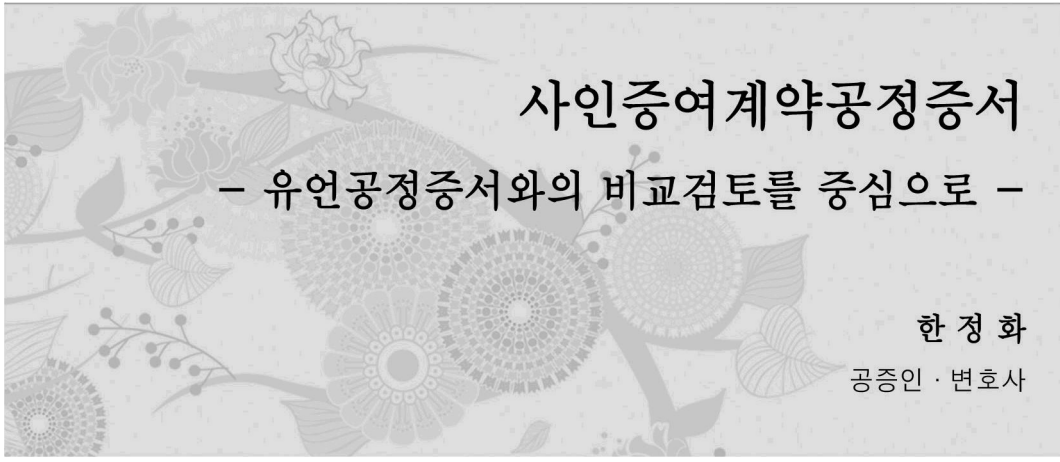




1. 머리말

재산을 후손에게 물려주거나 제3자에게 기증하기 위한 방법으로 흔히 논의되는 것이 유증과 증여이다. 유증은 유언의 방식으로 이루어지는 증여를 의미하는 것으로 유언자의 사망으로 효력이 생기는 데 반해 증여는 증여자의 생전에 즉시 발생한다. 양자 모두 행위자의 생전에 성립되지만 그 효력이 생전 행위 당시에 발생하는지(생전행위) 그렇지 않으면 행위자의 사망으로 발생하는지(사후행위)에 차이가 있다. 또 유언은 유언자의 단독행위이지만 증여는 증여자와 수증자 사이의 계약이라는 점에서도 다르다.

사인증여는 유언과 증여의 중간영역에 있는 제도로써, 증여자가 사망할 때 효력이 생기도록 증여자의 생전에 정해둔 증여계약이다. 증여자와 수증자 사이의 ‘계약’이라는 점에서 유증과 다르며, 증여자의 사망으로 효력이 발생하는 ‘사후행위’라는 점에서 생전증여와도 다르다. 우리 민법 제562조는 “증여자의 사망으로 효력이 생길 증여에는 유증에 관한 규정을 준용한다”고 규정하고 있는데,¹⁾ 이는 사인증여가 법률적 성격이 계

1) 일본민법 제554조도 사인증여에 관하여 “증여자의 사망으로 인하여 효력을 발생하는 증여는 유증에 관한 규정에 따른다”고 규정하여 우리 민법 제562조와 동일한 규정을 두고 있다.

약이라는 점에서 채권편 증여계약 가운데에 규정하고 있지만, 사후행위로서 실제 사회적 기능은 유증과 비슷한 역할을 수행한다는 점에서 상속편의 유증에 관한 규정을 준용하도록 하는 것이다. 상속세 및 증여세법도 사인증여의 실제 기능이 유증 내지 상속에 있다는 점에 착안하여 “유증을 받는 자” 뿐만 아니라 “사망으로 인하여 효력이 발생하는 증여에 의하여 재산을 취득하는 자”를 상속세 납부의무자로 규정하고 있다(제3조).

공증업무와 관련하여 살펴보면, 부동산등기법이 등기원인증서의 공증을 따로 요구하지 않고 있기 때문에 증여계약서를 공증하는 일은 거의 발생하지 않는다. 반면 유증은 공증업무와 긴밀한 관련을 맺고 있다. 특히 공정증서에 의한 유언의 경우에는 공정증서 작성이 유언의 성립요건이기 때문에 반드시 공증인이 개입하여 공정증서를 작성하여야 한다. 더구나 자필증서, 구수증서, 비밀증서, 녹음 등 기타 방식의 유언에 있어서는 법원의 검인절차를 거치지 않으면 유언을 집행할 수 없고 등기절차가 까다롭기 때문에²⁾ 검인절차를 거칠 필요 없이 바로 유언의 집행(즉, 등기이전)을 할 수 있는 유언 공정증서 쪽으로 촉탁인들의 관심이 집중되고 있다.

이에 반하여 사인증여에 관하여 공정증서가 작성되는 사례는 매우 드물다. 후술하겠지만 사인증여는 유언보다 절차나 요건이 자유롭고, 수증자에게는 유증보다 더 확실한 권리를 부여하고 있다는 점에서 촉탁인들에 의해 선호될 가능성이 있다. 일본에서 사인증여계약공정증서가 유언공정증서 만큼은 아니더라도 널리 이용되고 있다는 사실³⁾이 이를 뒷받침한다. 그럼에도 불구하고 우리의 경우 사인증여계약공정증서가 거의 이용되지 않고 있는 것은 이 제도가 널리 알려지지 않은 점도 원인이겠지만 주로는 제도상의 미비함 때문인 것으로 보여진다.

이하에서는 유언(그 중에서도 특히 공정증서에 의한 유언)의 요건이나 효력과 대비하여 사인증여의 차별되는 특질이 무엇인지 밝히고 어떠한 현실적 제약이 사인증여의 활성화를 막고 있으며, 이에 대한 해답은 무엇인지에 관하여 논하고자 한다.

2) 대법원 등기예규 제1024호(유증으로 인한 소유권이전등기신청절차에 관한 예규)에 따르면 검인기일에 출석한 상속인들이 “유언자의 자필이 아니고 날인도 유언자의 사용인이 아니라고 생각한다”는 등의 다툼 있는 사실이 기재되어 있는 검인조서를 첨부한 경우에는 유언 내용에 따른 등기신청에 이의가 없다는 위 상속인들의 동의서(인감증명서 첨부)가 첨부되지 않는 한 그 검인조서로 소유권이전등기가 되지 않는다고 한다.

3) 吉野衛, “死因贈與による登記” 登記研究 第662号, 44面 참조.

II. 사인증여의 법적 성질

1. 사인증여는 계약이다

민법상 증여계약은 당사자 일방이 상대방에게 무상으로 재산을 수여하는 의사를 표시하고 상대방이 이를 승낙함으로써 그 효력이 생기는 계약으로, 사인증여는 그 중 그 효력이 증여자의 사망으로 발생하도록 정해진 증여계약의 일종이다.

증여는 계약으로서 수증자의 승낙이 성립요건이 된다는 점에서도 단독행위인 유언과 다르다. 유언의 경우에도 수증자가 정해지지만 수증자의 승낙이 필요치 않으며, 유언자의 의사표시가 수증자에게 도달하였는지 여부도 효력에 영향을 미치지 않는다.

사인증여에 있어서 증여자의 청약과 수증자의 승낙은 보통 동시에 이루어지겠지만, 경우에 따라 두 가지 사이에 시간적 격차가 있는 경우도 있을 수 있다. 이 경우 수증자의 승낙이 증여자의 사망 이후에 이루어지는 경우에도 사인증여가 성립한다고 할 수 있을까. 이에 관해서는 증여자의 사망시까지 수증자의 승낙의 의사표시가 없으므로 증여자와 수증자 사이의 계약은 성립하지 않는다는 견해⁴⁾와 민법 제111조 제2항에 의하면 표의자가 그 통지를 발한 후 사망하더라도 의사표시의 효력에는 영향이 없다고 규정되어 있고 사인증여가 청약자의 인격이나 개성이 중요시되는 계약도 아니므로 증여자의 사망 이후에도 수증자가 그 상속인을 상대방으로 하여 승낙을 함으로써 사인증여가 성립될 수 있다는 견해⁵⁾가 있다.

2. 사인증여는 낙성, 불요식의 행위이다

사인증여는 민법상 증여계약 일반과 마찬가지로 낙성, 불요식의 계약이다. 사인증여가 성립하기 위해 당사자간 의사의 합치 이외에 목적물의 인도 등 출연행위의 실행이 필요치 않으며, 어떠한 형식의 구애도 받지 않는다.

4) 고상현, “사인증여에 관한 논고”, 민사법학 제48호, 374면; 최병조, “사인증여의 개념과 법적 성질”, 민사판례연구 26집, 851면.

5) 양형우, “사인증여에 의한 등기”, 홍익법학 제13권 제1호, 401~402면.

따라서 사인증여는 서면으로 작성할 필요도 없고, 서면으로 작성하더라도 필수적 기재사항이 있는 것도 아니다. 자필증서 유언의 경우처럼 전문, 연월일, 주소, 성명, 날인 중 어느 하나라도 누락될 경우 유언의 효력이 무효로 되는 일은 발생하지 않는다.

3. 사인증여는 무상행위이다

사인증여는 증여계약의 일종으로서 증여자가 대가 없이 무상으로 재산을 수증자에게 수여하는 행위이다. 여기서 “대가가 없다”는 의미는 대가관계에 있는 반대급부의 이행의무가 없다는 것으로, 수증자가 사인증여로 부담이나 의무를 지게 되더라도 그것이 증여되는 재산과 대가관계에 있지 않는 한 무상성은 유지된다. 수증자가 부담하는 부담이 대가관계에 있는지 여부는 당사자의 주관적 의사를 기준으로 판단한다.⁶⁾

4. 사인증여는 사후행위이다

법률행위는 그 효력이 행위자의 사망에 의존하는지 여부에 따라 사전행위(또는 생전행위)와 사후행위(또는 사인행위)로 구별된다. 사인증여는 증여자의 사망으로 효력이 생긴다는 점에서 사후행위의 일종이라 할 수 있다.

사후행위의 대표적인 예가 유증인데, 민법 제1073조에서 유언은 유언자가 사망한 때로부터 효력이 생긴다고 규정한 것이나 민법 제1108조 내지 제1110조에서 유언자가 생전에 자유롭게 유언을 철회할 수 있도록 규정한 것 등은 유증의 사후행위성이 법규상 표현된 것이라 하겠다. 사인증여도 유증과 마찬가지로 사후행위이므로 유증에 관한 규정을 준용하고 있지만(민법 제562조) 계약으로서의 법률적 성질도 동시에 갖고 있기 때문에 그 성질에 반하지 않는 범위에서만 준용이 허용된다. 사인증여의 사후행위성은 유언의 경우처럼 철저한 것은 아니기 때문에 뒤에서 살펴볼 것처럼 해석상 생전에 그 철회가 허용되지 않는 등 제한이 따른다.

우리 민법은 상속재산에 관하여 이루어지는 두 가지 유형의 사후행위를 규정하고 있다. 하나는 유언자의 단독행위로 이루어지는 유언이고, 다른 하나는 증여자와 수증자

6) 윤석용, “사인증여에 관한 소고”, 법학의 현대적 제문제, 219면.

의 계약으로 이루어지는 사인증여이다. 전자는 민법상 정해진 5가지 방식 이외에는 허용되지 않는 등 방식에 관해 엄격한 제한이 있는 반면 후자는 낙성, 불요식 계약으로 비교적 자유롭게 체결할 수 있다. 전자가 유언 철회의 자유를 절대적으로 보장하는 등 유언자의 최종적 의사를 존중하는데 치중하고 있는 반면 후자는 그 철회가 원칙적으로 제한되고 수증자에게 시기부의 권리를 인정하는 등 수증자의 예견가능성 및 법적 안정성에 더 많은 방점을 두고 있다. 민법은 이처럼 방식과 효력에 있어서 차이가 나는 두 가지 제도를 규정함으로써 유언자 또는 증여자와 수증자의 선택범위를 넓힘과 아울러 당사자간 이해관계에 관하여 조화를 도모하고자 한다.

