

## 한정승인 제도의 개선방안에 관하여 - 특히 상속채권자 보호의 관점에서 -\*

### A Study on Revision of Qualified Acceptance System of Inheritance

현 소 혜\*\*  
Hyun, So Hye

#### 목 차

- I. 서론
- II. 상속인이 한정승인한 경우의 법상황과 평가
- III. 한정승인 제도의 개선방안
- IV. 결론

#### 국문초록

현행 한정승인 제도는 상속의 포기제도와 마찬가지로 상속인의 자기결정권과 재산권을 보장하기 위해 도입되었으나, 그로 인해 상속채권자의 법적 지위가 위협받고 있다. 첫째, 한정승인에도 불구하고 한정승인자가 상속재산에 관하여 자신의 고유채권자에게 담보물권을 설정해 준 경우 상속채권자는 상속재산에 관

논문접수일 : 2019. 04. 05.

심사완료일 : 2019. 05. 03.

게재확정일 : 2019. 05. 03.

\* 본 논문은 2018. 11. 24. 제주대학교 법과 정책 법학연구원과 新·アジア家族法三国会議가 공동 개최한 제8회 신아시아삼국회의(第8回 新·アジア家族法三国会議)에서 발표한 논문에서의 아이디어에 착안하여 새로운 논문으로 발전시킨 것이다. 학술대회 당시의 발표문은 초안을 거의 그대로 유지한 채 약간의 수정만을 거쳐 新·アジア家族法三国会議編, 『高齢社会における相続法の課題』, 日本加除出版 株式会社, 2019(발간예정)에 게재될 예정이다.

\*\* 법학박사·성균관대학교 법학전문대학원 부교수

한 우선변제권으로 고유채권자에게 대항하지 못한다. 둘째, 한정승인에 따른 청산절차가 사실상 무력화됨에 따라 상속채권자는 한정승인자에 의한 공평한 분배를 기대하지 못하고, 스스로의 책임 하에 상속재산에 관한 일반 집행절차를 통해 자신의 채권을 회수하여야 한다. 셋째, 공동상속인 중 일부는 단순승인을 하고, 일부는 한정승인을 한 경우에도 한정승인자의 존재로 말미암아 단순승인을 한 상속인의 고유재산에 대한 집행이 지체될 수밖에 없으며, 아직 한정승인에 따른 청산절차가 완결되지 않은 상태에서 공동상속인들이 상속재산분할을 하는 것까지 허용되는 결과, 책임재산이 되는 상속재산과 상속채무자가 분리되어 상속채권자에 의한 추급이 가능한 책임재산이 사실상 축소될 위험이 있다. 본 논문은 이와 같은 현재의 법상황을 타개하기 위해 한정승인이 있는 경우에 한정승인자에 의한 사적 청산 제도를 폐지하는 대신, 상속재산관리인 제도를 도입할 것을 제안한다. 상속적극재산이 존재하는 경우에는 한정승인자의 처분권한을 제한하고 상속재산관리인이 이를 대신 관리하면서 청산절차를 주관하도록 함으로써 책임재산으로서의 상속재산을 온전히 보전하기 위함이다. 반면 상속적극재산이 존재하지 않는 경우에는 한정승인에 따른 청산절차를 면제하고, 상속사건이 조속히 종결되도록 할 필요가 있다. 이러한 제도 정비를 위해 상속인들이 공동으로만 한정승인을 신청할 수 있도록 하는 한편, 한정승인 사실을 공시할 수 있도록 하는 규정도 신설하여야 할 것이다.

**주제어** : 한정승인, 상속채권자, 고유채권자, 상속파산, 상속재산관리

## 1. 서론

현재 우리 민법은 상속에 관하여 당연승계·포괄승계의 원칙을 택하고 있다. 따라서 피상속인의 채권자(이하 ‘상속채권자’라고 한다)는 상속 개시 후에도 상속채무를 승계한 상속인을 상대로 그 채무의 이행을 청구할 수 있다. 물론 상속인의 의사에 반하여 상속채무의 승계를 강제하는 것은 허용될 수 없으므로, 민법은 한정승인이나 특별한정승인<sup>1)</sup>, 상속의 포기 등 상속인을 보호할 수 있는

여러 방법도 함께 마련하고 있다. 이를 통해 상속인은 상속채무를 전부 변제할 수도, 전부 면할 수도, 물적 책임의 범위를 상속재산으로 한정할 수도 있다. 이와 같은 제도는 일응 상속채권자와 상속인 간의 이해관계를 균형 있게 조정하고 있는 것처럼 보인다. 하지만 현실도 그러한가. 본 논문은 현재 우리 상속법상 상속채권자가 처한 불리한 상황을 명확히 하고, 이와 같은 현실을 타개하여 상속채권자가 상속재산을 책임재산으로 확보할 수 있는 방안을 강구하기 위해 작성되었다. 다만, 그 연구의 소재는 우리 민법상 한정승인 제도로 한정한다. 상속인이 상속을 단순승인한 경우에는 상속인의 고유재산에 대한 추급을 통해 상속채권자의 보호가 가능하고, 상속인이 상속을 포기한 경우에는 그를 대신하여 상속을 단순승인한 후순위 상속인에 대한 추급을 통해 상속채권자의 보호가 가능하기 때문이다.<sup>2)</sup>

## II. 상속인이 한정승인한 경우의 법상황과 평가

### 1. 상속채권자와 고유채권자간의 우열관계

#### 가. 현재의 법상황

한정승인을 한 상속인은 상속으로 인하여 취득할 재산의 한도에서 피상속인의 채무와 유증을 변제하게 된다(민법 제1028조). 즉, 상속인은 자신의 상속분

1) 1960년 민법 제정과 동시에 시행된 상속포기 및 한정승인 제도와 달리 특별한정승인 제도는 2002년 민법 개정에 의해 비로소 도입되었다. 상속인이 그의 귀책사유 없이 상속채무가 적극 재산을 초과하는 사실을 알지 못한 경우예조차 3개월의 고려기간 내에 한정승인 또는 포기를 하지 않았다는 이유로 단순승인한 것으로 간주하는 것은 상속인의 재산권 및 사적자치권을 침해하여 헌법에 위반된다고 선언한 헌재 1998. 8. 27. 선고 96헌가22 등 결정의 취지를 반영하여, 상속인이 상속채무가 상속재산을 초과하는 사실을 중대한 과실 없이 고려기간 내에 알지 못하고 단순승인을 한 경우에는 그 사실을 안 날부터 3월 내에 한정승인을 할 수 있도록 한 것이다(민법 제1019조제3항).

2) 상속을 단순승인하거나 한정승인한 후순위상속인이 전혀 존재하지 않는 경우, 상속채권자는 상속인 부존재 절차에 따라 상속재산이 국가에 귀속되기 전에 상속재산으로부터 변제받을 수 있다(민법 제1056조).

한도에서 상속채무를 승계하기는 하지만, 그 책임의 범위가 상속재산으로 한정될 뿐이다. 따라서 상속채권자는 상속인의 고유재산에 대해서는 집행이 불가능하지만, 본래 자신이 책임재산으로 예정하고 있었던 상속재산에 대해서는 여전히 집행이 가능하다. 반면 상속채권자가 상속인의 고유재산에 대해 집행을 한다면 상속인은 청구이의의 소 또는 제3자이의의 소를 통해 이를 저지할 수 있다.<sup>3)</sup>

이와 같이 상속채권자의 물적 책임재산의 범위가 제한되는 것에 반해, 한정승인을 한 상속인의 채권자(이하 ‘고유채권자’라고 한다)의 경우에는 그렇지 않다. 한정승인에도 불구하고 상속인은 상속적극재산을 당연승계하기 때문에, 고유채권자는 자신의 채권의 실현을 위해 상속재산에 집행을 신청할 수 있다고 보는 것이 논리적 귀결이다. 다만, 최근 선고된 대법원 2016. 5. 24. 선고 2015다250574 판결은 상속재산에 관하여 담보권을 취득하지 못한 “한정승인자의 고유채권자는 상속채권자가 상속재산으로부터 그 채권의 만족을 받지 못한 상태에서 상속재산을 고유채권에 대한 책임재산으로 삼아 이에 대하여 강제집행을 할 수 없다.”고 판시한 바 있다.<sup>4)</sup> 상속인의 고유재산에 대해 고유채권자에게 우위가 인정되는 것과 같이, 상속재산에 대해서는 상속채권자에게 우위를 인정하는 것이다.<sup>5)</sup>

3) 확정판결 전에 이미 한정승인을 한 경우로서 제3자이의의 소를 제기할 수 있다는 판결로 대법원 2005. 12. 19.자2005그128 결정; 확정판결 후에 비로소 한정승인을 한 경우로서 청구이의의 소를 제기할 수 있다는 판결로 대법원 2006. 10. 13. 선고 2006다23138 판결 참조. 한정승인이 소송절차 및 집행절차에 미치는 영향에 관한 논문으로 오창수, “한정승인과 소송절차”, 『法學論叢』 第29卷 第3號, 국민대학교 법학연구소, 2017, 255-265면 외 다수 참조.

4) 다만, 위 판결은 일반 금전채권과 달리 담보권자에 준하는 우선특권을 부여받고 있는 조세채권과의 우위 문제를 다룬 것이었으므로, 종래 논의되어 오던 피상속인의 일반채권자와 상속인의 일반채권자 간의 우열관계에 관한 논의와는 다소 맥락이 다르다. 이러한 조세채권의 특수성에 입각하여 위 판결을 평석하고 있는 문헌으로 광규은, “한정승인한 상속재산의 배당시 상속채권의 순위 -대법원 2016. 5. 24. 선고 2015다250574 판결을 중심으로-”, 『동북아법연구』 제10권 제3호, 전북대학교 동북아법연구소, 2017, 1005-1008면; 홍춘의/이상래, “상속재산의 강제집행절차에 있어서 상속채권자와 한정승인을 한 상속인의 조세채권자 사이의 우열관계 -대법원 2016. 5. 24. 선고 2015다250574 판결을 중심으로”, 『동북아법연구』 제10권 3호, 전북대학교 동북아법연구소, 2017, 971-979면; 전경근, “한정승인을 한 상속인이 취득한 상속재산의 법적 지위 -대법원 2016. 5. 24. 선고 2015다250074 판결-”, 『법조』 제67권 5호, 법조협회, 2018, 600-605면 참조. 다만, 우선변제권을 누리는 조세채권에 대해서조차, 그것이 당해세가 아닌 한, 상속채권자가 상속재산에 대해 우위를 점할 수 있다면, 일반채권에 대해서는 당연히 상속채권자가 우위를 점할 수 있으리라는 당연한 판단에 입각하여 본문과 같이 서술하였다.

그런데 사실 상속재산에 관한 상속채권자와 고유채권자 간의 우열 관계에 대해서는 우리 민법이 명시적으로 선언하고 있는 바가 없다. 그럼에도 불구하고 대법원은 그것이 “형평의 원칙이나 한정승인제도의 취지에 부합”한다는 이유로 상속재산으로부터 상속채권자가 고유채권자보다 우선적으로 변제를 받아야 한다고 선언하였으며, 다수의 견해 역시 대법원의 논리에 찬성하고 있다.<sup>6)</sup> 한정승인에 의해 상속재산이 상속인에게 승계되었다는 이유만으로 상속인의 고유채권자가 이에 대해 강제집행을 하는 것까지 허용한다면 상속채권자를 위해 상속재산을 확보하고자 하는 한정승인 제도의 목적은 의미를 상실하게 된다는 것이다.

