

유류분반환청구권의 행사에 관한 법적 쟁점
-대법원 2012. 5. 24 선고 2010다50809 판결을 중심으로-
Legal Issues regarding the Exercise of Claim of Return for Secured Portions
- focusing on Supreme Court Decision 2010DA50809 Delivered on May 24, 2012-

정구태
조선대학교 법과대학

Ku-Tae Chung(ktchung@chosun.ac.kr)

요약

민법은 유언의 자유를 인정하여 피상속인으로 하여금 자기의 재산을 자기의 의사대로 처분할 수 있는 자유를 인정하면서도, 유언자유의 원칙을 무제한적으로 관철할 경우 발생할 수 있는 여러 가지 폐단을 방지하고자 유류분제도를 규정함으로써 피상속인에 의한 재산처분의 절대적 자유를 제한하고 있다. 이처럼 유언자유의 원칙과 법정상속 간에 존재하는 모순을 해결하고자 도입된 제도가 바로 유류분제도이다. 유류분제도가 유언자유의 원칙과 법정상속제도의 절충안이라고 일컬어지고 있는 것도 이러한 이유에서이다.

근래 선고된 대법원 2012. 5. 24 선고 2010다50809 판결은 유류분반환청구권의 행사방법, 유류분권 내지 유류분반환청구권의 양도, 공동상속인이 아닌 제3자에 대한 유류분반환청구권의 행사 등 주요 법적 쟁점들을 망라하고 있다는 점에서, 學理的으로 매우 중요한 의미를 갖는다. 이에 本稿에서는 이 판결을 소재로 하여 유류분반환청구권의 행사에 관한 법적 쟁점들을 검토하였다.

■ **중심어** : | 유언의 자유 | 유류분 | 법정상속 | 유류분반환청구권 | 유류분권리자 |

Abstract

Since Civil Law recognizes the freedom of a testament, it recognizes the freedom allowing the decedent to dispose his/her own property at his/her own intention. However, in order to prevent various abuses which may occur when the principle of freedom of testament is carried out unlimited, secured portion system is stipulated. So, absolute freedom of property disposed by the deceased is limited. Likewise, the secured portion system is introduced as the system to resolve the contradiction that exists between principle of freedom of testament and legal inheritance.

Since Supreme Court Decision 2010DA50809 delivered on May 24, 2012 includes major legal issues such as how to exercise of claim of return for secured portions, transfer of the secured proportion or the claim of return for secured portions, and exercise of claim of return for secured portions against a third party. So, it has a very important meaning. In this paper, legal issues regarding the exercise of claim of return for secured portions have been reviewed with this decision.

■ **keyword** : | Science Technology | Secured Portions | Legal Inheritance | the Claim of Return for Secured Portions | a Person Entitled to Secured Portions |

I. 사안의 개요 및 소송의 경과

1. 사안의 개요

- ① 피상속인 A(女, 2007. 11. 20. 사망)에게는 자녀들로서 원고 B, 소외 C, 피고 D가 있고, 피고 E는 D의妻이다.
- ② A 소유였던 이 사건 토지에 관하여, 1998. 6. 8. 증여를 원인으로 피고들(D, E) 앞으로 각 1/2 지분에 관하여 소유권이전등기가 경료되었다.
- ③ 원고(B)는 2007. 12. 7.경 피고들(D, E)의 집을 찾아가 피고들이 A로부터 이 사건 토지를 증여받은 사실을 거론하며 피고들에게 2억 원을 지급할 것을 요구하였고, 피고들이 이를 거절하자, “내가 국세청이고 어디고 다 뒤엎을 거야. 너희들이 엄마한테 받은 상동 땅도 내가 찾아 가는가 못 찾아가는가 두고 봐. 확 뒤집어 엎어버릴거다.”라고 하면서 소송을 제기하겠다고 말하였다.
- ④ 이후, 원고(B)는 2008. 12. 16.자 준비서면에 의하여 피고들(D, E)에게 유류분반환청구권을 행사한다는 의사를 표시하였다.

2. 소송의 경과

1.1 제1심 및 원심판결

제1심 판결(서울중앙지방법원 2009. 6. 18. 선고 2008가합51040 판결)과 원심판결(서울고등법원 2010. 5. 19. 선고 2009나68936 판결)은 공히, A가 사망한지 1년이 지난 뒤인 2008년 12월자 준비서면에 의하여 B가 유류분반환청구권을 행사하였다고 보고, 민법 제1117조에서 정한 1년의 단기소멸시효기간이 경과하여 B의 유류분반환청구권은 소멸하였다고 판시하였다(원고의 청구기각).

