

한·일간 성년후견제도의 비교*

박상호**
sanghop@deu.ac.kr

<目次>

- | | |
|------------------------|------------------------|
| 1. 들어가며 | 3.2 성년후견제도의 주요내용 |
| 2. 일본의 성년후견제도 | 4. 성년후견제도의 정착을 위한 제언 |
| 2.1 성년후견제도가 시행된 배경 | 4.1 공적지원제도 및 법률기반 구축 |
| 2.2 성년후견제도의 주요 내용 | 4.2 성년후견인의 양성과 성년후견서비스 |
| 3. 우리나라의 성년후견제도 | 수준의 확보 |
| 3.1 성년후견제도의 도입에 대한 시대적 | 4.3 법원의 인적·물적 인프라 확충 |
| 요청 | 5. 마치며 |

主語語: 성년후견제도(Adult Guardianship Law), 법정후견(Statutory Guardian), 임의후견(Voluntary Guardianship Contracts System), 한정치산자(Quasi-Incompetent), 금치산자(Incompetence)

1. 들어가며

의학의 발달로 인한 인간의 수명 연장으로 100세 시대를 맞이하게 되었다. 우리나라의 고령화 속도는 세계 어느 나라보다도 매우 빠르게 진행되고 있어서 2018년에는 고령화사회로, 2026년에는 초고령화사회로 진입할 것으로 전망하고 있다.¹⁾ 이에 보조를 맞춰 민법은 2009년부터 4년에 걸쳐 단계적인 민법의 개정 작업에 착수하였고 그 내용에는 성년연령의 인하,

* 본 논문은 2012년 동의대학교 자체연구조성비에 의해 연구되었음

** 동의대학교 법정대학 법학과

1)	도달연도			소요기간
	고령화사회 (7%)	고령화사회 (14%)	초고령화사회 (20%)	
한국	2000년	2017년	2026년	26년
일본	1970년	1994년	2006년	36년
프랑스	1864년	1979년	2018년	154년
미국	1942년	2015년	2036년	94년

자료 : 주요 국가의 고령화 진행 속도

새로운 후견제도의 도입 등이 포함되었다. 이러한 개정안은 2011년 2월 18일 국회본회의를 통과하였고, 2013년 7월1일부터 시행될 예정이다.²⁾

기존의 민법에서는 성년자가 정신적 장애로 독립적인 법률행위를 할 만한 판단능력이 없거나 부족한 경우를 위해 금치산과 한정치산제도를 두고 있다. 전자의 경우 심신상실의 상태에 있는 자에 대해, 후자의 경우 심신이 박약하거나 재산의 낭비로 자기나 가족의 생활을 궁박하게 할 염려가 있는 자에 대하여 법원은 금치산·한정치산선고를 한다.

하지만 이러한 민법의 행위무능력제도는 판단능력을 상실하거나 불충분한 자를 획일적으로 ‘무능력자’로 규정하고 재산관리에만 치우쳐 고령자나 장애인을 위한 실질적인 지원기능을 수행하지 못하였다. 또한 대상자의 판단능력·보호수준은 다양한데 비해 ‘금치산’과 ‘한정치산’ 2가지 유형만 인정하는 폐쇄적이고 경직된 제도로 인해 정신능력 및 보호정도에 합당한 탄력적인 조치를 취할 수 없었을 뿐만 아니라 무능력자의 잔존능력을 고려하지 않는 과도한 제한 등의 이유로 인권 침해적 상황 등이 대두되었다.³⁾

이와 같이 현행 민법의 무능력제도는 고령화에 의해 판단능력이 쇠퇴한 자 또는 신체상의 장애로 재산관리나 신상에 대한 보호를 위한 후견제도로는 적합하지 않다. 아울러 보호를 필요로 하는 자들의 판단능력은 일시에 상실되거나 일정 수준 이하로 낮아지기 보다는 대부분 단계적으로 또는 점진적으로 감퇴하기 때문에 민법에서 정하고 있는 획일적인 기준을 적용하는 것 역시 적절하지 않다고 본다.⁴⁾

따라서 우리나라보다 먼저 고령화 사회에 진입한 일본의 경우는 1999년 12월 1일에 새로운 성년후견제도의 창설을 내용으로 하는 법률을 제정하여 공포 하였으며,⁵⁾ 2000년 4월 1일부터 성년후견제도를 시행하게 되었다. 그리고 최근 일본은 그동안 성년후견제도를 시행해 오면서 발생한 다양한 문제점을 개선하고자 하는 논의가 활발하게 이루어지고 있다.⁶⁾ 그러므로 우리나라보다 먼저 성년후견제도를 시행하고 있는 여러 나라들 중 일본의 제도와 그동안 시행되어 오는 과정에서 나타난 문제점들에 대한 개선논의를 살펴본다면, 금번에 시행을 앞둔 우리에게 타산지석이 될 것이라 생각한다. 따라서 본고에서는 일본의 성년후견제도를 중심으로 우리나라의 성년후견제도의 비교·검토를 통해 우리가 얻을 수 있는 시사점이 무엇인가를 고찰하고자 한다.

2) 윤일구(2012)「성년후견제도의 도입에 따른 문제점과 과제」전남대학교『법학논총』제32집 제2호, pp.173-174

3) 김고은(2013)「성년후견제도의 주요 내용 및 향후과제」경남발전(경남발전연구원), p.102

4) 신은주(2009)「우리나라에서 성년후견제도의 도입」『한국의료법학회지』제17권 제2호, p.30

5) 백승흠(2002)「일본의 성년후견제도의 개관」『가족법연구』제16권1호, p.343

제인용; 송호열(2002)「성년후견법제에 관한 연구」동아대학교 법학박사학위 논문, pp.1-3

6) 오호철(2006)「일본의 성년후견제도와 우리나라의 성년후견법안의 비교」『비교사법』제15권 제2호, p.296

2. 일본의 성년후견제도

2.1 성년후견제도가 시행된 배경

2.1.1 고령화사회에 대한 시대적 부응

성년후견제도의 도입이 검토된 가장 큰 배경으로는 고령화사회의 진전과 이에 따른 고령자 단신세대의 증가, 치매고령자 등의 증가를 들 수 있다. 1960년에 5.7%였던 일본의 고령화률은 빠른 속도로 상승하여 1970년에는 7.1%로 고령화사회에, 1994년에는 14.1%로 고령사회에 진입하였으며, 성년후견제도가 도입된 2000년에는 17.3%까지 상승하였다.

이러한 고령화의 진전과 함께 고령자 단신세대와 치매고령자도 계속 증가하여, 이들에 대한 재산관리 및 일상생활의 판단능력 저하에 대한 대책을 가족에게만 담당하게 하는 것이 점점 어려워지게 되었다.⁷⁾

이러한 수치는 2005년에 고령부부만의 세대가 542만세대로 1980년의 137만 세대에 비해 3.9배나 증가한 사실에 주목해야 할 것이다. 이는 고령부부 세대의 경우 배우자가 사망하게 되면 단독세대로 이행될 가능성이 높기 때문이다.

이와 같은 고령화의 특징으로 인해 인지증⁸⁾ 고령자나 정신상의 장애인에 대한 재산침해, 부정거래, 경제적 착취, 고령·장애를 이유로 하는 차별, 신체적·정신적·성적학대 등의 권리 침해가 사회적 문제로 제기 되었다. 이처럼 고령화 현상이나 고령자의 가족형태 변화로 인해 인지증 고령자나 정신 장애인 등 판단능력에 문제가 있는 성년자의 보호를 비공식적 부양자들에게만 의존할 수 없는 실정 또한 사실이다. 따라서 이와 같은 점에 근거하여 성년후견제도의 도입이 절실했던 것으로 보여 진다.

