

성년후견제도 입법화를 위한 비교법적 연구

The comparative law research for a legislation of the adult guardianship system

김 상 찬* · 이 충 은**
Kim, Sang-chan · Lee, Choong-eun

목 차

- I. 머리말
- II. 독일의 성년후견제도
- III. 일본의 성년후견제도
- IV. 우리나라 성년후견제도의 입법방향
- V. 맺음말

국문초록

현행 민법상 후견인 제도는 미성년자를 위한 후견제도와 성년자를 위한 금치산자제도 및 한정치산제도가 있다. 미성년자를 위한 후견제도는 친권의 연장이라고 할 수 있으나, 금치산·한정치산제도는 정상적으로 판단할 수 있는 능력이 결여된 정신장애자들을 보호하는 제도이다. 그러나 금치산제도 및 한정치산제도는 법원의 선고에 의해서만 가능하고, 그 절차가 복잡하며, 그 선고결과 또한 가족관계등록부 등 개인신상자료에 기록되어 본인은 물론 가족들까지도 불명예로 남게 되는 등 현실적으로 그 이용빈도는 높지 않다. 뿐만 아니라 우리나라는 이미 고령화 사회에 진입하였고, 이로 인해 재산관리와 신상감호를 필요로 하는 고령인구 또한 증가하게 되었다. 그럼에도 불구하고

논문접수일 : 2008.12.30

심사완료일 : 2009.2.2

게재확정일 : 2009.2.9

* 법학박사, 제주대학교 법학부 교수(연구책임자)

** 박사과정, 제주대학교 법과정책연구소 전임연구원(공동연구원)

고 현행제도는 고령자 보호를 위한 아무런 제도적 장치가 없다. 독일, 일본 등 선진국가에서는 이미 성년후견제도를 도입하여 장애인과 고령자의 인권 및 생활을 보호하고 있다. 이처럼 판단능력이 불완전하거나 혼자 거동할 수 없는 장애인이나 노인 등의 성년자로 하여금 성년후견인의 도움을 얻어 재산의 관리, 사회복지의 수혜, 기타 사회생활에 긴요한 사무를 처리할 수 있는 새로운 후견제도를 도입할 필요가 있다. 이 논문은 독일과 일본의 성년후견제도를 중심으로 장애인과 고령자가 활동의 자유를 누리며 자신의 행복을 추구할 수 있도록 한 성년후견제도의 입법방향을 제시하고 있다.

주제어 : 성년후견제도, 후견인제도, 법정후견제도, 임의후견제도, 법정성년후견, 임의성년후견, 무능력자, 고령자 보호, 신상감호, 재산관리

1. 머리말

UN은 65세 이상의 고령인구가 전체 인구 중 차지비율이 7%가 넘을 경우 고령화 사회라고 한다. 우리나라는 2000년 7월 1일자로 이미 이 기준을 넘어 고령화 사회로 들어갔고, 2008년 7월 1일 기준으로는 10.3%에 달하고 있다. 이는 향후 10년 후에는 14%를, 2026년에는 20%이상 달할 것으로 예상하고 있다.¹⁾ 이로 인하여 재산관리와 신상감호를 필요로 하는 고령인구는 크게 증가하였고, 앞으로도 계속적으로 증가할 것으로 보인다. 뿐만 아니라 보건복지가족부 통계에 의하면 2007년 현재 전국에 등록된 장애자 수는 2,104,889명이고, 그 중 정신지체장애는 142,589명, 뇌병변 장애자는 214,751명, 정신장애자는 81,961명이라 한다. 이처럼 우리 사회는 고령화 현상으로 전체 인구에서 고령 인구의 비율은 날로 증가하고 있고, 산업화·도시화 현상에 수반한 교통사고 및 산업재해 등으로 인한 안전사고가 증가함으로 장애인 및 병약자의 숫자도 증가하고 있다. 그럼에도 불구하고 현행 민법은 고령자를 보호하기 위한 법적 장치가 제도적으로 갖추어져 있지 않다. 다만, 장애자를 보호하기 위하여 한정치산 및 금치산제도를 두고 있다. 그러나 이 제도는 법원의 선고에 의해서만 가능하므로 그 절차가 복잡하고, 가족관계등록부에 기재되어 본인의 프라이버시를 침해당하고, 본인뿐만 아니라 가족들까지도 수치심을 느끼게 되며, 정신적 장애자만을 보호대상으로 하고 있어서 고령자나 신체적 장애자를 보호하기에는 한계가 있다. 따라서 판단능력이 불완전하거나 신체적 능력이 감퇴되어 혼자 거동할 수 없는 장애인이나

1) 통계청 홈페이지(<http://www.nso.go.kr>) 참조.

보호가 필요한 고령자등의 성년자로 하여금 성년후견인의 도움을 얻어 재산의 관리, 사회 복지의 수혜, 기타 사회생활에 긴요한 사무를 처리함으로써 고령화 사회로의 급속한 전환과 늘어나는 복지수요에 대비하기 위한 장애인과 고령자를 위하여 보다 간편하고 명예실추가 없는 성년후견제도의 도입이 시급한 실정이다. 이에 2006.8.28.에 당시 이은영의원은 성년후견에 관한 법률안을 대표발의를 하였지만, 2008.5. 입법기가 만료되어, 법률안은 폐기되었다. 그러나 법무부는 보도자료를 통하여 민법을 4년에 걸쳐 전면 개정하겠다고, 그 중 성년후견제도의 도입은 개정이 가장 시급한 분야 중 하나로 지적하였다.

따라서 이하에서는 독일과 일본의 입법례를 살펴봄으로써 우리나라의 성년후견제도 도입의 입법방향을 제시하고자 한다.

II. 독일의 성년후견제도

1. 서설

독일에서는 1970년대 초부터 행위무능력자 및 성년자를 위한 후견제도 개정을 위한 논의가 시작되었다. 1980년대에는 연방의회(Bundestag)를 시작으로 학계에서도 활발한 논의가 이루어졌고, 1990.4.25.에 독일연방의회는 성년후견법(Betreuungsgesetz: BtG)을 통과시켰으며, 독일연방참의원(Bundesrat)이 1990.6.1.에 이에 동의함으로써 성년후견법은 1992.1.1.부터 시행되게 되었다.

독일은 과거 행위능력박탈제도(Entmündigung)에서 많은 비판을 받아 왔다. 다시 말해 행위능력박탈제도는 차별적이고, 행위능력을 박탈당한 자도 스스로 일상의 거래 또는 법적으로 불이익을 받지 아니하는 거래를 할 수 있음에도 불구하고 행위능력을 완전히 상실케 함으로써 이 제도의 취지나 목표를 넘어선다는 비판을 받았다.²⁾ 따라서 성년후견법의 제정으로 이러한 문제점들을 해결할 수 있었고, 특히 과거에 소홀히 취급되어 왔던 분야에 대한 근본적 수정이 이루어짐으로써 독일 법질서의 많은 분야에 걸쳐 많은 영향을 미치게 되었다.³⁾ 그러나 이러한 성년후견법은 사법재정 파탄의 위기에 대한 직접적인 계기가 되어 재정부담완화를 위한 재개정이 이루어졌고, 그 결과 1999.1.1.부터 개정된 성년후견법이 시행되었다.⁴⁾

2) 백승훈, "성년후견제도의 입법모델에 관한 비교법적 고찰: 독일과 일본의 유형을 중심으로", 『한·독사회과학논총』, 제15권 제2호, 한독사회과학회, 2005.12. 21면.

3) MK-Schwab. Vor §1896 Rn. 3.

2. 성년후견제도의 주요내용⁵⁾

가. 성년후견제도의 특징

(1) 후견제도의 일원화

독일의 구 민법 제6조는 정신병 또는 심신박약자, 낭비자, 음주중독자에게 행위능력 박탈선고를 할 수 있다고 규정하고, 근친자, 법정대리인, 검사의 신청에 의하여 구법원(區法院)의 선고로 행위능력이 박탈되도록 하였다. 또한 구 민법 제1909조 이하에서는 후견에 복종하지 않는 장애자가 신체상의 장애에 의해 특히, 시청각장애에 의해 자기의 사무를 처리할 수 없는 경우에는 신상감호 및 재산관리에 관해 감호자를 둘 수 있다고 규정하여, 피감호자의 모든 사무의 감호가 가능하게 되었다. 이 규정에 의한 행위능력박탈선고가 내려지면 해당자는 행위능력이 부정·제한되고, 따라서 남아있던 잔존능력까지 무시되어 선고를 받은 본인은 물론 가족까지도 심한 차별감을 느끼게 되었다.⁶⁾ 따라서 성년후견법은 행위능력박탈선고제도를 폐지하고 종래의 성년후견제도와 장애감호제도에 대신하여 성년후견제도로 새로이 규정함으로써 이원화되어 있던 후견제도를 일원화시켰다. 이에 의하면 성년후견개시요건은 '성년자가 심신적 질병 또는 신체적·기능적 혹은 심인성 장애에 기하여 자기 사무의 전부 또는 일부를 처리하는 것이 불가능한' 경우에 구체적으로 필요한 범위에 한해 후견법원에 의하여 성년후견인이 선임되어 지고, 이 선임에 의하여 성년후견이 개시된다.⁷⁾ 뿐만 아니라 실체법상의 제도가 일원화됨에 따라 절차법상으로도 종래의 민사소송법과 비송사건절차법으로 나누어진 이원적 구조를 폐지하여, 성년후견제도와 관계되는 모든 절차는 비송사건으로 단일화 되었고, 비송사건절차법상의 관계규정도 개정되었다.⁸⁾

