

민법개정과 경과규정*

- 상속법을 중심으로 -

박 근 응**

〈국문초록〉

이 연구는 민법, 특히 상속법의 제·개정과정에서의 경과규정의 의미를 밝히고 신법과 구법의 시적 적용범위가 문제되었던 개별사건에 대한 법원의 입장을 검토하기 위하여 수행되었다. 이를 위해 시제사법의 선행연구들을 살펴보고, 이를 기반으로 대법원의 경과규정에 관한 판결례를 분석하고 검토하였다.

상속에 있어 경과규정은 이른바 상속개시시법주의가 원칙이다. 상속으로 인하여 발생한 기득권을 보호하기 위한 것이다. 따라서 상속과 관련한 문제라 할지라도 상속 그 자체에 의해 발생하는 기득권과 무관하다면 상속개시시법주의를 관철해야 할 이유도 정당성도 없다. 개별 상속제도들을 각론적으로 검토하여 각 제도의 특징들을 포착한 후 그 특징에 맞게 경과규정을 해석해야 비로소 바람직한 결과를 도출할 수 있을 것이다.

한편 이와 관련하여 법률불소급의 원칙과 기득권이론은 경과규정의 입법과 해석의 측면에서 여전히 유용한 도구가 된다. 또한 권리존속의 규칙도 하나의 원리로 고려될 수 있다. 물론 이때 새로운 법에 따라 권리의 내용이 변경되어야 한다는 요청은 여러 요소들의 비교형량을 통해 정당화될 수 있다. 예컨대 개정법질서의 공공성의 정도, 권리자의 신뢰이익, 권리 변경의 본질성 여부, 동시대 복수 수범자들 사이의 평등 등이 고려요소가 된다.

주제어 : 민법개정, 경과규정, 시제법, 시제사법, 상속법

• 투고일 : 2021.7.10. / 심사일 : 2021.7.23. / 게재확정일 : 2021.7.24.

I. 들어가는 말

민법은 1958년 2월 22일 법률 제471호로 제정되어 1960년 1월 1일부터 시행된 이래 서른 두 번의 개정을 통해 현재의 모습에 이르고 있다.¹⁾ 법 일반에

* 이 논문은 2018년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (NRF-2018S1A5B5A07073634)

** 부산대학교 법학전문대학원 조교수, 법학박사.

공통된 문제이겠지만 이와 같이 민법 제정과 개정 과정에서는 시(時)적 측면에서 개별사건에 적용될 법을 결정해야 하는 문제가 발생한다. 이를 넓게는 시제법(時祭法),²⁾ 민법과 같은 사법의 영역에 국한하여서는 시제사법(時祭私法)의 문제라 한다. 법학 전반을 살펴보면 시제법을 논의하는 선행연구를 종종 발견할 수 있다.³⁾ 그러나 사법(私法)차원에서 시제법에 관한 논의를 담고 있는 문헌을 찾아보기는 쉽지 않았다. 다만 최근에는 이를 전면에서 다루고 있는 의미 있는 연구 성과들이 등장하고 있어⁴⁾ 논의가 한층 깊어지고 있는 추세이다.

법률의 시간적 범위에 관한 시제법 문제에 있어 문제해결을 위한 일차적 검토대상은 당연히 입법자의 결단, 즉 경과규정일 것이다.⁵⁾ 민법과 관련하여서도 입법자는 법의 개폐를 둘러싼 당사자의 이해관계를 조절하고 새로운 법의 충격을 완화하기 위해 부칙에 경과규정을 두고 있다.⁶⁾ 다만 경과규정의 내용이

- 1) 가장 최근 개정된 내용은 “친권자는 그 자를 보호 또는 교양하기 위하여 필요한 정계를 할 수 있고 법원의 허가를 얻어 감화 또는 교정기관에 위탁할 수 있다”고 하여 친권자의 정계권을 규정하였던 종전 민법 제915조를 삭제한 것이다(이하 범명을 생략한 것은 민법을 지칭한다). 민법 개정 연혁과 관련하여서 더 자세한 내용은 국가법령정보센터 인터넷 사이트를 통해 확인할 수 있다(<https://www.law.go.kr/LSW/lsInfoP.do?efYd=20210126&lsiSeq=228813#0000>; 최종방문일 2021. 7. 6.).
- 2) 시제법이란 특정한 법률관계를 규율하는 법의 내용이 시간적으로 달라졌을 때 그 법률관계를 그것이 성립했을 당시의 법에 의해 평가되어야 할 것인가 그렇지 않으면 다툼이 있을 때의 법에 비추어 평가해야 할 것인가의 문제를 해결하는 원칙이다(김찬규, “시제법에 관한 고찰,” 「고시연구」 23호, 대명고시연구회 고시연구사, 1976, 85-86면).
- 3) 국제법의 경우 논의가 활발하였다. 대표적으로 오병선, “국제법상 시제법 문제에 대한 이론적 고찰,” 「국제법학논총」 제57권 제1호, 대한국제법학회, 2012, 55면 이하; 박배근, “국제법상 시제법의 이론과 실제,” 「국제법학회논총」 제53권 제1호, 대한국제법학회, 2008, 11면 이하 등.
- 4) 민법의 영역에서 시제사법을 정면에서 다루었던 최초의 문헌은 「주석민법」(김용담 편집대표)/윤진수 집필부분, 총칙(1), 한국사법행정학회, 2010, 75면 이하이다. 최근에는 더욱 본격적인 연구성과도 발견할 수 있다[이동진, “시제사법 서설,” 「민법논고(이론과 실무); 윤진수 교수 정년기념」, 박영사, 2020, 584면 이하].
- 5) 경과규정은 법의 시간적 적용범위에 관한 규정을 말한다[최봉경, “부칙(附則)연구,” 「서울대학교 법학」 제53권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2012, 251면]. 보통 법령의 부칙에 이를 규정함으로써 사회적 혼란을 방지하고 충격을 완화하여 종래의 법 질서로부터 새로운 법 질서로의 이행을 원활하게 하는 데 그 목적이 있는 것이다(백훈흥, “경과조치에 관한 입법례 연구,” 「법제」 제521호, 법제처, 2001, 23면).
- 6) 경과규정을 어떻게 규정하느냐에 따라 구체적 사례에서 당사자의 권리관계에 중대한 결과적 차이를 가져오게 된다. 가령 헌법재판소 2004. 1. 29. 선고 2002헌바40 결정을 통해 이러한 사실을 확인할 수 있다. 이 사건에서 2002년 1월 14일 법률 제6591호로 개정되어 2002년 1월 14일 시행된 개정민법은 특별한정승인제도를 도입하면서 부칙 제3항에서 특별한정승인의 소급적용의 범위에 1998. 5. 27. 전에 상속개시 있음을 알았으나 당일 이후에 상속채무초과사실을 안 상속인을 포함하지 않았는데, 이로 인해 특별한정승인을 할 수 있는 자에서 배제되게 된 당사자들이 헌법재판소에 당해 부칙조항이 위헌임을 주장하였고,

분명하다면 크게 문제가 되지 않겠지만 그렇지 않은 때에는 이를 해석하는 과정이 필요하다. 이때 개별 경과규정의 해석과 관련하여 고려되어야 할 요소가 무엇인지를 발견하는 것이 실제적으로 중요함은 물론이다. 시제사법의 접근은 여기에서 그 기능을 담당하게 된다.⁷⁾

이 글은 민법의 제·개정과정에서의 경과규정의 의미를 밝히고 신법과 구법의 시적 적용범위가 문제되었던 개별사건에 대한 법원의 입장을 검토하기 위한 것이다. 민법 전반을 그 대상으로 삼는 것이 바람직할 것이지만 필자의 역량이 부족한 탓에 논의의 범위는 상속법으로⁸⁾ 한정하고자 한다. 논의의 순서는 먼저 상속법의 제·개정 과정에서 마련된 부칙 경과규정의 내용을 소개하고(Ⅱ), 선행연구를 통한 시제법의 고려요소를 도출한 후(Ⅲ.1) 각론적으로 상속 개별제도마다 종래 경과규정에 대한 대법원의 해석이 어떠했는지를 밝히고 그 당부를 검토하고자 한다(Ⅲ.2). 이후 적절한 결론으로 글을 마무리할 것이다(Ⅳ).

Ⅱ. 상속법 제·개정과 경과규정

1. 상속법의 변화와 경과규정⁹⁾

민법 시행 이전 상속에 관하여는 조선민사령(明治 45년 3. 18. 제령 제7호) 제11조에 의해 조선의 관습에 의하도록 하였다. 이후 민법이 1958년 2월 22일 법률 제471호로 제정되어 1960년 1월 1일부터 시행되었는데(이하 이를 ‘제정민법’이라 함), 제정민법은 총 28개의 부칙조항을 두고 있다. 이 중 경과규정을 살펴보면, 우선 부칙 제2조는 ‘본법의 소급효’라는 제목으로 “본법은 특별한 규정이 있는 경우외에는 본법 시행일전의 사항에 대하여도 이를 적용한다. 그러나 이미 구법에 의하여 생긴 효력에 영향을 미치지 아니한다”고 규정하였다.

헌법재판소는 이에 대해 청구인들의 재산권과 사적자치권, 평등원칙에 위반된다고 하여 헌법불합치결정을 하였다.

- 7) 경과규정 자체를 입법하는 것도 시제사법의 문제이다. 다만 이 글에서는 종전 경과규정을 검토하고 이를 해석 적용한 대법원 판결례를 분석하는 것을 주된 취지로 한다.
- 8) 민법 제5편의 상속편을 이 글에서는 민법 중 상속에 관하여 정하고 있는 규범이라는 의미에서 ‘상속법’으로 부르기로 한다.
- 9) 민법부칙조항의 내용에 관하여 조금 더 자세한 내용은 박근웅, “상속회복청구권에 관한 연구 - 2002년 개정민법 부칙조항의 해석과 대상재산(代償財産)에 대한 반환청구를 중심으로 -,” 『연세대학교 박사학위 청구논문』, 2014, 115면 이하; 「주식민법」/윤진수(주 4), 79면 이하 참조.

부칙 제2조는 제정민법 경과규정 전체의 일반 원칙적 성격을 갖는다고 보아야 하는데,¹⁰⁾ 제정민법의 소급효를 인정하면서도 한편으로 ‘이미 구법에 의하여 생긴 효력’을 침해하지 않기 위한 배려를 하고 있는 것이다. 이때 ‘이미 구법에 의하여 생긴 효력’은 다르게는 기득권이라 부르고, 결국 진정소급효에서 말하는 이미 과거에 완성된 사실 또는 법률관계를 의미하는 것으로 볼 수 있다.¹¹⁾ 부칙 제2조는 제정민법의 원칙적인 소급효와 기득권의 보호라는 원칙을 선언하고 있지만, 경우에 따라서는 개별 제도마다 보다 명확하게 그 의미를 밝혀야 하거나 일반원칙에 대한 예외를 두어야 할 필요가 있을 수 있다. 이러한 이유에서 제정민법에서는 부칙에 상당수의 경과규정들을 두고 있고, 상속에 관하여도 부칙 제25조 제1항에 이와 같은 특별한 경과규정을 마련하고 있다. 제정민법 부칙 제25조는 제1항에서 “본법 시행일전에 개시된 상속에 관하여는 본법 시행일후에도 구법의 규정을 적용한다”고 하여, 상속에 관하여는 상속개시 당시의 법률이 적용됨을 밝히고 있다(이른바 ‘상속개시시법주의’). 한편 실종선고와 관련하여서는 부칙 제25조 제2항이 “실종선고로 인하여 호주 또는 재산상속이 개시되는 경우에 그 실종기간이 구법 시행기간중에 만료하는때에도 그 실종이 본법 시행일후에 선고된 때에는 그 상속순위, 상속분 기타 상속에 관하여는 본법의 규정을 적용한다”고 하여 실종기간 만료시가 아닌 실종선고시를 기준으로 하여 그 적용법조를 결정하고 있다.

민법이 시행된 1960년 1월 1일 이후 상속법과 관련하여서 몇 차례 개정이 있었다. 그 흐름을 살펴보면, ① 신분상속제도의 극복, ② 남녀평등의 실현, ③ 상속에 있어서 구체적 형평성 확보라는 가치로 요약할 수 있다.

