

中國 繼承法(상속법)의 變遷 歷史*

金 池 洙**

I. 머리말

인간은 다른 동식물과 마찬가지로 생명을 유지하고 번식시키려는 자연 본능을 지니고 있다. 이른바 개체(자기) 보존과 종족 보존의 양대 본능이 그것이다. 어쩌면 이는 무생물계의 에너지 보존과 운동 보존의 양대 원리에 상응할지도 모른다. 그렇다면 에너지 불변의 법칙과 관성의 법칙이 物理뿐만 아니라 生物·化學의 모든 분야를 포괄하는 우주 전체의 기본 규율로 통할 수 있다.

그런데 인류는 다른 동식물이나 무생물(물리·화학) 세계와 달리 독특한 정치 경제 활동을 하면서, 거기에 알맞게 요구되는 사회 본능도 개발한 듯하다. 도덕·윤리·禮法을 포함한 넓은 의미의 사회규범이 그것이다. 그 가운데서도 특히 (육체) 생명의 유지 번식에 필수불가결한 재화에 대한 소유(축적)와 상속(繼承)의 제도가 개체 보존과 종족 보존에 상응하는 사회 본능의 발로일 것이다. 말하자면 개인의 재산 축적(소유권)과 종족간의 재산 繼承(상속권)을 기득권의 보호와 유지라는 법원리로 사회계약(본능)화한 것이다. 종족이 개체의 연장이듯이, 상속이 소유의 연장선상에서 동시에 생겨났을 것은 당연한 이치이다.

사실 인류의 문명과 역사는 축적(소유)과 繼承(상속)에 따라 향상되고 발전해 왔다. 그 축적(소유)이 公有냐 私有냐에 따라, 繼承(상속)의 성격도 달라지고 사회체제 자체도 크게 차이는 있는 것일 따름이다. 상속은 소유제로부터 생겨나고 또 그에 따라 결정되기 때문이다. 원시공산사회가 실제로 존재했다면, 아마도 공동 생산(규범)이 확립되었을 것이다.

그러나 언제부턴가 종족이 분화되고 개체성이 두드러지면서 私的 所有와 相續이 허용되기 시작하고, 그 추세가 점차 확대 발전하여 마침내 私有制가 인류 역사와

* 이 글은 서울대학교 법과대학 梁承圭, 鄭肯植 教授의 추천에 따라 게재한 것임.

한국학술진흥재단의 1997학년도 博士後 연수과정(Post-Doc.) 연구비 지원에 의하여 작성된 연구보고논문 가운데 한 편이다.

** 서울大學校 法學博士, 한국학술진흥재단 博士後 研修生(Post-Doc.)

사회의 주류를 이루게 되었다. 물론 초기에 재산의 사유 및 상속 규범은 정치사회의 상의 신분 지위, 특히 통치권(王權)과 밀접히 결합되어 등장하였을 것이다. 이 점은 세계 4대 문명의 발상지인 중국의 경우도 예외는 아닐 것이다. 그러면 중국의 繼承(상속)제도와 그 범규범화 역사를 시대순으로 살펴보기로 하자.

II. 전통 시대 繼承法의 法源

1. 先秦 宗法제도상의 繼承

中國의 경우 商(殷)나라 때 이미 왕권 세습제와 함께 재산 상속권이 확립된 것으로 역사는 전한다. 武乙 이후에 父子계승이 규정되고 商나라 말기에는 嫡長子계승제가 출현하였는데, 周나라가 宗法制의 조직체계를 사용하여 嫡長子계승제를 확립 시킴으로써 종법제와 정권체제가 통일되고 통치권의 계승이 안정될 수 있었다. 왕위계승제의 확립에 이어 관직과 사유재산의 계승도 규범제도로 고정되기에 이르렀다. 즉 가족 宗廟를 중심으로 祖宗의 정통 後嗣를 嫡長子로 확정하여 그가 피계승인의 신분·지위·정치권력과 소유재산을 물려받는 것이다. 宗法制度에서 한 어머니가 낳은 자식은 長子가 嫡이 되고, 어머니가 많은 경우에는 가장 尊貴한 어머니(嫡妻)가 낳은 장자가 嫡이 되는 것이 嫡長子繼承의 원칙이었다.¹⁾ 그것이 周禮의 핵심내용이기도 하다.

2. 律令 체제의 정립과 繼承法

戰國을 통일한 秦漢 왕조도 비록 禮 대신 새로운 律令체제를 확립하였지만, 봉건 통치계층의 특권을 세습하기 위하여 官爵의 적장자계승제를 그대로 물려받아 律에 규정하였다. 다만 秦은 皇位 계승에서 적장자계승을 원칙으로 하되 유언의 방식으로 皇位계승자를 확립하였다. 재산의 계승은 均分制를 원칙으로 하되 적장자에 대한 우선권과 여자의 계승권도 인정된 것으로 보이고, 法定계승과 指定계승의 구분도 있었다. 고대의 世卿世祿 제도가 폐지된 후에도 史官과 같은 전문기술성 관직은 子弟세습을 인정하고, 耕戰을 장려하기 위해 軍功으로 취득한 작위도 일정한 범위 안에서 계승을 허용하였다.²⁾

그 뒤 봉건통치이념이 더욱 확고해지면서, 적장자계승의 기반인 嫡庶의 구분을 특별히 강조하기 시작하였다. 西晉의 武帝는 “적서의 구별은 상하를 가르고 귀천을 밝히는 표준인데, 근래 총애를 빌미로 后妃의 지위에 오르는 자가 많아져 尊卑의 질서를 어지럽히고 있으니, 앞으로는 결코 妾이나 후궁을 嫡妻(정통)로 삼을 수 없

1) 張晋藩 主編, 中國法制史, 群衆出版社, 1992년 제2쇄, 73-4쪽 참조.

2) 앞의 책, 214-5쪽 참조.

다”는 詔書를 내렸다.³⁾

3. 唐律令上の 繼承法

그리하여 현전하는 最古의 完整한 법전인 唐律에 이르면, 妻妾(嫡庶)구별과 嫡長子계승 원칙이 엄격한 법원칙으로 확립된다.

“무릇 妻를 妾으로 삼거나(강등시키거나) 婢를 妻로 삼는(승격시키는) 자는 徒2년에 처하고, 妾이나 客女(婢보다 자유로운 고용살이 하녀)를 妻로 삼거나 婢를 妾으로 삼는 자는 徒1년 반에 처하며, 각각 되바로잡는다(원상회복시킨다).”⁴⁾

“무릇 嫡子를 세움에 범을 이긴 자는 徒1년 반에 처한다. 다만 嫡妻가 나이 50이 넘도록 아들이 없는 경우에는 (妾의 아들 중) 長子를 嫡子로 세울 수 있으나, (이때) 長子를 세우지 아니한 자도 또한 같다. (徒1년에 처한다)” “嫡子를 세우는 것은 본디 家廟(제사)를 계승하기 위함인데, 적처의 장자가 嫡子이다. 슈에 따르면, ‘嫡子’가 없거나 있어도 죄악이나 질병이 있으면 嫡孫을 세우고, 적손이 없으면 그 다음으로 적자의 同母 아우를 세우며, 아우가 없으면 庶子를 세우고, 서자가 없으면 嫡孫의 同母 아우를 세우며, 아우가 없으면 庶孫을 세운다. 曾玄孫 이하도 이에 준하는데, 후손이 없으면 戶絶이 된다.”⁵⁾

宗廟(家系; 제사) 계승은 남계에 국한하여 직계비속친으로 지정되는데, 그러한 자손이 없어 戶絶이 되는 경우 家系 계승을 위해 後嗣를 세우는 養子제도가 있다. 따라서 고대의 收養제도는 종묘제사 계승과 밀접한 상관성이 있으며, 수양의 범위는 원칙상 昭穆(항렬)이 서로 맞는 同宗 남자에 국한되었다. 異姓 남자는 3세 이하의 遺棄兒에 한하여 생명 구제의 인도주의 차원에서 예외로 허용되었다.⁶⁾

재산 계승에 관해서 당률은 이전의 均分 상속원칙을 명확히 규정하였다. 戶슈에 따르면, “토지와 가옥 및 재물을 분배하여야 하는 경우에는 형제간에 均分한다. 다만 처가에서 취득한 재물은 균분의 대상에 포함되지 아니한다. 형제 중 사망한 자가 있으면 그의 子가 아버지 몫을 (代位: 대습) 계승한다.” 그리고 이 슈文에 위반한 자에 대해서 律文은, “만약 동거 형제가 마땅히 분배하여야 할 (부모)재산을 평등하게 均分하지 않은 경우에는 침범(초과)한 수량을 계산하여 坐贓⁷⁾보다 세 등급 감경한 형벌로 논죄한다”고 규정한다. 예컨대 두 형제가 백 匹의 비단을 균분하여

3) 晉書, 권3, 武帝紀, 泰始 十年 丁亥조 참조. 앞의 책, 323쪽에서 재인용.

4) 唐律疏議, 권제13, 戶婚, §178(唐律 총502조문 중의 일련 序數임).

5) 唐律疏議, 권제12, 戶婚, §158. 앞 단락은 律文이고, 뒷 단락은 疏議의 해설 내용임.

6) 唐律疏議, 권제12, 戶婚, §157 참조.

7) 일반인이 어떤 일로 말미암아 부당한 재물을 받은 행위에 대한 죄명으로, 절도·강도·관리의 세 가지 뇌물범죄와 함께 六贓을 이루는 가장 경미한 재물범죄임. 唐律疏議 권제26, 雜律, §389 참조.

야 하는데 형이 60匹을 차지했다면, $60 - (100 \div 2) = 10$ 匹을 침범(초과)한 것이 되어, 坐贓 10匹의 徒 1년에서 세 등급 감경한 杖 80에 해당한다.⁸⁾

均分法の 실제 적용 방법은 緣坐의 특례에서 보이기도 한다.

