

채권의 공동상속

Joint Inheritance of Receivables

전 원 열*
Jon, Won-Yol

목 차

I. 서론	차이
II. 공동상속인들 간의 법률관계	V. 공동상속된 예금채권의 처리
III. 채권의 준공유	VI. 결론
IV. 채권의 공동상속과 물권의 공동상속의	

상당한 규모의 재산을 가진 노년인구가 증가함에 따라 공동상속인들 간의 분쟁이 지속적으로 증가하고 있고, 특히 공동상속한 “채권”에 관한 분쟁이 많아졌다. 종래의 다수설·판례가 취하는 공유설에 의하면, 공동상속된 가분채권은 상속개시시점에 각 공동상속인들에게 분할귀속된다. 그리고 이 분할귀속설에 의하면, 가령 공동상속된 예금채권에 관하여 상속인 중 1인이 은행에 인출청구를 하는 경우, 당연히 자기 상속분만큼의 예금이 인출되어 지급되어야 한다. 그러나 현재 시중은행들은 이 청구에 응하지 않는다.

이러한 이론과 실무 간의 불일치 이유를 검토해 보면, 채권의 공동상속에는 물권의 공동상속과는 다른 특질이 있음을 간취할 수 있고, 또한 공유설이 분할귀속설로 연결되기 위해서는 민법 제278조와 제408조 이하 조문 사이의 관계가 설명되어야 함을 알 수 있다. 또한 상속채권이 단순한 금전채권으로서 공동상속된 것인지, 아니면 어떠한 계약상의 지위가 공동상속인들 간에 준공유되는 것인지의 문제도 있다.

결론적으로, 공동상속인 중 1인 만에 의한 인출청구를 거부하는 현재의 은행실무가 정당화되기 위해서는, 민법 제487조의 채권자불확지 공탁의 사유가 이 경우에도 적용되어야 한다고 생각되며, 그 외의 조치로는 예금거래약관에 의한 처리가 가능할 것이다.

[주제어] 공동상속, 상속채권, 공유설, 분할귀속설, 채권자불확지

투고일 : 2016. 8. 31. / 심사외탁일 : 2016. 9. 20. / 게재확정일 : 2016. 10. 13.

* 건국대학교 법학전문대학원 교수

Professor, Law School of Konkuk University

I. 서론

노년인구의 증가, 특히 상당한 규모의 재산을 가진 노년인구가 크게 증가함에 따라 그 상속재산을 둘러싼 공동상속인들 간의 분쟁이 지속적으로 증가하고 있다. 상속재산 분할을 당사자간 합의로 처리하지 못하고 법원으로 가지고 온 상속재산분할 신청 건수는, 대법원이 발간한 사법연감에 따르면, 2010년 435건에서 2013년 606건, 2014년 771건으로, 그리고 2015년에는 1008건으로 지속적으로 늘었다.¹⁾ 공동상속인 중 일부가 자기의 상속분을 법정상속분 이상으로 인정해 달라는 기여분 신청 건수도 2010년 98건에서 2013년 139건, 2014년 170건, 2015년 225건으로 계속 늘었다.²⁾

공동상속인들 간에 최근 증가하고 있는 이러한 분쟁 중에 뚜렷한 하나의 유형이 공동상속한 “채권”의 추심 등 행사에 관한 것이다. 동산·부동산 물권의 공동상속에서 주로 공동상속인 서로간에 원고-피고 또는 신청인-피신청인으로 분쟁당사자가 되는 데 비하여, 채권의 공동상속에서는 공동상속인들 서로가 분쟁당사자가 되는 경우도 있지만 채무자를 상대방으로 한 소송이나 신청의 제기가 이루어지는 경우도 많다.

공동상속인들 간의 법률관계에 관한 종래의 성질론에 의하면, 가분채권(可分債權)을 공동상속하면, 상속인들은 채권을 자기 상속분만큼 분할하여 상속개시 시점에 취득하게 되므로,³⁾ 그만큼의 채권은 즉시 채무자에게 추심하고 변제받을 수 있어야 한다. 그러나 공동상속인들 중 1인이나 일부 상속인이 채무자에게 변제요구를 하는 경우, 채무자 쪽에서는 그 채무의 변제로 말미암아 상속인들 간의 분쟁에 직접 관여하게 될 것을 우려하거나, 변제 상대방이 틀렸다고 사후 판정되어 이중지급의 위험을 부담하게 될 것을 우려하여, 그 변제요구에 응하지 않는 경우가 종종 발생한다.

공동상속되는 채권 중 대표적인 것이 은행을 채무자로 하는 예금채권인데, 피상속인이 남긴 은행예금을 상속인 중 일부가 인출청구하는 경우, 현재 시중은행들은 이에 응하지 않는다.⁴⁾ 즉 상속인들 중 일부가 은행에 찾아가서 자기 상속분만큼의 예금인출을 청구하더라도 그 출금은 불가능하다. 대부분의 시중은행들은 상속예금 처리에 관한 업

1) 대법원, 사법연감 통계사이트 참조. <http://www.scourt.go.kr/img/pub/jur_2016_Book8.pdf>

2) 대법원, 위의 자료, 참조.

3) 구체적인 설명은 아래 II.5. 및 III.을 참조.

4) 일본의 은행실무도 마찬가지이다. 森永淑子, “銀行預金と相続”, 九州法学会会報(2001年春季(第103回)), 九州法学会, 2002, 17頁에 의하면, 공동상속인 중 일부가 자기 법정상속분 상당액의 인출청구를 하여도 이를 인정하지 않고, 상속인 전원의 인감증명서 등의 서류를 징구하는 절차를 진행하여 전원의 동의를 확인한다고 한다.

무기준을 내규로 정하고 있고, 이에 의하면 상속예금을 인출하기 위해서는 상속인 전원(全員)이 은행에 찾아올 것이 요구된다. 은행내규에 의하면, 이 때 공동상속인들은 상속인임을 증빙할 수 있는 서류(피상속인의 가족관계증명서 또는 피상속인의 제적등본) 및 공동상속인 전원이 자필로 연서한 손해담보약정서⁵⁾를 제출하여야만⁶⁾ 한다.⁷⁾

이와 같이, 공동상속인들이 상속채권을 (가분채권인 경우) 자기 상속분만큼 분할하여 상속개시 시점에 취득한다는 종래의 공유설(共有說)에 따른 설명은 현재 현실세계에서 제대로 작동하지 않고 있다. 동산·부동산 물권의 공동상속과는 다른 무언가가 채권의 공동상속에는 존재하지 않는가 하는 의문을 불러일으키는 것이다. 따라서 채권의 공동상속이 실무상 종종 문제를 일으키고 있는 현 시점에 이르러서는 이 문제를 재검토해 볼 필요가 있다고 생각한다.⁸⁾

아래에서는 우선 공동상속의 법률적 성격에 관한 종래의 공유설, 합유설(合有說)을 간단히 살펴본 다음, 물권 아닌 채권을 공동상속한다는 것은 어떤 특질을 가지는지를 검토하고, 현재 발생하고 있는 채권의 공동상속에 관한 분쟁들에 대하여 어떤 해결책을 제시할 수 있을지를 논의하기로 하겠다.⁹⁾

-
- 5) 공동상속인 전원이 은행을 방문하는 것 대신에, 그 전원이 인감증명서와 기명날인으로서 1인을 대표자로 선임한다는 위임장을 제출하고 역시 전원의 인감증명서가 첨부된 ‘손해담보약정서’를 제출하는 것으로 대체하는 사례도 있다고 한다.
 - 6) 다만 예외적으로, (1) 공동상속인 중 일부가 소재불명 등으로 來店이 곤란한 경우로서 이에 관한 증빙자료 제출(대개 그 증빙자료로서, 소재불명 상속인을 제외한 나머지 상속인들이 소재불명 상속인을 상대로 가정법원에 제기한 상속재산분할 신청 사건에서의 상속재산분할심판서가 요구된다)이 가능하거나 상속에 관련한 다른 분쟁의 소지가 없음이 확인되는 경우에는 예외적으로, 일부 상속인만 내점하더라도 영업점장 전결로 그 상속인의 법정상속분만큼 지급할 수 있다고 정하고 있고, (2) 상속예금액 합계가 100만원 이하인 경우에는 역시 내점 상속인에게 해당액을 지급할 수 있다고 정하는 것이 일반적이다.
 - 7) 업무처리절차를 좀 더 구체적으로 보면 다음과 같다. 상속인 전원이 출석하거나 전원의 동의가 담긴 위임장 등이 제출되면, 먼저 공동상속인 전원의 명의로 예금계좌를 개설한다. 새로운 인장이나 서명이 제출되어야 하고 비밀번호도 새로 신고되어야 함은 당연하다. 그렇게 신 계좌가 개설되고 나면, 피상속인의 예금액이 그 계좌로 이체된다. 그 후에 비로소 상속인들은 출금을 할 수 있다.
 - 8) 공동상속인들 간의 법률관계의 성격에 관해서는 상속법 교과서들의 간단한 논의 외에는, 신영호, 공동상속론, 나남, 1987; 박법진, “공동상속에 관한 기본 법리; 공동상속재산의 합리적 분할을 중심으로”, 한양대학교 석사학위논문, 1994; 양창수, “공동상속재산의 공유”, 법정고시, 법률행정연구원, 1996, 22-39쪽; 윤철홍, “공동상속재산의 법적 성질에 관한 소고”, 사회과학논총, 숭실대학교 사회과학연구소, 2004, 215-228쪽. 정도를 찾아볼 수 있으나, 주로 공유설·합유설에 기하여 상속한 동산·부동산의 분할 등을 논하는 글이다. 이들 중에 채권의 공동상속에 간략히 언급한 것은 있지만, 이에 초점을 맞춘 글은 보이지 않는다.
 - 9) 공동상속에 있어서 상속인간 결합관계의 성격 및 채권의 분할귀속 여부라는 본고의 주제 외에도, 일본의 재판실무에서는 채권 공동상속에 관련하여 다양한 이슈들이 등장하고 있다. 가령, 공동상속된 부동산에서 발생한 차입채권의 귀속이, 그 후 행해진 상속재산분할의 결과의 영향을 받는 것인지(最高裁判所 第1小法廷

II. 공동상속인들 간의 법률관계

1. 상속의 본질 및 공동상속에 대한 2가지 입장

상속은 주지하듯이, 권리주체인 자연인이 사망으로 인하여 더 이상 권리주체일 수 없을 때에 그 망자와 일정 관계에 있는 사람들이 법률이 정한 바에 의하여 그 권리의무를 포괄적으로 승계하는 제도이다.¹⁰⁾ 상속인이 1인일 때와 달리, 상속인이 수인(數人)일 때에는 상속인 상호간에 일정한 구속관계가 형성된다. 공동상속인 간의 이러한 구속관계에 관하여는 종래 로마법적 입장과 게르만법적 입장이 대립하여 왔다고 설명된다.

