

## 현행 상속제도의 문제점 및 개선방향\*

### Problems in Current Inheritance System and its Improvement Direction

이 혜 진(Lee, Hye Jin)\*\*

#### ABSTRACT

Since the enactment of the Civil Act in 1958, inheritance provisions have revised several times. In 1977 revision, shares of inheritance between son and daughter became equal, to realize the ideal of sexual equality, and the legal reserve of inheritance to protect inheritors. Moreover in 1990 revision, the revocation of the provision that discriminated married woman, the uplift of the spouse's shares of inheritance and the contributory portion system were accomplished. But in an aging society, most of inheritors with economic capacity don't need a support by means of inheritance. Therefore the legal reserve of inheritance should be abolished because it infringes excessively the liberty of making a will. If not, it should be supplemented to lose the right of reserve in some cases.

Civil Act §1009② provides, "the portions inherited to an inheritee's spouse shall be increased by fifty percent over the inherited portion of his or her lineal descendant where he or she inherits jointly with his or her descendants.", but it means spouse's inheritance share can vary according to the numbers of descendants. To supplement this irrational result, the ministry of justice made a draft acknowledging spouse's fixed share, but it is irrational not to consider the marriage duration, etc.

To invigorate the contributory portion suit, it needs to simplify the substantive and procedural provisions. And the excessive formality of wills should be improved for people to make wills more easily.

Key words: Inheritance, Inheritance of Spouse, De Facto Marriage Spouse, Contributory Portion, Special Relative, Legal Reserve of Inheritance, Wills

## I. 상속법의 연혁

1958년 민법이 제정된 이후 1962년부터 2012년까지 20여 차례의 크고 작은 민법개정이 있었으며 그 대부분은 가족법 개정이었다. 제정민법의 상속법은 상당 부분 구(舊)민법을 반

\* 이 논문은 동아대학교 학술연구비 지원에 의하여 연구되었음.

\*\* 동아대학교 법학전문대학원 교수

영하면서 일본민법의 상속법과 다른 여러 외국의 근대 상속법을 복합한 형태로 구성되었다.<sup>1)</sup> 구(舊)민법이 재산관계에 관하여는 일본민법을 의용하면서도 신분관계에 있어서는 조선의 관습을 적용하다 보니<sup>2)</sup> 제정민법 또한 전근대적인 호주상속제도와 함께 절대, 무제한의 유언의 자유와 남자 중심, 장자 우선, 출가녀와 비출가녀를 차별하는 내용을 담고 있었다. 1960년대와 70년대를 지나면서 남녀평등, 여권신장, 구습타파 등의 사회적 분위기가 만들어지면서 외국의 입법례에 비해 낙후된 가족법의 개정이 시급하다는 요청이 정치적 상황의 변화와 함께 대두되었다.<sup>3)</sup>

이러한 시대적 배경에 힘입어 얻어진 것이 1977년의 가족법개정인데 친족편 부분의 혼인에 의한 성년의제제도등과 함께 상속편 부분에서는 법정재산상속분이 조정되었으며 유류분 제도도 도입되었다.<sup>4)</sup>

1988년 서울 올림픽을 계기로 사회의식이 급격히 선진화되면서 1990년 상속법의 대개정이 이루어진 후 현행 상속법의 체제를 유지하게 되었다. 호주상속이 호주승계로 변경되면서 친족법의 영역으로 포함되었고<sup>5)</sup> 상속법에 들어있던 대부분의 차별 규정을 철폐하였다. 그 후 헌법재판소의 위헌 내지 헌법불합치 결정에 따라 2002년에는 상속회복청구권<sup>6)</sup>의 제척기간이 수정되고 특별한정승인제도<sup>7)</sup>가 신설되었다.<sup>8)</sup> 그리고 2005년에는 2002년도에 도입한 특별한정승인의 적용범위를 규정한 경과규정이 헌법에 불합치한다는 결정<sup>9)</sup>이 내려짐에 따라 부칙이 다시 개정되었다.

## II. 현행 상속법의 주요내용

현행민법은 제사상속이나 호주상속은 인정하지 않으며 재산상속만을 인정하고 재산상속에서는 생전상속을 배제하고 사망 시에만 상속을 개시하는 사후상속만을 인정한다(민법 제997조). 상속인이 될 자의 범위나 순위 상속분을 법률상 정하는 법정상속만을 규정하되 법

1) 신영호, 『가족법강의 제2판』, 세창출판사, 2013. 3., 303면.

2) 지원림, 『민법강의 제13판』, 홍문사, 2015. 1., 1861면.

3) 정동호, 『한국 가족법의 개변맥락』, 세창출판사, 2014. 8., 163면.

4) 1977년 개정으로 친족편에서는 혼인 시 부모의 동의를 받아야 하는 연령의 하향조정, 혼인 시 성년의 제제도 도입, 귀속불명재산은 부부의 공유로 추정하는 조문 신설, 협의이혼 시 법원의 개입확인 등이 주요 개정내용이었다.

5) 2005년 개정으로 결국 호주승계제도도 폐지되었다.

6) 헌법재판소 2001. 7. 19. 99헌바9 결정.

7) 헌법재판소 1998. 8. 27. 96헌가22 결정으로 법정단순승인을 규정한 민법 제1026조 제2호가 헌법에 불합치하는 것으로 되었다.

8) 신영호, 전게서, 305면.

9) 헌법재판소 2004. 1. 29. 2002헌가22 결정.

