

일본 민법상 배우자거주권의 국내 도입에 관한 연구

류 창 호*

〈국문초록〉

우리나라와 일본은 일정 연령 이상의 고령자에 대해서는 기초연금 등 중앙정부와 지방자치단체별로 복지정책을 통하여 최소한의 생계지원을 확대하고 있으나, 주거문제에 대해서는 특별한 복지정책이 지원되지 못하고 있다. 이러한 점에서 개정 일본 민법은 피상속인인 배우자의 사망 후 생존배우자가 피상속인과 동거하였던 거주건물에서 단기 또는 장기간 거주할 수 있는 권리를 인정함으로써, 특히 고령의 생존배우자의 주거문제를 부분적으로 해결하기 위한 입법적 지원을 시도하고 있다. 배우자 단기거주권은 생존배우자가 상속개시시에 거주하고 있던 피상속인 소유의 주택에 대해서 소유관계가 확정될 때까지 단기적으로 거주를 보장하는 제도로 기존의 일본 판례에 의해 인정된 임시거주권을 명문화한 것이고, 장기거주권인 배우자거주권은 생존배우자가 종신 또는 일정한 기간 거주건물을 사용할 수 있는 사용대차 또는 임대차와 유사한 권리를 신설한 것이다.

우리나라도 인구의 고령화는 급속히 진전되고 있는 반면, 고령의 부모가 출가한 자녀와 동거하지 않는 비율이 점점 높아지고 있다는 점에서 배우자거주권의 도입을 적극적으로 고려할 필요가 있다. 배우자거주권에 관한 국내의 선행연구들은 주로 일본 개정민법의 내용을 상세하게 소개·분석하고 있다. 이 논문에서는 이러한 선행연구의 내용을 기초로 하여 우리 민법에의 도입 가능성을 검토하기 위하여 민법·민사집행법·대법원 판례와의 정합성 및 입법가능성 여부를 연구하는데 주안점을 두었다.

배우자거주권에 대한 우리 민사법적 쟁점으로는 배우자거주권의 법적 성질을 물권으로 볼 것인가 또는 채권으로 볼 것인가의 문제, 이에 따라 배우자거주권의 요건· 존속기간· 효력 등을 어떻게 정립할 것인가의 문제, 배우자거주권이 설정된 건물을 민사집행법절차에서 어떻게 처리할 것인가의 문제, 배우자거주권이 설정된 경우 생존배우자와 공동상속인 등의 이해관계인과의 공유에 관한 법률관계를 어떻게 처리할 것인가 등이 주로 문제가 된다. 이 논문에서는 이러한 쟁점에 관하여 국내법과의 관계를 검토하고, 필요한 경우 입법방안을 제시하였다.

주제어 : 배우자거주권, 장기거주권, 단기거주권, 일본민법, 고령사회

• 투고일 : 2021.3.29. / 심사일 : 2021.4.11. / 게재확정일 : 2021.4.19.

I. 序

공식적으로 2017년부터 고령사회로 진입한 우리나라보다 훨씬 이전인 1994년 고령사회로 진입한 일본에서는 배우자가 사망한 후, 홀로 노후를 보내야 하는 생존배우자의 주거와 경제력을 보장하는 것이 중요한 사회적 문제로 대두되었다. 2018년 7월의 일본 상속법의 개정은 이러한 사회적 요청을 반영하여, 생존배우자의 거주권을 입법적으로 보호하는 것을 주요 내용으로 하고 있다.¹⁾

일본 민법에서의 배우자 단기거주권은 생존배우자가 상속개시시에 거주하고 있던 피상속인 소유의 주택에 대해서 상속재산 분할절차가 종료될 때까지 단기적으로 거주를 보장하는 제도로 기존의 일본 판례²⁾가 인정하고 있는 임시거주권을 입법화한 것이고, 장기거주권인 배우자거주권은 생존배우자가 종신 또는 일정한 기간 사용·수익할 수 있는 사용대차 또는 임대차에 기한 권리를 신설한 것이다.³⁾ 우리나라도 인구의 고령화는 급속히 진전되고 있는 반면, 고령의 부모가 출가한 자녀와 동거하지 않는 비율이 점점 높아가고 있다는 점에서 배우자거주권을 도입한 일본과 외부적·사회적 환경이 유사하다는 점에서, 우리나라에서도 배우자거주권의 도입 여부를 적극적으로 검토할 필요가 있다.⁴⁾

한편, 배우자거주권에 관한 국내의 선행연구⁵⁾들은 주로 일본 개정 상속법의

1) 羽生香織(鬼頭祐紀 역), “2018년 일본 민법(상속법) 개정 개요와 향후 과제”, 『서강법률논총』 제8권 제1호, 서강대 법학연구소, 2019, 47면. 일본 민법 개정에 관한 상세한 내용은 박민희, “2018년 일본 개정 상속법 개관”, 『안암법학』 제57호, 안암법학회, 2018, 63면 이하; 박인환, “일본의 상속법 개정동향”, 『법학연구』 제21권 3호, 인하대 법학연구소, 2018, 132면 이하; 이동건, “상속배우자의 권리보호에 관한 소고”, 『동북아법연구』 제13권 제1호, 전북대 동북아법연구소, 2019, 5, 2면 이하; 이승현, “일본 개정민법상 배우자의 거주권 보호 규정에 관한 고찰”, 『법학논총』 제38권 4호, 전남대 법학연구소, 2018, 339면 이하.

2) 最判平成8年12月17日民集50卷10号2778頁.

3) 박민희, “2018년 일본 개정 상속법 개관”, 69면.

4) 특히, 배우자가 사망한 후 생존배우자가 직계비속 등 공동상속인으로부터 퇴거를 요구받거나 상속재산의 분할로 인하여 생존배우자의 주거가 위협받거나, 피상속인과 생존배우자가 재혼부부이었던 경우 전처 소생의 피상속인의 직계비속과 생존배우자 사이에서는 공동상속재산인 거주주택에 대하여 상속재산분할 등에 관한 분쟁이 발생한 경우 또는 피상속인과 재혼배우자의 재혼시에 부부재산계약이 성립된 경우 등의 다양한 변수를 고려할 필요가 있다.

5) 이에 관해서는 김기환, “생존배우자 거주권”, 『저스티스』 제171호, 한국법학원, 2019; 김미경, “프랑스민법상 배우자의 주거보호”, 『비교사법』 제52호, 한국비교사법학회, 2011; 김소영, “상속재산분할”, 『민사판례연구』 제25권, 박영사, 2003; 현소혜, “배우자 거주권 제도의 도입 필요성과 도입방안”, 『가족법연구』 제33권 제1호, 한국가족법학회, 2019, 3; 羽生香織(鬼頭祐紀 역), “2018년 일본 민법(상속법) 개정 개요와 향후 과제”, 『서강법률논총』 제8권 제1호, 서강대 법학연구소, 2019 등이 있다.

내용을 소개·분석하는데 비중을 두고 있으나, 이 논문에서는 이러한 선행연구의 내용을 기초로 하여 우리 법제에 도입 가능성을 검토하기 위하여 우리 법체계에서의 배우자거주권의 권리의 성질과 실체를 파악하고, 민법·민사집행법 및 대법원 판례와의 정합성 여부를 연구하는데 주안점을 두고자 한다.⁶⁾ 이에 관한 우리 민사법적 쟁점으로는 배우자거주권의 법적 성질로서의 물건 또는 채권 여부, 배우자거주권의 대항력과 등기에 관한 문제, 배우자거주권이 설정된 주택이 경매로 매각된 경우 민사집행법 제91조의 적용 문제, 배우자거주권이 설정된 주택에 대한 공동상속인의 공유지분권의 효력 및 공유물의 관리방법에 관한 문제 등을 들 수 있다.

II. 일본 민법상 배우자의 거주권⁷⁾

1. 배우자 단기거주권

1) 일본 판례의 내용

일본에서는 상속법 개정 이전부터 판례에 의하여 공동상속인의 단기거주권을 인정하여 왔다. 일본 최고재판소는 공동상속인 중 일부가 피상속인의 허락을 받아 상속재산인 건물에 계속 거주하고 있었던 경우에는 특별한 사정이 없는 한, 피상속인과 당해 공동상속인 사이에 상속의 개시를 始期로 하고 상속재산분할시를 終期로 하는 사용대차계약의 성립이 추인된다고 인정하였다.⁸⁾

6) 일본 배우자거주권과 우리 민사법과의 관계에 관한 연구로는 현소해, “배우자 거주권 제도의 도입 필요성과 도입방안”, 69면 이하.

7) 일본 민법상 배우자거주권에 관한 상세한 내용은 선행연구들에서 구체적으로 설명하고 있으므로, 이 논문에서는 주요 내용을 중심으로 우리 민법과 관련된 내용을 요약·정리한다.

8) 最判平成8年12月17日民集50卷10号2778頁. 이 판결의 사실관계는 다음과 같다. 피상속인의 사망 후, 상속재산인 1필의 토지와 그 지상의 1동 건물에서 피상속인과 동거생활을 해 온 공동상속인(A)이 상속개시 후 이 부동산의 전부를 점유·사용하고 있던 바, 다른 공동상속인들(B)이 A에 대하여 A가 위 상속부동산의 전부를 점유·사용함으로써 그 상속지분에 따른 임대료 상당의 손해에 대하여 불법행위에 기한 손해배상청구 또는 부당이득반환을 청구하였다. 이에 대하여 원심은 자신의 지분에 상당하는 범위를 초과하여 이 부동산 전부를 점유·사용하고 있는 A는 다른 공동상속인의 손실에 기하여 법률상 원인 없이 이득을 얻고 있다는 점을 근거로 공동상속인 B의 부당이득반환청구를 인용하였다. 그러나 일본 최고재판소는 원심을 파기환송하면서 다음과 같이 판시하였다. 공동상속인 중 1인이 상속개시 전부터 피상속인의 허락을 얻어 상속재산인 건물에서 피상속인과 동거를 하여 온 경우에는 특별한 사정이 없는 한, 피상속인과 동거상속인 사이에는 상속이 개시된 후에도 상속재산분할에 의하여 건물의 소유관계가 최종적으로 확정될 때까지는 동거상속인에게

그러나, 이러한 판결에 대해서도 다음과 같은 한계가 있다는 점이 지적되고 있다. 첫째, 이 판결에 의한 배우자거주권은 당사자의 의사의 해석에 기한 것이므로 피상속인이 명확하게 이와 다른 의사를 표시한 경우⁹⁾에는 배우자의 거주권이 인정되지 않게 된다.¹⁰⁾ 둘째, 평균수명이 늘어남에 따라 상속재산분할 후에도 생존배우자가 희망하는 경우에는 단기거주권뿐만 아니라 장기거주권을 인정할 필요성도 있다. 셋째, 이 판결에 의한 거주권은 임시적이고 단기간의 거주권에 불과하므로 이 판결에 의하더라도 생존배우자의 안정적인 거주권의 확보가 담보되지 않는다.¹¹⁾ 따라서 이러한 한계로 인하여 일본에서는 입법적 해결방안을 선택한 것으로 볼 수 있다.¹²⁾

2) 개정 일본 민법상 배우자 단기거주권의 내용

(1) 의의

일본 민법은 제5편 상속편 중 제8장에서 ‘배우자의 거주권’이라는 제목으로 제1절에서 배우자거주권(일본 민법 제1028조~제1036조), 제2절에서 배우자 단기거주권(일본 민법 제1037조~제1041조)에 관한 규정을 두고 있다.

배우자 단기거주권은 피상속인의 생존배우자가 상속개시시에 피상속인 소유 건물에 무상으로 거주하고 있는 경우, 생존배우자가 그 거주건물을 무상으로 사용¹³⁾할 수 있는 권리를 말한다(일본 민법 제1037조 제1항). 생존배우자의 거

이를 무료로 사용하게 하는 취지의 합의가 있었던 것으로 추인되므로, 상속개시시부터 상속재산분할시까지의 피상속인의 지위를 승계한 다른 상속인 등이 貸主가 되고, 동거상속인이 借主가 되는 건물의 무상사용대차계약이 존속하는 것으로 해석하는 것이 피상속인 및 동거상속인의 의사에 합치하는 것이라고 판시하면서, B의 부당이득반환청구를 기각하였다.

- 9) 이러한 예로는 유증 등에 의해 생존배우자 이외의 자에게 거주건물을 취득하게 하는 취지를 정한 경우를 들 수 있다.
- 10) 堂蘭幹一郎/笹井朋昭/紳吉康二/宇野直紀/倉重龍輔/秋田純, “改正相續法の要點(1)”, 『金融法務事情』No.2099, 金融法務事情研究會, 2018.10.10, 14頁.
- 11) 이동건, “상속배우자의 권리보호에 관한 소고”, 7면; 현소혜, “배우자 거주권 제도의 도입 필요성과 도입방안”, 74면.
- 12) 일본의 개정 민법의 시행과 함께 배우자거주권의 문제점도 동시에 제기되고 있다. 일본 배우자거주권의 문제점에 관한 상세한 내용은 吉田修平, “配偶者居住權の運用上の問題点などについて”, 『土地総合研究』夏号, 土地総合研究所, 2019, 25頁 이하.
- 13) 사용대차에는 수익도 포함되어 있다는 점을 근거로 法制審議會 民法(相續關係)部會 第21回會議(平成29.5.23.) 部會資料21(積殘しの論点について(2)), 1頁(<http://www.moj.go.jp/content/001225750.pdf>)에서는 사용 이외에 수익도 포함하고 있었지만, 이후 法制審議會民法(相續關係)部會 第22回會議(平成29.6.20.) 部會資料22-2 補足説明(要綱案のたたき台(1)) (<http://www.moj.go.jp/content/001227620.pdf>)에서는 삭제되었다.