(2) 필요성의 원칙 및 보충성의 원칙

독일성년후견법의 전제를 일관하는 기본원칙은 필요성의 원칙(Erforderlichkeitsgrundsatz)이다.⁹⁾ 종래의 독일민법은 본인의 행위능력을 전부 박탈 또는 이를 제한하여 후견인의

- 4) 성년후견제도연구회, "외국 성년후견제도의 비교법적 검토", 「성년 후견제도 연구」, 사법연구지원재단, 2007. 75면.
- 5) 이하에서는 1992년 개정 민법상의 후견제도를 소개하고, 1999년 개정 민법상의 후견제도는 후술한다.
- 6) 김선이, "독일 성년후견법", 「고령사회와 성년후견제도」, 한국법제연구원, 2003.12. 54면.
- 7) 만 7세 이상의 미성년자에 대해서도 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, 전제논문, 25면).
- 8) 성년후견제도연구회, 전제논문, 78면.

직무가 포괄적이었으며, 장애감호에서는 법률상 감호인의 직무범위를 한정시킬 수 있었지만, 실무상으로는 거의 형식적으로 감호인에게 포괄적인 직무가 부여되었고, 따라서 성년후견이 요구되는 직무의 범위에 한정하여 성년후견인을 선임할 수 있다고 규정함으로써 직무범위에 관하여 필요성의 원칙을 명시하였다. 또한 법정대리인의 선임에 의하지 않는 다른 원조방법이 성년후견에 우선한다는 보충성의 원칙(Subsidiaritätsgrundsatz)을 명시하고 있다. 즉, 본인이 가족이나 친구, 이웃 또는 본인이 선임한 임의대리인, 민간복지단체 등에 의하여 이미 충분한 지원을 받고 있는 경우에는 후견인은 선임되지 않고, 후견은 발동되지 않는다.¹⁰⁾

나. 성년후견제도의 내용

(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 제3항).

성년후견인은 재판상 정해진 직무범위에 있어서 피성년후견인의 사무를 처리하고 이에 필요한 범위에서 피성년후견인을 개인적으로 돕는데 적합한 자연인이 선임된다.¹¹⁾ 독일 민법은 개인에 의한 성년후견인을 기본으로 하지만, 나아가 성년후견인으로서 적합한 인재를 확보하기 위한 방안으로 성년후견사단에 소속되어 후견활동에 종사하고 있는 직원이나 성년후견관청에 속하여 활동하고 있는 직원 중에서 선임할 수도 있다(독일민법 제1897조 제2항). 이처럼 성년후견사단의 직원이 개인적으로 후견인이 되는 것을 사단후견인이라고 하고, 관청의 직원이 개인적으로 후견인이 되는 경우를 관청후견이라고 한다. 사단후견인과 관청후견인은 그 소속 조직의 동의를 요건으로 하며, 개인적으로 비용상환이나 보수청구를 할 수 없고, 소속 사단 또는 관청이 부분적으로 청구권을 행사할 수 있을 뿐이다. 또한 사단후견 또는 관청후견과 별도로 사단이

9) 백승훈, "성년후견제도의 입법방향", 『민사법학』, 제18호, 한국사법행정학회, 2000.5. 165면 : 한봉희, "독일의 성년후견제도소고", 『아세아여성법학』, 제3호, 아세아여성법학연구소, 2000.6. 31-34면.

10) 성년후견제도연구회, 전계논문, 79면.

11) 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).

나 관청이 직접 성년후견인이 되는 경우도 있다.¹²⁾

한편, 후견법원은 성년후견의 요건이 소멸한 경우에는 직권으로 성년후견을 폐지하여야 한다. 이는 성년후견제도의 필요성의 원칙에 입각한 것으로 이로써 성년후견은 종료된다.

(2) 성년후견인의 직무

성년후견인은 후견법원에 의하여 정해진 범위 내에서 피성년후견인의 복지에 적합한 처리를 하여야 하고, 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 확장도 가능하다. 또한 성년후견인의 선임 시 그 직무범위를 명시하여야 한다.

3. 개정 성년후견제도

가. 입법배경

독일의 성년후견법은 비교적 순조롭게 운용되었고, 고령화 사회 및 독일의 통일로 인한 인구증가, 그리고 개호보험법의 시행이라는 배경으로 인하여 성년후견인 선임건수도 계속적으로 증가하게 되었다.¹³⁾ 그러나 성년후견제도는 후견관련 비용이 가중되고, 후견 예산이 부족하게 됨으로써 자원성년후견인의 수적확보를 어렵게 만들었으며 그 결과 직업성년후견인의 수가 증가하게 되었다. 따라서 직업성년후견인의 보수는 고스란히 국고의 부담이 되어 각 주의 사법재정을 압박하게 되었고, 이에 법원과 직업성년후견인간의 보수에 관한 분쟁이 빈발하게 되었다.¹⁴⁾ 뿐만 아니라 그 규정이 복잡하고, 형식성과 운용의 곤란성이 절차당사자에게 불필요한 부담을 주게 되어 많은 비판을 받게 되었다.¹⁵⁾ 따라서 연방정부는 1996.12.20. 개정 성년후견제도에 대한 법률초안을 제출하였고, 연방의회는 1998.4.3. 이를 통과시켰으며, 1998.6.25.에는 조정안이 의결되어, 1999.1.1.부터 개정 성년후견제도가 시행되게 되었다.

12) 성년후견제도연구회, 전제논문, 84면 참조.

13) Deinert, "Neue Zahlen zur Praxis des Betreuungsrechts", *FamRZ* 1998, p.934f.

14) Dodegge, "Das Betreuungsrechtsänderungsgesetz", *NJW* 1998, p.3073; BT-Drucks. 13/7158.

15) 김선이, 전제논문, 65면.

나. 개정내용

(1) 법률상 성년후견

독일 개정 민법은 1992년 독일민법의 성년후견을 법률상의 성년후견으로 변경하였다. 이러한 명칭 변경은 실무상으로 많은 의의를 갖게 되었고, 이로써 독일의 성년후견제도는 후견인의 중심적 역할이 본인에 대한 사실상의 후견을 실행하는 것이 아니라 법정 대리인으로서의 활동에 있다는 사실을 재인식 시키게 되었다.¹⁶⁾ 또한, 독일민법 제1901조 제1항은 성년후견인의 직무범위를 피성년후견인의 사항 중 법률상의 처리를 위한 필요한 활동으로 한정하였으며 동 규정은 성년후견인의 활동 중 보수청구권의 대상이 될 수 있는 활동의 결정기준으로서도 중요한 역할을 하게 되었다. 그러나 법률상 성년후견과 사실상의 성년후견을 엄격히 구분하는 것은 어렵고, 따라서 성년후견인과 피성년후견인 사이의 신뢰관계의 구축은 법률상의 성년후견이 장차 해결할 과제이다.¹⁷⁾

(2) 명예직 성년후견

독일은 1999년 개정 후견법에서 명예직 후견인의 우월적 지위를 강조하고, 직업후견인의 이용은 예외적인 경우로 한정하였다. 즉, 직업후견인의 선임 자체가 다른 무상으로 후견을 수행할 책임자가 없는 경우로 제한시켰고, 후견개시 이후에도 '본인이 1인 또는 복수의 다른 자에 의하여 직업활동 외의 후견을 받을 경우'에는 법원이 예외적으로 선임된 직업후견인을 해임하여야 하는 것으로 규정하였다. 또한 본인이 1인 또는 복수의 다른 책임자에 의하여 직업 활동 외의 후견을 받는 것이 명확하게 된 사정을 후견인이 인식한 경우에는 후견인은 그 사정을 법원에 보고하여야 한다.¹⁸⁾ 결국 명예직 성년후견인의 선임여지가 있는 한 직업성년후견인은 원칙적으로 배제된다.¹⁹⁾

(3) 보수 및 비용

독일의 1999년 개정 후견법은 보수 및 비용에 관한 규제를 재정비 하였다. 즉, 연방 부조법상의 기준을 준용하면서 구체적으로 후견관련 지출의 재원을 충족시켜야 할 본인의 소득 및 자산을 법정하고, 명예직 후견인은 '당해 후견이 후견인의 업무로서 수행된 사실을 후견법원이 인정한 경우에만 보수를 인정한다'고 규정하여 명예직 후견인의

16) 성년후견제도연구회, 전계논문, 95면.

17) 백승훈, 전계 "성년후견제도의 입법방향", 177-178면 : 한봉회, 전계논문, 50-51면.

18) 성년후견제도연구회, 전계논문, 95면.

19) 백승훈, 전계 "성년후견제도의 입법방향", 178면 : 한봉회, 전계논문, 51면.

