



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

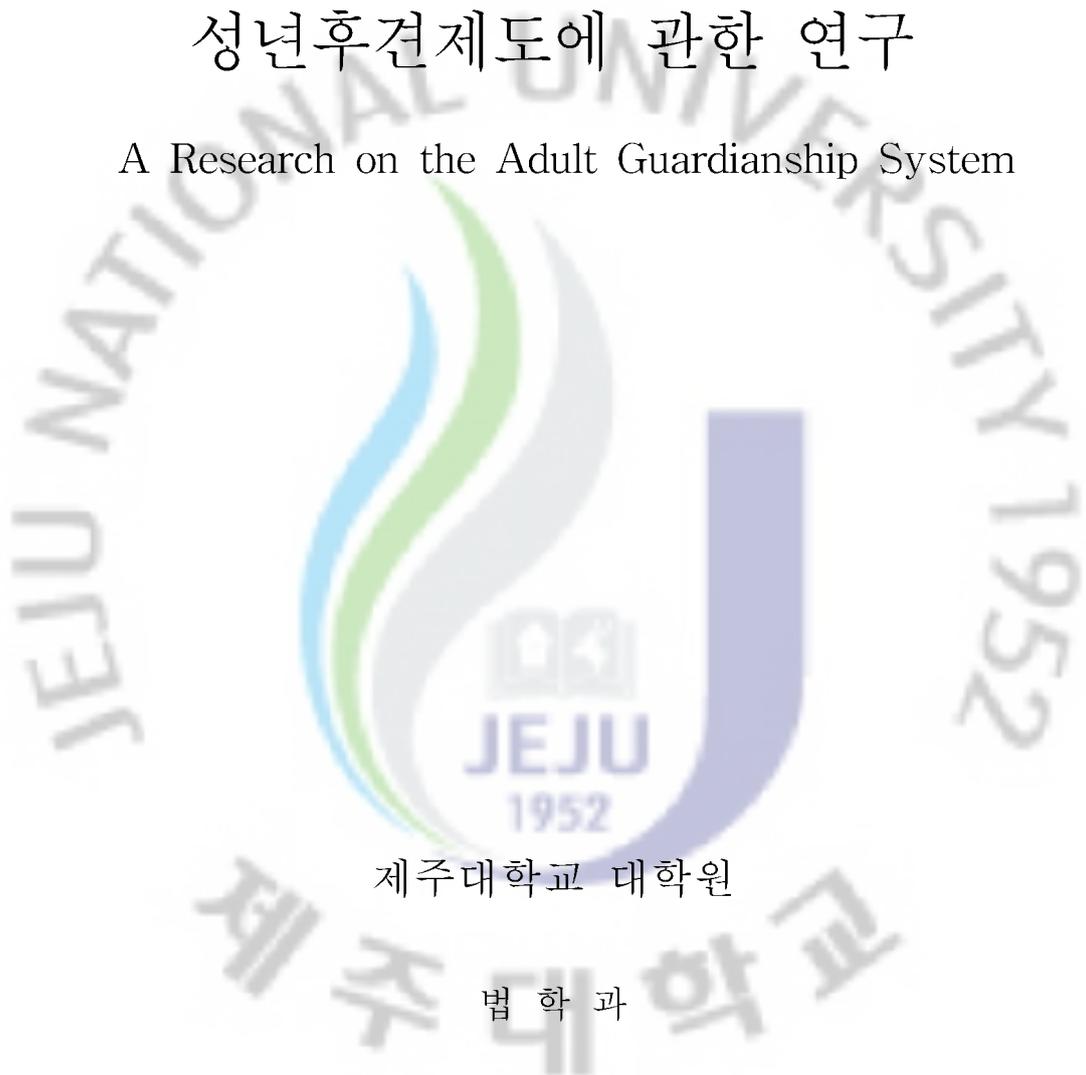
이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

석사학위논문

성년후견제도에 관한 연구

A Research on the Adult Guardianship System



제주대학교 대학원

법 학 과

강 영 은

2011년 2월

성년후견제도에 관한 연구

지도교수 김 상 찬

강 영 은

이 논문을 법학석사학위 논문으로 제출함.

2011年 2月

강영은의 법학 석사학위 논문을 인준함.

심사위원장 (인)

위 원 (인)

위 원 (인)

제주대학교 대학원

2011年 2月

The Adult Guardianship System

Kang, Young Eun

(Supervised by Professor Kim, Sang Chan)

A thesis submitted in partial fulfillment of the requirement for the
degree of Master of Law

2011. 2.

Department of Law
GRADUATE SCHOOL
JEJU NATIONAL UNIVERSITY

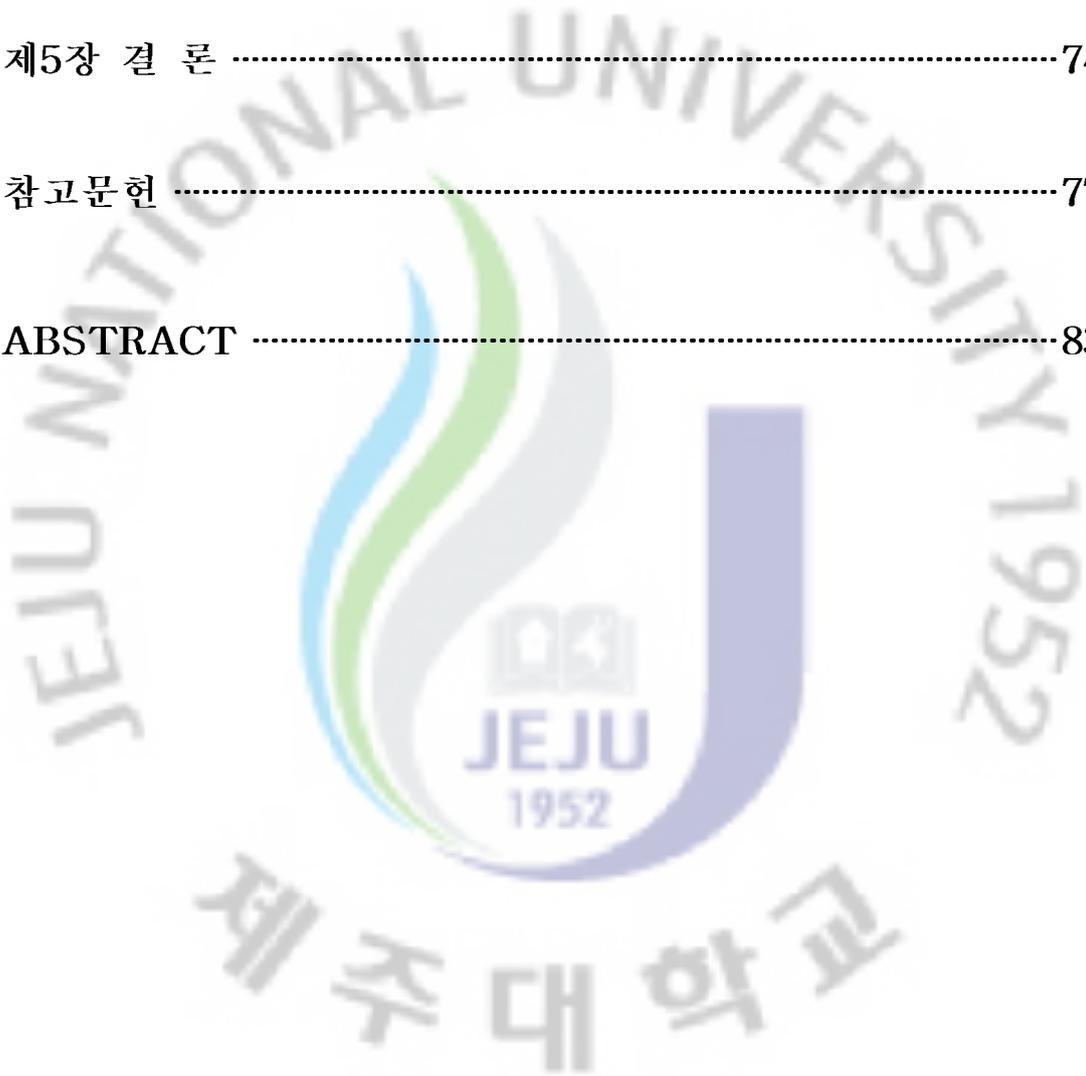
목 차

제1장 서 론	1
제1절 연구의 목적	1
제2절 연구의 범위와 방법	2
제2장 성년후견제도의 개념과 도입 필요성	4
제1절 성년후견제도의 개념	4
1. 성년후견제도의 의의	4
2. 성년후견제도의 기본원칙	5
(1) 보충성의 원칙	5
(2) 필요성의 원칙	6
(3) 개인적 후견의 원칙	6
제2절 현행 민법의 문제점	7
1. 행위무능력자제도의 문제점	7
(1) 선고요건의 문제점	8
(2) 선고의 청구권자 제한의 문제점	9
(3) 비용부담의 문제점	10
(4) 공시방법의 문제점	11
2. 후견제도의 문제점	12
(1) 후견인 순위의 문제점	12
(2) 후견인 수의 문제점	13
(3) 후견인의 직무에 관한 문제점	14
(4) 후견감독기관에 관한 문제점	16

제3절 성년후견제도의 도입의 필요성	16
1. 성년후견에 관한 패러다임 전환의 요구	17
2. 장애인의 존엄과 인권 보호	18
제4절 검토	19
제3장 성년후견제도에 관한 주요국가의 입법례	21
제1절 독일	21
1. 입법배경	21
2. 성년후견제도의 특징	23
(1) 후견제도의 일원화	23
(2) 필요성의 원칙과 보충성의 원칙	24
3. 성년후견제도의 주요내용	25
(1) 성년후견인의 선임	26
(2) 성년후견인의 직무	26
(3) 성년후견의 감독	28
제2절 프랑스	28
1. 입법배경	28
2. 성년후견제도의 특징	29
3. 성년후견제도의 주요내용	30
(1) 사법적 보호	30
(2) 후견	32
(3) 보좌	33
(4) 장래보호위임계약	33
제3절 일본	34
1. 입법배경	34
2. 성년후견제도의 특징	36
3. 성년후견제도의 주요내용	37

(1) 법정후견제도	37
(2) 임의후견제도	43
(3) 성년후견등기제도	46
제4장 성년후견제도의 개정안 검토 및 과제	48
제1절 개정안의 기본원칙	48
1. 자기 결정의 존중	49
2. 잔존 능력의 활용	49
3. 보편성(Normalization)의 실현	50
제2절 개정안의 주요내용	51
1. 다원론의 채택	51
2. 신상보호 규정의 도입	52
3. 후견인의 확대	53
4. 후견감독인제도의 신설	55
5. 후견계약의 신설	55
제3절 개정안의 검토와 향후과제	58
1. 민법개정안의 검토	58
(1) 성년후견의 유형	58
(2) 성년후견의 적용대상	59
(3) 후견개시심판을 위한 청구권자	59
(4) 후견인의 수와 자격	60
(5) 후견인의 직무	61
(6) 후견감독인제도	63
(7) 후견인 및 후견감독인에 대한 보수	65
(8) 성년후견의 공시	65
2. 향후의 과제	66
(1) 성년후견 대상자 확대	67

(2) 지방자치단체장에 의한 성년후견의 개시청구	68
(3) 전문후견인의 양성	69
(4) 가정법원의 감독시스템 확립	70
(5) 국가 및 지방자치단체의 지원	70
(6) 공시제도의 개선	71
제5장 결 론	74
참고문헌	77
ABSTRACT	83



제1장 서론

제1절 연구의 목적

현대 의료 및 과학기술의 발달로 인간의 수명은 연장되었고, 수명이 다할 때까지 한결 높은 삶의 질을 누릴 수 있게 되었다. 이에 따라 과거에는 사고, 질병, 노화의 경우로 이미 사망했을 자도 이제는 사회의 일원으로 생활할 수 있게 되었다. 하지만 이와 함께 증가한 고령화 사회의 치매 노인과 함께 신체의 일부가 손상된 장애인에 대한 보호가 현대 사회의 문제로서 부상하고 있다. 특히 판단능력이 저하된 성인자에 대한 보호제도의 필요성이 중요한 과제라 할 수 있다.

현재 우리나라 민법은 판단능력이 저하된 자를 보호하기 위하여 특별규정 없이 행위무능력자제도를 두고 있을 뿐이다. 이 제도는 상대방과의 거래 안전보다는 무능력자 자신을 보호하는데 일차적인 목적이 있지만, 재산법상의 거래행위에 대해서만 규정함으로써 거래안전에 더욱 비중을 둔 제도로 운용되고 있어 당초의 근본이념과 상당한 차이가 있다. 이로 인해 금치산자는 행위능력을 완전히 상실한 것으로 여겨져 잔존능력이 있음에도 불구하고 법률행위를 할 수 없고, 한정치산자는 후견인의 사전 동의를 통해 법률행위를 할 수 있지만 일상생활에서 이뤄지는 사소한 법률행위까지 후견인의 사전 동의를 받아야만 하게 된다. 또한 무능력자가 단독으로 한 법률행위에 대해서는 행위무능력자의 법정대리인인 후견인이 언제라도 취소할 수 있다. 이렇듯 행위무능력자의 판단능력이 잔존하였는지의 여부와 상관없이 합리적으로 무능력자의 행위능력을 제한하여 그들을 보호하는 동시에 그들의 자기결정의 존중으로 인한 인간의 존엄성이 침해하고 있다.

행위무능력자에 해당하는 고령자나 장애인은 각각 정신능력도 다르고 보호조치가 다양함에도 불구하고 현행 민법상 행위무능력자 제도로 이들을 보호하기에는 한계가 있다.

그리고 행위무능력자 제도의 운용에 있어서도 한정치산, 금치산 선고의 심판이

확정되면 그 내용이 가정법원 게시판, 관보에 공시하고 가족관계등록부에 게재된다. 기본증명서, 혼인관계증명서, 가족관계증명서, 입양증명서, 친양자입양증명서 각각의 증명목적에 따른 가족관계등록부에 기재하여 무능력자 본인의 행위능력이 제한·박탈되었음을 공시하는 것이지만, 이는 본인을 보호하고자 하는 무능력 제도의 근본 취지와는 달리 오히려 본인과 가족 등에게 사회적 수치심을 불러일으켜 제도의 이용을 꺼리게 하는 요인이 되고 있다.

이러한 문제점 등을 겪고 이를 개선하는 과정을 겪은 독일, 프랑스, 일본 등의 선진 주요 국가들은 치매 노인이나 장애인 등 판단능력이 저하된 자들의 자기결정권과 그들의 잔존능력을 존중하여 적극적인 사회생활을 할 수 있는 새로운 성년후견제도를 시행하고 있다. 이에 우리나라도 개선의 필요성을 인식하여 법무부는 성년후견제도의 도입을 골자로 하는 민법 일부개정법률안(이하 ‘개정안’이라 함)을 2009년 9월 18일 입법 예고하였다. 개정안은 법정 성년후견인제도와 별도로 무능력자가 스스로 후견인을 선임할 수 있는 임의후견제도를 채택하였다. 또한 현재 미성년자와 한정치산자, 금치산자로 한정되어 있던 대상자는 물론 미래에 정신적 능력이 약해질 상황에 대비하여 후견제도를 이용하고자 하는 사람, 즉 고령자와 성년 장애인까지 인정하기로 하였다. 그리고 재산행위 뿐만 아니라 법률행위 외의 치료·요양 등 신상보호에 관한 폭넓은 도움을 줄 수 있는 내용을 마련하였고, 공시도 필요 최소한도로 하는 방안을 모색한다고 하였다.

현재 성년후견제도의 도입단계에 있는 우리나라가 어떠한 방향으로 나아가야 할지의 연구가 필요하다. 그러므로 본 논문에서는 현행 행위무능력자제도 및 후견제도가 어떠한 문제점에 직면하고 있는지 상세히 살펴보고, 행위무능력자의 잔존능력을 존중하여 자신의 의사에 따라 일상생활을 영위할 수 있는 성년후견제도의 도입에 관한 필요성을 검토할 것이다. 특히, 외국의 입법례를 비교법적으로 접근하여 우리나라의 민법 개정에 줄 수 있는 시사점을 찾고, 성년후견제도의 도입을 위한 우리나라의 입법현황을 고찰하여 향후 바람직한 입법론이 되기 위한 방안을 모색하고자 한다.

제2절 연구의 범위와 방법

본 논문은 성년후견제도에 관한 국내외 서적, 논문 등 선행 연구된 자료를 중심으로 분석을 시도해 보고자 한다. 현재 우리나라가 판단능력이 불충분한 요보호자들을 위한 성년후견제도 도입 단계에 직면하고 있는데 있어서 나아갈 방향에 대해 검토하는 것을 주된 목적으로 하고 있다. 이를 위해 본 논문에서는 다음과 같은 구성을 통해 요보호자의 보호에 대한 논의를 이끌어가고자 하겠다.

제1장 서론에서는 현대 사회에서 판단능력이 저하된 성년자의 증가와 이들을 위한 법적 보호의 필요성을 살펴보고, 이에 대한 연구의 목적과 범위, 방법을 제시한다.

제2장에서는 판단능력이 불충분한 성년자들의 보호를 위한 성년후견제도의 개념을 소개하고, 현행 우리 민법상 행위능력보완을 위한 제도로서 시행되고 있는 행위무능력자제도와 후견제도의 문제점을 제시한다. 그리고 성년후견제도의 도입의 필요성에 대하여 살펴본다.

제3장에서는 성년후견제도에 대하여 이미 제정·개정 과정을 거쳐 새로운 입법적 성과를 도출한 외국의 입법례를 살펴본다. 특히 우리나라에 많은 영향을 준 대륙법계 국가인 독일, 프랑스, 일본의 성년후견제도를 비교법적으로 접근하여 우리나라의 법적 정비를 하는데 있어서 주는 시사점이 무엇인지에 대하여 고찰한다.

제4장에서는 지금까지 국회에 상정된 6개의 안 중에서 지난해 9월에 법무부가 입법예고한 개정안에 대하여 살펴본다. 우선 개정안의 기본원칙과 주요내용을 간략히 소개하고, 개정안을 검토해 보기로 한다. 개정안의 내용 중 바람직하다고 생각한 사항에 대해서는 검토 부분에서 정리하기로 하고, 미비하다고 생각되는 사항은 향후 과제로 제시하여 우리나라 실정에 맞는 성년후견제도의 바람직한 입법론이 되기 위한 방안을 살펴보고자 한다.

제5장에서는 제2장부터 4장에 걸쳐 살펴본 내용을 정리하여 결론에 갈음하고자 한다.

제2장 성년후견제도의 개념과 도입 필요성

제1절 성년후견제도의 개념

1. 성년후견제도의 의의

후견이란 일반적으로 무능력자를 보호·감독하며 그 재산을 관리하고, 대리함을 목적으로 한다.¹⁾ 즉 친권자가 없거나 기타의 사유로 친권에 의한 보호를 받지 못하는 미성년자나 판단능력이 완전하지 않아 가정법원으로부터 한정재산 및 금치산 선고를 받은 성년자 이른바, 한정재산자 및 금치산자를 보호하기 위한 제도이다. 이와 같이 후견은 미성년후견과 성년후견으로 나눌 수 있다. 그러나 이러한 제도로는 재산을 관리함에 있어서는 타당하나 신상감호 면에서는 그 기능을 발휘하지 못하고 있고, 특히 고령자나 장애인인 성년자를 보호하기에는 부적절한 제도라 할 수 있다. 이에 새로운 피보호성년자를 지원할 수 있는 제도의 필요성이 제기되었고, 이러한 제도를 성년후견제도라고 한다.

성년후견제도는 고령자 중의 치매노인, 지적장애인 등 정상적인 판단능력이 결여된 성년자를 보호하기 위한 제도로서, 피성년후견인의 자기결정권의 존중과 잔존능력의 활용에 그 주된 목적이 있다.²⁾ 따라서 이들 본인의 의사를 존중하여야 하고, 독립한 법률행위를 할 수 있도록 하여야 하며, 후견인은 피후견인의 재산상 위험이 있는 경우에 한하여 간섭을 하여야 할 것이다. 즉, 성년후견제도는 피후견인의 행위능력을 제한하는 것이 아니라 그의 능력을 보충해 주는 제도라 할 것이다.³⁾ 이와 같이 우리나라의 성년후견제도 또한 판단능력이 감퇴한 자나 행위능력이 제한된 성년자도 일상적인 사무 등 가능한 범위 내에서 스스로 판단하고 행위를 할 수 있도록 법이 보호해 주어야 한다. 이로써 판단능력이 불충분한

1) 유경미, “성년후견제도의 입법화를 위한 고찰”, 「법학연구」, 제24집, 한국법학회, 2006.11, 150면.

2) 안미경, “성년후견제도의 입법방향에 관한 연구”, 울산대학교 대학원 석사학위논문, 2009, 4면.

3) 유경미, 전제논문, 151면.

자도 사회에서 권리주체로 활동하게 되며 헌법에서 보장하고 있는 인간다운 생활을 영위할 수 있는 국민으로서 기본권적 권리를 누릴 수 있을 것이다.

한편, 세계 주요 국가들도 고령자 등의 자기결정권을 존중하고 잔존 능력 활용을 이념으로 하여 고령자 등의 자립을 지원하고자 이들을 실질적으로 보호할 수 있는 성년후견제도를 도입하여 시행하고 있다.⁴⁾

2. 성년후견제도의 기본원칙

성년후견제도는 피성년후견인의 자기결정권의 존중, 잔존능력의 존중, 제도의 유연화·탄력화가 기본이념이 되어야 하며, 다음 세 가지를 기본원칙으로 삼아야 한다.⁵⁾

(1) 보충성의 원칙

성년후견제도를 법정후견제도 뿐만 아니라 임의후견제도까지 함께 운용을 할 경우 양자 간의 관계에서 적용 우선순위의 문제가 발생할 수 있다. 이를 규율하기 위한 것이 보충성의 원칙이다. 즉, 보충성의 원칙은 법정후견제도와 임의후견제도가 함께 운용되는 경우 원칙적으로 임의후견제도가 법정후견제도에 우선한다는 것을 말한다.⁶⁾ 이와 같이 법원에서 후견인을 선임하는 법정후견은 사적인 임의후견이 불가능한 경우에 비로소 도입되는 것이므로,⁷⁾ 법정후견제도는 보조적이고 부차적인 제도로 기능하게 된다.⁸⁾

고령자 및 장애인이 사전에 본인의 의사에 의하여 임의후견인을 선임해 둔 경우에는 고령자 및 장애인의 의사능력이 상실 또는 저하되더라도 임의후견인이 고령자의 임의후견인으로서 임무를 수행하게 된다.⁹⁾ 이는 빠른 고령화와 더불어 산업의 발달로 인해 각종 재해와 교통사고 등의 증가로 장애를 겪는 성년이 매

4) 額田洋一, “成年後見法 制定要綱「私案」”, 「ジュリスト」, 第1055號, 有斐閣, 1994.11, 101面.

5) 성년후견제도의 기본원칙에 대해서는 주로 유경미, 전개논문, 158-159면 참조.

6) 우주형, “장애성년후견법 제정의 필요성과 방향”, 장애성년후견법 제정 공청회 자료, 2009.6.25, 14면.

7) 田山輝明, “知的障碍者の人權擁護と成年後見制度”, 「障害者問題研究」, 第24卷 第1號, 1996, 24面.

8) 新井誠, “任意成年後見制度の必要性について”, 「ジュリスト」, 第1141號, 有斐閣, 1999.9, 40面.

9) 유경미, 전개논문, 158면.

년 늘어나고 있는 우리 현실에 비추어 보아 고령자 및 장애인이 사전에 본인이 신뢰하는 후견인을 미리 선임하여 본인이 무능력자가 되었을 때를 미리 대비하도록 하는 것이 피성년후견인의 자기결정권의 존중이라는 기본이념에 부합하기 때문이다.

(2) 필요성의 원칙

필요성의 원칙이란 성년후견은 본인이 필요로 하는 경우에 한정하여 필요가 있는 한에서 행해지도록 한다는 원칙을 말한다.¹⁰⁾ 즉, 부분적 최소한의 보호라는 관점에서 출발하여 자기결정의 원칙과 본인보호의 원칙의 조화로서 개개인의 다양한 판단능력과 필요성의 정도에 따른 유연하고 탄력적인 조치가 가능하도록 하여야 이용하기 쉬운 제도가 될 것이다. 그 이유는 후견제도는 후견인이나 친족의 이익을 위한 제도가 아니라 피후견인 본인을 보호하기 위한 제도이므로 본인에게 필요한 범위 내에서만 인정하는 것이 이상적이기 때문이다.¹¹⁾ 다만, 본인이 필요성에 대한 적절한 판단을 할 수 없는 경우에는 법원이 직권으로 절차를 개시하도록 하여도 무방할 것이다.¹²⁾

(3) 개인적 후견의 원칙

현행 민법은 법률로써 후견인이 되는 자를 정하고 있으며, 이를 법정후견인이라 한다. 그러나 성년후견제도에서는 후견인을 법정하면 안 될 것이고, 후견사무를 가장 잘 처리할 수 있는 자를 선임하도록 하여야 할 것이다. 이는 피성년후견인을 더욱더 보호할 수 있기 때문이다. 이를 위해서는 후견인을 자연인으로 한정할 필요가 없고 후견사무를 잘 처리한다면 자연인 외에 법인도 후견인이 될 수 있도록 하여야 할 것이다. 또한, 성년후견인은 정기적으로 피성년후견인과 개인적으로 접촉하는 등 개인적 필요에 대응하기 위한 노력을 하여야 할 것이다. 그

10) 최지현, “일본의 성년후견제도”, 「법률행정논총」 제20집, 전남대학교 법률행정연구소, 2000, 6면; 田山輝明, 前掲論文, 24面.

11) 우주형, 전계 공청회자료, 14면.

12) 유경미, 전계논문, 159면 참조.

이유는 피성년후견인과의 접촉을 함으로써 충분한 대화를 통해 얻어지는 모든 것이 피성년후견인의 복지를 유지하고 향상시키는데 다양한 수단으로 이용될 수 있기 때문이다.

제2절 현행 민법의 문제점

민법은 판단능력을 상실하거나 결여된 자의 행위능력을 보충해주기 위한 제도로 행위무능력자제도를 두고 있다. 그러나 무능력자를 보호하기 위한 행위무능력자제도는 그 근본이념과 현실 사이에 많은 괴리를 가지고 있다.¹³⁾ 특히 급속한 속도로 진행되는 고령화 사회에서 고령자를 보호하는 규정은 현행 민법에서는 찾아보기가 힘들다. 또한 정신장애자의 경우에도 그 증상은 매우 다양함에도 불구하고 현행 민법상 행위무능력자 제도로 이들을 보호하기에는 한계가 있다. 즉, 현행 민법상 제도 중에 치매노인, 지적장애인 등이 이용할 수 있는 제도로는 한정자산제도와 금치산제도 등이 있는데, 이러한 제도로는 고령화사회 및 다양한 정신장애자의 문제해결에 거의 도움이 되지 못하는 실정이다. 따라서 이하에서는 우리나라의 현행 제도상의 문제점을 살펴보려 한다.¹⁴⁾

1. 행위무능력자제도의 문제점

근대 사법은 판단능력이 완전한 자에게는 사적자치를 그대로 인정하여 자유경쟁의 원리에 의해 사회생활을 영위하도록 하고 있으나, 그렇지 못한 자에게는 자유경쟁에 따르는 부당한 손실을 입지 않도록 하기 위하여 그들의 사적자치를 제한함으로써 그들을 보호하려 하고 있다.¹⁵⁾ 즉, 행위무능력자제도는 무능력자에게 무의식상태의 입증책임부담을 덜어주고, 타인의 조력을 얻어 유효한 법률행위를

13) 유경미, 전계논문, 152면.

14) 우리나라 현행제도상의 문제점에 대해서는 주로 유경미, 전계논문, 152-158면; 이영식, “성년후견제도에 관한 연구”, 영남대학교 대학원 박사학위 논문, 2007, 17-27면 참조.

15) 한삼인, 「새롭게 쓴 판례민법」, 법률행정연구원, 2003, 36면.

