

1990년대 親族相續法 判例의 動向

尹 眞 秀*

I. 序論

1990년대에 나온 친족상속법 판례는 질적으로나 양적으로 그 이전에 비하여 매우 풍부한 것이었다고 할 수 있다. 그 원인으로는 다음 몇 가지를 들 수 있다.

첫째, 1990. 1. 13. 친족상속법이 대폭 개정되어 1991. 1. 1.부터 시행되었다. 이는 그 규모에 있어서 1977. 12. 31.의 개정보다도 훨씬 그 개정 범위가 넓었을 뿐만 아니라 예컨대 이혼에 따른 재산분할청구권 제도나, 상속에 있어서의 기여분 제도와 같은 것을 신설하였기 때문에 이러한 개정법의 운용에 관하여 새로운 판례가 나오게 된 것은 당연한 일이었다.

둘째, 1988년에 헌법재판소가 신설되어 헌법재판이 활성화된 결과로, 1990년대 후반에는 그 동안 헌법과는 별다른 관련이 없다고 여겨졌던 친족상속법의 규정에 관하여도 여러 개의 위헌결정이 내려진 것도 주목할 필요가 있다.

셋째로는 이처럼 구체적인 계기에 의한 것은 아니라 하여도, 근년에 이르러 우리 사회의 변화에 따라 가족관계에도 큰 변화가 일어나게 되었고, 그에 따라 친족상속법에 대한 수요도 늘어나게 되었다는 점을 들 수 있다. 가령 종래에는 가족 내부의 분쟁은 가족 내에서 해결하려고 하던 것이 점차 법률 내지 법원에 의한 재판에 의하여 해결하려고 하는 경향이 늘어나고 있으며, 또 경제의 성장에 따라 상속재산의 규모가 커지면서 재산상속에 따른 분쟁도 늘어나고 있는 것이다.

이하에서는 1990년대의 친족상속법에 관한 판례를, 주로 대법원 및 헌법재판소의 그것을 중심으로 하여 살펴보고자 한다. 구체적으로는 기본적으로 민법전의 편별에 따라, 중요한 판례의 요지를 소개하고, 그에 대한 간단한 논평을 덧붙이는 방식을 취하였으며, 가능한 한 많은 양의 정보를 전달하기 위하여 판례평석 내지 학설상의 논의도 간략하게나마 소개하고자 한다.

* 서울대학교 法科大學 助教授

II. 親族編에 관한 판례

1. 親族法 一般

[判例 1]

大判 1996. 6. 11, 96도791(公 1996하, 2264): 性轉換 手術에 의한 性의 변경 여부 (要旨)

피고인이 어릴 때부터 정신적으로 여성에의 성취속감을 느껴 왔고 성전환 수술로 인하여 남성으로서의 내·외부성기의 특징을 더 이상 보이지 않게 되었으며 남성으로서의 성격도 대부분 상실하여 외견상 여성으로서의 체형을 갖추고 성격도 여성화되어 개인적으로 여성으로서의 생활을 영위해 가고 있다 할지라도, 기본적인 요소인 성염색체의 구성이나 본래의 내·외부성기의 구조, 정상적인 남자로서 생활한 기간, 성전환 수술을 한 경위, 시기 및 수술 후에도 여성으로서의 생식능력은 없는 점, 그리고 이에 대한 사회 일반인의 평가와 태도 등 여러 요소를 종합적으로 고려하여 보면 사회통념상 여자로 볼 수는 없다.

(論評)

이 판결은 직접적으로는 친족법에 관한 사례는 아니지만, 1) 男女의 性 구별은 친족관계에 있어서의 기본적인 요건이라는 점에서 참고할 가치가 있다고 생각된다. 성전환 수술에 의하여 원래의 생물학적인 性이 변경될 수 있는가 하는 점에 관하여 외국에서는 이를 긍정적으로 보는 견해가 많으나, 2) 위 판례는 원칙적으로 그러한 性의 變更을 부정하는 태도를 취하고 있다.³⁾

2. 親族의 範圍

[判例 2]

大判 1997. 11. 28, 96다5421(公1998상, 32): 同腹異父의 형제자매가 상속인이 될 수 있는지 여부

(要旨)

민법 제1000조 제1항 제3호 소정의 '피상속인의 형제자매'라 함은, 민법 개정시 친족의 범위에서 부계와 모계의 차별을 없애고, 상속의 순위나 상속분에 관하여도

- 1) 남자가 성전환 수술을 받은 경우에 강간죄의 객체가 되는가 하는 점에 관하여 이를 부정한 사례이다.
- 2) 洪春義, “性轉換과 戶籍訂正”, 判例月報 1996. 5, 14면 이하; 曹喜大, “性轉換手術을 받은 者가 強姦罪의 婦女에 해당하는가”, 대법원판례해설 1996년 상반기, 631면 이하; 尹眞秀, “婚姻의 自由”, 제1회 韓國法學者大會 論文集 (II), 한국법학교수회, 1998, 74면 등 참조.
- 3) 위 판결에 대한 해설로는 曹喜大(註2)가 있다.

남녀 간 또는 부계와 모계 간의 차별을 없앤 점 등에 비추어 볼 때, 부계 및 모계의 형제자매를 모두 포함하는 것으로 해석하는 것이 상당하다.

(論評)

1990년 개정민법 이전의 판례⁴⁾는, 민법 1000조 1항 3호의 피상속인의 형제자매는 피상속인의 父系傍系血族을 의미한다고 하여, 母系の 兄弟姊妹(동복이부의 형제자매)는 친족이 아니라고 하여 상속권을 부인하였으나, 이에 대하여는 많은 비판이 있었다.⁵⁾ 대상판결은 민법 개정시 친족의 범위에서 부계와 모계의 차별을 없애고, 상속의 순위나 상속분에 관하여도 남녀 간 또는 부계와 모계 간의 차별을 없앤 점 등을 근거로 하여, 개정민법 시행 후에는 모계의 형제자매도 친족으로서 상속인이 될 수 있다고 한 것이다.⁶⁾

3. 혼인의 성립

가. 同姓同本禁婚

[判例 3]

憲裁決 1997. 7. 16, 95헌가6 내지 13(憲判集 9권 2집 1면 이하):同姓同本禁婚規定의 違憲 여부

(要旨)

同姓同本禁婚을 규정한 민법 제809조 제1항은 사회적 타당성 내지 합리성을 상실하고 있음과 아울러 “인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권”을 규정한 헌법이념 및 “개인의 존엄과 양성의 평등”에 기초한 혼인과 가족생활의 성립·유지라는 헌법규정에 정면으로 배치될 뿐 아니라 남계혈족에만 한정하여 성별에 의한 차별을 함으로써 헌법상의 평등의 원칙에도 위반되며, 또한 그 입법목적이 이제는 혼인에 관한 국민의 자유와 권리를 제한할 “사회질서”나 “공공복리”에 해당될 수 없다는 점에서 헌법 제37조 제2항에도 위반된다 할 것이다(憲法不合致決定, 반대의견 있음).

(論評)

대상결정은 친족상속법에 관한 1990년대의 판례 가운데 가장 중요한 것이라고 할 수 있다. 위 결정이 종래 입법자가 해결하지 못하였던 문제를 헌법의 이름으로 해결하였다는 점에서 획기적인 의의를 가지는 것은 두말할 필요가 없을 것이다. 뿐

4) 대판 1975. 1. 14, 74다1503(공 1975, 8292).

5) 朴秉濠, “同母異父兄弟姊妹의 財産相續權”, 家族法論集, 1996, 442면 이하(初出: 法律新聞 1977. 8. 1.자); 金疇洙, “親族의 概念과 그 範圍”, 韓國家族法과 課題, 1993, 728면 이하(初出: 法律新聞 1982. 5. 3.자) 등.

6) 사안은 개정민법 시행 후인 1991. 6. 19. 연금보험계약을 체결한 계약자가 본인 사망시의 보험수익자를 그 상속인으로 정하고, 1994. 12. 24. 상속할 배우자나 직계비속, 직계존속 없이 사망한 경우에, 異姓同腹의 형제자매가 보험수익자가 될 수 있는가 하는 점에 관한 것이었다.

만 아니라 위 결정은 婚姻의 自由가 憲法上 基本權의 하나로 보장된다고 한 점에
서, 同姓同本 婚姻의 문제뿐만 아니라 혼인제도 전반에 관하여 중요한 의미를 가지
는 판례라고 하지 않을 수 없다.⁷⁾

그러나 대상결정에서 헌법재판소는 단순위헌 의견이 위헌결정의 정족수인 6인에
미달하는 5인밖에 되지 않아서, 재판관 2인의 의견에 따라, 민법 제809조 제1항이
헌법에 위반되지만, 1998. 12. 31.까지는 존속된다는 이른바 헌법불합치결정을 선고
할 수밖에 없었는데, 그와 같이 헌법불합치를 선언하여야 할 이론적인 근거가 박약
할 뿐만 아니라, 위와 같이 혼인신고를 금지하는 규정에 대하여 헌법불합치결정을
하면서, 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체는 입법자가 개정할 때까지 위 법률조
항의 적용을 중지하여야 한다고 한다면, 이는 사실상 단순위헌결정과 아무런 차이
가 없게 되어, ⁸⁾ 결국 민법 제809조 제1항이 1998. 12. 31.까지는 존속된다는 것은
단순한 修辭에 불과하다.⁹⁾

나. 婚姻의 意思

[判例 4]

大判 1996. 11. 22, 96도2049, 公 1997상, 142: 외국인인 국내 취업을 위하여 형식
적으로 혼인신고를 한 것이 公正證書原本不實記載罪에 해당하는지 여부

(要旨) 민법 제815조 제1호가 규정하는 혼인무효사유인 '당사자간에 혼인의 합의
가 없는 때'란 당사자간에 사회관념상 부부라고 인정되는 정신적, 육체적 결합을 생
기게 할 의사를 갖고 있지 않은 경우를 가리킨다고 해석할 것이므로, 당사자 사이
에 비록 혼인의 제출 자체에 관하여 의사의 합치가 있어 일응 법률상의 부부라는
신분관계를 설정할 의사는 있었다고 인정되는 경우라도 그것이 단지 다른 목적을

7) 위 결정에 대한 평석 내지 논평으로는 李熙培, “婚姻·家族政策理念과 違憲 與否 決定(下)”, 判例月報 1997. 12, 35면 이하; 同, “同姓同本婚姻禁止規定의 憲法不合致決定과 今後的 課題”, 판례월보 1998. 6, 8면 이하; 高貞明, “同姓同本 禁婚 憲法不合致決定에 대한 評釋”, 考試界 1997. 10, 65면 이하; 金俊源, “同姓同本不婚의 範圍에 관한 考察(上)”, 司法行政 1998. 8, 8면 이하; 金池洙, “헌법재판소의 동성동본금혼규정에 대한 헌법불합치결정의 논거에 커다란 의문이 있다”, 司法行政 1998. 6, 48면 이하; 尹眞秀(註2), 75면 이하; 尹容燮, “同姓同本禁婚制度의 違憲 與否”, 金容俊 憲法裁判所長 華甲紀念 裁判의 한 길, 1998, 208면 이하 등이 있다. 이 중 金池洙의 글을 제외하고는 대체로 동성동본금혼의 규정이 위헌이라는 것을 지지하고 있다.

8) 실제로 위 헌법재판소 결정이 있는 후에 제정된 1997. 7. 30. 대법원 호적예규 제535호 동성동본인 혈족 사이의 혼인신고에 관한 예규 제2조는 민법 제809조 제1항에 불구하고 동성동본인 동일남계혈족 사이의 혼인신고도 이를 수리하여야 한다고 규정하고 있다.

9) 尹眞秀(註2), 76면; 尹容燮(註7), 219면 등 참조. 그러나 高貞明(註7), 71면; 許營, 韓國憲法論(新訂9版), 1998, 168면 註1) 등은 헌법재판소의 헌법불합치결정이 타당한 것이라는 취지이다.

달성하기 위한 방편에 불과한 것으로서 그들간에 참다운 부부관계의 설정을 바라는 효과의사가 없을 때에는 그 혼인은 민법 제815조 제1호의 규정에 따라 그 효력이 없다고 해석하여야 하고, 따라서 피고인들이 중국 국적의 조선족 여자들과 참다운 부부관계를 설정할 의사 없이 단지 위 여자들의 국내 취업을 위한 입국을 가능하게 할 목적으로 형식상 혼인하기로 한 것이라면, 이는 공정증서원본불실기재 및 동행사죄에 해당한다.

(論評) 혼인성립요건으로서 요구되는 혼인의 의사가 무엇을 의미하는가에 관하여는, 혼인신고의 의사만 있으면 충분하다는 이른바 형식적 의사설과, 당사자간에 사회관념상 부부라고 인정되는 정신적, 육체적 결합을 생기게 할 의사를 요한다는 이른바 실질적 의사설 및 민법상 혼인의 효과로서 법정되어 있는 법률효과의 발생을 지향하는 의사를 요한다는 法的 意思說 등이 대립하는데, 10) 판례는 종래부터 실질적 의사설을 지지하고 있었고, 따라서 실질적 의사가 없이 혼인신고를 하면 공정증서원본불실기재죄가 성립한다고 보고 있었다.11) 그런데 이 사건 원심판결은 협의이혼의 성립에 관하여 이혼신고가 있으면 당사자 사이에 일시적이거나 이혼에 관한 의사의 합치가 있었다고 보는 종래의 판례를, 혼인의 성립에 관하여까지 확대 적용함으로써 판례의 변경을 꾀하려고 하였으나, 대상판결은 그러한 확대적용을 부정하고 종래의 판례를 유지한 것이다.12)

[判例 5]

대판 1994. 5. 10, 93므935(公 1994상, 1690): 當事者 一方에 의한 婚姻申告의 效力

(要旨) 원고가 별거중인 처인 피고에 의한 혼인신고 이후 얼마 지나지 아니하여 그 혼인신고가 된 사실을 알게 되었으면서도 그로부터 24년여가 경과한 제소시까지 혼인신고에 대하여 아무런 이의도 제기하지 아니하였을 뿐 아니라, 오히려 위 혼인신고에 의하여 원, 피고가 부부로 된 호적에 소외인과의 사이에 낳은 아이들을 모두 혼인의 출생자로 출생신고를 하는 한편, 족보를 편찬함에 있어서도 피고를 원고의 처로 등재한 사실 등에 비추어 보면, 비록 원고가 피고와 잦은 부부싸움을 한 끝에 서로 별거를 하게 되고, 별거후 1년도 채 못되어 다른 여자와 동거생활을 하여 오면서 그 사이에 자녀까지 출산하였으며, 피고와는 별거하는 상태가 계속되어 왔다고 하더라도, 이러한 사정만으로는 원고가 피고와의 혼인의사를 철회하였다고 단정할 수 없고, 위 혼인신고는 당사자 사이의 혼인의 합의에 기초하는 것으로서

10) 상세한 것은 趙美卿, “婚姻申告와 意思”, 家族法研究 10, 1996, 59면 이하.

11) 대판 1985. 9. 10, 85도1481(공1985, 1376) 등.

12) 대상판결의 해설로는 朴基東, “假裝 婚姻申告가 公正證書原本不失記載罪에 해당하는지 여부”, 人權과 正義 1997. 4, 104면 이하가 있다.

유효하다고 보아야 한다.

(論評) 대법원의 주류적인 판례는, 당사자간에 사실혼관계가 있는 때에는 혼인신고 자체는 일방적으로 행하여졌어도 당사자간에 혼인의 의사가 존재하였다고 보아 무효가 아니라고 하며,¹³⁾ 유력한 학설도 이를 지지한다.¹⁴⁾ 대상 판결도 이러한 판례의 연장선상에 있다고 볼 수 있다. 그러나 이 사건의 사실관계에 있어서는, 원고가 피고와 별거 후 다른 여자와 동거하면서 자녀까지 출산한 후에 피고에 의한 혼인신고가 이루어졌음에도¹⁵⁾ 이 경우에까지 혼인의사가 철회되지 않았다고 보는 것은 지나친 것이라고 생각된다. 기본적으로 이러한 경우에는 원칙적으로 혼인은 무효이고, 다만 상대방이 그 사실을 알면서 별다른 이의를 제기하지 않은 경우에는 그 무효인 혼인을 추인하였다고 보는 것¹⁶⁾이 형식혼주의를 택한 민법의 태도에 부합하는 것이라고 생각된다. 다만 이 사건과 같은 경우에는, 추인의 대상이 될 수 있는 혼인생활의 실체가 존재하지 않았으므로 추인의 범리에 의하여도 유효한 혼인으로 될 수 없다고 여겨진다.¹⁷⁾

다. 婚姻의 取消

[判例 6]

대判 1993. 8. 24, 92므907(公 1993하, 2629): 重婚의 取消 請求가 權利濫用에 해당하는지 여부.

(要旨) 甲男이 乙女와 혼인하였다가 사실상 이혼상태에 들어간 후, 丙女(피고)와 혼인신고를 하였다가, 甲男이 먼저 사망하고 이어서 乙女도 사망한 경우에, 乙女の 이복동생이 피고를 상대로 혼인취소의 청구를 한 경우, 민법의 관계규정에 의하면 민법 소정의 혼인취소사유 중 증혼과 연령미달 혼인에 대하여만은 권리소멸에 관한 사유를 규정하지 아니하고 있는 바, 이는 증혼 등의 반사회성, 반윤리성이 다른 혼인취소사유에 비하여 일층 무겁다고 본 입법자의 의사를 반영한 것으로 보이고, 그

13) 대판 1980. 4. 22, 79므77(공 1980, 12828); 1984. 10. 10, 84므71(公 1984, 1797).

14) 金疇洙, 親族·相續法, 第5全訂版, 1998, 90면 등.

15) 원고는 1963. 2. 17. 피고와 결혼식을 올리고, 같은해 8.30.경부터 서로 별거를 하다가 원고는 1964. 6.경 다른 여자를 알게 되어 동거하면서 자녀를 출산하였으며, 피고와는 교통을 거의 두절할 채 별거상태를 계속하여 왔고, 피고가 일방적으로 혼인신고를 한 것은 1967. 3. 27.의 일이었다.

16) 예컨대 대판 1965. 12. 28, 65므61(집 13-2, 민307) 등. 대판 1995. 11. 21, 95므731(공 1996상, 56)은, 일단 협의이혼하였던 원고와 피고가 다시 동거하고 있던 중에 처인 피고가 일방적으로 혼인신고를 한 사례에 대하여, 위 혼인신고 당시 원고에게도 피고와 혼인할 의사가 있었다고 할 것이고, 가사 그렇지 않다고 하더라도 원고가 위 혼인신고 사실을 알고서도 위와 같이 피고와 혼인생활을 계속함으로써 무효인 혼인을 추인하였다고 판단한 원심판결을 정당하다고 하였다.

17) 무효인 입양의 추인에 관한 [判例 25] 참조.

렇다면 중혼의 취소청구권에 관하여 장기간의 권리불행사 등 사정만으로 가볍게 그 권리소멸을 인정하여서는 아니될 것이어서 혼인취소청구권이 失效의 법리에 따라 소멸된 것은 아니지만, 만일 이 사건 혼인이 취소된다면 피고는 甲男과의 혼인관계가 해소됨과 동시에 甲男의 호적에서 이탈하여야 하고 위 甲男과의 사이에서 출생한 자녀는 혼인의 출생자로 되고 마는 등 신분상 및 사회생활상 큰 불편과 불이익을 입어야 하는 점, 이에 비하여 원고는 이 사건 혼인이 존속하든지 취소되든지 간에 경제적으로나 사회생활상으로 아무런 이해관계를 가지지 아니하며 신분상으로도 별다른 불이익을 입을 것으로 보이지는 아니하는 점, 乙女는 생존하는 동안 피고와 甲男 사이의 혼인에 대하여 아무런 이의를 제기한 일이 없으며 현재 생존하고 있는 乙女 소생의 딸도 다른 친척들과 마찬가지로 피고와 甲男 사이의 혼인을 인정하고 있는 점, 그리고 甲男과 乙女가 이미 사망한 지금에 와서 구태여 피고와 甲男 사이의 혼인을 취소하여야 할 공익상의 필요도 없는 점 등을 종합적으로 참작한다면, 원고의 이 사건 혼인취소청구는 권리 본래의 사회적 목적을 벗어난 것으로서 권리의 남용에 해당한다.

(論評) 혼인의 취소사유가 있는 경우라도 그 혼인의 취소 청구가 권리남용에 해당하여 허용되지 않을 수 있음은 학설상 일반적으로 인정되고 있다. 판례도 과거에 혼인무효확인청구가 권리남용에 해당한다는 이유로 이를 배척한 사례가 있는데, 18) 대상판결은 혼인취소에 관하여도 같은 법리를 선언한 것이다. 다만 이 판결이 혼인취소에 의하여 취소된 혼인 사이에서 태어난 자녀가 혼인외의 출생자로 된다고 한 것은 명백한 잘못이다. 혼인 취소의 효과에는 소급효가 없기 때문이다.¹⁹⁾

[判例 7]

大判 96.12.23, 95다48308(공 1997, 498): 배우자 일방 사망 후 혼인이 취소된 경우 취소된 혼인의 배우자가 상속인의 자격을 상실하는지 여부

(要旨) 민법 제824조는 “혼인의 취소의 효력은 기왕에 소급하지 아니한다.”고 규정하고 있을 뿐 재산상속 등에 관해 소급효를 인정할 별도의 규정이 없는데, 혼인 중에 부부 일방이 사망하여 상대방이 배우자로서 망인의 재산을 상속받은 후에 그 혼인이 취소되었다는 사정만으로 그 전에 이루어진 상속관계가 소급하여 무효라거나 또는 그 상속재산이 법률상 원인 없이 취득한 것이라고는 볼 수 없다.