2.1.2 기존제도의 문제점 해결

종래 일본 민법은 사람의 행위능력에 관하여 금치산 및 준금치산제도를 두고 있었다. 이 제도는 정신상의 장애로 판단능력이 불충분하여 단독으로 거래를 하는 것이 불가능한 자의

7) 김명중(2010)「일본의 성년후견제도의 동향과 과제」 국제노동브리프(한국노동연구원), p.65

8) 치매라는 용어가 고령자의 존엄성에 대한 배려가 결여되어 있는 표현임을 고려하여 인지증으로 호칭변경을 추진함; 임혜경(2009)「권리옹호 정책으로서 일본의 성년후견제도 : 문제점과 시사점」『사회보장연구』제25권 제1호, 한국사회보장학회, p.125 재인용

행위능력에 제한을 함으로써 불이익한 거래에서 재산이 상실되는 것을 방지하고, 후견인·보좌인을 두어 사회생활상에 필요한 행위를 할 수 있도록 본인을 원조하는 제도이다⁹⁾

금치산선고를 받은 자에게는 후견인이 선임되어 본인이 혼자서 행한 행위의 경우에는 후견인이 모두 취소할 수 있었으며, 후견인은 법정대리인으로서 본인을 대신하여 필요한 법률행위를 실시하였다. 한편, 준금치산 선고를 받은 자에게는 보좌가 선임되어 소정의 중요한 법률행위를 실행할 때에는 보좌인의 동의를 얻을 필요가 있었으며, 동의를 얻지 않고 실시한 행위는 취소할 수 있었다. 하지만 요건 등이 어려워 실제로 이용하는 데에는 많은 제한이 따랐으며, 무엇보다도 ‘금치산 및 준금치산’이라는 용어에 대한 부정적인 이미지가 뿌리 깊게 남아 있어 제도의 개선이 계속해서 요구되었다¹⁰⁾

이러한 문제점 등을 개선하기 위해 성년후견제도가 실시되었으며, 성년후견제도의 실시에 의해 기존의 「금치산 및 준금치산제도」는 폐지되었고, 후견, 보좌, 보조의 세 가지 유형으로 제도가 실시되었다. 새로운 제도는 요건을 알기 쉽게 바꾸고, 무능력자를 제한능력자로 바꾸는 등 차별적인 표현을 수정하였다.

자기결정을 존중한다는 이념에 근거하여 법정후견제도 이외에 임의후견제도도 창설되었다. 또한 구제도에서는 거래의 안전을 확보하기 위해 금치산 및 준금치산에 대한 선고는 호적에 기재되었는데, 심리적인 제한 등이 있는 점 등을 고려하여, 새로운 제도에서는 호적 기재가 폐지되고 이를 대신하여 후견등기제도가 신설되었다.¹¹⁾¹²⁾

2.2 성년후견제도의 주요 내용

성년후견제도는 정신상의 장애 등에 의해 판단능력이 불충분한 자를 보호하기 위한 제도로 사전적 조치인 「임의후견」과 사후적 조치인 「법정후견」으로 구분할 수 있으며, 종전의 행위무능력자에 대한 공시방법인 호적에 대신하는 「후견등기」제도를 두고 있다.¹³⁾

9) 石田熹久夫·筱塚沼次 編(1992), 講義 民法總則, 靑林書院, 34면에서 무능력자제도는 무능력자의 재산보전을 목적으로 하기 때문에 통상의 재산상 법률행위에 적용되는 것은 의문의 여지가 없다. 다만, 무능력자제도의 문제점은 재산을 갖지 않은 무능력자의 보호로서는 기능하고 있지 않는다는 점과 정형화되어진 내용에서 대량으로 행해지는 거래와 일상 소액의 거래의 경우에 있어서 능력무의 조사가 어렵기 때문에 거래의 안전을 해할 우려가 있다는 점을 들어 이러한 경우 무능력자제도의 적용을 배제해야 한다고 지적한다.

10) 岡部 喜代子(2009)「일본 성년후견제도의 문제점」『한림법학 FORUM』제20권, p.198

11) 김명중(2010), 앞의 논문, p.67

12) 백승흠(2002)「일본의 성년후견제도의 개관」『가족법연구』제16권 1호, pp.342-343

13) 오호철(2006), 앞의 논문, p.299 ; 김명중(2010), 앞의 논문, p.68

2.2.1 임의후견제도

고령화사회에 대응하고 장애인복지에 충실하기 위해서 정신상의 장애에 의해 판단능력이 불충분한 자를 보호하기 위하여 공적기관의 감독을 수반하는 임의대리제도로써 임의후견제도¹⁴⁾가 특별법에 의해 창설되었다.¹⁵⁾ 따라서 자기결정의 존중 및 보호방법의 탄력화라는 관점에서 본인의 판단능력 저하 후에도 임의대리인을 공적기관의 감독을 통해서 임의대리인의 권한이 남용되는 것을 방지하기 위해서 제도적으로 보장 한 것이 임의후견제도이다.¹⁶⁾¹⁷⁾

임의후견법은 임의후견계약의 방법, 임의후견인에 대한 감독에 관해 필요한 사항을 정하고 있다. 즉 임의후견제도를 창설하기 위해서는 민법상 존재하는 위임계약 중 임의후견계약으로 되는 것을 정의한 후(제2조 1호), 그 체결방식(제3조) 및 위임계약에는 없는 법정효력에 관해 규정하고(제6조, 제9조-11조), 임의후견인에 대한 감독에 관해 임의후견감독인의 선임, 감독권한 등의 사항을 정하고 있다(제4조, 제5조, 제7조, 제8조)

임의후견계약은 본인이 임의후견인에 대해 정신상의 장애에 의해 판단능력이 불충분한 상황이 된 때, 자기의 후견사무(생활, 요양간호 및 재산관리에 관한 사무)의 전부 또는 일부에 관해 대리권을 부여하는 위임계약으로, 임의후견감독이 선임 된 때로부터 그 효력이 발생한다는 특약이 있는 것을 말한다.¹⁸⁾

임의후견인의 사무는 대리권 부여의 대상이 되는 사무인 이상 계약 등의 법률행위에 한정되고, 일상의 개호노동을 행하는 것과 시설 입소시에 보증인으로 되는 것 등의 사실행위는 포함되지 않는다.¹⁹⁾²⁰⁾ 다만, 이 때 대리권행사에 당연히 부수되는 사실행위의 포함 여부에 대해 긍정적으로 해석 하여야 할 것이다.

임의후견계약이 등기된 경우, 정신상의 장애로 인해 본인의 판단능력이 불충분한 상황에 있는 때는, 가정법원은 본인, 배우자 등 또는 임의후견인의 수입자의 청구에 의해 임의후견감

14) 임의후견제도에 대해 부연 설명하면 본인이 충분한 판단능력이 있을 때에 장래 판단능력이 불충분한 상태가 될 경우를 대비해 사전에 스스로 선택한 대리인에게 자신의 생활 및 요양간호 그리고 재산관리에 관한 사무에 대해 대리권을 부여하는 계약을 공증인이 작성하는 공정증서로 작성해 놓은 시스템이다. 이처럼 공정증서를 작성해 놓은 것에 의해 본인의 판단능력이 저하했을 때에 임의후견인이 임의후견계약으로 정한 사무에 대해서 가정재판소가 선임하는 ‘임의후견감독인’의 감독 하에 본인을 대신하여 계약 등을 체결하는 것에 의해 본인의 의사를 반영한 적절한 보호 및 지원이 가능하다.; 原 司(2000)「任意後見制度 について」『ジコリスト』N0.1172, p.32

15) 백승흠(2002), 앞의 논문, p.349

16) 오호철(2006), 앞의 논문, p.304

17) 更田義彦(2002)『人權保障としこの成年後見制度』一橋出版, p.44

18) 백승흠(2002), 앞의 논문, p.350

19) 백승흠(2002), 위의 논문, p.351

20) 北野後光(2005)「高齢者支援の手段としこの任意後見契約」『法律時報』제77권 5호, p.61

독인을 선임한다(제4조). 임의후견감독인의 자격에는 제한이 없으므로 자연인뿐만 아니라 법인도 선임이 가능하나, 감독의 실효성 확보를 위해 임의후견수임자 또는 임의후견인의 배우자, 직계혈족 및 형제자매는 임의후견인이 될 수 없다(제5조)²¹⁾.

임의후견감독인은 임의후견법 제7조 규정에 따라 임의후견인이 사무를 감독하는 것과 함께 사무를 정기적 또는 가정재판소의 청구에 응하여 가정재판소에 보고하는 의무를 부담한다.²²⁾ 이렇게 하는 주된 이유는 감독의 실효성을 높이기 위한 것이다.²³⁾ 또한 임의후견인에게 부정한 행위, 현저한 나쁜 행실 그 외 그 임무에 적절하지 않는 사유가 있을 때는 가정재판소는 임의후견감독인, 본인, 그 친족 또는 검찰관의 청구에 의하여 임의후견인을 해임할 수 있다(제8조).