III. 무효인 유증의 사인증여로의 전환

1. 유언과 사인증여계약의 관계

유언은 단독행위인 반면 사인증여는 계약이다. 보통 유언과 사인증여의 청약이 유사한 외형을 띄게 되는데, 사인증여의 청약은 수증자를 향하여 이루어지고 그 수령을 요하는 행위라는 점에서 상대방 없는 단독행위인 유증과 성격을 달리한다. 하지만 그 성격을 달리 한다고 하여 위 두 가지가 현실 속에서도 별개로 이루어져야만 하는 것은 아니다.

유언의 경우에도 유증의 의사표시를 하려면 반드시 수증자를 지정하게 된다. 유증의 의사표시는 비록 수증자를 향하여 이루어질 필요가 없고 수증자에게 도달될 것을 요건으로 하지도 않지만, 유언자는 대부분 수증자를 대동하고 공증사무소를 방문하여 유언공증을 요청하고 있기 때문에 실제로는 수증자의 양해와 종용 속에서 유언공정증서가 작성되는 것이 보통이다. 즉 실제 유언이 이루어지는 과정에는 대부분 유언의 의사표시로 볼 만한 측면과 사인증여의 청약으로 볼 만한 측면이 동시에 병존한다. 이 경우 유언이니 사인증여니 하는 것은 하나의 행위에 대한 규범적인 평가를 달리한 것에 불과하다.

2. 무효인 유증의 사인증여로의 전환

따라서 유언이 방식흠결로 무효가 되더라도 동시에 사인증여로서의 요건을 갖추고 있다면 유효한 사인증여로의 전환이 인정될 수 있는지에 관해 논의가 이루어지고 있다. 이에 관하여는 유효행위로의 전환을 긍정하는 견해와 부정하는 견해가 있다.

먼저 부정설은 유증의 의사표시를 사인증여의 의사표시로 전환을 인정하면 사인증여자의 사망 전에 공개된 유증은 대부분 사인증여로 될 가능성이 있어 표의자에게 예상치 못한 계약적 구속력을 발생시키므로 이를 인정해서는 안된다고 보고 있다.⁷⁾ 유언은 언제든지 유언자가 철회 내지 변경할 수 있는데(민법 제1108조) 반하여 계약의 청약은 이를 철회할 수 없다(민법 제527조). 따라서 나중에 철회할 수 있다고 믿고 유증을 한 유언자에게 사인증여의 구속력을 부담시키는 것은 유언자의 당초 의도를 넘어선다는 것이다(하지만 무효인 사인증여의 의사표시를 유증의 의사표시로 전환하는 것은 무방하다고 한다).

이에 대하여 긍정설은 사망 전에 공개된 유증이 유증으로서 유효한 것이라면 이의 승낙여부는 어차피 문제가 되지 않을뿐더러 언제라도 철회가 가능하고 만일 무효인 것이라면 사인증여로의 전환이 문제될 수 있는데, 당사자의 의사가 종국적으로 재산출연을 할 의사라면 그것이 유증이 아니라 사인증여를 통하여 이루어진다고 해서 표의자에게 예상치 못한 계약적 구속력을 발생시킨다고 할 수 없다고 한다.⁸⁾

판례는 긍정설의 입장에 서있다. 대법원 2005. 11. 25. 선고 2004두930호 판결은 “소외 1은 1992. 10. 5. 자신이 입원 중이던 병실에서 소외 2, 소외 3을 증인으로 참여시키고 소외 4, 소외 5를 유언집행자로 지정하여 자신의 재산 중 2,405,643,900원을 장학기금으로 출연하고, 소외 4에게 5,000만 원, 소외 5에게 1,000만 원, 소외 6에게 1억 원을 각 증여하는 것 등을 내용으로 하는 구수증서에 의한 유언을 한 후, 1992. 10. 29. 사망한 사실, 소외 망인의 상속인인 원고들은 위 구수증서에 의한 유언의 효력을 다투면서 소외 4, 소외 5에 대하여 유언무효확인 소송을 제기하여 1997. 5. 9. 서울지방법원으로부터 망인의 위 유언은 구수증서에 의한 유언으로서의 요건을 갖추지 못하여 무효임을 확인

7) 권순한, “사인증여와 유증의 관계”, 연세법학연구 제4집, 255면.

8) 최병조, “사인증여의 개념과 법적 성질”, 민사판례연구 26집, 850면; 양형우, “사인증여에 의한 등기”, 홍익법학 제13권 제1호, 403면.

한다는 판결을 받았고, …… 이 사건 구수증서에 의한 유언 당시 소외 4, 소외 5는 망인이 위 유언내용을 구수하고 소외 2가 이를 유언서로 작성하여 낭독하는 과정에 직접 입회하여, 소외 6은 위 병실 옆에서 이를 듣게 되어 모두 망인의 위 유언내용을 알게 되었고, 위 유언서 작성 등이 끝난 후 소외 6은 망인에게 가서 위와 같은 유증을 하여 주었고 고맙다고 말을 하며 감사의 뜻을 표시한 사실을 인정할 수 있는바, 위 인정 사실에 의하면, 망인의 위 유언이 구수증서에 의한 유언으로서의 요건을 갖추지 못하여 무효라고 하더라도 망인과 소외 4, 소외 5, 소외 6과 사이에는 망인의 사망으로 인하여 위 소외 4 등에게 위 유언내용에 해당하는 금원을 증여하기로 하는 의사의 합치가 있었다고 볼 수 있다”고 판시하였다.

다만 사인증여계약으로서 효력이 인정되려면 계약으로서 청약 및 승낙이라는 의사표시의 합치가 있어야 하고 그 의사표시가 상대방에게 도달되어야 비로소 그 효력이 생긴다 할 것이다. 이와 관련하여 유언자가 유언장을 대여금고에 보관해 둔 채 사망하여 그 청약의 의사표시가 수증자에게 도달되었다고 볼 수 없는 경우에 있어서 사인증여계약의 성립을 부정한 하급심 판례⁹⁾가 있다. 하지만 이 사안은 청약의 도달이 없는 경우라기보다는 수증자를 상대방으로 하는 청약 자체가 존재하지 않는 경우가 아닌가 싶다.

IV. 사인증여의 성립

사인증여에는 유증에 관한 규정이 준용되는데, 이는 유증과 사인증여가 상속인에게 돌아갈 재산에 대하여 이루어지는 사후행위라는 점에서 실질적으로 비슷한 역할을 수행하는 점이 고려된 것이다. 하지만 유증에 관한 조항들 가운데는 유증이 단독행위라는 점을 전제로 규정하여 계약인 사인증여에 적용하기 곤란한 경우도 꽤 있어 어느 정도의 범위에서 준용을 허용할 것인가가 문제가 된다. 이하에서는 유증에 관한 규정이 준용되는지 여부가 다투어지는 논점들을 중심으로 사인증여의 성립과 효력 등에 관하여 서술하고자 한다.

9) 서울중앙지법 2005. 7. 5. 선고 2003가합86119, 89828 판결.

1. 행위능력

민법 제1061조 내지 제1063조에 따르면 만 17세에 달하면 누구라도 유언을 할 수 있고, 무능력자라도 의사능력만 있으면 법정대리인의 동의 없이 유언을 할 수 있다(다만 금치산자의 경우에는 심신회복 상태임을 의사로부터 확인받아야 한다).

이와 같은 유언의 능력에 관한 조항들은 단독행위로서의 유언의 특성이 반영된 것이다. 유언은 수증자의 의사와 무관하게 유언자가 일방적으로 하는 것이므로 유언능력은 정상적인 행위능력보다 다소 낮더라도 무방하다는 점, 그리고 유언자가 언제든지 취소할 수 있다는 점 등이 고려된 것이다.

하지만 당사자간 의사의 합치에 의하여 이루어지는 사인증여에 위 규정들을 그대로 준용하는 것은 문제다. 일단 사인증여가 성립하고 나면 증여자는 계약의 구속에서 벗어날 수 없게 되므로 무능력자인 증여자의 보호를 위해서라도 위 규정들의 준용은 없다고 해석하여야 한다.¹⁰⁾ 즉 사인증여는 계약의 일반원칙에 따라 행위능력을 요하며, 무능력자에 이루어진 사인증여는 법정대리인이 이를 취소할 수 있다.

2. 사인증여의 방식

민법은 제1065조 내지 제1071조에서 유언의 5가지 방식, 즉 자필증서, 녹음, 공정증서, 비밀증서와 구수증서에 관하여 규정하고 있고, 제1072조에서는 각 유언방식에 참여하게 되는 증인의 결격사유에 관해 규정하고 있다.

위 규정들이 사인증여에도 준용되는지에 관하여 이설¹¹⁾이 없는 것은 아니지만 거의 예외 없이 위 규정들이 유언이 단독행위임을 전제로 한 것이라는 이유를 들어 부정설을 취하고 있다.¹²⁾ 판례도 “민법 제562조는 사인증여에 관하여는 유증에 관한 규정을

10) 윤석용, “사인증여에 관한 소고”, 법학의 현대적 제문제, 222면; 구연창, “사인증여”, 고시계 제34권 제8호, 118~119면; 고상현, “사인증여에 관한 논고”, 민사법학 제48호, 377면.

11) 권순환, “사인증여와 유증의 관계”, 연세법학연구 제4집, 249면 이하. 민법 제562조의 중요한 목적은 유증과 동일한 효과를 얻으면서도 유증의 방식을 회피하는 것을 방지하기 위해서 사인증여도 유증의 방식을 따르게 하는데 있으므로 사인증여의 방식도 유증의 방식에 따라야 하며 유증의 방식을 갖추지 않은 사인증여는 무효라고 한다. 하지만 이 견해에 의하더라도 사인증여의 청약의 의사표시만 유증의 방식을 따르면 되고 승낙의 의사표시는 유증의 방식을 따르지 않아도 무방하다고 한다.

준용하도록 규정하고 있지만 유증의 방식에 관한 민법 제1065조 내지 제1072조는 그것이 단독행위임을 전제로 하는 것이어서 계약인 사인증여에는 적용되지 아니한다”고 설시하였다¹³⁾.

통설 및 판례가 방식에 관한 위 규정들의 준용을 부인하고 있는 이상 방식흡결의 유언이 무효임을 규정한 민법 제1060조 또한 사인증여에는 준용이 없다고 보아야 한다.

사인증여는 위 5가지 방식과 무관하게 자유롭게 체결할 수 있는 불요식 계약이다. 반드시 서면으로 작성할 필요가 없으며¹⁴⁾ 서면으로 작성하는 경우에도 필수적인 기재사항은 존재하지 않는다. 또한 증인이 참여하지 않거나 결격사유에 해당하는 증인이 참여하더라도 무효로 되지 않는다.

3. 수증자의 자격

사인증여는 계약이므로 수증자는 원칙적으로 행위능력자임을 요한다. 하지만 부담이 없는 사인증여는 민법 제5조 소정의 “권리만을 얻거나 의무만을 면하는 행위”에 해당하므로 행위무능력자인 수증자도 법정대리인의 동의 없이 이를 할 수 있다고 본다.¹⁵⁾

태아가 사인증여의 수증자가 될 수 있는지에 관해서는 논란이 있다. 민법 제1064조가 상속순위에 관해 태아가 이미 출생한 것으로 간주하는 민법 제1000조 제3항을 유증에 대하여 준용하고 있는데, 이를 다시 사인증여에 준용할 수 있는가의 문제이다. 사적자치의 원칙이나 태아의 보호를 위해 태아도 사인증여의 수증능력을 가진다고 해석하여야 한다는 견해¹⁶⁾가 있지만, 사인증여는 상속이나 유증처럼 일방적 행위의 상대방이 되는 데 그치지 않고 쌍방의 행위를 통해 완성되는 계약이며 태아를 위한 법정대리제도가 없다는 점을 고려하면 태아는 수증능력을 갖지 않는다고 봄이 타당하다.¹⁷⁾ 판례

12) 윤석용, “사인증여에 관한 소고”, 법학의 현대적 제문제, 221면; 최금숙, “사인증여에 관한 고찰”, 이화여자대학교 법학논집 제9권 제1호, 82면; 고상현, “사인증여에 관한 논고”, 민사법학 제48호, 380면; 구연창, “사인증여”, 고시계 제34권 제8호 118면13) 대법원 2001. 9. 14. 선고 2000다66430, 66447 판결.