보수청구권을 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 보수 청구권의 인정요건을 명확히 함과 동시에 그 보수단계를 변경하여 보다 체계적으로 정비하였다. 이처럼 직업후견인의 보수에 대한 국고부담을 삭감하는 것과 명확한 보수 준칙의 확립에 의해 개정 전에 빈발하였던 보수액을 둘러싼 분쟁을 침정화 시켜 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. 이처럼 독일민법은 수익자부담의 원칙에 의하여 성년후견의 비용은 그 이익을 받는 피성년후견인이 부담하도록 되어 있다.²⁰⁾ 그러나 피성년후견인이 무자력인 경우에는 국가에 대해서 청구할 수 있다.²¹⁾

III. 일본의 성년후견제도

1. 서 설

일본은 고령자를 둘러싼 사회적·경제적 환경은 1960년대부터 고도경제성장기 이후 급속하게 변화하고 있다. 1970년대 초에 고령사회화가 문제 되고, 치매성 노인의 배회·문제행동과 가족의 개호부담이 화제가 되었다.²²⁾ 우리나라보다 먼저 고령화 사회에 진입한 일본은 1999년 12월 1일에 새로운 성년후견제도에 관한 4개의 법률²³⁾을 제정·공포하여 2000년 4월 1일부터 성년후견제도를 시행하였다. 일본의 구 민법의 금치산 및 준금치산제도는 판단능력이 불충분한 자의 재산법상 보호의 기능을 가지는 것이었으나, 실효성에 있어서 많은 비판을 받았고, 저출산·고령화 사회의 진행으로 구 제도를 사용하기 매우 어려운 문제가 발생하였다.²⁴⁾ 따라서 일본의 성년후견제도는 '이용하기 쉬운 제도'를 목표로 삼아 수년간의 연구를 하였고, 그 결과 대륙법계의 후견제도인

20) 백승훈, 전제 "성년후견제도의 입법모델에 관한 비교법적 고찰: 독일과 일본의 유형을 중심으로", 30면.

21) 백승훈, 전제 "성년후견제도의 입법방향", 169-170면; 한봉희, 전제논문, 43면.

22) 床谷文雄, "高齢者法制の一素描—日本の成年後見法の現状と課題", 「한림법학 FORUM」, 제18권, 한림대학교 법학연구소, 2007, 9면.

23) 民法の一部を改正する法律(平成11年法律第149號), 任意後見契約に関する法律(平成11年法律第150號), 民法の一夫を改正する法律の施行に伴う關係法律の整備等に関する法律(平成11年法律第151號), 後見登記等に関する法律(平成11年法律第152號).

24) 오호철, "일본의 성년후견제도의 고찰", 「법학연구」, 제27집, 한국법학회, 2007.8, 565면.

‘법정후견제도’와 영미법계의 제도인 계약에 의한 ‘임의후견제도’를 도입하게 되었다.²⁵⁾ 나아가 공시방법으로 ‘성년후견등기제도’를 두어 호적기재를 대신하고 있다.²⁶⁾ 이처럼 일본은 우리나라보다 먼저 성년후견제도를 시행하고 있다.

2. 구 민법상 제도의 문제점

일본 구 민법은 행위능력 규정으로 금치산 및 준금치산제도를 두고 있었다. 금치산 및 준금치산제도는 판단능력이 없는 자와 그 가족을 보호하는 것을 주된 목적으로 하는 것이었다. 그러나 이 제도는 본인의 잔존능력을 활용할 수 있는 방법은 강구하지 않은 채, 본인의 법률행위를 취소하는 방법만을 규정하여 본인의 의사결정능력에 있어서 자기결정권을 침해하는 결과를 초래하였고, 이로 인하여 거래의 상대방의 거래의 안전을 보장할 수 없음은 물론 상대방에게 불필요한 경계심을 일으킴으로써 본인에 대하여 거래사회로부터 완전히 배제하는 결과를 가져오게 되었다. 또한 본인의 판단능력의 불충분한 정도는 매우 다양함에도 금치산 및 준금치산제도만을 규정하여 금치산 선고의 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, 후견인·보좌인이 될 수 있는 자격 또한 지나치게 제한하여 배우자의 일방이 금치산·준금치산선고를 받을 경우 다른 배우자가 후견인·보좌인으로 되는 것으로 규정하였다. 그러나 일반적으로 배우자의 일방이 고령이라면 나머지 배우자도 고령일 경우가 많을 것이고, 이로 인해 그 일방 배우자가 후견인이나 보좌인으로서의 사무를 적절하게 처리할 수 없게 되었다. 이외에도 호적에 “금치산(또는 준금치산) 선고의 재판확정”이라는 문구가 기재되어 호적 공개의 원칙과 어우러져 기피 감정을 일으키는 점, 제도를 이용하기 위해서는 반드시 감정을 거치도록 규정하였는데 그 감정비용이 고액이고 그 절차에 들어가는 시간이 장시간이라는 점, 선거권 기타 많은 자격 제한을 수반한다는 점 등을 이유로 현실적으로 이 제도를 이용하고자 하는 사람들이 적을 수밖에 없었다.²⁷⁾ 이러한 문제점들로 인한 비판으로 고령사회의 대응 및 장애인 복지의 관점에서 유연하고 탄력적이며, 이용하기 쉬운 제도로 개정하자는 요청이 높아졌다.²⁸⁾

25) 백승훈, “일본의 성년후견제도의 개관”, 『가족법연구』, 제16권 제1호, 한국가족법학회, 2002.6. 345면.

26) 大鷹一郎, “成年後見登記制度について”, 『ジュリスト』, 第1172號, 有斐閣, 2000.2. 37面.

27) 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.

한편, 이러한 문제점들은 일본 구 민법상 금치산 및 준금치산제도와 유사한 제도를 가지고 있는 우리나라의 법제에서도 발생하는 문제라 볼 수 있다.²⁹⁾

3. 새로운 성년후견제도의 주요내용

일본에 새로 도입된 성년후견제도³⁰⁾는 법정후견을 후견·보좌·보조의 3 유형으로 하고 여기에 당사자간의 계약을 기초로 하는 임의후견제도를 더하여 4 종류의 지원제도로 되어 있다.³¹⁾ 더 나아가 종전의 행위무능력자에 대한 공시방법인 호적을 대신하여 성년후견등기제도를 두고 있다. 이러한 성년후견제도는 성년후견인이 사리변식능력이 불충분한 피성년후견인에 대해 일상생활의 의사결정을 보충하고, 성년피후견인의 권리를 옹호하기 위한 구조를 가지고 있다.³²⁾ 그 내용에 있어서도 성년후견자는 단순한 재산관리뿐만 아니라 생활의 전반에 걸쳐 피성년후견인을 지원하는 신상감독보호에 중점을 둔 제도이다.³³⁾

가. 법정후견제도

일본은 구민법상의 금치산 및 준금치산제도를 새로운 지도이념에 따라 완전히 새로운 형태의 법정후견제도를 신설하였다. 일본의 법정후견제도는 후견, 보좌, 보조의 3가지 유형으로 나누어지는 다원제를 취하는 것이 특징이다. 독일의 경우 종래의 성년자를 위한 후견제도 및 장애감호제도의 이원적 제도를 폐지하고, '성년후견'이라는 제도로 일원화³⁴⁾시킨 반면 일본의 경우 이와 같이 다원제를 취하고 있는 이유는 자기결정의 존중이라는 이념과 본인의 보호라는 이념과의 조화를 위하여 각인의 다양한 판단능력 및 보호의 필요성의 정도에 대응된 유연하고 동시에 탄력적인 조치를 가능하게

28) 오호철, "일본의 성년후견제도와 우리나라의 성년후견법안의 비교", 「비교사법」, 통권 제41호, 한국비교사법학회, 2008.6. 298면.

29) 성년후견제도연구회, 전제논문, 113면.

30) 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. 參照).

31) 床谷文雄, 前掲論文, 11面.

32) 오호철, 전제 "일본의 성년후견제도와 우리나라의 성년후견법안의 비교", 299면.

33) 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97號, ニッセイ基礎研究所, 2005.4. 1面.

34) 백승훈, "성년후견제도에 관한 연구 : 독일과 영국을 중심으로", 「가족법연구」, 제12호, 한국가족법학회, 1998.12. 463면.

하여 이용하기 쉬운 제도를 만들기 위한 것이다.³⁵⁾ 뿐만 아니라 일원적 제도를 채택하였을 경우 실무적인 관점에서 보아도 어느 정도의 기준과 정형화의 필요성이 생길 것이고, 절차의 공평·적정의 확보라는 관점에서도 문제가 있기 때문이다.³⁶⁾

(1) 법정후견제도의 3유형

(가) 후견

여기서 말하는 후견이란 정신상의 장애에 의해 사리변식능력을 항상 상실하고 있는 자를 대상으로 하고(일본 민법 제7조), 이러한 자가 가정법원의 심판을 받아 성년후견인으로부터 조력을 받는 것으로써 종래의 금치산제도를 대신하는 것을 말한다. 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 미성년후견인, 미성년후견감독인, 보조인, 보조감독인 또는 검사의 청구에 의하여 후견개시의 심판을 할 수 있고, 가정법원은 후견개시심판을 함과 동시에 성년후견인을 선임하고, 성년후견인에게 피성년후견인의 법률행위에 대한 대리권과 취소권을 부여하였다(동법 제9조, 제859조). 이러한 점에서 종래의 금치산제도와 차이가 없다는 주장이 있기는 하지만,³⁷⁾ 판단능력이 완전히 상실한 경우에도 일상생활에 관한 행위를 취소의 대상에서 제외시킴으로써 피성년후견인 본인의 자존심과 자기결정권이 존중된다는 점에서 차이가 있다(동법 제9조 단서).

