

상속형 신탁과 유류분의 관계

이 관 형*

〈국문초록〉

상속형 신탁의 일종인 유언대용신탁 및 수익자연속신탁을 활용하더라도 일부 상속인들에게 보장되는 법정상속분인 유류분을 상속인의 최소한 생계 보장 및 상속인 사이의 실질적 형평을 위하여 인정해야 한다. 신탁재산은 유류분반환청구의 대상이 되지 않는다는 견해가 있으나, 신탁이라는 형식에 치중하여 그 실질을 고려하지 않은 법리로 상속형 신탁을 활용하여 민법이 규율하고 있는 상속제도 즉, 유류분을 실질적으로 무용하게 할 수 있다는 점에서 받아들이기 어려운 해석론이다. 우리나라는 1심 판례에서 신탁재산은 유류분반환청구의 대상이 되지 않는다는 결론을 내린 바 있으나, 2심에서는 그 부분에 대한 판단을 유보하였다. 일본의 판례는 신탁재산 또한 유류분반환청구의 대상이 됨을 전제로 유류분을 보장하지 않은 신탁계약을 반사회질서 법률행위에 해당한다고 보아 무효로 해석하여, 유류분을 회피하기 위한 상속형 신탁은 인정할 수 없음이 확인되었다. 그렇다면, 상속형 신탁 또한 유류분 반환청구권에서 벗어날 수 없으며, 상속인 중 일부에게 유류분을 보장하지 않은 경우, 유류분반환청구의 분쟁은 일어날 수 있다.

본 논문은 상속형 신탁에 관한 유류분반환청구가 증가할 것에 대비하여 유류분 반환청구에서의 피고적격과 대상적격을 살펴보았다. 기존의 논의는 수익권에 대한 집행을 고려하지 않고 서로 다른 상황을 상정한 후 피고적격에 관하여는 수탁자설과 수익자설, 대상적격에 관하여는 신탁재산설과 수익권설이 주를 이루었다. 한국의 경우 신탁회사를 수탁자로 한 상신탁의 구조로 상속형 신탁계약이 대부분 설정되므로, 수익권을 신탁회사가 이행하는 것을 전제로 하여 수익권의 성격을 즉시배분형 사후수익권과 계속관리형 사후수익권으로 나누어 피고적격과 대상적격을 살펴보았다. 즉시배분형 사후수익권의 경우 즉시 배분 전이라면 수탁자를 상대로 보전처분을 하고 수익자를 상대로 유류분 반환청구를 구하면 된다. 즉시 배분 후라면 수익자를 상대로 보전처분을 하고 유류분반환을 구하면 된다. 계속관리형 사후수익권의 경우, 원본수익권과 수입수익권의 분리처분이 가능하다는 점과 사후수익권의 이행 전후를 구별하여 소송을 대비하여야 한다.

주제어 : 유언대용신탁, 수익자연속신탁, 유류분, 즉시배분형 사후수익권, 계속관리형 사후수익권

• 투고일 : 2022.10.05. / 심사일 : 2022.10.23. / 게재확정일 : 2022.10.25.

I. 서론

1961년에 제정된 신탁법이 우리나라의 발전된 경제 규모와 금융실무 현실을 반영 및 규율하지 못한다는 공감대가 형성되어왔고, 신탁법의 제정 이후인 50년 만인 2011. 7. 25. 법률 제10924호로 개정되어 2012. 7. 26.부터 개정 신탁법이 시행되고 있다.¹⁾ 이후, 신탁 관련 상품이 나오기 시작하였고, 2020년 말 기준 국내 신탁회사 60곳의 총수탁액은 1년 전보다 12.3% 늘어난 1166조 7000억원으로, 2017년(775조2000억원)과 비교하면, 신탁회사의 총 수탁고는 4년 새 50.5% 커졌다.²⁾

신탁법 개정에 있어서 유언대용신탁 및 수익자연속신탁과 같은 상속형 신탁은 상속절차의 투명성을 확보하고 전문적인 상속재산의 관리 등을 위하여 상속 또는 유증의 대체수단으로 신탁을 이용할 수 있도록 허용할 필요성에 따른 새로운 도입이었다.³⁾ 상속형 신탁은 체결 당시 위탁자, 즉 피상속인의 의사대로 자유롭게 사전에 자산승계를 설계할 수 있다는 이점이 있어 전통적인 자산승계 방식인 증여 및 유증보다 활용도가 높을 것으로 기대하였으나, 유류분과의 충돌문제에서 특별한 차이점이 존재하지 않고, 무엇보다도 유연하고 다양한 신탁유형에 적용되는 세제 제도의 미비 때문에 활성화하기 어렵다는 지적이 있다.⁴⁾

위와 같은 난제 중 유류분과의 관계를 해결하고자 상속형 신탁을 활용한 유언대용신탁이 유류분반환청구 소송에서 방어막 역할을 할 수 있는지에 대하여 논의가 많았다.⁵⁾ 이하 본 연구는 상속형 신탁과 유류분과 관련하여 신탁재산

1) 이전오, “신탁 관련 상속세제 및 증여세제의 현황과 개선방안에 관한 연구”, 「세무와 회계 연구」 제9권 제3호, 한국조세연구소, 2020, 7~8면.

2) 금융감독원, 「2021년 신탁업 영업 현황 분석」, 2022, 1~2면.

3) 법무부, 「신탁법 해설(김상용 감수)」, 법조협회, 2012, 486면.

4) 김상훈, “유언대용신탁의 현황과 과제 : 유류분과의 관계를 중심으로”, 「가족법연구」 제35권 제1호, 한국가족법학회, 2021, 150면.

5) 무궁화신탁법연구회·광장신탁법연구회, 「주식 신탁법」, 박영사, 2021, 271면.; 이근영, “수익자연속신탁에 관한 고찰”, 「재산법연구」 제27권 제3호, 한국재산법학회, 2011, 148면.; 이화연, “재산승계수단으로서의 신탁과 상속 - 신탁의 재산승계수단으로서의 활용 가능성과 유류분 반환의 문제를 중심으로-”, 「사법논집」 제65집, 법원도서관, 2017, 497면.; 임채웅, “신탁과 유류분에 관한 연구”, 「사법」 제41권 제1호, 사법발전재단, 2017, 141면.; 최준규, “유류분과 신탁”, 「사법」 제34호, 사법발전재단, 2015, 236면.; 이계정, “신탁의 기본 법리에 관한 연구 - 본질과 독립재산성”, 서울대학교 박사학위논문, 2016, 277면. ; 임복현, “신탁제도와 유류분반환청구권과의 관계”, 「가족법연구」 제32권 제3호, 한국가족법학회, 2018, 176면.; 정구태, “신탁제도를 통한 재산 승계 - 유류분과의 관계를 중심으로-”, 「인문사회 21」 제9권 제1호, 인문사회 21, 2018, 661면.

이 유류분반환청구 대상에 해당되는지 여부에 관한 논의를 살펴봄으로써 과연 유언대용신탁을 활용하면 유류분에 관한 반환청구에서 벗어날 수 있는가에 대한 답을 찾고자 하였다. 이를 위해, 유언대용신탁을 활용할 경우 유류분반환청구권의 대상이 되지 않는다는 견해의 타당성을 기존 견해와 비교 검토한 후, 우리나라의 하급심 판례와 일본의 판례를 분석하여 한국에서의 시사점을 추출하였다.

이러한 바탕에서 유언대용신탁 재산이 유류분반환청구의 대상이라면, 유류분 부족액이 발생하여 유류분반환청구 소송이 진행되는 경우에 제소 단계에서의 피고적격과 본안에서의 대상 적격을 논의하였다. 특히, 유언대용신탁은 설계과정에서 원본 수익권과 수입 수익권의 귀속이 달라질 수 있기에 이를 자산 유형별로 구분해서 살펴보았다. 이 연구를 통해 최근 하급심 판례에서 문제된 사안처럼 유언대용신탁 재산을 대상으로 한 유류분반환청구 소송이 발생한 경우, 분쟁에서 피고적격과 대상적격에 대한 판단을 용이하게 할 수 있을 것이라 기대해 본다.

II. 상속형 신탁과 유류분의 관계

1. 상속형 신탁

상속형 신탁의 일종인 유언대용신탁은 신탁법 제59조에 규정을 두고 있으며,⁶⁾ 이는 전통적인 재산승계 방식인 증여와 유증, 상속으로 인해 충족되지 않은 피상속인(위탁자)의 다양한 의사와 목적을 충족시키기 위하여 수탁자에게 자신의 재산을 맡기고, 그로 인해 발생하는 수익권을 수익자에게 귀속시키는 새로운 형태의 재산승계 방식이다.⁷⁾ 수익자 연속신탁은 신탁법 제60조에 규정

6) 신탁법 제59조(유언대용신탁) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 신탁의 경우에는 위탁자가 수익자를 변경할 권리를 갖는다. 다만, 신탁행위로 달리 정한 경우에는 그에 따른다.

1. 수익자가 될 자로 지정된 자가 위탁자의 사망 시에 수익권을 취득하는 신탁

2. 수익자가 위탁자의 사망 이후에 신탁재산에 기한 급부를 받는 신탁

② 제1항 제2호의 수익자는 위탁자가 사망할 때까지 수익자로서의 권리를 행사하지 못한다. 다만, 신탁행위로 달리 정한 경우에는 그에 따른다.

7) 이중기·이영경, 「신탁법」, 삼우사, 2022, 65면.; 최수정, 「신탁법」, 박영사, 2019, 511면.; 정순섭, 「신탁법」, 지원사, 2021, 653면.; 오영걸, 「신탁법」, 홍문사, 2021, 29면.; 무궁화신탁법연구회·광장신탁법연구회, 위의 책, 269면.; 정순섭·노혁준 편저, 「신탁법의 쟁점(제2권)」, 소화, 2015, 138면(정소민 집필부분).

이 있고,⁸⁾ 신탁행위로 수익자가 사망한 경우 그 수익자가 갖는 수익권이 소멸하고 타인이 새로 수익권을 취득하도록 하는 것으로, 수익자의 사망에 의하여 차례로 타인이 수익권을 취득하는 경우를 포함한다. 즉, 자식이 사망한 경우에는 손주, 손주가 사망한 경우에는 증손주에게까지 수입 수익권이 순차적으로 이전될 수 있는 재산승계 방식이다. 여기서 수익권을 위탁자에 귀속시키면 자익신탁, 타인에게 귀속시키면 타익신탁이 된다.⁹⁾ 수익권은 원본 수익권과 수입 수익권으로 나누어지고,¹⁰⁾ 수익권의 귀속 시기와 주체를 위탁자의 의사와 목적에 부합하게 설정해 놓음으로써 기존 재산승계방식이 갖는 포괄적 승계의 단점을 극복하는 장점을 갖는다.¹¹⁾

2. 유류분

유류분이란 피상속인의 유증이나 증여가 있더라도 상속재산 중 상속인에게 유보되는 최소한의 몫을 말한다.¹²⁾ 민법 제1112조에서 피상속인의 직계비속과 배우자에게는 법정상속분의 1/2, 피상속인의 직계존속에겐 그 법정상속분의 3분의 1을 보장해 주고 있다. 유류분제도는 피상속인 재산처분의 자유 및 유언의 자유와 근친자의 상속분 확보를 통한 생활 보장의 필요성을 위한 타협의 산물로 입법화된 것이다. 더 나아가 피상속인의 재산처분행위로부터 유족들의 생존권을 보호하고, 법정상속분의 일정 비율에 상당하는 부분을 유류분으로 산정하여 상속재산형성에 대한 기여, 상속재산에 대한 기대를 보장하려는 것이다.¹³⁾ 그리고, 이러한 공동상속인간의 유류분권을 둘러싼 반환청구는 양 당사자가 모두 상속인으로 보호받아야 하는 법적 지위에 있음을 고려하지 않을 수 없는바, 상속인 사이의 실질적 형평을 그 판단기준으로 하여 문제를 해결하여야 한다는 점을 고려하지 않을 수 없다.¹⁴⁾

8) 신탁법 제60조(수익자연속신탁) 신탁행위로 수익자가 사망한 경우 그 수익자가 갖는 수익권이 소멸하고 타인이 새로 수익권을 취득하도록 하는 뜻을 정할 수 있다. 이 경우 수익자의 사망에 의하여 차례로 타인이 수익권을 취득하는 경우를 포함한다.

9) 이중기·이영경, 위의 책, 21~22면.; 최수정, 위의 책, 32면.; 정순섭, 위의 책, 63면.; 오영길, 위의 책, 13면.; 무궁화신탁법연구회·광장신탁법연구회, 위의 책, 16면.

10) 이중기·이영경, 위의 책, 527면.; 최수정, 위의 책, 112면.; 정순섭, 위의 책, 72면.; 오영길, 위의 책, 15면.; 무궁화신탁법연구회·광장신탁법연구회, 위의 책, 255면.

11) 이중기·이영경, 위의 책, 65면.; 최수정, 위의 책, 510면.; 정순섭, 위의 책, 614면.; 오영길, 위의 책, 34면.

12) 윤진수, 「친족상속법 강의」, 박영사, 2022, 599면.

13) 헌법재판소 2010. 1. 29. 선고 2007헌바141 결정.

3. 신탁재산이 유류분부족액 산정에 포함되는지 여부

1) 문제의 소재

상속형 신탁 설계과정에서 상속인 중의 일부를 수익권자로 지정하지 않거나 유류분보다 부족하게 신탁계약을 설정한 경우가 문제가 된다. 가령, 피상속인이 배우자와 자녀 중 일부에게는 상속재산이 승계되는 것을 회피하기 위한 목적으로 활용되는 경우, 수익권의 지정대상에서 배제된 상속인 또는 유류분보다 부족한 수익을 받게 되는 수익자가 민법상의 유류분 반환청구를 행사하는 상황이 바로 그것이다.¹⁵⁾ 유언대용신탁 및 수익자연속신탁 도입 당시, 유류분과 충돌하는 경우의 효력 및 침해되는 유류분 반환청구의 상대방을 누구로 할 것인지 등에 관하여 별도로 규정하여 입법적으로 해결하여야 한다는 서울지방법원 호사회의 의견이 있었으나, 신탁법 개정 특별분과위원회 제16차 회의 당시 해석론에 맡기는 것으로 처리되었고, 이후 해결은 오로지 학설과 판례의 몫이 되었다.¹⁶⁾

2) 견해의 대립

(1) 포함설

종래 유언대용신탁과 유류분과의 논의는 유언대용신탁 재산 또한 유류분 반환청구의 대상이 당연히 됨을 전제로,¹⁷⁾ 누구를 상대로 무엇을 반환을 구할 수 있는가에 대한 논의가 주를 이루었다.¹⁸⁾ 즉, 유류분 기초재산 산정시 신탁

14) 이은정, “공동상속인간의 유류분 반환청구에 관한 소고”, 『법학논고』 제43권, 경북대학교 법학연구원, 2013, 177면.

