

성년후견제도 도입을 위한 법무부 입법안의 개선에 관한 연구

A Study on Improvement of MOJ Legislation for Adult Guardian System

김 명 엽*
Kim, Myung-Yeop

목 차

- I. 서 론
- II. 성년후견제도 각 입법안의 특징
- III. 법무부안의 문제점과 개선방향
- IV. 결 론

국문초록

현재 세계는 고령화 사회에 직면하고 있으며 우리나라는 빠른 속도로 고령화 사회가 되었으며, 이에 따라 재산관리와 신장보호를 필요로 하는 고령인구가 크게 증가할 것이다. 그러나 우리나라의 현행 민법은 이러한 고령자 보호를 위한 법적 제도가 제대로 갖추어져 있지 않다. 즉 무능력자 보호제도에 한계가 있으므로, 고령자와 신체적 장애인을 보호하기 위한 입법적인 대응책의 강구가 필요하게 되었다. 이에 따라 각계각층의 성년후견제도 도입을 위한 시도가 있었고 실제 여러 건의 법안이 제출되기도 하였다. 그러나 그 법안들을 통합하여 2009년 9월 제출된 법무부안과 함께 2010년 6월 현재, 국회 심의 중이다. 그 내용은 금치산·한정치산제도를 폐지하는 대신에 성년후견, 한정후견, 특정후견제도를 도입하였고 법정후견인 순위와 친족회 폐지, 법인후견인제도

논문접수일 : 2010.6.30
심사완료일 : 2010.7.22
게재확정일 : 2010.7.23
* 한경대학교 법학부 겸임교수

도입 등 현행 민법의 문제점들을 수정하고자 노력하였다. 그러나 법무부 개정안은 먼저 성년후견제도를 도입하였던 각국의 제도에서 나타나는 문제점들을 보완하기 위한 다른 성년후견제도와 관련된 보다 구체적인 제도의 도입은 아직 마련하지 못하였다. 따라서 본 논문에서는 법무부안의 문제점을 적시하면서 개선안을 제시하고 있다

주제어 : 성년후견제도, 임의후견제도, 후견인보수, 고령자, 정신능력, 공시제도, 제3자 후견인

1. 서론

1. 성년후견제도의 도입필요성

세계 각국은 고령화 사회를 맞으면서 고령자와 관계되는 여러 법률문제가 사회적 이슈로 대두되고 있다. 2010년 현재 우리나라의 노인인구가 점차적으로 증가하여 왔고¹⁾ 고령화로 인한 정신·신체적 장애로 말마암아 자신의 사무를 스스로 처리할 수 없어 그들의 재산관리 및 신상 보호의 필요성이 증대되고 있다. 현행 우리 민법에서는 판단 능력이 떨어지는 사람이 불이익을 당하지 아니하도록 도와주는 제도로 한정치산·금치산제도가 있는데, 구체적으로 이에 해당할 수 있는 사람으로는 치매성 고령자나 지적장애인, 정신적 장애인 등을 들 수 있다. 이러한 사람들은 복지정책의 대상이면서 또 날마다 권리침해에 노출되어 있지만, 현행 한정치산이나 금치산제도는 이들의 권리옹호에 충분한 기능을 하지 못하고 있는 실정이다. 그러나 현행 민법상의 금치산·한정치산 제도의 활용은 극히 미비한 실정이고 이는 거래의 안전을 위하여 가족관계등록부상 무능력자임을 기재하는 방법으로 공시함으로써 가족관계증명서를 발급받을 때마다

- 1) 2010년 현재 우리나라의 전체인구 비중 4887만 4539명 중 65세 이상 노인인구 535만 6853명으로 총인구의 11.0%를 차지한다. 앞으로도 지속적으로 늘어날 것이다. 2020년이 지나가면 고령화 속도는 훨씬 더 빨라진다. 2050년 우리나라의 노인인구는 38.7%(1615만 5757명)으로 예측되고 있다. 즉 21세기 중반에는 우리나라 인구의 1/3 이상이 65세 이상의 노인이 되는 것이다. 2026년이 되면 초고령화 사회에 진입하게 된다. 참고로 고령화 사회에 대한 유엔의 규정은 ① 고령화사회(Ageing Society)는 65세 이상 인구가 총인구를 차지하는 비율이 7% 이상 ② 고령사회(Aged Society)는 65세 이상 인구가 총인구를 차지하는 비율이 14% 이상 ③ 후기고령사회(post-aged society) 혹은 초고령사회는 65세 이상 인구가 총인구를 차지하는 비율이 20% 이상인 경우를 말한다.

http://www.ohmynews.com/NWS_Web/view/at_pg.aspx?CNTN_CD = A0001348920.

가족 구성원의 무능력 사실이 드러나는 단점이 있어 국민들이 제도의 필요성에도 불구하고 민법상 무능력자 제도를 거의 활용하고 있지 않고 획일적·경직적인 제도의 성격으로 인하여 치매노인, 심신장애자 등 판단능력이 감퇴한 자들에 대한 보호기능을 제대로 수행하지 못한다는 비판이 꾸준히 제기되어 왔다.

이러한 현실에 비추어 거래 안전이라는 측면과 본인의 프라이버시 보호라는 측면을 동시에 만족시킬 수 있고, 또한 행위무능력 상태까지는 이르지 않으나 판단능력이 감퇴한 자들이 자기 스스로 의사를 결정하여 사회생활을 적극적으로 수행해 나갈 수 있도록 지원해 줄 수 있는 새로운 제도의 모색이 필요하다고 할 것이다.

2. 성년후견제도의 입법방향

1) 성년후견제도의 이념 충실

새로운 성년후견제도의 이념은 UN총회에서 결의된 '정신박약자의 권리선언'(1971년 12월 20일) 및 '장애자의 권리선언'(1975년 12월 9일)의 이념이 피보호자의 인권보호를 목표로 구체화된 것으로서 자기결정권의 존중, 잔존능력의 활용, 보편화로 요약될 수 있다. 우리나라에서 성년후견제도를 도입할 때 고려해야 할 방향은 자기결정권의 존중, 잔존능력의 활용 및 보편화라는 새로운 이념과 본인의 보호라는 종래의 이념과의 조화를 도모하는 입법론적 개정이 필요하다고 할 것이다.

2) 자기결정권의 존중

성년후견제도의 기본이념으로 본인의 자기결정권을 가능한 한 존중하는 자기결정의 존중이라는 새로운 이념이 강조된다. 자기결정권이란 타인을 해하지 않는 한 자기의 사적인 사항에 대해서 자유로이 결정할 수 있는 권리 또는 자기판단에 따라 의욕하는 바를 실현할 수 있는 권리를 말한다. 이는 사적자치의 일환이라고 할 수 있다.²⁾ 이를 인정하는 것은 고령자 본인의 자기결정을 존중하여 사회생활에 필요한 통상적인 생활이 가능하도록 하는데 그 목적이 있다. 후견은 후견을 받는 본인의 의사를 존중하여야 하고, 후견의 내용에 있어서도 본인의 의사가 존중되어야 한다.³⁾ 특히 시설입소나 수

2) 吉田克己, “自己決定權と公序-家族・成年・後見・腦死-”, 『私法學の再構成』, 北海島大學圖書館刊行委員會, 1998, 248面.

3) 자기결정권의 존중이념은 판단능력이 불완전한 사람도 가능한 한 차별받지 않고 통상인과 같은 생활을 영위하도록 한다는 점에서 정상생활화(normalization)의 이념이라고도 하다. 이승길, “현행 민법상 후견제도의 문제점과 성년후견제도의 도입에 관한 고찰”, 『중앙법학』,

술을 받는 등의 경우에는 본인의 의사가 가능한 한 존중되어야 할 것이다. 이와 같은 목표를 달성하기 위해서는 무능력자의 행위능력의 제한도 최소한도에 그쳐야 할 것이다. 따라서 성년후견법제는 후견인의 재산적 이익을 위해서가 아니라 고령자, 장애인 등의 피후견인 본인 자신을 위하여, 의사능력이 불충분한 자를 대신하여 그 의사를 사실상 무시 내지 경시하면서까지 피후견인의 권리를 보호하는 것이 아니라 피후견인의 의사를 존중하는 범위 내에서 본인의 의사를 존중하는 절차가 필요하다.⁴⁾

3) 잔존능력의 활용

현재 무능력자제도는 행위능력을 일률적으로 광범위하게 제한하기 때문에 본인의 잔존능력을 활용할 수 없다. 더욱이 금치산자는 전면적인 행위무능력이 되기 때문에 일상생활에 필요한 법률행위 조차 할 수 없게 된다. 따라서 현행제도는 아직 판단능력이 남아있는 고령자나 신체장애자 등이 현실적으로 이용하기에 적합하지 않다. 고령자의 경우에는 일반적으로 의사능력을 일시에 상실하지 않고 대부분의 경우에는 단계적·점진적으로 의사능력을 상실한다. 따라서 판단능력이 불충분한 자라 해도 남아있는 판단능력이 가능한 한 활용되도록 함으로써 가정과 지역에서 통상의 생활이 가능하도록 해야 한다. 즉 고령화 사회에 있어서 현행 무능력자제도는 판단능력이 불충분한 자에게서 행위능력의 박탈을 전제로 하여 보호하므로, 무능력자 보호는 가능한 범위 내에서 자기결정권을 존중하고 잔존능력을 인정할 때 가능하게 되는 것이다. 그러므로 성년후견제도는 이러한 처지에 있는 자들의 자기결정권을 존중하고 정신능력의 감퇴로 인하여 완전한 의사무능력 상태에 빠지지 않는 한 잔존능력을 존중하여 보편화 개념을 실현하고자 하는 것이다.⁵⁾ 따라서 성년후견제도는 사법적 법률관계에서 스스로 합리적인 판단능력과 의사결정능력이 부족한 고령자에 대하여 재산관리와 신장보호라는 두 가지 측면에서 국가의 후견적 책무가 법제화되어야 할 것이다.⁶⁾ 이러한 잔존능력을 존중하는 것은 기본적 인권보호의 요청이기 때문이다.