(나) 보좌

보좌는 정신상의 장애로 사리변별력이 현저히 불충분한 자에 대하여 보좌인의 동의를 얻은 후 법률행위를 할 수 있는 것으로 종래의 준금치산자제도를 대신하는 것이다. 종래의 준금치산제도는 낭비자도 요건으로 하고 있었으나, 새로운 성년후견제도에서는 낭비자를 요건으로 하지 않고 다만 낭비자 중에서도 사리변별능력이 불충분한 자만을 보호 대상으로 하였다.³⁸⁾

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,³⁹⁾ 보좌인이 본인의 이익을 해할 염려가 없음에도 불구하고 동

35) 오호철, 전제 “일본의 성년후견제도의 고찰”, 569면.

36) 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.

37) 小川秀樹, “新しい成年後見制度の概要”, 「ジュリスト」, 第1172號, 有斐閣, 2000.2. 19面.

38) 성년후견제도연구회, 전제 “외국 성년후견제도의 비교법적 검토”, 113면.

39) 일본민법 제13조 제1항에서는 ①원금을 수령 또는 이용하는 것, ②차제 또는 보증하는 것, ③부동산 기타 중요한 재산에 관한 권리의 득실을 목적으로 하는 행위를 하는 것, ④소송행위를 하는 것, ⑤중

의하지 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). 본인 이외의 자의 신청에 의하여 대리권부여의 심판을 하는 경우에는 자기결정권 존중의 이념에 따라 본인의 동의를 얻어야 한다(동법 제13조 제2항).

(다) 보조

보조제도는 정신상의 장애로 인하여 사리 변별력이 불충분한 사람에게 조력을 하는 제도로 피후견인이나 피보좌인의 정도에 이르지 않는 가벼운 정신상의 장애상태에 있는 사람을 대상으로 한다. 치매환자, 지적 장애인, 정신 장애인 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 대해서 심판에 의하여 보조인에게 대리권 또는 동의권 및 취소권을 부여한다(동법 제16조 제1항·제876조의 9 제1항). 보조제도는 자기결정권의 존중이라는 관점에서 본인의 의사에 반하는 보조개시는 타당하지 않으므로 본인의 동의를 심판의 요건으로 삼고 있다(동법 제14조 제2항·제16조 제2항·제876조의 9 제2항). 또한 대리권 및 동의권의 필요성이 없어지게 될 경우에는 그 부여의 취소를 구할 수 있고, 모든 대리권 및 동의권의 부여가 취소되면 보조개시의 심판도 취소된다.⁴⁰⁾

한편, 보조인에게 대리권이 부여되는 '특정한 법률행위'에는 재산관리에 관한 법률행위뿐만 아니라 신상감호에 관한 법률행위가 포함되며, 이에 기하여 발생한 분쟁에 대한 소송행위도 포함된다.⁴¹⁾

(2) 법정후견제도 3유형간의 관계

피보좌인 또는 피보조인에 대하여 가정법원이 본인의 상황변화로 후견개시의 심판을 할 경우에는 그 본인에 대한 보좌개시의 심판 또는 보조개시의 심판을 취소하여야 한다(동법 제19조 제1항). 또한 피성년후견인, 피보조인에 대하여 보좌개시의 심판을

여, 화해 또는 증재계약을 하는 것. ⑥상속의 승인 혹은 포기 또는 유산의 분할을 하는 것. ⑦증여 혹은 유증을 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.

40) 오호철, 전제 "일본의 성년후견제도의 고찰", 570면.

41) 성년후견제도연구회, 전제논문, 115면.

하거나 피성년후견인, 피보좌인에 대하여 보조개시의 심판을 하는 경우에도 동일하다 (동법 제19조 제2항).⁴²⁾

(3) 후견제도 및 보좌제도의 개정

일본 구 민법 제840조에 의한 통설의 입장⁴³⁾에 따르면 이미 후견인이 있는 금치산자가 혼인을 할 때에는 배우자후견에 의하여 기존 후견인은 그 지위를 상실하도록 하였다. 그러나 치매성 고령자 등의 경우에 배우자도 고령인 경우가 일반적이므로 반드시 배우자 일방이 후견인·보좌인이 되는 것이 항상 적당한 것은 아니라고 볼 수 있다.⁴⁴⁾ 이에 일본은 개정민법에서는 이 규정을 삭제하고, 가정법원이 개개의 사안에 따라 적임자를 성년후견인으로 선임할 수 있도록 하였다(동법 제843조). 그 선임에 있어서는 피성년후견인의 심신상태, 생활 및 재산상황, 성년후견인이 되는 자의 직업 및 경력, 피성년후견인과 이해관계의 유무, 성년후견인의 의견과 기타 일체의 사정을 고려하도록 하였고, 이 요건들은 본인과 이해상반의 우려가 있는 개인 또는 법인의 경우에는 배제시키고, 자기결정의 존중이라는 관점에서 가능한 한 본인의 의사를 존중하려는 취지에서 규정된 것이다.⁴⁵⁾

구 민법에서는 금치산자에 대한 후견인을 1인으로 한정하고 있었다. 그러나 개정민법은 이것을 미성년후견인에만 적용되도록 하고, 성년후견인은 복수로 둘 수 있게 명문화하였다. 뿐만 아니라 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.⁴⁶⁾ 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 주는 영향의 중대함을 고려하기 위하여 성년후견인 등에 의한 본인의 거주용 부동산의 처분에 관해서는 가정법원의 허가를 요하는 것으로 규정하였다(동법 제859조의 3).⁴⁷⁾

42) 상계논문, 116면.

43) 中川高男, 「親族·相続法講義」, ミネルヴァ書房, 1994, 268面.

44) 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草案の概要”, 「ジュリスト」, 第1141號, 有斐閣, 1998.9, 8面.

45) 이 규정은 예시·열거조항이므로 가정법원은 개개의 사안에 따라 '기타 일체의 사정'을 고려하게 된다 (백승흠, 전제 “일본의 성년후견제도의 개관”, 348면).

46) 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.

나. 임의후견제도

임의후견제도란 본인이 현재는 건강하지만 나중에 치매 등으로 판단능력이 저하되고 원조가 필요할 경우를 대비하여 자신이 신뢰하는 사람에게 미리 재산관리와 신상감호의 사무에 관한 대리권을 부여하는 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.⁴⁸⁾

임의후견계약은 본인이 임의후견인에 대하여 위탁하는 이른바, 위임계약으로 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.⁴⁹⁾ 또한 임의후견계약은 법무부령이 정하는 양식의 공정증서에 의하여 체결하여야 하고(동법 제3조), 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족 또는 임의후견수임자의 신청에 의해 가정법원이 임의후견감독인을 선임한다. 임의후견감독인을 선임함에 있어서는 본인의 신청 또는 동의를 요하는데, 이는 본인에게 자기결정권을 존중하기 위한 취지이고, 임의후견인과 밀접한 관계가 있는 자는 감독업무를 수행하기 부적당한자로 보기 때문에 임의후견수임자 또는 임의후견인의 배우자, 직계혈족, 형제자매는 임의후견인이 될 수 없다(동법 제5조). 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.⁵⁰⁾

임의후견감독인은 임의후견인을 실효적으로 감독하기 위하여 그 사무에 관하여 가정법원에 정기적으로 보고하여야 한다(동법 제7조 제1항 제1호·제2호). 또한 임의후견인에게 부정한 행위, 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).

47) 백승흠, 전제 "일본의 성년후견제도의 개관", 349면.

48) 송호열, "성년후견법제에 관한 연구", 동아대학교 법학박사 학위논문, 2003.2. 165면.

49) 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. 32面.

50) 上掲論文, 36面 : 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. 61面.