(論評) 이 사건은 재일교포인 소외 甲이 원고와 일본에서 일본법에 따라 혼인신고를 마침으로써 유효한 혼인이 성립한 다음, 다시 피고와 중혼을 하고 1989. 8. 9. 사망하자, 원고가 피고를 상대로 중혼임을 이유로 혼인취소의 청구를 하여 승소판

18) 대판 1983. 4. 12, 82므64(公 1983, 815); 1987. 4. 28, 86므130(公 1987 상, 891).

19) 金疇洙(註14), 126면도 대상판결에 대하여 이 점을 지적하고 있다.

결을 받았는데, 이때 피고가 甲의 재산을 상속한 것이 유효한가 하는 점이 쟁점이 되었다. 대상판결은 민법이 혼인 취소의 소급효를 인정하지 않고 있음을 근거로 하여, 중혼의 취소가 피고의 상속에 영향을 주지 않는다고 한 것이다. 학설로서는 판례와 마찬가지로 혼인의 취소가 생존배우자의 상속에 영향을 미치지 않는다고 하는 견해²⁰⁾와, 영향을 미친다는 견해²¹⁾가 있다. 그런데 이러한 경우에 판례와 마찬가지로 혼인 취소의 소급효가 전혀 인정되지 않는다고 한다면, 배우자 일방이 사망한 후에 이루어진 혼인 취소에는, 그 혼인의 해소라는 혼인 취소의 기본적인 효과가 인정되지 않는 셈이 되므로²²⁾, 이 경우에 혼인의 취소를 인정하는 것²³⁾이 무슨 의미를 가지는 것인지 알 수 없다. 이 사건에 있어서 원고의 피고에 대한 중혼 취소를 인정한 대법원 판결²⁴⁾은, 중혼자가 사망한 후에라도 그 사망에 의하여 중혼으로 인하여 형성된 신분관계가 소멸하는 것은 아니므로 전혼의 배우자는 생존한 중혼의 일방당사자를 상대로 중혼의 취소를 구할 이익이 있다고 하나, 판례의 태도대로라면 중혼이 취소되어도 중혼으로 인하여 형성된 신분관계가 소멸하는 것은 아니므로 과연 어떠한 이익이 있는지 알 수 없다. 따라서 배우자 일방 사망 후에 혼인이 취소된 때에는, 그 혼인 취소의 효과가 적어도 후혼의 배우자 중 일방이 사망한 때로 소급하여, 그 후혼은 사망이 아니라 혼인 취소에 의하여 해소되었다고 보는 것²⁵⁾이, 배우자 일방 사망 후에도 혼인 취소를 인정하는 법률의 규정과 조화를 이루는 해석이라고 생각된다.

4. 裁判上 離婚

가. 離婚事由

[判例 8]

대판 1995. 5. 26, 95므90(公 1995하, 2266): 배우자의 정신병을 이유로 이혼청구를 하기 위한 요건.

20) 南孝淳, 婚姻(重婚)取消의 遡及效와 財産上의 法律關係, 民判研 X X, 1998, 377면 이하 (대상판결에 대한 평석임); 朴秉濠, 家族法, 韓國放送通信大學校 出版部, 1994, 332면.

21) 金疇洙(註14), 497면; 郭潤直, 相續法, 1997, 116면 등. 이들 학설은 부부의 일방이 사망한 후에 혼인이 취소된 경우에는, 그 사망한 때에 혼인이 소멸한 것으로 보아야 하기 때문에 생존배우자는 상속권을 잃는다고 한다.

22) 위 배우자들의 혼인은 사망에 의하여 해소된 것인지 혼인 취소에 의하여 해소된 것이 아니게 된다. 南孝淳(註20)은, 사망 이후의 혼인관계는 사망에 의하여 소멸하고, 사망 이전의 혼인관계만 혼인취소의 소급효에 의하여 소멸한다고 하나, 무슨 의미인지 불명확하다.

23) 가사소송법 제24조 제2, 3항 참조.

24) 대판 1991. 12. 10, 91므535(公 1992, 515).

25) 我妻榮, 親族法, 法律學全集 23, 1961, 67.

(要旨) 가정은 단순히 부부만의 공동체에 지나지 않는 것이 아니고 그 자녀 등 이에 관계된 모든 구성원의 공동생활을 보호하는 기능을 가진 것으로서 부부 중 일방이 불치의 정신병에 이환되었고, 그 질환이 단순히 애정과 정성으로 간호되거나 예후가 예측될 수 있는 것이 아니고 그 가정의 구성원 전체에게 끊임없는 정신적, 육체적 희생을 요구하는 것이며 경제적 형편에 비추어 많은 재정적 지출을 요하고 그로 인한 다른 가족들의 고통이 언제 끝날지 모르는 상태에 이르렀다면, 온 가족이 헤어날 수 없는 고통을 받더라도 상대방 배우자는 배우자 간의 애정에 터잡은 의무에 따라 한정없이 이를 참고 살아가라고 강요할 수는 없는 것이므로, 이러한 경우는 민법 제840조 제6호 소정의 재판상 이혼사유에 해당한다고 할 것이지만, 현재 부부의 일방이 정신병적인 증세를 보여 혼인관계를 유지하는데 어려움이 있다고 하더라도 그 증상이 가벼운 정도에 그치는 경우라던가, 회복이 가능한 경우인 때에는 그 상대방 배우자는 사랑과 희생으로 그 병의 치료를 위하여 진력을 다하여야 할 의무가 있는 것이고, 이러한 노력도 하여 보지 않고 정신병증세로 인하여 혼인관계를 계속하기 어렵다고 주장하여 곧 이혼청구를 할 수는 없다.

(論評) 배우자의 정신병은, 그것이 중대한 것일 때에는 원칙적으로 이혼사유가 된다.²⁶⁾ 그러나 다른 한편으로 배우자의 정신병이 경미한 것이거나 치료가 가능한 것일 때에도 이를 이유로 이혼을 허용하는 것은 곤란할 것이다. 대상판결은 그와 같은 점에 관하여 정당하게 판시하고 있으나, 실제에 있어서는 양자 사이의 구분을 짓는 일이 쉽지 않다.²⁷⁾

[判例 9]

대판 1996. 11. 15, 96므851(公 1997상, 81): 宗教上의 事由를 이유로 이혼을 청구하기 위한 요건

26) 대판 1991. 1. 15, 90므446(公 1991, 748): 이 판결은 대체로 대상판결과 같이 원칙적으로 배우자의 심한 정신병은 이혼사유가 된다고 하면서, 혼인 관계가 해소되는 경우 불치의 질환에 이환된 일방이 배우자로부터의 원조가 제한되게 됨에 따라 극심한 경제적 고통을 받게 되고, 보호를 받을 수 없게 되는 사정이 있더라도 이는 이혼 당사자간의 재산분할청구 등 개인간 또는 사회적인 부양의 문제로 어느 정도의 지원을 기대할 수 있을 뿐이라고 한다. 또한 尹榮美, “精神病者를 상대로 한 離婚訴訟”, 裁判資料 제62집 家庭法院事件의 諸問題, 1993, 483면 이하 등 참조.

27) 대상판결 이후의 대판 1995. 12. 22, 95므861(公 1996, 544)은, 배우자의 우울증이 이혼사유가 되는가 하는 점에 관하여, 혼인생활 중 일방이 질병에 걸렸다면 상대방은 그 일방을 보호하고 애정과 정성을 다하여야 할 것이고, 가사 피고가 다시 시댁에 들어가 시부모를 모시고 살 경우 피고의 우울증이 재발할 가능성이 있다면 원고로서는 피고를 시댁에 들어가게 하는 대신 원·피고가 시부모의 집 근처에 살면서 부모를 돌보게 하거나 누이들로 하여금 부모를 모시게 하는 등의 다른 방법을 찾는 등 애정을 가지고 재발방지를 위한 노력을 다하여야 할 입장에 있는 것이어서 그러한 사유도 피고와의 이혼사유가 될 수 없다고 판시하였다.

(要旨) 신앙의 자유는 부부라고 하더라도 이를 침해할 수 없는 것이지만, 부부 사이에는 서로 협력하여 원만한 부부생활을 유지하여야 할 의무가 있으므로 그 신앙의 자유에는 일정한 한계가 있다 할 것인바, 처가 신앙생활에만 전념하면서 가사와 육아를 소홀히 한 탓에 혼인이 파탄에 이르게 되었다면 그 파탄의 주된 책임은 처에게 있으므로 부의 이혼청구는 인용되어야 한다.

(論評) 대법원 판례에서 문제되고 있는 종교상의 이유로 하는 이혼청구는 대부분 ‘여호와의 증인’이라는 종교로 인한 것이다. 종교의 자유는 헌법상 보장되는 기본권으로서, 부부 사이에도 존중되어야 할 것이므로, 단순한 신앙의 차이를 이유로 하여 이혼을 청구할 수는 없다.²⁸⁾ 그러나 그 종교활동으로 인하여 부부생활 자체가 파탄에 이르게 된 경우에게까지 종교의 자유를 이유로 하여 부부관계의 유지를 강요할 수는 없을 것이다.²⁹⁾

[判例 10]

대判 1993. 11. 26, 91므177, 184(公 1994. 202): 有責配偶者의 離婚請求가 인용되기 위한 요건

(要旨) 혼인생활의 파탄에 대하여 주된 책임이 있는 배우자는 그 파탄을 사유로 하여 이혼을 청구할 수는 없는 것이 원칙이고, 다만 상대방도 그 파탄 이후 혼인을 계속할 의사가 없음이 객관적으로 명백하고 다만 오기나 보복적 감정에서 이혼에 응하지 않고 있을 뿐이라는 등의 특별한 사정이 있는 경우에만 예외적으로 유책배우자의 이혼청구권이 인정되는데, 간통사건의 제1심 판결 선고전까지 간통죄의 고소가 취소되지 않아 유죄판결이 선고된 경우에 고소한 배우자의 의사에 관계없이 간통하여 혼인생활을 파탄에 빠지게 한 유책배우자의 이혼청구가 곧 인용되어야 한다는 해석을 할 수는 없으며, 이 사건 부부의 혼인생활의 파탄이 주로 청구인의 간통행위에 의한 것이라면 청구인이 이혼심판청구를 취하한 것이 다만 피청구인을 괴롭히기 위한 수단에 불과할 뿐 실제로는 청구인도 혼인을 계속할 의사가 없는 것이라고 볼 특별한 사정이 있는지 여부를 아울러 살펴보기 전에는 단지 청구인의 고소로 피청구인이 간통죄의 유죄판결을 받았다는 사유만을 들어 유책배우자인 피청구인의 이혼청구를 인용할 수는 없다.

28) 대판 1981. 7. 14, 81므26(公 1981, 14209)는, 신앙생활과 가정생활이 양립할 수 없는 객관적 상황이 아님에도 불구하고 상대방이 부당하게 양자택일을 강요하기 때문에 부득이 신앙생활을 택한 것이라면 그 혼인관계 파탄의 주된 책임은 양자택일을 강요한 상대방 배우자에게 있으므로 그 배우자의 이혼청구는 허용될 수 없다고 한다.

29) 유사한 취지의 선례로서 대판 1989. 9. 12, 89므51(공1989. 1472)가 있고, 대상판결의 해설로서 吉基鳳, “信仰生活과 婚姻을 繼續하기 어려운 重大한 事由”, 대법원판례해설 제 26호, 146면 이하가 있다.

(論評) 혼인관계가 회복할 수 없을 정도로 파탄된 경우에도 그 파탄에 책임이 있는 배우자가 이를 이유로 이혼을 청구할 수 있는가에 관하여, 판례는 대판 1987. 4. 14, 86므28(公 1987, 810) 이래로, 유책배우자의 이혼청구는 원칙적으로 인정될 수 없지만, 예외적으로 상대배우자도 이혼의 반소를 제기하고 있는 경우 혹은 오로지 오거나 보복적 감정에서 표면적으로는 이혼에 불응하고 있기는 하나 실제에 있어서는 혼인의 계속과는 도저히 양립할 수 없는 행위를 하는 등 그 이혼의 의사가 객관적으로 명백한 경우에는 비록 혼인의 파탄에 관하여 전적인 책임이 있는 배우자의 이혼청구라 할지라도 이를 인용함이 상당하다고 판시하고 있고, 이는 대체로 학설의 지지를 받고 있다.

문제는 구체적으로 어떤 사정이 있어야 예외적으로 유책배우자의 이혼청구가 인용될 수 있는가 하는 점인데, 대상판결에서는 청구인이 피청구인을 간통죄로 고소하여 피청구인이 집행유예의 확정판결을 받았는데, 위 판결 선고 전에 청구인이 이혼심판청구를 취하하였으나 피청구인이 이에 부동의하고 이혼의 반심판 청구를 한 사안에서, 청구인의 고소로 피청구인이 간통죄의 유죄판결을 받았다는 사유만을 들어 유책배우자인 피청구인의 이혼청구를 인용할 수는 없다고 한 것이다.³⁰⁾ 이 점에서 판례는 유책배우자의 이혼청구가 인정되는 범위를 상당히 좁게 보고 있다고 할 수 있다.³¹⁾³²⁾

나. 離婚의 節次

30) 유책배우자의 이혼청구를 인용한 리딩 케이스라고 할 수 있는 위 대판 1987. 4. 14, 86므28에서는, 군의관인 청구인이 간통하자 피청구인이 청구인을 간통죄로 고소하여 징역형을 살게 되어 의사의 면허까지 취소되었으나 피청구인이 청구인을 상대로 청구한 이혼심판청구는 주소미보정으로 각하된 사례에서, 유책배우자인 청구인의 이혼청구를 인용하여야 한다고 하면서, 그 근거의 하나로서 피청구인이 청구인을 상대로 하여 제기한 이혼심판청구가 피청구인의 의사에 의하여 취하된 것이 아니라 주소미보정이 되지 않았음을 이유로 각하되었음을 들고 있다.

31) 金疇洙(註14), 195면 참조. 吳昌洙, “有責配偶者의 離婚請求와 離婚意思”, 判例月報 1994. 4, 25면 이하는 일반적으로 간통죄로 상대배우자를 고소하고 이혼소송을 제기하는 경우에 상대배우자와 정상적인 혼인관계를 계속 유지할 의사가 있다고 보기는 어렵고, 대상판결과 같은 경우에 유책배우자의 이혼청구를 배척하는 것은 상대배우자가 유책배우자를 私적으로 보복하는 것을 도와주는 것에 다름 아니며, 이혼소송이 주소미보정 등으로 각하된 경우와 원고에 의한 취하의 경우를 달리 취급할 합리적 근거도 없다고 하여 대상판결을 비판한다.

32) 대상판결 이후의 판결로서 유책배우자의 이혼청구를 인용한 예로서는 대판 1996. 6. 25, 94므741(公 1996하, 2371)이 있다. 이 사건에서 법원은, 남편이 처를 무고 및 절도죄로 고소하여 유죄판결을 받았고, 재판과정에서도 처를 엄벌해 달라고 하였을 뿐만 아니라 남편의 소송대리인이 처와의 부부관계를 유지할 생각은 없으나, 처가 다른 사람과 결혼하지 못하게 하기 위하여 이혼할 수 없다고 하였다면 남편이 오거나 보복적 감정에서 표면상으로는 그 이혼을 거부하고 있는 것이라고 하였다.

[判例 11]

大判 1992. 5. 26, 90므1135(公 1992, 2019): 이혼판결에 대한 재심청구 도중 재심 피고가 사망한 경우의 처리.

(要旨) 이혼의 심판이 확정된 경우에 그 심판에 재심사유가 있다면 그 확정판결에 의하여 형성된 신분관계(정당한 부부관계의 해소)는 위법한 것으로서 재심에 의하여 그 확정판결을 취소하여 그 효력을 소멸시키는 것이 공익상 합당하다고 할 것이므로 그 재심피청구인이 될 청구인이 사망한 경우에는 검사를 상대로 재심의 소를 제기할 수 있다고 해석함이 합리적이라고 할 것이고 같은 이치에서 재심소송의 계속중 본래 소송의 청구인이며 재심피청구인이었던 당사자가 사망한 경우에는 검사로 하여금 그 소송을 수계하게 함이 합당하다고 할 것이며, 심리한 결과 재심사유가 있다고 밝혀진다면 재심대상심판을 취소하여야 하며 이 단계에서는 이미 혼인한 부부 중 일방의 사망으로 소송이 그 목적물을 잃어버렸기 때문에 이를 이유로 소송이 종료되었음을 선언하여야 한다.

(論評) 재판상의 이혼청구권은 부부의 일신전속의 권리이므로 이혼소송 계속중 배우자의 일방이 사망한 때에는 이혼 소송은 당연히 종료된다.³³⁾ 그런데 문제는 일단 이혼 판결이 확정된 후 그 판결에 재심사유가 있다고 하여 원래의 이혼사건의 피고가 재심을 청구한 후, 그 상대방인 이혼사건의 원고가 사망한 경우에도 마찬가지로 재심소송은 당연히 종료되는가 하는 점이다. 대상판결의 원심은 그러한 태도를 취하였으나, 대법원은 이 경우에는 민법 제849조, 제864조, 제865조 등의 규정을 유추적용하여 검사를 상대방으로 할 수 있고, 심리 결과 재심사유가 있다고 판단될 때에는 재심 대상인 이혼판결을 취소하고 원래의 이혼청구에 대하여는 소송종료선언을 하여야 한다고 판시한 것이다.³⁴⁾

다. 離婚의 效果

(1) 財産分割請求權

재산분할청구권 제도에 관하여는 상당수의 판례가 집적되어 있다.

[判例 12]

憲裁決 1997. 10. 30, 96헌바14(헌재공보 1997, 709): 財産分割에 대한 贈與稅 부과의 違憲 여부

(要旨) 이혼시의 재산분할제도는 본질적으로 혼인 중 쌍방의 협력으로 형성된 공동재산의 청산이라는 성격에, 경제적으로 곤궁한 상대방에 대한 부양적 성격이 보

33) 아래 [判例 15] 참조.

34) 대상판결을 지지하는 평석으로서 徐廷友, “離婚訴訟再審中 當事者의 死亡과 受繼”, 民判研 15, 1993, 347 이하가 있다.

충적으로 가미된 제도라 할 것이어서, 이에 대하여 재산의 무상취득을 과세원인으로 하는 증여세를 부과할 여지가 없으며, 설령 증여세나 상속세를 면탈할 목적으로 위장이혼하는 것과 같은 경우에 증여와 동일하게 취급할 조세정책적 필요성이 있다 할지라도, 그러한 경우와 진정한 재산분할을 가리려는 입법적 노력없이 반증의 기회를 부여하지도 않은 채 상속세 인적공제액을 초과하는 재산을 취득하기만 하면 그 초과부분에 대하여 증여세를 부과한다는 것은 입법목적과 그 수단간의 적정한 비례관계를 벗어난 것이며 비민주적 조세관의 표현이다. 그러므로 이혼시 재산분할을 청구하여 상속세 인적공제액을 초과하는 재산을 취득한 경우 그 초과부분에 대하여 증여세를 부과하는 것은, 증여세제의 본질에 반하여 증여라는 과세원인 없음에도 불구하고 증여세를 부과하는 것이어서 현저히 불합리하고 자의적이며 재산권 보장의 헌법이념에 부합하지 않으므로 실질적 조세법률주의에 위배된다(반대의견 있음).

(論評) 재산분할청구권제도의 성격에 대하여는 학설상 청산적 요소와 부양적 요소가 다 포함되어 있는 것이라고 보는 것이 통설이나, 대법원 판례는 이 점에 대하여 명백한 태도를 밝히고 있는 것이 없는데, 대상결정은 재산분할청구권제도를 통설과 같이 보고 있다. 나아가 재산분할에 의하여 취득한 재산에 대해 증여세를 부과할 수 있는가 하는 점은 재산분할청구권제도가 시행될 당시부터 논란의 대상이 되었는데,³⁵⁾ 대상판결은 그것이 위헌이라고 함으로써 이러한 논란을 해결한 것이다.³⁶⁾ 그러나 배우자의 상속에 대하여는 상속세를 부과하는 것과의 불균형은 여전히 문제로 남게 되는데, 이에 대하여도 검토가 필요하다고 하겠다.

[判例 13]

대판 1999. 4. 9, 98다58016(公 1999상, 851): 財産分割請求權이 債權者代位權의 被保全權利가 될 수 있는지 여부

(要旨) 이혼으로 인한 재산분할청구권은 협의 또는 심판에 의하여 그 구체적 내용이 형성되기까지는 그 범위 및 내용이 불명확·불확정하기 때문에 구체적으로 권리가 발생하였다고 할 수 없으므로 이를 보전하기 위하여 채권자대위권을 행사할 수 없다.

(論評) 재산분할청구권이 채권자대위권이나 채권자취소권의 피보전권리가 될 수 있는가에 관하여는 논란이 있으나,³⁷⁾ 대상판결은 일본 판례의 태도³⁸⁾와 마찬가지로

35) 예컨대 李陽子, “改正 家族法과 稅法上의 問題”, 家族法研究 제4호, 1990, 263-264면 등.

