

## 중국 상속법상 대습상속제도에 관한 연구

### Problems and Improvements of the Heritage Inheritance System in Chinese Inheritance Law

최려향(Cui, Lixiang)\* · 배성호(Bae, Sung Ho)\*\*

#### ABSTRACT

Inheritance law of the People Republic of China was enacted on October 1, 1985, and has never been revised. The People's Court stated that the current Chinese inheritance law should be updated and revised for the present complex Chinese economy system and developed Chinese society because the current inheritance law is based on conventional and simple economic system, where the wealth of the people was not much. A hereditary inheritance is a system in which an immediate descendant of a deceased child inherits inherited property that he/she should inherit if the child of the deceased dies before the heir. In contrast, some other countries around the world, adopt the essence of the inheritance of the aristocracy as a private worship, on the other hand China does not inherit the aristocracy when the deputy hereditary loses his/her right to inherit the representative worship. Thus, each country basically determines the cause of heroic inheritance as an heir before the inheritance begins, and the inheritance disqualification is basically determined. In some countries such as Japan, the inheritance system can be applied even if the inheritance right is abolished. The heir inheritance shall be applied only when the heir died before the successor inheritance commences. In addition, China acknowledges that when a daughter-in-law or a son-in-law who has lost his/her spouse is the first heir to bear the support of his/her parents. China can apply a system of forgiveness to a situation in which an heir is ineligible to inherit, but the scope of its application is very small and unreasonable. In the case of stepchildren and stepchildren in China, there is a right of inheritance for each other when a support relationship is formed. And China does not have a special profit system, therefore, it may necessary to legislate a special profit system because there are many inheritance disputes related to this in real life.

This study discusses the basics contents of the system of heir inheritance in the statutory inheritance system, concentrating on the inheritance law of the People's Republic of China and also identifies the problems along with their solutions of the Chinese inheritance law system.

Key words: The heir inheritance system, The right of inheritance of step children, Restoration of inheritance, Special profit system, Special heir.

\* 중국 발해대학교 교수, 법학박사, 제1저자

\*\* 영남대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사, 교신저자

## I. 서론

『중화인민공화국 상속법』(이하 중국 「상속법」이라 함)은 1985년 4월 10일 제6기 전국인민대표대회의 제3차 회의에서 통과하고, 1985년 4월 10일 중화인민공화국 주석령 제24호로 반포되었으며, 1985년 9월 11일 「중화인민공화국 상속법 의견」(이하 중국 「상속법 의견」이라 함)의 반포에 따라 1985년 10월 1일부터 시행되었다. 이 법이 실시된 이후 국민의 개별 재산은 더욱 보호되었고 가정 구성원 간의 사이도 더욱 화목하게 되어 사회경제발전과 사회질서의 안정에 많은 도움을 주었다. 하지만 수십 년이 지나 중국의 경제력은 급속도로 상승하고 국민들의 소득이 향상되었을 뿐만 아니라 국민들의 유산에 대한 상속관념도 개개인의 재산의 증가와 종류의 변함에 따라 상속관계도 날로 복잡해지고 있다.

개혁개방 초기에 공포한 중국 「상속법」은 국민들의 재산이 많지 않던 과거 시절에 단조로운 경제구조의 배경 하에 제정되어, 당시에 단일 공유제 계획경제체제에 부합한 것이며, 또 그 당시 입법기술의 제한에 의하여 37개의 조문만 구성돼 있다는 점에서 “현행 중국 「상속법」은 가난한 사람들을 위해 정한 법이다”<sup>1)</sup> 라고 학설에서 논의하고 있다. 계획경제체제 하에서 개인 재산의 소유는 제한되어 있고 개인이 가지고 있는 주요 재화는 생활필수품뿐이었다. 시장경제체제를 실행한 후 국민이 가진 재화는 급속히 증가되었고, 특히 개인이 투자한 개인기업, 주식형 기업 등은 급속도로 발전하였으며 기업주나 주주 및 기타 개인은 대량의 재화를 가지게 되어 현재 거액의 유산분쟁은 흔히 볼 수 있는 일이 되었다. 액수가 거대하고 유형이 다양한 상속분쟁은 완전하게 완비된 상속법 제도로 조정하여 유산 이전의 합법성과 안전성을 확보함으로써 사회의 안정을 보증해야 한다.<sup>2)</sup> 『중화인민공화국 헌법』은 4차례의 수정을 통해 계획경제체제를 폐지하고 시장경제체제를 발전하여 국민 개인 재산의 보호에 대해 더욱 완벽하게 규정을 했지만 중국 「상속법」은 지금까지 오랫동안 실시한 과정에서 법률을 수정을 하지 않는 탓에 현재의 복잡한 경제구조와 국민들의 다양한 재산을 규율하는 것에 한계가 존재한다는 점에서 수정할 필요가 있다고 생각한다.

본 논문은 중국 「상속법」중 논의가 가장 많은 법정상속제도 내에 대습상속제도를 연구하도록 한다. 대습상속이란 피상속인의 자녀가 피상속인보다 먼저 사망할 경우 피상속인 자녀의 직계비속 혈족이 피상속인의 자녀가 상속받아야 할 상속재산 분을 상속받는 제도를 말한다. 그 중 피상속인보다 먼저 사망한 자녀를 피대습자 또는 피대습상속인이라 부르고, 피상속인보다 먼저 사망한 자녀의 직계비속혈족을 대습인 또는 대습상속인이라 부른다.<sup>3)</sup> 대습상속제도는 법정상속제도의 특수한 부분으로서 상속법에서 아주 중요한 지위를 차지하고

1) 杨立新, “对修正「继承法」十个问题的意见”, 法律适用, 2012 第8期, 25页.

2) 著: 杨立新; 译: 赵晓舒, “중국 상속법의 개정과 민법전 편입의 장애와 기대”, 가족법연구 제30권 2호, 2016, 68면.

3) 魏振瀛, 『民法』, 北京大学出版社/高等教育出版社, 2015, 595页.

있다. 다른 나라의 대습상속제도와 비교하면 중국의 대습상속제도는 단일하게 규정하여 실행에 많은 어려움이 발생하였고, 이 제도의 적용을 충분히 발휘할 수 없었다고 생각한다. 이러한 이유로 본 논문은 먼저 중국 대습상속제도의 기본 규정들을 서술하고 대습상속제도의 문제점과 그에 대한 개정안을 제시하도록 한다.

## II. 중국 대습상속제도

### 1. 중국 「상속법」상의 상속 범위 및 순위

대습상속제도는 법정상속제도의 한 부분으로서 먼저 중국 「상속법」에 상속 범위 및 순서를 서술하겠다.

#### 1) 범위

중국의 법정상속인은 배우자, 자녀, 부모, 형제자매, 조부모와 외조부모이다(중국 「상속법」 제10조). 법정상속인 이외의 자로서 피상속인이 부양한 노동 능력이 없는 또는 수입원이 없는 자 그리고 피상속인을 많이 부양한 자에게 일정한 유산을 제공할 수 있다고 규정했다(중국 「상속법」 제14조). 중국은 다른 나라와 달리 아주 특별한 상속인에 대한 규정이 있다. 즉 배우자와 사별한 며느리가 시부모에게 또는 사위가 장인·장모에게 주요 부양의무를 이행한 경우에도 법정상속인에 포함된다(중국 「상속법」 제12조).

#### 2) 순위

상속 순위는 아래처럼 규정돼 있다.

제1순위: 배우자, 자녀, 부모, 배우자와 사별한 며느리가 시부모에게 또는 사위가 장인·장모에게 주요 부양의무를 이행한 며느리 또는 사위.

제2순위: 형제자매, 조부모, 외조부모.

### 2. 대습상속제도의 입법취지

대습상속제도의 입법취지는 “자고공평원칙”(子股公平原则) 및 “자고독립원칙”(子股独立原则)의 기초상에 성립한 것이다.