“緣坐 대상이라도 同居하지 않는 친족(이미 분가한 伯叔·형제)은 資材와 토지가옥을 관청(국고)에 몰수하지 않으며, 비록 동거하는 친족이라도 緣坐 대상이 아니거나 緣坐인의 자손으로 流配를 면제시켜야 할 자에 대해서는 각각 (유산) 분할법에 준하여 (재산의 몫을) 남겨 돌려주어야 한다. 노년이나 질병으로 緣坐가 면제되는 자도 각각 1子로 배분하는 법을 준용한다.”

즉 “緣坐되지 않을 가족이 아직 분가하지 않은 경우, 범죄 후라도 모두 戶수의 배분법을 적용하되, 80세 이상이나 篤疾에 걸린 남자와 60세 이상이나 廢疾에 걸린 여자도 각각 戶안의 배분 대상자 수에 참가하여 1子 배분법에 따라 집안재산의 몫을 남겨 받게 된다. 다만 孫婦는 비록 緣坐되지 않지만 남편이 緣坐된 뒤 분가(친정)에 되돌아가야 하므로 가산 분배의 대열에 끼지 아니한다.”

“예컨대 80세인 한 사람이 3男 10孫을 두었는데, 그 중 한 손자가 반역하여 緣坐법이 적용될 판에, 만약 1남만 생존해 있거나 또는 3남 모두 사망하고 10孫만 남은 경우 緣坐에 면죄될 노인이 남겨 받을 집안 재산(유산)의 몫은 얼마나 될까? 남자(아들)가 1인이라도 생존해 있으면 戶수에 따라 3남의 평균배분법에 노인 1인이 참가하여 4분의 1을 남겨 받으며, 만약 3남 모두 사망했으면 戶수의 諸子均分법에 따라 노인이 10子孫과 함께 11분의 1을 자기 몫으로 남겨 받게 된다.”⁹⁾

출가한 딸과 친정에 귀환할 며느리를 제외하고 여자도 1子로 동등하게 재산 분배에 참여할 수 있으며, 아들이 모두 사망한 경우에 손자들은 각각 자기 부친 몫의 범위 안에서 代位(대습) 상속하는 것이 아니라 제1순위 상속인의 不在로 제2순위 상속인이 상속권을 가지게 되어, 모든 손자가 평등한 均分 주체로 참여하게 됨을 확인할 수 있다.

律文에는 직접 명문의 규정이 없지만 후에 내려진 敕令에 보이는 唐代 계승법의 발전 내용으로, 상속인 자격(주체) 판정 기준과 출가녀의 최후순위 상속권 인정이 특히 눈에 띈다. 옛날 민사소송은 소유권 분쟁과 상속권 다툼이 거의 대부분을 차지하는데, 피상속인의 사망으로 그 유산을 不勞橫財하는 상속에서 別宅異居의 자녀나 妻妾을 자칭하여 끼어드는 사례가 상당히 많았다. 특히 近親 상속인이 없거나 상속인이 幼弱한 경우에 더욱 그러하였는데, 이러한 상속권 다툼에는 국가의 호적을 기준으로 상속권 유무를 판정하기로 한 것이다. 현실상의 이유로 동거생활하지

8) 唐律疏議, 권제12, 戶婚, §162의 律文 후단 및 疏議 참조.

9) 唐律疏議, 권제17, 賊盜, §249. 첫 단락은 律文이고, 둘째 단락은 疏議이며, 셋째 단락은 問答임.

않더라도 本籍에 편입되는 것이 국법의 기본원칙인 만큼, 호적에 등재되지 않은 자는 처첩이나 자녀로 인정하지 않겠다는 취지이다. 물론 간통이나 불법 사실혼 등으로 비롯된 친족관계도 있겠지만 眞僞를 가려내기 어렵고, 무엇보다도 국법의 권위를 지키기 위해서 호적을 기준으로 확일 판정한 것이다.¹⁰⁾

또 그 뒤에는 죽은 사람에게 아들이 없고 출가한 딸만 있는 경우 그에게 유산취득권을 준다는 칙령이 시행되었다. 물론 출가한 딸이 유산만 바라는 마음으로 부모에게 효도를 다하지 않고 자기 남편과 함께 유산을 차지하려고 모의한 경우에는 관할 관청에서 엄중히 査察하여 상속권을 박탈한다는 예외규정도 두었다.¹¹⁾ 말하자면 상속인의 자격을 확대하면서 그 상실 요건도 동시에 덧붙인 것이다. 그밖에 사망한 商客이나 페르시아 등 외국인의 유산상속에 관한 특별규정도 있었다.¹²⁾

4. 宋刑統과 判例上的 繼承法

宋刑統은 唐律疏議를 거의 그대로 계승했기 때문에, 혼인이나 다른 분야에서와 마찬가지로 계승법에서도 대체로 唐律의 근간을 유지하고 있다. 그러나 사회경제의 발전과 문화 진보에 따라 혼인법이나 계승법 모두 제법 상세한 규범을 갖추게 되고, 여자의 권리 향상과 함께 계승권의 주체도 상당히 넓게 확대된다. 특히 南宋 시기에 더욱 화려한 법발전이 두드러지는데, 당시의 판결집인 (名公書判) 清明集이 그 구체 내용을 생생하게 전해준다.

宋의 계승법은 唐과 마찬가지로 戶筭에서 兄弟均分과 代位계승(대습상속)을 규정한다. 또 唐의 緣坐 조항 疏議問答 내용에서 간접 확인되는 데에 그치고 있는 제2순위 계승인간의 均分法도 명문의 규정이 발견된다. 즉, 형제가 모두 사망한 경우 그들의 자녀들이 각각 제1순위 계승인인 자기 부친의 몫에 한하여 대위계승하지 않고, 피계승인의 손자로서 제2순위 均分繼承을 하게 된다. 다만 이 均分에서 아직 장가들지 않은 아들(손자)에게는 聘財(빙재: 아내를 맞이하는 데 혼수비용으로 지급하는 예물)를 별도로 준비하는 예외조항이 덧붙여져 눈길을 끈다.¹³⁾

10) 宋刑統, 권제12, 戶婚律, 卑幼私用財조에 인용된 唐 玄宗 大寶6년(747) 敕節文 참조. 이는 唐律, 권제6, 名例律, §55의 “(律文에서) 사람 나이를 일컫는 경우에는 호적을 기준으로 정한다(稱人年者, 以籍爲定.)”는 규정의 입법정신을 유추하여 확대시킨 것이다.

11) 宋刑統, 권제12, 戶絕資產조에 인용된 唐 文宗 開成 원년(836) 敕節文 참조.

12) 宋刑統, 권제12, 戶婚律, 死商錢物조 참조. 역시 唐 文宗 大和 5년(831)·8년(834)에 내려진 敕수인데, 객지에서 사망한 상인의 금전과 재물은 그를 따라 동행하던 부모·嫡妻·아들·친형제·미출가한 자매나 딸·친남자조카가 있으면 그들이 거두어 관리하고, 동행한 친족이 없는 경우에는 관할 관청의 통지문을 가지고 근친임을 확인받은 뒤 수령하며, (나중에 범위가 축소됨) 그밖에는 관청에 귀속시킨다는 내용이다. 페르시아 및 기타 외국인의 경우 동행근친이 없으면 곧장 국고에 귀속시키며 통지절차가 없다.

13) 宋刑統, 권제12, 戶婚律, 卑幼私用財조에 인용된 戶筭 참조. 「兄弟俱亡, 則諸子均分. 其未娶妻者, 別與聘財.」

또 여자의 유산계승에 관한 여러 가지 상세한 규정도 주목된다. 시집가지 않고 집안에 있는 고모나 자매는 미혼의 남자에게 주는 聘財의 절반을 줄여 준다. 그리고 아들이 없는 과부인 妻妾은 (아들 대신) 남편의 몫을 (代位)계승하되, 만약 남편의 형제가 모두 사망한 경우에는 한 아들과 동일한 몫을 받는다. 그러나 아들이 있는 과부는 별도의 몫을 받지 못하며, 또한 남편 집에서 守志(수절)하지 않고 개가하는 경우에는 토지·가옥·노비 등의 유산을 처분할 수 없고 법정계승인이 균분한다.¹⁴⁾ 비록 조건부이긴 하지만 과부에게까지 제한된 유산계승권을 명문규정으로 부여한 것은 중국(계승)법제사의 중요한 발전임에 틀림없다.

법정 계승할 자손이 없어 '戶絶'이 된 유산은 근친에게 轉賣하여 죽은 이의 장례와 功德을 영위하도록 시킨 뒤, 남은 재산은 모두 (미혼의) 딸에게 주되, 딸도 없으면 가장 가까운 근친에게 귀속시키고, 근친도 없으면 관가에서 거두어들인다. 그러나 죽은 이가 생전에 스스로 遺囑(유언)으로 처분한 사실이 분명하게 입증되는 경우에는 그에 따른다. 한편 '戶絶'된 유산이 미혼딸도 없으면 출가한 딸에게 3분의 1만 주고 나머지는 관청(국고)에 귀속시키며, 전답의 경우에는 별도로 주위의 근친에게 경작시킨다. 다만 출가한 친생딸이 쫓겨났거나 또는 과부가 되어 아들도 없이 남편 집안 재산도 물려받지 못하고 친정에 돌아와 있다가 戶絶이 된 경우에는 미혼의 딸과 같이 취급하여 친정부모 유산을 계승한다.¹⁵⁾

이와 함께 '戶絶'된 집안을 존속시키고 그 재산을 보호하기 위하여 死後 養子에 해당하는 '繼絶'제도도 규정되었다. 繼絶은 미망인인 처가 죽은 남편을 위해 後嗣를 세우는 '立繼'와, 처마저 죽은 경우 근친 존장이 세우는 '命繼'가 있었다. 물론 후사(양자)의 요건은 율령상 규정된 대로 昭穆(항렬)에 상응하는 同宗의 남자에 엄격히 국한된다. 또 유산 침탈을 노리는 탈법 또는 편법의 양자를 예방하기 위하여 親家の 獨子는 남의 양자로 갈 수 없으며, 한 집안의 아들이 두 집안의 戶絶을 함께 잇는 양자가 되지 못하도록 금지하였다.