정상속은 유증이 없거나 무효인 경우에 보충적으로 적용한다.<sup>10)</sup> 물론 유언으로 포괄유증을 할 수 있으며 포괄유증을 받은 자는 재산상속인과 동일한 권리, 의무를 가진다는 규정(민법 제1074조)이 유언상속분을 도입한 것이라고 이해될 여지도 있으나, 유언은 법정사항에 한하는데 법상 유언으로 상속인을 지정하는 규정이 없으며 상속분 지정의 포괄유증이 있더라도 상속채무에는 영향이 없는 점 등에 미루어볼 때 포괄유증규정을 유언에 의한 상속이라고 보기는 어렵다고 할 것이다.<sup>11)</sup> 공동상속제를 채택하면서 공동상속인 간의 상속분은 균분으로 하되(민법 제1009조 제1항) 배우자의 상속분은 직계비속과 공동으로 상속하는 때에는 직계비속의 상속분의 5할을 가산하고, 직계존속과 공동으로 상속하는 때에는 직계존속의 상속분의 5할을 가산한다(민법 제1009조). 상속인이 상속개시 있음을 안 날부터 3개월 내에 포기를 할 수 있게 함으로써 강제상속이 아닌 임의상속제를 따르며(민법 제1019조 제1항), 또한 균분상속제에 따른 실질적 불평등을 해소하기 위해서 공동상속인 중 피상속인의 재산의 유지 또는 증가에 특별히 기여하거나 피상속인을 특별히 부양한 자가 있는 경우에 상속분의 산정 시 고려하는 기여분제도(민법 제1008조)가 있다. 상속인이 없는 경우에 피상속인과 동거하면서 피상속인을 부양하였지만 상속인이 아닌 자에게 상속을 받을 권리를 인정하는 특별연고자의 재산분여청구권(민법 제1057조의2), 피상속인의 생전처분 또는 유언에 의한 상속재산 처분의 자유를 제한하여 법정상속인 중 일정한 범위의 근친자에게 법률상 유보된 상속재산의 일정 비율을 보장해주는 유류분제도<sup>12)</sup> 등이 현행 상속법의 주요내용에 해당한다.

### Ⅲ. 현행 상속법의 문제점 및 개선방향

현행 상속제도에서 가장 강하게 개정이 요구되는 부분은 배우자 상속분 부분이다. ‘피상속인의 처의 상속분은 직계비속과 공동으로 상속하는 때에는 남자의 상속분의 2분의 1로 하고 직계존속과 상속하는 때에는 남자의 상속분과 균분으로 한다’는 제정민법에 비해서 현행민법의 배우자 상속분은 진일보한 것이라고 평가될 수도 있으나 배우자 상속분을 강화하고 있는 외국의 입법례와 비교할 때 아직도 배우자 상속분은 취약하다는 지적이다. 이러한 시대적 요구에 따라 법무부는 2014년 ‘피상속인의 배우자는 혼인기간 동안 증가한 피상속인의 재산이 50%를 다른 공동상속인보다 먼저 선택분으로 취득한다’는 배우자의 선택분을 주요 골자로 하는 민법(상속법)개정시안을 입법예고 하려 하였으나 반대여론에 부딪혀 보류하였다. 이하에서는 배우자 상속분을 중심으로 현행 상속법상 보완의 필요가 있는 제도를 구

10) 지원립, 전게서 2032면.

11) 지원립, 전게서 2070면.

12) 지원립, 전게서 2148면.

체적으로 살펴보기로 한다.

## 1. 배우자 상속분

### (1) 현행규정상 배우자의 지위

피상속인의 배우자는 피상속인의 직계비속과 동순위로 공동상속인이 되며 직계비속이 없을 때는 직계존속과 동순위로 공동상속인이 되고, 직계비속도 존속도 없을 때에는 단독 상속인이 된다(민법 제1003조 1항). 상속인이 될 직계비속 또는 형제자매가 상속개시 전에 사망하거나 결격자가 된 경우에 피대습자의 배우자는 사망하거나 결격된 자의 순위에 갈음하여 상속인이 된다(배우자의 대습상속을 인정한 민법 제1001조). 피상속인의 배우자의 상속분은 직계비속과 공동으로 상속하는 때에는 직계비속의 상속분의 5할을 가산하고, 직계존속과 공동으로 상속하는 때에는 직계존속의 상속분의 5할을 가산한다(민법 제1009조). 여기서의 배우자란 혼인신고를 한 법률상의 배우자만을 의미하며 혼인무효사유가 있으면 상속권을 가지지 않으나 상속을 받은 후 혼인이 취소되더라도 상속은 유효하고 사실상 이혼상태에 있거나 이혼소송 중 배우자가 사망하더라도 상속권이 있다.<sup>13)</sup>

### (2) 문제점

현행 배우자상속에서 가장 큰 문제점은 자녀수의 많고 적음에 따라 배우자의 상속분이 달라지는 불안정한 지위에 있다는 것이다. 상속을 많이 받기 위해 자녀를 고의로 적게 출산하지는 않겠으나 현재의 저출산 문제를 해결하기 위해 국가적으로 출산을 장려하는 정책과도 상충하지 않는 제도라고 할 것이다. 또한, 서울가정법원에서 2012년 1월 1일부터 2013년 2월 5일까지 다루어진 재산분할 사건 총 493건 중 처의 재산분할비율이 50% 이상인 사건이 37.4%나 되는 점에 비추어보면<sup>14)</sup> 균형에도 맞지 않다. 한국여성의 기대수명이 한국남성의 기대수명보다 훨씬 길어 잔존배우자가 여성일 가능성이 많고 고령화 시대를 맞이하여 공동상속인인 자녀들은 피상속인의 사망 시에 중장년층으로 경제적으로 안정된 위치에 있을 가능성이 큰 반면에 고령의 여성노인은 경제활동을 할 능력을 상실한 경우가 대부분이다.