13) 대법원 2001. 9. 14. 선고 2000다66430, 66447 판결.

14) 다만 서면에 의하지 아니한 증여이므로 각 당사자가 언제든지 이를 해제할 수 있다(민법 제555조).

15) 구연창, “사인증여”, 고시계 제34권 제8호, 119면 참조.

16) 구연창, “사인증여”, 고시계 제34권 제8호, 119면.

17) 권순환, “사인증여와 유증의 관계”, 연세법학연구 4집, 257면.

도 비록 생전증여에 관한 것이기는 하지만, “증여는 증여자과 수증자 간의 계약으로서 수증자의 승낙을 요건으로 하는 것이므로 태아에 대한 증여에 있어서도 태아의 수증행위가 필요한 것인바 …… 태아인 동안에는 법정대리인이 있을 수 없고 따라서 법정대리인에 의한 수증행위도 불가능한 것이어서 증여와 같은 쌍방행위가 아닌 손해배상청구권의 취득이나 상속 또는 유증의 경우를 유추하여 태아의 수증능력을 인정할 수 없는 것이다”라고 판시하였다.¹⁸⁾

수증자는 사인증여의 효력발생시에 생존하고 있어야 하는가. 이는 사인증여를 ‘증여자 사망조건부 증여’와 구분하기 위해 요구되는 요건으로서, 수증자가 증여자보다 먼저 사망한 경우 수증자의 상속인에게 사인증여를 이행해야 하는가의 문제와 관련되어 있다. 민법 제1089조는 유언자의 사망 전에 수증자가 사망한 때에는 유증의 효력이 생기지 않으며, 정지조건이 있는 유증은 수증자가 그 조건성취 전에 사망한 때에는 그 효력이 생기지 아니한다고 규정하고 있는데, 이 규정이 사인증여에도 준용되는지에 따라 결론이 달라진다. 이에 관하여 다른 특약이 없는 한 사인증여의 효력이 상실되는 것으로 보는 것이 당사자의 의사에 일치한다는 이유에서 준용을 인정하는 견해¹⁹⁾와 우리 민법에서는 수증자가 증여자보다 더 오래 생존할 것을 요건으로 정하고 있지 않고 구속력이 강한 계약적 사인행위가 별도로 규정되어 있지 않는 사정을 감안할 때 사인증여의 효력이 존속하는 것이 옳다는 이유에서 준용을 부정하는 견해²⁰⁾가 갈리고 있지만, 사건으로는 위 규정의 준용을 배제할 특별한 근거가 없고 증여자의 의사를 존중할 필요가 있다는 점에서 준용을 긍정해야 한다고 생각한다.

또 상속인의 결격사유를 정한 민법 제1004조를 유증에 준용하는 민법 제1064조는 사인증여에도 준용된다고 새겨야 한다.²¹⁾ 민법 제556조에서 정한 사항(이른바 망은행위)로 인한 해제사유는 위 상속인의 결격사유와 별도로 사인증여에 적용할 수 있다고 생각된다.²²⁾

18) 대법원 1982. 2. 9. 선고 81다534 판결.

19) 구연창, “사인증여”, 고시계 제34권 제8호, 119면.

20) 권순한, “사인증여와 유증의 관계”, 연세법학연구 4집, 258면.

21) 구연창, “사인증여”, 고시계 제34권 제8호, 119면.

22) 권순한, “사인증여와 유증의 관계”, 연세법학연구 4집, 258면.

4. 특정적 사인증여와 포괄적 사인증여

사인증여는 대부분 특정적 사인증여의 형태로 이루어질 것이다. 특정적 사인증여라 하면 그 목적물이 특정물이든 불특정물이든 무방하며 모두 특정적 유증과 동일한 효력을 갖는다.

그렇다면 포괄적 유증과 유사한 포괄적 사인증여도 가능한가. 민법 제1078조는 포괄적 유증을 받은 자는 상속인과 동일한 권리의무가 있다고 규정하고 있다. 이 규정에 따라 포괄적 수증자는 상속인과 마찬가지로 유언자의 일신에 전속한 권리의무를 제외하고 모든 권리의무를 승계하며 상속인들이 있거나 다른 포괄적 수증자들이 있는 경우 그들과 공동상속관계를 맺게 된다. 그런데 위 제1078조가 준용되어 포괄적 사인증여를 받은 경우에도 상속인과 동일한 권리의무를 갖는 것으로 보아야 하는지가 문제로 된다. 이는 포괄적 사인증여는 유증에 관한 규정이 준용되고, 포괄적 유증은 다시 상속인과 동일한 권리의무를 갖게 되는 이중의 준용을 허용할 것인가의 문제이기도 하다.

학설은 이에 관해 찬반양론으로 나뉘어 있다. 준용을 부정하는 견해²³⁾에 의하면 포괄적 사인증여가 허용되면 증여자의 적극적, 소극적 재산이 포괄적으로 승계되어 증여계약의 본질에 반하며 다양한 이해관계인의 보호를 위해 포괄적 사인증여는 허용될 수 없다고 하는데 반해, 준용을 긍정하는 견해²⁴⁾에 의하면 상속계약이 인정되지 않는 우리 민법에서 포괄적 사인증여를 상속과 같은 차원에서 해결함으로써 유산을 남기고 사망하는 자의 재산처분의 자유를 더 넓게 인정할 수 있다고 주장한다. 포괄적 유증은 민법 제1065조 내지 제1072조가 적용되어 엄격한 형식적 요건을 갖춘 경우에만 효력이 인정되는 반면 포괄적 사인증여는 당사자 사이의 의사의 합치로 성립되는 낙성, 불요

23) 구연창, “사인증여”, 고시계 제34권 제8호, 120면; 이희영, “포괄적 사인증여에 포괄유증의 효력에 관한 민법 제1078조가 적용되는지 여부”, 대법원판례해설 제25호, 198면 이하; 일본의 다수설임.

24) 최금숙, “사인증여에 관한 고찰”, 이화여자대학교 법학논집 제9권 제1호, 87면 참조. 그 이외에도 판례의 결론에 동의하면서도 포괄적 사인수증자도 포괄적 수유자와 동일하게 취급하여야 한다고 하는 견해(최병조, “사인증여의 개념과 법적 성질”, 민사판례연구 26집, 856~860면), 판례가 포괄적 사인증여 자체를 무효로 하고 있지는 않은데, 그렇게 보는 이상 포괄적 사인증여의 수증자 지위를 상속인과 같은 것으로 하는 외에 다른 방법이 없다고 하는 견해(권순환, “사인증여와 유증의 관계”, 연세법학연구 제4집, 262~263면), 판례의 논리대로라면 포괄적 유증과 마찬가지로 엄격한 방식을 요구하는 특정적 유증에도 요식행위를 규정한 조항들은 무의미하게 될 것이라고 하는 견해(고상현, “사인증여에 관한 논고”, 민사법학 제48호, 384면) 등이 있다. 일본의 소수설임.

식 계약이므로 포괄적 사인증여의 수증자에게 상속과 관련된 포괄적 권리의무를 인정하는 것은 지나친 확장 준용이라고 생각된다. 판례도 “민법 제562조가 사인증여에 관하여 유증에 관한 규정을 준용하도록 규정하고 있다고 하여 이를 근거로 포괄적 유증을 받은 자는 상속인과 동일한 권리의무가 있다고 규정하고 있는 민법 제1078조가 포괄적 사인증여에도 준용된다고 해석하면 포괄적 사인증여에도 상속과 같은 효과가 발생하게 된다. 그러나 포괄적 사인증여는 낙성, 불요식의 증여계약의 일종이고 포괄적 유증은 엄격한 방식을 요하는 단독행위이며 방식을 위배한 포괄적 유증은 대부분 포괄적 사인증여로 보여질 것인바 포괄적 사인증여에 민법 제1078조가 준용된다면 양자의 효과는 같게 되므로 결과적으로 포괄적 유증에 엄격한 방식을 요하는 요식행위로 규정한 조항들은 무의미하게 된다. 따라서 민법 제1078조가 포괄적 사인증여에 준용된다고 하는 것은 사인증여의 성질에 반하므로 준용되지 아니한다고 해석함이 상당하다”고 판시하였다.²⁵⁾

V. 사인증여의 효력

민법은 제1073조 이하에서 유증의 효력에 관한 규정을 두고 있다. 민법 제562조가 사인증여에 관해 유증에 관한 규정을 준용하도록 한 것은 사인증여의 성질상 준용이 적절치 않은 경우를 제외하면 주로 효력에 관한 규정을 염두에 둔 것으로 보여진다. 이하에서는 사인증여의 효력에 관하여 유증의 규정을 중심으로 서술하되, 그 준용 여부가 문제가 되는 논점들도 아울러 다루고자 한다.

1. 사인증여의 효력발생시기

사인증여는 증여자가 사망한 때로부터 그 효력이 생긴다. 사인증여에 정지조건이 있는 경우에 그 조건이 증여자의 사망 후에 성취한 때에는 그 조건성취한 때로부터 사인증여의 효력이 생긴다(민법 제1073조).

25) 대법원 1996. 4. 12. 선고 94다37714, 37721 판결.

2. 수증자의 권리의무

사인증여 수증자의 지위는 특정적 유증을 받은 수증자의 지위와 매우 유사하므로 특정적 유증에 관한 규정이 거의 그대로 준용된다.

가. 사인증여이행청구권

증여자가 사망하여 사인증여가 효력이 생기게 되면 수증자는 사인증여의무자에게 사인증여계약의 내용에 따른 이행을 청구할 권리를 갖게 된다. 민법이 물권변동에 관하여 형식주의를 채용하고 있다는 점과 특정적 유증에 관한 규정 중 “유증의무자”²⁶⁾ 또는 “유증의 이행을 청구할 수 있는 때”²⁷⁾ 등의 문구가 있는 점 등을 종합하여 살펴보면 사인증여의 목적물은 일단 상속인에게 귀속되고, 수증자는 상속인에게 사인증여의 이행을 구할 채권적 권리만을 취득하게 된다 할 것이다. 사인증여 목적물의 소유권은 그 이행에 의하여 비로소 이전된다.

나. 과실취득권

수증자는 사인증여의 이행을 청구할 수 있는 때로부터 그 목적물의 과실을 취득한다(민법 제1079조). 여기서 사인증여의 이행을 청구할 수 있는 때란 증여자가 사망한 때를 말하면, 조건이나 시기가 있는 사인증여의 경우에는 조건이 성취되거나 기한이 도래된 때를 말한다. 그러나 증여자가 다른 의사를 표시한 때에는 그 의사에 의한다(민법 제1079조 단서).

다. 비용상환청구권

사인증여 의무자가 증여자의 사망 후에 그 목적물의 과실을 수취하기 위하여 필요비

26) 민법 제1077조, 제1080조, 제1081조.

27) 민법 제1079조.

를 지출한 때에는 그 과실의 가액의 한도에서 과실을 취득한 수증자에게 상환을 청구할 수 있다(민법 제1080조). 사인증여 의무자가 증여자의 사망 후에 그 목적물에 대하여 비용을 지출한 때에는 유치권자의 비용상환청구권에 관한 민법 제325조의 규정을 준용한다(민법 제1081조).

라. 사인증여의무자의 담보책임

불특정물을 사인증여의 목적으로 한 경우에는 사인증여 의무자는 그 목적물에 대하여 매도인과 같은 담보책임이 있다(민법 제1082조 제1항). 유증에 있어서는 계약의 해제가 있을 수 없기 때문에 매도인과 같은 담보책임이라고 할 때 손해배상만을 가리키는 것으로 이해되고 있으나, 사인증여에 있어서는 계약의 해제도 가능할 것이다.²⁸⁾ 또 불특정물을 사인증여의 목적으로 한 때 그 목적물에 하자가 있는 때에는 사인증여 의무자는 하자 없는 물건으로 인도하여야 한다(민법 제1082조 제2항). 이처럼 매도인의 담보책임이 인정되는 결과 사인증여의무자에게는 증여에 관한 담보책임규정이 따로 적용되지 않는다.