이 중 1977년 12월 31일 법률 제3051호로 개정되어 1979년 1월 1일부터 시행된 개정민법(이하 ‘1977년 개정민법’이라 함)은 여성의 상속분에 대한 차별을 일부 완화하고 아내의 상속분을 상향하는 등의 개선 이외에도¹²⁾ 상속과 관련

10) 1984년 개정민법 부칙 제2항은 제정민법 부칙 제2조와 같은 내용을 규정하면서 그 제목을 ‘경과조치의 원칙’이라고 밝히고 있다.

11) 이러한 취지로 「주식민법」/윤진수(주 4), 77면 이하.

12) 제정민법은 동일가적 내에 있는 여성의 상속분은 남성의 상속분의 2분의 1로 하고 있었으나 이를 삭제하여 동일가적 내에 있으면 여성이라도 균분상속을 받도록 하였고(1977년 개정민법 제1009조 제1항), 피상속인의 아내의 상속분도 제정민법과 달리 동일가적 내의 남성인 직계비속과 공동으로 상속할 경우 직계비속의 상속분의 5할을 가산하고 직계존속과 공동으로 상속하는 때에는 직계존속의 상속분의 5할을 가산하는 것으로 상향하였다(1977년 개정민법 제1009조 제3항). 다만 여전히 동일가적 내에 없는 여성의 상속분은 남성의 상속분의 4분의 1로 하여 차별적이었고(1977년 개정민법 제1009조 제2항), 재산상속인인 호주상속인에 대한 상속분의 5할 가산조항은 유지되었다(1977년 개정민법 제1009조 제1항). 또한 배우자의 일방이 사망한 때에 있어서 남편이 피상속인인 경우와 아내가 피

하여 유류분제도를 신설하였다(1977년 개정민법 제1112조 이하). 상속인에게 최소한의 재산적 승계를 보장함으로써 상속인간의 ‘실질적’ 형평 등을 추구한 것이다.¹³⁾ 이에 따른 1977년 개정민법은 총 6개의 부칙조항을 두고 있다. 제1항은 시행일에 대한 규정이고, 제2항은 경과조치의 원칙을 선언한 것으로 보이며,¹⁴⁾ 특히 제5항은 제정민법 부칙 제25조 제1항과 거의 같은 내용으로¹⁵⁾ 상속개시시법주의에 따른 상속에 관한 경과규정을 두고 있다. 이 중 부칙 제2항은 “이 법은 종전의 법률에 의하여 생긴 효력에 대하여 영향을 미치지 아니한다”고 하여 제정민법 부칙 제2조와는 조문구성에 다소 차이가 있다.¹⁶⁾ 그 의미가 어떠한지는 논란이 있을 수 있다. 한편 1977년 개정민법 부칙 제6항은 “실종선고로 인하여 상속이 개시되는 경우에 그 실종기간이 이 법 시행일후에 만료된 때에는 그 상속에 관하여 이 법의 규정을 적용한다”고 하여 제정민법 부칙 제25조 제2항과는 달리 실종기간 만료시를 기준으로 적용법을 결정하도록 하였다.

이후 1990년 1월 13일 법률 제4199호로 개정되어 1991년 1월 1일부터 시행된 개정민법(이하 ‘1990년 개정민법’이라 함)에서는 상속법과 관련하여서 폭넓은 개선을 이루고 있다. 주요한 내용을 소개하자면 다음과 같다. 첫째 호주제도를 존치하되, 호주상속제도를 호주승계제도로 변경하고, 호주에 대한 상속분의 5할 가산제를 폐지하였다(1990년 개정민법 제1009조 제1항 참조). 둘째 피상속인의 직계비속, 직계존속, 형제자매 외에 상속인이 될 수 있는 자를 종래 피상속인의 8촌 이내의 방계혈족에서 4촌 이내의 방계혈족으로 변경하여 상속인의 범위를 축소하였다(1990년 개정민법 제1000조 제1항 제4호). 셋째 동일가

상속인인 경우의 취급은 여전히 달랐다. 즉 상속분에 있어 아내가 피상속인인 경우 남편의 상속분에 대해서는 아내와는 달리 5할을 가산하는 조항이 적용되지 않았고(1977년 개정민법 제1009조 제3항 참조), 상속순위에 있어서도 아내가 피상속인인 경우에는 남편은 그 직계비속과 동순위로 공동상속인이 되고 그 직계비속이 없는 때에는 단독상속인이 된다고 하여(1977년 개정민법 제1002조) 남편이 피상속인인 경우의 아내의 지위와는 구별되었다

- 13) 유류분제도는 피상속인의 재산에 의존하던 자들의 생활보장 및 피상속인 명의의 재산에 대한 잠재적 지분청산, 그리고 가족의 연대가 종국적으로 단절되는 것을 저지하는 기능을 수행하는데(헌법재판소 2010. 4. 19. 선고 2007헌바144 결정; 헌법재판소 2013. 12. 26. 선고 2012헌바467 결정 참조), 이 점에서 ‘실질적 형평 등’이라 표현한 것이다.
- 14) 1977년 개정민법은 그 형태가 ‘항’의 형태로서 별도로 조문에 제목을 두고 있지는 않다.
- 15) 이 법 시행일전에 개시된 상속에 관하여는 이 법 시행일후에도 종전의 규정을 적용한다는 것으로 소위 ‘상속개시시법주의’를 관철하고 있다.
- 16) 2002년 1월 14일 법률 제6591호로 개정되어 2002년 1월 14일 시행된 개정민법 부칙 제2항의 내용과 동일하다.

적 내에 없는 여성에 대한 상속분의 차등을 없애고 균등하게 상속하도록 하였으며, 아내뿐 아니라 남편을 포함한 배우자의 상속분은 직계비속이나 직계존속의 상속분에 5할을 가산하도록 통일하였다(1990년 개정민법 제1009조 제2항). 또한 종전에는 아내가 피상속인인 경우에 남편은 그 직계비속과 동순위로 공동상속인이 되고 그 직계비속이 없는 때에는 단독상속인이 되는 것으로 보았으나 1990년 개정을 통해 남편의 경우에도 아내와 마찬가지로 배우자가 사망한 경우 직계비속 또는 직계존속이 있는 때에는 그 상속인과 동순위로 공동상속인이 되고, 그 상속인이 없는 때에는 단독상속인이 되도록 하였다(1990년 개정민법 제1003조 제1항 및 삭제된 제1002조 참조). 넷째 기여분제도가 신설되었다. 공동상속인 중에 피상속인이 재산의 유지 또는 증가에 특별히 기여한 자가 있을 때에는 그 자의 기여분을 제외한 것을 상속재산으로 보도록 하여, 기여한 만큼의 재산을 가산하여 상속분을 인정하게 되었다(1990년 개정민법 제1008조의2). 다섯째 상속인이 없는 재산의 청산의 경우 소정의 기간 내에 상속권을 주장하는 자가 없는 때에는 가정법원은 피상속인과 생계를 같이 하고 있던 자 등 피상속인과 특별한 연고가 있던 자의 청구에 의하여 상속재산을 분여할 수 있도록 하여 특별연고자에 대한 분여제도를 신설하였다(1990년 개정민법 제1057조의2). 1990년 개정민법은 부칙에 총 13개의 조항을 두고 있는데, 다른 개정법과 같이 제2조에 효력의 불소급이라는 제명 하에 그 원칙에 관한 규정을 마련하였다. 그 내용은 “이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이미 구법(民法중 이 법에 의하여 改正 또는 廢止되는 종전의 條項을 말한다. 이하 같다)에 의하여 생긴 효력에 영향을 미치지 아니한다”는 것으로 1977년 개정민법 제2항과 거의 같은 것이다. 또한 상속에 관하여서도 부칙 제12조에 제1항에서 이 법 시행일전에 개시된 상속에 관하여는 이 법 시행일후에도 구법의 규정을 적용한다고 하여 제정민법 부칙 제25조 제1항 및 1977년 개정민법 부칙 제5항과 같은 취지를 정하고 있다. 실종선고도 제정민법 부칙 제25조 제2항이 실종선고 시점을 적용법조의 결정시점으로 인정하였던 것과 동일한 입장을 취하고 있다.¹⁷⁾ 이 점에서 1977년 개정민법 부칙 제6항과는 구별된다.

2002년 1월 14일 법률 제6591호로 개정되어 2002년 1월 14일 시행된 개정민법(이하 ‘2002년 개정민법’이라 함)은 상속회복청구권제도 및 특별한정승인제도와 관련한 개정내용을 담고 있다. 상속회복청구권과 관련하여 종전에는 그 침

17) 실종선고로 인하여 상속이 개시되는 경우에 그 실종기간이 구법 시행기간 중에 만료되는 때에도 그 실종이 이 법 시행일후에 선고된 때에는 상속에 관하여는 이 법의 규정을 적용한다고 규정한다.

해를 안 날부터 3년, 상속개시일부터 10년을 경과하면 소멸되도록 되어 있었으나, 2002년 개정민법은 진정한 상속인의 보호를 위하여 그 침해해 안 날부터 3년, 상속권의 침해행위가 있는 날부터 10년을 경과하면 소멸하도록 하였다(제999조 제2항).¹⁸⁾ 또한 상속인이 상속채무가 상속재산을 초과하는 사실을 중대한 과실없이 상속개시일부터 3월의 기간 내에 알지 못하고 단순승인(제1026조 제1호 및 제2호의 규정에 의하여 단순승인한 것으로 보는 경우를 포함함)을 한 경우에는 그 사실을 안 날부터 3월내에 한정승인을 할 수 있도록 하여 특별한정승인제도를 마련하였다(제1019조 제3항).¹⁹⁾ 2002년 개정 민법은 부칙에 네 개의 항을 두었는데, 제1항은 시행일에 대한 것이었고, 제2항에서는 효력의 불소급을, 제3항과 제4항에서는 각각 한정승인에 관한 경과조치와 특례를 규정하고 있다. 특이한 점은 상속회복청구권과 관련한 개정이 있었음에도 불구하고 2002년 개정민법은 제정민법 부칙 제25조나 1977년 개정민법 부칙 제5조, 1990년 개정민법 부칙 제12조와 같은 상속에 관한 경과규정을 별도로 두고 있지 않다는 점이다. 또한 종래 2002년 개정민법 부칙 제3항에서는 특별한정승인제도와 관련하여 그 소급적용의 범위를 “1998년 5월 27일부터 이 법 시행(2002. 1. 14.)전까지 상속개시가 있음을 안 자”로 제한하고 있었는데, 이러한 부칙 제3항에 대해서는 1998년 5월 27일전에 상속개시가 있음을 알았으나 그 이후에 상속채무가 상속재산을 초과하는 사실을 안 자를 포함하는 소급적용에 관한 경과규정을 두지 아니하는 한 헌법에 위반된다는 헌법재판소의 결정이 있었다.²⁰⁾ 이에 따라 2005년 12월 29일 법률 제7765호로 개정되어 시행된 개정민법은 부칙 제3항에서 1998년 5월 27일부터 이 법 시행 전까지 상속개시가 있

18) 2002년 개정민법의 상속회복청구권제도에 대한 개정은 헌법재판소의 위헌결정이 계기가 되었다. 헌법재판소 전원재판부 2001. 7. 19. 99헌바9·26·84, 2000헌바11, 2000헌가3, 2001헌가23(병합) 결정 참조. 위헌결정의 이유는, 종전 민법 제999조 제2항이 진정한 상속인의 권리를 심히 제한하여 오히려 참칭상속인을 보호하는 규정으로 기능하고 있는 것이라 할 것이어서, 기본권 제한의 한계를 넘어 헌법상 보장된 상속인의 재산권, 행복추구권, 재판청구권 등을 침해하고 평등원칙에 위배된다는 것이었다.

19) 특별한정승인제도의 도입도 헌법불합치결정이 계기가 되었다. 헌법재판소는 1998. 8. 27. 선고 96헌가22, 97헌가2·3·9, 96헌바81, 98헌바24·25(병합) 결정을 통해 상속인이 귀책사유 없이 상속채무가 적극재산을 초과하는 사실을 알지 못하여 상속개시 있음을 안 날로부터 3월내에 한정승인 또는 포기를 하지 못한 경우에도 단순승인을 한 것으로 보는 민법 제1026조 제2호는 기본권제한의 입법한계를 일탈한 것으로 재산권을 보장한 헌법 제23조 제1항, 사적자치권을 보장한 헌법 제10조 제1항에 위반된다고 하여 헌법불합치결정을 하였다.

