

민법 개정안의 후견계약제도

백승흠

청주대학교 법과대학 교수

I. 서론

현대 시민사회는 종래의 근대 시민사회에 비하여 많은 구조변화가 있었다는 것은 그 간의 사회의 경제적 발전상황을 보아도 여실히 알 수 있는 바이다.

근대 시민사회라고 할 때에 ‘시민사회’라고 하는 것은 ‘사적 소유, 계약, 법적 주체성’의 세 가지 기준적 요소로 이루어진 시민법이 타당한 사회이고,¹⁾ ‘근대’라는 것은 대체로 유럽에서 시민혁명기로부터 산업혁명을 거쳐 자본주의가 확립하기까지의 시기로 분류하고 있다. 이 근대 시민사회가 19세기 후반부터 변용을 시작하여 자본주의가 독점단계로 이행하는 19세기 말엽에는 ‘현대 시민사회’라는 특징을 가진 새로운 형태로 전환되었다고 생각된다. 그리고 20세기 후반기, 제2차 세계대전 후의 고도성장기에 이르면 현대 시민사회는 그 본격적인 성숙기를 맞이하게 되는데, 근대 시민사회와의 관계에서 이 현대 시민사회는 그 특징을 찾을 수 있으며, 현대 시민사회의 특징을 요약하면, 시민사회의 주체의 변화를 통해서 시민사회의 구조가 변화되었고 이로 인하여 사적 영역과 공적 영역에 대한 새로운 과제가 부여된 점에 있다고 할 수 있다.²⁾

여기서 근대 시민사회의 주체는 ‘시민적 오이코스(oikos)경제’³⁾를 밑받침하는 ‘강하고 자율적인 가장(家長)’⁴⁾이었으나, 현대시민사회에서는 가장에 종속되어 있던 처(妻)와 같은 가족구성원이나 근로자, 근래에는 고령자도 시민사회의 형성주체로서 등장한

1) 시민사회론에 관해서는, 川島武宜, 「民法 I 總論・物權」, 有斐閣, 1960, 2~8頁

다. 근대 시민사회의 주체는 경영체로서의 가족집단의 장(長)이었고 그 장(長)은 강하게 단련된 주체였던 것에 대해 현대 시민사회의 새로운 주체들은 몹시 취약하다고 할 수 있다. 이것은 시민사회 대중화의 네거티브적인 면이라고 할 수 있지만 동시에 시민사회의 민주화으로써 적극적인 면이 있는 것도 물론이다.

이러한 시민사회의 주체에 관하여 규율하고 있는 법률이 민법이며, 민법에서는 근대에서부터, 오늘에 이르기까지 거래의 주체로서 자연인과 법인에 관해 규정하고 있다. 근대 시민사회에서는 취약한 자연인은 강하고 자율적인 가장의 보호 아래에서 그를 통하여 법률행위를 하도록 함으로써 그들을 냉혹한 거래의 세계로부터 보호하는 태도를 취하고 있었다. 그런데 이러한 근대 민법의 태도는 오늘날에 와서는 적합하지 않게 되었다. 즉, 현대 시민사회에서는 취약한 자연인도 시민사회의 형성주체로 나서고 있고, 각 국가의 헌법은 이를 보장하고 있는 것이다.

사람은 자신의 능력이 있는 때에 그 능력이 감퇴하거나 소멸하게 될 때를 대비하여 미리 결정해 둘 수 있으며, 더욱이 능력의 감퇴나 소멸시에 자신을 돌보아 줄 자를 미리 정하여 둘 수 있음은 당연하다. 현행 민법에서도 본인의 의사능력 상실이 대리권 소멸의 원인이 되지 않는다는 것이 일반적인 견해이므로 얼마든지 미리 대리권을 수여해 놓을 수가 있다. 그러나 이 대리권의 수여는 그것이 본인의 감독하에 이루어지는 것이므로 본인이 대리인을 감독할 수 없는 상황에 이르면 악용되거나 무용해 지게 될 염려가 크다. 즉, 대리권 수여의 여부나 대리인의 존재 여부, 대리권의 범위, 진정한 대리인인지의 여부 등이 불명하고, 더욱이 대리권 행사가 적절히 되고 있는지에 관해서 감독할 수 없는 취약점이 있다. 이러한 문제점을 해결하여 자연인의 자기결정을 존중하고 잔존능

2) 주체는 개인에서 '기업'으로 변화되어 가고 이 기업은 점차 거대해 지며 따라서 거대한 사회적 권력의 출현이라는 형태의 주체의 변화가 있게 된다. 거대한 기업의 출현에 의해 시민법과 경쟁시장의 논리가 기능하는 장이 감축되어 그대까지 시장에서 일어나던 재화의 교환 가운데 일정 부분은 그 기업조직내의 재화의 이전에 속하게 됨으로써 법적 관계를 매개로 하여 재화가 이전하는 영역 즉 시장이 기능하는 영역의 감소를 초래하고, 기본적으로 상품교환관계가 중개되는 시작을 축으로 한 시민사회에서 현대 시민사회는 시장에 그치지 않고 생활세계의 일부분을 자신의 영역에 포섭함으로써 그 영역을 확장하게 되며, 이러한 구조의 변화에 의해 시장 및 생활관계에 있어서 사적 영역과 공적 영역의 모두에 새로운 과제가 제기되는 것이라고 한다. 吉田克己, 「民主主義・自己決定權・市民的公共性」, 法の科學 26(日本評論社, 1997.), 130~132頁

3) 水林彪, 「法の歴史論の再構成-西歐近現代法思想の再構成を中心として」, 民主主義科學者協會法律部會 1996年度學術總會報告에서 사용된 개념이다. 同, 「西歐近現代史論の再構成」, 法の科學 26號(日本評論社, 1997.)도 참조

4) 村上淳一, 團體と團體法の歴史, 「基本法學 2 團體」, 岩波書店, 1983., 3~4頁; 同, 「ドイツ市民法史」, 東京大學出版會, 1985., 5頁 참조

력을 활용하도록 하는 제도가 후견계약제도이다. 후견계약에 의한 후견은 임의후견이므로 임의후견계약제도라고도 한다. 이러한 임의후견계약제도의 특징은 임의후견인의 감독이 가능하고, 후견인의 직무범위와 존재 여부를 확인할 수 있도록 공정증서에 의한 계약으로 하도록 하며, 이를 공시하는데 있다.

이하에서는 제외국의 임의후견계약제도와 최근에 입법예고된 민법개정안의 후견계약제도를 개관하고자 한다.

