

유산기부 활성화를 위한 입법 과제 세미나

일시 2019년 4월 22일(월) 오후2시

장소 국회의원회관 제1세미나실

주최 국회기부문화선진화포럼

(공동대표: 원혜영·이주영 국회의원, 이일하 한국자선단체협의회 이사장)

한국외대 법학연구소 공익활동법센터

한국자선단체협의회

월드잉시민운동



Contents

인사말	원혜영 국회기부문화선진화포럼 공동대표 (국회의원)	4
	이주영 국회기부문화선진화포럼 공동대표 (국회부의장)	6
	김진우 한국외대 법학전문대학원 교수 (공익활동법센터장)	8
	이제훈 한국자선단체협의회 공동대표 (초록우산 어린이재단 회장)	10
	차홍봉 웰다잉시민운동 이사장	12
발 제	유산기부 활성화를 위한 세제(稅制) 개선방안	15
	이상신 (서울시립대학교 세무전문대학원 교수)	
	유류분 제도 개선방안 1: 오스트리아, 독일 사례로부터의 시사점을 포함하여	47
	이동진 (서울대학교 법학전문대학원 교수)	
	유류분 제도 개선방안 2: 영국, 미국 사례로부터의 시사점을 포함하여	63
	현소혜 (성균관대학교 법학전문대학원 교수)	
	유산기부 활성화를 위한 입법 과제 : 유류분 및 공익법인의 지배구조를 중심으로	83
	김진우 (한국외국어대학교 법학전문대학원 교수)	
토 론	서이종 (서울대학교 사회학과 교수)	109
	김희정 (한국자선단체협의회 사무총장)	113
	정형석 (밀알복지재단 상임대표)	117
	김효진 (사회복지공동모금회 자원개발본부장)	121
	김범용 ((사)한국지역재단협의회 운영위원장)	125
	송인규 (한국후견협회 부회장)	129
	김환근 (한국호스피스협회 회장)	133



안녕하십니까?
국회의원 원혜영입니다.

아름다운 봄날, 귀하신 분들을 모시고 ‘유산기부 활성화를 위한 입법 과제 세미나’를 개최하게 된 것을 진심으로 기쁘게 생각합니다. 어려운 발걸음을 해주신 모든 분들께 진심으로 감사와 환영의 인사를 드립니다.

저는 지난 19대 국회부터 이주영 국회 부의장님, 한국자선단체협의회에 이일하 이사장님과 함께 국회기부문화선진화포럼 공동대표를 맡아 우리사회의 기부문화 발전을 위해 나름의 노력들을 해 오고 있습니다.

소정의 성과도 있었지만 여전히 우리사회에 기부문화를 뿌리내리기에는 넘어야 할 산이 많은 것 같습니다. 잘 아시는 바와 같이 기부에 대한 국민적 참여의식에 비해 국가 정책적, 제도적 장애물들이 너무 많아서 기부를 하고자 하는 고귀한 의사들이 적극적으로 실천으로 옮겨지고 우리사회에 좋은 영향으로 드러나기에는 많은 한계를 보이고 있는 것 같습니다.

특히 유산기부에 대해서는 그 장애물들이 더욱 많은 것 같습니다. 작지만 소중한 집 한 채, 시골에 농사 짓던 땅 조금, 평생 모아온 얼마 안 되는 재산이라도 죽기 전에 좋은데 쓰고 의미 있게 삶을 마무리하고 싶은 생각이 있다 하더라도, 그것을 실제로 실행하기 위해서는 삶을 마무리하는 단계에 있는 사람에게는 불가능할 정도의 엄청난 노력과 시간, 비용이 필요합니다.

그런데 최근 한 연구에서는 우리나라의 상속을 통한 세대 간 자산 이전 규모가 이미 2016년에 81조원에 이르렀고, 2020년이 되면 100조에 달할 것이라고 합니다. 그리고 또 한 연구에서는 우리나라 국민들의 유산기부 의사가 54.5%에 달한다고 합니다.

저는 이러한 연구결과들이 주는 시사점이 매우 크다고 봅니다.

우리나라는 조세부담률과 사회복지 지출이 OECD 최하위 수준입니다. 그렇다고 해서 급격히 세금을 올릴 수도 없고, 재원이 한정적이기 때문에 국가가 주도하는 복지 지출도 급격히 늘릴 수도 없는 것이 현실입니다. 이럴 때 일수록 자선과 기부를 통한 사회복지의 실현이 중요합니다. 바로 가족상속이 아닌 사회적 상속의 문화를 뿌리 내리고 활성화 시키는 것이 우리사회가 나아가야 할 중요한 길인 것입니다.

미국의 빌 게이츠나 마크 주커버그 같은 분들이 주도하고 있는 ‘기부 서약 운동(The Giving Pledge)’이나 영국의 ‘레거시(Legacy) 10’ 운동과 같이 우리나라에서도 이러한 캠페인에 자산가나 유명 인사들이 동참하면서 기부를 확산시켜 가는 것은 매우 중요한 일입니다. 그러나 더 중요한 것은 미국과 영국은 이러한 캠페인 이전에, 기부와 관련된 각종 제도들이 기부자들에게 친화적으로 만들어져있다는 것입니다.

그래서 오늘 유산기부에 대한 기부 선진국들의 제도들을 살펴보고 우리나라에서 유산기부를 활성화하기 위해 어떠한 제도들을 개선해야 하는지 논의하는 자리를 마련했습니다. 여러분의 고견을 기대하겠습니다.

오늘 행사를 함께 개최해 주신 한국외대 법학연구소 공익활동법센터, 한국자선단체협의회, 웰다잉시민운동에 진심으로 감사드리고, 특히 바쁘신 와중에도 시간을 내시어 발제와 토론으로 수고해주시는 분들께 감사드립니다.

오늘 세미나를 계기로 이 자리에 참석해주신 여러분들께서 사회 곳곳에 유산기부에 대한 화두를 제시해 주시고, 유산기부의 활성화를 위해 앞장서 주시기 바랍니다. 국회에서도 최선의 노력을 다 하겠습니다. 감사합니다.

2019년 4월 22일
국회기부문화선진화포럼 공동대표/국회의원
원혜영



안녕하십니까,
국회부의장 이주영 입니다.

「유산기부 활성화를 위한 입법 과제 세미나」에 참석해주신 귀빈 여러분, 환영합니다. 관심을 갖고 귀한 걸음해주셔서 깊이 감사드립니다.

개최를 위해 같이 애써주신 국회기부문화선진화포럼, 한국외대 법학연구소 공익 활동법센터, 한국자선단체협의회, 웰다잉시민운동 관계자 여러분, 감사합니다. 국회기부문화선진화포럼은 원혜영 의원님, 이일하 한국자선단체협의회 이사장님, 그리고 제가 공동대표를 맡아 기부문화 활성화를 위한 정책개발과 인프라 구축에 노력하고 있습니다.

기부 선진국에서는 유산기부가 매우 흔한 일인데, 미국은 전체 기부금의 약 8%가 유산기부이며, 영국은 약 33%에 달한다고 합니다. 우리나라는 2016년 국세청 기준 전체 기부금이 12조원대에 달하는 등 양적으로 큰 성장을 이뤘으나, 전체 기부 중 유산기부 비율은 매우 미미한 수준으로 추정됩니다.

2013년부터 사회복지공동모금회를 중심으로 유산기부 운동이 시작됐으나, 2018년 기준 총 47명, 참여율이 매우 저조한 실정입니다.

그러나 지난해 한 연구팀의 여론조사에 의하면 유산기부 의사가 있다고 한 응답이 과반에 달했습니다. 유산기부에 대한 높은 사회적 관심과 의지에도 불구하고 기부방법에 대한 정보는 부족하고 세제(稅制)나 입법상의 미비도 문제인 실정입니다.

제도적으로 유산기부 희망자들이 쉽게 다가갈 수 있는 시스템을 정비한다면 유산 기

부는 더 늘어날 수 있음을 시사하는 것입니다.

그리고 오늘 행사를 주최하신 단체들과 같은 공익단체들이 캠페인을 지속적으로 전개해주시는 것도 좋은 방법이라고 생각합니다.

오늘 세미나에서는 학계의 전문가들께서 유산기부 활성화를 위한 세제 개선방안을 모색하고 해외사례로부터 시사점을 살피 유산기부를 활성화할 수 있는 입법 과제를 논의할 것입니다. 토론자로 여러 시민단체와 전문가들이 참여하시는 것으로 알고 있습니다. 유산기부 문화가 활발하게 이루어질 수 있도록 지혜를 모아 구체적인 방안을 제안해주시길 바랍니다.

저도 여러분들께서 주신 의견을 소중히 수용하여 원혜영 의원님과 함께 국회 차원에서 노력할 수 있는 방안을 추진하도록 노력하겠습니다.

끝으로, 이 자리에 참석하신 여러분 모두의 건강과 행복을 기원드립니다. 감사합니다.

2019년 4월 22일
국회기부문화선진화포럼 공동대표/국회부의장
이주영



안녕하십니까?
한국외대 법학전문대학원 교수 김진우입니다.

한국외국어대학교 법학연구소는 제3섹터가 우리 사회에서 차지하는 중요성을 감안하여 비영리공익활동을 둘러싼 법률문제를 지속적·계획적으로 연구하여 발전방안을 제시하려는 목적으로 2018년 11월 “공익활동법센터”를 설립하였습니다. 공익활동법센터는 공익활동을 하는 민간단체 및 유관 정부기관과의 교류를 통해 공익활동 관련 법률의 제정 및 개정 그리고 해석론을 연구하여 우리나라 공익활동법의 선진화에 기여하고자 합니다.

오늘의 “유산기부 활성화를 위한 입법 과제 세미나”는 유산기부의 활성화에 장애가 되는 법제도의 문제점을 정확히 파악하고 그에 대한 개정방안을 모색하는 자리가 될 것입니다. 이를 위하여 이 분야 우리나라의 최고전문가들을 모셨습니다. 유산기부 활성화를 위한 세제 개선방안을 검토해주신 서울시립대 세무전문대학원의 이상신 교수님, 외국법과의 비교를 통해 유산기부 활성화에 최대 걸림돌이라고 할 수 있는 유류분 제도의 개선방안을 제시해주신 서울대 법학전문대학원의 이동진 교수님, 성균관대 법학전문대학원의 현소혜 교수님께 감사의 말씀을 전합니다. 우리 발표자들은 오늘 보고될 내용을 토대로 조만간 유산기부 활성화를 위한 법률안을 제시하겠습니다.

마지막으로 한국외대 법학연구소 공익활동법센터를 대표하여 이 소중한 자리를 함께 마련해주신 국회기부문화선진화포럼의 대표이신 원혜영 의원님, 이주영 의원님, 이일하 한국자선단체협의회 이사장님, 웰다잉시민운동 차홍봉 이사장님께 깊은 감사의 말씀을 드립니다. 한국외대 법학연구소 공익활동법센터는 앞으로

이러한 형태의 교류가 더욱 활성화되어 우리 기부 제도의 선진화를 앞당기고 기부 문화가 정착하는데 일조하기 위하여 노력을 경주하겠습니다.

감사합니다.

2019년 4월 22일

한국외대 법학전문대학원 교수/공익활동법센터장

김진우



안녕하십니까?
한국자선단체협의회 공동대표 이제훈입니다.

바쁘신 일정에도 불구하고 오늘 세미나에 참석해 주신 내외 귀빈께 감사의 말씀을 드립니다. 또한 오늘 세미나를 공동 개최해 주신 국회기부문화선진화포럼 원혜영 의원님, 이주영 의원님, 한국외대 법학연구소 공익활동법센터장 김진우 교수님, 그리고 웰다잉시민운동 차흥봉 이사장님을 비롯한 사회와 발표 및 토론을 맡아주신 여러 전문가 분들께도 감사의 말씀을 전합니다.

통계청 발표에 따르면 이미 고령사회에 접어든 우리나라는 불과 6년 후, 2023년에 65세 이상 인구가 전체의 20%를 넘는 초고령사회가 됩니다. 또한 1인 가구의 급격한 증가(현재 전체의 약 29%), 부의 양극화 현상이 점점 심화됨에 따라 유산기부와 같은 재산의 사회적 환원에 관한 논의가 무엇보다 필요한 시점이 도래했다고 할 수 있습니다.

미국, 영국 등 선진국에서는 이미 유산기부가 사회 공익실현과 사회 자본 축적, 양극화 해소를 위한 기부의 한 형태로 자리 잡고 있습니다. 미국의 경우, 2017년 기부금은 사상 처음 4천억 달러를 돌파했으며, 이 중 유산기부는 354억 달러로, 이는 총 기부금의 9%에 해당하는 금액이라고 할 수 있습니다. 또한 영국의 경우 2016년 기준, 유산기부 금액은 총 22억 4천 파운드(약 3조 3천억 원)에 달하며, 이는 전체 모금액의 1/4에 해당합니다. 영국에서는 325,000 파운드(4억 8,750원) 이상을 상속할 경우 40%의 세율을 적용하지만, 유산의 10% 이상을 기부할 경우 상속세를 36%로 낮춰주는 등 유산기부 운동을 적극 지원하고 있습니다. 이에 비해, 우리나라의 유산기부는 선진국에 비해 매우 저조하다고 볼 수 있습니다.

특히 선의의 기부자나 기부 받는 단체 모두에게 주식 등 기부대상 자산의 소유권 이전에 대한 복잡한 법적 문제에 부딪히기 때문에 관련 법·제도에 관한 개선의 필요성이

제기되고 있는 실정입니다. 2003년 한 기업가가 장학재단에 기부한 180억 원대 주식에 대해 2008년 세무당국이 140억 원의 증여세를 부과한 사건은 순수한 장학사업을 위한 기부라는 기부자의 선의를 무시할 뿐만 아니라 조세법률주의의 한계와 미비점을 드러낸 대표적인 사례라고 할 수 있습니다.

대법원은 2017년 4월, 본 사건의 세금중과 대해 부당하다고 판결하였는데 이는 세무당국이 행하는 과세처분권도 조세법률주의와 법치정신의 한계를 준수할 때에만 비로소 승인될 수 있다는 점을 다시 한 번 강조하는 것입니다. 동시에 종래의 복잡하고 불명확한 세법 규정을 보다 명확하게 운용하라는 지침을 내려준 것이고 보다 많은 사람들에게 공익법인에 대한 선의의 기부를 장려한다는 점에서 중요한 의미가 있다고 볼 수 있습니다.

따라서 더 따뜻한 사회를 만들어 가기 위해 유산기부에 대한 사회전반의 인식 변화를 보다 효과적으로 유도할 필요가 있으며, 유산의 사회환원 의지가 쉽게 실제 기부로 이어질 수 있도록 유산기부 활성화를 위한 세제 및 유류분 제도의 개선안을 마련하는데 관계자 모두가 지혜를 모아야 할 것입니다.

어려운 이웃을 위해, 더불어 함께 살아가는 공동체 사회의 행복을 위해 평생 쌓아온 유산의 일부, 또는 전부를 기부하는 사람들의 아름다운 결정이 찬양받고 존경받는 사회 분위기 조성이 필요할 것입니다.

오늘 이 자리는 유산기부 활성화를 위한 다양한 법·제도적 쟁점에 대해 살펴보고 그에 따른 우리의 역할을 제고하는데 기여하기 위해서 마련되었습니다. 아무쪼록 오늘 참석 해주신 여러 전문가 여러분들의 열띤 발표와 토론을 토대로 유산기부 활성화를 촉진시킬 수 있는 훌륭한 법과 제도의 개선방안들이 마련되기를 기대합니다. 감사합니다.

2019년 4월 22일
한국자선단체협의회 공동대표/초록우산 어린이재단 회장
이제훈



안녕하십니까?
웰다잉시민운동 이사장 차홍봉입니다.

웰다잉은 죽음을 품위 있게 맞이하고 준비하는 것입니다. 단순히 삶을 잘 끝내는 것이 아니라 자기결정권의 실현을 통하여 삶을 아름답게 잘 마무리하자는 것입니다. 평생동안 자신이 쌓아온 정신적, 물질적 유산이 사회적으로 잘 사용될 수 있게 정리하는 것도 중요한 문제라 생각합니다. 이를 위해서 자녀를 위하여 동시에 사회적 기여가 될 수 있도록 유산의 전부나 일부를 사회에 환원하는 것은 매우 의미 있는 일이라고 생각합니다. 테라사 수녀는 “나눔은 우리를 ‘진정한 부자’로 만들며, 나누는 행위를 통해서 자신이 누구이며 또 무엇인지를 발견하게 된다.”고 했습니다. 이렇듯이 유산기부를 통한 나눔은 삶을 뜻있게 살고 의미 있게 마무리하자는 웰다잉의 좋은 방법 중 하나입니다.

우리나라는 미국, 영국 등 다른 선진국에 비해서 유산기부비율이 매우 저조한 수준입니다. 전체기부 중에 유산기부가 차지하는 비중이 미국은 7%, 영국은 33%에 이르나 우리나라의 경우 0.46%에 불과하다고 합니다. 그러나 우리나라에서도 국민들의 유산기부에 대한 관심과 인식을 높일 수 있다면 유산기부가 훨씬 더 활성화 될 것이라고 생각합니다. 이를 위해서는 다양한 캠페인과 함께 유산기부의 기반을 강화할 수 있는 법적·제도적 인프라 구축이 필수적입니다.

이에 오늘 세미나에서 유산기부 활성화를 위한 세제 개선방안과 유류분 제도 개선 방안에 대해 토론하고, 선진 외국의 사례를 살펴보는 것은 우리나라의 유산기부 활성화를 위해 매우 의미 있는 일이라고 생각합니다.

아무쪼록 오늘 세미나가 사람들이 자신의 삶을 좀 더 의미 있게 마무리할 수 있는 좋은 방법인 유산기부에 대해 관심을 갖게 되는 계기가 되기를 기대하고, 나아가 우리 사회가 나눔이 있는 따뜻한 사회로 더욱 발전해 나가는 데 밑거름이 되길 기대합니다.

참석해주신 모든 분께 감사드립니다.

2019년 4월 22일
웰다잉시민운동 이사장
차 홍 봉



유산기부 활성화를 위한 세제(稅制) 개선방안

이상신
(서울시립대학교 세무전문대학원 교수)

유산기부 활성화를 위한 세제(稅制)적 개선방안

2019. 4.

서울시립대 세무전문대학원 교수 이 상 신

I. 서론

□ 유산기부의 필요성

- 유산(遺産)이란, 사후에 남겨진 재산 또는 앞 세대가 남겨준 사물이나 문화를 의미하므로, 유산기부란 어떤 사람의 사후에 남겨질 또는 남겨진 재산을 기부하는 것
- 최근의 언론보도에 따르면 국민 절반 이상(54.5%)은 사회에 유산을 기부할 의사가 있으며, 유산기부 비중은 평균 6.85% 수준
- 유산기부에 대한 높은 사회적 관심에 비해 기부방법에 대한 정보가 턱없이 부족하고, 유산기부 의사를 수용할 수 있는 공식적인 절차가 없다는 문제점 지적¹⁾
 - 이러한 문제점 지적은 상당 부분 타당
 - 유산기부에 있어서는 통상적인 기부와 달리 유산을 특정해야 하고, 특정된 재산이더라도 상속인의 유류분권을 고려해야 함
 - 기부에 따라 기부자가 대가로서 일정한 수익을 얻는 경우에는 상속세를 추징하는 등 법제도적, 세제적 문제점

□ 현재 사용되는 유산기부의 의의와 그 한계

- 첫째, 유산상속과 반대되는 개념으로 가족관계 또는 친분과 무관한 대상에게 지급된다는 특성을 강조하여 유산기부라는 용어를 사용하는 것
 - 그 기부의 대상이 너무 넓기 때문에, 일반적으로는 조세 혜택을 받을 수 있는 비영리기관을 대상으로 유산을 기부하는 것으로 봄
 - 유산기부의 대상은 사회복지관련 기관 외에도 교육기관, 문화예술기관, 과학 또는 의학 기관, 종교기관, 사적 재단 등 다양한 비영리조직들로 확대
- 둘째 유산기부는 유서를 전제로 서약되고 이행된다는 특성
 - 유산기부란 자선단체를 대상으로 한 이타적 행위를 유서에 명시한 것이라고 정의하는 것
 - 사후(死後) 유산을 기부하기로 기관에 약정한 이후 시간이 지나 약속을 반복하거나 연락을 끊어버리는 등 거짓서약자(Lying pledgers)문제가 발생할 수 있으므로 “유서 또는 공증인들에 의하여 보증”된 기부 내용만을 유산기부로 봄
- 셋째 유산기부를 계획기부(Planned giving)의 특성으로 파악하는 것

1) 경향신문, “[윤영호의 웰다잉 이야기](2)나누고 싶어도 정보 부족... ‘쉬운 유산 기부’ 시스템 만들자”(2019.3.7.자).

- 계획기부란 우연적, 충동적 또는 일시적 자선행위가 아닌 기부자의 정확한 사전 계획을 통하여 기부가 실행되는 것을 의미하므로, 이타심이나 동정심 이상의 전문적 체계성을 전제
- 즉 기부자의 자산을 어떠한 형태로 기부받을 것이며 어떻게 운영할 것인지 여부에 대한 계획 과정이 기부전문가와 기부자의 합의로 수립되는 계획기부의 한 형태로서 유산기부를 파악하는 것²⁾
- 현재 사용되는 유산기부 개념은 유산기부의 대상(=상대방), 기부의 방식(요식성), 기부의 방법을 설명하는 것으로서 한계를 지님
 - 유산기부가 반드시 위에서 설명하는 대로만 이루어지는 것은 아님
 - 충동적인 유산기부도 가능할 것이고, 저가양도 등 계약의 형태로도 기부가 가능
 - 위의 논의들이 중요한 특성을 잘 표현하고 있기는 하지만 무언가 다른 법적인 개념을 전제로 해서 논의를 하는 것이 필요

□ 유산기부 법적 개념의 필요성

- 우리 법제에서는 유산기부에 대한 법적 정의를 하고 있지는 않지만 세법에서 이에 대한 힌트를 주고 있음
- 우리나라의 상속세가 피상속인의 사망시 재산을 기준으로 하여 상속개시 전 10년 이내의 증여재산을 가산하고 공과금 등을 공제하는 방식으로 상속세과세가액을 산정하는 유산과세형을 취하고 있기 때문임³⁾
 - 즉 상속세는 유산에 대해서 부과한다고 하고 있으므로, 상속세및증여세법(이하에서 “상증세법”이라 한다)상 ‘상속재산’과 거의 같은 의미라고 할 수 있음
 - 공익법인이나 공익신탁에 대하여 본인이 유언서에 의해 상속재산의 유증을 하거나 또는 상속인이 그 상속재산을 기부하는 경우 그 기부 재산은 상속세 과세가액에 포함시키지 않음(상증세법 제16조, 제17조)
 - 유산기부가 유증 및 공익법인과 연결되어 논해지고 있음

□ 유산기부의 법적 정의와 그 범위

- 유산기부란 ‘상속재산(=기부의 목적물)을 공익법인 등 세제 혜택을 받을 수 있는 곳(=기부의 상대방)에 기부하는 것’이 가장 핵심적인 내용

2) <https://www.thebalancesmb.com/how-your-nonprofit-can-get-started-with-planned-giving-2502443>(최종접속일자 2019.3.30.) 등에는 계획기부에 관한 설명이 잘 되어 있다.

3) 임승순, 『조세법』, 박영사, 2018, p.825.

- 기부의 방식은 유언에 의할 수도, 사인증여에 의할 수도, 또는 저가양도에 의할 수도 있으므로 이 두 가지에 비해선 상대적으로 덜 중요
- 유산기부의 개념 및 대상을 이와 같이 정할 수 있다면 현행법에서 어떻게 규정하고 있는지 이를 살펴 볼 필요가 있음
- 먼저 유산기부의 대상인 상속재산을 세법에서 어떻게 정의하고 있는지 살펴보고, 그 상속재산의 기부방법 그리고 기부의 상대방인 공익법인에 대해서 살펴보기로 함

II. 상속재산의 산정

1. 민법상 상속개념과 차이

□ 민법상 상속개념

- 민법상 상속은 사망 또는 실종선고를 받은 자의 법률상의 지위를 일정한 자(상속인)들이 포괄적으로 승계하는 것을 의미

□ 상속세법상 상속

- 상속세법상 상속은 그 재산의 무상이전에 초점을 두기 때문에 민법상 상속 이외에 유증, 사인증여(死因贈與), 특별연고자에 대한 상속재산의 분여(分與)까지 포함(상속세법 제2조 1호)하여 민법상의 상속 개념에 비해 범위가 넓음
- 사인증여란 증여자의 사망으로 인하여 효력이 생길 증여를 말하지만, 상속개시일 전 10년 이내에 피상속인이 상속인에게 진 증여채무 및 상속개시일 전 5년 이내에 피상속인이 상속인이 아닌 자에게 진 증여채무의 이행 중에 증여자가 사망한 경우의 그 증여를 포함
- 「민법」 제1057조의2에 따른 피상속인과 생계를 같이 하고 있던 자, 피상속인의 요양간호를 한 자 및 그 밖에 피상속인과 특별한 연고가 있던 자를 특별연고자라고 하는데 그에 대한 상속재산의 분여를 상속에 포함시키고 있음
- 상속세는 상속개시일을 기준으로 이러한 민법상 상속, 유증, 사인증여, 특별연고자에 대한 재산분여로 행해진 모든 상속재산에 대하여 부과됨
 - 피상속인이 비거주자인 경우에는 국내에 있는 모든 상속재산에 대하여 부과

2. 민법상 상속재산의 범위와 차이

□ 민법상 상속재산의 범위

- 민법상 상속재산의 범위는, “상속인은 상속개시 된 때로부터 피상속인의 재산에 관한 포괄적 권리의무를 승계한다. 그러나 피상속인의 일신에 전속한 것은 그러하지 아니하다”로 정한 민법 제1005조에 의해 정해짐
- 유류분이 문제되는 경우에는 일부 조정이 행해짐

- “유류분은 피상속인의 상속개시시에 있어서 가진 재산의 가액에 증여재산의 가액을 가산하고 채무의 전액을 공제하여 이를 산정한다.”는 민법 제1113조
- “증여는 상속개시전의 1년만에 행한 것에 한하여 제1113조의 규정에 의하여 그 가액을 산정한다. 당사자 쌍방이 유류분권리자에 손해를 가할 것을 알고 증여를 한 때에는 1년 전에 한 것도 같다.”는 민법 제1114조
- “증여에 대하여는 유증을 반환받은 후가 아니면 이것을 청구할 수 없다.”는 민법 제1116조 등임

□ **상증세법상 상속재산**

- 상증세법상 "상속재산"이란 피상속인에게 귀속되는 모든 재산을 말함
 - 금전으로 환산할 수 있는 경제적 가치가 있는 모든 물건과 재산적 가치가 있는 법률상 또는 사실상의 모든 권리를 포함하며, 다만, 피상속인의 일신(一身)에 전속(專屬)하는 것으로서 피상속인의 사망으로 인하여 소멸되는 것은 제외함(상증세법 제2조 3호).
 - 이것은 본래의 상속재산을 말하며 민법상의 상속재산을 의미
- 상증세법은 본래의 상속재산 외에 상속인에 대한 10년 이내의 사전증여재산 및 피상속인이 신탁한 재산이나 보험계약자가 된 보험계약 등의 추정간주상속재산을 모두 포괄하여 상속세 과세대상인 재산으로 봄
- 즉 총상속재산가액은 민법에 따른 상속재산 외에 유증재산과 사인증여재산을 더하고, 상속의제(추정)재산 및 사전상속재산을 더하여 산정함

(1) **의제상속재산**

□ **의제상속재산의 의미와 범위**

- 민법상의 상속재산이 아니지만 그 경제적 실질에 비추어 상속재산으로 간주하여 상속세를 과세하는 재산
- 상속인에게 귀속되는 보험금과 신탁재산, 퇴직금 등이 이에 속함
- 피상속인의 사망으로 인하여 생명보험 또는 손해보험의 보험금을 받았다면 그 보험금 중에서 총보 험료 납입액 중 피상속인이 납입한 보험료의 비율만큼은 상속재산으로 보아 상속세를 과세하겠다는 의미
 - 예컨대 5억 보험금을 받았는데, 총납입료 1억원 중 피상속인이 8천만원을 납입했다면 5억원×0.8=4억원을 상속재산에 가산한다는 것이다(상증세법 제8조).

- 피상속인이 신탁한 재산과 그 신탁의 이익을 받을 권리도 상속재산으로 봄
 - 다만 신탁의 이익을 제3자가 소유하는 경우에는 신탁재산에서 그 이익 부분을 공제 하며, 피상속인이 신탁의 이익을 받을 권리를 소유하고 있다면 그 이익에 상당하는 가액을 상속재산에 포함(상증세법 제9조).
- 피상속인의 사망으로 피상속인에게 지급될 퇴직금이나 퇴직수당, 연금 등도 상속재산으로 봄
 - 유족의 생활보장을 위해 국민연금법에 따라 지급되는 유족연금이나 사망으로 인하여 지급되는 반환일시금 등은 상속재산으로 보지 않음(상증세법 제10조)

□ **일본 상속세법 규정과 비교**

- 일본 상속세법 제3조 제1항은 “보험금수령자 또는 퇴직금수령자가 상속인인 경우에는 상속을 원인으로 하여 취득한 재산으로, 상속인 이외의 자인 경우에는 유증을 원인으로 하여 취득한 재산으로 본다.”고 규정
- 상증세법은 “생명보험이나 손해보험에서 보험사고(만기보험금 지급의 경우를 포함한다)가 발생한 경우 해당 보험사고가 발생한 날을 증여일로 하여 보험금 상당액을 보험금 수령 인의 증여재산가액으로 하되, 보험금을 상속재산으로 보는 경우는 제외한다.”고 규정하여 그 수령자가 상속인인 경우에는 상속을 원인으로 한 취득으로 보지만, 그 외의 자인 경우에는 증여를 원인으로 재산을 취득하는 것으로 보는 태도(상증세법 제34조).

(2) **상속추정재산**

□ **상속추정재산의 의미와 범위**

- 과세추적이 어려운 재산으로 형태를 변경함으로써 상속세 부담을 회피하려는 것을 방지 하기 위하여 일정한 경우에는 상속재산으로 추정하는 경우가 있음
- 재산을 처분하여 금전으로 바꾸는 경우 또는 채무를 부담하는 경우 등
- 상속재산을 현금·예금 및 유가증권(1군), 부동산 및 부동산에 관한 권리(2군), 그 외의 재산(3군)으로 분류
- 재산종류별로 상속개시일 전 1년 이내의 재산처분금액(채무부담금액)에서 2억 원 이상 용도가 객관적으로 명백하지 않거나 2년 이내에 5억 원 이상 용도가 객관적으로 명백하지 않은 경우, 그 용도가 명확하지 않은 금액에서 기준금액을 공제한 액을 상속재산에 산입 (상증법 제15조).
- 이때 기준금액은 재산처분 등으로 받은 금액의 20%와 2억 원 중 작은 금액

□ 상속추정재산 계산 사례

- 토지 건물을 매각하여 상속개시일 전 2년 이내에 6억 원을 받았는데 용도불명금액이 2억 원이 있는 경우
- 기준금액은 Min(6억 원×20%=1억 2천만 원, 2억 원)=1억 2천만 원이 됨
- 용도불명금액 2억 원에서 1억 2천만 원을 공제한 8천만 원이 추정상속재산가액

3. 상속재산 가산 재산의 확정

□ 피상속인에 의한 재산의 처분이 있는 경우

- 완전하게 소유권이전등기까지 마쳐진 경우라면 상속재산에는 금전이 산입되어야 하고, 금전의 사용 용도가 불분명한 경우 일정한 범위에서만 추정상속재산으로 과세
- 부동산의 처분이 있었으나 중도금까지 받고 등기를 넘기지 않은 상태라면 그 부동산이 상속재산이 됨
- 중도금까지 지급한 상태에서 사망한 경우라면 그 이전등기청구권이 상속재산이 됨
 - 이전등기청구권의 평가는 그 매매가액에서 잔대금을 공제한 가액
- 잔금을 지급한 경우라면 그 등기 여부에 관계없이 소유권을 상실하므로 그 금전을 상속 재산에 포함하여야 함
 - 소득세법상 부동산 양도에 대한 소유권 귀속시기는 등기일과 잔금지급일 중 빠른 날을 기준으로 하기 때문임

□ 부동산의 증여가 있는 경우

- 부동산의 증여 약정을 하고 등기 없이 사망한 경우라면, 사인증여에 해당되므로 상속 재산에 포함되어 수증자가 상속세를 납부⁴⁾
- 등기를 기준으로 하여 형식적으로 본다면 일단 상속재산으로 보아 상속세를 부과하고 증여를 원인으로 한 이전등기를 할 때에 다시 증여를 원인으로 한 증여세를 납부해야 하는 이상한 결과가 되기 때문에 사인증여에 포함시켜 상속세를 납부하도록 함

4. 비과세가액과 상속세 과세가액 불산입

□ 상속세 비과세

4) 임승순, 전게서, p.837.

- 국가, 지방자치단체 또는 대통령령으로 정하는 공공단체에 유증(사망으로 인하여 효력이 발생하는 증여를 포함)한 재산
- 「문화재보호법」에 따른 국가지정문화재 및 시·도지정문화재와 같은 법에 따른 보호구역에 있는 토지로서 대통령령으로 정하는 토지
- 일정한 범위의 금양임야와 묘토(墓土)인 농지
- 「정당법」에 따른 정당에 유증 등을 한 재산
- 사회통념상 인정되는 이재구호금품, 치료비 및 그 밖에 이와 유사한 것으로서 대통령령으로 정하는 재산
- 상속재산 중 상속인이 상속에 따른 신고기한 이내에 국가, 지방자치단체 또는 공공단체에 증여한 재산에 대하여는 상속세 비과세(상증세법 제12조)⁵⁾

□ 상속세 과세가액 불산입

- 상속재산 중 피상속인이나 상속인이 종교·자선·학술 관련 사업 등 공익성을 고려하여 대통령령으로 정하는 사업을 하는 공익법인 등에 출연한 재산의 가액으로서 제67조에 따른 신고기한(법령상 또는 행정상의 사유로 공익법인 등의 설립이 지연되는 등 대통령령으로 정하는 부득이한 사유가 있는 경우에는 그 사유가 없어진 날이 속하는 달의 말일부터 6개월까지를 말한다) 이내에 출연한 재산의 가액(상증세법 제16조 제1항)
- 상속재산 중 피상속인이나 상속인이 「공익신탁법」에 따른 공익신탁으로서 종교·자선·학술 또는 그 밖의 공익을 목적으로 하는 공익신탁을 통하여 공익법인 등에 출연하는 재산의 가액(상증세법 제17조 제1항)

□ 상속세 과세가액을 계산할 때 주의할 점

- 상속세 과세가액을 구하려면 일단 모든 재산을 상속재산에 산입하여 총상속재산가액을 구한 후 비과세가액 및 과세가액 불산입 재산을 공제하는 방식으로 계산하여야 함⁶⁾
- 비과세 상속재산이나 공익법인 등 출연재산도 총상속재산가액에 산입하여야 함

5) 상속인이 상속재산 중 주식(비상장법인의 주식으로 지분율은 5%를 초과함)을 상속세 신고기한 내에 매각하고 그 대금을 학교법인 등 공익법인에 출연하고자 하는 경우, 상속재산인 비상장주식을 매각하고 그 매각대금을 상속세 신고기한이내에 공익법인 등에 출연하는 경우에는 「상속세 및 증여세법」 제16조에 따라 해당 출연재산가액을 상속세 과세가액에 산입하지 아니하는 것이며, 이 경우 상속세 과세가액 불산입 금액은 그 매각대금 중 출연재산가액이 차지하는 비율을 해당 상속재산의 가액에 곱하여 계산한 금액을 한도로 하는 것임(상증, 재산세과-511, 2010.07.14.).

