

書評

權逸著

韓國親族相續法

周知하는 바와 같이 四二九一年二月二日에 公布되어 四二九三年一月一日을 기하여 實施를 본 우리 民法은 여러 모에서 중대한 意義를 갖는 것이었지만 그 가운데서도 民法의 一部로서 身分法이 成文된 모습을 뚜렷이 나타내게 되었다는 것은 民法의 制定·實施에 한층 그 意義를 調期化하는 것임에 틀림이 없다. 왜냐하면 지난날 舊韓國時代는 물론 日政時代以來의 舊身分法의 法源이란 成憲이라 일컬어진 經國大典을 비롯하여 全朝時代의 여러 法典 가운데 흠어져 있는 親族相續에 관한 斷片的인 法規範과 그것들에 더전을 담은 慣習法과 事實인 慣習 또는 日本의 一部舊民法의 依用에 지나지 않았으며, 統一된 近代의 成文法을 갖게 된 것은 실로 現行法의 第四編「親族」·第五編「相續」으로서 規定된 親族相續法이 처음이기 때문이다. 本書는 四二七九年以來 東京 辯護士會員으로서 특히 在日僑胞의 人權保障을 위하여 國際舞臺에서 눈부신 活躍을 하고 있는 著者가 이 와 같은 新民法의 實施를「하나의 큰 기쁨」으로 맞이하여——머리말에서도 지적하고 있다시피——「韓國의 新親族相續法의 實施를 機會로 본

엔타아르形式으로 親族相續法의 內容을 解說하고 日本의 司法界에 紹介하려는」目的과「實際로도 在日六〇萬同胞의 身分關係에 관하여 韓國의 親族相續法을 適用하고 있는데 아직 日本語로 된 解說書가 없으므로 實務上으로 보더라도 이와 같은 解說書가 반드시 必要」한데서 著述된 것이다. 사실 解放後 우리의 民法研究는 많은 발전을 거듭하여 왔고 따라서 상당한 數의 民法書가 刊行되기도 하였으나 그것은 주로 財產法分野에 관한 것이었지 身分法分野에 있어서는 도무지 研究熱이 적었다는 느낌을 받을 수 없다. 그러한 原因은 財產法에의 傳統的인 偏重이라든가 身分法源의 錯雜으로 인한 混亂의 忌避라든가 또는 封建的慣習에 사로잡힌 一般大衆의 無關心이라든가 하는 따위 여러 가지 점에서 찾아볼 수 있지 않을까 싶다. 그러나 新民法의 施行을 契機삼아 身分法의 成文法典을 갖게 된 오늘날 그 研究는 종래의 無關心 내지 踏步狀態로부터 감히 벗어나야 할 時期에 있는 것을 痛感하고 있을 터이다. 물론 新民法의 施行後 國內에서 이 分野의 體系的인 書籍이 著述되지 않았던 것은 아니었으나 그것은二·三에 불과하였고 더우기 이 方面의 制度와 學問이 총분히 海外에 紹介되어야 할 素性を 갖추고 있는 데도 불구하고 아직껏 아무런 實을 거두지 못하고 있는 사실에 대하여는 우리나라 學界가 다같이 責任을 느껴야 할 일임을 안다. 이러한 생각이 바야흐로 이어 가는 무렵, 本書가 日本學界에 發表되었다는 것은 하나의 快舉가 아닐

수 없다.

우선 本書를 一讀하여 著者는 國內의 學說을 網羅하고 보태어 特色 있는 條文의 立法過程을 併說하면서도 간결하고 體系化된 理論으로 一貫하고 있다는 것, 그리고 具體的 說明에 있어서 는 적의하게 우리나라의 歷史的·社會的 特殊事情을 洞察하였을 뿐만 아니라 戶籍法을 비롯한 人事訴訟手續法(또는 人事訴訟法案)·國籍法·破産法·法例 그 밖에 여러 社會法規과 關係特別法 내지 節次法을 거의 남김없이 援用하여 明確한 說明을 전개하고 있다는 것을 스스로 느끼지 않을 수 없을 것이다. 다만 本書가 그야말로 콘멘타아르形式의 解說書에 그치게 하려는 著者의 원래의 目的의 탓인지——특히 國內學說에 비하여—— 本書에서 다른 理論이 참신한 것은 못되어 있기는 하나 그 配應와 親切에 대하여 깊이 尊敬을 드려 마지 않는 바이다.

