

불효자방지법에 관한 소고

A Study on the Child Ingratitude Prevention Act

김 나 래*
Kim, Na Rae

목 차

- | | |
|------------------|-----------------------|
| I. 서론 | IV. 불효자방지법에 관한 민법개정시안 |
| II. 증여의 본질적 의미 | 검토 |
| III. 불효자방지법의 필요성 | V. 결론 |

최근에 우리나라는 노인인구가 급증하면서 노인부양에 대한 관심이 높아지고 있다. 특히 가정 내에서 노인, 즉 노부모에 대한 부양이 제대로 이루어지지 않고, 노인학대 범죄 및 노인의 고독사가 증가하면서 사회적으로 많은 문제가 되고 있다. 이에 따라 노인들이 겪고 있는 학대, 경제적 빈곤, 질병, 고독 등의 문제를 해결하기 위한 노력이 필요한 시점이다.

그 일환으로 발의된 부모 재산을 증여받은 자녀가 부모를 부양하지 않고, 학대 등과 같은 배은행위를 한 경우에 증여한 재산을 돌려받을 수 있도록 하는 내용의 민법 개정(이른바 불효자방지법)의 시도는 과거에도 있었지만, 최종적으로 개정되지 못하였다. 그런데 21대 국회에서 다시 이와 관련된 개정안이 발의되고 있다. 실제로 자식에게 재산 증여를 마친 부모는 자식이 패륜행위를 하더라도 재산을 되찾을 길이 없고, 그로 인하여 생활고를 겪는 상황이 발생하여도 부양료지급청구소송 정도만 제기할 수밖에 없어 이에 대한 입법이 시급한 상황이다.

따라서 입법단계에서 증여만 받고 부양의무를 이행하지 않거나 심지어 증여를 받자마자 학대를 일삼는 자녀를 제재할 수 있는 방안이 필요하다. 그러한 방안으로는 증여자 또는 그 배우자나 직계혈족에 대한 범죄행위, 증여자에 대한 부양의무 불이행과 같은 해제의 기존 사유에 학대와 그 밖에 현저하게 부당한 대우를 추가하고, 부양의무 불이행의 객체로 배우자를 추가한다. 그리고 증여자가 증여 해제를 함으로써 수증자가 증여재산의 전부를 받

<https://doi.org/10.35148/ilsilr.2021.49.177>

투고일: 2021. 8. 1. / 심사외뢰일: 2021. 8. 9. / 게재확정일: 2021. 8. 27.

* 법학박사, 한국법학원 연구위원

Ph.D. in Law, Senior Researcher, Korea Society of Law

환하도록 한다. 해제권의 제척기간은 해제 원인이 있음을 안 날, 즉 자녀가 망은행위를 한다는 사실을 알게 된 때로부터 1년으로 확대한다. 또한 증여자가 수증자의 망은행위로 인하여 사망한 경우에는 증여자의 상속인이 증여를 해제할 수 있도록 한다. 상속인이 수인인 경우에 상속인 전원의 합의에 따라 증여의 해제권을 행사하도록 하고, 전원의 합의로 해제권 행사를 결정하는 것이 불가능하다면 상속인의 과반수로 결정할 수 있도록 함으로써 절차적 타당성을 확보하도록 한다.

[주제어] 증여, 불효자방지법, 민법 개정, 망은행위, 증여 해제, 원상회복

I. 서론

최근에 우리나라는 노인인구가 급증하면서 노인부양에 대한 관심이 높아지고 있다. 특히 가정 내에서 노인, 즉 노부모에 대한 부양이 제대로 이루어지지 않고, 노인학대 범죄 및 노인의 고독사가 증가하면서 사회적으로 많은 문제가 되고 있다. 또한 지난 3월 청와대 국민청원 게시판에 ‘불효·패륜 등의 예방과 징벌을 위한 민법(증여편) 일부 개정법률안’이란 제목의 글이 올라와 이슈가 되었다. 청원의 내용은 법무부가 지난 1월 불효자의 상속권을 박탈하는 민법(상속편) 일부 개정안을 입법 예고했지만, 이미 부모 생전에 증여를 받고 망은행위를 한 자녀의 재산을 환수하기 어렵기 때문에 이를 막을 수 있는 법안이 마련되어야 한다는 것이었다. 이를 통하여 부모에 대한 부양 문제를 두고 누적된 갈등이 결국 법안에 대한 비판으로 불거지고 있음을 알 수 있다.

사실 부모 재산을 증여받은 자녀가 부모를 부양하지 않고, 학대 등과 같은 배은행위를 한 경우에 증여한 재산을 돌려받을 수 있도록 하는 내용의 민법 개정(이른바 불효자방지법)의 시도는 2004년과 2014년에 있었지만 최종적으로 개정되지 못했다. 그런데 제21대 국회에서 다시 이와 관련된 개정안이 발의되고 있다. 실제로 자식에게 재산 증여를 마친 부모는 자식이 패륜행위를 하더라도 재산을 되찾을 길이 없고, 그로 인하여 생활고를 겪는 상황이 발생하여도 부양료지급청구소송 정도만 제기할 수밖에 없어 이에 대한 입법에 대한 필요성이 다시 대두되고 있다. 이에 따라 그동안 논의되었던 불효자방지법에 대한 검토가 필요한 시점이다.

본 논문에서는 불효자방지법의 주된 내용인 망은행위에 의한 증여 해제를 정당화시킬 수 있는 증여의 본질적 의미와 불효자방지법의 필요성을 살펴보고, 불효자방지법에 관한 2014년 민법개정위원회의 개정 시안과 제19대부터 제21대 국회에서 다시 발의된

불효자방지법에 관한 내용을 검토함으로써 노부모 부양에 대한 인식과 대책 마련에 대한 시발점을 마련하는 데에 기여하고자 한다.

II. 증여의 본질적 의미

1. 증여의 연혁

증여는 원시사회에서부터 부족 간에 필요한 물품을 주고 받으면서 교류를 증진하고 협력하는 좋은 수단으로 사용되어 왔다. 증여를 많이 하는 부족의 장일수록 위신이 높아졌고, 수증자가 그 증여에 대한 보답을 하지 않거나 받은 것보다 부족하게 보답을 할 경우, 그 부족에 종속되는 의미를 가지기도 하였다. 물론 증여는 무상으로, 즉 대가 없이 상대방에게 물품을 제공하는 것이지만, 반드시 보답을 해야 한다는 무언의 약속이 형성되기 때문에 증여자와 수증자 간에 서로를 구속하는 수단이 되기도 하였다. 그리고 이러한 구속은 서로에 대한 강한 유대감으로 발전하여 부족 간의 신뢰를 쌓는 기초가 되었다. 이에 따라 수증자가 증여자에게 증여에 대한 보답을 하지 않거나 배신행위를 한 경우, 증여를 철회하는 것은 정당한 것이었다.¹⁾

증여와 관련된 로마입법은 주로 증여를 제한하는 것이고, 그 제한의 내용은 일정한 자에 대한 증여의 해지를 규정하거나 증여의 방식을 엄격하게 하는 것이다. 그 이유는 로마인의 합리주의적 사고에서는 반대급부 없이 증여하는 것에 대하여 불신을 가지고 있었기 때문이다. 그리고 로마시대의 증여는 다른 계약에 비하여 구속력이 약하여 수증자가 증여자에 대하여 망은행위를 하는 경우에 철회할 수 있었다. 게르만 고법에서는 무상으로 재산을 출연하는 증여란 존재하지 않았고, 유상행위로서의 증여가 존재하였다. 증여자가 재산을 증여한 후에 수증자가 반대급부를 하지 않으면, 증여자는 임의로 목적물을 반환할 수 있었고, 그 증여가 철회할 수 없는 것이 되기 위해서는 원칙적으로 증여의 가액에 상당하는 반대급부를 해야 했다. 증여는 재화를 교환하기 위해서 행해졌지만, 매매와 달리 반대급부의 내용을 상대방의 선택에 의하여 행해진다는 점에서 불편한 측면이 있다. 그로 인하여 증여를 재화의 교환수단으로 활용하기보다는 감사 표현 또는 호의를 얻기 위한 수단, 자신의 위세를 높이거나 세력확장의 수단으로 활용되었다.²⁾

1) 최봉경, “증여계약에 관한 민법개정안 연구”, 법학 제55권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2014, 68-69쪽.

