

〈특집: 민법개정안의 몇 가지 쟁점에 관한 고찰〉

증여계약에 관한 민법개정안 연구*

崔 俸 京**

요 약

오늘날 증여문화에 관한 인식은 민법제정 당시와 비교하여 상당히 변화하였다. 이에 상응하여 망은행위의 범위를 확대하고 증여자의 이행 후 사정변경에 대비한 규정을 정비하며 기이행된 증여의 해제도 가능하도록 개정하는 것은 바람직한 입법태도이다. 다만 필자는 본고에서 민법개정안과 다른 또는 보충적인 몇 가지 제안을 하였다.

민법개정안 제556조 제2항은 “제1항에 따라 증여가 해제된 경우에는 수증자는 해제된 날까지 수취한 과실 또는 이익을 반환할 의무가 없다. 증여받은 금전을 반환하여야 할 경우에 해제된 날까지의 이자도 이와 같다.”고 규정한다. 제안이유는 주로 해제 전에 발생 내지 취득한 과실에 관하여도 반환의무를 인정하는 것은 증여 후 해제시까지 장기간의 시간이 경과한 경우에는 수증자에게 지나치게 가혹하게 될 우려가 있기 때문이다. 요컨대 해제원인이 발생한 날부터 실제로 해제되기까지 상당한 기간이 소요될 수도 있다. 망은행위가 있었다는 것을 수증자가 은폐하거나 또는 망은행위의 특성상 잘 드러나지 않을 수도 있다. 이러한 경우에도 망은행위를 한 날(해제원인이 발생한 날)부터 해제된 날까지 수취한 과실이나 이익을 수증자가 보유하고 된다고 한다면 부당하다고 생각한다. 망은행위를 한 순간부터 수증자는 보호할 가치가 없다고 볼 것이다. 따라서 필자는 위 개정안에서 ‘해제된 날까지’를 ‘해제원인이 발생한 날까지’로 수정할 것을 제안하였다. 해제원인이 발생한 날, 즉 망은행위가 행해진 날부터 수증자는 보호할 가치가 없는 자이기 때문이다. 이것이 오늘날 일반인의 법감정에도 부합할 것이다. 동조 제3항에서 ‘해제원인 있음은 안 날’이라는 문언이 사용되고 있는 점도 감안하였다. 그리고 반환범위와 관련하여 개정안 제557조 제2항 본문은 수증자가 그 받은 이익이 현존하는 한도에서 증여자의 생계에 필요한 금액을 지급할 책임이 있는 것으로 하였다. 하지만 이를 통해 수증자 측의 생계에 중대한 영향을 미칠 때에는 예외를 인정하고 있다(제557조 제2항 단서). 이러

* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2013학년도 학술연구비 지원을 받아 2014년 2월 27일 서울대학교 법학연구소가 주최한 공동연구 학술대회 “민법개정안의 몇 가지 쟁점에 관한 고찰”에서 발표한 내용을 수정·보완한 것이다. 토론을 맡아 주신 박수곤 교수와 소중한 조언을 해 주신 익명의 심사위원들께 이 자리를 빌려 감사드린다.

** 서울대학교 법과대학/법학대학원 교수.

한 단서 조항이 반드시 필요한 것인지는 의문의 여지가 있다. 설령 위 단서 조항이 합목적성이 있다고 하더라도 수증자가 고의나 중과실로 재산상태의 곤궁을 자초하였다면 증여자 측 사정과는 달리 볼 여지가 있다. 따라서 필자는 동조 제3항을 신설하여 “수증자가 고의 또는 중과실에 의하여 생계의 곤란을 초래한 경우에는 제2항 단서를 적용하지 않는다”고 규정할 것을 제안하였다. 그렇지 않으면 패륜행위를 예방할 수단이 마땅치 않아 보이며 이것이 한국인의 법감정에 부합하는 입법이라고 생각하기 때문이다. 요컨대 수증자 측의 사정의 변경도 고려하되 고의나 중과실로 야기된 사정의 변경까지는 보호할 가치가 없다는 것이다.

주제어: 증여, 증여계약 개정안, 수증자의 망은행위, 증여자의 곤궁, 증여자의 해제권

I. 서

증여계약은 민법전에서 계약각칙 중 가장 冒頭에 위치하고 있다. 인류문명의 발전사를 돌이켜 볼 때 우연만은 아니라고 생각된다. 반대급부에 대한 (법적) 기대 없이 자신의 재산을 준다(선물한다)는 것은 고도의 윤리적 행위이다. 인류는 동시대인과의 평화적 유대와 공존의 방정식을 여기에서 찾은 것이다. 이러한 증여의 강한 유대효과는 오늘날 증여계약의 근거에도 깔려 있다.

민법개정안은 증여계약에 관한 몇 가지 중요한 개정사항을 담고 있다. 이하에서는 증여계약의 개정 내용을 조문 순서대로 살피면서 관련 쟁점을 논하기로 한다. 제556조의 개정안은 2014년 2월 17일 민법개정위원회 제4기 제11차 전체회의에서 확정된 바를 기준으로 검토한다.

필자는 민법개정위원회 2기 4분과위원¹⁾으로 활동한 바 있는데, 그때 주된 검토 분야는 계약각칙과 신종계약이었다. 따라서 ‘증여계약’도 그 일부였다. 그런데 증여계약이 계약각칙 중 모두에 위치하고 있는 관계로 분과위가 개최되자 가장 먼저 다루어서인지 그렇게 많은 문제를 발굴하지 못했었다.

당시에는 우선 민법 제556조(이하 범명의 표기가 없는 조문은 민법의 그것임)의 배신행위의 개념을 확대하고 제561조의 문언을 수정하는 선에서 개정시안을 만들기로 합의했다. 물론 분과위 회의 중 제558조에 대한 논의가 있었으나 2004년 개정위의 결론(해제를 인정할 경우 복잡한 문제가 발생할 가능성이 있어서 개정 대

1) 소속위원은 백태승(위원장), 박수근, 서희석, 김학준, 이동신, 최봉경이었다.

상에서 제외하기로 함)을 수용하는 데 그쳤던 것이다. 또한 도덕적 영역에 속하는 문제를 건드리는 것에 대해 저어함이 없지 않았고 후술하는 2009년 헌법재판소의 결정에도 영향을 받았음을 밝혀둔다.

2011년 11월 28일 전체회의에 상정된 개정시안은 4분과안을 기초로 하였으나 실무위원회는 증여자의 재산상태 변경으로 인한 해제 규정(제557조)을 보다 세분화하는 안을 제출하였고, 위원장단 회의²⁾에서는 제558조를 삭제하는 등 추가적인 제안들이 있었다. 2011. 11. 28.과 2012. 2. 13. 그리고 2014. 2. 17. 각각 개최된 전체회의를 통해 증여계약과 관련된 위원장단 수정안이 민법개정위원회의 최종 개정안으로 확정되었다. 필자는 4분과위에서 활동하던 당시 개정작업에 다소 소극적이지 않았는가 하는 자성 하에 개정안에 포함된 내용들에 대해 제기될 수 있는 입법론 및 해석론을 비교법적 관점을 포함하여 전반적으로 검토하고자 한다. 이하의 내용은 당시 4분과나 민법개정위의 의견이 아니라 필자의 개인적 견해를 피력한 것에 불과함을 밝혀둔다.

아래에서는 먼저 증여의 본질적 의미와 특징(및 증여자 보호의 필요성)에 관해 살펴보고(II. 부분) 증여법의 개정의 필요성을 확인한 후(III. 부분) 구체적인 개정의 내용을 검토해 나가기로 한다(IV. V. 부분). 말미에 결론삼아 간략한 소회를 덧붙였다(VI.).

II. 증여의 의미와 특징

1. 증여의 개념과 본질

증여란 ‘당사자 일방이 무상으로 재산을 상대방에게 수여하는 의사를 표시하고 상대방이 이를 승낙함으로써 그 효력이 생기는’ 계약을 말한다(제554조).³⁾ 주지하

2) 제3기 민법개정위원회 5차 위원장단 회의(2011. 7. 4), 6차 위원장단 회의(2011. 8. 22). 상세한 내용은 법무부 민법개정자료발간팀 편, **2013년 법무부 민법개정시안: 채권편(하)**(민법개정총서 제10권), 2013, 53-64면 참조.

3) 초안 제543조(현행 민법 제554조에 대응하는 조문)는 ‘給與’라고 하였으나 ‘급여는 현행법에 있어서의 給付에 대응하는 용어로 사용하고 있으므로 초안 제457조(대물변제)의 용어와 혼동을 피하기 위한’ 목적으로 이를 ‘授與’로 수정하였다. 민법안심소의 위원회, **민법안심의록**, 상권, 1957, 323면. 의용민법에서 ‘자기의 재산’으로 되어 있던 부분도 ‘재산’으로 수정하였으며, 이 점 또한 ‘타인의 재산을 증여의 목적으로 할 수 있다’는 이유로 타당한 수정이라고 평가하였다. **민법안심의록**, 상권, 동소. 당시 초안

다시피 대표적인 무상계약이다.⁴⁾

증여는 법과 도덕의 영역이 착종되는 계약유형이다. 증여는 또한 증여자의 ‘명예감정’과 밀접하게 연관되어 있다. 세법상의 혜택을 보기 위한 ‘이기적인’ 증여일지라도 증여의 길을 선택하는 것 자체가 동시대를 함께 살아가는 이웃에게 혜택을 베푸는 명예로운 일인 것이다. 또한 그러한 내면적인 ‘이기적’ 동기가 증여의 성립에 지장을 주지도 않는다.

한편 인류학적인 연구결과에 의하면 증여의 무상성은 단순한 희생 내지 재산권의 이전이 아니라 무언가 답례를 기대하는 의미를 내포하고 있다.⁵⁾

인류문명을 거슬러 올라가면 원시사회를 만나게 된다. 그 원시사회에서 증여의 원형을 찾을 수 있다. 씨족간에 교류를 증진하고 재화를 교환하는데 ‘증여’는 중요한 역할을 수행하였다.⁶⁾ 북서부 아메리카의 몇몇 인디언 부족의 증여문화(마르셀 모스는 이를 ‘포틀래치(potlach)’라고 칭한다)를 연구한 마르셀 모스는 포틀래치의 경제적, 사회현상학적, 심리학적 측면을 강조하면서 제공, 수령, 답례가 포틀래치의 본질이자 주된 요소라고 지적한다.⁷⁾

씨족의 추장과 가신사이, 가신과 그 추종자 사이에서 증여에 의해 위계질서가 정해졌고 증여를 많이 할수록 위신과 명예가 동반되었다. ‘준다’는 것은 자신의 우

제543조는 만주국민법 제540조와 동일한 내용이었다.

- 4) 증여자의 무상출연에 의해 수증자의 이득이 발생하는 객관적 구조를 지니고 있다. 또 출연의 무상성에 대해 당사자 간에 주관적 합의가 존재하는 특징이 있다. 물론 혼합 증여의 경우에는 ‘유상’인 부분, 즉 대가적 건련관계가 인정되는 부분과 ‘무상’인 부분이 혼재한다. 이때 이하에서 살펴보는 망은행위에 의한 해제나 재산상황의 악화로 인한 해제 및 증여자의 경감된 하자담보책임규정은 ‘원칙적’으로 ‘무상’인 부분에 대해서만 적용될 것이다.
- 5) 이러한 증여의 호혜성에 주목하여 증여행위를 ‘호혜적 이타주의’로 설명하기도 한다. R. Trivers, “The evolution of Reciprocal Altruism”, *The Quarterly Review of Biology* 46 (Mar.) pp. 35-57. Reprinted in: R. Trivers, *Natural Selection and Social Theory: Selected Papers of Robert Trivers*, 2002, pp. 18 ff. 참조. 호혜적 이타주의에 대한 보다 상세한 설명은 윤진수, “증여계약의 해제에 관한 민법개정안”, **민사재판의 제문제**, 제21권 (2012); 윤진수, “財産法과 비교한 家族法의 特性”, **民事法學**, 제36호(2007), 587-588면도 참조.
- 6) 씨족간의 선물교환의 의미를 체계적으로 연구한 최초의 연구서인 ‘증여론(*Essaie sur le don*, 1925)’은 프랑스 인류학자 마르셀 모스(Marcel Mauss)의 저서이다. 모스의 방법론은 ‘여러 사실들을 그것이 속해있는 사회적인 단위들의 총체적인 관계속에서 이해하고자 한 점’에 그 특징이 있다. 마르셀 모스(이상률 옮김), **증여론**, 한길사, 2009 (이하 **증여론**으로 인용함), 25면.
- 7) 위 **증여론**, 147-167면.

월성을 상징하는 것이었고 답례를 하지 않거나 더 많이 답례하지 않으면 ‘받음’을 통해 종속되는 것을 의미하였다. 더구나 선물을 ‘받을 의무’가 있었다. 받는 것을 거부하는 것은 초대하거나 주는 것을 거부하는 것과 마찬가지로 전쟁을 선언하는 것과 마찬가지였다.⁸⁾ 또 선물의 교환은 많은 부를 가져다준다고 사람들은 믿었다. 그리고 그것이 신과 자연에 대한 인간의 도리라고 이해하였다.⁹⁾

증여에는 반드시 답례가 뒤따라야 했는데¹⁰⁾ 이는 주로 종교 경전을 통해 보존되어 온 ‘네가 주기에 나도 주는 것이다(do ut des, 산스크리트어로는 dadami se, deho me)’라는 문구에서도 드러난다.¹¹⁾

이상과 같은 증여론에서 우리가 확인할 수 있는 것은 증여자와 수증자 사이에, 서로가 서로를 구속한다고 생각할 정도의, 강한 유대가 형성된다는 사실이다.

그러한 유대는 대개 종교적, 도덕적 의미를 띠고 있었다. 그리고 종교적, 도덕적 유대의 기초가 깨어질 경우, 즉 답례가 부족하거나 물염치한 행위가 있을 경우 선행한 증여의 철회는 당연시되었다.¹²⁾ 따라서 증여가 이행되었을 경우에도 증여물은 당연히 반환되어야 한다는 것은 명백하였다.

이러한 인류학적 관점에서 바라본다면 본고의 연구대상인 민법개정안에서 제안하고 있는 바와 같이 기이행된 증여에 대해서도 망은행위에 기한 해제를 인정하는 것이 정당화될 수 있다고 생각된다(상세는 하술).