6) 예컨대 임승순, 전게서, p.838.

□ 편익을 받아서 상속세가 추징되는 경우(상증법 제16조 제4항)

- 상속세 과세가액에 산입하지 아니한 재산과 그 재산에서 생기는 이익의 전부 또는 일부가 상속인(상속인의 특수관계인을 포함한다)에게 귀속되는 경우
- 성실공익법인 등이 주식보유한도를 초과하여 출연받은 주식 등을 초과보유일부터 3년 이내에 매각(주식등의 출연자 또는 그의 특수관계인에게 매각하는 경우는 제외한다)하지 아니하는 경우.

□ 증여세가 추징되는 경우

- 공익법인 등이 출연받은 재산, 출연받은 재산을 원본으로 취득한 재산, 출연받은 재산의 매각대금 등을
- 출연자 및 그 친족(1호), 출연자가 출연한 다른 공익법인 등(2호), 또는 위에 해당하는 자와 대통령령으로 정하는 특수관계에 있는 자에게
- 임대차, 소비대차(消費貸借) 및 사용대차(使用貸借) 등의 방법으로 사용·수익하게 하는 경우
- 대통령령으로 정하는 가액을 공익법인 등이 증여받은 것으로 보아 즉시 증여세를 부과
- 공익법인등이 직접 공익목적사업과 관련하여 용역을 제공받고 정상적인 대가를 지급하는 등 대통령령으로 정하는 경우에는 그러하지 제외(상증세법 제48조 제3항).

5. 공과금, 장례비용 및 채무

□ 채무 및 공과금의 공제

- 피상속인이 납부할 의무가 있는 공과금이나 변제의무가 있는 채무는 당연히 상속재산에서 공제하여야 함(상증세법 제14조 제1항).
- 상속개시일 현재 피상속인이 납부할 의무가 있는 것으로서 상속인에게 승계된 조세나 공공요금 등의 공과금은 상속세 과세가액에서 차감(동법시행령 제9조).
- 공과금이나 채무가 상속세 과세가액을 초과하는 경우에는 그 초과액은 없는 것으로 봄(상증세법 제13조 제1항 단서).
- 상속개시일 이후 상속인의 귀책사유로 인하여 발생한 가산세나 체납처분비, 벌금, 과료 등은 공과금의 범위에서 제외됨
- 상속세 과세가액에서 공제되는 채무가 되려면, 상속개시 당시 피상속인의 채무로서 상속인이 실제로 부담하는 사실이 국가·지방자치단체 및 금융회사 등에 대한 채무는 해당

기관에 대한 채무임을 확인할 수 있는 서류(동법시행령 제10조 제1항 1호), 제1호 외의 자에 대한 채무는 채무부담계약서, 채권자확인서, 담보설정 및 이자지급에 관한 증빙 등에 의하여 그 사실을 확인할 수 있는 서류(동조 동항 2호) 등에 의하여 입증되는 채무이어야 함(동법 동조 3호).

□ 장례비용의 공제

- 장례비용은 상속개시에 필연적으로 수반되는 비용으로서 상속재산의 감소를 발생시키므로 그 공제를 인정하되 한도액을 정하는 방식으로 공제를 인정함
- 증빙서류가 전혀 없는 경우에도 500만 원을 공제하며, 실제 장례비용이 1,000만 원을 초과하는 경우에도 1,000만 원까지 공제를 인정함
- 봉안시설 또는 자연장지를 이용하는 경우에는 최고 500만 원까지 추가로 비용을 인정
- 결국 1,500만 원까지 장례비용을 인정하는 결과가 됨(동법 동조 2호, 동법시행령 제9조 제2항).

6. 사전증여재산의 가산

□ 사전증여재산의 의미와 범위

- 사전증여를 통해 상속세의 누진부담을 회피하는 것을 방지하기 위함
- 피상속인이 상속인에게 상속개시일 전 10년 이내에 증여한 증여재산가액, 상속인 이외의 자에게 상속개시일 전 5년 이내에 증여한 증여재산가액을 상속재산 과세가액에 합산함
- 이 경우 증여재산가액은 증여일 현재의 가액으로 함(상증세법 제13조, 동법 시행령 제60조). 다만 사전증여재산을 상속재산에 가산한다 하더라도 그 재산이 상속재산으로 전환되는 것은 아니므로, 총상속재산가액에 포함되는 것은 아니고 상속세 과세가액에 가산하게 됨
- 이렇게 하여 계산된 상속세 산출세액에서 증여 당시 납부한 증여세액을 공제함

□ 사전증여재산의 가산 사례

- 2019.3. 사망하였는데, 총상속재산가액이 10억 원이 있었음.
- 상속인에게 12년 전 5억 원, 8년 전 3억 원, 4년 전 친척에게 2억 원을 증여한 경우

7) 구 상속세법(1990.12.31. 법률 제4283호로 개정되기 전의 것) 제4조 제1항의 규정은 상속세의 과세대상이 될 재산을 상속개시 전에 상속인에게 증여함으로써 고율의 상속세의 적용을 회피하여 상속세의 부담경감을 도모하는 행위를 방지하려는 목적에서 나온 규정으로 이러한 상속세 과세가액에 관한 특례규정이 있다 하여 증여받은 재산이 상속받은 것으로 그 실질적인 사실관계가 전환되는 것은 아니다(대법원 1994. 8. 26. 선고 94누2480 판결).

- 상속인에게 10년 내 증여한 3억 원, 5년 내 증여한 2억 원을 상속세 과세가액에 가산하여야 함
- 결국 상속세 과세가액은 10억 + 3억 + 2억 = 15억 원이 됨
- 다만 상속세액 중 3억 원 및 2억 원을 증여할 때 납부한 증여세액을 공제하여야 함

7. 소결

- 상속세법상 상속 및 상속재산은 민법상의 그것과 비교하여 범위가 넓음
- 상속세법상의 상속재산에 대하여 상속세가 과세되는 것이므로 실제로는 상속세 과세대상 가액은 다음과 같은 방식으로 계산됨
 - 총상속재산가액=민법상 상속재산+유증재산+사인증여재산+상속의제재산+상속추정재산
 - 상속세 과세가액= 총상속재산가액-비과세 재산가액-과세가액 불산입액-공과금·장례 비용 및 채무 + 증여재산가산액
- 상속세 과세표준은 다음과 같이 계산됨
 - 상속세 과세표준 = 상속세 과세가액 - 인적 공제(기초공제와 배우자상속공제 등) - 물적 공제(가업상속공제, 금융재산상속공제, 재해손실공제 등) - 상속세 신고·납부를 위해 상속재산을 평가하는 데 소요되는 감정평가수수료(상증세법 제25조)
 - 감정수수료는 부동산과 골동품 등 예술적 가치가 있는 유형재산은 각각 500만 원을 한도로 인정하며, 비상장주식의 경우 평가 회수 당 각각 1천만 원을 한도로 인정(동법시행령 20조의3).

III. 상속재산과 유산기부의 방법

1. 개관

□ 상속재산과 유산기부의 관련성

- 상속세 과세가액 및 상속세 과세표준을 계산하는 경우 상속의 개념이나 상속재산의 범위가 민법보다 넓게 인정됨
- 이러한 점에서 유산을 기부하는 방법도 다양한 방식이 인정됨
- 예컨대 총상속재산가액을 구할 때 유증이나 사인증여를 포함한다고 하였으므로 유증이나 사인증여에 의한 상속재산기부가 가능
- 보험금은 상속재산으로 의제된다고 하였으므로 보험금의 수령자가 공익법인이 되도록 하는 방식의 기부도 유산기부에 포함될 수 있음
- 공익신탁을 설정하는 방식 역시 유산을 기부하는 방식이 될 것임
- 기부자는 기부와 동시에 본인 또는 상속인에게 일정한 편익을 제공받는 것을 원할 수도 있고 사회환원기부신탁 등과 결합되어 논할 수도 있음

2. 유증(Bequest)에 의한 기부

(1) 유증

□ 유증의 의의와 특징

- 유증이란 유언에 의해서 기부를 하는 것
 - 계획기부의 가장 단순하고 중요한 형태
 - 생애기간 중 자산에 대한 통제권을 유지하고, 상속세를 감축한다는 장점
 - 계획기부 중 가장 하기도 쉽고, 특별한 계획기부 프로그램이 없는 자선단체에서도 활용할 수 있는 등 간편한 것이 특징⁸⁾
- 기부자는 살아있는 동안 생활비나 의료비 등을 충당하기 위해서 소득을 창출할 수 있는 자산을 필요로 하므로 이 점이 현실적인 제약이 됨

8) Richard D.Barret/Molly E.Ware, 「Planned Giving Essentials」, Aspen Pub, 2002, p61

- 그렇지만 생전에 자신의 재산에 대한 통제권을 유보하면서 후에 자신이 선호하는 자선단체에 도움을 주기를 원하는 기부자들에게 매력적인 형태의 기부

□ 유언방식의 엄격성에 의한 제약

- 유증에 의한 기부가 간편한 것이라고는 하지만 우리 민법상 요구하는 유언방식의 엄격성 때문에 문제가 생기기도 함
- 우리 민법은 유언의 방식에 대해서 법정(法定)주의를 취하여, 민법 제1065조에서 유언의 방식을 자필증서, 녹음, 공정증서, 비밀증서, 구수증서의 5종으로 제한
- 민법 제1060조에서 “유언은 민법이 정한 방식에 의하지 아니하면 효력이 발생하지 아니한다.”고 규정
- 본래 유언방식의 제한은 피상속인의 진정한 상속재산의 처분에 대한 의사를 확인하기 위한 제도인데도 불구하고 경직된 유언방식으로 인해 오히려 피상속인의 의사에 반(反)하는 사례가 실제로 발생하기도 함
 - 유언장의 방식이 무효로 선언되어 유증의 효력을 상실한 이른바 연세대사건⁹⁾에서 잘 알 수 있음¹⁰⁾

(2) 사인증여(死因贈與)와 유증

□ 사인증여의 민법상 의미와 증여 등과 구별

- 사인증여는 증여자의 생전(生前)에 증여계약을 하지만, 그 효력의 발생은 증여자의 사망 시에 발생하는 무상계약(無償契約)
- 무상계약이라는 점에서는 증여와 같으나 사망 시에 효력이 발생한다는 점에서 증여와 구별
- 상속재산이 감소된다는 점에서는 유증과 비슷하여 사인증여에 대하여는 유증의 규정을 준용하지만(민법 제562조), 유증은 단독행위라는 점에서 계약인 사인증여와 구별

9) 고(故) 김운초 씨가 연세대에 기부하겠다고 밝힌 123억 원은 유언장에 고인의 날인이 없다는 이유로 결국 유족들에게 돌아가게 됐다. 김씨는 지난 2003년 11월 123억 원의 재산을 남기고 세상을 떠났다. 김씨의 은행 대여금고에서 “전 재산을 연세대에 기부한다.”는 내용의 유언장이 발견됐고, 은행은 유족 7명의 예금 지급 요구를 거부했다. 유족들은 “유언장에 날인이 없어 무효”라며 소송을 냈고, 연세대도 소송에 참가했다. 1·2심 재판부는 “날인이 빠진 유언장은 효력이 없다.”며 유족들의 손을 들어줬고, 대법원도 2006년 9월 원심을 확정했다(문화일보 2008.3.31).

10) 헌법재판소는 연세대측에서 “자필 유언장임에도 날인까지 요구하는 것은 유언의 자유를 과도하게 제한하고 있다”며 낸 헌법소원심판청구를 기각했다(매일경제 2008.3.31자).

□ 상증세법상 사인증여

- 상증세법은 무상의 재산이전이라는 점에 초점을 두어 유증과 사인증여를 ‘상속’의 개념에 포괄하고 있으므로, 민법상 유증과 사인증여의 구별은 상증세법에서는 그 구별실익이 없음
- 사인증여에 따른 기부를 받는 경우에는 계약에 따른 재산의 이전이 이루어지는 것이기 때문에 그 수증자의 승낙이 필요하다는 점에서, 수증자의 승낙이 필요하지 않은 유증과 구별됨

□ 사인증여는 유증에 포함되어 논함

- 유언서에 의하느냐 또는 사인증여계약서에 의하느냐의 차이만 있을 뿐 기부자의 사망 시에 그 효력이 발생한다는 점에서 유증과 사인증여는 차이가 없음
- 유산기부라고 할 때의 유증에 포함해서 논해도 무리가 없음

3. 기부보험

□ 기부보험과 유산기부의 관련성

- 상속세법은 피상속인의 사망 시에 지급되는 보험금도 그가 납입한 보험료의 비율로 의제 상속재산으로 보고 있음(상증세법 제8조)
- 사망보험에 가입한 기부자가 그 보험금 수익자를 본인의 가족이 아닌 복지단체나 종교시설, 병원, 학교 등의 비영리법인으로 지정해 피보험자가 사망한 경우에 보험금을 이 단체들에게 지급되도록 하는 방식의 유산기부도 가능
- 일본 상속세법 제3조 제1항은 보험금수령자가 상속인 이외의 자인 경우에는 유증에 의하여 취득한 것으로 본다는 규정을 두고 있으므로, 이러한 방식의 기부 역시 유증기부로 볼 수 있음

□ 보험회사의 보험상품으로 개발되어 있음

- 구 ING 생명보험에서는 “사랑의 보험금”이라는 상품으로 우리나라 최초로 기부보험을 운용
- 이것은 고객이 가입한 보험금의 수익자를 고객이 후원하고자 하는 자선단체로 지정하는 방식의, 보험금을 통한 후원 운동
- 예컨대 종신보험에 가입한 후 그의 사망 시 지급되는 보험금을 본인이 계약 시 약정했던 원하는 자선단체에 기부하는 형태¹¹⁾

11) 연말 연시를 맞아 ‘착한보험’으로 불리는 기부보험이 주목받고 있다. 20일 보험업계에 따르면 올 들어 지난 11월까지 기부보험에 새로 가입한 사람은 모두 1만 9000여명인 것으로 집계됐다. 이는 지난해 4800여명의 4배 가량 늘어난 것이다. 기부보험은 가입고객 사망 시 수익자를 가족이나 법정 상속인과 함께 본인이 원하는 종교 및 장애인단체 등 비영리단체까지 지정해 향후 보험금 지급사유 발생 시 사망보험금의 일부 또는 전부를 지정된 단체에 지급하도록 설계한 보험상품이다. 기부보험의 원리는 이렇다. 예를 들어 30세 남자 기준 월 1만원 정도의 기부특약에 가입해 납입보험료

4. 신탁을 활용한 유산기부

□ 일반신탁을 활용한 유산기부

- 상속세법상 피상속인이 신탁한 재산, 신탁의 이익을 받을 권리는 의제상속재산
- 그래서 그 신탁의 이익을 받을 권리를 제3자가 소유하는 경우에는 그 이익 부분을 공제하며, 제3자가 신탁한 재산으로부터 피상속인이 신탁의 이익을 받을 권리를 소유하고 있다면 그 이익에 상당하는 가액은 상속재산에 포함(상증세법 제9조)
- 신탁재산에 대한 이와 같은 태도 때문에 신탁재산을 기부하거나 신탁의 수익권을 기부하는 것도 유산기부로 활용됨

□ 일본의 상속세법은 위탁자의 사망으로 신탁의 효력이 발생하면 유증으로 봄

- 예컨대 일본 상속세법 제9조의2는 “적정한 대가를 받지 않고 신탁의 수익자가 된 경우에 그 신탁의 효력이 위탁자의 사망으로 발생하는 경우에는 유증에 의해 취득한 것으로 간주한다.”고 규정
- 이러한 해석은 우리와 조금 다른 점이 있음
- “신탁의 원본 또는 수익이 수익자에게 실제로 지급되는 날 등을 증여일로 하여 해당 신탁의 이익을 받을 권리의 가액을 수익자의 증여재산가액으로 하고, 수익자가 특정되지 아니하거나 아직 존재하지 아니하는 경우에는 위탁자 또는 그 상속인을 수익자로 보고, 수익자가 특정되거나 존재하게 된 때에 새로운 신탁이 있는 것으로 보아 제1항을 적용한다.”(상증세법 제33조)고 규정하여 증여로 보는 태도

□ 사회환원기부신탁

- 소득세법시행령 제80조 제3항은 이른바 사회환원기부신탁을 규정
- 다음의 조건을 충족하는 기부를 지정기부금으로 보아 기부금공제를 인정한다
 - 즉 위탁자의 신탁재산이 위탁자의 사망으로 인하여 「상속세 및 증여세법」 제16조 제1항에 따른 공익법인 등에 기부될 것을 조건으로 거주자가 설정한 신탁으로서 “다음의 요건을 모두 갖춘 신탁에 신탁한 금액”에 대하여 기부금으로 본다는 것

를 20년간 납입하면 1000만원을 기부할 수 있다. 기부용으로 실제 납입한 총 보험료는 300만원에 불과하지만, 기부효과는 3배 이상이 되는 셈이다. 기부보험은 지난 2000년 네덜란드계 생명보험사인 ING생명이 처음 시작해 현재까지 삼성생명, 대한생명, 교보생명, 메트라이프생명, 푸르덴셜생명 등이 참여하고 있으며, 현재까지 기부보험 가입자 수는 3만 5000여명에 이른다. 상품 출시 10년째를 맞이한 기부보험은 이미 1500억원이 넘는 보험금을 모았고, 이 돈은 가입자가 미리 정한 단체에 기부됐다. 기부 대상은 지구촌의 가난한 어린이를 돕는 유니세프, 자원봉사를 통해 서민에게 집을 지어주는 한국해비타트, 구세군, 장애인부모회, 사랑의 장기기증본부 등으로 다양하다.(헤럴드경제 2010.12.20.)

○ 구체적인 조건은 다음과 같음

- ①위탁자가 사망하거나 약정한 신탁계약기간이 위탁자의 사망 전에 종료하는 경우 신탁재산이 「상속세 및 증여세법」 제16조 제1항에 따른 공익법인 등에 기부될 것을 조건으로 거주자가 설정할 것
- ②신탁설정 후에는 계약을 해지하거나 원금 일부를 반환할 수 없음을 약관에 명시할 것
- ③위탁자와 ①의 공익법인 등 사이에 「국세기본법 시행령」 제20조 제13호에 해당하는 특수관계가 없을 것
- ④금전으로 신탁할 것 등이다.

○ “금전”으로 신탁하는 경우에만 가능하기 때문에 활용상 어려운 점이 있음

- 미국의 공익신탁은 가격 상승 가능성이 있는 부동산이나 주식 등의 자산을 출연하는 것이 가능하고, 신탁의 수익자에 대하여도 20년을 초과하지 못하도록 제한을 두고 있음(미국 연방세법 제664조(d)(1)(2)).

5. 기부 약정을 활용한 유산기부

□ 유증과 세제 혜택이 결합된 유산 기부 형태

- 영국이 인정하고 있는 제도인데, 흔히 Legacy 10 이라고 함
- 이것은 상속재산의 10% 이상을 인증된 자선단체에 유증할 때 상속세율의 10%를 경감시켜주는 제도
- 유산의 10%를 인증된 자선단체에 기부하는 경우 상속세율은 통상의 40%가 아닌 36%로 과세하는 것임¹²⁾

□ 상속 시 Legacy 10의 적용 방법

- 상속재산의 순재산가는 채무, 책임, 과세가액 공제 등을 한 후의 자산들의 합
- 영국의 상속세 과세최저한은 325,000 파운드이기 때문에 예컨대 피상속인이 50만 파운드의 재산을 남기고 사망한 경우 상속세는 175,000 파운드에 대해서 과세됨
- 유산의 10% 이상을 공익법인에 기부하는 경우 40%의 상속세율이 아닌 36%가 적용됨
- 325,000 파운드 이하의 재산을 남기고 사망한 경우에도 상속세신고는 필요함
- 자녀 또는 손자녀에게 살던 집을 남기는 경우에는 상속세 과세최저한은 475,000 파운드로 증가
- 혼인한 배우자가 상속세 과세최저한 미만의 재산을 남기고 사망하여 공제를 받지 못한

12) <https://www.gov.uk/inheritance-tax>(최종접속일자 2019.4.7.)

경우에는 잔존 배우자가 이를 사용할 수 있음

- 즉 325,000 파운드 미만의 재산을 남기고 사망한 경우 잔존 배우자의 과세최저한은 950,000 파운드로 증가하게 됨

- 만약 배우자나 공익단체 등에 재산 전액을 남기는 경우에는 상속세가 과세되지 않음
- 유언에 의하여 10%를 충족하지 못하더라도 상속인이 기부를 증가시켜 36%가 적용되도록 할 수 있음

6. 매매 등을 활용한 유산기부

□ 매매 등을 활용한 유산기부

- 상속세법 제35조 제2항은 고가양도 또는 저가양수에 의한 증여를 규정하고 있음
- 그 적용요건은 다음과 같음
 - 특수관계인이 아닌 자 간에
 - 거래의 관행상 정당한 사유 없이 재산을 시가보다 현저히 낮은 가액으로 양수하거나 시가보다 현저히 높은 가액으로 양도한 경우
 - 그 대가와 시가의 차액이 대통령령으로 정하는 기준금액¹³⁾ 이상인 경우
 - 해당 재산의 양수일 또는 양도일을 증여일로 하여
 - 그 대가와 시가의 차액에서 대통령령으로 정하는 금액¹⁴⁾을 뺀 금액을
 - 그 이익을 얻은 자의 증여재산가액으로 함
- 예컨대 시가 100억 재산을 70억에 양도하기로 하는 경우라면 시가의 30%인 30억 원에서 3억 원을 공제한 27억 원을 증여재산으로 보아 과세한다는 것임
- 따라서 공익법인에 대하여 저가양도 또는 고가양수 등의 방법을 통하여도 기부가 가능함

□ 유언을 통한 저가양도 또는 고가양수

- 유언을 통하여 부동산 등의 저가양도 또는 고가양수를 하는 방법 역시 가능
- 일본 상속세법 제7조는 유언에 의한 재산양도를 규정하고 있는데 시가와 차액을 증여한 것으로 본다는 점은 우리와 같음
- 그 요건은 다음과 같음
 - 현저하게 낮은 가액의 대가로 재산의 양도를 받은 경우

13) 법 제35조제2항에서 "대통령령으로 정하는 기준금액"이란 양도 또는 양수한 재산의 시가의 100분의 30에 상당하는 가액을 말한다(동법시행령 제26조 제3항).

14) 법 제35조제2항에서 "대통령령으로 정하는 금액"이란 3억원을 말한다(동법시행령 제26조 제4항).

- 당해 재산의 양도가 있을 때에 당해 재산의 양도를 받은 자가

- 당해 대가와 그 양도 시 당해 재산의 시가와 차액에 상당하는 금액을

- 당해 재산을 양도한 자가 “증여(당해 재산의 양도가 유언으로 인하여 이루어진 경우에는 유증)로 인하여 취득한 것으로 본다.”고 규정

IV. 유산기부의 상대방

1. 개관

□ 유산기부의 상대방 및 고려할 점

- 공익법인에 대한 기부이어야 세제 혜택을 받으므로 공익법인이어야 한다는 점에 대해서는 이견이 없을 것
- 공익법인에 대한 세제 혜택에 있어서도 주의할 점이 있음
- 첫째 기부자의 공제범위와 관련하여 소득세법상 법정기부금단체와 지정기부금단체로 공제범위가 다르기 때문에 문제가 될 수 있다는 점을 고려해야
- 둘째 유산기부의 금액이 상대적으로 큰 경우가 많을 것이므로 소규모 법인은 기부의 상대방이 되어 기부절차에 대한 행정적, 법적 절차를 수행하는 데에 어려움

2. 법정기부금 단체와 지정기부금 단체

□ 개인의 기부금공제 규정

- 소득세법 제34조 제2항은 사업소득자의 지정기부금에 대해서 소득공제의 방식으로 기부금 공제함을 규정
 - 즉 종교단체에 대한 기부금이 없는 경우에는 사업소득금액의 30%까지만 필요경비 산입을 인정함을 규정하고,¹⁵⁾ 법정기부금에는 이러한 한도를 적용하지 않음(동조 제3항)
- 사업소득과 다른 소득이 있는 거주자의 경우에는 세액공제의 방식을 취함
 - 법정기부금과 '소득금액의 30% 한도의 지정기부금'의 합계액에서 기부금의 필요경비 산입액을 뺀 금액의 15%(1천만 원 초과분에 대해서는 30%)에 해당하는 금액을 종합소득산출세액에서 공제
 - 법정기부금과 지정기부금이 함께 있으면 법정기부금부터 공제(소득세법 제59조의4 제4항).

15) 필요경비 산입한도액 = (해당 과세기간의 소득금액 - 법정기부금등) × 100분의 30

□ 법정·지정기부금 규정

- 유산기부가 있는 경우 세법상 법정기부금단체와 지정기부금단체가 구분되므로 지정기부금단체가 상대적으로 불리한 것은 아닌지 문제될 수 있음
- 법인세법상 법정기부금은 각사업연도소득의 50% 범위 내에서, 지정기부금은 10%의 범위 내에서 손금산입이 인정되므로 차이가 있으나(법인세법 제24조 제1항), 유산기부의 주체는 개인이므로 이러한 법인세법 규정은 적용되지 않음
- 소득세법에서는 법정기부금은 한도가 없으나 지정기부금은 소득금액의 30% 범위 내에서 인정되고 그 금액의 15%(초과금액의 30%)를 세액공제 하므로 차이가 있음(소득세법 제59조의4).

□ 유산기부와 피상속인의 소득세 납세의무

- 피상속인의 소득금액에 대해서 과세하는 경우에는 그 상속인이 납세의무를 지는데(동법 제2조의2 제2항), 이것은 피상속인의 사망과 동시에 상속인의 납세의무가 성립된다는 의미
 - 일단 성립한 피상속인의 납세의무가 상속인에게 승계되는 것은 아님¹⁶⁾
- 그 과세기간은 1월 1일부터 사망한 날까지로 함(동법 제5조 제2항)
- 피상속인의 소득금액에 대한 소득세로서 상속인에게 과세할 것과 상속인의 소득금액에 대한 소득세는 구분하여 계산하여야 함(소득세법 제44조 제1항)
 - 상속인은 그 상속 개시일이 속하는 달의 말일부터 6개월이 되는 날까지 사망일이 속하는 과세기간에 대한 그 거주자인 피상속인의 과세표준을 대통령령으로 정하는 바에 따라¹⁷⁾ 신고할 의무(동법 제74조 제1항)
- 피상속인이 사망하여 그 상속인이 피상속인에 대한 소득세의 납세의무자가 된 경우 그 소득세의 납세지는 그 피상속인·상속인 또는 납세관리인의 주소지나 거소지 중 상속인 또는 납세관리인이 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 관할 세무서장에게 납세지로서 신고하는 장소로 함(동법 제8조 제1항)

□ 공익법인에 대한 유산기부와 기부금 공제 여부 및 범위

16) 다만 납세의무의 승계와 별 차이는 없다고 한다(임승순, 조세법, 박영사, 2018, p.135). 이태로·한만수, 조세법강의, 박영사, 2014, p.119.

17) 소득세법시행령 제137조의2(과세표준확정신고의 특례) ① 법 제74조 제1항 본문에 따라 피상속인의 과세표준을 신고하려는 자는 과세표준확정신고서와 함께 기획재정부령으로 정하는 서류(="1. 상속인의 성명과 주소(국내에 주소가 없는 경우에는 거소), 2. 피상속인과의 관계, 3. 상속인이 2명 이상 있는 경우에는 상속지분에 따라 안분계산 한 세액"을 기재한 서류(시행규칙 제66조의2))를 납세지 관할세무서장에게 제출하여야 한다. <개정 2013. 2. 15.>

② 상속인이 2인 이상 있는 경우에는 제1항에 따른 신고서에 각 상속인이 연서하여 하나의 신고서를 제출하거나 상속인별로 다른 상속인의 성명을 부기하여 각각 신고서를 제출할 수 있다.

- 피상속인의 사망 시에도 그의 소득세 납세의무가 인정되는바, 이때 공익법인에 출연한 유산에 대하여도 기부금 공제를 받을 수 있는지, 그 범위는 얼마인지 문제됨
- 행정해석은 기부금 공제를 인정하지 않는 취지로 해석하고 있음
 - 「상속인이 상속재산을 공익법인에 출연하여 「상속세 및 증여세법」 제16조에 따라 상속세 과세가액에서 제외된 경우 해당 출연재산에 대하여는 상속인이 「소득세법」 제59조의4 제4항에 따른 기부금 특별세액공제를 받을 수 없다.」¹⁸⁾
 - 사업자가 상속받은 재산 중 일부를 학교 등에 출연하고 같은 상속세법 제16조에 따라 상속세 신고 시 동 재산가액을 상속세 과세가액에 산입하지 아니한 경우에도, “해당 출연금은 사업소득금액을 계산함에 있어 필요경비에 산입할 수 없다.”¹⁹⁾

□ 유산기부에 따른 법정기부금, 지정기부금의 구별은 의미가 없음

- 행정해석은 공익법인에 대한 유산기부가 있는 경우, 기부금공제의 대상으로 보지 않기 때문임

3. 소규모 공익법인과 유산기부

□ 소규모 공익법인에 대한 유산기부의 곤란성 및 대안

- 공익법인이 유산기부를 받는 경우에도 법적, 행정적 전문적 지식에 따른 행정처리가 필요하므로 규모가 작은 공익법인의 경우에는 그러한 업무 처리에 부담
- 기부를 하려는 사람도 수많은 공익법인을 다 알 수가 없기 때문에 유산기부를 받는 경우에 부익부빈익빈 현상이 두드러지게 발생할 수도 있음
- 예컨대 규모가 큰 법인은 그대로 두더라도 소규모 법인은 연합회 또는 연합단체의 형태로 유산기부를 받도록 하는 것도 하나의 방법
 - 연합회 등에서 공익법인의 고유목적 사업 등을 기준으로 한 분류 후 체크리스트를 두고 유산기부 시 단체를 지정하도록 하는 방안

V. 유산기부에 대한 현행 세제 평가 및 개선방안

1. 개관

□ 기부를 장려하는 세제로의 개선 필요성

- 유산을 공익법인에 기부한다는 것은 기부자의 동기가 무엇이든 사회적으로 가치 있는 일임은 분명하므로 법제도상, 세제상 기부를 장려할 수 있도록 해야 함은 당연
- 현행 세제상 공익법인에 대한 기부금에 대해서는 소득세법에서 기부금 공제를 인정하고 상속세법에서는 기부를 받은 공익법인에게 증여세 의무를 면제

□ 유산기부에 대한 세제 지원 현황

- 유산을 기부하는 경우에는 소득세법상 기부금 공제를 인정하지 않고 있으며, 기부의 무상성에만 초점을 두어 기부재산의 운용수익 등으로부터 일부를 수익할 경우 상속세 또는 증여세를 추징(상속세법 제16조 제4항, 제48조 제4항)
- 영국에서 인정되는 Legacy10 과 같이 세율을 직접 감면하는 등 간편하면서도 명확한 세제지원방식은 없음

□ 유산기부 방식이 기부보험이나 신탁, 매매 등을 통하여도 가능하므로 법률관계를 명확하게 할 필요성 있음

- 사망을 원인으로 한 경우에는 일본 상속세법의 규정과 같이 유증에 의한 것임을 법문 상 명확하게 할 필요가 있음

□ 유산기부 운동과 관련하여 검토가 필요한 것은 다음의 두 가지

- 일부 대가가 있는 경우 상속세 추징 등을 감면하는 내용의 세제개선
- Legacy 10의 도입 검토

18) https://txsi.hometax.go.kr/docs/customer/search/total_search.jsp : 최종접속일자 2019.4.8.(상속재산을 공익법인에 출연하여 상속세 과세가액에 불산입될 경우 소득세 기부금 특별세액공제 적용가능 여부: 서면-2015-법령해석소독-22217[법령해석과-1897]).

19) https://txsi.hometax.go.kr/docs/customer/search/total_search.jsp : 최종접속일자 2019.4.8.(상속받은 재산의 일부를 사립대학 및 부속병원에 출연하고 기부금영수증을 수령한 경우 동 기부금의 필요경비 산입 가능 여부: 법규소득2013-71, 2013.03.27.).

2. 기부 개념의 확장에 따른 세제 개선 방안

(1) 기부 개념의 확장

□ 기부 개념의 확장 필요성

- 기부의 법적 정의는 당연히 무상성(無償性)을 요구하여 대가 없는 재산의 이전행위만을 의미하는 것으로 활용
- 기부를 하는 사람도 다양한 이해관계를 갖기 때문에 기부를 상품으로 인식하고 경우에 따라서는 기부재산의 운용수익을 받을 수도 있다고 하면 기부자의 수요에 맞는 기부가 좀 더 많이 이루어질 수 있음

□ 기부 사례를 통한 분석

- 시가 20억 원에 해당하는 아파트를 공익법인에 증여하면서 생존하는 동안 거주하기를 원하는 사인증여계약을 체결한 경우 현행 세법상으로는 여생 동안의 부동산무상임대가액을 상속세 과세가액에 가산하여야 함(상증세법 제48조 제3항)
 - 이때 1년간의 부동산 무상임대가액은 부동산가액 20억 원×연간 사용요율(2%)=4천만 원으로 계산(상증세법 시행규칙 제16조)
 - 실제로는 아파트는 상속세 과세가액에서는 제외되지만 부동산 무상임대가액 년 간 4천만 원을 상속세 과세가액에 가산하여야 하는 결과가 됨
- 유언에 따라 부동산을 공익법인에 저가에 양도하면서 생존배우자가 거주하고자 하는 경우에도 거의 같은 문제가 있을 것
- 공익신탁에 재산을 출연한 신탁자 즉 기부자가 그 신탁재산의 운용수익으로부터 일정한 금액을 지급받는 것 역시 공익신탁법의 규정에 의해서 인정되지 않음²⁰⁾
 - 출연자가 일정한 금전을 받을 수 있는 미국식의 공익신탁은 우리 세법상 인정되기 어려움
- “무상성”에 초점을 두고 기부의 개념을 엄격하게 하니 기부활성화에 제약이 됨

20) 제4조(인가 요건) 8. 사업계획서 및 신탁행위로 정한 사항이 다음 각 목에 위반되지 아니할 것 가. 위탁자(委託者), 수탁자, 신탁관리인, 사용인, 그 밖에 대통령령으로 정하는 신탁 관계자 및 그의 특수관계인에게 이익을 제공하지 아니할 것..