36) 대상판결을 지지하는 평석으로서 李和淑, “離婚時 財産分割 및 配偶者 相續分에 관한 民法과 稅法의 評價”, 家族法研究 제12호, 1998, 297면 이하; 金敎昌, “離婚時的 財産分割에 대한 贈與稅”, 金容俊 華甲紀念 재판의 한 길, 1998, 246면 이하가 있다.

37) 金淑子, “財産分割請求權”, 家族法研究 제5호, 1990, 124면 이하; 金永甲, “財産分割請求

로 협의 또는 심판에 의하여 구체적으로 확정되기 전의 추상적인 재산분할청구권은 채권자대위권의 피보전권리가 될 수 없다고 한 것이다. 우리나라의 통설도 대체로 이와 같다.

[判例 14]

대판 1993. 5. 25, 92므501(公 1993, 1881): 財産分割의 對象

(要旨) 민법 843조, 839조의 2의 규정에 의한 재산분할의 경우 부부 일방의 특유 재산은 원칙적으로 분할대상이 되지 아니하나 특유재산일지라도 다른 일방이 적극적으로 특유재산의 유지에 협력하여 감소를 방지하였거나 증식에 협력하였다 고 인정되는 경우에는 분할대상이 될 수 있고, 또 부부 일방이 혼인중 제3자에게 부담한 채무는 일상가사에 관한 것 이외에는 원칙적으로 개인 채무로서 청산 대상이 되지 않으나 공동재산의 형성에 수반하여 부담한 채무인 경우에는 청산 대상이 된다.

(論評) 대상판결은 1991. 1. 1.부터 재산분할청구권제도가 시행된 이후에 재산분할청구권제도의 구체적 내용에 관하여 비교적 자세하게 판시한 최초의 판결이다.³⁹⁾ 대상판결은 우선 부부 일방의 특유재산이라도 일정한 경우에는 재산분할의 대상이 된다는 점을 밝히고,⁴¹⁾ 또 부부 일방이 혼인 중 제3자에 부담한 채무도 공동재산의 형성에 수반하여 부담한 것인 때에는 청산 대상이 된다고 한다.⁴²⁾ 이 이외에 재산분할청구권의 대상재산에 관한 판례를 간단히 소개하면 다음과 같다.

제3자에게 명의신탁된 것도 재산분할의 대상이 되고⁴³⁾ 나아가 제3자 명의의 재

권”, 司法論集 제22집, 1991, 246면 이하 등 참조.

38) 最判 1980(昭55). 7. 11(民集 34권 4집 628면).

39) 이 판결 직전에 선고된 대판 1993. 5. 11, 93스6(公 1993상, 1400)이 재산분할청구권에 관한 최초의 대법원 판례라고 할 수 있으나, 여기서는 처가 가사노동을 분담하는 등으로 내조를 함으로써 부의 재산의 유지 또는 증가에 기여하였다면 그와 같이 쌍방의 협력으로 이룩된 재산은 재산분할의 대상이 된다고 판시하는 정도에 그쳤다.

40) 대상판결에 대한 해설 내지 평석으로는 李尙勳, “離婚에 따른 財産分割의 對象과 方法”, 대법원판례해설 1993년 상반기(제19-1호), 383면; 許構, “夫婦間의 名義信託解止請求와 財産分割請求의 관계”, 民判研 17, 1995, 184 이하가 있다.

41) 이는 그 후의 판례에서도 그대로 답습되고 있다. 대판 1994. 5. 13, 93므1020(공 1994, 1698); 1994. 12. 13, 94므598(公 1995, 492); 1995. 10. 12, 95므175, 182(公 1995하, 3780); 1996. 2. 9, 94므635, 642(公 1996상, 952) 등. 그 근거를 재산분할청구권의 부양적 요소에서 찾으려는 근거가 있는 반면(李和淑, 위 註36, 310면 이하), 판례에 비판적인 견해도 있다(具會根, “이혼시 부부 일방의 特有財産이 財産分割의 대상이 되는지 여부”, 法曹 1997. 4, 174면 이하; 許構, 앞의 註, 201면 이하 등).

42) 따라서 공동 재산의 형성에 수반하여 부담하게 된 채무를 총 재산가액에서 공제하면 남은 금액이 없는 경우에는 재산분할청구는 받아들여질 수 없다. 대판 1997. 9. 26, 97므933(公 1997하, 3288).

43) 대판 1993. 6. 11, 92므1054(公 1004하, 2020면).

산이라도 부부의 일방이 실질적으로 지배하고 있는 재산으로서 부부 쌍방의 협력에 의하여 형성된 것이거나 부부 쌍방의 협력에 의하여 형성된 유형, 무형의 자원에 기한 것이라면 그와 같은 사정도 참작하여야 한다는 의미에서 재산분할의 대상이 된다⁴⁴⁾.

또 학설상으로는 변호사의 자격이나 의사의 자격과 같이, 혼인 중 일방이 상대방의 도움으로 장래 고액의 소득을 얻게 하는 능력이나 전문적인 자격을 취득하였지만 아직 현실적으로 별다른 수입을 얻지 못한 경우에는 이를 일종의 무형재산으로 보아 분할의 대상으로 삼을 수 있는가 하는 점에 관하여 논란이 있는데, ⁴⁵⁾ 학설상 긍정설도 있으나, 대판 1998. 6. 12, 98므213(公 1998하, 1888)은, 박사학위를 소지한 경제학교수로서의 재산취득능력도 청산의 대상이 되는 재산에 포함시킬 수 없고, 기타 사정으로 참작하면 충분하다고 한다.

한편 장래의 퇴직금, 연금 등도 재산분할의 대상이 된다는 설이 있으나, 판례는, 부부 중 일방이 직장에서 일하다가 이혼 당시에 이미 퇴직금 등의 금원을 수령하여 소지하고 있는 경우에는 이를 청산의 대상으로 삼을 수 있지만⁴⁶⁾, 부부 일방이 아직 퇴직하지 아니한 채 직장에 근무하고 있을 경우 그의 퇴직일과 수령할 퇴직금이 확정되었다는 등의 특별한 사정이 없다면, 그가 장차 퇴직금을 받을 개연성이 있다는 사정만으로 그 장래의 퇴직금을 청산의 대상이 되는 재산에 포함시킬 수 없고, 다만 기타 사정으로 참작하면 족하다고 한다.⁴⁷⁾

[判例 15]

대판 1994. 10. 28, 94므246, 253(公 1994, 3126): 財産分割請求 도중 당사자가 사망한 경우의 法律關係

(要旨) 이혼소송과 재산분할청구가 병합된 경우, 재판상의 이혼청구권은 부부의 일신전속의 권리이므로 이혼소송계속중 배우자의 일방이 사망한 때에는 상속인이 그 절차를 수계할 수 없음은 물론이고, 또 그러한 경우에 검사가 이를 수계할 수 있는 특별한 규정도 없으므로 이혼소송은 종료되고, 이에 따라 이혼의 성립을 전제로 하여 이혼소송에 부대한 재산분할청구 역시 이를 유지할 이익이 상실되어 이혼소송의 종료와 동시에 종료한다.

(論評) 이혼소송 계속 중 배우자 일방이 사망한 때에는 이혼소송은 당연 종료된다는 것은 종래에도 판례가 있었는데, ⁴⁸⁾ 대상판결은 이혼소송에 부대한 재산분할

44) 대판 1998. 4. 10, 96므1434(公 1998상, 1356)

45) 韓瑋熙, “專門職資格證과 財産分割청구권”, 家族法研究 제8호, 1994, 325면 이하 참조.

46) 대판 1995. 3. 28, 93므584(公 1995상, 991).

47) 대판 1995. 5. 23, 94므1713, 1720(公 1995하, 2265); 1998. 6. 12, 98므213(公 1998하, 1888) 등.

청구 역시 당연히 종료된다고 한다. 다만 이 판결이 재산분할청구권 자체의 상속성을 부정한 것은 아니고, 49) 재산분할의 전제가 되는 이혼이 불가능하게 되었으므로 재산분할청구권 자체가 발생할 수 없기 때문이다.⁵⁰⁾

(2) 損害賠償請求權

[判例 16]

大判 1993. 5. 27, 92므143(公 1993하, 1882면): 離婚으로 인한 損害賠償請求訴訟의 受繼.

(要旨) 민법 제806조 제3항은 약혼해제로 인한 손해배상청구권에 관하여 정신상 고통에 대한 손해배상청구권은 양도 또는 승계하지 못하지만 당사자간에 배상에 관한 계약이 성립되거나 소를 제기한 후 에는 그러하지 아니한다고 규정하고, 같은 법 제843조가 위 규정을 재판상 이혼의 경우에 준용하고 있으므로 이혼위자료청구권은 원칙적으로 일신전속적 권리로서 양도나 상속 등 승계가 되지 아니하나 이는 행사상 일신전속권이고 귀속상 일신전속권은 아니라 할 것인바, 그 청구권자가 위 자료의 지급을 구하는 소송을 제기함으로써 청구권을 행사할 의사가 외부적 객관적으로 명백하게 된 이상 양도나 상속 등 승계가 가능하다.

(論評) 이 사건은 妻가 夫를 상대로 이혼 및 위자료 소송을 제기한 후 그 소송계속 도중에 사망하자, 처의 부모가 상속인으로서 소송을 수계할 수 있는가가 문제된 것이다. 대법원은 이혼소송은 처의 사망으로 당연히 종료하지만, 위자료 청구 부분은 민법 제806조 제3항, 제843조에 의하여 양도, 상속이 가능하므로 부모가 수계할 수 있다고 한 것이다.

5. 事實婚

[判例 17]

大判 1996. 9. 20, 96므530(公 1996하, 3190): 重婚의 事實婚의 保護

(要旨) 법률상의 혼인을 한 부부의 어느 한 쪽이 집을 나가 장기간 돌아오지 아니하고 있는 상태에서 부부의 다른 한 쪽이 제3자와 혼인의 의사로 실질적인 혼인 생활을 하고 있다고 하더라도 특별한 사정이 없는 한, 이를 사실혼으로 인정하여 법률혼에 준하는 보호를 허용할 수는 없으므로 사실혼관계 해소에 따른 손해배상 청구나 재산분할 청구는 허용될 수 없다.

48) 대판 1985. 9. 10, 85므 27(公 1985, 1333) 등.

49) 그 상속성은 확실상 인정되고 있으나, 그 범위에 관하여는 다툼이 있다.

50) 이 판결에 대한 해설로는 金弘燁, “이혼소송 및 재산분할청구의 계속중 당사자 일방의 사망과 소송상 처리”, 대법원관례해설 22호 (1994년 하반기), 238면 이하가 있다.

(論評) 사실혼이 해소된 경우에도 그 해소에 책임있는 자에 대하여는 손해배상을 청구할 수 있고, 나아가 법률혼에 준하여 재산분할청구권도 인정된다는 것⁵¹⁾에 대하여는 판례나 학설상 별다른 異論이 없다. 문제는 이른바 重婚的 事實婚, 즉 법률상 배우자가 있는 자가 다른 사람과 사실혼 관계를 맺은 경우에도 이를 통상의 사실혼과 마찬가지로 취급할 것인가 하는 점이다. 이 점에 관하여 주로 일본에서는 무효설, 유효설, 상대설(상대적 유효설/상대적 무효설)⁵²⁾ 등 여러 가지의 견해가 있으나, ⁵³⁾ 국내의 학설은 법률혼이 사실상 이혼상태에 있는 경우에는 사실혼을 보호하여야 한다는 견해가 많고, ⁵⁴⁾ 또 좀더 구체적으로 법률혼이 이미 파탄되어 그 실체가 없어진 경우에는, 법률혼 당사자 사이에 이혼의 합의가 없더라도 사실혼을 보호하여야 하며, 이때에는 사실혼 배우자의 선의 여부는 그다지 중요하지 않다는 견해도 있다.⁵⁵⁾

대상판결은 종래의 판례⁵⁶⁾와 마찬가지로, 중혼적 사실혼의 경우에는 특별한 사정이 있는 경우가 아니면 재산분할청구나 손해배상청구가 인정되지 않는다는 태도를 취하고 있다. 대상판결이 중혼적 사실혼을 일률적으로 무효로 보는 것 같지는 않으나, 대상판결과 같은 경우에도 중혼적 사실혼이 보호를 받지 못한다면, ⁵⁷⁾ 중혼적 사실혼이 보호받을 수 있는 경우는 거의 없을 것이다.⁵⁸⁾

다른 한편으로 재산분할청구권제도의 존재의의가 부부가 공동으로 형성한 재산에 대한 청산에 있다고 한다면, 중혼적 사실혼 그 자체는 적법한 것이 아니라 하여도, 중혼적 사실혼 관계에서 형성한 재산의 청산 그 자체를 부정할 이유는 없지 않을

51) 대판 1995. 3. 28, 94므1584(公 1995상, 1752). 해설: 李義榮, “사실혼관계해소의 경우와 재산분할”, 대법원판례해설 1995년 상반기(제23호), 104면 이하.

52) 이 상대설도 다시 사실혼의 상대방이 선의인 경우에는 유효하다는 설, 법률혼이 파탄된 경우에는 유효하다는 설, 법률혼이 파탄되었을 뿐만 아니라 명시적인 이혼의 합의와 공동생활의 폐지가 있어야 한다는 설 등 여러 가지로 갈라진다.

53) 金尙遵, “婚外家族의 法律問題”, 民事判例研究 18, 1996, 546면 이하; 崔震甲, “重婚의 事實婚 配偶者의 財産分割請求權”, 판례연구 제8집, 부산판례연구회, 1998, 463면 이하 참조.

54) 金疇洙(註14), 221면.

55) 崔幸植, “事實婚關係의 成立 與否와 그 解消에 따른 保護”, 判例月報 1997. 10, 25면 이하.

56) 大決 1995. 7. 3, 94스30(公 1995하, 999). 大判 1995. 9. 26, 94므1638(公 1995하, 3531)도 같은 태도이지만, 여기서는 重婚的 事實婚이라도 법률혼이 이혼에 의하여 해소된 후에는 법률상 보호를 받을 수 있는 사실혼관계로 되었다고 하여 재산분할청구를 인용하였다.

57) 대상판결에서는 법률상 배우자가 가출하여 행방불명인 상태에서 중혼적 사실혼이 20년 가까이 지속되어 왔다.

58) 대상판결에 대하여 발표된 평석은 모두 판례의 태도에 반대한다. 崔震甲(註53), 479면 이하; 林成根, “事實婚의 保護와 그 限界”, 판례연구 제8집, 부산판례연구회, 1998, 508면 이하; 崔幸植(註55), 25면 이하.

까?59)

[判例18]

大判 1995. 3. 28, 94므1447(公 1995상, 1751): 檢事를 상대로 한 事實上婚姻關係存否確認請求

(要旨) 과거의 법률관계는 확인의 소의 대상이 될 수 없는 것이나, 그것을 전제로 하여 수많은 법률관계가 발생하고 그에 관하여 일일이 개별적으로 확인을 구하는 번잡한 절차를 반복하는 것보다 과거의 법률관계 그 자체의 확인을 구하는 편이 관련된 분쟁을 일거에 해결하는 유효 적절한 수단일 수 있는 경우에는 예외적으로 확인의 이익이 인정되는데, 사실혼관계는 여러가지 법률관계의 전제가 되어 있고, 그 존부확인청구는 그 법률관계들과 관련된 분쟁을 일거에 해결하는 유효 적절한 수단일 수 있으므로, 사실혼관계에 있던 당사자 일방이 사망하였다더라도, 현재적 또는 잠재적 법적분쟁을 일거에 해결하는 유효 적절한 수단이 될 수 있는 한, 그 사실혼관계존부확인청구에는 확인의 이익이 인정되는 것이고, 이러한 경우 친생자관계존부확인청구에 관한 민법 제865조와 인지청구에 관한 민법 제863조의 규정을 유추적용하여, 생존 당사자는 그 사망을 안 날로부터 1년 내에 검사를 상대로 과거의 사실혼관계에 대한 존부확인청구를 할 수 있다.

(論評) 과거의 사실혼관계에 대하여도 사실혼관계존부확인청구를 할 수 있는가에 관하여, 판례는 당사자 일방에 의하여 사실혼관계가 해소된 경우에는 사실혼관계존부확인청구의 청구를 할 수 없지만,⁶⁰⁾ 사실혼관계에 있던 당사자 일방이 사망한 후 과거의 사실혼관계존부확인청구를 하는 경우에는 동 청구가 신분관계 존부확인청구의 일종이라는 점에서 친생자관계존부확인청구에 관한 민법 제865조와 인지청구에 관한 민법 제863조의 규정을 유추해석하여야 하므로 그러한 소제기의 제척기간에 관한 규정도 유추적용되어야 한다고 보고 있었다.⁶¹⁾ 다만 중전의 판례는 검사를 상대로 한 사실혼관계존부확인청구의 제척기간이 경과하였다는 이유로 각하하였을 뿐 이를 인용한 사례는 없었는데, 이 판결은 확인의 이익이 있을 것을 요건으로 하여,⁶²⁾ 정면으로 이를 인용한 것이다.⁶³⁾⁶⁴⁾ 그러나 과거의 사실혼관계는 이를 전제로 하

59) 崔震甲(註53), 476면 이하는 잠재적인 공유지분의 환취, 명의신탁된 재산의 반환, 부당이득의 반환 등과 같은, 종래 재산분할청구권제도의 근거로서 제시되었던 재산법상의 구체법리를 모색하여야 한다는 취지이고, 朴徹, “事實婚의 成立要件”, 民事判例研究 19, 1997, 352면 이하는 사회적 정당성이 없어 사실혼으로 인정받지 못하는 婚外同居關係에도 혼인에 관한 규정을 유추하여 재산분할청구권을 인정할 수 있다고 주장한다.

60) 대판 1977. 3. 22, 75므28(집 25권 1집 행 23).

61) 대판 1983.3.8., 81므76(公 1983, 657).

62) 이 사건에서는 사실혼 배우자에게도 지급되는 산업재해보상보험법상의 유족급여의 수급권을 둘러싸고 분쟁이 생긴 경우이다.

여 한두 가지의 법률관계가 발생할 수 있을 뿐, 수많은 법률관계가 발생하는 것은 아니므로, 과연 확인의 이익이 있다고 할 수 있는지 의문이다.⁶⁵⁾

6. 親生子

가. 親生否認의 訴

[判例 19]

憲裁決 1997. 3. 27, 95헌가14, 96헌가7(헌판집 9-1, 193): 親生否認의 訴의 提訴期間 규정의 違憲性

(要旨) 친생부인의 소에 대한 제소기간을 어느 정도로 할 것인가는 원칙적으로 입법재량에 속하지만, 그 제소기간 자체가 지나치게 단기간이거나 불합리하여 아버지의 친생자 여부에 대한 확신을 가지기도 전에 그 제척기간이 경과하여 버림으로써 친생을 부인하고자 하는 부로 하여금 제소를 현저히 곤란하게 하거나 사실상 불가능하게 하여 진실한 혈연관계에 반하는 친자관계를 부인할 수 있는 기회를 극단적으로 제한하는 것이라면 이는 입법재량의 한계를 넘어서는 것으로서 위헌이고, 민법 제847조 제1항이 친생부인의 소의 제소기간과 그 기산점을 '그 출생을 안 날로부터 1년내'라고 규정하고 있는 것은, 인간의 존엄과 가치, 행복추구권을 보장한 헌법 제10조, 혼인과 가족생활의 권리침해금지를 보장한 헌법 제36조 제1항에 위반된다(憲法不合致決定).

(論評) 친생부인의 소의 제소기간에 관한 민법 제847조 제1항은 대상 결정이 설시하고 있는 것처럼 지나치게 단기여서 문제가 많았다. 그리하여 대판(全) 1983. 7. 12, 82므59(公 1983, 1259)는, 부부의 한쪽이 장기간에 걸쳐 해외에 나가 있거나 사실상의 이혼으로 부부가 별거하고 있는 경우 등 同棲의 결여로 처가 부의 자를 포태할 수 없는 것이 외관상 명백한 경우에는 친생자의 추정이 미치지 않으며 따라서 이러한 경우에는 친생부인의 소가 아닌 친자관계부존재확인소송을 제기할 수 있다고 하였다. 그러나 이 판례에 의하더라도 친생추정이 미치지 않는 범위가 소위 외관상 명백한 경우에 국한되기 때문에, 친생부인의 소가 받아들여질 수 있는 경우는 매우 제한되었다. 이러한 상황에서 헌법재판소는 위 민법 제847조 제1항이 위헌이라고 판시한 것이다.⁶⁶⁾

63) 대 상관결의 해설로는 夫龜旭, “당사자 일방이 사망한 경우의 사실혼관계존재확인청구”, 대법원관례해설 1995년 상반기(제23호), 315면 이하가 있다.

64) 대판 1995. 11. 14, 95므694(公 1996상, 54)는 사실혼 배우자의 일방이 사망한 경우 생존하는 당사자가 혼인신고를 하기 위한 목적으로서는 사망자와의 과거의 사실혼관계 존재확인을 구할 소의 이익이 있다고는 할 수 없다고 한다.