독일 보통법에서는 로마법을 계수하여 증여에 대해서는 엄격한 방식을 요구하였다. 다만, 로마법상 증여의 의사표시를 재판상 등록하지 않았고, 증여자가 법원에서 구두로 표시한 증여의 의사표시를 법원의 조서에 기재하거나 증여증서를 법원에 제출하고 조서에 기재할 수 있었다. 그 후 근대민법전은 증여의 요식성을 받아들여 증여의 가액에 불문하고 공증계약 또는 서면계약에 의하여 체결하도록 하였다. 실제로 증여를 할 때에는 계약방식의 제한을 두지 않았고, 망은행위나 곤궁 등에 의한 사유로 증여를 철회할 수 있도록 철회사유를 확장하였다.³⁾

2. 증여의 현재적 의미

앞에서 살펴본 바와 같이 증여의 연혁적 의미에 따르면, 증여는 무상으로, 즉 대가 없이 상대방에게 물품을 제공하는 것이지만, 반드시 보답을 해야 하는 무언의 약속이 형성되어 서로를 구속하는 관계를 형성한다. 그리하여 수증자가 증여자에 대하여 유대관계 또는 신뢰 관계를 저버리는 행위를 하였을 경우에 증여자의 증여 해제 또는 철회는 당연한 것으로 받아들인다.

현행 민법 제554조에 따르면, 증여란 당사자 일방이 무상으로 재산을 상대방에게 수여하는 의사를 표시하면, 상대방이 이를 승낙하여 효력이 생기는 계약이다. 즉, 증여는 수증자에게 조건이나 부담을 주지 않아도 수증자의 승낙을 통해 성립하도록 하여 증여자 뿐만 아니라 수증자의 사적 자치도 보호하고 있는 계약인 것이다. 증여는 증여자의 선한 의도로 시작되어 수증자의 승낙을 전제로 하지만, 증여자의 의사가 주도적으로 반영되는 형태를 띤다. 이에 따라 증여자의 선한 의도 또는 의사는 증여가 이행된 후에도 최대한 존중되는 방향으로 운용되어야 하고, 그 일환으로 수증자가 증여자에 대하여 망은행위를 하는 경우에 증여를 해제하여 이행된 증여를 원상회복할 수 있도록 해야 한다. 이는 증여자가 중대한 망은행위를 한 수증자에게까지 증여계약상의 의무를 그대로 이행하게 할 필요가 없다고 하는 윤리적인 요청을 법률적으로 고려한 것⁴⁾에서 더 나아가 수증자에게 불이익을 줌으로써 망은행위자에 대한 제재의 필요성을 반영한 것이다. 최근에 연예인이나 일반인들의 기부나 증여가 보편화되면서, 증여에 대한 긍정적인 인식이 확대되

2) 박윤직 편집대표, 민법주해 제14판, 박영사, 2009, 9-10쪽.

3) 박윤직 편집대표, 위의 책, 11쪽.

4) 박윤직 편집대표, 위의 책, 42쪽.

고 있지만, 동시에 수증자의 반인륜적 행위가 증가하고 있는 상황에서 증여자를 보호할 수 있는 방안이 마련되어야 한다.

III. 불효자방지법의 필요성

1. 의의

우리나라는 노인인구의 급증으로 인하여 현재 고령사회에 진입하였다. 그리고 고령화 속도가 매우 빨라서 몇 년 내에 초고령사회에 진입할 것으로 예상되고 있다. 이러한 현상은 소수의 노동인구가 다수의 노인인구를 부양해야 하는 부담을 크게 증대시킨다. 그로 인하여 국가에서는 다양한 사회복지 정책을 마련하여 노인부양 문제를 해결하기 위하여 노력하고 있지만, 여전히 많은 숫자의 노인들이 고독사하거나 자녀들로부터 버림받고 생계를 제대로 유지하지 못해 어려움을 겪는 보도를 접하면서 이를 법적으로 해결할 수 있는 방안을 마련해야 할 필요성이 있다고 생각한다. 그리고 자녀가 부모로부터 재산을 받은 뒤에 부모를 돌보지 않는 사례가 많이 발생하면서, 부모가 증여한 재산에 대해 반환 또는 부양비를 청구하는 소송도 늘어나고 있다. 이에 따라 부모가 자녀에게 재산을 증여했다고 하여도 그 자녀가 부모에 대하여 효도하지 않으면 그 재산을 되돌려 받도록 하는 민법개정안과 부모를 학대하거나 패륜행위를 저지른 자를 처벌하는 친족폭행에서 친고죄와 반의사불벌죄의 내용을 삭제하는 형법개정안에 대한 논의가 있었는데, 이를 포괄하는 법률안을 불효자방지법이라고 한다. 여기에서는 민법에 한정하여 살펴보기로 한다.

종래에 민법상 증여계약과 관련된 규정에 대한 개정논의는 증여계약 해제의 효과를 소급시키는 내용을 중심으로 되어왔다. 자녀가 부모에 대하여 인륜에 반하는 행위를 저지를 경우, 부모가 자녀에게 증여한 재산을 다시 돌려받을 수 있는 규정을 만들어 자녀의 불효행위를 방지한다는 취지였다. 이는 부모에게 부당한 행위를 저지른 자녀를 제재한다는 측면에서 증여받은 재산을 부모에게 반환하도록 하는 것이다. 민법 제556조 제1항은 수증자가 증여자를 부양할 의무가 있음에도 부양하지 아니한 경우 증여자는 증여를 해제할 수 있도록 규정하고 있다. 그러나 민법 제558조에서 증여계약을 해제하기 전 이행한 부분에 대해서는 해제에 따른 영향을 미치지 않는다고 규정하고 있다. 이에

따라 증여자가 자녀에게 증여를 한 후에 그 자녀가 부양의무를 이행하지 않고, 연락을 끊은 경우에 증여자가 이미 증여한 재산에 대하여 반환받고 싶어도 불가능하다. 결국 증여자가 이미 이행한 증여재산도 해제하여 반환받을 수 있도록 해야만, 자녀의 배신행위로 부모가 경제적으로 어려움을 겪게 되는 상황을 방지할 수 있다.

2. 추진 배경

2.1 노인학대 사례 증가

2019년 노인학대 전체사례 건수는 16,071건으로 2015년의 11,905건과 비교하여 약 35.0% 증가하였다. 노인학대 전체사례 건수는 노인학대로 판정된 학대사례 및 노인학대가 의심되었지만, 노인학대 사례로 판정한 이후 일반사례로 판정된 사례를 합친 건수를 의미한다. 구체적으로 노인학대로 판정된 학대사례는 전체사례의 30~40%이며, 2019년에 학대로 판정된 사례는 5,243건으로 2015년의 3,818건과 비교하여 약 37.3% 증가하였다.⁵⁾

학대발생장소로는 가정 내 학대가 매년 80% 이상 되면서 가장 높은 비율을 차지하고 있다. 구체적으로 2019년에 4,450건으로 전체사례의 84.9%였다. 그리고 생활시설 학대의 경우 2019년에 486건으로 9.3%, 이용시설학대의 경우 2019년에 131건으로 2.5%였다.⁶⁾

학대행위자의 유형으로는 지속적으로 학대 피해 노인의 아들이 가장 높은 비율을 보이고 있고, 최근 배우자가 2순위로 증가하여 그 비율이 높아지고 있다. 구체적인 비율을 살펴보면, 아들은 31.2%, 배우자는 30.3%, 기관은 18.5%, 딸은 7.6%였다.⁷⁾

학대의 유형으로는 일반적으로 정서적 학대 3,465건(42.1%), 신체적 학대 3,138건(38.1%), 방임 741건(9.0%), 경제적 학대 426건(5.2%), 성적 학대 218건(2.6%), 자기방임 200건(2.4%), 유기 41건(0.5%)의 순으로 나타났다. 특히 경제적 학대의 경우에 2018년에 381건이었지만, 2019년에 426건으로 11.8% 증가하였다.⁸⁾

5) 보건복지부, 2019 노인학대 현황보고서 가이드북, 2020, 18-19쪽.