1.2 대법원 2012.5.24. 선고 2010다50809 판결의 요지: 파기환송

【판시사항】

- [1] 구체적으로 유류분반환청구 의사가 표시되었는지를 판단하는 방법
- [2] 공동상속인이 아닌 제3자에게 한 증여에 관하여 유

류분반환청구가 인정되기 위한 요건

【판결요지】

[1] 구체적으로 유류분반환청구 의사가 표시되었는지는 법률행위 해석에 관한 일반원칙에 따라 의사표시의 내용과 아울러 의사표시가 이루어진 동기 및 경위, 당사자가 의사표시에 의하여 달성하려고 하는 목적과 진정한 의사 및 그에 대한 상대방의 주장·태도 등을 종합적으로 고찰하여 사회정의와 형평의 이념에 맞도록 논리와 경험의 법칙, 그리고 사회일반의 상식에 따라 합리적으로 판단하여야 한다. 상속인이 유증 또는 증여행위가 무효임을 주장하여 상속 내지는 법정상속분에 기초한 반환을 주장하는 경우에는 그와 양립할 수 없는 유류분반환청구권을 행사한 것으로 볼 수 없지만, 상속인이 유증 또는 증여행위의 효력을 명확히 다투지 아니하고 수익자 또는 수증자에 대하여 재산분배나 반환을 청구하는 경우에는 유류분반환의 방법에 의할 수밖에 없으므로 비록 유류분 반환을 명시적으로 주장하지 않더라도 그 청구 속에는 유류분반환청구권을 행사하는 의사표시가 포함되어 있다고 해석함이 타당한 경우가 많다.

[2] 공동상속인이 아닌 제3자에 대한 증여는 원칙적으로 상속개시 전의 1년간에 행한 것에 한하여 유류분반환청구를 할 수 있고, 다만 당사자 쌍방이 증여 당시에 유류분권리자에 손해를 가할 것을 알고 증여를 한 때에는 상속개시 1년 전에 한 것에 대하여도 유류분반환청구가 허용된다. 증여 당시 법정상속분의 2분의 1을 유류분으로 갖는 직계비속들이 공동상속인으로서 유류분권리자가 되리라고 예상할 수 있는 경우에, 제3자에 대한 증여가 유류분권리자에게 손해를 가할 것을 알고 행해진 것이라고 보기 위해서는, 당사자 쌍방이 증여 당시 증여재산의 가액이 증여하고 남은 재산의 가액을 초과한다는 점을 알았던 사정뿐만 아니라, 장래 상속개시일에 이르기까지 피상속인의 재산이 증가하지 않으리라는 점까지 예견하고 증여를 행한 사정이 인정되어야 하고, 이러한 당사자 쌍방의 가해의 인식은 증여 당시를 기준으로 판단하여야 한다.

II. 序言

유류분이란, 피상속인의 의사로부터 법정상속인을 보호하기 위해 피상속인의 재산처분의 자유를 제한하여 법률상 상속인에게 귀속하는 것이 보장된 상속재산 중의 일정비율을 뜻한다. 상속재산 중 상속인 등의 일정한 자에게 유보되는 몫이라고 하여 ‘遺留分’이라고 일컬어진다[1]. 바꿔 말해, 유류분이란 피상속인의 입장에서 보면 상속에 있어서 상속인을 위하여 그의 몫으로 반드시 남겨 두어야 할 일정한 재산을 가리키고, 상속인의 입장에서 보면 법률상 그 몫이 보장되어 있는 피상속인의 재산의 일정액을 지칭한다.

근대사회에서는 계약자유 내지 법률행위자유 원칙과 소유권절대의 원칙에 근거하여 개인의사에 의한 재산처분의 자유가 인정되고 있으며, 그것이 상속법의 영역에서는 유언의 자유로서 나타나고 있다. 그러나 다른 한편으로 유언자유의 원칙을 무제한적으로 관철할 경우 법정상속인이 모두 상속에서 배제됨으로써 상속인이 경제적으로 궁핍하고 열악한 상황에 처하게 될 위험이 있다. 피상속인의 근친과 배우자에게 상속권을 인정할 이유는 무엇보다도 피상속인 사후에 이들에 대한 부양을 보장하기 위함인데, 피상속인이 재산을 처분한 결과 유족들에게 아무런 재산도 남지 않게 되거나 근소한 재산만이 남게 된다면 이들의 생계는 위협받을 수밖에 없다. 근본적으로 이러한 결과는 유족에 대한 사후부양 기능을 전면에 내세우고 있는 법정상속제도의 취지에도 정면으로 반하는 것이다[2].