15) 우리나라에서 유류분반환청구의 소에서 유언대용신탁 재산이 유류분 반환청구의 대상이 되는 유류분 산정의 기초가 되는 재산에 포함되는 지가 쟁점이 된 최초 판례인 수원지방법원 성남지원. 2020. 1. 10. 선고 2017가합408489 판결의 사실관계가 이와 같은 경우에 해당한다.

16) 법무부, 앞의 책, 489면.; 법무부, 「신탁법 개정 특별분과위원회 회의록 2」, 2009, 1208면.

17) 일본에서는 신탁의 경우에는 신탁재산과 수익권의 관련성이 매우 강하고 생명보험금과 같이 보험료와 보험금의 관계와 같이 희박한 관계가 아니라는 근거에서 민법의 유류분 규정이 적용된다는 데 다툼이 없어, 유언대용신탁 재산 또한 유류분액 산정에 기초되는 재산에 포함된다는 것에 특별한 이견이 없는 것으로 보인다(東京辯護士會辯護士研修センター-運營委員會, 民事信託の基礎と實務, ぎょう えいい, 2019., 123면.)

18) 무궁화신탁법연구회·광장신탁법연구회, 앞의 책, 271면.; 이근영, 앞의 논문, 148면 이하.; 이화연, 앞의 논문, 497면.; 임채웅, 앞의 논문, 141면.; 최준규, 앞의 논문, 236면 이하.; 이계정, 앞의 논문, 277면.; 엄복현, 앞의 논문, 176면.; 정구태, 앞의 논문, 661면 이하.

재산의 취급과 관련하여 유언대용신탁 설정에도 불구하고 신탁재산은 여전히 피상속인이 가진 재산에 포함된다는 견해,¹⁹⁾ 신탁재산 자체는 이미 수탁자에게 이전되었으므로 상속개시시의 적극재산에 포함되지 않고, 신탁재산의 가액을 증여재산에 준하여 유류분 기초재산에 가산하여야 하므로 신탁재산을 증여재산에 포함된다는 견해,²⁰⁾ 유언대용신탁의 수익자는 실질적으로 수익권을 증여받는 것이므로 유류분 기초재산 산정시 수익권의 가치를 평가하여 이를 증여재산에 준하여 가산하여야 한다는 견해,²¹⁾ 증여재산에 준하여 가산되지만 민법 제1114조는 적용되지 않으므로 신탁등기나 신탁계약이 피상속인 사망 1년 전에 이루어졌는지와 관계없이 수익권의 가치는 모두 가산되어야 한다는 견해,²²⁾ 증여재산에 준하여 가산되지만 민법 제1114조가 적용되어 신탁계약이 위탁자와 수탁자 쌍방이 유류분권리자에게 손해를 가할 것을 알면서 설정되었거나 위탁자 사망일로부터 1년 내에 행해진 경우에는 가산되어야 한다는 견해가 있다.²³⁾ 이하에서는 불포합설을 살펴보고 타당성을 검증하여, 포합설의 당위성을 반증하고자 한다.

(2) 불포합설

① 내용

유언대용신탁을 활용하여 위탁자와 수탁자 쌍방이 유류분권리자에게 손해를 가할 것을 알고 신탁재산을 이전하거나, 위탁자의 사망일로부터 1년 전에 신탁재산이 이전된 경우 또는 유언대용신탁이 상속인을 수탁자로 하는 경우 이외의 유언대용신탁 재산과 여기서부터 발생하는 수익권은 상속재산 및 증여 또는 유증재산에서 해당하지 않으므로 유류분부족액 산정 기준에서 제외되어야 한다는 견해가 새롭게 제시되었다.²⁴⁾ 이는 신탁재산을 유류분 산정대상에 포

19) 정순섭·노혁준 편저, 앞의 책, 150면(정소민 집필부분).

20) 이근영, “신탁법상 재산승계제도와 상속”, 『법학논총』 제32권 제3호, 전남대학교 법학연구소, 2012, 224면.

21) 임채웅, 앞의 논문, 133면.

22) 최준규, 앞의 논문, 248면.

23) 이계정, 앞의 책, 328면.

24) 김상훈, “유언대용신탁을 활용한 기업승계”, 『企業法研究』 제29권 제4호, 한국기업법학회, 2015, 9-34면.; 김상훈, “신탁제도를 통한 재산승계 - 유언대용신탁의 상속재산성, 특별수익성, 유류분과의 관계”, 한국신탁학회 학술자료집 제3호, 한국신탁학회, 2019, 73면.; 김상훈, “유언대용신탁의 현황과 과제 : 유류분과의 관계를 중심으로”, 『가족법연구』 제35권 제1호, 한국가족법학회, 2021, 162면.; 이화연, 앞의 논문, 502면.

함하지 않는다는 의미에서 불포함설이라 할 수 있다.

유언대용신탁 재산은 유류분 반환청구의 대상이 되는 상속재산에 포함될 수 없다는 견해이다. 그 근거로 첫째, 유언대용신탁의 재산은 수탁자의 소유이므로 상속개시시에 가진 피상속인의 재산이 될 수 없고, 둘째, 유언대용신탁으로 인해 수익자는 신탁자로부터 상속재산을 증여받은 적이 없고, 상속개시 이후 수탁자로부터 수익권을 갖는 것이기에 민법 제1113조의 증여된 재산에도 포함되지 않으며, 셋째, 특별법 우선의 원칙에 따라 유언대용신탁은 민법의 특별법인 신탁법에 근거한 제도로서 유류분 규정에 제한을 받지 아니한다고 한다.²⁵⁾ 이하에서 상술한 세 가지 주장의 타당성을 자세히 본다.

② 첫 번째 근거의 타당성

위탁자가 재산을 수탁자에게 신탁하게 되면 신탁재산의 대내외적인 소유자를 수탁자로 보아야 하지, 그 재산은 위탁자의 소유로 볼 수 없으므로 유언대용신탁의 신탁재산은 상속개시 시에 피상속인이 가진 재산에 포함할 수 없다고 한다. 근거로서 부동산의 신탁에 있어서 수탁자 앞으로 소유권이전등기를 마치게 되면 대내외적으로 소유권이 수탁자에게 완전히 이전되고, 위탁자와의 내부관계에 있어서 소유권이 위탁자에게 유보되어있는 것은 아니다.²⁶⁾ 그리고, 위탁자가 수익자를 변경하거나 신탁목적의 달성을 위하여 수탁자를 감독할 권리를 보유하는 것이지 소유권에 견줄 수 있을 정도의 권리라고 보기는 어려우므로, 신탁재산의 독립성에 비추어 위탁자가 신탁재산에 관하여 비교적 강력한 권리를 갖는다고 하여 이를 위탁자의 소유재산으로까지 취급하는 것은 물권법 정주의 원칙에 비추어서도 받아들이기 어렵다고 한다.²⁷⁾ 불포함설 논거 중 가장 핵심이 되는 주장이며, 포함설 또한 첫 번째 논거의 타당성을 부인하기는 어려울 것으로 보인다. 신탁법상 대내외적 소유권이 수탁자로 이전되는 것은 분명하기 때문이다. 즉, 상속개시시 피상속인이 가진 재산이 아니라는 점은 분명하다. 따라서, 유언대용신탁 재산을 민법 제1113조가 갖는 피상속인의 상속개시시에 있어서 가진 재산의 가액에 포섭할 수는 없다는 위 논거는 타당하다.

25) 김상훈, “유언대용신탁을 활용한 기업승계”, 『企業法研究』 제29권 제4호, 한국기업법학회, 2015, 17-21면.

26) 김상훈, “유언대용신탁의 현황과 과제 : 유류분과의 관계를 중심으로”, 『가족법연구』 제35권 제1호, 한국가족법학회, 2021, 162면.; 대법원 2002. 4. 12. 선고 2000다70460 판결.

27) 이화연, 앞의 논문, 496면.

③ 두 번째 근거의 타당성

불포함설은 위탁자가 유언대용신탁을 설정할 때는 물론이고 상속이 개시되기 전까지 신탁재산은 사후수익자에게 이전되지 않았으므로, 유언대용신탁의 신탁재산은 수익자에 대한 증여재산이 될 수 없다고 한다. 수익권에 대하여는 생전수익권과 사후수익권으로 나누어 타당성을 주장한다. 피상속인이 생전에 가지고 있던 생전수익권은 피상속인의 사망으로 소멸하고, 유언대용신탁의 계약 내용에 따라 사후수익권이 발생하여 그것이 상속인에게 귀속되는 것이므로 생전수익권의 증여는 있을 수 없다. 사후수익권은 피상속인이 가지고 있던 권리가 아니므로, 자기가 가지고 있지 않은 것을 증여하는 것은 법률상 불가능한바, 유언대용신탁의 신탁수익권 역시 유류분 산정의 기초재산에 포함할 수 없다는 논증이다.²⁸⁾ 위와 같은 주장은 유언대용신탁의 형식에 중점을 두고, 법리를 분석하면 가능하다. 즉, 유언대용신탁으로 수익자는 수탁자로부터 수익권을 취득하는 것이지 신탁자로부터 취득하는 것은 아니다. 즉, 신탁자로부터 증여 또는 유증받은 것으로 볼 수 없다고 한다.

그런데, 위 주장은 지나치게 신탁이라는 형식에 주안점을 두고 법리를 구성한 것으로 보인다. 유언대용신탁을 설정하는 실질은 생전에 수익권을 수익자에게 취득하게 한 것이라면 생전증여에 해당하는 것이고, 사후에 수익권을 취득하게 하는 것이면 유증으로 보는 것이 맞다. 애초에 신탁법상 유언대용신탁을 도입한 것은 민법상의 증여 또는 유증으로는 해결할 수 없는 신탁자의 다양한 의도 내지 목적을 충족하기 위해 도입한 것이므로, 그 법적 형식을 신탁이라는 계약 형식을 취하였다고 하여 본래 민법 규정의 성질이 없어진다고 보는 것은 지나치게 신탁이라는 형식만을 중시하였다는 비판에서 벗어나기 어렵다.

이에 대하여 신탁이라는 것이 원래 기존제도에서 할 수 없는 재산승계를 하게 하기 위한 것이 태생적 발생 근거이기에 이와 같은 법적 논리 구성을 받아들여야 한다는 재반박이 가능하다. 그런데, 증여와 유증이라는 법적 판단을 피하기 위해 수탁자라는 별개의 법인격을 거쳐서 증여와 유증의 형식을 희석시키고, 외형적 법률관계는 신탁이기에 증여와 유증이 아니라는 식의 논리 구성은 유언대용신탁의 올바른 정립을 위해서도 지양해야 하는 해석방법이라고 본다.

따라서, 불포함설의 논거 중에서 두 번째 논거는 현행법의 해석상 받아들이기 어려운바, 유언대용신탁으로 취득하는 수익권은 유류분 산정에 산입되는 유증재산으로 보는 것이 옳다. 여기서 원본 수익권은 평가가 어렵지 않고, 상속

28) 김상훈, 위의 논문, 164면.

개시 당시 현존하기에 유류분 산정에 기초가 되는 재산에 산입하는 것에 어려움이 없다. 이에 반해, 수입 수익권은 장래 발생할 이익으로 상속개시 당시 기준으로 재산으로 볼 것인가에 의문이 있을 수 있는데, 상속재산으로부터 발생하는 실질적 이익을 향유한다는 점에서 유류분 산정에 산입되는 재산으로 볼 수 있다. 이는 민법 제1113조 제2항에서 “조건부의 권리 또는 존속기간이 불확정한 권리는 가정법원이 선임한 감정인의 평가에 의하여 그 가격을 정한다.”라는 규정에 따라 산정할 수 있다.

④ 세 번째 근거의 타당성

특별법 우선원칙을 근거로, 유언대용신탁을 활용한 재산승계 방식은 신탁법에 근거 규정이 있으므로 민법상 유류분 규정에 우선한다는 것이다.²⁹⁾ 민법상 유류분이 1977년 도입되었고, 현대 사회에서 가산중심의 상속 승계의 성격이 열어지고, 피상속인의 의사가 우선되며, 남녀동권 시대에 위헌 논의가 있다.³⁰⁾ 또한, 형제자매의 유류분권을 제외한 개정법률안이 국회에 제출된 것만 보아도 유류분 제도 자체의 개정의 필요성은 존재한다.³¹⁾ 이처럼 유류분 제도의 정당성이 후퇴하고 있음을 배경으로 신탁법이 민법에 우선함을 근거로 상속형 신탁을 활용한 신탁재산은 유류분액 산정에 산입하는 재산에 해당하지 않음을 강화하는 주장이다.

그런데, 유류분권이 시대적으로 변화가 이루어져야 한다는 점은 인정할 수 있으나, 그에 앞서 유류분이 갖는 상속인 보호 기능을 간과할 수 없으며,³²⁾ 유류분 자체에 대한 존부는 헌법재판소에서 논하거나 입법적 결단의 영역으로 넘기는 것이 옳다.³³⁾ 신탁법이 민법에 비하여 특별법 지위에 있는 것은 말 그

29) 김상훈, “유언대용신탁을 활용한 가업승계”, 『企業法研究』 제29권 제4호, 한국기업법학회, 2015, 15면.

30) 헌법재판소는 2010년과 2013년에 “유류분 제도는 유족들의 생존권 보호를 위한 것”이라며 합헌성을 인정했지만, 현재 계류된 유류분 관련 위헌법률심판사건과 헌법소원은 12건이나 된다. (한겨레신문, 시대 뒤떨어진 상속법을 구하라, https://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/999091.html, 검색 : 2022.10.26.)

