

유류분제도의 현대적 의의

A Study on the Significance of Forced Portion of Legal Successor in Modern Times

박 세 민*
PARK, Sea Min

목 차

- | | |
|---------------|--------------------|
| I. 들어가며 | III. 유류분제도의 현대적 의미 |
| II. 상속권과 유류분권 | IV. 마치며 |

민법상의 유류분제도는 급증하는 소송수에 비하여 규정이 단순하고 충분하지 못하여 부족한 법리를 학설과 판례로 보충하는 경우가 적지 않다. 1970년대 말에 최초로 도입된 이 제도는 일본의 제도를 모델로 하여 규정되었고, 종래 일본의 학설과 판례로부터 많은 영향을 받아왔다. 그 결과 우리의 통설과 판례는 유류분을 상속분의 일부로 이해하고, 유류분 반환청구권의 성질도 형성권이며, 그 권리행사에는 물권적 효과를 인정하고 있다. 또 반환의 방법은 원물반환을 원칙으로 하고 있어, 상속개시 전에 상속재산에 대하여 어떠한 권리도 행사할 수 없었던 유류분권리자를 지나치게 보호하고 있으며, 이로써 거래안전에 심각한 영향을 주기도 한다. 그런데 동일한 법리를 유지하고 있는 일본의 경우에는 민법상 원물반환과 함께 가액변상을 인정하고 있어 그와 같은 문제를 해결할 수 있도록 장치해두고 있다. 일본 제도를 도입하는 과정에서, 하나의 체계완결적 제도 안에 있는 규정들의 상호보완적 측면을 이해하지 못한 채 그 일부만을 취사선택하여 무리하게 적용시키려 한 결과이다.

상속법에서 법정상속제는 현재의 시점에서 가장 이상적인 모델로 제시되어야 하며, 유언을 통하여 그것을 회피하거나 수정하고자 하는 경우에도 그 한계가 적절한 형태로 제시되어야 한다. 현대사회의 요청에 부합하는 유류분제도의 존재의의를 확립하여 유류분제도에 관한 전반적인 재검토를 시작해야 한다.

[주제어] 유류분, 상속, 유언, 형성권, 원물반환, 가액반환, 증여, 유증

투고일 : 2015. 12. 31. / 심사의회일 : 2016. 1. 27. / 게재확정일 : 2016. 2. 12.

* 경북대학교 법학전문대학원 부교수

Associate professor of Kyungpook National University

I. 들어가며

최근에 유류분반환청구소송이 급증하고 있다고 전해진다.¹⁾ 유류분(遺留分)이란 민법²⁾상의 법정상속인 중 일부³⁾에게 인정되는 피상속인의 재산 중 일부로, 유류분반환청구권(遺留分返還請求權)은 이 유류분의 부족이 있을 때 피상속인의 무상행위로 재산을 취득한 자를 상대로 하여 그 부족분의 반환을 청구할 수 있는 권리이다. 유언 자유의 원칙 하에서 피상속인의 무제한적인 자기재산처분을 인정할 경우 그의 사망 후에 법정상속인이 경제적으로 열악한 상황에 이를 수도 있어 이를 방지하기 위한 제도로 알려진 이 제도는, 민법이 최초로 시행될 시점에는 규정되지 않았으나 1970년대 말⁴⁾ 각계의 요청에 응하여 새롭게 마련되었다.

민법상의 유류분제도(민법 제5편 “제3장 유류분” 제1112조 이하)는, 유류분의 개념 및 비율(제1112조), 유류분을 산정하는 방법(제1113조, 제1114조), 유류분반환청구권, 청구방법 및 권리행사기간(제1115조 - 제1117조)을 규정하고 있고, 또 대습상속에 관한 규정(제1001조, 제1010조)과 특별수익자에 관한 규정(제1008조)을 준용하게 하는 준용규정(제1118조)까지 포함하여 모두 7개의 조문을 두고 있다. 이 제도와 관련하여 매우 유사한 형식과 내용을 지니고 있어 이른바 모범으로 여겨지는 일본민법이 17개의 조문을 가지고 있고,⁵⁾ 또 급증하는 소송건수와 그 사회적 영향력 등을 떠올려볼 때 결코 가벼이

1) 2015.8.15.자 “신동아” 기사에 소개된 대법원통계에 의하면, 유류분반환청구 접수 건수는 2010년 452건에서 2014년 811건으로 5년 사이 2배 가까이 늘었다고 한다. 그런데 평균 소송가액은 같은 기간에 2억4,305만2,780원에서 1억1,071만1,093원으로 절반가량 줄었다고 한다. <<http://shindonga.donga.com/3/all/13/114105/1>>, 검색일 : 2015.12.31.

2) 이하 법령의 표시가 없는 것은 민법을 가리킨다.

3) 제1112조는 피상속인의 직계비속, 배우자, 직계존속, 형제자매를 유류분권리자로 규정하고 있어, 법정상속인의 순위를 정한 제1000조의 상속인 가운데 4촌 이내의 방계혈족은 여기에 해당되지 않는다.

4) 유류분제도 신설에 관한 경과와 관련하여 1977.12.16.에 개최된 국회 법제사법위원회에서 밝힌 이도환 의원에 발언에 의하면, 1975.11.14.에 이숙중 위원 외 17인이 제안한 민법개정안의 내용에 관하여, 호주제도를 전면적으로 폐지하는 것은 당시의 윤리관과 가족관을 고려할 때 그대로 수용할 수 없고, 다만 그 중에서 여권신장을 위하여 필요하다고 생각되는 내용을 선택하는 것으로 하여 법제사법위원회 소위원회가 대안을 제시하게 되었다고 한다. 제98회 국회 법제사법위원회회의록 제28호, 4쪽. 이 “민법중개정법률안(대안)”에는 유류분 신설 외에도 미혼여성의 상속분, 부모의 동의를 요하는 혼인연령, 혼인에 의한 성년의제, 부모공동친권행사, 부부공동재산추정 등에 관한 내용을 담고 있다. 1977.12.17. 국회 본회의 통과, 제98회 국회회의록 제23호 6-7쪽.

5) 참고로, 2006년 개정된 프랑스민법은 제3편 제2장 ‘중여(Des libéralités) 제3절 유류분, 자유분 및 감쇄(Dela réserve héréditaire, de la quotité disponible et de la réduction)’에서 제912조부터 제919조의5까지의 18개 조문을 두고 있으며, 독일의 경우에는 민법 제2303조부터 제2338조까지의 35개의 상세한 조문을 두고 있다.

여길 사안이 아니라는 점에서도 우리 민법상의 규정은 상대적으로 극히 단순하게 구성되어 있다고 할 수 있다. 그리고 그 규정 이외의 사항은 실상 다수의 판례에 의하여 법리가 보충되고 있으며, 또 그 많은 부분은 일본 판례의 영향을 받아왔음이 쉽게 확인된다.

우리 유류분제도가 일정 부분 일본민법을 모델로 하여 마련된 것이니 만큼, 그간에 전개되어온 일본 유류분법학의 결과물을 참고하는 것은 법적용의 일관성을 유지하기 위한 방편이 될 수 있을지도 모른다. 그런데 새로운 제도의 도입과 적용의 장면에서 필수적으로 선행되어야 하는 당해 입법의 입법사적 의의나 그 사회적 기능에 대한 이해가 여기에서도 충분히, 그리고 제대로 이루어진 것인지에 대해서는 여전히 의문이 든다. 특히나 고유의 “가제도(家制度・いへせいど)”⁶⁾를 비롯하여 가독상속(家督相續)⁷⁾이라는 특색 있는 제도를 운영한 바 있는 일본에서 그 나름의 전통적인 상속관념을 기초로 하여 마련하였던 명치민법(明治民法)의 유류분규정이, 전혀 다른 상속법적 전통을 가진 우리 민법에 외형상의 큰 변화 없이⁸⁾ 일부 유입되어 운용되는 과정에서 발생한 부작용들을 생각해보면, 우리 사회가 이 제도에 기대하는 의미와 역할을 다시 한 번 되돌아보게 한다.

유류분반환소송의 활용도가 증가하면서 그 근거규정과 기본적인 법리를 더욱 세밀하게 정비하여 확립할 필요성이 커지고 있다. 그러나 그것에 선행하여 더욱 중요하게 다루어야 할 것은 과연 현재 우리 사회에서 유류분제도의 지위와 역할을 어떻게 설정해두어야 할 것인지의 문제이다. 이하에서는 상속권과 유류분권의 개념을 중심으로 하여 이 제도의 본질과 존재의의에 관하여 생각해보고자 한다.

6) 부부별성(夫婦別姓)을 허용하지 않는 일본민법 제750조에 관하여 합헌판결을 내린 최근의 일본 最高裁判所の 판단은 일본의 가족제도가 여전히 권력집중적이면서 집단적 성격을 지닌 “가(家)” 개념의 영향 하에 있음을 보여준다고 할 수 있을 것이다. 平成27年(2015)12月16일에 선고된 平成26年(オ)第1023号 손해배상청구권사건. 西希代子, 遺留分制度の再検討(1), 法学協会雑誌 第123巻 第9号. 2006, 1714頁의 “가제도(家制度)의 기억”.

7) 滋賀秀三, 中国家族法の原理, 1967, 58頁 이하에서는, 중국과 일본의 가(家)의 상호비교를 통하여 일본 가제도의 특징을 설명하고 있다. 일본의 가제도는 독자적인 목적을 가진 가(家)라는 기구가 중심에 놓이고 그 이름하에 개인들이 결집해있는 것과 같은 형태로, 가독상속이라는 것이 주관적으로는 가명(家名)을 상속하는 것이고, 객관적으로는 가산(家産)의 상속이며, 기능적으로 보면 가업(家業)의 상속이라고 설명한다. 이에 비하여 중국에서는 사회적 기구가 아니라 자연적인 개인이 중심에 놓여 있다고 한다.

8) 정구태, “유류분제도의 법적 구조에 관한 연구”, 고려대학교 박사학위논문, 2009, 43쪽, 각주 119에서는, 우리 유류분제도가 일본민법의 예를 모델로 하였기에 가독상속을 기반으로 하여 가독상속인과 상속인 이외의 제삼자 사이의 분쟁을 전제로 한 일본민법의 규정들의 영향을 받은 것으로 평가하고 있다.

II. 상속권과 유류분권

1. 제도 현황과 문제점

1.1 일본법학의 영향

앞서 언급한 것처럼 우리 유류분제도는 민법조문의 넓은 여백을 보충하는 과정에서 일본 판례로부터 많은 영향을 받아온 것으로 보인다. 가령 유류분반환청구권의 행사와 그 기간에 관하여 대법원판결⁹⁾은, 이 권리의 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 그 목적물을 구체적으로 특정하여야 하는 것은 아니”라고 하면서, 당해 사건에서는 권리의 행사가 법정의 기간 내에 이루어졌음을 인정하였다. 그런데 이와 같은 법리전개는 일본 최고재판소의 판결을 참조한 것으로 보인다. 최고재판소 1966년 7월 14일 판결¹⁰⁾은 “감쇄청구권(減殺請求權)은 형성권이고, 그 권리의 행사는 수증자 또는 수유자에 대한 의사표시에 의하면 족하고 반드시 재판상 청구에 의할 필요가 없고, 일단 그 의사표시가 이루어진 이상 법률상 당연히 감쇄의 효력이 생기는 것이라고 해석함이 상당하다”고 하고, 법정의 기간 내에 감쇄의 의사표시가 이루어진 이상 확정적으로 감쇄의 효과가 발생하는 것이고, 더 이상 소멸시효는 문제되지 않는다고 하였다.

종래 유류분제도에 관한 주류적 견해에 의하면, 우리 유류분제도가 프랑스의 영향 하에 규정된 일본민법의 입법방식을 적극 수용하여 마련된 만큼 이른바 “게르만-프랑스형”에 속하는 것이라고 하고, 여기에 속하는 유류분제도는 상속인에게 “상속분”의 일정 비율을 보장하려는 데에 제도적 취지를 둔다¹¹⁾고 한다. 즉 유류분과 상속분은 그 본질이 동일하고 유류분은 상속분의 일부분이라는 것이다. 이와 같은 입장에서는 대체적으로 유류분반환청구권의 성질을 물권적 효과를 가진 형성권¹²⁾으로 이해한다. 즉 유류분을

9) 대법원 1995. 6. 30. 선고 93다11715 판결, 대법원 2012. 5. 24. 선고 2010다50809 판결.

10) 最判昭41(1966)・7・14 民集20-6-1183.

11) 김형석, “유류분의 반환과 부당이득”, 민사판례연구 [X XIX], 박영사, 2007, 158쪽; 이진만, “유류분의 산정”, 민사판례연구 [X IX], 박영사, 1997, 369쪽.

