

개정 민법상 새로운 성년후견제도

박 인 환

인하대학교 법학전문대학원 교수

1. 머리말

새로운 성년후견제도 도입을 위한 민법 일부개정법률안이 2011. 2. 18. 국회 본회의를 통과하여 2011. 3. 7. 공포됨에 따라 2013. 7. 1. 부터 새로운 성년후견제도가 시행될 예정이다.¹⁾ 새로 도입되는 성년후견제도는 종래 금치산자·한정치산자 제도를 폐지하고 새로운 법정후견제도로써 성년후견, 한정후견, 특정후견의 세 가지 보호유형을 신설하는 한편, 기존에 명확한 근거규정이 없어 해석상 논란이 있었던 신상보호에 관하여 명문의 규정을 신설하였고, 법정후견 외에 본인이 의사능력이 남아 있는 동안 스스로 후견인을 선정하여 후견계약을 체결함으로써 장래 자신의 후견 필요성에 대비하는 임의후견제도를 새롭게 도입하였다.

- 1) 개정 민법(2011. 3. 7. 법률 제10429호로 일부 개정된 것) 참조. 이번 민법 개정은 만 19세로의 성년연령의 인하와 함께 2009년부터 시작된 민법 대개정 작업의 첫 번째 성과이자 현재로서는 실제 입법의 실현에 이른 유일한 성과이기도 하다. 주지하다시피 2009년 정부(법무부)의 주도와 한국민사법학회의 적극적 참여와 협력으로 구성된 법무부 민법개정위원회는 2004년 민법개정작업의 입법 실패를 교훈 삼아 매년 구성원을 부분적으로 교체해 가며 5년간에 걸쳐 단계적으로 개정작업을 진행한다는 방침 아래 각 제도마다 개정안이 마련되는 대로 국회에 제출하여 왔다. 2011년 제3기의 민법개정위원회 활동을 마친 현재까지 실제 법률안으로 성립되어 국회에 제출된 것은 본 민법 개정 외에 법인에 관한 개정안과 소멸시효에 관한 개정안뿐이다.

새로운 성년후견제도의 도입을 내용으로 하는 민법 개정이 비교적 빠른 시일 내에 이루어질 수 있었던 것은 종래 금치산자·한정치산자 제도가 요보호 성인을 보호하고 그들의 인권을 존중하는 데에 매우 미흡하여 제 기능을 다하지 못하고 있으므로 새로운 성년후견제도를 도입하여야 한다는 사회적 요구와 학계의 공감대가 형성되어 있었기 때문이다. 즉 기존의 금치산자, 한정치산자 제도는 주로 가산(家産)에서 유래하는 요보호인의 재산이 산일(散逸)되는 것을 막기 위하여 그 재산관리를 주된 목적으로 마련된 제도로서, 피후견인 본인 보호에 있어서는 오히려 소홀한 측면에 적지 않았고 무엇보다도 현대적 인권존중의 관념에는 부합하지 않는 인권 침해적 요소를 포함한다. 그리고 있어 제도 개선이 시급하다는 비판이 많았다.²⁾ 특히 금치산자·한정치산자 제도에 대해서는 행위능력을 획일적으로 제한 박탈함으로써 아무 것도 할 수 없는 ‘무능력자’라는 사회심리적 낙인(Stigma)을 본인과 그 가족에게 안겨준다는 점, 개별적으로 남아 있을 수 있는 잔존능력과 본인의 의사를 무시하고 자기결정 가능성을 배제함으로써 피후견인의 인권을 침해한다는 점, 재산관리에 치중한 반면 본인보호에 필수적인 신상결정 문제에 대해서는 침묵하고 있는 점, 결과적으로 사회를 유지하는 데 필수적이고 기본적인 사법제도이면서도 실제 후견적 보호를 필요로 하는 정신장애인, 지적장애인, 고령의 인지장애인 등과 그 가족들에게 이 제도가 외면당해 왔다는 점³⁾ 등이 지적되어 왔다.

그리고 이와 같은 문제점을 안고 있던 행위무능력자제도는 1990년대 이후 세계 선진 각국에서 요보호인의 인권 존중이라는 관점에서 이루어진 후견제도의 현대적 개혁과 발전⁴⁾으로부터 너무나 동떨어진 것이었을뿐 아니라 무엇보다도 현대적 인권관념에는

-
- 2) 종래 행위무능력자제도의 문제점에 관해서는 입법에 이르기까지 이미 다수의 문헌에서 많은 비판과 지적이 있어 왔으므로 본고에서 이에 관한 개별 문헌의 인용은 자제하기로 한다.
 - 3) 금치산·한정치산신고 청구건수는 2001년 323건에서 조금씩 증가하여 2010년에는 청구건수 1,024건에 이르렀고 그 중 대체로 반수 정도가 인용되었다. 그러나 실제 후견적 보호가 필요할 것으로 예상되는 정신장애인, 고령의 인지장애인의 수에 비하면 터무니없이 적은 숫자라는 점은 말할 필요도 없다. 법원행정처 『사법연감』(2000~2010) 관련 통계 참조.
 - 4) 먼저 독일에서는 1990년 필요성, 보충성의 원칙에 입각한 성년후견법(Betreuungsrecht) 시행을 통하여 행위능력 박탈제도(Entmündigung)를 폐지하고(구 독일민법 제114조, 제115조), 구 후견제도(Vormundschaft)와 감호제도(Pflegschaft)를 새로운 성년후견제도(Betreuung)로 통합한 이래 2005년 개정을 통하여 사전대리권 수여제도(Vorsorgevollmacht)를 강화하고 2009년 개정을 통하여 사전의료지시(Patientenverfügung)에 관한 규정을 도입하였다. {이에 관한 상세에 대해서는 최봉경, 독일의 성년후견제도에 관한 연구(법무부 연구보고), 2009. 참조}.

합치될 수 없는 것이었다. 특히 2008. 5. 3. 발효되어 우리나라가 같은 해 12. 11. 비준한 UN장애인협약에 따르면, 제약국 정부는 장애인의 인권을 존중하고 차별을 제거하기 위하여 입법, 행정, 사법 전 영역에 있어서 적절한 제도를 정비하고 실천할 의무를 부담한다.⁵⁾ 따라서 우리나라에 있어서 장애인의 인권에 관한 국제규범에 부합하는 새로운 성년후견제도의 도입은 동 협약상 의무의 이행으로서도 평가할 수 있다.

따라서 새로운 성년후견제도는 단순히 기존 제도의 틀만을 바꾸거나 불비한 사항에 관한 규율을 부분적으로 보충하는 것에 그치는 것이 아니라 근대 민법 이래 요보호성인을 위한 제도로 구상되어 온 행위무능력자제도를 장애인의 인권 존중이라는 관점에서 발본적으로 개혁하는 것이지 않으면 안 되었다. 새로운 성년후견제도가 성년후견, 한정후견에 있어서 보호조치의 탄력화를 도모하면서, 특히 한정후견에 있어서는 원칙적으로 본인의 행위능력을 제한하지 않고 예외적으로만 동의유보의 조치를 취한 것이라든가, 일시적 일회적 보호의 수요에 대응하기 위하여 특정후견을 신설하는 한편, 본인의 의사에 기한 임의후견제도를 도입함으로써 국가의 후견적 개입을 필요 최소한에 그치도록 하고, 후견절차의 개시, 후견인의 선임, 신상결정 등에 있어서 일관되게 본인

영국에서는 요보호인의 정상화, 능력의 추경과 잔존능력의 극대화, 최소개입원칙, 본인의 최선의 이익 원칙에 입각하여 2005년 정신능력법(the Mental Capacity Act 2005)이 제정되었다. 특히 이 법은 장애인 인권존중의 관점에서 가장 앞서 있는 입법례로 평가된다(영국에서의 성년후견법의 역사적 변천과 특히 2005년 정신능력법에 관한 가장 최근의 상세한 소개로서 제철웅, 영국법에서 의사결정무능력 성인의 보호제도의 역사적 전개와 2005년의 정신능력법의 특징, 『비교사법』 제17권 제4호(2010) 참조}. 프랑스에 있어서는 1968년 금지산(interdiction) 및 재판상 보좌(conseil judiciaire)를 폐지하고, 필요성, 보충성, 단계성의 원칙에 기초한 후견(tutelle), 보좌(curatelle), 사법보조(sauvegarde de justice)를 신설한 이래, 2007년 개정을 통하여 임의후견제도로써 장래보호위임계약(mandat de protection future)을 도입하였다(그에 관한 상세에 관하여는 명순구, 프랑스의 성년후견제도(법무부연구보고), 2009. 참조).

