



외국의 상속회복제도가 우리 법제에 주는 시사점(1) - 독일 · 스위스 -

1. 들어가며

민법 제999조가 규정하고 있는 상속회복청구권은 우리 상속법에서 가장 논란이 많은 테마 중의 하나이며, 그에 관한 법률문제는 대개 단기의 권리행사기간과 관련되어 있다. 구민법(2002. 1. 14. 법률 제6591호로 개정되기 전의 것) 제999조 제2항은 “상속회복청구권은 그 침해를 안 날로부터 3년, 상속이 개시된 날로부터 10년을 경과하면 소멸된다”고 규정하고 있었다. 이러한 단기의 권리행사기간은 상속회복청구권을 사실상 상속인의 상속회복에 조력하는 제도가 아니라 오히려 그것을 저지하는 제도로 기능하게 만들었다. 그러한 상황에서 헌법재판

소는 2001년 구민법 제999조 제2항에 대하여 헌법상 보장된 상속인의 재산권, 행복추구권, 재판청구권 등을 침해하고 평등원칙에 위반된다고 하면서 위헌결정을 내렸고,¹⁾ 그에 따라 동 규정은 2002년 1월 “상속이 개시된 날로부터 10년”에서 “상속권의 침해가 있는 날로부터 10년”으로 기산점이 변경되었다. 그러나 이와 같이 상속인에게 다소 유리하게 법률이 개정된 이후에도 상속회복청구권에 관한 위헌제청신청과 헌법소원이 끊이지 않고 있다.²⁾

이와 같이 여전히 문제 있는 제도로 인식되고 있는 상속회복청구권의 존재의의에 관하여 대개는 ‘상속인 보호’와 ‘거래의 안전’을 들고 있다. 그러나 이들 법익은 상충하기 때문에 어느 하나에 중점을 둘 수밖에 없는데, 대법원은 결

각주

- 1) 헌법재판소 2001. 7. 19. 선고 99헌바9·26·84, 2000헌바11, 2000헌가3, 2001헌가23(병합) 전원재판부 결정.
- 2) 위헌제청신청에 관한 대법원 2003. 5. 30. 선고 2002카기129 결정. 헌법소원에 관한 헌법재판소 2002. 11. 28. 선고 2002헌마134 전원재판부 결정; 헌법재판소 2004. 4. 29. 선고 2003헌바5 전원재판부 결정; 헌법재판소 2006. 2. 23. 선고 2003헌바38, 61(병합) 전원재판부 결정; 헌법재판소 2008. 7. 31. 선고 2006헌바110 전원재판부 결정.

과적으로 거래의 안전을 중시한다. 그것은 대법원이 상속회복청구권과 (소유물반환청구권과 같은) 개별적 청구권의 경합을 부정하면서 이 경우에는 상속인이 후자를 주장하더라도 전자에 관한 권리행사기간이 적용된다고 하는 점으로부터 그러하다.³⁾ 상당수의 학설도 대법원과 시각을 공유하고 있다. 그런데 이처럼 상속회복청구권을 거래의 안전을 위한 제도로 기능하게 만드는 우리 민법의 태도는 과연 (얼마나) 타당한 것일까?

위 문제에 대하여 적절히 판단하기 위해서는 상속회복제도란 도대체 무엇을 위하여 도입된 제도인가, 다시 말해 대륙법계의 법질서가 이 제도를 고안하여 시행해 온 이유가 무엇인가를 명확하게 인식할 필요가 있을 것이다. 이를 위해서는 비교법적 고찰이 불가피한 것으로 보인다. 우리 민법의 상속회복제도는 서구의 그것을 변용하여 계수한 일본민법을 모델로 한 것이므로, 우선 상속회복제도가 유래한 법질서와 그것을 계수한 법질서에서의 제도적 취지, 즉 그것은 누구의 어떤 법익을 보호하기 위하여 마련된 제도인가를 통찰하는 것이 우리 법의 특징이나 문제점을 선명히 하는 데 유용하고, 또 우리 법의 발전적 형성에 하나의 계기가 될 수 있을 것으로 생각되기 때문이다. 그래서 이 글에서는

독일법, 스위스법, 오스트리아법 및 일본민법에 있어서 상속회복제도의 취지와 그것이 우리 법제에 주는 시사점을 알아보고자 한다.