로마법상으로는 공동상속인들이 상속재산에 관한 지분적 공유(持分的 共有)를 취득하였고, 이에 반하여 게르만법에서는 공동상속인들이 합수적 관계(合手的 關係)에 있었다.¹¹⁾ 부연하자면, 로마법상 상속재산은 상속인의 고유재산과 분리된 독립의 특별재산이 아니고 단지 개개의 권리의무의 집합이며, 이는 상속의 개시와 동시에 상속인의 고유한 재산과 바로 뒤섞이는 것으로 관념되었고, 각 공동상속인은 개개의 상속재산 혹은 전체 상속재산에 대한 자신의 지분에 관하여 다른 공동상속인의 동의 필요 없이 독자적으로 자유롭게 처분할 수 있었다. 이에 반하여, 게르만법에서는 피상속인의 재산은 상속인 자신의 재산과는 구별되는 특별재산(Erbchaft)을 구성하였고 상속재산은 상속에 의하여 일체로서의 상속인공동체(相續人共同體)(Erbengemeinschaft)에 귀속하였으며, 상속인 개개인이 자신의 추상적 지분을 독자적으로 처분할 수는 없었다.¹²⁾ 주지하듯이, 이 두 가지

2005.9.8. 宣告 2004年(受)第1222号 判決의 사안), 그리고 공동상속인 중 일부만이 은행을 찾아와서 피상속인의 사망전 거래내역을 보여달라는 요구를 하는 것이 정당한지(最高裁判所 第1小法廷 2009. 1. 22. 判決, 民集 63卷 1号 228頁의 사안) 등이 문제되고 있다. 전자에 대해서는 본고의 주제에서 약간 벗어나므로 여기서 다루지 않는다(그 판결의 평석으로 松並重雄, “共同相續に係る不動産から生ずる賃料債權の歸屬と後にされた遺産分割の效力 -最高裁判所判例解説”, 法曹時報 60卷2号, 法曹會, 2008, 257頁 참조). 후자에 관해서는 우리나라에서는 은행연합회의 지침으로 해결하고 있다. 은행연합회, 금융실명거래 업무해설, 2013, 48쪽 참조. 일본의 위 판결의 평석으로 数野昌三, “金融機関の預金者に対する預金口座の取引経過開示義務の有無および共同相續人の一人による当該開示請求の可否”, 実践女子大学人間社会学部紀要7, 実践女子大学人間社会学部, 2011, 187-195頁.

10) 상속법의 기본원칙으로는 私的 相續(Privaterbfolge), 家族 및 親族 相續(Familien- und Verwandtenerbrecht), 遺言의 自由(Testierfreiheit), 當然取得(Vonselbsterwerb), 그리고 포괄적 권리승계(Gesamtrechtsnachfolge)를 들 수 있다. 자세한 점은, 윤진수, “상속제도의 헌법적 근거”, 민법논고V, 박영사, 2011, 1쪽 이하 참조.

11) Münchener Kommentar BGB/Gergen, Band9, 6.Aufl. C.H.Beck, 2013, Vor§2032 Rn.4.; 신영호, 앞의 책, 19-49쪽 참조.

12) Münchener Kommentar BGB/Gergen, Band9, 6.Aufl. C.H.Beck, 2013, Vor§2032 Rn.1~3; 윤철홍, 앞의 논문.

입장 중의 하나를 각국의 상속법이 받아들여지게 되는데, 개인주의적 사상에 기반을 둔 로마법주의에 더 가까운 공동상속제도를 가진 나라가 프랑스와 일본이고, 단체주의적 사상에 기반을 둔 게르만법주의에 더 가까운 공동상속의 입법례가 독일이다. 이하에서 이들 국가의 공동상속제도를 간단히 정리한다.

2. 독일민법상의 공동상속

독일은 민법 제정에 있어서 공동상속인 관계를 어떻게 정할 것인가에 관하여, 로마법상의 지분적 공유관계와 프로이센법상의 합수적 관계 중 하나를 선택해야 하는 상황이었다. 독일민법 제1초안에서는 전자를 선택하였으나, 제2초안에서는 후자를 선택하였다. 공동상속인들 간의 이익상황을 합수적 관계가 더 적절하게 처리할 수 있다고 보았기 때문이라고 한다.¹³⁾

독일민법 제1922조 제1항에 의하면, 피상속인이 사망하면 그의 재산은 단독상속인 또는 복수의 공동상속인에게 포괄적으로 승계된다.¹⁴⁾ 그리고 그러한 복수의 공동상속인이 있으면, 상속재산은 공동체적 재산(*gemeinschaftliches Vermögen*)이 된다(제2032조).¹⁵⁾ 이 공동체적 재산에 대한 소유관계는 합유로 해석된다. 공동상속인은 총 상속재산에 대한 자신의 지분을 처분할 수 있으나(제2033조 제1항), 상속재산을 구성하는 개개의 객체들의 지분을 처분할 수는 없다(제2033조 제2항). 상속재산을 구성하는 개개의 객체를 처분하려면 공동상속인 전체가 공동하여서만 이를 처분할 수 있다(제2040조 제1항). 상속재산의 관리권한은 공동상속인에게 공동으로 귀속하며(제2038조 제1항), 관리에 필요한 행위는 상속분의 비율에 따라 과반수로 결정한다(제2038조 제2항, 제745조 제1항). 물론 공동상속인은 상속재산의 분할을 청구할 수 있으나, 공동상속인의 출생 예상 때문에 상속지분이 특정되지 않으면 그 분할은 상속지분이 특정될 때까지 지연될 수 있고(제2043조) 또한 피상속인이 사인처분으로 개별 상속재산의 분할을 배제하는 등의 조치를 할 수도 있다(제2044조).

상속재산에 속하는 채권은 가분채권이라도 불가분채권과 같이 다루어져서, 채무자는

217쪽, 양창수, 앞의 논문, 24쪽.

13) Münchener Kommentar BGB/Gergen, Band9, 6.Aufl. C.H.Beck, 2013, Vor§2032 Rn.4.

14) § 1922 Gesamtrechtsnachfolge : (1) Mit dem Tode einer Person (Erbfall) geht deren Vermögen (Erbschaft) als Ganzes auf eine oder mehrere andere Personen (Erben) über.

15) 이 공동체적 재산은 독립한 법인이 아니며, 별도의 권리능력이나 소송당사자능력을 가지게 되지 않는다. 자세한 점은 Münchener Kommentar BGB/Gergen, Band9, 6.Aufl. C.H.Beck, 2013, §2032 Rn.12.

상속인 전원에게 급부하여야 하고, 각 공동상속인은 채무자에게 공동상속인 전원에게 급부하라고 청구할 수 있을 뿐이다(제2039조 제1문). 각 공동상속인은, 채무자에게 모든 상속인을 피공탁자로 하여 공탁하라고 요구하거나, 공탁에 적합하지 않은 경우에는 법원이 지정한 관리자에게 인도하라고 요구할 수 있다(제2039조 제2문). 한편 상속재산을 가지고서는 상속채무에 대하여 변제하는 것이 우선이다(제2046조). 공동상속인은 상속채무에 대하여 연대채무자로서 책임을 지며(제2058조), 상속채무가 분할되기까지는 자기 상속지분을 넘는 재산으로써 변제하지 않겠다고 거절할 수 있다(제2059조).

3. 프랑스민법상의 공동상속

프랑스민법상 공유(l'indivision)에 관한 부분이 1976년에 대폭 수정 및 추가됨에 따라¹⁶⁾ 공동상속인들의 관계도 이에 따르게 되었다. 공동상속에 관하여 정하고 있던 프랑스민법전 제3권 제1편 제6장의 첫 조문인 제815조가 수정되었고, 이에 더하여 제815조의 1 내지 제815조의18이 추가되었다. 또한 위 개정과 동시에 프랑스민법전은 제3권에 제9편의2 “공유권의 행사에 관한 약장”을 별도로 신설하여 제1873조의1 내지 제1873조의18을 두었다.¹⁷⁾

위 프랑스민법 제815조 제1항은 “누구도 공유의 계속을 강제당하지 않으며, 공유의 분할을 유예하는 법원의 판결 또는 당사자 간의 합의가 없는 한 언제든지 분할청구를 할 수 있다”라고 정한다.¹⁸⁾ 프랑스민법 제883조 제1항¹⁹⁾은 각 상속재산이 각 공동상속인

16) 프랑스민법은 제정 당시의 시대적 사조인 개인주의 때문에 공동소유 일반에 관한 규정을 두지 않았다. 1804년의 프랑스민법전은 단독소유를 소유의 원칙적인 형태로 보고, 공유 또는 공동소유는 어디까지나 예외적이거나 일시적인 법률관계로 보았다. 그러다가 실생활에서 공유관계가 증가하고, 또한 일시적으로가 아니라 장기간 존속하는 경우가 빈번히 발생함에 따라, 이를 규율해야 할 사회적 경제적 필요성이 강하게 나타났다. 그리하여 1976년에 들어와서야 비로소 프랑스민법전은 공유관계를 체계적으로 규율하게 되었다. 자세한 사항은 남효순, “프랑스민법상의 공동소유”, 서울대학교 법학 제39권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 1999, 134-163쪽 참조. 공유의 법률관계에 대해서는 2006. 6. 23.자 개정법률로 다시 개정이 이루어졌으나 1976년 개정의 큰 틀이 2006년 개정에도 유지되고 있다.

17) Ferid/Sonnenberger, *Das Französische Zivilrecht Band3, 2.Aufl.*, 1987, S. 606-609.

18) Article 815 : Nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision et le partage peut toujours être provoqué, à moins qu'il n'y ait été sursis par jugement ou convention... 이하 프랑스민법의 조문 번역은, 대체로 명순구 옮김, 프랑스민법전, 법문사, 2004에 따랐다.

19) 제883조 제1항: “각 공동상속인은 상속분에 포함되어 있는 모든 재산 또는 경매에 의하여 그에게 귀속된 모든 재산을 단독으로 직접 상속한 것으로 보며, 상속재산에 속한 재산으로서 다른 공동상속인에게 귀속한 재산에 대해서는 소유권을 향유한 적이 없는 것으로 본다.” 다른 한편으로, 이 제883조가 정하는 소급효는 공유이론으로

에게 직접 상속된 것으로 본다고 정하고 있는데, 그 의미는, 상속재산분할에 의해 상속재산이 각 공동상속인들 사이에서 지분에 관하여 교환되거나 이전되는 것이 아니라, 상속재산분할에 의해 각자에게 귀속되는 상속재산을 상속개시 시점에 취득하는 것이라고 해석된다.²⁰⁾ 이에 의하면, 분할 전의 공유 상태는 오직 잠정적, 과도적인 것일 뿐이며, 분할이 행해지면 그런 중간적 공유상태는 존재하지 않았던 것이 된다.

프랑스에서 물권을 공동상속한 경우에는 그 목적물인 동산·부동산을 공동상속인들이 공유한다고 보지만, 채권을 공동상속한 경우에는 그것이 가분채권이면, 상속 즉시 상속분에 따라 법률상 당연히 각 공동상속인에게 분할귀속된다고 보고 있다.²¹⁾

4. 일본민법상의 공동상속

일본민법은 공동상속 재산의 소유관계를 공유로 규정하였다. 즉 일본민법 제898조는 “상속인이 수인 있는 때에는, 상속재산은 그 공유에 속한다”라고, 제899조는 “각 공동상속인은, 그 상속분에 따라 피상속인의 권리의무를 승계한다”라고 정하고 있다.²²⁾ 이 규정들은 프랑스민법과 같이 로마법주의를 받아들인 것으로 이해되고 있다. 판례는 일관하여 공유설을 취하고 있다. 그러나 학설상으로는 처음에는 공유설만 있었으나 합유설이 1930년대에 등장하여 그 이후 꾸준히 주장되고 있다.²³⁾ 합유설에 의하면, 합유의 개념으로 설명되는 조합재산에 대해서도 일본민법상으로는 ‘공유’라는 표현이 쓰이고 있으므로(제668조), 제898조의 문언만으로 상속재산의 공동귀속관계의 성질을 단정할 수는 없고, 공동상속인들 간의 권리의무의 성질을 고려해 보면 이를 합유로 이해해야 한다고 한다. 또한 합유설은, 일본민법 제909조가 ‘분할의 소급효’라는 표제 하에 “유산의 분할은, 상속개시시에 소급하여 그 효력을 발생한다.”라고 정하여 상속재산분할에 소급효를 인정하는 것은, 분할 전까지는 (자신의 지분 전체를 양도하는 것은 별론으로

설명되기 어렵다는 견해도 있다. 谷口 知平, 新版 注釋民法(27), 相續(2), 有斐閣, 1989, 141頁 참조

20) 남효순, 앞의 논문, 559쪽에 의하면, 프랑스민법은 로마법에 있던 상속재산분할의 移轉의 개념을 버리고 宣言的 개념을 취한 것이라고 한다. 즉 상속시에 피상속인이 공동상속인에게 하는 양도가 있을 뿐이고, 분할시에 공동상속인이 다른 공동상속인에게 하는 양도는 없으며, 그 결과 분할은 더 이상 이전행위, 양도행위, 교환이 아니고, 분할은 상속인이 상속을 통하여 권리를 취득하였음을 선언하여 주는 선언행위(un acte déclaratif)라고 프랑스민법전이 확인하였다는 것이다. Ferid/Sonnenberger, op. cit., S.607도 참조.

