

相續關係와 法

- 基礎理論과 몇개의 判例를 중심으로 -

韓 三 寅*

目 次

I. 처음에	IV. 相續의 效力
II. 相續人	V. 몇 가지 判例
III. 配偶者의 相續權	

I. 처음에

상속은 피상속인이 사망함으로써 개시된다. 가령 아버지가 사망하게 되면, 유언이 없는 한 그가 남긴 遺産은 상속재산이 되어 상속인에게 상속된다.

本稿¹⁾에서는, 상속(재산상속)문제를 둘러 싸고 실제 사회생활에서 발생할 수 있는 중요한 몇 가지의 기본적인 사항들을 '理論과 判例의 接近方法'을 통해 살펴보기로 한다.

II. 相續人

1. 누가 상속인이 되는가.

상속이 개시될 경우 相續權者는 누구인가. 민법 제1000조와 제1003조에 규정되어 있

* 濟大學校 法學科 教授(民法·環境法)

1)本稿는 행정대학원 연구과정의 講義教材('97年 4月 1日)를 보완·정리한 것이다.

는데, 이를 보기로 한다. 첫째는, 피상속인의 直系卑屬(자녀)이다. 둘째는, 피상속인의 直系尊屬(부모, 조부모, 증조부모 등 자기 보다 위로 올라가는 혈족관계)이다. 셋째는 피상속인의 형제자매이고, 넷째는 피상속인의 4촌 이내의 傍系血族이다. 그리고 피상속인의 配偶者와 胎兒도 당연히 상속인 班列에 끼게 된다.

몇 가지 유의해야 할 점을 살펴본다.

法律婚主義를 취하고 있는 우리 민법(민법 제812조²⁾ 하에서는, 배우자는 혼인신고를 마친 경우에만 상속권이 인정되고, 혼인신고 없이 생활을 같이 하고 있는 이른바 '事實婚關係의 配偶者'는 상속권이 주어지지 않음을 주의하여야 한다.

직계비속의 경우에는, 親子³⁾⁴⁾⁵⁾ · 養子가 다 포함된다. 피상속인이 낳은 친자식인 이상 혼인여부(出嫁女도 포함된다)는 묻지 않는다. 남의 養子로 되어 있어도, 생부모와 양부모 양쪽의 상속인이 될 수 있다.⁶⁾ 한편 '婚姻外의 子'는 어떻게 되는가. 生父의 認知(민법 제855조⁷⁾ 참조)가 있는 한 당연히 생부의 상속인이 된다.

형제자매의 경우 부모가 서로 다른, 이른바 '異腹(different mother) · 同腹(uterine)'

2) 판례를 보면, '혼인은 호적법에 따라 호적공무원이 그 신고를 수리함으로써 유효하게 성립되는 것이며, 戶籍簿에의 기재는 그 유효요건이 아니어서 호적에 적법하게 기재되어 있는지 여부는 혼인성립의 효과에 영향을 미치는 것이 아니므로, 夫婦가 일단 혼인신고를 하였다면 그 혼인관계는 성립된 것이고 그 호적에 기재가 무효한 이중호적에 의하였다 하여 그 효력이 좌우되는 것은 아니다'는 것이다.

대법원판결 1991. 12. 10, <91 무 344>.

3) '구민법하에서의 우리나라 관습상 호주 아닌 가족이 사망한 경우 그 유산상속은 남녀를 불문하고 동일 가적 내에 있는 직계비속에게 평등하게 상속된다'고 한다.

대법원판결 1979. 12. 11, <79 다 1741>.

4) '현행 민법의 시행전에 호주 아닌 남자가 처와 딸만을 남겨두고 사망하였을 경우 그의 재산은 동일 가적 내에 있는 직계비속인 자녀들에게 균등하게 상속된다는 것이 우리나라의 관습이었다'는 것이다. 대법원판결 1992. 12. 8, <92 다 29870>.

5) '망인의 직계비속인 딸이 이복에 있어 생사불명이라는 이유만으로는 재산상속인에서 제외될 수 없다'고 한다. 대법원판결 1982. 12. 28, <81 다 452, 453>.

6) 完全養子制를 지향하고 있는 개정 민법(91. 1. 1 시행)하에서는, 양자는 양부모의 상속인만 되어야 할 것으로 본다.

7) 인지라 함은 혼인외의 출생자에 대하여 생부 또는 생모가 자기의 친자식이라고 인정하므로써 법률상의 부 또는 모의 친자관계를 창설하는 제도를 말한다.

판례를 보면, '혼인외의 출생자와 그 부와의 법률상 부자관계는 오로지 인지에 의해서만 생긴다고 할 것이므로, 父 사망후 그의 처가 그들간에 출생한 親生子인양 출생신고를 하였다'고 하더라도 그것이 인지로서의 효력이 있다고 볼 수는 없다'는 것이다.

대법원판결 1985. 10. 22, <84 다카 1165>.

의 경우는 어떻게 되는가. 어머니만 다른 이복형제자매는 아버지가 인지한 이상 혼인중의 출생자(嫡出子)와 꼭 같이 상속권이 주어진다. 그러나 아버지가 다른, 동복형제자매의 경우는 상속인으로 인정되지 않고 있다.⁸⁾⁹⁾

2. 상속순위는 어떻게 되는가.

제1순위는 피상속인의 직계비속이다. 상속이 개시될 때에 子女가 이미 사망하였다면, 민법 제1001조가 규정하는 '代襲相續'¹⁰⁾이 이루어지게 된다. 그리하여 사망해 버린 그 자녀의 아들과 딸이 대신 상속하게 된다. 한편 아들과 손자가 있을 때는 寸數가 가까운 아들만이 상속을 하게 되고, 같은 순위의 상속인이 여러 명 있을 때는 그들이 共同相續을 하게 된다(민법 제1000조 2항 참조).

'婚外子'의 경우에도 아버지가 認知하거나¹¹⁾¹²⁾ 자기의 아이로 출생신고를 한 이상 '적출자'와 같은 지위에 놓이게 됨은 앞에서 밝힌 바와 같다. 상속이 개시된 후에 '強制認

8) '민법 제1000조 1항 3호의 이른바 피상속인의 형제자매라고 함은 피상속인의 父系·傍系血族만을 의미하고 아버지가 다르고 어머니만이 같은 異姓同腹의 자매관계에 있는 자는 위 법조에 해당하지 아니한다'는 것이다.

대법원판결 1975. 1. 14. <74 다 1503>.

