

대 법 원

판 결

사 건 2019다232918 청구이의의 소
원고, 피상고인 원고
피고, 상고인 피고
원 심 판 결 서울중앙지방법원 2019. 5. 2. 선고 2018나48467 판결
판 결 선 고 2020. 11. 19.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 서울중앙지방법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 사실관계와 쟁점

가. 원심판결 이유와 원심이 적법하게 채택한 증거에 따르면 다음 사실을 알 수 있다.

1) 소외 1은 생전에 피고에게 12,100,000원의 약속어음금 채무를 지고 있었다. 소외 1은 1993. 2. 18. 사망하여 그 배우자 소외 2와 자녀인 소외 3, 원고(생년월일 생략, 당시 만 6세)가 재산을 공동상속하였다.

2) 피고는 원고를 비롯한 소외 1의 공동상속인들을 상대로 약속어음금 청구의 소를

제기하여 1993. 12. 20. 승소 판결을 받았고 그 무렵 판결이 확정되었다. 원고의 법정 대리인 소외 2는 위 소송에서 당시 미성년자인 원고를 대리하였다.

3) 피고는 2003년 11월경 시효 연장을 위하여 원고를 비롯한 소외 1의 공동상속인 들을 상대로 다시 소를 제기하였고, 2003. 12. 17. 이행권고결정이 확정되었다. 원고의 법정대리인 소외 2는 당시에 미성년자(만 17세)인 원고를 대리하여 위 이행권고결정을 송달받았다.

4) 피고는 2013년 11월경 재차 시효 연장을 위하여 원고를 비롯한 소외 1의 공동상속인들을 상대로 소를 제기하였다. 위 소송은 공시송달로 진행되어 2014. 2. 12. 피고가 승소하는 내용의 판결이 선고되고 그 무렵 확정되었다(서울중앙지방법원 2013가소967122, 이하 '이 사건 판결'이라고 한다).

5) 피고는 2017. 8. 31. 이 사건 판결을 집행권원으로 하여 원고의 은행 예금채권에 대하여 채권압류 및 추심명령을 받았다. 이에 원고는 2017. 9. 25. 상속한정승인 신고를 하여 이를 수리하는 심판(인천가정법원 부친지원 2017느단925)을 받았는데, 여기에 첨부된 상속재산 목록에는 적극재산이 없다고 기재되었고 소극재산은 '피고에 대한 채무 및 기타 불상의 채무'로 기재되었다. 원고는 위 한정승인 심판이 내려진 후 곧바로 이 사건 판결에 대하여 이 사건 청구이의의 소를 제기하였다.

나. 원심은, 원고가 나이가 어려 상속채무가 상속재산을 초과하는 사실(이하 '상속채무 초과사실'이라고 한다)을 알지 못하다가 2017년 9월경 피고의 신청에 따른 채권압류 및 추심명령이 내려지면서 비로소 상속채무의 존재를 알게 되었으므로 그로부터 3월 내에 이루어진 특별한정승인 신고는 적법·유효하다고 판단하였다. 이에 대하여 피고는 상고이유로서, 상속채무 초과사실을 알았는지 여부는 원고가 미성년자인 동안에는

원고 본인이 아니라 원고의 법정대리인을 기준으로 판단하여야 하는데, 원고의 법정대리인 소외 2는 피고가 제일 처음 제기한 약속어음금 청구의 소에서 피고 승소판결이 선고된 1993. 12. 20. 무렵에는 상속채무 초과사실을 알았을 것이므로 원고의 한정승인 신고는 그로부터 3월이 지난 시점에 이루어진 것으로서 무효라고 주장하고 있다.

다. 이 사건의 쟁점은 원고의 한정승인 신고 및 그 수리가 유효한지 여부이다. 이는 민법 제1019조 제3항에 따른 특별한정승인에서, 상속인이 미성년자인 경우에 '상속채무 초과사실을 중대한 과실 없이 알지 못하였는지 여부'와 '이를 알게 된 날'을 미성년 상속인과 법정대리인 중 누구를 기준으로 판단하여야 하는지와 관련된다. 나아가 법정대리인의 인식을 기준으로 할 경우 특별한정승인이 불가능하더라도, 상속인이 성년에 이른 뒤에 본인이 직접 상속채무 초과사실을 알게 된 날부터 3월의 제척기간이 별도로 기산됨을 내세워 새롭게 특별한정승인을 할 수 있는지도 문제된다.

2. 상속인이 미성년인 경우 상속인과 법정대리인 중 누구의 인식을 기준으로 특별한정승인의 가부를 가려야 하는지

가. 상속인은 상속개시 있음을 안 날부터 3월 내에 단순승인, 한정승인 또는 포기를 할 수 있고(민법 제1019조 제1항), 상속인이 위 기간 내에 한정승인이나 포기를 하지 않거나 상속재산에 대한 처분행위를 한 때에는 상속인이 단순승인을 한 것으로 본다(민법 제1026조 제1호, 제2호).

2002. 1. 14. 법률 제6591호로 개정된 민법 제1019조 제3항에 따르면, 위와 같은 민법 규정에 불구하고 상속인이 상속채무 초과사실을 중대한 과실 없이 제1019조 제1항의 기간 내에 알지 못하고 단순승인을 한 경우(제1026조 제1호 및 제2호의 규정에 의하여 단순승인한 것으로 보는 경우를 포함한다)에는 그 사실을 안 날부터 3월 내에

특별한정승인을 할 수 있다.

이러한 민법 제1019조 제3항은 민법 부칙(2002. 1. 14. 개정 법률 부칙 중 2005. 12. 29. 법률 제7765호로 개정된 것, 이하 같다) 제3항, 제4항에 따라 ① 1998. 5. 27. 부터 위 개정 민법 시행 전까지 상속개시 있음을 안 상속인과 ② 1998. 5. 27. 전에 상속개시 있음을 알았지만 그로부터 3월 내에 상속채무 초과사실을 중대한 과실 없이 알지 못하다가 1998. 5. 27. 이후 상속채무 초과사실을 알게 된 상속인에게도 적용되므로, 이러한 상속인들도 위 부칙 규정에서 정한 기간 내에 특별한정승인을 하는 것이 가능하였다. 그러나 위 부칙 규정상 1998. 5. 27. 전에 이미 상속개시 있음과 상속채무 초과사실을 모두 알았던 상속인에게는 민법 제1019조 제3항이 적용되지 않으므로, 이러한 상속인은 특별한정승인을 할 수 없는 것으로 귀결된다.

나. 민법은 상속인이 자신의 귀책사유 없이 또는 그 의사와 무관하게 단순승인 의제의 효과로 인하여 상속채무에 대하여 무한책임을 부담하는 것을 막기 위하여 상속인이 자유롭게 상속 포기나 한정승인을 할 수 있도록 인정하면서도, 상속인에게 부여된 이러한 선택권이 자칫 후순위 상속인이나 상속채권자 등 이해관계인의 법적 지위를 불안정하게 만들 수 있는 점에 유의하여 법적 불안정을 조기에 해소하고자 상속인이 한정승인이나 포기를 선택할 수 있는 제척기간을 3월로 한정하고 있다(민법 제1019조 제1항). 민법 제1019조 제3항의 기간 역시 특별한정승인 신고의 가능성을 무한정 남겨둘 경우 일어날 수 있는 법적 불안 상태를 막기 위하여 마련한 제척기간이다(대법원 2003. 8. 11.자 2003스32 결정 등 참조).

한편 상속의 한정승인이나 포기 신고는 가정법원의 수리 심판이 있어야 한다. 가사소송 절차에 관하여는 원칙적으로 민사소송법에 따르도록 되어 있으므로, 상속인이 소

송능력이 없는 미성년자인 경우 법정대리인에 의해서만 소송행위를 할 수 있는데(가사소송법 제12조, 민사소송법 제55조 제1항), 이는 가사비송사건인 상속의 한정승인·포기 신고 수리에 관한 사건의 경우도 마찬가지이다. 즉, 비송사건이라고 하여 미성년자가 법정대리인 없이 비송절차를 구성하는 비송행위를 유효하게 할 수 있고 또 그 상대방이 될 수 있는 능력, 즉 비송절차능력(또는 비송행위능력)을 독자적으로 가진다고 일반적으로 인정하여서는 아니 된다. 또한 상속인이 제한능력자인 경우 상속 승인·포기의 신고기간인 '상속개시 있음을 안 날부터 3월'은 상속인의 법정대리인인 친권자나 후견인이 상속개시 있음을 안 날부터 기산한다(민법 제1020조). 이러한 규정들은 상속 승인·포기의 의미와 결과를 판단할 능력이 제한된 사람들을 보호하기 위한 취지로 볼 수 있다.

이와 같이 민법 제1019조 제1항, 제3항의 각 기간은 상속에 관한 법률관계를 조기에 안정시켜 법적 불안 상태를 막기 위한 제척기간인 점, 미성년자를 보호하기 위해 마련된 법정대리인 제도와 민법 제1020조의 내용 및 취지 등을 종합하면, 상속인이 미성년인 경우 민법 제1019조 제3항이나 그 소급 적용에 관한 민법 부칙 제3항, 제4항에서 정한 '상속채무 초과사실을 중대한 과실 없이 제1019조 제1항의 기간 내에 알지 못하였는지'와 '상속채무 초과사실을 안 날이 언제인지'를 판단할 때에는 법정대리인의 인식을 기준으로 삼아야 한다(대법원 2012. 3. 15. 선고 2012다440 판결, 대법원 2015. 4. 23. 선고 2012다15268 판결 참조).

다. 따라서 미성년 상속인의 법정대리인이 1998. 5. 27. 전에 상속개시 있음과 상속채무 초과사실을 모두 알았다면, 앞서 본 민법 부칙 규정에 따라 그 상속인에게는 민법 제1019조 제3항이 적용되지 않으므로, 이러한 상속인은 특별한정승인을 할 수 없

다.

또한 법정대리인이 상속채무 초과사실을 안 날이 1998. 5. 27. 이후여서 상속인에게 민법 제1019조 제3항이 적용되더라도, 법정대리인이 위와 같이 상속채무 초과사실을 안 날을 기준으로 특별한정승인에 관한 3월의 제척기간이 지나게 되면, 그 상속인에 대해서는 기존의 단순승인의 법률관계가 그대로 확정되는 효과가 발생한다.

3. 미성년 상속인이 성년이 된 후 본인 스스로의 인식을 기준으로 새롭게 특별한정승인을 할 수 있는지

앞서 본 것처럼 미성년 상속인의 법정대리인이 인식한 바를 기준으로 '상속채무 초과사실을 중대한 과실 없이 알지 못하였는지 여부'와 '이를 알게 된 날'을 정한 다음 이를 토대로 살폈을 때 특별한정승인 규정이 애당초 적용되지 않거나 특별한정승인의 제척기간이 이미 지난 것으로 판명되면, 단순승인의 법률관계가 그대로 확정된다. 그러므로 이러한 효과가 발생한 이후 상속인이 성년에 이르더라도 상속개시 있음과 상속채무 초과사실에 관하여 상속인 본인 스스로의 인식을 기준으로 특별한정승인 규정이 적용되고 제척기간이 별도로 기산되어야 함을 내세워 새롭게 특별한정승인을 할 수는 없다고 보아야 한다. 그 이유는 다음과 같다.

가. 대리행위는 직접 본인에 대하여 효력이 생긴다(민법 제114조). 법정대리인의 인식을 기준으로 삼은 결과 특별한정승인 규정이 적용되지 않거나 특별한정승인의 제척기간이 지난 경우 그 효력은 상속인 본인에게 직접 미친다. 이와 같이 법정대리인의 인식을 기준으로 판단한 결과 특별한정승인이 불가능한 경우 그 법적 효과가 미성년 상속인에게 미치는 것을 기본 전제로 받아들이면서도, 상속인이 성년에 이른 후 본인 스스로 상속채무 초과사실을 알게 된 날을 기준으로 그때부터 3월 내에 새롭게 특별한

정승인을 함으로써 기존의 법률관계를 반복시킬 수 있다고 보는 것은, 대리의 기본 원칙에 정면으로 반하거나 논리모순이다.