II. 임의후견제도

1. 영국⁵⁾

가. 지속적대리권수여법(The Enduring Powers of Attorney Act 1985: EPAA)과 문제점

(1) 지속적대리권수여법

영국 보통법에서는 사람의 의사능력이 상실되면 대리권도 상실되는 것이 원칙이었다. 지속적대리권수여법은 이러한 원칙을 수정하여 본인이 무능력이 된 후에도 대리권이 지속되게 하거나, 무능력이 된 후 대리권의 효력이 발생되도록 할 수 있게 하였다.

지속적대리인이란 본인의 정신적인 판단능력이 없어질 경우 본인의 재산관리에 관하여 대리권한이 개시되도록 할 수 있고, 본인의 정신적 판단능력이 상실되기 이전에도 대리인으로 활동하고 있었던 경우에는 능력상실 이후에도 그 권한행사가 계속될 수 있도록 하는 대리인을 말한다.

지속적대리권의 수여는 서면으로 하여야 하며, 이때의 서면은 법정된 증서가 마련되어 있어 여기에 기재함으로써 대리권수여계약이 성립한다.

대리인이 될 수 있는 자는 18세 이상이며, 파산선고를 받은 자는 대리인이 될 수 없으나 신탁회사는 대리인이 될 수 있다. 지속적대리권은 보호법원에 등록하거나 본인이 정신적으로 무능력해지기 전까지는 행사하지 못하게 할 수 있지만, 이러한 제한을 두지 않으면 미등록상태에서도 권한행사가 가능하다.

5) 영국의 제도에 관하여는, 제철웅·오시영·백승흠·박주영, 『행위무능력 제도의 재검토』, 법무부, 2007.을 전적으로 참조하였음.

지속적대리권의 수임인은 본인이 정신적으로 무능력하거나 무능력해지고 있다고 판단되면 보호법원에 등록하여야 한다. 등록신청 후 본인, 최소한 3인의 친족에게 등록사실을 통지하여야 한다(통지순위는 법정되어 있음).

본인은 수인의 대리인을 둘 수 있는데, 연대하도록 하거나(이 경우 1인이 사망하거나, 1인이 파산하면 대리권이 전부 종료), 또는 각자 대리하도록 할 수 있다(이 경우 1인이 사망하더라도 나머지가 대리권 행사).

본인은 판단능력이 있으면 언제든지 지속적대리권을 해지할 수 있다. 그러나 보호법원에 등록된 후에는 보호법원의 명령 없이는 권한을 해지할 수 없다. 권한을 해지하려면 보호법원에 신청하여야 한다. 지속적대리인은 언제든지 사임할 수 있지만, 등록 후에는 사임하려면 공공후견청(Office of the Public Guardian; OPG)에 서면으로 통지하여야 한다.

지속적대리인은 신상문제에 관한 결정을 할 권한이 없고, 재산에 관하여서만 권한이 있다. EPAA는 그 활동에 있어서 본인의 최선의 이익을 위하여, 가능하면 본인의 필요와 희망을 고려하여 활동하여야 한다. 본인의 재산과 자신의 재산을 분리하고, 자신의 이익을 위하여 활동하여서는 안 되며, 증여에 대해서는 매우 제한적인 권리만 있다. 통상의 증여 이외의 증여를 할 때에는 보호법원에 신청하여야 한다. 유언서 작성은 본인이 통상 유효하게 할 수 없지만, 의사, 변호사가 유언서를 작성할 정신능력이 있다고 판단하면 유언서 작성을 할 수 있다. 그러나 그 밖의 경우에는 법원에 법정유언서(statutory will) 작성을 신청하여야 한다.

등록되지 않고 등록할 필요가 없는 지속적대리권은 본인과 상의하여 활동하여야 하지만, 등록하면 보호법원의 감독을 받게 된다. 미등록 지속적대리인은 OPG에서 조언하지 않는다. 이미 활동 중인 지속적대리인은 등록하더라도 권한이 달라지지 않는다. 그러나 등록하면 누군가 그 활동에 의문을 제기하면 보호법원에 답변을 하여야 하고, OPG나 보호법원의 동의가 없으면 지속적대리를 종료할 수 없다.

(2) 지속적대리인 제도의 문제점

지속적대리인제도는 우선 등록을 잘 하지 않는다는 문제점이 있었는데, 이 등록의 불이행은 대리권이 등록되어야 비로소 부여되는 보호법원의 감독적 기능에 의해 대리권의 남용으로부터 본인을 보호하려고 하는 지속적대리권수여법의 목적에 어긋나는 것이다. 그리고 대리인의 권한남용에 관한 담당변호사의 관심이 낮다는 점 또한 문제로 지적되었으며, 가족에 의한 부정이나 악용이 있다고 할지라도 지속적대리권수여법에

서는 대리권남용에 대한 조치방법이 없는 것도 지적되었다. 또 지속적대리권수여법은 재산관리만을 대상으로 하고 있으므로, 본인의 거주장소나 의료적 처치에 대한 결정에 관한 신상보호행위에 대한 배려가 전혀 없다는 점이 문제로 지적되었다. 나아가 등록신청이 종료된 때에 일정한 범위의 친족 외에 본인에게도 등록의사가 통지되는 것은 그 자체가 본인에게 악영향을 줄 가능성이 있고 본인이 무능력자로 되어 지속적 대리권이 신청되고 있음에도 그 무능력자인 본인에게 통지한다는 것 자체가 문제가 되었으며, 일정 범위의 친족에게도 통지하여야 한다고 규정하고 있는데, 통지하여야 할 친족의 명단이 현재의 가족상태와 합치되지 않는 것도 문제가 되었다. 더불어 보호기관의 감독이 제대로 이루어지지 않았다는 문제점을 들 수 있다.

나. 정신능력법상의 영속적대리권제도 (Lasting Powers of Attorney)

위와 같은 지속적대리권제도의 문제점을 근거로 영국에서는 지속적대리권제도의 개혁을 단행하였다. 그래서 2005년에 정신능력법을 제정하고 그 속에 영속적대리권제도를 두게 되었다.

영속적대리제도는 신상보호를 목적으로 하는 복지 목적의 영속적대리와 재산관리목적의 영속적 대리제도로 구분된다.

영속적대리권을 수여할 수 있는 자는 행위능력 있는 18세 이상의 자이다. 수여방식은 시행령에서 정한 법정 방식의 서면서류를 통하여 하며, 영속적대리권의 내용, 재산관리 목적인지 신상보호에 관한 것인지, 그 권한의 범위 등에 관하여 기재하고, 본인과 대리인이 될 자가 서명하며, 독립한 제3자의 확인서가 첨부된다.