가까운 일본의 경우, 생존배우자가 1순위 상속인인 직계비속과 공동으로 상속하는 경우에는 상속재산의 1/2을, 2순위 상속인인 직계존속과 공동상속인이 되는 경우에는 상속재산의

13) 지원립, 전거서 2039면.

14) 정구태, “2014년 법무부 민법개정위원회의 상속법 개정시안에 대한 비판적 단상”, 『강원법학』, 제41권 2014. 2., 991면.

2/3를, 3순위 상속인인 형제자매와 공동상속인이 되는 경우에는 상속재산의 3/4을 상속받도록 규정하고 있다.<sup>15)</sup> 미국 대부분 주에서는 직계비속과 공동으로 상속하는 경우 배우자 상속분은 1/3, 독일은 1/4로 규정하고 있으며 스웨덴과 네덜란드는 단독상속 하도록 되어 있다.<sup>16)</sup> 이러한 외국의 입법례의 특징은 남겨진 배우자에 대한 생활보장을 중시하여 배우자 일방이 사망한 경우, 부부재산제에 따른 재산관계의 청산이 상속에 우선하여 이루어진다는 것이다.<sup>17)</sup> 이에 법무부는 2014년, “피상속인의 배우자는 혼인기간 동안 증가한 피상속인의 재산 중 상속개시 당시 현존하는 재산에서 채무를 공제한 액수의 2분의 1을 다른 공동상속인에 우선하여 선취분으로 취득할 권리가 있다(개정시안 제1008조의4, 제1항), 제1항에 따른 선취분의 취득이 현저히 공정에 반하는 경우에는 공동상속인의 협의로 선취분을 감액할 수 있다, 선취분의 감액에 대해서 협의가 되지 아니하거나 협의할 수 없는 때에는 가정법원은 공동상속인의 청구에 따라 피상속인과 배우자의 혼인기간, 별거한 기간 및 사유, 그 밖의 사정을 참작하여 감액할 액수를 정한다(개정시안 제1008조의4 제2항)”<sup>18)</sup>는 것을 내용으로 하는 상속법개정안을 만들어 입법예고하려 하였으나 거센 반대에 부딪혀 재검토에 들어갔다.

구체적인 사정에 대한 고려 없이 일률적으로 배우자의 상속분을 증가시키는 것에 대해 우려의 시각이 있는 것도 전혀 합리성이 없는 것은 아니다. 오랫동안 혼인생활을 유지하고 공동상속인인 직계비속들이 상속인인 배우자와 자연 혈족관계에 있는 경우에는 배우자의 상속분이 강화되는 것에 대해 무리가 없을 것이나 노년에 재혼하여 혼인기간이 짧고 공동상속인인 직계비속들과 혈연관계가 없는 배우자의 경우에는 상당한 진통이 있을 것이며 일반적인 국민의 법 감정과도 괴리된다.<sup>19)</sup> 혼인관계의 형태가 워낙 다양하므로 배우자의 상속분은 혼인기간, 공동상속인인 직계비속들과의 혈연관계, 혼인 중 증가한 재산의 유지, 보존에 기여한 공로 등에 따라 다소 탄력적으로 운용할 수 있도록 여지를 담아 법을 개정해야 할 것이다.

이와는 별도로 사실상 이혼상태에 있는 배우자에게도 상속인으로서 지위를 그대로 유지하게 하는 것도 실질적인 정의의 관념과는 배치된다. 재산분할의 경우와 비교하여 사실상의 이혼상태가 야기된 원인이 사망배우자에게 있는 경우에는 잔존배우자에게 일반적인 배우자와 동등하게 대우하는 것이 마땅하겠지만 별거기간이 동거기간에 비해 지나치게 길고 잔존 배우자가 파탄의 원인을 제공한 유책배우자라거나(유책배우자에게도 재산분할청구권이 있으므로 유책배우자라고 하여 상속인으로서의 지위를 무조건 박탈할 수는 없을 것이다), 더

15) 홍순기, “배우자상속권 강화에 관한 법무부 개정시안 검토”, 『국민대학교 법학논총』 제27권 2호, 2014., 58면.

16) 김상용, 『가족법연구 III』, 법문사, 2010. 3., 233면.

17) 홍순기, 전제논문, 58면.

18) 홍순기, 전제논문 59면, 62면.

19) 김상용, 전제서, 234면.

나아가 가령 배우자의 불륜행위에 격분한 배우자가 스스로 생을 마감하는 경우 등과 같이 잔존배우자의 행위가 사망의 원인을 직접적으로 제공한 경우에도 여전히 상속인으로서의 지위를 가지게 하는 것은 상속제도의 취지에도 맞지 않다. 이러한 경우를 대비하여 명백히 상속권을 제한하는 것이 바람직한 경우에는 상속결격제도를 이용할 수 있도록 상속결격제도와 연계하여 합리적으로 개정할 필요가 있다.