以下 本書의 順序에 따라서 國內에서 問題되고 있는 점을 어떻게 다루었는가를 紹介하고 이에 간단하나마 專見을 加味하여 볼까 한다.

「總論」에서는 韓國에 있어서의 親族相續法의 變遷을 李朝時代에서 現行法의 立法에 이르기까지 概觀하고 二法源·效力·構造 및 總則編과의 關係를 다루고 있는데 특히 變遷한 우리나라의 身分法史를 정리하고 그 法源을 鳥瞰할 수 있게 한 점은 우리나라 身分法에 關心 있는 사람

에게 큰 도움이 될 것이다.

親族編 第一章「親族關係」에 있어서 주목할 만한 理論으로서 는 우선 配偶者를 親族의 一類型으로서 規定한 것에 관하여 夫婦 사이에서는 一般親族과는 다른 特別한 法律效果가 인정되어 있는 점으로 보아 그 不當性을 지적하였고(三四面), 親族範圍에 관하여 總括的 限定主義를 채택 論 第七七七條에 대하여는 本條가 概念的인 親族은 물론 社會慣習上의 親族概念을 그대로 法律上의 親族의 範圍로 삼고 있을 뿐만 아니라 그 內容이 宗배의 극단한 父系主義에 치우친 나머지 오늘날 個人的 尊嚴과 男女의 平等을 基本原則으로 하는 이른바 父母系主義에 逆行하는 것이라는 立法論的 批判을 가하고 있는데(三七面), 이러한 態度에 대하여는 누구도 異議가 없을 것이다.

第二章에 들어서는 「戶主와 家族」을 說明함에 있어서 著者는 家制度 및 戶主相續制度의 存置에 관하여 韓國社會에 있어서의 妥當性을 검토하기 위하여 그 制度의 變遷과 特質을 體系的으로 分析하였다. 그리하여 「韓國社會에 이러한 다른 類型없는 家族制度가 발달하여 오늘날 그것이 強固히 維持되고 있는 原因은 第一로는 中國에서 傳來한 宗法制度의 影響이다. 第二로는 李朝時代에 이르러 排佛崇儒의 國家政策을 취한 結果 封建의 官僚制度가 발달하고 그것에 뿌리 박은 社會的인 身分制度인 兩班階級이 발생하여 이階級이 社會全體의 指導權을 가지게 되어 家族制度는 더욱 強固하게 되었다. 第三으로는 四色

黨爭과 같은 政治上의 風潮가 이에 기를을 부여 함중 그 程度를 強하게 하였다. 第四로는 風水說이란 祖先의 墳墓를 大事로 삼는 風習이 넓어짐에 따라서 그 凝結을 굳게 하는 作用을 하였다. 第五로는 政治의 紊亂으로 인하여 社會가 貧困化 됨에 따라서 各自의 生活의 相互依存을 親族共同體인 家의 相互扶助에 맡기게 되어 韓國特有的인 家族制度는 벗어날 수 없는 社會制度로 化하였던 것이다」(五一面). 著者는 나아가서 오늘날 家族制度가 法律制度 化한 原因으로서 「韓國 家族制度가 前述한 바와 같이 韓國 社會에 확고한 社會的 習俗으로 化하여 社會秩序의 基本으로 看做되어 그것이 親族共同生活에 대한 韓民族의 傳統的 倫理觀에 由來하는 醇風美俗의 人風俗習慣이며 이것을 인정하지 않는다면 法이 社會의 基盤에서 乖離하여 社會規範으로서의 法的 指導力을 發揮할 수 없을 뿐더러 오히려 規範性을 喪失하여 無力하게 되고 空文이 된다고 보았기 때문이라」는 것을 지적하고, 그 밖에 「第一로 反共이라는 社會風潮이며 第二로 社會의 現實의 經濟生活關係이며 第三으로 日政時代로부터의 法律上의 家라는 觀念의 普遍化와 戶籍制度의 完備」(五一面)를 그 중요한 原因으로 들고 있다. 그러나 우리 나라의 家族制度가 本書에서 볼 수 있는 바와 같은 歷史와 沿革을 지닌 것에 관하여는 異論이 없겠으나 오늘날 家族制度가 法律制度 化된 原因으로서 列舉된 事項이 반드시 正確한 觀察에 의한 것이냐는 심히 의심스럽다. 즉 著者는 醇風美俗의 人