- 5) 동 인권협약은 장애를 사회적 관점에서 정의하고 있는데, 그에 관하여 협약 전문 e는, 장애란 손상을 입은 개인(의학적 관점에서 본 장애)과 그 개인이 타인과 평등하게 사회활동에 온전하고 효과적으로 참여하는 것을 저해하는 행태적, 환경적 장애 간의 상호작용에서 비롯된다고 정의하고 있다. 이러한 관점에서 성년후견의 적용대상이 되는 요보호성인은 바로 장애인인권협약상의 ‘장애인’에 해당한다. 나아가 동 협약 제3조는 장애인 인권존중을 위한 8대 원칙{인격의 독립성과 스스로 결정할 자유를 포함한 장애인의 내재적 존엄성과 개인의 자율성 존중(a호), 차별금지(b호), 사회에 완전하고 효과적으로 참여하도록 하고 사회구성원으로 통합시킬 것(c호), 장애인을 인간의 다양성과 인본성의 한 부분으로 수용하고 그 차이점을 존중할 것(d호), 기회의 평등(e호), 접근성의 보장(f호), 남녀의 평등(g호), 장애아동의 능력의 발전성을 존중하고 장애아동의 자기 정체성을 보존할 권리의 존중(h호)}을 제시하면서, 제4조에서는 이 원칙을 실현하기 위하여 국가는 입법, 행정, 사법의 전 영역에 걸쳐 적절한 제도를 정비하고 실천할 의무를 부담한다고 규정하고 있다. 이상 UN 장애인인권협약과 개정 민법상 성년후견법의 의의와 한계 그에 대한 평가에 대해서는, 제철웅, 요보호성인의 인권존중의 관점에서 본 새로운 성년후견제도, 『민사법학』 제56호(2011. 12), 279면 이하 참조.

의사의 존중과 자기결정을 우선하는 태도는 바로 이러한 요구를 수용한 결과이다. 이는 요보호인의 ‘잔존능력의 활용’과 이를 전제로 한 ‘본인 의사의 존중’ 나아가 ‘자기 결정에 대한 지원’을 우선하고, 국가에 의한 후견개입은 필요최소한 범위 내에 그치게 함으로써(필요최소한의 개입원칙), 궁극적으로는 요보호인의 인권을 존중하고 그들의 삶을 ‘정상화(normalization)’ 함으로써 사회복지 내지 사회참여를 촉진하고자 하는 현대 성년후견법의 발전 방향과 그 궤를 같이 하는 것이다.⁶⁾

그러나 이러한 의의에도 불구하고 개정 민법이 공포되고 그 시행이 일 년 반도 남지 않은 현재까지도 우리 사회에서 새로운 성년후견제도의 지도이념과 지향하는 제도목표, 나아가 개별 규정의 입법취지에 대해서 사회적으로는 물론 학계, 실무계에 있어서도 충분히 공유되어 있는 것 같지 않다. 개정 민법상 신설 규정의 입법 목적과 취지에 대한 통일된 이해의 부족, 개별 규정에 대한 해석론이 확립되지 못함에 따른 불명확성, 관계 법령 정비가 지체됨에 따른 제도운영 체계의 미확립, 실무 지침과 관행의 미정 등에 따른 실무 형성의 유동성 등이 새로운 성년후견제도의 미래상을 예측하기 어렵게 하고 있다. 장차 이러한 이론적 실천적 과제들을 올바르게 해결하지 않고서는 새로운 성년후견제도가 본래의 입법목적을 실현하고 장애인 인권존중에 기여하는 제도로서 우리 사회에서 원만히 시행되어 정착될 것을 기대하기 어렵다.⁷⁾

본고는 이러한 문제의식에서 개정 민법상 새로운 성년후견제도의 내용과 특징을 소개하면서 그 해석 적용상 예상되는 쟁점과 과제를 검토해 봄으로써 새로운 제도에 대한 이해의 폭을 넓히고 장차 바람직한 실무 운영의 방향을 모색하는 계기로 삼고자 하는 것이다.

6) 그럼에도 불구하고 개정 민법이 장애인인권보호의 관점에서 완벽한 것은 아니다. 특히 장애인인권보호에 관한 국제적 규범과의 비교를 통하여 개정 민법의 한계와 문제점, 그리고 그에 대한 입법 개선안을 제시한 것으로서 제철웅(주 5) 참조.

7) 새로운 성년후견제도 시행에 대비한 제도기반 구축을 위하여 법무부에서는 2010. 10.부터 성년후견관 제법령정비위원회를 구성하여 성년후견절차 정비를 위한 가사소송법의 개정, 후견등기를 위한 후견등기법의 제정, 각종 금지산자, 한정치산자를 파산과 함께 각종 자격취득의 제한 사유로 규정한 이른바 결격조항의 정비 등의 작업에 착수하여 최근 법무부에 가사소송법 개정안과 후견등기법 제정안을 제안하였다.

II. 법정후견제도

1. 법정후견의 3유형

새로운 성년후견제도 도입을 위한 입법과정에서는 먼저 법정후견제도의 구조면에 서 극히 탄력적인 단일한 보호유형만을 두는 일원주의를 취할 것인가, 아니면 요보호자의 정신 상태나 보호내용 등을 기준으로 복수의 보호유형을 두는 다원주의를 취할 것인가가 논의되었는데, 결과적으로는 다원주의를 취하여 세 가지의 보호유형을 두는 것으로 되었다. 개정안 해설에 따르면 이에 관하여 입법론적 연구가 충분하지 않고 법조 전반에 의견일치가 있다고 보기가 어려우므로 기존 제도와의 연속성을 중시한 것이라고 한다.⁸⁾ 그래서 ① ‘정신적 제약으로 인한 사무처리능력이 지속적 결여’를 요건으로 종래 금치산선고를 대체하는 성년후견, ② ‘정신적 제약으로 인한 사무처리능력의 부족’을 요건으로 하여 원칙적으로 행위능력을 제한하지 않는 한정후견, ③ ‘정신적 제약으로 인한 일회적 또는 일시적 보호를 필요’로 하는 경우를 상정한 특정후견 세 가지 보호유형이 마련되었다.

(1) 성년후견

가정법원은 질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 지속적으로 결여된 사람에 대하여 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 미성년후견인, 미성년후견감독인, 한정후견인, 한정후견감독인, 특정후견인, 특정후견감독인, 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 성년후견개시의 심판을 한다(개정 민법 제9조 제1항). ‘사무를 처리할 능력의 지속적 결여’는 대체로 종래 금치산선고의 요건으로서의 ‘심신상실의 상태(常態)’와 같은 것으로 이해된다. 후견의 원인으로 신체적 장애를 포함하지 않는 점도 종래와 같다.⁹⁾ 법원의 직권에 의한 후견심판절차의 개시는 배제되는 대신 공익의 대표자로서 검사의 청구에 의한 후견심판절차개시는 유지되었

8) 김형석, 민법 개정안에 따른 성년후견법제, 『가족법연구』 제24권 제2호(2010. 6), 115면 이하.

9) 이는 민법전 제정 당시의 논의를 고려한 것이다. 김형석(주 8), 125면, 民議院法制司法委員會 民法案審議小委員會, 『民法案審議錄(上)』 1957, 11면 참조.

다. 그러나 지금까지 검사의 청구에 의한 후견개시는 거의 기능하지 않았다는 점에서 지방자치단체의 장에게 새롭게 후견심판절차의 개시를 청구할 수 있는 권한을 부여하였다.¹⁰⁾ 이는 사회복지서비스 차원에서 장차 지방자치단체가 성년후견사무에 개입할 수 있는 법적 계기로서 중요한 의미를 갖는다.

개정 민법상 후견심판에 있어서 무엇보다도 강조되어야 할 것은 가정법원은 성년후견개시의 심판을 할 때 본인의 의사를 고려하여야 한다(개정 민법 제9조 제2항)는 점이다. 종래 금치산자·한정치산자 선고절차에서 사건 본인의 의사는 무시되어 고려할 사항이 아니었으나 새로운 성년후견제도에 있어서 본인 의사의 존중은 중요한 개정 포인트 중 하나이다. ‘고려하여야 한다’는 취지는 성년후견개시에 있어서 본인의 의견을 청취하고 본인의 복리에 반하지 않는 한 이를 적극적으로 고려하여야 한다는 점을 선언한 것으로 이해된다.¹¹⁾

성년후견의 선고를 받은 자(피성년후견인)는 원칙적으로 행위능력이 제한되어 그러한 법률행위는 취소할 수 있다(개정 민법 제10조 제1항). 그러나 일용품의 구입 등 일상 생활에 필요하고 그 대가가 과도하지 아니한 법률행위는 성년후견인이 취소할 수 없고(동조 제4항), 나아가 가정법원은 취소할 수 없는 피성년후견인의 법률행위의 범위를 정할 수 있다(동조 제2항). 원칙적으로 피성년후견인의 행위능력이 제한된다는 점에서는 금치산자제도에 있어서와 같은 확일적 행위능력의 제한의 문제점을 그대로 내포하고 있다. 이에 대하여 개정안 해설은 지속적 의사능력 결여상태에 있어서 의사무능력의 입증 없이 용이하게 법률행위를 취소시킬 수 있는 장점이 있다고 설명한다.¹²⁾ 그러나 지속적 의사능력의 결여 상태에 있는 피후견인이 일용품 거래를 넘어서는 법률행위를 함으로써 불이익을 받게 될 리스크는 추상적인 것에 지나지 않는다. 따라서 당해 피후견인이 실제로 자신의 의사능력을 넘어서는 법률행위를 할 가능성과 그로 인한 구체

10) 당초 법무부의 개정안에서 후견심판 청구권자로서 지방자치단체의 장은 포함되어 있지 않았고 관련 행정법령에 규정하는 것으로 예정되었으나 국회 법제사법위원회에서의 심의과정에서 민법에 규정되는 것으로 수정되었다.