65) 尹眞秀, “檢事를 相對로 하는 事實上 婚姻關係存否確認請求”, 大韓辯護士協會誌 1986. 4, 61면 이하 참조.

한편 위 결정의 다수의견은 스위스 가족법과 같이 친생부인의 소는 부가 자와의 사이에 친생자관계가 존재하지 아니함을 알게 된 때로부터 1년내에 이를 제기할 수 있으나 다만 그 경우에도 자의 출생후 5년이 경과하면 특별한 사정이 없는 한 이를 제기할 수 없다고 규정하면 위헌이 아닐 것으로 실시하고 있는 반면, 김진우 재판관의 별개의견은, 자의 출생 후 일정 기간이 지나면, 친생부인의 소를 특별한 사정이 없는 한 제기할 수 없도록 규정하는 법률은 위헌이라고 하였다.⁶⁷⁾ 그러나 법무부가 1998. 7. 20. 마련한 친족상속법 개정안은, 다수의견과 같이 친생부인의 소의 제척기간을 그 사유 있음을 안 날부터 1년 내, 출생을 안 날부터 5년 내로 하고 있다.

나아가 대상결정을 계기로 하여, 친생부인의 소의 제소권자를 夫로 한정할 것이 아니고, 妻나 子로 확대하여야 한다는 논의도 있다.⁶⁸⁾ 그러나 법무부의 개정안은 제소권자를 처로만 확대하고, 子에게까지 인정하지는 않고 있다.⁶⁹⁾

나. 認知

[判例 20]

大判 1993. 3.12, 92다48512(公 1993상, 1165): 認知的 遡及效와 後順位相續人

(要旨) 민법 제860조는, 인지의 소급효는 제3자가 이미 취득한 권리에 의하여 제한받는다는 취지를 규정하면서, 다시 민법 제1014조에서 상속개시후의 인지 또는 재판의 확정 에 의하여 공동상속인이 된 자가 그 상속분에 상응한 가액의 지급을 청구할 권리가 있다고 규정하여 위 제860조 소정의 제3자의 범위를 제한하고 있는 취지에 비추어 볼 때, 혼인외의 출생자가 부(父)의 사망후에 인지의 소에 의하여 그 친생자로 인지받은 경우, 피인지자보다 후순위 상속인인 피상속인의 직계존속 또는 형제자매 등은 피인지자의 출현과 함께 자신이 취득한 상속권을 소급하여 잃게 되는 것으로 보아야 하고, 그것이 민법 제860조 단서의 규정에 따라 인지의 소급효 제한에 의하여 보호받게 되는 제3자의 기득권에 포함된다고는 볼 수 없고, 다만 피상속인의 채무자가 인지 전에 후순위상속인에 대하여 한 변제는 채권의 준점유자에

66) 이 결정에 대한 평석으로는 金容徹, “親生否認의 訴에서 提訴期間과 그 起算點”, 家族法研究 제12호, 1997, 133면 이하; 李完植, “民法 제847조 제1항 親生否認의 訴에 관한 規定 중 提訴期間 制限에 관한 部分의 違憲 與否”(上), 判例月報 1998. 1, 10면 이하, (下), 1998. 2, 8면 이하가 있다.

67) 趙美卿, “親生否認의 訴에 관한 比較法的 考察”, 家族法研究 제11호, 195면 이하는 이러한 김진우 재판관의 별개의견을 지지한다.

68) 趙美卿(註67), 372면 이하 참조.

69) 이에 찬성하는 견해로는 金相瑢, “子의 親生否認權 : 民法 改正案 중 親生否認制度의 개선과 關連하여”, 考試研究 1998. 10, 93면 이하; 金壽洙, 民法(家族法) 改正案에 관한 검토, 東亞法學 제24호, 1998, 580면 등.

대한 변제로서 효력이 있을 수 있다.

(論評) 인지의 소급효 제한에 관한 민법 제860조 단서의 해석에 관하여, 종전의 판례⁷⁰⁾는 대상판결과 마찬가지로 피인지자보다 후순위 상속인이 취득한 상속권은 민법 제860조 단서의 제3자의 취득한 권리에 포함시켜 해석할 수 없다고 하여 피상속인의 채무자가 인지심판 확정 전에 후순위상속인에게 변제하였어도 다시 피인지자에게 변제하여야 한다고 판시하였다. 학설로서는 이 경우에도 민법 제1014조가 유추적용되어야 한다는 견해가 많으나, 대상판결은 제860조 단서의 해석에 관하여는 종전의 판례와 마찬가지로의 태도를 취하면서도 이 경우에는 민법 제470조에 의한 채권의 준점유자에 대한 변제가 성립할 수 있다고 한 것이다.⁷¹⁾⁷²⁾ 그러나 인지의 판결이 확정되기까지는 후순위상속인은 피상속인의 채무자에 대한 관계에서는 채권의 준점유자가 아니라 채권자 그 자체이므로, 이 경우에 민법 제470조를 끌어 들인 것은 의문이다. 오히려 이때에는 후순위상속인은 민법 제860조 단서의 제3자가 아니지만, 그러한 후순위상속인과 이해관계를 맺은 자는 위 규정에서 말하는 제3자라고 보는 것이 타당하지 않을까?⁷³⁾

다. 親生子關係不存在確認의 訴

[判例 21]

대판 1992. 7. 24, 91므566(公 1992, 2560): 親生子關係不存在確認의 訴와 親生否認의 訴의 관계

(要旨) 민법 제844조 제1항에 의하여 친생자로 추정되는 상태에는 위 추정과 달리 다른 남자의 친생자라고 주장하여 인지를 청구할 수 없고, 이와 같은 추정을 번복하기 위하여서는 부(夫) 측에서 민법 제846조, 제847조가 규정하는 친생부인의 소를 제기하여 그 확정판결을 받아야 하며, 친생부인의 소의 방법이 아닌 민법 제865조 소정의 친생자관계부존재확인 소의 방법에 의하여 그 친생자관계의 부존재확인을 소구하는 것은 부적법하지만, 이와 같은 부적법한 청구라도 법원이 그 잘못을 간과하고 청구를 받아 들여 청구인들과 호적상 父 사이의 친생자관계가 존재하지

70) 대판 1974. 2. 26, 72다1739(公 1974, 7759).

71) 대상판결의 해설: 金龍均, “死後認知받은 婚姻外의 子보다 後順位相續人이 被相續人의 損害賠償에 관하여 한 合意의 效力”, 대법원판례해설 1993년 상반기(19-1호), 418면 이하.

72) 대판 1995. 1. 24, 93다32200(공 1995상, 1122)도 같은 취지인데, 여기서는 가해자의 후순위 상속인에 대한 변제 당시 혼인외의 자가 인지청구의 소를 제기하고 가해자에 대하여도 손해배상청구소송을 제기하였는데, 원심은 가해자의 변제에 과실이 있다고 보아 변제의 효력을 부정하였으나, 대법원은 이러한 경우에도 적법한 변제가 된다고 보았다.

73) 橋本昇二, 注解法律學全集 민법 X[相續], 1995, 272 - 273면 참조.

않는다는 확인의 심판을 선고하고 그 심판이 확정된 이상 이 심판이 당연무효라고 할 수는 없는 것이며, 구 인사소송법 제35조, 제32조에 의하여 위 확정심판의 기판력은 제3자에게도 미치고, 따라서 위 심판의 확정으로 누구도 소송상으로는 소송외에서 자가 夫의 친생자임을 주장할 수 없게 되었다고 할 것이므로 이제와서는 위 확정심판의 기판력과 충돌되는 子에 대한 夫의 친생자로서의 추정의 효력은 사라져 버렸으므로 子의 제3자에 대한 인지청구는 위 친생추정과 서로 모순된다고 할 수 없게 되었다.

(論評) 이는 일단 친생자관계부존재확인판결의 기판력에 관한 소송법 이론의 문제라고 보이지만, 74) 재판실무상으로는 친생추정이 미치는 자녀에 대하여도 친생자관계부존재확인판결을 허용함으로써 엄격한 친생추정을 잠탈할 소지가 있다. 75)

[判例 22]

大決 1995. 4. 13, 95스5(公 1995상, 1977): 實在하지 않은 子가 출생한 것으로 기재된 戶籍의 訂正方法

(要旨) 호적법은 제120조에서 가정법원의 허가에 의한 호적기재의 정정신청에 관하여 규정하는 한편, 제123조에서는 확정판결에 의한 호적정정의 신청에 관하여 규정하고 있는데, 법원의 허가에 의한 호적기재의 정정은 그 절차의 간이성에 비추어 정정할 사항이 경미한 경우에 한하여 허용되는 것이므로 친족법상 또는 상속법상 중대한 영향을 미칠 수 있는 사항에 대하여는 호적법 제123조에 따라 확정판결에 의하여만 호적정정의 신청을 할 수 있다고 보아야 할 것인바, 정정하려고 하는 호적기재 사항이 친족법상 또는 상속법상 중대한 영향을 미치는 것인지의 여부는 정정하려고 하는 호적기재사항과 관련된 신분관계의 존부에 관하여 직접적인 쟁송방법이 가사소송법 제2조에 규정되어 있는지의 여부를 기준으로 하여, 위 법조에 규정되어 있는 가사소송사건으로 판결을 받게 되어 있는 사항은 친족법상 또는 상속법상 중대한 영향을 미치는 것으로 보아 그와 같은 사항에 관하여는 호적법 제123조에 따라 확정판결에 의하여서만 호적정정의 신청을 할 수 있고, 가사소송법 제2조에 의하여 판결을 받을 수 없는 사항에 관한 호적기재의 정정은 호적법 제120조에 따라 법원의 허가를 얻어 정정을 신청할 수 있다고 보는 것이 상당하다 할 것인데(당원 93.5.22.고지 93스 14, 15, 16 결정 참조), 실재하지 아니한 자(子)의 출생신고를 수리하여 호적기재를 한 후 그 호적을 정리하는 것에 관하여는 직접적인 쟁송방법이 가사소송법은 물론

74) 評釋: 徐廷友, “親生子關係不存在確認判決의 既判力과 親生推定の 衝突”, 裁判資料 62 家庭法院事件의 諸問題, 1993, 651면 이하. 또한 洪春義, “親生の 推定과 否認制度”, 家族法研究 제9호, 1995, 196 - 97면 참조.

75) 金善惠, “親生子關係不存在確認의 訴訟實務上 몇 가지 問題點”, 재판자료 62 家庭法院事件의 諸問題, 1993, 627면 참조.

다른 법률이나 대법원규칙에도 정하여진 바가 없을 뿐더러 허무인을 상대로 소를 제기하거나 허무인이 소를 제기할 수는 없는 노릇이므로, 이와 같은 사항에 관한 호적기재의 정정은 호적법 제120조에 따라서 처리할 수밖에 없다.

(論評) 호적정정의 절차에 관하여, 호적법 제120조에 의할 것인가, 제123조에 의할 것인가에 관하여는 대상결정이 선례로서 인용하고 있는 大決(全) 93.5.22, 93스 14, 15, 16(1993, 1402)가 있고, 대상결정은 이 선례에 따라 虛無인이 호적상 子로 기재되어 있는 경우에는 호적법 제120조에 따라서 처리할 수밖에 없다고 한다.⁷⁶⁾

7. 養子

[判例 23]

大判 1990. 3. 9, 89므389(公1990, 886): 요건을 흠결한 親生子出生申告에 의한 入養의 效力

(要旨) 입양의 의사로 친생자출생신고를 한 경우, 입양에 생모의 동의가 없었더라도 이는 입양취소의 원인이 되는데 지나지 않으므로 생모가 입양에 동의를 하였는지의 여부는 양친자관계의 존부에 아무런 영향도 미칠 수 없고, 양자가 될 자가 15세 미만인데 법정대리인의 입양승낙이 없었다 하여도, 그가 15세가 된 후 양모와 자신 사이에 친생관계가 없는 등의 사유로 입양이 무효임을 알면서도 위 이월금이 사망할 때까지 아무런 이의도 하지 않았다면, 적어도 묵시적으로라도 입양을 추인한 것으로 보는 것이 상당하다.

(論評) 대판(全) 1977. 7. 26, 77다492, 집 25권 2집 민211면)은 종래의 엇갈린 판례를 통일하여, 당사자 사이에 양친자관계를 창설하려는 명백한 의사가 있고 나아가 기타 입양의 성립요건이 모두 구비된 경우에 입양신고 대신 친생자출생신고가 있다면 형식에 다소 잘못이 있더라도 입양의 효력이 있다고 해석함이 타당하다고 판시하고, 대판 1988. 2. 23, 85므86(公 1988, 593) 등이 이와 같이 진실에 부합하지 않는 친생자출생신고의 호적기재가 법률상의 친자관계인 양친자관계를 공시하는 것으로 그 효력을 인정하는 이상 과양에 의하여 양친자관계를 해소할 필요가 있는 등 특별한 사정이 없는 한 그 호적기재 자체를 말소하여 법률상 친자관계의 존재를 부정하게 되는 친생자관계부존재확인청구는 확인의 이익이 없어서 부적법하다고 한 이래, 실무에 있어서는 구체적으로 어떠한 경우에 친생자 출생신고에 의하여도 입양의 효력이 발생하는가 하는 점이 문제로 되었다. 여기서 논란이 되는 것은 입양의 다른 모든 실제적 요건이 완전하게 갖추어져야만 하는가, 예컨대 입양의 취소

76) 다만 金善惠(註75), 633면은 원칙적으로는 호적법 제120조에 의하여 호적을 정정하여야 하지만, 허무인과의 사이에 친생자관계부존재확인을 구하거나, 호적상의 부모를 허무인이라고 주장하며 실제상의 부모와의 사이에 친생자관계존재확인을 구하는 경우에도 소의 이익을 인정하여야 할 것이라고 한다.

사유에 불과한 미성년자에 대한 입양 동의권자의 동의가 없는 경우에는 입양의 효력이 인정될 수 없는가 하는 점인데, 대상판결은 입양의 취소사유에 해당하는 경우에는 친생자 출생신고에 의하여서도 입양의 효력은 발생하고 다만 취소할 수 있을 뿐이라고 판시하고 있다.⁷⁷⁾

그리고 입양의 무효사유에 해당하는 경우에는 물론 입양의 효력이 발생할 수 없으나, 대상판결은 15세 미만의 자를 양자로 함에 있어서 대략권자의 승낙이 없어서 무효라고 하더라도, 그 양자가 15세가 된 후에, 입양이 무효임을 알면서 아무런 이의도 하지 않았다면 묵시적으로라도 입양을 추인한 것으로 보는 것이 상당하다고 한다.⁷⁸⁾⁷⁹⁾

[判例 24]

大判 1995. 1. 24, 93므1242(公 1995상, 1159): 自身과 內緣關係에 있는 男子로 하여금 그의 戶籍에 자신을 生母로 하는 婚姻外의 子로 出生申告를 하게 한 경우의 法律關係

(要旨) 호적상 모로 기재되어 있는 자가 자신의 호적에 호적상의 자를 친생자로 출생신고를 한 것이 아니라 자신과 내연관계에 있는 남자로 하여금 그의 호적에 자신을 생모로 하는 혼인외의 자로 출생신고를 하게 한 때에는, 설사 호적상의 모와 호적상의 자 사이에 다른 입양의 실질적 요건이 구비되었다 하더라도 이로써 호적상의 모와 호적상의 자 사이에 양친자관계가 성립된 것이라고는 볼 수 없고, 다만 호적상의 모와 호적상의 자 사이에는 양친자관계를 창설하려는 의사가 있었고 다른 입양의 실질적 요건도 갖추어 졌으며, 그 외에 호적상의 모로서는 그 사망 당시에 호적상의 자로 하여금 자신의 재산을 상속하게 하려는 의사를 가지고 있었다는 등의 사정이 있고, 이를 잘 알고 있는 제3자가 호적상의 모의 상속재산을 탐 내어 그 상속재산에 관한 권리를 주장함으로써 분쟁이 생긴 경우에는, 구체적 상황에 따라 그 제3자의 재산상의 권리주장을 신의칙에 어긋나거나 권리남용에 해당한다고 하여 배척할 수 있는 여지가 있다.

(論評) 대상판결과 같은 사례의 경우에 모와 자 사이에 양친자관계를 인정할 수 없다는 점에 대하여는 이미 선례가 있다.⁸⁰⁾ 다만 대상판결에 있어서 특이한 점은, 이처럼 양친자관계의 성립을 인정할 수 없는 경우에 친생자관계부존재확인청구를

77) 같은 취지, 1991. 12. 13, 91므153(公 1992, 517).

78) 같은 취지, 대판 1997. 7. 11, 96므1151(公 1997하, 2513) 등.

79) 이러한 판례에 대하여 상세한 것은 尹眞秀, “虛僞의 親生子 出生申告에 의한 入養에 관한 몇 가지 問題”, 朴秉濠教授還甲紀念 家族法學論叢, 1991, 445면 이하; 金善惠(註 75), 641면 이하 참조.

80) 대판 1984. 11. 27, 84다458(公 1985, 73).

권리남용이라고 하여 배척할 수는 없지만, 재산에 관한 사항에 관하여는 권리남용이라고 인정될 여지가 있다고 실시한 점이다.⁸¹⁾

[判例 25]

大判 1991. 12. 27, 91므30(公 1992, 782): 無效인 入養을 追認하기 위한 要件

(要旨) 민법 제139조 본문이 무효인 법률행위는 추인하여도 그 효력이 생기지 않는다고 규정하고 있음에도 불구하고 혼인, 입양 등의 신분행위에 관하여는 이 규정을 적용하지 않고 추인에 의하여 소급적 효력을 인정하는 것은 신분행위는 신분관계를 형성하는 것을 목적으로 하는 법률행위로서 신분관계의 형성이 그 본질적인 내용이고 신고 등 절차는 그 신분행위의 창설을 외형적으로 확정짓는 부차적인 요건일 뿐인데 무효인 신분행위가 있는 후에 그 내용에 맞는 신분관계가 실질적으로 형성되어 쌍방당사자가 아무런 이의없이 그 신분관계를 계속하여 왔다면 그 신고가 부적법하다는 이유로 이미 형성되어 있는 신분관계의 효력을 부인하는 것은 당사자의 의사에 반하고 그 이익을 해칠 뿐 아니라 그 실질적 신분관계의 외형과 호적의 기재를 믿은 제3자의 이익도 침해할 우려가 있기 때문에 추인에 의하여 소급적으로 신분행위의 효력을 인정함으로써 신분관계의 본질적 요소를 보호하는 것이 타당하다는 데에 그 근거가 있다고 할 것이므로 당사자간에 무효인 신고행위에 상응하는 신분관계가 실질적으로 형성되어 있지도 아니하고 또 앞으로도 그럴 가망이 없다고 하는 경우에는 무효의 신분행위에 대한 추인의 의사표시만으로 그 무효행위의 효력을 인정할 수는 없으며, 따라서 입양의 당사자 사이에 실질적 신분관계를 형성하겠다는 합의만 있었을 뿐 현실적으로는 정상적인 입양의 실체라는 것이 존재하지 않았고, 추인의 합의 이후에도 입양의 실체가 전혀 이루어지지 않은 상황에서는 당사자간에 추인의 합의가 있었다는 사정만으로는 무효인 입양신고가 소급하여 유효하게 된다고는 할 수 없다.

(論評) 대상판결은 무효인 신분행위 추인의 법리에 관하여 자세히 실시하고 있으므로 특별히 덧붙일 것은 없다.⁸²⁾

[判例 26]

大判 1998. 5. 26, 97므25(공1998하, 1760): 夫婦共同入養 違反의 효과

81) 韓相鎬, “여자가 사실상의 養子를 내연관계에 있는 남자의 혼인외의 자로 出生申告하게 한 경우 養親子關係의 성립 여부”, 民事判例研究 18, 1996, 424면 이하. 판례반대: 尹富讚, “入養의 要件과 無效行爲의 轉換”, 司法行政 436號 (97.04) 12면 이하.

82) 대상판결에 대한 평석으로서 金疇洙, “入養無效의 追認의 法理”, 法律新聞 1992. 9. 14. 자, 15면(同, 韓國家族法과 課題, 1993, 721면 이하에 재수록)가 있다. 또한 邊鎭長, “身分行爲의 無效와 取消”, 司法論集 제25집, 1994, 32면 이하 참조.

(要旨) 입양이 개인간의 법률행위임에 비추어 보면 부부의 공동입양이라고 하여도 부부 각자에 대하여 별개의 입양행위가 존재하여 부부 각자와 양자 사이에 각각 양친자관계가 성립한다고 할 것이므로, 부부의 공동입양에 있어서도 부부 각자가 양자와의 사이에 민법이 규정한 입양의 일반 요건을 갖추는 외에 나아가 위와 같은 부부 공동입양의 요건을 갖추어야 하는 것으로 풀이함이 상당하고, 따라서 처가 있는 자가 입양을 함에 있어서 혼자만의 의사로 부부 쌍방 명의의 입양신고를 하여 수리된 경우, 처의 부재 기타 사유로 인하여 공동으로 할 수 없는 때에 해당하는 경우를 제외하고는, 처와 양자가 될 자 사이에서는 입양의 일반요건 중 하나인 당사자 간의 입양합의가 없으므로 입양이 무효가 되고(민법 제883조 제1호), 한편 처가 있는 자와 양자가 될 자 사이에서는 입양의 일반 요건을 모두 갖추어도 부부 공동입양의 요건을 갖추지 못하였으므로 처가 그 입양의 취소를 청구할 수 있으나, 그 취소가 이루어지지 않는 한 그들 사이의 입양은 유효하게 존속한다.