4) 행위능력의 유연화·탄력화

제11집 제2호, 중앙법학회, 2009, 29면.

4) 田山輝明, 「成年後見法制の研究(上卷)」, 成文堂, 2000, 19面.

5) 백승흠, “우리나라에서의 성년후견제도의 도입과 그 검토”, 「고령화사회와 성년후견제도」, 한국법제연구원, 2003, 109면.

6) 송호열, “성년후견법제화의 기본방향과 원칙”, 「동아법학」, 제33호, 동아대학교 법학연구소, 2003, 186면.

고령자의 판단능력은 개인별로 차이가 있기 때문에 그 능력을 일률적으로 판단할 수 없는 경우가 많으며, 개인차이에 따른 보호의 필요성과 보호수준도 다양하게 나타난다. 그러나 현행법은 금치산자와 한정치산자라는 2개의 유형만으로 구분하고 있으며, 행위능력의 제한면에서도 서로 다르게 취급하고 있다. 따라서 현행의 경직적인 제도로서는 개별사안에 대하여 정신능력 및 보호의 필요성의 정도에 합치하는 탄력적인 조치를 취할 수 없다. 고령자의 경우 일시에 의사능력을 상실하는 경우는 거의 없고, 통상 단계적이고, 점진적으로 의사능력을 상실하게 된다. 따라서 의사능력의 유무라는 양자택일의 관계가 아니라 개별사안에서 본인의 정신능력의 정도와 보호의 필요성에 따라 탄력적인 조치를 취할 수 있는 제도가 되어야 할 것이다.

II. 성년후견제도 각 입법안의 특징

무능력자 보호의 문제점으로 인하여 그동안 행위무능력자제도를 개혁하기 위한 시도가 다수 있었다. 2006년 12월 당시 이은영 의원이 민법의 한정치산자·금치산자제도를 성년후견제도로 변경하는 개정안인 ‘민법 일부 개정법률안’을 발의하였다.⁷⁾ 그 내용은 성년후견제도연구회가 2007년 5월 외국의 성년제도를 연구한 성과물을 토대로 하여 마련한 ‘민법 일부 개정법률안’과 유사하다. 민법상의 한정치산, 금치산 제도에 대한 비판에서부터 출발하여 판단능력이 충분하지 않은 고령자나 장애인 등의 재산과 신상을 관리하는 법률제도인 성년후견제도를 제대로 도입하기 위하여 2004년 10월 장애인·노인 및 복지관련 16개 단체가 참여하고 있는 성년후견추진연대가 결성되어 입법의 필요성을 홍보하는 기자회견, 강연회, 사례발표 등 활동을 하였으며 2007년 11월 22일 장항숙의원이 발의한 민법개정안을 제출하였다. 이 개정 법률안도 기존 성년후견제도를 변경하고자 하는 것이었다. 이런 법률안의 제안들은 성년후견제도의 개정이 절실함을 보여주는 것이라고 하겠다.⁸⁾ 그 후 새로운 성년후견제도의 도입을 위한 민법개정안이 2009년 6개 분과로 구성된 민법개정위원회에서 현행 민법전 전반에 걸친 대폭적 개정을 목표로 본격적인 연구와 검토 작업이 시작되었다. 이에 법무부에서는 2007년부터 성년후견제 도입 등 민법 개정에 관한 연구를 시작하면서 2009년 2월에는

7) 동 법률안은 민법의 특별법으로 현행 「민법」상의 한정치산선고 및 금치산선고의 제도를 폐지하지 않고 이들 제도와 나란히 성년후견제를 도입함으로써 법적 혼란을 막고 후견제도의 이용을 점진적으로 증대하고자 하였으나 제17대 국회 회기만료로 폐기되고 말았다.

8) 제철용, “성년후견제도의 개정방향”, 「민사법학」, 제42호, 한국민사법학회 2008, 112면.

학계와 실무계를 망라하는 민법개정위원회를 설치 후 논의를 거쳐 성년후견제 도입에 관한 「민법 일부 개정 법률안」을 2009년 12월 제출하였으며, 2010년 6월 현재 법제사법위원회의에서 심의 중이다. 동 개정안은 나경원 의원 대표발의 장애성년후견법, 박은수 의원 대표발의 민법일부개정안 등 유사 법률안과 함께 2010. 2. 16. 법제사법위원회 전체회의에 상정되었고, 같은 날 법안심사 제1소위원회에 회부되었다. 법무부 주관 민법개정 작업 가운데에서도 새로운 성년후견제도 도입을 위한 개정안이 가장 먼저 그 모습을 드러내어 법률안으로 국회에 제출된 것은, 그만큼 성년후견제도 도입을 위한 민법 개정 요구가 강하게 제기되었다는 사실을 보여주는 것이라고 할 것이다.⁹⁾ 따라서 본고에서는 그간 성년후견제도 도입과 관련하여 선행연구를 참고해 가면서 현재 법무부안(정부안)으로 제출되어 있는 성년후견제도 도입을 위한 민법 일부개정안에 대한 검토와 대안을 모색해 보고자 한다.

1. 나경원 의원 대표 발의안¹⁰⁾

현행 제도는 오랫동안 장애인들의 집중적인 비판을 받아왔는데, 금치산자와 한정치산자 두 유형으로만 획일적으로 후견인과 후견인의 권리관계를 규정하여 피후견인의 의사가 무시되고 잔존능력이 활용되지 못한다는 점 및 장애 유형이 다양하여 능력의 차이가 많이 나는 장애인들의 상황에 탄력적으로 적용되지 못한다는 점이 주요한 문제점으로 지적되고 있었다.¹¹⁾ 하지만 현재의 민법 개정안은 일반적인 후견제도에 대해서만 언급되고 있어 이 또한 장애 성년자의 특수한 요구를 반영하는데 부족할 뿐 아니라, 후견법인 등에 대한 규정이 결여되어 있어 선진적인 후견제도 정착에 미흡한 점이 있음. 특히 선진국에서 널리 활용되고 있는 후견법인제도가 도입되지 않은 점은 커다란 문제인 바, 후견인 개인의 능력, 성정, 의지, 건강 등에 의해 피후견인의 처지가 크게 달라질 수 있고, 후견인 개인의 우연적 사정에 의해 피후견인에 대한 조력에 공백

9) 박인환, “새로운 성년후견제 도입을 위한 민법개정안의 검토”, 「가족법연구」, 제24권 제1호, 2010, 32면.

10) 동 법률안의 특징은 주요 내용은 의안 1조를 통해 알 수 있는 바와 같이 장애인이 장애성년후견인의 도움을 받아 재산을 관리하고, 사회복지서비스를 제공받으며, 그 밖에 사회생활에 필요한 사무를 처리할 수 있도록 하며, 성년후견기간을 5년으로 제한하고 있다.

11) 판단능력이 상실되었거나 불완전한 상태의 지적 장애인을 위한 재산의 관리, 사회복지서비스의 수혜, 기타 사회생활에 필요한 긴요한 서비스를 받을 수 있는 장애성년후견인제도의 도입이 필요하다. 우주형, “장애성년후견제도도입에 관한 소고”, 「중앙법학」, 제10권 제4호, 2008, 202면.

이 발생할 뿐 아니라, 개인적 비리의 가능성을 차단하기 어렵다는 문제점을 해소하지 못하였다. 이에 현행 민법상의 획일적 후견제도를 개인의 능력에 부합하는 탄력적이고 유연한 제도로 바꾸고, 차별적인 의미로 인식되는 표현을 수정하며, 피후견인의 의사를 최대한 존중하며 잔존능력을 활용토록 배려하고, 장애인들이 용이하게 제도를 이용할 수 있도록 함과 동시에, 후견법인, 후견관청, 후견감독인 등의 제도를 두어 효율적이고 신뢰할 수 있는 후견제도를 확립하기 위해서 법률안을 제안한 것이다.¹²⁾ 그러나 나경원 의원안의 문제점은 민법과의 관계에 있어서 다음과 같은 문제점이 제기된다. 즉 민법과의 관계에 있어서 장애성년후견법안은 장애인에 대한 특별법으로서 성년후견제도는 성년후견인에 대한 사항은 장애성년후견법이 민법에 우선한다는 규정만 두고 있으므로(안 제29조) 특별법 시행 이후에도 금치산·한정치산 제도는 그대로 남아있게 되어 성년후견제도를 도입한 취지가 퇴색될 우려가 있고, 장애성년후견법안에서 적용대상으로 규정하고 있는 '장애로 판단능력이 불완전하여 자기 사무의 전부 또는 일부를 처리할 수 없는 성년자인 장애인으로서 의학적 판단기준이 충족되고 법적 보호의 필요성이 인정된 자'는 현행 민법상의 금치산이나 한정치산선고의 요건과 중복되는 면이 있으므로 민법의 행위능력제도 전반을 재검토하지 않는다면 상당한 혼란을 초래할 가능성이 있다고 보여진다. 또한, 외국 입법례를 보더라도 불문법 국가인 영국을 제외한 대부분의 국가에서 기본법인 민법의 개정과정을 거쳤다는 점을 감안할 때, 우리도 새로운 성년후견제를 도입함에 있어서 하나의 특별법 제정이 아니라 기본법인 민법개정과 동시에 관련 법률을 전반적으로 재정비하는 방식으로 추진하는 방안에 대하여 면밀하게 검토할 필요가 있다고 할 것이다.¹³⁾

