

유류분 반환청구에서 기여 상속인의 특별수익

- 대법원 2011. 12. 8. 선고 2010다66644 판결,

대법원 2022. 3. 17. 선고 2021다230083, 230090 판결

부산지방법원 판사 이민령

1. 들어가며

우리 민법은 제정 당시 유류분에 관한 규정을 두지 않았으나, 1977년 개정으로 유류분에 관한 규정(민법 제1112조 내지 제1118조)을 신설하였다. 또한 1990년 민법 개정에 의하여 기여분 제도(민법 제1008조의2)가 신설되었다. 우리 상속법상 유류분과 기여분 규정이 신설된 이래, 대한민국 국민의 기대수명은 1970년 62.3세에서 2022년 82.7세로 20년 이상 증가하였고,¹⁾ 순자산 상위 1% 보유자의 경우 50대 이상이 전체의 88.5%, 60대 이상이 전체의 63.2%를 차지하는 등, 부동산을 중심으로 한 자산의 대부분을 고령층이 보유하고 있다.²⁾ 이에 발맞추어 상속재산분할 및 유류분반환청구도 날이 갈수록 그 중요성을 더해가고 있다. 상속재산분할심판은 2000년부터 2004년까지 합계 77건, 2010년 131건, 2015년 89건이 결정된 데 비하여 2019년 917건, 2020년 1,110건, 2021년 1,248건, 2022년 1,454건, 2023년 1,661건으로 그 처리 건수가 기하급수적으로 늘어나고 있다. 유류분반환청구에 대한 판결 또한 2000년부터 2004년까지 142건, 2010년 158건, 2015년 243건, 2019년 333건, 2020년 262건, 2021년 375건, 2022년 391건, 2023년 513건으로 그 선고 건

1) 통계청, 1970-2022 「생명표」 참조

(kosis.kr/statisticsList/statisticsListIndex.do?menuId=M_01_01&vwcd=MT_ZTITLE&parmTabId=M_01_01&outLink=Y&parentId=F.1:F_29.2:#F_29.2)

2) NH투자증권 100세시대연구소, “2022 대한민국 상위 1% 보고서”, 2022. 4.

(<https://www.nhqv.com/>)

수가 증가하였다.³⁾

이와 같이 상속재산 분할과 관련한 사건 수가 증가하였을 뿐만 아니라 질적으로도 의미있는 연구가 이루어지고 있다. 대법원은 유류분 반환청구에서 상속인 중 1인에 대한 증여가 특별수익에 해당하는지에 관하여 이 글에서 다룬 두 건의 판결을 선고하였다. 이 글에서는 대법원 2011. 12. 8. 선고 2010다66644 판결(이하 ‘이 사건 제1 판결’이라 한다) 및 그로부터 10여년 이후 선고된 대법원 2022. 3. 17. 선고 2021다230083, 230090 판결(이하 ‘이 사건 제2 판결’이라 하고, 이 사건 제1, 2 판결을 합하여 ‘이 사건 각 판결’이라 한다)을 분석대상으로 삼는다. 아래에서는 이 사건 각 판결의 사실관계, 소송의 경과와 대법원의 판단 내용을 살펴본다(제2항). 나아가 유류분에서 특별수익의 의미에 관한 기존의 학설과 판례를 간단히 확인한다(제3항). 이 사건 제1 판결의 이론적 근거와 적용범위에 관하여 세 가지 해석론이 존재함을 확인하고, 그 중 어느 해석론이 타당한지 저자의 의견을 제시해 본다(제4항). 이 사건 제2 판결의 이론적인 근거가 무엇인지에 관한 논의를 살펴보고, 저자의 의견을 밝혀 본다(제5항). 나아가 이 사건 제1 판결과 관련된 쟁점으로 배우자상속과 특별수익에 관하여 판례의 태도를 확인하고 비교법적인 분석을 시도해 본다(제6항). 이 사건 제2 판결과 관련된 쟁점인 기여분과 유류분의 관계에 관하여 논의하여 보고, 특히 유류분반환청구와 기여분 결정의 관할법원이 달라 발생하는 문제점에 관하여 살펴본다(제7항). 나아가, 피상속인의 의사에 따라 특별수익 반환을 면제하는 입법례에 관하여도 간단히 살펴보기로 한다(제8항).

2. 분석 대상 대법원 판결

가. 이 사건 제1 판결

1) 기초사실

가. 망인은 1999. 10. 8. 피고에게 이 사건 제1 토지를 증여하고, 1999. 11.

3) 상속재산분할심판 및 유류분반환청구 사건 수는 법원 내부 코트넷 판결문 검색시스템을 활용하여 조사하였고, 이는 결정 또는 판결건수를 기준으로 한 것이므로 실제 접수 건수와는 차이가 있다.

22. 피고에게 이 사건 제2 토지와 이 사건 건물을 증여하였다(이하 이 사건 제1, 2토지와 건물을 합하여 ‘이 사건 각 부동산’이라 한다).

나. 피고는 2005. 4. 7. 이 사건 제2 토지 및 이 사건 건물을 제3자에게 매도하였다. 제1 토지는 2006. 1. 25. 한국토지공사에게 협의 취득을 원인으로 소유권이 이전되었다.

다. 망인이 2006. 8. 25. 사망함에 따라 망인의 처인 피고와 딸인 원고들, 아들인 제1심 공동피고가 공동상속인이 되었고, 법정상속분은 피고 3/9, 원고들 및 제1심 공동피고 2가 각 2/9이며, 상속 개시 당시에 남겨진 망인의 적극 재산 및 소극재산은 없다.

라. 원고들은, 피고가 망인으로부터 이 사건 각 부동산을 증여받음으로써 원고들의 유류분권을 침해하였고, 이 사건 각 부동산이 이미 모두 타에 처분되었으므로 피고는 가액반환의 방법에 의하여 침해된 유류분을 반환하여야 한다고 주장하며 피고를 상대로 유류분 반환을 구하는 소를 제기하였다.

2) 소송의 경과

가) 제1심 (의정부지방법원 2009. 6. 11. 선고 2008가합280 판결)

망인이 생전에 이 사건 각 부동산을 피고에게 증여한 것은 특별수익에 해당하고, 이 사건 각 부동산이 처분되어 원물 반환이 불가능하므로, 피고는 원고들에게 그 가액 상당(각 97,385,777원)을 유류분 부족액으로 반환해야 한다고 판단하였다.

나) 항소심 (서울고등법원 2010. 7. 21. 선고 2010나12489 판결)

원심은 아래와 같은 이유로 제1심 판결의 결론이 정당하다고 보아 항소를 기각하였다.

어떠한 생전 증여가 특별수익에 해당하는지는 피상속인의 생전의 자산, 수입, 생활수준, 가정상황 등을 참작하고 공동상속인들 사이의 형평을 고려하여 당해 생전 증여가 장차 상속인으로 될 자에게 돌아갈 상속재산 중의 그의 몫의 일부를 미리 주는 것이라고 볼 수 있는지에 의하여 결정하여야 하는 바(대법원 1998. 12. 8. 선고 97므513, 520, 97스12 판결), 이러한 법리에 따르면

이 사건 각 부동산 이외에는 아무런 재산이 없던 피상속인이 이를 모두 피고에게 증여한 것은 통상의 부양을 위한 것이라고는 볼 수 없고 상속재산을 미리 준 것으로 보아야 하므로 민법 제1008조 소정의 특별수익에 해당한다.

이 사건에서 망인이 생전에 이 사건 각 부동산을 피고에게 증여하였고, 피고가 이를 한국토지공사 등에게 처분한 사실은 앞서 본 바와 같은바, 이 사건 각 부동산은 원물반환이 불가능한 경우에 해당하므로, 피고는 원고들에게 그 가액 상당액을 반환하여야 한다.

3) 대법원의 판단

대법원은 아래와 같은 이유로 원심판결을 파기, 환송하였다.

민법 제1008조는 “공동상속인 중에 피상속인으로부터 재산의 증여 또는 유증을 받은 자가 있는 경우에 그 수증재산이 자기의 상속분에 달하지 못한 때에는 그 부족한 부분의 한도에서 상속분이 있다.”라고 규정하고 있는데, 이는 공동상속인 중에 피상속인으로부터 재산의 증여 또는 유증을 받은 특별수익자가 있는 경우에 공동상속인들 사이의 공평을 기하기 위하여 그 수증재산을 상속분의 선급으로 다루어 구체적인 상속분을 산정할 때 이를 참작하도록 하려는 데 그 취지가 있다 (대법원 1995. 3. 10. 선고 94다16571 판결 참조).

여기서 어떠한 생전 증여가 특별수익에 해당하는지는 피상속인의 생전의 자산, 수입, 생활수준, 가정상황 등을 참작하고 공동상속인들 사이의 형평을 고려하여 당해 생전 증여가 장차 상속인으로 될 자에게 돌아갈 상속재산 중 그의 몫의 일부를 미리 주는 것이라고 볼 수 있는지에 의하여 결정하여야 하는 데(대법원 1998. 12. 8. 선고 97므513, 520, 97스12 판결 참조), 생전 증여를 받은 상속인이 배우자로서 일생 동안 피상속인의 반려가 되어 그와 함께 가정 공동체를 형성하고 이를 토대로 서로 헌신하며 가족의 경제적 기반인 재산을 획득·유지하고 자녀들에 대한 양육과 지원을 계속해 온 경우, 그 생전 증여에는 위와 같은 배우자의 기여나 노력에 대한 보상 내지 평가, 실질적 공동재산의 청산, 배우자의 여생에 대한 부양의무의 이행 등의 의미도 함께 담겨 있다고 봄이 상당하므로 그러한 한도 내에서는 위 생전 증여를 특별수익에서 제외

하더라도 자녀인 공동상속인들과의 관계에서 공평을 해친다고 말할 수 없다.

피고는 피상속인과 사이에 딸인 원고들과 아들인 소외인을 두고 피상속인의 사망시까지 43년 4개월 남짓의 혼인생활을 유지해 온 사실, 원고들이 주장하는 피상속인의 피고에 대한 이 사건 각 부동산의 증여는 피상속인의 사망 7년 전에 이루어진 사실 등을 알 수 있는데, 이러한 사정을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 피상속인이 이 사건 각 부동산을 피고에게 생전 증여한 데에는 피고가 피상속인의 처로서 평생을 함께 하면서 재산의 형성·유지과정에서 기울인 노력과 기여에 대한 보상 내지 평가, 청산, 부양의무의 이행 등의 취지가 포함되어 있다고 볼 여지가 충분하고, 이를 반드시 공동상속인 중 1인에 지나지 않는 피고에 대한 상속분의 선급이라고 볼 것만은 아니다.