31) 법무부, 「민법 일부개정법률(안) 조문별 개정이유서」, 2021.11.09., 1면. “유류분 제도는 상속이 주로 장남에게만 이루어지던 시대적 배경을 바탕으로 다른 가족들에게도 최소한의 균등한 상속을 보장하기 위하여 도입되었으나, 농경사회·대가족제를 바탕으로 한 이른바 ‘가산관념’이 약화되어, 형제자매의 경우 피상속인과 유대관계가 약화되고 상속개시시 피상속인과 독립적으로 생계를 유지하는 경우가 많으므로 이에 피상속인의 유언의 자유를 제한하면서까지 그 유류분을 보장할 필요가 적은바, 형제자매를 유류분 권리자에서 제외하려고 한다.” 밝힘으로써 변화하는 가족 개념에 대응하는 유류분 제도의 변화를 예상할 수 있다.

32) 윤진수, 앞의 책, 601면.

대로 민법에 기반 위에서 다룰 수 없는 영역을 해결하는 것으로 제한적으로 해석하여야 하지, 민법 규정 자체를 무시하는 해석을 가능하게 하는 것은 민사법 시스템에 중대한 흠결을 가져올 수 있는바, 매우 엄격하게 바라보아야 한다. 즉, 유류분반환청구를 회피하기 위해 신탁법을 활용하는 듯한 해석 법리를 발전시키는 것은 오히려 기존 법학계의 반발을 초래하여 유연대용신탁제도의 활성화를 어렵게 하는 부분이 될 수 있음을 주지하여야 한다.

또한, 유류분은 민법에 규정되어 있지만 그 근거는 헌법 제36조 제1항의 국가의 가족생활의 보장을 규정하고 있는 것에 근거를 찾을 수 있는바,³⁴⁾ 신탁법이 특별법으로서 유류분에 우선한다는 주장은 신탁법 규정이 헌법에 근거한 규정보다 우선한다는 결과가 도출되므로 타당성을 갖기 어렵다. 이는, 우리나라의 유연대용신탁과 거의 동일한 법률효과를 갖는 신탁적 무상양여에 관한 규정이 민법에 위치한 프랑스의 상황을 보면 더욱 그러하다.³⁵⁾ 프랑스는 소유권의 개념을 용익권(usufruit)과 허유권(nue-propriete)으로 유연하게 구분하여 사용하는 것에 기인하여, 유연대용신탁과 동일한 효력을 갖는 신탁적 무상양여(liberalite) 조항을 특별법인 신탁법에 두지 않고 민법에 두었다.³⁶⁾ 이것만 보아도 우리나라가 유연대용신탁 규정을 민법이 아닌 신탁법에 근거 규정을 둔 것은 소유권 단일 개념원칙에 근거한 상황에서 체계적 해석상 민법이 두는 것이 불가능하였기 때문에 그러한 것이지, 유연대용신탁을 민법 해석의 테두리를 벗어난 특별법에 두고자 한 것이 아니다. 또한, 프랑스는 기존 유류분 규정과의 충돌문제를 유류분 규정의 개정으로 문제를 해결하였지,³⁷⁾ 무상양여로 유류분 규정 자체를 고려할 필요가 없다는 식으로 개정이 이루어진 것은 아니다.

따라서, 우리나라의 경우 단순히 신탁법이 민법의 특별법 관계에 있기 때문에 유류분 반환청구에 적용을 받지 않는다는 주장은 받아들이기 어려운바, 셋째 논거의 특별법 우선원칙을 근거로 한 논증도 타당성이 결여된다.

33) 법무부가 2022. 04. 08. 국회에 제출한 민법 일부개정 법률안에 따르면 민법 제1112조 제4호 형제자매 부분을 삭제하는 안이 제출되었는데, 국회에서 개정안이 통과될 경우 직계비속이나 직계존속이 없는 자가 사망한 경우에는 형제자매의 유류분을 고려하지 않은 유연대용신탁 계약이 가능하다. 이는 유류분 조항 개정으로 가능해진 것이지, 유연대용신탁 제도로 유류분 반환청구를 회피할 수 있게 된 것이 아니다.

34) 윤진수, 「민법논고 V」, 박영사, 2011, 19~20면.

35) 권철, “프랑스 민법상 신탁적 무상양여(증여·유증)에 관한 소고 - 2006년 개정규정을 소재로”, 『民事法學』 제59권, 한국민사법학회, 2012, 409면.

36) 프랑스 민법상 신탁적 무상양여에 관한 신설 규정인 제1048조~제1061조에 대한 소개는 권철, 위의 논문, 427~433면.

37) 개정 유류분 규정에 대한 소개로는 정다영, “프랑스민법상 유류분권리자의 범위 및 유류분의 산정”, 『가족법연구』 제31권 제2호, 한국가족법학회, 2017, 278~299면.

3) 소결

유언대용신탁 재산이 유류분 부족액 산정에 포섭되는 적극재산에서 제외된다는 불포합설은 신탁의 형식이라는 법리를 활용하였다고 유증 또는 증여의 실질이 변하는 것은 아니므로 받아들이기 어렵다. 왜냐하면, 신탁이라는 외관 법리를 갖추었다고 하여 유증 또는 증여를 신탁으로만 보아 해석하여야 한다는 것은 상속형 신탁이라는 형식을 갖추기만 하면 그 계약의 내용 또한 신탁 법리가 적용되어야 한다는 논리로 변형되어 민법이 규율하고 있는 상속제도 즉, 유류분을 실질적으로 무용하게 할 수 있기 때문이다. 덧붙여, 상속형 신탁의 활성화를 위해서도 상속형 신탁을 활용하여 기존 해석론을 무의미하게 만드는 해석을 경계하여야 한다. 즉, 민법의 테두리 안에서 기존 상속제도가 담아내지 못하는 공백을 상속형 신탁이라는 유연성으로 보완하는 것에 그쳐야 한다.

다만, 상속개시 재산으로 볼 수 없다는 주장은 현행 해석론으로 보아도 타당한바, 민법 제1113조 제1항의 증여재산의 가액을 가산하는 부분에 해당하는 것으로 적용 또는 유추적용하여 포섭하는 것이 옳다.³⁸⁾ 왜냐하면 유언대용신탁으로 수익자에게 이전되는 원본 수익권이나 수입 수익권을 증여 또는 유증으로 보는 것이 그 실질에 부합하기 때문이다. 따라서, 유언대용신탁 및 수익

38) 세제적 측면에서는, 부동산 자체를 상속한 경우와 유언대용신탁을 활용하여 부동산 자산을 상속인들에게 승계한 경우의 경제적 평가를 달리할 수 없기에, 원본수익권과 수입수익권 평가의 합계가 상속부동산 평가의 합계를 넘을 수는 없는 것으로 보아야 유언대용신탁을 활용한 자산승계에 불이익이 발생하지 않는다. 예를 들어, 甲소유 X부동산(시가 10억 원)을 배우자 乙에게 이익수익권을 부여하고, 자녀 丙에게는 원본수익권을 부여하는 식으로 신탁회사 A와 유언대용신탁 계약을 체결하였다고 가정해보자. 현행 상속법 규정으로는 유언대용신탁이 아닌 일반 법정상속이 발생한 경우, 상속부동산 가액 10억 원에 대한 상속세만 부과되고, 임대료 채권에 대하여는 상속재산 평가대상에서 제외된다. 그런데, 유언대용신탁을 활용한 경우에는 수입수익권(임차료 채권)에 대하여 별도로 평가하고, 부동산(10억 원)에 대하여 또 별도로 평가하게 되면, 유언대용신탁을 활용한 자산승계의 세 부담이 더 커지는 불합리가 발생하게 된다. 이는 커먼로우에 기반한 영미법과는 달리 단일 소유권 절대원칙을 취하는 대륙법계에서는 유연한 소유권에 대한 이해와 평가, 그리고 그에 기반한 법적 기반의 부재가 원인으로 판단된다. 따라서, 수입수익권에 대한 귀속주체에게 상속세를 부과할 수 있겠으나, 그 과액이 일반 법정상속세 부과보다 부당하여서는 아니될 것이다.

이와 같은 문제의식으로 유언대용신탁과 수익자연속신탁이 증여 또는 상속의 맥락에서 이용되는 경우에는 신탁단계의 소득에 대하여 납부한 세액을 수익자단계에서 부담하는 증여세 또는 상속세에서 공제하는 방식을 통하여 신탁단계와 수익자단계에서 발생하는 경제적 이중과세를 조정하는 것이 타당하다는 견해(이준봉, “유언대용신탁 및 수익자연속신탁의 과세에 대한 연구”, 『증권법연구』 제14권 제2호, 한국증권법학회, 2014, 727면)가 있으며, 향후 “상속형 신탁 세제 개선방안”을 위한 연구과제에서 다루어 보고자 한다.

자연속신탁으로 수탁회사에 이전된 신탁재산은 유류분부족액 산정에 기초가 되는 재산에 산입하는 포함설이 타당하므로, 상속형 신탁을 활용하더라도 상속인에게 법정으로 보장되는 일정 상속분인 유류분을 보장하지 않은 신탁계약은 유류분 반환청구에 관한 분쟁의 대상이 될 수 있다.

4. 판례의 분석

1) 우리나라 판례

(1) 1심 판례 - 수원지방법원 성남지원. 2020. 1. 10. 선고 2017가합408489 판결

① 사실관계

E(이하 '망인'이라 한다)는 1946. 6. 13. F(1973. 10. 25. 사망)와 혼인하여 자녀로 G, 피고 D, H을 두었다. H는 1971. 7. 29. 원고 B와 혼인하여 그 사이에 자녀로 원고 C, A를 두고, 1998. 7. 16. 사망하였다. G는 I와 혼인하여 그 사이에 자녀로 J, K을 두고 망인 생전에 사망하였으며, 망인은 2017. 11. 11. 사망하였다. 망인은 2014. 4. 29. 주식회사 L(이하 'L'이라고만 한다)과 사이에 'M 신탁계약'(이하 '이 사건 신탁계약'이라 한다)을 체결하고, 생전수익자를 망인으로 사후 1차 수익자를 피고 D로 정하였으며, 위 계약에 따라 금전 300,000,000원 및 서울시 관악구와 성남시 분당구 소재 부동산(이하 '이 사건 신탁재산'이라 하고, 금전을 제외한 신탁재산을 '이 사건 신탁부동산'이라 한다)을, 위 신탁계약을 원인으로 2014. 4. 30. 부동산에 관하여 L 명의의 소유권이전등기를 마쳐주었다.

망인은 사망 당시 상속채무액은 존재하지 않았고, 피고 D는 망인의 사망 직후인 2017. 11. 24. 이 사건 신탁부동산에 관하여 2017. 11. 23. 신탁재산의 귀속을 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳤으며, 2018. 4. 30. 나머지 신탁재산인 현금 300,000,000원을 신탁계좌에서 출금하였다. 그러자, 원고들은 망인의 사망 전에 사망한 H의 상속인들으로, 원고들은 H을 갈음한 대습상속인으로서 망인의 상속재산에 대하여 유류분을 주장할 권리가 있다며, 원고 B에게 472,834,656원, 원고 C에게 315,223,104원, 원고 A에게 315,223,104원의 유류분 부족액이 발생하였음을 근거로 피고들에게 유류분 반환청구의 소를 제기하였다. 핵심쟁점은 이 사건 신탁재산인 현금 3억 원의 예금채권과 관악구와 분당구 소재 부동산을 유류분 산정의 기초가 되는 재산의 범위에 포섭할 수 있는

가의 문제이다.

② 판시사항 - 원고청구기각

유류분은 피상속인이 상속개시시에 가진 재산의 가액에 증여재산의 가액을 가산하고 채무의 전액을 공제하여 산정하는데(민법 제1113조 제1항), 구체적인 계산식은 아래와 같다.

유류분 부족액 = [유류분 산정의 기초가 되는 재산액(A) × 당해 유류분권자의 유류분의 비율(B)] - 당해 유류분권자의 특별수익액(C) - 당해 유류분권자의 순상속분액(D)

A = 적극적 상속재산액 + 증여액 - 상속채무액

B = 피상속인의 직계비속과 배우자는 그 법정상속분의 1/2

C = 당해 유류분권자의 수증액 + 수유액

D = 당해 유류분권자가 상속에 의하여 얻는 재산액 - 상속채무 분담액

이 사건 신탁재산이 A에 포함되는지 여부에 관련하여 유류분 산정의 기초가 되는 재산의 범위에 관한 민법 제1113조 제1항에서의 '증여재산'이란 상속개시 전에 이미 증여계약이 이행되어 소유권이 수증자에게 이전된 재산을 가리키는 것이고, 아직 증여계약이 이행되지 아니하여 소유권이 피상속인에게 남아 있는 상태로 상속이 개시된 재산은 당연히 '피상속인의 상속 개시시에 있어서 가진 재산'에 포함되는 것이므로 수증자가 공동상속인이든 제3자이든 가리지 않고 모두 유류분 산정의 기초가 되는 재산을 구성한다.³⁹⁾ 살피건대, 이 사건 신탁재산은 망인의 사후에 비로소 피고의 소유로 귀속된 사실은 앞서 본 바와 같으므로, 망인이 피고에게 이 사건 신탁재산을 생전증여하였다고 보기는 어렵다. 또한, 망인의 사망 당시 이 사건 신탁재산은 수탁자인 L에 이전되어 대내외적인 소유권이 수탁자인 L에게 있었으므로, 이 사건 신탁재산이 망인의 적극적 상속재산에 포함된다고 보기도 어렵다.

그런데, 신탁재산의 수탁자로의 이전은 수탁자가 위탁자에게 신탁재산에 대한 대가를 지급한 바 없다는 점에서 성질상 무상이전에 해당하고, 민법 제1114, 1113조에 의해 유류분 산정의 기초로 산입되는 증여는 본래적 의미의 증여계약에 한정되는 것이 아니라 무상처분을 포함하는 의미로 폭넓게 해석되므

39) 대법원 1996. 8. 20. 선고 96다13682 판결.

로, 민법 제1114조에 해당하는 경우나 상속인을 수탁자로 하는 경우에는 민법 제1118조, 제1008조에 따라 유류분 산정의 기초가 되는 증여재산에 포함될 수 있다.⁴⁰⁾ 이 사건 신탁계약의 수탁자는 상속인이 아니므로, 이 사건 신탁재산이 민법 제1114조에 의하여 증여재산에 산입될 수 있는지 보건대, 이 사건 신탁계약 및 그에 따른 소유권의 이전은 상속이 개시된 2017. 11. 11.보다 1년 전에 이루어졌으며, 이 사건 기록에 의할 때 수탁자인 L이 이 사건 신탁계약으로 인하여 유류분 부족액이 발생하리라는 점을 알았다고 볼 증거가 없으므로, 이 사건 신탁재산은 민법 제1114조에 따라 산입될 증여에 해당하지 않아 유류분 산정의 기초가 될 수 없다.