9) 일본 판례의 경우는 이런 구별 없이 상속인으로 인정해 주고 있다.

朴東涉, 圖解·判例中心「親族·相續法 解説」, 靑林出版, 1995, p. 126.

10) 대습상속은, 피상속인의 사망으로 상속이 개시되기 전에 상속인인 자녀나 형제자매가 사망 또는 缺格事由가 있어 상속을 하지 못하게 되는 경우에 그 상속인(자녀나 형제자매 등)의 아들이나 손자가 대신 상속을 받게 되는 것을 말한다. 대습상속은 직계비속의 경우에만 인정된다. 가령 祖父님이 사망하였는데, 그에 앞서 아버지가 사망한 경우에는 孫子가 亡父 대신에 상속하게 된다는 것이다. 마찬가지로 형제자매가 상속인이 될텐데, 이미 사망한 경우에는 조카와 姪女가 대신 상속을 받게 된다. 대습상속의 경우 그 相續分은 아버지 또는 어머니의 몫과 꼭 같다.

대습상속은 직계존속의 경우에는 인정이 되지 않는다. 가령 미혼의 자가 사망한 경우에는 1000조 2항에 의해 그의 부모가 상속하게 되고, 母가 없는 경우에는 父가 단독상속을 하는 것이지 亡母의 직계존속인 부모(外祖父母)가 어머니 대신에 상속 할 수는 없다.

11) '구민법하에서 부에 의해 인지된 바 없이 사실상의 조모와 같은 집에서 동거하면서 조모를 부양하였다고 하더라도, 그 조모의 사망시에 조모의 상속인인 출가녀에 앞서서 그 재산을 상속하는 관습이 있다 할 수 없다'고 한다.

대법원판결 1980. 11. 11. <80 다 1584>.

知(민법 제863조¹³⁾ 참조)에 의해 판결이 확정된 자도 상속권이 생기게 된다(민법 제1014조 참조).

妻가 남편 이외의 다른 남자와 관계하여 낳은, 이른바 ‘加擗子’의 경우는 어떤가. 남편과 가봉자 사이에는 자연적인 혈연관계가 없으므로, 가봉자는 상속인이 될 수 없다.¹⁴⁾ 다만 남편이 가봉자를 入養하게 되면 그때는 상속권이 인정된다. 물론 가봉자는 生母인 어머니의 사망시에는 당연히 상속인이 된다.

胎兒는 어떤가? 상속인이 되려면 ‘同時存在의 原則’에 의해 상속개시 시점에서 살아 있는 사람이어야 하는 것이 원칙이다. 그러나 ‘태아는 상속에 관한 한 이미 출생한 것으로 본다’는 민법 제1000조 3항에 의하여 태아에게도 상속권이 인정된다.¹⁵⁾

위에서 살펴본 제1순위의 상속인이 없을 때는 피상속인의 직계존속(아버지 등)이 제2순위의 상속인이 된다.¹⁶⁾ 가령 장남이 사망한 경우에 (孫)자가 없다면 장남의 부모가 상속인이 된다는 것이다. 만약 피상속인의 직계존속이 여러 사람 있을 때는 最近親者가 우선 상속인이 된다. 가령 장남이 사망한 경우에 그 자녀는 없고 부모와 조부모가 생존

12) ‘현행 민법의 시행전에 있어서 호주 아닌 가족의 사망으로 인한 재산상속은 그 직계비속이 평등하게 공동상속하며, 그 직계비속이 피상속인과 동일 家籍 내에 있지 않은 여자일 때는 상속권이 없으며, 庶出子女는 嫡出子女의 반을 상속하는 것이 우리나라의 관습이었다’고 한다.

대법원판결 1991. 2. 22, <90 다 15679>.

13) 강제인지란 혼인외의 출생자에 대하여 생부 또는 생모로부터의 임의인지가 없는 경우에 법원의 재판을 통하여 그들 사이에 법률상의 친생자관계의 효력이 생기는 제도를 말한다.

판례를 보면, ‘인지소송은 부와 자와의 간에 사실상의 친자관계의 존재를 확정하고 법률상의 친자관계의 창설을 목적으로 하는 소송으로서 친족, 상속법상 중대한 영향을 미치는 인륜의 근본에 관한 것이고 공익에도 관련되는 중요한 것이기 때문에 이 소송에서는 당사자의 처분권주의를 제한하고 직권주의를 채용하고 있는 것이므로, 당사자의 입증에 충분하지 못할 때에는 가능한 한 직권으로 사실조사 및 필요한 증거조사를 하여야 한다’고 한다.

대법원판결 1987. 1. 20, <85 르 70>.

14) 가봉자에게 상속권이 주어지지 않는 것은, 가부장적 가족제도의 유산으로서 妻制度 내지는 一夫多妻制를 조장하는 결과를 낳을 수 있다는 점에서 또한 헌법이 보장하고 있는 ‘兩性平等의 原則(헌법 제11조 참조)’에 어긋난다는 비판이 제기된다.

15) 태아가 살아서 출생하였을 때는 상속이 개시된 시기로 소급하여 태아의 상속권이 인정된다는 이른바 停止條件說을 판례는 취하고 있다.

16) 배우자의 부모는 직계존속이 아니다. 가령 며느리의 경우에 씨부모, 사위의 경우에 장인과 장모는 姻戚에 지나지 않는다.

해 있다면 제1차적으로 부모에게 상속권이 주어지게 된다는 것이다. 양자가 사망한 경우에는 양부모와 생부모가 공동상속인이 된다.¹⁷⁾

제2순위의 상속인이 없을 때는 피상속인의 형제자매가 제3순위의 상속인이 된다. 형제자매에게는 앞에서 본 '대습상속'이 인정된다. 여기의 형제자매에는 父系인 이복형제자매가 당연히 포함되지만, 母系인 동복형제자매는 포함되지 않는다는 것이 大法院의 견해이다.¹⁸⁾ 父系遺産의 離散을 막기 위한 가부장제 가족제도에 충실한 解釋으로 보인다. 반대하는 學說¹⁹⁾도 만만치 않다.

제4순위의 상속인은 피상속인의 4촌 이내의 방계혈족이다. 백부·숙부·고모·외숙부·이모 등이 여기에 속한다. 물론 3촌과 4촌이 있을 때는 最近親者인 3촌이 우선 상속인이 된다.

Ⅲ. 配偶者의 相續權

1. 배우자에게 상속권을 인정하는 근거는 무엇인가?