따라서 원심으로서 증여재산의 전부 또는 일부가 특별수익에서 제외되는지 여부를 판단하였어야 함에도, 단순히 증여재산 전부를 특별수익에 해당한다고 판단하여 법리오해의 잘못이 있다.

4) 파기환송심(서울고등법원 2011나106428)

파기환송심인 서울고등법원 2011나106428 사건에서 2012. 6. 26. 피고가 원고들에게 3,500만 원씩을 지급하기로 하는 내용의 조정에 갈음하는 결정이 성립되었다.

나. 이 사건 제2 판결

1) 사실관계

가. 피고는 망인이 72세 남짓이던 1984. 6.경부터 2018. 4. 24. 107세의 나이로 사망할 때까지 34년 동안 줄곧 제주에서 망인과 동거하며 생활비를 부담하는 등 망인을 부양해 왔다.

나. 망인은 2009. 1. 14.경 뇌경색이 발병하여 사망할 때까지 약 305회에 걸쳐 입원 및 통원 치료를 받았고, 피고의 도움 없이는 이동이나 일상생활이 불가능한 상태였다.

다. 피고는 딸과 함께 망인을 간병하면서 망인의 치료비를 모두 부담하여 왔

는데, 2009. 1.경부터 2018. 4.경까지 지출한 치료비의 합계가 약 1억 2,000만 원에 이르렀다.

라. 반면 원고들은 피고가 망인을 부양하는 동안 제주를 떠나 생활하면서 망인과 교류를 사실상 단절하였고 망인의 생활비나 치료비 분담 등 망인에 대한 부양의무도 이행하지 않았다.

마. 피고의 부친은 1963년경 망인의 외사촌 동생 소외 6의 부탁을 받아 타인의 채무를 보증하였다가 주채무자가 이를 변제하지 않아 약 45만 원의 채무를 부담하게 되었고 이로 인해 피고의 부친과 망인 사이의 갈등이 심각해지자, 피고는 1968년경 초등학교 교사로 약 7년 간 재직하면서 저축한 돈으로 부친의 보증채무 약 45만 원을 대신 변제하였다.

바. 피상속인은 2005. 12.경 자녀 소외 4와 피고가 있는 자리에서 피고가 과거 부친의 채무를 대신 갚아 준 것을 돌려주지 못한 것이 평생의 한이 되었다고 하며 피고에게 진 빚을 갚는 대신 이 사건 부동산을 주겠다고 말하였고, 소외 4에게 이 사건 부동산을 피고에게만 주는 것을 너무 서운하게 생각하지 말고 조금도 이익을 갖지 말라고 당부하였다.

사. 피상속인은 생전에 피고에게 이 사건 각 부동산을 증여하고, 소유권이전등기를 해 주었다. 피상속인은 2018. 4. 24. 사망하였고, 상속인으로 자녀들인 원고들(3인), 피고 및 소외 4가 있다.

아. 이 사건 각 부동산은 밭과 그 주변 도로인데, 제1심 감정인은 상속개시일인 2018. 4. 24. 기준으로 위 각 부동산의 가액을 합계 710,066,000원 상당으로 감정하였으나, 증여시인 2005. 1. 1.을 기준으로 평가하면 증여 당시 위 각 부동산의 가액은 약 40,578,300원 정도에 불과하였다.

자. 원고들은 망인이 생전에 피고에게 이 사건 각 토지를 증여함으로써 원고들의 유류분에 부족이 생겼다고 주장하며, 피고를 상대로 이 사건 토지 중 각 1/10 지분에 관하여 유류분 반환을 구하는 소를 제기하였다.

2) 소송의 경과

가) 제1심 (서울중앙지방법원 2020. 8. 27. 선고 2019가합575481)

제1심은 이 사건 각 토지 증여가 특별수익에 해당한다는 전제에서 원고들의 주장과 같이 유류분 반환청구를 인용하였다.

나) 항소심 (서울고법 2021. 4. 16. 선고 2020나2031706, 48418 판결)

항소심은 아래와 같은 이유로 이 사건 각 부동산은 유류분 산정의 기초재산에 포함되는 특별수익에 해당한다고 볼 수 없고, 원고들이 피고에게 유류분반환청구권을 행사하는 것은 신의칙이나 형평의 원칙에 반한다고 보아 원고들의 유류분 반환청구를 기각하였다.

유류분 산정의 기초가 되는 재산에 산입되는 특별수익은 특정상속인에 대한 무상행위로서 공동상속인 간의 형평을 깨뜨리는 정도에 이르는 이익부여를 의미하므로, 피상속인의 특정상속인에 대한 생전 증여가 그 상속인의 부양이나 기여 등에 대한 평가나 보상으로서 이익을 부여한 것이고 다른 공동상속인들과의 관계에서 형평을 깨뜨리는 정도에 이르지 않는다면 이는 특별수익에서 제외하는 것이 타당하다(대법원 2011. 12. 8. 선고 2010다66644 판결 참조).

위 인정사실에 의하면, 망인이 피고에게 이 사건 각 부동산을 증여한 것은 피고가 과거 부친의 채무를 대신 변제한 것에 대한 보상과 자력 또는 근로에 의하여 생활을 유지하기 어려웠던 고령의 망인을 오랫동안 부양해 온 피고의 기여와 노력에 대한 보답, 그리고 망인의 여생을 피고에게 전적으로 의탁하는 것에 대한 보상 등에 주된 취지가 있었다고 봄이 타당하므로 이를 유류분반환의 대상인 특별수익 즉, 특정상속인에 대한 무상의 이익 부여로서 상속분의 선급에 해당한다고 볼 것은 아니고, 이 사건 각 부동산을 특별수익에서 제외하더라도 다른 공동상속인인 원고들에 대한 관계에서 실질적인 형평을 깨뜨리는 것이라고 보기도 어렵다. 또한 원고들이 피고를 상대로 유류분 반환을 구하는 것은 신의칙이나 형평의 원칙에도 크게 반한다.

3) 대법원의 판단

대법원은 아래와 같은 이유로 원심이 타당하다고 보아 원고들의 상고를 기각하였다.

가) 일반론

피상속인으로부터 생전 증여를 받은 상속인이 피상속인을 특별히 부양하였거나 피상속인의 재산의 유지 또는 증가에 특별히 기여하였고, 피상속인의 생전 증여에 상속인의 위와 같은 특별한 부양 내지 기여에 대한 대가의 의미가 포함되어 있는 경우와 같이 상속인이 증여받은 재산을 상속분의 선급으로 취급한다면 오히려 공동상속인들 사이의 실질적인 형평을 해치는 결과가 초래되는 경우에는 그러한 한도 내에서 생전 증여를 특별수익에서 제외할 수 있다. 여기서 피상속인이 한 생전 증여에 상속인의 특별한 부양 내지 기여에 대한 대가의 의미가 포함되어 있는지 여부는 당사자들의 의사에 따라 판단하되, 당사자들의 의사가 명확하지 않은 경우에는 피상속인과 상속인 사이의 개인적 유대관계, 상속인의 특별한 부양 내지 기여의 구체적 내용과 정도, 생전 증여 목적물의 종류 및 가액과 상속재산에서 차지하는 비율, 생전 증여 당시의 피상속인과 상속인의 자산, 수입, 생활수준 등을 종합적으로 고려하여 형평의 이념에 맞도록 사회일반의 상식과 사회통념에 따라 판단하여야 한다. 다만 유류분제도가 피상속인의 재산처분행위로부터 유족의 생존권을 보호하고 법정상속분의 일정비율에 해당하는 부분을 유류분으로 산정하여 상속인의 상속재산형성에 대한 기여와 상속재산에 대한 기대를 보장하는 데 그 목적이 있는 점(헌법재판소 2010. 4. 29. 선고 2007헌바144 전원재판부 결정 참조)을 고려할 때, 피상속인의 생전 증여를 만연히 특별수익에서 제외하여 유류분제도를 형해화시키지 않도록 신중하게 판단하여야 한다.

나) 사건에 대한 판단

피고의 피상속인에 대한 기여나 부양의 정도와 피상속인의 의사 등을 고려할 때, 피상속인이 피고에게 이 사건 토지를 증여한 것은 피고의 특별한 기여나 부양에 대한 대가의 의미로 봄이 타당하다. 이러한 경우 피고가 증여받은 이 사건 토지를 상속분의 선급으로 취급한다면 오히려 공동상속인들 사이의 실질적인 형평을 해치는 결과가 초래되므로, 이 사건 토지는 피고의 특별수익이라고 보기 어렵다.

3. 민법 제1008조의 특별수익 범위에 관한 기존의 논의

가. 문제의 제기

유류분에 관한 민법 제1118조에 따라 준용되는 민법 제1008조는 특별수익자의 상속분이라는 표제 하에 “공동상속인 중에 피상속인으로부터 재산의 증여 또는 유증을 받은 자가 있는 경우에 그 수증재산이 자기의 상속분에 달하지 못한 때에는 그 부족한 부분의 한도에서 상속분이 있다.”라고 정하고 있다. 이와 같이 우리 민법은 제1008조에서 특별수익자의 상속분이라는 표제 하에 “재산의 증여 또는 유증을 받은 경우”를 특별수익으로 규정하고 있을 뿐, 그 개념을 명확히 정의하고 있지 않다. 그러나 증여 또는 유증이 모두 특별수익이라고 할 수는 없고, 법적으로 증여나 유증에 해당하지 않는 경우에도 상속인간의 형평을 깨트리는 상속인에 대한 피상속인의 무상행위⁴⁾를 특별수익으로 판단하기도 한다. 아래에서는 유류분에서 특별수익의 의미에 관한 기존의 학설과 판례를 살펴보고, 이와 같은 학설과 판례의 판단기준이 이 사건 각 판결에 적용될 수 있는지 생각해보기로 한다.