20) 헌법재판소 2004. 1. 29. 선고 2002헌가22 등 결정. 그 이유는 1998. 5. 27. 전에 상속개시 있음을 알고 위 일자 이후 상속채무초과사실을 안 상속인에 관하여 평등원칙 위반이라는 점과 또한 이와 같은 상속인의 사적자치권, 재산권을 침해한다는 것이었다.

음을 안 자중 상속채무가 상속재산을 초과하는 사실을 중대한 과실 없이 제1019조 제1항의 기간 내에 알지 못하다가 이 법 시행 전에 그 사실을 알고도 한정승인 신고를 하지 아니한 자는 이 법 시행일부터 3월내에 제1019조제3항의 개정규정에 의한 한정승인을 할 수 있도록 하였고, 제4항에서 1998년 5월 27일 전에 상속 개시가 있음을 알았으나 상속채무가 상속재산을 초과하는 사실(이하 “상속채무 초과사실”이라 한다)을 중대한 과실 없이 제1019조 제1항의 기간 이내에 알지 못하다가 1998년 5월 27일 이후 상속채무 초과사실을 안 자는 2002년 개정민법 시행 전에 상속채무 초과사실을 알고도 한정승인을 하지 아니한 경우에는 개정법률 시행일부터 3월 이내, 개정법률 시행 이후 상속채무 초과사실을 알게 된 경우에는 그 사실을 안 날부터 3월 이내 제1019조 제3항의 규정에 의한 한정승인을 할 수 있도록 하였다.

2005년 3월 31일 법률 제7427호로 일부개정 되어 같은 날 시행된 개정민법(이하 ‘2005년 개정민법’이라 함)은 상속법과 관련하여 기여분 제도를 수정하고 있다. 즉 기여분에 대한 제1008조의2 규정에 “상당기간 동안 동거·간호 기타 방법으로 피상속인을 특별히 부양하거나”라는 문구를 추가하였다. 기여분제도의 시행결과 위 규정만으로는 노친부양을 유도하기에 부족하다고 판단되었고, 공동상속인간의 실질적 형평 및 가족관계의 건전한 가치관 정립을 위하여, 상당한 기간 동안 동거하면서 피상속인을 부양한 자에게도 기여분이 인정될 수 있도록 하려는 입법취지를 반영한 것이다.²¹⁾ 2005년 개정민법 부칙 제2조는 “이 법의 효력의 불소급”이라는 제목으로 “이 법은 종전의 규정에 의하여 생긴 효력에 영향을 미치지 아니한다”고 규정하였는데, 그 외에 상속에 관해서는 별도의 경과규정을 두고 있지 않다.

2. 검 토

상속과 관련한 민법 경과규정을 살펴보면, 제정민법 부칙 제25조 제1항, 1977년 개정민법 부칙 제5항, 1990년 개정민법 부칙 제12조 제1항을 통해 확인할 수 있듯이 입법자는 불소급의 원칙, 이른바 상속개시시법주의를 채용하고 있다. 상속이 개시된 때로부터 상속인은 피상속인의 재산에 관한 포괄적 권리의무를 승계하기 때문에 상속인의 기득권을 존중하여야 할 필요성이 크기 때문이다.²²⁾ 그런데 이와 같은 상속개시시법주의의 적용이 있기 위해서는 개별

21) 헌법재판소 2011. 11. 24. 선고 2010헌바2 결정.

사안이 ‘상속에 관하여’라는 요건에 포섭될 수 있어야 한다. 이 점 판단에 있어서는 상속개시시법주의를 채택한 목적과 취지가 고려되어야 함은 물론이다. 사망과 유사하게 상속의 개시를 위한 법률요건이기는 하지만 상황적 맥락을 달리하는 실종선고제도에서 상속개시의 법적 효과가 발생하는 것으로 간주되는 실종기간 만료시가 아닌 실종선고 시점이 법적용의 연결점이 될 수 있는 이유가 여기에 있을 것이다.

한편 상속법 개정과 관련하여서는 경과규정의 원칙을 정하는 제정민법 제2조, 1977년 개정민법 부칙 제2항, 1990년 개정민법 부칙 제2조, 2002년 개정민법 부칙 제2항, 2005년 개정민법 부칙 제2조의 의미를 밝히는 것도 필요하다. 앞서 언급한 상속에 관한 경과규정과 관계의 규명하는 의미도 있겠지만, 예컨대 상속회복청구권에 관한 개정내용을 담고 있는 2002년 개정민법의 경우에는 따로 상속에 관한 경과규정을 두고 있지 않기 때문에 경과규정의 원칙에 관한 부칙 제2항이 적용된다고 보아야 하기 때문에 그 중요성이 더욱 크다 하겠다. 이와 관련하여 제정민법의 경과규정과 달리 민법개정과정에서 경과규정의 원칙은 주로는 ‘효력의 불소급’이라는 모습을 지니고 있기 때문에 이때 “중전의 규정에 의하여 생긴 효력에 영향을 미치지 아니한다”는 의미가 무엇인지 논란이 있을 수 있다. 무엇보다 이 문제는 법의 일반원칙처럼 받아들여지고 있는 ‘법률불소급원칙’과의 관계에서 그 해석의 정당성이 확보될 것을 요구한다.

또한 비교적 최근 상속법개정은 헌법재판을 통해 그 동력을 얻는 경우를 발견할 수 있다. 앞에서 우리 상속법 개정과정을 개관하면서도 소개하였지만, 상속회복청구권 행사기간에 관한 헌법재판소의 위헌결정과 민법 단순승인의제에 관한 헌법재판소의 헌법불합치결정은 2002년 개정민법의 계기가 되었다. 이와 같은 위헌이나 헌법불합치의 의미는 경과규정의 해석에 있어서도 고려되어야 한다. 구법상태가 위헌적인 경우에는 새로운 법상태를 소급적용하는 것이 헌법적 요청이라 평가될 수 있기 때문이다.

이러한 문제의식을 토대로 다음 항에서는 시제법의 고려요소를 도출하고 이를 통대로 개별 사례에서 경과규정을 구체적으로 어떻게 적용해야 할지를 살펴해보고자 한다.

22) 이화숙, “상속회복청구에 관한 몇 가지 문제 - 2002년 개정민법 부칙 제2항의 해석과 대상재산에 대한 상속회복청구를 중심으로-,” 『저스티스』 제133호, 2012, 44면.

Ⅲ. 시제법의 고려요소와 상속법 경과규정

1. 시제법의 고려요소

1) 법률불소급의 원칙과 기득권

모든 법률은 그것이 시행되어 효력을 가지게 된 뒤에 생긴 일에 관하여서만 적용된다는 것이 원칙이며, 이를 법률불소급의 원칙이라고 한다.²³⁾ 헌법도 제 13조 제2항에서 “모든 국민은 소급입법에 의하여 참정권의 제한을 받거나 재산권을 박탈당하지 아니한다.”고 하여 법률불소급의 원칙을 취하고 있다. 다만 소급입법은 진정소급입법과 부진정소급입법으로 구분하여 그 접근을 달리하는 것이 보통이다.²⁴⁾ 진정소급입법에 의해 재산권을 박탈하게 된다면 재산권의 본질적 내용 침해이므로 원칙적으로 위헌임을 면치 못할 것이지만,²⁵⁾ 아직 진행과정에 있는 사안을 대상으로 하는 부진정소급입법의 경우에는 소급입법에 의한 재산권 침해가 문제되지 않고 다만 기존의 법적인 상태에 대한 당사자의 신뢰를 법치국가적인 관점에서 헌법적으로 어느 정도 보호해 주어야 할 것인가가 문제된다.²⁶⁾ 물론 진정소급입법이라도 예외적으로 소급입법이 정당화될 수 있는 경우를 인정하고 있다.²⁷⁾

23) 박윤직, 「민법총칙」, 박영사, 1973, 86면; 이영섭, 「신민법총칙강의」, 박영사, 1959, 76면; 장경학, 「신민법총칙」, 삼성문화사, 1958, 68면.

24) 이와 관련하여 자세한 내용은 성낙인, 「헌법학(제20판)」, 법문사, 2020, 274-276면; 전광석, 「한국헌법론(제13판)」, 집현제, 2018, 261-268면; 허영, 「한국헌법론(전정 15판)」, 박영사, 2019, 549-551면 등 참조. 이러한 문헌에 따르면 진정소급입법은 이미 과거에 완성된 사실 또는 법률관계에 대하여 부여되었던 법적 효과를 소급적으로 불이익하게 변경하는 입법이며 부진정소급입법은 과거에 구성요건이 시작하였으나 아직 완성하지 않고 진행 중에 있는 사실 또는 법률관계에 대해 구성요건이 완성되었더라면 부여하였을 법적 효과를 불이익하게 변경하는 입법이라고 이해된다.

25) 헌법재판소 1989. 12. 22. 선고 88헌가13 결정은 사유재산제도의 전면적인 부정, 재산권의 무상몰수, 소급입법에 의한 재산권박탈 등이 본질적인 침해가 된다는데 대하여서는 이론의 여지가 없다고 한다.

26) 헌법재판소 전원재판부 2010. 7. 29. 선고 2008헌마581,582(병합) 결정은 임대주택법 제21조의 개정규정의 적용시점을 분양전환계획서 제출시로 삼은 임대주택법 개정법률(2008. 3. 21. 법률 제8966호) 부칙 제3조와 관련하여, 이는 부진정소급입법에 해당하므로 소급입법에 의한 재산권 침해가 문제되지 않고, 나아가 기존의 분양전환방식에 대한 청구인의 신뢰가 임차인의 주거안정이라는 공익에 비해 크다고 할 수 없으므로 위 부칙조항은 신뢰보호원칙에 위반하여 청구인의 영입의 자유를 침해하거나 시장경제질서에 위반된다고 보기 어렵고, 평등권 침해에도 해당하지 아니한다고 하였다.

27) 헌법재판소 전원재판부 2011. 3. 31. 선고 2008헌바141,2009헌바14,19,36,247,352,2010헌바91(병합) 결정은 친일재산을 그 취득·증여 등 원인행위시에 국가의 소유로 하도록 규정

법률불소급의 원칙에 대해서는 사법에는 적합하지 않다는 지적이 있고,²⁸⁾ 형사법 등의 영역과는 달리 사법의 영역에서 입법권까지 구속하는 것은 아니라는 시각도 있다.²⁹⁾ 특히 앞의 시각에서는 소위 기득권이론, 즉 이미 취득한 사법상 권리를 사후입법으로 침해할 수 없다는 관념을 다른 원리로 소개하기도 한다.³⁰⁾ 개인의 공권으로부터의 자유를 시사하는 공법적 구도와는 달리 사법은 개인과 개인 사이의 이해관계 조절을 주된 관심사로 삼는다는 점에서 이와 같은 지적이나 시각은 일리가 있다. 다만 사법관계의 경우에도 객관적 사회질서로서의 성격으로 가지고 있고, 결국 사법의 제·개정을 통해 입법자는 입법권으로 종전과 다른 새로운 질서를 형성한다는 측면에서 법률불소급을 경과규정 해석의 원칙으로 고려할 수 있을 것이다.³¹⁾ 또한 기득권이란 이미 취득한 사법상의 권리를 의미하므로, 가령 이와 같이 기득권을 새로운 법에 의해 박탈한다면, 진정소급입법으로서 원칙적으로 정당하지 않다고 할 수 있고 기득권의 침해가 된다고도 할 수 있어, 많은 경우 실천적 측면에서 양자의 원리는 중첩되는 모습을 나타나게 될 것이다.³²⁾

한 친일재산귀속법 제3조 제1항 본문(2005. 12. 29. 법률 제7769호로 제정된 것, 이하 ‘이 사건 귀속조항’이라 한다)은 진정소급입법에 해당하나 헌법 제13조 제2항에 반하지 않는다고 하였다. 친일재산의 취득 경위에 내포된 민족배반적 성격, 대한민국임시정부의 법통계승을 선언한 헌법 전문 등에 비추어 친일반민족행위자측으로서 친일재산의 소급적 박탈을 충분히 예상할 수 있었고, 친일재산 환수 문제는 그 시대적 배경에 비추어 역사적으로 매우 이례적인 공동체적 과업이므로 이러한 소급입법의 합헌성을 인정한다고 하더라도 이를 계기로 진정소급입법이 빈번하게 발생할 것이라는 우려는 충분히 불식될 수 있다는 이유에서이다. 전광석 교수는 진정소급입법이 허용되는 예외적인 경우로 국민이 소급입법을 예상할 수 있는 경우, 법적 상태가 불확실하고 혼란스러워 보호할만한 신뢰이익이 적은 경우, 소급입법에 의한 당사자의 손실이 없거나 경미한 경우, 신뢰보호의 요청에 우선하는 심히 중대한 공익상의 사유가 있는 경우를 들고 있다[전광석, 앞의 책(주 24), 261면].