11) 성년후견제도 시행을 위한 후속 법령 정비를 위하여 구성된 법무부 관계법령정비위원회에서는 이를 절차법적으로도 보장하기 위하여 가사소송법 개정안 제45조의4로서 “가정법원이 성년후견·한정후견·특정후견 개시의 심판 및 종료심판을 할 때에는 사건본인을 대면하여 직접 심문하여야 한다. 다만, 의식 불명 그 밖의 사유로 사건본인이 자신의 의사를 표명할 수 없음이 명백한 경우에는 그러하지 아니하다.”라는 규정의 신설이 제안되었다.

12) 김형석(주 8), 117면.

적 리스크를 고려하지 않고 획일적으로 행위능력을 제한하여 취소할 수 있도록 하는 것은 종래 행위무능력자제도가 가지고 있던 문제점을 그대로 온존하는 것이다. 이는 자기결정 존중 및 필요최소한의 개입이라는 새로운 성년후견제도의 이념에 합치하지 않는다. 다만 가정법원은 취소할 수 없는 법률행위의 범위를 정하는 등의 방법으로 획일적 행위능력 제한을 회피할 수 있는 가능성을 열어 둬으로써 그로 인한 문제성을 완화하고 있다.

나아가 성년후견인의 대리권의 부여에 있어서도 개정 민법은 성년후견인에게 법정 대리인의 지위를 인정하는 한편, 가정법원은 법정대리권의 범위를 정할 수 있고 관계인의 청구에 의하여 이를 변경할 수 있도록 하고 있다(제938조). 이는 행위능력제한에 있어서와 마찬가지로 대리권 부여라는 보호조치에 있어서도 피성년후견인의 개별 구체적 사정을 고려하여 대리권의 범위를 조절할 수 있도록 함으로써(보호조치의 탄력화) 본인의 잔존능력을 존중하고 후견적 개입은 필요 최소한에 그치게 하려는 입법의 도를 반영한 것으로 평가할 수 있다.

(2) 한정후견

한정후견은 질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 부족한 사람에 대하여 개시된다(개정 민법 제12조 제1항). 따라서 사무처리능력의 지속적 결여를 요건으로 하는 성년후견보다 실질적 요건이 완화되어 있다. 그러므로 법문상으로 성년후견과 한정후견은 정신적 제약의 정도에 따른 단계적인 보호유형으로 구상된 것으로 이해될 가능성이 있다. 그러나 다른 한편으로 보호조치의 측면에서 보면 그러한 이해가 실제상으로는 큰 의미가 없다는 것을 알 수 있다. 먼저 한정후견의 선고를 받은 사람(피한정후견인)은 원칙적으로 행위능력의 제한을 받지 않는다. 다만 본인 보호를 위하여 구체적으로 필요한 경우에만 예외적으로 동의유보의 심판을 할 수 있고, 그 범위 내에서만 한정후견인의 동의 없이 한 법률행위를 취소할 수 있을 뿐이다(개정 민법 제13조¹³⁾, 이때에도 대가가 과도하지 않은 일용품에 대해서는 그러

13) 동의유보에 관한 개정 민법 제13조 제1항은 일원적 보호주의를 취하는 독일의 성년후견제도(Betreuung)에 관한 독일 민법 제1903조 제1항을 참조한 것이다. 독일 성년후견법에서의 동의유보는 피후견인의 보호를 위하여 필요한 극히 예외적인 경우에만 동의유보의 조치를 취하고 있다.

하지 아니하다). 이는 종래 한정치산자가 미성년자와 같이 취급되어 획일적으로 행위능력을 제한받던 것과 전혀 다르다. 그리고 피후견인의 구체적 보호필요성과 무관하게 일단은 획일적으로 행위능력을 제한하는 성년후견의 경우와도 대비된다.

다른 한편으로 한정후견의 경우 보호필요성이 큰 경우에는 동의유보의 범위를 넓게 정할 수 있으므로 법문상 성년후견의 보호대상으로 상정하고 있는 경우까지 폭넓은 보호필요성에 대응할 수 있다. 한편 성년후견에 있어서도 취소할 수 없는 법률행위의 범위를 넓게 정하게 되면 두 유형의 보호조치는 서로 접근하게 된다. 대리권의 범위에 있어서도 마찬가지이다. 한정후견인에 대하여 가정법원이 대리권 수여의 심판을 할 수 있고 (개정 민법 제959조의4), 성년후견인에 대하여 대리권의 범위를 정할 수 있다. 표현상의 차이에도 불구하고 가정법원은 어느 유형에 있어서나 피후견인의 보호 필요성을 고려하여 대리권의 범위를 정할 수 있는 것이다. 따라서 실질적 요건에 대한 법문상의 차이에 집착하지 않는다면(굳이 법문상의 차이에 집착할 이유도 없다) 적어도 보호조치의 선택이라는 측면에서는 양 보호유형을 구별 짓는 결정적인 차이는 존재하지 않는다. 무엇보다도 한정후견은 획일적으로 행위능력을 제한함이 없이 탄력적으로 보호조치를 선택할 수 있도록 함으로써, 사실상 성년후견의 실질적 요건에 해당하는, 정신적 제약으로 지속적으로 사무처리 능력을 결여하는 경우에서부터 비교적 정신능력의 제한 정도가 경미한 경우에 이르기까지 폭넓게 활용될 가능성을 내포하고 있다.

피한정후견인은 원칙적으로 본인의 행위능력을 제한받지 않고 잔존능력을 활용하면서 필요한 경우에는 후견인의 조력을 얻을 수 있다는 점에서, 특히 잔존능력의 활용, 자기결정의 존중이라는 새로운 제도의 목적과 이념에 적합하고 가장 폭넓게 이용될 수 있다는 점에서 우리 법정후견제도를 대표하는 가장 특징적인 보호유형이다.

특히 한정후견은 형식적으로는 다원주의하의 보호유형의 하나이지만 한정후견 그 자체만을 놓고 본다면 일원주의적 보호제도로서의 발전 가능성을 포함하고 있다. 이러한 관점에서 개정 민법상 법정후견제도를 평가한다면 형식적으로는 다원주의적 보호유형을 취하면서도 각 보호유형의 탄력화를 통하여 과잉개입을 배제하고 요보호인의 개별적 보호 필요성에 따라 구체적 보호조치를 선택 결정하는 일원주의적 보호를 지향하고 있다고도 평가할 수 있다. 따라서 성년후견과 한정후견의 실질적 요건에 관한 법문상의 차이에 집착하여 이를 정신적 제약의 정도에 따른 단계적 보호유형으로 보아야 할 실제상 필요는 없다. 오히려 요보호인의 개별적 필요에 따라 가능한 한 본인의 권리

를 덜 제한하면서 필요한 범위 내에서 최소한의 개입조치를 허용하는 방향으로 제도를 운용하는 것이 새로운 성년후견제도의 이념과 목적에 부합한다고 생각된다. 이러한 관점에서는 원칙적으로 행위능력의 제한을 수반하는 성년후견보다는 권리의 침해의 정도를 보호필요성에 따라 최소화할 수 있는 한정후견의 활용에 보다 더 큰 기대할 수 있을 것이다. 제도운용 여하에 따라서 성년후견은 의식불명 지속 등과 같은 매우 예외적인 경우에 제한적으로만 활용하는 것도 가능할 것이다.¹⁴⁾

(3) 특정후견

성년후견과 한정후견이 지속적 보호유형인 데 반하여 특정후견은 일시적 또는 일회적 보호조치를 취하는 보호유형이다.¹⁵⁾ 즉 가정법원은 질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 일시적 후원 또는 특정한 사무에 관한 후원이 필요한 사람에 대하여 특정후견의 심판을 한다(개정 민법 제14조의2). 요보호인이 가족의 도움으로 일상생활을 영위하면서 가령, 상속재산의 분할 협의를 한다든지 의식불명에 빠져 침습적 의료행위에 대한 동의가 필요한 경우에 일시적 또는 특정 사무의 처리만을 위한 개별적 조치를 취하거나 또는 그 사무를 처리할 대리인을 선임하기 위하여 특정후견의 이용이 기대된다.¹⁶⁾

특히 특정후견에 있어서는 요보호인의 정신적 제약의 정도와는 관계없이 요보호인의 일시적 또는 일회적인 보호 필요성에 따라 내려지는 조치라는 점에서 필요 최소한 개입이라는 새로운 성년후견법의 이념의 구현에 적합하다. 그리고 특정후견의 개시에 있어서 본인의 동의를 요하는 것은 아니지만 본인의 의사에 반하여 특정후견의 심판을 할 수는 없다(개정 민법 제14조의2). 그리고 특정후견의 심판을 한 경우에는 특정후견의 기간과 직무의 범위를 정하여 필요한 처분을 하거나 특정후견인을 선임하게 되는데

14) 제철웅(주 5), 302면도 제도 운영 방침에 따라서는 성년후견은 요보호성인의 삶의 최종단계에만 활용하거나 사실상 사장시키더라도 아무런 문제가 없다고 한다.

15) 특정후견은 특히 영국의 2005년 정신능력법(Mental Capacity Act, 2005) 제16조와 2007년 개정 프랑스 민법 제433조 제1항을 참고한 것으로 알려져 있다. 김형석(주 8), 120면.