나. 학설

특별수익의 핵심 징표를 수익의 ‘무상성’과 ‘특별성’으로 파악하는 것이 통설적인 견해이다. 이때 ‘무상성’은 무상행위로 인한 이익이어야 한다는 것으로, 대가성 있는 급부는 특별수익이라고 보기 어렵다. ‘특별성’은 상속인간 형평을 깨뜨리는 정도의 이익이어야 한다는 것으로, 용돈이나 생일선물 등과 같은 사소한 증여는 특별수익이라고 보기 어렵다.⁵⁾

구체적으로 혼인을 위한 혼수, 예물, 주거 등과 관련된 비용은 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 특별수익이라 할 수 있다. 상속인이 될 자가 사회적·경제적으로 독립하기 위한 자금, 예를 들어 거주부동산을 마련해 주거나, 사업자금을 증여하거나, 그의 사업상 부채를 변제하는 경우 등은 모두 생계자본의

4) 예를 들어 상속인 중 1인에게 고가의 동산을 무상으로 사용대차하는 경우, 보험계약을 체결하면서 수익자를 상속인 중 1인으로 하는 경우 등을 생각해 볼 수 있다.

5) 이봉민, “특별한 부양 내지 기여에 대한 대가인 생전 증여가 특별수익에 해당하는지 여부” 대법원판례해설 제131호(2022), 법원도서관, 54.

증여로서 특별수익이라고 본다. 다만 예식비용은 피상속인이 사교상 필요 등 자기의 책임으로 지출한 경우에는 특별수익이라 할 수 없지만, 상속인이 될 자가 피상속인으로부터 받은 예식비용을 자기의 책임으로 지출한 경우에는 특별수익이라고 할 수 있다는 견해가 있는 반면,⁶⁾ 혼인예식비용은 가족에 대한 도의상 의무의 일종이므로 원칙적으로 특별수익이 아니라는 견해도 있다.⁷⁾ 또한 교육비가 특별수익인지에 관하여도 견해의 대립이 있다.⁸⁾

다. 판례

1) 판단기준

대법원은 “민법 제1008조는 공동상속인 중에 피상속인으로부터 재산의 증여 또는 유증을 받은 자가 있는 경우에 그 수증재산이 자기의 상속분에 달하지 못한 때에는 그 부족한 부분의 한도에서 상속분이 있다고 규정하고 있는바, 이는 공동상속인 중에 피상속인으로부터 재산의 증여 또는 유증을 받은 특별 수익자가 있는 경우에 공동상속인들 사이의 공평을 기하기 위하여 그 수증재산을 상속분의 선급으로 다루어 구체적인 상속분을 산정함에 있어 이를 참작하도록 하려는 데 그 취지가 있는 것이다(대법원 1995. 3. 10. 선고 94다 16571 판결, 1996. 2. 9. 선고 95다17885 판결 등 참조). 따라서 어떠한 생전 증여가 특별수익에 해당하는지는 피상속인의 생전의 자산, 수입, 생활수준, 가정상황 등을 참작하고 공동상속인들 사이의 형평을 고려하여 당해 생전 증여가 장차 상속인으로 될 자에게 돌아갈 상속재산 중 그의 몫의 일부를 미리 주는 것이라고 볼 수 있는지에 의하여 결정하여야 한다.”라고 판시하여(대법원 1998. 12. 8. 선고 97므513, 520, 97스12 판결) 그 기준을 제시한 바 있다.

2) 이 사건 각 판결 이전 실무의 동향

위 97므513 판결에서는 상속인이 딸 4인이고 상속 재산으로 1억 4,600만 원 상당인 부동산과 8,200만 원의 예금이 있는 상황에서 사망 11년

6) 권은민, “상속분, 기여분, 특별수익”, 재판자료 78(1998), 553.

7) 이은정, “민법 제1008조의 해석에 있어서 특별수익 개념과 그 범위”, 안암법학 4, 1996, 575, 577.

8) 구체적인 항목별 논의에 관하여, 편집대표 윤진수, 주해상속법 제1권(이봉민 집필부분), 박영사, 188-189 참조.

전에 둘째 딸에게 증여한 6,200만 원이 특별수익이 된다고 판단하였다. 한편 대법원 2007. 8. 28.자 2006스3, 4 결정은 상속인이 처와 자녀 5명이고 상속 재산이 16억 원 상당이고, 일부 자녀들에게 생전 2억 원 상당의 유학비용을 지원한 사안에서, 그 자금규모가 다른 자녀에 비하여 과도하지 않고, 망인의 생전의 자산, 수입, 생활수준 등에 비추어 위 증여는 생전의 분재라기보다는 자연적인 애정을 바탕으로 자녀를 배려한 것이어서 이를 특별수익으로 보지 않았다.

이와 같이 이 사건 각 판결이 이루어지기 전에 실무는 그 증여의 목적이 무엇인지 및 증여 금액이 상속재산에 비하여 과도한지를 중요한 기준으로 삼아 생전 증여가 특별수익에 해당하는지를 판단하는 경향을 보였다.

라. 이 사건 각 판결에의 적용 여부

이 사건 각 판결의 사실관계는 피상속인이 상속이 중 1인에게 재산 전부를 증여한 경우로, 상속인 간 형평을 깨뜨리는 정도의 이익으로서 ‘특별성’ 요건을 충족한다. 이 사건 각 판결은 그럼에도 불구하고 그 증여의 특별수익성을 부정하고 있으므로, 그 이론적 근거에 관한 해석론을 살펴보고 그 타당성에 관하여 논하기로 한다.

4. 이 사건 제1 판결의 이론적 근거와 적용범위에 관한 견해 대립

가. 기존의 해석론

이 사건 제1 판결은 유류분반환청구에서 최초로 배우자의 특별수익 범위를 제한 해석하였다는 점에서 의미가 있다. 그러나 종래 이 사건 제1 판결의 이론적 근거가 무엇인지, 배우자뿐만 아니라 자녀, 기타 직계 존·비속 등 다른 상속인에게도 위 판결이 적용될 수 있는지가 명확하지 아니하여 이에 관하여 세 가지 견해의 대립이 있었다.

1) 제1 해석론

이 사건 제1 판결이 특별수익에서 사실상 기여분을 고려한 것이라고

해석하고, 특별수익 해당 여부를 제한적으로 해석하고자 하는 시도는 긍정적이거나 별개의 제도인 기여분을 특별수익 결정에서 고려하는 것은 이론적으로 문제가 있다는 비판이 있다.⁹⁾ 즉, 공동상속인의 협의 또는 가정법원의 심판으로 기여분이 결정되지 않은 이상 유류분반환청구소송에서 기여분을 주장할 수 없으므로(대법원 2015. 10. 29. 선고 2013다60753 판결), 배우자인 상속인에 대한 기여분이 결정되지 않은 이 사건에서 배우자의 증여를 특별수익에서 제외함으로써 사실상 증여의 전부 또는 일부를 배우자의 기여분으로 인정하는 것과 같은 효과를 발생시켰다는 것이다.

이 견해에 대하여, 이 사건 제1 판결의 사실관계에서 문제가 된 기여는 본래의 의미에서 기여분이 인정될 만한 기여라고 하기 어렵고, 따라서 이 판결에서 특별수익을 부정한 것이 기여분과 관련되어 있다고 보기도 어렵다는 비판론이 있다.¹⁰⁾

2) 제2 해석론

배우자에 대한 재산출연이 혼인 중 재산의 형성이나 피상속인의 자산 유지에 협력하였기 때문에 받은 것이 명백한 경우에는 대가성이 있어 특별수익이 아니라는 견해가 있다.

즉, 공동상속인에 대한 증여가 특별수익인지 여부는 ‘무상성’과 ‘형평성’이라는 객관적 기준에 따라 판단하여야 하는바, 생전증여를 받은 배우자가 일생 동안 피상속인의 반려가 되어 그와 함께 가정공동체를 형성하고 이를 토대로 서로 헌신하며 가족의 경제적 기반인 재산을 획득·유지하고 자녀들에게 양육과 지원을 계속해 온 경우, 생전증여에는 위와 같은 배우자의 기여나 노력에 대한 보상 내지 평가, 실질적 공동재산의 청산, 배우자 여생에 대한 부양의무 이행 등의 의미도 함께 담겨 있다고 봄이 타당하므로, 그러한 한도 내에서는 ‘무상성’을 결여하였다는 입장이다.¹¹⁾ 또한 이 판결이 배우자에 대한 증여의 무상성

9) 윤진수, 친족상속법강의 2판(2018), 394; 편집대표 민유숙, 주석민법[상속], 김혜진 집필부분, 5판(2020), 745.

10) 이동진, “배우자의 특별수익, 기여분, 유류분 대법원 2011. 12. 8. 선고 2010다66644 판결”, (2021), 311-314.

11) 정구태, “2015년 상속법 관련 주요 판례 회고”, 사법 35호(2016), 63-64.

을 부정하였고, 이는 위 증여가 보상적 증여(belohnende Schenkung)에 해당한다고 보아 아를 유류분반환의 대상에서 제외한 것이라고 해석하는 견해도 있다.¹²⁾ 제2 해석론에 부합하는 것으로 보이는 결정으로, 대법원은 유류분 산정에 관한 민법 제1113조 제1항 중 ‘증여재산의 가액을 가산하고’ 부분에 대한 위헌법률심판신청을 기각하면서, “상속인이 다른 상속인과 달리 피상속인으로부터 별도의 유증이나 증여를 받는 것 자체에 어느 정도 기여상속인의 기여가 반영되었다고 볼 수 있고, 유증이나 증여가 상속재산의 선급이 아닌 경우, 예컨대 기여에 대한 보답이라고 볼 수 있는 경우에는 반환의 대상이 되는 특별수익에 포함되지 아니하므로 유류분반환청구에서 기여분청구가 허용되지 않는다고 하여 그것만으로 불합리한 차별이라고 할 수 없다.”라고 판시하였다(대법원 2016. 10. 13.자 2016카기284 결정).