마. 물상대위권

증여자가 사인증여 목적물의 멸실, 훼손 또는 점유의 침해로 인하여 제3자에게 손해배상을 청구할 권리가 있는 때에는 그 권리를 사인증여의 목적으로 한 것으로 본다(민법 제1083조). 또 채권을 사인증여의 목적으로 한 경우에 증여자가 그 변제를 받은 물건이 상속재산 중에 있는 때에는 그 물건을 사인증여의 목적으로 한 것으로 본다. 이 때 채권이 금전을 목적으로 한 경우에는 그 변제받은 채권액에 상당한 금전이 상속재산 중에 없는 때에도 그 금액을 사인증여의 목적으로 한 것으로 본다(민법 제1084조). 다만 증여자가 다른 의사를 표시한 때에는 그 의사에 의한다(민법 제1086조).

바. 권리소멸청구권의 부인

28) 권순한, “사인증여와 유증의 관계”, 연세법학연구 제4집, 262면.

사인증여의 목적인 물건이나 권리가 증여자의 사망당시에 제3자의 권리의 목적인 경우에는 수증자는 사인증여 의무자에 대하여 그 제3자의 권리를 소멸시킬 것을 청구하지 못한다(민법 제1085조). 다만 증여자가 다른 의사를 표시한 때에는 그 의사에 의한다(민법 제1086조).

사. 상속재산에 속하지 않는 재산의 증여

사인증여의 목적이 된 권리가 증여자의 사망당시에 상속재산에 속하지 아니한 때에는 사인증여는 그 효력이 없다(민법 제1087조 제1항). 그러나 증여자가 자기의 사망당시에 그 목적물이 상속재산에 속하지 아니한 경우에도 사인증여의 효력이 있게 할 의사인 때에는 사인증여의무자는 그 권리를 취득하여 수증자에게 이전할 의무가 있고, 만일 그 권리를 취득할 수 없거나 그 취득에 과다한 비용을 요할 때에는 그 가액으로 변상할 수 있다(민법 제1087조 제1항 단서, 제2항).

3. 사인증여의 승인 및 포기

민법 제1074조 내지 제1077조는 유언자가 사망하여 유증의 효력이 발생하면 수증자가 언제든지 이를 승인 내지 포기할 수 있도록 정함과 아울러 이와 관련된 구체적 세부 조항을 두고 있다.

이러한 조항들은 유증의 성질이 단독행위이기 때문에 두게 된 것으로, 유증의 과정에 참여하여 그 내용결정에 관여할 수 없었던 수증자에게 유언자 사후에 유증을 승인하거나 포기할 수 있는 기회를 부여하는 데 의미가 있는 것이다.

하지만 증여자와 수증자의 의사의 합치로 이루어지는 사인증여의 경우에는 수증자가 증여자의 사후에 계약의 승인 또는 포기를 선택할 수 있게 되면 증여계약의 구속력은 형해화된다. 유증의 승인 및 포기에 관한 조항들은 사인증여에 준용되지 않는다고 보아야 한다.²⁹⁾

29) 윤석용, “사인증여에 관한 소고”, 법학의 현대적 제문제, 222~223면; 고상현, “사인증여에 관한 논고”, 민사법학 제48호, 377면.

4. 부담부사인증여의 효력

부담부유증에 관한 규정을 사인증여에 준용하는 데는 별다른 문제가 없는 것으로 보이며, 이에 관해 이설은 없다.

따라서 부담있는 사인증여를 받은 자는 사인증여의 목적의 가액을 초과하지 아니한 한도에서 부담한 의무를 이행할 책임이 있다(민법 제1088조 제1항). 사인증여의 목적의 가액이 한정승인 또는 재산분리로 인하여 감소된 때에는 수증자는 그 감소된 한도에서 부담할 의무를 면한다(민법 제1088조 제2항).

한편 부담있는 사인증여를 받은 자가 그 부담의무를 이행하지 아니한 때에는 상속인 또는 유언집행자는 상당한 기간을 정하여 이행할 것을 최고하고 그 기간 내에 이행하지 아니한 때에는 가정법원에 사인증여의 취소를 청구할 수 있다. 그러나 제3자의 이익을 해하지 못한다(민법 제1111조).

5. 사인증여의 집행

가. 유언서의 검인 및 개봉에 관한 규정의 준용여부

자필증서, 비밀증서 및 녹음에 의한 유언은 유언자의 사망 후 그 집행에 앞서 법원의 검인을 받아야 하고(민법 제1091조) 법원이 봉인된 유언증서(비밀증서 등)를 개봉할 때에는 유언자의 상속인, 그 대리인 기타 이해관계인의 참여가 있어야 한다(민법 제1092조).

유언의 검인은 유언증서의 형식, 태양 등 유언의 방식에 관한 모든 사실을 조사확인하고 그 위조, 변조를 방지하며 보존을 확실히 하기 위한 일종의 검증 내지 증거보전절차이다. 봉인된 유언증서의 개봉도 마찬가지로 취지에서 인정된 절차로서 유언증서의 봉인을 엄중하게 보호하려는 것이다.³⁰⁾ 이처럼 유언의 검인이나 개봉절차는 유언의 방식에 관한 민법 제1065조 내지 제1072조의 규정을 전제로 한 것이므로 낙성, 불요식 계약인 사인증여에 대하여 위 규정들을 적용하는 것은 사인증여의 법률적 성격에 반하는

30) 김주수, 친족상속법, 498면.

것이라 하겠다.³¹⁾

나. 사인증여집행자

유증의 경우 민법은 유언자가 유언으로 유증을 이행할 유언집행자를 직접 지정하거나 제3자에게 그 지정을 위탁할 수 있도록 정하고 있고(민법 제1093조), 아울러 유언집행자에 관한 다른 여러 규정을 두고 있다. 이러한 유언집행자에 관한 규정은 사인증여에도 준용되는가.

이에 관하여 국내의 학설상 이를 긍정하는 견해³²⁾를 발견할 수 있으나 자세한 논의를 찾기는 어렵다. 일본에서도 일반적으로 사인증여에 관하여 유언집행자에 관한 민법 규정이 준용된다고 이해하고 있고 특별한 이설이 없으며³³⁾ 등기실무도 당연히 준용을 긍정하는 전제 하에 이루어지고 있다.³⁴⁾

하지만 실무를 중심으로 일부 찬반양론이 제기되고 있는데, 우선 준용부정설은 ① 사인증여에 있어서는 유증과 달리 계약의 성립에 의해 이미 수증자의 조건부권리가 확정되고 다만 그 이행이 남아 있는데 그치므로 아직 목적물의 인도, 등기를 마치지 못한 생전처분의 양수인이 상속인에 대하여 계약상의 의무이행을 주장하고 그 인도나 이전 등기를 구하는 경우와 달리 취급할 필요가 없고, ② 유증에 있어서는 그것이 단독행위인 까닭에 통상 수증자 자신이 유증이 있었던 사실을 모르고 가등기를 해둘 수도 없기

31) 윤석용, “사인증여에 관한 소고”, 법학의 현대적 제문제, 227면; 구연창, “사인증여”, 고시계 제34권 제8호, 124면.

32) 구연창, “사인증여”, 고시계 제34권 제8호, 124면은 유언집행자의 선임, 자격, 해임, 보수 및 권리의무에 관한 민법 제1093조 내지 제1107조가 그대로 사인증여에 준용된다고 한다. 반면 양형우, “사인증여에 의한 등기”, 홍익법학 제13권 제1호, 428면은 사인증여의 증여자가 ‘유언으로’ 집행자를 지정하거나 그 지정을 위탁할 수 있을 뿐이며 사인증여계약으로는 지정 또는 지정을 위탁할 수 없다고 주장한다.

33) 松尾知子, “死因贈與と遺言執行者”, <新世紀へ向かう家族法> 505면에 따르면, 예컨대, 我妻榮 <民法講義V>(1957)도 단순히 “유언의 집행에 관한 규정도 준용된다”고 하였고, <注釋民法>(1966)에도 이 점에 관해 “이설을 볼 수 없다”고 간단히 기재되어 있는 등 학계의 관심사항이 아니었다고 한다.

34) 昭和41年(1966). 6. 14. 民事(1)發227号, 民事局第1課長回答은 ① 증여자 갑과 수증자 을 사이에 공정증서에 의한 사인증여계약에 집행자의 지정은 가능한지, ② 그렇다면 이 증서에 집행자를 지정한 후 갑이 사망한 경우에는 당해 목적물이 부동산이라면 그 지정한 집행자는 그 권한으로 그 목적물에 대하여 소유권이전등기신청을 할 수 있는지, ③ 공정증서에 의한 사인증여를 할 수 있는지에 관한 질의에 대해 ①은 집행자의 지정이 가능하고, ②는 소유권이전등기의 신청을 할 수 있으며, ③은 사인증여를 할 수 있다고 하였다(양형우, “사인증여에 의한 등기”, 홍익법학 제13권 제1호, 411면 주 34로부터 재인용).

때문에 결과적으로 상속인 또는 그 채권자들에 대하여 보호를 받지 못하는 경우가 많다는 점이 고려되어야 하지만 사인증여에 있어서 수증자는 이미 계약내용을 잘 알고 있고 재산적 이익의 승계에 관해 기대를 가지고 있기 때문에 유언집행자에 의한 이익 보호의 필요성이 별로 없으며, ③ 유증의 경우 유언집행자가 존재하는지 여부를 제3자가 명확히 알기 어려운데 이로 인해 상속인으로부터 부동산을 취득한 제3자에게 불측의 손해를 줄 우려가 있는바, 이런 위험이 있는 유언집행자제도를 사인증여에까지 도입하는데 의문이 있다고 한다.

반면 준용긍정설은 ① 생전처분에 있어서는 이미 생전에 계약내용에 따른 채권채무가 발생해 있고 상속인은 그 남은 채무를 피상속인으로부터 승계하는 것이지만 사인증여에 있어서는 피상속인의 사망에 의해 비로소 계약내용에 따른 채권채무가 발생하므로 상속인은 그 채무를 원시적으로 부담하는 것이므로 사인증여의 경우 생전처분처럼 계약의 성립에 의해 단지 이행을 남길 뿐이라고는 할 수 없고, ② 사인증여에 있어서 그 계약내용에 따른 이행을 구하는 데 있어 항상 상속인을 상대방으로 하지 않으면 안되도록 하는 것은 수증자에게 가혹한 것이며, ③ 유언집행자의 존재가 제3자에게 불측의 손해를 줄 수 있다 하더라도 그 때문에 바로 사인증여의 경우 일체 유언집행자의 선임을 인정하지 않는다고 해야 하는 것은 아니고 필요가 있으면 그 필요한 범위 내에서 선임을 인정하여 사인증여계약이 원활하게 이행될 수 있도록 도모해야 한다고 한다.³⁵⁾

그러므로 살펴보면, 위 준용긍정설과 준용부정설은 유증에 유언집행자제도를 둔 것이 유증이 단독행위이기 때문인지 아니면 사인행위이기 때문인지에 관해 견해가 갈리기 때문에 결론을 달리하는 것이라고 생각한다. 생각건대 유증이나 사인증여는 모두 행위자의 사망으로 그 효력이 발생하는 사인행위이다. 그 결과 유증이나 사인증여의 이행은 행위자가 아닌 상속인 등 제3자에 의하여 이루어지게 된다는 점에서 공통점을 갖는다.

만약 생전처분이라면 증여자가 제3자에게 맡기지 않고 직접 이행을 하면 되지만, 사인행위라는 성질 때문에 증여자는 그 이행을 상속인 등 제3자에게 맡길 수밖에 없게 된다.

35) 松尾知子, “死因贈與と遺言執行者”, <新世紀へ向かう家族法> 505~506면 참조. 준용부정설은 위 논문에 소개된 中田四郎 判事(“死因贈與に基づく受贈者の權利の實行のため遺言執行者の選任を要するか”, 493号 128面 이하)의 견해이고, 준용긍정설은 마찬가지로 위 논문에 소개된 佐藤義彦 教授(“判例批評(東京家審昭47.7.28)”, 判評 170号 24面 이하)의 견해이다.