이하에서는 증여제도의 구조적 특징이라고 할 수 있는 이행 전과 후의 차별적 취급문제를 살펴본다.

8) 위 증여론, 32-34면.

9) 위 증여론, 76-78면.

10) 이러한 답례의무는 절대적이었다고 한다. 위 증여론, 163면, 주 197. 이에 따라 증여는 위험을 의미할 수도 있었다. Gift가 영어로는 ‘선물’이지만 독일어에서는 ‘독’을 의미하는데, 어원학적으로 본문에서와 같은 증여론과 연관되어 있을 것이다(Mitgift(결혼지참금)도 참조). 위 증여론, 243-244면. 고대 힌두법에서도 증여된 물건 자체가 쌍무적인 유대를 형성하기 때문에 사람은 자기를 싫어하는 사람의 집에서 식사해서는 아니 된다고까지 말했다고 한다. 특히 브라만교에서는 재산과 사람을 동일시하였고 브라만의 재산은 브라만 그 자신이라고 보았는바 이러한 재산을 증여한다는 것은 자신의 영혼을 함께 주는 의미가 있었다. 위 증여론, 217-235면.

11) Tremearne, *Haussa Superstitions and Customs*, 1913, 55면(위 증여론, 86면 주 72에서 재인용). 마오리족의 속담에 ‘네가 받은 만큼 주어라. 그러면 모든 일이 매우 잘될 것이다’라는 것이 있다고 한다. 위 증여론, 260면(그리고 이는 훌륭한 지혜로서 인류진화의 과정 내내 변하지 않았다고 한다).

12) 위 증여론, 207면. 로마법에서도 동일한 취지의 법언이 보인다. 위 증여론, 207면 주 26 참조.

2. 증여의 이행 전과 후

대부분의 입법례는 증여가 이행된 경우와 아직 이행되지 않은 경우를 구별하고 있다. 기이행된 경우에는 새로운 이해관계로 연결된 제3자가 존재할 가능성 및 받은 이익의 소진 등 복잡한 문제들이 연동되어 있고 이는 특히 증여를 해제할 경우 유의미하다.

먼저 증여의 해제사유가 이행되지 않은 시점에 이미 존재할 경우 그 이행 자체를 거절할 수 있는 것은 당연하다. 기이행된 경우 대체로, 후술하는 바와 같이 추가적 요건 하에 반환청구를 인정하고 있다. 스위스채무법 제249조¹³⁾와 제250조¹⁴⁾의 구별이 이를 전제로 하고 있고, 독일민법의 구별¹⁵⁾도 같은 선상에서 있다.

우리 현행 민법에 따르면 제556조와 제557조에서 망은행위나 재산상태변경의 사유가 인정될 경우 증여를 해제¹⁶⁾할 수 있다. 여기서 해제의 효과는 증여의 이행

13) 스위스채무법 제249조 즉시증여 및 이행된 증여약속에서 증여자는 다음의 경우에 증여를 철회하고 수증자에게 이익이 현존하는 한 증여물의 반환을 청구할 수 있다(밑줄은 필자가 가함).

1. 수증자가 증여자 또는 그와 밀접한 관계에 있는 사람에게 중대한 범죄(Straftat)를 저지른 때,
2. 수증자가 증여자나 그의 친족에 대하여 부담하는 친족법상의 의무를 중대하게 위반한 때,
3. 수증자가 증여와 결부된 부담을 부당하게 이행하지 아니한 때.

14) 스위스채무법 제249조 ① 제1항 증여의 약속에 있어서 증여자는 다음의 경우에 약속을 철회하고 그 이행을 거절할 수 있다.

1. 즉시증여에서 증여물의 반환을 청구할 수 있는 것과 동일한 사유가 있는 때,
2. 증여의 약속 후에 증여자의 재산상태가 그에게 상당한 부담이 될 정도로 변경된 때,
3. 그 이전에는 전혀 존재하지 않았거나 사소한 범위에서만 존재하였던 증여자의 친족법상의 의무가 증여약속 후에 발생한 때(밑줄은 필자가 가함).

15) 한편으로는 독일민법 제519조 제1항은 ‘증여자의 그 외의 의무를 고려할 때 증여약속의 이행이 자신의 적절한 생계 또는 법률에 의하여 부담하는 부양의무의 이행을 위태롭게 하는 경우, 증여자는 약속의 이행을 거절할 수 있다’고 규정하고 있고, 다른 한편 동법 제528조 이하에서는 이행된 증여물의 반환에 관한 규정을 두고 있다.

16) 의용민법에서는 ‘취소’라고 하였으나 ‘취소라는 용어는 의사표시에 관한 하자를 원인으로 하는 것과 혼동의 염려가 있으므로 해제로 변경’한 것이다. **민법안심목록**, 상권, 324면. 독일, 스위스, 프랑스, 오스트리아, 일본은 ‘철회’라고 하고 있다. DCFR (IV.H.-4:103)과 스페인민법전(Código Civil)도 마찬가지로이다(revocación, revocación이라는 표현을 쓰고 있다. 후자는 제3장 제2절(증여) 제4관(de la revocación y reducción de las donaciones) 참조). 하지만 일본의 채권법개정안(우치다안)은 증여의 ‘철회’를 ‘해제’로 변경하고 있다. 위 DCFR에서도 수증자가 일반해제권의 전제조건이 충족되면 해제권(termination)을 행사할 수 있다(IV.H.-3:203)(가령 대를 잇기 위해 삼촌으로부터 증여받은 종마가 생식능력이 없는 것으로 밝혀진 경우 수증자인 조카는 그 종마의 관

이 이루어지지 않는 한 그 이행의 거절로 나타날 것이다. 한편 현행 민법 제558조에 따라 기이행된 부분에는 해제의 효과가 인정되지 않는다.

요컨대 이행된 증여약속과 이행되기 전 증여약속의 구별은 비교법적으로 일반화된 현상이라고 말할 수 있을 것이다.

하지만 이행되기 전 증여약속을 해제하는 경우와는 달리 기이행된 부분에 관한 처리는 나라마다 요건과 방법에서 다소 차이를 보인다. 이는 이해관계의 복잡성뿐만 아니라 각국의 증여문화의 차이가 반영된 것이 아닌가 하는 생각이 든다.¹⁷⁾

한편 사적자치의 원칙에 비추어 볼 때 약정해제권의 유보하에 또는 해제조건하에 증여계약을 체결하는 것도 가능함은 물론이다. 그러나 다른 사정이 없는 한 증여계약은 쉽게 해제할 수 없다고 보는 것이 일반적인 관념이다(오스트리아민법 제946조¹⁸⁾는 이 점을 분명히 밝히고 있다).

리, 유지비를 감당하고 싶지 않아 돌려주고자 할 것이다. Christian von Bar/Eric Clive (eds.), *Principle, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference*, Full Edition, Vol. 3, 2009, 2848면. 民法(債權法)改正檢討委員會編, 詳解 債權法改正の基本方針 IV, 各種の契約(1), 2009, 177면 이하([3.2.3.05] 참조). 해제에 상응하는 용어로는 ‘termination’이 많이 쓰이고 있다. 용어론에 관한 논의는 김진우, “서면에 의하지 아니한 증여의 해제”, *민사법학*, 제56호, 2011, 347면 참조. 기타 해제에 관한 용어론은 줄고, “계약의 해제에 관한 소고 - PACL 작업을 중심으로 -”, *비교사법*, 제19권 제1호(2012. 2), 99면 이하 참조. 본고에서는 각국의 다양한 예에 따라 해제와 철회를 혼용하기로 한다.

- 17) 현행 일본민법은 배신행위에 의한 해제를 입법적으로 채택하지 않고 있는데 그 이유는 ‘망은행위에 기한 해제를 인정하는 것은 마치 증여를 타인에게 은혜를 팔기 위한 것으로 간주하는 것과 거의 같은 것으로 도의상 문제’로 인식하였기 때문이라고 한다. 하지만 확실상으로는 수증자에게 중대한 망은행위가 있었던 경우에만 수증자에게 증여의 이익을 보유토록 하는 것은 도의적으로 허용되지 않는 등의 이유로 망은행위에 의한 해제를 인정하여야 한다는 견해가 유력하다. 우선 民法(債權法)改正檢討委員會編, 詳解 債權法改正の基本方針 IV, 各種の契約(1), 2009, 180면 이하; 袖木・松川, 新版 注釋民法(14), 1993, 33면 이하 참조.

한편 스위스채무법은 증여자가 증여 후 생계곤란 등 재산상의 곤궁에 빠지더라도 기이행된 증여재산의 반환을 인정하는 조항을 구비하고 있지 않다(각주 67 참조).

- 18) *Schenkungsverträge dürfen in der Regel nicht widerrufen werden*. 그리하여 착오에 기한 착오나 행위기초론의 적용에 ‘소극적’ 영향을 미친다고 한다. 우선 Rummel/Schubert, *ABGB Kommentar*, 3. Aufl., 2000, 제946조 방주 2 (1930년) 참조. 이에 대해 증여와 같은 무상계약에서는 원칙적으로, 즉 의심스러운 경우, 의사의 하자에 기한 취소를 허용해야 한다는 견해가 있다. Honsell/Vogt/Wiegand, *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, 3. Aufl., 2003, 제249조 방주 2 (1277면, Vogt 서술부분). Schubert의 견해는 ‘동기의 착오’를 주로 염두에 둔 것으로 보이므로 Vogt의 견해와 큰 차이는 없을 것으로 생각된다. 한편 독일민법 제534조는 ‘윤리적 의무 또는 예의상 고려에 기한 증여에 있어

한편 계약당사자의 일방을 특별히 보호하는 것도 증여의 구조적 특징의 하나이다. 아래에서 이를 간단히 살펴본다.

3. 증여자의 보호

민법은 증여자뿐만 아니라 수혜자 측의 사적 자치도 보호하고 있다. 이에 증여를, 설사 수증자에게 아무런 조건이나 부담이 없더라도, 그의 승낙을 전제로 하는 ‘계약’의 형태로 구성한 것이다. 증여에 있어서 증여자와 수증자 간의 이해관계는 현격한 구조적 차이를 보인다. 증여의 시작은 선한 동기에 의해 뒷받침되는 것이 일반적이다. 적어도 증여계약이 유효하게 성립되기까지는, 설사 수증자가 계기를 부여하였더라도, 증여자가 협상과정을 전적으로 주도할 것이다. 도덕적 우월감은 협상력의 우월성으로 나타나기 마련이다. 이러한 증여자의 선한 의도와 취지는 증여 후에도 지속적으로 존중되어야 한다. 또 증여계약의 내용(목적과 용도 및 부담 포함)이 불분명할 경우 증여자의 의사를 최대한 존중하는 방향으로 해석되고 실행되어야 할 것이다. 이러한 도덕적 모티브¹⁹⁾는 증여자의 책임에도 영향을 미친다 (제559조 참조).

수증자가 동시대인의 윤리의식에 정면으로 반하는 망은행위를 할 경우 증여를 해제할 수 있도록 하는 것도 도덕적 책임의 법적 발로라고 말할 수 있을 것이다. 한편 증여의 동기(Motiv)는 증여의 성립 여부에 아무런 영향을 미치지 않는다. 사실상 이기적인 동기(세금감면 등)에 의해 행해진 증여도 있을 것이다. 하지만 증여하고자 하는 의도(Schenkungsabsicht)만이 중요하다.²⁰⁾ 그리고 특별한 사정이 없는 한 증여자는 선한 동기로 증여를 결심한 것으로 간주할 수 있을 것이다. 이타적 동기의 진실성 여부까지 가려가며 증여자의 책임을 감면하는 것은 바람직하지 않다고 생각한다.²¹⁾

서는 반환청구나 철회를 하지 못한다’고 규정한다. 동조는 윤리적 의무 또는 예의상의 배려에 기한 것이라는 이유만으로는 ‘증여의 성격’을 배제할 수 없음을 전제로 하고 있다고 할 것이다.

19) 이를 증여의 이타성이라고 부를 수도 있을 것이다.

20) 가령 Rummel/Schubert, *ABGB Kommentar*, 3. Aufl., 2000, 제941조 방주 1 (1924년) 참조.

21) 학술대회발표 당시 토론자는 “발표자는 망은행위를 이유로 한 증여해제에 있어서의 근거 중 하나로, “증여자의 도덕적 동기에 대한 보호”가 필요하다는 취지의 논거도 제시하고 있다. 그런데 일견하기에는 법률행위를 함에 있어서의 동기가 예외적이 아니라 원칙적으로 고려대상이 되어야 하는지 의문이 아닐 수 없으며, 이는 특히, 법과 도덕은 엄연히 규율국면이 상이하다는 점을 고려할 때, 더 그러하다고 할 수 있을 것

Ⅲ. 민법상 증여법 개정의 필요성

현행 증여법 개정의 필요성은 본고 전반에 걸쳐 논증되고 있으나 이 장에서는 특히 개정안의 본격적인 검토에 앞서 그 주요한 근거를 간략히 강조하기로 한다.

우리 민법상의 증여계약법은 9개 조문으로 구성되어 있다. 독일민법이 19개(제 516조 내지 제534조), 프랑스민법이 35개(제931조 내지 제933조), 오스트리아민법이 19개(제938조 내지 제956조), 스위스채무법이 14개(제239조 내지 제252조), 스페인 민법은 39개(제618조 내지 제656조) 조문을 가지고 있는 데 비해 적은 편이라고 할 수 있다. 물론 일본민법과 같이 6개 조문(제549조 내지 554조)만을 구비한 나라도 있는데, 우치다(内田)안은 19개 조문으로 확대, 개정할 것을 제안하고 있다.²²⁾

우리 민법의 조문이 적은 이유는 상술한 바와 같이 증여를 도의적 문제로 간주하여 법이 적극적으로 개입할 필요가 없다고 보았기 때문일 것이다(IV. 3. 3) 참조).

현행 민법이 제정되던 당시 오늘날과 같은 기부문화는 거의 전무했을 것이다. 추측컨대 사회생활상 통상적인 인사성 선물이나 다양한 형태의 관혼상제 부조, 기타 상부상조의 전통 속에서 ‘증여’가 이루어졌을 것이다.