(論評) 부부공동입양의 원칙에 위반한 경우 그 효력을 따지기 위하여는, 우선 부부공동입양을 일체로 파악할 것인가, 아니면 각각 별개로 파악할 것인가가 문제된다. 즉 부부 중 일방에 대하여 무효 또는 취소사유가 있는 경우에 입양이 부부에 대하여 다같이 무효로 되는가, 아니면 무효 또는 취소사유 있는 당사자에 대하여만 무효 또는 취소로 되고, 다른 당사자에 대하여는 영향이 없는가 하는 점이다. 대상판결의 원심이나 국내의 유력설은, 부부 일방에 무효 또는 취소사유가 있으면 다른 일방에 대하여도 무효 또는 취소사유가 되는 것으로 보고 있다.⁸³⁾ 그러나 대상판결은 이러한 경우 입양의 효력은 부부 각각에 대하여 별개로 따져야 함을 전제로 하고 있다. 그리하여 대상판결과 같은 사안에서는 입양의 의사가 있는 夫에 대하여는 취소사유이지만, 입양의 의사가 없었던 妻에 대하여는 입양 자체가 무효로 되는 것으로 보고 있다.⁸⁴⁾

[判例 27]

大判 1993. 7. 16, 92므372(公 1993하, 2295면): 養親子關係存在確認의 訴의 허용

83) 金疇洙(註14), 289면 등.

84) 이는 일본 最判 1973(昭和 48). 4. 12(민집 27권 3집 500면)의 영향을 받은 것으로 추측된다. 여기서는 부부공동입양(夫婦共同緣組)의 경우도 부부 각자에 대하여 각각 별개의 입양행위가 있다고 하여, 각 당사자 각자와 상대방과의 사이에 親子關係가 성립하고, 夫가 妻의 명의를 冒用하여 공동입양의 신고를 한 때에는 원칙적으로 부부 모두에 대하여 입양이 무효로 되지만, 특별한 사정이 있는 때에는 입양의 의사 있는 일방에 대하여는 입양이 유효하게 성립한다고 하였다. 金疇洙, “夫婦共同入養의 成立과 解消”, 韓國家族法과 課題, 1993, 667면은 이러한 경우에 처에 대하여도 취소사유에 불과하다고 한다면 6개월 내지 1년이 지남으로써 취소권이 소멸하는 때에는 부당하게 억압된 妻의 의사는 구제의 길이 없으므로 공동입양원칙에 위반된 입양신고는 의사의 흠결로 하여 일반원칙에 따라서 무효로 하는 것이 타당할 것이라고 한다.

여부

(要旨) 실정법상 소송유형이 규정되어 있는 경우에 한하여 신분관계존부확인에 관한 소송을 제기할 수 있는 것으로 볼 것은 아니며, 소송유형이 따로 규정되어 있지 아니하더라도 법률관계인 신분관계의 존부를 즉시확정할 이익이 있는 경우라면 일반 소송법의 법리에 따라 그 신분관계존부확인의 소송을 제기할 수 있는 것으로 보아야 하므로, 원고가 구 조선민사령의 공포시행 전에 당시의 관습에 따라 양자연조 절차를 밟음으로써 합법적으로 망 전수목의 양자로 되었으나 제3자가 이를 부인하는 **등으로** 인하여 그 지위에 법적불안이 발생하고 있다면, 비록 양친자관계존부확인소송이 민법이나 가사소송법 등에 규정된 바가 없다고 하더라도, 스스로 원고가 되어 양친자관계존재확인의 소를 제기할 수 있다 할 것이지만, 양친자관계존재확인의 소에 있어 민법 제864조, 제865조 제2항의 유추적용에 의하여 검사를 상대로 하는 소제기를 허용하는 경우에도 그 각 법조가 정하는 출소기간의 적용을 받는 것으로 해석하여야 한다.

(要旨) 대상판결은 타당한 것으로 생각된다.⁸⁵⁾ 반면 우리 법제에 비추어 볼 때 養親子關係存否確認의 訴는 인정될 수 없다는 반대의 견해도 있으나,⁸⁶⁾ 수궁하기 어렵다. 다만 문제는 양친자관계존부확인의 소가 가사소송인가 민사소송인가 하는 점인데,⁸⁷⁾ 대상판결의 취지는 반드시 명백하지 않으나, 실정법상 소송유형이 규정되어 있는 경우에 한하여 신분관계존부확인에 관한 소송을 제기할 수 있는 것으로 볼 것은 아니라는 점 및 확인의 이익이 있으면 일반 소송법의 법리에 따라 양친자관계존부확인의 소를 제기할 수 있다는 점을 실시하고 있음에 비추어 볼 때 대법원은 養親子關係存否確認의 訴를 민사소송으로 보는 것이 아닌가 여겨진다.⁸⁸⁾

[判例 28]

大判 1994. 5. 24, 93므119(公 1994, 1827): 民法 施行 前 異姓養子の 허용 여부.

(要旨) 1. 조선민사령 제11조의2가 1939.11.10. 신설되어 1940.2.11.부터 시행된 뒤

85) 대상판결 전에도 養親子關係存在確認의 訴를 인정하여야 한다는 견해가 이미 주장된 바 있다. 韓相鎬, “입양의 효력이 있는 虛偽親生子出生申告와 親生子關係不存在確認請求, 大韓辯護士協會誌 1988. 9, 85 - 86면; 尹眞秀(註79), 451면; 金善惠(註75), 627면 이하; 서울高判 1989. 7. 4, 88르1028(下集 1989 2권 622면) 등.

86) 金演, “養親子關係存否確認의 訴의 適否”, 가족법연구 제9권, 1995, 213면 이하.

87) 金善惠(註75), 629면은 이는 準家事事件으로서 가사소송에 의하여야 할 것이라고 주장한다.

88) 改正增補 法院實務提要 家事, 1994, 29면 참조. 대상판결의 사안은 가사소송법 시행 전인 1990. 10. 15. 제소된 것인데, 가사소송법 시행 전에는 판례가 가사소송사건을 가정법원의 전속관할은 아닌 것으로 보고 있었기 때문에 대상판결에서 이 점을 따로 문제 삼지 않은 것으로 추측된다. 그러나 金演(註86)은 대상판결이 양친자관계존부확인의 소를 가사사건으로 본 것으로 전제하고 있다.

부터는 死後養子가 아닌 한 이성의 자도 양자로 할 수 있게 되었다고 할 것이다(판례변경)

2. 민법 시행 전에 남자자손이 있는 자가 양자가 될 자의 부모와 호주의 동의를 얻지 않은 채로 입양을 하였다면 이는 당시의 관습법상 무효이지만, 1960.1.1.부터 시행된 민법 부칙 제2조, 제18조에 의하면 입양의 요건이나 입양의 무효와 취소의 사유에 관한 민법의 규정에는 소급효가 인정되어 민법시행일전에 신고된 입양에 무효나 취소의 원인이 되는 사유가 있는지의 여부는 원칙적으로 민법의 규정에 의하여 판단하되, 다만 이미 구법에 의하여 입양의 효력이 생긴 경우에는 부칙 제2조 단서에 따라 그 효력에 영향을 미치지 아니하는 것으로 해석되고, 따라서 민법시행일전에 신고된 입양에 관하여 그 당시의 구법에 의하면 무효의 원인이 되는 사유가 있었다더라도 민법의 규정에 의하면 그것이 무효의 원인이 되지 아니할 경우에는, 적어도 민법시행일까지 입양에 따르는 친자적 공동생활관계가 유지되고 있었다면 무효인 그 입양이 소급하여 효력을 가진 것으로 전환되고, 다만 민법에 의하여 취소의 원인이 되는 사유가 있는 때에는 민법의 규정에 의하여 이를 취소할 수 있을 뿐이나 그 취소기간은 민법시행일로부터 기산할 따름이다.

(論評) 1. 민법시행 전 異姓養子の 허용 여부

이 사건 원심판결은 이 사건 판결이 변경하고 있는 종래의 판례에 따라서, 1960년 민법 시행 전에는 우리의 관습상 이성양자가 인정되지 않았다고 하였다. 그러나 종래의 학설은 이에 반대하여, 制令제19호(1939.11.20)에 의하여 조선민사령의 개정으로 민사령 제11조의 2가 추가되어 1940.2.11.부터 우리나라에도 이성양자가 명문상 허용되게 되었다고 주장하고 있다.⁸⁹⁾

일제시대의 民事에 관한 제1차적인 法源이었던 朝鮮民事令(1912.3.18.제령 제7호) 제11조는 친족, 상속에 관한 일본법의 규정은 조선인에게는 적용하지 아니하고 관습에 의한다고 규정하고 있었는데, 당시의 조선고등법원 판례나 실무례는 모두 이성양자는 관습상 허용하지 않는 것으로 보아 당연무효라고 하였다. 그런데 1939.11.10. 制令 제19호로 개정되어 1940.2.11.부터 시행된 朝鮮民事令은 제11조의 2를 신설하였고, 동조 제1항은 “朝鮮人の 養子縁組에 있어서 養子は 養親과 姓을 같이할 것을 요하지 않는다. 단 死後養子の 경우에는 그러하지 아니하다”라고 규정하여 조선인의 입양에 있어서는 死後養子가 아닌 한 이성양자를 허용함을 분명히 하였다.

그런데 광복 후의 우리의 실무례와 판례는 이와는 달리 보고 있다. 가령 우선 미군정 당시인 1947.11.18.의 司法部長 通牒⁹⁰⁾은, “異姓養子縁組는 朝鮮慣習상의 異姓

89) 金疇洙, 註釋親族相續法 제2전정판, 1993, 966면 이하; 尹天熙, 法律新聞 제725호(1967.5.22.) 5면; 鄭光鉉, 법률신문 제726호(1967.6.5.) 6면.

不養及 朝鮮姓名復舊令 立法趣旨에 鑑하여 妥當치 아니함으로 同伴에 關하여는 受理할 수 없으며 貴管下 戶籍吏에게 周知徹底를 期하시기 茲而通牒함”이라고 하였다. 그리고 대법원 1949.3.26. 선고 4281민상348 판결⁹¹⁾은, 위 개정 조선민사령 제11조의 2 제2항에 기하여 1942.4.1. 신고한 壻養子緣組가 무효라고 하면서, 그 근거로서 “이러한 蠻夷的 壻養子制度는 倭政退却과 同時에 自然消滅되었음은 毋論이어나와 이에 의하여 成立된 壻養子關係는 上來 敍述과 같이 公序良俗에 違反되므로 그 成立當初부터 無效되는 바이다.”라고 판시하였다. 그리하여 1952. 5. 10. 대법원장 통첩⁹²⁾도 이성양자 및 서양자제도는 대법원판례에 의하여 기히 무효로 되었다고 하였다.

그러나 해방 후인 1945. 11. 2. 발표된 미군정청 법령 제21호는, “모든 법률 또는 조선 구정부가 발표하고 법률적 효력을 가진 규칙, 명령, 고시 기타 문서로서 1945년 8월 9일 시행중인 것은 기간에 폐지된 것을 제외하고 조선군정청에서 특수명령으로 폐지될 때까지 그 효력이 계속된다”고 하였고, 1948년에 공포된 제헌헌법 제100조는 “현행법령은 이 헌법에 저촉되지 않는 한 효력을 가진다”고 규정하고 있는데, 과연 위에서 들고 있는 근거만으로 위 이성양자제도를 규정한 조선민사령이 당연히, 그것도 소급하여 효력을 상실한다고 볼 수 있는가 하는 점은 의문이다.

이성양자제도가 유교적인 전통관습에 어긋나는 면이 있는 것은 사실이지만, 이성양자를 허용할 것인가는 입법정책의 문제이므로 이성양자를 허용한 조선민사령의 효력이 당연히 부정될 수는 없는 것이고, 나아가 이를 가리켜 공서양속에 어긋난다고 할 수는 없을 것이다. 뿐만 아니라 위 조선민사령에도 법률로서의 효력이 인정된다면, 그것이 헌법에 반하지 않는 한 공서양속에 어긋난다는 이유로 무효라고 할 수 없음은 물론이다.⁹³⁾ 그리고 朝鮮姓名復舊令(1946.10.23. 美軍政法令 제122호)에 어긋난다고 하나, 이 승은 일정시대의 창씨가 무효임을 선언하고 창씨한 일본식 이름을 조선성명으로 복구할 것을 규정하였을 뿐 서양자제도나 이성양자제도와는 직접 관계가 없는 것이다. 그러므로 위 개정 조선민사령의 규정이 왜정퇴각과 동시에 당연히 효력을 잃는다고 단정할 아무런 근거가 없고, 위 조선민사령이 효력을 잃게

90) 韓國 戶籍 및 寄留例規全集, 83면.

91) 법조협회잡지 제1권 3호 95-100면 및 4호 93-95면에 실려 있다.

92) 韓國 戶籍 및 寄留例規全集, 173면.

93) 그런데 梁彰洙, “憲法制定 후 日政法令의 效力”, 民法散考, 1998, 46면은 위 대법원 1949. 3. 26. 판결이, 조선민사령 중 壻養子에 관한 규정이 제헌헌법의 규정에 저촉된 것이라고 판단한 것이라고 이해될 여지가 있다고 주장하나, 이는 수긍할 수 없다. 우선 위 판결은, 위 조선민사령의 서양자에 관한 규정이 왜정퇴각과 동시에 자연소멸되었고, 그에 의하여 성립된 壻養子關係는 그 성립당초부터 무효라고 하고 있어, 제헌헌법이 시행된 1948. 8. 15.에 비로소 무효로 된 것이라고는 실시하고 있지 않다. 뿐만 아니라 위 조선민사령의 규정이 과연 헌법의 어느 조문에 어긋난 것인가도 알 수 없다.

된 것은 1960.1.1. 민법의 시행과 동시의 일이라고 보아야 할 것이다.

그러므로 위 개정 조선민사령 이후에도 이성양자가 허용되지 않았다고 한 위의 각 판례들은 모두 잘못된 것이라고 하겠고, 따라서 이 사건 대법원판결이 전원합의체에서 위의 판례들을 모두 변경하고, 1940.2.11. 이후에는 이성양자가 허용되었음을 밝힌 것은 비록 뒤늦기는 하였으나 올바른 것이라고 하겠다.

8. 親權

[判例 28]

大判 1994. 4. 29, 94다1302(公 1994상, 1618면) : 離婚 후 親權者인 父가 사망한 경우 母가 親權者가 되는지 여부

(要旨) 1991.1.1.부터 개정된 민법이 시행되면서 이혼한 모의 친권제한에 관한 민법 제909조 제5항이 삭제되고, 부칙 제9조에서 “구법에 의하여 개시된 친권에 관하여도 이 법 시행일부터 이 법의 규정을 적용한다”고 규정됨으로써 이혼으로 인하여 모가 친권을 상실하고 후견이 개시된 경우라도 위 개정된 민법의 시행일부터는 모의 친권이 부활되어 모가 전혼인 중의 자에 대하여 친권자로 되고 후견인의 임무는 종료된다.

(論評) 이 사건 자체는 1990. 1. 13. 개정 전의 민법 시행 당시에 부모가 이혼하여 그 자녀에 대하여는 父가 친권자로 되었다가, 부가 사망하자 후견이 개시된 후, 1990. 1. 13. 이혼한 모의 친권을 제한하고 있던 민법 제909조 제5항이 삭제된 경우에, 이혼한 모가 다시 친권을 회복하고, 후견은 종료하는가 하는 과도적인 문제를 다루고 있다. 그러나 이 결정은 개정민법의 해석과 관련하여서도 의미를 가진다. 즉 이혼 **등으로** 인하여 부모 중 일방이 그 자녀에 대한 친권행사자로 지정되었는데, 그 후 친권행사자가 사망하면, 다른 생존 부 또는 모가 친권을 회복하는가, 아니면 친권이 당연히 회복되지는 않고, 후견이 개시되는가 하는 점이다. 대상판결은 민법 개정 전에 친권자인 부가 사망하였으나 이혼한 모는 친권을 행사할 수 없어서 후견이 개시된 경우라도, 개정민법 시행 후에는 모의 친권이 당연히 부활한다고 하였으므로, 개정민법 시행 후라면 판례는 친권행사자가 아니어서 친권을 행사할 수 없었던 다른 부 또는 모는, 친권행사자가 사망함으로써 당연히 친권을 회복한다는 견해를 취할 것으로 추측된다.⁹⁴⁾

그러나 학설상으로는 이러한 친권 회복설⁹⁵⁾ 이외에, 친권행사자가 친권을 행사할

94) 서울 高決 1996. 7. 16, 95브8(법률신문 1996. 8. 22, 11면)은 이러한 견해를 전제로 하여, 繼母의 청구에 의하여 生母의 친권을 상실시켰다.

95) 朴相宣·黃德南, “親權에 관한 諸問題”, 裁判資料 62, 1993, 579면; 尹容燮, “親權과 後見”, 民事判例研究 18, 1996, 582-3면; 梁壽山, “親權者와 親權行使者”, 家族法研究 제10호, 1996, 332면 이하, 특히 340면 이하; 李熙培, “單獨親權行使者가 死亡한 경우, 生存

수 없게 되면 후견이 개시된다는 후견개시설⁹⁶⁾이 주장되고 있다.⁹⁷⁾

[判例 29]

大判 1991. 11. 26, 91다32466(公 1992, 297): 親權者의 利害相反行爲 및 代理權濫用

(要旨) 미성년자의 친권자인 모가 자기 오빠의 제3자에 대한 채무의 담보로 미성년자 소유의 부동산에 근저당권을 설정하는 행위가, 채무자를 위한 것으로서 미성년자에게는 불이익만을 주는 것이라고 하더라도, 민법제921조 제1항에 규정된 '법정대리인인 친권자와 그 자 사이에 이해상반되는 행위'라고 볼 수는 없고, 근저당권을 취득하는 지위에 있는 피고도 그와 같은 사정을 잘알고 있었다고 하더라도, 그와 같은 사실만으로 원고의 모의 근저당권 설정행위가 바로 친권을 남용한 경우에 해당한다고는 볼 수 없다.

(論評) 민법 제921조가 규정하는 미성년자와 친권자의 이해상반행위의 의의에 대하여는 당해 법률행위의 동기나 실질적인 결과 여하와는 관계없이 그 법률행위 자체 내지 법률행위의 외형으로 보아 미성년자에게 불이익이 되는지 여부를 판단하여야 하는 견해(形式的·客觀的 判斷說 내지 抽象的 判斷說)⁹⁸⁾와, 행위의 형식 여하를 불문하고 동기·연유, 결과 등을 고려하여 실질적으로 이해상반여부를 판단하여야 한다는 견해(實質的 判斷說 내지 具體的 判斷說)⁹⁹⁾가 대립하고 있으나, 판례는 대체로 형식적 판단설에 따르고 있고, 대상판결 또한 마찬가지이다.¹⁰⁰⁾

그러나 다른 한편 형식적 판단설에 의하게 되면 미성년자의 이익을 소홀히 하게

親의 親權行使權能의 復活與否와 親權喪失의 事由”, 家族法研究 제10호, 1996, 351면 이하, 특히 368면 이하 참조. 대법원의 戶籍例規 제449-1호 제10조도 이에 따르고 있다.

96) 우리나라의 후견개시설은 대체로, 일단 생존하고 있는 부 또는 모가 후견인이 되지만, 법원은 후견인을 親權者로 변경할 수 있다고 주장한다.

97) 金相塔, “소위 「親權行使者論」에 대한 비판적 고찰” 家族法研究 제11호, 1997, 253면 이하; 金疇洙(註14), 307면 이하 등.

98) 金疇洙(註14), 323면. 다만 이러한 형식적 판단설의 입장에 서면서도, 친권자와 자가 동시에 몰상보증인이 되어 나중에 친권자의 자 사이의 구상관계가 생기는 경우처럼 그 행위의 실질관계를 객관적으로 고려할 때 비교적 용이하게 이해상반성이 예측될 경우에는 이해상반행위라고 보는 견해도 있다. 李均龍, “第三者의 債務를 擔保하기 위한 物上保證行爲와 利害相反行爲 등”, 民事判例研究 16, 1994, 267면 이하(대상판결의 평석임); 尹容燮(註95), 577면 등. 이는 대체로 일본 판례의 태도와 같다. 日最判 1968(昭和43). 10. 8, 민집 22권 10호 2172면 등.

99) 金由美, “民法 第921條의 利害相反行爲에 관한 몇 가지 문제”, 朴秉濠教授還甲紀念 家族法學論叢, 1991, 517면 등.

100) 대판 1996. 11. 22, 96다10270(公 1997상, 22면)도, 친권자가 자신이 대표이사인 회사의 채무를 담보하기 위하여 자신과 미성년자의 공유인 부동산에 관하여 근저당권설정계약을 체결하는 행위가 이해상반행위가 아니라고 하였다.

