

상속회복청구에서 대상재산 반환청구의 비교법적 검토

The Recovery of Substitute Property in the Claim for Recovery of Inheritance

김 상 명*
Kim, Sang-Myeong

목 차

- I. 서론
- II. 대상재산 반환청구의 입법례
- III. 대상재산 반환청구의 인정여부
- IV. 대상재산 반환청구의 법률관계
- V. 결론

국문초록

상속회복청구권을 통해 진정상속인이 상속재산을 회복할 수 있으나 상속재산 그 자체를 반환받을 수 없을 때 그 대상재산을 반환 대상으로 삼을 수 있는가에 대하여, 참칭상속인이 상속재산을 제3자에게 양도한 경우나 기타 원인에 의하여 상속재산이 수용된 경우에, 진정상속인은 그 대상재산(대금이나 보상금)에 대해 반환청구를 할 수 있는지에 대하여 민법에는 규정은 없지만 학설과 판례는 이를 인정하고 있다.

로마법에서는 상속재산으로 인한 그 대상재산도 반환청구가 가능하다. 독일은

논문접수일 : 2019. 10. 01.

심사완료일 : 2019. 10. 24.

게재확정일 : 2019. 11. 04.

* 법학박사 · 제주국제대학교 경찰행정학과 교수

상속재산을 특별재산으로 인정하여 진정상속인에게 물적 대위 법리를 적용하여 인정하고 있다. 스위스나 프랑스도 상속재산의 대상재산에 대해 상속회복청구를 인정하는 것이 주류이다. 일본은 상속재산을 특별재산으로 인정하여 상속회복청구에서도 대상재산 반환청구를 인정하는 것이 학설상 우세하다.

이렇듯 대상재산을 상속회복청구의 범위에 포함시키면 진정한 상속인의 권리를 보다 충실하게 보호할 수 있을 것이다. 다만 외국 입법례와 마찬가지로 민법의 해석론을 통하여 이러한 태도를 포섭한다고 하더라도 상속재산의 특수성과 정책적 필요성 등을 종합적으로 고려하여 입법방안을 제시할 필요가 있다.

주제어 : 상속재산, 대상재산, 진정상속인, 참칭상속인, 상속회복청구권

1. 서론

민법상 상속인의 상속재산권이 참칭상속인에 의해 침해된 경우에는 상속권자는 상속회복의 소를 제기할 수 있다(제999조 제1항). 즉 피상속인의 사망으로 참칭상속인으로부터 상속재산이 침해된 경우에 진정상속인은 상속회복청구권을 행사할 수 있다.

이와 같이 상속회복청구는 로마법을 비롯한 독일, 스위스, 프랑스, 일본 등에서도 진정상속인 보호를 위하여 인정하고 있다. 상속회복청구는 상속재산을 포괄적으로 회복할 수 있으므로 그 증명책임에 있어서도 개별적 청구권을 행사하는 것보다는 유리한 점이 있다.¹⁾

그런데 참칭상속인이 그 상속재산을 제3자에게 매도한 경우에 그 매매대금을 취득한 경우와 상속재산의 수용으로 보상금을 취득한 경우에 그 대상재산(매매대금 또는 보상금)에 대해서도 그 진정상속권자는 상속회복청구를 행사할 수 있는지 여부에 대해 논의가 중심이다. 즉 상속회복청구에서 그 대상재산²⁾ 반환

1) 송덕수, 「민법강의」, 박영사, 2017, 984면; 지원림, 「민법강의」, 홍문사, 2016, 1034-1035면; 양형우, 「민법의 세계」, 피앤씨미디어, 2019, 955면; 김상명, “민법 제999조(상속회복청구권)에 관한 비교법적 연구”, 「법학연구」 통권 제48집, 전북대학교 법학연구소, 2016. 5, 95면 이하.

청구를 인정할 것인가의 문제로 귀결된다. 민법은 별다른 규정이 없으나 학설³⁾과 판례⁴⁾는 이를 인정하는 것으로 보인다.⁵⁾

독일은 상속재산 점유자가 상속재산을 대상으로 법률행위를 토대로 취득한 그 대상재산은 상속회복청구의 대상재산에 포함시키고 있다. 스위스·프랑스와 일본은 명문규정은 없지만 법해석을 통해 특별재산으로 보아 상속회복청구의 대상재산에 포함시키고 있으며, 우리나라도 법해석에 의존하여 인정하고 있다.

이하에서는 상속재산이 참칭상속인에 의해 침해된 경우에 상속회복청구에서 그 대상재산의 반환에 관한 주요 국가의 입법례와 그 해석론을 알아 본 후, 상속재산의 반환청구에 있어서 그 대상재산을 특별재산으로 볼 수 있는지, 물적대위 법리를 통하여 그 대상재산을 청구할 수 있는지에 대하여 검토하고, 진정상속인과 참칭상속인의 채권자 및 진정상속인과 참칭상속인으로부터 그 대상재산을 전득한 제3자와의 법률관계를 검토함으로써 우리 민법의 해석론에 시사점을 제시하고자 한다.

II. 대상재산 반환청구의 입법례

1. 로마

로마 시민법상 상속재산회수소송은 상속권에 대한 분쟁을 해결하기 위한 특수한 소권으로 진정상속인의 상속권 회복과 더불어 참칭상속인으로부터 상속재산반환을 목적으로 한다.⁶⁾ 참칭상속인이 상속재산을 제3자에게 양도하고 그 대금을 수령한 경우나, 참칭상속인이 상속재산의 수용으로 보상금을 취득하게 된

2) '대상(代償)'이란 채무자의 급부불능 사유에 기하여 채무를 면하여 취득한 이익(대상재산)의 이전을 채권자가 채무자에게 청구할 수 있는 권리를 말한다. 독일 민법 제285조, 816조, 718조 제2항, 제2019조 제1항 참조.

3) 송덕수, 전게서, 984면; 지원립, 전게서, 1034-1035면; 양형우, 전게서, 955면.

4) 서울중앙지방법원 2013. 2. 1. 선고 2012가합503883,509188,506103(병합)판결.

5) 이화숙, "상속회복청구에 관한 몇 가지 문제 - 2002년 개정민법 부칙 제2항의 해석과 대상재산에 대한 상속회복청구를 중심으로 -", 「저스티스」 제133호, 한국법학원, 2012. 12, 39면.

6) 김상명, 전계 논문, 96면.

경우에, 그 대상재산(대금 또는 보상금)에 대해서 로마법상 상속재산으로 인한 그 대상재산도 반환 대상으로 삼고 있다.⁷⁾

로마에서는 상속재산에 포함된 재산으로 참칭상속인이 취득한 물건은 그 자체 혹은 그에 소요된 비용이 반환대상이 된다.⁸⁾ 다만 상속재산 점유자가 상속재산의 매매로 발생한 대금을 가지고 다른 물건을 구입하고, 그것을 그 고유한 재산에 편입한 경우에는 상속회복청구의 대상재산은 그 물건의 구입대금으로 보았으나, 그 구입한 물건은 본인 자신의 재산에 귀속되므로 물적 대위의 대상도 되지 않는다고 한다.⁹⁾

2. 독일

독일 민법에서는 모든 금전적 가치가 있는 권리나 물건, 물건 및 채권을 ‘재산’이라 하고, 그 의미와 내용은 다양하게 해석한다.¹⁰⁾ 상속회복청구의 대상재산이 되는 상속재산을 특별재산으로 보는데 대하여는 별다른 규정은 없다. 그렇지만 학계에서는 특별재산을 일정한 사람이 소유한 재산 중 그 일부가 특정 목적을 위해 독자적인 재산을 구성하는 것으로 보고,¹¹⁾ 물적 대상의 원리를 적용하여 그 특별재산을 처분하는 것도 인정하여 상속재산을 특별재산으로 인정한다(독일 민법 제2033조 제1항).