2. 박은수 의원 대표 발의안

현행 민법상에 판단능력이 완전하지 않은 성년자를 보호하기 위한 후견제도로 한정치산·금치산자 제도가 있으나 용어 자체로 차별적인 의미가 강하고, 법원에 의해서만 가능하여 그 절차가 복잡하다. 또한 선고결과가 가족관계등록부 등 개인신상자료에 기

12) 지금까지의 성년후견제도에 관한 논의는 주로 법학적 관점에서 초점이 맞추어져 왔으나 성년후견제도가 제도도입을 위한 법개정으로만 논의할 문제가 아니라 사회복지정책의 근본적인 전환 및 사회복지 시스템 전반을 재구축할 필요성이 있으므로 법학과 사회복지학 간의 학제적 접근이 필요하다. 김상목·조경선, "성년후견제도의 도입에 관한 고찰", 「지역발전연구」, 제8권 제2호, 2009, 103면.

13) 법제사법위원회, 법제사법위원회 검토보고서(의안번호 1807209), 2010, 21면.

록되어 본인과 가족의 불명예로 남게 되기 때문에 그 이용 빈도가 높지 않은 것이 현실이다. 또한 정신적 장애의 정도가 다양함에도 불구하고 정신적 장애인에 대해 금치산 또는 한정치산 선고만을 인정하여 일률적으로 광범위하게 개인의 행위능력을 박탈 또는 제한하고 있어, 개개의 사안에서 정신능력 및 보호의 정도에 부합하는 탄력적이고 유연한 조치를 취할 수 없다는 문제가 발생하고 있다. 따라서 판단능력이 불완전한 장애인과 노인이 미래에 자신의 정신적 판단능력이 약해질 상황을 대비하여 성년후견제도의 도움을 받아 재산의 관리, 사회복지의 수혜, 기타 사회생활에 긴요한 사무를 처리할 수 있는 새로운 후견제도를 도입할 필요가 있다. 또한 이미 독일, 프랑스, 일본 등 선진국에서는 새로운 성년후견제도를 도입하여 장애인과 노인의 인권과 생활보호에 만전을 기하고 있다.¹⁴⁾ 따라서 새로운 성년후견제도를 도입하여 증산층과 빈곤층에 속하는 장애인과 노인들이 편리하게 이용하도록 하며 생활의 불편을 줄이고 보험 및 사회복지혜택을 온전히 향유할 수 있도록 하였다.¹⁵⁾ 박은수 의원 개정안이 법무부안과 다른 점은 법무부안은 성년후견제를 후견업무의 범위에 따라 성년후견·한정후견·특정후견 등으로 나누고 있는데 반해, 동 개정안은 기존의 한정치산·금치산 제도를 성년후견제로 일원화했다. 또한 동 개정안은 피후견인에 대해 소송을 하고 있는 자나 그 가족, 피후견인이 수용됐거나 거주하고 있는 시설의 장과 그와 밀접한 관계에 있는 자는 후견인 또는 후견감독인이 될 수 없도록 해 후견인의 자격을 한층 더 강화했다.¹⁶⁾

3. 법무부안(정부안)의 내용

가. 민법개정을 통한 성년후견제도의 제안

성년후견에 관한 법률이 2006년 이은영 의원이 발의하였던 ‘성년후견에 관한 법률안’처럼 특별법의 형태를 취하게 되면 입법기술적으로 간편하고 독립적인 측면에서는 장점이라고 할 수 있다. 복잡한 다른 법률관계에서 특별법우선의 원칙에 의해 새로운 입

14) 1980년 이후 유럽 각국은 성년후견법의 개혁에 착수하여 영국은 1986년 지속적 대리권수여 법과, 2005년 정신능력법을, 독일에서는 1998년 성년후견법의 개정, 프랑스에서는 2007년 성년후견과 관련된 민법 규정을 대폭 개정하였다. 일본은 2000년 4월 1일부터 성년후견제도를 시행하고 있다.

15) http://likms.assembly.go.kr/bill/jsp/BillDetail.jsp?bill_id=PRC__M1V0Z0G1D0F8I1G6Q4D7S-1H1B9Q2L6

16) <http://www.ablenews.co.kr/News/NewsContent.aspx?CategoryCode=0044&NewsCode=004-420100111>

법내용과 저촉되는 기존의 법률내용들은 그 효력을 잃게 되므로 후견에 관한 법률의 적용문제가 쉽게 정리될 수 있다는 장점이 있다. 그리고 특별법의 모습은 단행법의 형태가 되므로 개정에 있어서도 절차가 까다롭지 않으며 어느 정도 정착한 후에 민법에 편입되게 되면 시행착오적인 문제를 쉽게 정리할 수 있다는 장점도 있다.¹⁷⁾ 그러나 새로운 성년후견에 관한 내용을 입법화 하려면 현행 민법의 성년후견에 관한 내용을 변경하여야 하므로 종합적이고 현실적인 측면을 생각할 때에 성년후견의 문제는 모든 사람에게 기본적으로 영향을 미치는 사안이므로 기본법인 민법개정을 통하여 도입하는 것이 바람직하다고 할 수 있다. 이는 성년후견에 관한 내용은 모든 사람에게 영향을 주고 관심 있는 사항이며 사람의 기본적인 능력에 관한 문제이므로 기초시민법인 민법의 개정을 통하여 변경하는 것이 더 적합한 방법이라고 생각한다. 그리고 이미 프랑스, 일본민법 등 여러 나라들이 민법의 개정을 통하여 성년후견제도를 도입하였고, 성년후견에 관한 법률의 통일화, 단일화는 법률운동에도 도움을 주기 때문이다.¹⁸⁾

나. 다원론의 채택

민법개정안의 입법유형을 정하는데 있어서 성년후견법제의 기본구조를 어떤 모습으로 할 것인가에 대해 많은 논의가 있었다.¹⁹⁾

일원론과 다원론은 피후견인을 어떻게 보호할 것인가의 문제인 동시에 성년후견인의 직무범위와 관련된 문제이다. 또한 성년후견인의 직무라는 것은 성년후견감독의 문제이기도 한 것이므로 성년후견제 입법에 중요한 입법적 결단사항의 하나이다. 다원론의 대표적 입법례가 일본법인데 법률에서 미리 몇 단계로 보호유형을 정해놓고 각각 해당하는 유형에 따라 보호하자는 입장이다. 한편 일원론의 대표적인 입법례는 독일법인데 법률에서 확일적으로 정하지 않고 피후견인 개개인의 상태에 따라 보호유형을 가정법원에서 정하도록 하자는 입장이다.

독일식 일원론은 피후견인의 잔존능력을 최대한 활용할 수 있어 피후견인의 입장에서는 구체적이고 개별적인 보호가 보다 더 철저해 질 수 있겠지만,²⁰⁾ 현재 법원의 물

17) 남윤봉, "고령화사회에서의 성년후견에 관한 연구", 「법과 정책연구」, 한국법정책학회, 제8집 제2호, 2008, 721면.

18) 남윤봉, 상개논문, 721면

19) 2007년 11월 장항숙 의원이 발의한 민법 일부 개정법률안은 일원론적 방법을, 이은영 의원의 성년후견에 관한 법률안은 다원론적 방법론을 채택하였다.

20) 백승흠, 전개논문, 126면.

적 인적 시설이 감당할 수 없을 것이라는 견해가 지배적이다.²¹⁾ 다시 말해서 법원의 부담이 증가하여 신속성이 떨어질 것이 우려된다는 것이다. 필요한 사안에 대한 신속한 대처는 결코 무시할 수 없는 가치이므로 법무부 민법개정위원회에서는 성년후견이 필요한 정도에 따라 3가지 유형으로 후견인을 구분하되 후견인의 직무범위에 관하여는 성년후견이 필요한 대표적 법률행위의 유형을 열거하고 구체적 사안을 고려하여 그 범위를 가감할 수 있도록 하여 다원론을 채택하였다. 그 이유는 그간의 한정치산제도와 금치산제도를 운영한 경험을 살릴 수 있고, 급진적인 법제의 변경은 혼란을 야기할 우려가 있기 때문이다.²²⁾

다. 성년후견제도의 주요 내용

(1) 법무부 개정안의 내용

현행 민법상의 금치산·한정치산제도는 개개인의 구체적인 판단능력 및 보호 필요성 정도에 따른 탄력적인 제도 운영이 어렵고, 부정적 용어의 사용과 그동안 가족관계등록부상 공시제도로 야기되는 사회적 편견으로 인해 그 이용자가 매우 적은 실정이다. 이에 현행 금치산·한정치산제도를 성년후견·한정후견 등으로 개정함으로써, 고령자 및 장애인을 보호함과 아울러 거래의 안전을 도모하기 위한 것이다. 법무부안은 금치산 선고의 사유인 “심신상실의 상태”와 달리 질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 지속적으로 결여된 것을 성년후견개시의 요건으로 하고, 한정치산 선고의 사유인 “심신이 박약하거나 재산의 낭비로 자기나 가족의 생활을 궁박하게 할 염려”와 달리 질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 부족한 것을 한정후견개시의 요건으로 하고 있다. 이는 기존 금치산·한정치산 선고의 청구권자에 ‘후견감독인’(신설)을 추가하여 ‘본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 미성년후견인, 미성년후견감독인, 한정(성년)후견인, 한정(성년)후견감독인, 특정후견인, 특정후견감독인 또는 검사’를 성년후견개시 심판의 청구권자로 하였다.