(2) 2심 판례 - 수원고등법원 2020. 10. 15. 선고 2020나11380 판결

이 사건 신탁재산이 유류분 산정의 기초가 되는 재산에 포함되는지 여부와 무관하게 어떠한 경우라도 원고들의 유류분 부족액이 발생하지 않는다고 보아서 원고청구를 기각하였고, 유류분 산정의 기초가 되는 재산에 이 사건 신탁재산이 포함되는지 여부를 따로 판단하지 않았다.

(3) 판례 견해의 분석

① 1심 판례

1심 판례는 불포함설에 따른 결론으로 해석된다. 불포함설의 첫째 논거에 따라, 피상속인 E가 사망 전에 수탁자인 신탁회사 L에게 3억 원의 예금채권과 부동산 등을 신탁하였기 때문에, 대내외적 소유권이 L에게 있는 것은 물권법 정주의 및 대항요건주의를 취하는 우리 법제하에서 유류분 산정방식 A에서 적극적 상속재산액에 해당하지 않는 것은 분명하다. 그렇다면, 유류분 산정방식 A에서 증여액에 해당한 것이라는 반론이 있을 수 있고, 이에 대해 변론주의 원칙상 수익자인 피고 D가 취득한 수익권이 증여에 해당하는지 여부에 대하여 주장을 하지 않았기 때문에 이 부분을 판단하지 않은 것이고,⁴¹⁾ 주장하였다면 재판부는 그 주장이 타당하므로 이를 받아들여야 하였을 것이라는 주장이 있다.⁴²⁾

40) 이화연, 앞의 논문. 502면.

41) 오영걸, 앞의 책, 36면.

42) 이계정, “고령사회에서의 신탁의 역할 - 신탁의 공익적 기능에 주목하여”, 『서울대학교 법학』 제61권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2020, 110면.

그런데, 1심 법원이 불포합설에 근거하여 판단을 내린 것이라면,⁴³⁾ 수익권에 대한 증여 또는 유증을 주장하였더라도, 신탁재산의 수익권은 유류분 산정의 기초재산으로 파악하지 않았을 것으로 보는 것이 논리적 정합성이 있다. 즉, 1심 법원은 철저하게 불포합설에 입각하여 논리를 전개한 것이고 1심 판례의 특이점이 여기에 있다고 본다.

② 2심 판례

2심 판례는 원고들의 유류분 부족액이 발생하지 않는다고 보아 유류분 산정의 기초가 되는 재산에 이 사건 신탁재산이 포함되는지 여부를 따로 판단하지 않았다. 만약, 이 사건 신탁재산 2,069,002,520원(=현금 3억 원 + 부동산 평가액 1,769,002,520원)이 유류분 산정의 기초가 되는 재산에 포함되었다면, 원고 B의 유류분액은 291,759,844원으로 산정되지 않았을 때의 143,973,950원보다 147,785,894원의 차액이 생기고, 원고 A와 C 또한 포함되었을 경우 194,506,563원에서 포함되지 않았을 때 95,982,663원 공제한 98,523,930원의 차액이 발생한다.

사안에서는 원고 A, B, C의 특별수익액이 A는 611,719,287원, B는 308,059,591원, C는 582,515,933원으로 이 사건 신탁재산을 포함하였을 경우와 포함하지 않았을 경우 양자 모두 이미 이를 초과하였으므로 원고청구를 기각한 것이다. 즉, 신탁재산에 포함되는 경우 유류분 부족액이 커지는 것은 맞지만 특별수익액이 이미 이를 초과하였기에 대상이 될 수 없었다.

2) 일본의 판례 - 도쿄지방법원 2018. 9. 12. 판결⁴⁴⁾

(1) 문제의 소재

일본의 판례는 민사신탁으로 수익자 중 1인이 수탁자인 상황에서 발생한 유류분 감쇄소송에서 원고 청구가 일부 인용된 사례로 한국의 판례와 다른 사실관계의 측면이 있지만, 청구의 대상인 된 부동산 및 수익권에 대한 구체적 판단의 모습을 살펴볼 수 있고, 앞으로 한국에서 발생할 수 있는 분쟁상황에서

43) 1심 판례 원문 각주 4)에서 실시된 이화연, 앞의 논문, 502면에서 “다) 유언대용신탁에 있어 신탁재산의 수익권은 유류분 산정의 기초재산에 포함되지 아니한다.”는 논증을 바탕으로 본 사안을 포섭한다면, 수익권 또한 유류분 산정 기초에 산입되는 재산으로 보지 않는 것이 가능하고 적합하다. 변론주의에 따라 주장하지 않아 판단하지 않은 것이라는 의견(이계정, 위의 논문, 110면)도 있지만, 불포합설을 관찰하려는 것이 1심 법원의 태도였다면 주장하였더라도 산입되는 재산으로 보지 않았을 가능성이 더 커 보인다.

44) 平成27年(ワ)第24934号

시사하는 바가 있기에 이하에서 이를 살펴본다.

(2) 사실관계

甲은 2015년 2월 18일 사망하였고, 甲의 상속인으로 장남인 원고, 외동딸인 乙, 차남인 피고까지 총 3명이다. 甲의 상속재산으로,⁴⁵⁾

< 부동산 >

㉠ 피상속인 甲이 거주하였던 주택과 그 부지

(부지 538평 중 일부를 포장하여 차량 10대 정도를 주차할 수 있는 주차장으로 활용하고 있으며, 그 임대수익은 연간 1,000,000엔에서 1,800,000만엔, 건물 및 부지에 대한 시세는 352,415,200엔으로 평가),

㉡ 두 채의 임대물건과 공통부지

(첫 번째 임대물건과 그 부지는 59,332,510엔, 두 번째 임대물건과 그 부지는 63,416,730엔으로 평가),

㉢ 특별한 자산가치가 없는 산림과 부동산이 있다.

甲은 1998. 1. 23. 자신이 사망한 경우에는 배우자에게 상속시키고, 배우자가 먼저 사망한 경우에는 피고에게 상속시킨다는 공정증서에 의한 유언을 하였는데, 배우자가 2005. 9. 23. 사망하였다. 이후 甲은 2015. 1. 31. 위암 말기 진단을 받고, 2015. 2. 1. 전 재산의 1/3를 외동딸 乙에게, 2/3를 차남인 피고에게 각각 사인증여(이하 '이 사건 사인증여'라고 한다)를 실시하였다. 그런데, 甲은 사망하기 13일 전인 2015. 2. 5. 피고와의 사이에서 자신을 위탁자, 피고를 수탁자이면서 수익자로 하는 신탁계약을 체결하였다.⁴⁶⁾

이 사건 신탁계약의 목적과 내용은 다음과 같다

ㄱ) 목적 - 甲의 사망 후에도 제사승계자로서 수탁자인 피고가 家를 승계

45) 실제 상속재산은 본 논문에 게재된 것보다 많았지만 실제 쟁점이 된 법리를 파악하는데 필요한 부동산을 이 세 가지가 주된 것이기에 나머지 상속재산은 논의의 대상에서 제외하였다. 참고적으로 甲의 상속재산을 원화가치로 대략적으로 환산해보면 ㉠의 건물 및 부지 시세는 35억 원, ㉡ 부지 일부의 주차장 임대료 1,000~1,800만 원, ㉢의 첫 번째 임대물건은 6억 원, 두 번째 임대물건은 6억 3천만 원, ㉣는 평가액이 미비하고 환가 가능성이 없었다.

46) 수익자 중 일부가 수탁자가 된 경우이고, 그는 차남으로 상속인이고 신탁회사가 아니기에 민사신탁의 구조가 된다.

하여 상속재산을 관리하며 묘와 불단을 지켜 주기 바란다.

ㄴ) 재산 - 신탁부동산 (㉠, ㉡, ㉢), 신탁금전 300만 엔

ㄷ) 구체적 내용

- i) 수탁자는 신탁부동산의 유지·보전·개량을 재량으로 행하고, 신탁부동산을 무상으로 사용수익할 수 있고, 신탁금전을 신탁부동산의 관리비용 및 수익자 신상 감호를 위해 사용할 수 있다.
- ii) 수익자는 장래에 신탁부동산의 매각대금, 임료 등 신탁부동산에서 발생하는 경제적 이익을 받을 수 있다.
- iii) 최초 수익자는 甲이고, 甲의 사망 이후 원고는 수익권의 1/6, 乙은 1/6, 피고는 4/6 비율로 하고, 원고, 乙, 피고가 사망한 경우 그 수익권은 소멸하고 피고의 자녀들이 균등한 비율로 새로운 수익권을 취득한다. 수익자의 의사결정은 乙이 한다.
- iv) 피고가 사망 등에 의해 수탁자로서의 임무를 수행할 수 없는 경우, 피고의 장남을 신수탁자로 한다.

甲 사망 후 2015. 3. 10. 신탁부동산에 대하여 이 사건 신탁계약을 원인으로 피고를 수탁자로 하는 소유권이전등기 및 신탁등기가 경료되었다. 신탁대상 부동산 중 ㉠은 대대로 물려온 재산이고, 주차장으로 사용되는 일부분을 제외한 나머지 부분에 대하여는 매각의사와 임대여의사가 존재하지 않는다. 피고는 ㉠부동산의 주차장 임대수익과 ㉡ 부동산에 관한 임대수익 중 경비를 공제한 금액을 수익권 비율에 따라 원고(1/6), 乙(1/6), 자신(4/6)에게 지급하고 있다. ㉢ 부동산은 거의 무가치의 땅으로 이를 매각할 임대하고 수익을 올릴 수 없다.

이러한 상황에서 원고는 피고에 대하여 주위적 청구로서,

1. 신탁계약 및 사인증여의 무효를 이유로 부동산에 대하여 부동산소유권이전등기 및 신탁등기말소를 구하고,
2. 유류분 감쇄의 원인으로 자신의 지분만큼을 자신에게 소유권이전등기를 구하였다.

신탁계약 및 사인증여의 무효 주장의 근거는 첫 번째로는 甲의 의사무능력, 두 번째로는 유류분 배제 잠탈 목적의 신탁계약은 공서양속에 위반한 무효임을 주장하였다. 원고는 만약 신탁 및 사인증여가 유효하다면 피고에 대한 예비

적 청구로서, 유류분 감쇄의 원인으로 자신의 지분만큼의 이전등기와 신탁등기 말소를 구하였다. 그리고 유류분 감쇄 청구의 대상이 부동산이 아닌 경우에는 가액배상을 하는 것에 원고와 피고의 의사는 일치하였다.

(3) 판시사항 - 청구 일부 인용

① 신탁계약 및 사인증여의 효력 - 일부무효

원고는 甲의 의사무능력을 주장하였지만 법원은 이를 받아들이지 않았다.⁴⁷⁾ 사실관계를 보면, 2015. 2. 1. 법무사가 병실에 방문하여 사인증여계약을 체결하였고, 다음날인 2. 2. 신탁은행 담당자와 법무사가 병실에 방문하여 신탁계약을 설명하고, 2015. 2. 5. 공증인이 병실에 와서 이 사건 신탁계약을 체결한 사정 등에 비추어 볼 때 甲이 계약을 체결할 당시 의사능력이 없는 상태였다고 인정하지 않았다. 따라서, 의사무능력을 이유로 한 신탁계약 및 사인증여의 무효 주장은 이유가 없다.

그리고, 부동산 ㉠, ㉡에 대한 신탁계약은 공서양속에 위배되어 무효라고 보았고, 부동산 ㉢ 및 금전 300만 엔에 대한 신탁계약은 유효하다고 보았다. 즉, 경제적 이익의 분배가 예상되지 않은 ㉠, ㉡의 부동산을 신탁의 목적재산에 포함한 것은 원고에 대하여 형식적으로나마 유류분 비율에 상당한 비율의 수익권을 부여하는 외형을 갖추어 유류분 감쇄청구를 회피할 목적에 해당한다고 보아 공서양속에 위배되어 무효라고 보았다. 이에 반해 ㉢ 부동산과 금전 300만 엔은 경제적 이익 분배를 받아 누릴 수 있는 것으로 유효하다고 보았다.

따라서, 신탁계약이 무효인 ㉠, ㉡ 부동산에 대하여는 그 이전인 2015. 2. 1. 사인증여 계약이 유효하게 되므로 외동딸 乙은 1/3, 피고는 2/3지분 범위 내에서 소유권을 취득하게 되므로, 원고의 유류분 1/6을 침해한 범위 내에서 사인증여에 대한 유류분 감쇄를 원인으로 하여 각 지분의 이전등기를 명하였다. 그리고, 경제적 이익 분배를 받아 누릴 수 있는 것으로 신탁계약이 유효한 ㉢ 부

47) 한국에서 유언대용신탁의 효력이 문제된 판례인 의정부지방법원 고양지원 2015. 11. 4. 선고 2015가합71115 판결과 항소심인 서울고등법원 2019. 2. 13. 선고 2015나2065231판결에서도 원고 측은 유언대용신탁계약 체결의 효력에 관하여 의사무능력을 이유로 무효 주장을 하였다. 각기 두 나라에서 유언대용신탁의 효력을 다루는 경우 의사무능력 사유를 주장하는 것만 보아도 유언대용신탁이 자신의 의사가 온전할 때에 재산승계 방식을 사전에 설정해 두어, 자신의 의사가 반영된 재산 승계가 가능하게 하는 매우 유용한 수단이 될 수 있음을 보여준다. 즉, 기존의 성년후견제도를 보완하는 수단으로 활용될 수 있고 이미 활용되고 있다고 보여진다. 결론적으로 한국과 일본에서 의사무능력을 이유로 유언대용신탁의 효력의 무효를 주장한 사안에서 양국 법원은 의사무능력 주장을 받아들이지 않았다.

동산과 금전 300만 엔에 관한 소유권이전등기 및 신탁등기의 말소를 구하는 부분은 기각하였는바, 원고의 주위적 청구는 일부 인용되었다.

이에 일부 기각된 주위적 청구의 예비적 청구 부분 즉, 신탁계약이 유효인 ⑤ 부동산과 금전 300만 엔에 대한 유류분 감쇄를 구하는 예비적 청구는 아래와 같이 판시하였다.