독일 민법은 물적 대상 원리에 관하여 보면, 공동상속인이 상속공동체로서 상속재산을 공유하는 경우(독일 민법 제2032조 이하)와 선순위 상속인이 상속재산을 소유하는 경우(독일 민법 제2100조 이하)이다.

독일에서는 공동상속¹²⁾에서 상속재산에 속하는 권리를 기초로 물건의 멸실,

7) Harke, Jan Dirk, *Römisches Recht*, C.H.Beck, 2008, SS.313-314(Rn.26).

8) 윤진수, “상속회복청구권의 연구 - 역사적 및 비교법적 고찰 -”, 「서울대학 법학」 제41권 1호, 서울대학교 법학연구소, 2000, 175면.

9) Kaser, Max/Knütel, Ralf, *Römisches, Privatrecht*, 19.Aufl., C.H.Beck, 2008, S.383

10) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch/Stresemann, Christina, *BGB, Bd.1, Allgemeiner Teil* § § 1-240), 6.Aufl., 2012, § 90, Rn.44.

11) 이영갑, “신탁법상 신탁의 구조와 수익자 보호에 관한 비교법적 연구”, 서울대학교 박사학위 논문, 2009, 261면.

12) 김병선, “민법 제999조(상속회복청구권)의 해석에 관한 몇 가지 문제점”, 「가족법연구」 제26

훼손, 침탈로 인한 배상금이나 상속재산과 관련하여 법률행위로 취득한 그 재산은 상속재산에 속한다(독일 민법 제2014조 이하). 또 선순위 상속인이 상속재산에 속하는 권리를 토대로 물건의 멸실, 훼손, 침탈에 대한 배상금 또는 상속재산의 수단으로 법률행위로 인하여 취득한 것은 그 취득이 선순위 상속인에게 속하지 않는 한, 그 재산은 상속재산에 속한다(독일 민법 제2011조 제1항). 이러한 물적 대상 원리의 규정을 두는 목적은 상속재산의 일체성을 유지하려는 것으로 보인다.

독일에서는 상속회복청구의 대상재산의 반환청구 근거를 두고, 상속재산의 처분을 통하여 상속재산 점유자가 다른 것을 취득한 재산도 상속재산에 속한다. 이 경우 상속재산의 처분과 상속재산 점유자의 취득 사이에는 인관관계가 존재해야 한다(독일 민법 제2019조).

또한, 대상재산에 대한 상속회복청구는 대상재산의 가치가 상실된 재산과 분명하게 차이가 나는 경우에도 적용한다. 하지만 물건의 멸실, 훼손, 침탈에 대한 배상으로 취득하는 것을 포함시키는 명시적 규정은 없다. 독일에서 상속회복청구제도 중 특이한 점은 대상재산을 대가로 해서 새로이 취득한 연쇄대상재산도 상속회복청구의 대상으로 보고 있다. 가령 참칭상속인이 상속재산인 부동산을 매각하여 그 자금을 제3자에게 빌려주었다면, 우선 부동산의 매각으로 인한 매매대금청구권이 대상재산이 되고, 다음은 받은 매매대금이 대상재산이 되며 그 다음은 소비대차상의 반환청구권도 대상재산으로 인정된다.

독일에서는 상속회복청구권에 의한 물권적 청구도 가능하다. 참칭상속인이 상속재산을 수단으로 법률행위를 하여 얻은 것은 상속재산의 일부를 구성한다.¹³⁾ 그러므로 상속재산 점유자가 파산한 경우에 환취권을 행사할 수 있다.¹⁴⁾ 이와 같이 물권적 효력을 인정하는 것은 진정상속인을 보호할 수 있고, 상속회복청구

권 1호, 한국가족법학회, 2012. 3, 129-138면 참조: 공동상속인도 참칭상속인에 포함된다고 보는 것이 지배적이다.

13) J. von Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebrngesetz/Gursky, Karl-Heinz, Buch 5, Erbrecht, 2010, §2019, Rn.4.

14) Insolvenzordnung (InsO) § 47 Aussonderung Wer auf Grund eines dinglichen oder persönlichen Rechts geltend machen kann, daß ein, Gegenstand nicht zur Insolvenzmasse gehört, ist kein Insolvenzgläubiger. Sein Anspruch auf Aussonderung des Gegenstands bestimmt sich nach den Gesetzen, die außerhalb des Insolvenzverfahrens gelten.

권이 개인별로 분산되어 없어지는 것을 막을 수 있기 때문이라 한다.

그리고 제3자는 선의의 취득자 보호에 따라 보호될 수 있어 불합리한 점이 없다고 한다.¹⁵⁾ 그러나 상속재산 점유자가 자기채무를 상속재산으로 변제하거나 상속재산에 속한 채권으로 자기채무를 상계한 경우와 같이 상속재산의 대상 재산에 대한 반환청구가 불가능하게 되는 때에는 부당이득반환청구권을 행사할 수 있다고 한다.¹⁶⁾

3. 스위스

스위스에서는 민법에는 규정하고 있지 않지만 대상재산에 대한 상속회복청구를 물건적 효력으로 인정하는 것이 통설이다. 참칭상속인이 상속재산을 통해 다른 재산권을 취득하게 되는 경우에도 상속재산의 일부가 되는 것으로 이해한다. 이는 상속재산을 특별재산으로 구성되는 것으로 보고 있기 때문이라 한다.¹⁷⁾ 학설은 상속물의 멸실, 훼손, 침탈로 인해 취득한 대상재산 역시 다시 상속재산이 되고, 법률행위에 의한 상속재산의 대가로서 취득한 것도 그 법률행위가 유효한 경우에는 상속재산에 속한다고 한다.¹⁸⁾

다만, 이러한 통설에 대해서 반대의 견해가 있다. 예컨대 상속재산은 특별재산에 속하지 않고 선의의 참칭상속인의 고유재산과 상속재산은 혼동으로 소멸하므로 상속회복청구의 원리는 부정되어야 한다고 한다.¹⁹⁾ 또한 참칭상속인이 그 대상재산을 적법하게 점유하였는지 아니면 부적법하게 점유하여 상속재산의 소유자가 되었는지에 따라 달리 해석되어야 한다고 한다. 그리고 적법하게 점유한 경우에도 다시 참칭상속인의 취득이 하자가 있는 것인지 아니면 유효하게 취득한 후에 그 권리가 없어졌는가를 구분하여 사안에 따라 그 대상재산의 적용을 다르게 적용해야 한다고 한다.²⁰⁾

15) J. von Staudinger/Gursky, Karl-Heinz, § 2019, Rn.2.