가능하게 하며, 경솔하게 단독으로 행한 법률행위에 관해서는 부모나 후견인이 이를 취소할 수 있도록 하고 있다.¹⁶⁾ 이 취소는 선의의 제3자에게도 대항할 수 있으며 취소를 한 경우 무능력자는 현존이익만을 반환하면 되어 무능력자의 소비를 문책하지 않는다.¹⁷⁾ 뿐만 아니라 무능력자와 거래한 상대방을 보호하기 위하여 무능력자를 금치산자와 한정치산자로 나누어 규정하고 공시하고 있으며, 거래 상대방에게 최고권 및 철회권을 인정하는 등 거래의 안전을 보호 하고 있다.¹⁸⁾ 그러나 현행 행위무능력자제도는 판단능력이 불충분한 자를 보호하기에 많은 문제점과 한계가 따르게 되므로, 이하에서 이러한 문제점을 선고요건의 측면, 선고의 청구권자 제한 측면, 비용부담의 측면, 공시방법의 측면으로 구분하여 검토하고자 한다.

(1) 선고요건의 문제점

한정치산 선고는 심신이 박약하거나 재산의 낭비로 자기나 가족의 생활을 궁박하게 할 염려가 있는 자이어야 하고, 금치산 선고는 심신상실 상태로서 의사능력이 없는 상태가 계속되어야 한다. 여기에는 일시적으로 의사능력을 회복하는 경우도 포함한다. 그러나 한정치산 및 금치산선고의 실질적 요건은 정신적 판단능력의 정도를 기준으로 심신박약과 심신상실의 두 가지 유형만으로 구분하여, 의사능력을 상실하거나 감퇴된 자를 단순하고 확일적으로 이분하고 있다. 뿐만 아니라 심신박약·심신상실이라는 엄격한 요건은 요보호자의 다양한 범위의 잔존능력에 따른 보호의 탄력적 운용을 저해하고 있다. 판단능력의 저하는 일순간에 나타나기 보다는 점차적으로 나타나기 때문에 정신적인 능력의 차이에 따른 차별적인 지원이 필요한 고령자나 정신적 장애인에게 적합하지 않다.

심신박약과 심신상실은 법률적으로 볼 때 전자는 의사능력이 인정되고 후자는

16) 단, 당사자가 법률행위 당시 한정치산금치산선고를 받을만한 상태에 있었다고 하여도 그 선고를 받지 않았다면 민법상의 무능력자로서 선고 이전의 법률행위를 취소할 수 없다(대법원 1992.10.13. 선고 92다 6433 판결).

17) 김상찬·이충은, “성년후견제도 입법화를 위한 비교법적 연구”, 「법과정책」, 제15집 제1호, 제주대학교 법과정책연구소, 2009.2, 69면.

18) 백승흠, “우리나라에서의 성년후견제도의 도입과 그 검토”, 「고령사회와 성년후견제도」, 한국법제연구원, 2003.12, 120면.

의사무능력 상태에 있는 것이기 때문에 그 차이를 무시할 수가 없고, 양자 간의 효과에도 질적인 차이가 있다. 즉 민법은 정신적인 판단력의 정도만을 고려하며 의사능력을 상실하거나 감퇴된 자를 획일적으로 심신상실 상태에 있는 자와 심신박약자로 이분하여 제도의 탄력적 운용을 불가능하게 하고 있다. 만약 노인성 치매가 있는 고령자가 무능력자제도를 활용하려는 경우, 간단한 건망증부터 기본적인 계산조차 할 수 없는 경우까지 그 증상은 매우 다양하며, 또한 정신장애자의 경우도 그 증상은 환자마다 각기 다를 수밖에 없다. 그럼에도 불구하고 한정치산·금치산제도와 같은 획일적인 제도를 이용할 수밖에 없고 이용하더라도 그 요건이 엄격하기 때문에 고령자나 후천적 사고로 인해 신체장애를 겪게 된 자는 그 이용에 많은 어려움이 따른다.¹⁹⁾ 뿐만 아니라 한정치산자의 경우 심신박약에 의한 한정치산자와 낭비에 의한 한정치산자가 있는데, 이 경우 선고 원인에 큰 차이가 있음에도 불구하고 이들의 행위능력을 일률적으로 처리하는 것도 문제가 된다.²⁰⁾

(2) 선고의 청구권자 제한의 문제점

민법 제9조 및 제12조에 의하면 한정치산·금치산선고를 청구할 수 있는 자로 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 후견인, 검사를 두고 있다. 이러한 청구권자는 한정치산 및 금치산선고의 형식적 요건으로서 동 규정에 열거되어 있는 자 이외의 자에게는 청구가 제한된다. 통상적으로 법원에서 사건의 심리 중에 당사자에게 금치산선고 또는 한정치산선고의 필요성을 발견하게 되는 경우가 많은데, 이 경우 법원이 직권으로 선고할 필요성이 있음에도 불구하고 이를 인정하지 않고 있다. 특히 4촌 이내의 친족, 후견인 등의 경우에는 절실한 이해관계가 없으면 현실적으로 청구를 하지 않는 것이 보통이라고 하고,²¹⁾ 이러한 이유 등으로 청구권 한이 있는 자가 청구를 하지 않음으로 인하여 법적 보호를 받지 못하는 경우가 발생할 수 있다.

19) 이영식, 전제 학위논문, 18면.

20) 유경미, 전제논문, 153면.

21) 신영호, “고령사회에 있어서의 후견제도”, 「가족법연구」, 제11호, 한국가족법학회, 1997, 366면.

현재에도 고령의 독거노인의 수가 빠르게 증가하고 있고, 저출산과 개인주의의 영향으로 미래에는 근친의 절대 수가 줄어들 뿐만 아니라 친족 간의 유대관계도 약화되어, 성년후견의 청구를 해 줄 적절한 근친을 찾기 어려운 경우가 늘어날 것으로 예상된다.²²⁾ 이와 같은 점으로 보아 현행 제도는 본인 보호의 관점에서 바라볼 때 제한적 제도라는 사실을 알 수 있다.²³⁾

(3) 비용부담의 문제점

앞에서 말한 한정치산·금치산의 요건을 충족하면 가정법원은 그 선고를 하여야 한다. 청구권자가 본인의 재산을 처분할 목적으로 청구한 경우에도 본인이 무능력 상태에 있다면 무능력자 선고를 하여야 한다.²⁴⁾

한편, 가사소송규칙 제33조는 “가정법원이 한정치산 또는 금치산선고의 심판을 할 경우에는 사건본인의 심신상태에 관하여 의사에게 감정을 시켜야 한다. 다만, 사건본인의 심신상태를 판단할 만한 다른 충분한 자료가 있는 때에는 그러하지 아니하다”고 규정하고 있는데, 여기에서의 감정은 필요적 감정이다. 그러나 다른 재판에서 제출된 최근의 감정결과가 있는 경우에는 동 규정의 후문에 해당하여 별도의 감정을 거치지 않아도 무방하다.²⁵⁾ 무능력자에 대한 판단능력을 판정함에 는 장기간의 입원과 정신과 전문가의 진단이 필요하다. 따라서 한정치산이나 금치산 선고의 필요성이 있는 경우에 고액의 감정비용 문제로 주저하게 되고 또 심판청구에서 선고까지 상당한 시간이 소요되므로²⁶⁾ 경제적 능력이 없는 경우에는 행위무능력자제도에 대한 이용의 필요성에도 불구하고 이를 회피할 우려가 있다.²⁷⁾ 현재로서는 일단 청구권자가 부담하지 않으면 안 되는 상황이므로 근친이라도 경제적 능력이 없는 경우를 고려하면 항상 근친에 의한 청구가 있으리라고는 기대할 수 없을 것이다.²⁸⁾

22) 일본에서도 성년후견의 청구를 해 줄 적절한 근친을 찾지 못하여 성년후견에 의한 보호가 지체되는 경우가 빈번히 발생하고 있다(岡部喜代子, “日本における成年後見制度の問題點”, 「翰林法學 FORUM」, 第20卷, 2000.12, 213面).

23) 유경미, 전계논문, 153면.

24) 이영식, 전계 학위논문, 19면.

25) 법원행정처, 「법원실무제요(가사)」, 법원행정처, 1994, 581면.

26) 신영호, 전계논문 366~367면.

27) 유경미, 전계논문, 154면.

(4) 공시방법의 문제점

가사소송규칙 제37조 및 제7조 제1항 제2호에 의하면 한정치산·금치산 선고의 심판이 가정법원에서 확정되면, 가정법원사무관은 지체 없이 그 뜻을 공시하여야 하고, 법원사무관 등은 당사자 또는 사건본인의 등록기준지의 가족관계등록사무를 처리하는 자에게 그 뜻을 통지하여야 한다. 이 공고는 가정법원 게시판에 게재되고, 관보에 그 요지가 실리며, ‘가족관계의 등록 등에 관한 규칙’ 제53조에 따라 가족관계등록부에 기재하게 된다. 이러한 절차는 요보호자 본인의 행위능력이 제한·박탈되었음을 공시하는 것이며, 본인을 보호하고자 하는 것이다. 하지만 한정치산자 또는 금치산자의 공고 및 관보에의 게재는 오히려 본인을 일반인과 구분시키고, 한정치산·금치산이 갖는 용어의 부정적인 이미지로 낙인찍어 사회에서 도태시키고 있다. 뿐만 아니라 본인은 물론이고 가족구성원이 무능력자라는 사실이 알려지면서 가족에게까지 수치심을 안겨주고 있다. 이러한 이유 등이 현실상 행위무능력자제도의 이용을 저조하게 만드는 요인으로 작용하고 있다. 즉, 공시제도란 본인의 행위능력이 제한되었음을 제3자에게 알려 거래의 안전을 보호하는 제도이지만, 공적장부인 가족관계등록부에 기재를 함으로써 본인은 물론 그 가족에게까지 사회적 수치심을 느끼게 하는 것은 바람직하지 못하다.²⁹⁾

특히 혼인을 할 경우 상대방이 이를 조사할 수 있어 더욱 꺼리게 되며 낭비자의 경우도 선고받은 사실이 가족관계등록부에 기재됨으로써 본인 또는 가족에게 혐오감을 줄 수 있으므로 본인과 가족의 안전을 보장하기 위한 공시방법으로 개선할 필요가 있다. 또한 용어 사용에서도 한정치산·금치산이라는 용어는 너무 강압적이고 인권 무시의 인상이 강하여 본인 및 가족뿐만 아니라 상대방 또는 제3자에게도 부정적인 이미지를 주어 타당하지 않다는 점도 지적된다.³⁰⁾

28) 박인환, “새로운 성년후견제 도입을 위한 민법개정안의 검토”, 「가족법연구」, 제24권 제1호, 한국가족법학회, 2010.3, 44면.

29) 정조근·송호열, “후견인등록제도에 관한 고찰”, 「가족법연구」, 제20권 제3호, 한국가족법학회, 2006.11, 133면.

30) 유경미, 전제논문, 154면.

2. 후견제도의 문제점

일반적으로 후견제도가 함은 무능력자를 보호·감독하며 그 재산을 관리하고 그를 대리하는 것을 말한다.³¹⁾ 민법 제929조는 “금지산 또는 한정재산의 선고가 있는 때에는 그 선고를 받은 자의 후견인을 두어야 한다”고 규정하고 있고, 제 930조는 “후견인은 1인으로 한다”고 규정하고 있다. 그 순위에 대해서는 그 선고를 받은 자의 직계혈족, 3촌 이내의 방계혈족 순위로 후견인이 되며,³²⁾ 이에 따른 후견인이 될 자가 없는 경우에는 피후견인의 친족 또는 이해관계인의 청구에 의하여 후견인을 선임하여야 한다.

(1) 후견인 순위의 문제점

법정후견인은 민법 제933조에서 금지산 또는 한정재산의 선고가 있는 때에는 그 선고를 받은 자의 직계혈족, 3촌 이내의 방계혈족의 순위로 후견인이 된다고 규정하고 있다. 직계혈족 및 방계혈족에는 모계혈족을 포함하는 것으로 보아야 하고, 1990년 민법 개정 전에도 소정의 직계혈족은 부계이거나 모계이거나 관계 없다고 해석하였다.³³⁾

동순위의 법정후견인이 수인일 때에는 최근친을 선순위로 하고, 동순위자가 수인일 때에는 연장자를 선순위로 하여야 한다. 그러나 이와 같이 연장자를 선순위의 후견인으로 하게 된다면 후견을 필요로 하는 피성년후견인보다 오히려 후견의 필요성이 더 요구되는 고령자가 후견인이 될 수 있다는 문제가 생긴다. 또한 민법은 법정후견인의 자격으로 자연인만을 예정하고 있는데, 이로 인해 고령자의 개호를 업무로 하는 사회복지기관 등과 같은 법인은 후견인이 될 수 없게 됨으로서,³⁴⁾ 후견인으로서의 적성을 갖춘 재원의 확보나 그러한 자들을 양성하고 교

31) 신영호, 「가족관계등록법」, 세창출판사, 2009, 155면.

32) 기혼자가 금지산 또는 한정재산 선고를 받을 경우에는 배우자가 최선순위 후견인이 되고, 민법 제933조에 의한 직계혈족 또는 방계혈족이 수인일 때에는 최근친을 선순위로 하되, 동순위자가 수인일 때에는 연장자를 선순위로 한다.

33) 대법원, 1982.1.19. 선고 81스25-29 결정.

34) 장현옥, “우리나라 후견제도의 문제점과 개선방향”, 「아세아여성법학」, 제3호, 아세아여성법학연구소, 2000.6, 157면.

육하는 측면에서도 문제가 된다.³⁵⁾ 기혼자의 경우 그 배우자를 선순위 후견인으로 선임하도록 규정한 것과 관련하여서도 일방배우자가 고령이면 그 상대 배우자 역시 고령자인 경우가 대다수일 것이며, 법률상 배우자로 한정함에 따라 사실혼 배우자는 물론 법률상 배우자이더라도 사실상 부부관계가 파탄에 이른 경우에는 배우자를 후견인으로 선임하는데 곤란하다는 문제가 발생한다.³⁶⁾

법정후견인이 될 자가 없거나, 법정후견인이 사망, 결격 기타 사유로 인하여 흠결된 때에는 민법 제777조의 규정에 따라 가정법원이 피후견인의 친족 기타 이해관계인의 청구에 의하여 후견인을 선임한다(민법 제936조 제1항, 제2항).³⁷⁾ 그런데 한정재산 선고의 청구가 있지만 법정후견인이 될 자가 없는 경우가 존재한다. 이 때, 가정법원은 직권으로 후견인을 선임할 수가 없으므로 한정재산 선고가 되었음에도 불구하고 후견인이 존재하지 않는 경우에는 피후견인의 보호에 공백이 생길 우려가 있다. 따라서 가정법원이 직권으로 후견인을 선임할 수 있도록 하여야 할 것이다.³⁸⁾

법정후견인은 민법 제933조에서 후견인이 될 자가 특정되어 있기 때문에 본인이 그 이외의 자를 희망한다고 표현하여도 해석론적으로 인정되지 않는다. 그러나 선임후견인의 경우에는 의사능력이 있는 본인이 명확한 희망을 표현한 경우 그것이 본인 보호 차원에서 현저히 불합리한 것이 아니라면 후견인선임을 청구할 때 있어서 친족 기타 이해관계인의 의사보다 본인의 의사를 존중하여 후견인을 선임하여야 할 것이다. 그 이유는 본인의 의사를 존중하여 후견인을 선임한다면 법정후견인제도의 불합리한 점을 어느 정도 보충할 수 있기 때문이다.³⁹⁾

(2) 후견인 수의 문제점

민법 제930조는 후견인을 1인으로 두어야 한다고 규정하고 있다. 후견인을 1인으로 하는 것은 후견인 간의 의견불일치 또는 의견충돌·책임의 불명확성을 피

35) 안미경, 전제논문, 12면.

36) 최문기, “성년후견제도의 입법론에 관한 일고찰”, 「경성법학」, 제16집 제2호, 경성대학교 법학연구소, 2007.12, 53면.

37) 신영호, 전제서, 156면.

38) 이영식, 전제 학위논문, 22면.

39) 石川稔外篇, 「家族法改正への課題」, 日本加除出版社, 1993, 449면.

하고, 후견사무를 원활하게 수행하기 위해서이다.⁴⁰⁾ 후견인의 직무는 재산관리와 신상감호로 구분할 수 있는데 피후견인의 요양·감호사무 등과 같은 신상감호의 경우는 배우자나 근친자가 적절히 할 수 있겠지만, 전문성이 요구되는 재산관리에 있어서는 이들이 적절히 관리할 수 있는지가 의문이고,⁴¹⁾ 후견인의 직무는 극히 포괄적이고 복잡·다양하기 때문에 1인의 후견인으로는 감당하기에는 무리가 있다.⁴²⁾

피후견인의 재산이 분산되어 있거나 신상후견과 재산후견을 분리하는 경우에는 후견인을 복수로 두어 피후견인의 보호와 원조에 적절한 자가 후견인이 되어야 하며, 후견인에게 법률이나 의학 등 전문적인 지원이 가능한 복수후견인제도가 보다 피후견인의 복리에 바람직할 것이다.⁴³⁾ 독일과 프랑스 등 세계의 주요국가들도 공동후견제도를 인정하고 있다. 이와 같이 공동후견인제도를 인정하게 되면 후견인은 상호 감시를 통하여 후견인의 권리남용을 방지할 수 있을 것이고, 1인의 후견인이 직무수행하는데 있어서 불가능하게 되더라도 다른 후견인에게 인계되어 후견사무를 지속적으로 보장할 수 있게 된다.⁴⁴⁾

다만, 복수의 후견인 간의 담당하는 직무범위가 다르지만 의견충돌이 일어나는 경우가 예상되는데, 이때에는 가정법원에 신청하여 법관이 피후견인의 입장에서 고려하여 결정하여야 할 것이다. 특히 생명연장기구의 제거, 피임목적의 불임수술이 제안되는 경우, 기타 특정치료가 환자의 최선의 이익인지 여부가 문제되는 경우에 보호법원에서 결정하도록 한다. 물론 전문가 사이에 이견이 있거나 전문가와 가족 간에 이견이 있는 경우도 동일하게 해결해야 할 것이다. 이렇게 포괄적으로 피후견인의 사적자치를 제한함이 없이 특정한 문제에 관하여 법원의 명령을 통하여 해결할 수 있는 조치도 매우 유용하다고 생각한다.⁴⁵⁾

(3) 후견인의 직무에 관한 문제점

40) 김용환, “후견”, 『사법행정』, 제43권 제6호, 한국사법행정학회, 2002, 217면.

41) 유경미, 전계논문, 156면.

42) 김상찬·이충은, 전계논문, 71면.

43) 김주수, 「친족상속법」, 법문사, 2007, 339면.

44) 近畿辯護士會人權辯護委員會編, 「高齢者障碍者の權利辯護制度の確立をめさして」, 1996, 44面.

45) 제철용, 「행위무능력자 제도의 재검토(성년후견 도입을 중심으로) 연구」, 법무부, 2007, 134면.

금치산자의 후견인은 신상감호의 의무로서 금치산자의 요양, 감호에 일상의 주의를 해태하지 않아야 하며(민법 제947조 제1항), 후견인이 금치산자를 사택에 감금하거나 정신병원 기타 다른 장소에 감금 치료함에는 법원의 허가를 얻어야 한다(민법 제947조 제2항 본문, 가사소송법 제2조 제1항 라류 사건). 그러나 긴급을 요할 때에는 사후에 허가를 청구할 수 있다(민법 제947조 제2항 단서). 금치산자의 후견인은 금치산자를 요양·감호할 의무가 있으며, 신분상의 행위에 대하여도 대리권과 동의권을 가진다. 반면 한정치산자의 후견인에 대하여는 재산관리권과 대리권(민법 제949조), 동의권(민법 제5조, 제10조)은 있으나, 신체상의 보호에 관한 권리·의무는 없다.⁴⁶⁾ 그러나 한정치산과 금치산은 명백한 기준이 없는 정신능력의 판별이라는 점에서 심신이 박약한 한정치산자의 경우에도 금치산자와 같이 현실적인 수발행위, 요양감호 등 신상감호의 필요성이 인정되므로 피후견인의 보호에 문제가 발생할 수 있다.⁴⁷⁾ 따라서 한정치산 선고의 실질적 요건인 심신박약을 고려한다면 금치산의 경우와 같이 후견인에게 요양, 감호의무를 명시해야 할 것이다. 즉, 민법 규정상 재산관리만이 중시되고 신상감호는 거의 고려되지 않아 이는 원칙과 예외가 뒤바뀐 것이므로 성년후견제도는 신상감호에 중점을 두어야 할 것이다.⁴⁸⁾

금치산자의 후견인은 피후견인의 신상감호 이외에도 피후견인의 재산을 관리하고 그 재산에 관한 법률행위에 대하여 피후견인을 대리하며(제949조 제1항), 피후견인의 재산을 선량한 관리자의 주의로써 관리하여야 한다(제956조, 제681조). 그러나 무상으로 피후견인에게 재산을 수여한 자가 후견인의 관리에 반대하는 의사를 표시한 때에는 후견인은 그 재산을 관리하지 못하며(제956조, 제918조), 후견인이 피후견인의 행위를 목적으로 하는 채무를 부담할 경우에는 본인의 동의를 얻어야 한다(제949조 제2항). 또한 후견인이 피후견인에 갈음하여 영업을 하는 일, 차재 또는 보증을 하는 일, 부동산 또는 중요한 재산에 관한 권리의 득실 변경을 목적으로 하는 행위를 하는 일, 소송행위를 하는 일 등을 하거나, 한정치산자의 위의 행위에 동의를 할 때에는 친족회의 동의를 얻어야 한다. 만약

46) 다만, 한정치산자의 후견인도 대리권을 행사하여 피후견인을 정신병원이나 요양기관에 입원시킬 수 있는 계약은 체결할 수 있다.

47) 안미경, 전계 학위논문, 12면.

48) 이영식, 전계 학위논문, 24면.

후견인이 친족회의 동의 없이, 위의 사항을 직접 한 행위와 피후견인의 행위에 동의를 한 경우에는 피후견인 또는 친족회는 이를 취소할 수 있다.⁴⁹⁾ 후견인이 피후견인에 대한 제3자의 권리를 양수할 때에도 마찬가지이다.⁵⁰⁾

(4) 후견감독기관에 관한 문제점

후견감독기관으로는 가정법원과 친족회가 있다. 가정법원은 후견인의 선임이나 해임, 기타 후견인의 이해에 직접 관련된 사항을 관찰하고(제936조, 제939조, 제940조, 제941조 제1항 단서, 제947조 제2항, 제954조, 제955조, 제957조 제1항 단서), 친족회는 본인의 재산관리에 관한 사항 등을 감독하고 있다(제941조 제2항, 제942조 제1항, 제950조, 제951조, 제953조, 제957조 제2항, 제945조 단서).

그러나 이러한 후견감독기관이 과연 그들의 고유업무인 감독 기능을 잘 수행하고 있는지 의문이다. 즉, 친족회제도는 친족회원을 선임하는 절차, 친족회를 소집하는 절차 및 결의 절차가 매우 형식적이어서 후견인을 감독하는 기능을 다하지 못하고 있고,⁵¹⁾ 피후견인의 재산에 대해 이해상반적 상황에 있는 신청권자가 친족회에 포함되어 있을 수 있어 오히려 근친간의 불화를 초래하게 된다. 이러한 이유로 가정법원과 친족회가 후견감독기관으로서 업무를 효과적으로 수행하고 있다고 생각하기에는 무리이며, 실질적인 후견감독기관의 필요가 절실하다.

제3절 성년후견제도의 도입의 필요성과 방향성

산업사회의 고도화와 과학기술의 발달로 인한 인구의 고령화 문제는 우리나라 뿐만 아니라 전 세계적인 현상이 되었고, 특히 치매노인 등과 같은 판단능력이 저하된 자들에 대한 보호가 중요한 사회문제로 대두되고 있다.⁵²⁾ 따라서 판단능

49) 대법원 2001.7.27. 선고 2001다5937 판결.

50) 대법원 1997.6.27. 선고 97다3828 판결.

51) 윤진수, “친족회의 동의를 얻지 않은 후견인의 법률행위에 대한 표현대리의 성립여부”, 「아세아여성법학」, 제3호, 아세아여성법학연구소, 2000.6, 86-87면.

력이 불완전하거나 혼자 거동할 수 없는 장애인이나 노인 등의 성년자로 하여금 성년후견인의 도움을 얻어 재산의 관리, 사회복지의 수혜, 기타 사회생활에 긴요한 사무를 처리하도록 하여야 한다. 고령화 사회로의 급속한 전환과 늘어나는 복지수요에 대비하기 위하여 장애인과 고령자를 위한 보다 간편하고 명예실추가 없는 성년후견제도의 도입이 시급하다.⁵²⁾

1. 성년후견에 관한 패러다임 전환의 요구

우리 사회의 급속한 고령화 추세에 따라 치매 노인이 급증하고, 산업기술의 발달로 산업재해 등으로 인한 장애 인구가 지속적으로 증가함에도 불구하고, 이들 요보호 성년자의 법률관계 형성에 있어서 필수적 수단인 민법상 행위무능력자제도가 거의 이용되지 못하고 있다.⁵⁴⁾ 이는 앞서 살펴본 바와 같이 현행 민법상의 한정치산·금치산제도는 그 선고를 받게 되면 이를 공고하여야 하고, 관보에 게재되며, 가족관계등록부에 의하여 공시됨으로써 무능력자가 되었다는 사실이 외부에 알려지게 되어 본인은 물론 가족들에게까지 수치심 및 거부감을 주기 때문이다. 특히 우리 국민의 법 감정으로는 가문의 명예를 더럽힌다고 하는 인식까지 갖고 있다. 이 외에도 우리 사회에서는 지적 장애를 가진 가족원을 둘러싼 문제에 관하여 그 사실을 외부에 널리 알리게 되는 법적 처리보다는 가능한 한 가족 내의 문제로서 전통적 가족윤리에 기초한 가족 간 협의 등의 방법을 통하여 비법률적 방법으로 처리하는 것이 선호되었다는 점을 지적할 수 있다.⁵⁵⁾

그러나 지적 장애인의 보호와 후견에 관한 문제를 가족 간의 의리나 도리와 같은 가족윤리에 의하여 가족 내에서 사실상 처리하는 것은, 핵가족화와 가족 구성원 간 유대의 약화 그리고 서구적 개인주의가 보편적 삶의 양식으로 정착되어 가고 있는 현대사회에 있어서는 점점 더 그 한계를 드러낼 수밖에 없다.⁵⁶⁾ 이를

52) 성년후견제도연구회, “사회복지정책과 성년후견제도의 입법 필요성”, 「성년 후견제도 연구」, 사법연구 지원재단, 2007, 4면.

53) 김상찬·이충은, 전계논문, 68면.

54) 지금까지 한정치산, 금치산 신청사건의 접수 건수는 2000년 258건, 2001년 323건, 2002년 421건, 2003년 433건, 2004년 473건, 2005년 529건, 2006년 663건, 2007년 747건, 2008년 804건 등 매년 증가하고는 있으나 실제 급증하는 요보호 성년자수에 비추어 보면 그 이용률은 매우 저조한 실정이다. 법원행정처, 사법연감 (2000-2008) 참조.

55) 박인환, 전계논문, 34면.

배경으로 성년후견은 더 이상 개인과 가족의 문제가 아니라 복지국가 원리에 맞게 국가 또는 사회 전체가 공동으로 책임지고 보호해야 할 사회적 과제로서 재인식되기 시작하였다.⁵⁷⁾ 즉, 성년후견문제를 가족문제로서 가족윤리에 의하여 사실상 처리해 오던 관행을 극복하고 법규범에 의한 사회 제도적 처리로 성년후견에 관한 패러다임의 전환이 요구되었다고 할 것이다.⁵⁸⁾

2. 장애인의 존엄과 인권 보호

현행 행위무능력자제도는 재산과 관련된 법률관계의 형성에 대하여 후견인의 개입을 요구하는데, 지적 장애인 보호에 있어서 필수적인 신장 보호에 관해서는 매우 불충분하다. 특히, 판단능력 결함의 정도는 개개의 요보호 성년자마다 매우 다양할 수 있음에도 불구하고 심신상실 또는 심신박약이라는 획일적 기준으로 이분화 하여 후견인의 대리 및 동의에 의하여서만 법률관계를 형성할 수 있도록 함으로써 피후견인에게 남아 있는 잔존능력까지도 무시하고 그에 기초한 최소한의 자기결정의 가능성을 배제함으로써, 정상 사회로의 복귀나 재활의 기회도 박탈하는 등 피후견자의 인권을 증진하기 위한 보편화(normalization)⁵⁹⁾ 이념과는 조화되지 않는다.⁶⁰⁾ 이는 현대사회에서 지적 장애를 가진 피후견자의 후견에 있어서 윤리적 가족규범은 더 이상 기능할 수 없는 데 반하여, 행위무능력제도는

56) 약해진 가족 간 유대 속에 지적 장애인과 관련된 상속재산분할 내지 재산관리를 둘러싼 가족 간 대립과 다툼 끝에 결국 금치산 또는 한정치산 선고의 청구라는 법률문제가 불거지는 사례가 적지 않다는 점이 이를 말해주고 있다.