6) 보건복지부, 위의 책, 25쪽.

7) 보건복지부, 위의 책, 29쪽.

8) 보건복지부, 위의 책, 34쪽.

2.2 노인의 고독사 증가

2020년의 우리나라 65세 이상 홀몸노인 수는 총 158만 9,371명으로, 2016년의 127만 5,316명 대비 24.6%, 즉, 연평균 7만여 명이 증가한 것으로 나타났다. 급속한 고령화와 가족 구조 붕괴로 인한 1인 가구 증가 홀로 죽음을 맞이하거나 장례를 치러줄 가족·친척도 없는 무연고 사망자, 일명 고독사 또한 빠르게 증가했다. 최근 5년간 혼자 쓸쓸히 죽음을 맞은 무연고 사망자는 총 9,734명인 것으로 나타났다. 전체 연령대 중 배우자나 자녀 없이 살아가는 65세 이상 홀몸노인의 고독사가 가장 많았다. 5년간 노인 무연고 사망자 수는 총 4,170명으로 전체의 42.8%를 차지했다. 2016년 대비 2019년 노인 무연고 사망자 수도 55.8%가 증가한 것으로 파악됐다. 연도별로 보면 2016년 735명, 2017년 835명, 2018년 1,067명, 2019년 1,145명으로 증가한 데 이어, 2020년 6월까지 388명을 기록했다. 성별로 보면 남성은 2,736명, 여성은 1,434명으로 남성이 여성보다 1,302명 더 많았다.⁹⁾

2.3 부모의 자녀에 대한 부양료 지급 청구 소송 사례 증가

부모자식 간 또는 형제자매 등 가족 간 ‘부양료지급청구소송’은 2008년 162건에서 2016년 270건으로 67% 증가한 것으로 확인됐다.¹⁰⁾ 구체적으로 부양료지급청구소송은 2008년 162건에서 2009년 195건, 2010년 203건, 2011년 238건, 2012년 238건, 2013년 250건, 2014년 262건, 2015년 239건, 2016년 270건으로 매년 조금씩 늘고 있다. 부양료 청구가 인정된 비율은 2008년 31%(58건)에서 2013년을 제외하고 지속적으로 감소하고 있다. 부양료 지급청구소송이 가족 간 분쟁이라는 특성상 소송 도중 취하하거나 법원의 조정으로 결정되는 경우가 많아 청구인용률의 감소보다 소송증가율이 시사하는 바가 더욱 크다.¹¹⁾

9) 데이터솜 통계뉴스, “노인 고독사 3년새 55.8% 급증”, <<http://www.datasom.co.kr/news/articleView.html?idxno=109117>>, 검색일: 2021.7.1.(2017년 이후의 통계 자료를 찾기 위해 사법연감을 살펴보았지만, 부양료 지급청구소송이라는 구체적인 항목으로 통계가 나와 있지 않음)

10) 2017년에 금대섭 더불어민주당 국회의원이 대법원으로부터 제출받은 자료 인용

11) 로이슈, “부모 부양료 지급 청구소송, 10년 간 67% 늘어”, <https://ccnews.lawissue.co.kr/view.php?ud=201710270951017323d48e16fff2_12>, 검색일: 2020.6.28.

IV. 불효자방지법에 관한 민법개정시안 검토

2014년에 논의되었던 민법개정위원회의 최종개정시안과 19대 국회에서 발의된 서영교의원안(의안번호 1917046), 민병두의원안(의안번호 1916793)과 20대 국회에서 발의된 이명수의원안(의안번호 2001511), 민병두의원안(의안번호 2002283), 21대 국회에서 발의된 박완주의원안(의안번호 2100602), 서영교의원안(의안번호 2104276), 이명수의원안(의안번호 2108003)을 살펴봄으로써 앞으로의 개정방향을 검토하고자 한다.

1. 민법개정위원회 최종개정시안과 의원 발의안의 내용

1.1 망은행위로 인한 증여 해제 사유의 확대

민법 제556조 제1항 제1호에서는 증여 해제 사유를 증여자 또는 그 배우자나 직계혈족에 대한 범죄행위가 있는 때, 제2호에서는 증여자에 대하여 부양의무 있는 경우에 이를 이행하지 아니하는 때라고 규정하고 있다. 제19대 국회에서의 서영교의원안에서는 범죄행위와 부양의무를 이행하지 아니하거나 학대 및 부당한 대우를 한 경우라고 하였고, 제21대 국회에서의 서영교의원안에서는 제19대 국회에서 발의한 내용 중에 부당한 대우를 삭제하고 학대 또는 신체적 고통이나 폭언 등의 정신적 고통을 가한 경우라고 하였다. 제19대와 제20대 국회에서의 민병두의원안에서는 범죄행위, 학대 그밖에 현저하게 부당한 대우를 한 때, 부양의무를 이행하지 아니한 때라고 하였다. 제20대 국회에서의 이명수의원안에서는 제556조에 현행 민법 제556조 제1항 제1호와 동일한 내용을 규정하였고, 제556조의2를 신설하여 부양의무를 이행하지 않은 때에 먼저 부양의무의 이행을 법원에 청구할 수 있도록 하고, 법원의 이행 명령이 내려진 후에도 이행하지 않을 때 해제할 수 있도록 하였다. 제21대 국회에서의 이명수의원안에서는 민병두의원안과 동일하게 규정하였고, 다만, 부양의무 불이행에 대한 객체에 있어서 현행 규정의 증여자에서 증여자 또는 그 배우자로 확대하였다. 민법개정위원회의 최종개정안은 민병두의원안과 동일하게 규정하였다.

1.2 망은행위로 인한 증여 해제의 효과

민법 제558조는 서면에 의하지 아니한 증여의 해제, 망은행위로 인한 증여의 해제, 증여자의 재산상태가 변경되어 증여의 이행으로 생계에 중대한 영향을 미치는 경우의 해제는 이미 이행한 부분에 대해서는 영향을 미치지 아니한다고 규정하고 있다. 이는 일반적인 계약에서의 해제규정인 민법 제548조와 달리 예외적으로 해제의 소급효를 인정하지 않아 수증자의 이익을 더욱 보호해 주는 규정이라고 할 수 있다. 그러나 민병두 의원안과 서영교의원안에서는 제558조를 삭제함으로써 증여해제의 효과를 민법 제548조와 동일하게 소급하여 원상회복을 시킬 수 있도록 하였다. 그리고 이러한 해제의 효과가 제3자에게 영향을 미치지 못하도록 규정하였다. 또한 20대 국회에서의 이명수의원안에서는 민법 제555조의 서면에 의하지 아니한 증여의 해제, 민법 제557조의 재산상태의 변경으로 인한 증여의 해제의 경우만 민법 제558조를 적용하도록 하였다. 제21대 국회에서의 이명수의원안에서는 제556조 제2항에서 제1항에 따라 증여가 해제된 때에는 각 당사자는 원상회복의 의무가 있다고 하였다. 다만, 제3자의 권리를 해하지 못한다고 규정하였다. 박완주의원안에서는 제556조 제2항에서 제1항에 따라 증여가 해제된 때에는 수증자는 증여자에 대하여 원상회복의 의무가 있다고 규정하였고, 이러한 경우, 원상회복에 관하여 제747조부터 제749조까지를 준용하도록 하였다. 민법개정위원회의 최종 개정안은 민병두의원안과 서영교의원안과 동일하게 규정하였다.

1.3 망은행위로 인한 증여해제의 반환범위

민병두의원안에서는 수증자가 증여된 재산과 해제 후에 수취한 과실을 반환해야 한다고 규정하였고, 만약 수증자가 과실을 소비하였거나 과실로 인하여 훼손 또는 수취하지 못한 경우에는 그 과실의 대가를 보상해야 한다고 하였다. 서영교의원안에서는 법원의 부양의무 이행 명령이 있는 후에도 부양의무를 이행하지 아니하는 경우 수증자는 증여된 재산과 그에 따른 이득을 반환해야 한다고 규정하였다. 제20대 국회에서의 이명수의원안에서는 서영교의원안과 동일하게 규정하였고, 제21대 국회에서의 이명수의원안에서는 해제의 반환 범위에 대하여 별도로 규정하지 않았고, 해제된 때 원상회복의무가 있다고 규정하여 일반 해제의 원상회복의무의 범위와 동일하게 보면 될 것이다.¹²⁾ 박완주의

12) 민법 제548조에 따라 이익의 현존 여부나 선의·악의를 불문하고 이익 전부를 반환하여야 한다(대법원 2014.

