

37) 김상훈, 앞의 책, 57면.

38) 권영준, 앞의 논문, 539면.

대습상속에 미치지 않는다고 보면서, 원심 판결을 파기환송하였다. 대상 판결은 다음과 같이 판단하였다. 대습상속은 상속과는 별개의 원인으로 발생하는 것이고, 대습상속이 개시되기 전에 이를 포기하는 것은 허용되지 않는다. 이는 종전에 상속인이 상속포기를 하여 피대습인의 직계존속이 피대습인을 상속한 경우에도 마찬가지이다. 원심 판결은 A에게 고유재산이나 채무가 없었다는 점을 들고 있지만, 피대습인의 직계존속이 사망할 당시 피대습인으로부터 상속 받은 재산 외에 고유재산을 소유하고 있었는지에 따라 상속포기의 효력이 미치는 범위를 달리 볼 이유가 없다. 이 사안에서 피고들이 대습상속 개시 후 민법이 정한 절차와 방식에 따라 상속 포기를 하지 않은 이상, 피고들은 대습상속을 단순승인한 것으로 보아야 한다. 이와 달리 당초 피상속인에 대한 상속 포기에 대습상속 포기의 효력이 있다고 본다면, 상속포기의 의사를 명확히 하고 법률관계를 확일적으로 처리함으로써 법적안정성을 꾀하고자 하는 상속포기제도가 잠탈될 우려가 있다.³⁹⁾

③ 위와 같이 상속포기의 효과가 대습상속에까지도 미치는지 그 여부에 대하여 원심 판결과 대상 판결은 견해를 달리하였다. 그러나 원심 판결이 상정하는 형태의 대습상속의 포기는 상속의 포기에 관한 우리나라 현행 법령 즉 민법과 가사소송법 및 동 심판규칙과 관련 판례의 태도에 어긋나는 것이다. 자세히 지적하면, 다음과 같다.⁴⁰⁾

피고들은 상속포기의 절차를 거쳤을 뿐 대습상속 포기의 절차를 거치지 않았다. 가정법원도 상속포기를 수리하는 심판을 하였을 뿐 대습상속의 포기를 수리하는 심판을 하지 않았다. 그리고 원심 판결이 상정하는 대습상속의 포기는 대습상속이 일어나기에 앞서서 하는 이른바 사전 상속포기이며, 대습상속의 개시 및 피상속인의 고유재산의 부존재를 조건으로 하는 조건부 상속포기이다. 그런데 사전 상속포기와 조건부 상속포기는 모두 우리 판례가 금지하는 상속포기의 형태이다. 그리고 대습상속에 있어서 대습자는 피대습자의 권리를 승계하는 것이 아니라 자기가 가지는 고유의 권리로 피상속인을 상속하는 것이므로,⁴¹⁾ 대습상속은 그 이전의 상속과는 별개의 상속으로 파악되어야 한다. 따라서 상속포기의 효과는 대습상속에 영향을 미칠 수 없다.⁴²⁾ 그리고 원심 판결

39) 권영준, 앞의 논문, 539면.

40) 권영준, 앞의 논문, 541면.

41) 김주수·김상용, 주식민법 상속(2)(한국사법행정학회, 2015), 215면 ; 이선형, 앞의 논문, 482면 등. 대법원, 2005. 1. 13. 선고 2004다34080 판결.

42) 윤진수, 앞의 책, 295면.

처럼 해석하면 법률관계의 명확성이 저해된다. 상속포기 또는 대습상속의 포기는 포기의 주체 외에 상속에 이해관계를 가지는 제3자들에게도 중요한 사안이므로 민법 등 관련 법령들은 상속포기를 요식행위로 규정하여 상속포기의 의사와 내용이 명확한 방식으로 드러나도록 하고 있다. 그런데 당초의 상속포기만으로는 원심 판결이 상정하는 대습상속 포기의 의사와 내용을 확정하기 어렵다고 보아야 할 것이다.

위와 같이 이해하는 입장에 따르면, 비록 제1상속에 있어서 피고들(B1·B2·B3·B4)의 의사에 현실적으로 대습상속 포기의 의사가 있었다고 할지라도, 이를 근거로 하여 대습상속 포기의 효과까지 인정하는 것은 상속포기를 요식행위로 정하는 등 상속포기의 의사와 내용이 명확한 방식으로 드러나도록 함으로써 상속관계에 있어서 법적안정성을 확보하려는 현행법질서의 정신에 이론적으로 명백하게 위배된다고 본다. 따라서 대상 사안은 본위상속의 목적과 대습상속의 목적이 같기 때문에 구체적타당성이 특히 강조되어야 하는 경우이지만, 이러한 점을 강조하는 이론적 시도는 법이론적으로 상속포기에 관한 이론 영역에서는 명백한 한계에 부딪히게 된다고 본다. 여기서 구체적타당성 확보의 견지에서 대습상속인들이 상속채무로부터 벗어날 수 있도록 하기 위한 이론적 시도는 논의의 영역을 옮겨, 다른 해석론의 여지를 찾는 형태로 이루어질 수밖에 없다고 생각한다.