될 우려가 있으므로, 이러한 경우에는 親權者의 代理權 濫用 이론에 의하여 이를 보완할 필요가 있다.¹⁰¹⁾ 그런데 대상판결은 미성년자의 친권자인 모가 자기 오빠의 제3자에 대한 채무의 담보로 미성년자 소유의 부동산에 근저당권을 설정하는 행위가, 채무자를 위한 것으로서 미성년자에게는 불이익만을 주는 것이며, 그 상대방도 그와 같은 사정을 잘 알고 있었다고 하더라도, 그와 같은 사실만으로 원고의 모의 근저당권 설정행위가 바로 친권을 남용한 경우에 해당한다고는 볼 수 없다고 하였으나, 대상판결과 같은 경우는 대리행위가 대리권 남용으로 무효에 해당하는 전형적인 경우에 해당하는 것이라고 생각된다.¹⁰²⁾

[判例 30]

大決 1993. 3. 4, 93스3(公 1993상, 1172): 親權의 喪失事由

(要旨) 친권은 미성년인 자의 양육과 감호 및 재산관리를 적절히 함으로써 그의 복리를 확보하도록 하기 위한 부모의 권리이자 의무의 성격을 갖는 것으로서, 민법 제924조에 의한 친권상실신고사유의 해당여부를 판단함에 있어서도 이와 같이 친권의 목적이 결국 자녀의 복리보호에 있다는 점이 판단의 기초가 되어야 할 것이고, 따라서 설사 친권자에게 간통 등 어떠한 비행이 있어 그것이 자녀들의 정서나 교육 등에 악영향을 줄 여지가 있다 하더라도 친권의 대상인 자녀의 나이나 건강상태를 비롯하여 관계인들이 처해 있는 여러 구체적 사정을 고려하여 비행을 저지른 친권자를 대신하여 다른 사람으로 하여금 친권을 행사하거나 후견을 하게 하는 것이 자녀의 복리를 위하여 보다 낫다고 인정되는 경우가 아니라면 선불리 친권상실을 인정하여서는 안 된다.

(論評) 이 사건의 내용은, 미성년자의 친권자인 母가 제3자와 간통을 하였고, 그

101) 尹容燮(註95), 577면; 李均龍(註98), 273면 이하 등.

102) 대상판결보다 시기적으로 뒤에 선고된 日最判 1992(平成 4). 12. 10, 民集 46권 9호 272면은, 대상판결과 유사한 사실관계에 관하여, 친권자가子を 대리하는 법률행위는 친권자와子 사이의 이익상반행위에 해당하지 않는 한, 이를 할 것인가 아닌가는子を 위하여 친권을 행사하는 친권자가子を 둘러싼 제반의 사정을 고려하여 하는 광범한 재량에 맡겨져 있고, 친권자가子を 대리하여子が 소유하는 부동산을 제3자의 담보에 제공 하는 행위는, 이해상반행위에 해당하지 않기 때문에, 이것이子の 이익을 무시하고 자신 또는 제3자의 이익을 도모하는 것을 목적으로 하는 등, 친권자에게子を 대리하는 권한을 수여한 법의 취지에 현저히 반한다고 인정되는 특단의 사정이 존재하지 않는 한, 친권자에 의한 대리권의 남용에 해당한다고 해석할 수는 없다고 하였다. 그러나 미성년자의 친권자에게 미성년자의 법정대리권을 인정하는 취지가 친권자 자신이 아니라 미성년자의 이익을 보호하려는 데 있다면, 위와 같은 행위는 원칙적으로 무권대리행위에 해당하고, 그 행위의 유효를 주장하는 당사자가 대리권의 남용에 해당하지 않는다는 특별한 사정을 주장입증하여야 한다고 보아야 할 것이다. 일본의 학설 가운데에도 위 판례에 비판적인 것이 있다. 吉田邦彦, 위 판례평석, 判例時報 제1464호, 201면 이하, 특히 205면; 福永札治, 위 판례평석, ジュリスト No. 1048, 98면 이하, 특히 101면 이하 등.

相姦者가 방화를 함으로써 배우자인 父가 사망하게 된 사건에서, 미성년자의 조모가 모에 대하여 친권상실청구를 한 사건인데, 원심은 친권상실청구를 인용하였으나, 대법원은 위와 같이 판시하여 원심결정을 파기환송한 것이다. 대상결정은 친권제도 내지 친권상실제도의 존재이유가 제1차적으로 자녀의 복리보호에 있다는 점을 강조하여, 친권자의 非行만을 이유로 친권을 박탈할 수 없다고 본 점에서 타당한 결정이라고 생각된다.¹⁰³⁾

9. 扶養

[判例 31]

大決(全) 1994. 5. 13, 92스21(공 1994상, 1698): 過去の 扶養料 求償

(要旨) 부모는 그 소생의 자녀를 공동으로 양육할 책임이 있고, 그 양육에 소요되는 비용도 원칙적으로 부모가 공동으로 부담하여야 하는 것이며, 이는 부모중 누가 친권을 행사하는 자인지 또 누가 양육권자이고 현실로 양육하고 있는 자인지를 물을 것 없이 친자관계의 본질로부터 발생하는 의무라고 할 것이다.

그러므로 어떠한 사정으로 인하여 부모 중 어느 한쪽만이 자녀를 양육하게 된 경우에, 그와 같은 일방에 의한 양육이 그 양육자의 일방적이고 이기적인 목적이나 동기에서 비롯된 것이라거나 자녀의 이익을 위하여 도움이 되지 아니하거나 그 양육비를 상대방에게 부담시키는 것이 오히려 형평에 어긋나게 되는 등 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는, 양육하는 일방은 상대방에 대하여 현재 및 장래에 있어서의 양육비중 적정 금액의 분담을 청구할 수 있음은 물론이고, 부모의 자녀양육 의무는 특별한 사정이 없는 한 자녀의 출생과 동시에 발생하는 것이므로 과거의 양육비에 대하여도 상대방이 분담함이 상당하다고 인정되는 경우에는 그 비용의 상환을 청구할 수 있다고 보아야 할 것이다.

다만 한쪽의 양육자가 양육비를 청구하기 이전의 과거의 양육비 모두를 상대방에게 부담시키게 되면 상대방은 예상하지 못하였던 양육비를 일시에 부담하게 되어 지나치고 가혹하며 신의성실의 원칙이나 형평의 원칙에 어긋날 수도 있으므로, 이와 같은 경우에는 반드시 이행청구 이후의 양육비와 동일한 기준에서 정할 필요는 없고, 부모 중 한쪽이 자녀를 양육하게 된 경위와 그에 소요된 비용의 액수, 그 상대방이 부양의무를 인식한 것인지 여부와 그 시기, 그것이 양육에 소요된 통상의 생활비인지 아니면 이례적이고 불가피하게 소요된 다액의 특별한 비용(치료비 등)인지 여부와 당사자들의 재산 상황이나 경제적 능력과 부담의 형평성 등 여러 사정을 고려하여 적절하다고 인정되는 분담의 범위를 정할 수 있다고 볼 것이다(判例變

¹⁰³⁾이 결정에 대하여는 權貞姬, “親權의 喪失宣告”, 家族法研究 제9호, 1995, 279면 이하, 특히 292면 이하 참조.

更)(반대의견 및 보충의견 있음).

(論評) 대상결정이 변경한 종래의 판례는, 당사자 사이의 특약이 없는 한 과거의 양육비 내지 그 구상을 부정하고 있어서 학설상 많은 비판을 받았는데, 대상결정은 이러한 판례를 변경하고 양육의무자 일방이 양육비를 지출한 후 다른 양육의무자에게 이를 구상하는 것을 허용한 것이다. 다만 대상결정은 이행청구 이전의 양육비는 이행청구 이후의 양육비와 동일한 기준에서 정할 필요는 없고, 이는 여러 가지 사정을 고려하여 적절하다고 인정되는 범위를 정하면 된다고 한다. 또한 대상결정은 이러한 과거의 양육비의 구상은 가사사건으로 청구할 수 있다고 하였다. 대상결정은 학설상으로 대체로 지지를 받고 있다.¹⁰⁴⁾¹⁰⁵⁾

[判例 32]

대판 1998. 6. 12. 96다52670(公 1998하, 1856): 扶養義務者の 扶養權利者에 대한 住宅 退去請求와 權利濫用

(要旨) 외국에 이민을 가 있어 스스로 이 사건 주택에 입주하지 않으면 안 되는 등의 급박한 사정이 있는 것도 아닌, 부양의무 있는 자(子)가 특별한 사정도 없이 또한 부(父)의 주거에 관하여 별다른 조치를 취하지 아니한 채 단지 이 사건 주택의 소유권자임을 내세워 고령과 지병으로 고통을 겪고 있는 상태에서 달리 마땅한 거처도 없는 부(父)에 대하여 이 사건 주택에서의 퇴거를 청구하는 것은 부자(父子) 간의 인륜을 파괴하는 행위로서 권리남용에 해당되고, 위 父를 부양하고 있는 자신의 동생에 대한 명도청구 또한 인륜에 반하는 행위로서 권리남용에 해당된다.

(論評) 우리나라의 학설 가운데에는, 자녀가 부모를 상대로 불법행위에 기한 손해배상을 청구하는 행위는 허용되지 않는다고 하는 것이 있으나,¹⁰⁶⁾ 이와 같이 일반적으로 자녀의 부모에 대한 소 제기가 허용되지 않는다고는 할 수 없고, 대상판결과 같이 부양의무자가 부양권리자에 대하여 주택에서의 퇴거청구를 하는 것과 같은 특수한 경우에만 권리남용으로서 허용되지 않는다고 보아야 할 것이다.¹⁰⁷⁾

104) 대상결정에 대한 평석으로는 朴秉濠·金由美, “過去의 養育費 求償”, 서울대학교 法學 제35권 3·4호, 1994, 205면 이하; 金疇洙, “過去의 扶養料償還請求”, 判例月報 1995. 12, 9면 이하; 朴三奉, “父母의 子女 養育義務와 過去의 養育費 償還請求”, 金容俊 憲法裁判所長 華甲紀念 裁判의 한 길, 1998, 456면 이하가 있다. 또한 崔幸植, “子の 養育 및 扶養과 過去의 扶養料”, 家族法研究 8호, 1994, 393면 이하 참조.

105) 대상판결은 미성년자의 양육비 구상에 관한 것이지만, 大決 1994. 6. 2, 93스11(公 1994하, 2103)은 성년에 달한 자녀의 치료비를 모가 지출하고 부에게 구상을 한 사건에서 대상판결을 인용하여 이를 받아들였다.

106) 郭潤直, 民法總則, 新訂版, 1998, 371면 등.

107) 대상판결에 대하여는 傳統法의 觀點에서 본 다음의 평석이 있다. 金池洙, “出嫁女子의 親庭父母兄弟에 대한 扶養義務와 孝悌倫理”, 人權과 正義 1998. 8, 97면 이하.

III. 상속법에 관한 판례

1. 相續回復請求權

[判例 33]

大判(全) 91.12.24, 90다5740(公 1992상, 635): 共同相續人 사이의 相續回復請求

(要旨) 민법(1990. 1. 13. 법률 제4199호로 개정되기 전의 것, 이하 같다)이 규정하는 상속회복의 소는 호주상속권이나 재산상속권이 참칭호주나 참칭재산상속인으로 인하여 침해된 때에 진정한 상속권자가 그 회복을 청구하는 소를 가리키는 것이나, 재산상속에 관하여 진정한 상속인임을 전제로 그 상속으로 인한 소유권 또는 지분권 등 재산권의 귀속을 주장하고, 참칭상속인 또는 자기들만이 재산상속을 하였다는 일부 공동상속인들을 상대로 상속재산인 부동산에 관한 등기의 말소 등을 청구하는 경우에도, 그 소유권 또는 지분권이 귀속되었다는 주장이 상속을 원인으로 하는 것인 이상 그 청구원인 여하에 불구하고 이는 민법 제999조 소정의 상속회복청구의 소라고 해석함이 상당하고, 재산상속회복청구의 소인 이상 민법 제999조에 의하여 준용되는 민법 제982조 제2항 소정의 제척기간의 적용이 있다 할 것이며, 상속개시일로부터 10년을 경과한 후에 상속권의 침해가 있는 경우라도 10년의 제척기간 경과로 인하여 상속회복청구권은 소멸되었다(4개의 반대의견 있음).

(論評) 대상판결은, 상속회복청구권의 성질을 집합적 권리설로 보고, 공동상속인 사이의 청구도 상속회복청구이며, 상속개시일로부터 10년을 경과한 후에 상속권의 침해가 있는 경우라도 제척기간 경과로 인하여 상속회복청구권은 소멸하였다고 한 점에서 모두 종래의 판례를 재확인한 것이다. 다만 이 판결에는 상속회복청구권을 독립권리설로 보아야 한다는 대법관 3인의 반대의견, 10년의 제척기간의 기산점은 상속권의 침해가 있었을 때부터 기산하는 것으로 해석하여야 한다는 대법관 2인의 반대의견, 상속회복청구의 상대방이 되는 '참칭상속권자'라 함은 상속이 개시될 당시에 정당한 상속권자가 아님에도 불구하고 진정한 상속권자로 믿게 할 만한 외관을 지니고 정당한 상속권자의 상속권을 침해하고 있는 자에 국한된다는 대법관 1인의 반대의견 및 공동상속인 상호간의 지분권 침해를 둘러싼 분쟁에 관하여서는 상속회복청구에 관한 민법 규정의 적용이 없다는 대법관 1인의 반대의견 등이 있어서 눈길을 끈다.

대상판결에 관하여는 많은 논평이 발표되어 있는데 이에 대하여는 대상판결에 대한 본인의 評釋¹⁰⁸⁾을 참고하기 바란다.

이 이외에도 상속회복청구권에 관하여는 쟁점이 많다. 예컨대 그 상대방이 되는

108) 尹眞秀, “相續回復請求權의 性質과 그 除斥期間의 起算點”, 金容俊 화갑기념 재판의 한길, 1998, 478면 이하.

僭稱相續人은 누구를 말하는가에 관하여도 다양한 판례가 나와 있고, 109) 또 대판 1994. 3. 25, 93다57155(公 1994상, 1332); 1998. 3. 27, 96다37398(公 1998상, 1158)은 상속회복청구권이 제척기간의 경과로 소멸하게 되면 상속인은 상속인으로서의 지위를 상실하게 되고, 그 반사적 효과로서 참칭상속인의 지위는 확정되어 참칭상속인이 상속개시의 시로부터 소급하여 상속인으로서의 지위를 취득한다고 한다.110)

2. 相續缺格

[判例 34]

대판 92. 5. 22, 92다2127(公 924, 1975): 落胎가 相續缺格事由에 해당하는지 여부 (要旨) 태아가 호주상속의 선순위 또는 재산상속의 선순위나 동 순위에 있는 경우에 그를 낙태하면 민법(1990. 1. 13. 법률 제4199호로 개정되기 전의 것. 이하 같다) 제992조 제1호 및 제1004조 제1호 소정의 상속결격사유에 해당하며, 위 위 민법 규정들 소정의 상속결격사유로서 '살해의 고의' 이외에 '상속에 유리하다는 인식'을 필요로 하는지 여부에 관하여는, (1) 우선 민법 제992조 제1호 및 제1004조 제1호는 그 규정에 정한 자를 고의로 살해하면 상속결격자에 해당한다고만 규정하고 있을 뿐, 더 나아가 '상속에 유리하다는 인식'이 있어야 한다고까지는 규정하고 있지 아니하고 있고, (2) 또한 민법은 '피상속인 또는 호주상속의 선순위자'(제992조 제1호)와 '피상속인 또는 재산상속의 선순위나 동순위에 있는 자'(제1004조 제1호) 이외에 '직계존속'도 피해자에 포함하고 있고, 위 '직계존속'은 가해자보다도 상속순위가 후순위일 경우가 있는바, 민법이 굳이 동인을 살해한 경우에도 그 가해자를 상속결격자에 해당한다고 규정한 이유는, 상속결격요건으로서 '살해의 고의' 이외에 '상속에 유리하다는 인식'을 요구하지 아니한다는 데에 있다고 해석할 수밖에 없으며, (3) 민법 제992조 제2호 및 이를 준용하는 제1004조 제2호는 '고의로 직계존속, 피상속인과 그 배우자에게 상해를 가하여 사망에 이르게 한 자'도 상속결격자로 규정하고 있는데, 이 경우에는 '상해의 고의'만 있으면 되므로, 이 '고의'에 '상속에 유리하다는 인식'이 필요 없음은 당연하므로, 이 규정들의 취지에 비추어 보아도 각각 제1호의 요건으로서 '살해의 고의' 이외에 '상속에 유리하다는 인식'은 필요로 하지 아니한다.

(論評) 1. 상속결격사유에 해당하기 위하여 '상속에 유리하다는 인식'이 요구되는가 하는 점은 상속결격제도의 존재이유와 관련하여 논의된다. 이에 관한 이른바 相

109) 이에 대하여는 吳奇斗, “相續回復請求權行使에 관한 判例理論 研究”, 法曹 1999. 1, 94면 이하 참조.

110) 위 후자의 판결에 대하여는 李和淑, “相續回復請求權 除斥期間의 경과와 僭稱相續人의 지위”, 저스티스 제32권 제2호, 1999, 103면 이하 참조.

續의 協同關係 破壞說은, 상속의 근거는 상속인과 피상속인을 연결하는 상속적 협동관계(윤리적 경제적 협동관계)에 있는데, 상속결격은 이러한 관계를 파괴 또는 침해한 데 대한 제재로 보고, 따라서 상속결격사유에 해당하기 위하여는 따로 ‘상속에 유리하다는 인식’은 필요하지 않다고 한다. 반면 이른바 個人法的 財産取得秩序 破壞說은, 상속인에 의한 재산취득의 측면을 중시하여서 상속결격은 그 취득질서를 교란시키고 위법하게 이득을 얻으려는 것에 대한 제재라고 보므로, 상속결격에 해당하려면 ‘상속에 유리하다는 인식’을 필요로 한다고 본다. 그리고 二元說은, 결격사유에 따라 상속결격제도의 근거를 달리 설명한다. 즉 피상속인 또는 선순위나 동순위의 상속인에 대한 생명침해(제1004조 1, 2호)의 경우에는 상속적 협동관계의 파괴에 대한 제재라고 보고, 피상속인의 상속에 대한 유언행위에 대한 위법한 간섭(제1004조 3, 4, 5호)의 경우에는 상속인이 상속법상 유리하게 되거나 또는 불리하지 않게 되려고 위법하게 간섭하는 행위에 대한 제재라고 한다. 따라서 전자의 경우에는 이와 같은 인식을 필요로 하지 않는 반면, 후자의 경우에는 위와 같은 인식을 필요로 한다고 본다.¹¹¹⁾

대상판결은 제1004조 제1호의 결격사유에 관한 한 ‘상속에 유리하다는 인식’은 요구되지 않는다고 보았고, 이는 타당하다고 생각된다.

2. 그러나 낙태가 과연 선순위 또는 동순위 상속인을 ‘살해’한 것인가 하는 점은 의문이고, 낙태는 여기서 말하는 ‘살해’에는 해당하지 않는다고 보아야 할 것이다. 그 근거로는, 우선 상속결격제도는 일종의 민사벌적 성격을 가지므로 그 해석에 있어서는 형법의 해석에 있어서와 마찬가지로 엄격하게 해석하여야 할 것인데, 형법 상으로는 태아의 낙태는 완전한 사람을 살해한 경우와는 다르게 취급되므로, 아직 출생하지 않은 태아의 낙태까지 살해에 해당한다고 보아서는 안 된다.¹¹²⁾

둘째, 보다 실질적인 근거로서는 태아가 상속에 관하여 출생한 것으로 본다는 것은 어디까지나 살아서 출생한 것을 전제로 한다는 점을 들 수 있다. 정지조건설에 의하면 낙태된 경우는 조건이 성취되지 않았으므로 태아가 동순위의 상속인은 되지 않는다. 해제조건설에 의하더라도 낙태에 의하여 해제조건이 성취되었으므로 태아는 소급하여 권리능력 내지 상속능력을 취득하지 못하게 되고, 따라서 태아가 동순위나 선순위의 상속인이 될 수는 없다. 그러므로 여기서의 실질적인 문제는, 이처럼 태아가 권리능력을 취득하지 못하게 한 행위에 대하여 어떤 평가를 내릴 것인가 하는 점이다. 민법 제150조는, 신의성실의 원칙에 반하여 조건을 성취시키거나 성취를 방해한 때에는 그 조건의 불성취 또는 성취를 의제하고 있는데, 낙태의 문제도 이러한 관점에서 바라보아야 할 것이다.¹¹³⁾

111) 吳宗根, “相續缺格事由 - 落胎의 경우”, 家族法研究 7, 1993, 284면 참조.

112) 같은 취지: 吳宗根(註111), 293 -295면; 李和淑, 註釋相續法(上), 1996, 144 -145면.

3. 상속의 효과

[判例 35]

大判 1994. 8. 26, 93다20191(공1994하, 2510): 他人의 權利를 처분한 후 處分子를 所有者가 상속한 경우의 법률관계

(要旨) 채무자가 피고들인 자신의 처 및 아들 명의의 주식에 관하여 처분권한 없이 원고와 담보설정계약을 체결하였다 하더라도 이는 일종의 타인의 권리의 처분행위로서 유효하다 할 것이므로 채무자는 피고들로부터 위 주식(주권)을 취득하여 이를 원고에게 인도하여야 할 의무를 부담한다 할 것인데, 이는 채무자의 사망으로 인하여 피고들에게 상속되었으나 피고들은 원래 위 주식의 주주로서 타인의 권리에 대한 담보설정계약을 체결한 원고에 대하여 그 이행에 관한 아무런 의무가 없고 이행을 거절할 수 있는 자유가 있었던 것이므로 위 피고들은 신의칙에 반하는 것으로 인정할 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로는 위 계약에 따른 의무의 이행을 거절할 수 있다.