영속적대리권은 OPG에 등록을 하여야 하는데, 등록시에 통지를 받을 자의 이름을 기재하고 없으면 기재하지 않는다. OPG에 등록하지 않으면 영속적대리인의 권한은 개시되지 않는다. OPG에의 등록은 영속적대리권수여증서 작성 후 언제든지 할 수 있다.

(1) 영속적대리권의 내용

① 복지 목적의 영속적대리권은 건강을 돌보거나, 치료결정을 포함한 개인복지와 관련된 의사결정, 가령 거주지, 누구와 동거할 지, 다이어트, 의복, 접촉할 자, 의료검사, 치료, 치과치료, 사회활동, 레저활동, 교육활동, 개인정보에의 접근 등 다양한 사항에서 본인을 대리하거나 그의 활동을 조력한다.

② 재산관리 목적의 영속적대리권은 영속적대리권수여증서에서 달리 정하지 않는

한 등록하면 위임인이 스스로 결정할 능력이 있더라도 위임인을 위해 재산관리활동을 할 수 있다. 영속적대리권은 위임인의 의사결정능력이 없어지더라도 소멸하지 않고 지속된다.

(2) 영속적대리인의 활동원칙

① 본인의 이익 및 의사존중

재산관리 목적의 영속적대리인이든 복지 목적의 영속적대리인이든 본인의 최선의 이익(본인의 관점에서 판단하는 것임)을 위하여 활동하여야 한다. 본인에게 의사결정능력이 있으면 그가 결정하도록 해야 하며, 이때 본인의 의사결정능력이 없다는 것은 신중하게 판단하여야 한다. 영속적대리인은 본인의 의사결정능력이 없다고 판단하더라도 본인의 과거, 현재의 희망, 감정, 믿음, 가치를 충분히 고려하여야 하고, 이를 확인하기 위하여 본인을 직접 돌보는 자, 가까운 친척, 그의 복지에 이해관계를 가진 자, 다른 영속적대리인이 있으면 그와 상의하여 판단하여야 한다.

② 본인 치료와 관련하여 본인의 의사존중

특히 치료와 관련하여 본인이 의사결정능력이 있을 때 표명한 치료, 치료거부의 의사표시도 존중하여야 한다. 구두로 하는 사전적 치료거부결정도 그 결정을 한 시점에서 유효하게 한 것이고, 현재에도 그대로 적용될 수 있다고 판단되면 존중하여야 한다. 그러나 생명연장치료를 거부하는 사전적 거부결정은 서면으로 작성하고 이에 서명(증인이 있는 상태에서 서명)하여야 한다. 유효하게 작성된 서면이 있으면 생명연장치료는 거부되어야 한다.

③ 본인의 자유를 박탈하는 행위의 금지

영속적대리인은 본인의 자유를 박탈하게 되는 조치를 취할 수 없다. 자유박탈(정신병원에 감금)은 정신보건법에 따라 법원의 명령, 사회복지 관련 행정청의 명령에 따른 절차로 이루어진다.

(3) 영속적대리인에 대한 감독

공공후견청(OPG)은 영속적대리권에 관한 변동(내용의 변동, 본인 및 영속적대리인의 주소의 변경, 영속적대리인의 활동개시 등)에 관하여 보고를 받고, 이를 기록하여 관리하며 영속적대리활동에 관한 새로운 정보를 영속적대리인 등에게 교부한다.

보호법원은 영속적대리권의 유효성(개시, 종료, 철회 등)에 관하여 다툼이 있으면 청구에 따라 이를 확인하고 영속적대리권의 이용과 관련된 명령을 청구에 의해 할 수도

있다. 그리고 영속적대리인이 위임인의 최선의 이익을 위해 활동하지 않으면 신청에 의해 해임 등을 할 수도 있다.

누구든지 영속적대리인이 권한을 남용하고 있다고 판단되면 OPG에 신고할 수 있다. OPG는 보호법원의 조사원(visitor)에게 본인, 영속적대리인을 방문하여 조사하도록 할 수 있다. 조사원의 보고로 검찰에 고발할 수도 있고, 보호법원에 영속적대리권 이용과 관련된 명령을 내려줄 것을 청구할 수도 있다. 보호법원은 영속적대리인을 해임할 수도 있다.

2. 일본

일본의 ‘임의후견계약에 관한 법률’은 임의후견계약의 방식, 효력 등에 관해 특별히 정하고, 더불어 임의후견인에 대한 감독에 관한 필요한 사항을 정하는 것이다(일본 임의후견계약에 관한 법률 제1조; 이하 ‘임의후견법’이라 함).

가. 용어의 정의

(1) 임의후견계약

위임자가 수임자에 대해 정신상의 장애에 의해 사리변식능력이 불충분한 상황에서 자기의 생활, 요양간호 및 재산관리에 관한 사무의 전부 또는 일부를 위탁하고, 그 위탁된 사무에 관해 대리권을 부여하는 위임계약으로서, 임의후견법 제4조 제1항에 의해 임의후견감독인이 선임된 때로부터 그 효력이 발생한다는 내용을 정하고 있는 것을 말한다(제2조 제1호).

여기서 “정신상의 장애에 의해 사리변식능력이 불충분한 상황”이라 함은 치매·지적장애⁶⁾·정신장애⁷⁾ 등을 원인으로 하여, 적어도 개정 민법상의 보조(補助)의 요건⁸⁾에 해당하는 정도로 사리변식능력이 불충분한 상황을 말한다(임의후견법 제4조 제1항의

6) 지적장애라 함은 발육기(대개 18세까지)에 여러 가지 원인에 의해 기억·판단·이해·사고·추리 등 지적 기능의 발달이 통계학적으로 보아 명확히 낮은 상태를 나타내고, 그것이 장기적으로 계속되는 장애를 말한다. 長谷川泰造, “成年後見Q&A”, 有斐閣, 1998, 2頁

7) 정신장애는 정신병에 의한 장애를 말한다. 정신병이라 함은 WHO의 ‘國際疾病分派’에 의하면, 정신분열증, 조울증, 그리고 노년기정신병, 中毒性精神病(알콜성 중독을 포함) 등을 말하고, 그 이외에 소위 노이로제(神經症) 및 개념이 정해지지 않은 정신질환이 있다. 간질(癲癇, epilepsy)은 신경, 감각질환이고 정신병과는 다르다. 長谷川泰造, 위의 책, 25頁

임의후견감독인 선임심판의 요건과 같음).