② 유류분 감쇄의 대상 - 수익권

신탁계약이 유효하더라도, 신탁재산의 이전은 신탁목적달성을 위한 형식적인 소유권 이전에 지나지 않기 때문에 실질적 권리로서 이전된 수익권을 유류분 감쇄의 대상으로 하여야 한다고 하였다. 즉, 신탁 가운데 유효하다고 인정되는 ⑤ 부동산 및 신탁 금전 300만 엔에 대해서는 원고, 乙 및 피고가 각 수익권을 취득한 것으로 보고, 감쇄의 대상이 되는 수익권을 가격으로 평가하였다. 이는, 신탁계약 자체는 생전에 체결되면서 甲이 사망한 시점에서 원고, D, 피고가 수익권 지분을 취득하는 사인증여에 유사한 것으로 파악되기 때문이다.

즉, ⑤, ⑥ 부동산은 신탁계약이 무효이므로 2015. 2. 1. 사인증여에 따라 3분의 2에 지분을 피고가 3분의 1의 지분을 D가 각각 취득한 것으로 유류분을 계산하였다. ⑤ 부동산에 대한 수익권 평가내역을 살펴보면, 신탁부동산의 매각대금, 임대료 등 발생할 수 있는 경제적 이익을 부동산 평가액의 주 대상으로 하고, 현금에 그 자체가 수익권의 가액에 해당한다고 하여 유류분 산정에 기초가 되는 재산에 산입하였다. 그리고, 이에 따라 산정된 유류분 부족액에 대하여 주위적 청구가 인용으로 보전되지 않는 부분에 대하여 예비적 청구의 가액배상 부분 또한 일부 인용하였다.

3) 한국과 일본 판례의 시사점

(1) 신탁자의 의사는 무엇을 기준으로 판단하여야 하는가

일본 판례에서 甲은 자산승계를 위하여 첫 번째로 1998. 1. 23 유언, 두 번째로 2015. 2. 1. 사인증여, 세 번째로 2015. 2. 5 신탁계약을 체결한 것이 된다. 이 경우 일본 민법 제1023조 제2항에 따라 유언이 유언 후의 법률행위 즉, 이 사건에서는 사인증여 또는 신탁행위와 저촉되는 이전 유언을 철회하는 것으로 본다. 그렇다면, 이 사건 신탁계약이 유효하다면, 이에 따라 자산승계가 이루어지고, 유효하지 않다면 2015. 2. 1. 사인증여에 따라 자산승계가 이루어져야 한다. 그리고 유류분 반환청구의 대상이 되는 유류분 산정 역시 그 기준이 되는

법률행위에 따라 달리하게 된다. 즉, 신탁계약이 무효이면 사인증여 행위가 유류분침해행위가 되고, 신탁계약이 유효이면 신탁계약이 유류분침해행위가 된다.

우리나라에서 이와 유사한 사례가 발생한다면, 유언 후의 생전행위가 유언과 저촉되는 경우에는 그 저촉된 부분의 전 유언은 이를 철회한 것으로 본다는 민법 1109조에 따라 유언 후에 이루어진 법률행위 즉 사인증여 또는 신탁계약에 따라 상속이 이루어진 것으로 보게 될 것이다. 현재 실무에서는 이러한 분쟁 가능성을 없애기 위하여 체결 전에 한 유언을 철회하도록 안내하거나 유언대용 신탁 계약을 체결할 당시에 유언대용신탁 계약 체결 전후를 불문하고 한 유언에 대해 유언대용신탁 계약이 우선하도록 하는 특약을 체결하고 있다.⁴⁸⁾

(2) 신탁자는 의도한 바를 이룰 수 있는가

일본 판례에서 신탁자이자 피상속인 甲이 운명 직전까지 병실에서 유언대용 신탁 계약을 체결하고자 한 이유는 자신의 의사대로 자산이 승계되고, 자식들 간에 분쟁이 없길 바라는 목적이었을 것이다. 즉, 기존 자산승계 방식에 의하여 승계될 경우 자신이 생전에 중요하게 지켜져 왔던 가치가 지켜지지 않았을 것으로 확신했기 때문이었을 것이다. 甲은 부동산 중에서 ㉠ 부동산의 가치를 가장 중요하게 여긴 것으로 보인다. 조상 대대로 지켜온 토지이므로 그 다음 세대에서 이를 지켜나가길 바라였으며, 그 건물에 놓여 있는 불단을 지킬 책임자로 장남이 아닌 차남이라고 본 것이다.⁴⁹⁾ 그러나, ㉠ 부동산의 유언대용신탁은 법원에 의하여 무효가 되었으며 장남인 원고는 차남인 피고를 상대로 소송을 제기하였는바, 甲이 실현하고자 했던 자산승계는 완전한 실패로 돌아가고 말았다. 그 이유는 바로 유류분이었다.

한국의 경우, 2021년 65세 이상 고령인구는 전체 인구의 16.5%로, 향후에도 계속 증가하여 2025년에는 20.3%에 이르러 우리나라가 초고령사회로 진입할 것으로 전망됨에 따라,⁵⁰⁾ 가산 승계를 둘러싼 분쟁의 심화는 일본과 크게 다르지 않을 것으로 예상하고 있다. 한국에서도 유언대용신탁을 활용하여 상속인 간의 분쟁을 막고자 하는 피상속인의 의사는 분명히 존재할 것이며, 이를 위해 유류분 반환청구권의 행사를 사전에 고려하지 않은 신탁계약은 신탁자의 의도

48) 오영표, 「가족신탁이론과 실무」, 조세통람, 2020, 175면.

49) 이계정, “고령사회에서의 신탁의 역할 - 신탁의 공익적 기능에 주목하여”, 「서울대학교 법학」 제61권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2020, 105면. 유언대용신탁 목적 중 가치 상속 기능에 포섭되는 예에 해당할 수 있다.

50) 통계청, 「2021 고령자 통계」, 2021. 16면.

와는 다르게 가산에 대한 분쟁으로 악화되어 의도한 바를 성취하지 못한 자산 승계로 전락할 소지가 있는바, 이를 대비한 신탁계약의 설정이 필요하다. 요컨대, 유류분을 사전에 충분히 고려하지 않은 상속형 신탁계약은 상속인 의사대로 사후 이행되지 못할 가능성이 존재한다.

(3) 상속형 신탁에서 유류분 반환청구의 대상은 무엇인가

일본 판례에서 장남인 원고는 이 사건 신탁계약에 따라 ㉠, ㉡, ㉢ 부동산에서 발생하는 수익의 1/6을 실제로 수령하고 있음에도 소송을 제기한 것은 바로 ㉠ 부동산 때문이었다. ㉡ 부동산은 원본 수익권과 이익수익권 중 법으로 보장된 최소한의 법정상속분인 1/6을 수령 하고 있기에, 법률상으로 문제가 될 것은 없고 법원도 이 부분에 대한 신탁계약은 유효로 보았다. 그리고 ㉢ 부동산을 실제로 환산가치가 없는 것이기에 특별히 부당할 것도 없다.⁵¹⁾ 그러나 ㉠ 부동산은 다르다. ㉠ 부동산의 원본 수익권은 생전에 수익자의 의사결정권이 외동딸 乙에게 있었고, 조상 대대로 물려온 토지 그리고 불단이 모셔져 있는 건물 등을 매각할 가능성도 없었기에 원본 수익권의 가치는 향유할 수 없는 것이었다. 그리고 제2차 수익자로 피고의 자녀들이 지정되었기에 ㉠ 부동산의 원본 수익권은 1차 수익자들이 사망하면 피고의 자녀들에게 귀속된다.

그렇다면, 35억 원 부동산에서 발생하는 실질적인 가치라고 볼 수 있는 ㉠ 부동산의 수입 수익권은 피고가 무상으로 이 부동산을 사용함으로 누리고 있고, 자손까지 누릴 것임에도, 자신은 ㉠ 토지 중 극히 일부를 주차장으로 사용하는 임대료 1,000만 원의 1/6밖에 가지지 못한다는 사실에 소송을 결심했을 것이다. 법원도 ㉠ 부동산에 대한 주차장 부분의 임대료 수입은 ㉠ 부동산 전체 가치에 맞지 않은 것으로 보았고, 전체를 매각하거나 임대할 가능성은 신탁 계약 당시부터 상정되지 않았기 때문에 실질적 원고에 대하여 형식적으로나마 유류분 비율에 상당한 비율의 수익권을 부여하는 외형을 갖추어 유류분 감쇄 청구를 회피할 목적에 해당된다고 보아 공서양속에 위배되어 무효라고 보았다.

결국, 유류분 반환청구의 대상은 수익자가 유언대용신탁 계약의 설정을 통

51) 이에 동조하는 견해로서, 경제적 가치가 없는 ㉢ 부동산 부분이 신탁재산으로 들어갈 수 있었던 것도 유류분 잠탈로 취급한 것은 부당하는 견해가 있다(張斯琪, “遺留分制度を潛脱する信託の效力と 信託に對する遺留分減殺”, *ジュリスト* 1540号, 2020, 98면.). 이는 경제적 실질을 이유로 무효로 판단하였다면 굳이 이 부분까지 무효로 볼 필요가 있었겠는가의 비판으로 보여진다. 다만, 법원의 태도는 경제적 실질이 없음에도 형식적인 신탁계약 내용에 포섭시킨 것 자체가 유류분 잠탈을 회피할 목적을 희석시키기 위한 외관 작출로 보아 무효로 판단한 것으로 선택할 수 있다.

하여 향유하고 있는 수익권의 종류와 성질에 따라 다르게 판단할 수 밖에 없다. 이는 신탁계약의 모습이 다양한 자산의 형태에 따라 설정할 수 밖에 없음에 기인한 것으로서 불가피하며, 그 대상에 따른 반환청구의 모습은 다음 장에서 논의하고자 한다.

(4) 유류분을 고려하지 않은 상속형 신탁은 공서양속에 위배되어 무효인가

일본 판례에서 공서양속이라는 일반조항을 근거로 신탁계약을 무효로 판단한 것은 일반조항으로의 도피라는 비판이 가능한 법리 구성이라는 점에서 아쉬움이 남는다.⁵²⁾ 일본이 아닌 한국에서 유사한 분쟁이 이루어질 경우, 한국 신탁법의 경우에는 신탁법 제5조에 개별 규정이 있지만 이러한 신탁법 제5조도 민법 제103조를 재확인하는 정도의 의미밖에 없기에 동일한 논의가 있을 수 있다.⁵³⁾ 즉, 신탁법 제5조 내지 민법 제103조를 근거로 유류분을 침해하는 유언대용신탁 계약을 반사회질서 법률행위에 해당하는 것으로 무효로 보는 것이 타당한가에 대한 논의로 귀결된다.

이에, 유류분 규정을 강행규정으로 보더라도, 탈법행위의 독자성을 인정하고 탈법행위를 직접 강행규정에 위반하지는 않으나 강행법규가 금지하고 있는 것을 회피수단에 의하여 실질적으로 실현하는 행위에 해당하는 것으로 정의한다면,⁵⁴⁾ 이 사건에서의 유언대용신탁계약은 이에 해당하는 것이므로 공서양속에 위배되어 무효라고 보는 것은 지나친 공서의 확대이고, 그것은 법치주의 원칙에 반하고 무엇보다도 개인의 자유로운 사회적 경제적 활동을 위축시킬 수 있다는 비판이 이루어질 수 있다.⁵⁵⁾

대안적 법리로, 사안에서 피고가 ㉠ 부동산의 이익 수익권의 가치가 저평가된 것이고 이를 근거로 지급받은 원고의 이익 수익권이 실질적으로 평가되지 않는 것으로 보아 유류분 부족액 부분에 대한 반환청구가 가능하도록 하는 법

52) 최수정, “유언대용신탁과 유류분의 관계- 한국과 일본의 하급심판결에 대한 비교검토를 통하여”, 『人權과正義』 제493호, 대한변호사협회, 2020, 191면.

53) 한국 신탁법 제5조(목적의 제한) ① 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 위반하는 사항을 목적으로 하는 신탁은 무효로 한다. ② 목적이 위법하거나 불능인 신탁은 무효로 한다. ③ 신탁 목적의 일부가 제1항 또는 제2항에 해당하는 경우 그 신탁은 제1항 또는 제2항에 해당하지 아니한 나머지 목적을 위하여 유효하게 성립한다. 다만, 제1항 또는 제2항에 해당하는 목적과 그렇지 아니한 목적을 분리하는 것이 불가능하거나 분리할 수 있더라도 제1항 또는 제2항에 해당하지 아니한 나머지 목적만을 위하여 신탁을 유지하는 것이 위탁자의 의사에 명백히 반하는 경우에는 그 전부를 무효로 한다.

54) 박윤직·김재형, 『민법총칙』, 박영사, 2022, 280면.

55) 이준원, “탈법행위에 관한 소고”, 『비교사법』 제20권 제1호, 한국비교사법학회, 2013, 44면.

리 구성을 한다면, 굳이 민법 제103조를 근거로 신탁계약 무효로 볼 필요성이 사라진다. 왜냐하면, 상속재산은 기본적으로 피상속인 소유이고, 피상속인의 의사가 가장 반영된 유언대용신탁 계약의 효력을 무효로 하는 것이야말로 유언대용신탁의 활성화를 저해할 가능성이 큰 행위이기 때문이다.

따라서, 유언대용신탁 계약을 전체를 무효로 해석하는 것이 아니라, 일단 유효로 보되 실질적으로 평가되지 않은 ④ 부동산의 이익 수익권을 반영한 유류분 산정액을 하여 그 수익권에 대한 채권을 일부양도하는 식으로 해석하는 것이 적합하다. 그렇게 해석할 경우, 유류분 반환청구권자인 원고의 불이익도 크게 발생하지 않는다는 점에서 당사자의 의사를 반영한 신탁계약 전체를 무효로 볼 당위성은 감소한다. 이 사건에서도 법무사와 신탁회사 직원의 도움을 받아 설정한 행위를 반사회질서 법률행위에 해당한다고 보기에는 다소 무리가 있고, 수익 비율은 신탁자의 의사이기에 실질적 수익권을 보장하는 형태로 유언대용신탁 계약을 해석하는 것이 좀 더 세밀한 해석론이 될 수 있다.