반면 이러한 상속채권자의 우위에도 불구하고, 상속재산에 대한 처분권한 자체는 여전히 한정승인을 한 상속인에게 인정된다. 민법은 당연승계의 원칙에 따라 한정승인을 한 상속인이라도 상속개시와 동시에 자신의 상속분에 따라 상속재산을 취득하도록 하고 있기 때문이다. 한정승인을 한 상속인은 상속재산을 은닉하거나 부정소비한 경우에 한하여 ‘범정단순승인’의 제재를 받을 뿐이며, 은닉 또는 부정소비에 해당하지 않는 한 상속채권자의 존재 여부를 불문하고 자유롭게 해당 재산을 처분할 수 있다. 이러한 맥락에서 대법원 2010. 3. 18. 선

- 5) 형평의 원칙상 고유채권자는 상속재산에 대해 강제집행을 할 수 없다고 보아야 한다는 견해로 박종훈, “한정승인과 상속채권자의 우선변제권 -대법원 2010. 3. 18. 선고 2007다77781 전원합의체 판결”, 『判例研究』 제22집, 부산판례연구회, 2011, 758-759면; 이원범, “한정승인이 이루어진 경우 상속채권자가 상속재산에 관하여 한정승인자로부터 담보권을 취득한 고유채권자에 대하여 우선적 지위를 주장할 수 있는지 여부 -대법원 2010. 3. 18. 선고 2007다77781 전원합의체 판결-”, 『正義로운 司法: 李容勳大法院長在任記念』, 사법발전재단, 2011, 585면.
- 6) 광규은, 전제논문, 1010면; 문영화, “한정승인자의 조세채권자가 상속재산에 대한 강제집행에서 배당을 받을 수 있는지 여부 -대법원 2016. 5. 24. 선고 2015다250074 판결-”, 『2016년 가족법 주요 판례 10선』, 세창출판사, 2017, 137-139면; 홍춘의/이상래, 전제논문, 959면 등. 위 판결이 선고되기 전의 문헌으로서 상속채권자의 고유채권자에 대한 우위를 지지하고 있는 견해로 나진이, “상속재산에 관한 강제집행절차에 있어 한정승인자의 고유채권자와 상속채권자 사이의 우열관계”, 『民事判例研究[XXXIV]』, 博英社, 2012, 673-676면; 송재일, “한정승인과 담보권 -대법원 2010. 3. 18. 선고 2007다77781 전원합의체 판결을 계기로-”, 『서울法學』 제19권 제3호, 서울시립대학교 법학연구소, 2012, 187-188면. 특히 나진은 형평의 원리 외에 상속채권자의 우위를 인정하지 않는 경우 상속채권자는 재산분리나 상속재산파산절차를 통해서만 보호받을 수 있게 되는데, 재산분리 제도는 그 신청기간이 상속개시시부터 3월로 제한되어 있고, 상속재산 파산절차는 복잡한 절차를 강요하는 셈이 되어 상속채권자에게 불공평하다는 논거를 추가로 제시하고 있다. 다만, 박세민, “한정승인의 계수와 개선방향”, 『法史學研究』 第57號, 한국법사학회, 2018, 136면은 이와 같이 해석할만한 법률상 근거규정이 없다는 이유로 위 판결을 비판한다.

고 2007다77781 판결(全)은 한정승인을 한 상속인이 상속재산에 관하여 자신의 고유채권자를 위해 저당권 등 담보권을 설정하는 행위도 허용될 수 있다고 보았다.

그리고 바로 이와 같은 논리에 따라 위 판결의 다수의견은 상속재산에 대해 저당권 등 담보권을 취득한 고유채권자는 상속재산으로부터 상속채권자보다 우선적으로 변제를 받을 수 있다고 판시하였다.<sup>7)</sup> 첫째, 민법은 한정승인만으로 상속채권자에게 상속재산에 관하여 한정승인자로부터 물권을 취득한 제3자에 대하여 우선적 지위를 부여하는 규정을 두고 있지 않고, 둘째, 한정승인 제도에는 민법 제1045조 이하의 재산분리 제도와 달리 한정승인이 이루어진 상속재산임을 등기하여 제3자에게 대항할 수 있게 하는 규정이 마련되어 있지 않으므로, 거래의 안전을 보호하기 위해 한정승인자로부터 상속재산에 관하여 저당권 등의 담보권을 취득한 사람과 상속채권자 사이의 우열관계는 민법상의 일반원칙에 따라야 하고, 상속채권자가 한정승인의 사유만으로 우선적 지위를 주장할 수는 없다는 것이다.

그 결과 상속채권자는 고유채권자에 대해서는 우위를 주장할 수 있으나, 정작 그 고유채권자의 채무자인 한정승인을 한 상속인 자신에 대해서는 자신의 우위를 주장할 수 없는 상태, 다시 말해서 상속인이 고유채권자에게 상속재산에 관하여 담보권을 설정해 준 경우에는 이를 감수해야 하는 상태가 된 것이 현재의 법상황이다.

#### 나. 평가

위와 같은 법상황의 당부에 대해서는 이미 여러 선행연구가 다룬 바 있다. 가령 일부 견해는 위 판결을 명시적으로 지지한다.<sup>8)</sup> ① 한정승인 제도의 주된

7) 반면 위 전원합의체 판결 중 대법관 김영란, 박시환, 김능환의 반대의견은 다수의견이 상속채권자의 희생 아래 한정승인자로부터 상속재산에 관한 담보물권 등을 취득한 고유채권자를 일방적으로 보호하려는 것이어서 한정승인 제도를 형해화시키고 제도적 의의를 훼손한다고 비판한다. 상속재산은 상속채권자의 채권을 위한 책임재산으로서 상속채권자에게 우선적으로 변제되고 그 채권이 청산되어야 하며, 그 반대해석상 고유채권자는 상속채권자에 우선하여 그 상속재산에 대해 강제집행을 할 수 없다고 보는 것이 형평에 맞는다는 것이다.

취지는 재산분리를 통해 상속채권자를 보호하는 데 있는 것이 아니라, 상속인을 상속채무에 대한 무제한 책임으로부터 보호하려는 데 있는 것이므로, 한정승인 제도 본래의 취지를 넘어 상속채권자에게 상속재산에 관한 파산절차에서 인정되는 것과 동일한 수준으로 재산분리의 효과를 인정할 수는 없다는 점<sup>9)</sup>, ② 설령 한정승인에 의해 재산분리의 효과가 발생한다고 하더라도 책임재산의 분리로부터 곧바로 상속채권자에게 상속재산에 관해 대세적으로 우선하는 권리가 논리필연적으로 도출되는 것은 아니라는 점<sup>10)</sup>, ③ 그럼에도 불구하고 상속채권자에게 법률에 규정도 없고, 등기부에 공시도 되지 않는 우선적 권리를 인정하는 것은 거래의 안전을 크게 해치는 결과를 가져오므로 가능한 피하는 것이 합당하다는 점<sup>11)</sup>, ④ 재산분리의 효과를 누리고 싶은 상속채권자는 별도의 재산

- 8) 다만, 해석론으로서는 어쩔 수 없는 결론이라 하더라도, 이로 인해 상속채권자가 희생되거나 한정승인 제도가 형해화되는 문제를 해결하기 위해 입법론적 대안을 마련해야 한다는 견해로 김주수/김상용, 「친족·상속법(제15판)」, 法文社, 2018, 766면 참조.
- 9) 박종훈, 전계논문, 768-769면; 송재일, 전계논문, 196-197면; 이원범, 전계논문, 590-592면; 정구태, “상속채권자와 한정승인자의 근저당권자 간의 우열문제 -대법원 2010. 3. 18. 선고 2007다77781 전원합의체 판결”, 「고려법학」 제64권, 고려대학교 법학연구원, 2012, 83-84면. 한정승인과 재산분리·상속재산파산은 그 취지나 요건이 전혀 다른 제도이므로, 한정승인신고의 수리만으로 재산분리나 상속재산파산 제도에서 인정하는 정도의 대세적 권리로서의 재산분리의 효과를 인정할 수 없다고 서술하고 있는 나진이, 전계논문, 681-682면도 같은 취지이다. 이에 대해 김형석, “한정승인의 효과로서 발생하는 재산분리의 의미”, 「家族法研究」 제22卷3號, 한국가족법학회, 2008, 520-523면은 우리나라의 한정승인 제도와 상속재산파산 제도는 계속과정이 상이하므로, 오히려 상속재산파산이 재산분리의 효과를 인정한다면 한정승인에 대해서도 같은 효과를 인정하는 것이 합리적 해석일 뿐만 아니라, 재산분리의 효과를 누리기 위해 상속채권자가 스스로 재산분리나 상속재산파산을 신청하도록 하는 것은 번거로움만 더하는 것이라고 반박한다.
- 10) 박종훈, 전계논문, 767-768면; 송재일, 전계논문, 196면; 정구태, 전계논문, 76-78면. 특히 위 견해는 상속채권자에게 대세적 우선권을 인정할만한 민법의 조문이 전혀 존재하지 않는다는 점, 일반채권자에 불과한 고유채권자와의 관계에서 상속채권자에게 우위가 인정된다고 하여 담보물권을 취득한 고유채권자와의 관계에서도 동일하게 다루어야 하는 것은 아니라는 점을 강조한다.
- 11) 나진이, 전계논문, 678, 681면; 박종훈, 전계논문, 767-768면; 송재일, 전계논문, 196, 204-205면; 이원범, 전계논문, 591-592면; 정구태, 전계논문, 80-85면. 특히 정구태, 전계논문, 80면은 적법하게 재산분리를 한 경우에도 등기 없이는 제3자에게 대항할 수 없는데, 전혀 등기되지 않은 한정승인에 의해 상속채권자가 제3자에게 대항할 수 있다는 것은 형평에 맞지 않는다는 점을 강조하고 있다. 이에 대해 김형석, 전계논문, 524-525면은 재산분리 제도 역시 동산의 경우에는 등기가 불가능하고, 부동산의 경우에는 「부동산등기법」에 따른 재산분리등기 절차가 마련되어 있지 않으므로, 사실상 공시가 무의미함에도 불구하고 상속채권자의 우위를 인정하고 있는바, 한정승인 절차에서도 공시 여부가 상속채권자의 우위 여부를 판단하는 요

분리제도나 상속파산제도를 이용하면 되므로, 굳이 한정승인에서까지 상속채권자를 두텁게 보호할 필요가 없다는 점<sup>12)</sup>, ⑤ 한정승인자에게는 상속재산을 처분할 권한이 있음에도 불구하고 상속채권자에게 한정승인자로부터의 담보권자보다 우위를 인정하면 사실상 한정승인자에 의한 처분행위의 효력을 부정하는 결과가 된다는 점<sup>13)</sup>, ⑥ 한정승인자가 부당한 재산감소행위를 한 경우에는 법정단순승인으로 간주되어 상속채권자가 한정승인자의 고유재산에 대해서도 권리를 행사할 수 있을 뿐만 아니라, 상속채권자는 손해배상청구나 사해행위취소 소송 등을 통해서도 보호받을 수 있으므로, 한정승인자로부터의 담보물권자에게 우위를 인정하더라도 특별히 상속채권자에게 불이익하지는 않다는 점<sup>14)</sup>, ⑦ 한정승인자가 상속재산을 처분하여 소유권을 상실하게 된 경우에는 상속채권자가 더 이상 추급할 수 없는데, 한정승인자가 담보물권의 설정이라는 처분행위를 한 경우에는 상속채권자에게 우선권을 부여하는 것은 형평에 맞지 않는다는 점<sup>15)</sup> 등을 근거로 제시한다.<sup>16)</sup>

반면 한정승인 제도의 입법취지에 비추어 볼 때 설령 고유채권자가 한정승인자로부터 상속재산에 관해 담보물권을 설정 받았다고 하더라도 상속채권자의 고유채권자에 대한 우위를 인정해야 한다고 주장하면서 위 판결을 정면으로 비판하는 견해도 있다. ① 한정승인에는 재산분리의 효과가 수반되므로 상속재산은 상속채권자를 위한 책임재산이, 상속인의 재산은 고유채권자를 위한 책임재

소가 되어서는 안 된다고 반박한다.

12) 박종훈, 전계논문, 768-769면; 송재일, 전계논문, 197면; 이원범, 전계논문, 592면.

13) 나진이, 전계논문, 677-678면.

14) 나진이, 전계논문, 678-679면; 박종훈, 전계논문, 769-770면; 송재일, 전계논문, 205면. 이에 대해 ---는 법정단순승인이 되더라도 상속채권자가 즉시 그 효과를 누릴 수 있는 것은 아니므로 상속채권자에 대한 온전한 구제라고 할 수 없다고 비판하나, 나진이, 전계논문, 680-681면이 타당하게 지적하고 있는 바와 같이 이는 법정단순승인 제도 전반에 수반되는 한계이므로, 이를 들어 상속채권자의 우위를 인정하기 위한 근거로 사용하기는 어렵다.