그런데 수증자와 상속인은 이해관계가 대립될 가능성이 높기 때문에 상속인에게 그 이행을 맡기게 되면 자발적 이행은 기대하기 어렵고 결국 소송에 의존하여 이행을 구할 수밖에 없는 불안한 상황에 놓이게 된다. 이러한 상황은 유증과 사인증여에 공통된 현상이며 유증의 단독행위성에 기인하는 것으로 보기는 어렵다. 물론 유증이 단독행위이기 때문에 사인증여에 비해 그 수증자를 더 보호해야 할 필요성이 있기는 하지만 이 때문에 유언집행자제도가 필요하게 되는 것은 아니다. 유증의 승인이나 포기 같은 제도로 보완할 부분이다.

또 사인증여의 수증자가 생전증여의 수증자로서 아직 상속인으로부터 이행을 받지 못하고 있는 자와 비슷한 상황에 처하게 되는 것은 맞지만 생전증여의 극히 예외적인 상황을 빌어 거의 항상 그와 같은 상황에 빠질 수밖에 없는 사인증여에 대하여 유언집행자에 관한 규정의 준용을 부정하는 것은 타당하지 않다고 생각한다.

위와 같은 이유에서 사인증여에도 유언집행자에 관한 규정을 준용함이 옳다고 생각한다.³⁶⁾ 이에 관하여 판례는 없지만, 대법원 등기예규는 유언집행자³⁷⁾가 사인증여를 원인으로 한 등기에 있어서 등기의무자가 된다고 밝히고 있어 유언집행자에 관한 규정이 사인증여에도 준용됨을 전제로 하고 있다.³⁸⁾

사인증여에도 유언집행에 관한 규정이 준용되는 결과 증여자는 사인증여집행자를 지정할 수 있고, 그 지정을 제3자에게 위탁할 수 있다(지정사인증여집행자, 민법 제1093조). 증여자의 지정이나 위탁이 없을 경우 상속인들이 자동적으로 사인증여집행자가 된다(법정사인증여집행자, 민법 제1095조). 사인증여집행자가 없거나 사망, 결격 기타 사유로 인하여 없게 된 때에는 법원은 이해관계인의 청구에 의하여 사인증여집행자를 선임하여야 한다(선임사인증여집행자, 민법 제1096조).

무능력자, 파산자 등 결격사유만 없다면 누구나 사인증여집행자가 될 수 있으며(민법 제1098조) 수증자도 사인증여집행자가 될 수 있다.³⁹⁾ 사인증여집행자는 사인증여의

36) 윤석용, “사인증여에 관한 소고”, 법학의 현대적 제문제, 227면 참조.

37) 사인증여의 이행을 위한 집행자이므로 원칙적으로 “사인증여집행자” 또는 단순히 “집행자”라고 표현함이 옳을 것이나, 등기예규에는 “유언집행자”라고 표현하고 있다(아래 주 참조). 표현상의 오류라 생각된다.

38) 증여자가 사망한 후 증여목적물에 관하여 사인증여를 원인으로 한 소유권이전등기를 할 때에는 등기의 무자인 유언집행자와 등기권리자인 수증자가 공동으로 등기를 신청하여야 한다(등기선례 200907-1 2009. 7. 9. 부동산등기과 - 1503 질의회답).

목적인 재산의 관리 기타 사인증여의 집행에 필요한 행위를 할 권리의무가 있고(민법 제1101조) 사인증여집행자가 수인인 경우에는 임무의 집행은 그 과반수의 찬성으로써 결정한다(다만 보존행위는 각자가 할 수 있다, 민법 제1102조). 지정 또는 선임에 의한 사인증여집행자는 상속인의 대리인으로 보며(민법 제1103조) 사인증여집행에 관한 비용은 상속재산 중에서 지급한다(민법 제1107조).

VI. 사인증여를 원인으로 하는 가등기

1. 문제의 소재

유언자는 유언을 한 후 언제라도 생전에는 아무런 특별한 이유가 없더라도 자유롭게 그 전부 또는 일부를 철회할 수 있다(민법 제1108조 제1항). 이러한 유언자의 철회권은 무조건적인 것이어서 유언자가 스스로 철회권을 포기하더라도 포기는 효력이 없고, 유언자는 언제든지 유효하게 종전 유언을 철회할 수 있다(민법 제1108조 제2항). 또한 종전 유언과 배치되는 유언이나 생전행위가 있거나 유언증서나 유증 목적물을 파훼하면 종전 유언을 철회한 것으로 본다(민법 제1109조, 제1110조).

따라서 유증에 의해 수증자로 지정된 자는 유언자의 생전에는 아무런 법률상 권리를 취득하지 못하며 유언자가 유증의 대상인 목적물을 처분하거나 담보로 제공하여도 일체 이의를 제기할 수 없다. 수증자는 이처럼 유증의 목적물에 대해 아무런 권리도 갖고 있지 못하므로 유언자 사후에 취득하게 될 권리를 근거로 하여 가등기를 하거나 가처분을 할 수도 없다.⁴⁰⁾

39) 등기선례 200907-1은 “증여자의 사망으로 인하여 효력이 생길 증여(사인 증여)를 원인으로 한 소유권이 전등기신청은 등기의무자인 유언집행자(지정되지 않은 경우에는 상속인이 유언집행자)와 등기관리자인 수증자가 공동으로 신청하게 되는바, 유언집행자가 수인인 경우에는 그 과반수이상으로 등기신청을 할 수 있다. 위와 같이 유언집행자의 과반수이상의 등기신청 예컨대 상속인 7인 중 4명에 의한 등기신청을 하는 경우 비록 등기의무자가 7인이라 하더라도 신청서에 첨부할 인감증명은 위 등기신청인 4명의 것으로 충분하다. 이는 위 4인이 모두 등기관리자인 수증자인 경우에도 다를 바 없다. 다만, 유언집행자임을 증명하기 위하여 위 7인이 상속인 전원임을 증명하는 서면을 제출하여야 한다.”고 하여 수증자 자신이 사인증여집행자가 될 수 있다는 점을 인정하고 있다(2009. 7. 9. 부동산등기과-1503 질의회답).

40) 유영선, “유증의 등기”, 사법논집 제29권, 556면.

이렇게 해석하는 이유는 유언자에게 무조건적 철회권을 부여한 민법 제1108조 내지 제1110조 때문이다. 따라서 만약 사인증여에 관하여 유증의 철회에 관한 민법 규정이 준용된다면 수증자는 증여자의 사망 전에 아무런 권리도 얻지 못하므로 사인증여를 원인으로 하는 가등기를 신청할 수 없게 된다. 하지만 반대로 유증의 철회에 관한 규정이 준용되지 않는다면 수증자는 증여자의 사망 전이라도 권리보전을 위해 가등기를 할 수 있게 된다.

2. 유증의 철회에 관한 규정의 준용 여부

그렇다면 민법상 유증의 철회에 관한 각 규정들이 사인증여에도 준용되는 것인가. 이는 사인증여가 당사자간 의사의 합치로 성립되는 계약이기 때문에 증여자에게 일방적 철회권을 주는 것이 지나치지 않은가 하는 문제와 관련되어 있다.

이에 관하여 판례는 없으며 학설은 찬반양론으로 갈려 있다. 준용을 부정하는 견해는 기본적으로 사인증여의 법률적 성질이 계약이라는 점에 주목하여 증여자의 일방적 철회권을 부정한다.⁴¹⁾ 반면 준용을 찬성하는 입장은 사인증여가 실질적으로 유언과 동일한 기능을 수행하며 민법 제1108조는 유언자 또는 증여자의 최종의사를 보호하는데 우선적 가치를 두고 있다는 점을 근거로 제시한다.⁴²⁾

등기선례 중에는 “가등기는 부동산등기법 제2조 각 호의 1에 해당하는 권리의 설정, 이전, 변경 또는 소멸의 청구권이 시기부 또는 정지조건부인 때에도 할 수 있으므로 사인증여로 인하여 발생한 소유권이전등기청구권을 보존하기 위하여 가등기를 신청할 수 있다”고 한 것이 있다.⁴³⁾ 이는 등기실무가 기본적으로 사인증여의 철회가 허용되지 않는다는 전제에 서 있음을 보여준다 할 것이다.

사건으로도 사인증여가 계약의 일종이라는 점에 비추어 볼 때 유언의 철회에 관한 규정은 준용되지 않는 것으로 새기는 것이 옳다고 본다. 이로 인하여 증여자에게 지나

41) 윤석용, “사인증여에 관한 소고”, 법학의 현대적 제문제, 224면; 구연창, “사인증여”, 고시계 제34권 제8호, 121면.

42) 최병조, “사인증여의 개념과 법적 성질”, 민사판례연구 26집, 842면; 고상현, “사인증여에 관한 논고”, 민사법학 제48호, 382면.

43) 등기선례 6-437 2000. 3. 13. 등기 3402-171 질의회답.

친 구속을 주게 되는 것이 아닌가 하는 의문이 있을 수 있으나 이는 서면에 의하지 아니한 증여에 대한 해제 규정이나 수증자의 망은행위로 인한 증여의 해제 규정, 증여자의 재산상태 악화로 인한 증여의 해제규정 등을 활용하면 어느 정도 해결될 수 있으리라 판단된다.

3. 사인증여를 원인으로 하는 가등기의 가부

가. 증여자가 사망한 경우

증여자가 사망한 후 수증자는 채권적 효력만을 가지는 사인증여이행청구권을 취득하게 되므로 그 권리의 보전을 위해 가등기의 필요성이 있다. 가등기는 등기권리자인 수증자와 등기의무자인 사인증여집행자가 공동으로 신청함이 원칙이지만, 사인증여집행자의 승낙을 얻어 수증자가 단독으로 신청할 수도 있다(부동산등기법 제89조). 사인증여집행자가 협력하지 않을 경우에는 수증자는 그를 상대로 가등기가처분명령을 받아 단독으로 가등기를 신청할 수도 있다(부동산등기법 제89조).

나. 증여자가 생존 중인 경우

증여자가 생존 중이어서 사인증여의 효력이 생기기 전이라도 사인증여에 대하여 유언의 철회에 관한 규정의 준용이 배제되는 결과 수증자는 시기부의 소유권이전청구권을 취득하게 된다. 부동산등기법 제88조는 소유권이전청구권이 시기부일 경우에도 그 보전을 위한 가등기를 설정할 수 있다고 규정하고 있다. 따라서 사인증여의 수증자는 증여자 사망시 취득하게 되는 소유권이전청구권을 보전하기 위해 가등기를 신청할 수 있고 이 점은 앞서 살펴본 등기선례에서 명시적으로 인정하고 있는 바이다.

가등기는 등기권리자인 수증자와 등기의무자인 증여자가 공동으로 신청하는 것이 원칙이지만 증여자의 승낙을 얻어 수증자가 단독으로 신청할 수도 있다(부동산등기법 제89조). 또 증여자가 협력을 하지 않을 경우에는 수증자가 증여자를 상대로 가등기가처분명령을 받아 단독으로 가등기 신청을 할 수도 있다(부동산등기법 제89조).

Ⅶ. 사인증여계약공정증서의 작성

1. 촉탁인

사인증여계약공정증서를 작성할 때 촉탁인은 증여자와 수증자가 된다. 증여자와 수증자가 함께 촉탁을 하여야만 하며, 어느 일방의 촉탁만으로는 공정증서 작성을 할 수 없다. 사인증여는 자연사를 전제로 하는 것이므로 자연인만이 증여자가 될 수 있지만, 수증자는 자연인뿐만 아니라 법인도 될 수 있다.

유언의 경우에는 만 17세만 넘으면 유언이 가능하고 한정치산자나 금치산자도 의사능력만 있으면 유언이 가능하지만(다만 금치산자는 의사의 협력이 필요함) 유언의 능력에 관한 민법 조항들이 사인증여에는 준용되지 않는다고 보아야 하므로 증여자는 행위능력자이거나 행위무능력자일 경우 법정대리인의 동의를 얻어야 한다. 또 유증의 경우 수증자는 의사표시의 상대방이 아니므로 미성년자라 하여 법정대리인의 동의를 얻을 필요조차 없지만, 사인증여의 수증자는 계약의 당사자이므로 행위능력자이거나 수증자가 되는 데 대해 법정대리인의 동의를 받아야 한다. 다만 앞서 본 것처럼 부담이 없는 사인증여의 경우에는 법정대리인의 동의 없이 수증자가 될 수 있다고 본다.