그리고 대리권부여의 대상이 되는 사무는 재산관리에 관한 법률행위뿐만 아니라 신상감호에 관한 법률행위를 포함한다. 또한 이러한 법률행위에 관련된 등기·공탁의 신청, 요개호인정 신청 등의 공법상의 행위도 대리권의 대상이 될 수 있다고 해석되며, 임의후견인이 변호사인 경우에는 이 사무와 관련해 발생하는 분쟁에 관한 소송행위의 수권(소송위임)도 가능하다고 해석된다.⁹⁾

또 임의후견계약은 “임의후견감독인이 선임된 때로부터 그 효력이 발생한다는 내용의 정함이 있는 것”으로 규정한 것은 임의후견인이 임의후견감독인의 감독하에서만 대리권을 행사할 수 있도록 함으로써 임의후견인의 권한남용을 방지하려는 취지이다.

이외에 위임자가 의사능력을 상실할 것을 정지조건으로 하는 취지의 특약이나, 위임자가 일정한 연령에 달한 때를 정지기한으로 하는 취지의 특약을 붙인 계약은 임의후견계약의 요건에 적합하지 않아 무효이다. 만약 본인이 그러한 시점에 이를 때까지 임의후견계약의 효력발생을 희망하지 않는 경우에는 가정재판소에 의한 임의후견감독인의 선임에 관해 동의를 하지 않으면 될 것이다(임의후견계약법 제4조 제3항).

(2) 본인

임의후견계약의 위임자를 말한다(임의후견계약법 제2조 제2호).

임의후견계약의 위임자는 임의후견감독인선임심판의 신청권자·동의권자(동법 제4조 제1항·제3항)이기 때문에 법정후견개시 심판의 신청권자(일본민법 제7조·제11조·제14조 제1항) 및 보조개시심판의 동의권자(민법 제14조 제2항)에서 규정하고 있는 ‘본인’이라는 표현과 보조를 맞추어 임의후견감독인의 선임의 전후를 묻지 않고 일률적으로 ‘본인’이라고 칭하고 있다.

임의후견계약의 위임자로서 지적장애자·정신장애자 등의 부모는 자신들이 노령화되거나 사망하여서 더 이상 이들을 돌볼 수 없게 될 때를 대비하여 임의후견계약을 활용할 수 있으며, 이러한 경우 친권자인 부모가 미성년인 자(子)를 대신하여 임의후견계약을 체결하는 것은 가능하다.

8) 일본민법 제14조(보조개시의 심판) 정신상의 장애로 인하여 사리를 변식하는 능력이 불충분한 자에 관해서는 가정재판소는 본인, 배우자, 4촌 등 이내의 친족, 후견인, 후견감독인, 보좌인, 보좌감독인 또는 검찰관의 청구에 의해 보조개시의 심판을 할 수 있다. 다만 제7조(후견개시의 심판) 또는 제11조(보좌개시의 심판) 본문에 규정된 원인이 있는 자에 관해서는 그렇지 아니하다.

9) 변호사가 아닌 임의후견인은 장래 이 사무와 관련해 발생하는 분쟁에 관해 변호사에게 소송위임을 하는 권한을 수권하는 것도 가능하다. 高橋宏志, ‘訴訟上の代理人について(二)’, 法學教室 214호, 96頁

또 부모가 자신의 노후 재산관리 등에 관해 자기를 본인으로 하는 임의후견계약을 체결함과 동시에 개개의 사안에 따라 ① 유언집행자와 유산관리방법을 지정하는 유언, ② 부모의 사후의 재산관리를 수탁자에게 위탁하는 신탁, ③ 부모의 사후에 있어서 자(子)의 개호 등의 사실행위를 제3자에게 위탁하는 준위임계약 등을 적절히 조합시킴으로써 “부모가 없게 된 후”의 자(子)의 보호 및 그를 위한 재산관리 등의 형태를 미리 정해 두는 것이 가능하게 된다.

(3) 임의후견수임자

제4조 제1항의 규정에 의해 임의후견감독인이 선임되기 전의 임의후견계약의 수임자를 말한다(임의후견법 제2조 제3호).

수임자는 임의후견계약이 효력을 발생하기 전후에 대리권행사의 가부에 관해 차이가 있기 때문에 임의후견감독인이 선임되기 전에는 ‘임의후견수임자’(제3호), 선임된 후에는 ‘임의후견인’(제4호)으로 구별하고 있다. ‘후견등기 등에 관한 법률’에 기해 교부되는 등기사항증명서 등에는 이 호칭이 기재되게 되어 있고, 따라서 임의후견계약의 효력이 발생되고 있는가의 여부가 명확해 진다(동법 제5조 · 제10조).

(4) 임의후견인

제4조 제1항의 규정에 의해 임의후견감독인이 선임된 후의 임의후견계약의 수임자를 말한다(임의후견법 제2조 제4호).

임의후견인(=임의후견수임자, 수임자)의 자격에는 제한이 없고, 복수인에 의한 수임이나 법인이 수임자가 될 수도 있지만, 임의후견감독인 선임심판단계에서 임의후견수임자에게 부정한 행위 기타 임의후견인으로서 부적당한 사유가 있으면 가정재판소가 임의후견감독인 선임신청을 각하하고, 따라서 임의후견계약의 효력이 발생되지 않도록 되어 있어 임의후견인의 적격성이 공적으로 심사되게 되어 있다(임의후견법 제4조 제1항 제3호 참조).

나. 임의후견계약의 방식 · 내용 · 등기

임의후견계약은 ‘법무성령으로 정하는 양식의 공정증서’로 하여야 한다. 이것은 법무성령(法務省令)으로 정하는 양식에 따라 임의후견계약의 공정증서에 대리권부여의 대상이 되는 법률행위가 명확하게 특정되어 기재됨으로써 등기사항증명서 등¹⁰⁾에 임

임의후견인의 대리권의 범위(대상행위)가 정확히 기재되는 것을 제도적으로 담보하려는 취지이다.¹¹⁾

다. 임의후견감독인의 선임과 결격사유

임의후견계약이 등기되어 있는 경우, 본인·배우자·4촌 이내의 친족 또는 임의후견수임자의 임의후견감독인 선임청구가 있는 때에는 가정재판소는 정신상의 장애에 의해 본인의 사리변식능력이 불충분한 상황에 있는가에 관해 판단하고¹²⁾, 이것을 인정하는 때에는 임의후견수임자에게 부적임한 사유가 있는 등 일정한 경우를 제외하고는 임의후견감독인을 선임하며, 임의후견계약의 효력이 발생된다(제4조 제1항). 자기결정 존중의 관점에서 임의후견감독인의 선임심판은 본인의 신청 또는 동의가 요건이 된다(제3항).