II. 독일법

1. 개요

독일민법은 상속회복청구권에 관하여 제2018조~제2031조⁴⁾의 14개 조항에 걸쳐 비교적 상세히 규율하고 있다. 그 청구권은 로마나 보통법상의 상속회복의 소와 마찬가지로 상속인이 참칭상속인에 대하여 상속재산의 전부 또는 일부의 반환을 청구할 수 있는 권리이다.

과거에는 상속회복청구권이 개별적 청구권의 집합에 불과한가 아니면 개별적 청구권과는 별개의 상속재산을 포괄적으로 회복하는 것을 목적으로 한 단일의 포괄적 청구권인가에 관하여 논란이 있었다. 반면 오늘날에는 그 권리가 물권·채권에 기한 개별적 청구권과는 독립된, 그러나 물권적·채권적 성질을 아울러 가지는 상속법상의 단일의 포괄적 청구권(erbrechtlicher und einheitlicher Gesamtanspruch)으로 이해되고 있다.⁵⁾ 상속회복청구권은 이처럼 포괄적 청구권이지만 —그 명칭이 시사하는 바와는 달

각주

- 3) 대법원 1981. 1. 27. 선고 79다854 전원합의체 판결; 대법원 1991. 12. 24. 선고 90다5740 전원합의체 판결을 비롯한 대법원 2007. 11. 29. 선고 2005두10743 판결에 이르기까지의 허다한 판례.
- 4) 이하의 독일법에 관한 서술 중 법률명 없이 인용된 조문은 독일민법(BGB)의 그것이다.
- 5) Bamberger/Roth/Müller-Christmann, Kommentar zum BGB, Band 3, 2. Aufl., 2007, § 2018 Rn. 6; Gursky, Erbrecht,

리- 소를 제기할 때 반환대상을 모두 기재하여야 한다(민사소송법[ZPO] 제253조 제2항 2호, 제883조). 다만 상속인은 개개의 상속재산의 존부나 소재를 알기 어려우므로, 상속인이 참칭상속인에게 상속재산에 관한 정보를 제공해 줄 것을 청구할 수 있도록 하고 있다(제2027조, 제2028조). 참칭상속인은 그러한 정보제공의무에 기하여 상속인에게 상속재산의 존부와 소재에 관한 정보를 제공하여야 한다. 참칭상속인과 동일시되는 전득자(제2030조)는 물론 상속권의 주장 없이 상속재산을 점유하고 있는 자 역시 이와 동일한 의무를 부담한다.⁶⁾

독일법에서는 원칙적으로 상속권을 주장하면서 상속재산을 점유하는 자인 참칭상속인(Erbschaftsbesitzer)에 한하여 상속회복청구의 상대방이 되는 점에서(제2030조에 의한 전득자는 예외) 로마법이나 보통법에서보다 상대방의 범위가 크게 축소되었다. 상속권을 주장하지 않고서 상속재산을 점유하는 자에 대하여는, 상속인은 개별적 청구권에 의해서만 그 회복을 구할 수 있다. 즉 피상속인과 법률행위에 기하여 소유권이나 그 밖의 물권·채권 등을 취득하였다

고 주장하는 자에 대하여는 상속회복청구를 구할 수 없고,⁷⁾ 개별적 소를 제기할 수 있을 뿐이다. 상속인은 자신의 상속분을 넘어 다른 공동상속인의 상속분을 침해한 공동상속인에 대하여도 상속회복을 구할 수 있다.⁸⁾

2. 상속회복청구권의 취지

상속회복청구권은 상속인이 참칭상속인에 대하여 개개의 상속재산에 대하여 개별적 청구권을 일일이 행사해야 하는 번거로움을 피하여 포괄적으로 상속재산의 반환(그것이 불가능한 때에는 가액상환)을 받을 수 있도록 함으로써 상속인의 상속회복에 조력하는 제도로 이해된다.⁹⁾ 그러나 이 청구권은 아래에서 보는 바와 같이 일정 범위에서는 선의의 참칭상속인을 보호하는 기능도 가진다.¹⁰⁾