나. 제척기간은 법률이 정한 권리의 행사 기간으로서 제척기간이 지나면 권리 소멸의 효과가 발생하여 더 이상 권리를 행사할 수 없다. 어느 상속인이 당초 미성년자였다고 해서 특별한정승인을 할 수 있었던 종전의 제척기간이 지난 후에 다시 새로운 제척기간을 부여받아 특별한정승인을 할 수 있다고 보는 것은 권리관계를 조기에 확정하기 위하여 마련된 제척기간의 본질에 부합하지 아니한다. 특별한정승인은 일반 한정승인에 예외를 둔 것인데, 단일한 상속관계를 놓고 특별한정승인에 관한 법률관계가 이미 확정되었음에도 불구하고 또다시 예외를 두어 새롭게 특별한정승인을 할 수 있다고 보는 것은 법률의 체계에도 맞지 않는다.

다. 앞서 본 것처럼 상속인이 미성년인 동안에는 법정대리인을 통하지 않고서는 스스로 한정승인 신고를 할 수 없다. 상속채무가 상속재산을 초과함에도 법정대리인이 착오나 무지 등으로 한정승인이나 포기를 하지 않는 경우에 미성년 상속인을 특별히 보호하기 위하여 별도의 제도를 마련하는 것이 입법론적으로 바람직하기는 하다. 그러나 현행 민법에 특별한정승인에 관한 법정대리만을 예외적으로 취급할 법적 근거가 전무한 상태임에도 오로지 해석론에 입각하여, 상속인이 성년에 이른 후에 본인 스스로의 인식을 기준으로 별도의 제척기간이 기산됨을 내세워 새롭게 특별한정승인을 할 수는 없다.

이와 달리 새로운 특별한정승인을 허용하자는 견해는, 현행 민법에 따라 인정되는 특별한정승인이 아니라 전혀 새로운 내용의 특별한정승인을 인정하자는 것과 다름이 없고, 이에 따르게 되면 법률의 근거 없이 상속인이 미성년인 동안에 법정대리로 인하

여 생긴 기존의 효과를 무시하게 될 뿐만 아니라 법적 안정성 및 형평에도 정면으로 반하게 된다. 미성년 상속인을 적법하게 대리할 권한을 지닌 법정대리인이 자발적인 의사에 따라 단순승인을 선택하거나 제척기간 경과에 따른 의제로 인하여 단순승인의 법률관계가 이미 확정되었음에도 불구하고, 미성년자를 후견적으로 보호하여야 한다는 필요성 내지 당위성만을 중시하여 상속인이 성년에 이른 후에 재차 특별한정승인을 할 수 있는 기회를 부여하게 되면, 이미 종결된 과거의 사실 또는 법률관계에 사후적으로 작용하여 상속채권자 등 이해관계인의 재산권을 침해하게 되고, 더 나아가 미성년자 못지않게 법원의 후견적 임무가 요청되는 사람들(가령 대표적으로 민법 제1020조에 규정된 바와 같이 상속인이 미성년자가 아닌 피성년후견인이나 피한정후견인과 같은 제한능력자인 경우)과의 형평에도 실질적으로 맞지 않는 결과를 초래하게 된다.

4. 이 사건에 관한 판단

가. 앞서 본 사실관계를 이러한 법리에 비추어 살펴본다.

상속개시 당시 원고는 미성년자였으므로 민법 제1019조 제3항과 민법 부칙 제4항에서 정한 '상속채무 초과사실을 안 날'을 판단할 때에는 원고의 법정대리인 소외 2의 인식을 기준으로 삼아야 한다.

그런데 소외 2는 소외 1의 배우자로서 소외 1이 사망한 1993. 2. 18. 무렵 상속개시 사실과 상속재산 중 적극재산이 없다는 사실을 이미 알았을 것으로 보인다. 피고가 1993년경과 2003년경 두 차례에 걸쳐 소외 1의 공동상속인인 원고와 소외 2 등을 상대로 약속어음금 청구의 소를 제기하여 승소 판결과 이행권고결정을 받아 각각 확정되었다. 당시 친권자인 법정대리인으로서 미성년자인 원고를 대리하여 위 소송에 관여하였던 소외 2로서는 위 판결이나 이행권고결정이 확정된 무렵에는 상속채무 초과사실을

알았을 가능성이 크다.

이와 같이 원고의 법정대리인 소외 2가 1998. 5. 27. 전인 첫 번째 소송 과정에서 상속채무 초과사실을 안 것이 맞는다면, 원고에게는 민법 제1019조 제3항이 처음부터 적용되지 않으므로, 원고가 특별한정승인을 할 수 있는 여지는 애당초 없다고 보아야 한다. 그렇지 않고 소외 2가 두 번째 소송이 계속된 2003년경에 상속채무 초과사실을 알게 된 것이라면, 원고에게 민법 제1019조 제3항이 적용될 수는 있겠으나 이 경우에도 상속채무 초과사실에 관한 소외 2의 인식을 기준으로 민법 부칙 제4항에 따른 제척기간(개정된 부칙 제4항이 시행된 2005. 12. 29.부터 3월)이 이미 지난 상태이므로 원고는 더 이상 특별한정승인을 할 수 없다. 따라서 원고가 2017. 9. 25.에 한 특별한정승인 신고는 어느 모로 보나 그 효력을 인정하기 어렵다.

나. 그럼에도 원심은 법정대리인이 아닌 원고 본인의 인식을 기준으로 민법 제1019조 제3항 소정의 상속채무 초과사실을 알았는지를 살펴야 한다고 잘못 전제한 다음, 원고가 나이가 어린 관계로 상속채무 초과사실을 알지 못하는 상태가 지속되다가 성년이 된 후인 2017년 9월경 피고의 신청에 따른 채권압류 및 추심명령에 의하여 예금채권이 압류되면서 비로소 상속채무 초과사실을 알게 되었으므로 그로부터 3월 내에 이루어진 원고의 특별한정승인 신고는 적법·유효하다고 판단하였다.

이러한 원심의 판단에는 민법 제1019조 제3항의 특별한정승인에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이를 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

5. 결론

그러므로 원심판결을 파기하고 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 주문과 같이 판결한다. 이 판결에는 대법관 민유숙, 대법관 김선수, 대법관 노정

회, 대법관 김상환의 반대의견이 있는 외에는 관여 법관의 의견이 일치하였으며, 다수의견에 대한 대법관 김재형, 대법관 이동원의 보충의견, 반대의견에 대한 대법관 민유숙, 대법관 김상환의 보충의견이 있다.

6. 대법관 민유숙, 대법관 김선수, 대법관 노정희, 대법관 김상환의 반대의견

가. 반대의견의 요지

이 사건의 쟁점은 상속인이 미성년인 동안 그의 법정대리인이 상속채무 초과사실을 알고도 3월 동안 상속인을 대리하여 특별한정승인을 하지 않은 경우 상속인이 성년에 이르러 상속채무 초과사실을 알게 된 날부터 3월 내에 스스로 특별한정승인을 할 수 있는지 여부이다.

반대의견은 위와 같은 경우 특별한정승인이 허용되어야 한다는 견해이다. 이는 합헌적 법률해석의 원칙 및 특별한정승인 제도의 입법 경위, 미성년자 보호를 위한 법정대리인 제도, 상속인의 자기책임 원칙 등을 고려하여 법 규정을 해석한 결과로서 문언의 통상적인 의미에 충실하게 해석하여야 한다는 원칙에 부합할 뿐더러, 상속채권자와의 이익 형량이나 법적 안정성 측면에서도 타당하다.

나. 합헌적 법률해석의 원칙 및 특별한정승인 제도의 입법 경위를 고려한 해석

1) 우리 민법은 1958년 제정 시부터 상속인이 피상속인의 재산에 관한 포괄적 권리 의무를 당연히 승계하도록 하는 당연승계주의를 채택하였고(민법 제1005조), 40여 년 동안 '상속인이 상속개시 있음을 안 날부터 3월'이라는 짧은 제척기간 내에 한정승인·포기를 할 수 있되 그 기간을 도과하면 단순승인을 한 것으로 간주하도록 정하여 왔다(2002년 개정 전 민법 제1019조 제1항, 제1026조 제2호).

대가족제도 하에 상속인들이 피상속인과 동거하거나 가까이 살면서 공동체를 이루

어 생활하던 때에는, 상속인이 피상속인 사망 시에 자신이 승계할 상속재산과 채무를 쉽게 파악할 수 있었고 3월 내에 상속 여부를 결정하는 데 별다른 어려움이 없었다. 그러나 우리 사회는 핵가족 시대를 거쳐 가족제도의 급격한 해체를 경험하고 있고 직업, 학업뿐만 아니라 부부의 별거, 이혼 등의 이유로 자녀들이 부모와 떨어져 사는 주거형태가 흔한 시대가 되었다. 개인의 경제활동 범위가 넓어지고 거래관계도 복잡, 다양해져 피상속인이 사망한 경우 상속재산 상태를 상세히 파악하거나 조사하는 것이 쉽지 않게 되었다.

그럼에도 대법원은 상속을 둘러싼 법률관계를 조속히 확정한다는 이유에서 상속 승인·포기 신고기간의 기산점을 엄격하게 해석하여, 그 기산점은 상속개시의 원인이 되는 사실이 발생했음을 알게 되어 자기가 상속인이 되었음을 안 날을 말하는 것이고 상속채무의 존재를 알아야만 신고기간이 진행되는 것은 아니라는 종래 법리를 유지하였다(대법원 1991. 6. 11.자 91스1 결정 등 참조). 상속인이 귀책사유 없이 상속채무가 존재함을 알지 못하여 상속 포기나 한정승인을 하지 않았다가 신고기간이 지난 후 비로소 상속채무의 존재를 알게 되면, 그때는 신고기간이 지났다는 이유로 한정승인·포기가 불가능하여 상속채무로부터 벗어날 수 없는 결과를 가져왔다.

2) 헌법재판소는 신고기간이 도과하면 단순승인한 것으로 간주하는 개정 전 민법 제1026조 제2호가 상속인의 재산권과 사적자치권을 침해한다고 판단하여 헌법불합치 결정을 하였고(헌법재판소 1998. 8. 27. 선고 96헌가22 등 결정), 2002년 민법 개정으로 특별한정승인 제도가 신설되었다.

3) 특별한정승인 제도가 적용되는 현재에도 상속재산을 초과하는 채무를 상속한 사람이 미성년인 경우 여전히 보호의 사각지대가 남아 있다. 상속인이 미성년인 동안에

는 스스로 법률행위를 할 수 없고, 상속채무 초과사실을 알고 특별한정승인을 할 것인지는 전적으로 법정대리인인 친권자에게 달려 있다. 친권자가 상속채무 초과사실을 알고도 3월 동안 특별한정승인을 하지 않아 기간을 도과하는 경우가 발생한다. 친권자가 부적당한 관리로 자녀의 재산을 위태롭게 한 경우에는 친권자의 법률행위 대리권의 상실을 선고하고 미성년후견인을 선임할 수 있으나(민법 제925조, 제932조 제2항), 법률행위 대리권의 상실 절차는 자녀의 친족 등의 청구에 의하여만 가능하여 실효성을 기대하기 어렵다.

4) 이때 다수의견과 같이 특별한정승인이 완전히 불가능하다고 해석하면, 상속인이 성인이 되어 채무초과사실을 알고 스스로 특별한정승인을 하려고 해도 이미 제척기간이 지나버려 상속채무로부터 벗어날 수 없게 된다. 이는 자기책임의 원칙 하에 상속인의 자기결정권과 재산권을 보호하기 위한 특별한정승인 제도의 입법 취지에 어긋나는 결과가 되어 불합리하고, 나아가 헌법을 최상위 규범으로 하는 법질서 전체의 이념에도 부합하지 않게 된다(구 관습법 또는 민법상 상속회복청구권의 제척기간에 관한 대법원 2003. 7. 24. 선고 2001다48781 전원합의체 판결, 헌법재판소 2001. 7. 19. 선고 99헌바9 등 결정 참조).