## 2. 사실혼 배우자의 상속분

현행민법의 규정으로는 사실혼 배우자에게는 상속권이 없다. 그러나 공무원연금법, 군인연금법, 근로기준법 및 산업재해보상법 등 각종 연금관계 법령에서 유족의 범위에 사실상 혼인관계에 있던 자를 포함시키고 있다.<sup>20)</sup> 주택임대차보호법에서도 ‘임차인이 상속인 없이 사망한 경우에는 그 주택에서 가정공동생활을 하던 사실상의 혼인관계에 있는 자가 임차인의 권리와 의무를 승계한다(제9조 제1항)’, ‘임차인이 사망한 때에 사망 당시 상속인이 그 주택에서 가정공동생활을 하고 있지 아니한 경우에는 그 주택에서 가정공동생활을 하던 사실상의 혼인관계에 있는 자와 2촌 이내의 친족이 공동으로 임차인의 권리를 의무를 승계한다(제9조 제2항)’고 하여 사실혼의 배우자에게 일정한 요건 하에 상속권을 부여한다. 사실혼도 일정한 범위에서 법에 의하여 보호되는 생활관계이므로 피상속인 사후 유족의 생활보장의 필요성은 법률상배우자와 같이 요구된다. 또한, 사실혼 해소 시 사실혼 배우자에게도 재산분할청구권을 인정해주는 대법원판례<sup>21)</sup>와 균형을 맞추기 위해서도 사망 시 상속권을 인정해야 할 필요성이 있다. 그러나 사실혼은 가족관계등록부의 제 증명서상 공시되는 혼인관계가 아니므로 사실혼의 배우자에게 상속권을 인정하게 되면 피상속인과 거래하였던 상속채권자들에게 불측의 손해를 입힐 위험이 있다. 또한, 법률혼 배우자에게 상속분을 강화하는 것이 각국의 입법추세인 것과는 달리 사실혼 배우자에게 상속권을 인정하는 입법례는 극히 드물다.<sup>22)</sup> 뿐만 아니라 사실혼 관계에 있는 배우자도 상속권이 있다고 규정해도 객관적으로 어떠한 혼인관계가 법에서 규정하는 사실혼인지에 대해 이해관계인들 사이에서 의견의 합일점을 찾기가 어려운 경우가 대부분이다. 따라서 사실혼의 배우자에게 상속인으로서의 자격을 주더라도 사실혼 관계에 있는 배우자는 사망자와 사실상 혼인관계가 있었음을 입증하기 위해 사실상혼인관계 존재확인심판의 소를 제기해야 할 것이다. 그런데 이러한 소송이 종료되기까지는 상당한 기간이 소요될 것이므로 그사이 상속재산은 처분될 가능성이 많다. 그러므로 상속이 개시되어 다른 공동상속인들 사이에 상속재산의 분할이 끝난 다음에 상속인으로서의 지위가 확정되어 상속분의 반환을 주장하는 경우 거래의 안전을 위협할 위

20) 김상용, 전게서, 244면.

21) 대법원 1995. 3. 10. 선고 94므1379, 1386 판결.

22) 김상용, 전게서, 260면.

힘도 배제할 수 없다. 이에 대해 상속개시 후에 인지 또는 재판에 의하여 상속인으로 판명된 자의 상속회복청구권에 관한 민법 제1014조를 유추하여 해결하면 된다는 의견이 있다.<sup>23)</sup>

### 3. 특별연고자의 재산분여청구권

민법 제1057조의2는 ‘1년 이상인 상속인 수색공고기간 내에 상속권을 주장하는 자가 없는 때에는 가정법원은 피상속인과 생계를 같이하고 있던 자, 피상속인의 요양간호를 한 자 기타 피상속인과 특별한 연고가 있던 자의 청구에 의하여 상속재산의 전부 또는 일부를 분여할 수 있다’고 규정하고 있다. 특별연고자에는 사실상의 양친이나 계모자, 사실혼관계에 있던 자 등 다양한 형태가 있을 수 있겠으며 사실혼 배우자에게 민법상 상속권을 인정해주지 않는 대체제도로서의 존재이유도 있을 수 있다. 그러나 특별연고자로서의 재산분여청구권이 인정되기 위해서는 일단 상속인이 존재하지 않아야 하므로 특별연고자로서 재산을 분여받는 경우가 상당히 예외적이라는 문제점이 있다. 따라서 특별연고자로서의 재산분여청구권을 실질적인 제도로 만들기 위해서는 상속인의 부존재라는 엄격한 요건을 없애는 대신 상속인이 있더라도 청구할 수 있는 것으로 하되 법원이 특별연고 여부를 엄격히 심사하여 분여의 정도도 상당성이 있는 범위로 인정해주는 것으로 하는 제도적 보완장치가 필요하다.

### 4. 상속결격사유의 확대 및 명확화

민법 제1004조는 ‘고의로 직계존속, 피상속인 그 배우자 또는 상속인의 선순위나 동순위에 있는 자를 살해하거나 살해하려 한 자’, ‘고의로 직계존속, 피상속인과 그 배우자에게 상해를 가하여 사망에 이르게 한 자’, ‘사기 또는 강박으로 피상속인의 상속에 관한 유언 또는 유언의 철회를 방해한 자’, ‘사기 또는 강박으로 피상속인의 상속에 관한 유언을 하게 한 자’, ‘피상속인의 상속에 관한 유언서를 위조, 변조, 파기한 자’를 상속결격자로 규정하고 있다. 여기서 직계존속이 행위자의 직계존속인지, 피상속인의 직계존속인지에 대한 명확한 규정이 없어 이를 명확히 규정해야 할 필요가 있다. 뿐만 아니라 이에 열거된 사항에 해당하지 않더라도 상속권을 주장함이 민법상의 대원칙인 신의칙이나 권리남용금지의 원칙에 명백히 반하는 것으로 인정될 때에는 상속권을 제한할 수 있는 규정(예컨대 기타 상속권을 인정하기 어려운 사정이 있을 때 공동상속인이나 이해관계인들의 청구로 상속권을 제한하는 규정)을 두는 것이 보다 탄력적으로 상속제도를 운용할 수 있는 방안이 될 것이다.