하지만 오늘날 다양한 형태와 목적의 기부문화가 확대되고 있고 ‘증여’의 중요성도 증가하고 있다. 경제위기로 어려운 시기에도 불우이웃돕기, 금모으기 운동이 활기를 띠는 등 한국사회에서 어려움을 함께 나누는 문화는 다른 어떤 사회에서보다 보편화되어 있다고 생각한다. 기소르망이 우려한 이른바 사회적 사막(social desert: 어느 누구도 서로 보살피지 않는 사회)이라고 부르는 상태의 도래를 막는데도 증여는 매우 유용한 제도이다.²³⁾ 다만 비합리적인 혈연, 지연, 학연, 인정 등에 의해 충동적으로 이루어지는 증여보다는 이성적 판단에 기한 증여문화를 정착시킬

같다”라는 질문을 제기하였다. 필자는 본문에서 서술한 바와 같이 증여라는 무상의 출연행위 자체로부터 도덕적 동기는 추론될 수 있고, 실제적인 동기는 증여의 성립에 영향을 미치지 않는다고 생각하며, 증여는 특히 법과 도덕이 착종된 영역이라는 단견을 여기에 적는 것으로 갈음하고자 한다.

22) 民法(債權法)改正檢討委員會 編, 詳解 債權法改正の基本方針 IV, 各種の契約(1), 2009, 145면 이하 참조.

23) 기소르망, **세상을 바꾸는 착한 돈**, 문학세계사, 2014. 기소르망이 2012년 6월부터 2013년 6월까지 1년간 미국에 머물면서 지켜본 미국 기부문화에 관한 책이다. 미국은 워런 버핏, 빌 게이츠 등 자수성가한 억만장자들이 거액의 기부금을 아낌없이 내는 나라라고 하며, 소르망은 이러한 비결을 자신의 성공을 행운으로 여기고, 이를 사회에 다시 환원해야 한다고 생각하는 문화적 전통 때문이라고 설명하고 있다(밑줄은 필자가 가함).

필요가 있을 것이다.

요컨대 오늘날 증여문화에 관한 인식의 변화(IV. 3. 4) 참조)에 상응하여 망은행위의 범위를 확대하고 증여자의 이행 후 사정변경에 대비한 규정을 정비하며 기이행된 증여의 해제도 가능하도록 개정하는 것은 바람직하다고 할 것이다. 이하에서 민법개정위원회의 개정안을 보다 구체적으로 검토하기로 한다.

IV. 증여계약 개정시안과 그 검토

1. 민법 제556조의 개정

현행	전체회의(2012. 2. 13.) 확정안	전체회의(2014. 2.1 7.) 확정안
<p>제556조(수증자의 행위와 증여의 해제)</p> <p>① 수증자가 증여자에 대하여 다음 각 호의 사유가 있는 때에는 증여자는 그 증여를 해제할 수 있다.</p> <p>1. 증여자 또는 그 배우자나 직계혈족에 대한 범죄행위가 있는 때</p> <p>2. 증여자에 대하여 부양의무있는 경우에 이를 이행하지 아니하는 때</p> <p>② 전항의 해제권은 해제원인 있음을 안 날로부터 6월을 경과하거나 증여자가 수증자에 대하여 용서의 의사를 표시한 때에는 소멸한다.</p>	<p>제556조(수증자의 행위와 증여의 해제) ① 수증자에게 다음 각 호의 사유가 있는 때에는 증여자는 그 증여를 해제할 수 있다.</p> <p>1. 증여자 또는 그 배우자나 직계혈족에 대하여 범죄행위, 학대 그 밖에 현저하게 부당한 대우를 한 때</p> <p>2. 증여자에 대하여 부양의무있는 경우에 이를 이행하지 아니하는 때</p> <p>② 제1항의 규정에 의하여 증여가 해제된 때에는 수증자는 증여된 재산과 해제 후에 수취한 과실(果實)을 반환하여야 한다. 수증자가 과실(果實)을 소비하였거나 과실(過失)로 인하여 훼손 또는 수취하지 못한 경우에는 그 과실(果實)의 대가를 보상하여야 한다.</p> <p>③ 제1항의 해제권은 해제권자가 해제원인 있음을 안 날부터 1년을 경과하거나 증여자가 수증자에 대하여 용서의 의사를 표시한 때에는 소멸한다.</p>	<p>제556조(수증자의 행위와 증여의 해제) ① 좌동.</p> <p>② 제1항에 따라 증여가 해제된 경우에는 수증자는 해제된 날까지 수취한 과실 또는 이익을 반환할 의무가 없다. 증여받은 금전을 반환하여야 할 경우에 해제된 날까지의 이자도 이와 같다.</p> <p>③ 좌동.</p> <p>④ 증여자가 수증자의 제1항의 행위로 인하여 사망한 경우에는 증여자의 상속인은 이를 안 날부터 1년 내에 증여를 해제할 수 있다.</p>

본 조항의 개정 착안점은 다음과 같다.

1) 망은행위의 확대 및 객체의 제한

a. 증여를 받은 사람, 즉 수증자는 증여자에 대해 ‘감사’의 마음을 가지기 마련이다.²⁴⁾ 하지만 그러한 감사의 마음을 표하지 않는다고 하더라도 증여를 되돌리거나 증여약속의 이행을 거절할 수는 없다. 그러나 이러한 무례를 넘어 현저한 배신행위를 한다면 법질서도 이에 반응하지 않을 수 없다. 법은 도덕의 최소한이지만 우리 시대의 사회도덕을 지키기 위한 최후의 수단이기도 한 것이다. 이것이 바로 제 556조의 ‘해제’제도의 특징 중 하나이다. 즉 망은행위가 있을 경우 증여계약의 이행으로 행해진 급부의 반환을 청구할 수 있는 것이다.²⁵⁾

b. 개정안은 우선 망은행위의 범위를 현행법보다 확대하고 있다. 현행 민법 제 556조 제1항 제1호는 오스트리아민법 제948조²⁶⁾의 예와 유사하게 ‘범죄행위’로 국한하고 있지만 개정안은 ‘학대 그 밖에 현저히 부당한 대우’로 확장하였다. 범죄행위가 현저한 망은행위의 대표적인 예임은 분명하지만 망은행위가 여기에 국한되는

24) 학술대회당시 이에 대해 “물론, 상당수의 경우에 있어서 무상으로 누군가로부터 무언가를 받은 사람은 준 사람에게 다소간의 감사하는 마음이 있을 것 같으나, 과연 이러한 설명을 일반화할 수 있는 것인지는 의문이다. 즉, 수증자만이 증여의 목적물을 관리할 수 있는 설비를 갖추고 있거나, 더 잘 관리할 수 있는 노후자가 있는 경우에는 오히려 증여자가 감사해야 할 상황이 있을 수도 있지 않겠나 하는 생각이 든다. 따라서 증여를 받드시 증여자의 은혜적 입장을 강조하면서 분석할 필요가 있는지는 의문일 수 있을 것 같다”는 취지의 토론이 있었다. 프랑스에서는 이 경우 수증자가 증여자에 대하여 승인 또는 감사의 도덕적 의무(*devoir moral de reconnaissance ou gratitude*)를 부담한다고 설명하기도 한다. 프랑스 학설에 대해 우선 김성수, “프랑스민법의 증여의 취소(*révocation*)에 관한 연구”, **민사법학**, 제59호(2012. 6), 609면 이하 참조.

25) 민법 제558조의 개정시안은 아래 III. 3. 부분에서 검토한다.

26) 수증자가 증여자에게 중대한 망은행위에 대한 책임이 있을 경우 증여는 철회될 수 있다. 중대한 망은행위는 직권 또는 가해자의 청구에 의하여 가해자가 형법에 의하여 소추될 수 있는 신체, 명예, 자유 또는 재산에 대한 가해를 의미한다(밀줄은 필자가 가함). 하지만 오스트리아에서도 형법상 처벌이 가능한 행위라고 하더라도 그 망은의 현저성이 증여의 반환을 정당화시킬 수 있을 정도에 이르러야 한다고 본다. 가령 모욕죄에 해당하더라도 당해 사안의 총체적 평가를 통해 증여가 철회될 정도의 ‘현저한 망은행위’가 아닐 수도 있다는 것이다(밀줄은 필자가 가함). 또한 수증자에 대한 형사법원의 판결이 존재하지 않을 경우 민사법원 판사가 형사범죄의 구성요건을 심사할 수 있으며, 이때 공소시효가 도과되었더라도 문제되지 않는다고 한다. *JBl* 1973, 204 참조. 나아가 증여자뿐만 아니라 증여자의 근친에 대해 범죄행위가 행하여졌을 경우에도 증여자에 대한 ‘중대한 망은행위’가 될 수 있다고 한다. *Koziol/Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts*, 10. Aufl., Bd I, 1995, 351면.

것은 아니기 때문이다. 여기서 학대는 그 밖에 현저하게 부당한 대우의 한 예시로 볼 것이다. ‘그 밖에 현저하게 부당한 대우’에는 ‘범죄를 구성하지 않기는 하지만 현저한 배은적 모욕행위’나 ‘역시 범죄를 구성할 정도는 아니지만 근거 없는 악성 루머유포행위’ 등도 포함될 수 있을 것이다.²⁷⁾ 최근 증가하고 있는 도덕적 쇠락현상에 경종을 울리고자 하는 의도도 있다.²⁸⁾

c. 개정안은 다음으로 범죄행위의 객체를 증여자 또는 그 배우자 및 직계혈족으로 한정하고 있다. 배우자에는 사실상의 배우자도 포함되는 것으로 해석할 여지가 있다. 사실상의 배우자에 대한 현저히 부당한 대우도 증여자에게 망은행위가 될 수 있는 것이다. 그 밖에도 증여자에게 가까운 사람은, 아래 비교법적 고찰에서도 알 수 있듯이, 더 있을 수 있다. 그럼에도 앞의 세 가지로 한정된 이유는 무엇인가 (후술 d. 참조).

d. 4분과위가 비교 검토한 외국입법례 중 하나인 스위스채무법 제249조 제1호는 수증자가 증여자 또는 그와 밀접한 관계에 있는 사람에게 중대한 범죄(schwere Straftat)를 범한 때에 증여를 철회하고 증여물의 반환을, 이익이 현존하는 범위에서, 청구할 수 있도록 하고 있다.

동조는 2000년 1월 1일 개정되었는데 개정전까지 ‘중대한 범죄행위(schweres Verbrechen)’라는 표현을 사용하였다. ‘중대한 범죄(Straftat)’²⁹⁾에는 개정전과 마찬가지로 ‘범죄행위’가 포함되지만 ‘경’범죄(Übertretungen)는 해당되지 않는다고 한

27) 위 학술대회 당시 토론자는 “이러한 사정까지 포함되는 것으로 해석하게 될 경우, 증여자에 대해 수증자가 항상 존경의 태도를 보이라는 의미로 이해될 여지도 있으며 ... 동조의 규정이 남용될 여지도 있지 않은가 하는 우려감”을 토로하였음을 적어 둔다. 이에 관해 본문 IV. 1. 6) 부분 참조. 프랑스에서도 망은행위에 의한 증여의 취소(révocation)를 인정하고 있으며(프랑스민법 제955조), 증여자의 생명을 침해한 경우(동조 제1호)(살인의 고의로 충분하며 실제 살인의 결과로 귀결되지 않아도 무방하다. 이때 수증자의 형사처벌이나 유죄판결이 필수적 요건도 아니다), 중대한 학대와 범죄, 모욕(동조 제2호)(이때 중대성 판단은 사실심법관의 전속사항이다), 부양의 거절(동조 제3조)이 인정되면 증여를 취소할 수 있다. 이러한 취소는 이른바 대인적 소권에 해당되며 재판상 행사되어야 한다. 이때 취소소권의 행사기간을 1년으로 제한한다(프랑스민법 제957조 제1항). 이는 취소가 사적 형벌(peine privé)이라는 사고에 영향을 받은 것이라고 한다. 이 기간은 망은행위를 한 날 또는 증여자가 이를 안 날로부터 기산된다. 보다 상세한 것은 김성수, 앞의 논문, 629-640면 참조.

28) 민법개정위회 2기 4분과위의 회의과정에서도 이러한 취지의 발언이 있었다.

29) Straftat는 맥락에 따라 ‘범죄’, ‘죄’, ‘범행’ 또는 ‘범죄행위’라고 번역될 수 있다. 본문에서는 ‘형사범죄’의 의미가 강하다고 생각되는데 일단 ‘범죄’라고 번역하기로 한다. 범죄행위라고 번역하면 동어로 번역되는 ‘Verbrechen’과 구별되지 않기 때문이다. Bernd Götze, 獨和法律用語辭典(第2版), 2010 참조.

다. 그리고 ‘중대한 범죄’개념에 포섭되려면 범죄의 구성요건, 위법성 및 책임은 일단 공인될 수 있어야 하지만 민법상 독자적으로 해석될 여지가 있다. 도덕적 비난가능성은 달리 판단될 수 있기 때문이다.³⁰⁾ 당해 위법행위가 직권에 의해 또는 피해자의 청구에 의해 소추되었는지 여부나 수증자가 실제 처벌을 받았는지 또는 당해 범죄행위의 공소시효가 도과되었는지 여부는 중요하지 않다.³¹⁾

위 스위스채무법의 특징은 당해 범죄가 ‘증여자와 밀접한 관계에 있는 사람’에게 행해진 경우에도 철회를 인정한다는 것이다. 가령 가까운 친구(Freund)나 내연관계의 파트너(Konkubinatspartner)³²⁾도 이에 해당될 수 있다고 한다. 증여자의 명예감정을 폭넓게 보호해 주려는 데 그 목적이 있다고 생각된다. 하지만 밀접한 관계에 있는 친구의 범위도 모호할뿐더러 내연관계의 범위도 불확실하다. 이러한 불확실성은 증여를 둘러싼 법률관계를 불안정하게 만들 것이다.

따라서 위 개정안과 같이 증여자 및 그 배우자 또는 직계혈족으로 제한하는 것이 타당하다고 생각된다.

참고로 독일민법 제530조 제1항은 ‘증여자의 근친’에 대한 망은행위를 증여의 해제사유로 인정하고 있는데, ‘근친’의 여부는 ‘특정한 친인척간의 촌수(bestimmter Verwandtschaftsgrad)’를 기준으로 하는 것은 아니라고 한다.³³⁾ 가령 사돈지간도 함께 거주할 경우 여기에 해당할 수 있다.³⁴⁾

또 스위스채무법 제249조 제3호에 따라 ‘수증자가 증여와 결부된 부담을 부당하게 이행하지 아니한 때’에도 증여의 철회와 현존이익의 반환이 인정된다. 이는 부담부 증여를 쌍무계약으로 보지 않는 태도에 기인한 것이며, 부담에 대한 이행의 소를 제기하는 경우와 비교해 볼 때, 강력한 제재수단임에 분명하다.³⁵⁾

부담은 증여자의 채무와 대가적 관계에 서지 않으므로 이를 ‘부담(Auflage,

30) 각주 28 참조(당해 사안에 관한 총체적 평가가 중요하다).