다. 대습상속인의 의사

1) 대습상속인의 의사의 존중

법을 적용하여 사회적 갈등을 해결하는 데 있어서는 일반적으로 그 과정에 관여하는 이해당사자의 보호 가치 있는 의사가 충분히 고려되어야 한다. 문제시되는 법률관계의 안팎에 존재하는 많은 사회적 요소들을 염두에 두고, 당사자의 보호 가치 있는 의사를 충분히 고려하면서, 문제 해결의 법적 단서를 발견하여, 타당한 결론을 도출하기 위한 여러 단계의 법논리적 판단을 거쳐야 한다. 이 점은 상속관계의 갈등에 관하여도 마찬가지이다.

자유주의 내지 자본주의는 사유재산제도를 인간의 품위 내지 존엄성과 결부되는 것으로 이해한다. 즉 인간은 본성적으로 재화의 사유를 원할 뿐 아니라,⁴³⁾ 이를 축적하여 자기 자손들에게 물려주고자 하기 때문에, 이러한 본성적

43) 이에 관하여는, 이태재, 법철학사와 자연법론, 법문사, 1984, 318~319면 참조.

욕구를 배제하면 인간이 인간으로서 가지는 품위 내지 존엄성이 파괴된다고 본다.⁴⁴⁾ 자유주의 내지 자본주의에 있어서 사유재산제도는 이러한 철학의 기초 위에 헌법상의 기본제도의 하나로 존립하고 있는 것이며, 상속제도 역시 이와 이념적 맥락을 같이하는 것이다.⁴⁵⁾ 상속포기는 일반적으로 상속채무가 상속재산을 초과하는 경우에 상속채무로부터 벗어나려는 상속인의 의사로 이루어진다. 이러한 점에서, 상속포기제도는 상속제도의 내용의 중요한 일부를 구성하는 것으로서, 그 운용상 상속인이 상속포기와 관련하여 가지는 진정한 의사는 ‘보호 가치가 있는 경우’를 요건으로 최대한 존중되어야 할 것이라고 본다.

본위상속과 대습상속은 별개의 원인으로 발생하는 것이지만, 양자 모두 근친 혈족관계에서 발생하는 것이다. 따라서 상속인 순위에 해당하는 사람의 범위 안에서는 피상속인의 재산 상황이 대체로 잘 알려져 있는 경우가 일반적이다. 여기서 본위상속과 대습상속에 있어서 목적재산(상속채무)이 같은 경우 본위상속에 있어서 상속채무를 벗어나기 위하여 상속포기를 한 상속인이 대습상속에 있어서는 별도로 상속을 포기하지 않았다면, 대습상속인의 진정한 의사는 어떻게 평가되어야 할 것인가가 문제시되는데, 이에 대하여 주목하고자 한다. 아래에서, 상속포기에 관한 현행 법령 즉 민법과 가사소송법 및 동 심판규칙과 관련 판례의 태도를 염두에 두고, 검토한다.

2) 대상 사안의 해결

제1차 상속(본위상속)에서는 상속을 포기하였지만, 제2차 상속(대습상속)에서는 상속을 포기하지 않은 대습상속인의 진정한 의사는 대체로 다음과 같이 추정될 수 있다고 본다.⁴⁶⁾

대상 사안에 있어서 상속인인 피고들(B1 · B2 · B3 · B4)에게는 채무를 상속할 의사가 없었다. 따라서 피고들은 상속포기를 하였고, 이로써 B의 채무를 종국적으로 승계하지 않을 것이라는 기대를 가지게 되었다. 그런데 B의 채무를 제2순위 상속인으로서 상속한 A가 사망하면서 피고들은 대습상속인의 지위에서 B의 채무를 (실질적으로) 다시 상속할 상황에 처하게 되었다. 특히 대상 사안에서는 A에게 아무런 고유재산이 없었으므로 B의 채무가 A를 거쳐 다시 피고들에게 상속되게 되었다. 이러한 상황은 피고들의 의사나 기대와는 전혀

44) 이태재, 물권법, 진명문화사, 1981, 178면.

45) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2010, 562면.

46) 권영준, 앞의 논문, 539~540면 참조.

다르게 전개된 것이었다. 상속의 포기는 불의(不意)의 상속채무를 면하기 위하여 하는 것인데,⁴⁷⁾ 피고들은 앞서서 상속을 포기하였음에도 불구하고 불의의 상속채무를 부담하게 된 셈이다.

피고들의 의사 즉 대습상속인들의 의사는 위와 같이 추정될 수 있다고 본다. 그리고 사회일반인도 피고들과 마찬가지로 대습상속에 대한 이해를 가지고 있지 않거나, 일단 상속을 포기하면 피상속인의 상속으로부터 완전히 벗어나므로 별도의 대습상속의 포기는 필요하지 않다고 생각하기 쉽다.⁴⁸⁾ 위와 같이 추정될 수 있는 피고들의 의사 내지 사회일반인의 의사에 대하여 원심 판결과 대상 판결은 평가를 달리하였다.