(2) 세제개선방안

□ 대가 있는 기부의 포섭

- 공익을 위해 출연하는 재산에 비해 기부자나 가족 등 특수관계인이 받는 이익이 작은 경우에는 그에 대하여 상속세나 증여세 추징을 하지 않도록 인식을 개선
- 일부 편익을 주는 것을 금지하는 공익신탁법 등 법령 개선
- 추징을 하도록 규정하고 있는 상증세법 제16조, 제48조 등의 개정이 필요함

□ 세제 개선방안

- 단순히 출연재산의 5% 또는 10% 정도로 정하는 방안
- 상증세법 제35조 제2항에서 저가양도 한 경우 차액에서 공제하는 기준가액을 3억 원으로 하고 있으므로, 그와 같은 기준액을 정하는 방안
- 소득세법상 특수관계인과 고가취득하거나 저가양도 하는 등 세법상 부당행위가 있는 경우 이를 부인하는 기준은 시가와 거래가액의 차액이 3억 원 이상이거나 시가의 100분의 5에 상당하는 금액 이상인 경우로 정해져 있으므로(소득세법 제101조, 동법시행령 제167조 제3항) 두 금액 중 적은 금액으로 하는 방안 등
- 중요한 것은 상속세 또는 증여세 세수의 일부 손실이 있더라도 사적 재산이 아닌 공익 재산으로 되는 재산이 커지는 것이 사회전체적으로 더 큰 이익이 있다는 점

3. Legacy 10 도입 검토

(1) Legacy 10 도입의 법적 쟁점

□ Legacy 10 도입의 법적 쟁점은 아래와 같은 순서로 다름

- 유언의 효력 : 법정 유언방식에 따른 작성 요함
- 10% 산정과 세율 인하의 결정 : 상속세 과세가액 결정방법 및 세율인하 정도
- 평가 : 입법 방식(별개 규정 신설 방식)

1) 유언의 효력

- Legacy 10 을 도입하는 경우 유언의 법적 형식을 엄격하게 요구하는 민법과의 관계에서 검토할 점이 있음
- 민법은 유언에 관하여 자필증서, 녹음, 공정증서, 비밀증서, 구수(口授)증서 등 5가지 방식에 의한 유언만 인정하고 있음
 - 자필증서유언은 가장 간단하여 가장 많이 사용되는 방식임(민법 제1066조)
 - 녹음에 의한 유언은 유언자가 유언의 취지, 그 성명과 연월일을 구술하고, 이에 참여
 - 공정증서에 의한 유언(민법1068조)은 다음과 같은 3단계를 거치는 방식임
 - 증인 2인 이상이 참여하여 유언자가 공증인의 면전에서 유언의 취지를 구수하여야 함
 - 공증인이 유언자의 구술을 필기하여 유언자와 증인 앞에서 낭독함
 - 유언자와 증인이 필기가 정확함을 승인한 후 각자 서명 또는 기명날인함
 - 스스로 유언증서를 작성하지 않아도 되고 유언의 존재를 명백히 할 수 있는 장점
 - 비밀증서에 의한 유언(민법 제1069조)은 유언자가 그의 성명을 기입한 증서를 일봉, 날 인하여 유언자와 증인이 서명 또는 기명날인하고 그 유언봉서는 그 표면에 기재된 날로부터 5일 이내에 공증인 또는 가정법원에 제출하여 그 밀봉한 서류 표지에 확정일자를 받는 방식임
 - 구수증서에 의한 유언(민법 1070조)는 질병 기타 급박한 사유로 다른 방식에 의한 유언을 할 수 없는 경우에 행하며 가정법원에 검인을 받아야 하는 방식임
- 대법원 판례는 각각의 유언방식 중 그 요건이 하나라도 결여되면 그 유언을 무효로 봄
 - Legacy 10의 도입 시 대부분 사전약정이 될 것이므로 공정증서에 의한 방식을 활용함이 좋을 듯
 - 유언의 방식에 따른 법정 양식(form)을 제작, 그에 따른 유증이 이루어지도록 할 필요가 있음
 - 상속세 신고 시 관련 내용이 포함되도록 양식(form)을 구성함이 필요함
- Legacy 10은 유산의 일부를 기부한다는 약속이므로 민법상 사인증여(死因贈與)에 해당하거나 그와 유사하여 그러한 방식으로 가능할 것

2) 10 % 산정 방법과 세율 인하 결정

- 10% 산정방법은 특별한 사정이 없다면 현행 상속세 과세표준에 의하는 것이 좋을 것임
 - 상속세 과세가액의 10%로 할 것인지 상속세 과세표준의 10%로 할 것인지 선택해야 하나, 과세표준의 10%로 하는 것이 계산상 단순함
 - 거주자의 상속세 과세표준은 다음과 같이 계산함
 - 상속세 과세표준=상속세 과세가액-상속공제-상속재산의 감정평가수수료
 - 상속공제란, Min(인적공제+물적공제 액, 공제적용 한도액)임
 - 기부액수가 과세표준액의 10%를 초과하지 못하는 경우, 영국과 같이 상속인이 기부를 증가하여 10% 이상으로 만든 후 세율 인하를 적용할 수 있도록 함

□ 상속세법상 세율은 다음과 같음(상증세법 제26조)

<과세표준>	<세 율>
1억원 이하	과세표준의 100분의 10
1억원 초과 5억원 이하	1천만원 + (1억원을 초과하는 금액의 100분의 20)
5억원 초과 10억원 이하	9천만원 + (5억원을 초과하는 금액의 100분의 30)
10억원 초과 30억원 이하	2억4천만원 + (10억원을 초과하는 금액의 100분의 40)
30억원 초과	10억4천만원 + (30억원을 초과하는 금액의 100분의 50)

□ 유류분과의 충돌 문제

- 민법은 피상속인이 유언 또는 증여에 의하여 처분할 수 있는 재산의 범위를 제한함으로써 상속인을 보호하는 유류분 제도를 인정하고 있음
- 유류분은 직계비속, 배우자, 직계존속, 형제자매에게만 인정됨(민법 제1112조)
- 유류분은 상속개시 당시의 재산가액에 증여재산의 가액을 더하고 채무의 전액을 공제하여 산정함
 - 증여재산의 가액은 1년 전에 행한 것만을 더하는 것이 원칙
 - 당사자 쌍방이 유류분권자를 해칠 것을 알고 증여한 때에는 1년 전에 행한 것도 더

하도록 되어 있으므로, Legacy 10에 의한 기부약정이 유류분권자를 해칠 것을 알고 증여한 것에 해당하는지 여부에 대한 분쟁 가능성 있음

□ 유류분에 대한 사례

- Legacy 10은 상속재산 중 10%만 기부하는 것이므로 유류분을 침해할 가능성은 거의 없음
- 예컨대 배우자와 자녀 2명이 있는 경우, 배우자와 직계비속은 각각 상속분의 2분의 1에 대해서만 유류분권을 주장할 수 있음
 - 배우자는 3/7, 자녀는 각각 2/7가 법정 상속분이므로, 각각의 유류분은 배우자 3/14, 자녀 각각은 2/14 임.
- 14억 원의 재산을 남긴 경우 배우자의 유류분은 3억, 자녀 각각의 유류분은 2억
- 3억 원을 기부하고 사망했다고 가정하면, 배우자는 11억 원×3/7= 471,428,571원, 자녀는 각각 11억 원×2/7=314,285,714원을 상속받게 되므로 유류분을 침해하지 않음

□ 세율 결정

- 영국은 기본세율 40%에서 4%를 공제한 36%의 세율을 적용함
 - 10%를 기부했으므로 세율도 10%를 공제해준다는 의미로 볼 수 있음
 - 기부를 통하여 10% 재산이 사적(私的) 영역에서 공적(公的) 영역으로 바뀌었기 때문으로 판단함
 - 단일한 상속세율 체계이므로 적용이 간단함
- 우리도 10% 기부에 대해 10% 세율을 공제해야 하는지 문제됨
 - 우리 상속세법은 과세표준의 크기에 따라 **과세표준이 1억 원 이하 10%, 5억 원 이하 20%, 10억 원 이하 30%, 30억 원 이하 40%, 30억 원 초과 50%의 초과누진세율을 취하고 있음**
 - 기부에 따라 사적 영역의 재산이 공적 영역의 재산으로 바뀌어 사회 전체적으로 유익하다는 논리를 따른다면, 세율 공제는 의미가 있음
 - 예컨대 과세표준이 2억 원인데 그 10%인 2,000만원을 기부한 경우 원래 상속세율의 10%를 경감한다면 결국 1%의 세율(200만원)을 인하해주는 결과가 되어 지나치게 낮은 느낌

□ 대안의 모색

- 영국과 같이 **일률적으로 경감**해주는 세율을 정하는 방법

- 예컨대 영국과 같이 각 구간에서 무조건 4%를 경감하는 방법
- 1단계는 6%, 최고세율은 46%로 과세하여 세율구간과 무관한 형식적 공평성
- 적용의 용이성 역시 장점

○ 기부액의 크기에 따른 경감세율을 정하는 방법

- 과세표준 구간의 세율에 대해 10% 세율을 경감하는 방법
- 1단계는 9%, 2단계는 18%, 최고세율은 45%로 정하는 방법으로 비례적 공평성
- 상대적으로 적용에 어려움이 있고, 높은 구간의 경감 혜택이 높다는 비난을 받을 수도 있음

○ 일률적인 경감 방식을 취하는 것이 적절할 듯함

- 3% 또는 4% 등과 같이 정해야 하지만, 영국과 같이 4%로 하는 것이 홍보적인 면에서 유리하지 않을까?
- 기부 정책의 방향성이 소액기부라면 일률적인 경감방식이 소액기부자에게 더 유리하고, 고액기부라면 비례적 방법이 더 유리하므로 정책 판단 문제

(2) 검토

□ 도입의 가능성과 용이성에 대한 검토

- 종래의 상속세 제도를 그대로 활용하여 용이하게 시행이 가능할 것으로 판단하고, **최근 상속세 개편 움직임이 있으므로 도입가능성이 높음**²¹⁾
- 상속세 세수가 일부 감소할 것이지만, 상속세 세수 자체가 전체의 2% 남짓에 불과하므로 세수 감소 효과는 생각보다 크지 않을 수 있음

□ Legacy 10의 경우 상속재산의 10%가 공적(公的) 영역으로 편입되므로 일부 세수의 감소 효과에도 불구하고 사회 전체적으로 유리하다고 보아 도입이 적절할 것으로 판단

- 상속세 세수는 전체의 2% 정도이므로 Legacy 10의 도입에 따라 10%를 감면하더라도 대략적으로 전체 세수의 0.2% 감면에 그칠 것으로 볼 수 있음
- 공익법인에 대한 출연 비중이 낮으므로 활성화 시킬 필요가 있음
- 공적 영역으로 새로이 10% 추가되므로 사회 전체적으로 편익이 증가할 수 있음

21) 매일경제, “[매경데스크] 이게 다 상속세 때문이다”(2019.3.8.자).

□ 입법의 선택

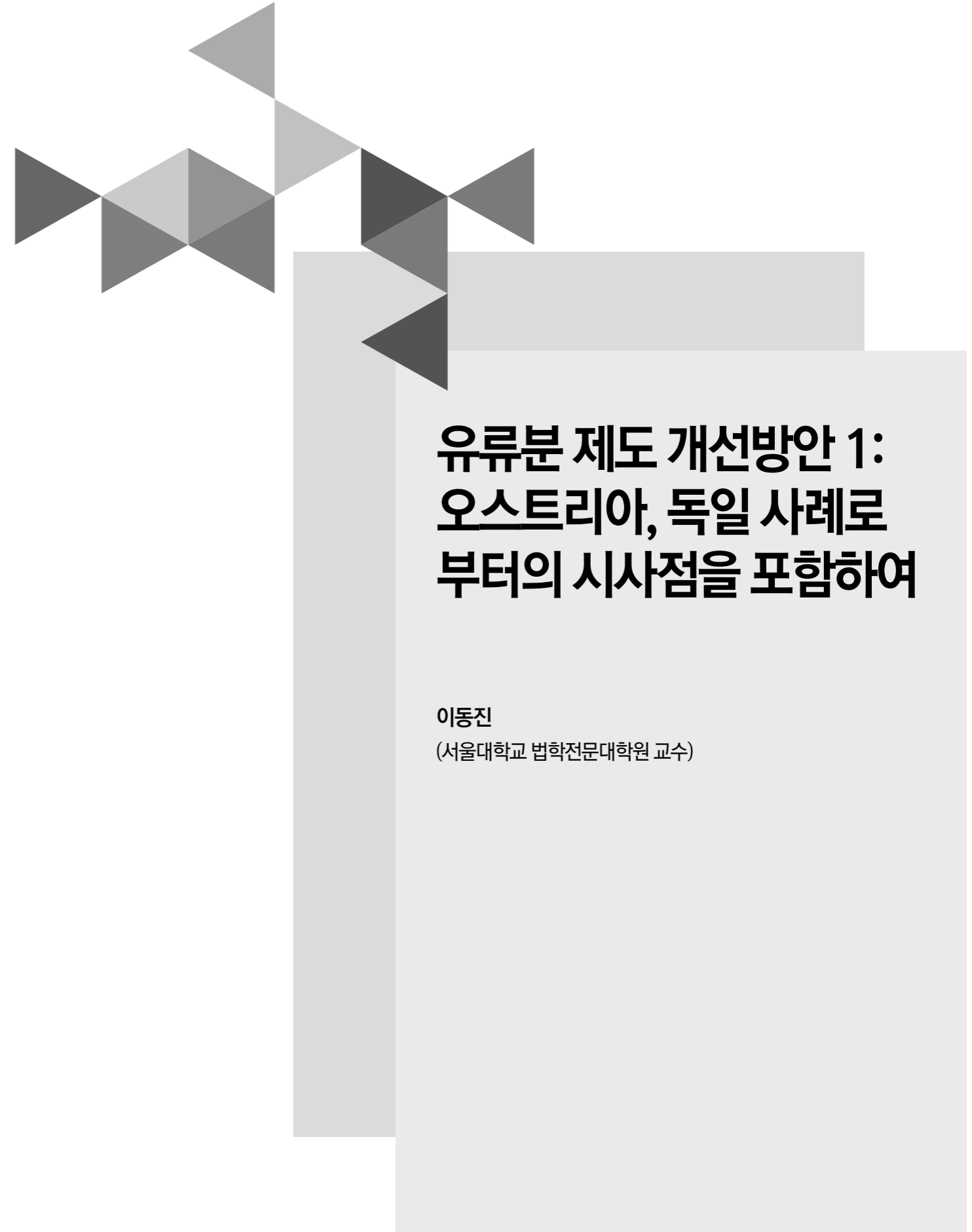
- 상속세법에 규정할 것인가 또는 조세특례제한법에 규정할 것인가의 문제
- 상속세 과세방법에 대한 기본 틀을 변경하지 않고 특례 규정으로 처리할 것이므로 조세특례제한법에 규정함이 더 타당할 듯함

□ 입법 방식의 선택

- 조세특례제한법 제2장 제10절의6 “기부활성화를 위한 조세 특례”를 신설하여 소득세, 법인세, 상속세 등의 기본 규정을 규정하는 방법
- 조세특례제한법 제2장 제11절 “그 밖의 직접국세 특례” 부분에 제104조의30으로 하여 조문을 신설하는 방법
- 정책 추진의 중요도, 정책 의지 등을 고려하여 결정

□ 「조세특례제한법」 제100조의35(상속재산기부약정에 대한 과세 특례)

- ①기부활성화를 위하여 상속재산의 10%에 상당하는 금액을 공정증서 등 대통령령이 정하는 방법에 따라 공익법인 등에 출연하는 경우에는 상속세 과세표준액의 4%를 감면할 수 있다.
- ②피상속인의 출연액이 상속재산의 10%에 미달하더라도 상속인이 추가로 출연하여 상속재산의 10%를 충족하는 경우에도 본조를 적용한다.
- ③제1항에 따른 감면신청은 상속재산의 10% 기부약정공정증서 등 대통령령이 정하는 서류를 첨부하여 상속세신고와 동시에 납세지 관할 세무서장에게 하여야 하며, 관할 세무서장은 상속세 과세표준의 결정과 동시에 감면액을 결정하여야 한다.
- ④상속재산의 10%에 상당하는 금액의 계산, 감면절차 등 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.



유류분 제도 개선방안 1: 오스트리아, 독일 사례로 부터의 시사점을 포함하여

이동진
(서울대학교 법학전문대학원 교수)

공익기부 활성화를 위한 유류분법의 개정 : 오스트리아법과 독일법의 시사점*

이동진**

I. 들어가며

이른바 제3섹터의¹⁾ 공익활동은 기부(寄附)에 의존하고 있고, 또 그래야 한다. 공익단체의 활동은 공적 이익을 위한 것이므로, 생산된 가치가 공익단체의 활동의 재생산을 위하여 직접 쓰이기 어려운 것이 보통인 반면, 효과적인 활동에 비용이 든다는 점에는 다른 단위와 차이가 없다. 그러한 비용을 충당하는 일반적인 방법이 정부 보조금과 민간의 기부금이다. 특히 그중 정부 보조금에 상당부분 의존해온 것이 우리 현실이었으나, 정부 보조금에 의존하여 공익단체를 운영하는 경우 자율성이 해해질 위험이 크고,²⁾ 그 결과 공익단체에 대한 신뢰가 저해되어 민간 기부 의욕을 더욱 떨어뜨리는 악순환이 발생한다. 장기적으로는 정부 보조금 의존도를 줄이고 민간 기부의 비중을 늘려야 한다는 데 별다른 의심이 없다.

문제는 민간 기부의 수준이, 다소 올라가기는 하였으나, 아직까지도 매우 낮다는 데 있다. 이 점은 궁극적으로는 기부 문화를 확산함으로써 대응하는 수밖에 없다. 어떠한 인센티브를 부여하더라도 기부는 기부자에게 순 지출일 수밖에 없다. 근본적으로 기부하고자 하는 의사와 기부를 높이 평가하는 문화의 뒷받침 없이는 기부 활성화가 이루어지기 어렵다. 그러나 기부하려는 의사가 있음에도 법·제도의 불비로 그러한 의사가 꺾이는 경우도 있다. 법적 개선으로 그러한 장애를 걷어낸다면 기부가 좀 더 활발해지는 데 약간의 기여를 할 수 있을 것이다.

그러한 법적 개선책으로 논의되는 것에는 공익단체의 지배구조와 운영의 투명성과 대중의 신뢰제고를 위한 조치,³⁾ 기부자에 대한 세제상의 혜택의 부여 이외에 상속법상 제한의 해제, 특히 유류분법의 개정이 포함된다. 그중 유류분법의 개정은 주로 재단법인을 설립하거나 장학기금을

*

** 서울대학교 법학전문대학원 교수.

1) 이른바 제3섹터(third sector)란, 대체로 순수하게 사적 영역(private sector)도 공적 영역(public sector)도 아닌, 공적 성격의 급여를 -비영리적 내지 공익적 목적에서- 제공하는 민간영역을 뜻한다.

2) 양채열·박치성, “정부보조금의 정치경제적 속성: NGO에 대한 지원의 게임이론적 설명”, 서울대 행정논총 제48권 제1호(2010), 121-122면.

3) 가령 이증기, “공익단체의 재원조달과 공시규제”, 증권법연구 제15권 제2호(2014), 225면 이하.

마련하는 등 거액의 기부가 이루어지는 상황과 관계된다. 근래 상당한 부(富)를 축적한 분들이 거액의 기부를 하는 예가 종종 있는데, 이때에는 기부자 사후(死後) 자녀가 유류분을 주장하여 기부의 효력을 다투는 분쟁이 일어나곤 한다. 이러한 분쟁을 막고 기부의 안정성을 확보하려면 유류분 제도 자체를 바꾸어야 하는 것 아닌가 하는 점이다.

이와 같은 상황 내지 문제의식은 대륙법계 국가들 중 상당수가 공유하는 바이다. 대륙법계 국가들 상당수에는 일종의 유류분 제도가 있고,⁴⁾ 제3섹터의 주체로서 공익단체의 활성화 또한 이들 대부분이 나라가 지난 2, 30년 간 공유한 문제의식에 속한다. 이 글에서는 이러한 관점에서 우리 법상 유류분이 공익기부에 어떠한 영향을 주는지를 간단히 개관한 다음, 대륙법계 국가인 오스트리아와 독일의 접근 내지 논의를 소개하고, 약간의 시사점을 도출하기로 한다.

II. 공익기부와 유류분

1. 우리나라에서 공익기부의 유류분 침해가 문제된 대표적인 예로는 녹십자홀딩스 주식을 출연한 사회복지법인의 설립을 들 수 있다. 고(故) 허영섭 녹십자 회장은 2009년 재산을 분할하여 유증하고 사망하였고, 그중에는 녹십자홀딩스 주식 56만 주 등 일부를 출연하여 새터민 지원 사회복지법인을 설립하는 내용이 포함되어 있었다. 그런데 이후 사실상 상속을 받지 못한 허 회장의 장남이 이 사회복지법인을 상대로 자신의 유류분을 돌려달라는 소를 내 2014년 상당수의 주식 등을 반환받은 것이다. 이 사건은 이후에도 종종 유류분이 공익기부를 저해할 수 있음을 실증한 예로 언론 등에 언급되고 있다.⁵⁾

2. 민법은 상속인의 법정상속분 중 직계비속과 배우자는 각 1/2, 직계존속과 형제자매는 각 1/3의 유류분을 인정한다(제1112조). 이때 유류분은 순상속재산뿐 아니라 상속개시 전 1년 이내의 생전증여와 쌍방이 유류분을 해함을 알고 한 생전증여를 가산한 금액을 기초로 산정한다(민법 제1113조, 제1114조). 유류분권자가 유증 및 위 산입되는 생전증여로 인하여 유류분에 부족이 생긴 때에는 부족한 한도에서 재산의 반환을 청구할 수 있다(민법 제1115조 제1항).

공익기부는 유류분권자 아닌 제3자에 대한 증여, 사인증여, 유증, 재단법인설립, 공익신탁의

4) 이미 정광현, 한국가족법연구, 1967, 144, 146면도 영국을 제외한 세계 대다수의 국가가 유류분에 준하는 제도를 두고 있음을 지적하고 있다. 사실 영미법에도 유류분과 비교할 만한 제도가 전혀 없는 것은 아니다.
5) “[Law&Life] “부모 기부 유산 돌려달라” 소송 거는 자녀들”, chosun.com 2016. 3. 23.자 (양은경 기자)=http://news.chosun.com/site/data/html_dir/2016/03/23/2016032300266.html(최종방문 2019. 4. 3.). 다만 이 분쟁은 장남이 기업승계에서 완전히 배제되어 생긴 것으로 단순한 기부 분쟁이 아닌 경영권 분쟁이었다. 녹십자, ‘한 지붕 두 가족 경영’ 후계구도 안갯속, BixFACT 2014. 12. 4.자 (변동진 기자)=<http://news.tf.co.kr/read/economy/1456081.htm>(최종방문 2019. 4. 3.) 참조.

설정의 형태를 띠게 마련이다. 사인증여와 유증이 유류분법의 제한을 받는다는 점은 법문상 명백하다. 사인증여나 유증으로 나가는 재산이 순상속재산의 1/2을 초과하면 유류분 침해가 인정되고 부족분을 어떻게든 반환받을 수 있다. 반면 생전증여의 경우에는 민법 제1114조의 제한이 있고, 이러한 제한은 기간이 매우 짧다는 점에서 비교법적으로 상당히 엄격한 편에 속한다.⁶⁾ 그러나 공익기부에 관한 한 여전히 문제가 생길 수 있다. 거액을 기부하는 결정은 더는 생에 큰 돈 들 일이 없으리라고 판단할 수 있는 나이에 이루어지는 것이 보통이고, 또 그 나이가 되기 전에 거액의 기부를 할 수 있을 정도로 큰 재산을 모으기도 쉽지 아니하다. 그런데 이 시점에 이르러 이미 그 자체 상속개시 전 1년 이내에 해당할 가능성이 있을 뿐 아니라, 그렇지 아니하다 하더라도 소득활동이 대부분 종료하여 더는 재산증식이 이루어지기 어려운 시점이어서 결과적으로 유류분을 침해하는 생전증여라면 증여 당시에도 그 사실을 예견할 수 있었다고 볼 여지 또한 상당하다.⁷⁾ 결과적으로 1년 이전의 증여도 유류분 산정의 기초재산에 산입될 가능성이 있는 것이다. 재단법인설립이나 공익신탁 설정으로 이를 우회하기도 어렵다. 이들은 엄밀히는 ‘증여’에 속하지 아니하나 그 실질은 같으므로, 유류분법의 규범목적에 비출 때 법 형식을 달리하였다는 이유만으로 유류분법을 잠탈하는 것을 허용할 수는 없는 것이다. 통설도 이들을 ‘증여’에 준하여 취급한다.⁸⁾

유류분을 침해하는 유증, 사인증여, 증여는 취소될 수 있고, 그에 따라 가능한 한 원물로, 불가능한 경우 등에는 가액으로 반환된다는 것이 판례·통설이다(형성권설-원물반환설).⁹⁾ 이때 반환의 순서는 유증·증여의 순이고, 유증 간, 증여 간은 가액에 비례하므로(민법 제1115조 제2항, 제1116조) 제3자에 대한 공익기부가 있었고 그 결과 유류분이 침해되었다면 기부 받은 공익단체 등은 어떻게든 유류분 반환의무를 질 가능성이 높다.

판례·통설은 상속권 내지 유류분권의 사전포기는 허용되지 아니한다고 하고,¹⁰⁾ 우리 민법은 피상속인의 의사에 따른 상속권 내지 유류분권의 박탈 내지 제한도 인정하지 아니한다. 결국 피상속인은 재산이 충분하여 유류분권을 침해하지 아니할 정도라도 믿고 생전에 재산을 출연하여 공익기부를 한 뒤 1년이 지나 사망하여야 기부의 효력이 유지되리라고 기대할 수 있고, 그

6) 이동진, “유류분법의 개정방향”, 가족법연구 제33권 제1호(2019), 169면 이하 참조.
7) 판례는 민법 제1114조의 ‘악의’가 인정되면 ‘증여 당시 증여재산의 가액이 증여하고 남은 재산의 가액을 초과한다는 점을 알았던 사정뿐 아니라, 장래 상속개시일에 이르기까지 피상속인의 재산이 증가하지 않으리라는 점까지 예견하고 증여를 행’하였어야 한다고 한다. 대법원 2012. 5. 24. 선고 2010다50809 판결.
8) 증여와 동일시할 수 있는 공유지분의 포기, 무상의 채무면제, 담보제공, 생명보험 등. 김주수·김상용, 친족·상속법 제14판, 2017, 858-860면; 윤진수, 친족상속법강의 제2판, 2018, 564-565면. 재산법인 설립에 대하여는 증여와 유증에 관한 규정을 준용하는 제47조가 그 근거가 될 수 있다. 일본의 공익법인에 대하여 같은 취지로, 大村敦志, 民法讀解 總則編, 2009, 168頁.
9) 대법원 2013. 3. 14. 선고 2010다42624, 42631 판결; 2005. 6. 23. 선고 2004다51887 판결; 김주수·김상용(주 8), 863면 등.
10) 대법원 1994. 10. 14. 선고 94다8334 판결; 1998. 7. 24. 선고 98다9021 판결; 2011. 4. 28. 선고 2010다29409 판결; 박용직, 상속법 개정판, 2004, 282-283면; 김주수·김상용(주 8), 856면; 윤진수(주 8), 561면.

이외의 경우에는 기부의 효력은 불안정한 상태에 있을 수밖에 없는 셈이다.

3. 이러한 결과는 부당한가?

상속재산의 전체 규모가 크지 아니한 경우 그 일정 비율, 가령 1/2을 유류분으로 가족의 몫으로 남겨두는 데 대한 사회적 저항감은 크지 아니하다고 보인다. 그러나 상속재산의 규모가 상당히 큰 경우에는 종종 논란거리가 되곤 한다. 한편에서는 공익기부를 저해하는 나쁜 법이라면서 개정을 요구하고 있지만,¹¹⁾ 다른 한편에서는 재산형성 등에 기여한 가족을 모른 채 하고 제3자에게 기부하는 것을 옳다고 할 수 없다는 반론도 있다.¹²⁾ 공익목적의 기부가 있는 경우 유류분의 축소를 인정하는 취지의 윤상현 의원 대표발의 민법 일부개정법률안(의안번호 18043호)에¹³⁾ 대한 대한 변호사협회의 2016. 3. 2.자 검토의견도, ‘유류분 제도는 상속재산이 전부 타인에게 증여될 경우 피상속인의 상속인 중 미성년자녀나 노령의 배우자의 생계가 곤궁해질 우려가 있고, 피상속인의 상속재산형성에 상속인의 기여가 있을 수 있다는 점을 고려한 제도로 수증자가 공익단체인 때에도 이를 제한하기 어렵다’는 이유를 들어 이에 반대한다.

이는 유류분법의 기능 내지 근거 중 핵심으로 꼽혀온 것이 부양 내지 생활보장이라는 점과¹⁴⁾ 관계되어 있다. 상속재산의 규모가 크지 않을 때에는 그중 가령 1/2을 가족의 몫으로 남기도록 강제한다 하더라도 그다지 부당해보이지 않을지 모르나, 상속재산의 규모가 특히 큰 경우 피상속인이 거액을 기부하더라도 이미 절대적으로 넉넉한 형편일 자녀들의 부양에 아무 지장이 없을 가능성이 높다. 그럼에도 불구하고 자녀들이 유류분을 주장하여 기부자의 ‘송고한’ 뜻을 꺾는다면 과한 욕심이라며 비난을 받을 소지가 있는 것이다.

III. 오스트리아와 독일법의 대응

1. 오스트리아법

그렇다면 이러한 상황에 다른 나라는 어떻게 대응하고 있을까? 오스트리아법은 이 문제에 직

11) [Law&Life] “부모 기부 유산 돌려달라” 소송 거는 자녀들”, chosun.com 2016. 3. 23.자 (양은경 기자)= http://news.chosun.com/site/data/html_dir/2016/03/23/2016032300266.html(최종방문 2019. 4. 3.) 참조. 그 이외에도 비슷한 내용의 기사가 제법 있다.

12) 위 주 11의 기사 등에 붙은 댓글을 읽어보아도 우리 사회에서 아직 가족주의적 가산(家産) 관념이 완전히 사라지지 아니하였음을 확인할 수 있다.

13) 종래의 민법 제1112조에 ‘피상속인이 상속재산의 전부 또는 일부를 공익 목적으로 기부하는 경우’ 유류분 비율을 직계비속 및 배우자 각 1/2, 직계존속 및 형제자매 각 1/3에서 직계비속 및 배우자 각 1/3, 직계존속 및 형제자매 각 1/4로 제한하는 내용의 제2항을 추가하는 취지이다.

14) 특히 선명한 것으로, 김주수·김상용(주 8), 853-854면.

접적으로 대응한 매우 드문 예에 속한다. 오스트리아 일반민법상 유류분 제도를 간단히 본 뒤, 공익기부에 관한 규율을 살펴보기로 한다.

오스트리아 일반민법(Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch; ABGB)은 유언으로 상속인을 지정하거나 유증을 할 수 있게 하면서, 특히 일정한 사람에 대하여는 상속인으로 지정하거나 유증을 할 의무를 지운다. 유류분 내지 의무분보충청구권은 이러한 의무를 위반한 데 대한 법적 대응으로 구성되어 있다. 전형적인 의무분(Pflichtteil)법적 접근이다.

직계비속과 배우자, 직계비속이 없는 경우에는 직계존속과 배우자가 의무분을 갖는데, 이들을 필요상속인(Noterben), 그들이 구할 수 있는 상속분을 의무분이라고 한다(오스트리아 일반민법 제762조, 제763조, 제764조). 의무분비율은 자녀와 배우자는 법정상속분의 1/2이고, 그 이외에는 법정상속분의 1/3이다(오스트리아 일반민법 제765조, 제766조). 피상속인은 상속분 또는 유증의 방법으로 의무분을 남길 수 있고, 이때 의무분으로 남긴다는 명시적 표시를 할 필요도 없다. 필요상속인이 위와 같은 형태로 받은 것이 그의 의무분에 못 미치는 경우 그는 의무분보충을 구할 수 있다. 그 지급의무자는 상속재산 내지 상속인이다(오스트리아 일반민법 제785조 제1항 참조).¹⁵⁾

그러나 오스트리아 일반민법상으로도 상속재산에 생전증여를 가산하여 의무분액을 계산할 수 있다. 그러한 예외를 두지 아니하면 대부분의 재산을 생전증여하는 방법으로 의무분법을 잠탈할 수 있기 때문이다.¹⁶⁾ 재산법인 설립 등이 이러한 의미의 증여에 해당한다는 데도 별 이론(異論)이 없다.¹⁷⁾ 다만, 우리 법과 달리 오스트리아에서는 생전증여가 의무분 계산에 산입되는 경우에도 상속재산으로부터 반환받는 것이 원칙이고, 생전증여를 받은 수증자는 예외적으로 상속재산이 부족한 경우에 한하여 증여 목적물의 반환의무를 진다. 이때 수증자는 가액반환으로 대항할 수 있다(오스트리아 일반민법 제951조 제1항). 또한 생전증여가 당연히 가산되는 것이 아니라 의무분권자인 직계비속이나 배우자가 생전증여의 가산을 청구하여야 하고(오스트리아 일반민법 제785조 제1항 제1문).¹⁸⁾ 자녀나 배우자가 생전증여 당시에 이미 태어났거나 배우자인 경우에 한하여 가산을 구할 수 있으며(오스트리아 일반민법 제758조 제2항), 피상속인이 의무분권자에게 한 증여와 의무분권이 없는 사람에게 상속개시 시로부터 2년 내에 한 증여만이 고려된다(오스트리아 일반민법 제758조 제3항). 의무분권자나 상대방의 악의는 문제되지 아니한다. 그 결과 생전증여 당시 의무분권자가 존재하지 아니하였거나 증여 후 2년이 경과한 뒤에 사망하면

15) 오스트리아 일반민법에서는 상속재산이 일용 독자적 특별재산을 구성하고, 상속인의 상속재산 점유가 있어야 일정한 절차를 거쳐 비로소 상속인에게 승계된다.

16) RummelABGB/Welser, 3. Aufl., 2000, § 785 Rz. 1.

17) OGH v. 19.12.2002, ecolex 2003, 129; Welser(주 16), Rz. 7.

18) 직계존속은 생전증여의 가산을 청구할 수 없고, 배우자가 생전증여의 가산을 청구하여도 직계존속에 효력이 미치지 아니한다. Welser(주 16), Rz. 2.

의무분 계산에 산입되지 아니하고, 생전증여가 의무분에 산입되는 경우에도 상속재산이 충분히 남아 있다면 제3의 수증자가 아닌 상속인들이 의무분보충부담을 지는 것이다. 우리 법보다 수증자에게 훨씬 유리한 접근이다.

더욱 중요한 것은 산입되는 생전증여라 하더라도 원본(Stammvermögen) 감소 없이 수익(Einkünften)으로 할 수 있는 증여, 공익목적(zu gemeinnützigen Zwecken)의 증여 및 윤리적 의무에 응하거나 도의(Anstand)관념상 한 증여는 산입되지 아니한다는 것이다(오스트리아 일반 민법 제758조 제3항). 이 규정에 의하여 학교, 유치원, 병원에 기부하거나 생활이 곤란한 사람에게 기부하는 것은 공익목적의 증여가 되어 액수의 제한 없이 의무분법의 적용을 받지 아니한다.¹⁹⁾ 이 규정은 1912년 개정으로 도입되었고, 그 당시부터 지속적으로 비판의 대상이 되어왔다. 다른 나라에는 없는 입법이라는 것이다.²⁰⁾ 이 특례가 생전증여에만 적용되고 사인처분에는 적용되지 아니한다는 점에도 주의할 필요가 있다.

2015년 오스트리아 일반민법 중 상속법이 대대적으로 개정되었다. 직계존속의 의무분권이 폐지(개정법 제757조)된 이외에 위 사항은 변하지 아니하였다. 공익목적의 생전증여의 특례는 제784조로 옮겨 여전히 유지되고 있다.²¹⁾

2. 독일법

(1) 현행법

위와 같이 공익기부에 대하여 특례를 두는 것은, 오스트리아에서도 지적하듯, 비교법적으로 매우 이례적이다. 가령 같은 의무분법을 두고 있는 독일법에는 이러한 규정이 없다.