이와 같은 해석론에 관하여, 기여분이 인정되는 기여에 대한 ‘보답’으로 증여를 하였다 하더라도 이는 어디까지나 증여이고, 증여와 독립적으로 행하여졌고 피상속인에게 청산의무를 부과하지 아니하는 기여에 대한 ‘대가’라고 할 수 없으므로 무상성을 부인할 수 없다는 이유로 제2 해석론을 비판하는 견해가 있다.¹³⁾

3) 제3 해석론

이 사건 제1 판결이 이혼 시 인정되는 재산분할청구권에 비하여 상대적으로 열위에 있던 생존배우자의 상속권을 일부 보완한 것이라는 견해도 있다. 즉, 현행 민법상 이혼의 경우에는 재산분할이 가능하지만 일방 배우자의 사망으로 상속이 이루어지는 경우에는 재산분할이 이루어지지 않는 점을 감안할 때 현재의 배우자 상속지분은 상당히 적은 것으로 평가되고 있고,¹⁴⁾ 공동상속인의 수에 따라 생존배우자의 상속분이 낮아지는 것은 배우자에게 상당히 불공정한 대우라는 점을 감안할 때, 대상판결이 생존배우자의 수증재산에 실질적 공동재산의 청산 의미가 담겨 있는 경우 이를 특별수익에서 제외하더라도

12) 최준규, “유류분과 기여분의 관계”, 저스티스 통권 162호(2017), 116-117; 편집대표 윤진수, 주해상속법 제2권(최준규 집필부분), 박영사, 2019, 957.

13) 이동진(주10), 306-307.

14) 조은희, “배우자의 법정상속 강화에 대한 재검토”, 외법논집 33지 제4호(2009. 11.), 159.

자녀인 공동상속인들과의 관계에서 공평을 해친다고 말할 수 없다고 판시한 것은 배우자 상속권에 재산분할청구권과 같은 청산적 요소를 가미하여 이혼시 인정되는 재산분할청구권에 비해 상대적으로 열위에 있던 배우자상속권을 일정 부분 보완한 것이라고 평가하고 있다.¹⁵⁾ 또한 이 사건 제1 판결이 언급하는 기준이 이혼시 재산분할청구권(민법 제839조의2)의 근거 및 기준과 일치하고, 위 판결은 재산분할과의 균형을 고려하여 ‘재산분할의 선급’, 즉 사전적 내지 선취된 재산분할이 유류분 반환의 대상이 되지 않는다고 보았다는 평가도 있다.¹⁶⁾

나. 사건

1) 제1 해석론에 대한 비판

대법원 2019. 11. 21.자 2014스44, 45 전원합의체 결정은, 기여분 인정 요건으로서 특별한 부양행위란 피상속인과 상속인 사이의 신분관계로부터 통상 기대되는 정도를 넘는 부양을 의미한다고 판시하면서, 부부는 동거하며 서로 부양하고 협조하여야 하고(민법 제826조 제1항 본문) 이는 제1차 부양의 무이므로, 배우자가 장기간 피상속인과 동거하면서 피상속인을 간호한 행위는 법적 의무의 이행이라고 보아야 할 것이어서 특별한 부양행위에 해당하지 않는다고 판단하였다.

한편 이 사건 제1 판결에서 드러나는 배우자인 피고의 기여는 “피상속인과 사이에 딸인 원고들과 아들인 소외인을 두고 피상속인의 사망시까지 43년 4개월 남짓의 혼인생활을 유지한 점”이다. 따라서 위 기여를 기여분이 인정되는 특별한 부양행위로 보기는 어렵다.

2) 제2 해석론에 대한 비판

어떠한 행위가 무상인지 여부는 행위 시를 기준으로 결정되고, 공동상속인 중 1인의 피상속인에 대한 특정한 기여와 피상속인이 해당 상속인에

15) 박세황, “생존배우자 수증재산의 특별수익 해당 여부”, 광주지방법원 재판실무연구, 2015(2016), 16, 26.

16) 이동진(주10), 318-319.

대한 증여 사이에 법적인 의미에서 대가관계가 있다고 보기는 어렵다. 따라서 공동상속인에 대한 증여에 ‘무상성’을 부인하기는 어렵다고 생각한다.

3) 제3 해석론에 대한 비판

결국 이 사건 제1 판결은 배우자 상속인이 증여를 받은 경우, “배우자의 기여나 노력에 대한 보상 내지 평가, 실질적 공동재산의 청산, 배우자의 여생에 대한 부양의무의 이행” 등 요소를 고려하여 이혼시 재산분할과의 형평을 꾀한 것으로 해석해야 한다고 생각한다. 이와 같이 제3 해석론을 택하는 경우, 이 사건 제1 판결을 배우자 아닌 다른 상속인이 증여를 받은 경우까지 확장하여 해석할 수 없게 된다.

5. 이 사건 제2 판결의 이론적 근거에 관한 고찰

가. 문제의 소재

이 사건 제2 판결의 사안은 상속인 중 자녀 1인의 상당한 기여가 있었고, 피상속인이 기여상속인에게 증여나 유증을 한 경우이다. 이 경우 원칙적으로 공동상속인간의 협의 혹은 가정법원의 심판에 하여 기여분이 결정되지 않는 이상 해당 증여나 유증은 유류분반환의 대상이 되어야 할 것으로 보인다.¹⁷⁾ 나아가 배우자가 증여를 받은 제1 판결과 달리 이혼 재산분할과의 형평은 이 사건 제2 판결에서 문제될 여지가 없다. 그럼에도 이 사건 제2 판결은 배우자 아닌 다른 상속인이 증여를 받은 경우에도 특별수익을 부정하였다는 점에서 의미가 있다. 이는 기여상속인의 상당한 기여 및 피상속인의 기여상속인에 대한 증여 의사와, 유류분반환청구에서 이를 반영할 규정이 없다는 점 사이의 간극을 해결하기 위한 고민의 결과이다. 그렇다면 이 사건 제2 판결의 법적 근거를 어디에서 찾을 수 있을지 생각해다.

나. 견해의 대립

이 사건 제2 판결에 제1 판결에 관하여 앞서 살펴 본 해석론이 그대로

17) 이와 같이 피상속인의 의사에 따라 증여나 유증이 있는 경우 이는 반환의 대상이 되고, 상속개시 이후 기여분으로 결정이 되면 반환의 대상이 되지 않는다는 것은, 상속재산에 대한 피상속인의 결정이 무시되고 오히려 사후에 행해지는 공동상속인들의 결정이나 법원의 심판이 존중받는다는 의미에서 문제가 있다는 지적이 있다[변동열, “유류분 제도”, 2003, 민사판례연구 25권(2003. 2.), 895-896]

적용되는지 여부를 생각해 볼 필요가 있다. 앞서 본 제2 해석론을 지지하는 견해 중, 배우자 아닌 다른 상속인이 기여의 대가로 생전 증여를 받은 경우에도 증여의 무상성을 부인함으로써 이 사건 제1 판결의 논리가 적용될 수 있다고 보는 견해가 있다.¹⁸⁾ 위 견해에 따르면 이 사건 제2 판결은 이 사건 제1 판결의 취지를 따라 이루어진 것으로 동일한 맥락에서 적용된다. 이는 유류분 반환청구에서 실질적으로 기여분을 고려한 것이라는 제1 해석론을 취하는 경우에도 마찬가지이다.

그러나 제3 해석론을 지지하는 경우, 이 사건 제1 판결은 이혼 재산분할과의 형평을 고려하여 공동상속인 중 배우자에 대한 증여를 유류분반환청구에서의 특별수익으로 보지 않겠다는 것이므로 위 판례는 배우자 아닌 공동상속인에게 적용되지 않는다. 그렇다면 제3 해석론은 자녀인 공동상속인에 대한 판례인 이 사건 제2 판결에 적용될 여지가 없다. 이 사건 제2 판결의 원심이 이 사건 제1 판결을 인용하여 자녀 중 1인에 대한 증여를 특별수익이 아니라고 판단한 반면, 이 사건 제2 판결은 의도적으로 이 사건 제1 판결을 인용하지 않고 원심과 동일한 결론을 냈으므로, 이 사건 제2 판결이 이 사건 제1 판결을 제3 해석론의 입장에서 보고 있다고 해석할 여지가 있다.

그렇다면 이 사건 제2 판결에 적용 가능한 해석론은 제1 해석론 또는 제2 해석론일 것이다. 이 사건 제2 판결의 의미에 관하여 학설상의 논의가 활발하지는 않으나, 대법원 판례해설은 위 판결을 기여에 대한 대가로 증여를 한 경우로서 ① 공동상속인들 사이의 구체적·실질적 형평, ② 기여에 대한 ‘보답’ 뿐만 아니라 기여에 대한 ‘대가’를 지급할 의사로 증여를 한 경우 무상성을 부정할 수 있는 점 등을 고려하면 증여의 무상성을 부인하여 특별수익이 아니라고 해석하여 제2 해석론을 따르고 있다.¹⁹⁾ 나아가 피상속인의 의사로 부여되는 특별수익은 민법 제1008조의 기여분과 무관하므로 기여에 대한 대가를 특별수익에서 제외한다면 이는 실질적으로 기여분을 인정하는 것과 다름이 없어 법리적으로 문제가 있다는 취지의 지적은 타당하지 않다고 설명한다.²⁰⁾ 위 판

18) 최준규(주12), 116-117.

19) 이봉민(주5), 60-62.

례해설에서 무상성에 관하여 설명하는 내용은 다음과 같다.

“특별수익은 ‘무상’이어야 하는데, 기여에 대한 ‘대가’로 증여를 한 것이라면 무상성을 결여한 것이므로 특별수익이 아니다…이 사건 제1 판결의 법리는 배우자가 아닌 다른 상속인에게도 적용 가능하다…무상인지 여부는 당사자의 주관적 표준, 즉 당사자의 의사에 따라 결정하여야 한다(주관적 기준설)는 것이 통설인 점을 고려하면, 기여의 대가로 증여를 한다는 당사자의 의사의 합치가 있는 경우에는 무상성을 부정하는 것이 타당하다. 또한 노무나 공적에 대한 대가로서 금품 (예, 상여금)을 임의로 지급하여도 이는 증여가 아니라고 해석되는 점을 고려하면, 기여에 대한 대가도 실질적으로는 무상행위가 아니라고 볼 수 있다. 기여에 대한 대가인 증여를 특별수익에서 제외하더라도 공동상속인 사이의 형평을 해치는 것이라고 보기 어렵고, 오히려 그러한 증여는 특별수익에서 제외하는 것이 공동상속인 사이의 형평을 도모하는 것이다.”²¹⁾

다. 사건

증여는 당사자 일방이 무상으로 재산을 상대방에 수여하는 의사를 표시하고 상대방이 이를 승낙함으로써 그 효력이 생기는 무상계약의 전형으로서 (민법 제554조), 무상성을 본질로 한다. 증여의 이와 같은 무상성을 고려하여 민법은 유상계약과 달리 일정한 경우 증여를 자유롭게 해제할 수 있도록 하여 계약의 구속력을 느슨하게 규율하고(민법 제555조 내지 제557조), 하자담보책임 완화를 하고 있다(민법 제559조).²²⁾ 따라서 만약 이 사건 제2 판결에서 증여의 무상성을 부정하려면 피상속인의 증여가 사실은 법적인 의미에서 증여가 아니라 상속인에 대한 변제 등 유상행위에 해당한다는 결론에 이르러야 한다. 그러나 어떠한 행위가 무상인지 여부는 행위 시를 기준으로 결정되고, 상속인의 피상속인에 대한 기여가 기여 당시 무상행위인 이상 이에 대한 대가로 지급한 증여 역시 증여 당시의 무상행위로 해석함이 상당하다. 이 사건 제2 판

20) 이봉민(주5), 63.