(5) 상속형 신탁에서 유류분 반환의 대상은 원물이어야 하는가

일본 판례에서, 법원이 ④ 부동산에 대하여 유류분 감채를 원인으로 지분이 전등기를 허용한 것은 사실 분쟁해결에 도움이 되지 못하고, 가산을 안정적으로 승계하고 하였던 신탁자의 의사에 정면으로 배치된다. 참고적으로 일본은 2018년 민법개정으로 유류분반환청구권을 금전채권으로 변형하여 앞으로는 사안과 동일한 사실관계에서 동일한 문제가 발생하지 않겠지만,⁵⁶⁾ 이 사건은 2015년 발생사건으로 원물반환이 원칙인 한국과 동일한 법리가 적용되는 사안이기때, 우리에게 더욱 의미가 있다. 사안에서 법원은 ④ 부동산에서 실질적으로 원고가 향유하지 않는 이익수익권 부분을 가치 평가하고 그 수익권에 대하여 유류분 감채청구를 허용하여,⁵⁷⁾ ④ 부동산의 원물은 피고에게 안전하게 승계시켜 피상속인의 가치를 상속시키고, 원고에게는 실질적으로 확보되지 않았던 수익권을 반환받을 수 있도록 함이 분쟁의 효율적 해결 수단일 수 있다.

한국의 경우, 수탁자는 주로 신탁회사인 경우가 많을 것이고, 수익자로 상속인 중 1명에게 부동산이 신탁재산의 귀속을 원인으로 상속신탁의 집행등기가 이루어진 경우가 발생할 것인데, 이때 유류분권자에게 부동산에 대한 원물반환

56) 沖野眞巳, “一. 遺留分制度を潛脱する意図でされた信託の効力(一部無効) 二. 信託に對する遺留分減殺の對象(受益權) 私法判例 リマックス 59号, 日本評論社, 2019, 73면.

57) 張斯琪, “遺留分制度を潛脱する信託の効力と 信託に對する遺留分減殺”, *ジュリスト* 1540号, 2020, 98면.

을 허용할 수 밖에 없는 동일한 문제가 생길 것으로 예상된다. 그렇게 되면, 결국 상속재산의 공유관계로 귀결되고 공유물 분할청구를 행사할 경우 상속재산을 둘러싼 분쟁의 해결이 요원해진다. 상속인들 간의 분쟁 특히 유류분반환청구로 상속재산 지분 중 일부를 회복한 상속인과 법정상속분보다 많은 지분을 상속받은 상속인간의 협의 분할은 쉽지 않을 것이고, 협의 과정에서 원물을 지키고자 유류분보다 더 큰 가액을 협의 조건으로 주장하는 경우 실질적으로 법정상속분을 보장받게 되어, 피상속인의 의사에 어긋나는 가산승계가 이루어질 여지가 존재한다.

결국, 유류분반환청구의 대상으로 원물반환청구를 원칙으로 하게 되면 유언대용신탁 계약을 통해 자산을 승계하고자 한 피상속인의 의사에 정면에 반하고, 가족관계 파탄의 원인은 계속 존재하여 분쟁이 지속될 여지가 크다. 이를 예방하기 위하여 유류분 반환청구를 금전채권으로 규정한 2018년 일본 민법의 개정을 우리나라에도 도입하는 것에 대한 적극적인 검토가 필요하다.⁵⁸⁾

(6) 불포함설의 반론은 없겠는가

불포함설의 입장에서는 일본 판례에서의 사례는 상속인이 수탁자 겸 사후수익자가 되는 민사신탁으로 설정한 경우로서 우리 민법 제1114조에 따라 산입될 증여로서 당연히 유류분반환청구의 대상이 될 수 있고, 한국판례에서의 사례처럼 수탁자가 신탁회사인 상사신탁의 경우에는 수익자가 받게 될 수익권은 민법 제1114조에 따라 산입될 증여에 해당할 수 없다는 반론이 있을 수 있다. 그러나, 상술한 바와 같이 수익자가 수탁회사로부터 취득하는 수익권은 유증 또는 사인증여로 보는 것이 실질에 부합하기 때문에 불포함설의 반론은 타당하지 않으며, 일본에서의 논의는 한국에서 동일한 소송상 쟁점으로 구현될 가능성이 높다.

5. 소결

한국의 판례는 상사신탁 구조 즉, 수탁자는 신탁회사, 수익자는 상속인 중

58) 窪田充見(구보타 아쓰미), “2018년 일본 상속법 개정의 개요”, 『가족법연구』 제33권 제2호, 한국가족법학회, 2019, 131면에서 2018년 일본 상속법이 유류분반환을 금전채권으로 개정한 것에 대하여 유류분 침해의 법률효과를 금전채권으로 하여 복잡한 관계가 발생하는 것을 회피한다는 데 의의가 있고, 유류분 권리자의 권리행사를 쉽게 하는 개정이라고 평가하고 있다.

일부인 경우에서 발생한 사안으로 2심에서 유언대용신탁 재산이 유류분부족액 산정이 되는 기초재산에 해당하는지 여부에 대한 직접적인 판단을 유보한 점은 아쉽다. 하지만, 불포함설이 갖는 타당성이 결여되기 때문에 한국의 1심 판례의 태도에 찬동하는 견해보다는 반대의 견해가 압도적으로 많다. 이에 대해서 유언대용신탁에 대한 활용을 어렵게 한다는 견해도 있으나, 논증한 바와 같이 유언대용신탁 재산이 유류분반환청구의 대상이 되는 것은 부정할 수 없다. 이에, 우리나라의 판례 사안과는 달리 특별수익액이 유류분부족액을 초과하지 않았다면 신탁재산인 예금과 부동산의 수익권을 수익자를 상대로 청구할 수 있었을 것이고 앞으로 분쟁상황은 바로 이 대목에 있다. 즉, 장래에 특별수익액이 존재하지 않아 유류분 반환청구의 대상이 되는 경우가 초래할 것인바, 이하에서는 일본에서의 논의를 바탕으로 한국에서 초래할 동일한 분쟁상황에서의 피고적격과 대상적격을 논의한다.

Ⅲ. 상속형 신탁에 관한 유류분반환청구권의 피고적격과 대상적격

1. 문제의 소재

상속인 중에서 일부에게 법률적으로 보장되는 상속분 즉, 유류분을 회피하는 상속형 신탁계약의 유효성을 인정하더라도, 유류분반환청구권자는 누구를 상대로 무엇을 구할 수 있는가의 분쟁은 계속된다. 이에 기존 논의는 신탁재산이 유류분반환청구의 대상이 됨을 전제로 피고적격에 대하여 수탁자설과 수익자설, 대상적격에 대하여 신탁재산설과 수익자설에 관한 견해대립으로 요약할 수 있다. 즉, 유류분 반환청구의 대상을 유류분 기초재산 산정시 신탁재산의 취급과 관련하여 유언대용신탁 설정에도 불구하고 신탁재산은 여전히 피상속인이 가진 재산에 포함되어야 하므로 수탁자에게 신탁행위를 통하여 재산을 이전한 것이 유류분 침해행위인바, 수탁자를 상대로 유류분반환청구권을 행사하여야 한다는 견해,⁵⁹⁾ 유언대용신탁의 수익자는 실질적으로 수익권을 증명하는 것이므로 유류분 기초재산 산정시 수익권의 가치를 평가하여 이를 증여재산에 준하여 가산하여야 하는바, 수익자를 상대로 유류분반환청구권을 행사하

59) 이근영, “신탁법상 재산승계제도와 상속”, 『법학논총』 제32권 제3호, 전남대학교 법학연구소, 2012, 224면.

여야 한다는 견해,⁶⁰⁾ 증여재산에 준하여 가산되지만 민법 제1114조가 적용되어 신탁계약이 위탁자와 수탁자 쌍방이 유류분권리자에게 손해를 가할 것을 알면서 설정되었거나 위탁자 사망일로부터 1년 내에 행해진 경우에는 가산되어야 하기에, 원칙적으로 수익자를 상대로 하되 수익자에 대한 반환을 기대하기 어려운 때에는 예외적으로 수탁자를 상대로 할 수 있다는 견해가 있다.⁶¹⁾ 필자는 서로 다른 집행상황을 가정하여 이루어진 위의 논의를 반복하기보다는 실제 수탁회사가 수행하는 수익권의 집행 모습에 주목하여 논의를 개선하고자 하였으며, 이에 수익권 집행 여부에 따라 피고적격과 대상 적격에 대한 구체적인 모습을 나누어 살펴본다.

2. 수익권 집행 여부에 따른 구분

1) 구분의 필요성

위탁자가 수탁자에 신탁재산을 맡긴 다음 수익자가 수탁자에 갖는 수익권은 원본 수익권과 수입 수익권으로 구별된다. 일반적으로 원본수익권자란 신탁재산 원본 즉, 부동산이나 예금, 주식 자체를 취득하는 수익권자를 말하고, 수입 수익권자란 신탁재산의 원본으로부터 발생한 이익 즉, 부동산으로부터 임대수익이나 예금에 대한 이자, 주식으로부터 배당금 등의 권리를 취득한 수익권자를 말한다.⁶²⁾ 그런데, 신탁법에 수입 수익권의 내용 및 종류에 대한 상세한 규정이 없으므로, 수입 수익권에 관한 판단이 모호한 상황을 방지하기 위하여 이를 법령으로 상세히 규정할 필요성이 있다. 왜냐하면, 대상 적격의 불명확성은 유류분반환청구 소송에서의 지연을 초래할 가능성이 높고, 본안 판단 이후 집행의 어려움을 초래할 것이기 때문이다. 이에, 실제 분쟁상황에 대비하여 유류분 반환청구의 대상이 되는 피고적격과 대상적격에 대하여 일률적으로 어느 한 견해가 타당하다는 주장보다는 신탁재산에 대한 집행 여부에 따라 피고적격과 대상적격을 구분해서 판단하는 것이 실효성이 있다. 즉, 수탁회사와 신탁자 간의 신탁계약의 내용이 즉시배분형 사후수익권인지 계속관리형 사후수익권인지를 구분해서 보아야 하고, 집행단계에서의 실효성을 확보하기 위해서는 수익권에 대한 보전처분도 아울러 수행하는 것이 바람직하므로 함께 논한

60) 임채웅, “신탁과 유류분에 관한 연구”, 『사법』 제41권 제1호, 사법발전재단, 2017, 140면.

61) 최수정, 앞의 책, 521면.

62) 최수정, 앞의 책, 112면.; 정순섭, 앞의 책, 72면.; 오영걸, 앞의 책, 15면.; 오영표, 앞의 책, 174면.; 김상훈, 앞의 책, 308면.

다.⁶³⁾ 왜냐하면, 수익권에 대한 보전처분이 이루어지지 않은 경우, 피고적격과 대상적격을 다투는 본안소송에서 승소하더라도 이미 처분을 하여 환가한 경우 무의미한 소송으로 그칠 우려가 있기 때문이다.

2) 즉시배분형 사후수익권

(1) 즉시배분형 사후수익권의 구체적인 상황

수원지방법원 성남지원 2020. 1. 10. 선고 2017가합408489 판결이 바로, 원본 수익권과 수입수익권이 분리되지 않은 즉시배분형 사후수익권에 관한 경우이다.⁶⁴⁾ 즉, 수탁회사는 즉시 부동산을 신탁집행등기로서 소유권을 피고 D에게 이전하여 주었고, 예금채권 또한 D에게 출금하여 주어, 이미 신탁재산이 집행되었기 때문에 수탁자를 상대로 소를 제기할 실익이 없다.⁶⁵⁾ 당연히 이익이 실제로 귀속된 수익자인 피고 D를 상대로 원상회복 또는 가액반환을 청구해야 할 것이다. 이하에서는 구체적으로 신탁재산의 대상에 따라 구분해서 살펴본다. 신탁재산의 대상은 대표성을 갖는 상속재산인 예금, 주식, 그리고 부동산의 수익권을 즉시배분형으로 한 경우를 상정해서 살펴보면 아래와 같다.

(2) 신탁재산의 대상이 예금채권인 경우

예금채권의 경우 이미 수탁자에게서 수익자로 집행 즉, 출금이 완료되었기 때문에 수탁자가 아닌 수익자를 상대로 원금에 대한 유류분 부족액 만큼의 반환을 청구하면 된다. 그런데, 금전채권의 경우 금전이 실제로 수탁자에게서 수익자에게 귀속된 이후, 수익자가 이를 소비한 경우에는 승소 판결을 받고도 책임재산이 없어 무의미한 경우가 발생할 수 있다.

이에 유류분반환청구의 인용 판결 이후 집행단계에서의 실효성을 확보하기

63) 신탁재산은 수탁자의 소유라 하더라도 수익권은 수익자의 소유이므로 이에 대해서는 강제징수가 가능하다고 보아야 한다는 견해(황헌순, “상속세 및 증여세법상 신탁과세제도”, 경북대학교 박사학위 논문, 2021, 57면) 또한 수익권에 대한 보전처분의 가능성을 전제로 하는 주장으로 보인다.

64) 즉시배분형 사후수익권의 경우에는 필자가 과문한 탓인지 모르지만 원본수익권과 수입수익권이 분리 귀속되는 경우를 상정하기는 어려웠다. 수입수익권이라는 것이 임대수익, 예금이자, 배당금 등을 수탁자가 수익자에게 지급하는 것인데, 이는 계속관리형을 전제로 가능하기 때문이다. 이에, 즉시배분형 사후수익권의 경우에 원본수익권과 수입수익권이 분리 처분되기 어렵고 동시에 수익자에게 수익권(여기서 수익권은 원본수익권과 수입수익권을 합친 개념)이 귀속하되, 그 비율에서 유류분이 침해되는 형태로 구성되는 것으로 결론을 내릴 수 있었다.

65) 이에 같은 견해로서, 오영표, 앞의 책, 174면.

위해서는 예금채권 3억 원에 대하여 피고 D에게 집행이 되기 전에 채권자를 원고, 채무자를 피고 D, 제3채무자를 신탁회사 L로 하여 피보전채권을 유류분 반환청구권,⁶⁶⁾ 수익자 피고 D의 수탁자인 신탁회사에 대한 원본수익권을 피압류채권으로 하여 (가)압류 및 추심 또는 전부명령을 받는 것이 가장 실효적인 구제수단이 될 것이다.⁶⁷⁾ 즉, 즉시배분형 사후수익권의 집행 전에 수탁자를 제3채무자로 하여 보전처분을 하는 것은 유류분 반환청구의 피고적격 및 대상 적격의 논의와 무관하게 일반 금전채권 집행방식으로 가능하다. 물론, 수탁자가 수익권자에게 이미 집행을 한 이후에는 보전처분을 할 실익도 없고 가능하지도 않다.