주는 거주건물 전부를 거주를 위하여 사용하였을 필요는 없고, 거주건물의 일부를 거주를 위해 사용하고 있는 경우에도 가능하다.¹⁴⁾ 또한, 생존배우자가 상속포기를 한 경우에도 배우자 단기거주권은 성립하지만, 생존배우자가 상속결격사유에 해당하거나 廢除¹⁵⁾에 의해 상속인이 될 수 없는 경우에는 배우자 단기거주권이 성립하지 않는다(일본 민법 제1037조 제1항 단서). 상속포기의 경우에는 배우자의 단기적인 거주권을 인정할 필요성이 인정되지만, 상속결격이나 廢除의 경우에는 거주건물 소유자의 소유권을 제한하면서까지 배우자의 거주를 보호할 필요성이 없다는 점을 고려한 것이다.¹⁶⁾

배우자 단기거주권의 존속기간은 첫째 생존배우자가 거주건물에 대하여 공유지분에 의한 상속재산분할을 하는 경우에는 상속재산분할에 의해 거주건물의 귀속이 확정된 날¹⁷⁾ 또는 상속개시시부터 6개월을 경과한 날¹⁸⁾ 중 나중에 도래하는 날까지이고, 둘째 그 이외의 경우¹⁹⁾에는 거주건물 소유자가 배우자 단기거주권 소멸신청을 한 날로부터 6개월을 경과한 날²⁰⁾까지 이다(일본 민법 제1037조 제1항 제1호, 제2호).

14) 堂蘭幹一郎 外, “改正相續法の要點(1)”, 15頁.

15) 廢除는 일본 민법상 상속결격제도와 함께 상속인의 자격을 상실시키는 제도로서(일본 민법 제892조 이하), 상속결격사유 이외에 피상속인이나 그 배우자를 학대하거나 중대한 모욕을 주는 행위 등의 일정한 사유에 해당하는 행위를 한 경우에 상속인의 자격을 박탈하는 제도이다. 폐제는 피상속인의 청구에 의하여 가정법원의 심판이 있어야 한다는 점에서 상속결격과 차이가 있다(이동진, “상속배우자의 권리보호에 관한 연구”, 9~10면).

16) 堂蘭幹一郎 外, “改正相續法の要點(1)”, 15頁. 高橋朋子, “配偶者居住權の創設”, 『民商法雜誌』 第155卷 第1号, 有斐閣, 2019.4, 32頁에서는 이를 발생장해사유라고 한다. 한편, 이와 같이 생존배우자가 상속결격이나 폐제에 해당하는 경우에는 배우자거주권이 인정되지 않는다는 것은 다시 말하면 배우자거주권은 상속권자인 법률혼의 생존배우자에게 인정된다는 것을 전제로 하는 것으로 볼 수 있다. 또한, 배우자거주권은 공동상속인이나 제3자인 거주건물 소유자의 희생에 전제로 한다는 점에서 원칙적으로 상속권이 없는 사실혼 배우자에 대해서는 인정되지 않는 것으로 볼 수 있다.

17) 구체적으로는 상속재산분할협의에 의한 경우에는 협의가 성립된 때, 상속재산분할심판에 의한 경우에는 심판이 확정된 때이고, 일부분할의 경우에도 동일하다(堂蘭幹一郎 外, “改正相續法の要點(1)”, 15頁).

18) 상속개시시로부터 6개월이라고 하는 최소존속기간을 설정한 이유는 상속재산분할협의가 상속개시 후 신속하게 이루어져서 바로 배우자 단기거주권의 존속기간이 만료된 경우에 그 건물에 거주하고 있던 생존배우자가 새로운 거처를 정하거나 이사준비를 하는 등 퇴거를 위한 최소한의 유예기간을 확보해 주기 위한 것이라고 한다(堂蘭幹一郎 外, “改正相續法の要點(1)”, 15頁).

19) 첫째의 경우와 달리 생존배우자가 거주건물에 대하여 공유지분을 갖고 있지 않아 상속재산분할협의의 당사자가 아닌 경우로, 피상속인이 생존배우자 이외의 자에게 거주건물에 대하여 유증이나 사인증여를 한 경우, 생존배우자가 상속포기를 한 경우 등을 말한다.

20) 두 번째의 경우는 전술한 판례에서는 포섭하지 않는 부분을 보호하기 위한 것이라고 한다(高橋朋子, “配偶者居住權の創設”, 32頁).

생존배우자는 종전의 용법에 따라 선량한 관리자의 주의의무로써 거주건물을 사용하여야 하고(일본 민법 제1038조 제1항), 거주건물 소유자의 동의를 얻지 않으면 제3자에게 거주건물을 사용하게 할 수 없다(동조 제2항). 생존배우자가 이러한 의무를 위반한 경우, 거주건물 소유자는 생존배우자에 대한 의사표시에 의해 배우자 단기거주권을 소멸시킬 수 있다(동조 제3항). 생존배우자가 배우자거주권을 취득한 경우, 배우자 단기거주권은 소멸한다(일본 민법 제1039조). 배우자 단기거주권이 소멸한 경우에는 생존배우자가 거주건물에 공유지분을 가진 경우를 제외하고는 그 건물을 반환하여야 한다(일본 민법 제1040조 제1항).

(2) 법적 성질

배우자 단기거주권은 피상속인의 의사와 관계없이 성립하는 사용대차 유사 의 법정채권으로 귀속상 일신전속적 성질을 가지므로, 생존배우자는 이를 타인에게 양도할 수 없고 그 존속기간 내에 생존배우자가 사망하는 경우에도 소멸한다.²¹⁾ 배우자 단기거주권은 제3자에 대한 대항력이 인정되지 않는다. 따라서, 피상속인이 유언으로 생존배우자 이외의 사람에게 거주건물을 취득하게 한 경우, 생존배우자는 배우자 단기거주권으로 이 受遺者로부터 거주건물을 양수한 양수인 또는 거주건물 소유자가 거주건물의 소유권 또는 공유지분을 제3자에게 양도한 경우의 양수인에게 대항할 수 없다.²²⁾

또한, 배우자 단기거주권은 상속개시 후에 설정 및 등기된 저당권에 대항할 수 없으므로, 저당권이 실행되면 매수인의 명도청구에 대하여 생존배우자는 배우자거주권을 주장할 수 없다. 피상속인의 일반채권자가 상속개시 후에 건물을 압류한 경우에도 생존배우자는 압류채권자에게 대항할 수 없다.

(3) 생존배우자와 거주건물 소유자의 관계

21) 高橋朋子, “配偶者居住權の創設”, 33頁.

22) 그러나, 생존배우자는 상속재산인 거주건물에 대한 공유지분을 가지고 있으므로 점유권원 자체를 상실하는 것은 아니고 계속해서 거주건물을 점유·사용할 수 있다. 반면, 생존배우자는 양수인에 대하여 양수인의 지분 상당에 해당하는 부분의 임료 상당액을 상환할 의무가 있고, 다른 공동상속인인 거주건물 소유자는 제3자에 대한 거주건물의 양도 또는 그 밖의 방법으로 생존배우자의 거주건물의 사용을 방해하지 않을 의무가 있으므로(일본 민법 제1037조 제2항), 생존배우자는 다른 공동상속인에 대하여 단기거주권의 침해분(양수인에게 지급하여야 할 임료 상당액)에 관하여 손해배상청구가 가능하다는 견해도 있다(高橋朋子, “配偶者居住權の創設”, 34頁). 이 경우의 손해배상책임을 사용대차계약에 기한 채무불이행책임으로 보고 있다(堂蘭幹一郎 外, “改正相續法の要點(1)”, 15頁).

배우자 단기거주권에는 거주건물에 대한 사용권만 인정되고 수익권은 인정되지 않는다(일본 민법 제1038조 제1항). 피상속인의 사망 후 거주건물을 생존 배우자와 공동으로 상속한 공동상속인이나 유증 등 별도의 원인으로 거주건물의 소유권을 취득한 자 등 거주건물 소유자는 생존배우자에 대하여 건물 사용에 적절한 상태를 유지할 수선의무 등을 부담하지 않고, 단지 생존배우자가 무상으로 거주건물을 사용하는 것을 수인할 의무만 부담한다는 점에서 사용대차계약에서 貸主의 지위와 다소 차이가 있다.²³⁾

생존배우자는 종전의 용법에 따라 선량한 관리자의 주의로써 거주건물을 사용하여야 하고(일본 민법 제1038조 제1항), 거주건물 소유자의 승낙을 얻지 않으면 제3자에게 거주건물을 사용하게 할 수 없다(일본 민법 제1038조 제2항). 생존배우자의 선관주의의무 위반에 의한 거주건물 소유자의 손해배상청구권 및 생존배우자의 거주건물에 관한 비용상환청구권은 거주건물 소유자가 거주건물의 반환을 받은 때로부터 1년 이내에 청구하여야 한다(일본 민법 제1041조에 의해 준용되는 제600조). 이러한 점들은 일본 민법상 사용대차계약에 관한 법률관계와 유사한 내용으로 규정되어 있다.

(4) 배우자 단기거주권의 소멸

배우자 단기거주권의 소멸원인으로는 존속기간의 만료(일본 민법 제1037조 제1항), 거주건물 소유자에 의한 소멸청구(일본 민법 제1038조 제3항), 생존배우자의 배우자거주권 취득(일본 민법 제1039조), 생존배우자의 사망(일본 민법 제1041조에 의해 준용되는 제597조 제3항), 거주건물의 전부멸실(일본 민법 제1041조에 의해 준용되는 제616조의2) 등이 있다.

존속기간에 관해서는 전술한 바와 같고, 거주건물 소유자의 소멸청구의 경우 생존배우자는 용법준수의무나 선관주의의무를 부담하므로, 생존배우자가 이러한 의무를 위반한 경우 거주건물 소유자의 의사표시에 의해 단기거주권을 소멸시킬 수 있다(일본 민법 제1038조 제3항). 생존배우자가 배우자거주권을 취득한 경우, 배우자 단기거주권은 소멸한다(일본 민법 제1039조). 배우자 단기거주권을 취득한 생존배우자가 장기거주권인 배우자거주권을 취득하여 그 등기를 갖춘 경우에는 제3자에게 대항할 수 있는 점유권능을 취득하므로, 구태여 단기거주권을 인정할 필요가 없기 때문이다. 생존배우자가 사망한 경우에도 배우자 단기거주권은 소멸한다(일본 민법 제1041조에 의해 준용되는 제597조 제

23) 堂蘭幹一郎 外, “改正相續法の要點(1)”, 16頁.

3항). 배우자 단기거주권은 생존배우자의 보호라는 관점에서 특별히 인정되는 권리이므로 배우자가 사망한 경우에는 이를 존속시킬 필요가 없기 때문이다. 이와 같은 사유로 배우자 단기거주권이 소멸한 경우, 생존배우자는 거주건물을 반환할 의무를 부담한다(일본 민법 제1040조 제1항 본문). 거주건물 소유자가 복수인 경우에도 거주건물 소유자의 인도청구권은 불가분채권이므로, 거주건물 소유자 중 1인에게 반환하면 된다.

생존배우자가 배우자거주권을 취득한 경우 생존배우자는 거주건물을 사용·수익할 수 있으므로, 배우자 단기거주권의 소멸로 인한 거주건물의 반환의무를 부담하지 않는다(일본 민법 제1040조 제1항 본문). 또한, 생존배우자가 거주건물에 관하여 공유지분을 가진 경우에도 거주건물 소유자는 배우자 단기거주권의 소멸을 이유로 거주건물의 반환을 청구할 수 없다(일본 민법 제1040조 제1항 단서). 생존배우자가 거주건물에 공유지분을 갖는 경우로는 생존배우자가 피상속인의 상속개시 전부터 자신의 고유한 공유지분을 갖고 있었던 경우와 상속이나 유증 등에 의해 피상속인의 소유권의 일부를 승계한 경우로, 이에 대해서는 일본 민법 제1040조 제1항 단서²⁴⁾가 적용되어, 거주건물 소유자가 생존배우자에 대하여 거주건물의 반환을 청구할 수 없다. 이 경우의 거주건물의 사용과 그 밖의 법률관계에 대해서는 공유에 관한 법리가 적용된다.²⁵⁾

배우자 단기거주권이 소멸한 후, 생존배우자가 상속개시 후에 거주건물에 부속시킨 물건이 있는 경우에는 생존배우자는 이를 수거할 권리와 의무가 있다(일본 민법 제1040조 제2항에 의해 준용되는 제99조 제1항 및 제2항). 또한, 상속개시 후에 거주건물에 손상이 발생한 경우, 이 손상이 통상적인 사용에 의해 발생한 거주건물의 노후화에 의한 것이 아닌 때에는 생존배우자는 원상회복의무를 부담한다(일본 민법 제1040조 제2항에 의해 준용되는 제621조).

2. 배우자거주권

1) 의의

배우자거주권은 피상속인의 생존배우자가 상속개시시에 피상속인 소유²⁶⁾의

24) 일본 민법 §1040(거주건물의 반환등) ① 배우자는 전조에 규정한 경우를 제외하고 배우자 단기거주권이 소멸한 때에는 거주건물을 반환하여야 한다. 단, 배우자가 거주건물에 관하여 공유지분을 가진 경우에는 거주건물 소유자는 배우자 단기거주권이 소멸한 것을 이유로 거주건물의 반환을 청구할 수 없다.

25) 堂蘭幹一郎 外, “改正相續法の要點(1)”, 17頁.

26) 배우자단기거주권 및 배우자거주권의 대상이 되는 거주건물은 피상속인 소유건물이므로

건물에 거주하고 있던 경우에 상속재산분할, 유증 또는 사인증여²⁷⁾에 의하여 그 거주건물의 전부에 관해 사용 및 수익을 할 수 있는 권리로서(일본 민법 제1028조 참조), 그 존속기간은 상속재산분할, 유증 또는 사인증여에 있어서 별도로 정한 경우를 제외하고는 배우자의 종신으로 하고 있다.²⁸⁾

배우자거주권의 법적 성질에 관해서는 직접적인 규정을 두고 있지 않으나, 이를 사용대차 또는 임차권과 유사한 법정채권으로 해석하고 있다.²⁹⁾ 다만, 생존배우자는 본인의 구체적 상속분 중에서 배우자거주권을 취득한 것이므로 그 존속기간 중의 차임지급의무를 부담하지 않고 무상으로 사용할 수 있다는 점에서는 임차권과 차이가 있다.