본인이 이미 법정후견에 의한 보호를 받고 있는 경우에, 당해 본인에 관계된 법정후견을 계속하는 것이 본인의 이익을 위해 특히 필요하다고 인정되지 않아 임의후견감독인을 선임하는 때에는 가정재판소는 당해 본인에 관계된 법정후견개시심판을 취소하지 않으면 안 된다(제4조 제2항).

선임되는 임의후견감독인의 자격에 관해서는 법률상 제한이 없고, 자연인뿐만 아니라 법인을 선임하는 것도 가능하다(제7조 제4항에 의한 민법 제843조 제4항의 준용). 다만, 감독의 실효성을 확보하기 위해서 임의후견수임자 또는 임의후견인의 배우자, 직계혈족 및 형제자매는 임의후견감독인이 될 수 없다(임의후견법 제5조).

라. 임의후견인의 사무

임의후견인의 사무는 임의후견계약에서 정해진 바에 따라 결정되지만, 대리권부여

10) 후견등기 등에 관한 법률 제10조(등기사항증명서의 교부 등)

11) 구체적으로는 임의후견인의 대리권의 범위를 명확하게 하기 위해서, 임의후견수임자(임의후견인)가 대리권을 행사할 사무의 범위를 특정하여 기재하지 않으면 안 되는 것이 의무화되어 있다(임의후견계약에 관한 법률 제3조의 규정에 의한 증서의 양식에 관한 省令 제2항). 原司, '任意後見制度について', 法律のひろば 2000. 4., 16頁

12) 본인의 사리변식능력의 판단에 있어서는 가정재판소는 본인의 정신상황에 관한 의사의 진단결과 기타 적당한 자의 의견을 청취하지 않으면 안 되는 것으로 되어 있다(2000년 최고재판소규칙 1호에 의한 개정 후의 특별가사심판규칙 제3조의 2).

의 대상이 되는 사무인 이상 계약 등의 법률행위에 한정되고, 대리권행사에 당연히 부수(付隨)하는 사실행위를 별도로 하고 구체적인 개호서비스 등의 사실행위는 포함되지 않는다.

임의후견인은 당연히 수임자로서의 선관주의의무(일본 민법 제644조)를 부담하게 되고, 임의후견법 제2조 제1호에서 규정하고 있는 위탁에 관계되는 사무를 함에 있어서는 본인의 의사를 존중하고 또 그 심신의 상태 및 생활 상황에 배려하지 않으면 안 된다는 신상배려의무 등을 부담하게 되어 있다(임의후견법 제6조).

마. 임의후견인에 대한 감독기관 및 감독권한

임의후견감독인은 임의후견인의 사무를 감독하고, 그 사무에 관해서 가정재판소에 정기적으로 보고하는 것을 주된 직무로 하고(제7조 제1항 제1호·제2호), 그 감독을 실효적으로 하기 위해 언제든지 임의후견인에 대해 그 사무의 보고를 요구하거나, 임의후견인의 사무 또는 본인의 재산상황을 조사할 수 있다(동조 제2항).

가정재판소는 임의후견감독인으로부터 임의후견인의 사무에 관해 정기적인 보고를 받음과 동시에 필요가 있다고 인정되는 때는 임의후견감독인에 대해 임의후견인의 사무에 관한 보고를 요구하고, 임의후견인의 사무 또는 본인의 재산상황의 조사를 명하며, 기타 임의후견감독인의 직무에 관해 필요한 처분을 명할 수 있다(임의후견법 제7조 제3항).

임의후견인에 대한 감독은 이와 같이 가정재판소가 임의후견감독인에 대한 감독을 통하여 간접적으로 임의후견인을 감독하는 구조로 되어 있다. 그래서 감독권의 실효성을 담보하기 위해 가정재판소는 임의후견인에게 부정한 행위, 현저한 비행 기타 그 임무에 적당하지 않은 사유가 있다고 인정되는 때에는 임의후견감독인, 본인, 그 친족 또는 검찰관의 청구에 의해 임의후견인을 해임할 수 있는 것으로 되어 있다(제8조).

바. 임의후견계약의 해제 등

임의후견계약은 위임계약이기 때문에 원칙적으로 언제든지 해제가 가능하다(민법 제651조 제1항). 그러나 임의후견감독인의 선임 전의 임의후견계약의 해제에 관해서는 임의후견계약의 체결이 공정증서에 의한 요식행위로 하게 되어 있는 것과의 균형을 고려하여, 공정증인의 관여로써 당사자의 진의에 기한 해제인 것을 담보하기 위해 공정증인의

인증을 받은 서면에 의할 것이 필요하다(임의후견법 제9조 제1항). 임의후견감독인 선임 후의 임의후견계약의 해제는 가정재판소가 관여하여 본인을 보호하기 위해 정당한 사유와 가정재판소의 허가가 필요하다(제2항).

기타 임의후견계약의 종료사유로서는 ① 임의후견인의 해임, ② 본인 또는 임의후견인의 사망 또는 파산, ③ 임의후견인이 후견개시의 심판을 받은 경우 등이 있다.

사. 법정후견과의 관계

임의후견계약이 등기되어 있는 경우에는 가정재판소는 원칙적으로 법정후견 개시심판을 할 수 없고, “본인의 이익을 위해 특히 필요가 있다고 인정되는 때에 한해” 법정후견개시 심판을 할 수 있으며(제10조 제1항), 법정후견 개시심판이 된 때에는 이미 효력이 발생한 임의후견계약은 당연히 종료한다(제3항).

또 임의후견에서 법정후견으로의 원활한 이행을 가능하게 하기 위해 임의후견수임자, 임의후견인 또는 임의후견감독인이 법정후견개시심판의 청구를 할 수 있도록 하고 있다(제2항).

아. 임의후견인의 대리권 소멸의 대항요건

임의후견계약에서는 임의후견인의 대리권이 등기사항증명서에 의해 당사자 이외의 제3자에 대해서도 공시되게 된다. 따라서 임의후견인의 대리권이 임의후견계약의 종료에 의해 소멸하였음에도 불구하고 그 사실이 등기되지 않은 사이에, 제3자(거래의 상대방)가 그 사실을 알지 못하고 등기사항증명서의 기재를 신뢰하여 임의후견인이었던 자와 거래를 한 경우에는 그 선의의 제3자를 보호하기 위한 법적인 조치가 필요하게 된다.