## 1) 자고공평원칙(子股公平原则)

대습상속제도는 로마법에서부터 이미 있었고, 피상속인이 다수의 자녀가 있을 때 균등하게 유산을 분배하고, 자녀 중에 사망한 자가 있으면 그 사망한 자녀의 자녀 또는 손자녀가 대습상속할 수 있으며 동일 순위의 기타 상속인과의 평등의 원칙을 준수하는 것이다. 현행 각국의 입법례를 보면 모두 이런 로마법의 평등원칙을 따르고 중국도 마찬가지로 피상속인의 자녀가 피상속인보다 먼저 사망할 경우 피상속인 자녀의 직계비속 친족이 대습상속을 할 수 있다고 규정했다(중국 「상속법」 제11조).<sup>4)</sup>

## 2) 자고독립원칙(子股独立原则)

대습상속은 혈족상속과 按支상속이다. 혈족상속은 촌수에 따라 피상속인과 가까운 촌수의 친족이 먼저 상속 받는 것이고, 按支상속은 사람 인수에 따라 상속하는 것이 아니라 그 어느 한 쪽에 따라 상속을 받는 것이다. 대습상속이 발생 할 때, 피상속인의 유산은 상속받을 자격이 있는 상속인의 직계비속 친족에게 넘겨줄 수 있다는 것을 얘기한다.<sup>5)</sup>

## 3. 대습상속제도의 본질

대습상속인이 피대습상속인을 대표하여 권리를 상속하는지 아니면 자기의 고유 권리로 직접 상속에 참여하는지에 따라 학설에서는 대표권설과 고유권설로 나뉜다.

## 1) 고유권설

고유권설은 대습상속인이 피대습인의 지위에 의해서 상속받는 것이 아니라, 자기의 고유한 권리로 피상속인의 재산을 상속한다는 것이며, 피대습상속인의 상속권이 있는지 여부와 상관없이 자기만의 권리로 피상속인 유산을 대습상속하는 것이다.<sup>6)</sup> 피대습상속인이 상속권을 상실 또는 포기한 상황에도 대습상속인은 자기의 고유 권리로 피상속인의 유산을 받을 수 있다.<sup>7)</sup>

4) 刘耀东·张平华, “论代位继承与归扣”, 中南大学学报(社会科学版), 2012 第4期, 124-125页.

5) 예컨대 피상속인 A는 자식 B, C가 있고, B는 자녀 D, E가 있으며, C는 자녀 F가 있다. B, C는 모두 A보다 먼저 사망하여, D, E, F가 대습상속을 할 수 있는데, 상속분은 3등분으로 나누는 것이 아니라, 2등분으로 나누어서, D, E가 1몫 받고, F가 1몫을 받는 것이다. 그래서 대습상속은 상속분을 인수에 따라 균분하는 것이 아니고, 그 어느 한 쪽에 따라 분할하는 것이다. 戴东雄, 「继承」, 三民书局, 2006, 42页.

6) 黄烨·孙孝良, “关于代位继承制度的思考”, 法律与社会, 2010 第16期, 48-49页.

대습상속은 법정상속제도의 특수한 형식이며 대습상속인은 특수한 법정상속인이다. “가까운 친족이 먼저 상속하는 원칙”에 의거하여 피대습상속인이 살아 있을 때 대습상속인은 상속에서 제외되고, 피대습상속인이 사망 시에는 대습상속인에게 상속권이 생긴다는 것이다.<sup>8)</sup>

## 2) 대표권설

대표권설에 의하면 대습상속인이 피상속인의 유산을 상속하는 것은 그 자신의 고유의 권리에 터잡은 것이 아니라 피대습상속인을 대표하여 상속에 참가하는 것이다. 따라서 피대습상속인이 상속권을 상실하거나 또는 포기한 경우 일반적으로 대습상속이 발생하지 않는다.<sup>9)</sup>

중국 「상속법 의견」 제28조에는 “상속인이 상속권을 상실 시에 그의 직계비속 친족은 대습상속을 하지 못한다. 다만 대습상속인이 노동 능력과 생활 수입이 없고, 또는 피상속인에 대해 부양의무를 많이 한 상황이면 적당한 유산을 줄 수 있다”라고 하여 중국은 대표권설을 주장한다는 것으로 보아야 한다.<sup>10)</sup>

## 4. 피대습상속인 및 대습상속인의 요건

### 1) 대습원인

각 나라마다 대습상속의 원인에 대한 규정은 다르다, 보편적으로 보면 대습원인은 상속인이 피상속인보다 먼저 사망하거나 또는 상속인이 상속 결격으로 상속권을 상실할 때 대습상속이 발생한다(프랑스, 한국). 일본은 이 2가지 원인 외에 상속 폐제도 대습원인이 되고, 독일은 상속 전 사망, 상속 결격, 상속포기할 경우에도 대습상속이 발생한다. 중국은 위의 나라와는 달리, 대습상속은 상속인 상속 개시 전 사망 한 경우에만 발생하여 아래에서 이에 관한 규정을 서술하고 또 규정돼 있지 않는 상속 결격과 상속 포기의 경우도 연구하도록 한다.

#### (1) 상속 개시 전 사망

피대습상속인은 피상속인보다 먼저 사망해야 대습상속이 가능하다. 만약 피상속인과 피

7) 刘耀东, “代位继承的特征及其运行机理”, 市场与法治研究, 2012 第2期, 52页.

8) 杨美玲, “试论代位继承的性质”, 法制在线, 2014 第9期, 26页.

9) 전대규, 「중국민법(하)」, 법률정보센타, 2009, 822면.

10) 刘耀东, 주7, 53页.

대습상속인이 동일 사건으로 동시에 사망할 경우 대습상속이 가능한지 여부에 대한 법률해석의 기준은 아래와 같다.

“서로 상속관계가 있는 사람들이 동일한 사건에서 사망한 경우, 사망 시간을 확정하지 못할 때에는, 상속인이 없는 자가 먼저 사망한 것으로 추정하고, 상속인이 있는 사망자끼리 존수가 다를 때에는 어른이 먼저 사망한 것으로 추정하며, 존수가 같으면 동시 사망한 것으로 추정하여, 각자의 상속인이 상속을 받는다.”(중국 「상속법 의견」 제2조).<sup>11)</sup>

동시 사망할 때의 추정 규정을 살펴보면 상속인이 없는 자가 먼저 사망한 것으로 추정하고, 상속인이 있는 자들의 존수가 다를 때에는 어른이 먼저 사망한 것으로 추정하여, 상속 순위에 따라 사망자가 제1순위의 상속인이라면, 제1순위 상속인으로서 먼저 사망한 피상속인의 유산을 상속 받은 후 자기의 사망으로 모든 재산을 자기의 법정상속인한테 상속하는 것이며, 대습상속이 아닌 승계상속(转继承)<sup>12)</sup>이라고 한다. 그래서 피대습상속인은 무조건 상속 개시 이전 사망한 자여야 한다.<sup>13)</sup>

중국 「상속법」에서 명문으로 승계상속에 대한 규정은 없으나, 중국 「상속법 의견」 제52조<sup>14)</sup>에서 승계상속의 내용과 관련되어 규정하였다. 승계상속은 차례대로 상속하는 것이고, 대습상속은 직접 피상속인의 유산을 상속 하는 것이다.<sup>15)</sup> 예컨대 A는 1978년 사망하고, 딸 C는 1989년에 사망하였다. 생존자는 A의 배우자 B와 C의 배우자 D 및 C의 아들 E이다. 1992년 정부에서 A가 생전에 산 불법건축부동산의 소유권을 인정하여, A의 법정상속인들은 이 부동산에 대해 상속권이 있다, C는 상속 개시 후, 즉 상속 재산 분할 전에 사망하였으므로, C의 상속분은 제1상속인의 부모인 B와 배우자 D 및 아들 E가 상속한다. 만약 대습상속을 따르면 C의 상속분에 대해 아들 D만 상속권이 있다고 해야 된다. 아래에서 대습상속과 승계상속의 차별을 표로 만들어 구분하도록 한다.