15) 이원범, 전계논문, 592면; 정구태, 전계논문, 78-79면.

16) 그 밖에 대법원 2010. 3. 18. 선고 2007다77781 판결(全) 중 대법관 양창수, 민일영의 다수 의견에 대한 보충의견은 한정승인자가 상속재산을 제3자에게 양도해 버렸다면 상속채권자는 더 이상 당해 재산에 대해 강제집행을 할 수 없는데, 한정승인자로부터 상속재산에 관해 담보물권을 설정받은 사람에 대해서는 자신의 우위를 주장할 수 있다면, 한정승인자로부터 완전한 권리를 취득받은 사람은 보호하고, 그보다 적은 권리인 담보물권만을 취득한 사람은 보호하지 않는 것이 되어 평가모순의 오류에 빠진다는 점도 아울러 지적하고 있다.



산이 되어야 한다는 점<sup>17)</sup>, ② 재산분리 제도에 따르면 상속재산에 관해서는 상속채권자에게, 고유채권자는 상속인의 고유재산으로부터 우선변제를 받을 권리가 있는데(민법 제1051조 및 제1052조), 재산분리에서 한정승인에 관한 다수의 규정을 준용하고 있고, 두 제도 모두 상속재산과 고유재산이 혼합되는 것을 방지하고 있으므로, 한정승인에도 재산분리에 관한 위 조문이 유추적용될 수 있다는 점<sup>18)</sup>, ③ 우리 물권법은 등기부에 공신력을 인정하지 않으므로, 우선적 권리를 행사하는 채권자라고 하여 반드시 등기부에 기재되어 있어야 하는 것은 아니고, 오히려 상속재산에 관해 담보물권을 취득하려는 고유채권자는 등기부를 통해 그것이 상속재산임을 인식할 수 있었으므로, 고유채권자를 우선적으로 보호할 필요가 없다는 점<sup>19)</sup>, ④ 위 판결에 찬성하는 견해는 한정승인자가 상속재산에 관해 고유채권자를 위한 담보물권을 설정한 경우라도 법정단순승인 제도를 통해 한정승인자의 부당한 재산감소행위로부터 상속채권자를 보호할 수 있다고 하지만, 한정승인자에게 고유재산이 없는 경우에는 법정단순승인이 상속채권자에게 이익이 되지 못한다는 점<sup>20)</sup>, ⑤ 반면 고유채권자는 처음부터 고유재산만을 책임재산을 삼아 이해관계를 맺은 자이므로 뒤늦게 우연히 증가한 상속재산으로부터 우선변제를 받지 못한다고 하여 특별히 불리해지는 것은 아니라는 점<sup>21)</sup>, ⑥ 위 대법원 판결과 같이 한정승인자로부터의 담보물권자에게 우위를 인정하는 경우 상속인에 의해 한정승인 제도가 악용될 우려가 있다는 점<sup>22)</sup>

- 17) 김미경, “한정승인에 있어 한정승인자의 상속재산 처분과 상속채권자 보호”, 『法學研究』 제 27권 제1호, 충북대학교 법학연구소, 2016, 207-208면; 김형석, 전계논문, 519-520면; 홍춘의/이상래, 전계논문, 968-969면.
- 18) 김형석, 전계논문, 523면. 위 문헌은 특히 우리 상속법의 모법(母法)에 해당하는 프랑스 민법이 한정승인을 재산분리와 동일하게 취급하고 있다는 점을 지적하고 있다.
- 19) 광규은, 전계논문, 1001-1002면; 김미경, 전계논문, 196면; 김형석, 전계논문, 526-527면; 홍춘의/이상래, 전계논문, 969면. 이에 대해 정구태, 전계논문, 82-83면은 단순승인을 원칙적인 상속형태로 정하고 있는 우리 상속법제 하에서 거래상대방에게 한정승인 사실의 확인에 관한 주의의무까지 요구하는 것은 지나치다고 반박한다.
- 20) 광규은, 전계논문, 1002면; 홍춘의/이상래, 전계논문, 970면. 대법원 2010. 3. 18. 선고 2007다77781 판결(全) 중 대법관 김영란, 박시환, 김능환의 반대의견도 참조하라.
- 21) 김미경, 전계논문, 196-197면; 김형석, 전계논문, 524-526면; 홍춘의/이상래, 전계논문, 969-970면.
- 22) 홍춘의/이상래, 전계논문, 970면. 전계논문, 970-971면은 담보물권이 있다는 이유로 고유채권자에게 상속채권자에 대한 우위를 인정하는 경우 고유채권자에게 담보물권 우위의 우선변

등을 근거로 제시하고 있다.

私見으로는 후자의 견해를 지지한다. 상속인의 자기결정권과 재산권은 상속의 단순승인 및 포기 제도만으로도 충분히 보장될 수 있다. 한정승인 제도는 상속인에게 물적 유한책임이라는 선택지를 한 가지 더 넓혀준 것에 불과하다.<sup>23)</sup> 상속인을 위한 특혜에 불과한 한정승인 제도에 의해 상속채권자의 정당한 이익이 침해되는 상태가 야기되어서는 안 된다.<sup>24)</sup> 즉, 상속채권자는 한정승인자가 한정승인의 의사표시를 한 때 갖게 된 신뢰, 즉 적어도 ‘상속재산’으로부터는 상속채무의 변제를 받을 수 있으리라는 기대를 보장받아야 한다. 법정단순승인 제도나 손해배상책임에 의해 상속채권의 책임재산을 한정승인자의 고유재산에 까지 확대하는 것은 본래 상속채권자가 기대하였던 바가 아니며, 특히 한정승인자의 고유재산이 충분하지 않은 경우에는 상속채권자의 이익을 명백히 침해한다. 상속채권자의 법적 지위가 상속인의 의사에 종속되는 상황, 즉 한정승인한 상속인이 자신의 채권자를 위해 상속재산에 관해 담보물권을 설정해 줄 것인지 여부를 결정함으로써 상속채권자와 고유채권자의 순위를 결정할 수 있게 되는 상황은 정의롭지 않다.

이와 같이 한정승인 후 상속채권자에게 우선적 지위를 부여하는 것이 특별히 상속재산에 관하여 담보물권을 취득한 고유채권자를 해하는 것도 아니다. 여차피 상속채권자는 한정승인자가 상속재산을 제3자에게 처분함으로써 한정승인자

---

제 특권을 주장할 수 있는 조세특권, 소액입대차보증금, 선순위 임금채권 등과 상속채권 간의 관계도 불분명해진다든 점도 함께 지적하고 있다. 한정승인자의 소액입대차권자나 선순위 임금채권자 등이 상속재산에 대해 강제집행을 할 수 있는지 여부를 검토하고 있는 또 다른 문헌으로 문영화, 전게논문, 138-139면; 민동근, “한정승인이 민사집행절차에 미치는 영향”, 「민사집행연구」 제13권, 한국민사집행법학회, 2017, 355면 참조.

23) 본래 일본에서 한정승인 제도를 두었던 것은 상속의 포기가 금지되었던 가독상속인에게 상속채무로부터 해방될 수 있는 자유를 보장하기 위함이었다고 하나, 현재는 일본에서도, 우리나라에서도 상속이 강제되는 가독상속이나 호주상속 등이 더 이상 존재하지 않으므로, 한정승인 제도의 존재는 논리필연적이지 않다. 일본에서의 한정승인 도입 취지에 대해서는 朴光千, 相續의 限定承認, 「相續法の 諸問題(裁判資料 第78輯)」, 法院圖書館, 1998, 574-575면 참조.

24) 이와 유사한 맥락에서 상속인이 단순승인을 한 경우에도, 상속포기를 한 경우에도 상속채권자는 보호받을 수 있는데, 상속인이 한정승인을 선택하였다는 이유만으로 상속채권자에게 불이익이 발생하는 것은 타당하지 않다는 점을 지적하고 있는 문헌으로 홍춘의/이상래, 전게논문, 970-971면 참조.

의 자력에 부족이 발생한 경우<sup>25)</sup>에 사해행위 취소를 통해 그 재산을 원상회복시킬 수 있다. 당해 사해행위가 근저당권설정 등 특정 채권자를 위해 담보물권을 취득시키는 행위인 경우도 같다.<sup>26)</sup> 특히 수익자(담보권자인 고유채권자)의 악의는 추정되므로<sup>27)</sup>, 채무자(상속인)의 제3자(고유채권자)에 대한 담보제공행위가 사해행위에 해당하는 경우에 그는 자신이 담보권 설정 당시 선의였다는 사정을 증명하지 못하는 한 근저당권설정등기 등을 말소하지 않을 수 없다.<sup>28)</sup>

사정이 이러하다면 경매절차에서 상속재산에 관하여 한정승인자로부터 담보물권을 취득한 고유채권자보다 상속채권자에게 우선 배당을 해주는 것은, 상속채권자로 하여금 번잡스러운 사해행위 취소소송을 거쳐 고유채권자 명의의 담보물권을 말소시키도록 하는 절차를 생략하고, 본래 그가 받아들 수 있었던 몫을 보다 효율적이고 손쉽게 배당절차에서 확보할 수 있도록 함으로써 실제적 정의를 경제적으로 실현하는 것에 다름 아니라고 할 것이다.

## 2. 상속채권의 만족

### 가. 현재의 법상황

한정승인에 의해 상속채무를 승계한 상속인은 그 상속분에 응하여 상속재산으로 상속채권자와 수유자에게 변제할 의무가 있다. 그런데 일반적인 채무의 변제와 달리 입법자는 한정승인 제도 하에서 상속채무의 변제가 ‘공평한 청산’이라는 이념에 따라 이루어질 것을 요구한다. 즉, 한정승인을 한 상속인은 상속채권자 중 일부에게 임의로 변제하는 것이 허용되지 않으며, 엄격한 절차에 따라

25) 이 때 한정승인을 한 상속인의 처분행위로 인해 상속채권자의 책임재산에 부족이 생겼는지 여부를 판단할 때에는 오로지 ‘상속재산’만을 책임재산으로 놓고 판단하여야 할 것이다. 상속채권자는 한정승인자의 고유재산에 대해 집행이 불가능하기 때문이다.

26) 상속채권자가 근저당권을 설정받은 상속인의 채권자에 대해 사해행위 취소의 소를 제기할 수 있음을 지적하고 있는 또다른 문헌으로 정구태, 전제논문, 85-88면 참조.

27) 대법원 2006. 4. 14. 선고 2006다5710 판결 참조.

28) 한정승인 후 상속재산에 관해 근저당권 등을 설정받는 수익자는 부동산등기부를 통해 채무자가 상속을 원인으로 소유권을 취득하였다는 사실을 쉽게 인지할 수 있으므로, 그 선의를 증명하기가 더욱 어려울 것이다.

정해진 순위대로 변제를 진행하여야 한다.

먼저 한정승인을 한 상속인은 한정승인을 한 날부터 5일 이내에 일반 상속채권자와 유증 받은 자에 대해 한정승인의 사실과 2월 이상의 일정한 기간 내에 그 채권 또는 유증을 신고할 것을 공고하여야 하며(민법 제1032조제1항)<sup>29)</sup>, 한정승인자가 알고 있는 채권자에 대해서도 각각 그 채권신고를 최고하여야 한다(민법 제1032조제2항에 의한 제89조의 준용). 다만, 공고절차의 비용은 상속재산으로 충당함이 원칙이므로, 상속재산이 전혀 없는 상태에서 한정승인을 한 상속인에게는 공고의무가 없다는 견해<sup>30)</sup>가 있다.

공고기간이 만료되면 한정승인을 한 상속인은 상속재산으로 기간 내에 신고한 채권자와 한정승인자가 알고 있는 채권자에 대해 각 채권액의 비율로 변제하여야 한다(민법 제1034조제1항).<sup>31)</sup> 채권자에 대한 변제절차가 완료되고 남은 상속재산이 있으면 유증 받은 자에게 변제한다(민법 제1036조). 만약 유증 받은 자에 대한 변제가 완료된 후에도 남은 재산이 있으면, 신고하지 않은 상속채권자나 유증 받은 자로서 한정승인자가 알지 못하였던 자에게 변제할 수 있다(민법 제1039조).