그리하여 민법은 유언의 자유를 인정하여 피상속인으로 하여금 자기의 재산을 자기의 의사대로 처분할 수 있는 자유를 인정하면서도, 유언자유의 원칙을 무제한적으로 관철할 경우 발생할 수 있는 여러 가지 폐단을 방지하고자 유류분제도를 규정함으로써 피상속인에 의한 재산처분의 절대적 자유를 제한하고 있다. 이처럼 유언자유의 원칙과 법정상속 간에 존재하는 모순을 해결하고자 도입된 제도가 바로 유류분제도이다. 유류분제도가 유언자유의 원칙과 법정상속제도의 절충안이라고 일컬어지고 있는 것도 이러한 이유에서이다. 다시 말해, 유류분제도는 피상속인에 의한 재산처분의 자유 및 거래의 안전과, 상속인의 생활보장 및 상속재산의

공평한 분배라는 상반되는 요구의 타협·조정의 산물이다[4].

근래 선고된 연구대상판결은 유류분반환청구권의 행사방법(Ⅲ), 유류분권 내지 유류분반환청구권의 양도(Ⅳ), 공동상속인이 아닌 제3자에 대한 반환청구(Ⅴ) 등, 유류분반환청구권의 행사에 관한 주요한 법적 쟁점들을 망라하고 있다는 점에서, 學理的으로 매우 중요한 의미를 갖는다. 이하에서 위 쟁점별로 검토하기로 한다.

III. 유류분반환청구권의 행사방법

유류분반환청구권의 행사에 관하여는 상속회복청구권의 행사(민법 제999조 제1항)와 같이 이를 提訴의 방법으로 하여야 한다는 명문의 규정이 없으므로, 유류분반환청구권의 행사는 재판상 또는 재판외에서 상대방에 대한 의사표시의 방법으로 하면 족하다. 즉 유류분반환청구의 의사표시는 상대방 있는 단독행위이다[5]. 다만 진정한 회복을 위한 소유권이전등기청구나 소유권말소등기청구의 소장에 유류분반환청구의 뜻을 기재하여 법원에 제출한 경우에는 그 소장부분이 상대방에게 송달됨으로써 유류분반환청구권을 행사한 것이 됨은 물론이다. 따라서 유류분반환청구권을 재판상 행사하는 경우에는 별도로 상대방에 대한 의사표시를 할 필요가 없다[6].

그렇다면 유류분반환청구의 의사표시는 무엇을 대상으로 하며 어느 정도로 특정되어야 할 것인가? 생각건대, 유류분반환청구의 의사표시는 유류분을 침해하는 증여 또는 유증을 실효시키기 위한 것이므로, 그 증여 또는 유증을 특정하여 유류분반환청구권을 행사한다는 의사표시를 하는 것으로 충분하고, 반환청구의 대상과 범위 및 순서까지 특정할 필요는 없다. 다만, 그 유류분반환청구권 행사의 결과 유류분권리자에게 귀속된 구체적인 권리에 기하여 목적물의 반환 등을 訴求하는 경우에는 履行의 訴의 특성상 그 대상과 범위를 변론종결시까지 특정하여야 하고, 그 판결의 기판력도 그 소송에서 목적물로 특정된 것에 대해서만 미친다[7].

대법원 1995. 6. 30. 선고 93다11715 판결도 유류분반환청구권의 법적 성질을 형성권으로 이해하는 전제에

서, “유류분반환청구권의 행사는 재판상 또는 재판 외에서 상대방에 대한 의사표시의 방법으로 할 수 있고, 이 경우 그 의사표시는 침해를 받은 유증 또는 증여행위를 지정하여 이에 대한 반환청구의 의사를 표시하면 그것으로 족하고 그로 인하여 생긴 목적물의 이전등기청구권이나 인도청구권 등을 행사하는 것과는 달리 그 목적물을 구체적으로 특정하여야 하는 것은 아니”라고 판시하였다.

대상판결에서, 원고(B)는 피고들(D, E)만이 피상속인 A의 거의 유일한 부동산인 이 사건 토지를 증여받은 것이 부당하다고 생각하고, 피상속인이 사망한지 2주일 남짓 후 피고들의 집을 찾아가 이 사건 토지의 증여를 인정하는 전제에서 금전지급을 요구하는 등 재산 분배를 요구하다가 피고들로부터 거절당하자, 피고들이 이 사건 토지를 독차지한 것을 비난하며 자신도 이 사건 토지에 대한 권리를 회복할 것이고 이를 위하여 소송도 마다하지 않겠다는 취지의 의사표시를 한 것으로 볼 수 있다.

더욱이 이 사건 토지가 이미 피고들에게 증여된 사실을 알고 있던 원고로서는 이 사건 토지에 대한 상속인으로서의 권리를 적법하게 회복하기 위하여, 유류분반환청구권을 행사하는 외에는 별다른 방법이 없었다.