57) 박인환, 전계논문, 35면.

58) 이러한 관점에서 보면 특히 성년후견의 문제를 여전히 미성년후견과 함께 특히 본질에 있어서 위임계약의 일종인 임의후견계약에 관한 내용을 민법의 친족편에 규정하는 것이 체계 적합한 것인가에는 약간의 의문이 있다. 그렇다고 해서 후견문제를 친족편을 통해서 一覽할 수 있는 것도 아니다. 왜냐하면 후견은 이미 총칙과 친족편으로 분열되어 있어서 어느 한쪽의 규정만으로는 전모를 알기 어렵게 되어 있기 때문이다.

59) 보편화 또는 일반화 혹은 정상화 등으로 불리는데, 장애자를 비정상적인 특별 계층으로 사회로부터 분리 또는 격리하여 보호하지 않고, 사회 속에서 그 일원의 하나로 일반적이고 정상적인 생활을 할 수 있도록 하자는 이념이다. 구체적으로는 장애자를 사회로부터 격리하는 수용시설에서 지역사회에서 일반인과 함께 보통의 생활이 가능한 환경과 조건을 만들어 준다는 의미로 이해된다.

60) 특히 금치산, 한정치산 선고에 있어서 본인의 의사는 반드시 고려하여야 할 사항이 아니며, 금치산 선고 등을 받은 자는 공직선거를 위한 선거권 및 피선거권이 박탈되는 등 그 밖의 법제도상으로도 무능력자로 간주되어 사회구성원으로서 보편적으로 인정되는 권리의 향유와 행사가 제한된다. 이러한 점들은 자기결정권을 존중하고 잔존능력을 최대한 활용하여 가능한 한 정상적 생활을 유지토록 함으로써, 평등한 사회구성원으로서 사회참여를 촉진하고자 하는 요보호 성년자의 인권존중과는 배치되는 것이다.

지적 장애인의 인격 존중과 인권 보호라는 성년후견의 새로운 방향의 실현에 있어서 사실상 기능부진 상태에 빠져 있음을 의미한다. 따라서 장애인의 존엄과 인권 보호를 통하여 복지국가원리를 실현하고, 현행 법제도의 공백을 메우기 위한 입법적 대처로서 새로운 성년후견제도의 도입이 필요하게 되었다.⁶¹⁾

제4절 검토

현행 우리나라 민법은 성년이지만 의사능력 내지 판단능력이 불충분하여 독자적으로 법률행위를 할 수 없는 자를 행위무능력자라고 하여 보호하고 있다. 하지만 이러한 현행법상의 행위무능력자제도는 한정치산과 금치산제도로 이분하여 획일화함으로써 제도의 탄력적 운용을 불가능하게 하고 있다. 또한 법원에 직권으로 선고할 수 없고, 무능력자에 대한 판단능력을 판정하기 위해 고액의 감정비용과 상당한 시간이 소요되는 등 불편한 점이 많다. 그리고 한정치산 또는 금치산으로 선고받고 본인의 가족관계등록부에 기재되어 공시됨으로써 당사자는 물론 가족들에게도 수치심과 차별감을 느끼게 하여 사회로부터 유기·배제되는 상황을 야기하고 있다.

또한 금치산·한정치산 선고가 있는 때에는 그 선고를 받은 자의 후견인을 두어야 하는데, 이와 관련하여 여러 가지 문제점이 있다. 자연인만이 법정후견인이 될 수 있기 때문에 사회복지기간 등과 같은 법인은 후견인이 될 수 없음으로 말미암아 후견인으로서의 적성을 갖춘 재원의 확보가 어렵다. 동순위의 법정후견인이 수인일 때는 우선적으로 최근친을, 다음으로 연장자순으로 정하고 있다. 하지만 기혼자의 경우에는 선순위 후견인인 상대 배우자 역시 고령자일 경우가 대부분이고 사실상 부부관계가 파탄한 경우에 곤란한 문제가 발생하며, 연장자를 선순위의 후견인으로 하게 된다면 피성년후견인보다 후견의 필요성이 큰 고령자가 후견인이 될 수 있는 문제가 생긴다. 이처럼 후견인을 정하는 방식이 지나치게 경직되어 있어 다양한 상황에 따라 탄력적으로 대응할 수 없다. 또 현행법은 후

61) 박인환, 전제논문, 36면.

견인을 1인으로 한정하여 포괄적이고 다양한 후견인의 직무를 담당할 수 있는지의 여부가 문제된다. 특히 한정치산자의 후견인은 신체상의 보호에 관한 권리의 무가 없으므로 말미암아 피후견인의 보호에 커다란 결점이 있다. 그리고 후견감독기관인 가정법원과 친족회가 감독 기능을 잘 수행하고 있는지 의문이다.

이렇듯 다양한 문제점들이 존재하고 있음에도 불구하고 최근 판단능력이 불완전한 노인이나 장애인이 증가하고 있는 추세이기에 새로운 성년후견제도의 도입이 시급하다.



제3장 성년후견제도에 관한 주요국가의 입법례

전세계적으로 고령사회가 급속하게 진행되고 있는 추세이다. 신체적, 정신적 능력이 약화되는 고령자를 보호함과 동시에 거래 안전을 확보하기 위한 방안이 필요불가결한 상황이다. 하지만 현재 우리나라는 금치산자, 한정치산자 제도 내에서 고령자 등 판단능력이 불충분한 자를 보호할 뿐이다. 즉, 성년후견제도의 정비가 법적으로 급박한 상태에 있다고 할 수 있다. 그렇기에 성년후견제도에 대한 외국의 입법을 알고, 우리나라의 민법 개정에서 어떠한 시사점이 있는지 살펴보고야 하겠다.

여러 선진 각국에서는 이미 성년후견제도를 마련하여 시행해 왔으며, 새롭게 나타난 제문제들을 보완하며 발전시키는 단계에 진입하였다. 이 중 우리나라와 같은 대륙법계 국가를 중심으로 살펴보면, 독일에서는 성년후견법이 1990년 개정에 의해 전면적인 수정이 실시되었고, 이후 또 한 차례의 개정작업을 거쳐 1999년 1월 1일부터 현 성년후견제도가 시행되었다. 프랑스에서는 1968년 개정된 프랑스 신법에 따라 세계 최초로 성년후견제도가 시행되었고, 임의후견을 제외하여 2009년 1월 1일부터 개정법률이 시행되었다. 일본에서는 유럽 여러 나라의 영향을 받아 1999년에 민법 등을 개정하여 임의성년후견에 대한 특별법을 제정하였다.

이하에서는 우리민법의 개정방향에 많은 시사점을 줄 수 있는 독일, 프랑스, 일본의 입법례를 비교법적으로 자세히 고찰하고자 한다.

제1절 독일

1. 입법배경

독일에서의 행위무능력자 및 성년자를 위한 후견제도의 개정에 대한 논의는 1970년대 초부터 시작되었는데, 당시의 추진세력은 주로 장애자보호의 현장에 있던 민간단체들이었다. 1980년대에 들어와서 비로소 연방의회(Bundestag)를 시작으로 학계에서도 활발한 논의가 이루어졌다. 그 후 1990년 4월 25일에 독일연방의회는 성년후견법(Betreuungsgesetz: BtG)을 통과시켰으며, 독일연방참의원(Bundesrat)이 1990년 6월 1일에 동의를 함으로써 1992년 1월 1일부터 성년후견법이 시행하게 되었다.⁶²⁾ 이 개정은 대규모적인 것으로 민법 친족편에 규정된 성년후견제도를 중심으로 총칙편의 무능력자 제도와 이에 대응하는 민사소송법 및 비송사건절차법 등 기타 관련 법규의 개폐까지도 가져왔다.⁶³⁾

이러한 개정은 독일 법질서의 많은 분야에 걸쳐 영향을 미치게 되었고, 비교적 순조롭게 운용되었으며, 고령화 사회 및 독일의 통일로 인한 인구증가와 개호보협법의 시행이라는 배경으로 인하여 성년후견인 선임건수도 계속적으로 증가하게 되었다.⁶⁴⁾

그러나 성년후견제도는 비용문제를 비롯하여 규정의 복잡성, 운용의 곤란성 등을 이유로 많은 비판을 받게 되었다.⁶⁵⁾ 이는 결국 사법재정 파탄의 위기에 대한 직접적인 계기가 되어 재정부담완화를 위한 재개정으로 이어졌다.⁶⁶⁾ 즉, 후견관련 비용이 가중되었고, 후견 예산이 부족하게 됨으로써 자원성년후견인의 수적확보를 어렵게 만들었으며 그 결과 직업성년후견인의 수가 증가하게 되었다. 이로 인해 직업성년후견인의 보수는 고스란히 국고의 부담이 되어 각 주의 사법재정을 압박하게 되었고, 이에 법원과 직업성년후견인 간의 보수에 관한 분쟁이 빈발하게 되었다.⁶⁷⁾ 뿐만 아니라 그 규정이 복잡하고, 형식성과 운용의 곤란성이 절차당사자에게 불필요한 부담을 주게 되어 많은 비판을 받게 되었다.⁶⁸⁾ 이에 연방

62) 김상찬·이충은, 전계논문, 55면.

63) 이영식, 전계 학위논문, 38면.

64) Deinert, "Neue Zahlen zur Praxis des Betreuungsrechts", *FamRZ* 1998, p.934f.(김상찬·이충은, 전계논문, 58면 재인용)

65) 김대경, "성년후견제의 입법을 위한 비교법적 고찰", 「경희법학」, 제45권 제1호, 경희법학연구소, 2010.3, 121면.

66) 성년후견제도연구회, "외국 성년후견제도의 비교법적 검토", 「성년후견제도 연구」, 사법연구지원재단, 2007, 75면.

67) Dodegge, "Das Betreuungsrechtsänderungsgesetz", *NJW* 1998, p.3073; BT-Drucks. 13/7158.(김상찬·이충은, 전계논문, 58면 재인용)

68) 김선이, "독일 성년후견법", 「고령사회와 성년후견제도」, 한국법제연구원, 2003.12, 65면.

정부는 1996.12.20. 개정 성년후견제도에 대한 법률초안을 제출하였고, 1998.4.3.에 이를 통과시켰으며, 1998.6.25.에는 조정안이 의결되어, 1999.1.1.부터 개정 성년후견제도가 시행되게 되었다.⁶⁹⁾

2. 성년후견제도의 특징

(1) 후견제도의 일원화

독일의 구 민법 제6조(Entmündigung)는 ①정신병 또는 심신박약으로 인하여 자기의 사무를 처리할 수 없는 자(제1호), ②낭비로 인하여 자기 또는 그 가족을 궁박에 처하게 할 염려가 있는 자(제2호), ③음주벽으로 인하여 자기의 사무를 처리할 수 없거나, 그로 인하여 자기 혹은 그 가족을 궁박에 처하게 할 염려가 있는 자 또는 타인의 안전을 해할 염려가 있는 자(제3호)에게 ‘행위능력박탈선고’를 할 수 있다고 규정하고, 근친자, 법정대리인, 검사의 신청과 구법원(區法院)의 선고를 통해 행위능력이 박탈되도록 규정하고 있었다.⁷⁰⁾ 또한 구 민법 제1909조 이하에서는 후견에 복종하지 않는 장애자가 신체상의 장애에 의해, 특히 시청각 장애에 의해 자기의 사무를 처리할 수 없는 경우에는 신상감호 및 재산관리에 관해 감호자(Pfleger)를 둘 수 있다고 규정하여, 피감호자에 대한 모든 사무의 감호가 가능하게 되었다.⁷¹⁾ 이 규정에 의해 행위능력박탈선고가 내려지면 해당자는 행위능력이 부정·제한되어 남아있던 잔존능력까지 무시되고, 선고를 받은 본인은 물론 가족까지도 심한 차별감을 느끼게 되었다.⁷²⁾

따라서 성년후견법은 행위능력박탈선고제도를 폐지하고 종래의 성년후견제도와 장애감호제도를 대신하여 성년후견제도로 새로이 규정함으로써 이원화되어

69) 김상찬·이충은, 전계논문, 58면.

70) 백승흠, “성년후견제도의 입법모델에 관한 비교법적 고찰: 독일과 일본의 유형을 중심으로”, 「한·독사회과학논총」, 제15권 제2호, 한독사회과학회, 2005.12, 22면.

71) 후견인이 없는 성년자는 정신상·육체상의 장애에 의하여 재산상의 사무를 처리할 수 없는 경우에 그 사무에 관해서는 감호자를 둘 수 있었으나, 구 민법 제1910조 상의 ‘장애감호’에서는 행위능력박탈선고 절차에 대한 규정이 없어 감호명령이나 장애감호자의 임명으로 피감호자의 행위능력에 직접적인 영향을 받지 않았다. 즉, 단순한 육체적 장애일 경우에는 행위무능력 상태가 존재하지 않았다(백승흠, 상계논문, 22면).

72) 김선이, 전계논문, 54면.

있던 후견제도를 일원화시켰다. 그러나 행위능력박탈선고제도의 폐지가 행위능력 내지 행위무능력의 개념을 완전히 삭제시킨다는 의미는 아니었다. 즉, 자유로운 의사결정을 할 수 없는 정신활동의 병적 장애상태에 있는 자로서 그 장애상태가 성질상 일시적이지 않는 경우를 행위무능력으로 규정하여 자연적 행위무능력 규정(제104조 제2호)은 여전히 존속하게 되었다.⁷³⁾

개정민법에 의한 성년후견개시요건은 ‘성년자가 심신적 질병(Psychische Krankheit) 또는 신체적 장애(Körperliche Behinderung), 지능적(Geistige) 혹은 심인성 장애(Seelische Behinderung)에 기하여 자기 사무의 전부 또는 일부를 처리하는 것이 불가능한’ 경우에 구체적으로 필요한 범위에 한해 후견법원에 의하여 성년후견인이 선임되어 지고(민법 제1896조 제1항 제1문), 이 선임에 의하여 성년후견이 개시되게 된다.⁷⁴⁾ 뿐만 아니라 실체법상의 제도가 일원화됨에 따라 절차법상으로도 종래의 민사소송법과 비송사건절차법으로 나누어진 이원적 구조를 폐지하여, 성년후견제도와 관계되는 모든 절차는 비송사건으로 단일화되었고, 비송사건절차법상의 관계규정도 개정되었다.⁷⁵⁾ 이처럼 독일의 성년후견법은 행위능력박탈제도나 우리 민법의 행위무능력제도와 같이 요건을 세분화하지 않고 일원화한 것이 특징이다.⁷⁶⁾

(2) 필요성의 원칙과 보충성의 원칙

독일성년후견법의 전제를 일관하는 기본원칙은 필요성의 원칙이다.⁷⁷⁾ 그러나 이 원칙으로 인하여 본인이 객관적으로 성년후견개시의 요건을 갖추고 있지만 이미 가족이나 친구 또는 본인의 수권에 의해 선임된 임의대리인에 의해 충분한 보호를 받고 있는 경우에는 성년후견의 필요성이 부정되기 때문에 보충성의 원

73) 이득환·박민재, “성년후견제도에 대한 각국의 입법과 우리나라의 그에 대한 민법개정에서의 시사점”, 「법학논총」, 제26집 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2009.12, 380면.

74) 만 7세 이상의 미성년자에 관해서도 그 자가 성년에 달한 때에 ‘성년후견’이 필요하다고 생각되는 경우에는 미리 성년후견을 선임하여 둘 수 있고, 이 경우에는 본인이 성년에 달한 때에 ‘성년후견’이 개시된다(백승흠, 전계 “성년후견제도의 입법모델에 관한 비교법적 고찰: 독일과 일본의 유형을 중심으로”, 25면).

75) 성년후견제도연구회, 전계 “외국 성년후견제도의 비교법적 검토”, 78면.

76) 백승흠, 전계 “성년후견제도의 입법모델에 관한 비교법적 고찰: 독일과 일본의 유형을 중심으로”, 25면

77) 백승흠, 전계 “성년후견제도의 입법방향”, 165면; 한봉희, “독일의 성년후견제도소고”, 「아세아여성법학」, 제3호, 아세아여성법학연구소, 2000.6, 31-34면.

칙이 인정된다.⁷⁸⁾ 독일 민법은 제1896조 제2항 제1문에서 필요성의 원칙을 규정하고, 제2문에서 보충성의 원칙을 규정하고 있다.

필요성의 원칙(Erforderlichkeitsgrundsatz)은 스스로 사무 처리를 할 수 없는 것이 일반적인 사무 처리를 할 수 없다는 것을 의미하는 것이 아니라 그에게 필요한 사무를 정확하게 처리할 수 있는지에 대한 판단, 즉 질병 또는 장애는 물론 이로 인해 자기의 사무를 처리할 수 없음이 요구된다.⁷⁹⁾ 여기에 말하는 사무에는 재산적인 사무는 물론 신상에 관한 사무를 포함한다.⁸⁰⁾ 종래의 독일민법은 본인의 행위능력을 전부 박탈 또는 이를 제한하였기 때문에 후견인의 직무가 포괄적이었고, 장애감호에서는 법률상 감호인의 직무범위를 한정시킬 수 있었으나, 실무상으로는 거의 형식적으로 감호인에게 포괄적인 직무가 부여되었다. 이에 독일은 성년후견이 요구되는 직무의 범위에 한정하여 성년후견인을 선임할 수 있다고 규정함으로써 직무범위에 관한 필요성의 원칙을 명시하였다.⁸¹⁾

보충성의 원칙(Subsidiaritätsgrundsatz)이라 함은 법정대리인의 선임에 의하지 않는 다른 원조방법이 성년후견에 우선한다는 것을 말한다. 즉, 후견은 사적 또는 공적원조에 대하여 보충적이고, 본인이 가족이나 친구, 이웃 또는 본인이 선임한 임의대리인, 민간복지단체 등에 의하여 이미 충분한 지원을 받고 있는 경우에는 후견인은 선임되지 않고, 후견은 발동되지 않는다.⁸²⁾ 특히, 노령에 의한 행위능력 상실을 대비하여 미리 대리권을 수여한 경우, 즉 임의후견인이 있는 경우에는 법정후견에 따른 보호를 인정하지 않는다.⁸³⁾ 이러한 경우를 법정후견에 대한 임의후견의 우선의 원칙이라고 한다.

3. 성년후견제도의 주요내용

78) 백승흠, “외국 성년후견제도의 실태-독일과 일본을 중심으로-”, 「2009년도 법무부 연구용역 과제 보고서」, 법무부, 2009, 7면.

79) 이득환·박민제, 전계논문, 382면.

80) 田山輝明, 「成年後見制度の研究(下卷)」, 成文堂, 2000, 284면.

81) 김상찬·이충은, 전계논문, 56-57면.

82) 성년후견제도연구회, 전계 “외국 성년후견제도의 비교법적 검토”, 79면.

83) 독일민법 제1896조 제2항은 “본인이 선임하여 수권한 임의대리인이나 그 기타 원조가 존재하여 후견인과 마찬가지로 적절한 처리를 하는 것이 가능할 때에는 후견은 개시하지 않는다”라고 하여 임의대리가 법정후견으로서 후견에 우선하는 취지 즉, 보충성의 원칙이 후견법에 의하여 규정되어 있다(新井誠·赤沼康弘·大貫貞男, 「成年後見制度」, 有斐閣, 2006, 159면).

(1) 성년후견인의 선임

독일의 성년후견제도는 성년자가 심신적 질병 또는 신체적·정신적 또는 심인적 장애에 기하여 자기 사무의 전부 또는 일부를 처리하는 것이 불가능한 경우에 구체적으로 필요한 범위에서 후견법원에 의해 성년후견인이 선임되며(독일민법 제1896조 제1항), 이에 의하여 성년후견이 개시된다(독일비송사건절차법 제69조 a 제1항).⁸⁴⁾ 성년후견인은 재판상 정해진 직무범위에 있어서 피성년후견인의 사무를 처리하고 이에 필요한 범위에서 피성년후견인을 개인적으로 돕는데 적합한 자연인이 선임된다.⁸⁵⁾ 따라서 가족이나 친구 중에서 본인과의 개인적 결합관계를 고려하여 성년후견인이 선임되고(독일민법 제1897조 제5항), 본인도 성년후견인이 될 인물을 추천받을 수 있으며, 추천이 있게 되면 후견법원은 본인의 복지에 반하지 않는 한 그에 따라야 한다(동조 제4항).⁸⁶⁾ 이는 본인의 의사를 가능한 한 존중하려는 의도로 볼 수 있다.⁸⁷⁾

또한 독일은 개인에 의한 성년후견을 기본으로 한다. 그러나 성년후견인으로서 적합한 인재를 확보하기 위한 방안으로 성년후견사단에 소속되어 후견활동에 종사하고 있는 직원이나 성년후견관청에 속하여 활동하고 있는 직원 중에서 선임할 수도 있다(독일민법 제1897조 제2항).⁸⁸⁾ 성년후견인은 1인일 필요는 없고, 수인이 동일한 사무에 관하여 또는 다른 사무에 관하여 성년후견인이 되는 것도 가능하다.⁸⁹⁾

(2) 성년후견인의 직무

84) 김상찬·이충은, 전계논문, 57면.

85) 그 적합성은 구체적인 성년후견인의 임무와 피성년후견인의 신상과 관련하여 판단하며, 여기에는 사적 개인에 의한 성년후견인(자연인, 조직화된 개인성년후견, 직업적 성년후견인), 사단직원인 개인적 성년후견인(독일민법 제1897조 제2항 1문), 관청직원인 개인적 성년후견인(독일민법 제1897조 제2항 2문)이 있다(김선이, 전계논문, 60면).

86) 본인은 특정한 인물을 성년후견인에 선임되지 않도록 제안할 수도 있다. 이러한 제한은 법원을 절대적으로 구속하는 것은 아니지만 성년후견인 선임에 있어서 고려해야 하는 하나의 요소가 된다(독일민법 제1897조 제4항).

87) 안미경, 전계 학위논문, 39면.

88) 이와 같이 성년후견사단의 직원이 개인적으로 후견인이 되는 것을 사단후견인이라고 하고, 관청의 직원이 개인적으로 후견인이 되는 경우를 관청후견인이라고 한다(김상찬·이충은, 전계논문, 57면).

89) 안미경, 전계 학위논문, 39-40면.

독일민법 제1901조는 성년후견인의 직무범위를 피성년후견인의 사항 중 법률상의 처리를 위한 필요한 활동으로 한정하였다. 즉, 성년후견인은 후견법원에 의하여 정해진 범위 내에서 피성년후견인의 복지에 적합한 처리를 하여야 하고(독일 민법 제1901조 제1항), 본인의 행위능력의 유무를 불문하고 본인의 잔존능력이나 그 희망을 가능한 한 존중하여야 하며 중요한 사무를 처리하는 데 있어서는 본인과의 협의를 거쳐야 한다. 성년후견인의 직무범위는 기능적으로 관련이 있는 성년후견의 영역인 건강보호 및 개인보호, 재산보호이고 이는 필요한 경우에 확장할 수 있다. 또한 성년후견인의 선임시 그 직무범위를 명시하여야 한다.⁹⁰⁾

한편, 독일민법 제1901조 규정은 성년후견인의 활동 중 보수청구권의 대상이 될 수 있는 활동의 결정기준으로서도 중요한 역할을 하게 되는데, 독일은 보수 및 비용에 관한 규제를 1999년 개정법에서 재정비 하였다. 즉, 연방부조법상의 기준을 준용하면서 구체적으로 후견관련 지출의 재원을 충족시켜야 할 본인의 소득 및 자산을 법정하고, 명예직 후견인은 ‘당해 후견이 후견인의 업무로서 수행된 사실을 후견법원이 인정할 경우에만 보수를 인정한다’고 규정하여 명예직 후견인의 보수 청구권을 원칙적으로 부정하였다. 다만, 후견활동의 양적 범위 또는 그 곤란성을 참작하여 보수를 예외적으로 허가할 수는 있다. 또한 독일은 종전에는 직업적 후견에 관한 명확한 법률상의 기준이 없었으나, 개정 후견법에는 직업후견인에게 일정한 보수청구권의 인정요건을 명확히 함과 동시에 그 보수단계를 변경하여 보다 체계적으로 정비하였다. 이처럼 직업후견인의 보수에 대한 국고부담을 삭감하는 것과 명확한 보수준칙의 확립에 의해 개정 전 빈발하였던 보수액을 둘러싼 분쟁을 침정화시켜 법원의 운영비용 중 특히 상소에 관한 운영비용을 감축하였다. 그리고 이것을 근거로 하여 새로운 보수시스템을 도입함과 동시에 국고에 의한 후견관련 비용지출 기준인 무자력의 개념을 조문상 정의하였다.⁹¹⁾ 이처럼 독일민법은 수익자부담의 원칙에 의하여 성년후견의 비용은 그 이익을 받는 피성년후견인이 부담하도록 되어 있다.⁹²⁾ 그러나 피성년후견인이 무

90) 김상찬·이충은, 전계논문, 58면.

91) 상계논문, 59-60면.

92) 백승흠, 전계 “성년후견제도의 입법모델에 관한 비교법적 고찰: 독일과 일본의 유형을 중심으로”, 30면.

자력인 경우에는 국가에 대해서 청구할 수 있다.⁹³⁾

(3) 성년후견의 감독

후견법원은 성년후견인의 후견활동에 대하여 전반적으로 감독할 일반적인 의무를 부담한다(독일 민법 제1908조 제1항, 제1837조). 그리고 성년후견인이 그 직무 범위에 속하는 일정한 사무를 처리하는 경우에는 후견법원의 허가가 필요하다. 즉, 성년후견인의 재산관리에서 피후견인이 임차하고 있던 주거에 관해 성년후견인이 그 임대차관계의 해약고지 또는 합의해제를 하고자 하는 경우, 성년후견인이 피성년후견인의 주거를 임대하는 경우, 신상감호에서 의사의 조치에 의해 피후견인이 사망하거나 또는 중대하고 장기에 걸친 건강상의 손해를 입는 경우와 같이 ‘이유 있는 위험성’⁹⁴⁾이 있는 경우에는 후견법원의 허가가 필요하다. 뿐만 아니라 성년후견인이 본인을 대신하여 불임수술에 동의하는 경우에도 최종적으로는 후견법원의 허가를 필요로 한다(독일 민법 제1905조 제2항 제1문).⁹⁵⁾

제2절 프랑스

1. 입법배경

프랑스는 1968년 1월 3일에 무능력성년에 관한 법률을 통해 사법적 보호(La sauvegarde de justice), 보좌(curatelle), 후견(tutelle) 등 새로운 성년후견제도를 도입하여 시행하고 있었다. 그러나 동 법률은 신상보호에 관한 규정을 두고 있지 않았고, 낭비자 또는 과중한 채무를 부담하는 자 등 사회적으로 곤란을 겪고 있는 자에 대해 성년후견제도를 남용하는 사례가 발생하는 등 많은 문제가 있었다.

93) 백승흠, 전제 “성년후견제도의 입법방향”, 169~170면; 한봉희, 전제논문, 43면.

94) 여기에서 말하는 ‘이유 있는 위험성’이란 객관적으로 중대하고 구체적인 위험으로 이해되고 있다.

95) 안미경, 전제 학위논문, 42-44면 참조.