21) Ferid/Sonnenberger, ibid., S.610.

22) 제898, 899조는 우리 민법 제1006, 1007조와 똑같은 내용이다.

23) 谷口 知平, 앞의 책, 144-148頁.

하고) 개개의 상속재산에 대한 자신의 지분을 양도하는 일은 허용되지 않는다는 의미를 내포하고 있다고 지적하면서, 이와 같이 개개 상속재산 지분을 양도할 수 없다면 공동상속의 성격은 합유로 해석해야 한다고 주장하였다.²⁴⁾ 이러한 비판에 대응하여, 1947년 민법개정시에 제909조 단서²⁵⁾로 “다만 제3자의 권리를 해하지 못한다”라는 문장이 추가되었고, 종래의 다수설, 판례는 이 법개정으로써 공유설을 유지할 수 있게 되었다는 태도를 견지하여 왔다.

일본민법상 채권, 채무는 공동상속에 의하여 일단 준공유(準共有)하는 것이 된다.²⁶⁾ 판례²⁷⁾와 다수설²⁸⁾에 의할 때, 공동상속 대상이 가분채권, 가분채무(可分債務)이면 실제적으로는 각 공동상속인이 자기 지분만큼 분할하여 채권자, 채무자가 되므로 각 공동상속인은 자기에게 귀속하는 채권 부분을 행사하여 변제를 수령할 수 있다고 해석되고 있다. 결론적으로, 상속재산 중 금전채권(金錢債權) 등의 가분채권이 있으면, 그 채권은 상속개시와 동시에 당연히 상속분에 따라 분할되고, 각 공동상속인의 분할단독채권이 된다.²⁹⁾

5. 우리 민법상의 공동상속관계

5.1 공유설과 합유설

우리나라의 공동상속의 법적 성질에 관한 해석론은 대체로 일본의 해석론과 유사하다. 다수설인 공유설은 제1006조가 “[공동]상속재산은 그 공유로 한다”라고 정한 것은 문언 그대로 “공유”로 해석되어야 한다는 입장이다.³⁰⁾ 이에 의하면, 개개의 상속재산에

24) 谷口 知平, 앞의 책, 146頁.

25) 우리 민법의 제1015조 단서이다.

26) 일본민법 제264조는 우리 민법과 마찬가지로 ‘準共有’라는 표제 하에 “본질제2편 제3장 제3절 공유의 규정은 수인이 소유권 이외의 재산권을 가지는 경우에 이를 준용한다. 단 법령에 별도로 정하는 때에는 그러하지 아니하다”라고 정하고 있다.

27) 最高裁判所 1954. 4. 8. 宣告 第1小法廷 判決(1952年(オ)第1119号), 民集 8卷 4号 819頁.

28) 谷口 知平, 위의 책, 150頁. 이런 해석은 이미 일본민법 제정 초기부터 행해졌다. 梅謙次郎, 民法要義, 卷之五 相續編(復刻版), 1984, 113頁 참조(宮本誠子, “金錢債權の共同相續”, *ジュリスト別冊, 民法判例百選 III NO.225*, 有斐閣, 2015, 132頁에서 재인용).

29) 最高裁判所 1954.4.8. 宣告 第1小法廷 判決(民集 8卷4号 819頁); 最高裁判所 1978.12.20. 判決(民集 32卷9号 1674頁); 最高裁判所 2004.4.20. 宣告 第3小法廷 判決(金融商事判例 1205号 55頁) 등.

30) 곽윤직, 상속법, 박영사, 2004, 129쪽; 김용한, 친족상속법, 박영사, 2004, 328쪽; 김주수/김상용, 친족상속법,

대해 각 공동상속인은 그 상속분에 따라 지분(제262조의 지분)을 가지며, 또한 채권, 채무도 가분이면 당연히 각 공동상속인에게 분할된다(제408조). 그리고 자신의 지분을 제3자에게 양도한 공동상속인이 있는 경우 다른 공동상속인의 환수권(還收權³¹⁾을 규정한 제1011조³²⁾는 민법이 예외적으로 인정한 것에 불과하다고 한다. 또한 공유설은, 민법이 상속재산분할의 소급효를 인정하면서도 이와 동시에 “제3자의 권리를 침해하지 못한다”라고 제1015조 단서에서 정한 것은 개개의 상속재산 지분에 대한 자유로운 처분을 인정하는 취지라고 한다. 만약 공동상속재산이 합유의 대상이라면, 각 상속인은 개개 상속재산의 지분을 처분할 수 없으므로 처분금지에 위반된 처분은 무효가 되는 것이어서 애초부터 제3자의 이익을 침해할 염려가 없는 것이고, 따라서 제1015조 단서를 둘 필요가 없는 것인데, 현행과 같이 이를 둔 점은 민법이 공유설을 취하였음을 보여준다고 한다.³³⁾

합유설은 제1006조가 말하는 “공유”는 일반적인 공동소유 전체를 의미하는 용어이고, 그 구체적인 의미는 해석을 통하여 밝혀야 하며, 이를 합유로 해석하는 것이 타당하다는 입장이다.³⁴⁾ 합유설이 드는 근거를 정리하여 보면 다음과 같다.

첫째, 보통의 공유물 분할에서는 분할을 한 때로부터 효력이 생기지만, 상속의 경우에는 개개 물건의 분할이 아니라 상속재산 전체를 대상으로 하는 분할이고 소급효가 있는 분할이므로, 가령 갑·을·병이 A, B, C라는 재산을 공동상속한 후 갑이 A를, 을이 B를, 병이 C를 각각 가지는 것으로 분할을 하게 되면, 을·병은 애초부터 A의 공유자가 아니었던 것으로 된다. 그렇게 되면, 단서의 제3자 보호규정이 없는 한, 을로부터 A의 지분을 양수한 제3자는 소급효에 의하여 그 행위가 무효로 됨으로써 피해를 입게 된다. 제1015조가 이런 소급효를 인정한다는 것 자체가 (그 단서 규정은 별론으로 하고) 분할 전에는 개개 상속재산에 대한 공유지분이 없음을 의미한다.

둘째, 상속분 산정시에 증여 또는 유증을 상속재산에 포함하여 계산하고 있고(제1008조), 또한 제1011조는 상속분을 양도할 수 있음을 전제로 하는데 여기서 상속분이란

법문사, 2015, 643쪽; 양창수, 앞의 논문, 31쪽.

31) 공동상속인의 이 권리를 讓受權이라고 부르는 학자도 있으나(김용한, 앞의 책, 340쪽; 김주수/김상용, 앞의 책, 670쪽), 혼란스러운 命名이다. 제삼자가 일단 양수한 것이고 그로부터 다시 되돌려 양수하는 것이므로 還買權 내지 還收權이라고 해야 이해하기 쉬운 것이다. 박윤직 교수의 명명법에 따라 환수권이라고 적는다.

32) 제1011조(공동상속분의 양수) ① 공동상속인 중에 그 상속분을 제삼자에게 양도한 자가 있는 때에는 다른 공동상속인은 그 가액과 양도비용을 상환하고 그 상속분을 양수할 수 있다.

② 전항의 권리는 그 사유를 안 날로부터 3월, 그 사유있는 날로부터 1년내에 행사하여야 한다.

33) 김용한, 위의 책, 327쪽.

34) 정광현, 친족상속법요론, 법문사, 1962, 357쪽; 윤철홍, 앞의 논문, 226쪽.

상속재산 전체에 대한 관념적 지분이라고 할 수밖에 없다. 이러한 지분 개념은 상속재산이 공동상속인의 합유에 속함을 전제로 하는 것이다.

셋째, 채권 중 대다수를 차지하는 가분채권은 공유설에 의하면 상속 즉시 공동상속인 사이에 분할되는데(제408조), 이렇게 분할된 채권에 대해서는 (상속재산의) 분할 문제가 발생할 여지가 없게 되므로, 상속재산의 분할을 예정한 민법 조문과 조화되지 않는다.

넷째, 상속재산의 공동귀속관계가 분할을 타당·적절하게 행하려는 목적에 의하여 통합된 잠정적인 형태인 점에 비추어 보면, 법률관계를 복잡하게 하지 않기 위하여 상속인이 개개의 대상에 대하여 가지는 지분의 자유로운 처분을 금지하는 것이 타당하다.

다섯째, 공유설에 의하면, 가분의 상속채무는 상속인들에게 상속분에 따라 분할되어 귀속한다. 그러므로 만일 상속인 중의 1인이 무자력이면, 채권자는 자신이 관여하지 아니한 채무자의 사망이라는 사실에 의하여 불의(不意)의 불이익을 입게 된다. 즉 이는 공유설이 적절한 해석론이 아님을 보여주는 것이다.

5.2 검토

통상의 공유물분할과 달리 상속재산의 분할이라는 것은 전체 상속재산을 대상으로 한 분할이라는 점에서 공유설은 여러 가지 어려움에 봉착할 수밖에 없다. 다시 말해서, 공유설에 의하면, 상속개시시점에 공동상속인 간에 개별 물건의 소유권이 상속지분에 따라 공유지분이 나뉘어 귀속된다고 하면서, 나중에 실제로 행해지는 상속재산분할에서는 그 개별 공유지분대호가 아니라 새로 목적물의 귀속이 정해지는 구조이기 때문에 공유설은 필연적으로 난점을 품지 않을 수 없다. 그러나, 다른 한편으로 합유설 역시 우리 민법 상속편의 기본적인 조문표현과는 다른 해석이어서 많은 어려움이 있을 수밖에 없다. 민법의 해석상 어느 한 쪽이 당연히 옳다는 결론을 내릴 수 있는 문제는 아니라고 보인다.³⁵⁾ 그러나 결론적으로는 공유설을 취하는 것이 타당하다고 필자는 생각한다.

우선, 조문이 공동상속관계가 “공유”임을 천명하고 있는바, 제1006조는 “상속인이 수인인 때에는 상속재산은 그 공유로 한다”라고 하여, 그 법률적 성격이 공유임을 명시적으로 표현하고 있다. 그리고 우리 민법은 공동소유 형태에 대하여 “공유, 합유, 총유”를

35) 김용한, 앞의 책, 327-328쪽은, “제1008조, 제1015조 본문, 제1017조 등은 공유설을 주장하는 데 중대한 지장이 되고, 제1015조 단서와 조합재산에 있어서와 같은 지분처분의 금지에 관한 명문규정(제704조, 제273조)이 없다는 것은 합유설을 주장하는 데 방해가 된다”라고 한다.

분명히 나누어 정하고 있고, 조문에 따라서 공동소유관계가 그 중 어느 것에 해당하는가를 분명하게 규정하고 있다(가령 제704조, 제830조 제2항). 문언에 어긋나는 해석을 해서는 안 되는 것이 원칙이다.³⁶⁾

둘째로, 합유는 합수적 조합, 즉 구성원들이 공동목적으로 결합된 조합이 물건을 소유하는 형태라고 설명되나, 공동상속인들 사이에 이러한 목적결합관계를 인정하기는 어렵다. 상속재산의 분할이라는 공동목적이 있다는 견해가 있을 수 있으나, 그 분할은 해체를 위한 수단인 것이지 그것 자체가 실체적 가치를 가진 목적은 아니다.³⁷⁾

셋째로, 합유설은 상속재산분할의 소급효를 정한 제1015조 본문과 제1011조를 근거로 들고 있다. 그러나 제1015조에는 이미 단서로 “그러나 제3자의 권리를 해하지 못한다”라고 정해져 있어서, 그 본문과 단서를 종합하여 보면, 오히려 공유설에 합치한다. 그리고 제1011조의 ‘상속분’을 두고서, 합유설처럼 전체 상속재산에 대한 관념적 지분이라고 해석할 수도 있겠지만, 공유설 입장에서 개개 상속대상에 대한 공유지분의 합이라고 해석할 수도 있다.³⁸⁾

넷째로, 보다 현실적인 이유로서, 상속개시시부터 상속재산 분할시까지 사이에 각 상속인들이 자신이 상속으로 취득한 재산(정확하게는 개개의 상속재산상의 지분)을 환가하는 일이 종종 일어나고 있고, 현행민법 시행 후 이미 반세기를 훨씬 넘긴 현재 국민들의 법률상식상 개개 상속재산에 대해서는 공유지분을 가진다는 점이 이미 보편적으로 인식되고 있다. 전체 상속재산에 대한 관념적 지분을 처분한다는 사고방식은 국민들 사이에 이미 낯설다.