자신에게 상속권이 있다고 믿고서 상속재산을 점유하는 참칭상속인은 상속회복청구와 관련하여 다음과 같은 점에서 보호를 받는다. 첫째, 상속재산, 그 代位物 및 취득한 과실의 반환이 불가능할 때에는 부당이득법에 관한 제818조 이하의 규정에 의한 책임제한을 통해 보호된

각주

5. Aufl., 2007, S. 73; Münchener Kommentar zum BGB(이하 MüKoBGB)/Helms, Band 6, 4. Aufl., 2004, § 2018 Rn. 1, 8; Schlüter, Erbrecht, 15. Aufl., 2004, Rn. 607; Staudinger/Gursky, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Fünftes Buch Erbrecht §§ 1967-2086, 1996, Vorbem zu §§ 2018 ff. Rn. 10, 12, 15 f.
- 6) Bamberger/Roth/Müller-Christmann, § 2027 Rn. 1; MüKoBGB/Helms, § 2027 Rn. 1 f.
- 7) Erman/Schlüter, Bürgerliches Gesetzbuch, Band II, 11. Aufl., 2004, § 2018 Rn. 2; MüKoBGB/Helms, § 2018 Rn. 18.
- 8) Kipp/Coing, Erbrecht, 14. Aufl., 1990, S. 581; MüKoBGB/Helms, § 2018 Rn. 19; Staudinger/Gursky, § 2018 Rn. 13.
- 9) Motive V, S. 575 ff.
- 10) Bamberger/Roth/Müller-Christmann, § 2018 Rn. 1; PWW/Tschichoflos, BGB Kommentar, 3. Aufl., 2008, § 2018 Rn. 1.

다(제2021조). 둘째, 상속재산에 대하여 지출한 비용 전부의 상환을 상속인에게 청구할 수 있다(제2022조). 셋째, 상속인이 개별적 청구권을 행사한 경우에도 참칭상속인의 ‘책임’은 상속회복청구권에 관한 규정(제2018조 이하)에 의한다(제2029조). 이 때 법원은 직권으로 상속회복청구권에 관한 규정을 적용하여야 한다.¹¹⁾ 이를 통해 개별적 청구권과 상속회복청구권의 경합의 의미는 축소되지만 책임 이외의 사항, 즉 요건, 반환대상물의 범위, 입증책임, 재판적 등의 차이로 말미암아 경합의 의의를 도외시할 수 없다.¹²⁾ 이처럼 독일의 상속회복청구권은 일정 범위에서 선의의 참칭상속인을 보호하는 기능을 갖지만, 그 제도의 중점은 어디까지나 ‘상속인의 보호’에 있다.¹³⁾

3. 상속회복청구권과 취득시효

제2026조는 상속회복청구권이 존속하는 동안에는 참칭상속인이 상속인에 대하여 취득시효를 주장할 수 없도록 하고 있는데, 이 규정은 주

로 동산취득시효와 관련하여 의미가 있다. 동산에 대하여는 자주점유가 개시된 때로부터 10년의 경과로 취득시효가 완성된다(제937조 제1항). 그리고 상속회복청구권은 30년의 소멸시효에 걸린다(제197조 제1항 제2호). 따라서 상속회복청구권의 소멸시효가 완성되기 전에 참칭상속인이 상속인에 대하여 동산취득시효의 완성을 주장하는 사태가 발생할 수 있는데, 제2026조는 이를 방지하기 위한 것이다.¹⁴⁾ 결국 이 규정은 참칭상속인의 동산취득시효를 저지함으로써 상속인의 보호를 상속회복청구권의 소멸시효의 완성시점까지 연장하는 데 목적이 있고, 이것은 독일민법의 상속회복청구권이 상속인을 보호하기 위한 제도라는 점을 알려주고 있다.¹⁵⁾ 한편 부동산에 대하여는 30년이 경과하여야 비로소 등기부취득시효가 완성된다(제900조). 이처럼 부동산에 있어서는 취득시효의 완성기간과 상속회복청구권의 행사기간의 길이가 일치하므로, 그에 대하여는 제2026조가 거의 무의미하다.¹⁶⁾