16) J. von Staudinger/Gursky, Karl-Heinz, § 2019, Rn.8.

17) Basler Kommentar/Fomi/Piati, Art.599, Rn.2(S.673). § 2019, Rn.2.

18) Basler Kommentar/Fomi/Piati, Art.599, Rn.2(S.673)

19) Basler Kommentar/Fomi/Piati, Art.599, Rn.16.

20) Schweizerisches Privatrecht/Piotet, Paul, 4.Bd., *Erbrecht*, 2.Halband., Helbling & Lichtenhahn,

또한, 참칭상속인이 자신이 점유하고 있는 상속재산에 대해 정당한 권리를 갖지 못한 때에는 특별재산을 인정할 수 없고, 참칭상속인은 상속재산에 대한 정당한 소유자가 아니기 때문에 상속재산이 특별재산이라 할 수 없다고 한다. 법률행위를 통해 참칭상속인이 제3자와 상속재산을 원인으로 취득한 것도 참칭상속인의 일반재산에 속하게 된다고 한다.²¹⁾

이러한 반론에도 대상재산에 대한 상속회복청구를 인정하는 것이 통설이다. 그 대상재산의 반환을 통하여 진정한 상속인을 더욱 보호할 수 있다는 것이 그 이유이다.²²⁾ 즉 자신이 진정한 상속인이라 오신한 선의의 상속인의 경우에는 상속재산을 특별재산으로 취급할 수 없다고 한다.²³⁾

그러나, 그 대상재산에 대한 상속회복청구를 인정하는 것은 정책적 필요에 의한 것으로 보인다. 진정한 상속인의 보호는 참칭상속인에게 변제 자력이 없는 경우에 그 대상재산 반환의 가능성을 통해 실익을 얻을 수 있는 것이다.²⁴⁾

스위스에서 참칭상속인의 대상재산에 대한 상속회복청구는 물권적 효력을 가지고 그 대상물은 상속재산에 속한다. 다만 참칭상속인이 파산한 경우에는 환취권을 행사할 수 있다.²⁵⁾ 그 대상재산의 범위는 상속재산에 속하는 권리를 토대로 취득한 물건, 권리, 상속물의 훼손·멸실·소멸에 의한 보상으로 취득한 물건이나 권리, 상속재산을 매개로 법률행위로서 취득한 전부가 포함된다.²⁶⁾ 다만 연금수급권과 같은 일신전속적인 권리로 취득한 것은 여기에 포함되지 않는다.²⁷⁾ 진정한 상속인은 그 대상재산에 대한 반환청구와 제3취득자에 대해 상속재산에 대한 회복청구를 선택적으로 허용된다. 그러나 그 대상재산에 대한 반환을 선택한 이상 그 가치가 원래의 상속재산의 가치에 비하여 낮다고 하더라도 선의의 점유자에게 책임을 물을 수는 없다고 한다.²⁸⁾

1981, S.757ff. 스위스 민법 제599조, 제938조 내지 940조 참조.

21) Basler Kommentar/Fomi/Piati, Art.599, S.759.

22) Berner Kommentar/Picenoni, Art.599, Rn.17.

23) Berner Kommentar/Picenoni, Art.599, Rn.26.

24) Berner Kommentar/Picenoni, Art.599, Rn.17.

25) Berner Kommentar/Picenoni, Art.599, Rn.19.

26) Berner Kommentar/Picenoni, Art.599, Rn.21-23.

27) Berner Kommentar/Picenoni, Art.599, Rn.24.

4. 프랑스

프랑스 민법에서는 진정상속인이 참칭상속인을 상대로 대상재산의 반환청구를 인정하는 규정은 없지만, 학설은 진정상속인에 의한 상속회복청구에서 참칭상속인이 패소한 경우에는 참칭상속인은 그가 점유하고 있는 상속재산을 반환해야 한다. 그 반환범위는 참칭상속인의 선의와 악의에 따라 다르다.²⁹⁾ 참칭상속인이 선의인 경우에는 그 상속재산을 현재 상태로 반환하면 되지만 참칭상속인이 이를 제3자에게 양도한 경우에는 그 대가를 반환하여야 한다.

이와 달리 참칭상속인이 악의인 경우에는 상속재산을 그가 받았을 때의 상태로 반환해야 하지만 반환할 수 없다면 그 시가를 반환해야 한다. 따라서 상속재산에 대한 대상재산의 반환청구를 인정하는 것으로 해석할 수 있다.³⁰⁾

5. 일본

일본에서는 대상재산을 상속회복청구의 반환범위에 포함시키는 것이 다수의 견해이다. 첫 번째 견해는, 상속재산에 대한 대상재산 반환청구를 인정하는 경우에 직접적으로 참칭상속인에 대하여 상속재산을 처분한 그 대가로서 취득한 물건의 인도를 청구할 수 있다. 따라서 복잡한 법률관계를 간편하게 정리할 수 있고 이해관계자의 편의를 도모할 수 있다. 더불어 대상재산의 반환청구는 그 근거규정이 없더라도 그 성질상 당연한 것이고 참칭상속인이 이익을 제기할 이유가 없으므로 이론적으로도 그것을 인정해야 한다고 한다.

다만, 대상재산 반환청구는 상속인의 권능으로 인정되므로 강제적으로 대상재산에 대한 청구를 부정할 이유는 없다. 그러한 이유는 참칭상속인이 양수인과 공모해 부당하게 낮은 가격으로 상속재산을 처분한 경우에도 진정상속인이 손해를 입을 우려가 없기 때문이라 한다.³¹⁾

28) Berner Kommentar/Pictoni, Art.599, Rn.25.

29) 윤진수, 전계 논문, 179-180; 이화숙, 전계 논문, 1030-1031면.

30) 이화숙, 전계 논문, 55면.

31) 中島玉吉, 전계 논문, 200面.

또한, 참칭상속인이 매매 등에 의해 상속재산을 처분한 경우에 있어서는 그 대가에 한정해야 한다. 참칭상속인이 첩부·가공 등의 사실행위에 의해 그 상속재산을 소멸해 새로운 물건을 발생시킨 경우에는 적용할 필요가 없다. 예컨대, 참칭상속인이 상속재산에 속한 목재로서 건물을 건축한 경우에 단순히 부당이익의 원칙에 따라 구제를 받은 것은 별론으로 하고, 목재의 대상으로 건물의 인도를 청구하는 것은 부당하다고 한다.³²⁾

이렇게 대상재산의 반환청구권을 인정하는 것은 상속재산을 특별재산으로 보고 있기 때문이다. 즉 물상 대위의 원칙은 담보물권 뿐만 아니라 특별재산에도 적용될 수 있으며, 그러한 상속재산은 상속인의 고유재산과는 구별되어 취급되는 특별재산에 해당한다. 이러한 전제하에 이를 규정하지 않아도 이론상의 문제도 없고 실제상으로도 인정하는 것이 유익하다고 한다.³³⁾