16) 특정후견에 관해서는 한정후견에 있어서와는 달리 성년후견인의 신상에 관한 권한의 부여나 그 권한 행사 방법(개정 민법 제938조 제3항, 제947조의2)에 관한 준용규정이 없으나 동 규정을 유추하여 특정후견에 따른 조치로서 특정후견인을 선임하여 신상에 관한 권한을 부여할 수 있다고 할 것이다. 제철웅(주 5), 306면, 개정안 해설도 이를 당연한 전제로 설명하고 있다. 김형석(주 8), 150면.

기간의 종료 또는 당해 사무처리의 종료로 가정법원의 종료심판 없이 특정후견도 종료한다는 점도 특징적이다. 가정법원은 피특정후견인의 후원을 위하여 필요한 처분을 명할 수 있고(개정 민법 제959조의8), 그 처분으로 피특정후견인을 후원하거나 대리하기 위한 특정후견인을 선임할 수 있고(개정 민법 제959조의15), 필요한 경우에는 특정후견감독인도 선임할 수 있다(개정 민법 제959조의10).

(4) 법정후견 유형간의 관계

가정법원은 성년후견의 심판 또는 한정후견의 심판을 하는 경우 그 이전의 한정후견이나 특정후견, 성년후견이나 특정후견은 종료의 심판을 하는 것으로 되어 있다(개정 민법 제14조의3) 그러나 반대로 특정후견의 심판을 하는 경우에 성년후견이나 한정후견의 종료에 관한 규정이 없다. 따라서 피성년후견인 또는 피한정후견인에 관하여 특정후견이 개시되더라도 성년후견이나 한정후견은 종료하지 않는다는 해석이 가능하다. 이러한 해석은 이미 성년후견이나 한정후견이 개시된 경우에도 성년후견인이나 한정후견인과는 별도로 특정한 후견조치를 취하거나 특정후견인을 선임하여 사무를 처리하는 것이 보다 더 적합한 경우를 예상할 수 있기 때문이다.¹⁷⁾

2. 후견인의 선임과 감독, 직무

(1) 후견인의 선임

종래 후견인은 원칙적으로 근친자 중에서 법정 순위에 의하여 정해졌으나 실제로는 부적절한 경우가 적지 않았다. 그 때문에 개정 민법에서는 가정법원이 직권으로 후견인을 선임하는 것으로 개정하였다(개정 민법 제936조 제1항). 이때에도 종래에는 본인의 의사는 고려되지 않았으나 개정 민법에서는 후견인의 선임에 있어서 본인의 의사를 존중하여야 한다는 것을 규정함으로써(동조 제4항, 제959조의5 제2항), 개정 민법상 본인의 의사 존중의 원칙을 관철하고 있다. 또한 가정법원은 가족 외에 제3자인 직업적 전문가

17) 제철웅(주 5), 299면, 307면.

를 후견인으로 선임할 수 있을 뿐 아니라 경우에 따라서는 법인을 성년후견인으로 선임하는 것도 가능하다(개정 민법 제930조 제4항). 나아가 필요에 따라서는 복수의 후견인을 선임하는 것도 가능하며(개정 민법 제930조 제2항, 제936조), 복수의 후견인이 선임하는 경우 가정법원은 직권으로 여러 명의 성년후견인이 공동으로 또는 사무를 분장하여 그 권한을 행사하도록 정할 수 있고 이를 변경할 수 있다(개정 민법 제949조의2).

(2) 후견 감독

종전 후견인은 일차적으로 친족회의 감독을 받았으나 지금까지 그다지 기능하지 못했다는 평가를 받아 개정 민법에서는 이를 삭제하고 새로이 후견감독인제도를 도입하였다. 가정법원은 후견인의 가족 아닌 자 중에서(개정 민법 제940조의5) 직권 또는 그 밖의 청구권자의 청구에 의하여 후견감독인을 선임할 수 있고(개정 민법 제940조의4) 후견감독인을 복수로 선임하거나 법인을 선임할 수도 있다(제940조의7, 제930조 제2항, 제3항). 후견감독인은 후견인의 사무를 감독하는 외에 피후견인의 신상이나 재산에 대하여 급박한 사정이 있는 경우 그의 보호를 위하여 필요한 행위 또는 처분을 할 수 있고, 후견인과 피후견인 사이에 이해가 상반되는 행위에 관하여는 피후견인을 대리한다(개정 민법 제940조의6). 나아가 후견인이 중요한 재산상 행위를 대리하는 경우에는 후견감독인이 동의권을 갖고(개정 민법 제950조), 언제든지 후견인에게 그의 임무 수행에 관한 보고와 재산목록의 제출을 요구할 수 있고 피후견인의 재산상황을 조사할 수 있다(개정 민법 제954조). 그러나 후견감독인은 필수기관이 아니고 임의기관에 지나지 않는다. 친족회의 감독을 폐지하는 대신 후견감독인을 임의기관화하는 것에 대하여 후견감독기능의 약화를 우려하는 견해도 적지 않다.¹⁸⁾

(3) 후견인의 직무

후견인은 피후견인의 재산을 관리하고 그 재산에 관한 법률행위에 대하여 피후견인을 대리한다(민법 제949조 제1항). 그리고 후견인은 피후견인의 법정대리인이 된다(민

18) 이에 대해서는 줄고, 성년후견제 도입을 위한 민법 개정안의 검토, 『가족법연구』 제24권 제1호(2010. 3), 50면 이하 참조.

법 제938조, 개정 민법 제938조 제1항). 이는 새로운 성년후견법 이전부터의 조문인데 개정 민법에 있어서도 위 규정은 유지된다. 종래 금치산자·한정치산자 후견인의 경우 법률상 피후견인에 대하여 포괄적 대리권을 보유한 법정대리인이었으므로 후견인은 피후견인의 모든 재산을 관리하고 그에 관한 대리권을 보유하였다. 개정 민법에 있어서 성년후견인은 원칙적으로 포괄적 대리권을 가지지만 가정법원은 성년후견인의 대리권의 범위를 정하는 방법으로 그 대리권을 제한할 수 있다. 다른 한편 한정후견인에 대해서는 애당초 가정법원이 범위를 정하여 대리권을 수여하므로 그 범위 내에서만 대리권을 갖는다. 각각 대리권의 범위가 제한된 성년후견인이나 정해진 범위의 대리권만을 수여받은 한정후견인의 재산관리권은 그 범위 내로 제한되는 것으로 보아야 할 것이다.¹⁹⁾ 따라서 후견인의 권한 밖의 사실행위에 해당하는 재산관리사무에 관해서는 여전히 피후견인이 권한을 행사할 수 있다.

나아가 가정법원은 후견인에게 재산관리에 관한 직무 외에 피후견인의 신상에 관한 결정권한을 부여할 수 있고 후견인은 신상에 관한 결정을 대행함에 있어서 일정한 경우에는 가정법원의 허가를 얻어야 한다. 종래 후견인이 피후견의 신상에 관한 결정 권한을 행사할 수 있는지에 관하여 논란이 있었으나 개정 민법은 이에 관한 명확한 근거 규정을 마련하였다. 그러나 신상에 관한 결정은 본래 일신전속적인 것이므로 가정법원에 의해 신상에 관한 결정 권한이 부여되었다 하더라도 구체적으로 본인이 신상에 관한 결정 권한을 행사할 수 없을 때에만 보충적으로 이를 행사할 수 있을 뿐이다(개정 민법 제947조의2 제1항). 이에 관해서는 항을 바꾸어 상세히 살펴보는 것으로 한다.

3. 후견인의 신상결정의 대행

(1) 종래 민법에 있어서 신상보호의 문제

19) 제철웅(주 5), 287면도 같은 취지이다. 특히 제철웅 교수는 행위무능력자제도에서 후견인이 행사하는 대리권은 사실행위를 포함하는 포괄적 재산관리권한의 일부에 지나지 않았으나, 개정 민법에 있어서 “바람직한 성년후견제도는 요보호성인의 재산관리 및 신상보호를 목적으로 하는 제도가 아니라 그의 의사결정능력이 결여된 시점에서 의사결정을 대행할 수 있는 제도”라고 성질을 규정하면서(같은 286면), 행위무능력자제도 하에서와는 달리, 대리권이 인정되는 범위에서만 그 대리업무의 수행에 불가분적으로 결합된 재산관리 권한을 가진다고 이해한다.