21) 성년후견제도를 실시하기 위해서는 법제정만으로는 부족하고 이를 구체적으로 실시하는 법원의 준비도 반드시 필요하다. 현재 가정법원의 가사사건의 대부분은 이혼소송사건이므로 성년후견제도 도입시 법원의 부담이 대폭 늘어날 것이므로 가사사건 담당 법관의 증원과 전문화, 법원의 시설확충이 필요할 것이다. 김상훈, “우리나라 가정법원의 현황 - 성년후견제도의 도입 및 후견법원 설치를 위하여 -”, 『법학연구』, 제18권 제4호, 연세대학교 법학연구소, 2008, 166면.

22) 제철용, 전제논문, 141면.

여기에서 '정신적 제약' 외에 '신체적 제약' 역시 성년후견에 포함시켜야하는지가 문제될 수 있으나²³⁾ '신체적 제약'의 경우는 의사능력의 결핍, 보완을 전제로 하는 법정 후견제도의 대상에는 포함시키지 아니하고 '신체적 장애'로 인하여 타인의 개호나 조력이 필요한 사람들은 자신의 의사에 따라 임의후견제도를 이용할 수 있으리라는 기대에서 제외된 것으로 보인다.

(2) 특정후견제도의 신설(안 제14조의2)

정신적 제약이 있는 사람이라고 하더라도 반드시 지속적 보호제도를 희망하지 않을 수 있으며, 가족 등의 도움을 받아 생활하면서 개별적인 사안에 일회적·특정적인 보호만을 받고자하는 이해관계가 있을 수 있으므로, 법무부안은 이러한 필요에 부응하여 특정후견제도를 창설하고 있다.

성년후견·한정후견이 지속적·포괄적 보호제도임에 대하여, 특정후견은 일회적·특정적 구제수단으로 도입된 것으로 질병, 장애, 노령 기타 사유로 인한 정신적 제약으로 일시적 또는 특정한 사무에 관한 후원이 필요한 것을 특정후견개시의 요건으로 하고 특정후견의 일회적·특정적 성격을 살리기 위하여 기간 또는 사무의 범위를 정하도록 하며 가정법원이 피특정후견인의 후원을 위하여 필요한 처분을 명할 수 있도록 하고 있다. 일회적·특정적 성격 및 '성년후견의 이념인 자기결정권 존중'을 보다 강화하여 본인의 의사에 반하여는 개시심판을 할 수 없도록 규정하고 특정후견은 행위능력의 제한을 수반하지 아니하는 후원적 보호제도이므로 피특정후견인의 법률행위에 대한 취소 규정이나 특정후견인의 동의를 부가하는 규정 등은 두지 아니하였다.

(3) 복수·법인후견인의 허용(안 제930조, 제949조의2)

후견인을 자연인 및 1인으로 한정함으로써²⁴⁾ 전문적 후견의 길을 막고 후견 업무의 효율성을 떨어뜨리며 권한 남용의 위험을 증가시킨다는 비판이 제기되어 왔으므로 피후견인의 신상과 재산에 관한 모든 사정을 고려하여 복수의 성년후견인을 둘 수 있도록 하였다²⁵⁾. 후견인의 직무는 극히 포괄적인데, 대체로 재산관리와 신상보호로 구분

23) 법무부안에서는 '정신적 제약'만을 성년후견의 대상으로 하고 있으나 박은수 의원안에서는 '정신적 장애'와 '신체적 장애'를 모두 성년후견의 대상으로 하고 있다.

24) 후견인을 1인으로 하는 것은 복수인 경우 후견인간에 의견충돌이 생길 수 있으므로 이를 방지하고, 후견사무의 원활한 집행을 위해서 라는 주장도 있다. 김주수, 「친족상속법」, 법문사, 2002, 358면.

25) 성년후견인을 복수로 선임하는 경우에는 본인은 각 성년후견인의 직무범위를 제한할 수 있다. 예를 들면 2인의 성년후견인을 선임하는 경우에는 1인에게는 재산관리를, 나머지 1

할 수 있다. 또한 법인도 성년후견인이 될 수 있도록 하고 있다. 가정법원은 직권으로 여러 명의 성년후견인이 공동으로 또는 사무를 분장하여 그 권한을 행사하도록 정할 수 있고, 이를 직권으로 변경 또는 해소할 수 있으며, 그들이 공동으로 권한을 행사해야 하는 경우에 어느 성년후견인이 피후견인의 이익이 침해될 염려가 있음에도 법률행위의 대리 등 필요한 권한 행사에 협력하지 아니하는 때에는 피후견인 등의 청구에 의하여 그 성년후견인의 의사표시를 갈음하는 재판을 할 수 있도록 하고 있다.

후견 업무의 효율화와 전문화를 위하여 복수·법인 후견인을 인정하되, 친권자의 지위를 대신하는 미성년후견에 대하여는 자연인 1인의 후견인만 허용하고 여러 명의 후견인의 권한 행사에 관하여 법률관계의 명확화를 꾀하고 대리의 법리 중 '각자대리의 원칙'(민법 제119조)의 적용을 배제할 수 있는 근거를 마련하였다. 다만 법인후견인에 대하여는 현행 민법에서 자연인인 후견인만 인정하고 있으므로 그 도입에 여러 가지 사항이 검토되어야 할 것으로 보인다.²⁶⁾ 성년후견제도는 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 부족한 피후견인을 사회적으로 지원하기 위한 제도이고 각 법률안에서는 법인도 후견인이 될 수 있도록 규정하고 있으므로²⁷⁾ 그 취지에 맞는 후견법인의 요건, 설립 절차, 후견법인에 대한 감독 등의 사항에 관한 입법이 필요할 것으로 판단되며²⁸⁾ 이는 결국 별개의 특별법으로 규율되어야 할 것이다.

(4) 복수·법인후견인의 법정 순위를 폐지 및 가정법원의 후견인 지정(안 제932조 내지 제936조, 제959조의2, 제959조의3)

현행 민법은 금치산·한정치산이 선고되면(미성년자의 경우에는 친권자가 유언으로 후견인을 지정하지 아니한 경우) 후견인은 법률의 규정에 의하여 정해지고 이에 해당하는 사람이 없는 경우에 법원이 선임하도록 규정하고 있으나, 이러한 규정은 근친자들이 금치산자 등을 착취하는 부작용의 원인이 되었고, 서로의 이해관계가 대립하는 많은 경우에 금치산자 등이 제도 이용을 회피하는 결과를 초래하였으며, 더구나 금치산자 등이 고령인 경우 최선순위 법정후견인인 그의 배우자 역시 고령인 경우가 많아

인에게는 신상보호를 맡길 수 있다.

26) 성년후견인을 양성하는 법인이 활성화 되면 성년후견업무의 수행에 관해 전문적 지식과 윤리성을 함양한 성년후견인이 많이 배출되고, 가정법원이 직접 감독하는 경우에는 그 수가 감소할 것으로 예상된다. 백승흠, "성년후견제도의 도입과 과제", 「법학논총」, 제27집 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2010, 34면.

27) 민법(법무부안) 제930조제3항, 민법(박은수의원안) 제936조 제6항, 장애성년후견법안 제23조.

28) 다만 장애성년후견법안에서는 후견법인의 자격, 직무, 운영, 승인취소 등에 대하여 규정하고 있다(제23조~제26조).

후견의 실효성에 의문이 있으므로 후견인의 법정 순위를 폐지해야 한다는 비판이 제기되어 왔다.²⁹⁾ 따라서 법무부에서는 법정후견인 순위를 폐지하고 관련 규정을 삭제하며(미성년자 포함) 성년후견·한정후견개시의 심판을 할 경우(미성년자의 경우에는 친권자가 유언으로 후견인을 지정하지 아니한 경우) 또는 추후 후견인 선임이 필요할 경우에 가정법원이 직권으로 또는 이해관계인 등의 청구에 의하여 후견인을 선임하도록 하며 가정법원은 성년후견인이 선임된 경우에도 필요하다고 인정하는 때에는 추가로 성년후견인을 선임할 수 있도록 하였다. 이는 한정후견에 있어서도 준용된다.