두 번째 견해는, 최근에 주장하는 견해로 대상재산을 상속회복청구로 반환을 구할 수 있다는 것이다. 예컨대 상속이 개시된 이후에 상속재산이 멸실되어 손해배상으로 대위되거나 참칭상속인의 처분에 의해 대금채권으로 대체된 경우에는 이 청구권은 그 대상재산에 행사하는 것이 가능하다는 견해가 있다.³⁴⁾

세 번째 견해는, 대상재산을 상속회복청구의 행사로서 반환할 수 없다는 부정적인 입장을 취하는 견해도 있다.³⁵⁾ 이 견해는 첫 번째의 견해에 대해 논리적인 모순이 있다고 한다. 특별재산이라는 것으로부터 직접 물상대위의 효과도 도출할 수 있는 것은 아니고, 그 논거로 법률관계의 간편성을 들고 있지만 대상재산을 법률상 참칭상속인에게 귀속시킬 것인가 아니면 진정상속인에게 귀속시킬 것인가의 문제는 법률관계의 간편성과는 별개의 문제라고 한다. 그리고 두 번째 견해는 상속이 개시된 이후에 상속재산이 멸실되어 손해배상으로 대체되거나 참칭상속인의 처분에 의해 대금채권으로 대체된 경우에는 이 청구권은 그런 대체물 위에 행사하는 것이 가능하다고 하고 있으나 이러한 태도에 대해서도 특별한 의미를 부여하기 어렵다고 한다.

32) 近藤英吉, 「註釋 日本民法 總則編」, 嚴松堂書店, 1932, 266-267面.

33) 近藤英吉, 전계 논문, 466面

34) 我妻榮外, 「民法3 親族法·相續法」, 勁草書房, 2005, 322面.

35) 副田隆重, “相續回復請求權に關係する-考察(3)”, 「名吉屋大學論集」 第80號, 名吉屋大學大學院法學研究科, 1979, 322-323面.

따라서 참칭상속인이 이미 배상금을 취득한 경우 상대방에 대해서 진정상속인이 부당이득반환청구권을 행사할 수 있고, 반대로 참칭상속인이 배상금을 취득하지 못한 경우에는 진정상속인은 불법행위에 의한 손해배상청구권을 행사하면 된다는 것이다.³⁶⁾

6. 소결

앞서 검토한 바와 같이 로마법상 상속재산회수소송에서는 상속재산으로 인한 그 대상재산도 반환청구의 대상이 된다. 독일은 상속재산의 처분으로 인한 소유권 상실의 경우 채권자에게 물적 대상도 인정하고 있다.³⁷⁾ 상속재산을 특별재산에 해당하는 것으로 해석하여 진정상속인이 회복하는 재산과 같은 특별재산에 대해서는 물적 대위의 원리가 적용된다.³⁸⁾ 이와는 달리 스위스 및 프랑스는 상속재산의 대상재산에 대하여 상속회복청구를 인정하는 규정은 없지만 진정상속인의 보호를 위해 해석을 통하여 인정하고 있다.

일본에서는 상속재산이 특별재산이라고 하여 상속회복청구에서도 대상재산의 반환청구를 인정하고 있다. 이러한 물적 대위의 원리는 특별재산에도 그대로 적용되며, 상속재산은 상속인의 고유재산과는 구별되는 특별재산에 포함된다.³⁹⁾

III. 대상재산 반환청구의 인정여부

1. 학설

민법상 대상재산을 상속회복청구로서 회복할 수 있는 재산으로 볼 수 있는지

36) 副田隆重, 전계 논문, 318-319면.

37) 성중모, “민법상 대상청구권의 반환범위”, 「법학논집」 제14권 제4호, 이화여자대학교 법학연구소, 2010. 6, 134면.

38) Berner Kommentar(Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht)/Picononi, *vita*, ZGB, Bd.3., *Erbrecht*, 2.Abtteilung, 2.Aufl., 1964, Art.599, Rn.14.

39) 近藤英吉, 「相續法論 上」, 弘文堂書房, 1936, 466면.

에 대하여, 로마 및 독일에서 논의되어 온 해석론으로 이해하는 것이 가능 한지 또는 그 원칙을 채용하는 것이 일반 부당이득법리에 비추어 합리적인지에 대하여 검토가 필요하다는 문제로부터 시작되었다.⁴⁰⁾ 그리고 실종선고에 의한 상속회복청구에서도 민법 제999조에 기한 상속회복청구를 한 경우에 그 대상물 도 반환 청구할 수 있다는 문제도 제기되었다.⁴¹⁾

독일에서는 명문 규정을 통해 상속재산점유자가 상속재산을 대가로 한 법률 행위에 의해 취득한 대상재산도 상속회복청구의 대상에 포함시키고 있다(42) 독일 민법 제2019조 제1항 참조). 스위스 및 프랑스는 대상재산에 대한 상속회 복청구를 긍정하는 것이 통설이다.⁴²⁾ 일본에서도 대상재산에 대한 상속회복청 구를 인정하는 견해가 다수이다.

아직까지 대법원의 판례는 찾아 볼 수 없지만 하급심판결에서는 주식을 처분 한 대가를 통하여 다시 취득한 주식이 상속회복청구의 대상이 되는지 여부에 대하여, 부정하는 것으로 볼 수 있다.⁴³⁾

가. 부정설

위에서 본바와 같이 대법원의 판례는 아직 찾아 볼 없지만 하급심판례는 대 상재산의 상속회복청구를 부정하는 취지의 판결이 있다.⁴⁴⁾ 원고가 논거로 들고 있는 상속재산인 주식을 통하여 취득한 대상재산이 같은 종류의 주식이라는 점 과, 상속재산의 특수성, 명의신탁의 방법을 통하여 참칭상속인의 고유재산과 구 별하여 별도로 관리한 점 등 원고의 주장에 대해서도 법원은 이를 부정하였다.

한편, 상속재산분할에 있어서의 대상재산에 관한 논의는 상속재산분할과는 구 별되는 상속회복청구권에는 적용될 수 없다는 점, 독일 민법과 달리 대상재산에

40) 박철, “상속회복청구권의 성질과 제도적 취지에 관한 연구”, 「민사판례연구XXV」, 민사판례 연구회, 2003, 737-738면.

41) 백경일, “실종선고 취소의 소급효 제한과 상속회복청구에 관한 고찰”, 「가족법연구」 제25권 3호, 한국가족법학회, 2011, 245면.

42) Basler Kommentar/Fomi/Piati, Art.599, Rn.2(S.673); Berner Kommentar/Pictoni, Art.599, Rn.14ff.

43) 서울중앙지방법원 2013. 2. 1. 선고 2012가합503883,509188,506103(병합)판결.

44) 서울중앙지방법원 2013. 2. 1. 선고 2012가합503883,509188,506103(병합)판결.

대해 반환을 청구할 수 있는 명문규정이 없는 민법체계에서는 대상재산에 대한 상속회복청구는 인정되기 어렵다는 점, 상속재산이라고 하더라도 바로 특수성을 인정하기는 어렵고 특히 침해된 상속재산이 참칭상속인의 고유재산과 구별되어 별도로 관리되고 있다고 하더라도 일반적인 부당이득법리나 불법행위법리가 적용될 수 있을 뿐 특별히 취급할 수 없고, 새로이 취득한 재산이 상속재산과 동종의 것이라도 다를 바 없다는 점, 등을 이유로 법원은 이를 부정하였다.