원심 판결은 피고들의 의사와 기대를 보호하기 위하여 과감한 해석론을 전개하였다. 즉 피상속인 A는 그에게 고유재산이 전혀 없어 단순히 당초의 상속 포기 재산(B의 재산)을 물려받아 넘겨주는 역할만 하였기 때문에 이 경우에는 최초의 상속포기의 효과가 대습상속에도 미친다고 보았다. 그러나 대상 판결이 지적하는 바와 같이, 이러한 원심 판결의 입장은 상속포기의 일반법리에 비추어 볼 때 무리한 해석론이라고 하지 않을 수 없다.⁴⁹⁾

대상 사안에 있어서 피고들의 의사 즉 대습상속인들의 의사는 사회일반인의 의사로서 보호 받을 수 있는 것이라고 평가할 수 있지만, 현행 법령상 상속포기에 관한 일반법리의 구조 안에서는 법논리적 상황의 한계로 인하여 그에 대한 보호가 실현될 수 없다. 여기서 구체적타당성 확보의 견지에서 대습상속인들이 상속채무로부터 벗어날 수 있도록 하기 위한 이론적 시도는 논의의 영역을 옮겨, 다른 해석론의 여지를 찾는 형태로 이루어질 수밖에 없다고 본다.

라. 법 해석 · 적용의 지도이념

1) 일반론 및 판례

법 해석 · 적용의 지도이념은 일반적으로 구체적타당성과 법적안정성의 조화라고 설명된다. 즉 추상성과 일반성을 가지는 법의 의미를 밝히고 적용하는 데 있어서, 한편으로는 개별적 사안에 대하여 구체적으로 타당성 있는 해결을 가져다 줄 수 있도록 해야 하는 한편, 동시에 법질서 전체의 측면에서 일반적인 확실성을 기함으로써 법적안정성에 기여할 수 있도록 해야 한다고 설명되

47) 박동섭, 제3정판 친족상속법, 박영사, 2009, 653면.

48) 권영준, 앞의 논문, 540면.

49) 권영준, 앞의 논문, 540면 참조.

고 있다.⁵⁰⁾

그런데 현실적으로 양자를 조화시키기 어려운 경우가 있을 수 있는데, 이 경우 어떻게 해석·적용해야 할 것인지 문제시될 수 있다. 대법원은 이 경우 법적인정성의 원리에 따라야 한다고 보았다. 대법원은 “법 해석의 목표는 어디까지나 법적인정성을 저해하지 않는 범위 내에서 구체적타당성을 찾는 데에 두어야 할 것이다. 그리고 그 과정에서 가능한 한 법률에 사용된 문언의 통상적인 의미에 충실하게 해석하는 것을 원칙으로 하고, 나아가 법률의 입법 취지와 목적, 그 제·개정 연혁, 법질서 전체와의 조화, 다른 법령과의 관계 등을 고려하는 체계적·논리적 해석 방법을 추가적으로 동원함으로써, 앞서 본 법 해석의 요청에 부응하는 타당한 해석이 되도록 하여야 할 것이다.”라고 하였다.⁵¹⁾

양자의 조화 문제에 대하여 일반론적으로는 대법원의 입장에 수긍하지만, 종전으로는 법적인정성과 구체적타당성이 가지는 비중 여하에 대한 판단은 구체적 사안에 따라 신축성 있게 이루어져야 할 것이라고 본다. 즉 사안의 구체적 상황 및 이를 둘러싸고 있는 여러 현실적 사정과 관련 법질서 등을 고려하여, 경우에 따라 개별적으로 법적인정성에 또는 구체적타당성에 더 크게 비중을 두고 신축성 있게 판단해야 한다고 본다.⁵²⁾ 물론 어느 측면에 더 크게 비중을 둔다고 할지라도 무제한적으로 이를 강조해서는 안 되며, ‘법적인정성과 구체적타당성의 조화’라는 큰 틀 속에 포섭될 수 있을 정도로 이를 강조해야 할 것이다.

법적인정성과 구체적타당성이 조화를 이루기 어려운 경우 양자의 조화를 구체적으로 어떻게 보아야 할 것인가의 문제는 법이념론의 핵심 주제의 하나로써 심각하게 논의되어야 할 것이라고 본다.

2) 대상 사안의 해결

대상 사안의 해결에 있어서, 원심 판결과 대상 판결은 법의 해석·적용에 관한 이념적 지향점을 달리하였다고 본다. 제1심 판결과 원심 판결을 통하여 대상 사안의 사실관계를 자세히는 파악할 수 없지만, 대상 사안에 있어서는 상

50) 이하 법 해석·적용의 지도이념에 관하여는 성위석, 북한 주민의 상속회복청구권과 제척 기간, 민사법의 이론과 실무 제21권 제1호, 민사법의 이론과 실무 학회, 2017. 12, 210~211면 참조.

51) 대법원 2009. 4. 23. 선고 2006다81035 판결.

52) 예외적으로 구체적타당성을 위해서 법적인정성을 깨뜨리는 법해석을 해야 하는 경우도 있을 것이라고 지적하는 견해가 있다. 곽윤직·김재형, 제9판 민법총칙, 박영사, 2015. 종전과 대체로 맥락을 같이하는 견해라고 생각한다.