12) 김주수/김상용, 친족・상속법, 법문사, 2013, 800쪽; 김형석, 앞의 논문(각주11), 158쪽; 이진만, 앞의 논문(각주

통하여 상속재산에 대한 상속인의 물권자적 지위를 인정하게 되고, 그것에 대한 이른바 “침해”가 발생하면 유류분반환청구권을 행사함으로써 즉시 상속재산 중 적극재산의 일부가 이른바 “물권적”으로 상속인에게 귀속되며, 이로 인하여 유류분권리자는 해당 재산에 대한 물권적 청구권 내지 부당이득반환청구권을 행사하게 된다.

이에 반해 유류분은 상속분과는 본질을 달리 한다는 견해¹³⁾에 의하면 유류분권은 피상속인의 재산에 대하여 일정한 몫을 주장할 수 있는 포괄적인 성격의 권리일 뿐이다. 이른바 “로마-독일형”으로 설명되어온 이 입장에서는, 유류분반환청구권은 대체로 상속재산의 적극재산 중 일부를 반환해줄 것을 청구할 수 있는 채권적 청구권¹⁴⁾으로 이해된다. 특히 유류분제도를 상속에서 배제되어 상속권이 없게 되는 일정한 근친을 보호하기 위한 제도로 보고 있는 독일에서 유류분은 법정상속권에 갈음하는 일정재산액에 지나지 않는 것¹⁵⁾이고, 유류분권은 일종의 “상속채권”이라고 할 수 있다.

이와 같은 도식, 즉 유류분을 상속분의 일부로 보는 “게르만-프랑스형”제도와 유류분을 법정상속권에 갈음하는 일정재산액으로 보는 “로마-독일형”제도의 대립구도는 현재까지 국내 다수의 문헌에서 수차 언급되어 왔다. 더욱이 우리 제도와 일본 제도가 공통적으로 전자의 계보에 속하고 있는 것으로 인식되고 있었던 점¹⁶⁾은, 별다른 고민 없이 일본 유류분법학의 수입을 꾸준히 진행해왔던 배경 중 하나로 보이기도 한다.

그런데 이와 같은 정형화된 도식 자체도 일본에서 유래한 것으로 확인된다. 즉 위 대립구도를 전제¹⁷⁾로 하면서, 일본 유류분의 계보가 이른바 “게르만-프랑스형”에 있는 것¹⁸⁾으로 널리 인식되고 있는 것이다. 또 유류분감쇄청구권의 법적 성질에 관한 학설대립¹⁹⁾에서도 2차 세계대전 이전부터²⁰⁾ “형성권설-물권설”이 통설의 지위에 있었다²¹⁾고

11), 369쪽.

13) 이경희, 가족법, 법원사, 2013, 614쪽.

14) 박윤직, 상속법, 박영사, 2004, 294쪽; 변동렬, “유류분 제도(Pflichtteilsrecht)”, 민사판례연구 [X X V], 박영사, 2003, 813쪽; 이경희, 앞의 책(각주13), 637쪽.

15) 박윤직, 앞의 책(각주14), 280쪽; 김주수, 주석 민법[상속(2)], 한국사법행정학회, 2005, 335쪽.

16) 박윤직, 앞의 책(각주14), 281쪽.

17) 中川淳, 新版注釈民法(28)相続(3) [中川善之助, 加藤永一 代表編集], 2002, 441-443頁(초판 1973년, 336-342頁와 동일한 내용); 西希代子, 遺留分制度の再検討(1), 法学協会雑誌 第123卷 第9号, 2006, 1718頁.

18) 伊藤昌司, 相続法, 2002, 364쪽; 中川淳, 앞의 논문(각주17), 444쪽.

19) “형성권=물권설”, “형성권=채권설”, “청구권설”의 학설대립에 관해서는, 潮見佳男, 相続法 第5版, 2014, 321-322頁.

20) 西希代子, 遺留分制度の再検討(1), 法学協会雑誌 第123卷 第9号, 2006, 1723頁. 일본의 학설전개과정에서 관해서는 같은 글, 1719-1729頁.

하며, 이와 같은 입장은 판례²²⁾에서도 명시적으로 확인된다. 한국에서 유류분제도가 도입될 당시에 민법개정안 등이 “상속분의 일부”²³⁾로서의 유류분의 보전이 필요하다고 언급하고 있는 것도 당시의 일본 법학의 주류적 경향을 반영한 것²⁴⁾으로도 이해할 수 있을 것이다.

이처럼 입법과정과 법적용과정 전반에 걸쳐 일본법학의 압도적인 영향을 받았다고 할 수 있는 유류분제도는, 실제로 법정상속인에게 상속재산의 일부에 관한 거의 “소유권”에 근접하는 정도의 강한 보호를 인정하는 방식으로 운용되어 왔다. 이하에서 간단히 살펴보기로 한다.

1.2 유류분의 “상속분”적 이론구성

주지하는 바와 같이 유류분은 종래 크게 두 가지, 즉 게르만-프랑스형의 “상속분적” 구성방식과 로마-독일형의 “상속채권적” 구성방식으로 분류되어 왔다. 우리 판례는 “유류분은 상속분을 전제로 한 것”이라고 하면서, 상속포기가 있으면 유류분반환청구권도 당연히 소멸한다²⁵⁾고 한 바 있다. 일단 문언만을 두고 보면 판례는 한국의 유류분제도에 관하여 전자의 계보를 잇는 것으로 이해하고 있는 것으로 보인다. 그렇지만 유류분이라는 것은 일단 실제상속인이 아닌 법정상속인의 지위에 있는 자에게 인정되는 것인데, 상속포기의 효과는 상속개시 시로 소급하므로(제1042조) 상속포기가 있으면 법정상속인이라는 전제조건마저 충족할 수 없게 된다. 그러므로 이와 같은 판례의 입장에 관해서는 단순히 유류분권리자가 되는 자의 자격에 관한 요건을 지적한 것이라고 하여, 그 의미를

21) 潮見佳男, 앞의 책(각주19), 321쪽.

22) 最判昭35(1960)·7·19 民集14-9-1779, 最判昭41(1966)·7·14 民集20-6-1183, 最判昭51(1976)·8·30 民集30-7-768.

23) 1977.12.16.에 제안자를 법제사법위원장으로 한 “민법중개정법률안(대안)”의 주요골자 중 유류분제 도입에 관해서는 “유언등에 불구하고 법정상속분의 일정비율의 유산을 보전할 수 있게 함”이라고 설명하였다.

24) 근년에 일본에서도 이와 같은 계보의 도식화를 부정하고, 프랑스 유류분법학의 시대상황적 변천과정을 상세히 재검토함으로써, 이른바 게르만형으로 알려진 가산유지의 관점이 프랑스법 유류분법학의 구조나 성격에 그대로 유지되어왔던 것처럼 널리 인식되고 있는 것에 경종을 울리려는 움직임이 있다. 西希代子, 遺留分制度の再検討(1), 法学協會雑誌 第123卷 第9号 (2006)로부터 총 10회에 걸쳐 연재된 이 논문들에서는, 그것과 함께 일본 유류분제도가 형성되는 과정을 세밀하게 보여줌으로써 프랑스법학을 이른바 모범으로 인식하고 있는 기존의 학문적 태도에 비판을 가하고, 일본 유류분법학은 그 제정 당시의 시대적 상황과 일본 고유의 상속관념을 반영한 완전히 새로운 제도임을 강조한다.

25) 대법원 2012. 4. 16. 선고 2011스191 결정.

제한적으로 해석할 여지도 있다.

제1112조의 각호의 유류분 비율이 “법정상속분”을 기준으로 하고 있는 점도 유류분과 상속분의 동질성을 확인시키는 근거로 삼으려 할 수도 있을지 모르겠다. 유류분은 상속분 내지 상속권의 일부(프랑스민법 제912조 제1항)²⁶⁾이며 피상속인의 재산이 자유분과 유류분으로 나뉘어져 자유분을 초과한 피상속인의 증여 또는 유증이 있는 경우에 그와 같은 증여나 유증을 실효시키는 방식으로 주장할 수 있는 프랑스식 유류분제도²⁷⁾에서는, 이 “상속분”이라는 기준은 개념상 당연히 내재한 것이어서 특별히 언급할 것이 없다. 그러나 유류분이 상속에서 배제되어 더 이상 상속권이 없게 되는 일정한 근친에게 인정되는, 법정상속권에 갈음하는 일정재산액에 지나지 않는 것²⁸⁾으로 이해되는 독일에서도, 그 비율은 “법정상속분(gesetzlicher Erbteil)”을 기준²⁹⁾으로 삼고 있다. 유류분이 문제가 되는 것은 유언 등의 재산처분이 있는 경우이고, 그 경우에 법정상속분이라는 것은 실현되지 못한 가정적 비율에 지나지 않는데, 이것이 유류분산정의 기준이 되는 것은 논리적으로도 전혀 문제가 될 것이 없다. 결국 제1112조의 “법정상속분”이라는 것을 가지고 우리 제도가 법정상속분을 보장하기 위한 제도로 볼 수 있는 직접적인 근거로 삼을 수는 없을 것이다.

실상 상속분 산정을 위한 기초재산과 유류분 산정을 위한 기초재산은 서로 그 범위에서 차이가 있다.³⁰⁾ 상속분 산정에는 적극재산과 소극재산이 모두 포함되는 반면에, 유류분 산정에는 “상속개시 당시 피상속인의 순재산과 문제된 증여재산을 합한 재산을 평가하여 그 재산액에 유류분청구권자의 유류분 비율을 곱하여 얻은 유류분액”³¹⁾이 기준이

26) 2006년의 민법개정으로 프랑스는 최초로 유류분이 법정상속권임을 명언하였고, 또 다른 한편으로 유류분권리자인 상속인이 유류분을 침해하는 출연에 대하여 원칙적으로 가액감쇄를 할 수 있도록 하고, 물권적 효과를 가진 원물감쇄는 예외적인 것으로 전환하였다. 프랑스 개정법의 내용에 관해서는, 이봉민, “프랑스법상 유류분 제도 - 2006년 6월 23일 개정 프랑스 민법을 중심으로 -”, 서울대학교 법학석사학위논문, 2009, 21쪽 이하.

27) 박윤직, 앞의 책(각주14), 279-280쪽; 김주수, 앞의 책(각주15), 335쪽.

28) 박윤직, 앞의 책(각주14), 280쪽; 김주수, 앞의 책(각주15), 335쪽.

29) 독일민법 제2303조 제1항 제2문 “유류분은 법정상속분 가액의 2분의 1이다(Der Pflichtteil besteht in der Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteil).”

30) 대법원 2013. 3. 14. 선고 2010다42624 판결은 금전채무와 같은 가분채무가 공동상속 된 경우에는 공동상속인들에게 법정상속분에 따라 상속되고, “그 법정상속분 상당의 금전채무는 유류분권리자의 유류분 부족액을 산정함에 있어서 고려하여야 할 것”이지만, 일단 “공동상속인 중 1인이 자신의 법정상속분 상당의 상속채무 분담액을 초과하여 유류분권리자의 상속채무 분담액까지 변제한 경우에는 그 유류분권리자를 상대로 별도로 구상권을 행사하여 지급받거나 상계를 하는 등의 방법으로 만족을 얻는 것은 별론으로 하고, 그러한 사정을 유류분권리자의 유류분 부족액 산정 시 고려할 것은 아니”라고 하였다.

된다. 또 판례에 의하면 그 증여된 재산의 시가는 “상속개시 당시를 기준”³²⁾으로 하여 산정된다. 그렇지만 또한 이 점만을 가지고 우리 유류분제도가 상속분적 구성을 취하고 있지 않다고 단정할 수는 없는데, 상속분적 구성이라는 것은 “가치의 분량”을 의미하는 것이 아니고, 상속재산에 대한 일정기준의 “비율”을 평등하게 주장할 수 있다는 것을 의미하는 것이기 때문이다.