(5) 친족회를 폐지하고 후견인의 감독기관으로서 후견감독인제도 창설(현행법 제960조 내지 제973조, 안 제808조, 제848조, 제887조, 제940조, 제940조의2 내지 제940조의7, 제941조, 제942조, 제945조, 제950조 내지 제954조, 제957조, 제959조의5, 제959조의10)

현행 민법 제960조 이하에서 규정된 친족회는 일본을 거쳐 프랑스로부터 계수된 후견감독기관으로 관습상 친족단체와는 무관한 법률상의 상설기관인데 그동안 친족회는 현실적으로 후견이 개시되는 경우에도 후견인의 감독이라는 중요한 기능을 수행하고 있지 못하다는 비판이 계속하여 제기되었으므로 친족회를 폐지하였다. 친족회를 대체할 후견감독 기관으로 가정법원, 사회복지행정당국 등을 고려할 수 있지만³⁰⁾, 우리 현실에 비추어 이들을 감독기관으로 운용할만한 인적·물적 설비가 충분하지 여부에 대해서는 논란의 여지가 크므로, 피후견인의 근친자나 관련 전문가 등을 활용하는 후견감독인제도를 창설하였다. 그 내용은 가정법원은 필요하다고 인정하는 경우에는 피후견인 등의 청구 또는 직권에 의하여 제779조에 따른 후견인의 가족이 아닌 자를 후견감독인으로 선임할 수 있고 후견감독인은 후견인의 사무를 감독하고, 후견인이 없는 경우 지체 없이 가정법원에 후견인의 선임을 청구해야 하며, 피후견인의 신상이나 재산에 대하여 급박한 사정이 있는 경우 그의 보호를 위하여 필요한 처분을 할 수 있고, 후견인과 피후견인 사이의 이해상반행위에 관하여 피후견인을 대리하도록 하고 있다.

(6) 임의후견계약제도 신설(안 제959조의14 내지 제959조의20)

피후견인의 권익을 충실히 보호하고 선택의 자유를 폭넓게 보장하기 위하여 피후견인이 직접 선정한 후견인으로부터 본인이 직접 결정한 후견내용에 따라 도움을 받을

29) 최문기, “성년후견제도의 입법론에 관한 일고찰”, 『경성법학』, 제16집 제2호, 경성대학교 법학연구소, 2007, 53면.

30) 성년후견인의 감독제도는 결국 가정법원의 기능확대 또는 후견법원의 설치, 전문법관의 확충, 사회복지제도의 발전 등 제반요건이 충족되어야 할 것이다. 제철웅, 전제논문, 141면.

수 있는 길을 열어 둘 필요가 있다. 따라서 질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 부족한 상황에 있거나 부족하게 될 상황에 대비하여 자신의 재산관리 및 신상보호에 관한 사무의 전부 또는 일부를 타인에게 위탁하고, 그 위탁사무에 관한 대리권 수여를 내용으로 하는 공정증서에 의한 계약을 후견계약으로 하도록 하였다.³¹⁾ 가정법원은 후견계약이 가족관계등록부에 등록되어 있고, 본인이 사무를 처리할 능력이 부족한 상황에 있다고 인정할 때에는 본인 등의 청구에 의하여 임의후견감독인을 선임하고, 이때부터 후견계약의 효력이 발생하도록 하며, 임의후견인의 대리권 소멸은 가족관계등록부에 등록하지 않으면 선의의 제3자에게 대항할 수 없도록 하였다. 이러한 임의후견제도의 도입은 임의후견제도가 새로운 성년후견제도의 가장 큰 특질이라고 할 수 있다.³²⁾ 이러한 임의후견제도는 본인이 충분한 판단능력을 갖는 동안에 판단능력이 떨어진 후의 본인의 재산관리 및 신상감호 등에 관한 사무를 임의대리인에게 수권하고, 본인의 판단능력 상실 또는 판단능력의 저하³³⁾ 후에도 그 대리권을 소멸하지 않고 존속하도록 하여 임의대리인이 당해사무를 수행하도록 하는 제도를 법정의 성년후견제도와 대비되는 취지로 임의대리라고 한다.³⁴⁾ 즉 건강할 때 치매 등으로 인하여 원조가 필요한 사태에 이를 경우를 대비하여 미리 원조의 수단과 방법을 정해두는 제도로 원조를 필요로 하는 자가 자기의사에 따라 결정하는 계약이라는 의미에서 보다 적극적인 후견제도이다.³⁵⁾ 임의후견계약은 피후견인이 정신상의 장애 등으로 판단능력이 불충분한 상황이 된 때 체결할 수 있으며 피후견인 본인이 임의후견인에 대해 자기의 후견사무의 대리권을 위임하는 계약으로써 임의후견감독인이 선임되는 그 때부터 효력이 발생한다.³⁶⁾

- 31) 이 제도의 도입을 통하여 장애의 의사능력의 결여 혹은 신상관리에 대비하기 위하여 사전 후견계약을 체결할 수 있도록 함으로써 장애에 대한 대비를 할 수 있게 하는 제도이다. 신은주, “우리나라에서 성년후견제도의 도입”, 「한국의료법학회지」, 제17권 제2호, 한국의료법학회, 2009, 33면.
- 32) 법무부 개정안의 임의후견계약제도는 영국의 지속적 대리권수여법(Enduring Powers of Attorney Act)와 영속적 대리권수여법(Lasting Powers of Attorney)에서 유래한 것이다.
- 33) 판단능력의 저하란 종래 심신상실 또는 심신박약의 이분법적 구분이 아닌 정신질환 등에 의한 판단능력의 상실 뿐이 아니라 신체장애에 의한 판단능력 저하와 치매로 인한 판단능력의 감퇴 등의 경우도 포괄적인 개념으로 보아야 한다. 유경미, “성년후견제도의 입법화를 위한 고찰”, 「법학연구」, 제24집, 한국법학회, 2006, 160면.
- 34) 송호열, “성년후견감독법제에 관한 고찰”, 「재산법연구」, 제25권 제1호, 2008, 264면.
- 35) 송호열, “임의후견계약제도”, 「동아법학」, 제31권, 동아대학교 법학연구소, 2002, 273면.
- 36) 임의후견계약의 법적 성질은 위임계약으로서 무상, 편무, 낙성계약으로서의 성질을 갖지만 보수의 지급을 약정한 경우에는 유상, 쌍무계약으로서의 기능을 한다. 김민중, “임의후견제도의 개혁”, 「법학연구」, 제27집, 전북대학교 법학연구소, 2008, 151면.

Ⅲ. 법무부안의 문제점과 개선방향

1. 성년후견감독에 있어서 친족회의 폐지의 개선

현행 민법은 후견인의 감독기관으로 친족회를 규정하고 있으나(민법 제960조 이하), 관습상의 친족단체와 무관하고 현실적으로도 후견감독 업무를 수행하는 데에 적절하지 못하다는 비판³⁷⁾을 수용한 것이다.

이는 과거의 후견감독인제도를 폐지하고 감독기관으로서 친족회만을 두며, 가정법원에 적극적 감독권을 줌으로써 국가의 적극적 관여를 인정하게 되었다. 그러나 이러한 후견감독기관으로서의 친족회와 가정법원의 기능에 관해서는 상당히 많은 의문이 제기되고 있다. 우선 친족회에 관하여 그러한 문제점으로서 지적되는 것은 첫째, 친족회는 우리의 고유한 제도가 아니라는 점이다.³⁸⁾ 둘째, 가정법원이 친족회 소집허가를 한 모든 사건에서 법원은 친족회 소집 허가만을 하여 줄 뿐, 그 후 제대로 친족회가 소집되어 결의를 하였는지에 관해서는 아무런 확인을 하지 않으며, 그에 관하여 감독하는 절차가 전혀 없다. 셋째, 친족회의 실질적 주도자가 후견인이어서 친족회가 후견감독기관으로서 후견인을 견제하고 제어하는 기능을 하지 못하고 있다.³⁹⁾ 넷째, 친족회원 선임청구와 친족회 소집청구는 주로 민법 제950조에서 정하고 있는 중요한 재산행위에 대한 동의를 위한 경우가 발견될 뿐이며, 더욱이 후견인이 친족회원의 선임을 청구하는 경우에 가정법원은 거의 심리도 하지 않고, 당사자에 대한 특별한 조사도 없이 전부 인용하는 경향을 보이고 있어 후견인과 근친들이 담합함으로써 감독기관의 감독을 받아야 하는 후견인이 오히려 친족회를 이용하여 피후견인을 장악하는 경우가 발생하게 된다. 가정법원에 대해서는 전체적으로 보아 친족회의 임무에 비해서 상대적으로 임무의 중요성이 덜하다는 것이다.

그러나 성년후견인의 감독에 있어서 친족회를 없애고 후견감독인 제도를 도입하는 것은 바람직하지 않을 것이다. 현행 민법하에서 친족회가 적절한 역할과 기능을 수행하였는가에 대해서는 여러 의견이 있을 수 있을 것이지만, 성년후견감독인을 임의기관

37) 이병화, "성년후견제도의 도입에 따른 국제후견법의 제고찰", 「비교사법」, 제34호, 한국비교사법학회, 2006, 91면.

38) 백승훈, "성년후견의 감독에 관한 고찰", 「가족법연구」, 제20권 제2호, 한국가족법학회, 2006, 66면 참조

39) 윤진수, "친족회의 동의를 얻지 않은 후견인의 법률행위에 대한 표현대리의 성립 여부", 「아세아 여성법학」, 제3호, 아세아 법학연구소, 2000, 87면.