임의후견과 법정후견의 관계는 임의후견제도가 원칙적으로 법정후견제도에 우선하므로 임의후견계약이 등기되어 있는 경우에 한해,²⁴⁾ 법정후견개시의 심판을 할 수 있도록 하고 있다(제10조 1항). 또 임의후견감독인의 선임 후 본인이 법정후견개시의 심판을 받은 때에는 임의후견계약은 종료하게 된다(제10조 3항).²⁵⁾

2.2.2 법정후견제도

일본의 개정된 성년후견제도는 종래의 금치산 및 준금치산을 새로운 지도이념의 형태에 맞게 완전히 새로운 형태의 법정후견제도를 신설하였다. 개정된 성년후견제도는 각자의 다양한 판단능력과 보호를 하기 위하여 필요성의 정도에 따른 유연하고 탄력적인 조치가 가능하도록 하였다. 즉, 개정법에서는 「정신상의 장애에 있어 사리를 변식할 능력을 결하는 상태에 있는 자」를 대상으로 하는 「후견제도」와 그 능력이 「심하게 불충분 한 자」를 대상으로 하는 「보좌제도」로 개정하는 것과 함께 능력이 「불충분 한 자」(후견 및 보좌에 이르지 않는 경미한 정도의 상태에 있는 자)에 대한 보호의 유형으로서 「보조제도」를 신설하였다.²⁶⁾

다원제에 입각한 일본민법은 과거의 금치산·준금치산제도를 위에서 언급한 바와 같이 후

21) 오호철(2006), 앞의 논문, p.306

22) 백승흠(2002), 앞의 논문, p.351

23) 田山輝明(1998)「任意後見制度-ドイツにおける老齡配慮委任狀との比較」『ツユリスト』No.1141, 52면에서 실제로 가정재판소에 의한 실효성이 있기 위해서는 형식적인 요구를 하는 것으로 불충분하고, 가정재판소가 후견인의 직무에 있어 구체적·개별적으로 검사·감사하는 것은 무리가 있지만, 예를 들면 가정재판소의 범위 내에서 무작위 추출에 위해 증거서류를 첨부하는 보고서를 요구하는 것도 가능할 것이라 생각한다.; 오호철(2006), 앞의 논문, p.307 재인용.

24) 임의후견계약상의 대리권의 범위가 좁기 때문에 본인의 권리나 이익을 옹호할 수 없는 경우 등을 말한다.

25) 백승흠(2002), 앞의 논문, pp.351-352

26) 오호철(2006), 앞의 논문, p.431

견·보좌·보조제도의 3유형으로 나누었다. 또한 법정성년후견에 있어 3유형에 따른 제한능력자에 있어서는 후견 다음으로 보좌 그리고 보조 순으로 사리변식능력이 높다. 따라서 제한능력자의 행위와 자유도는 후견 다음으로 보좌 그리고 보조의 순으로 높게 되고, 역으로 보호의 정도는 그 순으로 낮게 된다.

(1) 후견

후견은 종래의 금치산제도를 대신하는 것이다. 즉, 후견은 정신상의 장애에 의해 사리를 변식할 능력을 결한(심신상실의 상태) 상황에 있는 자를 대상으로 한다.²⁷⁾

본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 기타 유형의 보호자 또는 검사의 청구에 의해 가정법원이 후견개시심판을 함과 동시에 「성년피후견인」(본인)을 위하여 「성년후견인」을 선임하고, 성년후견인은 광범위한 대리권·취소권을 부여한다.²⁸⁾

성년후견인은 재산상의 법률행위에 대해서 법정대리권을 가지고, 본인을 대신하여 당해 법률행위를 할 수 있다. 또한 성년후견인은 본인이 한 법률행위에 대해서 취소권을 가지지만, 새롭게 자기결정존중의 관점에서 일용품의 구입 기타의 일상생활에 관한 행위를 본인의 판단에 맡겨 취소권의 대상에서 제외하고 있다.²⁹⁾ 보조 및 보좌의 제도에서도 보조인 또는 보좌인의 동의를 얻을 것을 요하는 행위로부터 일상생활에 관한 행위가 제외되고 있다.³⁰⁾³¹⁾

(2) 보좌

정신상의 장애에 의해 사리를 변식할 능력이 현저히 불충분한 자의 중 전술 후견의 요건의 정도에 이르지 않는 상태인 자를 대상으로 한다.³²⁾³³⁾

본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 기타의 유형의 보호자 또는 검사의 청구에 의해 가정법원이 「보좌개시의 심판」을 함과 동시에 피보좌인(본인)을 위하여 보좌인을 선임한다.

본인은 민법 제12조 제1항에서 정한 행위를 하기 위해서는 보좌인의 동의를 얻을 것을 요하고,³⁴⁾ 그 동의를 얻지 못한 행위는 본인 또는 보좌인이 취소할 수 있다.³⁵⁾ 준금치산자가

27) 임혜경(2009), 앞의 논문, p.128

28) 민법 제9조, 민법 제859조.

29) 민법 제9조 단서.

30) 민법 제12조 제1항 단서 ; 민법 제16조 제1항.

31) 김명중(2010), 앞의 논문, p.69 ; 송호열(2002), 앞의 논문, pp.158-159

32) 단, 낭비자인 것을 요건으로 하지 않고 낭비자의 중에서 사리변식능력이 불충분한 자는 보좌 또는 보조제도의 대상으로 된다.

33) 오호철(2006), 앞의 논문, p.433

34) 보좌인의 동의권, 취소권에 대한 기본적 범위 ; ①원금의 수령이나 이용(제12조 1항 1호), ②차재나 보증(2호), ③부동산 그 외 중요한 재산에 관한 권리상실을 목적으로 하는 행위(3호), ④소송행위(4호),

보좌인의 동의를 얻지 아니한 법률행위의 취소권자는 준금치산자 본인, 그 승계인 또는 임의 대리인만으로 되어 있기 때문에 준금치산자제도는 실효성을 결한다고 지적되고 있었지만, 1999년 민법개정에서 보좌인이 「동의를 하는 것을 할 수 있는 자」로서 취소권자로 부가되고 있다.³⁶⁾

또한 당사자가 신청에 의해 선택한 「특정의 법률행위」에 대해서 심판에 의해 보좌인에게 대리권을 부여할 수 있는 것으로 하였다.³⁷⁾ 대리권부여의 심판을 위해서는 자기결정의 존중의 관점에서 본인의 신청 또는 동의를 얻어야 한다.³⁸⁾³⁹⁾

대리권부여의 심판을 할 때에는 보좌인은 당해 심판에 의해 정해진 특정의 법률행위에 대해서 법정대리권을 가지고, 본인을 대신하여 당해 법률행위를 할 수 있다.

(3) 보조

정신상의 장애((치매·지적장애·정신장애·자폐증 등)에 의해 사리를 변식할 능력(판단능력)이 불충분한 자 중, 전술의 후견 또는 보좌의 요건의 정도에 이르지 않는 정도의 상태에 있는 자를 대상으로 한다.⁴⁰⁾⁴¹⁾

본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 다른 유형의 보호자⁴²⁾ 또는 검사의 청구에 의해 가정법원이 「보조개시의 심판」을 함과 동시에 피보조인(본인)을 위하여 보조인을 선임하고, 당사자의 신청에 의해 선택된 「특정의 법률행위」에 대해서 심판에 의해 보조인에게 대리권 또는 동의권(취소권)의 일방 또는 쌍방에게 부여한다.⁴³⁾ 이 심판을 하기 위해서는 자기결정의 존중관점에서 본인의 신청 또는 동의가 있어야 한다.⁴⁴⁾⁴⁵⁾

보조인의 대리권의 대상으로 된 「특정의 법률행위」에는 재산관리에 관한 법률행위, 신상감

⑤증여, 화해 또는 중재계약(5호), ⑥상속승인, 포기, 유산분할(6호), ⑦증여·유증의 거절 또는 부담부의 증여·유증의 수락(7호), ⑧신축, 개축, 증축 또는 대수선(8호), ⑨5년 이상의 토지 임대차, 3년 이상의 건물 임대차(9호); 백승흠(2002), 앞의 논문, pp.346-347 ; 임혜경(2009), 앞의 논문, pp.128-129

35) 민법 제12조 제4항 ; 민법 제120조 제1항

36) 송호열(2002), 앞의 논문, 159

37) 민법 제876조의 4 제1항

38) 민법 제976조의 4 제2항

39) 백승흠(2002), 앞의 논문, pp.346-347; 임혜경(2009), 앞의 논문, pp.128-129

40) 민법 제14조 제1항

41) 김명중(2010), 앞의 논문, p.69 ; 임혜경(2009), 앞의 논문, p.129

42) 후견인, 후견감독인(미성년후견인, 미성년후견감독인을 포함한 개념이다), 보좌인 또는 보좌감독인. 보좌·후견에 있어서도 다른 유형으로부터의 이행을 위하여 다른 유형의 보호자를 신청권자로 부가하고 있다.

43) 민법 제16조 ; 민법 제876조의 9

44) 민법 제14조 제2항 ; 민법 제16조 제2항 ; 민법 제876조의 9 제2항

45) 송호열(2002), 앞의 논문, p.160

호(생활 또는 요양간호)에 관한 법률행위가 포함된다. 또 이에 의하여 발생한 분쟁에 대한 소송행위도 포함된다.