결론적으로 말해, 판례는 상속분적 구성방식을 채택하고 있다고 할 수 있다. 무엇보다도 유류분반환청구권을 형성권³³⁾으로 이해하고 있으며, 그 행사에는 물권적 효과를 인정하고 있고, 반환의 방법으로는 예외적으로 가액반환³⁴⁾을 인정하는 것 외에는 원물반환을 원칙³⁵⁾으로 하고 있어, 이 모든 것에는 상속분적 구성이 전제되었음을 추론하게 한다. 더욱이 유류분반환청구권의 행사는 유류분의 감소에 관련되는 증여 또는 유증행위를 지정하는 것만으로 충분하며 그 목적물을 구체적으로 특정하지 않더라도 소멸시효를 중단시킬 수 있는 권리의 행사로 볼 수 있다는 판결³⁶⁾이나, 더 나아가 상속인이 유증이나 증여행위의 효력을 다투지 않은 채 그저 수유자나 수증자에 대하여 상속재산의 분배나 반환을 청구한 것처럼 명시적으로 유류분의 반환을 주장하지 않았더라도 그 청구 속에 유류분반환청구권을 행사하는 의사표시가 포함되어 있다고 하는 판결³⁷⁾ 등으로부터, 이미 판례는 법정상속인의 지위에는 상속재산 자체에 관한 고유의 권리가 내재

31) 대법원 2009. 7. 23. 선고 2006다23126 판결.

32) 대법원 1996. 2. 9. 선고 95다17885 판결, 대법원 2005. 6. 23. 선고 2004다51887 판결, 대법원 2009. 7. 23. 선고 2006다28126 판결

33) 대법원 2013. 3. 14. 선고 2010다42624 판결은 공동상속인들 사이의 유류분반환이 문제된 사안에서 유류분반환청구권의 행사로 인하여 문제의 증여나 유증은 소급적으로 효력을 상실한다고 하고, 유류분반환의무자가 그 실효된 증여 또는 유증의 목적물을 용익할 권리를 상실하는 시점도 상속개시로 소급한다고 하였다. 또한 이 판결은 유류분반환관계에서 사용이익의 반환여부를 판단하면서 민법 제201조를 통해 해결하고자 한다. 이것은 유류분반환관계를 물권적 반환관계에 해당하는 것으로 이해한 결과일 것이다.

34) 비교적 최근의 대법원판결에서는 기존의 판례의 입장을 재차 확인하면서도, 다만 반환당사자 사이의 협의가 있거나 반환의무자가 다투지 않는 경우에는 원물반환이 가능하더라도 법원이 가액반환을 명할 수 있다고 하여, 가액변상의 가능성을 시사하기도 하였다. 대법원 2013. 3. 14. 선고 2010다42624,42631 판결.

35) 대법원 2005. 6. 23. 선고 2004다51887 판결, 대법원 2013. 3. 14. 선고 2010다42624,42631 판결 등. 대법원 2006. 5. 26. 선고 2005다71949 판결 “원고가 원물반환의 방법에 의하여 유류분 반환을 청구하고 그와 같은 원물반환이 가능하다면 달리 특별한 사정이 없는 이상 법원은 원고가 청구하는 방법에 따라 원물반환을 명하여야 하는 것”이라고 하였다.

36) 대법원 1995. 6. 30. 선고 93다11715 판결 등.

37) 대법원 2012. 5. 24. 선고 2010다50809 판결. 상속재산분할협의의 신청만으로 특별한 사정이 없는 한 유류분 감쇄의 의사표시가 있다고 하여 법정의 행사기간 내에 권리행사가 이루어진 것으로 판단한 일본 판례로 最判平10(1998)・6・11 民集52-4-1034.

해 있음을 인정하고 있다고 추측하게 한다. 즉 일정한 혈연관계로 법정상속인에 해당하는 자에게는 일정비율의 상속재산에 대하여 거의 소유권에 근접하는 정도의 물권이 인정될 수 있음을 의미하는 것이다.

이와 같은 물권적 효력을 지닌 형성권 행사의 결과, 피상속인의 증여 또는 유증은 유류분 보전에 필요한 한도에서 소급적으로 효력을 상실하고, 목적물의 소유권 또는 목적물의 공유지분권이 반환청구권자에게 복귀한다. 이때 문제가 되는 것은 역시 “거래의 안전”이다. 유류분반환청구권을 행사하기 전에 증여 또는 유증된 재산이 전전양도 되었음에도 불구하고 유류분반환청구권의 행사로 처분이 실효하면 당해 재산의 양수인의 이해관계에는 심각한 영향이 있게 된다.

그런데 우리와 마찬가지로 형성권설과 물권적 효과설을 채택하고 있는 일본의 경우에는 이것과 관련하여 특별히 큰 문제가 발생하지 않도록 장치해두고 있다. 수증자나 수유자로부터 목적물을 양수한 자가 선의인 경우에는 목적물에 대한 추급효가 차단되어 감쇄청구권으로부터 보호되는 것으로 해석³⁸⁾하고, 악의인 경우에도 일본민법 제1040조 제1항 1문에 의하여 목적물을 반환할 의무는 부담하지만, 그 역시 가액변상을 통하여 원물반환의무를 면할 수 있어(같은 법 제1041조),³⁹⁾ 거래안전의 위협과 같은 문제에 대처하고 있기 때문이다.

일본민법이 유류분을 상속분의 일부로 보아 감쇄청구권을 형성권으로 이해하고 물권적 효과와 같은 강력한 권리를 부여하고 있는 것은, 이처럼 반환의 대상이 되는 목적물이 수증자 또는 수유자 내지는 반환의무 있는 제삼자의 수중에 존재함에도 불구하고, 원물로 반환할 것인지, 그렇지 않고 가액을 변상할 것인지 여부를 전적으로 반환의무자의 선택과 결정에 맡겨놓았기에 가능한 것이다. 그리고 이와 같이 가액변상권을 인정해두면, 설령 형성권-물권설을 취하더라도 반환의무자가 원하지 않는 공유관계는 피할 수 있으며, 또한 개별적인 유류분에 상응하는 재산권이 상속재산에 포함되는 것이 아니라 바로 감쇄청구를 한 자 개인에게 귀속되는 것⁴⁰⁾으로 이해하더라도 문제해결에 큰 어려움이 따르지 않는다. 이에 비하여 물권적 효과를 가진 형성권을 통하여 원물반환을 강제하면, 가령 상속인이 한정승인 한 경우에 반환된 유류분은 상속재산에 속하게 되어 상속

38) 潮見佳男, 앞의 책(각주19), 343頁.

39) 潮見佳男, 앞의 책(각주19), 343頁.

40) 일본에서 감쇄청구권을 행사함으로써 반환되는 것이 상속재산이 되는지, 감쇄청구한 자의 고유재산이 되는 것인지의 문제와 관련하여, 일련의 판례가 후자의 입장을 취하여, 공동상속의 경우에도 상속재산분할의 대상이 되지 않는 것으로 하고 있다. 그 상세한 내용에 관해서는 潮見佳男, 앞의 책(각주19), 323-324쪽.

채권자의 강제집행의 대상이 될 뿐이고 유류분반환청구를 한 자의 채권자의 강제집행 대상이 될 수 없어 실제로 유류분권리자에게 도움도 되지 못한다는 지적⁴¹⁾에서 알 수 있듯이, 그 반환되는 목적물이 상속재산이 되는지, 유류분반환청구권자의 고유재산이 되는지의 문제가 여전히 해결되지 못한 채 남게 된다.

유류분제도를 도입할 당시에 모델로 삼았던 입법례가 일본민법이었다는 것은 조문의 외형이나 내용에 비추어볼 때 분명하며, 그것을 전제로 다수의 법리를 별다른 심리적 부담감 없이 수용해왔다는 점도 부정하기 어렵다. 그러나 일본민법의 수증자나 수유자가 제삼자에게 목적물을 양도한 경우에 관한 규정과 가액변상에 관한 규정은 도입 시에 배제⁴²⁾되었다. 한국민법에 들어오지 않은 조문 중에는 과실반환이나 부담부 증여의 가액에 관한 규정처럼 어느 정도는 해석을 통하여 해결될 수 있는 부분도 있는 것이 사실이다. 그러나 하나의 제도로써 완결적 체계 안에 존재하는 그 조문 상호간의 의존성 내지 보완성의 측면을 제대로 이해하지 못한 채 특정부분을 “취사선택”함으로써, 그 선택된 조문만으로는 감당할 수 없는 엄청난 부담을 지워, 결국에 더 큰 적용상의 곤란과 결론의 부당함에 이르게 된 것은 아닌지 생각해볼 일이다.

1.3 원물반환의 문제

유류분반환방법에 관해서 다시 한 번 생각해볼 필요가 있다. 판례⁴³⁾는 유류분반환청구에 대하여 원물반환을 원칙으로 하고, 원물반환이 불가능한 경우에 가액 상당액을 반환청구⁴⁴⁾할 수 있는 것으로 하고 있다. 그리고 그 반환할 가액은 사실심 변론종결시를

41) 변동렬, 앞의 논문(각주14), 820쪽.

42) “배제”라는 용어를 사용하는 데에 큰 무리가 없다는 것은 한국 유류분규정과 일본 유류분규정의 배열구조의 비교에서 자연스럽게 인식된다. 한국민법 제1112조에서 제1115조까지의 조문은 일본민법 제1028조에서 제1031조까지의 조문 및 제1034조에 일대일 대응이 가능하다. 한국민법 제1116조는 일본민법 제1033조에, 한국민법 제1117조는 일본민법 제1042조에, 그리고 한국민법 제1118조는 일본민법 제1044조에 각각 대응한다. 일본민법 규정 중 한국 민법 규정에 포함되지 않는 조문의 제명을 나열해보면, 조건부 권리 등의 증여 또는 유증의 일부 가액, 증여의 가액 순서, 수증자에 의한 과실의 반환, 수증자의 무자력으로 인한 손실 부담, 부담부 증여의 가액 청구, 상당하지 않은 대가에 의한 유상 행위, 수증자가 증여의 목적을 양도한 경우 등, 유류분 권리자에 대한 가액에 의한 배상, 유류분의 포기, 이상 9개의 조문이다.

43) 대법원 2006. 5. 26. 선고 2005다71949 판결. 대법원 2013. 3. 14. 선고 2010다42624, 42631 판결은 원물반환이 가능하더라도 당사자의 의사에 따라 가액반환을 할 수 있는 것으로 판시하고 있지만, 이것은 어디까지나 원물반환의 원칙의 예외로 인정되는 것일 뿐이다.

44) 판례(대법원 2005. 6. 23. 선고 2004다51887 판결)는 원물반환의 원칙하에 가액반환을 인정하면서 그 가액산정의 시점을 사실심 변론종결 시로 하고 있다. 원물반환의 원칙이 유지되는 한도에서는 판례와 같은 입장이

기준으로 하여 산정⁴⁵⁾한다. 학설로는, 유류분반환의 대상인 목적물의 가액의 평가에 대하여 당사자의 다툼이 있을 수 있어 그것을 피하기 위해서라도 일차적으로는 원물반환이 이루어져야 한다는 견해⁴⁶⁾가 있는가 하면, 근대이전의 사회에서는 가산의 유지를 위해서도 원물반환이 중시되었겠으나 자본주의 성숙과 함께 유류분도 가치에 대한 권리로 받아들여져야 한다는 견해⁴⁷⁾도 있다.

유류분반환의 경우를 제외하고 민법규정 또는 판례에 의하여 원물반환의 원칙이 채택되고 있는 것은, 채권자취소권의 경우,⁴⁸⁾ 해제의 효과로서의 원상회복의무,⁴⁹⁾ 부당이득 반환에 관한 민법 제747조 제1항 정도이다. 그런데 채권자취소권은 금전채권의 채권자가 채무자의 책임재산을 보전하기 위한 것이므로 모든 채권자를 위한 공동담보의 보전을 위해서 유동성이 강한 가액을 금전으로 반환받기보다는 원물로 반환받는 것을 선호할 수 있을 것이다. 해제의 경우에는 당사자 사이에 이루어졌던 계약이행의 결과를 완벽하게 제거하기를 기대하면서 특정한 물건을 원물로서 회복하고자 하는 당사자의 기대가 다른 어떤 경우에 비하여 크다고 할 수 있을 것이다. 그렇지만 유류분권리자의 경우에는 설령 특정한 물건을 취득하고자 하는 의지나 기대가 있었다고 하더라도 그것이 법적으로 절대적으로 보호되어야 하는 것인지에는 의문이 든다.

원물반환주의를 채택하든 가액반환주의를 채택하든 그 어느 것이 유류분관계의 당사자 일방에게 일반적으로 유리하다거나 불리하다고 할 수 없다. 가령 지분비율로 이루어지는 원물반환의 경우에는 분할의 문제가 발생할 것이고, 가액반환을 선택하더라도 환가의 문제가 생기기 때문이다. 결국 이 제도를 통하여 실현하고자 하는 바를 어떻게 이해하고 설정할 것인지 그 선택의 문제인 셈이다.

