

2021년도 대한공증인협회 연구용역보고서

공증인을 통한 사후행위 사후불법변작 방지방안

책임연구원: 현 소 혜 (성균관대학교 법학전문대학원)

목 차

제1장 서론	1
제2장 유언	2
제1절 현황	2
1. 유언의 방식	2
2. 유언의 철회	4
3. 유언증서의 보존	5
4. 소결	9
제2절 비교법적 검토	13
1. 개관	13
2. 독일	14
3. 일본	20
4. 소결	29
제3절 도입방안	31
1. 보관의 개시	31
2. 보관 방법	32
3. 보관기관	34
4. 보관된 유언서의 열람과 반환	36
제3장 사인증여	38
제1절 현황	38
1. 사인증여의 방식	38
2. 사인증여의 철회	40
3. 사인증여 계약서의 보존	42
4. 소결	42
제2절 비교법적 검토	45
1. 개관	45
2. 독일	45
3. 프랑스	47
제3절 개정방안	49
제4장 유언대용신탁과 수익자연속신탁	50
제1절 현황	50
1. 신탁 일반론	50
2. 유언대용신탁의 방식	59
3. 유언대용신탁의 철회	60
4. 유언대용신탁 계약서의 보존	65

5. 특수쟁점: 유언대용신탁과 유류분	66
제2절 개선방안	78
1. 비교법적 검토	78
2. 유언대용신탁의 철회 가능성	79
3. 위탁자의 의사관철 가능성	81
4. 유언대용신탁 계약서의 보존 필요성	82
제5장 결론: 개정안의 제시	84
1. 민법 개정안	84
2. 신탁법 개정안	85
3. 공증인법 개정안	86
※ 참고문헌	91
【별지】 유언대용신탁 계약서 샘플(신한은행)	96

제1장 서론

법률행위에는 생전행위와 사인행위(死因行爲)가 있다. 행위자가 살아 있을 때 효력이 발생하는 생전행위와 달리, 사인행위는 행위자의 사망에 의해 비로소 그 효력이 발생한다. 따라서 사인행위에서는 비합리적인 의사결정으로부터 행위자 자신을 보호해야 할 필요성이 현저히 낮아지며, 행위자의 자유롭고 진정한 의사실현이 가장 중대한 가치로 고양된다. 유언에 제한적 행위능력에 관한 조문들의 적용이 배제되고, 대리가 금지되는 것은 사인행위의 이러한 특성을 선명하게 보여준다(민법 제1062조). 그런데 사인행위는 정작 행위자의 의사가 실현되어야 하는 그 시점에 이미 행위자가 사망한 상태이므로, 행위자가 스스로 자신의 의지를 관철시키는 것이 불가능하다. 반면 행위자의 사인처분에 의해 누군가는 상속 내지 유증에 대한 기대를 박탈 내지 제한당하게 되므로, 사인처분의 실현을 원치 않는 자에 의한 방해 가능성은 다른 법률행위에 비해 현저히 높은 편이다. 그러므로 사인행위와 관련된 제도를 설계할 때는 다음과 같은 점을 특히 고려할 필요가 있다. 첫째, 사인처분에 의한 재산배분을 원치 않는 자의 부당한 간섭으로부터 행위자의 자유로운 의사결정을 보장할 것. 둘째, 사인처분에 의한 재산배분을 원치 않는 자의 은닉이나 위·변조의 가능성을 최소화하고, 행위자의 진정한 의사 확인이 가능하도록 할 것. 셋째, 사인처분에 의한 재산배분을 원치 않는 자의 방해를 막을 수 있도록 집행 제도를 완비하여 행위자의 최종 의사가 최대한 관철될 수 있도록 할 것. 하지만 현재 우리나라의 사인행위 관련 법제는 이러한 고려사항을 충분히 반영하고 있지 못하다.

우리 법은 전통적으로 두 가지 유형의 사인행위를 인정해 왔다. 유언과 사인증여가 그것이다. 유언과 사인증여는 행위자의 사망과 동시에 또는 사망 후에 법률효과를 발생시키는 것을 목적으로 한다는 점에서는 공통점이 있으나, 유언은 상대방 없는 단독행위인 반면, 사인증여는 계약이라는 점에서 차이가 있다. 사인증여에 유증에 관한 규정들이 준용되기 하지만(민법 제562조), 유증이 상대방 없는 단독행위임을 기초로 하는 조문들이 적용되지 않는 것은 이 때문이다. 최근에는 생전행위와 사인행위의 중간영역에 해당하는 이른바 ‘유언대용신탁’도 등장하였다. 유언대용신탁은 수익자가 위탁자 사망 이후에 위탁자가 남긴 재산으로부터 이익을 향유한다는 점에서는 유증 기타 사인행위와 유사한 측면이 있지만, 신탁자가 생전에 미리 신탁계약을 체결하고 수탁자에게 신탁재산을 이전해 놓는다는 점에서는 유언신탁과 달리 생전행위로서의 성질을 갖는다. 신탁자의 일방적 지정 행위에 의해 수익자가 이익을 향유한다는 점에서는 유언과 유사한 측면이 있지만, 수익자의 이익 실현을 위해 미리 신탁자와 수탁자 간의 신탁계약이 필요하다는 점에서는 사인증여와 유사한 측면이 있다. 그 결과 유언대용신탁에 관해서는 이를 유증·사인증여·생전증여 중 어느 제도에 준하여 처리해야 하는지에 관해 논란이 있다. 유언대용신탁과 관련된 논란을 더 복잡하게 만드는 것은 신탁법 제60조가 이른바 ‘수익자연속신탁’을 허용한다는 것이다. 수익자연속신탁이란 수익자가 사망한 경우에 그 수익자가 갖는 수익권이 소멸하고 그에 갈음하여 수익권을 갖는 자를 미리 신탁행위로 정해놓는 유형의 신탁을 말한다. 이로써 신탁자는 자기 사후(死後)에

까지 신탁재산에 대한 지배력을 연장시킬 수 있다. 이와 같이 신탁에 의해 사인행위의 효과가 미치는 인적 범위와 시적 범위가 확대될수록 행위자에 의한 의사결정의 진정성과 내용을 확보하는 것이 더 중요한 의미를 갖게 된다. 이해관계인이 증가할수록 제3자에 의한 간섭 가능성은 증가하는 반면, 시간의 흐름에 따라 행위자의 의사에 대한 증거는 점점 희미해지기 때문이다.

이에 본 연구용역 보고서에서는 유언·사인증여·유언대용신탁 및 수익자연속신탁 등 다양한 유형의 사인행위에서 제3자의 부당한 간섭으로부터 행위자의 의사결정의 자유를 보장하고, 행위자 사후에 사인행위의 은닉이나 위·변조를 방지하여 의사의 진정성을 확보하며, 사후행위의 의미와 상속재산의 처리를 둘러싼 분쟁을 최소화하여 행위자의 의사가 최대한 관철될 수 있도록 하기 위해 관련 방안을 강구해보고자 한다. 이를 위해 유언(제2장), 사인증여(제3장) 및 유언대용신탁(제4장)의 경우로 나누어 각 방식과 철회, 보존에 관한 현황 및 외국의 법상황을 파악하고, 그 연구 결과를 바탕으로 특히 사후행위의 방식과 보존에 있어 공증인의 개입 가능성을 확보함으로써 사후행위의 불법 변작을 효과적으로 방지할 수 있는 개정안을 제시하고자 한다(제5장).

제2장 유언

제1절 현황

1. 유언의 방식

유언의 방식에는 5가지가 있다. 자필증서유언·녹음유언·공정증서유언·비밀증서유언은 보통방식에 의한 유언인 반면, 구수증서유언은 질병 기타 급박한 사유로 인해 보통방식에 의한 유언을 사용할 수 없는 경우에만 이용 가능한 특별방식에 의한 유언이다. 유언이 유효하게 성립하기 위해 준수해야 하는 방식 요건을 유형별로 정리하면 【표1】과 같다.

【표1】

방식	요건
자필증서유언 (제1066조)	•전문, 연월일, 주소, 성명의 자서 •날인
녹음유언 (제1067조)	•유언자: 증인 참여하에 유언의 취지, 성명, 연월일의 구술 •증인: 유언의 정확함과 성명의 구술
공정증서유언 (제1068조)	•유언자: 증인 2인 참여하에 공증인의 면전에서 유언의 취지 구수 •공증인: 필기낭독 •유언자와 증인 2인: 정확함을 승인한 후 각자 서명 또는 기명날인
비밀증서유언 (제1069조)	•유언자: 필자의 성명을 기입한 증서를 엄봉날인하고, 2인 이상의 증인 면전에 제출하여 자기 유언서임을 표시한 후 그 봉서표면에 제출연월일을 기재 •유언자와 증인: 각자 서명 또는 기명날인 •공증인 또는 법원서기: 표면 기재일부터 5일 내에 확정일자인
구수증서유언 (제1070조)	•유언자: 증인 2인 이상의 참여하에 그 중 1인에게 유언의 취지 구수 •증인: 필기낭독 •유언자의 증인*: 정확함을 승인한 후 각자 서명 또는 기명날인 •증인 또는 이해관계인: 질병 기타 급박한 사유가 종료한 날부터 7일 내에 법원에 검인 신청

* 민법 제1070조 제1항에는 “유언자의 증인”이라고 명시되어 있으나, 이에 대해서는 “유언자와 증인”의 오기라는 견해와 “유언자의 증인”을 의미한다는 견해가 대립한다.¹⁾

1) 현재 다수설은 민법 제1070조 제1항상 “유언자의 증인”이라는 표현은 편집상의 오류로서 이를 “유언자와 증인”으로 해석하여 유언자의 승인과 서명 또는 기명날인도 필요하다는 입장이다. 고정명·조은희, 「친족·상속법」, 제주대학교출판부, 2011, 363면; 광윤직, 「상속법[민법강의 IV]」(개정판), 박영사, 2004, 238면; 김주수·김상용, 「친족·상속법-가족법-」(제15판), 법문사, 2018, 815면; 박병호, 「가족법」, 한국방송통신대학교 출판부, 1999, 436면; 박정기·김연, 「가족법: 친족상속법」, 삼영사, 2013,

2. 유언의 철회

유언은 종의처분(終意處分)으로서의 성격을 가지고 있으므로, 철회의 자유가 보장되어야 한다. 따라서 유언자는 언제든지 유언 또는 생전행위로써 유언 전부나 일부를 철회할 수 있다(민법 제1108조 제1항). 이 중 ‘생전행위’에 의한 철회의 의미에 대해서는 견해의 대립이 있다. 명시적 또는 묵시적으로 이루어진 불요식의 의사표시까지 포함하는 넓은 의미의 생전행위라는 견해²⁾와 민법 제1109조 및 제1110조에서 정한 법정철회 사유에 해당하는 생전행위만이 위 조문에 따른 생전행위에 해당한다는 견해³⁾가 그것이다. 현재까지는 앞의 견해가 다수설이다. 다수설에 따르면 유언자 사망 후 유언서의 존재가 확인되더라도 실제로 그것이 유효한 유언인지 또는 철회에 의해 실효된 유언인지를 판단하기 어려워 상속 분쟁의 소지가 된다. 생전행위에 의한 유언의 철회를 무제한으로 인정하는 것은 유언의 방식주의와 조화를 이루기 힘들기 때문에 입법론적으로는 ‘생전행위’ 부분을 삭제하는 것이 바람직하다.⁴⁾

더 나아가 민법은 ① 전후의 유언이 저축되는 경우(민법 제1109조 전단), ② 유언 후의 생전행위와 유언이 저축되는 경우(민법 제1109조 후단)에 그 유언이 철회된 것으로 간주한다. 따라서 서로 저축되는 내용의 유언 또는 생전행위가 여러 개 존재하는 경우에 유언의 효력을 판단하기 위해 그 성립 일자의 선후를 파악하는 것이 매우 중요한 의미가 있다. 공정증서유언에서는 공증인의 참여에 의해, 비밀증서유언에서는 공증인 또는 법원서기에 의한 확정일자인에 의해, 구수증서유언에서는 법원에 의한 검인 절차를 통해 유언의 성립연월일을 확보하는 것이 가능하나, 자필증서유언이나 녹음유언에서는 오로지 유언자가 자서하거나 구술해 놓은 연월일에 의존하여 유언 성립 일자를 판단해야 하므로, 그 성립 일자의 진정성을 둘러싸고 다툼이 발생할 여지가 있다. 유언의 성립 일자가 동일한 경우에는 유언 외부에 존재하는 여러 가지 사정을 종합하여 그 선후를 가려야 할 것이나, 그 선후의 입증이 불가능한 경우라면 두 개의 유언을 모두 무효로 돌리는 수밖에 없다는 것이 현재까지의 일치된 견해이다.⁵⁾

461-462면; 배경숙·최금숙, 「친족·상속법강의: 가족재산법」(개정정보판), 제일법규, 2006, 644면; 백성기, 「친족상속법」(제3판), 진원사, 2015, 381; 조성규, 「가족법」, 동방문화사, 2010, 299면; 송덕수, 「친족상속법」(제4판), 박영사, 2018, 417면; 신영호·김상훈, 「가족법강의」(제3판), 세창출판사, 2018, 449면; 윤진수, 「친족상속법강의」(제2판), 박영사, 2018, 519-520면; 이경희, 「가족법」(9정판), 법원사, 2017, 531면; 조승현, 「친족·상속」, 신조사 2014, 454면; 한복룡, 「가족법강의」(제2개정판), 충남대학교출판문화원, 2012, 328면; 한봉희·백승흠, 「가족법」, 삼영사, 2013, 605면. 하지만 이것이 편집상의 오류라는 점에 대해서는 증거가 없다. 문리해석의 원칙에 따라 증인 외에 유언자 본인의 승인과 서명 또는 기명날인은 필요하지 않다고 보아야 한다. 구수증서유언의 특성상 질병 기타 급박한 사유 있는 유언자가 스스로 승인이나 서명·기명날인을 할 수 없는 경우도 적지 않은데, 이 모든 경우에 방식 미준수를 이유로 유언의 효력을 부정하는 것은 옳당하지 않으며, 유언성립의 진정성 등은 증인을 통해 충분히 확보할 수 있기 때문이다. 같은 취지로 박동섭, 「친족상속법」(제4판), 박영사, 2013, 726면; 편집대표 윤진수/현소혜 집필부분, 「주해상속법」 제1권, 박영사, 2019(이하 ‘집필자, 주해상속법(1)’ 형태로 인용한다), 692면 참조.

2) 김재호, “포괄적 유증”, 재판자료 제78집(1998), 344면.

3) 현소혜, 주해상속법(1), 893면.

4) 이상훈, “로마법상 유증의 철회 및 변경”, 서울대 법학 제59권 1호(2018), 302-303면; 현소혜, “유언 철회의 철회”, 홍익법학 제8권 3호(2007), 156-157면; 현소혜, 주해상속법(1), 894면.

5) 김주수·김상용(2018), 812면; 김형석, “유언의 성립과 효력에 관한 몇 가지 문제”, 민사판례연구 제

③ 유언자가 고의로 유언증서 또는 유증의 목적물을 파훼한 경우(민법 제1110조)에도 그 유언은 철회된 것으로 간주된다. 공정증서유언의 경우에는 공증인 사무소에 그 원본이 보관되고 있으므로, 유언자가 보관 중인 정본이나 사본을 파훼한 것만으로는 아직 법정철회사유에 해당하지 않는다는 것이 다수의 견해이다.⁶⁾ 유언자가 과실로 유언증서를 파훼한 경우 또는 유언자의 의사에 반하여 제3자나 불가항력에 의한 파훼가 있었던 경우에도 아직 유언의 철회가 있었던 것으로 볼 수 없다.⁷⁾ 또한 판례는 유언증서가 그 성립 후에 멸실되거나 분실된 것만으로는 아직 유언이 철회된 것으로 보지 않는다.⁸⁾ 따라서 유언서의 존재가 확인되지 않더라도 이해관계인이 그 유언의 성립 및 내용을 증명하면 유효한 유언으로 인정될 수 있다.

3. 유언증서의 보존

가. 자필증서유언

자필증서유언은 공증인이나 증인의 참여 없이 유언자가 스스로 유언의 전문과 연월일·주소·성명을 자서하고 날인하는 것만으로 성립하기 때문에(민법 제1066조), 유언자가 누구의 도움도 없이 간단하고 편리하게 작성할 수 있으며, 비용의 부담이 없고, 유언의 존재와 내용을 비밀로 할 수 있다는 장점이 있으나, 유언 작성 과정에서 제3자의 강압이나 회유 등이 있었는지를 확인하기 어렵다는 단점이 있다. 유언 성립시부터 효력 발생시까지 시간적 간격이 긴 경우에는 유언서가 분실 또는 멸실될 우려도 크다.

무엇보다도 자필증서유언은 제3자에 의한 위조·변조, 은닉·파기 등의 위험에 매우 취약하다. 물론 유언자가 사망한 후 자필증서유언을 보관한 자 또는 이를 발견한 자는 지체없이 법원에 이를 제출하여 그 검인을 청구해야 하며(민법 제1091조 제1항), 검인 청구를 받은 법원은 검인기일에 유언서의 용지, 장수, 기재된 내용, 가필·삭제·정정의 유무와 내용, 사용된 필기도구와 글자체, 서명의 형식, 날인된 도장의 모양이나 종류, 작성날짜 등 유언의 방식과 관련된 유언증서의 형식·태양에 대한 모든 사실을 조사하고(가사소송규칙 제86조 제3항),⁹⁾ 그 조사된 결과에 대해 검인조서를 작성하도록 되어 있으므로(가사소송규칙 제87조 제1항), 검인 절차를 거친 자필증서유언에 대해서는 위조·변조를 방지하고, 그 보존을 확실히 담보할 수 있다.¹⁰⁾

38권(2016), 1078면; 이경희(2017), 561면.

6) 곽윤직(2004), 242면; 김재호(1998), 346-347면; 김주수·김상용(2018), 813면; 김형석(2016), 1085면; 이경희(2017), 564면; 전계원, “유증으로 인한 소유권이전등기절차”, 법조 제35권 9호(1986), 97면; 한봉희·백승흠(2013), 614면. 반면 박동섭(2013), 735면은 공정증서정본의 파훼만으로도 당연히 법정철회에 해당한다고 주장한다.

7) 고정명·조은희(2011), 368면; 곽윤직(2004), 242면; 김용한, 「친족상속법론」(보정판), 2003, 400면; 김재호(1998), 347면; 김주수·김상용(2018), 814면; 김형석(2016), 1086면; 박동섭(2013), 735면; 박정기·김연(2013), 465면; 소성규(2010), 304면; 송덕수(2018), 421면; 이경희(2017), 564면; 한봉희·백승흠(2013), 614면.

8) 대법원 1996. 9. 20. 선고 96다21119 판결.

9) 법원행정처 편, 법원실무제요 가사[2], 2010(이하 ‘실무제요(2)’라고 한다), 418면.

하지만 자필증서유언의 검인을 청구할 수 있는 자는 유언서를 보관한 자 또는 발견한 자에 한하므로, 유언서를 소지하고 있지 않은 유언집행자·수증자¹¹⁾·상속채권자 등은 유언의 검인을 청구할 수 없다.¹²⁾ 그 결과 유언에 의해 불이익을 받을 자가 자필증서유언을 먼저 발견하면 검인을 피하기 위해 이를 은닉 또는 파기하거나, 자필증서유언을 보관하고 있는 기회에 자신에게 유리하게 내용을 위조 내지 변조할 가능성이 높아진다. 물론 이러한 행위를 한 상속인은 상속결격으로 간주되나(민법 제1004조 제5호), 이는 사후적 제재에 불과하므로 상속결격 제도만으로 유언서의 파기 등을 예방하기에는 부족하다. 자필증서유언이 멸실 또는 파기된 경우에도 유언 자체가 무효로 되거나 법정절회로 간주되는 것은 아니므로, 이해관계인은 유언의 내용을 증명하여 유언의 유효를 주장할 수 있으나,¹³⁾ 유언자가 이미 사망하였고, 유언에 참여한 증인도 없는 상태에서 실제로 그 내용을 증명하는 것은 쉬운 일이 아니다.

따라서 검인 전까지 자필증서유언이 안전하게 보존될 수 있도록 대책을 마련할 필요가 있으나, 현행법상 자필증서유언의 보관 방법은 전적으로 유언자 자신의 선택에 맡겨져 있다. 실무상 자필증서유언을 한 유언자는 통상 이를 자택·사무실·대여금고 등에 보관하거나 제3자에게 보관을 위탁하는 방법을 택하고 있는 것으로 보인다.¹⁴⁾ 자필증서유언에 대해 사서증서인증을 받은 후 그 인증서 사본을 공증사무소에 보관하도록 하는 방법도 생각해 볼 수는 있으나, 사서증서 인증서 사본의 보존기간은 3년에 불과하므로(「공증 서류의 보존에 관한 규칙」 제5조 제1항 제5호), 실효성은 크지 않다.

나. 녹음유언

녹음유언은 유언자가 유언의 취지, 그 성명과 연월일을 구술하는 한편, 증인이 참여하여 유언의 정확함과 그 성명을 구술하여야 한다(민법 제1067조). 녹음유언은 1인 이상의 증인과 녹음 기기만 있으면 유언자가 간단하고 편리하게 유언을 성립시킬 수 있으며, 비용의 부담이 없을 뿐만 아니라, 유언 과정에서 증인이 참여하기 때문에 유언의 존재와 내용, 유언 성립 당시 유언자의 의사능력이나 진정성과 자발성 등에 관한 증거를 확보할 수 있다는 장점이 있다. 하지만 증인이 1명만 참여한 상태에서 그에게 사망·의식불명·소재불명 등의 사유가 발생한 경우에는 자필증서유언과 사실상 동일한 한계에 봉착한다. 유언녹음에 대한 검

10) 이러한 의미에서 유언서 검인은 일종의 검증절차 내지 증거보전절차로서의 성격을 갖는다고 한다. 실무제요(2), 415면 참조.

11) 유증을 받은 자를 ‘수유자’로 표현할 것인가 ‘수증자’로 표현할 것인가에 대해서는 견해의 대립이 있으나, 본 연구용역보고서에서는 현행 민법의 표현에 따라 ‘수증자’로 표시하되, 판례 원문에서 ‘수유자’라고 표시한 경우 및 이미 ‘수유자’라는 용어가 공식문서에서 사용되고 있는 일본법의 소개 부분에서는 그 표현을 그대로 유지하였다.

12) 박동섭, 「가사소송실무: 가족법, 가사소송법의 개정에 따른 이론실무 및 가족관계등록비송까지 해설(하)」(제5판), 법률문화원, 2013, 259면.

13) 대법원 1996. 9. 20. 선고 96다21119 판결.

14) 대여금고에 보관한 사안으로 현재 2008. 3. 27. 선고 2006헌바82 결정; 제3자에게 보관을 위탁한 사안으로 대법원 1996. 9. 20. 선고 96다21119 판결; 대법원 2006. 11. 10. 선고 2006다46346 판결.

인절차 전까지 녹음의 분실·멸실, 위조·변조, 은닉·파기에 대처할 수 있는 적절한 방안이 존재하지 않기 때문이다. 특히 최근에는 녹음 관련 기술이 발전하면서 조작이나 편집 등을 통한 음성의 위·변조가 매우 용이해졌기 때문에 녹음유언에 관해서도 그 보존 방법을 강구하는 것이 중요한 의미를 갖는다. 하지만 녹음유언에 대해서는 입법론으로서 녹음유언 제도를 폐지하자는 주장¹⁵⁾도 유력하며, 현실적으로 거의 이용되고 있지 않기 때문에, 본 연구용역 보고서에서는 논외로 하고자 한다.

다. 공정증서유언

공정증서유언은 유언자가 공증인 앞에서 유언의 취지를 구수하고, 공증인이 이를 필기 낭독하며, 유언자와 증인이 그 정확함을 승인한 후 각자 서명 또는 기명날인해야 뿐만 아니라(민법 제1068조), 공증인 스스로도 유언자와 증인들에게 이의 없음을 확인하고 그 취지를 증서에 적은 후 서명날인하도록 되어 있다(공증인법 제38조 제1항 및 제3항).¹⁶⁾ 이와 같이 공증인과 증인 2인이 유언서 작성 개시부터 종료까지 모든 과정에 관여하므로, 절차가 복잡하고 비용이 많이 든다는 단점이 있으나, 유언의 존재 및 내용을 확보할 수 있으며, 방식의 불비나 유언 성립 당시 유언자의 의사능력·의사의 진정성과 자발성 등을 둘러싼 분쟁을 최소화할 수 있다. 또한 작성된 공정증서유언 원본은 20년간 공증인 사무소에 보관되므로(「공증 서류의 보존에 관한 규칙」 제5조 제1항 제2호 다목), 유언의 분실·멸실, 위조·변조, 은닉·파기 등의 위험으로부터도 상대적으로 자유롭다. 이러한 이유로 공정증서유언에 대해서는 별도의 유언검인 절차도 요구되지 않는다(민법 제1091조 제2항).

하지만 공정증서유언은 유언 성립 후 효력 발생시까지 장기간이 소요되는 경우가 적지 않음에도 불구하고, 보존기간이 20년에 불과하고, 그 기간이 도과한 후에는 더이상 유언서의 보관이 담보되지 않는다는 점, 유언자가 생전에 공정증서유언의 존재 자체를 상속인에게 비밀로 하였고, 증인이나 유언집행자·공증인 등과 상속인 간에 교류가 없었던 경우에는 피상속인 사망 후에도 상속인이 공정증서유언의 존재를 인지하기 어렵다는 점, 설령 상속인이 공정증서유언의 존재를 알고 있더라도 유언서 원본이 어느 공증사무소에 보존되고 있는지 그 소재를 확인하기 어려워 사실상 유언이 발견되지 못할 위험이 있다는 점 등에서 이에 대한 대비책이 필요하다.¹⁷⁾

15) 고정명·조은희(2011), 360면; 박윤직(2004), 231면; 김재호(1998), 335면; 김주수·김상용(2018), 809면; 김형석, “우리 상속법의 비교법적 위치”, 가족법연구 제23권 2호(2009), 101면; 김형석(2016), 1047면; 송덕수(2018), 414면; 유영선, “유증과 등기”, 사법논집 제29집(1998), 540면; 이경희(2017), 532면. 한편 김형석, “유언방식의 개정방향”, 가족법연구 제33권 1호(2019), 141-143면은 녹음유언 방식을 특별방식에 의한 유언으로 전환하는 방안을 제시하고 있다.

16) 유언자와 증인들도 공증인법 제38조에 따라 서명날인해야 한다는 견해로 남상우, “‘공정증서에 의한 유언’에 관한 고찰”, 공증과 신뢰 통권 제3호(2010), 23면 참조.

17) 이러한 난점을 지적하고 있는 문헌으로 남상우, 「공증서류의 전자 보관에 관한 연구」, 법무부 연구용역 과제보고서, 2015, 1-2면; 박중옥, “유언 공증에 관한 고찰”, 공증과 신뢰 통권 제10호(2017), 165-166면 참조.

라. 비밀증서유언

비밀증서유언은 유언자가 필자의 성명을 기입한 증서를 엄봉날인하고 2인 이상의 면전에 제출하여 자기 유언서임을 표시한 후 그 봉서 표면에 제출연월일을 기재하고 유언자와 증인이 각자 서명 또는 기명날인하는 방식으로 작성된다(민법 제1069조 제1항). 증인이 비밀증서유언의 엄봉날인 후에야 비로소 참여하므로, 유언서 작성 당시 유언자 의사의 진정성과 자발성, 유언의 내용 등을 담보할 수 없다는 단점이 있으나, (공정증서유언과 달리) 유언의 내용을 비밀로 하면서도 (자필증서유언과 달리) 유언의 존재를 확보할 수 있다는 장점이 있다. 증인에게 사망·의식불명·소재불명 등의 사유가 있는 경우에 유언의 존재에 대한 증언을 확보하는 것이 불가능하다는 점은 녹음유언과 유사하나, 비밀증서유언에서는 2인 이상의 증인이 요구되므로 녹음유언에 비해 그 위험도가 상대적으로 낮을 뿐만 아니라, 비밀증서유언이 담긴 유언봉서는 그 표면에 기재된 날부터 5일내에 공증인 또는 법원서기로부터 확정일자인을 받도록 되어 있으므로 유언서의 보존이라는 측면에서는 자필증서유언이나 녹음유언에 비해 확연한 장점이 있다(민법 제1069조 제2항).

다만, 비밀증서유언에 증인 외에 확정일자인을 요구하는 것은 과도한 중복절차에 불과하므로, 위 요건을 폐지하고 대신 유언봉서 제출시 공증인의 관여를 의무화할 필요가 있다는 입법론이 있다.¹⁸⁾ 비밀증서유언의 작성에는 유언자의 자서가 요구되지 않으므로, 제3자가 유언의 내용을 대신 작성한 후 유언자에 대한 강압이나 회유 등을 통해 나머지 방식 요건을 갖추어 비밀증서유언을 성립시키고 그 내용을 비밀로 유지하는 것이 용이하다.¹⁹⁾ 이러한 악용의 위험을 고려할 때 비밀증서유언에 공증인의 참여를 의무화하는 것은 중요한 의미가 있다. 우리 비밀증서유언 제도의 원형이라 할 수 있는 프랑스나 일본에서도 비밀증서유언에 공증인의 관여를 요구한다. 만약 이와 같은 방식으로 비밀증서유언 제도가 개선된다면 유언자의 진정한 의사실현과 유언서의 보존이라는 측면에서 비밀증서유언의 유용성이 보다 높아질 수 있을 것이다. 하지만 그러한 개선이 이루어지지 않은 상황에서 비밀증서유언의 보관은 여전히 유언자 자신에게 맡겨져 있으므로 멸실·훼손의 위험이 있으며, 설령 개선이 이루어지더라도 현재 공증업무의 현실에 비추어 미발견의 위험은 피할 수 없다.

마. 구수증서유언

구수증서유언은 유언자가 2인 이상의 증인의 참여로 그 1인에게 유언의 취지를 구수하고, 그 구수를 받은 자가 이를 필기낭독하여 유언자의 증인이 그 정확함을 승인한 후 각자 서명 또는 기명날인 하는 방식으로 작성된다(민법 제1070조 제1항). 공증인이 참여하는 것은 아니지만 2인 이상의 증인이 유언서 작성 개시부터 종료시까지 관여하게 되므로, 증인들의 진술

18) 김영희, “현행민법상 유언의 방식에 관한 연구”, 가족법연구 제20권 2호(2006), 146-148면. 이에 대해 회의적인 입장으로 김형석(2019), 134-135면 참조.

19) 이러한 위험성을 지적하고 있는 문헌으로 현소혜, “유언방식의 개선방향에 관한 연구”, 가족법연구 제23권 2호(2009), 7면 참조. 같은 이유로 미성년자에게는 비밀증서유언의 이용을 제한해야 한다는 견해로 김영희(2006), 148면 참조.

을 통해 유언의 존재 및 내용 유언 성립 당시 유언자의 의사능력·의사의 진정성과 자발성 등을 확보할 수 있다. 더 나아가 구수증서유언은 그 증인 또는 이해관계인이 급박한 사유가 종료한 날부터 7일 내에 법원에 그 검인을 신청하도록 되어 있으며(민법 제1070조 제2항), 검인 청구를 받은 법원은 검인기일에 그것이 유언자의 진정한 의사에 기한 것인지 여부²⁰⁾ 및 유언의 방식과 관련된 유언증서의 형식·태양에 대한 모든 사실을 조사하고(가사소송규칙 제86조 제3항),²¹⁾ 검인심판을 하도록 되어 있다(가사소송법 제2조 제1항 제2호 가목 40)). 이때 검인심판은 상대방 없는 라류 가사비송사건으로서 증거보전절차로서의 성격과 확인재판으로서의 성격을 겸유하고 있으므로,²²⁾ 유언자 사망 후 별도의 검인 절차를 요하지 않는다(민법 제1091조 제2항). 구수증서유언에 관해서는 그 분실·멸실, 위조·변조, 은닉·파기 등으로부터 유언의 존재와 내용을 보존할 수 있는 방법이 이미 마련되어 있는 것이다. 따라서 본 연구용역 보고서에서는 구수증서유언에 대해서는 더이상 논하지 않고자 한다.

4. 소결

가. 유언자의 의사실현

위 3.에서 살펴본 바와 같이 자필증서유언은 그 존재가 발견되지 않을 가능성이 높고, 유언서 작성 후 유언자 사망시까지 사이에 기간이 긴 경우에는 분실 또는 멸실될 위험도 높다. 공정증서유언이나 비밀증서유언에는 공증인에 의한 보관제도 및 확정일자인 제도가 있으므로 자필증서유언에 비해서는 사정이 나은 편이나, 유언자 생전의 검인 절차가 보장되는 구수증서유언에 비하면 여전히 유언서 자체가 발견되지 않을 위험이 높은 편이다. 따라서 자필증서유언이나 공정증서유언, 비밀증서유언의 보존을 위한 공적 보관제도를 정비하여 유언이 발견되었는가에 우연한 사정에 의해 유언자의 진정한 의사실현 가능성이 좌우되는 일을 최소화할 필요가 있다.

유언서의 공적 보관제도를 마련하는 것은 검인절차 전에 먼저 유언서를 발견하거나 그 내용을 확인한 자가 자신에게 불리한 유언서를 위조·변조, 은닉·파기하는 등의 행위를 예방한다는 점에서도 중요한 의미가 있다. 특히 우리나라에서는 사후의 법률관계에 대해 미리 계획을 세우기보다는 사망에 임박하여 급하게 유언서를 작성하는 결과 유언서 작성 당시 유언자의 의사능력 유무를 둘러싼 분쟁의 숫자가 많은 편인바, 유언증서의 공적 보관 시스템을 도입하면서 유언자가 스스로 보관 신청을 하도록 하고, 유언서 성립의 진정성 및 유언자의 의사능력 등에 대한 심사 제도를 병행한다면, 유언자의 의사결정의 자유를 확보하고, 유언자 사후에 유언의 진정성이나 유언능력 등을 둘러싼 분쟁을 감소시키는 데에도 도움이 될 것이다. 유언증서의 공적 보관제도 도입은 유언서의 작성일자에 관한 증거를 확보하고, 유

20) 이를 위해 법원은 검인 절차시 유언에 참여한 의사·간호사·증인이나 유언자의 친족 등을 심문하고, 유언 당시 유언자의 병상·정신상태, 평소의 성격·언동 등 일체의 사정을 탐지하며, 필요한 경우 가사조사관에게 조사를 명할 수도 있다. 실무제요(2), 412면 참조.

21) 실무제요(2), 418면.

22) 대법원 1986. 10. 11.자 86스18 결정.

인증서의 파훼 가능성을 낮춘다는 점에서 유언의 철회 여부를 둘러싼 분쟁을 해결하는 데에도 유용하다. 국내의 학설 중에서도 이러한 이유로 자필증서유언 또는 비밀증서유언을 위한 유언서의 공적 보관제도를 도입할 필요가 있다는 견해가 여러 차례 주장된 바 있다.²³⁾

나. 상속을 둘러싼 법률관계의 안정

유언증서의 공적 보관 제도는 상속을 둘러싼 법률관계를 조기에 안정시킨다는 점에서도 반드시 필요하다.

첫째, 유언증서의 존재를 공적으로 확인할 수 있는 방법이 없는 현재의 상황에서는 유언증서가 존재하지 않는 것을 전제로 상속인들이 법정상속분에 따라 상속재산인 부동산에 관해 소유권이전등기를 하거나 금전채권을 변제받는 것이 가능하다. 그 결과 뒤늦게 유언증서가 발견되었을 때 상속인들은 다양한 유형의 소송에 노출된다. 가령 포괄적 유증을 받은 수증자는 상속인들을 상대로 직접 물권적 청구권을 행사하여 그 상속재산의 반환을 구할 수 있고,²⁴⁾ 특정유증을 받은 수증자는 유증의무자인 유언집행자를 상대로 그 재산권 이전에 관한 채권적 청구권을 행사할 수 있으며,²⁵⁾ 유언집행자는 수증자에 대한 유증의무 이행을 위해 상속인들을 상대로 그 유증목적물에 대한 재산권 이전을 구할 수 있다.²⁶⁾ 유언증서의 공적 보관제도를 마련하여 미리 유언의 존재를 확보할 수 있다면 상속인들이 뒤늦게 이러한 분쟁에 휘말리는 것을 최소화할 수 있을 것이다.

둘째, 법정상속인들이 유언증서의 존재를 알지 못한 채 상속재산분할을 마친 경우에도 뒤늦게 유언증서가 발견되면 그 재산의 이전과 관련하여 동일한 문제가 발생하며, 이 경우 법정상속인들 상호 간에 담보책임을 둘러싼 분쟁이 발생할 수 있다(민법 제1016조). 이와 같은 법정상속인 간의 후속 분쟁을 예방한다는 측면에서도 유언증서 공적 보관제도의 도입은 유익하다.

셋째, 유언서 원본이 안전하게 보관된다면 상속인이 피상속인의 상속에 관한 유언서를 위조·변조·파기 또는 은닉하였음을 이유로 상속결격사유에 해당하는 사태를 예방할 수 있어

23) 자필증서유언이나 비밀증서 유언을 위한 공적 보관 제도를 신설할 필요가 있다고 주장하는 견해로 김영희(2006), 125-126면; 김형석(2019), 132면; 박동섭(2013), 724면; 배경숙·최금숙(2006), 642면; 오병철, “유언을 뒤늦게 발견한 경우의 법률관계”, 가족법연구 제28권 1호(2014), 22-24면; 오병철, “일본의 유언서 보관제도 신설을 계기로 한 유언등록부 제도의 구체적 제안”, 저스티스 통권 제175호(2019), 108-138면; 이경희(2017), 542면; 한봉희·백승흠(2013), 602면 참조.

24) 포괄적 유증에 물권적 효력을 인정하고 있는 판결로 대법원 2003. 5. 27. 선고 2000다73445 판결 참조. 이 때 포괄적 수증자가 상속인들을 상대로 그 재산의 반환을 구하는 소송에 대해서는 상속회복 청구권과 제척기간에 관한 민법 제999조가 유추적용된다는 것이 판례의 태도이다. 대법원 2001. 10. 12. 선고 2000다22942 판결.

25) 특정유증에 채권적 효력을 인정하고 있는 판결로 대법원 2003. 5. 27. 선고 2000다73445 판결; 대법원 2010. 12. 23. 선고 2007다22859 판결 참조.

26) 대법원 1999. 11. 26. 선고 97다57733 판결: “유언의 집행을 위하여 지정 또는 선임된 유언집행자는 유증의 목적인 재산의 관리 기타 유언의 집행에 필요한 행위를 할 권리의무가 있으므로, 유언의 집행에 방해가 되는 유증 목적물에 경료된 상속등기 등의 말소청구소송 또는 유언을 집행하기 위한 유증 목적물에 관한 소유권이전등기 청구소송에 있어서 유언집행자는 이른바 법정소송담당으로서 원고적격을 가진다고 봄이 상당하다.”

상속인 지위의 조기 확정에 도움이 된다(민법 제1004조 제5호).

넷째, 유류분반환청구권의 소멸시효 기산점을 앞당겨 유류분 관련 분쟁의 조기 해결이 가능해진다. 본래 유류분반환청구권은 유류분권리자가 상속의 개시와 반환하여야 할 증여 또는 유증을 한 사실을 안 때로부터 1년 내에 하지 아니하면 시효에 의하여 소멸하는 것이 원칙인데(민법 제1117조), 판례는 상속인 중 1인이 망인의 자필증서유언을 보관하고 있던 자로부터 그 사본을 교부받기는 하였으나, 그것이 망인의 자필에 의한 것이 아니라는 등의 이유로 효력을 부인해왔다면 그는 보관자에 의해 일방적으로 교부된 자필증서유언의 사본을 보았다는 사정만으로 유류분을 침해하는 유증이 있었다는 사실을 알았다고 보기 어렵고, 유언의 검인을 받으면서 자필증서유언의 원본을 확인한 시점에야 이를 알았다고 보아야 한다고 판시한 바 있다.²⁷⁾ 자필증서유언의 보관제도가 마련된다면 검인 전이라도 신뢰할만한 환경에서 자필증서유언의 확인이 가능하므로, 그 기산점을 조기에 확정할 수 있을 것이다.

다. 수증자의 원활한 권리실행

유언증서의 공적 보관제도 도입은 수증자 자신의 권리실행을 용이하게 한다는 점에서도 이점이 있다. 본래 유언은 별도의 조건 또는 기한이 붙어 있지 않은 한 유언자 사망과 동시에 그 효력이 발생함이 원칙이므로(민법 제1073조), 유효한 유언에 의해 부동산을 유증받은 자는 유언자 사망 후 별도의 상속등기를 거칠 필요 없이 직접 유언집행자 또는 상속인을 등기의무자로 하여 유증을 원인으로 하는 소유권이전등기를 신청할 수 있다.²⁸⁾ 다만, 수증자는 그 소유권이전등기 신청시 등기원인에 해당하는 유증이 있었다는 점을 증명하기 위해 유언증서를 첨부해야 하며(부동산등기규칙 제46조 제1항 제1호), 특히 유언증서가 자필증서, 녹음, 비밀증서인 경우에는 유언검인조서등본을 첨부해야 한다.²⁹⁾

이때 첨부된 유언서가 방식을 갖추지 못하였음이 명백한 경우에 그 등기신청을 각하해야 함은 물론이나(부동산등기법 제29조 제3호 또는 제9호), 현재 등기실무는 유언이 일용 방식을 갖춘 것으로 판단되는 경우라도 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 상속인들의 동의서와 인감증명서를 함께 첨부하여 제출하도록 하고 있다.³⁰⁾ 만약 상속인들이 이러한 동의서 작성을 거부한다면 유언집행자는 상속인들을 상대로 유언효력확인 소나 포괄적 수증자 지위 확인의 소 등을 제기하여 승소 확정판결을 받은 다음 이를 등기원인을 증명하는 서류로 첨부하여 등기를 신청해야 한다.³¹⁾

27) 대법원 2006. 11. 10. 선고 2006다46346 판결.

28) 대법원 등기예규 제1482호(「유증을 받은 자의 소유권보존(이전)등기신청절차 등에 관한 사무처리지침」)(이하 ‘예규 제1482호’라고 한다) 2.나. 및 3.(1) 참조.

29) 예규 제1482호 5.가.(4) ① 참조.

30) 예규 제1482호 5.가.(4) ③ 참조.

31) 이때 유언집행자가 상속인들을 상대로 ‘유언 내용에 따른 등기신청에 이의가 없다’는 진술을 구하는 소를 제기하는 것은 권리보호의 이익이 없어 부적법하다는 것이 대법원 2014. 2. 13. 선고 2011다74277 판결의 태도이다.

하지만 유언의 존재가 명확함에도 불구하고 상속인 전원이 동의하지 않는 한 수증자가 유증을 원인으로 하는 소유권이전등기를 할 수 없고, 별도의 재판을 거쳐야만 한다는 것은 유언을 법정상속에 우선하는 우리 상속법의 구조와 어울리지 않는다. 유언의 효력을 둘러싼 다툼이 발생할 것에 대비하려는 등기실무의 태도는 이해할 수 있으나, 현재의 태도는 지나치게 상속인 보호에 경도되어 있다. 유언증서의 공적 보관 시스템 도입과 동시에 유언자가 직접 보관 신청을 하도록 하는 한편, 유언서 성립의 진정성 및 유언자의 의사능력에 대한 심사 제도를 병행하여 이러한 심사를 거쳐 보관된 유언인 경우에는 유언자 사망 후 즉시 위 유언서를 첨부하여 유증을 원인으로 하는 소유권이전등기가 가능하도록 하고, 유언의 효력이나 철회 여부에 대해 다툼이 있는 경우에는 상속인 측에서 스스로 무효 사유를 주장·증명하여 그 등기의 말소를 청구하도록 함으로써 유언자의 의사실현과 수증자 및 상속인 보호 간의 균형을 도모할 필요가 있다.

현재 금융기관 실무상 예금채권을 유증받은 수증자가 자필증서유언 등을 제출하여 예금지급청구권을 행사하는 경우에도 상속 분쟁에 휘말릴 것을 염려한 금융기관 등이 상속인 전원의 동의서 제출을 요구하는 경우가 있다.³²⁾ 유언의 효력이나 철회 여부에 관한 분쟁이 발생하는 경우에 금융기관으로서는 이중변제의 위험에 노출될 수밖에 없기 때문이다. 이 경우에도 유언증서의 공적 보관제도 도입은 금융기관과 수증자 간의 이해관계 조정에 도움이 된다. 적법한 절차를 거쳐 공적으로 보존된 유언증서의 내용을 신뢰하고, 예금 지급 채무를 이행한 금융기관은 채권의 준점유자에 대한 변제 법리를 통해 상속재산 분쟁으로부터 자유로워질 수 있기 때문이다.