風俗習慣을 無視한다면 法이 社會의 基盤에서 乖離하여 社會規範로서 法的 指導力을 發揮할 수 없을 뿐만 아니라 오히려 無力·空文化 되기 때문이라고 지적하고 있는 一般論에는 首肯하겠으나 問題는 具體的으로 現行 家族制度가 法으로서 社會의 人基盤과 指導力을 지니고 있는가에 있다. 오늘날의 現實은 過去와는 달리 家族制度가 法規로서 定立되어 있기 때문에 遵守되도록 施行되어 있다고는 결코 볼 수 없다. 사실은 國民大衆의 理念上으로는 戶主·家族生活를 통한 美風良俗을 하나의 懷古物로서 道德上·倫理上 구태어 否定하지 않을지 모르겠으나 實際적으로는 無關心 내지 忘却 속에 放置되고 있을 따름이다. 이러한 現象은 經濟生活의 近代化와 個人主義的·自由主義的 思考方式의 潮流를 타서 더욱 현저하게 되어 가고 있으며, 그것은 都市에 있어서든 물론 農村에까지 미치고 있는 것이 現實이다. 그리하여 그것은 결국 韓國 社會에 있어서도 親子 내지 夫婦中心의 家族生活가 特殊 地方을 제외하고는 때 늦게나마 종래의 家族制度에서 벗어나 이루어지게 된 것을 의미하는 데 지나지 않는다. 따라서 이른바 家族制度를 인정하지 않는다고 하여 法이 社會의 基盤에서 乖離되고 또한 法的 指導力을 發揮할 수 없게 된다는 見解는 지나친 杞憂이며, 無意味한 것이라 할 수 있지 않을까. 뿐만 아니라 現行 戶主制度에서 인정되어 있는 戶主權이 理論上有名無實化되고 있다는 점——은 現 여러 學者들에 의하여 批判되고 있는 바와 같이——은 現

行法이 오히려 家族制度를 인정하고 있기 때문에 法으로서의 規範性이 약하고 無力·空文化되어 있다고 생각된다. 또 그 밖의 原因으로서 著者は 反共·經濟生活關係·家와 戶籍制度의 普通化나 完備 따위를 들고 있으나 反共思潮 또는 經濟生活關係가 오늘날 家族制度의 法律制度化의 原因이 되었다는 것은 너무나 國內事情에 어두운 단이겠다. 솔직히 말하여 反共思潮의 強化는 個人的 自由主義의 昂揚을 의미하는 것이고, 家族사이의 經濟的 相互扶助는 制度上의 家族員——따라서 家籍의 構成員이라고 하여 이루어지는 것이 아니고 生活를 共同히 하고 있기 때문에 이루어지는 것을 보는 것이 一般的인 것이다. 兎見으로서는 家族制度立法은 오직 國民大衆의 生活과 思考를 無視한 立法當局의 無誠意에 그 原因이 있는 것으로 본다. 그것은 民法案의 成立過程에 關心을 가졌고 國會에서의 審議實況을 參觀한 분이라면 누구나 짐작하고도 남음이 있을 것이다. 우선 民法案은 極少數部分을 제외하고는 模倣物에 지나지 않고 그나마 立法理由조차 없이 本會議에 回附되어 『異議없겠지요』 『通過시킵시다』 『막막』 『式으로 逐條審議란 그야말로 形式에 지나지 않았고』 『一渴千里格으로 通過시켰던 것이다. 또한 民法案의 審議가 四二九〇年一月五日부터 同年二月一七日사이에게 계속되었다 하지만 三五〇個條에 걸친 膨대한 親族相續編을 審議하는데는 一二月의 二日間, 一二月의 一〇日間合計 二二日間——그나마 하루의 實審議時間은 一時間 내

지 二時間——이 所要된데 불과하였다는 事實은 무엇인가의 미하는 것일까. 그렇다고 하여 草案作成에 있어서 長期間의 심중한 準備가 있는 것도 아니다. 그동안 草案도 역시 六·二五動亂을 치루었고 國內의 소연한 政情은 事實上 그러한 餘裕를 주지 않았을 뿐만 아니라 學界의 意見조차 전혀 말살하여 버렸던 것이다. 이러한 立法府의 無誠意와 拙速主義는 國民의 生活과 思考의 實態를 파악하지도 못한채——아니 파악하려고도 하지 않고——實效性 없고 非現實的인 制度를 美俗과 傳統이라는 口實로서 立法하였던 것이다. 이러한 犧牲으로서 制度化된 것의 하나가 戶主·家族制度의 立法인 것이다.