31) Honsell/Vogt/Wiegand, *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, 3. Aufl., 2003, 제249조 방주 9 (1278면, Vogt 서술부분).

32) 오늘날 내연관계에 있는 사람 중 한 명이 기혼자라고 할지라도 그들 사이의 증여가 양속위반은 아니라고 한다. 전주의 책, 제239조 방주 40 (BGE 109 II 17) 참조.

33) Bamberger/Roth (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar BGB*, 2014, 제32판, 제530조 방주 3 참조.

34) Erman/BGB, 11. Aufl., 2004, 제530조 방주 3 (Herrmann).

35) Honsell/Vogt/Wiegand, *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, 3. Aufl., 2003, 제249조 방주 13 (1280면, Vogt 서술부분). 증여와 결부된 부담을 이행한 경우라도 망은행위로 인한 철회는 여전히 가능하다(OLG Darmstadt OLGE 5, 145).

charge)’이라고 지칭하기는 하나 부담부 증여는 오늘날 확대되는 경향이 있고 많은 경우에 ‘부담’을 ‘증여’와 ‘동시 이행’의 관계에 두고자 하는 것이 – 경제적 대가의 차이에 관계없이 – 증여자의 의사에 부합하는 경우가 많을 것이다.³⁶⁾ 나아가 수증자의 의사(증여자가 증여를 하지 않는 한 부담을 이행하지 않는다)에도 부합하는 경우가 적지 않다. 또한 통상적으로 증여자의 선급부가 행해지는 경우에는 동시이행관계를 관철하는 것이 사실상 불가능할 경우도 있을 것이다. 이 모든 경우에 탄력적인 대응을 할 수 있도록 함에 있어서 쌍무계약규정의 ‘준용’을 인정하면 충분할 것이다. 이러한 관점에서 필자는 민법 제561조의 ‘적용’을 ‘준용’으로 개정할 것을 제안하였고³⁷⁾ 이는 종래 개정안으로 확정되었다.

2) 망은행위의 현저성

a. 증여의 해제를 정당화하려면 수증자의 망은행위가 현저하여야 한다. 독일민법 제530조도 망은행위의 경우 증여자가 증여를 철회할 수 있음을 인정하고 있으며 그 철회는 부당이득법에 따라 이루어지도록 규정한다(동법 제531조 제2항).³⁸⁾

그리고 망은행위시 철회는 행위기초상실의 특별한 예로 이해한다.³⁹⁾ 수증자는 일종의 책무(망은행위를 하지 않을 의무)(*Obliegenheit*)⁴⁰⁾를 부담하는 셈이다. 독일 민법상의 망은행위도 ‘현저(*grob*)’하여야 한다.⁴¹⁾ 그리고 ‘도덕적 비난가능성’에 기

36) 주지하다시피 학설과 판례는 동시이행관계를 ‘동일한 생활관계에서 비롯된 경우’ 또는 형평의 원칙에 의해 널리 인정하는 경향이 있다. 프랑스민법도 같은 맥락에서 이해될 수 있을 것이다. 우선 Christian Larroumet, *Droit Civil, Les Obligations Le Contrat*, Tome III, 5 édition, 2003, 166면, 804면 등 참조.

37) 줄고, “계약각론 및 사무관리법의 개정착안점에 관한 소고”, **민사법학**, 제52호(2010. 12.), 460-461면 참조.

38) 동법 제532조 이하는 철회권이 제한되는 경우를 규율하고 있다. 증여자가 망은행위를 유서한 때에도 철회권은 제한되며 철회권행사의 제척기간을 권리요건이 충족되었음을 안 날로부터 1년으로 하고(제532조), 망은사유가 철회권자에게 알려진 경우 철회권의 포기도 가능하며(제533조), 윤리적 의무 또는 예의상 고려에 기한 증여는 철회할 수 없도록(제534조) 규정한다. 물론 ‘윤리적 의무’의 범위를 넘어서는 부분에 대해서는 다시 제530조가 적용될 수 있다. Larenz, *SchR* II/1, 13. Aufl., 1986, 205면, 각주 26.

39) *MünchKommBZ*/J. Koch, 5. Aufl., 제530조 방주 1 (1202면), 2008.

40) 독일에서는 증여자와 수증자 간에 근친관계일수록 이러한 책무가 강해지지는 않는다(즉 망은행위 판단의 기준이 달라지지는 않는다)고 한다. BGH NJW 1978, 213, 214; *MünchKommBZ*/J. Koch, 앞의 책, 방주 7 (1205면)과 각주 28 참조.

41) 수증자가 망은행위를 함에 있어서 그 피해자가 ‘증여자 또는 그의 근친’임을 몰랐던 경우에는 ‘현저한 망은행위’에 해당하지 않는다고 한다. *Palandt/Weidenkaff*, 제530조 방주 8; *MünchKommBZ*/J. Koch, 앞의 책, 방주 7 (1204면). 부담부 증여에서 그

초한 것이어야 한다. 법적 의무의 위반이 전제될 필요는 없다. 범죄행위에 해당되어야 하는 것도 아니다. 학대 기타 현저하게 부당한 대우면 족하다. 불법행위의 책임능력에 관한 조항도 그 유추적용 여부를 긍정적으로 검토할 수 있을 것이다. 책임무능력자의 경우 도덕적으로 비난하기 어려울 것이기 때문이다.⁴²⁾ 도덕적 책임이라는 측면에서 보면 대리제도를 통한 본인에의 책임귀속 메카니즘도 인정하기 어렵다.⁴³⁾ 또한 부부간 증여의 경우에도 망은행위에 기한 철회는 원칙적으로 인정된다.⁴⁴⁾ 나아가 수증자가 근거가 없음을 알면서 증여자에 대한 후견을 신청한 경우도 현저한 망은행위에 해당할 수 있다.⁴⁵⁾

b. 증여자가 스스로 현저한 비행을 저지른 경우에도 수증자의 망은행위에 기초한 해제권을 전적으로 박탈당하지는 않는다. 하지만 수증자의 망은행위가 선행한 증여자의 비행에 대한 ‘반응(Reflex)’에 불과할 경우 그 현저성 판단에 영향을 미칠 것이다.⁴⁶⁾

요컨대 망은행위의 현저성은 증여자와 수증자 양자 모두의 행위를 포함한 해당사안의 제반사정(망은행위의 태양, 정도, 빈도 등)을 총체적으로 고려하여 결정하여야 할 것이다.⁴⁷⁾

개정안 제556조 제1항에서도 기타 부당한 대우의 현저성을 요구하고 있다. 위와 같은 독일의 해석론은 우리에게도 참고가 될 만하다. 한국에서도 더 가까운 근친관계일수록 망은행위를 하지 않을 부작위책무가 강해진다고 도식화할 이유는 없어 보인다. 손수와 실질적 친소관계가 반드시 일치하지는 않기 때문이다.

‘부담(Auflage)’의 수혜자에 대한 망은행위에도 동조의 적용이 없다(Palandt/Weidenkaff, 앞의 책, 동소).

42) Larenz, 앞의 책, 동면, 각주 25 참조.

43) Larenz, 앞의 책, 동소. 책임무능력자인 미성년 본인에게 그 법정대리인의 망은행위의 법적 책임을 귀속시킬 수 없다고 한다.

44) BGH WM 82, 1057. 물론 부부간의 모든 출연행위가 증여에 해당하는 것은 아니다.

45) BGH NJW 1980, 1789, 1790; 1993, 1577, 1578.

46) Rummel/Schubert, *ABGB Kommentar*, 3. Aufl., 2000, 제948조 방주 1 (1931면) 참조. 5 Ob 539/95는 수증자가 증여계약상의 의무를 이행함에 있어서 증여자가 방해행위를 하고 부당한 비난을 일삼았고 또 먼저 물리력을 행사하는 바람에 수증자로서 자신을 방어하는 과정에서 증여자에게 경미한 부상(입술과 무릎의 찰과상)을 입힌 경우 증여의 해제를 정당화할만한 ‘중대한 망은행위’로 보지 않았다.

47) 위 BGH WM 82, 1057 (Gesamtwürdigung(총체적 평가)라고 표현하고 있다). 오스트리아 최고법원의 판결도 Gesamtwürdigung aller Umstände(제반사정의 종합적 판단)를 중요시하고 있다(6 Ob 540/83; 5 Ob 539/95 등 참조).

3) 망은행위로 인한 증여의 해제와 반환범위

민법개정위원회는 망은행위가 있을 경우 기이행된 부분의 반환도 청구할 수 있도록 제558조를 삭제하고 제556조도 그에 맞게 수정한 개정안을 마련하였다(제558조의 삭제안은 아래 3.에서 설명한다).

그런데 반환의 범위에 대하여 ‘망은행위로 인한 해제의 경우에는 수증자가 얻은 이익이 현존하는 범위 내에서 그 이득을 반환시키는 것이 형평의 관념에 부합한다’고 주장하는 견해가 있으며 비교법적으로 다수의 예를 찾을 수 있다(독일민법 제531조 제2항, 스위스채무법 제249조, 오스트리아민법 제949조 등).⁴⁸⁾⁴⁹⁾

48) DCFR IV.H.-4:201 제4항은 제1항에 대해 현존이익 상실의 항변을 인정하지 않으며 제1항은 ‘고의로 중대한 비행’을 저지른 중대한 망은행위의 경우로 한정되어 있다. 참고로 DCFR 관련 조문을 소개하면 아래와 같다.

IV.H.-4:101(증여의 불가철회성과 그 예외)

물건의 증여를 위한 계약은 철회할 권리가 (a) 계약의 조항에 의하여 부여되었거나, (b) 이 장의 규정에 의하여 인정된 때에 한하여 취소될 수 있다.

IV.H.-4:103(철회의 효과)

- (1) 이 장에서의 철회가 있으면 증여계약상 당사자의 미이행 의무는 소멸한다. 일부 철회의 경우에는 미이행 의무의 당해 뿐이 소멸한다.
- (2) 이 장에서의 철회가 있으면 수증자는 증여물을 반환하여야 할 의무를 진다. 제7권(부당이득) 제5장 및 제6장은 이 장에서 달리 규정되지 않는 한 적절하게 변형되어 적용된다.

IV.H.-4:104(시한)

이 장에서의 철회권은 상황을 고려하면 증여자가 관련사실을 알았거나 알았을 것으로 합리적으로 기대될 수 있는 때로부터 합리적인 기간 내에 철회 통지가 되지 않으면 소멸한다.

IV.H.-4:201(수증자의 망은행위)

- (1) 물건의 증여를 위한 계약은 수증자가 증여자에 대하여 고의로 중대한 비행을 저지름으로써 중대한 망은행위의 책임을 지게 된 때에는 철회될 수 있다.
- (2) 증여자가 관련 사실을 알면서 수증자를 용서한 때에는 이 조문에 따른 철회는 배제된다.
- (3) 제1항에 관하여는 IV.H.-4:104(시한)의 합리적 기간은 최소한 1년이다. 증여자가 합리적 기간 내에 사망하면 기간의 진행은 철회권자가 관련사실을 알았거나 알았을 것으로 합리적으로 기대될 수 있는 때까지 정지된다.
- (4) 제1항에 관하여는 VII.-6:101(현존이익 상실)에 의한 현존이익 상실의 항변은 적용되지 않는다.

IV.H.-4:202

- (1) 물건의 증여를 위한 계약은 증여자가 자신의 재산이나 수입으로부터 생계를 유지할 수 없는 때에는 철회될 수 있다.
- (2) 증여자는 (a) 다른 사람이 부양을 하여야 할 위치에 있을 때 증여자가 그에게 부양을 청구할 수 있거나, (b) 증여자가 사회부조(social assistance)를 받을 수 있을 때에는 생계를 유지할 수 없는 것이 된다.