각주

- 11) MüKoBGB/Helms, § 2029 Rn. 2.
- 12) Bamberger/Roth/Müller-Christmann, § 2018 Rn. 4; Brox/Walker, Erbrecht, 22. Aufl., 2007, Rn. 573, 597; Edenfeld, Der Erbschaftsanspruch als Mittel zum Schutz der Erbeninteressen, in FS für Kollhoser, 2004, S. 87 f.; Kipp/Coing, a.a.O., S. 577; Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl., 2001, S. 1054 f.; MüKoBGB/Helms, § 2018 Rn. 2, 7; Schlüter, a.a.O., Rn. 606; Staudinger/Gursky, § 2029 Rn. 1; Meyer-Prizl in Staudinger/Eckpfeiler, 2008, S. 1184; W. Zimmermann, Erbrecht, 2. Aufl., 2007, Rn. 631 등은 포괄적 권리로서의 상속회복청구권과 개별적 청구권의 경합을 명언하고 있다.
- 13) Bamberger/Roth/Müller-Christmann, § 2018 Rn. 1; MüKoBGB/Helms, § 2018 Rn. 3; Meyer-Prizl in Staudinger/Eckpfeiler, S. 1184.
- 14) Ahrens, a.a.O., Kap. 17 Rn. 159; MüKoBGB/Helms, § 2026 Rn. 1.
- 15) MüKoBGB/Helms, § 2018 Rn. 4도 참조.
- 16) Bamberger/Roth/Müller-Christmann, § 2026 Rn. 1; Brox/Walker, a.a.O., Rn. 594.

4. 전득자의 보호

무권리자인 참칭상속인으로부터 상속재산을 취득한 제3자(전득자)가 상속회복청구의 상대방이 될 수 있는가? 독일민법은 상속재산의 매수인(Erbschaftskäufer)에 대하여도 상속회복청구를 허용하는 보통법상의 통설을 계승하였다. 그에 따라 계약에 의하여 상속재산 전체나 참칭상속인이 주장하는 상속분을 양수한 전득자는 참칭상속인과 동일시된다(제2030조). 결국 상속재산(동산·부동산 불문)의 전득자는 상속회복청구가 가능한 동안에는—물권법의 규정(제892조, 893조, 제932조 이하)과 상속법의 규정(제2366조, 제2367조)에 의한—선의취득을 주장할 수 없다.¹⁷⁾ 이 때 전득자의 취득이 유상행위에 의한 것인가 무상행위에 의한 것인가는 묻지 않는다.¹⁸⁾

반면 상속재산이 개개의 물건으로 양도되거나, 일괄적으로 양도되기는 하였으나 상속재산으로서 양도되지 않았다면, 제2030조가 적용되지 않는다.¹⁹⁾ 즉 일반거래에 의하여 참칭상속인으로부터 개개의 상속재산을 취득한 특정승계

인에 대하여는 상속회복청구를 할 수 없다. 이러한 전득자는 물권법 또는 상속법상의 선의취득 규정에 의하여 보호된다.²⁰⁾ 등기의 공신력에 관한 제892조·제893조, 동산의 선의취득에 관한 제932조 이하 또는 상속증서(Erbschein)²¹⁾의 공신력에 관한 제2366조·제2367조가 그들이다. 이 경우 상속인은 참칭상속인이 양도의 대가로 수령한 가액 또는 그 밖의 대위물에 대하여 부당이득반환청구를 할 수 있을 뿐이다. 악의의 전득자는 상속회복청구권의 소멸시효가 완성되기 전에는 보호받지 못한다.