32) 공정증서유언에 의한 예금채권 유증과 관련하여 이러한 실무의 태도에 대해 비판하고 있는 문헌으로 박중욱(2017), 163면 및 각주 15) 참조.

제2절 비교법적 검토

1. 개관

유언서 보관에 관한 각국의 태도는 다양하다. 영미에서 검인절차를 거친 유언서는 공적 문서(public record)로 간주되어 보존되며, 일반에 공개되는 것이 원칙이다. 하지만 아직 검인절차를 거치기 전의 유언서 보관은 전적으로 사적 영역에 맡겨져 있다. 최근 미국의 몇몇 주에서는 전자유언 제도가 도입되면서 유언서의 전자적 보관이 가능하게 되었으나,³³⁾ 일반적인 형태의 인증유언(attested will)³⁴⁾이나 자필증서유언을 위한 공적 보관제도는 아직 마련되어 있지 않다. 반면 네덜란드는 이와 정반대의 입장을 택하고 있다. 네덜란드에서 자필증서유언은 반드시 공증인에게 제출하여 보관해야 하며, 공증인이 보관하지 않은 자필증서유언은 효력이 없는 것이 원칙이다(네덜란드 민법 제4:94조).³⁵⁾ 특히 유언자는 공증인에게 자필증서유언을 교부하면서 해당 서면에 자신의 유언이 포함되어 있다는 점과 자필증서유언의 모든 요건을 갖추었음을 진술해야 하며, 공증인이 위 진술을 인증하고, 공증인과 유언자가 서명하여야 한다(네덜란드 민법 제4:95조 제3항 및 제4항).

대부분의 국가에서는 양자간의 절충적 형태를 택하고 있다. 유언서의 공적 보관 제도를 마련하되, 그 제도를 이용할지 여부를 유언자가 스스로 선택할 수 있도록 하는 것이다.³⁶⁾ 자필증서유언 등을 위한 유언서 보관제도를 정비하는 것은 유언자 자신의 의사실현을 위해서 뿐만 아니라, 상속인·수증자 등 이해관계인 모두를 위해 유용하나, 네덜란드와 같이 사실상 사서증서 인증 방식의 유언을 강제하는 것은 간이한 방법에 의한 유언자의 의사실현이라는 자필증서유언 고유의 장점을 무력화시킬 우려가 있다는 점을 고려할 때 우리나라도 절충적 입장에서 제도를 설계할 수밖에 없을 것이다.³⁷⁾ 하지만 절충적 입법례도 어떤 방식의 유언서까지 보관의 대상으로 삼을 것인가, 어느 기관에서 유언서 보관 업무를 담당할 것인가,

33) 미국법상 전자유언 제도에 대해 자세히는 현소혜, “전자유언 제도 도입을 위한 시론”, 비교사법 제 28권 제1호(2021), 359-365면 참조.

34) 인증유언이란 유언자가 유언을 서면으로 작성하고 서명하며, 증인이 이를 확인하는 방식으로 성립하는 유언을 말한다.

35) 다만, 의류 및 특정한 소지 증인 보석, 특정한 가재도구 및 서적의 유증 등 일정한 사항에 대해서는 전문의 자서 및 일자의 기재, 서명만으로 유효한 유언이 성립할 수 있다(네덜란드 민법 제4:97조 참조). 네덜란드 민법상 유언서 보관 제도에 대해 소개하고 있는 문헌으로 김형석(2019), 131-132면 참조.

36) 반면 프랑스는 매우 독특한 유언서 보관 제도를 마련하고 있다. 법률의 규정에 의해 유언서 보관을 강제하거나, 유언자가 유언서 보관 여부를 신청하도록 하는 대신 프랑스 공증인협회가 자발적으로 유언서 보관제도를 마련하여 운영하고 있기 때문이다. 1971년 프랑스 공증인협회가 마련한 「사인처분 중앙등록부(Fichier Central des Dispositions de Dernières Volontés)」(이하 ‘FCDDV’라 한다) 제도가 그것이다. 위 제도에 따르면 자필증서유언, 공정증서유언 또는 비밀증서유언 기타 사인처분을 수령한 공증인은 그 보관장소, 유언자 및 이해관계인 등에 관한 정보를 FCDDV에 등록할 수 있으며, 유언자 사망 후 이해관계인은 공증인협회에 문의하여 자신이 수증자로 되어 있는 유언이 존재하는지 여부 및 그 보관 장소에 관한 정보를 제공받을 수 있다. FCDDV 제도에 대해 자세히는 <https://www.notaires.fr/fr/donation-succession/testament-legs/rechercher-un-testament-gr%C3%A2ce-au-fichier-des-derni%C3%A8res-volont%C3%A9s-fcddv> 참조(최종방문일자: 2021. 8. 31.).

37) 같은 취지로 김형석(2019), 131-132면 참조.

유언서 자체를 보관할 것인가 또는 유언서의 존재에 관한 정보만을 수집·관리할 것인가, 유언서의 진정성에 대한 심사나 유언자 사망 후 유언서 존재에 대한 확인 절차를 어떤 방식으로 진행할 것인가 등에 대해서는 다양한 입장이 있을 수 있다. 독일과 일본은 이 모든 쟁점에 관해 상반되는 내용을 담고 있는 유언서 보관 제도를 두고 있어 두 국가의 입법례를 비교하는 것은 이러한 차이를 간취해 내는 데 도움이 된다. 따라서 이하에서는 독일과 일본에서 운영 중인 유언서 보관제도에 대해 보다 상세히 살펴보고자 한다.

2. 독일

가. 유언의 방식

독일 민법은 보통방식에 의한 유언으로 ① 자필증서유언(BGB 제2247조)과 ② 공정증서유언(BGB 제2232조)을, 특별방식에 의한 유언으로 ③ 시장의 면전에서 하는 유언(Testament vor dem Bürgermeister)(BGB 제2249조), ④ 3인의 증인 면전에서 하는 유언(Dreizeugentestament)(BGB 제2250조) 및 ⑤ 항해 중의 유언(Seetestament)(BGB 제2251조)을 두고 있다. 특별방식인 ③ 내지 ⑤의 유언은 작성일로부터 3월이 경과하였고, 피상속인이 생존해 있는 경우에는 성립하지 않은 것으로 본다(BGB 제2252조 제1항). 특히 독일의 유언 방식은 녹음유언과 비밀증서유언을 허용하지 않는다는 점, 자필증서유언에서 일자나 주소의 기재 요건이 언제나 유언의 효력에 영향을 미치는 것은 아니라는 점, 공정증서유언에서 증인의 참여가 요구되지 않는다는 점, 공정증서유언이 불가능한 경우에 대비하여 다양한 유형의 특별유언방식이 마련되어 있다는 점 등에서 우리 법과 차이가 있다. 위 각 유언이 유효하게 성립하기 위해 준수해야 하는 방식 요건을 유형별로 정리하면 【표2】과 같다.

【표2】

방식	요건
자필증서유언 (제2247조)	•전문의 자서 •연월일 및 장소의 기재* •서명
공정증서유언 (제2232조)	•유언자: 공증인에게 유언의 의사표시를 하거나 유언이 포함된 서면을 교부한다는 의사표시를 하면서 서면을 교부할 것 •공증인: 공정증서 작성 및 서명
시장면전유언 (제2249조)	•피상속인이 공증인 앞에서 유언하기 전에 사망할 염려가 있는 경우 또는 특별한 사정으로 인해 차단된 장소에 머무르고 있어 공증인 앞에서 유언하는 것이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우 •유언자: 공증인에게 유언의 의사표시를 하거나 유언이 포함된 서면을 교부한다는 의사표시를 하면서 서면을 교부할 것 •시장: 공정증서 작성 및 서명 •유언자와 증인 2인: 서명

3인증인 면전유언 (제2250조)	•피상속인이 사망을 목전에 두고 있어 시장면전유언도 더 이상 불가능함이 명백한 경우 또는 특별한 사정으로 인해 차단된 장소에 머무르고 있어 공증인 앞에서 유언하는 것이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우 •유언자: 3인의 증인 앞에서 구두로 유언의 의사표시 •증인: 필기
항해유언 (제2251조)	•항해 중으로서 내해 항구 밖에 있는 독일 선박에 승선 중인 경우 •유언자: 3인의 증인 앞에서 구두로 유언의 의사표시 •증인: 필기

* 단, 연월일 및 장소를 기재하지 않은 경우라도 다른 방법으로 그 정보를 확인할 수 있다면 유언의 효력에 영향을 미치지 않는다(독일 민법 제2247조 제5항).

나. 유언의 보존

독일은 자필증서유언, 공정증서유언 및 시장의 면전에서 하는 유언에 관해 명문으로 유언서 보관제도를 두고 있다. 3인의 증인 면전에서 하는 유언 및 항해유언에 관해서는 별도로 유언서 보관제도가 마련되어 있지 않지만, 자필증서유언에 관한 보관제도가 유추적용된다는 것이 일치된 견해이다.³⁸⁾ 따라서 사실상 모든 형태의 유언에 대해 유언서 보관이 가능하다.

(1) 자필증서유언의 보관

독일 민법 제2248조는 자필증서유언에 관해 “피상속인의 신청에 의해 별도로 관청에 보관” 된다는 취지의 규정을 두고 있다. 자필증서유언은 발견되지 않을 우려가 있고, 멸실·훼손·위조 등에 취약하므로, 그 유언증서를 공적으로 보관하여 유언자를 보호할 필요가 있다는 점과 함께 공공의 이익, 유언에 관한 비밀유지의 필요성 등이 입법목적으로 제시된다.³⁹⁾ 하지만 구체적으로 어떠한 방식으로 자필증서유언을 보관할 것인지에 대해서는 민법에 별도의 규정이 없다. 다만, 독일 「가사사건 및 비송사건절차법」(Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 이하 ‘FamFG’ 라고 한다)⁴⁰⁾은 유언서의 공적 보관 사건을 위 법에 따른 ‘상속사건(Nachlasssachen)’ 중 하나로 열거하면서(FamFG 제342조 제1항 제1호), 독일 민법 제2247조에 따른 자필증서유언의 공적 보관에 대해서는 모든 구법원(Amtgericht)에 관할이 있다고 규정하고 있으므로(FamFG 제344조 제1항 제3호), 독일법상 자필증서유언의 보관업무는 현

38) Burandt/Rojahn(Lauck 집필부분), Erbrecht(2.Aufl.), C.H.Beck, 2014, §2250 Rn.17; hrsg.Säcker/Rixecker/Oetker/Limperg, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 10(7.Aufl.), C.H.Beck, 2017(이하 ‘MüKoBGB/필자’ 형태로 인용한다.), §2251 Rn.20(Hagena 집필부분).

39) Burandt/Rojahn(Lauck 집필부분), §2248 Rn.1; MüKoBGB/Hagena, §2248 Rn.1.참조.

40) 독일 「가사사건 및 비송사건 절차법」에 대해 소개하고 있는 문헌으로 김상일, “독일의 [가사사건 및 비송사건절차법(FamFG)] 개관”, 민사소송 제13권 1호(2009), 622-651면; 반홍식, “독일 가사 및 비송사건절차법의 내용과 구조”, 민사소송 제15권 1호(2011), 44-81면 참조.

재 구법원에서 담당한다.⁴¹⁾

자필증서유언을 구법원에서 보관한다고 하여 그 보관이 강제되는 것은 아니다. 독일 민법 제2248조는 자필증서유언의 보관 사건이 유언자의 신청에 의해 개시됨을 명시하고 있기 때문이다. 이때 신청의 방식에 대해서는 어떠한 방식도 요구되지 않는다. 따라서 유언자는 서면으로 이를 신청할 수도 있고, 구두로 신청할 수도 있으며, 심지어 자필증서유언을 구법원에 우편으로 송부하는 것만으로도 그 신청이 있는 것으로 간주된다.⁴²⁾ 관할 구법원이 특정되어있는 것도 아니므로, 유언자는 자신이 희망하는 구법원을 임의로 선택하여 보관을 신청할 수 있다(FamFG 제344조 제1항 제3호). 유언자가 구법원에 직접 출석할 것이 요구되지 않으므로, 구법원은 유언자에 의해 제출된 자필증서유언을 그야말로 보관만 할 뿐이며, 유언의 진정성이나 방식 준수 여부 등에 대해 전혀 심사하지 않는다.⁴³⁾ 따라서 자필증서유언의 보관이 유언의 효력을 담보하는 것은 아니다. 이와 같이 유언자의 신청 방법을 넓게 허용하고, 보관자의 신원을 확인하는 별도의 절차를 마련하지 않은 결과 자필증서유언 보관 제도에 대해서는 독일 내에서도 유언자 아닌 사람이 허위의 유언장을 몰래 구법원에 송부하는 등 남용의 위험이 크다는 점이 지적되고 있다.⁴⁴⁾

자필증서유언은 보관신청을 받은 구법원에서 법관과 문서공무원(Urkundsbeamte)이 공동으로 시정장치를 하는 방법에 의해 보관된다(FamFG 제346조 제1항 및 제2항). 유언자는 언제든지 보관 중인 자필증서유언의 반환을 신청할 수 있으나, 그것을 반환받았다고 하여 유언의 법정철회로 간주되는 것은 아니다(BGB 제2256조 제3항). 보관 개시 시점으로부터 30년이 도과한 경우, 유언서를 보관 중인 법원은 직권으로 피상속인의 생존 여부를 탐지하고, 생존 여부를 확인할 수 없을 때에는 유언서를 개봉할 수 있다(FamFG 제351조).

(2) 공정증서유언서의 보관

舊 독일 민법은 공정증서유언의 공적 보관에 관한 규정을 두고 있었으나, 현재는 그 조문의 위치가 독일 「공정증서법」(Beurkundungsgesetz, 이하 ‘BeurkG’라고 한다) 제34조로 이동되었다. 위 규정에 따르면 유언서를 작성한 공증인은 이를 엄봉날인한 후, 그 봉서 표면에 유언자의 상세 인적 사항과 작성일자 등을 기재하고 서명한 다음, 지체 없이 보관을 위한 절차에 착수하여야 한다(BeurkG 제34조 제1항). 공정증서유언의 보관 업무는 공증인 사무소소재지 구법원(Amtgericht)이 담당한다(FamFG 제344조 제1항 제3호). 구체적인 보관방법 및 법원에서 보관 중인 공정증서유언의 개봉절차는 자필증서유언의 경우와 같지만, 그 보관이

41) 다만 바덴뷔르템베르크 주에서는 공증인이 구법원의 역할을 대신한다.

42) Burandt/Rojahn(Lauck 집필부분), §2248 Rn.2; MüKoBGB/Hagen, §2248 Rn.6.

43) 자필증서유언의 원본이 아님이 외관상 명백하거나 방식요건을 갖추지 못한 경우에 법원이 그 보관신청을 각하하는 것은 가능하다. Burandt/Rojahn(Lauck 집필부분), §2248 Rn.4; hrsg. Kroiß/Ann/Mayer(Beck 집필부분), Anwaltkommentar BGB Band 5: Erbrecht, Deutscher Anwalt Verlag, 2004, §2248 Rn.4 참조. 하지만 법원에게 이러한 방식요건에 대한 심사의무가 있는 것은 아니기 때문에, 방식흠결을 발견했다고 해서 이를 각하할 의무까지 발생하는 것은 아니다. MüKoBGB/Hagen, §2248 Rn.12.

44) Burandt/Rojahn(Lauck 집필부분), §2248 Rn.2; MüKoBGB/Hagen, §2248 Rn.7.

강제된다는 점에서 자필증서유언의 보관과 차이가 있다. 유언자는 언제든지 보관 중인 공정증서유언의 반환을 청구할 수 있으며, 공정증서유언이 반환되면 해당 유언은 철회된 것으로 간주된다(BGB 제2256조). 보관 개시 시점으로부터 30년이 도과한 경우, 직권으로 피상속인의 생존 여부를 탐지하고, 생존 여부를 확인할 수 없을 때에는 유언서 개봉 절차를 진행할 수 있음은 자필증서유언의 경우와 같다(FamFG 제351조).

(3) 시장의 면전에서 하는 유언의 보관

시장의 면전에서 하는 유언은 사실상 공정증서유언과 다르지 않다. 공증인이 공정증서유언을 작성할 수 없는 급박한 상황에서 시장이 공증인의 역할을 대신하도록 하고 있을 뿐이다(BGB 제2249조 제1항). 따라서 시장의 면전에서 한 유언서의 보관에 대해서도 공정증서유언의 보관에 관한 조문이 그대로 준용된다(BGB 제2249조 제1항에 의한 공정증서법 제34조의 준용).

(4) 중앙유언등록부

① 담당관청

독일은 기존에 있었던 구법원에 의한 유언서 보관 제도와 별도로 2013년부터 ‘중앙유언등록부(Zentrales Testamentregister)’ 제도를 운영해 오고 있다. 중앙유언등록부는 유언·상속계약 등 상속순위에 영향을 미칠 수 있는 서면의 보존을 위한 전자등록부로서 법무부 감독하에 독일연방공증인협회(Bundesnotarkammer)가 그 중앙유언등록관청으로서의 역할을 담당한다[독일 연방공증인규칙(Bundesnotarordnung, 이하 ‘BNotO’ 라고 한다.) 제78조의c 제1항]. 다만, 중앙유언등록부는 유언서의 원본 내지 전자화된 이미지를 보관하기 위한 제도는 아니며, 기존의 유언서 공적 보관제도에 따라 공증인 또는 구법원이 유언서를 보관하는 것을 전제로, 그 유언서가 어디에 보관되어 있는지에 관한 정보만을 중앙유언등록부를 통해 통합하여 관리함으로써 유언서 미발견의 위험을 제거하고, 유언자 사망 후 유언서 개봉 절차가 신속하고 원활하게 진행하기 위한 제도에 불과하다.⁴⁵⁾

더 나아가 독일연방공증인협회는 문서기록보관청(Urkundenarchivbehörde)으로서 공증인들이 전자적 방법에 의해 공증서면 및 그 장부를 보존·비치할 수 있도록 전자기록보존장치를 운영해야 하며(BNotO 제78조의h 제1항), 전자기록보존장치에 보존되어 있는 전자문서들이 서로 연동되어 검색 가능하도록 조치하여야 한다(BNotO 제78조의h 제3항).⁴⁶⁾ 따라서 향후에는 유언 기타 사인처분의 원본 자체를 전자적 방법에 의해 보존하고, 전국 어디에서나 그

45) 스위스도 이와 유사한 방식의 중앙유언등록부 제도를 두어 스위스연방공증인협회가 이를 관리하도록 하고 있다. 다만, 자필증서유언 또는 공정증서유언 원본의 보관을 구법원이 아니라 지방자치단체에서 담당한다는 점에서 독일과 차이가 있다(ZGB 제504조 및 제505조 제2항).

46) 기존의 공증서류 보존의무는 원칙적으로 30년이었으나, 전자적 방법에 의한 보존 제도가 도입됨으로써 그 보존의무가 100년으로 연장되었다.

내용을 통합검색할 수 있는 방식으로 유언서 보관제도가 개선될 예정이다. 다만, 이러한 전자기록보존장치를 통한 사인처분 통합검색 시스템은 2022. 1. 1.부터 운영될 예정이다.

② 보관절차

중앙유언등록부에 등록되어 보존될 수 있는 서면은 ‘상속순위에 영향을 미치는 서면’으로서 공정증서로 작성된 서면 또는 구법원에 공적으로 보관되어 있는 서면에 한정된다(BNotO 제78조의d 제3항). 이때 ‘상속순위에 영향을 미치는 서면’이란 특히 유언, 상속계약, 철회계약(Aufhebungsverträge),⁴⁷⁾ 해제 및 취소의 의사표시, 상속 및 증여 포기 계약,⁴⁸⁾ 부부재산계약 및 생활동반자재산계약, 준거법 결정 등과 같이 상속순위에 영향을 미칠 수 있는 의사표시를 포함하고 있는 모든 서면을 의미한다(BNotO 제78조의d 제2항).

중앙유언등록부에의 등록을 위해 공증인은 상속순위에 영향을 미치는 서면을 작성하거나 변경한 후 지체없이 그 보존정보(Verwahangaben)를 전자적 방법에 의해 중앙유언등록관청에 송부하여야 한다(BeurkG 제34조의a 제1항). 이 때 ‘보존정보’란 상속순위에 영향을 미치는 서면의 발견을 위해 필요한 정보를 말한다(BNotO 제78조의d 제2항 2문). 자필증서유언 또는 시장의 면전에서 하는 유언을 보관하게 된 법원도 같다(FamFG 제347조 제1항).⁴⁹⁾ 공증인 또는 법원은 그 보관 중인 상속순위에 영향을 미치는 서면을 반환한 경우 등에도 그 사실을 중앙유언등록관청에 통지하여야 한다(BeurkG 제34조의a 제2항 및 FamFG 제347조 제3항). 공증인 또는 구법원으로부터 상속순위에 영향을 미치는 서면에 관한 정보를 송부받거나 변경사항 등을 통지받은 중앙유언등록관청은 송부받은 상속순위에 영향을 미치는 서면에 관한 정보와 통지사항을 중앙유언등록부에 기록한다(BNotO 제78조의d 제1항).

③ 상속개시시 처리

지방자치단체의 공무원은 사망, 실종선고 또는 사망시점 확인 재판이 있었던 경우에 그 사실을 중앙유언등록관청에 통지하며, 중앙유언등록관청은 중앙유언등록부에 상속순위에 영향을 미치는 서면이 존재하는지를 심사한 후, 상속법원의 임무 수행과 보존업무에 필요한 경우라면 지체 없이 상속법원에 그 사망사실 및 상속순위에 영향을 미치는 서면에 관한 정보 및 그 보존업무에 관한 사항을 전자적 방법에 의해 통보하는 한편(BNotO 제78조의e), 그 서면을 보관하고 있는 법원 또는 공증인에게도 그 사실을 통보한다. 중앙유언등록관청으로부터 통보를 받은 법원 또는 공증인은 보관 중인 서면을 관할 상속법원에 교부하여야 한다

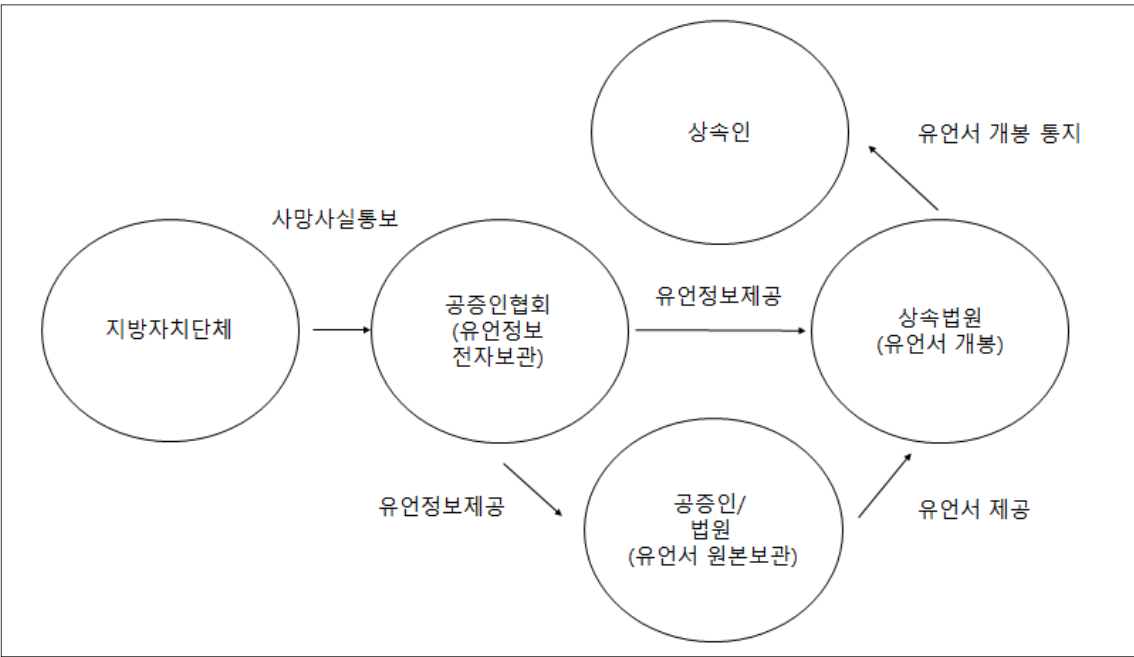
47) 상속계약은 유언과 달리 피상속인의 일방적 의사표시로 철회할 수 없고, 쌍방의 합의에 의해서만 그 구속력을 배제할 수 있다(독일 민법 제2290조 제1항). 이때 상속계약을 해소시키기로 하는 내용의 합의를 철회계약이라고 한다.

48) 독일법상 피상속인의 친족 및 배우자는 계약에 의해 법정상속권을 포기할 수 있다(독일 민법 제2346조).

49) 그 밖에 법원은 상속순위에 영향을 미치는 서면의 대조가 재판에서 문제되는 경우에도 그 보존정보를 지체없이 중앙유언등록관청에 송부하여야 한다(BNotO 제78조의d 제4항).

(BGB 제2259조). 사망 사실을 통보받은 관할 상속법원은 유언서 개봉 절차를 진행한다(FamFG 제348조 제1항). 상속법원은 유언서 개봉 절차를 위한 기일을 정해 법정상속인 기타 이해관계인에게 참석할 것을 요구할 수 있으며(FamFG 제348조 제2항), 유언서 개봉 후에는 그 기일에 출석하지 않은 이해관계인에게 그와 관련되는 내용에 대해 서면으로 고지해 주어야 한다(FamFG 제348조 제3항). 중앙유언등록부 제도가 마련되기 전에는 유언서 보관을 개시한 구법원이 미리 유언자의 출생장소를 관할하는 지방자치단체 신분등록공무원에게 그 보관 사실을 통지하고, 나중에 신분등록공무원으로부터 해당 유언자가 사망하였다는 사실을 통보받으면 상속법원에 그 유언서를 송부하여 상속법원이 직권으로 유언서 개봉 절차를 진행하는 방식으로 보관된 유언서가 처리되었으나, 그 절차가 너무 번잡스럽고, 모든 과정에 우편으로 이루어져 상속절차의 처리가 지연된다는 비판이 있었으므로, 위 절차가 중앙유언등록관청을 통해 전산화될 수 있도록 유언서 보관 절차를 현대화한 것이다.

【그림: 피상속인 사망시 처리절차】



④ 정보제공

중앙유언등록관청은 법원 또는 공증인 업무 수행을 위해 필요한 경우로서 신청이 있는 때에는 법원에 중앙유언등록부상 정보를, 공증인에게 중앙유언등록부상 보존정보를 제공한다(BNotO 제78조의f 제1항). 다만, 피상속인 생전에는 그의 동의가 있어야만 정보 제공이 가능하다. 이 때 정보제공에 관해서는 신청인에게 수수료를 부과할 수 있다(BNotO 제78조의g 제1항 및 제2항). 그 밖에 이해관계인에 의한 정보 제공 신청은 허용되지 않는다. 유언자의 생활을 보호하기 위한 것이라고 한다.

⑤ 수수료

유언의 보관에 관해 중앙유언등록관청은 유언자에게 수수료를 부과할 수 있다(BNotO 제78조의g 제1항 및 제2항). 2021년 현재 수수료는 공증인이 납부를 대행하는 경우에는 등록건당 15유로, 유언자가 직접 납부하는 경우에는 등록건당 18유로이다.⁵⁰⁾ 유언자는 이와 별도로 유언서 자체를 보관하고 있는 구법원 또는 공증인에게 보관 수수료로 75유로를 지급하여야 한다(「비송법원 및 공증인 수수료에 관한 법률」 부록 12100호).

⑥ 보관 현황

2020. 12. 31. 현재 중앙유언등록부에 등록되어있는 유언 기타 상속순위에 영향을 미치는 서면의 숫자는 약 2천 2백만건에 달하며, 2020년에 신규등록된 서면의 숫자는 약 총 512,100건으로, 이 중 상속계약이 137,200건, 유언이 299,200건, 그 밖의 서면이 75,700건 정도이며, 약 90% 정도가 공정증서라고 한다.⁵¹⁾

3. 일본

가. 유언의 방식

일본은 보통방식의 유언으로 ① 자필증서유언, ② 공정증서유언 및 ③ 비밀증서유언을, 특별방식의 유언으로 ④ 구수증서유언, ⑤ 전염병격리자의 유언, ⑥ 선박에 있는 자의 유언, ⑦ 선박조난자의 유언을 두고 있다. 특별방식에 의한 유언은 유언자가 보통방식에 의한 유언을 할 수 있게 된 때부터 6개월간 생존하면 효력이 없다(일본 민법 제983조). 위 각 유언이 유효하게 성립하기 위해 준수해야 하는 방식 요건은 유형별로 정리하면 【표3】과 같다.

【표3】

방식	요건
자필증서유언 (제968조)	•전문, 연월일, 성명의 자서* •날인
공정증서유언 (제969조)	•유언자: 증인 2인 이상의 참여하에 공증인에게 유언의 취지 구수 •공증인: 필기낭독 •유언자와 증인 2인: 정확함을 승인한 후 각자 서명, 날인** •공증인: 방식에 따라 작성하였음을 부기하고 서명, 날인

50) <https://www.testamentsregister.de/testamentsregister/registerkosten> 참조(최종방문일자: 2021. 8. 31.).

51) Bundesnotarkammer, Zentrales Testamentregister Jahresbericht 2020 참조. 위 문서는 https://www.testamentsregister.de/fileadmin/user_upload_ztr/dokumente/Jahresbericht_2020.pdf 에서 확인할 수 있다(최종방문일자: 2021. 8. 31.).

비밀증서유언 (제970조)	•유언자: 서명날인한 증서를 엄봉날인하고, 1인의 공증인 및 2인 이상의 증인 면전에 봉서를 제출하면서 자기 유언서인 취지와 그 필자의 성명 및 주소를 진술 •공증인: 증서제출일자 및 유언자의 진술을 봉서표면에 기재 •유언자, 공증인과 증인: 서명날인
구수증서유언 (제976조)	•질병 그 밖의 사유로 인해 사망의 위급에 임박한 경우 •유언자: 증인 3인 이상의 참여하에 그 중 1인에게 유언의 취지 구수 •구수받은 증인: 필기 후 낭독 또는 열람 •각 증인: 정확함을 승인한 후 각자 서명날인 •증인 또는 이해관계인: 유언일로부터 20일 내에 법원에 확인 신청
전염병격리자 유언(제977조)	•전염병 때문에 행정처분에 의해 교통이 단절된 장소에 있는 경우 •유언자: 경찰관 1인 및 증인 1인 이상의 입회 하에 유언서 작성 •유언자, 필자, 입회인 및 증인: 서명 날인
선박유언 (제978조)	•선박에 있는 자인 경우 •유언자: 선장 또는 사무원 1인 및 증인 2인 이상의 입회 하에 유언서 작성 •유언자, 필자, 입회인 및 증인: 서명 날인
선박조난자 유언 (제979조)	•조난당한 선박에 있으면서 사망의 위급에 임박한 자인 경우 •유언자: 증인 2인 이상의 입회 하에 구두로 유언 •증인: 그 취지를 필기 및 서명·날인 •증인 1인 또는 이해관계인: 지체 없이 가정법원에 확인 청구

* 단, 자필증서와 일체로서 상속재산의 전부 또는 일부의 목록을 첨부하는 경우에 그 목록에 관해서는 자서가 요구되지 않는다.

** 단, 유언자가 서명할 수 없는 경우에는 공증인이 그 사유를 부기하고 서명에 갈음할 수 있다.

일본 민법상 유언의 방식은 대체로 우리 민법과 유사하나, 자필증서유언에 대해 주소의 자서가 요구되지 않는다는 점, 녹음유언 제도가 인정되지 않는다는 점, 모든 방식에서 서명 또는 기명날인이 아닌 ‘서명날인’이 요구되며, 유언자 등이 서명할 수 없는 상황에 대비한 특칙 규정이 마련되어 있다는 점, 비밀증서유언에서 공증인의 관여가 필수적으로 요구된다는 점, 구수증서유언 방식에서 3인 이상의 증인이 요구된다는 점, 구수증서유언 외에 다양한 방식의 특별유언 제도를 두고 있다는 점 등에서 차이가 있다. 공정증서유언·비밀증서유언, 구수증서유언 및 선박조난자를 위한 유언에서 유언자가 말을 하지 못한 경우에는 통역 또는 자서에 의해 그 진술을 갈음할 수 있도록 하거나 귀가 들리지 않는 경우에는 통역 또는 서면의 전달에 의해 낭독을 갈음할 수 있도록 하는 취지의 특칙이 마련되어 있다는 점도 우리와 다르다. 또한 2018년 일본 상속법 개정¹⁾에 의해 자필증서유언의 방식이 일부 완화되어 자필증서유언과 일체를 이루는 상속재산목록 전부 또는 일부에 관해서는 자서를 요하지 않으며, 유언자가 그 목록의 각 장에 서명·날인하는 것으로 족하다는 취지의 규정이 신설되었다(일본 민법 제968조 제2항).

나. 유언의 보존

현재 일본에는 자필증서유언을 위한 유언서 보관제도만 마련되어 있는 상황이다. 공정증서유언·비밀증서유언이나 구수증서유언 기타 특별 방식의 유언에 대해서는 별도의 유언서 보관제도가 존재하지 않는다. 다만, 구수증서유언 및 선박조난자 유언에 대해서는 유언자 생존에 가정법원에 의한 확인 제도가 있으므로 보존의 문제가 발생하지 않으며, 공정증서유언의 경우에도 보관제도 마련의 필요성이 우리나라보다 현저히 낮다. 일본은 우리나라와 유사하게 공정증서원본의 보존기간을 원칙적으로 20년으로 규정하고 있지만(「공증인법시행규칙」 제27조 제1항 제1호), 공정증서유언에 대해서는 「공증인법시행규칙」 제27조 제3항상 “보존기간의 만료 후에도 특별한 사유가 있어 보존할 필요가 있는 때”에 해당한다고 보아 그 사유가 존속하는 동안 계속 보존해야 한다고 해석되고 있기 때문이다. 실무상으로는 공증사무소에 따라 반영구적으로 보존하는 경우와 유언자 생후 120년간 보존하는 경우가 병존한다고 한다.⁵²⁾⁵³⁾ 반면 자필증서유언의 경우에는 유언서의 분실·훼손, 위조·변조, 은닉·파기의 위험 등이 현저히 높아 유언서와 관련된 분쟁에 대비할 필요가 있다는 점을 고려하여 일본은 2018년 상속법 개정과 함께 자필증서유언의 보관을 위해 별도로 「법무국에 의한 유언서의 보관 등에 관한 법률」(이하 ‘법’이라고 한다.)을 제정하였다. 위 법은 2020. 7. 10.부터 시행 중이다.⁵⁴⁾ 위 법에 따른 자필증서유언 보관제도의 대강은 다음과 같다.

(1) 보관기관과 보관방법

자필증서유언의 보관 업무는 법 제2조 제1항에 따라 법무대신이 지정하여 고시한 유언서 보관소(법 제2조 제1항 및 제2항)에서 담당한다. 2021년 현재 각 지방자치단체별로 설치되어 있는 법무성 산하 법무국 본국, 지국, 출장소⁵⁵⁾ 등이 유언서 보관소로 지정되어 있다(총 312개).⁵⁶⁾ 유언서 보관소에 보관될 수 있는 유언은 「법무국에 의한 유언서의 보관 등에 관한

52) <https://www.koshonin.gr.jp/business/b01> 참조(최종방문일자: 2021. 8. 31.).

53) 물론 공정증서유언의 사실상 영구보존에도 불구하고 상속인 기타 이해관계인이 공정증서유언의 존재 자체를 알지 못해 유언이 발견되지 않을 위험은 여전히 상존한다. 박종순, “일본의 전자공증제도에 관한 소고”, 공증과 신뢰 통권 제11호(2018), 102면은 이러한 사태에 대비하여 일본이 2014년 이른바 ‘전자판 유언등록시스템’을 도입하여 일본공증인연합회의 서버에 공정증서유언에 관한 정보를 통합 보존하고, 상속인 기타 이해관계인은 전국 어느 공증사무소에서든 공정증서유언 유무에 관한 조회 신청을 할 수 있도록 하였다고 서술하고 있으나, 필자는 아직 그러한 제도가 실제로 운영되고 있다는 전거를 찾지 못하였다.

54) 위 법의 내용에 대해 상세히 소개하고 있는 문헌으로 오병철(2019), 109-120면 참조. 그 밖에 일본의 자필증서유언 보관 제도 도입에 대해 간략히 소개하고 있는 문헌으로 곽민희, “2018년 일본 개정 상속법 개관”, 안암법학 제57권(2018), 97-99면; 구보타 아쓰미, “2018년 일본 상속법 개정의 개요”, 가족법연구 제33권 2호(2019), 133면; 박정기, “일본의 상속법 개정”, 법학논고 제63권(2018), 246-248면 등 참조.

55) 일본 법무성은 우리나라의 법무부와 달리 등기·호적·공탁 등의 업무를 널리 담당하고 있는바, 그 업무의 효율적 수행을 위해 총 8개 지방(삿포로, 센다이, 도쿄, 나고야, 오사카, 히로시마, 다카마쓰, 후쿠오카)에 지방법무국이 설치되어 있다.

56) 2021. 9. 30. 현재 법무대신이 고시로써 지정해 놓은 유언서 보관소 목록은 <https://www.moj.go.jp/MINJI/07.html> 에서 확인할 수 있다(최종방문일자: 2021. 8. 31.).

성령」(이하 ‘법무성령’이라고 한다.) 제9조 별지 제1호 양식⁵⁷⁾에 따라 작성된 자필증서유언에 한정되는데(법 제4조 제1항 및 제2항), 유언서 보관소는 법무성령 양식에 맞춰 작성된 자필증서유언의 원본을 실물로 보관하는 한편, 그 이미지를 전자화한 파일을 전자적 방법에 의해 함께 보존한다.

(2) 보관신청

법에 따른 유언서 보관신청은 유언자가 법무성령에서 정하는 양식에 따라 작성된 자필증서유언을 봉하지 않은 상태로 지참하고, 관할 유언서 보관소에 직접 방문하여 유언서 보관관에게 유언서 보관신청서⁵⁸⁾를 제출하는 방법으로만 가능하다(법 제4조 제1항 및 제2항). 제3자에 의한 대리 신청을 허용하면 유언 작성 후 유언서 보관소 제출 전까지 사이에 위조·변조의 위험이 있기 때문이다.⁵⁹⁾ 이때 ‘유언서 보관관’이란 법무국 또는 지방법무국의 장이 유언소 보관소에 근무하는 법무사무관 중에서 유언서 보관에 관한 업무를 취급하기 위해 지정한 자를 말한다(법 제3조). 유언서 보관은 ① 유언자의 주소지나 ② 본적지 또는 ③ 유언자가 소유하는 부동산 소재지를 관할하는 유언서 보관소에서 관할한다. 다만, 유언자의 다른 유언서가 이미 다른 유언서 보관소에 보관되어 있으면 ④ 그 다른 유언서가 보관되어 있는 유언서 보관소에서도 할 수 있다(법 제4조 제3항). 유언서 보관 신청인은 유언서 보관관에게 다음의 각 서류를 제출하여야 한다.

○ 유언서 보관 신청서(법 제4조 제4항):

① 유언서에 기재된 작성 연월일, ② 유언자의 성명, 출생연월일, 주소 및 본적(외국인의 경우에는 국적), ③ 수유자 또는 유언집행자가 있는 경우에는 성명 또는 명칭 및 주소, ④ 그 외 법무성령으로 정하는 사항⁶⁰⁾이 기재되어 있을 것

○ 법무성령에서 정하는 양식에 따라 작성된 자필증서유언(법 제4조 제2항):

봉하지 않은 상태일 것

○ 첨부서류(법 제4조 제5항):

① 유언자의 성명, 출생연월일, 주소 및 본적(외국인의 경우에는 국적)을 증명하는 서류, ② 기타 법무성령으로 정하는 서류⁶¹⁾

57) 성령에 따르면 보관의 대상이 되는 자필증서유언은 다음과 같은 양식으로 작성되어야 한다. ① A4 사이즈의 용지에 기재할 것, ② 문자의 판독을 방해하는 무늬나 채색 등이 없는 용지를 사용할 것, ③ 최소한 상부 5mm, 하부 10mm, 좌 20mm, 우 5mm의 여백을 확보할 것, ④ 편면 기재일 것, ⑤ 쪽번호를 붙일 것, ⑦ 장기 보존을 위해 볼펜 등 쉽게 사라지지 않는 필기구를 사용할 것.

58) 이하 법에 따라 요구되는 각종 신청서 및 청구서 양식은 모두 <https://www.moj.go.jp/MINJI/06.html> 에서 확인할 수 있다(최종방문일자: 2021. 8. 31.).

59) 오병철(2019), 110-111면 참조.

60) ① 호적 필두자의 성명, ② 유언자의 전화번호 기타 연락처, ③ 유언자 소유 부동산 소재지 관할 유언서 보관소에서 보관신청을 하는 경우에는 그 부동산 소재지, ④ 유언서 보관소에 다른 유언서가 보관되어 있는 경우에 그 취지, ⑤ 유언서에 법 제9조 제1항 제2호 및 제3호에 따른 관계상속인 등(상속인 제외)이 기재되어 있는 경우에는 그 성명 또는 명칭 및 주소, ⑥ 유언서의 총 면수, ⑦ 수수료액, ⑧ 신청연월일, ⑨ 유언서보관소의 표시 등이 이에 해당한다(법무성령 제11조 각 호 참조).

(3) 유언서 보관관의 확인

유언서 보관신청을 받은 유언서 보관관은 법무성령으로 정하는 바에 따라 당해 신청인이 유언자 본인인지 여부를 확인하여야 하며, 이를 위해 유언서 보관관은 신청인에게 필요한 성명 기타 법무성령에서 정하는 서류의 제시 또는 제출이나 이에 대한 설명을 요구할 수 있다(법 제5조).⁶²⁾ 또한 유언서 보관관은 당해 자필증서유언이 일본 민법 제968조에 따른 방식을 갖추었는지를 외형적으로 확인해야 한다.⁶³⁾ 만약 유언서의 보관을 신청하는 자가 유언자 본인임을 증명하지 못하거나 그 유언서가 방식 및 법무성령이 정한 양식을 갖추지 못한 것으로 확인되면 유언서 보관관은 그 유언서 보관신청을 각하하여야 한다(「법무국에 의한 유언서의 보관 등에 관한 정령」(이하 ‘정령’이라고 한다) 제2조 제1호 및 제2호). 유언서의 보관이 유언의 유효성을 담보하는 것은 아니지만, 유언서의 보관 절차가 자필증서유언의 검인 절차로서의 기능을 함께 수행하기 때문에, 법에 따라 유언서 보관소에 보관되어 있는 자필증서유언에 관해서는 유언서 검인에 관한 일본 민법 제1004조 제1항의 규정이 적용되지 않는다(법 제11조).

(4) 유언서의 보관

유언서의 보관은 유언서 보관관이 유언서 보관소의 시설 내에서 실시한다(법 제6조 제1항). 또한 유언서 보관관은 보관의 대상이 되는 유언서에 관한 정보를 생성하여 관리하여야 한다(법 제7조 제1항). 유언서에 관한 정보의 관리는 컴퓨터로 파일을 작성하여 보조기억장치에 기록하는 방법으로 한다. 유언서 보관소 간에 전산망을 통한 정보공유가 가능하도록 하기 위한 절차이다. 이 때 기록되어야 하는 정보의 내용은 다음과 같다(법 제7조 제2항 각호).

- 유언서의 이미지 정보
- 유언서에 기재된 작성연월일
- 유언자의 성명, 출생연월일, 주소 및 본적(외국인의 경우에는 국적)
- 수유자의 성명 또는 명칭 및 주소
- 유언집행자의 성명 또는 명칭 및 주소
- 유언서 보관을 시작한 날짜
- 유언서가 보관되어 있는 유언서 보관소의 명칭 및 보관 번호

61) 유언서가 외국어로 작성된 경우 유언서의 일본어 번역문이 이에 해당한다(법무성령 제12조 각 호 참조).