(論評) 본인이 무권대리인을 상속한 경우에 그 무권대리행위의 효력은 당연히 유효로 되는가, 거꾸로 무권대리인이 본인을 상속한 경우에는 어떠한가 하는 점에 관하여 논의가 있는데, 이러한 문제는 타인의 권리를 매매하는 등 타인의 권리에 관한 처분행위를 한 후 처분행위자가 사망하여 소유자가 처분행위자를 상속한 경우에도 마찬가지로 생긴다. 대상판결은 이러한 경우에 상속인들이 처분행위에 따른 의무 이행을 거절할 수 있다고 하면서도, 당해 사건에 있어서는 상속인들이 의무 이행을 거절하는 것은 신의칙에 어긋난다고 보아야 할 특별한 사정이 있다고 하였다.

[判例 36]

大判 94.2.25, 93다39225(公 1994상, 1093): 合有의 相續性

(要旨) 부동산의 합유자 중 일부가 사망한 경우 합유자 사이에 특별한 약정이 없는 한 사망한 합유자의 상속인은 합유자로서의 지위를 승계하는 것이 아니므로 해당 부동산은 잔존합유자가 2인 이상일 경우에는 잔존합유자의 합유로 귀속되고 잔존합유자가 1인인 경우에는 잔존합유자의 단독소유로 귀속된다.

(論評) 대상판결은 조합원의 지위는 원칙적으로 상속되지 않는다는 점을 근거로 한 것으로 보이나, 학설¹¹⁴⁾은 이에 대하여 비판적이다. 즉 합유의 당사자가 조합관

113) 판례에 반대하는 견해로는 註104) 외에 朴秉濠, “相續缺格의 諸問題”, 家族法論集, 1996, 317면 이하가 있고, 판례를 지지하는 견해로는 李性龍, “相續缺格者에 관한 舊民法 제992조 제1호, 제1004조 제1호 소정의 ‘故意’에 ‘相續에 有利하다는 認識’도 필요 한지 與否”, 法曹 1992. 7, 121면 이하; 金疇洙(註14), 506-507면 등이 있다.

114) 金相容, “合有持分의 相續性”, 民事判例評釋(I), 1994, 219면 이하; 司空永振, “合有持分의 相續性”, 裁判과 判例 제4집, 1995, 41면 등.

계에 있을 때에는 조합원의 지위는 상속되지 아니하므로 합유지분도 상속되지 않지만, 합유의 당사자가 그러한 조합관계에 있지 않으면 합유지분도 그 상속인에게 상속되는 것으로 보아야 한다는 것이다.

[判例 37]

大判 1998. 2. 10, 97누5367(公 1998상, 796): 繼續的 保證債務의 相續性

(要旨) 타인간의 계속되는 거래로 인하여 장래 발생하는 채무를 어떤 금액을 한도로 하여 보증을 하기로 약정한 보증인이 사망한 경우에는 상속인이 그 지위를 승계한다 할 것이고, 이와 같은 계속적 보증채무의 경우에도 상속개시 당시 주채무자가 변제불능의 무자력 상태에 있어서 피상속인인 보증인이 그 채무를 이행하지 않으면 안되었을 뿐 아니라 주채무자에게 구상권을 행사하더라도 변제받을 가능성이 없었다고 인정되면 그 채무금액을 상속세과세가액에서 공제할 수 있다.

(論評) 계속적 계약관계에 관하여 행하여지는 계속적 보증채무의 경우에는 그 상속성을 부정하는 것이 일반적이나, 이에 반하여 보증한도액의 정함이 있거나 책임범위에 일정한 확정기준이 마련되어 있는 유한보증의 경우라면 상속성을 인정하고, 또 무한보증의 경우에는 보증인의 지위에 일신전속성을 인정하여 상속개시 당시의 잔존채무액을 한도로 한 유한보증으로의 전환을 인정하여야 한다는 설¹¹⁵⁾ 또는 원칙적으로 상속되고 다만 한도액과 양자 모두에 관하여 아무런 제한이 없는 이른바 무한보증의 경우에는 상속 당시까지 발생한 구체적 보증채무금액을 한도로 한 유한보증으로 전화된다는 견해¹¹⁶⁾도 있다. 대 상관결은 위 두 번째의 견해를 따른 것이다.

4. 祭祀用 財産의 承繼

[判例 38]

大判 1994. 10. 14, 94누4059(公 1994, 3018): 祭祀를 主宰하는 자가 相續人이 아닌 경우 禁養林野의 귀속

(要旨) 상속세법 제8조의 2 제2항 제2호는 상속세과세가액에 산입하지 아니하는 재산으로서 '민법 제1008조의 3에 규정하는 재산'을 들고 있는데, 위 규정은 일가의 제사를 계속하게 하기 위한 제사용 재산을 승계할 경우에는 이를 일반상속재산과 구별되는 특별재산이라고 보아 상속세과세가액에서 제외시키기 위한 것으로서, 금양임야 등을 소유하던 피상속인이 사망한 후 상속인들이 수인이 있을 경우 금양임야 등의 승계권을 그 금양임야로서 수호하는 분묘의 제사를 주재하는 상속인에게 귀속시키기 위한 규정이라고 보아야 할 것이고, 금양임야 등의 소유자가 사망한 후 상속

115) 金云湜, “債務相續”, 相續法의 諸問題, 裁判資料 78, 679 - 680면.

116) 朴炳大, 民法注解 10, 1995, 401면 등.

인과 그 금양임야로서 수호하는 분묘의 제사를 주재하는 자가 다를 경우에는 그 금양임야 등은 상속인들의 일반상속재산으로 돌아간다고 보아야 할 것이며 상속인이 아닌 제사를 주재하는 자에게 금양임야 등의 승계권이 귀속된다고 할 수는 없다.

(論評) 민법 제1008조의3에서 말하는 제사를 주재하는 자가 누구인가에 관하여는 견해가 나누인다. 1설은 호주승계인을 말한다고 하고¹¹⁷⁾, 다른 설은 실제로 제사를 주재하는 자를 말한다고 한다¹¹⁸⁾. 대상판결은 상속인과 그 금양임야로서 수호하는 분묘의 제사를 주재하는 자가 다를 경우에는 그 금양임야 등은 상속인들의 일반상속재산으로 돌아간다고 하여, 대체로 후자의 견해에 가까운 것으로 보인다.

5. 特別受益

[判例 39]

大判 1995. 3. 10, 94다16571(公 1995상, 1576): 特別受益의 算定方法

(要旨) 민법 제1008조의 규정은 공동상속인 중에 피상속인으로부터 재산의 증여 또는 유증을 받은 특별수익자가 있는 경우에 공동상속인들 사이의 공평을 기하기 위하여 그 수증재산을 상속분의 선급으로 다루어 구체적인 상속분을 산정함에 있어 이를 참작하도록 하려는데 그 취지가 있고, 위 규정의 적용에 따라 공동상속인 중에 특별수익자가 있는 경우의 구체적인 상속분의 산정을 위하여는, 피상속인이 상속개시 당시에 가지고 있던 재산의 가액에 생전 증여의 가액을 가산한 후, 이 가액에 각 공동상속인별로 법정상속분율을 곱하여 산출된 상속분의 가액으로부터 특별수익자의 수증재산인 증여 또는 유증의 가액을 공제하는 계산방법에 의하여 할 것이고, 여기서 이러한 계산의 기초가 되는 피상속인이 상속개시 당시에 가지고 있던 재산의 가액은 상속재산 가운데 적극재산의 전액을 가리키는 것으로 보아야 옳다. 그렇지 않고 이를 상속의 대상이 되는 적극재산으로부터 소극재산을 공제한 차액에 해당되는 순재산액이라고 파악하게 되면, 자기의 법정상속분을 초과하여 특별이익을 얻은 초과특별수익자는 상속채무를 전혀 부담하지 않게 되어 다른 공동상속인에 대하여 심히 균형을 잃게 되는 부당한 결과에 이르기 때문에 상속인들은 상속의 대상이 되는 적극재산에 증여재산을 합한 가액을 상속분에 따라 상속하고, 소극재산도 그 비율대로 상속한다고 보아야 한다.

(論評) 대상판결은 특별수익의 산정의 기초가 되는 상속재산의 가액은 상속재산 가운데 적극재산의 전액을 가리키는 것이며, 소극재산은 상속분의 비율대로 상속한

117) 朴秉濠, “民法上의 祭祀用財産의 承繼”, 家族法論集, 1996, 278면; 申榮鎬, “祭祀用財産의 相續”, 朴秉濠教授選甲紀念 家族法學論叢, 1991, 589면 등.

118) 金疇洙(註14), 5248 - 529면; 金英蘭, “相續稅法 제8조의2 제2항 제2호의 ‘민법 제1008조의3에 규정하는 재산’의 하나인 禁養林野의 意味와 그 承繼”, 대법원관례해설 1994년 하반기(통권 제22호), 534면(대상판결의 해설임) 등.

다고 하는데, 이는 대체로 통설과 일치한다.

[判例 40]

大決 1997. 3. 21, 96스62(공 1997, 1228): 特別受益 算定の 基準時

(要旨) 공동상속인 중에 피상속인으로부터 재산의 증여 또는 유증 등의 특별수익을 받은 자가 있는 경우에는 이러한 특별수익을 고려하여 상속인별로 고유의 법정 상속분을 수정하여 구체적인 상속분을 산정하게 되는데, 이러한 구체적 상속분을 산정함에 있어서는 상속개시시를 기준으로 상속재산과 특별수익재산을 평가하여 이를 기초로 하여야 할 것이고, 다만 법원이 실제로 상속재산분할을 함에 있어 분할의 대상이 된 상속재산 중 특정의 재산을 1인 및 수인의 상속인의 소유로 하고 그의 상속분과 그 특정의 재산의 가액과의 차액을 현금으로 정산할 것을 명하는 방법(소위 代價分割의 방법)을 취하는 경우에는, 분할의 대상이 되는 재산을 그 분할시를 기준으로 하여 재평가하여 그 평가액에 의하여 정산을 하여야 할 것이다.

(論評) 이는 대체로 통설과 일치한다. 다만 항상 분할시를 기준으로 하여야 한다는 설¹¹⁹⁾ 및 상속재산의 평가에 관하여는 상속개시시절을 따르면서도(분할을 위하여는 다시 분할시절을 따른다), 특별수익인 증여가액의 평가시점에 관하여는 이행시절을 주장하는 견해¹²⁰⁾ 등도 있다.

6. 寄與分

[判例 41]

大判 1998. 12. 8, 97므513, 520, 97스12 (公 1999상, 123): 扶養으로 인한 寄與分

(要旨) 민법이 친족 사이의 부양에 관하여 그 당사자의 신분관계에 따라 달리 규정하고, 피상속인을 특별히 부양한 자를 기여분을 인정받을 수 있는 자에 포함시키는 제1008조의2 규정을 신설함과 아울러 재산상속인이 동시에 호주상속을 할 경우에 그 고유의 상속분의 5할을 가산하도록 한 규정(1990. 1. 13. 법률 제4199호로 개정되기 전의 제1009조 제1항 단서)을 삭제한 취지에 비추어 볼 때, 성년(成年)인 자(子)가 부양의무의 존부나 그 순위에 구애됨이 없이 스스로 장기간 그 부모와 동거하면서 생계유지의 수준을 넘는 부양자 자신과 같은 생활수준을 유지하는 부양을 한 경우에는 부양의 시기·방법 및 정도의 면에서 각기 특별한 부양이 된다고 보아 각 공동상속인 간의 공평을 도모한다는 측면에서 그 부모의 상속재산에 대하여 기여분을 인정함이 상당하다.

(論評) 민법은 “피상속인을 특별히 부양한 자”를 기여분권리자로 예시하고 있어

119) 朴秉濠(註20), 1994, 337면.

120) 郭潤直(註21), 1997, 192 - 193면.

서 그 해석상 다소 어려움이 있다. 원래 부양은 친족 사이의 의무인 것이고, 부양 그 자체는 원칙적으로는 특별한 기여라고 하기 어려운 것이기 때문이다. 학설로는 상속인 중의 1인의 피상속인에 대한 扶養이 법률상 의무의 이행이든 그렇지 않든 간에 또는 通常의 부양이라 하더라도 피상속인을 부양하여 이로 인하여 상속재산이 유지 증가되면 이를 특별한 기여로 평가하여 상속재산분할에 있어 다른 상속인(부양의무자)과의 관계에서 그 부양분담액을 기여분으로서 일괄하여 청산할 수 있다는 견해¹²¹⁾가 있는 반면, 夫婦나 親族간의 신분관계에 기초하여 通常 기대되는 정도를 넘는 扶養이 있는 경우에만 이를 특별한 기여행위로 보아 상속재산분할에 있어 이를 평가하여 寄與分으로서 반영하자는 견해¹²²⁾도 있다. 대수판결은 대체로 후자의 견해에 입각한 것으로 보이는데, 특히 생계유지의 수준을 넘는 부양자 자신과 같은 생활수준을 유지하는 부양을 한 경우를 특별한 기여로 본 것이다.¹²³⁾

[判例 42]

大判 94. 10.14, 94다8334(公 1994하, 2971): 遺留分返還請求에 대한 寄與分の 抗辯

(要旨) 공동상속인 중 피상속인의 재산의 유지 또는 증가에 관하여 특별히 기여하거나 피상속인을 특별히 부양한 자가 있는 경우 그 기여분의 산정은 공동상속인들의 협의에 의하여 정하도록 되어 있고, 협의가 되지 않거나 협의할 수 없는 때에는 기여자의 신청에 의하여 가정법원이 심판으로 이를 정하도록 되어 있으므로 위와 같은 방법으로 기여분이 결정되기 전에는 피고가 된 기여상속인은 유류분반환청구소송에서 상속재산 중 자신의 기여분을 공제할 것을 항변으로 주장할 수는 없다.

(論評) 이는 기여분 결정절차는 가사소송법에 의한 비송사건인 반면, 유류분반환청구소송은 민사소송이기 때문에 생기는 문제로서, 학설상으로도 별다른 이견이 없기는 하나, 실제에 있어서는 반드시 공평한 것은 아니다.

7. 상속재산의 분할

[判例 43]

大判 93.8.24, 93다12(公 1993하, 2591): 민법 제1014조에 의한 價額請求에 있어서 價額의 算定方法

(要旨) 1. 민법 제1014조에 의한 상속분가액청구권은 상속회복청구권의 일종으로

121) 全面的 認定說. 鄭德興, “寄與分の 決定과 相續分の 修正”, 司法論集 제25집 1994, 58-59면.

122) 제한적 인정설. 李熙培, 註釋相續法(上), 1996, 244면.

123) 大決 1996. 7. 10, 95스30, 31(公 1996하, 2495)는 처의 기여분에 관하여 처가 피상속인을 간병한 것은 부부간의 부양의무 이행의 일환일 뿐 망인의 상속재산 취득에 특별히 기여한 것으로 볼 수 없다는 등의 이유로 이를 부정하였다.

서, 이 가액은 피인지자 등이 상속분을 청구하는 때의 시가(사실심 변론종결시의 시가)를 의미하는 것으로 볼 것이며, 민법 제1014조는 인지 이전에 다른 공동상속인이 이미 상속재산을 분할 기타의 방법으로 처분한 경우에는 사후의 피인지자는 다른 공동상속인들의 분할 기타 처분의 효력을 부인하지 못하게 하는 대신, 이들에게 그 상속분에 상당한 가액의 지급을 청구할 수 있도록 하여 상속재산의 새로운 분할에 갈음하는 권리를 인정함으로써 피인지자의 이익과 기존의 권리관계를 합리적으로 조정하는데 그 목적이 있으므로, 그 가액의 범위에 관하여는 부당이득반환의 범위에 관한 민법규정을 유추적용할 수는 없고, 다른 공동상속인들이 분할 기타의 처분시에 피인지자의 존재를 알았는지의 여부에 의하여 그 지급할 가액의 범위가 달라지는 것도 아니다.

2. 상속분에 상당한 가액의 청구권은 원래 피인지자가 상속개시시에 소급하여 취득하였을 상속재산에 대한 권리(상속분)가 변환된 것으로서 그에 상당한 현물과의 **등가관계**를 전제로 하는 것이므로, 그 가액은 실제로 다른 공동 상속인들이 분할기타 처분에 의하여 얻은 대가를 기준으로 하거나, 그 당시의 시가로 산정할 것이 아니라, 현실의 지급시를 기준으로 하여 산정하여야 할 것이고, 소송으로써 지급을 청구하는 경우에는 그 소송의 사실심 변론종결당시의 상속재산가액을 기초로 하여 산정하여야 할 것이다.

3. 상속재산의 처분에 수반되는 조세부담은 상속에 따른 비용이라고 할 수 없고, 민법 제1014조에 의한 가액의 지급청구는 상속재산이 분할되지 아니한 상태를 가정하여 피인지자의 상속분에 상당하는 가액을 보장하려는 것이므로, 다른 공동상속인들의 분할 기타의 처분에 의한 조세부담을 피인지자에게 지급할 가액에서 공제할 수는 없고, 다른 상속인들이 피인지자에게 그 금액의 상환을 구할 수도 없다.

(論評) 민법 제1014조의 상속분가액지급청구권의 성질에 관하여 종전의 판례¹²⁴⁾는 이를 상속회복청구권의 일종이라고 보고 있는데, 대상판결은 이를 다시 한 번 확인한 것이며, 다수설도 그와 같다.¹²⁵⁾ 문제는 그 가액의 산정을 어느 시점을 기준으로 할 것인가 하는 점인데, 대상판결은 이는 상속분에 상당한 현물을 지급하는 것과 **등가관계**에 있어야 한다고 하여 사실심변론종결시를 기준으로 하여야 한다고 보았다.¹²⁶⁾

124) 대판 1981. 2. 10, 79다2052(公 1981, 13720) 등.

125) 상속재산분할청구권의 일종이라고 보는 반대설로는 朴秉濠, “相續回復請求權 管見”, 家族法論集, 300-301면; 申榮鎬, “民法 第1014條의 相續分價額支給請求權”, 家族法研究 9, 1995, 382-384면.

126) 申榮鎬(註125), 390 - 391면은 상속분가액지급청구는 상속재산분할의 再分割이므로 재분할시 곧 지급시의 시가를 기준으로 하여야 한다고 설명한다.

8. 相續의 承認 및 拋棄

[判例 44]

헌재결 1998. 8. 27, 96헌가22, 97헌가2·3·9, 96헌바81, 98헌바24·25(병합)(判例月報 1998. 10, 64): 민법 제1026조 제2호에 의한 法定單純承認 規定의 違憲性

(要旨) 상속인이 귀책사유없이 상속채무가 적극재산을 초과하는 사실을 알지 못하여 고려기간내에 한정승인 또는 포기를 하지 못한 경우에도 민법 제1026조 제2호가 단순승인을 한 것으로 본 것은 기본권제한의 입법한계를 일탈한 것으로 재산권을 보장한 헌법 제23조 제1항, 사적자치권을 보장한 헌법 제10조 제1항에 위반된다.

(論評) 민법 제1019조 제1항이 규정하고 있는, 상속의 승인 또는 포기를 위한 고려기간의 기산점에 관하여, 대법원의 판례는, 민법 제1019조 제1항 소정의 “相續開始 있음을 안 날”이라고 함은 상속개시의 원인되는 사실의 발생을 알고 또 이로써 자기가 상속인이 되었음을 안 날을 말하고, 상속재산 또는 상속채무 있음을 안 날 또는 상속포기제도를 안 날을 의미하는 것은 아니라고 하였다.¹²⁷⁾ 종래의 다수설도 판례와 마찬가지로이지만, 근래에는 상속승인 또는 포기를 위한 고려기간은 상속인이 상속개시사실과 자기가 상속인인 사실을 아는 외에 적극재산 또는 소극재산의 존재를 안 때로부터 기산한다고 해석하여야 한다는 견해도 주장되고 있다.¹²⁸⁾ 어쨌든 종래의 대법원 판례에 의할 때에는 상속이 개시된 후 뒤늦게 상속채무의 존재를 발견한 상속인은 상속을 포기할 수 없게 되어 상속채무를 변제하여야만 하게 된다. 이러한 상황에서 대상결정은 상속승인 또는 포기를 위한 고려기간이 경과하면 상속인이 단순승인을 한 것으로 의제하는 민법 제1026조 제2호를 위헌이라고 하여 헌법불합치결정을 함으로써 문제를 해결하려고 하였다.¹²⁹⁾

그러나 우선 민법 제1026조 제2호가 위헌이라고 하는 것만으로 문제가 바로 해결되는 것은 아니다. 민법 제1026조 제2호가 위헌으로 결정된다고 하여도, 고려기간이 경과함으로써 채무를 확정적으로 승계하게 된 상속인의 지위에는 어떤 변화가 있을 수 없는 것이기 때문이다.¹³⁰⁾ 나아가 위헌에 의하여 문제를 해결하기 전에, 가령 고려기간이 경과하여 단순승인으로 의제되더라도 그 단순승인을 착오를 이유로 취소할 수 있는가 하는 점을 좀더 따져 보았어야 한다고 생각된다.¹³¹⁾

127) 大判 1969. 4. 22, 69다232(集 17권 2집 민54면); 大決 84. 8. 23, 84스17-25 (公 1984, 1723); 86. 4. 22, 86스10(公 1986, 872); 88. 8. 25, 86스10, 11, 12, 13(公 1988, 1240); 91. 6. 11, 91스1(公 1991, 1925) 등.