한편, 임의후견인과 법정후견인과의 관계는 본인의 자기결정을 존중하는 측면에서 양자의 권한이 저촉되거나 중복되는 것을 피하기 위하여 임의후견계약이 체결되고 있는 경우에는 원칙적으로 임의후견에 의한 보호를 우선시킬 필요가 있다.⁵¹⁾ 따라서 임의후견계약이 등기되어 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 이행이 가능하게 하기 위하여 임의후견수임자, 임의후견자 또는 임의후견감독인은 법정후견개시의 심판청구를 할 수 있도록 하였다(동법 제10조 제2항).⁵²⁾

다. 성년후견등기제도

구 민법상의 성년후견제도로는 금치산제도와 준금치산제도가 있다. 이 제도는 금치산선고 및 준금치산선고를 받을 경우 본인의 호적에 기재될 함으로써 본인 또는 그 가족구성원들에게 심한 저항감을 불러오게 되었고, 이는 법정후견제도의 하나인 보조제도나 임의후견제도에서의 보조인 및 임의후견인에게 부여하는 다양한 권한을 공시할 방법으로는 충분하지 못하다는 비판이 있다. 이에 일본은 1999.12.8. '후견등기 등에 관한 법률'(이하 '후견등기법'이라 칭함)을 제정하여 2000.4.1.부터 시행하기에 이르렀다. 성년후견등기제도는 새로이 시행되는 성년후견제도에 있어서 호적에 기재하는 것이 아니라 새로운 등기제도로서 거래 안전과 본인의 프라이버시 보호 요청을 조화시키기 위하여 등기정보의 열람을 청구할 수 있는 자를 일정한 자에 한정하는 등 부동산등기제도 와 같은 기존의 등기제도와는 다른 특색을 가지고 있다.⁵³⁾

후견등기법에 의한 등기사무는 법무대신이 지정하는 법무국이나 지방법무국 또는 지국이나 출장소가 등기소로서 전자정보처리조직에 의하여 취급하도록 하고 있고(동법 제2조), 등기는 촉탁 또는 신청에 의하여 자기디스크를 가지고 만든 후견등기 등 파일에 후견, 보좌, 보조 또는 임의후견계약의 내용 등의 필요사항을 기록하며(동법 제4조, 제5조), 등기정보의 개시에 있어서는 등기관이 후견등기 등 파일 또는 폐쇄등기 파일에 기록되어 있는 사항을 증명한 등기사항증명서 또는 폐쇄등기사항증명서를 교

51) 송호열, 전계논문, 169면.

52) 성년후견제도연구회, 전계논문, 123-124면.

53) 大鷹一郎, 前掲論文, 37面.

부하는 것에 의하여 행하는 것으로 등기사항증명서 등의 교부를 청구할 수 있는 자는 본인, 성년후견인, 성년후견감독인, 임의후견인, 임의후견감독인 등 일정한 자에 한정되고 있다(동법 제10조).⁵⁴⁾

N. 우리나라 성년후견제도의 입법방향

1. 입법의 필요성

산업사회의 고도화와 과학기술의 발달로 인하여 인구의 고령화 문제는 우리나라뿐만 아니라 전 세계적인 현상이 되었고, 특히 치매노인 등과 같은 판단능력이 저하된 자들에 대한 보호가 중요한 사회문제로 대두되고 있다.⁵⁵⁾

현행 민법상의 무능력제도인 한정치산제도와 금치산제도는 법원의 선고에 의해서만 가능하다. 따라서 그 절차가 복잡하고 그 선고결과에 대해서는 개인 신상자료에 기록되어 본인과 가족의 불명예로 남게 되는 등 여러 가지 이유에서 그 이용 빈도가 현실적으로 높지 않다. 앞서 살펴본 바와 같이 이미 독일, 일본 등 선진국에서는 성년후견제도를 도입하여 장애인과 노인의 인권과 생활보호에 만전을 기하고 있다.

우리나라는 판단능력이 불완전하거나 혼자 거동할 수 없는 장애인이나 노인 등의 성년자로 하여금 성년후견인의 도움을 얻어 재산의 관리, 사회복지의 수혜, 기타 사회생활에 필요한 사무를 처리함으로써 고령화 사회로의 급속한 전환과 늘어나는 복지수요에 대비하기 위한 장애인과 고령자를 위하여 보다 간편하고 명예실추가 없는 성년후견제도의 도입이 시급한 실정이다. 또한 성년후견인이 선임된 경우에 반드시 성년후견감독인을 두어 성년후견인이 피후견인의 의사와 이익을 존중하여 성실히 일하는지를 감독하도록 하는 등의 내용을 포함시켜야 할 것이며 장애인과 노인이 활동의 자유를 누리며 자신의 행복을 추구할 수 있도록 하여야 할 것이다.⁵⁶⁾

54) 최문기, "성년후견제도의 입법론에 관한 일고찰", 『정성법학』, 제16집 제2호, 경성대학교 법학연구소, 2007.12. 56면.

55) 성년후견제도연구회, "사회복지정책과 성년후견제도의 입법 필요성", 『성년 후견제도 연구』, 사법연구지원재단, 2007. 4면.

56) 제17대 국회 이은영의원 대표발의 성년후견에 관한 법률안(국회 의안정보시스템 홈페이지 : http://likms.assembly.go.kr/bill/jsp/BillDetail.jsp?bill_id=036522) 참조.

2. 우리나라의 현행제도상의 문제점

가. 현행 민법상의 제도

(1) 무능력자제도

우리 민법은 판단능력을 상실하거나 결여된 자의 행위능력을 보충해주기 위한 제도로 행위무능력자제도를 두고 있다. 행위무능력자제도는 무능력자에게 무의식상태의 입증책임부담을 덜어주고, 타인의 조력을 얻어 유효한 법률행위를 가능하게 하며, 경솔하게 단독으로 행한 법률행위에 관해서는 부모나 후견인이 취소할 수 있도록 하고 있다. 이 취소는 선의의 제3자에게도 대항할 수 있으며, 취소 시에는 무능력자가 현존이익만을 반환하도록 하여 무능력자의 소비를 문책하지 않는다. 뿐만 아니라 무능력자를 정형적·확실적으로 규정함으로써 사전에 식별이 가능하게 함으로써 불측의 손해를 방지하고, 무능력자와 거래한 상대방을 보호하기 위하여 최고권·철회권을 주어 계약을 확정적으로 유효 내지 무효로 할 수 있도록 함으로써 거래안전을 보호하고 있다.⁵⁷⁾ 그러나 이러한 행위무능력자제도는 그 근본이념과 현실 사이에 많은 괴리를 안고 있다. 예컨대, 지금 우리 사회는 엄청난 속도로 고령화 사회가 진행되고 있고, 이를 대상으로 하는 제도가 없다. 또한 정신장애의 경우도 현행 무능력자 제도 하에서는 그 일부분에 대해서만 적용되고 있다.⁵⁸⁾

(2) 후견제도

일반적으로 후견제도가 함은 무능력자를 보호·감독하며 그 재산을 관리하고, 그를 대리하는 것을 말한다. 현행 민법상 후견제도로는 미성년후견과 금치산 및 한정치산후견이 있다. 우리 민법 제929조는 금치산자 등에 대한 후견의 개시에 관하여 “금치산 또는 한정치산의 선고가 있는 때에는 그 선고를 받은 자의 후견인을 두어야 한다”라고 규정하고, 제930조는 “후견인은 1인으로 한다”고 규정한다. 그 순위에 대해서는 제933조에서 “금치산 또는 한정치산의 선고가 있는 때에는 그 선고를 받은 자의 직계혈족, 3촌이내의 방계혈족의 순위로 후견인이 된다”고 규정한다.⁵⁹⁾ 이러한 후견은 친권의 연

57) 백승훈, “우리나라에서의 성년후견제도의 도입과 그 검토”, 『고령사회와 성년후견제도』, 한국법제연구원, 2003.12. 120면.

58) 유정미, “성년후견제도의 입법화를 위한 고찰”, 『법학연구』, 제24집, 한국법학회, 2006.11. 152면.

59) 기혼자가 금치산 또는 한정치산 선고를 받을 경우에는 배우자가 최선순위 후견인이 되고, 민법 제933조에 의한 직계혈족 또는 방계혈족이 수인인 때에는 최근친을 선순위로 하되, 동순위자가 수인인 때에는 연장자를 선순위로 한다. 한편 민법 제933조 내지 제934조에 의하여 후견이 될 자가 없는 경우

장으로서의 본질을 가지고 있다고 한다.⁶⁰⁾ 그러나 성년자임에도 불구하고 정신장애나 재산낭비 등으로 인하여 무능력자가 된 금치산자 또는 한정치산자의 경우에는 처음부터 후견이 개시되므로 친권의 연장으로는 보기 어려울 것이며, 독립된 무능력자보호제도의 하나로 보아야 할 것이다.⁶¹⁾

나. 현행 민법상 제도의 문제점

(1) 무능력자제도

한정치산 및 금치산선고는 각각 심신박약 및 재산낭비자, 심신상실을 실질적 요건으로 정하고 있고, 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 후견인 또는 검사의 청구를 형식적 요건으로 정하고 있다.