23) 김상용, 전제서, 248면.

## 5. 공동상속분의 양수규정

민법 제1011조는 ‘공동상속인 중에 그 상속분을 제3자에게 양도한 자가 있는 때에는 다른 공동상속인은 그 가액과 양도비용을 상환하고 그 상속분을 양수할 수 있다(제1항)’, ‘전항의 권리는 그 사유를 안 날로부터 3월, 그 사유 있는 날로부터 1년 내에 행사하여야 한다(제2항)’라고 규정하고 있다. 여기서 제3자란 공동상속인 이외의 자를 말하며 반환할 가액이란 양수인이 지급한 대가가 아니라 양수 당시의 시가를 의미하는 것으로 해석한다.

이 규정의 취지는 상속분의 양도는 상속인지위의 양도에 해당하므로 제3자가 상속재산의 분할에 참여하게 되어 다른 공동상속인들의 이해에 중대한 영향을 미치게 되므로 이를 방지하기 위한 것이다.<sup>24)</sup> 그러나 공동상속인은 상속개시 후 분할 전에 자유로이 양도할 수 있는데, 취소나 해제의 사유가 없고 양수인에게 귀책사유가 없음에도 공동상속인들이 가액만 반환하면 자유로이 환수를 가능하게 하는 것은 가산보호라는 전근대적인 사고에 기인한 것으로 거래의 안전을 해칠 우려가 있으므로 폐지되어야 할 조항으로 보인다.

## 6. 기여분

현행민법 제1008조의2는 ‘공동상속인 중에 상당한 기간 동거, 간호 그 밖의 방법으로 피상속인을 특별히 부양하거나 피상속인의 재산의 유지 또는 증가에 특별히 기여한 자가 있을 때에는 상속개시 당시의 피상속인의 재산가액에서 공동상속인의 협의로 정한 그 자의 기여분을 공제한 것을 상속재산으로 보고 제1009조 및 제1010조에 의하여 산정한 상속분에 기여분을 가산한 액으로써 그자의 상속분으로 한다’고 규정하고 있다.

우리의 기여분제도는 독일과 일본법을 모델로 하고 있는데<sup>25)</sup> 1990년 도입한 이래 지금까지 축적된 예가 거의 없을 정도로 실무상 기여분 인정은 쉽지 않다.<sup>26)</sup> 기여분 청구는 원칙적으로 상속재산분할청구와 함께 이루어져야 하며 그렇지 않으면 각하된다.<sup>27)</sup> 가사소송규칙 제113조는, ‘상속재산분할청구가 있는 때에는 가정법원은 당사자가 기여분의 결정을 청구할 수 있는 기간을 정하여 고지할 수 있다. 그 기간은 1월 이상이어야 한다(제1항), 가정법원은 제1항의 규정에 의하여 정한 기간을 초과하여 청구된 기여분결정 청구는 이를 각하

24) 지원립, 전제서, 2079면.

25) 이은정, “공동상속인간의 유류분 반환청구에 관한 소고”, 『경북대학교 법학논고』 제43집, 2013. 8., 176면.

26) 기여분이 인정된 예로 대법원 1998. 12. 8. 선고 97므513, 520, 97스12 판결은, 성년인 자가 부양의무의 존부나 그 순위에 구애됨이 없이 스스로 장기간 그 부모와 동거하면서 생계유지의 수준을 넘는 부양자 자신과 같은 생활수준을 유지하는 부양을 한 경우에 부양의 시기, 방법 및 정도의 면에서 볼 때 특별한 부양이 된다고 할 수 있으므로 30년간 어머니를 모셔온 딸에게 기여분을 인정하였다.

27) 임채웅, 『상속법연구』, 박영사, 2011. 10., 152면.



할 수 있다(제2항)’고 규정하고 있다. 또한, 상속재산분할청구에서 당사자가 기여분을 인정해 줄 것을 요청하는 주장을 한다고 하더라도 이를 별도의 청구취지로 주장하지 않는 한 법원은 인정해 줄 수 없다.<sup>28)</sup> 유류분의 반환을 청구받은 수증자가 비록 기여상속인 경우에도 기여분이 결정되기 전에 유류분반환청구 소송에서 피고가 상속재산 중 자신의 기여분에 대한 공제항변을 할 수 없다.<sup>29)</sup> 즉 상속재산분할의 심판청구가 없음에도 단지 유류분반환청구가 있다는 사유만으로 기여분결정청구가 허용된다고 볼 것은 아니다.<sup>30)</sup> 생전에 특정상속인에게 재산을 증여한 피상속인이 분할할 상속재산을 남기지 않고 사망하면 상속재산분할절차를 밟을 수 없고, 피상속인이 생전에 일부 상속인에게 한 증여로 인하여 자신의 유류분이 침해되었다고 주장하는 다른 공동상속인은 수증자인 상속인에게 유류분반환청구를 할 수 있는데, 이 경우 수증자인 기여상속인은 피상속인 생전에 수증받은 재산에 대해 자신의 기여분을 주장할 수 없다.<sup>31)</sup> 따라서 실질적 형평을 도모하기 위해서 도입한 기여분제도의 존재의의를 살리려면 유류분반환청구 소송에서도 피고는 기여분청구를 할 수 있게끔 해야 하는데 현행법상 유류분반환청구의 소는 민사소송이고 기여분청구는 가사비송으로 되어있고 민사소송과 가사비송은 성격상 병합이 인정되지 않으므로, 기여분청구를 간이하게 하게 위해서는 상속법은 물론 절차법도 개정하여야 할 필요가 있다.<sup>32)</sup>

