

# 高齡者의 行爲能力과 財産管理 支援制度

1999. 12

研究者：李俊雨(研究委員)

한국법제연구원



# 目次

第1章 序論 .....	5
第2章 高齡化社會의 法的 問題 .....	7
第1節 高齡化社會와 老人法制 .....	7
1. 老人法制의 憲法的 根據 .....	7
2. 高齡化社會의 老人法制 .....	10
第2節 法的 問題 .....	11
1. 財産法上의 問題 .....	11
(1) 行爲無能力者制度 .....	11
(2) 財産管理制度 .....	12
(3) 法律行爲의 代理·委任 .....	14
2. 家族法上의 問題 .....	15
3. 社會福祉法上의 問題 .....	16
(1) 障礙人福祉法 .....	16
(2) 老人福祉法 .....	19
第3節 高齡者 保護의 基本的 觀點 .....	20
1. 基本方向 .....	20
2. 個別的 解決方向 .....	21
(1) 老人法制의 必要性 .....	21
(2) 高齡者의 行爲能力問題의 解決方向 .....	22
(3) 高齡者의 財産的·人格的 利益 保護方向 .....	23
第3章 高齡者의 行爲能力와 後見制度 .....	27
第1節 高齡者의 行爲能力 .....	27
1. 無能力者의 保護와 高齡者의 保護 .....	27
2. 高齡者의 行爲能力 .....	30

(1) 立法例 .....	30
(2) 高齡者의 行爲能力 및 그 補充 .....	34
第 2 節 高齡者 後見制度 .....	39
1. 理念과 類型 .....	39
(1) 成年後見과 高齡者後見 .....	39
(2) 類 型 .....	40
2. 法定後見制度 .....	42
(1) 一元主義와 多元主義 .....	42
(2) 制度의 利用主體 .....	51
(3) 適用範圍와 生活必需品契約 .....	53
(4) 申請主義와 職權主義 .....	54
(5) 後見人의 要件과 報酬·費用 .....	57
(6) 成年後見人의 監督機關 .....	59
(7) 成年後見人의 權限 .....	60
(8) 本人意思의 尊重 .....	63
(9) 後見內容의 再審查 .....	64
(10) 後見制度와 擔當者 .....	65
(11) 다른 法律·制度와의 調整 .....	66
(12) 기타 簡易類型 및 特別代理人類型 .....	66
3. 任意後見制度 .....	68
(1) 立法例 .....	68
(2) 小 結 .....	74
第 3 節 改善方案 .....	74
1. 自己決定과 保護의 調和 .....	74
2. 既存의 制度와의 調和問題 .....	76
第 4 章 結 論 .....	79
參考文獻 .....	85

## 第1章 序論

최근 고령화사회 및 핵가족화가 진전됨에 따라 고령자를 상대로 한 사기나 사행심조장, 재산의 횡령등 고령자의 재산관리에 있어서 많은 사회적 문제를 초래하고 있다. 또한 身上保護와 관련하여 본인의 의사에 반하는 의료침해나 시설 등에서의 입소 등이 행하여짐으로써 의사결정의 자유를 침해하고, 개호 내지 부양의 법제와 관련된 문제도 야기되고 있는 현실이다.

현재 행위무능력제도가 미성년자나 한정치산자 및 금치산자를 규정하고 있으나, 이는 친권자나 후견인이 합리적인 보호자로서 실제적인 역할을 할 수 있다는 것을 전제로 한 경우이다. 도시화와 핵가족제도의 확산과 고령화사회의 도래와 같은 사회적 변화를 예상한 것은 아니다. 따라서 고령자를 중심으로 한 노인법제나, 신체기능의 감퇴에 수반되는 판단능력의 저하 및 건강악화에 따른 적절한 치료나 보호의 결여에 관한 법제는 법적 현실의 변화에 비추어 볼 때 민사법적인 제도적 보호장치는 불충분하다.

따라서 사적 생활관계에서 스스로 합리적인 판단능력과 의사결정능력이 부족한 고령자에 대하여 재산관리와 身上(건강)保護 두 측면에 대한 국가의 후견적 책무가 법제화되어야 할 필요성이 증대되고 있는 바, 이와 관련된 민법상의 행위무능력제도의 보완과 관련 특별법의 개선방안을 마련하여, 고령화사회에 대비하는 데에 이 연구의 목적이 있다.

고령자를 위한 후견제도문제는 고령자의 행위능력에 관한 문제이며, 이를 현행 행위무능력제도와 어떠한 관점과 원칙에서 보완할 것인가로 초점을 모을 수가 있다. 이와 관련하여 이미 주요 선진국에서는 새로운 이념하에 성년후견제도를 입법화하였다. 독일의 「성년자를 위한 후견 및 감호법의 개정에 관한 법률(Gesetz zur Reform der Vormundschaft und Pflégshafft für Volljährige-BtG)」에 의한 민법의 개정(1990), 프랑스의 「성년 및 법률에 의해 보호되는 성년자법(De la majorité et majeurs protégés par la loi)」에 의한 민법전의 개정, 영국의 「속적대리권수여법」(Enduring Powers of Attorney Act, 1985) 등이다. 일본도 법무성을 중심으로 「성년후견법」의 제정작업을 추진하고 있다.

현재 우리나라는 일본과 같은 고령사회대책기본법이 제정된 바가 없고, 이미 언급한 바와 같이 독·영·일등과 같은 고령사회에 있지 않다. 또한 가족

제도등의 형태나 관습 등이 상당히 다르다고 할 수 있고, 사회복지제도의 보장 정도도 상당히 차이가 있다는 점을 부정할 수가 없다. 따라서 고령자행위능력문제의 해결방향에 있어서도 이 점을 고려하여야 할 것이지만 고령화사회에 진입하고 있다는 점 및 선진국형 가족제도와 사회보장이념으로 이행하고 있다는 점에서는 고령자의 보호문제가 중요 현안으로 되고 있음은 다를바가 없다.

행위무능력자제도는 계약자유 원칙 또는 법률행위자유 원칙 아래에서 이루어지는 법률행위에 대하여 거래의 안전보다는 무능력자 본인의 보호에 중심을 둔 강행규정성을 가진 제도이다. 따라서 계약법분야에서 계약자유 원칙이 제한되는 분야에서는 다른 이념과 원칙이 적용될 수밖에 없다. 이 경우에 고령자의 보호는 어떠한 이념과 원칙에서 이루어져야 할 것인가가 고려되지 않을 수가 없다. 고령자가 곧 행위무능력자(현행 행위능력제도에서의)라는 등식이 성립되지 않기 때문에 획일적인 원칙만을 전제로 삼을 수가 없다는 한계가 있다.

이러한 고령자를 중심으로 한 후견제도의 개선방안 마련을 위하여 구체적으로는 i)현행 행위무능력제도의 현황 및 문제점 분석, ii)고령자의 현황 및 증가추세, 고령자의 재산관리 현황 분석, iii)일본의 성년후견법제를 중심으로 한 외국의 고령자 보호를 위한 각종 제도의 분석, iv)고령자의 행위능력 보완 및 재산관리의 합리화를 위한 제도적 개선방안 등을 주된 연구내용으로 한다.

연구방법론으로는 문헌연구와 비교법 연구를 통하여 제도상의 현황과 문제점을 분석하고, 입법정책연구로서 제도적 개선방안을 마련한다.

이 연구는 고령자의 행위능력을 합리적으로 보완하거나 경솔한 행위의 취소 등을 통하여 피해를 최소화하며, 고령자의 노후생활의 기반이 되는 재산을 합리적으로 관리할 수 있도록 법제적으로 지원하고, 介護 및 부양 관련 법제의 정비를 통하여 노인복지제도의 민사법적 보완을 꾀하는 데에 기여할 것으로 기대한다.

## 第 2 章 高齡化社會의 法的 問題

### 第 1 節 高齡化社會와 老人法制

#### 1. 老人法制的 憲法的 根據

고령자의 보호를 중심으로 한 이른바 노인법제는 그 헌법적 근거를 「인간의 존엄과 가치」(헌법 제10조)에서 찾는 것이 일반적이다. 인간의 존엄과 가치는 모든 기본권의 이념적 전제가 되고, 모든 기본권보장의 목적이 될 뿐만 아니라 어떠한 형식에 의해서도 침해될 수 없는 인간의 실존적 존재방식을 제시하며, 어떠한 형태에 의한 인간의 존엄에 대한 침해를 배제 또는 방지할 수 있는 근본적인 기본권이다. 인간의 존엄과 가치는 인간의 정신적·신체적 조건과는 무관하기 때문에 신체상의 불구나 병자, 정신병자, 유아, 미성년자, 알콜중독자, 범죄자 등 신체상태에 관계없이 모든 인간에게 적용된다는 점에서 노인법제의 가장 기본적인 헌법적 근거로 삼을 수가 있다.

한편 인간의 존엄과 가치의 다른 표현으로 행복추구권이 헌법 제10조제1문 후단에서 「모든 국민은 …… 행복을 추구할 권리를 가진다」고 규정되어 있다. 개인이 행복을 추구할 수 있는 개인의 권리라는 점에서 '인간의 존엄과 가치'와는 또 다른 특성을 가진다.<sup>1)</sup> 노인법제와 관련하여 본다면, 고령자에 대하여도 행복을 추구할 권리가 보장되어야 한다는 것이며, 이는 신체적 능력의 저하에 따른 국가적 지원과 제도적 보완장치가 적극적으로 마련되어야 한다는 것을 의미한다. 물론 행복추구권의 내용에 대한 견해가 대립되고 있고, 행복추구권이 기본권이 아니라는 입장<sup>2)</sup>에 설 때에는 인간의 존엄과 가치를 최대한 실현시키기 위한 모든 국민의 당위적인 삶의 지표를 밝힌 것이 되고, 노인법제가 추구하여야 할 궁극적인 방향성에도 관계가 될 것이다. 그러나, 헌법재판소의 입장과 같이 행복추구권의 독자적 권리성, 포괄적 기본권성을 인정하는 입장에서는 일반적인 행동의 자유권과 개성의 자유로운 발현권이 함축되어 있다고 볼 수가 있다.<sup>3)</sup> 행복추구권의 구체적 내용에 관

1) 許營, 韓國憲法論, 法文社, 1998. 321면; 헌법재판소도 동일한 취지로 판시한 바가 있다(1995. 7. 21. 93헌가14).

2) 許營, 前掲書, 321면.

3) 헌법재판소, 1991. 6.3. 89헌마204.

하여, i) 고통이 없는 상태, 만족감을 느낄 수 있는 상태를 실현할 수 있는 권리라고 보는 견해<sup>4)</sup>, ii) 일반적 행동자유권·신체의 불쾌손권·평화적 생존권이라고 보는 견해<sup>5)</sup> 및 iii) 생명권·인격권·신체를 훼손당하지 않을 권리·평화적 생존권·휴식권·수면권·일조권·스포츠권 등을 열거하는 견해<sup>6)</sup> 등이 있다.

노인복지법은 노인의 건강과 노후의 생활안정을 도모하기 위한 법이라는 측면에서 i)의 견해나 iii)의 견해에 가깝다. 물론 민법의 근거규정으로 볼 수 있는 재산권보장규정 즉, 사유재산제도에 관한 규정과 사생활보호에 관한 규정 등이 무관하지 않다. 다만, 이러한 헌법적 근거도 대국가적 효력과 제3자적 효력을 동시에 갖는 것이긴 하지만, 포괄적 기본권의 특성상 개별 법률에 의하여 구체화가 필요함은 당연하다. 이러한 점에서 노인복지법등을 비롯한 노인법제가 필요한 것이다. 아직 고령자를 중심으로 하는 노인법제로 들 수가 있는 것으로 노인복지법 이외에는 특별한 법률이 없다는 점에서 아직 우리 나라가 노인법제가 마련되어 있다고 보기에는 충분하지 않다.

일본에서는 개인(인간)의 존엄 또는 인권의 근거를, 「인간이 가진, 자율에 대한 잠재적 능력」에서 구하는 견해가 노인법제와 관련하여 그 방향성에 있어서 지지를 받고 있다. 이 입장에서는 자녀, 고령자, 장애자와 같은 자율적 능력이 불충분한 사람에게도 인간으로서의 존엄성, 인격주체성이 부여된다. 그런데 정신적으로는 신체적 자율성이 불충분한 고령자가 「자기결정」을 하는 경우, 그 행위가 타인을 해하거나, 혹은 자기자신을 해하는 수도 있게 된다. 그래서, 국가가 그러한 행위를 규제하여 고령자를 보호하는 것은 어디까지 허용되는가, 또 한편, 어떠한 규제·보호가 헌법상 기대되고 있는가 하는 문제로 된다. 그런데 모든 인권은 타인의 인권 침해의 금지, 각자에게 인권을 형식적으로 평등하게 보장하는 이상으로 필요한 사회질서의 침해 금지라고 하는 내재적 제약을 수반하고 있다. 인권은 공공복리에 의한 제약에 따른다(일본헌법 제13조)고 하는 것은, 첫째 이러한 인권의 내재적 제약을 의미한다. 더구나 인권 가운데 경제적 자유는, 복지국가시책실시를 위한 정책적·외재적 제약도 받는다고 해석되고 있다. 이는 공공복리의 두 번째의 의

4) 丘秉朔, 新憲法原論, 博英社, 1990, 445면.

5) 金哲洙, 憲法學概論, 博英社, 1997, 353면.

6) 權寧誠, 憲法學原論, 法文社, 1997, 347면.



미이다. 그러므로 고령자의 신체의 자유는, 타자가해의 억제를 위하여 규제하는 것이며, 고령자의 경제활동을 타자가해의 억제를 위하여 또는 복지국가 시책실시를 위한 정책적 이유에 기하여 규제하는 것은 문제로 된다.

더구나, 개인에 의한 자기결정이 본인에게는 나쁜 결과를 초래하여도 공권력이 후견적 견지에서 개인의 자기결정에 개입하여서는 아니 되는가, 아니면 소위 paternalism(온정적 간섭주의, 온정주의)에 기한 제약은 허용되어 있는가 라는 기본적인 문제가 제기된다. 원칙적으로 이러한 온정주의적 제약은 개인의 자기결정능력의 승인·중시라고 하는 「개인의 존엄」원리와 모순된다. 그러므로 그것은 본래 인정될 수도 없는 것이지만, 인격적 자율없이 자기결정 자체를 회복불가능할 정도로 영속적으로 해하는 경우에만 예외적으로 인정될 수가 있다는 「한정된 온정주의적 제약론」이 있다.

고령자의 신체의 자유 및 경제적 자유에 대한 온정주의적 관점에서의 규제는, 「한정된 온정주의적 제약」으로서만 허용된다. 이 경우 국가는 후견적 관점에서 정신적인 자율적 능력이 부족하다고 하는 고령자(치매성 고령자)의 자기결정을 제한하는 경우에도 그러한 제한은 필요 최소한도로 하지 않으면 아니 된다. 즉, 「치매성 고령자의 잔여능력」에 『최대의 존중』을 기울이는 법 시스템 그것이 헌법상 요청된다」고 보는 것이다.

민법의 금치산선고제도는 이러한 헌법 요청에 적합한 것으로 되며, 「치매성 고령자의 잔여능력을 최대한 존중하기 위한 「부분적, 단계적, 한정적」 후견제도를 내용으로 하는 입법이 요구되고 있다. 마찬가지로, 치매성 고령자의 치료에 관하여도 치매성 고령자의 잔여능력에 따른 informant·concent의 법리가 타당하다.<sup>7)</sup>

생존권과의 관계에서도 위와 마찬가지로 할 수 있다. 즉, 생존권을 포함한 사회권도 「개인의 존엄」원리에서 도출된 인권이다. 예컨대, 생존권에 관하여 말하자면, 그것은 현대자본주의국가에 있어서도 「개인(인간)의 존엄」성을 지키기 위하여 국가가 개인의 최저한도의 생활을 보장하여 무엇보다도 쾌적한 생활을 영위하기 위한 여러 가지 諸施策을 취할 것이 필요하다고 하는 고려에 기하여 보장되어 있는 것이다. 자기결정(능력)과의 관계로 달리 표현하자면, 자본주의사회에서는 신체적 자율성, 정신적 자율성, 경제적 자율성이 불충분한 개인이 구조적으로 생길 수밖에 없는 한, 국가가 그러한 개

7) 竹中勳, 「高齡者の人權と憲法學(二·完)」, 産大法學29卷1號, 1995, 52面.

인의 자율성 부족을 보완하는 조치를 행하지 않으면 아니 된다는 것이다. 그러므로 생존권을 실현하기 위한 국가의 제반 시책은 가능한 한 개인의 자율성의 부활·강화에 귀결되지 않으면 아니 된다.<sup>8)</sup> 자율성이 부족하게 된 (없거나 부족한) 고령자는 생존권의 한 내용으로서 자율성의 부족을 보완하기 위하여 국가의 조치를 요구할 권리(단, 입법에 의하여 구체화가 필요한 추상적 권리)가 있다고 해석되어지지만, 그러한 국가의 諸施策은 가능한 한 고령자의 자율성의 부활·강화에 귀결되지 않으면 아니 된다.

## 2. 高齡化社會의 老人法制

고령화사회는 고령자를 중심으로 하는 다양한 법적 문제가 발생하기 마련이며, 이를 위한 특별한 법적 제도를 마련하거나 각 개별법에서 이들에 관한 규정을 두게 된다. 노인법제는 고령자법제라고 할 수 있으며, 기본적으로 위에서 언급한 바와 같이 헌법적 근거 하에서 민법상의 행위능력제도와 후견제도를 기본 축으로 하여 설정되며, 나아가 사회복지법제와 관련이 된다. 그러나 기본적으로 개인을 중심으로 하는 법제를 원칙으로 하고, 사회나 국가적 차원의 규율을 보충적 제도로 하는 우리 법제에서는 여전히 민사법적인 기본 원칙을 선결문제로 하지 않을 수가 없다고 본다. 민사법제에서의 고령자문제는 재산법상의 관련 제도와 가족법상의 관련 제도, 기타 관련 민사법령상의 규정으로 나타난다. 노인법제라고 칭할 때에는 공법적인 사회복지법상의 제도로써 노인복지법과 장애인복지법상의 관련규정을 포함하게 될 것이다. 아직 우리나라는 노인법제라고 별도로 칭할 만한 관련 법령이나 규정을 충분히 갖추고 있지 못하다. 그러한 점에서도 고령화사회를 맞이하고 있는 현재 고령자의 보호문제는 더욱 현안문제라고 할 수가 있다.

이제 고령자는 전체 국민에서 극히 예외에 해당하던 법적 주체가 아니라 중요한 비중을 차지하는 법적 인격에 해당한다. 미성년자의 문제와 함께 고령자의 문제가 사회의 중요한 영역을 차지하게 되었다는 점에서 노인법제의 필요성 문제도 제기되고 있고, 고령자보호의 문제가 중요성을 더해 가고 있다고 보는 것이다.

8) 樋口陽一의, 註釋法律學全集2 憲法Ⅱ, 青林書院, 1997, 142면.