원안에서는 수증자의 증여자에 대한 원상회복에 관하여 제747조부터 제749조까지를 준용한다고 규정하였다. 민법개정위원회의 최종개정안은 제556조 제2항에서 제1항에 따라 증여가 해제된 경우에는 수증자는 해제된 날까지 수취한 과실 또는 이익을 반환할 의무가 없다고 규정하였다. 그리고 증여받은 금전을 반환하여야 할 경우에 해제된 날까지의 이자도 이와 같다고 규정하였다. 해제 전에 발생하거나 취득한 과실에 대하여 반환 의무를 인정한다면, 오랜 기간이 경과한 후에 증여자가 해제한 경우에 수증자에게 가혹한 결과를 발생시키기 때문이다. 즉, 수증자의 증여받은 재산과 해제 후에 수취한 과실의 반환의무를 명확히 규정한 것이다.

1.4 해제권의 제척기간

민법 제556조 제2항의 해제권은 해제 원인이 있음을 안 날로부터 6월을 경과하면 소멸하게 함으로써 6월의 기간 내에 해제권을 행사하도록 하였다. 박완주의원안에서는 현행과 동일하게 규정하였고, 민병두의원안에서는 6월의 기간이 짧다고 보아 이 기간을 늘려 1년으로 하였다. 서영교의원안, 제21대 국회에서의 이명수의원안에서는 2년으로 정하였다. 그리고 제20대 국회에서의 이명수의원안에서는 별도로 제척기간에 대한 내용이 없는 것으로 보아 언제든지 해제권을 행사할 수 있도록 하여 거래의 안정성보다 증여자를 더 보호하는 측면이 강하다고 할 수 있다. 민법개정위원회의 최종개정안은 민병두의원안과 동일하게 규정하였다.

1.5 증여해제권의 상속

증여에 관한 내용이 규정되어 있는 민법 제554조 이하에는 망은행위로 인한 증여해제권의 상속에 대한 규정이 존재하지 않는다. 이는 민법 제558조의 증여해제의 효과가 이미 증여한 재산에 대해서는 미치지 않으므로 증여자가 증여한 후에 수증자의 범죄행위로 인하여 그가 사망에 이르렀다고 하더라도 상속인을 통해서 그 재산을 원상회복 시킬 수 없기 때문일 것이다. 많은 의원들이 증여계약과 관련하여 개정안을 발의했지만, 해제권의 상속에 대한 규정은 개정안에 포함시키지 않았다. 다만, 민병두 의원이 두 번에 걸쳐서 민법일부개정법률안을 발의했는데, 2016년에 이와 관련된 규정을 포함시켜 새로

게 발의하였다. 그 내용으로 민법 제558조의 해제효과에 대한 것을 삭제하고 제558조에 제555조부터 제557조까지에 따른 계약의 해제권은 증여자가 그 권리를 행사하기 전에 사망한 경우 상속인에게 이전된다고 규정하였다. 그리고 제21대 국회에서의 이명수의원 안에서는 제558조에 해제권의 이전이란 규정으로 변경하여 그 내용을 규정하였다. 그 내용으로 제555조부터 제557조까지에 따른 계약의 해제권은 증여자가 그 권리를 행사하기 전에 사망한 경우에는 그 배우자에게 이전된다고 규정하였다. 민법개정위원회의 최종개정안에는 민법 제556조 제4항에 증여자가 수증자의 제1항의 행위로 인하여 사망한 경우에는 증여자의 상속인은 이를 안 날로부터 1년 내에 증여를 해제할 수 있다고 규정하였다.

2. 검토

2.1 도덕적 의무의 법적 강제가 필요한지 여부

증여와 관련된 민법일부개정법률안에 대한 논의는 종래부터 있어왔고, 2014년에 법무부 민법개정위원회에서 구체적인 개정 시안을 만들었지만, 최종적으로 통과되지 못하였다. 그 후에도 제19대 국회에서 민병두, 서영교 의원 등에 의하여 이와 관련된 민법일부개정법률안이 발의되었고, 제20대 국회에서 민병두, 이명수 의원 등에 의하여 민법일부개정법률안이 발의되었지만, 개정으로 이어지지 못하였다. 개정으로 이어지지 못했던 가장 큰 이유는 부모에 대한 부양은 자녀로서 해야 하는 도덕적 의무인데, 이를 법으로 강제하는 것은 정당하지 못하다는 것이었다. 유교문화를 가진 싱가포르와 중국에서도 부모부양을 강제하는 법이 제도화될 때까지 많은 시행착오가 있었고, 반대에 부딪혔었다.

싱가포르는 우리나라와 동일하게 전통적으로 부모에 대한 부양을 자녀의 도덕적 의무라고 보고 있기 때문에 부모에 대한 효행을 법제화하는 것은 문제가 있다고 비판하는 의견이 많았다. 그리고 이를 법제화하더라도 자녀와의 갈등을 원치 않는 부모가 자녀의 부양 의무 불이행에 대하여 법적인 절차를 통하여 자녀에게 부양을 강제하는 일은 거의 없을 것이라고 보았다. 이에 따라 부모부양을 강제하는 법의 통과를 반대하는 견해가 많았지만, 이 법은 부모에 대한 효행을 강요하는 것이 아니라 부모에 대한 부양을 하지 않는 자녀가 존재하는 현실을 반영하여 고령자에 대한 안전망을 제공하는 것이라는 제안자의 취지를 반영하여 1995년 11월에 부모부양법이 법제화되었다.¹³⁾ 부모부양법에

는 부모부양법원¹⁴⁾은 자녀가 부양신청자인 부모를 부양하는 것이 공평하다고 판단할 때에는 부양명령을 내릴 수 있음을 명시하였고,¹⁵⁾ 이러한 의무를 이행하지 않은 자녀는 5천불 이하 벌금 또는 6개월 이하의 징역형의 판결을 받을 수 있다.¹⁶⁾ 그리고 자녀에게 행해지는 부모에 대한 부양명령은 그 부모가 자녀의 부양의무를 제대로 이행했는지를 고려하여 내려진다.¹⁷⁾

중국은 전통적으로 효 사상을 기반으로 하여 정치, 교육, 사회, 법률, 문화가 형성되었다. 그래서 자녀가 부모를 부양하는 것을 미덕으로 여겨왔고, 부모에 대한 효도를 모든 덕행의 기본으로 보았다. 이러한 효도의 의미는 가정에서 부모와 자식 간에 자신의 직분을 다하는 것뿐만 아니라 신하가 군주에게 충을 행하는 의미로 확대해석되어 국가윤리의 근간이 되었다. 이에 따라 효 사상을 통하여 군주가 백성에 대한 지배를 강화하게 되었고, 불효를 행하는 자녀에 대하여 무겁게 처벌하였다. 그러나 20세기에 접어들면서 많은 지식인들은 신분질서를 강조한 봉건사상이 중국의 발전을 가로막고 있다는 생각을 가지게 되었고, 구체적으로 효 사상은 수직적인 복종만 강조하여 통치계급에 저항하지 못하게 하는 권위주의의 산물이라고 여겨져 쇠퇴하게 되었다. 그런데 인구의 고령화의 급격한 진행과 핵가족화로 인하여 독거노인의 고독사 문제, 정서적으로나 경제적으로 소외된 노인으로 인한 사회문제가 부각되면서 이를 해결하기 위한 방안을 마련할 필요가 있었다. 그 일환으로 마련된 노인권익보장법, 소위 효도법은 1996년에 제정되었지만, 2013년에 주요 내용을 개정하였다. 개정된 내용에는 부모와의 만남과 교류를 유지하는 것에 초점을 맞추어 부모를 오랫동안 방문하지 않으면 처벌하는 조항이 추가되고, 부모를 부양하지 않기 위하여 유산상속권을 포기하는 것을 금지하여 이를 위반한 경우에 법원이 벌금을 부과하거나 구류결정을 내릴 수 있다. 이에 대하여 중국인들은 부모의 안부를 묻고 방문하는 것은 도덕적 의무인데, 효도를 법률화하는 것이 정당한 것인지

13) 부모부양법은 정식명칭이 ‘자녀에 의한 부모부양 및 그 연관사항에 관한 규정을 제정하기 위한 법률(An Act to make provision for the maintenance of parents by their children and for matters connected therewith)’이다. 이는 부모에 대한 자녀의 부양을 담보하기 위한 것이다. 전체가 21조로 구성된 이 법은 부모의 부양의무를 자녀에게 일반적으로 과하는 것이 아니고, 부모가 부양에 대한 신청을 하면 일정한 조건에 합치되는지 여부를 가려서 자녀의 부양이행여부를 결정한다(清末愛砂, “少者高齡化の老親の扶養-シンガポールにおける兩親扶養と家族主義”, 家族法の社會保障法の交錯, 信山社, 2014, 236-238頁).