그렇다면, 원고가 상속개시 및 반환하여야 할 증여가 있음을 안 때인 2007. 11. 20.부터 1년이 지나지 않은 시점인 2007. 12. 7.경에 피고들의 집을 찾아가, “내가 국세청이고 어디고 다 뒤엎을 거야. 너희들이 엄마한테 받은 상동 땅도 내가 찾아 가는가 못 찾아 가는가 두고 봐. 확 뒤집어 엎어버릴거다.”라고 하면서 소송을 제기하겠다고 말한 것은, 원고의 유류분을 침해한 이 사건 토지에 대한 증여행위를 지정하여 반환청구의 의사를 표시한 것으로서, 민법 제1117조의 행사기간 내에 적법하게 유류분반환청구권을 행사한 것으로 봄이 상당하다. 이와 같은 취지에서 대상판결이 이와 달리 판단한 원심판결을 파기환송한 것은 타당하다고 생각한다.

한편, 유류분반환청구권의 법적 성질을 형성권으로 파악하는 한, 유류분반환청구권 그 자체는 상대방에 대한 의사표시으로써 효력이 발생하고, 이를 재판상 행사한 경우에 있어서도 소송물로 되는 것은 유류분반환청구권 그 자체가 아니라 유류분반환청구의 효과로서 유류분권

리자에게 귀속된 구체적인 권리, 즉 물권적 청구권으로서 소유물반환청구권 또는 부당이득반환청구권으로서 급부이득에 대한 반환청구권이라고 보아야 한다[8].

그렇다면, 민법 제1117조 소정의 각 기간은 유류분반환청구권 자체의 행사기간을 정한 것이고, 유류분반환청구권의 행사로 인하여 생긴 구체적인 권리는 그 성질에 따라 별도로 소멸시효에 걸린다고 볼 것이다. 즉, 유류분반환청구권의 행사에 의하여 유류분권리자는 물권적 청구권은 물론 상대방의 점유에 대한 부당이득반환청구권도 취득하는바, 물권적 청구권은 그 성질상 소멸시효에 걸리지 않지만, 예컨대, 원물반환이 불가능하여 유류분권리자가 수증자를 상대로 가액반환청구권을 행사하는 경우, 이는 부당이득반환청구권으로서 10년의 소멸시효에 걸리며, 그 소멸시효의 기산점은 상속개시 시가 아니라 유류분반환청구권을 행사하여 부당이득반환청구권이 비로소 발생한 때로 보아야 한다[9].

대상판결에서, 원고(B)가 2008. 12. 16.자 준비서면에 의하여 피고들(D, E)에게 유류분반환청구권을 행사한다는 의사를 표시한 것은, 원고 자신이 2007. 12. 7.경 유류분반환청구권을 행사함으로써 취득한 구체적 권리로서 피고들에 대한 물권적 청구권을 소송상 행사한다는 취지로 선해할 수 있고, 이 경우 B의 물권적 청구권은 그 성질상 소멸시효에 걸리지 않는다고 할 것이다.

IV. 유류분권 내지 유류분반환청구권의 양도

유류분반환청구권을 행사할지 여부는 전적으로 유류분권리자의 자율적 의사에 맡겨져 있는 인적 결단으로서 강한 인적 특성을 가지고 있다는 점에서, 유류분반환청구권은 유류분권리자 각자에게 부여된 개별적이고도 개인적인 권리이다[10]. 따라서 유류분권리자가 수인인 경우라고 하더라도 반환청구권의 행사 여부는 각자의 자유의사에 맡겨져 있을 뿐 이를 공동으로 행사하여야 하는 것은 아니며, 1인의 권리행사의 결과가 다른 권리자에게 영향을 미치는 것도 아니다[11].

대상판결에서도 피상속인 A의 증여로 인해 자신의 유류분을 침해당한 유류분권리자는 B와 C이지만, 유류분을 침해한 피고들(D, E)을 상대로 실제로 유류분반환

청구권을 행사하고 있는 자는 B 혼자이고, C는 자신의 유류분반환청구권을 행사하고 있지 않다.

그런데, 대상판결에서 원고(B)는 2008. 5. 26.경 C로부터 유류분반환청구권을 양수하였다고 주장하며, B 자신의 유류분뿐만 아니라 C의 유류분에 기하여도 반환청구를 하고 있으므로, 그 청구의 當否가 문제된다.

이에 대하여 대상판결은 위 III.에서 본 바와 같이, 원고(B)가 2007. 12. 7.경 피고들(D, E)에 대하여 한 행위에 유류분반환청구의 의사표시가 포함되어 있어 이로써 원고(B) 자신의 유류분에 기한 반환청구의 소멸시효가 중단되었다고 볼 수 있다 하더라도, 특별한 사정이 없는 한 그러한 의사표시에 원고 자신(B)의 유류분과는 별개인 C의 유류분에 기한 반환청구의 의사표시까지 포함되어 있다고 보기 어려우므로 이에 대한 소멸시효까지 중단되었다고 볼 수 없다고 판시하여, C의 유류분반환청구권은 민법 제1117조의 행사기간의 경과로 인해 소멸하였다고 판시하였다.