## 第2節 法的 問題

### 1. 財産法上の 問題

고령자의 재산법상 문제는 고령자의 법률행위가 일반인에 비하여 합리적인 인식·판단 아래 이루어지기 어렵다는 데에서 발생한다. 이는 각종 법률 행위나 사실행위 나아가 불법행위와 관련하여 의사능력, 행위능력, 책임능력의 문제로 직결된다. 고령자가 자신의 재산을 보존·이용·개량하거나 처분하는 경우에 고령으로 인한 판단능력의 저하 때문에 자신의 이익을 보호하기 어려운 경우가 발생한다. 아울러 계약 등의 법률행위에서도 마찬가지이다. 경우에 따라서는 일반인의 경우에는 피할 수가 있는 손해의 발생에 대하여 불법행위로 인한 손해배상책임을 지게 되거나 타인의 불법행위에 쉽게 노출되어 피해를 보는 경우도 있게 된다.

물론 현행 민사법상에 고령자를 보호할 수 있는 제도적 장치가 전혀 없는 것은 아니다. 행위무능력자제도, 민법 제105조의 불공정행위 규정, 대리제도, 위임제도 기타 신탁법상의 신탁제도도 활용 가능하다. 그러나 이러한 제도는 기본적으로 고령자를 행위무능력자로 보거나 정상인으로 보는 이분법적 관점에 있는 제도이며, 현실적으로 별로 이용되고 있지 않다는 점에서 볼 때 고령자 본위의 제도는 아니다.

#### (1) 行爲無能力者制度

현행 민법은 미성년자, 한정치산자, 금치산자를 행위무능력자로 하고 있고, 이들의 행위능력을 보충하기 위하여 법정대리인으로서 친권자와 후견인 제도를 두고 있다.

고령자의 보호와 관련하여 의미가 있는 것은 한정치산자제도와 금치산자제도이다. 한정치산자의 경우에는 낭비자도 해당될 수가 있지만 기본적으로 모두 心神狀態를 기준으로 행위능력유무를 결정하는 제도이다. 또한 청구자는 본인·배우자·4촌이내의 친족·호주·후견인이다(민법 §9, §14). 법정대리인은 후견인이며, 후견인은 배우자, 직계혈족, 3촌이내의 방계혈족의 순위로 된다(민법 §933, §934).

고령자가 한정치산자나 금치산자로 선고를 받으려면, 청구자는 실질적으로 본인, 배우자, 4촌이내의 친족에 한정된다. 고령자 자신이 호주이며, 신청전에는 후견인이 없기 때문이다. 후견인이 되는 자도 실제상으로 고령자의 배우자나 伯·叔父도 고령자이기 때문에 고령자의 자녀나 조카로 좁혀진다. 이는 행위무능력자의 후견인으로 피후견인보다 연장자인 부모나 기타 존속인 혈족을 상정하고 있는 것과는 정반대의 현상이 생기게 된다. 재산관리의 측면에서 볼 때, 상속권자와 후견인의 범위가 일치하며, 특히 고령자의 비속이 후견인이 되기 때문에 동 순위의 상속권자와 이해관계가 대립되는 문제가 발생한다. 아울러 피상속인이 될 고령자와 상속인이 될 후견인간의 이해관계가 발생하며, 이러한 관점에서 볼 때 자기계약·쌍방대리의 제한규정(민법 §124)의 탈법적 위반행위로 피후견인의 이익을 해할 우려도 있다. 이는 가족공동체 의식이 붕괴되고 있는 사회현실과 관련하여 볼 때 배제할 수 없는 사실이다.

고령자가 후견인의 범위에 해당하는 자에 대하여 임의대리권을 수여하는 경우도 마찬가지로 문제가 발생할 수가 있다.

한편, 행위무능력제도의 적용에 대하여 예외가 인정되는 경우에 고령자를 어떻게 보호할 것인가 하는 문제도 발생한다. 해석상으로 사실적 계약관계, 필수품계약, 정형적·대량적 거래 등에 있어서는 행위무능력제도의 적용을 배제하는 이론이 일반적으로 인정되고 있다. 더 나아가 거래의 안전을 우선적 이념으로 하는 어음·수표행위 기타 금융거래 행위 등에 있어서 행위무능력자와 고령자를 어떻게 차별화하여 취급할 것인가가 문제된다.

## (2) 財産管理制度

민법에는 통일적인 규정은 없으나, 대리와 관련되는 제도로서 재산관리제도가 있다. 본인 이외의 자가 본인의 재산을 관리하는 관계는 반드시 대리관계와 완전히 일치하는 것은 아니지만, 재산관리가 대외적으로 법률행위로서 행하여지는 경우에는 이를 대리로서 파악하여 재산관리인을 대리인으로 하는 것이 적지 않다.

민법은 법률이 규정하는 재산관리인(이른바 법정관리인)은 모두 대리인(법정대리인)으로 하고 있다.

① 부재자의 재산관리 (§22 - §26)

부재자가 재산관리인을 정하지 않은 경우에 한하여 법원이 이해관계인이거나 검사의 청구에 의하여 재산관리에 관하여 필요한 조치로서 재산관리인을 선임할 수가 있다. 법원의 관리조치는 부재자 본인의 관리행위(관리인 선임)에 대하여 보충적 관계에 있다. 물론 부재자의 생사가 분명하지 아니한 때에는 법원이 재산관리인, 이해관계인 또는 검사의 청구에 의하여 부재자가 선임한 재산관리인을 개입할 수 있고 (§23), 관리할 재산목록의 작성 기타 부재자의 재산 보전을 위하여 필요한 조치 등을 명할 수가 있다. 또한 권한을 넘는 행위(보존행위와 이용·개량행위 이외의 처분행위 등)를 하는 경우에는 법원이 선임한 재산관리인 또는 부재자의 생사가 분명하지 아니한 부재자의 선임관리인은 법원의 허가를 얻어야 한다.

② 상속재산의 보존관리

법원은 이해관계인 또는 검사의 청구에 의하여 상속재산의 보존에 필요한 처분을 명할 수 있고, 여기에는 재산관리인의 선임을 포함한다 (§1023②). 이 경우 부재자의 재산관리에 관한 규정이 준용된다.

③ 상속인없는 재산의 관리

상속인의 존부가 분명하지 아니한 때에는 법원이 피상속인의 친족 기타 이해관계인 또는 검사의 청구에 의하여 상속재산관리인을 선임하고 지체없이 이를 공고하도록 하고 있다. 관리인은 상속채권자나 유증을 받은 자가 청구하는 경우 언제든지 상속재산의 목록을 제시하고 그 상황을 보고하도록 하고 있다 (§1053②, §1054).

④ 子の 특유재산과 그 관리

자가 자기의 명의로 취득한 재산은 그 특유재산으로 하고 법정대리인인 친권자가 이를 관리한다 (§916). 무상으로 자에게 재산을 수여한 제3자가 친권자의 관리에 반대하는 의사를 표시한 때에는 친권자는 재산관리권이 없으며, 제3자가 지정한 재산관리인 또는 법원이 선임한 재산관리인(제3자가 지정하지 않은 경우)이 그 재산을 관리한다.

친권자가 子の 재산관리를 하는 경우에는 대리관계로 되며, 子の 행위를 목적으로 하는 채무를 부담할 경우에는 본인의 동의를 얻도록 제한하고 있

다(§ 920). 후견인이 관리하는 경우도 동일하다(§ 949).

친권자가 아닌 자가 재산관리인이 되는 경우(§ 916 - § 918)에는 위임으로 되며, 따라서 관리업무 종료시에 위임에 관한 규정(§ 691, § 692)이 적용된다(§ 919).

### ⑤ 신탁

신탁법에 의한 신탁으로써 고령자는 자신의 특정 재산을 수탁자에게 이전하거나 기타의 처분을 하고 수익자의 이익을 위하여 또는 특정의 목적을 위하여 그 재산을 관리·처분하게 할 수가 있다. 이 경우에 자신 또는 일정한 자를 수익자로 정할 수가 있다. 신탁은 공시되고 신탁재산은 신탁법에 의하여 특별히 엄격하게 관리된다는 점에서 상당히 유용한 제도이지만, 고령자가 신탁이익의 전부를 향수하는 신탁으로 할 경우에는 위탁자가 언제든지 해지할 수 있으며 손해배상의무를 규정하고 있다는 점(민법 § 689②), 그리고 신탁위반의 처분행위에 대하여 그 취소가 취소원인이 있음을 안 날로부터 1월내에, 처분한 때로부터 1년을 경과한 때에는 제척된다는 점에서 고령자의 경우에는 문제가 있다.

일반인이 쉽게 이용할 수 있는 수탁자는 신탁업법에 의하여 재정경제원장관의 인가를 받은 신탁회사이며, 현재 부동산신탁은 부동산신탁회사가 업무로 하고 있고, 금전신탁은 은행등이 겸하고 있다. 즉, 금전신탁과 부동산신탁이 분리되어 있다는 점에서 포괄적인 재산관리의 형태로서 신탁을 필요로 하는 고령자에게는 부적당하다.

## (3) 法律行爲의 代理·委任

### ① 대리제도

고령자가 한정치산이나 금치산선고를 받지 아니한 경우에는 대리인을 선임하여 본인의 행위능력을 보충하거나 확장할 수가 있다. 이는 일반인의 경우와 다를 바가 없다.

그러나, 고령자의 경우는 일반인과 같은 정상적인 상태가 아니며, 그렇다고 한정치산자나 금치산자와도 동일한 것은 아니라는 점에서 대리제도를 고령자의 경우에 그대로 적용하여 충분하다고 할 수가 없다. 자기계약·쌍방대리 금지규정을 제외하고는 임의대리인에 대하여는 법정대리인의 경우와는

달리 법원이 감독하는 사항이 없다. 그리고 대리권의 수권행위는 정상적인 행위능력수준을 가지고 있는 경우를 전제로 하는 것이기 때문에 고령자의 경우에는 한계가 있다. 또한 표현대리에 대하여도 본인의 책임이 인정되기 때문에 고령자의 경우에는 적절하지 못하다.

## ② 재산관리 등의 위임

위임계약에 의하여 고령자가 자신의 재산관리 기타 사무의 처리를 타인에게 위임할 수가 있다. 위임은 법률행위뿐만 아니라 사실행위를 포함하게 되므로 대리에 의한 경우보다 수임인의 업무범위가 넓게 된다는 장점이 있다. 다만, 위임계약에 의하는 경우에는 당사자는 언제든지 이를 해지할 수가 있기 때문에(§689) 고령자의 경우에는 지속적인 보장책으로는 한계가 있다.

사회복지제도가 정착되어 있지 않고, 점점 핵가족화되어 가고 있는 우리 현실에서 고령자가 최후에 의존할 수밖에 없는 것은 자신의 재산뿐이라고 하여도 과언이 아니다. 판단능력이 저하된 고령자의 재산을 고령자의 권익을 최우선으로 하여 합리적으로 관리될 수 있는 제도적 장치가 필요한 것이다.

## 2. 家族法上的 問題

가족법상 고령자에 관한 문제는 부양의 문제와 의료적 보호문제가 중심에 있다. 이를 위한 제도로서 가족의 부양의무, 후견인제도가 있다. 상속과 관련하여 유언집행인제도도 들 수가 있다. 이 중에서 고령자에게 의미가 있는 것은 부양제도와 후견인제도이다. 물론 이 제도도 고령자의 보호에 중점이 있는 제도는 아니며, 부양제도는 부양능력이 있는 가족이 생계능력이 없는 다른 가족에 대한 의무이고, 후견인제도(§937~§959)는 친권자가 없는 무능력자를 보호하기 위한 제도이다. 입양·협의파양, 약혼·혼인·협의이혼의 경우에 후견인의 동의를 얻어 행할 수 있고, 의사능력이 회복될 때에는 단독으로 유언을 할 수도 있다(§1063).

문제는 친권자제도가나 후견인제도는 행위무능력자제도를 기초로 한 제도라는 점이다. 또한 친권자를 원칙으로 하고, 친권자가 없거나 부적당한 경우에 보충적으로 기능하도록 후견인제도를 둔 점이다. 결국 미성년이거나 금치산자·한정치산자인 자의 보호를 위한 제도로서 본질을 가진다는 점에서 고령

자의 보호를 위한 제도로 부적절하다. 달리 보면, 고령화사회를 염두에 두고 마련된 법제는 아니라는 데에 내재적 한계가 있다. 또한 대가족제도나 가족 중심의 사회에서 부부중심의 핵가족사회를 바탕으로 한 제도는 아니라는 점이다.

### 3. 社會福祉法上的 問題

고령자는 두 가지의 지위를 겸할 수가 있다. 하나는 신체적 기능의 정상여부에 따른 장애인의 범주에 포함되는 경우이고, 다른 하나는 연령을 기준으로 한 노령자에 해당되는 경우이다. 전자의 경우에는 장애인복지법의 적용 대상이 되고, 후자의 경우에는 노인복지법의 적용 대상이 된다.

#### (1) 障礙人福祉法

##### 1) 목적과 적용대상

장애인복지법은 1981년 UN 세계장애자의 해에 「心身障礙者福祉法」으로 제정되었다가 1989년 12월30일에 「障礙人福祉法」으로 개정된 것이다. 障礙人福祉法은 1948년의 인권에 관한 세계선언, 1971년의 장애자의 권리선언의 이념을 승계하여 제정된 것으로, 障礙人 대책에 관한 국가, 지방자치단체 등의 의무를 명백히 하고 장애 발생의 예방과 장애인의 의료·훈련·교육·고용의 촉진·수당의 지급 등 장애인복지대책의 기본이 되는 사업을 정함으로써 장애인복지대책의 종합적 추진을 도모하여, 장애인의 자립 및 보호에 관하여 필요한 사항을 정함으로써 장애인의 생활안정에 기여하는 등 장애인의 복지추진에 기여함을 목적으로 한 것이다(장애인복지법 제1조).

장애인복지법의 적용대상인 '障礙人'은 「肢體障礙, 視覺障礙, 聽覺障礙, 言語障礙 또는 精神遲滯 등 정신적 결함으로 인하여 장기간에 걸쳐 일상생활 또는 사회생활에 상당한 제약을 받는 者」이다(동법 제2조). 장애인은 그 장애의 원인을 불문하고 실질적으로 신체적·정신적 결함으로 제약을 받는 자를 의미하므로 고령에 의한 장애도 장애인복지법의 적용대상이 된다. 동법은 국가와 지방자치단체의 책무와 가족의 책무를 규정하고 있고(동법 제5조), 장애인복지시책에 구체적으로 규정하고 있다.



한편, 비록 고령자인 장애인도 포함되는 것이긴 하지만, 장애인복지법의 중심 대상은 사회활동 인구층은 기본적인 대상으로 하고 있는 것으로 보아야 한다. 장애의 예방과 치료, 교육·훈련·고용 등의 목적은 장애인이 정상적인 일상생활과 사회생활을 할 수 있도록 지원하는 것이기 때문이다. 따라서 이미 사회생활의 대부분 영역에서 은퇴한 노년의 고령자에 대하여는 일상생활을 정상적으로 누릴 수 있도록 하는 데에 중점이 놓인다고 볼 때, 더구나 장기간에 걸쳐 서서히 진행된 고령화로 인한 장애의 치료와 재활은 장애인복지법의 주된 영역에는 미치지 못한다고 생각된다. 더구나 실제 장애인복지정책이 불충분한 예산, 인력, 시설 등으로 실시되고 있는 현실에서는 고령으로 인한 장애는 소홀히 취급될 여지가 크다.

## 2) 장애인과 고령자

고령자는 연령을 기준으로 한 분류이고, 장애인은 신체적·정신적 기능을 기준으로 한 개념이기 때문에 양자가 중첩될 수는 있지만, 일치하지는 않는다. 또한 위에서 본 바와 같이 장애인복지법의 취지 및 적용대상이 장애인에게 있기 때문에 고령자에게는 부분적으로 적용될 수밖에 없는 한계가 있다.

또한 장애인복지법에서 규정하고 있는 각종 복지시책의 내용들은 고령자에게 빈번하게 발생하는 성인병 특히 중풍이나 치매와 같은 장애를 동반하는 질병을 직접적인 대상으로 하고 있지 않다. 즉, 장애인복지법에서는 원인 질병에 대한 직접적인 치료를 대상으로 하고 있지 않다. 질병으로 인한 사후 장애의 치료와 재활을 주된 목적으로 하고 있기 때문이다. 이런 점에서 볼 때, 질병을 앓고 있는 고령자의 입장에서는 법적 공백에 놓여 있는 셈이다.

그리고 장애인복지시설의 이용 등은 선천성 연소 장애자의 경우와는 달리 고령장애인에게는 심리적으로 부적합 요소를 안고 있다. 정상인에서 장애인으로 된 경우에 겪게 되는 수치심과 사회적 거부감이 고령자의 경우에는 더욱 크다고 할 것이고, 이는 장애인 등록을 기피하는 요인이 되기도 한다.<sup>9)</sup>

## 3) 장애인등록과 무능력자제도

장애인 등록과 관련하여, 현행 민법상의 무능력자제도는 한정치산자, 금치

9) 장애인은 시·도지사에게 등록을 해야만 복지혜택이 주어지며, 재활전문가나 장애인 편의시설, 장애인종합복지관의 불충분 등 여러 가지 미비점이 고령자를 포함한 장애인을 위하여 개선되어야 할 사항이다.

산자의 선고 및 호적에의 등재와 비교하여 볼 때 양 제도 사이에 조정이 필요하다. 장애인복지법은 등록을 의무사항으로 하고 있고, 민법의 무능력자제도는 가사심판법에 의한 임의적 청구사항으로 하고 있다.

①장애인 등록의무: '장애인, 그 법정대리인, 장애인을 보호하고 있는 장애인복지시설의 장, 기타 장애인을 사실상 보호하고 있는 자'는 시·도지사에게 장애상태 기타 보건복지부장관이 정하는 사항에 대하여 등록하여야 한다(장애인복지법 제19조제1항). 이는 장애인복지법상의 복지혜택을 받기 위한 조건에 해당하며, 이와 별도로 보건복지부장관은 5년마다 장애인의 실태 조사를 하도록 규정하고 있다(동법 제18조).

②무능력자제도: 心神薄弱이나 心神喪失의 상태에 있는 자에 대하여 한정치산 또는 금치산 선고를 일정한 자의 청구에 의하여 가정법원이 내릴 수가 있다. 이 선고의 절차는 일정한 자 즉 '본인·배우자·4촌 이내의 친족·호주·후견인 또는 검사'가 가정법원에 청구하며(민법 제9조, 제12조), 가사심판법(제9조, 제9조의2)·가사심판규칙(제24조이하)의 규정에 의하여 선고되며, 이 선고는 공고되고 호적부에 공시된다(가사심판규칙 제29조, 호적법 시행령 제20조 제1항 제6호). 한정선고 또는 금치산선고의 심판청구가 있으면 가정법원은 본인의 요양·감호 또는 재산관리에 필요한 처분을 할 수 있다(가사심판규칙 제25조). 한정치산 또는 금치산 선고가 있으면, 그 한정치산자 또는 금치산자는 행위능력이 제한된다. 이는 행위무능력자인 당사자 본인을 보호하기 위한 제도이다. 한정치산자의 행위능력은 미성년자의 경우와 동일하다. 금치산자의 행위능력은 신분행위의 경우에는 부모 또는 후견인의 동의를 얻어 일정한 행위를 독자적으로 유효하게 할 수 있으나, 재산행위는 후견인이 대리하는 수밖에 없다.