처가 세운 '立繼'의 사후 양자는 친생자와 똑같이 養父의 유산을 전부 계승한다. 그러나 근친이 세운 '命繼'의 경우에는 피계승인의 의사와 전혀 관계없고, 또 유산 침탈의 의도가 개입될 수도 있다. 따라서, 미혼의 딸만 있으면 '戶絶'된 유산의 4분의 1만 사후양자에게 주고, 미혼의 딸과 시집갔다가 되돌아온(歸宗) 딸이 있으면 5분의 1만 준다. 나머지는 딸들에게 戶絶法에 따라 나누어 주는데, 시집갔다가 되돌아온 딸만 있으면 그 절반만 주고 절반은 관청(국고)에 몰수한다. 그리고 단지 출가한 딸만 있으면 유산의 2/3를 命繼子와 출가녀에게 均給하고 1/3은 관청에 몰수

14) 앞의 주와 같은 곳, 같은 내용의 연속 규정임. 「姊妹在室者, 減男聘財之半. 寡妻妾無男者, 承夫分. 若夫兄弟皆亡, 同一子之分. (有男者不別得分, 謂在夫家守志者, 若改適, 其見在部曲奴婢田宅, 不得費用, 皆應分人均分.)」

15) 宋刑統, 권제12, 戶婚律, 戶絶資産조에 인용된 喪葬令과 추가규정 참조.

하며, 아무 딸도 전혀 없으면 1/3만 준다.

물론 피계승인이 합법적으로 '立後'한 생전 양자는 완전히 친생자와 똑같은 계승권을 가지며, “養子孫들에 대해서 養祖父나 養父가 사망한 뒤 養祖母나 養母가 (유산을 물려주지 않기 위해서) 특별(정당)한 이유 없이 (생가에) 되돌려 보내는 것(罷養)을 허용하지 않는다.” 양자손이 가산을 탕진하거나 양조부모·양부모를 제대로 봉양하지 않는 등 현저한 잘못이 있는 경우에 한하여 관청에 신고한 뒤 조사확인 받아야만 되돌려 보낼(입양 해제할) 수 있다.¹⁶⁾

이밖에도 宋代에는 遺腹子·私生子·義子 및 贅婿(오서: 入夫·테릴사위)의 계승권도 허용하는 명문이 규정이 발견된다. 물론 유복자는 이미 출생한 친생자와 똑 같다. “부모가 사망하여 자녀가 유산을 배분할 때 딸은 아들의 절반을 받을 수 있는데, 뱃속에 남긴 아들도 또한 아들이라, (그 아버지가) 남긴 재산을 3등분하여 유복자가 두 몫을 얻고 그 딸은 한 몫만 얻는 것이 합당하다.”¹⁷⁾ 말하자면 상속에 관하여 胎兒는 이미 출생한 것으로 본다는 현행법의 기본원칙과 일치하는 셈이다.

私生子는 宋代에는 別宅子라고 불렀는데, 宋刑統에 그 계승권에 관한 전문규정이 실려 있다. 즉 앞서 언급한 唐 玄宗代의 敕文을 准用하여, “밖에서 따로 낳은 자녀 및 처첩이라고 일컬으면서 관청에 (유산에 관한) 소송을 일으키는 경우가 많은데, ... 생전에 호적에 편입되지 않은 자는 일체 엄단금지하고, 설사 관청에 소송을 제기하더라도 受理해 주지 말며, 사안에 따라 결정을 내린 뒤 본 거주지로 강제 환송시킨다”는 조항을 둔 것이다. 이를 반대 해석하면, 別宅異居의 私生子라도 부친(피계승인)의 호적에 등재만 되어 있으면 그가 제기한 유산 소송이 受理되어 계승권을 확보할 수 있다는 의미가 된다. 南宋代에는 同籍이나 同居 여부와 관계없이 부친과의 혈연관계를 증명하는 증거만 뚜렷하면 그의 지위를 인정하는 방향으로 제한이 완화되었다.¹⁸⁾

가정이 빈곤하여 여자집에 더부살이로 들어간 贅婿(入夫)는 처가 안에서 獨自의

16) 앞의 中國法制史, 477-8쪽 및 거기에 인용된 清明集, 戶婚門의 사례 참조. 여기에서 養子 외에 養孫 제도도 나란히 언급되는 점이 특히 눈에 띈다. 그런데 현행 중국의 혼인법과 1992년 시행된 收養法에는 養孫에 관한 명문의 규정이 없지만, 법률규범성 해석으로 최고인민법원이 1985년 9월 11일에 내린 <中華人民共和國繼承法의 철저한 집행문제들에 관한 의견> 제22조에는 “타인을 收養하여 養孫子女로 삼은 경우에는 양부모와 양자녀의 관계로 보아 서로 제1순서 계승인이 될 수 있다”는 규정이 있다. 中華人民共和國法律全書, 吉林人民出版社, 1989(이하 ‘法律全書’로 약칭함), 347쪽 참조. 이로 보면 전통관습법인 養祖孫 제도가 현재 중국 사회에도 그대로 존속되며 국가가 합법적인 관계로 보호해줄을 알 수 있다.

17) 清明集, 戶婚門, ‘女婚不應中分妻家財產’ 판결 참조. 앞의 中國法制史, 476-7쪽에서 재인용.

18) 宋刑統, 권제12, 戶婚律, 卑幼私用財조에 인용된 唐天寶6년 敕節文 및 앞의 中國法制史, 477쪽 참조.

지위와 권리가 없으며, 더구나 그 재산의 계승권은 엄두도 못내는 것이 일반이다. 다만 妻家 재산을 잘 경영하여 증식시킨 경우에는 ‘戶絶’이 되는 때에 유산의 3분의 1을 준다. 이밖에 개가하는 어머니를 따라가 繼父와 함께 사는 義子(繼子)는 여전히 생부의 자식이기 때문에 계부(義父: 의붓아버지)의 姓을 따를 수 없으며, 계부가 사망하면 本家(친가)에 복귀하여야 한다. 따라서 계부 유산에 대한 계승권은 없으나, 다만 자기 어머니가 개가시 가지고 간 재물에 한하여 몫이 있었다.¹⁹⁾

앞서 잠시 언급한 것처럼, 피계승인이 내린 ‘遺囑(유언)處分’은 법정계승에 우선하는 법적 효력을 지니는데, 반드시 친필의 서면 방식으로 작성하여야 하며, 또한 관청에 신고하여 확인(縣印)을 받아야 비로소 유효한 유언으로 인정되었다. 그러한 유효 유언에 따라 유산을 분배한 지 이미 3년이 지난 뒤에 제기하는 불공평 배분의 소송과 5년이 지난 뒤 계승 자격과 몫의 적법성을 다투는 소송은 수리하지 않는다. 또 유언한 지 10년이 지나면 어떠한 제소도 허용하지 않는다.²⁰⁾

5. 元代의 繼承法

元代에는 몽고인과 色目人에 고유의 풍속(관습법)을 적용하였다. 계승법상 諸子(형제)均分이나 아들 없는 과부의 남편 몫 代位繼承 원칙 등은 당송시대와 같으나, 좀 독특한 규정들이 더러 눈에 띈다. 어머니의 신분(嫡庶)에 따라 결정되는 嫡庶구분이 아들(형제)의 계승 몫에 차별화되는데, 처의 아들들은 각 4分, 첩의 아들들은 각 3分, 양인 여자를 간음하거나 하녀를 가까이 하여 낳은 아들들은 각 1分씩 받는 비율로 유산을 분배한다. 예컨대 처의 아들이 1명이고 첩의 아들(서자)이 둘인 경우에는 전체 유산을 4+3+3=10 몫으로 나누어 처의 아들은 4몫(4/10), 그리고 첩의 아들 둘은 각각 3몫(3/10)씩 받게 된다.²¹⁾

한편 피계승인의 아들·조카·형제 등이 없어 ‘戶絶’되는 유산은 모두 관청에서 거두어 타인에게 임대·소작을 맡긴 다음, 그 소득을 상부에 보고한다. 만약 피계승인이 10세 이하의 아들딸을 남긴 경우에는, 맡길 만한 친족에게 양육시키도록 위탁하고 그 유산의 수입에서 양육비를 계절마다 지급한다. 비록 어머니(미망인)가 있더라도 後夫를 맞이하거나 어린애들을 데리고 다른 남자에게 개가한 경우에는, 역시 관청에서 그 유산을 목록으로 작성하여 관리한다. 그러다가 어린 아들이 장가들거나 15세 이상이 되면 유산 전부를 아들에게 돌려준다. 또 어머니가 재혼하지 않고 수절하는 경우에도, 아들이 어리면 그 어머니가 불합리하게 임의로 토지·가옥·노비 등 유산을 전당·매도하거나 노비를 양민으로 해방시켜 줄 수 없다. 꼭

19) 앞의 中國法制史, 477쪽 참조.

20) 앞의 中國法制史, 478쪽 참조.

21) 通制條格, 권4, 戶令, 親屬分財조 참조. 浙江古籍出版社, 1986년, 黃時鑑點校本 53-4쪽.

전당·매도해야 할 때에는 관청에 신고하여 사실을 확인 받은 뒤에 비로소 교역할 수 있도록 엄격히 제한하였다.²²⁾ 말하자면 유산을 철저히 보호하기 위해 국가가 후견인으로 나서서 일정 기간 엄격히 법정관리해 준 셈이다.