## 7. 유류분

유류분제도는 1977년 제5차 개정에서 도입되어 민법 제1112조 내지 제 1118조에 규정되어 있다. 우리 민법이 피상속인의 배우자와 가까운 친족들에게 상속권을 인정하는 법정상속제도를 규정하는 것은 상속재산이라고 하더라도 그 형성에 상속인의 협력이 있을 수 있고 또한 피상속인이 유언으로서 무제한 상속재산을 처분할 수 있는 자유를 인정한다면 피상속인 사후 상속인들의 생활기반을 무너뜨릴 위험도 있다고 보기 때문이다.<sup>33)</sup><sup>34)</sup> 그러나 고령화 사회로 진입함에 상속개시 당시 자녀들의 연령도 상당히 높아져서 이미 중장년에 접어들어 경제력을 갖춘 경우가 대부분이어서 유류분제도의 부양적 기능이라는 의미는 상당부분 상실하였다. 또한, 자녀가 가업을 계승했던 과거에 비해 자녀들이 부모의 재산형성에 기여하는 경우도 예외적이어서<sup>35)</sup> 상속재산에 대한 상속인들의 기여도를 반영해야 한다는 입

28) 임채웅, 전거서, 153면.

29) 이은정, 전계논문, 170면.

30) 대법원 1999. 8. 24.자 99스28 결정.

31) 이은정, 전계논문, 170면.

32) 이은정, 전계논문, 177면.

33) 김상용, 전거서, 214면, 지원립, 전거서, 2149면.

34) 헌법재판소는 2010. 4. 29. 2007헌바144로 ‘유류분제도는 피상속인의 재산처분의 자유, 유언의 자유를 보장하면서도 피상속인의 재산처분행위로부터 유족들의 생존권을 보호하고, 상속재산형성에 대한 기여, 상속재산에 대한 기대를 보장하려는 데 그 입법취지가 있다’고 결정한 바 있다.

법취지 또한 그 의미가 많이 퇴색되었다. 어디까지나 상속재산은 근본적으로 피상속인의 것이지 상속인의 소유가 아니므로 상속인들로 하여금 피상속인이 생전에 처분한 재산에 대해서까지 추급할 수 있도록 하는 것은 피상속인의 재산권을 심각하게 제한하는 것이다.<sup>36)</sup> 최근 사회구조의 변화로 자녀들의 교육기간이 길어져 부모는 상당한 액의 교육비용과 혼인비용까지 부담하는 경우가 대부분임에도 핵가족화로 인해 자녀와 부모의 유대관계는 상당히 퇴색되었다. 경제력을 충분히 갖추어 부양의 필요성이 없을 뿐만 아니라 부모에게 잘 찾아오지도 않으며 상속재산의 형성에 기여한 공로도 전무한 자녀가 피상속인이 장학재단이나 문화재단 등에 기부한 부분까지 일률적으로 유류분의 이름으로 되찾아올 수 있는 권리를 가지는 것은 상속인에게 너무 과도한 권리를 인정하는 것이 되므로 이를 적당히 제한하거나 상실하게 하는 입법이 필요하다.<sup>37)</sup>

오스트리아의 경우에는 피상속인이 곤경에 처해 있을 때 자녀가 조력을 제공하지 않고 방임한 경우를 비롯한 일정한 경우에 자녀의 유류분권을 상실하게 하는 규정을 두고 있으며 독일의 경우에도 일정한 사유가 있는 경우에 피상속인의 유언에 의하여 자녀의 유류분권을 상실시킬 수 있다고 규정하고 있는바, 우리의 입법방향에 참고할 만하다.<sup>38)</sup>

## 8. 유언방식의 간이화

민법은 유언의 자유를 인정하면서도 제1060조에서 ‘유언은 민법의 정한 방식에 의하지 아니하면 효력이 생기지 않는다’고 하여 엄격한 요식주의를 따르고 있다. 민법은 유언의 방식으로 자필증서, 녹음, 공정증서, 비밀증서, 구수증서에 의한 유언 등 5가지의 유형만 인정한다. 그런데 우리민법이 각 유언방식의 요건을 지나치게 엄격하게 요구하여 법적 지식이 없는 일반 국민들이 유효한 유언을 하기가 상당히 어려운 상황에 있다. 유언이 사후행위로서 위, 변조를 방지하기 위해 유언의 요식성을 강하게 요구한다는 취지에도 불구하고 형식성이 과도하게 요구되다 보니 유언의 자유를 침해하고 유언자의 진의가 무력화되는 경우가 자주 발생한다. 자필증서에 의한 유언의 경우, 유언자가 그 전문과 연월일<sup>39)</sup>, 주소, 성명을 자서한 후 날인까지 해야 하며(제1066조 제1항),<sup>40)</sup> 공정증서에 의한 경우에는 유언자가 공

35) 김상용, 전거서, 216면.

36) 지원립, 전거서, 2150면.

37) 김상용, 전거서, 218면.

38) 김상용, 전거서, 220면.

39) 대법원 2009. 5. 14. 선고 2009다9768 판결은 ‘연월일의 기재가 없는 자필유언증서는 효력이 없다. 그리고 자필유언증서의 연월일은 이를 작성한 날로서 유언능력이 유무를 판단하거나 다른 유언증서와 사이에 유언 성립의 선후를 결정하는 기준일이 되므로 그 작성일을 특정할 수 있게 기재하여야 한다. 따라서 연, 월만 기재하고 일의 기재가 없는 자필유언증서는 그 작성일을 특정할 수 없으므로 효력이 없다’고 판시했다.