이전의 금치산·한정치산자 제도에 대하여는 본인의 재산관리 및 거래의 안전에 중점을 두는 것과는 대조적으로 본인 보호에 불가결한 신상보호의 문제에 관해서는 거의 배려를 하고 있지 않다는 비판이 제기되어 왔다. 오직 개정 전 민법 제947조만이 제1항에서 금치산자의 후견인에 대하여 금치산자의 요양, 감호에 일상의 주의를 해태하지 아니하여야 한다고 규정하고, 제2항에서 후견인이 금치산자를 감금하거나 정신병원 등에 감금 치료함에는 법원의 허가를 얻어야 한다고 규정하고 있었을 뿐이다. 하지만 종전까지 제947조 제1항에 관하여는 이렇다 할 해석론이 없어 그 규정 취지가 불명확하였다. 최근 이 규정을 근거로 금치산자에 대한 포괄적 신상보호의 권한을 후견인에게 부여한 것으로 이해하는 견해도 있으나²⁰⁾, 이 규정의 계수사적 원형인 구 일본 민법 제858조는 프랑스 민법 구 제510조(1968년 개정 전)의 영향을 받아 후견인이 금치산자의 재산관리에 있어서 재산으로부터 발생하는 수익을 금치산자의 질병 치료에 우선하여 사용할 것을 규정한 것{재산의 용도(用途)에 관한 규정}으로서, 후견인의 재산관리에 있어서 금치산자의 요양감호에 충분한 주의를 기울 것을 규정한 것으로 이해되었다.²¹⁾ 따라서 개정 전 민법 제947조 제1항을 근거로 후견인이 피후견인의 신상에 관한 권한을 갖는 것으로 해석하는 것은 규정의 연혁과는 거리가 있다. 뿐만 아니라 후견인의 법정대리권은 본래 재산관리권에 수반된 것으로서 이를 근거로 후견인에게 성질이 전혀 다른 일신전속적인 신상에 관한 결정 권한을 인정하는 데에는 무리가 있다. 결국 개정 전 우리 민법에 있어서는 피후견인 등의 신상보호, 특히 요보호인이 침습적 의료행위에 대한 동의 등 신상에 관한 결정을 할 수 없는 경우, 누가 이를 대신할 것인가에 대해서는 일종의 규율의 공백이 있었다고 할 수 있다. 의료계에서는 가족 등 근친자의 동의에 의하여 의료행위를 행하는 관행이 형성되어 있다. 그러나 가족 등 근친자의 동의권은 그 법적근거가 분명하지 않고 가족 등 근친자라 하더라도 반드시 피후견인 등 요보호인의 신상의 결정을 대행하는 데에 적합한 사람이라고는 할 수 없다는 점에서

20) 제철웅(주 5), 285면. 또는 제947조 제1항의 규정 취지로부터 후견인의 피후견인의 의료행위에 대한 동의 권한을 인정하기도 한다. 가령, 이른바 김 할머니 사건에서의 별개 의견(대법원 2009. 5. 21. 선고 2009다17417 전원합의체 판결) 나이가 일본 민법 구 제858조와 우리 민법 제947조의 문언상의 차이에 주목하며 후견인에게 금치산자에 대한 일종의 신상보호의무도 인정할 수 있다는 견해도 있다. 홍춘의, “후견제도의 개혁의 과제,” 『가족법연구』 제16권 제2호(2002.9), 28면 이하.

21) 이에 관한 상세한 검토는 줄고, 새로운 성년후견제도에 있어서 신상보호-신상결정의 대행과 그 한계-, 『가족법연구』 제25권 제2호(2011. 7), 158면 이하 참조.

문제를 안고 있다. 다른 한편으로 개정 전 제947조 제2항은 금치산자를 정신병원 등에 감금하는 경우 법원의 허가를 얻도록 규정하고 있으나 실제 정신병원의 강제입원절차를 규정하고 있는 정신보건법 제24조에 따르면 부양의무자나 후견인 등 보호의무자 2인의 동의가 있으면 피후견인을 정신병원의 폐쇄병동에 입원시킬 수가 있다. 그 때문에 법원의 허가를 요하는 개정 전 민법 제947조 제2항은 사실상 사문화되어 버렸다고 할 수 있다. 결과적으로 개정 전 민법에 있어서 피후견인의 신상에 관한 결정 문제는 입법적 불비 내지 착종 상태에 있었고 그에 관한 문제의식조차 분명하지 않았던 것 같다. 따라서 새로운 성년후견제도 도입에 있어서 피후견인의 신상에 관한 명확한 규율의 확립이 중요한 입법과제의 하나였다.

(2) 개정 민법상 후견인의 신상에 관한 결정 권한

1) 신상보호의 본질 - 신상결정의 대행

새로운 성년후견제도 도입을 위한 민법 개정안에 대한 사회적 기대의 하나는 요보호인의 신상보호에 관한 것이었다. 그러나 그 중에는 오해에서 비롯된 그릇된 기대도 없지 않는데, 성년후견제도가 피후견인의 신상에 관한 것의 하나로서 개호문제에 관하여 어떤 조치를 해주지 않을까 하는 것이었다. 극단적으로는 후견인이 개호서비스를 제공해주는 것으로 오해하는 경우조차 없지 않다. 이는 미성년후견과 성년후견의 제도적 차이를 이해하지 못하고 재산관리와 대리권의 관계가 불분명했듯 신상보호의 문제와 신상 결정의 문제를 명확히 구분하지 못했던 데에서 비롯된 것으로 보인다. 적어도 현대적 성년후견제도의 본질은 의사결정능력이 손상된 요보호인의 의사결정의 대행에 있으므로 그것을 넘어서는 사실행위에 관한 권한이나 의무는 성년후견제도의 본질이 아니다. 따라서 후견인에게 신상보호에 관한 직무가 부여된다고 하더라도 그것은 개호노동의 제공과 같은 사실행위에 관한 것이 아니라 본인이 자신의 신상에 관한 결정을 할 수 없는 경우, 가령 정신병원 폐쇄병동에서의 입원치료가 필요함에도 정신질환 등으로 본인이 스스로 이를 결정할 수 없는 경우 또는 수술 등 침습적 의료행위에 대한 본인 동의가 필요하지만 본인이 그 의료행위에 대한 설명을 듣고 이에 대하여 동의를 할 정신능력이 없는 경우, 본인을 대신하여 이를 결정하는 것이다. 개호노동의 제공과 같은 사실행위의 이행은 후견의 문제가 아니고 부양의 문제에 속하는 것이다.²²⁾ 종래 민

법상 후견인은 법정순위에 따라 우선 직계혈족이 되었으므로 후견인은 곧 부양의무자인 경우가 대부분이다. 그로 인하여 후견과 부양의 문제가 명확히 구분되지 못한 측면이 없지 않았으나 개정민법에 있어서는 이점을 분명히 하지 않으면 안 된다. 그렇다면 후견과 개호 문제는 전혀 무관한 것인가? 그렇지 않다. 후견인은 피후견인의 신상보호를 위하여 개호노동의 제공이 필요하다면 개호서비스 제공기관 또는 제공업자와 계약을 체결하여 본인에게 적절한 개호서비스가 제공되도록 조치를 취하여야 하고, 의료서비스가 필요한 경우에는 의료기관과 의료계약을 체결하고, 본인이 의료행위에 대한 동의 등 결정을 할 수 없는 상태에 있는 경우에는 후견인이 이를 대행함으로써 적절한 의료서비스가 제공되도록 조치를 하여야 한다. 이 과정에서 후견인은 피후견인의 부양의무자에 대한 부양청구권의 행사 또는 사회복지급여의 청구 등에 있어서 자신의 대리권을 행사할 수 있으나 후견인 본인이 개호노동의 제공과 같이 사실행위를 이행하여야 할 의무를 지는 것은 아니다.

2) 개정 민법상 신상 결정의 대행에 관한 규정

성년후견사무에 있어서 재산관리와 그에 수반된 재산상 법률행위의 대리 등과는 달리 신상에 관한 결정은 일신전속적인 것이므로 피후견인이 자신의 신상에 관하여 스스로 결정할 수 있는 상태에 있다면 언제나 본인이 결정하지 않으면 안 된다. 따라서 개정민법은 후견인의 신상에 관한 결정 권한을 규정함에 있어서 본인결정에 대한 후견인의 신상결정권한의 보충성을 분명히 하였다(개정 민법 제947조의2 제1항). 그러나 피후견인이 스스로 결정할 수 없는 경우를 대비하여 가정법원은 성년후견인이 피성년후견인의 신상에 관하여 결정할 수 있는 권한의 범위를 정할 수 있다(개정 민법 제938조 제3항). 그에 따라 피성년후견인의 신체를 침해하는 의료행위에 대하여 피성년후견인이 동의할 수 없는 경우에는 성년후견인이 그를 대신하여 동의할 수 있다(개정 민법 제947조의2 제3항). 그리고 성년후견인 등이 피후견인의 신상에 관한 결정권한을 행사하는 경우에도 성년후견인이 피성년후견인을 치료 등의 목적으로 정신병원이나 그 밖의 다른 장소에 격리하려는 경우 또는 피성년후견인이 의료행위의 직접적인 결과로 사망하

22) 이에 관한 일본에서의 논쟁에 관하여는 줄고(주 21), 170면 이하 참조. 그 중에서도 특히, 水野紀子, “後見人の身上監護義務,” 『判例タイムズ』 No.1030(2000.7.30), 97頁 이하.