보조의 제도에서는 대리권의 부여 또는 동의권의 부여의 선택과 대리권 또는 동의권의 범위선택을 가능하기 위하여 보조개시의 심판에 의하여 당연히 일정범위의 대리권 또는 동의권(취소권)이 발생하는 것은 아니고, 보조개시의 심판과는 별개의 대리권부여의 심판 또는 동의권부여의 심판에 의해 이 권한이 발생한다는 구성을 채택하는 것에 의해 보조개시의 심판은 민법 제16조 제1항의 동의권부여의 심판 또는 민법 제876조의 9 제1항의 대리권부여의 심판의 일방 또는 쌍방과 동시에 하여야 한다.⁴⁶⁾⁴⁷⁾ 따라서 본인에게는 행위능력의 제한을 받지 않는 것이 있다(대리권부여의 심판만을 받은 본인은 대리권대상행위를 유효하게 할 수 있다)

대리권부여의 심판이 있을 때에는 보조인은 당해 심판에 의해 정한 특정의 법률행위에 대해서는 법정대리인으로서 본인을 대신하여 당해 법률행위를 할 수 있다.⁴⁸⁾

동의권부여의 심판을 할 때에는 본인은 당해 심판에서 정한 특정의 법률행위를 하기 위해서는 보조인의 동의를 얻을 것을 요하고, 그 동의를 얻지 못한 행위는 본인 또는 보조인에 의하여 취소할 수 있다.⁴⁹⁾ 또한 보조인이 본인의 이익을 해할 우려가 없음에도 불구하고 동의를 하지 않을 때에는 본인은 가정법원에 동의를 대신할 허가를 구할 수 있다.⁵⁰⁾ 이것은 전술의 보좌에서도 경우이다.⁵¹⁾

또한 대리권·동의권의 필요성이 없다면, 그 부여의 심판취소를 구할 수 있고,⁵²⁾ 모든 대리권·동의권의 부여심판을 취소한다면, 보조개시의 심판도 취소된다.⁵³⁾⁵⁴⁾

(4) 법정후견의 선임

법정후견선임에 대해서는 가정법원이 개개의 사안에 따라 가장 적절한 인물을 성년후견인으로 선임할 수 있도록 하였다.⁵⁵⁾

46) 민법 제14조 제3항

47) 오호철(2006), 앞의 논문, p.432

48) 송호열(2002), 앞의 논문, p.161

49) 민법 제16조 제4항 ; 민법 제120조 제1항

50) 민법 제16조 제3항

51) 민법 제12조 제3항

52) 민법 제17조 제2항, 민법 제876조의 9 제2항

53) 민법 제17조 제3항

54) 김명중(2010), 앞의 논문, p.69 ; 임혜경(2009), 앞의 논문, 129 ; 오호철(2006), 앞의 논문, pp.432-433

55) 민법 제843조

그 선임에 있어서는 피성년후견인의 심신상태, 생활 및 재산상황, 성년후견인이 되는 자의 직업 및 경력, 피성년후견인과 이해관계의 유무(성년후견인이 되는 자가 법인인 때는 그 사업의 종류 및 내용, 그 대표자와 피성년후견인과의 이해관계의 유무), 성년후견인의 의견과 기타 일체의 사정을 고려하도록 하였다.⁵⁶⁾ 이 요건들은 본인과 이해상반의 염려가 있는 개인 또는 법인을 배제하고, 자기결정의 존중이라는 관점에서 가능한 한 본인의 의사를 존중하려는 취지에서 규정된 것이다. 이들은 예시·열거조항이므로 가정법원은 개개의 사안에 따라 ‘기타 일체의 사정’을 고려하게 된다.⁵⁷⁾⁵⁸⁾

개정 전 민법에서는 1인으로 한정한 후견인선임과 배우자 당연후견인 선임방식이 안고 있는 후견인 역할 수행상의 문제점⁵⁹⁾을 고려하여 성년후견인에 관해 복수의 선임을 인정하였다.⁶⁰⁾

현행 민법에서 논란이 많았던 법인 후견인의 선임 가능성 여부에 관해 개정 민법에서는 성년후견인이 될 자가 법인인 경우의 선임시 고려사정을 명문으로 규정함으로써 법인이 성년후견인 등이 될 수 있음을 명문화 하였다. 이로써 다양한 후견 등의 수요에 따를 수 있게 되었다. 성년후견인 등에 선임되는 법인으로는 사회복지협의회, 복지관계의 공익법인, 사회복지법인, 신탁은행 등도 가능 할 것이다.⁶¹⁾

2.2.3 성년후견등기제도

법정후견제도와 임의후견제도에 공통하는 새로운 등기제도로써 성년후견등기제도가 창설되었다. 이 제도는 민법의 금치산 및 준금치산제도를 후견, 보좌, 보조제도로 고치고, 새로운 임의후견제도를 창설함에 따라 금치산 및 준금치산선고를 호적에 기재하는 방식은 국민의 심리적 거부감을 유발하게 되었고, 나아가 제도의 이용에 있어서 장벽으로 작용하여 개정된 것이다.⁶²⁾

이러한 문제점을 개선하기 위한 개정 내용의 핵심은 본인의 프라이버시를 보호하여 안심하고 제도를 이용할 수 있도록 배려한다는 점과 관련된다. 구체적으로 성년후견등기에 관한

56) 민법 제843조 3항, 제867조의3 제2항·876조의8 제2항에 의해 각각 보좌인·보조인에게 준용.

57) ‘기타 일체의 사정’은 피성년후견인의 심신상태 및 재산상태, 피성년후견인 후보자와 본인과의 친족관계 유무, 피성년후견인 후보자의 의견(가사심판규칙 제93조 2항, 제83조 1항) 등을 고려할 수 있을 것이다.

58) 백승흠(2002), 앞의 논문, p.348

59) 보호자인 후견인과 보좌인을 한명으로 제한하기 때문에 반드시 적임자에 의한 보호나 지원을 받는다고 할 수 없어 본인의 보호체제가 충분하다고 말할 수 없다는 지적이 있다.; 임혜경(2009), 앞의 논문, p.127 재인용.

60) 임혜경(2009), 위의 논문, p.129

61) 岩井伸晃(2000), 補助制度の新設の意義と機能, ズコリスト No.1141, p.27 ; 백승흠(2002), 앞의 논문, pp.348-349 재인용.

62) 백승흠(2002), 앞의 논문, p.362 ; 임혜경(2009), 앞의 논문, p.132

사무는 법무부장관이 지정하는 법무국 등기관이 수행하고 그 내용은 컴퓨터 시스템으로 관리 되는 것이다. 단, 거래활동을 위해 등기열람이 필요한 경우에는 등기사항증명서를 교부함으로써 개시되는데, 등기사항증명서 교부를 청구할 수 있는 사람은 본인, 성년후견인, 성년후견감독인, 임의후견인, 임의후견감독인 등 법률에서 정한 자로 한정하고 있다.⁶³⁾

3. 우리나라의 성년후견제도

우리나라에 있어서 정신적인 장애로 판단능력이 부족한 성년인 자를 보호하기 위하여 민법에 판단능력의 정도에 따라 금치산자 또는 한정치산자로 규율하는 무능력자제도가 있다. 무능력자제도는 획일적이고 정형적으로 금치산자와 한정치산자의 법률행위를 규율하여 일률적으로 행위능력을 박탈하거나 제한하고 있다. 그리고 금치산자 또는 한정치산자로 하여금 후견인의 보호와 감독을 받도록 하고 있다. 그러나 민법의 무능력자제도는 재산관리에 중점을 둔 것이어서 신상에 관한 보호와 지원이 훨씬 더 많은 필요를 가진 고령자나 신체상의 장애인에게는 적합하지 않다. 또한 일반인에게 거부감을 주는 금치산자 또는 한정치산자라는 용어가 가족관계등록부에 공시되기 때문에 가족 등이 사회적 수치심을 느끼게 되어 사실상 이 제도의 이용을 대부분 꺼리고 있다. 따라서 실제로 이 제도가 많이 활용되지 않고 있는 실정이다⁶⁴⁾.