요컨대 독일법은 상속재산이 개개 물건으로서 승계된 경우에는 전득자의 선의취득을 인정함으로써 거래의 안전을 도모하지만, 상속재산으로서 승계된 경우에는 전득자의 선의취득을 봉쇄함으로써 상속인을 보호한다. 독일에서는 동산·부동산에 대하여 모두 공신의 원칙이 관철되고 있는데, 제2030조가 일정한 경우에 전득자의 선의취득을 부정하는 예외를 인정한 것은 독일민법이 상속회복에 관한 한 상속인의 보호를 중시하는 법제임을 알려준다.

각주

17) Protokolle V, S. 723 f.; Bamberger/Roth/Müller-Christmann, § 2030 Rn. 2, 4; Erman/Schlüter, § 2030 Rn. 3; Kipp/Coing, a.a.O., S. 592; MüKoBGB/Helms, § 2030 Rn. 1, 2, 5; Palandt/Edenhofer, Bürgerliches Gesetzbuch, 62. Aufl., 2003, § 2030 Rn. 1; RGRK/Kregel, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Band V, 1. Teil §§ 1922 bis 2146, 12. Aufl., 1974, § 2030 Rn. 2, 4; Staudinger/Gursky, § 2030 Rn. 1, 3 f.

18) RGRK/Kregel, § 2030 Rn. 4.

19) Bamberger/Roth/Müller-Christmann, § 2030 Rn. 2; Erman/Schlüter, § 2030 Rn. 1; MüKoBGB/Helms, § 2030 Rn. 3; RGRK/Kregel, § 2030 Rn. 2.

20) Gursky, a.a.O., S. 72; Staudinger/Gursky, § 2030 Rn. 3.

21) 상속인의 신청에 의하여 상속법원이 교부하는 상속권에 관한 증명문서를 말한다. 이것은 상속증서의 소지자가 적법한 상속인이라는 추정효를 발생시킨다. 그러한 상속증서는 스위스법과 오스트리아법에서도 인정되고 있다.

5. 상속회복청구권의 행사기간의 성질

상속회복청구권은 30년의 소멸시효에 걸린다(제2026조, 제197조 제1항 제2호).²³⁾ 2002년 1월 1일부터 시행된 현행 민법은 원칙적인 소멸시효기간을 30년에서 3년으로 급격히 단축하였으나, 상속회복청구권을 포함한 상속권에 기한 청구권의 소멸시효기간은 종전과 마찬가지로 30년으로 규정하고 있다. 결국 독일에서의 상속회복기간은 그 청구원인이 무엇이건 일률적으로 30년이고, 그를 통해 상속인이 충분한 보호를 받는다. 30년의 소멸시효가 완성되면, 상속인은 참칭상속인 또는 전득자(그가 악의이더라도)에 대하여 더 이상 상속회복을 구할 수 없음은 물론이다.

III. 스위스법

1. 개요

스위스민법은 세 개의 조항, 즉 제598조~제

600조²³⁾에서 상속회복의 소(Erbschaftsklage)에 관하여 규정하고 있는데,²⁴⁾ 그 소는 상속인이 권원 없는 상속재산의 점유자에 대하여 그 반환을 포괄적으로 청구할 수 있도록 한다. 이에 의하여 개개의 상속재산의 반환도 청구할 수 있지만, 그 경우 개개의 상속재산에 대해서만 기판력이 발생한다.²⁵⁾ 상속회복의 소는 원고가 그의 상속권을 입증한 경우에 한하여 허용된다.²⁶⁾

상속권을 주장하면서 상속재산을 점유하는 자(참칭상속인)는 물론 상속권의 주장 없이 상속재산을 점유하는 자도 피고가 될 수 있다.²⁷⁾ 제598조 제1항은 상속재산의 전체 또는 일부를 점유하고 있는 모든 자에 대하여 상속회복의 소를 보장하기 때문이다. 여기서 매매나 증여와 같은 법률행위에 의하여 피상속인으로부터 상속재산을 취득한 자도 상속회복청구의 상대방이 될 수 있는가 하는 점이 문제되는데, 다수설과 판례는 제598조가 상속재산의 전체 또는 일부를 점유하고 있는 모든 자에 대하여 상속회복의 소를 보장하고 있음을 이유로 이를 긍정한

각주

22) BGH ZEV 2004, 378, 380.