이러한 대상판결의 판시는 일단 유류분반환청구권의 양도 자체는 가능함을 전제로 한다. 그러나 판례와 같이 유류분반환청구권을 형성권으로 파악하는 한, 피상속인의 처분행위에 대한 개별적 유류분반환청구권만의 양도는 인정되기 어렵다고 보아야 한다. 왜냐하면 형성권은 일정한 기초권리를 전제로 그것과 불가분의 관계에 있는 권리로서, 형성권만을 그 기초권리와 분리하여 양도할 수는 없기 때문이다[12]. 즉, 유류분반환청구권은 유류분권에 기해 파생된 권리이므로[13], 유류분반환청구권을 형성권으로 보는 한 그 기초권리인 유류분권과는 별개로 개별적인 유류분반환청구권만을 양도하는 것은 인정될 수 없다[14].

그렇다면, 유류분반환청구권을 양도하기 위해서는 그 기초가 되는 권리인 유류분권 자체를 양도하는 방법밖에 없다. 유류분권은 상속권을 전제로 하여 인정되는 포괄적 지위이므로 유류분권의 양도는 상속권이 이전되는 경우에만 인정될 수 있다. 예컨대 상속인은 상속개시된 때로부터 피상속인의 재산에 관한 권리의무를 포괄적으로 승계하므로(민법 제1005조), 유류분권리자의 상속인은 유류분권리자의 포괄승계인으로서 당연히 유류분반환청구권을 행사할 수 있다[15].

또한 민법 제1011조는 공동상속인 중 1인이 자신의

상속분을 공동상속인이 아닌 제3자에게 양도할 수 있음을 전제로 하고 있는바[16], 공동상속인이 아닌 제3자에게 상속분을 양도할 수 있다면, 공동상속인에게 상속분을 양도하는 것도 얼마든지 가능하다고 볼 것이므로(물론해석), 유류분권리자가 자신의 상속분을 다른 공동상속인에게 양도하는 경우에는 그의 유류분권도 함께 이전된다고 볼 것이다[17].

결국 대상판결에서 C가 B에게 유류분반환청구권을 양도하기 위해서는 자신의 상속분 자체를 B에게 양도하는 방법밖에 없으며, 이로써 C는 상속재산 중 적극재산은 일절 취득하지 못하면서, 소극재산인 상속채무는 자신의 법정상속분에 따라 부담하게 되고, B는 C로부터 유류분권을 양수한 대신, 자신(B)이 부담하는 고유의 상속채무 외에 C의 상속채무를 C와 함께 중첩적·병존적으로 부담하게 될 것이다. 대상판결이 이와 같은 논리구성을 취하지 않고 아무런 근거도 제시하지 않은 채 C가 B에게 개별적 유류분반환청구권을 양도할 수 있음을 전제로 판단한 것은 타당하다고 보기 어렵다.

V. 공동상속인이 아닌 제3자에 대한 반환청구

민법 제1118조는 민법 제1008조를 준용하고 있으므로, 공동상속인에 대한 증여는 그것이 특별수익에 해당하는 이상[18], 민법 제1114조 제1문 소정의 “상속개시 전의 1년간에 행한 것”에 한하지 않고 그 기간의 제한 없이 유류분 산정을 위한 기초재산에 산입된다[19]. 따라서 대상판결에서 A가 공동상속인인 D에게 행한 증여는 그것이 특별수익에 해당하는 한, 제1114조의 기간 제한에 관계없이 B의 유류분 산정을 위한 기초재산에 당연히 산입된다.

반면에 공동상속인이 아닌 제3자에 대한 증여는 제1114조 제2문 소정의 “당사자 쌍방이 유류분권리자에게 손해를 가할 것을 알고 한” 것이 아닌 한, 상속개시 전의 1년간에 행한 것만 유류분 기초재산에 산입된다[20].

여기서 “유류분권리자에게 손해를 가할 것을 알았다”고 함은, 증여계약을 기준으로 하여 객관적으로 유류분권리자에게 손해를 주게 될 사실관계, 즉 유류분권리자의 유류분에 부족이 생긴다는 사실을 아는 것으로 족

하고, 가해의 목적이나 의사까지 있어야 하는 것은 아니다[21]. 기본적으로 증여로 인하여 유류분이 침해된다는 사실의 인식과 장래 피상속인의 재산이 증가할 수 없다는 예견, 두 가지 요건이 충족되면 손해를 가할 것을 알았다고 인정할 수 있을 것이다[22].

대상판결도 이와 같은 취지에서 “제3자에 대한 증여가 유류분권리자에게 손해를 가할 것을 알고 행해진 것이라고 보기 위해서는, 당사자 쌍방이 증여 당시 증여 재산의 가액이 증여하고 남은 재산의 가액을 초과한다는 점을 알았던 사정뿐만 아니라, 장래 상속개시일에 이르기까지 피상속인의 재산이 증가하지 않으리라는 점까지 예견하고 증여를 행한 사정이 인정되어야 하고, 이러한 당사자 쌍방의 가해의 인식은 증여 당시를 기준으로 판단하여야 한다.”고 판시하였다.