14) 이 법 제13조에 의하여 설립된 부모부양법을 위한 재판소이다.

15) Maintenance of Parents Act §5 (1) (a)

16) Maintenance of Parents Act §15 (1) (d)

17) Maintenance of Parents Act §5 (3)

의문을 제기했지만, 법 개정 당시의 여론조사에 따르면 전체 조사인원 중 약 67%가 효도법은 선의를 위한 법제도의 마련이라는 측면에서 찬성하였다.¹⁸⁾

위에서 살펴보았듯이 싱가포르와 중국은 부모에 대한 효도를 행하지 않는 도덕적 의무의 위반이 법적 처벌대상이 될 수 있는지 여부에 대한 고민이 있었지만, 부모부양법과 노인권익보장법을 제정함으로써 노인에 대한 경제적, 정서적 지원을 통하여 사회적 안전망을 확보하고, 노인부양 문제는 가정에서 해결해야 하는 문제가 아닌 국가가 개입하여 해결해야 하는 문제라는 것에 더욱 방점을 두면서 이러한 논란을 종식시키기 위하여 노력하였다. 그러한 측면에서 싱가포르와 중국은 우리나라에 많은 시사점을 남긴다. 우리나라의 불효자방지법은 부모를 부양하지 않고, 부모에 대하여 학대, 망은행위 등을 하는 자녀에 대한 제재라는 측면에서 싱가포르와 중국과 같이 도덕적인 의무를 법률로 강제하는 조치는 정당한지 여부에 대한 견해 대립이 존재한다. 불효자방지법은 최근에 사회적으로 문제가 되고 있는 고령화, 노인의 빈곤과 자살, 고독사, 노인부양 등에 관한 쟁점을 해결할 수 있는 시발점이 된다는 점에서 다시 추진해야 할 필요가 있다.¹⁹⁾ 물론 위와 같은 문제를 해결하기 위해서는 노인을 위한 연금, 요양보험 등과 같은 사회복지제도의 적극적인 지원도 수반되어야 하지만, 사회복지제도를 통한 지원은 국가의 재정적인 한계라는 현실적인 문제가 존재하기 때문에 불효자방지법의 추진을 통한 문제 해결의 노력이 필요하다.

2.2 망은행위의 범위 확대

현행법상에서 망은행위의 범위는 범죄행위, 부양의무 불이행으로 한정하였지만, 민법 개정위원회의 개정시안과 의원 발의안을 종합하여 보면, 학대, 현저하게 부당한 대우 또는 신체적 고통이나 폭언 등의 정신적 고통을 가한 경우 등을 추가로 규정하였다. 의원들의 발의안은 조금씩 차이가 있긴 하지만, 현행 규정보다 해제 사유의 범위를 넓혀 인륜에 반하는 행위를 한 수증자의 증여 받은 재산을 원상회복시킴으로써 이러한 행위를

18) 신동윤, “중국전통의 효사상과 효도법 발효의 의미”, 중국연구 제63권, 한국외국어대학교 중국연구소, 2015, 337-345쪽.

19) 불효자방지법안에 대한 부모 세대와 자녀 세대의 요구도를 조사했을 때, 부모 세대의 경우에는 ‘재산 증여 후 거리로 내몰리는 노인들로 인한 막대한 노인복지 비용의 발생’, 자녀 세대의 경우에는 ‘재산 증여 후 자녀 폭언, 폭행으로부터의 노부모 구제’를 불효자방지법안이 필요한 가장 주요한 목적으로 보았다(유계숙/김제희, “효도계약과 불효자 방지법안에 대한 부모 세대와 자녀 세대의 태도”, 보건사회연구 제37권 제1호, 한국보건사회연구원, 2017, 238쪽).

막으려는 의지가 담겨있다고 할 수 있다.

이와 관련하여 외국의 입법례를 살펴보면 다음과 같다. 독일민법 제530조 제1항에서는 현저한 비행으로 인하여 수증자에게 중대한 망은의 책임이 있는 경우에 증여자는 증여를 철회할 수 있다고 하였다. 프랑스 민법 제955조에서는 수증자가 증여자의 생명을 해치려 한 때, 증여자에 대하여 학대, 범죄 또는 심한 모욕을 가한 때, 수증자가 증여자에 대한 부양을 거절한 때에 망은행위를 이유로 증여를 철회할 수 있다고 규정하였다. 스위스 채무법 제249조에서는 수증자가 증여자 또는 증여자의 근친에 대하여 중대한 범죄행위를 저지른 때, 수증자가 증여자 또는 그 가족에 대하여 지고 있는 가족법상의 의무를 중대하게 위반한 때, 수증자가 증여에 부가되어 있는 부담을 부당하게 이행하지 아니한 때에 증여를 철회할 수 있다고 규정하였다.²⁰⁾ 우리나라뿐만 아니라 외국의 입법례에서 볼 수 있듯이 망은행위를 한 수증자의 증여계약상의 지위를 보호할 필요가 없다는 것은 어느 정도 공감대가 형성되어 있다고 볼 수 있으므로 구체적인 법 규정의 내용을 우리나라의 실정에 맞게 구성할 필요가 있다.

수증자의 망은행위로서 불법행위는 ‘범죄행위’의 개념에 대부분 포함될 수 있을 것이고, ‘학대 그밖에 현저하게 부당한 대우’라는 개념은 다양한 해석가능성이 있어서 법률규정의 명확성이나 예측가능성에 반할 우려가 있다. 그러나 수증자의 행위가 범죄행위에 까지 이르지 않더라도 비난받아야 할 망은행위가 있을 수 있고, 망은행위를 판단함에 있어 구체적 타당성을 확보하기 위해 어느 정도 일반적인 규정을 사용할 필요가 있다. 다만, ‘현저하게’ 부당한이라는 용어를 통하여 그 범위를 한정할 수 있고, 법원의 판례에 따라 그 개념이 구체화될 수 있다. 그리고 망은행위를 한 수증자에 대하여 법적으로 불이익을 부과할 필요가 있는 점, 독일 민법도 ‘현저한 비행’, ‘중대한 망은의 책임’이라는 용어를 사용하고 있는 점, 스위스 채무법에 ‘중대한’ 범죄행위라는 용어를 사용하고 있는 점 등을 고려하면 망은행위 유형을 추가하는 것이 타당하다고 생각한다.

그리고 범죄행위, 학대 그밖에 현저하게 부당한 대우를 한 경우에 그 객체를 증여자 또는 그 배우자나 직계혈족으로, 부양의무를 이행하지 아니한 경우에는 증여자 또는 그 배우자로 하여야 한다. 이와 같이 범죄행위 등의 객체를 증여자 또는 그 배우자 및 직계혈족으로 정한 이유는 증여자의 명예감정을 폭넓게 보호하려는 취지에서이다. 만약, 이보다 더 넓은 범위로 확대한다면, 증여와 관련된 법률관계를 불안정하게 할 것이므로 현행과 같이 한정하는 것이 타당하다.²¹⁾ 그리고 부양의무 불이행의 객체는 증여자 또는

20) 김대정, 계약법, 박영사, 2020, 365-366쪽.