11) 예컨대, 남편A, 아내B, 딸C, 장모D, 차를 몰고 황산에 여행하려고 하다가 맞은편에서 오는 차와 부딪쳐 4인이 모두 사망했다. E는 A의 친아버지이고, F는 A, B의 아들, G는 B의 친이모이다. A의 어머니와 B의 아버님은 오래전에 사망한 상태이다. ABCD는 이 사고로 사망한자 외, 각자의 상속인이 있으며, D는 어른으로서 먼저 사망한 것으로 추정하고, 존수가 같은 AB는 동시사망한 것으로 되고, C는 마지막에 사망한 것으로 된다. AB는 동시사망으로 서로의 대한 상속이 발생하지 않으므로 각자의 상속인이 각자의 유산을 상속한다. 중국 법정상속인의 상속 순위는 부모, 배우자, 자식이 제1순위이고, 형제, 조(외)부모가 제2순위이며, D의 유산은 B가 상속하고, A의 상속분은 A의 아버님 E와 자녀 C, F가 상속하며, B는 D에서 받은 유산과 자기의 유산을 C, F에게 상속한다. C는 제1상속순위의 상속인이 없어 제2상속순위의 형제 F가 C의 상속분을 상속한다. D의 제2상속인인 G는 B가 D이후 사망한 것으로 추정되어 상속분이 없다고 판단한다.

12) 승계상속(转继承)이란 재상속, 이차상속이라고도 부르며, 상속 개시 후 상속 재산 분할 전에 사망한 경우 그가 받을 상속재산을 그의 법정상속인이 승계하는 제도를 말한다(중국 「상속법 의견」 제52조 참조).

13) 李红旺, “论代位继承”, 市场周刊理论研究, 2011 第5期, 119页.

14) 중국 「상속법 의견」 제52조: 상속 개시 후 상속인이 상속포기하지 않고 유산 분할 전에 사망한 경우 그의 상속권리는 그의 합법상속인에게 이전한다.

15) 肖丽娟, “转继承中的代位继承问题探讨”, 法制与经济, 2010 第8期, 72页.

	대습상속	승계상속
발생 시간	상속인이 피상속인보다 먼저 사망한 경우	상속인이 상속 개시 후, 유산 분할 전 사망한 경우
적용 범위	법정상속	법정상속, 유언상속, 유증
상속인 범위	피상속인의 직계비속친족	피상속인의 모든 합법 상속인
상속 내용	피상속인의 직계비속친족은 직접 피상속인의 유산분할에 참가해 기타 상속인과 상속활동을 공동으로 진행한다.	피승계상속인이 응당 상속할 유산 또는 유언에 정한 유산에 대해서만 상속 및 분할 할 수 있고, 피상속인의 기타 합법상속인과 공동으로 피상속인의 유산을 분할하지 못한다.

## (2) 상속 결격

중국은 상속 결격을 대습원인으로 규정하지는 않았다.

중국 「상속법」에는 명문으로 이에 관한 규정은 없으나, 중국 「상속법 의견」 제28조에서 “상속인이 상속권을 상실한 경우 그의 직계비속친족은 대습상속을 할 수 없다”라고 규정했고, 상속인의 상속권 상실에 대해서는 중국 「상속법」 제7조<sup>16)</sup>에서 규정하였다. 상속권은 국민이 법률 규정 또는 합법적으로 유효한 유언을 근거로 피상속인의 유산을 받는 권리이다. 만약 상속인이 중대한 위법행위 또는 비윤리적인 행위를 하여 피상속인을 위험한 상태로 만들어도 상속인이 유산을 받을 수 있다면, 이는 사회질서 또는 상속제도의 본질을 위배하는 것이므로 민법상 상속권 상실제도를 설정했다.<sup>17)</sup> 상속권 상실이란 상속인이 피상속인 또는 기타 상속인에 대해 중대한 위법이나 또는 비윤리적인 행위를 가할 때, 혹은 상속 유언에 대해 정당하지 않은 행위를 했을 때 법정 근거로 그 상속인의 자격을 박탈하고 상속인의 지위를 상실하게 하는 제도이다.<sup>18)</sup>

## (3) 상속 포기

대다수 나라는 상속권 포기의 효력이 상속 개시 시점에 발생한다고 생각한다. 하지만 상

16) 중국 「상속법」 제7조: 상속인에게 아래에 열거한 행위 중의 하나가 있으면, 상속권을 상실한다. 1. 피상속인을 고의로 살해한 경우. 2. 유산을 빼앗기 위하여 다른 상속인을 살해한 경우. 3. 피상속인을 유기하거나 피상속인을 학대한 내용과 경위가 엄중한 경우. 4. 유언을 위조하거나 고치거나 훼손한 내용과 경위가 엄중한 경우.

17) 田野, “论我国继承权丧失制度的完善”, 中国人民大学法学院, 2008 第1期, 27页.

18) 조효서, “중국의 상속권 상실제도”, 한국가족법학회 제28권 1호, 2014, 263면.

속 개시 시점에 상속권 포기의 효력이 발생하면 상속인은 “처음부터 상속인이 아니었던 거로 본다.” 또는 “상속 개시 전 사망한 것처럼 본다.” 또는 “유산은 처음부터 상속권을 포기한 상속인한테 귀속되지 않는다.”라는 견해에 대해 각 나라의 입법 규정은 다르고 그에 따라 효과도 달라진다.<sup>19)</sup>

예컨대 『프랑스 민법전』 제785조에서 “상속권을 포기한 상속인은 처음부터 상속인이 아니었던 거로 본다.”라고 규정하여 직계비속 친족의 대습상속이 발생하지 않는다고 하며 프랑스는 상속의 포기를 대습원인으로 정하지 않았다. 『독일 민법전』 제1953조에서 “상속을 포기 시 유산은 처음부터 상속권을 포기한 상속인한테 귀속되지 않고, 상속을 포기한 상속자는 상속 개시 시 이미 사망한 자로 보고 상속 개시 시점에 그 유산은 상속을 응당 받아야 될 상속인에게 준다.”라고 규정되어 상속을 포기한 상속인의 직계비속 친족은 조건에 충족되는 상황에서 대습상속이 가능하다.<sup>20)</sup>

중국 『상속법 의견』 제51조에서 “상속포기의 효력은 상속 개시 시점에 발생 한다”라고 하여, 상속을 포기 한 상속인은 상속 개시 시점에 상속권을 잃은 자로 보아, 즉 상속을 상실한 자로 본다. 그러므로 중국의 현행 상속법에 따라 상속결격자의 직계비속 친족은 대습상속을 못한다는 규정에 비추보면 중국의 상속권 포기는 대습상속원인에 포함되지 않는다.

## 2) 피대습상속인의 요건

피대습상속인은 피상속인의 자녀여야 한다.

여기에서 말하는 자녀는 혼인 중 출생자, 혼인 외 출생자, 양자녀, 부양관계가 형성된 의붓자녀가 포함된다.<sup>21)</sup>

양자녀와 양부모의 관계는 『중화인민공화국 수양법』 제2002조에서: “양자녀와 양부모의 권리의무관계는 법률에서 부모자녀 근친족관계의 규정을 적용한다.”라고 규정했다. 양자녀와 양부모는 합법적인 수양관계가 있어야 하며, 즉 수양 등기기관에 가서 등기절차를 진행해야 수양관계가 성립된다.