속포기의 목적과 대습상속의 목적이 같으므로, 대상 사안의 해결에 있어서 사실관계의 실질적 측면에 주목하면서 더 크게 비중을 두어야 할 법 해석·적용상의 이념적 지향점은 법적안정성이 아니라 구체적타당성이라고 생각한다.⁵³⁾ 위에서 지적한 바와 같은 맥락에서 이 점을 보다 구체적으로 언급하면, 대상 사안은 ‘법적안정성과 구체적타당성의 조화’라는 큰 틀 속에서 구체적타당성이 특히 강조되어야 할 경우라고 본다.

그럼에도 불구하고, 대상 판결은 피상속인에 대한 상속포기에 대습상속 포기의 효과가 있다고 본다면, 상속포기의 의사를 명확히 하고 법률관계를 확립적으로 처리함으로써 법적안정성을 꾀하고자 하는 상속포기제도가 잠탈될 우려가 있다고 봄으로서, 법적안정성의 이념에 더 무게를 두고 판단하였다.

재론의 여지 없이, 대상 사안은 사실관계의 실질에 있어서 구체적타당성이 법 해석·적용의 이념적 지향점으로서 보다 강조되어야 할 경우임에 틀림 없다. 그러나 이러한 지적은 현행 법령상 상속포기에 관한 일반법리의 구조 안에서는 그대로 실현될 수 없는 명백한 한계를 지닌다. 여기서 구체적타당성 확보의 견지에서 대습상속인들이 상속채무로부터 벗어날 수 있도록 하기 위한 이론적 시도는 논의의 영역을 옮겨, 다른 해석론의 여지를 찾을 수밖에 없다.

3. 대상 판결에 대한 평가

① 대상 판결에 있어서 원고 S와 피고들 B1·B2·B3·B4 사이의 사실관계의 구조는 다음과 같이 압축적으로 정리될 수 있다.

원고 S(○○보증보험주식회사)는, S에 대하여 구상금채무를 부담하고 있었던 B의 사망으로 인하여 발생한 상속(제1상속, 본위상속)에 있어서 제1순위 상속인으로서 상속채무를 벗어나기 위하여 상속포기를 하였지만, 그들의 상속포기로 제2순위 상속인으로서 B의 재산을 상속한 B의 어머니 A의 사망으로 인하여 발생한 상속(제2상속, 대습상속)에 있어서는 (상속채무로부터 완전히 벗어났다고 판단하고) 별도로 상속포기를 하지 않았던, B의 배우자 피고 B1과 B의 자녀 피고들 B2·B3·B4에 대하여 각자의 상속분에 따른 구상금채무의 이행을 주장하였고, 피고들 B1·B2·B3·B4는 이에 항변하였다.

② 대상 판결에 있어서 법리적 쟁점은, 상속포기의 효과는 대습상속과 관련하여 어떤 범위에서 파악되어야 하는가의 문제, 피대습인의 직계존속이 사망할

53) 구체적타당성에 비중을 크게 두고 과감하게 판단한 원심의 입장은 그러한 점에 있어서는 비록 상속포기에 관한 법해석 구조의 측면에서 논리적으로 무리를 안고 있지만, 그 진정성은 높게 평가되어야 한다고 본다.

때 피대습인으로부터 상속 받은 재산 외에 고유재산을 소유하고 있었는지 여부에 따라 상속포기의 효과의 범위를 달리 보아야 하는가의 문제, 제1상속에 있어서 상속인인 배우자와 자녀들이 상속포기를 한 후 피상속인의 직계존속의 사망하여 제2상속(대습상속)이 개시되었지만 대습상속인이 한정승인이나 상속포기를 하지 않은 경우 단순승인을 한 것으로 간주되어야 하는가의 문제 등으로 정리되었다.

③ 상속포기 및 대습상속의 포기 등에 관하여 앞에서 논의된 바를 결론적으로 정리하면 다음과 같다.

상속포기 및 대습상속의 포기와 관련한 현행법 해석론의 테두리 안에서는, 대상 사안에 있어서 피고들의 제1상속에 있어서의 상속포기는 피상속인 B로부터 상속 받는 것을 포기하는 효과를 발생할 뿐이며, B의 어머니 A의 사망에 따른 대습상속에까지 효과를 발생시키는 것은 아니다.⁵⁴⁾ 그러므로 B가 S에 대하여 부담했던 구상금채무는 B 사망 후 제1순위 상속인인 피고들의 상속포기에 따라 제2순위 상속인인 A에게 단독으로 상속되었다가, 그 후 A의 사망에 따라 자녀들인 C·D·F와 (자녀들 B·E의 사망에 따른) 대습상속인들에게 공동으로 상속되었다. A의 사망에 따라 B를 피대습자로 한 대습상속이 개시된 후 피고들이 상속의 효과를 배제하고자 하였다면, B에 대한 상속포기와는 별도로 민법 기타 법령이 정한 절차와 방식에 따라 A를 피상속인으로 하는 상속(대습상속)을 포기했어야 한다. 이와 같이 보지 않고 상속포기의 효과가 대습상속에까지 미친다고 본다면, 피상속인에게 적극재산이 많아서 상속을 받을 이익이 있을 경우에는 대습상속인은 불이익을 입게 된다. 그렇다고 하여 피상속인의 소극재산이 적극재산을 초과할 경우에만 상속포기의 효과가 대습상속에 미친다고 본다면, 우연한 사정에 따라 상속 여부가 달라지게 되어, 상속과 관련한 법질서의 안정이 크게 위협을 받게 되고, 상속포기 절차를 엄격하게 규정하고 있는 법의 취지가 물각 당하게 되어 부당하다.