- 28) 이동진, 앞의 글(주 4), 587면. 법률불소급의 원칙은 기본적으로 법이 명령이나 금지를 포함하고 있는 한 그 효력발생 전에 이루어진 행위를 그 뒤 제정된 법을 위반하였다는 이유로 제재할 수 없다는 관념에 터 잡고 있다는 점 때문이다.
- 29) 강태성, 「민법총칙」, 대명출판사, 2011, 43-44면; 박윤직, 앞의 책(주 23), 86면; 김대정, 「민법총칙」, 도서출판 피데스, 2012, 98면; 백경일, 「민법요의 총칙편」, 삼영사, 2012, 35면; 장경학, 앞의 책(주 23), 68면.
- 30) 이동진, 앞의 글(주 4), 587-588면.
- 31) 이동진 교수 또한 법률불소급과 기득권이론 모두 경과규정의 해석원칙으로 사용할 수 있다고 하고, 제정민법 부칙 제2조 단서는 같은 취지를 규정한 것이라 한다(위의 글, 588면).
- 32) 시제사법과 관련하여 국내에서 최초로 본격적인 논의를 시작한 윤진수 교수는 1958년 개정민법 부칙 제2조, 1977년 개정민법 부칙 제2항, 1990년 개정민법 부칙 제2조, 2002년 개정민법 부칙 제2항, 2005년 개정민법 부칙 제2조에서의 ‘종전의 규정에 의하여 생긴 효력’은 진정소급효에서 말하는 이미 과거에 완성된 사실 또는 법률관계를 의미한다고 이해한다[주석민법/윤진수(주 4), 77면]. 다만 ‘과거에 완성된 사실 또는 법률관계’는 대부분 권리

2) 권리 존속의 규칙

최근 시제사법에 대해 논의한 유력한 연구에 따르면 시제사법의 적용대상을 둘로 나누어 법률불소급의 예외 가능성을 언급한다.³³⁾ 즉 ‘권리의 취득에 관한 규칙’과 ‘권리의 현존에 관한 규칙’을 구분하여 특히 후자의 영역에서는 신법의 효력이 소급하는 것으로 이해할 수 있다고 한다.³⁴⁾ 신법은 보통 개혁입법이고 개혁입법은 대부분 강행규정이라는 점을 고려하여야 한다는 것이다.³⁵⁾

예를 들어 종래 인정되던 A라고 하는 권리가 있다고 할 때, A에 인정되는 권능이 a, b 두 가지였는데, 사회적 폐단에 따라 a 권능만을 갖는 권리로 인정하는 것이 바람직하다고 입법자가 평가하여 법을 개정하였다면, 이때에도 종전에 A를 취득한 권리자가 영구히 a, b 두 권능을 모두 주장할 수 있다고 보기는 곤란할 것이다. 이러한 측면에서 위와 같은 시제사법의 고려요소 충분히 고려될 수 있다.

다만 이때 새로운 법에 따라 권리의 내용이 변경되어야 한다는 요청은 여러 요소들의 비교형량을 통해 정당화될 수 있음은 물론이다. 가령 개정법질서의 공공성의 정도, 권리자의 신뢰이익, A 권리의 변경이 본질적인 것인지 여부, 동시대 복수 수범자들 사이의 평등 등이 그러한 요소가 될 수 있을 것이다.³⁶⁾

와 연결되기는 하겠으나 필연적인 것은 아니어서 기득권 개념을 사법상 권리와 동일한 개념으로 보는 때에는 양자의 적용국면에 차이가 있을 수 있을 것이다. 반면 기득권의 개념을 종전 법에 따라 완성된 사실 또는 법률관계를 토대로 한 지위 그 자체로 넓게 이해한다면 양자의 적용영역은 같아질 수 있다.

33) 이동진, 앞의 글(주 4), 588-589면. 이를 ‘신법에 따른 법동화(法同化)’라는 요소로 표현하고 있다.

34) 일본에서 이와 같은 관점을 소개하는 문언으로 小粥太郎, “時際法・入門,” 「ジェンダー法・政策研究叢書」第6卷, 東北大學出版會, 2006, 407-408面. 새로운 법률이 과거 행위의 적법성을 심사하고 권리의 이미 발생한 효력에 영향을 미치는 경우에는 소급효의 문제가 되겠으나 이미 발생한 권리의 장래 효과를 수정·변경하는 것은 소급효의 문제가 아니라는 점을 소개한다.

35) 종래 국제법학에서도 시제법을 논할 때 이와 유사한 시각이 일반적으로 제시되고 있었다. 곧 1928년 팔마스도 사건의 중재판결에서 후버 중재인이 제시한 두 요소는 법적 안정성을 강조하는 원칙과 국제법의 발전을 반영하는 원칙이었다. 권리창설과 권리존속을 구별하여 후자의 원칙, 즉 권리의 존속에 관해서는 법의 발전에 의해 요구되는 조건들을 충족시켜야 한다고 이해된다는 것이다. 이와 관련해 자세하게는 박배근, 앞의 글(주 3), 12면 이하; 오병선, 앞의 글(주 3), 58면 이하 참조.

36) 이동진 교수가 시간적 적용범위에 관한 입법기준으로 제시하고 있는 사항들은 다음과 같다. 먼저 시제사법적 이익으로 행위시법주의(내지 행위자의 신뢰보호)와 이에 대립하는 이익으로 법동화(法同化)의 요청, 미시적 측면에서 내적 판단일치(innere Entscheidungseinklang)를 들고 있다. 그 외에도 실질사법적 이익도 고려되어야 하는데, 가령 재산법에서 제3자 보호 및 거래안전을 위해 외관상 드러나지 않은 권리관계일수록 신법을 관철할 필요가 크다고 하고, 자기결정과 자기책임의 원칙은 시제사법에도 고려되어야 한다고 한다. 자세한 것은

3) 민법 경과규정의 원칙, 상속개시시법주의와 관련하여

앞서 살핀 것처럼 제정민법과 그 이후 개정민법은 경과규정의 원칙에 있어 문언을 다소 다르게 사용하고 있다. 제정민법 부칙 제2조는 “본법은 특별한 규정이 있는 경우외에는 본법 시행일전의 사항에 대하여도 이를 적용한다”고 하여 소급효를 원칙으로 하면서도, 단서에 “그러나 이미 구법에 의하여 생긴 효력에 영향을 미치지 아니한다”고 효력의 불소급을 규정하고 있다. 이와 달리 1977년 개정민법 부칙 제2항, 1990년 개정민법 부칙 제2조, 2002년 개정민법 부칙 제2항, 2005년 개정민법 부칙 제2조는 제정민법 부칙 제2조의 본문에 해당하는 내용을 생략한 채 단지 “이 법은 종전의 규정에 의하여 생긴 효력에 영향을 미치지 아니한다”는 식으로 효력의 불소급만을 규정하고 있다.

이와 같은 경과규정의 원칙 조항의 해석에 있어서는 몇 가지 의문이 제기될 수 있다. 우선 제정민법 부칙 제2조의 소급효 원칙을 규정하는 것이 가능한지, 가능하다면 그 의미를 어떻게 이해할 것인가 하는 점이다. 제정민법 부칙 제2조가 소급효를 원칙으로 하는 까닭과 관련해서는 소급효를 인정하지 않으면 과거 구민법(일본민법)을 적용하여 재판하게 된다는 점에서 문제가 있고,³⁷⁾ 그 내용에 있어서도 구민법을 부분적으로 개정한 정도의 것이어서 크게 법률관계에 혼란을 주지 않기 때문³⁸⁾이라는 설명이 있다. 법률불소급원칙은 법의 일반 원칙으로 인정될 수 있는 것이지만, 형사법 등이 공법의 영역과 사법의 영역은 그 적용의 강도에 차이가 있을 수 있다. 뿐만 아니라 부진정소급입법의 경우에는 진정소급입법과 같이 원칙적으로 허용될 수 없다고 평가되지 않는다. 제정민법 부칙 제2조가 소급효의 원칙을 정하고 있는 것 자체가 허용될 수 없는 것은 아니라 할 것이다. 같은 조 단서와의 관계에서 제정민법 부칙 제2조 본문의 의미는 부진정소급효로 해석하는 것이 적절하다.³⁹⁾

이동진, 앞의 글(주 4), 594-596면 참조.

37) 강태성, 앞의 책(주 29), 44면; 김대정, 앞의 책(주 29), 99면; 백경일, 앞의 책(주 29), 97면 등; 이영섭, 앞의 책(주 23), 77면.

38) 강태성, 앞의 책(주 29), 44면; 박윤직, 앞의 책(주 23), 86-87면; 장정학, 앞의 책(주 23), 69-70면.

39) 이동진 교수는 이를 진정소급효로 보고[이동진, 앞의 글(주 4), 600면], 구법과 신법이 상당부분 동일한 상황에서 식민지법령에 따라 의용된 구법을 계속 적용하는 것을 피하기 위한 조치로 정치적·이념적 의미를 가지는 데 그치며 그 소급적용은 법적으로 의미가 없다고 평가한다. 제정민법 부칙 제2조 단서의 ‘효력의 불소급’의 의미해석 및 적용범위 확정에서 이를 넓게 이해하면 이와 같은 해석도 논리적으로 가능해 보인다. 한편 이는 시제법에 관한 몇몇 문언에서 언급하고 있는 소위 즉시효 이론과 유사한 맥락으로 보이기도 한다[小粥太郎, 前掲論文(주 34), 404면에서는 종전의 기득권이론과 구별해서 즉시효 이론을 소개한다. 예컨대 제정민법 부칙 제2조와 유사한 구조에 대해 단서는 고전적인 법

다음으로 1977년 개정민법 부칙 제2항, 1990년 개정민법 부칙 제2조, 2002년 개정민법 부칙 제2항, 2005년 개정민법 부칙 제2조 등이 소급효를 원칙으로 하여 효력의 불소급만을 정하고 있는 것인지 아니면 애초부터 불소급을 원칙으로 하고 있는 것인지 논의될 여지도 있다.⁴⁰⁾ 결론적으로 이들 부칙은 기본적으로는 개정법을 소급적용하면서, 다만 종전의 규정에 의하여 생긴 효력에 영향을 미치지 않는다는 태도를 취하고 있는 것으로 이해하는 것이 타당하다.⁴¹⁾ 문리적으로 제정민법 부칙 제2조 단서와 위 개정민법 부칙 조항의 표현에 의미 있는 구별점을 발견하기 어렵고, 소급효를 원칙으로 해석하더라도 종전의 규정에 의하여 생긴 효력에 영향을 미치지 않음은 분명하기 때문에 불합리한 결과가 발생하지도 않는다.

상속에 관해 살펴보면 새로운 법률을 이미 발생한 상속에 적용하는 것과 아직 발생하지 않고 단순히 예견되는 상속관계에 적용하는 것은 구별될 수 있다.⁴²⁾ 전자는 기득권의 개념에 포함될 수 있지만 후자는 단순한 기대에 불과

를불소급의 원칙을 표명한 것이지만 본문은 법률은 즉시 적용되어야 한다는 즉시효의 원칙을 표명한 것으로 이해하는 것이다. 다만 제정민법 부칙 제2조 단서 ‘효력의 불소급’은 이미 완성된 효력을 의미하는 것으로, 반대로 본문은 완성되지 않은 진행 중인 사실에 대한 소급효를 규정하는 것으로 이해하는 것이 자연스러워 보인다. 윤장근 전 법제처 차장이 쓴 글에서도 제정민법 부칙 제2조와 유사한 민사소송법(법률 제6626호, 2002. 1. 26.) 부칙 제3조(“이 법은 이 법 시행 이전에 생긴 사항에도 적용한다. 다만, 종전의 규정에 따라 생긴 효력에는 영향을 미치지 아니한다고 규정한다”)를 신법을 소급 적용한 경우로 분류하여 설명하고 있다[윤장근, “부칙규정,” 「법제」 제574호, 법제처, 2005, 169면].