망은행위를 한 수증자의 책임은 그 ‘도덕적 비난가능성’ 및 ‘비난의 강도’에 비례할 것이다. 이때 증여자와 수증자 간에 심각한 부당한 대우들이 오고 가는 경우에, 수증자의 망은행위를 부정할 수는 없지만, 수증자에게만 책임을 돌리기 어려운 경우도 적지 않을 것이다. 또한 ‘부담부 증여’⁵⁰⁾의 경우 부담을 이행하기 위해 증여된 재산을 사용할 수도(그리고 현존하는 이익이 더 이상 존재하지 않을 수도) 있을 것이다. 더구나 증여된 재산을 보존, 관리하기 위하여 자신의 재산을, 필요비·유익비의 모습으로(또는 전혀 무익한 지출의 형태로), 사용하였을 수도 있다.⁵¹⁾

이러한 사정을 고려한다면 망은행위를 한 수증자의 반환범위를 다수의 입법례와 같이 ‘현존이익’으로 한정하는 것도 가능해보인다.⁵²⁾

-
- (3) 철회권은 증여자가 제2항에 의한 부양을 받거나 받을 수 있는 정도로 수증자가 증여자를 부양하는 때에는 철회권은 정지된다.
 - (4) 제1항과 같이 스스로 생계를 유지할 수 없거나 급박하게 그렇게 되려는 증여자는 아직 이행되지 않은 계약에 따른 의무의 이행을 유보할 수 있다. 제3항은 이행을 유보할 권리에 준용된다. 증여자가 이행을 유보하면, 수증자는 계약관계를 해지할 수 있다.
 - (5) 이 조는 증여자가 법규정 또는 법원의 명령에 의하여 확정된 부양의무를 이행할 증여자의 능력이나 그러한 의무의 존재가 유효한 증여의 철회에 달려 있는 때에도 적용된다.
 - (6) 이 조에 의한 철회권은 당사자에 의하여 제한되거나 배제될 수 없다.
- 49) 예컨대 **주석민법 채권각칙(2)**(제3판), 1999, 183면(윤철홍). 그 밖에도 다수의 학자들은 558조에 대해 비판적 입장을 견지하고 있었다. **곽윤직, 채권각론**, 신정수정판, 2000, 145-6면; **김중환/김학동, 채권각론**(제7판), 2006, 196면; **김형배, 채권각론**, 1997, 391면 등.
- 50) 혼합증여의 경우에도 망은행위로 인한 해제(민법개정안 제556조), 재산상황의 악화도 인한 해제(민법개정안 제557조), 증여자의 경감된 하자담보책임(제559조 제1항)규정이 적용될 수 있다. 대가성을 띤 부분을 이행하기 위해 무상으로 양도된 재산을 이용하는 경우가 있을 수 있다. 나아가 부담부 증여와 혼합증여의 구별은 결코 쉽지 않다. 가령 어떤 토지를 증여하면서 그 토지에 건물을 지어 증여자에게 양도할 것을 조건으로 한 경우 부담부증여인지 혼합증여인지 의문이 든다. 독일의 판례는 ‘혼합증여’라고 한다(BGH NJW 92, 2566). 참고로 당사자간의 급부가치가 현저한 불균형을 이루고 있는 경우(그리고 그 점을 당사자들이 알 수 있는 경우) 혼합증여의 존재를 추정할 수 있을 것이다(이는 사실상의 추정이며 이 경우 혼합증여의 존재를 부정하는 자가 그 사실을 주장, 입증하여야 한다). *Palandt/Weidenkaff*, 70. Aufl., 2011, 제516조 방주 8 참조. 이때 가분급부가 문제된다면 혼합증여의 합의를 아니라, 일부에 대해서는 매매 또는 교환, 다른 부분에 대해서는 증여로 보아 복수의 계약이 체결된 것으로 해석할 것이다. 달리 표현하자면 혼합증여는 원칙적으로 불가분급부에서만 인정된다. 부담부 증여에 관한 상세는 윤철홍, “부담부증여에 관한 소고”, **민사법학**, 제42호(2008), 493면 이하 참조.
- 51) *MünchKommZ*/J. Koch, 앞의 책, 제531조 방주 7(1211면).
- 52) 우치다안 [3.2.3.05] 제3항은 망은행위로 인한 반환범위를 ‘해제원인이 발생한 때에 받

나아가 해제권 자체는 그 일신전속적 성격으로 인해 양도성, 상속성이 제한되지만 망은행위에 기한 해제권의 행사로 발생한 부당이득반환청구권은 양도할 수 있고, 상속의 대상이 될 수도 있다고 볼 것이다.⁵³⁾

이에 대해 4기 민법개정위원회는 프랑스민법 및 DCFR과 보조를 맞추어 반환법위를 현존이익에 한정하지 않고 있다.⁵⁴⁾ 수증자의 망은행위로 인해 해제권이 발동된 이상 현존이익의 범위로 책임을 제한할 필요가 없다는 것이다.

개정안은 나아가 해제 전에 수취한 과실 또는 이익은 수증자가 보유할 수 있는

고 있던 이익의 한도'로 한정한다. 그리고 그 이유는 '증여계약은 편무·무상계약으로 수증자는 증여의 이행이 완료된 후 증여물을 자기의 물건으로서 취급할 권한을 가지고 있다는 사실'에서 찾고 있다. 이에 증여가 해제될 경우 수증자는 해제 당시 현존이익의 한도에서 반환하면 족하지만([3.2.3.12]), 배신행위로 인한 해제의 경우에는 수증자는 해제원인인 배신행위를 한 후에는 증여자에 의한 해제를 각오해야 하고, 따라서 해제원인이 발생한 후 실제로 해제가 될 때까지 이익이 감소된 경우에도 증여자에게 해제 원인 발생시에 현존하던 이익을 반환해야 한다는 것이다. 民法(債權法)改正檢討委員會 編, 詳解 債權法改正の基本方針 IV, 各種の契約(1), 2009, 183면 참조.

이에 대해 일본 民法改正研究會가 제안한 개정안은 아래와 같다.

제516조 ① 증여자는 다음과 같은 때에는 증여를 철회할 수 있다.

1. 증여자가 증여 후의 사정의 변화에 따라 자기의 상당한 생계를 꾸리거나 또는 법률에 의하여 자기에게 부과되는 부양의무를 이행할 수 없게 된 때
2. 수증자가 증여자 또는 그 친족에 대하여 현저한 비행에 의하여 중대한 망은행위를 한 때

② 전항에 의한 증여의 철회가 있는 경우에는 수증자는 다음 각 호에 따라 증여자에게 반환할 의무가 있다.

1. 제1호의 경우. 증여가 철회된 때에 그 이익이 존재하는 한도
2. 제2호의 경우. 증여의 목적이 된 물건 또는 증여자가 선택한 때에는 증여된 때의 그 물건의 가액.

③ 증여자의 상속인은 수증자가 증여자를 살해한 때에는 증여를 철회할 수 있다. 이 경우 수증자는 증여의 목적이 된 물건 또는 그 가액을 반환하지 않으면 안 된다.

④ 제1항의 철회는 증여자가 사실을 안 때부터 1년 이내에 하여야 한다. 전항의 철회는 상속인이 살해 및 증여의 사실을 안 때부터 3년 이내에 하여야 한다.

김민중, “일본민법(재산법)개정에서 물권변동규정의 개혁에 관한 논의 - 민법개정연구회의 「일본민법개정시안」(2009.1.1)을 중심으로 -”, 전북대학교 법학연구, 제28집(2009), 180면 이하 참조.

53) Münchner-Kommentar/J. Koch, 앞의 책, 제531조 방주 10 (1212면).

54) 2014. 2. 17. 민법개정위원회 제4기 제11차 전체위원회 회의자료 2면 참조. 수증자가 자기 스스로의 비난받을 만한 행동에 의하여 철회권의 행사를 야기하였기 때문에 수증자의 신뢰에 기한 이익은 보호될 필요가 없다고 한다. Christian von Bar/Eric Clive eds., Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Vol. 3, 2009, p. 2869.

것으로 하였다. 증여 후 해제 시점까지 장기간의 시간이 경과할 경우 수증자에게 지나치게 가혹하기 때문이라고 한다.⁵⁵⁾ 해제 후의 법효과는 해제의 일반 법리에 따라 해결하면 될 것이므로 해제 전의 과실문제만을 직접적으로 규정한 것은 입법 기술상 이해할 수 있다.

민법개정위원회는 제548조가 망은행위로 인한 해제의 경우에도 적용되는 점을 명확히 하기 위하여 ‘제1항에 따라 증여가 해제된 경우에는 수증자는 제548조에 따라 반환할 의무가 있다’는 규정을 둘 것인지에 대해서도 검토하였으나 그러한 규정이 없더라도 당연히 그와 같이 해석될 것이라고 보아 위와 같이 규정하였다.⁵⁶⁾

나아가 개정안 제556조 제2항은 “제1항에 따라 증여가 해제된 경우에는 수증자는 해제된 날까지 수취한 과실 또는 이익을 반환할 의무가 없다. 증여받은 금전을 반환하여야 할 경우에 해제된 날까지의 이자도 이와 같다.”고 규정한다. 제안이유는 주로 해제 전에 발생 내지 취득한 과실에 관하여도 반환의무를 인정하는 것은 증여 후 해제시까지 장기간의 시간이 경과한 경우에는 수증자에게 지나치게 가혹하게 될 우려가 있기 때문이다.⁵⁷⁾

생각건대 해제원인이 발생한 날부터 실제로 해제되기까지 상당한 기간이 소요될 수도 있을 것이다. 망은행위가 있었다는 것을 수증자가 은폐하거나 또는 망은행위의 특성상 잘 드러나지 않을 수도 있다(가령 증여된 재산을 운용하여 취득한 전체 수익 중 일정한 비율의 이윤을 수혜자에게 지급해야 하는데 그 비율을 교묘하게 속여 온 경우). 이러한 경우에도 망은행위를 한 날(해제원인이 발생한 날)부터 해제된 날까지 수취한 과실이나 이익을 수증자가 보유해도 된다고 한다면 부당하지 않을까. 더구나 망은행위를 한 순간부터 수증자는 보호할 가치가 없는 것이 아닐까. 그리고 그때부터 증여재산(과실포함)의 반환을 각오하고 있어야 하지 않을까. 증여시점과 해제시점 사이에 해제원인 발생시점을 끼워 넣어 생각한다면 해제원인 발생시점부터 해제시점까지 사이에 발생한 과실문제를 개정안과는 달리 규율할 필요가 있다고 생각한다.⁵⁸⁾

따라서 필자는 개정안에서 ‘해제된 날까지’를 ‘해제원인이 발생한 날까지’로 수

55) 위 회의자료 2면.

56) 위 회의자료 4면.

57) 위 회의자료 4면.

58) 각주 54 참조. 심사의견 중 ‘(상기)주장에 공감은 하지만, 어제까지 기이행반환을 인정하지 않던 것을 기이행의 반환뿐만 아니라 더 나아가 해제 이전의 이득부분까지 반환하여야 한다는 것은 과도한 개정이 될 수 있다’는 지적이 있었음을 밝혀둔다.

정할 것을 제안한다. 해제원인이 발생한 날, 즉 망은행위가 행해진 날부터 수증자는 보호할 가치가 없는 자이기 때문이다. 이것이 오늘날 일반인의 법감정에도 부합할 것이다. 동조 제3항에서 ‘해제원인 있음을 안 날’이라는 문언이 사용되고 있는 점도 감안한 것이다.

4) 증여자의 상속인의 해제권과 해제권의 일신전속성

망은행위로 인한 해제권을 증여자가 아닌 다른 사람이 행사하는 것은 극히 예외적인 경우일 것이다. 망은행위 자체가 매우 인격적 색채를 띤 것이기 때문이다.⁵⁹⁾ 따라서 배우자나 직계혈족에 대한 망은행위도 그것이 ‘증여자’에게 현저한 배은행위로 다가와야 개정안 제556조의 적용을 긍정할 것이다.⁶⁰⁾

민법개정위원회는 그와 같은 견지에서 증여의 해제권의 일신전속성을 전제로 하되, 다만 망은행위로 인하여 증여자가 사망한 경우에는 증여자가 해제권을 행사할 기회가 없었으므로 이 경우에 한하여 상속인의 고유한 해제권을 인정하기로 하였다.⁶¹⁾

59) 따라서 망은행위에 기한 해제권은 원칙적으로 양도나 상속의 대상이 될 수 없다고 할 것이다. 다만 독일민법 제530조 제2항이나 스위스채무법 제251조 제3항처럼 ‘수증자가 고의로 위법하게 증여자를 살해하였거나 철회를 방해한 때’에 증여자의 상속인도 철회를 할 수 있도록 입법한 예가 있다. 물론 독일민법 제530조 제2항은 예외적 규정이다. 스위스채무법 제251조 제2항은 ‘증여자가 1년 내에 사망한 경우 소권이 잔여기간 동안 상속인에게 이전’되도록 규정하고 있다. 즉 스위스채무법의 경우 해제권의 상속을 인정하는 입법태도를 취하고 있다.

60) *MünchKommB.Z. Koch*, 앞의 책, 방주 5(1204면).

61) 위 회의자료 6면. 불법행위로 인해 피해자가 사망한 경우에도 피해자의 상속인이 사망으로 인한 손해배상청구권을 상속한다고 해석하는 것이 통설, 판례이므로 이 점에는 이론적 문제가 없다고 생각된다(이른바 시간적 간격설). 일본 채권법 중간시안도 유사한 태도이다.

일본 채권법 중간시안 제36 증여 5. 수증자에게 현저한 비행이 있는 경우의 증여계약의 해제

- (1) 증여계약 후에 수증자가 증여자에 대하여 학대를 하거나 또는 중대한 모욕을 가한 때, 또는 수증자에게 그 밖의 현저한 비행이 있는 때에는 증여자는 증여계약의 해제를 할 수 있는 것으로 한다.
- (2) 상기 (1)의 해제권은 증여자의 일신에 전속하는 것으로 한다. 다만 수증자가 상기 (1)에 해당하는 행위로 인하여 증여자를 사망에 이르게 한 때에는 그렇지 않는 것으로 한다.
- (3) 상기 (1)의 해제가 있는 때에는 수증자는 상기 (1)의 해제의 원인이 생긴 때에 현존하는 이익의 한도에서 반환의 의무를 부담하는 것으로 한다.
- (4) 상기 (1)의 해제권은 증여의 이행이 끝난 때부터 [10년]을 경과한 때에는 그 부분에 대하여는 행사할 수 없는 것으로 한다(밑줄은 필자가 가함).

하지만 2014년 8월 26일 개최된 民法(債權關係) 部會 第96回 會議에서 결정된 「民

또한 해제권은 사후적 유서와는 달리, 사전에 포기할 수 없다고 볼 것이다.⁶²⁾

5) 해제권행사의 제척기간

해제권의 행사기간은 어느 정도가 적합한가. 망은행위를 안 날로부터 1년으로 하는 입법례가 다수이다. 독일민법 제532조, 스위스채무법 제251조, 프랑스민법 제957조,⁶³⁾ DCFR IV.H.-4:201 제3항,⁶⁴⁾ 우치다안 [3.2.3.06]('해제권을 행사할 수 있는 때로부터 1년 이내') 등도 대체로 같은 입장이다.

따라서 비교법적으로 개정안과 같이 '해제원인을 안 날로부터 1년'이라는 제척기간을 두는 것이 무난해 보인다.⁶⁵⁾

法(債權關係)の改正に関する要綱仮案」은 증여에 관한 규정은 두 조문만을 담고 있다. 즉 일본민법 제549조를 “증여는 당사자의 일방이 재산을 무상으로 상대방에게 줄 의사를 표시하고 상대방이 수락을 함으로써 그 효력이 발생한다”로 수정하고, 제551조 제1항은 “증여자는 증여의 목적인 물건 또는 권리를 증여의 목적으로 특정 한 때의 상태로 인도 또는 이전할 것을 약정한 것으로 추정한다”고 수정하였다(www.moj.go.jp/content/000126619.pdf). 중간시안을 비롯하여 그동안 제안된 다수의 개정안들과 비교할 때 확정된 개정가안의 폭은 너무나 적다. 도덕적 문제에 법이 관여하는 것에 대한 저어함과 증여에 관한 공통된 문화적 인식을 확인하지 못한 것이 원인일 수도 있으나 필자의 추측일 뿐이다.

62) Rummel/Schubert, 앞의 책, 방주 2 (1932면).