40) 대법원 2006. 9. 8. 선고 2006다25103, 25110 판결은 ‘유언자의 날인이 없는 유언장은 자필증서에 의

증인 면전에서 구수하게끔 함으로써 구수함에 장애가 있는 유언자의 경우에는 이용할 수 없는 결함이 있다. 유언자가 전문, 연월일, 주소, 성명까지 자서했음에도 날인이 없다는 이유로 효력을 부인하는 등 중복적인 요건을 요구하여 유언자의 의사가 명확함에도 사소한 방식의 흠결로 전체를 무효로 만들어 오히려 유언자의 진정한 의사를 무시하고 있다.<sup>41)</sup> 따라서 법률문외한인 일반 국민이 유언을 간이하게 할 수 있도록 자필증서에 의한 유언의 경우 날인과 주소의 요건은 삭제하고 공정증서에 의한 유언의 경우에도 구술에 장애가 있는 유언자들을 위해 필기에 의해서도 가능하게 하고 낭독부분은 열람 또는 통역인의 통역에 갈음할 수 있도록 개정하는 것이 바람직하다.<sup>42)</sup>

#### IV. 결론

이상에서 살펴본 바와 같이 우리의 상속법은 1958년 제정된 이래 여러 번의 개정을 통해서 전근대적인 차별적 요소를 대부분 제거했다. 각국의 상속제도는 그 나라의 고유한 정서를 바탕으로 제, 개정될 수밖에 없다. 그런데 우리의 상속법은 불요불급한 제도들이 개정 당시의 정치적 배경에 따라 도입되거나 폐지된 사례가 여럿 있었다. 장남과 그 외의 공동상속인들과의 차별적 요소를 제거해야 한다는 분위기가 조성되면 구체적인 타당성에 대한 고려 없이 장남의 상속 시 가산되는 부분을 폐지하고 균분으로 개정했다가 균분상속제도가 오히려 실질적 평등에 반한다는 분위기가 대두 되면 기여분제도를 도입하였다. 민법에 새로운 제도를 도입하면서 절차적 규정을 제대로 구비하지 못해 제도가 입법취지를 제대로 살리지 못하기도 했다. 계모자관계만 혈족관계를 인정하고 법정상속인으로 규정하여 이와 균형을 맞추기 위해 계부자 사이에서도 혈족관계와 법정상속관계를 인정해야 한다는 주장에 대해서는 여성의 재혼에 대한 인식이 따라주지 못한 나머지 균형을 맞춘다는 구실 하에 계모자관계까지 혈족관계를 폐지하고 법정상속인에서 제외하였다. 재산을 자녀들에게 물려주기보다는 사회 환원을 요청하는 시대임에도 필요불가결한 제도도 아닌 유류분제도를 신설한 것은 시대착오적 입법이라고 평가될 여지도 있을 것이며 상속법편의 여러 권리들이 명확한 기준 없이 민사소송과 가사소송, 가사비송 등으로 절차가 구별됨으로서 하나의 소송에서 일도양단식으로 해결을 하지 못하고 여러 개의 소송을 통하여야만 결론이 나는 번거로움이 있다. 이런 점에서 볼 때 이때까지의 상속법 개정이 외국의 입법례 중 좋아 보이는 제도를 우리의 실정에 맞지 않게 무분별하게 받아들였다면 이제부터는 전체적인 맥락에서 제도 상호

한 유언으로서의 효력이 없다'고 판시했고 헌법재판소 2008. 3. 27. 2006헌바82 결정은 '자필증서에 의한 유언에서 날인 또는 주소를 요구하는 규정은 헌법에 위배되지 않는다'고 결정했다.

41) 현소혜, "유언방식의 개선방향에 관한 연구", 『가족법연구』 제23권 2호, 18면.

42) 현소혜, 전제논문, 47면.

간의 모순을 방지하고 실질적으로 민법의 대원칙인 신의칙, 권리남용금지원칙은 물론 사회 정의에 부합하는 제도로 보완하는 작업이 필요할 것이다.

그런 점에서 이상에서 살펴본 문제점 및 개선방향을 정리해보면 다음과 같다. 첫째, 현행의 배우자 상속제도는 자녀의 수에 따라 상속분이 가변적이므로 자녀수의 많고 적음에 따라 유불리가 없도록 보완하되 일률적으로 선취분을 인정함은 오히려 구체적 타당성을 결여할 가능성이 많으므로 혼인기간이나 자녀와의 혈연관계, 사실상의 이혼상태 및 유책성 여부 등을 종합적으로 고려하여 법원이 개입할 여지를 주는 것이 바람직할 것이다. 둘째, 최근 계약결혼의 형태가 늘어나고 있고 또 법률혼을 목적으로 하는 부부간에도 혼인식을 거행하는 시점과 혼인신고를 하는 시점 사이에 시간적 간극이 있으므로 보호해야 할 가치가 있는 사실혼은 법률혼과 같이 상속권을 주되 사실혼의 인정 여부는 법원에 사실상혼인관계존재 확인의 소를 제기하여 확정판결을 제출하게 하는 것이 바람직할 것이다. 셋째, 특별연고자의 상속분여청구제도는 상속인이 부존재하는 경우에 한해서 인정해주는바, 가령 상속권을 가진 직계비속들은 부모를 방치한 데 비해 법정상속인이 아닌 사람이 오랜 기간 피상속인과 동거하거나 간병했다면 상속인이 존재하더라도 분여를 청구하되 분여액은 상당한 범위에서 법원에서 인정하도록 해야 할 것이다. 넷째, 상속결격제도를 명확화하고 확대하여 열거된 상속결격사유에 해당하지는 않지만 피상속인과의 관계에서 상속권을 인정함이 신의칙이나 정의의 관념에 명백히 반할 때에는 상실하거나 제한할 수 있게끔 운영해야 할 것이다. 다섯째, 거래의 안전을 해치는 상속분 환수규정은 폐지가 바람직하다. 여섯째, 기여분제도는 균분상속제도의 실질적 불평등을 제거하기 위해서 도입하였으나 상속재산분할청구를 전제로만 청구할 수 있게 절차를 규정함으로써 제도는 있으나 실무상 인정되는 경우가 매우 드문 명분상의 제도가 되었다. 기여분제도를 유류분반환청구 소송에서 같이 심리할 수 있도록 절차적 규정을 보완하여야 한다. 일곱째, 위에서도 언급한 바와 같이 유류분제도는 피상속인의 유언의 자유를 침해하고 재산의 사회 환원을 제한하는, 시대에 맞지 않는 제도이므로 구체적인 경우에 상실하거나 제한하는 규정을 도입해야 한다. 여덟째, 유언의 방식이 지나치게 엄격하여 법률문외한들이 유효한 유언을 하기가 쉽지 않다는 점을 인식하여 방식을 합리적인 수준으로 완화해야 할 것이다.