③장애인과 고령자의 경우와 비교: 장애인의 경우 장애인복지법에 의하여 장애인으로 등록하였다고 하여 바로 행위무능력자로 되지는 아니한다. 별도의 한정치산 또는 금치산선고 절차를 밟아야 한다. 또한 장애인 중에서도 신체적 장애인(시각·청각·언어장애인)은 행위무능력자의 실체적 요건에 해당되지 아니하며, 정신신체등 정신적 결함이 있는 장애인만이 한정치산자 또는 금치산자로 될 수가 있다. 이 경우에도 따로 한정치산 또는 금치산선고 절차를 밟아야 함은 물론이다.

고령자의 경우, 고령이라는 사실만으로는 행위무능력자로 되지는 아니한다. 고령자는 신체적 기능의 점진적 저하로 인식·판단능력이 동반하여 낮아지는 특징을 가지고 있다. 특별히 치매와 같은 노인성질환이나 성인병 등으로 급격한 장애가 일어날 수는 있다. 어쨌든 가정법원에서 의사의 감정의견을 참작하여 행위능력을 부인함으로써 본인을 보호할 필요가 있느냐에 따라 판단한다.<sup>10)</sup> 즉, 한정치산 또는 금치산의 선고는 의학적 소견보다 법적 보호의 필요성이라는 기준이 우선한다.

이상을 요약하면, 고령자의 경우에는 의학적 판단에 따른 장애인의 특성과 행위능력을 부인할 법적 보호의 필요성에 따르는 행위무능력자의 특성을 함께 가질 수가 있다는 점에서 특징이 있다. 또한 이 점에서 고령자의 특별한 법적 취급과 보호가 필요하다고 하겠다.

## (2) 老人福祉法

노인복지법은 노인에 대한 인격적 존중과 안정된 생활 보장, 사회적 활동에 대한 참여보장 그리고 지식과 경험의 활용을 통한 사회발전에의 기여를 기본적 노인복지 이념으로 하고 있다(노인복지법 제2조).<sup>11)</sup> 이를 위하여 노인복지법은 노인의 질환의 사전예방 또는 조기발견과 적절한 치료·요양으로 노인의 心身의 건강을 유지하고, 노후의 생활안정을 위하여 필요한 조치를 강구하도록 국가 등의 책임으로 노인복지시책을 실시하고 필요한 제도적 장치를 규정하고 있다.

동법은 노인복지의 책임은 국가 및 지방자치단체 뿐만 아니라(동법 제4조 제1항) 노인의 일상생활에 관련된 사업을 경영하는 자에게도 노인보전복지의 증진노력의무를 부여하고 있다(동법 제4조제3항). 동법의 적용대상인 '老人'은 비록 정의규정을 두고 있지는 않지만, 경로연금 지급대상과 보건·복지조치의 대상을 65세 이상으로 하고 있고, 그 노쇠현상이 현저하여 특별히 보호할 필요가 있다고 인정될 때에는 예외를 인정(동법 제28조제2항)하고 있을 뿐이다.

구체적인 조치로서 상담·지도(동법 제7조제1항제1호), 양로시설에의 수용(동법 제8조제1항제2호), 노인요양시설에의 수용(동법 제8조제1항제3

10) 高翔龍, 民法總則, 法文社, 1990, 127면.

11) 노인복지법은 1981년 5월5일 제정, 1989년개정, 1997년 8월22일 전문개정(법률 제5359호) 및 1999년 2월8일 일부 개정(법률제5851호)을 거쳐 현재 이르고 있다.

호), 건강진단과 건강교육 실시(동법 제8조제1항), 경로우대제도(동법 제10조제1항 및 제2항), 在家노인복지사업의 실시 및 노령수당제도(동법 제13조)가 있다. 국가 또는 지방자치단체는 각종 노인복지시설의 설치할 수 있는 바(동법 제19조제1항), 양노시설(무료, 실비, 유료), 노인요양시설(무료, 실비, 유료), 노인복지회관 및 노인복지주택 등이 이에 해당한다.

### 第3節 高齡者 保護의 基本的 觀點

#### 1. 基本方向

고령자의 행위능력 및 재산관리의 지원 문제는 크게 세 가지 방향에서 검토되어야 할 것으로 본다. 하나는 재산행위의 행위능력 보충측면이고, 다른 하나는 고령자의 생활보호측면이며, 아울러 고령자의 신상보호 내지 건강보호에 관한 것이다.

재산행위의 행위능력 보충문제는 민법상의 행위무능력제도와 관계된다. 즉, 고령자의 행위능력 저하에 따른 법적 보완문제는 민법의 개정이라는 문제와 관련된다. 민법상의 행위무능력자제도와 별도의 고령자 후견제도를 입법할 것인지, 아니면 민법의 개정이라는 방법을 채택할 것인지가 고려되어야 한다. 또한 어느 방법을 택하더라도 양자간의 관계, 즉 일반적인 행위무능력자와 고령으로 인한 행위무능력의 관계를 어떻게 설정할 것이며, 이를 재산법과 가족법 기타 노인복지관련법 등에 대하여 어떠한 성격을 부여할 것이며, 그 적용범위와 효력을 어떻게 할 것인가가 문제된다.

고령자의 생활보호문제는 노인복지법과 관계된다. 특히, 고령 장애인의 복지문제는 보건복지행정의 하나로 그 특성을 가지므로 장애인복지법, 노인복지법과 관련이 되고, 나아가 정신보건법상의 문제와도 연결이 된다. 즉, 고령자로서의 문제가 아니고 단지 장애나 사회복지가 필요한 원인이 고령으로 인하여 발생되었다는 점만을 제외하고는 일반의 경우와 동일하다. 이 점에서 고령자만의 보호를 위한 특별법의 제정은 이들 일반법과 법체계상 입법기술상 문제가 된다.

고령자의 신상보호 내지 건강보호는 자기결정권이라는 기본권적 문제와 노인복지 측면이 결합된 문제라고 할 수가 있다.

이러한 실질적 문제를 제도적으로 개선하기 위한 방안은 다시 고령자를

위한 후견제도와 고령자의 재산관리 지원제도로 대별될 수가 있을 것이다.

## 2. 個別的 解決方向

### (1) 老人法制的 必要性

법제도적으로 보완하고자 할 경우에 고령자의 개념과 그 적용대상 범위를 위의 관련 법령상의 개념 및 적용범위와 어떻게 구별되는가 하는 문제가 고려되어야 한다. 일반적인 복지관련법상의 규정은 특별규정으로서 고령자 이외의 다른 복지 대상자와 고령자를 특별히 구분할 필요는 없을 것이다.

UN은 65세 이상의 고령인구가 전체 인구 중에서 차지하는 비율이 7% 이상일 경우를 「고령화사회」라고 하고 있고, 일본은 이미 고령화사회를 넘어 고령인구가 전체 인구의 14% 이상일 경우를 지칭하는 「고령사회」로 이행하고 있다.<sup>12)</sup> 우리나라의 경우에는 한국보건사회연구원의 인구추계에 의하면 2000년에 7.1%, 2022년에 14.3%에 도달할 것으로 보고 있다.

이러한 사회구조의 변화를 고려할 때, 사법상의 고령자에 대한 법적 보호를 민법상의 행위무능력자제도의 보완으로 충분한가, 아니면 별도의 노인법제를 마련하여 특별한 법원칙과 제도로써 해결할 것인가가 갈림길로 된다. 현행 법체계는 현재의 심신상태를 기준으로 무능력자와 정상인의 이분법에 의하고 있고, 노령화로 인하여 정상인에서 무능력자로 이행하는 과정에 있거나 부분적·간헐적 심신상실의 상태에 있는 고령자에 대하여 원칙적인 방향을 설정하고 있지 않다.

행위무능력자제도는 무능력자 본인의 보호를 위하여 상대방의 이익을 유보하는 체계에 있다. 상대방의 이익 내지 거래의 안전이 우선되거나 본인의 보호에 오히려 행위무능력자제도가 장애가 되는 경우에만 그 적용을 배제하는 형태를 취하고 있다. 그리고 국가의 관여라는 측면에서는 이른바 '제한적 온정주의'의 입장에서 보충적으로 인정하고 있다. 무능력자측의 필요에 의한 요청을 요건으로 하고 있을 뿐이다. 아울러 일부 예외가 인정되기는 하지만,

12) 1995년을 기준으로 세계 주요국의 고령화율은 일본이 14.6%, 미국은 12.6%, 프랑스는 15.2%, 독일은 15.2%, 영국은 15.8%, 스웨덴은 17.3%으로 이미 고령화 사회에서 고령사회로 이행되어 있다: UN, World Population Prospects, The 1996 Revision.

원칙적으로 모든 법률행위에 관하여 행위능력의 유무를 결정하는 획일적 제도이다. 예외의 인정 기준도 무능력자 본인의 '의사결정권 존중'에 있지 않고 「재산적 이익의 유무」에 두고 있다. 실제 생활과 관련된 사실행위와 개별적 행위에 대하여 특별히 고려하고 있지 않고 있고, 합리적인 보호자로서 법정 대리인이 확보되어 있다는 전제에 있다. 일본의 경우에는 벌써 동일 가족 중에서 고령자가 아닌 후견인이 없는 노인가구가 57%를 넘고 있다.<sup>13)</sup> 법정 대리인의 적격성 내지 적합성에 대한 검증절차나 기준이 없으며, 대리업무에 대한 감독문제도 형식적이다.

고령자의 법적 문제에 관하여 하나의 새로운 법제를 종합적으로 형성하는 방안과 각각 고령자의 보호가 필요한 개별적 법률관계에 관련되는 법령을 보완하는 방안이 있다. 전자는 고령자를 완전히 새로운 입법수요자로 보는 관점에서 노인복지법등을 포함하여 고령자의 보호에 관련된 공·사법상의 관련규정을 독자적인 이념과 원칙 아래 종합화하는 것이다. 후자는 고령자에 대한 법적 비중을 높혀 관련 규정의 보완을 피하는 관점에서 서는 것이다. 최종적으로는 국가의 후견적 관여로서 「온정주의」의 적용 원칙 또는 범위에 관한 문제로 귀결된다.

## (2) 高齡者의 行爲能力問題의 解決方向

고령자를 위한 후견제도문제는 고령자의 행위능력에 관한 문제이며, 이를 현행 행위무능력제도와 어떠한 관점과 원칙에서 보완할 것인가로 초점을 모을 수가 있다.

이는 현행 후견인제도를 포함한 행위무능력제도의 보완으로 해결하는 방안이 있고, 별도의 고령자 후견제도를 마련하는 방안이 있다. 독일의 「성년자를 위한 후견 및 감호법의 개정에 관한 법률(Gesetz zur Reform der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige-BtG)」에 의한 민법의 개정(1990)<sup>14)</sup>, 프랑스의 「성년 및 법률에 의해 보호되는 성년자법(De

13) 일본의 경우, 세대 구조별로 65세이상의 노인이 있는 세대수 및 구성비를 보면, 단독세대(17.6%), 부부만의 세대(26.1%), 부부와 미혼자녀만의 세대(13.7%), 3대세대(30.2%), 기타 세대(12.4%)로 나타나고 있다(:후생성대신관방통계정보부, 「국민생활기초조사」, 1997). 여기서 볼 때, 고령자가 아닌 후견인을 가족내에서 구할 수 없는 노인 가구가 57.4%로 과반수에 해당한다.

14) 성년후견제(Betreuung)가 독일 민법상의 종전 후견제도의 개정을 가져왔음

la majorrité et majeurs protégés par la loi)」에 의한 민법전의 개정은 前者의 예에 해당하고, 영국의 '지속적대리권수여법'(Enduring Powers of Attorney Act, 1985)<sup>15)</sup>은 후자의 예에 해당한다고 할 수가 있다. 한편, 일본은 '성년후견법'의 제정작업을 추진하고 있는 바, 이는 독일의 성년후견법과 영국의 지속적대리권수여법을 참조하여 일본 민법상의 후견제도를 개정하려는 것이다.

현재 우리나라는 일본과 같은 고령사회대책기본법이 제정된 바가 없고, 이미 언급한 바와 같이 독·영·일등과 같은 고령사회에 있지 않다. 또한 가족제도등의 형태나 관습 등이 상당히 다르다고 할 수 있고, 사회복지제도의 보장 정도도 상당히 차이가 있다는 점을 부정할 수가 없다. 따라서 고령자행위능력문제의 해결방향에 있어서도 이 점을 고려하여야 할 것이다.

행위무능력자제도는 계약자유 원칙 또는 법률행위자유 원칙 아래에서 이루어지는 법률행위에 대하여 거래의 안전보다는 무능력자 본인의 보호에 중심을 둔 강행규정성을 가진 제도이다. 따라서 계약법분야에서 계약자유 원칙이 제한되는 분야에서는 다른 이념과 원칙이 적용될 수밖에 없다. 이 경우에 고령자의 보호는 어떠한 이념과 원칙에서 이루어져야 할 것인가가 고려되지 않을 수가 없다. 고령자가 곧 행위무능력자(현행 행위능력제도에서의)라는 등식이 성립되지 않기 때문에 획일적인 원칙만을 전제로 삼을 수가 없다는 한계가 있다.

### (3) 高齡者의 財産的·人格的 利益 保護方向

고령자의 재산은 노후의 생존적 재산성격을 가진다. 재산의 운용을 통한 수익의 확대 측면보다는 재산수익으로 생활을 유지하는 데에 중점이 있다. 따라서 경제활동에서 은퇴하거나 사실상 중지한 경우가 대부분이며, 잔여 생존기간동안 그 재산으로 생활을 하기 마련이다. 이 점에서 고령자의 재산관리는 우선, 재산의 유지·관리가 가장 중요한 요소로 된다. 적절한 방법에 의한 재산관리와 고령자 자신의 경솔·궁박에 의한 불공정한 행위로부터의 보호가 우선적으로 유지된다. 사회·경제적 경험이 많았음에도 불구하고 노

(BGB §§1896~1908).

15) 영국은 後見法을 개정하는 대신에 代理法을 개정하여 後見法의 재산관리인제도에 대신하는 고령자보호에 중점을 둔 새로운 대리제도를 창설하는 방안을 채택하였다.

령화로 인하여 판단력과 의지력이 약화되었기 때문에 합리적인 결정에 의한 법률행위를 행하기 어려운 경우가 많다.

일반인은 본인이 직접 재산을 관리하거나 적절한 재산관리인의 선임 또는 위임, 신탁등에 의하여 합리적으로 관리할 수가 있다. 그러나 고령자의 경우에는 이러한 관재인의 선임이나 위임·신탁의 원인행위 자체가 합리적으로 이루어질 수 없는 문제가 있기 때문에 대부분의 경우 실질적인 활용수단이 되지 못하고 있다. 위임은 개별적 법률행위등에 대하여 이루어지는 것이고, 포괄적 위임은 관행되어 있지 않다. 신탁은 부동산신탁과 금전신탁으로 각각 수탁자가 분리되어 있고, 이 또한 신탁회사가 수탁자이다.

고령자의 채무부담행위나 담보책임의 설정행위는 직접적으로 고령자의 재산감소 위험을 증가시키며, 이러한 경우 또한 적지 않다. 물론 감정에 휩싸인 가족등에 대한 증여행위도 마찬가지로 재산감소행위에 해당한다. 이러한 고령자의 채무 내지 책임을 증가시키는 각종 법률행위는 대부분 불법적 성격을 띠고 있는 경우가 많다는 점에서 적절한 보호장치가 필요하다.

문제는, 한정치산자나 금치산자로 선고된 경우에는 행위무능력제도에 의한 보호를 받을 수가 있지만, 이러한 경우에도 고령자에게 적절하지 못한 점이 있음은 전술한 바와 같다. 한정치산이나 금치산이 선고된 경우는 전체 인구의 극소수를 차지하고 있으나, 고령자는 7%를 넘고 있고, 고령사회의 경우에는 14%를 넘는 경우이므로 이를 확실적인 행위능력의 제한제도로 규율하는 데에는 한계가 있다. 그러므로 고령자의 재산관리는 고령자라는 특수한 성격을 반영하지 않으면 아니되며, 미성년자의 친권자나 후견인과 같은 성격의 자발적이고 사심이 없는 보호자를 주변에서 찾기가 어렵다는 점도 고려되지 않으면 아니된다.

한편, 현행 행위무능력제도가 재산적 이익의 보호에 중점을 두고 있는 점, 특히 유산층의 행위무능력자를 전제로 하여 설정되었다는 점에서 고령화사회의 진입에 따른 고령자의 인격적 이익의 보호는 특별히 고려될 필요가 있다. 치매·중풍 등의 고령자의 질병에 따른 시설 치료나 간호는 고령자의 의사결정권과는 무관하게 이루어지는 폐단이 적지 않으며, 합리적인 보호자가 없는 무산층의 고령자 경우에는 노인복지제도의 불충분과 함께 고령자의 인격권을 침해할 여지가 적지 않다.

민사법률관계에 국가가 적극적으로 관여하는 것은 배제되어야 하는 것이



원칙이나, 고령자문제에 관하여는 개인주의에 입각한 민사법적 원리보다는 국민 내지 사회구성원으로서의 법적 인격체 대한 사회복지적 성격이 더 강하다는 점에서 상당하고 필요한 국가의 관여가 허용되어야 할 것이다. 특히 법원에 의한 후견적·감독적 보호가 강화되는 방향으로 고령자의 재산관리에 대한 보호가 마련되어야 할 것이다.

무능력자제도는 有産의 무능력자를 보호하는 제도에서 유산자이든 무산자이든 정신능력이 충분하지 못한 자의 인격적 이익을 보호할 수 있는 방향으로 제도개선이 필요하다고 생각된다. 그것은 바로 사회보장제도가 완비된 복지사회 있어서 정신능력이 불충분한 자도 인간다운 생활을 할 수 있도록 민법이 취해야 할 방향이 아닐까 생각된다. 그리고 한정치산, 금치산제도는 행위능력을 박탈하는 제도이므로, 현실에 있어서는 이 제도의 활용이 극히 저조하다. 또한 고령화 사회로의 진입에 따라 독일에서와 같이 행위능력을 박탈하지 않으면서 본인 스스로 활동할 수 없는 자를 보호·감호할 수 있는 제도의 마련이 필요하다고 생각된다.<sup>16)</sup>

---

16) 金相容, 民法總則, 法文社, 1999, 163면.