63) 프랑스민법 제957조 ① 망은을 이유로 한 철회의 의사표시는 증여자가 수증자의 행위로 주장하는 비행이 있던 날 또는 증여자가 비행을 알 수 있었던 날로부터 1년 안에 하여야 한다.

② 전항의 철회의 의사표시는 증여자가 수증자의 상속인에 대하여 또는 증여자의 상속인이 수증자에 대하여는 이를 할 수 없으나, 다만 증여자가 증여의 철회를 위한 소를 이미 제기하였거나 비행이 있는 때로부터 1년 안에 증여자가 사망한 때에는 증여자의 상속인이 수증자에 대하여 철회의 의사표시를 할 수 있다.

64) 각주 50 참조.

65) 일본에서는 취소권 행사의 제척기간보다 짧게 인정해서는 아니 된다는 의견이 있다(일본민법 제126조 참조, 우리 민법 제146조에 상응하는 조문임). 우리 민법에서는 취소권은 추인할 수 있는 날로부터 3년 내에 법률행위를 한 날로부터 10년 내에 행사하도록 하고 있다(일본은 각각 5년, 20년이다). 법률관계의 조기안정보다 시민감정에 부합하는 정의의 실현이 우선되어야 한다는 이유를 들고 있다. 民法(債權關係)部會資料集, 第2集(第3卷(下), 第35回 會議議事録と部會資料), 2012, 商事法務, 277면(東辯(동경변호사회)의 견해)(밑줄은 필자가 가함). 이 자료집은 2009년(平成 21년) 법무대신의 諮問 제88호(사회경제의 변화에 대응하여 민법의 채권관계에 관한 규정을 검토함을 목적)에 의거 법제심의회가 설치한 民法(債權關係)部會의 會議議事録과 部會資料를 수록한 것이다.

6) 망은행위에 기한 해제권의 남용가능성

망은행위의 범위가 과도하게 확장되거나 그 요건이 불명확할 경우 증여자는 수증자와의 관계에서 ‘해제가능성’을 수단으로 수증자를 지배하려들 우려가 있다. 특히 가족간에 재산의 증여가 있을 경우 더욱 그러할 것이다.⁶⁶⁾ 가령 거주할 주택을 증여받은 경우 다른 선택의 가능성이 없다면 퇴거당하지 않기 위해 과도한 ‘예(禮)’를 강요받을 수도 있을 것이다.

따라서 가급적 망은행위의 개념과 요건을 명확히 하고 실무에서도 그 범위를 적절한 범위로 제한할 필요가 있다고 할 것이다.

상술한 바와 같이 증여자의 ‘배우자’나 ‘직계혈족’에 대한 배은행위는 ‘증여자’에게도 ‘현저한 망은행위’로 보여 지는 경우에 한해 ‘망은행위의 현저성’을 인정할 것이다. 이것이 비교적 명확하게 ‘망은행위’개념을 이용하는 방법이라고 생각된다. 그리고 동시대인의 보편적 윤리관에 현저하게 반한다고 판단되는 경우에만 ‘현저히 부당한 대우’를 인정해야 할 것이며, 범죄행위에 해당한다는 이유만으로 ‘망은행위의 현저성’을 공인해서는 곤란할 것이다. 이 또한 ‘망은행위’개념과 범위를 분명하게 한정하는 방법일 것이다.

2. 제557조의 개정

현행	실무위안	개정안
제557조(증여자의 재산상태변경과 증여의 해제) 증여계약후에 증여자의 재산상태가 현저히 변경되고 그 이행으로 인하여 생계에 중대한 영향을 미칠 경우에는 증여자는 증여를 해제할 수 있다.	제557조(증여자의 재산상태 변경과 증여의 해제) ① 증여계약 후에 증여자의 재산상태가 현저히 변경되고 그 이행으로 인하여 생계에 중대한 영향을 미칠 경우에는 증여자는 증여를 해제할 수 있다. ② 수증자는 그 받은 이익이 현존한 한도에서 증여자의 생계에 필요한 금액을 지급할 책임이 있다.	제557조(증여자의 재산상태 변경과 증여의 해제) ① 증여계약 후에 증여자의 재산상태가 현저히 변경되고 그 이행으로 인하여 생계에 중대한 영향을 미칠 경우에는 증여자는 증여를 해제할 수 있다. ② 제1항의 규정에 의하여 증여가 해제된 때에는 수증자는 그 받은 이익이 현존한 한도에서 증여자의 생계에 필요한 금액을 지급할 책임이 있다. 다만 그로 인하여 수증자의 생계에 중대한 영향을 미칠 때에는 그러하지 아니한다.

⁶⁶⁾ 民法(債權法)改正檢討委員會 編, 詳解 債權法改正の基本方針 IV, 各種の契約(1), 2009, 181면.

현행	실무위안	개정안
	<p>③ 수증자가 수인 있으면 먼저 증여를 받은 자는 나중에 증여를 받은 자가 책임을 이행하여도 증여자가 생계를 유지할 수 없는 한도에서 책임이 있다.</p> <p>④ 제1항의 해제권은 해제권자가 해제원인 있음을 안 날부터 1년을 경과하거나 증여가 있는 때부터 5년을 경과하면 소멸한다.</p>	<p>③ 수증자가 수인 있으면 먼저 증여를 받은 자는 나중에 증여를 받은 자가 책임을 이행하여도 증여자가 생계를 유지할 수 없는 한도에서 책임이 있다.</p> <p>④ 제1항의 해제권은 해제권자가 해제원인 있음을 안 날부터 1년을 경과하거나 증여가 있는 때부터 5년을 경과하면 소멸한다.</p>

1) 곤궁의 항변

독일민법 제528조, 오스트리아민법 제947조, DCFR IV.H.- 4:202 등은 생계곤란 등 증여자가 재산적 곤궁에 빠졌을 경우 기이행된 증여의 철회를 인정한다.⁶⁷⁾ 전체회의 자료에 의하면 독일민법에는 증여자가 고의 또는 중과실에 의하여 곤궁을 초래한 경우에 해제를 배제하는 규정(독일민법 제529조)이 있는데, 반드시 이러한 규정을 둘 필요는 없다고 한다.⁶⁸⁾

증여자뿐만 아니라 모든 사람은 이유를 불문하고 때론 경제적 곤궁에 처할 수 있다. 증여자의 손을 떠난 증여재산은 수증자의 소유로 이전된다. 따라서 그러한 ‘자기 소유가 된 증여재산’을 어떻게 사용, 수익, 처분하든 원칙적으로 수증자의 자유이다. 다만 수증자의 적극재산의 증가를 가져온 증여재산은 증여자의 ‘도덕적으로 칭송할 가치가 있는’ 재산의 포기에 의해 이전된 것이다. 그리고 이러한 증여자의 ‘선한 취지와 목적(이는 일응 증여의사로부터 추단된다고 할 것이다)’은 증여 후에도 존중되어야 한다. 그리고 개정안 제557조는 그러한 존중의 연장선상에서 이해될 수 있을 것이다.

2) 보다 세부적인 입법론적, 해석론적 문제도 있다. 재산상태의 변경은 어떤 정

67) 스위스채무법은 아직 이행되지 않은 증여약속의 이행을 거절할 수 있을 뿐(제250조), 기이행된 증여재산의 반환을 인정하는 조항은 구비하고 있지 않다. 이에 대해 독일민법은 ‘증여자의 그 외의 의무를 고려할 때 증여약속의 이행이 자신의 적절한 생계 또는 법률에 의하여 부담하는 부양의무의 이행을 위태롭게 하는 경우에는, 증여자는 약속의 이행을 거절할 수 있다’는 규정(제519조)과 더불어 증여가 기이행된 경우에도 재산상태악화에 기한 반환청구를 인정하고 있는 것이다(제528조).

68) 전체회의 자료집(2011. 11. 28), 14면.

도에 이르러야 하는가, 생계에 대한 영향은 어떤 정도에 이르러야 중대하다고 볼 수 있는가, 반환범위는 어떠한가, 수증자가 수인인 경우 수증자 간에 책임분배는 어떻게 할 것인가, 증여 후 장기간이 경과된 경우에도 곤궁의 항변을 인정할 것인가, 그 장기간은 얼마나 길어야 하는가 등의 의문이 그것이다. 개정안은 현행법에 3개항을 추가함으로써 그러한 의문에 대답하고자 하였다.

먼저 재산상태의 악화, 나아가 해제의 여부는 증여의 실행 전과 후가 다소 다르게 평가될 것이다. 재산상태가 악화되었는지 여부를 판단하려면 증여자의 재산 전체에 대한 일종의 결산(Bilanzierung)을 거쳐야 할 것인데 증여가 기이행된 경우 수증자에게 처분에 대한 상당한 신뢰가 발생하였기 때문에 이행 이전보다는 까다로운 기준을 적용해야 하지 않을까 생각한다.⁶⁹⁾ 다른 한편 어쨌거나 증여자에게 우호적으로 해석할 필요가 있다는 견해도 있다. 그렇지 않으면 결국 가령 기초생활수급자로 전락한 증여자의 생계는 사회 전체의 책임으로 귀결될 것인바 이러한 공적 부담을 최소화시킬 필요가 있기 때문이라고 한다.⁷⁰⁾

생각건대 증여자의 적절한 생계의 유지가 ‘단순히 위태롭게 될 우려’가 있는 정도로는 ‘생계에 중대한 영향을 미쳤다’고 판단해서는 아니 될 것이다. ‘적절한 생계’의 기준은 가급적 객관적으로 설정할 필요가 있다. 증여 전에 영위하던 호화로운 생활을 유지할 수 없게 되었다고 하여 이를 쉽사리 긍정할 수는 없을 것이다. 하지만 예컨대 기초생활수급자의 지위로 전락한다면 이를 원칙적으로 긍정해야 할 것이다.⁷¹⁾

요컨대 비교법적으로 볼 때 예외없이 곤궁의 항변을 인정하는 것은 아니다. 이에 대한 정책적 판단이 우선 필요한 것이다. 상술한 바와 같이 증여자의 ‘증여의사로부터 추단되는 선한 취지와 목적’은 증여 후에도 존중되어야 한다. 이것은 잠재적 증여자에게 강한 사전적 인센티브로 작용할 것이다. 따라서 이를 수용하는 것이 정책적으로 타당하다고 생각된다.

3) 반환범위와 관련하여서 개정안은 수증자가 그 받은 이익이 현존하는 한도에

69) 독일의 경우 증여가 이행된 후에는 증여자의 ‘그 외의 의무(sonstige Verbindlichkeiten)’는 고려될 필요가 없다고 본다. 따라서 그와 관련된 증여자의 채권자들에 대한 보호는 약화되는 셈이다. 하지만 그러한 범위에서 수증자의 신뢰는 보호받는 결과가 된다. 이에 대해 Erman/BGB, 11. Aufl., 2004, 제528조 방주 2 참조.

70) *MünchKommBGB*/Kollhossler, 독일민법 제528조 방주 3 참조.

71) Erman/BGB, 11. Aufl., 2004, 제528조 방주 2.

서 증여자의 생계에 필요한 금액을 지급할 책임이 있는 것으로 하였다. 독일민법 제529조 제1항(증여자가 고의 또는 중과실에 의하여 곤궁을 초래한 경우에는 반환 청구를 할 수 없다)과 같은 규정은 두지 않기로 하였다.

위와 같은 개정안에 따르면 반환범위에 대해 이중적 기준이 제시되어 있다. ‘현존이익’과 ‘생계에 필요한 금액’이 그것이다. 따라서 수증자 입장에서 현존이익 부존재의 항변이 가능하고 다른 한편 생계유지에 필요한 금액의 반환도 거절할 수 있다. ‘생계에 필요한 금액’이란 재산적 곤궁에서 벗어나기 위한 금액을 의미한다고 생각되면 그 기준은 대체로 위 2)에서 설명한 바와 같을 것이다.

수증자가 증여받은 목적물을 반환할 수 없는 경우에는 그 가액을 반환하여야 한다. 수증자가 그 이익을 반환할 수 없는데 수증자로부터 무상으로 증여의 목적물을 양수한 제3자도 반환의무가 있다고 할 것이다(민법 제747조 참조).

하지만 개정안은 이를 통해 수증자 측의 생계에 중대한 영향을 미칠 때에는 예외를 인정하고 있다(동조 제2항 단서). 독일민법 제529조 제2항의 영향을 받은 것으로 생각된다.⁷²⁾

이러한 단서 조항이 반드시 필요한 것인지는 의문의 여지가 있다. 현존이익이 존재하는 경우라도 ‘증여자의 생계에 필요한 금액’만을 지급하면 되는데, 이로써 수증자의 생계에 ‘중대한’ 영향을 미치게 되는 것은 추측컨대 수증자의 최소한의 생계유지에 필요한 금액⁷³⁾을 증여자 측에 건네주어야 하는 상황이 대부분일 것이다. 수증자의 생활수준이 낮아진다는 이유만으로는 ‘생계에 중대한 영향’이 있다고 볼 수 없기 때문이다. 즉 양자가 공히 생계에 중대한 영향을 받을 처지에 있다면 그동안 무상의 혜택을 입어온 수증자 측이 양보하고 도덕적 동기에 의해 증여를 결심했던 증여자를 더 보호해야 할 경우도 있지 않을까. 나아가 수증자가, 증여자의 입장과는 달리, 도움을 받을 곳(가령 부모)이 있는데도 생계이유를 들어 반환을 거부할 수 있을까.

설령 위 단서 조항이 합목적성이 있다고 하더라도(가령 수증자가 증여재산을 확

72) 참고로 동조 제2항의 ‘사회적 지위(신분)에 상응하는 부양(standesmäßiger Unterhalt)’은 입법론적으로 비판을 받고 있다. *Palandt/Weidenkaff*, 제529조 방주 3(736면).

73) 부양의무와 같은 법적 의무를 이행하기 위한 비용도 여기에 포함시켜야 할 것이다. *Palandt/Weidenkaff*, 제529조 방주 4 (736면) 참조. 수증자측의 역곤궁의 항변이 권리남용에 해당할 경우 받아들일 수 없다고 한다. 가령 과도한 소비생활을 영위하는 등의 방법으로 자신의 재정적 무능력을 스스로 초래한 경우를 생각해 볼 수 있다(BGH NJW 03, 2449).