결론적으로, 상속재산의 분할에는 다른 공유물분할과는 다른 특질이 있으므로, 민법상 물건의 공유의 법리 및 조문을 그대로 적용하여 공동상속을 규율할 수 없음은 분명하지만, 민법의 조문들이 전체적으로 공유설의 입장에 선 것임을 부정하기는 어렵다. 또한 이 시점에 와서 합유설을 채택하는 경우의 실무상의 혼란도 우려된다. 즉 공유설 입장에서 볼 때 일부 명쾌하지 않은 점이 있다고 하여, 덩석 합유설을 채택하는 것은, 빈대잡으려다 초가삼간 태우는 결과가 되지 않을지 염려스러운 것이다.

36) 박윤직, 앞의 책, 129쪽도 비슷한 취지이다.

37) 양창수, 앞의 논문, 29쪽.

38) 김주수/김상용, 앞의 책, 643-644쪽; 양창수, 위의 논문, 30쪽. 이에 더하여 이 글은, 가분채무가 상속인들에게 분할되어 귀속될 때 그 채권자에게 불리해질 수 있다는 점만으로는 명문의 ‘공유’라는 문언을 합유로 해석할 수 있을지는 의문이라고 하고, 또한 제1029조(공동상속인의 한정승인)는 가분의 상속채무가 상속분에 따라 각 상속인에게 귀속됨을 전제로 한 규정이라고 한다.

5.3 판례

판례는 일관되게 공동상속재산은 공동상속인들의 공유라고 판시하였다.³⁹⁾ 그런데 이들은 주로 공동상속재산이 부동산인 경우에 관한 판결이다. 즉 부동산을 공동상속한 사람은 그 부동산에 대한 보존행위로서 그 공유물에 관한 원인무효의 등기 전부의 말소를 구할 수 있고,⁴⁰⁾ 소송계속 중 당사자인 피상속인이 사망한 경우에도 그 소송물이 공동상속인들에게 합일확정되어야 할 필요적 공동소송관계라고 인정되지 않는 이상 반드시 공동상속인 전원이 공동으로 수계하여야 하는 것은 아니다.⁴¹⁾ 한편, 부동산을 공동상속한 공유자는 그 공유물의 일부라도 협의 없이 배타적으로 이를 사용수익할 수는 없으며,⁴²⁾ 공동상속인 중 일부 상속인만의 상속등기를 경료할 수는 없다.⁴³⁾

5.4 상속채권의 준공유

이상에서 본 바와 같이 다수설과 판례에 따라 공유설을 취한다고 하더라도, 그 근거에 관한 설명들은 대체로 동산·부동산의 물권을 염두에 둔 것들이다. 채권, 그 중에서도 가분채권을 공동상속한 경우에, 공유설에 의하면 상속인들은 어떤 권리를 취득하는가? 앞에서 언급했듯이, 상속된 가분채권에 관하여 판례⁴⁴⁾와 다수설⁴⁵⁾은 분할채권원칙에 따라 각 상속인이 자기 지분만큼의 채권을 “분할하여 취득”하며 이를 행사할 수 있다고 설명하고 있다.

최근 대법원 2016. 5. 4. 자 2014스122 결정은 이러한 입장을 다시 확인하고 있다.

39) 대법원 1993. 5. 11. 선고 92다52870 판결; 1994. 2. 12. 선고 92다29801 판결; 1996. 2. 9. 선고 94다61649 판결 등.

40) 대법원 1996. 2. 9. 선고 94다61649 판결.

41) 대법원 1994. 2. 12. 선고 92다29801 판결.

42) 대법원 1982. 12. 28. 선고 81다454 판결.

43) 대법원 1995. 2. 22. 선고 94마2116 결정.

44) 대법원 1962. 5. 3. 선고 4294민상1105 판결; 대법원 1980. 11. 25. 선고 80다1847 판결; 대법원 2006. 6. 30. 선고 2005도5338 판결; 대법원 2006. 7. 24. 선고 2005스83 결정; 대법원 2016. 5. 12. 선고 2014다24921 판결(마지막 2개의 판결·결정은 공개되지 않은 것이다). 그리고 대법원 2014. 11. 27. 선고 2011다57401 판결에도 공동상속채권에 관한 짧은 언급이 있으나, 이 판결의 쟁점은 다른 것이다.

45) 박윤직, 앞의 책, 129쪽; 양창수, 앞의 논문, 34쪽. 그러나 김주수/김상용, 앞의 책, 645쪽은, 공유설을 취하면서도 채권에 관해서는 “상속채무자는 상속인 전원에 대하여만 이행할 수 있고, 각 상속인은 상속인 전원에 대한 이행을 청구할 수 있을 뿐”이라고 하여 불가분채권처럼 해석하고 있다. 그러나 이런 결론에 대한 아무런 논거는 제시되지 않고 있다. 이 해석은 공유설의 이론과 논리적으로 일관하지 않는 것이라고 생각된다.

즉 “금전채권과 같이 급부의 내용이 가분인 채권은 공동상속되는 경우 상속개시와 동시에 당연히 법정상속분에 따라 공동상속인들에게 분할되어 귀속되므로 상속재산분할의 대상이 될 수 없는 것이 원칙이다.”라고 판시하였다.⁴⁶⁾

그런데 곰곰이 생각해 보면, 개별 상속재산인 물건의 소유권이 공동상속인들 간에 상속개시시에 곧바로 “공유”되는 것에 대응하여, 개별 상속재산인 채권은 (공유설에 의할 때) 공동상속인들 간에 일단 “준공유”된다고 보아야 한다. 왜냐하면, 우리 민법 제278조는 “본질[공동소유]의 규정은 소유권 이외의 재산권에 준용한다”라고 정하고 있으며, 제278조에서 말하는 ‘재산권’에는 채권이 포함된다고 일반적으로 해석되고 있기 때문이다.⁴⁷⁾ 우리 민법 해석론상, 다수설과 판례의 견해처럼, 채권을 공동상속하면 공동상속인들 간에 자동으로 분할귀속된다고 해석하려면, ‘제278조의 준공유’와 ‘제408조의 분할채권원칙’ 사이의 이론적 관계가 어떠한지가 먼저 규명되어야 한다. 그렇게 하고 나야, 가분의 상속채권을 두고서 왜 이를 “준공유한다”고 하지 않고 곧바로 “분할하여 귀속된다”라고 하는지가 분명해질 것이다. 아래에서 좀 더 자세히 본다.

III. 채권의 준공유

1. 채권의 공동상속에 적용되는 조문

“채권의 준공유”라는 주제는 늘과 같아서, 빠지면 헤어 나오기 어렵다. 아래에서 보듯이, 명쾌한 결론이 나오기 어렵고 때로는 각 학설의 내용조차도 그 구체적인 결론을 이해하기 어렵다. 과연 제278조의 입법자⁴⁸⁾가 “소유권 이외의 재산권”에 채권이 포함되고 채권을 준공유하면 채권자·채무자 간의 구체적인 권리의무가 어떻게 된다는 점을 명확히 인식하고 입법을 하였는지 의문이 들기도 하지만, 일본민법 기초자 중 1인인

46) 다만 이 판결은, 가분채권을 일률적으로 상속재산분할의 대상에서 제외하면 부당한 결과가 발생할 수 있는 경우에는, 가분채권도 예외적으로 상속재산분할의 대상이 될 수 있다고 하였다. 예를 들어 공동상속인들 중에 초과특별수익자가 있는 경우에는 초과특별수익자는 초과분을 반환하지 아니하면서도 가분채권은 법정 상속분대로 상속받게 되므로, 이와 같은 특별한 사정이 있는 때는 상속재산분할을 통하여 공동상속인들 사이에 형평을 기할 필요가 있으므로 가분채권도 예외적으로 상속재산분할의 대상이 될 수 있다는 것이다.

47) 박윤직 편집대표, 민법주해 V, 물권(2), 박영사, 1992, 622쪽 등. 일본에서도 마찬가지이다. 川島 武宜, 新版 注釋民法(7), 物權(2), 有斐閣, 2007, 595頁 참조.

48) 거슬러 올라가면 일본민법 제264조의 입법자.

梅謙次郎은 가분채권을 공동상속하면 각 공동상속인이 자기 지분만큼 분할하여 채권자가 되어서 자기에게 귀속하는 채권 부분을 행사하여 변제를 수령할 수 있다고 이미 설명하고 있다.⁴⁹⁾

민법 제1006조에 의한 공동상속의 경우에도 (판례·다수설에 따라 공유설을 취할 때) 제278조가 존재하는 한, 일단 상속채권은 ‘준공유’된다고 보아야 한다. 그러나 기존의 상속법 교과서나 논문에서는, 채권의 공동상속을 언급하더라도 이 문제는 다루지 않고 넘어가 버린다.⁵⁰⁾ 공동상속의 공유설에 따라 공동상속인들이 채권을 ‘준공유’하게 된다면, 그 준공유 법리와 제408조 이하의 다수당사자 채권관계 조항들(그 중에서도 제408조의 분할채권원칙)은 어떻게 조화되는가? (채권의 준총유·준합유·준공유는 채권자들 간의 결합에서 비롯하는 문제이고, 제408조 이하의 규정은 채권자들과 채무자 간의 관계에 더 중점을 둔 규정이라는 면에서 보면, 두 제도는 차원을 달리하는 것이기는 하다. 그러나 이 두 제도가 구체적·현실적 채권관계에 적용될 때, 이해관계인 각자가 실제로 어떤 권리의무를 가지는지를 규명하는 작업은 필요하다).

2. 채권 준공유의 의미에 관한 여러 견해

독일민법상으로는 공동소유 관련 조문에서 이와 같이 채권 등 다른 재산권에 공유관계를 준용한다는 조문(우리 민법 제278조)은 보이지 않는다. 수인의 채권자 및 채무자(Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern)라는 제목 하에 제420조 이하의 규정을 두고 있을 뿐이다. 반면에, 일본 민법 제264조는 우리 민법 제278조와 같은 내용을 정하고 있고, 일본에서는 이에 관한 논의가 과거에 비교적 많이 있었다.

먼저 일본민법 제264조의 “공동소유 관련 규정을 소유권 이외의 재산권에 준용한다”가 채권에 대하여서도 적용되는지에 관한 견해들을 살펴본다.⁵¹⁾ 1) 제1설: 채권에 관해서도 준공유가 성립한다고 생각해도 좋지만, 이 경우에는 불가분채권의 규정을 우선 적용하는 것으로 된다는 견해,⁵²⁾ 2) 제2설: 채권의 내용·효력 등에 관해서는 불가분채권의

49) 梅謙次郎, 앞의 책, 113頁 참조; 宮本誠子, 앞의 논문, 132頁에서 재인용.

50) 상속법 교과서들은 물론이고, 신영호, 앞의 책은 총 300쪽이 넘는 단행본으로 출간된 것이지만, 280-281쪽에서 채권의 공동상속을 짧게 언급할 뿐이고, 상속채권이 준공유되면 왜 분할채권이 되는지에 관하여 별다른 설명이 없다.