6. 明清律例上の 繼承法

明律은 당률과 같이 '均分'원칙을 위반하는 자에 대한 형사처벌 조항을 회복하였는데, 후대 반포된 條例에²³⁾ 좀 독특한 개별 규정이 등장한다. 즉 官廩의 세습만 嫡長子孫에게 우선 허용하고, 가옥 전답 같은 재산은 嫡妻나 妾 또는 婢의 소생을 불문하고 오직 전체 아들 수대로 均分한다는 대원칙이다. 이는 元대의 규정과 판이한데, 다만 간통으로 낳은 아들은 일반 아들의 절반만 나누어준다. 그러나 다른 아들이 없어 법에 따라 後嗣를 세우는 경우에는 姦生子도 그와 함께 '均分'하는 계승권을 누리고, 후사를 세울 만한 사람이 없으면 친생딸이 계승하며, 딸도 없는 경우 관청(국고)에 귀속시킨다.²⁴⁾

淸律도 明律을 그대로 답습하여 법정계승에서는 특별히 다른 내용이 없다. 그러나 家長의 유언이 제1차적인 계승 표준이 되고, 그 분배의 공평성 여부를 막론하고 자손은 어떠한 이의도 제기할 수 없이 단지 순종하여야 하는 절대 권위를 지닌다. 생전이나 임종에 가장이 재산 분배에 관한 의사를 표명하지 않고 죽은 경우에 한하여 비로소 律例상의 법정계승으로 배분한다. 이 점이 좀 독특하다.²⁵⁾

이는 중원에 들어오기(入關) 전부터 전승되던 만주족의 풍속(관습법) 영향인 듯하다. 즉 아들이 18세 성년이 되면 분가를 허가하는데, 분가시에는 本宗의 족장에게 보고하여야 비로소 합법적인 효력을 부여하였다. 18세 미만의 아들은 사실상 분가 하더라도 법률상 분가로 간주되지 않는데, 이는 부친이 죄를 지어 緣坐하거나 家産을 몰수하는(籍沒) 경우에 분가된 아들은 제외시킨다는 중요한 법적 효과가 있기 때문이다.

또 만주족의 전통은 남계(父系) 혈연관계를 몹시 강조하여 여자(딸)는 宗親에서 배제하고 계승권도 주지 않은 특색이 있다. 심지어 남편이 죽은 후 과부(미망인)는

22) 通制條格, 권3, 戶令, 戶絕財產조 참조. 點校本 29-30쪽.

23) 條例는 실제 일어난 구체 사안에 대해 내려진 判'例' 가운데 중요하고 일반성이 높아 후대에 계속 시행할 만한 내용으로 판단되는 것을 '條'文化 하여 律의 체계에 맞춰 附屬시킨 것으로, 明清代에는 실질상으로 唐宋代의 습이나 敕에 상응하는 지위와 성격을 지녔다. 좀더 자세한 내용은, 김지수, 「受敎의 법적 성격과 이념—전통 中國法상의 條例와 대비하여—」, 박병호 교수 환갑기념 한국법사학논총, 박영사, 1991, 116-121쪽 참조.

24) 明律, 戶律, 戶役, 「卑幼私擅用財」조에 부속된 順治律의 條例 참조. 黃彰建 編, 明代律例彙編(下冊), 中央研究院歷史語言研究所, 1979, 476-7쪽.

25) 앞의 中國法制史, 501쪽 참조.

아들이 없는 경우에도 남편의 재산을 계승할 권리가 없다가, 天聰 5년(1631)에야 처음으로 인정받았다. 그러나 과부가 수절하지 않고 개가하는 경우 남편의 유산을 가지고 갈 수는 없었고, 만약 어린 아들이라도 있으면 비록 수절하는 과부라도 여전히 남편 유산을 계승할 수 없었다. 이 경우 어린 아들이 성년이 될 때까지 반드시 本族에서 ‘恩養’하여야 하는데, 과부는 단지 어린 아들을 대신하여 유산을 보관할 뿐이며 처분권은 전혀 없었다.²⁶⁾ 이점은 元代 몽고족의 풍속과 비슷한 특징이다.

한편 宗廟(제사)와 封爵의 신분계승도 嫡長子 우선 원칙과 그 계승 순위, 立繼의 방법 등은 대체로 唐明律과 비슷하고 세부 순서만 조금 다를 뿐이다. 그런 가운데 清代의 독특한 입법은 바로 한 아들이 두 집안의 종묘(제사)를 동시에 계승할 수 있도록 이른바 ‘獨子兼祧’(조: 廟·祭·後嗣의 뜻)를 허용한 점이다. 이는 “小宗은 끊길 수 있지만 大宗은 끊길 수 없다”는 宗法상의 대의명분에서 乾隆년간에 특별히 세워진 淸의 독창제도이다.²⁷⁾

7. 전통 시대 繼承法의 특징

고대부터 청말까지 중국의 계승법은 형식 체계상 혼인법과 마찬가지로 전통 시대 민사법을 가장 많이 규정한 戶婚律에 편제되어 있었다.²⁸⁾ 그러나 실질상의 法源은 계승법과 혼인법이 사뭇 달랐다. 戶婚律은 명칭 그대로 戶口를 비롯한 田地·租稅 등의 행정법규인 戶律과 혼인가정에 관한 婚律의 두 근간으로 구성되어 있는데, 계승법은 家産의 사용처분에 관한 특별 규정으로 戶律에 포함되어 있으며 고작 한 두 조항에 불과했다.

즉 계승법은 혼인법과 달리 독립의 체계나 지위를 차지하지 못했고 그 수량도 비교가 안 될 만큼 몹시 미미했다. 후대에 칙령이나 條例에 두어 규정이 보충되긴 했지만, 중국 전통법은 재산 계승에 관한 한 상세한 지침이나 간섭을 되도록 꺼려했다. 반면 혼인법은 국가의 통치이념과 신분체계에 직접 연결되는 사회의 기본 질서이기 때문에 세밀한 주의와 엄격한 통제가 요구되었다.

그 결과 혼인법은 막강한 대의명분과 윤리도덕의 방패에 힘입어 확고히 뿌리 내리고, 법이 실제로 적용될 필요가 별로 없는 형편이 되었다. 하지만 公的인 신분질

26) 앞의 中國法制史, 491쪽 참조.

27) 앞의 中國法制史, 501쪽 참조.

28) 戶婚律의 명칭유래에 관하여, 唐律疏議는 권제12의 첫머리 疏議에서 漢 승상 蕭何가 秦의 六律에 廡(구: 마굿간; 축산과 창고)·輿(군대병력)·戶 세 편을 추가하여 九章之律을 제정한 것이 시초로서, 後周까지 戶律로 지속되다가 北齊 때 婚事을 추가하여 婚戶律이라 바꾸었고, 隋開皇律 때 비로소 戶婚律로 다시 고쳤다고 적고 있다. 宋·元代에도 이 명칭이 답습되다가, 明清代에는 周禮의 六官체제(吏·戶·禮·兵·刑·工)로 재 정비하면서 원래 명칭인 戶律로 되돌아갔다.

서와 달리 私的인 재산권리는 국가가 일일이 개입할 수도 없을 뿐만 아니라, 그를 둘러싼 갖은 범죄와 분쟁이 발생하기 쉽다. 특히 유산의 계승 문제는 골육상쟁까지 불러일으키는 폐단이 있어 법적 소송도 많았다. 현실의 유산 다툼은 천태만상으로 복잡미묘한데 그에 관한 실정법은 고작 한두 규정이니, 분쟁 해결은 자연히 법관의 재판에 맡겨지고 관습(풍속)과 판례의 비중이 현저히 커질 수밖에 없었다. 물론 법률상의 재판 이전에 인륜과 도의를 내세워 화해시키는 노력도 법관의 중요한 임무였다. 결국 혼인법에는 국가 실정법(律令)이, 계승법에는 인륜과 관습의 자치규범 및 판례가 각각 주된 法源이었다고 볼 수 있다.

III. 中國 繼承法の 近代化(서구화)

1. 清末 서구법의 수용과 第1民律草案의 제정

이러한 전통은 清末 서구 열강의 침입과 함께 시작된 근대화의 과정에서 완전히 혁신되었다. 일본을 통해 받아들인 서구의 법체계에 따라, 계승법은 여전히 혼인법과 함께 私法인 民律(초안)에 親屬편과 繼承편으로 나란히 편입되는 공동운명체를 유지하였다. 清末과 民國 초기의 1·2차에 걸친 民律초안 및 중화민국 민법의 제정 과정에서 전통 혼인법도 훨씬 폭넓은 서구적인 가족법 체계로 확대발전 되었지만, 특히 계승법은 양적으로나 질적으로 모두 완전히 換骨脫胎하는 革命 그 자체를 겪어 명실상부한 새출발을 맞이하게 된 것이다

1840년 아편전쟁 후 중국은 서구 열강과 불평등 조약을 체결하고 領事裁判權까지 내주어 司法主權도 포기하는 상황이 되었다. 그로부터 戊戌變法운동 및 義和團운동 등을 거치면서 淸의 조정도 부득이 변법개혁에 나서지 않을 수 없게 되었다. 1902년(光緒28)년 淸 조정은 沈家本과 伍廷芳을 修律大臣으로 임명하고 이어 修訂法律館을 설립하였다. 1904년부터 본격 가동하기 시작한 修律작업은 刑律에 치중하였다. 1907년 民政部에서 民律 제정을 주청하면서 다시 沈家本·俞廉三을 修訂法律大臣으로 임명하여 民律의 修訂을 주도하도록 명령하였다. 이때 論旨의 주요 내용은 “각국의 기존법을 참고하고 중국의 禮敎와 民情을 잘 살피서 함께 모아 참작하고 절충하여 신중히 修訂하라”는 것이었다.