거나 상당한 장애를 입을 위험이 있을 때에는 가정법원의 허가를 받아야 한다(개정 민법 제947조의2 제2항, 제3항, 제4항) 나아가 성년후견인이 피성년후견인을 대리하여 피성년후견인이 거주하고 있는 건물 또는 그 대지에 대하여 매도, 임대, 전세권 설정, 저당권 설정, 임대차의 해지, 전세권의 소멸, 그 밖에 이에 준하는 행위를 하는 경우에는 가정법원의 허가를 받아야 한다(동조 제5항). 이는 본래 재산상 법률행위에 해당하지만 피성년후견인이 거주하는 건물이나 대지의 처분은 결국 피성년후견인의 주거의 결정이라는 신상 문제에 직접 영향을 미치는 중대한 사안이므로 이를 가정법원의 허가를 요하는 신상결정사항과 함께 규정한 것이다. 나아가 성년후견인에 관한 개정 민법 제947조의2는 한정후견인에도 준용된다(개정 민법 제959조의4 제2항, 제959조의6). 그러나 특정후견의 경우에는 준용 규정이 없어 특정후견인에게도 신상에 관한 결정권한을 부여할 수 있는 해석상 논란이 있을 수 있다. 그러나 일시적, 일회적 보호를 목적을 하는 특정후견의 경우에도 신상을 목적으로도 이용될 것을 예정하였던 것이므로²³⁾ 당연히 이를 특정후견의 경우에도 유추적용하여야 할 것이다.²⁴⁾

3) 신상결정에 관한 해석 적용상의 문제들

개정 민법의 신상결정에 관한 새로운 규정의 해석 적용에 있어서 다음과 같은 문제들을 예상할 수 있다. 먼저 개정 민법 제947조의2는 격리 수용 및 의료행위의 동의와 관련한 후견인의 권한과 가정법원의 감독에 관한 규정을 하고 있으나 이로써 근친자의 동의를 구하는 의료현장의 관행이 변화할 것인가에 대한 의문이 없지 않다. 앞서 본 바와 같이 의료현장에서는 지금까지 의료동의에 관한 법률적 공백을 메우기 위하여 근친자가 동의하는 관행을 유지하여 왔고 지금에 이르러서는 일종의 확신을 형성하고 있는 것처럼도 보인다. 개정 민법에서 후견인의 신상결정권을 규정하였다고 하여 곧바로 의료현장의 근친자 동의 관행에 없어질 것이라고는 상상하기 어렵다. 더구나 의료행위에 관한 동의를 할 수 없는 사람이 피후견의 상태에 있지 않는 경우 모두 후견제도를 통해서만 의료행위의 동의절차를 이행하도록 하는 것이 현실적으로 실현 가능할지 의문이 적지 않다. 결국 의료행위에 관하여 후견인의 신상결정에 대한 대체절차의 마련 가능

23) 김형석(주 8), 121면.

24) 제철웅(주 5) 306면도 같은 취지이다.

성에 대한 검토가 필요하고 그 전제로서 의료관행상의 근친자의 동의를 어떻게 평가하고 후견제도와 조화시킬 것인지에 관한 고민이 필요한 때이다.²⁵⁾

나아가 후견인의 신상결정에 관한 가정법원의 허가 문제도 현재의 의료 현실과는 상당한 거리감이 있다. 개정 민법에서는 정신병원에의 격리수용, 사망 또는 심각한 장애의 위험이 있는 의료행위에 대해서 후견인이 결정을 하는 경우에는 가정법원의 허가를 얻도록 하고 있으나 그와 같은 격리수용이나 의료행위는 의료현장에서는 매우 일상적이면서도 신속하게 처리되지 않으면 안 되는 것이다. 의료현장에 가정법원의 허가를 얻도록 하는 것이 의료계에 과중한 부담이 되는 것은 아닌지 반대로 가정법원은 그와 같은 사태에 신속하게 대처할 수 있는 태세를 갖추 수 있을지 우려가 없지 않다. 나아가 정신병원의 격리수용에 대해서는 현재 시행되고 있는 정신보건법 등 관계 조항과 정합성을 꾀하기 위한 법령정비가 필요하다.

세 번째로 당초 법무부의 민법 개정안에는 성년후견인의 신상에 관한 결정이 피성년후견인의 신체의 완전성, 거주 이전의 자유, 통신의 자유, 주거의 자유 및 사생활에 중대한 침해할 수만할 때에도 가정법원의 허가를 얻어야 한다는 취지의 규정을 두었으나 국회 심의과정에서 삭제되었다. 그러나 삭제의 취지가 가정법원의 허가를 요하지 않는다는 입법적 결단의 소산이라고 보기는 어렵다. 따라서 제947조의2 제2항 등의 규정 취지를 유추적용할 필요가 있다고 생각한다.²⁶⁾

4. 후견의 공시

후견사항에 대한 공시는 크게 보아 두 가지 방향에서 그 필요성을 인정할 수 있다. 먼저 본인 또는 후견인 등의 입장에서 누가 후견인이고 후견인이 어떤 권한을 갖는가를 상대방에게 증명하는 데에 기여한다. 다음으로 후견 공시는 (잠재적) 거래 상대방에게 본인의 행위능력 제한사실과 후견인의 권한 범위에 관한 정보를 제공함으로써 거래의 안전에 기여한다. 그러나 종래 호적법에 따른 호적등본 형태의 증명의 발급은 불필요하게 피후견 사실을 노출하여 프라이버시 침해의 문제를 일으켰다. 그러나 2007년 이

25) 참고(주 21), 188면 이하.

26) 참고(주 21), 192면.

후부터 시행된 가족관계등록등에 관한 법률에 의한 신분관계의 공시는 증명서를 구분하고 그 발급권자를 제한함으로써 프라이버시 침해 문제를 완화하고 있다. 따라서 민법 개정 당시에도 후견에 대한 공시는 가족관계등록부에 관한 신분관계증명서의 하나로 후견사항증명서를 신설하고 그 발급권자를 엄격히 제한함으로써 프라이버시 침해를 최소화하면서 후견공시를 도모하는 방향이 제시되었다.²⁷⁾ 그 후 국회에서 개정 민법 심의과정에서 후견공시는 가족관계등록부가 아니라 별도의 후견등기법을 제정하여 후견등기제도를 신설하는 것으로 결정되었지만, 후견공시에 관한 입법방침은 후견등기법 제정에 있어서도 그대로 유지되어 후견사항증명은 발급권자가 엄격히 제한하는 방향으로 입법이 추진되고 있다. 그러나 후견사항증명서의 발급권자를 엄격히 제한하여 제3자(특히 잠재적 거래상대방)에 의한 직접 접근을 차단한다는 점에서 공시로서의 기능은 매우 불완전하다. 가령 이러한 입법방침에 따르면 거래 상대방의 의사능력 여하에 의문이 있는 사람은 그로 하여금 후견사항 부존재에 관한 증명의 제시를 요구하여 간접적으로 후견사실을 확인할 수 있을 뿐이다. 이러한 불완전한 후견공시에 대하여 학계나 실무계의 우려도 적지 않은 것 같다. 그러나 생각해 보면, 제3자에 대한 후견의 공시는 확일적 행위무능력선고에 따른 증가된 거래리스크에 대한 보완조치로서 고려된 것일 뿐 피후견인의 보호라는 후견제도의 입법목적 실현에 필수적인 것은 아니다. 따라서 개정 민법상 후견제도에 있어서는 거래의 안전보다 본래의 제도 목적에 충실하게 피후견인의 프라이버시 보호를 우선한 입법적 결단으로 평가할 수 있다.

III. 임의후견제도

1. 후견계약의 의의

개정 민법상 새로운 성년후견제도에 있어서는 법정후견 외에 새로이 후견계약 체결에 의한 임의후견제도가 신설되었다. 후견계약이란, 질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로

27) 민유숙, 후견공시제도와 예산지원, 『성년후견제 도입을 위한 민법 개정안 공청회 자료집』(법무부), 2009. 9. 30, 101면 이하.

인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 부족한 상황에 있거나 부족하게 될 상황에 대비하여 자신의 재산관리 및 신상보호에 관한 사무의 전부 또는 일부를 다른 자에게 위탁하고 그 위탁사무에 관하여 대리권을 수여하는 것을 내용으로 하는 계약으로서, 반드시 공정증서로 작성하여야 하며, 가정법원이 임의후견감독인을 선임한 때부터 효력이 발생한다(개정 민법 제959조의14).

후견계약은 장래 정신능력의 저하에 따른 후견의 필요성에 대비하여 사전에 자신이 선정한 사람과 후견사무의 처리를 위탁하는 일종의 위임계약이다. 따라서 이와 같은 규정이 마련되어 있지 않더라도 통상의 위임계약을 통해서도 후견사무의 위탁은 가능하다. 우리 민법은 위임 당사자의 사망과 파산 외에 위임인의 의사능력 상실을 위임이나 대리권의 종료사유로 하고 있지 않다.²⁸⁾ 그러나 후견사무를 목적으로 하는 위임계약이 발효된 경우 본인은 이미 의사능력을 상실한 경우가 많을 것이므로 본인은 대리인의 후견사무를 제대로 체크할 수 없게 된다. 이때 법정후견을 개시함으로써 법정후견인으로 하여금 후견계약의 수임인을 통제하는 것이 불가능한 것은 아니지만, 현실적으로는 적시에 법정후견의 개시를 기대할 수 없는 경우가 적지 않고 법정후견인과 임의후견인의 권한과 직무의 중복 등으로 위임인의 의도와는 달리 법률관계가 복잡해지는 등의 문제가 발생한다. 따라서 개정 민법은 후견계약을 엄격한 공정증서의 방식으로 체결하게 하는 한편 이를 등기하게 하고, 그 효력 발생에 가정법원을 개입시켜 가정법원이 임의후견인을 선임한 때로부터 후견계약의 효력이 발생하는 것으로 하였다. 이로써 후견계약의 효력, 그 효력발생 시점, 임의후견인의 감독 등을 둘러싼 법적 불안정성을 제거하고자 한 것이다. 이와 같은 임의후견(후견계약)제도는 의사능력이 있는 동안 본인 스스로 장래 정신능력의 저하에 따른 후견의 필요성에 대비하여 적절한 후견인을 선정하고 필요한 후견사무의 내용을 정해 둔다는 점에서 본인의 자기결정 존중이나 사적자치의 원리에 보다 더 적합한 제도이다.