62) 유언서 보관 신청시 유언자 본인임을 확인할 수 있는 서류로서 개인번호 카드, 운전면허증, 운전경력증명서, 여권, 재류카드, 특별영주자증명서 등 사진이 부착되어 있는 신분증명서를 제출할 것을 요구하는 방식으로 이루어진다(법무성령 제13조 참조).

63) 곽민희(2018), 98면 각주 65) 참조; 박정기(2018), 246면.

(5) 유언서 보관 철회

유언자는 언제든지 자기 유언서가 보관되어 있는 유언서 보관소의 유언서 보관관에게 보관 신청의 철회를 신청할 수 있다(법 제8조 제1항). 유언서 보관을 철회하고자 하는 유언자는 법무성령으로 정하는 바에 따라 그 취지를 기재한 신청서에 법무성령으로 정하는 서류를 첨부하여 유언서 보관관에게 제출하여야 하며(법 제8조 제2항), 해당 유언서 보관소에 직접 방문하여 신청해야 한다(법 제8조 제3항). 유언서 보관 철회 신청이 있는 경우에 유언서 보관관은 유언자에게 지체 없이 보관하고 있는 유언서를 반환하고, 당해 유언서에 관한 정보를 삭제해야 한다(법 제8조 제4항). 유언서 보관 신청의 철회가 유언의 철회로 간주되는 것은 아니므로, 유언자에게 유언서가 반환되더라도 유언의 효력에는 영향이 없다.⁶⁴⁾

(6) 유언서의 폐기

유언서 보관관은 유언자가 사망한 날로부터 상속에 관한 분쟁을 방지할 필요가 있다고 인정되는 기간으로서 정령으로 정하는 기간이 경과하면 보관 중인 유언서를 폐기할 수 있다(법 제6조 제5항). 현재 정령은 위 기간을 유언자 사망일로부터 50년으로 정하고 있다(정령 제5조 제2항). 다만, 유언자의 생사가 분명하지 않은 경우에는 유언자 출생일로부터 120년이 경과한 날로 한다(법 제6조 제5항 및 정령 제5조 제1항). 파일 형태로 전자화된 유언서 정보는 유언자 사망일로부터 150년간 보존된다(정령 제5조 제2항). 유언서를 폐기한 유언서 보관관은 유언서에 관한 정보를 삭제할 수 있다(법 제7조 제3항).

(7) 유언서 열람 청구

유언자는 자기 유언서가 보관되어 있는 유언서 보관소의 유언서 보관관에게 언제든지 그 유언서의 열람을 청구할 수 있다(법 제6조 제2항). 다만, 유언서를 열람하고자 하는 유언자는 법무성령으로 정하는 바에 따라 그 취지를 기재한 청구서에 법무성령으로 정하는 서류를 첨부하여 유언서 보관관에게 제출하여야 하며(법 제6조 제2항), 해당 유언서 보관소에 방문하여 직접 그 유언서를 열람하여야 한다(법 제6조 제4항). 유언서 원본 대신 전자적 방법에 의해 보관되고 있는 이미지를 모니터 등을 통해 확인하는 것은 해당 유언서 보관소 외의 전국 어느 유언서 보관소에서나 가능하다(정령 제4조 및 법무성령 제24조).

(8) 상속개시시의 처리

유언자가 사망한 후에 상속인 기타 이해관계인은 유언서 정보증명서의 교부 또는 유언서의 열람을 통해 유언의 내용을 확인할 수 있다. 문제는 자필증서유언이 유언서 보관소에 보관

64) 오병철(2019), 112면.

되어 있다는 사실을 상속인 기타 이해관계인이 어떻게 알고 그 유언서 정보증명서의 교부 또는 유언서의 열람을 청구할 것인가 하는 점이다. 일본은 이에 대비하여 세 가지 방법을 마련하고 있다.

첫째, 유언자는 유언서 보관신청서를 제출하면서 미리 자신이 사망하면 유언서 보관 사실을 통지받을 자를 지정해 놓을 수 있다. 이 경우 유언서 보관소는 법무국 호적 담당 부국과 연계하여 유언자 사망 사실이 확인된 때 유언자가 미리 통지 대상으로 지정해 놓은 자에게 유언서 보관소에 유언서가 보관되어 있다는 취지의 통지를 하여야 한다. 통지를 받은 자는 유언서 정보증명서의 교부 또는 유언서의 열람을 청구하여 유언의 내용을 확인할 수 있다.

둘째, 유언자는 유언서를 보관할 때 유언서 보관소로부터 받은 ‘유언서 보관증’⁶⁵⁾을 미리 상속인 기타 이해관계인 등에 맡겨 놓을 수 있다. 유언서 보관증에는 유언자의 성명, 출생연월일, 당해 유언서가 보관되어 있는 유언서 보관소의 명칭, 보관번호가 기재되어 있으므로, 상속인 기타 이해관계인은 이를 통해 손쉽게 유언서 관련 정보를 확인하고, 유언자 사망 후 유언서 정보증명서의 교부 또는 유언서의 열람을 청구할 수 있다.

셋째, 상속인 기타 이해관계인은 스스로 유언서 보관관에게 유언서 보관소에 자신과 관련된 유언서가 보관되어 있는지 여부를 확인한 후 유언서 정보증명서의 교부 또는 열람을 청구하여 보관된 유언서의 내용을 확인할 수 있다. 다만, 일본은 유언자의 사생활 보호를 위해 유언에 관해 이해관계 없는 사람에 의한 유언서 정보증명서의 교부 또는 열람 청구의 가능성을 최소화하고자 유언서 정보증명서 교부 또는 열람 청구의 전단계로서 ‘유언서 보관 사실증명서’ 교부 절차를 마련해 두고 있다. 즉, 자연인 또는 법인이라면 누구든지 유언자 사망 후 유언서 보관관에게 자신과 이해관계 있는 유언서, 즉 자신이 ‘관계상속인 등’으로 되는 유언서가 보관되어 있는지에 관해 ‘유언서 보관사실증명서’를 교부해 줄 것을 청구할 수 있다(법 제10조 제1항).⁶⁶⁾ 이때 ‘관계상속인 등’이란 다음의 각 사람을 의미한다.

○ 유언서 보관을 신청한 유언자의 상속인(법 제9조 제1항 제1호)

- 상속결격사유에 해당하는 자, 상속인 폐제 절차에 의해 상속으로부터 배제된 자, 상속포기자도 포함한다.

○ 상속인이 아닌 자로서 보관된 유언서에 기재되어 있는 이해관계인(법 제9조 제1항 제2호)

- 유언서에 기재된 수유자
- 유언에 의해 인지된 자녀(태아인 경우에는 그 어머니)
- 유언에 의한 폐제의 의사표시의 대상이 된 추정상속인
- 유언에 의한 폐제의 취소를 가정재판소에 청구한 추정상속인
- 피상속인의 지정에 따라 조상의 제사를 주재해야 할 자
- 공무원재해보상법 등에 의해 유족일시보상금을 받을 수 있는 유족 중 특히 지정된 자
- 신탁법상의 일정한 수익자

65) 유언서 보관증의 발급 등에 대해 자세히는 법무성령 제15조 내지 제17조 참조.

66) 이러한 제도의 취지에 대해 자세히는 오병철(2019), 114-115면.

- 보험법상의 일정한 보험수익자
- 정령에서 정한 자⁶⁷⁾
- 기타 보관된 유언서에 기재되어 있는 자(법 제9조 제1항 제3호)
 - 유언서에 기재된 유언집행자
 - 제3자가 미성년자에게 무상으로 증여한 재산에 대해 지정된 관리자
 - 유언으로 지정된 미성년후견인 또는 미성년후견감독인
 - 유언으로 공동상속인의 상속분 지정을 위탁받은 제3자
 - 유언으로 상속재산분할방법 지정을 위탁받은 제3자 또는 유언집행자 지정을 위탁받은 제3자
 - 저작권법상 등록의 지정을 받은 자
 - 신탁법상 일정한 수탁자, 신탁관리인, 신탁감독인 또는 수익자 대리인으로 될 자로 지정된 자
 - 기타 정령에서 정한 자⁶⁸⁾

유언서 보관사실증명서의 교부 청구는 법무성령으로 정하는 바에 따라 그 취지를 기재한 청구서에 법무성령으로 정하는 서류를 첨부하여 유언서 보관관에게 제출하는 방법에 의하여 하며(법 제10조 제2항에 의한 제9조 제4항의 준용), 당해 유언서를 실제로 보관하고 있는 유언서 보관소 외의 유언서 보관소의 유언서 보관관에게도 할 수 있다(법 제10조 제2항에 의한 제9조 제2항의 준용). 유언서 보관사실증명서에는 다음의 각 사항이 기록된다(법 제10조 제1항 및 법무성령 제45조).⁶⁹⁾

- 관계유언서의 보관 유무
- 유언서 보관 파일에 기록된 유언서에 기재된 작성 연월일
- 유언서가 보관되어 있는 유언서 보관소의 명칭 및 보관번호
- 청구인의 자격, 성명 또는 명칭 및 주소
- 유언자의 성명 및 출생연월일

위와 같은 유언서 보관사실증명서를 통해 유언서 보관소에 관련 유언서가 보관되어 있다는 사실을 확인한 ‘관계상속인 등’은 유언서 보관관에게 유언서 정보증명서의 교부를 청구할 수 있다(법 제9조 제1항). 유언자 생전의 교부 청구는 허용되지 않는다. 유언서 정보증명서의 교부 청구는 법무성령으로 정하는 바에 따라 그 취지를 기재한 청구서에 법무성령으로 정하는 서류를 첨부하여 유언서 보관관에게 제출하는 방법으로 하며(법 제9조 제4항), 당해 유언서를 실제로 보관하고 있는 유언서 보관소 외의 유언서 보관소의 유언서 보관관에게도 할 수 있다(법 제9조 제2항). 유언서 정보증명서에는 유언서 보관 파일에 기록되어 있는 다음의 각 사항이 기재된다(법 제9조).⁷⁰⁾

67) 정령 제7조 제1호 내지 제8호 및 법무성령 제47조 제1호 내지 제3호 참조.

68) 정령 제8조 제1호 및 제2호 참조.

69) 유언서 보관사실증명서의 견본은

https://www.moj.go.jp/MINJI/common_igonsyo/pdf/001318732.pdf 에서 확인할 수 있다(최종방문일자: 2021. 8. 31.).

70) 유언서 정보증명서의 견본은

- 유언서의 이미지 정보
- 유언서에 기재된 작성연월일
- 유언자의 성명, 출생연월일, 주소 및 본적(외국인의 경우에는 국적)
- 수유자의 성명 또는 명칭 및 주소
- 유언집행자의 성명 또는 명칭 및 주소
- 유언서 보관을 시작한 날짜
- 유언서가 보관되어 있는 유언서 보관소의 명칭 및 보관 번호

유언서 보관관이 유언서 정보증명서를 교부한 때에는 법무성령에서 정하는 바에 따라 신속하게 당해 관계 유언서를 보관하고 있는 취지를 유언자의 상속인 전원 및 해당 관계 유언서에 기재된 수유자와 유언집행자에게 통지하여야 한다(법 제9조 제5항 본문). 다만, 그 대상자들이 이미 알고 있는 때에는 그러하지 아니하다(법 제9조 제5항 단서).

유언서 정보증명서상의 이미지 정보를 넘어 유언서 보관소에 보관 중인 유언서의 원본 자체를 확인하기를 희망하는 ‘관계상속인 등’은 관계 유언서를 보관하는 유언서 보관소의 유언서 보관관에게 당해 관계 유언서의 열람을 청구할 수 있다(법 제9조 제3항). 유언자 생전에 이러한 청구를 하는 것은 허용되지 않으며, 당해 유언서를 실제로 보관하고 있지 않은 유언서 보관소에 열람을 청구하는 것도 허용되지 않는다. 다만, 유언서 원본 대신 전자적 방법에 의해 보관되고 있는 이미지를 모니터 등을 통해 확인하는 것은 해당 유언서 보관소 외의 전국 어느 유언서 보관소에서나 가능하다(정령 제9조 및 법무성령 제41조). 유언서 보관관이 관계유언서의 열람을 시킨 때에는 법무성령에서 정하는 바에 따라 신속하게 당해 관계 유언서를 보관하고 있는 취지를 유언자의 상속인 및 해당 관계 유언서에 기재된 수유자와 유언집행자에게 통지하여야 한다(법 제9조 제5항 본문). 다만, 그 대상자들이 이미 알고 있는 때에는 그러하지 아니하다(법 제9조 제5항 단서).

(9) 수수료

유언서 보관신청을 하는 자는 유언서의 보관 및 유언에 관한 정보의 관리에 관한 사무에, 유언서의 열람을 청구하는 사람은 유언서의 열람 및 이를 위한 체제의 정비에 관한 사무에, 유언서 정보증명서 또는 유언서 보관사실증명서의 교부를 청구하는 자는 유언서 정보증명서 또는 유언서 보관사실증명서의 교부 및 이를 위한 체제 정비에 관한 사무에 소요되는 각각의 실비를 고려하여 정령으로 정하는 수수료를 부담하여야 한다(법 제12조 제1항).⁷¹⁾ 수수료의 납부는 수입인지로 한다(법 제12조 제2항). 2021년 현재 수수료는 다음과 같다.⁷²⁾

https://www.moj.go.jp/MINJI/common_igonsyo/pdf/001318731.pdf 에서 확인할 수 있다(최종방문일자: 2021. 8. 31.).

71) 이를 위해 현재 「법무국에 의한 유언서의 보관 등에 관한 법률 관계 수수료령」이 제정되어 있다.

72) <https://www.moj.go.jp/MINJI/09.html> 참조(최종방문일자: 2021. 8. 31.).

- 유언서 보관: 유언서 한 통당 3,900엔
- 유언서 원본 열람: 1회당 1,700엔
- 유언서 모니터 열람: 1회당 1,400엔
- 유언서 보관사실증명서 교부: 1통당 800엔
- 유언서 정보증명서 교부: 1통당 1,400엔

4. 소결

이상에서 살펴본 바와 같이 독일과 일본은 여러 가지 쟁점에서 상이한 유언서 보관 제도를 두고 있다. 차이점을 위주로 정리하면 【표4】와 같다.

【표4】

	독일	일본
유언서 원본의 보관	법원	법무국
유언서 보관 관련 전자정보 보존	연방공증인협회	법무국
전자화된 유언서 보관	연방공증인협회(예정)	법무국
보관대상	유언, 상속계약 등 상속순위에 영향을 미치는 모든 서면	자필증서유언
보관신청	① 원본: 유언자(대리신청 가능) ② 전자정보: 공증인/법원	유언자 본인 출석 (대리신청 불가)
보관의 철회	가능. 단, 공정증서유언 보관 철회시 유언 철회로 간주	가능
보관기간	① 원본: 유언서 개봉절차시까지 ② 전자이미지: (예정)	① 원본: 사망일부터 50년 ② 전자이미지: 사망일부터 150년
유언자 사망시 처리	지방자치단체가 연방공증인협회에 사망 통보 → 연방공증인협회가 상속법원에 유언서 존재 통보 → 보관법원 또는 공증인이 상속법원으로 유언서 송부 → 상속법원이 개봉절차 진행하면서 이해관계인 통지	① [유언자의 사후통지 대상자 지정이 있었던 경우] 호적부가 법무국으로 사망 통보 → 법무국이 사후통지 지정대상자에게 유언서 존재 통보 → 이해관계인이 유언서 정보증명서 또는 유언서 열람 청구

		② [유언자의 사후통지 대상 자 지정이 없었던 경우] 이 해관계인의 유언서 보관사 실증명서 청구 → 이해관계 인의 유언서 정보증명서 또 는 유언서 열람 청구 → 법 무국이 다른 이해관계인들 에게 통지
--	--	--

제3절 도입방안

1. 보관의 개시

제2장 제2절에서 살펴본 바와 같이 독일은 자필증서유언·공정증서유언·상속계약 기타 상속순위에 영향을 미칠 수 있는 모든 종류의 사인처분에 대해 법원에 의한 보관제도를 마련해 놓고, 특히 공정증서에 의해 작성된 사인처분에 대해서는 그 보관을 강제하며, 지방자치단체 및 상속법원과의 연계를 통해 유언자 사망시 사인처분의 존재가 지체 없이 상속법원에 알려질 수 있도록 하고 있다. 이는 사인처분 미발견의 위험을 최소화하며, 사인처분의 유형과 무관하게 통일적으로 유언자의 의사실현을 확보한다는 점에서 매우 중요한 의미가 있다. 하지만 우리나라에서 이 정도까지 강력한 유언서 보관제도가 필요한지는 의문이다. 유언 또는 상속계약에 의한 상속인 지정이 가능한 독일에서는 사인처분의 존재에 따라 상속인의 범위 자체가 좌우되므로, 상속개시시 사인처분의 존재 여부를 확인하는 것이 필수적이다. 그것이 확인되지 않은 상태에서는 상속등기, 상속채무의 청산을 비롯한 상속재산 관련 절차의 개시 자체가 불가능하기 때문이다.

반면 우리나라에서는 유언에 의한 상속인 지정이나 상속분 지정이 허용되지 않으므로, 이러한 문제가 발생하지 않는다. 물론 유언자의 의사실현을 위해서는 유언서 미발견의 가능성을 최소화하는 것이 바람직하나, 우리 상속법제 하에서는 그것을 넘어서 독일과 같이 유언서 발견과 개봉을 위한 의무까지 국가 기타 공적 기관에 전적으로 부담시킬만한 공익이 충분하지 않다. 그렇다면 국가 자원의 효율적 배분이라는 측면에서 유언서의 발견과 보존에 관한 이익과 위험을 공적 영역과 사적 영역에 적절히 분배하는 편이 나을 것이다. 유언이 발견되어 그 의사가 실현되기를 희망하는 유언자는 스스로 생전에 미리 주변에 유언서의 존재 사실을 알리면 된다. 유언서가 늦게 발견됨으로써 발생하는 법적 불안정을 피하고자 하는 상속인은 상속재산 분할 전에 미리 유언서의 존재 여부를 확인하면 된다. 유언서에 따라 권리를 실현하고자 하는 수증자는 그 권리를 주장하기 앞서 스스로 유언서의 내용을 확인하면 된다. 국가가 해야 하는 역할은 유언서의 발견과 확인·실현을 원하는 유언자와 상속인, 수증자의 이익이 제대로 실현되고, 유언을 둘러싼 법적 분쟁이 최소화될 수 있도록 유언의 존재를 확보하고 그 내용을 보존할 수 있는 법적 제도를 마련하는 것까지이다. 따라서 유언자가 스스로 희망한 경우 또는 상속인 기타 이해관계인의 신청이 있는 경우에 유언서 확인이 가능하도록 제도를 구비하는 것으로 충분하다.

또한 독일식의 보관제도는 자필증서유언과 관련하여 심각한 흠결이 있다. 공정증서유언을 작성한 공증인이 직접 법원에 공정증서유언의 보관을 신청하도록 하고 있는 것과 달리 자필증서유언에 관해서는 유언자에 의한 보관신청뿐만 아니라 대리신청도 널리 허용하고, 보관자의 신원을 확인하는 절차도 마련되어 있지 않아, 그 유언서의 위조·변조 등을 방지할 방법이 없다는 점은 독일 내에서도 이미 지적되고 있는 바이다. 자필증서유언보다 공정증서유언 및 상속계약의 이용 건수가 압도적으로 높은 독일에서는 사소한 문제일 수 있으나, 자필

증서유언의 이용률이 높은 국내의 상황에서는 일본식의 자필증서유언 보관제도가 훨씬 매력적으로 보인다. 일본은 자필증서유언 보관에 앞서 보관을 신청한 사람이 유언자 본인인지 여부를 확인하는 한편, 보관을 위해 봉하지 않은 자필증서유언의 제출을 요구함으로써 유언서의 위·변조 가능성을 봉쇄하고 있으므로, 유언자 사후에 유언의 효력을 둘러싼 분쟁을 최소화할 수 있다는 장점이 있다. 이러한 방식을 택하면 유언서 보관 신청시 유언자의 의사능력에 대한 심사를 병행하는 것도 가능하며, 이로써 유언서 검인 절차를 갈음할 수 있다는 장점도 있다.⁷³⁾ 따라서 이하에서는 유언자의 신청이 있는 경우에 한하여 유언서의 진위 및 방식준수, 유언자의 의사능력에 대한 형식적 심사를 거쳐 유언서를 보관하는 것을 전제로 구체적인 도입방안을 검토해 보고자 한다.

2. 보관 방법

유언서를 보존하는 방법은 크게 세 가지로 나누어 볼 수 있다. ① 공적 기관이 유언서 원본 자체를 보관하면서 보관 중인 유언서와 관련된 정보를 관리하는 방법, ② 유언서 원본의 보관은 기존과 같이 사적 영역에 일임하면서 공적 기관은 유언서가 보관된 장소에 관한 정보만을 관리하는 방법, ③ 유언서 원본의 보관은 기존과 같이 사적 영역에 일임하면서 공적 기관은 유언서를 전자화한 이미지 파일과 유언서가 보관된 장소에 관한 정보를 관리하는 방법이 그것이다.

①의 방법은 유언서 원본의 존재와 내용을 가장 강력하게 보존하면서도 유언자 생전에 이해관계인들에게 그 내용을 비밀로 유지할 수 있다는 장점이 있지만, 보관비용이 많이 들고, 유언자 자신도 유언서 원본을 가지고 있지 않아 그 내용의 확인이나 파기 등이 쉽지 않다는 단점이 있다. ②의 방법은 보관비용을 최소화하면서도 유언자 사망 후 유언서의 존재와 그 보관장소를 확인할 수 있다는 장점이 있지만, 원본 자체가 분실·멸실되거나 위조·변조될 위험을 봉쇄할 수 없어 그 내용의 보존이 불가능하다는 단점이 있다. ③의 방법은 전자적 방법에 의해 유언서의 존재와 내용을 보존하므로 원본 자체를 보관하는 경우에 비해 비용이 적게 들고, 원본이 분실·멸실·위조·변조된 경우 등에도 유언서의 내용을 확인할 수 있으며, 정보의 통합관리를 통해 전국 어디에서나 손쉽게 상속인·수증자 기타 이해관계인이 자신과 관련된 유언서의 존재를 확인할 수 있다는 장점이 있으나, 유언서 원본 자체는 여전히 사적 영역에서 보관되고 있으므로 유언의 비밀이 지켜지지 않는다는 점, 유언서 이미지 파일 보관 후 유언의 철회 등을 둘러싼 분쟁이 발생할 수 있다는 점 등에서 한계가 있다. 이중 어떠한 방법으로 유언서 보관제도를 설계할 것인지는 정책적 고려 요소에 따라 달라질 수 있을 것이다.

판단컨대 분실·멸실·은닉·파기 등의 위험이 큰 자필증서유언 및 비밀증서유언의 경우에는 유언서의 원본 자체를 보관할 수 있는 제도를 마련할 필요가 있다. 유언서 원본이 멸실 또는 분실되어 확인이 불가능한 상황에서 전자화한 이미지 파일의 보관을 통해 유언자 사후

73) 우리나라에서도 본인 확인 절차를 거쳐 보관된 자필증서유언에 대해 검인절차를 면제해줄 필요가 있다는 견해로 오병철(2019), 125-126, 134면 참조.

에 유언서의 내용만 확인 가능하다면, 오히려 유언에 의해 이익을 받는 자와 불이익을 받는 자 간에 그것이 유언자 자신에 의해 철회의 의사로써 파기된 것인지, 유언자의 의사실현을 원하지 않는 이해관계인에 의해 무단파기된 것인지, 단순히 멸실 또는 분실된 것인지 등에 관해 분쟁을 격화시키는 결과로 이어질 우려가 있다. 비밀증서유언의 경우에는 엄봉날인된 상태이므로 그 내용을 전자화한 이미지 파일을 생성하는 것 자체가 불가능하기도 하다. 다만, 유언서의 원본을 단순히 보관하는 것에 그친다면 유언자나 이해관계인이 유언서의 내용을 확인하기 위해 일일이 유언서가 보관되어 있는 장소를 방문해야 하는 불편함이 있고, 한 명의 유언자가 작성한 여러 개의 유언서가 존재하는 경우에 그 유언의 선후나 저촉관계 등을 확인하기도 쉽지 않다. 따라서 유언서 원본을 보관하면서도 그 유언서의 보관과 관련된 정보 및 전자화한 이미지 파일을 함께 전산망에 등록하여 전자적 방법에 의한 열람과 통합 검색이 가능하도록 하되, 일정 기간이 지난 후에는 원본을 폐기하고 보관 관련 정보 및 전자화된 이미지 파일만을 보관하는 방법을 함께 병행할 필요가 있을 것이다.⁷⁴⁾ 원본 보관 신청 당시 공적 기관에 의해 유언자의 신원 및 유언의 형식에 대한 심사가 이루어졌다면 검인 절차에 준해 이미 유언의 진정성이 확보된 상황이므로, 원본이 폐기되더라도 당사자들 사이에 유언서의 진위와 효력을 둘러싼 분쟁이 발생할 가능성도 없다.⁷⁵⁾

문제는 유언서 원본의 보존기간을 몇 년으로 정할 것인가 하는 점인데, 현재로서는 공정증서유언의 보존기간에 준하여 장부에 최종 기재를 한 다음 해부터 20년간을 원칙으로 하는 것이 체계정합적이다. 유언자의 사망시까지 유언서의 보관을 보장하고 있는 외국의 입법례에 비추어 다소 짧은 것은 사실이나, 의학 기술의 발전으로 평균수명이 연장된 결과 유언자 사망시까지 원본을 무제한적으로 보관하도록 하면 유언서 보관기간이 장기화되면서 그 보관 비용도 기하급수적으로 증가할 우려가 있다는 점, 어차피 전자화된 이미지 파일이 안전하게 보관되어 있다면 원본 자체를 보관해야 할 실익이 크지 않다는 점, 원본이 보다 오랫동안 보관되기를 원하는 유언자는 보존기간 만료 후 새롭게 보관을 신청할 수 있다는 점, 유언자 자신의 입장에서 유언서 보관시로부터 20년이 도과한 후에는 그 유언의 내용이 현재의 재산상태 및 가족관계에 비추어 자신의 최종 의사에 부합하는지에 대해 점검해 볼 필요가 있다는 점 등을 고려할 필요가 있다. 외국에서도 유언자의 사망 사실을 확인할 수 없는 경우에 대비하여 일정 기간 도과 후 유언서 원본 폐기가 가능하도록 절차를 마련해 놓고 있다. 반면 유언서 보관에 관한 정보 및 전자화된 이미지 파일은 상대적으로 관리비용이 적게 드는 전산망을 통해 보존되므로, 보존기간을 보다 장기(가령 100년)로 규정하더라도 무방할 것이다.⁷⁶⁾ 비밀증서유언의 경우에는 엄봉날인으로 인해 그 유언서 내용 자체를 전자화된 이미지 파일로 보관할 수 없어 문제이나, 유언서 보관 신청 당시 유언자에게 20년의 기간이 도과한 후에는 그것이 폐기되고, 전자화된 이미지 파일도 보관되지 않는다는 점에 대해 충분

74) 유언 관련 정보 및 유언서의 이미지 파일을 모두 데이터베이스 형태로 보관할 필요가 있다는 견해로 오병철(2019), 124-125면 참조.

75) 이와 달리 상속인이 존재하지 않는 경우 또는 상속인이 유언서의 수령을 명시적으로 거부하는 경우가 아닌 한 유언서 보관소가 이를 임의로 폐기할 수 없도록 해야 한다는 견해로 오병철(2019), 124, 127, 135-136면 참조.

76) 이와 달리 유언서의 이미지 파일은 영구 저장해야 한다는 견해로 오병철(2019), 124, 136면 참조.

한 설명을 제공하는 수밖에 없다.⁷⁷⁾

한편 공정증서유언의 경우에는 이미 공증인법에 따라 20년간의 원본 보존이 담보되고 있으므로, 유언서의 원본 자체를 보관하기 위한 별도의 제도는 필요하지 않다. 다만, 상속인 기타 이해관계인 등이 공정증서유언의 존재를 확인하고 싶어도 어느 공증사무소에 보관되어 있는지 알 수 없어 그 정보의 확인이 필요한 경우 또는 여러 개의 공정증서유언과 자필증서유언이 존재하고 있어 그 선후 및 내용의 저축 등을 확인할 필요가 있는 경우 등에 대비하여 공정증서유언의 보관장소 등에 관한 정보를 전자적 방법에 의해 통합관리하는 방향으로 제도를 정비할 필요가 있다. 장기적으로는 자필증서유언 및 비밀증서유언의 경우와 마찬가지로 보존기간 도과 후에라도 공정증서유언의 내용 확인이 필요한 경우에 대비하여 공정증서유언을 전자적 방법에 의해 이미지 파일로 전환하여 보다 장기간 보존하는 방법을 병행하는 것이 바람직하다.

3. 보관기관

문제는 유언서 원본 또는 유언서를 전자화한 이미지 파일 기타 유언서 보관 관련 정보를 어느 기관에서 보존하도록 할 것인가 하는 점이다. 우리나라에서는 아직까지 법원에서 유언을 보관할 수 있도록 법적 제도를 정비해야 한다는 견해만이 관찰될 뿐이다.⁷⁸⁾ 이러한 견해는 모두 독일에서 자필증서유언을 구법원이 보관하도록 규정하고 있는 것에 착안한 것으로 보인다.⁷⁹⁾ 하지만 독일식의 법원에 의한 유언 보관제도를 우리나라에 도입하는 것이 적절한지는 의문이다. 독일이 유언서를 법원에 보관하도록 하는 것은 유언자가 사망한 경우에 신분등록공무원이 직접 그 사망 사실을 법원에 통보하면 그에 따라 상속법원이 그 유언서에 대한 개봉 절차를 직권으로 진행해 온 그 나라 고유의 상속제도와 밀접한 관련이 있다. 하지만 우리나라는 유언에 의한 상속인 지정이 허용되지 않아 이와 같은 직권에 의한 유언서 개봉 절차를 전제로 한 제도 설계를 필요로 하지 않는다.

일부 견해는 일본이 자필증서유언의 보관 주체를 법무성 법무국에서 담당하도록 하고 있는 이유는 일본에서 가족관계등록업무를 법무성 법무국에서 담당하고 있는 것과 관련이 있다고 서술하면서 우리나라에서도 가족관계등록 업무를 담당하는 법원에서 유언서 보관 업무를 담당할 필요가 있다고 주장한다.⁸⁰⁾ 하지만 일본에서 법무성 법무국이 그 업무를 담당하게 된 것이 호적업무의 수행과 직접적인 관련이 있는지는 분명하지 않다. 일본 상속법 개정 작업 당시 일본 법무성 법제심의회 민법(상속관계) 부회는 유언서 보관 업무를 담당하게 될 공적기관을 결정함에 있어서는 보관시설의 정비 등의 필요성, 이사시 국민의 편리성 및 프라이

77) 마찬가지로 비밀증서유언의 경우에는 전자화문서로의 전환이 불가능하고, 필요하지도 않다는 점을 지적하고 있는 문헌으로 오병철(2019), 130면.

78) 김영희(2006), 125-126면; 오병철(2014), 22-24면; 오병철(2019), 127-128면.

79) 가령 김영희(2006), 125-126면; 오병철(2014), 22-24면은 모두 유언서 보관제도의 도입을 주장하면서 독일 민법 제2248조를 소개하고 있다. 다만, 오병철(2019), 108-145면은 일본의 자필증서유언 보관 제도를 상세히 소개하면서도 독일과 같이 법원에서 보관제도를 운영할 것을 제안한다는 점에서 특수성이 있다.

80) 오병철(2019), 127-129면.

버시 보호의 중요성 등을 고려하여 전국적으로 통일적인 대응을 하는 것이 가능한 기관을 선정할 필요가 있다는 점을 지적하면서 후보 법무성 법무국, 일본공증인협회, 기초지방자치단체 등을 염두에 두고 검토한 결과 기초지방자치단체는 담당자가 지역 주민의 얼굴을 알고 있어 비밀유지가 어렵고, 유언서 보관 개시 후 이사하는 경우에 대응이 곤란하다는 점, 보관시설의 정비에는 그에 상응하는 예산 조치가 필요하다는 점 등을 종합적으로 고려하여 최종적으로 법무성 법무국이 그 역할을 담당하는 것으로 결정하였다.⁸¹⁾

다만, 일본에서는 자필증서유언 보관제도 도입 후 보관자가 유언자의 사망을 알 수 없어 여전히 자필증서유언이 사장될 우려가 있다는 점을 지적하면서 호적에 관한 데이터에 대해 지방자치단체의 호적 창구와 법무국을 온라인으로 연결할 필요가 있다는 지적이 있었고,⁸²⁾ 이 점을 반영하여 현재 일본 유언서 보관소는 유언자가 미리 유언서 보관 사실 통지 대상자를 지정해 놓은 경우에 법무국 호적 담당 부국과 연계하여 유언자 사망 사실을 확인한 후 통지대상자에게 유언서 보관 취지를 통지하고 있다. 이러한 점에서 가족관계등록업무를 담당하는 기관과 업무협조가 원활하게 이루어질 수 있는 기관이 유언서 보관을 담당하도록 하는 것은 나름의 중요한 의미가 있다.⁸³⁾ 하지만 가족관계등록 사무의 처리가 신고지 시·읍·면의 장에게 전적으로 맡겨져 있고, 법률의 규정이 있는 경우에만 그 사망신고에 관한 전산정보자료를 제공할 수 있도록 되어 있는 우리 가족관계등록 제도의 특성상 법원이 유언서 보관 업무를 담당하더라도 별도의 법적 근거가 없는 이상 유언자 사망 사실 확인과 관련하여 특별한 이점이 없다(「가족관계의 등록 등에 관한 법률」 제4조 및 제11조 제6항 참조). 1.에서 이미 서술한 바와 같이 과연 유언서 보관기관이 적극적으로 미리 유언자 사망 사실을 확인하여 상속인 기타 이해관계인에게 유언서 보관 사실을 통지할 만한 공익이 있는지도 의문이다.

그렇다면 유언서 보관 업무를 담당할 기관은 가족관계등록사무와 무관하게 보관시설의 정비와 예산의 투입 가능성, 국민의 접근성과 편리성, 사생활 보호의 관점 등을 종합적으로 고려하여 정책적으로 결정하여야 할 것이다. 그리고 현재 우리나라의 상황에 비추어 볼 때 유언서 보관 업무는 공증인이 그 업무를 담당하도록 하는 것이 가장 효과적이다. 그 이유는 다음과 같다. 첫째, 공증인법에 따라 서류의 보존을 위한 법적 근거와 보존을 위한 관련 설비 등이 이미 완비되어 있으므로, 최소한의 법개정과 예산 투입으로 유언서 보관제도를 실현할 수 있다. 특히 2009년 공증인법 개정에 따라 대한공증인협회가 공증인을 대신하여 그 서류의 원본을 보관할 수 있도록 하는 통합보관시설 제도가 마련되어 있으므로(공증인법 제

81) 日本 法務省 法制審議會 民法(相続関係)部会 第13回 會議(平成28年 6月 21日) 部會資料 13, 13-14頁; 日本 法務省 法制審議會, 民法(相続関係)等の改正に關する中間試案の補足説明, 44-45頁 참조. 部會資料 13은 <http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi04900288.html>에서, 補足説明은 <http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi04900291.html>에서 각 확인할 수 있다(최종방문: 2021. 8. 31.).

82) 구보타 아쓰미(2019), 133면 참조.

83) 우리나라에도 보관기관이 유언자의 사망을 인지한 후 유언의 존재를 이해관계인에게 능동적으로 통지하는 제도 및 유언자가 스스로 자기 사망 후 특정인에게 유언 보관 사실을 고지해줄 것을 유언서 보관시에 명시하는 제도를 도입할 필요가 있다는 견해로 오병철(2019), 123-124, 127, 132-133면 참조.

77조의9 제1항), 자필증서유언 등의 보관 건수가 증가하더라도 각 공증인 사무소에서 보관 시설의 신규 마련을 위해 추가로 예산을 투입할 필요가 없다. 공증인이 보존하는 서류를 전 산정보처리조직에 의해 보존하고, 열람하도록 하기 위한 관련 규정도 이미 정비되어 있는 상황이다(공증인법 제24조 제2항 및 「공증 서류의 보존에 관한 규칙」 제3조의2).

둘째, 공증인은 촉탁인의 신원 확인 및 유언공증 업무에 이미 숙달되어 있어 자필증서유언이나 비밀증서유언 보관 신청시 유언서의 진정성 및 방식 준수 여부 등을 확인하는 업무를 담당하기에 적합하다. 공증인의 법적 지위와 신뢰성에 기초한 공증인의 신원 확인 절차를 통해 보관된 유언서의 증명력을 제고하고, 그 집행 가능성을 확보하는 데 도움이 된다. 물론 보관된 유언서의 진위를 둘러싼 분쟁을 방지할 수 있는 가장 효과적인 방법은 법원에서 직접 검인 내지 신원확인절차를 거쳐 유언서를 보관하는 것이다. 하지만 유언은 종의처분으로서의 성격을 가지고 있으므로, 늘 철회 가능성이 상존한다. 이와 같이 자유로운 철회가 가능한 상황에서 법원이 효력 발생 여부가 불분명한 유언에 대해 보관 신청이 있었다는 이유로 매번 개입하여 조사 및 확인 업무를 진행하는 것은 공적 자원의 지나친 낭비로 이어진다.

셋째, 2021년 현재 전국에 임명공증인 85명과 인가공증인 245개소가 골고루 분포되어 있어 국민이 접근하기 쉽고, 이용이 편리하다. 또한 이미 공증인이 공정증서유언의 작성과 보존 업무를 담당하고 있으므로, 그로 하여금 자필증서유언과 비밀증서유언에 관한 보존 업무도 함께 담당할 경우 그 정보의 연계를 통해 유언의 선후와 저축 가능성 등을 일괄적으로 확인할 수 있어 효율적인 유언 집행이 가능하다. 기존에 이미 작성되어 보관 중인 공정증서유언에 대한 전자문서화 작업이 병행된다면 그 효과는 더욱 배가될 것이다. 이와 같이 공증인에 자필증서유언이나 비밀증서유언의 보관 업무를 맡기는 경우에 일본의 경우와 같이 관할 규정을 두어 유언자와 인적 또는 물적으로 관련이 있는 직무집행구역 내의 공증사무소에만 보관이 가능하도록 할 것인지가 문제될 수 있으나, 유언서 보관제도의 취지 및 전자적 방법에 의한 열람 가능성 등을 고려할 때 굳이 관할을 한정할 필요는 없을 것이다.⁸⁴⁾ 독일의 태도도 이와 같다.

4. 보관된 유언서의 열람과 반환

유언은 유언자가 원하는 경우에 언제든지 열람하여 그 내용을 확인하고, 보관신청을 철회할 수 있도록 해야 한다. 유언자 생전에 유언자 외의 제3자가 그 열람을 청구하는 것은 허용될 수 없다. 유언의 비밀을 보장함으로써 유언의 내용을 지득한 제3자의 회유와 압박으로부터 유언자를 보호할 필요가 있기 때문이다. 유언자 사망 후에는 상속인, 수증자, 유언집행자, 유언에 의한 미성년후견인과 미성년후견감독인, 유언에 의해 상속재산분할방법의 지정 또는 유언집행자의 지정을 위탁받은 자, 유언에 의한 수탁자·수익자 기타 이해관계인도 보관 중인 유언서의 열람 및 정본 또는 등·초본의 발급 신청이 가능하도록 할 필요가 있다.

84) 오병철(2019), 121-122, 126면도 같은 취지이다.

전자적 방법에 의한 열람이 가능하도록 할 필요가 있음은 물론이다. 일부 견해는 상속인, 수증자 등 이해관계인이 유언의 존재에 관해 확인 및 증명할 수 있도록 유언서 보관증명서 제도를 도입할 필요가 있다고 주장하나,⁸⁵⁾ 공증인이 유언서를 보관하는 것을 전제로 한다면 현행 공증인법상 관련 조문을 준용하는 것으로 충분하다. 일본과 같이 관련 유언서가 보관되어 있지 않다는 취지의 유언서 보관사실증명서 발급 제도를 신설할 필요가 있는지가 문제될 수 있으나, 현재 우리 상속등기 및 상속채권 청산 관련 실무 관행상 이러한 제도까지는 필요하지 않을 것으로 사료된다.

85) 오병철(2019), 125, 126면. 단, 위 견해는 일본의 유언서 보관사실증명서와 유언서 정보증명서 제도를 일원화하여 단일한 형태의 유언서 보관증명서 제도를 도입할 것을 주장한다.

제3장 사인증여

제1절 현황

1. 사인증여의 방식

사인증여는 증여자가 생전에 체결해 놓은 증여계약의 일종이기는 하지만, 그 효과가 증여자가 사망 후에 비로소 발생하는 사인행위로서의 성격을 갖고 있다. 따라서 사인증여에 관해서는 유증에 관한 규정이 준용된다(「민법」 제562조). 하지만 이때 유증에 관한 조문에 유언의 방식에 관한 조문이 포함되는지에 대해서는 논란이 있다.

가. 부정설

종래의 통설은 유언의 방식에 관한 규정은 사인증여에 적용되지 않는다고 보았다(이른바 ‘부정설’).⁸⁶⁾ 사인증여와 유증은 사인행위라는 법률행위의 효과에 있어 유사성이 있을 뿐이므로, 성립요건에 관한 규정까지 사인증여에 준용된다고 볼 여지는 없다는 점, 사인증여는 계약으로서의 성격을 가지고 있으므로, 상대방 없는 단독행위인 유언과 달리 방식주의에 의해 성립의 진정성을 확보할 필요가 없다는 점 등이 근거로 제시되고 있다.

나. 긍정설

최근에는 유언의 방식에 관한 조문을 사인증여에 준용해야 한다는 견해(이른바 ‘긍정설’)가 점차 증가하고 있다.⁸⁷⁾ 유언에 방식의 준수를 요구하는 목적은 사후의 분쟁을 방지하는 데 있는바, 사인증여의 경우에도 사후 분쟁 방지의 필요성이 있는 이상 방식주의가 동일하게 적용된다고 보아야 한다는 점, 현행 민법은 유언자의 진의 확보를 위해 엄격한 방식을 요구하고 있는데, 무방식의 사인증여를 허용한다면 사인증여의 법리를 통해 손쉽게 유언의 방식주의를 잠탈할 우려가 있다는 점, 무방식의 사인증여 계약을 허용하는 것은 상속계약 제도를 도입하지 않은 입법자의 의도에 반한다는 점 등을 근거로 제시한다. 특히 피상속

86) 고상현, “사인증여에 관한 논고”, 민사법학 제48호(2010), 377-380면; 김용한(2003), 403면; 김주수·김상용(2018), 819면; 박동섭(2013), 744면; 박병호(1999), 445면; 박정기·김연(2013), 469면; 신영호·김상훈(2018), 456면; 오시영, 737면; 윤진수(2018), 531면; 이경희(2017), 567면; 이진기, “유증제도의 새로운 이해 -포괄유증과 특정유증의 효력에 관한 의문을 계기로-”, 가족법연구 제30권 1호(2016), 221면; 임채웅, “유증의 연구”, 홍익법학 제11권 3호(2010), 162면; 정광현, 친족상속법요론(수정증보4판), 법문사, 1961, 432면; 조승현(2014), 457면; 최병조, “사인증여의 개념과 법적 성질”, 민사판례연구 제29권(2007), 847-851면; 한복룡(2012), 332면; 한봉희·백승흠(2013), 616면; 한정화, “사인증여계약공정증서 -유언공정증서와의 비교검토를 중심으로-”, 공증과 신뢰 통권 제6호(2013), 100-101면.

87) 권순한, “사인증여와 유증의 관계”, 연세법학연구 제4권(1997), 250-256면; 김상훈, “증여계약서와 사실실험공증에 의한 유언제도의 형해화”, 가족법연구 제27권 2호(2013), 123-135면; 김형석, “사인증여”, 민사법학 제91호(2020), 135-140면.

인과 수증자 사이에 신뢰관계가 존재하고, 피상속인이 사망에 임박해 있음이 객관적으로 분명한 상태에서 어떠한 중립적인 조어도 받지 못한 채 피상속인의 재산 전부 또는 이에 준하는 중요 재산을 다른 추정상속인들 모르게 특정의 추정상속인에게만 증여하는 등 불공정하고 부자연스러운 처분행위를 한 경우라면 아무리 사인증여라도 유언의 방식을 따르도록 할 필요가 있다고 한다.