독일민법은 유류분권을 채권으로 파악하고 유류분청구권은 채권적 효과를 지닌 금전청구권으로 구성하고 있다. 그 입법과정에서는 가액상환이 원물분할이나 공유관계의

논리적으로 일관된다고 할 수 있겠으나, 가액반환이 원칙이 된다면 굳이 실제로 반환하는 때의 원물의 가치에 초점을 둘 이유는 없을 것이다. 대법원 2009. 7. 23. 선고 2006다28126 판결 “그 증여받은 재산이 금전일 경우에는 그 증여받은 금액을 상속개시 당시의 화폐가치로 환산하여 이를 증여재산의 가액으로 봄이 상당하고, 그러한 화폐가치의 환산은 증여 당시부터 상속개시 당시까지 사이의 물가변동률을 반영하는 방법으로 산정하는 것이 합리적이라고 할 것이다” 참조.

45) 대법원 2005. 6. 23. 선고 2004다51887 판결.

46) 박윤직, 앞의 책(각주14), 296쪽.

47) 이경희, 앞의 책(각주13), 650쪽.

48) 대법원 2007. 7. 26. 선고 2007다29119 판결, 대법원 2006. 12. 7. 선고 2006다43620 판결 등.

49) 대법원 1994. 9. 13. 선고 94다7942,7959 판결, 대법원 1998. 5. 12. 선고 96다47913 판결 등.

청산에 비하여 간이하면서도 원만하게 사태를 해결할 수 있다는 점, 유류분권리자로서도 상속대상이 된 재산 그 자체보다는 상속재산이 가지는 경제적 가치에 관심을 가지는 것이 현실적인 정서라는 점 등이 작용했다⁵⁰⁾고 한다. 또 상속분적 유류분으로 이론구성하고 있는 프랑스에서는 최근의 민법개정을 통하여 원물반환의 원칙에서 가액감쇄의 원칙으로 방향을 전환⁵¹⁾하였다. 그렇다면 반환방법을 원물반환으로 할 것인지 가액반환으로 할 것인지 여부는 유류분권 또는 유류분반환청구권의 성격으로부터 도출되는 논리 귀결의 문제가 아니라, 그것과는 별개인 입법정책의 문제⁵²⁾에 지나지 않는 것이 아닌가도 생각된다.

입법의 재량이 널리 허용되는 부분이라면, 유류분제도의 본질과는 별도로 그것에 기대되는 사회적 기능과 효용성이 고려될 뿐이다. 피상속인이 생전에 소유하던 특정한 물건에 대하여 가졌던 상속인 지위에 있던 자의 기대가 가능한 한 적극적으로 보호되어야 하는 경우라면 원물반환의 방법을 유지하는 것이 바람직할 것이나, 그런 경우가 아니라면 오늘날처럼 가산(家産)에 대한 인식이 유물화된 시대에 그와 같은 원칙을 고수할 필요가 있는 것인지 의문이다. 오히려 금전청구권으로 이론구성 하는 편이 공동상속인들 사이의 긴장관계를 최소화⁵³⁾하는 적절한 수단이라고 생각된다.

2. 상속법상의 유류분권

2.1 상속법의 의미와 역할

산업발전의 부흥기에 비하여 그 속도가 많이 떨어진 현대사회에는 상속을 통한 재산 취득에 비교적 많은 관심이 모이는 것 같다. 그런데 상속은 재산취득의 원인일 뿐만 아니라 여러 사회경제적 기능과도 긴밀하게 연결된다. 가령 상속세의 부과를 통한 간접

50) 김진우, “유류분반환청구권의 법적 성질에 관한 비교법적 고찰 -독일법, 프랑스법 및 스위스법을 중심으로-”, 인하대학교 법학연구 제12집 제1호, 인하대학교 법학연구소, 2009, 49쪽.

51) 프랑스민법 제924조.

52) 나폴레옹 민법전이 원물반환을 원칙으로 하고 가액반환을 예외적인 것으로 하는 점과는 달리, 명치민법에서는 어떤 경우에도 가액변상을 할 수 있도록 하는 규정을 두었다(명치민법 제1144조). 이것은 당시에 유류분권을 상속채권으로 구성하는 독일민법초안의 입법방식을 의식한 상태에서 원물감쇄에 대한 의문을 가지고 의도적으로 프랑스민법의 입법태도를 거부한 결과이다. 西希代子, 遺留分制度の再検討(9), 法学協會雜誌 第124卷 第10号, 2007, 2351-2352頁.

53) 김진우, 앞의 논문(각주50), 54쪽.

적 재화분배의 기능이라든지, 보험이나 신탁을 통한 재산승계와의 관계, 기업승계를 통한 생산력 및 경쟁력 유지 등과 같은 문제들이 함께 부상하기도 한다. 경제능력이 부족한 잔존가족의 생활방식의 결정, 즉 부양을 누가 담당하는지 여부도 개인에게 있어서는 매우 중대한 사안이다. 그러나 다른 무엇보다도, 인간의 사망으로 그 재산이 어떤 식으로 승계되고 배분되는지 여부는 단순히 재화이동의 문제에 그치지 않고, 개개인의 인생관과 결합된 전체적인 생활양식,⁵⁴⁾ 나아가 사회 전반의 생활양식을 결정짓는 매우 근본적인 문제이다.

상속법이 단순한 재산승계 내지 재산양도의 법에 그친다면 일방 내지 쌍방의 법률행위에 관한 법리를 그대로 적용함으로써 문제를 해결할 수 있을 것이고, 별도의 상속에 관한 규율을 둘 필요가 없을 것이다. 또 별도로 규정이 두어져 있더라도, 그것은 가령 계약법의 경우처럼 당사자가 별도의 의사표시를 하지 않는 경우에 보충적으로 적용될 수 있는 임의규정의 형태로 이해하면 될 것이고, 여기에 상속법 특유의 성격인 재산의 세대승계적 측면만을 별도로 논의하면 될 것이다. 그렇지만 상속법 연구에는 필수적으로 수반되어야 할 요소들이 적지 않다.

민법의 재산법 영역은 소유권 절대와 사적 자치의 원칙이 지배하는 곳이지만, 그것은 자신의 재산처분에 관한 의사를 가진 “권리능력자” 상호간의 재화이동을 전제로 한 것이다. 더 이상 권리능력자가 아닌 자가 사망하기 전에 가지고 있었던 의사에 권리능력자의 의사와 동등한 정도의 효력을 부여하여야 하는 것인지, 또 부여한다면 어느 정도로 부여하여야 하는지의 문제는 전혀 다른 차원의 문제이다. 민법이 여러 가지 근거에서 개인의 재산권에 다양한 제한을 가하고 있다는 점을 생각해본다면, 피상속인의 재산처분을 위한 유언이 어느 정도로 보호되고 제한되어야 하는지, 그리고 그 근친의 상속에 대한 기대가 어떻게 취급되어야 하는지 여부는 별도의 시각에서 판단되어야 한다. 즉 “소유권”과 “유언권”은 서로 밀접한 관련성을 가진다고 하더라도 개념적으로 분리되어야 하고, 후자는 전자에 비하여 더 강력하게 제한⁵⁵⁾될 수 있는 것이다. 결국 상속법에서

54) Dutta, *Warum Erbrecht?: Das Vermögensrecht des Generationenwechsels in funktionaler Betrachtung*, 2014, SS.17-18은, 상속법의 연구를 위해서 인간이 죽음을 어떻게 받아들이고 있고, 그것에 대하여 어떤 형태로 행위 하는가에 대한 연구가 필요하다고 지적한다. 그리고 모두가 죽을 운명이지만, 절대 죽지 않을 것처럼 행동한다고 하는데, 이것은 유언이라는 행위가 그렇게까지 비이성적인 형태로 나타나지는 않음을 의미하는 것이다.

55) 西希代子, 遺留分制度の再検討(4), 法学協会雑誌 第124卷 第4号, 2007, 872-873頁은, 소유권은 천부인권이고, 생존중의 처분권은 소유권으로부터 도출되는 것이지만, 그와 같은 소유권은 사망 후까지 효력을 가지는 것은 아니라는 나폴레옹 민법전 제정 당시의 PORTALIS의 말을 인용하고 있다. 그는 유언권은 생존중의

단순히 “피상속인의 의사 존중”이라는 측면을 강조하는 것만으로는 문제해결에 이르기 어렵다.

국가는 입법을 통하여 달성하고자 하는 목적을 명확하게 설정해야 하고, 그 목적을 달성하기 위해 정당성이 확보된 적절한 “행동모델”을 마련하여 국민에서 제공할 수 있어야 한다. 상속법을 제정하여 일반에게 제공하는 경우에도 이와 같은 적절한 모델이 제시되어야 하는 것은 물론이고, 당사자들이 그것을 회피하고 수정하고자 할 때에는 그 달성하고자 하는 목적에 부합하는 적절한 “사적 규율의 한계”까지도 예정해두고 있어야 한다.⁵⁶⁾ “법정상속제도”는 현시점에서 가능한 한 가장 이상적인 상속모델로 제시되어야 할 것이며,⁵⁷⁾ 유언을 통하여 그것을 회피하거나 수정하고자 하는 경우에도 그러한 사적 규율의 적절한 한계가 제시되어야 할 것이다. 따라서 그 한계로서 설정된 “유류분제도”는 상속법을 통하여 달성하고자 하는 목적에 최대한 부합하는 형태로 마련되어 있어야 한다.

2.2 프랑스 상속법상 유류분제도의 지위와 기능

각 시대의 전반적 지향점과 사회적 요청을 반영하는 상속법상의 표징은 유류분제도의 주요 계보로 종래 언급되어온 이른바 게르만-프랑스형의 대표적 국가인 프랑스의 예를 보더라도 잘 알 수 있다. 구체제 하에서의 강력한 부권(父權)은 단순히 가부장적 의미에 그치는 것이 아니라 법률에 대한 복종 내지 질서를 학습할 기회를 가정 내에서 부친으로부터 얻는다는 것을 의미하는 것이었고, 유언권은 그 부권으로부터 도출된 것이기도 하다.⁵⁸⁾ 혁명전기(革命前期)에는 상속제도에도 “상속인간의 평등”이라는 관념이 강력하게 대두되면서 상속재산의 평등분할을 통하여 유언의 자유를 제한해 가는데, 이것은

처분과는 명확하게 구별되는 것으로, 이것은 국가에 의하여 승인된 실정법상의 권리라는 것이다. 즉 상속법은 모두 시민법에 의한 것이며, 상속의 순위나 모습을 정하는 것이 법률이 해야 할 일이라고 한다. 또한 나폴레옹 민법전에 많은 영향을 미친 학자로 DOMAT는, 유류분과 자유분의 비율은 재량법의 영역이라고 하였다. 西希代子, 遺留分制度の再検討(2), 法学協會雜誌 第123卷 第10号, 2006, 1977頁에 소개.

56) Dutta, 앞의 책(각주54), 149쪽.

57) Dutta, 앞의 책(각주54), 16쪽은, 입법과정에서는 단순히 사실의 규범력에 굴복할 것이 아니라, 규범의 바람직한 현실성을 창출해내야 한다고 강조한다.

58) 西希代子, 遺留分制度の再検討(4), 法学協會雜誌 第124卷 第4号, 2007, 825頁에 소개된, 혁명전기의 유언의 자유를 옹호하는 한 의원의 발언. 그에 의하면 유언권은 부친의 재산에 대한 전횡을 가능하게 하지만, 동시에 자녀의 생애적, 신체적 불평등을 완화할 수 있어 실질적 평등을 도모할 수도 있다.

평등이라는 관념 자체에 절대적인 가치를 두는 것이라기보다는 이 부권으로부터의 해방, 즉 부친의 전횡으로부터 자녀를 보호하기 위한 수단으로 이용된 측면이 있었고,⁵⁹⁾ 유류분제도도 그 역할의 일부를 담당한다. 혁명말기(革命末期)에 이르면 유언권의 제한은 “가족의 보호”를 위한 것으로 주장된다. 소유권 절대와 재산처분의 자유는 시민적 자유의 보장을 위한 매우 중요한 이념이지만, 부의 불평등이나 재산의 분산을 초래해서는 안 되며, 일정 규모의 재산을 가족재산으로 유지하여 상속인들간에 평등하게 분할되도록 하는 것이 개인의 자유를 보장하는 데에 이바지할 수 있다는 관념이 지배하게 되었다. 이에 유류분의 기능이 강조되었고, 이것은 이후에 부양(扶養)의 관념으로 이어진다.⁶⁰⁾ 그리고 드디어 나폴레옹 민법전을 기초하기에 이르러서는, 이전의 혁명기 입법방식에 대한 비판⁶¹⁾과 더불어 안정된 새로운 시대에 적합한 입법의 필요성을 인식하게 된다.