실제로 당시 프랑스에서는 성년후견제도를 통하여 보호받고 있는 자가 70만 명을 초과하였고, 매년 사법적 보호조치가 선고되는 자가 6만 8천명에 달하였으며,⁹⁶⁾ 이 정도의 추세라면 향후 2050년경에는 약 100만 명에 달할 것으로 예상하였다. 이에 기존의 성년후견제도를 대폭 개정하고자 10여년을 준비한 끝에 2007년 3월 5일 공포하기에 이르렀고, 임의후견을 제외한 개정 법률은 2009년 1월 1일부터 시행하였다.⁹⁷⁾ 개정민법에서는 민법 제414조 내지 제515조에 이르기까지 약 120여개의 조문에서 성년후견제도를 규율하고 있다.⁹⁸⁾

2. 성년후견제도의 특징

프랑스의 2007년 개정 법률은 기존의 사법적 보호, 보좌, 후견제도의 기본 골격은 그대로 유지하였다. 이와 함께 기존의 법률과는 다른 이념적 기초로 의사결정능력이 없는 성년의 존엄성과 자율성의 보장이라는 이념적 기초를 입법목적으로 하였다. 개정 법률에 따르면 낭비자에 대한 성년후견제도(구법 제488조 제3항)를 폐지하였고, 입법목적에 맞게 성년후견은 요보호성년의 자유, 기본권 및 인간의 존엄성의 보호라는 원칙하에 수행되어야 한다는 규정(제415조 제2항)을 신설하였으며, 이 제도의 목적은 요보호성년의 이익보호에 있고, 그의 자율성은 최대한 존중하여야 한다(제415조 제3항). 또한 이들의 보호가 가족뿐만 아니라 국가의 책임임을 선언하였다(제415조 제4항). 이와 같이 국가의 책임을 강조한 점은 우리 민법 개정에서 큰 시사점을 줄 것으로 생각한다.⁹⁹⁾ 뿐만 아니라 프랑스의 개정 법률은 필요한 경우에 개별 요보호성년의 사정에 따라 보충적으로 의사결정능력의 감소 정도와 비례하여 사법적 보호를 제공하도록 하였다(제428조).¹⁰⁰⁾

96) Fabrice Perreau-Billard, La réforme des tutelles : Les acteurs de la protection : Le majeur à protéger : le mandat de protection future, Actualité Juridique Famille 2007, p.213.(제철웅, “성년후견제도의 개정방향”, 「민사법학」, 제42호, 한국민사법학회, 2008.9, 116면 재인용)

97) 제철웅, 상계논문, 115-116면.

98) Laurence Pécaut-Rivoliér, Protection judiciaire des majeurs : entrée en vigueur de la réforme, Recueil Dalloz 2008, p.968.(제철웅, 상계논문, 116면 재인용)

99) 최현태, “자기결정능력장애자 보호를 위한 성년후견제도에 대한 입법론적 고찰”, 「법학연구」, 제39집, 한국법학회, 2010.8, 144면.

100) Jean-Marie Plazy, Majeur Protégés, Recueil Dalloz 2008, p. 313.(제철웅, 전계논문, 117면 재인용)

개정 법률에서 새롭게 도입된 제도는 ①요보호성년에 따른 개별화된 사회적 지원조치(mesure d'accompagnement social personnalisé)¹⁰¹⁾만으로 적절한 사회 보장급여의 관리가 수행될 수 없다고 판단될 경우, 검사의 신청으로 법관이 명하는 사법적 지원조치(Mesure d'assistance judiciaire, 제495조 내지 제495조의 9),¹⁰²⁾ ②전문적인 요보호성년보호직종으로서 사법적 수입인 제도의 창설, ③종래 후견에만 인정되던 후견감독인제도를 보좌에도 확대한 점, ④임시후견인, 임시보좌인제도의 신설, ⑤장래보호수입인 제도의 신설(제477조 내지 494조),¹⁰³⁾ ⑥성년후견제도를 신상보호에까지 확대한 것(제425조) 등이다.¹⁰⁴⁾

3. 성년후견제도의 주요내용

(1) 사법적 보호

1968년에 처음으로 도입된 사법적 보호제도는 2007년 개정 법률에서도 크게 변경되지 않았다. 그 요건과 행사에 있어서 부분적 변경 내지 신설이 있을 뿐이다.

사법적 보호는 정신능력의 손상이나 의사표시에 장애를 일으키는 신체능력의 손상을 입은 자에 대하여 의사의 신고 또는 후견법관의 결정에 의하여 그 절차가 개시된다. 의사의 신고에 의할 경우 의사는 자신의 치료 환자 중 민법 제425조에서 정한 사유에 해당되는 자가 있고, 민사법률행위에 있어서 보호의 필요성

101) 사회보장 및 가족복지법 L 271-1조에 의해 제공되는 개별화된 사회적 지원조치는 본인과 사회보장당국 간의 계약으로 체결되는데, 이를 통해 수급인으로 하여금 사회보장급여의 관리를 도와주는 제도이다. 사회보장급여 수급인이 위 계약을 체결하지 않으려고 하거나, 그 계약을 제대로 이행하지 않으면 도의회 의장이 사회보장급여를 직접 수급인이 지급해야 할 임대료에 충당하도록 법관에게 신청할 수 있다.

102) 사법적 지원조치는 현행의 사회보장급여에 대한 후견을 대체하는 것으로 사회보장급여의 관리에 관련된 보호조치이며, 여타의 사법적 보호조치와 양립할 수 없다는 것이 종래의 법률과의 차이이다. 사법적 보호, 보좌, 후견 등의 보호조치가 있으면 사법적 지원조치는 당연히 소멸한다. 이 제도의 목적은 법관이 지정한 사회보장급여의 수령, 관리를 내용으로 하고 본인의 자율관리능력을 회복시키기 위한 교육적 조치를 수행하는 것에 있다. 기간은 2년을 초과할 수 없고, 갱신을 하더라도 총 4년을 초과할 수 없다. 사법적 지원조치는 CASF법 L 471-2조에서 정한 '성인보호를 위한 사법적 수입인'만이 이를 수행할 수 있고, 사법적 지원조치 하에서는 본인의 행위능력에 어떠한 제한도 수반되지 않는다(Jean-Marie Plazy, Majeur Protégés, Recueil Dalloz 2008, p. 316; 제철웅, 전제논문, 117면 재인용).

103) 이 제도의 도입이 가장 두드러진 개혁이며, 많은 학자로부터 큰 지지를 받았다(Jean-Marie Plazy, Majeur Protégés, Recueil Dalloz 2008, p. 315; 제철웅, 상계논문 118면 재인용).

104) 프랑스 성년후견제도의 특징은 주로 제철웅, 상계논문, 115-118면 참조.

이 인정되는 경우에는 그 사실에 대해 의료조치 장소를 관할하는 검사에게 신고할 수 있다(공중보건법전 제L.3211-6조 제1항 제1문). 이 때의 신고는 의무사항이 아니다. 당사자가 의사를 표현하는 것이 불가능할 경우에는 본인의 동의 없이도 정신질환자를 수용할 수 있다. 공중보건법 제L.3222-1조에 의하면 정신질환자를 치료할 수 있는 시설을 데빠르뜨망(département)¹⁰⁵⁾에 1개 또는 2개 이상 두도록 규정하고 있는데, 이 시설에서 치료를 받고 있던 정신질환자도 민법 제425조에서 정한 사유에 해당되고, 민사법률행위에 있어서 보호의 필요성이 인정되는 경우에 의사는 그 사실을 의료조치 장소를 관할하는 검사에게 신고하여야 한다(공중보건법전 제L.3211-6조 제2항 제1문). 이 경우 의사의 신고는 의무사항이다. 한편, 당해 성년자가 의사의 신고에 의하여 필요한 의학적 검사를 거절하는 경우에는 담당의사는 검사나 후견법관에게 당사자가 당해 검사를 받을 수 있도록 청구할 수 있다(민사소송법 제1232조).

보좌 및 후견제도의 개시를 위한 절차가 진행되는 동안에도 일시적인 법적 보호가 필요하다면 후견법관은 사법적 보호를 결정할 수 있다(제433조). 이 경우 후견법관은 당사자의 의견을 청취하거나 그를 소환한 후에 사법적 보호를 결정하여야 한다(제432조). 다만, 긴급한 경우에는 당사자의 심문절차 없이도 사법적 보호를 결정할 수 있다(제433조 제3항).¹⁰⁶⁾

이와 같이 사법적 보호가 개시되더라도 피보호성년자는 권리행사능력을 보유하고 있기 때문에 모든 법률행위를 독자적으로 할 수 있다(제435조 제1항). 그러나 그로 인해 손해가 발생하게 된다면 법률행위를 무효로 할 수 있고, 과잉을 원인으로 감액을 할 수도 있다(제435조 제2항). 손해를 이유로 무효소송을 제기할 경우에는 당해 성년자가 재정적 손실을 입어야 하고, 손해의 발생은 계약체결 시점을 기준으로 판단한다. 또한 과잉을 원인으로 감액을 청구할 경우에는 성년자의 필요나 수입에 비하여 그의 부담분이 불균형적이거나 유익성이 없어야 한다. 따라서 법원은 거래의 유·무익과 사법적 보호를 받는 성년자의 재산의 규모, 구성 및 거래상대방의 선·악의를 고려하여야 한다(제435조 제2항).¹⁰⁷⁾

105) '도(道)'와 같은 행정구역을 의미한다.

106) 명순구, "프랑스의 성년후견제도", 「2009년도 법무부 연구용역 과제보고서」, 법무부, 2009, 32-33면.

107) 사법적 보호에 관해서는 명순구, 상계보고서, 33-34면 참조.

한편, 사법적 보호는 일반적으로 피보호성년자의 사망, 능력의 회복 또는 보좌 및 후견이 개시되면 종료된다. 보호기간은 1년을 초과하지 못하고, 엄격한 요건 하에 1회에 한하여 갱신할 수 있다(제439조).

(2) 후견

후견제도는 의학증명서에 의해 확인된 정신적 또는 신체적 장애로 인하여 자신의 민사법률행위의 지속적인 대리를 요하는 자를 대상으로 사법적 보호와 보좌로 충분한 보호를 받지 못할 경우에 선고된다. 후견은 본인, 배우자,¹⁰⁸⁾ 공동생활약정을 체결한 상대방, 혈족 및 인척, 피후견인과 밀접하고 지속적인 관계가 있는 자, 피후견인에 대하여 어떠한 법적 보호조치를 행하고 있는 자의 청구에 의하여 후견법관의 결정으로 개시된다(제430조 제1항). 검사도 직권 또는 제3자의 신청에 의하여 후견개시를 청구할 수 있다(제430조 제2항). 후견법관은 개시 청구의 요건이 충족되면 후견선고를 할 수 있으나, 요건이 충족되지 못한 경우에는 청구를 각하할 수 있다. 그리고 비례성의 원칙에 따라 후견개시를 선고하거나 후견이 과도한 조치라고 판단되는 경우에는 보좌를 선고할 수도 있다. 이 경우 후견법관은 5년을 최장기간으로 하여 선고하여야 하며(제441조), 기간의 만료 시점에 이를 갱신할 수 있다. 그러나 전문의의 의견서에 비추어 장애상태가 호전될 가능성이 보이지 않을 경우에는 이유를 명시한 결정을 통하여 보다 장기의 기간을 부여할 수도 있다. 한편, 후견개시가 선고되면 그 효과는 즉시 발효된다.¹⁰⁹⁾

피후견인은 법적으로 일반무능력자이다. 따라서 법률행위를 하기 위해서는 대리를 요하는데, 이 경우 후견인이 법정대리인으로서의 역할을 수행한다(제473조 제1항). 그러나 일상생활행위¹¹⁰⁾와 후견법관의 판결에 의한 경우¹¹¹⁾에는 피후견

108) 법률혼 배우자는 물론 사실혼 배우자를 포함하나, 법률혼 배우자의 경우라도 별거 상태에 있는 경우에는 해당되지 않는다.

109) 그러나 제3자에 대하여는 이 사실을 피후견인의 출생증서 비고란에 기재한 때로부터 2월이 경과한 후에야 대항할 수 있으며, 이의 기재가 없더라도 개별적으로 당해 사실을 알고 있는 제3자에 대하여는 즉시 대항할 수 있다(제444조).

110) 사소한 가격의 생활용품의 구입과 같은 일상생활의 행위는 피후견인의 능력에 비추어 '관습이 허용하는 행위'(제473조 제1항)로 간주되어 피후견인은 이를 단독으로 행할 수 있다(Cass. civ. 1re, 19 oct. 2004, n°02-15-035, Defrénois 2005 art. 38121 참조).

111) 후견법관은 피후견인의 법률행위에 대한 무능력을 완화시키고, 단독으로 또는 후견인의 원조 하에 특정 행위를 할 수 있도록 판결할 수 있다(제472조 제2항). 그 이유는 피후견인의 건강 상태에 따라 무능력

인이 단독으로 법률행위를 할 수 있다. 한편, 후견인은 제446조 내지 제451조에 의하여 법관 또는 친족회가 선정을 하는데, 피후견인이 사전에 지정한 자를 1순위로 한다. 피후견인이 지정한 자가 없을 경우에는 법관이 피후견인의 배우자나 공동생활약정의 파트너 또는 사실혼 배우자 중에서 지정할 수 있고(제449조 제1항), 피후견인이 독신이거나 법관이 배우자를 후견인으로 선정하는 것을 거절할 경우에는 피후견인과 동거하거나 긴밀하고 안정적인 관계를 유지하고 있는 친인척 중에서 1인을 선정한다. 또한 이와 같은 친인척도 없는 경우에는 법관은 최종적으로 성년보호사법수임인(mandataire judiciaire à la protection des majeurs)¹¹²⁾을 선정하여야 한다(제450조).¹¹³⁾

(3) 보좌

보좌는 민사법률행위에 있어서 타인의 원조 또는 통제를 받을 필요가 있는 자를 대상으로 의학증명서에 의해 확인된 정신적 또는 신체적 장애가 있을 경우에 개시된다. 피보좌인은 제한행위능력자로서 단독으로 법률행위를 할 수는 있으나 처분행위와 같은 중요한 행위를 함에 있어서는 보좌인의 감독을 받아야 한다. 이외의 절차는 앞에서 살펴본 후견과 거의 동일하다.¹¹⁴⁾

(4) 장래보호위임계약

장래보호위임계약은 후견보호를 받지 않는 모든 성인자나 친권이 해제된 미성년자가 미래에 신체능력의 손상으로 인하여 단독으로 자기의 이익을 추구할 능력이 없을 경우를 대비하여 장래의 자신의 법률행위를 대리하게 할 목적으로 체결하는 계약을 말한다. 보좌를 받고 있는 피보좌인도 보좌인의 원조를 받아 장래 보호위임계약을 체결할 수 있다. 또한 후견이나 보좌로 보호받지 않은 경우에 부

제도를 유연하게 운영하기 위해서이다.

112) 성년보호사법수임인은 검사의 의견을 기초로 지방자치단체장의 인가를 받은 자연인 또는 법인으로서 그 인가요건은 '복지활동 및 가족복지법전(Code de l'action sociale et des familles)'에 규정되어 있다.

113) 후견에 관해서는 명순구, 전계보고서, 35-44면 참조.

114) 보좌에 관해서는 명순구, 상계보고서, 45면 참조.

모든 자신이 친권을 행사하고 있는 미성년인 자녀나 자신이 정신적·물질적 부양책임을 지고 있는 성년인 자녀의 이익을 위해서도 장래보호위임계약을 체결할 수 있다.¹¹⁵⁾ 이러한 장래보호위임계약은 공정증서와 사서증서의 두 가지 형태로 체결될 수 있다. 공정증서에 의한 경우 위임계약은 별도의 특별규정은 따를 필요가 없고 1인의 공증인만 있으면 충분하다.¹¹⁶⁾ 부모가 자녀의 장래보호위임계약을 체결하는 경우에는 공정증서의 형태로 하여야 한다(제477조).¹¹⁷⁾ 사서증서에 의한 경우에는 위임계약은 일정한 양식을 취하여야 하는데, 이 경우 변호사가 부서하거나 국사원의 테크레에 정한 표준에 따라야 한다.¹¹⁸⁾

이러한 장래보호위임계약은 피보호자가 자신의 능력을 회복하거나 사망한 경우, 수임인이 사망하거나 보호조치의 대상이 되는 경우, 또는 피보호자가 지불불능 상태에 이른 경우에는 이해관계인의 청구에 따른 후견법관의 해임명령에 의해 종료된다(제483조).¹¹⁹⁾

제3절 일본

1. 입법배경

우리나라보다 먼저 고령화 사회에 진입한 일본은 1995년 7월에 법무성 민사국 내에 성년후견제도문제연구회를 설치한 것을 시작으로 1997년 9월에 ‘성년후견문제연구회보고서’가 공표되었고, 다음해 4월에 ‘성년후견제도의 개정에 관한 요강시안’, 1999년 1월 26일에 법제심의회에 의한 ‘민법의 일부를 개정하는 법률안 등 요강’을 순차적으로 발표하여 법무성에서 입안작업을 한 결과 1999년 10월 29일에 국회를 통과하여 2000년 4월 1일부터 시행되기에 이르렀다.¹²⁰⁾

115) J. Klein, “Le mandat de protection future enfin opérationnel”, Actualité Juridique Famille, février 2009(n. 02/2009), p. 57.(명순구, 전계 보고서, 50면 재인용)

116) 명순구, 전계보고서, 51면.

117) 김대경, 전계논문, 118면.

118) 명순구, 전계보고서, 51면.

119) 김대경, 전계논문, 118면.

일본에서의 개정작업은 구 민법상 준금치산 및 금치산제도에 대한 비판으로부터 시작되었다. 준금치산 및 금치산제도는 판단능력이 불충분하여 단독으로 거래를 할 수 없는 자에게 행위능력을 제한함으로써 불이익한 거래로부터 재산이 상실되는 것을 방지하고, 후견인 및 보좌인을 두어 사회생활에 필요한 행위를 할 수 있도록 본인을 원조하는 제도를 말한다.¹²¹⁾ 그러나 이 제도는 본인의 잔존능력을 활용할 수 있는 방법은 강구하지 않은 채, 본인의 법률행위를 취소하는 방법만을 규정하여 본인의 의사결정능력에 있어서 자기결정권을 침해하는 결과를 초래하였다. 이로 인하여 거래 상대방의 안전을 보장할 수 없음은 물론 상대방에게 불필요한 경계심을 일으킴으로써 본인에 대하여 거래사회로부터 완전히 배제하는 결과를 가져오게 되었다. 또한 본인의 판단능력의 불충분한 정도는 매우 다양함에도 불구하고 준금치산 및 금치산제도라고 하는 두 개의 유형으로만 규정하여 금치산선고의 경우 본인의 행위는 언제나 취소할 수 있고, 독자적으로 할 수 있는 법률행위를 인정하지 않으며, 준금치산선고의 경우에도 보좌인의 동의를 요하는 등 그 법률행위에 있어서 매우 한정적이어서 이를 탄력적으로 운용할 수 없었다.

뿐만 아니라 재산의 보호라는 측면이 강하여 본인의 생활원조나 건강유지에 대한 배려가 부족하였고, 후견인이나 보좌인이 될 수 있는 자격 또한 지나치게 제한되어 배우자의 일방이 준금치산 또는 금치산선고를 받을 경우 다른 배우자가 후견인이나 보좌인으로 되는 것으로 규정하였다. 그러나 일반적으로 배우자의 일방이 고령이라면 상대 배우자도 고령일 경우가 많을 것이고, 이로 인해 그 일방 배우자가 후견인이나 보좌인으로서의 사무를 적절하게 처리할 수 없는 경우가 발생하게 된다.¹²²⁾ 또한 후견인·보좌인을 1인으로 한정하고, 법인은 후견인 또는 보좌인으로 취임할 수가 없어서 복잡화·전문화 된 현대사회에서 복수의 원조인과 전문법인을 활용할 수 있는 길이 차단되어 적절한 후견사무를 행할

120) 백승흠, 전제 “성년후견제도의 입법모델에 관한 비교법적 고찰: 독일과 일본의 유형을 중심으로”, 32면.

121) 무능력자제도는 무능력자의 재산 보전을 목적으로 하기 때문에 통상의 재산상 법률행위에 적용되는 것은 의문의 여지가 없다. 다만, 무능력자제도의 문제점은 재산을 갖지 않은 무능력자의 보호로서 기능하고 있지 않다는 점과 정형화 되어진 내용에서 대량으로 행해지는 거래와 일상 소액의 거래의 경우에 있어서 능력유무의 조사가 어렵기 때문에 거래의 안전을 해할 우려가 있다는 점을 들어 이러한 경우 무능력자제도의 적용을 배제해야 한다고 지적한다(石田喜久夫·筱塚沼次 編, 「講義 民法總則」, 青林書院, 1992, 32面).

122) 김상찬·이충은, 전계논문, 61면.

수 없게 되었다.¹²³⁾

이외에도 호적에 “금치산(또는 준금치산) 선고의 재판확정”이라는 문구가 기재되어 호적 공개의 원칙과 어우러져 기피 감정을 일으키는 점, 제도를 이용하기 위해서는 반드시 감정을 거쳐야 하는데 그 감정비용이 고액이고 그 절차에 들어가는 시간도 장시간을 요하며, 감정인을 확보하는 데에도 많은 어려움이 있다는 점, 선거권 기타 많은 자격 제한을 수반한다는 점¹²⁴⁾ 등을 이유로 현실적으로 이 제도를 이용하고자 하는 사람들이 거의 없었다.¹²⁵⁾ 이러한 문제점들로 인한 비판은 고령화 사회에 대응하고 장애인 복지의 관점에서 유연하고 탄력적이며, 이용하기 쉬운 제도로 개정하자는 요청으로 이어졌다.¹²⁶⁾ 이에 일본은 ‘이용하기 쉬운 제도’라는 목표 하에 수년간의 연구를 통하여 대륙법계의 후견제도인 ‘법정후견제도’와 영미법계의 제도인 계약에 의한 ‘임의후견제도’를 도입하게 되었고,¹²⁷⁾ 공시방법으로는 ‘성년후견등기제도’를 두어 호적에 기재하는 것을 대신하게 되었다.¹²⁸⁾

2. 성년후견제도의 특징

일본의 1999년 개정 민법은 1896년 민법상의 금치산과 준금치산의 무능력자제도를 완전히 폐지하고 법정후견제도를 보조, 보좌, 후견제도로 3분화 하였다.¹²⁹⁾ 즉, 금치산이라는 명칭을 폐지하고, 호적기재를 대신할 새로운 후견등기를 마련하여 내용적으로는 자기결정권의 존중, 잔존능력의 활용, 정상기능으로의 회복달성이라고 하는 이념하에 유연하고 탄력적이며 이용하기 쉬운 제도로서의 전환을 도모한 것이다.¹³⁰⁾ 여기에 당사자 간의 계약을 기초로 하는 임의후견제도를 더하

123) 이영식, 전계 학위논문, 101면.

124) 선거권이나 면허 등 금치산자와 준금치산자를 결격자로 하는 규정이 150종 이상에 이른다.

125) 松津節子, “最新の禁治産準禁治産事件の現状”, 「ジュリスト」, 第1141號, 有斐閣, 1998.9, 80面.

126) 오호철, “일본의 성년후견제도와 우리나라의 성년후견법안의 비교”, 「비교사법」, 통권 제42호, 한국비교사법학회, 2008.6, 298면.

127) 백승흠, “일본의 성년후견제도의 개관”, 「가족법연구」, 제16권 제1호, 한국가족법학회, 2002.6, 345면.

128) 大鷹一郎, “成年後見登録制度について”, 「ジュリスト」, 第1172號, 有斐閣, 2000.2, 37面.

129) 기존의 성년후견제도와 비교하여 상당히 혁신적이라는 의미에서 ‘새로운 성년후견제도’라고 한다(星野英一先生に聞く, “成年後見制度と立法過程”, 「ジュリスト」, 第1172號, 有斐閣, 2000.2, 참조).

130) 平田厚, 「ロースクール家族法」, 日本加除出版株式會社, 2004, 157面.

여 4종류의 지원제도로 구성하게 되었다.¹³¹⁾ 이러한 성년후견제도는 성년후견인이 사리변식능력이 불충분한 피성년후견인에 대해 일상생활의 의사결정을 보충하고, 성년피후견인의 권리를 옹호하기 위한 구조를 가지고 있으며,¹³²⁾ 단순한 재산관리뿐만 아니라 생활의 전반에 걸친 신상감독보호에 중점을 둔 제도로 기능을 하게 되었다.¹³³⁾ 이처럼 일본에서의 성년후견제도는 종래의 제도를 전면적으로 재정비하였다는 점이 특징이다.

3. 성년후견제도의 주요내용

(1) 법정후견제도

일본의 새로운 성년후견제도는 구 민법상의 금치산과 준금치산의 무능력자제도를 완전히 폐지하고 법정후견제도를 신설하여 보조, 보좌 및 후견제도로 3유형화 시켰다. 독일의 경우 종래의 성년자를 위한 후견제도 및 장애감호제도의 이원적 제도를 폐지하고, ‘성년후견’이라는 제도로 일원화¹³⁴⁾시킨 반면 일본의 경우는 프랑스 민법과 같이 다원주의를 채택한 것이다. 이처럼 다원주의를 채택한 이유는 자기결정의 존중이라는 이념과 본인의 보호라는 이념과의 조화를 위하여 각인의 다양한 판단능력 및 보호의 필요성의 정도에 대응된 유연하고 동시에 탄력적인 조치를 가능하게 하여 이용하기 쉬운 제도를 만들기 위해서이다.¹³⁵⁾ 뿐만 아니라 일원적 제도를 채택하였을 경우 실무적인 관점에서 보아도 어느 정도의 기준과 정형화의 필요성이 생길 것이고, 절차의 공평·적정의 확보라는 관점에서도 문제가 있기 때문이다.¹³⁶⁾

1) 법정후견제도의 3유형

131) 松津節子, 上掲論文, 11面.

132) 오호철, 전계 “일본의 성년후견제도와 우리나라의 성년후견법안의 비교”, 299면.

133) 阿部崇, “任意後見が擔う「自分自身」の意見決定: 自らの生き方を託す人を自らの意思で”, 「ニッセイ基礎研REPORT」, 通卷 第97號, ニッセイ基礎研究所, 2005.4, 1面.

134) 백승흠, 전계 “성년후견제도에 관한 연구 : 독일과 영국을 중심으로”, 463면.

135) 오호철, “일본의 성년후견제도의 고찰”, 「법학연구」, 제27집, 한국법학회, 2007.8, 569면.

136) 河上正二, “成年後見制度における類型論”, 「ジュリスト」, 第1141號, 有斐閣, 1998.9, 26面.

(가) 후견

일본 개정민법에서는 구 민법상의 금치산제도를 대신하여 후견제도를 두었다. 후견은 정신상의 장애에 의해 사리변식능력을 항상 상실하고 있는 자를 대상으로(일본 민법 제7조), 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 미성년후견인, 미성년후견감독인, 보조인, 보조감독인 또는 검사의 청구에 의해 가정법원의 심판으로 성년후견인을 선임함으로써 피성년후견인을 성년후견인으로부터 조력을 받게 한다. 법정후견인은 후견개시에 의하여 피성년후견인의 법률행위에 대한 포괄적 대리권과 취소권을 갖는다(동법 제9조, 제859조). 이러한 점에서 종래의 금치산제도와 차이가 없다는 주장이 있기는 하지만,¹³⁷⁾ 판단능력이 완전히 상실한 경우에도 일상생활에 관한 행위를 취소의 대상에서 제외시킴으로써 피성년후견인 본인의 자존심과 자기결정권이 존중된다는 점에서 차이가 있다(동법 제9조 단서).¹³⁸⁾

(나) 보좌

보좌는 종래의 준금치산제도를 개정한 것으로 정신상의 장애로 사리변별력이 현저히 불충분한 자에 대하여(심신박약자) 보좌인의 동의를 얻은 후 법률행위를 할 수 있도록 조력하는 것을 말한다. 종래의 준금치산제도는 낭비자도 요건으로 하고 있었으나, 새로운 성년후견제도에서는 낭비자를 요건으로 하지 않는데, 다만 낭비자 중에서도 사리변별능력이 불충분한 자만을 보호 대상으로 하였다.¹³⁹⁾

본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 후견감독인, 보좌인, 보좌감독인 또는 검사는 보좌심판을 청구할 수 있고, 가정법원은 보좌개시 심판을 함과 동시에 본인을 위하여 보좌인을 선임하여야 한다. 보좌인이 선임되면 본인이 실시하는 중요한 재산행위에 대하여 보좌인의 동의를 얻어야 하고,¹⁴⁰⁾ 보좌인이 본인의 이익을 해할

137) 小川秀樹, “新しい成年後見制度の概要”, 「ジュリスト」, 第11172號, 有斐閣, 2000.2, 19面.

138) 김상찬·이충은, 전계논문, 63면.