다. 판례

판례는 부정설의 입장을 취하고 있다. 가령 대법원 1996. 4. 12. 선고 94다37714 등 판결은 포괄적 사인증여 계약의 효력이 문제되었던 사건에서 “민법 제562조는 사인증여에 관하여는 유증에 관한 규정을 준용하도록 규정하고 있지만 유증의 방식에 관한 민법 제1065조 내지 제1072조는 그것이 단독행위임을 전제로 하는 것이어서 계약인 사인증여에는 적용되지 아니한다고 보아야 할 것” 이므로 유언의 방식을 갖추지 않은 경우라도 포괄적 사인증여 계약 자체는 유효하며, 다만 포괄적 사인증여를 받은 원고들에게 포괄적 유증에 관한 민법 제1078조가 적용되는 것은 아니므로, 원고들은 상속인과 같은 지위에서 피상속인의 매도인에 대한 소유권이전등기청구권을 포괄적으로 승계하는 것이 아니라, 그 청구권을 원고에게 이 전해줄 것을 청구할 수 있는 채권을 취득할 뿐이라고 하였다. “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 될 것” 이므로 민법 제1078조는 사인증여의 성질상 포괄적 사인증여에 준용될 수 없다는 것이다. 포괄적 사인증여를 허용하는 것은 우리 민법이 예정하고 있지 않았던 ‘상속계약에 의한 상속인 지정’을 허용하는 것과 같은 결과로 이어질 수 있다는 점에서 위 94다37714 등 판결의 결론에는 찬성할 수 있으나, 논거에는 의문스러운 점이 없지 않다. 우리 민법은 포괄적 사인증여를 인정하면 포괄적 유증을 요식행위로 규정한 조항이 무의미해진다는 결론은 사인증여에 관해 방식주의가 적용되지 않는다는 판결의 전제와 모순되기 때문이다.

대법원 2001. 9. 14. 선고 2000다66430 등 판결 역시 망인이 상속인 중 일부만 있는 자리에서 망인 소유의 금전 및 부동산을 배분하는 방법에 관해 의사를 표시하였고, 그 후 상속인들 사이에 망인의 재산분배를 둘러싼 다툼이 발생하자 다시 망인이 자기 소유의 금전 및 부동산을 사후에 배분하는 방법에 관해 변경된 의사를 표시하였으며, 이를 상속인 중 일부가 받아적고 다른 상속인들과 상의하여 최종 서면을 작성한 후 날인하였다면 이는 단독행위가 아니라 사인증여에 해당하는데, “유증의 방식에 관한 민법 제1065조 내지 제1072조는 그것이 단독행위임을 전제로 하는 것이어서 계약인 사인증여에는 적용되지 아니한다고 보아야 할 것” 이므로, 위 사인증여 계약은 유언의 방식을 갖추지 아니하였더라도 유효하다고 판시한 바 있다.

2. 사인증여의 철회

사인증여에 유언의 철회에 관한 민법 제1108조 내지 제1110조의 조문이 준용되는지에 대해서는 다양한 견해의 대립이 있다.

가. 부정설

현재 다수설은 사인증여에 대해서는 철회의 자유가 보장되지 않는다고 한다(이른바 ‘부정설’).⁸⁸⁾ 사인증여는 계약의 일종으로서 구속력이 있으므로, 상대방 없는 단독행위인 유언과 달리 이를 함부로 철회할 수 없다는 것이다. 다만, 부정설은 다시 ① 사인증여 후 이에 저촉되는 유증이 있었던 경우에는 유언의 법정철회에 관한 규정이 적용되어 사인증여가 효력을 잃을 수 있다는 견해⁸⁹⁾와 ② 이 경우에도 사인증여의 효력이 유지된다는 견해⁹⁰⁾로 나누어진다.

다만, 사인증여도 증여계약의 일종인 만큼 현행법상 다음의 각 경우에 해제가 가능함은 물론이다.⁹¹⁾ 첫째, 증여의 의사가 서면으로 표시되지 않은 경우 각 당사자는 언제든지 이를 해제할 수 있다(민법 제555조), 둘째, 수증자가 증여자 또는 그 배우자나 직계혈족에 대한 범죄행위를 한 경우나 증여자에 대한 부양의무가 있으면서 이를 이행하지 않은 경우에 증여자는 이를 해제할 수 있다(민법 제556조 제1항). 다만, 해제원인 있음을 안 날부터 6월을 경과하거나 증여자가 수증자에 대해 용서의 의사를 표시한 경우에는 더 이상 해제할 수 없다(민법 제556조 제2항). 셋째, 증여계약 후에 증여자의 재산상태가 현저히 변경되고 그 이행으로 인하여 생계에 중대한 영향을 미칠 경우 증여자는 이를 해제할 수 있다(민법 제557조).

나. 긍정설

사인증여는 일반적인 생전증여와 달리 철회의 자유가 보장되어야 하므로, 유언의 철회에 관한 민법 제1108조 내지 제1110조의 조문이 준용되어야 한다는 견해도 있다(이른바 ‘긍정설’).⁹²⁾ 사인증여는 종의처분으로서의 성격을 가지고 있으므로 증여자의 최종의 의사를 존

88) 구연창, “사인증여”, 고시계 제390호(1989), 121면; 권순한(1997), 260면; 김주수·김상용(2018), 819면; 김영희, “자필증서유언에 있어서 날인의 의미와 방식흡결로 무효인 유언의 사인증여로의 전환”, 중앙법학 제9권 4호(2007), 94-95면; 박정기·김연(2013), 469면; 신영호·김상훈(2018), 456면; 양형우, “사인증여에 의한 등기”, 홍익법학 제13권 1호(2012), 416면; 윤철홍, “사인증여에 관한 소고”, 김병대 교수 화갑기념논문집(1998), 224면; 이진기(2016), 221면; 최금숙, “사인증여에 관한 고찰” 법학논집 제9권 제1호(2004), 89면; 한봉희·백승흠(2013), 616면; 한정화(2013), 113-114면.

89) 한봉희·백승흠(2013), 616면.

90) 구연창(1989), 124면; 권순한(1997), 260-261면; 김영희(2007), 95면; 윤철홍(1998), 227면.

91) 구연창(1989), 121면; 김영희(2007), 95면; 윤철홍(1998), 224면; 최금숙(2004), 89면; 한정화(2013), 114면.

92) 고상현(2010), 380-382면; 광윤직(2004), 248면; 김용한(2003), 403면; 김형석(2020), 140-142면; 박동섭(2013), 737면; 이경희(2017), 567면; 정광현(1961), 432면; 최병조(2007), 838-843, 864-865면.

중할 필요가 있다는 점, 연혁적으로도 사인증여의 철회를 인정해 왔다는 점, 상속계약을 인정하지 않은 입법자의 의도상 철회 불가능한 사인증여 계약도 인정할 수 없다는 점, 사인증여는 무상처분이므로 수증자의 신뢰를 보호할 가치도 크지 않다는 점 등을 근거로 제시한다. 긍정설은 다시 철회의 자유를 절대적으로 보장하는 견해,⁹³⁾ 수증자의 신뢰를 보호하기 위해 철회권을 일부 제한할 필요가 있다는 견해,⁹⁴⁾ 당사자들이 스스로 철회권 포기의 특약을 하는 것은 가능하다는 견해,⁹⁵⁾ 철회의 방식에 관한 민법 제1108조 제1항은 사인증여에 적용되지 않는다는 견해⁹⁶⁾로 나누어 볼 수 있다.

다. 판례

사인증여 계약 체결 후 증여자가 이를 철회할 수 있는지에 대해서는 아직 판례가 존재하지 않는다.

라. 사건

현행 민법이 유증과 구별하여 사인증여에 관한 명문의 규정을 마련한 것은 분명 사인증여에 유증과는 구별되는 독자적인 법적 의의가 있기 때문이다. 그것은 바로 계약에 따른 구속력을 사인증여에 부여하기 위함이다. 이에 대해 일부 견해는 상속법 내에서 사인증여는 독자적인 법개념으로서의 의미가 없다고 주장한다.⁹⁷⁾ 상속계약을 인정하는 법제에서는 구속력 있는 사인처분을 위해 상속계약을 인정하면 되기 때문에 사인증여라는 법제도가 필요하지 않고, 상속계약을 인정하지 않는 법제에서는 구속력 있는 사인처분을 금지하고 유증만을 허용하기 때문에 사인증여가 허용될 수 없다는 것이다. 그런데 우리나라는 상속계약을 허용하지 않으므로, 사인증여도 유증에 준하여 처리해야 한다고 위 견해는 주장한. 하지만 우리나라에서는 일본 민법 제554조를 따라 상속계약 대신 사인증여 계약을 명문으로 허용하고 있는바, 입법자가 적어도 유증과는 다른 유형으로서 확정적 구속력 있는 계약 형태의 사인처분을 허용하고자 하였음을 의미한다. 상속계약을 허용하고 있는 입법례가 상속계약의 주된 내용으로서 계약에 의한 상속권 부여를 상정하고 있는 것에 반해, 유언에 의한 상속인지정을 허용하지 않는 우리 상속법에서는 그에 대응하여 상속계약에 의한 상속권 부여도 허용될 수 없다는 전제하에 상속계약을 유증에 상응하는 ‘사인증여’라는 개념으로 전환하여 도입

93) 곽윤직(2004), 248면; 김용한(2003), 403면; 김형석(2020), 140-142면; 정광현(1961), 432면. 다만, 김형석(2020), 144-163면은 철회 가능한 사인증여 계약(증여자 사망 시점에 수증자가 생존할 것을 정지조건으로 하는 증여계약)과 철회 불가능한 생전증여 계약(당사자에게 확정적으로 계약의 효력에 구속될 의사가 있었던 경우로서 증여자 사망시를 이행기로 하거나 시기로 하는 것에 불과한 증여계약) 간의 경계 획정을 강조하고 있다.

94) 고상현(2010), 380-382면.

95) 최병조(2007), 838-843, 864-865면.

96) 박동섭(2013), 737면; 이경희(2017), 567면. 다만 이경희(2017), 556면은 개별 사안마다 신의칙에 따라 철회 가능성을 달리 판단해야 한다고 서술한다.

97) 김형석(2020), 121-134면 참조.

한 것이라고 해석하는 것이 체계적 해석방법론에 부합한다. 따라서 사인증여 계약은 유증과 달리 철회할 수 없다고 보아야 할 것이다.

3. 사인증여 계약서의 보존

사인증여에 관해 유언의 방식에 관한 민법 제1065조 내지 제1072조가 적용된다고 보는 긍정설에 따르면, 제2장 제1절 3. 및 제3절에서 서술한 유언증서의 보존에 관한 논의가 그대로 사인증여에도 적용될 수 있을 것이다. 하지만 현재 다수설과 판례에 따르면 사인증여에 관해서는 방식주의가 적용되지 않으므로, 사인증여는 낙성·불요식 계약으로서의 성격을 갖는다. 따라서 사인증여 계약서의 보존은 철저하게 사적 영역에 맡겨져 있으며, 별도의 보관 제도나 검인 절차 등은 마련되어 있지 않다. 사인증여 계약이 구두로 또는 묵시적 의사표시에 의해 체결되었다면 서면조차 존재하지 않으므로, 보존 자체가 불가능하다. 사인증여계약을 공정증서로 작성하면 작성된 그 원본을 20년간 공증인사무소에 보관하는 것이 가능하나(「공증 서류의 보존에 관한 규칙」 제5조 제1항 제2호 다목), 실제 사인증여계약 공정증서가 활발하게 이용되고 있지는 않은 것으로 보인다.

4. 소결

대부분의 계약이 불요식 행위로 구성되어 있는 이유는 별도의 방식을 요구하지 않더라도 청약자와 승낙자 쌍방의 진술을 통해 그 법률행위의 존재와 내용을 확보하는 것이 가능하기 때문이다. 하지만 계약의 당사자 중 일방이 사망한 후에 비로소 효력이 발생하는 사인행위의 경우에는 사후(死後) 분쟁이 발생하였을 때 사인증여 계약과 관련된 서면이 존재하지 않으면 생존 중인 나머지 일방의 진술에만 의존해야 하므로, 사망자의 의사가 온전히 실현되기 어렵다. 사인증여에 의해 이익을 받는 수증자가 자신에게 유리한 방향으로 내용을 조작할 우려도 있고, 사인증여에 의해 불이익을 받는 법정 상속인들이 수증자 진술의 신빙성을 탄핵하여 증거 부족을 이유로 사인증여의 효력이 부정될 수도 있기 때문이다. 증여자가 이미 사망하여 스스로 대처할 수 없는 상태에서 이와 같은 상황이 발생하는 것은 증여자의 사적 자치 실현에 심각한 위협이 된다. 사인증여에 관해 방식이 요구되지 않고, 그 관련 서류가 제대로 보존되지 않는 결과 사인증여의 존재가 증여자 사망 후 뒤늦게 밝혀져 상속인들의 법률관계가 불안정해지는 문제가 발생하는 것은 유언이 뒤늦게 발견된 경우와 같다.⁹⁸⁾

무엇보다 더 큰 문제는 사인증여가 유언의 방식주의를 잠탈하는 수단으로 사용될 우려가 있다는 것이다. 포괄적 유증에 관한 방식주의를 잠탈할 우려가 있다는 이유로 포괄적 사인증여의 효력을 부정하였던 대법원 1996. 4. 12. 선고 94다37714 판결의 논거, 즉 “포괄적 사인증여는 낙성·불요식의 증여계약의 일종이고, 포괄적 유증은 엄격한 방식을 요하는 단

98) 제2장 제1절 4.의 서술 참조.

독행위이며, 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 될 것”이라는 논리를 그대로 관철한다면, 방식을 위배한 특정유증도 대부분 사인증여로서 효력이 인정되어 특정유증에 엄격한 방식을 요하는 요식행위로 규정한 조항들이 무의미하게 될 것이므로, 결국 모든 유형의 사인증여는 유언의 방식을 잠탈하는 결과로 이어질 수밖에 없다.⁹⁹⁾ 현재 판례는 이른바 ‘무효행위 전환의 법리’에 의해 유언이 방식위반으로 무효로 된 경우에도 일정한 경우에 사인증여로 전환하여 그 효력을 인정하고 있기 때문에 더욱 그러하다.

가령 대법원 2005. 11. 25. 선고 2004두930 판결은 유언자가 입원 중이던 병실에서 증인들에게 유언 내용을 구수하고, 증인이 이를 유언서로 작성하여 낭독할 당시 수증자들이 옆에 직접 입회하여 또는 병실 옆에서 이를 듣게 되어 유언 내용을 알고 있었고, 유언서 작성이 완료된 후 유언자에게 감사의 인사까지 하였다면 설령 구수증서에 의한 유언이 방식위반으로 무효인 경우라도 유언자와 수증자 사이에 증여에 관한 의사의 합치가 있었다고 볼 수 있으므로, 사인증여로서의 효력이 발생한다고 판시한 바 있다. 유언자의 증여 의사가 명백했던 경우에 무효행위 전환의 법리를 이용하여 최대한 그 증여의 효과를 인정하고자 하는 판례의 취지에도 공감할 여지가 없는 것은 아니나,¹⁰⁰⁾ 이러한 법리구성은 다음과 같은 세 가지 문제가 있다.¹⁰¹⁾

첫째, 수증자가 유언 현장에 입회해 있었다면 사실상 무제한적으로 사인증여의 성립을 인정할 수 있으므로, 유언에 관해 엄격한 방식을 요구한 입법목적은 달성하는 것이 불가능해진다. 유언에 관해 방식을 요구하는 이유에는 유언자의 진정한 의사를 명확히 하여 유언자 사망 후 유언자의 의사를 둘러싼 분쟁과 혼란을 예방한다는 증명기능도 있지만, 유언자로 하여금 심사숙고하여 신중하고 정확하게 유언을 하도록 하는 경고기능도 있다. 그런데 판례와 같이 사인증여의 성립을 손쉽게 인정하면 이러한 방식주의의 목적을 실현하는 것이 불가능해진다. 유언자가 변심의 경우에 대비하여 자필증서유언에 날인을 하지 않고 방식 미준수의 상태를 유지한 상태에서도 사인증여 계약으로의 전환이 가능해질 우려가 있기 때문이다.¹⁰²⁾

둘째, 위에서 살펴본 바와 같이 사인증여의 철회 가능성에 대해서는 여러 가지 견해의 대립이 있으나, 현재로서는 계약의 구속력이 적용되어 철회가 불가능하다고 보아야 할 것이다. 그런데 유언이 방식을 갖추지 못하였다는 이유로 즉시 사인증여 계약으로의 전환을

99) 같은 취지로 김형석(2020), 136면.

100) 판례의 태도에 대해 긍정적인 입장으로 양형우(2012), 403면; 최병조(2007), 850면.

101) 그 밖에 수증자의 입장에서 사인증여에 대해 승낙의 의사표시를 한 것인지 단정하기 어렵고, 피상속인 사망 후 여러 이해관계가 얽혀 있으며, 피상속인 사망 전에 건강상태에 문제가 있는 경우가 많다는 점을 고려할 때 엄격한 증거에 의해 승낙의 의사표시가 있었음이 인정될 때만 사인증여로의 전환을 인정해야 한다는 견해로 임채웅(2010), 163면; 상대방 없는 단독행위로서 행해진 유언의 의사표시가 사인증여에서의 청약의 의사표시로서 상대방에게 발송 내지 도달한 것으로 의제할 수 없으므로 무효행위 전환의 법리가 적용될 수 없으며, 사인증여로의 전환을 인정하게 되면 수증자의 참여 내지 지득, 반응과 같은 우연한 사정에 의해 법률행위의 효력이 좌우되어 불합리하다는 견해로 김형석(2020), 137-139면 참조.

102) 같은 취지로 김형석(2020), 139-140면.

인정해 버리면, 유언자는 방식을 갖춘 유언을 했을 때에도 보장받을 수 있었던 철회의 자유를 유언이 성립하지도 않은 상태에서 박탈당하는 문제가 발생한다.¹⁰³⁾ 사인증여와 저촉되는 내용의 유증이나 새로운 사인증여를 하는 경우에 종전의 사인증여가 실효되는지에 대해서도 논란이 있다. 유언서 작성 당시 증여자에게 이 정도로 구속력 있는 증여의 의사가 있었는지 확인하기 어려운 상황에서 함부로 무효행위의 전환을 인정하는 것은 증여자의 가정적 의사에 기초하여 진정한 의사에 반하는 결과를 초래할 우려가 있다. 물론 증여의 내용이 서면으로 작성된 바 없다면 증여자는 그 계약을 해제하는 것이 가능할 것이나, 방식 미준수 유언의 무효행위 전환이 문제되는 사안에서는 대부분 유언자의 서명 또는 기명날인이 담긴 서면이 존재하는 상황이므로 해제도 용이하지 않을 것이다.

셋째, 민법 제1072조 제1항 제3호는 유언으로 이익을 받을 사람을 유언 증인 결격사유로 규정하고 있다. 유언으로 이익을 받을 자는 중립적인 입장에서 유언의 존재와 내용에 대해 진술할 수 없을 뿐만 아니라, 도리어 유언 성립 과정에서 유언의 내용에 부당한 영향을 끼칠 위험이 매우 크기 때문이다. 그런데 수증자가 유언 구수 내지 유언서 작성 당시 입회하면서 유증에 관한 유언자의 의사표시 내용을 지득하였음을 이유로 사인증여로의 전환을 손쉽게 인정하면 수증자를 유언의 증인결격사유로 규정한 입법목적은 달성하는 것이 사실상 불가능해진다.

이러한 점들을 고려할 때 사인증여를 불요식의 법률행위로 보아 손쉽게 무효행위 전환의 법리를 적용하는 것은 분명한 문제가 있다. 그렇다고 하여 사인증여의 방식에 관한 긍정설의 태도와 같이 해석론상 현행 민법상 유언의 방식이 당연히 적용된다고 보는 것도 무리이다. 상대방 없는 단독행위임을 전제로 설계된 유언방식을 계약 형식의 사인증여에서 준수할 방법이 마땅치 않기 때문이다. 일부 견해는 증여자의 의사표시만 유언의 방식을 충족하면 된다고 해석하나,¹⁰⁴⁾ 이러한 해석에 따르면 증여자가 자기 사후에 증여의 효력이 발생하게 할 의사로서 유언의 방식을 준수하여 의사표시를 한 경우에 그것이 철회 가능한 유증인지 또는 철회가 불가능한 사인증여인지를 판단하기가 곤란해진다. 이 경우 결국은 청약의 의사표시 당시 유언자에게 계약의 확정적 구속력을 부여하고자 하는 의사가 있었는지 및 상대방에게 승낙의 의사표시가 있었는지를 합리적 의사해석에 의해 탐구하는 수밖에 없고, 이는 피상속인의 진정한 의사에 대한 사후 분쟁의 증가로 이어진다. 증여자의 의사표시만 유언의 방식을 충족하면 방식을 준수한 것으로 해석하는 것으로는 방식 목적을 달성하는 것이 불가능한 것이다. 따라서 유증과는 별개로 사인증여 고유의 방식을 도입함으로써 증여자와 수증자 모두에게 철회 불가능한 사인처분에 구속될 의사가 있었음을 담보하고, 그 과정에서 증여자가 부당한 압력이나 회유 없이 자발적이고, 진지한 의사로서 신중하게 사인증여를 의도하였음을 확실히 할 필요가 있다.¹⁰⁵⁾

103) 같은 취지에서 현재 판례의 태도는 표의자에게 예상치 못한 계약의 구속력을 발생시킬 수 있어 부당하다는 이유로 비판하는 견해로 권순한(1997), 255면.

104) 권순한(1997), 252면.

105) 그 밖에 입법론으로서 민법 제562조를 개정하여 사인증여에 방식주의를 도입해야 한다는 견해로 김형석(2020), 164면; 양형우(2012), 406면; 최병조(2007), 869-870면 참조.

제2절 비교법적 검토

1. 개관

사인증여의 방식규정을 고안하는 데 앞서 다른 국가에서 사인증여에 관해 어떠한 방식을 요구하고 있는지를 살펴보는 것이 도움이 된다. 사인증여에 관해서는 국가마다 규율하는 태도에 차이가 있다. 일부 국가는 사인증여에 관한 명문의 규정을 두고 적극적으로 규율하는데 반해, 일부 국가는 사인증여에 관해 소극적 태도를 취하면서 매우 제한적으로만 허용한다. 이러한 태도의 차이는 주로 해당 국가가 상속계약과 같이 구속력 있는 사인처분을 널리 허용하고 있는지에 따라 좌우되며, 사인증여의 방식 자체도 해당 국가가 구속력 있는 사인처분에 대해 어떠한 방식을 요구하는지와 연동되어 있는 경우가 대부분이다. 따라서 이하에서는 계약에 의한 사인처분을 널리 허용하는 대표적 국가인 독일과 상속계약에 회의적인 태도를 취하고 있는 대표적 국가인 프랑스에서 사인증여 그 밖에 계약에 의한 사인처분 방식을 어떻게 규율하는지에 대해 두루 살펴본다.

2. 독일

독일 민법 제2301조는 “수증자가 증여자보다 오래 생존하는 것을 조건으로 체결된 증여계약에 관해서는 사인처분에 관한 규정을 준용” 하되(제1항), “증여자가 그 증여목적물의 급부를 통해 증여를 이행한 경우에는 생전증여에 관한 규정을 준용”(제2항)한다고 규정하고 있다. 수증자가 증여자보다 오래 생존하였다는 조건이 성취되었는지는 증여자가 사망한 시점에 비로소 확정되므로, 위와 같은 조건이 붙은 증여계약은 결국 증여자 사망 후에야 비로소 효력이 발생하는 ‘사인증여’로서의 법적 성격을 갖는다. 이 점을 고려하여 독일 민법 제2301조 역시 “사인증여 계약(Schenkungsversprechen von Todes wegen)”이라는 표제를 달고 있다. 본 연구용역 보고서의 주제와 관련하여 중요한 점은 독일 민법이 이러한 사인증여 계약에 대해 사인처분에 관한 규정을 준용하도록 하고 있다는 것이다. 이때 사인처분에는 상속계약과 유언이 모두 포함될 수 있지만, 독일의 통설은 사인증여에 관해서는 ‘상속계약’에 관한 규정들이 준용된다고 해석한다.¹⁰⁶⁾ 사인증여의 계약으로서의 성질과 입법사 등에 비추어 볼 때 상속계약에 관한 방식규정이 사인증여에도 적용된다고 보아야 한다는 것이다.

한편 독일 민법상 상속계약¹⁰⁷⁾은 쌍방 당사자가 동시에 참석한 상태에서 공증인이 증서를 작성하는 방식에 의해서만 체결될 수 있다(BGB 제2276조 제1항). 상속계약 역시 유언과 마찬가지로 사인처분으로서의 성격을 가지고 있으므로, 증명가능성·완결성·진정성 등을 확

106) Burandt/Rojahn(Burandt 집필부분), §2301 Rn.5. 다만, 사인증여가 유언의 방식을 갖추는 것으로 족하다는 견해도 없는 것은 아니다. 견해 대립에 대해 자세히는 MüKoBGB/Musielak, §2301 Rn.13 참조.

107) 상속계약으로 정할 수 있는 사항은 상속인지정, 유증, 부담 및 상속에 관한 준거법 지정에 관한 규율로 한정된다(BGB 제2278조).

보호하기 위해 방식을 필요로 함은 물론이다. 그에 더해 독일 민법이 유언과 달리 상속계약에 언제나 ‘공증인’의 참여를 강제하고 있는 이유는 계약 체결 당시 피상속인이 상속계약에 부여되는 구속력¹⁰⁸⁾을 인식하도록 할 필요가 있다는 점을 고려한 것이다.¹⁰⁹⁾ 또한 상속계약은 대리가 허용되지 않고, 피상속인이 반드시 직접 체결해야 하며(BGB 제2274조), 공정증서 유언에 관한 조문들이 함께 준용된다(BGB 제2276조 제1항에 의한 제2231조 제1호 및 제2232조의 준용). 따라서 상속계약 당사자 쌍방이 공증인에게 직접 자신의 최후의 의사를 표시하거나, 서면을 교부하면서 그 서면에 자신의 최후의 의사가 포함되어 있음을 표시하고, 공증인이 이를 작성하는 방식으로 상속계약이 체결된다. 부부가 혼인계약의 일부로서 상속계약을 체결하는 경우에는 혼인계약상 요구되는 방식을 갖추는 것으로 충분하나(BGB 제2276조 제2항), 혼인계약 역시 양 당사자가 동시에 출석한 상태에서 공증인에 의해 작성되어야 한다는 점은 동일하다(BGB 제1410조). 상속계약의 취소나 철회 역시 공증이 요구된다(BGB 제2282조 제3항, 제2290조 제4항 및 제2296조 제2항).

따라서 독일법상 사인증여 계약은 쌍방 당사자가 동시에 참석한 상태에서 계약 당사자 쌍방이 공증인에게 직접 자신의 사인증여의 의사를 표시하거나, 서면을 교부하면서 그 서면에 자신의 사인증여의 의사가 포함되어 있음을 표시하고, 공증인이 그 증서를 작성하는 방식에 의해서만 체결될 수 있다. 본래 독일 민법은 생전증여에 관해서도 경솔한 결정으로부터 증여자를 보호하기 위해 그 계약체결에 공증을 요구하고 있지만(BGB 제518조), 사인증여에 관해서는 그것이 사인행위로서의 성격을 가지고 있다는 점, 그럼에도 불구하고 철회가 불가능하다는 점을 고려하여 보다 엄격한 방식을 요구하고 있는 것이다.¹¹⁰⁾

또한 독일에서는 상속계약에 관해서도 공정증서유언과 동일한 보관제도가 적용된다. 따라서 공증인은 상속계약 체결 후 이를 엄봉날인하여 그 봉서 표면에 피상속인의 상세 인적 사항과 작성일자를 기재하고 서명한 다음, 지체없이 특별한 공적 보관을 위한 절차에 착수하여야 한다(BeurkG 제34조 제2항). 상속계약 공정증서의 보관 업무는 공증인 사무소 소재 지구법원(Amtgericht)이 담당한다(FamFG 제344조 제1항 제3호). 다만, 공정증서유언의 경우와 달리 상속계약을 체결한 계약의 당사자들은 특별한 공적 보관을 배제하기로 합의할 수 있으며, 이 경우 그 상속계약서는 공증인이 보존한다(BeurkG 제34조 제3항). 공증인이 상속계약을 보존하고 있는 경우, 공증인은 상속개시 후 상속법원에 그 서면을 송부해야 한다(BeurkG 제34조의a 제3항). 보관 개시 시점으로부터 30년이 도과한 경우, 직권으로 피상속인의 생존 여부를 탐지하고, 생존 여부를 확인할 수 없을 때에는 개봉 절차를 진행할 수 있음은 유언

108) 독일 민법상 상속계약은 표시상 또는 내용상 착오나 강박이 있었던 경우 또는 독일 민법 제2079조에 따른 유류분 권리자의 간과가 있었던 경우에 한해 취소할 수 있으며(BGB 제2281조에 의한 제2078조 및 제2079조의 준용), 계약의 철회를 위해서는 쌍방간의 합의가 필요하다(BGB 제2290조 제1항). 다만, 상속계약에서 미리 철회권을 유보해 놓은 경우에는 일방적 철회가 가능하다(BGB 제2293조).

109) MüKoBGB/Musielak, §2276 Rn.1 참조.

110) 스위스 역시 독일과 마찬가지로 사인증여에 대해서는 사인처분에 관한 규정이 준용된다고 규정하면서 서(스위스 채무법 제245조 제2항), 상속계약에 공정증서유언과 동일한 방식을 갖출 것, 특히 계약 당사자 쌍방은 공증인 앞에서 동시에 자신의 의사를 표시할 것과 공증인과 2인의 증인이 그 계약서에 서명할 것을 요구하고 있다(ZGB 제512조). 다만, 스위스 민법은 공정증서유언을 공증인뿐만 아니라 공무원 기타 해당 지역의 문서 업무 담당자도 작성할 수 있도록 하고 있음에 유의할 필요가 있다.

의 경우와 같다(FamFG 제351조). 상속계약을 작성하거나 변경한 공증인이 중앙유언등록부에 상속계약을 등록하기 위해 지체없이 그 보존정보를 전자적 방법에 의해 중앙유언등록관청에 송부해야 함은 물론이다(BeurkG 제34조의a 제1항).

3. 프랑스

프랑스는 독일과 달리 사인증여에 관해 매우 소극적이다. 이는 프랑스가 상속계약을 원칙적으로 금지하고 있는 것과 관련이 있다. 프랑스 민법상 상속이 개시되지 않은 상태에서 상속권의 전부 또는 일부를 창설하거나 포기하는 내용의 계약은 이를 허용하는 별도의 법규정이 있는 경우에만 가능하다(프랑스 민법 제722조). 이러한 프랑스법의 태도는 누군가의 사망으로 인해 상대방이 이익을 얻는 유형의 계약은 비도덕적이며, 이러한 종류의 계약을 허용하게 되면 계약 상대방으로 하여금 피상속인의 사망을 고대하게 만들어 위험하다는 인식에 기초하고 있는바,¹¹¹⁾ 상속계약을 널리 허용하는 독일법과 극명하게 대비된다. 그 결과 현행 프랑스 민법상 계약에 의한 사인처분에 관한 조문은 부부간의 부부재산계약과 관련해서만 발견되며, 그나마도 제한적으로만 인정된다. 현행 프랑스법상 허용되는 사인증여의 유형은 다음과 같다.

첫째, 부부는 부부재산 계약에 의해 상호 간에 또는 일방이 타방을 위해 사인증여를 할 수 있다(프랑스 민법 제1091조). 다만, 부부재산 계약에 의해 재산을 증여한 경우에, 수증자가 증여자보다 오래 생존한다는 조건 하에 증여하는 것임을 방식을 갖추 명시적으로 표시하지 않은 한, 그것은 생전증여로 간주된다(프랑스 민법 제1092조). 따라서 부부재산계약에 의해 사인증여를 하려면 반드시 법에서 정한 방식을 갖추어 이 점을 표시해야 하는데, 부부재산 계약 또는 부부재산계약의 변경은 부부 쌍방이 공증인 면전에서 직접 또는 대리인에 의해 동시에 동意的 의사를 표시하고 서명하며, 공증인이 정해진 양식에 따른 증서를 교부하는 방식에 의해서만 체결될 수 있으므로(Cc 제1093조, 제1394조 및 제1396조), 부부재산계약에 의한 부부간의 사인증여는 사실상 공정증서에 의해서만 가능한 셈이다.

둘째, 부부의 부모, 기타 직계존속, 배우자의 방계혈족 기타 제3자는 부부 쌍방, 부부 중 일방 또는 부부로부터 태어난 혼인 중 출생자를 위해 사인증여를 할 수 있다(프랑스 민법 제1082조 제1항). 이 때 사인증여는 증여자의 상속재산 전부 또는 일부를 포괄증여하거나 특정한 재산을 증여하는 방식으로 이루어질 수 있으며, 수증자인 부부 쌍방 또는 부부 중 일방이 증여자보다 먼저 사망한 경우에는 부부로부터 태어난 혼인 중 출생자에 대한 증여로 전환된다는 점에서 특수성이 있다(프랑스 민법 제1082조 제2항). 이와 같은 부모 기타 제3자에 의한 사인증여는 증여자가 부부간의 부부재산계약에 참여하는 방식으로만 성립 또는 변경할 수 있으며, 위에서 살펴본 바와 같이 부부재산계약은 공정증서에 의해서만 체결될 수 있다. 따라서 제3자에 의한 사인증여는 프랑스 민법 제1082조 제1항에 따라 정해진 증여자가 같은 조항에서 정해진 수증자에게 공정증서 방식에 의해 증여하는 경우에만 유효하게 성

111) hrsg.Süß, Erbrecht in Europa(2.Aufl.), Zerb Verlag, 2007, S.651(Döbereiner 집필부분).

립한다.

셋째, 그 밖의 사인증여는 금지되는 것이 원칙이다. 프랑스 민법 제943조는 장래의 재산을 대상으로 하는 증여계약(donation des biens à venir)을 금지하고 있기 때문이다. 다만, 이러한 장래재산 증여 계약의 금지 조항은 부부재산계약에 따른 증여 또는 혼인 중에 행해진 부부간의 증여에 대해서는 적용되지 않으므로(프랑스 민법 제947조), 미리 부부재산계약을 체결하지 않은 경우라도 부부간에는 혼인 중에 사인증여가 가능하다. 다만, 이 경우에도 증여 계약에 관한 방식 조문은 그대로 적용되므로, 사인증여 계약은 공증인 앞에서 작성되어야 한다(프랑스 민법 제931조).

제3절 개정방안

비교법적 검토가 보여주는 바와 같이 외국의 입법례는 모든 종류의 사인처분에 대해 방식주의를 적용하고 있다. 그것이 상대방 없는 단독행위로서의 성격을 갖는 유언인지, 상속계약인지, 사인증여 계약인지, 사인처분의 내용을 담고 있는 혼인계약인지는 중요하지 않다. 피상속인 사후에 그 법률행위의 진정성과 내용을 둘러싼 분쟁을 방지할 필요가 있다는 사후행위 특유의 방식 목적은 사인처분의 유형을 가리지 않고 언제나 등장하는 것이기 때문이다. 이에서 더 나아가 외국의 입법례는 상속계약이나 사인증여 계약 등과 같이 철회가 불가능한 유형의 사인처분에 대해서는 반드시 공증인의 참여를 요구하는 경향이 있다. 언제든지 철회가 가능한 유언과 달리, 계약에 의한 구속력이 인정되는 사인처분의 경우에는 그 법적 효력에 대한 경고를 통해 피상속인의 신중한 계약 체결을 담보할 필요성이 더욱 크기 때문이다. 수증자에 의한 회유나 압박의 위험을 고려하면 더욱 그러하다.

현행 민법상 사인증여의 경우에도 이익 상황은 동일하다. 민법 제562조가 사인증여 계약을 유증과 별도의 제도로 규정하는 이상, 사인증여에 철회 불가능한 계약으로서의 구속력을 인정하지 않을 수 없다. 하지만 적어도 그러한 사인증여 계약을 체결함에 있어 피상속인이 스스로 그 계약의 효력을 인지하고, 자발적 의사에 기해 신중하게 그 계약 체결에 임할 수 있도록 보장해주기 위한 절차적 장치가 필요하다. 현재 판례와 같이 사인증여를 불요식행위로 구성하여 무효행위 전환의 법리에 따라 방식규정에 위반한 유언에 사인증여로서의 효력을 인정하는 것은 피상속인의 의사를 과잉실현하는 것으로서 허용될 수 없다.

문제는 이를 위해 사인증여 계약에 어떠한 종류의 방식을 요구할 것인가이다. 방식의 증명기능만을 생각한다면 사인증여 계약을 서면으로 체결하고, 각 당사자가 서명 또는 기명날인하도록 규정하는 것으로 충분하겠으나, 사인증여에 특유하게 요구되는 경고기능과 법적 조언 기능까지 고려한다면 방식목적의 충실한 달성을 위해 사인증여 계약 체결 당시 공증인의 참여를 강제하는 것이 바람직하다. 따라서 사인증여 계약을 공정증서에 의해 체결하도록 관련 규정을 개정하여야 할 것이다. 차제에 종래 민법 제562조에 따라 사인증여에 준용되는 규정의 범위에 관해 해석론상 논란이 있었던 부분에 대해서도 그 준용 대상 조문을 명백히 할 필요가 있다. 특히 사인증여의 계약으로서의 성격을 고려하여 유언능력 및 수증자의 능력에 관한 민법 제1061조 내지 제1064조, 유언철회에 관한 민법 제1108조부터 제1110조가 사인증여에 준용되지 않음을 명시하여야 한다.

더 나아가 공정증서에 의해 체결된 사인증여 계약에 대해서도 공정증서유언과 마찬가지로 공증인이 보관하고 있는 사인증여 계약 원본의 보관 장소 등에 관한 정보를 전자적 방법에 의해 통합 관리할 수 있는 제도를 정비할 필요가 있다. 공증인이 보관하고 있는 자필증서유언·공정증서유언·비밀증서유언과 사인증여 계약에 관한 정보를 서로 연계함으로써 유언의 선후와 저축 가능성 등을 일괄적으로 확인하여 효율적인 유언 집행이 가능하도록 하기 위함이다. 장기적으로는 보존기간 도과 후라도 사인증여 계약의 내용 확인이 가능하도록 공정증서 사인증여 계약에 대한 전자문서화 작업을 병행하는 것이 바람직할 것이다.

제4장 유언대용신탁과 수익자연속신탁

제1절 현황

1. 신탁 일반론

가. 신탁의 의의와 특징

신탁이란 위탁자와 수탁자 간의 신임 관계에 기하여 위탁자가 수탁자에게 특정의 재산을 이전하거나 담보권의 설정 또는 그 밖의 처분을 하고 수탁자로 하여금 일정한 자의 이익 또는 특정의 목적을 위하여 그 재산의 관리·처분·운용·개발 그 밖에 신탁목적의 달성을 위해 필요한 행위를 하게 하는 법률관계를 말한다(신탁법 제2조). 신탁관계는 일반적인 소유권 귀속 관계와 달리 위탁자의 의사에 기초해 재산의 관리·운용 주체(수탁자, legal title)와 관리·운용에 따른 이익의 귀속 주체(수익자, beneficial ownership)가 분리된다는 특징이 있다.

이와 같이 수탁자와 수익자가 분리되어야 하기 때문에 수탁자는, 자기 자신이 공동수익자 중 1인인 경우가 아닌 한, 신탁의 이익을 누리지 못하며(신탁법 제36조), 신탁재산을 자기 고유재산과 분별하여 관리해야 하고(신탁법 제37조 제1항), 수익자의 이익을 위해 신탁사무를 처리해야 하는 충실의무를 부담한다(신탁법 제33조). 또한 신탁법은 수익자를 위해 신탁재산의 독립성을 인정한다. 따라서 신탁재산에 대해 강제집행, 담보권 실행 등을 위한 경매, 보전처분 또는 체납처분 등을 하는 것은 허용되지 않으며(신탁법 제22조 제1항), 수탁자의 상속재산, 재산분할 대상 재산, 파산재단, 개인회생재단 등의 일부로 되지 않고(신탁법 제23조 및 제24조), 상계나 혼동에 대해서도 특칙이 있다(신탁법 제25조 및 제26조).

한편 수익자는 신탁계약의 당사자는 아니지만, 신탁재산에 따른 이익의 실질적 귀속자로서 자신의 권리 보호를 위해 신탁에 관여할 수 있는 폭넓은 권리를 보장받는다. 가령 위탁자의 지위는 수익자의 동의를 받아야만 이전할 수 있으며(신탁법 제10조 제1항), 수탁자는 수익자의 승낙 없이 함부로 사임할 수 없고(신탁법 제14조 제1항), 위탁자가 없는 경우에 수익자는 단독으로 수탁자를 해임할 수도 있다(신탁법 제16조 제1항). 수탁자의 임무가 종료된 경우에 그 사실은 수익자에게 즉시 통지되며(신탁법 제12조 제2항 외 다수), 이 경우 위탁자가 없으면 수익자는 단독으로 신수탁자를 선임할 수 있다(신탁법 제21조). 더 나아가 수탁자가 신탁목적에 위반하여 신탁재산에 관한 법률행위를 한 경우 수익자는 상대방이나 전득자가 그 법률행위 당시 수탁자의 신탁목적 위반 사실을 알았거나 중대한 과실로 알지 못한 경우에 그 법률행위를 취소할 수 있으며(신탁법 제75조 제1항), 수익자는 수탁자가 법령 또는 신탁행위로 정한 사항을 위반하거나 위반할 우려가 있고 해당 행위로 신탁재산에 회복할 수 없는 손해가 발생할 우려가 있는 경우 그 수탁자에게 그 행위에 대한 유지청구권도 행사할 수 있다(신탁법 제77조).

나. 신탁의 유형

(1) 자익신탁과 타익신탁

신탁은 수탁자와 수익자의 분리를 본질로 하지만, 위탁자와 수익자가 분리되어야 하는 것은 아니다. 따라서 위탁자는 신탁재산을 수탁자에게 이전하면서 자기 자신을 수익자로 지정할 수도 있다. 이와 같이 위탁자 본인이 수익자로 되는 형태의 신탁을 ‘자익신탁’, 위탁자 외의 제3자가 수익자로 되는 형태의 신탁을 ‘타익신탁’이라고 한다. 자익신탁과 타익신탁을 결합하는 형태의 신탁도 당연히 가능하다.

신탁행위로 달리 정하지 않는 한, 수익자는 위탁자의 지정행위에 의해 당연히 수익권을 취득한다(신탁법 제56조 제1항).¹¹²⁾ 물론 수익자에게 그 수익권의 취득이 강제되는 것은 아니므로, 수탁자로부터 수익자로 지정된 사실을 통지받은 수익자는 수탁자에게 수익권을 포기하는 취지의 의사표시를 할 수 있다(신탁법 제57조 제1항). 수익자가 수익권을 포기하지 않는 한, 그것은 재산권의 일종으로 보장되어야 하기 때문에, 추후 수익자를 변경하기 위해서는 미리 신탁행위로 수익자를 변경할 수 있는 권한을 갖는 자를 정해놓아야 하고(신탁법 제58조 제1항), 수익자를 변경하는 권한이 행사되어 수익자가 그 수익권을 상실한 경우에 수탁자는 지체없이 수익권을 상실한 자에게 그 사실을 통지하여야 한다(신탁법 제58조 제4항). 미리 수익자변경권을 정하지 않은 경우에는, 신탁행위로 달리 정하지 않은 한, 위탁자와 수익자의 합의에 의해 신탁을 종료할 수 있을 뿐이다(신탁법 제99조 제1항). 다만, 위탁자가 신탁이익의 전부를 누리는 형태의 자익신탁은 위탁자나 그 상속인이 언제든지 종료할 수 있다(신탁법 제99조 제2항).