한정치산과 금치산선고의 실질적 요건인 심신박약과 심신상실은 그 구별에 있어서 두 유형으로만 구분하여 이를 획일적으로 이분함으로써 제도를 탄력적으로 운용을 할 수가 없게 되고, 그 기준도 불분명하다. 노인성 치매로 인한 고령자의 경우, 그 증상은 매우 다양할 것이고, 정신장애자의 경우도 그 증상은 환자마다 다를 수밖에 없을 것인데, 한정치산 및 금치산제도를 이용함으로써 고령자와 후천적 신체장애자가 보호를 받을 수가 없게 되고, 특히 한정치산의 경우 심신박약에 의한 한정치산자와 낭비에 의한 한정치산자를 일률적으로 처리하여야 한다는 불합리한 결과가 발생하게 된다.⁶²⁾ 또한 민법 제9조 및 제12조는 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 후견인, 검사의 청구에 의하여 가정법원이 선고하여야 한다고 형식적 요건을 규정하고 있는데, 실제로 검사가 청구하는 경우는 거의 없고, 그 밖의 청구권자의 경우도 절실한 이해관계가 없는 한 청구를 하지 않는 것이 일반적이다.⁶³⁾ 뿐만 아니라 본인의 보호를 위하여 요양시설이나 양로원에 있는 자에 대하여 그 시설의 장에게도 신청권을 인정할 필요성이 있음에도 불구하고, 그 시설의 장에게 신청권을 인정하지 않아 실질적으로 본인 보호를 하지 못하고 있다.⁶⁴⁾ 그 밖에도 한정치산 및 금치산 선고를 받기까지는 상당한 시간과 많은 비용이 들어 경제적 부담이 되고,⁶⁵⁾ 한정치산·금치산 선고를 받은 경우에도 이를 공적장부인

에는 피후견인의 친족 기타 이해관계인의 청구에 의하여 법원이 후견인을 선임하여야 한다.

60) 최문기, 전제논문, 52면.

61) 양수산, 「친족상속법」, 한국의국어대학교 출판부, 1998, 476-477면.

62) 유경미, 전제논문, 153면.

63) 신영호, "고령화 사회에 있어서의 후견제도", 「가족법연구」, 제11호, 한국가족법학회, 1997.12, 366면.

64) 유경미, 전제논문, 153면.

65) 신영호, 전제논문, 366-367면.

가족관계등록부에 공시함으로써 본인은 물론 가족들에게 많은 수치심을 주어 많은 경우 동 제도를 회피하고 있는 실정이다.

(2) 후견제도

현행 민법은 자연인만을 법정후견인의 자격으로 예정하고 있어 고령자의 개호를 업무로 하는 사회복지기관 등의 법인은 후견인이 될 수 없다.⁶⁶⁾ 기혼자의 경우 그 배우자를 선순위 후견인으로 선임하도록 규정한 것과 관련하여서도 일방배우자가 고령이면 그 상대 배우자 역시 고령자인 경우가 대다수일 것이고, 법률상 배우자로 한정함에 따라 사실혼 배우자는 물론, 사실상 부부관계가 파탄에 이른 경우에는 배우자를 후견인으로 선임하는데 곤란하다는 문제가 생긴다.⁶⁷⁾

연장자를 선순위 후견인으로 선임하는 경우에 있어서도 문제가 있다. 즉, 요후견상태에 있는 자 보다도 더 고령인 자가 후견인으로 선임될 수도 있다는 것이다. 뿐만 아니라 민법은 후견인을 1인으로 두도록 규정하고 있는데, 이는 후견인간의 의견불일치 또는 의견충돌·책임의 불명확성을 피하고 후견사무를 원활하게 수행하기 위하여는 타당하다.⁶⁸⁾ 그러나 재산관리와 신상감호라고 하는 후견인의 직무는 극히 포괄적일 뿐만 아니라 전문성이 요구되기 때문에 1인의 후견인으로는 감당하기 무리일 것이다. 따라서 독일민법의 경우와 마찬가지로 복수의 후견제도 두는 것이 바람직할 것이다.⁶⁹⁾

그 밖에도 한정치산자의 후견인은 재산관리권에 관한 대리권만 갖고 신체상의 보호에 관한 권리의무가 없으며, 후견감독기관이 친족회로 되어 있는데, 현행 친족회 소집 절차 및 결의절차는 매우 형식적이어서 후견인을 감독을 제대로 하지 못한다는 문제점이 있다.⁷⁰⁾

66) 장현옥. "우리나라 후견제도의 문제점과 개선방향". 『아세아여성법학』, 제3호, 아세아여성법학연구소, 2000.6. 157면.

67) 최문기. 전제논문, 53면.

68) 유경미. 전제논문, 156면.

69) 복수후견인제도를 인정할 경우 후견인이 상호 감시하게 되어 후견인의 권리남용을 방지할 수 있고, 1인의 후견인이 직무수행이 불가능하게 되어도 다른 후견인에게 인계하여 후견사무를 지속적으로 보강할 수 있는 장점이 있다(近畿辯護士會人權辯護委員會編, 『高齢者・障害者の權利擁護制度の確立をめざして』, 1996. 44면).

70) 윤진수. "친족회의 동의를 얻지 않은 후견인의 법률행위에 대한 표현대리의 성립여부". 『아세아여성법학』, 제3호, 아세아여성법학연구소, 2000.6. 86-87면.

3. 성년후견제도의 입법방향

가. 입법의 형식

외국의 입법례는 성년후견제도를 정비하기 위하여 다양한 노력을 기울여 왔다. 독일의 경우는 우리나라의 한정치산 및 금치산제도와 같은 법정후견제도를 정비하여 민법을 전면 개정하였고, 일본은 종래의 금치산·준금치산 제도를 대체하는 현행 성년후견제도를 도입하였고, 이와 더불어 '임의후견계약에 관한 법률'을 제정하였다.⁷¹⁾ 일본의 입법례와 같은 경우 민법과 특별법의 이론적 충돌이 발생할 수 있다고 한다.⁷²⁾ 실제로 일본법의 경우 임의후견제도와 대리법과의 이론적 충돌이 문제되고 있다.⁷³⁾ 그러나 현행 민법상의 한정치산선고 및 금치산선고의 제도를 폐지하지 않고 이들 제도와 나란히 성년후견제도를 도입함으로써 법적 혼란을 막고 법적 안정성을 보호할 수 있다는 장점은 있다. 민법의 행위능력규정은 민법에서만 적용되는 것이 아니라 민법 이외에도 상법, 행정법 및 민사소송법의 기본원칙으로 자리 잡고 있고, 민사특별법 및 사회복지관련법 등 특별법에서도 준용되는 경우가 많으므로 한정치산과 금치산제도를 폐지할 경우 부수적으로 개정해야 할 법률이 많아 법적 안정성을 해칠 우려와 이를 통해 법체계의 혼란이 발생할 수 있다.⁷⁴⁾ 따라서 민법상 한정치산과 금치산제도와는 별도로 성년후견제도를 특별법으로 제정하는 것이 타당한 것으로 보인다. 다만, 현행 민법상 한정치산과 금치산제도의 개정은 반드시 이루어져야 할 것이다.

한편, 2006.8.28. 이은영의원이 대표발의한 '성년후견에 관한 법률안'(현재 입법기 만료로 폐기됨)에서도 민법상 금치산과 한정치산제도 이외에 특별법으로 성년후견제도를 만들려고 하였다.

나. 다원론(3분론)

입법의 방법에 대해서는 요보호 성년자를 포괄적으로 규정하고 구체적인 내용은 가정법원에서 결정하는 일원론과 미리 몇 개의 유형을 나누고 각각의 유형 중에서 탄력화·유연화를 도모하는 다원론으로 나눌 수 있다.⁷⁵⁾

71) 성년후견제도연구회, "법정성년후견제도 입법안", 「성년 후견제도 연구」, 사법연구지원재단, 2007, 264면.

72) 백승훈, 전제 "성년후견제도의 입법모델에 관한 비교법적 고찰: 독일과 일본의 유형을 중심으로", 40면.

73) 佐久間毅, "代理法からみた法定後見·任意後見", 「民商法雑誌」, 第122卷 第4·5號, 有斐閣, 2000.8. 參照.

74) 오호철, 전제 "일본의 성년후견제도와 우리나라의 성년후견법안의 비교", 311-312면.

성년자에 대한 후견을 필요로 하는 장애의 정도가 인위적 구분이 곤란한 연속성을 갖는다는 점을 감안하면 독일식 일원론에 장점이 있으나, 한정치산·금치산으로 이분화되던 종전 법률체계의 틀을 전적으로 폐기하기보다는 그 요건의 정비나 보완을 통하여 새로운 보호를 추가함으로써 성년후견제도의 도입취지를 살리는 것이 더 현실적인 입법방향으로 판단된다.⁷⁵⁾ 따라서 일본의 경우와 마찬가지로 다원론 특히 3분론을 채택하여 법정성년후견제도를 금치산을 대신할 성년후견, 한정치산을 대신할 한정후견, 치매노인 및 한정후견에 미치지 못하는 정신장애를 대상으로 하는 후견으로 나누어 규정하여야 할 것이다.