51) 일본의 학설들은 주로 오래된 교과서상의 학설들이고, 川島 武宜, 앞의 책, 595-596頁이 이를 잘 정리하고 있으므로, 일응 이 주석서의 분류에 따른다.

52) 일본 학자들 중 末弘嚴太郎, 我妻榮, 柚木馨 등이 이 입장을 취한다.

규정을, 채권에 대한 지배의 면에서는 준공유의 규정에 의해야 하고, 양자는 각각 적용의 장면을 달리하므로 우선·열후의 관계에 있는 것은 아니라는 견해,⁵³⁾ 3) 1922년 2월 20일의 대심원 판결⁵⁴⁾을 해석하여, 채권의 종류에 따라 취급을 달리하는 것이 타당하며, 채권 중에서 물건에 대한 지배를 수반하는 임차권 등에 대하여는 본조의 적용을 인정해야 한다고 보는 견해⁵⁵⁾가 그것이다.

우리나라에서 과거의 논의는 대체로 위 일본의 각 견해를 따라간 것으로 보인다.⁵⁶⁾ 1) 제1설: 준공동소유가 이론상 성립하나 불가분채권에 관한 규정이 우선 적용된다는 견해, 2) 제2설: 채권의 내용·효력 등에 관하여는 불가분채권을 적용하되, 채권에 대한 지배(支配)(예컨대 과실 기타 수익의 분배, 비용의 부담·처분 등)에 관하여는 준공동소유의 규정을 적용하여야 한다는 견해, 3) 제3설: 물건의 지배를 수반하는 채권(예컨대 임차권)에 관하여는 준공동소유를 인정하나 그렇지 아니한 경우는 준공동소유를 부정하는 견해 등이 그것이다.

그러나 이렇게 정리하고 보아도, 채권 준공유의 법리와 제408조 이하의 다수당사자 채권관계 조항들이 어떻게 조화된다는 것인지 명쾌하게 이해되지는 않는다. 이에 관해서 더 구체적으로 서술하고 있는 我妻榮 교수의 설명(이 설명이 현재 일본에서 통설적 위치를 차지하고 있다)을 본다.⁵⁷⁾ 그에 의하면, 다수당사자의 채권관계는 그 당사자들 사이의 결합관계에 의하여 우선 준총유·준합유·준공유가 나누어지되, 채권을 준공유하는 경우에는 당사자의 의사에 의하여 여러 유형을 가지게 되는데 민법 채권총칙 편외의 다수당사자 채권관계의 규정들은 채권을 준공유하는 것의 유형이라고 한다. 즉 분할채권, 불가분채권은 채권의 준공유의 구체적 내용이라고 한다. 다시 말해서, 채권자들 간의 결합관계가 총유·합유에 미치지 못하는 정도이면 그 채권관계는 공유적으로 되겠지만 (물권에서) 공유라고 하는 하나의 유형이 있음에 대하여, 다수당사자 채권관계에서는 분할채권, 연대채권, 불가분채권 등 여러 유형이 존재하게 된다.

53) 일본 학자들 중 舟橋諱^이 이 입장을 취한다.

54) 이 판결은, 토지임차권을 준공유하는 상황에 놓인 자들 중 1인이 그 임차권의 준공유에 기하여 그 권리의 확인 및 방해배제를 구한 사안에 대한 것이다. 판결은, 일본민법 제264조에 의하여 공유의 규정을 준용해야 하게 되면, 일본민법 제252조 단서(“보존행위는 공유자 각자가 할 수 있다”)가 적용된다고 판시하였다.

55) 末川. 그리고 新版 注釋民法(7), 物權(2)의 해당부분 집필자인 川井健 교수도 제3설을 지지한다.

56) 우리나라의 이 부분 논의 역시 주로 옛 교과서들에서 나타나고 있고, 광운직 편집대표, 앞의 책, 622-623쪽에서 이를 정리해 놓고 있으므로, 일용 이 주석서의 분류에 따른다. 제1설-제3설 주장자가 각 누구인지는 생략한다. 제1설이 다수설이다.

57) 我妻榮, 新訂 債權總論(民法講義 IV), 岩波書店, 1964, 375-376頁.

현재의 우리나라 학설들을 보면, 일본의 위 설명과 유사하다.⁵⁸⁾ 현재 교과서의 설명을 종합하여 보면 다음과 같다. 채권에 대해서도 다수당사자 간의 결합관계에 대응하여 총유적·합유적·공유적 귀속이 가능하고 제278조는 이를 정한 규정이며, 이와 별도로 다수당사자 채권관계를 정한 조문이 제408조 이하이다. 즉 다수당사자 채권관계는 준총유, 준합유, 준공유, 분할채권, 불가분채권, 연대채권의 6가지 유형이 있게 된다.⁵⁹⁾ 그런데 제278조 단서의 “다른 법률에 특별한 규정”에 해당하는 것이 제408조 이하의 다수당사자 채권관계 규정이므로, 채권자들 간의 결합관계가 강할 때에는 채권의 준총유 또는 준합유가 성립하고 그런 정도의 결합관계가 없을 때에는 채권의 준공유에 해당하게 되지만, 후자의 경우에는 제408조 이하가 우선적용된다는 것이다. 그리고 제408조 이하가 우선적용되지 않도록 하려면, 즉 채권자들이 채권을 준공유하도록 하려면, ‘준공유의 특약’이 있어야 한다고 한다.⁶⁰⁾

일본의 통설과 현재 우리나라의 통설을 위와 같이 살펴보면, 거의 비슷하지만 약간의 뉘앙스 차이가 있다. 일본에서는 채권자들 사이에 특별한 결합관계가 없는 때에는 사실상 분할채권·연대채권·불가분채권이 성립하는 것이지 채권의 준공유가 성립하기는 어렵다는 취지로 읽히지만, 한국의 설명은 (물론 채권 준공유가 잘 성립하지는 않지만) 성립가능성은 충분히 있다는 취지로 읽힌다. 그러나 우리나라 교과서 어디에도, 만약 ‘채권 준공유’의 특약이 있어서 채권이 준공유되면 그 다음 누가 어떻게 얼마만큼의 권리행사를 할 수 있는지, 급부의 보유는 어느 한도에서 적법하게 되는지 등에 관한 구체적인 권리의무관계에 대한 설명은 전혀 없다.

58) 박윤직, 신정판 채권총론, 박영사, 1997, 295-297쪽; 김준호, 민법강의, 법문사, 2016, 747쪽; 송덕수, 신민법강의 제9판, 박영사, 2016, 1097쪽; 지원립, 민법강의 제14판, 홍문사, 2016, 1150쪽 등.

59) 박철, “공동명의예금과 다수당사자 채권관계의 법리”, 민사판례연구(24), 박영사, 2002, 317쪽도 박윤직 교수의 다수당사자 채권관계의 분류를 위와 같이 이해한다.

60) 이 점에 관해서는 명시적으로 설명하지 않는 교과서도 있고, 송덕수, 위의 책, 1097쪽 등 명시적으로 설명하는 교과서도 있다.

3. 채권 준공유에 대한 소결론

위와 같은 설명들을 읽어보아도, 채권이 준공유되는 경우의 관계인들 간의 권리의무가 명쾌하게 이해되지는 않는다. 다수 견해에 따라서 제408조 이하가 제278조 단서가 말하는 특칙이라고 보면서도 여전히 ‘채권의 준공유’가 적용되는 경우가 있다고 보게 되면, 그 경우에 관계인들 간의 권리의무에 있어서 회색 영역이 남는다.⁶¹⁾

한편, 프랑스에서는 채권에 대해서는 공유가 성립하지 않는다고 한다.⁶²⁾ 즉 급부가 불가분인 채권의 경우 그 법률관계는 공유가 아닌 별개의 법률관계로서 연대채권관계(*la solidarité active*; 제1197조 이하)로 규율되며, 다수당사자 채권관계에서 법률규정 또는 의사표시에 의한 연대의 표시가 없으면 분할채무가 성립한다(제1202조)고 한다.

다수당사자 채권관계에 관한 우리 민법의 해석에 있어서, 위 我妻의 견해 및 프랑스의 태도처럼, 적어도 가분채권에 있어서는 현실적으로 ‘준공유’가 적용될 여지가 없다고 보는 편이 사고를 간명하게 하는 일이라고 생각된다. 다시 말해서, 우리나라 통설과 같이 제408조가 제278조의 특칙이라고 보되, ‘준공유의 특약’이 존재할 여지를 거의 인정하지 않는 해석이 가능하다고 본다. 즉 당사자들이 특약을 하면서 다른 아무런 권리의무 관계에 관한 합의 없이 단지 “채권을 준공유한다”라고만 합의할 가능성은 거의 없으므로, 그 합의의 해석을 통하여 그 채권이 채권자들 간에 분할채무의, 또는 불가분채무나 연대채무의 성격을 가지는 것으로 판단할 수 있을 것이다. 이런 합의의 해석에 있어서, 위와 같이 판단하지 아니하고 ‘채권을 준공유한다’라고만 결론짓는 일을 피해야 한다는 것이다(물론 채권자들의 결합관계가 비법인사단이면 준총유가, 조합이면 준합유가 성립하는 일은 충분히 가능하고, 이 경우에는 총유·합유 이론에 따라 공동처분·공동행사하도록 하면 되므로 큰 해석상의 난점이 발생할 가능성이 낮다).

특히 사고(思考)의 대상을 채권 중에서 금전채권에만 한정하여 생각해 보면, 채권의 준공유라는 개념을 생각할 필요는 더욱 없다. 금전채권의 경우에는, 한쪽의 복수 채권자들과 다른 쪽의 채무자 사이에 어떤 방식으로 채권의 내용을 정했는지에 따라서 위와 같이 분할채권, 연대채권, 불가분채권 중의 하나로 보면 그만이며, 그에 대하여 준공유의

61) 이 문제에 대해서 박철 변호사는, 기존의 견해들은 물권과 채권의 차이를 간과한 것이며, 다수당사자 채권관계는 그들 간의 내부적 결합의 유무와 강도에 의하여 결정되는 것이 아니라 당사자들 간의 계약의 내용에 의하여 결정되는 것이고, 공동소유에 관한 법률규정이 채권에 곧바로 준용될 여지는 없다. 즉 ‘채권의 준공유란 없다’라는 견해를 내놓고 있다. 박철, 앞의 논문, 320쪽.

62) 남효순, 앞의 논문, 137쪽 참조.

개념을 끌어올 것은 아니라고 생각된다. 설령 그 개념을 끌어오더라도 ‘금전채권을 준공유’한다는 것이 실제 무슨 의미인지는 알 수 없다.⁶³⁾

다른 한편, 단순 금전채권이 아닌, 여러 가지 권리와 권한이 결합된 지위(地位)가 준공유되는 경우는 있을 수 있을 것이다.⁶⁴⁾ 그러나 이런 “지위의 준공유”라는 표현이 법률문헌에 종종 보이기 는 하지만, 이는 “사실관계에 대한 묘사 내지 설명”일 뿐이지, 어떠한 법률효과를 구체적으로 설명하는 말(당사자 간에 구체적으로 어떤 권리의무를 가지는지를 직접 표현하는 말)은 아니라고 생각한다.