고한 생활의 기반으로 하고 있는 경우를 생각해보라) 수증자가 고의나 중과실로 재산상태의 곤궁을 자초하였다면 증여자 측 사정(개정위원회는 독일민법 제529조 제1항(증여자가 고의 또는 중과실에 의하여 곤궁을 초래한 경우에는 반환청구를 할 수 없다)과 같은 규정은 두지 않기로 하였다)과는 달리 볼 여지는 없을까. 동일한 상황이라면 도덕적인 동기에 의해 무상의 출연행위, 즉 재산상의 희생을 감수했던 증여자를 보호하는 것이 합리적이라고 생각한다.

따라서 필자는 동조 제3항을 신설하여 “수증자가 고의 또는 중과실에 의하여 생계의 곤란을 초래한 경우에는 제2항 단서를 적용하지 않는다”고 규정할 것을 제안한다. 가령 자녀가 부모로부터 일정한 재산을 증여받은 후 고의로 탕진하였다면 그 후 재산상의 곤궁에 빠진 부모에게 곤궁의 항변을 할 수 없다고 보아야 할 것이다. 고의를 입증하는 것은 대부분 어려울 것이므로 중과실 요건을 포함하는 것에 찬성한다. 나머지 조항은 하나씩 뒤로 밀려 규정하면 된다.

이러한 일종의 단서의 단서규정을 둘 경우 수증자는 증여받은 재산을 적어도 고의나 중과실로 소비하지 않기 위해 노력할 것이다(예방효과). 그렇지 않으면 패륜아를 견제할 수단이 마땅치 않아 보이며 이것이 한국인의 법감정에 부합하는 입법이 아닐까 생각한다. 요컨대 수증자 측의 사정의 변경도 고려하되 고의나 중과실로 야기된 사정의 변경까지는 보호할 가치가 없다는 것이다.

한편 증여자의 곤궁의 항변권은 증여가 있는 때로부터 5년 내에 행사되어야 한다. 그 이후에는 증여자의 재산상태에 현저한 사정의 악화가 있더라도 증여는 더 이상 되돌릴 수 없게 된다.

4) 또한 개정안에 따르면 수증자가 수인 있으면 먼저 증여를 받은 자는 나중에 증여를 받은 자가 책임을 이행하여도 증여자가 생계를 유지할 수 없는 한도에서 책임이 있다(제3항)(독일민법 제528조 제2항, 오스트리아민법 제947조 참조).

그리고 증여가 있는 후 지나치게 장기간이 경과한 후 곤궁의 상황이 발생하였다면 더 이상 곤궁의 항변을 인정할 필요가 없을 것이다. 현상을 되돌리기에는 늦어져 버린 것이다. 시간적 정의는 이러한 경우 객관적 행사기간을 둘 것을 요구한다. 독일은 증여가 있는 때로부터 10년으로 제한하지만 개정안은 5년을 제안한다.⁷⁴⁾ 개정안에 찬동한다. 법적 안정성의 관점에서 그렇거니와 수증자 및 그와 거래한 제3자의 신뢰를 보호할 필요가 있기 때문이다.

74) 동시에 주관적 행사기간으로 1년을 지정하고 있다. 개정안 제557조 제4항.

실무위 내부에서 생계곤란으로 인한 증여계약을 해제할 경우 기이행된 부분의 반환청구와 관련하여 신중하여야 한다는 견해가 제기되었다. 상대방과 무관한 증여자의 사정을 들어 그 급부를 반환하게 하는 것은 법적 안정성을 해할 우려가 있으며 이러한 태도가 전체적인 민법의 체계와 흐름에 부합하는 것인지에 대한 검토도 필요하며, 이를 오히려 도덕의 영역으로 남겨 놓는 것이 타당할 것이라고 한다.⁷⁵⁾ 법은 도덕의 최소한이다. 하지만 도덕이 고유한 역할을 다하지 못하여 선량한 풍속이 위태롭게 되거나 자신의 재산을 내어 준 사람이 곤궁에 처하였는데도 아무런 도움도 받지 못할 염려가 클 경우 법은 조심스럽지만 단계적으로 개입할 여지가 있다. 또한 증여를 보다 권장하고 확대하기 위해 법제도적 인센티브를 제공할 필요가 있다고 생각한다.

3. 제558조 - 삭제

현행	개정안
제558조(해제와 이행완료부분) 전3조의 규정에 의한 계약의 해제는 이미 이행한 부분에 대하여는 영향을 미치지 아니한다.	<삭제>

1) 현행 민법 제558조는 의용민법 제550조 단서와 동일하다. 당시 일정한 조건 하에 기이행된 부분의 반환을 승인하였던 독일민법 제528조 (제1항)도 외국입법례도 참조되었으나 만주국 민법 제541조 단서(‘단 이행이 끝난 부분에 대하여서는 그러하지 않다’)와 같은 입법례에 따른 것으로 보인다.

그리고 2004년 개정작업 당시에도 [해제를 인정할 경우 복잡한 문제가 발생할 가능성이 있어서 개정 대상에서 제외]하기로 하였다.⁷⁶⁾

2) 입법자료를 살펴보면 제558조와는 다른 입법례가 보다 다수였음에도 불구하고 현행법과 같은 태도를 취한 이유가 무엇인지 또 복잡한 문제가 발생한다는 것은 무슨 의미인지 추단하기는 쉽지 않지만⁷⁷⁾ 상술한 바와 같이 도의적 문제로

75) 법무부 민법개정자료발간팀 편, 2013년 법무부 민법개정시안: 채권편(하)(민법개정총서 제10권), 2013, 49-50면(권영준 위원).

76) 법무부 민법개정자료발간팀 편, 2004년 법무부 민법개정안: 채권편·부록(민법개정총서 제4권), 2012, 310면.

77) 명순규, “서면에 의한 증여와 그 해제”, **민사법학**, 제42호, 2008, 296면에서는 이를 ‘입법상의 실책(제556조와 제557조도 제558조에 포함된 것이 실책)’이라고 평가하고

치부하였기 때문이라고 생각된다. 그리고 기이행된 부분이 반환관계로 전환될 경우 증여가 이행된 이후 새롭게 형성된 법률관계가 다종다양하여 통일적 해결책을 강구하기가 곤란하므로 이러한 불확실한 복잡함을 야기하기보다는 증여로 인한 재산권 문제를 기이행된 부분에 한해 종결된 것으로 보자는 입법적 결단이 있었으리라 추측된다.

3) 한편 헌법재판소는 2009. 10. 29. 선고 2007헌바135 결정에서 제558조가 합헌이라고 판단한 바 있다. 이 사건 헌법소원의 청구인은, 증여를 받은 자식이 부양의무를 이행하지 않자, 수증자가 어떠한 망은행위를 하더라도 일률적으로 증여계약의 이행이 완료된 부분에 대해서 해제권의 소급효를 제한하는 것은 기본권 제한의 한계를 넘어 헌법에 보장된 증여자의 기본권인 재산권, 사적 자치권 등을 침해하는 것이라고 주장하였다. 그러나 헌법재판소는 망은행위를 이유로 한 증여계약의 법정해제권을 법률로 정할지 여부, 그리고 이를 입법한다면 그 내용과 효력을 어떻게 형성할지는 수증자의 망은행위에 대한 그 사회의 윤리적 평가를 바탕으로 하여 입법자에게 광범위한 입법재량이 인정된다고 하면서, 제558조 부분에서 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 제974조 내지 제979조에서 부양의무의 이행을 구할 수 있는 방법을 인정하고 있는 점 등을 고려하여, 이미 이행된 증여부분은 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, 민법 제558조 부분이 망은행위로 인한 법정해제권의 효과를 제한한 것을 두고 법정해제권이라는 재산권을 형성함에 있어서 합리적인 입법재량의 한계를 일탈하여 기본권 제한의 입법적 한계를 벗어난 것이라고 보기는 어렵다고 판시하였다.

있다. 일본 현행 민법도 우리 민법 제558조에 상응하는 조문을 두고 있지 않으며 제550조(서면에 의하지 않은 증여의 철회)도 ‘서면에 의하지 않은 증여는 각 당사자가 철회할 수 있다. 단 이행이 종료된 부분에 대해서는 그렇지 아니하다’고 할 뿐이다. 그리고 부동산 증여계약에서 그 부동산의 소유권이전등기가 경료된 경우 이행이 종료되었다고 보며 이때 인도되었는지 여부는 불문한다는 것이 판례의 태도이다(最判昭40(1965년)3.26民集19.2.526, 民法判例百選 II(第2版), 1982, 50면).

그리고 제556조 제2항이 부양의무 불이행을 이유로 하는 해제권은 해제원인 있음 안 날로부터 6월을 경과하거나 증여자가 수증자에 대하여 용서의 의사를 표시한 때에는 소멸한다고 규정하고 있는 것도 위헌이 아니라고 하였다. 6월의 행사 기간은 그 기산점이 불합리하게 책정되었다고 할 수 없고, 증여자와 수증자 사이의 신뢰관계에 기초한 증여계약의 특성과 이에 따른 법률관계의 조속한 안정의 필요성을 감안할 때 위 6월이라는 기간은 증여자가 증여계약의 해제권을 행사하기에 충분한 기간이라고 보일 뿐만 아니라, 현행 민법상 인정되는 다른 제척기간 관련 규정이 정하고 있는 권리행사기간과 비교하여 보더라도 그 행사기간 자체가 지나치게 단기간이거나 기산점을 불합리하게 책정하여 그 권리행사를 현저히 곤란하게 하거나 사실상 불가능하게 한 것이라고 보기는 어렵다고 하였다.

또한 증여자가 수증자의 망은행위를 용서한 때에는 구태여 망은행위에 의한 해제권을 존속시킬 필요가 없고, 여기서 용서의 의사표시는 명시적일 때는 물론이고 묵시의 표시도 포함되는 것으로 해석되고 증여자와 수증자의 관계, 망은행위 이후의 정황, 증여자의 의사표시의 내용 등을 감안하여 구체적인 사건에서 법관의 법보충작용에 의하여 합리적으로 판단될 수 있을 것이며, 달리 법관의 자의적 해석을 가능하게 할 위험성이 있다고 보기 어렵다고 하였다.

4) 생각건대 위 헌법재판소가 전제로 하듯 입법자의 상당한 재량권이 인정되는 분야가 증여계약이다. 또한 증여의 본질, 변화된 증여문화, 망은행위의 현저한 증가 및 그에 대한 동시대인의 법인식의 변화 등에 비추어 볼 때 제558조의 삭제 및 제556조, 제557조의 개정은 타당하다고 생각된다.

상술한 바와 같이 이행되기 전 증여약속을 해제하는 경우와는 달리 기이행된 부분에 관한 처리는 나라마다 다소 차이를 보인다. 망은행위로 인한 해제의 효과가 기이행된 부분에도 미치도록 하자는 것은 증여문화에 관한 인식의 변화를 의미한다. 최근 언론에 보도되는 바와 같은 패륜적 행위들이 인구에 회자되면 될수록 이행 여부에 관계없이 증여를 해제할 수 있도록 하자는 목소리는 높아질 것이고 이는 결국 증여법에 영향을 미칠 것이다. 십수 년 전 유학 중 독일 교수로부터 당신이 재학 중이던 시절 ‘뇌물죄’에 대하여 강의하거나 이해하기가 쉽지 않았다는 이야기를 들은 기억이 있다. 뇌물을 주고받은 사람들이 거의 없었기에 그러한 범죄가 무엇인지를 실질적으로 이해하기가 어려웠다는 의미이다. 우리의 예에서도 수증자가 인륜을 저버리는 망은행위를 하는 사람들이 없다면 위와 같은 개정안에 생각이 미치지도 않았을 것이다. 하지만 유감스럽게도 적지 않은 반인륜적 작태가

반복되고 있고 이를 묵과하기 곤란한 정도에 이르렀다⁷⁸⁾는 것이 민법개정위원회 위원들의 법윤리적 판단이라고 생각된다. 이에 따라 제558조의 삭제안이 개정안으로 확정되었다.

4. 제561조의 존치

우치다안 [3.2.3.15]와 같이 민법 제561조를 폐지할 것인가?⁷⁹⁾

쌍무계약의 부담부 증여에 관한 준용규정을 폐지하고자 하는 일본 제안의 요지는 준용의 필요성을 부정하는 것은 아니다. 필요에 따라 쌍무계약 규정을 부담부 증여로 개별적으로 준용하면 충분하며 일반적으로 준용하는 규정은 필요없다는 취지이다.

준용의 범위가 제한적일 수밖에 없음은 당연한 것이다. 쌍무계약의 본질과 편무, 무상계약의 본질은 상이하기 때문이다. 즉 그 준용의 효용이 한정적이기는 하지만 이는 무상, 편무계약인 증여의 본질에 기한 것이고 준용의 필요성 자체를 부정할 필요는 없다.

한편 우치다안은 개별적으로 준용하면 충분하다고 하는데 먼저 개별적으로 준용하는 조항을 둘 경우 입법기술상 번거롭고 다음으로 위 일본 제안에서는 개별적 준용조항을 찾을 수 없다.

따라서 우리 민법상 ‘적용’을 ‘준용’으로 시정하는 것으로 충분하다고 할 것이다. 또한 통상적으로 증여자의 선급부가 행해지는 경우가 많을 것인데 동시이행관계를 관철하는 것이 사실상 불가능할 경우도 적지 않을 것이다. 이 모든 경우에 탄력적인 대응을 할 수 있도록 함에 있어서도 ‘준용’을 인정하면 충분할 것이다. 따라서 이에 관한 규정을 ‘개정하여’ 잔존시켜 향후의 해석론에 따라 적용범위를 설정해 가면 될 것으로 사료된다.

78) 2014년 1월 7일 경찰청 발표에 따르면 지난 2008년부터 2013년까지 발생한 존속살해 범죄 건수는 총 336건이다. 2008년 45건을 기록한 이후 2009년 58건, 2010년 66건, 2011년 68건으로 매년 증가하다가 2012년 50건, 2013년 47건으로 최근 5년간의 통계를 보면 평균 주당 1회 꼴로 발생했다. 같은 기간 존속상해는 2,193건이 발생했다(법률복지, 통권 제52호, 2면에서 인용함). 이러한 폐륜범죄는 황금만능주의와 결합하여 더욱 기승을 부리고 있다.

79) 民法(債權法)改正檢討委員會 編, 詳解 債權法改正の基本方針 IV, 各種の契約(1), 2009, 218면.