독일민법(Bürgerliches Gesetzbuch)도 유언에 의한 상속인지정(독일민법 제2087조 이하)과 유증을 인정한다. 그 결과 추정상속인이 유언으로 상속에서 배제될 수 있다. 의무분청구권은 의무분권자가 위와 같은 방법으로 상속에서 배제된 경우에 인정된다.

의무분권자는 피상속인의 직계비속, 부모와 배우자이다(독일민법 제2303조). 의무분비율은 일률적으로 법정상속분의 1/2이다. 그 지급의무자는 공동상속인이다. 의무분채무는 상속채무에 속하므로 유증보다 우선하고 공동상속인이 연대하여 책임을 지나, 그 책임은 상속재산으로 제한된다.²²⁾

오스트리아에서와 마찬가지로 독일에서도 생전증여가 있는 경우 생전증여가 가산되었을 때를 기준으로 의무분을 셈할 수 있다. 의무분권리자나 제3자에 대한 증여로 상속재산이 감소함으로써

19) Welser(주 15), Rz. 14.

20) 가령 Raber, "Die Verjährung des Anspruchs auf den Schenkungspflichtteil; entwickelt aus ihren Grundlage", JBl 1988, 137, 145.

21) 다만, 피상속인과 수증자가 달리 합의한 경우에는 그렇지 아니하다고 규정한다.

22) K-W. Lange, Erbrecht, 2. Aufl., 2017, S. 863.

의무분이 잠탈되었다는 점을 고려한 것이다. 이로써 증가된 의무분의 차액 상당을 구할 수 있는 권리를 의무분보충청구권(Pflichtteilergänzungsanspruch)이라고 한다(독일민법 제2305조). 재단법인의 설립은 계약이 아니므로 위 산입되는 증여에도 해당하지 아니한다는 견해가 있으나,²³⁾ 주류적인 판례와 압도적인 통설은 산입되는 「증여」에 해당하거나²⁴⁾ 증여에 관한 규정을 유추하여야 한다고 본다.²⁵⁾ 산입되는 증여의 범위도 오스트리아법보다 훨씬 넓어 상속개시 시로부터 10년 이내의 증여는 모두 산입된다(독일민법 제2325조). 증여자와 수증자의 선·악의는 문제되지 아니한다. 그러나 이때에도 의무분보충의무는 (공동)상속인이 제1차적으로 부담하고, 상속재산이 부족하다는 등의 사정이 있는 경우에 한하여 보충적으로 수증자가 부담한다. (공동)상속인의 의무분지급의무가 금전채무인 것과 달리 수증자는 증여 목적물 자체를 반환하여야 하는데(독일민법 제2329조 제1항), 학설은 이를 강제집행을 수인(受忍)하여야 한다는 의미로 제한 해석한다.²⁶⁾ 다만 수증자가 가액으로 반환하는 것은 가능하다(독일민법 제2329조 제2항).

앞서 언급한 바와 같이 독일민법에는 공익기부의 특례가 없다. 다만 윤리적 의무나 도의(Anstand)를 고려하여 한 증여를 산입하지 아니하는 규정이 있어(독일민법 제2330조), 이들 규정을 이용하여 공익기부를 의무분법의 적용대상에서 제외할 가능성이 학설상 논의되었다. 그러나 적어도 공익을 추구한다는 이유만으로 윤리적 의무나 도의를 고려한 증여라고 하기는 어렵다는 점에 한계가 있고, 이러한 경우에까지 독일민법 제2330조를 적용하는 것은 과도한 확장이라는 것이 일반적인 이해이다.²⁷⁾

그리하여 독일에서 의무분법의 적용을 피하여 공익기부를 하는 방법으로는 국적 또는 상속재산 소재지를 유류분 제도가 없는 영미법 지역으로 옮기는 국제사법적 방법과 의무분권자와 사이에 상속 내지 의무분 사전포기계약(Erbverzicht)을 체결하는 방법이 제시되고 있다.²⁸⁾ 그중 뒤의 방법은 독일민법이 상속 내지 의무분 사전포기계약을 인정하기 때문에 가능하다.²⁹⁾ 즉, 독일민

23) KG v. 19.12.1902, OLGE 6, 330. 이러한 입장으로 보이는 것으로, Huber, Das Pflichtteilsrecht aus positivrechtlicher, rechtsvergleichender und rechtspolitischer Sicht, 1999, S. 31.

24) Von Tuhr, Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Band 1, 1910, S. 602.

25) RG v. 8.2.1935, RGZ 54, 399 f.; LG Baden-Baden v. 31.7.1998, ZEV 1999, 152; Rawert, "Auskunftsansprüche eines Pflichtteilsberechtigten bei Errichtung einer Stiftung. Anmerkung zu LG Baden-Baden v. 31.7.1998", ZEV 1999, 153 f.; Rawert/Katschinski, "Stiftungserrichtung und Pflichtteilergänzung", ZEV 1996, 161, 162 ff.; Muscheler, "Stiftung und Schenkung", AcP 203 (2003), 487 ff.; Medicus, "Pflichtteilergänzung wegen Zuwendung an Stiftungen", Festschrift für Heinrichs zum 70. Geburtstag, 1998, S. 386 ff.

26) K-W. Lange(주 22), S. 900 ff.

27) Hüttemann/Rawert, "Pflichtteil und Gemeinwohl - Privilegen für gute Zwecke", Röthel (hrsg) Reformfragen des Pflichtteilsrechts, 2007, S. 75 f.; Matschke, "Gemeinnützige Stiftung und Pflichtteilergänzungsanspruch", Festschrift für Bezenberger zum 70. Geburtstag, 2000, S. 521 f.

28) Hüttemann/Rawert(주 27), S. 76 f.

29) 앞의 방법도 유럽 역내(域內)에서 거주이전이 비교적 자유롭고 국적 등의 변경에도 불구하고 법적 지위 내지 이익을 대부분 유지할 수 있는 독일과 그렇지 아니한 우리나라의 사정에 큰 차이가 있어 우리나라에서 권할 만한 방법은 못된다.

법에서는 피상속인과 상속인 사이에 공정증서(독일민법 제2348조)로 상속포기계약(Erbverzichtsvertrag)을 체결할 수 있고, 그 경우 그 상속인은 의무분권을 가지지 아니하며, 포기 범위를 의무분으로 제한할 수도 있는데(독일민법 제2346조), 이를 활용하는 것이다. 독일의 유명 공익재단인 크룹재단(Alfried Krupp von Bohlen und Halbach-Stiftung)의 설립도 Arndt von Bohlen und Halbach의³⁰⁾ 의무분 포기로 가능했다.

한편, 2009년 개정 독일민법은 생전증여의 산입범위를 축소하였다. 즉, 10년 이내의 증여를 산입하되, 1년 이내의 것은 전액, 그 이전의 것은 매년 1/10씩 감액하여 산입하는 것으로 한 것이다. 그 결과 가령 10년 전의 증여는 10%만 산입되고, 6년 전의 증여는 50%만 산입되게 되었다(pro-rata Anrechnung).

(2) 개정논의

의무분 사전포기계약은 많은 경우 일정한 재산을 미리 나누어주는 것을 대가로 한다. 공익기부의 안정성을 확보하는 데 충분하다고 하기 어렵다. 때문에 입법적 대응이 논의되고 있다.

Matschke는 2000년 윤리적 의무나 도의를 고려하여 한 증여의 산입을 배제하는 독일민법 제2330조 뒤에 “피상속인이 사전에 그가 설립한 공익재단에 한 출연(出捐)에 대하여도 같다”는 규정을 추가할 것을 제안하였다.³¹⁾ 오스트리아 일반민법의 접근을 도입하는 취지라고 할 수 있다. 그러나 2005. 4. 19. 독일연방헌법재판소가 ‘피상속인의 자녀의, 원칙적으로 박탈할 수 없고 필요에 의존하지 아니하는 상속재산에 대한 권리’를 인정하고, 이러한 권리가 ‘기본법 제6조 제1항에 의하여 보장된 피상속인과 그의 자녀의 관계의 보호와 밀접한 의미관련성’을 갖고 있다고 함에 따라³²⁾ 이 제안이 실현가능한 것인지 재검토될 필요가 생겼다. Röthel은 공익재단을 위한 입법적 특례는 기본권적 토대를 박탈당한 것이라면, 이제 공익재단에 대한 출연에 한하여 의무분을 제한하는 것은 평등 위반의 사법상 지위 희생으로 허용될 수 없다고 주장하였다.³³⁾ 그러나 반론도 있다. Hüttemann/Rawert는 이러한 해석이 기본법적 요청을 지나치게 경직되게 이해한 것으로, 독일연방헌법재판소도 그 구체적 형성은 입법자의 의무에 속한다고 하고 있음을³⁴⁾ 간과하였다고 주장한다.³⁵⁾ 그리고 기본법 위반을 피할 수 있는 입법기술을 모색하면서, 가령 상속재산의 가치가 특히 클 때 의무분을 제한하는 방안을 검토한다. 그러나 그러한 방안은 그 기준설정이 자의적일 수밖에 없을 뿐 아니라, 개인의 공익활동 참여 기회가 어느 정도 평등하게 배분되어야 한다는, 헌법적이지는 아니하다 하더라도 사회적 수용가능성에 영향을 줄, 요청에도

30) Alfried Krupp von Bohlen und Halbach의 아들로, 상속을 포기하였다.

31) Matschke(주 27), S. 527.

32) BVerfG NJW 2005, 1561, 1563.

33) Röthel, “Pflichtteil und Stiftungen: Generationengerechtigkeit versus Gemeinwohl?” ZEV 2006, 8, 12.

34) BVerfG NJW 2005, 1561, 1564.

35) Hüttemann/Rawert(주 27), S. 80.

반한다면 받아들이지 아니하고, 독일연방헌법재판소가 1/2을 보장한 것은 아니라는 점에 착안하여 의무분을 벗어나 자유로운 처분이 가능한 1/2 이외에 공익을 위한 추가적 재산비율을 인정하자면, 자의적 취급을 피하기 위하여 공익목적출연을 자녀가 한 명 더 있는 경우 그의 의무분의 가치만큼 추가로 허용하는 안을 제안한다. 이는 그 스스로 지적하듯 자녀수에 따라 자유분 비율이 달라진다는 아우구스티누스(Augustinus) 이래의 사고 내지 접근의 부활이라고 할 수 있다.³⁶⁾

IV. 공익기부 활성화를 위한 유류분법의 개정

1. 유류분부족액 반환순위의 변화와 유류분 사전포기의 도입

(1) 유류분부족액 반환순위의 변화

먼저 떠올릴 수 있는 개선안은 지금과 같이 유류분부족액을 수유자, 수증자로부터 수유액, 수증액에 비례하여 반환받는 대신 오스트리아, 독일과 같이 반환의무자에게 유류분부족액이 생기지 아니하는 범위에서 (공동)상속인으로부터 반환받는 것이다. 피상속인이 공익 목적으로 거액의 기부를 하는 경우에는 이미 (공동)상속인에게도 생전 또는 사망과 함께 상당한 재산이 이전되는 것이 보통이다. 특히 판례는 (공동)상속인에 대한 생전의 특별수익은 기간제한 없이 유류분산정의 기초재산에 산입된다고 하고 있어,³⁷⁾ (공동)상속인 중 반환의무를 질 만한 사람을 확보할 가능성이 상당하다. 그러므로 일부 (공동)상속인의 유류분부족은 생전 또는 사망 시에 훨씬 많이 받은 다른 (공동)상속인에게서 반환받는 것만으로 해결될 가능성이 매우 높고, 공익기부는 대개 안전해질 것이다.

유류분부족액을 (공동)상속인에게서 우선적으로 반환받고 제2차적 내지 보충적으로 제3의 수증자 등에게서 반환받는 것은 독일법계 의무분 접근의 한 특징이다.³⁸⁾ 프랑스법적인 자유분(quotité disponible) 접근에서는 이미 생전증여 시점에 그 이전의 잠재적 상속인 또는 제3자에 대한 증여를 고려할 때 자유분을 초과하면 그 증여가 유류분침해로 감액청구(action en réduction)의 대상이 되므로 시간 순에 따라 감액 여부가 결정되고 (공동)상속인에 대한 것과 제3자에 대한 것 사이에 우열은 없게 마련이다.³⁹⁾ 프랑스민법과 그 영향을 받은 일본 및 우리

36) Hüttemann/Rawert(주 27), S. 84 ff.

37) 대법원 1995. 6. 30. 선고 93다11715 판결 등. 헌법재판소는 이러한 해석과 입법이 위헌이라고 할 수 없다는 입장이다. 헌법재판소 2010. 4. 29. 선고 2007헌바144 결정. 그러나 같은 결정 중 재판관 조대현, 송두환은 한정위헌의견이었다는 점도 주의.

38) 유산(遺産) 검인절차(probate proceeding) 중 일종의 부양청구를 인정하는 영국법의 접근도, 제1차적으로는 유산 안에서 부양의무를 이행하고 필요한 경우에 한하여 제3자에 대한 생전증여 등을 무효로 한다는 점에서 비슷하다고 할 수 있다. 이동진(주 6), 182면 이하.

민법 등이 (공동)상속인과 제3자 사이에 반환순서상 우열을 두지 아니한 까닭이 여기에 있다. 그러나 이러한 접근을 취하는 한 (공동)상속인에 대한 생전증여든 제3자에 대한 생전증여든 자유분 내에서 이루어져야 한다는 점에는 아무런 차이도 없고, 따라서 생전증여를 유류분산정의 기초재산에 산입하는 데 기간 등 제한도 없어야 수미일관하다. 실제로 프랑스민법은 이러한 입장을 취한다. 반면 우리 법은 앞서 본 바와 같이 생전증여는 원칙적으로 상속개시 이전 1년 동안 이루어진 것에 한하여 산입한다. 이는 유류분법을 잠탈하는 생전증여에 한하여 통제하겠다는, 즉 유류분법의 본령은 어디까지나 상속재산 처분의 통제라는 뜻으로, 프랑스법적 자유분/유류분 접근과는 조화되지 아니한다. 상속재산에 대한 사인(死因)처분은 상속개시 시 동시에 이루어지므로 선후를 관념하기 곤란하기 때문이다. 오히려 독일-오스트리아법과 같이 피상속인은 유증, 증여, 법정상속 등을 통하여 유류분권리자의 이익을 배려할 의무가 있고 이를 해태한 경우 유류분권리자는 피상속인에 대하여 배려를 요구할 권리를 갖는데, 상속개시 후 이는 상속채무가 되므로 (공동)상속인이 원칙적인 유류분반환의무자이고, 제3자는 상속재산 및 생전수증재산으로 반환할 수 없을 때에 한하여 보충적으로 반환의무를 진다고 규정하는 것이 더 체계적으로 일관된다. 이것이 거래의 안전에 기여함은 두말할 필요도 없다.

그러나 이러한 해결에는 한계가 있다. 전 재산의 1/2 이상을 공익목적으로 기부하려고 하는 경우로써 매우 재산이 많아 그렇게 하더라도 유류분권리자의 생계와 생활수준의 유지에 지장이 없는 상황에서 이러한 해결은 결과적으로 전 재산의 1/2을 넘는 기부의 안정성을 해할 수밖에 없기 때문이다.

(2) 유류분 사전포기의 도입

이러한 관점에서 또 하나 주목되는 것이 근래 많이 논의되고 있는 유류분 사전포기의 도입이다. 이는 피상속인과 유류분권리자 사이의 생전계약에 의하여 유류분을 포기하는 것으로, 오늘날 독일은 물론, 프랑스, 일본 등 대부분의 나라에서 도입한 제도이다. 유류분 사전포기를 인정하면, 공익기부를 원하는 피상속인이 생전에 유류분권리자와 합의하여 그들의 유류분을 포기시킴으로써 공익기부의 안정성을 유지할 수 있을 것이다. 유류분 사전포기에는 범위 내지 한도의 제한도 없다.

현행법상 유류분 사전포기를 금지하는 명문의 규정은 없다. 유류분권은 상속이 개시되어야 발생하므로 사전포기가 처분행위(Verfügungsgeschäft)로서 효력이 없음은 물론이나, 유류분권리자가 유류분권을 상속개시 후 포기가 가능하다는 데 이론(異論)이 없는 이상 장차 유류분을 포기하기로 하는 계약도 사적 자치의 원칙에 비추어 허용된다고 볼 여지도 있다.³⁹⁾ 그럼에도 불구하고 판례·통설이 유류분 사전포기를 무효로 하는 것은 이를 인정하는 경우 피상속인이 유류분권리자에게

39) 우선 이동진(주 6), 176면 이하 참조.

40) 가령 류일현, “상속개시 전 상속포기계약의 해석에 관한 소고”, 민사법학 제67호(2014), 123면 이하.

포기를 압박하거나 강요하는 일이 생길 가능성을 우려하기 때문이다.⁴¹⁾ 다른 가족법상 청구권이 그러하듯, 사전포기는 포기 시점까지 존재하는 인적 관계로 인하여 남용될 위험이 높다는 것이다. 이러한 우려에 근거가 없다고 할 수는 없다. 비교법적으로도 유류분의 사전포기에는 공정증서의 작성(독일, 프랑스)이나 가정재판소의 허가(일본)와 같은 추가적인 안전장치를 부가하는 예가 많다.⁴²⁾ 그리하여 다수의 견해는 해석이 아닌 입법으로 유류분 사전포기를 도입할 것을 주장한다.⁴³⁾

확실히 계약 또는 단독행위에 의한, 공증을 거치거나 가정법원의 허가를 거친, 유류분 사전포기를 인정한다면 미리 유류분권리자의 유류분권을 포기시킴으로써 생전증여는 물론 유증 등 사인처분의 안정성도 확보할 수 있다. 나아가 유류분 사전포기를 도입하는 것이 바람직하다고 본다. 유류분 포기는 유류분권리자의 사적 자치의 영역에 속하므로 당연히 법적 승인을 받을 수 있다. 상속개시 후 유류분 포기가 가능하고, 그 효력이 종국적이라는 데는 별 이론(異論)이 없다. 그렇다면 그 결정을 상속개시 전으로 당기지 못할 이유도 없다. 아직 유류분권이 발생하기 전이라는 설명은 논리조작에 불과하다. 법은 장래의 권리의 처분도 인정한다. 관건은 좀 더 실질적인 이유, 즉 유류분 사전포기를 인정하면 피상속인이 유류분권리자에 대하여 포기를 압박할 우려가 있는데, 이를 막을 안전장치가 현행법상으로는 존재하지 아니한다는 점이다. 그러나 압박 내지 부당한 자기결정의 우려가 유류분 사전포기의 전면적 무효화를 정당화하지는 아니한다. 적어도 공증절차에서, 또는 가정법원의 허가절차에서, 또는 민사재판 중 유류분 사전포기의 효력 내지 내용통제를 통하여 개별·구체적으로 부당한 유류분 사전포기를 걸러낼 수 있는 한, 사전포기를 입법론적으로 수용하지 못할 이유는 없고, 오히려 이를 수용하는 쪽이 체계적으로는 더 일관된 태도이다.

그러나 유류분 사전포기의 근거와 기능을 과대평가할 수는 없다. 유류분권리자의 자기결정에 달려 있는 일이기 때문이다. 피상속인으로서 유류분 사전포기를 받아내기 위하여 상당한 대가를 주어야 할 가능성이 높다. 그 대가가 이미 유류분법이 보호하는 범위에 근접한다면, 어차피 유류분 사전포기를 받지 않더라도 유류분부족액이 없어 유류분반환청구권을 행사할 수 없다. 물론 그 차이가 크거나 대가 없이 유류분을 사전포기하는 경우도 있을 것이다. 그러나 그것이 순수한 유류분권리자의 선의에서 비롯하였다면 그는 유류분 사전포기가 없었다 하여도 상속개시 후 공익기부를 한 피상속인의 의사를 존중하여 유류분반환청구권을 행사하지 아니할 가능성이 높다. 유류분권리자가 피상속인의 압박을 못 이겨 포기한 경우라면 그러한 사전포기는 무효가 되어야 한다.⁴⁴⁾ 공익목적기부와 관련하여 유류분 사전포기가 갖는 기능은 대체로 사소

41) 윤진수(주 8), 561면.

42) 류일현(주 40), 132면; 이동진(주 6), 179, 181-182면 참조.

43) 가령 김민중, “유류분제도의 개정에 관한 검토-외국의 유류분제도와 비교를 중심으로-”, 동북아법연구 제4권 제2호(2010), 144-146면; 변동열, “유류분 제도”, 민사판례연구[XXV](2003), 805-806면; 최준규, “유류분과 기업승계-우리 유류분 제도의 비판적 고찰-”, 사법 제37호(2016), 385면 이하 등 근래 다수.

하거나 우연적 내지 부수적인 데 그친다.

2. 공익목적기부의 특례 vs 유류분비율의 조정

(1) 공익목적기부의 특례

그렇다면 오스트리아법과 같이, 그리고 독일에서도 Matschke가 주장한 바와 같이 공익목적기부의 특례를 도입하는 것은 어떤가.

유류분법의 입법목적에 관하여는 흔히 유류분권리자의 부양 내지 생활보장, 가족 공동체에 대한 도의적 요구, 가족 공동체의 화합·단결, 사회보장의 보충성, 유족의 재산형성에의 기여 청산이 꼽힌다.⁴⁵⁾ 이를 오늘날의 관점에서 재정리하면 유류분권리자의 부양 내지 생활보장과 기여 청산, 가족적 연대성이 된다. 헌법재판소도 “유류분은 피상속인이 법정상속에서 완전히 벗어난 형태로 재산을 처분하는 것을 일정 부분 제한함으로써 가족의 연대가 종국적으로 단절되는 것을 저지하는 기능을”하고, 그 결과 “유족들의 생존권 보호 및 상속재산형성에 대한 기여”를 “보장”한다고 한다.⁴⁶⁾ 그 구체적인 형성에 관하여는 입법자에게 상당한 입법형성권이 부여되어 있다. 그러나 적어도 일단 형성된 제도의 내용은 일관성과 체계정당성을 갖추어야 한다. 헌법재판소도 “입법자가 상속제나 상속권의 내용을 정함에 있어서 입법형성권을 자의적으로 행사하여 헌법 제37조 제2항이 규정하는 기본권제한의 입법한계를 일탈하는 경우에는 그 법률조항은 헌법에 위반된다”고 하여 이를 확인한다.⁴⁷⁾ 문제는 이들 중 그 어느 것도 공익목적기부의 특례와 상용되기 어렵다는 데 있다. 만일 유류분법이 가족의 부양 내지 생활보장을 위한 제도라면, 그리하여 유류분을 보장하지 아니하는 것이 가족의 부양 내지 생활보장을 소홀히 하는 셈이 된다면, 그 이유가 공익기부라 하여 예외가 인정될 수 있겠는가? 유류분법이 가족의 재산형성에의 기여 청산을 위한 제도라면 공익기부가 그에 대한 예외가 될 까닭이 어디에 있는가? 공익기부든 아니든 가족적 연대성이 깨어지는 데는 별 차이가 없지 않은가? 전통적인 유류분법 이해 하에서 공익기부의 특례는 합리적 근거가 없거나 비체계적인 차별이 될 가능성이, 그리하여 자의금지(Wilckürverbot) 위반이 될 가능성이 높다.

이에 대하여는 유류분법은 부양이나 기여청산, 가족적 연대성의 유지가 아닌 자의적 유증증여에 대한 견제장치인데,⁴⁸⁾ 공익기부는 그러한 의미의 자의적 유증증여라고 할 수 없다는 반

44) 즉, 유류분 사전포기가 실질적 이익의 포기에 해당하고 피상속인에 의하여 기타 구조적으로 불충분한 자기 결정에 터 잡고 있는 경우에는 무효 내지 일부무효가 되어야 할 것이다. 한편, 최준규(주 43), 385면 이하는 부양의 필요가 있는 추정상속인의 포기는 무효로 하여야 한다고 하는데, 내용통제로 그와 같은 기준을 도출하기는 어렵고 입법론으로는 고려할 수 있을 것이다.

45) 가령 이경희, 유류분제도, 1995, 17-19면(1988년 연세대학교 법학박사학위논문에 기초); 변동열(주 43), 801면.

46) 헌법재판소 2013. 12. 26. 선고 2012헌마467 결정.

47) 재산권형성적 법률유보에서 입법형성권의 한계에 대하여는 이동진, “재산권 보장 조항(헌법 제23조 제1항)과 민법”, 비교사법 제24권 제3호(2017), 1183면 이하 참조.

론이 있을 수 있다. 그러나 민법은 자의적 유증증여를 견제하기 위하여 개개의 유증증여의 당부 내지 법정상속과의 상대적 우열을 따지는 직접적 통제 대신 법정상속에서 벗어난 유증증여에 대하여 비율적 한계를 설정하는 간접적 통제를 채택하고 있다.⁴⁹⁾ 유류분법에서 일반적으로 그러한 태도를 취하면서 공익목적기부에 한하여 직접적 통제를 거쳐 예외를 인정한다면 체계적 타당성을 결하였다는 비판을 면하기 어렵다.

(2) 유류분 비율의 조정

더 나은 대안은 유류분 비율을 조정하는 것이라고 보인다. 유류분법이 갖는 여러 기능 내지 목적은 어느 것이나 재산규모가 커지면 더 좁은 범위에서만 정당화된다. 재산이 적을 때에는 유족의 부양을 위하여 그 1/2은 남겨져야 한다고 할 수 있을지 몰라도 재산이 많으면 그중 1/3, 1/4, 1/5로도 충분해진다. 재산이 적을 때에는 재산형성에 직접적으로 기여한 바 없다 하더라도 어쨌든 재산 중 1/2에 대하여는 자기 몫이 있다고 여길지 모르나 재산이 많은 경우에는, 특히 그 재산이 대대로 물려준 가산(家産)이 아닌 당대에 모든 재산일수록, 본인의 특별한 능력, 노력, 행운의 결과이고 가족의 기여가 반드시 많다고 할 수는 없다.⁵⁰⁾ 재산규모가 크지 아니할 때에는 그나마 분산시키는 것이 의미가 있지만, 재산규모가 아주 큰 경우에는 이를 집중시켜 공익목적의 재단을 설립하거나 기업승계에 활용할 필요도 크다. 유류분 산정의 기초가 되는 재산이 일정규모가 될 때까지는 유류분 비율을 현행과 같이 법정상속분의 1/2로 하되 그 규모를 넘는 범위에서부터는 유류분 비율을 1/3, 1/4, 1/5과 같이 낮추거나, 개개의 유류분권리자의 유류분액을 일용 산정한 뒤, 그중 일정액을 넘는 부분은 1/2로 감액하는 등의 일반적 규정을 두는 것이다.

이에 대하여 Hüttemann/Rawert는 이미 그러한 기준설정이 자의적일 수밖에 없고, 개인의 공익활동 참여 기회가 어느 정도 평등하게 배분되어야 한다는, 반드시 헌법적이지는 아니하다 하더라도 사회적 수용 가능성에 영향을 줄 요청에 반한다고 비판한다.⁵¹⁾ 그러나 상속재산의 가액과 무관하게 1/2로 정해진 유류분 비율이, 생계비 등을 고려하여 정해진 부양료와 달리, 이미 자의적이다. 그러한 비율을 그 목적 내지 기능에 부합하게 가액비례 대신 가액이 증가함에 따라 체감하는 형태로 규정하는 것이 문제라고 할 수는 없다. 그러한 입법이 개인의 공익활동에 대하여 차별적으로 기회를 부여하는 것이 아님은 물론이다. 피상속인은 유족에게 남길 의무에

48) 가령 이동진(주 6), 190면 이하.

49) 이는 사적 자치의 존중이라는 관점에서 납득할 만한 접근이라고 생각된다. 사적 자치는 결정의 동기 내지 이유를 묻지 아니하고 불법적이지 아니한 이상 그 결정을 존중하는 것을 포함한다. 그러므로 피상속인의 자의적 유증증여를 견제할 필요가 있다 하더라도 일일이 그 유증증여가 자의적인지 여부를 판단하는 것은 자기결정에 대한 과도한 개입이 될 소지가 있다.

50) 이 점은 재산분할에 관한 우리 재판실무에서도 확인된다. 특히 재산을 많이 모은 경우에는 재산분할비율이 떨어지는 경향이 있는 것이다.

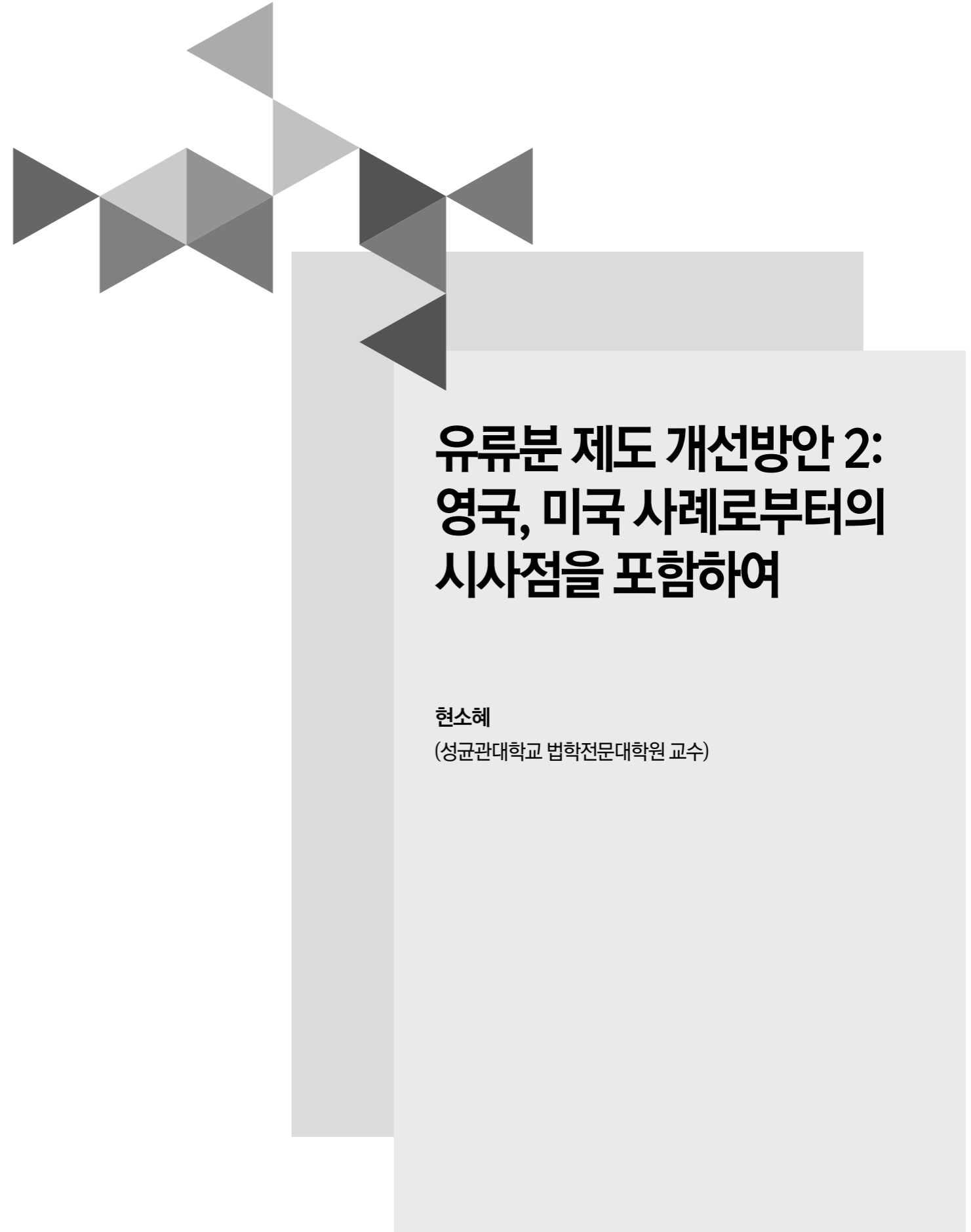
51) Hüttemann/Rawert(주 27), S. 84.

구속되거나 유족에게 유보된 재산이 일정 범위로 제한된 데 따른 반사효로 자유롭게 처분할 수 있는 재산을 갖는다. 유류분을 가액으로 정하든 비율로 정하든 그 자체 불합리한 차별이라고 할 수 없는 이상 양자를 결합한 모델도 나름의 이유가 있는 한 불합리한 차별은 아니고, 그 결과 재산이 많은 사람이 재산 중 더 큰 비율을 공익기부에 쓸 수 있게 된다 하여 불합리한 차별이라고 할 수도 없다. 그러한 구별이 제도의 사회적 수용성을 낮춘다는 주장은, 적어도 우리나라에서는, 별로 설득력이 없어 보인다.

V. 결론

공익기부의 활성화를 위해서는 유류분법이 개선될 필요가 있다. 거액의 재산을 재단법인에 증여 또는 유증하거나 생전처분 또는 유언으로 재단법인을 설립하려는 경우 유류분법이 장애가 되지 아니하도록 하는 것이 그 주요 과제이다. 이는 현행 유류분법이 갖는 정당성의 근거와 기능을 유지하고자 하는 한 반드시 쉽지는 않은 과제이다. 유류분법은 사전적·일반적으로 유족에게 일정한 몫이 있다는 관념에 기초하고 있고, 그러한 일반추상적 규율이 갖는 순기능이 있는데, 이를 공익기부라 하여 갑자기 개별 사안에 따라 깨뜨리기는 곤란한 것이다. 이 점에서 오스트리아에서 취하는, 소박한 상식적 관점에서 별 문제가 없어 보이는, 공익목적기부의 특례 도입에는 신중하여야 하리라고 본다. 가족법의 다른 영역에서 종종 확인할 수 있듯 유류분법에 있어서도 그 적용대상에 수백억 원에서 수천억 원의 재산을 자기 손으로 당대에 일군 사람에서부터 대대로 거액의 집안재산을 물려받거나 가업(家業)을 물려받은 사람, 어느 정도의 재산을 갖고 있지만 넓은 관념의 영향을 받아 아들에게 전 재산을 물려주는 것을 고집하는 사람에 이르기까지 다종다양한 사안유형이 포함된다. 오늘날 아무리 유류분법의 이론적 기초 내지 정당성이 공격받고 있다 하더라도 일단 제도의 기본 틀을 유지하는 이상 그 내적 일관성을 쉽사리 포기할 수는 없다. 필자로서는 오히려 (유류분 산정의 기초)재산이 많은 경우 일반적으로 피상속인의 처분 자유를 확대하는 방향의 개정이 바람직하고, 위 문제도 완화할 수 있는 해결책이라고 생각된다.

그 이외에 유류분의 반환의무자를 현행법과 달리, 그리고 오스트리아-독일법의 태도와 같이 제1차적으로는 공동상속인, 제2차적으로 제3자로 규정하고, 일정한 절차 내지 방식 통제 하에 유류분 사전포기를 도입하는 것도 고려해볼 만하다. 이들에는 그 나름 한계가 있지만 어쨌든 그 자체 받아들일 만한 개혁이고, 그 결과 공익목적기부의 안정성 확보에도 기여할 수 있는 것이다.



유류분 제도 개선방안 2: 영국, 미국 사례로부터의 시사점을 포함하여

현소혜
(성균관대학교 법학전문대학원 교수)

유류분 제도 개선방안 2: 영국, 미국 사례로부터의 시사점을 포함하여

현 소 해(성균관대학교 법학전문대학원)

I. 서론

우리나라에는 사회 일반의 이익에 이바지하기 위하여 설립된 수많은 단체들이 있다. 이 중 학자금·장학금 또는 연구비의 보조나 지급, 학술, 자선에 관한 사업을 목적으로 설립된 재단법인이나 사단법인은 「공익법인의 설립·운영에 관한 법률」에 의해(같은 법 제2조), 각종의 사회복지사업을 목적으로 하는 경우에는 「아동복지법」, 「장애인복지법」, 「노인복지법」 등 개별 법령에 따라, 그 밖에 영리 아닌 사업을 목적으로 하는 경우에는 「민법」에 의해(같은 법 제32조), 아직 법인허가나 법인등기를 거치지 않은 경우에는 판례에 의해 형성되어 온 비법인사단·비법인재단의 법리에 따라 규율된다.