다수채권자가 공동상속인인 경우에도 위의 논의가 적용된다. 공유설을 취할 때, 피상속인의 채권을 공동상속하는 경우, 그 채권이 금전채권 등 가분채권이면 특별한 사정이 없는 한⁶⁵⁾ 공동상속인들은 분할채권관계에 놓이게 된다.⁶⁶⁾ 그래서 가분채권을 공동상속하는 경우에는, 상속개시와 동시에 각 상속인에게 분할·귀속되는 것이므로, 그 가분채권은 원칙적으로 상속재산분할의 대상이 되지 않는다.⁶⁷⁾ 그러나 이와 같이 상속된 금전채권이 상속재산분할의 대상이 되지 않는다고 보면, 채권도 상속재산분할의 대상이 됨을 전제로 한 제1017조와의 관계가 문제된다. 가정법원 실무는, 채권의 당연분할을 전제로 하면서도, 공동상속인 전원의 합의가 있다는 등의 이유로 상속재산분할의 대상으로 삼는 것을 인정하고 있는 것으로 보인다.⁶⁸⁾

채권의 상속재산분할에 있어서 상속분과 다르게 분배하는 경우에는, 일단 각 상속인

63) 실무상 채권의 준공유가 거론되는 일이 사실상 거의 없으나, 대법원 1984. 6. 12. 선고 83다카2282 판결, 대법원 1985. 5. 28. 선고 84다카2188 판결이 ‘매매예약완결권의 준공유’를 언급하였다. 일부 견해는 위 2개의 판결을 들면서, 대법원에서 채권 준공유 법리가 인정되고 있다고 주장한다. 하지만 위 판결은 그 대상이 형성권이지 채권이 아닐뿐더러, 이 사안에서 반드시 준공유 개념을 끌어들었어야 하는지도 의문이다. 판결에 대한 비판에 관해서는, 양승태, “공동명의로 가등기한 수인의 매매예약자의 법률관계”, 민사판례연구(7), 박영사, 1988, 15쪽 이하 및 박철, 앞의 논문, 319쪽 이하 참조.

64) 가령 주식회사 주주권(여기에는 여러 가지 권리와 권한이 결합되어 있고 이들은 自益權과 共益權으로 분류된다)을 상속받아 준공유하게 되는 경우에, 이것이 단순분할된다는 견해를 취하기는 쉽지 않다. 山下純司, “共同相続における財産権帰属の判例法理”, 金融法務事情(2009号), 金融財政事情研究会, 2015, 46頁에 의하면, 회사법 학자들 간에는 주식을 공동상속하는 경우에 준공유설이 다수설이고 당연분할설은 소수설에 그친다고 한다.

65) 금전채권이면 대부분 가분채권이겠지만, 반드시 그런 것은 아니다. 금전채권이라도 불가분약정이 있으면 당연히 불가분채권이 된다. 일본에서는 과거의 郵便貯金法에 “정액우편저금 채권은 분할인출할 수 없다”는 조항이 있어서, 공동상속된 우편저금채권이 금전채권이면서도 불가분채권으로 취급된 사례가 있다(最高裁判所 2010.10.8. 判決, 民集 64卷 7号 1719頁).

66) 박윤직, 상속법, 박영사, 2004, 129-130쪽의 결론도 마찬가지이다.

67) 일본에서의 판례·다수설도 이러한 입장이라는 점에 관하여, 森永淑子, 앞의 논문, 18頁.

68) 일본의 실무도 마찬가지이다. 宮本誠子, 앞의 논문, 133頁 참조.

에게 귀속되어 있던 분할채권을 양도하는 셈이 되므로, 채무자 기타의 제3자에게 이러한 분배사실을 가지고 대항하려면 채권양도의 대항요건이 필요할 것이다.⁶⁹⁾

IV. 채권의 공동상속과 물권의 공동상속의 차이

1. 채권의 공동상속은 물권의 공동상속과 무엇이 다른가?

이상에서 검토한 공유설에 의하면, 동산·부동산의 소유권을 공동상속하는 경우에는 (민법 물권편의 공유 법리에서와 같이) 각 상속인이 개개 상속재산의 공유지분을 각각 취득하는 것이고, 채권을 공동상속하는 경우(가분채권인 경우)에는 그 채권을 상속지분 비율대로 분할하여 그만큼의 분할채권을 취득하게 된다. 그런데 공동상속인의 동산·부동산의 지분취득에 관해서는 실무상의 저항이 별로 보이지 아니하는 데 비하여, 채권의 분할취득에 있어서는 왜 공유설 적용결과와 다른(첫머리에서 본 은행실무와 같은) 실무가 행해지는 것일까?

곰곰이 생각해 보면, 첫째로, 권리의 상대방의 차이가 위와 같은 결과를 낳음을 알 수 있다. 즉 대세권(對世權)인 물권에서는, 그 물권에 대한 침해가 발생하지 않는 한, 당장 그 물권에 기하여 의무를 지는 상대방이 존재하지 않는다. 반면에 상대권(相對權)인 채권에서는 항상 그 채권관계의 상대방, 즉 채무자가 존재한다. 그리고 그 채무자는, 상속으로 인하여 변동된 채권자 쪽 사정에 의하여 자신의 지위가 열악해지는 것에 저항을 하게 된다. 예컨대, 채권자 A가 사망한 후 B, C, D가 자신들이 상속인이라고 주장하면서 채무자인 T에게 변제를 요구하면, T로서는 B, C, D가 상속인의 전부인지, 그리고 이들이 주장하는 상속지분이 맞는지를 고민하게 된다. 특히 외견상 B, C, D가 공동상속인이라고 보일 때, 그 중 1인인 B만이 T에게 자기 지분만큼의 채권 변제를 요구하면, T로서는 B가 주장하는 상속분이 정당한 것인지를, 나중에 일부라도 이중변제의 위험이 없을지를 고민하게 된다. 공동상속인들 간에도, 그 일부가 피상속인으로부터 재산의 증여 또는 유증(특별수익(特別受益))을 받아서 그 때문에 상속분의 변경이 있을 수 있고(제1008조),⁷⁰⁾ 또한 기여분(寄與分)을 이유로 상속지분이 달라질 수도 있기 때문에(제

69) 宮本誠子, 앞의 논문, 133頁 참조.

1008조의2 제1항) 더욱 그러하다.⁷¹⁾ 더 나아가서는 피상속인의 자녀로 가족관계등록부 상 등록되지 않은 혼외자가 나중에 출현할 가능성도 배제할 수 없다.⁷²⁾ 보다 현실적인 상황을 보면, 여러 개별 상속재산을 상속한 공동상속인 중에 일부가 부동산 등 큰 몫의 개별 재산을 온전히 취득하고, 그 대가로 예금을 포기 내지 감축수령하는 등, 예금채권은 정확한 액수에 따른 분할이 가능한 것이므로 공동상속인들 간에 유산분배에 즈음하여 최종적 조정수단으로 이용되는 경우도 많다. 즉 예금 중 각자의 몫이 법정상속분에 상응하지 않는 경우가 종종 발생한다. 이런 점 때문에 첫머리에서 본 바와 같은 은행실무가 등장하는 것이다.

둘째로, 동산·부동산 물권의 공동상속은 물권법정주의에 의하여 그 권리의 내용이 확정되어 있으므로, 그것이 지분으로 쪼개지더라도 그 내용에 대하여 별달리 의문이 생길 여지가 없다. 그러나 채권이라는 것은 단순한 금전채권이 아닌 경우도 있고, 금전채권이더라도 완전히 독립하여 존재하는 것이 아니라 ‘계약상의 일방당사자의 지위’를 구성하는 여러 채권채무 중의 하나에 해당하는 채권일 수도 있다. 이런 경우에는 그 계약상의 당사자 지위가 과연 공동상속인들 간에 분할적으로 지분별로 귀속될 수 있는 것인지에 대하여 의문이 없을 수 없다.⁷³⁾ (이런 상황을 두고서 ‘계약상 지위의 준공유’라는, 애매하고 묘사적인 표현이 등장한다. 그러나 이는 법률효과 즉 당사자 간의 권리의무를 설명하는 말이라고 보기 어렵고, 단지 상황 내지 사실관계에 대한 묘사적 표현에 불과하다는 점은 앞에서 지적하였다.) 이러한 계약상 지위의 공동상속에 관하여 아래에서 추가로 살펴본다.

-
- 70) 심지어는 그 예금인출 청구인의 특별수익이 많은 탓에, 당해 예금채권에 대한 상속분은 제0(0)가 될 수도 있다. 은행으로서의 그 특별수익을 알 수 없다. 특별수익의 구체적 산정방법에 관한 상세한 설명은, 윤진수, “초과특별수익이 있는 경우 구체적 상속분의 산정방법”, 민법논고 V, 박영사, 2011, 208쪽 이하 참조.
- 71) 최근의 대법원 2016. 5. 4. 자 2014스122 결정도, 특별수익이나 기여분 때문에 구체적인 상속분이 법정상속분과 달라질 수 있는 상황에서 상속재산으로 가분채권만이 있는 경우에는, 원래 상속재산분할의 대상이 아닌 가분채권이라도 이를 상속재산분할의 대상으로 삼아야 한다고 판시하였다.
- 72) 물론 은행으로서, 채권의 준점유자에 대한 변제 등으로 항변할 수도 있겠지만, 그런 항변가능성만으로는 채무자 보호에 충분하지 않을 수 있다.
- 73) 가장 흔하고 전형적인 계약 중의 하나인 주택임대차계약(임대인과 임차인 간에는 몇 가지 채권·채무가 결합되어 있다)에 관해서는, 사실혼 관계자와 상속인 간의 공동채권채무 승계에 관하여 법률이 직접 정하기도 한다. 주택임대차보호법 제9조(주택 임차권의 승계)가 그러하다.

2. 일본에서의 논의 및 분쟁

근년에 일본에서는 예금채권 외에도, 주식, 금전신탁, 수익증권 등을 공동상속한 상속인들 간의 분쟁이 크게 늘어났다. 그리하여, 단순 금전채권이 아닌 채권 또는 채권 유사의 지위가 공동상속에 의하여 각 상속인들에게 분할적으로 귀속되는지 여부가 다투어졌다. 이와 관련한 최근의 판결과 그 쟁점을 살펴본다.

(1) 주식, 국채, 그리고 투자신탁수익권이 공동상속된 경우에 관하여, 최고재판소 2014. 2. 25. 선고 제3소법정 판결⁷⁴⁾이 선고되었다. 사실관계 개요는 다음과 같다. 1975년에 사망한 A와 2005년에 사망한 B 사이에 자녀로 X1~X3과 Y가 있고, 상속재산은 Xs와 Y에게 각 1/4의 비율로 공동상속되었다. 2008년 7월 10일에 가정재판소는, A와 B의 상속재산 중에서 예·적금을 제한 부분에 관하여, Xs와 Y가 각 지분 1/4로 공유취득한다는 취지의 상속재산분할심판을 하고, 그 심판은 2009년 3월 25일자로 확정되었다. 이 유산분할심판을 전제로 하여 Xs가 Y에 대하여, 상속재산인 B명의의 주식, 국채,⁷⁵⁾ 투자신탁수익권⁷⁶⁾에 관한 공유물분할청구를 하였다.

제1심(熊本地方裁判所)은, Xs의 공유물분할청구⁷⁷⁾를 인용하였고, 이에 Y가 항소하였다. 항소심(福岡高等裁判所)은 Xs의 공유물분할청구를 각하하면서, 본건 주식, 국채, 투자신탁수익권은 모두 가분채권에 해당하므로 공동상속인들은 상속개시로서 이미 이들을 각 1/4 비율로 분할승계한 것이고, 공동상속인 간에 준공유를 발생시킨 것은 아니라고 하였다. 즉 이미 상속개시시점에 분할귀속되었으므로, 앞서의 상속재산분할심판은 위 국채 등의 분할 귀속을 확인한 것에 불과하고, 이를 공유물분할의 대상으로 할 필요성은 인정되지 않으며, 따라서 부적법한 소라는 취지⁷⁸⁾였다.⁷⁹⁾

74) 平成23年(受)第2250号(民集 68卷 2号 173頁).

75) 정확히는 “個人向け國債”라고 기재되어 있는데, 아마도 기관투자자에 대한 판매용이 아니라 개인을 판매 대상으로 발행된 국채라는 의미로 보인다.

76) 분할청구 목적물로 委託者指圖型 投資信託受益權과 外國投資信託受益權의 2가지가 있었다.