부부 사이에는, 그 재산형성과 관리에 있어서 배우자의 공헌이 지대하므로, 그 재산이 누구의 이름으로 되어 있느냐에 관계 없이 배우자의 潛在的 持分을 인정해야 한다는 것이다. 이혼 시에 재산분할을 할 수 있는 것과 마찬가지로, 어느 한쪽이 사망하였을 때에는 재산관계의 清算的 意味로서 상속을 인정하게 된다는 근거이다. 다른 한편 부부가 살아 있다면 서로 경제적 부양을 받을 수 있을텐데, 어느 한쪽이 사망한 경우에는 그의 생활을 보장해 줄 필요가 있고, 그것은 재산의 일부를 생존 배우자에게 귀속시킴으로써 가능하다는 것이다.

17) 註6)에서 살핀 바와 같이 개정민법하에서는 양부모만이 상속인이 되는 것으로 세겨야 한다.

18) 대법원판결 1975. 1. 14, <74 다 1503>(註 8)참조.

19) 金嘯洙, 註釋「親族·相續法」, 法文社, 1993, pp. 54- 55.

2. 혼인신고가 안 된 사실혼의 배우자는 상속권이 있는가?

사실상의 배우자는 상속권이 주어지지 않는다. 대신에 '특별연고자에 대한 재산분여 제도(민법 제1057조의 2), 임차권의 승계(주택임대차보호법 제9조), 産業災害 遺族補償의 受領(근로기준법 시행령 제61조)' 등에 의해서만 보호될 수 있다.

3. 배우자의 상속순위

혼인신고가 되어 있는 배우자는 피상속인의 직계비속(자녀)이 있다면 그들과 제1순위의 공동상속인이 되고, 자녀가 없다면 피상속인의 직계존속과 제2순위의 공동상속인이 된다(민법 제1003조 참조). 가령 남편이 사망한 경우 배우자(아내)는 자식들과 공동상속을 하게 된다. 아들 딸이 없다면 시부모와 같이 배우자(며누리)가 공동상속을 한다. 만약 아내가 사망한 경우에 자식들이 없다면 배우자(사위)와 장인·장모가 공동상속을 하게 된다는 것이다(이 경우 시부모는 공동상속인이 아니다). 한편 직계비속도 직계존속도 없이, 남편이 사망한 경우에는 배우자(아내)가 단독으로 상속을 하게 된다.²⁰⁾ 그리고 배우자에게는 대습상속이 인정된다. 가령 장남과 차남을 낳았는데, 시아버지가 사망하여 상속이 개시되었으나, 장남이 이미 사망한 경우 그 장남의 배우자(처)인 며누리에게 대습상속이 인정된다는 것이다. 그 몫은 장남인 남편의 몫과 같다. 다만 며누리가 남편인 장남이 사망한 후 시아버지가 사망하기 전에 이미 再婚해 버렸다면 당연히 대습상속이 인정되지 않는다. 사위가 妻家財産에 대한 대습상속을 하는 경우에도 위 사례의 반대를 생각해 보면 알 수 있다.

20) '현행 민법 시행전에 있어서 호주 아닌 남자가 처와 딸만을 남겨두고 사망하였을 때에는 처만이 재산상속을 한다는 것이 우리나라의 관습이었다'는 것이다.
대법원판결 1981. 6. 23, <80 다 2621>.

4. 相續缺格者は 누구인가?

민법 제1004조에는 상속인이 될 수 없는 결격자를 밝혀주고 있다.²¹⁾ 가령 '태아가 호주상속의 선순위 또는 재산상속의 선순위나 동순위에 있는 경우에 그를 낙태한 자는 상속결격자가 된다'²²⁾고 한다. 또한 남편이 도저히 회생할 수 없는 불치의 병에 걸려 고통으로 매일 괴로워하면서, '빨리 편안하게 해줘'라고 호소함에 따라 아내가 남편의 목을 졸라 사망케 하는, 이른바 '安樂死'의 경우에는 어떻게 처리되는가. 이 경우에는 고의가 없다는 평가를 받는 것이 아니라 '촉탁살인죄'가 된다는 것이다. 따라서 아내(배우자)는 당연히 상속결격자가 된다. 안락사로 인정되기 위해서는 '반드시 醫師가 실시해야 하고', 그렇지 않은 한(의사 아닌 다른 사람이 처리한 경우) 모두 살인죄로만 처리되어 상속 결격자가 됨을 주의하여야 할 것이다.

IV. 相續의 效力

1. 贖儀金은 상속재산인가, 어떤가?

사람이 사망한 경우에 주고 받는 부의금은 보통 상속재산으로 처리되는 것이 아니다. 그리고 회사 등에서 나오는 조의금은 일종의 사망퇴직금의 성질을 띄고 있고, 공무원의 경우는 조의금을 수령할 수 있는 자가 법률에 정해져 있는 경우가 많다. 이러한 경우에는 조의금은 그 受領權者에게 귀속하게 된다. 물론 이와 다른 순수한 조의금도 많이 수수되고 있다. 그런데 사회현실에서는 부의금의 배분을 둘러싸고 분쟁이 생기는 경우가 적지 않음을 보게 된다. 판례(대법원)를 보면, 「사람이 사망한 경우에 부조금 또는 조의금의 명목으로 보내는 부의금은 상호부조의 정신에서 유족의 정신적 고통을 위로

21)이 중에 몇가지를 보면, '고의로 직계존속, 피상속인, 그 배우자 또는 상속의 선순위나 동순위에 있는 자를 살해하거나 살해하려 한 자, 고의로 직계존속, 피상속인과 그 배우자에게 상해를 가하여 사망에 이르게 한 자 등을 들 수 있다.

22)대법원판결 1992. 5. 22, <92 다 2127>.

하고 장례에 따르는 유족의 경제적 부담을 덜어줌과 아울러 유족의 생활안정에 기여함을 목적으로 贈與되는 것으로서, 장례비용에 충당하고 남는 것에 관하여는 특별한 사정이 없는 한, 사망한 사람의 공동상속인들이 각자의 상속분에 응하여 권리를 취득하는 것으로 파악함이 우리의 윤리감정이나 경험칙에 합치된다고 봄이 옳다²³⁾는 것이다. 따라서 장례비용에 충당하다 남은 금액은 主喪이 혼자 갖지 말고, 상속비율에 맞춰서 균등하게 배분해야 함을 유의하여야 한다.