그래서 임의후견법은 거래안전의 관점에서 임의후견인의 대리권 소멸은 그 등기를 하지 않으면 선의의 제3자에 대항할 수 없다고 규정함으로써 등기를 대항요건으로 규정하고 있다(제11조). 이것으로써 거래의 상대방은 임의후견인의 대리권이 소멸한 것을 알지 못했던 것에 관해 과실이 있었는가의 여부에 불구하고 보호를 받을 수 있다.¹³⁾

또, 임의후견인과 거래를 하는 상대방인 제3자는 임의후견인, 임의후견감독인 또는 본인 혹은 그 가족(배우자 혹은 4촌 이내의 친족)에 대해 임의후견인의 대리권을 증명하는 등기사항증명서의 제출을 요구하는 것으로써 임의후견인의 대리권의 범위 등을 확인하는 것이 가능하다(후견등기 등에 관한 법률 제10조 제1항 참조).

Ⅲ. 우리 민법상 후견계약제도

1. 후견계약의 의의

성년후견제도에서는 무엇보다도 요보호자의 자기결정의 존중이라는 이념이 강조되고 있는데, 그러한 이념은 법정후견제도에서도 나타나지만 결정적으로 임의후견제도에서 더욱 강조되고 있다. 특히 오늘날과 같이 첨예한 의료문제(안락사·존엄사 등)나 영미법상의 리빙 윌과 같은 맥락에서 임의후견제도의 중요성은 더욱 높아진다.

우리 민법상으로는 임의후견계약제도가 존재하지는 않지만 위와 같은 이념에 따라 법무부에서는 지난 2009. 9. 중순에 성년후견제도의 도입을 골자로 하는 민법 일부 개정 법률안(이하 ‘개정안’)을 입법예고하고, 이어서 여론조사와 공청회를 통하여 각계의 의견을 수렴하였다.

민법 개정안 제3절의 후견계약은 ‘질병, 노령 기타 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 부족한 상황 내지 부족할 상황에 대하여 자신의 재산관리 및 신상 보호에 관한 사무의 전부 또는 일부를 타인에게 위탁하고 이를 위한 대리권의 수여를 내용으로 하는 계약’을 말한다(개정안 제959조의14 제1항).

후견계약은 기본적으로 후견을 사무처리의 내용으로 하는 위임계약(민법 제680조)의 성질을 가지며, 따라서 원칙적으로 무상·편무계약이나 보수가 약정되는 경우에는 유상·쌍무계약이 된다(민법 제686조 참조). 후견계약에 의하여 행해지는 후견을 ‘임의후견’이라고 한다.

본인은 정신능력이 존재하는 중에 후견계약을 통하여 1인 또는 다수의 임의후견인을 선임하여 두고 자신의 정신능력 감퇴나 상실 후에 자신의 후견사무를 처리하게 할 수 있도록 하는 제도이다.

13) 민법 제112조의 표현대리의 경우는 거래 상대방의 악의 또는 과실이 주장·입증되지만 표현대리가 인정되지 않아서 상대방은 보호되지 않지만, 임의후견계약법 제11조에 의하면, 임의후견의 종료등기 전에 대리행위가 있었으면 과실의 유무에 불구하고 선의의(임의후견인의 대리권의 소멸을 몰랐던) 상대방은 보호되게 된다. 한편, 이미 등기가 되어 있었던 경우에는 본조에 의해서는 상대방은 보호될 수 없게 되지만 민법 제112조의 적용은 배제되지 않고, 상대방이 임의후견인의 대리권이 소멸된 것을 몰랐던 것에 관해 과실이 없다면 보호된다고 해석된다. 임의후견의 등기 자체는 공개되지 않고, 등기사항증명서의 발행청구권자도 한정되어 있는 것으로부터 보아 상업등기에 관한 판례의 취지가 미치는 경우는 없다고 생각되기 때문이다(最判 1974. 3. 22., 民集 28卷 2號, 368頁 참조). 原司, 앞의 글, 20頁 注4)

2. 후견계약의 체결

가. 계약서의 작성

후견계약은 임의후견을 받을 본인과 임의후견인이 될 상대방 사이의 계약에 의하여 성립한다. 나아가 계약의 존재와 내용을 명확히 하기 위해서 후견계약은 공정증서에 의해 체결해야 한다(개정안 제959조의14 제2항).

후견계약도 대리에 의해서 체결할 수 있는데, 예를 들어, 법정대리인인 부모가 상당한 정신적 제약이 있는 미성년 자녀가 성년이 될 경우를 대비하여 후견계약을 체결하는 것이나 상당한 정신적 제약이 있는 성년자의 보호자가 특정후견인을 선임하여(또는 스스로 특정후견인으로 선임되어) 후견계약을 체결하는 경우 등이다.¹⁴⁾ 따라서 피성년후견인의 경우에는 어렵겠으나, 피한정후견인이 의사능력이 있는 경우에는 후견계약을 체결할 수 있고, 이러한 경우에는 원칙적으로 그에 따라 임의후견으로 이행하게 된다(개정안 제959조의20 제2항 참조). 비록 법정후견에 따른 보호를 받고 있더라도 당사자의 의사가 우선되기 때문이다.

나. 효력의 발생

후견계약의 효력발생은 당사자들이 후견계약에서 정한 바에 따른다. 그런데 당사자들이 후견계약으로 효력발생시기를 정했다고 하더라도 계약에서 정한 정신 상태에 도달하였는지, 또 그에 따라 후견계약의 효력이 발생했는지를 확실히 알기가 어렵다.

개정안은 가정법원이 임의후견감독인을 선임하는 것에 의하여 후견계약이 효력을 발생한다고 규정하고 있다(개정안 제959조의14 제3항). 가정법원이 임의후견감독인을 선임하는 것으로 효력발생시기를 확정하고, 동시에 임의후견감독인으로 하여금 임의후견인에 대한 감독을 하도록 하여 피후견인을 보호하려고 하는 것이다.

더불어 가정법원이 임의후견인의 자질을 판단하여 개정안 제937호(후견인의 결격사

14) 프랑스민법에서는 미성년자의 경우에 부모, 성년자의 경우에 물질적·정서적 부양(la charge matérielle et affective)을 맡고 있던 부모는 그들 스스로 후견이나 보좌를 받고 있지 않는 한 자녀를 위하여 장래보호를 위한 위임계약을 체결할 수 있다고 규정한다(프랑스민법 제477조 제3항). 일본 임의후견계약법에서는 입법 당시부터 이러한 경우를 염두에 두고 입법하였다고 한다. 齋木賢二, 任意後見制度の必要性と其の實踐, 法律のひろば 1998. 8., 49頁

유)에 해당하는 자나 그밖에 현저한 비행을 하거나 후견계약에서 정한 임무에 적합하지 아니한 사유가 있는 경우에는 임의후견감독인을 선임하지 않음으로써 임의후견계약을 개시하지 않도록 하며(개정안 제959조의17), 나아가 임의후견인이 현저한 비행을 하거나 그밖에 그 임무에 적합하지 아니한 사유가 있을 때에는 임의후견감독인, 본인, 친족 또는 검사의 청구에 의하여 임의후견인을 해임(解任)할 수 있도록 하고 있다.