의붓자녀는 처와 전남편 또는 남편과 전처가 낳은 자녀를 말한다. 중국 『상속법』 제10조: “계부모와 부양관계를 형성한 의붓자녀는 제1순위의 법정상속인으로서 계부모의 유산을 상속할 수 있다.”라고 규정하고, 『중화인민공화국 혼인법』 제27조 제2항에서는 의붓자녀와 계부모는 서로 간에 부양관계가 있을 때 서로에게 권리와 의무가 있다고 규정했다. 즉 서로간의 부양관계가 있었다면 서로에게 상속권이 있다고 본다.<sup>22)</sup>

19) 张翼杰, “论放弃继承权的效力”, 陕西理工学院学报(社会科学版), 2014 第1期, 75页.

20) 马钧, “放弃继承权的构成要件及代位继承问题”, 法制博览, 2015 第13期, 114页.

21) 중국 『상속법 의견』 제26조: 피상속인의 양자녀, 부양관계가 있는 의붓자녀의 자녀는 대습상속 할 수 있다.

22) 司艳露·李君君·吕珊珊, “我国继子女继承制度探究”, 法制博览, 2016 第14期, 34页.



### 3) 대습상속인의 요건

대습상속인은 피대습상속인의 직계비속 친족이어야 한다.

이에 관해 중국 「상속법 의견」 제26조에서 “피상속인의 양자녀, 부양관계를 형성한 의붓자녀의 친생자녀, 피상속인 친생자녀의 양자녀, 피상속인 양자녀의 양자녀, 피상속인과 부양관계를 형성한 의붓자녀의 양자녀는 대습상속을 할 수 있다.”라고 규정했다. 양자녀는 피대습상속인과 의제혈친으로 대습상속인이 될 수 있지만, 피대습상속인의 의붓자녀는 대습상속권 있는 여부에 대해 명문으로 규정하지 않았다.

태아가 대습상속할 수 있는지에 대해서는 명문적인 규정은 없지만, 태아의 권리보호에 대해 중국 「상속법」 제28조에서 “유산 분할 시 태아의 상속분을 남겨두어야 하고 태아가 출생하였을 때 사체인 경우, 남겨 놓은 상속분은 원 법정상속 규정을 의거하여 처리한다”고 규정했다. 또는 2016년 6월에 공포한 「중화인민공화국민법총칙(초안)」 제2장 자연인 중 제16조에서 “유산상속, 증여 등 태아 이익 보호에 관하여, 태아는 민사 권리능력이 있다고 본다. 하지만 출생 시 생존하지 않았다면 그의 민사 권리능력은 처음부터 발생하지 않는다.”라고 규정했다. 태아는 상속권에서 민사 권리능력이 있다고 보는데 중국 현행 상속법에는 태아의 상속분의 산정 및 기타 동일한 상속인과 같은 권력을 가지고 있는지에 대해서는 명확하게 규정하지 않았다.<sup>23)</sup> 따라서 유산 분배 시 태아는 태아의 신분으로 남겨 놓은 상속분을 받아야 되는 것인지, 아니면 대습상속인으로서 피대습상속인의 상속분을 받아야 되는지에 대해 논란이 있을 것 같다.<sup>24)</sup>

### 4) 대습상속의 적용범위

대습상속은 법정상속에만 적용되고, 피상속인의 유언 또는 유증이 있는 경우에는 상속인의 사망으로 무효가 되어 피상속인은 다시 의사표시를 해야 한다.

법정상속에서만 대습상속이 발생할 수 있고, 유언상속에서는 대습상속이 발생할 수 없다. 즉, 만약 유언상속인이 피상속인의 자녀이면서 동시에 유언자보다 먼저 사망한 경우, 그 유언상속인의 직계비속은 그 유언상속인이 유언에 따라 상속받아야 할 상속재산을 대습상속할 수 없다. 그러나 유언에서 그 상속인이 상속할 상속재산은 법정상속에 따라 처리하여야 한다고 지정한 경우, 법정상속에서 그 상속인의 직계비속은 대습상속할 수 있다.<sup>25)</sup>

23) 叶玉莎, “基于民法总则草案中胎儿利益法律保护规定的思考”, 法制博览, 2017 第6期, 136页.

24) 茹怡, “对胎儿继承利益保护法律困境的思考”, 法制与社会, 2015 第5期, 238页.

25) 전대규, 주9, 823면.

## 5. 대습상속의 효과

### 1) 상속 순위

대습상속인은 피상속인의 상속 지위를 대신하여 제 1 순위의 다른 법정상속인과 공동상속한다. 대습상속인은 중국 법정상속인 순위에 규정되지 않고, 대습상속인은 상속에 관하여 피대습자의 상속순위에 갈음하여 상속인이 되는 것이다.<sup>26)</sup> 상속인이 상속 개시 전에 사망하여 상속인의 직계비속 친족이 상속인의 순위를 갈음해서 상속인이 되는 것이다.

### 2) 상속분

대습상속인은 피대습상속인의 지위를 대신해 상속에 참가하는 것이며 동일 순위의 기타 상속인과 같이 유산을 균등하게 상속하는 것이 아니라 피상속인의 상속분만 상속받을 수 있다.(중국 「상속법」 제11조)

예를 들어 피상속인은 아들 A, 딸 B가 있는데 상속 개시 전에 모두 사망하고, 피상속인의 배우자 및 부모도 피상속인보다 먼저 사망한 상태이다. A는 자녀 甲, 乙, 丙있고, B는 자녀 丁이 있다. 그리고 피상속인의 며느리가 피상속인에 대한 부양을 주로 부담했다.<sup>27)</sup> 이런 상황에서는 피상속인의 재산을 3등분으로 나눠, 며느리 1몫, 甲, 乙, 丙 1몫, 丁 1몫으로 균등하게 나눠 받아야 한다. 그 외에 대습상속인이 노동능력이 부족하고 생활 수입이 없거나 또는 피상속인에 대해 주로 부양의무를 부담했다면 유산을 분배할 때 더 많은 상속분을 받을 수 있다.(중국 「상속법 의견」 제27조)<sup>28)</sup>

### 3) 대습상속의 배척력

제1순위의 다른 법정상속인이 없는 경우 대습상속자가 단독으로 상속하며 피상속인의 모든 상속재산을 취득한다. 이는 제1상속순위가 대습상속권에게 제2순위 상속인의 상속권 행사에 대한 배척력을 부여하는 것이다.<sup>29)</sup>

26) 곽윤직, 「상속법」(개정판), 박영사, 2004, 65면.

27) 중국 「상속법」 제12조: 배우자를 잃은 며느리가 시아버지, 시어머니에 대하여, 배우자를 잃은 사위가 장인, 장모에 대하여 주요 부양의무를 다하면, 제1순위 상속인으로 한다.

28) 郭明瑞, 「继承法」, 法律出版社, 2003, 118页.

29) 전대규, 주9, 823면.

## IV. 중국 대습상속제도의 문제점 및 개선안

### 1. 대습상속 성질에 관한 문제점 및 개선안

다른 나라의 법정상속인의 범위는 넓고 또 제1상속인은 직계비속 친족인데 중국 「상속법」에 규정한 상속인은 손자녀가 포함되지 않아 손자녀에 대한 보호가 약하다고 볼 수 있다. 그렇기 때문에 대습상속의 성질을 대표권설로 정하면 손자녀의 이익을 침해할 수 있다고 본다. 또한 대습상속제도의 목적은 미성년자인 직계비속 친족을 보호하기 위해 일정한 물질 보장을 주는 것인데, 대표권설을 채택하면 피상속인의 상속권이 박탈 시에 피상속인의 직계비속 친족은 상속 받을 자격이 없어지며, 미성년자인 대습상속인의 이익을 침해한다고 본다.<sup>30)</sup>