5) 과거에는 친권이 부모나 가족 전체를 위한 것이라는 관념이 허용되었으나, 지금은 순전히 자녀의 복리를 위한 것이어야 한다는 데에 이론(異論)이 없다. 민법은 2005. 3. 31. 개정으로 제912조에서 "친권을 행사함에 있어서는 자의 복리를 우선적으로 고려하여야 한다."는 점을 명시하였다. 법정대리인 제도도 점차 제한능력자를 보호하는 방향으로 변화하고 있다.

상속의 효과로 당연승계주의를 취하는 국가들은 미성년 상속인을 보호하기 위한 특

별한 규정을 두고 있다. 특히 독일은 1998년 민법을 개정하여 미성년자의 상속채무에 대한 책임은 그 미성년자가 성인이 되는 시점에 가진 재산에 한정하는 규정을 신설하였다(독일 민법 제1629조a 미성년자 책임의 제한). 위 규정은 독일 연방헌법재판소가 1986. 5. 13.자 결정에서 '법정대리인인 부모가 친권을 적정하게 행사할 능력이 없는 등의 원인으로 자녀가 상당한 채무를 부담한 채로 성년의 삶으로 방출된다면 이는 자녀의 인격권과 일반적인 행동의 자유에 부합하지 않는다.'고 판단한 데 대응한 입법의 결과이다.

다. 법률해석의 기본 원칙에 충실한 해석

1) 실정법은 보편적이고 전형적인 사안을 염두에 두고 규정되기 마련이므로 사회현실에서 일어나는 다양한 사안에서 그 법을 적용할 때에는 구체적 사안에 맞는 가장 타당한 해결이 될 수 있도록, 즉 구체적 타당성을 가지도록 해석할 것이 요구된다. 법해석의 목표는 법적 안정성을 저해하지 않는 범위에서 구체적 타당성을 찾는 데에 있다. 그 과정에서 가능한 한 법률에 사용된 문언의 통상적인 의미에 충실하게 해석하는 것을 원칙으로 하고, 그 문언의 통상적 의미를 벗어나지 않는 범위에서 법률의 입법 취지와 목적, 제·개정 연혁, 법질서 전체와의 조화, 다른 법령과의 관계 등을 고려하는 체계적·논리적 해석방법을 추가적으로 활용하여 위 법해석의 요청에 부응하는 타당한 해석이 되도록 하여야 한다(대법원 2009. 4. 23. 선고 2006다81035 판결 등 참조).

2) 위와 같은 법률해석의 기본 원칙에 비추어 볼 때, 미성년이었던 상속인이 성년에 이르러 스스로 법률상 유효하게 상속채무 초과사실을 알게 된 때를 기준으로 3월 동안 특별한정승인을 할 수 있는지에 관하여 민법 상속 편의 특별한정승인에 관한 규정과 더불어 총칙 편의 대리에 관한 규정의 문언과 체계를 종합하여 보면, 반대의견의

견해는 위 규정들의 문언의 통상적인 의미에 충실하게 해석한 것이다.

가) 특별한정승인 제도나 미성년자의 법정대리인으로서 친권자의 지위에 관한 근거 규정은 신분행위를 규율하는 민법 제4편(친족), 제5편(상속)에 속한다. 반면 대리행위에 관한 일반 규정은 민법 제1편 제5장(법률행위)에 있다. 재산법에 관한 총칙 규정은 신분법에 관하여는 그대로 통용될 수 없으므로(대법원 1965. 12. 28. 선고 65므61 판결 참조), 양자 사이에는 괴리 또는 간극이 존재할 여지가 발생한다.

나) 상속인이 미성년인 동안에는 스스로 한정승인을 할 수 없어서 반드시 법정대리인인 친권자의 대리에 의하여야 한다(민법 제5조, 제911조). 재산법상 대리행위에 관한 민법 제116조 제1항은 의사표시의 요건인 어떤 사정을 알았는지 여부는 대리인을 기준으로 하여야 한다고 규정한다. 한편, 상속에 관한 민법 제1020조는 민법 제1019조 제1항의 상속 승인·포기 기간은 미성년자의 법정대리인인 친권자가 상속개시 있음을 안 날부터 기산한다고 정하고 있다. 위 규정들을 종합할 때, 상속인이 미성년인 동안에는 법정대리인인 친권자가 상속채무 초과사실을 안 때를 기준으로 3월 내에 그 친권자가 상속인을 대리하여 특별한정승인을 할 수밖에 없다. 이 부분 다수의견의 견해는 제한능력자로서 미성년자의 지위와 대리 제도에 비추어 당연한 법리이다.

다) 그러나 상속인이 미성년일 때 적용되는 위 규정들이, 상속인이 성년에 이른 후의 법률관계까지 규율하는 것은 아니다. 상속인이 미성년일 때 법정대리인의 특별한정승인 기간이 도과했다고 하여 상속인이 성년이 된 후까지 본인이 특별한정승인을 할 수 없다는 결론이 도출되는 것은 아니다. 미성년인 동안 법정대리로 인해 발생한 효과를 모두 인정하는 전제 하에, 특별한정승인 규정을 통해 법정대리권이 소멸한 후 별도의 효과를 발생시키는 행위를 할 수 있다고 해석할 수 있다.

라) 특별한정승인은 상속인의 상속에 관한 선택권을 실질적으로 보장함으로써 상속인이 귀책사유 없이 채무를 강제로 상속하지 않도록 하는 제도이다. 여기에 법정대리인 제도는 미성년자를 보호하기 위한 것이므로 그로 인해 미성년자의 권리 행사를 제약하여서는 안 된다는 점도 고려해야 한다.

상속인이 미성년인 동안 의사표시의 요건인 사실의 인식 여부는 법정대리인을 기준으로 결정한다는 민법 제116조 제1항의 제약을 받아야 했고, 여기에 미성년 상속인 본인에게 어떤 잘못도 없다. 따라서 상속인이 성인이 되면 민법 제1019조 제3항의 문언적 해석에 따라 상속인 본인이 상속채무 초과사실을 안 날부터 3월 내에 특별한정승인을 할 수 있다.

마) 특별한정승인은 상속인이 피상속인 등과의 인격적 관계를 전체적으로 판단하여 행하는 인적 결단으로서의 성질을 가지고 있어서 순수한 재산법상의 법률행위와 성격을 달리 한다(상속 포기에 관한 대법원 2011. 6. 9. 선고 2011다29307 판결 참조). 따라서 특별한정승인을 할지 여부에 관한 상속인 본인의 의사 결정이 가장 중요하게 고려되어야 한다. 그렇다면 미성년인 동안 스스로 특별한정승인을 할 수 없었던 상속인은 성년에 이른 후 민법 제1019조 제3항에 따라 특별한정승인을 할 권리가 보장되어야 하고, 총칙 편 대리에 관한 규정들을 들어 그 권리를 부정할 수 없다.

3) 상속인이 미성년인 동안 법정대리인을 기준으로 특별한정승인 기간이 도과했다는 사정은 위와 같이 해석하는 데에 장애가 되지 않는다.

가) 특별한정승인은 이미 단순승인의 효력이 발생한 다음에 사후적으로 단순승인의 효력을 복멸시키고 새롭게 한정승인의 효력이 생기도록 하는 제도이다.

나) 특별한정승인 제도가 입법되기 전에는, 피상속인의 사망 후 3월 동안 상속관계

가 확정되지 않고 유동적인 상태에 있다가 상속인이 단순승인·한정승인·포기를 하면 유동적인 상태가 끝나고 상속관계가 확정되며, 상속인이 어느 것도 하지 않고 신고기간이 지나면 단순승인으로 간주되어 상속관계가 확정되도록 규정되어 있었다. 따라서 일단 단순승인의 효과가 발생한 후 그 효력을 소멸시키기 위하여 한정승인을 할 수는 없었다.

다) 그러나 특별한정승인 제도가 입법된 현재에는 이와 달리 상속인이 단순승인의 효과가 발생한 이후에도 다시 유효한 특별한정승인을 함으로써 단순승인의 효력을 소멸시킬 수 있게 되었다. 그러므로 법정대리인이 특별한정승인 제척기간을 지나 단순승인의 효력이 유지된 경우에도, 상속인이 성년에 이른 다음 특별한정승인을 함으로써 단순승인의 효력을 소멸시키는 것이 논리적으로 모순되거나 관련 규정의 문언에 반한다고 볼 수 없다.

라. 신의성실의 원칙 등 민법의 대원칙에 부합하는 해석

1) 민법의 대원칙인 신의성실의 원칙에 비추어 관련자들의 추정적인 의사를 해석해 보더라도 반대의견이 타당하다.

가) 일반 채권의 소멸시효는 10년이고, 단기소멸시효가 적용되는 채권도 판결이 확정되면 소멸시효가 10년이 된다(민법 제162조 제1항, 제165조). 그런데 대법원 판례와 재판 실무는 채권자가 일정한 조건 하에 반복하여 소멸시효 중단을 위한 소를 제기할 수 있도록 허용하고 있으며, 그 결과 상속채권자는 상속재산이나 미성년 상속인의 고유재산이 없어서 집행을 할 수 없었던 경우에도 다시 판결을 받아 소멸시효 완성을 저지하고 성년에 이르러 스스로 경제활동을 시작한 상속인이 취득한 재산에 대해 강제집행을 할 수 있다.

이러한 법률관계는 소멸시효와 상속에 관한 민법 규정과 관련 법리를 종합해야만 알 수 있고, 소멸시효를 반복적으로 중단시킬 수 있는지 역시 최근까지 대법원 전원합의체에서 의견이 나뉘었을 정도로 어려운 법리적 쟁점으로서 일반인으로서의 위와 같은 사실을 쉽게 알기 어렵다(소멸시효 중단을 위한 반복적 제소의 적법성 및 상속채산을 초과한 채무를 상속한 청년 보호를 위한 법원의 적극적 해석의 필요성에 관하여는 대법원 2018. 7. 19. 선고 2018다22008 전원합의체 판결의 다수의견과 다수의견에 대한 대법관 김소영, 대법관 민유숙의 보충의견 참조).

나) 법정대리인이 비교적 간단한 절차를 통하여 상속채무에 대한 책임을 제한할 수 있음에도 특별한정승인을 하지 않는 것은 법률적 지식이 부족하여 '특별한정승인을 하지 않으면 상속인 본인이 성년에 이르러 경제활동을 해서 얻은 수입과 재산에 대해서도 상속채권자가 평생 강제집행을 할 수 있다'는 사실을 알지 못하기 때문이라고 볼 수 있다. 나아가 부모 중 1명이 채무초과 상태에서 미성년 자녀를 남기고 사망하면 생존한 부모는 자녀에게 필수적인 양육과 생계유지에조차 많은 어려움을 겪기도 한다. 이러한 사정까지 고려하면 당장 집행당할 자녀 명의의 재산이 없는데도 상속채권자가 소멸시효 중단을 거듭하여 자녀가 성인이 되어 번 돈에 강제집행할 것까지 대비하여 특별한정승인을 할 것을 기대하기 어려운 경우가 많을 것이다.

2) 상속채권자와의 이익 형량에 비추어 보더라도 반대의견이 타당하다.

상속채권자는 거래 당시 피상속인의 신용과 재산 상태를 고려하여 법률관계를 맺는 것이지, 피상속인 사망 후 상속인의 고유재산이 책임재산으로 될 것까지 기대하고 거래하였다고 볼 수는 없다. 상속인에게는 한정승인, 특별한정승인 및 상속 포기로 자신의 고유재산에 대한 상속채권자의 집행을 저지할 권리가 확보되기 때문이다. 나아가

상속채권자에게, 거래상대방의 사망 당시 미성년자였던 상속인이 십여 년이 지난 후 성년이 되어 경제활동을 하여 얻은 재산에 대하여까지 강제집행을 할 수 있도록 보호할만한 기대이익을 인정할 필요성은 더욱 없다.