家族의 形態가운데 法定家族에 관하여 女戶主의 경우에 男子의 入籍으로 인하여 당연히 戶主가 交替된다는 점과 養子入籍의 경우에 養子의 直系卑屬이 당연히 隨伴入籍을 하게 되는 점은 男女平等의 原則 또는 個人尊重의 立場에서 크게 論難되어야 한다는 것을 주장하고 있으나 (五五面), 前者는 根本的으로 戶主制度의 是非에 遡及된 問題이고 後者は 적어도 養子의 直系卑屬이 未成年者인 경우라면 不可避한 것으로 본다. 婚姻外의 出生子의 入籍에 관하여는 第七八二條의 婚姻外의 出生子入籍의 경우에는 戶主의 同意는 물론 妻의 同意조차 필요 없는 데 對比하여 第七八四條의 引收入籍의 경우에는 夫·戶主·子의 戶主三者의 同意를 要하게 한 것은 男女의 本質의 平等에 反한다고 지적한 점(五七面), 戶主의 家族에 대한

特別扶養義務을 一般的扶養義務로 인정하여야 할 것이란 立法論, 그리고 所有未分明財産에 대한 戶主所有推定을 批判하여 그것을 共有財産으로 하는 것이 妥當하다고 주장한 점(六〇面), 따위는 극히 正當할 것이다. 또 一家創立에 관하여는 離婚 따위로 말미암아 實家에 復籍하는 때에는 一定한 경우에 實家戶主에게 復籍拒絕權을 인정하고 동시에 復籍하고자 하는 者에게도 一家創立權을 인정하는 것이 좋겠다는 立法論을 지적하고 있으나(六四面), 前者에 관하여는 戶主에게 지나친 權限을 부여하는 것이 오히려 不當하며, 後者에 관하여는 第七八六條 및 第七八七條는 明文으로 罷養·離婚으로 말미암아 實家에 復籍하고자 하는 경우에 그 實家が 廢家 또는 無後家が 된 때에는, 그 實家が 復興하거나 一家創立을 選擇적으로 할 수 있을 것을 規定한 것이 아닐까 생각된다. 다음 廢家에 관하여 第七九三條의 立法趣旨을, 子를 위한 養子制度를 目的으로 그 革新化를 피한 것으로 보아 戶主도 他家에 入籍할 수 있게 하고자 한다는 데 있는 것으로 解釋하고 본條에 의한 廢家를 入養의 경우에 限한다고 주장한 점(六六面)에 대하여는 贊同한다.

第三章 「婚姻」에 있어서는 約婚에 관하여 第八〇〇條의 關係上 成年者는 自由로 約婚할 수 있다는 第八〇〇條의 規定은 事實上 의미가 없는 것이라고 批判하였고(七三面), 婚姻成立에 관하여 婚姻適齡期를 男子 一八歲 女子 一六歲로 한 것을 早婚禁止의 見地에서 지나치게 낮

은 것으로 보고 있으나(七六面), 早婚의 弊風이 이미 자취를 감춘 社會實情에 비추어, 그것은 過分の 念慮라고 느껴진다. 國內에서 도 論議의 焦點이 된 바 있던 同性同本者의 禁婚에 관하여는 第八〇九條第一項을 「同性同本이면서도 血族이 아닌 者는, 婚姻할 수 있으나 異姓 또는 異本인 한, 血族이더라도 婚姻할 수 있다」(七八面)고 解釋하고 있으나, 同性同本禁婚에 관한 沿革과 舊法의 態度에 비추어 실사 賜姓 따위로 인하여 異姓을 칭하더라도 그 사이에는 同一男系의 血族關係가 있는 것이므로 婚姻을 할 수 없는 것으로 보는 것이 妥當할 것이다. 그러나 族內婚의 禁止範圍에 관하여 「종래의 倫理觀에 立脚하여 醇風美俗으로서 이 制度의 維持가 主張된 것이나, 이것이야말로 弊風을 助長하는 것이며, 더욱기 婚姻의 自由 특히 女子의 再婚의 重大한 障害가 되어 實行可能性조차 없다. 따라서 이러한 規定은 早晚合理的으로 改正되지 않으면 안된다」(七九面)고 批判하고 있는 점에 대하여는 크게 共鳴하는 바이다. 婚姻의 無效·取消에 관하여는 族內婚에 대한 婚姻의 無效範圍가 지나치게 넓고 또 同意權者의 同意가 없는 것을 原因삼아 婚姻이 取消되는 경우에 婚姻當事者에게까지 取消權을 인정하는 것은 不條理한 일이라고 주장하였다(八三面). 婚姻解消原因으로서의 失踪宣告의 取消에 관하여는 第二九條第一項但書의 適用이 있는 것으로 보고 當事者가 善意인 경우에는 後婚에 影響이 없으나 惡意인 경우에는 前婚은 重婚이 되