민법 이론에 따르면 피상속인이 사망하기 전에, 상속인은 상속에 대해 기대권이 있으며 이는 법률이 국민에게 부여한 민사권리능력이라고 한다. 민사 권리능력은 출생 시 시작하고, 사망 시 종결되는 것이며, 사람이 사망을 하면 그의 민사권리능력은 소멸되어 상속권의 기대권도 같이 사라진다고 볼 수 있다. 그리하여 대표권설로 해석하면 대습상속인의 권리는 피대습상속인의 사망에 따라 당연히 소멸되는 것으로 보게 되므로 대표권설은 잘못된 학설이라는 비판을 받고 있다.<sup>31)</sup> 대표권을 주장하는 학자들은 대습상속인이 상속에 참가할 때 자기의 신분이 아닌 피상속인의 신분으로 유산을 상속하는 것이라고 하며, 법률에서는 이를 피대습상속인으로 보고 유산을 상속한다는 해석이 있다. 그래서 대습상속인은 피대습상속인을 대신해서 상속받기 때문에 당연히 피대습상속인의 상속권이 존재하는 한에서 대습상속이 가능하다고 말한다.<sup>32)</sup>

고유권설에 의하면 대습상속인은 법정상속인의 범위에 속하는데, 피대습상속인이 생존 시에 “가까운 친계 우선”의 상속원칙으로 대습상속인들을 상속에 배제된 것이다. 피대습상속인이 사망하였을 때 대습상속인은 법정상속인으로서 자기의 고유권리로 피대습상속인의 상속순위와 상속분을 근거로 피상속인의 유산을 직접 상속한다.<sup>33)</sup> 그래서 대습상속인을 보호하는 입장에서 대습상속제도의 성질을 고유권설로 정해야 된다.

### 2. 대습원인 확장에 관한 문제점 및 개선안

위에서 서술한바, 중국의 대습상속제도의 대습원인은 단 1가지, 즉 피대습상속인은 피상

30) 唐琳, “我国代位继承规则之修正探究”, 福建江夏学院学报, 2013 第5期, 45页.

31) 杨美玲, 주8, 26页.

32) 孙启泉·李宏, “论代位继承权的性质”, 理论纵横, 2000 第3期, 58页.

33) 张玉敏, “代位继承比较研究”, 中央政法管理干部学院学报, 1997 第3期, 4页.

속인보다 먼저 사망했을 때만 대습상속이 가능하다. 그 외에는 어떤 원인도 대습상속이 가능하지 않다. 중국은 대습상속의 본질을 대표권설로 정하여 피상속인이 상속권을 상실하였을 때, 대습상속인도 피대습인의 상속권 상실에 따라 대습상속권을 상실한다. 중국은 오랫동안 산아 제한 계획 정책을 실시하였으며, 80년대에 출생한 자녀는 거의 독자이고 현재 중국사회에서 중견 지위를 차지하고 있다. 2016년부터 “2孩”<sup>34)</sup> 정책이 실시되었지만 생활고의 부담과 자식교육의 투자비용이 과거보다 수십 배씩 증가되어 젊은 사람들이 출산할 생각이 적어지고 있으며, 중국의 고령화도 심각한 편이다. 그래서 현재의 상황은 만약 피상속인이 상속권을 상실하면 그의 직계비속은 상속을 못 받고, 그렇게 되면 유산은 피상속인의 부모, 배우자, 형제자매 또는 조(외)부모에게 넘어가며, 유산이 방계로 빠져나가거나 또는 국가소유로 될 가능성도 있다. 이런 상황은 피상속인의 재산을 제대로 보호하지 못할 뿐만 아니라, 피상속인의 진의와도 부합되지 않는다고 생각한다.<sup>35)</sup>

그리하여, 상속인이 상속권의 상실을 대습원인으로 확장 하는 것이 옳다고 생각한다.

### 3. 의붓자녀와 계부모의 대습상속 문제점 및 개선안

위에서 논의한 바, 피상속인의 양자녀, 부양관계를 형성한 의붓자녀의 친생자녀, 피상속인 친생자녀의 양자녀, 피상속인 양자녀의 양자녀, 피상속인과 부양관계를 형성한 의붓자녀의 양자녀의 대습상속권을 인정하고, 의붓자녀의 대습상속권에 대해서는 규정하지 않아, 학설에서 의붓자녀가 대습상속권이 있는지 여부에 대해 부정설과 긍정설로 나뉜다.

#### 1) 부정설

의붓자녀와 계부모는 인척관계로 형성된 관계이며, 의붓자녀는 친생부모와의 권리 및 의무는 해제되지 않는다. 피대습상속인과 부양관계를 형성한 의붓자녀의 친생자, 양자녀는 대습상속권이 있고, 그 의붓자녀의 의붓자녀는 혈족 또는 의제혈족이 아니어서, 피상속인의 직계비속에 속하지 않아 대습상속권이 없다고 한다. 또한 그 의붓자녀는 양자녀보다 계부모와의 친근 관계가 상대적으로 낮음에도 불구하고 양자녀와 의붓자녀를 같은 법적지위에 세우고, 또한 양자녀의 경우 친생부모에 대한 대습상속권이 없는데, 의붓자녀의 경우 친생부모와 계부모의 유산에 대해 대습상속권이 모두 있으면 불공정하다고 본다.<sup>36)</sup>

34) 2번째 아이를 낳을 수 있는 정책.

35) 王子越, “代位继承的现实不足与立法完善”, 法制与社会, 2017 第1期, 282页.

36) 何玄哲, “继子女法定继承权的相关思考”, 法制与社会, 2015 第4期, 62页.

## 2) 긍정설

『중화인민공화국 혼인법』 제27조 규정에 따라 “계부모는 자기가 부양 교육한 의붓자녀와 서로 간의 권리와 의무가 있다, 이에 관해 혼인법 규정한 부모 자녀 관계의 규정을 적용한다.” 쌍방 간에 부양관계가 있으면 혼인법에 규정한 부모 자식에 관한 규정을 적용해야 되며 그럼, 의붓자녀는 대습상속권이 있다고 본다.<sup>37)</sup>

사법 실행 중에 의붓자녀와 계부모의 부양관계가 있는지 여부에 대한 구체적인 표준이 없어서, 실제 실행에 많은 어려움이 있다. 또한 만약 재혼가정이 다시 파탄하여 또 새로운 가정을 이룰 때 복잡한 관계가 되며, 자녀의 이익뿐만 아니라 이혼을 몇 번을 한 사람에 대해서도 아주 불리한 상황이 되어버린다. 이어서 의붓자녀의 대습상속권까지 인정한다면 더욱더 복잡한 관계가 발생하므로, 이에 대해 서로 부양관계가 있는 의붓자녀와 계부모는 상속권 대신, 적당한 유산을 주는 것으로 정하는 것이 더 낫다고 보고, 의붓자녀의 대습상속권도 여러 가지 제한 조건이 있어야 된다고 본다.<sup>38)</sup>

또는 어떤 학자들은 ‘의붓자녀와 계부모의 관계는 수양법의 규정을 따르는 것이 맞다’고 주장한다. 즉 의붓자녀와 계부모는 수양관계를 형성하면 의붓자녀와 계부모는 서로의 상속권이 있고, 수양관계가 없으면 법적으로 서로의 권리와 의무가 없으며, 의붓자녀는 자기의 친생부모와의 관계에서만 권리의무가 있다.<sup>39)</sup>라고 주장한다. 그리하여 의붓자녀의 대습상속권도 수양관계에 따라 양자녀의 신분으로 대습상속권을 얻을 수 있다는 것이다.

## 4. 대습상속권 회복에 관한 문제점 및 개선안

현행 중국 「상속법」 제11조에 대습상속제도에서 피상속인이 상속결격인 경우를 대습원인으로 승인 하지 않고, 또한 중국 「상속법 의견」 제28조에 명문으로 상속인이 상속권을 상실한 경우 그의 직계비속 친족은 대습상속할 수 없다고 규정하였다. 그럼 피상속인의 상속권을 회복하는 구제수단이 피상속인의 직계비속 친족의 대습상속권을 구제하는 수단으로 봐야 된다. 아래에서 피상속인의 상속권 회복 수단을 연구하도록 한다.