상속채권자의 기대이익을 이유로 특별한정승인을 통한 미성년 상속인의 권리 구제를 거부한다면, 잘못된 이익 형량으로 상속채권자를 과도하게 보호하고 미성년 상속인의 재산권과 경제활동 자유를 과도하게 침해하는 결과를 가져온다.

3) 성년이 된 상속인에게 특별한정승인을 인정한다고 하여 거래의 안전을 해할 우려도 없다.

민법 제1019조 제3항과 함께 개정된 민법 제1034조 제2항, 제1038조가 상속개시 후 특별한정승인 전에 상속인이 상속재산을 처분하거나 상속채권 일부를 변제한 경우 그 처분행위나 변제가 모두 유효하다는 전제 하에 이해관계 조정에 관하여 규정하기 때문이다. 위 규정에 따르면 상속인은 이미 처분한 재산의 가액을 합하여 상속채권자에게 변제할 책임을 진다. 상속인이 상속채권 일부를 이미 변제하여 다른 상속채권자에게 변제할 수 없게 된 경우에 대하여도 특칙을 두고 있다.

4) 상속재산을 초과하는 채무를 상속한 미성년자는 다른 제도로 보호할 방도가 없다.

상속채무 초과로 상속채권자에 대한 채무를 완제할 수 없는 때에는 상속인은 법원에 상속재산 파산 신청을 할 수 있지만, 상속재산 파산 신청기간도 실질적으로 상속승인·포기 기간과 같아(채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제300조) 상속 승인·포기 신고기간이 지나면 상속재산 파산 제도를 활용할 수 없다. 상속인 본인이 개인파산 신청을 할 수는 있겠지만 파산선고 후 복권이 되지 않으면 많은 직업상 결격사유가 되고

각종 인·허가가 요구되는 사업도 영위할 수 없으며 신용이 저하되어 금융거래가 제한될 수 있는 등 그 불이익이 적지 않다. 신용불량자로 사회생활을 시작하라는 제안은 해결책이라고 할 수 없다.

마. 다수의견의 논거에 대한 구체적 비판

1) 다수의견은 '반대의견의 해석방법이 입법론적으로 바람직하기는 하지만, 해석론으로는 불가능하다.'고 지적한다.

반대의견의 해석이 민법 규정의 문언적 해석에 근거한 것임을 밝혔으므로 추가 논의를 생략하되, 대법원 1978. 4. 25. 선고 78도246 전원합의체 판결 및 대법원 1998. 4. 23. 선고 95다36466 전원합의체 판결에서 이미 입법론에 우선하는 법원의 해석 임무를 선언한 바 있으므로 그 판시를 원용하는 것으로 갈음한다.

"일반적으로 모든 법은 법 규정의 본질을 바꾸는 정도의 것이 아닌 한도에서 이를 합리적으로 해석함으로써 뒤쳐진 법률을 앞서가는 사회현상에 적응시키는 일방 입법기관에 대하여 법률의 개정 등을 촉구하는 것은 법원의 임무에 속하는 일이고, 그 뒤쳐진 법 규정의 재래적 해석·적용이 부당한 결과를 초래한다는 것을 알면서도 법률 개정이라는 입법기관의 조치가 있을 때까지는 이를 그대로 따를 수밖에 없다고 체념해 버리는 것은 온당치 않은 태도이다."

2) 다수의견은 반대의견의 해석이 대리의 기본 원칙에 반한다고 지적한다.

다수의견은 총칙 편에 대리에 관한 규정이 특별한정승인에 제한 없이 적용됨을 전제로 하는 것이어서, 특별한정승인의 신분법적 행위로서의 독특성과 제도 취지에 맞지 않는다. 앞서 본 것처럼 대리에 관한 규정은 '법정대리권이 존재하는 동안'의 법률관계를 규율한다. 그 법정대리로 인한 효과를 모두 인정하는 전제 하에, 특별한정승인 규정

을 통해 '법정대리권이 소멸한 후' 별도의 법률효과를 발생시키는 행위를 할 수 있다는 해석은 대리의 기본 원칙과 상충되지 않는다. 상속인이 미성년인 동안에는 법정대리인의 인식을 기준으로 그 요건을 판단하여 제척기간이 지나면 더 이상 법정대리인이 특별한정승인을 할 수 없지만, 그로써 성년에 이른 상속인이 특별한정승인을 할 수 없다는 결론이 자동적으로 도출되지 않는다.

나아가 다수의견은 임의대리와 법정대리의 차이점을 간과하여 성년인 상속인과 미성년 상속인을 차별적으로 취급하는 결과가 될 수 있다. 미성년자의 원칙적 법정대리인은 잔존 친권자인데, 우리 민법은 후견인과 달리 친권자의 법정대리권 행사를 감독할 수 있는 규정이나 제도를 두고 있지 않다. 임의대리의 경우에는 본인이 대리권을 수여할지 여부와 누구를 대리인으로 할 것인지를 스스로 결정하므로, 본인이 대리행위에 기속되는 것은 자신의 선택에 따른 결과이고 그 대리행위의 결과가 본인에게 불이익하다고 하여 그 효력을 함부로 부인할 수 없다. 그러나 미성년자는 이와 다르다. 미성년자는 법률에 의해 행위능력이 제한되고 부모 중 한 명이 사망하면 생존한 다른 부모가 단독 친권자가 되어, 대리 여부나 대리인에 관해 선택권이 없다. 상속채무 초과상태임에도 법정대리인이 한정승인·포기를 하지 않는 것은 그의 무지나 과실로 인한 경우가 대부분일 것이다. 위와 같은 법정대리인의 잘못된 대리권 행사에 미성년자에게 어떤 잘못이 있다고 할 수도 없다. 그럼에도 법정대리인의 잘못을 이유로 귀책사유 없는 미성년자가 성년에 이르기 전부터 다액의 상속채무를 지고, 빚의 대물림에서 벗어나지 못한 채 평생 상속채무와 장기간의 이자를 모두 변제해야 한다고 하면 가혹하다. 이는 위에서 본 특별한정승인 제도뿐 아니라 미성년자를 보호하기 위한 법정대리인 제도의 취지에도 맞지 않는다. 따라서 상속인이 성년에 이르러 온전한 행위능력을 갖추

게 되면 법정대리인의 잘못에 구애받지 않고 본인 스스로 상속채무 초과사실을 알게 된 날을 기준으로 특별한정승인을 할 수 있다고 보아야 한다.

3) 다수의견이, 반대의견의 해석이 제척기간의 본질에 부합하지 않는다고 지적하는 부분도 타당하지 않다.

특별한정승인 제도 자체가 상속 한정승인·포기의 제척기간이 지났음을 전제로 그 제척기간 도과의 효력을 반복할 수 있도록 한 입법이다. 다수의견에 따르면 특별한정승인 제도도 제척기간의 본질에 부합하지 않는다는 결론에 이르게 된다.

나아가 앞서 본 바와 같이 법률의 해석은 헌법을 최상위 규범으로 하는 법질서 전체의 이념에 부합해야 하는바(대법원 2003. 7. 24. 선고 2001다48781 전원합의체 판결, 헌법재판소 2001. 7. 19. 선고 99헌바9 등 결정 참조), 다수의견에 따르면 상속인 본인이 비로소 법에 정해진 권리인 특별한정승인을 할 수 있게 된 때에 이미 이를 위한 제척기간이 지났다는 결과가 되어 개인의 재산권과 자기결정권 보호를 목적으로 하는 합헌적 법률해석의 원칙에 어긋나게 된다.

4) 다수의견은 미성년자가 성인이 되어 특별한정승인을 할 수 있다고 보면 미성년인 동안 이미 발생한 법률관계에 사후적으로 작용하여 상속채권자 등 이해관계인의 재산권을 침해할 위험성이 있다고 하여, 마치 반대의견을 채택하면 미성년인 동안 이미 발생한 법률효과를 소급적으로 변경케 함으로써 이해관계인의 권리를 침해하는 것처럼 지적한다.

그러나 상속 포기의 효과가 상속개시 시로 소급하는 것(민법 제1042조)과 달리, 한정승인의 경우 상속인의 지위나 채무의 존재 자체에는 아무런 영향이 없고 단지 상속채무에 대한 책임이 제한될 뿐이다(민법 제1028조). 특별한정승인 전에 처분한 상속재

산이 있거나 상속채권 일부를 변제한 경우 민법 제1034조 등은 이것이 모두 유효함을 전제로 하여 이해관계 조정에 관해서 규정하여 법적 혼란을 최소화하고 있다. 따라서 특별한정승인으로 인하여 상속채권자에 대한 상속인의 책임이 제한되는 외에 다른 이해관계인의 이익을 침해할 여지가 없다.

특별한정승인을 통해 상속채권자에 대한 책임을 제한하는 것이 상속채권자의 재산권을 박탈하는 것이라고 평가할 수도 없다. 특별한정승인 제도 자체가 상속인의 선택권을 보장하기 위하여 법적 안정성을 어느 정도 희생시키는 제도이다. 앞서 본 것처럼 상속채권자가 피상속인과 거래할 당시 담보로 한 책임재산은 피상속인의 상속재산에 한정되고, 상속인은 상속 포기, 한정승인을 할 자유가 있다. 상속인이 상속 포기나 한정승인을 하지 않음으로써 상속채권자가 가진 기대권은 거래 당시 합리적으로 기대하거나 거래의 전제로 삼았던 재산이 아니다. 특별한정승인을 통해 상속재산의 범위에서만 채권 만족을 얻을 수 있도록 제한한다고 하여 상속채권자의 재산권을 '소급적으로 박탈'하는 것이라고 평가할 수 없다.

5) 다수의견은 미성년인 상속인만 보호하면 상속인이 피성년후견인·피한정후견인인 경우에 비하여 형평에 맞지 않는다고도 한다. 그러나 이는 미성년자와 피성년후견인·피한정후견인의 차이를 간과한 것으로 옳지 않다.

미성년자의 법정대리인은 대부분 친권자인 부모이고(민법 제909조, 제911조) 우리 민법상 친권자의 친권 행사를 감독할 수 있는 제도가 없다. 이에 비하여 성년후견이 개시되면 후견인은 피후견인의 재산을 조사하여 법원에 신고하여야 하고(민법 제941조 이하) 피후견인이 상속을 받으면 다시 2월 내에 이를 조사하여 재산목록을 다시 작성하여야 한다(민법 제944조). 성년후견인은 법원의 정기적이고 세밀한 관리감독 하에 직

무를 수행하므로 그 과정에서 상속인이 된 피후견인을 위하여 상속의 한정승인 등 필요한 조치를 취할 수 있다. 이와 같이 성년후견·한정후견의 경우에는 민법 규정에 따라 후견인의 법정대리권 행사를 감독할 수 있도록 제도적으로 뒷받침되어 있으므로, 관리의 사각지대에서 친권자가 적절한 법정대리권을 행사하지 않았던 경우와 달리 취급한다고 하여 형평에 반한다고 할 수 없다. 게다가 형평을 기할 필요가 있다면 제한능력자 모두를 보호하는 방향으로 해석해야지 형평을 기한다는 이유로 미성년자까지 보호하지 말아야 한다는 논지는 옳지 않다.

바. 결론

1) 청년세대가 빛의 대물림으로 출발점부터 기울어진 운동장에서 시작하지 않도록 사회가 노력하여야 한다. 반대의견은 이를 위하여 법원이 할 수 있는 해석론을 제시하였다.