이러한 입장에서 평가할 때, 대상 판결은 상속포기에 관한 현행법 해석론의 범위 안에서는 논리적으로 정당하다.

⑤ 그렇지만 대상 판결은, 대상 사안에 있어서 제1상속의 목적과 대습상속의 목적이 같았다는 점, 대습상속인의 진정한 의사가 충분히 반영되지 못하였다는 점, 따라서 법의 해석·적용상 구체적타당성 확보의 측면에서 문제점을 안고 있다는 점 등에서, 큰 아쉬움을 남기게 하고 있다. 이러한 점에서 대상

54) 이하 김상훈, 앞의 책, 58~59면 참조.

판결에 대한 논평에 덧붙여, 법해석론 및 입법론의 측면에서 약간의 논의가 더 필요하다고 본다.

IV. 해석론의 여지와 입법론

대상 판결이 상속포기에 관한 현행법 해석상 논리적으로 정당하다는 평가와는 별개로, 구체적타당성의 견지에서 대상 판결이 가지게 하는 아쉬움에 관하여 논의를 계속하기로 한다.⁵⁵⁾ 이에 관한 몇 가지 견해에 대하여 주목한다.

1. 특별한정승인의 요건의 완화

가. 특별한정승인제도의 원용

대상 사안에 있어서 피고들(B1·B2·B3·B4)은 제1심 사건의 소장 부분을 송달 받고 그로부터 3월 내에 한정승인신고를 하였으며, 그 신청은 수리되었다. 이에 대하여 대상 판결은 피고들은 제1차 상속(본위상속)에서만 상속포기를 하였을 뿐 제2차 상속 즉 대습상속에서는 별도로 한정승인이나 상속포기를 하지 않아 법정단순승인을 한 것으로 의제된다고 보았다. 이에 대하여 대상 사안에 있어서 이른바 특별한정승인의 요건을 완화하는 내용으로 해석·적용하였더라면 구체적타당성에 부합하는 결론이 도출될 여지가 있었다는 취지의 지적이 있다.⁵⁶⁾ 적절한 지적이다.⁵⁷⁾ 대상 사안의 제1심 판결 및 원심 판결을 통하여 사실관계를 자세히 파악할 수 없기 때문에, 대상 사안에 대하여는 이러한 지적을 염두에 두고 심도 있게 논의하는 데 한계가 따른다. 그렇지만 대상 사안과 같은 유형의 다른 사안을 해결하는 데 대하여는 매우 의미 있는 지적이라고 본다.

상속인이 상속채무가 상속재산을 초과한다는 사실을 중대한 과실 없이 상속

55) 대상 판결의 파기환송심인 창원지방법원 2017나609 사건은 2017. 6. 23.자 화해권고결정에 대하여 양 당사자가 이의를 제기하지 않아 2017. 7. 14.자로 확정되었다. 이 점에 미루어 볼 때, 파기환송심도 구체적 타당성에 부합하는 결론을 얻기 위하여 고심한 것으로 보인다. 이선형 앞의 논문, 497면.

56) 그 자세한 내용에 대하여는 이선형, 앞의 논문, 494~496면 참조 ; 권영준, 앞의 논문, 541~542면에서도 같은 취지로 설명하고 있다.

57) 이러한 지적에 대하여, 이 사안의 경우에는 제1019조 제1항의 적용이 우선되는 것이 피고들의 구제에 유리하다는 지적이 있다. 우병창, 앞의 논문, 186면.

개시 있음을 안 날로부터 3월 내에 알지 못하고 단순승인(민법 제1026조 제1호 및 제2호 규정에 의하여 단순승인한 것으로 보는 경우를 포함한다)을 한 경우에는 그 사실을 안 날로부터 3월 내에 한정승인을 할 수 있다(민법 제1019조 제3항). 이를 특별한정승인이라고 하는데, 이 제도의 운용에 있어서 중심적 내용이 되는 고려기간의 기산점의 확정 즉 ‘상속 개시 있음을 안 날’의 기산점의 확정과 귀책사유의 유무에 대한 판단 즉 ‘중대한 과실’의 유무에 대한 판단에 대하여 그 완화된 해석의 경향을 약간 살펴보기로 한다.