“나폴레옹 민법전”의 “상속법”에서는 유언의 자유를 옹호하는 입장과 평등상속을 옹호하는 입장의 대립과 논의 끝에 적절한 타협점을 찾게 된다. 우선 평등이 부권으로부터의 해방을 위한 수단으로 이용되었던 이전 시대와는 달리, “평등”은 그 독립적인 가치⁶²⁾를 지니며, 상속법상의 평등은 일반적인 인간의 평등의 연장선상에 있게 된다. 평등은 “분할을 지배”함으로써 가능한 것이며, 법정상속은 피상속인의 의사에 관한 추정(推定)을 기초로 하는 것이기는 하지만 자녀 사이의 평등을 고려하면서 자연법과 정의를 보여주는 것이어야 한다는 취지⁶³⁾에서, 상속법에서는 “형식적”이면서도 동시에 “절대적”인 평등을 표방한 무유언균분상속(無遺言均分相續)의 원칙이 정립된다.

“유류분제도”에서는 그것과는 다른 움직임을 보인다. 피상속인과 상속인 사이의 생전의 관계나 상속인의 신체적·능력적 차이를 고려한 “실질적” 평등이 추구되었으며, 그것을 가장 잘 이해하고 조정할 수 있는 새로운 가부상(家父象)을 구성한다.⁶⁴⁾ 또 자연법상

59) 西希代子, 遺留分制度の再検討(4), 法学協會雜誌 第124卷 第4号, 2007, 826頁.

60) 西希代子, 遺留分制度の再検討(4), 法学協會雜誌 第124卷 第4号, 2007, 847-848頁.

61) 西希代子, 遺留分制度の再検討(4), 法学協會雜誌 第124卷 第4号, 2007, 860頁에 소개된 나폴레옹 민법전의 기초위원인 PORTALIS의 발언에 의하면, 혁명기의 입법방식은 새로운 것을 추구하는 자녀들에게 환영받기 위하여 기존의 부권을 타도하였고, 새로운 소유자제급에 의한 새로운 시민제급을 준비하기 위하여 기존의 모든 상속제도를 일변하고자 하였다고 하고, 이제는 사회의 안녕과 번영을 생각하여야 한다고 하였다.

62) 西希代子, 遺留分制度の再検討(4), 法学協會雜誌 第124卷 第4号, 2007, 864頁에 소개된, 당시 호민원 의원인 SIMÉON의 발언에 의하면, “여성이 남성보다, 次子 이하가 長子보다, 재혼으로 태어난 자녀가 초혼으로부터 태어난 자녀보다 사회적 중요성이나 가치가 낮게 평가되어서는 안 된다”고 하고, “평등은 보통법이고, 우리 민법의 일반규정이며, 요청이다”라고 하였다.

63) 西希代子, 遺留分制度の再検討(4), 法学協會雜誌 第124卷 第4号, 2007, 863頁에 소개된 호민원 의원 CHABOT의 발언.

의 권리인 소유권과 달리, 유언권이나 상속권은 실정법상의 권리에 해당한다는 것을 전제로 하여,⁶⁵⁾ 유류분제도에서는 부양(扶養)의 관념이 적극적으로 개입되어 그 체계를 구성하게 된다. 이에 종래 프랑스남부 성문법지역에 기반을 둔 로마형의 *légitime*와 북부 관습법지역에 보편적으로 이용된 *réserve*의 차이를 인식하고, 적극적으로 전자의 요소를 채택하는 태도를 보인다.⁶⁶⁾ *légitime*은 상속인의 지위와는 별개로 부여되고, 상속 재산의 일부에 대한 것이라기보다는 혈연을 하나의 매개로 하여 *légitime*권리자 개인에게 부여하는 “피상속인 재산의 일부”에 대한 것이다. 이에 비하여 *réserve*는 전래재산을 유언으로 처분하는 것에 대한 제한으로서, 상속인의 지위를 권리자의 요건으로 하였다.⁶⁷⁾ *réserve*는 가산 중의 “부동산” 보유를 목적으로 하는 것이고, 방계혈족의 유류분을 인정하며, 직계비속의 유류분·자유분의 비율에서도 변동식(變動式)을 취하고, 유언에 의한 처분에 대해서만 감쇄의 대상으로 한다. 반면에 가족의 “부양”을 목적으로 하는 *légitime*은 유류분의 대상을 전래재산인 부동산에 국한하지 않고, 동산과 개인의 취득재산까지도 포함하며, 방계혈족의 유류분을 인정하지 않고, 직계비속의 유류분비율을 고정식(固定式)으로 하며, 유언처분뿐만 아니라 생전처분에 대해서도 감쇄를 인정한다.⁶⁸⁾ 결국 나폴레옹 법전에서 자유분·유류분의 비율을 변동식으로 채택하였지만⁶⁹⁾ 이것은 자녀의 부양을 중시한 결과이며,⁷⁰⁾ 그 외의 부분에서는 *réserve*와는 확실하게 구별되는 형태의 입법을 시도한다.

결론적으로 나폴레옹 민법전에서 철저한 형식적 평등을 추구하는 균분의 법정상속과 실질적 평등을 추구하는 가운데 부양 기능을 우선에 두며 유류분·자유분 변동비율을 채택한 유류분제도는, 실제로 서로 다른 기반 위에 존재하였다고도 할 수 있다. 즉 유류분이 법정상속의 축소판이라는 인식은 존재하지 않았다.

64) 西希代子, 遺留分制度の再検討(4), 法学協会雑誌 第124卷 第4号, 2007, 869-870頁.

65) 西希代子, 遺留分制度の再検討(4), 法学協会雑誌 第124卷 第4号, 2007, 872頁에 소개된 PORTALIS의 발언.

66) 西希代子, 遺留分制度の再検討(4), 法学協会雑誌 第124卷 第4号, 2007, 893頁. 이봉민, 앞의 논문(각주26), 9쪽. 이에 비하여 프랑스민법은 게르만 고법의 사상과 연결된 프랑스의 관습법 *réserve*의 제도를 흡수하여 성립하였다는 것이 일본의 대체적인 학설의 태도로, 伊藤昌司, 앞의 책(각주18), 364쪽; 中川淳, 앞의 논문(각주17), 441쪽; 潮見佳男, 앞의 책(각주19), 300쪽 등.

67) 西希代子, 遺留分制度の再検討(3), 法学協会雑誌 第123卷 第12号, 2006, 2550-2552頁.

68) 西希代子, 遺留分制度の再検討(4), 法学協会雑誌 第124卷 第4号, 2007, 892頁; 이봉민, 앞의 논문(각주26), 5-8쪽.

69) 나폴레옹 민법전에서는, 자녀 1명이면 재산의 2분의 1, 자녀 2명이면 3분의 2, 자녀 세 명이상이면 4분의 3.

70) 西希代子, 遺留分制度の再検討(4), 法学協会雑誌 第124卷 第4号, 2007, 89頁2에 소개된 BIGOT-PRÉAMENEAU의 발언 참조.

그 후에 이전 시대에서는 부모의 의무일 뿐이지 상속권자에게 할당된 몫은 아니라고 여겨졌던 유류분이, 법전 제정 이후에는 자녀의 권리로 인식되기 시작하였고,⁷¹⁾ 무유언 상속에서 엄격한 현물분할을 요구하였던 재판례와 맞물려, 유류분제도에서도 자유분·유류분을 구성하는 재산의 종류에 대해서도 불평등이 존재하는 경우에는 그 효력을 다룰 수 있는 권리로 전개되었다.⁷²⁾ 즉 유류분의 현물반환에 관한 권리의 인식이 자리하게 된 것이다. 그리고 19세기 중반에 이르러 법학 전반에 걸쳐 자유와 평등의 새로운 대립구도가 만들어지기 시작하면서, 드디어 유류분제도도 평등이라는 이념을 배경으로 하여 부정할 수 없는 확고한 기반을 획득하게 된다.⁷³⁾

2.3 상속권과 유류분권의 관계

민법전에 “유류분권”이라는 용어는 나타나지 않는다. 다만 여러 규정(제1112조, 제1114조, 제1115조, 제1117조)에서 “유류분권리자”라는 용어가 사용되고 있는데, 이것이 일정한 구체적 권리⁷⁴⁾를 보유하고 행사할 수 있는 자를 가리키는 것인지는 그 자체로 분명하지 않다. 유류분권의 의미에 관해서는 학설상 몇 가지의 개념정의가 나타난다. 상속개시로 인하여 상속인이 그의 상속분의 일정비율에 상응하는 피상속인의 재산의 일정액을 취득 내지 확보할 수 있는 지위⁷⁵⁾로 설명되기도 하고, 상속개시로 인하여 일정한 범위의 상속인이 상속재산에 대하여 일정한 몫을 확보할 수 있는 추상적이고도 기본적인·포괄적 지위⁷⁶⁾라고도 한다. 그리고 유류분반환청구권은 이 포괄적인 지위에 기초하여 확보될 수 있는 일정한 몫의 상속재산에 부족분이 생긴 경우에 그 부족분의 반환을 청구할 수 있는 구체적이고 개별적인 권리가 되는 셈이다. 또 유류분권의 개념에 관해서 상속이 있기까지는 일종의 기대권에 지나지 않던 유류분권이 상속이 개시되면서 상속재산에 대하여 일정한 비율을 확보할 수 있는 지위로 구체화된다는 학설⁷⁷⁾도 있다. 견해들

71) 西希代子, 遺留分制度の再検討(5), 法学協會雜誌 第124卷 第6号, 2007, 1268-1269頁.

72) 西希代子, 遺留分制度の再検討(5), 法学協會雜誌 第124卷 第6号, 2007, 1281, 1298頁.

73) 西希代子, 遺留分制度の再検討(8), 法学協會雜誌 第124卷 第8号, 2007, 1798頁.

74) Muscheler, *Erbrecht*, (2010), S.35는 유류분반환청구권과 달리 유류분권은 주관적인 권리가 아니라 상속인과 유류분권리자 사이의 법률관계일 뿐이라고 하고, Leipold, *Erbrecht*, (2014), Rn.821은, 유류분권은 상속개시 전에 존재하는 포괄적인 성격의 법률관계라고 설명한다.

75) 곽운직, 앞의 책(각주14), 282쪽.

76) 이경희, 앞의 책(각주13), 616쪽.

77) 김주수/김상용, 앞의 책(각주12), 793쪽.

사이에 어느 정도의 차이는 있지만, 공통적으로 유류분권은 상속재산에 관련된 일정한 지위에 해당되며, 그 자체로 일정한 내용을 실현하고 관철하기 위하여 주장될 수 있는 구체적 권리에는 해당되지 않는다는 점에서는 일치하고 있다.

앞서 프랑스의 유류분 유형과 관련하여 남부 성문법지역의 *légitime*와 북부 관습법지역의 *réserve*을 언급하였는데, 양자의 여러 가지 상이한 특징 중에서도, 전자는 상속인의 지위를 전제로 하지 않는 데 비하여, 후자는 상속인의 지위를 청구의 요건으로 하고 있다는 점을 들 수 있었다. 민법상 “상속권”이라는 용어가 사용되고 있기는 하지만 그 의미는 일의적이지 않다. “상속개시 후 확정적으로 상속인이 된 자의 법적 지위”로 이해⁷⁸⁾되기도 하고, 상속이 개시되기 전의 기대권으로서의 상속권,⁷⁹⁾ 상속을 승인하기 전의 상속권, 승인에 의하여 상속재산을 구성하는 권리의무를 취득한 상태의 상속권으로 나뉘어 그 전부를 포괄하는 의미로 파악⁸⁰⁾되기도 한다. 그러나 “유류분권과 상속권의 관계”에 관한 한 두 해석 모두 큰 의미가 없는데, 유류분은 법정상속에 의하지 않은 경우에 문제가 되는 것이므로 첫 번째의 해석을 통해서는 양자의 관계에 별다른 의미를 찾기 어렵다고 해야 할 것이고, 두 번째 해석에 의하더라도 법정상속인의 지위에 있던 자에게 유류분권이 주어질 수 있다는 것 이상의 의미는 없기 때문이다.

상속인의 지위가 유류분권의 요건이 되는지 여부는 위 *légitime*과 *réserve*의 구별기준이기도 하지만, 프랑스법과 독일법의 차이로 언급되기도 한다. 즉 *légitime* 계통에 속하는 독일 유류분법은 상속에서 배제되어 상속권이 없게 되는 일정한 근친을 보호하기 위한 제도이고, 유류분은 법정상속권에 갈음하는 일정재산액에 지나지 않는 것⁸¹⁾으로 알려졌다. 그런데 이것을 두고 한국법과 달리 독일법에서는 상속인의 지위에 있지 않은 자에게 유류분권이 주어지는 만큼 양국 제도 사이에는 근본적인 차이가 있으며, 프랑스나 일본법을 참고할 수 있는지 여부와는 별도로 독일법은 참고대상이 되기 어렵다는 인식이 일부 존재해왔다. 그리고 이와 같은 인식은 일본 유류분법학에도 존재하는 것⁸²⁾으로

78) 박윤직, 앞의 책(각주14), 7쪽.