으로 함으로써 여러 문제가 발생할 수 있다는 점이다. 가령, 현행 민법 제950조는 후견인이 영업, 차재와 보증, 부동산 등 중요재산의 득실변경, 소송 등 중요한 법률행위를 하는 경우에는 친족회의 동의를 받도록 하고 있는데, 개정안 제950조는 이에 더하여 상속의 승인, 한정승인 또는 포기 및 상속재산 분할에 관한 협의를 추가 규정하였다. 그러나 정작 그에 대한 동의 여부에 관하여는 성년후견인이 있는 경우에는 그 동의를 받아야 하지만, 성년후견인이 선임되지 않은 경우에 대해서는 아무런 규정을 두고 있지 않다. 이는 결과적으로 상당한 보호의 불균형을 초래할 것으로 우려된다.⁴⁰⁾ 왜냐하면 성년후견인이 이러한 중요한 법률행위를 수행함에 있어서 후견인 등에 대한 친족회 또는 기관 감독이 아닌 개인감독은 너무나 새로운 시도이며 우리의 인간관계의 문화를 고려할 때 그 한계를 가볍게 볼 것이 아니기 때문이다. 참고로 일본에 있어서 임의후견법의 골격은 ① 계약의 당사자인 본인과 임의후견인에 의해 체결된 임의후견계약과 ② 당해 임의후견계약에 기초한 임의후견인의 권한남용방지를 제도적으로 담보하기 위해 가정재판소가 선임하는 임의후견감독인에 의한 공적감독제도의 두 가지로 구성되어 있다. 따라서 일본의 임의후견법 제2조는 임의후견계약이 개시되는 시점을 임의후견감독인이 선임될 때로 함으로써 임의후견감독인의 선임을 의무화하고 있으며, 이를 통해 일본은 피후견인의 권익을 한층 더 보호하고 있다.

그러므로 친족회 폐지의 문제점을 개선하기 위해서는 우리나라 성년후견법안도 본인이 계약으로 성년후견인을 선임하는 경우에도 성년후견감독인의 선임을 의무화하는 것이 타당할 것이라 생각되며, 일본의 임의후견과 같이 성년후견개시 시점을 성년후견감독인이 선임된 때로 하는 것이 본인 보호를 위해 바람직할 것으로 생각된다.⁴¹⁾ 그러나 장기적으로는 아동 청소년, 장애인, 노인 등의 보호를 주된 임무로 하는 사회복지행정당국으로 하여금 보호업무를 기획하고 성년후견인 및 피후견인을 감독·지도하도록 하여야 할 것이다.⁴²⁾ 즉 법인이 성년후견인이 될 수 있는 것과 마찬가지로 성년후견감독인에 선임되는 법인에 관해서도 자격제한이 없고 오히려 법인성년후견인인 경우에는 성년후견감독인도 법인이 바람직하다고 생각되고, 더욱이 개인의 후견인을 감독하는 경우에도 신뢰성이 높은 법인이 조직적으로 감독사무를 하는 것이 효과적인 경우도 적지 않기 때문이다. 법인인 성년후견인과 마찬가지로 성년후견감독인에 선임되는

40) 박인환, "새로운 성년후견제도입을 위한 민법개정안의 검토", 「가족법연구」, 제24권 제1호, 2010, 50면.

41) 오호철, "일본의 성년후견제도와 우리나라의 성년후견법안의 비교", 「비교사법」, 제15권 2호, 2008, 327면.

42) 김민중, 전제논문, 166면.

법인에 관해서도 제한이 없기 때문에 사회복지협의회 등의 사회복지법인, 복지관계의 공익법인뿐만 아니라 영리법인도 선임이 가능하지만, 그 적격성에 관해서 가정법원은 당해 법인의 사업의 종류 및 내용, 법인 및 그 대표자와 본인과의 이해관계의 유무 등을 고려하여 개별적이고 구체적으로 판단하게 된다.⁴³⁾ 성년후견인의 감독제도는 결국 가정법원의 기능확대 또는 전문법관의 확충가능성, 사회복지제도의 발전정도 및 발전가능성, 아동보호기관과 노인 및 청소년보호기관의 역할확대, 사회복지서비스를 제공하는 인력의 확충정도 등을 종합적으로 고려하여야 할 것이다.⁴⁴⁾ 바람직한 것은 친족회의 설치를 필수적으로 하기 보다는 필요한 경우에 한정하되, 설치한 경우에는 그 권한과 기능을 축소하는 방안이 바람직할 것이다.

2. 성년후견계약과 공정증서의 문제점과 개선

후견계약은 임의후견을 받을 본인과 임의후견인이 될 상대방 사이의 계약에 의하여 성립한다. 나아가 계약의 존재와 내용을 명확히 하기 위해서 후견계약은 공정증서에 의해 체결해야 한다고 규정하고 있다(개정안 제959조의14 제2항). 이는 일본의 임의후견제도와 같이 계약체결을 공정증서의 방식을 취하도록 강제하고 있다. 일본의 후견등기법에 의한 등기사무는 법무대신이 지정하는 법무국이나 지방법무국 또는 지국이나 출장소가 등기소로서 전자정보처리조직에 의하여 취급하도록 하고 있고, 자기디스크를 가지고 만든 후견등기파일에 후견, 보좌, 보조 또는 임의후견계약의 내용 등의 필요사항을 기재하도록 하고 있다.⁴⁵⁾ 일본의 임의후견법 제3조에서 법무성령에서 정한 양식을 사용하게 하는 이유는 대리권 부여의 대상이 되는 법률행위가 명확하게 특정되어 기재되는 것을 담보하여 이로 인하여 발생될 수 있는 분쟁을 방지하려는 것을 목적으로 한다. 또한 이에 관한 전제로서 임의후견인과 법률행위를 할 제3자가 대리권이 있다는 사실을 쉽게 인식할 수 있도록 등기를 하도록 하고 있다. 하지만 법무부안은 공정증서에 의한 계약체결을 강제하고 있을 뿐, 일본의 공증인법 제57조의 3 제1항과 같이 공정증서를 등기하거나, 일본의 법무성령에 의해 정해진 양식을 사용하게 하는 방식을 취하지 않고 있다. 그러나 우리나라에 있어서도 계약의 체결을 공정증서로 강제

43) 백승훈, "성년후견의 감독에 관한 고찰 -독일과 일본의 제도를 비교하여-", 「가족법연구」, 제20권 제2호, 한국가족법학회, 2006, 77면.

44) 제철용, 전제논문, 112면.

45) 김상찬·이충은, "성년후견제도 입법화를 위한 비교법적 연구", 「법과 정책」, 제15집 제1호, 제주대학교 법과정책연구소, 2009, 67면.

한 것에 대해서는 바람직하다고 할 수 있지만, 공정증서의 양식을 통일하거나 후견등기제도를 마련하여야 할 것이다.⁴⁶⁾

3. 후견사항의 공시와 제3자 보호 문제

개정안의 성년후견제도에 있어서도 본인의 행위능력 여부 및 그 범위, 후견인의 특정 및 그 권한과 범위 등에 관하여, 거래의 안전 등을 고려하여 후견사항의 공시가 필요하다. 따라서 개정안은 법정후견이나 임의후견에 있어서 모두 가족관계등록부에 공시할 것을 예정하고 있다.⁴⁷⁾ 공시방안에 관하여 공청회 지정토론을 통하여 제시된 방안은 현행 가족관계등록부의 5가지 증명서에 더하여 후견사항증명서제도를 신설하는 것으로 되어 있다.⁴⁸⁾ 공시제도를 마련하는 주된 목적은 거래안전의 보호에 있는 것이므로 본인의 능력과 필요에 따라 본인만으로 거래행위가 가능한 사항인가 혹은 후견인 등의 동의를 필요로 하는 사항인가를 현행법에 비해서 훨씬 알기 쉽게 하여 거래의 상대방이 이러한 것에 대해서 명확하고 간편하게 알 수 있는 공시방법이 필요하다. 피후견인의 프라이버시 보호에 유의해야 하며, 보다 중요한 것은 후견관계정보의 관리와 공개의 범위·방법 그리고 그 정보에 접근할 수 있는 자의 범위를 어떻게 정할 것인가를 고려해야 한다.⁴⁹⁾ 따라서 공시된 내용의 열람을 제한하고 그 내용의 증명도 가급적 사회적 오점이 되지 않도록 입법적으로 배려해야 할 것이다.

4. 후견비용의 부담 문제와 개선

성년후견인의 보수에 관하여는 현행 민법의 규정이 그대로 적용되어 가정법원은 후견인의 청구에 의하여 피후견인의 재산상태 기타 사정을 참작하여 피후견인의 재산 중에서 상당한 보수를 후견인에게 수여할 수 있다(민법 제955조). 또한 개정안은 후견비용에 관한 규정도 신설하였으나 이 역시 피후견인의 재산 중에서 지출하는 것으로 되어 있다(개정안 제955조의 2). 민법 규정과 개정안만을 고려한다면, 경제적인 여유가 없는 피후견인은 무보수로 후견업무를 맡아 줄 자가 없다면 현실적으로 후견인의 도움을 기대할 수 없게 된다. 후견인 보수에 관하여 각국의 현실을 살펴보면 다음과 같다.

46) 오호철, 전계논문, 321면.

47) 임의후견에 있어서는 개정안 제959조의15 제1항, 제959조의19 참조.

48) 박인환, 전계논문, 61면.