### 第 3 章 高齡者의 行爲能力과 後見制度

#### 第 1 節 高齡者의 行爲能力

##### 1. 無能力者의 保護와 高齡者의 保護

고령자의 행위능력문제는 현행 민법상의 행위능력제도와 차별되는 새로운 유형의 행위무능력을 인정할 것인가 하는 것이 골자이다. 이를 전제로 하여 다시 고령자의 후견제도를 일반 후견제도의 보완이나 독립된 제도로서 마련할 필요성과 그 내용을 논하게 된다.

고령자의 행위능력은 '점진적인 행위무능력 상태로의 이행'이라는 특성을 가지고 있기 때문에 행위무능력의 과정에 있는 경우와 행위무능력 상태에 도달한 경우로 대별할 수가 있다. 후자의 경우는 행위능력 자체에 관하여는 현행 행위무능력제도를 그대로 적용하여도 문제는 없다. 현행 후견제도의 적정성 문제만이 남는다. 그러나 전자의 경우에는 현행 행위무능력제도가 무능력상태로 되어 있다는 것을 기정사실로 하여 한정치산이나 금치산을 선고하는 것이기 때문에 행위무능력상태로 진행중인 고령자의 경우에는 상당히 곤란한 문제가 발생한다. 미성년자처럼 일정한 기간의 경과로 당연히 행위능력이 회복되는 것도 아니고, 반드시 금치산자나 한정치산자에 해당하는 心神喪失이나 心神薄弱의 상태에 도달한다는 것도 확실하지는 않기 때문이며 더구나 그 도달 시점 자체도 예측하기 곤란하기 때문이다.

제3의 유형으로서 고령자에 특유한 행위무능력 유형을 설정하는 것을 선결문제로 하여 고령자 후견제도가 논의되어야 하는 이유가 여기에 있다. 이는 후견제도와 관련하여 볼 때, 기존의 행위능력제도는 무능력자로 선고하여 행위능력을 제한·박탈하고 후견인에 의하여 보호하는 방식을 택하고 있으나, 새로운 개념의 후견제도는 금치산선고 등에 의하여 본인의 행위능력을 빼앗지 않고 후견인등을 선임하여 필요한 도움을 제공하는 방법이다.

이처럼 고령자의 행위능력과 후견방법과 관련하여 고찰할 때, 고령자 후견제도는 i) 민법상의 후견인제도와 구별하여 설정할 것인지 아니면 민법상

의 후견인제도에 포함하여 보완할 것인가 하는 기본적인 유형과 범위의 문제, ii) 행위무능력자제도상의 미성년자·한정치산자·금치산자의 「후견인」과 동일한 개념을 그대로 사용할 것인가 아니면 별도의 독자적인 명칭을 사용할 것인가 하는 문제, iii) 후견인과 피후견인의 공시문제, iv) 후견의 결정에 따른 효과의 내용 그리고 후견여부의 심사결과에 대한 재심사와 후견의 종료등에 관한 사항이 기본적인 사항이 될 것이다. 그밖에 필수계약법리의 내용·구성, 후견인의 선임기준·임기·갱신, 후견감독인의 임무·지위 등, 특별히 다뤄져야 할 중요한 사항이라고 할 수 있다.

결국 고령자의 행위능력문제는 자기결정과 보호라는 원칙의 문제로 환원될 수가 있다. 어떠한 점에서든지 결함을 가진 사람들을 국민전체가 연대하여 지켜주면서, 가능한 한 일반 사람과 다르지 않은 생활을 영위할 수 있도록 도모하는 것은, 현대 복지국가의 중요한 임무이다.<sup>17)</sup> 성년후견법제의 정비에 있어서의 기본적인 시점으로서 '자기결정(자율)'과 '보호'의 조화가 필요하다.<sup>18)</sup>

그러나 문제는 이러한 이념을 채택하면서 상정할 실질적 내용이며, 특히 기본적으로 상정하고 있는 '보호'가, 의사능력이 불완전한 자가 그 불완전함 때문에 사적 불이익 특히 재산상의 불이익을 받지 않도록 배려한다는 고전적인 의미에서의 '무능력자보호'에 입각할 것인가 하는 것이다.

자기결정과 보호의 조화가 필요하다고 보는 근거는 여러 가지로 제시될 수가 있을 것이지만, 다음과 같은 전제와 배경을 기초로 삼을 수가 있을 것이다. 즉, 자유국가·야경국가 하에서는, 개인에게 사유재산을 보장하여 그 이용을 개인의 의사에 맡겨 두면(사적자치), 개인은 각자 스스로 그 가족의 생활을 유지·발전시키기 때문에 각각의 개인에 대해서나 국가사회의 전체에 대해서도 특별한 문제는 발생하지 않는다고 전제되어 있음에 틀림없다. 따라서 그러한 전제하에서는 판단능력이 불충분한 자가 그 불충분함 때문에 재산적 불이익을 받지 않을 수 없고, 민법상의 '무능력자보호'는 바로 이러한 요청에 부응한 제도로서 고안되어졌다고 생각된다<sup>19)</sup>. 그런데 이러한 고전적

17) 일본 법무성 민사국, 성년후견문제연구회보고서, 1면.

18) 須永醇編, 被保護成年者の研究, 勁草書房, 1996. 611면 이하.

19) '무능력자'제도가 사적자치의 원칙에 기한 것이라는 것, 그리고 의사능력이 불완전한 자의 재산적 이익을 보호하기 위한 제도라는 것은, 민법 교과서에서 일관적으로

의미의 '무능력자보호'에서 소위 '보호'라는 관념이 전제되는 경우에 대하여 다음과 같은 문제가 제기될 수는 있다.

i) 민법상의 행위능력제한은 판단능력이 불충분한 자의 보호를 위한 필요최소한의 조치라고 함에 따라, 신체장애자를 일률적이고 전면적으로 제도 적용대상에서 제외하게 되어 버리는 점<sup>20)</sup>.

ii) 개인의 사적 특히 재산적 이익보호를 위하여 국가 공권력이 적극적으로 개입할 필요는 없고, 특히 국고로부터의 재정지출과 같은 방법으로 애써 회피하려는 경향이 있다는 점.

iii) 개인의 재산적 이익을 보호·보장하려면 그 재산으로 개인의 신상적 이익과 같은 것도 자연히 유지되고 보호될 것이기 때문에, 성년후견제도가 굳이 개입하여 신상보호에 대한 조치를 강구할 필요는 없을 것이라고 생각되고 있는 듯하다는 점<sup>21)</sup>

생각건대, 장기적으로는 오늘날 '자기결정'과 '보호'('지원·원조'와 같은 말로 바꾸어 써도 좋을 것이지만)와의 조화가 주장되는 경우에서의 '보호'란, 위와 같은 소위 고전적 의미에서의 '무능력자보호'에 있어서의 '보호'의 의미 또한 물론 포함하겠으나, 그러나 보다 넓게는 그 개인적 능력에 결함이 있는 자에 대하여, 개인적 능력에 결함이 없는 자와 똑같이 '건강하고 문화적인 최저한도의 생활'(헌법상의 행복추구권)을 영위하도록 한다는 의미내용을 갖는 것으로 이해되어야 할 필요가 있을 것이다.

지적되고 있는 바이다(예를 들면, 金相容, 民法總則, 法文社, 1999, 160면; 我妻榮, 新訂民法總則, 岩波書店, 1965, 60면 이하·특히 65면; 四宮和夫, 民法總則(제4판 보정판), 弘文堂, 1996, 46면 등).

20) 다만, '중증의 신체장애·자폐증 등을 위하여, 판단능력은 갖고 있지만 의사소통이 현저하게 곤란한 자에 대해서는 적절한 법률행위를 할 수 없다는 점에서, 판단능력이 불충분한 자와 동일시할 수 있기 때문에..... 일정한 범위에서 성년후견제도의 대상으로 한다는 것에 대하여 검토할 필요가 있다는 견해'도 일본의 성년후견제도의 논의에서 제기되고 있다.

21) 예를 들어, '성년후견인의 재산관리권(재산에 관한 법률행위의 대리권 등)을 전제로 하여, 그 범위 및 그것과 관련되는 범위에서 신상감호에 대한 권한과 의무 쌍방이 발생하는 것이라는 의견이 일본에서는 다수였다(일본 법무성 민사국, 앞의 보고서, 52면 참조).

## 2. 高齡者の 行爲能力

### (1) 立法例

#### 1) 현행 법률

우리 민법은 고령자를 특별한 행위무능력자의 유형으로 상정하고 있지 않다. 한정치산자나 금치산자의 요건에 해당하는 경우에 일정한 자의 청구에 의하여 한정치산자나 금치산자로 선고를 할 뿐이다. 장애인복지법이나 노인복지법에서도 행위능력과 관련된 사항을 규정한 바는 없다.

#### 2) 외국의 입법례

정신적 능력이 불충분한 자는 그 정도가 심신상실(Störung der Geistesfähigkeit)의 상태에 있는 자나 심신박약(Geistesschwäche)의 정도에 그치는 자나 모두 행위무능력자로 보는 데에는 입법례가 일치하고 있으나, 양자를 전혀 동일하게 다루는 입법례(Art.16, 17, ZGB)도 있고, 양자를 동일한 관념으로 보지만 능력의 정도를 다르게 다루는 입법례(§6, §104, N.3, §114, BGB)도 있었다.

#### ① 독일

독일민법은 심신상실자는 완전행위무능력자로(§104, N3, BGB), 心神薄弱者는 제한행위무능력자(§114, BGB, 동조는 §104, N3과 함께 감호법에 의하여 삭제되었음)로 다루었다. 그러나 현재는 전술한 바와 같이 1990년에 제정되고 1992년 1월 1일부터 시행된 「成年者를 위한 후견(Vormundschaft) 및 보호(Pflegschaft)법의 개정에 관한 법률」(감호법: Betreuungsgesetz으로 별칭됨)에 의하여 금치산제도가 폐지되었다. 그 이유로 금치산선고제도는 행위능력을 박탈하는 제도이므로, 금치산선고가 있게 되면 본인 및 가족들이 정신병 또는 정신박약이라는 사회적 차별감을 느끼기 때문에, 그리고 점차 고령화사회로 발전됨에 따라 행위능력을 박탈하기보다는 본인의 자기결정권을 존중하면서 심신상실 내지 심신박약자를 감호하는 것이 바람직하다는 시각에서이다.<sup>22)</sup>

22) 金相容, 前掲書, 158~159면.

현 독일민법은 미성년자에 대한 행위능력의 제한과 성년자에 대한 「자연적 행위무능력」규정(BGB §104, N2) 즉, '자유로운 의사결정을 할 수 없는 정신활동의 병적 장애상태에 있는 자로서 그 상태가 성질상 일시적이지 않은 경우'를 행위무능력으로 하고 있다.

행위능력에 관하여는 미성년자와 심신상실자만을 행위무능력자로 하고, 종전의 성년자에 대한 행위능력박탈선고제도(BGB 구 §6, §104 N.3, §114, §115)(금치산제도)를 폐지하였으며, 「성년자를 위한 후견제도」와 「장애감호제도」로 되어 있던 종래의 이원적 후견제도는 「성년후견(Betreuung)」이란 새 제도로 일원화되었다.

## ② 프랑스

프랑스민법전 제1편 제10장 「미성년, 후견 및 미성년해방」과 제11장 「성년, 금치산 및 법원에 의한 보좌인」이 행위무능력에 관한 것이다. 동법은 1968년1월3일 법률 제5호 「성년 및 법률에 의하여 보호되는 성년자(De la majorité et des majeurs protégés par la loi)」에 의하여 프랑스민법 제1편제11장이 전면 개정되었다.

개정전의 행위무능력제도는 미성년자제도와 함께 '금치산'제도가 있었다. 금치산(interdiction)은 i)정신의 發達不全 또는 변질(imbécillité), ii) 착란(démenc), iii)정도가 높은 착란으로 위험성이 있는 상태(fureur)에 놓이게 되는 경우에 행하여지며, 그 신청권자는 혈족 또는 배우자로서 민사제1심법원이 금치산선고를 한다(§489, §490, §492 이하). 이 중 fureur은 검사가 언제든지 직권신청을 할 수가 있고, 기타의 경우에는 친족이나 배우자가 없는 경우에만 검사가 직권으로 신청할 수가 있다(§491). 우리 민법의 경우와 달리 본인은 신청권이 없다.

법원은 선고절차중에 친족회의 의견을 청취하고 본인을 심문하며, 필요한 경우에는 假管理人을 선임하여 신체 및 긴급한 재산상의 관리권을 부여할 수 있다(§494~§497). 선고판결은 공시되며, 선고를 받은 금치산자는 전면적으로 무능력자가 되고, 금치산기간중의 행위는 소송을 통하여서만 무효로 되며(§502), 재판관은 재량권이 없다. 금치산선고 이전에 이미 금치산원인의 존재가 공지의 사실이었던 시기에 행하여진 행위에 관하여는 無效의 訴가 허용되고 이 경우에는 재판관은 재량권을 가진다(§550).

금치산자는 후견에 놓이며, 후견기관(후견인, 후견감독인, 친족회)은 원칙적으로 미성년후견과 동일하며(§509), 夫는 당연히 妻의 후견인이 되지만, 처는 친족회의 선임에 의해 친족회가 제시한 조건내에서만 후견인이 된다. 후견의 목적은 재산관리로서 미성년후견과 동일하다. 다만, '수입은 기본적으로 금치산자의 상태를 완화하고, 그 회복을 촉진하기 위하여 사용되어야 한다(§10)'는 일반적 제한이 있다.

이상의 민법규정은 1968년의 관련규정 개정이 이루어져, 프랑스민법 제488조제2항에서 「그 개인적 능력의 감퇴(alteration)에 의하여 단독으로 그 이익의 도모가 불가능한 성년자는 개별행위에 있어서나 계속적 방법으로 법률에 의하여 보호된다」고 규정하고, 동조 제3항에서 「그 낭비, 방종 또는 태만에 의하여 궁핍에 빠질 염려가 있거나 그 가족적 의무의 이행을 위협하게 하는 성년자는 동일한 방법으로 보호할 수 있다」고 규정하고 있다.

즉, 유효한 행위를 하기 위하여는 정신이 건전하여야 하며, 행위시에 있어서 정신장애의 존재에 대한 입증책임은 무효를 주장하는 자가 진다(§489 ①). 또 「정신장애중에 타인에게 손해를 발생시킨 자도 그에 관하여 동일한 배상 의무를 진다」(§489-2)고 규정하여 기존의 판례가 정신장애자의 손해 배상 책임을 부인하던 것을 피해자보호 측면으로 인정하는 것으로 전환하였다.

'정신적 능력이 질병 또는 연령에 의한 쇠약에 의하여 감퇴하고 있는 때에는 제11장 2·3·4절에 규정한 계속적 보호제도(사법적 보호제도로서 후견, 보좌)중의 하나로 그 자의 이익을 도모한다'고 규정하고 있고(§490①) 「질병」의 개념에 육체적 원인에 기인한 것도 포함되는 것으로 해석하는 등 대단히 넓게 적용하고 있다. '육체적 능력의 감퇴가 의사의 표현을 방해하는 경우'에도 동일한 보호제도가 적용되는 것(§490②)으로 하고 있는 바, 사고후 또는 질병후의 혼수, 감정의 표현조차 불가능한 마비, 실어증 등의 좁은 의미로 한정하여 해석되고 있다. 입소자의 행위 능력과 재산관리에 관하여 1838년법 제31조 ~제37조, 제39조 및 제40조는 「1968년 법」에 의하여 폐지되었다.

### ③ 영 국

영미법에서는 대륙법계와 같은 일반적인 금치산선고제도를 채택하고 있는



것은 아니다. 영국에서 고령자의 후견제도와 관련하여 문제가 된 것은, 우리나라와는 달리 '계약상의 의사 합치이론'에 따라 「권한 수여자의 정신적 능력의 상실은 원칙적으로 당해 권한을 자동적으로 철회시키는 효과를 갖고, 그 결과 대리인은 이미 현실적으로 권한을 갖지 못하게 된다」는 대리원칙에 기인한 것이다. 영국 대리법(Powers of Attorney Act 1971)이 유효한 권한의 수여 후에 본인이 사망하거나 의사능력이 상실된 경우에는 대리권한도 소멸하는 것으로 하고 있기 때문에 고령자의 경우에 문제가 된 것이다.

즉, 고령으로 인한 후발적인 대리권의 급격한 종료가 제3자에 대하여는 확실하지 않기 때문에 중대한 손해를 야기할 위험이 있고, 정신이상인 본인은 대리인이 본인을 위하여 행한 행위에 대하여 책임을 지는가 하는 문제가 발생한 것이다. 대리권수여는 날인증서에 의하여 행해져야 한다는 원칙(대리권수여법 제1조)을 유지하고 있고, 고령자의 경우에 대리인이 가장 필요한 때에 대리관계가 실효되어 버리는 위험이 발생하기 때문이다.

의사능력과 행위능력에 관하여 그 기준이 되는 '心神喪失(mental disorder)'은 정신보건법(Mental Health Act 1983)에서 정의하고 있으며, 여기에는 고령자의 치매가 당연히 포함된다. 지속적대리권과 관련하여 보면, 지속적 대리권의 수여는 서면에 의한 요식행위이고, 본인은 대리권수여시에 의사능력을 보유하여야 하며, 지속적 대리권의 의미와 그 내용을 이해한 상태라야 하고, 18세 이상이어야 한다.

#### ④ 일 본

행위무능력자로는 미성년자, 금치산자(일본 민법 제7조이하), 준금치산자(동법 제11조이하) 3종으로 되어 있다. 우리나라의 경우와 용어의 차이(준금치산자가 우리나라의 한정치산자에 해당)를 제외하고는 같다.<sup>23)</sup> 행위무능력자의 법률행위 효력에 관한 사항 및 후견에 관한 사항도 다를 바가 없다. 다만, 법정대리인의 명칭과 권한에 관하여 금치산자의 법정대리인은 '후견인'으로, 준금치산자의 법정대리인은 '보좌인'으로 부르고 있고, 보좌인에게는 후견인과 달리 본인의 「대리권」은 없고 준금치산자가 단독으로 할 수 없는 행위에 대한 「동의권」만을 가진다(일본 민법 제12조). 준금치산자가 보좌인

23) 1947년(昭和 22년) 법률 제222호에 의하여 치의 무능력제도와 호주의 금치산선고 신청권을 폐지하고, 1979년(昭和 54년) 법률 제68호에 의하여 「聾者, 啞者, 盲者」가 준금치산자에서 제외되어 현행 우리 민법의 경우와 다를 바가 없다.

의 동의를 얻어야 하는 행위에 대하여는 일본 민법 제12조 제1호~제9호에서 규정하고 있는 행위 및 가정법원이 특히 지정한 행위(일본 민법 제12조 제2항)이다.