배우자거주권은 배우자의 거주를 보호하기 위해 특별히 인정된 권리이므로 귀속상의 일신전속권에 해당한다.³⁰⁾ 따라서, 배우자거주권의 귀속주체는 생존배우자로 한정되어 생존배우자는 이를 양도할 수 없고(일본 민법 제1032조 제2항), 생존배우자가 사망한 경우에는 배우자거주권도 당연히 소멸하고 상속되지 않는다(일본 민법 제1036조에 의해 준용되는 제597조 제3항). 또한, 등기를 갖춘 경우에는 제3자에게 대항할 수 있다.

2) 성립요건

일본 민법상 배우자거주권의 성립요건으로는, 첫째 생존배우자가 상속개시시에 피상속인 소유의 건물에 거주³¹⁾하고 있을 것, 둘째 그 건물에 관해서 생존배우자에게 배우자거주권을 취득시키는 취지의 상속재산분할, 유증 또는 사인증여가 있을 것 등을 들 수 있다(일본 민법 제1028조 제1항).

거주건물이 임차건물인 경우에는 배우자거주권이 인정되지 않는다.

27) 배우자거주권은 상속재산분할의 방법 이외에도 유증이나 사인증여의 방법으로도 가능한데, 예를 들어 각각 자녀가 있는 당사자들이 재혼한 후 피상속 배우자가 생존배우자에게 유언 등에 의해 생존배우자에게 배우자거주권을 설정하고, 거주건물의 소유권은 자신의 자녀가 취득하도록 하는 방법도 가능하게 된다(堂蘭幹一郎 外, “改正相續法の要點(1)”, 11頁; 高橋朋子, “配偶者居住權の創設”, 37頁).

28) 이러한 점에서 배우자거주권을 배우자 단기거주권과 대비하여 종신거주권으로 구분하는 견해도 있다(高橋朋子, “配偶者居住權の創設”, 35頁).

29) 高橋朋子, “配偶者居住權の創設”, 40頁; 堂蘭幹一郎 外, “改正相續法の要點(1)”, 12頁.

30) 高橋朋子, “配偶者居住權の創設”, 40頁.

31) 생존배우자의 거주는 생존배우자가 거주건물을 생활의 본거지로 하고 있던 것을 의미한다. 예를 들어 생존배우자가 상속개시시에 병원에 입원하고 있던 경우에도 생존배우자의 가제도구가 거주건물에 존재하고 있어 퇴원 후 복귀하는 것이 예정되어 있는 등 거주건물이 생존배우자의 생활의 본거지로서의 실질을 유지하고 있다면 여전히 그 건물에 거주하는 것으로 볼 수 있다(堂蘭幹一郎 外, “改正相續法の要點(1)”, 11頁).

배우자거주권의 객체인 거주건물은 상속개시시에 피상속인의 소유이어야 하므로, 피상속인이 임차한 건물이거나 피상속인이 거주건물에 대한 공유지분권자에 불과한 경우에는 배우자거주권이 인정되지 않는다(일본 민법 제1028조 제1항). 이는 제3자인 공유자가 생존배우자의 무상거주를 수인하여야 하는 등 공유지분권자의 이익을 해할 우려가 있기 때문이다. 예외적으로 거주건물이 피상속인과 생존배우자만의 공유인 경우에는 이러한 불이익을 받는 자가 없으므로 배우자거주권의 성립에 영향을 미치지 않는다(일본 민법 제1028조 제1항 단서).

배우자거주권의 발생원인은 상속재산분할, 유증 또는 사인증여의 3가지로 법정되어 있다. 생존배우자가 상속재산분할에 의하여 배우자거주권을 취득하는 경우에는 다른 상속재산을 취득한 것과 동일하게 취급하므로, 자신의 구체적 상속분 중에서 배우자거주권을 취득한 것으로 산정한다. 상속재산분할의 경우에는 상속재산분할심판도 포함되므로, 공동상속인들이 생존배우자의 배우자거주권 취득에 대한 합의가 있는 경우뿐 아니라, 공동상속인들 중 배우자거주권의 성립을 반대하는 자가 있는 경우에는 상속재산분할심판에 의하여 생존배우자는 배우자거주권을 취득할 수 있다. 다만, 상속재산분할심판에 의한 배우자거주권의 취득을 인정하는 경우에도 법원은 거주건물의 소유자가 받을 불이익의 정도를 고려하여 생존배우자의 생활을 유지하기 위하여 특별한 필요가 있다고 인정하는 때에 한하여 배우자거주권을 인정하는 취지의 심판을 할 수 있다(일본 민법 제1029조 제2호).

또한, 피상속인은 생전에 배우자와 배우자거주권을 목적으로 하는 사인증여계약을 체결할 수 있다. 이에 관해서는 별도의 규정을 두고 있지는 않지만, 일본 민법 제554조에서 그 성질에 반하지 않는 한 유증에 관한 규정이 준용되는 것으로 규정하므로, 배우자거주권에 관한 일본 민법 제1028조 제1항에서 열거하지 않았다고 해서 사인증여에 의한 배우자거주권의 성립이 부정되는 것은 아니다.³²⁾

3) 존속기간

배우자거주권의 존속기간은 원칙적으로 배우자의 종신까지이지만(일본 민법 제1030조), 상속재산분할협의나 유언으로 별도로 정한 때 또는 가정법원의 상속재산분할심판에서 별도로 정한 때에는 그 정함에 의한다(일본 민법 제1030

32) 堂蘭幹一郎 外, “改正相續法の要點(1)”, 12頁.

조 단서). 또한, 배우자거주권의 존속기간이 정해진 경우에는 이를 연장하거나 갱신할 수 없다.³³⁾

4) 생존배우자와 거주건물 소유자의 법률관계

(1) 거주건물의 사용·수익

배우자거주권을 취득한 생존배우자는 거주건물을 무상으로 사용·수익할 수 있다. 그러나, 생존배우자는 사용대차계약에서의 차주와 유사한 지위를 가지므로, 거주건물 소유자의 승낙을 받지 않으면, 거주건물의 증개축 또는 제3자에게 거주건물을 사용·수익하게 할 수 없다(일본 민법 제1032조 제3항). 생존배우자가 거주건물 소유자의 승낙을 얻어 제3자에게 거주건물을 사용·수익하게 하는 등 수익권 행사를 제한적으로나마 허용하는 것은 생존배우자가 요양원에 입원하는 등 사정변경에 의해 거주건물로부터 퇴거를 하는 경우와 같이 예외적인 경우에 제3자로부터의 임료수입에 의하여 배우자거주권의 가치를 회수하는 수단을 확보할 필요가 있기 때문이다.³⁴⁾

배우자거주권이 성립된 경우 생존배우자의 사용수익권은 건물 전부에 미치므로(일본 민법 제1028조 제1항), 생존배우자가 상속개시 전에 거주건물의 일부만을 사용하고 있던 경우에도 배우자거주권을 취득한 경우에는 거주건물 전부에 대해서 사용·수익할 수 있다.³⁵⁾ 또한, 배우자거주권에 기하여 거주건물

33) 배우자거주권은 생존배우자의 상속분의 일부이므로 배우자거주권의 존속기간이 늘어남에 따라 그 평가액도 상향되므로 배우자거주권의 존속기간을 연장하거나 갱신을 인정하는 경우에는 상속분으로서의 배우자거주권의 재산평가가 곤란하게 되기 때문이다. 그러나, 배우자거주권의 존속기간이 만료된 경우에 생존배우자와 거주건물 소유자 사이에서 별도의 사용대차계약이나 임대차계약을 체결하는 것은 상속재산의 가치평가와 무관하므로 가능하다(堂蘭幹一郎 外, “改正相續法の要點(1)”, 12頁).

34) 堂蘭幹一郎 外, “改正相續法の要點(1)”, 13頁.

35) 거주건물의 일부만이 거주용인 경우에도 배우자거주권의 적용대상이 되므로, 생존배우자가 거주건물의 일부를 거주용으로, 나머지 부분을 사업용 등으로 사용하고 있는 경우나 거주건물의 일부만을 사용하고 나머지 부분을 타인이 사용하고 있는 경우에도 건물 전체에 배우자거주권의 효력이 미친다(法制審議會 民法(相續關係)部會 第15回會議 部會資料 15(配偶者の居住權を保護するための方策等)(<http://www.moj.go.jp/content/001209669.pdf>), 平成28.1.22, 9~10頁; 堂蘭幹一郎/神吉康二, 「概説改正相續法」, 金融財団事情研究會, 2019, 15~16頁). 그러나, 이에 대해서는 생존배우자가 건물 일부를 사용하는 경우에는 그 일부에 대해서만 배우자거주권을 인정하여야 한다는 반론도 제기되고 있다(吉田修平, “配偶者居住權の運用上の問題点などについて”, 25頁). 이 주장에 의하면, 피상속인이 배우자와 동거하고 있던 자신 소유 아파트 1실 중 방 하나를 제3자에게 임대한 이후 사망한 경우, 일본 민법에 의하면 생존배우자는 아파트 1실 전체에 대하여 배우자거주권을 취득하지만, 생존배우자는 배우자거주권으로 임차인에게 대항할 수 없다. 그 후 임대차계약이 만료된

을 사용·수익하는 경우에는 이에 필요한 한도에서 그 대지를 사용할 수 있다.

(2) 거주건물의 관리 및 비용부담

생존배우자는 거주건물을 종전의 용법에 따라 선량한 관리자로서 사용·수익하여야 할 용법준수의무 및 선관주의의무를 부담한다(일본 민법 제1032조 제1항).³⁶⁾ 사용수익의 범위에 관해서는 생존배우자의 거주권의 보호라는 측면에서, 상속개시 전에는 배우자가 사용하지 않았던 부분이나 거주용도로 제공되지 않았던 부분에 관해서도 거주용도로 사용하는 것도 가능하다(일본 민법 제1032조 제1항 단서).³⁷⁾

거주건물에 대한 통상의 필요비는 생존배우자가 부담한다(일본 민법 제1034조 제1항). 여기서 통상의 필요비에는 거주건물의 보존에 필요한 통상의 수선비 외에 거주건물이나 그 대지에 관한 세금도 포함된다. 그러나 특정재산에 관한 재산세 등 조세의 납세의무자는 원칙적으로 소유자이므로, 거주건물의 소유자가 거주건물에 대한 세금을 납부한 경우에는 통상의 필요비로서 생존배우자에 대하여 구상할 수 있다.³⁸⁾

(3) 거주건물의 양도금지와 대항력

배우자거주권에는 양도성이 없으므로(일본 민법 제1032조 제2항) 양도성을 요건으로 하는 강제집행의 대상은 아니지만, 배우자거주권의 등기 전에 거주건

경우 거주건물의 소유자는 건물 전체에 대하여 배우자거주권자를 취득한 생존배우자의 동의나 허락 없이 기존 임대부분에 대해서 새로운 임대차계약을 체결할 수 없게 된다. 이에 대하여 생존배우자가 거주하지 않는 부분에 대해서도 배우자거주권을 인정하는 것은 부적절하므로, 임대부분에 대해서는 배우자거주권이 성립되지 않고 실제 거주부분인 건물 일부에 대한 배우자거주권의 성립 필요성을 제기하고 있다. 다만, 이러한 주장이 인정되기 위해서는 절차적으로 1棟 건물의 일부에 대한 등기절차가 마련될 필요가 있다.

36) 거주건물의 수선이 필요한 경우에는 우선 생존배우자가 수선을 할 수 있고(일본 민법 제1033조 제1항), 거주건물 소유자는 생존배우자가 상당한 기간 내에 필요한 수선을 하지 않는 때에 수선을 할 수 있다(동조 제2항).

37) 용법준수의무의 예외로 거주용도로 사용하지 않았던 부분을 거주용도로 사용하는 범위에서의 종전의 용법변경은 가능하지만, 그 반대로 거주용도로 사용하던 부분을 거주 이외의 용도로 사용하는 용법변경은 허용되지 않는다(堂蘭幹一郎 外, “改正相續法の要點(1)”, 12頁).

38) 堂蘭幹一郎/神吉康二, 「概説改正相續法」, 18頁. 배우자거주권이 설정된 건물을 위하여 타인 토지에 임차권이나 지상권이 설정된 경우, 토지임차료나 지료도 건물의 보존이나 관리에 필요한 비용으로 통상의 필요비에 포함된다는 주장에 의하면, 이 역시 토지소유자가 배우자거주권자에게 구상할 수 있다고 한다(吉田修平, “配偶者居住權の運用上の問題点などについて”, 27~28頁).

물이 이미 압류된 경우에는 압류가 우선한다. 또한 상속재산분할에 의해 배우자거주권이 설정된 경우, 상속채권자에 대한 책임재산의 감소를 초래할 수 있으므로 채권자취소권의 대상이 될 수 있다.³⁹⁾

생존배우자가 설정등기를 한 경우 배우자거주권으로 제3자에게 대항할 수 있다. 일본 민법상 부동산 임대차의 대항력에 관한 규정(일본 민법 제605조)⁴⁰⁾은 배우자거주권에 관해 준용되고, 부동산 임차인에 의한 방해정지청구 등의 규정(일본 민법 제605조의4)은 배우자거주권 설정등기를 갖춘 경우에 준용된다(일본 민법 제1031조 제2항).⁴¹⁾

생존배우자가 이러한 배우자거주권의 대항요건을 갖추고 있는 한, 거주건물의 소유자로부터 거주건물의 소유권을 양수한 제3자는 생존배우자에 대항할 수 없다. 그러나, 상속재산분할에서 공동상속인 중 일부가 거주건물과 그 대지의 소유권을 취득한 후, 거주건물을 위한 대지이용권을 설정하지 않은 채, 제3자에게 그 대지를 양도한 경우에는 생존배우자는 제3자에 대하여 대지의 점유권원을 주장할 수 없으므로 제3자의 건물퇴거청구에 대항할 수 없다.⁴²⁾

5) 배우자거주권의 소멸

(1) 소멸원인

배우자거주권의 소멸원인으로는 ①존속기간의 만료(일본 민법 제1036조에 의해 준용되는 제597조 제1항), ②거주건물의 소유자에 의한 소멸청구(일본 민법 제1032조 제4항),⁴³⁾ ③생존배우자의 사망(일본 민법 제1036조에 의해 준용되는 제597조 제3항), ④거주건물의 전부멸실(일본 민법 제1036조에 의해 준용되는 제616조의2) 등이 있다.