중국 상속권 상실의 유형은 아래와 같이 2가지 종류가 있다.

### 1) 상대 상실

상속권 상대 상실은 어떤 법정 사유가 발생한 후 상속인이 상속권을 상실하였지만, 일정

37) 韩来璧·徐毅林·戴永盛, “被代位继承人的继子女无权代位继承”, 法学, 1989 第9期, 23页.

38) 郭逢兵·张楠, “我国继子女继承权之存废”, 法制博览, 2014 第2期, 94页.

39) 张玉敏, 注33, 206页.

한 조건을 구비하였을 때 상속인의 상속권은 최종적으로 상실되지 않는다는 제도이다. 예컨대 피상속인이 생전에 상속인한테 용서의 의도를 표시할 때.<sup>40)</sup>

## 2) 절대 상실

일정한 법정 사유가 발생한 후 상속인은 피상속인의 유산에 대해 종국적인 상실이 되어 회복하지 못하는 제도이다. 상속권의 절대 상실은 피상속인 또는 타인의 의지에 따라 변화하지 않는 제도이다.<sup>41)</sup>

상속인은 피상속인의 용서에 따라 상속권을 회복할 수 있다. 용서제도는 상속인에게 자기의 잘못을 인지 및 개정의 기회를 주고 가정의 화목을 촉진하는 동시에 피상속인의 의지를 존중하는 제도라고 볼 수 있다.<sup>42)</sup> 또한 상속인이 잘못을 뉘우치고 바른길로 들어서 양로 육아의 원칙을 실시하는 데에 도움이 된다고도 한다.<sup>43)</sup> 중국 「상속법」 제7조에서 상속권 상실의 법정 사유를 정했고, 중국 「상속법 의견」 제13조에서 “피상속인을 학대한 내용이 심하거나, 또는 피상속인을 유기한 상속인이 이후 잘못을 뉘우친 표현이 있고, 또 학대 및 유기를 당한 피상속인이 생전에 용서의 표시를 하면, 상속인은 상속권을 상실하지 않는다.”라고 규정했다.

용서의 범위는 “상속인이 피상속인을 유기 및 심하게 학대한 자”에 한하며 기타 상황에 대해서는 용서제도의 적용여부에 대해 규정하지 않았다. 상속권 상실의 법정 사유에 피상속인에 대한 침해 정도를 보면 “유언을 위조하거나 고치거나 훼손한 내용과 경위가 심한 경우”의 상황은 피상속인의 유언 자유를 침해했지만, 피상속인을 학대 및 유기에 비해 피상속인에 대한 침해는 가볍다고 본다, 그런데 현행 상속법은 침해가 엄중한 상황을 용서의 제도를 사용할 수 있고, 반대로 침해가 가벼운 행위에 대해서는 명문적인 규정이 없어, 입법기술에 문제가 있다고 생각한다.<sup>44)</sup>

또는 상속인이 법정사유로 상속권을 상실했을 때 피상속인의 용서만으로는 상속권을 회복하지 못하고, 무조건 상속인의 회개의 표현이 있어야 한다. 상속인의 회개 여부를 따지지 않고 피상속인이 용서만을 하는 행위만으로도 이미 용서제도의 실질 요건이 구비되었다고 생각되지만, 중국 현행법은 상속인이 진심으로 회개하는지 여부를 제3자가 판단하여, 판단의 결과로 용서제도를 적용할지 여부를 결정한다.<sup>45)</sup> 상속법은 사법으로서 피상속인의 사권 행위에 가혹한 부가조건으로 제약하는 것은 아니라고 생각한다. 상속권의 회복은 상속인의

40) 郭明瑞·房绍坤, 「继承法」, 法律出版社, 2016, 70页.

41) 吴永科主编, 「继承法律制度研究」, 群众出版社, 2007, 91页.

42) 佟柔, 「继承法教程」, 法律出版社, 1986, 70页.

43) 杨立新·朱呈义, 「继承法专论」, 高等教育出版社, 2006, 79页.

44) 杨立新·和丽军, “关于恢复继承权宽宥制度的重新思考”, 东南学术, 2013 第1期, 142页.

45) 杨立新, 「继承法修订入典之重点问题」, 中国法制出版社, 2015, 200页.

회개를 전제로 하는 것이 아니라 용서제도의 방식 및 적용 범위를 확장해 피상속인이 생전에 용서의 표시가 있거나, 또는 유언으로 용서의 표시를 하고, 구두 혹은 문서 형식으로 명확한 용서표시를 했다면(예컨대 쌍방 관계의 개선, 부양을 받아들이는 행위, 공동생활 등) 용서제도를 적용해야 된다고 본다.<sup>46)</sup>

## 5. 归扣제도(특별수익제도) 설립에 관한 문제점 및 개선안

归扣제도는 피상속인이 생전에 상속인에게 증여 또는 상속분을 미리 지불한 것을 유산 분할 시 상속분에서 공제하는 제도이다.<sup>47)</sup> 归扣의 목적은 개별 상속인이 피상속인의 생전 재산을 많이 받는 것을 방지하는 것이며, 공동상속인 사이의 유산 공평 분배를 보장하는 것이다.<sup>48)</sup>

만약 피상속인이 증여할 때 명확하게 증여한 재산은 유산에 속하지 않는다고 표시했으면 피상속인의 의사자유를 존중해야한다. 하지만 특별한 표시가 없을 시 무상으로 재산 증여가 아닌 “비보통 증여”라고 추정하여 피상속인이 생전에 “遗产预付”(유산을 미리 지불 함)성질이 있는 증여 행위를 했다는 것으로 추정한다.<sup>49)</sup> 유산 분할 시 피상속인 생전에 상속인에게 준 특별증여(즉 피상속인이 상속인 결혼, 분가, 영업 및 기타 의무적인 행동외의 일에 대해 증여한 부분)는 유산에 속해야 되고, 상속할 때 특별증여를 받은 상속인의 상속분에서 감면을 해야 한다는 것이다.

이 제도에 대해 반대하는 학자들이 주장하는 것은 상속관계 중, 피상속인과 상속인의 법적 지위는 피상속인의 사망에 따라 변하며, 피상속인 사망 전에 그는 재산의 소유인이고, 상속인은 상속의 기대권만 있다. 상속인이 사망 이후, 상속인은 유산에 대해 기득권이 있으며, 기대권과 기득권은 성질이 다른 권리이며, 피상속인이 생전의 증여 행위를 상속인에 대한 상속분의 선불이라고 보면, 상속권의 기대권과 기득권의 차이점을 부인한 것으로 되어, 상속의 기대권을 실체화로 만든 상황이 되어 버린다. 또는 같은 수증자로서 법정상속인이 아닌 일반 수증자는 증여물을 받을 수 있고, 피상속인과 가까운 법정상속인은 오히려 증여물이 공제될 우려가 있어, 실제상 불평등한 법률효과가 발생한다고 한다.<sup>50)</sup>

이 제도를 인정하는 학자들의 주장은 피상속인이 생전에 반대하는 의사표시가 없을 시에, 상속인이 상속 개시 전 결혼, 분가, 영업 등 기타 사유로 피상속인으로부터 받은 재산은 다 유산에 속하고, 증여물의 액수는 유산 분할 시 자기의 상속분에서 공제해야 된다고 한다.<sup>51)</sup>

46) 张玉敏, 주33, 70页.

47) 张玉敏, 주33, 152页.

48) 杨立新, 주45, 170页.

49) 张平化·刘耀东, “遗产分割中归扣法律制度研究”, 法学论坛, 2009 第1期, 49页.

50) 王翔, “对我国应否建立归扣制度的商榷”, 石河子大学学报, 2007 第6期, 63页.