이와 같은 변제과정에서 상속재산의 전부나 일부를 매각할 필요가 있는 때에는 「민사집행법」에 따라 경매할 수 있다(민법 제1037조). 이는 담보권 실행을 위한 경매나 강제경매와는 달리 특정재산의 가격보존이나 정리를 위해 이루어지는 소위 ‘형식적 경매’에 해당하므로, 이 때 상속채권자는 그 상속재산에 관한 경매절차에서 일반채권자로서 배당요구를 하지 못한다.<sup>32)</sup> “형식적 경매는 한정승인자가 상속재산을 한도로 상속채권자나 유증 받은 자에 대하여 일괄하여 변제하기 위하여 청산을 목적으로 당해 재산을 현금화하는 절차”인 만큼, 한

29) 공고는 원칙적으로 그 상속지 관할 지방법원장이 선정한 신문에 1회 이상 하여야 하지만, 공고를 게재할 적당한 신문이 없는 경우 등기소와 그 상속지 관할 시·군·구의 게시판에 공고함으로써 갈음할 수 있다(「비송사건절차법」 제65조의2 내지 제65조의4).

30) 임영수, “한정승인의 심판절차와 상속채무의 배당변제에 관한 고찰”, 『家族法研究』 第25卷 3號, 한국가족법학회, 2011, 270면.

31) 단, 우선권 있는 채권자의 권리는 해하지 못하므로, 그에 대해서는 우선변제를 하여야 할 것이다(민법 제1034조제1항 단서).

32) 대법원 2013. 9. 12. 선고 2012다33709 판결. 위 판결과 같은 결론을 지지하는 견해로 朴光千, 전계논문, 608-609면 참조.

정승인을 한 상속인이 그 매각대금을 받은 후 민법 제1034조 내지 제1036조에 따라 상속채권자들에게 일괄적으로 변제하도록 할 필요가 있기 때문이다.<sup>33)</sup>

하지만 위와 같은 엄격한 절차와 순위를 따르지 않고, 한정승인을 한 상속인이 상속채권자에게 임의변제를 한다고 하여 그 변제가 비채변제가 되는 것은 아니다. 유효한 채무를 변제한 것이기 때문이다.<sup>34)</sup> 한정승인자가 위와 같은 절차를 준수하지 않은 경우, 가령 필요한 공고나 최고 절차를 해태하였거나 순위에 위반하여 어느 상속채권자나 유증 받은 자에게 변제함으로 인해 다른 상속채권자나 유증받은 자에 대해 변제할 수 없게 된 때에 한하여 그 손해를 배상할 책임이 성립할 뿐이다(민법 제1038조제1항). 상속채권자 중 일부에 대한 임의변제를 이유로 법정단순승인의 제재를 받을 가능성도 높지 않다.<sup>35)</sup>

그 결과 한정승인에 따른 청산 절차는 거의 사문화되어 있는 것이 현실이다.<sup>36)</sup> 대부분의 한정승인 사건에서 상속채권자는 한정승인 절차와 무관하게 별도로 이미 확보해 놓은 집행권원 또는 한정승인한 상속인을 상대로 소를 제기하여 확보한 집행권원을 근거로 상속재산에 대해 강제집행을 신청하거나 상속재산에 대해 진행 중인 담보권 실행을 위한 경매절차에 참여하여 배당요구를 하는 방식으로 그 채권을 실현한다.<sup>37)</sup> 한정승인 절차에 따라 민법 제1037조 소정의 형식적 경매신청이 있는 경우라도 이를 이유로 상속재산에 대한 임의경매

33) 매각대금을 상속채권자들에게 변제할 책임이 한정승인자에게 맡겨져 있는 결과 한정승인자가 이를 착복할 위험이 있다는 점을 지적하고 있는 문헌으로 임영수, 전계논문, 281-282면 참조.

34) 같은 취지로 朴光千, 전계논문, 601, 604면; 윤진수, 「친족상속법강의(제2판)」, 박영사, 2018, 481-482면.

35) 가령 대법원 2004. 3. 12. 선고 2003다63586 판결은 (상속포기에 관한 사안이기는 하지만) 상속재산의 처분대금 전액을 상속채권자 중 우선변제권자에게 귀속시킨 것은 민법 제1026조 제3호에서 정하고 있는 법정단순승인 사유로서의 '부정소비'에 해당하지 않는다고 판시한 바 있다.

36) 이와 같은 현실을 지적하고 있는 문헌으로 광규은, 전계논문, 994면; 김미경, 전계논문, 195-196면; 김형석, 전계논문, 498면; 박중훈, 전계논문, 747-748면; 송재일, 전계논문, 175면; 임영수, 전계논문, 254면 참조.

37) 대법원 2010. 6. 24. 선고 2010다14599 판결 역시 “상속부동산에 관하여 민사집행법 제274조제1항에 따른 형식적 경매절차가 진행된 것이 아니라 담보권 실행을 위한 경매절차가 진행된 경우에는, 비록 한정승인 절차에서 상속채권자로 신고한 자라고 하더라도 집행권원을 얻어 그 경매절차에서 배당요구를 함으로써 일반채권자로서 배당받을 수 있다.”고 판시한 바 있다.

나 강제경매 절차가 중단되지 않는다.<sup>38)</sup> 물론 이 경우에도 한정승인을 한 상속인은 한정승인에 따른 청산절차가 종료되지 않았음을 이유로 변제를 거절할 수는 있으나(민법 제1033조), 변제거절권이 있다고 하여 지체책임을 면할 수 있는 것은 아니고, 변제거절의 의무가 있는 것도 아니다.<sup>39)</sup>

#### 나. 평가

한정승인 제도에 상속인간의 공평한 변제를 위한 법적 절차가 이미 마련되어 있음에도 불구하고, 당사자들이 그 제도의 이용을 회피하는 주된 이유는 무엇인가. 현재 문헌상으로는 신문광고를 통한 한정승인 공고 제도의 번잡함, 절차를 이행하지 않더라도 한정승인의 효력발생에는 별다른 영향이 없고, 손해배상책임만을 지게 된다는 점 등이 주로 지적되고 있다.<sup>40)</sup> 하지만 위 제도가 사문화된 주된 이유가 그 제재의 부족 때문인 것으로는 보이지 않는다. 부당변제에 따른 손해배상책임의 위험은 당사자에게 충분히 강력한 제재이다.<sup>41)</sup> 더 큰 요인은 상속채권자에게 한정승인자를 상대로 손해배상책임을 물을 계기가 없다는 데 있다.

첫째, 본래 한정승인 제도는 상속채무가 상속적극재산을 초과하는지 여부가 불분명한 경우에 상속인이 이용할 수 있는 선택지로 설계되었다. 하지만 실제로 한정승인을 이용하는 상속인 중 상당수는 상속채무가 상속적극재산을 초과한다는 사실을 충분히 인지하고 있다. 그럼에도 불구하고 이들이 상속포기 제도 대신 한정승인 제도를 이용하는 것은 그것이 보다 편리하기 때문이다.<sup>42)</sup> 선순위

38) 이에 관한 자세한 논의로 홍춘의/이상래, 전계논문, 956-957면 참조.

39) 한정승인자에게 법적으로 변제거절의무가 있는 것은 아니고, 사실상 변제거절이 강제될 뿐이라는 점을 지적하고 있는 문헌으로 朴光千, 전계논문, 598-599면 참조.

40) 이원변, 전계논문, 588면; 홍춘의/이상래, 전계논문, 955면. 반면 임영수, 전계논문, 280-281면은 공고의무 불이행에 따른 손해배상책임에 대한 두려움으로 인해 한정승인 절차 자체가 잘 이행되지 않고 있다는 이유로 한정승인의 공고절차를 가정법원에서 직권으로 진행해야 한다고 주장한다.

41) 한정승인 절차 위반에 따른 손해배상책임이 성립하는 경우 한정승인자는 자기의 고유재산에 의해 손해배상을 해야 하므로, 사실상 한정승인의 효력을 없애고 단순승인을 하는 엄중한 효과를 갖는다는 점을 지적하고 있는 문헌으로 임영수, 전계논문, 271-272면 참조.

42) 이와 같이 '빛의 대물림'을 방지하기 위해 한정승인 제도의 이용이 증가하고 있음을 지적하고 있는 문헌으로 오창수, 전계논문, 235면; 송인권, "한정승인의 요건과 효과에 관한 실무상

상속인이 모두 상속포기를 함에 따라 후순위 상속인들이 연쇄적으로 상속포기를 해야 하는 번잡함을 피하기 위해 1순위 상속인 중 1인이 대표로 한정승인을 하고 상속포기의 확산을 막는 경우를 주변에서 흔히 관찰할 수 있다.<sup>43)</sup> 이러한 경우에는 처음부터 상속적극재산이 0원인 경우가 태반이므로, 한정승인자가 한정승인 절차에 따른 청산절차를 준수하는지 여부와 무관하게 상속채권자는 사실상 채권회수가 불가능한 상황이고, 따라서 한정승인자가 청산절차를 준수하지 않더라도 특별히 상속채권자에게 손해가 발생하지 않는다.<sup>44)</sup> 따라서 이러한 사안에서 손해배상책임을 이용한 한정승인 절차 준수의 강제는 무력할 수밖에 없다.<sup>45)</sup> 한정승인이 있는 경우 상속인은 상속채권자 및 유증을 받은 자에 대한 채무를 완제할 수 없는 것을 발견한 때 지체 없이 파산신청을 해야 하지만(「채무자회생 및 파산에 관한 법률」(이하 ‘채무자회생법’이라고 한다) 제299조제2항), 실제로 상속재산 파산 제도로 넘어가는 경우도 거의 없다.<sup>46)</sup>

둘째, 상속적극재산과 상속채무가 모두 존재하는 일반적인 한정승인 사안에서도 상속채권자가 한정승인자를 상대로 손해배상책임을 추궁하는 경우는 드물다. 현재 우리의 한정승인 실무에 따르면 상속채권자들은 굳이 한정승인 절차에 따른 평등분배를 거치지 않더라도 일반적인 집행절차를 통해 자신의 채권을 만족받을 수 있다.<sup>47)</sup> 그리고 이러한 집행절차를 통해 채권을 회수하는 상속채권자

문제”, 「사법논집」 제55집, 법원도서관, 2012, 200-201면; 송재일, 전계논문, 171면 각주 20); 이은정, “상속채무의 청산 -한정승인, 재산분리, 상속재산 파산을 중심으로-”, 「법학논총」 제25권 제3호, 조선대학교 법학연구원, 2018, 112-113면; 정구태, 전계논문, 68면 참조.

43) 특히 대법원은 1순위 상속인인 피상속인의 1촌인 직계비속이 상속을 포기한 경우에 2촌인 직계비속(즉, 피상속인의 손자녀)이 분위상속을 받는다는 입장이므로(대법원 1995. 4. 7. 선고 94다11835 판결; 대법원 1995. 9. 26. 선고 95다27769 판결; 대법원 2015. 5. 14. 선고 2013다48852 판결), 피상속인에게 채무가 많을 경우 배우자와 자녀는 물론, 손자녀도 다함께 가정법원에 상속포기심판청구를 하여야 한다.

44) 송인권, 전계논문, 201면도 참조.

45) 같은 취지로 이은정, 전계논문, 135면.

46) 이와 같은 점을 지적하고 있는 문헌으로 이은정, 전계논문, 131면 참조. 다만, 서울가정법원은 2017. 7. 12.부터 한정승인신고에 대한 심판을 하는 경우 상속인들에게 상속재산파산 제도에 대한 안내문을 발송하고 있고, 이에 따라 상속재산파산 신청 건수가 증가하는 중이라고 한다.

47) 한정승인자는 민사집행법상의 집행기관에 비해 청산절차를 수행할 역량과 의지가 부족하다는 이유로 이와 같은 실무의 태도에 찬성하는 견해로 민동근, 전계논문, 343-344면 참조. 반면

들은, 피상속인이 살아 있을 때와 마찬가지로 상속이 개시된 후에도, 다른 상속 채권자들이 집행절차에서 배당요구를 하는 방식에 의해 채권자평등의 원칙이 실현될 것으로 예상하며, 대부분 한정승인을 한 상속인에게 채권자 평등의 원칙을 실현할 절차법적 의무가 있다는 사실을 인지하지도, 기대하지도 않는다. 한정승인 관련 법규는 ‘상속채권자 간의 공평한 변제’를 이념으로 삼고 있지만, 한정승인의 실무가 한정승인절차를 통한 청산 외에 일반적인 집행절차를 통한 채권회수를 가능하도록 하는 이상, 상속채권자는 안분배당이 강제되는 한정승인 절차보다 다른 상속채권자들의 배당요구 가능성이 상대적으로 낮은 일반 집행 절차를 선호할 수밖에 없고, 한정승인자가 한정승인절차를 준수하지 않았다는 이유로 손해배상청구를 할 이유가 없다.