2. 상속재산에 대한 등기의 문제

부동산(토지나 건물 등)인 상속재산이 피상속인으로부터 상속인에게 승계되는 경우에 그 부동산의 취득을 당사자 이외의 다른 사람에게 주장하기 위해서는 반드시 登記가 필요한 것인가? 하는 문제가 있다. 物權變動에 관하여 '형식주의'를 취하고 있는 우리 민법(민법 제186조 등 참조)²⁴⁾ 하에서도 '상속 등 법률의 규정에 의한 부동산의 취득은 등기를 필요로 하지 않는다(민법 제187조 본문)'는 예외를 인정하고 있다. 따라서 상속인은 상속재산인 부동산에 대한 등기 없이도 그 부동산의 소유권 취득을 주장할 수 있다. 그러나 이것을 다른 사람에게 처분하기 위해서는 登記를 하지 않으면 안 됨을 유의해야 한다(민법 제187조 단서 참조).

상속과 관련한 등기의 경우 문제가 되는 것은 상속재산에 관한 분할과 그 포기의 경우에 생길 수 있다. 상속재산분할의 경우²⁵⁾ 유언 등이 없으면 法定相續分에 따라 공동

23) 대법원판결 1992. 8. 18. <92 다 2998>.

24) 가령 집이나 토지를 샀을 때는 대금을 치르고, 매도인으로부터 그 매매목적물의 소유권이전에 필요한 일건서류를 받은 다음에 관할 등기소에서 소유권이전등기를 다 마쳤을 때에 그 집이나 토지는 법률상 매수인의 소유로 된다는 입장이 이른바 形式主義이다. 이에 반하여 소유권이전에 필요한 일건서류를 다 교부받게 되면, 팔고 산 사람 사이에서는 그것의 소유권이 매수인에게 넘어온 것으로 새기는 입장을 意思主義라 한다. 구민법(현행 일본민법)은 후자의 경우에 속한다.

25) 關聯 判例 몇 가지를 보기로 한다. '상속재산의 협의분할은 공동상속인간의 일종의 계약으로서 공동상속인 전원이 참여하여야 하고 일부 상속인만으로 한 협의분할은 무효가 된다'고 한다.

대법원판결 1995. 4. 7. <93 다 54736>.

또한 '재산상속에 관하여 협의분할이 이루어짐으로써 공동상속인 중의 1인이 상속분을 초과하는 재산을 취득하게 되었다 하더라도, 상속재산의 분할은 상속개시 시에 소급하여 그 효력이

상속등기가 행해지게 된다. 그러나 재산분할로 인하여 상속분과 다른 권리를 취득한 경우에는 등기를 하지 않으면 상속분 이상의 권리를 주장할 수 없을 것이다.

3. 父債子還의 法理

가령 아버지의 채무는 상속인인 자식에게 대물림되는가, 어떤가? 현행법은 조선조 때의 '부채자환'의 관습을 그대로 답습하고 있다(민법 제1005조 참조). 따라서 상속 개시시에 상속인이, 일정기간 동안에 限定承認²⁶⁾ (민법 제1028조 참조)이나 또는 다음에 보게될 相續의 拋棄(민법 제1041조 참조)를 하지 않는 한 어쩔 수 없이 아버지의 부채를 대신에 갚지 않으면 아니됨을 유의해야 한다.

4. 祭祀財産(墓土, 族譜, 기타의 祭具)의 承繼

족보·제구·분묘·묘토 등은 일반재산과는 달리 취급된다. 이러한 것들은 피상속인의 지정(유언·생존 당시의 말이나 문서로 지정이 가능하다)이나 관습이 없는 한 실제로 제사를 주재하는 자가 이를 승계하게 된다(민법 제1008조의 3 참조)²⁷⁾

있으며, 따라서 이는 상속개시 당시에 피상속인으로부터 직접 승계받은 것으로 보아야 한다'는 것이다.

대법원판결 1992. 10. 27, <92 다 32463>.

그리고 '민법 제1040조에 의하면 법원이 공동상속재산에 관한 관리인을 선임할 경우에는 반드시 그 공동상속인 중에서 관리인을 선임하여야 하도록 되어 있으므로, 공동상속인 아닌 다른 사람을 선임한 결정은 위법이 된다'고 한다.

대법원판결 1979. 12. 27, <76 스 2>.

26) 상속받은 상속재산의 범위 내에서 피상속인의 채무나 遺贈 등을 辨濟할 조건으로 상속을 승인하는 것을 말한다. 가령 상속재산이 5천만원이고, 아버지의 채무가 1억원인 경우 상속인인 아들이 한정승인을 하였다면, 그는 아버지의 채권자에 대하여 상속재산인 5천만원의 범위내에서만 변제할 책임이 있으므로, 그가 갖고 있는 固有財産은 그 채권자의 강제집행의 대상은 안 된다.

관련 판례를 보면, '재산상속의 한정승인신고는 전연 신고서라고 볼 수 없는 신고서라 하더라도 이를 수리한 후에 추완시키는 등으로 이를 될 수 있는 대로 유효하게 해석하여야 한다'는 것이다.

대법원판결 1978. 1. 31, <76 스 3>.

5. 相續分

공동상속인이 상속재산에 대하여 갖는 권리 의무의 비율, 즉 持分 내지 몫을 '상속분'이라 한다. 유언이 없이 상속이 행해지는 법정상속의 경우에, 그리고 단독상속이 아닌 공동상속의 경우에만 상속분이 문제가 된다. 공동상속의 경우 각자는 '상속분'에 따라 피상속인의 권리와 의무를 이어받기 때문에 각자의 상속분을 밝힐 필요가 있다. 민법 제1009조의 규정상 피상속인의 직계비속의 상속분은 균등하다. 말하자면 우리 민법은 '均分相續의 原則'을 취하고 있다. 다만 배우자는 어느 경우든(직계비속 또는 직계존속과 공동상속을 하든 관계 없이) 고유분의 1할을 가산하여 그 상속분을 계산하면 된다. 가령 아버지가 유언 없이 사망한 경우에 妻·長男·次男·長女(出嫁女임)·次女를 두고 있고, 유산이 2억 1천만원이라 가정해 본다. 이들의 상속분과 그 상속액은 어떻게 되는가. 우선 공동상속이 행해지는 경우이므로, 각자의 상속분을 보면, 처가 1.5이고 장남 이하는 균분상속의 원칙에 의해 각각 1이 된다. 그리하여 처는 (2억 1천만원 X 3/11)로 계산한 금액을 상속받게 되고, 장남 이하는 (2억 1천만원 X 2/11)로 산출한 금액을 상속재산으로 받게 된다.