23) 이하의 스위스법에 관한 서술 중 법률명 없이 인용된 조문은 스위스민법(ZGB)의 그것이다.

24) 이는 독일민법이 제2018조~제2031조의 14개 조항을 통해 상속회복청구권을 포괄적으로 규율하고 있는 것과 대조적이며, 스위스민법학에서의 상속회복의 소에 관한 이론은 독일법으로부터 크게 영향을 받고 있다: Somm, Die Erbschaftsklage des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Art. 598-600 ZGB), 1995, S. 6.

25) Somm, a.a.O., S. 35와 그곳에 소개된 증명자료 참조.

26) BGE 91 II 331 f.; BGE 45 I 308; BK(Berner Kommentar)-Tuor/Piceni, 2. Aufl., 1964, Vorbem. Art. 598 ff. Rn. 9, Art. 598 Rn. 4, 16; Somm, a.a.O., S. 11.

27) BGE 119 II 114, 117; BSK(Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht) ZGB II-Forni/Piatti, 2. Aufl., 2003, Art. 598 Rn. 6; Bürgi, in Schömmmer/Bürgi, Internationales Erbrecht Schweiz, 2. Aufl., 2006, Rn. 504; Handkomm-Lanz, 2006, ZGB Art. 598 Rn. 9; Somm, a.a.O., S. 79.

다.²⁸⁾ 그로써 스위스법에서는 피고적격의 범위가 매우 넓다.²⁹⁾ 다른 공동상속인이 상속인의 상속 재산을 점유하고 있는 경우에는 상속회복의 소가 아닌 상속재산분할의 소(Erbteilungsklage)를 제기하는 점³⁰⁾에서, 다른 공동상속인에 대하여도 상속회복의 소를 제기할 수 있는 독일이나 우리의 경우³¹⁾와 다르다.

제599조 제2항은 독일민법 제2026조와 마찬가지로 피고가 원고의 상속회복의 소에 대하여 취득시효를 주장할 수 없도록 하고 있다. 이것은 5년의 경과에 의하여 완성되는 동산취득시효에 의하여 10년의 소멸시효기간이 무의미해지는 것을 방지하기 위한 것이다.³²⁾ 제599조 제2항은 부동산에 대하여는 적용되지 않는다. 부동산은 10년(등기부취득시효의 경우, 제661조 참조) 및 30년(특별취득시효의 경우, 제662조)의 점유가 있어야 시효취득할 수 있으므로, 피고가 제600조에 규정된 소멸시효기간의 경과 전에 취득시효를 주장할 수 없기 때문이다.³³⁾

상속재산의 점유자로부터 법률행위에 의하여 상속재산에 대한 권리를 취득한 제3자에 대하여도 상속회복의 소가 허용되는가에 대한 판례는 아직 없는 것 같고, 학설은 대립하고 있다.³⁴⁾

스위스에서는 독일과 달리 제소단계에서 소장에 개개 목적물을 일일이 기재할 필요가 없으나, 강제집행절차에서는 그것을 명기하여야 한다.³⁵⁾ 상속회복의 소의 효과(특히 반환의 범위)는 독일법과 유사하다.³⁶⁾

2. 상속회복의 소의 취지

스위스민법이 상속회복의 소를 도입한 것은, 상속인은 상속재산의 상태나 상속재산의 점유자에 관하여 정확히 인지하지 못하는 경우가 많으므로, 그에게 상속회복의 소의 특전을 누리게 하는 것이 형평에 부합한다는 이유에서였다.³⁷⁾ 상속회복의 소는 상속재산의 소유자인 상속인이 그의 재산의 회복을 도모할 수 있도록 하는 수단이라는 점에서 소유물반환의 소와 기능이

각주

28) BGE 119 II 114 ff., BGE 91 II 327 ff.; 문헌증명은 Somm, a.a.O., S. 80 Fn. 138을 볼 것.