이렇듯 민법의 금치산·한정치산제도는 자기결정의 존중·인간의 존엄성 보장이라는 시대를 역행하는 낙후한 제도라고 할 수 있으며, 헌법 제37조에 명시⁶⁵⁾된 개인의 자율과 자기결정을 존중함으로써 인간의 존엄성을 실현하고자 하는 정신에도 적합하지 않을 뿐만 아니라 정신장애인 및 정신보건 수발개선을 위한 제 원칙을 관류하고 있는 「본인의 보호」의 이념과 「자기결정권의 존중」·「잔존능력의 활용」등에도 위반된다고 볼 수 있는 등의 문제점을 내포하고 있다.⁶⁶⁾

우리나라에서의 성년후견제도⁶⁷⁾는 2000년부터 도입의 논의가 시작되었고, 2004년 ‘성년후

63) 임혜경(2009), 위의 논문, p.132

64) 2006년도 가사사건은 총 112,542건인데 이 가운데 금치산·한정치산 선고 사건이 663건에 불과하다.; 신은주(2009), 앞의 논문, p.30 재인용 ; 송호열(2002), 앞의 논문, p.5

65) 헌법 제37조 ①국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다. ②국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.

66) 김고은(2013), 앞의 논문, pp.102-103

67) 우리나라의 새로운 성년후견제도는 다양한 외국의 입법례를 참고하여 개정되었는데, 본 제도의 배경과 기본이념을 다음과 같이 요약할 수 있다. 첫째, 사상적 배경을 들 수 있다. 성년후견제도는 「normalization」이라는 사상을 배경으로 하는데, 여기에는 자기결정권의 존중과 잔존능력의 활용이라는 새로운 이념에

견추진연대'가 결성, 2009년 법무부산하에 '민법개정위원회'가 발족되면서 성년후견제도가 전면적으로 추진되었으며, 2011년 2월18일 국회본회의를 통과한 신년후견제도가 금년 7월 1일부터 본격적으로 시행 될 예정이다.⁶⁸⁾

따라서 시행을 앞둔 우리나라의 성년후견제도의 주요내용과 전술한 일본의 성년후견제도를 비교하여 조금이나마 성년후견제도의 정착의 도움이 되었으면 한다.

3.1 성년후견제도의 도입에 대한 시대적 요청

3.1.1 노인·장애인의 인권에 대한 사회적 관심 증대

노인·장애인의 인권과 복지에 대한 사회적 관심이 증대되고 있다는 점이다. 노인의 인권에 관한 사항을 법적 관점에서 살펴보면, 우리나라 헌법 제10조에서는 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리가 있다고 규정하고, 동법 제34조에서는 모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가지며 국가는 사회보장·사회복지 증진에 노력 할 의무를 가진다고 규정하고 있다.

또한 노인인구의 증가에 따라 장애인노인이 증가하고 있으며 이로 인한 장애 인구가 지속적으로 증가하는 경향을 보이고 있다. 2011년 현재 전국의 장애인은 268만 3천명으로 추정되어, 2005년의 214만 8천명에 비해서 535천명이 증가하였다. 장애출현율은 5.61%로 2005년의 4.59%에 비해서 10.2포인트 증가하였다. 2011년 장애인 실태조사에 따르면, 40대 재가장애인 출현율은 4.53, 50대 8.25, 60대 15.82, 70대 19.33으로 연령이 높아짐에 따라 장애출현율이

본인의 보호라고 하는 이념이 조화되는 것을 목적으로 한다. normalization은 1950년대 북유럽에서 발생한 지적 장애자의 처우개선을 출발점으로 하는 사회운동이다. 이러한 사상의 기저에는 모든 사람은 평등하고 존중되어야 하며 설령 장애나 질병과 같은 어려움을 갖고 있는 사람이라도 건강한 사람과 함께 살아가는 사회가 건강한 사회이고 모든 사람들이 통상의 삶을 영위하기 위하여 사회제도와 생활환경의 조건을 개선시켜야 한다. 둘째, 자기결정권의 존중이다. 자기결정권의 존중이란 자신과 관련된 것은 자기 스스로 결정하는 것이고 결정된 것을 사람들이 존중해야 한다는 것을 의미한다. 즉, 장애의 파후견인이 자신의 능력감퇴를 예상하여 자신의 재산관리 및 신상보호에 관한 사무를 타인에게 위탁하고 대리권을 부여하는 것은 자기결정권을 존중한다는 의미에서 금년 시행되는 성년후견제도의 가장 중요한 이념이라고 볼 수 있다. 셋째, 잔존능력의 활용이다. 잔존능력의 활용이란 능력이 감퇴하여도 현재 보유하고 있는 능력을 최대한 활용하여 자기 스스로 생활한다고 하는 것이다. 이와 같이 성년후견제도는 본인의 판단능력이 충분하지 않다고 하더라도 그것 하나의 사실만으로 곧바로 보호의 대상으로서 처우하는 것이 아니고 본인이 갖고 있는 능력을 발휘할 수 있는 환경을 정비하는 것을 목적으로 한다. 기존의 성년후견제도에서는 일부의 경우를 제외하고는 획일적으로 제한·결정되었다.; 윤일규(2012) 「성년후견제도의 도입에 따른 문제점과 과제」 『전남대학교 법학논총』 제32집 제2호, pp.174-176참조

68) 윤일규(2012), 앞의 논문, pp.173-174

증가하고 있으며, 특히 65세 이상 노인계층의 장애출현율이 청·장년층에 비해 매우 높게 나타나고 있다.⁶⁹⁾

이와 같이 노인인구와 장애인구의 증가로 향후 노인과 장애인의 성년후견제도에 대한 이용이 증가할 것으로 전망된다.⁷⁰⁾

3.1.2 자기결정권 및 잔존능력 존중

우리나라가 복지국가·고령화 사회로 접어들면서 장애인의 인권과 노인복지에 대한 국가의 책무와 사회적 관심이 부각되고 있으나, 민법의 행위능력 및 후견제도는 ‘금치산’·‘한정치산’ 등 부정적 용어를 사용하고 본인의 의사와 장애 정도에 대한 고려 없이 행위능력을 획일적으로 제한하여 사회적 편견을 야기하는 한편,⁷¹⁾ 보호의 대상을 재산적 법률행위로 제한함으로써 복지에 관한 다양하고 실직적인 도움을 제공할 수 없는 등 문제를 안고 있었다.⁷²⁾ 판단능력이 불충분한 사람이더라도 잔존능력을 최대한 존중하고 성년후견제도의 피보호자라도 판단능력이 일시에 상실되거나 일정 수준 이하로 낮아지기보다는 대부분 단계적·점진적으로 감퇴하기 때문에 심신상실이나 심신박약과 같은 획일적 기준을 적용하는 것은 부적절하다.⁷³⁾

이에 따라 기존의 금치산·한정치산제도를 폐지하고 본인의 의사와 능력을 보다 존중하는 형태의 성년후견제도를 도입하게 되었다. 현재 정신적 제약을 가지고 있는 사람은 물론 미래에 정신적 능력이 약해질 상황에 대비하여 후견제도를 이용하려는 사람이 재산행위뿐만 아니라 치료·요양 등 폭넓은 지원을 통해 삶의 질이 향상되고 본인에게 맞는 사회복지서비스를 선택할 수 있어야 한다.⁷⁴⁾ 자기결정권과 당사자의 잔존능력을 존중하여 최대한 이용자의 권익을 강화 하는 것이 성년후견제도의 기본방향이라고 할 수 있다.⁷⁵⁾

3.2 성년후견제도의 주요내용

기존의 후견제도에서 유명무실한 후견감독기관으로 비판을 받아왔던 친족회제도를 폐지

69) 송호열(2002), 앞의 논문, pp.1-4

70) 김고은(2013), 앞의 논문, pp.105-106

71) 오호철(2008), 앞의 논문, p.310

72) 송호열(2002), 앞의 논문, pp.4-11

73) 현행 행위무능력제도의 문제점과 민법상의 후견제도의 문제점에 대해서는 성년후견제도연구회 저 (2007)「성년후견제도 연구」 사법연구지원재단, pp.19-20 참조

74) 오호철(2008), 앞의 논문, pp.310-311

75) 신은주(2009), 앞의 논문, pp.39-40

하고 후견인을 감독할 수 있는 임의후견인·성년후견인·한정후견인·특정후견인 제도를 신설했다.

3.2.1 임의후견(후견계약제도)

개정민법 제959조의 14 제1항은 “후견계약⁷⁶⁾은 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 다른 자에게 위탁하고 그 위탁사무에 관하여 대리권을 수여하는 것을 내용으로 한다,” 고 규정하고 있다.