51) 王利明, 『中国民法典学者建议稿及立法理由』: 人格权编婚姻家庭编·继承编, 法律出版社, 2005, 476页;

대습상속이 발생할 경우 대습상속인은 특별수익 반환 의무가 있는지에 대해, 피대습인이 특수증여를 받은 뒤 사망한 것과 피대습인이 특수증여를 받은 뒤 상속권을 상실하는 두 가지 상황으로 나누어 학설에서 논의가 있다.

## 1) 피대습인이 특수증여를 받은 후 사망한 경우

학설은 이에 대해 두 가지 관점이 있다.

### (1) 긍정설

긍정설에 대해서도 몇 가지 의견이 있다. 첫째, 대습상속인은 피대습상속인을 대신하여 상속권리를 행사하는 것이며 특별수익 반환 의무가 있다고 본다.<sup>52)</sup> 둘째로는 대습상속의 본질은 자고공평이며 피대습상속인의 특별증여를 감면하지 않으면 기타 공동상속인의 이익을 침해한다고 본다.<sup>53)</sup>

### (2) 부정설

대습상속인은 피대습상속인의 지위를 대신하는 것이 아니라 자기의 고유 권리로 피상속인의 유산을 상속하므로 기타 공동상속인과 동등한 상속분을 받는다. 이에 피대습인이 받은 특별증여와 대습상속인의 상속분을 구분해야 한다고 한다.<sup>54)</sup>

## 2) 피대습인이 상속권을 상실 했을 때

현행 중국 「상속법」은 피상속인이 상속권을 상실하였을 때 대습상속이 발생하지 않는다고 정했지만 다수 국가에서는 피상속인이 상속권을 상실하는 것도 대습원인으로 정했다. 피대습인이 상속권을 상실하면 그는 상속인이 아니므로 그전에 받은 특별증여는 대습인보다 피대습인이 그 이익을 누리는 상황이 되며, 이를 대습인의 상속분에서 공제하는 것은 불공평하고 피대습인이 부당이득에 관한 규정에 의하여 특별증여를 반환하는 것이 타당하다고 본다.<sup>55)</sup>

사실 특별수익제도에 대해, 법으로 피상속인의 재산을 분배하는 것보다, 피상속인의 의사

梁慧星, 「中国民法典草案建议稿附理由」: 侵权行为·继承编, 法律出版社, 2004, 148页.

52) 罗鼎, 「民法继承论」, 台北三民书局, 1978, 139页.

53) 戴炎辉·戴东雄·戴瑀如, 「继承法」, 台北自刊, 2010, 141页.

54) 刘春茂, 「中国民法学·财产继承」, 人民法院出版社, 2008, 132页.

55) 刘耀东·张平华, 주49, 126页.



가 더욱 중요하다고 생각한다. 피상속인이 생전에 상속인한테 증여하거나 또는 미리 재산을 지불한 행위이나, 모두 피상속인의 의사를 근거로 특별수익을 반환하는지 여부를 결정하는 것이 맞다고 생각한다. 피상속인이 상속인한테 재산을 증여할 때, 이 재산은 유산에 포함되지 않는다고 성명했을 때, 대습상속인은 특별수익을 반환할 필요가 없고, 피상속인이 증여한 재산이 유산에 속한다는 의사표시를 했을 때, 상속인이 피상속인보다 먼저 사망 한 경우, 대습상속인은 상속분에서 증여받은 유산을 제외한 나머지 유산을 받고, 초과한 부분은 반환하여야 한다. 상속인이 상속결격한 경우에 대해 대습상속인보다 상속인에게 특별수익 반환청구를 하는 것이 맞다고 생각한다. 그리고 아래의 몇가지 상황에는 보편적으로 특별수익제도를 적용해야 된다. (1) 결혼을 위해 증여한 재산. (2) 의무교육비 초과한 기타 학원, 육학 등 교육 비용. (3) 분가 또는 독립생활 비용. (4) 영업을 위해 증여한 재산. (5) 아기 출산 양육에 대한 증여.<sup>56)</sup>

## 6. 기타 상속 규정와의 충돌

중국 「상속법」 제12조에 다른 나라와 달리 아주 특수한 상속인을 규정했다. 즉, 배우자를 잃은 며느리가 시부모에게 또는 배우자를 잃은 사위가 장모, 장인에게 부양의 주의무를 부담한 자는 제1상속인으로 정했다. 이런 규정은 사위, 며느리가 노인을 부양하는 것을 격려하는 데에 도움은 되지만 전통적인 상속관념, 즉 혈족상속을 위반한다고도 본다. 또 중국 「상속법 의견」 제29조에서 며느리 및 사위를 제1상속인으로 상속할 때 재혼 여부를 묻지 않고 그의 자식은 대습상속할 수 있다고 해석했다. 따라서 며느리 및 사위가 제1상속인으로 되었을 때, 그의 자식이 그의 모친 또는 부친의 몫을 대습상속하고, 며느리 또는 사위는 기타 상속인과 한몫의 상속분을 받을 수 있으므로, 이는 기타 공동상속인의 이익을 침해하고 공평상속의 원칙을 위반했다고 볼 수 있다.<sup>57)</sup> 그래서 이에 관한 규정은 “배우자를 사별한 사위가 장인, 장모에게 또는 며느리가 시부모에게 부양의 주의무를 부담했으면 대습상속인이 없는 상황에서 제1상속인으로 상속할 수 있다”<sup>58)</sup>라고 수정해야 된다는 의견이 있고, 또는 중국 「상속법」 제14조의 규정에 따라 “상속인 외의 기타 피상속인을 많이 부양한 자에게 적당한 유산을 주고 그의 상속분은 제1상속인의 상속분을 참고로 할 수 있다”를 따르는 것이 맞다는 의견도 있다.<sup>59)</sup>

56) 杨立新·和丽军, “遗产继承归扣制度改革的中間路线”, 国家检察官学院学报, 2014 第6期, 140页.

57) 郭明瑞, “民法典编纂中继承法的修订原则”, 比较法研究, 2015 第3期, 88页.

58) 郭明瑞, “完善法定继承制度三题”, 法学家, 2013 第3期, 112页.

59) 李红玲, “继承人范围两题”, 法学, 2002 第4期, 61页.

## V. 결론

현재 중국은 예전과 다르게 개인 재산이 많아지고, 사람 관계도 복잡한 사회이므로 예전에 적용한 법도 사회 변화에 따라 변해야 된다고 생각한다. 변화는 사회 발전에만 국한된 것이 아니라, 전통 풍속 습관도 존중하면서 최대한 공평의 원칙을 준수해야 한다고 생각한다. 그리고 상속법은 사법이며 피상속인의 의사도 존중하는 것이 중요하다. 실제 생활에 유언상속을 적용하는 경우는 법정상속보다 그 수가 적으며, 이에 법정상속제도를 제대로 제정해야 국민의 이익을 보호할 수 있다. 그중에 대습상속제도는 특수한 법정상속제도이며, 피상속인의 직계비속 친족을 보호하기 위해 정한 제도이다. 하지만 현행 중국 「상속법」은 대습상속에 관한 규정이 현재의 중국 사회에 있어 불합리한 점이 많다고 본다. 그 중 대습상속제도가 그 성질에 대해 비판을 많이 받고 있는데, 이는 중국이 대표권설을 채택하여 피대습인이 상속권을 잃을 때 그의 자식은 대습상속권이 없다고 보기 때문이다. 피상속인의 재산이 무인 상속으로 될 가능성이 있어 국가 소유로 되면 이는 피상속인도 원하지 않는 상황이라고 생각한다. 또 대습상속에 관한 여러 문제에 대해서도 명확한 규정이 없는 탓에 실행 중에 어려움이 많아서 상속 과정에 분쟁이 많다고 본다. 본문은 이러한 문제들로서 대습상속제도의 입법 취지, 성립 요건 및 효과까지 분석해서 문제를 발견하여 이에 관한 개정안을 제시하였다. 법의 제정은 그 사회의 발전에 따라 수정을 하면서 유효하게 적용을 해야 되며, 사람들의 사회생활에 공평, 편함을 제공할 수 있도록 그 의미가 있다고 생각한다.