집행절차에서 배당을 받지 못한 다른 일반채권자들은 안분배당을 받지 못한 것에 대해 한정승인자를 상대로 손해배상청구권의 행사를 희망할 수도 있겠으나, 한정승인자의 입장에서는 자발적으로 임의변제를 한 것이 아니라 집행을 당하였을 뿐이므로, 그 고의 또는 과실을 인정하기 어렵다. 또한 한정승인 절차에 따라 채무의 변제를 위해 상속재산에 관해 ‘형식적 경매’가 이루어지는 경우에는 그 매각대금이 상속채권자들에게 직접 배당되는 것이 아니라 한정승인자의 변제를 기다리는 수밖에 없으므로, 즉시 배당을 받을 수 있는 일반적인 집행절차에 비해 한정승인절차를 거치는 것이 상속채권자들에게 반드시 유리하다고도 할 수 없다.

그 결과 한정승인이 있는 경우에 상속재산의 청산 업무를 한정승인자에게 담당시키고자 하였던 입법자의 의도와 달리, 상속채권의 실현은 상속채권자 개개인의 책임 하에 이루어지고 있는 것이 현실이다.<sup>48)</sup> 한 가지 유념해야 할 것은 이러한 사정으로 인해 한정승인 청산절차의 이념 즉, ‘채권자 간의 공평한 변제’가 완전하게 실현되지 않는 것은 사실 큰 문제가 아니라는 것이다. 한정승인 절차를 통하지 않더라도 개별집행절차에서 사실상 채권자 평등의 원칙이 관철

이러한 실무의 태도는 안분배당을 원칙으로 하는 한정승인의 청산절차와는 배치되므로, 한정승인에 따른 청산절차 중에는 일반적인 집행절차를 중단 또는 금지해야 한다는 견해로 이은정, 전계논문, 136-137면 참조.

48) 이러한 점을 지적하고 있는 또다른 문헌으로 나진이, 전계논문, 663-664면 각주 16) 참조.



되고 있으며, 반드시 공평한 변제를 원하는 상속채권자는 채무자회생법에 따른 상속재산 파산을 신청하면 그만이다. 한정승인 절차 위반을 이유로 하는 손해배상청구 사건이 희귀한 것은 당사자들에게 공평한 변제에의 욕구가 그다지 크지 않음을 방증하는 것이기도 하다. 우리나라와 같이 한정승인 제도를 도입하고 있는 프랑스 민법 역시 한정승인 절차에서 일반 채권자 간의 순위는 신고한 순서에 따르며, 안분배당을 전제로 하지 않는다.<sup>49)</sup> 독일 역시 상속인이 상속재산관리(Nachlassverwaltung)<sup>50)</sup>를 신청한 경우에, 채무초과임이 밝혀져 상속재산도 산절차로 이어지지 않는 한, 상속재산의 범위 내에서 청구한 순서대로 상속채권자에게 변제하도록 하고 있다.<sup>51)</sup> 로마법상 재산목록작성의 특권(beneficium inventarii) 제도 하에서도 상속인은 상속채권자와 수유자들이 청구하는 순서에 따라 차례대로 상속재산 중 적극재산이 소진될 때까지 변제를 하는 것으로 책임을 면하였다.<sup>52)</sup>

### 3. 공동상속과 한정승인

#### 가. 현재의 법상황

현재 우리 민법에 따르면 공동상속의 경우 “각 상속인은 각 상속분에 응하여 취득할 재산의 한도에서” 한정승인을 하는 것이 가능하다(민법 제1029조). 공동

49) 프랑스 민법 제796조 및 제779조.

50) 독일은 우리나라와 달리 한정승인 제도를 두고 있지 않다. 대신 상속을 승인한 상속인은 상속채무가 상속적극재산을 초과하는 경우에는 상속재산 파산 절차를 통해, 상속채무가 상속적극재산을 초과하지 않는 경우에는 상속재산관리 절차를 통해 물적 유한책임의 목적을 달성할 수 있다. 상속인이 상속재산관리를 신청한 경우 상속인은 상속재산에 관한 관리·처분권한을 상실하며, 대신 상속재산관리인이 선임되어 상속적극재산으로 상속채무를 변제한 후 남은 재산을 상속인에게 인도한다(독일 민법 제1981조 내지 제1989조 참조). 독일의 상속재산관리 제도에 대해 상세히 소개하고 있는 문헌으로 김형석, 전제논문, 512-514면 참조.

51) 독일 민법 제1985조제2항.

52) 김형석, 전제논문, 500-501면 참조. 이 때 로마법상 ‘재산목록작성의 특권’ 제도란 상속인이 유언이 공개된 시점 또는 자신이 상속인으로 지정되었음을 알게 된 시점부터 30일 내에 일정한 형식에 좇은 상속재산의 목록작성을 시작하여 60일 내에 재산목록의 작성을 완성하면, 상속인은 그 때부터 상속채무에 대해 상속적극재산으로만 책임을 질 수 있도록 하는 제도로, 우리 민법상 한정승인 제도와 사실상 유사한 기능을 수행하고 있다.

상속인 각자가 단독으로 자유롭게 상속의 단순승인·한정승인 또는 포기 중 하나를 선택할 수 있는 것이다. 한정승인은 상속인 전원이 공동으로 해야 한다고 규정하고 있는 일본민법의 태도와는 차이가 있다.<sup>53)</sup> 이러한 현행 민법의 태도에 대해서는 청산절차가 다소 번잡해지더라도 상속의 개인주의 원칙에 비추어 타당하다고 하여 지지하는 견해<sup>54)</sup>와 공동상속재산이 갖는 합유적 성격을 고려하고, 실제상 사태를 분명하게 하기 위해 공동상속인 중 1명이라도 한정승인을 한 때에는 상속재산 전부에 대해 한정승인에 따른 청산절차가 진행되도록 민법을 개정해야 한다는 견해<sup>55)</sup>가 대립한다.

현실에서 민법 제1029조의 조문이 갖는 가장 큰 문제는 그것이 이념적으로 올바른지 여부보다는, 그 구체적인 실현 방안이 모호하다는 점에 있다. 정작 위 규정에 따라 공동상속인 중 일부만이 한정승인을 한 경우에 단순승인을 한 상속인과 한정승인을 한 상속인 간에 상속채무를 어떠한 방식으로 청산할 것인지에 대한 구체적인 규정이 마련되어 있지 않기 때문이다. 그 결과 대부분의 문헌은 이 경우 청산절차가 복잡해진다고만 서술하고 있으며, 일부 문헌에 한해 일단 공동상속인 전원이 한정승인을 한 것처럼 청산절차를 밟은 다음 상속채무가 남아 있는 경우에는 그 남아 있는 상속채무를 단순승인한 상속인이 자신의 상속분에 따라 변제하도록 해야 한다고 서술한다.<sup>56)</sup> 가령 A, B, C, D의 4인 중 A와 B 2인은 단순승인을 하고, C와 D 2인은 한정승인을 하였는데, 한정승인에 따른 청산절차 종료 후 상속채무 100만원이 남은 사안에서 A와 B는 각 25만원씩을 고유재산으로 책임지는 반면, 한정승인을 한 C와 D는 그들에게 할당되는 각 25만원에 대해 더 이상 책임을 지지 않는다.<sup>57)</sup>

공동상속인 중 일부는 단순승인을 하고, 일부는 한정승인을 한 경우에 상속

53) 이러한 입법경과를 소개하고 있는 문헌으로 박세민, “한정승인자의 상속재산의 지위”, 「법학논고」 제60집, 경북대학교 법학연구원, 2017, 182-183면; 박세민, 전계논문(각주 5), 112면.

54) 김주수/김상용, 전게서, 763면; 裴慶淑, “多數相續人の承認拋棄와 相續財産의 處理에 관한 考察”, 「朴秉濠教授還甲紀念(I) 家族法學論叢」, 1991, 博英社, 622면.

55) 朴秉濠, 「家族法」, 韓國放送通信大學校, 1991, 400면.

56) 郭潤直, 「相續法(改訂版)」, 博英社, 2004, 187면. 위 견해를 지지하는 최근의 문헌으로 박세민, 전계논문(각주 49), 169면 각주 16) 참조.

57) 郭潤直, 전게서, 187면; 박동섭, 「친족상속법(제4판)」, 박영사, 2013, 634면.

재산분할을 하는 것은 가능한가. 대법원 2014. 7. 25.자 2011스226 결정은 이를 허용한다. 우리 민법에는 한정승인 절차가 상속재산분할절차보다 선행해야 한다는 규정이 없다는 점, 공동상속인들 중 일부가 한정승인을 하였다고 하여 상속재산분할이 불가능하다거나 분할로 인해 공동상속인들 사이에 불공평이 발생한다고 보기 어렵다는 점, 상속재산분할의 대상이 되는 상속재산의 범위에 관하여 공동상속인들 사이에 분쟁이 있을 경우에는 상속재산분할청구 절차를 통해 분할의 대상이 되는 상속재산의 범위를 한꺼번에 확정하는 것이 상속채권자의 보호나 청산절차의 신속한 진행을 위해 필요하다는 점 등을 근거로 들고 있다.<sup>58)</sup>

따라서 [판례에 따르면] 단순승인 또는 한정승인을 한 공동상속인들은 한정승인에 따른 청산절차가 완료되기 전이라도 상속재산을 분할하여 단독소유로 전환시킬 수 있으나, [학설에 따르면] 상속재산분할 후에도 한정승인에 따른 청산절차가 종료되기 전까지는 단순승인한 상속인에게 책임을 물을 수 있는 액수가 확정되지 않으므로 상속채권자는 단순승인자의 고유재산에 대해 집행이 불가능하다.

#### 나. 평가

위와 같은 법상황은 상속채권자에게 명백하게 불리하다. 아직 한정승인 절차가 종료되지 않은 상황에서 상속재산 중 전부 또는 일부를 단순승인한 상속인의 단독소유로 귀속시키는 내용의 상속재산분할이 행해지는 경우 상속채권자는 더 이상 그 재산으로부터 채권을 만족받지 못하기 때문이다. 한정승인에 따른 청산절차는 한정승인자 전원이 공동으로 하여야 하므로, 한정승인자들이 상속재산에 대한 형식적 경매절차도 진행하여야 하는데, 단순승인자의 단독소유로 분할된 상속재산에 대해서는 분할의 소급효에 따라 더 이상 한정승인자들에게 형

58) 위 판결에 대해서는 한정승인을 한 상속인이 청산완료 전에 상속재산분할을 한 경우에는 민법 제1026조제3호에 따라 법정단순승인의 효과가 발생하는바, 결국 한정승인을 하지 않은 다른 상속인들에 의해 한정승인의 효과가 뒤집히는 결과가 되어 부당할 뿐만 아니라, 상속재산분할청구 절차에서 분할의 대상이 되는 상속재산의 범위를 정한다고 하더라도 그 심판에는 기판력이 없으므로, 분쟁을 종국적으로 해결하지 못한다는 이유로 비판하는 견해가 있다. 윤진수, 전게서, 434-435, 473면.

식적 경매를 신청할 권한이 없다.<sup>59)</sup> 따라서 상속채권자들은 한정승인자들의 단독소유로 분할귀속된 상속재산으로부터 우선적으로 변제를 받을 수밖에 없다.

물론 이 경우 한정승인자들은 단순승인자를 상대로 상속재산분할에 따른 담보책임을 묻는 방법에 의해 그 사태를 사후적으로 교정할 수 있을 것이나, 스스로 고유재산으로까지 책임을 지겠다는 의사표시를 한 단순승인자와 상속재산으로만 책임을 지겠다는 의사표시를 한 한정승인자간의 이익을 형량해 볼 때 후자가 분할취득한 상속재산이 상속채권자들을 위한 일차적인 책임재산이 된다는 것은 균형에 맞지 않는다.