139) 성년후견제도연구회, 전계 “외국 성년후견제도의 비교법적 검토”, 113면.

140) 일본민법 제13조 제1항에서는 ①원금을 수령 또는 이용하는 것, ②차재 또는 보증하는 것, ③부동산 기타 중요한 재산에 관한 권리의 득실을 목적으로 하는 행위를 하는 것, ④소송행위를 하는 것, ⑤중여, 화해 또는 중재계약을 하는 것, ⑥상속의 승인 혹은 포기 또는 유산의 분할을 하는 것, ⑦중여 혹은 유

염려가 없음에도 불구하고 동의하지 아니하는 행위에 대해서는 본인은 가정법원의 청구에 의하여 허가를 얻어야 한다(동법 제13조 제3항). 보좌인의 동의를 얻지 아니하거나 가정법원의 허가를 얻지 아니한 행위에 대하여 본인, 보좌인 또는 승계인은 이를 취소할 수 있고(동법 제13조 제4항, 제120조 제1항),¹⁴¹⁾ 본인 이외의 자의 신청에 의하여 대리권부여의 심판을 하는 경우에는 자기결정권 존중의 이념에 따라 본인의 동의를 얻어야 한다(동법 제13조 제2항). 대리권부여의 심판을 할 때에는 보좌인은 당해 심판에 의해 정해진 특정의 법률행위에 대하여 법정대리권을 가지고, 본인을 대신하여 당해 법률행위를 할 수 있다.¹⁴²⁾

(다) 보조

보조제도는 정신상의 장애로 인하여 사리 변별력이 불충분한 사람에게 조력하는 제도로 피후견인이나 피보좌인의 정도에 이르지 않는 가벼운 정신상의 장애 상태에 있는 사람을 대상으로 한다. 치매환자, 지적 장애인, 정신 장애인, 자폐증 등이 그 대표적인 예이다. 이는 구 민법상 금치산제도 및 준금치산제도에 없었던 제도로 일본이 성년후견제도를 도입하면서 새로이 신설된 제도이다. 보조제도에 의하면 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 후견감독인, 보조인, 보조감독인 또는 검사의 청구에 의하여 가정법원이 보조개시의 심판과 함께 본인을 위하여 보조인을 선임하고, 당사자의 신청에 의해 선택된 ‘특정한 법률행위’에 대한 심판을 통해 보조인에게 대리권 또는 동의권 및 취소권을 부여한다(동법 제16조 제1항, 제876조의 9 제1항). 이 심판을 하기 위해서는 자기결정권의 존중이라는 관점에서 본인의 신청 또는 본인 이외의 자가 신청하는 경우에는 본인의 동의가 있어야 한다. 즉, 본인의 의사에 반하는 보조개시는 타당하지 않으므로 본인의 동의를 심판의 요건으로 삼고 있는 것이다(동법 제14조 제2항, 제16조 제2항, 제876

증을 거절 또는 부담부의 증여 혹은 유증을 승낙하는 것, ⑧신축, 개축, 증축 또는 대수선을 하는 것, ⑨같은 법 제602조에서 정한 기간을 초과하는 임대차를 하는 것은 보좌인의 동의를 요한다고 하고 있다.

141) 준금치산자가 보좌인의 동의를 얻지 아니한 법률행위의 취소권자는 준금치산자 본인, 그 승계인 또는 임의대리인만으로 되어 있기 때문에 준금치산제도는 실효성을 경감한다고 지적되었으나, 1999년 민법 개정에서 ‘동의를 하는 것을 할 수 있는 자’로 규정하여 보좌인도 취소권자에 부가되게 되었다(이영식, 전제 학위논문, 105면).

142) 이영식, 상계 학위논문, 105면.

조의 9 제2항).

보조인의 대리권의 대상으로 된 ‘특정한 법률행위’는 일본 민법 제12조 제1항에서 정한 행위의 일부에 한한다(동법 제16조 제1항 단서). 그 이유는 피보조인의 잔존 판단능력의 정도에 따라 각 유형의 대상자에게 걸맞는 맞춤형의 보호내용과 범위를 보조제도 안에서 소화하기 위해서는 보좌의 대상자보다 높은 판단능력을 가지는 피보조인에게 보좌이상의 행위능력을 제한하는 것은 타당하지 않기 때문이다.¹⁴³⁾

보조는 보조개시 심판에 의하여 대리권 또는 동의권이 당연하게 발생하는 것은 아니고, 보조개시 심판과 별도로 대리권 부여의 심판 또는 동의권 심판을 청구하여야 하므로 이들을 동시에 행하여야 한다(동법 제14조 제3항). 대리권 부여의 심판을 받은 경우에는 보조인은 본인을 대신하여 법률행위를 할 수 있고, 동의권 부여의 심판을 받은 경우에는 본인은 보조인의 동의를 얻어야만 법률행위를 할 수 있다. 이 경우 보조인의 동의를 얻지 못한다면 본인 또는 보조인은 그 행위에 대해 취소를 할 수 있다. 또한 대리권 및 동의권의 필요성이 없어지게 될 경우에도 그 부여의 취소를 구할 수 있고, 모든 대리권 및 동의권의 부여가 취소되면 보조개시의 심판도 취소된다.¹⁴⁴⁾

한편, 보조인에게 대리권이 부여되는 ‘특정한 법률행위’에는 재산관리에 관한 법률행위뿐만 아니라 신상감호에 관한 법률행위가 포함되며, 이에 기하여 발생한 분쟁에 대한 소송행위도 포함된다.¹⁴⁵⁾

2) 각 유형간의 관계

보좌개시의 심판 또는 보조개시의 심판을 받고 있는 본인에 대하여 치매 등과 같은 상황변화가 있어 가정법원으로부터 후견개시의 심판을 받을 경우에는 각 유형 상호 간의 조정을 도모하기 위하여 그 본인에게 내려진 보좌개시의 심판 또는 보조개시의 심판을 취소하여야 한다(동법 제19조 제1항). 또한 정신상황의

143) 이영식, 전계 학위논문, 106면.

144) 오호철, 전계 “일본의 성년후견제도의 고찰”, 570면.

145) 성년후견제도연구회, 전계 “외국 성년후견제도의 비교법적 검토”, 115면.

변화로 인하여 보좌개시의 심판 또는 보조개시의 심판을 받은 본인이 피후견인 또는 피보좌인 심판을 받은 경우에도 동일하다(동법 제19조 제2항).¹⁴⁶⁾

3) 후견제도 및 보좌제도의 개정

(가) 배우자 법정후견인 제도의 폐지

일본 구 민법 제840조에 의하면 배우자 있는 금치산자 또는 준금치산자가 그 선고를 받을 때에는 상대 배우자가 후견인이 된다고 하였다. 통설¹⁴⁷⁾에 따르면 이미 후견인이 있는 금치산자가 혼인을 할 때에는 배우자후견에 의하여 기존 후견인은 그 지위를 상실한다고 하였다. 그러나 치매성 고령자 등의 경우에 배우자도 고령인 경우가 일반적이므로 반드시 배우자 일방이 후견인·보좌인이 되는 것이 항상 적당한 것은 아니라고 볼 수 있다.¹⁴⁸⁾ 이에 일본은 개정민법에서는 이 규정을 삭제하고, 가정법원이 개개의 사안에 따라 책임자를 성년후견인으로 선임할 수 있도록 하였다(동법 제843조). 가정법원에서 친족이 적당하지 않다고 판단되는 경우에는 법률전문가나 복지전문가가 선임되는 일 등을 고려하도록 하였다. 그리고 그 선임에 있어서는 피성년후견인의 심신상태, 생활 및 재산상황, 성년후견인이 되는 자의 직업 및 경력, 피성년후견인과 이해관계의 유무, 성년후견인의 의견과 기타 일체의 사정을 살펴보도록 하였다. 이 요건들은 본인과 이해상반의 우려가 있는 개인 또는 법인의 경우는 배제시키고, 자기결정의 존중이라는 관점에서 가능한 한 본인의 의사를 존중하려는 취지에서 규정된 것이다.¹⁴⁹⁾

(나) 후견인 수 및 후견인 자격의 확대

후견인의 수를 일률적으로 1인으로 한정하고 있었던 구 민법을 개정하여 후견

146) 이영식, 전계 학위논문, 106면.

147) 中川高男, 「親族相統法講義」, ミネルヴァ書房, 1994, 268面.

148) 法務省民事局參事務室, “成年後見制度の改正に関する要綱草案の概要”, 「ジュリスト」, 第1141號, 有斐閣, 1998.9, 8面.

149) 이 규정은 예시열거조항이므로 가정법원은 개개의 사안에 따라 ‘기타 일체의 사정’을 고려하게 된다(백승흠, 전계 “일본의 성년후견제도의 개관”, 348면).

인의 수를 1인으로 제한하는 경우를 미성년후견인에만 한정하고, 성년후견인의 경우에는 그 수를 제한하지 않고 복수의 후견을 둘 수 있도록 명문화 하였다. 즉, 직무범위를 공동으로 하거나 또는 사무의 분장을 정하여 이를 조정할 수 있는 근거규정을 둠으로써 후견사무의 적정성을 위하여 유연하게 대처하고 있다.¹⁵⁰⁾ 또한 법인의 경우에도 성년후견인이 될 수 있도록 하여 다양한 후견 등의 수요에 따를 수 있게 되었다. 성년후견인 등에 선임될 수 있는 법인으로는 사회복지협의회, 복지관계의 공익법인, 사회복지법인, 신탁은행 등이 있다.¹⁵¹⁾ 이 외에도 개정민법은 자기결정의 존중 및 신상감호의 중요성을 고려하여 성년후견인 등은 그 사무를 함에 있어서 본인의 의사를 존중하고, 본인의 심신의 상태 및 생활상황을 배려하여야 한다는 일반규정을 두었으며(동법 제858조), 특히 신상감호와 관련하여 본인의 거주환경의 변화가 그 심신 및 생활에 미치는 영향의 중대함을 고려하기 위하여 성년후견인 등에 의한 본인의 거주용 부동산의 처분에 관해서는 가정법원의 허가를 요하는 것으로 규정하였다(동법 제859조의 3).¹⁵²⁾

(다) 신상배려의무 및 본인 의사의 존중

구 민법의 법정후견은 그 대상에 있어서 재산관리에 편중되어 있었고, 이용자의 신상 측면 즉, 이용자의 건강이나 생활, 복지 측면의 배려는 등한시 되고 있었다.¹⁵³⁾ 그러나 개정민법은 후견사무의 내용으로서 의료계약, 주거에 관한 계약, 시설업소계약, 개호계약, 교육·재활에 관한 계약 등의 이른바, 신상감호사항을 중시하게 되었다.¹⁵⁴⁾ 즉, 일본 민법 제858조는 “성년후견인은 성년피후견인의 생활, 요양간호 및 재산의 관리에 관한 사무를 행함에 있어서는 성년후견인의 의사를 존중하고, 나아가 그의 신상상태 및 생활의 상황을 배려하여야 한다”고 규정하여 신상감호와 재산감호에 있어서 성년피후견인의 의사를 존중할 것을 강조하고 있다. 또한 신상감호의 한 행위유형으로서 성년피후견인을 대리하여 성년후견

150) 이영식, 전계 학위논문, 107면.

151) 岩井伸晃, “補助制度の新設の意義と機能”, 「ジュリスト」, 第1172號, 有斐閣, 2000.2, 27面.

152) 백승흠, 전계 “일본의 성년후견제도의 개관”, 349면.

153) 新井誠, “成年後見制度の理念と實際”, 「法學セミナー」, 第575號, 日本評論社, 2002.11, 43面.

154) 오호철, 전계 “일본의 성년후견제도의 고찰”, 574면.

인이 주거용 건물 및 대지의 매각, 임대, 임대차의 해제 또는 저당권의 설정 기타 이에 준하는 처분행위를 함에 있어서는 가정법원의 허가를 얻도록 규정하고 이를 피보좌인 및 피보조인의 경우에도 준용하고 있다.¹⁵⁵⁾

(라) 감독 체제의 충실

구민법에서는 행위무능력자의 재산관리 등에 관한 감독기관으로서 후견감독인 제도를 두는 것에 그쳤으나, 개정 민법에서는 성년후견인의 경우뿐만 아니라 보좌인 및 보조인의 경우에도 성년후견감독인, 보좌후견감독인, 보조감독인 제도를 두어 가정재판소가 필요하다고 인정될 경우에 일정한 자에 의하여 또는 직권으로 선임하도록 하여 감독기능의 충실을 도모하고 있다.¹⁵⁶⁾

(2) 임의후견제도

임의후견제이란 넓은 의미에서 본인이 현재는 건강하지만 나중에 치매 등으로 판단능력이 저하되고 원조가 필요할 경우를 대비하여 미리 원조의 수단 및 방법을 정해 두는 제도로서 ‘임의후견계약에 관한 법률’(이하 ‘임의후견법’이라 칭함)에 의하여 창설된 제도이다. 이는 법정후견제도와는 달리 본인이 판단능력을 상실하기 전에 취하는 사전적 조치로써 피후견인이 자기의사에 의하여 결정되는 계약이라는 점에서 적극적인 후견제도라고 한다.¹⁵⁷⁾ 이러한 임의후견제도는 치매 등으로 원조를 필요한 경우를 대비하기 위한 제도이므로 본인이 의사능력을 상실한 후에도 원조자가 대리권을 계속 할 수 있는 것을 전제로 한다.¹⁵⁸⁾

1) 임의후견계약의 체결

임의후견계약은 본인이 임의후견인에 대하여 위탁하는 이른바, 위임계약¹⁵⁹⁾으

155) 이영식, 전계 학위논문, 108면.

156) 오호철, 전계 “일본의 성년후견제도의 고찰”, 574면.

157) 송호열, “성년후견법제에 관한 연구”, 동아대학교 대학원 박사학위논문, 2003.2, 165면.

158) 이영식, 전계 학위논문, 109면.

로 가정법원이 임의후견감독인을 선임한 때로부터 계약의 효력이 발생한다(동법 제2조 제1호). 즉, 위임자가 의사능력을 상실하는 것을 정지조건으로 하거나 일정한 연령에 도달하는 시기를 기한으로 하여 임의후견계약의 효력을 발생하기로 하는 계약은 무효이다.¹⁶⁰⁾ 임의후견계약에서 본인이라 함은 임의후견법 제2조 제2호에서 규정하고 있는 위임자를 말하고, 임의후견수임자라 함은 동법 제2조 제3호에 의한 임의후견감독인이 선임되기 전의 임의후견계약의 수임자를 말한다.¹⁶¹⁾ 임의후견계약을 체결할 것인가는 본인의 자유이고, 후견인의 선임과 위임, 사무의 범위와 내용의 결정도 본인의 의사에 의하여 행하여지지만 그 사무는 법률행위에 한정되고, 일상의 개호노동을 행하는 것과 시설 입소 시에 보증인으로 되는 것 등의 사실행위는 포함되지 않는다.¹⁶²⁾ 또한 임의후견인에게 부정행위, 현저한 나쁜 행실 그 외 그 임무에 적절하지 않는 사유가 있을 때는 가정법원은 임의후견감독인, 본인, 그 친족 또는 검사의 청구에 의하여 임의후견인을 해임할 수 있다(동법 제8조). 한편, 임의후견계약은 법무부령이 정하는 양식의 공정증서에 의해 체결하여야 한다(동법 제3조).

2) 임의후견감독인의 선임 및 직무

임의후견계약이 등기된 경우에 정신상의 장애에 의해 본인의 판단능력이 불충분한 때에는 임의후견수임인에게 부적당한 사유가 있는 경우를 제외하고, 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족 또는 임의후견수임자의 신청에 의하여 가정법원은 임의후견감독인을 선임한다. 이 경우 가정법원은 본인의 정신상의 상황에 대하여 의사의 진단결과 및 기타 적절한 자의 의견을 청취하여야 한다.¹⁶³⁾ 또한 임의후견감독인을 선임함에 있어서는 본인의 신청 또는 동의를 요하는데, 이는 본인에

159) 임의후견계약은 실체면에서는 본인의 후견사무를 위임하고, 가정법원이 임의후견감독인을 선임한 때부터 계약의 효력이 발생한다는 특약을 붙이는 것이고(임의후견계약법 제1조), 절차면에서는 공정증서에 의한 요식행위인 것이다(동법 제3조). 이러한 점이 임의대리의 위임계약과 구별된다(小賀野晶一, 「成年身上監護制度論」, 有信社, 2000, 318-319면).

160) 原司, “任意後見制度について”, 「ジュリスト」, 第1172號, 有斐閣, 2000.2, 32면.

161) 오호철, 전제 “일본의 성년후견제도의 고찰”, 575면.

162) 原司, 前掲論文, 36면; 北野俊光, “高齢者支援の手段としての任意後見契約”, 「法律時報」, 第77卷 第5號, 日本評論社, 2005.5, 61면.

163) 이영식, 전제 학위논문, 111면.

게 자기결정권을 존중하기 위한 취지이고, 임의후견인과 밀접한 관계가 있는 자는 감독업무를 수행하기 부적당한자로 보기 때문에 임의후견수임자 또는 임의후견인의 배우자, 직계혈족, 형제자매는 임의후견감독인이 될 수 없다(동법 제5조).¹⁶⁴⁾ 임의후견감독인의 자격에 대해서는 법률상 아무런 제한이 없지만 일반적으로 본인의 심신상태와 생활 및 재산의 상황이나 감독인이 되는 사람의 직업, 경력이나 본인과의 이해관계의 유무 등 모든 사정을 고려하여야 한다. 또한 임의후견감독인의 인원수에는 제한이 없으며, 법원에서 선임하는 것도 가능하다.¹⁶⁵⁾

임의후견감독인은 임의후견인의 사무를 감독하고 그 사무에 관하여 가정법원에 정기적으로 보고하는 것을 주된 직무로 하며, 급박한 사정이 있는 경우에 임의후견인의 대리권의 범위 내에서 필요한 처분을 명할 수 있다. 임의후견인 또는 그 대표하는 자와 본인과의 사이에 이익이 상반되는 행위에 대하여는 본인을 대표하기도 하고,¹⁶⁶⁾ 임의후견인에게 언제든지 사무의 보고를 요구하고 임의후견사무 또는 본인의 재산 상황을 조사할 수 있다.

3) 법정후견과의 관계

임의후견인과 법정후견인과의 관계는 본인의 자기 결정을 존중하는 측면에서 양자의 권한이 저촉되거나 중복되는 것을 피하기 위하여 임의후견계약이 체결되고 있는 경우에는 원칙적으로 임의후견에 의한 보호를 우선시킬 필요가 있다.¹⁶⁷⁾ 따라서 임의후견계약이登記되어 있는 경우에는 가정법원은 원칙적으로 법정후견개시 심판을 할 수 없고, 본인의 이익을 위하여 특히 필요하다고 인정될 때에 한하여 법정후견개시의 심판을 할 수 있다(동법 제10조 제1항). 이 경우 임의후견감독인이 선임된 후 법정후견개시의 심판을 받는 경우에는 이미 효력을 발생하고 있는 임의후견계약은 당연히 종료하게 된다(동법 제10조 제3항). 또한 임의후견에서 법정후견으로의 원활한 이행을 가능하게 하기 위하여 임의후견수임자, 임의후견자 또는 임의후견감독인은 법정후견개시의 심판청구를 할 수 있도록 하

164) 김상찬·이충은, 전계논문, 66면.

165) 오호철, 전계 “일본의 성년후견제도의 고찰”, 577면.

166) 이영식, 전계 학위논문, 112면.

167) 송호열, 전계 학위논문, 169면.

였다(동법 제10조 제2항).¹⁶⁸⁾

(3) 성년후견등기제도

구 민법상의 성년후견제도로는 금치산제도와 준금치산제도가 있다. 이 제도는 금치산선고 및 준금치산선고를 받을 경우 본인의 호적에 기재를 함으로써 본인 또는 그 가족구성원들에게 심한 저항감을 불러오게 하였고, 이는 법정후견제도의 하나인 보조제도나 임의후견제도에서의 보조인 및 임의후견인에게 부여하는 다양한 권한을 공시할 방법으로는 충분하지 못하다는 비판이 있었다. 이에 일본은 1999.12.8. ‘후견등기 등에 관한 법률’(이하 ‘후견등기법’이라 칭함)을 제정하여 2000.4.1.부터 시행하기에 이르렀다.¹⁶⁹⁾ 후견등기법에 의하면 “민법에 규정된 후견(후견개시심판에 따라 개시된 경우에 한함), 보좌 및 보조에 관한 등기 및 임의후견계약에 관한 법률에 규정된 임의후견계약의 등기에 대해서는 다른 법령에서 정한 경우를 제외하고는 이 법률의 규정에 따른다”고 규정하여 민법상의 후견, 보좌, 보조에 대한 등기 이외에도 임의후견계약에 대한 등기까지 포괄적으로 공시방법을 정하고 있다.¹⁷⁰⁾

새로이 시행되는 성년후견제도에 있어서 성년후견등기제도는 호적에 기재하는 것이 아니라 이를 대신하는 새로운 등기제도로서, 거래 안전과 본인의 프라이버시 보호 요청을 조화시키기 위해 등기정보의 열람을 청구할 수 있는 자를 일정한 자에 한정하는 등 부동산등기제도와 같은 기존의 등기제도와는 다른 특색을 가지고 있다.¹⁷¹⁾

후견등기법에 의한 등기사무는 법무대신이 지정하는 법무국이나 지방법무국 또는 지국이나 출장소가 등기소로서 전자정보처리조직에 의하여 취급하도록 하고 있고(동법 제2조), 등기는 촉탁 또는 신청¹⁷²⁾에 의하여 자기디스크를 가지고

168) 성년후견제도연구회, 전제 “외국 성년후견제도의 비교법적 검토”, 123-124면.

169) 김상찬·이충은, 전제논문, 67면.

170) 이영식, 전제 학위논문, 114면.

171) 大鷹一郎, 前掲論文, 37面.

172) 등기는 원칙적으로 법원등기관 또는 공증인의 촉탁에 기하여 행해지고, 신청에 기하여 행해지는 등기는 변경 또는 종료의 등기 등의 일부에 한정된다. 이것은 원칙적으로 당사자의 신청에 의해 등기를 하는 부동산등기제도 등 다른 등기제도와는 다른 특색이라고 한다(大鷹一郎, 前掲論文, 39-40面).

만든 후견등기 등 파일에 후견, 보좌, 보조 또는 임의후견계약의 내용 등의 필요 사항을 기록하며(동법 제4조, 제5조), 등기정보의 개시에 있어서는 등기관이 후견 등기 등 파일 또는 폐쇄등기파일에 기록되어 있는 사항을 증명한 등기사항증명서 또는 폐쇄등기사항증명서를 교부하는 것에 의하여 행하는 것으로 등기사항증명서 등의 교부를 청구할 수 있는 자는 본인, 성년후견인, 성년후견감독인, 임의 후견인, 임의후견감독인 등 일정한 자에 한정되고 있다(동법 제10조).¹⁷³⁾



173) 최문기, 전계논문, 56면.

제4장 성년후견제도의 개정안 검토 및 과제

현행 무능력자제도는 개개인의 구체적인 판단능력과 보호필요성의 정도에 따라 탄력적으로 운영되어야 함에도 불구하고 그렇지 못하고 있다.¹⁷⁴⁾ 앞에서 살펴 보았듯이 ‘한정치산자’ 또는 ‘금치산자’라는 부정적인 용어사용과 구호적 부상이나 가족관계등록부의 공시로 야기되는 사회적 편견 등으로 인해 이를 이용하는 경우가 거의 없다는 비판이 제기되었다. 또한 과학기술의 발달로 인해 사회는 이미 고령화 사회로 진입하였으며, 교통사고 및 산업재해 등으로 인한 심신장애인들의 증가는 판단능력이 저하된 사람들에게 대한 보호의 대한 필요성을 대두시키게 되었다. 이에 법무부는 현행 행위능력제도의 대안으로서 성년후견제도를 도입하고자 그 개정안을 제시하게 되었다.¹⁷⁵⁾

이하에서는 법무부 민법 일부개정법률안의 성년후견제도에 관한 기본원칙과 주요내용을 검토하고, 향후의 과제를 제시하려 한다.

제1절 개정안의 기본원칙

법무부는 2009년 9월 18일 현행 금치산제도 및 한정치산제도 대신 성년후견제도를 새로 도입하는 민법 일부개정법률안을 입법예고하였다. 새로운 성년후견제도는 본인의 의사와 잔존능력을 최대한 존중하고, 보호대상을 재산행위 외에 치료, 요양 등 복리 영역까지 확대하는 한편, 법인·복수 후견인과 후견감독인제도를 신설하여 후견의 내실화, 전문화를 도모하고, 후견인이 후견의 내용을 스스로 정할 수 있는 후견계약을 도입한 것이 특징이다.¹⁷⁶⁾

174) 윤철홍, “한국민법의 개정작업과 과제”, 「법학논총」, 제23집, 숭실대학교 법학연구소, 2010.2, 120면.

175) 법무부안 이외에도 나경은의원이 대표발의한 ‘장애성년후견법안’, 박은수의원이 대표발의한 ‘민법 일부개정법률안’, 신학용의원이 대표발의한 ‘민법 일부개정법률안’과 ‘임의후견에 관한 법률안’, ‘후견등기에 관한 법률안’ 등이 국회에 상정되어 있다.

개정안의 성년후견제도는 성년후견이 필요한 곳에 있어서는 필요한 만큼만, 그리고 성년후견 이외의 것으로 원조할 수 있는 방법이 마련되어 있다면 우선 그 방법에 의하고 아무런 방법이 없는 경우에만 보충적으로 이용되는 것으로서(필요성의 원칙과 보충성의 원칙), 자기결정(자율)의 존중, 신상보호의무, 잔존능력의 활용, 보편화이념, 애드보커시(advocacy) 등을 기본이념으로 하고 있다.¹⁷⁷⁾

1. 자기 결정의 존중

자기결정의 존중이란 신상의 보호와 함께 성년후견제도의 기본이념이 되는데, 성년후견인 등은 본인의 생활, 요양 감호 및 재산의 관리에 관한 사무를 함에 있어서 성년피후견인 등의 의사를 존중하는 한편 그 심신상태 및 생활을 고려하지 않으면 안 된다는 것을 말한다.¹⁷⁸⁾ 즉 의사결정능력이 취약한 상태에서도 가능한 스스로의 결정을 존중하고, 보호자가 요보호성년을 대신하여 의사결정을 하는 순간에도 평소 요보호자의 가치관, 세계관, 감정을 존중하는 결정이 이루어져야 한다는 기본원칙이다.¹⁷⁹⁾ 가령 후견에 임하는 사람이라고 하더라도 일용품의 구입 등 일상생활에 필요한 범위의 행위에 대하여 단독으로 하여도 취소할 수 없으므로 확정적으로 유효한 행위를 할 수 있다는 것이다.¹⁸⁰⁾

신상의 보호라고 하는 것은 성년후견인 등이 재산관리 및 신상보호사무를 함에 있어서 성년피후견인 등의 심신의 상황 및 생활의 상황을 고려하지 않으면 안 될 의무를 말한다. 신상 보호의 기본적 성격은 성년후견인 등이 본인의 신상면에 관해 부담해야 할 선관주의의무라고 하기 때문에 모든 유형의 성년후견인 등이 본인의 신상보호를 고려해야 할 의무를 진다.¹⁸¹⁾

2. 잔존 능력의 활용

176) 법무부 보도자료, 2009년9월30일자 참조.

177) 개정안의 기본원칙에 대해서는 주로 백승흠, 전계 “성년후견제도의 도입과 과제”, 24-25면 참조.

178) 백승흠, 상계논문, 24면.

179) 제철웅, 전계논문, 137면.

180) 이영식, 전계 학위논문, 36-37면.

181) 백승흠, 전계 “성년후견제도의 도입과 과제”, 24면.