27) 일본의 판례를 보면, '달리 혈족이 있는데도 20년 이상 생활을 같이 한 內緣의 妻를 제사주 재자로 지정한 사례(오오사카 지방법원 1949. 10. 29. 결정)도 있다.
 朴東涉, 前掲書, p. 138.

V. 몇 가지 判例

1. 特別受益者

가령 아버지 살아 생전에 아버지로부터 재산을 받은 자녀가 있는 경우 이를 그대로 둔 채 상속문제를 처리한다면, 공동상속인들 사이에 불공평이 생기게 된다.

가. 事實關係와 判決內容

C(아버지)에게는 여러 가족(자녀와 배우자 등의 추정상속인)이 있었다. C는 생전에 그의 가족 가운데 B외 2인(이 사건 피고들)에게 부동산과 현금 등을 증여하였다. C가 사망하여 상속이 개시되었을 때 공동상속인 중의 일부인 A외 3인(이 사건 원고들)은, 다른 공동상속인(B외 2인)이 생전에 증여받은 위의 재산들은 피고들의 특별수익분으로서 원고들의 遺留分을 산정함에 있어서 기초가 되는 재산에 포함되어야 한다는 점을 내세워, B외 2인을 상대로 유류분을 반환하라는 취지의 소송을 제기하였다. 대법원은 96년 여러 증거를 토대로, 「① 공동상속인 중에 피상속인으로부터 재산의 증여 또는 遺贈을 받은 특별수익자가 있는 경우에, ② 공동상속인들 사이의 공평을 기하기 위하여 그 受贈財産을 상속분의 先給으로 다루어 구체적인 상속분을 산정함에 있어 이를 참작하여야 함은 민법의 규정상 당연하고, ③ B외 2인이 생전에 C로부터 받은 증여는 그 증여가 상속개시 1년 이전의 것이냐 아니냐 또는 당사자 양쪽이 손해를 생기게 할 것을 알고서 했는지 여부에 관계 없이 유류분 산정을 위한 기초재산에 산입되어야 한다는 이유를 들어, 원고들의 주장이 옳다²⁸⁾」는 판결을 내렸다.

나. 法理論

민법의 규정상 공동상속인 중에 피상속인으로부터 재산의 증여 또는 유증을 받은 자

28)대법원판결 1996. 2. 9. <95 다 17885>; 판례공보 1996. 4. 1, p. 906.

가 있는 경우에 그 수증재산이 자기의 상속분에 달하지 못할 때에는 그 부족한 부분의 한도에서 상속분이 있게 된다.²⁹⁾ 이와 같이 상속이 개시될 당시에 공동상속인 중에서 이미 피상속인으로부터 생전증여나 유언에 의해 특별히 재산을 받은 사람을 '特別受益者'라 한다. 가령 아내와 2남 1녀를 두고 있던 아버지가 생전에 장남에게 결혼비용으로 5천만원을 증여하였다면, 아버지 사망 시에 그 장남은 특별수익자가 된다. 이 제도는, 특별수익자의 이익과 다른 공동상속인들의 이익을 적절히 조절하려는 데에 그 목적이 있다. 따라서 수증재산이 민법 제1009조의 법정상속분에 미치지 못할 경우에는, 특별수익자의 이익이 최소한 법정상속분에 미치도록 하기 위하여 그의 법정상속분은 당연히 인정된다. 그러나 수증재산이 법정상속분 보다 많을 경우에는 민법 제1009조의 상속분을 소멸시킴으로써 다른 공동상속인의 이익을 고려하게 된다.³⁰⁾ 특별수익자가 부담하게 되는, 반환의무의 대상인 증여의 범위는 어디까지인가. 민법에는 이에 관한 규정이 없다. 그러나 학자들은, 혼인비용이나 생계의 자본으로 받은 보통의 증여 뿐만 아니라 고등교육을 위한 학자금은 물론 보험금·사망퇴직금까지를 포함시키는 것이 옳다고 한다.³¹⁾ 특별수익재산의 가액을 평가하는 시기는 언제인가. 상속재산은 피상속인의 사망시점을 기준으로 하여 평가되므로, 증여의 평가도 상속이 개시될 때를 기준으로 평가하는 것이 타당하다.

다. 關聯 判例

특별수익자의 상속분은 구체적으로 어떻게 산정되는가. 판례(대법원)를 보면, 「공동상속인 중의 특별수익자가 있는 경우의 구체적인 상속분의 산정을 위하여는, 피상속인이 상속개시 당시에 가지고 있던 재산의 가액에 생전증여의 가액을 가산한 후 이 가액에서 각 공동상속인별로 법정상속분을 곱하여 산출된 상속분의 가액으로부터 특별수익자의 수증재산인 증여 또는 유증의 가액을 공제하는 계산방법에 의하여야 할 것이고, 여기서 이러한 계산의 기초가 되는 피상속인이 상속개시 당시에 가지고 있던 재산의

29) 민법 제1008조 참조.

30) 李銀榮, 「民法學講義」, 博英社, 1995, pp. 1110- 1111.

31) 金囁洙, 前掲書, p. 597.