28) 영미법의 경우 위임인이 후견사무의 처리를 목적으로 하는 대리권을 수임인에게 수여하더라도 의사능력을 상실하면 수임인의 대리권도 소멸하므로 후견사무의 처리를 목적으로 하는 계약의 목적을 실현할 수 없게 된다. 따라서 후견계약의 목적을 실현하기 위해서는 본인의 의사능력 상실 후에도 대리권의 효력을 인정하기 위한 별도의 제정법이 필요하고 그러한 제정법{가령 1985년 영국의 지속적 대리권법(the Enduring Power of Attorney Act)}을 중심으로 임의후견제도가 발전되어 왔다. 특히 영국에서 있어서 이러한 제정법의 발전과정에 관한 연구로서 제철웅, 영국법에서 의사결정무능력 성인의 보호제도의 역사적 전개와 2005년의 정신능력법의 특징, 『비교사법』 제17권 제4호, 215면 이하 참조.

가정법원은 후견계약이 등기되어 있고 위임인인 본인이 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 부족한 상황에 있다고 인정되는 경우에는 본인, 배우자, 4촌 이내 친족, 임의후견인, 검사 등의 청구로 임의후견감독인을 선임함으로써 후견계약을 발효시킬 수 있다(개정 민법 제959조의15 제1항). 다른 한편 후견계약이 등기되어 있는 경우에는 원칙적으로 법정후견은 개시되지 않고 본인의 이익을 위하여 특별히 필요한 때에만 임의후견인 또는 임의후견감독인의 청구에 의하여 법정후견의 심판을 할 수 있다(개정 민법 제959조의20 제1항). 반대로 임의후견이 개시되는 경우에는 종전의 법정후견은 종료한다(동조 제2항). 이는 본인의 의사와 자기결정을 존중한다는 의미에서 후견계약은 법정후견에 우선하기 때문이다.

나아가 가정법원, 임의후견인, 임의후견감독인에 대하여 후견계약의 이행과 운영에 있어서 본인의 의사를 최대한 존중하여야 할 뿐 아니라 본인 아닌 자의 청구에 의하여 임의후견감독인의 선임이 청구된 경우 가정법원은 본인이 자신의 의사를 표시할 수 있는한 본인의 동의를 받아야 한다(개정 민법 제959조의15 제2항). 다른 한편 가정법원은 임의후견인에게 현저한 비행 또는 후견계약에서 정한 임무에 적합하지 아니 한 사유가 있는 경우에는 임의후견감독인을 선임하지 않음으로써(개정 민법 제959조의17) 후견계약의 효력발생을 저지할 수 있다.

이와 같은 후견계약제도는 대체로 일본의 임의후견계약에 관한 법률을 참고한 것이지만, 일본의 임의후견계약에서는 신상에 관한 결정 권한에 관해서는 이를 규정하고 있지 않은 데 반하여, 개정 민법상 후견계약에서는 신상결정에 관한 권한의 위탁도 허용하고 있는 점은 일본법에 비하여 진일보한 점이다.

2. 후견계약의 해석 적용상의 문제

(1) 후견계약 체결에 필요한 의사능력

후견계약을 체결하기 위해서는 당연히 당해 계약체결에 필요한 의사능력이 있어야 한다. 문제는 후견계약의 경우에는 본인이 정신능력의 저하가 어느 정도 진행된 단계에서 비로소 그 필요성을 느끼고 후견계약을 체결하고자 하는 경우가 적지 않을 것이라는 점이다. 그러한 경우에 후견계약의 효력이 부인된다면 후견계약제도의 이용은 상

당히 제약될 것이다. 이에 대하여 개정 민법 제959조의14는 장래 사무처리 능력이 부족하게 될 상황에 대비해서뿐만 아니라 이미 사무를 처리할 능력이 부족한 상황에 있는 경우에도 후견계약을 체결할 수 있음을 전제하고 있다는 점에 유의할 필요가 있다. 따라서 통상의 재산적 법률행위의 체결이 필요한 수준의 인식능력이나 판단능력에는 이르지 못한 경우에도 후견계약의 주된 내용과 그것이 자신의 생활에 미치게 될 주요한 영향에 대하여 개괄적 인식과 판단이 가능하다면 후견계약 체결에 필요한 의사능력을 갖춘 것으로 인정하는 것이 개정 민법의 취지에 부합할 것이다.

(2) 대리에 의한 후견계약의 체결의 인정 여부

민법 개정안 해설에 따르면 후견계약의 체결은 일신전속적인 것인 아니므로 대리에 의한 후견계약의 체결을 인정하고 있다.²⁹⁾ 그러나 본인의 의사와 자기결정을 존중한다고 하는 후견계약의 입법취지에서 보면 후견계약의 체결은 당연히 본인의 의사에 기한 것이지 않으면 안 된다. 그럼 점에서 후견계약의 체결은 오히려 일신전속적인 성질을 갖는 것이고 대리는 허용되지 않는다고 할 것이다. 피성년후견인이나 피한정후견인도 의사능력 있는 한 스스로 후견계약을 체결하여 법정후견에서 임의후견으로 이행할 수 있으나 성년후견인이나 한정후견인은 피후견인을 대리하여 후견계약을 체결할 수는 없다고 할 것이다.

다른 한편으로 후견계약의 제도적 수요에는 장애아의 친권자 또는 장애를 가진 성년자의 부모가 그 자를 대리하여 후견계약을 체결하고자 하는 경우도 있다. 특히 개정안 해설은 법정대리인인 부모가 상당한 정신적 제약이 있는 미성년 자녀가 성년이 될 경우를 대비하여 후견계약을 체결하고자 하는 경우나 상당한 정신적 제약이 있는 성년자의 보호자가 특정후견인을 선임하여(또는 스스로 특정후견인으로 선임되어) 후견계약을 체결하고자 하는 경우, 대리에 의한 후견계약의 체결을 인정해야 할 이익이 있다는 것을 부정하기 어렵다는 점에서 특히 친권자 또는 부모의 대리에 의한 후견계약의 체결을 인정하고 있다. 가령 프랑스 민법 제477조는 미성년자의 부모나 성년의 자를 물질적·정서적으로 부양하는 부모는 자녀를 위한 장래보호위임계약(mandat de

29) 김형석(주 8), 153면.

protection future)을 체결할 수 있다는 취지를 규정하고 있다. 그러나 친권자인 부모라 하더라도 친권은 자가 성년이 되면 종료하므로 자신의 친권이 종료된 이후에 효력이 미치는 위임계약을 본인을 대리하여 체결할 권한은 없다는 견해가 유력하다.³⁰⁾ 따라서 친권자나 그 부모의 후견계약 체결의 대리를 인정하기 위해서는 새로운 입법적 조치가 필요하고 이와 같은 실정법적 근거가 마련되기 전까지는 친권자나 부모라 하더라도 자를 위하여 후견계약의 체결을 대리할 수 없다고 할 것이다.

(3) 법정후견과의 관계

앞서 살펴 본 것처럼 개정 민법에 의하면 본인의 의사에 기한 임의후견은 법정후견에 우선하므로 양자의 병존은 인정되지 않는다. 즉 임의후견등기가 종료되어 있는 경우 본인의 이익을 위하여 특별히 필요한 경우가 아닌 한 가정법원은 법정후견을 개시하지 않고 반대로 임의후견이 개시되면 법정후견은 종료된다. 그러나 후견계약에서 임의후견인의 권한을 제한적으로 열거한 탓에 필요한 권한의 흠결이 있어 본인 보호에 공백이 발생하였으나 본인이 이미 의사능력을 상실하여 후견계약을 수정할 수 없는 경우 또는 정신적 제약 탓에 본인이 자신에게 불리한 법률행위를 한 경우 임의후견인에게 취소권이 없으므로 이러한 경우에 적절한 조치를 할 수 없고, 결국 후견계약에 의한 본인 보호가 충분하지 않게 된다. 이러한 경우에는 개정 민법 제959조의20 제1항에 따라 임의후견을 종료시키고 법정후견을 개시할 수밖에 없을 것이다. 그 결과, 후견계약을 통한 자기결정의 실현은 불가능하게 된다. 입법론적으로는 법정후견과 임의후견의 병존을 인정하는 것이 타당하다는 주장이 이미 제기되고 있다.³¹⁾

3. 후견계약체결에 있어서 공증인의 역할

(1) 후견계약의 방식성

30) 제철웅(주 5), 296면.

31) 제철웅(주 5), 319면.