잔존 능력의 활용은 아무리 판단능력이 불충분한 사람이라고 하더라도 누구에게나 잔존능력은 남아 있으므로 이를 활용해야 한다는 이념이다. 즉, 고령자 등이 주체적으로 자신이 원하는 노후를 보내기 위해서는 자신의 능력을 활용하는 것이 필요하다는 사고방식을 말한다. 이는 자신의 노후를 신뢰할 수 있는 사람에게 위탁하고, 자신의 잔존 능력을 활용하는 임의후견제도를 이용하는 등의 다양한 형태로 활용될 수 있다.¹⁸²⁾ 또한 성년후견의 피보호자의 판단능력은 일시적으로 상실하거나 일정수준으로 급격히 저하되는 경우보다는 대부분 단계적으로 점차 판단능력이 저하된다. 따라서 피보호자가 본인 보호에 필요한 범위에서 후견의 범위를 정하고, 경우에 따라 본인의 의사능력의 정도에 따라 구체적인 후견의 범위를 변경할 수 있어야 한다. 이로써 후견제도는 본인의 부족한 능력을 보충해주면서 본인의 권리와 자치를 동시에 실현할 수 있게 된다.¹⁸³⁾

3. 보편성(Normalization)의 실현

보편성 이념이란 장애를 지닌 사람을 차별하는 일 없이 가능한 한 지금까지와 마찬가지로 가정이나 지역에서 보통생활이 가능하도록 생활을 보장하는 것이다.¹⁸⁴⁾ 즉, 고령자나 장애자들의 능력을 박탈하지 않고 계속해서 이들을 지원한다는 개념이다. 이러한 이념으로 고령자나 장애자들도 사회구성원의 하나로써 생활할 수 있도록 하여 실질적인 인격존중이 실천될 수 있다.¹⁸⁵⁾

또 애드보커시(advocacy)는 본인의 신상에 관한 이익을 주장하는 것을 보조하거나, 본인의 신상에 관한 이익을 대변하는 것을 말하며, 본인(성년피후견인 등)이 인지증 등으로 말하고 싶어도 말할 수 없는 것을 대변하는 것이나 노인성 폐렴 등으로 긴급하게 입원할 필요가 있을 때는 성년후견인 등이 보조하거나 대변하여 본인의 건강에 배려하는 것이다.¹⁸⁶⁾

182) 백승흠, 전제 “성년후견제도의 도입과 과제”, 25면.

183) 신은주, “우리나라에서 성년후견제도의 도입”, 「한국의료법학회지」, 제17권 제2호, 한국의료법학회, 2009.12, 40면.

184) 이상욱, 전제논문, 36면.

185) 신은주, 전제논문, 40면.

186) 백승흠, 전제논문, 25면.

제2절 개정안의 주요내용

1. 다원론의 채택

성년후견제도의 입법유형은 크게 일원론과 다원론으로 나뉜다. 일원론은 후견인의 종류를 성년후견인 하나로 보고 개인의 후견내용을 가정법원에서 결정하여 탄력적으로 운영하는 것이며, 다원론은 요보호자의 판단능력과 신체기능에 따라 여러 가지 후견 내용 중 알맞은 것을 제공하는 유형이다. 독일이나 오스트리아와 같이 성년후견의 개시요건을 일원화하고 법원에서 그에 적합한 보호조치를 적절히 결정하는 일원적 탄력화형이 전자에 해당하고, 프랑스나 일본과 같이 성년후견의 개시요건을 몇 가지 유형으로 정해 놓고 그에 적합한 보호조치도 유형별로 미리 정해져 있는 다원적 탄력화형이 후자에 해당한다.¹⁸⁷⁾

현행 민법상 행위무능력자제도는 그 요건 및 적용범위가 형식적, 획일적 기준에 의해 결정됨으로써 요보호성년자의 잔존능력과 상관없이 획일적으로 행위능력을 제한하여 보호의 필요성이 강조되고 있는 고령자나 지적장애인 등에 대한 제도의 탄력적 운용을 저해하고 있다.¹⁸⁸⁾ 이러한 비판을 통해 개정안은 다원론 형식을 채택하여 ①질병, 노령 기타의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 지속적으로 결여된 자(성년후견-개정안 제9조), ②사무를 처리할 능력이 부족한 자(한정후견-개정안 제12조), ③일시적 또는 특정한 사무에 관한 후원이 필요한 자(특정후견-개정안 제14조의2)로 그 적용대상을 확대하였으며,¹⁸⁹⁾ 피후견인의 행위유형에 대해서도 요보호성년자의 의사(개정안 제9조 2항) 및 장애의 정도를 고려하여 가정법원이 이를 결정(개정안 제13조 1항)할 수 있도록 개정하였다. 이는 그동안 금치산·한정치산제도의 이용 대상자가 심신상실, 심신박약

187) 이에 관한 자세한 내용에 관해서는 백승흠, “성년후견제도의 입법방향”, 「민사법학」, 제18호, 한국민사법학회, 2000.5, 196면 이하; 백승흠, “현행 성년자 보호를 위한 제도의 문제점과 대안으로서의 성년후견제도”, 「민사법학」, 제24호, 한국민사법학회, 2003.9, 413면 이하 참조.

188) 김대경, 전계논문, 132면.

189) 김형석, “민법 개정안에 따른 성년후견법제의 도입”, 「보다 나은 민법전을 위하여-양국 민법 총칙편의 검토」, 민법개정한일공동심포지움 자료집, 2009, 27면.

으로 한정하고 잔존능력과 상관없이 획일적으로 행위능력을 제한하며 용어자체가 부정적인 이미지를 내포하고 있는 이유로 제도의 이용이 저조하여, 현행 금치산·한정치산제도를 수요자의 필요에 따른 맞춤형 지원제도인 성년후견·한정후견·특정후견제도로 전면 개정하였다.¹⁹⁰⁾

개정안은 현행 행위무능력자제도와와의 제도적 연속성을 고려하여 형식적으로는 범주적 유형적 보호제도(다원론)를 취하면서도, 실질적으로는 각 유형을 매우 탄력적인 것으로 규정함으로써 유형 간 단절이 없는 보호의 연속성을 유지할 수 있도록 설계하였다.¹⁹¹⁾

2. 신상보호 규정의 도입

개정안 제947조에서는 ‘성년후견인은 피성년후견인의 재산관리 및 신상보호에 있어 제반사정을 고려하여 그의 복리에 부합하는 방법으로 사무를 처리해야 한다. 특히 성년후견인은 피성년후견인의 복리에 반하지 아니하는 한 피성년후견인의 의사를 존중하여야 한다’라고 규정하였다. 즉, 성년후견인의 직무범위는 피성년후견인의 재산관리뿐만 아니라 신상보호영역까지 확대되었으며, 복리에 반하지 않는 한 피성년후견인의 자기결정권을 존중하기 위하여 피성년후견인의 의사를 존중해야 한다.¹⁹²⁾ 또한 치료 목적으로 피성년후견인을 정신병원 그 밖의 다른 장소에 격리하기 위해서는 가정법원의 허가를 얻어야 하며, 의료행위의 결과 사망하거나 상당한 장애를 입을 위험이 있는 중대한 의료행위에 대해서는 피후견인의 동의를 구할 수 없는 경우 가정법원의 허가를 얻어야 한다(개정안 제947조의2 제2항). 신상에 관한 결정에 대해서는 무엇보다도 피성년후견인의 의사가 우선되어야 하고, 성년후견인은 그 의사의 파악에 노력해야만 한다. 따라서 성년후견인은 피성년후견인과 늘 대화하면서 그의 희망이나 의사를 파악하도록 해야 한다.

그렇지만 동의를 요하는 의료행위는 모두 신체침습을 수반하는 것이므로 그

190) 법무부 민법일부개정법률안 제안이유 참조.

191) 박인환, 전계논문, 41면.

192) 김대경, 전계논문, 133면.

중에서 사망이나 장애의 리스크가 있는 의료행위만을 구별하여 가정법원의 동의를 받을지 여부를 결정하는 것은 성년후견인에게 있어서도, 의료행위를 수행하는 의료기관의 입장에서조차 쉽지 않은 일이다. 법적 안정성을 위하여는 의학적 검토를 거쳐 가정법원의 동의가 필요한 의료행위의 유형을 미리 정하여 널리 알 수 있게 함으로써, 성년후견인이나 의료기관의 자의적 판단에 따른 배상책임의 리스크를 제거하여 줄 필요가 있다고 생각한다. 하지만 사망이나 장애의 위험이 있는 의료행위에 관하여 항상 가정법원의 동의를 구하는 것이 현실적으로 가능한지 또 필요한지에 관해서는 여전히 의문이 남는다.¹⁹³⁾

그 밖에 피성년후견인이 자신의 신상에 대하여 결정할 수 없는 경우, 성년후견인의 결정이 피성년후견인의 신체의 완전성, 거주·이전, 통신, 주거의 자유, 사생활에 대한 중대한 침해를 수반하는 때에는 가정법원의 허가를 받아야 하며, 거주에 사용하고 있는 건물 또는 대지에 대한 매도, 임대, 전세권 설정, 저당권 설정, 임대차의 해지, 전세권의 소멸 그 밖에 이에 준하는 법률행위를 대리하는 경우에도 가정법원의 허가를 얻어야 한다(개정안 제947조의2 제4항, 제5항).

3. 후견인의 확대

성년후견인의 범위에 관해 개정안은 일정한 범위의 친족에 대하여 순위에 따라 당연히 후견인이 되도록 하는 현행 법정후견인제도가 실제상 부적절한 경우가 많다는 비판¹⁹⁴⁾을 수용하여 법정후견인 규정을 폐지하고 직권으로 성년후견인을 선임하도록 규정하였다. 따라서 가정법원은 성년후견인의 복리를 위하여 적절한 재량으로 성년후견인을 임명하여야 한다. 다만 이 경우에도 반드시 피성년후견인의 의사와 기타 제반 사정은 고려되어야 할 것이다(개정안 제936조 제4항). 이러한 개정안의 태도는 보호자 선택에 있어서도 가능한 한 요보호성년자의

193) 박인환, 전계논문, 53-54면 참조.

194) 민법 제933조 및 제935조 제1항에 의하면 후견인은 피후견인의 직계혈족, 3촌 이내의 방계혈족 가운데 최근친, 연장자를 선순위로 하고 있다. 그러나 이 규정에 의하면 피후견인 또는 후견인이 될 자의 의사를 고려하지 않았으므로 부적절한 후견인의 취임이 강요될 수 있고, 연장자인 고령자가 후견인이 되는 것은 고령사회에서 고령자에 의한 고령자의 후견이 될 수 있으며, 기혼자의 경우에 배우자를 후견인으로 하도록 되어 있는데, 사실상 부부관계가 파탄난 경우 등에 있어서는 부적절할 수 있다는 비판이 가해진다(백승훈, 전계 “현행 성년자보호를 위한 제도의 문제점과 대안으로서의 성년후견제도”, 411면; 신영호, 전계논문, 368면 이하).

의사를 존중하여 이를 고려하여야 한다는 개정안의 기본 원칙에 따른 것이다.¹⁹⁵⁾

또한 개정안은 현행 민법에서 후견인의 수를 1인으로 한정함으로써(제930조) 성년후견인의 임무 수행에 많은 어려움이 있다는 점을 고려하여 복수의 후견인을 둘 수 있도록 하였다. 즉, 피성년후견인의 신상과 재산에 관한 제반사정을 고려하여 여러 명의 성년후견인을 둘 수 있도록 하고(개정안 제930조 제1항, 제2항), 성년후견인이 이미 선임된 경우에도 필요하다고 인정되는 경우에는 일정한 자의 청구 또는 직권에 의하여 가정법원이 성년후견인을 추가로 선임할 수 있도록 하였다(개정안 제936조 제3항).¹⁹⁶⁾

복수의 성년후견인을 선임할 필요가 예상되는 경우로서는 첫째, 재산관리와 신상감호를 분리하여 전자는 법률전문가에게, 후자는 친족이나 복지전문가에 분담시키는 경우, 둘째, 재산의 소재지 또는 재산 유형이 다양하여 각각의 전문가에게 이를 분담시키는 경우, 셋째, 지적 장애의 미성년자가 성년이 되어 부모가 공동으로 성년후견인이 되는 경우, 마지막으로 노령 부모의 사망 등으로 인한 후견공백을 막기 위하여 보다 젊은 친족이나 제3자를 성년후견인으로 취임시키는 경우 등을 들 수 있다.¹⁹⁷⁾ 이러한 경우 가정법원은 복수의 성년후견인들에 대하여 직권으로 사무를 분장하여 권한을 행사하도록 하고 있다. 그러나 가정법원이 수인의 성년후견인들의 권한에 대하여 심판으로 정하지 않은 경우에는 민법의 일반원칙에 따라 각자 권한을 행사하는 것으로 해석하면 될 것이다. 또한 공동으로 권한을 행사하여야 할 경우 일방의 후견인이 이에 협조하지 않을 경우에는 가정법원은 그의 의사표시에 갈음하는 재판을 통하여 해결하면 될 것이다(개정안 제949조의2 제3항).

개정안은 더 나아가 자연인뿐만 아니라 사회복지법인 등의 법인도 성년후견인이 될 수 있다는 규정을 신설하였다. 외국의 입법례에서 성년후견인의 교육과 재교육, 관리, 자원성년후견인의 교육 등을 위하여 법인성년후견인을 조직하고 지원할 것이 요청된다는 운용실태에 비추어 개정안도 법인의 경우 성년후견인이 될 수 있다고 규정한 것이다. 그러나 미성년후견인에서는 법인을 후견인으로 선

195) 박인환, 전계논문, 47-48면.

196) 백승흠, 전계 “성년후견제도의 도입과 과제”, 33면.

197) 新井誠 外 2人編, 「成年後見制度」, 有斐閣, 2009, 47면 以下.

입될 수 없다.¹⁹⁸⁾

4. 후견감독인제도의 신설

현행 민법은 미성년자 및 금치산·한정치산자의 후견인에 대한 감독기관으로 친족회를 규정하고 있지만, 후견인과의 밀접한 관계, 공동체 문화의 해체 등으로 인하여 실질적인 감독 기능을 수행하지 못하고 있으므로 개정안에서는 감독기관으로 친족회를 폐지하고 후견감독인제도를 도입하였다. 즉, 개정안은 친족회 제도가 프랑스민법의 제도를 일본민법을 통하여 계수한 것으로 관습상의 친족단체와 무관하고, 현실적으로도 후견감독 업무를 수행하는 데에 적절하지 못하다는 비판이 있어 친족회를 폐지하였다.¹⁹⁹⁾ 이와 함께 가정법원이 사안에 따라 후견감독인을 개별적으로 선임할 수 있도록 함으로써 후견인의 임무 해태, 권한 남용을 실질적으로 견제할 수 있도록 보완하였다.²⁰⁰⁾

뿐만 아니라 성년후견감독인을 임의적 기관으로 하여(개정안 제940조의2) 성년후견인을 선임함에 있어서 가정법원이 감독의 필요를 판단하여 성년후견감독인의 선임 여부를 재량적으로 결정하도록 하였다.²⁰¹⁾ 성년후견감독인을 임의적 기관으로 한 이유는 후견감독인의 보수 지급을 위해 비용을 부담해야 하는 문제가 있고(개정안 제940조의7, 제955조), 성년후견인 등을 양성하는 법인이 활성화되면 성년후견업무의 수행에 관해 전문적 지식과 윤리성을 함양한 성년후견인이 많이 배출되게 되고, 따라서 가정법원이 직접 감독할 경우는 많이 감소하게 될 것으로 예상되기 때문에 성년후견감독인은 가정법원이 성년후견인을 선임하는 때에 감독이 필요한지를 판단하여 결정하도록 한 것이다.²⁰²⁾

5. 후견계약의 신설

198) 백승흠, 전제 “성년후견제도의 도입과 과제”, 33면.

199) 김형석, “민법개정안 해설”, 「성년후견제 도입을 위한 민법개정안 공청회 자료집」, 법무부, 2009. 9.30, 17면.

200) 김대경, 전제논문, 134면.

201) 박인환, 전제논문, 50면.

202) 백승흠, 전제논문, 34면.

후견계약은 제도이용자의 의사가 현실적으로 반영되기 어려웠던 기존의 법정 후견제도와는 달리, 후견을 받고자 하는 자가 사무를 처리할 능력이 부족한 상황에 있거나 장래에 부족하게 될 상황에 대비하여 자신의 재산관리 및 신장보호에 관한 사무의 전부 또는 일부를 타인에게 위탁하고, 그 위탁사무에 관한 대리권을 수여하는 것을 목적으로 하는 계약이다²⁰³⁾. 이는 가정법원이 본인의 의사 등을 고려해서 정한 일정한 범위 내에서는 본인 스스로 계약을 체결함으로써 제도를 탄력적으로 활용할 수 있고, 행위능력의 제한이 아니라 본인이 필요하다고 느끼는 부분에 대하여 본인을 보호하고자 함이다.²⁰⁴⁾ 이러한 후견계약은 계약의 진정성 담보와 효력발생시기의 확정을 목적으로 공정증서에 의하여 체결하도록 하고 있으며,²⁰⁵⁾ 무엇보다도 후견계약 체결 당시에 본인이 의사능력을 결여함으로써 사후에 발생할 수 있는 법적 불안정성을 제거하기 위하여 공증인의 적절한 확인과 개입이 필요하다고 한다.²⁰⁶⁾

후견계약에서 당사자들이 그 효력 발생 시기를 정하였다 하더라도 과연 본인이 후견계약에서 정한 ‘정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 부족한 상황’에 놓여 있는지 여부를 판단하는 것은 쉬운 일이 아니므로, 과연 언제 후견계약의 효력이 발생하는지에 대하여는 상당한 법적 불안정이 존재한다.²⁰⁷⁾ 따라서 후견계약의 효력을 유권적으로 확정할 필요가 요구됨에 따라 개정안은 그 효력발생시기를 가정법원의 임의후견감독인 선임시로 규정하고 있다(개정안 제959조의14 제3항). 이상의 임의후견계약은 가족관계등록부상에 기재되어야 그 효력을 갖는다(개정안 제959조의15 1항).²⁰⁸⁾ 또한 개정안은 임의후견감독인의 선임 전에는 본인 또는 임의후견인은 공증인의 인증을 받은 서면에 의하여 언제든지 후견계약을 종료할 수 있다(개정안 제959조의18 제1항)고 규정하여 이를 철회할 수 있

203) 김대경, 전계논문, 134면.

204) 이정래, “성년후견등록제도에 관한 소고”, 「법학연구」, 제30집, 전북대학교 법학연구소, 2010.6, 388면.

205) 임의후견계약은 공정증서에 의해 체결되어야 하는데, 그 이유로는 ①공증인의 관여에 의하여 본인의 진의에 의한 적법하고 유효한 계약이 체결된 사실을 제도적으로 담보할 수 있고, ②공정증서에 의하여 임의후견계약을 체결하면 분쟁예방의 관점에서 계약의 유효성에 대한 확실한 입증 가능하고, ③공증인 사무소에 공정증서의 원본이 보관되므로, 계약의 변조·소멸 등을 방지할 수 있고, ④임의후견계약의 체결에 대한 방식을 통하여 일반의 위임계약과의 구별을 분명하게 한다는 사실을 들 수 있다(김민중, “임의후견제도의 개혁”, 「법학연구」, 제27집, 전북대학교 법학연구소, 2008.12, 169면).

206) 김형석, 전계 “민법개정안 해설”, 33면.

207) 박인환, 전계논문, 62면.

208) 영국의 지속적 대리권 제도, 프랑스의 장래보호를 위한 위임계약, 일본의 임의후견 제도 등 참조.

도록 하고 있다.²⁰⁹⁾

임의후견감독인은 임의후견인의 사무를 감독하면서 그 사무에 관하여 가정법원에 정기적으로 보고해야 한다(개정안 제959조의16 제1항). 또한 임의후견인의 임무수행에 관한 보고와 재산목록의 제출을 요구할 수 있고 재산상황을 조사할 수 있다(개정안 제959조의16 제3항, 제953조). 한편 가정법원은 임의후견감독인에게 감독사무에 대한 보고를 요구하거나 임의후견인의 사무 또는 본인의 재산상황에 대한 조사를 명하고 임의후견감독인의 직무에 관하여 필요한 처분을 명할 수 있다(동조 제2항).

후견계약은 위임계약(민법 제680조)의 성질을 가지며,²¹⁰⁾ 임의후견인은 위임계약의 성질상 선량한 관리자의 주의의무를 지고(민법 제681조), 특히 본인의 의사를 최대한 존중하여야 한다(개정안 제959조의14 제4항).

임의후견의 내용은 임의후견계약에 의해 당사자들이 정한다. 따라서 재산관리와 신상의 보호를 각각 또는 동시에 후견계약의 내용으로 할 수 있다.²¹¹⁾ 따라서 본인을 위한 재산관리 및 신상보호를 위한 대리권의 수여는 물론 신상과 관련된 결정 권한을 부여하는 수권도 가능하다고 해석되며, 이때에는 가정법원의 감독에 관한 개정안 제947조의2가 유추적용된다.²¹²⁾ 다른 한편으로 후견계약의 효력발생의 실질적 요건을 고려하면 임의후견 개시 후 본인은 의사결정에 제한을 받는 것을 추정할 수 있으나 임의후견개시의 효력으로 본인의 행위능력에 제한을 받는 것은 아니다.²¹³⁾

본인 또는 임의후견인의 선임 전에는 공증인의 인증을 받은 서면에 의하여 언제든지 후견계약을 종료할 수 있다(개정안 제959조의18 제2항). 임의후견인의 와병, 본인이나 임의후견인의 해외 이주 등 후견계약의 당사자 일방에서 후견계약의 존속 및 그에 따른 후견사무의 계속을 기대하기 어려운 중대한 사정이 있는 경우에는 당사자는 가정법원의 허가를 얻어 후견계약을 해지할 수 있다.²¹⁴⁾ 한편

209) 백승흠, 전제 “성년후견제도의 도입과 과제”, 28면.

210) 박인환, 전제논문, 32면.

211) 백승흠, 전제논문, 29면.

212) 김형석, 전제 “민법개정안 해설”, 37면.

213) 이와 관련하여 임의후견계약의 내용으로 피후견인의 법률행위에 대한 동의권이나 취소권을 정할 수 있는가가 문제될 수 있으나, 임의후견계약이 성질상 당사자 사이의 계약에 지나지 않으므로 명문의 근거가 없는 이상 거래 상대방을 구속할 수는 없을 것이다(박인환, 전제논문, 66면).

214) 백승흠, 전제논문, 29면.

임의후견인이 현저한 비행을 저지르거나 그밖에 임무에 적합하지 아니한 사유가 있는 때에는 가정법원은 임의후견감독인, 본인, 친족 또는 검사의 청구에 의하여 임의후견인을 해임할 수 있다(개정안 제959조의17 제2항).

후견계약이 해지되면 본인과 임의후견인의 권리와 의무는 장래를 향하여 소멸한다. 다만, 임의후견인의 대리권 소멸은 가족관계등록부에 등록하지 않으면 선의의 제3자에게 대항할 수 없다(개정안 제959조의19). 임의후견계약이 종료된 후에는 본인이 의사능력이 있는 한 또 다른 임의후견계약을 체결할 수 있고, 그렇지 않은 경우라면 법정후견이 청구될 수 있다.²¹⁵⁾

제3절 개정안의 검토와 향후과제

1. 민법개정안의 검토

(1) 성년후견의 유형

개정안은 성년후견제도의 유형을 다원론적 입장을 취하여 성년후견, 한정후견, 특정후견제도를 마련하였다. 이는 범주적 유형적 보호에 수반되는 획일적 보호의 문제점을 제거하고 요보호 성년자의 개별 구체적 사정에 따라 필요최소한의 최적의 개입과 보호를 제공함으로써, 그의 잔존능력의 활용과 자기결정을 존중하고자 하는 일원적 구조의 장점을 아울러 지향하고 있는 것으로 평가할 수 있다.²¹⁶⁾ 현행 민법의 한정치산·금치산제도와 유사한 유형으로 민법구조를 크게 바꾸지 않고 새로운 제도를 도입하고 있기 때문에 현실적으로 실현하기에 용이하고 국민 입장에서 잘 적용할 수 있다. 또한 이러한 다원론적 방식은 명시된 역할만 하면 되므로 입법적으로 실현하기가 쉽고, 일원론에 비해 비용과 판정기간이 짧아 조기에 지침을 확립할 수 있으며 가정법원의 부담을 경감시킨다는 장점이 있

215) 박인환, 전계논문, 68면.

216) 박인환, 상계논문, 41면.

다.²¹⁷⁾ 새로운 제도도입으로 이를 실행함에 있어서 부담이 가중될 가정법원의 인적, 재정적 부담을 고려할 때 일원주의론 보다는 우리나라에 있어서는 이 방식이 좀 더 적합하다고 판단된다.²¹⁸⁾ 따라서 성년후견제도의 유형을 다원론적 입장을 취한 개정안의 태도는 타당하다고 생각한다.

(2) 성년후견의 적용대상

개정안은 질병, 노령 기타 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 부족한 사람을 한정후견의 대상으로 하고 있고(개정안 제12조) 질병, 노령 기타 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 지속적으로 결여된 사람을 성년후견의 대상으로 삼고 있다(개정안 제9조). 또한 개정안의 성년후견제도는 정신적 제약으로 일시적 후원 또는 특정한 사무에 관한 후원이 필요한 자는 특정후견의 대상으로 하고 있다(개정안 제14조의 2). 한정후견과 특정후견의 대상이 되는 자는 원칙적으로 완전한 행위능력을 보유하여야 하고, 성년후견의 대상이 되는 자가 일용품의 구입 등 일상생활을 영위하는데 필요한 행위로 대가가 과도하지 않는 것에 대해서는 유효한 법률행위를 할 수 있다(개정안 제13조, 제10조).

이와 같이 개정안은 사무처리의 전부 또는 일부를 처리하는 것이 불가능한 경우에 이를 보충해 주는 제도로서 기능적인 관점에서 사람의 능력을 판단하고 있고, 오늘날 세계적인 성년후견에 대한 입법추세에서의 기능적으로 부족한 부분을 보충해 줌으로써 보편적인 일상생활을 영위할 수 있도록 하고 있어 입법추세에도 부합하고 있다고 할 수 있다.²¹⁹⁾ 하지만 개정안에서는 판단능력이 불충분한 자만으로 한정하여 신체적 장애자는 포함시키고 있지 않아 문제의 여지가 있다.

(3) 후견개시심판을 위한 청구권자

217) 이은영, “성년후견제도에 관한 입법제안”, 「한일법학」, 제20집, 한일법학회, 2001, 41-42면.

218) 신은주, 전제논문, 47-48면.

219) 신은주, 상계논문, 48면.

개정안은 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 지속적으로 결여된 사람에 대하여 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 미성년후견인, 미성년후견감독인, 성년후견인, 성년후견감독인, 특정후견인, 특정후견감독인 또는 검사의 청구에 의하여 성년후견개시의 심판을 한다(개정안 제9조)고 하여 청구권자를 확대하였지만 법원의 직권에 의한 절차의 개시는 인정하고 있지 않다.

배우자나 4촌 이내의 친족에 의하여 청구를 할 경우 이들이 신청을 원하지 않는 경우가 발생할 수 있고, 특히 왕래가 없고 연락이 되지 않는 경우에는 후견개시심판을 청구할 수 없게 된다. 더구나 정신감정 비용 등 성년후견 청구에는 적지 않은 비용이 들고, 현재로서는 이 비용에 대해 청구권자가 부담하지 않으면 안 되는 상황이므로 언제나 근친에 의한 청구만을 기대할 수는 없을 것으로 생각된다.²²⁰⁾ 이러한 경우 검사에 의해 청구를 할 수는 있겠으나, 검사가 청구의 필요와 요보호자의 사정을 그때그때 알 수 없기 때문에 개정안의 후견개시심판의 청구권자 범위는 충분하지 않다고 생각한다. 오히려 후견의 필요성은 사회복지시설에 거주하는 자의 경우에는 그 시설의 장이 더 잘 파악할 수 있을 것이다. 따라서 후견의 필요성을 알고 있는 자가 필요한 조치를 취할 수 있도록 하는 것이 후견이 필요로 하는 자를 위해서 바람직할 것이다.²²¹⁾

(4) 후견인의 수와 자격

개정안은 피성년후견인의 신상과 재산에 관한 제반사정을 고려하여 성년후견인을 여러 명 둘 수 있도록 하고 있으며 법인도 성년후견인이 될 수 있도록 하였다(개정안 제930조). 재산관리와 신상후견을 분리하여 후견임무를 수행할 수 있도록 복수후견인제도를 인정하는 경우에 후견인이 상호 감시할 수 있고 권리의 남용을 방지할 수 있다는 측면에서는 매우 타당하다고 생각한다. 재산관리의 경우에도 직무범위가 다양하고 광범위하기 때문에 구체적인 상황을 고려하여 복수의 후견인이 공동으로, 또는 각자의 영역을 나누어 후견업무를 분산하고 수행하는 것을 피후견인의 복리에 적합하므로 복수의 후견인을 선임할 수 있는 안은

220) 박인환, 전계논문, 44면.