39) 高橋朋子, “配偶者居住權の創設” 43頁.

40) 일본 민법 제605조(부동산임대차의 대항력) 부동산의 임대차는 이를 등기한 때에는 그 후에 부동산에 관한 물권을 취득한 자에 대하여도 그 효력이 생긴다.

41) 일본에서의 배우자거주권의 등기에 관한 상세한 설명은 山野目章夫, “配偶者居住權とその登記”, 『登記情報』60卷6号, 金融財政事情研究會, 2020.6, 4頁 이하.

42) 高橋朋子, “配偶者居住權の創設”, 41頁.

43) 생존배우자가 일본 민법 제1032조 제1항 또는 제3항의 규정에 의한 용법준수의무 또는 선관주의의무에 위반하거나 거주건물의 소유자의 승낙을 얻지 않고 제3자에게 사용수익을 하게 하거나 증개축을 한 경우, 거주건물의 소유자는 생존배우자에 대하여 상당한 기간을 정하여 그 시정을 최고할 수 있고, 그 기간 내에 시정되지 않은 때에는 생존배우자에 대한 의사표시로 배우자거주권을 소멸시킬 수 있다(동조 4항).

(2) 배우자거주권의 소멸 후 법률관계

배우자거주권이 소멸한 경우, 생존배우자는 거주건물의 반환의무를 부담한다(일본 민법 제1035조 제1항 본문). 반면, 생존배우자가 거주건물의 공유지분을 갖는 경우에는 생존배우자는 공유지분에 기하여 거주건물을 점유할 수 있으므로, 배우자거주권이 소멸한 경우에도 일반적인 공유법리에 의하여 거주건물을 반환할 필요는 없다(동항 단서).

생존배우자의 상속개시 후 거주건물에 부속된 물건이 있는 경우에 생존배우자는 이를 수거할 권리와 의무가 있다(일본 민법 제1035조 제2항에 의해 준용되는 제599조 제1항 및 제2항). 또한, 상속개시 후에 거주건물에 손상이 발생한 경우에는 생존배우자는 통상의 사용에 의해 발생한 거주건물의 노후화와 이에 따른 가치감소를 제외하고는 원상회복의무를 부담한다(일본 민법 제1035조 제2항에 의해 준용되는 제621조).

III. 우리 민법에의 도입 가능성

1. 개설

신설된 일본의 배우자거주권제도는 이미 고령사회로 접어든 우리나라에도 많은 시사점을 주고 있다. 우리나라에서는 고령자들을 위한 복지정책은 지속적으로 확대되어 왔으나, 특히 독거 고령자들의 주거지원을 위한 복지정책은 부족한 편이다.⁴⁴⁾ 그러나, 배우자거주권을 우리 민법에 도입하는 경우, 이를 물권으로 볼 것인지 또는 채권으로 볼 것인지 여부, 물권으로 보는 경우 부동산 물권의 성립에 관하여 일본은 등기를 요하지 않는 대항요건주의를 원칙으로 채택하고 있는 등 우리 민법 및 민사집행법 등 민사법체계와의 차이를 고려할 필요가 있다. 이에 관한 구체적인 문제점으로는 우리 민법의 체계에서 배우자거주권의 법적 성질에 관한 문제, 배우자거주권의 대항력과 등기에 관한 문제,

44) 고령자의 주거지원에 관한 법률로는 「장애인·고령자 등 주거약자 지원에 관한 법률」이 있다. 한편, 고령자의 주거복지에 관해서 국토교통부는 주거복지 로드맵(2017. 11. 29)에 따라 고령자 맞춤형 공공임대주택(고령자복지주택)의 공급을 확대하기로 하고, 전국 12곳에 1313호를 건설하기로 하였고(동아일보 2019.4.29. <http://www.donga.com/news/article/all/20190429/95292303/1>, 2021.3.22.방문), 이에 추가하여, 주거복지로드맵 2.0에 따라 2025년까지 고령자복지주택을 1만호 공급하기로 하였다(국토교통부 홈페이지 https://www.molit.go.kr/USR/NEWS/m_71/dtl.jsp?cmspage=1&id=95083743, 2021.3.22.방문).

배우자거주권이 설정된 주택에 설정된 선순위 담보권이 실행된 경우 민사집행법 제91조의 적용상의 문제, 배우자거주권이 설정된 건물에 대한 공동상속인의 공유지분권의 효력 및 공유물의 관리방법에 관한 문제 등을 들 수 있다.

한편, 일본 민법상 배우자거주권은 배우자 단기거주권과 배우자거주권으로 구분하고, 배우자거주권을 종신거주권 또는 장기거주권이라고도 한다. 이러한 이유로 이에 관한 논문들에서는 배우자 단기거주권 또는 단기거주권, 배우자거주권·장기거주권 또는 종신거주권 등의 용어를 혼용하고 있고, 단기거주권과 장기거주권을 포섭하는 용어로 배우자거주권이라는 용어를 사용하는 예도 있다.⁴⁵⁾ 이하에서는 배우자거주권제도에 대한 국내 민사법제와의 정합성 및 도입가능성 여부를 검토하면서, 일본의 제도를 대상으로 하는 경우에는 일본 민법상의 용어인 배우자 단기거주권과 배우자거주권으로 사용하되, 국내법에 도입될 경우의 용어사용의 혼동을 방지하기 위하여 우리 민법상 입법을 전제로 한 경우에는 배우자 단기거주권(이하 ‘단기거주권’이라 함) 및 배우자 장기거주권(이하 ‘장기거주권’이라 함)⁴⁶⁾이라는 용어로 구분하고, 이 두 가지 개념을 포괄하는 강학상의 개념으로 배우자거주권이라는 용어를 사용하기로 한다.

2. 배우자거주권의 법적 성질

1) 개관

전술한 바와 같이 일본 민법상 배우자 단기거주권은 귀속상 일신전속적 성격의 사용권을 내용으로 하는 무상의 사용대차 유사의 법정채권으로 해석하고 있고,⁴⁷⁾ 배우자거주권은 귀속상 일신전속적 성격의 사용수익권을 내용으로 하는 무상의 사용대차 및 임차권 유사의 법정채권으로 해석하고 있다.⁴⁸⁾ 다만,

45) 예를 들면, 高橋朋子, “配偶者居住權の創設” 34頁 이하; 곽민희, “2018년 일본 개정 상속법 개관”, 78면 이하; 김기환, “생존배우자 거주권”, 62면 이하; 박인환, “일본의 상속법 개정 동향”, 138면 이하; 이동건, “상속배우자의 권리보호에 관한 소고”, 8면·13면 이하; 현소혜, “배우자 거주권 제도의 도입 필요성과 도입방안”, 84면 이하 등.

46) 배우자거주권의 존속기간이 반드시 생존배우자의 종신까지는 아니라는 점에서 이 논문에서는 종신거주권보다는 장기거주권이라는 용어를 사용하고자 한다.

47) 일본 민법 제1037조 제1항. 일본 민법 제1041조에서는 단기거주권에 대하여 사용대차 규정을 준용하고 있다. 일본 민법 개정 이전의 최고재판소도 단기거주권을 사용대차계약으로 파악하고 있다(最判平成8年12月17日民集50卷10号2778頁).

48) 高橋朋子, “配偶者居住權の創設”, 40頁; 堂蘭幹一郎 外, “改正相續法の要點(1)”, 12頁. 개정 일본 민법 제1036조에서는 배우자거주권에 대하여 사용대차 및 임대차 규정을 준용하고 있다. 그러나 단기거주권이나 배우자거주권은 무상으로 사용 또는 사용·수익할 수 있는 권리라는 점에서 유상계약인 임대차와는 차이가 있다(민법 제618조, 일본 민법 제601조).

배우자 단기거주권에 대해서는 등기를 통한 대항력을 인정하고 있지 않지만, 배우자거주권의 경우에는 등기를 대항요건으로 하고 있다. 이와 같이 일본에서는 배우자거주권을 사용대차 또는 임차권에 유사한 법정채권으로 파악하고 있으나, 우리 민법의 입장에서는 법정채권뿐만 아니라 물권으로서의 성립가능성도 검토할 필요가 있다.

2) 약정물권의 경우

장기거주권을 물권으로 이론구성하는 경우에는 제186조의 규정에 의한 약정물권으로 할 것인지 또는 제187조의 법률규정에 의한 법정물권으로 할 것인지 여부가 1차적으로 고려되어야 한다. 또한, 우리 민법상 약정물권은 설정계약에 의한 설정등기를 성립요건으로 하고 있으므로, 장기거주권의 성립에 있어서 어느 단계를 설정계약 또는 설정합의로 볼 것인지가 문제된다.

일본 민법상 배우자거주권은 상속재산분할, 피상속인의 유증, 사인증여계약에 의하여 설정된다. 우리 민법상 상속재산분할은 유언에 의한 지정분할, 협의분할, 심판에 의한 분할의 방법 중 어느 하나에 의한다. 지정분할은 피상속인이 유언으로 상속재산의 분할방법을 정하거나 제3자에게 분할방법을 정할 것을 위탁함으로써 상속재산을 분할하는 것을 말한다(제1012조). 분할방법의 지정이나 지정위탁은 생전행위가 아닌 유언으로 하여야 하므로,⁴⁹⁾ 상속재산의 지정분할에 의한 장기거주권의 설정은 법률행위, 즉 단독행위인 유증에 의한 권리취득으로 볼 수 있다.

협의분할은 피상속인의 유언에 의한 분할지정이나 분할금지가 없는 경우, 공동상속인 사이의 협의에 의하여 상속재산을 분할하는 것을 말한다(제1013조 제1항). 상속인 중 1인이 분할을 청구하면 다른 상속인은 분할협의를 하여야 하고,⁵⁰⁾ 부동산인 상속재산의 협의분할은 물권의 변동을 목적으로 하는 공동상속인 간의 계약⁵¹⁾이므로 공동상속인 전원이 협의에 참여하여야 한다.⁵²⁾ 협의에 의한 상속재산분할의 경우에는 일반적으로 상속재산분할협약서가 작성되

49) 김주수/김상용, 「친족상속법」 제9판, 법문사, 2008, 578면; 송덕수, 「신민법강의」 제3판, 박영사, 2010, 1765면.

50) 송덕수, 「신민법강의」 제3판, 1766면.

51) 윤남근, “상속재산분할협의를 원인으로 한 부동산 물권변동의 성립요건과 소유권 관련 청구의 소송상 취급”, 「저스티스」 통권 제150호, 한국법학원, 2015.10, 262면. 판례도 상속재산의 분할협의를 재산권을 목적으로 하는 법률행위로 파악하고 있다(대법원 2007. 7. 26. 선고 2007다29119 판결).

52) 송덕수, 「신민법강의」 제3판, 1767면.

고, 이 협의서에 의해 상속부동산의 소유자가 된 자는 단독으로 상속등기를 할 수 있다.⁵³⁾ 즉, 상속재산 분할협의는 공동상속인들 사이의 계약에 해당하므로 이로 인한 부동산 물권변동은 등기하여야 효력이 발생한다. 따라서, 상속재산의 협의분할에 의한 부동산 공유지분의 득실변경은 협의의 내용에 부합하는 등기를 마친 경우 그 효력이 발생하는 것으로 볼 수 있다.⁵⁴⁾ 따라서, 상속재산의 협의분할방식으로 장기거주권을 설정하는 경우, 이러한 내용이 포함된 상속재산분할협의서 또는 이와 함께 작성한 장기거주권 설정계약서를 장기거주권 설정등기의 등기원인증서로 하여 장기거주권 설정등기를 신청하는 방안도 고려할 수 있다.

공동상속인 사이에 상속재산분할에 관한 협의가 성립되지 않거나 협의할 수 없는 경우에는 가정법원이 심판으로 분할할 수 있다(제1013조 제2항, 제269조 제1항).⁵⁵⁾ 공동상속인이 상속재산분할심판을 청구하기 위해서는 조정전치주의에 의하여 먼저 조정을 신청하여야 한다(가사소송법 제50조). 판례는 공유물분할의 조정절차에서 공유자 사이에 공유토지에 관한 현물분할의 합의가 성립하여 그 합의사항을 조서에 기재함으로써 조정이 성립하였다고 하더라도, 그와 같은 사정만으로 재판에 의한 공유물분할의 경우와 마찬가지로 그 즉시 공유관계가 소멸하고 각 공유자에게 그 협의에 따른 새로운 법률관계가 창설되는

53) 김주수/김상용, 「친족상속법」 제9판, 582면. 구체적으로는 대법원 등기예규에 의하면, 피상속인 명의로 등기가 되어 있는 경우에는 공동상속인들 명의로 상속등기를 하지 않고, 분할협의에서 정한 상속인에게 직접 협의분할로 인한 재산상속을 등기원인으로 한 소유권이전등기를 하도록 되어 있다(대법원 1982. 4. 13. 등기예규 438호). 이에 관해서는 상속재산분할의 소급효를 인정하더라도 반드시 피상속인으로부터 상속재산분할에 의하여 소유자에게로 직접 이전등기를 하여야 하는 것은 아니고, 분할협의에 의하여 등기청구권을 갖는 상속인은 피상속인으로부터 직접 자기 앞으로 이전등기를 할 수도 있고, 공동상속인들 명의로 상속등기를 한 후에 공동상속인들로부터 그 상속지분에 관하여 이전등기를 받는 것도 가능하다는 견해도 있다(윤남근, “상속재산분할협의를 원인으로 한 부동산 물권변동의 성립요건과 소유권 관련 청구의 소송상 취급”, 266면; 김창중, “상속재산의 분할”, 「상속법의 제문제」, 재판자료 제78집, 법원도서관, 1998, 221면).