또한 [학설에 따르면] 상속채권자는 한정승인 절차가 종료될 때까지 단순승인자들의 고유재산에 대해 집행을 하지 못한다. 단순승인자가 고유재산으로서 지게 될 책임의 액수 자체가 아직 확정되지 않았기 때문이다. 하지만 상속의 개시와 동시에 상속채무는, 특별한 사정이 없는 한, 공동상속인들의 법정상속분에 따라 분할귀속되므로 각 공동상속인들이 승계하는 채무액은 즉시 확정된다는 것이 판례의 태도이다. 또한 단순승인을 한 상속인은 그 채무액을 상속재산으로 변제할 것인지, 고유재산으로 변제할 것인지를 선택할 수 있다. 단순승인의 영역에서 상속채권은 상속재산으로부터 우선변제받아야 한다는 원칙은 어디에도 존재하지 않는다.

그럼에도 불구하고 현재 공동상속인 중 일부만이 한정승인을 한 사안에 관한 우리 학설의 태도는, 단순승인자에 대해서도, 상속채권자에 대해서도 상속재산으로부터의 우선변제를 사실상 강제한다는 문제가 있다. 단순승인의 의사표시에도 불구하고 상속채권자에 대한 안분배당의 이념만을 강조하여, 정작 상속채권자의 고유재산에 대한 집행을 어렵게 만드는 것이다. 이것이 상속채권자의 이익에 부합하는 것인지는 심히 의문이다. 이와 같이 상속재산으로부터 우선변제를 강제할 것이라면, 차라리 일본 민법 제923조와 같이 공동상속인들 전원이 함께 한정승인을 하도록 하거나, 프랑스 민법 제792조의2 제1항과 같이 공동상속인 중 1인이라도 한정승인을 한 경우에는 그 효력이 다른 공동상속인들에게 모두 미치도록 하는 규정을 신설할 필요가 있다. 현재와 같은 법상황에서는 굳이 개

59) 상속재산분할에 참가하였던 한정승인자들을 민법 제1015조 단서에 따라 분할의 소급효로부터 보호받는 제3자라고도 볼 수 없다.

인별로 단순승인이나 한정승인을 선택하도록 한 실익이 없다.<sup>60)</sup>

### Ⅲ. 한정승인 제도의 개선방안

#### 1. 현재까지의 제언과 그에 대한 평가

현재 우리나라에서는 이른바 ‘한정승인 본칙론’이 우세하다.<sup>61)</sup> 고려기간에도 불구하고 상속재산이 채무초과상태인지에 대해 정확하게 판단하는 것이 쉽지 않으므로, 상속인이 스스로 단순승인이나 포기의 의사표시를 하지 않는 한, 한정승인을 원칙으로 삼는 것이 상속인 본인에게도, 상속채권자나 상속인의 채권자에게도 합리적인 결과를 가져온다는 것이다. 이에 반해 일부 견해는 한정승인을 원칙으로 하는 것이 이상적이기는 하지만, 한정승인에 따른 복잡한 청산절차를 고려할 때 현실적으로 무리라거나<sup>62)</sup>, 단순승인이 되는 사건이 대다수일 뿐만 아니라 상속채무가 상속적극재산을 초과하는 경우도 아닌데 모든 상속사건에서 한정승인 절차를 실행하기 위해 비용을 들이는 것은 사회적 낭비라는 점<sup>63)</sup> 등을 들어 ‘한정승인 본칙론’을 비판하기도 한다.

60) 박세민, 전계논문(각주 49), 183-184면 역시 우리 민법은 “승인의 의사표시를 개별적으로 할 수 있다는 전제에 있으면서도 상속채무의 처리는 일본과 마찬가지로 집단처리방식을 취하고 있는 부조화”를 보이고 있다고 지적하면서 “공유관계에서 한정승인을 한 후 다시 전체 채권자들에게 채권액의 비율로 변제를 하게 하는 것은 어떻게 보더라도 절차적으로 원활한 진행을 기대하기 어려운 구조”라고 서술하고 있는바, 표현의 방식이나 서술의 맥락에는 차이가 있으나, 기본적으로는 본고와 유사한 시각에 기초하고 있는 것으로 보인다. 박세민, 전계논문(각주 5), 113-114면의 서술도 같다.

61) 郭潤直, 전계서, 183-185면; 박동섭, 전계서, 606-607면; 朴秉濠, 전계서, 391면; 裴慶淑, 전계논문, 614면; 이화숙, “債務超過 相續財産에 대한 債權者의 權利와 相續人 保護”, 『가족, 사회와 가족법』, 세창출판사, 2012(初出: 比較私法 第4卷1號, 1997), 656, 672면. 상속인이 미성년자인 경우에는 특히 한정승인을 원칙으로 삼을 필요가 있다는 점을 강조하고 있는 문헌으로 송효진, “상속에 있어서 미성년자 보호”, 『家族法研究』 第24卷 3號, 한국가족법학회, 2010, 180-186면 참조. 『남북 주민 사이의 가족관계와 상속 등에 관한 특례법』 제12조 역시 상속개시 당시 북한주민인 상속인이 분단으로 인해 고려기간 내에 한정승인 또는 포기를 하지 못한 경우에는 민법 제1026조제2호에도 불구하고 한정승인의 효과만을 인정한다고 하여 한정승인 본칙론을 택하고 있다.

62) 김주수/김상용, 전계서, 745면.

판단컨대, II.2.에서 살펴본 바와 같이 현재의 상속실무에 따르면 개별상속재산에 대한 집행절차가 가능할 뿐만 아니라, 이에 따라 사실상 한정승인에 따른 청산절차가 무력화되어 있는 상황이므로, 한정승인 제도가 과도한 사회적 비용을 초래하고 있는 것은 아니다. 하지만 바로 그러한 이유 때문에 이와 같이 사문화된 한정승인의 청산절차를 그대로 유지할 필요가 있을 것인지에 대해 더욱 진지하게 고민해 볼 필요가 있다. 한정승인 본칙론을 배척하는 것을 넘어 현행 민법상 한정승인 제도 자체를 폐지해야 한다는 주장 역시 이러한 맥락에서 어느 정도 수긍할만하다. 한정승인이 사실상 상속재산 파산과 동일한 기능을 하고 있음에도 불구하고 파산과 달리 파산관재인이 존재하지 않고, 공시나 채권자집회·부인권 규정 등도 마련되어 있지 않아 상속채권자를 위해 상속재산을 공평하게 분배하는 역할을 담당하지 못하고 있으므로, 차라리 이를 폐지하고 독일과 같이 상속재산 파산 제도로 일원화해야 한다는 것이다.<sup>64)</sup>

하지만 상속재산 파산 제도<sup>65)</sup>는 상속인들이 편리하게 이용하기에는 여러 가지 점에서 한계가 있다. 첫째, 상속재산 파산 제도는 상속채무가 상속적극재산을 초과하는 경우에 한해 이용가능하다. 그런데 현재 우리나라는 독일과 달리 재산목록 작성 등의 절차가 마련되어 있지 않으므로, 상속채무가 상속적극재산을 초과하는지 여부를 손쉽게 판단할 수 없다. 그 결과 상속인들은 상속재산 파산이 확실해 질 때까지 단순승인의 위험을 감수해야 한다. 현행법상 상속채무가 상속적극재산을 초과하는지 여부를 알 수 없는 상속인들은 즉시 한정승인을 할 것인지 또는 일단 단순승인을 하였다가 뒤늦게 상속채무가 발견된 경우에 특별한정승인을 할 것인지를 선택할 수 있는 반면, 한정승인제도를 폐지하고 상속재산 파산 제도로 일원화하는 경우에는 상속인들로부터 이와 같은 선택권을 박탈하게 되어 그들의 법적 지위를 장기간 불안정하게 만들 우려가 있다. 독일은 이러한 문제를 해결하고자 상속을 승인한 상속인들이 이용할 수 있는 상속재산관리 제도를

63) 윤진수, 전게서, 471면. 이승우, 법정단순승인에 관한 소고, 가족법연구 제11호(1997), 413-414면.

64) 윤진수, 전게서, 471면.

65) 본래의 의미의 '상속재산 파산'에는 피상속인에 대해 파산이 신청되었거나 파산이 선고된 후 피상속인이 사망하여 상속이 개시된 때도 포함되나(법 제308조), 본고에서는 피상속인이 사망한 후 상속채권자 또는 상속인에 의해 파산신청이 있었던 경우로 한정하여 논한다.

두고 있으나, 우리나라에는 그러한 제도도 마련되어 있지 않다. 둘째, 가업승계 등을 원하는 상속인의 경우에는 상속재산 파산을 선택하기가 쉽지 않다. 파산절차가 갖는 부정적 영향이 가업에 미칠 영향을 고려하지 않을 수 없기 때문이다. 셋째, 상속채무의 초과에도 불구하고 공동상속인들 중 일부는 단순승인을 하고, 일부는 한정승인을 원하는 경우에 상속재산 파산절차는 모두의 이해관계를 조정하기에 적절하지 않다. 넷째, 상속재산 파산제도의 이용을 강제할 정도로 상속채권자들이 ‘상속채무의 공평한 변제’를 염원하고 있는지도 의문이다.

우리 민법상 한정승인 제도는 상속인들의 자기결정권을 최대한 존중하면서도 상속채권자의 책임재산을 확보한다는 점에서 상속재산 파산제도가 갖지 못하는 분명한 장점이 있다.<sup>66)</sup> 이러한 이유 때문에 일부 견해는 한정승인 제도를 유지하는 것을 전제로 미세한 조정을 행할 것을 요구하기도 한다. 상속채권자와 고유채권자간의 우열 문제를 해결하기 위해 한정승인 제도에 재산분리의 효과 및 상속채권자의 상속재산에 대한 우선변제권에 관한 명문의 규정을 신설하고, 공시방법을 마련하는 한편, 프랑스 민법과 같이 일정 기간 동안 상속재산의 처분 행위를 금지해야 한다는 것이다.<sup>67)</sup> 상속채권자 우위론은 상속채권자와 고유채권자 간의 문제를 해결하기 위한 미시적 방안에 불과하므로 한정승인을 둘러싼 다른 문제들을 해결하기에 부족한 점이 있다는 점에서 택하기 어렵다.

한정승인 제도의 여러 단점을 해결하기 위해 한정승인 제도를 영미법상 인격대표자(personal representative) 제도로 전환해야 한다는 견해도 있다.<sup>68)</sup> 상속개

66) 이은정, 전계논문, 133면 역시 파산절차는 한정승인이나 재산분리보다 절차가 복잡하므로 채무가 초과된 모든 상속채무 청산을 상속재산 파산으로 해결하는 것은 비효율적이고, 상속인이나 상속채권자 등에게 그 선택을 맡겨야 한다고 서술하고 있다.

67) 곽규은, 전계논문, 1002, 1010면; 홍춘의/이상래, 전계논문, 979-981면 참조. 송재일, 전계논문, 205-206면; 정구태, 전계논문, 94면 역시 한정승인의 등기에 관한 규정을 신설하고, 등기된 부동산에 관해서는 상속채권자에게 담보물권을 취득한 고유채권자에 대해서도 우선적 지위를 부여하는 내용의 입법이 필요하다고 주장한다. 박세민, 전계논문(각주 5), 139면 역시 상속채권자의 우위를 인정하기 위해서는 반드시 재산분리 및 공시에 관한 규정이 명문화되어야 한다고 서술하고 있다.

68) 이화숙, 전계논문, 665-667, 672면. 裴慶淑, 전계논문, 618-619, 622-623면 역시 영미법상 인격대표자 제도의 도입을 지지하면서 이러한 제도를 도입한다면 공동상속인 중 일부만 한정승인을 하고, 일부는 단순승인을 한 경우에도 사실상 한정승인과 같은 효과를 가져올 수 있어서 상속채권자의 보호에 도움이 된다고 주장한다.