나. 긍정설

최근 대상재산에 대한 반환청구를 비교법적 측면에서 그 당위성을 인정하는 견해가 있다.⁴⁵⁾ 이는 로마법상 상속재산회수소송에서 대상물에 대한 반환청구를 인정한 이후, 독일 민법은 명문규정을 두고 있으며, 프랑스 및 스위스에서는 해석을 통해 법리를 구성하고 있음을 제시하면서 상속회복청구에서 대상재산에 대한 반환청구의 문제는 비교법적인 근거를 가지고 있음을 밝히고 있다. 현대 가족의 현실에서 상속회복청구권의 행사기간으로 인하여 진정상속인의 권리를 지키기 어려운 점을 지적하면서 진정상속인을 더욱 폭넓게 보호할 필요가 있기 위해서는 인정해야 한다고 한다.⁴⁶⁾

또한, 상속회복청구권과 상속개시후의 인지 또는 재판의 확정에 의하여 공동 상속인이 된 자가 상속재산의 분할을 청구할 경우와(제1014조 참조), 상속회복청구권과 상속재산분할의 중첩적 적용관계에 이를 인정하는 것이 민법 전체의 체계에 비추어 적합하다고 한다.⁴⁷⁾

앞서 검토한 주요 국가들의 경우에도 대상재산에 대한 상속회복청구의 문제에 대하여 명문의 근거를 두고 있지 않지만 정책적 필요성에 의해서 이를 인정하고 있다. 그러므로 상속재산도 특별재산으로서의 성격을 가지고 있으므로 특별재산에는 물적 대위의 원칙이 적용되어야 한다. 따라서 상속회복청구권에 있어서도 대상재산에 대하여 진정상속인의 권리를 더욱 두텁게 보호할 수 있기

45) 이화숙, 전계 논문, 39면.

46) 이화숙, 상계 논문, 59-60면.

47) 이화숙, 상계 논문, 60-64면.

위해서는 이를 인정하는 것이 타당하다고 본다.⁴⁸⁾

2. 상속재산이 특별재산인지의 여부

민법에서도 상속재산이 고유재산과 구별되어 특별재산으로 성격을 갖는 경우가 있다. 가령 상속인이 상속의 승인이나 포기 전까지의 기간 동안의 상속재산(민법 제1019조), 한정승인을 한 경우의 상속재산(민법 제1028조 내지 제1030조), 재산분리명령을 한 경우의 상속재산(민법 제1045조 참조), 상속인이 유언 집행자가 되는 경우(민법 제1093조)의 상속재산은 특별재산의 성격이 강하다.

가. 상속인이 승인 또는 포기하기 전까지의 상속재산

피상속인의 사망에 의하여 상속이 개시되면 상속재산은 포괄적으로 상속인에게 승계되지만(제1005조), 상속인은 상속개시 있음을 안 날부터 3월내에 단순승인이나 한정승인 또는 포기를 할 수 있다(제1019조 제1항). 즉 상속의 승인 또는 포기가 있기 전까지는 상속인은 확정적으로 그 상속재산의 주체가 될 수 없으므로 상속재산은 상속인의 고유재산과 구별되는 특별재산으로 보게 된다.⁴⁹⁾ 상속은 개시되었으나 승인이나 포기 전까지의 기간 동안에는 상속인은 상속재산을 포괄적으로 승계받기는 하나 이와 같은 상속재산은 고유재산과 구별되어 특별재산에 해당하는 것으로 볼 수 있다.

나. 한정 승인한 상속재산

피상속인의 사망에 의하여 상속인들이 한정승인을 하게 되면(제1028조), 피상속인에 대한 상속인의 재산상 권리의무는 소멸되지 않고(제1031조), 상속인은 그 고유재산에 대하여는 것과 동일한 주의로 상속재산을 관리할 의무가 있다

48) 이경희, “공동상속인의 평등을 위한 상속재산분할 법리에 관한 연구”, 「현대 민법의 과제와 전망」, 남송한봉희교수화갑기념, 밀알, 1994, 692-693면.

49) 김주수·김상용, 「친족상속법」, 법문사, 2011, 629면.

(제1022조). 이와 같이 한정 승인한 상속재산은 고유재산과 구별되어 관리되는 특별재산에 해당하게 된다.

다. 재산분리명령을 받은 상속재산

피상속인이 사망하는 경우에 상속채권자나 유증 받은 자 또는 상속인의 채권자는 상속 개시된 날로부터 3월내에 상속재산과 상속인의 고유재산의 분리를 법원에 청구할 수 있다(제1045조). 법원이 재산의 분리를 명한 때에는 상속재산의 관리에 관하여 필요한 처분을 할 수 있다(제1047조 제1항). 재산분리의 명령이 있는 때에는 피상속인에 대한 상속인의 재산상 권리의무는 소멸하지 아니한다(제1050조).

재산의 분리를 청구하였거나 신고기간 내에 신고한 상속채권자, 유증 받은 자와 상속인이 알고 있는 상속채권자, 유증 받은 자는 상속재산으로써 전액의 변제를 받을 수 없는 경우에 한하여 상속인의 고유재산으로부터 그 변제를 받을 수 있다(제1052조 제1항). 따라서 상속채권자 등의 재산분리신청에 의하여 법원의 재산분리명령을 받은 상속재산은 특별재산으로 성격을 가지는 것으로 본다.

라. 상속인이 유언집행자가 된 경우의 상속재산

유언자는 유언으로 유언집행자를 지정할 수 있고, 그 지정을 제3자에게 위탁할 수 있다(제1093조). 그러나 지정에 의한 유언집행자가 없는 때에는 상속인이 유언집행자가 된다(제1095조). 즉 유언자가 유언집행자를 지정하지 않았거나 그 지정을 제3자에게 위탁하지 않은 경우, 제3자에게 위탁했다라도 지정을 위탁받은 제3자가 사퇴한 경우(제1094조 제1항), 상속인 기타 이해관계인으로부터 최고를 받고 최고기간 내에 유언집행자 지정의 통지를 하지 못한 경우(제1094조 제2항 후단)에는 유언집행자인 상속인은 유증의 목적인 재산의 관리 기타 유언의 집행에 필요한 행위를 할 권리의무가 있다(제1101조). 그러므로 상속인이 유언집행자가 되는 경우에 그 상속재산은 특별재산으로서의 성격을 가진다.