이러한 공익단체들은 사인에 의해 운영되는 것이기는 하지만, 국가 또는 지방자치단체가 수행하여야 할 공공기능의 일부를 대신 수행한다는 점에서 그 원활한 수행을 보장하고 이를 장려할 필요가 있음에도 불구하고¹⁾, 국가로부터 실비조의 보조금을 지급받고 있는 사회복지법인을 제외한 대부분의 공익단체는 출연재산으로부터의 수입이나 회비·기부금 등으로 조성되는 재원의 수입만으로 그 사업 및 단체의 운영비용을 충당하고 있다. 그로 인한 재정 마련의 어려움을 타개하기 위해 입법자는 「사회복지공동모금회법」을 제정하는 한편, 상속세과세가액 불산입 제도를 마련하는 등 여러 방면에서 노력을 기울이고 있다.

하지만 우리 상속법은 이러한 공익단체에 그다지 우호적인 것으로 보이지 않는다. 피상속인이 유언에 의해 자신의 재산을 공익단체에 증여한 경우에는 언제나, 생전에 증여한 경우라도 그것이 상속개시 전 1년 내에 행해졌거나 당사자 쌍방이 유류분권리자에게 손해를 가할 것을 알고 한 때에는 유류분반환청구의 대상이 될 수 있도록 하고 있기 때문이다(제1114조). 피상속인이 생전행위 또는 유언에 의해 재산을 출연하여 재단법인을 설립한 경우에도 같다.²⁾ 특히 우리 상속법은 아직 유류분반환청구권에 대해 원물반환의 원칙을 택하고 있으므로³⁾, 특별한 사정이

1) 헌법재판소 1998. 3. 26. 선고 96헌바57 결정; 헌법재판소 2015. 4. 30. 선고 2012헌바284 결정 참조.
2) 같은 취지로 고상현, “유류분제도와 공익출연”, 가족법연구 제24권3호(2010), 232-238면.
3)

없는 한, 유류분반환청구로 인해 공익법인의 물적 기반(가령 공익법인이 사용하고 있는 토지와 건물 등) 자체가 위태로워질 가능성도 높다.⁴⁾

물론 유류분은 배우자와 가까운 범위의 혈족 상속인에게 인정되는 권리로서 우리 헌법상 보장되고 있는 상속 제도의 일부를 이루고 있으며, 우리 사회에서 유족들의 생존권 보호·상속재산 형성에 대한 기여 보장·가족 간의 연대 강화 등과 같은 중요한 기능을 수행하고 있으므로⁵⁾, 유산기부의 활성화만을 위해 유류분제도 자체를 폐지하는 것은 쉽지 않은 일이다.⁶⁾ 따라서 이하에서는 비교적 유언의 자유가 강력하게 보장되고 있는 영국과 미국에서 배우자나 혈족상속인이 어떠한 방식으로 보호되고 있는지를 살펴봄으로서 유류분 제도를 폐지하지 않으면서도, 공익에 이바지하고자 하는 피상속인의 의사를 실현하고 이를 통해 사회 전체의 이익을 도모할 수 있는 방안을 모색해보고자 한다.

II. 영국의 경우

1. 연혁

가. 1837년 유언법(Wills Act 1837)

영국에서는 1837년 유언법(Wills Act 1837)이 제정된 이래 1938년 상속법(Inheritance (Family Provision) Act 1938)이 제정될 때까지 백년 남짓 유언의 자유가 절대적으로 보장되었다. 위 법 제3조에 따라 모든 사람은 유언에 의해 자신이 사망 당시 소유하고 있는 재산을 유증 기타 처분할 자유를 갖는다. 유증 기타 처분의 대상이 되는 재산이 제한되지도 않는다. 영국법에서는 프랑스법에서와 같은 자유분(quotité disponible) 같은 개념이 존재하지 않는다.⁷⁾

3) 대표적으로 대법원 2013. 3. 14. 선고 2010다42624 판결.

4) 이러한 이유 때문에 오스트리아 민법 제785조제3항 제2문은 피상속인이 기초재산을 감소시키지 않는 한도에서 자신의 소득을 이용하여 공익 목적을 위해 증여를 행한 경우에는 유류분반환청구권의 대상으로부터 제외하고 있다.

5) 헌법재판소 2013. 12. 26. 선고 2012헌바467 결정.

6) 그 밖에 다양한 근거를 들어 유류분 제도의 존치를 주장하는 문헌으로 김상용, “자녀의 유류분권과 배우자 상속분에 관한 입법론적 고찰 - 유류분상실제도의 신설과 배우자 상속분의 증가 문제를 중심으로-”, 민사법학 제36호(특별호)(2007), 672-673면; 김수정, “유류분제도의 헌법적 근거와 법적정책 논의”, 가족법연구 제20권2호(2006), 185-188면, 193-194면; 윤진수, “상속제도의 헌법적 근거”, 민법논고 V, 2011(初出: 헌법논총 제10집, 1999), 2-5, 16-17면; 이동진, “유류분법의 개정방향”, 가족법연구 제33권 1호(2019), 185-192면; 이은영, “유류분의 개정에 관한 연구”, 가족법연구 제18권1호(2004), 195면; 정구태, “유류분제도의 존재이유에 대한 현대적 조명 -유류분제도 비판론에 대한 비판적 검토”, 법학논총(단국대학교) 제33권제2호(2009), 714면; 홍요셉, “유류분제도의 연혁 및 입법례에 대한 소고”, 법학연구 제26집(2008), 249-250면 등 참조.

7) 영국의 1837년 유언법을 소개하고 있는 문헌으로 조미경, “영국 무유언상속법상의 배우자상속분”, 가족법연구 제13호(1999), 419면; 김기영, “영국 유언제도에 관한 소고”, 가족법연구 제11호(1997), 565-566면.

따라서 당시 유언자는 사후에 혈족·배우자 기타 누구에 의해서도 자신의 유언에 의한 처분의 효력이 부정될 것을 걱정할 필요 없이 자유롭게 유증을 할 수 있었다. 과부산권(寡婦產權, dower)⁸⁾이나 환부산권(鰥婦產權, custesys)⁹⁾ 제도로 인해 유언의 자유에 약간의 제약이 존재하기는 하였으나, 1925년 상속재산관리법(Administration of Estates Act 1925)에 의해 위 각 제도가 폐지되면서 유언자는 무제한의 유언의 자유를 누릴 수 있었다. 특히 자선단체에 대한 유증의 자유는 1891년 양도 및 자선목적법(Mortmain and Charitable Uses Act)에 의해 보장되어 왔다. 하지만 1920년대 ‘평등한 시민권을 위한 단체들의 전국 연합 캠페인(The National Union of Societies for Equal Citizenship campaign)’에 따라 피상속인의 부당한 유언에 의해 배우자가 아무런 재산도 분여받지 못하게 되는 문제를 해결해야 한다는 여론이 높아지자 영국은 개선책을 마련하기로 하였다.¹⁰⁾ 그 결과물이 바로 나. 이하에서 살펴볼 유족유산분여 제도이다.

나. 1938년 상속(유족유산분여)법(Inheritance (Family Provision) Act 1938)

1938년 상속(유족유산분여)법(Inheritance (Family Provision) Act 1938, 이하‘1938년법’)이라고 한다.)¹¹⁾은 유언의 자유에 대해 약간의 제한을 가하였다. 피상속인에게 부양을 요하는 가족이 있는 경우에는 유언에도 불구하고 그 가족을 위해 상속재산으로부터 일정액을 지급할 수 있도록 하는 유족유산분여 제도(Family Provision)¹²⁾를 도입한 것이다.

위 제도에 따르면 피상속인 사망 당시 그에게 ① 생존 배우자(夫 또는 妻), ② 미혼의 딸 또는 정신적·신체적 장애로 인해 스스로를 부양할 수 없는 딸, ③ 미성년의 아들(infant son), ④ 정신적·신체적 장애로 인해 스스로를 부양할 수 없는 아들(이하‘요부조자(dependant)’라고 한다.)이 있었음에도 불구하고, 유언에서 그들의 부양을 위한 합리적인 재산분여가 이루어지지 않은 경우에는, 요부조자의 신청에 의해 법원은 상속재산으로부터 요부조자의 부양을 위해 적절하다고 판단되는 합리적(reasonable)인 재산분여를 할 것을 명할 수 있고, 그 명령에 조건이나 제한을 가할 수도 있다(1938년법 제1조제1항 본문).¹³⁾ 단, 유언자가 상속재산의 2/3 이상을

8) 과부산권(寡婦產權, dower)이란 남편이 사망한 경우 아내에게 남편이 사망 당시 소유하고 있던 모든 부동산의 1/3에 관해 생애용익권을 인정해주는 제도를 말한다. 남편은 아내로부터 과부산권을 박탈할 수 없었으므로, 일종의 유류분과 같은 기능을 수행하였다.

9) 환부산권(鰥婦產權, custesys)이란 아내가 사망한 경우 아내와 남편 사이에 아내의 부동산을 상속할 수 있는 자녀가 있는 경우에는 남편에게 아내가 사망 당시 소유하고 있었던 모든 부동산에 관해 생애용익권을 인정해주는 제도를 말한다. 아내는 유언이나 생전처분에 의해 남편의 환부산권을 박탈할 수 있었고, 자녀가 사망하는 순간 남편의 환부산권도 소멸하므로, 과부산권에 비해서는 약화된 권리라고 할 수 있다.

10) 그 자세한 경과에 대해서는 Cretney, Family Law in the Twentieth Century: A History, Oxford University Press, 2005, pp. 485-494.

11) 영국의 1938년 상속법을 소개하고 있는 문헌으로 이동진(2019), 182-183면; 조미경(1999), 419면; 홍요셉(2008), 260-261면 등 참조.

12) 유족유산분여 제도라는 용어는 조미경(1999), 419면; 홍요셉(2008), 260면에서 차용하였다. 김수정(2006), 190면은 이를 ‘가족부양’으로 번역하고 있다.

13) 생존배우자의 경우에는 1958년 혼인관계법(The Matrimonial Causes (Property and Maintenance) Act

생존배우자에게 유증하였고, 다른 요부조자가 생존배우자의 자녀인 경우에는 위와 같은 유족유산분여를 신청할 수 없다(1938년법 제1조제1항 단서).¹⁴⁾

상속재산이 2천파운드를 초과하는 경우¹⁵⁾에 유족유산분여는 정기금 지급을 명하는 방식으로 행해져야 하는데, ① 생존배우자가 재혼한 경우, ② 딸이 혼인하거나 장애를 면한 경우, ③ 아들이 21세에 달한 경우, ④ 장애가 있었던 아들이 장애를 면한 경우 및 ⑤ 요부조자가 사망한 경우에는 그 지급이 종료된다(1938년법 제1조제2항). 또한 요부조자들에게 지급될 수 있는 유족유산분여의 연총액은 유언자가 생존배우자 및 요부조자에게 상속재산을 남긴 경우라면 연수입의 2/3를, 상속재산을 남기지 않은 경우라면 연수입의 1/2을 초과할 수 없다(1938년법 제1조제3항).

상속재산이 2천파운드를 초과하는 경우¹⁶⁾에는 법원이 일시금 지급을 명할 수 있는데, 이 때 법원은 그 지급 여부, 지급 방법과 시기 및 금액을 정함에 있어서 여러 가지 요소, 특히 상속재산의 성격, 불필요한 자산매각의 방지, 요부조자의 과거·현재·미래의 자산 및 소득원, 유언자에 대한 요부조자의 행위태양, 유언자가 유언을 하게 된 확인 가능한 이유 등을 종합적으로 고려하여야 한다(1938년법 제1조제4항 내지 제7항).

또한 유족유산급여 신청에 따른 명령은 상속재산관리인 선임시부터 6개월 내에 이루어져야 하는 것이 원칙이나(1938년법 제2조제1항), 뒤늦게 새로운 사정이 발견되었거나, 사정 변경이 있었던 경우 또는 다른 요부조자의 유족유산분여 청구가 있는 경우에는 그 기간이 도과한 후에도 가능하다(1938년법 제4조제1항).

이와 같이 영국의 유족유산분여 제도는 매우 엄격한 요건 하에 도입되었으며, 법관의 재량을 상당부분 축소시켰다.¹⁷⁾ 정기금 급여를 원칙으로 하는 유족유산분여 제도는 일시적인 효과만을 가지고 있으므로, 청구권자에게 부양의 필요성이 사라지면 유언자가 본래 의도하였던 바와 같이 유언이 그대로 효력을 발휘하는 것이 원칙이다.¹⁸⁾ 유언의 자유를 최대한 보장하는 것을 전제로 피상속인 사망 후 부양을 필요로 하는 생존배우자 또는 자녀에게 최소한의 배려¹⁹⁾만을 제공한 것이다.

1958)에 의해서도 법원에 의해 상속재산으로부터의 부양명령((Orders for maintenance from deceased'estate)을 받을 수 있다.

14) 생존배우자가 자녀들에게 적절한 분배를 해줄 것이라는 유언자의 판단을 존중하기 위함이다. Cretney(2005), p.495.

15) 위 액수는 1952년 상속재산법(Intestates' Estates Act 1952)에 의해 5천파운드로 상향조정되었다.

16) 위 액수는 1952년 상속재산법(Intestates' Estates Act 1952)에 의해 5천파운드로 상향조정되었다.

17) 1938년법에 대한 간략한 소개와 평가에 대해서는 "Inheritance (Family Provision) Act, 1938", The Modern Law Review, Vol. 3, No. 1(1939), pp. 53-54 참조.

18) Inheritance (Provision For Family And Dependants) Bill[H.L.], HL Deb 20 March 1975 vol. 358 cc 918, The Lord Chancellor의 발언 참조.

19) 같은 맥락의 서술로 홍요셉(2008), 261면.

다. 그 후의 개정상황

1938년법은 오랜 기간 영국에서 강력하게 보장되어 왔던 유언의 자유를 제한하는 내용을 담고 있었으므로, 그 요건이 매우 엄격하였을 뿐만 아니라, 법관들도 그 적용에 매우 신중하였다.²⁰⁾ 그럼에도 불구하고 위 제도는 매우 유용하게 사용되었고, 그 결과 꾸준한 개정에 의해 그 적용범위가 확대되었다.²¹⁾ 가령 1952년 이후로는 무유언상속의 경우에도 적절한 분여를 받지 못한 유족들을 위해 법원이 유족유산분여를 명할 수 있게 되었고, 1958년에는 청구권자가 피상속인 사망 당시 아직 재혼하지 않은 전배우자에까지 확대되었다. 이는 이혼이 증가하는 상황에 대비하여 입법자가 법원에 전배우자와 현배우자 사이에 가족의 자산을 재분배할 권한을 부여하였음을 의미한다.²²⁾ 1969년에는 혼인 외 출생자에게도 유족유산분여 청구권을 인정하였다.

하지만 가장 큰 폭의 개정은 1966년 유족유산분여법(Family Provision Act 1966)에 의해 이루어졌다. 위 법의 주된 내용은 다음과 같다. 첫째, 유언자가 상속재산의 2/3 이상을 생존배우자에게 유증하였고, 다른 요부조자가 생존배우자의 자녀인 경우에는 위와 같은 유족유산분여를 신청할 수 없다고 규정하였던 1938년법 제1조제1항 단서를 삭제하였다. 둘째, 법원이 정기금 급여를 명할 것인지 또는 일시금 급여를 명할 것인지를 상속재산의 규모에 따라 획일적으로 판단하였던 1938년법의 태도를 포기하고, 당사자의 편의를 도모하기 위해 정기금 급여와 일시금 급여 중 법원이 적당하다고 생각하는 방법을 재량에 따라 선택할 수 있도록 하였다(1938년법 제1조제4항). 셋째, 법원의 허가가 있는 경우에는 상속재산관리인 선임시부터 6개월이 지난 후에도 유족유산분여를 신청할 수 있도록 하였다(1938년법 제2조제1항). 청구기간을 사실상 연장한 것이다. 넷째, 요부조자가 즉시 재정적 도움을 필요로 하고 있음에도 불구하고 유족유산분여 명령의 내용을 확정할 수 없는 경우에는 임시처분(interim orders)을 명할 수 있도록 하였다(1938년법 제4A조). 1938년법에 비해 법원의 재량권한이 대폭 확대된 것이다.²³⁾

라. 법률위원회(The Law Commission)의 제안

(1) 1차 보고서

법률위원회(The Law Commission, 이하'위원회'라고 한다.)²⁴⁾는 1973. 5. 22. 혼인 거주 부동산의 공유, 부부공동재산제 등을 비롯하여 가족 재산 제도 전반의 개정방안에 관한 제1차

20) Cretney(2005), pp. 496-497.

21) 구체적인 개정경과에 대해서는 Inheritance (Provision For Family And Dependants) Bill[H.L.], HL Deb 20 March 1975 vol. 358 cc 919, The Lord Chancellor의 발언 참조.

22) Cretney(2005), p. 503.

23) Cretney(2005), p. 506.

24) 영국의 법률위원회(The Law Commission)은 1965년 법률위원회법(Law Commissions Act 1965)에 의해 설치된 기관으로 영국 의회의 위임을 받아 법제 개선방안을 조사·검토하고, 개정안을 제시하는 역할을 담당하고 있다.

보고서를 의회에 제출하였다. 당시 위원회는 기존의 법원의 재량에 따른 유족유산분여제도를 유지할 것인지 또는 생존배우자의 보호를 위해 일정 비율(가령 1/2 또는 1/3) 이상의 법정 상속권(legal rights)을 강제적으로 부여하는 방향으로 전환할 것인지에 대해 논의한 끝에 다음과 같은 이유를 들어 유족유산분여제도를 유지하기로 결정하였다.²⁵⁾

첫째, 법정 상속권 제도로의 전환은 법원에 갈 필요 없이 생존배우자가 손쉽게 그 상속권을 취득할 수 있다는 장점이 있으나, 혼인관계의 다양한 양태(가령 혼인파탄의 책임, 혼인생활 중의 기여, 특유재산의 대소, 장기간의 별거 등)를 반영하지 못한 채 모든 생존배우자에게 일률적으로 일정 비율 이상의 법적 권리를 보장한다는 단점이 있다.²⁶⁾ 둘째, 법정 상속권 제도로 전환하는 경우 오히려 생존 배우자가 해당 비율 이상의 상속을 받지 못해 부당한 결과를 가져올 우려가 있다.²⁷⁾ 전문가 의견도 획일적인 법정 상속권 제도를 도입하기보다는 기존의 유족유산분여제도를 개선 내지 강화하는 쪽을 지지하는 견해가 압도적 다수였다.²⁸⁾

단, 기존의 유족유산분여제도는 '부양'의 이념에 따라 운영되어 온 결과 생존배우자가 분여받는 몫이 이혼에 의해 재산분할을 받는 경우에 비해 불공평해질 우려가 있고, 법원의 재량에 의해 지나치게 좌우된다는 문제가 있었으므로, 위원회는 이와 관련된 법제 개선을 권고하였다.²⁹⁾ 물론 위원회가 법관에게 부양의 기능을 넘어서 생존배우자의 공평한 청산을 위해 "유언을 다시 쓰고(re-write the will)" 재산을 분배할 권한까지 주는 방식으로 유족유산분여제도를 재편해야 한다고까지 제안한 것은 아니었지만³⁰⁾, 유족유산분여제도의 청구권자나 분여방법 등과 관련하여서는 중요한 제안이 이루어졌다.³¹⁾

(2) 2차 보고서

유족유산분여제도의 유지가 결정된 후 법률위원회는 1974. 6. 31. 위원회에 제출한 제2차 보고서에서 위 제도의 개정방안을 보다 상세히 다루었다. 위 제2차보고서는 매우 상세한 개정이유를 담고 있으나, 지면 관계상 가장 특징적인 내용만 소개하면 다음과 같다.

첫째, 유족유산분여 청구권자의 범위를 확대할 필요가 있다. 피상속인의 자녀라면 연령·혼인·장애 여부를 불문하고 누구나 이를 청구할 수 있어야 할뿐만 아니라³²⁾, 피상속인이 자녀와 같이 양육해온 자(가령 피상속인의 배우자의 친생자녀 등)³³⁾, 더 나아가 피상속인 사망

25) The Law Commission(Law Com. No. 52), Family Law, First Report on Family Property: A New Approach, 1973(이하 '제1차 보고서'라고 한다.), p.15.

26) 제1차 보고서, p.14.

27) 제1차 보고서, p.14.

28) 제1차 보고서, pp.10-11.

29) 제1차 보고서, pp.13-14.

30) 제1차 보고서, pp.31-32.

31) 제1차 보고서, pp.31-32.

32) The Law Commission(Law Com. No. 61), Family Law, Second Report on Family Property: Family Provision On Death, 1974(이하 '제2차 보고서'라고 한다.), pp.19-21.

33) 제2차 보고서, pp.18-19.

당시 그로부터 부양을 받고 있었던 모든 사람(가령 피상속인의 직계존속이나 사실혼 배우자 등)에게도 유족유산분여 청구권을 인정하여야 한다.³⁴⁾

둘째, 생존배우자가 유족유산분여를 받는 경우에는 이혼에 의해 재산분할을 받는 경우에 준하여 그 분여액이 결정될 필요가 있다. 기존의 유족유산분여제도와 달리, 적어도 생존배우자의 경우에는, 부양보다 청산에 초점을 맞춘 것이다.³⁵⁾ 이혼시에도 법원이 혼인공동재산의 청산을 위해 재량권을 갖게 된 것과 균형을 이루고자 함이다.

셋째, 유족유산분여 방법을 결정하는 법원은 그 분여의 방법을 보다 자유롭게 결정할 수 있어야 한다. 이혼절차에서와 마찬가지로 정기금 지급, 일시금 지급뿐만 아니라 원물분할, 권리의 설정, 혼후계약의 변경 등 다양한 방법에 의한 유족유산분여가 가능하도록 할 필요가 있다.³⁶⁾

넷째, 유족유산분여의 청구는 피상속인 사망 당시 상속재산이 있는 경우에만 가능하므로, 피상속인은 생전에 재산을 처분하거나 유언에 의해 재산을 제3자에게 귀속시키는 방법에 의해 유족유산분여청구권을 무력화시킬 우려가 있다. 따라서 이혼절차에서와 마찬가지로 유족유산분여 제도에서도 피상속인이 그 청구권을 해할 의사로 자기 재산을 처분한 경우에는 청구권자가 그 처분의 상대방에게 지급할 수 있도록 하는 제도를 신설하여야 한다.³⁷⁾

2. 현행법의 상황

가. 1975년 상속(유족 및 요부조자 유산분여)법(Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975)

1975년 상속(유족 및 요부조자 유산분여)법(Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975, 이하 1975년법)은 기존의 유족유산분여제도와 다음과 같은 점에서 차이가 있다.³⁸⁾

(1) 청구권자

첫째, 유산분여³⁹⁾를 청구할 수 있는 자의 범위가 확대되었다. 1975년법은, 1938년법에 따라 이미 유족유산분여를 청구할 수 있었던 ① 피상속인 사망 당시 배우자였던 자 및 ② 피상속인

34) 제2차 보고서, pp.22-25.

35) 제2차 보고서, p.8.

36) 제2차 보고서, pp.30-33.

37) 제2차 보고서, pp.48-51.

38) 1975년법을 소개하고 있는 문헌으로 김수정(2006), 190면; 이동진(2019), 183면 참조.

39) 1975년법은 1938년법과 달리 'family provision'이라는 용어 대신 'financial provision'이라는 용어를 채택하였다. 혈족이 아닌 자에게도 그 청구권을 인정하였기 때문이다. 이동진(2019), 183면은 financial provision을 '재산제공'으로 번역하고 있으나, 본 논문에서는 기존의 유족유산분여 제도와와의 역사적 관련성을 고려하여 '유산분여'로 번역하고자 한다. 위 법령을 '상속(가족부양자재산공여)법'으로 번역하고 있는 문헌으로 김수정(2006), 190면 참조.

사망 당시 아직 재혼하지 않고 있는 전배우자 외에도, ③ 피상속인과 동거하고 있는 자, ④ 자녀, ⑤ 자녀에 준하는 자 또는 ⑥ 피상속인 사망 직전에 피상속인으로부터 전부 또는 부분적으로 부양을 받고 있었던 자에게 청구권을 인정하였다(제1조제1항). 특히 1938년법에서는 특히 부양의 필요성이 있는 것으로 인정되는 유형의 자녀에게만 청구권을 부여한 반면, 1975년법에서는 연령·성별·혼인 여부·장애 유무와 무관하게 모든 자녀는 언제나 유산분여를 청구할 수 있도록 하였다. 또한 피상속인과 혈연관계에 있지 않더라도 피상속인으로부터 부양을 받고 있었던 자라면 누구든 이를 청구할 수 있도록 한 점도 기존의 법과 차이가 있다.

(2) 분여의 액수

둘째, 생존배우자를 위해 유산분여를 하는 경우 법원은, 청구인의 부양의 필요성과 무관하게, 배우자가 다른 사안에서라면 받을 수 있었을 것이라고 합리적으로 인정되는 액수에 대해 유산분여를 명할 수 있다(제1조제2항(a)). 사망시 유산분여 액수가 이혼시 재산분할액수와 유사해질 수 있도록 그 기준을 상향조정하는 것이다. 이것이 1975년 법개정의 가장 핵심적인 부분이다. 이를 위해 1975년법은 “피상속인의 아내 또는 남편의 청구가 있는 경우에 법원은, 사망일 당시 별거명령이 효력 발생 중이었거나 별거가 계속되고 있었던 경우가 아닌 한, 만약 피상속인이 사망한 날짜에 혼인이 사망에 의해 해소되지 않고 이혼명령에 의해 해소되었더라면 청구인이 합리적으로 기대할 수 있었을 급부를 고려하여야 한다(제3조제2항).

생존배우자 외의 자를 위한 유산분여에서는 여전히 부양이 가장 중요한 요소가 된다(제1조제2항(b)). 따라서 유산분여를 청구하는 자는 피상속인이 유언 당시 청구인을 위해 재정적 배려를 하지 않은 것이 왜 합리적이지 않은지를 스스로 증명해야 하며, 단순히 친자관계가 있다는 등의 사정만으로 유산분여를 청구하지는 못한다.⁴⁰⁾

(3) 분여의 방법

셋째, 법원은 기존의 정기금 지급과 일시금 지급 외에도 현물분여 등 다양한 형태의 분여방법을 재량에 따라 선택할 수 있게 되었다. 즉 법원은 유산분여명령을 할 때 ① 상속재산으로부터 정해진 조건 하에 정기금 지급을 명하거나, ② 특정한 액수의 일시금 지급을 명하거나, ③ 상속재산 중 특정한 재산의 소유권을 이전할 것을 명하거나, ④ 상속재산 중 특정한 재산에 유족을 위한 용익권 설정을 명하거나, ⑤ 혼후계약서의 내용을 변경하는 등 다양한 방법 중 하나 또는 여럿을 택할 수 있다(제2조제1항). 단, 정기금지급을 명할 때에는 그 액수가 어떠한 방법으로든 미리 확정될 수 있어야 하며, 정기금 지급에 충당할 상속재산부분을 미리 특정하여 분리해 두어야 하고, 정기금 지급의 충당에 충분한 액수를 초과하여 과도하게 재산을 분리해서는 안 된다(제2조제2항 및 제3항). 또한 정기금지급을 명한 후에도 사정의 변경이 있으면 기존의

40) Re Jennings 사건([1994] Ch 286, CA) 참조.

명령을 변경·종료 또는 유예하는 명령을 할 수 있다(제6조).

(4) 분여시 고려요소

넷째, 법원이 유산분여명령을 내림에 있어서 고려해야 하는 요소에도 변화가 있었다. 즉, 법원은 ① 청구인이 현재 가지고 있거나 장래 가지고 있을 개연성이 있는 재정적 자원 및 재정적 필요⁴¹⁾, ② 다른 청구인이 현재 가지고 있거나 장래 가지고 있을 개연성이 있는 재정적 자원 및 재정적 필요, ③ 상속재산 수증자가 현재 가지고 있거나 장래 가지고 있을 개연성이 있는 재정적 자원 및 재정적 필요, ④ 피상속인이 그의 배우자(청구인이 배우자인 경우에 한한다.) 또는 상속재산 수증자에 대해 지고 있는 의무와 책임, ⑤ 피상속인의 상속적극재산의 규모와 성질, ⑥ 청구인인 피상속인의 배우자 또는 상속재산 수증자의 신체적·정신적 장애, ⑦ 청구인 기타 제3자의 행위태양 그 밖에 관련 있는 제반 사정 등을 고려하여야 한다(제3조제1항).

또한 법원은 청구인이 배우자인 경우에는 ① 청구인의 연령과 혼인기간, ② 청구인이 가사 또는 돌봄 노동에 의해 피상속인의 가족의 복리에 기여한 정도를 특별히 고려하여야 한다(제3조제2항). 배우자의 유족유산분여 액수를 결정할 때 이혼시 재산분할의 정도와 균형을 이루고자 하였던 입법자의 의사가 반영된 것이다.

반면 청구인이 자녀 또는 자녀에 준하는 자인 경우에는 ① 청구인이 그동안 교육 또는 훈련받 아왔거나 받을 것이라고 기대되었던 방법, ② 피상속인이 청구인을 부양해 왔는지 여부, ③ 청구인이 자신의 친생자녀가 아님을 알면서 부양을 해온 것인지 여부, ④ 청구인을 부양할만한 다른 사람이 있는지 여부 등을 고려하여야 한다(제3조제3항).

(5) 타인 재산에 대한 추급

다섯째, 유산분여를 위해 필요한 경우 상속개시 당시 피상속인 소유에 속하지 않는 재산에까지 추급할 수 있는 제도가 신설되었다. 다만, 이와 같이 타인 재산에 대해 추급하기 위해서는 세 가지 요건을 만족하여야 한다. 즉, ① 피상속인 사망 전 6년 이내에 피상속인이 유산분여청구권을 해할 의사로 처분행위를 하였을 것, ② 처분의 상대방 또는 처분에 의해 이익을 받을 자 기타의 자(이하 ‘수증자(donee)’라고 한다.)에 의해 처분에 대한 완전한 대가가 지급되지 않았을 것, ③ 법원에 의한 권한행사가 이 법에 따른 청구인의 유산분여청구권 행사에 도움이 될 것이라는 요건이 그것이다. 이러한 요건이 갖추어진 경우에 법원은, 현재 수증자가 그 재산을 보유하고 있는지 여부를 불문하고, 유산분여를 위해 그에게 일정한 금전 기타 재산을 지급할 것을 명할 수 있다(제10조제2항). 다만, 법원은 이러한 명령을 함에 있어서 처분이 내려진 경우, 그 처분의 대

41) 이 요건을 정면으로 다루고 있는 사건으로 Re Jennings([1994] CH 286, CA) 참조. 위 사안에서 A는 B(남편)와 C(아내) 사이에서 태어났으나, B와 C가 이혼한 후 B와 거의 연락을 하지 않은 채 C와 계부 D 사이에서 양육되었다. B는 사망하면서 전재산을 자선단체에 기부하였고, A에게는 아무런 상속재산도 남기지 않았다. B 사망 당시 A는 50세로 사업에서 큰 성공을 거둔 상태였다. 이에 항소법원(Court of Appeal)은 부양의 필요성이 없다는 이유로 A의 유산분여청구를 기각하였다.

가로 지급된 액수, 수증자의 피상속인과의 관계와 행위·재정적 자원 그 밖의 모든 사정을 고려하여야 한다(제10조제6항).

피상속인이 유산분여청구권을 해할 의사로 제3자에게 유언에 의해 금전 기타 재산을 이전해 주기로 하거나 상속재산으로부터 일정한 금액 기타 재산을 지급 내지 이전해 주기로 하는 내용의 계약을 체결하였고, 그 계약의 상대방 또는 그 계약에 의해 이익을 받을 자 기타의 자가 그 계약에 대해 완전한 대가가 지급되지 않은 경우에도 이와 같아서 법원은 유산분여를 위해 그 반환을 명하거나, 아직 그 금액 기타 재산이 지급되지 않아 상속재산 중에 남아 있을 때에는 이를 지급하지 말 것을 명할 수 있다(제11조제2항).

(6) 기타

그 밖에 청구기간이나 사전처분 등과 관련된 규정은 1966년법에 의해 개정된 1938년법과 내용이 동일하다(제4조 및 제5조).

나. 그 후의 개정상황

1975년법은 그 주된 내용과 형태를 유지한 채 현재까지 구속력 있는 법규범으로 작용하고 있다. 다만, 제정 이후 몇 차례에 걸친 개정이 있었다. 가령 1995년 (상속)법개혁법(Law Reform (Succession) Act 1995)은 1975년법을 개정하여 1996년 1. 1. 이후 사망한 피상속인과 그 사망 직전의 2년의 기간 동안 지속적으로 남편 또는 아내의 자격으로 동일한 가구구성원으로 살아온 자에게도 유산분여 청구권을 인정하였다(1975년법 제1조제1항(ba) 및 제1A항). 영국에서 동거커플이 증가함에 따라 동거인 보호의 필요성이 강조된 결과이다.⁴²⁾ 또한 2004년 동성파트너법(Civil Partnership Act 2004)이 제정되면서 유산분여청구권자의 범위 역시 동성파트너에게까지 확대되었으며, 관련된 조문을 모두 정비하였다.

하지만 가장 중요한 개정은 2014년 상속 및 수탁자 권한법(Inheritance and Trustees' Powers Act 2014, 이하 '2014년법'이라고 한다.)에 따른 것이다. 첫째, 위 법은 법관의 재량이 지나치게 커지는 것을 우려하여 1975년법과 관련하여 해석론이 분분하였던 부분들을 입법에 의해 정리하였다. '자녀에 준하는 자' 또는 '피상속인 사망 직전에 피상속인으로부터 전부 또는 부분적으로 부양을 받고 있었던 자'의 개념과 관련된 개정이 그것이다.⁴³⁾ 둘째, 배우자를 위해 유산분여액을 결정할 때 이혼시 재산분할로 받을 수 있었을 급부의 액수를 고려하도록 하였던 1975년법 제3

42) Cretney(2005), p. 513.

43) 2014년법은 1975년법상 ① '자녀에 준하는 자'를 '피상속인의 자녀가 아닌 자로서 혼인 또는 동성파트너와 관련해 피상속인과 한 때 배우자 내지 파트너 관계였거나, 가족과 관련하여 그 밖에 피상속인이 한 때 부모의 역할을 담당하였던 결과 피상속인이 그 가족의 자녀로 간주하였던 자'로(1975년법 제1조제1항(d)), ② '피상속인 사망 직전에 피상속인으로부터 전부 또는 부분적으로 부양을 받고 있었던 자'는 '피상속인이 금전 또는 금전의 가치로 피부양자의 합리적 필요에 실질적인 기여를 한 경우로서 영리적 성격의 약정에 따라 이루어진 기여가 아니었던 자'로 보다 상세히 규정하였다(1975년법 제1조제3항).