21) 이봉민(주5), 58-60.

22) 편집대표 박윤직, 민법주해[XIV] 채권(7), 고영한 집필부분, 박영사, 2009, 3-7.

결에서 공동상속인 중 1인의 피상속인에 대한 특정한 기여와 피상속인이 해당 상속인에 대한 증여 사이에 법적인 의미에서 대가관계가 있다거나 상속인의 기여가 증여의 반대급부로서 위 기여와 증여가 모두 유상행위라고 보기는 어렵다. 나아가 유류분 반환청구에서 피고의 증여가 무상이 아니어서 특별수익이 아니라면, 기여분을 주장할 수 있는 상속재산분할청구에서도 마찬가지로 피고의 증여는 기여에 대한 대가로서 특별수익이 아니라는 결론에 이르러야 하는데, 이 사건 제2 판결의 논리를 상속재산분할에서까지 확장하기는 어렵다. 그러므로 이 사건 제2 판결에 있어서도 제2 해석론을 따르기는 어렵다고 생각한다.

이 사건에서 자녀인 피고는 2차적 부양의무만을 부담하는데, ① 피고가 34년간 망인과 동거하며 부양한 점, ② 피고가 망인의 입원 및 통원치료와 일상생활 보조를 하고 치료비 1억 2,000만 원도 부담한 점, ④ 반면 자녀인 원고들은 망인과 교류를 사실상 단절하고 부양의무도 이행하지 않은 점, ⑤ 피고의 부친의 보증채무와 관련하여 망인과 부친 사이에 갈등이 생기자 피고가 이를 대신 변제한 점 등을 고려하면, 이 사건 제1 판결과 달리 피고에게 특별한 부양 내지 기여를 인정하여 기여분이 인정될 가능성이 커 보인다. 따라서 이 사건 제2 판결은 증여의 특별수익 해당여부에 관한 판단에서 공동상속인 사이의 구체적·실질적 형평을 고려하였고, 결국 피고의 기여분을 반영한 것과 실질적으로 동일한 결론을 도출하였다. 결국 이 사건 제2 판결은 제1 해석론의 입장에서 해석할 수 있고, 위 판결은 기여분과 유류분의 관계, 특히 유류분반환청구에서 기여분 항변을 할 수 없다는 한계를 어떻게 합리적으로 해결할 것인지에 그 논의의 방점이 있다고 생각한다.

6. 이 사건 제1 판결 관련 쟁점: 배우자상속과 특별수익

가. 문제의 제기

우리 민법은 부부별산제를 대원칙으로 채택하고 있으나, 민법 제839조의2의 이혼에 따른 재산분할시 부부재산은 실무상 모두 공유재산으로 추정되

어 분할의 대상이 되고, 상당기간 혼인관계를 유지하다가 이혼한 경우 재산분할비율은 대개 50:50이다. 또한 이혼 재산분할로 취득한 재산은 상속재산에 해당하지 않으므로 유류분반환청구의 대상이 되지 않는다. 한편, 부부가 평생 혼인관계를 유지하다가 일방이 사망한 경우, 배우자는 피상속인 명의 재산에 대하여 다른 공동상속인보다 5할을 가산한 상속분에 비례하여 재산을 상속받을 수 있을 뿐이고(민법 제1009조 2항), 피상속인 명의 재산이 실질적으로 부부공동재산이라거나 위 재산의 형성 및 유지에 본인의 기여가 있음을 이유로 재산분할을 청구할 수는 없다. 따라서 이혼으로 인한 재산분할을 한 경우에 비하여 일방이 사망할 때까지 혼인관계를 유지하였던 경우가 경제적으로 더 불리하게 되는 문제점이 있다. 특히 평균수명이 늘고 고령사회에 들어선 오늘날 배우자 일방이 사망한 경우 상대방 배우자는 대부분 독립적인 경제생활이 어려운 고령이고, 자녀들에게 생존 배우자의 부양을 기대하기 어려운 경우도 많으므로, 배우자 상속분의 부족으로 인한 부양의 문제가 직접적으로 대두된다.²³⁾

나. 판례의 태도

이에 관하여 헌법재판소 2017. 4. 27. 선고 2015헌바24결정은 상속인이 배우자인 경우 본조가 이혼 시 재산분할과 유사하게 특별수익 산정에 관한 예외규정을 두지 않은 것이 입법재량의 한계를 일탈하여 배우자인 상속인의 재산권을 침해하는 것은 아니라고 판단하였다.

다. 비교법적 분석

1) 일본

법정상속분

일본 민법은 자 및 배우자가 상속인인 때에는 자의 상속분과 배우자의 상속분은 각 2분의 1로 하고, 배우자 및 직계존속이 상속인인 때에는 배우

23) 배우자 상속의 문제점에 관하여 다룬 글로, 조은희(주14); 최행식, “인구구조 변화와 배우자 상속 - 특히, 부부재산제와 관련하여 -”, 가족법연구 21권 1호 (2007. 3.) 등 참조.

자의 상속분은 3분의 2, 직계존속의 상속분은 3분의 1로 하며, 배우자 및 형제자매가 상속인인 때에는 배우자의 상속분은 4분의 3, 형제자매의 상속분은 4분의 1로 하고, 자, 직계존속 또는 형제자매가 수인인 때에는 각자의 상속분은 서로 같은 것으로 한다고 규정하고 있다(제900조).²⁴⁾ 이는 배우자 상속분을 직계비속 또는 직계존속의 상속분보다 1/2 가산하는 우리 민법(민법 제1009조 제1항)보다 배우자의 상속분을 더 폭넓게 보장한다. 예를 들어, A. 피상속인이 사망하고 상속인으로 배우자와 자녀 3명이 있는 경우, 한국은 배우자가 3/9, 자녀들이 각 2/9의 상속분을 가지는 한편 일본은 배우자가 1/2, 자녀들이 각 1/6의 상속분을 가진다. 또한 B. 피상속인이 사망하고 상속인으로 배우자와 피상속인의 부모가 있는 경우, 한국은 배우자가 3/7, 피상속인의 부모가 각 2/7의 상속분을 갖는 한편, 일본은 배우자가 2/3, 피상속인의 부모가 각 1/6의 상속분을 가지게 된다.

또한 일본 민법은 형제자매 외의 상속인에 대하여 유류분을 인정하되, 직계존속만이 상속인인 경우 재산의 1/3, 그 외의 경우 재산의 1/2의 비율에 해당하는 금액을 유류분으로 인정하고 있다(제1028조).²⁵⁾ 법정상속분의 일정비율을 유류분으로 규정한 우리 민법과 달리(제1112조), 일본은 이와 같이 재산의 일정 비율에 해당하는 부분을 유류분으로 두고, 이를 상속인들이 상속비율에 따라 나누어 갖는 방식으로 유류분을 정한다. 즉, 위 B.의 경우 한국은 배우자 3/14(= 3/7×1/2), 피상속인의 부모 각 2/21(= 2/7 × 1/3)의 유류분을 가지는 반면, 일본은 배우자 1/3(= 2/3 × 1/2), 피상속인의 부모 각 1/12(= 1/6

24) 第九百条(法定相続分) 同順位の相続人が数人あるときは、その相続分は、次の各号の定めるところによる。

1. 子及び配偶者が相続人であるときは、子の相続分及び配偶者の相続分は、各二分の一とする。
2. 配偶者及び直系尊属が相続人であるときは、配偶者の相続分は、三分の二とし、直系尊属の相続分は、三分の一とする。
3. 配偶者及び兄弟姉妹が相続人であるときは、配偶者の相続分は、四分の三とし、兄弟姉妹の相続分は、四分の一とする。
4. 子、直系尊属又は兄弟姉妹が数人あるときは、各自の相続分は、相等しいものとする。ただし、父母の一方のみを同じくする兄弟姉妹の相続分は、父母の双方を同じくする兄弟姉妹の相続分の二分の一とする。

25) 第一千二十八条(遺留分の帰属及びその割合) 兄弟姉妹以外の相続人は、遺留分として、次の各号に掲げる区分に応じてそれぞれ当該各号に定める割合に相当する額を受ける。

1. 直系尊属のみが相続人である場合被相続人の財産の三分の一
2. 前号に掲げる場合以外の場合被相続人の財産の二分の一

× 1/2)의 유류분을 가진다.

거주용 건물 등에 대한 특례

2018. 7. 6. 개정 일본민법은 “혼인기간이 20년 이상인 부부 중 일방인 피상속인이 다른 배우자에게 거주용 건물과 그 부지를 유증 또는 증여한 경우 특별수익 반환 면제의 의사를 표시한 것으로 추정한다.”²⁶⁾라는 제903조 제4항을 신설하였다. 따라서 위 특례규정에 따라 혼인기간이 20년 이상인 부부 사이에 거주용 건물과 부지를 유증, 증여한 경우 피상속인의 특별수익 반환 면제의 의사표시 없이도 특별수익 반환 또는 조정의 대상에서 제외되게 되었다.