나. 고려기간의 기산점

앞에서 살펴본 바와 같이, 민법 제1019조 제1항이 정하고 있는 상속의 승인·포기의 기간(고려기간)의 기산점 즉 ‘상속 개시 있음을 안 날’에 대하여, 우리 학설·판례는 일반적으로 ‘상속 개시의 원인이 되는 사실의 발생을 알고 이로써 자기가 상속인이 되었음을 안 날’을 뜻한다고 이해하고 있다. 이와 같이 학설·판례는 ‘상속 개시 있음을 안 날’을 확정하는 데 있어서 상속 개시의 원인사실의 발생뿐 아니라 ‘자기가 상속인이 되었음을 안 날’까지도 심리·규명해야 한다고 보고 있다. 학설·판례의 이러한 입장은 특별한정승인의 인정에 있어서는 구체적타당성이 이념적 주안점이 되는 경우도 있을 수 있다고 보는 사고가 그 저변에 흐르고 있다.

다. 귀책사유의 유무

특별한정승인으로 인정되기 위해서는 상속인에게 귀책사유 즉 ‘중대한 과실’이 없어야 한다. 여기서 중대한 과실의 의미에 대하여 학설이 일치하지 않고 있다.⁵⁸⁾ 판례는 상속인이 조금만 주의를 기울였다면 상속채무가 상속재산을 초과한다는 사실을 알 수 있었음에도 이를 게을리함으로써 그러한 사실을 알지 못한 것을 의미한다고 하면서, 상속인이 상속채무가 상속재산을 초과하는 사실을 중대한 과실 없이 민법 제1019조 제1항의 기간 내에 알지 못하였다는 점에 대한 증명책임은 상속인이 부담한다고 한다.

판례가 중대한 과실의 의미를 구체적 사안에 따라 탄력적으로 판단할 수 있도록 개방적으로 이해하고 있다는 점도 이 경우에는 구체적타당성이 이념적 주안점이 되는 경우도 있을 수 있다고 보는 사고가 그 바탕에 깔려 있다.

58) 상속인에게 중대한 과실이 있는지 여부는, 법원이 개개의 사건에 따라 개별적·구체적으로 밝히게 된다는 점에서, 학설 논의에는 실익이 없을 것 같다. 이선형, 앞의 논문, 495면 참조.

2. 상속포기제도의 보완

가. 입법론의 의미

대상 판결이 가지는 여러 문제점을 염두에 두고, 입법론의 견지에서 상속포기제도 내지 대습상속제도의 보완에 관하여 언급하기로 한다.

대상 사안처럼 대습상속인에게 오직 불리하기만 한 상속관계에 있어서 법적 안정성과 구체적타당성이라는 두 가지 이념이 조화롭게 반영되어 원심 판결의 과감한 해석론이 타당성을 가질 수 있도록 하는 명확한 입법적 조치가 필요하다고 본다.⁵⁹⁾ 그런데 대상 사안의 경우에는 현행 민법의 해석으로서도 피고들이 고려기간 내에 대습상속을 포기하거나 한정승인 내지 적어도 특별한정승인의 요건을 충족하였다면 제1상속에서 포기했던 구상금채무의 대습상속으로부터 벗어날 수 있었기 때문에, 대상 사안과 같은 유형의 사안을 염두에 둔 입법론은 큰 의미를 가진다고 할 수 없다.⁶⁰⁾ 그렇지만 대상 사안과 같은 유형의 사안에서는 대습상속인이 오직 불리하기만 한 사정에 처한 경우라고 할 수 있을 것이며, 이 점에서 대습상속인의 법적으로 보호 받을 수 있는 진정한 의사와 사회일반인의 법의식을 반영하면서 상속관계에 있어서 구체적타당성의 이념을 관철하려는 입법론은 나름대로 큰 의미를 가지는 것이라고 본다.

아래에서, 입법론으로 제시된 견해⁶¹⁾에 대하여 간략하게 살펴본다.

나. 상속포기의 효과

상속포기의 효과에 관하여, “상속포기의 목적과 대습상속의 목적이 동일한 것일 경우 그 포기의 효과는 대습상속에까지 미친다.”라는 규정 등의 신설을 내용으로 하는 민법 개정(민법 제1041조의 2)을 시론적으로 제안하는 견해가 있다. 이 견해에 대하여 공감하는 바 크다. 그러나 이 견해에 의하면, 상속재산의 동일성이 확인될 때까지는 상속인과 상속분을 확정할 수 없기 때문에, 상속으로 인한 법률관계가 조속히 확정되어야 한다는 요청에 비추어, 문제점을 안고 있다고 본다. 관련 사항에 관하여 많은 논의가 이루어져야 할 것이다.

다. 대습상속인의 범위

대습상속인의 범위에 관하여, 대습상속에 관한 민법 제1001조에 “다만 그 갈

59) 우병창, 앞의 논문, 188~189면.

60) 이선형, 앞의 논문, 497면.

61) 이선형, 앞의 논문, 497면.

음할 자에 대하여 상속을 포기한 자는 상속인이 되지 아니한다.”라는 단서 규정을 두는 민법 개정을 시론적으로 제안하는 견해가 있다.⁶²⁾ 경청할 만한 견해이지만, 이 견해도 상속인이 상속포기 여부를 결정하는 데 있어서 장래의 대습상속에 대비하여 공동상속인이나 후순위 상속인의 자력까지 고려해야 한다는 문제점을 안고 있다. 많은 논의가 필요하다.