54) 윤남근, “상속재산분할협의를 원인으로 한 부동산 물권변동의 성립요건과 소유권 관련 청구의 소송상 취급”, 267면; 박동섭, “상속재산의 협의분할”, 「변호사」 제35집, 서울지방변호사회, 2005. 1, 177~178면. 반면, 상속재산분할의 소급효를 규정한 제1015조를 근거로 상속재산분할에 의한 부동산 물권변동에는 등기를 요하지 않는다는 견해도 있다(김소영, “상속재산분할”, 「민사판례연구」 제25권, 박영사, 2003, 797면).

55) 공동상속인은 상속재산분할에 관하여 공동상속인 사이에 협의가 성립되지 아니하거나 협의할 수 없는 경우에 가사소송법이 정하는 바에 따라 가정법원에 상속재산분할심판을 청구할 수 있을 뿐이고, 상속재산에 속하는 개별재산에 관하여 민법 제268조의 규정에 따라 공유물분할청구의 소를 제기하는 것은 허용되지 않는다(대법원 2015. 8. 13. 선고 2015다18367 판결).

것은 아니고, 공유자들이 협의한 바에 따라 토지의 분필절차를 마친 후, 단독 소유로 하기로 한 부분에 관하여 다른 공유자의 공유지분을 이전받아 각각 등기를 마침으로써 비로소 그 부분에 대한 대세적 권리로서의 소유권을 취득하게 된다고 보아야 한다고 판시한 바 있다.⁵⁶⁾ 이 판결에 의하면 조정에 의한 공유물분할은 제187조의 판결에 의한 물권의 취득이 아니라, 제186조에 의한 물권의 득실변경에 해당하는 것으로 보고 있다. 따라서, 상속재산분할심판에 의한 장기거주권의 설정에 대해서 이 판결을 적용하면 분할심판 이전의 조정 절차에서 상속재산분할협약에 의해 조정이 성립됨으로써 장기거주권이 설정된 경우에는 제186조의 법률행위에 의한 물권의 취득이므로 성립요건으로서의 등기를 요하는 것으로 볼 수 있다.

한편, 상속재산분할에 관한 조정이 성립되지 않은 경우에는 가정법원의 심판으로 분할된다(제1013조 제2항).⁵⁷⁾ 장기거주권의 설정을 내용으로 하는 가정법원의 상속재산분할심판이 확정된 경우, 생존배우자가 물권으로서의 장기거주권을 취득하기 위해서는 제186조에 의하여 등기를 요건으로 하는지 또는 제187조에 의하여 등기를 필요로 하지 않는지가 문제될 수 있다. 일반적으로 상속재산분할심판의 효력에 대해서는 공유물분할판결과 같은 형성력을 갖는 것으로 보고 있다.⁵⁸⁾ 따라서, 장기거주권의 설정을 내용으로 하는 상속재산분할심판이 확정되면 그 내용에 따라 공동상속인 사이의 권리와 의무에 형성적 효력이 발생하므로,⁵⁹⁾ 심판에 의하여 부동산이 현물분할된 경우에는 제186조에 따른 등기 없이 공동상속인들 사이에 소유권취득 및 생존배우자의 장기거주권이 성립하는 것으로 볼 수 있다(제187조 참조).

또한, 판례는 현물분할이 아닌 상속재산의 경매를 명한 상속재산분할심판의 효력에 관하여 가정법원의 심판으로 경매를 명한 상속재산분할심판이 확정되면 심판의 당사자는 이 심판에 기하여 상속재산에 대하여 경매를 신청하고 경매에 따른 매각대금을 수령할 권리가 있으나, 상속재산분할심판에서 정한 구체적 상속분에 따라 물권변동의 효력이 발생하는 것은 아니라고 판시한 바 있

56) 대법원 2013. 11. 21. 선고 2011두1917 전원합의체 판결.

57) 가사소송법은 민법 제1013조 제2항의 규정에 의한 상속재산의 분할에 관한 처분을 마류 가사비송사건으로 규정하고 그에 대한 심리와 재판은 가정법원의 전속관할로 정하고 있다(가사소송법 제2조 제1항 마류사건 10호).

58) 임완규/김소영, “상속재산분할심판”, 『가정법원사건의 제문제』 재판자료 제62집, 법원행정처, 1993, 737면; 윤남근, “상속재산분할협의를 원인으로 한 부동산 물권변동의 성립요건과 소유권 관련 청구의 소송상 취급”, 267면.

59) 박태준, “심판에 의한 상속재산 분할”, 『법조』 제49권 2호, 법조협회, 2000. 2, 145면; 임완규/김소영, “상속재산분할심판”, 737면.

다.⁶⁰⁾ 즉, 상속재산의 경매를 명한 상속재산분할심판의 경우에는 심판에 의하여 물권변동의 효력이 발생하는 것이 아니라, 그 이후 경매에 의하여 물권변동의 효력이 생기므로 매수인이 경매에 의하여 등기 없이 소유권을 취득하는 때에 상속재산분할심판의 내용으로 된 장기거주권도 설정되는 것으로 볼 수 있다(제187조 참조). 따라서, 상속재산분할심판에 의한 장기거주권은 제187조에 의하여 현물분할의 경우에는 상속재산분할심판의 형성적 효력에 의하여 등기 없이 성립하고, 경매에 의한 분할인 경우에는 매수인이 매각대금을 완납함으로써 등기 없이 매수인은 소유권을 취득함과 아울러 생존배우자는 장기거주권을 취득하는 것으로 볼 수 있다.

또한, 장기거주권을 물권으로 상정한다면 단독행위인 유증이나 계약인 사인증여에 의하여 장기거주권이 설정되는 경우에도 이를 법률행위에 의한 물권의 취득(제186조)으로 볼 수 있는지를 검토할 필요가 있다. 유증은 포괄적 유증과 특정유증으로 구분할 수 있는바, 특정유증의 경우에는 유증의 목적인 재산은 일단 상속재산으로서 상속인에게 귀속되고 유증을 받은 자는 유증의무자에 대하여 유증을 이행할 것을 청구할 수 있는 채권을 취득하므로,⁶¹⁾ 유증을 받은 자는 제186조에 따라 소유권이전등기를 마침으로써 유증받은 재산의 소유권을 취득할 수 있다.⁶²⁾ 반면 포괄적 유증의 경우, 유증을 받은 자는 상속인과 동일한 권리의무가 있으므로(제1078조), 제187조에 의하여 유증자가 사망함으로써 유증의 목적인 재산의 소유권이 유증을 받은 자에게 이전된다.⁶³⁾ 포괄적 유증은 유증의 목적범위를 상속재산의 전부 또는 그에 대한 비율로 표시하고, 특정유증은 상속재산 중 특정재산을 목적으로 하는 유증을 말한다.⁶⁴⁾ 따라서, 유증으로 장기거주권을 설정하는 경우에는 이를 특정유증으로 볼 수 있으므로, 유증의 방식으로 장기거주권을 설정하는 경우에는 제186조에 따른 등기를 함으로써 장기거주권을 취득할 수 있는 것으로 볼 수 있다.

사인증여는 증여자의 사망을 정지조건으로 하여 효력이 발생하는 증여계약으로, 수증자의 승낙을 요하는 계약이라는 점에서 단독행위인 유증과 구별되지만, 증여자의 생전재산이 아닌 상속인의 상속재산으로부터 출연된다는 점에서 공통적이다.⁶⁵⁾ 따라서, 사인증여에 의한 장기거주권의 설정은 특정적 사인증여

60) 대법원 2012. 12. 27. 선고 2010다10108 판결.

61) 대법원 2003. 5. 27. 선고 2000다73445 판결.

62) 윤남근, “상속재산분할협의를 원인으로 한 부동산 물권변동의 성립요건과 소유권 관련 청구의 소송상 취급”, 260면.

63) 대법원 2003. 5. 27. 선고 2000다73445 판결.

64) 송덕수, 「친족상속법」 제3판, 박영사, 2017, 421면. 대법원 2003. 5. 27. 선고 2000다73445 판결.

로 볼 수 있으며, 특정유증의 경우와 동일하게 사인증여계약의 수증자는 제186조에 따른 등기를 함으로써 장기거주권을 취득하는 것으로 볼 수 있다.

3) 법정물권의 경우

법정물권은 당사자의 설정계약 등의 합의가 아닌, 법률이 규정한 법정요건을 충족함으로써 설정되는 물권이다. 만약 장기거주권을 법정물권으로 인정하는 경우에는 피상속인의 사망 후, 다른 공동상속인들과의 거주건물에 대한 사용에 대한 동의나 합의 및 등기가 없는 경우에도 생존배우자의 거주권의 공백이 없이 신속하게 배우자의 거주권을 취득할 수 있게 된다.

일본 민법의 경우 생존배우자는 상속재산분할, 유증 또는 사인증여에 의해서만 배우자거주권을 취득할 수 있다. 이 경우 우리 민법의 해석상 상속재산분할협의에 의한 경우, 상속재산분할심판 중 현물분할에 의한 경우 또는 특정유증과 특정사인증여의 경우와 같이 배우자거주권의 설정에 관한 공동상속인들 사이의 합의나 가정법원의 심판이 있는 경우에 한하여 등기를 갖춤으로써 배우자거주권의 취득가능성이 인정된다는 한계가 있다. 이러한 점에서 장기거주권은 생존배우자의 거주권보장을 그 취지로 하고 있지만, 공동상속인들의 의사와 관계없이 일방적으로 설정되는 권리로는 볼 수 없다는 점에서 장기거주권을 법정물권으로 파악하는 것은 적절하지 않다.⁶⁵⁾

4) 법정채권의 경우

전술한 바와 같이, 일본 민법에서는 배우자 단기거주권의 법적 성질에 대해서는 피상속인의 의사와 관계없이 성립하는 사용대차 유사한 법정채권으로 해석하고 있다. 배우자거주권에 대해서도 직접적인 규정을 두고 있지 않으나, 이를 임차권 유사한 법정채권으로 해석하면서,⁶⁷⁾ 단기거주권에 대해서는 별도의 대항력을 인정하지 않고, 배우자거주권에 대해서는 등기를 대항요건으로 인정하고 있다.⁶⁸⁾

65) 이은영, 「채권각론」 제4판, 박영사, 2004, 285면.

66) 일본 민법상 배우자거주권은 법률의 규정에 의해 당연히 성립하는 단기거주권과 달리, 원칙적으로 당사자들의 의사표시에 의해 성립하는 권리이다(현소해, “배우자 거주권 제도의 도입필요성과 도입방안”, 84면).

67) 일본 민법 개정시 배우자거주권의 법적 성질에 관해서 법정채권 또는 새로운 용익물권으로 구성하는 방안이 제안되었으나, 용익물권의 경우에는 배우자거주권의 효력이 지나치게 강력하게 되면 부동산의 유통을 저해할 수 있다는 점 및 민사집행법과의 관계를 고려하여, 임차권 유사한 법정채권으로 변경되었다고 한다. 이에 관한 상세한 내용은 이동건, “상속배우자의 권리보호에 관한 소고”, 14면; 高橋朋子, “配偶者居住權の創設” 40頁.

그러나, 우리 민법에서 배우자거주권을 도입하는 경우에는 단기거주권과 장기거주권의 법적 성질을 구분할 필요가 있을 것으로 생각된다. 단기거주권의 경우에는 그 존속기간이 대체로 6개월 정도의 단기간이고 생존배우자의 긴급한 주거문제를 해결하기 위한 임시적인 권리라는 점에서 차임지급의무가 있는 유상계약인 임대차(제618조)보다는 무상계약인 사용대차(제609조)와 유사한 법정채권으로 구성하는 것이 적절할 것으로 생각된다. 다만, 단기거주권은 장기거주권과 달리 생존배우자의 부동산에 대한 사용수익의 측면보다는 생존배우자의 긴급한 주거의 보장이라는 점에서 사용수익권을 모두 인정하는 사용대차와 달리 사용권만을 부여하는 방안 및 대항요건으로서의 별도의 등기를 요건으로 하기보다는 주택임대차보호법의 규정을 준용하여 생존배우자가 단기거주권을 취득한 시점 또는 그 이후에 거주건물에 주민등록을 갖춘 경우에는 대항력을 인정하는 방안을 고민할 필요가 있을 것이다.

5) 소결

일본 민법에서는 배우자 단기거주권과 배우자거주권을 모두 법정채권으로 해석하고 있으나, 배우자거주권에 대해서는 등기를 대항요건으로 인정함으로써 등기를 갖춘 배우자거주권의 경우에는 실질적으로 일본 민법에서의 물권과 큰 차이는 없게 되면서 입법과정에서 새로운 물권의 창설이라는 입법적 부담을 해소한 것으로 생각된다. 이러한 점에서 일본에서는 배우자거주권을 모두 법정채권으로 이론구성하는 실익이 있는 것으로 보여진다. 그러나 우리 민법의 경우 약정물권 또는 법정채권 여부에 따라 등기의 요부 및 권리의 효력에 있어서 차이가 있다. 따라서, 일본과 같이 단기거주권과 장기거주권을 모두 법정채권으로 이론구성하기 보다는 양자의 법적 성질을 구분하여 장기거주권은 약정물권으로, 단기거주권은 법정채권으로 입법하는 방안을 고려할 수 있다.

장기거주권을 약정물권으로 상정하는 경우에는 이를 등기하여야 한다는 문제가 있으나, 배우자거주권을 법정채권으로 해석하고 있는 일본 민법에서도 등기를 대항요건으로 하고 있다는 점에서 이론상으로만 등기가 성립요건 또는

68) 일본 민법상 배우자거주권은 등기에 의해 대항력을 갖는 법정채권이므로, 배우자거주권자가 등기를 갖춘 후 거주건물 소유자가 이 건물을 제3자에게 매각한 경우의 배우자거주권의 법률관계에 대해서는 배우자거주권자와 건물양수인 사이에 여전히 법정채권관계가 성립하는 것으로 해석하고, 그 근거로는 대항요건을 구비한 임대차의 경우 그 부동산이 양도되면 양수인이 임대인의 지위를 승계한다는 부동산 임대인의 지위의 이전에 관한 일본 민법 제605조의2의 준용 또는 유추적용을 들고 있다(吉田修平, “配偶者居住權の運用上の問題点などについて”, 27頁).