임의후견계약의 당사자는 본인과 장래의 임의후견인이며, 본인으로부터 대리권을 수여받은 대리인이 후견계약을 체결할 수 있으며, 임의후견인의 결격사유는 개정민법 937조에서 규정하는 자에 해당하는 경우⁷⁷⁾와 그 밖에 현저한 비행을 하거나 후견계약에서 정한 임무에 적합하지 아니한 사유가 있는 자인 경우에는 가정법원은 임의후견감독인⁷⁸⁾을 선임하지 않음으로써 후견계약의 효력을 발생시키지 않을 수도 있다.⁷⁹⁾

임의후견계약의 내용은 피후견인과 후견인 사이의 합의에 의하여 정해진다. 임의후견인은 법률행위는 물론이고 준법률행위, 사실행위도 할 수 있으며, 구체적으로는 재산관리⁸⁰⁾와 신상

76) 임의후견제도란 본인이 장래를 생각하여 자신에 대한 후견의 방법을 미리 스스로의 의사에 따라 결정하는 것으로 이는 자기결정권존중의 이념 측면에서 중요한 의의를 가지고 있다. 이를 위하여 각 개인들은 자신들의 판단능력이 있을 때 장래 판단능력이 불충분하게 될 경우를 대비하여 미리 특정인과 장래의 사무처리에 대하여 위탁계약을 체결할 수 있는데, 이러한 경우에 임의후견제도가 사용 될 것이다. 또한 현재 본인의 판단능력이 감퇴하고 하고 있어도 계약 체결시에 필요한 의사능력을 갖고 동시에 계약의 내용을 이해할 수 있다면 이러한 후견계약도 가능하다.; 김민중(2008) 「임의후견제도의 개혁」 『법학연구』 제27집, 전북대학교 법학연구소, p.150 이하 참조.

77) 개정민법 제937조(후견인의 결격사유) 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 자는 후견인이 되지 못한다.
1. 미성년자 2. 피성년후견인, 피한정후견인, 피특정후견인, 피임의후견인 3. 회생절차개시결정 또는 파산선고를 받은 자 4. 자격정지 이상의 형의 선고를 받고 그 형기(刑期)중에 있는 사람 5. 법원에서 해임된 법정대리인 6. 법원에서 해임된 성년후견인, 한정후견인, 특정후견인, 임의후견인과 그 감독인 7. 행방이 불분명한 사람 8. 피후견인을 상대로 소송을 하였거나 하고 있는 자 또는 그 배우자와 직계혈족

78) 임의후견감독인은 임의후견계약의 당사자는 아니지만 후견계약의 효력을 발생시키기 위한 필수기관으로 가정법원이 선임하는 자이다(개정민법 제959조의14 ③). 임의후견감독인의 구체적인 직무에는 ①임의후견인의 사무에 대한 감독(개정민법 제959조의 16) ②임의후견인의 사무에 관한 가정법원에 대한 정기보고 ③급박한 사정이 있는 경우의 처분행위(개정민법 940조의6, 다만 임의후견인의 대리권의 범위내의 행위에 한정된다고 할 것이다) ④임의후견인과 본인 사이의 이해상반행위의 경우 본인의 대리 ⑤임의후견인에 대한 임무수행의 보고와 재산목록의 제출요청(개정민법 제953조 준용) ⑥본인의 재산상황의 조사 ⑦임의후견인의 현저한 비행이 있거나 임무에 부적합한 경우 가정법원에 대한 임의후견인 해임청구(개정민법 제959조의 17) 등이 있다.

79) 윤일규(2012), 앞의 논문, p.177

80) 재산관리에 관한 법률행위로는 ①부동산 기타 중요한 재산에 관한 관리·처분 ②예금·저금의 관리 및

보호⁸¹⁾로 나눌 수 있다.

임의후견계약은 공정증서에 의해 체결하도록 하고 그 효력발생 시기를 가정법원의 임의후견감독인 선임시로 규정하여 임의후견계약의 남용을 방지하고 피후견인의 권익을 보호할 수 있는 제도적 장치를 마련하였다.⁸²⁾

임의후견제도의 시행으로 파생될 과제로는 첫째, 성년후견제도의 이념과 관련하여 활용도가 낮은 임의후견제도의 활성화 방안이며,⁸³⁾ 둘째, 임의후견인의 권리남용에 대한 제한의 과제⁸⁴⁾ 등이 있다.

3.2.2 법정후견제도

개정민법은 성년후견제도를 성년후견, 한정후견, 특정후견제도를 두어 다원주의 입장에서 유형화하고 있다. 기존의 한정치산, 금치산제도에서 성년후견, 한정후견으로 재편함으로써 민법의 구조를 크게 바꾸지 않고 새로운 제도를 도입⁸⁵⁾하고 있기 때문에 현실적으로 실현하기에 용이하고 국민의 입장에서 잘 적응할 수 있다고 하겠다. 또한 새로운 제도로 도입으로 이를 실행함에 있어서 부담이 가중될 가정법원의 인적, 재정적 부담을 고려할 때 일원주의 보다는 다원주의가 적합하다고 생각한다.⁸⁶⁾

(1) 성년후견

성년후견제도는 의사능력에 관련된 것이므로, 정신적 장애에만 국한된다고 할 수 도 있지만, 기존의 무능력제도와는 다르게 신상에 관한 사항들도 후견인의 업무에 포함되고 복지차원

지불 등의 금융기관과의 거래행위 ③연금·차입 등 정기수입의 수령, 차입, 공공요금, 입원비 등 비용의 지출행위 ④생활비의 송금 및 생활용품 등의 구입 ⑤유산분할·상속포기 등 상속에 관한 사항 ⑥보험계약의 체결 및 보험금의 수령 등 보험에 관한 사항 ⑦등기권리증·인감 등 중요한 서류 등의 보관에 관한 사항 ⑧거주용 부동산의 구입·처분 등에 관한 사항 등이 있다.

81) 신상보호에 관한 법률행위로는 ①간호계약, 시설입소 계약 등 복지서비스 이용계약 등에 관한 사항 ②진료계약, 입원계약 등이 포함 될 수 있다.

82) 신은주(2009), 앞의 논문, p.47

83) 시행을 앞 둔 지금 시기상조라고 할 수 있지만, 기존 일본의 임의후견제도를 비교해서 활성화 방안으로 첫째, 대중에 대한 임의후견제도의 홍보와 이해의 증진 둘째, 원활한 임의후견계약의 체결을 위한 지원책 마련 셋째, 임의후견계약과 관련된 비용에 대한 공식적인 지원의 논의 넷째, 명예후견인이나 후견법인의 육성 등을 조심스럽게 점차 본다.

84) 이와 관련하여 영국에서는 일정한 경우 후견인에게 刑事罰을 인정함으로써 후견인의 권한남용을 억제하고 또한 원활한 후견업무 수행을 위하여 법정후견의 경우 책임보험이 강제되는데, 이를 임의후견에도 적용여부가 검토될 필요가 있다.; 윤일구(2012), 앞의 논문, p.182 재인용.

85) 윤일구(2012), 위의 논문, p.183

86) 신은주(2009), 앞의 논문, pp.47-48

에서 임의후견제도를 활용할 수 없는 사람들에게도 적용된다고 넓게 해석할 필요가 있다.⁸⁷⁾

성년후견인은 피성년후견인의 재산을 관리하고 그 재산에 관하여 피성년후견인을 대리하는 법정대리인이지만 가정법원은 성년후견인의 대리권의 범위를 정할 수 있고, 일정한 자의 청구에 의하여 대리권의 범위를 변경할 수 있다(개정민법 938조). 피성년후견인은 자신의 신상에 관하여 그의 상태가 허락하는 범위에서 단독으로 결정한다.⁸⁸⁾ 그리고 후견인은 보수청구권이 있다.

피성년후견인의 능력과 관련하여, 기존 금치산자와 같이 취소함을 원칙으로 하고 있으나(개정민법 제10조 1항), 가정법원은 취소할 수 없는 피성년후견인의 법률행위정할 수 있게 하여 피성년후견인에게 남아있는 잔존능력을 활용하도록 하고 있다. 또한 일용품의 구입 등 일상생활에 필요하고 그 대가가 과도하지 아니한 법률행위는 성년후견인이 취소할 수 없도록 하여 예외를 인정하고 있다.⁸⁹⁾

성년후견감독기관으로 현행 민법에서는 친족회를 규정하고 있었으나, 실제로 후견감독기능을 제대로 수행하지 못했다는 반성에 따라, 개정민법에서는 후견감독기관으로 친족회를 폐지하고 후견감독인제도를 마련하였다(개정민법 940조의2 이하).