77) 1/4로 분할을 하게 되면, 端數가 생겨서 처리가 복잡하였다. 투자신탁수익권에서는 Xs 3명이 각자 1/4 죄수 중 1미만의 죄수를 절사하고, 남은 죄수는 Y가 취득하는 것으로 Xs가 정리하였고, 주식에 관해서도 전체 1931주 중에서 X들이 482주씩을 취득하고 Y가 나머지 485주를 취득하는 것으로 Xs가 정리하였다. 아래에서 보는 바와 같이, 이와 같이 정확히 상속지분비율대로 분할할 수 없는 불편함을 최고재판소가 지적하고 있다.

78) 이와 관련하여 우리나라의 대법원 판결로서, 대법원 2015. 8. 13. 선고 2015다18367 판결 참조(“공동상속인은, 상속재산의 분할에 관하여 공동상속인 사이에 협의가 성립되지 아니하거나 협의할 수 없는 경우에 가사소송법이 정하는 바에 따라 가정법원에 상속재산분할심판을 청구할 수 있을 뿐이고, 상속재산에 속하는 개별

그러나 최고재판소는 원심을 파기환송하였다. 우선 주식에 관하여, 주식은 주주인 자격에 있어서 회사에 대하여 가지는 법률상의 지위를 의미하고, 주주는 주주 지위에 기하여, 이익의 배당을 받을 권리, 잔여재산분배를 받을 권리 등의 이른바 자익권(自益權)과, 주주총회에서 의결권 등의 이른바 공익권(共益權)을 가지며, 이러한 주식에 포함된 권리의 내용 및 성질에 비추어 보면, 공동상속된 주식은 상속개시와 동시에 당연히 상속분에 따라 분할되는 것은 아니라고 판시하였다. 투자신탁수익권에 관해서도 최고재판소는, “이 수익권은 구수(口數)⁸⁰⁾를 단위로 하는 것이고 그 내용으로서 상환금 청구권, 수익분배청구권 외에 신탁재산에 관한 장부서류의 열람등사청구권 등 위탁자에 대한 감독적 기능을 가지는 권리가 규정되어 있고, 가분급부를 목적으로 하는 권리가 아닌 것이 포함되어 있다. 이러한 투자신탁수익권에 포함된 권리의 내용 및 성질에 비추어 보면, 공동상속된 위 투자신탁수익권은, 상속개시와 동시에 당연히 상속분에 따라 분할되는 것은 아니다”라고 판시하였다.⁸¹⁾ 국채에 관해서도 최고재판소는, “국채의 액면 금액의 최저액 단위는 1만엔이어서 ... 그 1단위 미만에서의 권리행사가 예정되어 있지 않고 ... 중도환금도 위 금액을 기준으로 해서 행해지는 것으로 해석된다. 그렇게 보면, 국채는 법령상 일정액을 가지고 권리의 단위가 정해지고 1단위 미만에서의 권리행사가 예정되어 있지 않은 것이라고 해야 하며, 이러한 국채의 내용 및 성질에 비추어 보면, 공동상속된 국채는 상속개시와 동시에 당연히 상속분에 따라 분할되는 것은 아니다.”라고 하였다. 이러한 판단 하에서, 최고재판소는, 본건 주식·국채·투자신탁수익권은 망인의 상속개시와 동시에 당연히 상속분에 따라 공동상속인 간에 분할되는 것이 아니어서 공동상속인들이 각 1/4의 지분 비율로 준공유한 것이 되며, 그렇다면 Xs의 소는 적법한 것이 된다고 하여, 결국 원심을 파기환송하였다.

(2) 그 후 최고재판소 2014. 12. 12. 선고 제2소법정 판결⁸²⁾은 위 (1)의 판결로부터 할 걸음 더 나아갔다. 우선 사안의 내용을 보면, X는 A의 상속인으로서 1/3의 상속분을

재산에 관하여 민법 제268조의 규정에 따라 공유물분할청구의 소를 제기하는 것은 허용되지 않는다.”)

79) 예비적 청구에 대한 판단도 있었으나, 공동상속 채권의 분할문제는 아니므로 생략하였다.

80) 우리나라 투자신탁 계약에서의 ‘좌수’를 가리키는 것으로 보인다.

81) 정확히 말하면 이 인용부분은 위탁자지도형 투자신탁수익권에 대한 판단부분이다. 최고재판소는, 외국 투자신탁수익권에 대해서는 약간의 유보적 기재를 하면서도, “이 투자신탁수익권에 관해서도, 위탁자 지도형 투자신탁에 관한 신탁계약에 기한 수익권과 마찬가지로, 상속개시와 동시에 당연히 상속분에 따라 분할되는 것은 아닌 것으로 될 여지가 충분하다”라고 하였다.

82) 平成24年(受)第2675号(最高裁判所裁判集民事 248号 155頁).

가지고 있었는데, A는 그 사망시점인 1996년 10월에 증권회사 Y⁸³⁾로부터 구입한 복수의 투자신탁수익권을 가지고 있었다. 이들 투자신탁수익권에서, 1996년 11월부터 1998년 9월까지 사이에 수익분배금이 발생하였고 또 2004년에는 원본상환금이 발생하여, 이들 금액이 Y의 A명의 계좌에 예금으로서 입금되었다. 이에 X가 Y에 대하여, 예금의 1/3에 해당하는 금원의 지급을 구하였다.

원심은 이 예금이 상속분에 따라 당연히 분할되는 것은 아니라고 하여 원고 청구를 배척하였고, 최고재판소는 원심의 판단을 지지하면서 다음과 같이 판시하였다. “원본상환금 또는 수익분배금의 교부를 받을 권리는 위 수익권의 내용을 구성하는 것이므로, 공동상속된 위 수익권에 관하여, 상속개시 후에 원본상환금 또는 수익분배금이 발생하여, 이것이 예금으로서 위 수익권의 판매회사에 있어서 피상속인 명의의 계좌에 입금된 경우에도, 위 예금의 반환을 구하는 채권은 당연히 상속분에 따라 분할되는 것은 아니고, 따라서 공동상속인 중 1인은, 위 판매회사에 대하여 자기의 상속분에 상당하는 금원의 지급을 청구할 수 없다고 함이 마땅하다.”

이 판결을 두고서, 투자신탁수익권의 성격에서 비롯한 것이라고 보는 견해가 많지만, 다른 견해는 이미 예금통장에 입금되어 예금채권으로서의 성격을 가지는 상속채권에 대한 판단이라고 보는 견해도 있다.⁸⁴⁾

(3) 위 판결들은, 공동상속되는 법률상의 지위와 그 지위를 구성하는 여러 권리와와의 관계를 어떻게 볼 것인지에 관한 어려운 화두를 던져 준다. 이는 그 자체가 하나의 독립한 테마가 될 것이다

이와 같이, 상속된 “예금채권”이 즉시 공동상속인들에게 분할귀속되는지 아니면 유산 분할의 대상이 되는지 등이 계속하여 사회적 문제가 되자, 최근 2016년 3월 23일에 일본 최고재판소 제1소법정은, 이것이 쟁점이 된 허가상고심 사건에서 최고재판소 대법정(우리나라 전원합의체에 해당)에 사건을 회부하는 결정을 내렸다. 대법정 사건으로 회부되었다는 것은, 종래의 판례(공유설에 기한 당연분할설)가 변경될 가능성이 있다는 점을 보여준다고 평가되고 있다.⁸⁵⁾ 앞에서 본 바와 같이, 공유설에 기한 당연분할 이론에

83) 정확히 말하면, A 사망시 거래 상대방인 증권회사를 흡수합병한 회사가 소송에서 피고로 되었으나, 간략화를 위하여 동일한 것으로 표시하였다.

84) 이 판결에 대한 상세한 비판은, 山下純司, 앞의 논문, 52-53頁 참조. 이 글은 주식, 국채, 투자신탁수익권 별로 나누어서 상세한 검토를 하고 있다.

85) 平田厚, “相續預金を遺産分割の対象にできるか”, 金融法務事情 (2040号), 金融法政事情研究会, 2016, 1頁.

문제가 있지만, 이를 마땅히 대신할 이론도 찾기가 쉽지 않다. 예금에 있어서도 공동상속인에게 단순 예금채권만이 상속되는 것이 아니라 예금자 지위가 상속되는 것이라고 본다면, 종래의 판례와는 다른 결론이 나올 수도 있지만, 이렇게 되면, 어떤 채권은 지위와 결합되는 것이고 다른 어떤 채권은 그렇지 않은 것인지를 하나하나 계약의 종류마다 심리해야 한다는 새로운 부담이 발생할 수도 있다. 은행의 예금채권 인출거부에 관해서는 장(章)을 바꾸어 좀 더 자세히 살펴본다.

V. 공동상속된 예금채권의 처리

1. 예금채권 인출거부에 대한 기존의 해석

공동상속인들 중 일부만에 의한 상속예금 인출청구가 있는 경우에, 은행으로서는 그에 응하기가 무척 곤란하다. 앞에서 IV.1.에서 지적했듯이, 공동상속인들 중 일부가 피상속인으로부터의 특별수익(제1008조)을 받았기 때문에 인출청구인의 그 해당 예금채권에 대한 구체적 상속분이 법정상속분과 다를 수 있고, 또한 기여분 때문에 상속지분이 달라질 수도 있다(제1008조의2 제1항). 이런 점 때문에 첫머리에서 본 바와 같은 은행실무가 등장하는 것이다.

이 문제의 해결을 위해서 일본에서는 몇 가지 주장이 등장하였다. 1) 종래의 다수설을 버리고 합유설을 취하여 은행으로 하여금 일부 상속인만의 인출요구를 거절할 수 있도록 하자는 주장, 2) 상속채권은 가분채권이라도 “준공유”되는 것으로 해석하여, 은행으로 하여금 거절할 수 있도록 하자는 주장, 3) “예금채권이라는 가분채권의 상속”이라는 관점이 아니라 “예금계약의 상속”이라는 관점에서 처리하게 하자는 주장 등이다.⁸⁶⁾ 그러나 1)은 상속예금채권 문제의 처리를 위하여 공동상속 법률관계의 기본을 건드리자는 것이며(“빈대 잡으려다 초가삼간 태우기”), 앞에서 II.5.에서 본 바와 같이 합유설은 우리 민법의 공동상속의 성격으로 적합하지 않은 해석이라고 생각된다. 2)에 관해서는, 채권의 “준공유”가 의미하는 바가 정확히 무엇인지는 무척 혼란스러우며 정확한 내용을 알 수도 없음은 앞에서 III.2.에서 본 바와 같다. 이 주장은, “이론상 답변을 주기 어려우니,

86) 森永淑子, 앞의 논문, 19頁 참조. 이런 주장들에서 한 걸음 더 나아가서, 일본에서는, 판례이론에 반하여 은행이 공동상속인에게 예금인출을 거부하는 것은 불법행위가 아닌가 라는 점까지도 논의되고 있다.

더욱 혼란스럽게 만들어 버리자”라는 말처럼 들린다. 그리고 3)의 “계약의 상속”이라는 주장에 관하여 보면, 이러한 관점에서 바라보는 것이 의미있을 수 있으며, 만약 해당 예금이 단순 보통예금이나 정기예금(이런 예금의 계약은 소비임치의 성격을 가진다)이 아니라, 은행의 종합거래약관에 기하여 형성된 여러 가지 법률관계(가령 증권계좌와의 연결계좌 약정, 마이너스 대출약정 등이 포함되어 있을 수 있다) 중의 하나로 해당 예금이 존재한다면, 이러한 관점에서의 검토가 더욱 의미있을 수 있다. 이런 종합거래통장에 기한 은행과의 법률관계는, 소비임치는 물론 위임 등 여러 전형계약을 함께 포함하고 있기 때문이다. 그러나 다른 한편으로 생각해 보면, 그런 종합거래약정 중에서 해당 예금채권만 분리할 수 없는 것도 아니다. 또한 거의 모든 채권은 어떤 계약에서 발생하는 것이므로, 이 주장에 의하면 거의 모든 채권은 분할상속이 되지 않는다는 것이 되고 만다. 결국 위 1)~3) 중에서 어느 견해도 선뜻 취하기가 어렵다.