고 後婚은 取消婚이 된다고 解釋함으로써 日本의 多數說에 따르면 있다(九七面)。離婚에 관하여는 婚姻의 경우 一定한 成年者에게는 父母의 同意를 要件으로 하고 있으므로 離婚의 경우에도 그 同意를 要件으로 하여야 한다。一部的 立法論에 대하여 婚姻에 대한 父母의 同意가 제가 妥當하지 않은데 離婚의 경우까지 擴大한다는 것은 不當하며 또 婚姻繼續의 與否는 當事者의 經驗과 그 意思에 따라게 하여야 할 것이므로 成年者는 父母의 同意가 필요없는 것으로 한 立法措置는 正當하다는 見解를 주장하고 있다(九九面)。裁判上 離婚原因에 관하여는 配偶者의 直系尊屬에 대한 또는 그에 의한 不當待遇를 離婚原因으로 한 第八四〇條第三號·第四號의 不當性을 지적하고(一一〇一面)、同條第五號의 三年以上의 生死不明事由에 관하여 外國留學의 경우는 이에 該當하나 拉北의 경우는 該當하지 않는다고 보고 있으나(一一〇一面)、實情에 비추어 특별한 경우를 제외하고는 오히려 後者의 경우에도 該當하는 것으로 보아야 할 것이다。그리고 著者는 第八四〇條第一號 내지 第五號를 第六號에 대하여 獨立된 離婚原因으로 보고 있는 듯 하나(一一〇一面)、卑見으로서는 前者는 實質上 後者의 具體的例示에 지나지 않는 것으로 보는 것이 妥當하지 않음에 생각한다。그리고 現行法이 財產分與請求權을 인정하지 않고 있는 것은 명백히 諸外國의 立法趨勢로 보아 뒤떨어진 점이라고 지적하였다(一一〇四面)。다음에 事實婚에 관하여 重婚 또는 禁婚者 사이

의 事實婚에 있어서는 事實婚을 保護할 價値가 없다고 보는 學說에 대하여 「事實婚은 當事者에게 한하여 準婚的 價値를 인정하는 것이 아니고 第三者에 의하여 그 存在를 주장하는 데 實益이 있다(一一〇六面)는 理由로서 反對하고 있으나 重婚 또는 禁婚者 사이의 事實은 公序良俗에 반하므로 婚姻을 禁止하고 있는 民法精神에서 뿐만 아니라 申訴婚主義를 지나치게 度外視하게 된다는 立場에서 본다면 著者의 理論에 의심이 가지 않을 수 없다。

第四章「父母와 子」에 있어서 認知에 관하여는 棄兒의 경우에는 母에게 強制認知制度를 인정하여야 한다고 하였다(一一七面)。事實上의 親子關係가 있는 데도 불구하고 認知行爲 자체에 詐欺·強迫 또는 錯誤 따위의 瑕疵를 原因으로 그 取消을 인정하는 것은 不當하다고 論述하고 있는데(一一九面) 贊同한다。그리고 入養에 관하여는 舊法과 現行法을 比較함으로써 이른바 子를 위한 養子制度의 性格을 浮刻하였다。그리하여 夫婦入養의 경우 妻의 不在 그 밖의 事由로 인하여 夫婦의 共同入養이 不可能한 때에는, 夫에게 特權을 인정하면서도 妻가 單獨으로 할 수 있는 規定이 없는 점(一二六面)、새로이 마련된 婿養子制度가 日本舊法上의 그것과는 다르다는 점(一二六面)、國籍法에 韓國人이 外國人을 養子로 한 경우에 관한 規定이 없다는 점(一二八面)、未成年者를 入養하는 경우에는 人身賣買에 利用된 弊習이 일어날 念慮가 있으므로 日本에 있어서와 같이 法院의 介入을 인정하여야 한다는 점