40) 이와 관련하여 자세한 것은 박근웅, “소멸시효에 관한 민법개정시안과 경과규정,” 「강원법학」 제46권, 강원대학교 비교법학연구소, 2015, 83면 이하 참조. 이 글에서는 ‘효력의 불소급’을 규정하고 있는 경과규정을 ‘신법의 불소급’으로 해석하면 경우에 따라 불합리한 결과를 초래할 수 있음을 지적하며, ‘신법의 소급적용과 기득권의 보호’라는 테두리에서 설명한다면 불합리한 결과 없이 합리적 결론을 도출할 수 있다고 주장하였다(특히 같은 글, 85-86면).

41) 윤진수 교수는 “민법은 1958년 제정된 후 여러 차례 개정되었는데 그 중 제정민법과 1977년, 1984년, 1990년, 2002년 및 2005년 개정된 민법이 각 부칙에서 경과규정을 두고 있다. 이들 부칙은 기본적으로는 개정법을 소급적용하면서, 다만 종전의 규정에 의하여 생긴 효력에 영향을 미치지 않는다는 태도를 취하고 있다.”고 밝히고 있다[주석민법/윤진수(주 4), 77면]. 한편 이화숙 교수는 2002년 개정민법 부칙조항의 구조에 착안하여, 입법자가 이른바 ‘상속개시법주의’를 포기하였다고 보고, 나아가 부칙 제2항을 소급효를 원칙으로 한 규정으로 본다[이화숙, 앞의 글(주 22), 44-45면]. 2002년 개정민법은 헌법재판소의 위헌결정에 의한 입법개선의무에 따른 것이므로, 종래와 같이 소급효의 예외를 통해 상속개시시의 법을 적용하는 경우 헌법적 정당성이 결여된 법을 적용하게 되는 결과가 되어 이를 피하기 위하여 입법기술적으로 이와 같이 규정한 것이라고 설명하는 것이다. 박세민 교수도 민법의 경과규정도 신법우선원칙과 기득권보호원칙하에 일관되게 해석될 수 있다고 한다(박세민, “민법시행 이전에 개시된 상속과 상속회복청구권의 제척기간,” 「가족법연구」 제21권 3호, 한국가족법학회, 2007, 341-343면).

42) 小粥太郎, 前掲論文(주 34), 404面.

하다. 무엇보다 상속이 개시된 때로부터 상속인은 피상속인의 재산에 관한 포괄적 권리의무를 승계하기 때문에 상속인의 기득권은 헌법상 보장되는 재산권의 성질을 갖는 것이고 이를 소급입법에 의해 박탈하는 것은 원칙적으로 허용되지 않는다고 해야 한다. 제정민법 부칙 제25조 제1항, 1977년 개정민법 부칙 제6항, 1990년 개정민법 부칙 제12조 제1항은 이와 같은 이유에서 구법에 의하여 개시된 상속에 관하여 여전히 구법을 적용할 것을 명령하고 있다. 이와 관련해서는 국제사법의 방법론을 시제사법에 활용한 선행연구의 분석을 참고할 필요가 있다.⁴³⁾ 상속개시시법주의에서 상속에 관하여는 구법을 적용한다는 경과규정의 명제에 있어 특히 주목할 내용은, ‘연결점(Anknüpfungspunkt)’과 ‘성질결정(Qualifikation)’의 개념이다. 특정 시점의 법령을 특정 요건사실에 적용하려면 양자 공통의 시간적 요소가 필요한데 이를 연결점이라 한다. 상속에 관해서는 ‘상속개시시’가 그 연결점이 된다. 또 ‘상속에 관하여’ 상속개시시법주의가 적용되는 것이어서 만일 ‘상속에 관하여’라는 문언의 범주에 포섭할 수 없다면 상속개시시법주의는 적용되지 않는다. 이때 ‘상속에 관하여’라는 개념에 포섭 여부를 결정하는 것을 성질결정이라 한다. 이하 구체적인 대법원 판결례를 통해 개별 제도가 상속에 관한 경과규정에서의 ‘상속에 관하여’라는 성질로 결정될 수 있는지, 만약 그것이 바람직하지 않다면 그 연결점은 무엇으로 보아야 할 것인지를 살펴보기로 한다.

2. 개별적 적용

1) 상속일반과 실종선고

법정상속, 즉 상속의 순위나 상속분과 같은 내용의 변경이 있었을 때에는 당연히 상속개시 시의 법에 따른다. 판례 또한 이와 같다. 즉 제정민법 시행 전에 상속이 개시된 경우에는 제정민법이 아닌 구관습법을 적용법조로 삼고,⁴⁴⁾ 반대로 제정민법 시행 이후 상속이 개시된 경우에는 제정민법을 적용한다.⁴⁵⁾ 한편 상속분에 있어 기여분에 관한 제1008조의2는 1990년 개정민법에

43) 이동진, 앞의 글(주 4), 590-592면 참조.

44) 대법원 2009. 1. 30. 선고 2006다77456,77463,77470 판결 등.

45) 대법원 1998. 7. 24. 선고 98다22659 판결. 구 민법 시행 당시 관습에 의하여 기혼자인 호주가 상속할 남자 없이 사망함으로써 호주 및 유산상속을 한 망 호주의 장남의 처가 신 민법 시행 후 사망한 경우 그녀의 재산에 대한 상속순위를 결정함에 있어서는 신 민법이 적용되어야 하고, 피상속인인 여호주가 구 민법 시행 당시 관습에 의하여 시가(孀家)의 재산을 상속하였다고 하더라도 달리 볼 것은 아니라는 취지이다.

신설되었다. 이 또한 상속개시 당시를 연결점으로 확정하는 것이 타당하다. 따라서 부칙 제12조 제1항이 적용된다. 판례도 상속이 1990년 개정민법 시행 이전인 1989. 2. 7. 개시된 사건에서 기여분의 규정이 적용될 수 없다고 한다.⁴⁶⁾ 그런데 기여가 1990년 개정민법 시행 이전에 있었고 상속은 그 시행 이후에 있었던 때에도 이를 고려할 수 있다는 것이 일반적이다.⁴⁷⁾ 기여분은 공동상속인 간의 실질적 공평을 도모하려는 취지로 개정민법 시행 이전에 있었던 기여를 그 시행 이후 상속이 개시된 경우에도 적용한다 하더라도 그로 인해 다른 상속인의 상속권이 침해되는 것은 아니다. 상속개시 전 상속인의 이해관계는 기득권이라 부를 수 없고 이에 대한 상속인의 신뢰이익을 생각하기 어렵기 때문이다. 따라서 이러한 결론은 타당하다.

실종선고에 의해 사망한 것으로 간주되는 경우에는⁴⁸⁾ 상속효과에 관한 연결점으로 실종기간 만료시와 실종선고시를 고려할 수 있다.⁴⁹⁾ 실종선고에 대한 경과규정을 살펴보면 제정민법 부칙 제25조 제2항과 1990년 개정민법 제12조 제2항은 실종선고시를 연결점으로 삼고 있는데 반해 1977년 개정민법은 부칙 제6항에서 실종기간 만료시를 연결점으로 정하고 있다. 이러한 이유에서 판례는 실종선고 1962. 3. 3. 선고된 때에는 실종기간이 1955. 6. 3. 만료된 경우에도 제정민법을 적용하고,⁵⁰⁾ 1977년 개정민법 시행 이전에 실종기간이 만료된 경우에는 실종선고의 시점과 무관하게 개정 이전의 민법이 적용된다고 한다.⁵¹⁾

한편 실종선고와 관련해서는 이와 같은 연결점의 변경으로 인해 조금 더 복잡한 문제가 발생할 수 있다. 대법원 2017. 12. 22. 선고 2017다360, 377 판결의 경우가 그에 해당한다. 이 판결은 2008. 7. 31. 실종선고가 되어 실종기간 만료

46) 대법원 1995. 2. 15.자 94스13, 14(병합) 결정.

47) 윤진수, 「친족상속법(제2판)」, 박영사, 2018, 411면; 「주해상속법」(윤진수 대표집필)/이봉민 집필부분, 제1권, 박영사, 2019, 214면.

48) 민법 부칙 제25조 제2항 소정의 재산상속이 개시되는 경우의 해석이 문제된 사안인기는 하지만, 판례는 대습상속 사유가 발생한 경우도 포함된다(대법원 1980. 8. 26. 선고 80다351 판결; 대법원 2011. 5. 13. 선고 2009다94384,94391,94407 판결 등).

49) 이동진, 앞의 글(주 4), 626면. 실종기간 만료시 사망한 것으로 간주하지만 이는 간주에 불과하므로 어느 시점의 법령을 기준으로 상속관계를 규율할 것인지를 별개로 정할 수 있기 때문이다(대법원 2017. 12. 22. 선고 2017다360, 377 판결의 취지 참조).

50) 대법원 1983. 4. 12. 선고 82다카1376 판결. 같은 취지로 대법원 1983. 7. 12. 선고 83다카583 판결 참조. 이는 1958. 5. 27 실종기간이 만료하였으나 실종선고는 1967. 6. 1. 있었던 경우이다. 1967. 1. 27. 실종선고가 있었고 실종기간이 1957. 7. 4.에 만료되었던 대법원 1992. 2. 25. 선고 91다44605 판결도 참조.

51) 대법원 1980. 9. 8.자 80스27 결정.

일인 1955. 9. 9.경 사망한 것으로 간주되었던 사건이다. 1990년 개정민법 부칙 제12조 제2항에서는 “실종선고로 인하여 상속이 개시되는 경우에 그 실종기간이 구법시행기간중에 만료되는 때에도 그 실종이 이 법 시행일후에 선고된 때에는 상속에 관하여는 이 법의 규정을 적용한다”고 하는데, 이때 ‘그 실종기간이 구법시행기간중에 만료되는 때에도’의 의미가 1977년 개정민법 시행기간 중 실종기간이 만료된 때만을 의미한다면 이 사건에서 1990년 개정민법을 적용할 수 없다.⁵²⁾ 그러나 판례는 1990년 개정민법 시행 후 실종선고가 있는 경우에는 실종기간의 만료 시점이 언제인지와 관계없이 실종선고로 인한 상속에 관해서는 개정민법을 적용하기로 한 것으로 보아야 한다고 하여 이러한 논증을 채택하지 않았다.

생각건대 이와 같은 판례의 태도는 타당하다. 1990년 개정민법을 통해 입법자는 비록 개정법 시행 이전에 실종기간이 만료되었더라도 그 실종선고의 시점이 개정법 시행 이후라면 개정된 법률을 적용하겠다는 뜻을 분명하게 밝힌 것으로 이해된다. 이때 문제되는 것은 상속과 관련하여 상속인 또는 상속인으로 기대하였던 자에게 실종기간 만료 시점에 갖게 되는 기득권이나 신뢰이익을 인정할 수 있는가 하는 점이다. 그러나 실종선고는 단지 실종기간 만료 시에 사망한 것으로 간주하는 것에 불과하므로 피상속인의 사망 이전에 상속인이 될 수 있는 지위에 있는 사람이 가지는 상속에 대한 기대는 구체적인 것이라고 보기는 어렵다. 오히려 실종선고에 있어 실종기간 만료시의 불명확성 등에 비추어 법적 안정성을 위하여 실종선고시를 기준으로 상속의 관계를 확정해야 할 공익상의 요청이 크다고 할 수 있다.⁵³⁾ 따라서 1990년 개정민법 부칙 제12조 제2항을 단지 1977년 개정민법 시행기간 중 실종기간이 만료한 때에 한정하여 적용되는 것으로 이해할 것은 아니다.⁵⁴⁾

다른 국면에서, 만약 제정민법 시행 이전에 실종선고가 만료되었는데 실종선고는 1977년 개정민법의 시행 기간 중에 이루어진 경우는 어떻게 처리해야 하는가? 1950. 7. 30. 이후 5년간 생사불명을 원인으로 1988. 11. 26. 실종선고

52) 이 사건 독립당사자참가인이 주장한 내용이다(자세한 내용은 최준규, “실종선고로 인한 상속에 관한 경과규정인 민법 부칙 제12조 제2항의 의미,” 『2017년 가족법 주요 판례 10선』, 세창출판사, 2018, 201면).