29) Somm, a.a.O., S. 82 Fn. 144.

30) BSK ZGB II-Forni/Piatti, Art. 598 Rn. 9; Bürgi, a.a.O., Rn. 504; Handkomm-Lanz, ZGB Art. 598 Rn. 7.

31) 대법원 1997. 1. 21. 선고 96다4688 판결; 대법원 2008. 6. 26. 선고 2007다7898 판결.

32) BK-Tuor/Picenoni, Art. 599 ff. Rn. 38; Somm, a.a.O., S. 107.

33) Somm, a.a.O., S. 108.

34) BSK ZGB II-Forni/Piatti, Art. 598 Rn. 6은 상세한 설명을 수반하지 아니한 채 이를 긍정하는 것이 통설이라고 설명하고 있으나, Somm, a.a.O., S. 82-86은 그렇게 평가하기 어렵다는 점을 알려주고 있다.

35) Druery, a.a.O., § 13 Rn. 40; Handkomm-Lanz, ZGB Art. 598 Rn. 2; Lorenz, in Ferid et al., Internationales Erbrecht, Band VI, 2008, Schwiez Grundzüge Rn. 179; Somm, a.a.O., S. 35; 윤진수, “상속회복청구권의 연구 -역사적 및 비교법적 고찰-”, 서울대 법학 제41권 제1호, 2000, 191쪽.

36) BSK ZGB II-Forni/Piatti, Art. 598 Rn. 1 ff.; Handkomm-Lanz, ZGB Art. 599 Rn. 1 ff.

37) Somm, a.a.O., S. 5와 그곳에 소개된 증명자료 참조.

같으나, 다음과 같은 점에서 상속인에 대한 특전으로 이해되고 있다.³⁸⁾ 첫째, 상속재산 전체를 회복의 대상으로 할 수 있다(반면 소유물반환의 소는 개개의 목적물을 대상으로 한다). 둘째, 피상속인의 사망지를 관할하는 재판적에서 제소할 수 있다(반면 소유물반환의 소는 개개의 목적물이 소재하는 재판적에서 제소하여야 한다). 셋째, 동산에 대하여는 취득시효가 배제되는(제599조 제2항) 소멸시효의 적용을 받는다.³⁹⁾ 넷째, 상속재산 자체의 반환이 불가능한 경우에는 그 대위물의 반환을 청구할 수 있다(반면 소유물반환의 소의 경우에는 소유물 그 자체에 한하여 반환청구를 할 수 있다). 다섯째, 소유권을 입증할 필요가 없다(반면 소유물반환의 소의 경우에는 청구권자의 소유권이 입증되어야 한다). 여섯째, 물건 외에 권리의 반환청구도 가능하다(반면 소유물반환의 소의 경우에는 물건에 한하여 반환을 청구할 수 있다).

상속회복의 소가 독립한 청구권인가 아니면 개별적 청구권의 집합에 지나지 않는가에 관하여는 학설상 다툼이 지속되고 있으나,⁴⁰⁾ 그 성질을 어떻게 이해하든 법률규정의 적용이 달라지지 않으므로 그에 관한 견해의 대립은 실제적

의의가 없다는 견해⁴¹⁾도 있다. 그런데 이에 관한 논의는 우리 민법학에서의 그것(집합권리설과 독립권리설의 대립)과는 다른 차원에 있는 것임을 유의하여야 한다. 즉 상속회복청구권의 법적 성질에 관한 우리의 집합권리설과 독립권리설은 개별적 청구권과의 경합 여부에 있어서 인식을 달리하지만, 스위스에서는 이와 같은 논란과 무관하게 상속회복의 소와 개별적 소의 경합이 인정되기 때문이다.