가액은 상속재산 가운데 적극재산의 전액을 가리키는 것으로 보아야 한다³²⁾」는 것이다. 가령 아내와 2남 1녀를 두고 있는 아버지가 1억 4천만원의 유산을 남기고 사망하였는데, 생전에 아내에게는 노후 생활비 명목으로 6천만원을 유증하고, 장남에게는 4천만원을 증여하였다면 유가족들의 상속분은 어떻게 계산될 것인가. 특별수익자인 어머니의 상속분을 본다. 유산(1억 4천만원)과 장남이 받은 생전증여액(4천만원)을 더한 금액에서 그녀의 상속분율(3/9)을 곱한 다음에 유증액(6천만원)을 빼면 $\langle(1억 4천만원 + 4천만원) \times 3/9 - 6천만원 = 0\rangle$, 어머니는 이미 상속받은 셈이 되어 그녀의 상속분은 '0'이 된다. 같은 방법으로 장남의 상속분을 계산해 보면 $\langle(1억 4천만원 + 4천만원) \times 2/9 - 4천만원 = 0\rangle$, 장남도 어머니와 같이 이미 상속받은 결과가 되어 그의 상속분은 '0'이 된다. 한편 차남과 장녀의 경우는 $\langle(1억 4천만원 + 4천만원) \times 2/9 = 4000만원\rangle$, 각각 4000만원의 법정상속분을 받게 된다. 그런데 피상속인인 아버지가 민법 제1008조와 반대되는 의사표시를 하였다면, 이를 따를 수 밖에 없게 되므로, 공동상속인들 사이에 이익의 공평이 생기지 않을 수도 있다. 그러나 이처럼 피상속인의 반대되는 의사표시로 인하여 다른 공동상속인의 유류분권이 침해되는 경우에는 유류분반환청구권³³⁾을 행사함으로써 이해관계를 조절할 수 있다고 본다.³⁴⁾ 판례에 따르면, 「유류분권리자가 유류분반환청구를 하는 경우에 증여 또는 유증을 받은 다른 공동상속인이 수인일 때에는, 민법이 정한 유류분제도의 목적과 같은 법 제1115조 제2항의 규정취지에 비추어 유류분권리자는 그 다른 공동상속인들 중 증여 또는 유증을 받은 재산의 가액이 자기 고유의 유류분액을 초과하는 상속인을 상대로 하여 그 유류분액을 초과한 금액의 비율에 따라 반환청구를 할 수 있는데, 그 행사는 재판상 또는 재판외에서 상대방에 대한 의사표시의 방법으로 할 수 있고, 이 경우 그 의사표시는 침해를 받은 유증 또는 증여행위를 지정하여 이에 대한 반환청구의 의사를 표시하면 족하고 그로 인하여 생긴 목적물의 이전등기청구권이나 인도청구권 등을 행사하는 것과는 달리 그 목적물을 특정하여야 하는 것은 아니다³⁵⁾」고 한다.

32)대법원판결 1995. 5. 10. <94 다 16571>.

33)민법 제1115조 참조.

34)同旨: 金嘯洙, 前掲書, p. 600.

35)대법원판결 1995. 6. 30. <93 다 11715>.

2. 寄與分

노부모를 부양하지 않으려는 자녀가 없지 않은 사회현실을 고려하여, 부양에 관한 의무를 갖도록 자극하는 제도가 있다.

가. 事實關係와 判決內容

A남과 B녀는 법률상의 부부이다. 그런데 공무원인 A는 87년 6월 교통사고를 당하였고, 그 치료를 받는 과정에서 아내인 B의 간병을 받아오다 92년 12월 사망하였다. 그리하여 A의 부동산은 그의 자식들(3명)을 비롯한 B에게 공동상속되었다. 그러자 피상속인 A의 배우자인 B는 그 상속재산에 대한 기여분을 주장하여, 자기는 자식들 보다 더 많은 재산 상속을 받아야 한다는 취지의 소송을 제기하였다. 대법원은 96년 여러 증거를 토대로, 「① 亡人(A)은 공무원으로 종사하면서 적으나마 월급을 받아 왔고 교통사고를 당했을 때 처(B)로부터 간병을 받았다고 하더라도, ② 이는 부부간의 부양의무 이행의 일환일 뿐 망인의 상속재산 취득에 특별히 기여한 것으로 볼 수 없으며, ③ 또한 처가 위 망인과는 별도로 쌀소매업과 여관업 등의 사업을 하여 소득을 얻었다고 하더라도 이는 위 망인의 도움이 있었거나 망인과 공동으로 경영한 것이고, ④ 더욱이 처는 위 망인과의 혼인생활 중 인 76년째부터 88년째까지 사이에 상속재산인 이 사건부동산들 보다 더 많은 부동산을 취득하여 소유권이전등기를 마친 점 등에 비춰 보면, ⑤ 위 부동산의 취득과 유지에 있어 妻로서 통상 기대되는 정도를 넘어 특별히 기여한 경우에 해당되지 않는다는 이유를 들어, B의 주장을 받아들일 수 없다³⁶⁾」는 판결을 내렸다.

나. 法理論

공동상속인 중에서 피상속인의 재산의 유지 또는 증가³⁷⁾에 관하여 특별히 기여하거나

36)대법원판결 1996. 7. 10, <자 95 스 30, 31 결정>: 판례공보, 1996. 9. 1, p. 2495.

37)피상속인의 재산에 대한 손실의 위험이 있었다면, 그 위험을 면하게 한 維持도 당연히 그 내용에 포함된다. 그리고 상속인인 아내가 피상속인인 남편의 무형재산(의사나 변호사 자격취득에

또는 피상속인을 부양한 상속인이 받게 되는 몫을 '寄與分'이라 한다.³⁸⁾ 기여분 제도는 1990년 민법 개정시에 새로이 신설된 것이다. 기여분 제도는 상속제도의 한 내용으로 자리잡고 있으나, 부양자에게 이를 인정한 것은 기여분 제도가 재산관계에 기초해서 뿐만 아니라 가족윤리에 기초해서 배분되어야 함을 말해 준다 할 것이다.³⁹⁾ 그런데 기여분이 인정되는 상속인은, 상속개시 당시의 피상속인의 재산가액에서 공동상속인의 협의로 정한 기여분을 공제한 것을 상속재산으로 보고, 통상의 法定相續分⁴⁰⁾에서 기여분을 가산한 액을 그의 상속분으로 하게 된다. 가령 남편이 2억원의 재산을 남기고 유언 없이 사망했다고 하자. 아들 둘이 있으나, 작은 아들이 20년 넘게 아버지를 도와 원예업을 해 왔으므로 상속인 3인의 협의로 작은 아들의 기여분을 6천만원 정도로 정하였다. 3인의 상속분을 계산해 본다. 유산(2억원)에서 기여분(6천만원)을 뺀 1억 4천만원을 상속재산으로 하여 3인의 상속분을 계산해 보면, 아내(1억 4천만원 × 3/7=6천만원) · 형(1억 4천만원 × 2/7=4천만원) · 동생(1억 4천만원 × 2/7=4천만원)으로 된다. 이 때 기여분권리자인 동생의 몫(총상속분)은 상속분(4천만원)에서 기여분(6천만원)이 포함된 1억원이 된다는 것이다. 이처럼 기여분권리자는 상속재산의 분할시에 그의 寄與分權을 주장하여, 분할비율에 반영시킴으로써 법정상속분에 의한 것 보다 많은 재산을 취득하게 된다. 기여분권리자는 공동상속인 중의 한 사람⁴¹⁾인 것이 보통이나, 扶養者에게도 기여분이 인정되므로, 여러 사람이 될 수도 있다(가령 형은 피상속인의 부양에 관한 기여분을 주장하고, 동생은 재산증가에 관한 기여분을 주장하는 경우가 그렇다). 기여분의 결정절차는 어떻게 되는가. 우선 공동상속인의 협의로 정하고⁴²⁾ (그 협의를 상속재산의 분할 전이나 분할 시에 하는 것이 원칙⁴³⁾이나 다만 상속개시 후에 인지나 판결로

기여한 경우)의 형성에 기여한 경우에도 당연히 포함된다고 본다. 다만 가사노동의 경우는 그렇지 않다고 본다.