앞서 살펴 본대로 후견계약은 공정증서에 의하여 작성되어야 한다(개정 민법 제959조의14 제2항). 후견계약을 공정증서에 의하도록 하는 이유는 한편으로는 후견계약이 본인의 생활관계에 미치는 영향의 중대성을 고려하여 본인과 임의후견인에게 계약을 체결함에 있어 숙고할 기회를 주고 나중의 분쟁에 대비하여 계약의 내용을 명확히 할 필요가 있기 때문이다.³²⁾ 이와 관련하여 이후 임의후견의 활성화를 위해서는 본인과 임의후견인이 간편하게 이해하고 작성할 수 있는 후견계약 문언의 표준화가 필요하므로 전국적으로 통일화된 후견계약 공정증서 양식이 준비될 것이 요망된다고 한다.³³⁾ 이에 따라 법무부 성년후견관계법령정비위원회에서도 공증인법시행령 등에 공정증서 서식에 관한 근거규정을 마련하는 방향에서 개정논의가 진행되었다.³⁴⁾

(2) 공정증서 작성에 있어 본인의 의사능력과 의사의 확인

후견계약 체결의 적정성을 확보하기 위해서는 무엇보다도 후견계약의 체결에 있어서 위임인인 본인이 후견계약 체결에 필요한 의사능력을 가지고 있는지 나아가 후견계약 체결이 본인의 의사에 의거한 것인지, 그리고 후견계약 구체적 내용이 본인의 의사에 합치하는지를 확인하여야 한다. 이를 절차적으로 확보하기 위하여 성년후견관계법령정비위원회에서는 공증인법 제56조의5를 신설하여 공증인으로 하여금 후견계약 체결에 있어서 본인의 의사능력 등을 확인하는 절차규정을 마련할 것을 제안하였다.³⁵⁾ 이와 관련하여 공정증서의 작성의 방법에 관한 공증인법 제25조(증서를 작성할 수 없

32) 김형석(주 8), 152면. 그 밖에 역시 공정증서의 작성을 요건으로 하는 일본의 임의후견계약에 관해서는 본인의 의사능력과 진의 확인, 증서의 보관을 통한 조작 멸실의 방지, 공증인에 의한 후견계약의 촉탁등의 확보, 보통의 임의대리권 수여의 위임계약과 구별 필요성 등을 들고 있다. 小林昭彦 外 5인 공저, 新成年後見法の解説, 金融財政事情研究會, 2000, 232면.

33) 김형석(주 8), 152면. 일본에서도 임의후견계약법 제3조에서 임의후견계약은 「법무성령에서 정한 양식」에 따라 공정증서를 작성하도록 규정하고 있다. 그 취지는 임의후견계약의 공정증서에 임의후견인이 대리권을 행사할 사무의 범위가 명확하게 특정되어 기재되고, 또 이에 의하여 등기사항증명서에 임의후견인의 대리권의 범위(대상행위)가 정확하게 기재되는 것을 제도적으로 담보하려는 취지에 의한 것이라고 한다. 小林昭彦 外(주 31), 232면.

34) 동 위원회에서는 공증인법시행령 제7조 제2항에 대한 개정안으로 “법 제56조의5 제3항에 따른 후견계약의 공정증서 그 밖에 공증사무소에서 사용하는 서류의 양식, 작성방법, 편철순서 기타 공증사무처리에 관하여 필요한 사항은 법무부령으로 정한다.”고 하고 구체적인 공정증서 서식은 공증서식의 사용 등에 관한 규칙에 신설할 것을 제안하였다.

는 경우) 제2호에서 ‘무효인 법률행위’, 제3호에서 ‘무능력을 이유로 취소할 수 있는 법률행위’를 열거하여 공정증서를 작성할 수 없다고 규정하고 있다. 따라서 본조의 신설이 없더라도 위임인인 본인에게 의사능력이 없다면 공증인은 공정증서를 작성할 수 없으며 나아가 후견계약 체결이 본인의 의사에 의거한 것인지 그 내용이 본인의 의사에 합치하는지 여부는 공정증서 작성 과정에서 당연히 확보될 수 있는 것이다. 그럼에도 불구하고 굳이 본조의 신설을 제안하는 이유는 다음과 같은 고려 때문이다. 일반적으로 공정증서 작성에 있어서 본인의 의사능력에 문제가 있거나 그것이 본인의 의사에 의거 또는 합치하는 것인지가 문제되는 것은 매우 이례적인 사태이다. 이에 반하여 후견계약의 경우에는 위임인이 어느 정도 의사능력이 저하된 상태에서 후견계약을 체결하고자 하는 경우가 개정 민법상 예정되어 있고(개정 민법 제959조의14), 실제로 의사능력이 상당히 저하된 상태에서 후견계약을 체결하려는 경우가 적지 않을 것으로 예상된다. 결국 본인의 의사능력이 다소 저하된 상태에서 후견계약이 체결될 경우 후견계약의 유효성 여부를 둘러싼 분쟁의 가능성이 매우 크고, - 실제로는 공정증서 작성의 공신력에 의하여 후견계약의 유효성이 뒤집히는 경우는 많지 않겠으나 그렇기 때문이라도 더욱 - 공정증서 작성에서 위임인인 본인의 의사능력과 그 진의를 명확히 확인하여야 할 필요성이 특별히 크기 때문이다. 개정 제안은 이와 같은 취지를 법률로써 명문화하여 그 근거를 분명히 제시하고 후견계약 공정증서 작성에 있어서 본인의 의사능력 및 본인의 의사 확인 절차가 강행적으로 준수되도록 함으로써 본인의 의사에 반하는 후견계약의 체결을 배제하고 후견계약 공정증서의 법적 안정성을 제고하고자 하는 것이다.

(3) 후견등기의 촉탁

개정 민법 제959조의15는 후견계약의 효력 발생 요건인 임의후견감독인 선임의 요건으로 후견계약이 등기되어 있을 것을 요건으로 하고 있다. 후견등기를 임의후견감독

35) 제56조의5(후견계약의 공정증서 작성)(신설) ① 공증인이 민법 제959조의14 제2항에서 정한 공정증서를 작성하는 때에는 위임인인 본인이 후견계약에 필요한 의사능력을 갖추었다는 사실 및 후견계약의 체결과 그 내용이 본인의 의사에 합치한다는 사실을 확인하고 그 취지를 기재하여야 한다. ② 전항의 본인의 의사능력과 그 의사를 확인하기 위한 방법에 관하여는 대통령령으로 이를 정한다.

인 선임의 요건으로 하는 이유는 가정법원은 임의후견감독인 선임에 앞서 후견계약의 체결 사실뿐 아니라 그 존속을 확인할 필요가 있다는 점, 법정후견개시심판에 있어서도 후견계약 우선의 원칙(개정 민법 제959조의20)에 따라 후견계약의 체결 및 임의후견감독인 선임 여부를 확인할 필요가 있다는 점 등에서 임의후견감독인 선임 전이라도 후견계약 체결 사실을 후견등기부에 기록하여 둘 필요가 있기 때문이다. 따라서 성년후견관계법령위원회에서는 공증인법에 공증인에 의한 후견등기의 촉탁에 관한 근거 규정의 신설을 제안하였다.³⁶⁾

IV. 맺음말

개정 민법상 성년후견제도는 앞서 살펴 본 바와 같이 종전 금치산자, 한정치산자 제도의 획일적 행위능력 제한 등 인권침해적 요소를 가능한 한 배제하고 본인의 잔존능력의 활용과 이에 기초한 본인의 의사와 자기결정의 존중, 정상화를 통한 사회 참여를 촉진하는 한편 국가의 후견개입은 필요최소한에 그치도록 구상되었다. 그러나 국제적 수준의 장애인인권보호의 관점에서는 아직도 미흡한 점들도 적지 않다는 지적이 있다. 이는 앞으로 개정 민법의 해석적용과 제도운용을 통하여 개선해 나아가야 할 것이다. 그럼에도 불구하고 남아 있는 문제들에 대해서는 새로운 개정을 통하여 입법적으로 해결해 나아가야 할 것이다. 성년후견법은 전세계적으로 가장 빠르게 변모하고 발전하는 법 영역이다. 우리 민법 제정 이래 60여년 가까이 인권침해적인 성년후견법을 방치해 온 데 대해서는 우리 사회의 낙후된 장애인 인권의 현실을 보는 것 같아 부끄러움마저 느끼게 된다.

본고에서는 개정 민법상 성년후견제도를 개관하고 그 시행에 있어서 발생하게 될 해석론적 혹은 실무운용상의 문제점 내지 과제들에 대하여 검토하였다. 그럼에도 불구하고 미처 생각해 보지 못한 허다한 문제들이 남아 있고 여기서 검토한 문제들조차 앞으로 실제 어떤 모습으로 해결되어 갈지 예단하는 것은 쉽지 않은 일이다. 앞으로 학계와

36) 공증인법 제56조의6(후견등기부 기록의 촉탁) (신설) ① 공증인이 민법 제959조의14 제2항에서 정한 후견계약의 공정증서를 작성한 때에는 후견등기관에게 후견등기부에 기록할 것을 촉탁하여야 한다. ② 전항의 등기를 촉탁할 때에는 그 공정증서의 등본을 첨부하여야 한다.

실무계의 활발한 논의를 통하여 새로운 제도가 보다 세련되게 다듬어지고 발전되기를 바라며, 새로운 제도가 입법목적과 취지대로 우리 사회에 원만히 정착되어 그간 우리 사회에서 소외되어 왔던 장애인, 고령자들의 인권을 신장시키고 복지를 증진하는 데에 실질적 기여를 할 수 있기를 바라며 글을 맺는다. 