조제2항을 일부 수정하여, 재산분할 액수가 유산분여 액수의 상한 또는 하한이 되는 것은 아님을 명시하였다(제3조제2항). 셋째, 자녀 또는 자녀에 준하는 자를 위해 유산분여액을 정할 때 법원은 피상속인이 청구인을 실제로 부양해왔다는 사정을 고려함에 있어 부양의 기간과 근거, 부양에 의해 이루어진 기여의 정도, 피상속인의 청구인에 대한 부양책임의 존부와 정도 등도 모두 고려해야 함을 명시하였다(제3조제3항). 넷째, 2014년법은 1975년법에서 인정하고 있는 다양한 형태의 유산분여방법 외에 법원이 피상속인 재산에 설정된 신탁에 따른 청구권자의 수익권을 변경하는 내용의 명령을 내리는 것도 가능하도록 하였다(제2조제1항(h)).

3. 소결

영국은 우리나라와 같이 법률의 규정에 의해 무조건적으로 일정 비율 이상의 재산을 배우자나 혈족상속인에게 취득시킬 것을 강제하는 내용의 유류분 제도를 두고 있지 않다. 물론 영국에서도 일찍부터 피상속인의 유언 권한 남용으로부터 법정상속인(특히 생존배우자)을 보호할 필요성에 대한 논의가 있었으나, 영국의 입법자는 이 문제를 해결하기 위해 유류분 내지 상속분 선취 제도를 택하는 대신 법원에 의한 유산분여제도를 도입하였다. 유언의 자유를 절대적으로 보장하는 오랜 전통을 지키고, 가족관계의 다양한 태양이 상속재산분할에 반영될 수 있도록 하기 위함이다.

영국의 유산분여제도는 그 청구권자가 점차 확대되고 있을 뿐만 아니라, 분여액을 결정하는 기준도 점차 정교화되고(특히 청구권자가 생존배우자인 경우에는 이혼시 재산분할의 경우에 준하여 분여액을 결정하는 것이 원칙이다.), 피상속인이 유산분여를 회피하기 위해 제3자에게 그 상속재산을 처분한 경우에는 추급까지 가능하도록 하고 있다는 점에서 대륙의 유류분 제도와 점차 근접해가고 있는 측면이 있다.

하지만 영국에서 자녀 등의 유산분여청구권은 '피(血緣)'의 당연한 대가로 확일적으로 주어지는 것이 아니라 부양이라는 특수한 목적을 달성하기 위해 예외적으로 부여되고 있는 것에 불과하다는 점, 생존배우자의 유산분여청구권이라도 그 액수나 분여방법, 제3자에 대한 추급 등에 대한 판단이 확일적이지 않고, 법관의 재량에 맡겨져 있다는 점 등에서 우리나라의 강력한 유류분 제도와의 상당히 차이가 있다.

III. 미국의 경우

1. 유족부양청구권(family allowance) 제도

미국은 영국과 마찬가지로 유언의 자유를 강력하게 보장한다. 미국에서는 영국과 달리 과부산권(寡婦產權, dower)이나 환부산권(鰥婦產權, custesy) 제도⁴⁴⁾가 상당기간 유지되기는 하였으나, 현재는 거의 폐지되거나 무력화되어 있는 상황이다.⁴⁵⁾ 대신 피상속인의 사망으로 인해 부양을 필요로 하는 자가 발생한 경우 상속재산관리절차 중에 유족이 법원에 상속재산으로부터 부양료 지급을 청구할 수 있도록 하는 내용의 유족부양청구권(family allowance) 제도⁴⁶⁾가 발전하였다. 각 주마다 그 구체적인 내용에는 차이가 있으나⁴⁷⁾, 통일유언검인법(Uniform Probate Code)은 피상속인이 부양의무를 지고 있었던 생존배우자 및 미성년자녀, 그리고 피상속인으로부터 사실상 부양을 받고 있었던 자녀들은 상속재산관리 기간 동안 상속재산으로부터 부양을 위한 금전을 받을 수 있다고 규정한다(§2-404(a)). 영국의 유산분여 제도와 유사한 기능을 수행하고 있으나, 그 지급기간이 상속재산관리 기간 중으로 한정될 뿐만 아니라, 상속재산관리 중이라도 1년을 초과할 수 없으며(§2-404(a)), 그 액수도 월 2,250달러를 넘지 않도록 하는 것이 원칙⁴⁸⁾이라는 점에서, 유족부양청구권이 우리 법의 유류분과 유사한 기능을 수행하는 것으로는 보기 어렵다.

2. 부부별산제 법권에서의 강제분(forced share) 제도

영국에서와 마찬가지로 미국에서도 1980년대 이후 가사노동의 가치에 관한 연구들이 활발하게 진행되면서 생존배우자에게 유족부양청구권만을 인정하는 것은 부당한 결과를 가져올 수 있다는 점이 부각되기 시작하였다. 특히 보통법(common law)의 영향에 따라 부부별산제(separate property)를 택하고 있는 미국 대부분의 주에서는 피상속인이 본인 명의로 되어 있는 재산을

44) 미국법상 과부산권 및 환부산권 제도를 소개하고 있는 문헌으로 김기영, “미국유언법과 우리나라 유언법의 유언방식에 관한 소고”, 현대 민법의 과제와 전망(남송 한봉희 박사 화갑기념논문집), 1994, 714면; 홍요셉(2008), 261-262면 참조.

45) 통일유언검인법(UCP) §2-112 역시 과부산권과 환부산권의 폐지를 규정하고 있다.

46) 홍요셉(2008), 262면은 이를 ‘가족부양수당(family allowance)’로 번역하고 있으나, 수당이라는 용어를 사용할 경우 공법상의 사회복지급여와 혼동될 우려가 있으므로, 본 논문에서는 ‘유족부양청구권’이라고 번역하였다.

47) 가령 캘리포니아 주는 통일유언검인법과 유사한 내용의 유족부양청구권 제도를 두면서도, 그 청구권자를 성년인 자녀로서 신체적·정신적 장애로 인해 스스로 생활할 수 없어 피상속인의 부양을 받아왔던 자에게까지 확대하고 있다(캘리포니아 가족법 제6540조(a)).

48) drafted by the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, UNIFORM PROBATE CODE(1969)(Last Amended or Revised in 2010), 2010(이하 ‘UPC’라고 인용한다.), Part 2. Section 2-404 Comment, p.137.

유언에 의해 임의로 처분하는 경우 실제로 그 재산의 취득과 유지에 실질적으로 기여해 온 배우자의 몫을 침해하는 결과로 이어진다는 점이 강조되었다.⁴⁹⁾ 장기간에 걸친 혼인기간 동안 부부가 공동으로 혼인재산을 형성해 왔음에도 불구하고, 재산의 명의가 배우자 중 일방의 명의로 기울어져 있는 경우에 상속재산청산과정에서 이를 조정할 필요가 있다는 것이다.

이로 인해 미국의 각주는 생존배우자를 보호하기 위한 입법에 착수하게 되는데, 영국과 달리 유족부양청구권 제도에 청산적 관점을 반영하는 방식으로 개선하기보다는, 생존배우자를 위한 강제분(forced share) 제도⁵⁰⁾를 창설하는 방향을 택하였다. 이는 각 주의 입법재량에 속하는 것이므로, 주별로 내용에 상당한 차이가 있다.⁵¹⁾ 가령 강제분 제도를 택한 대부분의 주는 상속개시 당시 피상속인이 소유하고 있던 상속재산 중 1/3에 관해 배우자에게 강제분권을 주장할 수 있는 기회를 보장하고 있다.⁵²⁾ 하지만 몇몇 주는 1/2에 상당하는 강제분권을 인정하기도 하고, 강제분을 주장하기 위해 일정 기간 이상의 혼인기간의 존속이나 미성년자녀의 존재, 부양능력이 없을 것 등의 요건을 추가적으로 요구하는 경우도 있다. 피상속인이 생전처분하거나 신탁한 재산에까지 강제분으로 지급할 수 있는지 여부도 주마다 규정이 다르다.

3. 부부공동재산제 법권에서의 유류분 제도

미국 대부분의 주는 영국과 같은 보통법(common law) 법권에 해당하나, 대륙법체계를 택하고 있는 주도 없지 않다. 네바다, 뉴멕시코, 루이지애나, 아리조나, 아이다호, 위스콘신 워싱턴, 텍사스, 캘리포니아 등의 주가 이에 해당한다. 이러한 주들은 부부재산제에 관하여 주로 부부공동재산제(community property)를 택하고 있으므로, 부부별산제를 택하고 있는 주들에 비해 사망이나 이혼으로 인한 혼인관계 해소시에도 생존배우자의 재산권이 침해될 우려가 적으나, 대륙법과 마찬가지로 유류분 제도를 정면으로 채택하는 경향이 있다. 루이지애나 주가 대표적이다.

루이지애나 주는 프랑스 민법상의 유류분 제도를 계수하여 1825년부터 1995년까지 피상속인

49) 이러한 제도의 취지를 소개하고 있는 문헌으로 가정준, “유언의 자유와 제한을 통해 본 유류분제도의 문제점과 그 개선방안”, 비교사법 제24권제3호(2017), 1293면 참조.

50) 가정준(2017), 1293면; 이동진(2019), 184면은 이를 ‘유류분’이라고 번역하고 있고, 실제로 이 제도가 미국에서 유류분으로서의 기능을 하고 있는 것이 사실이나, 우리나라에서 일반적으로 받아들여지고 있는 ‘유류분’과는 청구권자의 범위가 그 효력에 있어 큰 차이가 있으므로 본 논문에서는 ‘강제분’이라는 용어를 사용하였다.

51) 가령 뉴욕주는 피상속인이 1930.8.31.부터 1966.9.1.까지 사이에 사망한 경우로서 생존배우자에게 피상속인과의 사이에 직계비속이 있는 때에는 상속재산의 1/3까지, 그 밖의 경우에는 1/2까지를, 피상속인이 1992. 9. 1. 전에 사망한 경우에는 상속재산의 1/3 또는 5만달러 중 큰 액수를 생존배우자에게 강제분으로 보장하고 있다(뉴욕 상속·권한 및 신탁법 §5-1).

52) UPC, Part 2. General Comment, p.72. 이는 과부산권의 전통이 반영된 것이라고 한다. UPC, Part 2. Section 2-202 Comment, p.84 참조. 그밖에 미국법상 강제분 제도에 대해 간략히 소개하고 있는 문헌으로 가정준(2017), 1292-1302면; 이동진(2019), 184-185면 참조.

에게 직계비속인 상속인이 1명인 경우에는 재산의 2/3까지, 2명인 경우에는 재산의 1/2까지, 3명 이상인 경우에는 재산의 1/3까지만 피상속인이 자유롭게 유증 또는 생전처분을 할 수 있도록 하고 이를 초과하는 부분의 유증이나 생전처분의 효력을 부정하였다.⁵³⁾ 이러한 유류분 제도가 유언의 자유를 지나치게 제약한다는 비판에도 불구하고, 루이지애나 주 의회는 1921년 유류분 제도의 폐지를 금지하는 내용의 헌법 조문까지 신설하면서 유류분 제도를 고수하였다.⁵⁴⁾ 다만, 당시에 루이지애나 헌법 제16조는 교육적·자선적 또는 종교적 목적인 경우에는 상속신탁 내지 유언신탁이 가능하다고 규정함으로써 유류분 제도의 적용을 피할 수 있도록 하였다.

하지만 위와 같은 예외 조항과 유류분 제도의 꾸준한 개선에도 불구하고 유류분 제도에 대한 반감은 점차 커져서 1995년 루이지애나 헌법은 드디어 23세 이하의 직계비속 상속인 또는 정신적·신체적 장애로 인해 스스로를 돌볼 수 없거나 자신의 재산을 관리할 수 없는 상속인(이하 '강제상속인(forced heir)'이라고 한다.)에 대해서만 유류분 제도를 유지하는 것으로 개정되었다(루이지애나 헌법 제12장 제5조).⁵⁵⁾ 따라서 현재 루이지애나 민법에 따르면 상속개시 당시 피상속인에게 강제상속인이 1명 존재하는 경우에는 상속재산의 1/4을 초과하는 부분에 대해서만, 강제상속인이 2명 이상인 경우에는 상속재산의 1/2을 초과하는 부분에 대해서만 피상속인이 유증 또는 증여에 의해 이를 처분할 수 있다(루이지애나주 민법 제1493조 내지 제1495조).

4. 통일유언검인법(Uniform Probate Code) 법권에서의 선택분(elective share) 제도

각 주마다 다양한 형태를 택하고 있는 미국 상속법을 통일하기 위해 국가통일법위원회협의회(National Conference of Commissioner on Uniform State Laws)는 1969년 최초로 통일유언검인법(Uniform Probate Code, 이하 'UPC'라고 한다.)을 제정하였다. 하지만 그 후 재혼가정이 급속도로 증가하고, 혼인경제공동체이론(economic partnership theory of marriage 또는 marital-sharing theory)이 확산되면서 UPC는 1990년 기존의 법정상속 제도 및 생존배우자의 선택분(elective share)⁵⁶⁾ 제도를 대폭 개정하였다.⁵⁷⁾

53) 1808년 민법전 제정 당시에는 이와 달리 피상속인에게 직계비속인 상속인이 1명 이상 있는 경우에는 상속개시 당시 재산의 1/5을, 직계존속인 상속인이 1명 이상 있는 경우에는 상속개시 당시 재산의 1/3을 초과하지 않는 한도에서만 인정하였으며, 1825년 이후에도 피상속인에게 직계존속인 상속인이 있는 경우에 그의 유류분을 어디까지 인정할 것인지에 대해서는 법률이 계속 개정되었다. 1808년부터 1995년까지 루이지애나주법상 유류분 제도의 개정 경과에 대해 자세히는 조상희, “미국 루이지애나(Louisiana) 법에서의 유류분 제도의 편찬”, 일감법학 제36권, 2017, 79-85면.

54) 자세한 경위에 대해서는 조상희(2017), 83면.

55) 자세한 경위에 대해서는 조상희(2017), 86-86면.

56) UPC 상의 선택분(elective share) 제도는 종래 부부별산제를 택하고 있었던 보통법권의 주에서 사용해진 '강제분(forced share)' 제도와 동일한 것이다. 다만, 배우자는 상속재산관리절차 중 그 권리의 행사 여부를 선택할 수 있다는 점에서 UPC는 '강제분' 대신 '선택분'이라는 용어를 차용하였다. UPC, Part 2. General Comment, p.72 참조.

1969년 UPC상의 선택분 제도의 경우, 상속개시 당시 피상속인 명의로 되어 있었던 상속재산 중 1/3에 관해 일률적으로 생존배우자에게 권리를 인정할 결과 혼인기간이 장기였던 경우에 배우자의 기여도를 충분히 반영하지 못하는 반면, 혼인기간이 단기인 경우에는 기여에 비해 지나치게 많은 액수를 받아가게 된다거나, 혼인 중 공동으로 형성한 재산이 주로 생존배우자의 명의로 되어 있는 경우 생존배우자는 그에 더해 선택분까지 받게 되어 지나치게 많은 재산을 청산받게 된다는 등의 단점이 있었기 때문이다.⁵⁸⁾

이러한 인식 하에 1990년 UPC는 생존배우자에게 선택분을 인정하면서도, 그 비율을 획일적으로 강제하는 대신, 혼인기간의 장단에 따라 선택분의 액수가 결정되도록 하였다.⁵⁹⁾ 다만, 1990년 UPC에서는 생존배우자가 받아갈 수 있는 선택분이 50%라는 점이 선명하게 드러나지 않았으므로, 2008년 개정 UPC는 이를 보다 선명하게 표현하였다.⁶⁰⁾ 즉, UPC는 상속개시 당시 부부의 총재산에 혼인존속기간에 따라 정해진 비율⁶¹⁾을 곱한 후, 그 중 1/2을 생존배우자의 선택분으로 인정한다(§ 2-202(a)). 하지만 각 주는 이러한 비례적 방법을 택하는 대신 1983년 모델혼인재산법(Model Marital Property Act 1983)과 같이 개별판단을 하는 방법을 선택할 수도 있다(§ 2-202(b) Alternative B).

또한 기존 보통법상의 강제분 제도나 1968년 UPC상의 선택분 제도에 따르면 피상속인이 생전에 재산을 처분하여 생존배우자의 권리를 무력화시킬 우려가 있었으므로⁶²⁾, 1990년 UPC는 선택분을 계산함에 있어 부부의 총재산에 상속개시 당시 피상속인 본인 소유의 재산뿐만 아니라, 생존배우자 소유의 재산과 피상속인이 제3자나 생존배우자에게 생전처분한 재산, 생존배우자가 제3자에게 생전처분한 재산까지 모두 포함하여 계산하도록 하였다(§ 2-203(a)).⁶³⁾ 이혼시 재산분할절차에서 부부간의 재산관계가 청산의 목적으로 재배치되는 것과 마찬가지로, 상속에서도 유사한 방식으로 청산이 이루어질 수 있도록 하는 것이다.

한편 UPC는 선택분 제도가 일방 배우자 사망 후 생존배우자 부양의 기능도 담당한다는 점을 고려하여 재산의 규모에 따라 생존배우자가 부양의 필요 정도에 비해 지나치게 적거나 많은 재산을 받아가는 일이 발생하지 않도록 이를 보충할 수 있는 규정을 마련하였다.⁶⁴⁾ 선택분에

57) UPC, Part 2. General Comment, p.70 참조.

58) UPC, Part 2. General Comment, pp.71-73.

59) UPC상 선택분 제도에 대해 자세히 소개하고 있는 문헌으로 가정준(2017), 1294-1300면; 이동진(2019), 184-185면.

60) UPC, Part 2. General Comment, pp.74-75.

61) 그 비율은 최소 3%(혼인기간이 3년 이하인 경우)부터 최대 100%(혼인기간 15년 이상인 경우)까지이며, 혼인개시 후 첫 2년을 제외하고는 혼인기간이 1년 증가할 때마다 그 비율도 6% 또는 8% 증가하도록 설계되어 있다(UPC § 2-203(b) Alternative B).

62) UPC, Part 2. General Comment, p.81.

63) 피상속인이 제3자에게 생전처분한 재산의 범위에 대해서는 UPC § 2-205에, 피상속인이 생존배우자에게 생전처분한 재산의 범위에 대해서는 UPC § 2-206에, 생존배우자가 제3자에게 생전처분한 재산의 범위에 대해서는 UPC § 2-207에, 그리고 그 재산으로부터 제외되는 예외에 대해서는 UPC § 2-208에 상세한 조문이 마련되어 있다.

의해 받을 수 있는 금액이 75,000달러⁶⁵⁾에 달하지 않은 경우에는 그 금액에 달할 때까지 보충적 선택분(supplemental elective share)을 주장할 수 있도록 한 것이다(§ 2-202(b)). 반면 피상속인의 직계비속에게는 아무리 부양의 필요성이 인정되더라도 선택분이 인정되지 않는 것이 원칙이다.⁶⁶⁾

또한 선택분을 주장하려는 자는 피상속인이 사망한 때로부터 9개월 내에 또는 피상속인의 유언검인절차시로부터 6개월 내에 법원에 소를 제기하고, 상속재산관리인에게 이를 송달하여야 한다(§ 2-221(a)). 단, 법원의 허가를 받아 이를 연장할 수 있다(§ 2-221(b)).

UPC는 2019년 현재 네브래스카, 노스다코타, 뉴멕시코, 뉴저지, 매사추세츠, 메인, 몬타나, 미네소타, 미시건, 사우스다코타, 사우스캐롤라이나, 아리조나, 아이다호, 알래스카, 유타, 콜로라도, 펜실베이니아, 하와이 등 총 18개주에서 채택하고 있으나⁶⁷⁾, 이를 채택한 주라도 실제 UPC의 내용을 상당 부분 수정하여 주법에 반영하기도 하고, 이를 채택하지 않은 주들도 UPC의 내용에 약간의 수정을 가하는 방식으로 주법에 반영하기도 하므로, 실제 몇 개의 주가 UPC와 동일한 내용의 선택분 제도를 두고 있는지는 파악하기 어렵다.

5. 소결

미국은 우리나라와 같은 유류분 제도를 두고 있지 않다. 다만, 피상속인 사망 후 생존배우자의 부양 확보를 위해서는 영국의 유산분여제도보다 훨씬 약한 효력의 유족부양청구권 제도를, 생존 배우자의 정당한 청산을 확보하기 위해서는 강제분 내지 선택분 제도를 두고 있을 뿐이다. 하지만 각주가 채택하고 있는 확실적인 강제분 내지 선택분 제도가 개별 가정의 구체적 상황(특히 혼인 기간의 장단과 기여의 정도)을 제대로 반영하지 못한다는 인식하에 UPC는 혼인기간에 따라 선택분을 달리 계산할 수 있는 방안을 고안하고 있다. 또한 직계비속은 원칙적으로 피상속인의 자유로운 상속재산의 처분으로부터 보호받지 못한다. 미국의 일부 주는 한 때 대륙법식의 유류분 제도를 채택하기도 하였으나, 유언의 자유를 침해한다는 비판 끝에 직계비속의 경우에는 부양을 필요로 하는 경우에 한하여 유류분권을 인정하는 것으로 후퇴하기도 하였다.

64) UPC, Part 2. General Comment, pp.79-80.

65) 2008년 이전에는 50,000달러가 기준이었으나, 2008년 UPC 개정에 의해 상향조정되었다. UPC, Part 2. Section 2-202 Comment, p.84 참조.

66) 물론 직계비속이 유언 성립 당시 아직 출생하지 않았거나 입양되지 않았던 경우 또는 피상속인이 직계비속이 자신보다 먼저 사망했다는 착오에 빠진 관계로 애초부터 상속으로부터 배제된 경우에는 일정한 조건 하에 상속분을 주장할 수 있다(UPC § 2-302).

67)

<https://www.uniformlaws.org/committees/community-home?CommunityKey=a539920d-c477-44b8-84fe-b0d7b1a4cca8> (2019. 4. 14. 최종방문). 플로리다 주는 1989년 UPC를 채택하였으나, 그 후 채택 주의 목록으로부터 제외되었으며, 유타주는 1969년판 UPC 버전을 채택하고 있다.

IV. 결론: 영국과 미국의 사례로부터의 시사점

유류분 제도의 개선 방안에 대해서는 이미 수많은 선행연구가 축적되어 있다. 형제자매에게 까지 유류분청구권을 인정할 필요는 없다는 견해⁶⁸⁾, 직계비속의 경우에는 미성년자에 한해 유류분청구권을 인정해야 한다는 견해⁶⁹⁾, 직계비속이라도 손자나 대습상속인에게는 유류분청구권을 인정할 필요가 없다는 견해⁷⁰⁾ 등과 같이 현행 민법이 직계혈족의 유류분을 과도하게 보호하고 있다는 시각에 입각한 견해가 가장 자주 등장한다. 청산의 관점을 중시하여 생존배우자의 유류분 비율을 상향조정할 필요가 있다는 견해도 유력하다.⁷¹⁾ 최근에는 법정상속분 내지 상속재산의 규모에 유류분 비율을 연동시켜 상속재산의 규모가 큰 경우에는 유류분비율을 감축 하자는 견해도 등장하였다.⁷²⁾

최근에는 현행 유류분 제도의 부당함은 당사자들의 의사나 구체적 사정을 반영할 방법이 없다는 데에서 비롯한다는 시각 하에 유류분의 사전포기 제도를 도입하자거나⁷³⁾, 피상속인과 유류분청구권자 간의 관계를 고려하여 유류분권 상실·제한 또는 박탈 제도를 도입하자는 견해⁷⁴⁾도 증가하고 있다. 당사자의 청구가 있는 경우에는 법원이 피상속인과 유류분권리자와의 관계, 상속재산의 형성·유지에 대한 유류분권리자와 반환의무자의 기여도, 유류분권리자와 반환의무자의 연령 및 부양필요성, 그 밖의 사정을 참작하여 유류분을 감축할 수 있도록 해야 한다는 견해⁷⁵⁾도 이와 같은 맥락이다.

오로지 유산기부를 활성화할 목적으로 매우 좁게 개선방안을 제시하는 견해도 있다. 유류분 반환청구권을 무제한적으로 인정하면 재단법인이 소멸할 수도 있으므로 법인의 공익성을 감안하여 그 존립에 영향을 미치지 아니하는 범위에서 유류분권을 행사할 수 있도록 일정한 제한을 가하는 규정을 명문화하자는 견해가 그것이다.⁷⁶⁾

68) 김민중, “유류분제도의 개정에 관한 검토 -외국의 유류분제도와 비교를 중심으로-”, 동북아법연구 제4권 제2호(2010), 121-122면; 서종희, “기부활성화를 위한 기부연금제 도입에 있어서의 한계”, 외법논집 제43권 제1호(2019), 66-67면; 이동진(2019), 195면; 이은영(2004), 201-202면; 최금숙, “가족법 개정에서의 몇 가지 고찰”, 아세아여성법학 제19호(2016), 37면 각주 45); 홍요셉(2008), 264면.

69) 가정준(2017), 1303면.

70) 김민중(2010), 122면; 이동진(2019), 195면.

71) 가정준(2017), 1303-1304면; 광동현, “유류분제에 관한 몇 가지 문제”, 법학논고(경북대) 제12집(1996), 20-21면; 이동진(2019), 196면; 이은영(2004), 202-203면; 최금숙(2016), 35-36면; 홍요셉(2008), 264-265면.

72) 이동진(2019), 196-197면.

73) 김민중(2010), 144-146면; 이동진(2019), 202면.

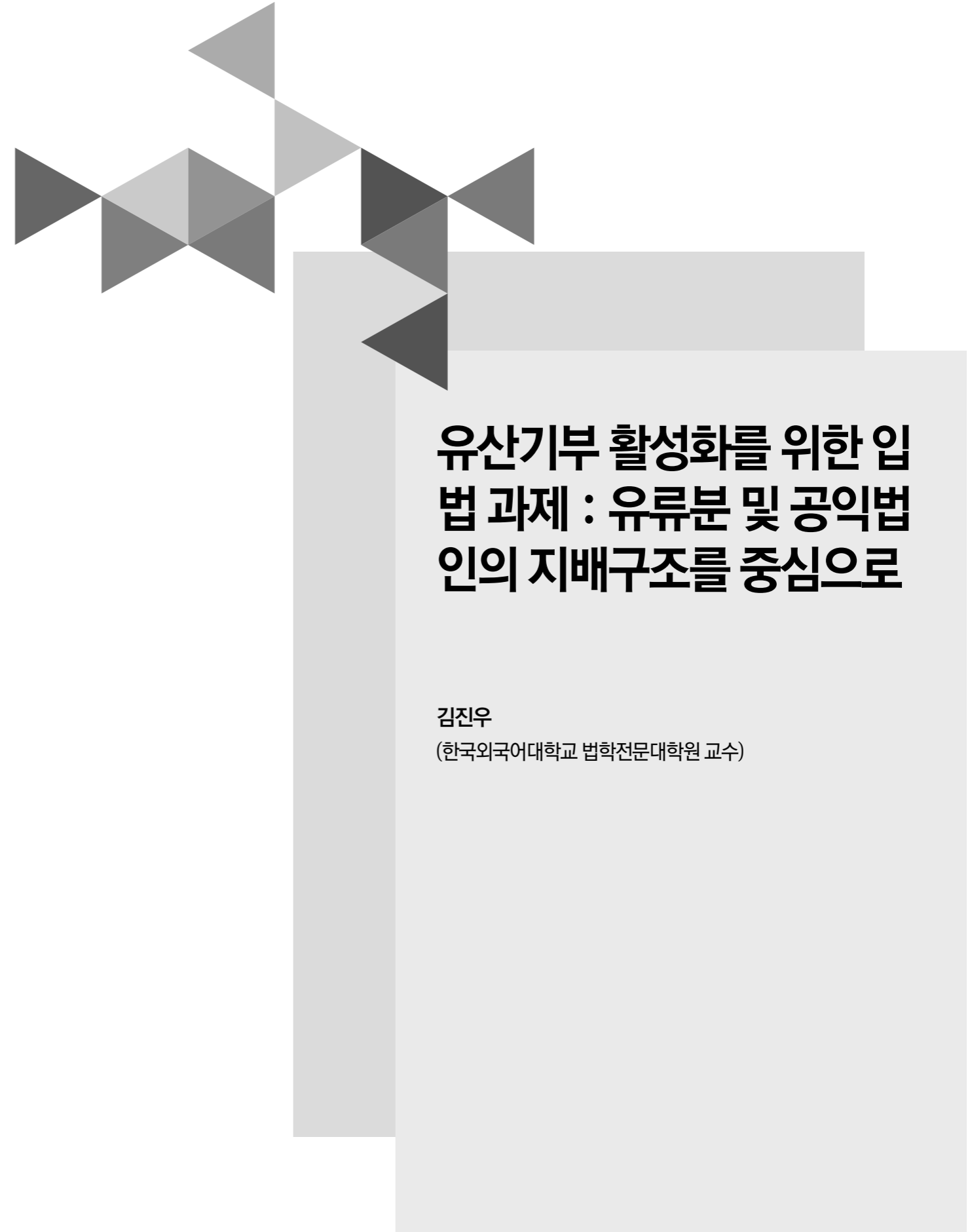
74) 김민중(2010), 146-149면; 김상용(2007), 677-679, 683-685면; 이동진(2019), 197면(단, 위 견해는 유류분 박탈이 아닌 상속분 박탈 제도의 도입을 지지한다.); 홍요셉(2008), 264면.

75) 김상용(2007), 673-675면; 김상용(2016), 1007-1008면; 최금숙(2016), 37면.

76) 광동현(1996), 22면. 반면 고상현(2010), 242-245면은 유류분에 공익법인만을 위한 특칙을 두는 것에 반대한다.

이 모든 견해들은 나름의 의미가 있으며, 충분히 존중받을 만 하다. 하지만 영국과 미국의 사례에 비추어 볼 때 보다 근본적인 차원에서 ‘유류분’ 자체의 비율을 반드시 법률에 의해 정해 놓아야 하는가 하는 의문도 제기되는 것이 사실이다. 물론 영국의 유산분여제도와 같이 언제나 법관의 재판에 의해 그 액수가 확정되도록 하는 것은 과도한 사회적 비용을 초래할 수도 있고, 증명의 어려움으로 인해 사실상 상속인들의 유류분권보다 피상속인의 유언의 자유를 우대하는 결과를 초래할지도 모른다.⁷⁷⁾ 하지만 오히려 경직된 유류분 제도로 인해 발생하는 분쟁해결비용과 지난 60년간 우리 가사재판의 발전과 가정법원의 물적·인적 인프라를 고려해보면 개별사안별 접근방식이 더 효율적일 수도 있다. 이혼으로 인한 재산분할청구권의 정신을 상속법의 영역에서 실현해야 할 필요성을 고려하면 더욱 그러하다.

혈족상속인의 경우에도 획일적인 유류분 제도의 폐해가 점차 심각해지고 있다. 우리나라에서 유류분 제도가 사인간의 관계에서 헌법상 평등의 이념을 구현하기 위한 수단으로 사용되고 있는 점을 고려할 때 미국과 같이 혈족상속인의 유류분을 원칙적으로 부정하는 방향으로 나아가기 힘들 것이나, 적어도 영국과 같이 부양의 필요성에 따른 유연한 접근은 가능하지 않을까.⁷⁸⁾ 이러한 접근방식은 혈족상속권을 해치지 않으면서도 피상속인의 의사를 최대한 실현할 수 있도록 할 뿐만 아니라, 특별히 부양을 필요로 하지도 않는 혈족이 아니라 진정으로 도움을 필요로 사람에게 그 재산이 분배될 수 있도록 함으로써 공익을 실현하는데 이바지할 수 있을 것이다.



유산기부 활성화를 위한 입 법 과제 : 유류분 및 공익법 인의 지배구조를 중심으로

김진우
(한국외국어대학교 법학전문대학원 교수)

77) 이 점을 지적하고 있는 문헌으로 김수정(2006), 191면; 이동진(2019), 194면 참조.

78) 부양의 필요성에 따라 유류분권리자의 범위와 유류분 비율의 수정이 필요하다는 견해로 박세민, “유류분제도의 현대적 의의”, 일감법학 제33호(2016), 112-113면 참조.

유산기부 활성화를 위한 입법 과제

- 유류분 제도 및 공익법인의 지배구조에 대한 규제를 중심으로 -

김진우

한국외대 법학전문대학원 교수/공익활동법센터장

I. 들어가며

(1) 우리 국민 중에는 고령이나 질병으로 인한 죽음을 앞두고 자신의 재산 전부 또는 일부를 공익활동을 위하여 기꺼이 바치고자 하는 사람들이 있는데, 이러한 형태의 기부를 흔히 “유산기부”라고 한다. 즉 유산기부는 피상속인이 유언으로 상속재산(유산)의 전부 또는 일부를 공익목적¹⁾을 위하여 출연하기로 약정하는 것(기부¹⁾)을 말한다.²⁾ 이러한 유산기부는 고령화시대 및 핵가족을 배경으로 앞으로 점점 더 증가할 것이며, 특히 불모지나 다름없는 우리나라에서는 발전의 여지가 크다고 하겠다.³⁾

(2) 그러나 유산기부의 활성화를 위해서는 법제도 인프라의 개선이 절실히 요청된다. 피상속인이 유언에 의한 기부를 해도 유족이 피상속인의 사망 후 유류분권을 이유로 이행을 거절한다면 피상속인의 유지(遺志)는 아예 실현되지 못하거나 부분적으로만 실현될 위험이 있다. 유류분권리자는 유증 사실을 안 때로부터 1년, 상속이 개시한 때로부터 10년이 경과하기까지는 유류분을 침해하는 기부행위에 대하여 그 이행을 거절할 수 있기 때문이다. 그 점에서 유류분 제도는 유산기부에 대한 최대의 법적 장애물이라고 할 수 있다.

(3) 현행 유류분 제도는 피상속인이 생전에 비록 스스로 재산을 형성했다 하더라도 그의 사후에

1) 기부(Spende)는 우리 현행법에 정의되지 않았지만 공익활동을 위한 자발적·종국적 무상출연이라고 할 것이다. 이 개념에 관한 상세는 김진우, “기부금품법의 몇 가지 사항에 관한 개정방안”, 한양법학 제27권 제4집, 2016, 291면 이하.

2) 2018. 2. 8. 원혜영의원실에서 개최된 유산기부 활성화를 위한 간담회에서의 사회복지공동모금회 자료는 유산기부 절차를 기부상담 및 유산기부서약 → 유언공증(공정증서 작성) → 유언집행 및 예우(유언자 사망 후 절차)로 나누어 설명하고 있다.

3) 미국과 영국의 경우 전체 기부금액에서 유산기부 비중이 각 8%와 33%에 이르지만, 우리나라는 0.5%에 불과한 것으로 알려져 있다. 조선일보 2013. 10. 16., 6면.

그 재산의 운명을 자유롭게 결정할 수 없게 만든다. 그 제도는 법정상속분의 1/2 또는 1/3에 해당하는 몫을 근친과 생존배우자에게 절대적으로 보장한다. 이 권리는 근친과 배우자가 피상속인의 재산 형성에 기여했는가와는 완전히 무관하게 인정된다. 그들의 경제적 상황과 감정적인 결속 여부도 아무런 역할을 하지 못한다. 유류분권리자는 직계비속, 배우자, 직계존속, 형제자매이다(민법 제1112조). 이러한 유류분 제도는 강행적 가족상속과 무제한적 유언자유 사이의 타협의 산물로 받아들여져 왔다.⁴⁾ 그러나 현재 이러한 유류분 제도에 대하여는 반감(反感)도 커지고 있다. 유언 관련 상담 실무에서는 상속재산을 유류분권의 제약 없이 처분하거나 상속시키고 싶다는 요구가 빗발치고 있다고 하며, 공익목적에 위한 출연에 대해서는 유류분에 대한 특전을 인정해야 한다는 목소리도 등장하고 있다. 이러한 상황에서 유류분 제도의 존재의 내지 정당화사유를 검토함으로써 유류분 제도의 재설계 가능성을 탐색해 보아야 한다.