상속인이 성년에 이르면 본인이 스스로 상속채무 초과사실을 알게 된 날을 기준으로 그로부터 3월 내에 특별한정승인을 할 수 있다. 대법원 2012. 3. 15. 선고 2012다440 판결은 '민법 제1019조 제3항에서 정한 상속채무 초과사실의 인식 여부를 판단함에 있어서 상속인이 무능력자인 경우에는 그 법정대리인을 기준으로 삼아야 한다.'고만 판시하였고 이는 상속인이 미성년인 동안의 법률관계만을 판시한 것으로 볼 여지가 있다. 그러나 위 판결은 위 법리를 판시한 다음, 상속인이 성년이 된 후에 한 특별한정승인의 효력을 부정하였다. 대법원 2015. 4. 23. 선고 2012다15268 판결은 위 2012다440 판결의 법리를 그대로 원용하였다. 따라서 위 판결들은 반대의견에 배치되는 범위에서 변경되어야 한다.

2) 이 사건에 관하여 살펴본다.

앞서 본 사실관계를 이러한 법리에 비추어 살펴보면, 피상속인 소외 1의 사망 당시 원고는 미성년자였으므로 법정대리인으로 친권자인 소외 2가 상속채무 초과사실을 안 때로부터 3월 내에 특별한정승인을 하였는지 여부와 무관하게, 원고가 성년에 이른 뒤 원고 스스로 상속채무 초과사실을 안 때부터 3월 내에 특별한정승인을 할 수 있다.

원고는 1986년생으로 2006년에 성년에 이르렀고, 피고가 2017. 8. 31. 원고의 예금에 대해 채권압류 및 추심명령을 받아 이를 집행하는 과정에서 원고가 상속채무의 존재와 상속채무 초과사실을 알게 되었다. 원고가 그로부터 3월 내에 한 특별한정승인 신고는 유효하다.

같은 이유에서 원고의 청구를 받아들인 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 민법 제1019조 제3항, 제1020조에 대한 법리를 오해하거나 필요한 심리를 다하지 않은 잘못이 없으므로, 피고의 상고를 기각하여야 한다.

이상과 같은 이유로 다수의견에 반대하는 취지를 밝힌다.

7. 다수의견에 대한 대법관 김재형, 대법관 이동원의 보충의견

가. 법률해석의 원칙과 한계에 관하여 본다.

법률의 의미·내용과 적용 범위가 어떠한 것인지를 정하는 권한, 곧 법령의 해석·적용 권한은 사법권의 본질적 내용이고, 사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다(헌법 제101조 제1항). 그러나 법원의 법률해석 권한이 무제한적인 것은 아니다. 입법자는 헌법이 허용한 한계 내에서 광범위한 입법형성권을 가지고 있으므로, 법관은 이를 존중하는 방향으로 법률을 해석하여야 하고 법률에 나타난 입법자의 의사를 법률해석을 통해서 왜곡·변형하거나 대체해서는 아니 된다. 이것이 입법권과 사법권을 구분하는 헌법상 권력분립 원칙과 법치주의 원리에 부합한다(대법원 2019. 6. 20. 선고 2013다

218156 전원합의체 판결 중 다수의견에 대한 대법관 김재형의 보충의견 참조).

법률해석의 출발점은 입법자의 의사가 표현된 법률의 문언이다. 법률의 해석은 문언의 통상적인 의미에 충실하게 해석하는 것을 원칙으로 하고, 나아가 법률의 입법 취지와 목적, 그 제정·개정 연혁, 법질서 전체와의 조화, 다른 법령과의 관계 등을 고려하는 체계적·논리적 해석방법을 추가적으로 동원함으로써 구체적 사안에 맞는 가장 타당한 해석이 되도록 하여야 한다(대법원 2009. 4. 23. 선고 2006다81035 판결 참조).

그러나 이러한 법률해석에는 위에서 보았듯이 입법과 사법의 영역이 분리되는 데에서 오는 한계가 있다. 입법론과 해석론의 구별은 법률해석의 기초적인 문제이다. 그 구별이 어려운 경우가 있다고 해서 두 영역의 경계를 무시한다면 법치주의의 근간이 무너질 수 있다. 법률 규정, 입법자의 의사와 입법 목적, 헌법을 비롯한 전체 법질서와 법체계에 반하는 해석론을 전개하는 것은 입법론과 해석론을 혼동한 것으로 법률해석의 한계를 넘어서는 것이다. 어떤 법률 규정이 다의적이어서 여러 갈래의 해석이 가능할 경우 헌법에 합치되도록 해석해야 하는 합헌적 법률해석(대법원 2009. 2. 12. 선고 2004두10289 판결, 헌법재판소 1990. 4. 2. 선고 89헌가113 결정 참조)을 할 때에도 마땅히 이러한 법률해석의 한계를 준수해야 한다.

합헌적 법률해석을 통해 문제를 해결할 수 있는 것은 해석론으로 해결이 가능한 부분에 한정된다. 아무리 목적이 정당하고 당사자에 대한 권리구제가 요구된다고 하더라도 현재의 법체계에서 입법을 통해서만 해결할 수 있는 부분을 해석론으로 해결하려는 것은 허용되지 않는다. 이러한 해석은 존재하는 법률을 해석하는 것이 아니라 법률해석이라는 명목으로 새로운 법을 만들어 입법자의 권한을 행사하는 것이 되고, 입법과 사법의 경계를 무너뜨리는 것이다.

만일 입법자가 정한 법적 규율이 사회적 정의 관념에 현저하게 반하여 극히 부당하고 합헌적 법률해석의 방법으로도 그 위헌성이 모두 제거되지 않아 위헌이라는 의심이 든다면 법관은 위헌법률심판을 제청하여야 한다. 이런 경우에도 앞서 본 것처럼 법률 해석이라는 명목으로 입법적 결단으로 하여야 할 것을 사법적 결단으로 대체해서는 아니 된다(위 대법원 2013다218156 전원합의체 판결 중 다수의견에 대한 대법관 김재형의 보충의견 참조).

나. 반대의견은 민법 규정의 문언이나 체계에 반하므로 이를 해석론으로 채택할 수 없다.

1) 반대의견이 취한 해석론은 특별한정승인과 대리에 관한 법률 문언의 통상적인 의미를 벗어난 것이다.

민법 제1019조 제3항은 상속인은 상속채무 초과사실을 중대한 과실 없이 제1019조 제1항의 기간 내에 알지 못하고 단순승인을 한 경우 그 사실을 안 날부터 3월 내에 특별한정승인을 할 수 있다고 정한다. 상속인이 제한능력자인 경우에 민법 제1020조가 제1019조 제1항의 기간은 법정대리인인 친권자나 후견인이 상속개시 있음을 안 날부터 기산한다고 정하고 있지만, 민법 제1019조 제3항의 특별한정승인의 요건이나 제척기간의 기산점(상속채무 초과사실의 인식 여부나 중대한 과실 유무)을 누구를 기준으로 판단해야 하는지에 대해서는 민법에 아무런 정함이 없다.

종래 대법원 판례는 제척기간과 법정대리인 제도, 민법 제1020조의 취지 등을 종합하여 상속채무 초과사실의 인식 여부나 중대한 과실은 법정대리인을 기준으로 판단해야 한다고 하였고(대법원 2012. 3. 15. 선고 2012다440 판결 등 참조), 반대의견도 이를 당연하게 받아들여 법정대리인이 특별한정승인의 제척기간을 도과하면 더 이상 상

속인을 대리하여 특별한정승인을 할 수 없다는 입장을 취한다. 그러면서도 반대의견은 법정대리인과 달리 상속인 본인이 성년에 이르면 새롭게 특별한정승인을 할 수 있다고 하며, 이것이 민법 제1019조 제3항의 문언적 해석에 따른 것이라고 한다.

그런데 위에서 본 것처럼 민법 제1019조 제3항의 문언은 '상속인'을 단일한 주체로 하여 특별한정승인의 요건과 기간에 대해 규정할 뿐이다(행위능력이나 대리 외에 대부분의 민법 규정은 권리자나 의무자 본인에 대해서만 규정하고 대리인을 따로 구분하여 규정하지 않는다). 위 조항을 비롯한 특별한정승인에 관한 규정 어디에도 특별한정승인을 법정대리인이 대리하는 경우와 상속인 본인이 직접 하는 경우의 두 가지로 구분하여 정하고 있지 않다.

2) 반대의견은 대리의 기본 원칙에 정면으로 반한다.

가) 법정대리인의 인식을 기준으로 특별한정승인 기간이 지난 경우 그것이 상속인 본인에게 어떤 효력이 있는지에 대해서는 위에서 본 것처럼 민법 제1019조 제3항에서 따로 정하고 있지 않다. 이는 대리의 일반 법리에 따라야 한다.

대리인의 대리행위는 마치 본인이 직접 행위한 것처럼 그 효력이 곧바로 본인에게 미친다는 것(민법 제114조)이 대리 제도의 근간(根幹)이다. 대리인이 적법한 대리권한 내에서 대리행위를 하였다면 그 결과가 본인에게 불이익하더라도 본인은 대리행위의 효력을 함부로 부정할 수 없다. 본인과 대리인을 둘러싼 이해관계인들은 대리행위의 효력이 직접 본인에게 미침을 전제로 거래하고 신뢰를 형성하며 이를 기초로 수많은 법률관계가 형성된다. 대리권한 내의 대리행위의 효력이 본인에게 귀속되지 않으려면 대리행위가 예외적으로 대리권 남용, 이해상반행위 등에 해당하여 무효로 되어야 하고, 이는 제3자나 거래상대방 입장에서 대리행위가 본인의 이익에 반한다는 점을 알았거나

알 수 있었기 때문에 그러한 신뢰를 형성할 여지가 없었던 예외적인 경우이다.

나) 미성년 상속인의 한정승인·포기나 특별한정승인은 법정대리인의 대리에 의하여야 하고, 한정승인·포기나 특별한정승인 신고기간의 기산점은 법정대리인의 인식을 기준으로 판단해야 한다는 점은 반대의견도 당연하게 받아들이고 있다. 그렇다면 법정대리인이 상속채무 초과사실을 알고도 자발적으로 단순승인을 하거나 3월이 지나도록 특별한정승인을 하지 않음으로써 생긴 법률효과, 즉 더 이상 특별한정승인을 할 수 없게 되는 것은 상속인 본인에게 귀속된다. 그 결과가 상속인 본인에게 불리하더라도 달리 볼 수 없다. 따라서 상속인은 더 이상 특별한정승인을 할 수 없고, 이는 시간이 지나 상속인이 성년이 된 경우에도 마찬가지이다.

다) 법정대리인의 인식을 기준으로 제척기간이 도과한 경우 반대의견은, 법정대리인의 대리권이 존속하는 동안(상속인이 미성년인 동안)에는 더 이상 특별한정승인을 할 수 없다고 보면서도, 상속인이 성년에 이르면 다시 특별한정승인을 할 수 있다고 한다. 그 이유에 관해 상속인이 미성년자일 때 적용되는 대리에 관한 규정이 상속인이 성년에 이른 후의 법률관계까지 규율하는 것은 아니고, 미성년인 동안 법정대리로 인해 발생한 효과를 모두 인정하여야 하지만 법정대리권이 소멸한 후 별도의 효과를 발생시키는 행위를 할 수 있다고 해석하는 것이 가능하다고 한다.

상속인이 성년에 이르면 더 이상 대리에 의할 필요 없이 스스로 법률행위를 할 수 있지만, 그때에도 기존에 미성년인 동안 대리로 인해 발생한 법률효과나 그에 따라 형성된 법률관계는 변함없이 유지되고, 성년자가 되었다고 하여 이를 무시하거나 함부로 번복할 수 없다. 앞서 본 것처럼 법정대리인이 특별한정승인을 하지 않고 신고기간을 도과하면 그에 따른 효과가 상속인 본인에게 귀속되어 상속인은 더 이상 특별한정승인

을 할 수 없고, 이러한 효과를 인정한다면 상속인이 성년자가 되어도 새롭게 특별한정승인을 할 수 없다고 보는 것이 당연한 논리적 귀결이다. 상속인이 성년에 이르면 다시 새롭게 특별한정승인을 할 수 있다고 보는 것은, 상속인이 미성년인 동안 발생한 제척기간 도과로 인한 효과를 인정하지 않음을 전제로 할 때 비로소 가능한 견해이다. 반대의견의 논리는 이 점에서 앞뒤가 맞지 않는다.