그 배우자로 확대해야 한다. 증여자와 그 배우자는 경제공동체로서 증여자의 재산에는 혼인기간 동안 그 배우자의 협력 또는 기여가 포함되어 있기 때문이다.

2.3 망은행위로 인한 증여 해제 및 해제의 반환 범위

민법 제558조에 따르면, 망은행위에 의한 증여 해제에 경우에 이미 이행한 부분에 대해서는 영향을 미치지 않는다.²²⁾ 이는 급부가 이행된 후에도 해제가 가능하다면 법률 관계를 복잡하게 만들고 수증자에게 예측하지 못한 손해를 입히게 될 우려가 있다는 고려가 반영된 것이다. 헌법재판소는 이 규정에 대하여 이미 증여계약의 이행이 완료된 부분에 대하여 망은행위로 인한 법정해제권 행사의 효과를 제한하는 것은, 입법자가 수증자의 망은행위에 대한 우리 사회의 윤리적 평가를 기초로 증여자와 수증자의 이익을 비교 형량하는 한편, 증여계약이 무상·편무계약인 특질과 수증자의 부양의무 불이행에 대하여는 별도로 민법 제974조 내지 제979조에서 부양의무의 이행을 구할 수 있는 방법을 인정하고 있는 점 등을 고려하였다. 그래서 이미 이행된 증여 부분은 증여자의 의사가 분명히 드러남과 아울러 증여가 경솔하게 이루어지지 않았다는 것이 명백하기 때문에 증여자와 수증자 사이의 법률관계를 조속히 안정시켜 증여자의 일방적인 의사에 의하여 법률관계가 불안정하게 되는 것을 최소화하기 위한 것이므로 위헌이 아니라고 판시하였다.²³⁾

한편, 부담부증여의 경우에는 부모가 자녀에게 재산을 증여한 후, 자녀가 부양의무를 이행하지 않았을 때에 그 재산의 전부를 반환받을 수 있다. 민법 제561조에 따른 부담부증여는 쌍무계약이므로 수증자가 부담의무를 불이행한 경우에 법정해제에 관한 규정이 적용된다. 2015년에 이와 관련된 판결²⁴⁾이 있었는데 법원은 “이 사건 증여계약은 피고가

21) 최봉경, 앞의 논문, 77쪽.

22) 망은행위에 대해서는 증여를 이행했는지 여부와 관계없이 증여자는 계약을 해제할 수 있고, 이행된 부분에 대해서는 부담이득반환청구권에 따라 반환되어야 하는데, 이를 입법상의 잘못이라고 주장하는 견해가 있다(명순구, “서면에 의한 증여와 그 해제”, 민사법학 제42호, 한국민사법학회, 2008, 311쪽). 그러나 민법 제정 당시에 이러한 규정이 없었던 일본 민법을 참고한 상황에서 서구의 입법례에 따라 증여자에게 망은행위에 대한 해제권을 부여는 했지만, 제한을 둬으로써 이행된 부분에 대해서는 반환을 할 수 없도록 한 것으로 볼 수 있다(박희호, “민법상 증여의사에 관한 연구-해제권행사에 대한 제한을 중심으로-”, 법학연구 제44집, 전북대학교 법학연구소, 2015, 146-147쪽).

23) 헌법재판소 2009. 10. 29. 선고 2007헌바135 결정.

24) 사실관계는 다음과 같다. 원고는 2003년 12월 아들인 피고와 시가 20억 원 상당의 2층 주택 및 대지에 관한 증여계약을 체결하고 피고에게 소유권이전등기를 넘겨주었다. 원고는 위 증여계약 당시 피고로부터 각서를

부모인 원고 부부를 충실히 부양하는 것을 조건으로 하는 것이므로 부담부증여에 해당하고, 부담부증여에 있어서 부담 의무 있는 상대방이 자신의 의무를 이행하지 아니할 때에는 비록 증여계약이 이행되어 있다 하더라도 증여자는 증여계약을 해제할 수 있다. 각서 내용 중 ‘충실히 부양한다’는 것은 부모자식간의 일반적인 부양의 수준을 넘어서 부양의 이행을 의욕한 것인데, 피고는 이와 같이 ‘충실히 부양’할 의무를 이행하지 않았으므로 원고는 이를 이유로 증여계약을 해제할 수 있다.”라고 판시하였다. 이 사건에서 원고가 피고에게 소유권이전등기를 했음에도 불구하고 원상회복할 수 있었던 이유는 피고로부터 ‘충실히 부양한다’는 내용의 각서를 받아두었고, 이러한 각서에 따른 의무를 이행하지 않았기 때문이다.

만약, 부모가 자녀에게 증여한 후에 장래에 자녀가 망은행위를 할 것을 대비하여 부담부증여를 체결한다면, 부모는 증여한 재산을 반환받을 수 있을 것이다. 그런데 일반적으로 부모가 자녀들에게 재산을 증여하면서 일정한 의무를 부과하거나 각서를 받는 부담부 증여계약을 체결하는 것은 매우 드문 일이다. 이에 따라 당사자간에 부담부 증여계약을 체결하지 않았더라도 수증자가 망은행위를 하였다면, 증여자는 증여재산의 전부 또는 일부를 원상회복할 수 있는 입법적 조치가 반드시 필요하다. 또한 망은행위자에 대하여 법적 불이익을 부과할 필요가 있고, 망은행위자의 신뢰를 보호하는 것이 부당하다는 점 등을 고려하면 증여를 통하여 이행한 재산을 반환하는 것으로 개정하는 것이 타당하다.

2.4 망은행위로 인한 증여 해제의 반환 범위

외국의 입법례를 보면, 많은 국가에서 증여자가 증여한 후에 수증자의 망은행위로

받았는데, 그 내용은 ‘피고는 본건 증여를 받은 부담으로 원고와 같은 집에서 동거하며 부모님을 충실히 부양한다. 피고는 위 부담사항 불이행을 이유로 한 원고의 계약해제 기타 조치에 관해 일체의 이의나 청구를 하지 아니하고, 계약 해제의 경우 즉시 원상회복의무를 이행한다’는 것이다. 이후 피고 부부는 주택 1층에 살면서 2층에 사는 원고 부부를 거의 찾아보지 않고 따로 생활하였으며, 허리디스크 등으로 건강이 좋지 않은 원고 처의 간병과 원고 부부의 가사는 따로 사는 원고 딸과 가사도우미가 도맡았다. 원고 처의 건강이 급속도로 악화되어 2013년 11월 스스로 거동할 수 없는 정도가 되자 피고는 원고 부부에게 고급 요양시설에 입원할 것을 권유하였다. 원고는 2014년 6월 피고에게 위 주택 및 대지를 다시 원고의 명의로 돌려주면 이를 매각한 후 남은 자금으로 원고 부부가 살 집을 마련할 것이니 소유권이전등기를 넘겨달라고 요구하였다. 그러자 피고는 원고에게 “천년만년 살 것 아닌데 아파트가 왜 필요해. 맘대로 한번 해보시지.”라는 등 막말을 하였다. 결국 원고는 딸의 집으로 이사한 뒤 피고를 상대로 위 주택 및 대지의 소유권 회복을 구하는 소송을 냈다. 1심, 2심 모두 원고 승소 판결을 하였고, 대법원은 최근 원심을 확정했다(대법원 2015. 12. 24. 선고 2015다236141 판결).

인하여 증여를 해제한 경우, 이미 이행한 부분에 대하여도 반환을 청구할 수 있는 것으로 규정하고 있다. 다만, 그 반환 범위에 관하여는 독일 민법 제531조 제2항, 스위스 채무법 제249조는 현존이익에 한정하고 있지만, 프랑스 민법 제958조 제2항에 따르면, 받은 이익을 전부 반환하도록 하고 있다. 민법개정위원회의 개정시안에서는 프랑스 민법과 같이 망은행위로 인한 증여 해제의 반환 범위를 현존이익에 한정하지 않았다. 다만, 증여의 해제 전에 취득한 과실 또는 수익은 수증자가 반환할 필요가 없다고 하였다. 이는 증여 후에 오랜 시간이 경과된 경우에 증여가 해제되어 해제 전에 취득한 이익까지 반환해야 하는 수증자를 고려한 것이다.