53) 헌법재판소 전원재판부 2016. 10. 27. 선고 2015헌바203 등 결정도 같은 취지를 밝힌다. 이 결정에서 헌법재판소는 실종기간이 구법 시행기간 중에 만료되는 때에도 그 실종이 개정민법 시행일 후에 선고된 때에는 상속에 관하여 개정민법의 규정을 적용하도록 한 1990년 개정민법 부칙 제12조 제2항이 신뢰보호원칙에 위배되어 재산권을 침해하거나 평등원칙에 위배되는 것은 아니라고 하였다.

54) 같은 취지의 주장으로 이동진, 앞의 글(주 4), 627면; 최준규, 앞의 글(주 52), 202면 이하.

가 되어 확정된 사건에서 대법원은 1977년 개정민법 전 이전의 민법이 적용되어야 한다고 보았다.⁵⁵⁾ 1977년 개정민법 부칙 제6항은 - 그 타당성은 별론으로 - 실종기간의 만료시가 개정법 시행 이전이라면 개정법을 적용할 수 없음을 정하였기 때문에, 이때는 제정민법이 적용되는 것이 타당하다

2) 상속회복청구권

상속회복청구권 제도와 관련해서는 제정민법이 시행된 이후 2002년 개정민법을 통해 그 행사기간에 대한 개선이 이루어졌다. 특히 2002년 개정민법은 헌법재판소의 위헌결정이 동인이 된 것이다.⁵⁶⁾ 문제가 되는 경과규정은 제정민법의 부칙과 2002년 개정민법의 부칙이다.⁵⁷⁾

상속회복청구권 제도와 관련해 연결점을 찾을 때 권리 취득의 측면과 행사기간의 경과 측면은 구분되어야 한다. 또한 앞의 문제에 있어서 상속개시시를 연결점으로 삼을 수는 없다. 상속회복청구권은 상속권의 침해가 있어야 비로소 발생하는 권리이기 때문이다.⁵⁸⁾ 그런데 대법원은 종래 상속회복청구권의 행사기간이 도과되었는지가 문제되었던 사건에서 상속개시시를 연결점으로 제정민법 부칙 제25조 제1항을 적용한 바 있다.⁵⁹⁾ 상속회복청구권의 존부 등과 관련한 문제가 아니라 그 행사기간의 도과 여부가 문제되었음에도 상속개시시법주의를 전제로 한 것은 수긍하기 어렵다. 일부 견해는 판례의 태도에 찬성하면서 제정민법 시행 전에 상속이 개시되어 구법이 적용되는 ‘상속’의 범위에서 ‘민법

55) 대법원 1995. 12. 22. 선고 95다12736 판결. 이 판결은 1977년 개정민법 부칙 제6항 및 제정민법 부칙 제25조 제2항을 근거로 들고 있다. 유사한 취지로 대법원 1989. 3. 28. 선고 88다카3847 판결 참조.

56) 헌법재판소 전원재판부 2001. 7. 19. 99헌바9·26·84, 2000헌바11, 2000헌가3, 2001헌가23 (병합) 결정.

57) 상속회복청구권제도의 변화와 이에 대한 적용법조의 문제에 대해 자세한 것은 박근웅, “상속회복청구권의 제척기간에 관한 적용법조,” 『가족법연구』 제24권 제2호, 한국가족법학회, 2010, 61면 이하 참조. 주된 주장 내용은 다음과 같다. 상속회복청구권에 관하여 제정민법 부칙 제2조와 2002년 개정민법 부칙 제2항이 적용되어야 할 경과규정이다. 또한 제정민법 부칙 제2조와 2002년 개정민법 부칙 제2항의 내용은 ‘원칙적 소급효와 기득권 보호’로 이해할 수 있고, ‘상속이 개시된 때로부터 10년이 경과하였다는 사실’은 이때의 ‘기득권’에 포함된다. 결국 위헌결정 이전에 이미 종전 규정에 따라 10년의 기간이 경과하였을 때에는 2002년 개정민법이 아닌 개정 전의 민법을 적용해야 한다.

58) 같은 취지에서 박세민 교수는 “상속재산상의 침해가 발생한 시점만이 상속회복청구권의 준거법을 정하는 기준이 될 수 있다”고 서술하고 있다[박세민, 앞의 글(주 41), 343면].

59) 대법원 2003. 7. 24. 선고 2001다48781 전원합의체 판결. 피상속인이 제정민법 시행 이전인 6·25 사변 무렵 사망하였고 참칭상속인에 의한 상속권침해는 1994. 4. 6. 있었던 사건이다.

시행 후에 상속권의 침해가 있는 경우의 상속회복청구권만' 제외된다고 해석하는 것도 자의적이며,⁶⁰⁾ 상속회복청구권의 행사기간에 관하여 구 관습은 소멸시효로 보고 있고, 제정 민법은 이를 제척기간으로 규정한 것으로 해석하는 이상, 소멸시효와 제척기간을 동일시 할 수 없으므로 부칙 제8조를 적용할 수 없다⁶¹⁾고 한다. 그러나 제정민법 부칙 제25조 제1항은 상속으로 인해 상속인이 취득한 재산권(기득권)을 보호하려는 취지이며 그 재산권의 존부 문제가 아니라 행사기간에 대한 문제는 이와 무관하다. 더욱이 상속회복청구권은 상속권침해를 통해 비로소 발생하는 권리인데 이에 상속개시시법주의를 적용하는 것도 온당치 않아 보인다. 유력한 견해는 이와 관련해 상속인의 범위, 상속분 또는 상속회복청구권의 인정 여부 등에 관하여는 제정민법 부칙 제25조가 적용되지만 일단 발생한 상속회복청구권의 소멸시효나 제척기간에 관하여는 부칙 제8조가 제25조에 우선한다고 주장한다.⁶²⁾ 이 견해는 나아가 제정민법 부칙 제8조 제4항은 제척기간에 관하여도 제8조 제2항을 준용하고 있으므로 제2항의 규정은 소멸시효기간이 제척기간으로 바뀐 경우에도 적용되는 것으로 본다.⁶³⁾ 다만 과거 대법원은 강박에 의한 의사표시의 취소권행사 기간의 성질이 구민법에서는 시효기간이던 것이 신민법에서는 제척기간으로 변경된 경우, 제정민법 부칙 제8조 제2항이나 제4항은 적용되지 않고, 이러한 경우에는 신민법이 시행되면서 소멸시효의 기간은 거기서 그쳐버리고 그때부터 새로이 제척기간이 진행되는 것으로 보는 것이 제정민법 부칙 제8조의 법의라고 하였다.⁶⁴⁾ 제정민법 부칙 제8조 제4항에서 입법자가 “시효기간이 아닌 법정기간에 이를 준용한다”고 한 의미가 시효기간이 제척기간으로 변경된 경우까지 포섭범위에 포함시킬 수 있는지에 대해서는 서로 다른 생각이 있을 수 있다. 다만 제정민법 부칙 제8조가 적용되지 않는다 할지라도 원칙적 경과규정인 부칙 제2조의 적용은 물론 가능하다. 그 결과는 부칙 제8조를 적용하는 것과 달라지지 않는다. 제정민법 부칙 제8조 제1항은 부칙 제2조 단서를, 부칙 제8조 제2항은 부칙 제2조 본문의 취지를 구체화하고 있을 뿐이기 때문이다. 다만 구관습법에

60) 김선옥, “상속회복청구권의 행사기간에 관한 적용법률 - 대법원 2007. 4. 26. 선고 2004다5570 판결 -,” 「판례연구」 제19집, 부산판례연구회, 2008, 460-461면.

61) 정재수, “상속회복청구권의 인정기준 및 민법 개정 전·후 적용할 제척기간 등에 대하여 (대법원 2003. 7. 24. 선고 2001다48781 전원합의체 판결과 관련하여),” 「재판과 판례」 제16집(김진기 대구고등법원장 퇴임기념), 대구판례연구회, 2008, 79-80면.

62) 윤진수, “상속회복청구권의 소멸시효에 관한 관습법의 위헌 여부 및 판례의 소급효,” 「비교사법」 제11권 2호, 한국비교사법학회, 2004, 290면.

63) 위의 글, 290면 주 33 참조.

64) 대법원 1964. 3. 31. 선고 63다214 판결.

의해 시효가 완성되지 않아 제정민법을 적용하는 때에도 그 기간이 성질은 다르지만 20년에서 10년으로 단축된 것이어서 경우에 따라서는 제정민법 시행과 동시에 상속회복청구권이 소멸하는 결과를 가져올 수도 있다. 소급입법에 의한 재산권익의 박탈에 해당할 수 있는 것이다. 따라서 제척기간의 기산점과 관련하여서는 1960년 1월 1일부터 기산하되 구관습법에 의한 시간이 신법에 의한 기간보다 먼저 도과하는 때에는 구법에 따라 권리가 소멸하는 것으로 볼 것이다.⁶⁵⁾

2002년 개정민법과 관련해서는 같은 법 부칙은 총 4개의 항을 두고 있는데, 상속에 관한 경과규정이나 상속회복청구권에 관한 경과규정을 별도로 두고 있지는 않다. 결론적으로 상속회복청구권의 개정과 관련하여서는 부칙 제2항에 따를 수밖에 없는데 그 의미는 위와 유사하다. 다만 헌법재판소의 2001년 위헌 결정과 그 소급효⁶⁶⁾로 인해 2002년 개정민법 시행 이전에 상속회복청구권의 장기의 행사기간 제한이 그 효력을 상실하게 된다는 점이 특수하다. 이러한 전제에서 판례는 1985. 7. 9. 상속권침해가 있었고 위헌결정 이후 2002년 개정민법 시행 이전인 2001. 8. 24. 상속회복청구의 소를 제기한 사안에서, 2002년 개정민법의 행사기간을 적용한 원심을 파기하였다.⁶⁷⁾ 이 판결에서는 부칙 제1항을 제시하며 개정법의 소급적용이 허용되지 않는다고 하였는데, 이는 시행일에 관한 규정이지 경과규정으로 평가되기는 어려운 면이 있어 의문이다. 그러나

65) Art. 169 und 231 § 6 EGBGB. 이와 관련하여 Hess, Burkhard, 『*Intertemporales Privatrecht*』, Mohr Siebeck, 1998, S.141 참조. 윤진수 교수는 1960년 1월 1일을 기산점으로 하되 구법 하에서라면 소멸시효가 완성하였을 시점을 넘지는 못한다고 해석하는 것이 합리적이라고 한다[윤진수, 앞의 글(주 62), 290면, 주 34].

66) 헌법재판소는 헌법재판소법 제47조 제2항의 위헌결정의 장래효 규정에도 불구하고, 구체적인 규범통제의 실효성 보장의 견지에서 법원의 제청·헌법소원 청구 등을 통하여 헌법재판소에 법률의 위헌결정을 위한 계기를 부여한 당해 사건, 위헌결정이 있기 전에 이와 동종의 위헌여부에 관하여 헌법재판소에 위헌제청을 하였거나 법원에 위헌제청신청을 한 경우의 당해 사건, 그리고 따로 위헌제청신청을 아니하였지만 당해 법률 또는 법률의 조항이 재판의 전제가 되어 법원에 계속 중인 사건에 대하여는 소급효를 인정하고 있다.(헌법재판소 전원재판부 1993. 5. 13. 선고 92헌가10,91헌바7,92헌바24,50 결정). 대법원도 위헌결정의 효력과 관련하여 “헌법재판소의 위헌결정의 효력은 위헌제청을 한 당해 사건, 위헌결정이 있기 전에 이와 동종의 위헌 여부에 관하여 헌법재판소에 위헌여부심판제청을 하였거나 법원에 위헌여부심판제청을 한 경우만이 아니라 당해 사건과 따로 위헌제청신청은 하지 아니하였지만 당해 법률 또는 법률의 조항이 재판의 전제가 되어 법원에 계속 중인 사건과 위헌결정 이후에 위와 같은 이유로 제소된 일반 사건에도 미(친다)”고 한다(대법원 1993. 1. 15. 선고 92다12377 판결, 대법원 1994. 2. 22. 선고 93다58295 판결, 대법원 1996. 3. 12. 선고 95다40755 판결, 대법원 2000. 2. 25. 선고 99다54332 판결, 대법원 2001. 8. 24. 선고 2000다17605 판결 등 참조).