2. 공동상속된 채권의 상대방 채무자의 보호

2.1 채권 공동상속에서 고려하여야 하는 주안점

이상에서 본 바와 같이, 채권이 공동상속되는 경우에, 처리하기 곤란한 구체적인 문제들이 발생하고 있고, 그 문제들의 종류와 건수는 계속 확대될 전망이다. 이런 상황에서, 전통적 공유설의 입장에서 채권 공동상속을 어떻게 취급해야 할 것인가?

이런 문제에서 계속 등장하는 쟁점이, -위 1.의 3)주장에서 엿볼 수 있듯이- 공동상속에 있어서 “계약상 지위의 귀속”과 “채권 자체의 귀속”을 언제, 어떻게 구분하고 그 구분을 합리화할 것인가 하는 점이다. 일본의 학설 중에서는 계약상 지위의 공동상속이라는 것을 일반적으로 적용되는 일반 법리로서 위치지우려고 하는 시도도 엿보인다.⁸⁷⁾ 그러나 ‘계약상 지위의 귀속’을 내세우면 법률관계는 더 막연해지고 구체적 문제에 대한 해결력은 더 떨어질 것으로 예상되므로(공유설에 따른 분할귀속설이 주는 큰 장점은 명쾌한 결론에 있다), 쉽게 받아들일 주장은 아니라고 생각한다.

87) 이러한 입장에서는, 공동상속에서는 그런 법률상 지위가 준공유된다고 하는데, 그 지위가 준공유된다고 하여 그 지위를 구성하는 여러 권리가 당연히 준공유된다고는 할 수 없을 것이다. 이에 관한 더 자세한 내용은, 山下純司, 앞의 논문, 47頁 참조.

이 문제를 검토함에 있어서 잊지 않아야 할 점이, 그 상속채권의 채무자는 자기가 전혀 관여할 수 없었던 사정에 의하여 크게 불리한 지위에 빠지지 않도록 보호되어야 한다는 점이다. 그런데 IV.1.에서 지적한 바와 같이, 피상속인의 가족관계등록부의 확인만으로는 외견상 상속인의 각 상속지분을 정확히 알기가 어렵고, 채무자는 청구인의 외견상 상속지분만큼 변제하면 과연 자신이 면책되는지가 의문스러울 수 있다. 앞에서 언급과 마찬가지로, 공동상속인들 간에도, 그 일부가 피상속인으로부터 재산의 증여 또는 유증을 받아서 그 때문에 상속분의 변경이 있을 수 있고(제1008조), 또한 기여분을 이유로 상속지분이 달라질 수도 있는 것이며(제1008조의2 제1항), 더 나아가서는 피상속인의 자녀로 가족관계등록부상 등록되지 않은 혼외자가 나중에 출현할 가능성도 배제할 수 없다. 물론 채권의 준점유자에 대한 변제 등으로 항변할 수도 있겠지만, 그런 항변가능성만으로는 채무자 보호에 충분하지 않을 수 있다.

이런 사정 하에서 은행들이 예금채권의 공동상속인 중 일부가 자기 몫의 인출을 요구 하더라도 응하지 않는 사정은 충분히 이해되지만, 이것이 현재의 공유설 하의 “상속된 가분채권은 상속개시시점에 공동상속인들 간에 분할귀속된다”라는 판례·다수설과 충돌한다는 점을 어떻게 해결할 것인가? 은행의 실무를 정당화할 방법은 없는가?

2.2 채권자불확지 공탁

이 문제의 해결을 위해서는, 이와 같이 상속인 및 그 상속지분을 정확히 알기 어려운 점을 민법 제487조⁸⁸⁾의 공탁사유인 “채권자를 알 수 없는 경우”, 즉 채권자불확지(債權者不確知) 사유로 인정해 줄 수 있다고 생각된다. 변제공탁사유인 ‘채권자 불확지’에 있어서 상속채권에 관련해서는, 법원의 실무지침서⁸⁹⁾ “채권자가 사망하였으나 그 상속인을 알 수 없는 경우”만을 예로 들고 있으나, 이와 같이 상속인을 전혀 알 수 없는 경우뿐만 아니라, 상속인 중 일부만이 등장하여 자기 지분만큼의 변제를 요구하는 경우도 채권자불확지사유에 해당한다고 인정할 수 있지 않을까? 다시 말해서, 상속인이 가족관계증명서에 의하여 대체로 파악되는 경우이더라도 앞에서 설명한 여러 가지 이유로 상속분의 변동이 있을 수 있으므로 이런 공동상속의 경우에 상속인 중 일부만이 채권의

88) 제487조(변제공탁의 요건 효과) 채권자가 변제를 받지 아니하거나 받을 수 없는 때에는 변제자는 채권자를 위하여 변제의 목적물을 공탁하여 그 채무를 면할 수 있다. 변제자가 과실없이 채권자를 알 수 없는 경우에도 같다.

89) 법원행정처, 공탁실무편람, 2006, 187쪽.

변제를 요구하는 때에는, 채무자로서는 “채권자 불확지”를 이유로 공탁을 할 수 있다고 보아야 타당하다. 이 채권자불확지가 변제공탁 요건이 되기 위해서는, 채무자의 과실이 없어야 한다는 요건도 필요하지만 이 점이 충족되기는 어렵지 않다고 생각된다.⁹⁰⁾

2.3 예금계약 약관에서 관련조항 신설

또다른 한 가지 해결방안은, 은행이 예금거래약관에 예금채권상속에 관한 조항을 하나 추가하는 것이다. 예금채권이 공동상속되면, 그 예금채권은 그들이 공동하여서만 인출할 수 있다는 조항을 두는 것이다. 상속은 피상속인의 지위를 포괄적으로 승계시키는 것이므로, 이러한 약관조항은 공동상속인들에게 적용될 것이고, 일종의 의사표시에 의한 불가분채권의 약정이 될 것이다. 이렇게 되면, 현재 은행실무가 예금채권 공동상속에 있어서 처하고 있는 문제를 어느 정도 해결할 수 있을 것으로 생각된다.

VI. 결론

이상에서, 우리나라 공동상속 제도는 로마법적 입장에서 있다는 점, 채권의 공동상속에는 물권의 공동상속과는 다른 특질이 있다는 점, 채권 중에서 가분채권의 준공유는 분할채권·불가분채권·연대채권으로 바로 귀결된다고 보는 것이 타당하다는 점, 가분채권을 공동상속하는 경우에 그것이 공동상속인 간에 분할귀속된다고 보는 것이 타당하지만, 채무자 보호를 위하여 채권자불확지 공탁 또는 약관조항 추가 등의 조치를 인정해 줄 필요가 있다는 점 등을 살펴보았다.

그러나 채권의 공동상속이라는 주제는 아직 깊이 탐구되지 않은 여러 쟁점을 포함하고 있다. 이 연구가 향후 지속적으로 증가할 것으로 예상되는 상속채권 관련 분쟁에 대한 연구의 단초가 되기를 희망한다.

90) 박윤직 편집대표, 민법주해(XI) 채권(4), 박영사, 1995, 280쪽도, 채권자불확지 공탁사유에서 채무자의 과실 요건을 엄격히 볼 것은 아니라고 설명하면서, “공탁제도가 기본적으로 채권채무관계에서 벗어나려는 선량한 채무자를 위하여 존재하는 점을 고려할 때 채무자에게 지나치게 부담을 주게 적용되어서는 아니될 것이다”라고 한다.

참고문헌

1. 단행본

- 곽윤직, 상속법, 박영사, 2004.
_____, 신정판 채권총론, 박영사, 1997.
곽윤직 편집대표, 민법주해(V) 물권(2), 박영사, 1992.
_____, 민법주해(XI) 채권(4), 박영사, 1995.
김용한, 친족상속법, 박영사, 2004.
김주수/김상용, 친족상속법, 법문사, 2015.
김준호, 민법강의, 법문사, 2016
명순구 옮김, 프랑스민법전, 법문사, 2004.
송덕수, 신민법강의 제9판, 박영사, 2016.
신영호, 공동상속론, 나남, 1987.
은행연합회, 금융실명거래 업무해설, 2013.
정광현, 친족상속법요론, 법문사, 1962.
지원림, 민법강의 제14판, 홍문사, 2016.
Münchener Kommentar BGB, Band9, 6.Aufl. C.H.Beck, 2013.
Ferid/Sonnenberger, *Das Französische Zivilrecht Band3, 2.Aufl.*, 1987.
川島 武宜, 新版 注釋民法(7), 物權(2), 有斐閣, 2007.
谷口 知平, 新版 注釋民法(27), 相續(2), 有斐閣, 1989.
我妻榮, 新訂 債權總論(民法講義 IV), 岩波書店, 1964.
梅謙次郎, 民法要義, 卷之五 相續編(復刻版), 1984.

2. 학술지

- 남효순, “프랑스민법상 상속재산 분할의 효력”, 민사법학 제59권, 한국민사법학회, 2012, 551-607쪽.
_____, “프랑스민법상의 공동소유”, 서울대학교 법학 제39권 제1호, 서울대학교 법학연구회, 1999, 134-163쪽.

- 박 철, “공동명의예금과 다수당사자 채권관계의 법리”, 민사판례연구(24), 박영사, 2002, 296-343쪽.
- 양승태, “공동명의로 가등기한 수인의 매매예약자의 법률관계”, 민사판례연구(7), 박영사, 1988, 15-32쪽.
- 양창수, “공동상속재산의 공유”, 법정고시, 법률행정연구원, 1996, 22-39쪽.
- 윤진수, “상속제도의 헌법적 근거”, 민법논고V, 박영사, 2011, 1-27쪽.
- _____, “초과특별수익이 있는 경우 구체적 상속분의 산정방법”, 민법논고V, 박영사, 2011, 205-230쪽.
- 윤철홍, “공동상속재산의 법적 성질에 관한 소고”, 사회과학논총, 송실대학교 사회과학연구소, 2004, 215-228쪽.
- 宮本誠子, “金錢債權の共同相續”, シュリスト別冊, 民法判例百選 III NO.225, 有斐閣, 2015, 132-133頁.
- 山下純司, “共同相續における財産権帰属の判例法理”, 金融法務事情(2009号), 金融財政事情研究会, 2015, 43-55頁.
- 森永淑子, “銀行預金と相續”, 九州法学会会報(2001年春季(第103回)), 九州法学会, 2002, 17-20頁.
- 松並重雄, “共同相續に係る不動産から生ずる賃料債權の歸屬と後にされた遺産分割の效力 -最高裁判所判例解説”, 法曹時報 60卷2号, 法曹會, 2008, 581-612頁.
- 数野昌三, “金融機関の預金者に対する預金口座の取引経過開示義務の有無および共同相續人の一人による当該開示請求の可否”, 実践女子大学人間社会学部紀要7, 実践女子大学人間社会学部, 2011, 187-195頁.
- 平田厚, “相續預金を遺産分割の対象にできるか”, 金融法務事情 (2040号), 金融財政事情研究会, 2016, 1頁.

3. 학위논문

- 박범진, “공동상속에 관한 기본 법리; 공동상속재산의 합리적 분할을 중심으로”, 한양대학교 석사학위논문, 1994.

[Abstract]

Joint Inheritance of Receivables

Jon, Won-Yol*

The growth of the aged population with considerable wealth brought about many legal issues, one of which is the joint inheritance of receivables. Traditional theory on joint inheritance explains that receivables are divided to each of the heirs according to the shares that is decided by testament or the statute.

As for the inherited bank savings, the practice of banks, however, shows discrepancies with the traditional theory, and this paper searches for the causes of that discrepancies.

In conclusion, the nature of receivables inheritance differs from that of ownership inheritance, and the bank practice should be protected by way of the expansion of grounds for deposit.

[Key Words] joint inheritance, inherited receivables, joint belonging, grounds for deposit

* Professor, Law School of Konkuk University