망은행위를 한 수증자의 책임은 도덕적 비난 가능성이 클수록 무겁게 지는 것이 합리적이지만, 증여자와 수증자간에 부당한 대우가 오고 가는 경우도 있을 것이고, 수증자에게 그러한 행위에 대한 모든 책임을 지우기 어려운 경우도 있다. 이에 더하여 수증자가 증여 재산을 보존하고 관리하기 위해 필요비 또는 유익비를 지출하거나 비용은 지출하지 않았지만 수증자 본인의 수고가 포함되는 경우도 있기 때문에 수증자의 반환 범위를 현존이익으로 한정하는 것이 타당하다는 견해가 있다.²⁵⁾ 그러나 증여자인 부모가 수증자인 자녀에게 재산을 증여한 후에 자녀가 부모에게 범죄행위 또는 학대 및 부당한 대우를 하거나 부양의무를 이행하지 않은 경우에 민사적으로 제재할 수 있는 방법이 없는 상황에서 수증자의 반환 범위를 축소시킬 필요는 없다고 생각한다. 망은행위로 인한 증여의 해제는 수증자의 비난받아야 할 행동에 의해 증여가 해제되는 경우이므로, 수증자를 보호할 필요성이 크지 않다는 점에서 증여 해제의 반환 범위를 현존이익에 한정시키지 않고, 받은 이익을 모두 반환하도록 해야 할 것이다.

2.5 해제권의 제척기간

민법개정위원회의 개정시안과 의원 발의안을 종합하여 보면, 해제권 행사의 제척기간을 해제 원인이 있음을 안 날부터 1년 또는 2년으로 하거나, 기간의 제한을 두지 않은 경우도 있다. 현행 민법에서 해제권 행사의 제척기간을 6개월이라는 짧은 시간으로 제한한 것은 신속한 법률관계의 확정을 위해서 장기간 존속시킬 필요가 없기 때문이다. 그러나 신속한 법률관계의 확정보다는 증여자를 보호하는 것에 무게를 둔다면, 현행 민법상의 6개월보다는 기간을 확장해야 한다고 생각한다. 그렇지만 이러한 기간을 제한 없이

25) 최봉경, 앞의 논문, 81쪽.

인정할 경우, 증여로 인한 법률관계가 복잡해질 수 있는 점, 외국의 입법례에서 통상적으로 1년으로 정하고 있는 점,²⁶⁾ 매매와 도급 등과 같은 다른 계약의 해제권 행사 기간을 참고했을 때 1년으로 하는 것이 적정²⁷⁾하다고 생각한다.

2.6 상속인의 증여해제권

2.6.1 상속인의 증여해제권 인정 여부

계약의 해제는 유효하게 성립한 계약의 효력을 상실시키는 것이다. 해제권자의 일방적인 의사표시로 계약의 효력을 상실시킨다는 점에서 해제계약 또는 합의해제와 구별된다. 취소와 철회도 계약을 해소시킨다는 점에서 해제와 비슷하지만, 취소는 계약성립상의 흠을 이유로 계약의 효력을 상실시키는 것이고, 철회는 의사표시의 효력 발생 전에 장래를 향하여 그 효력을 상실시키는 것이다.²⁸⁾ 즉, 해제권은 형성권으로서²⁹⁾ 해제권자가 상대방에 대한 일방적 의사표시로 행사하는 것이다.³⁰⁾ 이는 계약상의 종된 권리로서 계약당사자만이 가질 수 있고, 계약당사자의 지위를 승계하지 않는 한 해제권만을 별도로 이전하거나 압류할 수 없다.

망은행위로 인한 증여자의 해제권은 계약당사자의 권리로서 타인에게 해제권의 이전을 인정하기 어렵다. 객관적으로 수증자의 망은행위가 중대하다고 하더라도 증여자가 수증자를 용서하고 해제권을 행사하지 않을 수 있기 때문이다. 그래서 망은행위로 인한 증여자의 해제권을 일신전속권으로 해석하고 그 행사도 원칙적으로 증여자만 할 수 있도록 하는 것이 타당하다. 민법개정위원회에서도 증여자의 해제권은 일신전속적인 것이어서 계약당사자만이 행사할 수 있지만, 망은행위로 인하여 증여자가 사망한 경우

26) 증여해제권의 행사기간에 관하여 독일과 스위스의 경우에는 증여한 사람이 망은행위를 한 날로부터 1년, 프랑스의 경우에는 망은행위가 있었던 날 또는 증여자가 망은행위를 알 수 있었던 날로부터 1년으로 정하였다.

27) 김한빈/김규완, “증여계약 해제에 관한 민법 개정시안 소고”, 아주법학 제10권 제4호, 아주대학교 법학연구소, 2017, 266쪽.

28) 양창수/김재형, 계약법, 박영사, 2014, 505쪽.

29) 계약의 해제권은 일종의 형성권으로서 당사자 일방에 의한 계약해제의 의사표시가 있으면 그 효과로서 새로운 법률관계가 발생하고 각 당사자는 그에 구속되는 것이다(대법원 2005. 7. 14. 선고 2004다67011 판결).

30) 이러한 특징 때문에 증여의 해제는 민법 제543조의 해제와 유사하지만, 민법 제543조 이하는 채무자의 채무불이행을 원인으로 한다는 점에서 수증자의 채무불이행을 원인으로 하지 않는 증여의 해제는 동일하게 볼 수 없다는 견해가 있다(김진우, “서면에 의하지 아니한 증여의 해제”, 민사법학 제56호, 한국민사법학회, 2011, 346쪽).

에는 증여자가 해제권을 행사할 기회가 없기 때문에 상속인에게 예외적으로 고유한 해제권을 인정해야 한다는 입장이다. 즉, 망은행위 자체가 인격적인 선택을 띠고 있기 때문에 망은행위로 인한 해제권은 예외적으로만 상속인이 행사할 수 있도록 하자는 취지이다.³¹⁾³²⁾

증여자가 재산을 증여한 후에 수증자가 증여자에 대하여 망은행위를 하였음에도 불구하고 수증자가 증여받은 재산을 그대로 보유하도록 하는 것은 증여자의 권리를 보호하지 못한다는 점에서 타당하지 않다. 증여자가 살아있는 경우에는 증여자 스스로 증여계약을 해제하여 수증자에게 증여한 재산을 원상회복시킴으로써 수증자의 부당한 행위에 대하여 제재할 수 있다. 그러나 증여자가 사망하는 경우에 증여자의 해제권을 상속인이 상속받을 수 없다면, 수증자와의 증여계약을 해제하지 못함으로써 수증자의 망은행위에 대하여 민사적으로 제재하는 것이 어렵다. 증여자의 사망여부에 따라 수증자가 증여받은 재산에 대한 원상회복을 할 것인지의 여부가 결정된다면 오히려 망은행위를 통해서 증여자를 사망에까지 이르게 한 수증자가 그렇지 않은 자보다 이익을 얻게 되는 결과를 야기하게 되므로 증여해제권의 상속을 인정해야 한다.

2.6.2 상속인이 수인인 경우의 증여해제권 행사

민법 제1005조에 따르면, 피상속인의 사망으로 상속이 개시되면 상속인은 피상속인의 일신에 전속한 것을 제외하고 피상속인의 재산에 관한 권리·의무를 포괄적으로 승계한다. 이에 따라 인격권이나 친족법상의 권리와 의무는 승계되지 않지만, 재산 또는 재산법적 법률관계, 계약상의 지위, 이에 부수하는 추인권, 취소권, 해제권 등은 승계된다. 이와 관련하여 대법원은 민법 제547조 제1항은 당사자의 일방 또는 쌍방이 수인인 경우에는 계약의 해지나 해제는 그 전원으로부터 또는 전원에 대하여 하여야 한다고 규정하고 있으므로, 매매계약의 일방당사자가 사망하였고 그에게 여러 명의 상속인이 있는 경우에 그 상속인들이 이러한 계약을 해제하려면, 상대방과 사이에 다른 내용의 특약이 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한 상속인들 전원이 해제의 의사표시를 해야 한다고 판시하고 있다.³³⁾ 이는 계약 당사자마다 독립적으로 해제를 인정하면 해제에 따른 법률관계가

31) 최봉경, 앞의 논문, 84쪽.