(二二九面) 養戶主의 寵養을 禁止한 것은 不當하다는 점 (一三四面) 따위를 지적하였다. 그리고 事實上의 養子를 婚姻의 경우와 같이 無視할 수 없다는 理由로써 入養의 豫約의 경우에는 約婚의 規定을 類推適用하고 準入養의 경우에는 事實婚의 경우와 同一하게 다루어야 한다는 解釋論을 展開하고 있는데 (一三二面), 극히 妥當하다고 본다. 그러나 婚養子の 姓과 그 出生子の 姓이 어떻게 될 것인가에 관하여 아무런 說明도 없는 점에 대하여는 아쉬운 마음이 간절하다. 親權에 관하여는 親權行使에 있어서 父優主義를 채용한 것은 憲法의 男女平等의 原則에 터잡는 夫婦同權에 반한다고 지적하였고 (一三七面), 嫡母가 生母에 優先하는 점에 관한 妥當性에 대하여 의문을 표명하였으며 (一三八面), 子女가 居所指定에 服從하지 않는 경우라 할지라도 人格에 대한 強制執行은 할 수 없는 것이라고 다짐하였다 (一三九面). 그리고 親權者가 利害相反하는 行爲에 관하여 特別代理人을 選任하지 않고 代理行爲를 한 경우의 效力에 관하여는 子女의 保護라는 合目的의 立場에서 無權代理行爲說에 加擔한 바 있다 (一四一面).

第五卷「後見」·第六章「親族會」·第七章「扶養」에 관한 說述에는 특수한 問題點을 찾아볼 수 없으나 다만 現行法이 後見人만을 인정하여 保佐人制度和 後見監督人制度를 廢止하고 後見監督機關으로서 法院을 介入시키고 親族會에 그 權能의 一部를 부여한 점 따위는 舊法에 比較하여 相當 발전을 보인 것이라고 하겠다 (一四六面), 宗中 또는 門中에 관한 一部의 修正案을 채용하지 않았던 것은 親族會의 近代化를 위하여 多幸이라고 본다 (一五六面), 그리고 親族扶養에 있어서 兄弟姊妹 사이에 扶養義務를 인정하지 않고 있는 것은 比較法的으로나 戶主·家族사이의 그것에 비하여 中대한 缺陷이 되었다고 批判한 점 (一七五面) 따위를 지적하고 있는데 이에 관하여는 크게 贊成하여야 할 것이다.

다음 相續編에 가서는 著者は 韓國相續法이 「宗親의 慣習과 近代法의 理想의 妥協의 所産이며, 따라서 韓國相續法은 近代諸國家의 立法과 比較할 때, 극히 뒤떨어진 立法 (一七九面)에 속하는 것이라고 前提하고 그 特色으로서 첫째 戶主相續의 存在, 둘째 遺言自由主義, 셋째 男女間의 差別과 嫡庶間의 無差別, 넷째 祭祀相續制度의 不認定을 들었다 (一八〇面——一八二面). 그리하여 첫째 점에 관하여는 戶主相續制度의 인정은 國民平等의 原則과 特權階級의 創設禁止의 原則에 반한 것이며 現實의 人機能의 면에서 보다라도 存續의 필요가 없는 것이라고 하고 둘째 家系主義 내지 長子優先主義에 따른 強制相續主義와 廢嫡禁止制度를 批判하였으며, 둘째 점에 관하여는 遺贈의 無制限主義로 말미암아 法定相續分의 規定이 遺言이 없는 경우에 補充的인 第二義的인 것이 되어 버렸다는 점을 지적 하였으며, 셋째 점에 관하여는 相續에 있어서의 男女사이의 差別은 憲法精神에 반하는 것이라고 論

難하고 嫡庶사이의 無差別은 婚姻秩序를紊亂케 하는 舊來의陋習을 助長하는 것이라고 批判하였다. 그러나 後者에 관하여는 婚姻秩序와의關係에서 보다 人格平等의 大原則에 더 잡아 볼 때, 오히려 妥當한立法이 아닐까 생각된다. 넷째 점에 관하여는 적어도 法律上の 祭祀相續制度는 舊法上에서 이미 인정한 바가 아니었다고 보는 것이 妥當한 것이다.