79) 김주수/김상용, 앞의 책(각주12), 551쪽에서는, 상속이 개시되기 전에는 “권리”로서의 상속권을 인정하기는 어렵고 그저 상속에 관한 일종의 기대에 지나지 않지만, 그와 같은 기대를 가지는 지위는 일정한 결격사유가 없으면 상실되지 않고, 또 유류분을 가지는 상속인에 대해서는 일정한 수준의 보호가 인정된다고 한다.

80) 김주수/김상용, 앞의 책(각주12), 551쪽.

81) 박윤직, 앞의 책(각주14), 280쪽; 김주수, 앞의 책(각주15), 335쪽.

82) 伊藤昌司, 앞의 책(각주18), 364頁에서도, 로마법을 계수하여 상속인지정(유언상속)을 인정하는 독일법은 상속인으로 지정되지 않고 상속자격을 잃은 자도 상속인(유언상속인)에 대하여 유류분이 인정되는 반면에, 일본법은 프랑스 유류분법과 마찬가지로 상속인(법정상속인)이 수유자나 수증자에 대하여 행사하는 것이고,

보인다.

그러나 우리 법 안에서도 상속권의 의미가 일의적으로 확정되어 있지 않다는 점을 상기한다면, 독일과 한국에서 말하는 상속권의 의미가 동일하다는 전제도 성립하지 않는다. 근친의 혈연관계에 있는 자가 법정상속인으로 규정되어 있기는 하지만 피상속인이 유언에 의하여 재산을 처분함으로써 법정상속분을 전혀 취득하지 못한 경우에, 한국의 경우에는 (법정)상속권이 있으므로 유류분권을 주장할 수 있다고 하는 반면, 상속인 지정제도⁸³⁾를 두고 있는 독일⁸⁴⁾에서는 (유언)상속인이 되지 못하여 상속권을 잃었으므로 그에 갈음하여 유류분권을 주장할 수 있다고 설명되고 있다. 세부적인 사항에서의 차이의 존재는 분명한 사실이지만, 본질이 크게 상이하지 않음에도 불구하고 그 표현방식의 차이를 두고 양국 제도의 차이를 부각시킬 필요는 없지 않은가 생각된다. 그리고 이것은 상속제도의 전통이 상이함에도 불구하고 일본 유류분법학의 법리를 거리낌 없이 수용해온 현실과도 큰 대조를 이룬다.

민법상 법정상속인과 유류분권리자의 범위가 일치하지도 않거니와,⁸⁵⁾ 유류분을 인정하는 근거 중 하나가 근친의 혈연관계에 있다고 하더라도, 무작정 법정상속인이기 때문에 유류분을 주장할 수 있어야 한다고 할 것이 아니라, 왜 그에게 그와 같은 유류분을 인정해야 하는지, 또 왜 피상속인에게는 자유분이 필요한 것인지와 같은, 제도의 취지 내지 존재의의가 유류분제도의 근간을 이루어야 할 것이다. 프랑스민법전의 제정과정에서 유언의 자유를 옹호하는 입장과 그 반대입장 사이의 치열한 논의 끝에 타협점을 찾아갔던 예나, 부양이라는 시대적 요청에 부합하도록 끊임없이 로마법에서 유래한 *légitime*을 의식하고 적극적으로 법률로 채택하고자 했던 것,⁸⁶⁾ 나아가 최근에 이루어진 가액반환 원칙으로의 전환을 이룬 민법개정의 예는, 우리 유류분법학의 발전을 위해서도 재차 상기해 볼 대목이라고 생각된다.

상속인이 아닌 자가 상속인에 대하여 행사할 수 없다고 한다.

83) 프랑스에서는 유증을 통하여 상속인을 지정할 수는 없지만, 포괄적 유증을 통하여 사실상 그와 같은 목적을 달성하고 있다는 점에 관해서는, 김현진, “프랑스민법상 유증”, 민사법학 제59호, 한국민사법학회, 2012, 473쪽.

84) 독일에서는 사법상 법인과 공법상의 법인도 상속능력이 있다. Leipold, 앞의 책(각주74), 14쪽.

85) 제1000조의 법정상속인 중 4촌 이내의 방계혈족은 제1112조의 유류분권리자에 포함되지 않는다.

86) 西希代子, 遺留分制度の再検討(5), 法学協會雜誌 第124卷 第6号, 2007, 1258頁.

III. 유류분제도의 현대적 의미

1. 상속법상 유류분법의 지위

민법상 유류분제도는 민법의 상속편을 양분하여 상호대립적인 관계에 있는 법정상속 제도와 유언에 관한 제도에 이어 규정되어 있다. 이를테면 두 제도의 완충지대인 것처럼, 법정상속인에 의한 승계와 상속인 이외의 피상속인이 지정하는 자에 의한 승계 사이의 충돌을 조정⁸⁷⁾할 수 있게 한 것이다. 일본에서도 유류분제도는 자기 재산을 자유롭게 처분할 수 있어야 한다는 사상과 재산은 가능한 한 가족 중에 남겨놓아야 한다는 사상이 타협한 지점이라는 설명⁸⁸⁾이 존재한다.

그럼에도 불구하고 이 제도의 지위는 생각만큼 그렇게 확고한 것은 아니었던 것으로 보인다. 가령 일본의 경우에는 1947년에 일시적으로나마 폐지론⁸⁹⁾이 등장한 바 있다. 한국의 경우에도 민법 제정 당시에 의도적으로 배제하여 규정하지 않았던 것인데,⁹⁰⁾ 이후에 여러 가지 시대적 상황 및 요청과 맞물려⁹¹⁾ 민법에 규정되기에 이르렀다. 프랑스에서도 17세기에 도마(Domat)에 의하여 최초로 법정상속과 유언상속의 사이에서 이익의 조정점으로서 유류분이 위치한다는 관점이 제시되기도 하였지만,⁹²⁾ 나폴레옹 민법전이 제정된 이후에도 여전히 과연 이 제도가 문명국가에 상응하는 제도인지 여부, 그리고 그 사회적·경제적 효과가 어떠한지 여부에 관한 의문이 제기되면서⁹³⁾ 그 위치를 강화하기 위한 근거를 필요로 했던 것으로 보인다.

이하에서는 종래 유류분의 존재의의로 거론되었던 개념들을 중심으로 하여 우리 사회

87) 곽윤직, 앞의 책(각주14), 279쪽.

88) 中川善之助, 泉久雄, 相続法 第4版, 2000, 646頁.

89) 我妻榮 編, 戦後における民法改正の経過, 1956, 188-189頁.

90) 제98회 국회 법제사법위원회회의록 제28호, 8쪽의 김명운 의원 발언. 여기에서는 사유재산의 처분에 대한 억제를 규정하는 것이므로 헌법과 상충할 우려가 있으므로 더 검토될 필요가 있다고 하고, 설령 헌법에 상충하지 않는다 하더라도 과연 상속재산의 50%까지 인정되어야 하는 것인지는 더 검토되어야 할 것이라고 하였으나, 받아들여지지 않았다. 또 한병재 의원은 유류분제도를 봉건시대의 유물로 표현하고 있다. 같은 회의록, 10쪽.

91) 신설배경에 관해서는 각주 4 참조.

92) 西希代子, 遺留分制度の再検討(2), 法学協会雑誌 第123卷 第10号, 2006, 1978-1979頁. 같은 글, 1979頁 이하는, 프랑스혁명이 있기 전에는 유류분제도의 취지로 평등, 가산유지, 부양과 같은 것이 언급되었다고 한다.

93) 西希代子, 遺留分制度の再検討(4), 法学協会雑誌 第124卷 第4号 (2007), 882-884頁.

에서 유류분에게 기대될 수 있는 사회적 기능은 무엇인지를 생각해보고자 한다.

2. 유류분의 존재의의

2.1 전통적 상속 관념

우선 우리의 전통적인 관념과 생활양식에 비추어볼 때에 피상속인의 의사와 법정상속 사이의 갈등관계 사이에서 유류분제도라는 것이 어떤 형태로 받아들여질 수 있는지에 대한 평가가 필요하리라 생각된다. 우리 전통사회의 상속법은 중국⁹⁴⁾의 가산분할(家産分割)과 같은 형태가 아닌, 유산상속(遺産相續)의 형태⁹⁵⁾였다. 그러므로 상속되는 재산은 공동소유형태의 가산이 아니라, 부 또는 모가 단독소유 하는 재산이며, 그것이 조상으로부터 전래된 것인지 스스로 취득한 것인지에 차이가 없었다고 한다. 따라서 재산의 소유주체가 남긴 재산은 자녀에게 전승되기 마련이어서 자녀들이 일종의 상속기대권을 가지기는 하였겠으나, 그것은 공동재산에 대한 것이 아니었기에 생전상속이라고 할 수 있는 분재(分財)를 통한 개인 재산의 분배가 있기 전에는 실제로 자녀가 부모의 사재(私財)에 대하여 일정한 권리를 주장할 가능성은 없었을 것으로 보인다.

다만 가내의 재산이 죽으로 유출되는 것은 상속법적으로 허용되지 않았던 것 같다. 가령 난명(亂命)이라는 것은 거의 죽게 되어 정신이 혼미할 때에 하는 유언을 의미하는 것으로, 그 내용이 법규에 위반된 경우나 유언자의 진의로 볼 수 없는 것이어서 유효한 유언으로 인정되지 못하는 것⁹⁶⁾을 가리킨다. 여기에는 불공평한 분재나 신분질서의 위반, 사기나 강박, 상속법규의 위반 등이 문제되었다고 한다. 특히 자녀가 있는데도 다른 사람에게 유산의 대부분을 분여하는 것이 허용되지 않았다.⁹⁷⁾

94) 滋賀秀三, 앞의 책(각주7), 75쪽은, 중국의 전통적인 소유형태인 동거공재(同居共財)와 가산(家産)의 개념에 관해서 설명하고 있는데, 관련 부분을 옮겨보면 다음과 같다. “동거공재란 수입, 소비 및 자산보유의 전면에 걸친 공동계산관계, 즉 각자의 근로소득과 공동자산에서의 수익을 수입으로 삼고, 각자의 모든 생활비-사자의 장례를 중요한 일로서 포함-를 지출하며, 남음이 있으면 공동자산으로 저축하고 부족하면 자산을 축내어 살아가는 하나의 공동회계를 유지하는 관계였다. 가산이란 다른 아닌 이러한 공동회계의 자산 내용을 지칭하는 말이었다.” 또한 “가산은 본질적으로는 분량적으로 파악될 수 있는 유동적인 가치이며, 토지는 그것을 화체(化體)하는 가장 안전하고 확실한 저축수단이었던 셈이다”라고 설명한다. 중국의 가산제 및 가족의 재산 능력에 관해서, 니이다 노보루 저, 임대희/박세민 역, 중국법제사연구(가족법), 87쪽 이하도 참조.

95) 박병호, 한국법제사, 민속원, 2012, 275쪽.

96) 신영호, 조선전기상속법제 -조선왕조실록의 기사를 중심으로-, 세창출판사, 2002, 276쪽.

97) 신영호, 앞의 책(각주96), 277쪽.

그렇지만 그 이면에 유언의 자유도 제한적이지만 작동하고 있어서, 법적상속분의 변경이나 상속재산분할의 확정 또는 후순위 상속인에 대한 분재에 관해서는 자유롭게 의사를 표현할 수 있었던 것⁹⁸⁾으로 보인다. 유언자가 여러 자손 중 특정한 자만을 편애하여 유산을 전부 주는 것과 같은 것은 허용되지 않지만,⁹⁹⁾ 그렇지 않은 한도 내에서는 상속인에 대하여 법정상속분과는 다른 비율로 자유롭게 정할 수 있었다고 한다. 그리고 그것은 조부(祖父)의 명령이기 때문에 자손들이 준수해야 할 사항¹⁰⁰⁾이었다고 한다. 상속인들 사이의 분재 과정에서 다툼이 있었지만 결국에는 피상속인의 의사를 존중하는 쪽으로 결론을 내렸다는 사료¹⁰¹⁾도 있는데, 이것은 다소 불공평한 내용이라든가 부모의 진정한 의사에 기한 것이라면 자손을 그 명령을 준수하여야 한다는 의미¹⁰²⁾이다.