(4) 한편 「공익법인의 설립·운영에 관한 법률(공익법인법)」은 공익법인의 이사회를 구성할 때 대통령령으로 정하는 특별한 관계가 있는 자(이하 “특수관계자”라 한다)의 수는 이사 현원(現員)의 1/5을 초과할 수 없도록 하고 있다. 이와 더불어 「상속세 및 증여세법(상증세법)」도 출연자 또는 그의 특수관계인이 대통령령으로 정하는 공익법인등의 현재 이사 수의 1/5을 초과하여 이사가 되거나, 그 공익법인등의 임직원(이사는 제외한다)이 되는 경우에 가산세를 부과한다. 또한 「상증세법 시행령」은 상속인이 출연받은 공익법 등의 이사 현원의 1/5을 초과하여 이사가 되거나 이사의 선임 등 공익법인 등의 사업운영에 관한 중요사항을 결정할 권한을 가지고 있는 경우에는 공익법인에 출연한 재산에 대해서는 상속세 과세 불산입 혜택을 박탈당하도록 규정하고 있다. 위와 같은 이사회 구성에 관한 규제 역시 유산기부의 활성화에 장애요소라고 할 수 있다. 이사가 될 수 없는 자녀가 유류분권을 행사할 가능성이 있기 때문이다. 따라서 현행법에 따른 제약의 완화가능성을 타진해 보아야 한다.

4) 김주수/김상용, 친족상속법, 제15판, 2018, 859면; 윤진수, 친족상속법 강의, 제2판, 2018, 557면.

II. 유류분 제도의 문제점과 개선방안

1. 문제점

입법자는 누가 상속을 받아야 하는지와 관련하여 원칙적으로 두 가지 가능성 중에 어느 하나를 선택할 수 있을 것이다. 하나는 피상속인으로 하여금 자유롭게 그의 재산을 처분할 수 있도록 하는 것이다(유언의 자유). 둘은 피상속인의 처분의 자유를 박탈하여 그의 재산을 일정 규칙에 따라 그의 배우자와 근친에게 배분되도록 하는 것이다(가족상속). 그러나 우리 민법은 대개의 대륙유럽법계와 마찬가지로 유언의 자유를 인정하면서도 유류분에 의하여 이를 제한하는 절충적 입장을 취하고 있다.

유류분이란 법정상속인을 보호하기 위하여 상속인에게 유보된 상속재산에 대한 최소한의 법정 비율이다.⁵⁾ 이러한 유류분은 일반적으로 유언의 자유를 무제한으로 인정할 경우 발생할 수 있는 부작용, 즉 법정상속인의 생계가 어려워지는 상황을 극복하려는 데 있다고 설명되어 왔다. 즉 사후부양기능 내지 유족생활보장기능이 유류분 제도의 핵심 근거라고 한다.⁶⁾ 그 밖에 유류분 제도는 가족구성원 사이의 유대 기능, 공동상속인 사이의 상속의 공평성 유지 기능을 가진다고 한다.⁷⁾

문제점을 명확히 하기 위하여 몇 가지 사례를 들어 논의를 전개한다.

〈사례 1〉 부부가 이미 경제적으로 자립한 성년의 자녀를 배제하고 각각 생존배우자에게 자신의 재산 전부를 물려주고자 한다.

〈사례 2〉 자녀 없는 부부 각자가 사망할 경우 생존배우자가 피상속인의 각각의 부유한 부모와 상속재산을 분배해야 하는 사태를 피하고 싶다.

5) 윤진수, 친족상속법 강의, 제2판, 557면; 정구태, “공동상속인 간의 유류분 반환과 특별수익”, 가족법연구 제24권 제3호, 2010, 456-457면.

6) 윤상현의원 대표발의, 민법 일부개정법률안, 제398호, 2016. 6. 22.의 “제안이유 및 주요내용”은 “현행법은 일정 범위의 상속인에 대하여 피상속인의 재산 중 일정한 비율 확보할 수 있게 함으로써 피상속인의 사후에도 생계의 기초를 유지할 수 있도록 배려하기 위하여 유류분제도를 마련하고 있음”이라고 한다; 김주수/김상용, 친족상속법, 제15판, 2018, 859면; 한봉희/백승희, 가족법, 2013, 644면; 정구태, 가족법연구 제24권 제3호, 2010, 457-458면.

7) 정구태, “유류분제도의 존재이유에 대한 현대적 조명: 유류분제도 비판론에 대한 비판적 검토”, (단국대) 법학논총 제33권 제2호, 715면 이하; 가정준, “유언의 자유와 제한을 통해 본 유류분제도의 문제점과 그 개선방안”, 비교사법 제78호, 2017, 1280면 이하.

〈사례 3〉 처와 사별한 피상속인에게는 아들과 딸이 있다. 그는 자신의 전 재산을 직업적으로 성공하고 부유한 집안의 배우자와 혼인한 아들을 대신하여 아프고 경제적으로 불우한 환경에서 살고 있는 딸에게 물려주고 싶어 한다.

〈사례 4〉 외동딸은 피상속인과 말다툼을 벌인 뒤 피상속인과 수년 동안 전혀 접촉을 하지 않았고 손자를 볼 수 없게 하였다. 피상속인은 자신의 전 재산을 그의 노년을 돌보았던 조카에게 물려주고 싶어 한다.

현행 유류분 제도는 지나치게 경직되어 있다. 위 〈사례 1〉부터 〈사례 4〉까지 모두 유류분으로 인하여 피상속인의 희망이 실현될 수 없기 때문이다. 〈사례 1〉부터 〈사례 3〉까지에서 피상속인이 보다 많은 유언의 자유를 바라는 것은 이기주의나 특정 가족구성원에 대한 적대감에 기한 것이 아니라 오히려 가족에 대한 책임과 유대의식에 입각한 것이다. 즉 그것은 고령 배우자의 생활보장, 특히 부양을 요하는 자녀에 대한 지원을 위한 것이다. 그리고 〈사례 4〉에서 피상속인이 조카에게 재산을 물려주려고 하는 것은 피상속인이 가족적 유대의식을 일반적으로 거부해서가 아니라 유류분권을 가진 직계비속의 가족적 유대의식의 결여로 인한 것이다. 현행법의 범주 내에서는 피상속인의 희망이 아무리 좋은 의도를 가지고 객관적으로 수긍할만한 이유를 갖더라도 유류분의 질곡으로부터 벗어날 수 없다. 이것은 우리 유류분 제도의 개정이 필요한 이유를 알려준다. 아래에서는 먼저 외국의 법상황을 살펴본 후 우리 법의 개정 여부를 논한다.

2. 외국의 법상황

가. 영미법

(1) 영국

영국은 대륙유럽법계와 같은 유류분 제도를 알지 못한다. 그곳에서는 18세기에 강행적 가족 상속이 폐지된 이래 유언자유의 원칙⁸⁾이 지배한다. 이로부터 발생하는 경직성을 완화하기 위하여 법원에 대하여 부양을 요하는 가족구성원의 부양을 명할 수 있도록 권한이 부여되었다. 1975년의 「상속(가족 및 피부양자를 위한 부양조치)법(Inheritance [Provision for Family and Dependents] Act 1975)」⁹⁾에 규정된 “가족분여분(family provisions)”이 그것이다. 이것은 피상속인의 유언에

8) Hoser, Family Provision for Non-Spouse Dependents, 14 Family Law 171, 1984는 이를 “보통법(common law)의 주춧돌(corner-stone of the common law)”이라고 비유한다.

9) 그 전신(前身)은 1938년의 상속법(Inheritance [Family Provision] Act 1938)이다.

의하여 합리적인 분여분(reasonable financial provision)을 받지 못한 자가 상속재산의 분여를 요구할 수 있는 부양청구권이다.¹⁰⁾ 부양을 요하는 생존배우자, 생활동반자(civil partner), 직계비속 및 피상속인으로부터 그의 사망 시까지 부양급부를 받던 자가 청구권자이다.¹¹⁾ 1995년의 법률개정(Law Reform [succession] Act 1995)을 통해 비혼 배우자(cohabitant)도 청구권자에 포함되었다.¹²⁾ 직계존속과 형제자매는 청구권자가 될 수 없다.

부양청구권은 재판상 주장되어야 한다.¹³⁾ 법원은 신청자의 청구에 의하여 그러나 그의 재량에 따라(exercise of discretion) 피상속인의 의사에 반하여서도 상속재산으로써 피상속인의 배우자와 근친을 부양하라는 명령을 내릴 수 있다. 그러나 이를 위해서는 부양의 필요성(dependence)이 인정되어야 한다.¹⁴⁾ 상속 개시 당시 이미 성년이고 정신적·신체적으로 문제가 없는 자녀를 위하여 법원이 상속재산으로써 부양을 명하는 경우는 드물다. 실무상 법원이 상속재산으로써 부양을 명하는 경우는 자녀가 미성년이거나, 교육을 받고 있거나 또는 정신적·신체적 장애가 있는 경우이다. 법원이 상속재산으로써 자녀의 부양을 명하는 경우에 이것이 구체적으로 어떤 방식으로 실현되는가는 법원의 자유재량에 맡겨져 있다. 그래서 정기금, 일시불, 일정 상속재산의 양도 등의 방법으로 부양명령이 내려질 수 있다. 자녀의 경우 교육이 종료될 때까지 정기금 지급을 명하는 경우가 많고, 수익을 낼 수 없는 작은 규모의 상속재산의 경우에는 일시불 지급이 명령되는 경우가 흔하다.¹⁵⁾

(2) 미국

미국의 거의 모든 주(States)에는 대륙법계에서와 같은 유류분 제도가 존재하지 않는다. 그래서 미국에서는 자녀가 상속에서 완전히 배제될 수 있다.¹⁶⁾ 그곳에서는 상속과 관련하여 배우자만이 부부재산제에 기한 보호를 받는다.

대륙법계와 보통법계가 혼합된 법체계(mixed jurisdiction)를 가진 루이지애나(Louisiana) 민법(Civil Code, 제1493조 이하)은 프랑스법을 모범으로 자녀의 유류분권(forced heirship)을 인정

10) Kristic, in: Schlitt/Müller (Hrsg.), Handbuch Pflichtteilsrecht, 2. Aufl., 2017, § 15 Rn. 224.

11) Section 1 (1) Inheritance Act 1975.

12) Section 1 (1A) Inheritance Act 1975.

13) Kristic, in: Schlitt/Müller (Hrsg.), Handbuch Pflichtteilsrecht, § 15 Rn. 225.

14) Section 3 (1) Inheritance Act 1975에는 법원이 가족분여분을 판단함에 있어 고려해야 할 일반적 기준이 규정되어 있다. 특히 신청자의 재정적 자원 및 재정적 요구가 판단에 영향을 미친다. 그러나 상속재산의 종류 및 범위, 신청자의 정신적·신체적 장애, 유언에 의한 수익자 및 피상속인의 신청자에 대한 도의적 책임도 고려된다.

15) Süß, in: Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, 2. Aufl., 2010, § 19 Rn. 158.

16) Hay, US-Amerikanisches Recht, 5. Aufl., 2011, Rn. 546.

하는 유일한 주이다. 직계존속이나 형제자매의 유류분권은 인정되지 않는다. 1989년에 자녀는 만 24세 이하인 경우와 연령과 무관하게 상시적으로 정신적·신체적 제약이 있는 자에 한하여 유류분권을 가지는 것으로 법률이 개정되어 시행되다가 루이지애나 헌법에 위반된 것으로 평가되어 폐지되었다. 그 후 1995년 헌법 개정을 통해 앞의 유류분권에 대한 제한이 1996. 1. 1.부터 부활한 이래 지금까지 시행되고 있다.

결국 영미에서는 일반적으로 강행적 가족상속이 배제되므로 유언의 자유가 크게 존중받는다고 할 수 있다.

나. 독일

독일 민법이 제정될 무렵에는 유류분 제도가 권리자의 가산(家産)에 대한 참여를 담보하고 상속 재산의 가족에의 구속을 보장하는 외에도 근친과 배우자의 부양에 이바지하는 제도로 관념되었다.¹⁷⁾ 그러나 오늘날에는 유류분 제도의 부양적 성질은 크게 퇴색하였다.¹⁸⁾ 유류분 제도는 특정인에게 재산이 집중되는 것을 저지하고 또 그로써 계급적 대립을 완화하는 수단으로 인식되기도 하였다.¹⁹⁾ 유류분권리자는 직계비속, 직계존속, 배우자, 생활동반자법(Lebenspartnerschaftsgesetz)에 따른 생활동반자이나, 형제자매는 유류분권리자가 아니다.

독일 연방헌법재판소는 2005. 4. 19.의 결정²⁰⁾에서 독일 헌법 제14조 제1항의 상속권 보장에 따라 피상속인의 비속은 부양을 요하는지 여부를 불문하고 상속재산의 분배를 청구할 수 있다고 판시하였다. 즉 유류분권은 독일 상속법의 전통적 핵심요소에 해당하며 제도적으로 보장된다는 것이다. 그래서 부모와 자녀의 관계가 파탄되었다는 사실만으로는 유류분의 박탈을 정당화할 수 없다고 하였다. 구체적으로 말하자면 예컨대 자녀가 오랫동안 부 또는 모를 방문하지 않았고, 그들과의 일체의 접촉을 끊었을 뿐만 아니라, 부모를 싫어하고 노년기에 있는 그들을 돌보지 아니한 경우에도 무제한으로 유류분권을 행사할 수 있다는 것이다. 연방헌법재판소의 시각에 따르면 자녀의 상속재산에의 지분은 피상속인과 그의 자녀 사이의 가족의 유대관계의 표현이라고 한다.²¹⁾ 피상속인의 유언의 자유는 헌법상 원칙적으로 혈통에 의하여 성립된 가족적 구속에 제한을 받는다고 한다. 자녀는 유류분권을 통해 피상속인의 사망 후에도 사망한 부모 일방의 재산으로부터 경제적 기반을 확보할 수 있다고 한다. 따라서 독일 연방헌법재판소가 이해하는 유류분권은 부모와 자녀 사이의 생물학적 관계를 보호하는 데 그 기능이 있다.²²⁾ 그리고 공익

17) Werkmüller, Rechtspolitische und rechtsvergleichende Aspekte des geltenden Pflichtteilsrechts, 2002, 66 ff.

18) 이는 사회보장제도의 확립 및 평균수명의 연장에 따른 것이다.

19) Kipp/Coing, Erbrecht, 14. Aufl., 1990, 54; MüKoBGB/Lange, § 2303 Rn. 5.

20) BVerfG v. 19. 4. 2005, NJW 2005, 1561.

21) BVerfG, NJW 2005, 1563.

성은 유류분권으로부터 특전을 누리지 못하며, 공익단체가 존립을 위협받더라도 상황은 달라지지 않는다.²³⁾

나. 프랑스

프랑스는 2006년 상속법을 전면 개정하였고, 개정된 상속법은 2007. 1. 1.부터 시행되고 있다. 이때 직계존속의 유류분권이 폐지되었다.²⁴⁾ 프랑스에서 유류분권은 상속인에 대한 부양의 관점이 아니라 상속재산의 가족에의 구속과 자녀의 평등취급에 관한 마지노선을 확보하는 데 그 주된 취지가 있는 것으로 이해되고 있다.

유류분권리자는 피상속인의 직계비속이다.²⁵⁾ 피상속인은 직계비속이 1명인 경우 상속재산의 1/2을, 직계비속이 2명인 경우 1/3을, 3명 이상인 경우 1/4을 자유롭게 처분할 수 있다(프랑스 민법 제913조). 따라서 직계비속은 1명인 경우 상속재산의 1/2을, 2명인 경우 2/3를, 3명 이상인 경우 3/4을 유류분으로 청구할 수 있다. 그래서 피상속인이 4명의 자녀를 둔 경우 각 자녀는 상속재산의 3/16의 유류분을 주장할 수 있다. 혼인 중의 배우자는 직계비속이 없는 경우에만 법정상속분의 1/4까지 유류분권을 가진다(프랑스 민법 제914조의1). 유류분권의 사전 포기는 가능하다.²⁶⁾

다. 스위스

스위스 민법에 따른 유류분권은 구 프랑스 민법과 유사하다. 직계비속, 배우자, 직계존속이 유류분권리자이다(제470조 제1항, 제471조). 2018. 8. 29. 스위스 연방상원(Bundesrat)은 자녀의 유류분을 축소하면서(법정상속분의 3/4에서 1/2로) 직계존속의 유류분을 전면적으로 폐지하려는 계획을 밝힌 바 있다.²⁷⁾ 이러한 개정은 상속에 있어 피상속인의 자유를 더 많이 부여하려는 의도를 가진 것이다.

22) Werner, Stiftungen als Instrument der Pflichtteilsvermeidung, ZEV 2007, 561.

23) Röthel, Was bringt die Pflichtteilsreform für Stiftungen?, ZEV 2008, 112.

24) 김진우, (인하대) 법학연구 제12집 제1호, 2009, 55면 이하.

25) 존속은 과거에는 피상속인에게 비속이 없고 또 법정상속에서 상속인이 되는 경우에 유류분권리자였으나, 2007. 1. 1.부터 발효된 개정 상속법에서는 유류분권리자에서 제외되었다. 다만 피상속인의 부모(부모 중 일방이 사망한 경우에는 생존 중인 자)는 피상속인이 비속 없이 사망한 경우에 피상속인이 생전에 상속인에게 생전증여한 재산에 대하여 원물반환을 청구할 수 있다(제738조의2). 처분 등의 사유로 원물반환이 불가능한 때에는 금전배상을 청구할 수 있다.

26) Merkle, Pflichtteilsrecht und Pflichtteilsverzicht im Internationalen Erbrecht, 2008, 304 ff.

27) <<https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2018/5813.pdf>>, <<https://www.walderwyss.com/publications/2384.pdf>>, Zoller/Kraft, Auf dem Weg zu einem zeitgemäßen Erbrecht, Ein Zwischen Fazit aus Praktikersicht, in: Jusletter 14. Mai. 2018 <https://www.heresta.ch/medien/dokumente-deutsch/Jusletter_14.05.2018_Erbrechtsrevision.pdf>

라. 오스트리아

유류분권리자는 직계비속과 배우자이다(오스트리아 민법 제757조). 비속과 배우자는 법정 상속분의 1/2에 대하여 유류분권을 주장할 수 있다. 2005년 민법 개정(2007. 1. 1. 시행) 이래 직계존속은 더 이상 유류분권리자가 아니다(오스트리아 민법 제765조, 제766조). 직계존속을 유류분권리자에서 제외된 것은 실무적 의의가 크지 않다는 이유에서이다.²⁸⁾

오스트리아 민법은 유류분과 공공복리의 관계에 대하여 두 개의 특칙을 두고 있다. 오스트리아 민법은 사인처분에 의한 출연에 대하여 특전을 알지 못하기는 하지만, 생전처분의 경우에는 산업기간을 2년으로 제한한다(오스트리아 민법 제782조 제1항²⁹⁾). 나아가 오스트리아민법 제784조³⁰⁾는 —피상속인과 수증자의 특약이 없는 한— 공익목적에 위한 증여(gemeinnützige Schenkungen)는 유류분반환청구로부터 보호된다. 사실상 오스트리아에서는 피상속인이 공익단체에 대한 출연에 의하여 유류분권을 저지할 수 있다는 점에서 출발하고 있다. 오스트리아 민법은 “공익성 특전”에 대하여 금액적 제한을 전혀 두고 있지 않기 때문이다.³¹⁾ 또한 공익목적에 위한 출연은 그것이 적절한 금액을 유월하지 아니한 이상 채권자취소권의 객체도 되지 않는다(오스트리아 도산법[Österreichische Konkursordnung] 제19조 제1호, 오스트리아 취소법[Anfechtungsordnung] 제3조 제1호). 그래서 공익재단설립자의 채권자는 적절한 금액을 유월한 경우에 한하여 채권자취소권을 행사할 수 있다.³²⁾

1912년에 오스트리아 민법으로 들어온 제784조는 비판을 받았다.³³⁾ 이미 1913년에 Stuißer는 다른 국가의 입법례에서는 유례를 찾을 수 없고 문헌에서도 알려져 있지 않다고 지적하였다. 나아가 그는 생전처분에 의한 출연에 대해서만 특전이 베풀어지는 모순이 있다는 점에 대하여 주의를 환기시켰다.³⁴⁾ 이 비판은 아무런 결과를 가져오지 않았다. 그러다가 2015년 민법상의

28) <<https://pkp-law.at/wp-content/uploads/2017/03/Das-neue-Pflichtteilsrecht-ab-1.1.2017.pdf>>

29) § 782 (1) ABGB: “Auf Verlangen eines Pflichtteilsberechtigten sind Schenkungen, die der Verstorbene in den letzten beiden Jahren vor seinem Tod an Personen, die nicht dem Kreis der Pflichtteilsberechtigten angehören (§ 757), wirklich gemacht hat, bei der Berechnung der Verlassenschaft hinzuzurechnen.”

30) § 784 ABGB: “Schenkungen, die der Verstorbene aus Einkünften ohne Schmälerung des Stammvermögens, zu gemeinnützigen Zwecken, in Entsprechung einer sittlichen Pflicht oder aus Gründen des Anstandes gemacht hat, sind weder hinzu- noch anzurechnen, sofern der Verstorbene und der Geschenknehmer nichts anderes vereinbart haben.”

31) Weiß; in: Klang, ABGB, 2. Aufl. 1952, Bd. III, 915; Eccher, in: Schwimann, ABGB, 2. Aufl. 1997, § 785 Rn. 14; Welsler, in: Rummel, ABGB, 3. Aufl. 2000, § 785 Rn. 14; Schauen, in: Doralt/Nowotny/Kalss, PrivatstiftungsG, 1995, § 8 Rn. 32.

32) Jakob, Schutz der Stiftungs, 2006, 519.

33) Raber, JBl 1988, 137, 145; Gschnitzer, ErbR, 2. Aufl. 1964, 92.

34) Stuißer, GZ 1913, 202.

유류분법의 개정이 이루어졌으나, 공익목적에 위한 증여에 관하여는 골격이 변하지 않았다. 오스트리아 민법은 “공익적 목적의 증여” 개념에 대하여 언급하지 않는다. 다만 ① 공익적 재단, 지급, 시설, ② 유치원, 학교, 대학, ③ 수도원, ④ 교회, ⑤ 빈곤층에 대한 증여는 공익적 목적을 가진 것으로 해석되고 있다.³⁵⁾ 공익적 목적에 위한 증여에 대하여 금액적 제한이 없기 때문에 피상속인은 그의 전 재산을 공익목적에 위하여 증여할 수도 있다.

3. 유류분 제도는 어느 정도로 정당화될 수 있는가?

가. 헌법재판소의 결정의 한계

유류분은 피상속인의 유언의 자유를 심히 제한하는 것이므로 정당화사유를 필요로 한다.³⁶⁾ 우리 헌법재판소는 유류분 제도의 입법취지를 “피상속인의 재산처분의 자유 및 유언의 자유를 보장하면서도” ① 피상속인의 재산처분행위로부터 유족들의 생존권을 보호하며, ② 상속재산형성에 대한 기여, ③ 상속재산에 대한 기대를 보장하려는 데서 찾는다.³⁷⁾ 그러나 이에 대하여는 ㉠ 유류분 제도의 부양적 기능이 상당부분 상실되었고, ㉡ 상속인의 피상속인의 재산형성에 기여하는 경우도 크게 감소하였으며, ㉢ 무엇 때문에 상속인의 상속재산에 대한 기대가 보장되어야 하는지를 설명하지 않고 있다는 비판이 가능하다.³⁸⁾

먼저 유류분 제도의 부양기능에 관하여 살펴본다. 강행적 가족상속법의 도입과 유지를 위하여 가장 흔히 등장하는 논거는 유족에 대한 경제적 부양이다. 2010년 이후 우리 국민의 평균수명이 80세를 넘게 되면서 상속이 개시될 때 자녀의 연령이 40-50대 이상인 경우가 상당수를 차지하게 되었다. 이러한 연령대의 자녀들은 대개 이미 가정을 꾸리고 경제적으로 독립하여 생활하고 있는 까닭에 부모에 대하여 부양청구를 할 수 없는 경우가 대부분이다. 이 연령대의 자녀가 상속이 개시될 때까지 그의 인생계획을 연기하고 또 상속을 받은 후에야 올바른 삶을 살겠다고 계획하는 것은 비현실적이다. 이러한 연령대의 유류분권은 대개 피상속인의 자녀의 생활수준을 개선하고 손자들이 자신의 경제적 존립근거를 위한 출발을 지원하는 역할을 하게 될 것이다. 그러나 유류분권이 유류분권리자의 생계보장이 아니라 그 자녀의 생활수준의 향상에 기여한다는 것은 피상속인의 의사에 반하여 상속재산에 대한 최소한의 지분을 보장하기 위한

35) Newsletter Gemeinnützigkeit/Philanthropie Issue 2-2016, <http://www.mplaw.at/media/dokumente/newsletter-gemeinnuetzigkeit-issue-2_2016_1546.pdf>

36) 최준규, “독일의 유류분 제도”, 가족법연구 제22권 제1호, 2008, 297면은 유류분 제도는 자유주의 이념에 반할 여지가 있다고 한다.

37) 헌법재판소 2010. 4. 29. 선고 2007헌바144 결정.

38) 김수정, 가족법연구 제20권 제2호, 12면; 가정준, 비교사법 제78호, 2017, 1275면.

설득력 있는 논거가 될 수 없다. 따라서 이 경우에는 피상속인이 자신의 재산을 유언으로 완전히 자유롭게 처분할 수 있어야 할 것처럼 보인다. 그런데 드물겠지만 다음과 같은 경우에는 유류분이 여전히 인정되어야 할 것이다.

〈사례 5〉 처와 두 자녀가 있는 피상속인이 유언을 통해 그의 전 재산을 동물복지를 위한 재단에 기부하였다. 두 자녀는 미성년자이고 아직 교육 중에 있으며, 그들은 피상속인의 도움으로 살아왔고, 자녀와 처가 모두 재산이 없다.

여기서 자녀와 처는 피상속인의 도움이 없다면 국가나 그 밖의 도움에 의존해야 하므로, 이러한 경우에는 상속재산 중 일부라도 자녀와 배우자에게 주어져야 할 것이다.

피상속인의 재산처분행위로부터 유족들의 생존권을 보호한다는 논거는 피상속인이 유언의 자유를 무책임하게 사용하는 경우로부터의 상속인 보호를 포함할 것이다. 이러한 보호는 한편으로 피상속인이 가족 아닌 사람, 특히 유증을 받기 위하여 피상속인에게 접근한 자나 다른 법정상속인에 불리하면서 자신에게 유리한 사인처분을 유도하기 위하여 노력하는 가족구성원의 영향을 받고 있는 경우에 중요성을 가질 것이다. 다른 한편으로 상속인은 피상속인의 유언자유에 오용 가능성으로부터 보호되어야 한다고 한다. 무제한의 유언자유는 피상속인에 대하여 가족 내에서 가족구성원의 행태에 대하여 부적절한 압력을 행사할 수 있는 권력자로서의 지위를 부여할 수 있기 때문에 법정상속과 모순된다고 볼 여지가 없지 않다. 그러나 이러한 시각도 제한적으로만 타당하다. 첫째, 피상속인이 그의 일정 근친을 위하여 유언의 자유를 남용한다는 논거는 설득력이 크지 않다. 그것은 근친이 가족적 유대와 노력과 완전히 무관하게 상속재산에 대한 권리를 가진다는 의심스러운 전제에 기초한 것이다. 또한 유류분권은 피상속인으로부터 사랑받지 못하는 자녀의 이익이 무시되는 사태로부터 자녀를 보호하는 것은 사실이다(상속인 사이의 공평성 유지). 그러나 유류분권이 생존 중인 부모의 불평등한 애정에 대한 적절한 보상수단인지는 의심스럽다. 오히려 유류분은 이 문제를 피상속인의 사망 후에 부각시켜 가족의 평화를 근본적이고 지속적으로 파괴할 수도 있다. 또한 고령상태의 피상속인이 제3자의 영향 아래 그의 유언의 자유를 잘못 사용할 수 있다는 논거도 그다지 설득력이 크지 않다. 고립되고 돌봄을 필요로 하는 인간의 경우 제한능력자로 되기 전에 이미 현실인식의 왜곡이 실제로 발생할 수 있다. 하지만 모든 유언은 그로 인한 위험과 조우한다. 유류분권은 그러한 결과를 완전히 제거하지 못하고 완화할 수 있을 뿐이다. 또한 무제한의 유언자유는 피상속인에 대하여 가족 내에서 가족구성원의 행태에 대하여 부적절한 압력을 행사할 수 있게 만든다는 논거는 무엇 때문에 근친이 상속재산에 최소한 참여할 수 있는 권리가 주어지는지를 설명하지 못한다. 나아가 이와는 별개로 피상속인의 근친에 대한 일정 행태의 기대는 무책임하거나 심지어 오용의 가능성이 있다고 비난하기 쉽지 않다. 오히려 자녀가 피상속인을 수년간 돌보지

않았고, 심지어 손자에 대한 접근을 거부했다면 피상속인이 그러한 자녀에게 재산을 남기지 않으리라고 결심하는 것을 이해할 수 있다. 이에 대한 효과적인 구제수단은 가령 방식규정의 강화와 같은 엄격한 조치에 의해서 달성될 수 있을 것이다.³⁹⁾

우리 문헌 중에는 연혁적으로 유류분 제도가 존재하지 않던 우리나라에 1977년에야 비로소 이 제도가 도입된 것은 “피상속인이 딸들에게는 재산을 물려주지 않으려는 남녀차별 현상을 막으려는 것이 주된 목적”이었던 것으로 보인다고 설명하는 경우가 있다.⁴⁰⁾ 유류분반환청구소송이 급증하는 원인은 “60대 이상 부모 세대에 아직도 뿌리 깊게 남아있는 남아선호사상과 남녀차별 의식”에서 찾을 수 있고, 실제로 대다수의 유류분반환청구소송은 여성이 남자형제를 상대로 하여 제기하고 있다고 한다.⁴¹⁾ 그러나 피상속인은 법률보다도 가족구성원의 사정을 더 잘 파악하므로 피상속인을 감정적이고 편향된 비이성적 인간으로 만들어 버리는 유류분 제도는 문제가 있다. 또한 “피상속인의 자유로운 의사형성에 기초하여 이루어진 처분행위가 사후에 쉽게 부인될 수 있는 것이 가족의 연대의식을 강화하는 적절한 수단인지, 더 나아가 과연 그렇게 강화할 필요는 있는 것인지는 거듭 생각해 볼 문제”이다.⁴²⁾

다음으로 유류분의 존재이유를 상속재산형성에 대한 기여에서 찾는 것은 상속재산이 가산(家産)임을 전제로 한 것이다. 피상속인과 그의 자녀가 피상속인의 재산을 공동으로 형성한다는 관념은 오늘날의 경제적·사회적 상황과 잘 어울리지 않는다. 재산의 형성에 대한 자녀의 기여도는 이제 드물다.⁴³⁾ 과거의 가족은 경제공동체이자 생산공동체였지만, 오늘날의 가족은 오히려 육아공동체, 소비공동체 및 여가공동체로서의 성질을 갖는다.⁴⁴⁾ 심지어 농촌의 가족에서도 부모와 자녀가 함께 살고 일하는 경우는 드물다. 자녀들은 이미 청소년기에 흔히 학업을 위하여 부모의 집을 떠나 생활한다. 자녀가 부모의 집에서 사는 경우에도 피상속인의 재산 형성에 기여하는 바 없다. 가족은 부모의 소득으로 살아간다. 그래서 피상속인의 재산 형성에 대한 자녀의 기여는 소비를 포기하는 데서 찾을 수 있을 뿐이다. 가산 개념 자체도 모순적이다. 현행법상 “가족”은 권리와 의무의 주체가 될 수 있는 능력을 갖지 않기 때문이다.⁴⁵⁾ 유류분권은 권리자가 피상속

39) Dauner-Lieb, DNotZ 2001, 464.

40) 윤진수, 친족상속법 강의, 제2판, 2018, 558면.

41) 박세민, 일감법학 제33호, 2016, 111면.

42) 박세민, 일감법학 제33호, 2016, 110-111면.

43) 김상용, 민사판례연구 제38권, 984면.

44) 이러한 맥락에서 오늘날의 가족은 “경제 및 생산공동체”로서의 역할은 하지 못하지만, 각 가족구성원의 기여는 주로 정서적 지원, 도움 및 배려의 형태로 제공된다.

45) 가산 개념에 대한 비판으로 김진우, “유류분반환청구권의 법적 성질”, 홍익법학 제10권 제3호, 2009, 233-234면. 박세민, 일감법학 제33호, 2016, 109-110면은 “가산유지라는 이념 자체가 구시대의 유물로 여겨질 뿐만 아니라, 우리의 경우에는 전통적으로 그와 같은 가산승계의 관념이 존재하지 않았던 것으로 알려져 있으므로 유류분제도의 존재의의를 가산유지 및 승계에서 구하는 것은 곤란하다”고 한다. 정소민, “유류분반환청구권

인의 재산형성에 전혀 기여한 바 없는 경우에도 인정된다는 점에서 —헌법재판소의 판시에도 불구하고— 그것이 어떻게 정당화될 수 있는지가 여전히 문제된다.

결국 유감스럽게도 위 헌법재판소 결정은 유류분권의 존재이유를 설명하는데 충분하지 않다.

나. 분배사상

분배사상은 과거 대륙유럽법계에서 유류분권의 실제적 정당화사유로 자주 거론되었다. 유류분권리자의 최소한의 지분에 의하여 (공공복리를 해하는) 특정인에 대한 재산의 집중화를 막을 수 있다는 것이다.⁴⁶⁾ 이 논거는 특히 프랑스에서 강력하게 작용했으며, 독일에서도 상당한 지지자를 얻었다. 그런데 이 논거는 귀족의 정치적 우위를 타파할 필요가 있었던 18세기적 상황에서 유래한 것이다.⁴⁷⁾ 경제력과 특히 토지의 대규모 소유는 정치적 권력을 의미했기 때문에 귀족가문의 번창을 막고 권력 및 사회적 관계의 재생산을 저지하기 위하여 세습가산(fidei commissis)의 폐지가 필요했다. 재산의 비집중화 기능은 시민사회를 확립하기 위한 수단이었던 것이다. 물론 오늘날에도 경제력과 정치권력 사이에 일정 관련성이 있음을 부정할 수는 없다. 정치적 영향력은 오늘날에도 선거자금지원, 로비 활동, 정치기관에 대한 사적 지원 등 간접적인 방법을 통해 행사되고 있기 때문이다. 이러한 관련성으로 인하여 원칙적으로 경제력을 가진 집단의 이익이 과대평가될 위험이 존재한다. 그러나 유언의 자유를 침해하는 강행적 가족상속법이 이러한 위험을 극복하기 위한 올바른 수단이라고 할 수는 없을 것이다. 최대의 경제력 —그리고 이 논리에 따르면 정치권력—은 우리의 경우 재벌이라고 할 것이다. 그러나 경제력의 규제는 상속법이 아닌 경제법, 세법 등의 과제라고 해야 한다. 더욱이 유류분법은 근친의 범위 내에서의 재산의 분배에 영향을 미치는 것이므로 적어도 그 점에 관한 한 공공복리와 관련성이 없다. 게다가 분배사상은 재산의 분배가 피상속인의 생존 중에는 문제되지 않고 상속의 경우에 바로소 유발되는 이유를 설명하지 못한다.⁴⁸⁾ 또한 오늘날 자연인의 부(富) 축적은 공공복리에 해로운 권력집중으로 이해되지 않는다. 요컨대 수증자 또는 수익자와 유류분권리자 사이의 재산의 단순한 분배는 그 자체로 경제적 또는 사회적으로 유의미한 분배과정이 될 수 없다.⁴⁹⁾

에 관한 고찰: 법적 성질 및 시효 소멸에 관한 논의를 중심으로”, 외법논집 제30호, 2018, 3면은 오늘날에는 가산 개념의 희박해졌다고 한다.