다. 성년후견인의 선임

현행 민법은 후견인의 수는 1인으로 한정하고 있다. 이처럼 단독주의를 취하는 이유는 다수의 후견인을 두게 되면 후견인간의 의사의 충돌로 인하여 책임의 소재가 불분명하게 되고, 사무의 지체를 가져오게 되어 피후견인의 이익을 해할 우려가 있기 때문이다.⁷⁷⁾ 그러나 재산관리와 신상감호라고 하는 후견인의 직무는 극히 포괄적이고 전문성이 요구되기 때문에 1인의 후견인으로는 감당하기 무리가 따를 것이다. 따라서 복수의 성년후견인 선임이 가능하도록 하여야 할 것이다. 또한 현행 민법은 자연인만을 법정후견인의 자격으로 예정하고 있어 고령자의 개호를 업무로 하는 사회복지기관 등의 법인은 후견인이 될 수 없다.⁷⁸⁾ 뿐만 아니라 친척이 없거나 배우자나 4촌 이내의 친족이 신청을 거부하는 경우 또는 본인에 대하여 학대가 있는 경우, 친족은 있지만 연락두절 상태인 경우 등에 있어서는 후견개시 신청을 할 수가 없게 된다. 따라서 적극적으로 복지기관의 신청권을 인정하여 후견개시 심판신청을 할 수 있도록 하여야 할 것이다.⁷⁹⁾

라. 임의성년후견제도의 도입

임의후견이란 본인이 충분한 판단능력을 가지는 동안에 나중에 판단능력이 저하될

75) 백승훈, 전제 "우리나라에서의 성년후견제도의 도입과 그 검토", 126면.

76) 성년후견제도연구회, 전제 "법정성년후견제도 입법안", 266면.

77) 후견인을 1인으로 한정하는 것은 문제의 소지가 있다고 한다(김주수, 「친족·상속법」, 법문사, 2005, 358면).

78) 장현욱, 전제논문, 157면.

79) 오호철, "일본의 성년후견제도의 개선 논의에 대한 동향", 「비교사법」, 제13권 제4호, 한국비교사법학회, 2006.12. 460면.

경우에 대비하여 본인의 재산관리 및 신상감호 등에 관한 사무를 임의대리인에게 수권하고, 본인이 판단능력을 상실하거나 저하된 후에도 그 대리권이 소멸하지 않고 존속하도록 하여, 임의대리인이 당해 사무를 처리할 수 있도록 하는 제도를 말한다.⁸⁰⁾ 즉, 성년후견이 필요한 경우를 미리 대비하여 대리권을 수여하거나, 성년후견인을 지정하는 사전적 조치로써, 이는 독일법과 일본법이 취하고 있는 제도이기도 하다.

법정후견제도는 피후견인이 무능력자가 된 후의 사후적 조치인 반면, 현행 민법에는 사전적 보호조치에 대한 규정이 없다. 그러나 고령자의 경우 계속적 거래관계에 있어서 의사능력을 상실하는 경우가 생길 수 있을 것이고, 이 경우 입원비 등을 지출하기 위하여 자신의 예금 인출 및 담보대출을 받아 그 비용에 충당하고자 하는 경우가 발생할 수도 있을 것이다. 따라서 이러한 때를 대비하여 고령자 스스로 사전에 임의대리인을 선임해 두도록 하여야 할 것이다. 이처럼 임의후견제도는 자기결정권을 존중할 수 있다는 취지에서 매우 타당한 제도이다. 다만, 임의후견제도가 도입되게 되면 법정후견제도와 관계에서 문제가 발생할 수가 있을 것이다. 이 경우에는 법정후견제도를 임의후견제도가 이용될 수 없을 경우에 한하여 행하여지도록 하면 될 것이다.⁸¹⁾ 즉, 법원에서 후견인을 선임하는 법정후견은 사적인 임의후견이 불가능한 경우에 비로소 도입되는 것으로서⁸²⁾ 법정후견제도는 보조적이고 부차적인 제도로 기능하게 된다.⁸³⁾ 이를 보충성의 원칙이라 한다. 또한 성년후견은 본인이 필요로 하는 경우에 한하여 행하여져야 할 것이다.⁸⁴⁾ 이처럼 자기결정의 원칙과 본인보호 원칙의 조화로 개개인의 다양한 판단능력과 필요성 정도에 따른 유연하고 탄력적인 조치를 가능하도록 하여야 이용하기 쉬운 제도가 될 것이다.⁸⁵⁾ 이러한 필요성의 원칙이나 보충성의 원칙은 일본 민법에서도 중대한 원칙으로 자리잡고 있으며, 성년후견제도의 대원칙이 되고 있다.⁸⁶⁾

마. 피후견인의 의료에 관한 동의

의사는 의료행위를 함에 있어서 환자에게 질병의 증상, 치료의 필요성, 치료방법, 치

80) 유정미, 전계논문, 159면.

81) 小賀野晶一, “成年身上監護制度論(2)”, 「ジュリスト」, 第1092號, 有斐閣, 1996.6. 65面.

82) 田山輝明, “知的障礙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, 全國障害者問題研究會, 1996. 24面.

83) 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, 1998.9. 40面.

84) 田山輝明, 上掲論文, 24面.

85) 河上正二, 前掲論文, 26面.

86) 백승훈, 전계 “성년후견제도의 입법모델에 관한 비교법적 고찰: 독일과 일본의 유형을 중심으로”, 43면.

료에 따르는 위험, 치료행위의 결과 등에 관하여 설명하여야 할 의무, 이른바 설명의무를 부담한다. 설명의무는 환자의 승낙권과 자기결정권의 보호를 위해 인정되는 것이므로 상대방의 범위를 엄격하게 제한하여 환자 본인에게 직접 설명을 하여야 한다.⁸⁷⁾ 다만 환자 본인에게 의사능력이 없거나 직접 설명하는 것이 환자의 건강에 나쁜 영향을 줄 위험이 있는 등 특별한 사정이 있는 경우에는 환자의 가족 등 대리권자에게 설명할 수 있다.⁸⁸⁾ 따라서 판단능력의 저하가 있는 고령자가 가족조차도 없는 경우에 의사는 원칙적으로 의료행위를 실시할 수 없게 된다. 일반적으로 의료침습행위 또는 고도, 불가역적인 의료행위 전에 본인에게 설명하고 그 동의를 요구하는데, 법적으로 후견인 등은 신분행위나 치료에 관한 동의 등 본인의 일신에 전속하는 행위를 대리할 권한은 없다고 한다.⁸⁹⁾ 따라서 성년후견인에게도 설명의무의 상대방의 지위와 수술동의서에 서명할 수 있는 권한을 주어야 할 것이다. 그러나 성년후견인에게 최소한의 의료침습행위 및 경미한 신체적 침습행위, 중대한 침습행위 등 일체의 의료행위에 대한 동의권을 주는 것은 무리가 따르기 때문에 성년후견인 등의 자의적 판단방지를 위한 안전장치를 가지는 것이 좋을 것이다.⁹⁰⁾ 따라서 성년후견인에게 경미한 의료행위에 대해서 동의권한을 주고 사망의 우려나 중대하고 장기에 이르는 장애가 발생할 우려가 있는 의료행위에 대해서는 법원의 허가를 받도록 한다든가, 의료, 법률, 학식이 풍부한 전문가로 구성된 제3자 기관으로 구성하는 심사기관을 설립하는 것이 바람직할 것이다.⁹¹⁾

바. 공시제도

현행법상 한정치산 및 금치산선고를 받은 자는 가족관계등록부의 기본증명서에 기재하는 방법으로 공시를 한다. 이러한 공시제도는 제3자에게 노출됨으로써 이에 대한 강한 심리적 저항감 및 수치심으로 인하여 한정치산 및 금치산제도의 이용을 방해하고 있다. 따라서 성년후견제도에 있어서는 가족관계등록부의 기재에 의한 공시방법은 피하여야 할 것이다. 그러나 거래의 안전을 고려하면 공시는 반드시 필요할 것이다. 이에 거래 안전과 본인의 프라이버시보호를 동시에 만족시킬 수 있는 방안으로 가정법원이 성년후견제도에 의한 보호를 받고 있는 자의 명부를 비치하고, 이해관계인이 이

87) 대법원 1994.4.15. 선고 92다25885 판결 : 대법원 1994.11.25. 선고 94다35671 판결 : 대법원 1997.7.22. 선고 96다37862 판결.

88) 김상찬, 「의료와 법」, 온누리, 2008, 201-211면.

89) 최문기, 전계논문, 79면.

90) 原司, 前掲論文, 28-29面.

91) 최문기, 전계논문, 79-80면.

를 열람할 수 있는 시스템을 구축하는 것이 효과적일 것이다.⁹²⁾ 이러한 시스템을 구축하기 위하여는 일본의 '후견등기법'과 같은 가칭 '성년후견등록법'이 필요할 것이다.

사. 후견감독기관의 강화

현행 민법에 의하면 후견인의 감독기관은 친족회와 가정법원이라고 한다. 재산관리는 친족회가, 후견인의 지위 및 기타 후견인의 이해에 직접 관련된 사항은 가정법원이 감독한다. 그러나 현행 친족회 소집 절차 및 결의절차는 매우 형식적이어서 후견인을 제대로 감독하지 못하고 있고, 이로 인한 후견감독기능의 실효성에 의문이 남는다. 따라서 현행 민법의 개정 방향으로 후견인의 감독기관으로서 친족회를 폐지하고, 후견에 관한 감독을 법원으로 일원화시키자는 주장과, 후견사무에 대하여 전문성·중립성을 갖는 변호사 및 사회복지법인 등을 후견감독인으로 선임하자는 주장 및 친족회를 전면적으로 폐지하기보다는 그 명칭과 기능을 개선하자는 주장이 있다.⁹³⁾ 생각건대, 친족회를 폐지하기 보다는 그 기능을 축소시키고, 가정법원의 감독을 강화시켜 피후견인을 보호하는 것이 가장 실효적이라고 생각된다.