第一章 「總說」에 있어서는 相續開始에 관하여 戶主相續에 있어서는 生前相續을 인정하면서 財産相續에 있어서는 그것을 인정하지 않았기 때문에 被相續인이 가지는 財産 가운데 前戶主가 戶主相續으로 말미암아 取得한 財産도 新戶主에게 承繼되지 않게 되어 不合理的하며 또 國籍喪失의 경우 外國人으로서 享有할 수 없는 權利를 新戶主에게 承繼시키게 할 規定이 없는 것도 不當하다는 점(一八七面)을 지적함으로써 問題點을 提示하고 있다. 그리고 相續缺格의 경우 缺格者가 悔改하여 相續資格을 回復할 때에는, 被相續人의 宥恕가 있으면 相續權을 回復할 것인가에 관하여 消極的인 見解를 보이고 있는데(一九一面), 解釋으로서는 물론 妥當하겠으나 立法論으로서는 釋然치 않은 느낌이 있다. 相續回復을 위한 提訴의 경우에는 眞正相續人을 保護하기 위하여 表見相續人으로부터 相續財産을 取得한 第三者도 被告가 될 수 있는 것으로 廣極解釋하고 있으나(一九三面), 去來安全의 保護를 위하여는 생각하여야 할 問題이다. 또 相續回復請求權의 消滅

에 있어서는 그期間의 性質을 除斥期間으로 본 점(一九三面)은多數說에 따랐고, 相續回復의 效果로서 相續開始日로부터 相續回復의 사이에 表見相續人이 행한 身分上의 行爲는 原則的으로 無效이나 表見相續人의 善意로써 행한 身分上의 行爲는 有效하게, 그리고 財産行爲에 대하여는 언제나 無效로 解釋하고 있는데(一九四面), 이 점 역시 去來 第三者의 保護를 위하여 생각하여야 할 問題가 될 것이다.

第二章 「戶主相續」에 있어서는 戶主相續의 效力에 관하여 舊法에 있어서는 祭祀權의 相續까지도 인정되어 있었다는 점(一九七面)과 祭叢林野·墓土·族譜·祭具 따위의 所有權 承繼의 性質에 관하여 一族全體를 의미하는 宗中 또는 門中の 含有 또는 總有物의 移轉이며, 前戶主의 所有에 속한 것의 移轉이라고는 볼 수 없다는 見解에 反對한 점(一九八面)은 前者에 관하여는 過去の 朝鮮高等法院의 判例에 비추어 그리고 後者에 관하여는 그러한 物件들의 性質上 贊成하기 어려운 바이다. 그리고 戶主에게 인정된 固有相續分의 五割加給을 薄待한 것으로 본 점(一九九面)에 대하여는 現行法上の 戶主의 地位를 검토한다면 오히려 그것이 過分하다는 批判을 받아야 할 것이 아닌가 생각된다.

第三章 「財産相續」에 있어서는 財産相續人에 관하여 包括的受遺者와 財産相續人은 그 性質을 根本的으로 달리 하고 있다는 것을 주장한 점(二〇〇面)은 妥當하나, 事

實婚의 配偶者에게 財産相續權을 인정할 수 없다고 解釋한 見解(二〇二面)는 원래 明文의 規定없는 事實婚을 保護하고자 하는 著者의 態度에 비추어 오히려 不可解한 理論이 되지 않을까 싶다. 그리고 共同相續財産의 共同所有形態를 合有로 보아 通說에 따른 項(二〇四面)에 대하여는 贊成하나, 相續分의 回收에 관하여 共同相續人의 一人이 單獨行使로써 回收된 相續財産은 回收權을 行使한 個人에게 獨占歸屬된다는 說明(二〇七面)은 위의 共同相續財産의 合有的性質을 歪曲되게 하는 것이 아닐까 두렵다. 다음 拋棄相續分의 歸屬에 관하여는 경우를 나누어서 간명하게 說明하고 있다(二一四面·二一五面). 즉 첫째 被相續人에 대하여 獨子와 妻가 共同相續하는 경우 獨子が 相續을 拋棄하면 妻는 獨子の 直系卑屬과 共同相續人이 되고, 둘째 相續을 拋棄한 獨子에게 直系卑屬이 없는 경우에는 被相續人에게 直系尊屬이 있더라도 그 拋棄相續分은 妻에게 歸屬되고, 셋째 妻와 獨子 및 獨女가 共同相續人인 경우 獨子が 相續을 拋棄하면 直系尊屬은 相續하지 못하고 妻와 獨子만이 共同相續人이 되고, 넷째 妻와 直系卑屬인 二男二女가운데 次男이 相續을 拋棄한 경우에는 次男을 相續人으로 하여 妻와 二男二女사이에 法定相續分의 比率로서 分配하고 다시 次男의 相續分을 妻와 一男二女의 각각의 相續分의 比率로서 共同相續人에게 歸屬시키는 것으로 理論을 展開하고 있다. 그리고 共同相續人 가운데 特定人에게 歸屬시킬 條件으로 相續