## 참고문헌

- 곽윤직, 『상속법』(박영사, 2005)
- 김상용, 『가족법연구Ⅲ』(법문사, 2010)
- 김주수, 김상용, 『친족, 상속법』(법문사, 2014)
- 김주수, 김상용, 『주식민법』(한국사법행정학회, 2010)
- 박동섭, 『친족상속법』(박영사, 2013)
- 박병호, 『가족법』(한국방송통신대학교 출판부, 2000)
- 신영호, 『가족법강의 제2판』(세창출판사, 2013)
- 윤진수, 『민법논고 V』(박영사, 2011)
- 임채웅, 『상속법연구』(박영사, 2011)
- 정동호, 『한국가족법의 개변맥락』(세창출판사, 2014)
- 지원림, 『민법강의』(홍문사, 2015)
- 강형구, 이창민, ‘각국 상속법 비교연구 및 국내 상속법에의 함의’, 한국법경제학회 법경제학연구, 제11권 제1호 2014. 4.
- 소재선, 양승욱, ‘유류분제도의 새로운 방향성 모색과 북한의 유류분’, 부산대학교 법학연구, 제53권 제2호, 통권72호, 2012. 5.
- 이은정, ‘공동상속인간의 유류분 반환청구에 관한 소고’, 경북대학교 법학연구원 법학논고, 제43집, 2013. 8.
- 전경근, ‘한국 상속법의 변천과 전망’, 아세아여성법학 제17호, 2012.
- 정구태, ‘2014년 법무부 민법개정위원회의 상속법 개정시안에 대한 비판적 단상’, 강원대학교 비교법학연구소 강원법학, 제41권, 2014. 2.
- 정현수, ‘상속분의 선급으로서 특별수익에관한 재론’, 홍익법학 제15권 제4호, 2014.
- 현소혜, ‘유언방식의 개선방향에 관한 연구’, 가족법연구 제23권 제2호, 2009.
- 홍순기, ‘배우자상속권 강화에 관한 법무부개정시안 검토’, 국민대학교 법학연구소 법학논총 제27권 제2호, 2014.

투고일자 : 2015. 06. 12

수정일자 : 2015. 06. 28

게재일자 : 2015. 06. 29

## &lt;국문초록&gt;

## 현행 상속제도의 문제점 및 개선방향

이 혜 진

1958년 민법이 제정된 이후 현재까지 여러 번의 상속법개정이 있었다. 남녀평등의 이념을 구현하기 위해 1977년 개정을 통해 아들과 딸의 상속분을 균등하게 하고 상속인보호를 위해 유류분제도를 신설하였다. 1990년 개정에서는 여기서 진일보하여 출가녀를 차별하는 상속규정을 폐지하고 배우자의 상속분을 강화하였으며 기여분제도를 신설하였다. 그러나 고령화 사회로 접어들며 피상속인의 사망 시 자녀들도 경제적 능력을 갖추고 있는 경우가 대부분이어서 상속제도의 기능 중 상속인에 대한 부양적 기능이 많이 퇴색하게 되었다. 이에 따라 상속인의 부양적 기능을 위해서 신설된 유류분제도가 피상속인의 유언의 자유를 과도하게 침해하므로 폐지하거나 일정한 요건 하에 유류분권을 상실하는 규정을 두어 제도를 보완해야 할 필요성이 있다. 배우자의 경우 공동상속인들인 직계비속이나 직계존속의 상속분에 5할을 가산하고는 있으나 자녀수의 많고 적음에 따라 상속분이 달라지는 불합리한 점이 있다. 이를 보완하기 위해 배우자의 경우 선취분을 인정해야 한다는 법무부의 개정시안도 있었으나 혼인기간 등을 고려치 않은 일률적인 선취분 인정은 오히려 불합리하다는 반대의견 또한 일리가 있다. 신설된 이후 25년이 지났음에도 실무상 인정된 예가 드문 기여분제도를 현실화하기 위해 기여분소송을 보다 용이하게 할 수 있도록 실체법과 절차법도 개정해야 할 필요가 있으며 너무 엄격한 유언의 방식 또한 합리적인 수준에서 간이화하여 일반국민이 용이하게 이용할 수 있는 제도로 만들 필요도 있다.

주제어: 상속, 배우자상속, 사실혼배우자, 기여분, 특별연고자, 유류분, 유언