67) 대법원 2001. 9. 25. 선고 2001다36382 판결.

이 판결 이후 대법원은 다른 사건에서 2002년 개정민법 부칙 제2항을 개정민법의 불소급의 근거로 제시한다.⁶⁸⁾ 즉 “이 법은 종전의 규정에 의하여 생긴 효력에 영향을 미치지 아니한다”고 규정하고 있으므로, 위 부칙 제2조의 규정에 의하여 개정된 민법 조항이 이 사건에 그대로 적용될 수는 없다. 다만, 헌법재판소의 위 위헌결정 선고 당시 이 사건은 제1심에 계속 중이었던 관례로 그 위헌결정의 효력은 이 사건에도 미치므로, 이 사건에서 甲의 상속회복청구권이 제척기간 경과로 소멸하였는지 여부와 관련하여 ‘그 침해를 안 날부터 3년’이 경과되었는지 여부만 문제될 뿐이다(다)”라고 밝히고 있다. 행사기간의 측면만을 고려한다면 비록 위헌결정에 따라 10년의 장기의 행사기간의 효력이 소멸하였더라도 그러한 법적 상태가 무한대로 수긍될 수 있는 것은 아니다. 앞서 언급한 것처럼 기산점에 대한 일정한 고려는 필요하겠으나 2002년 개정민법의 적용 자체를 부정할 사유는 되지 않는다. 다만 이 사안에서는 2002년 개정민법 시행 이전에 권리가 행사되어 그 기간을 준수한 효과가 발생하였음이 감안된 것으로 평가할 수 있다.

3) 특별한정승인

특별한정승인도 헌법불합치결정이 기화가 되어 2002년 개정민법에 그 내용이 추가된 배경을 가지고 있다.⁶⁹⁾ 그러나 종래 2002년 개정민법 부칙 제3항⁷⁰⁾에 대해서는 다시 헌법재판소의 헌법불합치 결정이 있었다.⁷¹⁾ 이에 따라 2005. 12. 29. 법률 제7765호로 부칙이 개정되어 종래 부칙 제3항외에 제4항에 “1998년 5월 27일 전에 상속 개시가 있음을 알았으나 상속채무가 상속재산을 초과하는 사실(이하 “상속채무 초과사실”이라 한다)을 중대한 과실 없이 제1019조 제1항의 기간 이내에 알지 못하다가 1998년 5월 27일 이후 상속채무 초과사실을 안 자는 다음 각 호의 구분에 따라 제1019조 제3항의 규정에 의한 한정승인을 할 수 있다. 다만, 각 호의 기간 이내에 한정승인을 하지 아니한 경우에는 단순승인을 한 것으로 본다. 1. 법률 제7765호 민법 일부개정법률(이하 “개정

68) 대법원 2004. 4. 27 선고 2002다67680 판결.

69) 헌법재판소는 1998. 8. 27. 선고 96헌가22, 97헌가2·3·9, 96헌바81, 98헌바24·25(병합) 결정.

70) 그 내용은 다음과 같았다. “1998년 5월 27일부터 이 법 시행전까지 상속개시가 있음을 안 자중 상속채무가 상속재산을 초과하는 사실을 중대한 과실없이 제1019조 제1항의 기간내에 알지 못하다가 이 법 시행전에 그 사실을 알고도 한정승인 신고를 하지 아니한 자는 이 법 시행일부터 3월내에 제1019조 제3항의 개정규정에 의한 한정승인을 할 수 있다. 다만, 당해 기간내에 한정승인을 하지 아니한 경우에는 단순승인을 한 것으로 본다.”

71) 헌법재판소 2004. 1. 29. 선고 2002헌가22 등 결정.

법률”이라 한다) 시행 전에 상속채무 초과사실을 알고도 한정승인을 하지 아니한 자는 개정법률 시행일부터 3월 이내, 2. 개정법률 시행 이후 상속채무 초과사실을 알게 된 자는 그 사실을 안 날부터 3월 이내”의 내용을 추가하게 되었다.

특별한정승인제도에 있어서 2002년 개정민법이 그 요건으로 실시하고 있는 내용은 제1019조 제3항에서 찾아볼 수 있듯이 “상속인이 상속채무가 상속재산을 초과하는 사실을 중대한 과실없이 (.....) 알지 못하고”라는 점이고, 개정민법은 “그 사실을 안 날부터 3월 내에 한정승인을 할 수 있다”고 하였다. 따라서 시제사법적 의미에서 주요한 연결점은 ‘상속채무가 상속재산을 초과하는 사실을 알았거나 알지 못한 데 중대한 과실이 있었던 시점’이라 할 수 있다. 따라서 “1998년 5월 27일부터 이 법 시행전까지 상속개시가 있음을 안 자중”이라는 문구를 통해 상속개시가 있음을 안 날의 시점을 연결점으로 삼았던 종전 부칙 제3항은 그 한계가 분명하였던 것이다.⁷²⁾

한편 2002년 개정민법 부칙 제3항과 제4항 제1호는 헌법재판소의 헌법불합치결정 당시에 개정 전 법에 따라 승인·포기기간이 도과하였으나 개정된 법에 따라 특별한정승인을 할 수 있었던 기간은 아직 도과하지 않았는데 신법 시행 전 채무초과사실을 알게 된 경우에도 신법 시행일부터 3개월 내에 특별한정승인을 허용한다. 이때 승인·포기기간의 도과에 따른 단순승인의 확정이라는 가치는 기득권으로 보호하지 않는다. 위헌적 상황을 전제한 신뢰의 보호 가치가 낮다는 점이 고려된 것이라는 평가가 있다.⁷³⁾

4) 유류분

1977년 개정민법은 유류분 제도를 신설하였다. 1977년 개정민법은 부칙 제2항에서 효력의 불소급이라는 경과규정의 원칙과 제5항에서 상속개시시법주의에 관한 규정 등을 두고 있는데, 기본적으로 유류분 제도 또한 부칙 제5항의

72) 헌법재판소도 특별한정승인의 소급적용의 범위를 결정함에 있어서는 상속채무초과사실을 알지 못하여 상속의 단순승인으로 의제된 것에 상속인의 귀책사유가 존재하는가의 여부, 상속채무초과사실을 알게 된 이후에도 기간 해태의 책임이 존재하는가의 여부 등이 중요한 문제인 것이지, 상속개시 있음을 언제 알았는지의 여부 그 자체는 아무런 합리적 기준이 되지 못하고, 상속인의 귀책사유 없이 단순승인 의제된 경우에 구제수단을 제공한다고 하면서 위 결정 전에 이미 단순승인 의제되었다는 이유만으로 그 적용범위에서 제외하는 것이 되어 특별한정승인의 입법취지에도 어긋난다고 평가하였다(헌법재판소 2004. 1. 29. 선고 2002헌가22 등 결정).

73) 윤진수, “상속의 단순승인 의제규정에 대한 헌법불합치결정의 소급효가 미치는 범위”, 『민법논고V』, 박영사, 2011, 404면 이하 참조.

상속개시시법주의를 전제로 이해하는 것이 타당하다. 즉 1977년 개정민법 시행 이전에 이미 상속이 개시된 때에는 상속인에게 유류분권이 인정되기 어려울 것이고 반대로 1977년 개정민법 시행 이후 개시된 상속에 관해서는 유류분권이 인정될 수 있다.

한편 유류분과 관련해서 수증자의 기득권이 문제되는 경우가 있을 수 있다. 유류분에 있어 공동상속인에 대한 증여는 기간의 제한 없이 산입되는데 개정민법 시행 전에 이루어진 증여의 경우 이를 산입하여 반환하도록 할 것인지 논란이 있다. 그런데 이 문제는 1977년 개정민법 부칙 제5항의 ‘상속에 관하여’의 문언에 포섭할 것은 아니다. 이때 부칙 제5항은 1977년 개정민법 시행 이전에 상속이 개시된 경우 그로 인해 확정된 상속의 효과가 새롭게 시행된 유류분 제도에 의해 소급적으로 제한되지 않는다는 의미로 해석될 수 있을 뿐이다. 부칙 제5항은 유류분의 인정 여부와 관련하는 경과규정일 뿐 이를 넘어 종래 이루어진 ‘증여’의 효과까지 규율하는 것은 아니다. 이는 부칙 제2항에 의해 해결하여야 한다. 이와 관련해 대법원 2012. 12. 13. 선고 2010다78722 판결은 1977년 개정민법 시행 이전에 이행이 완료된 증여와 그렇지 않은 증여를 구분하여 유류분 반환의 대상에 포함되는지 여부를 달리 판단하였다.⁷⁴⁾ 즉 유류분 제도가 생기기 전에 피상속인이 상속인이나 제3자에게 재산을 증여하고 이행을 완료하여 소유권이 수증자에게 이전된 때에는 피상속인이 1977년 개정민법 시행 이후에 사망하여 상속이 개시되더라도 소급하여 증여재산이 유류분 제도에 의한 반환청구의 대상이 되지 않는다고 하면서도, 반대로 1977년 개정민법 시행 이전에 증여계약이 체결되었더라도 그 이행이 완료되지 않은 때에는 이와 같은 증여계약의 목적이 된 재산도 유류분 반환의 대상에 포함된다고 한다. 그런데 대법원은 개정민법 시행 이전에 증여계약의 이행이 완료한 때에는 부칙 제2항을 근거로 그 반환청구 대상성을 인정하면서도, 증여계약의 이행이 완료되지 않은 때에는 부칙 제2항이 아닌 부칙 제5항을 근거로 반환청구 대상성을 부정하고 있어 그 태도가 일관되지 못하다.⁷⁵⁾ 무엇보다 수증자의 기득권

74) 피상속인이 생전에 1949년부터 1985년에 걸쳐 자기 소유 부동산을 수차례 아들인 피고에게 증여하고 1998년 6월 27일에 사망하였는데, 딸인 원고가 유류분반환을 청구한 사건이었다. 이 판례에 대한 평적으로 정구태, “유류분제도 시행 전 증여된 재산에 대한 유류분 반환 - 대법원 2012.12.13. 선고 2010다78722 판결-,” 『홍익법학』 제14권 제1호, 홍익대학교 법학연구소, 2013, 843면 이하 참조.

75) 대법원은 증여계약의 이행이 완료되지 않은 경우와 관련해 “개정 민법 부칙 제5항은 ‘이 법 시행일 전에 개시된 상속에 관하여는 이 법 시행일 후에도 종전의 규정을 적용한다’고 규정하고 있다. 따라서 개정 민법 시행일 이후 개시된 상속에 관하여는 개정 민법이 적용되어야 하므로, 개정 민법 시행 이전에 증여계약이 체결되었더라도 이행이 완료되지 않은

문제를 이와 관련 없는 부칙 제5항으로 연결하여 해결하려 하였다는 점에서 판결에 동의하기 어렵다.⁷⁶⁾

IV. 맺는말

민법 경과규정의 의미를 파악함에 있어 시제법의 고려요소들을 도출하고 이를 적절하게 적용하는 것이 중요하다.

먼저 경과규정의 의미해석에 있어 법률불소급의 원칙과 기득권이론은 여전히 유용한 도구로 평가될 수 있다. 이에 덧붙여 권리존속의 규칙도 하나의 원리로 고려할 수 있는데, 이때 새로운 법에 따라 권리의 내용이 변경되어야 한다는 요청은 여러 요소들의 비교형량을 통해 정당화될 수 있다. 개정법질서의 공공성의 정도, 권리자의 신뢰이익, 권리 변경이 본질적인 것인지 여부, 동시대 복수 수범자들 사이의 평등 등이 그와 같은 요소이다.