38) 민법 제1008조의 2 참조.

39) 李銀榮, 前掲書, p. 1114 참조.

40) 민법 제1009조, 1010조 참조.

41) 상속인이 1명일 경우에는 구태어 기여분을 산정할 필요가 없다. 기여분권리자는 민법 제1000조의 규정에 의한 상속인이어야 한다. 따라서 상속결격자(1004조)나 상속권을 포기한 자(1041조) 등은 기여분이 인정되지 않는다.

42) 민법 제1008조의 2의 제1항.

43) 민법 제1013조 참조.

공동상속인이 된 경우에는 분할 후에도 기여분을 포함한 상속분의 가액을 청구할 수 있다⁴⁴⁾). 그렇지 못할 경우에는 가정법원의 심판⁴⁵⁾으로 따져진다.

다. 關聯 判例

몇개의 판례를 보기로 한다. 우선 대법원의 견해를 보면, 「기여분의 산정은 공동상속인들의 협의에 의하여 정하도록 되어 있고, 협의가 되지 않거나 협의할 수 없을 때에는 기여자의 신청에 의하여 가정법원이 심판으로 이를 정하도록 되어 있으므로 이와 같은 방법으로 기여분이 결정되기 전에는 유류분반환청구소송에서 피고가 된 기여상속인은 상속재산 중 자신의 기여분을 공제할 것을 항변으로 주장할 수 없다⁴⁶⁾」고 한다. 한편 기여분의 결정에 있어서는 기여의 시기·방법 및 정도와 상속재산의 액·기타의 사정을 참작하여 정하게 된다.⁴⁷⁾ 그리고 기여분은 일정금액이나 특정금액으로 할 수도 있고 또는 상속재산에 대한 비율로 정할 수도 있다고 한다.⁴⁸⁾

끝으로 기여분과 관련한 일본의 판례를 보면, 처가 35년간 장남이 약 10년간 피상속인과 함께 가업에 종사하여 왔으나 단지 법정상속분만을 나눠주는 재산분할이 이뤄진 사안에서 「기여공헌에 따른 상속재산의 유지나 증가의 정도, 받아 온 보수, 증여의 유무 등을 심리하여 그 상속분이 결정되어야 한다⁴⁹⁾」는 것이다. 그리고 맞벌이 부부가 토지를 사서(그 매수대금은 남편이 3할을 아내가 7할을 부담하였고, 다만 아내의 수입이 적어 남편의 수입으로 생활해 왔다) 건물을 건축하였으나 모두 남편 명의로 등기를 하자, 아내가 공유지분을 주장한 사안에서 「아내의 공유지분을 1/2로 결정하고 유산분할에 관하여도 마찬가지로 해야 한다⁵⁰⁾」는 판결이 내려졌다.

44) 민법 제1014조.

45) 이 때의 심판을 함에 있어서는 가사소송법상의 調停前置主義가 적용된다.

46) 대법원판결 1994. 10. 14. <94 다 8334>.

47) 민법 제1008조의 2의 2항 참조.

48) 李銀榮, 前掲書, p. 1117.

49) 일본 동경고등법원결정 1977. 2. 17. ; 朴東涉, 前掲書, p. 148.

50) 일본 오오사카 가정재판소판결 1965. 3. 28. ; 朴東涉, 上掲書, p. 148.

3. 相續의 拋棄

아버지의 사망으로 상속이 이루어 졌으나, 아버지에게 채무가 많이 있는 경우에 상속인은 어떻게 해야 할 것인가.

가. 事實關係와 判決內容

A가 사망하자 상속인인 그의 아내와 아들(미성년자이어서 친권자인 어머니가 대리함)은 法定期間 내에 재산상속의 포기를 濟州지방법원에 신고하였다. 濟州지법은 94년 「청구인들의 재산상속 포기 신고는 이유가 있으므로, 이를 받아 들인다⁵¹⁾」는 심판을 내렸다.

나. 法理論

被相續人의 사망으로 상속이 개시되면⁵²⁾ 상속인의 의사와 관계없이 상속인은 피상속인의 재산에 관한 포괄적인 권리 의무를 승계하는 것이 원칙이다.⁵³⁾ 따라서 상속재산에 채무가 많을 경우에 상속은 오히려 상속인에게 큰 부담을 줄 수 있으므로, 이러한 사정을 고려하여 상속인을 보호해야 할 필요가 있게 된다. 이와 같이 피상속인의 권리의무가 상속인에게 이전되는 것을 적극적으로否認하는 '상속을 하지 않는다'는 의사

51) 제주지방법원 1994. 8. 8. <94 누 159>.

52) 민법 제997조 참조.

53) 민법 제1005조 참조.

한편 판례를 보면, '상속인은 상속의 개시, 즉 피상속인의 사망이라는 법률요건의 성립에 의하여 피상속인의 재산에 관한 포괄적 권리의무를 승계하고, 권리의 득실변경에 등기를 요건으로 하는 경우에도 상속인은 등기를 하지 아니하고도 상속에 의하여 곧바로 그 권리를 취득하는 것이므로 부동산에 관하여 피상속인 명의로 소유권이전등기가 10년 이상 마쳐져 있는 이상 상속인은 부동산 등기부시효취득의 요건인 "부동산의 소유자로 등기한 자"에 해당한다고 할 것이어서, 이 경우 피상속인과 상속인의 점유기간을 합산하여 10년을 넘을 때에 등기부취득시효기간이 완성된다'는 것이다.

대법원판결 1989. 12. 26. <89 다카 6140>.