라) 반대의견은 민법 총칙 편의 대리에 관한 규정이 신분법적 행위인 특별한정승인에 그대로 적용되지 않는다고 한다. 신분행위를 규율하는 친족, 상속 편에 총칙 규정에 대한 특별규정이 있거나 그 행위의 성질상 총칙 규정을 적용할 수 없는 경우에는 총칙 규정이 적용되지 않는다. 그런데 상속의 한정승인은 상속인이 상속재산의 한도에서 상속채무를 변제할 것을 조건으로 피상속인의 재산에 관한 포괄적 권리의무를 승계하는 행위로서 재산법적 성격이 강한 신분행위이고, 민법 제1020조와 실무례도 상속인이 제한능력자인 경우 법정대리인이 상속의 승인, 포기행위를 대리함을 전제로 하고 있다. 대리행위의 방식이나 효력 등에 대해서는 총칙 편에서 규정하고 있고 이러한 규정은 임의대리, 법정대리를 구분하지 않고 대리행위 일반에 적용된다. 민법은 제1020조 외에 특별한정승인의 대리에 관해 달리 정하고 있지 않으므로, 특별한정승인의 법정대리에 관해서도 대리의 일반 법리에 의하여야 한다(반대의견도 특별한정승인에 총칙 편에 규정된 민법 제116조가 적용된다고 한다). 따라서 반대의견이 특별한정승인이 신분행위라는 이유로 대리행위로 인한 효과를 일반적인 대리행위와 달리 보려는 것은 옳지 않다.

3) 특별한정승인 제도가 기존에 발생한 단순승인 효력을 사후적으로 복멸시키는 것을 전제로 하였음을 이유로, 반대의견과 같이 해석할 수는 없다.

특별한정승인 제도가 승인·포기 신고기간 도과로 인한 단순승인의 효력을 사후적으로 소멸시키기 위해 도입된 것은 맞지만, 그로 인해 법적 불안정 상태가 과도하게 장기화되는 것을 막고 상속관계를 둘러싼 법률관계의 안정과 조화를 도모하기 위하여 민법은 특별한정승인에도 제척기간을 두었다. 그에 따라 상속인은 상속채무 초과사실을 처음 안 날부터 3월 동안 특별한정승인을 할 기회를 오직 한 차례만 부여받으며, 그 기간 동안 상속인이 특별한정승인을 하지 않으면(그 원인이 무지나 과오 등 어떠한 것인지 불문한다) 단순승인의 상속관계가 확정되고, 상속인은 더 이상 이를 변동시킬 수 없다.

상속인이 미성년자라고 해서 특별한정승인의 제척기간이 진행하지 않는다고 볼 수 없다. 법정대리인이 상속개시 있음을 알면 승인·포기 기간이 진행되는 것과 마찬가지로, 법정대리인이 상속채무 초과사실을 알면 그 상속인을 위한 특별한정승인 기간이 진행한다(이 점에 대해서는 반대의견도 이견이 없다). 이와 같이 상속인이 법정대리인을 통해 특별한정승인을 할 수 있는 기회를 이미 가졌고 법정대리인이 그 권리를 행사하지 않음에 따라 상속인에 대해서 단순승인의 상속관계가 확정되었다면, 그가 성년에 이르렀다고 하여 두 번째로 특별한정승인을 할 기회를 새롭게 부여받는다고 해석할 아무런 법적 근거가 없다.

요컨대, 특별한정승인 제도는 기존의 '승인·포기 기간' 도과로 인해 생긴 단순승인 효력을 예외적으로 '특별한정승인'을 통해 1회에 한하여 복멸시킬 수 있도록 하였을 뿐, 미성년 상속인에게 법정대리인과 본인이 각각 이를 복멸시킬 수 있도록 보장하거나, '특별한정승인 기간'이 지났는데도 다시 '특별한정승인'을 할 수 있도록 입법된 것이 아니다.

4) 특별한정승인 제도의 입법 경위에 비추어 보더라도, 반대의견과 같이 미성년자에게 불리한 대리행위 중 특별한정승인만을 예외적으로 취급하여야 할 근거는 없다.

2002년 특별한정승인 제도가 신설된 것은, 상속인이 상속채무 초과사실을 모른 상태에서 상속 승인·포기 신고기간이 지나더라도 단순승인한 것으로 간주하는 민법 제1026조 제2호가 상속인의 재산권과 사적자치권을 침해한다는 헌법재판소의 헌법불합치결정(헌법재판소 1998. 8. 27. 선고 96헌가22 등 결정)이 내려지고 나서 그 취지에 따라 상속인의 상속에 관한 선택권을 보장하기 위함이다. 그러나 상속인이 미성년자인 경우 그 선택권을 반드시 법정대리인이 아닌 본인이 직접 행사할 수 있어야 한다거나 법정대리의 예외를 인정해야 한다는 점은 위 헌법재판소 결정이나 민법 개정이유 중 어디에서도 찾을 수 없고, 위에서 본 것처럼 민법 제1019조 제3항의 문언에서 그와 같이 예외적인 해석을 할 근거를 찾을 수도 없다.

반대의견은 특별한정승인에 관하여 부주의하거나 부적절하게 이루어진 친권자의 법정대리권 행사의 효력을 일정 시점 이후 제한하려는 것인데, 이러한 상황은 사실 특별한정승인에서만 문제되는 것이 아니라 친권자의 법정대리권 행사 전반에 공통적으로 생길 수 있다. 가령 친권자가 대리권을 적정하게 행사할 능력이나 의사가 없어 미성년자 소유의 재산을 염가에 처분하는 등 미성년자에게 불리한 거래행위를 하는 사례는 현실생활에서 그리 어렵지 않게 찾을 수 있다. 이때에도 친권자가 적법한 대리권을 가지고 있는 한 대리행위가 이해상반행위나 대리권 남용에 해당하지 않는다면 대리행위의 결과가 미성년자에게 법적으로 혹은 사실적으로 불리하다는 이유만으로 대리행위의 효력을 부정할 수는 없다. 특별한정승인과 같이 법정대리인이 정해진 기간 내에 권리를 행사하지 않는 소극적 대리행위의 경우에도 마찬가지이다. 예를 들어 법정대리인이

불법행위로 인한 손해와 가해자를 알고도 3년간 손해배상청구권을 행사하지 않아 단기 소멸시효가 완성하거나(민법 제766조 제1항), 미성년 채권자의 법정대리인이 취소 원인을 알고도 1년 내에 사해행위취소의 소를 제기하지 않아 제척기간이 도과한 경우(민법 제406조 제2항), 미성년자가 당사자인 소송에서 친권자가 법정대리인으로서 소송행위를 하였으나 패소 판결이 선고되었음에도 항소기간을 도과한 경우(민사소송법 제396조), 미성년자 소유의 부동산이 재개발사업 구역에 포함되었음에도 분양신청기간 내에 분양신청을 하지 않아 현금청산자가 된 경우(도시 및 주거환경정비법 제73조) 등 그 경우를 셀 수 없다. 이때 당사자가 미성년자라고 하더라도 권리 행사를 대리할 법정대리인이 있는 한 권리 행사 기간이 진행하지 않고 그대로 정지하는 것이 아니라 법정대리인을 기준으로 기간이 진행하며, 정해진 기간 내에 권리가 행사되지 않으면 미성년자의 권리가 소멸하고 만다. 이때 미성년자가 나중에 성년에 이르렀다고 하여 새롭게 권리 행사 기간이 개시된다고 볼 수 없다. 유독 미성년자의 특별한정승인만을 이와 같은 법리의 특별한 예외로 취급할 근거가 없다.

5) 반대의견이 들고 있는 합헌적 법률해석의 원칙은 이 사건에 적용할 수 없다.

위에서 보았듯이 합헌적 법률해석을 할 때에도 마땅히 법률해석의 한계를 준수해야 한다. 법률 문언과 체계 등을 통해 나타난 입법자의 의사가 명확함에도 합헌적 법률해석이라는 명목 하에 법률해석의 한계를 뛰어넘는 해석을 하여 입법권을 침해하는 것은 허용될 수 없다. 반대의견의 해석은 법률해석의 한계를 넘어서므로 합헌적 법률해석의 방법으로도 그와 같은 결론에 이를 수 없다.

반면 다수의견과 같은 결론은 헌법과 법률에 부합한다. 위에서 언급한 것처럼 이 사건의 본질은 친권자의 적절하지 아니한 법정대리권 행사를 사후적으로 어떻게 바로

잡을 것인지의 문제이다. 그런데 친권자의 권한과 의무, 친권의 제한, 감독 등에 관한 사항은 입법자가 그 나라의 전통과 관습, 가족제도, 윤리의식 등 다양한 사정을 고려하여 입법정책적으로 결정하여야 할 입법재량 사항이다. 민법 제913조 이하의 법정대리권의 근거가 되는 친권에 관하여 규정하면서, 이해상반행위가 아닌 한 친권자인 부모에게 자녀의 재산관리권과 대리권을 폭넓게 부여한다. 다만 부모가 친권을 남용하는 등으로 자녀의 복리를 해칠 우려가 있는 경우 친권의 상실·정지·제한, 대리권 상실 등을 통해 친권과 대리권을 박탈하거나 제한할 수 있도록 하되, 그 밖에 법원이나 감독인 등을 통해 친권 행사를 감독하거나 친권에 기한 개별적인 대리행위를 사후적으로 무효화시킬 수 있는 제도를 따로 두고 있지는 않다.

나아가 민법 총칙 편의 행위능력에 관한 규정은 미성년자를 보호하기 위하여 법정대리인의 동의 없는 미성년자의 행위를 취소가능한 행위로 정하면서도(제5조), 법정대리인이 상대방이 촉구한 기간 내에 추인 여부의 확답을 하지 않으면 추인한 것으로 간주하거나(제15조), 미성년자가 법정대리인의 동의가 있는 것처럼 속임수를 쓴 경우에는 법률행위를 취소하지 못하고(제17조), 취소권에 제척기간을 두어 그 기간이 지나면 취소할 수 없도록 하는 등(제146조) 거래 안전과의 조화를 도모하고 있다.

친권이 자녀의 복리를 위한 것으로, 법정대리인 제도가 제한능력자를 보호하는 방향으로 점점 더 변화하는 추세에 있음을 고려하더라도, 현재 상태에서 우리 민법이 미성년자에게 불리한 개별적인 대리행위를 감독하거나 사후적으로 무효화할 방안을 마련하지 않고 있다거나 특별한정승인에 관하여 미성년자를 보호하기 위한 특별 규정을 두지 않고 있다고 하여, 이것이 입법재량의 한계를 벗어나 미성년자의 자기결정권이나 인격권을 침해하는 것으로서 위헌이라고 할 수는 없다.

6) 반대의견이 들고 있는 신의성실의 원칙과 친권자의 추정적 의사도 근거가 될 수 없다.

민법상 신의성실의 원칙은 법률관계의 당사자는 상대방의 이익을 배려하여 형평에 어긋나거나, 신뢰를 저버리는 내용 또는 방법으로 권리를 행사하거나 의무를 이행하여서는 아니 된다는 원칙이다(대법원 2001. 5. 15. 선고 99다53490 판결 등 참조). 신의성실의 원칙은 계약 등 법률행위 해석의 기준으로 작용하거나 의무 이행의 기준이 되기도 하고 신의성실의 원칙에 반하는 권리 행사가 허용되지 않기도 한다. 예컨대 상속채권자가 상속인의 고유재산에 강제집행을 하지 않을 것 같은 신뢰를 부여하여 상속인이 특별한정승인을 하지 않은 등의 특별한 사정이 있다면 개별적인 사건에서 상속채권자의 권리 행사가 권리남용에 해당할 수도 있을 것이다. 그러나 상속채권자가 단순승인한 상속인의 고유재산에 대해 강제집행할 수 있는 것은 당연승계주의 법제에서 단순승인으로 인하여 생기는 당연한 법적 효과이므로, 상속채권자의 권리 행사를 일률적으로 신의칙에 반한다고 평가하여 금지하거나 제한할 수 없다.