대항요건인지의 차이만 있을 뿐이지, 절차적으로는 등기를 필요로 한다는 점에서는 큰 차이가 없을 것으로 생각된다.

한편, 단기거주권의 경우에는 피상속인의 의사와 관계없이 성립하고, 대체적으로 존속기간이 6개월 정도로 매우 짧다는 점, 거주건물에 대한 수익권은 인정되지 않고 사용권만 인정된다는 점 및 대항요건으로서의 등기를 요구하고 있지 않다는 점 등을 고려하면 물권보다는 채권에 가까운 권리로 볼 수 있다. 따라서, 단기거주권의 경우에는 약정물권으로서의 장기거주권의 설정 및 등기 이전에 일시적으로 발생할 수 있는 생존배우자의 거주권의 공백을 해소하기 위한 잠정적인 제도로서의 기능을 전제로 한다면, 피상속인이나 공동상속인들의 의사와 관계없이 6개월 정도의 단기간에 설정되는 법정채권으로 입법하는 방안이 제도의 취지에 부합하는 것으로 생각된다.

3. 배우자거주권의 효력 및 내용

1) 개관

전술한 바와 같이 단기거주권과 장기거주권을 법정채권 또는 약정물권으로 입법하는 경우, 각 권리의 효력 및 내용을 어떻게 설정할 것인지에 대한 논의가 필요하다. 즉, 각 거주권별 취득요건·시기 및 존속기간, 사용권과 수익권 등 거주권자의 권리와 의무, 물권의 경우 다른 물권 또는 담보물권과의 관계 및 물권적 청구권의 내용, 민사집행법과의 관계 등에 관한 배우자거주권의 구체적인 효력과 내용에 대하여 고찰한다.

2) 단기거주권의 내용

(1) 취득시기·요건 및 존속기간

일본 민법상 배우자 단기거주권은 피상속인의 생존배우자가 상속개시시에 피상속인 소유의 건물에 무상으로 거주하고 있는 경우, 생존배우자가 그 거주건물을 무상으로 사용할 수 있는 권리라고 규정하고 있다(일본 민법 제1037조 제1항). 이를 기초로 우리 민법상 도입 가능한 단기거주권의 요건을 검토하면 다음과 같다.

첫째, 단기거주권의 객체로는 피상속인 소유의 주거용 건물(이하 ‘건물’이라 함)⁶⁹⁾이어야 한다. 피상속인의 그 건물에 대한 소유 여부는 우리 민법 제186조와 제187조 등에 의한 부동산물권변동의 원칙 및 부동산실명법 등 특별법의

규정에 따라 판단되어야 한다.

둘째, 피상속인의 사망시에 생존배우자가 그 건물에 거주 중이어야 한다. 단기거주권은 피상속인의 사망 후 생존배우자의 거주 공백을 방지하기 위한 제도이므로 피상속인의 사망시 생존배우자가 단기거주권의 객체인 건물이 아닌 다른 건물에 거주 중인 경우에는 단기거주권을 인정할 실익이 낮다. 이 경우 생존배우자는 거주건물에서 피상속인과 동거를 하고 있을 것은 필요하지 않을 것으로 보인다. 배우자거주권은 생존배우자의 거주권을 확보하는 것이 그 취지이므로 피상속인이 사망 전에 치료나 요양 등을 위하여 거주건물에 거주하고 있지 않은 경우, 그밖에 다른 사유로 피상속인과 동거하고 있지 않은 경우에도 생존배우자가 그 건물에 거주하고 있는 경우에는 단기거주권이 인정된다고 볼 수 있다. 이때 생존배우자의 거주를 판단하기 위한 기준으로 거주건물에 대한 주민등록을 요건으로 할 것인가에 관해서는, 민법상 주소에 관한 규정(제18조)을 준용하여 단기거주권의 객체인 건물이 생존배우자의 생활의 근거가 되는 곳이어야 하고, 주소는 동시에 두 곳 이상 있을 수 있으므로 반드시 주민등록을 갖출 필요는 없을 것으로 생각된다.⁷⁰⁾ 다만, 주택임차권과 같이 주민등록을 갖춘 경우에는 대항력을 인정하는 방안 및 후술하는 바와 같이 민사집행법 제91조에 제3항의 규정에 의한 소멸주의에 대한 예외를 인정하는 방안을 고려할 수 있다.

셋째, 생존배우자는 무상으로 그 건물에 거주하고 있어야 한다. 단기거주권은 배우자의 사망 후 생존하는 배우자의 긴급한 주거문제를 지원하기 위한 제도이므로, 생존배우자가 거주건물에 유상계약에 기하여 이미 거주권을 확보하고 있는 경우에는 단기거주권을 부여할 실익이 높지 않다.

넷째, 단기거주권의 존속기간은 일본 민법과 같이 피상속인의 사망시부터 개시되어 공동상속인들 사이에 상속재산분할로 거주건물의 소유권 귀속이 확정된 날 또는 상속개시시로부터 6개월이 경과한 날⁷¹⁾ 중 나중에 도래하는 날

69) 일본 민법에서는 배우자거주권의 객체를 건물이라고 하고 있으나, 배우자거주권은 생존배우자의 거주를 위한 권리이므로 구체적으로는 이를 주택임대차보호법과 같이 주거용 건물로 한정하는 것이 적절할 것이다.

70) 예를 들어, 생존배우자가 피상속인과 단기거주권의 객체인 건물에서 동거생활을 하던 중 피상속인이 요양병원에 장기간 입원함으로써 사실상 동거생활을 하지 않은 상태에서, 일정 기간은 손자녀의 양육을 위하여 자녀의 집에 머물면서 행정 또는 사회복지의 차원에서 자녀의 주소지에 주민등록을 하여 두고 나머지 기간은 거주건물에 머무는 경우에도 생존배우자의 단기거주권을 부정할 필요는 없을 것으로 생각된다. 이 경우 생존배우자가 실제 그 건물에 거주 중인가를 판단하기 위해서는 인우보증의 방법, 거주건물로 배달된 우편물이나 택배송장 등을 제시하는 방법 등을 고려할 수 있다.

(일본 민법 제1037조 제1항 1호), 생존배우자가 거주건물에 대해 상속지분을 취득하지 못하였거나,⁷²⁾ 공동상속인 이외의 자가 거주건물의 소유권을 취득하여 단기거주권의 소멸을 청구한 날로부터 6개월이 경과하는 때에 만료되는 것으로 보아도 무방할 것으로 생각된다. 다만, 생존배우자가 유상계약에 의하여 거주하고 있는 경우에도 그 계약의 잔여 존속기간이 단기거주권의 존속기간인 피상속인의 사망시로부터 6개월보다 짧은 경우에는 잔여기간에 한정하여 단기거주권을 인정하는 방안도 고려할 필요가 있다.

(2) 단기거주권의 사용·수익권

단기거주권은 생존배우자에게 일시적으로 인정되는 무상거주권이므로, 단기거주권에 대해서는 우리 민법상 무상계약인 사용대차에 준하는 법률관계를 적용하는 방안을 고려할 수 있다. 다만, 전술한 바와 같이 단기거주권을 법정채권으로 해석하는 경우에는 사용대차의 법률관계 중 당사자 사이의 약정을 전제로 하는 규정 및 유상계약을 전제로 하는 규정⁷³⁾은 적용되지 않는 것으로 볼 수 있다.

민법 제610조에 의하면 차주는 계약 또는 그 목적물의 성질에 의하여 정하여진 용법으로 사용·수익할 수 있고(제1항), 차주는 대주의 승낙이 없으면 제3자에게 차용물을 사용·수익하게 하지 못한다(제2항). 그러나, 단기거주권은 생존배우자의 일시적인 거주를 보장하기 위한 제도이므로 사용수익권을 모두 인정하기보다는 사용권만을 인정하는 것이 거주건물의 소유자들과의 이해관계의 조정이라는 점에서 적절할 것으로 생각된다. 따라서, 단기거주권을 취득한 생존배우자는 대주의 승낙 여부와 관계없이 제3자에게 거주건물을 사용·수익하게 할 수 없는 것으로 보아야 한다.

차주에 해당하는 생존배우자는 차용물인 거주건물에 대한 통상의 필요비를 부담하여야 한다(제611조 제1항). 거주건물의 반환시기에 관하여는 차용물의 반환시기에 관한 제613조가 아닌, 단기거주권의 존속기간에 관한 별도의 규정

71) 이와 같이 일본민법에서 단기거주권의 6개월의 최소존속기간을 보장하는 것은 피상속인의 사망 후 장기거주권이 성립하지 않은 상태에서 빠른 시간 내에 상속재산이 분할된 경우 생존배우자가 이사 등에 필요한 유예기간을 확보하기 위한 것이라고 한다(堂蘭幹一郎外, “改正相續法の要點(1)”, 15頁).

72) 이러한 경우로는 피상속인이 생존배우자 이외의 자에게 거주건물을 유증이나 사인증여한 경우, 생존배우자가 상속을 포기한 경우 등을 들 수 있다.

73) 예를 들면 제609조(사용대차의 의의), 대주의 계약해지권에 관한 제610조 제3항, 제612조에 의해 준용되는 제559조(증여자의 담보책임)·제601조(무이자소비대차와 해제권), 차용물의 반환시기에 관한 제613조 등을 들 수 있다.

이 적용되어야 할 것으로 보인다. 제614조는 차주가 사망하거나 파산선고를 받은 때에는 대주의 계약해지권을 규정하고 있는바, 단기거주권의 소멸사유에 관해서는 차주인 생존배우자가 사망한 경우에는 단기거주권의 존속기간에도 불구하고 단기거주권은 소멸되는 것으로 볼 수 있다. 다만, 제614조의 파산선고에 관한 규정은 생존배우자의 거주권의 보장이라는 점에서 단기거주권의 소멸사유에서 제외하는 것이 적절할 것으로 생각된다.

(3) 민사집행법과의 관계

단기임차권이 설정된 거주건물이 경매 등으로 매각된 경우, 단기임차권은 매각으로 소멸하는가에 관해서는 민사집행법 제91조와의 관계를 검토할 필요가 있다. 민사집행법 제91조에 의하면 지상권·지역권·전세권 및 등기된 임차권은 저당권·압류채권·가압류채권에 대항할 수 없는 경우에는 매각으로 소멸하고(제3항), 지상권·지역권·전세권 및 등기된 임차권은 저당권·압류채권·가압류채권에 대항할 수 있는 경우에는 매수인이 인수한다(제4항).

민사집행법 제91조에 의한 등기된 임차권은 등기를 갖춘 임차권뿐 아니라, 대항력을 갖춘 주택임차권 및 상가건물임차권을 포함하지만,⁷⁴⁾ 단기거주권을 전술한 바와 같이 대항요건으로서의 등기를 필요로 하지 않는 법정채권으로 설정하는 경우에는 민사집행법 제91조에 의한 등기된 임차권 또는 대항력 있는 임차권으로 볼 수 없으므로 단기임차권은 매각으로 소멸하게 된다. 그러나 이러한 결과는 단기임차권제도의 취지에 부합하지 않는다. 단기임차권은 그 존속기간이 6개월 정도로 단기이고, 상속인 등 소유자와의 이해관계조정을 바탕으로 생존배우자의 거주를 보장해주는 제도라는 점에서 민사집행법 제91조의 예외를 인정할 필요가 있다.

따라서 단기거주권의 성립요건 중 피상속인 소유건물에서 생존배우자의 거주라는 요건을 위하여 생존배우자가 피상속인의 사망시 거주건물에 주민등록을 마친 경우에는 전술한 바와 같이 이를 단기거주권의 대항요건⁷⁵⁾으로 인정하는 방안을 고려할 수 있다. 따라서 민사집행법 제91조 제3항에 ‘다만, 주민등록을 마친 배우자 단기거주권은 그러하지 아니하다’라는 단서를 덧붙으로써 소멸주의의 예외를 인정하는 방안을 고려할 수 있다.⁷⁶⁾

74) 이시윤, 「신민사집행법」제4판, 박영사, 2007, 237면; 오시영, 「민사집행법」, 학현사, 2007, 436면.

75) 일본 민법에 의하면 배우자 단기거주권은 제3자에게 대항할 수 없다(堂蘭幹一郎 外, “改正相續法の要點(1)”, 14頁).

3) 장기거주권의 내용

(1) 취득시기 · 요건 및 존속기간

일본 민법에서는 배우자거주권의 요건으로 첫째 생존배우자가 상속개시시에 피상속인 소유의 건물에 거주하고 있을 것, 둘째 그 건물에 관해 생존배우자에게 장기거주권을 취득시키는 취지의 상속재산분할 · 유증 또는 사인증여가 있을 것을 요건으로 하고 있다(일본 민법 제1028조 제1항). 이를 기초로 우리 법제에서 장기거주권의 도입을 위한 요건을 검토하면 다음과 같다.