금치산선고의 신청건수는 매년 증가하고 있지만 신청주의에 의하고 있기 때문에 금치산선고가 필요하다고 여겨지는 정도의 정신장애자 중 실제로 신청된 경우는 극히 일부에 지나지 않고 있다. 그 이유는 사회보장이 적절히 행하여지고 있는 결과, 치료비나 시설에서의 생활을 위하여 지출할 필요가 없고 부동산 등의 자산이 있어도 비용을 위하여 그 처분을 강요하는 경우가 없다는 점, 복지관계의 절차에도 대리관계 등에 반드시 엄밀하게 법률적으로 합법·유효한 절차가 요구되지 않는 경우가 다수인 점, 감정에 시간과 비용이 소요되는 점, 금치산선고가 행하여지면 가정법원의 게시판에 게시되고, 관보에 공고되어 호적의 신분사항란에 후견인에 관한 사항이 기재됨으로써(가사심판규칙 제28조) 금치산자 본인이나 가족·친족에게 사실상의 불이익이 초래되거나 일반인의 혐오대상이 된다는 점, 기타 금치산선고에 의해 여러가지 신분상이나 자격상의 제한이 있고 직업상의 자격이나 인·허가에 장애가 되는 경우가 많기 때문이라고 분석되어지고 있다.<sup>24)</sup>

## (2) 高齡者의 行爲能力 및 그 補充

### 1) 행위무능력제도의 특례인정문제

앞에서 살펴 본 바와 같이 특별히 고령자라는 사실 즉, 고연령을 기준으로 하여 미성년자와 같은 방식으로 행위무능력을 인정하는 입법례는 없다. 고령자의 심신상실이나 심신박약 등을 근거로 하여 일반적인 행위무능력제도를 적용하고 있다. 다만, 인격적 이익의 보호를 위하여 가족법이나 정신보건법 등에 특별한 규정을 두거나, 영국과 같이 대리권에 관한 보안을 통하여 능력을 보충하는 방법을 택하는 예가 있으나, 직접적으로 행위능력과는 관계가 없다.

행위능력의 확장 내지 보충의 방법으로 이용되는 것이 대리제도 내지 위임제도이지만, 입법례에 따라서는 본인의 행위능력 상실을 대리권 소멸사유

24) 新井誠, 財産管理制度と民法·信託法, 有斐閣, 1990, 117면.

로 하는 경우가 있고, 우리 민법의 경우처럼 소멸사유로 하지 않는 예도 있다. 재산관리와 관련하여 사전에 재산관리인을 선임하더라도 재산관리인의 권한이 대리권의 경우처럼 고령으로 심신장애가 생긴 때에 유효로 하는 예와 소멸하는 것으로 하는 입법례로 나뉘게 된다.

행위무능력제도와 법정대리인 특히 후견인제도는 밀접한 관계에 서지만, 행위무능력이 후견인선임의 전제가 되는 우리 민법과 일본의 입법례와 별개의 독립적 제도로 되는 입법례(영국, 독일등)가 있다.

금치산선고제도 자체를 폐지하는 독일의 예도 있으며, 일본도 이를 기본적으로 도입하고자 하는 견해가 다수이다. 영미법계처럼 금치산선고와 같은 대륙법계의 행위무능력제도가 없는 경우에는 개별적인 법률관계에서 각각 대리권등의 문제로 접근하게 된다.

고령자의 문제는 이러한 두 가지 문제가 함께 고려되어야 할 것으로 본다. 첫째, 고령화사회에서 고령자의 행위능력에 대하여 일반인이나 한정치산자 또는 금치산자와 다른 유형의 행위무능력자로 인정할 것인가 하는 문제, 둘째 고령자의 재산관리문제를 중심으로 하는 후견제도를 인격적 이익의 보호라는 차원으로도 확대할 것인가 하는 문제이다. 전자의 문제에는 다시 행위무능력제도의 적용이 배제되는 영역 예컨대, 필수품계약이나 근로기준법, 가족법상의 법률관계, 집단적·정형적·대량적 거래에 있어서의 사실적 계약관계에 고령자의 행위능력을 어떻게 취급할 것인가 하는 문제도 고려되어야 한다. 그리고 행위무능력의 능력보충을 담당하는 기관 즉, 후견인의 자격과 권한에 대하여도 별도의 고려가 필요한 지도 검토되어야 한다. 후견인의 권한은 행위무능력자의 행위능력이 부정되는 다른 한 면에 해당하기 때문이다.

현행 행위무능력제도 특히 금치산선고제도의 유지여부는 대륙법계의 현안으로 되어 있고, 이미 독일에서는 민법의 개정으로 보완하였음은 이미 기술한 바와 같다. 우리 민법의 경우 한정치산자의 행위능력은 미성년자의 것과 같은 것으로 하고 있고, 금치산자는 후견인의 대리행위에 의하도록 규정하고 있으므로 이들 제도의 계속 유지여부는 고령자의 행위능력문제를 다루는 데 있어 중요한 선결문제로 된다. 그리고 각종 계약의 해지 내지 종료사유로서 행위능력의 상실을 인정할 것인가 하는 문제도 고령자의 경우에는 아주 중요한 사항이다. 임의대리관계, 위임관계, 신탁관계, 기타 계속적 채권관계

에 있어서 고령화로 인한 행위능력의 상실은 이들 법률관계의 효과귀속과 계속여부의 결정에 중대한 문제가 된다.

## 2) 구체적 방안

생각건대, 다양한 방안이 고려될 수가 있을 것이나 미성년자의 경우처럼 연령을 기준으로 하는 방안 또는 법정사유로 인한 행위능력의 상실제도 방안 그밖에 법원에 의한 관여의 확대방안등이 일응 고려될 수가 있다.

### i) 연령을 기준으로 한 행위무능력 인정

미성년자의 경우처럼 연령을 기준으로 하는 방안은, 독일처럼 7세미만의 완전 무능력자와 7세이상 18세미만의 제한적 행위무능력자로 하는 예 또는 스위스민법처럼 만18세 이상의 자에 대하여 본인의 승낙과 부모의 동의하에 후견감독기관에 의한 성년선고제 등을 참고하는 방안이다. 예컨대 65세이상 75세미만의 고령자는 제한적 행위무능력자로 하고, 75세 이상의 고령자는 완전 무능력자로 하는 방안, 혹은 75세 미만의 고령자에 대하여 본인의 승낙과 후견감독기관에 의한 자치산선고제를 도입하는 방안이다. 이러한 방안의 한계는 미성년자의 경우와는 달리 지금까지 사회생활 및 경제생활의 주체로서 활동하여 왔고, 계속하여 그러한 활동을 유지하는 고령자가 적지 않다는 점, 그리고 행위능력의 제한으로 인하여 사회적·인격적 이익의 손상이 미성년자의 경우보다 훨씬 많게 된다는 점, 고가의 재산이 고령자의 소유인 경우가 많다는 점 등에서 현실적인 한계가 있다. 이러한 이유에서 외국에서도 연령에 의한 행위능력의 제한을 미성년자에게만 적용하는 것으로 생각된다.

### ii) 법정사유에 의한 행위능력 상실제도

금치산이나 한정치산 선고가 이용되지 않는 현실적인 이유는 절차의 번거로움과 함께 당사자 및 가족등이 받게 되는 심리적 이유와 신분상 기타의 불이익 등이다. 현행 장애인복지법이나 노인복지법 기타 정신보건법은 장애의 치료나 감호를 목적으로 하고 있을 뿐, 이를 직접 행위능력과 연계시키고 있지는 않다. 독일의 경우에는 행위능력박탈선고제도가 있지만, 장애감호의 경우에는 장애감호제도(BGB 구 §1910, §1920)에 의한 장애감호명령을

받아도 당사자의 행위능력에는 아무런 효력을 미치지 않았다.

금치산선고나 한정치산선고의 보완방안으로는 이러한 정신장애치료기관 내지 시설에의 입소 즉, 장애인복지법에 의한 장애인등록(정신장애사유에 한함)를 법정 행위능력 상실사유로 하는 것이다. 장애인등급에 따라 정신장애의 경우에 금치산 또는 한정치산으로 보는 것이다. 노인복지법에 의하여 노인요양시설에 수용된 정신질환을 가진 고령자도 이를 원용하면 될 것이다. 이 경우에는 이미 공적으로 신고·등록되어 있기 때문에 앞에서 말한 심리적 이유나 경제적 문제는 제거될 것이다.

그러나 이 방안은, 고령자의 정신적·육체적 능력의 감퇴는 의학적으로 입증되어야 하지만, 민사상의 보호제도 내지 행위능력제도와 치료의 방법은 상호 독립적이므로 서로 영향을 미치지 않아야 한다는 관점에서는 비판이 있게 된다. 프랑스는 감치된 정신병자에 대한 假管理制度가 법정무능력적 성격을 가지고 있고 모든 피감치자에게 적용되었기 때문에 그 미치는 영향이 매우 컸다는 비판에 따라 이를 폐지하였다.

### iii) 금치산자·한정치산자제도를 폐지하는 방안

독일이 민법의 개정을 통하여 채택한 방안이다. 피성년후견인이 한 법률행위의 효력은 일반원칙에 따라 「자연적 행위무능력」상태의 유무(BGB §104조 제2호) 또는 일시적인 의사능력상태의 유무(BGB §105②)에 의하여 결정하고, 혼인능력 또는 유언능력도 인식·판단능력의 유무에 따라 결정하도록 하며, 모든 사무에 관하여 성년후견이 개시되고 있는 경우를 제외하고(연방의회)의원의 선거권도 인정(연방선거법 제13조 제2호)하는 방안이다. 행위능력의 문제와 성년후견제도를 분리하는 것이며, 획일적인 행위무능력제도를 폐지하고 각각 구체적인 개별 법률관계에 있어서 행위능력유무의 판단에 따라 그 법률행위 내지 법률관계의 효력을 결정하는 것이다. 물론 후견법원의 결정에 의하여 행위능력을 제한하지는 않지만 피성년후견인이 법적 거래에 참가하는 것을 필요한 범위내에서 제한할 수 있도록 同意留保(Einwilligungsvorbehalt)제도를 두는 것이다(BGB §1903).<sup>25)</sup> 오

25) 독일 성년후견법은 피성년후견인의 신체 또는 재산에 관한 현저한 위험을 회피하기 위하여 필요한 경우와 필요한 범위 내에서만 후견법원이 제한을 할 수 있도록 하고 있다(BGB §1903①).

스트리아의 경우에는 행위능력을 박탈하지 않고 재산관리인이 선임되어 당사자가 법적 계약등에 참가하는 것을 실질적으로 제한하게 되고, 법원은 예외적인 경우에만 이를 완화하는 방식을 택하고 있다(오스트리아 민법 § 273 a ①). 프랑스 민법의 경우에도 개별행위 또는 계속적 보호원칙을 도입하여 절대적 무효가 아닌 개별행위에 있어서의 상대적 무효로 정신장애의 존재에 대한 입증에 따라 결정하도록 하고, 계속적 보호의 경우에도 일정한 원칙에 따라 초대한 피후견인의 이익을 도모하도록 하고 있다.

생각건대, 고령자의 행위능력과 그 보호문제는 행위무능력제도와 연결하여 검토되어야 한다. 따라서 현행 한정치산·금치산제도는 이용이 극히 저조한 실정이고, 더구나 고령자사회에서의 고령자 행위능력과 관련하여 볼 때 너무 획일적인 행위능력제한제도이다. 따라서 프랑스나 독일의 예와 같이 행위무능력제도를 개정하는 방안 또는 일본의 개정논의에서 보는 바와 같이 제3의 무능력유형(付準保佐類型)을 인정하는 방안이 고령자에게는 적절할 것으로 본다. 일본의 제3 무능력유형은 현재의 준금치산자보다는 높은 판단능력을 갖지만, 판단능력이 불충분하기 때문에 일정한 보호가 필요한 자를 보호하기 위한 제도이다. 본인의 판단능력 및 필요성을 고려하여 일본 민법 제12조제1항에서 정한 행위(준금치산자가 보좌인의 동의를 얻어야 유효하게 되는 재산상 중요한 행위)중의 일부에 관해서만 준보좌인의 동의를 요하는 것으로 한 후, 동의를 요하는 행위는 당사자가 신청한 범위중에서 가정법원이 선택하는 것으로 하고, 동의를 결한 경우에는 본인 또는 준보좌인이 이를 취소할 수 있는 것으로 하는 것이다. 물론 각종 자격제한의 사유로 되지 않는다.

독일이나 프랑스의 입법례는 금치산제도 자체를 폐지하는 근본적인 방식으로 고령자의 경우를 후견제도에 포함시켜 해결하는 방법이고, 일본에서 제시된 방안은 현행 행위무능력제도는 그대로 두고 고령자에게 적절한 제3유형의 행위무능력자를 신설하는 방법이다. 현행 우리나라 행위무능력제도에 대한 문제점과 비판을 고려할 때, 전자의 근본적인 행위무능력제도 개선이 더 바람직한 것으로 본다. 양 유형에 대한 상세한 사항은 고령자후견제도와 관련하여 따로 살피고자 한다.

## 第2節 高齡者 後見制度

### 1. 理念과 類型

#### (1) 成年後見과 高齡者後見

성년후견제도라는 의미는 이제 획일적이고 능력박탈적인 행위무능력자제도로써 금치산제도나 한정치산제도를 폐지하고 그 대신 무능력자 본인의 필요와 능력의 확충을 위한 제도로서의 후견제도를 뜻한다. 미성년자가 친권에 복종하고, 친권자가 원칙적인 후견역할을 하는 것과 대비되는 개념으로 볼 수가 있다.

입법례에 따라서 민법상의 행위무능력제도를 근본적으로 개정하여 새로운 이념과 원칙에 따른 후견제도를 도입한 국가에서는 성년후견과 고령자후견은 따로 구분하지 아니한다. 성년후견의 하나로 고령자후견의 비중이 높아질 뿐이다. 반면에 일본처럼 기존의 행위무능력제도와는 별개로 고령화사회의 고령자를 위한 후견제도를 상정하는 경우에는 고령자후견제도가 성년후견과는 독립적 의미를 가지게 된다. 즉, 성년후견제도가 그 실질은 고령자후견에 있게 되는 것이다.

종래의 행위무능력제도가 무능력자의 행위능력을 획일적으로 제한·박탈하고 대신 후견인이 대리권의 행사를 통하여 주로 무능력자 본인의 재산적 이익 보호에 치중하였다. 행위무능력제도의 개편이나 새로운 개념의 후견제도는 모두 무능력자 본인의 의사결정권 존중과 잔존능력의 최대한 존중, 무능력자의 개별적인 능력상태의 수준과 변화에 따른 탄력적 보호와 지원, 재산적 이익과 함께 인격적 이익에 대한 보호를 새로운 후견의 원칙 이념으로 제시하고 있는 것이다. 특히 고령화사회 내지 고령사회에 이르게 됨에 따라 점진적인 능력의 감소나 쇠퇴가 종전의 행위무능력제도나 후견제도로서는 한계가 있고, 재산적 이익 못지 않게 인격적 이익의 보호가 중요하며, 형식적 후견보다는 실질적·인격적 후견이 강조되어야 한다는 데에 있다. 이러한 관점에 서게 될 때에는 성년후견으로서 고령자후견이 논의될 수가 있다고 본다.

이 글에서는 일단 행위무능력제도의 개편을 전제로 하되, 논의의 중심이 고령자사회를 대비하기 위한 것이므로 고령자후견을 중심으로 살피고자 한다. 따라서 고령자 후견제도가 성년후견의 하나로 의미지어 사용한다. 또한 행위무능력제도로써 금치산·한정치산선고제의 폐지를 전제로 하고 후견제도 특히 고령자와 관계하여 그 실제적, 절차적 요건 및 효과등을 아래에서 구체적으로 살피고자 한다.

## (2) 類 型

고령자의 후견제도는 성년후견제도의 유형과 다르지 않다. 다양한 유형적 분류가 가능하지만<sup>26)</sup> 특히 의미가 있는 것은 법정후견과 임의후견이다. 후견자의 성격에 따른 유형으로서 자연인에 의한 후견과 공공기관에 의한 후견 및 비영리법인에 의한 후견으로 분류되는 후견도 미국에서는 주목을 받고 있고, 各州의 제정법에 도입되고 있다.<sup>27)</sup>

### 1) 후견인의 선임에 따른 분류

누가 후견인을 선임하는가에 따른 분류로서 선임과정에 무능력자 본인의 의사가 얼마만큼 반영될 수 있는가 하는 문제와도 관계된다. 법률규정에 의한 법정후견인과 법원에 의한 선임후견인 그리고 본인이 선임하는 임의후견인으로 나눌 수가 있다.

#### ① 법정후견

최협의의 법정후견이란, 친권자와 현행법의 배우자와 같이 구체적으로 누가 후견인이 되는가가 법률상 명백한 경우를 의미한다. 현행민법은 배우자,

26) 미국의 후견제도는 상당히 다양한 형태를 지니고 있다. 그 기준으로서 피후견자, 후견의 내용, 후견인의 권한, 후견의 목적, 후견인의 선임방법, 후견의 기간, 후견자의 자격 등이 사용된다. 이에 따라 i) 미성년자에 대한 후견과 무능력자에 대한 후견, ii) 신상후견(Guardianship of the Person)과 재산후견(Guardianship of the Property), iii) 완전후견(Total Guardianship)과 제한후견(Limited Guardianship), iv) 일반 후견인과 소송을 위한 후견인 및 예비후견인, v) 신청을 전제로 법원이 임명하는 후견인과 유언에 의한 후견인, 및 지속적대리권(durable power of attorney)에 의한 후견인, vi) 일상 후견과 일시적 후견, vii) 자연인에 의한 후견과 公後見(public guardianship) 및 비영리법인후견 등으로 분류된다.

27) Tony Apolloni and Vincent, Guardianship Reconsidered, 1984, p.10.



직계혈족, 3촌이내의 방계혈족의 순위로 후견인이 된다고 규정하고 있다(민법 §933, §934).<sup>28)</sup>

② 선임후견

법정절차에 기하여, 일정한 요건을 갖춘 자가 후견인으로 선임된 경우에는 선임후견인이라고도 불리는데, 협의의 법정후견인과 구별할 수 있다. 현행 민법상으로 법원이 선임하는 법정대리인으로서의 부재자의 재산관리인(§22 ~ §26), 상속재산의 관리인(§1053 ②, §1054), 자의 특유재산 관리인(§916 ~ §918) 등이 있다. 영국의 지속적대리권수여에 의한 재산관리인의 선임, 미국의 통상적인 후견인 선임, 독일이나 프랑스의 성년후견인은 모두 이에 해당한다.

③ 임의후견

누가 후견인으로 되는 가도 포함하여, 처음부터 후견인의 선임 자체가 본인의 의사에 기하게 되는 경우이다.

일본의 경우에는 성년후견제도에 관한 보고서에서 말하는 법정후견은 1)과 2)의 양자를 포함한다. 그러나 임의후견과 선임후견은 본질적으로 보았을 때 그다지 결정적으로 다른 것이 아니다. 예를 들면, 본인이 후견인을 미리 선정한 경우나, 그렇지 않더라도 가능한 한 본인의 의사를 존중하여 후견인을 선정하는 경우에는 실질적으로는 임의후견인에 가깝게 된다. 대리인의 권한이 법원에 의하여 부여되었느냐 아니면 본인과의 계약에 의했느냐의 차이는 있기 때문에, 법률적으로는 결정적인 차이가 존재할 것이지만, 본인들에게는 의사가 존중되고 있다는 점에서 큰 차이는 없는 것이다. 즉 새로운 제도는 법정후견이라고 하여 본인을 제도의 대상으로서 멀리 쫓아버리는 것이 아니라, 본인의 의사를 존중하면서 후견인을 선임하도록 함으로써 틀을 재구성하려 한 것이다.