반대의견은 친권자가 특별한정승인을 하지 않은 것은 무지나 과오로 인한 경우가 대부분이고 친권자가 법을 잘 알았다면 당연히 특별한정승인을 하였을 것이라는 사정을 고려해야 한다고 한다. 민법은 상속인이 피상속인의 재산에 관한 포괄적 권리의무를 당연히 승계하는 것을 원칙으로 하면서(민법 제1005조), 한정승인·포기를 할지는 상속인의 선택에 맡기고 있다. 상속인의 의사나 동기가 어떠한 간에 요식행위인 한정승인·포기 신고를 하지 않으면 한정승인·포기의 효력이 발생하지 않고, 이를 하지 않은 데 법률의 부지나 착오가 있었다고 하여 달리 볼 수 없다. 입법론적으로 소극재산이 적극재산을 초과하는 경우 상속인이 단순승인하지 않으려는 경우가 많을 것이라는 이

유로 한정승인을 오히려 원칙으로 삼아야 한다는 주장도 있지만, 이는 입법론으로 고려할 수 있을 뿐 현행 민법 하에서 상속인의 추정적 의사에 치우쳐 법률을 해석할 수는 없다.

다. 반대의견이 이 사건 특별한정승인이 유효하다고 하는 것은 무엇보다 이러한 유형의 사건, 즉 미성년자였던 상속인이 성년에 이르러 새로 얻은 수입과 재산에 대해 상속채권자가 강제집행을 하려고 하는 사건에서 상속채권자보다 상속인을 보호하는 것이 구체적 타당성 측면에서 더 옳다고 여기기 때문으로 보인다. 반대의견은 ① 특별한정승인을 할지는 전적으로 법정대리인인 친권자에게 달려 있고 친권자가 특별한정승인을 하지 않은 데에 미성년자에게 어떤 잘못이 있다고 할 수 없고, ② 친권자가 특별한정승인을 하지 않은 것은 무지나 과오로 인한 경우가 대부분인데 친권자가 법을 잘 알았다면 당연히 특별한정승인을 하였을 것이며, ③ 우리나라에 미성년 상속인을 보호할 다른 제도적 방안이 없는 점 등을 이유로, 미성년자가 제한 없이 상속채무를 부담하도록 하는 것은 가혹한 처사이고 미성년자의 권리 구제를 입법론에만 미루어둘 수 없다고 한다.

미성년 상속인을 상속채무로부터 보호할 필요성에 대해서는 반대의견의 문제의식에 충분히 공감하고, 미성년자를 보호할 수 있는 특별한 제도를 마련하는 것이 입법론적으로 바람직하다고 본다(입법의 필요성과 참조할 만한 다른 나라의 입법례 등에 대해서는 이하 라.항에서 언급한다). 그러나 반대의견과 같이 입법이 아닌 해석을 통해 미성년자를 구제하는 것은 법률 해석의 한계를 벗어난다.

1) 특정한 유형의 사안에서 구체적 타당성을 도모한다는 이유로 법률 해석의 한계를 뛰어넘을 수는 없다. 해당 사건에서 구체적 타당성을 확보한다는 이유로 법률 해석

의 본질과 원칙을 넘는 예외적인 해석이 허용된다면, 국민은 향후 법원이 언제 어떤 사건에서 법률이 정하는 것과 다른 예외적인 해석을 할 지 알 수 없고, 법관이 입법부가 마련한 법률이 아닌 스스로 정한 기준에 따라 재판을 한다는 의심을 떨치지 못할 것이다. 나아가 모든 분쟁을 법원에 가져가 보지 않고서는 다툼을 해결할 수 없게 되어 법적 안정성이 크게 훼손될 수 있다(대법원 2009. 4. 23. 선고 2006다81035 판결 참조).

앞서 본 것처럼 민법은 친권 자체를 박탈·제한하거나 이해상반행위, 대리권 남용에 해당하는 경우 외에는 친권자의 개별적인 법정대리권 행사를 무효로 할 수 있는 규정을 두고 있지 않다. 이런 상황에서 미성년자를 보호할 필요성이나 당위성만을 이유로 법정대리인이 제척기간을 도과한 데에 따른 법적 효과를 상속인 본인이 성년에 이른 후 번복할 수 있도록 하는 것은, 실질적으로 미성년 상속인이 부담하던 상속채무에 대한 책임을 일정 시점 이후 제한하는 새로운 제도를 입법하는 것과 다름없다. 이러한 해석이 허용된다면 국민은 향후 미성년자에게 불이익한 법정대리의 효과가 문제되는 다른 사건에서도 법원이 행여 별다른 법률상 근거 없이 대리행위의 효력을 부정하지는 않을는지 염려하게 될 것이다. 그 결과 법정대리를 둘러싼 법률관계에서 전체적인 예측가능성과 법적 안정성을 현격히 떨어뜨리고, 종국적으로 거래상대방이 미성년자와의 거래를 꺼려 미성년자의 경제활동을 위축시키는 결과를 가져올 수 있다.

2) 법원이 법률 해석에 관한 기존의 판례를 변경하는 경우 변경된 판례는 원칙적으로 해당 법률이 적용되는 모든 사건에 소급적으로 적용된다. 판례의 변경은 기존에 법률을 잘못 해석한 것을 바로잡는 것으로 법률은 예전부터 존재하였고 법률 자체가 변경된 것이 아니기 때문이다.

상속채권자가 피상속인과 거래 당시 상속인의 고유재산을 책임재산으로 기대하고 거래하였다고 볼 수 없는 것은 맞다. 그렇지만 당연승계주의를 원칙으로 하는 우리 법제에서 상속인이 승인·포기 신고기간과 더불어 특별한정승인 신고기간이 지나도록 한정승인·포기를 하지 않으면 상속채권자는 단순승인으로 확정된 법률관계에 대한 신뢰, 즉 상속인의 고유재산에 강제집행을 할 수 있다는 기대를 갖게 된다.

더욱이 이 사건은 2002년 민법 개정으로 특별한정승인 제도가 신설되기 전에 이미 상속이 개시되어, 특별한정승인 규정이 소급적으로 적용될 수 있는지가 문제되는 사건이다. 민법 부칙에 따르면 헌법불합치결정이 있었던 무렵인 1998. 5. 27. 전에 이미 상속채무 초과사실을 알았던 상속인들에게는 특별한정승인 규정이 적용되지 않는다. 헌법재판소는 이러한 부칙 규정이 1998. 5. 27. 전에 상속채무 초과사실을 알았던 상속인을 합리적 이유 없이 차별하거나 그 사적 자치나 재산권을 침해한다고 볼 수 없어 헌법에 위반되지 않는다고 하면서, 상속인이 1998. 5. 27. 전에 상속채무 초과사실을 알고도 구 민법 규정에 따른 단순승인에 대해 다투지 않았다면 당시 기간 해태에 책임 있는 사유로 이미 단순승인의 법률관계가 확정되었고, 오히려 이러한 상속인에 대해서 까지 개정 민법에 따라 소급적으로 특별한정승인을 할 수 있다고 보게 되면 이미 종결된 과거의 법률관계에 사후적으로 작용하여 상속채권자의 재산권을 진정 소급입법으로 박탈할 위험이 있다고 하였다. 상속채권자는 채권 행사의 시기와 방법을 선택할 자유가 있고 채권 실현의 의무가 있는 것도 아니며 상속채권자가 그 전에 채권을 실현하지 않은 것이 잘못이라고 볼 수 없는데, 상속채권자가 통상 거래 당시 피상속인의 재산을 담보로 할 것에 대한 기대를 가졌다는 일반적인 이유만으로 1998. 5. 27. 전에 상속채무 초과사실을 안 상속인에 비하여 그 상속채권자의 보호가치를 가볍게 볼 수는 없다

는 것이다(헌법재판소 2004. 1. 29. 선고 2002헌가22 등 결정 참조).

미성년 상속인의 법정대리인이 1998. 5. 27. 전에 상속채무 초과사실을 알았다면 민법 부칙에 따라 그 상속인에게는 특별한정승인 규정이 적용되지 않는다. 그런데 반대의견에 따르면 상속인이 성년에 이르면 갑자기 특별한정승인을 할 수 있게 된다. 이는 결과적으로 민법 부칙이 정한 것보다 특별한정승인 규정의 소급 적용 범위를 더 넓히게 되어 위 헌법재판소 결정이 말한 진정 소급효로써 상속채권자의 강제집행에 대한 기대와 재산권을 박탈하는 것이 된다.

라. 마지막으로 입법론에 관하여 살펴본다.

현행 민법의 해석론으로는 다수의견과 같은 결론에 이를 수밖에 없지만, 위에서 본 것처럼 상속 당시 미성년자였던 상속인이 상속채무로 어려움을 겪지 않도록 배려하는 것이 입법정책적으로 바람직하다. 이에 관한 논의가 진행되어 관련된 입법이 이루어지기를 바라며 참조할 만한 다른 나라의 입법례를 살펴본다.

우리나라와 같이 상속에 관하여 당연승계주의를 취하는 국가 중 프랑스는 미성년자인 상속인의 법정대리인은 한정승인만 가능하고 상속재산이 채무를 초과하는 것이 명백한 경우에만 법원의 허가를 얻어 단순승인을 할 수 있도록 하고 있다(프랑스 민법 제507-1조). 독일에서는 상속인이 상속채무 초과사실을 알지 못하고 단순승인을 하였다면 장기간(30년) 동안 단순승인을 취소할 수 있고, 상속 승인·포기 신고기간이 지난 뒤에도 상속재산의 관리나 파산을 신청하여 상속채무에 대한 책임을 상속재산에 한정할 수 있는 등 상속인을 보호하기 위한 여러 규정을 두고 있다(독일 민법 제1954조, 제1980조, 제1981조, 도산법 제317조). 독일은 여기에서 더 나아가 반대의견이 언급한 것처럼 1998년 민법 개정을 통해 미성년자의 상속채무에 대한 책임을 그 미성년자가

성인이 되는 시점에 가진 재산에 한정하는 특별 규정을 신설하기에 이르렀다(독일 민법 제1629조a).

우리나라는 상속 승인·포기에 관하여 미성년자를 특별히 보호하는 규정을 두고 있지 않다. 상속 승인·포기에 취소사유가 있으면 이를 취소할 수 있지만 그 취소기간이 승인·포기한 날부터 1년으로(민법 제1024조 제2항) 앞서 본 독일(30년)뿐만 아니라 프랑스(5년), 일본(10년)에 비해서도 매우 짧아 이를 제대로 활용하기 어렵다. 상속재산에 대한 파산 신청기간도 실질적으로 상속 승인·포기 기간과 같아(채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제300조, 민법 제1045조) 상속 승인·포기 신고기간이 지나고 나면 그 제도를 활용하기 어렵다. 상속인 본인이 개인파산이나 개인회생 등을 신청할 수 있겠지만 이는 미성년 상속인을 위한 보호책으로서는 미흡하다.

위와 같은 입법례를 참조하여 우리나라에서도 미성년 상속인을 제도적으로 보호할 수 있도록 입법적 개선이 이루어지기를 기대한다.

이상과 같이 다수의견을 보충하고자 한다.

8. 반대의견에 대한 대법관 민유숙, 대법관 김상환의 보충의견

가. 다수의견과 반대의견의 견해 대립을 큰 틀에서 파악해보면 다음과 같다.