宣統원년(1909) 말 大清現行刑律이 완성되어 이듬해 봄에 공포된 후, 民律草案 작성도 순조롭게 진행되어 1911년 5편이 차례로 완성되었다. 총칙·채권·물권의 3편은 일본인 松岡義正이 기초하고, 親屬·繼承(상속)의 2편은 중국인 朱獻文·章宗元·高種分·陳籙 등이 나누어 기초하였다. 修律大臣이 주청한 民律의 立法宗旨는 크게 네 가지였다.

첫째, 세계에 가장 보편적인 法則에 치중하여, 능력의 차이·매매 규정·이율 및

시효 등의 사항은 피차의 공평과 균등을 보장하기 위해 채택하였다.

둘째, 학계에 가장 새로운 精確한 法理에 근거하여, 법인과 토지·채무에 관한 규정들은 각국의 선진법제를 본받아 정밀한 법리를 채용하였다.

셋째, 중국의 民情風俗에 가장 적합한 법칙을 추구하여, 친속·혼인·계승 등은 입헌정신과 서로 어긋나는 것을 적절히 變通하되, 그밖에는 원칙으로 經義와 道德에 근본하고 현행법제(淸律)를 참작하여 풍속기강을 바로잡고 수천 년간 전해오는 인륜을 타락하지 않도록 유지하였다.

넷째, 개혁에 가장 유리한 法則을 추구하여, 중국 법제 역사에 별로 발달하지 못한 私法 영역에서 특히 채권과 물권을 상세히 구별하여 설정함으로써, 점차 발전진보하여 법질서의 통일안정을 이루도록 기대하였다.

民律의 구성은 제1편 총칙은 8장 323조, 제2편 채권은 8장 654조, 제3편 물권은 7장 339조, 제4편 친속은 7장 143조, 제5편 계승은 6장 110조로 총 1569조에 이르렀다. 그러나 이 民律 초안은 공포되기 전에 淸나라가 멸망하여 정식 법전으로 시행되지는 못하였다.²⁹⁾

2. 民國初 第2民律草案의 제정

辛亥혁명으로 들어선 民國정부는 우선 당장 淸末의 법률을 민국체제에 저촉되지 않는 범위 안에서 잠시 援用하였다. 그러다가 1914년 法律編查會를 설치하여 司法部에 예속시키고, 이듬해 民律 친속편 초안 7장 141조를 맨 먼저 완성하였다. 그 편제와 내용은 청말의 民律초안 친속편과 거의 같았다.

1918년 다시 修訂法律館을 설치하고, 1922년 워싱턴회의 때 영사재판권 회수문제를 제기한 뒤 각국의 중국 司法 실정 조사에 대응하여 民刑법전의 편찬을 서둘렀다. 그리하여 淸末 民律 초안을 참조하고 각 省의 民商事관습을 조사하여 1925년부터 1926년에 걸쳐 民律 초안 다섯 편을 모두 완성하였다. 그해 11월 大總統이 초안 중 총칙편과 債編 등을 정식 법전이 공포될 때까지 잠정적으로 참작·원용하도록 사법부에 명령하였으나, 袁世凱의 北洋政府가 붕괴되면서 역시 초안에 머물고 말았다.

이 초안은 청말의 제1차 초안을 기초로 수정한 것인데, 제2차 초안으로 불러 구분하기도 한다. 총칙편과 물권편은 변경이 적은데, 채권편은 스위스 채무법을 따서 債編으로 명칭을 바꾸고, 친속·계승편은 現行律 중 유효한 민사 관련 규정과 근래 大理院의 판례를 보충하여 다소 증감이 있었다.³⁰⁾

29) 이상 淸末 民律 초안 성립과정은, 潘維和, 中國歷次民律草案校釋, 漢林出版社, 1982, 10-26쪽에 정리된 내용을 요약한 것임.

30) 潘維和, 앞의 책, 28-32쪽 참조.

3. 中華民國 民法의 탄생

그후 1925년 7월 廣州에 성립한 中國國民黨 정부는 ‘제1차 전국대표대회선언’의 政綱에서 제기한 “법률상·경제상·교육상·사회상 남녀평등의 원칙을 확인하고 여권의 발전을 증진시킨다”는 원칙에 근거하여, 이듬해 제2차 대회에서 “부녀운동결의안”을 통과시켰다. 이 결의안에는 법률과 행정 방면에서 실행할 각종 기본 원칙이 포함되었는데, 그 가운데 여자의 재산권과 상속권도 있었다.

蔣介石 국민당 정부는 1927년 南京에 자리잡은 뒤, 그해 6월 法制局을 설치하고 곧 친속법과 계승법의 기초에 착수하여 1928년 10월에 초안을 마련하였다. 친속법은 燕樹棠이, 계승법은 羅鼎이 각각 기초를 맡았는데, 이 초안도 공포시행하기 전에 법제국이 문을 닫고 그해 12월 성립된 立法院으로 이송되었다. 그래서 이듬해 1929년 초 입법원이 다시 민법기초위원회를 설치한 뒤, 5인의 기초위원을 임명하고 프랑스인 寶道(Padour) 등을 顧問으로 초빙하여 국민당 중앙정치회의에서 의결된 입법원칙에 따라 기초작업을 착수하였다.

친속과 계승 2편은 사회조직과 기강질서의 기초가 되고 광대한 지역의 관습과 크게 관련되기 때문에 신중을 기해야 한다는 이유에서, 이전 사법부의 관습조사 자료를 정리할 뿐만 아니라 새로이 각지 관습을 조사하고 각국의 법제와 비교연구하면서, 맨 마지막으로 1930년 가을에 기초에 착수하여 그해 겨울 완성하였다. 친속편은 7장 171조, 계승편은 3장 88조로 구성하여 12월 26일 공포하고, 이듬해(1931) 1월 24일 친속편시행법 15조, 계승편시행법 11조의 공포와 함께 그날부터 시행하였다.³¹⁾

이것이 중국에서 최초로 시행된 공식적인 근대 ‘民法典’으로서, 바로 지금까지 臺灣에서 시행되고 있는 中華民國 民法이다. 이 민법은 독일·일본의 대륙법체계를 따라 다섯 편으로 구성되었는데, 각 편이 독자적인 법처럼 별도로 각자의 ‘시행법’과 함께 시행된 독특한 형식을 취하고 있다. 그 내용은 청말 민국초의 民律 초안에서 상당히 발전변화한 모습을 보이는데, 債편과 물권편은 시행 후 지금까지 한 번도 개정이 없었으며, 총칙편은 1982년 한 번 수정되었고, 친속편과 계승편은 1985년 한 차례 일부 조항을 삭제 또는 신설하는 수정을 거쳤다.

4. 民律草案과 民法의 繼承編 내용 변천

결국 정말의 民律초안과 민국초의 民律초안은 시행되지 못하고, 중화민국 민법에 이르러서야 비로소 최초의 근대화된 계승법이 본격 시행되었다. 큰 골격은 근대서구법의 체계와 내용을 받아들였지만, 그 과정에서 적지 않은 변화가 있었다. 전체적

31) 潘維和, 앞의 책, 33-35쪽 및 范明辛·雷晟生 編著, 中國近代法制史, 陝西人民出版社, 1988, 216쪽 참조.

인 체계의 흐름을 파악하기 위하여 우선 세 단계에 걸친 民律초안 및 민법 계승편의 주요 목차를 살펴보면 다음과 같다. (모두 제5편에 속하는데, 괄호 안의 숫자는 해당조문을 가리킨다.)

大清民律초안(총110조)	國民民律초안(총225조)	中華民國民法(총88조)
제1장 通則(§ 1460-5)	제1장 총칙(§ 1298-1307)	제1장 유산 계승인(§ 1138-46)
제2장 繼承	제2장 宗祧繼承	제2장 유산의 계승
제1절 계승인(§ 1466-9)	제1절 宗祧계승인(§ 1308-31)	제1절 효력(§ 1147-53)
제2절 계승의 효력	제2절 宗祧계승의 효력	제2절 한정된 계승(§ 1154-63)
제1款 총칙(§ 1470-3)	(§ 1332-6)	제3절 유산의 분할(§ 1164-73)
제2款 應繼分(상속분)	제3장 유산계승	제4절 계승의 포기(§ 1174-76)
(§ 1474-80)	제1절 유신계승인(§ 1337-45)	제5절 승인하는 사람 없는 계승
제3款 分析遺産(유산분할)	제2절 유산계승의 효력	(§ 1177-85)
(§ 1481-7)	제1款 총칙(§ 1346-53)	제3장 遺囑
제3장 遺囑(유언)	제2款 유산계승인의 책임	제1절 통칙(§ 1186-8)
제1절 총칙(§ 1488-94)	(§ 1354-71)	제2절 방식(§ 1189-98)
제2절 遺囑의 방법(§ 1495-1501)	제3款 유산계승인의 應繼分	제3절 효력(§ 1199-1208)
제3절 遺囑의 효력(§ 1502-22)	(§ 1372-7)	제4절 집행(§ 1209-18)
제4절 遺囑의 집행(§ 1523-36)	제4款 유산분할(§ 1378-95)	제5절 취소(§ 1219-22)
제5절 遺囑의 취소(§ 1537-41)	제4장 계승인 미정과 승낙인 없는 계승	제6절 特留分(§ 1223-5)
제4장 特留財產(유류분)	제1절 계승인 미정(§ 1396-1407)	(1985년 수정으로 3조문 삭제하고
(§ 1542-54)	제2절 승낙인 없는 계승	1조문 증설함)
제5장 승인하는 사람 없는 계승	(§ 1408-1415)	
(§ 1555-61)	5장 遺囑	
제6장 채권인 또는 受遺人の 권리	제1절 총칙(§ 1416-21)	
(§ 1562-9)	제2절 유족의 방법(§ 1422-35)	
	제3절 유족의 효력(§ 1436-64)	
	제4절 유족의 집행(§ 1465-82)	
	제5절 유족의 취소(§ 1483-8)	
	6장 特留財產(§ 1489-1509)	
	7장 채권인 또는 受遺人の 권리	
	(§ 1510-22)	

이상의 목차에서 보이듯이, 현행 중화민국(대만) 계승법은 청말의 民律초안의 체계에서 3章을 통폐합하고 20여조 줄여 더욱 간략하게 정비한 것임을 알 수 있다.