첫째, 생존배우자가 상속개시시에 피상속인 소유의 주거용 건물에 거주하고 있어야 한다.⁷⁶⁾

둘째, 거주건물에 관하여 생존배우자에게 장기거주권을 취득시키는 취지의 상속재산분할 · 유증 또는 사인증여가 있어야 한다. 상속재산분할은 지정분할, 협의분할, 심판분할의 방법으로 할 수 있다. 전술한 바와 같이 상속재산의 지정분할은 유언의 방식으로 하여야 하므로 지정분할에 의한 장기거주권의 설정은 단독행위인 유증에 의한 물권취득으로 볼 수 있다. 따라서, 법률행위인 유증의 방식으로 지정분할에 의한 장기거주권을 설정하는 경우에는 제186조에 의하여 등기를 성립요건으로 하는 것으로 볼 수 있다. 지정분할이 없는 경우에는 협의분할에 의하는데, 협의분할은 공동상속인들 사이의 계약에 해당한다. 협의분할이 성립되지 않거나 협의할 수 없는 경우에는 가정법원이 심판으로 분할할 수 있다. 심판에 의한 분할은 조정절차가 선행되어야 하므로, 조정에 의하여 상속재산이 분할된 경우에도 판례는 상속재산분할에 대한 형성적 효력을 인정하지 않고 등기를 요건으로 하고 있다.⁷⁸⁾ 상속재산분할에 관한 조정이 성립되지 않은 경우에는 가정법원의 심판으로 분할되는바, 상속재산분할심판이 확정된 경우에는 심판의 형성적 효력에 의하여 등기 없이 분할의 효력이 발생하게 된다. 또한, 상속재산분할심판에서 현물분할이 아닌 경매를 명한 경우에는 공동상속인 사이에 장기거주권의 설정에 합의가 있거나, 합의가 없는 경우에도 생존배우자의 신청에 의하여 법원이 그 필요성을 인정하는 경우⁷⁹⁾에는

76) 이러한 단서를 반영한 민사집행법 제91조 제3항의 조문을 제안하면 다음과 같다. 민사집행법 제91조 ③ 지상권 · 지역권 · 전세권 및 등기된 임차권은 저당권 · 압류채권 · 가압류채권에 대항할 수 없는 경우에는 매각으로 소멸한다. 다만, 배우자 단기거주권은 그러하지 아니하다.

77) 이 요건은 전술한 단기거주권의 요건과 동일하므로 별도로 서술하지 아니한다.

78) 대법원 2012. 12. 27. 선고 2010다10108 판결.

79) 일본 민법 제1029조에서는 상속재산분할심판에 의하여 배우자거주권을 설정하는 경우로

장기거주권의 설정을 매각조건⁸⁰⁾으로 하여 매각하는 방안을 고려할 수 있다. 따라서 이 경우에는 경매에 의하여 장기거주권이 설정되는 것으로 제187조에 의하여 등기 없이 장기거주권을 취득할 수 있는 것으로 볼 수 있다. 또한, 단독행위인 유증이나 계약인 사인증여에 의하여 장기거주권을 설정하는 경우에도, 이는 제186조의 법률행위에 해당하므로 등기를 요하는 것으로 볼 수 있다. 한편, 단기거주권과의 관계에서 피상속인의 사망 후에 설정된 단기거주권의 존속기간이 만료되지 않은 경우에도 장기거주권이 성립할 수 있는지 여부도 문제된다. 단기거주권은 동거 배우자인 피상속인의 사망 후, 생존배우자의 거주 공백을 해결하기 위한 잠정적이고 보충적인 제도이다. 따라서, 생존배우자가 다른 계약관계나 법률관계에 의하여 거주건물을 사용하고 있거나, 장기거주권의 성립요건이 충족된 경우에는 단기거주권이 성립하지 않는 것으로 볼 수 있다. 또한, 단기거주권이 이미 성립하여 그 존속기간 중 장기거주권의 성립요건이 충족된 경우, 장기거주권이 더 안정적이고 영구적인 권리이므로 생존배우자는 단기거주권을 포기 또는 소멸시키고 장기거주권의 주장을 허용할 필요가 있다.

넷째, 장기거주권의 존속기간에 관하여 일본 민법에서는 원칙적으로 생존배우자의 종신으로 하되, 유산분할·유증 또는 사인증여에서 정한 경우에는 그 기간으로 정하고 있고, 존속기간이 정해진 경우에는 갱신을 허용하고 있지 않다(일본 민법 제1030조). 우리 민법에서도 장기거주권의 존속기간은 피상속인이 유증이나 사인증여에서 장기거주권의 존속기간을 정하지 않은 경우에는 생존배우자의 종신까지, 상속재산분할·유증 또는 사인증여에서 그 기간을 정한 경우에는 정해진 기간으로 하는 방안을 고려할 수 있다.⁸¹⁾ 다만, 존속기간의 정함이 있는 경우에는 거주건물의 다른 공동상속인이나 소유자의 소유권과의 균형을 위하여 존속기간의 연장이나 갱신은 허용되지 않는 것으로 보아야 한다.

는 공동상속인들간에 생존배우자의 배우자거주권 취득에 관한 합의가 있거나(제1항), 생존배우자가 가정법원에 배우자거주권의 취득을 희망하는 취지의 신청을 한 경우에 거주건물의 소유자가 받은 불이익의 정도를 고려하더라도 생존배우자의 생활을 유지하기 위한 특별히 필요하다고 인정하는 경우(제2항)를 규정하고 있다.

80) 민사집행법 제110조~제111조.

81) 다만, 장기거주권의 존속기간을 생존배우자의 종신 또는 장기로 하더라도, 거주건물의 소유를 목적으로 하는 토지임대차나 지상권이 설정되어 있는 경우 그 존속기간의 만료되어 갱신되지 않으면 사실상 장기거주권도 소멸할 우려도 있다. 이 경우, 장기거주권의 부담을 지고 있는 건물소유자인 토지임차인은 토지임대인에 대하여 갱신청구권을 행사하는 대신, 건물매수청구권을 행사함으로써 건물을 매각하고 장기거주권의 부담으로부터 벗어날 수 있는 가능성도 있다(제643조).

(2) 사용·수익·처분권

일본 민법상 배우자거주권은 사용대차와 임대차의 규정을 준용하고 있으므로, 생존배우자는 사용대차계약의 차주의 지위에서 거주건물을 무상으로 사용할 수 있지만, 거주건물 소유자의 승낙을 받지 않으면 제3자에게 거주건물을 사용하게 하거나 수익하게 할 수 없다(일본 민법 제1032조 제3항). 따라서 생존배우자는 원칙적으로 거주건물의 사용권을 가지지만 수익권은 제한된다.

한편, 우리 민법상 사용대차에 의하면 차주는 목적물의 성질에 의하여 정하여진 용법으로 무상으로 사용·수익할 수 있고, 대주의 승낙이 없으면 제3자에게 목적물을 사용·수익하게 할 수 없다(제609조~제610조). 임대차의 경우에도 임차인의 사용·수익과 차임지급을 약정의 내용으로 하고 있고(제618조), 전세권의 경우 전세권자는 그 부동산의 용도에 좇아 사용·수익할 수 있다(제303조). 이와 같이, 우리 민법상 사용대차·임대차 및 전세권은 목적물의 성질 또는 용도에 따른 사용수익을 내용으로 하고 있다는 점에서는 공통적이지만, 임대차는 차임의 지급을 내용으로 하는 유상계약이고 전세권은 전세금의 지급을 성립요건으로 하고 있다는 점에서 장기거주권은 무상계약인 사용대차계약에서 차주의 차용물에 관한 사용권과 유사한 권리로 볼 수 있다. 다만, 사용대차계약에서의 차주의 수익권의 제한과 마찬가지로 생존배우자는 원칙적으로 거주건물의 사용권을 취득하고, 거주건물 소유자의 승낙 없이 제3자에게 거주건물을 사용하게 하거나 수익할 수 없도록 제한할 필요가 있다(제610조 제2항 참조).

만약, 장기거주권을 취득한 생존배우자가 거주건물 소유자의 승낙 없이 거주건물을 제3자에게 사용·수익하게 한 계약을 체결한 경우, 그 효력이 문제될 수 있다. 이에 관하여, 대법원은 사용대차에 있어서 차주의 권리를 양도받은 자는 그 양도에 관하여 대주의 승낙이 없으면 대주에게 대항할 수 없다고 판시한 바 있다.⁸²⁾ 따라서, 이 경우 제3자는 대주인 거주건물 소유자에 대하여 생존배우자와의 계약의 효력으로 대항할 수 없으므로, 거주건물 소유자는 제3자에 대하여 소유권에 기한 반환청구권을 행사할 수 있다. 그러나, 거주건물 소유자가 생존배우자를 상대로 소유권에 기한 반환청구권을 행사함으로써 장기거주권을 소멸시킬 수는 없고, 대신 생존배우자의 무단 사용·수익행위로 인한 부당이득반환청구권의 행사를 허용하는 방안을 고려할 수 있다.⁸³⁾

82) 대법원 1999. 5. 11. 선고 98다61746 판결.

83) 대법원 1968. 2. 20. 선고 67도1456 판결. 이 판결에서는 차주가 차용물을 반환기일에 반환하지 않고 사용하던 중 타인에게 사용료를 받고 대여한 경우에 차주의 반환거부는 형

우리 민법상 사용대차계약에 의하면 차주는 차용물의 통상의 필요비를 부담하고(제611조 제1항), 기타의 비용에 관해서는 제594조 제2항의 규정에 의하여 제203조가 준용된다. 따라서, 차주는 그 가액의 증가가 현존한 경우에 한하여 유익비의 상환을 청구할 수 있다(제611조 제2항). 반면, 임대차계약에서는 임차인의 필요비 및 유익비상환청구권을 인정하고 있다(제626조). 장기거주권은 사용대차와 같이 무상의 거주권이라는 점에서 생존배우자의 필요비 상환청구권은 인정하지 않되, 유익비상환청구권만을 인정하는 방안을 고려할 수 있다.

장기거주권의 처분에 관하여 일본 민법에서는 배우자거주권의 양도를 금지하고 있다(제1032조 제2항). 장기거주권이 생존배우자의 거주권을 보장하기 위한 일신전속적인 권리라는 점에서 이러한 입법태도는 타당하다. 우리 법의 입장에서조차 배우자거주권의 양도 및 이전을 금지하는 방안을 고려할 수 있다.

(3) 물권적 청구권

장기거주권을 물권으로 파악하는 경우에는 물권으로서의 어떠한 효력을 부여할 것인지를 논의할 필요가 있다. 기본적으로 물권은 지배권으로서 이로부터 파생된 물권적 청구권에 의해 물건을 배타적으로 지배함으로써 지배권으로서의 실효성을 보장받을 수 있다. 물권적 청구권 중 반환청구권, 방해제거청구권, 방해예방청구권 중 반환청구권은 본권에 기한 물권적 반환청구권 뿐 아니라, 점유권에 기한 점유물 반환청구권으로 유사한 효과를 기대할 수 있으므로 단기·장기거주권을 취득한 생존배우자가 그 거주건물의 점유를 침탈당한 경우에는 점유할 권리에 기한 점유물 반환청구권을 행사함으로써 해결가능할 것이다.⁸⁴⁾

한편, 일본 민법에서는 대항요건으로서의 설정등기를 갖춘 배우자거주권의 경우에는 부동산 임대차에서의 임차인의 방해정지청구권 등의 규정(제605조의 4)이 준용되고 있으나, 우리 민법에서 장기거주권을 물권으로 입법하는 경우에는 임차권에 관한 규정을 준용하기 보다는 별도의 방해배제청구권에 관한 규정을 두는 방안 또는 점유보호청구권을 인정하는 방안이 적절할 것으로 생각된다.

령죄에 해당한다고 판시하였다.

84) 거주권을 가진 생존배우자가 거주건물에 대하여 공유지분을 가진 경우에는 제3자의 점유 침탈에 대하여 공유물의 보존행위로서 제3자에 대하여 단독으로 소유권에 기한 반환청구권을 행사하는 것은 문제가 없어 보인다(제265조).

(4) 민사집행법과의 관계

전술한 단기임차권과 마찬가지로 장기임차권이 설정된 거주건물이 경매로 매각된 경우, 장기임차권의 소멸 여부에 관해서 민사집행법 제91조와의 관계를 검토할 필요가 있다. 단기임차권과 달리 물권으로서의 장기임차권이 등기를 갖춘 경우에는 민사집행법 제91조 제3항의 지상권·전세권 또는 등기된 임차권에 준하는 권리로 보아, 저당권 등에 대항할 수 없는 경우에는 장기임차권은 매각으로 소멸하고(민사집행법 제91조 제3항 참조), 저당권 등에 대항할 수 있는 경우에는 매수인이 인수하는 것으로 볼 수 있다(민사집행법 제91조 제4항 참조).

단기거주권의 경우에는 피상속인의 사망 후 생존배우자의 거주 공백을 방지하고 그 존속기간이 비교적 단기간이라는 점에서, 주민등록을 마친 단기거주권에 대해서는 민사집행법 제91조 제3항에 의한 소멸주의의 예외를 인정할 필요성을 제기하였다. 그러나, 장기거주권은 생존배우자의 종신 또는 별도로 정한 기간까지 장기간 존속하므로 거주건물의 다른 공동상속인이나 소유자의 소유권행사에 대한 제한이 전제로 된다는 점에서, 민사집행법상 매각절차에서 일방적으로 소멸주의의 예외를 인정하게 되면 매각 대상 부동산가치의 하락 및 저당권자나 압류채권자 및 경매매수인 등 이해관계인의 불이익이 장기간 지속될 수 있다는 우려가 제기될 수 있다. 따라서, 장기거주권의 경우에는 등기를 갖춘 때를 기준으로 민사집행법 제91조 제3항의 규정에 의한 저당권 또는 압류채권 등에 대항할 수 있는지에 따라 소멸 또는 인수 여부를 정하는 방안이 타당할 것으로 생각된다. 즉, 민사집행법 제91조 제3항 및 제4항에서 ‘지상권·지역권·전세권 및 등기된 임차권’에 ‘등기된 배우자 장기거주권’을 추가하는 방안을 고려할 수 있다.

(5) 생존배우자와 공동상속인의 공유에 기한 법률관계

배우자는 피상속인의 직계비속 또는 직계존속과 공동상속하게 된다(제1003조 제1항). 따라서, 배우자거주권의 객체인 건물이 피상속인의 단독소유인 경우 또는 피상속인이 생존배우자와 공동소유하는 경우에 생존배우자는 거주건물의 소유권을 다른 상속인과 공동상속을 하거나 거주건물에 대한 피상속인의 지분을 공동상속하게 된다. 따라서, 배우자거주권을 취득한 생존배우자는 한편으로는 거주건물에 대하여 상속지분을 취득한 공유자의 지위를 갖게 되고, 그 밖의 상속인들도 거주건물에 대한 공유지분을 취득하여 공유자로 된다.