V. 맺는 말

1. 정리

① 대상 사안에 있어서 문제 상황의 핵심적 내용은 제1상속 즉 본위상속에 있어서 상속포기의 효과가 제2상속 즉 대습상속에 미치는지 그 여부에 관한 민법 기타 관련 법령의 해석·적용의 문제이다. 제1심 판결과 대상 판결은 법적인 안정성을 이념적 주안점으로 삼는 입장에서 그 효과가 대습상속에 미치지 않는다고 본 데 대하여, 원심 판결은 구체적타당성을 이념적 주안점으로 삼는 입장에서 그 효과가 대습상속에 미친다고 보았다.

② 대상 사안은 그 해결에 있어서 구체적타당성이 보다 강조되어야 할 사안이다. 그렇지만 상속포기 및 대습상속의 포기에 관한 현행 법령의 해석 구조 속에서는 구체적타당성의 이념을 사안 해결의 결론까지 철저히 관철하는 데에는 이론적 한계가 있음을 부정할 수 없다. 여기서 사안의 해결에 있어서는 관련 법령의 규제를 존중해야 한다는 논리적 전제에 서서, 대상 판결은 정당하다고 평가하였다.

③ 그렇지만 대상 판결은, 제1상속의 목적과 제2상속의 목적이 같았다는 점, 대습상속인의 진정한 의사가 충분히 반영되지 못하였다는 점, 따라서 법의 해석·적용상 구체적타당성 확보의 측면에서 문제점을 안고 있다는 점 등에서, 큰 아쉬움을 남기게 하고 있다. 여기서 대상 판결에 대한 평가에 이어, 대상 사안에 있어서는 구체적타당성을 이념적 주안점으로 삼아야 한다고 보는 입장을 그대로 유지하면서, 대습상속에 있어서 피고들이 실질적으로 상속채무를 벗어날 수 있도록 하기 위하여 이른바 특별한정승인의 요건을 완화하는 해석론

62) 배우자의 대습상속에 관하여는 민법 제1003조 제3항을 준용규정으로 따로 신설해야 할 것이다. 이선형, 앞의 논문, 497면.

을 원용해야 한다는 견해를 주목하는 한편, 상속포기제도의 개선적 보완에 관한 입법론적 견해에 언급하였다.

2. 후속 연구 방향

① 오늘날의 사회는 과학문명의 눈부신 발달에 힘입어 고령화사회의 모습을 뚜렷이 하고 있다.⁶³⁾ 이 점에 비추어 미래사회를 전망할 때, 대상 판결에서 다루어진 법적 문제는 앞으로 드물지 않게 경험할 수 있는 사회문제의 하나가 될 것이라고 예상한다. 이러한 점에서, 대상 판결에서 다루어진 문제와 같은 유형의 문제는 계속적으로 관심의 대상이 되어야 하며, 그 해결을 위한 논의는 법해석론 및 입법론 두 영역에 걸쳐 심도 있게 진행되어야 할 것이다. 즉 특별한정승인의 요건 완화에 관한 논의 등 관련 해석론과 상속포기의 효과·대습상속인의 범위 등에 관한 논의 등 관련 입법론은 계속적으로 의미를 가지게 될 것이라고 본다.

② 우리 현행법도 대습상속에 관한 규정을 가지고 있지만, 입법 규모에 있어서 빈약하다. 여기서 현실적으로 예상되는 많은 문제점을 해결하기 위해서는 불가피하게 입법론적 방안을 강구할 수밖에 없다고 지적되고 있다.⁶⁴⁾ 이러한 지적에 덧붙여, 오늘날의 사회변천과 관련하여 약간 언급하고자 한다.

오늘날의 사회는 지식정보화사회를 뛰어 넘어 이른바 제4차산업혁명사회로 접어들었다고 설명된다. 여러 단계의 사회변천을 겪어오는 가운데, 오래 전부터 이미 자연스러운 모습으로 인식되어 오던 핵가족사회의 모습은 이제 확실한 사회현상으로 정착하고 있다.⁶⁵⁾ 사회가 급격하게 변천을 거듭함에 따라, 전통적 혈연공동체 관념이 날로 희박해지면서, 그러한 관념에 기초한 공동체적 유대가 날로 약화되고 있음을 부인할 수 없다. 여기서 대습상속에 관한 법해석론 나아가 입법론에 있어서는, 거시적인 안목에서 이 점을 염두에 두고, 반영해 나가야 할 것이라고 본다.

실정법 연구 일반에 있어서 그러하듯, 상속법에 대한 연구도 대상 법규의 규제 대상과 관련되는 현실적 상황과 유리되어서는 안 된다. 특히 대습상속에

63) 고령화사회가 심화함에 따라 자연스러운 현상으로 대습상속이 발생하는 경우가 증가할 것이라고 본다.

64) 박동현, 앞의 논문, 53면 참조.