증여당사자의 가해인식 및 예견을 판단함에 있어서는 증여재산의 전재산에 대한 비율, 증여의 시기, 증여자의 연령, 건강상태, 직업, 증여자의 재산이 장차 증가할 가능성이 있다고 볼 수 있었는지의 여부 등을 종합적으로 고려하여야 한다. 예컨대 고령의 병약한 피상속인이 전재산 또는 재산의 상당부분을 증여하고 그 후 1년여가 지나 사망한 경우에는 당사자가 유류분권리자에게 손해를 가할 것을 알았다고 볼 수 있다[23]. 물론 증여의 시기가 오래 전일수록 가해의 인식 및 예견이 증명되기란 쉽지 않을 것이다[24]. 이에 대한 증명책임은 유류분권리자에게 있다[25].

대상판결에서 E는 공동상속인인 D의 처로서 공동상속인이 아닌 제3자이다. 그런데 A가 E에게 이 사건 토지의 1/2를 증여한 것은 1998. 6. 8.이므로, A와 E가 유류분권리자인 B에게 손해를 가할 것을 알고 증여한 것이 아닌 한, E에 대한 증여는 유류분 기초재산에 산입될 수 없다. 상속개시일로부터 약 9년 전에 증여가 행해졌다는 점에 비추어 보면, B가 A와 E의 가해인식 및 예견을 증명하기란 사실상 어려울 것이다.

어찌되었든 위 증여가 A의 사망 전의 1년간에 행해지지 않았다는 사유만으로는 E가 수증한 위 토지 지분이 유류분반환청구 대상에서 배제될 수 없고, B가 주장하는 바와 같이 A와 E가 위 증여 당시 유류분권리자에게 손해를 가할 것을 알고 증여를 하였는지 여부에 관하여 심리·판단한 후라야 위 증여에 대한 유류분반환청구

가 허용될 수 있는지 여부가 가려질 수 있다.

그런데 원심은 B의 위 주장 부분에 대하여 아무런 판단을 하지 아니한 채 E가 수증한 위 토지 지분은 A의 사망 전의 1년간에 행해진 증여재산이 아니라는 이유만으로 위 증여에 대한 유류분반환청구는 배척되어야 한다고 판단하였으므로, 이러한 원심판결에는 민법 제 1114조의 해석·적용에 관한 법리를 오해하고 판단을 누락하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다. 이와 같은 취지에서 대상판결이 원심판결을 파기환송한 것은 타당하다고 생각한다.

VI. 結語

이상에서의 논의를 요약하면 다음과 같다.

첫째, 유류분권리자가 유증 또는 증여행위의 효력을 명확히 다투지 않고 수증자에 대하여 재산분배를 요구하는 경우, 유류분권리자가 법적으로 그 재산을 반환받기 위해서는 유류분반환청구권을 행사하는 수밖에 없기 때문에, 비록 유류분권리자가 유류분반환을 명시적으로 주장하지는 않았더라도 그 반환청구 속에는 유류분반환청구권을 행사하는 의사표시가 포함되어 있다고 해석하여야 한다. 이러한 해석은 유류분권리자가 의사표시에 의하여 달성하려고 하는 목적과 그의 진정한 의사와 부합한다는 점에서 법률행위 해석의 일반원칙인 자연적 해석으로서 정당화될 수 있다. 이와 같은 취지로 판단한 대상판결의 태도는 타당하다고 생각한다.

둘째, 유류분반환청구권을 형성권으로 파악하는 한, 유류분반환청구권은 그 기초가 되는 권리인 유류분권과 불가분의 관계에 있는 권리로서, 유류분권의 이전 없이 개별적 유류분반환청구권만을 양도하는 것은 인정될 수 없다고 보아야 한다. 이와 달리, 대상판결이 별다른 근거도 제시하지 않은 채 유류분반환청구권만의 양도도 가능함을 전제로 판단하고 있는 것은 법리적 근거가 부족하다고 생각된다.

셋째, 피상속인이 공동상속인이 아닌 제3자에 대하여 행한 증여는 당사자 쌍방이 유류분권리자를 해할 것을 알고 한 것이 아닌 한, 상속개시 전의 1년간에 행한 것만 유류분 산정을 위한 기초재산에 산입된다. 이때 제3

자에 대한 증여가 유류분권리자에게 손해를 가할 것을 알고 행해진 것이라고 보기 위해서는, 당사자 쌍방이 증여 당시 증여재산의 가액이 증여하고 남은 재산의 가액을 초과한다는 점을 알았던 사정뿐만 아니라, 장래 상속개시일에 이르기까지 피상속인의 재산이 증가하지 않으리라는 점까지 예견하고 증여를 행한 사정이 인정되어야 하고, 이러한 당사자 쌍방의 가해의 인식은 증여 당사를 기준으로 판단하여야 하며, 그러한 사정의 존재에 대한 증명책임은 유류분권리자가 부담하여야 한다. 이와 같은 취지에서 판단한 대상판결의 태도는 타당하다고 생각한다.