가내재산이 가족 외로 유출된다든지 특정한 상속인에게만 재산이 모두 수여되는 것이 당시의 상속법규에 반하여 허용되지 않았다는 측면에서 본다면, 재산처분에 관한 자유 재량이 거의 인정되지 않았다고 평가¹⁰³⁾할 수도 있다. 다만 각종 경제활동과 소비가 가족 구성원을 중심으로 가족 내에서 이루어지고 있었고, 그 경제수단의 공백이 있더라도 국가가 그 역할을 대신할 수 있는 역량이 되지 못했던 전통사회의 사회적 배경 하에서라면 현대와 비교하여 상속인의 지위는 훨씬 더 견고하게 자리하고 있었을 것이라는 점도 쉽게 짐작할 수 있다. 그러므로 그 당시의 필연 또는 필요에 의하여 작동하고 있었던 상속법적 관념이 현대의 경제적·사회적인 환경에서도 그대로 유지된다고 하기는 어려울 것이다.

2.2 가산유지 및 기업승계

우리의 전통적인 재산소유형태와는 달리, 중국에는 가산이라는 공동재산의 모습이

98) 신영호, 앞의 책(각주96), 276쪽.

99) 신영호, 앞의 책(각주96), 277쪽.

100) 신영호, 앞의 책(각주96), 277쪽.

101) 가령 조선왕조실록의 기사에 관한 신영호, 앞의 책(각주96), 278쪽 이하에 의하면, 부(父)의 유언상의 내용이 공평하지 않으므로 법정상속분에 따라야 한다는 주장에 대하여, 세종이 부명(父命)을 쉽게 고치는 것은 피해야 한다며 반대하였다고 한다. 이에 대하여 유산의 불균등한 분배가 골육간의 분쟁의 원인이 된다면 유언의 자유를 허용해서는 안 되고 항상 법정상속에 의하여야 할 것이라며 재차 반발이 있었으나, 받아들여지지 않았다고 한다. 즉 이 사건에서는 유산의 불공평한 분배가 난명으로 취급되지 않은 것이다.

102) 신영호, 앞의 책(각주96), 280쪽.

103) 박병호, 앞의 책(각주95), 276쪽.

기본을 이루고 있었으므로, 그의 혈족들은 가산분할, 즉 분가(分家)의 형태¹⁰⁴⁾로 일정한 재산을 취득할 것이라는 기대가 분명히 존재하고 있었을 것이다. 또한 중국의 상속이라는 것은 망인의 “인격을 승계”하는 것을 본질로 하며,¹⁰⁵⁾ 그 가시적인 행사인 제사를 개최하기 위한 재산의 승계가 수반되는 것으로 알려져 있다. 일본의 경우에는 일종의 기업체¹⁰⁶⁾와도 같은 특유의 “가제도”를 기반으로 한 재산소유형태를 하고 있었고, 그 가업을 유지하기 위한 가명(家名)과 가산(家産)의 승계를 중심으로 한 가독상속의 전통을 가지고 있었던 것으로 알려져 있다. 재산소유형태와 상속제도가 긴밀한 상호작용관계에 있음은 당연한 일이다.

우리 유류분제도가 일본제도를 모델로 한 것이고, 종래 필요한 부분에 한하여 그 판례와 이론을 수용해왔던 것이 사실이나, 실상 이 일본의 유류분제도는 명치민법¹⁰⁷⁾ 제정 당시에 존재하던 두 가지 유형의 상속, 즉 가독상속과 유산상속을 전제로 하여 마련된 것이다. 각 유류분제도는 서로 존재의의를 달리 하는데, 전자는 가의 유지를 위한 것이며, 후자는 근친의 생활보장을 위한 것이었다.¹⁰⁸⁾ 현재 가독상속제도가 폐지됨으로써 가산유지의 기능은 더 이상 유지될 수 없으나, 현재 일본의 유류분 규정은 그 당시에 마련된 것이 별다른 변화 없이 승계된 것이고, 그것을 통하여 일본 특유의 재산 및 가족에 대한 관념은 그대로 이어지고 있다고 할 수 있을 것이다.

가산유지라는 이념 자체가 구시대의 유물로 여겨질 뿐만 아니라, 우리의 경우에는

104) 滋賀秀三, 앞의 책(각주7), 82쪽.

105) 滋賀秀三, 앞의 책(각주7), 119-120쪽.

106) 滋賀秀三, 앞의 책(각주7), 62쪽.

107) 프랑스 나폴레옹 민법과 구별되는 명치민법상의 유류분제도의 특색으로 들 수 있는 것으로, 가독상속과 유산상속의 구별방식 이외에도, 현물감쇄에 대한 의문과 제삼자를 보호하기 위한 의도에서 가액변상을 인정한 것, 피상속인의 자유처분을 널리 인정하기 위하여 유류분과 자유분의 비율을 고정식으로 하고 그 비율도 원칙적으로 2분의1로 한 것, 피상속인의 의사를 존중하고 실질적 평등을 도모하기 위하여 유류분산정의 기초재산에 증여를 포함시키면서도 일정한 제한을 둔 것 등을 들 수 있다. 이상의 내용은, 西希代子, 遺留分制度の再検討(9), 法学協會雜誌 第124卷 第10号, 2007, 2348-2356頁. 참고로, 유류분산정의 기준이 되는 법정상속분에 대한 비율로 2분의 1이라는 숫자는 1880년대에 프랑스에서 자유와 평등의 균형을 도모하기 위한 중립적인 숫자로 제시되었으나, 법제상 실현되지는 못하였는데(西希代子, 遺留分制度の再検討(7), 法学協會雜誌 第124卷 第8号, 2007, 1797頁), 유류분에 상당한 학문적 성과를 가지고 있던 BOISSONADE의 제안으로 명치민법에서 최초로 입법화된 것이라고 한다.

108) 西希代子, 遺留分制度の再検討(9), 法学協會雜誌 第124卷 第10号, 2007, 2349頁. 가독상속의 유류분에 관해서는 명치민법 제1130조, 유산상속에 관해서는, 같은 법 제1131조로 서로 별개의 조문을 두었다. 潮見佳男, 앞의 책(각주19), 301쪽은, 일본 유류분제도는 전래재산상의 상속기대권의 관점에서 마련된 것이지만, 피상속인 사후의 공동생활자의 생활이익을 보장하는 것과도 조화를 이루도록 해석되어야 한다고 한다.

전통적으로 그와 같은 가산승계의 관념이 존재하지 않았던 것으로 알려져 있으므로 유류분제도의 존재의의를 가산유지 및 승계에서 구하는 것은 곤란하다. 그렇지만 이것과 더불어 생각해볼 점이 있는데, 유류분제도를 활용하여 피상속인의 재산의 분산을 허용하게 될 경우 원활한 기업승계를 저해함으로써 경제활동에 상당한 영향을 미칠 가능성이 있다는 것이다. 더욱이 유류분의 원물반환 원칙을 고집할 경우에 기업운영자의 독자적인 승계계획은 실현이 어려워지며, 이로써 창업이나 사업확대의 위축을 초래할지도 모른다.

실제로 유류분제도가 가산의 분산을 막기 위하여 이용된다고 할 수도 있겠지만, 오히려 특정 상속인에게 일정한 비율의 재산을 확보하게 하는 기능을 가질 수도 있다. 프랑스의 경우 혁명기에는 유류분제도를 이용하여 재산의 분산을 도모하였다면, 그 이후에는 신흥토지소유자로 하여금 일정 규모의 전래재산을 보유하게 하여 가족을 보호하는 기능도 함께 수행하게 하였다는 점을 생각해보면, 유류분제도의 운영결과가 반드시 어떠한다고는 단언하기 어렵다. 결국 재산의 집중이 필요한 곳에서는 집중할 수 있게 하고, 동시에 부양과 같은 다른 기능의 수행도 가능하게 하는 탄력적인 제도의 마련이 필요하다.

2.3 상속인 평등, 가족 간의 연대의식

재산의 집중과 관련하여 생각해볼 점이 바로 상속인간의 평등의 문제이고, 유류분제도는 바로 그것을 실현하기 위한 제도로 알려져 있다. 프랑스 혁명기에 부권으로부터의 해방을 쟁취하기 위하여 주장되기 시작한 상속인간의 평등이라는 주제가, 19세기에 법학의 최고이념으로서 자유와 평등의 양대구도가 완성되면서 강한 확신을 얻게 되었고, 그때까지만 해도 불안하던 유류분제도는 균분상속과 더불어 상속법 내에서 더 이상 부정할 수 없는 확고한 지위를 차지하게 되었다. 이로써 피상속인이 임의로 재산을 외부로 처분하는 경우뿐만 아니라, 공동상속인 중 일부에게 재산을 집중시켜 다른 공동상속인의 생활에 영향을 주는 것도 막을 수 있게 되었다.

민법상 균분상속원칙에 관한 규정(제1009조 제1항)과 특별수익자에 대한 규정(제1008조)은 그런 상속인간의 평등을 실현해주는 제도이다. 그러나 민법이 제시하는 이와 같은 상속모델이 있음에도 불구하고 그것을 거부하면서까지 실현하고자 했던 유언자의 재산처분의사가 현재의 유류분제도에서는 전혀 고려되지 않고 있는 것이 현실이다. 그리고 상속개시 전까지는 피상속인의 재산에 대하여 어떠한 형태의 권리도 주장할 수 없던

법정상속인에게, 마치 생래적으로 당해 재산 또는 물건 그 자체에 대한 권리자였던 것처럼 원물을 취득하게 하는 입법방식은 어느 모로 보나 문제가 있다.

실제로 유언을 하는 자는 객관적인 법률보다도 가족구성원의 신체적·경제적 사정을 더 잘 파악하고 있다. 민법의 대부분의 조문이 철저하게 보편적 이성인을 전제로 규정되었음에도 불구하고, 유독 가족법에서만 감정적이고 편향된 부권 행사 내지 전횡을 예상하며 피상속인을 비이성적 인간으로 만들어 버리는 것에는 문제가 있다. 이미 후견제도나 후견계약과 같은 영역에서는 이성인을 전제로 한 세밀한 법개정이 이루어졌다. 부권의 바람직한 모델은 이미 존재하고 있다고 해도 좋을 것이다.

피상속인의 무분별한 재산처분으로 인하여 가족 사이의 긴밀한 유대관계에 좋지 않은 영향이 있을 수도 있겠지만, 유류분제도가 그것을 막을 수 있는 제도라고도 하기 어렵다. 가족의 연대의식의 해소는 막을 수 없는 시대적 흐름이며, 이미 우리 민법에는 그와 같은 현상을 반영하는 여러 규정들이 등장하기 시작하였다. 가령 법정후견인 제도가 폐지되면서 유언으로 지정된 미성년후견인이 없으면 가정법원이 후견인을 선임하도록 하였고(제932조), 친족회는 후견감독인제도(제940조의2 이하)를 창설함으로써 대체되었으며, 친권상실에 관한 규정(제927조의2)은 더욱 구체화되었다. 설령 재산형성에 전혀 기여한 적이 없는 자에게 일정한 재산취득을 허용하는 것이 상속이라는 제도의 본연의 특성인 것이고, 유류분이라는 것은 피상속인과의 인간적 유대관계와 관계없이¹⁰⁹⁾ 상속인에게 보편적으로 인정되어야 하는 것이라고 하더라도, 피상속인의 자유로운 의사형성에 기초하여 이루어진 처분행위가 사후에 쉽게 부인될 수 있는 것이 가족의 연대의식을 강화하는 적절한 수단인지, 더 나아가 과연 그렇게 강화할 필요는 있는 것인지는 거듭 생각해볼 문제이다. 더욱이 생존한 가족들 사이의 유대관계도 간과할 수 없을 터인데, 그들 사이의 분쟁의 결과로 증여재산 등이 원물의 형태로 반환되는 것이 현실화된다면 가족 사이의 유대관계는 더 이상 회복하기 힘든 상황에 이르게 될지도 모른다.

유류분반환청구소송이 급증하는 원인을 “60대 이상 부모 세대에 아직도 뿌리 깊게 남아있는 남아선호사상과 남녀차별의식”¹¹⁰⁾에서 찾기도 하고, 실제로 대다수의 유류분 반환청구권은 여성이 남성형제를 대상으로 하여 이루어지고 있다. 그러나 이것은 유류

109) 김수정, “유류분제도의 헌법적 근거와 법적책적 논의 -독일 연방헌법재판소 결정을 계기로 하여-”, 가족법연구 제20권 2호, 한국가족법학회, 2006, 180쪽.

110) 신동아, 2014년 2월호 기사,

<http://shindonga.donga.com/docs/magazine/shin/2014/01/21_201401210500001/201401210500001_2.html>,

검색일 : 2015.12.31.