(2) 한정후견

“가정법원은 질병·장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 청리할 능력이 부족한 사람에 대하여 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 미성년후견인, 미성년후견감독인, 성년후견인, 성년후견감독인, 특정후견인, 특정후견감독인, 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 한정후견개시의 심판을 한다,” 고 하여 한정후견제도를 규정하고 있다.⁹⁰⁾ 이는 기존의 한정치산제도를 답습한 것으로 요건에 있어서, 심신박약이라는 부정적인 의미를 갖는 표현을 순화하였다.⁹¹⁾

개정민법에서는 자기결정권의 존중 및 잔존능력의 활용이라는 새로운 성년후견제도의 이념에 맞춰 한정후견인의 동의가 없는 피한정후견인의 법률행위는 취소할 수 있다.⁹²⁾ 가정법원은 후견인에게 대리권을 부여하는 심판을 할 수 있고, 변경할 수 있다.⁹³⁾ 피한정후견인의 신상에 대한 결정은 피한정후견인의 상태가 이를 허락하는 범위에서 피한정후견인이 단독으

87) 윤일구(2012), 앞의 논문, p.183

88) 김고은(2013), 앞의 논문, p.108

89) 윤일구(2012), 앞의 논문, p.184

90) 개정민법 제12조 1항

91) 윤일구(2012), 앞의 논문, p.185

92) 개정민법 제13조

93) 개정민법 제959조의 4

로 결정하지만, 피한정후견인이 결정할 수 없는 경우에 대비하여 가정법원은 한정후견인이 피한정후견인의 신상에 관하여 결정할 수 있는 권한의 범위를 정할 수 있고, 변경할 수 있다.⁹⁴⁾

(3) 특정후견

능력제도의 개정과 관련하여 새로운 성년후견제도의 이념을 가장 잘 반영한 제도로 평가되는 것으로 특정후견이 있다. 즉, “가정법원은 질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 일시적 후원 또는 특정한 사무에 관한 후원이 필요한 사람에 대하여 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 미성년후견인, 미성년후견감독인, 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 특정후견 심판을 한다.”고 하여 이를 인정 하였다.⁹⁵⁾

특정후견의 심판에 의하여 가정법원은 피특정후견인의 재산 또는 신상과 관련된 특정한 법률문제의 해결을 위하여 관계인에게 특정행위를 명하거나 부작위를 명하는 등의 방법으로 사무처리에 필요한 처분을 할 수 있다. 또 특정명령으로 피특정후견인에 조력하는 특정후견인을 선임할 수 있으며, 피특정후견인의 필요에 따라 특정후견인에게 특정사안에 대한 법정대리권을 부여할 수 있다.⁹⁶⁾ 특정후견인이 피특정후견인의 행위를 목적으로 하는 채무를 부담하는 법률행위를 대리하는 때에는 피특정후견인의 동의를 얻어야 한다.⁹⁷⁾

(4) 과거 후견제도와 새로운 성년후견제도의 비교

구분	금치산·한정치산	성년후견제
용어	금치산·한정치산의 부정적 용어	기존용어 폐지
대상	중증 정신질환자에 국한	정신장애 및 치매노인 등 고령자까지 확대
범위	재산행위 취급	의료, 요양 등 복지영역까지 확대
후견인선인	사전순위 규정(배우자·직계혈족)	가정법원이 상황을 고려하여 선임
본인의사	반영절차 없음	후견심판 시 본인 의사 청취
감독기관	친족회	가정법원이 선임한 후견감독인
후견인 자격	자연인 1인만 가능	복수 도는 법인 후견인 가능
후견계약	본인 결정 불가능	본인이 후견인과 내용 결정 가능

자료) 최윤영, 사회복지적 관점의 성년후견제 도입 의미와 과제, 참여연대사회복지위원회 월간복지동향, 2012.; 김고은(2013), 앞의 논문, p.104 재인용.

94) 개정민법 959조의6.; 김고은(2013), 앞의 논문, p.109

95) 개정민법 제14의 21항.; 윤일구(2012), 앞의 논문, p.186

96) 개정민법 제959조의 8 ; 제959조의 9 ; 제959조의 11

97) 김고은(2013), 앞의 논문, p.109

4. 성년후견제도의 정착을 위한 제언

후견을 필요로 하는 자에게 후견서비스가 적절하게 이루어지기 위해서는 성년후견제도를 법제화하는 것만으로 충분하지 않으며, 실질적으로 가능할 수 있는 관련제도를 마련해야 이 제도가 현실 속에서 제대로 기능할 수 있다. 성년후견제도가 실시되면 가정법원의 인적·물적 시설을 확충할 필요가 있다.

4.1 공적지원제도 및 법률기반 구축

성년후견제도에 드는 비용은 원칙적으로 수혜자가 부담하지만 자력이 없는 자를 위해 정부의 재원으로 성년후견서비스를 받을 수 있도록 공적지원제도를 마련할 필요가 있다. 재산관리를 위한 후견인의 경우에는 피후견인의 재산으로 비용을 충당할 수 있기 때문에 주로 필요가 있는 경우에는 신상감호를 필요로 하는 무자력자가 그 지원대상이 될 것이다. 무자력자에 대한 공적지원제도를 통해 성년후견이 유산자만을 위한 제도가 아니라 후견을 필요로 하는 자라면 누구나 이용할 수 있는 제도가 될 수 있다. 그러나 이들을 지원하기 위해서는 상당한 재원이 필요하게 되므로 이를 위한 공공재원을 확보하는 것이 무엇보다도 시급한 과제이다.⁹⁸⁾

아울러 이러한 방안을 추진하기 위한 법적 근거를 마련하기 위해서는 지방자치단체와 법원·지역사회복지단체 등 전문가들의 참여를 통하여 관련 법규 및 조례 제정을 통해 서비스 제공을 위한 기반구축이 갖추어져야 한다. 또한 보건복지부·법무부와 법원의 긴밀한 협조를 도모하기 위해서는 정부와 각 지방자치단체간의 다양한 방면에서의 상호협력과 재정적 지원 협력을 유도하는 법률제정이 필요하다.⁹⁹⁾

4.2 성년후견인의 양성과 성년후견서비스 수준의 확보

성년후견을 담당할 자격 있는 성년후견인 및 전문가의 충분한 보급을 위해서는 성년후견인의 양성기관·교육프로그램·교육지원 등에 대한 체계가 수립되어야 한다. 이를 위해서는 성년후견인의 양성 및 보수교육을 담당할 수 있는 중심기관이 필요하며, 피성년후견인의 재산관리에 관한 법률적 지식·성년후견제에 대한 법률 및 행정지식·인권교육 등과 같은 전문지식을

98) 신은주(2009), 앞의 논문, p.56

99) 김고은(2013), 앞의 논문, p.111

검비한 성년후견인 양성을 위한 체계적인 프로그램도 준비되어야 할 것이다.¹⁰⁰⁾

성년후견인의 양성과 함께 성년후견사무에 대한 공정한 업무집행과 서비스 수준을 확보하기 위한 방안도 강구해야 한다. 이를 위해서는 독일은 후견인협회, 캐나다는 공공후견인 사무소, 일본은 ‘사단법인 성년후견센터·리걸서포트’를 만들어 일정한 수준의 성년후견사무의 처리를 하도록 조직적으로 대처하고 있다.

우리나라의 경우에도 성년후견인 양성 및 보수교육을 담당할 수 있는 기구를 마련하는 것과 함께 재산관리와 신상보호를 위해 전문성을 가진 기관을 체계적으로 조직화할 필요가 있다.¹⁰¹⁾

4.3 법원의 인적·물적 인프라 확충

2006년도에 전체 가사사건은 총 112,542건인데 이 가운데 금치산·한정치산 선고 사건이 663건으로 그 수가 대단히 미미하여 가정법원에 큰 업무 부담이 되고 있는 것으로 보이지 않는다. 그러나 적은 건수는 금치산·한정치산제도가 잘 이용되지 않기 때문이며 성년후견제도가 실시되어 제대로 이용된다면 가정법원의 업무는 매우 과중해 질 것이다.