'입법이 예정하지 않았던 문제가 발생한 경우 법원이 이를 해결하기 위하여 현행법의 테두리 내에서 가능한 한 적극적인 해석을 할 것인지, 입법에 맡기고 자제할 것인지'를 둘러싸고 그동안 많은 전원합의체 판결에서 견해가 대립되어 왔다. 대법원은 때로는 적극적인 입장을, 때로는 소극적인 입장을 채택하였다. 전자의 견해는 적극적으로 법을 해석하여 사회적 약자의 권리를 보호하자는 것이다. 입법을 기다린다는 명목으로 그 사건에서 가능한 사법의 역할을 포기할 수 없다는 점을 논거로 제시한다. 후자의

견해는 권리 구제의 필요성이 인정되더라도 재판을 통해 해결하는 것에는 반대한다. '사법의 본질에 어긋난다', '법리에 배치된다', '입법의 영역이다'라는 점을 논거로 제시한다. 이 사건의 다수의견과 반대의견 역시 종래의 견해 대립 구조에서 이해할 수 있다.

반대의견은 민법 총칙 편과 친족, 상속 편의 관계 규정들의 해석을 통하여 '상속인이 미성년인 동안 법정대리인이 법정 기간 내에 상속인을 대리하여 특별한정승인을 하지 않은 경우 상속인이 성년에 이르러 상속채무 초과사실을 알게 된 날부터 3월 내에 스스로 특별한정승인을 할 수 있다.'는 결론에 도달하였고, 이에 관한 법리적 근거를 제시하였다.

다수의견에 대한 보충의견과의 긴 공방을 통하여 이 사건의 법리적 다툼의 지점은 결국, 민법의 문언적 해석상 반대의견이 제시한 해석론이 가능한지 여부에 있음이 명백해졌다. 위 보충의견 중 상당 부분은, 반대의견이 제시한 법리가 민법의 해석론으로 불가능하다는 점에 관한 논거이다. 이미 반대의견에서 문언적 해석이 가능하다는 점과 그 근거에 대하여 자세히 밝혔기 때문에 반복할 필요는 없을 것이다.

나아가 많은 선례는 대법원 전원합의체 판결의 법정의견이 어떤 해석을 따르든, 입법이 이루어지는지 여부 및 입법의 시기와 내용에 따른 구제의 정도는 전혀 다른 정치적 과정이라는 점을 보여주고 있다. 결과적으로 입법이 이루어지지 않는 경우 '입법에 의하여야 한다'는 대법원의 의견은 당해 사건의 당사자를 구제하지 못함은 물론 향후 동종 사건에서의 해결 법리도 제시하지 못하는, 허울뿐인 내용이 되었다.

다수의견이 미성년 상속인의 보호 필요성에 공감하면서도 반대의견의 견해를 채택하기 어렵다면, 입법에 맡기기보다 원고의 권리 구제와 향후 동종 사건에서 적용 가능

한 해석론을 제시할 필요가 있다.

나. 다수의견에 대한 보충의견은 헌법재판소 결정과 민법 개정 전의 상황을 재연하는 듯하다.

이미 반대의견에서 밝힌 바와 같이, 대법원이 사회 변화에 따른 채무상속인 보호의 요청을 받아들이지 않고 종전 법리를 고수하는 동안 1996년경부터 상속 승인·포기 신고기간 도과 시 단순승인을 의제하는 민법 제1026조 제2호에 대해 위헌법률심판제청과 헌법소원이 제기되었다. 헌법재판소의 헌법불합치 결정(헌법재판소 1998. 8. 27. 선고 96헌가22 등 결정)이 이루어졌지만 국회의 입법적 개선이 이루어지기까지 3년 이상의 기간이 소요되었다. 2002. 1. 14. 법률 제6591호로 민법이 개정되어 특별한정승인 제도가 신설되었지만, 입법 당시 법 개정 전 사안에 대해 특별한정승인 규정을 적용하는 것을 주저한 결과 민법 부칙에서 1998. 5. 27. 전에 상속이 개시된 대부분의 사안에 특별한정승인 규정을 적용하지 않는 것으로 정하였다. 위와 같은 부칙 규정에 대해서는 다시 헌법불합치 결정(헌법재판소 2004. 1. 29. 선고 2002헌가22 등 결정)이 이루어졌고, 2005. 12. 29. 법률 제7765호로 이 부분이 개정되어 현재에 이르게 되었다.

이와 같은 두 차례의 헌법재판소 결정과 개선 입법의 경위를 살펴보면, 이 쟁점에 관한 한 입법에 의한 구제가 쉽지 않다는 점을 알 수 있다. 당사자가 재판에서 구제를 호소하기 시작한 때부터 이른바 '입법적 해결'을 이룰 때까지 10여 년 동안 긴 혼란의 과정을 거쳤다. 특히 2002년 개정 후 2005년 개정 전에 선고·확정된 많은 판결들에서 상속인 측은 실체적인 쟁점과 무관한 기준, 즉 피상속인의 사망일이나 상속채권자로부터 소를 제기당한 날 등 본인이 통제할 수 없는 날짜와 헌법불합치 결정일 간의 선후 관계(민법 부칙이 특별한정승인 규정 적용 여부의 기준으로 삼는 1998. 5. 27.은 1차

헌법불합치 결정일인 1998. 8. 27.을 기준으로 3월 전의 날짜를 정한 것뿐이다)로 인하여 보호대상에서 배제되었다. 현행 규정에 따르더라도 여전히 보호가 필요한 일부 상속인들이 특별한정승인 적용 대상에서 제외된다.

이 사건 쟁점과 같은 영역에서 법원이 법적 안정성의 요청에 따른다는 이유로 선례를 유지하면서 문제의 해결을 헌법재판소 결정이나 입법에 맡긴다면, 오히려 법률관계가 장기간 불안정하게 표류할 수 있고 권리 구제도 실효적으로 이루어지지 못할 수 있다는 교훈을 얻은 셈이다. 그럼에도 다수의견이 20여 년 전의 상황으로 돌아가는 듯한 견해를 고수하는 점은 아쉬움을 느끼게 한다.

다. 개선 입법이 되었다고 하여 보호의 사각지대가 해소된 것이 아니므로, 법원이 입법 취지를 고려하여 법을 유연하게 해석할 필요가 있다.

상속 포기는 헌법재판소의 심판대상이 아니었고 위와 같은 두 차례 개선 입법에도 불구하고 법 개정이 이루어지지 않았다. 그러나 상속 포기의 기산점에 관해서도 종전의 해석론을 완화할 필요성이 있었고, 대법원 2005. 7. 22. 선고 2003다43681 판결은 상속 포기의 신고기간을 상속개시 있음을 안 날부터 3월로 엄격히 제한함으로써 불합리한 결과가 발생하는 경우 그 기산점의 의미를 유연하게 해석함으로써 상속인 보호의 요청에 부응하였다. 사회의 변화에 따라 채무 상속인을 보호할 필요성은 또 다른 영역에서 발생할 것이고, 이 사건도 그 중 하나라고 할 수 있다.

라. 다수의견에 대한 보충의견에 대하여 꼭 필요한 범위에서 반박하고자 한다.

1) 반대의견은 거래상대방의 신뢰를 저버리거나 거래 안전을 해하면서까지 미성년 상속인을 보호하자는 것이 아니다. 이미 반대의견에서 자세히 살펴본 것처럼, 거래상대방에게는 '거래 당시 책임재산으로 고려하였을 피상속인의 자력' 범위에서 집행 가능하

도록, 상속인에게는 '미성년일 때 본인의 귀책사유 없이 특별한정승인을 하지 못하였던 경우 성년이 되어 스스로의 노력으로 형성한 재산은 지킬 수 있도록' 함으로써 합리적으로 양측의 이해관계를 조정하자는 것이다.

반대의견은 다수의견에 대한 보충의견이 우려하는 것처럼 미성년인 동안 대리로 발생·형성된 법률효과 전반, 특히 재산적 법률행위의 효력을 성년에 이르러 부정한다는 취지가 아니다. 위 보충의견이 언급한 미성년자의 손해배상청구권이나 사해행위취소권, 항소권, 재개발사업에 관한 분양신청권 등은 해당 법령상 성년이 된 후의 법률관계를 새롭게 규율할 근거가 없을 뿐더러 거래상대방을 포함하여 다수 관계자들 사이의 이해조정이 필요한 영역이다. 반대의견의 견해는 특별한정승인 관련 민법 조문의 문언적 해석에 기초한 것이므로 위의 다른 영역에 무한정 확대될 우려는 없다.

2) 반대의견은 이 사건에서만 1회성으로 당사자를 보호하자는 것이 아니다. 반대의견이 제시한 요건을 갖춘 상속인은 누구든지 특별한정승인을 할 수 있고 그것이 미성년 상속인에 대한 특별한정승인을 규율하는 법리로 정착되어야 한다는 것이다.

3) 다수의견에 대한 보충의견은 원고의 친권자가 1998. 5. 27. 전에 상속개시 있음과 상속채무 초과사실을 알았기 때문에 이 사건에서는 민법 부칙 제4항에 따라 '원고에 대해서도' 특별한정승인을 부정해야 함을 전제로, 성년이 된 원고의 특별한정승인을 긍정하면 진정 소급효로써 상속채권자의 재산권을 박탈하는 것이라고 지적한다.

그러나 반대의견의 핵심은 상속인이 미성년인 동안 법정대리인을 기준으로 특별한정승인 기간이 도과하였더라도 상속인이 성년에 이른 후 본인을 기준으로 특별한정승인을 할 수 있는지를 판단하자는 것이다. 따라서 부칙의 경과규정 적용 여부는 상속인이 성년에 이르러 스스로 특별한정승인을 한 때를 기준으로 판단할 것이다. 원고가 미

성년인 동안 친권자가 1998. 5. 27. 전에 상속채무 초과사실을 알았더라도, 원고가 개정 민법 시행 후 성년이 되어 상속채무 초과사실을 알게 된 이상 민법 부칙의 경과규정은 더 이상 문제되지 않는다.

마. 반대의견 역시 입법적 해결을 기대한다.

1) 결론에 앞서 최근 2020. 10. 20. 법률 제17503호로 신설된 "미성년자의 성적 침해로 인한 손해배상청구권의 소멸시효가 성년이 될 때까지 진행하지 않는다."는 민법 제766조 제3항을 소개한다. 미성년자에 대한 성적 침해는 가해자가 주변인인 경우가 많아 법정대리인을 통한 권한 행사가 어려운데도 민법 제766조 제1항에 의하여 법정대리인을 기준으로 소멸시효기간이 진행하였다. 친권자 등 법정대리인이 손해배상청구를 꺼리는 동안 소멸시효가 완성되어, 피해자가 성년이 되어 스스로 가해자에게 손해배상을 청구하는 시점에는 이미 권리가 시효로 소멸하는 불합리한 결과가 발생하였다(이 사건 쟁점과 비슷한 문제이다). 미성년 피해자의 손해배상청구권을 보장하기 위하여, 미성년자가 성년이 될 때까지 손해배상청구권의 소멸시효가 진행되지 아니하도록 할 제도적 뒷받침이 필요하다는 사회적 요청이 제기되었고 입법적 해결에 이르렀다.

2) 반대의견이 미성년 상속인을 보호하는 적극적인 해결방안을 제시하였으나, 민법 규정으로 '성인이 된 후 특별한정승인을 할 권리를 부여'하는 입법적 해결에 찬성한다는 점은 다수의견과 다르지 않다. 반대의견이 대법원의 법정의견에 이르지 못한 지금, 반대의견의 법리는 입법으로써만 규범력을 취득하게 된다. 향후 입법이 마련되어 미성년 상속인을 보호할 수 있기를 소망한다.

이상과 같이 반대의견의 논거를 보충한다.

재판장 대법원장 김명수

 대법관 박상옥

 대법관 이기택

 대법관 김재형

 대법관 박정화

 대법관 안철상

 대법관 민유숙

 대법관 김선수

주 심 대법관 이동원

 대법관 노정희

대법관 김상환

대법관 노태약

대법관 이흥구