표시를 '相續의 拋棄'⁵⁴⁾ 라고 한다. 여기에는 조건을 붙이거나 또는 상속재산의 일부만을 포기할 수는 없으며, 상속인이 상속개시 있음을 안 날로부터 원칙적으로 3개월 이내에 '상속포기 신고서'에 필요사항을 적어서 가정법원에 제출해 수리가 되면, 소급하여 그 효력이 생긴다.⁵⁵⁾⁵⁶⁾ 따라서 상속을 포기한 사람은 상속이 개시될 때로부터 상속인이 아니었던 것으로 되므로, 代襲相續의 문제도 생기지 않는다. 가령 남편의 사망시에 아내와 아들과 손자가 있었는데, 아들이 상속을 포기하였다면 손자는 상속에서 완전히 제외되고, 아내가 단독상속을 하게 된다.⁵⁷⁾

다. 關聯 判例

판례(대법원)에 따르면, 「상속개시 있음을 안 날이란 상속개시의 원인이 되는 사실의 발생(피상속인의 사망)을 앞으로써 자기가 상속인이 되었음을 안 날을 뜻하는 것으로 상속재산 또는 상속채무의 존재를 알아야만 그때부터 3개월이라는 법정기간이 진행되는 것은 아니다⁵⁸⁾」는 것이다. 또한 「상속의 포기는 상속이 개시된 후 법정기간 내에만 행사할 수 있고⁵⁹⁾ 법원에 신고하는 등 일정한 절차와 방식을 갖추어야만 효력이 생기므로⁶⁰⁾, 상속개시 전에 이루어진 상속포기 약정은 그 절차와 방식에 따르지 아니한

54) 민법 제1041조.

55) 민법 제1019조 참조.

56) 민법 제1042조 참조.

57) 이와는 달리 '제1순위 상속권자인 처와 자들이 모두 상속을 포기한 경우에는 손이 直系卑屬으로서 상속인이 된다'고 한다.

대법원판결 1995. 4. 7, <94 다 11835>.

또한 '채무자인 피상속인이 그의 妻와 동시에 사망하고 제1순위 상속인인 자 전원이 상속을 포기한 경우, 상속을 포기한 자는 상속개시 시부터 상속인이 아니었던 것과 같은 지위에 놓이게 되므로 같은 순위의 다른 상속인이 없어 그 다음 근친 직계비속인 피상속인의 孫들이 차순위의 상속인으로서 피상속인의 채무를 상속하게 된다'는 것이다.

대법원판결 1995. 9. 26, <95 다 27769>.

58) 대법원판결 1991. 6. 11, <91 스 1 재산상속인 상속포기신고>.

59) '비록 訴訟受繼신청이 민사소송법의 규정에 위배되어 그 수계에 의하여 진행된 소송절차에 瑕疵가 있다 하더라도, 소송진행 중에 상속의 포기 없이 상속개시 있음을 안 날로부터 3개월이 지난 때에는 그 전까지의 소송행위에 관한 하자는 치유되었다고 봄이 상당하다'고 한다.

대법원판결 1995. 6. 16, <95 다 5905, 5912>.

60) 또한 '상속의 포기는 민법에 그 방식이 법정되어 있으므로 이에 따라서 행해져야 유효하고 그렇지 못한 경우에는 효력이 없다'는 것이다.

것으로 효력이 없다⁶¹⁾」고 한다. 그러므로 상속개시 전의 포기는 비록 그 신고가 잘못 수리되었더라도 효력이 생기지 않게 된다. 그런데 「상속의 포기는 상속인이 법원에 대하여 하는 단독의 의사표시로서 포괄적 무조건적으로 하여야 하므로, 상속포기는 재산 목록을 첨부하거나 특정할 필요가 없다고 할 것이고, 상속포기서에 상속재산의 목록을 첨부했다 하더라도 그 목록에 기재된 부동산 및 누락된 부동산의 수효 등과 제반사정에 비추어 상속재산을 참고자료로 예시한 것에 불과하다고 보여 지는 이상, 포기 당시 첨부된 재산목록에 포함되어 있지 않은 재산의 경우에도 상속포기의 효력은 미친다⁶²⁾」는 것이다. 한편 「상속인 중 1인이 다른 공동재산상속인과 협의하여 상속재산을 분할한 때에는 민법 제1026조 1호에 규정된 상속재산에 대한 처분행위를 한 때에 해당되어 단순승인을 한 것으로 보게 되어 이를 취소할 수 없는 것이므로, 나중에 가정법원에 상속 포기 신고를 하여 수리되었다고 하여도 포기의 효력이 생기지 않는다⁶³⁾」고 한다.

일본의 판례에 따르면, 「① 상속인의 상속포기 효력은 절대적이어서 누구에 대해서나 등기 없이도 효력이 생기며⁶⁴⁾, ② 상속포기의 성질은 재산법상의 법률행위이므로, 민법상의 착오이론이 적용되고 따라서 錯誤에 의해 잘못 행해진 상속의 포기는 착오를 이유로 취소할 수 있고⁶⁵⁾, ③ 상속의 승인여부는 상속인의 자유로운 의사에 의해 결정하여야 하므로, 상속인이 상속을 포기하도록 합의 해도 이에 관계 없이 상속을 할 수 있다⁶⁶⁾」는 것이다.

끝으로 공동상속의 경우에 상속을 포기한 사람의 相續分은 다른 상속인의 상속분 비율로 그 상속인에게 귀속하게 된다.⁶⁷⁾⁶⁸⁾

대법원판결 1988. 8. 25, <88 스 10>.

61) 대법원판결 1994. 10. 14, <94 다 8334>.

62) 대법원판결 1995. 11. 14, <95 다 27554>.

63) 대법원판결 1983. 6. 28, <82 도 2421>.

64) 日本 最高재판소판결 1967. 1. 20, <民集 21卷 1호, p.16>.

65) 日本 最高재판소판결 1967. 5. 27, <家庭裁判月報 17. 6, p.251>.

66) 日本 大審院판결 大正 6년 11월 9일, <民集 23輯, p.1701>.

67) 민법 제1043조 참조.

68) 가령 아버지가 7억원의 遺産을 남겨 놓고 유언 없이 사망한 경우에 공동상속인인 배우자(妻)와 長男·次男의 법정상속분은 妻가 3억원(7억 X 3/7 = 3억원), 장남과 차남의 몫은 각각 2억원(7억원 X 2/7 = 2억원)이 된다. 그런데 이들 중에서 차남이 상속을 포기했다면, 그는 처음부터 상속인이 아니었던 것이 된다. 따라서 妻가 4억 2천만원(7억 X 3/5 = 4억 2천만원), 長男은 2억 8천만원(7억 X 2/5 = 2억 8천만원)을 상속받게 된다.