또 민국초기의 초안은 전통법의 宗祧(종조: 제사) 계승을 최우선의 주요 근간으로 삼고 기타 章節은 청말 초안을 대체로 계승하되, 총 조문수는 배 가까이 늘어난 방대하고 상세한 입법체계임이 확인된다.

구체 내용에서는 중화민국 현행법이 가장 서구화된 민주평등의 계승제도를 채택함은 물론이다. 民律초안은 실질 내용에서 전통법의 요소를 상당히 간직하였는데, 민국초안의 종묘제사 계승이 독특한 입법임은 물론이지만 그밖에도 적지 않았다. 예컨대 배우자는 비록 夫와 妻가 평등하게 규정되긴 하였지만 피계승인의 직계비속이 없는 경우에 한하여 첫번째 계승인이 되었고, 친딸은 출가 여부를 막론하고 직계존속·친형제·家長 다음에 맨끝 순위로 규정되었다. 또 계승인인 남편이 사망하고 없는 부인은 아들이 없고 수절하는 경우에 한하여 남편의 상속분을 대위(대습) 계승할 수 있다.

상속분에서는 적서차별 없이 平分하되 私生子에게는 절반만 주는 점이나, 사생자만 있는 경우 嗣子(繼後養子)를 세우면 그와 均分하고 그렇지 않으면 사생자에게 전 유산을 주는 점도 전통법의 정신을 물려받은 것이다. 특히 종묘제사 계승을 근간으로 삼은 민국초안에서는 계승 발생의 원인으로 자연사망 이외에 出家를 '사회사망'으로 인정한 점이 눈에 띈다. 철저히 男系 중심으로 이루어지고 자손이 없는 경우 同宗 형제 또는 근친의 아들로 嗣子를 세우며 死後 양자까지 규정한 점 등도 宗法制의 유산임은 물론이다.

현행 중화민국의 계승법은 직계비속·부모·형제자매·조부모의 4순위 혈친과 배우자에게만 계승인 자격을 부여하고 그밖의 유산은 국고에 귀속시킨다. 그런데 배우자는 4순위의 혈친과 차례로 공동계승인이 되면서, 공동계승인이 피계승인의 직계비속일 때는 균분하고, 부모나 형제자매일 때는 유산의 1/2, 조부모일 때는 유산의 2/3를 각각 차지하는 단계적 계승권을 가지는 점이 다소 독특하다.

IV. 中國共產黨의 繼承法 제정 역사

1921년 7월 성립된 중국 공산당은 중화민국(국민당)의 입법체계와 판이한 독자적인 노선을 걷기 시작한다. 계승법도 혼인법과 마찬가지로 전통법이나 중화민국 민법과 상당히 동떨어진 혁명입법을 지향하지만, 구체적인 실질내용에서는 혼인법과 또 다른 양상을 보인다.

즉, 혼인법은 전통사회나 자본주의(중화민국)나 공산주의(중국)를 막론하고 사회체계(통치이념·이데올로기)의 골격을 이루는 기본질서이기 때문에, 가장 직접적이고 구체적인 방법으로 상세한 내용을 서둘러 제정하여 시행하기 마련이다. 반면 계승법은 그렇게 시급한 국가사회의 정책 대상이 아닌 까닭에 자연히 혼인법 만큼

자상한 관심과 주의를 받지 못하고 기본원칙을 선언하는 정도에 그치고 만다. 더구나 共產國有를 지향하는 이념사회에서 개인의 ‘私有’재산조차 인정하지 않는 마당에 그 ‘繼承’을 자본주의처럼 존중해 줄 리는 없다. 이러한 측면에서 중국 공산당의 계승법은 혼인법과는 판이한 역사를 걸어 왔다고 할 수 있다.

그러나 중국의 계승법은 기본 원칙상으로 비록 러시아와 같은 공산사회주의의 지도 이념과 대의명분을 밖으로 표방해왔지만, 실질 내용과 성향의 관점에서 보면 오히려 중화민국(자본주의)보다 훨씬 더 전통법에 가깝게 닮아가는 측면도 있다. 법의 존재형식(法源)부터 전통법과 마찬가지로 초기에는 혼인법 안에 한두 원칙 조항만 간략히 규정했다가, 현실상 빈번히 발생하는 유산 분쟁을 법적으로 해결하는 과정에서 調解(조정 화해)와 판결의 실무 경험이 축적되고, 그러한 先例를 바탕으로 私有재산 허용 범위의 확대에 따라 뒤늦게 독립의 계승법을 제정하게 된다. 또 남녀평등 원칙과 같은 기본 이념은 전통법을 혁명한 것이지만, 그밖의 많은 구체적인 실질 내용과 적용 방법은 오히려 전통법의 정신을 존중하고 되살리는 ‘復古返本’의 성향이 짙다. 수천 년 동안 수억의 인구를 통해 전해오는 법의식과 법감정은 뿌리 깊은 中華思想과 결합되어 독특하고 확고한 中華法文化로 생생히 살아있음을 실감하지 않을 수 없다.

1. 혁명 초기의 繼承에 관한 법원칙

중국공산당은 성립 후 2년만에 1923년 중공 제3차 전국대회에서 남녀평등의 원칙에 근거하여 『부녀운동결의안』을 통과시켰는데, 그 중에 “여자도 마땅히 유산 계승권을 가져야 한다”는 기본 원칙을 우선 선언하였다. 이어 1926년 중공 제4차 전국대표대회에서 통과한 『부녀운동에 관한 결의안』에서도 “여자도 마땅히 재산권과 재산계승권을 가져야 한다”는 원칙을 재천명하였다.³²⁾ 이는 唐律 등 전통법이 “家産은 모든 형제가 균등히 분배하여야 한다”는 기본 원칙만 규정한 것과 아주 흡사한 입법형태이다. 다만 시대정신의 차이에 따라 입법이념이 ‘兄弟(諸子)均分’에서 ‘남녀평등’으로 확대된 것 뿐이다.

그 후 국민당과 혁명전쟁을 치르던 시기에 접어들면서 농민의 토지소유권을 확정한 뒤, 1931년 3월 江西省의 『土地問題提綱』에서는 토지의 계승권에 대하여, “토지유산은 토지소유자가 생전에 자유로이 처리하도록 맡긴다. 자녀에게 나누어 주거나 친족들이 계승하도록 증여하거나 공익사업에 출연하거나 정부는 간섭하지 않는다”는 원칙을 규정하였다.³³⁾ 이 때는 중화민국 현행 민법의 계승편도 이미 공포되어 시행을 눈앞에 둔 시기였다. 따라서 중화민국 입법 내용도 염두에 두지 않

32) 張晉藩 主編, 中國法制史, 701쪽 참조.

33) 張晉藩 主編, 中國法制史, 701쪽 참조.

을 수 없었을 것이며 그 영향도 다소 받았을 것이다.

2. 변방 정권 시기의 繼承法規

그러나 중국 공산당은 국민당과 혁명전쟁에서 열세에 몰려 변방으로 쫓겨간 뒤 中日전쟁이 터지자 국민당과 전략상 제휴하여 抗日戰爭을 함께 치르게 되었다. 이때 국민당의 환심도 사고 민심도 파고들기 위해서, 당시 중공의 각 지방 정부에서 제정한 임시 혼인법(조례)들은 중화민국 친속법 내용을 대폭 수용하거나, 심지어 자기네 혼인법의 기본 원칙에 어긋나지 않는 한 중화민국 친속법을 함께 적용한다는 규정을 두었다. 이러한 시대 상황은 계승법에도 반영되어 중화민국(국민당)의 영향을 적지 않게 받았을 것으로 추정된다. 이 때에 계승권에 대한 규정이 조금 상세해지고, 나아가 혼인법에 버금갈 만한 독립된 계승법이 역시 각 지방정부의 임시 條例나 決定의 형태로 속출하는 것도 그러한 역사 맥락에서 이해될 수 있다.

우선 『陝甘寧邊區地權條例草案』에서 계승권에 대해서도 전에 없이 상세한 규정을 두었다.

“① 地權(토지소유권)의 계승권은 피계승인의 의지 또는 遺囑(유언)에 따라 지배된다.

② 만약 피계승인이 전항의 결정이나 유족을 하지 않은 때에는 다음과 같은 규정에다 변방지역 내의 관습법을 참작하여 시행한다.

(1) 부부는 상호 계승권을 가진다.

(2) 嫡系(합법 혼인관계인 嫡妻 所生) 비속 친속은 동등한 계승권을 가진다.

(3) 양자녀의 계승권은 婚生子女와 같다.

③ 만약 전항의 상황(계승인)이 없는 경우에는 변방지역 내의 관습법에 따라 처리한다.”³⁴⁾

법정계승권에 관한 규정은 중화민국 계승법의 원칙과 별로 다르지 않으며, 부부간의 계승권을 인정한 점만 제외하면 전통법과도 대체로 상통한다. 다만 일부일처제와 축첩금지라는 혼인법의 기본원칙을 전제로 ‘嫡系’비속친으로 한정된 점이 눈에 띈다. 이도 사실상 전통법의 ‘兄弟(諸子)均分’원칙과 일치한다.

3. 抗日戰爭 시기의 繼承條例 제정

그 후 항일전쟁이 본격화되면서 각 지역의 임시성 전문 ‘계승’ 법규가 속출하였다. 1942년의 『陝甘寧邊區繼承條例』나 1943년 6월의 『晋察冀邊區 행정위원회의 여자 재산 계승권 집행문제에 관한 결정』, 1945년 3월의 『山東省女子繼承暫行條例』, 1945년 5월의 『冀魯豫行署의 여자계승권 문제 등에 관한 결정』들이 대표적

34) 張晋藩 主編, 中國法制史, 701쪽에서 재인용.