마. 상속재산분할의 대상인 상속재산

상속재산분할의 대상이 된 상속재산은 특별재산에 해당해 물상 대위의 적용이 있고, 그 대상재산에 대해서도 분할이 가능하다. 상속인이 수인인 때에는 그 상속재산은 그 공유로 보고(제1006조), 공동상속인에게 귀속되어 분할의 대상이 되는 상속재산이 특별재산이 되는지에 대해서는 논의가 있다.⁵⁰⁾

공동상속인에 의한 상속재산의 공유형태는 물권법상 공유의 개념과는 다른 특징이 있다. 가령 공동상속인 중에 그 상속분을 제3자에게 양도한 자가 있는 때에는 다른 공동상속인은 그 가액과 양도비용을 상환하고 그 상속분을 양수할 수 있다(제1011조)고 하여 상속분의 양수제도를 인정하고, 공동상속인은 다른 상속인이 분할로 인하여 취득한 채권에 대하여 분할 당시의 채무자의 자력을 담보한다(제1017조)고 규정하므로 일반적인 공유의 법리와는 다른 특별한 취급을 하고 있음을 볼 수 있다. 이러한 특성에 따라 상속재산분할의 대상인 상속재산은 특별재산으로 취급할 수 있다.⁵¹⁾

바. 상속회복청구 대상 상속재산의 특별재산성

상속회복청구권은 그 제도 자체가 상속권의 존부가 쟁점이 되어 침해된 상속재산의 반환을 청구하는 권리로서 포괄적 침해와 포괄적 회복이 전제돼 있다는 점에서 상속재산을 하나의 특별한 재산권으로 인정할 수 있다.⁵²⁾ 이와 같이 상속회복청구에 있어서 포괄적 청구라는 관념은 상속재산 전체의 가치를 유지하고 상속회복청구의 대상이 된 상속재산이 최종적으로 진정상속인에게 귀속되기 까지 일체성을 유지하고 또 그 가치의 확보를 위한 취지라 할 수 있다.

상속회복청구의 대상이 되는 상속재산을 특별재산으로 구성하는 것도 논리적

50) 독일 민법 제2041조는 물적 대위의 규정을 두어 공동상속인에게 합유적으로 귀속된 상속재산은 특별재산이라 이해한다.

51) 이경희, 전계 논문, 1994, 692-693면; 김병선, 전계 논문, 139면 이하 참조.

52) Berner Kommentar/Pictoni, Art.599, Rn.26: 스위스 통설은 상속재산을 특별재산으로 인정하고 이에 대해 물적 대위의 법리를 적용하는데 이는 진정상속인을 보호한다는 정책적 필요성에 기인한 다. 따라서 상속회복청구권을 하나의 단일한 소송으로 이해하고 대상물 반환이 가능하도록 해 진정상속인을 더욱 두텁게 보호할 수 있다.

으로 가능하고,⁵³⁾ 상속회복청구의 대상재산에 대하여도 특별재산으로 인정해 상속회복청구의 반환을 청구할 수 있도록 하는 것은 진정상속인의 보호라는 측면에서도 실익이 있다.⁵⁴⁾

3. 물적 대위의 법리

상속재산을 특별재산으로 인정하더라도 이에 물적 대위 법리를 적용하기 위해서는 법적 근거가 필요하다. 민법은 담보물권의 물상대위규정(제342조 및 제370조)과 유증의 물상대위(제1083조, 제1084조)에 관한 규정을 두고 있다. 하지만 상속재산이 상속인의 고유재산과 분별되어 적용되어야 함에도 독일 민법과는 달리 물적 대위에 관한 근거규정을 두고 있지 않다.⁵⁵⁾

그런데 일본에서는 상속회복청구의 대상재산 반환에서 담보물권상 물상대위 규정을 유추해야 한다는 견해가 있다.⁵⁶⁾ 물론 유추적용하기 위해서는 특별재산의 물적 대위와 담보물권상 물상대위 규정이 유사한 것으로 해석할 수 있어야만 한다. 그렇지만 양자는 아래와 같이 다른 성격을 가지고 있다.

첫째, 담보물권상의 물상대위는 압류할 수 있고 압류 후에는 환가처분을 따라야 하며, 그 요건 및 대상재산도 한정된다. 이와 달리 특별재산의 물적 대위에서는 압류나 환가처분도 할 수 없으며, 그 요건 및 대상재산도 한정되지 않는다는 점에서 차이가 있다. 특히, 특별재산의 물적 대위 법리는 신탁법상 신탁재산의 범위와 관련해서 신탁법 제27조와 유사성이 있다.⁵⁷⁾ 이러한 이유에서 특별재산에 대해서는 신탁법의 물상대위 규정을 유추 적용하자는 견해가 있다.⁵⁸⁾ 그렇지만 신탁법 제22조 및 제24조의 강제집행금지 및 파산재단으로부터 독립조항을 별도로 두지 않는 특별재산의 영역에서, 참칭상속인의 채권자로부터의

53) 이러한 것은 독일 민법 제2041조와 제2111조 제1항을 두고 있다.

54) Berner Kommentar/Pictoni, Art.599, Rn.17ff.

55) 이연갑, 전제 논문, 141면 이하.

56) 近藤英吉, 전제서, 266-267면.

57) 법무부, 「신탁법 해설」, 법무부, 2011, 227면.

58) 오영걸, “사법상 물상대위 법리에 대한 통일적 요건정립을 위한 시안”, 「민사법학」 제56호, 한국민사법학회, 2011, 79면.

독립성을 인정하는 것이 가능한지가 의문이다. 신탁법 제27조 “신탁재산의 관리, 처분, 운용, 개발, 멸실, 훼손, 그 밖의 사유로 수탁자가 얻은 재산은 신탁재산에 속한다.”고 규정이 특별재산의 물상대위 논의에 유추 적용될 수 있는지는 참칭상속인의 채권자와의 이해관계라는 측면에서 신중히 접근해 보아야 할 문제이다.

한편, 독일에서는 특별재산에 대해서는 기본적으로 물적 대위의 원칙을 적용하며, 독일 민법 제2033조 제1항과 같이 재산을 전체로서 처분하는 것을 허락하고 있다.⁵⁹⁾ 나아가 스위스에서 특별재산이라는 것은 상속재산에 대해서도 인정될 수 있으며, 현대법학에서 물적 대위의 법리를 형성한다고 한다.⁶⁰⁾ 상속재산인 특별재산을 통해 대체된 재산적 물건을 상속재산에 속하여 상속회복청구로서 반환의 대상이 된다고 한다. 그리고 조합재산으로부터 생긴 과실, 이자, 조합재산의 멸실, 훼손, 침탈 등으로 인한 손해배상청구권, 보험금, 수용보상금, 부당이득반환청구권 등은 조합재산이 된다고 해석하고 있는 것은 유사한 의미를 가지고 있다.⁶¹⁾ 또한 대상의 법리는 민법상 물상대위(제342조 제370조), 유증의 물상대위(제1083조), 대상청구권 등에 기반으로 일반적 법원리로서 평가할 수 있다는 견해가 있다.⁶²⁾ 이러한 일반 법원리로서 대상의 법리가 근거로서 제시될 수도 있다.

종래 채권법에서 통설과 판례에 의하여 인정되고 있는 대상청구권은 명문의 규정을 두고 있지 않지만 앞서 본바와 같은 이유로 그 존재가 인정되고, 이러한 것은 상속재산분할에서도 학설과 판례에 의하여 인정되고 있다.⁶³⁾

상속재산분할의 성질은 상속재산이 갖는 경제적 가치를 포괄적으로 파악하여 이를 공동상속인에게 그 상속분에 따라 공평하고 합리적으로 분배하기 위한 것이므로, 대상재산도 상속재산과 동일시하여 분할의 대상으로 삼아 공동상속인간

59) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch/Stresemann, § 90, Rn.44.