V. 몇 가지 추가적 검토

1. 타인권리의 증여규정의 신설?

우리 민법은 타인권리의 매매도 유효하다고 본다(제569조). 따라서 타인권리의 증여도 유효함은 당연하다(argumentum a fortiori). 증여의 무상성에 비추어 타인권리의 조달의무를 강제하는 것은 불합리하다. 해석상 타인권리를 취득하는데 성공하면 증여하겠다는 의사를 가졌던 경우가 대부분일 것이다. 따라서 타인권리의 매매의 경우와는 달리 타인의 권리를 취득하여 증여할 의무를 부담하지는 않는다. 단 그 타인 권리를 취득한 이후에는 증여계약상의 권리이전의무를 부담한다고 할 것이다.

우리 민법의 개정에 있어서 위와 같은 내용의 조항을 신설할 필요는 없다고 생각한다. 제554조의 입법목적의 고려, 제569조의 물론추론 및 당사자의 의사해석으로 충분하기 때문이다.

한편 이상을 전제로 취득전까지는 수증자가 증여계약을 해제하여 불안정한 지위에서 벗어날 수 있도록 하자는 일본의 제안([3.2.3.10] 제2항)은 일리가 있으나 실제로 그런 경우는 드물 것이기에 이에 관한 규정을 둘 실익이 있는지는 의문이다. 수증자는 대개 증여자가 권리를 취득하기를 마지막 순간까지 기다릴 것이기 때문이다. 다만 해석론상으로 증여 합의 후 수증자가 즉시 해제하는 것을 허용한다면 기부자 측의 선한 의도를 무시하는 것으로 보여질 수 있으므로 신중한 접근이 필요할 것이다. 타인권리의 증여를 합의할 경우 수증자는 상당기간 해제하지 않고 기다릴 것임을 전제로 했다고 볼 수 있을 것이다. 물론 기다림의 시간이 과도하게 장기화될 경우 해제의 합의를 할 수도 있고 (묵시적) 약정해제사유에 해당한다는 해석이 가능한 경우도 있을 것이다.

또한 수증자 측의 사정을 고려한 해석론이 필요할 수 있다. 가령 수증자 입장에서 누구로부터라도 빨리 증여를 받는 것이 중요한 경우도 있을 수 있다(가령 사회복지시설 또는 극빈자보호시설에서 동절기에 대비한 건물 등 부동산이 필요한 경우 기다릴 여유가 없을 수 있다). 이러한 경우에는 위 상당기간을 해석상 단축할 수 있을 것이다.

하지만 어떤 경우라도 기부자에게 ‘당신은 많은 옵션 중의 하나’에 불과하다는 인상을 주어서는 곤란할 것이다.

2. 제560조의 삭제?

정기증여는 정기적으로 무상으로 재산을 주는 것을 내용으로 하는 증여를 말한다.⁸⁰⁾ 우리 민법 제560조, 일본민법 제552조와 이를 유지한 우치다안 [3.2.3.13]은 ‘정기급부를 목적으로 하는 증여는 증여자 또는 수증자의 사망에 의하여 그 효력을 잃는다’고 규정한다. 증여가 그 당사자의 인격과 연동된 요소가 많고 일신귀속적 성질을 띠고 있어 위와 같은 조항은 일응 타당하다고 판단된다.

스위스채무법 제252조는 정기급부를 목적으로 하는 증여에서 증여자가 사망한 경우 증여의무가 소멸한다고 규정한다. 이를 ‘수동적 상속성의 배제’라고 한다. 하지만 동법은 ‘수증자’가 사망한 경우에 대해서는 명문의 규정을 두고 있지 않다(이를 ‘적극적 상속성의 배제’라고 한다). 이 경우에도, 다른 합의나 특별한 사정이 없는 한, 역시 증여의 효력은 상실되는 것으로 볼 것이다.⁸¹⁾ 물론 수증자가 다른 합의가 있었음을 입증한다면 예외를 인정할 수 있다.⁸²⁾ 독일민법 제520조도 같은 입법태도를 취하고 있으며 해석론 또한 다르지 않다.⁸³⁾

요컨대 비교법적으로 보면 입법론상으로 고찰하건 현재 조문의 개정의 필요는 보이지 않는다. 나아가 ‘정기증여’는 꾸준히 사용되는 증여유형이므로 이를 삭제할 필요도 없다고 생각된다.

3. 제559조의 유지

독일민법 제521조는 ‘증여자는 고의 및 중대한 과실에 대하여서만 책임이 있다’고 규정한다.⁸⁴⁾⁸⁵⁾ 증여자에 대한 우호적 태도는 동법 제522조에서도 나타난다(증여자는 지연이자를 지급할 의무가 없다).⁸⁶⁾ 스위스채무법 제248조⁸⁷⁾도 같은 취지

80) 민법주해[XIV](고영한 집필부분), 54면.

81) *Basler Kommentar*, 앞의 책, 제252조 방주 1, 2 (1284면).

82) *Palandt/Weidenkaff*, 제520조 방주 1.

83) 우선 *Erman/BGB*, 제520조 방주 1 참조(E. Hermann).

84) 이는 임의규정이므로 특약에 의해 ‘경과실’의 경우로 확대될 수도 있고 ‘고의’로 제한될 수도 있다. 증여자가 증여를 함에 있어서 이행보조자를 이용한 경우에도 동조에 의한 책임만을 부담한다. *Palandt/Weidenkaff*, 앞의 책, 제521조 방주 2 (732면).

85) 그리고 이러한 책임의 제한은 확대손해의 경우에도 적용된다고 한다. Peter Loser, *Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht*, 2006, 783면(소환자 부분).

86) 또한 독일민법 제523조(권리하자에 대한 책임) ② 증여자가 앞으로 취득할 목적물의 급부를 약속한 경우에, 증여자가 물건의 취득에 있어서 권리의 하자를 알았거나 또는 중과실로 알지 못한 때에는, 수증자는 그 하자를 이유로 불이행으로 인한 손해배상을

의 규정을 가지고 있다.

우리 민법(제559조)은 증여물의 하자나 흠결에 대해 알면서도 고지하지 않은 경우에만 하자담보책임을 부과하고 있다. ‘악의(고의, 과실 불문)의 불고지(黙秘)’에 한해 책임을 묻게 한 것이다. 증여자에 대한 강한 보호를 지향하는 입법정책이 내재되어 있는 법조라고 생각된다. 이러한 입법태도는 ‘증여의 인센티브’를 부여하는 차원에서도 유지할 가치가 있다. 증여자의 선한 취지와 목적이 증여 후에도 가급적 존중되도록 하는 것이 중요하다. 또한 통상 증여자는 증여의 재산 그 자체를 현상 그대로 공여할 의사를 가진다고 보기 때문이다.⁸⁸⁾ 물론 수증자가 증여물의 하자나 흠결에 대해 악의인 경우 보호할 필요가 없다. 이러한 우리 민법의 입법태도 및 해석론은 대체로 타당하다고 판단된다. 이는 ‘법률행위에 기한 책임은 그 법률행위의 당사자이지만 그 행위로부터 전혀 이득을 얻을 의도가 없는 사람에 대하여 감경할 수 있다’는 보다 일반적인 법리에 기초한 것으로 이해된다.⁸⁹⁾

VI. 결

이상과 같이 민법개정위 증여계약 개정안을 개괄적으로 검토해 보았다. 일부 개정안과는 다른 제안도 시도해 보았다. 대부분의 쟁점에서 해석론뿐만 아니라 윤리적, 정책적 판단이 요구되었다. 법률외적인 요인으로부터 법적 필요성을 도출하는 것은 증여법의 특성 중 하나라고 생각된다. 법과 도덕이 착종된 법영역이기 때문이다. 나아가 민법개정론과 더불어 학문간 연구를 통해 증여에 관한 인류학적, 법정책학적 연구가 병행된다면 보다 충실한 증여계약법 그리고 증여문화가 형성될 수 있을 것이다. 특히 한국인의 성정에 부합하는 증여문화를 입법에 반영할 필요가 있다고 생각한다.

생각건대 오늘날 증여자의 목적과 의도를 존중하는 것이 점점 중요해지고 있다.

청구할 수 있다.

87) 스위스채무법 제248조 ① 증여자는 수증자에게 증여로부터 발생한 손해에 대해, 고의 또는 중과실에 의한 가해의 경우에만 책임이 있다.

② (생략).

88) **민법주해**[XIV], 1992, 51면. 이는 ‘임의규정’이므로 담보책임을 부담하는 특약을 맺을 수도 있다.

89) 스위스채무법 제99조 제2항은 그와 같은 일반법리를 명문화하고 있다.

증여에 의한 부의 재분배효과도 무시할 수 없다. 약간의 비약을 더해 말하자면, 증여는 시대적 평화와 정의를 세우기 위해 요구되는 ‘관용’의 정신과 맞닿아 있다. 자본주의의 부작용으로 인격적 가치가 물질화되고 불평등이 심화되어 가는 금세기에 증여가 보다 권장되고 유인될 수 있도록 법제도가 뒷받침하여야 할 것이다.

또한 증여는 무상계약의 전형으로서 그에 관한 실정법의 개정은 무상계약의 법리 형성에 매우 중요한 역할을 할 것이다. 본고에서는 깊이 있게 다루지 못했으나 상속과의 관계, 경제에 미칠 영향, 망은행위에 기한 기이행증여의 해제의 파장, 나아가 증여자의 증여 후 사정변경에 기한 보호와 법률관계의 신속한 안정 간의 이익형량에 관해 보다 깊이 있는 후속연구가 이루어져야 할 것이다.

투고일 2014. 11. 2	심사완료일 2014. 11. 26	게재확정일 2014. 11. 28
-----------------	--------------------	--------------------

참고문헌

- 곽윤직, **채권각론**, 신정수정판, 2000.
- 김민중, “일본민법(재산법)개정에서 물권변동규정의 개혁에 관한 논의 - 민법개정 연구회의 「일본민법개정시안」(2009.1.1)을 중심으로 -”, **전북대학교 법학 연구**, 제28집, 2009.
- 김성수, “프랑스민법의 증여의 취소(révocation)에 관한 연구”, **민사법학**, 제59호, 2012.
- 김증한/김학동, **채권각론**(제7판), 2006.
- 김진우, “서면에 의하지 아니한 증여의 해제”, **민사법학**, 제56호, 2011.
- 김형배, **채권각론**, 1997.
- 마르셀 모스(이상률 옮김), **증여론**, 한길사, 2009.
- 명순구, “서면에 의한 증여와 그 해제”, **민사법학**, 제42호, 2008.
- 민법개정위원회 전체회의 자료집.
- 민법안심의소위원회, **민법안심의록**, 상권, 1957.
- 민법주해**[XIV](집필자), 1992.
- 법무부 민법개정자료발간팀 편, **2004년 법무부 민법개정안: 채권편·부록**(민법개정 총서 제4권), 2012.
- _____, **2013년 법무부 민법개정시안: 채권편(하)**(민법개정 총서 제10권), 2013.
- 윤진수, “증여계약의 해제에 관한 민법개정안”, **민사재판의 제문제**, 제21권, 2012.
- _____, “財産法과 비교한 家族法의 特性,” **민사법학**, 제36호, 2007.
- 윤철홍, “부담부증여에 관한 소고”, **민사법학**, 제42호, 2008.
- 주석민법, 채권각칙(2)**(제3판), 1999.
- 최봉경, “계약의 해제에 관한 소고 - PACL 작업을 중심으로 -”, **비교사법**, 제19권 제1호(2012. 2).
- _____, “계약각론 및 사무관리법의 개정착안점에 관한 소고”, **민사법학**, 제52호 (2010. 12).
- Bamberger/Roth (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar BGB.
- von Bar, Christian/Eric Clive (eds.), *Principle, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, Vol. 3, 2009.

- Erman/BGB, 11. Aufl., 2004 (Bearbeiter).
- Honsell/Vogt/Wiegand, *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, 3. Aufl., 2003.
- Koziol/Welser, *Grundriss des bürgerlichen Rechts*, 10. Aufl., Bd. I, 1995.
- Larenz, Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts* Bd. II/1, 13. Aufl., 1986.
- Larroumet, Christian, *Droit Civil, Les Obligations Le Contrat*, Tome III, 5 édition, 2003.
- Loser, Peter, *Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht*, 2006.
Münchener Kommentar/Bearbeiter, 5. Aufl. 2008.
- Palandt/Bearbeiter, 70. Aufl., 2011.
- Rummel/Bearbeiter, *ABGB Kommentar*, 3. Aufl., 2000.
- Trivers, R., “The evolution of Reciprocal Altruism”, *The Quarterly Review of Biology* 46 (Mar.) Reprinted in: R. Trivers, *Natural Selection and Social Theory, Selected Papers of Robert Trivers*, 2002.
- 民法(債權關係)部會資料集 第2集(第3卷(下), 第35回 會議議事錄と部會資料), **商事法務**, 2012.
- 民法(債權關係)の改正に関する要綱仮案(2014. 8. 26.) available at www.moj.go.jp/content/000126619.pdf.
- 民法(債權法)改正検討委員會 編, **詳解 債權法改正の基本方針 IV, 各種の契約(1)**, 2009.
- 民法判例百選 II(第2版)**, 1982.
- 袖木・松川, **新版 注釋民法(14)**, 1993.
- Bernd Götze, **獨和法律用語辭典(第2版)**, 2010.

<Abstract>

A Study on the Reform Draft of Contract for Donation of Korean Civil Code

Choi, Bong-Kyung*

This article chiefly handles the draft articles of 556-558 Korean Civil Code (KCC) submitted by reform committee of Korean civil law and investigates the origin, changes of donative cultures and the reason of ‘Sollen’ of termination of contract for donation due to ingratitude. Nowadays ingratitude has especially increased as if they were the side effects of capitalism. The Civil Law has to respond to that realistic transformation. Donation is actually an act to be esteemed and the good will of donor should be respected, so that it is generally acknowledged to terminate a contract for donation if the donee committed an ingratitude against the donor or his (her) ‘close’ persons. The termination usually leads to restitutions so that the scope of restitution is also to be worked on. This article suggests some amendments of draft articles 556, 557 KCC in those regards.

Keywords: donation, Draft of contract for donation by reform committee of Korean civil law, ingratitude of the donee, impoverishment of the donor, right of the donor to revoke

* Professor, College of Law/School of Law, Seoul National University.