상속에 있어 경과규정은 상속개시시법주의가 원칙이다. 특히 상속개시시점을 연결점으로 삼는 관념은 상속으로 인하여 발생한 기득권을 보호하기 위한

상태에서 개정 민법이 시행되고 그 이후에 상속이 개시된 경우에는 상속 당시 시행되는 개정 민법에 따라 증여계약의 목적이 된 재산도 유류분 반환의 대상에 포함된다. 비록 개정 민법 부칙 제2항이 개정 민법은 종전의 법률에 의하여 생긴 효력에 영향을 미치지 아니한다고 하여 개정 민법의 일반적인 적용대상을 규정하고 있지만, 부칙 제5항이 개정 민법 시행 이후 개시된 상속에 관하여는 개정 민법을 적용한다고 정하고 있는데 유류분 제도 역시 상속에 의한 재산승계의 일환이기 때문이다”라고 판시하였다. 판례와 같은 접근에 따르면 1977년 개정민법 시행 이후에 상속이 개시된 경우에 있어서 증여계약의 이행이 개정민법 시행 이전에 있었던 경우라고 하더라도 개정민법을 적용한다고 해석하게 되어 부칙 제2항과의 충돌문제가 발생하게 될 수 있음을 지적하는 문헌으로 정구태, 앞의 글(주 74), 853-854면.

- 76) 대법원이 부칙 제5항을 근거로 한 이유는 분명하지 않다. 다만 부칙 제2항의 의미를 불소급효로 이해한 것으로 추측된다. 즉 부칙 제2항을 불소급의 의미로 이해하고 이 사건에서 부칙 제2항만이 적용된다고 전제하면, 1977년 개정민법 시행 당시 증여의 이행이 아직 완료되지 않은 사례에 있어서도 1977년 개정민법을 적용할 수 없는 불합리한 결과가 발생한다고 우려한 것은 아닌지 의심되는 것이다. 그러나 이는 부칙 제2항에 대한 적절한 해석으로 보기 어렵다. 이후 대법원 2015. 11. 12. 선고 2010다104768 판결은 대법원 2012. 12. 13. 선고 2010다78722 판결과 마찬가지로 개정민법 시행 전에 이루어지고 이행이 완료된 증여의 경우 유류분 제도에 의한 반환청구의 대상이 되지 않는다고 하였는데, 다만 부칙 제2항과 관련해 “개정 민법 부칙 제2항은 ‘이 법은 종전의 법률에 의하여 생긴 효력에 대하여 영향을 미치지 아니한다’고 규정하고 있고, 이는 소급입법에 의한 기득권 제한 또는 침해의 금지 요청을 반영한 것”이라고 실시하였는데, 이와 같이 1977년 개정민법 부칙 제2항은 소급효를 전제로 한 기득권보호의 관념이 반영된 것으로 이해하는 것이 타당할 것이다.

것이다. 따라서 상속과 관련한 문제라 할지라도 그것이 상속 그 자체로 발생하는 기득권과 무관한 것이라면 상속개시시법주의를 관철할 수 없다. 이와 같은 전제에서 이 글은 다음과 같이 결론을 내렸다.

첫째 법정상속, 즉 상속의 순위나 상속분과 같은 내용의 변경이 있었을 때에는 당연히 상속개시시의 법에 따른다. 따라서 기여분 제도에 있어서도 원칙적으로 상속개시 당시를 연결점으로 고려해야 한다. 다만 기여가 개정법 시행 이전에 있었고 상속은 그 시행 이후에 있었던 때에는 이를 고려할 수 있다. 개정법 시행 전에 있었던 기여를 그 시행 이후 상속이 개시된 경우에도 적용한다 하더라도 그로 인해 다른 상속인의 상속권이 침해되는 것은 아니기 때문이다. 한편 실종선고제도와 관련해서는 실종선고는 단지 실종기간 만료 시에 사망한 것으로 간주하는 것에 불과하므로 피상속인의 사망 이전에 상속인이 될 수 있는 지위에 있는 사람이 가지는 상속에 대한 기대는 구체적인 것이라고 보기는 어렵다는 점을 유의해야 한다. 1990년 개정민법 부칙 제12조 제2항과 관련해 대법원은 1990년 개정민법 시행 후 실종선고가 있는 때에는 실종기간의 만료 시점이 언제인지와 관계없이 실종선고로 인한 상속에 관해서 개정민법을 적용하기로 한 것으로 해석하였는데, 이는 타당하다.

둘째 상속회복청구권 제도와 관련해 연결점을 찾을 때 권리 취득의 측면과 행사기간의 경과 측면은 구분되어야 한다. 우선 상속회복청구권 취득의 관점에서 상속개시시를 연결점으로 삼을 수는 없다. 상속회복청구권은 상속권의 침해가 있어야 비로소 발생하는 권리이기 때문이다. 또한 상속회복청구권 행사기간 경과 측면에 있어서도 상속개시시를 연결점으로 삼을 수 없다. 종래 상속회복청구권의 행사기간이 도과되었는지가 문제되었던 사건에서 대법원은 상속개시시를 연결점으로 삼아 제정민법 부칙 제25조 제1항을 적용하였는데 이는 타당하지 않다.

셋째 특별한정승인제도에 있어서 고려되어야 할 중요한 연결점은 ‘상속채무가 상속재산을 초과하는 사실을 알았거나 알지 못한 데 중대한 과실이 있었던 시점’이라 할 것이다. 상속개시 있음을 안 날의 시점을 연결점으로 삼았던 개정 전 부칙 제3항은 헌법재판소도 헌법불합치결정을 통해 확인하고 있듯이 적절하지 않다. 한편 개정 전 법에 의해 승인·포기기간이 도과되어 단순승인이 확정되었다는 가치는 기득권으로 보호되기 어려울 것이다.

넷째 유류분 제도는 상속개시 시를 연결점으로 삼는 것이 적절하다. 즉 개정법 시행 이전에 이미 상속이 개시된 때에는 새로이 도입된 유류분 제도를 이에 적용할 수 없다. 한편 유류분과 관련해서 수증자의 기득권이 문제되는 경

우도 있을 수 있는데 이에 대해 개정법 부칙 제5항의 상속개시시법주의를 적용할 수는 없다. 부칙 제5항은 유류분 인정 여부와 관련하는 경과규정일 뿐 이를 넘어 종래 이루어진 ‘증여’의 효과까지 규율하는 것은 아니기 때문이다. 따라서 개정민법 시행 이전에 그 이행이 완료되지 않은 증여에 대해 부칙 제5항을 근거로 유류분 반환청구 대상성을 부정한 대법원의 판결은 수긍하기 어렵다. 이때에는 부칙 제2항을 근거로 삼아야 할 것이다.

[참고문헌]

1. 단행본

- 강태성, 「민법총칙」, 대명출판사, 2011
 곽윤직, 「민법총칙」, 박영사, 1973
 김대정, 「민법총칙」, 도서출판 피데스, 2012
 박병호, 「가족법」, 한국방송통신대학교 출판부, 1991
 백경일, 「민법요의 총칙편」, 삼영사, 2012
 성낙인, 「헌법학(제20판)」, 법문사, 2020
 윤진수, 「친족상속법(제2판)」, 박영사, 2018
 이영섭, 「신민법총칙강의」, 박영사, 1959
 장경학, 「신민법총칙」, 삼성문화사, 1958
 전광석, 「한국헌법론(제13판)」, 집현재, 2018
 허영, 「한국헌법론(전정 15판)」, 박영사, 2019
 「주석민법」(김용담 편집대표), 총칙(1), 한국사법행정학회, 2010
 「주해상속법」(윤진수 대표집필), 제1권, 박영사, 2019
 Hess, Burkhard, 「Intertemporales Privatrecht」, Mohr Siebeck, 1998

2. 논문

- 김선옥, “상속회복청구권의 행사기간에 관한 적용법률 - 대법원 2007. 4. 26. 선고 2004다5570 판결 -”, 「판례연구」 제19집, 부산판례연구회, 2008
 김정중, “법령의 개정과 처분의 적용법령,” 「고요한 정의의 울림: 공의를 향한 사랑, 고민, 열정을 기리며(신영철 대법관 퇴임기념 논문집)」, 사법발전재단, 2015
 김찬규, “시제법에 관한 고찰,” 「고시연구」 23호, 대명고시연구회 고시연구사, 1976
 박근웅, “상속회복청구권에 관한 연구 - 2002년 개정민법 부칙조항의 해석과 대상재산(代償財産)에 대한 반환청구를 중심으로 -,” 「연세대학교 박사학위 청구논문」, 2014
 ———, “소멸시효에 관한 민법개정시안과 경과규정,” 「강원법학」 제46권, 강원대학교 비교법학연구소, 2015
 박근웅, “상속회복청구권의 제척기간에 관한 적용법조,” 「가족법연구」 제24권 제2호, 한국가족법학회, 2010
 박배근, “국제법상 시제법의 이론과 실제,” 「국제법학회논총」 제53권 제1호, 대한

국제법학회, 2008

박세민, “민법시행 이전에 개시된 상속과 상속회복청구권의 제척기간,” 「가족법연구」 제21권 3호, 한국가족법학회, 2007

백문흠, “경과조치에 관한 입법례 연구,” 「법제」 제521호, 법제처, 2001

오병선, “국제법상 시제법 문제에 대한 이론적 고찰,” 「국제법학논총」 제57권 제1호, 대한국제법학회, 2012

윤진수, “상속회복청구권의 소멸시효에 관한 관습법의 위헌 여부 및 판례의 소급효,” 「비교사법」 제11권 2호, 한국비교사법학회, 2004

———, “상속의 단순승인 의제규정에 대한 헌법불합치결정의 소급효가 미치는 범위,” 「민법논고 V」, 박영사, 2011,

윤장근, “부칙규정,” 「법제」 제574호, 법제처, 2005

이동진, “시제사법 서설,” 「민법논고(이론과 실무); 윤진수교수정년기념」, 박영사, 2020

이화숙, “상속회복청구에 관한 몇 가지 문제 - 2002년 개정민법 부칙 제2항의 해석과 대상재산에 대한 상속회복청구를 중심으로-,” 「저스티스」 제133호, 2012

정구태, “유류분제도 시행 전 증여된 재산에 대한 유류분반환 - 대법원 2012.12.13. 선고 2010다78722 판결-, ” 「홍익법학」 제14권 제1호, 홍익대학교 법학연구소, 2013

정재수, “상속회복청구권의 인정기준 및 민법 개정 전·후 적용할 제척기간 등에 대하여(대법원 2003. 7. 24. 선고 2001다48781 전원합의체 판결과 관련하여),” 「재판과 판례」 제16집(김진기 대구고등법원장 퇴임기념), 대구판례연구회, 2008

최봉경, “부칙(附則)연구,” 「서울대학교 법학」 제53권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2012

최준규, “실종선고로 인한 상속에 관한 경과규정인 민법 부칙 제12조 제2항의 의미,” 「2017년 가족법 주요 판례 10선」, 세창출판사, 2018

小粥太郎, “時際法・入門,” 「ジェンダー法・政策研究叢書」第6卷, 東北大學出版會, 2006

[Abstract]

Transitional Provisions for the Revision of Korean Civil Act*

Park, Keunwoong**

The purpose of this article is to clarify the meaning of transitional provisions in the process of enacting and amending the Civil Act(especially the Inheritance Act). In this study, I reviewed precedent studies of intertemporal law, and analyzed the Supreme Court's cases about transitional provisions.

In the case of inheritance, as a rule, the law at the time of the inheritance should be applied. This is to protect the vested interests by descent. Therefore, if a case is evaluated to be irrelevant to vested interests by inheritance, deferent conclusions can be drawn. In this study, an attempt was made to interpret transitional regulations according to the characteristics of individual inheritance-related systems.

The principle of prohibition of retroactive law and the theory of vested interests are useful tools in the interpretation of transitional provisions. But the rights granted by prior law are not permanent. Rights may be restricted or altered by several factors such as public interests, trust of the right holder, degree of restriction and principle of equality.

Keywords : Revision of Korean Civil Act, transitional Provisions, intertemporal Law, intertemporal private Law, Inheritance Law

* This work was supported by the Ministry of Education of the Republic of Korea and the National Research Foundation of Korea (NRF-2018S1A5B5A07073634)

** Assistant Professor at Pusan National University Law School, Ph.D.