60) Berner Kommentar/Picononi, Art.599, Rn.14.

61) 곽윤직(편집대표)/김재형, 「민법주해XVI 채권(9)」, 박영사, 1997, 54면.

62) 곽윤직(편집대표)/양창수, 「민법주해IX 채권(2)」, 박영사, 2008, 290면.

63) 김운정, “상속재산분할의 대상성과 관련한 논의”, 「사법」 15호, 서울판례연구회, 2011, 200-201면; 김상명, “대상청구권에 관한 소고”, 「법과정책」 제14집 제1호, 제주대학교 법과정책연구소, 2009. 2, 63-65면; 김상명, “점유취득시효완성자의 대상청구권”, 「법학연구」 제27집, 한국법학회, 2007. 8, 55-58면.

의 공평에 합치하도록 해야 한다.⁶⁴⁾

Ⅳ. 대상재산 반환청구의 법률관계

1. 서

앞서 본바와 같이 대상재산 반환청구에 관하여, 독일에서는 명문규정으로 스위스나 프랑스, 일본에서는 해석을 통해 대상재산에 대한 반환청구를 긍정하고 있다. 이는 진정상속인의 보호에 충실할 수 있으며, 제3자의 선의취득이나 상속증서의 공신력, 등기의 공신력 등을 통해 그 이익이 보호되고 있는 것을 전제로 하고 있다. 따라서 대상재산에 대한 상속회복청구를 인정할 것인가 하는 문제는 진정상속인과 참칭상속인의 관계, 참칭상속인의 채권자와 참칭상속인으로 부터 대상재산을 취득한 제3자와의 법률관계에 있다.

2. 진정상속인과 참칭상속인의 관계

진정상속인과 참칭상속인의 관계에서 공평의 원칙을 적용하여 그 대상재산에 대한 상속회복청구를 긍정하는 것이 타당하다. 상속회복청구제도의 입법취지는 진정상속인 보호라는 면에서 진정상속인과 참칭상속인의 관계에서도 그 대상재산이 진정상속인에게 귀속되어야 하는 것은 당연하다.

상속회복청구에서 대상재산에 대한 반환청구를 인정한다면 진정상속인은 직접적으로 참칭상속인에 의해 상속재산을 처분한 대가로서 취득한 대상재산의 인도를 청구하는 것이 가능하기 때문에 복잡한 법률관계를 명확하게 할 수 있다.

상속재산의 반환 법률관계가 진정상속인과 참칭상속인간의 관계에서 문제가 해결되기 때문에 참칭상속인과 상속재산을 거래한 제3자의 입장에서는 진정상속인이 대상재산의 반환을 청구한 경우에도 불이익이 되지 않는다.⁶⁵⁾ 이와 같

64) 김소영, 전계 논문, 777면; 이경희, 전계 논문, 689면.

65) Berner Kommentar/Pictoni, Art.599, Rn.25.

은 근거는 민법 제1014조에서 찾을 수 있다. 제1014조는 제3자의 이익을 고려하여 인지 또는 재판의 확정 이전에 이미 공동상속인이 분할 또는 처분을 한 경우에 다른 공동상속인에 대하여 가액의 지급을 청구할 수 있는 것으로 규정하고 있다.⁶⁶⁾

특히 판례는 제1014조에 의한 가액반환청구권의 본질을 상속회복청구권으로 보고 있기 때문에 제1014조는 상속회복청구권에 있어서 대상재산에 대한 반환을 인정하고 있는 명문의 규정이라는 성격도 있다.

따라서 민법 제1014조와 상속재산분할의 법리에 따라 진정상속인과 참칭상속인의 관계에서도 상속회복청구의 대상재산에 대한 반환을 긍정하는 것이 공평하다고 할 것이다.⁶⁷⁾

3. 진정상속인과 참칭상속인의 채권자와의 관계

앞서 본바 있는 독일에서는 참칭상속인 파산의 경우에 진정상속인에게 환취권을 인정하고 있다. 이는 참칭상속인의 채권자 측면에서 불이익이 되기 때문이다. 참칭상속인의 채권자 측면에서도 진정상속인과의 관계에서 자기 채권의 만족을 주장할 이익이 없다. 참칭상속인이 상속권을 침해함으로써 채권자의 책임재산으로 확보하고 있던 물건 등의 대상재산은 원래 책임재산에 귀속할 수 없는 것이다.

결과적으로 진정상속인과 참칭상속인의 채권자와의 관계에서도 상속재산을 통한 대상재산은 진정상속인에게 귀속하는 것이 공평하다. 따라서 대상재산도 상속회복청구의 대상이 되는 상속재산에 귀속하는 것으로 보는 것이 정책적 측면에서 타당하다고 본다.

4. 참칭상속인으로부터 대상물을 전득한 제3자와의 관계

참칭상속인으로부터 대상재산을 전득한 제3자와의 관계에서 보면 진정상속인

66) 대법원 1993. 8. 24. 선고 93다12 판결

67) 상속재산분할청구권과 상속회복청구권의 관계에 대해서는 김병선, 전계 논문, 129-138면 참조.

에게 이익을 귀속시키는 것이 제3자에게 이익을 귀속시키는 것보다 더 공평하다고 할 수는 없다. 앞서 언급한 바와 같이 독일, 스위스, 프랑스 등에서는 대상재산에 대한 상속회복청구를 인정하더라도 제3자의 이익을 침해할 우려가 낮다고 보기 때문에 인정하고 있는 것이다.

우리 민법은 등기의 공신력을 인정하지 않기 때문에 독일이나 스위스와는 그 논점이 다르다는 점이 있다. 다만 이러한 불합리 한 점은 등기의 공신력을 인정하지 않거나 선의의 제3자 보호규정을 두고 있지 않은 상속회복청구제도의 구조상의 문제에서 발생한 것이다. 따라서 대상재산에 대한 상속회복청구를 부정하는 것보다는 입법을 통하여 선의의 제3자 보호규정을 마련함으로써 해결하는 것이 타당하다고 본다.

V. 결론

앞서 검토한 바와 같이 피상속인의 사망으로 그 상속재산이 참칭상속인으로 부터 침해되는 경우에는 진정상속인은 상속회복청구권을 행사할 수 있다. 그런데 문제는 참칭상속인이 그 상속재산을 제3자에게 양도한 경우나 그 상속재산이 수용된 경우에, 그 대상재산(대금이나 보상금)에 대해서도 진정상속인은 상속회복청구권을 행사할 수 있는지 여부에 대하여 주요국가의 입법례를 중심으로 검토하였다. 이에 대하여 우리 민법은 명문의 규정은 없지만 학설은 긍정하는 것이 우세하다.