수익권자가 취득하는 수익권의 내용은 다시 원본수익권과 이익수익권으로 구별할 수 있다. 원본수익권이란 신탁재산의 원본 자체(가령 부동산신탁이라면 부동산 자체)를 취득하는 내용의 수익권을, 이익수익권¹¹³⁾이란 신탁재산의 원본으로부터 발생하는 이익(가령 부동산신탁이라면 부동산임대수입)을 취득하는 내용의 수익권을 말한다. 신탁은 이와 같이 신탁재산의 가치를 원본수익권과 이익수익권으로 나누어 서로 다른 사람에게 귀속시킬 수 있다는 점에서 독자적인 이익분배기능을 수행한다.¹¹⁴⁾

(2) 자기신탁과 타인신탁

신탁은 수탁자와 수익자의 분리를 본질로 할 뿐이므로, 반드시 신탁자와 수탁자가 분리되어야 하는 것도 아니다. 신탁재산과 고유재산이 분리되는 것으로 족하다. 이와 같이 위탁자

112) 다만, 위탁자는 신탁행위로 직접 수익자를 지정하는 대신 수익자를 지정하거나 변경할 수 있는 권한을 갖는 자를 정하고, 그로 하여금 수익자를 지정하도록 할 수도 있다(신탁법 제58조).

113) ‘수입수익권’이라고도 한다.

114) 이 점을 지적하고 있는 문헌으로 김순석, “신탁을 활용한 중소기업의 경영권 승계 방안에 관한 연구 -유언대용신탁 및 수익자연속신탁의 활용을 중심으로-”, 법학논총 제36권 제4호(2016), 376면 참조.

자신이 스스로 수탁자가 되어 신탁재산을 보유하고 수익자를 위해 관리·처분·운용하는 형태의 신탁을 ‘자기신탁’, 위탁자가 자기 외의 제3자를 수탁자로 삼아 신탁재산을 위탁하고 수익자를 위해 관리·처분·운용하도록 하는 형태의 신탁을 ‘타인신탁’이라고 한다. 다만, 자기신탁이 무제한적으로 허용되는 것은 아니다. 우리 신탁법은 「공익신탁법」에 따른 공익신탁이 아닌 한, 수익자가 없는 특정 목적을 위한 신탁(이른바 ‘비공익 목적신탁’)에 대하여는 자기신탁을 금지하고 있기 때문이다(신탁법 제3조 제1항 단서). 비공익 목적신탁에 대해 자기신탁을 허용할 경우, 채권자에 의한 집행면탈이나 탈세 등을 목적으로 자기신탁을 할 우려가 있기 때문이다.¹¹⁵⁾ 같은 이유로 자기 신탁에서 신탁자는 신탁 해지권을 유보할 수도 없으며(신탁법 제3조 제2항 후단), 위탁자가 집행면탈이나 그 밖의 부정한 목적으로 자기신탁을 설정한 경우에 이해관계인은 법원에 신탁의 종료를 청구할 수 있다(신탁법 제3조 제3항).¹¹⁶⁾

(3) 계약신탁, 유언신탁 및 선언에 의한 신탁

신탁은 ① 위탁자와 수탁자 간의 계약, ② 위탁자의 유언 또는 ③ 위탁자의 선언에 의해 설정될 수 있다. 위탁자와 수탁자가 신탁계약을 체결함으로써 성립하는 ‘계약신탁’이 가장 일반적인 형태이다(신탁법 제3조 제1항 제1호).

반면 ‘유언신탁’은 위탁자의 유언이라는 단독행위에 의해 설정되며, 유언자가 사망함과 동시에 효력을 발생한다(신탁법 제3조 제1항 제2호). 하지만 위탁자의 일방적인 의사표시만으로 수탁자에게 그 신탁의 인수를 강제할 수는 없으므로, 수탁자가 신탁을 인수하지 않거나 인수할 수 없는 경우에 유언신탁의 효력이 문제된다. 이에 대비하여 신탁법은 유언에 의해 수탁자로 지정된 자가 신탁을 인수하지 않거나 인수할 수 없는 경우에는, 신탁행위로 달리 정하지 않은 한, 수익자가 단독으로 신수탁자를 선임할 수 있으며, 수익자가 신수탁자를 선임하지 않는 경우에는 이해관계인이 법원에 신수탁자의 선임을 청구할 수 있다고 규정한다(신탁법 제21조 제3항에 의한 같은 조 제1항 및 제2항의 준용). 이와 같이 유언신탁은 수탁자의 승낙을 전제로 하지 않는 상대방 없는 단독행위로서의 성격을 가지고 있으므로, 반드시 유언의 방식을 갖추어서 해야 하는 요식행위에 해당한다.

‘선언에 의한 신탁’은 위탁자가 신탁의 목적, 신탁재산 및 수익자¹¹⁷⁾ 등을 특정하고 자기 자신을 수탁자로 정한다는 취지의 선언을 함으로써 설정되는 신탁을 말한다(신탁법 제3조 제1항 제3호). 이른바 계약신탁과 유언신탁은 ‘타인신탁’을 전제로 하는 반면, 선언에 의한 신탁은 ‘자기신탁’의 설정을 위한 제도이다. 자기신탁은 위탁자 자신이 수탁자로 되는 것이어서 상대방 없는 단독행위로서의 성격을 가지고 있으므로, 반드시 공정증서에 의하도록 하고 있다(신탁법 제3조 제2항 전단). 선언에 의한 자기신탁을 요식행위로 규정하지 않

115) 현행법의 태도를 비판하면서 집행면탈의 의도가 없는 경우에만 일률적으로 비공익 목적신탁의 자기신탁을 금지할 필요는 없다는 견해로 오영걸, 「신탁법」, 홍문사, 2021, 105면 참조.

116) 이에 대해 비판적인 견해로 오영걸(2021), 106-108면.

117) 공익신탁인 경우에는 신탁관리인을 특정하는 것으로 충분하다.

으면 외부에서 해당 재산에 대해 자기신탁이 설정되었다는 사실을 인식하는 것이 불가능하기 때문이다. 다만, 「공익신탁법」에 따른 공익신탁에 대해서는 자기신탁이라도 이러한 방식에 적용되지 않는데, 공익신탁에 대해서는 별도의 인가 절차 및 법무부에 의한 공시제도가 마련되어 있기 때문이다.¹¹⁸⁾

(4) 생전신탁, 사후신탁 및 유언대용신탁

‘생전신탁’이란 위탁자 생전에 신탁의 효력이 발생하는 형태의 신탁을 말한다. 일반적인 계약신탁 또는 선언에 의한 신탁이 이에 해당한다. 생전신탁은 자익신탁일 수도 있고, 타익신탁일 수도 있으며, 자기 신탁일 수도 있고, 타인신탁일 수도 있다. 반면 ‘사후신탁’이란 위탁자 사망 후에 비로소 신탁의 효력이 발생하는 형태의 신탁을 말한다. 유언신탁이 이에 해당한다. 유언신탁은 성질상 언제나 타익신탁이자 타인신탁이다. 신탁자가 이미 사망하여 스스로 수탁자 또는 수익자가 되는 것이 불가능하기 때문이다. ‘유언대용신탁’이란 위탁자 생전에 이미 설정되어 효력이 발생하나, 위탁자 사후에 수익권이 누구에게 귀속되는지를 정해놓는 형태의 신탁을 말한다. 설정시기만 보면 생전신탁으로서의 성격을 가지고 있으나, 그 효과는 사후신탁에 준하는 것으로서 양자의 성격을 겸하고 있다.¹¹⁹⁾

과거에는 이러한 유형의 유언대용신탁이 가능한지에 대해 명문의 규정이 없었으므로 해석론상 이를 허용하려는 시도가 있었을 뿐이나,¹²⁰⁾ 2011년 개정 신탁법은 상속의 대체수단으로서의 신탁 기능을 활성화한다는 취지에서 유언대용신탁에 관한 근거 규정을 신설하였으므로, 이제 유언대용신탁이 가능하다는 점에 대해서는 의문의 여지가 없다. 이미 유증이나 사인증여 등을 통한 상속재산의 분배가 가능함에도 불구하고 2011년 개정 신탁법이 유언대용신탁 제도를 새롭게 도입한 이유는 상속재산의 관리·운용 주체와 이익 귀속 주체를 분리하여 상속재산의 원본을 보존하는 한편, 원본수익권과 이익수익권을 분리하여 서로 다른 수익권자에게 귀속시키는 등 보다 유연하고 자유로운 상속설계가 가능하다는 장점이 있기 때문이다.¹²¹⁾ 물론 이러한 형태의 상속설계는 유언신탁을 통해서도 가능하나, 유언대용신탁을 이용하면 유언의 방식이나 유언법정주의에 구애받지 않아 보다 위탁자의 의사를 보다 존중하는 방식으로 재산 승계가 가능하며, 수탁자와의 계약 과정에서 전문적인 상담을 받을 수 있

118) 「공익신탁법」에 따른 공익신탁이 되기 위해서는 수탁자가 일정한 양식을 갖춘 인가신청서를 법무부장관에 제출하여 공익신탁의 인가를 받아야 하며(「공익신탁법」제3조 및 제4조), 법무부장관은 공익신탁에 관해 ① 해당 공익신탁의 인가 및 그 취소에 관한 사항, ② 인가 조건에 관한 사항, ③ 변경인가 및 변경신고에 관한 사항, ④ 사업계획서 및 사업보고서, ⑤ 공익신탁이 종료된 경우 그 사실, ⑥ 합병인가에 관한 사항, ⑦ 남은 재산이 처분된 경우 그 사실에 관해 공시하여야 한다(「공익신탁법」제10조).

119) 임채웅, “유언신탁 및 유언대용신탁의 연구”, 인권과 정의 통권 제397호(2009)(이하 ‘임채웅(2009a)’라고 한다), 132면은 유언대용신탁을 “위탁자의 사망을 요건으로 하여 수익자 등 제3자에게로의 재산이전효과가 나는 생전신탁”이라고 정의내리고 있다.

120) 대표적으로 임채웅(2009a), 136-139면 참조.

121) 김재승, “신탁과 관련된 상속세·증여세문제와 Estate Planning 도구로서 신탁의 이용가능성”, 조세법연구 제17집 제3호(2011), 59면; 이근영, “신탁법상 재산승계제도와 상속”, 법학논총 제32권 제3호(2012), 209-211면.

어 그 효력을 둘러싼 분쟁의 소지가 적고, 유언집행 절차에 관한 이해관계인 간의 분쟁도 피할 수 있다는 장점이 있다고 한다.¹²²⁾

다. 유언대용신탁의 유형

(1) 제1호 유형과 제2호 유형¹²³⁾

신탁법 제59조는 유언대용신탁을 ‘제1호 유형’의 유언대용신탁과 ‘제2호 유형’의 유언대용신탁으로 구별하고 있다. 제1호 유형이란 수익자로 지정된 자가 위탁자 사망시에 비로소 수익권을 취득하는 형태의 유언대용신탁(신탁법 제59조 제1항 제1호)을, 제2호 유형이란 사후수익자로 지정된 자가 위탁자 생전에 이미 수익권을 취득하지만 신탁재산에 기한 급부는 위탁자 사망 후에 받는 형태의 유언대용신탁(신탁법 제59조 제1항 제2호)을 말한다.¹²⁴⁾ 제1호 유형에서 사후수익자로 지정된 자는 위탁자 사망 후 비로소 수익자의 지위를 취득하므로 위탁자 생전에는 아무런 법적 지위를 갖지 않는 반면, 제2호 유형에서 수익자로 지정된 자는 위탁자 생전에 이미 수익자의 지위를 취득한다는 점에서 서로 차이가 있지만,¹²⁵⁾ 제2호 유형의 수익자도 위탁자 사망 후에 비로소 수익을 누릴 수 있다는 점에서 그 효과는 제1호 유형과 크게 다르지 않다.¹²⁶⁾

제2호 유형은 언제나 위탁자 생전부터 위탁자 사망을 조건 내지 기한으로 하는 타익신탁 형태로 설계되는 반면, 제1호 유형의 유언대용신탁은 매우 다양한 형태로 설계될 수 있다.¹²⁷⁾ 위탁자 생전에는 위탁자 자신을 수익자로 하는 자익신탁 형태로 운영하다가 위탁자 사후에 타익신탁으로 전환하는 것이 가장 일반적인 유형이다. 이러한 형태의 유언대용신탁은 수탁자와 수익자를 분리하여 위탁자 사망 후 부적절한 재산관리에 따른 위험으로부터 수익자를 보호한다는 유언신탁 고유의 기능에 위탁자 자신을 수익자로 하는 생전신탁을 결합해 위탁자에게 치매 등 의사결정능력 문제가 발생하였을 때 제3자에 의한 재산의 착복이나 일실로부터 상속재산을 지키고, 위탁자 본인의 생활비와 요양비 등을 확보하는 등 본인 보호 기능을 추가할 수 있다는 장점이 있다.¹²⁸⁾ 물론 제1호 유형의 유언대용신탁을 언제나 생

122) 김상훈, “유언대용신탁을 활용한 가업승계”, 기업법연구 제29권 제4호(2015), 14면; 김상훈, “유언대용신탁의 현황과 과제 -유류분과의 관계를 중심으로-”, 가족법연구 제35권 1호(2021), 150면; 이계정, “고령사회에서의 신탁의 역할 -신탁의 공익적 기능에 주목하여-”, 서울대학교 법학 제61권 제4호(2020), 105면 참조.

123) 오영표, “유언대용신탁의 활용과 실무상 쟁점”, 신탁연구 제2권 제2호(2021), 64면은 제1호 유형을 ‘사후수익권취득형 유언대용신탁’으로, 제2호 유형을 ‘생전수익권취득형 유언대용신탁’으로 표현하고 있다.

124) 2011년 신탁법 개정 전에 이미 제2호 유형과 같은 방식의 유언대용신탁도 허용될 수 있다고 주장한 문헌으로 임채웅(2009a), 138면 참조.

125) 제1호 유형과 제2호 유형 간의 차이에 대해 자세히는 김상훈(2015), 12-14면 참조.

126) 오영표(2021), 64면; 정소민, “신탁을 통한 재산승계의 이론과 실무”, 법학연구 통권 제60집(2019), 92면.

127) 자세한 내용은 안성포, “보험금청구권을 신탁재산으로 하는 유언대용신탁에 관한 소고”, 신탁연구 제3권 1호(2021), 171면 참조.

128) 이러한 장점을 지적하는 문헌으로 김상훈(2021), 156; 서병호, “고령화 시대 유언대용신탁의 역할

전 자익신탁-사후 타익신탁 형태로만 구성해야 하는 것은 아니다. 생전 타익신탁(이익수익권)-사후 타익신탁(원본수익권) 형태, 생전 타익신탁(수익자: 제3자)-사후 타익신탁(수익자: 상속인) 형태 등으로 설계하는 것도 가능하다.

위탁자 자신을 수탁자로 하는 자기신탁 형태의 유언대용신탁을 설정하는 것은 가능한가. 이에 대해서는 ① 유언대용신탁의 종의처분으로서의 성격을 고려할 때 유언대용신탁은 자유로운 철회가 가능해야 하는데, 자기신탁은 위탁자에게 해지권이 허용되지 않고(신탁법 제3조 제2항 후단), 위탁자 사후에 신탁업무를 수행할 수탁자가 존재하지 않는다는 이유를 들어 부정적인 견해¹²⁹⁾와 ② 자기신탁 형태로 유언대용신탁을 설정하는 것이 가능함을 전제로, 위탁자 사망 후 수탁자의 지위를 승계할 자를 미리 정해 놓지 않은 경우에는 신탁법 제21조 제1항에 따라 수익자가 단독으로 신탁자를 선임할 수 있다는 견해¹³⁰⁾가 대립한다. 자기신탁 방식의 유언대용신탁에서 위탁자가 신탁해지권을 행사할 수 없다고 하더라도 수익자변경권은 여전히 행사할 수 있다는 점(신탁법 제59조 제1항), 위탁자 사후에 신탁업무를 수행할 자가 없는 경우에는 신탁법 제21조에 따라 해결할 수 있다는 점 등을 고려할 때 생전 자기신탁-사후 타익신탁 형태의 유언대용신탁은 가능하다고 보아야 할 것이다.

(2) 즉시배분형 · 계속관리형과 수익자연속형

유언대용신탁은 위탁자 사망 후의 법률관계를 어떻게 구성하는지에 따라 ‘즉시배분형’ 유언대용신탁, ‘계속관리형’ 유언대용신탁, ‘수익자연속형’ 유언대용신탁으로 분류할 수도 있다.¹³¹⁾

‘즉시배분형’ 유언대용신탁이란 위탁자 사망 후 즉시 수탁자가 신탁행위에 의해 정해진 바에 따라 신탁재산의 소유권을 사후수익자에게 이전하는 방식의 유언대용신탁을 말한다. 형식적으로는 사후수익자에게 신탁재산의 원본수익권을 취득시키는 형태이나, 실질적으로는 유언의 집행 내지 상속재산 분할로서의 성격을 갖는다.

‘계속관리형’ 유언대용신탁이란 위탁자 사망 후 수탁자가 신탁행위에 의해 정해진 바에 따라 신탁재산으로부터 발생하는 이익을 사후수익자에게 이익수익권 형태로 귀속시키는 방식의 유언대용신탁을 말한다. 이러한 유형의 유언대용신탁은 미성년 자녀 · 발달장애인 · 낭비자 등과 같이 사후수익자에게 즉시 상속재산의 소유권을 귀속시키면 재산관리능력의 부족 등으로 인해 상속재산이 일실될 우려가 있는 경우에 원본을 보존하면서도 그들에게 일정 수준 이상의 생활비 지급을 보장하는 방식으로 설계함으로써 생계보장 및 후견적 기능을 수행할 수 있다.¹³²⁾

및 활성화 방안”, 주간금융브리프 제30권 제6호(2021), 6-7면; 오영표(2021), 67면 참조.

129) 오영표(2021), 62면 각주 30).

130) 정소민, “신탁제도를 통한 재산승계 -유언대용신탁과 수익자연속신탁을 중심으로-”, BFL 제62호(2013), 89면.

131) 유언대용신탁을 즉시배분형 유언대용신탁과 계속관리형 유언대용신탁으로 분류하는 문헌으로 오영표(2021), 72-75면 참조.

132) 이러한 지점에서 유언대용신탁의 유용성을 지적하고 있는 문헌으로 김종원, “민사신탁을 이용한 증여 · 상속(사업승계) 구조화 방법에 관한 연구”, 민사법학 제67호(2014), 454-455면 참조.

‘수익자 연속형’ 유언대용신탁이란 위탁자 사망 후 수탁자가 신탁행위에 의해 정해진 바에 따라 신탁재산으로부터 발생하는 이익을 1차 사후수익자에게 이익수익권 형태로 귀속시키다가 1차 사후수익자 사망 등 신탁행위에서 정해진 조건이 성취되거나 기한이 도래한 경우에는 2차 사후수익자가 새로 수익권을 취득하도록 하는 형태의 유언대용신탁을 말한다. 이러한 형태의 유언대용신탁이 허용될 수 있는지에 대해서는 논란이 있을 수 있으나,¹³³⁾ 2011년 개정 신탁법은 이른바 ‘수익자연속신탁’에 관한 규정을 신설함으로써 이것이 허용됨을 명백하게 하였다(신탁법 제60조).¹³⁴⁾ 이러한 유형의 유언대용신탁은 가령 피상속인의 상속재산을 둘러싸고 재혼배우자와 전혼에서 출생한 자녀들 간에 분쟁이 발생할 우려가 있는 경우에 재혼배우자를 1차 사후수익자로 지정하여 이익수익권을 부여하고, 전혼에서 출생한 자녀들을 2차 사후수익자로 지정하여 원본수익권을 부여하는 내용으로 설계함으로써 가족 간 분쟁을 예방하는 기능을 수행할 수 있다.¹³⁵⁾ 가업승계 등의 사안에서 후계자인 가족 구성원과 그렇지 않은 가족 구성원 간에 이익을 적절하게 분배하여 승계작업이 원활하게 이루어지도록 함으로써 유능한 또는 피상속인의 의사에 부합하는 후계자를 확보하는 데에도 도움이 된다.¹³⁶⁾

라. 수익자연속신탁의 특수성

(1) 수익자연속신탁 사유

신탁법 제60조는 수익자연속신탁을 “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.”고 규정하고 있다. 하지만 수익자 연속의 사유가 ‘수익자의 사망’으로 한정되는 것은 아니라는 것이 현재까지의 일치된 견해¹³⁷⁾이다. 신탁제도의 유연성에 비추어 볼 때 신탁행위에 의해 수익자 사망 외의 사유로 수익자가 변경되도록 설계하는 것도 얼마든지 가능하다는 것이다. 같은 이유에서 수익자연속신탁의 수익자를 법인으로 지정하는 것도 가능하다.¹³⁸⁾

133) 신탁법 개정 전에 해석론으로서 수익자연속신탁이 가능하다고 주장한 문헌으로 김종서·장희순, “신탁제도를 활용한 재산 관리방법의 논의 -유언신탁 및 유언대용신탁을 중심으로-” 감정평가학논집 제9권 제2호(2010), 126면; 이근영, “수익자연속신탁에 관한 고찰”, 재산법연구 제27권 제3호(2011), 137-138면; 신탁법 개정 후의 문헌이기는 하지만 수익자연속신탁이 민법의 질서에 정면으로 충돌된다는 이유로 반대하는 견해로 권철, “프랑스 민법상 신탁적 무상양여(증여·유증)에 관한 소고”, 민사법학 제59호(2012), 426면 참조.

134) 그 신설 취지에 대해 자세히는 김종해·김병일, “상속세 및 증여세법상 유언대용신탁에 대한 과세방안”, 조세법연구 제19집 제1호(2013), 294-285면; 이근영(2012), 217면 등 참조.

135) 이러한 지점에서 수익자연속신탁의 유용성을 지적하고 있는 문헌으로 김순석(2016), 383면; 이근영(2011), 130-131면; 이진오, “신탁 관련 상속세제 및 증여세제의 현황과 개선방안에 관한 연구”, 세무와 회계연구 제9호 제3권(2020), 18면.

136) 이러한 장점을 지적하고 있는 문헌으로 김순석(2016), 383면; 이근영(2011), 130-131면; 이진오(2020), 18면.

137) 김재승(2011), 51면; 김종원(2014), 449면; 이근영(2011), 150-151면; 이근영(2012), 219면; 정소민(2013), 96면; 최현태, “부양신탁에 관한 연구”, 한양법학 제46집(2014), 90면.

(2) 수익자연속신탁의 존속기간

수익자연속신탁은 피상속인의 상속재산에 대한 지배력을 그의 사후에까지 무제한적으로 확장하는 결과로 이어질 수 있다. 이는 현세대의 의사에 따라 자본의 처분을 고정시키고, 미래 세대에 의한 자본 처분 가능성을 봉쇄하여 자본의 자유로운 유통을 저하하고, 부의 집중과 대물림을 고착화시킨다는 문제를 수반한다.¹³⁹⁾ 따라서 영구적 수익자연속신탁을 허용할 것인가 또는 일정한 존속기간 내에서만 수익자연속신탁을 허용할 것인가에 대해 논란이 있을 수 있다. 특히 신탁법 제60조 도입 당시 입법의 모델이 되었던 일본 신탁법 제91조는 수익자연속신탁의 존속기간을 30년으로 규정하고 있음에도 불구하고 우리 신탁법 제60조는 존속기간에 관한 규정을 두지 않았기 때문에, 이러한 태도가 적절한지에 대해 평가가 엇갈린다.

2011년 개정 신탁법의 입법자는 영구적 수익자연속신탁을 허용할 의도로 존속기간 제한 규정을 두지 않았음이 명백하다. 신탁은 회사 제도와 유사한 기능을 가지고 있다는 점, 민법에 소유권의 기간을 제한하는 규정이나 법리가 없는 상황에서 수익자연속신탁에 존속기간의 제한을 두면 일반 사법의 법리와 충돌할 가능성이 있다는 점을 고려하여 수익자연속신탁에 대해 기간을 두지 않았다고 해설하고 있기 때문이다.¹⁴⁰⁾ 학설 중에도 우리나라에는 영미법계와 같은 영구불확정금지의 원칙(rule against perpetuity)¹⁴¹⁾이 없으며, 영미법계에서도 영구불확정금지의 원칙은 점차 완화되어가는 추세¹⁴²⁾라는 점, 신탁의 장기적 구속기능을 활용할 필요가 있다는 점 등을 들어 수익자연속신탁에 존속기간을 두지 않는 데 찬성하는 견해가 있다.¹⁴³⁾ 하지만 이와 같이 영구적 수익자연속신탁을 허용하는 것에 대해서는 특정 세대 사람의 결정에 다음 세대 사람이 구속받도록 하는 것은 재산의 효율적 이용을 저해하고, 장기법률관계를 불확정하게 만들며, 수익자연속신탁의 존속기간을 제한하는 것은 소유권에

138) 이근영(2012), 219면 등.

139) 이에 대해 자세히는 김현진, “수익자연속신탁과 Dead Hand Rule”, 가족법연구 제31권 2호(2017), 89-91면 참조.

140) 「신탁법 해설」, 법무부, 2012(이하 ‘신탁법 해설’이라고 한다), 474-475면.

141) ‘영구불확정금지의 원칙’이란 17세기말 영국 법원에 의해 형성된 원칙으로서 신탁 설정시 생존자가 살아 있는 동안 및 그 후 21년 내에 귀속 여부가 확정되지 않은 장래의 수익권 부분은 무효로 된다는 법리를 의미한다. 영구불확정금지의 원칙에 대해 소개하고 있는 문헌으로 김종서·장희순(2010), 126면; 김현진(2017), 74면 각주 37); 이근영(2011), 138-140면 등 참조.

142) 가령 영국은 「1964년 영구구속 및 축적법(Perpetuities and Accumulations Act 1964)」에 의해 관망의 법리(wait and see doctrine)를 도입하여 신탁 설정 당시를 기준으로 귀속 여부가 확정되지 않았더라도 영구구속 기간 안에 수익자가 확정되면 그 신탁의 효력을 인정하는 방법에 의해 영구불확정금지의 원칙을 다소 완화하였으며, 「2009년 영구구속 및 축적법(Perpetuities and Accumulations Act 2009)」은 기존의 영구불확정금지의 원칙을 폐지하고, 2010. 4. 6. 이후에 설정된 신탁에 대해 신탁기간의 정함과 무관하게 신탁의 효력발생일부터 125년까지는 그 효력을 인정하는 것으로 그 태도를 전환하였다. 미국은 현재 총 23개 주에서 영구불확정금지의 원칙을 폐지하고, 여러 세대에 걸친 재산 이전이 무제한적으로 가능하도록 신탁을 설계하는 이른바 ‘왕조신탁(Dynasty Trust)’을 허용하고 있다. Dynasty Trust에 대해 이근영(2011), 138-139면; 최현태(2014), 90-91면 등 참조.

143) 김재승(2011), 50면; 이근영(2011), 143-144면; 이근영(2012), 231면.

존속기간을 정하는 것이 아니라 수익권에 존속기간을 두는 것이므로 사법의 일반원리에 반하지 않는다는 점 등을 들어 비판하는 견해도 유력하다.¹⁴⁴⁾

이러한 입법적 한계를 극복하기 위해 ① 개별 사안별로 구체적 사정을 고려하여 지나치게 존속기간이 길거나 수익권의 귀속이 장기간 불확정적인 신탁은 선량한 풍속에 위반되어 무효로 보아야 한다는 견해,¹⁴⁵⁾ ② 일본의 입법례를 고려해 30년을 일응의 기준으로 삼아 개별 사안별로 영구적 수익자연속신탁의 일부 무효 여부를 판단해야 한다는 견해,¹⁴⁶⁾ ③ 신탁 설정시 수익자를 확정할 수 있는 유형 내지 신탁 설정시 현존하는 자를 수익자로 지정하는 유형의 수익자연속신탁만 인정해야 한다는 견해,¹⁴⁷⁾ ④ 신탁계약이 20년 이상인 경우에 위탁자가 선정한 특정인 또는 신탁회사에게 수익권 배분과 관련된 재량을 부여하거나 신탁계약 변경 조항을 활용하는 방식으로 대처할 필요가 있다는 견해¹⁴⁸⁾ 등이 제시되고 있다. 다만, 양속위반의 법리 등에 따라 개별사안별로 판단하는 것은 법적 안정성을 해하므로, 결국은 입법에 의해 존속기간을 제한하는 수밖에 없다는 것이 현재 다수의 견해이다.¹⁴⁹⁾ 보다 구체적인 입법론으로서 ① 100년의 존속기간 규정을 두자는 견해,¹⁵⁰⁾ ② 신탁재산이 부동산 또는 동산인 경우에는 지상권의 최단존속기간 규정에 준해 30년, 지적재산권의 경우에는 50년의 존속기간 규정을 두자는 견해¹⁵¹⁾ 등이 존재한다.

(3) 수익자연속신탁에서 수익자가 존재하지 않는 경우

수익자연속신탁에서 수익자로 될 자가 더 이상 존재하지 않게 된 경우에는 신탁이 종료된다(신탁법 제98조 제1호). 이 때 잔여재산은 어떻게 처리되는가. 현행법의 해석에 따르면 신탁으로 잔여재산이 귀속될 자(이른바 ‘귀속권리자’)를 정한 경우에는 그 귀속권리자에게 귀속하되(신탁법 제101조 제1항 단서), 귀속권리자로 지정된 자가 권리를 포기한 경우에는 위탁자와 그 상속인에게 귀속하고(신탁법 제101조 제2항), 이에 따라 잔여재산의 귀속이 정해지지 않는 경우 잔여재산은 국가에 귀속된다(신탁법 제101조 제5항).¹⁵²⁾ 이에 대해 잔여재산이 위탁자의 상속인에게 귀속되어야 하는 상황이 되는 것은 오랜 기간에 걸쳐 운용되는 수익자연속신탁의 특성상 수탁자에게 상당한 부담이 될 수 있으므로, 위탁자가 미리 신탁행

144) 김순석(2016), 388면;

145) 최수정, “개정신탁법상 재산승계제도 -유언대용신탁과 수익자연속신탁을 중심으로-”, 법학논총 제31집 제2호(2011), 77-78면; 최현태(2014), 90-91면.

146) 임채웅(2009a), 142면.

147) 김종서·장희순(2010), 127면. 단, 위 견해는 2011년 신탁법 개정 전의 문헌이다.

148) 오영표(2021), 76면.

149) 김순석(2016), 388-389면; 김현진(2017), 90-91면; 정소민(2013), 97-98면; 정소민(2019), 82면; 최현태, “복지형신탁 도입을 통한 민사신탁의 활성화 -수익자연속신탁을 중심으로-”, 재산법연구 제27권 제1호(2010), 18-19면.

150) 김순석(2016), 389면.

151) 최현태(2010), 18-19면.

152) 신탁법 해설, 495면; 김병두(2013), 26면; 정소민(2013), 98면. 반면 임채웅, “신탁수익권에 관한 민사집행의 연구”, 법학 제50권 제4호(2009)(이하 ‘임채웅(2009b)’라고 한다), 280면은 잔여재산에 대해 위탁자 또는 상속인을 수익자로 하는 복귀신탁(resulting trust)이 설정된 것으로 보아야 한다고 주장한다.

위로 귀속권리자를 정해놓는 것이 바람직하다는 지적이 있다.¹⁵³⁾

2. 유언대용신탁의 방식

1.나. 및 다.에서 살펴본 바와 같이 신탁은 매우 다양한 유형으로 분류할 수 있으며, 유형에 따라 그 방식 및 보존방법이 달라진다. 이 중 순수한 형태의 생전신탁은 본 연구용역보고서의 논의 대상이 아니므로, 더이상 논하지 않는다. 사후신탁인 유언신탁은 방식을 갖춘 유언의 형태로 이루어지기 때문에 그 방식 및 보존에 관해서는 제2장 제1절에서 논의한 바가 그대로 적용된다. 따라서 이에 대해서도 더이상 논할 것이 없다. 유언대용신탁은 위탁자 생전에 이미 체결되고 효력이 발생하는 생전계약이라는 점에서 기존의 사인처분과 이질적인 부분이 있으나, 위탁자가 자기의 의사에 따라 자기 사망 후 재산처리에 관한 사항을 정한다는 점에서 본질적으로 ‘유언의 대용물’로서의 성격을 가지고 있다. 따라서 유언대용신탁에서 위탁자의 의사결정의 자유를 보장하고, 그 존재와 내용을 확보함으로써 위탁자의 의사 실현을 담보하는 것은 매우 중요한 의미가 있다. 그러므로 유언대용신탁의 방식과 보존에 관해서는 보다 신중한 검토가 필요하다. 다만, 유언대용신탁이라도 그것이 「공익신탁법」에 따른 공익신탁에 해당하는 경우에는 별도의 인가절차 및 법무부에 의한 공시제도가 마련되어 있으므로, 더 이상 논할 필요가 없다. 또한 위탁자가 유언대용신탁을 생전 자기신탁-사후 타인신탁 형태로 설계하는 경우에는 유언대용신탁 설정시 이미 신탁법 제3조 제2항에 따라 공정증서 방식에 의해 신탁 선언을 하게 되므로, 방식과 보존에 관해 검토할 필요가 없다. 문제는 위탁자가 비공익 목적으로 생전 타인신탁 형태에 의해 유언대용신탁(수익자연속신탁을 포함한다) 계약을 체결하는 경우이다.

이러한 유언대용신탁 계약에 대해서는 유언의 방식에 관한 조문이 적용되지 않는다는 것이 현재까지의 일치된 견해이다.¹⁵⁴⁾ 유언대용신탁은 유언신탁과 달리 설정과 동시에 효력이 발생하는 생전행위라는 점, 위탁자와 수탁자 간의 계약에 의해 작성되는 것이므로 위탁자의 진의를 확인하는 것이 어렵지 않다는 점, 위탁자 사망 후에 비로소 수익자가 수익권을 취득한다는 점에서 사인행위로서의 특징이 없는 것은 아니지만, 유언대용신탁에서 수익권의 내용이나 귀속 형태는 유증과 다르기 때문에 반드시 유언에 관한 방식 조항을 유언대용신탁에 준용 내지 유추적용할 필요가 없다는 점¹⁵⁵⁾ 등을 근거로 제시하고 있다. 따라서 유언대용신탁은 낙성·불요식 계약으로서의 성격을 갖는다. 다만, 유언대용신탁은 그 내용의 복잡성으

153) 김순석(2016), 390면; 정소민(2013), 98면. 신탁법 개정 전의 문헌이기는 하나, 이근영(2011), 144-146면 역시 이 점을 지적하면서 수익자연속신탁에서 위탁자가 신탁설정시 반드시 귀속권리자를 지정하도록 하는 조문을 신설해야 한다고까지 주장한다.

154) 김병두, “개정신탁법상의 유언대용신탁에 관한 소고”, 民事法學 第64號(2013), 15면; 김상훈(2015), 14면; 김재승(2011), 59면; 김종해·김병일(2013), 288면; 이계정(2020), 106면; 이전오(2020), 12면; 임채웅(2009a), 136-137면; 정소민(2013), 89면 등.

155) 이와 관련하여 임채웅(2009a), 137면은 가령 유증 후 수증자가 유언자보다 먼저 사망한 경우에 유증은 효력을 잃지만, 유언대용신탁 설정 후 사후수익자가 위탁자보다 먼저 사망한 경우에 유언대용신탁의 효력이 언제나 무효로 되는 것은 아니라는 점을 근거로 제시하고 있으나, 방식주의의 적용 여부를 판단함에 있어 의미 있는 차이인 것으로는 보이지 않는다.

로 인해 대부분 수탁기관에서 미리 준비해 놓은 정해진 서식을 이용하되, 특약사항에 대해 공란을 보충하는 방식으로 계약서를 작성하는 방식의 실무가 정착된 것으로 보인다(【별지】 참조).

3. 유언대용신탁의 철회

가. 수익자 변경권

유언대용신탁은 생전계약에 의해 설정되는 것이기는 하지만, 유언자 사후의 법률관계를 규율하는 것을 목적으로 하고 있는 이상 그 중의처분으로서의 특성을 충분히 고려하지 않을 수 없다. 2011년 개정 신탁법은 이러한 유언대용신탁의 특징을 반영하여, 유언대용신탁에서는 위탁자가 원칙적으로 사후수익자를 자유롭게 변경할 수 있음을 선언하고 있다(신탁법 제59조 제1항). 위탁자에게 사실상 사후수익권 부여의 의사표시를 철회할 자유를 보장한 것이다. 위탁자가 예외적으로만 수익자변경권을 행사할 수 있는 일반적인 신탁은 차이가 있다(신탁법 제58조 제1항).

다만, 유언대용신탁은 유언과 달리 위탁자에게 철회의 자유를 무제한적으로 보장하지는 않는다. 신탁법 제59조 제1항 단서는 “신탁행위로 달리 정한 경우에는 그에 따른다.” 고 하여 위탁자의 수익자 변경권 제한을 허용하고 있기 때문이다.¹⁵⁶⁾ 견해에 따라서는 이와 같은 수익자변경권 유보 특약을 통해 ‘탐욕스러운 자녀의 강력한 요구’로부터 본인의 의사결정의 자유를 보호할 수 있다는 점을 유언대용신탁의 고유한 장점 중 하나로 강조하기도 하나,¹⁵⁷⁾ 수익자변경권 유보 특약으로 인해 오히려 ‘탐욕스러운 자녀의 강력한 손아귀’로부터 벗어나지 못하는 결과가 초래될 수도 있다는 점에 유념할 필요가 있다.

나. 유언대용신탁계약의 종료와 변경

위탁자가 사후수익자를 변경하는 것을 넘어 생전계약으로서의 유언대용신탁 계약 자체를 종료시키거나 변경하는 것도 가능한지에 대해서는 견해의 대립이 있다.

(1) 유언대용신탁 계약의 종료

위탁자는 생전에 유언대용신탁 계약 자체를 종료시킬 수 있는가. 일부 견해는 유언대용신탁이 생전 자익신탁-사후 타익신탁 형태로 설계된 경우에 이를 신탁법 제99조 제2항상 “위탁자가 신탁이익 전부를 누리는 신탁”으로 보아 위탁자에게 무제한의 신탁 종료권을 인정할 수 있다고 주장한다.¹⁵⁸⁾ 특히 사후수익자는 위탁자가 생존하는 동안 수익자로서의 권리

156) 같은 취지로 오영표(2021), 65면 참조.

157) 김상훈(2021), 156면.

158) 김재승(2011), 59-60면; 이계정(2020), 113면; 정소민(2019), 92-95면 참조.

를 행사하지 못한다는 점을 강조한다. 반면 유언대용신탁이라도 유언대용신탁은 위탁자 사후에 타익신탁으로 운용될 것을 예정하고 있는 이상, 위탁자는 수익자와의 합의에 의해서만 이를 종료시킬 수 있다고 보는 견해도 있다(신탁법 제99조 제1항).¹⁵⁹⁾ 신탁관계의 임의종료로 인해 신탁관계를 둘러싸고 형성된 이해관계가 불안정해질 우려가 있다는 것이다. 어느 견해에 따르더라도 신탁행위로 달리 정한 경우에는 위 조항의 적용을 배제할 수 있으므로, 위탁자가 신탁 종료권을 유보하는 것 자체가 불가능한 것은 아니다.

(2) 유언대용신탁 계약의 변경

위탁자는 유언대용신탁의 내용을 임의로 변경할 수 있는가. 신탁법 제88조 제1항은 신탁행위로 달리 정한 경우가 아닌 한 위탁자, 수탁자 및 수익자의 합의로 신탁을 변경할 수 있다고 규정하고 있으나, 일부 견해는 유언대용신탁의 경우에는 위탁자와 수탁자의 합의만으로 변경이 가능하다고 주장한다. 수익자는 위탁자 사망시까지 법적으로 보호받을 권리를 갖지 못하기 때문이라고 한다.¹⁶⁰⁾ 반면 일부 견해는 유언대용신탁의 경우에도 위탁자, 수탁자, 수익자 모두의 합의가 있어야만 그 내용을 변경할 수 있다고 주장한다.¹⁶¹⁾ 유언대용신탁은 유언과 같은 효과를 얻으면서도 위탁자가 그 내용을 단독으로 변경할 수 없도록 하는 데 그 제도의 취지가 있다는 것이다. 이 경우에도 역시 신탁행위로 달리 정한 경우에는 위 조항의 적용을 배제할 수 있으므로, 유언대용신탁 내에 위탁자가 신탁변경권을 유보하거나, 사후수익자 전원의 합의가 있어야만 신탁변경권을 행사할 수 있도록 하는 내용의 특약을 두는 것은 가능하다.

(3) 하급심 판결의 태도

일반적인 경우라면 (1) 및 (2)에서 살펴본 학설의 대립이 실질적으로 별다른 의미가 없다. 위탁자는 수익자가 신탁의 종료나 변경에 합의하지 않는 경우에 신탁법 제59조 제1항에 따라 수익자를 변경함으로써 간접적으로 그 합의를 강제할 수 있으므로, 별도로 수익자의 합의를 요구할만한 실익이 없기 때문이다. 이러한 의미에서 유언대용신탁에서도 사실상 유언에 준하는 철회의 자유가 보장된다고 할 수 있다. 하지만 유언대용신탁 계약에 수익자변경권 유보 특약이 포함되어 있는 경우 내지 특정인의 동의가 있어야만 신탁의 종료나 변경이 가능하다는 취지의 특약이 포함되어 있는 경우에는 그렇지 않다. 서울고등법원 2019. 2. 13. 선고 2015나2065231 판결(확정)에서는 바로 이러한 사안이 문제되었다.¹⁶²⁾

159) 같은 취지로 김병두(2013), 18-19면; 김종해·김병일(2013), 291-292면 참조. 특히 신탁관계의 임의종료에 의해 신탁관계를 둘러싸고 형성된 이해관계가 불안정해질 우려가 있다는 점을 근거로 제시한다.

160) 정소민(2013), 89면.

161) 이준봉, “유언대용신탁 및 수익자연속신탁의 과세에 대한 연구”, 증권법연구 제14권 제2호(2013), 694면.

162) 위 판결의 사실관계와 소송경과 등에 대해 상세히 소개하고 있는 문헌으로 김상훈(2021), 151-156면; 정소민(2019), 85면.

① 사실관계

- 원고 X: 위탁자 겸 생전수익자
- 피고 Y 은행: 수탁자
- 신탁재산: X 소유 아파트 및 현금 9억원
- 사후수익자: X의 자녀 A, B, C, D

X와 Y는 2014. 8. 29. 위 신탁재산에 대해 유언대용신탁 계약을 체결하면서 “위탁자가 본 계약을 변경하거나 해지하고자 하는 경우 사후 1차 수익자 중 생존 수익자 전원의 동의를 얻어야 하고, 수탁자에게 그 증명자료를 제출하여야 한다.”는 취지의 특약을 두었다. 그 후 X는 Y를 상대로 위 유언대용신탁 계약이 무효임을 이유로 X 소유 아파트에 대한 소유권이 전등기의 말소등기를 청구하였다.

② 1심 판결

1심이었던 의정부지방법원 고양지원 2015. 11. 4. 선고 2015가합71115 판결은 다음과 같은 이유로 X의 청구를 기각하였다.¹⁶³⁾

첫째, X는 위 유언대용신탁 계약 체결 당시 치매 증상으로 진료와 검사를 받아왔던 치매 환자로서 어려운 법률용어와 내용으로 이루어진 유언대용신탁 계약의 법률적 의미와 효과를 이해할 수 있는 의사능력이 없는 상태였다고 주장하나, 당시 X는 일상적인 생활 내에서 자신의 의사를 표현하는 능력에 큰 문제가 없었다고 판단된다는 점, 위 유언대용신탁 계약은 X 소유의 재산을 Y에게 신탁하되, X 생존 중에는 X가 생활비 등을 수령하고 X 사후에는 4명의 자녀가 상속분에 따라 상속받는 것을 주된 내용으로 하고 있어 비교적 낮은 수준의 판단능력으로도 그 의미를 이해할 수 있다는 점 등을 고려하면 X가 위 유언대용신탁 계약 체결 당시 의사무능력 상태에 있었다고 볼 수 없다.

둘째, X는 사후수익자 전원의 동의를 얻어야만 위 유언대용신탁 계약을 해지할 수 있도록 한 위 특약이 X의 재산권 행사를 원천적으로 봉쇄하여 헌법상 보장된 재산권을 침해한다고 주장하나, 헌법상 기본권 규정은 성질상 사법관계에 직접 적용될 수 있는 예외적인 것을 제외하고는 간접적으로 사법관계에 효력을 미칠 뿐이므로, 위 유언대용신탁 계약이 헌법상 재산권을 침해한다는 이유만으로 곧바로 무효가 되는 것은 아닐 뿐 아니라, 자녀 전원의 동의를 받아야만 해지할 수 있도록 정하고 있는 것이 헌법상 보장되는 재산권의 본질적 내용을 침해하는 것이라고 볼 수도 없다.