이다.

이들 계승법은 계승방식으로 법정계승과 유족계승을 규정하였는데, 법정계승인의 범위와 순서는 배우자 외에 ①직계비속 ②부모 ③친형제자매 ④친형제의 자녀 ⑤조부모가 포함되었고, 유족은 구두의 경우 제3자의 증명, 서면의 경우 본인의 서명(불능시 제3자의 대리서명)이 각각 요구되었다. 이는 대체로 중화민국 민법의 계승을 모방한 것으로, 다만 ④친형제의 자녀가 삼입된 점이 다르다.

그리고 이상의 법정계승인이 없는 이른바 ‘絶戶’ 유산은 피계승인의 유족이 없는 경우 최근 친속이 계승하도록 규정하였다. ‘絶戶’ 유산에 관한 규정은 중화민국 민법이 國庫에 귀속시킨 점과 판이하고 오히려 전통법의 입법 경향에 가깝다. (전통법은 有服親 범위라도 한정되었지만 中共이 그러한 한계도 설정하지 않은 것은 입법의 흠결이나 不察로 보인다.) 이는 중공이 당시 대륙의 주도권을 잡지 못하고 중국을 대표할 만한 정부가 못되었기 때문일 것이다.

또 이 시기에 중공의 계승법은 혼인법과 마찬가지로 ‘남녀평등의 원칙’을 유난히 두드러지게 강조했다. 山東省 條例를 예로 들면, 제1조에서 “본 조례는 남녀평등의 원칙으로 제정한다”고 선언하고, 제2조에서는 “여자도 유산계승권을 가지며, (본인이) 自願하여 (유산계승권을) 포기하는 경우를 제외하고 어느 누구도 이를 방해하거나 제한할 수 없다”고 규정하였다.

여기에 미혼녀나 출가녀, 양녀가 포함됨은 물론이며, 아들이 없는 경우 유산 전부가 이들 딸에게 계승된다. 이는 繼後嗣了 같은 死後養子를 세워 유산을 가로채거나, 여자의 계승권을 방해·침탈할 수 없음을 뜻했다. 또 과부는 피계승인의 처로서 자녀와 동등한 계승권을 가짐과 동시에 계승인의 처로서 代位(대습)계승권도 가지는데, 과부가 개가할 때 만약 자녀가 없으면 시택에서 계승할 유산을 전부 가지고 갈 수 있었다.³⁵⁾

물론 이러한 남녀평등의 원칙은 남자에게만 편중된 전통 계승법과 관습의식들을 혁신하기 위한 목적의식에서 특별히 강조된 것이지만, 실질상으로 보면 중화민국 민법(계승편)과 크게 다른 내용은 거의 없다. 사유재산과 그 계승을 원칙상 인정하지 않아야 할 공산주의가 혁명투쟁의 전략상 국민당의 입법을 모방하면서 이를 감추고 독자성을 부각시키기 위해 女權保障을 선전구호로 내건 정치이념의 결과로 보인다.

이는 ‘친형제의 자녀’만 법정계승인에 포함시키고 ‘친자매의 자녀’는 빠뜨린 사실이나, 계승권 있는 출가여자가 유산분할을 (주동적으로 적극) 요구하지 않은 경우 그 계승권은 포기한 것으로 보고 회복 불가능하다고 규정한 점, 계승이 개시되어

35) 항일전쟁시기 중공의 계승법 내용에 관해서는, 范明辛·雷晟生 編著, 中國近代法制史, 陝西人民出版社, 1999, 400-3쪽 참조.

이미 분할을 마친 유산에 대하여는 계승권 있는 여자도 원칙상 계승권 회복을 청구할 수 없다(다만 유산분할시 항전 참가나 객지 사업 등으로 계승 사실을 몰랐거나 너무 나이가 어려 계승권이 침해된 경우에는 그러하지 아니함)고 규정한 예외 등에서도 어느 정도 짐작할 수 있다.

4. 抗戰 후 하얼빈市의 繼承法 초안

中日전쟁이 끝나고 다시 국민당과 마지막 혁명전쟁을 매듭지어갈 무렵, 1949년 중화인민공화국이 정식으로 건립되기 직전에 하얼빈市 인민정부는 『하얼빈市 繼承 처리방법초안』을 제정하였다. 여기에서는 법정계승의 순서도 ①배우자, 직계비속 친, 노동력 없는 부모, 피계승인의 임종 전에 1년 이상 연속하여 피계승인의 부양을 받아온 노동력 상실자, ②노동력 있는 부모, ③조부모, ④형제자매가 차례로 규정되었다. 동일 순서의 계승인이 여러 사람일 경우에는 물론 사람 수에 따른 평균분배가 원칙이었다. 계승인 범위가 좀 좁아지고 순서가 다소 뒤바뀌었으며(조부모가 형제자매 앞으로 온 점), 특히 제1순서 계승인에 여러 부류를 열거하면서 특수한 신분이나 부양 관계에 있는 무노동력자를 포함시킨 점 등이 이전의 계승법과 달라진 내용으로 눈에 띈다.

유증이나 유촉계승에서는 재산소유인(피계승인)이 미성년자나 노동력 상실자의 계승권을 침해하지 않는 범위 안에서 처분(유증 또는 유촉)할 수 있다고 규정하였다. 이는 기본상 중화민국 계승법의 特留分(유류분)에 해당하는 추가 입법조치이지만, 그 범위를 노동(생활)능력 없는 자에 국한한 점이 앞의 제1순서와 마찬가지로 사회주의 이념정신을 특별히 반영한 것으로 돋보인다.

이밖에 유촉이나 법정계승인이 없는 경우 그 재산은 국고에 귀속시킨다고 비로소 규정한 사실도 눈에 띄는데, 대륙 전체의 지배권을 확립하여 국가로 출발하려는 역사배경이 직접 계승법에 투영된 내용이다. 또 계승의 개시 시기는 일반적으로 피계승인의 사망시로부터 비롯되나, 피계승인이 실종된 경우에는 반드시 법정기한(5년 또는 3년)이 만료된 뒤 법원이 '사망인'으로 선고한 때로부터 개시한다는 규정도 戰後 국가조직체계의 정비를 전제로 이루어진 내용이다.³⁶⁾

5. 中華人民共和國 건국 초기의 繼承法 정책

그 후 중화인민공화국이 1949년 10월 1일 정식으로 건립되고, 이듬해 5월 1일에 중국 최초의 법률인 婚姻法이 공포시행되었다. 이 때 계승법은 다시 전통 시대와 마찬가지로 혼인법의 일부로 한두 조항의 기본원칙만 선언하는 입법형식으로 복귀

36) 이상 『하얼빈市 계승처리방법초안』의 내용에 관하여는, 張晋藩 主編, 中國法制史, 701-2쪽 참조.

한다. 즉, 구혼인법은 총 27조문 가운데 제12조에서 부부간의 상호 유산계승권을 규정하고, 제14조에서 부모자녀간의 상호 유산계승권을 규정한 것이다. 그리고 이어 1954년 반포된 첫 『憲法』에서도 제12조에서 “국가는 법률에 의해 公民의 사유재산 계승권을 보호한다”고 규정하여 국가근본대법인 헌법상의 근거를 두기에 이르렀다.

그 뒤 10년 동안 법원의 재판실무경험이 축적되면서, 1963년 최고인민법원은 제1차 전국민사심판실무회의를 소집개최하여 『민사정책의 철저한 집행문제들에 관한 의견』(修正本)을 작성하였는데, 거기에서 비로소 제법 구체적이고 체계적인 계승법 규범이 제시되었다. 우선 법정계승인의 범위와 순서를 확정하였다.

“피계승인의 유산은 먼저 그 배우자와 자녀·부모가 계승하고, 만약 자녀·배우자·부모가 없으면 同胞(친)형제자매가 그 재산을 계승할 권리를 가진다.” 아울러 계승분과 계승권 상실에 관해서도 규정하였다. 동일 순서의 법정계승인 간에 유산을 배분할 때는 “먼저 미성년자와 노동능력 없는 사람을 배려하여야 하고, 다음으로 계승인이 피계승인에게 생전에 행한 부양의무와 생산 및 생활의 실제 수요 상황을 고려하여야 한다. 피계승인을 학대하거나 遺棄한 행위가 있는 자에게는 유산의 계승을 허락하지 않을 수도 있다.”³⁷⁾

그러다가 1960년대 후반부터 10년간 四人幫의 주도로 ‘文化革命’이 진행되던 시기에는 法律虛無主義가 극도에 달하여 繼承權을 완전히 부정하여 폐지하려는 선동경향이 강했고, 실제로 일부 公民은 합법 재산의 계승권이 취소되기도 하였다. 그러나 역사 경험 사실이 증명하듯이, 자본주의뿐만 아니라 사회주의 경제체제에서도 계승권을 폐지하려는 企圖는 사회의 객관법칙(규범질서)에 위배되기 마련이다. 그래서 중공도 결국 합법재산의 계승권이 사회주의 정치경제 체제에서 가장 유효적절한 사회조절(통제) 수단임을 다시 인정하지 않을 수 없기에 이르렀다.³⁸⁾

그래서 최고인민법원은 1978년 말부터 1979년 초에 개최된 제2차 전국민사심판실무회의에서 『민사정책법률의 철저한 집행에 관한 의견』을 15년만에 다시 작성하여 이전의 내용을 수정보충하였다. 이 때 계승법에서는 조부모와 외조부모를 새로이 법정계승인에 포함시킨 점이 눈에 띄는 변화였다. 그 결과 제1순서 법정계승인은 피계승인의 배우자와 자녀·부모가 되고, 제2순서는 조부모·외조부모와 함께 형제자매가 되었다.³⁹⁾ 남녀평등의 원칙에 따라 부부·자녀는 물론 형제와 함께 자매가 열거되었듯이, 친가의 조부모와 함께 외가의 외조부모가 나란히 포함된 점이

37) 余先子·胡若虛, 繼承法概說, 江蘇人民出版社, 1986, 10쪽 참조.