3. 상속회복소권의 행사기간의 성질

상속회복소권의 행사기간에 관하여는 특이한 점이 있다. 즉 스위스민법은 상대방(피고)의 선·악의에 따라 그 행사기간을 달리한다. 먼저 상대방이 '선의'⁴²⁾인 때에는, 상속인(원고)이 상대방의 부당한 점유 사실을 알고 또 피상속인의 사망 및 그의 상속권을 안 때로부터 1년 내에 그리고 상속개시로부터 10년 내에 상속회복의 소를 제기할 수 있다(제600조). 여기의 10년은 절대적 기간이라고 한다. 따라서 만약 권리행사 없이 10년이 도과하였다면, 원고가 그의 권리를 알 수 없었다라도 상속회복의 소를 제기하지 못

각주

38) BSK ZGB II-Forni/Piatti, Art. 598 Rn. 2.

39) 동산의 경우에 제600조에 규정된 절대적 소멸시효기간인 10년이 5년의 취득시효기간의 경과로 무의미하게 되는 것을 방지하기 위하여 이와 같이 규정한 것이다. 스위스에서는 동산의 경우 5년의 선의점유에 의하여 취득시효가 완성된다(제728조 제1항).

40) 이에 관한 상세는 Somm, a.a.O., S. 7 ff. 참조.

41) Somm, a.a.O., S. 10 Fn. 39.

42) 점유자의 선의는 1년 및 10년의 전 기간 동안 지속되어야 한다. 이 기간의 경과 전에 점유자가 악의로 된 경우에는 제600조 제2항에 따라 30년의 기간이 적용된다: Somm, a.a.O., S. 104와 그곳에 소개된 증명자료 참조.

한다. 반면 상대방이 ‘악의’ 인 때에는 30년의 기간이 적용되고, 그 기간은 상속개시로부터 진행된다.⁴³⁾

상속회복소권의 행사기간에 관한 제600조는 소멸시효(Verjährung)라는 표제 아래 ‘소멸시효에 걸린다’ 또는 ‘소멸시효기간’ 이라고 표현하고 있으나, 그 성질에 관하여는 다툼이 있다. 일부 학설은 법문의 표현대로 1년의 기간이 시효기간이라고 하지만, 다수설과 연방최고법원의 확립된 판례는 제척기간이라고 한다.⁴⁴⁾

4. 개별적 소와의 관계

스위스민법은 상속회복의 소를 제기할 수 있는 경우에는 개별적 소는 허용되지 아니한다는 내용의 규정을 담고 있지 않다. 그래서 상속인은 상속재산을 상속회복의 소에 의하여 추급할 것인지 아니면 개별적 소에 의하여 추급할 것인지에 관하여 선택권을 가질⁴⁵⁾ 뿐만 아니라, 상대

방이 선의인 경우에 1년의 기간이 도과한 경우에도 소멸시효에 걸리지 않는 소유권회복의 소(제641조 제2항)를 제기할 수 있다(통설). 그러므로 상속회복소권의 행사기간의 완성은 단지 그 소에 포함된 상술한 의미에서의 특전을 상실케 할 뿐 다른 청구원인에 의한 권리행사를 방해하지 않는다.⁴⁶⁾ 이것은 스위스의 상속회복의 소가 상속인의 권리실현을 위한 제도라는 점을 응변하고 있다.

김진우

(한국외대 법학전문대학원 교수)

각주

43) BSK ZGB II-Forni/Piatti, Art. 600 Rn. 1; Bürgi, a.a.O., Rn. 511; Lorenz, a.a.O., Rn. 181; Somm, a.a.O., S. 101, 104.

44) BSK ZGB II-Forni/Piatti, Art. 600 Rn. 2; Bürgi, a.a.O., Rn. 510; Handkomm-Lanz, ZGB Art. 600 Rn. 2.

45) Handkomm-Lanz, ZGB Art. 598 Rn. 2; Lorenz, a.a.O., Rn. 181; Somm, a.a.O., S. 41; BK-Tuor/Picenoni, Vorbem. Art. 598 ff. Rn. 17; 윤진수, 앞의 논문, 192쪽.

46) BK-Tuor/Picenoni, Art. 600 Rn. 12; BSK ZGB II-Forni/Piatti, Art. 600 Rn. 7; Handkomm-Lanz, ZGB Art. 600 Rn. 7; Lorenz, a.a.O., Rn. 181.