128) 상세한 것은 尹眞秀, “相續債務를 뒤늦게 발견한 相續人의 保護”, 서울대학교 법학 제 38권 3·4호, 1997, 185면 이하 참조.

129) 대상결정에 대한 해설로는 丁泰鎬, “民法 제1026조제2호에 대한 憲法不合致決定에 대한 評釋 및 위 法律規定의 改正方向, 人權과 正義 1998. 11, 103면 이하가 있다.

130) 尹眞秀(註128), 206면 이하 참조.

131) 尹眞秀(註128), 210면 이하 참조.

법무부의 친족상속법 개정안에 따르면, 민법 제1019조에 제3항을 신설하여, “상속인이 상속되는 채무가 그 재산을 초과하는 사실을 중대한 과실없이 제1항의 숙려기간 내에 알지 못하고 단순승인(제1026조에 의하여 단순승인한 것으로 보는 경우를 포함한다)한 경우에는 그 안 날로부터 3월 내에 한정승인을 할 수 있다”고 하고 있다. 그리고 그에 따라 이러한 한정승인의 신고절차에 관한 규정을 두었으며(제1030조 제2항의 신설), 한정승인을 하였을 때에는 이미 처분한 상속재산의 가액을 합하여 상속채무를 변제하도록 하고(제1034조 제2항의 신설), 한정승인을 한 자가 과실로 일부 채권자에게 변제를 한 경우의 배상책임(제1038조 제1항 단서의 신설) 및 이 경우 변제를 받지 못한 상속채권자나 유증받은 자의 구상권에 관한 규정(제1038조 제2항 단서의 신설)을 두어 다른 한정승인의 경우와 균형을 맞추도록 하였다.

[判例 45]

大判 95. 4. 7, 94다11835(公 1995상, 1817): 先順位相續인들이 相續을 포기하였을 경우 相續財産이 次順位相續인에게 歸屬되는지 여부

(要旨) 제1순위 상속권자인 처와 자들이 모두 상속을 포기한 경우에는 손이 직계비속으로서 상속인이 된다.

(論評) 대상판결은 민법 제1042조, 제1044조 및 제1027조를 근거로 하여 이와 같은 결론에 이르게 된 것으로 생각된다.¹³²⁾ 그러나 이러한 판례에 대하여는, 민법 1027조와 1044조는 적극재산이 소극재산보다 더 많은 경우를 상정하여 규정된 것이고, 따라서 피상속인의 소극재산이 적극재산보다 더 많은 채무초과의 경우에는 위 조항들은 적용되지 않는다고 하여 이 경우에는 상속인이 없는 것으로 보아야 한다는 비판이 있으나,¹³³⁾ 현행법의 해석론으로는 무리라고 생각된다.

9. 遺言

[判例 46]

大判 1996. 4. 23, 95다34514(公 1996상, 1562): 意思無能力者의 遺言.

(要旨) 유언공정증서를 작성할 당시에 유언자가 반혼수상태였으며, 유언공정증서의 취지가 낭독된 후에도 그에 대하여 전혀 응답하는 말을 하지 아니한 채 고개만 끄덕였다면, 유언공정증서를 작성할 당시에 유언자에게는 의사능력이 없었으며 그

132) 동지, 대판 1995. 9. 26, 95다27769(公 1995하, 3530). 郭潤直(註21), 126면은, 상속인이 될 자 전원이 사망한 경우에 그 직계비속이 대습상속을 하는가 비대습상속을 하는가의 문제와 관련하여, 이 판례가 비대습상속설을 취하고 있는 것으로 이해한다.

133) 李永武, “先順位相續인들이 相續을 포기하였을 경우 相續財産이 次順位相續인에게 歸屬되는지 여부”, 人權과 正義 1996. 7, 111면 이하. 安榮文, “代襲相續에 관한 몇 가지 問題點”, 釜山法曹 15, 1997, 121면도 같은 취지이다.

공정증서에 의한 유언은 유언자가 유언의 취지를 口授하고 이에 기하여 공정증서가 작성된 것으로 볼 수 없어서, 민법 제1068조가 정하는 공정증서에 의한 유언의 방식에 위배되어 무효이다.

(論評) 종래의 판례¹³⁴⁾는, 半昏睡狀態에 있는 환자가 공증인이 묻는 말에 끄덕거린 정도로 口授가 있었다고 볼 수 없으므로 그러한 상태에서 작성된 공정증서유언은 무효라고 하였다. 그러나 이에 대하여는, 구수에 의하여야 한다는 취지는 촉탁은 유언자가 직접 공증인에게 하여야 하고 대리인을 시키는 것은 불가하다는 취지로 보아야 하며, 언어능력이 없는 사람은 필기문답이나 거동에 의하여 의사를 표시할 수도 있으므로 고개를 끄덕거리는 것만으로는 口授가 아니라고 할 것은 아니고, 다만 이러한 경우에 의사능력이 없다고 하여 무효라고 함은 별개의 문제라고 하는 비판이 있었고, ¹³⁵⁾ 대상판결은 이러한 비판을 고려한 것으로 여겨진다.

[判例 47]

대판 1998. 6. 12, 97다38510(公 1998하, 1866): 自筆證書에 의한 遺言의 방식.

(要旨) 민법 제1066조에서 규정하는 자필증서에 의한 유언은, 유언자가 그 전문과 연월일, 주소 및 성명을 자서(自書)하는 것이 절대적 요건이므로 전자복사기를 이용하여 작성한 복사본은 이에 해당하지 아니함은 소론과 같으나, 그 주소를 쓴 자리가 반드시 유언 전문 및 성명이 기재된 지편이어야 하는 것은 아니고 유언서의 일부로 볼 수 있는 이상 그 전문을 담은 봉투에 기재하더라도 무방하며, 그 날인은 인장 대신에 무인에 의한 경우에도 유효하다.

(論評) 자필증서에 의한 유언의 방식으로서 유언자의 주소의 기재를 요구하는 것은 외국 민법에서는 찾아볼 수 없는, 우리 민법의 독자적인 규정이다. 유언에서 주소가 문제되는 것은 제1차적으로는 유언자의 동일성 확인에 필요하고, 그 외에는 큰 의미를 가지지 않으므로, 유언에 주소가 누락되었더라도 유언자의 동일성 확인에 문제가 없는 한 이를 유효한 것으로 보아야 한다는 견해가 있을 수 있으나, 대상판결은 그러한 견해는 취하지 않은 대신, 그 요건을 완화하여 해석하고 있다.¹³⁶⁾ 그리고 摺印도 날인이 있는 것과 같이 볼 것인가에 관하여는 일본에서 논의가 있으나, 일본의 다수설 및 판례¹³⁷⁾은 무인도 날인이 있는 경우와 마찬가지로 유효로 보고 있다.¹³⁸⁾

134) 대판 1980. 12. 23, 80트18(公 1981, 13583); 1993. 6. 8, 92다8750(1993하, 1989) 등.

135) 그러나 李在性, “公正證書에 의한 遺言의 方式”, 司法行政 1981. 5, 60면 이하.

136) 대판 1998. 5. 29, 97다38503(公 1998하, 1751)은 동일한 유언에 관하여 대체로 같은 취지로 판시하고 있다.

137) 日最判 1989(平元). 6. 23.(判例時報 1318, 47) 등.

138) 都築民枝, 注解法律學全集 民法 X, 1995, 478면 이하 참조.

10. 遺贈

[判例 48]

大判 1996.4.12, 94다37714, 37721(공 1996상, 1491): 遺贈과 死因贈與의 관계

(要旨) 1. 민법 제562조는 사인증여에 관하여는 유증에 관한 규정을 준용하도록 규정하고 있지만 유증의 방식에 관한 민법 제1065조 내지 제1072조는 그것이 단독 행위임을 전제로 하는 것이어서 계약인 사인증여에는 적용되지 아니한다.

2. 민법 제562조가 사인증여에 관하여 유증에 관한 규정을 준용하도록 규정하고 있다고 하여, 이를 근거로 포괄적 유증을 받은 자는 상속인과 동일한 권리의무가 있다고 규정하고 있는 민법 제1078조가 포괄적 사인증여에도 준용된다고 해석하면 포괄적 사인증여에도 상속과 같은 효과가 발생하게 된다. 그러나 포괄적 사인증여는 낙성·불요식의 증여계약의 일종이고, 포괄적 유증은 엄격한 방식을 요하는 단독행위이며, 방식을 위배한 포괄적 유증은 대부분 포괄적 사인증여로 보여질 것인바, 포괄적 사인증여에 민법 제1078조가 준용된다면 양자의 효과는 같게 되므로, 결과적으로 포괄적 유증에 엄격한 방식을 요하는 요식행위로 규정한 조항들은 무의미하게 될 것이다. 따라서 민법 제1078조가 포괄적 사인증여에 준용된다고 하는 것은 사인증여의 성질에 반한다고 할 것이어서 준용되지 아니한다.

(論評) 사인증여의 방식도 통상의 증여와 마찬가지로 유증(유언)의 방식에 관한 규정(1065조 이하)도 준용되지 않는다고 보는 것이 통설이고, 대상판결도 그러한 입장이지만, 이에 대하여는, 사인증여에도 유증의 방식을 따르게 하여야 하며, 다만 사인증여자의 증여의 의사표시만 유증의 방식이 있으면 된다고 하는 반대설이 있다.¹³⁹⁾ 그리고 포괄적 사인증여에 민법 제1078조가 준용되는가 하는 점에 관하여는, 이를 긍정하는 견해도 있으나, 대상판결은 이를 부정하고 있다.¹⁴⁰⁾

11. 遺留分

[判例 49]

大判 1995. 6. 30, 93다11715(공 1995하, 2533): 共同相續人에 대한 遺留分返還請求權의 행사

(要旨) 1. 유류분반환청구권의 행사는 재판상 또는 재판 외에서 상대방에 대한 의사표시의 방법으로 할 수 있고, 이 경우 그 의사표시는 침해를 받은 유증 또는 증여행위를 지정하여 이에 대한 반환청구의 의사를 표시하면 그것으로 족하고 그로 인하여 생긴 목적물의 이전등기청구권이나 인도청구권 등을 행사하는 것과는 달리

139) 權純漢, 死因贈與의 方式과 效力, 관례일보 1997. 9, 14면 이하(대상판결의 평석임).

140) 상세한 것은 李義榮, “포괄적 사인증여에 포괄유증의 효력에 관한 민법 제1078조가 적용되는지 여부”, 대법원관례해설 1996년 상반기(제26호), 195면 이하 참조.

그 목적물을 구체적으로 특정하여야 하는 것은 아니라 할 것이고, 민법 제1117조 소정의 소멸시효의 진행도 위 의사표시로 중단된다.

2. 민법 제1113조 제1항은 유류분은 피상속인의 상속개시시에 있어서 가진 재산의 가액에 증여재산의 가액을 가산하고 채무의 전액을 공제하여 이를 산정한다고 규정하고 있고, 같은 법 제1115조 제1항은 유류분권리자가 피상속인의 제1114조에 규정된 증여 및 유증으로 인하여 그 유류분에 부족이 생긴 때에는 부족한 한도에서 그 재산의 반환을 청구할 수 있다고 규정하고 있고, 그 제2항은 제1항의 경우에 증여 및 유증을 받은 자가 수인인 때에는 각자가 얻은 유증가액의 비례로 반환하여야 한다고 규정하고 있으므로 유류분권리자가 유류분반환청구를 하는 경우에 증여 또는 유증을 받은 다른 공동상속인이 수인일 때에는 민법이 정한 유류분 제도의 목적과 같은 법 제1115조 제2항의 규정취지에 비추어 유류분권리자는 그 다른 공동상속인들 중 증여 또는 유증을 받은 재산의 가액이 자기 고유의 유류분액을 초과하는 상속인을 상대로 하여 그 유류분액을 초과한 금액의 비율에 따라 반환청구를 할 수 있다고 보아야 할 것이다.

3. 민법 제1118조에 의하여 유류분에 준용되는 같은 법 제1008조는 공동상속인 중에 피상속인으로부터 재산의 증여 또는 유증을 받은 자가 있는 경우에 그 수증재산이 자기의 상속분에 달하지 못한 때에는 그 부족한 부분의 한도에서 상속분이 있다고 규정하고 있는바, 이는 공동상속인 중에 피상속인으로부터 재산의 증여 또는 유증을 받은 특별수익자가 있는 경우에 공동상속인들 사이의 공평을 기하기 위하여 그 수증재산을 상속분의 선급으로 다루어 구체적인 상속분을 산정함에 있어 이를 참작하도록 하려는데 그 취지가 있다고 할 것이므로(당원 1995.3.10.선고, 94다16571 판결 참조) 공동상속인 중에 피상속인으로부터 재산의 증여에 의하여 특별수익을 한 자가 있는 경우에는 민법 제1114조의 규정은 그 적용이 배제된다고 할 것이고, 따라서 그 증여는 상속개시 전의 1년간에 행한 것인지 여부에 관계없이 유류분산정을 위한 기초재산에 산입된다.

(論評) 유류분반환청구권의 법적 성질에 관하여는 형성권설과 청구권설 등이 대립하고 있는데, 대상판결은 이에 대하여 명언하고 있지는 않으나, 유류분반환청구권의 행사를 상대방에 대한 의사표시의 방법으로 할 수 있다고 한 점에 비추어 형성권설에 가깝다고 여겨진다. 그리고 유류분반환청구권의 상대방이 다수의 공동상속인일 때에는 그 반환청구의 비율을 어떻게 결정할 것인가에 관하여는, 유류분 권리자는 수유자 또는 수유자 중 자신의 유류분액을 넘는 유증 또는 증여를 받은 자에 대하여만 반환청구를 할 수 있고, 이러한 자들이 복수이면 그들 사이의 반환비율은 유류분을 초과하는 부분의 비율에 따라 결정되어야 한다는 견해(유류분기준설) 및 유류분 권리자는 수유자 또는 수유자 중 자신의 상속분액을 넘는 유증 또는 증여

를 받은 자에 대하여만 반환청구를 할 수 있고, 이러한 자들이 복수이면 그들 사이의 반환비율은 상속분을 초과하는 부분의 비율에 따라 결정되어야 한다는 견해(상속분기준설) 등이 대립하는데, 대상판결은 유류분기준설을 따랐다.¹⁴¹⁾

그리고 대판 1996. 2. 9, 95다17885(公 1996상, 904)는, 공동상속인과 공동상속인이 아닌 제3자가 같이 유류분반환의무자인 경우에는 그 제3자에게는 유류분이라는 것이 없으므로 공동상속인은 자기 고유의 유류분액을 초과한 금액을 기준으로 하여, 제3자는 그 수증가액을 기준으로 하여 각 그 금액의 비율에 따라 반환청구를 할 수 있다고 하여야 한다고 판시한다.

한편 판례는, 공동상속인에 대한 증여는, 그것이 특별수익에 해당할 때에는 증여시기를 불문하고 유류분산정의 기초재산에 산입된다고 한다.¹⁴²⁾

[判例 50]

大判 1994. 4. 12, 93다52563(공 1994상, 1425): 遺留分返還請求權의 1년의 消滅時效의 起算點

(要旨) 수증자가 피상속인을 상대로 하여 명의신탁 해지를 원인으로 하는 소유권이전등기절차 이행의 소를 제기하여 승소판결을 받자, 피상속인의 상속인인 유류분권리자가 위 판결에 대하여 항소를 제기하였다가 항소가 각하되고 상고도 기각된 경우에, 위 사건 항소심에서 수증자가 증여받았음을 주장하고 그러한 취지의 증언이 있었다 하더라도, 유류분권리자가 이를 부인하였다면 위와 같은 주장과 그에 부합하는 취지의 증언이 있었다는 것만으로 유류분권리자가 증여사실을 알았다고 인정할 수 없고, 위 상고기각의 판결이 있을 때 비로소 이 사건 부동산의 증여사실을 알았다고 봄이 상당하다고, 따라서 유류분반환청구권에 대한 1년의 소멸시효도 이 때부터 진행한다.

(論評) 민법 제1117조의 1년의 기간의 기산점은 “상속의 개시와 반환하여야 할 증여 또는 유증을 한 사실을 안 때”로 되어 있는데, 여기서 말하는 반환하여야 할 증여 또는 유증을 한 사실을 안 때의 의미에 관하여, 증여 또는 유증이 있음을 알기만 하면 1년의 기간이 진행되는지,¹⁴³⁾ 아니면 그에 의하여 유류분이 침해되었음을 알아야 하는지¹⁴⁴⁾에 관하여 논의가 있다. 일본의 판례¹⁴⁵⁾는, 증여의 사실 및 그

141) 李鎭萬, “遺留分の算定”, 民事判例研究 19, 1997, 381 -382면; 李義榮, “遺留分算定方法”, 대법원판례해설 1995년 하반기(통권 제25호), 165면 등도 이를 지지하고 있다.

142) 대상판결 외에 대판 1996. 2. 9, 95다17885(公 1996상, 904) 등.

143) 金疇洙(註14), 682면; 李庚熙, 註釋相續法(下), 1996, 540 - 541면 등.

144) 朴秉濠(註20), 486면. 여기서는 유언무효나 증여무효의 소가 계속중인 동안에는 시효기간은 진행하지 않는다고 한다.

145) 日最判 1982. 11. 12(民集 36-11, 2193).

것이 반환의 대상이 된다는 것을 안 때부터 시효가 진행한다고 하면서, 다만 유류 분권리자가 소송상 유언이나 증여 무효의 주장을 하였다고 한다면, 그것이 근거가 없는 경우에도 시효가 진행하지 않는다고 하는 것은 상당하지 않으므로 피상속인의 재산의 거의 전부가 증여된 경우에는 무효의 주장에 관하여, 일단 사실상 및 법률상의 근거가 있어서 유류분권리자가 위 무효를 믿었기 때문에 유류분감쇄청구권을 행사하지 않은 것이 수궁할 만한 특단의 사정이 인정되지 않는 한, 위 증여가 감쇄할 수 있다고 하는 것을 알았다고 추인함이 상당하다고 한다.

한편 대판 1998. 6. 12, 97다38510(公 1998하, 1866)¹⁴⁶⁾은, 피고가 소송에서 여러 가지 이유를 들어 遺書가 무효라고 주장하였으나 그 주장들이 한결같이 사실상 또는 법률상의 근거 없이 유언을 부인하려는 구실로밖에 보이지 않는 한편 피고가 이 사건 유언이 무효임을 확신하였다는 특단의 사정도 엿볼 수 없으므로 위 망인이 사망한 다음날부터 유류분반환청구권의 단기시효가 진행된다고 하였다.¹⁴⁷⁾

[判例 51]

대판 1993. 4. 13, 92다3595(公 1993상, 1370): 민법 제1117조 후단의 10년의 期間의 性質

(要旨) 민법 제1117조의 규정 내용 및 형식에 비추어 볼 때 같은 법조 전단의 1년의 기간은 물론 같은 법조 후단의 10년의 기간도 그 성질을 소멸시효기간이라고 보아야 할 것이고, 한편 소멸시효기간 만료에 인한 권리소멸에 관한 것은 소멸시효의 이익을 받는 자가 항변을 하지 아니하면 그 의사에 반하여 재판할 수 없으므로 당사자가 시효소멸의 항변을 하지 않았음에도 불구하고 법원이 직권으로 위 10년의 기간이 도과하였음을 이유로 유류분반환청구권이 소멸하였다고 판단할 수는 없다.

(論評) 위 10년의 기간의 성질에 관하여는 학설상 이를 제척기간이라고 해석하는 견해가 많으나,¹⁴⁸⁾ 법문에 충실하게 소멸시효라고 해석하는 견해도 있다.¹⁴⁹⁾ 대상판결은 법문을 근거로 하여 소멸시효라고 보았다.¹⁵⁰⁾

146) 위 [判例 47].

147) 대판 1998. 5. 29, 97다38503(公 1998하, 1751)도 동일한 사안에 관한 것으로서, 유류분 반환청구권자가 피상속인 사망 전에 유언의 내용을 알게 되었고, 피상속인의 사망 사실을 그날 알았을 때에는 그 사망 후 1년이 경과한 이후에 유류분반환청구권을 행사하였다면 유류분반환청구권은 소멸시효가 완성되었다고 한다.

148) 金疇洙(註14), 682면; 李庚熙, 註釋相續法(下), 1996, 1117면 등.

149) 郭潤直(註21), 473면; 尹眞秀, 民法注解 III, 1992, 404면.

150) 劉承政, “遺留分返還請求權 行使期間의 性質”, 대법원판례해설 1993년 상반기(제19-1호), 432면 이하가 대상판결에 대한 재판연구관의 해설이다. 그리고 梁彰洙, 1993년 民法 判例 概觀, 民法研究 3, 1995, 480-1면은, 상속회복청구권이 10년의 제척기간에 걸리는데, 유류분반환청구권이 10년의 소멸시효에 걸린다고 하는 것은 균형이 맞지 않는다고 한다.