2. 대리촉탁의 허용여부

공정증서에 의한 유언의 경우 대리가 허용되지 않는 이유는, 민법 제1068조가 유언자가 증인 2명이 참여한 공증인의 면전에서 유언의 취지를 구수하도록 규정하고 있기 때문이다. 하지만 사인증여에 관해서는 유언의 방식에 관한 규정의 준용이 배제되기 때문에 증여자가 반드시 공증인의 면전에서 증여의 의사표시를 해야만 사인증여계약이 효력을 발생한다고 볼 근거는 없다.

따라서 촉탁인의 대리인이 대리권을 입증할 수 있는 위임장과 권한 있는 행정기관이 작성한 인감증명서 또는 서명에 관한 증명서를 제출하면 대리촉탁에 의한 공정증서 작성을 허용하지 않을 이유는 없다. 촉탁인의 동의만 있다면 자기계약이나 쌍방대리 형태의 대리촉탁도 가능하다고 할 것이다.

3. 이른바 ‘예비적 사인증여’가 가능한지에 관하여

민법 제1089조에 의하면 유언자보다 수증자가 먼저 사망할 경우 유증의 효력은 생기지 않지만, 유언자가 수증자가 자기보다 먼저 사망하더라도 유증을 무효로 하지 않고 수증자의 상속인에게 유증할 의사임을 적극적으로 밝히는 경우 공증실무에서는 이른바 예비적 유증에 관한 조항을 두어 이 문제를 해결하고 있다. 즉 예컨대 유언공증정서상 “수증자 A가 유언자 사망 이전에 사망한 때에는 그 재산을 A의 자녀인 B에게 물려준다”는 등의 문구를 집어넣어 유증의 효력이 계속 유지될 수 있도록 하고 있다.

그런데 앞에서 본 것처럼 민법 제1089조는 사인증여에도 준용되므로 사인증여의 경우에도 실무상 이른바 ‘예비적 사인증여’를 할 수 있는지 문제가 된다. 유언자의 일방적 의사표시로 이루어지는 유언과 달리 사인증여는 당사자간 의사의 합치로 성립되는 것이므로 증여자와 수증자 사이의 사인증여계약만으로 수증자가 먼저 사망하는 경우 수증자의 상속인에게 그 효력을 존속시킬 수는 없다. 일본의 공증실무에서도 증여자, 수증자 및 그 상속인 사이에 삼면계약을 체결하거나 원래의 사인증여계약과는 별도로 증여자와 수증자의 상속인 사이의 사인증여를 체결하는 것은 별론, 증여자와 수증자 사이의 계약만으로는 그와 같은 효과를 거둘 수 없다고 한다.⁴⁴⁾

4. 증여의 내용

사인증여계약은 낙성, 불요식 증여계약의 일종으로서 증여의 내용에는 제한이 없다. 유언의 경우처럼 유언사항법정주의가 적용되지 않는다. 그러나 증여계약이므로 무상으로 재산을 상대방에게 수여하는 의사표시를 하여야 한다.

증여계약의 대상이 되는 재산에는 아무런 제한이 없다. 물건, 채권, 무채재산권 등이 모두 포함되며, 타인의 재산을 증여의 목적물로 삼는 것도 가능하다(민법 제1087조). 다만 증여의 성질상 소극적 재산은 포함되지 않는다.

증여계약은 무상의 편무계약이므로 수여되는 재산에 대하여 상대방이 대가관계 있는 반대급부를 부담해서는 아니된다. 하지만 대가관계라고 볼 수 없는 부담이나 의무

44) 藤原勇喜, “公正證書と不動産登記をめぐる諸問題”, 登記研究 第759號 34면.

를 설정하는 것은 가능하다. 이를테면 부모가 자녀 중 일인에게 재산을 사인증여하면서 그 자녀로 하여금 부모와 동거하면서 부양의 의무를 부담시키는 경우를 예로 들 수 있을 것이다.

재산의 수여라 함은 증여자의 재산감소로 인하여 수증자의 재산이 증가하는 일체의 행위를 말한다. 구체적으로는 동산 또는 부동산의 양도, 채권의 양도, 수증자 채무의 변제, 수증자를 위한 채무부담, 제한물권의 포기, 채무면제 등을 예로 들 수 있다. 다만 부동산 등의 사용권을 무상으로 수여하는 것은 사용대차의 범위에 속하므로 증여의 대상이 되지 않는다.

사인증여계약이므로 증여자의 사망으로 효력이 발생한다는 점을 명시적으로 기재하여야 한다. 이와 관련하여 일본의 공증문례에서는 “본건 증여는 증여자의 사망으로 효력이 발생하고, 그와 동시에 증여물건의 소유권은 당연히 수증자에게 이전한다”고 기재하고 있는데⁴⁵⁾ 국내 공증사무소에서 이를 그대로 모방하여 사용하는 경우도 있는 듯하다. 하지만 물권변동에 관하여 형식주의를 취하고 있는 우리나라에서는 위 문구 중 후단부분은 불필요할 뿐더러 적절치 않다고 생각된다.

5. 사인증여집행자의 지정

증여자는 무능력자나 파산자가 아니라면 누구라도 사인증여집행자로 지정할 수 있고 제3자에게 사인증여집행자의 지정을 위탁할 수도 있다. 사인증여계약공정증서를 작성함에 있어서는 가급적 사인증여집행자를 지정하거나 그 지정을 위탁할 제3자를 정하여 기재하는 것이 좋다. 하지만 증여자는 상속인에게 그 집행을 맡기기 위해 상속인을 사인증여집행자로 지정하거나 또는 사인증여집행자를 지정하지 않을 수도 있다. 사인증여집행자가 되는 자격에는 특별한 제한이 없으므로 수증자 자신도 될 수 있다고 본다.

45) 日本公證人連合會編 <證書の作成と文例> 107면 참조.

6. 가등기신청의 승낙조항

수증자에게는 증여자로부터 증여받은 목적물의 소유권을 차질 없이 이전받는 것이 가장 중요한 문제일 것이다. 사인증여를 받아두면 증여의 철회가 인정되지 않으므로 어느 정도 소유권을 확보할 수 있겠지만 그것만으로 수증자의 권리가 완벽하게 확보되는 것은 아니다. 증여자가 증여의 목적물을 처분하거나 담보로 제공하여 실제로 증여계약의 이행이 불능으로 되는 것 자체는 막을 수 없기 때문이다. 이러한 이유 때문에 수증자로서는 사인증여계약 이후 증여의 목적물에 관해 가등기 등을 하여둘 필요성을 느끼게 된다.

일본에서 사인증여계약공정증서의 작성이 활성화되어 있는 이유 중 하나는 사인증여를 원인으로 하여 소유권이전등기청구권 보전을 위한 가등기가 쉽게 이루어지기 때문인 것 같다. 일본에서는 사인증여계약공정증서 작성시 그 내용 중 증여자가 수증자의 가등기신청을 승낙하는 취지의 문구를 삽입해 두면 수증자가 나중에 그 공정증서 정본을 가지고 단독으로 가등기신청을 할 수 있다고 한다.

우리의 경우에도 부동산등기법 제89조에서 가등기의무자의 승낙이 있으면 가등기권리자가 단독으로 가등기신청을 할 수 있도록 규정하고 있다.⁴⁶⁾ 법규 자체로는 일본의 경우처럼 사인증여가 활성화될 수 있는 기초는 마련되어 있는 셈이다. 현실적으로 사인증여계약에 기한 수증자 단독의 가등기신청이 거의 이루어지지 않고 있는 상태이기는 하나 공정증서의 내용 중 예컨대 “증여물건에 관하여 수증자를 위하여 시기부 소유권이전청구권 보전을 위한 가등기를 하기로 하고, 증여자는 수증자가 이 가등기절차를 단독으로 신청하는 데 대해 승낙한다”는 식의 증여자 승낙문구를 삽입하여 두면 수증자가 그 공정증서 정본을 가지고 단독으로 가등기를 할 수 있을 것으로 판단된다.

7. 문례(부담부사인증여계약)

46) 부동산등기규칙 제60조 제1항 제7호에는 등기신청서에 제3자의 승낙을 증명하는 서면을 첨부하는 경우 인감증명을 제출하도록 요구하고 있지만, 같은 조 제3항은 해당서면이 공정증서인 경우에는 인감증명을 제출할 필요가 없다고 규정하고 있다.

2013년 증서 제1234호

부담부사인증여계약공정증서

본 공증인은 당사자들의 촉탁에 따라 다음의 법률행위에 관한 진술의 취지를 청취하여 이 증서를 작성한다.

제1조(계약의 목적) 증여자 김갑동(이하 ‘갑’이라 한다)는 2013년 3월 3일 갑 소유의 별지 목록 기재 부동산을 수증자 이을동(이하 ‘을’이라 한다)에게 무상으로 증여하기로 약정하고, 을을 이를 수락하였다.

제2조(계약의 효력발생시기) 본 건 증여는 갑의 사망으로 효력이 발생한다.

제3조(수증자의 부담)

1. 을은 본건 증여를 받는 대신 그 부담으로 2013년 3월부터 갑이 사망할 때까지 매월 말일 부양료로 금 일백만 원(W1,000,000)씩 지급한다.
2. 을이 위 부양료를 2회 이상 지급하지 아니한 때에는 갑은 본 건 계약을 해제할 수 있다.

제4조(사인증여집행자) 갑은 다음 사람을 집행자로 지정한다.

성명 박병동

주소 서울특별시 서초구 서초동 123

직업 변호사

주민등록번호 651231-1234567

제5조(가등기의 설정) 별지목록 기재 부동산에 관하여 을을 위하여 시기부 소유권이전등기청구권 보전을 위한 가등기를 하기로 하고, 갑은 을이 그 가등기절차를 단독신청하는 데 대해 승낙한다.

VIII. 사인증여계약공정증서와 등기

공증실무에서 유언공증의 촉탁인들은 증인 2명의 참여와 같은 민법이 정한 방식을 준수하는 게 번거롭고 힘들다는 호소를 자주 한다. 또한 유언공증의 수증자들은 유언자가 변심하면 언제든지 수증자로서의 지위가 박탈될 수 있는 것에 불안을 느끼고 있다. 이러한 불편함과 불안 등 때문에 현재 유증을 선택하고 있는 촉탁인등 이해관계인

의 상당수는 사인증여계약에 대해 제대로 알기만 한다면 사인증여를 선택할 가능성이 꽤 있다고 생각된다. 방식이 자유롭기 때문에 유언자가 오히려 유증의 철회권을 포기 하더라도 사인증여를 선택할 가능성도 있다. 그럼에도 불구하고 사인증여가 널리 알려 지지 않고 이용도 되고 있지 않은 이유는 사인증여계약공정증서를 작성했을 때 추후 아무런 문제없이 소유권이전등기까지 완료될 수 있을지에 관해 확신이 부족하기 때문 인 것 같다.

현재 사인증여는 공증사무소에서 사인증여계약공정증서로 작성되는 경우는 거의 없고, 유언의 유무효에 관해 다투는 민사재판에서 유언이 사인증여로서의 요건도 구비 하고 있다는 것이 밝혀질 때 판결로 그 존재가 확인되는 경우가 거의 대부분이다. 그것 도 보통은 유언에 의한 등기가 이루어진 다음 그 말소를 구하기 위해 민사재판이 제기 되는 관계로 사인증여가 등기원인으로 등장하는 경우는 거의 없는 실정이다. 그러다 보니 사인증여계약공정증서를 작성하고 나서 증여자가 사망했을 때 그 공정증서 정본 으로 소유권이전등기를 완료하려면 어떠한 서류를 구비하여야 하는지에 관해 명백한 기준이 설정되어 있지 않은 실정이다.

반면 현재 자주 이용되고 있는 유언공정증서의 경우에는 별다른 문제없이 유언자 사 후에 등기까지 이루어지고 있다. 이하에서는 유언공정증서의 경우와 대비하여 사인증 여계약공정증서로 등기신청을 할 때 부동산등기법 제24조 제2항, 부동산등기규칙 제 43조 제1항, 제46조 제1항에 따라 등기소에 제공해야 할 신청정보나 첨부정보에 관하 여 유의하여야 할 점들을 살펴본다.