65) 핵가족사회의 심화로 전통적 혈족 관념에 기초한 혈연적 유대가 날로 약화될 것이며, 이 점은 대습상속제도의 사회적 기반의 약화로 파악될 것이라고 예상한다.

대한 연구는 오늘날의 사회변천 특히 ‘전통적 대가족사회로부터 핵가족사회로의 변천’과의 밀접한 관련 속에서 진행되어야 한다. 날로 가속화하는 오늘날의 사회변천을 감안할 때, 이에 대한 연구에 있어서는 지금까지의 해석론 및 입법론을 발전시켜 나감과 더불어, 예상할 수 있는 갈등 유형들을 실증적으로 파악하여, 유형별로 합리적인 해결 방향을 모색해 나가야 할 것이다. 그 기초자료를 얻기 위한 법사회학적 연구 특히 고령화사회·핵가족사회의 심화에 따른 대습상속 특히 그 제도적 기반 내지 취지에 관한 법의식의 실태조사가 필요하다고 본다. 법 또한 문화현상의 일부로서 사회 속에 살아서 존재하는 것이어야 하기 때문이다.

상속포기를 포함한 상속제도 일반은 그 이념적 측면에 있어서 사유재산제도와 맥락을 같이하는 것으로서, 인간의 품위 유지 내지 인간의 존엄성 존중을 그 철학적 기초로 삼고 있다. 대습상속에 관한 논의에 있어서도 문제 인식의 출발점을 여기에 두어야 할 것이다.

[참고문헌]

- 곽동현, 대습상속, 아세아여성법학 제6호, 2003.
- 곽윤직, 상속법, 박영사, 2004.
- 곽윤직·김재형, 제9판 민법총칙, 박영사, 2015.
- 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2010.
- 권영준, 2017년 민법 판례 동향, 서울대학교 법학 제59권 제1호(통권 186호), 서울대학교 법학연구소, 2018. 3.
- 김명숙, 2017년 가족법 중요 판례, 인권과 정의 통권 제472호, 대한변호사협회, 2018. 3.
- 김상훈, 상속법판례연구, 세창출판사, 2020.
- 김주수, 제6전정판 친족·상속법, 법문사, 2002.
- 김주수·김상용, 주석민법 상속(2), 한국사법행정학회, 2015.
- _____, 제14판 친족·상속법 - 가족법 -, 법문사, 2017.
- 박동섭, 제3정판 친족상속법, 박영사, 2009.
- 성위석, 북한 주민의 상속회복청구권과 제척기간, 민사법의 이론과 실무 제21권 제1호, 민사법의 이론과 실무 학회, 2017. 12.
- 송덕수, 제13판 신민법강의, 박영사, 2020.
- 신영호·김상훈, 제3판 가족법강의, 세창출판사, 2018.
- 우병창, 상속포기의 효력과 대습상속 - 대법원 2017. 1. 12. 선고 2014다39824 판결 -, 2017년 가족법 주요 판례 10선, 세창출판사, 2018.
- 윤진수, 친족상속법강의, 박영사, 2016.
- 이경희, 가족법, 법원사, 2012.
- 이선형, 상속포기의 효과는 대습상속에도 미치는가? - 대법원 2017. 1. 12. 선고 2014다 39824 판결을 중심으로 -, 동북아법연구 제11권 제2호, 2017.
- 이태재, 물권법, 진명문화사, 1981.
- _____, 법철학과 자연법론, 법문사, 1984.
- 지원림, 민법강의, 홍문사, 2016.

[Abstract]

The Effect of Renunciation of Inheritance
and Inheritance by Representation

- Supreme Court Decision 2014Da39824 Adjudged on January 12, 2017. -

Sung, Wi-Seok*

Does the renunciation of inheritance influence the succession by representation? This is a pressing matter of discussion when the renunciation of inheritance shares the same purpose as the inheritance by representation. The original decision and the supreme court decision took different stances in judicial judgment on this matter.

Whether the respective purposes are identical or not, if a person renouncing the original, namely the first inheritance, has not expressed his will of qualified acceptance or renunciation of inheritance within a period for acceptance, the supreme court decision is considered lawfully valid as an absolute acceptance by law under the Civil Act (§1026, No. 2). Despite the principle of absolute acceptance for inheritance in the Civil Act, the Korean Civil Law endows heirs an opportunity of qualified acceptance or renunciation of inheritance, and that inheritance and succession by representation respectively have different institutional purposes. Therefore, the supreme court decision is considered justifiable in the viewpoint of judicial logic.

However, in the interpretation and application of the law, the supreme court decision needs to be theoretically reviewed in depth both in terms of legal interpretation and legislative theory, if its application is not restricted to keep legal stability and the agenda is examined for its concrete validity. The realization of its concrete validity should be emphasized with this agenda, in the interpretation and application of the law in particular. However, even in this matter, the idea of concrete validity should not be emphasized unrestrictedly. Rather, it should be emphasized to the extent that it can be

* Professor, Kyungpook National University

incorporated within an extensive frame of harmony between legal stability and concrete validity.

Keywords : The Effect of Renunciation of Inheritance, Inheritance by Representation, Period for Acceptance, Absolute Acceptance by Law, Concrete Validity