분반환청구소송의 존재가치를 더하는 이유도 되겠지만, 반대로 제도의 가동연한을 단축시키는 원인으로 작용할 수도 있다. 보다 더 현실적이고 설득력 있는 존재의의가 필요하다.

2.4 근친 부양

유언자유 원칙에 제한을 두지 않게 되면 법정상속인이 상속에 배제되어 경제적으로 궁핍한 상황에 처해질 위험이 있으므로 근친이나 배우자에게 상속재산에 대한 일정한 권리를 인정할 필요가 있다는 것이 유류분제도의 일차적인 존재의의로 알려져 있다. 실제로 이 제도가 최초로 들어온 1970년대에만 하더라도 가족 내의 부양¹¹¹⁾이 강하게 요청되던 시기이고, 더불어 피상속인이 잔존한 부양가족의 생계를 도외시할지 모른다는 우려도 상당히 컸으리라 짐작된다. 가족의 일원, 즉 가장이 가진 재산과 경제능력 외에 특별히 자립의 수단이 없었던 경우라면 상속인의 지위를 견고하게 유지함으로써 그 생계의 부담이 국가에게 전이¹¹²⁾되지 않도록 방어하는 것도 매우 중요한 이유로 작용했을 것이다. 이미 살펴본 것처럼 각국의 유류분제도를 마련하는 과정에서 특별히 유념하였던 것도 부양의 이념이다.

현재 부양과 관련하여 특별히 문제될 수 있는 것은 유류분권리자의 범위라고 할 수 있을 것이다. 우리의 경우 직계존비속과 배우자와 함께 형제·자매에게도 유류분을 인정하는 것에 비해(제1112조), 일본(일본민법 제1028조), 독일(독일민법 제2303조)은 형제·자매에게 유류분권을 인정하지 않으며, 최근에 프랑스는 직계존속까지도 유류분권리자에서 제외하였다. 과거에는 장남 등이 부모를 대신하여 가장으로서 다른 형제를 부양하는 경우도 적지 않았으며, 심지어 형제의 학업을 지원하기 위하여 다른 형제가 학업을 포기하고 직업전선에 뛰어드는 것이 자연스러운 시대현상이었던 적도 있었다. 현재의 사회적 인식에 비추어볼 때에 그와 같은 희생을 기대하기는 어려울 것이라고 생각되고,

111) 기존생활의 유지라는 관점에서 보아 유류분반환청구권이 요부양의 상태를 전제로 하는 경우에는 어렵지 않게 수용될 수 있을 것이다. 다만 김수정, 앞의 논문(각주109), 183쪽에 의하면, 독일연방헌법재판소 2005.4.19. 결정이 상속개시시점에 자녀가 피상속인에 대하여 부양청구권을 가지고 있는 경우에만 자녀의 유류분권을 인정하지는 논의는 수용될 수 없음을 명백히 하였다고 한다.

112) 김형석, 앞의 논문(각주11), 154쪽, 각주 7에서, 유류분이 없다면, 재산을 박탈당한 상속인이 국가적 보조를 받게 됨으로써 발생하는 사회적 비용, 상속인들과 피상속인 사이에 사후부양을 둘러싸고 생전에 발생할 수 있는 거래의 비용, 증여에 관하여 피상속인이 비이성적 판단을 내릴 수 있는 가능성과 같은 외부효과가 예상되므로, 오히려 국가가 적정 범위에서 유류분을 정하는 것이 효율성의 관점에서 합리적일 수 있다고 한다.

또한 최근의 배우자의 상속권 및 유류분권의 강화가 강조되는 등의 인식변화의 기류를 생각해본다면, 적어도 부양의 취지에 현실적으로 부합하여야 한다는 차원에서도 유류분 권리자의 범위와 유류분 비율의 수정이 필요하리라 생각된다.

한편, 과거에 비하여 사회복지제도가 발전하고 공적 부조의 관념이 확대되고 있는 현대에 와서도 부양을 위한 유류분제도의 취지가 그대로 유지할 수 있는지에는 의문이 있다. 또 평균수명이 연장되어 피상속인이 사망할 즈음에 상속인들이 충분히 성장하여 독립적으로 생계를 유지할 가능성이 커졌고, 심지어는 60대, 70대의 자녀가 상속을 받는 경우도 적지 않아, 상속은 소득연령의 마지막 단계의 재산취득으로 인식되기도 한다. 성년이 되고나서도 오랜 기간 부모의 조력을 받는 예가 적지 않은 오늘날에, 제도의 존립이유로서의 부양의 의미도 다소간의 수정이 필요하리라 생각된다.

또한 실질적인 부양의 목적을 다하기 위해서, 유류분권으로서 부동산 용익권을 허용한다든지, 유류분을 금전채권화하여 정기금의 형태로 지급한다든지 하는 방법 등이 함께 논의될 수 있을 것이다. 현재처럼 소유권 취득을 인정하는 형태만으로는 다양한 부양 수요에 부응하기 어렵다.

V. 마치며 - 입법적 해결의 필요성

법에 규정된 이상 권리의 행사는 최대한 보장되는 방향으로 적용되어야 할 것이고, 권리의 제한사유는 엄격하게 해석되는 것이 법해석의 보편적 원칙이다. 유류분제도도 마찬가지로, 반환청구권의 제한사유로 작용하는 기초재산산정의 기준시점, 행사기간, 유류분권의 결격사유와 같은 요소들은 최대한 권리자에게 유리하게 해석되는 것이 당연하다. 현재 유류분제도에서의 문제는 그런 적용의 측면이 아니라 더 근본적인 문제, 즉 입법방식의 측면에서 나타난다. 즉 제한규정이 부족하거나 세밀하지 못하여 필연적으로 권리의 내용이 지나치게 강력해질 수밖에 없는 구조로 되어 있다. 그리고 그와 같은 강력한 유류분이 현대사회에서 충분히 납득되고 지지될 수 있는 것인지 여부에 관해서는 이미 살펴본 것처럼 매우 회의적이다.

일본의 경우에는 법원의 허가를 전제로 한 유류분사전포기(일본민법 제1043조)나 가액변상에 관한 규정 등 제도가 탄력적으로 운영될 수 있는 장치를 마련해두고 있고, 또 일부 판례¹¹³⁾는 유류분감쇄청구권의 권리남용을 인정하기도 한다. 이에 반하여 우리

유류분제도는 해석상의 기술만으로는 더 이상 유류분에 관한 권리의 팽창을 저지하기 곤란하다는 보다 근본적인 한계가 있다. 다시 말해 제도의 전반적인 재검토와 수정을 통해서만 그와 같은 문제의 해결이 가능하다¹¹⁴⁾고 할 수 있다.

나폴레옹 민법전이 제정된 이후 반세기가 지난 시점에 유류분제도의 기초나 필요성에 관한 전면적인 재검토가 이루어졌다.¹¹⁵⁾ 지금이 유류분제도에 관한 검토를 다시 시작할 시점이다.

113) 昭和36年(1961)9月25日 仙台高裁秋田支部判決, 平成11年(1999)8月27日 東京地裁判決 등

114) 소재선/양승욱, “한·독·일 유류분 제한규정의 비교법적 고찰”, 성균관법학 제24권 제1호, 성균관대학교 법학연구소, 2012, 147-148쪽.

115) 西希代子, 遺留分制度の再検討(5), 法学協会雑誌 第124卷 第6号, 2007, 1259頁.

참고문헌

1. 단행본

- 곽윤직, 상속법[민법강의VI] 개정판, 박영사, 2004.
- 김주수, 주식 민법[상속(2)], 한국사법행정학회, 2005.
- 김주수/김상용, 친족·상속법 제11판, 法文社 2013.
- 박병호, 한국법제사, 민속원, 2012.
- 신영호, 조선전기상속법제 -조선왕조실록의 기사를 중심으로-, 세창출판사, 2002.
- 이경희, 가족법 8정판, 법원사, 2012.
- 伊藤昌司, 相続法, 有斐閣, 2002.
- 潮見佳男, 相続法 第5版, 弘文堂, 2014.
- 滋賀秀三, 中国家族法の原理, 創文社, 1967.
- 中川淳, 新版注釈民法(28) 相続(3) [中川善之助, 加藤永一 代表編集], 有斐閣, 2002.
- 中川善之助, 泉久雄, 相続法 第4版, 有斐閣, 2000.
- 我妻栄 編, 戦後における民法改正の経過, 日本評論社, 1956.
- Dutta, Anatol, *Warum Erbrecht? : Das Vermögensrecht des Generationenwechsels in funktionaler Betrachtung*, Mohr Siebeck, 2014.
- Leipold, Dieter, *Erbrecht 20.Auflage*, Mohr Siebeck, 2014.
- Muscheler, Karlheinz, *Erbrecht*, Mohr Siebeck, 2010.

2. 학술지

- 김수정, “遺留分制度의 憲法的 根據와 法政策的 論議 -獨逸 聯邦憲法裁判所 決定을 契機로 하여-”, 가족법연구 제20권 2호, 한국가족법학회, 2006, 161-198쪽.
- 김진우, “유류분반환청구권의 법적 성질에 관한 비교법적 고찰 -독일법, 프랑스법 및 스위스법을 중심으로-”, 인하대학교 법학연구 제12집 제1호, 인하대학교 법학연구소, 2009, 45-83쪽.
- 김현진, “프랑스민법상 유증”, 민사법학 제59호, 한국민사법학회, 2012, 439-482쪽.
- 김형석, “유류분의 반환과 부당이득”, 민사판례연구 [XIX], 박영사, 2007, 145-198쪽.

변동렬, “유류분 제도(Pflichtteilsrecht)”, 민사판례연구 [X X V], 박영사, 2003, 801-904쪽.
소재선/양승욱, “한·독·일 유류분 제한규정의 비교법적 고찰”, 성균관법학 제24권 제1호, 성균관대학교 법학연구소, 2012. 117-151쪽.

이진만, “유류분의 산정”, 민사판례연구 [X IX], 박영사, 1997, 360-385쪽.

西希代子, 遺留分制度の再検討(1), 法学協會雜誌 第123卷 第9号 (2006), 1703-1752.
_____, 遺留分制度の再検討(2), 法学協會雜誌 第123卷 第10号 (2006), 1945-1993.
_____, 遺留分制度の再検討(3), 法学協會雜誌 第123卷 第12号 (2006), 2543-2579.
_____, 遺留分制度の再検討(4), 法学協會雜誌 第124卷 第4号 (2007), 818-898.
_____, 遺留分制度の再検討(5), 法学協會雜誌 第124卷 第6号 (2007), 1257-1308.
_____, 遺留分制度の再検討(7), 法学協會雜誌 第124卷 第8号 (2007), 1775-1874.
_____, 遺留分制度の再検討(9), 法学協會雜誌 第124卷 第10号 (2007), 2309-2367.

3. 학위논문

이봉민, “프랑스법상 유류분 제도 -2006년 6월 23일 개정 프랑스 민법을 중심으로-”, 서울대학교 법학석사학위논문, 2009.

정구태, “유류분제도의 법적 구조에 관한 연구”, 고려대학교 박사학위논문, 2009.

[Abstract]

A Study on the Significance of Forced Portion of Legal Successor in Modern Times

PARK, Sea Min*

The regulations of Korean Forced Portion of legal successor are comparatively simple, considering the rapidly growing number of lawsuits, and the legal principles have been supplemented by theory and case. The system was first introduced in the late 1970s on the base of Japanese model, and has received much influence from Japanese theories and precedents so far. Therefore, the Korean precedents and common opinion regards Forced portion as a part of legal succession share and the Claim for return of portion as right of formation(Gestaltungsrecht), and recognizes real(dinglich) effect after exercising the claim. Besides, the principle of original return is adopted as the method of return. As a result, the holder of Portion Claim is said to be extremely much protected from the view point of deal safety, although he was not able to claim any rights for the descendent's asset before the start of succession. On the contrary, Japanese system, which holds the similar legal principles, includes the value reimburse together with original return in order to solve the problems of deal safety. It is the result that the Korean legislators tried to choose and adopt just a part of the foreign regulations without understanding the aspect of mutual interactions of regulations in a completed system sufficiently .

An ideal succession model of the current time should be presented for intestacy succession, and for the case of will to avoid or correct it, the proper and ideal limitation also should be prepared. It is the time to begin a comprehensive review of the system to meet the request of modern society.

[Key Words] Forced Portion of legal successor, Succession, Heritance, Will, Gestaltungsrecht, Return in origin, Value reimburse, Donation, Testation

* Associate professor of Kyungpook National University

자체 양식에 맞지 않으나 저자의 요구로 이와 같이 영문성명을 표기 하였음.