221) 신은주, 전계논문, 49면.

매우 바람직하다.

또한 개정안은 자연인뿐만 아니라 법인도 후견인이 될 수 있다고 규정하고 있다. 피후견인이 자연인만으로 충분히 보호될 수 없는 경우에 법인후견인이 선임될 수 있도록 운영하고 후견업무수행에 적합하고 전문성을 갖춘 법인으로 하여금 후견업무를 수행하도록 할 수 있다는 점에서 법인이 후견인이 될 수 있도록 한 것도 적절하다고 하겠다.²²²⁾ 그러나 개정안은 법인의 종류에 특별한 제한을 두고 있지 않아 영리법인도 성년후견인이 될 수 있는지가 문제된다. 영리법인을 후견인이 되지 않는다고 해석할 근거는 없으나, 이 문제는 입법정책적 판단을 요하는 문제라고 생각되어 지므로 이에 대한 추가적인 논의가 필요할 것이다.²²³⁾

이와 같이 개정안이 성년후견인의 선임에 있어서 근친을 중심으로 한 법정후견에서 직권에 의한 선임으로 전환을 하였다. 또한 그 대상도 법인으로 확대한 것은 가족 이외의 후견인으로서 후견사무에 관한 전문적 지식과 경험, 조직을 갖춘 사회복지 관련 전문가, 법인 등 제3자가 후견인으로 참여할 수 있도록 하기 위함이다. 전문직 후견인의 허용은 다른 한편으로 후견의 시장화를 촉진할 가능성이 있고, 특히 국가와 사회는 후견 문제를 민간 시장의 역할에 맡김으로써 후견 사회화의 책임을 회피하려는 경향을 나타낼 수도 있을 것이다.²²⁴⁾ 이는 곧 성년후견제도의 남용 또는 부실화로 이어지게 될 것이므로 이에 대한 대책도 마련되어야 할 것이다.

(5) 후견인의 직무

개정안에서 가정법원이 피한정후견인이 한정후견인의 동의를 받아야 하는 행위의 범위를 정할 수 있다고(개정안 제13조) 규정하였다. 성년후견인은 피성년후견인의 재산관리와 신상보호를 할 때 여러 사정을 고려하여 그의 복리에 부합하는 방법으로 사무를 처리하여야 하고, 이 경우 성년후견인은 피성년후견인의 복리에 반하지 아니하며 피성년후견인의 의사를 존중하여야 한다(개정안 제947조).

222) 신은주, 전계논문, 50면.

223) 박인환, 전계논문, 48-49면.

224) 박인환, 상계논문, 49면.

성년후견법안에 의하면 성년후견인의 직무범위는 신상감호와 재산관리에 관한 사항으로 구분되며 구체적인 범위는 계약 또는 법원의 결정에 따르도록 하고 있으며 신상감호를 하는 성년후견인은 본인을 위한 일상가사대리권을 가지며 직업생활, 그 밖에 복지서비스를 포함한 일상생활에 관하여 보호·관리하도록 하고 있다. 또한 성년후견인은 피후견인의 생활 및 요양감호에 필요한 조치를 취하도록 하고 있다.²²⁵⁾

개정안은 후견인의 직무범위에 관한 추상적인 범주에 대해 규정하면서 일정한 의료행위 또는 신체강제사항 등 몇 가지 사항은 예외로 규정하는 방식을 취하고 있다.²²⁶⁾ 또한 후견인의 직무범위를 재산 또는 신상에 관한 사무의 처리라고 두 개의 범주로 나누어 추상적으로 규율하고 있으며 구체적인 직무수행의 원칙만을 규정하고 있다. 가령, 성년후견인의 임무로서 일반적인 재산관리뿐 아니라 피성년후견인의 신상 보호에 관한 규정을 신설하였는데, 신상 보호에 관하여 구체적인 언급이 없다.²²⁷⁾

그리고 피성년후견인은 자신의 신상에 관하여 그의 상태가 허락하는 범위에서 단독으로 결정하지만, 피성년후견인의 신체를 침해하는 의료행위에 대하여 피성년후견인이 동의할 수 없는 경우에는 성년후견인이 그를 대신하여 동의할 수 있다. 하지만 피성년후견인이 의료행위의 직접적인 결과로 사망하거나 상당한 장애를 입을 위험이 있을 때에는 가정법원의 허가를 받아야 하는데, 허가절차로 의료행위가 지체되어 피성년후견인의 생명에 위협을 초래하거나 심신상의 중대한 장애를 초래할 때에는 사후에 허가를 청구할 수 있다(개정안 제947조의2).

이는 현실에서 빈발할 것으로 예상되는 의료적 침습에 대한 동의에 관한 것으로 피성년후견인이 의료적 침습에 관해서는 일차적으로 동의권을 갖지만, 스스로 동의할 수 없는 상태인 경우에는 가정법원으로부터 권한을 부여받은 성년후견인이 보충적으로 동의할 수 있다는 원칙이다.²²⁸⁾

환자의 생명이나 건강에 어느 정도의 위험성이 있는 의료행위의 동의는 신속하게 처리되어야 하는 경우가 많은데, 가정법원의 허가를 받아야 하는 업무처리

225) 신은주, 전계논문, 51면.

226) 신은주, 상계논문, 51면.

227) 能手歌織, “成年後見制における「身上監護」の検討”, 「立命館法政論集」, 第1號, 2003, 298面.

228) 백승훈, 전계 “한국 법무부의 성년후견제도에 관한 민법개정안”, 2215면.

의 신속성에 한계가 크고, 이러한 사항의 동의는 법원이 감당하기 어렵고 과중한 업무다. 따라서 예외적인 의료행위에 대한 동의의 경우에는 이러한 의료행위에 대하여 성년후견인동의권을 부여할 것인지에 대한 판단을 하는 심사위원회를 구성하여 여기서 결정하도록 하고 이 결정에 불복하는 경우에 법원에 이의신청을 하도록 하는 방안을 생각할 수 있다. 또한 치료중단과 같은 경우에는 성년후견인이 법원에 치료중단에 관한 청구하여 중단여부를 법원이 결정하도록 하는 내용과 절차를 명시적으로 정하는 것이 바람직할 것이다.²²⁹⁾

(6) 후견감독인제도

개정안은 후견인의 감독기관으로 친족회를 폐지하고 가정법원이 필요하다고 인정하는 때에 일정한 자의 청구 또는 직권에 의하여 후견감독인을 선임하는 성년후견감독인제도를 도입하였다(개정안 제940조의2 이하). 이 성년후견감독인은 임의적 기관으로 가정법원이 필요하다고 인정하는 때에 일정한 자의 청구 또는 직권에 의하여 선임할 수 있도록 하였다(개정안 제940조의4 제1항·2항 참조). 또한 후견계약은 가정법원이 임의후견감독인을 선임한 때부터 효력이 발생한다고(개정안 제959조의14) 규정하여 임의후견인에게 항상 후견감독인이 존재하도록 하였다.

개정안에서 당사자가 계약에 의해 후견인을 정하는 경우에는 후견감독인의 존재를 후견계약의 효력발생요건으로 하여 항상 후견감독인을 선임할 수 있도록 하고 법정후견인에 대한 후견감독인은 필요한 경우에만 선임할 수 있도록 한 것은 타당하다고 할 것이다. 다만 후견감독인의 경우에는 후견인과 마찬가지로 1인으로 한정하지 않고 복수로 선임할 수 있도록 하는 것이 적절할 것이다.²³⁰⁾

한편 성년후견감독인을 임의기관으로 함으로써 여러 문제가 발생할 수 있다는 점을 지적하지 않을 수 없다.²³¹⁾ 특히 개정안 제950조는 기존 민법보다 후견인이 후견감독인의 동의를 필요로 하는 행위로 상속의 승인, 한정승인 또는 포기 및

229) 신은주, 전계논문, 53면.

230) 신은주, 상계논문, 51면.

231) 박인환, 전계논문, 50면.

상속재산 분할에 관한 협의를 추가 규정하였다. 후견인은 동의 여부에 관하여 성년후견인이 있는 경우에는 그 동의를 받아야만 하는데, 성년후견감독인이 선임되지 않은 경우에 대해서는 어떠한 규정도 없다. 이로 인해 성년후견감독인이 중요한 법률행위를 수행함에 있어서 이에 대한 체크와 감독을 받을 것인지가 성년후견감독인이 선임되어 있느냐의 우연적 사정에 의해 좌우되기 때문에 크게 우려된다.²³²⁾ 물론 성년후견감독인이 없는 성년후견인은 이미 가정법원에 의해 성년후견감독인이 선임될 필요가 없다는 판단을 받았으므로 성년후견감독인이 있는 경우보다 더 신뢰할 만한 경우라고 할 수 있을지도 모르겠지만, 이는 현행 민법이 친족회를 필수적 후견감독기관으로 하였던 것보다는 분명 후견감독기능의 후퇴 내지 공백이라고 하지 않을 수 없다.²³³⁾ 반면에 성년후견감독인이 선임되지 않더라도 가정법원의 감독권한은 여전히 존속하므로(개정안 제954조) 관계인은 가정법원에 직권에 의한 감독을 촉구함으로써 성년후견인을 견제할 수 있다는 설명은 현재의 가정법원의 현실에 비추어보면 상당한 거리감이 있는 것으로 느껴진다.²³⁴⁾

그리고 임의후견감독인은 임의후견인의 사무를 감독하며 그 사무에 관하여 가정법원에 정기적으로 보고하여야 한다(개정안 제959조의16). 이와 함께 가정법원은 필요하다고 인정하면 임의후견감독인에게 감독사무에 관한 보고를 요구할 수 있고, 임의후견인의 사무 또는 본인의 재산상황에 대한 조사를 명하거나 그 밖에 임의후견감독인의 직무에 관하여 필요한 처분을 명할 수 있다(동조 제2항). 하지만 법정후견감독인도 감독결과나 사무에 대하여 보고를 해야 하는지 정해진 부분이 없다. 법정후견감독인의 경우에도 법원에 정기적으로 보고하도록 하고 필요하다고 인정되는 경우에는 법원이 사무에 대한 보고를 요구할 수 있도록 하는 것이 바람직할 것이다. 감독인이 감독업무를 제대로 수행할 수 있도록 감독인에 대한 이러한 법원의 관여는 필요하다. 감독인의 감독업무가 제대로 이루어지지 않으면 성년보호제도가 제대로 기능할 수 없기 때문이다.²³⁵⁾

232) 박인환, 전계논문, 50면.

233) 김상용, “성년후견법안의 문제점”, 법률신문 제3787호, 2009.10.22도 같은 취지에서 이에 대한 우려를 제기하고 있다.

234) 박인환, 전계논문, 51면.

235) 신은주, 전계논문, 53-54면.

(7) 후견인 및 후견감독인에 대한 보수

임의후견인의 경우에 보수에 관한 사항은 당사자의 약정에 따르게 되며 법정 후견인의 경우에는 후견사무를 수행하는데 필요한 비용은 피후견인의 재산 중에서 지출하도록 하고 있다(개정안 제955조의2). 이처럼 후견인에 대한 보수지급 책임을 전적으로 피후견인 개인에게 맡긴다면 경제적인 여유가 없는 요보호자에게 무보수로 후견업무를 맡아 줄 가족, 친족이 없는 경우에는 자원봉사자가 나타나지 않는 이상 후견인의 도움을 받을 수 없는 상황에 직면하게 된다. 이러한 사태는 후견의 사회화라는 관점에서 사회적 약자인 지적 장애인에 대한 국가와 사회의 책임을 방기하는 것이 될 수 있으며, 국가와 지방자치단체는 자기 재산에서 필요한 보수나 비용을 지급할 수 없는 요보호자를 위하여 필요한 사회복지 예산을 확보하여 이에 대비하여야 한다.²³⁶⁾

그동안 우리나라에서 후견업무는 사무처리비용을 제외하고는 무상으로 행해져 왔고 일본의 경우에도 마찬가지이다. 독일의 경우에도 직업성년후견인의 경우를 제외하고는 무상을 원칙으로 하고 있다. 개정안은 자연인뿐만 아니라 법인에게도 후견인의 자격을 부여하고 있어서 이 안에 따라 후견제도를 시행하게 되면 직업성년후견인이 존재하게 된다. 직업성년후견인에 대해서는 보수를 지급하는 것이 마땅하므로 이들에 대한 보수지급의 근거 및 지급산정기준을 마련하는 것이 필요하다.²³⁷⁾

(8) 성년후견의 공시

기존 무능력자제도는 금치산·한정치산의 선고사실이 가족관계등록부에 공시됨으로써 본인과 가족에게 불명예를 안겨준다는 지적이 있었다.²³⁸⁾ 이 지적은 성년후견제도의 입법과정에서도 있었는데, 결국 개정안에서 가족관계등록부를 채택

236) 박인환, 전계논문, 56-57면.

237) 신은주, 전계논문, 54면.

238) 현행 시행되고 있는 후견인의 등록제도는 가족관계등록부에 개인별로 신분변동사항을 기재하고, 신분에 관한 사항은 기본사항 란에 수행사실과 금치산·한정치산·과산선고사실을 기록하게 된다.

함으로써 현실의 문제점을 등안시하였다고 생각한다. 새로운 성년후견제도가 도입될 경우 요보호자와 후견인, 거래 상대방 등 법률행위 당사자 모두 후견의 범위와 대리권 등에 관한 정보를 제공받아야 할 경우가 많아질 것으로 예상되고, 앞으로 피후견인의 잔존능력이 활용될 수 있도록 후견인이 개별적으로 후견임무를 가지게 되는 경우에는 지금의 공시방법은 적합하지 않다.²³⁹⁾ 거래의 안전에서 본다면 공시는 반드시 필요하므로 입법정책상 성년후견의 공시 여부를 확실히 규정하여야 한다.

성년후견제도를 도입한 외국의 공시제도 관련 입법례를 보면 프랑스는 출생증서등록부에 관련사항을 기재하고, 일본은 ‘후견등기 등에 관한 법률’에 따라 후견등기제도가 시행되고 있다. 독일은 일반적인 공시방법이 없지만 누구든 이해관계가 있음을 소명하면 법원의 성년후견기록을 열람할 수 있다.

우리나라에서도 공시에 관한 논의가 활발하게 이루어지고 있다. 먼저 현재의 ‘가족관계의 등록 등에 관한 법률’에 의한 가족관계등록부에 기재하는 방법과 다른 하나로 성년후견관계에 관한 내용을 따로 기재할 수 있도록 새로운 등록제도를 만들어 그곳에 기재하는 방법이 논의되고 있다.²⁴⁰⁾ 독일의 경우처럼 성년후견에 관한 사항을 공시하지 않는 것이 바람직하다는 견해도 있다.²⁴¹⁾

2. 향후의 과제

성년후견제도는 복지국가, 고령화 사회로 접어들면서 노인복지와 장애인의 인권에 대한 국가의 책무와 사회적 관심이 부각되면서 함께 주목받고 있다. 치매 노인 및 지적 장애인이 우리 사회의 구성원으로서 후견인 등의 도움을 받아가며 자신의 남아 있는 능력을 최대한 활용하여 자기결정을 통하여 자신의 삶을 주체적으로 형성해 갈 수 있도록 우리 사회 모두가 서로 돕는 제도와 관행을 구축하

239) 신은주, 전계논문, 42면.

240) 최현태, 전계논문, 150면.

241) 실제 자기결정능력 없는 자에 대한 공시제도는 본인 측의 보호보다는 법률행위 상대방의 보호라는 점을 고려한 것인데, 이 경우 요보호자 본인 측에게 가장 인권침해가 적은 범위 내에서 공시하는 것이 제도의 원 취지에 부합하는 것이다. 그러므로 이러한 점을 충분히 반영하라 경우 일괄적으로 공시의 방법을 사용하는 것이 아니라, 법률행위 상대방이 식별가능한 일정한 증서를 발급하도록 하는 것도 하나의 방법이 될 수 있다고 생각한다(최현태, 상계논문, 150면).

는 것이야말로 새로운 성년후견제도 도입의 목적이라고 할 것이다.²⁴²⁾ 따라서 성년후견제도는 개인과 가족 범주가 아닌 사회적 범주로 이해하고 지원, 강화해야만 실제적으로 운용할 수 있을 것이다.

(1) 성년후견 대상자 확대

성년후견제도의 대상과 관련하여 신체적 장애자가 포함되는지에 대해서는 견해가 나뉘고 있다. 먼저 신체장애인은 계약에 의해 대리인을 선임하여 필요한 행위를 수행할 수 있으므로 후견의 대상으로는 바람직하지 않다는 견해가 있다. 이와 반대로 신체장애인에게 후견의 필요성이 있는 한 성년후견제도의 대상에서 제외될 수 없다는 견해가 대립하고 있으며, 신체장애의 결과 의사소통이 곤란한 자는 포함시켜야 한다는 부분적 허용 견해도 있다.

개정안의 성년후견의 대상은 신체상의 장애를 후견의 대상에서 제외하고 있다. 이은영 의원이 발의한 성년후견에 관한 법률안, 장향숙 의원이 대표발의한 민법 일부개정법률안 등은 성년후견의 대상으로 신체상의 장애를 후견의 대상에 포함시킨 것과 대조적이다. 개정안은 사무처리의 전부 또는 일부를 처리하는 것이 불가능한 경우에 이를 보충해 주는 제도로써 기능적인 관점에서 사람의 능력을 판단하고 있으므로 신체적 장애를 제외할 이유는 없다고 본다.²⁴³⁾ 또한 독일민법(제1896조 제1항)이나 프랑스민법(제425조) 등은 일정한 신체적 장애에 대하여, 이로 인하여 원활한 의사표시가 곤란한 경우를 상정하여 성년후견개시를 할 수 있도록 하고 있다.²⁴⁴⁾

과거 우리나라의 한정치산자의 요건에서 농자·아자·맹자를 제외한 이유는 그들의 판단능력이 정상인보다 우수한 경우도 있을 수 있고, 경우에 따라서는 오히려 이러한 자의 생계의 길을 잃게 하는 위험도 있기 때문이라고 한다.²⁴⁵⁾ 이는 신체적 장애자는 무능력자라고 인식될 사회적 편견과 이러한 편견으로 인하여 이들의 사회적·경제적 활동에 악영향을 끼칠 수 있다는 우려에서 고려된 점이

242) 박인환, 전계논문, 70면.

243) 신은주, 전계논문 48면.

244) 박인환, 전계논문, 43면.

245) 권윤직, 「민법주해 제1권 (총칙1)」, 박영사, 1992, 298-299면.

다. 하지만 현실에서는 지적 장애자 외에 스스로 사무를 처리하는데 있어서 불충분한 농아자 등의 신체적 장애자도 보호가 필요한데, 성년후견의 대상에서 신체적 장애를 제외하는 경우에는 이들의 능력을 보충해 줄 제도적 장치는 존재하지 않게 된다.

따라서 무조건적으로 신체장애의 경우를 제외한 성년후견은 타당하지 않다고 생각한다. 성년후견제도의 목적은 본인의 자기결정권을 존중하고, 잔존능력을 활용함으로써 사회에서 일반인과 함께 더불어 살아갈 수 있도록 하는 사회복지의 실현에 있다. 그러므로 성년후견이 자신의 사무의 일부 또는 전부를 수행할 수 없을 때 개시된다면 신체적 장애인이 자신의 사무를 처리하기 위하여 보호를 필요로 할 때 이들을 보호범위에서 제외하는 것은 바람직하지 못하다. 즉, 정신질환을 포함한 지적장애인, 치매노인 및 신체적 장애인을 포함하여 스스로 사무처리의 능력이 부족하거나 결여된 자는 성년후견의 대상으로 하는 것이 고령화 사회에서 치매노인 및 장애를 가진 자들을 위해 마련하는 법제도의 취지에도 부합할 것으로 보인다.²⁴⁶⁾

(2) 지방자치단체장에 의한 성년후견의 개시청구

개정안은 후견개시심판을 위한 청구권자의 범위에 관하여 현행 민법 규정을 답습하여 본인, 배우자, 4촌 이내 친족, 후견인, 검사 외에 후견감독인을 추가하였다. 하지만 후견개시심판을 청구하기에는 이들로서 부족하다는 논의가 앞서 제기되었다. 가령 배우자나 친족이 있어도 그들에 의해 학대를 받고 있는 경우, 무연고자 또는 시설의 수용자에 대해서는 검사의 청구만으로 후견개시 심판을 하기에는 한계가 있다. 이에 따라 검사 이외로 청구권자의 범위를 확대하는 방안으로 지역사회의 대표자로서 지방자치단체장이 청구권자로 적절하다는 의견이 있다. 개정안에서도 지방자치단체장의 필요성을 인정하면서도 입법 기술적으로 지방자치단체장에 의한 성년후견의 개시청구는 별개의 관련 법률에서 규정하는 것이 바람직하다고 하여 민법 개정안에 포함시키지 않았다고 한다.²⁴⁷⁾ 일본의 경

246) 변용찬외 3인, 「성년후견제 사회복지분야 지원방안 연구」, 보건복지가족부 정책보고서, 2009.8, 122면; 신은주, 전계논문, 48-49면.

우에는 市町村의 장애인에게 신청권을 부여하고 있고, 우리나라에서의 과거 논의를 보아도 지방자치단체의 장과 사회복지시설의 장애인에게 청구권을 부여하고 법원의 직권으로도 후견인을 선임할 수 있도록 논의 되었던 점은 현재의 입법에 있어서도 많은 도움이 되리라 생각된다.

다만, 사회복지시설의 장애인에게 직접 신청권을 부여하는 것은 바람직하지 않을 것이다. 그 이유는 시설거주인의 보호책임이 정부나 지방자치단체에 있고 사회복지시설의 장은 그러한 서비스제공업무를 위임을 받은 것에 불과하고, 후견을 신청해야 하는 사유가 발생할 수 있음에도 불구하고 사회복지시설의 장이 청구를 회피할 수 있다는 것이다. 사회복지시설의 장애인에게는 이들 지방자치단체의 장애인에게 후견이 필요한 자를 위해 개시심판을 해 줄 것을 신청하도록 하여야 할 것이다. 따라서 사회복지시설의 장의 추천을 받아 지방자치단체의 장이 청구하는 방식이 바람직하다고 할 것이다.²⁴⁸⁾

(3) 전문후견인의 양성

성년후견업무가 내실 있게 수행되기 위해서는 후견인의 자질이 무엇보다 중요하다. 후견사무는 재산관리뿐만 아니라 신상감호 등 전문지식과 품성이 요구된다. 따라서 이러한 자질과 적성을 갖춘 후견인을 양성하기 위한 전문 양성기관을 갖출 필요가 있다. 더구나 무상으로 후견업무를 수행할 수 있도록 교육자, 시민활동가, 은퇴자 등 시민후견인제도 등을 마련함으로써 인적 자원을 개발하고 교육을 통해 자질을 갖추게 하여 충분한 후견서비스를 제공할 수 있는 제도를 마련하는 것이 후견제도의 시행에 있어서 드는 비용도 절감할 뿐만 아니라 전문가적 후견인을 충분히 배출할 수 있게 된다.²⁴⁹⁾

이와 함께 독일의 후견인협회, 일본의 사단법인 성년후견센터·리걸서포트와 같은 성년후견사무에 대한 공정한 업무집행과 서비스수준을 확보하기 위한 전문기관을 체계적으로 조직화할 필요가 있다.²⁵⁰⁾

247) 김형석, 전계 「민법개정안 해설」, 14면.

248) 변용찬외 3인, 전계 보고서, 115면.

249) 신은주, 전계논문, 55면.

250) 김대경, 전계논문, 135면.

(4) 가정법원의 감독시스템 확립

앞으로 성년후견제도가 도입·시행되게 되면 가정법원은 성년후견신청을 받아 심리하고 후견인을 선임하는 등 성년후견사무를 직접 감독하게 되면서 가정법원의 재량의 폭이 대단히 확대된다. 하지만 현재 가정법원의 체계만으로 앞으로 증대될 성년후견사무를 담당하기에는 역부족한 상황이며, 앞으로 실효성 있는 성년후견제도의 운영을 위해서는 인적·물적 시스템을 먼저 구축하여야 한다.²⁵¹⁾

특히 후견제도의 충실을 기하기 위해서 가정법원은 필요하다고 인정하는 때에는 직권으로 후견감독인을 선임할 수 있도록 하여야 한다.²⁵²⁾ 후견사무가 요보호자의 잔존능력의 정도에 따라 다양함에도 지금의 가정법원은 실효적인 감독체제가 구축되어 있지 않으므로, 전문법원으로서 후견법원 또는 행정기구나 민간단체의 조정기구의 신설이 요구된다. 이러한 새로운 후견의 관리·감독기관은 가정법원의 과중한 업무를 분산시키는 완충지대로써 효율적으로 운용될 것이다. 이와 함께 성년후견 전문조사관이나 상담관 등 성년후견을 담당할 자들을 교육하고 그 활동을 적극적으로 지원할 수 있는 제도를 마련하여 가정법원의 감독시스템을 정비해야 할 것이다.

(5) 국가 및 지방자치단체의 지원

성년후견제도에 드는 비용은 원칙적으로 수혜자가 부담하지만 자력이 없는 자를 위해 정부의 재원으로 성년후견서비스를 받을 수 있도록 공적 지원제도를 마련할 필요가 있다.²⁵³⁾ 성년후견제도는 고령자·장애자의 권리옹호제도로서 그 이용이나 보급을 도모하는 것은 국가나 지방자치체의 책무이고, 이것은 국가의 정책으로서 확립된 것이다. 더욱이 민법개정안의 성년후견제도는 UN장애인권리협약과도 정합성을 갖추기 위해 상당히 노력하고 있다. 그렇지만 현재 상태로서는

251) 김대경, 전계논문, 135면.

252) 백승흠, 「성년후견제도에론」, 푸른세상, 2005, 287면.

253) 신은주, 전계논문 56면.

누구라도 성년후견제도를 이용할 수 있도록 하기 위한 행정적인 대응은 충분하지 않다고 생각되며, 특히 경제적 약자에 대한 재정적 보장의 정비나 실시라는 측면의 대응은 다소 늦은 감이 있다고 하지 않을 수 없다.²⁵⁴⁾

우선 성년후견제도를 이용하기 위해 지불되는 감정비용, 절차비용, 후견인의 보수 등의 비용을 원칙적으로 수혜자가 부담하지만 자력이 없는 자를 위해 정부의 재원으로 성년후견서비스를 받을 수 있도록 공적 지원제도를 마련할 필요가 있다.²⁵⁵⁾ 특히 신상감호를 필요로 하는 무자력자가 그 지원대상이 될 것인데, 이러한 공적 지원제도를 통해 성년후견제도가 유산자만을 위한 제도가 아니라 후견을 필요로 하는 자라면 누구라도 이용할 수 있는 제도가 될 수 있을 것이다.²⁵⁶⁾

성년후견제도가 성공적으로 뿌리내리려면 제도의 흠결이 없어야 하겠지만, 지역사회에서 현실적으로 활발히 이용되는 일도 중요하다. 국가나 지방자치단체의 지원과 더불어 지역복지단체와의 연계도 활성화되어야 할 것으로 생각한다.²⁵⁷⁾ 가령 일본의 성년후견제도지원은 성년후견제도의 이용을 지원하는 사업에 대해 보조금을 지급하는 등의 역할을 하는 공공부분, 사단법인이 양성한 사회복지사를 성년후견인 등의 후보자로 등록하는 등의 역할을 하는 민간부분으로 나뉘어 운용되고 있다. 이처럼 국가나 지방자치단체와 민간단체와의 연계는 성년후견제도의 저변을 확대하는 데에도 크게 기여할 것으로 생각되며, 비용면에서도 크게 유용할 것으로 판단된다.²⁵⁸⁾

(6) 공시제도의 개선

성년후견제도와 관련해 공시 방법에 관한 부분은 본인을 비롯한 당사자의 법률상·정신상의 측면에서 볼 때 상당히 중요하다.²⁵⁹⁾ 왜냐하면 우리나라 사람들의 법 감정상, 예를 들어 현행 공시방법에 의하면 한정치산선고, 금치산선고를

254) 백승흠, 전계 “성년후견제도의 도입과 과제”, 43면.

255) 김대경, 전계논문, 136면.