49) 정희근·송호철, “후견인등록제도에 관한 고찰”, 『가족법연구』, 제20권 3호, 2006, 135면.

프랑스의 경우에는 2007년 3월 5일 성년후견과 관련된 민법규정을 대폭 개정하고 2009년 1월부터 시행되는 개정 민법에서는 제414조 내지 제515조에서 성년후견에 관한 내용을 규정하고 있다.⁵⁰⁾ 성년후견에 관한 재판비용은 무상으로 하는 것을 원칙으로 하나, 감정에 대한 의사와 사회보조원의 보수는 피보호자 본인의 부담으로 한다. 보호조치에 소요되는 비용은 법원에 의해 선임된 수임인 이외의 보호조치 담당자들(보좌인, 후견인, 후견감독인, 친족회회원 등)은 무상으로 임무를 수행하는 것이 원칙이다.⁵¹⁾ 다만 재산관리의 중요성과 임무수행의 어려움에 따라 판사나 가족회의에서 수당의 지급을 허락할 수 있지만 이에 따른 비용은 요보호성년 본인이 부담하여야 한다. 보호조치가 법원에 의해 선임된 관재인에 의해 이루어지는 경우에는 그 비용은 사회부조가족법전에서 정한대로 요보호성년 본인에 그 재력에 따라 전액 또는 일부를 부담하고, 그것이 충분하지 않을 때에는 공공단체가 부담한다.⁵²⁾ 장래보호수임인의 경우에는 특별한 약정이 없는 한 무상으로 임무를 수행하는 것이 원칙이다.⁵³⁾

일본의 경우에는 법정후견인 후견, 보좌, 보조의 개시의 심판신청에 필요한 비용이 발생한다.⁵⁴⁾ 신청비용은 수익자인 본인이 아닌 신청인이 부담하는 것으로 되어 있어 가까운 친척이 아닌한 그 부담을 주저하는 경우도 많다.⁵⁵⁾ 성년후견제 도입 및 운영비용과 관련하여 후생성은 이제까지 시행하던 '장애지역 생활지원사업' 및 '고령자 지역 생활 지원사업' 예산의 일부분으로서 사용하기 때문의 별도의 예산책정은 없으며 사회단체는 후견인에 대한 보수 및 후원금을 통한 펀드를 조성하여 운영한다. 성년후견 서비스 이용을 위한 피후견자 부담비용을 살펴보면, 신청비용은 15000엔 정도이며, 감정

- 50) 이승길, "현행 민법상 후견제도의 문제점과 성년후견제도의 도입에 관한 고찰", 「중앙법학」, 제11집 제2호, 중앙법학회, 2009, 21면.
- 51) 사법적 수임인은 어떤 형태나 권원으로는 보호담당업무와 관련된 재산적 이익 또는 금전을 수령해서는 안되며, 이들에게는 국가가 보조금형태로 지원한다. 제철웅, 전제논문, 122면.
- 52) 프랑스 민법 제419조 Les personnes autres que le mandataire judiciaire à la protection des majeurs exercent à titre gratuit les mesures judiciaires de protection. Toutefois, le juge des tutelles ou le conseil de famille s'il a été constitué peut autoriser, selon l'importance des biens gérés ou la difficulté d'exercer la mesure, le versement d'une indemnité à la personne chargée de la protection. Il en fixe le montant. ette indemnité est à la charge de la personne protégée. 참조.
- 53) 오승규, "프랑스의 2007년 성년보호제도개혁법률", 「최신외국법제정보」, 한국법제연구원, 2009, 41면.
- 54) 임의후견계약의 경우 수수료를 포함하면 약 28,000엔정도, 법정후견의 경우에는 감정료까지 포함하여 8만엔정도의 비용이 발생한다. <http://zaisan.kyoto-koken.net/structure/cost.html>
- 55) 赤松康弘, "成年後見制度改正への提言", 「自由と正義」, 第54卷 第11号, 日本辯護士協會, 2003, 11, 74면.

비용은 5만엔~10만엔 정도, 후견인 보수는 평균 약 18,000~28,000엔 정도로 가정법원이 정한다. 단 가정법원이 후견인의 보수를 '0'으로 정하는 경우, 단체에서 무보수로 후견서비스를 제공한다. 구제도에 비하여 심판기간의 단축 및 비용의 절감을 도모하게 되었지만, 그럼에도 불구하고 이용자 부담비용은 성년후견제도를 방해하는 하나의 요인이 되고 있다. 일본에서는 2001년부터 “성년후견제도 이용지원사업”을 국가보조사업으로 실시하였다. 이는 중증의 치매성 고령자, 지적 장애자를 대상으로 하고 성년후견제도의 신청에 필요한 경비 및 후견인 등의 보수의 전부 또는 일부를 지원한다. 그러나 실제에 있어서는 후견심판제기 비용에 대한 지원은 있어도 후견 보수의 지원실적은 거의 없다. 이는 재정의 부담을 지고 있는 지방자치단체가 적기 때문이며, 이 밖에도 지방자치단체가 독자적인 보수지원제도를 두고 있는 곳도 있지만, 대부분은 이러한 조성사업제도를 두고 있지 않기 때문이다.⁵⁶⁾

독일의 경우 성년후견의 비용은 일반적으로 성년후견과 관련하여 감정서를 포함한 법원의 신청비용은 크지 않다. 년 기준으로 매 5천유로의 재산 당 5유로의 비용이 소요되며 기존 재산을 합쳐서 산정하지는 않으며, 기본 재산이 2만 5천유로 이상 일 때 비용이 발생한다. 독일의 성년후견은 기본적으로 자원봉사이며 무상으로 진행된다. 하지만 법원이 후견인을 직업적으로 수행하도록 그 선임을 결정했을 경우에는 유상으로 진행된다.

직업성년후견인의 보수청구권에 있어서 성년후견의 비용은 원칙적으로 무상으로 한다. 그러나 성년후견이 직업으로 수행되고 있다는 사실이 법원에 의하여 확인된 경우에는 보수청구권이 인정된다. 특히 독일이 경우 1992년 성년후견제도가 도입되었으나 성년후견법은 사법재정의 파탄의 위기가 직접 계기가 되어 재정부담 완화를 위해 재개정되기도 하였다.⁵⁷⁾ 개정법안 제 955조의 2에서는 성년후견인에 대하여 본인의 재산으로부터 일정한 보수를 지급받을 수 있도록 규정하고 있다. 성년후견제도를 잘 운영하기 위해 중요한 것 중의 하나가 성년후견인의 보수에 관련한 문제일 것이다. 이러한 보수지급문제는 친족 보다 제3자가 성년후견인으로 선임될 경우 그 문제점이 증가할 것이다. 따라서 이러한 문제점을 개선하기 위해서는 성년후견인의 보수는 후견인과 본인의 자력, 양자의 관계, 후견사무의 난이도 등을 종합적으로 판단하여 보수산정을 하여야 할 것이다. 특히 본인의 자력이 불충분할 경우 법원에 의해 선임되는 성년후견인의 보수가 문제될 것이다. 그러므로 보수액 산정의 과정에 대해 후견인 등이 실제로

56) 오호철, “일본의 성년후견제도의 고찰”, 『법학연구』, 제27집, 한국법학회, 2007, 584면.

57) 이승길, 전제논문, 22면.

행한 사무내용을 정확하게 파악하기 위한 제도와 그 보수액을 결정하는데 그 내용이 반영되고 있는 것을 당사자에게 알리는 제도 그리고 자력요건을 감안한 적절한 금액이라는 것을 검증할 수 있는 제도가 마련되어야 할 것이다.⁵⁸⁾

5. 제3자 후견인 육성의 필요

친족 이외의 자가 후견인으로 선임된 경우에 이를 제3자 후견인이라고 한다. 후견업무의 전문성과 공정성을 생각하면 친족후견인 보다는 제3자 후견인이 후견업무에 더 적합하다고 할 수 있다.⁵⁹⁾ 이를 위해서는 법률전문가 이외에 일반시민에 의한 성년후견인의 양성문제가 중요하다. 일본의 경우 제3자 후견인에 관한 문제는 고령자의 생활에 가족 이외의 자가 직접 관련되는 것에 대한 고령자 자신 및 가족의 저항감이 강하고, 일반시민도 적극적으로 관련되는 것을 주저하고 있다는 점이다.⁶⁰⁾ 따라서 재산관리 등 법률문제에 관하여는 법률전문가가 후견인을 맡는 것이 바람직하고, 신상보호에 관한 계약 등에 대하여는 의료간호에 관한 지식경험을 가진 자가 후견인에 선임되는 것이 바람직하다. 일본의 경우 전문직 후견인으로는 변호사회, 법무사회, 사회복지사회, 가정문제보호센터, 세무사회 등이 있다. 이는 후견업무의 담당자의 교체가 가능하며 후견인에 대한 신뢰성을 확보할 수 있고, 후견사무 담당자측의 심리적 부담이 덜 하며 개인후견인이 담당하기 어려운 사안에도 대응할 수 있다는 장점이 있다.⁶¹⁾ 또한 1990년 10월부터 각지의 사회복지협의회에 의한 지역복지권리옹호사업이 개시되어 2000년에 개정된 사회복지법에 따라 복지서비스이용 원조사업이라는 이름으로 확충되었다. 정신상의 문제로 일상생활을 영위하는데 지장이 있는 자에 대하여 무료 또는 적정한 요금으로 복지서비스 이용에 관한 상담에 응하여 조언을 하고, 복지서비스를 제공받기 위하여 필요한 절차 또는 복지서비스에 들어가는 소요되는 비용의 지불에 관한 편의를 제공하는 것, 기타 서비스의 적절한 이용을 위한 일련의 원조를 일체로 행하는 것이다.⁶²⁾ 일본 민법상의 성년후견제도는 사법상의 제도로서 가정법원의 복잡한 절차를 전제로 하므로 이를 이용하기에 주저하는 경우가 많다. 이처럼 일본의 문제점을 인식

58) 오호철, 전계논문, 329면.