38) 앞의 繼承法概說, 16쪽 및, 張佩霖 主編, 中國繼承法, 中國政法大學出版社, 1991, 13쪽 참조.

39) 앞의 繼承法概說, 10-11쪽 참조.

특징이다.

계승법에 대한 간단한 대원칙주의는, 毛澤東이 사망하고 鄧小平이 등장한 후 “4개 현대화”와 “사회주의 민주와 법제”를 표방하여 대대적으로 새로운 법률을 제정하거나 修改(개정)하기 시작할 때까지 대체로 유지되었다. 1980년 9월 10일 구헌인법을 대체하는 새로운 혼인법이 전국인민대표대회를 통과하여 이듬해 1월 1일부터 시행되었다. 여기에서도 구법의 부부간 및 부모자녀간의 상호 유산계승권 원칙은 제18조 ①②항으로 통합되어 재천명되었다. 그리고 이듬해인 1982년 새로 반포된 『憲法』도 제13조 제2항에서 “국가는 법률의 규정에 의하여 公民의 私有財產 계승권을 보호한다”고 하여 구헌법과 거의 똑같은 원칙을 부활하였다.

6. 中華人民共和國 繼承法の 제정과 법규성 유권해석의 시행

그러나 새헌법에 뒤이어 1985년 4월 10일에 독립된 『중화인민공화국 繼承法』이 제6기 전국인민대표대회 제3차 회의를 통과하여 같은 해 10월 1일부터 시행에 들어감으로써 새로운 계승법의 시대를 열었다. 이 계승법은 총 조문수도 신훈인법과 똑같은 37조인데, 형식상으로는나 실질상으로 혼인법(친족법)과 계승법(상속법)이 근대서구법(중화민국법)에서처럼 서로 대등한 지위와 비중을 차지하게 된 것이다. 다만 각각 독립된 전문 법률로 제정된 입법형식이 조금 독특하다.⁴⁰⁾ 그러나 중화민국의 민법도 계승편이 친속편은 물론 총칙편·債편·물권편과 나란히 각각 별도의 독립된 법처럼 제정·공포·시행되고 각 편에 대한 ‘시행법’도 따로따로 공포·시행되었기 때문에, 실질상으로는 비슷하게 상통한다고 볼 수 있다.

여하튼 건국과 혼인법 시행 35년만에 독립의 계승법이 시행된 것은 중국 법제사의 획기적인 사건일 뿐만 아니라, 그 기초전제인 정치경제구조의 혁신적인 변화를 반영하는 중대한 사건임에 틀림없다. 그런데 계승법이 제정되기 바로 전인 1984년 8월 30일에 최고인민법원은 제4차 전국민사심판실무회의를 개최하여 새로운 『민사정책법률의 철저한 집행 문제에 관한 의견』을 제정하였다. 총81조항에 이르는 방대한 ‘법률규범성(유권)해석’인 이 의견에는 이혼, 이혼시 재산의 처리, 부양, 收養, 繼承, 가옥, 宅地, 채무, 손해배상 등 9분야의 민사문제가 총망라되어 있으며, 계승에 관한 의견은 이 중 제34조로부터 제52조까지 19조항에 이른다.⁴¹⁾

40) 계승법이 제정·시행된 이듬해인 1986년 4월 12일에는 『중화인민공화국民法通則』이라는 또 하나의 민사 독립 법률이 제정되어 1987년 1월 1일부터 시행에 들어갔다. 여기에는 일반 민법총칙뿐만 아니라 재산소유권(物權)과 채권·지식재산권·人身權 및 민사책임에 관한 기본 규정이 포함되어 실질상으로 중공의 ‘재산법’이라고 할 수 있다. 따라서 혼인법·계승법·민법총칙이 중국 민법을 이루는 3대 기본법률이라고 볼 수 있다. 참고로 『民法通則』 제76조도 “공민은 법에 따라 재산계승권을 향유한다”는 기본원칙을 확인 규정하고 있다.

41) 中華人民共和國 法律全書, 吉林人民出版社, 1989, 339-346쪽 참조.

이 의견에 수록된 주요 내용이 이듬해 계승법 제정에 상당히 반영된 사실은, 계승법이 제정되기 전까지 비록 헌법과 혼인법의 양대 기본 원칙 및 간단한 유권해석만으로 현실의 계승분쟁이 해결되어 왔지만, 그렇게 꾸준히 축적되어 온 司法 실무의 경험과 필요가 정치사회경제적인 이념 변화와 더불어 독립의 계승법을 제정하게 만든 주요인(원동력)이 되었음을 짐작케 한다. 이는 일본이나 중화민국·우리나라가 독자적인 입법·사법의 경험 축적 없이 근대서구법 체계를 일시에 그대로 수용함으로써 전통과 단절되고 현실과 괴리된 낯선 법 아래서 오랜 시간 동안 지금까지 술한 시행착오를 겪고 있는 점과 좋은 대조를 보여준다.⁴²⁾

그리고 계승법을 제정하여 시행에 들어가기 바로 직전인 1985년 9월 11일에, 최고인민법원은 다시 별도로 『중화인민공화국 계승법의 철저한 집행 문제에 관한 약간의 의견』이라는 법률규범성(유권)해석을 계승법의 각 chapter로 총 64조항에 걸쳐 종합정리하여, 계승법 시행과 동시에 司法실무의 주요지침으로 활용하도록 전국인민법원에 내려 보냈다.⁴³⁾ 따라서 중국의 계승법은 형식상 37조의 간략한 체계를 지니고 있지만, 실질상으로는 유권 해석과 함께 100여조의 방대한 규모를 갖춘 셈이다. 이는 분량상으로나 내용상으로 중화민국민법 계승편에 별로 손색이 없는 어엿한 입법체계를 완비하였음을 뜻한다.

V. 맺음말

중국이 계승법을 시행한 지 벌써 15년이 지났다. 그 동안 또 다시 적지 않은 司法 실무경험과 판례가 축적되었을 것이다. 최근 중국의 정치·사회·경제적인 상황 여건은 중국식 사회주의 현대화를 표방하며 개방과 개혁으로 하루가 다르게 변해가고 있다. 그러한 정치사회적인 개방과 경제발전에 따라 사유재산제의 범위가 확대될 것이고, 그에 비례하여 재산 계승과 그를 둘러싼 분쟁은 훨씬 복잡하고 첨예한 이해대립 관계로 발전하여, 사회주의 중국의 새로운 사회법률문제로 크게 부각될 것이다. 이 점에서 계승법은 혼인법을 훨씬 능가하는 막중한 기능과 효용을 발휘할 것이 틀림없다. 따라서 앞으로 중국의 계승법이 어떠한 방향으로 변화발전해 나갈지 관심있게 지켜봄지하다.

42) 물론 중공의 입법이라고 다른 나라나 체계의 법을 전혀 모방 또는 수용하지 않았다는 의미는 결코 아니다. 다른 법의 영역에서도 이러한 자체 입법·사법의 실무경험 축적과 착오 수정의 과정이 반복되어 왔는데, 특히 재판실무를 그대로 반영하는 민사소송법은 1982년 試行案(시범시행안)을 제정 시행하기 시작하여 10년 간의 실무 시험 끝에 1991년 4월 9일자로 정식 민사소송법이 제정·공포·시행된 점이 유난히 주목된다.

43) 앞의 法律全書, 346-350쪽 참조.

中國繼承法之歷史變遷

金池洙(Kim, Ji Su)*

根據歷史研究，在中國從商朝已出現父死了繼之規定，到周朝宗法制度與政權組織合二而一的嫡長子繼承制成為周禮的骨幹。隨王位與官職繼承的確立，私有財產的繼承也形成固定制度。

秦漢律令大體上沿襲周禮的嫡長子繼承制，而有關財產繼承之規定稍增多。至唐律令明文確定‘兄弟均分’制，而承認‘兄弟亡者，子承父分’之代位繼承制，並對違此令文者，坐贓論罪。宋刑統雖踏襲唐律，到南宋隨社會經濟的繁榮，繼承法規和判例也顯然發展，尤其婦女的繼承權正式被承認。元明清律例上的繼承制雖按時代和民族之異而有所損益，其主要特性並無大變。

到清末着手修訂法律之時，傳統繼承制在量與質方面都有劃時代的革命，即間接通過日本大幅接受西方近代法制。經過清末和民國初的二次民律草案，在‘中體西用’的基本原則上制定的中華民國民法親屬編與繼承編終於1931年正式施行。其形式體系與實質內容，則與韓日兩國大同小異，即所謂繼承法之近代化。

中國共產黨對繼承法的基本政策有獨特的演變。黨成立初期，只提出‘婦女應有遺產繼承權’的原則。之後，在邊區政府與抗日戰爭時期，受到國民黨的中華民國民法之影響，有關繼承的規定和條例陸續施行。其內容相當具體且詳細，而男女平等是最突現的持久原則。

中華人民共和國建國的翌年施行之‘婚姻法’，有兩條規定夫婦和父母子女的繼承權，此外並無獨立的法律。而1960年代文化革命時期，四人幫企圖完全廢除繼承權。毛澤東死後，1980年制定的新婚姻法仍沿襲舊法上的繼承權，但以前的兩條合併為一。到1985年，具有37條文的獨立‘繼承法’終於告成，而與同年最高人民法院作成的法規性最高有權解釋，即‘關於貫徹執行中華人民共和國繼承法若干問題的意見’一並施行。

* 國立서울(Seoul)大學校 法學博士，韓國學術振興財團 博士後研修生(Post-Doc.)