이에 대하여 유류분반환청구권을 피보전채권으로 신탁재산에 대하여 보전처분이 불가하다는 반론이 있을 수 있으나,⁶⁸⁾ 그것은 유류분반환청구권이 발생하기 전인 사망 전에 타당한 주장이다. 피상속인 E가 사망하면 신탁법 제56조 제1항에 따라 수익자인 피고 D는 즉시 수익권을 취득하고,⁶⁹⁾ 이로 인하여 원고들의 유류분이 침해된 것이기에 이미 발생한 유류분 반환청구권을 피보전권리로 한 신탁재산 및 수익권에 대한 보전처분은 법리적으로 타당한 구성이다.

(3) 신탁재산의 대상이 주식인 경우

주식의 경우 위탁자의 사망 이후 수탁회사가 주식 자체에 대한 수익권 모두를 수익자에게 이행하였다면, 예금채권과 동일하게 수탁회사를 상대로 소를 제기하거나 보전처분을 할 실익이 없다. 유류분 반환청구권자는 수익자를 상대로 자신의 유류분 부족액에 해당하는 주식 자체의 반환을 구하여야 한다. 즉, 주식이 수익자에게 원물 그대로 존재하는 경우에는 자신의 지분 범위에 해당하는 주식에 대한 소유권에 대한 확인청구를 구한 다음 회사를 상대로 단독으로 명의개서를 구하는 방법이 있다. 주식을 이미 처분한 경우라도 대체물인 주식을 제3자로부터 취득하여 반환할 수 없다는 등의 특별한 사정이 없는한 원물

66) 일본의 경우에는 2018년 민법개정을 통해 일본 민법 1046조에 「유류분권리자는 수증자에 대하여 유류분 침해액에 상당하는 금전의 지급을 청구할 수 있다」고 규정하여 유류분 침해행위로 유류분권자는 수증자에게 유류분 침해에 따라 금전채권이 성립함을 명문화하였다.

67) 원본수익권이 압류 및 전부명령의 대상이 될 수 있는지에 대하여는 이를 긍정하는 견해로는 임채웅, “신탁수익권에 관한 민사집행의 연구”, 『서울대학교 法學』 제50권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2009, 297면 각주 46).; 한상곤, “신탁수익권의 집행에 관한 법적 소고”, 『홍익법학』 제15권 제4호, 홍익대학교 법학연구소, 2014, 329면.

68) 오영표, 앞의 책, 175면 각주 28).

69) 신탁법 제56조(수익권의 취득) ① 신탁행위로 정한 바에 따라 수익자로 지정된 자(제58조 제1항 및 제2항에 따라 수익자로 지정된 자를 포함한다)는 당연히 수익권을 취득한다. 다만, 신탁행위로 달리 정한 경우에는 그에 따른다.

반환의무의 이행이 불가능한 것은 아니라고 보는 판례의 태도에 따르면 주식 자체의 반환이 가능할 것으로 보인다.⁷⁰⁾ 만약, 특별한 사정이 존재하여 주식 자체의 반환이 불가능한 경우라면 사실심 변론종결시를 기준으로 가액을 산정하여 청구하면 된다.

수탁회사가 수익자에게 집행하기 전이라면 유류분반환청구권을 피보전권리로 하고 수익자가 수탁회사에게 갖는 주식에 대한 원본수익권과 수입수익권에 대하여 압류 등의 보전처분을 하고, 본안에서의 승소 판결 이후 압류된 주식을 신탁재산으로 하는 수익권에 대하여 수탁회사를 상대로 집행이 가능하다. 즉, 상속형 신탁에서 즉시배분형 사후수익권의 경우, 수탁회사가 수익자에게 이행을 신속하게 하면 수탁회사는 유류분 분쟁에서 벗어난다. 유류분반환청구권자는 수익자를 상대로 유류분반환청구를 하면 되므로 피고적격에 대한 판단이 용이하지만, 수익자가 환가 등을 통하여 이미 소비하여 자력을 상실하게 될 경우를 대비하여 수익권을 수익자에게 이행하기 전 수탁회사를 상대로 보전처분을 해두는 것이 실효적이다. 만약 수익권의 이행을 통해 수익자에게 이전된 경우라면 수익자가 환가 등의 처분행위를 하기 전에 수익자를 상대로 보전처분을 해두는 것이 바람직할 것으로 보인다.

(4) 신탁재산의 대상이 부동산인 경우

부동산에 대하여는 유류분 반환청구권이 물건적 형성권의 성격을 갖고 있으므로 유류분 권리자인 원고가 피고를 상대로 유류분 반환청구권을 행사하면 실질적으로 유증의 성격을 갖는 유언대용신탁은 소급적으로 효력이 상실되고, 원고의 유류분에 해당하는 지분말소 또는 이전등기가 가능할 것이다.⁷¹⁾ 다만, 제3자에게 처분한 경우 원상회복이 불가능하여 가액배상만이 가능한 상황을 미연에 방지하기 위하여 수익자 소유로 된 부동산에 대하여 처분금지가처분 등의 보전처분을 해두는 것이 안전하다.⁷²⁾

그런데 부동산의 경우, 원상회복의 일환으로 지분을 이전등기하게 되면 무엇보다도 피상속인의 의사에 반하게 된다. 즉, 부동산의 공유상태가 발생하여

70) 대법원 2005. 6. 23. 선고 2004다51887 판결.

71) 대법원 1995. 6. 30. 선고 93다11715 판결, 대법원 1995. 6. 30. 선고 94므949판결, 대법원 2013. 3. 14. 선고 2010다42624, 42631판결. 대법원 2015. 11. 12. 선고 2010다104768 판결, 윤진수, 「주해상속법 제2권」, 박영사, 2019, 962면. 윤진수, “유류분반환청구권의 성질과양수인에 대한 유류분반환청구 - 대법원 2015. 11. 12. 선고 2010다104768 판결”, 「법학논총」 제36권 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2016, 119면.

72) 김홍엽, 「민사집행법」, 박영사, 2022, 511면.

향후 부동산 관리 및 처분 등에 관한 분쟁이 계속되고, 상속재산으로 인한 분쟁가능성을 미연에 방지하고 자신의 의사에 맞게 재산이 승계되기로 하였던 상속형 신탁의 목적이 달성되지 못할 개연성이 높다.

그리고 이후 이에 대한 공유물에 대한 협의분할이 이루어지지 못하여 분할청구를 행사할 경우 법원은 공유물을 공유자 중의 1인의 단독소유로 하되 현물을 소유하게 되는 공유자로 하여금 다른 공유자에 대하여 그 지분의 적정하고도 합리적인 가격을 배상시키는 방법에 의한 분할도 현물분할의 하나로 허용하고 있는바,⁷³⁾ 상속인 중 1인이 다른 상속인에게 가액배상을 하게 되어 무의미한 소송절차가 반복되어 분쟁의 조기 해결을 어렵게 한다.

따라서, 유류분반환청구는 원상회복을 원칙으로 하는 우리 민법하에서는 불가피한 측면이 있더라도 가액반환이 원물반환보다는 피상속인의 의사에 더 부합한다는 점,⁷⁴⁾ 무의미한 소송의 비용 낭비와 분쟁의 신속한 해결을 위하여 유류분 반환청구를 가액반환을 원칙으로 하는 개정이 시급하다.⁷⁵⁾

3) 계속관리형 사후수익권

(1) 계속관리형 사후수익권의 구체적인 상황

처음부터 위탁자가 수탁자와 신탁계약을 설정한 당시부터 수입수익권을 수익자 연속신탁의 유형으로 구성하여 1차 수익자들에게는 원본수익권 자체를 부여하지 않은 것으로 계약을 체결할 수 있다. 즉, 위탁자는 수탁자에게 생전에 부동산, 예금, 주식 등의 소유권을 신탁재산으로 이전시키고 수익을 하여오다가, 자신의 사망한 이후 상속인 중 일부에게만 수익권을 부여하고, 1차 수익자 사망 이후 2차 수익자에게 원본수익권을 부여하는 경우가 그러하다. 이때, 1차 수익자의 지위에서 배제된 자가 1차 수익권자에게 유류분 반환청구를 행사하는 국면은 일본의 판례와 유사한 사실관계로 여겨진다(이를 이하에서 ‘A 유형’이라 한다).

또 다른 모습으로 원본수익권 중 일부를 1차 수익자 중 일부에게만 부여하는 경우도 상정해 볼 수 있다. 즉, 위탁자는 수탁자에게 생전에 부동산, 예금,

73) 대법원 2004. 10. 14. 선고 2004다30583 판결.

74) 윤진수, 「친족상속법 강의」, 박영사, 2022, 623면.

75) 독일, 오스트리아, 프랑스(2006년 개정), 스위스(견해대립 있으나 판례로서 인정), 일본(2018년 개정)은 모두 가액배상주의를 취하고 있음을 참고할 필요가 있다(정홍주, “유류분 반환청구권의 행사기간에 관한 연구”, 서울대학교 석사학위논문, 2020, 25면.)

주식 등의 소유권을 신탁재산으로 이전시키고 수익을 하여오다가, 자신의 사망한 이후 상속인 중 일부에게만 원본수익권과 수입수익권을 부여하고, 이에 배제된 수익자가 유류분 반환청구로서 다른 수익자에게 반환을 구하는 것이 가능하다(이를 이하에서 ‘B유형’이라 한다).

(2) 신탁재산의 대상이 예금채권인 경우

A 유형에서 3억 원의 예금채권의 수입 수익권만이 1차 수익자에게 지급되고 있다면, 유류분 부족액 만큼의 이자 수익채권을 수익자로부터 일부 양도받는 식의 형태가 분쟁 해결에 유효한 구제수단이 된다. 계속관리형 사후수익권의 경우 매달 내지 매년 정기적으로 지급되는 이자채권이 수익권의 구체적인 모습으로 귀결될 것이기에, 이에 대한 채권을 자신의 지분만큼 일부 양도받고 수탁자에게 채권양도의 대항요건을 갖추는 방법으로 일회적 해결이 가능해진다. B 유형은 수익권의 다양한 모습에 따라 청구도 다양해진다. 3억 원의 예금채권 중 1억 5천만 원의 원본 수익권을 지급받고, 남은 1억 5천만 원에 대해서는 이자 수익권만 지급 받는 상황이라면 유류분부족액을 청구하는 자는 1억 5천만 원 원본이 이미 지급되었다면 가액반환을 구하거나, 지급되지 않았다면 채권양도를 구할 수 있을 것이다. 이자 수익권에 대하여는 지급되었다면 가액반환으로 구할 수 있고, 지급 전이라 이자수익채권 양도를 구하면 된다.

(3) 신탁재산의 대상이 주식인 경우

수탁자로부터의 사후수익권을 신탁법 제64조 제1항에 따라 수익권을 일부 양도하는 형태로 자신의 유류분 반환청구권을 행사할 수 있다.⁷⁶⁾ A 유형에서 주식의 처분수익과 같은 원본수익권을 1차 수익자도 갖고 있지 않기 때문에 그 부분은 반환청구의 대상이 될 수 없으므로 수입수익권 중 일부를 양도받는 것이 실질적인 구제수단으로 보인다. 2차 수익자를 상대로 한 원본수익권 부분은 애초부터 1차 수익자 사망 이후 2차 수익자에게 귀속되는 권리이기 때문에 2차 수익자는 피고적격을 가질 수 없다고 보아야 한다. 다만, 유류분 부족액을 계산하는 경우 원본수익권도 산입되어야 하는지에 대하여 논의가 있을 수 있는데, 실질적 귀속 여부를 엄격히 가지고 판단한다면 수입수익권의 평가만을 가지고 유류분 부족액을 계산하는 것이 옳다고 본다.

B 유형에서는 2차 수익자는 존재하지 않고 1차 수익자 중 일부에게 가령 Y

76) 신탁법 제64조(수익권의 양도성) ① 수익자는 수익권을 양도할 수 있다. 다만, 수익권의 성질이 양도를 허용하지 아니하는 경우에는 그러하지 아니하다.

회사 주식 100만 주 중에서 50만 주에 대한 원본수익권과 50만 주에 대한 수입수익권이 분할 귀속되어 유류분 부족액이 발생한 경우라면, 유류분 반환청구권자는 수익자를 상대로 원본수익에 해당하는 주식에 대한 일부양도를 구하고, 주식양도에 수반하는 명의개서절차의 이행을 구하는 청구형태로 구현될 것이다. 주식을 이미 처분하였더라도 대체물인 주식의 특성상 원물반환이 가능하고, 특별한 사정이 존재하여 원물반환을 구할 수 없다면 유류분 반환청구의 사실심 변론종결 당시 시가 상당액의 가액반환을 구하면 된다. 수입수익권이 부여된 50만 주에 대하여는 배당액 지급 전이라면 배당수익권의 일부 양도를 구하고, 지급 후라면 그 가액 상당액의 반환을 구할 수 있을 것이다. 이처럼 원물반환에 따른 청구의 다양한 형태는 유류분 반환청구의 성질을 금전채권으로 개정하지 않는 한 불가피할 것으로 보인다.

(4) 신탁재산의 대상이 부동산인 경우

부동산 원본 가치에 대응하는 사용수익에 따른 이익이 수입수익권인지 여부가 문제된다. 일본의 하급심 판례의 경우처럼 부동산 원본가치 전부에 대응하는 수입수익권이 아니라면 그에 대응하는 수입수익권은 실질적인 경제적인 가치가 결여되어 있기 때문에 정당한 수입수익권의 분배라고 볼 수 없다. 가령 30억 원의 X 부동산이 전부 임대차계약을 체결하여 월 3,000만 원의 임대차 수익이 발생하고 있는 상황이라면 수익자를 상대로 임차채권의 일부 양도를 구하는 것이 맞겠지만, 일본의 경우처럼 임대차계약을 체결하지 않고 수익자가 무상수익하고 있는 경우라면 수익의 대상적격이 무엇을 할 수 있는지에 대하여 의문이 들 수 있다. 이에 신탁계약 자체를 공서양속 위배로 무효로 보기 보다는 정당하게 임차권 시세 상당액을 평가하여 그 부분에 대한 가액반환을 수익자에게 청구하는 것이 분쟁의 일회적 해결에 도움이 된다.