163) 위 사건에서 X는 약관규제법 위반, 착오 취소 등도 주장하였으나, 이는 본 연구용역 보고서의 주제와 직접적인 관련이 없으므로, 이에 대한 소개는 생략한다.

③ 항소심 판결

X는 위 1심 판결에 대해 항소하였으나, 항소심이었던 서울고등법원 2019. 2. 13. 선고 2015나2065231 판결은 다음과 같은 이유로 X의 항소를 기각하였다.

첫째, X는 위 유언대용신탁 계약 체결 당시 위탁자인 X가 이미 치매 진단을 받고 치료를 받고 있는 상태였으며, 자기 재산에 대한 처분권과 신탁의 해지·변경권을 제한하는 내용을 담고 있는 위 유언대용신탁 계약의 의미를 이해할만한 의사능력이 없었고, 1심 판결 선고 후 X에 대한 성년후견개시심판도 확정되었다고 주장한다. 하지만 위 유언대용신탁 계약상 특약은, 비록 그것이 X의 재산에 대한 처분권과 신탁의 해지·변경권을 제한하는 것이기는 하지만, 타인의 영향에 의한 재산의 처분, 소비 등을 방지하여 원고의 재산적 지위와 재산을 보호하기 위한 것으로서 그 내용과 목적이 어렵거나 복잡한 것이 아니며, X가 위 유언대용신탁 계약 체결 당시 치매 진단을 받고 치료를 받는 상태였다고 하더라도 그 증상의 정도에 비추어 보면, X의 자녀나 친인척의 도움을 받거나 설명을 통해 그 계약의 주된 내용, 목적과 효과 등을 이해할 수 있었을 것으로 보이고, 성년후견개시심판은 위 유언대용신탁 계약 체결 후 2년이 지난 후에 내려졌으므로, 위 심판이 있었다는 사정만으로 위 유언대용신탁 계약 체결 당시 X가 의사무능력 상태에 있었다고 단정할 수 없다.

둘째, X는 사후수익자 전원의 동의를 얻어야만 위 유언대용신탁 계약을 해지할 수 있도록 한 위 특약이 유언대용신탁의 본질에 반하고, 신탁자가 자기 재산에 대한 처분을 자유롭게 결정할 수 있는 헌법상 자기결정권 및 유언 철회의 자유를 본질적으로 침해하여 민법 제103조에 위반하여 무효라고 주장한다. 하지만 유언대용신탁에서 위탁자의 수익자변경권이나 신탁 해지권 등은 신탁행위로 달리 정할 수 있도록 되어 있을 뿐만 아니라, 사후수익자 전원의 동의를 받으면 수익자변경이나 신탁 종료가 가능하다는 점에서 위 특약이 위탁자의 처분권을 전면적으로 제한하거나 박탈하는 것도 아니며, 사후수익자가 법정상속인인 X의 자녀들이라는 점 등에 비추어 보면 이러한 내용의 특약이 민법 제103조에 위반된다고 보기 어렵다. 특히 위 유언대용신탁 계약 체결 당시 X의 건강상태와 위 계약을 체결하게 된 경위 등에 비추어 보면 위 특약은 X의 치매 등 증상이 악화되어 정상적인 의사결정을 하기 어려운 상황에 대비한 것으로서 사후수익자인 자녀들 전원의 동의를 받도록 할 필요성과 합리성도 있으므로, 그것이 유언에 관한 자기결정권 내지 유언 철회의 자유를 본질적으로 침해한다고 할 수도 없다.¹⁶⁴⁾

④ 평가

위 서울고등법원 2019. 2. 13. 선고 2015나2065231 판결(확정)은 유언대용신탁의 내용을 해지하거나 변경하려면 사후수익자인 생존 자녀들 전원의 동의를 받도록 한 이 사건 특약이 유언 철회의 자유를 침해한다고 볼 수 없다는 이유로 그 특약의 효력을 인정하였다. 이는

164) 이러한 판결의 취지에 찬성하는 문헌으로 정소민(2019), 94-95면 참조.

유언에 있어 피상속인의 철회의 자유를 보장하기 위해 이를 침해할 우려가 있는 생전약정의 효력을 일관되게 부정해 온 종래 대법원 판례의 굳건한 태도와 대비된다. 가령 대법원 2015. 8. 19. 선고 2012다94940 판결에서는 유언자가 자기 소유 부동산을 자녀 4인에게 각 1/4 지분씩 유증하기로 하는 내용의 공정증서유언을 작성하였고, ① 유언자와 자녀들 사이에 유언자가 위 공정증서유언의 내용을 수정하려면 모든 자녀들의 동의를 받아야 하고, ② 만약 동의 없이 임의로 수정하면 자녀들이 위 유언의 내용에 따라 협의하는 것으로 하며, ③ 유언자가 그 재산을 자녀들에게 증여하는 경우에는 위 공정증서유언에 따른 분배로 보아 처리하기로 하는 내용의 약정을 체결한 사안이 문제된 바 있다. 이에 대해 원심판결은 약정 ① 부분은 사실상 유언철회의 자유를 제한하는 내용에 해당하여 무효이나, 약정 내용 ② 및 ③은 자녀들 사이에 재산 처리 방법을 정한 것일 뿐이므로 유효하다는 전제 하에 위 부동산을 증여받은 자녀들은 다른 자녀에게 각 1/4 지분을 이전해줄 의무가 있다고 보았다. 하지만 위 2012다94940 판결은 유언자는 “언제든지 유언 또는 생전행위로써 유언의 전부나 일부를 철회할 수 있고, 유언 후의 생전행위가 유언과 저촉되는 경우에는 민법 제1119조에 의하여 그 저촉된 부분의 전유언은 이를 철회한 것으로 본다 (…) 생전에 언제든지 유언을 철회할 수 있으므로, 일단 유증을 하였더라도 유언자가 사망하기까지 수유자는 아무런 권리를 취득하지 않는다”는 전제하에 약정 ① 뿐만 아니라, ②와 ③ 부분 역시 역시 유언자의 유언 또는 생전행위에 의한 철회행위를 무력화하는 것이어서 무효라고 보았다. 상속인들의 간섭으로부터 피상속인의 유언의 자유와 유언철회의 자유, 생전처분의 자유를 철저히 보장하고자 한 것이다. 사건으로는 위 2012다94940 판결에서는 유언자가 이미 자녀 중 일부에게 위 부동산의 소유권이전등기를 경료해 준 이상 약정 ②와 ③ 부분의 효력이 유언철회의 자유와 직접적으로 관련이 있는지 매우 의문이나, 적어도 위 2015나2065231 판결에 따르면 유언대용신탁을 통해 위 2012다94940 판결이 금지하고자 하는 바를 우회하여 달성할 수 있게 되었음이 분명하다.

다. 법정철회 사유

유언을 한 후 그 유언과 저촉되는 내용의 유언대용신탁을 한 경우에 그 유언은 철회된 것으로 간주된다. 유언과 생전행위가 저촉되는 경우에 해당하기 때문이다(민법 제1109조). 따라서 사후 분쟁을 예방하기 위해서는 유언대용신탁의 성립일자를 확보하는 것이 중요하다. 유언대용신탁을 한 후 그것과 저촉되는 내용의 유언을 한 경우에는 어떠한가. 유언대용신탁의 법정철회에 관한 규정이 마련되어 있지 않은 한, 유언대용신탁이 철회된 것으로는 볼 수 없다. 유언대용신탁에 의해 이미 유증목적물의 소유권이 수탁자에게 이전되어 있는 상황이므로, 유언자 사망 당시 유언의 목적이 된 권리가 상속재산에 속하지 아니한 때에 해당하여 민법 제1087조에 따라 유언의 효력을 판단할 수 있을 뿐이다.¹⁶⁵⁾

165) 같은 취지로 오영표(2021), 81면; 이계정(2020), 113면.

4. 유언대용신탁 계약서의 보존

2.에서 살펴본 바와 같이 유언대용신탁은 낙성·불요식의 생전계약으로서 방식주의가 적용되지 않는다는 것이 현재까지의 일치된 견해이다. 따라서 유언대용신탁 계약서의 보존은 사인증여의 경우와 마찬가지로 사적 영역에 맡겨져 있으며, 별도의 공적인 보관제도나 검인 절차 등은 마련되어 있지 않다. 신탁법상 수탁자에게 보존의무가 부여되어 있기 때문이다. 즉, 수탁자는 신탁사무와 관련된 장부 및 그 밖의 서류를 갖추어 두는 한편(신탁법 제39조 제1항), 신탁행위로 달리 정한 경우가 아닌 한, 신탁 인수시 및 매년 1회 일정한 시기에 각 신탁의 재산목록을 작성하여야 하는데(신탁법 제39조 제2항), 이와 같이 작성된 ① 신탁의 재산목록과 그 부속 명세서, 제무제표와 그 부속 명세서 및 신탁재산의 운용 내역서는 해당 신탁이 종료된 때부터 10년간, ② 그 밖의 신탁 관련 서류는 해당 신탁이 종료된 때부터 5년간 수탁자의 사무소·영업소 또는 유언책임신탁의 신탁사무처리지에 원본·마이크로필름의 형태 또는 전산정보처리조직에 의해 보존하여야 한다(신탁법 제39조 제3항 및 제4항, 신탁법 시행령 제3조). 또한 위탁자나 수익자는 수탁자에게 신탁사무의 처리와 계산에 관한 장부 및 그 밖의 서류의 열람 또는 복사를 청구할 수 있고(신탁법 제40조 제1항), 수익자가 아닌 법정상속인과 같은 이해관계인 역시 신탁 재산목록 등 신탁사무의 계산에 관한 장부 및 그 밖의 서류의 열람 또는 복사를 청구할 수 있다(신탁법 제40조 제2항).

이에서 더 나아가 신탁재산이 부동산인 경우에는 부동산 등기부가 사실상 유언대용신탁 계약서의 보존수단으로 사용될 수 있다. 등기 또는 등록할 수 있는 재산권에 관하여는 신탁의 등기 또는 등록을 해야만 그 재산이 신탁재산에 속한 것임을 제3자에게 대항할 수 있으므로(신탁법 제4조 제1항),¹⁶⁶⁾ 신탁재산을 고유재산과 독립한 재산으로 분별하기 위해 수탁자는 신탁재산인 부동산에 관한 권리의 등기를 함과 동시에 신탁등기를 신청해야 한다(부동산등기법 제82조 제1항 및 제23조 제7항).¹⁶⁷⁾ 신탁등기를 할 때에는 등기관이 아래의 각 사항을 기록한 신탁원부를 작성하도록 되어 있으며(부동산등기법 제81조 제1항), 그 신탁원부는 등기기록의 일부로 된다(부동산등기법 제81조 제3항).¹⁶⁸⁾ 그런데 신탁원부에 기재되어야 하는 사항은 신탁계약의 주요한 내용을 비롯한 ‘그 밖의 신탁조항’ 전부이므로,¹⁶⁹⁾ 사실상 신탁

166) 이와 같이 규정된 취지에 대해 자세히는 이연갑, “신탁법 개정에 따른 「부동산등기법」 개정안의 검토”, 법학연구 제21권 3호(2011), 291면 참조.

167) 신탁등기가 수탁자 단독신청주의로 전환된 계기에 대해서는 이연갑(2011), 294-295, 302, 308면 참조.

168) 신탁등기에 관해 자세히는 오상민, “부동산등기법상 신탁등기의 대항력에 대한 검토”, 저스티스 통권 제154호(2016), 131-152면 참조.

169) 신탁원부에 기재되어야 하는 사항은 다음과 같다.: ① 위탁자, 수탁자 및 수익자의 성명 및 주소, ② 수익자를 지정하거나 변경할 수 있는 권한을 갖는 자를 정한 경우에는 그 자의 성명 및 주소, ③ 수익자를 지정하거나 변경할 방법을 정한 경우에는 그 방법, ④ 수익권의 발생 또는 소멸에 관한 조건이 있는 경우에는 그 조건, ⑤ 신탁관리인이 선임된 경우에는 신탁관리인의 성명 및 주소, ⑥ 수익자가 없는 특정의 목적을 위한 신탁인 경우에는 그 뜻, ⑦ 신탁법 제3조 제5항에 따라 수탁자가 타인에게 신탁을 설정하는 경우에는 그 뜻, ⑧ 신탁법 제59조 제1항에 따른 유언대용신탁인 경우에는 그 뜻, ⑨ 신탁법 제60조에 따른 수익자연속신탁인 경우에는 그 뜻, ⑩ 신탁법 제78조에 따른 수익증권 발행신탁인 경우에는 그 뜻, ⑪ 공익신탁법에 따른 공익신탁인 경우에는 그 뜻, ⑫ 신탁법 제114조 제1항에 따른 유한책임신탁인 경우에는 그 뜻, ⑬ 신탁의 목적, ⑭ 신탁재산의 관리, 처분, 운용, 개

계약 내용의 전부가 등기되는 것과 마찬가지이다.¹⁷⁰⁾

이와 같이 부동산등기법이 신탁계약의 내용 전부를 등기하도록 하여 이를 공시하는 것은 상속인 또는 제3자와의 분쟁을 방지한다는 점에서 이익이 있으나,¹⁷¹⁾ 위탁자 생전에 상속인들이 신탁원부 열람을 통해 유언대용신탁의 내용과 사후수익자에 관한 사항을 확인할 수 있어 유언자의 프라이버시가 침해될 우려가 있으므로, 유언대용신탁과 수익자연속신탁에 관해서는 사후수익자 및 사후수익권 배분 비율에 대한 사항을 신탁원부에 기록하지 않을 수 있도록 예외 조항을 신설하는 한편, 신탁원부를 이해관계인만 열람할 수 있도록 부동산등기법을 개정해야 한다는 비판적 견해도 있다.¹⁷²⁾

5. 특수쟁점: 유언대용신탁과 유류분

유언대용신탁과 관련하여 법적으로 가장 논란이 되는 쟁점은 민법상 유류분 제도와의 관계이다. 2011년 신탁법 개정 당시 유언대용신탁과 상속법의 관계에 대해서는 해석론에 맡긴다는 것이 입법자의 의사¹⁷³⁾였으므로, 유언대용신탁이 유류분반환청구의 대상이 되는지, 만약 된다면 반환의무자와 반환범위를 어떻게 확정할 것인지 등에 대해 명문의 규정이 존재하지 않기 때문이다. 위 쟁점에 대한 현재까지 학설과 판례의 태도를 간략히 정리하면 다음과 같다.

가. 부정설

부정설은 유언대용신탁의 목적물인 신탁재산 내지 그에 따른 수익권을 유류분 반환의 대상으로 삼을 수 없다고 주장한다.¹⁷⁴⁾ 유류분 산정을 위한 기초재산은 ① 상속개시 당시 상속적극재산 및 민법 제1114조와 제1118조에 따른 증여재산, 즉, ② 상속개시 전 1년간 행한 증여, ③ 당사자 쌍방이 유류분 권리자에게 손해를 가할 것을 알고 한 증여, ④ 공동상속인에 대한 특별수익으로서의 증여로 이루어지는데(민법 제1113조), 유언대용신탁에서 ① 신탁재산은 상속개시 전에 이미 수탁자에게 그 소유권이 이전된 상황¹⁷⁵⁾이므로 상속적극재산에

발 그 밖에 신탁 목적의 달성을 위하여 필요한 방법, ⑮ 신탁종료의 사유, ⑯ 그 밖의 신탁 조항
170) 그 결과 신탁원부에 기재된 신탁내용 전부에 대해 제3자에 대한 대항력이 인정된다는 점을 지적하면서 그 부당성을 논하고 있는 문헌으로 오상민, “부동산 신탁실무에서 개정 신탁법 적용의 한계”, 상사법연구 제36권 4호(2018), 222-223, 226면 참조.

171) 등기부를 통한 유언대용신탁의 공시기능에 긍정적인 견해로 김종원(2014), 448면.

172) 오영표(2021), 88면. 이에 찬성하는 취지로 박민정, “자산승계와 자산관리를 위한 신탁의 활용”, 신탁연구 제1권 1호(2019), 110면; 서병호(2021), 10면.

173) 신탁법 해설, 489면.

174) 김상훈(2015), 15-21면; 김상훈(2021), 162-166면 참조.

175) 대법원 2002. 4. 12. 선고 2000다70460 판결: “신탁법상의 신탁은 위탁자가 수탁자에게 특정의 재산권을 이전하거나 기타의 처분을 하여 수탁자로 하여금 신탁 목적을 위하여 그 재산권을 관리·처분하게 하는 것이므로(신탁법 제1조 제2항), 부동산의 신탁에 있어서 수탁자 앞으로 소유권이전등기를 마치게 되면 대내외적으로 소유권이 수탁자에게 완전히 이전되고, 위탁자와의 내부관계에 있어서 소유권이 위탁자에게 유보되어 있는 것은 아니라 할 것이며, 이와 같이 신탁의 효력으로서 신탁재산의 소유권이 수탁자에게 이전되는 결과 수탁자는 대내외적으로 신탁재산에 대한 관리권을 갖는 것이고,

해당하지 않고, ② 수익자는 상속개시 후에 비로소 유언대용신탁 계약에 기초해 사후수익권을 취득할 뿐이므로, 이를 수익자가 피상속인으로부터 생전증여받은 특별수익에 해당한다고 볼 수 없으며, ③ 수탁자는 신탁재산을 신탁목적에 위해 관리할 뿐으로서 그 중국적 이익을 수령한 것이 아니므로, 신탁자가 민법 제1114조에 따라 수탁자에게 증여한 재산으로도 볼 수 없어 결국 이를 유류분반환의 대상으로 삼을 수 없다는 것이다.

부정설에 대해서는 위탁자의 재산이 수탁자라는 도관을 통해 수익자에게로 승계되는 유언대용신탁 특유의 실질을 도외시하고 지나치게 형식적으로 판단하고 있다는 점을 들어 비판하는 견해가 있다.¹⁷⁶⁾ 이에 대해 부정설은 유류분이란 피상속인의 유언의 자유 및 재산권을 제한하는 예외적인 제도일 뿐만 아니라, 유류분 제도가 도입될 당시의 사회상황과 비교해 볼 때 그 필요성이 현저히 감소한 이상 유류분 산정의 기초재산 내지 유류분 반환의 대상이 되는 재산의 범위 등에 관해 민법이 규정한 문언의 의미를 벗어나 확대해석해서는 안 되며, 그것이 판례¹⁷⁷⁾의 태도이기도 하다는 취지로 반박한다. 유언대용신탁에 의해 유류분 제도가 잠탈되어서는 안 된다는 점 등을 들어 부정설을 비판하는 견해도 강력하다.¹⁷⁸⁾ 하지만 부정설은 이러한 비판에 대해 유언대용신탁은 본래 상속법상의 각종 규제를 우회하기 위한 수단으로서 발전한 제도라는 점,¹⁷⁹⁾ 유언대용신탁도 유류분 반환청구의 대상이 된다면 유언신탁과 별도로 유언대용신탁 제도를 신설할 이유가 없는바, 신법인 신탁법이 민법상 유류분제도보다 우선적용되어야 한다는 점¹⁸⁰⁾ 등을 들어 반론을 제기하고 있다.¹⁸¹⁾

나. 긍정설

긍정설은 유언대용신탁이 유류분 제도를 잠탈하는 수단으로 사용되어서는 안 된다는 시

다만, 수탁자는 신탁의 목적 범위 내에서 신탁계약에 정하여진 바에 따라 신탁재산을 관리하여야 하는 제한을 부담함에 불과하다.”

176) 엄복현, “신탁제도와 유류분반환청구권과의 관계”, 가족법연구 제32권 제3호(2018), 172면; 정구태, “신탁제도를 통한 재산승계-유류분과의 관계를 중심으로-”, 인문사회 21 제9권 1호(2018), 661면; 정소민, “신탁을 통한 재산승계와 유류분반환청구권”, 한양법학 제28권 제2집(2017), 230면.

177) 대법원 2014. 5. 29. 선고 2012다31802 판결은 “유류분 제도가 상속인들의 상속분을 일정 부분 보장한다는 명분 아래 피상속인의 자유의사에 기한 자기 재산의 처분을 그의 의사에 반하여 제한하는 것일만큼 인정 범위를 가능한 필요최소한으로 그치는 것이 피상속인의 의사를 존중한다는 의미에서 바람직하다.”고 판시한 바 있다.

178) 긍정설에 관한 각주 181)의 각 문헌 참조.

179) 김상훈(2021), 167면.

180) 김상훈(2015), 19-20면.

181) 다만, 김상훈(2015), 20-21면은 부정설을 택하면서도 모든 상속에서 유언대용신탁에 의해 유류분 제도를 피해갈 수 있도록 하는 것은 유류분 제도를 형해화시킬 위험이 매우 높다는 점을 지적하면서 가업승계와 같은 사회경제적으로 유익한 목적이 아니라 오로지 유류분 제도를 잠탈할 목적으로 유언대용신탁을 이용한 경우에는 유류분을 침해하는 범위 내에서 유언대용신탁은 양속위반으로 일부무효가 될 수 있을 것이라고 해석하는 한편, 유언대용신탁이 중소기업의 가업승계 수단으로 활용되는 경우에는 유류분의 적용대상으로부터 배제하는 입법이 필요하다고 주장한다. 기업 지분의 경우에는 유류분 제도를 정비할 필요가 있다는 견해로 서병호, “기업의 안정적 승계를 위한 유언대용신탁의 활용 방안”, 주간금융브리프 제29권 제17호(2020), 18면도 참조. 실제로 일본은 「중소기업에 있어서 경영승계의 원활화에 관한 법률」 제2장에서 중소기업이 가업승계의 대상으로 되는 경우에 상속인들의 합의에 의해 그 주식의 전부 또는 일부를 유류분 산정을 위한 기초재산으로부터 제외할 수 있도록 하는 조문을 두고 있다.

각¹⁸²⁾을 전제로 유언대용신탁도 유류분반환청구의 대상이 될 수 있다고 주장한다. 유언대용신탁 역시 유증과 마찬가지로 피상속인의 의사에 따라 사후에 재산을 분배하는 기능을 담당하는 이상 유류분 제도도 동일하게 적용되어야 하며, 신탁재산이 상속개시 당시 피상속인의 적극재산이 아니라는 이유로 유류분 산정의 기초재산으로부터 배제하면 유류분 제도를 잠탈할 우려가 있다는 점, 특별법에 별도의 규정이 없다면 일반법인 민법이 우선적용되어 유류분 반환청구의 대상이 된다고 보아야 한다는 점, 신탁법 개정 당시 유언대용신탁과 유류분 간의 관계에 대해 명시적 규정을 두지 않은 이유는 유언대용신탁을 유류분 반환의 대상으로부터 제외하기 위한 것이 아니라 해석론의 발전을 기대하였기 때문이라는 점 등을 근거로 제시한다. 다만, 이때 유언대용신탁이 어느 조문에 근거하여 유류분 산정의 기초재산에 산입되는지에 대해서는 긍정설 내에서도 견해의 대립이 있다.

(1) 상속재산설

상속재산설은 유언대용신탁의 대상이 되는 신탁재산이 상속개시 당시 상속적극재산에 포함된다고 주장한다.¹⁸³⁾ 유언대용신탁에서 위탁자는 언제든지 신탁을 종료하고 신탁재산을 위탁자 명의로 복귀시킬 수 있으므로, 신탁재산의 실질적 소유자는 위탁자이고, 따라서 유증의 경우와 마찬가지로 신탁재산이 상속개시 당시 상속 적극재산에 포함되어 있음을 전제로 유류분 산정의 기초재산을 산정해야 한다는 것이다.¹⁸⁴⁾ 상속재산설에 대해서는 수탁자는 신탁재산의 대내적·대외적 소유자로서의 지위를 가지고 있으므로 이를 위탁자 소유의 상속재산으로 보기 어렵다는 비판¹⁸⁵⁾이 있다. 이에 대해 상속재산설은 ① 신탁재산의 독립성을 보장하는 이유는 수익자를 보호하기 위함인데, 유언대용신탁에서 사후수익자는 위탁자 사망시까지 권리를 행사할 수 없으므로 일반적인 신탁과는 달리 보아야 한다고 반박한다.¹⁸⁶⁾

상속재산설을 주장하는 견해는 유류분반환청구의 상대방에 관해 실질적으로 이익을 향수하는 수익자임이 원칙이나, 수익자가 존재하지 않거나 확정할 수 없는 경우에는 유류분반환청구의 시효 완성을 저지하기 위해 수탁자를 상대로도 유류분반환을 청구할 수 있다고 한

182) 김대석, “위탁자의 상속인의 신탁관계에 대한 정보접근권 일고찰”, 법학논총 제35권 제2호(2015), 396면; 김병두(2013), 42면; 김재승(2011), 64면; 김종서·장희순(2010), 129면; 박근웅, “상속에 의한 기업승계의 몇 가지 문제”, 비교사법 제27권 제3호(2020), 79면; 엄복현(2018), 172면; 이계정(2020), 109면; 이근영(2011), 146면; 이근영(2012), 220-221면; 임채웅(2009a), 139면; 전경근, “한국 상속법의 변천과 전망”, 아세아여성법학 제17권(2014), 271면; 정구태(2018), 661-662면; 최수정, “유언대용신탁과 유류분의 관계 -한국과 일본의 하급심판결에 대한 비교검토를 통하여-”, 인권과 정의 통권 제493호(2020), 178면.

183) 정소민(2013), 92-93면; 정소민(2017), 230면.

184) 다만 상속재산설을 지지하는 정소민(2017), 227면은 수탁자증여설을 비판하면서 “상속법상 유류분 제도의 취지를 고려하면 ‘민법 제1114조의 산입될 증여’는 도관에 불과한 수탁자가 취득한 신탁재산이 아니라 최종적 귀속자인 수익자가 취득한 가치를 기준”으로 하여 유류분산정의 기초가 되는 재산에 산입해야 한다고 서술하고 있는바, 수탁자증여설을 취하는 경우에만 이와 같이 계산해야 한다는 것인지, 상속재산설에 따르더라도 이와 같이 계산해야 한다는 취지인지가 명확하지 않다.

185) 김상훈(2015), 18면; 김상훈(2021), 162-163면; 김순석(2016), 394면; 안성포(2021), 185면; 엄복현(2018), 173면; 오영표(2021), 83면; 이계정(2020), 109면; 정구태(2018), 662면; 최준규, “유류분과 신탁”, 사법 제34호(2015), 255면.

186) 정소민(2017), 226-227면.

다.¹⁸⁷⁾ 수익자를 상대로 유류분반환청구를 하는 경우에는 수익권 전부 또는 일부를, 수탁자를 상대로 유류분반환청구를 하는 경우에는 신탁재산의 반환을 원물반환으로 청구할 수 있으나, 신탁재산의 반환으로 신탁목적의 달성이 불가능해질 우려가 있는 경우에는 위탁자의 전체적인 재산 승계 계획을 최대한 존중해주기 위해 가액반환청구도 허용된다는 것이 상속재산설의 입장이다.¹⁸⁸⁾ 상속재산설은 이러한 논리를 수익자연속신탁에 대해서도 관철하여 신탁재산을 유류분 산정의 기초재산으로 산입하고, 제1수익자 또는 수탁자를 유류분반환청구의 상대방으로 삼되, 예외적으로 제1수익자가 사망하여 제2수익자가 수익권을 취득한 후에는 제2수익자도 유류분반환청구의 상대방이 될 수 있다고 한다.¹⁸⁹⁾ 이러한 상속재산설의 입장에 대해서는 ① 신탁재산 전액이 상속재산에 포함되는 것으로 보아 유류분 부족액을 산정한 후 수익권을 유류분반환의 대상으로 삼으면 유류분 부족액은 존재하지만 실제로 유류분을 침해한 자는 없는 상황이 발생할 수 있다는 점(통상 신탁재산의 가치보다 수익권의 가치가 낮기 때문이다), ② 이 경우 신탁재산의 가액과 수익권의 가치 간의 차액이 상속인들에게 귀속하는 것으로 의제하는 수밖에 없는데, 실제로는 상속인들이 신탁재산과 관련하여 아무런 가치를 취득하지 못하므로 현실에 부합하지 않는다는 점에서 비판하는 견해가 있다.¹⁹⁰⁾

(2) 수탁자증여설

수탁자증여설은 일단 유언대용신탁에 따라 수탁자에게 신탁재산의 소유권이 귀속된 이상 신탁재산을 상속재산의 일부로 보기는 어렵지만, 이를 수탁자가 신탁자인 피상속인으로부터 증여받은 재산으로 보아 유류분 산정의 기초가 되는 재산에 산입할 수 있다고 주장한다.¹⁹¹⁾ 민법 제1113조상의 증여에는 모든 종류의 무상처분이 널리 포함될 수 있는데, 수탁자는 신탁자로부터 신탁재산을 이전받으면서 그에 대한 대가를 지급하지 않기 때문에 이를 무상처분의 일종으로 볼 수 있다는 것이다. 수탁자증여설은 다시 논자(論者)에 따라 그 세부적인 내용이 다음과 같이 달라진다.

- [A설] 유언대용신탁에 기해 수탁자에게 이전된 재산은 언제나 유류분 산정의 기초가 되는 재산에 산입될 수 있다는 전제하에 유류분반환청구권자는 신탁에 의해 직접적으로 이익을 받는 수익자를 상대로 수익권의 반환을 청구할 수 있다는 견해¹⁹²⁾
- [B설] 유언대용신탁에 기해 수탁자에게 이전된 재산으로서 상속개시 전 1년간 내에 행한 증여 또는 당사자 쌍방이 유류분권리자에게 손해를 가할 것을 알고 한 증여만이 민법 제1114조에 따라 유류분 산정의 기초가 되는 재산에 산입될 수 있다는 전제 하에 수

187) 정소민(2017), 230-231면.

188) 정소민(2017), 231면.

189) 정소민(2017), 232-233면.

190) 최준규(2015), 243-244면

191) 김종서·장희순(2010), 127-128면; 이근영(2011), 149-150면; 이근영(2012), 224면.

192) 김종서·장희순(2010), 127-128면.

탁자를 상대로 신탁재산 자체의 반환을 청구할 수 있다는 견해¹⁹³⁾

- [C설] 유언대용신탁에 기해 수탁자에게 이전된 재산으로서 상속개시 전 1년간 내에 행한 증여 또는 당사자 쌍방이 유류분권리자에게 손해를 가할 것을 알고 한 증여만이 민법 제1114조에 따라 유류분 산정의 기초가 되는 재산에 산입될 수 있다는 전제 하에 수탁자를 상대로 신탁재산의 가액반환을 청구할 수 있다는 견해¹⁹⁴⁾

수탁자증여설에 대해서는 ① 수탁자가 신탁자에게 신탁재산에 대한 대가를 지급하지 않는 것은 사실이나, 신탁재산으로부터의 이익은 종국적으로 수탁자에게 귀속되는 것이 아닌 이상, 이를 수탁자에 대한 증여로 보는 것은 신탁재산의 독립재산으로서의 성격에 반한다는 점,¹⁹⁵⁾ ② 수탁자는 신탁계약에 따라 수익자에 대해 채무를 부담하므로 적어도 유류분 반환이라는 맥락에서는 수탁자의 신탁재산 취득을 무상취득으로 볼 수 없다는 점,¹⁹⁶⁾ ③ [A설]과 같이 수탁자 증여설에 따라 유류분 부족액을 산정한 후 수익권을 유류분 반환청구의 대상으로 삼으면 유류분 부족액은 존재하지만 실제로 유류분을 침해한 자가 없는 상황이 발생할 수 있다는 점(통상 신탁재산의 가치보다 수익권의 가치가 낮기 때문이다),¹⁹⁷⁾ ④ [B설] 및 [C설]과 같이 신탁자가 상속개시 1년 전에 선의의 수탁자에게 유언대용신탁을 하면 유류분반환청구의 대상이 되지 않아 유류분 제도를 우회할 수 있게 된다는 점,¹⁹⁸⁾ ④ [B설과 같이] 수탁자증여설과 같이 신탁재산 자체에 대한 원물반환 청구를 허용한다면 여러 명의 수익자 중 일부에 대해서만 유류분 침해가 문제되는 경우에 다른 수익자들의 보호에 문제가 발생한다는 점,¹⁹⁹⁾ ⑤ 신탁재산이 수탁자에게 이전되더라도 그 재산상의 이익은 수익자가 취득하는 것으로서 「상속세 및 증여세법」 제33조 역시 신탁이익을 받을 권리를 수익자의 증여재산 가액으로 보아 증여세를 과세하고 있다는 점²⁰⁰⁾ 등을 들어 비판하는 견해가 있다.

193) 이화연, “재산승계수단으로서의 신탁과 상속”, 사법논집 제65집(2017), 499-504면.

194) 이근영(2012), 227-228면. 위 견해는 유류분반환청구권의 법적 성격에 관해 청구권설을 지지하면서 우리 민법이 물권변동에 대해 성립요건주의를 택하고 있다는 점에서 형성권설과 이론적 모순이 있다는 점, 우리 민법상 유류분에서 거래 안전을 보호하는 규정이 없다는 점, 신탁재산의 원물반환을 허용하면 신탁목적의 달성을 어렵게 하여 신탁의 종료를 초래할 우려가 있다는 점 등을 근거로 제시한다. 이근영(2011), 148면은 이와 달리 청구권설에 따라 신탁이 무효로 되는 것은 아니라고 하면서도 유류분반환청구권자는 유류분이 부족한 만큼의 재산의 인도나 반환을 청구할 수 있다고 서술하고 있는바, 그 취지를 이해하기 어렵다.

195) 권재문, “연이은 유증과 수익자연속 신탁의 관계: 유류분 반환의 법률관계를 중심으로”, 입법과 정책 제7권 제2호(2015)(이하 ‘권재문(2015a)’ 형태로 인용한다.), 349-350면; 김상훈(2021), 164면; 박근웅(2020), 76면; 엄복현(2018), 174면; 정구태(2018), 664면; 정소민(2017), 227면; 최수정(2020), 181면; 최준규(2015), 256-257면.

196) 최준규(2015), 251-252면. 권재문(2015a), 345-350면은 위와 같은 논거와 함께 만약 신탁설정이 무상처분이라면 바로 사해신탁과의 관계에서 바로 사해성이 인정되어야 하지만, 판례는 그와 같이 보지 않는다는 점을 제시하고 있다.

197) 최준규(2015), 243면.

198) 최수정(2020), 182면.

199) 최수정(2020), 182면; 최준규(2015), 257면.

200) 안성포(2021), 185-186면.

(3) 수익자증여설

(가) 법리구성

수익자증여설은 유언대용신탁에 따라 신탁재산의 소유권이 수탁자에게 이전된 이상 신탁재산을 상속재산의 일부로 볼 수는 없지만, 이로써 위탁자는 실질적으로 수익자에게 사후수익권을 무상처분한 것으로 볼 수 있으므로, 수익권의 가액을 유류분 산정의 기초가 되는 재산에 산입할 수 있다고 주장한다.²⁰¹⁾ 수익자증여설의 세부적인 법리구성은 논자(論者)에 따라 아래와 같이 달라진다.

- [A설] 사후수익자가 수익권을 ‘유증’ 내지 ‘사인증여’ 받은 것으로 보는 견해²⁰²⁾
- [B설] 사후수익자가 수익권을 ‘증여’ 받은 것으로 보는 견해²⁰³⁾
- [C설] 사후수익자는 제3자를 위한 계약에서의 낙약자 지위에서 위탁자와의 대가관계에 기초해 수익권을 취득한 것으로 보는 견해²⁰⁴⁾

이 중 [A설]은 위탁자가 사망한 후에 비로소 수익자에게 수익권이 귀속된다는 점에 착안하여 이를 유증 내지 사인증여로 파악하기 때문에 수익권의 가액을 유류분 산정을 위한 기초재산 중 ‘상속재산’ 항목에 포함시키는 입장으로, [B설]은 생전계약인 유언대용신탁에 의해 이미 수익권의 기초가 만들어진다는 점에 착안하여 이를 증여로 보기 때문에 민법 제1114조의 요건을 만족시키는 경우(즉, 상속개시전 1년 내에 행해지거나 쌍방이 악의인 증여)에 한하여 수익권의 가액을 유류분 산정을 위한 기초재산 중 ‘증여재산’ 항목에 포함시키는 입장으로 이어지는 것이 논리적으로 일관된다.

하지만 실제로 수익자증여설을 지지하는 학자들이 이 중 어느 견해를 지지하고 있는지를 엄밀하게 분류하는 것은 쉬운 일이 아니다. [A설]을 지지하는 견해 중 대부분은 유류분 산정을 위한 기초재산 계산시 수익권의 가치를 상속재산 중 일부로 파악하는지 또는 상속재산에 가산해야 하는 증여로 파악하는지에 대해 명확한 입장을 밝히지 않고 있으며, [B설]을 지지하는 견해도 수익권자가 피상속인 사망시에 수익권을 취득하는 이상 그 실질은 사인증여와 유사하다는 점에 착안하여 그 신탁이 이루어진 시기나 상대방의 선·악을 불문하고 언제나 유류분 산정을 위한 기초재산에 산입될 수 있고, 민법 제1114조는 적용되지 않는다고 보

201) 김병두(2013), 42-43면; 안성포(2021), 185-186면; 엄복현(2018), 174-177면; 이계정(2020), 110면; 정구태(2018), 661-663면; 최준규(2015), 249-260면. 명확하지는 않지만 임채웅(2009a), 141면도 같은 취지인 것으로 읽힌다. 일견 수익자증여설을 지지하는 것처럼 보이나 수익자증여설과 수탁자증여설의 논리를 혼용하고 있어 그 정확한 취지를 알기 어려운 문헌들로 김대석(2015), 395-398면; 김순석(2016), 398면; 김재승(2011), 64-65면; 최현태(2014), 91-92면 참조.

202) 엄복현(2018), 174-177면.

203) 정구태(2018), 661-663면; 최준규(2015), 249-260면.

204) 권재문(2015a), 350-354면. 위 견해는 유류분권자가 수익자를 상대로 유류분 반환청구권을 행사하면 신탁관계 자체는 그대로 유지된 상태에서 위탁자와 수익자 간의 대가관계가 결여된 것이 되어 수익자는 수익권을 부당이득으로 반환해야 한다고 주장한다.

고 있기 때문이다.²⁰⁵⁾ 따라서 이하에서는 법리구성과 무관하게 수익권의 가치를 평가하여 유류분 산정의 기초가 되는 재산에 산입해야 한다는 취지의 견해를 모두 수익자증여설이라고 통칭하고자 한다.

이러한 수익자 증여설에 대해서는 민법 제1113조에 따른 증여에 해당하려면 “상속개시 전에 이미 증여계약이 이행되어 소유권이 수증자에게 이전” 되어야 한다는 것이 판례의 태도인데,²⁰⁶⁾ 사후수익권은 상속개시 후에 비로소 수익자에게 귀속되는 재산이므로, 이를 수익자가 증여받은 재산으로 볼 수 없다거나²⁰⁷⁾ 위탁자 사망과 동시에 생전수익권이 소멸하고, 사후수익자가 사후수익권을 취득하는 것이므로 이를 유증으로 해석하기도 어렵다는 비판²⁰⁸⁾이 있다. 하지만 이에 대해 수익자증여설은 ① 유언대용신탁에서 신탁재산으로부터의 이익은 위탁자의 자발적이고 최종적인 의사에 기초하여 위탁자의 사망을 계기로 수익자에게 수익권의 형태로 이전하게 되는바, 이는 실질적으로 유증이나 사인증여에 의한 재산귀속과 다르지 않음에도 불구하고 수익자가 위탁자 사망시에 비로소 수익권을 취득한다고 해서 바로 유류분의 적용대상에서 배제된다고 하는 것은 유언대용신탁의 특질과 구조를 무시하고 지나치게 형식적으로 판단하는 것이라는 점,²⁰⁹⁾ ② 위탁자 사망 후 발생할 수익권 상당의 경제적 가치가 위탁자 사망 직전에 위탁자의 상속재산을 구성하다가 수익자가 확정적으로 수익권을 취득하는 즉시 수익자에게 이전하는 것으로 구성할 수 있다는 점,²¹⁰⁾ ③ 상속개시 전에 증여계약이 이미 이행되어야 한다는 취지의 판례는 증여가 아직 이행되지 않아 소유권이 아직 상속재산 중에 남아 있는 경우를 전제로 하는 것이므로, 상속개시 당시 이미 소유권이 수탁자에게 이전된 상태인 유언대용신탁 사안에 원용할 수는 없다는 점²¹¹⁾ 등을 들어 반박한다. 상속재산설은 수익자증여설이 제시하는 ③의 반박논거에 대해 신탁재산의 귀속 여부를 판단할 때에는 수탁자에게 이전되었다는 형식을 중시하면서 유류분 산정의 기초재산을 산정할 때에는 수익자에게 이익이 귀속된다는 실질을 중시하여 수미일관되지 못하다고 재비판하나,²¹²⁾ 이에 대해 수익자증여설은 오히려 상속재산설이야말로 형식상 소유권이 수탁자에게 이전되었음에도 실질을 고려하여 마치 소유권이 이전되지 않은 것처럼 취급하여 상속재산으로 보고 있는 이상 실질을 끝까지 밀고나가 실제로 그 이익이 수익자에게 귀속되었다고 보는 것이 수미일관된 구성이라고 재반박하고 있다.²¹³⁾

수익자증여설에 대해서는 유류분권리자 보호에 미흡하다는 비판도 있다.²¹⁴⁾ 수익권에는 불

205) 정구태(2018), 662-663면; 최준규(2015), 252면. 다만, 전계논문 최준규(2015), 252면 각주 59)는 “위탁자가 철회권이나 수익자변경권을 갖고 있지 않은 등의 이유로, 수익자로 지정된 자의 동의 없이 수익권이 변경, 소멸될 수 없는 경우에는 수익자 지정시 수익자가 기대권을 취득하였다고 보아 ‘생전 증여’로 구성할 여지가 있다. 이 경우 민법 제1114조의 기간 제한이 적용될 것이다.”라고 서술하고 있다.

206) 대법원 1996. 8. 20. 선고 96다13682 판결; 대법원 2012. 12. 13. 선고 2010다78722 판결.

207) 김상훈(2015), 19면; 김상훈(2021), 163면; 정소민(2013), 93면; 정소민(2017), 228-229면.

208) 오영표(2021), 83면.

209) 최수정(2020), 178-179, 183면.

210) 엄복현(2018), 174-175면; 최준규(2015), 253-254면.

211) 박근웅(2020), 77면.

212) 정소민(2017), 229면.

213) 최준규(2015), 248-249면.

214) 이근영(2012), 224면.

확정 기한이 붙어 있기 때문에 유통성·시장성이 떨어져 그 수익권 총액의 가치가 신탁재산의 가치에 미치지 못하게되어 유류분 산정의 기초로 되는 재산이 저액으로 평가될 우려가 있다는 것이다. 이에 대해 수익자증여설은 수익권의 가액이 항상 신탁재산의 가액보다 낮다고 단정할 수 없다는 점,²¹⁵⁾ 신탁재산의 가치에 비해 수익권의 가치가 줄어드는 것은 수익권에 내재된 위험 때문이므로 부득이하다는 점,²¹⁶⁾ 유언대용신탁의 신설 취지와 피상속인의 재산 처분의 자유를 고려할 때 유언대용신탁을 형해화할 정도로 유류분권리자를 강력하게 보호할 필요가 없다는 점²¹⁷⁾ 등을 들어 반박한다.

수익자증여설의 가장 큰 난점은 수익권의 가치를 평가하는 것이 실무상 곤란하는 데 있다.²¹⁸⁾ 이에 대해 일부 견해는 수익권 역시 조건부 권리 내지 기간이 불확정한 권리로서의 성격을 가지고 있으므로, 민법 제1113조 제2항에 따라 감정인이 이를 평가하면 된다고 주장한다.²¹⁹⁾ 견해에 따라서는 보다 과감하게 평가방법을 제시하면서 ① 사후수익자가 원본수익권 내지 잔여재산수익권을 취득하는 경우에는 상속개시 당시 신탁재산 시간에서 신탁비용·보수 기타 신탁상 정함에 따른 일정한 비용을 공제한 금액으로 그 가액을 평가하고,²²⁰⁾ ② 사후수익자가 이익수익권과 원본수익권 내지 잔여재산수익권을 연속으로 취득하는 경우에는 수익권의 대상이 되는 신탁재산의 종류, 수익권의 내용, 수익권의 취득시점 및 존속기간, 수익자의 평균수명, 경제적 상황 등을 고려하여 평가하면 된다고 주장하기도 한다.²²¹⁾ 하지만 신탁자가 사후수익권의 내용을 직접 정하지 않고, 그 수익 분배방법에 관한 결정 권한을 신탁자에게 부여하는 이른바 ‘재량신탁’의 경우²²²⁾에 사후수익권의 가치를 어떻게 평가할 것인지는 여전히 의문이다.