참 고 문 헌

[1]곽윤직, 상속법, 박영사, p.445, 1997.
 [2]김주수·김상용, 친족·상속법(제10판), 법문사, p.735, 2011.
 [3]김상용, “자녀의 유류분권과 배우자 상속분에 관한 입법론적 고찰”, *우리 민법학은 지금 어디에서 있는가?*, 한국민사법학회, pp.672-673, 2007.
 [4]신영호, *로스쿨 가족법강의*, 세창출판사, p.468, 2010.
 [5]이진만, “유류분의 산정”, *민사판례연구*, 제19권, 민사판례연구회, p.382, 1997.
 [6]김능환, “유류분반환청구”, *재판자료*, 제78권, 법원도서관, p.44, 1998.
 [7]이희영, “유류분 산정방법”, *민사재판의 제문제*, 제9권, 민사실무연구회, pp.393-394, 1997.
 [8]정구태, “유류분반환청구권의 법적 성질에 대한 이론적 고찰 -방법론적 관점에서 본 물권적 형성권설과 채권적 형성권설의 통합적 이해-”, *동아법학*, 제42호, 동아대학교 법학연구소, p.235, 2008.
 [9]정구태, “유류분반환청구권의 행사기간에 관한 제문제 -물권적 형성권설과 채권적 형성권설의 통합적 이해를 바탕으로 하여-”, *안암법학*, 제27호, 안암법학회, p.331, 2008.

[10]정구태, “유류분반환청구권이 채권자대위권의 목적이 되는지 여부 -일본에서의 논의를 바탕으로 한 종래 국내의 통설에 대한 비판적 검토-”, *가족법연구*, 제22권, 제1호, 한국가족법학회, pp.231-233, 2008.
 [11]박병호, *가족법*, 한국방송통신대학교 출판부, p.482, 1991.
 [12]명순구, *민법총칙*, 법문사, p.80, 2005.
 [13]상속이 개시되면 일정한 범위의 상속인은 상속 재산에 대하여 일정한 몫(유류분)을 확보할 수 있는 포괄적 지위로서 유류분권을 가지게 되며, 이로부터 유류분을 침해하는 피상속인의 증여나 유증이 있는 경우에 수증자·수유자에 대하여 침해된 유류분의 반환을 청구할 수 있는 파생적 권리로서 유류분반환청구권이 발생한다. 그러한 점에서 유류분권은 개개의 반환청구권의 원천인 추상적·기본적 권리이다. 이경희, *가족법(제2전정판)*, 법원사, p.612, 2012.
 [14]정구태, “유류분권리자의 승계인의 범위 -포괄적 유증의 법적 성질에 대한 종래 통설의 비판적 검토-”, *안암법학*, 제28호, 안암법학회, p.145, 2009.
 [15]정구태, 위[14]의 논문, p.117.
 [16]대법원 2006. 3. 24. 선고 2006다2179 판결은 “제1011조 제1항에서 말하는 상속분의 양도란 상속재산분할 전에 적극재산은 물론 소극재산까지 모두 포함한 상속재산 전부에 관하여 공동상속인이 가지는 포괄적 상속분, 즉 ‘상속인 지위’의 양도를 의미한다”고 판시하였다. 상속분 양도의 본질을 이와 같이 파악한다면 상속분 양도에 의해 상속채무도 양수인에게 이전된다고 볼 수밖에 없을 것이다.
 [17]다만, 상속분 양도에 의해 상속채무가 양수인에게 면책적으로 인수된다고 볼 경우 책임재산이 변경되어 상속채권자를 해할 위험이 있으므로, 상속분 양도에 의해 상속채무를 포함한 상속상의 지위는 일체로 양수인에게 이전되지만, 그럼에도 불구하고 양도인은 여전히 자신의 법정상

속분에 따라 상속채무를 부담한다고 보아야 할 것이다. 바꿔 말해 양수인은 자기 고유의 상속채무를 부담하는 외에, 양도인의 상속채무에 관하여는 양도인과 함께 중첩적·병존적으로 채무를 부담한다고 볼 것이다. 정구태, 위[14]의 논문, p.139.