1. 신청정보

등기신청인이 등기신청서상에 제공하여야 하는 신청정보는 다음과 같다.

- ① 부동산의 표시에 관한 사항
- ② 신청인의 성명(또는 명칭), 주소(또는 사무소 소재지) 및 주민등록번호(또는 부동산등기용등록번호)
- ③ 신청인이 법인인 경우에는 그 대표자의 성명과 주소
- ④ 대리인에 의하여 등기를 신청하는 경우에는 그 성명과 주소

- ⑤ 등기원인과 그 연월일
- ⑥ 등기의 목적
- ⑦ 등기필정보
- ⑧ 등기소의 표시
- ⑨ 신청연월일

위 ②의 ‘등기신청인’이란 등기권리자인 수증자와 등기의무자인 사인증여집행자를 의미한다. 특히 등기의무자의 기재는 “증여자 망 ○○○, 사인증여집행자 ○○○”와 같은 방식으로 표시한다. 증여자의 표시는 등기부상 소유자의 표시와 일치하여야 하며, 사인증여집행자가 지정되지 않은 경우에는 증여자의 상속인이 사인증여집행자가 되므로 상속인의 인적사항을 기재한다.

⑤의 ‘등기원인 및 연월일’은 “○○○○년 ○○월 ○○일자 사인증여”라고 적되 일자는 사인증여의 효력이 발생한 날, 즉 증여자의 사망연월일을 기재한다. 사인증여에 조건 또는 기한이 있는 경우에는 그 조건이 성취한 날 또는 기한이 도래한 날을 등기원인일자로 적는다.

⑥의 ‘등기의 목적’은 소유권의 전부이전인지 일부이전인지에 따라 “소유권이전” 또는 “소유권일부이전”으로 기재한다.

⑦의 등기필정보⁴⁷⁾에 관해서 살펴보면, 부동산등기법 개정 전에는 종전 등기절차에서 등기의무자가 교부받은 등기필증을 제출하도록 되어 있었지만, 개정법에서는 등기필증 대신 등기필정보⁴⁸⁾만을 통지하도록 되어 있기 때문에 종전 등기절차에서 통지받은 등기필정보 가운데에서 부동산고유번호, 성명, 일련번호, 비밀번호를 등기신청서에 기재하면 된다. 종전 등기절차에서 교부받은 등기필증을 등기신청서에 첨부하면 등기필정보를 기재할 필요가 없다.

47) 공동신청 또는 승소한 등기의무자의 단독신청에 의하여 권리에 관한 등기를 신청하는 경우만 제공하면 되고, 승소한 등기권리자가 단독신청하거나 토지나 건물의 표시에 관한 등기를 신청하는 경우에는 제공할 필요가 없다(부동산등기규칙 제43조 참조).

48) 부동산등기규칙 제106조에 의하면 부동산 및 등기명의인별로 아라비아숫자와 그 밖의 부호의 조합으로 이루어진 일련번호와 비밀번호로 구성되는 등기필정보를 작성하도록 하고 있고, 같은 규칙 제107조에서는 위와 같이 작성한 등기필정보의 통지방법에 관하여 방문신청시에는 등기필정보통지서를 직접 교부하거나 우송하고, 전자신청시에는 전자정보처리조직을 이용하여 송신하도록 규정하고 있다.

다만 교부받은 등기필증이나 등기필정보를 멸실한 경우에는 개정전과 마찬가지로 부동산등기법 제51조에 따라 등기의무자인 사인증여집행자가 등기소에 직접 출석하여 등기관으로 하여금 확인조서를 작성하게 하거나 등기신청 대리인으로 된 변호사나 법무사가 사인증여집행자의 본인여부를 확인하고 확인서면을 작성하여 신청서에 첨부하거나 또는 신청서나 대리인의 권한을 증명하는 서면 중 사인증여집행자의 작성부분에 관해 공증을 받아 그 부분 1통을 신청서에 첨부하면 된다.

2. 등기원인을 증명하는 정보

이에 관하여 사인증여계약공정증서가 ‘등기원인을 증명하는 정보’가 될 수 있는지 문제가 된다. 개정전 부동산등기법 제40조는 “등기원인을 증명하는 서면”(등기원인증서)을 일반적 첨부서류의 하나로 열거하였는데, 개정법에서는 전자신청제도를 도입하면서 이를 “등기원인을 증명하는 정보”로 용어를 바꾸어 부동산등기규칙 제46조 제1항에서 규정하고 있다. 종전에 등기원인증서란 권리변동의 원인인 법률행위 또는 법률사실의 성립을 증명하는 서면으로, 예컨대 매매계약서나 근저당권설정계약서 등을 말하는 것이었다. 당시 등기원인증서를 제출하게 한 이유는, 신청한 내용과 같은 등기원인이 성립되어 있는지 여부를 확인함과 아울러 등기를 완료한 후 등기필증을 교부하기 위한 것이었다. 하지만 등기원인증서가 처음부터 없거나 이를 제출할 수 없는 경우에는 신청서의 부분을 제출하도록 한 개정전 부동산등기법 제45조의 규정취지에 비추어 볼 때 주로는 등기필증을 교부하기 위해 제출을 요구하는 것으로 이해되었다.

종전에 등기원인증서로서의 적격성을 구비하려면, ① 등기의 목적인 부동산의 표시, ② 그 권리에 관한 등기원인을 비롯한 기타 등기사항, ③ 당사자인 등기권리자와 등기의무자의 표시가 기재되어 있어야 했다. 그 중 등기사항에 있어서는 등기원인과 그 연월일, 등기할 사항이 기재되어 있어야 하는데, 일반적으로 유언증서, 사인증여증서, 상속재산분할협의서 등은 그 등기원인일자(피상속인의 사망일)가 기재되어 있지 않으므로 등기원인증서가 될 수 없다고 이해되었다.⁴⁹⁾ 하지만 부동산등기법 개정 전에는 같은 법 제45조에 따라 유언공정증서로 등기신청을 하는 경우에는 신청서부분을 제출하

49) 법원행정처, 부동산등기실무[I] 225면.

여 해결하였고,⁵⁰⁾ 사인증여계약공정증서로 등기신청을 하는 경우에도 역시 위 규정에 따라 신청서부분을 제출하면 족한 것으로 해석되었다.

하지만 2012년 부동산등기법이 개정되면서 앞서 본 것처럼 종전에 등기필증을 교부하던 것이 일련번호와 비밀번호로 구성되는 등기필정보를 통지하는 제도로 바뀌었다. 이에 따라 등기원인증서가 처음부터 없거나 제출할 수 없는 경우에 대신 신청서 부분을 제출하게 하던 것도 그 필요성이 없어져 사라지게 되었다. 하지만 비록 법에서 대법원규칙으로 격이 낮아지기는 했지만 부동산등기규칙 제46조가 등기원인증서에 갈음하여 ‘등기원인을 증명하는 정보’를 제공하도록 여전히 규정하고 있기 때문에 종전에 등기원인증서로 인정받지 못하던 유언증서나 사인증여증서의 경우 이를 어떻게 해결해야 할지가 문제로 되고 있다.

생각건대, 등기필증을 교부하기 위해 등기원인증서나 신청서 부분을 요구할 근거는 사라지게 되었고 ‘등기원인을 증명하는 정보’는 등기 내용의 진정성을 심사하기 위한 입증서류로서의 기능만 남게 되었다. 그리고 개정법상 용어도 “서면”에서 “정보”로 바뀌었기 때문에 유언공정증서나 사인증여계약공정증서 자체가 등기원인증서로 인정받아야 할 필요는 없다 하겠다. 등기관은 등기신청의 진정성을 인정할 만한 정보를 제공받으면 되는 것이고, 부동산등기규칙 제46조 제6항에서 전자정부법에 따른 행정정보 공동이용을 통하여 등기관이 확인할 수 있는 정보는 신청인이 따로 제공할 필요가 없도록 되어 있는 점을 감안한다면 등기관은 신청인이 제공한 유언공정증서 또는 사인증여계약공정증서⁵¹⁾에 포함된 정보와 신청인이 제공하거나 행정정보 공동이용을 통하여 확인한 증여자의 사망 및 그 일자에 관한 정보를 종합하여 등기원인을 증명하는 정보를 입수함으로써 등기신청서의 내용을 충분히 심사할 수 있다 할 것이다.⁵²⁾

50) 유영선, “유증의 등기”, 사법논집 제29권, 560면.

51) 부동산등기특별조치법 제3조 제1항은 계약을 원인으로 한 소유권이전등기를 신청할 때 계약서에 검인을 받아 관할 등기소에 제출하도록 규정하고 있다. 개정 부동산등기법상 “등기원인을 증명하는 서면”이 아니라 “등기원인을 증명하는 정보”가 첨부서류의 하나로 규정되어 있다 하더라도 계약으로 이루어진 이상 부동산등기특별조치법에 따라 계약서상에 검인은 받아야 할 것으로 판단된다. 사인증여계약공정증서는 계약서이므로 검인을 받아야 할 대상이 된다. 다만 유언공정증서는 단독행위이므로 검인받을 필요가 없다. 양형우, “사인증여에 의한 등기”, 홍익법학 제13권 제1호, 420면 참조.

52) 양형우, “사인증여에 의한 등기”, 홍익법학 제13권 제1호, 420면 참조. 사인증여증서만으로는 증여자의 사망사실이 증명되지 않지만 등기관은 그 증서로 등기원인을 확인할 수 있고 가족관계등록부 등을 통해 증여자의 사망연월일을 파악할 수 있으며 이는 등기관의 형식적 심사권을 벗어난 것으로 볼 수 없으므로 사인증여증서의 등기원인증서로서의 적격성을 인정하여야 한다고 주장한다.

3. 등기원인에 대하여 제3자의 허가, 동의 또는 승낙이 필요한 경우에는 이를 증명하는 정보

토지거래허가의 대상이 되는 계약은 대가를 받고 토지소유권, 지상권을 이전 또는 설정하는 계약, 즉 유상계약만을 의미하는 것이므로 토지거래허가구역에 있는 토지가 사인증여의 목적물이 되더라도 원칙적으로 허가를 받을 필요는 없다.

하지만 사인증여에 의한 경우라도 그 목적물이 농지인 경우에는 농지취득자격증명을 제출하여야 한다.⁵³⁾

앞에서 본 것처럼 사인증여에 관하여 유증의 능력에 관한 규정의 준용은 배제되고 완전한 행위능력을 요하므로 증여자나 수증자가 무능력자인 경우 법정대리인의 동의서가 제출되어야 하고 경우에 따라서는 친족회의 동의가 필요한 경우도 있을 수 있다.

4. 대리인에 의하여 등기를 신청하는 경우에는 그 권한을 증명하는 정보

지정 또는 선정에 의한 사인증여집행자는 사인증여에 준용되는 민법 제1103조의 취지에 따라 상속인의 대리인으로 간주된다. 따라서 사인증여집행자가 등기의무자로서 등기신청을 할 경우 상속인의 대리인으로서 일반원칙에 따라 그 대리권한을 증명하는 정보를 제공하여야 한다. 여기서 사인증여계약공정증서가 사인증여집행자의 대리권한을 증명하는 정보, 즉 적법하게 사인증여집행자로 지정되었음을 증명하는 정보로 볼 수 있는지 여부가 문제가 된다.

등기실무상 유언공정증서는 종래 등기원인증서로서의 적격성이 부정되었지만 별다른 문제가 없이 이로써 소유권이전등기가 이루어지고 있다. 비록 유언공정증서가 등기원인증서로는 인정되지 않지만, 공동신청주의에 따라 수증자와 유언집행자가 공동으로 등기신청을 하게 함으로써 등기의 진정성을 확보할 수 있고, 유언공정증서가 등기의무자인 유언집행자의 자격을 입증하는 서면으로서는 충분한 역할을 하기 때문이다.