2) 후견인의 성격에 따른 분류

자연인에 의한 후견과 공공기관에 의한 후견 및 비영리법인에 의한 후견으로 나누는 유형이다. 현행 민법상의 후견인은 자연인에 의한 후견만을 규

28) 이와 관련하여, 일본 법무성의 성년후견인제도 보고서는 배우자를 법정후견인으로 한다는 취지의 일본민법 제840조를 삭제하는 것으로 하고 있다.

정하고 있다. 그것도 무능력자의 배우자와 직계혈족 및 3촌이내의 방계혈족으로 한정되어 있다. 이에 반하여 외국의 경우에는 이러한 제한없이 후견의 목적에 가장 적합한 자를 선정한다는 목적에 충실하여 자연인 뿐만 아니라 공공기관이나 비영리법인도 후견을 담당할 수 있도록 하고 있다.

### 3) 후견인의 권한에 따른 분류

현행 민법은 무능력자의 법정대리인인 후견인은 대리권, 동의권, 취소권 모두를 가지고 있고, 단순히 대리권이나 취소권만을 가진 후견인은 두고 있지 않다. 일본의 성년후견인제도에 관한 보고서는 '가칭'이라고 하면서, 종래의 '금치산·준금치산'에 상당하는 것으로서 '후견유형·보좌유형'이라고 표기하고, 제3의 유형으로서 보조(준보좌)유형을 검토하고 있다.<sup>29)</sup> 새로 신설하고자 하는 보조인은 대리권은 없고 동의권과 취소권만을 가진다. 독일의 경우에는 원칙적으로 행위능력을 제한하지 않는 것이므로 「동의유보」의 결정이 있는 경우에 한하여 성년후견인의 동의권이 인정된다. 중요한 사무를 처리할 경우에는 피후견인 본인과 협의하도록 하고 있고(BGB §1901① 3문), 최대한 피후견인의 의사를 존중하여 행사하는 대리권을 가질 뿐이다(BGB §1902).

## 2. 法定後見制度

### (1) 一元主義와 多元主義

법정후견은 법률의 규정에 의하여 당연히 개시되거나 법원의 결정에 의하여 개시되는 것으로, 법정후견인은 법률규정에 의하여 법정되어 있거나 법원에 의하여 선임된다.

법정후견인의 권한을 기준으로 법정후견제도의 특징을 유형화하면, 먼저 행위무능력자를 유형화하여 각각의 법정후견인을 두는 多元主義가 있고, 행

29) 일본 현행법상 후견인·보좌인이 각각 금치산자·준금치산자에 붙여졌던 사실은 일반인들의 사고방식에 고정화되어 작용하므로, 금치산·준금치산이라는 용어를 폐지한 후에도 본 제도의 이용을 주저하게 되는 요인이 될 염려가 있다. 새로운 제도를 창설하면서, 과거 이상의 (엄밀하게는 과거와는 다른) 본인보호제도임을 강하게 주장하기 위해서는, 순수하게 용어로서의 타당성도 중요하지만, 종래의 이미지와의 단절도 고려될 필요가 있다는 견해가 제기되고 있다. 거의 같은 주장으로서, 升田純, 成年後見制度をめぐろ 裁判例(1), 判時 1572號, 3면.

위무능력자로서 금치산자나 한정치산자를 따로 두지 않고 각각의 행위무능력 상태에 따라 필요한 범위내에서 적절한 권한범위를 가진 후견인을 선임하는 一元主義가 있다.

1) 一元主義 立法例

행위무능력의 정도를 유형화하지 않고, 후견이 필요한 본인(피후견인)의 능력과 보호의 필요 정도에 따라 적절한 권한 범위를 가진 후견인을 선임하는 방식이다. 독일, 영국, 미국 등이 이에 해당하는 후견제도를 채택하고 있다.

① 독일

민법 개정으로 새롭게 도입된 성년후견제도(BGB §1896 ~ §1908 I)는 종전의 성년을 위한 후견제도 및 장애감호제도를 폐지하고 성년후견이라는 일원적인 제도를 도입하였다. 즉, 장애의 종류나 輕重을 묻지 않고 개별적인 경우에 구체적으로 필요한 범위에 한하여 법적 보호를 행하고 있다. 이른바 필요성의 원칙(Erforderlichkeitsgrundsatz)에 따라 「성년자가 심신질환(psychischen Krankheit) 또는 신체적·정신적 혹은 심적 장애에 기하여 자기 사무의 전부 또는 일부를 처리하는 것이 불가능한 경우」에 구체적으로 필요한 범위에 한하여 후견법원에 의하여 성년후견인이 선임된다.

후견법원에 의하여 성년후견인이 선임되어 성년후견이 개시되더라도 피후견인의 행위능력이 부정되거나 제한되는 것은 아니며, 등록되지도 않는다. 성년후견제도와 행위능력의 문제가 분리된 것이다. 다만, 성년후견인의 직무범위에 관계되는 사항 중에 피후견인의 인격적 이익 또는 재산적 이익의 현저한 위협을 피하기 위하여 필요한 범위에 관하여 후견법원이 「동의유보(Einwilligungsvorbehalt)」의 명령을 내릴 수 있도록 하고 있다. 이 同意留保의 명령이 있으면, 피후견인은 그 범위에 속하는 의사표시를 할 경우에는 성년후견인의 동의를 얻어야 하며(BGB §1903①), 동의를 얻지 않고서 한 의사표시의 효력등에 대하여는 제한적 행위무능력자에 관한 규정(BGB §108 ~ §113, §131② 및 §206)이 적용된다.

성년후견인은 법원에 의하여 정하여지는 직무범위 내에서 대리권만을 가질 뿐이며, 기술한 바와 같이 피후견인의 행위능력이 부정되는 것은 아니다.

② 영국

피후견인의 행위능력 정도에 따른 유형화는 하지 않고, 종전의 후견인인 재산관리인과 지속적대리권수여법에 의한 대리인에 의하여 보호하고 있다. 지속적대리권은 재산관리만을 대상으로 하며, 身上監護는 후견제도에 의한 다. 동시에 신청된 경우에는 지속적 대리인이 일반적 재산관리인에 우선하며, 후견인인 재산관리인(receiver)은 피관리인이 의사능력을 상실하고 있다는 의학상의 증거등을 보호법원에 제출하여야 하지만 지속적대리권은 본인이 대리권수여시에 의사능력을 보유하여야 하고 18세이상이어야 한다는 요건상의 제한이 있다는 점에서 차이가 있다. 둘 다 실질적으로 보호되는 본인이 의사능력이 없는 상태에서 대리권을 가진다는 점에서는 동일하다. 지속적대리권은 후견인인 재산관리인제도의 경직성과 법원의 개입과다라는 문제를 해소하기 위한 새로운 대리제도이다.

③ 미국

미성년자에 대한 후견과 함께 무능력자에 대한 정의규정도 각州的 제정법에 두고 있으며, 통일후견보호절차법(Uniform Guardianship and Protective Proceeding Act) 정의규정에도 「정신병, 정신지체, 신체질환 또는 장애, 고령, 약물의 만성적 사용, 만성적 酩酊 또는 기타 원인에 의하여 책임있는 의사의 결정이나 전달을 함에 충분한 이해나 능력을 결한 정도로 쇠퇴한(impaired) 자」를 무능력자로 하고 있다(동법 §1-201 (7)).

정형화된 행위무능력자를 두고 있지 않고, 필요성의 원칙에 의하여 후견인을 선임한다. 후견인의 권한범위는 신상과 재산에 관한 위임결정권을 가지는 '완전한 후견'과 재산 또는 신상의 전부 또는 일부에 대하여 권한을 가지는 '제한된 후견'으로 분류될 뿐이다.<sup>30)</sup> 특정한 목적을 위한 후견인제도등 다양한 필요성에 따라 후견인의 직무권한범위를 결정하고 있다. 법률에 의하여 행위무능력자의 구분과 후견인의 직무범위를 대응시키는 제도는 없고 후견 보호절차에 따른 법원의 결정으로 탄력적으로 이루어진다.

특히 제한된 後見은 과거에 완전한 後見 아래에서 피후견인의 私的自治가 손상되고 인권이 침해되었다는 인식을 전제로 하여, 後見人에 의한 원조의

30) Lawrence A. Frolik, Plenary Guardianship: an Analysis, a Critique and a Proposal for Reform, 23 Arizona Law Review, 1981, p.653.

필요성과 피후견인의 자율성의 조화를 도모하려는 목적으로 최근에 발전하고 있는 後見이다.

## 2) 다원주의 입법례

행위능력의 정도에 따른 후견인(넓은 의미) 유형을 설정하고 있는 경우로, 프랑스와 일본 및 우리나라의 경우가 이에 해당한다. 프랑스의 경우는 행위무능력자제도는 폐지하였으나, 능력의 정도에 따른 3종의 보호유형을 두고 있고, 일본의 경우에는 최근 성년후견법의 제정방안으로 3종의 행위무능력 유형과 그에 대응하는 후견유형을 제안하고 있다. 법무성 민사국 참사관실에서 1997년에 “성년후견문제연구회보고서”<sup>31)</sup>를 발표한 이래, 이를 중심으로 다양한 견해와 비판이 제기되었다.<sup>32)</sup> 성년후견제도로써 법정후견제도와 임의후견제도를 들 수가 있는 데, 고령자의 경우에는 법정후견제도가 더 중요한 의미를 가지고 있다.<sup>33)</sup>

### ① 프랑스

司法的 保護, 後見 및 保佐制度를 두고 있으며, 우리나라의 행위무능력제도 및 후견제도와는 상당한 차이가 있다.

司法的 保護는 민법 제490조의 계속적 보호 사유중 ‘질병, 病弱, 또는 연령에 의한 쇠약에 의하여 정신적 능력이 감퇴하고 있는 경우’나 ‘육체적 능력의 감퇴가 의사의 표현을 방해하는 경우’에 민사생활상의 행위에 보호 필요가 있는 것으로 판단되는 때에 취하여 진다. 피보호자의 행위능력을 박탈·제한하지 않고 보호조치가 행하여지며, 피보호자의 행위는 법원의 재량에 의하여 취소하거나 감경할 수 있는 행위로 된다. 특별한 보호기관은 없다.

後見은 민법 개정전의 금치산제도 및 그 후견제도를 개선한 것이다. 피후견인의 행위는 후견개시판결이 내려진 후에는 당연무효가 되며, 소송상으로 주장하여야 한다는 점에서 상대적 무효이고 추인이 가능하다. 다만, 일상생활에 필요하고 손쉬운 행위등은 피후견인인 유효하게 할 수 있도, 후견판사에 의하여 부분적 능력을 확장할 수도 있다는 점에서 종래의 후견과는 다르다. 재산관리와 신상감호 모두를 후견인이 행한다.

31) 법무성 민사국 참사관실, 성년후견문제연구회보고서, 1997. 9.

32) 升田 純, 高齡者等をめぐる法律問題の概要と高齡者法の體系化”, 判例タイムス 922호, 1997. 1. 49면 이하에서, 그 시점까지의 관련문헌이 대부분 게재되고 있다.

33) 田山輝明, 「法定後見制度」, 判例タイムス No.961, 1998. 3. 10면이하 참조.

保佐(conseil)는 사법적 보호과 후견의 중간적 성격을 가지며, 피보좌인은 처분행위와 元金의 수령·이용에 대하여는 보좌인의 도움을 받아야 한다(동 민법 §510①). 「스스로 행위할 수는 있으나 민사생활행위에 있어서 조언 또는 감독이 필요한」 경우에 취하여지는 계속적 보호제도이다. 만일 보좌인의 도움없이 단독으로 행한 경우에는 訴求에 의한 상대적 무효로 되며, 유언·증여·혼인에 관하여는 특례를 두고 있다 §513①, §514). 후견판사에 의하여 단독으로 할 수 있는 행위를 확장하거나 축소할 수 있도록 하고 있고, 司法的 保護에서 인정되는 손해를 이유로 하는 취소 또는 과도한 경우의 감경이 인정된다(§510-3).

## ② 일본

성년후견법의 제정안으로 제시된 후견제도는 현행 민법상의 금치산제도 및 준금치산제도는 그대로 존치하고(명칭만 변경) 새로운 유형으로 付準保佐類型을 신설하여 현재의 준금치산자보다 높은 판단능력을 가지고 있지만 판단능력이 충분하지 않기 때문에 일정한 보호가 필요한 자에 대하여 현행 일본 민법 제12조제1항에서 후견인의 동의가 필요하다고 규정하고 있는 준금치산자의 행위중 일부에 관하여 가정법원의 결정에 따라 준보좌인의 동의를 요하게 하는 것이다. 동의없이 한 행위는 준보좌인 또는 본인이 취소할 수 있는 행위로 된다. 현행 행위무능력제도에 제3의 유형을 신설하려는 것이다.

## 3) 양 입법주의의 비교

후견제도에 관한 각국의 다양한 입법유형은 획일적인 비교가 곤란하다. 사법제도와 민사상의 대리제도 기타 일반인의 법의식수준과 법생활정도가 동일하지 않기 때문이다.

우리나라는 독일을 중심으로 하는 대륙법계의 민사법체계를 가지고 있으므로 독일의 경우와 최근 일본에서 도입을 시도하고 있는 성년후견제도를 비교하는 것이 향후 우리나라의 후견제도 개선에 의미가 있을 것으로 본다.

일본 현행법상의 제도의 유형은 두가지이다. 성년후견제도에 관한 보고서는 이것을 3가지로 하려고 하고 있다.<sup>34)</sup> 독일의 監護法은 어떤 의미에서는

34) 그런데, 동 보고서는 세 가지 유형을 채용함에 있어서 독일의 제도를 채용하지 않

일의적인 원조제도이기 때문에, 일원적 제도라고 말할 수 있다. 그러나 다양한 장애자 등에 대하여 필요한 원조를 제공한다는 것으로부터 보면, 장애의 다양한 원인에 따라 다양한 내용을 가진 원조제도라고 말해야만 한다. 그러한 의미에서는 무한정한 원조유형을 가진 제도이다(필요성의 원칙과 관련시켜 보면 이러한 표현이 정확하다).

i) 행위능력의 제한과 후견에서 제외되는 행위

행위능력을 제한하는 금치산제도등을 계속 둘 것인가와 필요성의 원칙에 따라 후견여부와 범위를 정하는 것인가 여부의 문제로, 독일의 제도를 채용하면, (원조)선고 본래의 필요성을 인정할 수 없는 행위는 제외되어, 제외되는 행위에 대해서는 본인이 전면적으로 위험을 부담하게 된다.

그러나 필요하다면 권한을 확대하는 것이 당연하기 때문에 그러한 위험의 부담은 일시적인 것이다. 이러한 '위험'은 일반적으로 증상이 안정된 지적장애자(발달지체자)의 경우에는 거의 문제되지 않고, 주로 진행성 치매현상의 경우에 문제가 된다. 그러나 이 경우에 본인은 이미 무보호상태가 아닐 것이기 때문에, 후견인이 다시 절차의 개시를 법원에서 진행하지 않아도 무방하다. 법원에서는 본인과 후견인에 관한 자료가 존재하고 있을 것이고, 조금 간략화 된 절차를 준비하면 충분할 것이다.

ii) 취소권의 제한

후견인의 동의를 얻지 않은 피후견인의 행위에 대하여 독일의 경우에는 후견인에게 취소권을 부여하는 경우가 없지만, 일본의 경우에는 취소권을 부여하게 된다. 일본의 성년후견제도보고서의 입장은 취소권을 부여하지 않고 별개의 대리권을 부여하는 것만으로는 본인의 손실위험을 충분하게 피할 수 없다고 보고 있다.

이에 대하여 「동 보고서의 특징으로 취소권의 과대평가를 지적할 수 있는데, 실제로 필요한 것은 취소권에 의한 보호보다도, 대리권을 포함하는 권한에 의한 원조와 손해예방책이라고 할 수 있다. 물론 취소권이 필요한 경우도 현실적으로 존재한다. 그러나 그것은 중요한 행위에 대하여(예를 들면, 부동산의 처분) 예외적으로 후견인의 동의를 요구하는 것으로 하고, 동의가 없는

---

있던 7개의 이유를 들고 있다. 그 이유에 대한 비판의견도 있다: 田山輝明, 法定後見制度, 判例タイムズ No.961(1998. 3. 25), 10면이하.

경우에는 취소할 수 있도록 하는 것으로 충분하다」는 비판이 있다.<sup>35)</sup>

iii) 행위능력정도의 판단

일본의 경우에는 「개인의 판단능력을 상세하게 분류하여, 보호의 대상이 되는 사항마다에 대하여 개별적으로 판단능력을 감정하는 것은, 실제로는 곤란하다」는 입장에서 현행의 행위무능력제도를 유지하면서 제3유형을 신설하려고 한다. 독일의 경우에는 개별적 사항에 따라 판단한다.

독일의 실무(감정기관은 통상 수주 내에 결과를 도출한다)에서는 가능한 방법이 일본에서는 곤란하다고 단정하는 등 보고서의 이유를 이해할 수 없다는 견해도 있다. 즉, 필요성의 원칙과 연관지어 감정을 요구하는 것이고, 본인의 능력 전체에 대하여 개별적으로 분석하는 것은 아니기 때문에, 후견을 필요로 하는 실제의 경우를 구체적으로 상정하여 정신의학 등의 전문가의견을 들어 결정하면 된다는 것이다.<sup>36)</sup>

iv) 보호 필요성의 판단과 법원의 부담

독일의 방식은 필요성의 원칙 적용 및 보호필요의 판단은 법원이 행하기 되는데, 이와 관련하여 「필요성에 대한 판단의 대상 사항 및 판단방법에 대한 명확한 기준의 설정, 그리고 개별적인 필요성 판단에 대한 법원의 부담」 문제에 대하여 일본의 동 보고서 입장은 부정적이다. 즉, 명확한 기준을 세우는 것이 곤란하고, 설사 기준을 세웠다 하더라도 가정법원은 대상사항을 철저하게 조사하여 개별적으로 필요성을 판단하게 되는데, 그 부담이 막대하다고 보고 있다.

이러한 부정적 입장에 대하여, 본인의 사회생활을 원조한다는 것이 제도의 목적이라면, 본인의 필요성 내지 필요도를 개별적으로 고려하지 않고 선고할 수는 없기 때문에, 그러한 측면에서 법원의 직책은 확실히 중대하다. 그러나 직권주의의 경우에 오히려 당사자와 사회복지관계행정청으로부터 본인의 필요성에 관한 다양한 데이터가 제공되고 있고, 그 가운데 본인의 사회생활에 있어서 무엇이 필요한가에 대한 데이터는 당연히 포함되어 있을 것이며, 혹 없다면 제공을 요구할 수 있을 것이다. 즉 법원만 과중한 부담을 지게 되지는 않을 것이라라고 보는 견해도 있다.