따라서 이 신설 제도에 따라 피상속인이 상속인인 배우자에게 거주용 부동산을 유증하거나 한 경우 그 가액이 특별수익에 포함되지 않으므로 상속재산분할에서 배우자의 상속재산이 증가하는 결과가 된다. 이는, 민법개정위원회가 당초 실현하려 했던 배우자 법정상속분을 증가시키는 안이 형태를 달리하여 실현된 것이라고 할 수 있다.²⁷⁾ 그러나 이 신설 제도에 관하여 법률혼 존중, 법률혼배우자보호에 지나치게 치중했다는 비판도 있다.²⁸⁾

요건²⁹⁾

본조의 특별수익은 상속재산분할의 조정수단이므로 본조의 배우자는 재산분할의 당사자인 법률혼배우자만을 의미하고 내연관계나 사실혼배우자에게는 적용되지 않는다. 이 규정의 20년의 혼인기간은 상속세법상 주거용 부동산의 증여의 특례(상속세법 제21조의 6)³⁰⁾에 의거해 정해졌다. 상속세법상 20년의 기간은 연속할 필요가 없고, 통산하여 20년 이상이면 된다고 해석되므로 본조의 기간도 동일하게 해석된다. 또한 유증 등의 대상이 되는 재산은 거주용 건물과 그 부지이다. 이때 거주용 건물이 무엇인지에 관하여 여러 해석상의 문제가 발

26) 第九百三条 (特別受益者の相続分) ④ 婚姻期間が二十年以上の夫婦の一方である被相続人が、他の一方に対し、その居住の用に供する建物又はその敷地について遺贈又は贈与をしたときは、当該被相続人は、その遺贈又は贈与について第一項の規定を適用しない旨の意思を表示したものと推定する。

27) 潮見佳男 편집대표, 新注釈民法 19: 相続(1), 本山 집필부분, 有斐閣, 2023, 267

28) 二宮周平, 『相續法入門 15 相續法改正要綱案の検討(1)』, 戸時764號(2018), 19면[新注釈民法 19: 相続(1)(주27, 本山 집필부분), 267에서 재인용]

29) 新注釈民法 19: 相続(1)(주27, 本山 집필부분), 280-281

30) 일본 상속세법 제21조의6 제1항은 배우자간에 있어 혼인기간이 20년 이상인 배우자에게 거주용 부동산을 취득한 해의 다음 해 3월 15일까지 당해 거주용 부동산을 그 자의 거주용에 제공하고 그 후 계속하여 거주용에 제공할 가능성이 있는 경우에는 2,000만 엔까지 증여세 과세가액에서 공제하도록 하고, 그 한도에서 상속세 과세가액 산정시 간주상속재산이 되는 증여재산에서 제외하고 있다.

생한다. 이때의 유증, 증여는 거주용 부동산의 특정유증, 생전증여, 사인증여 등을 포함한다.

의사표시의 추정³¹⁾

피상속인인 일방 배우자가 타방 배우자에게 위와 같은 요건을 충족하여 거주용 건물 등을 유증, 증여한 경우 피상속인은 거주용 건물 등을 특별수익에 포함하지 않는 의사를 표시한 것으로 추정되고, 이는 법률상 추정이다. 만약 피상속인이 특별수익 공제 면제 의사표시의 추정을 원하지 않는 경우 피상속인은 유언이나 증여계약서 등에 추정을 부정하는 취지의 의사표시를 할 필요가 있다.

2) 프랑스³²⁾

프랑스에서는 2001. 12. 3. 신법에 의해 생존배우자의 상속법상 지위가 현저하게 개선되었다. 부부 쌍방의 자 또는 직계비속이 있는 때 생존배우자는 유산의 4분의 1에 대한 소유권 또는 현존유산의 전부에 대한 용익권 중 어느 것을 선택하여 수취할 수 있고, 쌍방으로부터 태어나지 않은 자가 있는 때는 유산의 4분의 1의 소유권을 수취할 수 있다(신 프랑스 민법 757조). 피상속인에게 직계비속도 직계존속도 없는 경우에도 생존배우자가 있는 경우 피상속인은 유산의 4분의 3을 초과하는 생전증여나 유언을 할 수가 없다(914의1조). 이는 생존배우자에게 유류분이 인정된 것으로 평가된다.³³⁾ 프랑스법에 있어서 상속법 면에서 배우자의 보호는 충분하다고 할 수 없지만, 한편으로는 상속재산에 대한 부양청구권(불민 207조의1), 법정재산제로서 소득공동제(communauté réduite aux acquets)(불민 1399조 이하) 등 상속권 이외의 방법으로 배우자의 이익을 보호하려는 경향이 역사적으로 강하다.

3) 독일³⁴⁾

독일에서는 상속법에 따라 생존배우자가 상속분의 1/4을 소유하게 된다. 이와 더불어 법정재산제인 잉여공동제(Zugewinnngemeinschaft)에서 상속

31) 新注民法 19: 相続(1)(주27, 本山 집필부분), 281

32) 최행식(주23), 73-75.

33) 伊藤昌司, 相続法, 有斐閣, 2002, 171.

34) 독일에 관한 논의는 조은희(주14), 172-173 참조.

재산의 1/4을 소유하게 되는데, 이때의 1/4은 고정적으로 정한 잉여청산액이다. 결과적으로 생존배우자는 사망한 배우자의 재산에서 1/2을 소유하게 된다. 이와 같이 독일에서 생존배우자의 지위는 상당히 크게 보호되고 있다. 이에 대하여 일방 배우자의 사망 시 잉여청산과 관련지어 피상속인의 총재산에서 고정된 분할 1/4을 잉여로 청산하는 것에 대한 비판론도 있다.

4) 영국³⁵⁾

별산제를 취하는 영국의 경우, 1996년의 가족법(Family Law Act)에 의해 생존배우자의 권리가 강화되었다.

배우자 사망 후 28일 이상 생존한 배우자는 125,000파운드(비속이 없는 때는, 200,000파운드)를 연 7%의 이자를 붙여 선취한다. 사자가 직계비속을 [77]남겨둔 때는 유산의 2분의 1의 용익권을 취득하지만, 이 용익권에 상당하는 금액을 청구하는 것도 가능하다. 피상속인이 부모, 형제자매, 그 비속을 남겨둔 때에는 유산의 나머지 2분의 1의 소유권과 75,000파운드를 취득한다. 피상속인이 직계비속이나 부모, 형제자매와 그 비속도 남아있지 않는 때에는 상속재산 전부의 소유권을 취득한다. 또한 생존 배우자의 주택 취득도 인정되고 임대차의 경우에는 사후 2년간 거주가 허용어 상속법상 생존배우자의 지위가 상당히 높다.

5) 기타³⁶⁾

가) 스위스

스위스 민법은 부부재산제가 일방배우자의 사망 혹은 다른 부부재산제의 합의로 해소되며(스위스민법 제204조 1항), 이혼이나 별거 혼인의 무효 혹은 별산제의 법원의 명령에 있어서 부부재산제의 해소일은 법원에 소가 제기된 때라고 규정하여(스위스민법 제204조 2항) 부부재산제가 종료되는 다양한 경우를 법규에서 명시하고 있다. 또한 스위스의 경우 배우자 상속에 있어서 생존배우자가 피상속인의 직계비속과 공동으로 상속하는 때에는 상속재산의

35) 고양자, “배우자상속권,” 아세아여성법학, 제6호, 아세아여성법학연구소, 2003. 9, 13면[최행식(주23), 76-77에서 재인용].

36) 조은희(주14), 171-174; 최행식(주23), 77-78 참조.

1/2을 인정하고 있으며, 배우자의 부모의 혈족과 공동으로 상속하는 경우에는 3/4을, 부모 등 혈족이 없는 경우에는 전 재산을 상속받는다(스위스 민법 제 462조).

나) 스웨덴

스웨덴에서는 생존배우자가 부부재산관계의 청산을 원하는 경우, 부부재산의 청산 후 남은 재산은 상속재산이 된다. 이 때 생존배우자는 직계비속이 있는 경우라도 단독상속인이 된다. 자녀는 생존배우자가 사망한 후에야 비로소 피상속인이 남긴 상속재산에 대한 상속권을 갖게 된다.

다) 오스트리아

직계비속과 공동상속을 하는 때는 유산의 3분의 1의 상속분을 갖는다. 직계존속과 공동상속을 하는 때에는 유산의 3분의 2를 취득한다. 한쪽 계의 조부모의 비속만이 상속인으로 존재하는 때는 생존배우자는 다시 유산의 3분의 1을 취득한다. 직계비속도 직계존속도 없는 때에는 생존배우자가 전 유산을 취득한다.

라) 이탈리아

생존배우자는 자와 공동상속하는 때에는 자가 한 사람인 경우는 유산의 2분의 1, 기타의 경우에는 3분의 1을 취득한다. 직계존속 및 형제자매와 공동상속하는 때에는 유산의 3분의 2를 취득한다. 예전에는 용익권이었지만, 1975. 5. 9. 법에 의해 소유권을 취득하는 것으로 개정되었다. 또 생존배우자는 사자의 고유재산 또는 부부의 공유재산인 가족주택에서 거주할 수 있으며 가재도구를 사용할 수 있다.

라. 사건

입법론적으로 이혼 재산분할의 경우 재산의 명의자가 누구인지와 무관하게 부부가 재산을 거의 대등한 비율로 나누게 되는 것과의 형평을 고려하여 배우자의 상속분을 조정하는 것이 타당하다고 생각한다. 배우자의 상속분 조정에 관하여 여러 차례 법무부와 국회의원의 입법안이 제시된 바 있으나,³⁷⁾ 현

37) 법무부의 2006. 7. 26.자 배우자 상속분 조정에 대한 법안(‘피상속인의 배우자의 상속분은 상속재산의 5할로 한다. 다만, 제839조의 3에 따라 혼인중 재산분할을 받은 경우에는 동순위의 공동상속인과

재까지 민법개정은 이루어지지 않고 있는 것으로 보인다.