53) 상속 및 포괄유증, 상속인에 대한 특정적 유증의 경우에는 소유권이전등기시 농지취득자격증명을 필요로 하지 않지만, 사인증여나 상속인 이외의 자에 대한 특정적 유증 등의 경우에는 농지취득자격증명을 받아야만 소유권이전등기를 할 수 있다(등기예규 제1236호 농지의소유권이전등기에관한사무처리지침 참조).

유언공정증서는 그 작성방식과 취지에 의하여 공무원(공증인은 국가공무원법에 의한 공무원은 아니지만 공증인법에 따라 법무부장관에 의해 임명되어 공무원 공증업무를 수행하는 공무원임)이 직무상 작성한 것으로서 진정한 공문서로 추정⁵⁴⁾되는 등 신뢰할 만한 문서이다. 그 결과 유언집행자가 상속인이 아닌 제3자인 경우는 물론 수증자 자신인 경우에도 유언공정증서는 대리권한을 증명하는 서면으로 인정되고 있다.⁵⁵⁾

그렇다면 사인증여계약공정증서는 등기의무자인 사인증여집행자의 대리권한을 증명하는 정보로 인정받을 수 있을가가 문제로 된다. 이에 관하여는 유언자는 ‘유언으로’ 유언집행자를 지정하거나 그 지정을 제3자에게 위탁할 수 있고 유언은 유언의 방식에 의하지 않으면 효력이 없으므로 사인증여증서상 증여자가 유언집행자를 지정했더라도 그것이 유언의 방식을 갖추지 않는 한 유언집행자의 대리권한을 증명하는 정보로 인정할 수 없다는 견해가 있다.⁵⁶⁾

생각건대, 이 견해는 사인증여집행자 개념과 유언집행자 개념을 혼동하고 있다고 생각된다. 민법 제1093조에는 유언자는 ‘유언으로’ 유언집행자를 지정할 수 있다고 규정되어 있지만, 위 조항이 사인증여에 준용될 경우 구체적으로 어떤 의미를 갖는지에 관해서는 별다른 논의가 없는 상태이다. 그 의미를 기계적으로 이해하자면 사인증여의 증여자도 유언으로만 그 집행자를 지정할 수 있다는 해석이 불가능한 것은 아닐 것이다. 하지만 규정 전체의 취지로 보면 위 조항을 준용한 취지는 증여자가 사인증여계약의 내용 가운데 사인증여집행자를 지정할 수 있도록 하는 데 있다고 생각한다. 만약 증여자가 사인증여와는 별도로 ‘유언으로’ 유언집행자를 지정해야 한다면 위 규정을 굳이 사인증여에 준용하지 않아도 얼마든지 지정이 가능할 것이다. 유언과정에서 유언으로 유언집행자를 지정하듯이 사인증여계약 과정에서 그 계약의 내용으로 사인증여집행자를 지정할 수 있다고 봄이 타당하다. 사인증여는 낙성, 불요식의 계약이므로 특별한 형식 없이 계약서 내용에 집행자 지정의 문구를 기재함으로써 사인증여집행자를 지

54) 민사소송법 제356조 제1항.

55) 유증으로 인한 소유권이전등기는 등기관리자인 수증자와 등기의무자인 유언집행자가 공동으로 신청하여야 하는바, 지정 유언집행자와 특정적 유증의 수증자(상속인임)가 동일인인 경우라도 그 자격을 달리하는 것이므로, 등기신청서에 등기의무자로서 지정 유언집행자를 표시하고, 등기관리자로서 수증자를 표시하는 방법으로 유증의 목적인 부동산에 대하여 유증을 원인으로 하는 소유권이전등기를 신청할 수 있다(등기선례 5-326, 1998. 3. 24. 등기 3402-250 질의회답).

56) 양형우, “사인증여에 의한 등기”, 홍익법학 제13권 제1호, 428면.

정할 수 있다고 할 것이다.⁵⁷⁾

문제는 사인증여계약공정증서가 대리권한을 증명하는 정보로서 유언공정증서만큼 공신력이 있는 문서인가에 달려 있다. 유언공정증서가 유언집행자의 자격을 증명하는 서면으로서 그 효력을 인정받는 이유는, 이를 통해서 공정증서에 의한 유언이 적법하고 유효하게 존재하며 신청서상 등기의무자로 기재된 사람이 그 유언에 의해 유언집행자로 지정되었다는 점을 잘 확인할 수 있기 때문이다. 마찬가지로 사인증여계약공정증서도 적법, 유효하게 사인증여가 성립되었고 신청서상 등기의무자로 기재된 사람이 사인증여집행자로 지정되었다는 점을 확실하게 보여줄 수 있으면 되는 것이다. 앞에서 본 것처럼 사인증여계약은 방식에 구애받지 않으므로 결국 사인증여계약공정증서가 당사자들의 진정한 의사에 의해 작성되었는지를 확인하면 될 것이다(물론 공정증서에는 사인증여집행자의 지정문구가 기재되어 있어야 한다).

사인증여계약공정증서는 유언공정증서와 마찬가지로 공증인법 제27조 이하에 규정된 촉탁인의 신원확인 및 대리권확인 절차를 거쳐서 작성되므로 가장 신뢰할 수 있는 증서라 할 수 있고, 그 작성방식과 취지에 의하여 공무원인 공증인이 직무상 작성한 것으로 진정한 공문서라고 추정된다. 사인간에 작성된 계약서로서 사인증여계약공정증서보다 더 강한 공신력을 가질 수 있는 형태의 증서는 없다. 만약 이것이 집행자의 자격을 증명하는 정보로 인정받지 못한다면 수증자로서는 등기이전을 위하여 상속인을 상대로 증여이행청구소송을 제기하여 그 판결로 등기를 이전하는 수밖에 없게 되고 사인증여는 상속인이 자발적으로 이행하지 않는 한 소송으로 그 목적을 달성할 수밖에 없는 불완전한 제도로 남게 될 것이다.

상속인의 상속재산분할협의서는 단지 사서증서 인증만을 받아도 인감증명의 첨부에 갈음할 수 있도록 운용되고 있는 등기실무⁵⁸⁾에 비추어 보더라도 공정증서로 작성된 사인증여계약은 사인증여집행자의 자격을 입증하는 정보로 손색이 없다고 판단된다.

57) 일본에서도 사인증여집행자는 사인증여계약에 의해 지정되는 것으로 해석되고 있고 대부분의 사인증여계약의 내용 중에 집행자 지정의 문구를 포함시키고 있다. 日本公證人連合會編 <證書の作成と文例> 107면 및 앞의 <주 34>에서 소개된 昭和41年(1966). 6. 14. 民事(1)發227号, 民事局第1課長回答 참조.

58) 부동산등기규칙 제60조 제1항 제6호는 “협의분할에 의한 상속등기를 신청하는 경우 상속인 전원의 인감증명”을 첨부정보로 제공하도록 규정하고 있고, 같은 조 제3항은 해당서면이 공정증서인 경우에는 인감증명을 제출할 필요가 없다고 규정하고 있다. 하지만 공정증서로 상속재산분할협의서 등을 작성하는 경우는 거의 없고 상속인들이 작성한 상속재산분할협의서 등에 대하여 사서증서 인증을 받아 공정증서에 갈음하여 제출하고 있는 실정이다.

따라서 사인증여계약공정증서는 집행자의 자격을 입증하는 서류로 마땅히 인정되어야 할 것이다.

5. 기타 첨부정보

등기신청인은 위 각 첨부정보 이외에도 등기상 이해관계 있는 제3자의 승낙이 필요한 경우에는 이를 증명하는 정보 또는 이에 대항할 수 있는 재판이 있음을 증명하는 정보, 신청인이 법인인 경우에는 그 대표자의 자격을 증명하는 정보, 등기관리자(새로 등기명의인이 되는 경우로 한정한다)의 주소(또는 사무소 소재지) 및 주민등록번호(또는 부동산등기용등록번호)를 증명하는 정보(다만, 소유권이전등기를 신청하는 경우에는 등기의무자의 주소나 사무소 소재지를 증명하는 정보도 제공하여야 한다)도 함께 제공해야 한다.

IX. 맺는말

우리 민법은 상속재산에 관한 사후행위로 유증과 사인증여라는 두 가지 유형을 규정하고 있다. 유증은 방식에 관해 엄격성이 요구되는 단독행위로서 유언자의 최후의사를 존중하기 위해 무조건적인 철회권이 인정되고 있다. 이에 반해 사인증여는 당사자간의 합의에 의해 방식에 구애받지 않고 성립하는 증여계약의 일종으로 유언자의 철회권은 제한되고 수증자는 시기부의 소유권이전청구권을 취득하게 된다. 전체적으로 유증은 유언자의 의사를 우선적으로 존중하고 사인증여는 수증자의 권리보호에 주안을 두고 있다는 느낌이다. 이처럼 유증과 사인증여는 당사자들이 그 방식이나 효력 등의 차이를 고려하여 자유롭게 선택하게 함으로써 이해관계의 조화를 도모하고 있다.

사인증여계약공정증서는 유언공정증서와 비교할 때 증인 2명의 참관이 필요치 않고 대리촉탁으로도 작성할 수 있는 등 방식 면에서 간편하다. 계약이므로 증여자가 일방적인 철회를 할 수 없고 공정증서상 증여자가 수증자의 단독 가등기신청을 승낙하는 규정이 있으면 수증자가 단독으로 시기부 소유권이전청구권 보전을 위한 가등기도 해 둘 수 있다. 사인증여의 집행을 위해 법원의 검인절차를 거칠 필요가 없고 공정증서상

사인증여집행자를 지정하여 됴으로써 증여자의 사후 상속인의 동의나 협력 없이 사인증여집행자와 수증자가 소유권이전등기를 완료할 수 있다. 사인증여집행자는 누구라도 될 수 있지만 수증자라도 무방하다. 세금 면에서도 상속세가 증여세에 비해 기초적인 공제가 커 유리한 경우가 많은데 사인증여는 유증과 마찬가지로 상속세를 납부하면 된다.

이처럼 사인증여계약공정증서는 다른 점들을 감안하더라도⁵⁹⁾ 유언공정증서에 못지 않은 장점들을 가지고 있다고 판단된다. 그럼에도 불구하고 이것이 거의 이용되지 않는 이유는 앞서도 언급한 것처럼 증여자 사후 사인증여에 따른 등기이전절차가 문제 없이 이루어질 수 있다는 데 대한 확신이 부족하기 때문이다.

본고에서는 사인증여계약공정증서에 의하여 이루어지는 등기절차에서 문제가 될 사항들을 점검해 보았다. 그 결과 우선 부동산등기법 개정 이후 신청서 부분 제출제도는 없어졌지만 사인증여계약공정증서를 제출하고 여기에 당사자가 제출하거나 행정정보 공동이용을 통해 확인한 증여자 사망사실 및 일자에 관한 정보를 보태면 ‘등기원인을 증명하는 정보’가 제공되었다고 충분히 인정할 수 있다는 점을 살펴보았다. 또 사인증여계약공정증서는 진정성이 강력하게 추정되는 공문서로서 국내에서 작성되는 그 어떤 종류의 계약서보다 강력한 공신력을 부여받고 있다는 점에서 사인증여집행자의 대리권한을 증명하는 정보로 충분한 자격을 갖추고 있다는 점을 확인하였다.

본고를 통해 살펴본 이상의 내용들이 향후 사인증여계약이 널리 활용되는데 작은 밑거름이 되었으면 하는 바람이다. 

59) 사인증여는 증여계약의 일종이지만 유류분반환청구와 관련하여 유증과 같은 취급을 받으므로 유류분 반환청구의 목적인 증여나 유증이 병존하고 있는 경우 생전증여를 받은 사람보다 먼저 그 반환의무에 응하여야 한다(대법원 2001. 11. 30. 선고 2001다6947 판결). 또 상속인이 상속이나 유증에 의해 농지를 물려받게 되면 별도로 농지취득자격증명 없이 등기이전이 가능하지만, 사인증여에 의해 농지를 물려받으면 수증자가 상속인이라도 농지취득자격증명을 받지 않으면 등기이전을 할 수 없다. 하지만 이런 점들을 감안하더라도 사인증여계약공정증서의 장점은 분명히 부각된다고 단언할 수 있다.