시와 동시에 인격대표자가 상속재산 또는 상속재산의 매각대금으로 상속비용, 상속채무, 유증 등을 처리한 후 나머지 재산에 대해서만 유언상속 또는 무유언상속에 따른 처리가 일어나도록 한다면, 상속채권자와 상속인의 이해가 합리적이고 형평에 맞게 조정되며, 상속재산에 관한 법률관계가 명확히 해결된다는 것이다. 한정승인자에게 상속채무의 청산을 전담시키는 것은 한정승인자에 의한 착복 내지 법률의 무지로 말미암은 잘못된 배당으로 이어질 우려가 있으므로, 한정승인의 공고부터 상속채권자의 채권신고 접수·상속채권자의 확정·상속재산의 매각 및 배당까지를 모두 가정법원이 실시할 필요가 있다고 보는 견해도 이와 유사하다.<sup>69)</sup>

하지만 이 중 앞의 견해는 한정승인의 경우뿐만 아니라 단순승인 등의 경우에도 반드시 인격대표자를 선임하도록 한다는 점에서, 뒤의 견해는 현재 한정승인이 예정하고 있는 사적청산과는 달리 이를 모두 공적 업무로 전환시킨다는 점에서 상속재산 처리를 둘러싼 사회적 비용을 지나치게 높인다는 문제가 있다.

따라서 이하에서는 II.에서 언급한 세 가지 문제점, 즉, 첫째, 상속재산에 관한 상속채권자의 상속채무자 및 고유채권자에 대한 우위가 법적으로 보장되지 않는다는 점, 둘째, 한정승인 절차에서 상속채권자에 대한 공평한 변제는 반드시 실현되어야 하는 이념도 아니고, 당사자들에게 절박한 것도 아니며, 현실적으로도 그것을 회피할 수 있는 방안(개별집행)이 마련되어 있음에도 불구하고, 한정승인의 절차를 과도하게 복잡하게 만들고, 손해배상책임을 통해 이를 강제함으로써 한정승인을 하려는 당사자에게 무용한 공포감을 조장하는 한편, 한정승인 제도 자체를 무력하게 만들고 있다는 점, 셋째, 공동상속인 중에 단순승인자와 한정승인자가 모두 존재하는 경우의 법률관계를 명쾌하게 해결하지 못한다는 점을 해결하기 위한 한정승인 제도의 개선방안에 관해 검토해 본다.

## 2. 상속재산이 있는 경우

현재 한정승인 제도의 가장 근본적인 문제점은 한정승인을 한 상속인이 가지

69) 임영수, 전제논문, 281-282면.



고 있는 이중적 지위에서 비롯한다.<sup>70)</sup> 한정승인자는 당연승계의 원칙에 의해 상속재산에 관한 처분권한을 취득하지만, 다른 한편으로는 한정승인자의 지위에서 상속채무의 청산의무를 지면서 청산절차가 종료될 때까지 자기 고유재산에 대하는 것과 동일한 주의의무로 그 재산을 관리할 의무도 있다(민법 제1031조). 다른 한편 한정승인자는 상속채무의 청산절차를 주도할 수 있는 권한을 가지고 있는 자이기도 하므로, 한정승인자는 고유채권자를 위한 담보물권의 설정에 의해 상속채권자를 해할 수도 있고, 청산절차를 거치지 않기로 선택하고, 일반적인 집행절차에 의해 상속채권자 중 일부를 우대할 수도 있다. 그것이 상속채권자에게 미치는 불이익은 이미 II.에서 살펴본 바와 같다.

이러한 관점에서 볼 때 상속인의 자기결정권과 재산권을 보장하면서도 상속채권자의 이익을 보호하기 위한 가장 효과적인 방법은 한정승인자가 가지고 있는 처분권한과 청산절차가 종료할 때까지의 관리권한을 분리하는 것이다. 한정승인신고수리심판을 하는 경우에는 의무적으로 상속재산관리인을 선임하고, 청산절차가 종료될 때까지 그로 하여금 상속재산의 관리 및 상속채무의 이행을 담당하도록 하는 것이다.<sup>71)</sup> 영미법상의 인격대표자 제도를 도입하는 경우에는 모든 상속사건에서 인격대표자를 선임해야 하므로 번잡하고 비용이 많이 들지만, 상속재산관리인은 상속인이 한정승인을 한 경우에 한해 선임되므로, 상대적으로 비용이 절약될 수 있다.

한정승인시 상속재산관리인 제도를 도입하는 것은 재산분리 제도와의 관계에

70) “한정승인이라는 재산승계의 한 형태는, 실령 상속으로 이해된다고 하더라도 그것은 소유의 영역이 아닌 여전히 ‘管理’의 영역이라고 해석되지 않을 수 없다.”고 서술하고 있는 박세민, 전개논문(각주 49), 176면의 서술도 참조하라. 박세민, 전개논문(각주 5), 126-130면은 우리 민법상 한정승인자의 재산관리의무 관련 조문의 연원이 되는 일본 민법 역시 한정승인을 소유가 아닌 관리의 영역으로 파악하고 있음을 논증하는 한편, 139면에서 “한정승인을 관리로 이해하는 전제에 선다면, 한정승인 후의 저장권설정과 같은 상속재산에 대한 처분행위에 대하여 그 효력을 부정 내지 제한하는 실효적 방법도 함께 검토되어야 할 것”이라고 서술하고 있는바, 본 논문에서 다루고 있는 이하의 제안은 위와 같은 ‘실효적 방법’에 대한 하나의 응답이다.

71) 일본 민법 역시 공동상속인들은 공동으로만 한정승인을 할 수 있다는 전제 하에 한정승인시에는 가정법원이 반드시 상속재산관리인을 선임하도록 하고, 상속재산관리인이 상속인을 위하여 그를 갈음해 상속재산 관리 및 채무의 변제에 필요한 모든 행위를 하도록 하고 있다(일본 민법 제936조제1항 및 제2항).

서도 실익이 있다. 어차피 상속인이 단순승인 또는 한정승인을 한 후에 재산분리의 효과를 누리기 위해 상속채권자 또는 상속인의 채권자가 별도로 재산분리의 신청을 한 경우에는 상속재산관리인을 선임해야 하는데, 한정승인과 재산분리 제도는 모두 상속재산과 고유재산 간의 분리를 목적으로 한다는 점에서 상속재산관리인의 선임이라는 동일한 수단을 통해 어느 제도를 선택하더라도 동일한 효과가 발생할 수 있도록 하는 것이 낫기 때문이다. 물론 이를 위해서는 한정승인의 공시제도가 함께 도입되어야 할 것이다.<sup>72)</sup>

상속재산관리인 제도는 현행 민법에도 낯선 제도가 아니다. 이미 공동상속의 경우에 한정승인자가 여러 명이면 법원이 각 상속인이나 이해관계인의 청구에 의하여 공동상속인 중에서 상속재산관리인을 선임할 수 있고, 그 관리인은 고유재산에 대하는 것과 동일한 주의로 상속재산을 관리하도록 하며, 관리인에게 공동상속인을 대표하여 상속재산의 관리와 그 채무의 변제에 관한 모든 행위를 할 권리의무를 인정하는 조문이 존재하고 있다(민법 제1040조). 본 논문이 제안하고 있는 한정승인에서의 상속재산관리인은 이 제도를 보다 확대하여 상속인이나 이해관계인의 청구가 없더라도 한정승인자가 1인이더라도 있으면 가정법원이 한정승인신고 수리심판과 동시에 직권으로 상속재산관리인을 선임하도록 하는 것이다.

선임된 상속재산관리인은 현행 민법과 마찬가지로 공동상속인을 대표하여 상속재산의 관리와 채무의 변제에 관한 모든 행위를 할 권리의무를 가지게 될 것이다.<sup>73)</sup> 따라서 한정승인자의 상속재산에 관한 관리권한이 상속재산관리인에게로 이전되고, 한정승인자는 더 이상 자신의 고유채권자를 위해 상속재산에 담보권을 설정하거나, 상속재산에 대해 형식적 경매를 신청한 후 그 매각대금을 착복하거나, 상속채권자 중 일부를 선택하여 임의로 변제하는 등의 행위를 할 수 없고, 고유채권자 역시 상속재산에 대해 아직 강제집행이나 배당요구를 할 수 없다. 상속재산관리인이 존재하는 동안에는 논리체계상 한정승인자가 상속재산분할을 하

72) 이 때 한정승인의 공시방법을 구체적으로 어떻게 마련할 것인지에 대해서는 2006년 개정 프랑스 민법상 한정승인 공시제도를 참조할만하다. 이에 대해 자세히 소개하고 있는 문헌으로 김미경, 전제논문, 198-200면 참조. 반면 이은정, 전제논문, 132면은 한정승인 제도에 공시 규정을 두기보다는 재산분리제도의 공시 규정을 활용하는 것이 바람직하다고 주장한다.

73) 현행 민법상 상속재산관리인도 동일한 권리의무를 갖는다(민법 제1040조제2항 및 같은 조 제3항에 의한 제1022조, 제1032조 내지 제1039조의 준용).

는 것 역시 허용되지 않으므로, 공동상속인 중 일부가 단순승인을 하고 일부가 한정승인을 한 경우에 상속재산분할에 따른 집행의 문제도 해결할 수 있다.

다만, 이 때 상속재산관리인은, 현행 민법 제1040조가 예정하고 있는 상속재산관리인과 달리 다른 공동상속인들을 위해 한정승인 절차를 대신하는 사적 대리인이 아니라<sup>74)</sup>, 모든 상속인과 상속채권자를 위해 청산절차를 진행하는 공익적 기관으로서의 성격을 갖게 될 것이다. 따라서 상속재산관리인은 반드시 공동상속인 중의 1인으로 한정할 필요가 없으며<sup>75)</sup>, 그 상속재산 관리에 관한 주의의무의 정도도 선량한 관리자의 주의의무로 높여야 할 것이다. 더 나아가 공동상속인 중 1인이라도 한정승인을 한 때에는 상속재산관리가 종료될 때까지 모든 상속인을 위해 한정승인의 효과가 미치도록 하는 규정을 명문화하여야 한다. 어차피 현행 민법의 해석론상으로도 상속채권자는 공동상속인 중 일부의 단순승인에 따른 이익을 누리지 못한다.

또한 상속재산관리인이 반드시 현행 민법상 한정승인에 따른 청산절차를 준수하도록 할 필요도 없다.<sup>76)</sup> 상속채권자가 청구한 순서대로 상속채권자에게 변제하는 것으로 족하다. 이미 살펴본 바와 같이 모든 채권자에 대한 공평한 변제는 한정승인 절차에서 반드시 준수되어야 하는 절대명제는 아니다. 상속채권자가 공평한 변제에 대해 관심을 갖는 경우는 상속채무가 상속적극재산을 초과하는 때뿐인데, 이 때에는 상속재산 파산을 신청함으로써 얼마든지 그 목적을 달성할 수 있다.<sup>77)</sup> 우리 민법상 한정승인에서의 청산절차는 일본민법의 관련 규정들을 따른 것인데, 일본 민법도 제정 당시부터 이러한 안분청산 절차의 필요성을 들

74) 현행 민법상 상속재산관리인은 법정대리인으로서의 성격을 갖는다는 견해로 郭潤直, 전게서, 190면; 박동섭, 전게서, 637면; 朴光千, 전계논문, 619면; 신영호/김상훈, 「가족법강의(제3판)」, 세창출판사, 424면 참조.

75) 현행법상 공동상속인이 아닌 다른 사람을 민법 제1040조에 따른 상속재산관리인으로 선임하는 것은 위법하다는 취지의 판례로 대법원 1979. 12. 27.자 76그2 결정 참조.

76) 이은정, 전계논문, 137-138면, 142면 역시 공동상속인 전원이 함께 한정승인을 하도록 하고, 한정승인시에는 반드시 상속재산관리인을 선임하여 그 절차를 진행하도록 할 것을 제안하고 있으나, 그 이유로 한정승인에 따른 청산절차 및 안분배당이 제대로 이행될 수 있도록 담보해야 한다는 점을 들고 있다는 점에서 본 논문과는 큰 차이가 있다.

77) 상속재산의 파산은 상속인뿐만 아니라 상속채권자, 유증받은 자, 상속재산관리인, 유언집행자 등도 이를 신청할 수 있으며(채무자회생법 제299조제1항), 이미 상속의 승인이나 한정승인이 있었던 경우에도 신청할 수 있다(채무자회생법 제346조).