앞서 입법례에서도 본바와 같이 로마법에서는 상속재산으로 인한 그 대상재산도 반환청구가 가능하고, 독일은 상속재산을 특별재산으로 인정하여 진정상속인에게 물적 대위 법리를 적용하여 긍정하고 있다. 스위스나 프랑스도 상속재산의 대상재산에 대해 상속회복청구를 허용하는 것이 통설이다. 일본은 상속재산이 특별재산이라 하여 상속회복청구에서도 그 대상재산의 반환청구를 인정하는 것이 학설상 우세하다.

따라서 대상재산을 상속회복청구의 범위에 포함시키게 된다면 진정한 상속인의 권리를 보다 충실하게 보호할 수 있을 것으로 본다. 다만 민법의 해석론을

통하여 이러한 태도를 도출한다고 하더라도 상속재산의 특수성과 정책적 필요성 등을 종합적으로 고려하여 입법방안을 제시할 필요가 있다.

아울러, 참칭상속인으로부터 대상재산을 전득한 제3자가 있는 경우에 선의의 제3자 보호에 대하여, 현행 민법은 상속회복청구권의 단기 제척기간제도(침해를 안날로부터 3년, 침해행위가 있는 날로부터 10년)를 두어 거래안전을 도모하고 있다고 보아 입법론으로 제3자 보호규정을 두는 것보다는 단기 제척기간을 중심으로 양자의 법익균형을 도모하는 것도 불합리한 것으로 보이지 않다는 견해도 있을 수 있으나, 참칭상속인으로부터 그 대상재산을 전득한 선의의 제3자가 있는 경우에는 그 대상재산에 대한 상속회복청구는 현행 민법의 단기 제척기간의 불합리한 점⁶⁸⁾을 보완하거나 등기의 공신력이 인정되지 않는 우리 민법체계에서는 입법을 통하여 선의의 제3자를 보호할 수 있는 방안을 함께 모색하는 것이 타당하다고 본다.

참고문헌

- 김주수·김상용, 「친족상속법」, 법문사, 2011.
 법무부, 「신탁법해설」, 법무부, 2011.
 송덕수, 「민법강의」, 박영사, 2017.
 지원림, 「민법강의」, 홍문사, 2016.
 양형우, 「민법의 세계」, 피앤씨미디어, 2019.
 김병선, “민법 제999조(상속회복청구권)의 해석에 관한 몇 가지 문제점”, 「가족법연구」 제26권 1호, 한국가족법학회, 2012. 3.
 김상명, “민법 제999조(상속회복청구권)에 관한 비교법적 연구”, 「법학연구」 통권 제48집, 전북대학교 법학연구소, 2016.

68) 김상명, 전제 “민법 제999조(상속회복청구권)에 관한 비교법적 연구”, 113면: 외국의 입법례와 같이 상속재산의 조속한 확정과 거래안전보다는 진정상속인의 보호에 더 충실할 수 있도록 상속회복청구권은 그 침해를 안 날로부터 5년, 상속권의 침해행위가 있는 날로부터 20년을 경과하면 소멸하도록 개정할 필요가 있다.

- _____, “점유취득시효완성자의 대상청구권”, 「법학연구」 제27집, 한국법학회, 2007. 8.
- _____, “대상청구권에 관한 소고”, 「법과 정책」 제14집 제1호, 제주대학교 법과정책연구소, 2008. 2.
- 김운정, “상속재산분할의 대상성과 관련한 논의”, 「사법」 15호, 서울판례연구회, 2011.
- 박 철, “상속회복청구권의 성질과 제도적 취지에 관한 연구”, 「민사판례연구XXV」, 민사판례연구회, 2003.
- 백경일, “실종선고 취소의 소급효 제한과 상속회복청구에 관한 고찰”, 「가족법연구」 제25권 3호, 한국가족법학회, 2011.
- 성중모, “민법상 대상청구권의 반환범위”, 「법학논집」 제14권 제4호, 이화여자대학교 법학연구소, 2010.
- 오영걸, “사법상 물상대위 법리에 대한 통일적 요건정립을 위한 시안”, 「민사법학」 제56호, 한국민사법학회, 2011.
- 윤진수, “상속회복청구권의 연구 - 역사적 및 비교법적 고찰 -”, 「서울대학 법학」 제41권 1호, 서울대학교 법학연구소, 2000.
- 이경희, “공동상속인의 평등을 위한 상속재산분할법리에 관한 연구”, 「현대 민법의 과제와 전망」, 남송한봉희교수화갑기념, 밀알, 1994.
- 이영갑, “신탁법상 신탁의 구조와 수익자 보호에 관한 비교법적 연구”, 서울대학교 박사학위 논문, 2009.
- 이화숙, “상속회복청구에 관한 몇 가지 문제 - 2002년 개정민법 부칙 제2항의 해석과 대상재산에 대한 상속회복청구를 중심으로 - ”, 「저스티스」 제133호, 한국법학원, 2012.
- 近藤英吉, 「相續法論 上」, 弘文堂書房, 1936.
- 近藤英吉, 「註釋 日本民法 總則編」, 嚴松堂書店, 1932.
- 副田隆重, “相續回復請求權に關係する-考察(3)”, 「名吉屋大學論集」第80號, 名吉屋大學大學院法學研究科, 1979
- 我妻榮外, 「民法3 親族法・相續法」, 勁草書房, 2005.
- Berner Kommentar(Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht)/Picononi,

- vito*, ZGB, Bd.3., *Erbrecht*, 2.Abt., 2.Aufl., 1964.
- Harke, Jan Dirk, *Römisches Recht*, C.H.Beck, 2008.
- J. von Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungesetz und Nebrngesetz/Gursky, Karl-Heinz, Buch 5, *Erbrecht*, 2010.
- Kaser, Max/Knütel, Ralf, *Römisches, Privatrecht*, 19.Aufl., C.H.Beck, 2008.
- Münchener Kommenter zum Bürgerlichen Gesetzbuch/Stresemann, Christina, *BGB, Bd.1, Allgemeiner Teil*(§ § 1-240), 6.Aufl., 2012.
- Schweizerisches Privatrecht/Piotet, Paul, 4.Bd., *Erbrecht*, 2.Halband., Helbling & Lichtenhahn, 1981.

[Abstract]

The Recovery of Substitute Property in the Claim for Recovery of Inheritance

Kim, Sang-Myeong

Professor, Jeju International University

If the inheritance of an inherited person is violated by the inheritor's death, the true heir may exercise the right to claim the inheritance.

When a fake(fraud) inheritor transfers an inherited property to a third party or the inherited property is forced out of property, the successor has no civil law provisions for the object such as(money or compensation), but admits theories and precedents.

Under Roman law, an object of inheritance may also be claimed for return. Germany recognizes the inherited property as a special property and applies the law of physical substitution to the true heir. In Switzerland and France, theoretically, the recognition of the request for restoration of the inherited property is prevailing. In Japan, the inheritance property is special property, so the objection recovery request is also acknowledged.

Therefore, if the target property is included in the scope of claim for inheritance recovery, the right of true heirs can be protected more faithfully.

However, even if this is derived through the interpretation of civil law, it is necessary to present legislative measures in consideration of the specificity of inherited property and the necessity of policy.

Key words : inheritance property, substitute property, true inheritor, fake(fraud) inheritor, inheritance recovery claim