(나) 유류분반환청구의 상대방

수익자증여설에 따르면 유류분 반환청구의 상대방은 수익자가 되어야 함이 당연한 귀결이다.²²³⁾ 유류분 침해에 따른 이익이 수익자에게 귀속된다는 점, 유류분 반환 청구에 의해 기

215) 권재문(2015a), 344면; 엄복현(2018), 174면.

216) 최준규(2015), 254면.

217) 엄복현(2018), 174면; 최준규(2015), 258-259면.

218) 이근영(2012), 223면.

219) 김병두(2013), 43면; 엄복현(2018), 176-177면.

220) 신탁계약에 대한 사해행위 취소소 소송에서 기존 신탁계약에 의한 수익권의 가치는 신탁이 종료되었을 때 예상되는 신탁재산에서 비용과 신탁보수 등을 공제한 금액을 산정한 후 다시 수익한도금액 내에서 우선수익자들에 대한 채무를 공제하고 남은 금액을 신탁계약 당시의 현가로 할인하는 방식으로 평가해야 한다고 보았던 대법원 2013. 10. 31. 선고 2012다14449 판결 참조.

221) 최수정(2020), 184면. 그 밖에 수익권의 평가방법에 관해 상세히 논하고 있는 문헌으로 김종해·김병일, “상속세 및 증여세법상 신탁이익에 관한 평가문제 -유언대용신탁 및 수익자연속신탁을 중심으로-”, 조세연구 제16권 제4호(2016), 155-175면; 이준봉(2013), 696-698, 733-738면 등이 있으나, 세금부과의 맥락에서 검토된 것으로서 유류분 계산에서도 그 평가방법을 원용할 수 있을지는 의문이다.

222) 우리 신탁법상 재량신탁이 허용된다는 점에 대해서는 이계정(2020), 89면; 최현태(2014), 88면 참조.

223) 김병두(2013), 43면; 엄복현(2018), 177면; 임채웅(2009a), 140-141면; 최수정(2020), 186면. 반면 최현태(2014), 91-92면은 수익자증여설을 지지하면서도 자익신탁이면 실질적 감독권 있는 수익자들,

존의 신탁관계가 불안정하게 되는 사태를 방지할 필요가 있다는 점 등이 근거로 제시된다. 아직 수익자가 확정되지 않았거나 현존하지 않는 경우에는 어떠한가. 수익자증여설 중 일부 견해는 이러한 경우에 수탁자를 유류분반환청구의 상대방으로 삼을 수밖에 없다고 주장한다.²²⁴⁾ 수익자에 대한 유류분반환청구만을 인정하는 것은 유류분 권리자 보호 측면에서 타당하지 않다는 점, 수탁자가 취득한 신탁재산의 가치가 수익권의 가치보다 클 수 있으므로 유류분반환청구권의 실효성이라는 관점에서 수탁자를 유류분반환청구의 상대방으로 삼을 수 있도록 해야 한다는 점 등을 근거로 제시한다. 하지만 이에 대해 일부 견해는 신탁법 제67조에 따라 신탁관리인을 선임하는 것으로 족하며, 신탁재산 반환에 대해 이해관계가 없는 수탁자까지 유류분반환청구의 상대방으로 삼을 필요는 없다고 반박한다.²²⁵⁾

(다) 유류분반환청구의 방법

수익자증여설에 따르면 유류분권자는 수익자를 상대로 수익권 자체의 원물반환을 청구할 수 있다.²²⁶⁾ 만약 수익자가 원본수익권을 행사하여 이미 신탁재산을 이전받은 경우는 어떠한가. 현재까지는 이때 수익자가 받은 신탁재산은 수익권에 갈음하는 이익이므로 유류분권자가 그 신탁재산 자체의 반환을 청구할 수 있다는 견해만 주장되고 있다.²²⁷⁾

(라) 수익자연속신탁에서의 처리

수익자연속신탁의 경우에 유류분반환청구의 문제를 어떻게 해결할 것인가에 대한 학설의 태도는 더욱 어지럽다. 가령 제1수익권과 제2수익권 이하를 모두 증여재산으로 보아 유류분 산정을 위한 기초재산에 산입할 것인가에 대해 수익자증여설은 대체로 이를 긍정하면서 제1수익자와 제2수익자 모두를 유류분반환청구의 상대방으로 삼아 그 수익권의 원물반환을 청구할 수 있다고 주장한다.²²⁸⁾ 하지만 이에 대해서는 제2수익자가 제1수익자보다 먼저 사망한 경우와 같이 제2수익자 이하는 장래 확정적으로 수익권을 취득할 것인가가 불분명하고, 이미 이행이 완료된 증여만을 유류분 산정의 기초재산으로 산입하고 있는 판례의 태도와도 배치되며, 수익권 취득 여부가 확정되지도 않은 제2수익자가 유류분반환청구의 상대방이 된다는 것은 법감정에도 맞지 않는다는 비판이 있다.²²⁹⁾

타익신탁이면 신탁사무에 관해 관리·운용권 있는 수탁자를 유류분반환청구의 상대방으로 삼아야 한다고 주장한다. 김순석(2016), 398면; 김종해·김병일(2013), 299면은 수익자증여설을 지지하면서도 수익자와 수탁자 모두를 상대로 유류분반환청구의 상대방으로 삼을 수 있다고 주장하나, 그 취지를 정확히 이해하기 힘들다.

224) 권재문(2015a), 344면; 안성포(2021), 186-187면; 최준규(2015), 265면.

225) 정구태(2018), 664면.

226) 김재승(2011), 67면; 엄복현(2018), 177면; 임채웅(2009a), 146면; 정구태(2018), 665면. 다만, 임채웅(2009a), 141면은 수익권의 가치를 평가하는 것이 극히 곤란한 경우도 발생할 수 있으므로 신탁재산을 원물로 보아야 한다는 견해도 가능할 것이라고 하여 유보적 입장을 택하고 있다.

227) 최수정(2020), 186-188면; 안성포(2021), 187면.

228) 김병두(2013), 43면; 엄복현(2018), 180면; 최수정(2020), 185면; 최준규(2015), 264면.

229) 정소민(2017), 235면.

이러한 비판에 대해 수익자증여설은 제2수익자가 아직 수익권을 취득하지는 않았더라도 재산적 가치를 갖는 기대권을 취득한 이상 이를 가치평가하여 유류분 산정을 위한 기초재산에 산입할 수 있다는 점,²³⁰⁾ 이를 기초재산에서 제외하면 제2수익자의 존재라는 우연한 사정에 의해 유류분권자의 권리행사 범위가 축소되어 부당하다는 점, 유류분반환청구 당시 제2수익자가 존재하지 않는 경우에는 법원이 선임한 신탁관리인을 피고로 삼을 수 있다는 점²³¹⁾ 등을 들어 반박하나,²³²⁾ 수익자증여설 중 일부 견해는 이와 같이 제2수익자가 장래 확정적으로 수익권을 취득할 것인지가 불분명한 상태에서 이를 평가하여 유류분반환의 대상으로 삼는 번거로움에 대비하여 수탁자에 대한 유류분반환청구를 허용할 필요가 있다거나,²³³⁾ 제2수익자에게도 유류분반환청구가 가능하다고 보지 않을 수 없으나, 제2수익자가 아직 실제 수익을 얻은 것은 아닌 이상 그의 고유재산에 대해 유류분 반환을 강제하는 것은 타당하지 않고, 추후 제2수익자가 취득하게 될 수익권의 가치를 평가하여 이를 이전하도록 해야 한다고 주장²³⁴⁾하기도 한다.

계산상의 어려움을 돌파하기 위해 수익자연속신탁에서는 일단 이익수익권자들의 수익권 가치 총합이 신탁재산의 가치와 같은 것으로 간주하여 각자 받은 이익의 비율에 따라 유류분을 반환하도록 하면 된다는 견해²³⁵⁾나 제2수익자가 제1수익자의 권리를 그대로 이전받는 경우에는 제1수익자의 수익권 가치평가 속에 제2수익자의 수익권 가치에 대한 평가가 포함되어 있으므로, 산입될 증여를 계산할 때에는 제1수익자의 수익권 가치만 계상하는 것이 타당하고, 제2수익자가 제1수익자의 수익권보다 가치가 큰 수익권을 받는 경우에는 제2수익권의 가치도 고려해야 한다는 견해도 등장하고 있다.

다. 판례

유언대용신탁에 관한 유류분반환청구가 문제된 대법원 판결은 아직 존재하지 않는다. 다만, 하급심판결 중 수원지방법원 성남지원 2020. 1. 10. 선고 2017가합408490 판결에서 이 쟁점이 정면으로 다루어진 바 있으므로, 그 내용을 소개한다.²³⁶⁾

230) 최수정(2020), 187면.

231) 최수정(2020), 186면. 다만, 최수정(2020), 186면은 유류분 반환청구 당시 신탁관리인도 존재하지 않는 경우라면 수탁자를 피고로 삼을 수 있다고 주장한다. 유류분 반환청구만을 위해 신탁관리인 선임을 청구하도록 강제하는 것은 적절하지 않다는 것이다. 특해 유류분 반환 청구 사건과 신탁관리인 선임 청구 사건의 관할법원이 다르다는 점, 유류분 반환청구에 대해서는 단기소멸시효 규정이 적용되므로, 그 기간 내에 신탁관리인 선임 청구까지 요구하는 것은 유류분 반환청구권 행사에 대한 중요한 장애가 된다는 점, 수탁자는 수익자에 대해 충실의무를 부담하고 있으므로, 수탁자가 유류분을 반환하게 하더라도 수익자의 지위를 불리하게 만들지 않는다는 점 등을 근거로 제시한다.

232) 엄복현(2018), 180면.

233) 최준규(2015), 265면.

234) 엄복현(2018), 180면.

235) 권재문(2015a), 355면.

236) 위 판결의 사실관계와 소송경과 등에 대해 상세히 소개하고 있는 문헌으로 김상훈(2021), 160-162면; 박근웅(2020), 70-73면; 최수정(2020), 175-177면 참조.

(1) 사실관계

- A: 위탁자 겸 생전수익자
- B 은행: 수탁자
- 신탁재산: X 소유 부동산 및 금전 3억원
- 사후수익자: A의 자녀 C

A 사망 후 C는 위 유언대용신탁 계약의 사후수익자로서 위 신탁재산인 부동산에 관해 신탁재산의 귀속을 원인으로 한 소유권이전등기를 마치는 한편, 나머지 신탁재산인 현금 3억원을 출금하였다. A는 생전에 배우자와 사이에서 자녀 C, D, E를 두고 있었으나, 이 중 자녀 D와 E는 A보다 먼저 사망하였다. 자녀 D의 배우자와 직계비속인 E, F, G(이하 ‘원고들’라 한다)는 D의 대습상속인으로서 신탁계약의 사후수익자인 C(이하 ‘피고’라 한다)를 상대로 유류분반환청구의 소를 제기하였다.

(2) 1심 판결

1심이었던 수원지방법원 성남지원 2020. 1. 10. 선고 2017가합408489 판결은 원고들의 청구를 기각하였다. ① 피상속인 A 사망 당시 이미 위 신탁재산은 수탁자인 B 은행에게 그 소유권이 이전되어 있었으므로, 이를 ‘상속 적극재산’으로 보아 유류분 산정의 기초가 되는 재산에 산입할 수 없다는 점, ② 민법 제1113조에 따른 ‘증여재산’으로서 유류분 산정의 기초가 되는 재산에 가산하려면 상속개시 전에 이미 증여계약이 이행되어 소유권이 수증자에게 이전된 재산이어야 하는데, 위 신탁재산은 피상속인 A 사망 후에 비로소 피고 소유로 귀속된 것이므로, A가 이를 피고에게 생전증여한 것으로 보기 어렵다는 점, ③ 수탁자인 B 은행은 위 신탁재산의 소유권을 이전받을 당시 신탁자인 A에게 신탁재산에 대한 대가를 지급한 적이 없으므로, A가 생전에 B에게 위 신탁재산을 무상이전한 것으로 볼 수는 있을 것이나, 법정상속인이 아닌 자에 대한 증여는 민법 제1114조에 따라 상속개시 전 1년간에 행해지거나 쌍방이 악의인 경우에만 유류분 산정의 기초가 되는 재산에 가산될 수 있는데, 위 유언대용신탁 계약에 따른 소유권 이전은 상속개시일부터 1년 전에 이루어졌고, B가 악의라는 증거도 없다는 점 등을 들어 위 신탁재산은 유류분 산정의 기초가 될 수 없다는 것이다.

(3) 2심 판결

원고들은 위 1심 판결에 대해 항소하였으나, 수원고등법원 2020. 10. 15. 선고 2020나11380 판결은 위 신탁재산이 유류분 산정의 기초가 되는 재산에 포함되는지와 무관하게 각 원고는 모두 A로부터 유류분 부족액을 초과하는 생전증여를 받았으므로, 유류분 부족액이 발생하지 않는다는 이유로 항소를 기각하였다.

(4) 평가

위 수원지방법원 성남지원 2020. 1. 10. 선고 2017가합408490 판결은 상속재산설을 명시적으로 배척하면서, 수탁자증여설과 같은 법리구성을 택하고 있다.²³⁷⁾ 다만, 수탁자증여설 중 [B설] 내지 [C설]과 같이 유류분 산정의 기초재산에 산입되는 신탁재산을 민법 제1114조에 따라 상속개시 전 1년간 내에 행한 증여 또는 당사자 쌍방이 유류분권리자에게 손해를 가할 것을 알고 한 증여로 한정하면서도 원고가 수익자로 피고로 삼은 것에 대해서는 아무런 문제를 삼지 않아 유류분반환청구의 상대방에 관해서는 [A설]과 같은 입장을 택한 것으로도 보인다. 하지만 이것이 [A설]과 같이 수익자를 실질적 이익귀속자로 파악하였기 때문인지 또는 수탁자로부터 신탁재산을 이전받은 악의의 전득자²³⁸⁾ 사안으로 파악하였기 때문인지는 분명하지 않다.²³⁹⁾

237) 같은 해석으로 김상훈(2021), 164면.

238) 대법원 2002. 4. 26. 선고 2000다8878 판결: “유류분반환청구권의 행사에 의하여 반환되어야 할 유증 또는 증여의 목적이 된 재산이 타인에게 양도된 경우 그 양수인이 양도 당시 유류분권리자를 해함을 안 때에는 양수인에 대하여도 그 재산의 반환을 청구할 수 있다.” 대법원 2016. 1. 28. 선고 2013다75281 판결의 태도도 이와 같다.

239) 이 점을 지적하면서 전득자에 대한 반환청구 가부에 대한 판단이 누락되었음을 이유로 위 판결을 비판하는 견해로 최수정(2020), 181면 참조.

제2절 개선방안

1. 비교법적 검토

제3장에서 이미 검토한 바와 같이 모든 종류의 사인처분은 그 성립과 내용의 증명 및 사후 분쟁의 방지를 위해 방식을 필요로 한다. 상속계약이나 사인증여 계약과 같이 철회가 불가능한 유형의 사인처분의 경우에는 공증인의 참여와 같이 보다 엄격한 방식이 요구된다. 계약의 법적 의미와 효력에 대한 조언과 경고를 통해 신중한 계약 체결을 도모할 필요가 있기 때문이다. 유언대용신탁의 경우는 어떠한가. 유언대용신탁은 성립 시기를 기준으로 하면 생전행위이나, 사후수익자에 대한 효력 발생 시기를 기준으로 하면 사인처분으로서의 성격을 겸유한다. 또한 유언대용신탁은 신탁자-수탁자 관계를 기준으로 하면 원칙적으로 철회가 불가능한 계약이나, 신탁자-수익자 관계를 기준으로 하면 언제든지 변경이 가능한 단독행위라고도 볼 수 있다. 그 결과 생전계약으로서의 성격에 방점을 두어 이를 불요식행위로 규정할 것인지, 사인처분(특히 계약)으로서의 성격에 방점을 두어 요식행위로 규정할 것인지가 문제된다.

이 점에 대해 참고할만한 외국의 입법례는 많지 않다. 독일·프랑스와 같은 대륙법계는 신탁개념과 친하지 않아 유언대용신탁 관련 규정을 두고 있지 않다. 특히 독일은 신탁에 관한 일반법 자체가 존재하지 않을 뿐만 아니라, 유언과 상속계약이 활성화되어 있고, 선상속인-후상속인 지정도 가능하여 유언대용신탁이나 수익자연속신탁 관련 논의 자체를 찾아보기 어렵다. 상속계약을 허용하지 않는 프랑스 민법은 이른바 ‘순차적 무상양여’ 내지 ‘잔여재산 무상양여’에 관한 규정을 두어 피상속인이 우리 신탁법상 수익자연속신탁과 유사한 방식으로 상속설계를 하는 것을 제한적으로 허용하고 있으나, 이는 신탁보다는 생전증여 또는 유증의 성격을 갖는 것으로 이해되고 있으므로, 우리 신탁법상 유언대용신탁이나 수익자연속신탁 제도에 유비하기는 어렵다.²⁴⁰⁾

한편 유언대용신탁의 시원지(始原地)라고 할 수 있는 영미에서는 신탁에 어떠한 방식도 요구하지 않는다(대표적으로 미국 「통일신탁법(Uniform Trust Code)」(이하 ‘UTC’라고 한다) 제402조). 물론 미국의 여러 주들은 여전히 「사기방지법」(Statute of Frauds)에 의해 부동산신탁에 관해 그 계약을 서면으로 작성할 것을 요구하고 있으나, 이는 서면 증거의 부족으로 인한 사기적 행태를 방지하기 위해 영미법권에서 특유하게 발전되어 온 법리가 반영된 것에 불과하며, 신탁 내지 유언대용신탁의 특유한 성격이 고려된 것은 아닐 뿐만 아니라,

240) 순차적 무상양여 제도 및 잔여재산 무상양여 제도는 2006년 프랑스 민법 개정 당시 새롭게 도입된 것으로서 과거 프랑스 민법에서 제한적으로 인정되어왔던 ‘신탁적 이전부담부 처분’ 제도(substitution fidéicommissaire)를 갈음한 것이다. 이 중 ① 순차적 무상양여 제도란 처분자가 제1수증자에게 자기 재산을 증여 또는 유증하면서 제1수증자로 하여금 그의 사망시까지 그 재산을 보존하고, 사망시 그 재산을 제2수증자에게 이전하도록 하는 의무를 부과하는 형태의 증여 내지 유증을, ② 잔여재산 무상양여 제도란 처분자가 제1수증자에게 자기 재산을 증여 또는 유증하고, 제1수증자 사망시 남아 있는 재산이 있으면 그 재산을 제2수증자에게 이전하도록 하는 의무를 부과하는 형태의 증여 내지 유증을 의미한다. 순차적 무상양여 및 잔여재산 무상양여 제도에 대해 상세히 소개하고 있는 국내 문헌으로 권철(2012), 405-422면 참조.

「사기방지법」상 서면 요건 자체가 점차 폐지되거나 적용 범위가 축소 내지 해석론에 의해 완화되어 가는 상황이다.²⁴¹⁾ 따라서 구두로 작성된 신탁계약도 유효한 것으로 처리되는 경우가 많다.²⁴²⁾

하지만 이러한 영미법상의 태도를 우리의 법상황에 그대로 관철해도 되는지는 의문이다. 가령 미국에서는 철회가능신탁(revocable trust)이 유언의 대용물로서의 역할을 하고 있는데,²⁴³⁾ 철회가능신탁은 그 명칭에서 이미 간취해낼 수 있는 바와 같이 이는 명시적으로 철회 불가 특약을 유보해 놓은 경우가 아닌 한, 위탁자가 언제든지 신탁을 철회하거나 변경할 수 있음을 전제로 한다(UTC 제602조 (a)).²⁴⁴⁾ 금융기관 등 전문가가 수탁자의 역할을 담당하는 상신탁의 경우에는 철회권 행사 여부에 대해 계약에서 미리 정하고 있는 경우가 대부분이지만, 유언의 대용물로서 신탁을 활용하는 경우에는 위탁자와 수탁자가 모두 비전문가인 경우가 대부분이어서 철회권 유보 특약이 누락되는 경우가 많으므로, 일반적인 신탁의 경우와 달리 철회가 가능함을 임의규정으로서 선언할 필요가 있다는 점이 고려되었다고 한다.²⁴⁵⁾ 한편 이러한 철회가능신탁은 비검인 대상 재산이기는 하지만, 배우자의 선택분(elective share)을 계산할 때에는 상속재산의 일부로 편입된다(미국 「통일검인법(Uniform Probate Code)」(이하 ‘UPC’ 라고 한다) 제2-205조).²⁴⁶⁾ 따라서 유언대용신탁에 의해 유언자의 최종적 의사결정의 자유가 침해되거나 배우자의 선택분이 침해될 가능성은 거의 없다. 하지만 우리나라에서는 상황이 전혀 다르다. 이하에서 보다 구체적으로 살펴본다.

2. 유언대용신탁의 철회 가능성

우리 신탁법상으로는 유언대용신탁의 철회 가능성이 그렇게 선명하지 않다. 제4장 제1절

241) 이에 대해 자세히는 김영희, “영미법상 사기방지법에 대한 연혁적 고찰”, 비교사법 제23권 제4호 (2016), 1478-1536면 참조.

242) Frank S. Berall, Oral Trusts and Wills: Are They Valid?, NAEPC Journal of Estate & Tax Planning Issue 3(2007), pp.1 참조.

243) Uniform Trust Code with Prefatory Note and Comments, National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, 2010(이하 ‘UTC comment’라고 한다), p.94.

244) 신탁종료권 유보시 유언대용신탁은 사실상 영미법상 철회가능신탁과 사실상 동일한 제도로 볼 수 있다는 점을 지적하는 문헌으로 김종해·김병일(2013), 291면; 김재승(2011), 60면; 최현태(2014), 87면 참조. 반면 영미법상 철회가능신탁과 우리법상 유언대용신탁을 다른 제도로 보는 견해로 이근영(2012), 214면.

245) UTC Comment, p.97.

246) 배우자 선택분(elective share)이란 피상속인 사망 후 생존 배우자가 피상속인의 유언에 따라 정해진 유증을 받을 것인지 또는 상속재산 중 일정 비율에 해당하는 재산을 받을 것인지를 선택할 수 있도록 하는 제도로서 배우자가 피상속인으로부터 충분한 재산을 유증받지 못한 경우에 일정 금액 이상의 재산을 청산받을 수 있도록 함으로써 사실상 유류분으로서의 기능을 수행한다. 과거에는 검인 대상 재산인 피상속인 사망 당시 현존하는 상속재산만을 기준으로 배우자 선택분을 계산하였으므로, 피상속인이 생전에 신탁, 보험 등을 활용하여 검인 대상 재산을 축소시킴으로써 배우자의 선택분 제도를 잠탈하는 것이 가능하였으나, 현재 UPC는 이러한 문제점을 해결하기 위해 비검인 대상 재산 중에서도 일정한 요건을 갖춘 경우에는 배우자 선택분 계산시 상속재산에 계상하도록 하였으므로, 더 이상 신탁을 통해 배우자의 유류분을 침해하는 것은 허용되지 않는다. 미국법상 배우자 선택분 제도에 대해 자세히는 현소혜, “유산기부 활성화를 위한 유류분 제도의 개선방안”, 외법논집 제43권 제2호 (2019), 63-65면 참조.

3.에서 살펴본 바와 같이 2011년 개정 신탁법은 유언대용신탁의 중의처분으로서의 성격을 고려하여 일반적인 신탁과 달리 위탁자에게 원칙적으로 수익자변경권을 인정하면서도, 신탁계약 자체의 종료나 변경에 대해서는 침묵하고 있기 때문이다. 따라서 위탁자 입장에서는 신탁계약 체결시 신탁재산이 추후 자신의 의사에 따라 일반적인 상속재산으로 복귀될 수 있는지에 대한 예측 가능성이 담보되지 않는다. 물론 유언대용신탁은, 다른 모든 신탁에서와 마찬가지로 신탁설정에 있어서 사적 자치가 매우 넓게 인정되므로, 위탁자는 유언대용신탁계약 체결시 미리 수익자변경권·신탁종료권·신탁변경권 등에 관한 특약을 활용하여 자신의 법적 지위를 안정시킬 수 있다.²⁴⁷⁾ 유연하고 자유로운 상속 설계를 목적으로 하는 신탁제도의 취지에 비추어 보더라도, 사인증여 계약 형태의 구속력 있는 사인처분을 허용하고 있는 우리 민법의 취지에 비추어 보더라도 이와 같이 철회 불가능한 형태의 유언대용신탁계약을 체결하는 것 자체에 어떠한 법리적 문제가 존재하는 것은 아니다. 현재 하급심 판결의 태도도 이와 같다.

문제는 피상속인이 그와 같이 구속력 있는 유언대용신탁 계약을 체결함에 있어 또는 관련 특약을 두지 않은 채 아직 구속력 발생 여부가 불분명한 유언대용신탁 계약을 체결함에 있어 의사결정의 진정성과 자발성을 충분히 확보할 수 있는가에 있다. 유언·사인증여의 경우와 마찬가지로 유언대용신탁의 경우에도 사후수익자에 의한 회유나 압박의 위험은 상존하기 때문이다. 대법원 2015. 8. 19. 선고 2012다94940 판결의 사실관계가 선명하게 보여주는 바와 같이 사인계약의 체결을 오롯이 사적 영역에 맡겨두는 것은 사실상 피상속인 생전에 이루어진 상속인 간의 상속재산분할 협의의 내용을 피상속인에게 강제하는 결과로 이어질 우려가 있다. 우리나라와 같이 피상속인의 유언의 자유가 약하고, 상속인 간에 유류분 분쟁이 치열한 국가에서는 더욱 그러하다.

유언에서는 언제든지 철회가 가능할 뿐만 아니라, 유언 절차에 참여하는 공증인이나 증인에게 탐욕스러운 수증자 내지 상속인으로부터 유언자를 보호하는 역할을 기대할 수 있지만, 유언대용신탁에서는 그것이 불가능하다. 물론 유언대용신탁은 사인증여에 비해 의사강제의 위험이 상대적으로 낮은 편이기는 하다. 사인증여에서는 계약에 의해 증여를 받는 자가 직접 계약의 상대방이 되는 반면, 유언대용신탁에서는 수익자가 아닌 수탁자가 계약의 상대방이 되기 때문이다. 하지만 수탁자에게 유언에서의 공증인이나 증인과 같은 정도의 중립적 역할을 기대하기는 쉽지 않다. 상신탁에서 수탁자는 보수청구권의 확보라는 측면에서 신탁자와 이해가 충돌하므로 가급적 신탁계약의 체결 내지 유지라는 관점에서 조언을 제공할 가능성이 높으며, 민사신탁에서 수탁자는 그 자신이 유언대용신탁의 구속력에 대한 충분한 지식을 갖고 있지 않아 적절한 조언을 제공하지 못할 가능성이 높기 때문이다.²⁴⁸⁾ 민사신탁에 의한 유언대용신탁이 널리 이용되고 있는 외국과 달리 상신탁의 영역에서 주도적으로 유언대용신탁 상품이 개발되고 있는 우리 현실에 비추어 보면 더욱 그러하다. 따라서 유언

247) 실제로 현재 실무에서 사용되고 있는 유언대용신탁 계약서 양식은 대부분 위탁자에게 자유로운 계약해지권을 보장하고 있다.

248) 영국의 「2000년 수탁자법(Trustee Act 2000)」 제5조는 수탁자에게 전문지식이 없을 경우에 대비하여 특히 신탁재산의 투자와 관련하여 전문가의 조언을 받을 것을 의무화하고 있다.

대용신탁의 내용이나 구속력, 수익자변경권 불행사 특약·신탁 해지권 및 변경권 유보 특약 등의 의미에 대해 중립적 지위에서 전문적 조언이 가능한 공증인의 참여가 보장될 수 있도록 유언대용신탁을 공정증서 방식에 의해 작성할 것을 강제할 필요가 있다.

3. 위탁자의 의사관철 가능성

유언대용신탁에서 공증인의 개입이 필요한 또 다른 이유는 그것이 피상속인의 의사실현을 위해 도입되었음에도 불구하고, 정작 피상속인의 의사를 사후에까지 관철하기에 가장 취약한 제도라는 점에 있다. 유언의 경우에는 유언집행자가, 사인증여의 경우에는 법정상속인이 유언 또는 사인증여 계약에 따라 피상속인의 의사를 실현할 의무를 진다. 반면 유언대용신탁에서는 수탁자가 피상속인을 위해 사후 의사실현과정을 주도한다. 그런데 민사신탁을 위주로 발전해온 영미 신탁법의 역사와 달리 우리나라에서 상사신탁을 위주로 발전해 온 우리나라에서는 유언대용신탁에서 위탁자와 수탁자 간의 이해가 충돌할 가능성이 높다. 수탁자의 주된 관심은 신탁자의 의사실현보다는 신탁재산의 관리·운용을 통한 보수의 확보에 있기 때문이다.

본래 신탁에서 이러한 수탁자의 탐욕은 수익자에 의해 제어되는 것이 원칙이다. 신탁법이 수탁자에게 충실의무를, 수익자에게 신탁자의 감독을 위한 여러 가지 절차참여권을 보장하는 것은 이러한 신탁 고유의 구조에 기인한다. 하지만 생전신탁과 달리 유언대용신탁에서 사후수익자는 이러한 절차참여권 내지 감독권을 제대로 행사할 능력이 없는 경우가 많다. 유언대용신탁, 특히 수익자연속신탁이 미성년자·발달장애인·낭비자 등 재산관리능력이 부족한 자를 보호할 목적으로 활용될 가능성이 높다는 점을 고려하지 않을 수 없다. 이에 대비하여 신탁법 제67조 제2항은 “수익자가 미성년자, 한정치산자 또는 금치산자이거나 그 밖의 사유로 수탁자에 대한 감독을 적절히 할 수 없는 경우 법원은 이해관계인의 청구에 의하여 또는 직권으로 신탁관리인을 선임할 수 있다.”고 규정하고 있으나, 이미 위탁자가 사망한 상태에서 사후수익자를 위해 신탁관리인을 선임해줄만한 적절한 이해관계인이 있을지 의문이다.

유언대용신탁이 가지고 있는 또다른 유용한 기능, 즉 상속설계의 전문가(수탁자)와의 상담을 통해 유효적절한 상속설계를 할 수 있다는 장점도 우리 법제 하에서는 그다지 매력적인 것으로 보이지 않는다. 현재 유언대용신탁과 하급심 판례나 일부 학설이 택하고 있는 수탁자증여설의 내용에 따르면 유류분권리자는 유언대용신탁이 유류분을 침해할 가능성이 있다는 사실을 알고 있었던 악의의 수탁자를 상대로 유류분반환청구권을 행사할 수 있다. 상황이 이러하다면 수탁자의 입장에서는 유류분 침해에 대한 ‘선의’의 상태를 유지하고, 유류분 분쟁으로부터 최대한 자유로워지기 위해 위탁자에게 법정상속인의 존재나 상속재산의 규모에 대한 정보를 지득하거나 유언대용신탁으로 인한 유류분 침해 가능성을 검토하지 않을 가능성이 높고, 이는 결국 피상속인이 유언대용신탁으로 의도하였던 전체적인 상속계획이 왜곡될 위험으로 이어진다.

수익자연속신탁의 경우에는 세월의 흐름에 따라 피상속인의 의사실현 가능성이 점점 더 희박해질 가능성이 더욱 농후하다. 수익자연속신탁의 존속기간을 법정해 놓고 있는 외국의 경우와 다르게 우리나라는 영구적 수익자연속신탁이 가능하다는 것이 2011년 개정 입법자의 의사였는바, 그와 같이 영구적으로 수익자연속신탁에 따른 피상속인의 의사실현을 담보하기에는 법적 장치가 지나치게 허술하게 되어 있다. 제1수익자 사망 당시 제2수익자가 아직 확정되지 않은 경우, 제2수익자가 제1수익자보다 먼저 사망한 경우, 제2수익자에 의한 유류분 침해 여부가 문제되는 경우 등에 그 신탁관계의 원활한 처리를 위한 법리가 확립되어 있지 않음은 이미 위에서 살펴본 바와 같다. 이러한 상황에서 만연히 수익자연속신탁 형태의 유언대용신탁 계약을 체결하고 위탁자가 사망한 경우에, 그 법적 효과를 둘러싸고 발생하는 법적 분쟁의 처리 비용은 결국 신탁재산 관리비용으로 처리될 것인바, 이러한 상황이 위탁자 본인을 위해서도 수익자의 권리보호를 위해서도 바람직하지 않음은 물론이다.

장기적으로는 신탁법을 개정하여 유언대용신탁과 수익자연속신탁, 유류분 관련 법리를 정교화하고, 이로 인한 분쟁의 가능성을 낮추는 것이 최선이겠으나, 그러한 작업이 이루어지지 않고 있는 상태에서 신탁자와 수탁자간의 합의만에 의해 손쉽게 유언대용신탁 계약이 체결될 수 있도록 하는 것은 재산의 관리·운용, 신탁 법리 등에 무지한 신탁자 입장에서 ‘기울어진 운동장’이 될 수밖에 없다. 유언대용신탁을 공정증서에 의해 체결하도록 하고, 공증인의 개입을 강제함으로써 신중한 계약 체결과 법률적 검토가 가능하도록 하고,²⁴⁹⁾ 특히 위탁자 사후에 수익자가 수탁자에 대해 적절한 감독을 할 수 없는 경우에 공증인이 이해관계인으로서 수익자를 위해 신탁관리인 선임을 청구할 수 있도록 하거나, 처음부터 신탁행위로 계약 체결에 참가한 공증인을 신탁관리인으로 지정하는 방식에 의해 수탁자에 대한 감독 기능을 담보할 필요가 있다.

4. 유언대용신탁 계약서의 보존 필요성

제4장 제1절 3. 및 4.에서 살펴본 바와 같이 현재 유언대용신탁은 낙성·불요식의 생전계약이기는 하지만, 사인증여에 비하면 분실·멸실, 위조·변조, 은닉·파기의 위험이 낮은 편이다. 신탁법상 수탁자에게 신탁 관련 서류에 대해 보존의무가 부여되어 있을 뿐만 아니라, 등기 또는 등록이 가능한 재산의 경우에는 신탁원부를 통해 그 계약서의 내용이 공시되까지 하기 때문이다. 하지만 생전신탁과 달리 유언대용신탁은 위탁자 사망 후의 법률관계를 규율하는 내용을 포함하고 있는바, 이 점을 고려하여 수탁자에 의한 보존 의무와 더불어 그 계약서의 공적 보관 제도를 병행할 필요가 있다. 그 이유는 다음과 같다.

첫째, 위탁자 사망 후에 사후수익자가 그 수익권을 행사하거나, 법정상속인이 유류분반환청구권을 행사하기 위해서는 먼저 그 신탁계약의 존재와 내용을 파악해야 한다. 이를 위해 신탁법은 수익자 기타 이해관계인에게 신탁 관련 서류에 대한 열람 및 복사청구권을 인정하고 있으나, 이는 상속인이나 사후수익자 등이 그 유언대용신탁 계약의 존재를 이미 알고 있

249) 같은 취지로 김형석(2019), 149면 참조.

는 경우에만 유용하게 활용될 수 있다. 물론 수탁자는 수익자로 지정된 자에게 그 사실을 통지할 의무가 있으므로(신탁법 제56조 제2항), 유언자 생전에 이미 사후수익자가 유언대용신탁 계약의 존재를 통지받아 알고 있을 가능성이 없는 것은 아니다. 하지만 유언자가 생전에 사후수익권의 존재를 비밀로 하기 위해 신탁행위로써 유언자 사망 후에 사후수익권자에게 그 사실을 통지하도록 정해 놓은 경우 또는 수익자연속신탁과 같이 아직 수익권의 발생 자체가 확정되지 않은 경우에는 유언자 사망 후에 비로소 수탁자가 수익자를 찾아내 통지해야 하는데, 수탁자로서는 유언자의 사망 사실 자체를 제때 알지 못할 수도 있으며, 통지의 대상인 수익자의 존재 또는 소재 등을 확인하지 못하거나, 확인을 위한 노력을 기울일 수도 있다. 신탁재산이 부동산인 경우에는 이해관계인이 등기부의 확인을 통해 신탁계약의 내용을 확인할 수 있겠으나, 동산·채권 기타 등기나 등록되지 않은 재산의 경우에는 이러한 공시 제도도 마련되어 있지 않다. 이러한 경우에 대비하여 유언대용신탁 계약서의 공적 보관 제도를 마련하고, 사후수익자 또는 상속인이 통합 검색 시스템을 통해 유언대용신탁 계약의 존재와 내용을 확인할 수 있도록 한다면 수익자 또는 상속인의 권리실현에 크게 이바지할 수 있을 것이다.

둘째, 유언대용신탁 계약서는 작성 후 위탁자와 수탁자가 각 한 부씩을 보관하게 되므로, 내용의 대조가 가능하여 단독행위인 유언에 비해 상대적으로 위·변조의 위험이 낮은 편이다. 하지만 유언자 사망 후 수탁자와 제3자가 공모하여 유언대용신탁을 위조하거나 변조할 가능성을 완전히 배제할 수는 없다. 특히 민사신탁에서는 위탁자 및 그 가족과 밀접한 인적 관계에 있는 자가 수탁자로 될 가능성이 높는데, 이는 결국 법정상속인 중 일부와 결탁하여 피상속인의 의사를 왜곡할 위험으로 이어진다. 수탁자가 사후수익자 중 1인에 해당하여 유언대용신탁 계약의 내용에 직접적인 이해관계를 가지고 있는 경우 또는 가업승계 사안과 같이 걸려 있는 신탁재산의 규모가 크고 가족 간에 갈등이 격심한 경우에는 더욱 그러하다. 이러한 일을 막기 위해서는 정당한 사후수익자에 의한 적극적인 감독행위가 필요한데, 유언대용신탁에서는 제도 기능상 사후수익자에게 감독능력이 부족한 경우가 적지 않고, 수익자연속신탁이나 재량신탁에서와 같이 수익자가 장기간 확정되지 않는 경우도 있으며, 이런 경우에 대비한 신탁관리인의 선임도 현실적으로 마땅치 않은 경우가 대부분이다. 더 나아가 사후수익자 자신이 수탁자와 공모하여 자신에게 유리한 내용으로 유언대용신탁 계약서의 내용을 변조하는 경우에는 이를 방지할 방법이 없다. 이러한 상황에서 유언대용신탁을 통해 피상속인의 의사가 그의 사후에 적절하게 관철될 것으로 기대하기는 어렵다.

따라서 유언대용신탁 계약서의 원본 또는 전자적 방법에 의한 이미지 파일 등을 공적 기관에서 별도로 보관함으로써 그 위조나 변조·파기 등을 사전에 예방할 필요가 있다. 유언대용신탁을 공정증서 방식에 의한 요식행위로 전환하여 「공증 서류의 보존에 관한 규칙」에 따라 그 원본을 보관하는 한편, 제2장에서 제안한 바와 같이 전자적 방법에 의한 공정증서 유언 관련 정보의 통합관리 및 이미지 파일 보존 제도를 도입하여 이를 유언대용신탁 제도에도 준용한다면 위와 같은 미발견 또는 위·변조의 문제에 대비할 수 있을 것이다.

제5장 개정안의 제시

유언·사인증여·유언대용신탁과 같이 피상속인 사망 후에 비로소 효력이 발생하는 유형의 법률행위는 그 존재가 발견되지 않거나, 분실·멸실, 위조·변조, 은닉·과기될 위험이 높다. 이는 피상속인의 진정한 의사 확인을 어렵게 하여 사적 자치의 실현을 방해할 뿐만 아니라 상속인이나 수증자의 권리실현 기타 상속을 둘러싼 법률관계의 조속한 안정에도 해가 된다. 또한 사인증여나 유언대용신탁과 같이 철회가 불가능한 계약 형태로 사인처분이 이루어진 경우에는 그로 인해 이익을 얻는 자에 의한 부당한 간섭으로부터 피상속인의 자유로운 의사결정을 보장하고, 그 계약의 구속력과 의미에 대한 진지한 숙고와 전문가의 조언을 통해 신중한 계약 체결이 가능하도록 공증인의 개입을 보장할 필요가 있다. 특히 유언대용신탁과 수익자연속신탁의 경우에는 수탁자에 의한 권한 남용 내지 권한 해태와 수익자의 부당한 감독으로부터 위탁자를 보호하여 그의 사후에까지 최종 의사가 최대한 관철될 수 있도록 보다 세심한 개입이 필요하다.

이를 위해 본 연구용역보고서에서는 다음과 같은 방안을 제시하였다. 첫째, 자필증서유언 및 비밀증서유언을 작성한 자는 공증인에게 그 보관을 신청할 수 있도록 하고, 공증인은 유언자의 신원과 의사능력·방식준수 여부 등의 심사를 거쳐 공정증서유언에 준해 그 원본을 20년간 보존하는 한편, 당해 유언에 관한 보관 정보와 전자화된 이미지 파일(자필증서유언에 한한다)을 전산망에 등록하여 원본 폐기 후에도 전자적 방법에 의한 열람과 통합검색이 가능하도록 할 것. 둘째, 공정증서유언을 작성한 경우 공증인은 현행과 같이 그 원본을 20년간 보존하되, 당해 유언에 관한 보관 정보와 전자화된 이미지 파일을 전산망에 등록하여 원본 폐기 후에도 전자적 방법에 의한 열람과 통합검색이 가능하도록 할 것. 셋째, 사인증여 및 유언대용신탁(수익자연속신탁을 포함한다) 계약은 공정증서에 의해 체결하도록 하고, 공정증서유언에 준해 그 원본과 보관 정보 및 전자화된 이미지파일을 보존할 것. 이러한 방안이 실현되기 위해서는 다음과 같은 내용의 법개정이 함께 이루어져야 할 것이다.