35) 이는 독일의 경우에 해당한다.

36) 일본변호사연합회, 성년후견문제연구회보고서에 대한 의견서', 1997. 12.



v) 보호범위의 확대위험

독일의 예와 같이 보호범위에 대한 필요성 원칙의 재량적 판단을 도입하게 되면, 후견에서 제외될 경우의 「손해배상위험을 고려하게 되어, 가정법원과 鑑定醫의 판단은 신중하고도 광범위한 보호에 치우칠 가능성이 높다」고 볼 수도 있다. 현행 우리민법이나 일본의 성년후견제도안의 경우에는 확실적인 보호범위를 가지므로 이러한 위험을 없다.

여기에서의 '위험'이 i)에서 지적된 바와 같은 경우를 의미한다고 한다면, 그러한 경우가 있을 수 있다는 것은 부정할 수는 없을 것이다.

vi) 행위능력의 제한에 대한 법원의 재량권

「행위능력의 제한을 수반할 수 있는 결정에 대하여, 가정법원에게 지나치게 광범위한 재량권을 주는 것은 적절하지 않다」는 문제가 있을 수 있다. 독일의 경우는 일본의 새 후견제도안에 비하여 법원의 재량이 당연히 높다.

그러나 이 경우의 재량권한은 필요성의 원칙을 전제로 하는 것이므로, 자유재량과 같이 '과도하게' 될 우려는 매우 적다고 생각된다.

vii) 다른 관련 법령과의 조화

우리나라의 경우와 마찬가지로 일본에서도 현행의 금치산·준금치산이라는 틀을 전제로 하여 많은 자격제한입법이 시행되고 있으므로, 현행법의 틀을 재점검함에 있어서는 그러한 것들에 대한 배려가 필요하다는 문제가 지적되고 있다.

그러나 이러한 자격제한(약 150건) 자체가 문제이고, 전면폐지를 원칙으로 하여 재점검할 좋은 기회로 받아들여야 하는 것이다. 본 제도의 이용자들에게 있어서, 정말로 요구되는 제한은 매우 적다고 생각되기 때문이다.

4) 소 결

① 입법 이념

일본의 능력제한을 원칙으로 한 세 유형은 기본적으로 금치산형, 준금치산형에 덧붙여 능력제한을 수반하지 않는 제3유형을 신설하려는 것이라고 말할 수 있다. 입법론적으로 본다면, 그 입법이념과 관련하여 본인의 인권옹호라는 관념에 비추어 가장 진보적이라고 생각되는 입법은 독일의 감호법

(Betreuungsgesetz)일 것이다. 이것은 과거의 '행위능력을 "빼앗아서 주는" 보호'방법을 폐기하고, 원칙적으로 빼앗는 것 없이 필요한 원조를 제공하는 방법으로 전환한 것이다. 즉 금치산선고 등에 따라 본인의 행위능력을 빼앗는 대신 후견인 등을 붙이는 식으로 본인을 보호하는 방법을 그만둔 것이다. 새로운 인권사상의 구체화는, 빼앗지 않고 필요한 것(원조)을 제공하는 방법이다. 물론 이것은 원칙론적인 것이고, 행위능력의 제한이 필요한 경우가 있다. 그러나 그것은 예외적으로 행해지는 것이고, 제도의 원칙은 누구도 행위능력을 빼앗기지 않고 원조를 받는 것이다.

구체적으로 살펴 보면, 일본의 현행법은, 금치산선고에 상응하는 사례에서는 우선 본인의 행위능력을 빼앗고 그리고 후견인이라는 보호자를 붙인다. 그러나 감호법에 따르면, 위와 같은 사례에서는 원칙대로 본인의 행위능력을 박탈하지 않고서 후견인을 붙일 것이다. 왜냐하면 예외에 해당하는 경우가 아닐 것이기 때문이다. 예외의 경우란, 본인의 보호를 위하여 예외적으로 본인의 행위능력을 제한할 필요가 현실적으로 있는 경우에, 재판관이 개별적으로 본인의 행위능력을 제한하는 경우이다. 금치산선고에 해당되는 자는 독립적으로 부동산 매각 등을 할 수 없고, 그러한 행위를 했다고 하더라도 다양한 상태의 사람을 상대로 하여 거래를 한 사람의 '거래의 안전'을 법률로 보호할 필요가 없기 때문이다.

또 일정한 정도 이상의 판단능력을 갖고 있고, 자기의 재산, 예를 들어 부동산과 같은 중요한 재산을 불리하게 처분할 우려가 있는 경우에는, 재판관이 부동산의 거래에 대해서는 후견인의 동의를 필요로 한다는 결정을 할 수 있다. 즉 본인을 위하여 그 필요가 없으면 행위능력의 박탈과 제한은 행해지지 않는 것이다.

일본의 금치산제도에 따르면, 최강도의 지적·신체적 장애인으로서 혼자 외출한 적도 없는 사람이 상속만을 위하여 금치산선고를 받으면, 행위능력이 박탈되고 거래의 안전을 위하여 호적에 기재되게 된다. 일본의 동 보고서에서 제안되고 있는 방안은 기본적으로 이것을 답습하고 있다고 하지 않을 수 없다.<sup>37)</sup>

37) 일본의 사회상황에서는 보고서와 같은 제도가 되지 않을 수 없는 이유에 대하여 명확하게 제시된 바는 없다.

행위능력제도를 지적장애자 본인의 이익을 위하여 재검토하는 것이라면, 거기에서 가장 존중되어야 할 것은 '필요성의 원칙'일 것이다. 이것은 단순히 필요한 것을 제공한다는 것뿐만 아니라, 불필요한 것(제한 등)을 가하지 않는 것도 의미하고 있다. 일본 보고서의 '3유형론'은 법원의 부담을 고려하면 이해할 수 없는 것도 아니지만, '필요성의 원칙의 확립'이라는 세계적 조류 가운데에서 이미 시대에 뒤떨어졌다는 느낌을 부정할 수 없다.

### ② 행위능력의 제한

후견제도는 일본의 새로운 성년후견제도 방안과 같은 경우에는 후견인의 선임은 본인의 능력제한과의 관계가 문제된다. 판단능력이 가벼운 수준으로만 불충분한 경우어야말로 이 문제는 심각하다.

문제의 본질은, 새로운 제도가 어디까지 '필요성의 원칙'을 존중하고 있는 가라는 점에 있다. 일본 사회의 지적장애자 대부분은 (준)금치산선고를 받지 않고 생활하고 있는 것이 현실이다. (준)금치산제도를 이용하지 않는 이유는 많은데, 그 중 가장 중요한 이유는 그 제도를 이용하면 공시를 수반하는 행위능력의 제한을 받기 때문이다. 따라서 이용하기 쉬운 제도를 만들기 위해 재구성하는 것이라면, 행위능력의 제한을 요구하지 않는다는 것을 원칙으로 하고, 거기에 일정한 대리권을 갖는 원조자를 인정해야 하는 것은 아닐까. 즉 행위능력의 제한은 원칙으로 하지 않고, 필요한 경우에만 예외(이 경우에는 공시제도도 의미가 있다)적으로 제한을 하는 방법이 더 합리적일 것이다.

### ③ 후견인의 대리권

실제의 생활에서는 취소권보다도 대리권이 중요한 의미를 갖기 때문에 후견인에게 일정한 경우에는 대리권을 부여해야 한다. 다만, '신청에 따라, 신청의 범위 내'라는 요건 하에서 부여하는 것이 아니라, '신청에 따라, 필요한 범위내에서' 대리권을 부여해야 할 것으로 본다. 후견인이 본인을 위해서만이 아니라, 주로 자기의 이익을 고려하여 대리권을 요구하는 경우도 없지 않기 때문이다. 이 점에서, 이러한 형태로 '필요성의 원칙'을 적용해야 한다.

## (2) 制度의 利用主體

성년후견제도에 의하여 보호될 수 있는 자의 범위는 행위무능력제도와 후

견제도의 관계를 어떻게 설정할 것인가와도 관계되는 문제이며, 또한 새로운 성년후견제도를 어떠한 이념하에서 운영할 것인가 하는 문제와도 관계된다. 이와 관련하여 외국의 입법례와 검토의견을 참고로 살펴보면 다음과 같다.

1) 낭비자

낭비자는 고려의 대상에서 제외할 것인가 한정치산제도와 관계에서 검토되어야 한다. 일본의 경우에는 제외하였다. 민법상의 무능력제도와 별개의 독립된 행위능력 보충제도로서 고령자후견제도를 설정하는 경우에는 한정치산에 해당하는 고령자를 고령자후견제도에 포함하게 된다. 그렇지 아니하고 고령자의 특성에 따른 특별법으로서 한정하여 고령자후견제도를 입안하는 경우에는 민법상의 무능력제도로서 불충분한 사항에 한하여 규정하는 것이 바람직하다.

2) 신체장애자

행위능력제도의 개정으로 생각하는 이상, 신체장애자는 판단능력에 문제가 있는 것은 아니기 때문에, 고려의 대상에는 포함되지 않는다. 그러나 독일의 원조법과 같이, 사회생활을 하면서 원조가 필요한 사람에게 그 한도 내에서 원조를 공급하는 제도로 재구성하는 것이라면, 판단능력이 있다고 하더라도 행위능력의 면에서 원조가 필요하다면 원조인을 붙여야만 한다는 결론에 이른다. 이 점에서 일본의 경우에는 이 문제를, 민법개정을 촉구함에 따라 의사능력 내지 행위능력의 문제로서 제도의 실현을 도모하려고 하고 있다는 것과 밀접한 관계를 갖는다고 생각된다.

일본의 성년후견제도의 개정에 있어서는, 신체장애자를 고려의 대상에서 제외하면서, '의사소통이 현저하게 곤란한 자'에 대하여 일정한 배려를 할 가능성을 남기고 있다는 점은 평가할만하다. 독일법에서는 이러한 배려가 불필요하지만, 오스트리아에서는 해석상 고려되고 있다<sup>38)</sup>.

또한 원칙적으로 본인의 행위능력을 제한하지 않는 제도로 재조정한다면, 이 점에서의 제한도 필요하지 않다는 것은 당연하다.

38) 동경권리옹호센터 스텝, 성년후견제도에 관한 조사보고서·오스트리아편, 1994. 17면 참조.

3) 미성년자

성년에 달한 때에 친권자에 의한 보호가 없어지므로, 성년을 목전에 둔 미성년자(및 일정한 범위의 자)가 신청권을 가져야 한다는 것은 당연하다(또는 직권). 이것은 특히 지적장애를 가진 미성년자에 있어서 중요한 의미가 있다.

4) 치매성노인

외국의 경우에 특별히 규정하고 있는 바는 아니지만, 당연히 보호대상에 포함된다고 해석된다. 일본의 경우에는 성년후견보고서에서, 특히 치매성 노인에 대한 항목을 거론하고 있지 않지만, 성년인 이상 당연하고, 제도의 중심적인 이용자로 위치 지을 수 있는 자라고 해석할 수 있다.

5) 협의의 정신장애자

정신발달지체와는 구별되는 정신장애자(발달된 정신적 판단능력이 외재적 요인 등에 따라 장애를 받고있는 자 또는 그 후유증을 겪고 있는 자)는, 판단능력이라는 면에서 요건을 충족하는 경우에만 이 제도를 이용할 수 있게 될 것이다. 단, 후견인의 권한으로부터 의료에 관한 권한을 완전히 제거해버린다면, 정신장애자에 대한 성년후견제도의 의미는 반감해버리고 만다<sup>39)</sup>.

(3) 適用範圍와 生活必需品契約

1) 행위무능력과 생활필수품계약

종래의 행위무능력제도에서도 무능력자의 행위능력을 생활필수품계약, 사실계약관계이론 등에서는 예외로 간주하여야 한다는 견해가 있었다. 새로운 성년후견제도에서는 '본인의 잔존능력을 존중하는 관점에서, 일상생활에 필요하다'고 인정할 수 있는 행위에 대해서는 본인이 단독으로 할 수 있다고 보는 것이 적당하다는 것이 일반적이다. 장애자의 일상적인 사회생활 내지 기본적인 생활을 가능케 하기 위해서는 이것이 최소한도로 필요한 내용이기 때문이다. 법적으로 엄밀하게 말하면 문제가 있다고 하더라도, 생활필수품계약(슈퍼마켓에서의 쇼핑 등)이 현실적으로 가능한 사람에 대해서는 이 범위 내에서 행위능력은 있다고 인정하여야 할 것이다.

39) 이 점에 대해서는 池原毅和, 保護者の實務, 判例タイムス 944호, 81면 참조.

## 2) 적용범위

이것은, 적어도 본인이 스스로 식품과 일상품의 구입 등을 단독으로 할 수 있다는 것을 전제하고 있다. 이러한 전제에 따라, 후견인(일본의 경우에는 보조인)이 본인의 생활필수품을 구입하는 경우에도 임의대리권한의 유무가 문제되지 않는다고 생각할 있다. 즉 본인에게 의사능력이 인정되는 경우에는 별문제가 없지만, 그 점에 의문이 있는 경우나 중증의 치매상태에 있는 경우에도 반드시 가정법원의 인정을 받아야 할 필요없이 자격소지자나 등록자 등 일정한 인정을 받은 자에게 최소한도의 대리권으로서 생활필수품대리권을 부여할 수 있을 것이다. 엄밀하게 말하자면, 그러한 범위의 행위에 대해서는 타인에게 부탁하는 것(위임 내지 준위임)도 본인이 단독으로 할 수 있다고 하지 않으면, 물건구입 등을 스스로 할 수 없는 사람의 경우에는 일상생활을 합법적으로 할 수 없게 되어 버리는 것이다.

이렇게 일정한 요건을 충족하는 생활원조자 즉, 일반적 인정과 구체적 승인을 받은 자에게 이러한 행위만을 대리할 수 있는 일종의 법정대리권을 부여하는 것을 검토해 볼 수도 있다.

일반적 인정이란, 연수 등을 받거나 하여 얻을 수 있는 일종의 자격이고, 구체적 인정이란 특정한 사람의 일상생활을 위하여 대리행위를 하는 것에 대한 승인이다. 후자는, 공적인 생활지원센터 등에 의하여, 그곳에 등록된 자(감독가능한 자)에 대하여 행해진다. 생활원조자를 위한 대리권을 신설하는 것은 곤란한 점이 있으므로, '생활필수품계약'의 범위와 원조자의 대리권의 범위를 일치시킴에 따라, 원조자에 의한 권리남용과 표현대리의 발생을 방지해야 할 필요가 있을 것이다<sup>40)</sup>.

### (4) 申請主義와 職權主義

#### 1) 후견절차 개시요건

후견절차의 개시요건과 관련하여 일정한 자의 신청에 의하는 「신청주의」와 법원의 직권에 의하여 개시하는 「직권주의」가 있다.

40) 이러한 제도의 필요성과 실무상의 문제점에 대하여 石川稔, 高齢者財産管理と去來法上の保護, ジュリスト 1059호, 172면; 池田桂子, 高齢者等を當事者とする紛争の防止・解決方法, 判例タイムス 29호, 69면 참조.

i) 신청주의: 현행 우리 민법은 행위무능력제도에서 금치산, 한정치산의 선고는 일정한 자의 청구에 의하여 개시되도록 절차적 요건을 정하고 있고, 현행 일본민법도 동일하다. 신청주의에 의하고 있다. 일본의 성년후견제도는 일본은 현행법 이상의 한정된 친족, 검사, 복지사무소 소장등을 신청권자로 제안하고 있다. 법원의 직권에 의한 개시는 제안되지 않았다.

ii) 신청주의와 직권주의 병행: 독일, 프랑스는 일정한 자의 신청 또는 후견판사의 직권에 의하여 절차를 개시할 수 있도록 하고 있다. 다만, 신청권자에 있어서 차이가 있다. 독일은 장애인 본인(BGB §1897④), 프랑스는 일정한 범위의 근친자, 보좌인, 검사(C.C §493①)이 신청권자가 된다. 물론 법원에 의한 직권개시는 인정된다.

iii) 직권주의: 누구라도 법원에 대하여 절차의 개시를 촉구할 수는 있으나, 법원은 이를 고려할 뿐이며 최종적인 절차의 개시는 법원에서 결정한다. 이는 장애인관련 사회복지시설등의 기관장등이 장애인에 대하여 후견개시의 신청을 할 수 있는가와 관련된다. 신청권자로 할 것인가 아니면 법원의 직권 발동을 촉구하는 것으로 할 것인가로 입법될 것이다. 오로지 법원의 직권에 의하여만 후견이 개시되도록 하는 예는 아직 없다.

최근 구미제국에서의 관련입법은 장애자의 인권옹호, 자기결정권의 존중을 실현하기 위한 것이었다. 인권옹호라는 측면에서, 금치산선고 등이 본인을 위해서가 아니라 주변 인물의 이익과 사정을 위하여 이용되지 않도록 재조정할 필요가 있었고, 그 때문에 본인만이 신청권을 갖도록 하는 것이 가장 적절하다. 그러나 실제로는 이 이유만으로 제도가 변하지 않을 것임은 누구라도 알 수 있다. 그래서, 법원의 직권에 의하도록 한다는 생각이 나왔다.

일본의 동 성년후견보고서에 따르면, 일본 현행법이 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 후견인, 보좌인 또는 검찰관이 금치산 및 준금치산선고의 신청인이 됨을 전제로 하여, ①친족의 범위 한정(현행법 이상의 한정을 요함), ②검찰관의 신청권의 존속(현행대로 존치), ③복지사무소 소장의 신청권을 인정할 것인가(다수의견은 적극적), ④임의후견인에게 신청권을 인정할 것인가(유보), ⑤재판소가 직권으로 절차를 진행하는 것을 인정할 것인가(다수의견은 소극)에 대하여 검토되었다.41)

실제로, 입법을 하는 경우에는 그 국가의 사정을 고려하여 결정하지 않

41) ( )안은 결론으로 제시된 방안이다.

면 안되기 때문에, 일본의 사정을 고려하여 일정한 결론에 달하는 것은 이해해야만 하지만, 이 문제의 이념적 측면이 어느 정도 검토되었는가에 대해서는 보고서만으로는 추측할 수 없다.