을 拋棄할 수 있는 것으로 解釋하고 있으나(二一五面), 拋棄者의 相續分의 法定歸屬權者에 관한 規定은 强行規定일 뿐만 아니라 달리 規定을 둔 바 있으므로 그러한 拋棄는 인정하지 않는 것이 妥當하지 않을까. 相續의 承認에 관하여는 個人責任主義를 原則으로 하는 오늘날 現行法上の 單純承認原則主義는 限定承認原則主義로 是正되어야 한다고 주장하였고(二一七面), 相續財産의 清算에 관한 配當辨濟節次에 있어서 第一〇三四條의 債權가운데는 受遺者의 債權은 포함되지 않는 것으로 解釋하였으며(二一九面), 또한 相續財産의 換價辨濟에 있어서는 法院에 의한 競賣遮止權을 인정하여야 할 것이라는 立法論을 展開하였는데(二二〇面), 극히 妥當한 說述일 것이다.

第四章 「遺言」에 있어서는 우선 總說에서 遺留分制度의 인정을 주장한 것(二二三面)에 贊成한다. 그리고 종래의 慣習에 따라서 父母 또는 夫婦사이의 共同遺言만은 인정되어야 한다는 점을 주장하였으며(二三四面), 錄音에 의한 遺言은 오늘날 科學的技術로서 錄音盤의 偽造나 變造조차 可能할 것이므로 오히려 惡用될 念慮가 있다고 지적하였다(二三七面). 다음 遺言의 效力에 관하여 그 發生時期는 遺言者가 死亡한 때이나 그것은 遺言으로서의 效力이 發生하는 것을 의미하며 遺言의 目的이 이루어지는 것을 의미하지는 않는다고 하여 그 例로서 遺言認知·遺言養子의 경우를 들어 그러한 身分에 관한 遺言의 效力發生時期가 一般의 경우에 대하여 例外가 되지

는 않는다고 풀이한 점(二四二面)、遺贈의 效力에 관하여는 包括의 遺贈과 特定遺贈의 경우를 나누어서 前者에 있어서는 相續으로 인한 物權變動에 관한 規定에 의하여 遺言者의 權利義務는 引渡 또는 登記의 필요없이 受遺者에게 物權의 으로 移轉되고、後者에 있어서는 그 目的物이 相續財産으로서 일단 相續人에게 歸屬되고 受遺者는 遺贈義務者에 대하여 履行請求權만을 가지는 것이므로 債權의 效力밖에 發生하지는 않으나 다만 意思表示만에 의하여 效力이 發生하는 債務免除의 경우 따위에 한하여 物權의 으로 效力을 發生한다고 본 점(二四五面)은 극히 適當한 理論構成일 것이다.

이상 本書를 拜讀한 機會를 틈타서 著者가 특히 理論的으로 다루고 있는 점을 대략 들추어 보고 또한 때로는 이에 倂見을 보태어 보기도 하였으나 그것은 어디까지나 미숙한 評者의 私見에 지나지 않으므로 그것 자체가 合理의 妥當을 벗어나지 않았는지 스스로 부끄럽게 생각되기도 한다. 끝으로 本書가 日本學界에서도 기여코 높은 評價될 것을 기대하며, 또한 國內에서는 물론이려니와 在日僑胞의 一般知識을 위하여도 크게 도움이 될 것을 믿어 마지 않는다. 앞으로 계속하여 著者의 直接·間接의 指導를 바랄 뿐이다.

金 容 漢

(筆者—建國大學校 助教授)