1. 민법 개정안

현행	개정안
제562조(사인증여) 증여자의 사망으로 인하여 효력이 생길 증여에는 유증에 관한 규정을 준용한다.	제562조(사인증여) ① 증여자의 사망으로 인하여 효력이 생길 증여는 <u>공정증서로 체결하여야 한다.</u> ② 전항의 증여에 대해서는 민법 제1073조, 제1079조부터 제1090조 및 제1111조를 준용한다.
제1066조(자필증서에 의한 유언) ① 자필증서에 의한 유언은 유언자가 그 전문과 연월일, 주소, 성명을 자서하고 날인하여야	제1066조(자필증서에 의한 유언) ① (현행과 동일) ② (현행과 동일)

한다. ② 전항의 증서에 문자의 삽입, 삭제 또는 변경을 함에는 유언자가 이를 자서하고 날인하여야 한다.	③ <u>자필증서에 의한 유언은 유언자의 신청이 있는 경우 「공증인법」에 따라 보관된다.</u>
제1069조(비밀증서에 의한 유언) ① 비밀증서에 의한 유언은 유언자가 필자의 성명을 기입한 증서를 엄봉날인하고 이를 2인 이상의 증인의 면전에 제출하여 자기의 유언서임을 표시한 후 그 봉서표면에 제출연월일을 기재하고 유언자와 증인이 각자 서명 또는 기명날인하여야 한다. ② 전항의 방식에 의한 유언봉서는 그 표면에 기재된 날로부터 5일 내에 공증인 또는 법원서기에게 제출하여 그 봉인상에 확정일자인을 받아야 한다.	제1069조(비밀증서에 의한 유언) ① (현행과 동일) ② (현행과 동일) ③ <u>비밀증서에 의한 유언은 유언자의 신청이 있는 경우 「공증인법」에 따라 보관된다.</u>
제1091조(유언증서, 녹음의 검인) ① 유언의 증서나 녹음을 보관한 자 또는 이를 발견한 자는 유언자의 사망후 지체없이 법원에 제출하여 그 검인을 청구하여야 한다. ② 전항의 규정은 공정증서나 구수증서에 의한 유언에 적용하지 아니한다.	제1091조(유언증서, 녹음의 검인) ① (현행과 동일) ② 전항의 규정은 공정증서나 구수증서에 의한 유언 및 「공증인법」에 따라 보관된 <u>자필증서에 의한 유언에 적용하지 아니한다.</u>

2. 신탁법 개정안

현행	개정안
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 제1항제2호의 수익자는 위탁자가 사망할 때까지 수익자로서의 권리를 행사하지 못한다. 다만, 신탁행위로 달리 정한 경우에는 그에 따른다.	제59조(유언대용신탁) ① (현행과 동일) ② (현행과 동일) ③ <u>제1항에 따른 신탁은 공정증서로 체결하여야 한다.</u>

※ 공증인법 개정안

현행	개정안
제7조(수수료, 일당, 여비 등) ①, ② (생략) ③ 지정공증인은 제66조의8제2항의 청구에 따라 전자문서등을 보관하는 경우 촉탁인으로부터 보관료를 받는다. ④, ⑤ (생략)	제7조(수수료, 일당, 여비 등) ①, ② (생략) ③ 지정공증인은 제66조의8제2항의 청구에 따라 전자문서등을 보관하는 경우 또는 제66조의13에 따른 유언서 원본 및 전자화문서 등을 보관하는 경우 촉탁인으로부터 보관료를 받는다. ④, ⑤ (생략)
제24조(서류 등의 반출 금지, 보존) ① 다음 각 호의 서류 및 장부는 재난을 피하기 위하여 부득이한 경우와 법무부장관 또는 소속 지방검찰청검사장의 명령이나 허가를 받은 경우가 아니면 사무소 밖으로 반출할 수 없다. 1. 공증인이 작성한 증서의 원본과 그 부속 서류 2. 제57조제4항에 따라 공증인이 보존하는 사서증서의 사본과 그 부속 서류 3. 제63조제3항에 따라 공증인이 보존하는 정관(제57조의2제7항 및 제66조의2제5항에 따라 준용되는 사서증서와 법인의사록을 포함한다)과 그 부속 서류 4. 제66조의8제1항 및 제2항에 따라 지정공증인이 보존하거나 보관하는 정보, 전자문서등과 그 부속 서류 5. 그 밖에 법령에 따라 공증인이 작성한 장부 ② 제1항의 서류 등은 마이크로필름이나 그 밖의 전산정보처리조직에 의하여 보존할 수 있다. ③ 제1항의 서류 등을 그대로 보존하거나 제2항에 따라 보존하는 경우 그 보존 방법, 보존 장소, 보존기간, 폐기 및 그 밖에 필요한 사항은 법무부령으로 정한다.	제24조(서류 등의 반출 금지, 보존) ① 다음 각 호의 서류 및 장부는 재난을 피하기 위하여 부득이한 경우와 법무부장관 또는 소속 지방검찰청검사장의 명령이나 허가를 받은 경우가 아니면 사무소 밖으로 반출할 수 없다. 1. (현행과 동일) 2. (현행과 동일) 3. (현행과 동일) 3-2. 제66조의13에 따라 지정공증인이 보관하는 유언서의 원본 4. (현행과 동일) 5. (현행과 동일) ② (현행과 동일) ③ 지정공증인은 다음 각 호에 해당하는 서류를 그것과 동일한 정보를 수록한 전자화문서로 변환하여 전산정보처리조직에 의하여 따로 보존하여야 한다. 1. 제66조의13에 따라 공증인이 보관하는 유언서의 원본 2. 「민법」 제1068조에 따른 공정증서유언 3. 「민법」 제562조에 따른 사인증여 공정증서 4. 「신탁법」 제59조에 따른 유언대용신탁 공정증서 ④ 제1항의 서류 등을 그대로 보존하거나 제2항 및 제3항에 따라 보존하는 경우 그

	보존 방법, 보존 장소, 보존기간, 폐기 및 그 밖에 필요한 사항은 법무부령으로 정한다.
제43조(원본의 열람) ① 촉탁인, 그 승계인 또는 증서의 취지에 관하여 법률상 이해관계가 있음을 증명한 자는 증서 원본의 열람을 청구할 수 있다. ② 제1항에 따라 공증인이 증서의 원본을 열람하게 하는 경우에는 제27조 제1항·제2항 및 제30조를 준용한다. ③ 공증인이 촉탁인의 승계인에게 증서 원본을 열람하게 할 경우에는 승계인임을 증명하는 증서를 제출하게 하여야 한다. ④ 검사는 언제든지 증서 원본의 열람을 청구할 수 있다.	제43조(원본의 열람) ① 촉탁인, 그 승계인 또는 증서의 취지에 관하여 법률상 이해관계가 있음을 증명한 자는 증서 원본의 열람을 청구할 수 있다. <u>다만, 제66조의14 제1항 제2호 내지 제4호가 적용되는 경우에는 그러하지 아니하다.</u> ② (현행과 동일) ③ (현행과 동일) ④ (현행과 동일)
(신설)	제5장의 3 유언서의 보관 등
(신설)	<u>제66조의13(유언서의 보관) ① 자필증서유언 또는 비밀증서유언을 작성한 자는 제66조의3에 따른 지정공증인에게 대통령령으로 정하는 바에 따라 유언서의 보관을 신청할 수 있다.</u> <u>② 지정공증인은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 유언서 보관을 거부해야 한다.</u> <u>1. 보관 신청인이 유언자 자신이 아닌 경우</u> <u>2. 유언이 민법 제1066조 또는 제1969조의 방식을 갖추지 못한 경우</u> <u>3. 보관 신청인에게 유언능력이 없음이 명백한 경우</u> <u>③ 보관해야 하는 유언서 원본에는 표지를 붙여 유언서의 보관 번호, 보관 연월일 및 장소를 적고 지정공증인과 유언자가 서명날인하여야 한다.</u> <u>④ 유언자는 언제든지 대통령령으로 정하는 바에 따라 제1항의 보관신청을 철회할 수 있다. 이 때 지정공증인은 지체 없이 유</u>

	언자에게 보관 중인 유언서를 반환하고, 제24조 제3항에 따라 보존 중인 전자화 문서를 삭제해야 한다. ⑤ 유언서의 보관 및 보관 철회 신청은 대리할 수 없다. 이 때 신청인의 확인에 관해서는 제27조를 준용한다.
(신설)	제66조의14(유언서 등의 열람 등) ① 다음 각 호에 해당하는 자는 언제든지 법무부령으로 정하는 바에 따라 유언서 또는 증서 원본 또는 제24조 제3항에 따른 전자화 문서(이하 ‘유언서 등’ 이라고 한다)의 열람을 청구할 수 있다. 1. 제66조의13에 따라 자필증서유언 또는 비밀증서유언을 보관한 유언자 2. 「민법」 제1068조에 따른 공정증서유언의 촉탁인 3. 「민법」 제562조에 따른 사인증여 공정증서의 촉탁인 4. 「신탁법」 제59조에 따른 유언대용신탁 공정증서의 촉탁인 ② 제1항 각 호에 해당하는 자가 사망한 경우 그 상속인 또는 유언서 등의 취지에 관하여 법률상 이해관계 있는 자는 법무부령으로 정하는 바에 따라 유언서 등의 열람을 청구할 수 있다. ③ 지정공증인이 제2항에 따라 유언서 등을 열람하게 하는 경우에는 다음 각 호의 사실을 증명하는 서면을 제출하게 하여야 한다. 1. 유언자가 사망한 사실 2. 상속인 또는 법률상 이해관계 있는 사람이라는 사실. 다만, 지정공증인이 제66조의15 제2항에 따른 유언등록원부의 기입사항 또는 보관 중인 유언서 등의 취지를 통해 청구인에게 법률상 이해관계 있음을 확인한 경우에는 그러하지 아니하다.

	④ 제1항 및 제2항에 따라 지정공증인이 유언서 등을 열람하게 하는 경우에는 제27조 제1항 및 제2항을 준용한다. ⑤ 제1항 및 제2항에 따라 유언서 등을 열람할 수 있는 사람은 유언서 등의 등본 발급을 청구할 수 있다. 이 때 등본의 발급에 관하여는 제50조부터 제55조까지를 준용한다.
(신설)	제66조의15(유언등록원부) ① 지정공증인은 다음 각 호의 서면에 대해 전자적 방법에 의해 유언등록원부를 작성하여 전산정보처리조직에 의하여 비치하여야 한다. 1. 제66조의13에 따라 보관된 자필증서유언 또는 비밀증서유언 2. 「민법」 제1068조에 따른 공정증서유언 3. 「민법」 제562조에 따른 사인증여 공정증서 4. 「신탁법」 제59조에 따른 유언대용신탁 공정증서 ② 유언등록원부에는 다음 각 호의 사항을 모두 적어야 한다. 1. 유언서의 보관번호 또는 증서의 번호와 종류 2. 유언자 또는 촉탁인의 성명과 주소·생년월일 3. 유언서의 보관연월일 또는 증서의 작성연월일 4. 유언서 또는 증서의 보관장소 5. 수증자, 「민법」 제931조에 따른 미성년후견인, 「민법」 제940조의2에 따른 미성년후견감독인, 「민법」 제1012조에 따라 상속재산분할방법의 지정을 위탁받은 자, 「민법」 제1093조에 따른 유언집행자, 「민법」 제1094조에 따라 유언집행자의 지정을 위탁받은 자 또는 「신탁법」 제3조 제1항 제2호에 따른 수탁자의 성명과

	주소(법인인 경우에는 그 명칭과 사무소 소재지) 중 유언서 등의 취지를 통해 지정공증인이 확인할 수 있는 사항 ③ 유언등록원부에는 제24조 제3항에 따른 전자화문서를 첨부한다. ④ 그 밖에 유언등록원부의 작성과 관리를 위해 필요한 사항은 법무부령으로 정한다.
--	---

※ 참고문헌

1. 국내 단행본

- 고정명·조은희, 「친족·상속법」, 제주대학교출판부, 2011
- 곽윤직, 「상속법[민법강의 IV]」(개정판), 박영사, 2004
- 김용한, 「친족상속법론」(보정판), 2003
- 김주수·김상용, 「친족·상속법-가족법-」(제15판), 법문사, 2018
- 남상우, 「공증서류의 전자 보관에 관한 연구」, 법무부 연구용역 과제보고서, 2015
- 박동섭, 「친족상속법」(제4판), 박영사, 2013
- 박동섭, 「가사소송실무: 가족법, 가사소송법의 개정에 따른 이론실무 및 가족관계등록비송까지 해설(하)」(제5판), 법률문화원, 2013
- 박병호, 「가족법」, 한국방송통신대학교 출판부, 1999
- 박정기·김연, 「가족법: 친족상속법」, 삼영사, 2013
- 배경숙·최금숙, 「친족·상속법강의: 가족재산법」(개정증보판), 제일법규, 2006
- 백성기, 「친족상속법」(제3판), 진원사, 2015
- 법원행정처 편, 법원실무제요 가사[2], 2010
- 소성규, 「가족법」, 동방문화사, 2010
- 송덕수, 「친족상속법」(제4판), 박영사, 2018**
- 신영호·김상훈, 「가족법강의」(제3판), 세창출판사, 2018
- 「신탁법 해설」, 법무부, 2012
- 오영길, 「신탁법」, 홍문사, 2021
- 윤진수, 「친족상속법강의」(제2판), 박영사, 2018
- 편집대표 윤진수/현소혜 집필부분, 「주해상속법」 제1권, 박영사, 2019
- 이경희, 「가족법」(9정판), 법원사, 2017
- 정광현, 친족상속법요론(수정증보4판), 법문사, 1961
- 조승현, 「친족·상속」, 신조사 2014
- 한복룡, 「가족법강의」(제2개정판), 충남대학교출판문화원, 2012
- 한봉희·백승흠, 「가족법」, 삼영사, 2013

2. 국내 논문

- 고상현, “사인증여에 관한 논고”, 민사법학 제48호(2010)
- 곽민희, “2018년 일본 개정 상속법 개관”, 안암법학 제57권(2018)
- 구보타 아쓰미, “2018년 일본 상속법 개정의 개요”, 가족법연구 제33권 2호(2019)
- 구연창, “사인증여”, 고시계 제390호(1989)

권순환, “사인증여와 유증의 관계”, 연세법학연구 제4권(1997)

권재문, “연이은 유증과 수익자연속 신탁의 관계: 유류분 반환의 법률관계를 중심으로”, 입법과 정책 제7권 제2호(2015)

권철, “프랑스 민법상 신탁적 무상양여(증여·유증)에 관한 소고”, 민사법학 제59호(2012)

김대석, “위탁자의 상속인의 신탁관계에 대한 정보접근권 일고찰”, 법학논총 제35권 제2호(2015)

김병두, “개정신탁법상의 유언대용신탁에 관한 소고”, 民事法學 第64號(2013)

김상일, “독일의 [가사사건 및 비송사건절차법(FamFG)] 개관”, 민사소송 제13권 1호(2009)

김상훈, “증여계약서와 사실실험공증에 의한 유언제도의 형해화”, 가족법연구 제27권 2호(2013)

김상훈, “유언대용신탁을 활용한 가업승계”, 기업법연구 제29권 제4호(2015)

김상훈, “유언대용신탁의 현황과 과제 -유류분과의 관계를 중심으로-”, 가족법연구 제35권 1호(2021)

김순석, “신탁을 활용한 중소기업의 경영권 승계 방안에 관한 연구 -유언대용신탁 및 수익자연속신탁의 활용을 중심으로-”, 법학논총 제36권 제4호(2016)

김영희, “현행민법상 유언의 방식에 관한 연구”, 가족법연구 제20권 2호(2006)

김영희, “자필증서유언에 있어서 날인의 의미와 방식흡결로 무효인 유언의 사인증여로의 전환”, 중앙법학 제9권 4호(2007)

김영희, “영미법상 사기방지법에 대한 연혁적 고찰”, 비교사법 제23권 제4호(2016)

김재승, “신탁과 관련된 상속세·증여세문제와 Estate Planning 도구로서 신탁의 이용가능성”, 조세법연구 제17집 제3호(2011)

김재호, “포괄적 유증”, 재판자료 제78집(1998)

김중서·강희순, “신탁제도를 활용한 재산 관리방법의 논의 -유언신탁 및 유언대용신탁을 중심으로-” 감정평가학논집 제9권 제2호(2010)

김중원, “민사신탁을 이용한 증여·상속(사업승계) 구조화 방법에 관한 연구”, 민사법학 제67호(2014)

김중해·김병일, “상속세 및 증여세법상 유언대용신탁에 대한 과세방안”, 조세법연구 제19집 제1호(2013)

김중해·김병일, “상속세 및 증여세법상 신탁이익에 관한 평가문제 -유언대용신탁 및 수익자연속신탁을 중심으로-”, 조세연구 제16권 제4호(2016)

김현진, “수익자연속신탁과 Dead Hand Rule”, 가족법연구 제31권 2호(2017)

김형석, “우리 상속법의 비교법적 위치”, 가족법연구 제23권 2호(2009)

김형석, “유언의 성립과 효력에 관한 몇 가지 문제”, 민사판례연구 제38권(2016)

김형석, “유언방식의 개정방향”, 가족법연구 제33권 1호(2019)

김형석, “사인증여”, 민사법학 제91호(2020)

남상우, “‘공정증서에 의한 유언’에 관한 고찰”, 공증과 신뢰 통권 제3호(2010)

박근웅, “상속에 의한 기업승계의 몇 가지 문제”, 비교사법 제27권 제3호(2020)

박민정, “자산승계와 자산관리를 위한 신탁의 활용”, 신탁연구 제1권 1호(2019)

박정기, “일본의 상속법 개정”, 법학논고 제63권(2018)

박중순, “일본의 전자공증제도에 관한 소고”, 공증과 신뢰 통권 제11호(2018)

박중욱, “유언 공증에 관한 고찰”, 공증과 신뢰 통권 제10호(2017)

반홍식, “독일 가사 및 비송사건절차법의 내용과 구조”, 민사소송 제15권 1호(2011)

서병호, “기업의 안정적 승계를 위한 유언대용신탁의 활용 방안”, 주간금융브리프 제29권 제17호(2020)

서병호, “고령화 시대 유언대용신탁의 역할 및 활성화 방안”, 주간금융브리프 제30권 제6호(2021)

안성포, “보험금청구권을 신탁재산으로 하는 유언대용신탁에 관한 소고”, 신탁연구 제3권 1호(2021)

양형우, “사인증여에 의한 등기”, 홍익법학 제13권 1호(2012)

엄복현, “신탁제도와 유류분반환청구권과의 관계”, 가족법연구 제32권 제3호(2018)

오병철, “유언을 뒤늦게 발견한 경우의 법률관계”, 가족법연구 제28권 1호(2014)

오병철, “일본의 유언서 보관제도 신설을 계기로 한 유언등록부 제도의 구체적 제안”, 저스티스 통권 제175호(2019)

오상민, “부동산등기법상 신탁등기의 대항력에 대한 검토”, 저스티스 통권 제154호(2016)

오상민, “부동산 신탁실무에서 개정 신탁법 적용의 한계”, 상사법연구 제36권 4호(2018)

오영표, “유언대용신탁의 활용과 실무상 쟁점”, 신탁연구 제2권 제2호(2021)

유영선, “유증과 등기”, 사법논집 제29집(1998)

윤철홍, “사인증여에 관한 소고”, 김병대 교수 화갑기념논문집(1998)

이계정, “고령사회에서의 신탁의 역할 -신탁의 공익적 기능에 주목하여-”, 서울대학교 법학 제61권 제4호(2020)

이근영, “수익자연속신탁에 관한 고찰”, 재산법연구 제27권 제3호(2011)

이근영, “신탁법상 재산승계제도와 상속”, 법학논총 제32권 제3호(2012)

이상훈, “로마법상 유증의 철회 및 변경”, 서울대 법학 제59권 1호(2018)

이연갑, “신탁법 개정에 따른 「부동산등기법」 개정안의 검토”, 법학연구 제21권 3호(2011)

이전오, “신탁 관련 상속세제 및 증여세제의 현황과 개선방안에 관한 연구”, 세무와 회계연구 제9호 제3권(2020)

이준봉, “유언대용신탁 및 수익자연속신탁의 과세에 대한 연구”, 증권법연구 제14권 제2호(2013)

이진기, “유증제도의 새로운 이해 -포괄유증과 특정유증의 효력에 관한 의문을 계기로-”, 가족법연구 제30권 1호(2016)

이화연, “재산승계수단으로서의 신탁과 상속”, 사법논집 제65집(2017)

임채웅, “유언신탁 및 유언대용신탁의 연구”, 인권과 정의 통권 제397호(2009)

임채웅, “신탁수익권에 관한 민사집행의 연구”, 법학 제50권 제4호(2009)

임채웅, “유증의 연구”, 홍익법학 제11권 3호(2010)

전경근, “한국 상속법의 변천과 전망”, 아세아여성법학 제17권(2014)

전계원, “유증으로 인한 소유권이전등기절차”, 법조 제35권 9호(1986)

정구태, “신탁제도를 통한 재산승계-유류분과의 관계를 중심으로-”, 인문사회 21 제9권 1호(2018)

정소민, “신탁제도를 통한 재산승계 -유언대용신탁과 수익자연속신탁을 중심으로-”, BFL 제62호(2013)

정소민, “신탁을 통한 재산승계와 유류분반환청구권”, 한양법학 제28권 제2집(2017)

정소민, “신탁을 통한 재산승계의 이론과 실무”, 법학연구 통권 제60집(2019)

최금숙, “사인증여에 관한 고찰” 법학논집 제9권 제1호(2004)

최병조, “사인증여의 개념과 법적 성질”, 민사판례연구 제29권(2007)

최수정, “개정신탁법상 재산승계제도 -유언대용신탁과 수익자연속신탁을 중심으로-”, 법학논총 제31집 제2호(2011)

최수정, “유언대용신탁과 유류분의 관계 -한국과 일본의 하급심판결에 대한 비교검토를 통하여-”, 인권과 정의 통권 제493호(2020)

최준규, “유류분과 신탁”, 사법 제34호(2015)

최현태, “복지형신탁 도입을 통한 민사신탁의 활성화 -수익자연속신탁을 중심으로-”, 재산법연구 제27권 제1호(2010)

최현태, “부양신탁에 관한 연구”, 한양법학 제46집(2014)

한정화, “사인증여계약공정증서 -유언공정증서와의 비교검토를 중심으로-”, 공증과 신뢰 통권 제6호(2013)

현소혜, “유언철회의 철회”, 홍익법학 제8권 3호(2007)

현소혜, “유언방식의 개선방향에 관한 연구”, 가족법연구 제23권 2호(2009)

현소혜, “유산기부 활성화를 위한 유류분 제도의 개선방안”, 외법논집 제43권 제2호(2019)

현소혜, “전자유언 제도 도입을 위한 시론”, 비교사법 제28권 제1호(2021)

3. 외국문헌

Frank S. Berall, Oral Trusts and Wills: Are They Valid?, NAEPC Journal of Estate & Tax Planning Issue 3(2007)

Burandt/Rojahn, Erbrecht(2.Aufl.), C.H.Beck, 2014

hrsg. Kroiß/Ann/Mayer(Beck 집필부분), Anwaltkommentar BGB Band 5: Erbrecht, Deutscher Anwalt Verlag, 2004

hrsg.Säcker/Rixecker/Oetker/Limperg, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch

Band 10(7.Aufl.), C.H.Beck, 2017

hrsg.Süß, Erbrecht in Europa(2.Aufl.), Zerb Verlag, 2007

Uniform Trust Code with Prefatory Note and Comments, National Conference of
Commissioners on Uniform State Laws, 2010

유언대용신탁 계약서

관리번호 :

위탁자 (이하 “거래처” 라 한다)와(과) 주식회사 신한은행 (이하 “은행” 이라 한다)은 유언대용신탁 계약(이하 “본 계약” 이라 한다)을 다음과 같이 체결한다.

제1조 (계약의 의의와 목적) ① 본 계약은 거래처가 그의 생전 또는 사후에 신탁재산에 대한 수익권을 취득할 수익자를 지정하고 금전, 증권, 부동산 등의 재산을 은행에 신탁하면 은행이 이를 운용 및 관리하는 신탁계약이다.
② 본 계약의 목적은 거래처의 재산을 은행이 수탁받아 지정된 수익자를 위해 운용·관리 하고, 거래처의 사망 후에도 당초에 의도한대로 신탁재산을 운용·관리하여 연속수익자에게 교부 하는데 있다.

제2조(용어의 정의) 본 계약에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “거래처(위탁자)” 라 함은 신탁을 설정하는 자를 말한다
2. “수탁자” 라 함은 신탁을 인수하는 자를 말한다
3. “수익자” 라 함은 신탁재산의 수익권을 취득하여 행사하는 자를 말한다.
다만, 별도의 약정이 있는 경우를 제외하고는 본 계약에서 거래처를 수익자로 본다
4. “연속수익자” 라 함은 거래처의 사망에 의하여 차례로 신탁재산의 수익권을 취득하도록 지정받은 자를 말한다. 다만, 별도의 약정이 있는 경우를 제외하고는 거래처가 사망할 때까지 본 계약의 수익권을 취득하지 못한다.
5. “사망통지인” 이라 함은 거래처 또는 연속수익자가 사망한 경우 해당사실을 은행에 지체없이 통보하는 자를 말한다.

제3조 (신탁재산) ① 거래처가 신탁할 수 있는 재산의 종류는 다음 각 호에 따르며, 신탁가액은 각 재산의 종류별 신탁계약(이하 “부수계약” 이라 한다)에서 정한 바에 따른다.

1. 금전
2. 증권
3. 금전채권
4. 동산
5. 부동산
6. 기타 자본시장과 금융투자업에 관한 법률에서 정하는 재산



- ② 거래처는 본 계약의 재산목록을 [별지] 신탁재산 목록표에 기재하여야 한다.
- ③ 제1항 각 호의 신탁재산별 운용 및 관리는 제4조의 부수계약에 따른 재산별 신탁계약서에서 정한 바에 따라 처리한다.

제4조 (부수계약) 거래처와 은행은 신탁한 재산의 종류에 따라 그에 맞는 운용 및 관리를 위해 본 계약에 부수하여 추가로 재산의 종류별 신탁계약을 체결하여야 한다.

제5조 (신탁재산의 표시) 신탁재산에 대하여는 신탁의 등기 또는 등록을 하여야 하며, 등기 또는 등록을 할 수 없는 경우에는 신탁재산임을 표시한다.

제6조 (신탁 기간) ① 본 계약의 신탁 기간은 다음 [표 1]의 각 호를 기재하여 정한다.

[표 1]

호	신탁 기간	비 고
1	년 월 일로부터 년 월 일까지	기간 지정
2	기간에 대한 특약 :	조건 지정

② 본 계약의 신탁기간은 거래처와 은행의 합의에 의하여 연장할 수 있다. 다만, 신탁계약 개시일로부터 **최장 30년을 초과할 수 없다.**

③ 각 부수계약의 개별 계약 기간(기간 연장 포함)은 본 계약의 계약 기간을 초과할 수 없다.

제7조 (수익자, 연속수익자의 지정 및 신탁재산의 배분 등) ① 거래처는 본 계약의 연속수익자를 다음 [표2]와 같이 정한다. 다만, 동 차에 연속수익자를 복수로 지정하고자 하는 경우에 그 다음 차수의 연속수익자는 지정하지 아니한다.

[표 2]

순 서		정보내용		거래처와의 관계
제1	연속 수익자	성 명		거래처의()
		생년월일 (주민번호 앞 6자리)	년 월 일	
		여권번호 등		
		사업자등록번호		
		자택주소		



		연락처		
	연속 수익자	성 명		거래처의()
		생년월일 (주민번호 앞 6자리)	년 월 일	
		여권번호 등		
		사업자등록번호		
		자택주소		
		연락처		
제2	연속 수익자	성 명		거래처의()
		생년월일 (주민번호 앞 6자리)	년 월 일	
		여권번호 등		
		사업자등록번호		
		자택주소		
		연락처		
	연속 수익자	성 명		거래처의()
		생년월일 (주민번호 앞 6자리)	년 월 일	
		여권번호 등		
		사업자등록번호		
		자택주소		
		연락처		
제3	연속 수익자	성 명		거래처의()
		생년월일 (주민번호 앞 6자리)	년 월 일	
		여권번호 등		

		사업자등록번호		
		자택주소		
		연락처		
	연속 수익자	성 명		거래처의 ()
		생년월일 (주민번호 앞 6자리)	년 월 일	
		여권번호 등		
		사업자등록번호		
		자택주소		
		연락처		

② 제 1항 단서에 의한 복수의 연속수익자의 경우 수익권은 연속수익자에게 균등 지급한다. 단, 연속수익자중 1인 이상이 사망한 경우 신탁계약은 종료되며 신탁원본 및 이익은 생존한 연속수익자와 사망한 연속수익자의 법정상속인에게 지급한다.

③ 제1항에서 정한 제1연속수익자가 위탁자보다 먼저 사망할 경우 제2연속수익자가 제1연속수익자의 지위를 갖기로 하고 제3연속수익자는 제2연속수익자의 지위를 갖기로 한다.

④ 제 1항에서 정한 제2연속수익자가 제1연속수익자보다 먼저 사망할 경우 제3연속수익자가 제2연속수익자의 지위를 갖기로 한다

⑤ 제 1항에서 정한 최후순위 연속수익자가 선순위 연속수익자보다 먼저 사망할 경우 거래처는 새로운 최후순위 연속수익자를 지정할 수 있으며 별도의 지정이 없으면 해당 최후순위 연속수익자는 없는 것으로 본다

⑥ 수익자 및 연속수익자가 전부 사망하여 신탁계약이 종료된 경우 최후 순서로 지정된 연속수익자의 법정상속인에게 신탁원본 및 이익을 지급하기로 한다.

⑦ 제2항 내지 제6항에도 불구하고 별도의 약정이 있는 경우에는 그에 따른다.

⑧ 거래처는 제 1항의 연속수익자를 새로 지정하거나 변경하고자 하는 경우에는 별도의 '연속수익자(지정/정보)변경의뢰서' 양식을 은행에게 제출하여야 한다. 이 권리는 거래처에게 전속되어 상속되지 아니하며 거래처의 법정대리인이나 상속인이 연속수익자를 새로 지정하거나 변경할 수 없다.

⑨ 거래처가 수익자가 아닌 경우 연속수익자가 받는 수익권에 대해 상속세가 부과될 수 있다

제8조 (사망통지인의 지정 등) ① 거래처는 아래 [표 3]에 기재된 사람을 그의



동의를 받아 사망통지인으로 지정한다.

[표 3]

성명	생년월일 (주민등록번호 앞6자리)	년월일
여권번호 등		
자택주소		
연락처		
거래처와의 관계		

② 거래처는 아래 각호의 경우 은행의 승낙을 얻어 제1항의 사망통지인을 변경할 수 있다.

1. 사망통지인이 사망한 경우
2. 거래처가 사망통지인을 변경하고자 하는 경우

③ 사망통지인은 거래처 또는 연속수익자가 사망한 때 지체없이 그 취지의 증빙서류를 첨부하여 서면으로 은행에 통지한다.

④ 아래 각호에 해당하는 경우 거래처의 상속인 또는 연속수익자의 상속인은 사망통지인을 대신하여 사망통지업무를 수행할 수 있다.

1. 거래처가 사망통지인을 지정하지 않은 경우
2. 사망통지인이 사망한 경우
3. 사망통지 이전에 은행이 거래처의 사망사실을 알게되는 경우
4. 거래처의 사망일로부터 1개월이 완전히 지났을 때까지 사망통지를 지연하는 등 사망통지인이 자신의 임무를 게을리 하는 경우

제9조 (신탁재산의 운용 및 운용내역 통보) ① 은행은 신탁재산의 관리 및 운용을 제4조의 부수계약에 따라 처리한다.

② 은행은 금융투자업규정 제4-93조 제11호에서 정한 바에 따라 비지정형 특정금전신탁 상품에 한하여 매 분기별 1회 이상 신탁재산의 운용내역을 거래처(거래처가 사망한 경우 연속수익자에게도 동일한 조건을 유지한다)에게 서면 등 사전에 합의한 방법으로 통보하여야 한다. 다만, 거래처가 정기적인 통보를 원하지 않을 경우 그 내용을 본 계약서에 명기한 후 통보를 생략할 수 있다.

운용내역 통보여부	☐ 통보를 원하지 않음 ☐ 통보를 원함 (☐ 자택 ☐ 직장 ☐ E-mail)	거래처 (인)
--------------	---	------------

③ 제2항에도 불구하고 거래처가 신탁재산의 운용내역 및 자산의 평가가액을 확인하고자 할 때에는 은행은 그 내용을 즉시 제공하여야 한다.

④ 거래처가 본인의 재무상태, 투자목적 등에 대하여 은행에 상담을 요청하는 경우 은행은 거래처의 상담요구에 응하여야 한다.



제10조 (대리인의 지정) ① 거래처는 제9조 제1항에서 정한 신탁재산별 부수계약에 따른 신탁재산의 운용방법에 대한 지시권이 있는 경우 이를 대리인으로 하여금 행사하게 할 수 있다. 이 때에는 위임된 권한이 분명하게 기재되어 있는 대리인 위임장 등 기타 적법하게 위임권을 수여받았음을 확인할 수 있는 서류를 은행에 제출하여야 한다. 단, 대리인의 지정없이 거래처가 사망한 경우 연속수익자는 대리인을 지정할 수 있다.

② 거래처 또는 거래처 사망 후 연속수익자는 은행의 승낙을 얻어 제1항의 대리인을 변경할 수 있다.

제11조 (원본과 이익의 보전) 본 계약은 원본과 이익의 보전을 하지 아니하며 경우에 따라서는 원본의 손실이 발생할 수 있다.

제12조 (손익의 귀속) 신탁재산 운용으로 발생하는 수익 및 은행의 귀책사유 없이 발생한 손실은 전부 거래처 또는 연속수익자에게 귀속된다.

제13조 (선관주의 의무) 은행은 신탁재산을 운용함에 있어 선량한 관리자로서의 주의의무를 다하여야 한다.

제14조 (신탁보수 및 수수료) ① 본 계약의 보수는 아래의 [표4]에 근거하여 고객이 부담하며, 신탁 재산별 개별보수는 각 부수계약에서 합의한 바에 따른다.

② 보수 및 수수료는 위탁자 또는 수익자에게 요구하여 받거나 신탁재산 중에서 차감하여 수령하도록 한다.

[표4]

항 목	보수율	비 고
기본 보수	최초 수탁액 X ()%	1회 선취
기간별 보수	5년미만 : 없음	
	5년이상 10년미만 : ()%	
	10년이상 : ()%	

제15조 (세금 및 비용 부담) ① 신탁 계약과 신탁재산에 대한 세금과 공과금 및 기타 신탁사무 처리에 필요한 비용(각종 소송비용 포함)은 신탁재산 중에서 차감하거나 거래처 또는 연속수익자에게 따로 요구할 수 있다.

제16조 (이익계산 및 지급) 은행은 신탁이익계산 및 지급에 대해 제4조 부수계약에서 정한 바에 따라 이행한다.

제17조 (중도해지) 거래처는 본 계약에서 정한 신탁 재산별 신탁계약기간 만료전에 신탁계약의 전부 또는 일부를 해지할 수 있다. 이 경우 은행은 별도의 약정이



없으면 그 해지한 재산을 거래처에게 지급하고 다음에 정한 중도해지수수료를 받는다.

- | |
|---|
| <ul style="list-style-type: none"> - 신탁계약일로부터 () 미만 지났을 때 : 해지 신탁재산 가액의 ()% - 신탁계약일로부터 () 이상 () 미만 지났을 때 : 해지 신탁재산 가액의 ()% - 신탁계약일로부터 () 이상 지났을 때 : 해지 신탁재산 가액의 ()% |
|---|

제18조 (수익권의 양도와 담보제공) 이 신탁의 수익권은 양도불가하며, 은행의 승낙 없이는 제3자에게 담보로 제공할 수 없다.

제19조 (신탁 종료 및 신탁재산의 교부 등) ① 본 신탁계약에서 별도의 약정이 없으면 **거래처의 사망 이후** 아래 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에 한하여 은행은 **신탁계약을 종료**할 수 있다. 이 경우 제17조에서 정한 중도해지 수수료는 받지 않는다.

1. 제6조에서 정한 신탁 기간이 종료된 때
2. 신탁의 목적이 달성되었을 때
3. 수익자와 연속수익자 전원이 사망한 때
4. 유류분의 반환청구 또는 상속재산분할 청구를 받고 그 유류분의 반환 또는 상속재산의 분할이 확정된 경우
5. 법원의 압류 및 추심명령 등 제3자로부터 수익자의 권리에 제한사항이 발생한 경우
6. 법원의 판결 또는 판결과 동일한 효력을 가진 화해, 중재, 명령 등으로 인해 신탁의 목적을 달성할 수 없음이 명확해진 때
7. 별도의 약정으로 정한 사유가 있을 때
8. 기타의 사유로 신탁계약 유지가 불가능할 때

② **제1항에 따라 신탁계약이 종료된 경우 그에 따른 신탁재산은 제1항 각 호에 해당되는 정당한 권리자(이하 “권리자”라 함)에게 지급한다.** 이 때 은행은 제1항 각 호에 따른 증명서류의 제출을 요청할 수 있으며 권리자가 제출한 서류를 판단함에 있어 은행은 은행의 귀책사유가 없는 한 책임을 부담하지 아니한다.

③ 제1항에 따라 신탁계약의 전부 또는 일부가 종료되었으나, 권리자가 정해지지 않은 경우 은행은 권리자 확정 이전까지 신탁재산의 교부를 중단할 수 있다.

④ **권리자가 정해지지 않은 채로 1개월이 완전히 지났을 경우** 은행은 신탁계약에 따른 수익권 취득내용을 일간지에 공고하고, 공고일로부터 1개월이 완전히 지났을 때에도 권리자 확정이 되지 않으면, 신탁재산을 법원에 공탁(보관을 위탁) 할 수 있다.

⑤ 제1항 각호의 사유로 인하여 신탁이 종료한 때에는 은행은 최종계산서를 작성하여 권리자의 승인을 얻은 후 신탁재산을 교부한다. 다만, 신탁재산 중 환가 및 회수가 곤란한 경우 또는 기타 부득이한 사정이 있는 경우에는 신탁재산을 현상대로 교부한다.



- ⑥ 은행은 최종계산서를 작성하여 권리자에게 계산승인을 요구하고, 권리자는 계산승인의 요구를 받은 때로부터 1개월 내에 승인여부를 은행에 통지하여야 한다.
- ⑦ 은행은 제6항의 계산승인을 요구할 경우 “권리자는 최종계산에 대하여 이의가 있는 경우 계산승인을 요구받은 때로부터 1개월 내에 이의를 제기할 수 있으며, 최종계산에 대하여 이의를 제기하지 아니한 경우에는 권리자가 계산을 승인한 것으로 본다”라는 취지의 내용을 명시하여야 한다.
- ⑧ 권리자는 은행으로부터 제6항의 계산승인을 요구 받은 때로부터 1개월 내에 이의를 제기하지 아니한 경우 제6항의 계산을 승인한 것으로 본다.

제20조 (사고 변경사항의 신고) 거래처 또는 연속수익자는 다음 각호의 경우에 지체없이 필요한 절차를 밟아 은행에 신고하고 필요한 절차를 취하여야 한다. 그 신고 또는 절차의 지연으로 인하여 발생한 손해에 대하여 은행은 은행의 귀책사유가 없는 한 책임을 지지 아니한다.

1. 증서·거래인감 등을 분실·도난·훼손하였거나 변경하고자 할 때
2. 거래처, 연속수익자, 대리인, 사망통지인 등 기타 신탁계약 관계자에 대한 성명·상호·주소·전화번호 등의 변경, 사망 또는 행위능력에 변동이 있을 때
3. 기타 본 신탁과 관련하여 사전통지가 필요하다고 은행으로부터 사전에 고지받은 사항

제21조 (인감신고) ① 거래처, 연속수익자 및 대리인 등 신탁관계인은 본 계약과 관련하여 사용할 인감을 은행에 신고하여야 한다.

② 은행은 본 신탁과 관련된 모든 서류 등에 도장이 찍힌 모양을 제1항에 따라 신고된 인감과 육안에 의하여 상당한 주의로써 대조하여 처리하여야 한다. 은행이 이와 같은 조치를 취하여 신탁재산의 교부 및 기타 업무처리를 한 경우 은행은 인감과 지급청구서 등의 위조·변조 또는 도용 등으로 인해 손해가 발생하여도 은행은 은행의 귀책사유가 없는 한 책임을 지지 아니한다.

제22조 (계약 등의 변경 등) ① 은행은 본 계약을 변경하고자 하는 경우 은행의 영업점과 인터넷 홈페이지, 온라인 거래를 위한 컴퓨터 화면 그 밖에 이와 유사한 전자통신매체를 통해 변경예정일 전에 비치 또는 게시한다.

② 은행은 제 1항의 변경내용이 거래처(거래처가 사망한 경우 수익자, 이하 이 조에서 같다)에게 불리한 것일 경우 이를 서면 등 거래처와 사전에 합의한 방법으로 변경 전 최소 **20일** 전까지 통지하여야 한다. 다만, 거래처에게 변경 전 내용이 그대로 적용되는 경우 또는 거래처가 변경내용에 대한 통지를 받지 아니하겠다는 의사를 명시적으로 표시한 경우에는 그러하지 아니한다.

③ 은행은 제 2항의 통지를 할 경우 “거래처가 변경에 동의하지 아니한 경우에는 계약해지를 할 수 있고, 통지를 받은 날로부터 변경예정일 전의 영업일까지 계약해지의 의사표시를 하지 아니한 경우에는 변경에 동의한 것으로 본다”라는

취지의 내용을 통지하여야 한다.

④ 거래처가 제 3항의 통지를 받은 날로부터 변경예정일 전의 영업일까지 계약해지의 의사를 표시하지 아니하는 경우에는 변경에 동의한 것으로 본다.

⑤ 은행은 유언대용신탁 계약서 양식을 영업점에 비치 또는 게시하여 거래처가 요구할 경우 이를 교부하여야 하며, 인터넷 홈페이지, 온라인 거래를 위한 컴퓨터 화면 기타 이와 유사한 전자통신매체에 게시하여 거래처가 계약서를 조회하고 다운로드(화면출력 포함)받을 수 있도록 하여야 한다.

제23조 (계약의 해제 등) 은행의 귀책사유 없이 다음 각 호의 사유가 있음이 확인된 경우 은행은 본 계약 및 부수계약을 해제할 수 있다.

1. 거래처의 신탁목적이 사해행위인 경우
2. 거래처의 신탁목적이 제3자와의 채무관계 면탈 또는 소송 목적으로 밝혀진 경우
3. 기타 상기 각호에 준하는 사유로 본 계약의 해제가 불가피한 경우

제24조 (계약의 우선 순위) ① 본 계약과 부수 계약의 내용이 서로 상충할 경우 본 계약의 조항이 우선 적용된다.

② 본 계약에 명시되지 않은 내용은 부수 계약에 따라 적용된다.

③ 분쟁 및 기타 사유 또는 법적인 조치로 본 계약이 무효가 된 경우 이에 따른 부수계약도 무효가 되며 신탁재산은 운용현상대로 제19조 제2항에 따라 관리자에게 지급한다.

제25조 (수탁자의 면책) ① 허위 사실 기재 등 기타 거래처의 귀책사유로 발생한 손해 등에 대해서 은행은 자신의 귀책사유 이외의 책임을 부담하지 아니한다.

② 거래처 또는 연속수익자는 주소와 연락처 등 은행에 제공한 정보에 변경이 있는 경우 지체없이 그 변경내용을 은행에 통지하여야 하며, **통지의 불이행으로 발생하는 불이익**에 대하여 은행은 자신의 귀책사유 이외의 책임을 부담하지 아니한다.

③ 거래처 또는 연속수익자가 허위 사실을 통보하는 경우 또는 기타 거래처 또는 연속수익자의 귀책사유로 인해 문제가 발생한 손해 등에 대해 은행은 자신의 귀책사유 이외의 책임을 부담하지 아니한다.

④ 본 계약 내용 및 부수 계약의 신탁재산과 관련된 분쟁 또는 법률적 문제 등으로 인해 신탁 계약을 유지하기 힘든 경우 은행은 해당 사유를 인지한 날로부터 10영업일 이내에 이를 거래처 또는 연속수익자에게 통지하며, 거래처 또는 연속수익자는 통지를 받은 때로부터 10영업일 이내에 계약유지를 위해 분쟁 또는 법률적 문제에 대한 해결방안을 은행에 통지한다.

⑤ 제4항의 분쟁 또는 법률적 문제가 정상적으로 해결될 경우 신탁 계약은 정상적으로 유지되며, 그렇지 아니할 경우 신탁 계약의 불이행 및 거래처 또는 연속수익자의 손해 등에 대하여 은행은 자신의 귀책사유 이외의 책임을 부담하지



아니한다.

⑥ 은행은 제19조 제4항에 따라 신탁재산을 법원에 공탁(보관을 위탁)한 경우 자신의 귀책사유 이외의 책임을 부담하지 아니한다.

⑦ 사망통지인이 제8조 제3항의 통지를 지체하여 발생한 손해 등에 대해서 은행은 자신의 귀책사유 이외의 책임을 부담하지 아니한다.

제 26 조 (특약) 본 계약의 특약사항은 다음과 같다.

--

제27조 (준용) 본 계약에서 정하지 아니한 사항은 신탁법, 민법 등 관계법령에 따라 처리하기로 한다.

제28조 (관할법원) 본 계약과 관련하여 소송이 제기되는 경우 관할법원은 민사소송법이 정하는 바에 따른다.

제29조 (계약서 보관) 본 계약을 증명하기 위해 계약서 2부를 작성하여 거래처와 은행이 각 1부씩 보관한다. 다만, 신탁재산 공시 등을 위해 유관기관에 본 계약서 원본을 제출하여야 할 경우에는 1부 이상을 추가로 작성할 수 있다.

년 월 일

위탁자 수익자	자택주소	
	연락처	
	생년월일 (주민번호 앞 6자리)	년 월 일
	여권번호 등	
	성명	(인감도장)
제1연속	자택주소	



수익자	생년월일 (주민번호 앞 6자리)	년 월 일
	여권번호 등	
	사업자등록번호	
	성명	(인감도장)
제2연속 수익자	자택주소	
	생년월일 (주민번호 앞 6자리)	년 월 일
	여권번호 등	
	사업자등록번호	
	성명	(인감도장)
제3연속 수익자	자택주소	
	생년월일 (주민번호 앞 6자리)	년 월 일
	여권번호 등	
	사업자등록번호	
	성명	(인감도장)
수탁자	주 소:	
	사업자등록번호:	
	주식회사 신한은행	지점장 (인/서명)