- [18] 공동상속인에 대한 증여가 특별수익인지 여부는 ‘무상성’(“가치의 교환으로서 행해진 것이가?”)과 ‘형평성’(“상속인 간의 형평을 깨뜨리는 것인가?”)이라는 객관적 기준에 따라 판단하여야 한다. 바꿔 말해, 특별수익에 해당하는지 여부는 피상속인의 생전의 자산, 수입, 생활수준, 가정 상황 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. 가령 생전증여를 받은 상속인이 배우자로서 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 생전증여를 특별수익에서 제외하더라도 자녀인 공동상속인들과의 관계에서 공평을 해친다고 말할 수 없다. 대법원 2011. 12. 8. 선고 2010다66644 판결은 이와 같은 취지를 명백히 한 최근 판결이라는 점에서 크게 주목할 만하다. 이 판결은, 甲이 乙과 사이에 딸 丙 등과 아들 丁을 두고 乙의 사망시까지 43년 4개월 남짓의 혼인생활을 유지해 오다가 乙의 사망 7년 전에 乙에게서 부동산을 생전 증여받은 사안에서, 乙이 부동산을 甲에게 생전 증여한 데에는 甲이 乙의 妻로서 평생을 함께 하면서 재산의 형성·유지과정에서 기울인 노력과 기여에 대한 보상 내지 평가, 청산, 부양의

무 이행 등의 취지가 포함되어 있다고 볼 여지가 충분하고, 이를 반드시 공동상속인 중 1인에 지나지 않는 甲에 대한 상속분의 선급이라고 볼 것만은 아니므로, 위 부동산 외에는 아무런 재산이 없던 乙이 이를 모두 甲에게 증여하였다는 사정만으로 증여재산 전부를 특별수익에 해당한다고 본 원심판결에는 배우자의 특별수익에 관한 법리오해의 위법이 있다고 판시하였다.

- [19] 정구태, “공동상속인 간의 유류분반환과 특별수익 -헌법재판소 2010. 4. 29. 선고 2007헌바144 결정을 중심으로-”, 가족법연구, 제24권, 제3호, 한국가족법학회, p.472, 2010.
- [20] 성립요건주의를 취하고 있는 우리 법제 하에서 ‘상속개시 전의 1년간에 행한 증여’라 함은, 증여계약이 행해진 시기와 관계없이 증여계약이 이행된 시점, 가령 부동산증여의 경우 그 소유권이전등기가 상속개시 전의 1년간에 행해진 경우를 뜻한다고 보아야 한다. 오수원, “유류분산정에 가산되는 증여의 기준시점”, 법학논총, 제17집 제1호, 조선대학교 법학연구원, p.317, 2010.
- [21] 박윤직, 위[1]의 책, p.457.
- [22] 中川淳 執筆部分, (新版)注釋民法[28], 有斐閣, pp.464-465, 2002는, 만일 증여 당시 그 처분이 유류분을 침해하는 것을 알았다는 것만으로 가해의 인식을 인정한다면, 피상속인은 사망시까지 유류분 상당액의 재산을 처분하는 것이 제한되어 피상속인의 생전처분의 자유를 지나치게 제한하는 것으로 되고, 개인의 재산상태는 끊임 없이 변동되는 것이어서 증여 당시에는 별다른 재산이 없더라도 그 사망시까지의 상당한 재산을 축적할 가능성이 있는 경우도 상정할 수 있기 때문에, 장래 피상속인의 재산이 증가할 수 없다는 예견까지도 그 요건으로 하는 것이라고 한다.
- [23] 변동열, “유류분 제도”, 민사판례연구, 제25권, 민사판례연구회, p.834, 2003은, 증여가 장래 유류분을 침해할 것이라는 점에 대한 인식만 있으면

충분하다고 하면서도 이를 증명하기란 거의 불가능할 것이라고 보고 있다. 그러나 문제되는 증여가 상속개시 전 1년에 근접해 있는 한 그러한 증명이 반드시 불가능하다고만은 볼 수 없을 것이다.

[24] 양수산, 친족상속법, 한국외국어대학교 출판부, p.793, 1999년, 예컨대 10년 전의 증여에 대하여도 반환청구를 인정하면 법률관계의 안정이 이루어지지 않는다는 이유로 이 경우에도 시간상의 제한을 둘 필요가 있다고 주장한다. 그러나 10년 전의 증여에 대하여 당사자 쌍방이 유류분 권리자를 해하는 것임을 알았다고 법원이 인정할 가능성은 매우 희박하므로 별도로 시간상의 제한을 둘 필요는 없을 것이다.

[25] 박병호, 위[11]의 책, p.476.

저 자 소 개

정 구 태(Ku-Tae Chung)

정회원



- 2001년 2월 : 고려대학교 법과대학(법학사)
- 2003년 2월 : 고려대학교 대학원 법학과(법학석사)
- 2010년 2월 : 고려대학교 대학원 법학과(법학박사)

▪ 2010년 9월 ~ 현재 : 조선대학교 법과대학 조교수
<관심분야> : 민법, 가족법, 친족법, 상속법