7. 이 사건 제2 판결 관련 쟁점: 기여분과 유류분의 관계

가. 기여분과 유류분의 우열관계

다른 공동상속인의 유류분을 침해하는 기여분이 정해지더라도 유효하고, 기여분은 유류분반환의 대상이 아니라는 것이 일반적인 견해이다.³⁸⁾ 대법원 2015. 10. 29. 선고 2013다60753 판결은 “민법 제1008조의2, 제1112조, 제1113조 제1항, 제1118조에 비추어 보면, 기여분은 상속재산분할의 전제 문제로서의 성격을 가지는 것으로서, 상속인들의 상속분을 일정 부분 보장하기 위하여 피상속인의 재산처분의 자유를 제한하는 유류분과는 서로 관계가 없다. 따라서 공동상속인 중에 상당한 기간 동거·간호 그 밖의 방법으로 피상속인을 특별히 부양하거나 피상속인의 재산의 유지 또는 증가에 특별히 기여한 사람이 있을지라도 공동상속인의 협의 또는 가정법원의 심판으로 기여분이 결정되지 않은 이상 유류분반환청구소송에서 기여분을 주장할 수 없음은 물론이거니와, 설령 공동상속인의 협의 또는 가정법원의 심판으로 기여분이 결정되었다고 하더라도 유류분을 산정함에 있어 기여분을 공제할 수 없고, 기여분으로 유류분에 부족이 생겼다고 하여 기여분에 대하여 반환을 청구할 수도 없다.” 라고 하여 동일한 입장이다.

나. 유류분반환청구소송에서 기여분을 고려할 수 있는지 여부

판례는 기여분이 결정되기 전에 유류분권리자가 기여상속인을 상대로 유류분반환을 청구하는 경우 기여상속인이 자신의 기여분을 공제할 것을 항변으로 주장할 수 없다고 본다(대법원 1994. 10. 14. 선고 94다8334 판결, 대법원 2015. 10. 29. 선고 2013다60753 판결). 또한, 상속재산분할의 심판청구가 없음에도 단지 유류분반환청구가 있다는 사유만으로는 기여분결정청구가 허용

균분하여 상속한다.’), 배우자 상속분의 분할 방법에 관하여 피상속인이 혼인 중 취득한 재산에 대하여 균등 비율로 기여분의 청구를 가능하게 한 이계정의원안, 공유로 추정되는 재산의 5할을 선취 분으로 청구할 수 있도록 하는 최순영의원안 등이 그러하다.

38) 윤진수, “유류분 침해액의 산정방법”, 서울대 법학 48-3(2007), 413.

되지 않고(대법원 1999. 8. 24.자 99스28 결정 참조), 상속재산분할과 달리 유류분반환청구에서 기여분청구가 허용되지 않는 것이 불합리한 차별이라고 보기도 어렵다고 판단하였다(대법원 2016. 10. 13.자 2016카기284 결정). 이와 같이 확고한 판례의 태도에 따라 실무는 유류분반환의 소에서 기여분에 관한 주장을 받아들이지 않고 있다.³⁹⁾ 이에 대하여 유류분반환청구소송에서 기여분을 고려하지 않고 소송이 종료된 다음 상속재산분할에서 유류분을 무시할 수 있는 기여분이 인정되는 것은 바람직하지 못하다는 비판이 있다.⁴⁰⁾

다. 유류분반환청구와 기여분 결정의 관할법원이 다른 문제점

문제는 기여분 결정은 가정법원의 전속관할에 속하고 유류분반환청구는 민사사건으로 지방법원의 관할이라는 점이다.

기여도는 가정법원의 상속재산분할협의 등에 부수하여서만 심리할 수 있으나, 민사사건인 유류분반환청구 사건에서 기여상속인은 기여분을 주장할 수 없다(대법원 1994. 10. 14. 선고 94다8334 판결). 반면 가정법원은 상속재판 분할과 기여도 심판을 할 때, 전제가 되는 상속회복청구, 명의신탁 해지로 인한 소유권이전등기청구, 유류분반환청구에 대해서 재판할 수 없다(대법원 2009. 2. 2.자 2008스83 결정). 따라서 가정법원의 상속재산분할재판에서 기여분이 먼저 정해지지 않는 이상 유류분반환청구에서 기여분을 주장할 수 없게 된다.

강학상으로는 상속재산분할 재판이 먼저 진행되어 기여분, 특별수익, 구체적 상속분이 결정된 다음에 유류분반환 재판을 나중에 진행하는 것이 바람직하다고 설명된다. 그러나 유류분반환청구는 1년의 단기소멸시효가 있고(민법 제1117조), 상속재산분할 심판청구는 고유필수적 공동소송으로 상속인들 전부를 대상으로 해야 하기에(가사소송규칙 제110조) 상속인들을 물색하는 데 시간이 걸리는 경우가 많아 실무상 유류분반환청구를 먼저 하고, 뒤이어 상속재산분할 심판청구를 하는 경우가 많다.⁴¹⁾ 또한 이 사건 각 판결과 같이 상속재산

39) 주해상속법 제1권(주8, 이봉민 집필부분), 232.

40) 임채웅, “기여분 연구”, 민사재판의 제문제 19권(2010. 12.), 414-415...

이 남아있지 않은 것이 명백하여 상속재산분할심판을 청구할 필요가 없는 경우, 당사자들은 바로 유류분반환청구를 하게 되고, 이 경우 수증자들이 기여분을 다룰 아무런 방법이 없게 되는 문제가 있다.

반면 기여분이 결정된 경우 유류분이 기여분보다 우선하고, 기여분이 결정되지 않은 이상 유류분반환청구소송에서 기여분을 고려할 수 없다는 판례의 입장(2013라60753 판결)에 따르면, 피상속인이 공동상속인 중 기여분이 있는 상속인에 대하여 유증이나 증여를 하지 않고 사망한 경우, 피상속인은 기여분청구를 통하여 기여분을 인정받을 수 있고, 기여분은 피상속인의 유증이나 증여에 해당하지 않으므로(민법 제1115, 1116조) 유류분반환의 대상이 되지 않는다. 반면 피상속인이 해당 공동상속인의 기여를 고려하여 생전에 증여를 하였다면 이러한 증여는 유류분 반환의 대상이 되고, 유류분반환청구에서 기여분 공제의 항변을 할 수 없게 되어 증여를 받은 경우가 증여를 받지 않은 경우보다 불리해지는 결과가 생긴다.

라. 사건

이 사건 제2 판결은 이러한 현실적인 문제점을 감안하여 사실상 피고의 기여분을 인정하는 차원에서 이와 같은 판결을 하게 된 것으로 보인다. 이 사건 제2 판결은 이러한 기여분과 유류분의 관계 및 현실적인 문제점을 고려하여 기여가 있는 공동상속인에 대한 증여를 특별수익에서 제외함으로써 이와 같은 불균형을 우회적으로 제거하였다고 평가할 수 있다. 이와 같이 이 사건 제2 판결의 결론은 유류분반환청구소송에서 사실상 기여분을 인정한 것과 동일하다.

그러나 이 사건 제2 판결로 인하여 유류분반환청구소송에서 증여나 유증을 받은 상속인이 위 판결을 근거로 자신의 기여를 주장하는 경우가 폭증할 우려가 있다고 생각한다. 이 사건 제2 판결도 이와 같은 문제점을 예상하여 “피상

41) 전보성, “피상속인의 생전 증여에 상속인의 특별한 부양·기여에 대한 대가의 의미가 포함되어 있는 경우, 생전 증여를 특별수익에서 제외할 수 있는지 여부 및 그 판단기준”, 서울고등법원 판례공보스터디, 929.

속인의 생전 증여를 만연히 특별수익에서 제외하여 유류분제도를 형해화시키지 않도록 신중하게 판단하여야 한다”는 점을 명시하고 있는 것으로 보인다.

나아가 위 판결은 법적으로 다른 근거를 가진 특별수익과 기여분을 실질적으로 동일한 기준으로 판단하여 양 제도의 관계를 모호하게 할 우려가 있고, 아래 예시와 같이 유류분반환청구와 기여분결정청구 사이의 중복판단 내지 모순을 초래할 가능성도 있다.

① 유류분반환청구소송에서 이 사건 제2 판결과 같이 제반 사정을 고려하여 기여상속인에 대한 유증이나 증여를 특별수익에서 제외하는 판결을 하였다 하더라도, 기여상속인은 이와 별개로 가정법원의 상속재산분할심판에서 기여분심판을 함께 청구할 수 있다(민법 제1008조의2 제2항).⁴²⁾ 상속재산분할심판과 유류분반환청구는 서로 양립 가능하고 그 제소의 선, 후가 정해져 있는 것도 아니며, 재산분할심판의 경우 유류분반환청구(민법 제1117조)와 달리 단기의 소멸시효가 적용되지도 않기 때문이다. 따라서 이와 같은 경우 가정법원으로서 는 기여상속인의 기여도 등을 고려하여 다시 기여분을 정할 수밖에 없고, 다만 유류분반환청구소송에서 유증이나 증여가 특별수익에 산입되지 않은 점을 민법 제1008조의2 제2항의 ‘기타의 사정’으로 고려할 수 있을 것이다. ② 반면, 유류분반환청구소송에서 이 사건 제2 판결과 달리 기여상속인에 대한 유증이나 증여를 특별수익에 포함하였다 하더라도, 기여상속인은 나머지 상속인들을 상대로 가정법원에 상속재산분할심판을 청구하면서 기여분결정청구를 할 수 있다. 이와 같이 기여분이 결정된 경우, 유류분액을 산정함에 있어 기여분을 공제할 수 없다고 보는 이상(대법원 2015. 10. 29. 선고 2013다60753 판결) 기여분이 인정됨에 따라 유류분액이 달라지지는 않으나, 이와 같이 기여분이 결정된 경우 기여분은 유류분 반환의 대상이 되지 않으므로, 유류분반환청구소송의 결과에도 불구하고 나머지 상속인들은 기여상속인에게 기여분 상당액의 반환을 구할 수 없다.⁴³⁾

42) 기여분 결정청구는 마류 가사비송사건으로서 청구권자를 제외한 나머지 상속인 전원을 상대방으로 하여야 하고(가사소송법 제50조 제1항), 기여분 결정청구는 상속재산분할청구를 하거나 상속개시 후 공동상속인이 된 자가 가액지급청구를 하는 경우에만 할 수 있다(민법 제1008조의2 제4항).

43) 임채웅(주40), 409; 변동열(주17), 893; 주해상속법 제1권(주8, 이봉민 집필부분), 235.

원론적으로 이 문제는 유류분반환청구와 상속재산분할청구의 관할법원이 다르고, 유류분반환청구에서 기여분을 고려할 수 없다는 두 가지 문제점에서 발생한다고 생각한다. 입법론적으로 유류분반환청구에서도 기여분 공제 주장이 가능하도록 하고, 유류분반환청구를 가사사건으로 변경하여 가정법원이 상속재산분할청구, 기여분결정청구, 유류분반환청구를 모두 관할함으로써 상속재산과 관련한 분쟁을 일거에 모순 없이 해결할 필요성이 있다고 생각한다.