V. 맺음말

오늘날 전 세계는 산업사회의 고도화 및 과학기술의 발달로 인하여 고령화문제, 특히 치매노인 등과 같은 판단능력이 저하된 자들에 대한 보호가 중요한 사회문제가 대두되고 있다. 이에 판단능력이 불완전하거나 혼자 거동할 수 없는 장애인이나 고령의 노인 등의 성년자로 하여금 성년후견인의 도움을 얻어 재산의 관리, 사회복지의 수혜, 기타 사회생활에 긴요한 사무를 처리할 필요성이 생기고, 이로써 고령화 사회로의 급속한 전환과 늘어나는 복지수요에 대비하기 위한 장애인과 고령자를 위하여 보다 간편하고 명예실추가 없는 성년후견제도의 도입이 시급한 실정이다.⁹⁴⁾ 이미 고령사회로 접어든 프랑스, 독일, 스웨덴, 오스트리아, 영국, 미국, 캐나다, 일본 등 선진국들은 고령자 보호를 위한 법제도를 마련하여 시행하고 있고, 현재는 그 제도의 문제점을 개선하는 단계에 있다. 이에 우리나라도 고령자를 보호하기 위한 제도적 장치를 마련해야

92) 백승훈, 전계 "우리나라에서의 성년후견제도의 도입과 그 검토", 128면.

93) 최문기, 전계논문, 80-81면.

94) 전계 이은영의원 대표발의 성년후견에 관한 법률안 참조.

할 과제를 안고 있는 바, 독일과 일본의 성년후견제도는 우리나라가 도입하게 될 아주 중요한 모델이라고 볼 수 있을 것이다.⁹⁵⁾

이를 통하여 본 입법방향은 다음과 같다. 피보호자의 자기결정권을 존중하고, 잔존능력을 활용할 수 있는 새로운 의사능력 개념의 도입이 요구되며, 성년후견제도는 재산관리도 포함하지만 재산관리보다는 신상감호를 더 우선시 하여야 할 것이다. 성년후견인의 수는 단독주의를 취할 경우 포괄적이고 전문성이 요구되는 후견업무를 감당하기에 무리가 따르므로 복수주의를 취하여야 할 것이고, 후견인의 자격 또한 가족 중심에서 진정으로 피성년후견인에게 적합한 자를 선정할 수 있도록 다양화하여 복지기관 등에게도 후견인이 될 수 있도록 함과 동시에 후견개시 신청권도 인정하여야 할 것이다. 또한 피후견인이 무능력자가 된 후의 사후적 조치인 법정후견제도는 물론 사전적 보호조치로서 고령자 스스로 사전에 임의대리인을 선임하게 하는 임의성년후견제도를 도입하여야 할 것이며, 공시방법으로서 거래 안전과 본인의 프라이버시보호를 동시에 만족시킬 수 있는 방안으로 가정법원이 성년후견제도에 의한 보호를 받고 있는 자의 명부를 비치하고, 이해관계인이 이를 열람할 수 있는 시스템을 구축하여야 할 것이다.⁹⁶⁾ 한편, 현행 후견감독기관으로 친족회의 기능을 축소시키고, 가정법원의 감독을 강화시킴으로써 피후견인을 보호하는 방안도 제시한다.

참고문헌

- 김상찬, 「의료와 법」, 은누리, 2008.
- 김주수, 「친족·상속법」, 법문사, 2005.
- 양수산, 「친족상속법」, 한국외국어대학교 출판부, 1998.
- 김선이, “독일 성년후견법”, 「고령사회와 성년후견제도」, 한국법제연구원, 2003.12.
- 백승흠, “성년후견제도의 입법모델에 관한 비교법적 고찰: 독일과 일본의 유형을 중심으로”, 「한·독사회과학논총」, 제15권 제2호, 한독사회과학회, 2005.12.
- _____, “성년후견제도의 입법방향”, 「민사법학」, 제18호, 한국사법행정학회, 2000.5.
- _____, “성년후견제도에 관한 연구 : 독일과 영국을 중심으로”, 「가족법연구」, 제12호, 한국가족법학회, 1998.12.

95) 오호철, 전제 “일본의 성년후견제도의 고찰”, 588면.

96) 유경미, 전제논문, 164면 참조.

- _____. "우리나라에서의 성년후견제도의 도입과 그 검토", 「고령사회와 성년후견제도」, 한국법제연구원, 2003.12.
- _____. "일본의 성년후견제도의 개관", 「가족법연구」, 제16권 제1호, 한국가족법학회, 2002.6.
- 성년후견제도연구회, "법정성년후견제도 입법안", 「성년 후견제도 연구」, 사법연구지원재단, 2007.
- _____. "사회복지정책과 성년후견제도의 입법 필요성", 「성년 후견제도 연구」, 사법연구지원재단, 2007.
- _____. "외국 성년후견제도의 비교법적 검토", 「성년 후견제도 연구」, 사법연구지원재단, 2007.
- 송호열, "성년후견법제에 관한 연구", 동아대학교 법학박사 학위논문, 2003.2.
- 신영호, "고령화 사회에 있어서의 후견제도", 「가족법연구」, 제11호, 한국가족법학회, 1997.12.
- 오호철, "일본의 성년후견제도의 개선 논의에 대한 동향", 「비교사법」, 제13권 제4호, 한국비교사법학회, 2006.12.
- _____. "일본의 성년후견제도의 고찰", 「법학연구」, 제27집, 한국법학회, 2007.8.
- _____. "일본의 성년후견제도와 우리나라의 성년후견법안의 비교", 「비교사법」, 통권 제41호, 한국비교사법학회, 2008.6.
- 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.
- 장현욱, "우리나라 후견제도의 문제점과 개선방향", 「아세아여성법학」, 제3호, 아세아여성법학연구소, 2000.6.
- 최문기, "성년후견제도의 입법론에 관한 일고찰", 「경성법학」, 제16집 제2호, 경성대학교 법학연구소, 2007.12.
- 한봉희, "독일의 성년후견제도소고", 「아세아여성법학」, 제3호, 아세아여성법학연구소, 2000.6.
- 中川高男, 「親族·相續法講義」, ミネルヴァ書房, 1994.
- 大鷹一郎, "成年後見登記制度について", 「ジュリスト」, 第1172號, 有斐閣, 2000.2.
- 近畿辯護士會人權辯護委員會編, 「高齢者·障害者の權利擁護制度の確立をめざして」, 1996.
- 法務省民事局參事務室, "成年後見制度の改正に關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卷 第5號, 日本評論社, 2005.5.
- 床谷文雄, “高齢者法制の一素描—日本の成年後見法の現状と課題 : 박인환 역”, 「한림법학 FORUM」, 제18권, 한림대학교 법학연구소, 2007.
- 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1172號, 有斐閣, 2000.2.
- 小賀野晶一, “成年身上監護制度論(2)”, 「ジュリスト」, 第1092號, 有斐閣, 1996.6.
- 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, 1998.9.
- 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」, 通卷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.
- 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卷 第1號, 全國障害者問題研究會, 1996.
- 佐久間毅, “代理法からみた法定後見・任意後見”, 「民商法雑誌」, 第122卷 第4・5號, 有斐閣, 2000.8.
- 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.

[Abstract]

The comparative law research for a legislation of the adult guardianship system

Kim, Sang-chan

Professor, Faculty of Law, Jeju National University

Lee, Choong-eun

Researcher at Law and Policy Research Institute of Jeju National University

Under the current civil law, guardian system has guardianship system for the minor and an incompetent system as well as a quasi-incompetent system for the adult. Guardianship system for the minor can say that it is the extension of parental authority, but incompetency and quasi-incompetency system are the system which protects defective etc. lacking the ability which they can not judge normally by themselves.

However, the incompetency and quasi-incompetency system are possible only by sentencing of the court, the process is complicated, and not only the sentence results are recorded on personal care and custody data such as family relation register etc. but also it brings dishonor on the person and his or her family. but, realistically, its frequency is not high.

In addition, South Korea already entered to the aging society, and this causes the advanced age population needs property management and one's personal care and custody has increased. Nevertheless, the current system does not have any institutional ones for the aged care. the advanced countries like Germany and Japan etc. already protect the human rights and lives of the disabled and the aged introducing the adult guardianship system.

Thus, new guardianship system needs to introduce to by an adult like the disabled or the old man whom judgment ability is incomplete, or can not move alone to conduct to the business that it is vital to management of property, benefit of social

welfare, other social life as getting adult guardian's help.

This thesis shows the legislative direction of the adult guardianship system to enjoy the disabled and the aged freedom of their activities and be able to pursue own happiness around the adult guardianship systems in Germany and Japan.

Key words : adult guardianship system, a guardian system, a legal guardianship system, a arbitrary guardianship system, legal adult guardianship, arbitrary adult guardianship, an incompetent, the aged care, one's personal care and custody, property management