## 참고문헌

- 罗鼎, 「民法继承论」, 台北三民书局, 1978.
- 佟柔, 「继承法教程」, 法律出版社, 1986.
- 张玉敏, 「继承法律制度研究」, 法律出版社, 1999 第3期.
- 王利明, 「中国民法典学者建议稿及立法理由」: 人格权编婚姻家庭编·继承编, 法律出版社, 2005.
- 梁慧星, 「中国民法典草案建议稿附理由」: 侵权行为·继承编, 法律出版社, 2004.
- 戴东雄, 「继承」, 三民书局, 2006.
- 杨立新·朱呈义, 「继承法专论」, 高等教育出版社, 2006.
- 吴永科主编, 「继承法律制度研究」, 群众出版社, 2007.
- 刘春茂, 「中国民法学·财产继承」, 人民法院出版社, 2008.
- 戴炎辉·戴东雄·戴瑀如, 「继承法」, 台北自刊, 2010.
- 杨立新, 「继承法修订入典之重点问题」, 中国法制出版社, 2015.
- 魏振瀛, 「民法」, 北京大学出版社/高等教育出版社, 2015.
- 郭明瑞·房绍坤, 「继承法」, 法律出版社, 2016.
- 韩来璧·徐毅林·戴永盛, “被代位继承人的继子女无权代位继承”, 法学, 1989 第9期.
- 孙启泉·李宏, “论代位继承权的性质”, 理论纵横, 2000 第3期.
- 李红玲, “继承人范围两题”, 法学, 2002 第4期.
- 王翔, “对我国应否建立归扣制度的商榷”, 石河子大学学报, 2007 第6期.
- 田野, “论我国继承权丧失制度的完善”, 中国人民大学法学院, 2008 第1期.
- 张平化·刘耀东, “遗产分割中归扣法律制度研究”, 法学论坛, 2009 第1期.
- 黄烨·孙孝良, “关于代位继承制度的思考”, 法律与社会, 2010 第16期.
- 肖丽娟, “转继承中的代位继承问题探讨”, 法制与经济, 2010 第8期.
- 李红旺, “论代位继承”, 市场周刊理论研究, 2011 第5期.
- 杨立新, “对修正「继承法」十个问题的意见”, 法律适用, 2012 第8期.
- 刘耀东, “代位继承的特征及其运行机理”, 市场与法治研究, 2012 第2期.
- 刘耀东·张平华, “论代位继承与归扣”, 中南大学学报(社会科学版), 2012 第4期.
- 杨立新·和丽军, “关于恢复继承权宽宥制度的重新思考”, 东南学术, 2013 第1期.
- 唐琳, “我国代位继承规则之修正探究”, 福建江夏学院学报, 2013 第5期.
- 郭明瑞, “完善法定继承制度三题”, 法学家, 2013 第3期.
- 杨美玲, “试论代位继承的性质”, 法治在线, 2014 第9期.
- 郭逢兵·张楠, “我国继子女继承权之存废”, 法制博览, 2014.
- 张翼杰, “论放弃继承权的效力”, 陕西理工学院学报(社会科学版), 2014 第1期.
- 茹怡, “对胎儿继承利益保护法律困境的思考”, 法制与社会, 2015 第5期.
- 郭明瑞, “民法典编纂中继承法的修订原则”, 比较法研究, 2015.
- 马钧, “放弃继承权的构成要件及代位继承问题”, 法制博览, 2015 第13期.
- 何玄哲, “继子女法定继承权的相关思考”, 法制与社会, 2015 第4期.
- 郭明瑞, “民法典编纂中继承法的修订原则”, 比较法研究, 2015 第3期.

司艳露·李君君·吕珊珊, “我国继子女继承制度探究”, 法制博览, 2016 第14期.

叶玉莎, “基于民法总则草案中胎儿利益法律保护规定的思考”, 法制博览, 2017 第6期.

王子越, “代位继承的现实不足与立法完善”, 法制与社会, 2017 第1期.

곽윤직, 『상속법』(개정판), 박영사, 2004.

전대규, 『중국민법(하)』, 법률정보센터, 2009.

조효서, “중국의 상속권 상실제도”, 한국가족법학회 제28권 1호, 2014.

著: 杨立新·译: 赵晓舒, “중국 상속법의 개정과 민법전 편입의 장애와 기대”, 가족법연구 제30권 2호, 2016.

투고일자 : 2019. 05. 19

수정일자 : 2019. 06. 26

게재일자 : 2019. 06. 30

<국문초록>

## 중국 상속법상 대습상속제도에 관한 연구

최려향 · 배성호

『中华人民共和国继承法』(『중화인민공화국 상속법』이하, 중국 「상속법」이라 함)은 1985년 10월 1일부터 시행되었고 그 후 오늘에 이르기까지 단 한 번도 개정 작업을 거치지 않았다. 중국 「상속법」을 철저히 집행하기 위해, 같은 해 「关于贯彻执行《中华人民共和国继承法》若干问题的意见」(중국 「상속법」의 집행과 관련된 몇가지 문제점에 대한 최고인민법원의 의견, 이하 중국 「상속법 의견」이라 함)을 반포함으로써 상속 안건을 처리할 때 인민법원에게 구체적인 상속문제에 대한 지도 의견을 제시하였다. 현행 중국 「상속법」은 국민들이 상속할 재산이 흔치 않던 과거 시절 및 단조로운 경제체제의 배경 하에 제정되어, 현재의 발전된 중국 사회에 적용하기에 부적절한 면이 많기 때문에 수정할 필요가 있다고 생각한다. 이에 본 논문은 중국 「상속법」중 논의가 가장 많은 법정상속제도 내에 대습상속제도를 연구하도록 한다.

대습상속이란 피상속인의 자녀가 피상속인보다 먼저 사망할 경우, 피상속인의 사망한 자녀에 직계비속혈족이 그가 상속하여야 할 상속재산분을 상속하는 제도를 말한다. 보편적으로 대습상속의 원인은 상속인 상속 개시 전 사망, 상속결격을 기본적으로 정하고, 어떤 나라에서는 상속권 폐제(일본)와 상속권 포기(독일)한 경우에도 대습상속제도를 적용할 수 있는데, 중국은 단지 상속인 상속 개시 전 사망한 경우에만 대습상속을 적용한다. 대습상속제도를 완화하기 위해 중국은 상속인이 상속결격인 상황에서 용서의 제도를 적용할 수 있으나, 그 용서의 적용범위는 아주 좁고 또한 불합리적으로 규정 돼 있다. 그리고 중국의 의붓자녀와 계부모는 부양관계가 형성되면 서로에 대한 상속권이 성형되는데, 의붓자녀의 대습상속권에 대해서는 명문적인 규정이 없어 학설에서 논의가 많다. 또한 중국은 특별수익제도가 규정 돼 있지 않은 탓에 실제 생활에서 이에 관한 상속 분쟁이 빈번하게 발생하므로 특별수익제도의 입법이 필요하다고 생각한다. 중국은 다른 나라와 달리 아주 특별한 상속인이 있다. 즉, 배우자를 잃은 며느리 또는 사위가 상대방 부모에게 부양의 주의무를 부담했을 때 제1상속인으로 인정하고, 또 그들 자식의 대습상속권도 인정한다. 이런 규정들은 상속법상 공평의 원칙에 어긋나고 상속인들의 상속권을 침해할 소지가 크다는 점에서 본 논문은

먼저 현행 중국 「상속법」 규정 돼 있는 대습상속제도의 기본 내용들을 서술하고, 이에 관한 문제점과 그의 개선안을 제시하도록 한다.

주제어: 대습상속제도, 의붓자녀의 대습상속권, 대습상속권 회복, 특별수익제도, 특수 상속인