이 경우 배우자거주권이 설정된 거주건물에 대하여 생존배우자 및 공동상속

인들의 공유지분권의 행사방법 및 공유관계에 관한 거주건물의 보존·관리 및 처분방법이 문제될 수 있다. 즉, 배우자거주권이 설정된 거주건물에 대해서 생존배우자의 공유지분의 효력이 여전히 미치는지 여부, 배우자거주권은 생존배우자의 공유지분의 범위를 제외한 부분에 대해서만 설정되는지 여부, 생존배우자가 거주건물의 공유자에 대하여 유익비 등 비용상환청구권을 행사하는 경우 생존배우자의 공유지분에 해당하는 비용도 포함되는 것인가 등의 문제가 제기될 수 있다.

배우자거주권자인 생존배우자와 공동으로 거주건물을 상속한 직계비속 등 공동상속인은 거주건물에 대한 지분을 취득함으로써 거주건물에 대한 공유관계가 성립한다. 공유자는 원칙적으로 공유물의 사용·수익, 관리·보존, 공유물 분할청구, 공유지분의 처분 등 공유자로서의 권리를 행사할 수 있다. 그러나, 공유자 중 1인인 생존배우자가 배우자거주권을 취득한 경우, 다른 공유자의 지분권 행사는 제한될 수밖에 없다.

공유자는 공유물 전부를 지분의 비율로 사용·수익할 수 있고(제263조), 각 공유자는 공유계약에 다른 약정이 없는 한 공유물을 독점적으로 점유하여 사용·수익할 수 없다. 다만, 공유계약에 의하여 어느 공유자가 공유물 전부 또는 특정부분을 독점하여 사용하는 것을 합의할 수 있다. 이러한 공유물의 독점적 사용은 약정당사자 사이에서만 채권적 효력을 가지며, 약정에 참여하지 않은 공유자나 제3자에 대해서는 대항할 수 없다.⁸⁵⁾ 그러나 공유자 중의 1인인 생존배우자가 배우자거주권을 취득하고 대항요건으로서의 등기나 주민등록을 마친 경우에는 배우자거주권의 대항력에 의하여 다른 공유자의 사용·수익권은 그 기간 동안 제한되므로 다른 공유자들은 거주건물을 사용·수익할 수 없다. 따라서, 공유물의 사용·수익방법을 공유지분의 과반수결의로 정한 경우에도 배우자거주권자인 생존배우자에게 대항할 수 없는 것으로 해석되어야 한다. 판례는 과반수 공유지분권자가 공유물의 특정 부분을 배타적으로 사용·수익하는 것을 긍정하고 있으나,⁸⁶⁾ 이 판결의 내용을 공유관계가 성립된 거주건물에 대해서 적용하는 경우에는 배우자거주권을 행사할 수 없는 문제가 발생할 수 있으므로, 배우자거주권이 설정된 거주건물에 대해서는 공유물인 거주건물의 사용·수익방법을 공유지분의 과반수결의로 정한 경우에도 배우자거주권을 취득한 생존배우자에 대해서는 대항할 수 없는 것으로 예외를 인정할 필요성이 있다.

85) 이은영, 「물권법」개정신판, 박영사, 2002, 500면.

86) 대법원 2001. 11. 27. 선고 2000다33638, 33645 판결.

IV. 결론

이 논문에서는 다수의 선행연구를 통하여 국내에 소개된 개정 일본 민법에서의 배우자거주권 등에 관한 내용을 기초로 하여, 배우자거주권 등의 국내 입법 가능성 여부를 검토하고자 하였다. 이를 위하여 우리 법제에서의 입법 가능한 배우자거주권의 성립요건·권리의 내용·민사집행법과의 관계 등을 상정 및 검토하고, 이를 일본 민법의 배우자거주권 등의 내용과 비교함으로써 배우자거주권의 실체를 정립하고자 하였다. 그 구체적인 내용은 다음과 같다.

첫째, 배우자거주권이라는 용어에 관하여 일본 민법에서는 배우자거주권과 배우자 단기거주권으로 구분하고 있으나, 이 논문에서는 배우자 장기거주권과 배우자 단기거주권으로 구분하고, 두 개념을 포괄하는 상위개념으로 배우자거주권이라는 용어의 사용을 제안하였다.

둘째, 배우자거주권의 공통적 요건으로는 피상속인의 생존배우자가 상속개시시에 피상속인 소유건물에 무상으로 거주하고 있을 것이 요구된다. 다만, 주택임대차보호법의 규정을 준용하여 생존배우자가 거주건물에 주민등록을 마친 경우에는 법정채권인 단기거주권에 대한 대항력을 인정할 필요가 있다. 한편, 장기거주권의 경우에는 거주건물의 다른 공동상속인이나 소유자들과의 이해관계의 조정이라는 점에서 생존배우자에게 장기거주권을 취득시키는 취지의 상속재산분할·유증 또는 사인증여가 존재할 것이 요구된다.

셋째, 일본 민법에서는 배우자거주권과 배우자 단기거주권을 법정채권으로 해석하지만, 이 논문에서는 장기거주권은 설정등기를 필요로 하는 약정물권으로, 단기거주권은 법정채권으로 이론구성하는 방안을 제시하였다. 다만, 상속재산분할 중 형성적 효력을 갖는 법원의 심판에 의하여 현물분할을 하는 경우와 경매에 의한 경우에는 등기 없이 장기거주권이 설정될 수 있으므로, 이는 제 187조에 의한 물권의 취득으로 해석하였다.

넷째, 단기거주권의 존속기간은 생존배우자의 상속개시시부터 개시되어 상속재산분할로 거주건물의 소유권귀속이 확정된 날 또는 상속개시시로부터 6개월이 경과한 날 중 나중에 도래하는 날까지로 하였다. 다만, 생존배우자가 상속개시시에 다른 계약에 의하여 거주하는 경우에도 그 계약이 단기거주권의 존속기간 이내에 만료되는 경우에는 단기거주권의 잔여기간 동안 단기거주권을 인정할 필요가 있다. 장기거주권의 존속기간은 유증이나 사인증여 등에서 존속기간을 정하지 않은 경우에는 생존배우자의 종신까지, 존속기간을 정한 경

우에는 정해진 기간으로 하되, 소유자와의 이해관계의 조정을 위하여 존속기간의 연장이나 갱신은 허용하지 않은 것으로 하였다.

다섯째, 배우자거주권의 효력에 관해서는, 배우자거주권은 무상거주권이라는 점에서 사용권만 인정하고 수익권은 인정하지 않는 방안이 고려될 필요가 있다. 또한, 단기거주권의 경우에는 그 존속기간이 단기간이라는 점에서 유익비상환청구권은 인정하지 않고, 필요비상환청구권의 경우에도 우리 민법상 무상사용대차에 관한 규정을 준용하여 생존배우자가 통상의 필요비를 부담하는 것이 적절하다. 장기거주권도 무상의 거주권이라는 점에서 생존배우자의 필요비상환청구권은 인정하지 않되, 유익비상환청구권은 인정하는 방안을 고려할 수 있다.

여섯째, 민사집행법 제91조와의 관계에 있어서 단기거주권은 그 존속기간이 상대적으로 단기간이고 생존배우자의 급박한 거주 문제를 해결하기 위한 제도라는 점에서 생존배우자가 거주건물에 주민등록을 마친 경우에는 민사집행법 제91조 제3항에 의한 등기된 임차권에 준하는 것으로 보아 소멸주의의 예외를 인정할 필요가 있다. 장기거주권의 경우에는 이를 물권으로 파악하여 설정등기를 갖추으로써 우선적 효력과 대항력이 발생하므로, 민사집행법 제91조 제3항 및 제4항에서 ‘지상권·지역권·전세권 및 등기된 임차권’에 ‘등기된 배우자 장기거주권’을 추가함으로써 저당권 또는 압류채권 등에 대한 대항 여부에 따라 소멸 또는 인수 여부를 정하는 방안이 타당할 것으로 생각된다.

[참고문헌]

- 김주수/김상용, 「친족상속법」제9판, 법문사, 2008.
- 송덕수, 「신민법강의」제3판, 박영사, 2010.
- _____, 「친족상속법」제3판, 박영사, 2017.
- 오시영, 「민사집행법」, 학현사, 2007.
- 이시윤, 「신민사집행법」제4판, 박영사, 2007.
- 이은영, 「채권각론」제4판, 박영사, 2004.
- _____, 「물권법」개정신판, 박영사, 2002.
- 堂蘭幹一郎/神吉康二, 「概說改正相續法」, 金融財団事情研究會, 2019.
- 고형석, “사실혼 배우자의 주택임차권의 승계에 관한 연구”, 「한양법학」제30집, 한양법학회, 2010.
- 곽민희, “2018년 일본 개정 상속법 개관”, 「안암법학」 제57호, 안암법학회, 2018.
- 김기환, “생존배우자 거주권”, 「저스티스」제171호, 한국법학원, 2019.
- 김미경, “프랑스민법상 배우자의 주거보호”, 「비교사법」제52호, 한국비교사법학회, 2011.
- 김소영, “상속재산분할”, 「민사판례연구」제25권, 박영사, 2003.
- 김창종, “상속재산의 분할”, 「상속법의 제문제」재판자료 제78집, 법원도서관, 1998.
- 박동섭, “상속재산의 협의분할”, 「변호사」제35집, 서울지방변호사회, 2005. 1.
- 박인환, “일본의 상속법 개정동향”, 「법학연구」 제21권 3호, 인하대 법학연구소, 2018.
- 박태준, “심판에 의한 상속재산 분할”, 「법조」제49권 2호, 법조협회, 2000. 2.
- 양경승, “상속재산분할협의의 법적 성질과 효력”, 「사법논집」제66집, 법원도서관, 2018.
- 윤남근, “상속재산분할협의를 원인으로 한 부동산 물권변동의 성립요건과 소유권 관련 청구의 소송상 취급”, 「저스티스」통권 제150호, 한국법학원, 2015.10.
- 이동건, “상속배우자의 권리보호에 관한 소고”, 「동북아법연구」 제13권 제1호, 전북대 동북아법연구소, 2019. 5.
- 이승현, “일본 개정민법상 배우자의 거주권 보호 규정에 관한 고찰”, 「법학논총」 제38권 4호, 전남대 법학연구소, 2018.
- 임완규/김소영, “상속재산분할심판”, 「가정법원사건의 제문제」재판자료 제62집, 법원행정처, 1993.

현소혜, “배우자 거주권 제도의 도입 필요성과 도입방안”, 『가족법연구』 제33권 제1호, 한국가족법학회, 2019. 3.

羽生香織(鬼頭祐紀역), “2018년 일본 민법(상속법) 개정 개요와 향후 과제”, 『서강 법률논총』 제8권 제1호, 서강대 법학연구소, 2019.

法制審議會 民法(相續關係)部會 第1回會議 參考資料1(相續法制檢討ワーキングチーム報告書)(<http://www.moj.go.jp/content/001143586.pdf>), 平成27.4.21.

法制審議會 民法(相續關係)部會 第15回會議 部會資料15(配偶者の居住權を保護するための方策等)(<http://www.moj.go.jp/content/001209669.pdf>), 平成28.1.22.

法制審議會 民法(相續關係)部會 第21回會議 部會資料21(積殘しの論点について(2))(<http://www.moj.go.jp/content/001225750.pdf>), 平成29.5.23.

法制審議會民法(相續關係)部會 第22回 會議 部會資料22-2 補足説明(要綱案のたたき台(1))(<http://www.moj.go.jp/content/001227620.pdf>), 平成29.6.20.

堂蘭幹一郎/笹井朋昭/紳吉康二/宇野直紀/倉重龍輔/秋田純, “改正相續法の要點(1)”, 『金融法務事情』No.2099, 金融法務事情研究會, 2018. 10. 10.

高橋朋子, “配偶者居住權の創設”, 『民商法雜誌』第155卷 第1号, 有斐閣, 2019. 4.

山野目章夫, “配偶者居住權とその登記”, 『登記情報』60卷6号, 金融財政事情研究會, 2020.6.

吉田修平, “配偶者居住權の運用上の問題点などについて”, 『土地総合研究』夏号, 土地総合研究所, 2019.

[Abstract]

A Study on Legislation of Spouse's Residence Right in Korea under Japanese Civil Law

Ryu, Chang-ho*

Korea and Japan are expanding minimum livelihood support through welfare policies by the central and local governments, such as basic pension for elderly people over a certain age, but additional welfare policies on housing problems have not been provided. In this respect, in the revised Japanese Civil Code it was established the right for a surviving spouse(widow or widower) to live for a short or long term after the death of his or her spouse in the house which the surviving spouse has been residing owned by the deceased spouse.

The spouse's short-term residence right is a system that guarantees a short-term residence for the dwellings owned by the heirs where the surviving spouse has resided at the initiation of inheritance until the ownership is settled. And the spouse's long-term residence right is a right similar to a loans for use or leases that a surviving spouse can use the house for life or a certain period of time for free.

In Korea, as the aging phenomenon is accelerating, it needs to consider actively the introduction of spouse's residence right, as the proportion of elderly parents not living with their children who have been married is increasing. While previous domestic studies on spouse's residence rights have mainly focused on introducing the contents of Japanese revised civil code, this paper is trying to examine the possibility of legislation in the civil code and the conformity to the civil code, the civil enforcement act and the precedents of Supreme Court in Korea.

The legal issues regarding spouse's residence right in Korean legal system are as follows. Whether to consider the legal nature of spouse's residence

* Professor, Law School Ajou University

right as real right or as legal claim, how to establish the requirements, duration and effectiveness of spouse's residence right, the problem of how the right will be treated in civil enforcement procedures, and the legal relations concerning the joint ownership with surviving spouse and joint heirs when the spouse's residence right is established, etc. In this paper, I reviewed the relationship with domestic law on these issues and tried to propose legislative opinions in case of necessity.

Keywords : Residence Right, Korean Civil Code, Japanese Civil Code,
Surviving Spouse, Aged Society