46) von Schmitt, Begründung des Entwurfes eines Rechtes der Erbfolge für das Deutsche Reich und des Entwurfes eines Einführungsgesetzes, 1879, 57; Kipp/Coing, Erbrecht, 14. Aufl., 1990, 54와 Röthel, ZEV 2006, 11에 소개된 문헌 참조.

47) Beckert, Unverdientes Vermögen: Soziologie des Erbrechts, 2004, 37 ff.; Hattenhauer, Zur Dogmengeschichte des Erbrechts, Jura 1983, 13.

48) Haas, ZEV 2000, 251.

49) 같은 취지로 김수정, 가족법연구 제20권 제2호, 2006, 8면.

다. 가족의 유대관계

유류분권은 가족의 유대관계를 통해 정당화될 수 있을 것이다. 가족은 각 구성원 사이의 유대관계를 기반으로 한다. 부부 사이의 유대관계는 혼인에 의하여 성립한다. 이에 의하여 부부는 서로를 보호하고 보살필 의무를 지게 된다. 자녀의 경우 유대관계는 출생 또는 입양으로 시작된다. 부모와 자녀는 서로 돕고 배려할 의무가 있다. 이와 같은 유대공동체에서 배우자 간 그리고 부모와 자녀는 서로 간에 인적·물질적으로 책임을 부담하게 된다. 이것은 생존 중에는 부양의무로 표현된다. 여기서 부모와 자녀는 서로에게 물질적 지원을 해야 할 의무를 부담한다. 그 점에서 부양의무는 가족의 유대관계로부터 정당화된다. 가족구성원 사이의 이러한 유대관계는 피상속인의 상속재산에 대한 최소한의 참여도 정당화한다. 즉 유류분권은 가족구성원 사이에 전형적인 유대관계에 기한 급부에 대하여 총괄적 정산 형태로 후발적인 보상이 이루어지도록 한다. 피상속인이 생존 중에 가족생활을 하였고 유대관계에 기한 급부를 제공받았다면 그는 가족구성원을 상속재산에 대한 참여로부터 완전히 배제할 수 없는 것이다. 이로부터 우연에 의존하는 부양필요성⁵⁰⁾에 따라 유류분권을 인정하는 것도 타당하다고 할 수 없다. 유류분권을 부양필요성에 의존케 하는 것은 유류분권의 부양기능에 초점을 맞춘 것이다. 그러나 유류분권의 애초의 부양기능은 변화된 경제적·사회적 관계 속에서 크게 퇴색하였다. 또한 유류분권의 정당화사유를 유족의 부양기능에서 찾는 것은 현행법상 유류분은 구체적인 부양필요성과 무관하게 인정된다는 점과 조화를 이루기 어렵다. 유류분권은 오늘날 가족적 유대관계 및 피상속인과 유류분권리자 사이의 관계에서 존재이유를 찾을 수 있다. 유류분권이 부양청구권으로 변형된다면, 가족구성원의 상속재산에 대한 최소한의 참여는 더 이상 인정될 수 없게 된다. 변화된 유류분권의 존재이유와 부당한 우연적 결과로 인하여 유류분권은 유류분권리자의 부양필요성에 의존케 해서는 안 되고 따라서 상속법적 부양청구권으로 변형되어서도 안 된다.

물론 가족구성원 사이에 유대관계가 실제로 전혀 존재하지 않았던 경우에는 유대사상에 의한 유류분권의 정당화는 잘 작동하는 가족관계의 단순한 의제에 불과하다.

50) 갑(甲)과 을(乙)은 두 명의 자녀가 있는 부부이다. 처 을은 3년 전 암으로 사망하였다. 자녀 병(丙)과 정(丁)은 25세와 19세이다. 병은 대학졸업 및 군복무 후 은행에 입사하여 일하고 있다. 정은 의과대학 신입생이다. 갑은 정이 대학입학 한 달 후 사망하였다. 갑의 유언을 통해 그의 새로운 생활동반자(Lebenspartner)인 무(戊)에게 전 재산을 주라고 하였다. 이에 병과 정은 유류분반환청구권을 행사하고자 한다. 유류분권을 권리자의 부양필요성에 의존케 할 경우 이 사례에서는 정만 유류분반환청구권을 갖게 된다. 만일 병이 교육 중이고 정이 교육과 대학을 이미 마쳤다면 유류분의 반환을 청구할 수 있는 자가 반대로 된다. 그에 따라 유류분권은 우연에 의존한다. 상속이 25년 후에 일어난 경우도 마찬가지일 것이다. 다음과 같은 상황이 발생할 수 있다. 병은 합리화 조치 과정에서 은행에서 퇴직한 후 1년 동안 무직상태였다. 정은 의사로서 성공가도를 달려왔다. 여기서도 유류분권은 다시 우연에 의존한다. 유류분 반환청구권은 상속과 함께 성립하고, 그 시점에 유류분권리자의 부양필요성이 존재해야 한다. 이것은 비속 중 한 사람이 그 시점에 교육 중이고 다른 한 사람은 교육을 이제 막 마쳤거나 한 사람은 무직상태이고 다른 한 사람은 상속 개시 후 한 달 후에 무직상태가 되는 경우에 불공평을 초래한다.

4. 유류분 제도의 개정방안

가족관계가 붕괴되거나 장애가 있는 경우를 위하여 상속인의 상속결격사유 외에 유류분박탈 사유를 도입한다.

오스트리아법이 유류분법에서 공익목적의 특전을 알고 있는 사실은 우리 법에서도 유사한 규율이 가능할 것인지에 대한 의문을 제기한다. 아래에서는 유류분권리자의 청구권이 적어도 입법론상 공익목적에 유리하게 제한될 수 있는지 그리고 어떻게 그와 같은 제한이 이루어질 수 있는지 검토한다. 직계비속과 배우자의 유류분권을 폐지하는 방안은 유류분권의 존재이유에 비추어 채택할 수 없다. 합리적인 범위 내에서 헌법상 보호되는 자녀와 배우자의 유류분권을 현저히 침해하지 않으면서도 사회 일반을 위하여 기부하고 재단을 설립할 수 있는 유언자유의 확대를 모색해야 한다.

피상속인의 재산의 절반을 공익증진을 위하여 유류분으로부터 해방하는 방안을 생각해 볼 수 있을 것이다. 이렇게 하더라도 유류분권리자의 상속재산에 대한 최소한의 참여가 가능하므로 유류분의 헌법적 보장에 지장을 주지 않는다. 합리적이고 가족의 유대관계의 사상에 잘 부합하는 것은 특전을 구체적인 피상속인의 관계에 맞추어 상대적으로 확정하는 것, 즉 직계비속의 수에 따라 유연하게 상속재산에 대한 지분을 정하는 방법으로 보인다. 그래서 공익목적에 위한 출연을 또 다른 유류분권리자처럼 취급할 수 것이다. 바꾸어 말하자면, 공익목적에 유류분권을 가진 또 다른 자녀로 인정하는 것이다.

Ⅲ. 공익법인의 지배구조에 대한 제한 완화

1. 문제의 소재

공익법인법 제5조 제5항은 공익법인의 이사회를 구성할 때 “특수관계자”의 수는 이사 현원(現員)의 5분의 1을 초과할 수 없도록 하고 있다. 공익법인법 시행령 제12조는 공익법인법 제5조 제5항의 “특수관계자”를 아래와 같이 규정하고 있다.

1. 출연자(출연자가 「민법」 제32조에 따라 설립된 법인인 경우에는 해당 법인에 대한 출연자를, 출연자가 그 밖의 법인인 경우에는 해당 법인을 출자에 의하여 사실상 지배하고 있는 자를 포함한다). 다만, 재산출연일 현재 해당 공익법인의 총출연재산가액의 100분의 1에 해당하는 금액과 2천만원 중 적은 금액을 출연한 자는 제외한다.
2. 제1호에 따른 출연자(이하 “출연자”라 한다) 또는 이사와 다음 각 목의 관계에 있는 사람
 - 가. 6촌 이내의 혈족
 - 나. 4촌 이내의 인척
 - 다. 배우자(사실혼 관계에 있는 사람을 포함한다)
 - 라. 친생자(親生子)로서 다른 사람에게 친양자(親養子)로 입양된 사람과 그 배우자·직계비속(直系卑屬)
3. 출연자 또는 이사의 사용인 기타 고용관계에 있는 자(출연자 또는 이사가 출자에 의하여 사실상 지배하고 있는 법인의 사용인 기타 고용관계에 있는 자를 포함한다)
4. 출연자 또는 이사의 금전 기타의 재산에 의하여 생계를 유지하는 자와 생계를 함께 하는 자
5. 당해 출연자가 재산을 출연한 다른 공익사업을 영위하는 법인의 이사

이와 더불어 상증세법 제48조 제8항은 출연자 또는 그의 특수관계인이 대통령령으로 정하는 공익법인등의 현재 이사 수의 1/5을 초과하여 이사가 되거나, 그 공익법인등의 임직원(이사는 제외한다. 이하 같다)이 되는 경우에는 가산세를 부과한다. 또한 상증세법 시행령 제13조는 상속인이 출연받은 공익법 등의 이사 현원의 1/5을 초과하여 이사가 되거나 이사의 선임 등 공익법인 등의 사업운영에 관한 중요사항을 결정할 권한을 가지고 있는 경우에는 공익법인에 출연한 재산에 대하여 상속세 과세 불산입 혜택을 박탈한다.

위와 같은 이사회 구성에 관한 규제는 유산기부 활성화에 장애요소라고 할 수 있다. 이사가 될 수 없는 자녀가 유류분권을 행사할 수 있기 때문이다.

2. 외국의 입법례

공익법인의 이사회 구성과 관련하여서는 설립자의 사적 자치를 널리 인정하는 경우와 좁게 인정하는 경우의 두 가지로 대별할 수 있지만, 그 사이에 다양한 중간형태가 존재할 수 있음은 물론이다. 대륙유럽법계는 공익법인의 이사회에 대하여 ① 전반적으로 강행적으로 규정하는 법질서와, ② 법률은 단지 기본적인 틀만을 규정하고 나머지는 설립자에게 형성의 자유를 널리 인정하는 법질서로 대별된다.

가. 설립자의 사적 자치를 원칙으로 하는 법질서

대륙유럽법계의 많은 법질서에서는 공익법인의 지배구조에 관하여 법률 또는 관습법이 최소한으로 간섭할 따름이다. 예컨대 네덜란드, 독일, 스웨덴 및 이탈리아의 법질서가 그러하다. 이들 법질서에서는 일반적으로 공익법인의 업무집행과 대표를 위한 기관의 설치에 대해서만 강행적으로 규정되어 있고, 그 기관의 구성, 구체적인 권한과 임무 및 기능은 대개 설립자가 자유롭게 정할 수 있다. 그 밖의 임의기관에 대하여도 마찬가지이다. 이러한 법질서에서의 설립자는 법인목적의 실현을 위하여 그가 신임하는 자를 기관으로 선임하거나 스스로를 기관으로 선임할 수도 있다. 또한 설립자는 그의 설립의사를 기관의 활동에 적극 반영하기 위하여 자신의 생존 중에 스스로를 종신직 이사(장)로 선임하기도 한다.⁵¹⁾ 아울러 설립자는 정관으로 그의 이사(장)로서의 직의 후계자에 대한 추천권을 유보할 수도 있다. 다만, 설립자가 자신을 기관으로 선임한 경우에는 기관에 대하여 적용되는 일반규칙이 동일하게 적용되고, 설립자라는 지위에 기한 특별취급은 따르지 않는다.⁵²⁾

나. 설립자의 사적 자치를 예외로 하는 법질서

프랑스는 공익법인의 수나 재산규모 면에서 여타의 유럽국가에 비하여 상당히 뒤쳐져 있다. 그곳의 입법자는 특히 재단을 불신하는 경향이 있고,⁵³⁾ 그 설립에 있어서 국가의 거의 무제한적인 재량을 기초로 하는 허가를 요하며,⁵⁴⁾ 세제 혜택도 크지 않는 등 재단설립의 유인은 그리

51) 독일: Seifart/v. Campenhausen/Hof, § 8 Rn. 122. 스웨덴: Hemström, in: Hopt/Reuter (Hrsg.), Stiftungsrecht in Europa, 2001, 463. 이탈리아: Dolce/Molinari, Italien, in: Richter/Wachter (Hrsg.), Handbuch des internationalen Stiftungsrechts, 2007, Rn. 23.

52) 가령 독일: Staudinger/Hüttemann/Rawert, BGB, 2011, § 87 Rn. 31. 이탈리아: Dolce/Molinari, Rn. 23.

53) 프랑스에서는 국가와 시민의 중간에 어떤 존재도 허용되어서는 안 된다고 주장한 Rousseau의 영향 아래 르 샤프리에법(Loi Le Chapelier)에 의하여 1791년부터 재단, 사단의 설립이 거의 전적으로 금지되었고 공적 임무의 수행은 국가가 독점하였다. 이에 관하여는 김진우, “비영리법인의 설립에 있어 허가주의에 관한 연혁적 고찰”, 인권과 정의 제383호, 2008, 99-100면도 참조.

크지 않은 것으로 평가되고 있다.⁵⁵⁾ 특히 공익재단(fondation reconnue d'utilité publique)의 조직에 있어서는 설립자의 사적 자치에 큰 제약이 따른다. 그곳에서는 재단의 조직에 관한 명시적인 법률규정이 없이 실무적으로, 즉 콩세이데타(Conceil d'État)⁵⁶⁾가 마련한 표준정관이 설치 가능한 기관과 그의 구성, 임면, 권한과 임무 및 기능을 상세히 규정하고 있기 때문이다. 재단설립 허가절차에서의 콩세이데타의 재량은 거의 무제한적인 것이어서 표준정관에 따라 조직을 구성하여야 설립허가를 받을 수 있다.⁵⁷⁾ 헌법상 보장되는 사단결성의 자유와는 달리 재단의 경우에는 설립자의 자유가 인정되지 않는 것이다. 그래서 재단설립자가 표준정관을 준수하지 아니하는 때에는 콩세이데타는 재단의 설립을 거부할 수 있는 권한을 가진다.⁵⁸⁾ 나아가 1966년의 표준정관⁵⁹⁾에는 재단의 최고업무집행기관의 구성원을 정부가 임명하는 자로 구성할 것을 지시하는 규정이 들어 있었고, 2003년의 표준정관 개정 전까지는 원칙적으로 최고업무집행기관의 구성원의 1/3은 내무부 장관이 직권으로 임명하는 것으로 되어 있었다.⁶⁰⁾ 그 점에서 프랑스법은 공익재단의 지배구조와 관련하여 국가가 심대하게 간섭하는 대표적인 입법례라고 할 수 있었다. 그러다가 이들 제약은 2003년의 기부, 사단 및 재단제도의 개혁으로 상당부분 자유화되었다. 표준정관은 개정되었으며 또 이사의 1/3을 정부대표자로 하던 것은 정부가 위탁하는 자로 갈음되었는데 그들은 이제 단순한 자문기능을 가질 뿐이다.⁶¹⁾

다. 근래의 동향

공익법인의 조직에 관한 설립자의 사적 자치의 취급에 관한 상술한 바와 같은 대립적 경향은 근래 점차 완화되고 있는 추세이다. 우선 프랑스에서는 설립자의 사적 자치가 최근 표준정관의 개정에 기하여 재평가되었다. 설립자는 표준정관 개정 전에는 하나의 조직형태를 따를 수밖에 없었으나, 개정 이후에는 두 개의 조직형태 중에서 어느 하나를 선택할 수 있게 되었기 때문이다. 즉, 이제는 업무집행기관으로서의 관리위원회(conseil d'administration) 하나만을 두는 일원적 조직형태⁶²⁾와, 업무집행을 하는 이사회(directoire)와 이를 감독하는 감독위원회(conseil de surveillance)

54) Capitant, Stiftungen im französischen Recht, in: Hopt/Reuter (Hrsg.), Stiftungsrecht in Europa, 351.

55) Helliö/Hadjiveltchev/Karst, Frankreich, in: Richter/Wachter (Hrsg.), Handbuch des internationalen Stiftungsrechts, Rn. 1 ff.

56) 프랑스의 최고 행정법원인 동시에 정부의 법령안과 법령해석 자문기관이다.

57) Capitant, 351.

58) Schlüter, Stiftungsrecht zwischen Privatautonomie und Gemeinwohlbindung, 2004, 353.

59) Ministère de l'Intérieur, Modèle de statuts des proposés aux établissements qui sollicitent leur reconnaissance comme établissement d'utilité publique en qualité de fondation (1966), 제5조.

60) 나머지 1/3은 설립자가 임명하며(설립자는 스스로를 업무집행기관의 구성원으로 임명할 수 있다), 그 나머지 1/3은 그 재단의 활동영역의 전문가로 선발된다.

61) Charhon, MAECENATA Actuell Nr. 44, 2004, 7.

62) 표준정관 I (Modèle de statuts des fondation reconnue d'utilité publique, 1-Conseil d'administration) 제3조

로 구성되는 이원적 조직형태⁶³⁾ 중 어느 하나를 선택할 수 있게 된 것이다. 나아가 국가의 공익재단에 대한 직접적 관여도 다소 완화되었다. 관리위원회는 더 이상 정부(내무부)가 임명하는 대표자에 의하여 매워질 필요가 없게 되었기 때문이다.⁶⁴⁾ 그에 갈음하여 내무부 장관에 의하여 임명되고 또 관리위원회 또는 감독위원회의 회의에서 자문적 발언권만 가지고 참여하는 정부 위원이 관리위원회의 구성원이 된다.

반면 설립자의 조직 형성에 관한 사적 자치를 제한하는 법질서도 증가하고 있다. 덴마크, 벨기에, 스페인의 법과 오스트리아의 사재단법(Privatstiftungsgesetz, PSG)은 재단의 성립을 위하여 최소한 3명으로 구성된 업무집행과 대표를 위한 기관(이사회)의 설치를 필수요건으로 하고 있다.⁶⁵⁾ 유럽재단센터(European Foundation Centre, EFC)⁶⁶⁾가 2003년 5월에 입안한 모델법⁶⁷⁾도 제9조 제1항에서 이사회는 적어도 3명으로 구성할 것을 규정하고 있다. 유럽재단(European Foundation)프로젝트⁶⁸⁾ 제4.1.2조도 마찬가지이다.⁶⁹⁾ 이사회를 반드시 최소한 3명의 이사로 구성하라는 것은 이사회에 관한 설립자의 사적 자치에 대한 제약이라고 할 수 있다.

라. 이사회에의 구성

몇몇 대륙유럽법계의 법질서에 존재하는 최소한 3명으로 이사회를 구성하여야 할 의무 외에는 이사회에의 구성에 관한 설립자의 자유에 대하여 제한을 가하는 경우는 드물다. 그 중대한 예외를 이루는 것은 아래에서 살펴볼 양립 불가 부적합성의 원칙이다.

이사회와 감독위원회를 필요기관으로 하는 프랑스의 표준정관 II 제5조 제1항과 제2항은 이사는 동시에 감사가 될 수 없고 그 반대의 경우도 마찬가지라고 규정한다.⁷⁰⁾

나아가 오스트리아의 사재단법 제15조 제2항은 재단에 대하여 경제적 이해관계를 가진 자, 특히 수익자와 그의 배우자 또는 그의 직계혈족과 3촌 이내의 방계혈족은 이사가 될 수 없도록 한다. 이것은 수익자 선정 등과 관련된 이사회에의 업무집행에 있어 이사회에의 객관성을 유지하고 이해관계의 충돌을 피하기 위한 것이다.⁷¹⁾

그 밖에 스웨덴법은 설립자를 재단에 대한 잠재적 위협으로 이해하여 설립자가 자신을 재단의 유일한 이사로 선임하는 것을 금지한다.⁷²⁾ 덴마크법은 설립자와 그의 배우자 또는 이들의 직계 존속이나 직계비속은 물론 형제자매와 같은 방계혈족이 이사회에의 구성원의 과반수가 되기 위해서는 감독관청의 동의를 받도록 하고 있다.⁷³⁾

독일법은 이사회에의 구성과 관련하여 특별한 제한을 가하지 않는다.⁷⁴⁾ 법인이나 행정관청도 공익법인의 이사가 될 수 있다. 독일에서의 공익법인 이사회는 설립자의 자유가 지배한다.⁷⁵⁾

3. 개선방안

기부자, 재단설립자로서 공익목적에 위하여 사유재산을 출연하려는 자는 그의 상속인의 상속에 대한 기대를 감소시킨다. 상속재산에 대한 참여가 유류분에 의하여 보호되는 한 갈등이 발생한다. 즉 사회적으로 바람직하며 세제 혜택과 결부된 공익증진은 상속인의 유류분권에 의하여 제약을 받게 된다. 그리고 현행법 아래서는 어떠한 경우에도 이 제약을 피할 수 없다. 현행법은 공익증진을 위한 출연에 대하여 특전을 제공하지 않는다. 이것은 특히 재단을 설립할 때 문제된다. 즉 재단의 설립이나 존립은 유류분권에 의하여 심히 장애에 처할 수 있고, 극단적인 경우

제1항과 제8조 제1항. 관리위원회는 7명 내지 12명의 위원으로 구성된다. 이에 관한 상세는 Hellio/Hadjiveltchev/Karst, Rn. 22 ff.

63) 표준정관 II 제3조 제1항, 제7조, 제8조 제1항 내지 제3항(2-Directoire et Conseil de surveillance).

64) Capitant, 350; Rebsch, Die Europäische Stiftung, 2007, 98.

65) 덴마크: Hansen, in: Hopt/Reuter (Hrsg.), Stiftungsrecht in Europa, 2001, 294 ff.; Kronke, Stiftungstypus und Unternehmensträgerstiftung, 1986, 108. 벨기에: Kocks, Belgien, in: Richter/Wachter (Hrsg.), Handbuch des internationalen Stiftungsrechts, Rn. 30. 스페인: 2002년 재단법 제15조 제1항; Palao Taboada, Spanien, in: Richter/Wachter (Hrsg.), Handbuch des internationalen Stiftungsrechts, Rn. 24. 오스트리아 사재단법 제15조 제1항. 그에 반하여 가령 네덜란드민법이나 독일민법은 이사회에의 구성원(이사)의 수에 대하여 제한을 알지 못하기 때문에 설립자가 그 수를 자유롭게 정할 수 있고, 그래서 재단의 이사는 1명이더라도 상관없으며, 심지어 그 1명이 설립자 자신이더라도 무방하다. 네덜란드: Volders/de Vries, Niederlande, in: Richter/Wachter (Hrsg.), Handbuch des internationalen Stiftungsrechts, Rn. 36, 47. 독일: Staudinger/Hüttemann/Rawert, § 81 BGB Rn. 61.

66) EFC는 1989년 유럽의 7개의 지도적인 재단에 의하여 설립되었으며, 현재 유럽은 물론 전 세계에서 재단을 회원으로 하여 유럽 및 국제기구에 대하여 재단의 이익을 대표하고 있다. 이에 관하여는 <http://www.efc.be>. 참조.

67) Model Law for Public Benefit Foundations in Europe. 이것은 각국과 유럽적 차원에서의 새로운 재단법의 입법과 재단법의 개정을 위한 모델법으로서 입안되었다.

68) Hopt/Walz/v. Hippel/Then (Hrsg.), The European Foundation - a New European Legal Instrument, 2006, 154 et seqq. 이 프로젝트는 유럽 각국에 존재하는 재단법 외에 공익목적에 가지는 초국가적 유럽재단법의 입안을 위한 학술적 이니셔티브이다.

69) 제4.1.2조: "The Board of Directors is composed of at least *three* competent, independent and not related natural persons." (이텔릭체는 필자에 의함).

70) Hellio/Hadjiveltchev/Karst, Rn. 38.

71) Gassauer-Fleissner/Grave, Stiftungsrecht, 2. Aufl., 2008, 35.

72) Hemström, 461; Hakeman/Eisenlohr, Rn. 29.

73) Hansen, 295; Ring/Olsen-Ring, Rn. 22.

74) Jakob, 220.

75) Jakob, 221, 223 f.

에는 재산의 부족으로 인한 해산을 초래할 수도 있다(민법 제77조). 이때 배우자의 유류분권은 크게 장애가 되지 않는다. 배우자는 대개 공익활동을 지원하거나 재단설립에 관여할 것이기 때문이다. 독일의 판례가 보여주듯 유류분권 행사의 문제는 기대에 어긋난 상속분을 받게된 직계비속이 유류분권을 주장하는 경우에 발생한다.⁷⁶⁾ 독일에서는 피상속인으로서 상속인과 유류분포기계약을 체결하면 된다. 그러나 우리의 경우 유류분권은 미리 포기할 수 없고, 포기 하더라도 무효라는 데 학설이 일치한다.⁷⁷⁾ 피상속인이 위력으로써 상속인에게 포기를 강요 하는 일이 생길 수 있기 때문이라고 한다. 직계비속은 유산기부에 의하여 혜택을 받는 경우에 유류분권을 행사하지 않을 것이다. 예컨대 직계비속에 대하여 재단의 기관으로서의 지위를 보장하는 것이다. 이를 위해서는 공익법인법이나 상증세법상의 이사회 구성에 관한 제약을 완화 할 필요가 있다.

76) BGH, ZEV 2004, 115; LG Baden-Baden, ZEV 1999, 152.

77) 가령 김주수/김상용, 친족상속법, 제15판, 2018, 862면; 윤진수, 친족상속법 강의, 제2판, 2018, 561면; 한봉희/백승흠, 가족법, 2013, 648-649면.

IV. 나오며

1. 유류분 제도의 개정방안

(1) 상속재산의 일정 비율을 근친과 배우자에게 유보하는 것을 강제하는 자연법적 원칙은 존재하지 않는다. 오히려 유류분 제도는 입법자의 결단에 의하여 그 도입 여부가 정해지는 실정법의 산물이다.⁷⁸⁾ 그러나 유류분의 완전한 폐지는 우리 국민의 다수가 찬성하지 않을 것이다. 적어도 상속재산의 일부는 상속인에게 유보된다는 사실은 1977년 유류분 제도가 시행된 이래 이제 우리 국민의 일반적 법감정으로 정착되었다고 할 것이다. 또한 모든 대륙유럽법계가 근친의 유류분을 인정하는 상황에서 우리 민법이 돌연 근친의 유류분을 전적으로 폐지하는 것은 옳은 선택이 아닐 것이다. 그러나 유류분권리자인 근친의 범위를 재조정할 필요는 있다.

(2) 직계존속과 형제자매의 유류분권은 폐지함이 바람직하다(프랑스 민법, 오스트리아 민법, 네덜란드 민법과 같음). 직계존속 및 형제자매의 유류분권은 대가족이 일반적이었던 시대의 유물로서 부부 중심의 핵가족으로 변화된 오늘날의 가족형태에 비추어 정당화되기 어렵다.⁷⁹⁾ 가족의 유대관계는 1차적으로 부부 사이와 부모와 자녀 사이에, 즉 핵가족의 범위 내에서 존재한다. 핵가족이 사생활의 본질적 구성요소라면, 그것은 유류분권리자의 범위도 결정하는 기준이 되어야 한다. 자녀 없는 부부의 경우에도 피상속인의 부모는 상속인으로서의 배우자에 대하여 유류분권을 갖지 못해야 할 것이다.

(3) 자녀와 배우자가 법정상속분의 1/2을 유류분으로 청구할 수 있게 하는 것은 유언의 자유를 우선해야 한다는 시각에서 볼 때 적절하지 못하다. 배우자와 자녀의 유류분권을 각 법정상속분의 1/3로 축소하는 것은 유언의 자유를 유류분보다 우선한다는 시그널을 주는 것으로⁸⁰⁾ 유의미하며 헌법적으로도 문제되지 않는다고 할 것이다.

78) Buchholz, Pflichtteilsrecht als Naturrecht?, in: Röthel (Hrsg.), Reformfragen des Pflichtteilsrechts, Symposium 30. 11. - 2. 12. 2006 in Salza, 2007, 133은 유류분법이 자연법인지에 관한 의문에 대하여는 법역사적으로 부정할 수밖에 없다고 한다. Pintens, Pflichtteilsrecht in Belgien und in den Niederlanden, in: Röthel (Hrsg.), Reformfragen des Pflichtteilsrechts, Symposium 30. 11. - 2. 12. 2006 in Salza, 2007, 219는 네덜란드의 경우 배우자는 단 일순간도 유류분권리자에 포함된 적이 없다고 한다.

79) 윤상현 대표발의, 민법 일부개정법률안, 제398호, 2016. 6. 22.는 직계존속 및 형제자매의 유류분을 법정상속분의 1/4로 축소할 것을 제안하고 있다. 박세민, “유류분제도의 현대적 의의”, 일감법학 제33호, 2016, 112-113면의 “과거에는 장남 등이 부모를 대신하여 가장으로서 다른 형제를 부양하는 경우도 적지 않았으며, 심지어 형제의 학업을 지원하기 위하여 다른 형제가 학업을 포기하고 직업전선에 뛰어드는 것이 자연스러운 시대현상이었던 적도 있었다. 현재의 사회적 인식에 비추어볼 때에 그와 같은 의생을 기대하기는 어려울 것이라고 생각되고, 또한 최근의 배우자의 상속권 및 유류분권의 강화가 강조되는 등의 인식변화의 기류를 생각해보는다면, 적어도 부양의 취지에 현실적으로 부합하여야 한다는 차원에서도 유류분권리자의 범위와 유류분 비율의 수정이 필요하리라 생각된다”고 하는 서술에 대하여 공감하는 바이다.

(4) 공익단체에 대한 출연이 있는 경우 공익단체를 또 한 사람의 자녀로 의제하는 방안을 생각해볼 수 있다. 그 경우 공익단체는 세제 혜택을 받는 단체로 제한한다.

(5) 우리 판례⁸¹⁾와 통설⁸²⁾은 유류분권의 사전(상속 개시 전) 포기를 인정하지 않는다. 그에 반하여 독일에서는 유류분의 사전 포기가 가능하다(독일 민법 제2346조 제2항). 일본에서는 가정법원의 허가를 받아 상속 개시 전에 유류분권을 포기할 수 있다(일본 민법 제1043조). 유류분의 사전포기가 가능해야 민간공익활동을 장려할 수 있을 뿐만 아니라 가족사업체의 유지가 가능해진다. 이것을 막고 있는 우리 현행 유류분 제도는 매우 경직된 것이라고 할 수 있고 쇄신이 요청된다. 이에 유류분의 사전 포기를 인정하는 조항을 신설해야 할 것이다.⁸³⁾

(6) 자녀의 피상속인에 대한 중대한 비행 또는 가족적 유대관계에 기한 피상속인에 대한 의무를 심히 위반한 경우⁸⁴⁾ 피상속인이 그 자녀의 유류분을 박탈할 수 있도록 한다. 이러한 경우에도 자녀가 유류분을 주장할 수 있도록 하는 것은 유류분 제도의 존재이유에 비추어 불합리하기 때문이다. 이를 위하여 예컨대 피상속인의 유류분 박탈권을 형성권의 형태로 인정해야 할 것이다. 이러한 유류분 박탈권은 유언에 의해서만 행사할 수 있도록 한다(독일 민법 제2336조 제1항 참조). 피상속인은 그의 유류분박탈권을 사전에 포기할 수 없지만 그 권리는 용서에 의하여 상실되도록 규정한다(독일 민법 제2337조 참조). 유류분을 박탈하는 것은 예외적인 경우에 해당하므로 유추는 허용되지 않아야 한다.

2. 공익법인의 지배구조에 대한 제한 완화방안

80) 윤상현 대표발의, 민법 일부개정법률안, 제398호, 2016. 6. 22.도 직계비속 및 배우자의 유류분을 법정상속분의 1/3로 개정할 것을 제안하고 있다. 최준규, 가족법연구 제22권 제1호, 2008, 297-298면도 유류분권이 헌법적으로 보장되는 권리라고 하여도 유언의 자유와의 관계에 있어서는 후자가 우선해야 하는 것으로 본다.

81) 대법원 1994. 10. 14. 선고 94다8334 판결.

82) 문헌 소개는 고상현, “독일 민법상 상속 및 유류분의 사전포기제도”, 가족법연구 제29권 제1호, 2012, 335-336면.

83) 이에 대하여 긍정적으로 김민중, “유류분제도의 개정에 관한 검토: 외국의 유류분제도와의 비교를 중심으로”, 동북아법연구 제4권 제2호, 2010, 144-146면; 윤진수, “배우자의 상속법상 지위 개선 방안에 관한 연구”, 가족법연구 제33권 제1호, 2019, 57면; 최준규, “유류분과 기업승계: 우리 유류분 제도의 비판적 고찰”, 사법 제37호, 2016, 385면 이하 .

84) 독일 민법 제2333조는 ① 피상속인, 그의 배우자나 다른 직계비속 또는 피상속인과 이와 유사하게 가까운 관계에 있던 사람(계부모, 계자녀, 위탁아동 등)의 생명을 해하거나 해하려고 한 경우, ② 제1호에 언급된 자에 대한 범죄행위(1년 이상의 자유형에 처해질 수 있는 행위) 또는 중대한 비행을 저지른 경우(특히 부모와 자녀의 관계를 무시하고 부모에게 모욕적인 행위를 한 경우), ③ 피상속인에 대한 법률상의 부양의무를 고의로 위반한 경우, ④ 고의적 형사범죄에 대하여 1년 이상의 징역유예 없는 자유형의 확정판결을 받은 경우. 이와 유사하게 중대한 고의의 범죄로 인하여 정신병원이나 중독치료소에 수용되도록 신고하는 판결이 확정된 경우에 피상속인이 자녀의 유류분을 박탈할 수 있도록 하고 ①부터 ④까지의 직계존속 또는 배우자의 유류분 박탈에 관하여 이를 준용하도록 하고 있는바, 이는 우리 법에 거의 그대로 계수할 수 있는 내용으로 여겨진다.

(1) 재단법인 설립자의 시각에서 볼 때 본인의 유지를 잘 이해하면서 재단의 목적을 적절히 수행해 갈 수 있는 사람은 누구보다도 배우자와 직계비속일 것이다. 그러나 이들은 현행법상 특수관계자에 해당하여 재단의 이사로 활동하는 데 한계가 있다. 이러한 제한을 완화하여 출연자나 그의 가족이 합리적인 급여를 받으면서 일할 수 있도록 할 필요가 있다. 가령 현재 이사 현원(現員)의 1/5 제한을 2/5까지 확대하는 것을 고려해볼 수 있을 것이다.

(2) 이에 대하여는 편법 상속 등의 우려가 제기될 수 있으나, 공익단체의 활동에 대한 국가의 적절한 감독과 시정적 감독수단 및 인터넷을 통한 정보공개 의무 등의 도입을 통한 투명성을 강화하는⁸⁵⁾ 방식으로 충분히 대처할 수 있다.

85) 김진우, “공익법인의 규제와 감독”, 민사법학 제70호, 2015, 47면 이하.



토론문

서이종
(서울대학교 사회학과 교수)

MEMO

토론



토론문

김희정
(한국자선단체협의회 사무총장)

MEMO

토론





A series of horizontal lines for writing, starting with a solid line and followed by multiple dotted lines.

MEMO

토론



MEMO

토론



MEMO

토론



MEMO

토론