그런데 임의후견인의 자질은 문제가 없으나 그밖에 후견계약의 내용에 문제가 있는 경우가 있을 수 있다. 우선 그러한 사실이 드러나지 않아 가정법원이 임의후견감독인을 선임하였다고 하더라도 그것만으로 후견계약의 하자나 흠결이 치유되지 않는다고 해석해야 할 것이므로 절대적 무효사유(의사무능력, 공서양속 위반 등)가 있는 경우 후견계약은 무효이다. 문제는 후견계약의 체결에 중대한 착오가 있거나 사기·강박이 행사된 경우인데, 후견계약은 비록 위임계약이기는 하지만 후견사무를 내용으로 하므로 그 성질상 당사자들의 진의가 중요한 계약이라고 할 것이어서, 중대한 착오·사기·강박 등이 있는 후견계약은 무효이고 이는 임의후견감독인의 선임이 있더라도 마찬가지라고 해석해야 할 것이다.¹⁵⁾

나아가 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 있도록 하고 있다.

3. 임의후견의 내용

임의후견의 내용은 임의후견계약에 의해 당사자들이 정한다. 따라서 재산관리와 신상의 보호를 각각 또는 동시에 후견계약의 내용으로 할 수 있다. 따라서 본인은 신상보호의 영역을 정하여 스스로 자신의 신상결정에 관하여 중요한 결정을 할 수 없을 때 임의후견인이 자신을 갈음하여 결정할 수 있다는 취지의 수권을 할 수 있으며, 이러한 수권은 의료행위와 관련하여 매우 중요한 의미를 갖게 될 것이다.

임의후견인은 위임계약상의 선량한 관리자의 주의의무를 부담하며(민법 제681조), 특히 본인의 의사를 최대한 존중하여야 한다(개정안 제959조의14 제4항).

4. 임의후견감독인

15) 김형석, “민법개정안 해설”, 성년후견제도 도입을 위한 민법개정안 공청회 자료집, 36면

가. 선임

가정법원은 후견계약이 가족관계등록부에 등록되어 있고 본인이 사무를 처리할 능력이 부족한 상태에 있다고 인정할 때에는 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 임의후견인 또는 검사의 청구에 의하여 임의후견감독인을 선임한다(개정안 제959조의15 제1항). 본인 이외의 자가 임의후견감독인 선임청구를 한 때에는 가정법원은 본인이 동의할 수 있는 상태에 있는 한 그의 동의를 받아야 한다(동조 제2항).

가정법원은 임의후견감독인이 없게 된 때에는 본인, 친족, 임의후견인의 신청 또는 직권에 의하여 임의후견감독인을 선임하고(개정안 제959조의15 제3항), 필요하다고 인정할 때에는 동일한 신청권자의 청구 또는 직권에 의하여 추가로 임의후견감독인을 선임할 수 있다(동조 제4항).

나. 임의후견감독인의 임무

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). 이와 관련하여 가정법원은 필요하다고 인정할 때에는 임의후견감독인에 대하여 감독사무에 대한 보고를 요구할 수 있고 임의후견인의 사무 또는 본인의 재산상황에 대한 조사를 명하거나 그밖에 임의후견감독인의 직무에 관하여 필요한 처분을 명할 수 있다(동조 제2항).

임의후견감독인은 성년후견감독인과 마찬가지로 긴박한 경우 필요한 처분을 할 수 있고, 이해상반행위의 경우 본인을 대리한다(개정안 제959조의16 제3항, 제940조의6 제2항, 제3항).

3. 후견계약의 해지

임의후견감독인의 선임 이후에는 본인 또는 임의후견인은 정당한 사유가 있는 때에 한하여 가정법원의 허가를 얻어 후견계약을 종료할 수 있다(개정안 제959조의18 제2항).

임의후견인의 와병, 본인이나 임의후견인의 해외 이주 등 후견계약의 당사자 일방에

게 후견계약의 존속 및 그에 따른 후견사무의 계속을 기대하기 어려운 중대한 사정이 있는 경우에는 당사자는 가정법원의 허가를 얻어 후견계약을 해지할 수 있다.

뿐만 아니라 임의후견감독인을 선임한 이후에 임의후견인이 현저한 비행을 하거나 그 밖에 임무에 적합하지 아니한 사유가 있는 때에는 가정법원은 임의후견감독인, 본인, 친족 또는 검사의 청구에 의하여 임의후견인을 해임할 수 있다(개정안 제959조의17 제2항).

이 경우 해임된 임의후견인에 갈음하여 새로운 임의후견인을 선임하는 절차는 예정되어 있지 않다. 새로운 임의후견인의 선임은 후견계약의 내용을 제3자가 수정하는 것이므로 허용되지 않는다고 보아야 하기 때문이다. 그러므로 본인이 의사능력이 있으면 새로운 후견계약을 체결하도록 하고, 그렇지 않은 경우에는 법정후견의 보호를 받도록 해야 할 것이다.¹⁶⁾

후견계약이 해지되면 본인과 임의후견인의 권리와 의무는 장래를 향하여 소멸한다. 이 경우에는 개정안 제957조를 유추하여 임의후견의 종료에 따른 계산을 하여야 할 것이다.

임의후견계약이 적법하게 해지된 경우에도 임의후견인의 대리권에 관하여 표현대리가 성립할 수 있다. 이러한 경우에 대비하여 개정안은 임의후견인의 대리권 소멸은 가족관계등록부에 등록하지 않으면 선의의 제3자에게 대항할 수 없다(개정안 제959조의19)고 규정하였다. 즉, 본인으로서는 임의후견이 해지되어 대리권이 소멸하였다는 사실을 가족관계등록부에 등록함으로써 이후에 발생할 수 있는 표현대리의 성립을 저지할 수 있다. 반면에 아직 등록하고 있지 않는 동안에는 제3자는 임의후견인의 대리권의 존재에 관하여 선의이기만 하면 대리행위의 유효를 주장할 수 있어 신뢰를 보호받을 수 있으므로 이 규정은 본인의 이익과 거래 안전의 조화를 도모하는 규정으로 볼 수 있다.¹⁷⁾

4. 법정후견과의 관계

임의후견계약이 있는 경우에 원칙적으로 법정후견은 개시하지 않는다. 따라서 법정후견은 임의후견에 대하여 보충적이라고 할 수 있다. 즉, 임의후견계약이 체결되어 가

16) 김형석, 앞의 글, 25면

17) 김형석, 앞의 글, 26면

족관계등록부에 등록되어 있는 경우에는 가정법원은 원칙적으로 법정후건을 개시하지 않는다(개정안 제959조의20 제1항 참조). 그리고 후건계약의 본인이 피성년후견인, 피한정후견인, 피특정후견인인 경우에 가정법원은 임의후견감독인의 선임을 하면서 성년후견, 한정후견, 특정후견 종료의 심판을 하여 임의후견의 효력발생과 함께 법정후건을 종료시킨다(개정안 제959조의20 제2항 본문).