8. 추가 검토: 피상속인의 의사에 따른 특별수익 반환의 면제

가. 문제의 제기

이 사건 각 판결의 공통적인 사실관계는 피상속인의 증여 행위이다. 만약 이 사건 각 판결과 동일한 사실관계에서 피상속인이 해당 상속인에게 재산을 증여하지 않았다면 특별수익 자체가 문제되지 않으므로, 법원은 배우자의 이혼 재산분할과의 균형 및 상속인의 기여도를 고려하더라도 위 상속인에게 법정 상속분을 넘는 상속분을 인정할 수 없었을 것이다. 위 각 판결에서 피상속인은 상속인 중 1인에게 재산 전부를 증여하였고, 이때 피상속인은 자신인 사망한 후 위 증여 재산을 나머지 상속인들이 상속재산분할 또는 유류분으로 회수하는 것을 원하지 않았을 것이다. 그러나 우리 민법에는 피상속인이 특별수익자에게 유류분 또는 상속재산분할에 따른 조정 또는 반환을 면제하고 특별수익을 보유하도록 의사표시를 할 권한이 있다는 법적 근거가 없다. 따라서 우리 민법은 피상속인의 의사에 의한 조정의 면제를 인정하고 있지 않다고 해석하는 견해가 다수이고, 하급심에서도 특별수익 판단에 있어 피상속인의 증여 당시 의사는 영향을 주지 않는다고 판시한 예가 있다.⁴⁴⁾ 다만 이에 관하여 일본과 프랑스는 명문의 규정을 두고 있으므로 간단히 살펴보기로 한다.

나. 일본

일본 민법 제903조 제1, 2항은 유증 및 일정한 증여를 특별수익으로서

44) 서울고등법원 2006. 10. 24. 선고 2004르1714 판결 등.

상속분에서 공제한다는 규정을 두고 있다. 한편 2018년 개정 전 본조 제3항은 “피상속인이 제1, 2항의 규정과 다른 의사를 표시한 때에는 그 의사표시는 유류분에 관한 규정에 반하지 아니하는 범위 내에서 그 효력이 있다.”⁴⁵⁾고 규정하다가, 2018년 민법 개정으로, “피상속인이 제1, 2항의 규정과 다른 의사를 표시한 때에는 그 의사에 따른다.”⁴⁶⁾고 개정하였다. 이와 같이 일본 민법은 피상속인의 의사표시가 있는 경우 증여나 유증을 특별수익으로 상속분에서 공제하지 않을 수 있음을 명시하였다.

통상 피상속인은 상속인들 사이의 불균형을 원하지 않으므로, 일본 민법 제903조 제1, 2항의 특별수익 공제는 피상속인의 의사를 추정하여 공동상속인간의 불균형 시정을 목적으로 한다. 한편 제903조 제3항은 피상속인이 공동상속인간의 불균형의 시정을 원하지 않는 의사를 표시한 경우 이러한 의사를 존중한다는 의미이다.⁴⁷⁾ 이때 의사표시의 방법은 생전의 의사표시인지 유언인지, 명시적인지 묵시적인지를 따지지 않는다. 실무는 피상속인이 명시적으로 “공제를 면제한다”고 하는 의사표시를 하지 않았다 하더라도 유언의 문언이나 피상속인의 생전행위의 내용으로부터 피상속인의 공제 면제의 의사표시의 유무를 추인하는 경우가 많다.⁴⁸⁾ 한편 2018년 민법 개정에도 불구하고 특별수익 면제의 의사표시와 유류분의 관계는 변경되지 않았고, 따라서 상속인에 대한 증여 등에 관하여 공제 면제의 의사표시가 있는 경우에 그러한 공제의 면제가 유류분을 침해하는 경우에는 그 범위에서 면제의 범위가 축소된다고 해석된다.⁴⁹⁾

다. 프랑스, 독일

프랑스 민법은 과실과 수입의 증여도 피상속인의 반대의 의사표시가 없는 한 특별수익이 된다고 규정하고 있다(제852조 제2항). 한편 보육, 부양, 교육, 수습비용, 장비 및 결혼식의 통상적인 비용, 관례적 선물은 피상속인의

45) 第九百三条 (特別受益者の相続分) ③ 被相続人が前二項の規定と異なった意思を表示したときは、その意思表示は、遺留分に関する規定に違反しない範囲内で、その効力を有する。

46) 第九百三条 (特別受益者の相続分) ③ 被相続人が前二項の規定と異なった意思を表示したときは、その意思に従う。

47) 新注釈民法 19: 相続(1)(주27, 本山 집필부분), 278

48) 전게서, 278

49) 전게서, 279

반대의 의사표시가 없는 한 특별수익이 아니고(제852조 제1항), 관례적 선물은 그 증여시기와 피상속인의 재산을 고려하여 평가한다고 규정하고 있다(제852조 제2항).⁵⁰⁾ 또한 프랑스 민법 제843조 제1항, 제919조 제1항은 피상속인이 우리 민법상 특별수익의 조정에 해당하는 상속조정 의무를 면제할 수 있다는 취지로 규정한다. 독일 민법 제2050조 제1항은 피상속인이 다른 의사를 표시한 경우에는 특별수익 중 독립자금(Ausstattung)은 조정의 대상이 되지 않는다고 규정한다.⁵¹⁾

9. 나가며

이 글에서는 이 사건 각 판결의 사실관계, 소송의 경과와 대법원의 판단을 살펴보고, 유류분에서 특별수익의 의미에 관한 학설과 판례를 살펴보고, 특별수익의 범위와 유류분 반환청구 및 피상속인의 의사로 특별수익 조정·반환을 면제할 수 있는지에 관한 비교법적인 검토를 하였다. 나아가 이 사건 제1 판결의 이론적 근거와 적용범위에 관하여 세 가지 해석론이 존재함을 확인하고, 그 중 제3 해석론이 타당함을 논증하였다. 나아가 제3 해석론에 따른 이 사건 제1 판결의 쟁점인 배우자상속과 특별수익에 관하여 판례의 태도를 확인하고 비교법적인 분석을 하였다. 한편 이 사건 제2 판결의 이론적인 근거는 이 사건 제1 판결과 달리 보아야 함을 확인하고, 관련 쟁점인 기여분과 유류분의 관계, 특히 유류분반환청구와 기여분 결정의 관할법원이 달라 발생하는 문제점과 이를 해결할 방안을 생각해 보았다.

앞서 살펴본 바와 같이 이 사건 각 판결을 둘러싸고 유류분반환청구에서 특별수익 및 기여분, 이혼 재산분할과의 공평의 측면에서 여러 해석론이 존재하나, 대법원은 어떠한 방법으로든 유류분반환 범위를 축소하고 피상속인의 의사를 존중하는 방향으로 나아가고 있는 것으로 보인다. 이와 관련하여 이 사건 제2 판결 이후 하급심 판례의 동향에 주목할 필요가 있다.

50) 주해상속법 제1권(주8, 이봉민 집필부분), 189 참조.

51) 전계서, 204.

참고문헌

국내문헌

단행본

- 윤진수, 친족상속법강의 2판(2018)
편집대표 곽윤직, 민법주해[XIV] 채권(7), 고영한 집필부분, 박영사, 2009
편집대표 민유숙, 주석민법[상속](김혜진 집필부분), 5판(2020)
편집대표 윤진수, 주해상속법 제1권(이봉민 집필부분), 박영사
편집대표 윤진수, 주해상속법 제2권(최준규 집필부분), 박영사

논문

- 권은민, “상속분, 기여분, 특별수익”, 재판자료 78, 1998.
권재문, “유류분과 기여분의 단절에 대한 비판적 고찰 - 대법원 2015. 10. 29. 선고 2013다60753 판결 -”, 법조 2016. 10.
김승정, “유류분 산정의 기초가 되는 재산 산정과 관련하여, 배우자가 생전 증여받은 재산이 특별수익에 해당하는지 여부”, 사법발전재단, 2016
박세황, “생존배우자 수증재산의 특별수익 해당 여부”, 광주지방법원 재판실무연구, 2015(2016)
변동열, “유류분 제도”, 2003, 민사판례연구 25권(2003. 2.)
윤진수, “유류분 침해액의 산정방법”, 서울대 법학 48-3(2007)
이동진, “배우자의 특별수익, 기여분, 유류분 대법원 2011. 12. 8. 선고 2010다66644 판결”, (2021)
이봉민, “특별한 부양 내지 기여에 대한 대가인 생전 증여가 특별수익에 해당하는지 여부” 대법원판례해설 제131호(2022), 법원도서관
이은정, “민법 제1008조의 해석에 있어서 특별수익 개념과 그 범위”, 안암법학 4, 1996
임채웅, “기여분 연구”, 민사재판의 제문제 19권(2010. 12.)
정구태, “2015년 상속법 관련 주요 판례 회고”, 사법 35호(2016)
조은희, “배우자의 법정상속 강화에 대한 재검토”, 외법논집 33지 제4호(2009. 11.),
최준규, “유류분과 기여분의 관계”, 저스티스 통권 162호(2017)
최행식, “인구구조 변화와 배우자 상속 - 특히, 부부재산제와 관련하여 -”, 가족법연구 21권 1호 (2007. 03.)

기타

전보성, “피상속인의 생전 증여에 상속인의 특별한 부양·기여에 대한 대가의 의미가 포함되어 있는 경우, 생전 증여를 특별수익에서 제외할 수 있는지 여부 및 그 판단기준”, 서울고등법원 판례공보스터디

통계청, 1970-2022 「생명표」

(kosis.kr/statisticsList/statisticsListIndex.do?menuId=M_01_01&vwcd=MT_ZTITLE&parmTabId=M_01_01&outLink=Y&parentId=F.1;F_29.2;#F_29.2)

NH투자증권 100세시대연구소, “2022 대한민국 상위 1% 보고서”, 2022. 4.
(<https://www.nhqv.com/>)

외국문헌

단행본

伊藤昌司, 相續法, 有斐閣, 2002

潮見佳男 편집대표, 新注釈民法 19: 相續(1), 本山 집필부분, 有斐閣, 2023