즉, 정상적인 임대차 수익을 지급받고 있는 상황이라면 수익권으로서의 임대차 채권의 유류분 가액만큼의 일부 양도를 구하고, 임대차 수익을 지급받고 있는 상황이 아니고 수익자가 사실상 소유자로서 지위를 누리고 있는 상황이라면 시세 상당액 만큼의 가액반환을 구하는 것이 옳다. 부동산이 2차 수익자에게 원본이익권이 부여되어 있고 아직 상속신탁으로 집행이 되어 있지 않아, 수탁자 명의로 되어 있더라도, 수탁자가 실질적으로 신탁재산으로부터 이익을 받는 것은 없기 때문에 수탁자에게 피고적격이나 대상적격을 인정할 필요는 없다고 본다. 물론, 수탁자가 수익자 중 1명인 경우와 같은 민사신탁의 구조라면 원물반환으로서 부동산 지분 이전등기청구가 가능한 경우도 상정해 볼 수

있으나, 원하지 않은 공유관계 형성으로 인해 불합리한 소송이 반복되어 분쟁이 장기화되는 문제가 발생한다. 무엇보다도 신탁자(피상속인) 의사에 반하는 상속재산의 승계상황이 초래되는데, 이는 유류분 반환청구권을 물권적 형성권의 성격을 갖는 것으로 보아 원물반환이 가능함에 기인한 것이다. 개정의 필요성은 위에서 지적한 바와 같다.

3. 소결

기존의 논의는 피고적격에 관하여는 수탁자설과 수익자설, 대상적격에 관하여는 신탁재산과 수익권에 관한 것이 주를 이루었다. 그러나, 우리나라의 상속형 신탁은 신탁업자를 수탁자로 한 상사신탁이 주를 이룰 것이고, 그렇다면 실제 유언대용신탁 및 수익자연속신탁이 체결되어 이행되는 현실에 초점을 맞추어 수익권에 대한 이행 여부에 따라 논의가 이루어진 적이 없음에 착안하여 피고적격과 대상적격, 그리고 보전처분을 논하였다.⁷⁷⁾

이에 상속형 신탁에 유류분 반환청구가 이루어질 경우, 즉시배분형 사후수익권이 즉시배분 전이라면 수탁회사를 상대로 가압류(민사집행법 제276조 제1항), 가처분(민사집행법 제300조 제1항) 등의 보전처분을 하고 수익자를 상대로 유류분 반환을 청구한 다음, 수익자를 상대로 한 유류분반환청구(피보전채권)의 승소 판결문을 집행권원으로 하여 제3채무자인 수탁회사를 상대로 보전처분을 한 예금, 부동산, 주식에 대한 집행을 하면 될 것이다. 즉시배분 후라면 수익자를 상대로 보전처분을 하고, 수익자를 상대로 유류분 반환을 구하여, 이에 대한 승소판결문을 집행권원으로 하여 보전처분된 자산에 따라 집행을 하면 될 것으로 보인다.

계속관리형 사후수익권의 경우에는 수익자연속신탁의 유형에 따라 다른 접근이 필요한데, 이미 집행된 수입 수익권이라면 수익자를 상대로 가액반환을 구하여야 할 것이고, 집행 전 수익이라면 수익자에 유류분반환권자에게 유류분 부족액에 해당하는 수익권의 일부양도를 구하고, 그 대항요건을 수탁회사에게 채권양도 통지를 하는 방식으로 유류분 반환청구의 모습이 구현될 것이다. 물론, 집행된 수입 수익권이라면 유류분반환채권을 피보전채권으로 하여 수익자를 상대로 보전처분을 해야 할 것이고, 집행되기 전의 수입 수익권이라면 수탁

77) 물론, 수익권의 집행 적격을 인정하더라도 신탁이 갖는 유연성으로 인해 실무에서 집행권이 집행문을 내어줄 수 있는가의 의문이 있을 수 있으나, 성장하는 신탁업의 발전속도로 볼 때 이는 법률실무가들이 장래에 해결해야 할 몫이다.

회사를 상대로 보전처분을 하는 것이 실효적 구제수단으로 판단된다.

IV. 결론

요컨대, 상속형 신탁의 일종인 유언대용신탁 및 수익자 연속신탁을 활용하더라도 일부 상속인들에게 보장되는 법정상속분인 유류분권을 상속인의 최소한 생계 보장 및 상속인 사이의 실질적 형평을 위하여 인정해야 한다. 신탁재산은 유류분반환청구의 대상이 되지 않는다는 견해가 있으나, 신탁이라는 형식에 치중하여 그 실질을 고려하지 않은 법리로 상속형 신탁을 활용하여 민법이 규율하고 있는 상속제도 즉, 유류분을 실질적으로 무용하게 할 수 있다는 점에서 받아들이기 수 없는 해석론이다. 우리나라는 1심 판례에서 신탁재산은 유류분반환청구의 대상이 되지 않는다는 결론을 내린 바 있으나, 2심에서는 그 부분에 대한 판단을 유보하였다. 일본의 판례는 신탁재산 또한 유류분반환청구의 대상이 됨을 전제로 유류분을 보장하지 않은 신탁계약을 반사회질서 법률행위에 해당한다고 보아 무효로 해석하여, 유류분을 회피하기 위한 상속형 신탁은 인정할 수 없음이 확인되었다. 그렇다면, 상속형 신탁 또한 유류분 반환청구권에서 벗어날 수 없으며, 상속인 중 일부에게 유류분을 보장하지 않은 경우, 유류분반환청구의 분쟁은 일어날 수 있다.

본 논문은 상속형 신탁에 관한 유류분반환청구가 증가할 것에 대비하여 유류분반환청구에서의 피고적격과 대상적격을 살펴보았다. 기존의 논의는 수익권에 대한 집행을 고려하지 않고 서로 다른 상황을 상정한 후 피고적격에 관하여는 수탁자설과 수익자설, 대상적격에 관하여는 신탁재산설과 수익권설이 주를 이루었다. 한국의 경우 신탁회사를 수탁자로 한 상사신탁의 구조로 상속형 신탁계약이 대부분 설정되므로, 수익권을 신탁회사가 이행하는 것을 전제로 하여 수익권의 성격을 즉시배분형 사후수익권과 계속관리형 사후수익권으로 나누어 피고적격과 대상적격을 살펴보았다. 즉시배분형 사후수익권의 경우 즉시배분 전이라면 수탁자를 상대로 보전처분을 하고 수익자를 상대로 유류분 반환청구를 구하면 된다. 즉시 배분 후라면 수익자를 상대로 보전처분을 하고 유류분반환을 구하면 된다. 계속관리형 사후수익권의 경우, 원본수익권과 수입수익권의 분리처분이 가능하다는 점과 사후수익권의 이행 전후를 구별하여 소송을 대비하여야 한다.

[참고문헌]

[국내문헌]

1. 단행본

- 곽윤직·김재형, 「민법총칙」, 박영사, 2022. 3.
 김홍엽, 「민사집행법」, 박영사, 2022. 6.
 무궁화신탁법연구회·광장신탁법연구회, 「주식 신탁법」, 박영사, 2021. 8.
 법무부, 「신탁법 해설(김상용 감수)」, 법조협회, 2012. 4.
 오영걸, 「신탁법」, 홍문사, 2021. 1.
 오영표, 「가족신탁이론과 실무」, 조세통람, 2020. 7.
 윤진수, 「민법논고 V」, 박영사, 2011. 6.
 ———, 「주해상속법 제2권」, 박영사, 2019. 4.
 ———, 「친족상속법 강의」, 박영사, 2022. 3.
 이증기·이영경, 「신탁법」, 삼우사, 2022. 2.
 정순섭, 「신탁법」, 지원사, 2021. 8.
 정순섭·노혁준 편저, 「신탁법의 쟁점(제2권)」, 소화, 2015. 1.
 최수정, 「신탁법」, 박영사, 2019. 9.

2. 논문

- 窪田充見(구보타 아쓰미), “2018년 일본 상속법 개정의 개요”, 「가족법연구」 제33권 제2호, 한국가족법학회, 2019
 권 철, “프랑스 민법상 신탁적 무상양여(증여·유증)에 관한 소고 - 2006년 개정 규정을 소재로”, 「民事法學」 제59권, 한국민사법학회, 2012.
 김상훈, “유언대용신탁을 활용한 가업승계”, 「企業法研究」 제29권 제4호, 한국기업법학회, 2015.
 ———, “신탁제도를 통한 재산승계 - 유언대용신탁의 상속재산성, 특별수익성, 유류분과의 관계”, 한국신탁학회 학술자료집 제3호, 한국신탁학회, 2019.
 ———, “유언대용신탁의 현황과 과제 : 유류분과의 관계를 중심으로”, 「가족법연구」 제35권 제1호, 한국가족법학회, 2021.
 엄복현, “신탁제도와 유류분반환청구권과의 관계”, 「가족법연구」 제32권 제3호, 한국가족법학회, 2018.
 윤진수, “유류분반환청구권의 성질과양수인에 대한 유류분반환청구 - 대법원

2015. 11. 12. 선고 2010다104768 판결”, 『법학논총』 제36권 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2016.
- 이근영, “수익자연속신탁에 관한 고찰”, 『재산법연구』 제27권 제3호, 한국재산법학회, 2011.
- , “신탁법상 재산승계제도와 상속”, 『법학논총』 제32권 제3호, 전남대학교 법학연구소, 2012.
- 이계정, “신탁의 기본 법리에 관한 연구 - 본질과 독립재산성”, 서울대학교 박사 학위논문, 2016.
- , “고령사회에서의 신탁의 역할 - 신탁의 공익적 기능에 주목하여”, 『서울대학교 法學』 제61권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2020.
- 이은정, “공동상속인간의 유류분 반환청구에 관한 소고”, 『법학논고』 제43권, 경북대학교 법학연구원, 2013.
- 이전오, “신탁 관련 상속세제 및 증여세제의 현황과 개선방안에 관한 연구”, 『세무와 회계연구』 제9권 제3호, 한국조세연구소, 2020.
- 이준봉, “유언대용신탁 및 수익자연속신탁의 과세에 대한 연구”, 『증권법연구』 제14권 제2호, 한국증권법학회, 2014.
- 이춘원, “탈법행위에 관한 소고”, 『비교사법』 제20권 제1호, 한국비교사법학회, 2013.
- 이화연, “재산승계수단으로서의 신탁과 상속 - 신탁의 재산승계수단으로서의 활용 가능성과 유류분 반환의 문제를 중심으로-”, 『사법논집』 제65집, 법원도서관, 2017.
- 임채웅, “신탁수익권에 관한 민사집행의 연구”, 『서울대학교 法學』 제50권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2009.
- , “신탁과 유류분에 관한 연구”, 『사법』 제41권 제1호, 사법발전재단, 2017.
- 정구태, “신탁제도를 통한 재산 승계 - 유류분과의 관계를 중심으로-”, 『인문사회 21』 제9권 제1호, 인문사회 21, 2018.
- 정다영, “프랑스민법상 유류분권리자의 범위 및 유류분의 산정”, 『가족법연구』 제31권 제2호, 한국가족법학회, 2017.
- 정홍주, “유류분반환청구권의 행사기간에 관한 연구”, 서울대학교, 석사학위논문, 2020.
- 최수정, “유언대용신탁과 유류분의 관계- 한국과 일본의 하급심판결에 대한 비교 검토를 통하여”, 『人權과正義』 제493호, 대한변호사협회, 2020.
- 최준규, “유류분과 신탁”, 『사법』 제34호, 사법발전재단, 2015.

황헌순, “상속세 및 증여세법상 신탁과세제도”, 경북대학교 박사학위 논문, 2021.

3. 보고서 등

금융감독원, 「2021년 신탁업 영업 현황 분석」, 2022, 1~2면.

법무부, 「신탁법 개정 특별분과위원회 회의록 2」, 2009, 1208면.

통계청, 「2021 고령자 통계」, 2021. 16면.

한겨레신문, 시대 뒤떨어진 상속법을 구하라, https://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/999091.html, 검색 : 2022. 10. 26.)

[국외문헌]

東京辯護士會辯護士研修センター-運營委員會, 民事信託の基礎と實務, ぎょう えいい, 2019.

張斯琪, “遺留分制度を潛脱する信託の効力と 信託に對する遺留分減殺”, JURIST 1540号, 2020.

沖野眞己, “一. 遺留分制度を潛脱する意図でされた信託の効力 (一部無効) 二. 信託に對する遺留分減殺の對象 (受益權) 私法判例 リマックス 59号, 日本評論社, 2019.

[Abstract]

Relationship between Inherited Trust and Forced Heirship

Kwan-Hyeong Lee*

It is still necessary that forced heirship is going to be protected for livelihood of heirs and fairness among them although will substitute trust and beneficiary nature trust contract are planned as means of inheritance. It has been argued that trust property is not subject to a claim for forced share, but it is an unacceptable and specious theory that makes the foundation of legal inheritance nullified virtually under our current civil law. The court of the first instance reached a same conclusion on the standpoint; however, the judgment of the issue was avoided in the second instance. In case of Japan, based on the premise of the trust property being regarded as a subject for a forced heirship claim, a trust contract that did not guarantee the legal reserve of inheritance was invalid as it is considered a breach to damage public order. To sum up, inheritance trusts are not exception from forced heirship, so disputes around them may arise unless each heir is assured of their share.

Accordingly, the eligibility for defendant and subject in forced share claim for inheritance trust will be examined since the the number of lawsuits about it is expected to increase. Assuming two opposite situations without considering beneficiary rights, established discussions have been mainly focused on the trustee theory and the beneficiary theory for defendant eligibility, and the trust property theory and the beneficiary right theory for subject eligibility. In case of Korea, there are two different sorts of the exercise of beneficiary rights including immediate allocation type and continuous management type, since inheritance trust contracts has to be established the way of a trust company as a trustee. In case of immediate distribution type, provisional measures has to be made against the trustee, and the claim for distribution of inheritance against the beneficiary is in need if it is before the distribution.

* Attorney, Sejiwon

If it is after the distribution, there is the necessity for heirs to take provisional measures and claim for distribution of inheritance against the beneficiary. In case of continuously managed type, it is imperative to comprehend that the original and the collateral beneficiary rights can be separately at disposal and look how it has been developed through the exercise of beneficiary rights.

Keywords : Will substitute trust, Beneficiary nature trust, Forced Heirship,
Immediate distribution type right, Continuous management type
right