그런데 현재 가정법원은 그 자체로 전국적인 조직을 갖추지 못하고 있으며 전문법관을 선발하여 장기간 가사사건을 담당하도록 한 것도 2005년 2월부터이다. 그러나 그 수가 매우 적어서 판사뿐만 아니라 조정사건을 담당하는 조장위원들의 전문성을 가진 인적자원이 절대적으로 부족한 현실이다. 따라서 가정법원은 인적자원과 물적 시설을 확충하여야 하며, 그 방안으로 성년후견에 관한 업무를 제대로 수행할 수 있는 전담법관, 가사조사관 등의 증원과 함께 전문성을 확대하는 등의 시설확충이 시급하다.¹⁰²⁾

5. 마치며

우리나라의 현행법상 성년후견제도는 이 제도가 가지고 있는 여러 가지 문제점들로 인하여 후견제도로써 제대로 기능을 하지 못하고 있다. 더욱이 고령화사회로 접어들고 있으며 정신질환자를 포함한 지적장애인의 수도 증가하고 있는 현재의 상황에서 2009년부터 4년에 걸쳐

100) 김고은(2013), 위의 논문, p.111

101) 신은주(2009), 앞의 논문, pp.55-56

102) 신은주(2009), 앞의 논문, p.55

단계적인 민법의 개정 작업에 착수하였고, 개정안은 2011년 2월 18일 국회본회의를 통과하여 금년 7월1일부터 시행될 예정이다.¹⁰³⁾

본고에서는 일본의 성년후견제도와 우리의 개정민법에 대하여 비교·검토를 하였다. 우선 새로운 성년후견제도의 바탕이 되는 사상적 배경과 자기결정권의 존중 및 존존능력의 활용이라는 두 이념을 살펴보았으며, 이를 기반으로 임의후견제도와 법정후견제도를 차례로 논하였다. 임의후견제도란 본인이 장래를 생각하여 자신에 대한 후견의 방법을 미리 스스로의 의사에 따라 결정하는 것으로 신뢰있는 자에게 자신의 재산관리나 신상보호를 수임인에게 맡기는 것이다. 자기결정권의 존중과 관련하여 새로운 성년후견제도의 핵심인 이 제도는 우리보다 먼저 시행한 일본에서 몇 가지의 문제점이 표출되었는데, 그것은 첫째, 임의후견제도의 저조한 이용률과 둘째, 임의후견인의 권리남용이었다. 이러한 문제점은 우리에게도 시사하는 바가 큰데, 이를 해결하기 위한 다양한 대책을 서술하였다. 그리고 임의후견제도와 함께 새로운 성년후견제도의 지주인 법정후견제도는 성년후견, 한정후견, 특정후견이라는 3분론을 취하고 있다.

끝으로 새로운 성년후견제도의 정착을 위한 제언으로 세 가지를 제시하고 대안을 적시하였다. 첫째, 공적지원제도 및 법률기반 구축을 위해서 무자력자에 대한 공적지원제도를 통해 성년후견이 有產者만을 위한 제도가 아니라 후견을 필요로 하는 자라면 누구나 이용할 수 있는 제도가 되어야 할 것이다. 또한 재정적 지원협력을 유도하는 법률제정과 아울러 유관기관과의 네트워크 구축의 강화를 강조 하였다. 둘째, 성년후견인의 양성과 성년후견서비스 수준의 확보를 위해서 성년후견인 양성 및 보수교육을 담당할 수 있는 기구를 마련하는 것과 함께 재산관리와 신상보호를 위해 전문성을 가진 기관을 체계적으로 조직화할 필요가 있다. 셋째, 법원의 인적·물적 인프라 확충은 성년후견에 관한 업무를 제대로 수행할 수 있는 전담법관, 가사조사관 등의 증원과 함께 전문성을 확대하는 지름길이다.

【參考文獻】

- 김고은(2013)「성년후견제도의 주요 내용 및 향후과제」 경남발전(경남발전연구원)
 김명중(2010)「일본의 성년후견제도의 동향과 과제」 국제노동브리프(한국노동연구원)
 백승흠(2002)「일본의 성년후견제도의 개관」 가족법연구 제16권 1호
 송호열(2002)「성년후견법제에 관한 연구」 동아대학교 법학박사학위 논문
 신은주(2009)「우리나라에서 성년후견제도의 도입」 한국의료법학회지 제17권 제2호

103) 윤일구(2012), 앞의 논문, pp.173-174

- 오호철(2006)「일본의 성년후견제도와 우리나라의 성년후견법안의 비교」『비교사법』제15권제 2호
 윤일구(2012)「성년후견제도의 도입에 따른 문제점과 과제」『전남대학교 법학논총』제32집 제2호
 임혜경(2009)「권리옹호 정책으로서 일본의 성년후견제도 : 문제점과 시사점」『사회보장연구』제25권 제1호, 한국사회보장학회
 최윤영(2012)「사회복지적 관점의 성년후견제 도입 의미와 과제」참여연애사회복지위원회 월간복지동향
 石田熹久夫・筱塚沼次 編(1992)「講義 民法總則」青林書院
 岡部 喜代子(2009)「일본 성년후견제도의 문제점」『한림법학 FORUM』제20권
 更田義彦(2002)『人權保障としこの成年後見制度』一橋出版
 北野後光(2005)「高齢者支援の手段としこの任意後見契約」『法律時報』제77권 5호
 田山輝明(1998)「任意後見制度-ドイツにおける老齡配慮委任状との比較」『ジユリスト』No.1141
 岩井伸晃(2000)「補助制度の新設の意義と機能」『ジユリスト』No.1141
 原 司(2000)「任意後見制度 について」『ジユリスト』No.1172

논문투고일 : 2013년 03월 10일
 심사개시일 : 2013년 03월 20일
 1차 수정일 : 2013년 04월 09일
 2차 수정일 : 2013년 04월 15일
 게재확정일 : 2013년 04월 20일

 <要旨>

한·일간 성년후견제도의 비교

현행 우리민법상에 있어서도 성년후견제도로써 금치산과 한정치산제도를 가지고 있다. 그러나 현행의 금치산과 한정치산제도는 그 이용적인 측면에서 살펴보면, 이용하기 쉽지 않을 뿐만 아니라 실제로도 거의 이용되지 못하고 있는 실정이다. 더욱이 현행제도가 고령자의 판단능력이 불충분하게 되는 경우 이를 보호하기에는 부족한 점이 있다. 따라서 현행의 제도를 시대에 부응하는 새로운 제도로 개정하는 것이 바람직할 것이라 본다. 이와 같은 입장에서 생각해 보면, 새로운 제도로 개정하게 되는 성년후견제도는 본인 보호의 이념과 본인의 자기결정의 존중을 조화시키는 관점에서 출발하여 치매고령자, 지적장애자, 정신장애자 등의 사회적 상황을 충분히 고려하여 유연하고 탄력적인 제도가 시행되는 것이 중요하다고 본다.

끝으로 새로운 성년후견제도의 정착을 위한 제언으로 세 가지를 제시하고 대안을 적시하였다. 첫째, 공적지원제도 및 법률기반 구축을 위해서 무자력자에 대한 공적지원제도를 통해 성년후견이 有產者만을 위한 제도가 아니라 후견을 필요로 하는 자라면 누구나 이용할 수 있는 제도가 되어야 할 것이다. 또한 재정적 지원협력을 유도하는 법률체제과 아울러 유관기관과의 네트워크 구축의 강화를 강조 하였다. 둘째, 성년후견인의 양성과 성년후견서비스 수준의 확보를 위해서 성년후견인 양성 및 보수교육을 담당할 수 있는 기구를 마련하는 것과 함께 재산관리와 신산보호를 위해 전문성을 가진 기관을 체계적으로 조직화할 필요가 있다. 셋째, 법원의 인적·물적 인프라 확충은 성년후견에 관한 업무를 제대로 수행할 수 있는 전담법관, 가사조사관 등의 증원과 함께 전문성을 확대하는 지름길이다.

A Comparison of the Adult Guardianship Laws of Japan with the Adult Guardianship Laws of Korea

As Adult Guardianship Laws, Korea has stipulated regulations for incompetent and quasi-incompetent individuals in its civil laws. However, the current regulations for incompetent and quasi-incompetent persons are not easy to be applied when they are reviewed for their application, and they are rarely applied in practice. Moreover, the current law system for the matter hereof has the defect that it cannot fully protect interests of the aged who have lost their judgement. Thus, the current law system seems to be amended to keep up with the times. From this point of view, I consider that Adult Guardianship Laws to be newly amended should be executed in flexible way by fully taking into consideration the social factors and situation including the elderly with dementia and intellectually or mentally challenged people while having its basis on harmony between the concept of self protection and respect to self-decision of individuals.

Finally, I made three suggestions and stated solutions for settlement of the new Adult Guardianship Laws. Firstly, the new system is required to be a such system that can be applied for anyone who needs the help of guardianship not only for those with property through establishment of proper public and social support systems and legal grounds for those who lack means. Also, I focused on the importance of establishment of laws and regulations that lead to proper financial support and cooperation and of network with relevant organization. Secondly, I consider that training institutions to cultivate adult guardians and to confer follow-up training should be established for training of adult guardians and high standards of adult guardianship service and that professional organizations should for systematically formed for protection of property and personal welfare. Thirdly, I think that expansion in personnel and financial infrastructure of the court along with increase in employment of judiciary officials and family fact-finding officers who can perform adult guardianship service properly could lead to enhancement of professionalism in execution of adult guardianship system.