그러나 임의후건을 법정후건에 우선하는 것은 그것이 자기결정을 존중하고, 본인의 이해관계에 보다 적절한 보호수단일 것이라는 전제에 선 것이므로 본인의 복리라는 관점에서 임의후건에 의한 보호보다 법정후건에 의한 보호가 효과적인 경우에 개정안은 법정후건을 개시하도록 하거나 이미 개시한 법정후건을 유지하도록 하고 있다. 즉 후건계약이 가족관계등록부에 등록되어 있더라도 가정법원은 본인의 이익을 위하여 특별히 필요한 경우에 한하여 임의후견인 또는 임의후견감독인의 청구에 의하여 성년후견, 한정후견 또는 특정후견의 심판을 할 수 있고(개정안 제959조의20 제1항 제1문), 그러한 경우에 후건계약은 효력이 발생되지 않아 종료되며(동항 제2문), 나아가 피성년후견인, 피한정후견인, 피특정후견인이 후건계약의 본인인 경우에 가정법원은 임의후견감독인의 선임청구가 있더라도 성년후견 또는 한정후견 조치의 계속이 본인의 이익을 위하여 특별히 필요하다고 인정할 때에는 임의후견감독인을 선임하지 않게 된다(개정안 제959조의20 제2항 본문).

5. 후건계약과 공정증서

후건계약의 체결은 ‘공정증서’에 의해야만 한다. 그 이유는 ① 본인의 진의(眞意)에 의한 적법하고 유효한 계약이 체결되는 것을 제도적으로 담보하고, ② 분쟁의 예방이란 관점에서 계약의 유효성의 확실한 입증을 가능하게 할 필요가 있으며, ③ 본인의 진의를 확인하기 위해 공정증서의 작성이라는 확실한 방식에 의할 것이 필요하고, ④ 공증인사무소에서 공정증서의 원본을 보관함으로써 계약증서의 변조·멸실 등의 방지가능하게 되며, ⑤ 공정증서의 작성을 의무화하여 공증인이 등기소에 촉탁하여 등기함으로써 유루(遺漏)가 없게 할 수 있다는 장점이 있기 때문이다.

반면에 후건계약의 이용자들이 부담하게 되는 비용의 문제도 있지만 위의 장점들이 훨씬 크기 때문에 공정증서에 의하는 것이 유용할 것이며, 이미 제외국에서도 공정증서에 의하는 방식을 취하고 있다.

IV. 맺으며

지난 2009. 9. 18. 법무부는 현행 민법의 일부를 개정하여 성년후견제도를 도입하는 것을 골자로 하는 입법을 예고하였다. 이 민법의 개정에 의해 창설될 “성년후견제도”는 기존의 금치산·한정치산제도를 전면 수정하게 되었다. 이 민법의 개정은 단지 기존의 조문을 기술적으로 수정한 것에 그치지 않고 ‘자기결정의 존중’, ‘잔존능력의 활용’, ‘보편화(normalization)’라는 새로운 이념을 적극적으로 도입한 것으로서 제도의 발본적 개혁을 시도한 것이다. 즉, 종래의 금치산·한정치산제도에서는 판단능력이 열등한 자는 전적으로 보호의 대상이 되었고, 피보호자 본인은 판단능력이 일정한 정도 이상으로 불충분하면 행위능력의 제한을 받고 그 대신에 자신의 의사와는 무관하게 주어지는 보호자에 의한 보호를 받게 되어 있었다. 이에 대해 새로운 성년후견제도는 민법 개정전의 ‘본인보호’라는 이념에다 위의 세 가지 새로운 이념을 합하여 만들어진 제도인 것이다.

개정안에는 본인이 판단능력감퇴 후를 대비하여 스스로 후견인을 선임하여 두는 ‘후견계약제도’가 신설되었고, 또 기존의 법정후견제도도 성년후견(成年後見), 한정후견제도(限定後見制度)로 명칭과 내용이 다소 바뀌었고 특정후견제도가 신설되었다.

후견계약제도는 피보호자가 피보호상태가 되기 전에 피보호상태에 놓일 때의 자신의 재산관리·신상감호 등에 관하여 자기의 의사를 명시하고, 그에 기하여 보호자가 행동하도록 지시하는 것으로서 소위 ‘사전적 조치(事前的 措置)’제도에 해당하고, 법정후견은 피보호자가 피보호상태에 놓일 때의 자신의 의사를 명시하지 않은 채로 피보호상태가 된 때에 피보호자의 의사에 기하지 않고 보호자가 행동하는 것으로서 소위 ‘사후적 조치’제도에 해당한다.

개정안에서는 대개 제외국의 입법례가 법정후견제도와 임의후견제도 중 하나만을 취하고 있는 것과 달리 법정후견제도와 임의후견제도를 동시에 두게 됨으로써 성년후견에 있어서 사전적·사후적 조치를 아울러 강구할 수 있게 되었다.

후견계약제도의 창설로 인하여 무엇보다도 보다 근원적인 기본적 인권의 존중이라는 헌법적 요청에 따른 ‘자기결정의 존중’ 원리에 충실하게 되었고, 또 고령화사회에 접어들면서 급속히 증가하는 요보호고령자에 대해 그 전원을 법원 주도의 법정후견제도에 의해 보호하고자 하는 것은 비용문제에 대단한 어려움을 가져오기 때문에 임의후견제도의 창설로써 ‘비용삭감’의 효과도 가져올 수 있을 것으로 보인다. 나아가 ‘조치(措置)’에서 계약(契約)으로 옮겨가는 현대형 사회복지이념과도 조화를 이룰 수 있게 되었

다는 것이 돋보인다.

성년후견제도에 적합한 공정증서의 형태나 공정증서에 의해 체결되는 후견계약의 유형 등 아직도 후속입법이 뒤따라야 할 문제가 없지는 않지만 향후 이 제도가 잘 정착되기를 바라며 이를 위하여 끊임없는 연구와 개선이 잇달아야 할 것으로 생각한다. **KNA**