리싸고 여러 논란이 있었다.<sup>78)</sup> 이것이 당사자들에게 전혀 환영받지 못하는 입법의 실패였던 것으로 밝혀진 이상 그 제도를 그대로 유지할 아무런 이유가 없다.

다만, 상속재산관리사무가 지나치게 장기화되는 것을 막기 위한 조치는 필요하다. 따라서 현행민법 제1032조 내지 제1039조에 따른 조문은 임의조문 형태로 유지하여 상속채무의 청산이 조기에 이루어지기를 원하는 경우에는 상속재산관리인이 이를 활용할 수 있도록 하여야 할 것이다. 이 때 상속재산관리인에게는 상속채무의 변제를 위해 필요한 한도에서 상속재산에 관한 형식적 경매 권한뿐만 아니라, 자조매각의 권한도 인정되어야 한다. 현재와 같이 공경매를 통한 매각만을 인정하는 것은 실무상 많은 불편을 초래하기 때문이다.<sup>79)</sup> 상속채무가 상속적극재산을 초과하여 자조매각이나 경매 등을 통한 안분배당 절차가 매우 복잡해질 것으로 예상되는 경우에 상속재산관리인이 상속재산파산 절차를 이용할 수 있음은 물론이다.

### 3. 상속재산이 없는 경우

상속적극재산이 존재하지 않음에도 불구하고 연쇄적 상속포기를 막기 위해 한정승인을 택하는 사람이 적지 않음은 이미 II.2.에서 살펴본 바와 같다. 이러한 경우에는 한정승인에 따른 청산절차가 무용할 뿐만 아니라, 본 논문에서 제안하고 있는 상속재산관리인도 굳이 선임할 필요가 없다. 현행 채무자회생법에 따르면 이러한 경우에도 한정승인자에게는 상속재산의 파산을 신청할 의무가 있으나, 파산을 신청하더라도 법원은 파산선고와 동시에 파산폐지의 결정을 하는 수밖에 없다(채무자회생법 제317조제1항). 파산재단으로 파산절차의 비용을 충당하기에 부족하기 때문이다. 사정이 이러하다면 굳이 상속재산 파산신청이나 상속재산관리인을 선임하도록 하기 보다는 한정승인수리심판과 동시에 모든 절차가 종결되도록 하는 것이 당사자에게 편리할 것이다. 따라서 한정승인을 신청한 자가 상

78) 이 점에 대해 자세히는 박세민, 전계논문(각주 5), 130-113면 참조.

79) 프랑스 민법 역시 2006년 개정에 의해 한정승인자가 재산을 매각할 수 있도록 하되, 그 양도대금을 보관하여 상속채무의 변제에 사용할 수 있도록 하였다. 김미경, 전계논문, 201-202면 참조.

속적극재산이 없다는 취지의 재산목록을 제출한 경우에는 한정승인수리심판과 동시에 상속재산관리인 불선임결정을 하고, 이로써 한정승인에 따른 청산의무 또는 상속재판 파산 의무를 면제할 필요가 있다.<sup>80)</sup> 한정승인자가 상속적극재산의 존재를 은닉한 경우에는 당연히 법정단순승인의 제재가 가해질 것이다.

#### IV. 결론

고전 로마법도, 우리의 상속관습법도 상속인에게 포기의 자유를 인정하지 않았다.<sup>81)</sup> 이는 상속인을 독립한 인격체보다는 부(父)의 계승자로 보았던 그 시대의 고유한 법사고가 반영된 것이다.<sup>82)</sup> 하지만 전통과 가(家)로부터 단절된 개개인의 존엄을 중시하는 현대 민법에서 상속인에게 포기의 자유를 인정하지 않는 것은 상상하기 어렵다. 한정승인의 자유 역시, 적극재산과 소극재산의 규모를 정확하게 예측할 수 없는 상속인에게 상속포기 대신 선택할 수 있는 대안을 하나 더 추가하였다는 것 외에는, 근본적으로 상속포기 제도와 그 이념 및 기능을 같이 한다. 하지만 현행 민법상 한정승인 제도는 상속인의 존엄과 자기결정권을 보장하는 대신, 상속채권자의 법적 지위를 크게 위협하고 있다. 모든 상속채권자에 대한 공평한 변제에 집착할 필요는 없겠으나, 적어도 상속재산을 책임재산으로 확보하고자 하였던 상속채권자의 기대는 충분히 보장받을 수 있도록 한정승인 제도를 개선할 필요가 있을 것이다. “상속채권자를 희생하면서까지 상속인을 보호하려는 것이 한정승인 제도의 취지라고는 할 수 없[는]”<sup>83)</sup> 것이다. 본 논문이 제안하고 있는 한정승인과 상속재산관리인 선임 제도가 ‘부채자환(父債子還, 아버지의 빚은 아들이 갚는다)’이라는 오래된 동양의 법사고<sup>84)</sup>를 ‘부채

80) 독일민법 제1982조 역시 상속재산관리는 상속재산으로부터 그 관리비용이 충당될 수 있는 경우에 한하여 허용된다는 취지로 규정하고 있다.

81) 김형석, 전계논문, 499-500면; 朴光天, 전계논문, 574면; 정궁식 역, 「國譯 慣習調査報告書」, 한국법제연구원, 1992, 398-399면 참조.

82) 裴慶淑, 전계논문, 611면.

83) 郭潤直, 전계서, 184면; 박동섭, 전계서, 632면. 이러한 사고를 지지하고 있는 최근의 문헌으로 박세민, 전계논문(각주 49), 180-181면; 박세민, 전계논문(각주 5), 137면.

재환(父債財還, 아버지의 빚은 아버지의 재산으로 갚는다)'으로 전환할 수 있는 계기가 될 수 있기를 희망한다.

## 참고문헌

### 1. 국내문헌

#### 가. 단행본

- 郭潤直, 「相續法(改訂版)」, 博英社, 2004.  
김주수/김상용, 「친족·상속법(제15판)」, 法文社, 2018.  
박동섭, 「친족상속법(제4판)」, 박영사, 2013.  
신영호/김상훈, 「가족법강의(제3판)」, 세창출판사  
朴秉濠, 「家族法」, 韓國放送通信大學校, 1991.  
윤진수, 「친족상속법강의(제2판)」, 박영사, 2018.  
정공식 역, 「國譯 慣習調査報告書」, 한국법제연구원, 1992.

#### 나. 학술논문

- 곽규은, “한정승인한 상속재산의 배당시 상속채권의 순위 -대법원 2016. 5. 24. 선고 2015다250574 판결을 중심으로-”, 「동북아법연구」 제10권 제3호, 전북대학교 동북아법연구소, 2017.  
김미경, “한정승인에 있어 한정승인자의 상속재산 처분과 상속채권자 보호”, 「法學研究」 제27권 제1호, 충북대학교 법학연구소, 2016.  
김형석, “한정승인의 효과로서 발생하는 재산분리의 의미”, 「家族法研究」 第22卷 3號, 한국가족법학회, 2008.  
나진이, “상속재산에 관한 강제집행절차에 있어 한정승인자의 고유채권자와 상

---

84) 이에 관해 자세히는 박세민, 전제논문(각주 5), 114-120면 참조.

- 속채권자 사이의 우열관계”, 「民事判例研究[XXXIV]」, 博英社, 2012.
- 문영화, “한정승인자의 조세채권자가 상속재산에 대한 강제집행에서 배당을 받을 수 있는지 여부 -대법원 2016. 5. 24. 선고 2015다250074 판결-”, 「2016년 가족법 주요 판례 10선」, 세창출판사, 2017.
- 민동근, “한정승인이 민사집행절차에 미치는 영향”, 「민사집행연구」 제13권, 한국민사집행법학회, 2017.
- 민유숙, “2013년 친족·상속법 중요 판례”, 「인권과 정의」 제440호, 대한변호사협회, 2014.
- 朴光千, 相續의 限定承認, 「相續法の 諸問題(裁判資料 第78輯)」, 法院圖書館, 1998
- 박세민, “한정승인자의 상속재산의 지위”, 「법학논고」 제60집, 경북대학교 법학연구원, 2017.
- 박세민, “한정승인의 계수와 개선방향”, 「法史學研究」 第57號, 한국법사학회, 2018.
- 박종훈, “한정승인과 상속채권자의 우선변제권 -대법원 2010. 3. 18. 선고 2007다77781 전원합의체 판결-”, 判例研究 22집, 부산판례연구회, 2011.
- 裴慶淑, “多數相續人の 承認拋棄와 相續財産의 處理에 관한 考察”, 「朴秉濠教授選甲紀念(I) 家族法學論叢」, 博英社, 1991.
- 송인권, “한정승인의 요건과 효과에 관한 실무상 문제”, 사법논집 제55집, 법원도서관, 2012.
- 송재일, “한정승인과 담보권 -대법원 2010. 3. 18. 선고 2007다77781 전원합의체 판결을 계기로-”, 「서울法學」 제19권 제3호, 서울시립대학교 법학연구소, 2012.
- 송효진, “상속에 있어서 미성년자 보호”, 「家族法研究」 第24卷 3號, 한국가족법학회, 2010.
- 오창수, “한정승인과 소송절차”, 「法學論叢」 第29卷 第3號, 국민대학교 법학연구소, 2017.
- 이원범, “한정승인이 이루어진 경우 상속채권자가 상속재산에 관하여 한정승인자로부터 담보권을 취득한 고유채권자에 대하여 우선적 지위를 주장할 수 있는지 여부 -대법원 2010. 3. 18. 선고 2007다77781 전원합의체 판결-”, 「正義로운 司法: 李容勳大法院長在任記念」, 사법발전재단, 2011.

- 이은정, “상속채무의 청산 -한정승인, 재산분리, 상속재산 파산을 중심으로-”, 「법학논총」 제25권 제3호, 조선대학교 법학연구원, 2018.
- 이화숙, “債務超過 相續財産에 대한 債權者의 權利와 相續人 保護”, 「가족, 사회와 가족법」, 세창출판사, 2012(初出: 比較私法 第4卷1號, 1997).
- 임영수, “한정승인의 심판절차와 상속채무의 배당변제에 관한 고찰”, 「家族法研究」 第25卷 3號, 한국가족법학회, 2011.
- 전경근, “한정승인을 한 상속인이 취득한 상속재산의 법적 지위 -대법원 2016. 5. 24. 선고 2015다250074 판결-”, 「법조」 제67권 5호, 법조협회, 2018.
- 정구태, “상속채권자와 한정승인자의 근저당권자 간의 우열문제 -대법원 2010. 3. 18. 선고 2007다77781 전원합의체 판결”, 「고려법학」 제64권, 고려대학교 법학연구원, 2012.
- 홍춘의/이상래, “상속재산의 강제집행절차에 있어서 상속채권자와 한정승인을 한 상속인의 조세채권자 사이의 우열관계 -대법원 2016. 5. 24. 선고 2015다250574 판결을 중심으로”, 「동북아법연구」 제10권 3호, 전북대학교 동북아법연구소, 2017.

[Abstract]

## A Study on Revision of Qualified Acceptance System of Inheritance

Hyun, So Hye

*Professor, SungKyunKwan University Law School*

The system of qualified acceptance of inheritance has been introduced for the protection of the inheritor's right of self-determination and property, however it has resulted to the disadvantages of the creditors of inheritees.



First, the inheritor's creditor may be reimbursed prior to the inheritee's obligees according to the precedents, if the inheritor establishes a mortgage on the inherited property for his own creditor after the qualified acceptance, and otherwise the inheritor's creditor is unable to enforce inherited property until the inheritee's obligees are fully reimbursed. Second, the debt liquidation process by qualified acceptance system of inheritance has been proved to be a dead letter, so that the creditors of inheritees cannot expect the fair distribution of the inherited property, and should take the procedure for compulsory execution by themselves. Third, it is not clear the debt liquidation process by qualified acceptance system of inheritance when there are inheritors who made a declaration of absolute acceptance as well as who made a declaration of qualified acceptance of inheritance. Therefore this article suggests the fundamental reform of the qualified acceptance system, including compulsory designation of inheritance administrator, restriction of the inheritor's right of disposition, and registry of qualified acceptance of inheritance.

**Key words** : Qualified Acceptance System of Inheritance, Creditor of Inheritee, Creditor of Inheritor, Insolvency of Inheritance, Administration of Inheritance