32) 프랑스 민법 제957조 제2항에서 망은행위로 인한 증여의 취소권을 행사할 권리는 증여자만이 취소권을 행사할 수 있고 상속인은 행사할 수 없다고 규정하지만, 예외적으로 사망 전에 증여자가 그의 생전에 소송을 제기한 경우에 이를 상속인이 승계하여 계속할 수 있다고 해석한다(김성수, “프랑스민법의 증여의 취소에 관한 연구”, 민사법학 제59호, 한국민사법학회, 2012, 635쪽).

복잡해지기 때문에 내린 결론으로 보인다. 물론 민법 제547조는 강행규정은 아니어서 특약으로 배제할 수 있지만, 특약이 없는 한 수인의 상속인 중에 한 명이 혼자서 계약을 해제할 수 없는 것이다.

증여계약의 해제권을 상속했을 때에도 마찬가지로 상속인이 수인인 경우에 각자가 독립적으로 행사할 수 없고 상속인 모두가 해제의 의사표시를 해야 한다. 즉, 공동상속인에게 해제권이 개별적으로 상속되어 귀속하지만, 해제권을 행사할 때는 전원으로부터 또는 전원에 대하여 행사해야 한다. 민법 제1007조와 같이 공동상속인이 각자의 상속분에 따라 피상속인의 증여해제권을 행사한다면 다툼이 없겠지만, 해제권의 불가분성을 따르면, 상속인들의 증여해제권 행사에 대한 다툼이 있을 수 있다. 이에 따라 상속인이 수인인 경우에 상속인 전원의 합의에 따라 행사하도록 명시하여 상속인 1인이 임의로 해제 여부를 결정하여 법률관계의 안정을 해치는 것을 방지해야 할 것이다. 다만, 전원의 합의로 해제권 행사를 결정하는 것이 불가능하다면 상속인의 과반수로 결정할 수 있도록 함으로써 절차적 타당성을 확보하도록 한다.

V. 결론

현재 고령사회인 우리나라는 2025년에 65세 이상 고령인구가 총인구에서 차지하는 비율이 20%를 넘는 초고령사회에 진입할 것으로 보고 있다. 이에 따라 초고령사회에 대비하기 위하여 노인들이 겪고 있는 학대, 경제적 빈곤, 질병, 고독 등의 문제를 해결하기 위한 노력이 필요한 시점이다. 그 일환으로 발의된 불효자방지법은 자녀가 부모로부터 재산을 물려받은 뒤 부모를 유기·학대하는 패륜행위에 제동을 걸 수 있을 것이라는 기대감도 있지만, ‘효도’라는 도덕적 의무를 법적으로 강제하는 것에 대한 비판이 제기되고 있다. 실제로 자식에게 재산 증여를 마친 부모는 자식이 패륜행위를 하더라도 재산을 되찾을 길이 없고, 그로 인하여 생활고를 겪는 상황이 발생하여도 부양료지급청구소송 정도만 제기할 수밖에 없어 이에 대한 입법이 시급한 상황이다.

따라서 입법단계에서 증여만 받고 부양의무를 이행하지 않거나 심지어 증여를 받자마자 학대를 일삼는 자녀를 제재할 수 있는 방안이 필요하다. 그러한 방안으로는 증여자 또는 그 배우자나 직계혈족에 대한 범죄행위, 증여자에 대한 부양의무 불이행과 같은

33) 대법원 2013. 11. 28. 선고 2013다22812 판결.

해제의 기존 사유에 확대와 그 밖에 현저하게 부당한 대우를 추가하고, 부양의무 불이행의 객체로 배우자를 추가한다. 그리고 증여자가 증여 해제를 함으로써 수증자가 증여 재산의 전부를 반환하도록 한다. 해제권의 제척기간은 해제 원인이 있음을 안 날, 즉 자녀가 망은행위를 한다는 사실을 알게 된 때로부터 1년으로 확대한다. 또한 증여자가 수증자의 망은행위로 인하여 사망한 경우에는 증여자의 상속인이 증여를 해제할 수 있도록 한다. 상속인이 수인인 경우에 상속인 전원의 합의에 따라 증여의 해제권을 행사하도록 하고, 전원의 합의로 해제권 행사를 결정하는 것이 불가능하다면 상속인의 과반수로 결정할 수 있도록 함으로써 절차적 타당성을 확보하도록 한다.

참고문헌

1. 단행본

박윤직 편집대표, 민법주해 제14판, 박영사, 2009.

김대정, 계약법, 박영사, 2020.

양창수/김재형, 계약법, 박영사, 2014.

2. 학술지

김성수, “프랑스민법의 증여의 취소에 관한 연구”, 민사법학 제59호, 한국민사법학회, 2012, 609-664쪽.

김진우, “서면에 의하지 아니한 증여의 해제”, 민사법학 제56호, 한국민사법학회, 2011, 333-365쪽.

김한빈/김규완, “증여계약 해제에 관한 민법 개정시안 소고”, 아주법학 제10권 제4호, 아주대학교 법학연구소, 2017, 245-270쪽.

명순구, “서면에 의한 증여와 그 해제”, 민사법학 제42호, 한국민사법학회, 2008, 285-315쪽.

박희호, “민법상 증여의사에 관한 연구-해제권행사에 대한 제한을 중심으로-”, 법학연구 제44집, 전북대학교 법학연구소, 2015, 127-152쪽.

신동윤, “중국전통의 효사상과 효도법 발효의 의미”, 중국연구 제63권, 한국외국어대학교 중국연구소, 2015, 337-351쪽.

유계숙/김제희, “효도계약과 불효자 방지법안에 대한 부모 세대와 자녀 세대의 태도”, 보건사회연구 제37권 제1호, 한국보건사회연구원, 2017, 216-252쪽.

최봉경, “증여계약에 관한 민법개정안 연구”, 법학 제55권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2014, 65-101쪽.

清末愛砂, “少者高齢化の老親の扶養-シンガポールにおける兩親扶養と家族主義”, 家族法の社會保障法の交錯, 信山社, 2014, 230-250頁.

3. 기타 자료

보건복지부, 2019 노인학대 현황보고서 가이드북, 2020.

[Abstract]

A Study on the Child Ingratitude Prevention Act

Kim, Na Rae*

Recently, the elderly population in Korea has soared, raising interest in supporting the elderly. In particular, it is becoming a social problem as support for the elderly is not done properly in the home, and the number of elderly abuse crimes and the number of elderly people's solitude increases. As a result, it is time to make efforts to solve problems such as abuse, economic poverty, disease, and solitude that older people are suffering. As part of this, there was an attempt to amend the civil law to allow children who received parental property to receive the donated property back if they did not support their parents and committed a crime such as abuse, but it was not revised. However, amendments related to this are being proposed again at the 21st National Assembly. In fact, parents who have given property to their children after donating their property to their children have no way to recover their property even if their children commit abuse, and even if they suffer from hardships, they have no choice but to file a lawsuit against them.

To resolve this, it is necessary to crack down on children who receive only gifts and do not fulfill their support obligations or even abuse as soon as they receive gifts. Such measures are as follows. First, the abuse and other significantly unjust treatment of a donor, his or her spouse, lineal blood relative should be added to the reasons for the removal. Second, the donee should retribute all of the gift property when the donor removes the donation contract. Third, the period of the right to release will be extended to one year from the day when it is known that there is a cause for release. Fourth, if a donor dies due to the ingratitude of the donee, the heir of the donor should revoke the donation. When there are multiple heirs, heirs should exercise under the consent of all heirs, and if it is impossible to determine the exercise of the right to release with the consent of all heirs, it should be able to decide as a majority of the heirs.

* Ph.D. in Law, Senior Researcher, Korea Society of Law

[Key Words] Donation, Child Ingratitude Prevention Act, Revision of Civil Code, Ingratitude, Revocation, Restitution of the Donee