59) 백승흠, 전계 "성년후견제도의 도입과 과제", 45면.

60) 床谷文雄(박인환 역), "高齢者法制の 一素描-日本の 成年後見法の 現状과 課題", 「한림법학 FORUM」, 제18권, 2007, 13면.

61) 전형미, "일본의 성년후견제도에 있어서 제3자후견인 확보에 관한 연구", 「아시아연구」, 한국아시아학회, 2008, 161면.

62) 일본 사회복지법 제2조 제3항 제12호.

한다면, 우리나라의 성년후견제도는 사회복지서비스로서의 융통성을 살려가면서 민법상의 성년후견제도의 이용 및 복지행정서비스로서 융통성을 살려가면서 본인의 필요에 맞게 적절히 활용하여야 할 것이다.⁶³⁾ 이를 위하여 성년후견제도 도입을 위해서는 제3자 후견인의 양성이 매우 중요하다. 제3자 후견인은 친구, 친척, 자원봉사자도 있을 수 있으나 변호사, 법무사, 사회복지사 등 직능단체에 소속된 전문적 식견을 갖춘 지역 종사자들이 높은 평가를 받고 있으므로 이들을 후견에 관한 전문가로 양성하는 사회적 네트워크와 교육시스템이 필요하다고 할 것이다.

IV. 결 론

우리나라의 성년후견제도의 도입은 고령화 사회에 있어서 반드시 필요한 법제라고 할 수 있다. 현행 무능력자제도는 본인보호에 충분하지 않을 뿐 아니라 판단능력이 불완전한 자의 재산보호에 중점을 두고 있을 뿐 신상보호에는 부족한 점이 많다. 특히 고령자의 경우 개인에 따라 판단능력의 정도에 차이가 있고, 잔존능력이 남아있음에도 불구하고 확일적으로 무능력을 선고하게 되면 잔존능력이 무시되고 독립적인 권리주체로서의 행위능력을 제한하므로 헌법상의 자기결정권의 존중이라는 이념에도 배치된다. 따라서 이러한 문제점을 개선하고 판단능력이 감퇴한 고령자와 정신적 장애인이 적극적으로 사회생활을 영위해 갈 수 있도록 법적·제도적 장치가 마련되어야 할 것이다. 이러한 시대적 요청에 부응하여 법무부는 2009년 9월 민법규정 증 금치산, 한정친산제도를 개선하여 성년후견 및 한정후견 제도를 도입하는 민법일부개정안을 입안하여 현재 국회심의 중이다. 동 법안은 본인의 의사와 잔존능력을 최대한 존중하고, 보호대상을 재산행위 이외에 치료·요양·복리에 관한 영역까지 확대하였으며, 법인·복수후견인과 후견감독인제도를 신설하였다. 그리고 도입할 후견제도의 가장 큰 특징인 임의후견제도를 도입하는 것을 주요한 내용으로 하고 있다. 그러나 법무부안은 후견제도도입에 관한 구체적인 제도적 장치가 마련되지 아니하여 개선해야 할 문제점들이 있다. 첫째, 친족회의 폐지에 대해서는 사회복지행정당국으로 하여금 보호업무를 기획하고 성년후견인 및 피후견인을 감독·지도하도록 하여야 할 것이다. 둘째, 성년후견계약과 공정증서는 양식을 통일하거나 후견등기제도를 마련하여야 할 것이다. 셋째, 후견사항의 공시는 피후견인의 사생활 보호와 거래안전의 조화라는 관점에서 결정되어야

63) 床谷文雄, (박인환역), 전제논문, 16면.

한다. 넷째, 성년후견인의 보수는 후견인과 본인의 자력, 양자의 관계, 후견사무의 난이도 등을 종합적으로 판단하여 합리적인 보수산정이 이루어져야 한다. 다섯째, 제3자 후견인 육성의 필요성이다. 이상과 같은 문제점들이 개선된다면 성년후견제도는 고령자와 장애인의 재산관리와 신상보호를 위한 바람직한 제도로서 운영될 것으로 생각한다.

참고문헌

김주수, 「친족상속법」, 법문사, 2002.

김민중, “임의후견제도의 개혁”, 「법학연구」, 제27집, 전북대학교 법학연구소, 2008.

김상목·조경선, “성년후견제도의 도입에 관한 고찰”, 「지역발전연구」, 제8권 제2호, 한국지역발전학회, 2009.

김상찬·이충은, “성년후견제도 입법화를 위한 비교법적 연구”, 「법과 정책」, 제15집 제1호, 제주대학교 법과정책연구소, 2009.

김상훈, “우리나라 가정법원의 현황 -성년후견제도의 도입 및 후견법원 설치를 위하여-”, 「법학연구」, 제18권 제4호, 연세대학교 법학연구소, 2008.

남윤봉, “고령화사회에서의 성년후견에 관한 연구”, 「법과 정책연구」, 한국법정책학회, 제8집 제2호, 2008.

박인환, “새로운 성년후견제 도입을 위한 민법개정안의 검토”, 「가족법연구」, 제24권 제1호, 2010.

백승흠, “우리나라에서의 성년후견제도의 도입과 그 검토”, 「고령화사회와 성년후견제도」, 한국법제연구원, 2003.

_____, “성년후견의 감독에 관한 고찰”, 「가족법연구」, 제20권 제2호, 한국가족법학회, 2006.

_____, “성년후견의 감독에 관한 고찰 - 독일과 일본의 제도를 비교하여-”, 「가족법연구」, 제20권 제2호, 한국가족법학회, 2006.

_____, “성년후견제도의 도입과 과제”, 「법학논총」, 제27집 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2010.

송호열, “성년후견감독법제에 관한 고찰”, 「재산법연구」, 제25권 제1호, 2008.

_____, “임의후견계약제도”, 「동아법학」, 제31권, 동아대학교 법학연구소, 2002.

오승규, “프랑스의 2007년 성년보호제도개혁법률”, 「최신외국법제정보」, 한국법제연구원

- 원, 2009.
- 오호철, “일본의 성년후견제도와 우리나라의 성년후견법안의 비교”, 「비교사법」, 제15권 제2호, 2008.
- 우주형, “장애성년후견제도도입에 관한 소고”, 「증양법학」, 제10권 제4호, 2008.
- 이승길, “현행 민법상 후견제도의 문제점과 성년후견제도의 도입에 관한 고찰”, 「증양법학」, 제11집 제2호, 증양법학회, 2009.
- 전형미, “일본의 성년후견제도에 있어서 제3자후견인 확보에 관한 연구”, 「아시아연구」, 한국아시아학회, 2008.
- 정희근·송호철, “후견인등록제도에 관한 고찰”, 「가족법연구」, 제20권 3호, 2006.
- 제철용, “성년후견제도의 개정방향”, 「민사법학」, 제42호, 한국민사법학회 2008.
- 최문기, “성년후견제도의 입법론에 관한 일고찰”, 「경성법학」, 제16집 제2호, 경성대학교 법학연구소, 2007.
- 吉田克己, “自己決定權と公序-家族・成年・後見・腦死-”, 「私法學の再構成」, 北海島大學 圖書館刊行委員會, 1998.
- 田山輝明, 「成年後見法制の研究(上卷)」, 成文堂, 2000.
- 新井誠, 「高齢化社會と成年後見法」, 有斐閣, 1994.
- 赤松康弘, “成年後見制度改正への提言”, 「自由と正義」, 第54卷 第11号, 日本辯護士協會, 2003.

[Abstract]

A Study on Improvement of MOJ Legislation for Adult Guardian System

Kim, Myung-Yeop

Plural Professor, Faculty of Law, Hankyong National University

Korea is faced with an aging society now. Those who need property management and personal care will increase. Many countries has been legislated the adult guardian

system like Germany, France, England and Japan. Sep. 2009, MOJ (Ministry of Justice) proposed Legislations for Adult Guardian System which is classified three types. They are guardianship for adults, limited guardianship, specific guardianship. As of June 2010, Legislative and Judiciary committee is carrying the deliberation on the bill. Its aim is to help the intellectually disabled for self-determination and to support them. Our Civil Law is not proper to guard aged people in legal consideration. The newly emerging concept of adult guardianship is embodied in amendments and an addition to the Civil Code, plus a new piece of legislation, the Voluntary Guardianship Contract System. This study aims to propose improvement of MOJ Legislations under the principles such as protection of principal, respect of self-decision, utilization of remained competence, normalization, protection depending on supplement and necessity, private conservatorship and partial conservatorship. The educational institutions system should be prepared for the third party guardians, and the government should provide adult guardian with fitting fee.

Key Words : adult guardianship system, voluntary guardianship contract, the third party guardian, grant for guardian, the elderly, mental ability, public notice system of adult guardianship