256) 신은주, 전계논문, 47면 이하.

257) 제철웅, 전계 「행위무능력자 제도의 재검토(성년후견 도입을 중심으로) 연구」, 141면.

258) 제철웅, 상계서, 141면.

259) 최현태, 전계논문, 149-150면.

받았을 경우 공고 및 관보에 게재되고 또한 가족관계등록부에 그 내용이 등록되게 됨으로써 본인이나 가족들이 수치심을 느끼는 경우가 많기 때문이다.²⁶⁰⁾

개정안은 거래의 안전을 위하여 성년후견을 받고 있는 사실을 적절히 가족관계등록부에 공시할 것을 예정하고 있어, 종래의 행위무능력제도의 문제 요인이 그대로 남게 된다. 따라서 거래안전과 본인의 프라이버시보호와의 조화를 도모하는 관점에서 법정성년후견과 임의성년후견의 새로운 공시방법이 요구된다.²⁶¹⁾

공시방법에 관한 논의로 기존의 가족신분관계등록부에 공시하는 방법을 개선하는 방법과 성년후견관계사항만 기재하는 별도의 성년후견인등록제도를 설치하여 공시하는 방법으로 나누어 볼 수 있다.²⁶²⁾

우선 가족관계등록부에 등록해야 한다는 견해는 개인사항에 대해서만 기재하는 개인등록부에 본인 개인의 신상사항과 함께 후견관계사항을 기재하고, 그 후견사항의 교부신청은 원칙적으로 본인, 배우자, 직계혈족, 형제자매만이 할 수 있도록 함으로 불필요하게 알려지는 것을 방지하도록 조치하자는 것이다. 그러나 성년후견인제 도입을 위한 민법개정안공청회²⁶³⁾에서는 “새로운 성년후견인제도가 도입되면 피후견인과 후견인, 거래상대방 등 법률행위 당사자 모두 후견범위와 대리권 등에 대한 정보를 제공하고 받아야 할 필요성이 더욱 높아질 것이므로 이를 위해 ‘가족관계등록 등에 관한 법률’을 개정해 혼인관계증명서 등 기존 5종류의 신분사항별증명서 외 ‘성년후견사항증명서’를 추가하는 방안을 마련해야 하고, 성년후견사항 증명서를 성년후견에 관한 독립된 증명서로 만들어 공시하되 발급청구권자를 본인과 가족, 후견인, 이해관계를 소명한 거래상대방 등으로 제한범위를 한정함으로써 본인의 프라이버시 보호와 거래상대방의 보호를 적절하게 조화시켜야 한다.”고 주장하고 있다. 이 주장은 현실에 맞는 주장이며 여기에 추가로 기본사항 란에서 성년후견인에 대하여는 독립하여 별도의 란을 만들어

260) 이득환·박민제, 전계논문, 387면.

261) 김대경, 전계논문, 136면.

262) 남윤봉, “고령사회에서의 성년후견에 관한 연구”, 「법과정책연구」, 제8집 제2호, 한국법정책학회, 2008.12, 724면.

263) 법무부는 2009년 9월 30일 서울 서초구 양재동 엘타워 6층 그레이스홀에서 성년후견제도입을 위한 민법개정안 설명 및 토론회를 위한 공청회를 개최하였다. 주제발표를 맡은 김형석 서울대교수는 “개정안이 현행 민법의 구조를 크게 허물지 않으면서도 최신 입법경향을 반영해 피후견인의 충실한 보호를 도모하는데 노력했다고 생각한다”며 “무엇보다 보호의 필요가 있는 성년자의 인간 존엄성에 비추어 그의 의사와 능력을 가능한 적극적으로 고려할 수 있는 법제를 마련하는데 의의가 있다”고 평가했다 (<http://cafe.daum.net/diveifce/EYoB/217>자료 인용).

등록·고시하고, 시·군·읍·면의 민원서비스창구에 별도로 취급할 수 있는 공간을 형성하여 이해관계인이 손쉽게 확인하여 피후견인의 보호 및 거래의 상대방을 보호하도록 하여야 한다.²⁶⁴⁾

또 다른 견해로 성년후견인등록제도라는 새로운 공시방법을 도입해야 한다는 것이다. 가족등록부의 기재는 거래제도와는 관계없는 목적으로 등본을 청구하거나 열람할 때에도 정보가 누출되거나 무능력자 선고의 취소 후에도 과거의 선고 사실을 알 수 있기 때문에 거래안전의 보호라는 목적을 달성하기 위한 공시방법으로 고쳐야 한다²⁶⁵⁾고 주장한다. 계약자유 원칙상 자유로이 이루어질 수 있는 후견인의 위임계약의 존재여부, 효력발생시기와 후견인의 성명, 그리고 대리권여부 등, 후견계약을 공증받도록 강제하여 그 계약의 진정성을 확보하고,²⁶⁶⁾ 공시하여 제3자에게 알리는 것이 필요하므로 성년후견인등록제도를 신설하여 후견인의 권리남용방지와 후견인의 감독을 위해 공적기관인 가정법원에 후견계약을 등록할 수 있는 제도가 필요하다.²⁶⁷⁾

공시의 방법은 현실적으로 가족등록부에 기재하는 것이 가장 간편하지만 본인의 프라이버시가 제대로 보호되기 어렵고 후견사항을 쉽고 명확하게 알기 어렵다.²⁶⁸⁾ 그렇기 때문에 이해관계인만이 열람할 수 있도록 필요최소한의 후견인등록을 하는 공시제도가 새로 도입되는 것이 바람직하다. 그리고 명부에는 피후견인이 실제 어떠한 행위에 관하여 행위능력이 상실되었는지 또는 어떠한 행위에 관해서 동의가 필요한지를 구체적으로 기재한 성년후견인등록제도가 필요하다.²⁶⁹⁾

264) 이정래, 전계논문, 397-398면.

265) 志村 武, “成年後見問題報告書について若干の個別的論点”, 「判例タイムズ」, 第961號, 32面.

266) 거래의 상대방이 명확하게 알 수 있는 공시방법 필요하고, 간편한 이용과 유연하고 탄력적인 제도로 공시·공증이라는 측면도 고려하며, 법정성년후견제도와 임의후견제도는 일체적 공시시스템으로 운영하여야 하며 후견관계정보의 관리와 공개범위·수단 그리고 접근가능자의 범위 등을 정하여야 한다고 주장하고 있다(유경미, 전계논문, 163면).

267) 송호열, “성년후견감독법제에 관한 고찰”, 「재산법연구」, 제25권 제1호, 한국재산법학회, 2008.6, 265면.

268) 신은주, 전계논문, 43면.

269) 백승흠, 전계 “성년후견제도의 입법방향”, 198면; 김상문·조경신, “성년후견제도의 도입 방안에 관한 고찰”, 「지역발전연구」, 제8권 제2호, 한국지역발전학회, 2009.2, 119면.

제5장 결 론

현재 우리나라는 고령화 사회에 진입하였고, 선천적인 장애를 갖는 성년 장애인과 각종 산업재해 등으로 인한 장애자가 늘어나고 있다. 다시 말해 이는 우리 사회가 보호해야 하는 요보호자가 증가하였음을 보여주고 있다. 하지만 치매노인, 장애인 등 판단능력이 불충분한 자를 대상으로 불공정계약, 명의도용, 노동력 착취, 학대 등의 사건들이 계속해서 보도되고 있는 것으로 보아 이들을 위한 사회 전체적으로 미흡하다고 해석할 수 있다.

현행 우리 민법은 이들을 보호하기 위한 행위무능력제도와 이를 전제로 한 후견제도를 두고 있지만, 오히려 재산권·계약권·노동권·참정권 등 국민으로서 누려야 할 기본권을 박탈하고 있는 실정으로 그 실효성에 많은 문제점을 지니고 있다. 금치산과 한정치산의 구별을 단순히 두 유형으로 이분화하여 제도의 탄력적 운용을 불가케 하며, 청구권자가 제한되고 법원이 직권으로 이를 선고할 수 없는 등 선고를 받기까지 많은 시간과 노력, 비용이 소요된다. 또한 금치산·한정치산이라는 용어 자체가 차별적인 느낌이 강하고 선고를 받은 후 공시되면서 본인과 가족들에게 수치심을 안겨 주는 등의 문제도 있다. 현행 민법은 금치산자와 한정치산자는 후견인의 선임을 규정하고 있는데, 규정된 후견인의 순위로 인한 곤란함, 1인으로 제한한 규정으로 인한 후견인의 과대한 직무 범위의 개정요구되고 있다. 후견감독기관으로서의 친족회와 가정법원의 유명무실함도 지적된다.

이렇듯 판단능력이 불충분한 고령자와 장애인을 보호하기에는 현행 무능력자제도가 많은 문제를 내포하고 있고, 이 문제를 타파하기 위한 해결책으로 성년후견제도의 도입을 주목하고 있다. 성년후견제도는 고령자나 장애인 후견인의 도움을 받아 자신의 잔존능력을 활용하여 법적 행위, 재산의 관리, 사회복지서비스의 이용, 신상보호, 기타 사회생활에 긴요한 사무를 처리할 수 있으므로 기존 행위무능력자제도의 문제를 극복하는 제도가 될 것이다. 이미 독일, 프랑스, 영국 등 여러 선진국가에서는 오래 전부터 성년후견제도를 실시하였고, 시행하는 도중에 나타난 제문제들을 해결하는 과정을 거치며 발전하고 있다. 우리나라의 가족제도

나 법률 등이 유사한 일본에서도 성년후견제도를 도입하여 2000년부터 시행되었으며, 이후 우리나라에도 많이 소개되기 시작하였다.

우리나라는 지난해 9월 법무부는 복지국가 이념을 구현하고자 성년후견제도의 도입을 골자로 하는 민법 일부개정법률안을 마련하였다. 입법예고된 민법개정안은 본인의 의사와 잔존능력을 최대한 존중하고 보호대상을 재산행위 외에 치료·요양 등 복리영역에까지 확대하는 한편 후견의 내실화와 전문화를 도모하고 후견인과 후견의 내용을 스스로 정할 수 있는 후견계약을 도입한 것이 특색이다. 개정안의 주요내용을 간단히 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 금치산·한정치산 제도를 성년후견·한정후견·특정후견제도로 전면개정하여 개인의 차이에 따라 후견의 범위를 결정하도록 하였다. 이로써 성년후견제 이용자의 잔존능력과 자기 결정권을 존중하였다.

둘째, 성년후견인의 직무범위가 피성년후견인의 재산관리뿐만 아니라 신장보호영역까지 확대되었으며, 피성년후견인의 자기결정권을 존중하여야 한다고 규정하였다.

셋째, 성년후견인을 복수로 둘 수 있고 개인뿐만 아니라 법인도 성년후견인이 될 수 있도록 하였다. 성년후견 업무의 전문성을 확보하고, 청구권자 범위를 확대하고 성년후견인의 결격사유를 강화하였다.

넷째, 기존의 친족회 제도를 폐지하고 보다 실질적인 성년후견감독제도를 도입하여 피후견인이 제도를 안전하게 이용할 수 있도록 하였다.

다섯째, 후견계약의 신설로 자신의 원하는 만큼의 보호를 받을 수 있어 성년후견제도의 기본이념에 부합하였다.

국민의 기본적인 삶과 인간다운 삶을 보장할 수 있다는 이 제도의 도입은 장애인단체, 장애인부모단체, 노인단체, 사회복지 관련 단체들을 비롯하여 기대가 크다. 하지만 법무부의 개정안이 국회를 통과하여 본격적으로 시행했을 때 혹시 모를 미미한 부분이 있을 수 있다. 따라서 이미 성년후견제도를 시행하고 있는 외국의 입법례를 참고하여 개정안을 검토해 보았다. 그 결과, 우리나라의 실정에 맞는 성년후견제도의 도입과 제도의 정비에 있어서 다음과 같은 사항에 중점을 두어야 한다.

첫째, 성년후견 대상자에 신체장애자가 포함되지 않은 점이다. 개정안은 정신적인 제약이 있는 경우만을 성년보호의 대상으로 하고 있어서 신체적 장애로 인

하여 사무를 처리하는 것이 불가능하거나 불충분한 경우를 제외하고 있다. 성년 후견 대상자는 사무처리의 전부 또는 일부를 처리하는 것이 불가능한 신체장애 자까지 확대해야 한다.

둘째, 성년후견개시심판 청구권자는 언제나 근친에 의해서만 이루어질 수 없을 것으로 예상된다. 그러므로 지역사회의 대표자로서 지방자치단체의 장 등을 청구권자로 확대하는 방안이 마련되어 성년후견제도 서비스를 받지 못하는 요보호자들을 보호해야 한다.

셋째, 성년후견제도에서는 후견인의 자질이 가장 중요하다. 그렇기에 전문성을 갖춘 후견인을 양성하기 위한 양성기관의 구축이 필요불가분하다.

넷째, 성년후견제도가 시행하게 되면 가정법원의 업무가 크게 증가할 것이 예상되면서 가정법원의 인적·물적 시스템의 확충이 이루어져야만 한다. 법원이 성년후견에 관한 업무를 제대로 수행할 수 있도록 전담법관, 가사조사관 등의 증원과 함께 전문성을 확대하는 등의 시설확충이 필요하다.

다섯째, 아직까지 성년후견제도를 이용하기 위한 행정적인 대응이 불충분하다. 특히 경제적으로 열악한 요보호자를 위한 공적 지원제도가 필요하다. 후견을 필요로 하는 자라면 누구라도 제도를 이용할 수 있도록 국가 및 지방자치단체는 지원 대책을 마련해야 하겠다.

마지막으로, 기존 무능력자제도에서도 문제됐던 공시 방식이 개정안에서도 그대로 가족관계등록부에 공시할 것을 예정하고 있어 새로운 공시 방식의 필요가 시급하다. 공시 방식에 대해 여러 논란이 있지만 프라이버시가 확실히 보호되고, 후견사항을 알기 쉬운 성년후견인등록제도를 도입해야 할 것이다.

성년후견제도는 개개인의 특성, 잔존능력 및 상황을 고려하여 반영할 수 있는 유연성과 탄력성을 지닌 제도로 오늘날 증가하는 요보호자들의 보호를 위해 반드시 필요한 제도이다. 성년후견제도의 도입은 더 이상 미룰 수 없는 과제이지만, 이상의 내용과 이 제도를 시행하고 있는 외국의 경우를 고려하여 우리나라의 실정에 맞도록 이뤄져야 할 것이다. 즉, 성년후견제도의 활발한 이용에 따른 실효성의 확보와 제도의 안정적인 정착을 위하여 앞으로도 지속적인 관심과 활발한 논의가 필요할 것이다. 앞으로 성년후견제도가 우리나라에 성공적으로 정착되기를 기대해 본다.

참고문헌

I. 국내문헌

- 곽윤직, 「민법주해 제1권 (총칙1)」, 박영사, 1992.
- 김주수, 「친족상속법」, 법문사, 2007.
- 신영호, 「가족관계등록법」, 세창출판사, 2009.
- 백승흠, 「성년후견제도론」, 푸른세상, 2005.
- 법원행정처, 「법원실무제요 (가사)」, 법원행정처, 1994.
- 변용찬외 3인, 「성년후견제 사회복지분야 지원방안 연구」, 보건복지가족부 정책보고서, 2009.8.
- 제철용, 「행위무능력자 제도의 재검토(성년후견 도입을 중심으로) 연구」, 법무부, 2007.
- 한삼인, 「새롭게 쓴 판례민법」, 법률행정연구원, 2003.
- 김대경, “성년후견제의 입법을 위한 비교법적 고찰”, 「경희법학」, 제45권 제1호, 경희법학연구소, 2010.3.
- 김민중, “임의후견제도의 개혁”, 「법학연구」, 제27집, 전북대학교 법학연구소, 2008.12.
- 김상문·조경신, “성년후견제도의 도입 방안에 관한 고찰”, 「지역발전연구」, 제8권 제2호, 한국지역발전학회, 2009.2.
- 김상찬·이충은, “성년후견제도 입법화를 위한 비교법적 연구”, 「법과정책」, 제15집 제1호, 제주대학교 법과정책연구소, 2009.2.
- 김선이, “독일 성년후견법”, 「고령사회와 성년후견제도」, 한국법제연구원, 2003.12.
- 김용한, “후견”, 「사법행정」, 제43권 제6호, 한국사법행정학회, 2002.
- 김형석, “민법 개정안에 따른 성년후견법제의 도입”, 「보다 나은 민법전을 위하여-양국 민법 총칙편의 검토」, 민법개정한일공동심포지움 자료집,

- 2009.
- _____, “민법개정안 해설”, 「성년후견제 도입을 위한 민법개정안 공청회 자료집」, 법무부, 2009. 9.
- 남윤봉, “고령사회에서의 성년후견에 관한 연구”, 「법과정책연구」, 제8집 제2호, 한국법정책학회, 2008.12.
- 명순구, “프랑스의 성년후견제도”, 「2009년도 법무부 연구용역 과제보고서」, 법무부, 2009.
- 박인환, “새로운 성년후견제 도입을 위한 민법개정안의 검토”, 「가족법연구」, 제24권 제1호, 한국가족법학회, 2010.3.
- 백승흠, “외국 성년후견제도의 실태-독일과 일본을 중심으로-”, 「2009년도 법무부 연구용역 과제 보고서」, 법무부, 2009.
- _____, “성년후견제도의 입법모델에 관한 비교법적 고찰: 독일과 일본의 유형을 중심으로”, 「한·독사회과학논총」, 제15권 제2호, 한독사회과학회, 2005.12.
- _____, “우리나라에서의 성년후견제도의 도입과 그 검토”, 「고령사회와 성년후견제도」, 한국법제연구원, 2003.12.
- _____, “현행 성년자 보호를 위한 제도의 문제점과 대안으로서의 성년후견제도”, 「민사법학」, 제24호, 한국민사법학회, 2003.9.
- _____, “일본의 성년후견제도의 개관”, 「가족법연구」, 제16권 제1호, 한국가족법학회, 2002.6.
- _____, “성년후견제도의 입법방향”, 「민사법학」, 제18호, 한국민사법학회, 2000.5.
- 성년후견제도연구회, “사회복지정책과 성년후견제도의 입법 필요성”, 「성년후견제도 연구」, 사법연구지원재단, 2007.
- _____, “외국 성년후견제도의 비교법적 검토”, 「성년후견제도 연구」, 사법연구지원재단, 2007.
- 송호열, “성년후견감독법제에 관한 고찰”, 「재산법연구」, 제25권 제1호, 한국재산법학회, 2008.6.
- _____, “성년후견법제에 관한 연구”, 동아대학교 대학원 박사학위논문, 2003.2.

- 신영호, “고령사회에 있어서의 후견제도”, 「가족법연구」, 제11호, 한국가족법학회, 1997.
- 신은주, “우리나라에서 성년후견제도의 도입”, 「한국의료법학회지」, 제17권 제2호, 한국의료법학회, 2009.12.
- 안미경, “성년후견제도의 입법방향에 관한 연구”, 울산대학교 대학원 석사학위논문, 2009.
- 오호철, “일본의 성년후견제도와 우리나라의 성년후견법안의 비교”, 「비교사법」, 통권 제42호, 한국비교사법학회, 2008.6.
- _____, “일본의 성년후견제도의 고찰”, 「법학연구」, 제27집, 한국법학회, 2007.8.
- 우주형, “장애성년후견법 제정의 필요성과 방향”, 장애성년후견법 제정 공청회 자료, 2009.6.25.
- 유경미, “성년후견제도의 입법화를 위한 고찰”, 「법학연구」, 제24집, 한국법학회, 2006.11.
- 윤진수, “친족회의 동의를 얻지 않은 후견인의 법률행위에 대한 표현대리의 성립여부”, 「아세아여성법학」, 제3호, 아세아여성법학연구소, 2000.6.
- 윤철홍, “한국민법의 개정작업과 과제”, 「법학논총」, 제23집, 숭실대학교 법학연구소, 2010.2.
- 이득환·박민제, “성년후견제도에 대한 각국의 입법과 우리나라의 그에 대한 민법개정에서의 시사점”, 「법학논총」, 제26집 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2009.12.
- 이영식, “성년후견제도에 관한 연구”, 영남대학교 대학원 박사학위논문, 2007.
- 이은영, “성년후견제도에 관한 입법제안”, 「한일법학」, 제20집, 한일법학회, 2001.
- 이정래, “성년후견등록제도에 관한 소고”, 「법학연구」, 제30집, 전북대학교 법학연구소, 2010.6.
- 장현옥, “우리나라 후견제도의 문제점과 개선방향”, 「아세아여성법학」, 제3호, 아세아여성법학연구소, 2000.6.
- 정조근·송호열, “후견인등록제도에 관한 고찰”, 「가족법연구」, 제20권 제3호,

- 한국가족법학회, 2006.11.
- 제철웅, “성년후견제도의 개정방향”, 「민사법학」, 제42호, 한국민사법학회, 2008.9.
- 최문기, “성년후견제도의 입법론에 관한 일고찰”, 「경성법학」, 제16집 제2호, 경성대학교 법학연구소, 2007.12.
- 최지현, “일본의 성년후견제도”, 「법률행정논총」 제20집, 전남대학교 법률행정연구소, 2000.6.
- 최현대, “자기결정능력장애자 보호를 위한 성년후견제도에 대한 입법론적 고찰”, 「법학연구」, 제39집, 한국법학회, 2010.8.
- 한봉희, “독일의 성년후견제도소고”, 「아세아여성법학」, 제3호, 아세아여성법학연구소, 2000.6.

II. 일본문헌

- 近畿辯護士會人權辯護委員會編, 「高齢者・障碍者の權利辯護制度の確立をめざして」, 1996.
- 石田喜久夫·筱塚沼次 編, 「講義民法總則」, 青林書院, 1992.
- 石川稔外篇, 「家族法改正への課題」, 日本加除出版社, 1993.
- 小賀野晶一, 「成年身上監護制度論」, 有信社, 2000.
- 新井誠 外 2人編, 「成年後見制度」, 有斐閣, 2009.
- 新井誠·赤沼康弘·大貫貞男, 「成年後見制度」, 有斐閣, 2006.
- 田山輝明, 「成年後見制度の研究(下卷)」, 成文堂, 2000.
- 中川高男, 「親族・相續法講義」, ミネルヴァ書房, 1994.
- 平田厚, 「ロースクール家族法」, 日本加除出版株式會社, 2004.
- 岡部喜代子, “日本における成年後見制度の問題點”, 「翰林法學 FORUM」, 第20卷, 2000.12.
- 能手歌織, “成年後見制における「身上監護」の検討”, 「立命館法政論集」, 第1號, 2003.

- 大鷹一郎，“成年後見登録制度について”，「ジュリスト」，第1172號，有斐閣，2000.2.
- 法務省民事局参事務室，“成年後見制度の改正に関する要綱試案の概要”，「ジュリスト」，第1141號，有斐閣，1998.9.
- 北野俊光，“高齢者支援の手段としての任意後見契約”，「法律時報」，第77巻 第5號，日本評論社，2005.5.
- 星野英一先生に聞く，“成年後見制度と立法過程”，「ジュリスト」，第1172號，有斐閣，2000.2.
- 小川秀樹，“新しい成年後見制度の概要”，「ジュリスト」，第11172號，有斐閣，2000.2.
- 松津節子，“最新の禁治産・準禁治産事件の現状”，「ジュリスト」，第1141號，有斐閣，1998.9.
- 新井誠，“任意成年後見制度の必要性につて”，「ジュリスト」，第1141號，有斐閣，1999.9.
- ，“成年後見制度の理念と實際”，「法學セミナー」，第575號，日本評論社，2002.11.
- 阿部崇，“任意後見が擔う「自分自身」の意見決定：自らの生き方を託す人を自らの意思で”，「ニシセイ基礎研REPORT」，通巻 第97號，ニシセイ基礎研究所，2005.4.
- 岩井伸晃，“補助制度の新設の意義と機能”，「ジュリスト」，第1172號，有斐閣，2000.2.
- 額田洋一，“成年後見法 制定要綱「私案」”，「ジュリスト」，第1055號，有斐閣，1994.11.
- 原司，“任意後見制度について”，「ジュリスト」，第1172號，有斐閣，2000.2.
- 田山輝明，“知的障害者の人権擁護と成年後見制度”，「障害者問題研究」，第24巻 第1號，1996.
- 河上正二，“成年後見制度における類型論”，「ジュリスト」，第1141號，有斐閣，1998.9.

Ⅲ. 구미문헌

Deinert, "Neue Zahlen zur Praxis des Betreuungsrechts", FamRZ 1998.

Dodegge, "Das Betreuungsrechtsänderungsgesetz", NJW 1998.

Fabrice Perreau-Billard, La réforme des tutelles : Les acteurs de la protection : Le majeur à protéger : le mandat de protection future, Actualité Juridique Famille 2007.

Jean-Marie Plazy, Majeur Protégés, Recueil Dalloz 2008.

J. Klein, "Le mandat de protection future enfin opérationnel", Actualité Juridique Famille, février 2009(n. 02/2009).

Laurence Pécaut-Rivolier, Protection judiciaire des majeurs : entrée en vigueur de la réforme, Recueil Dalloz 2008.



ABSTRACT

A Research on the Adult Guardianship System

Kang, Young Eun

Department of Law
Graduate School
Jeju National University

The Adult Guardianship System is a system that supports the normal activities of an adult who does not have enough judgement ability so that their own decision making process is respected and the rest of the capabilities can be used to its fullest potential. In Korea, the Adult Guardianship System is at its implementation stage and research is necessary to seek out which direction it should take. Therefore, this paper aims to examine the current status by looking at preceding researches in relation to the implementation of the Adult Guardianship System and to search out alternative options for areas that are insufficient to supplement them in any way possible.

Many advanced nations have already implemented the Adult Guardianship System and it is becoming a much developed system after having gone through several reforms. In Germany's case, it is carrying out a monistic Adult Guardianship System which is based on a Statutory Guardianship System. France which is the first country to have legislated the Adult Guardianship System is running the guardianship systems as a jurisdictional protective system as well. Japan, closest neighbor to Korea has also enacted

and carrying out a special law regarding the arbitrary adult guardianship system befitting the concept of the adult guardianship system.

Currently, Korea has the System for Incompetent People but there are a lot of issues pertaining to this system so the usage of it has been low. Following this turn of events, the academics and the legal authorities have come up with a series of law proposals in the field of adult guardianship to replace the System for Incompetent People. The Department of Justice announced and precluded a partial civil legislation proposal which had the gist of implementing the Adult Guardianship System on September 18th 2009. (Henceforth called the revision plan)

In this paper, attempts have been made to investigate and look closely into the contents of the revision plan before it passed the National Assembly and suggested the following issues that would need to be resolved for insufficient parts existing within the proposal.

First, the revised bill limits its scope to cases where there are insufficient judgement ability, but the physically challenged should also be included in the adult guardianship system. Only by including physically challenged people who can only take care of partial administrative paperwork or the whole administrative process can the Adult Guardianship System realize the practical concept of social welfare.

Secondly, the claimant for the opening trial of the adult guardianship should be expanded to the local autonomous government districts. With only the relatives and the lawyer's claims, there is a limit to what can be done so with the participation of the local community, we can expect a more active running of the system.

Thirdly, if the Adult Guardianship System takes effect, the workload of the Family Court is expected to increase dramatically. As such, there should be an expansion of personnel and materialistic system of the Family Court. A new establishment of the guardian court as a professional division is

necessary along with professional investigative teams and consultants should be installed as well.

Fourthly, the quality of the guardian is the most important in the Adult Guardianship System. Therefore, in order to cultivate professional guardians, there is a need to establish an institution which will raise such individuals.

Fifthly, in order for anyone to take advantage of the Adult Guardianship System, a public support system from the government is necessary. In the revision plan, the financially limited guardian especially had a hard time using the system so there should be an alternative plan to support this from the government or the local autonomous governing bodies.

Finally, the revision plan still follows the current incumbent methods of public announcements so the problem of respect for privacy still remains. In order to resolve that matter, a new Adult Guardianship System should be set up where only the barest minimum of information that need to be registered is necessary.

As it can be seen above, by considering foreign countries' cases where they are already executing the Adult Guardianship System, a more active discussion should be carried out so that a new system more appropriate to Korea can be formulated. The implementation of the Adult Guardianship System is an issue that cannot be postponed any further but what's more important is the firm establishment and practical securement followed by active usage. In order to make this into a reality, continued interest and discussions are an absolute must in the future.