일본 성년후견보고서의 이유 가운데 ① [본인의 능력제한절차를 법원의 직권으로 개시하여도 무방할 것인가] 에 대해서는, 개시가 문제인 것이 아니라 절차 자체에서의 인권침해가 문제되어야만 한다. 법원이 경찰이라도 된 양 직권으로 절차를 개시하거나 하는 것은 생각할 수 없는 것이고, 독일과 오스트리아에서도 그러한 경우는 없다. 오히려 직권주의가 되면 누구라도 절차의 개시를 법원에 적극 요청할 수 있게 된다. 현행법 하에서는 신청권자가 절차를 밟으면, 법원은 이에 구속되는데(결론은 아니다), 직권주의 하에서는 관계자의 직권발동을 촉구하는 행위가 있더라도 자료가 충분하지 않으면 그 관계자와 본인이 거주하는 지역의 지방사무소에게 자료를 제공하도록 하여 판단하게 되는 것이고, 그 결과 절차를 개시할 필요가 없다고 판단하면 개시를 하지 않아도 좋은 것이다. 본인이 신청할 수 없는(중증의 치매의) 경우에 신청권자를 찾을 필요도 없다. 무엇보다도 이 점에서 복지사무소의 소장에게 신청권을 부여해도 무방하다는 생각은 있을 수 있지만, 절차의 개시를 둘러싼 제이익의 대립 등으로 인하여 절차가 개시되지 않는 경우에도 복지사무소의 소장에게 제1단계의 판단을 맡길 것인가. 가정법원이야말로 전문가를 준비하여 그에 대처할 수 있는 유일한 기관이지는 않을까. 여기에서 말하는 복지사무소장의 판단이 절차개시에 필요한 판단 정도의 것이라면, 오히려 관계자료를 첨가하여 법원에 직권발동을 촉구하는 편이 보다 능률적이지는 않은가. 또 보고서의 이유 ②③도 결정적 이유가 될 수는 없다.

또한 직권주의를 채용하는 경우에는, 본인의 인권을 옹호하기 위하여, 절차원조인(절차에서 본인의 인권을 옹호하는 것만을 담당하는 '후견인')이 반드시 필요하다.

## 2) 후견인의 결정

이는 다시 법정후견인제도를 두는 경우와 신청자의 의사에 구속되는 경우 및 신청자의 의견을 최대한 존중하되 최종적으로는 법원에서 결정하는 입법례로 나뉜다.

독일의 경우에는 신청자의 의견이 주요 고려사항이지만(BGB §1897④),



반드시 법원이 이에 구속되는 것은 아니다. 프랑스는 본래적 후견인은 제1차 법정후견인으로 피후견인의 배우자로 되어 있으나, 별거상태에 있거나 후견판사가 부적절하다고 판단하는 경우에는 이를 배제할 수 있고, 이러한 경우에는 친족회에서 지정한다. 법정관리인으로서 선임하는 경우에는 후견판사가 적당하다고 생각하는 자를 임명한다. 일본의 성년후견보고서는 책임자를 복수의 후견인을 법원이 결정하도록 제안하고 있다. 영국의 경우에는 지속적 대리인으로서의 승인문제이며, 후견인인 재산관리인도 재산관리인이 법원에 승인을 요청하는 방식에 의하고 있다.

### (5) 後見人の要件과 報酬・費用

#### 1) 후견인의 자격

현행 민법은 무능력자의 후견인으로 될 수 있는 자에 대하여 법정후견인 제도를 채택하고 있으므로 자연인으로 한정하고 있고, 특별한 자격을 갖출 것을 요하는 것도 아니다. 외국의 경우에는 성년후견인으로서 자연인뿐만 아니라 법인, 관청도 후견업무를 맡을 수 있도록 하고 있고, 자연인의 경우에도 신청권자의 신청에 반드시 구속되지 아니하고 책임자를 선정하고 있다.

#### ① 복수후견인

현행법은 후견인을 한사람으로 정하고 있는데 (§ 930), 독일은 복수로 임명할 수 있으며(BGB § 1900①), 영국의 경우에는 공동대리인을 임명할 수 있다. 일본의 성년후견보고서는 복수의 후견인 선정을 인정하고 있다. 반면에 프랑스의 경우에는 그렇지 않다.

기술적으로는, 후견인 상호간에 의견충돌이 발생하는 경우 등에 대하여 일정한 배려가 필요한데, 그것은 기술적으로 해결할 수 있는 문제이다. 예를 들면, 제3자로부터의 의사표시는 원칙적으로 후견인 한사람에 대해서만 하면 충분하지만, 후견인의 직무분장으로 인하여 다른 후견인의 감독을 받는 경우에도 의사표시의 수령권한을 인정하는 것으로 할 것인가에 대하여 명확히 해 둘 필요가 있을 것이다.

#### ② 법인후견인

현행법에서는 자연인으로 법정하고 있다. 프랑스나 미국의 경우에는 법인에 의한 후견도 인정하고 있다. 일본의 경우에는 명문의 규정은 없지만, 성

년후견보고서는 법인후견인을 인정하는 것이 적당하다고 한다.

법인후견인제도도 도입 필요성은 인정된다. 단 이러한 후견인이 바람직한 것은 아니다. 다시 말하면, 후견인은 자연인이 바람직하다는 것이다. 그 이유는, 원조는 개인적(man-to-man으로)으로 되어야하기 때문이다. 개인에 대한 원조인이 확보될 수 없는 경우에 하는 수 없이 법인에 위탁한다는 취지일 것이다.

입법기술상으로 볼 때, 후견법인으로서는 사회복지법인과 같은 것을 생각할 수 있을 텐데, '이익상반의 우려가 있는 법인'은 성년후견인으로 될 수 없다는 취지의 규정을 두는 것도 타당하다. 특히 체재형 시설의 경우, 그 시설은 법인후견인으로서의 결격사유를 갖는다고 해석해야만 한다. 이 점은 관계자가 이해하기 쉬운 방법으로 법문상 표현해 두어야 한다.

### ③ 관청후견인

미국이나 프랑스의 경우에는 후견은 공공의 부담이고 후견을 인수하는 자가 없는 경우에는 후견판사가 이를 국가에 위탁하도록(C.C. §433) 하고 있다. 일본의 동 보고서는 태도를 명확하게 밝히고 있지 않은데, 아마도 고려하지 않은 것일 것이다.

법인후견과 관청후견의 경우에는, 당해 법인과 관청이 책임을 갖고 후견을 인수하여, 실제로는 그 직원이 후견사무를 집행하게 된다. 그 개인이 개별적으로 후견사무를 처리할 수 없다는 점이 다를 뿐이며, 개별적인 원조는 개인적으로 되어야 한다.

### 2) 성년후견비용

비용은 원칙적으로 본인의 재산으로 지급하는 것이 타당하다. 성년후견제도는 비용을 행정이 전액 지급하여 원조하는 시스템이 아니다. 문제의 본질은, 재산이 어느 정도 있다고 하더라도 그것을 적절하게 사용하여 스스로 자신의 사무를 처리할 수 없는 자에게 필요한 원조를 제공하는 시스템이다. 따라서 들어간 비용은 원칙적으로 본인이 부담하는 것이 당연하다. '원칙적으로'라는 것은, 경제적인 이유에서 이 시스템을 이용할 수 없는 자에 대해서는 사회보상시스템이용을 전제로 하면서, 절차에 드는 비용에 대해서도 당연히 일정한 경제적 배려가 되어야 한다는 것이다. 예를 들면, 법원관계절차비

용에 대해서는 법률부조협회에 의한 원조(현행법 하에서 어느 정도까지 가능한지도 검토를 요하기는 하지만) 등이 제공되어야 한다.

### 3) 성년후견인의 보수

현행 민법은 후견인의 청구에 의하여 피후견인의 재산상태 기타 사정을 참작하여 피후견인의 재산중에서 상당한 보수를 수여할 수 있다고 규정하고 있다(§ 955). 독일의 경우 자연인이 성년후견인이 된 경우에는 그 사무의 집행비용의 선불 또는 상환의 청구를 인정하고 있으며(BGB 1835①의 준용), 후견사무집행에 따르는 손해배상의무를 위한 보험비용도 포함되어 있으며, 피후견인이 무자력인 경우에는 국고로부터의 지불도 예정되어 있다(BGB § 1835 ④). 일본의 성년후견보고서 다수의견은, '법원은 본인의 재산으로부터 보수를 지급하여야만 한다'고 해야 한다고 한다.

본인의 재산이 고갈된 경우에는, 공적원조가 검토되어야 하지만, 기본저금로 피후견인의 부담으로 성년후견인의 보수가 지불되는 것이 원칙이라고 하겠다. 공적원조는 반드시 본인의 재산을 보호하기 위한 것은 아니다. 사적인 재산이 없는 경우에만 공적원조가 등장하므로, 그것은 사회보장 틀 내의 문제이다.

## (6) 成年後見人の 監督機關

### 1) 후견감독의 필요성

재산관리를 포함하는 후견이기 때문에 특히 노인에 대한 후견은 '상속싸움의 전초전'으로 이용될 우려도 있으므로, 후견감독은 중요하다.

### 2) 후견감독기관

우리 민법에는 가정법원과 친족회가 후견감독기관으로 되어 있다. 반면에 일본의 경우에는 후견감독기관으로는 가정법원과 후견감독인이 있다. 일본에서는 이외에도 입법론으로서, 예를 들면 후견인자체를 복수로 하여 한편이 다른 편을 감독하는 방법도 제시되고 있다. 한쪽이 감독만을 한다면 그것은 후견감독인이지만, 약간의 다른 임무도 겸하면서 감독도 하는 경우가 있을 수 있는 것이다. 독일 민법은 미성년자후견에 관한 규정을 준용하여 후견감

독인을 임명할 수 있도록 하고 있다(동법 §1799). 물론 후견법원은 성년후견인 및 후견감독인의 활동 전반에 대한 감독권을 가지고 명령·금지, 기타 강제금의 부과할 수 있고, 조언할 의무도 있다(동법 §1837 ① ~③). 프랑스는 법원이 감독기관이며, 영국도 보호법원이 감독한다.

### 3) 후견감독인의 필요성

현행민법은 후견인에 대한 친족회가 감독할 수 있도록 하고 있는데, 후견인에 대하여 그 임무수행에 관한 보고와 재산목록의 제출을 요구할 수 있고 피후견인의 재산상황을 조사할 수 있도록 하고 있다(민법 §953) 법원에 대하여 후견사무에 관한 처분을 청구할 수도 있다(§954). 독일은 종래와 마찬가지로 후견감독인을 선임할 수 있다(BGB §1908 I ①, §1792, 1799 준용). 일본의 경우에는 현행법상으로는 청구가 있는 경우에 감독인이 선임되는 것으로 보아, 필요성이 있는 경우에는 청구가 없더라도 후견인이 선임되는 때에 감독인도 직권으로 선임할 수 있다고 보고 있다. 이 경우 후견감독인의 직책을 생각하여 변호사 등이 고려대상에 포함할 수 있는데, 이 경우에는 필연적으로 비용 내지 보수의 문제가 발생한다.

### 4) 후견감독인의 보수

우리나라나 일본의 경우에는 현행 민법상으로도 후견감독인에 대해서는 보수규정이 없다. 기본적으로 성년후견은 임의후견에 따라야 한다는 관점에서 보면, 일정한 결론이 나온다. 즉 비용은 후견인의 경우도, 후견감독인의 경우도, 원칙적으로 본인의 부담이다. 그리고 경제적 이유 등으로 부담할 수 없는 본인에 대해서는 국고로부터의 원조가 되어야만 한다.

## (7) 成年後見人の 權限

### 1) 재산관리

후견인의 직무와의 관계에서, 본인의 재산관계의 조사, 재산목록의 작성의 무가 문제된다. 전면후견의 경우 이것이 필요하다는 것에는 의심의 여지가 없다. 성년후견제도의 다양화를 전제로 하는 경우에, 각각의 유형의 따라 어느 정도의 의무가 제도화되어야 하는가가 이후의 논의대상이 되어야 할 것이다.

## 2) 의료에 관한 사항

후견업무 중 의료와 관련되는 것은 의료감호와 의료처치이다. 의료감호는 현행 민법 제947조가 금치산자의 요양, 감호에 대하여 「금치산자의 후견인은 금치산자의 요양, 감호에 일상의 주의를 해태하지 아니하여야 한다.」 「후견인이 금치산자를 사택에 감금하거나 정신병원 기타 다른 장소에 감금치료 함에는 법원의 허가를 얻어야 한다. 그러나 긴급을 요할 상태인 때에는 사후에 허가를 청구할 수 있다」고 규정하고 있다.

일본의 경우에는 '치료행위 등에 대한 결정권·동의권에 대하여 규정을 두는 것은, 시기상조이다'고 하여, 긴급한 경우에는 긴급피난 등의 법리에 완전히 맡겨야 한다고 하고 있다.

독일민법은 의료처치(ärztliche Maßnahmen)와 수용(Unterbringung)을 구분하여 규정하고 있다.<sup>42)</sup> 의료처치에 대한 성년후견인의 동의(§ 1904)와 불임수술실시시의 동의에 관한 특칙(§ 1905)을 두고 있다. 전자는 의료행위와 의료처치에 관해 그 대상이 되는 피후견인이 동의할 수 없는 상황에 있는 경우에 관한 「설명과 동의」원칙의 특별규정이며, 후자는 후견법원의 허가를 요하는 것은 물론, 성년후견인이 불임수술실시의 동의 요건과 절차에 관한 특칙을 규정하고 있다.

우리나라 현행민법은 요양감호와 감금치료의 개념범위가 추상적이다. 더구나 본인의 동의나 설명에 관한 원칙도 규정하고 있지 아니하며, 금치산자로 선고받지 아니한 자에 대한 사항도 법적 공백상태에 있다. 더구나 사설시설에 대한 收容的 감금요양이 엄청난 사회적 문제를 안고 있음에도 불구하고 단지 금치산선고를 받지 아니하였다는 사실 때문에 방치하고 있음은 주지의 사실이다. 피성년후견인의 자유를 박탈을 동반하는 감금이나 감금치료는 행위무능력제도와 관계없이 법원의 허가를 받도록 하여야 할 것이며, 그 요건

42) 독일민법 제1906조 제1항1호에 규정하고 있는 수용이유로는 「피성년후견인의 자살, 현저히 건강을 해칠 수 있는 위험의 방지」 등을 열거하고 있다. 여기서의 '위험'은 피후견인 자신의 생명·신체에 대한 중대하고 구체적인 위험만을 의미한다. 위험이 있어도 건강을 해치는 경우가 아니라면 수용은 허용되지 않는다」고 해석하고 있다: Werner Bienwald, Betreuungsrecht, Kommentar zum BtG/Btbg. 2. Aufl., Verlag, Ernst und Werner Gieseking, 1994, SS.415~418.

을 강화하여 최소한의 필요성에 그쳐야 할 것이다. 물론 「자유의 박탈」을 수반하는 수용여부를 판단하는 기준에 대하여도 법원에서 객관적인 기준을 마련하여야 할 것이다. 독일의 경우에는 '수용 유사'의 조치'라고 하는 개념을 사용하여 해결하고 있다(BGB §1906 ④). 「수용형태가 아니면서 시설에 滞在하고 있는 피후견인이 기계적인 장치, 약 또는 기타의 방법으로 비교적 장기에 걸쳐 또는 정기적으로 자유가 박탈되는 경우」가 이에 해당한다.

후견인이 선임되고 있는 경우에 매우 중대한 위험을 수반하는 수술 등의 상황 아래에서, 그러한 상황에 적합한 것이라면 법원의 허가를 얻는 정도의 규제가 꼭 시기상조인 것은 아니다. 긴급피난으로 설명할 수 있는 경우는 그렇다 하더라도, 그럴 수 없는 경우에는 본인의 인권이 침해되는 경우를 충분히 생각해볼 수 있기 때문에, 이에 대한 배려가 필요하다. 통상적인 의료에 관한 권한에 대해서도 적극적으로 검토할 필요가 있다.

### 3) 주거의 확보에 관한 사항

일본의 성년후견보고서에서 제시하고 있는 것처럼, '본인의 주거에 대하여 매각, 임대, 임대차계약의 해약신청 기타 본인의 거주를 곤란하게 하는 행위를 하려는 경우에는, 친족회 또는 가정법원의 허가'를 얻어야만 하도록 하는 방안도 고려되어야 할 것이다. 성년후견제도를 이용하는 자는 다양하고, 일단 시설에 입소한 경우라도 다시 원래의 집으로 돌아가고 싶어하는 경우가 있을 것이고, 치매증의 경우 등에는 그 증상의 개선을 촉진하는 경우도 있을 수 있기 때문이다.

### 4) 양로원 등에서의 입·퇴소, 처우의 감시·이의신청 등에 관한 사항

현행민법은 거소지정권을 금치산자의 후견인에 대하여 준용하고 있지는 않지만, 「요양, 감호의무」와 관련하여 사실상 거소를 지정할 수 있게 되어 있다. 실버타운등에서의 입주와 이전, 처우의 감시·이의신청, 행정처분등에 의한 피후견인 본인의 시설입소와 처우에 대한 감시·의이신청 등을 후견인의 직무에 포함하는 것은 당연히 요청된다고 본다.

일본에서는 거소지정을 의미하는 경우를 제외하고, 후견인의 권한으로 해도 좋다고 하고 있다. 본인이 그것을 필요로 하는 경우에 대해서는 당연한 결론이겠지만, 그와 관련하여 독일에서 이것이 문제되었던 경우는 양로원에

의 입소계약의 유효성과의 관련하여서이다. 독일 양로원법에서 계약의 체결이 강제되고 있고, 그것은 당연히 법적으로 유효한 것이어야만 하기 때문이다. 시설측에서는, 후에 계약의 유효성이 문제되는 경우를 피하기 위하여 계약체결능력에 대하여 의심의 가능성이 있는 본인에 대해서는 원조인을 요구한다고 한다. 그에 따라, 그러한 상태에서 시설입소를 필요로 하는 자로서 원조인이 없는 자에 대해서는 원조인 선임신청을 사실상 강제하도록 하는 사태가 발생하고 있는 것이다. 여기에서도 문제발생의 방지를 위하여 원조인 제도가 일정한 기능을 담당하고 있다고 생각해볼 수 있다.

### (8) 本人意思의 尊重

#### 1) 본인 희망의 존중

확실히 후견인이 진정으로 선량한 관리자의 주의의무를 다한다면, 많은 경우에 본인의 희망을 이루어줄 것이다. 문제는 선관주의의무라는 이름 하에서 자기의 이익을 도모하거나 하는 경우가 발생하지 않도록 하는 배려를 어떻게 할 것인가이다. 그것을 위하여 몇 가지의 논점에 따라 구체적으로 본인의 사 존중규정을 신설해야 한다. 독일법의 경우처럼 중요한 사무(43)에 대한 사전 협의의무(동법 §1901② 제2문)와 희망존중의무(동법 §1901② 제1문)(44)를 규정하는 방안이 좋은 참고로 될 수 있다고 본다.

#### 2) 본인의 심문

가능한 본인의 의사를 존중하려는 것이 외국의 새로운 성년후견제도에서 나타나는 이념이다. 영미국가의 후견인 선임적법절차규정이나 독일등의 필요성·보충성의 원칙등이 이에 해당하는 예이며, 후견결정절차상에 본인의 심문과정이 설정되어 있다. 일본 법무성의 보고서는, '본인의 의사를 존중한다는 관점으로부터 볼 때, 성년후견 결정절차의 과정에 필요성이 인정되는 경우에는 가능한 한 재판관 또는 가정법원조사관이 본인과 면접하여, 그 의견

43) 전화·우편물의 관리(§1896④), 건강상태의 조사·치료·의료처치의 동의(§1904), 斷種·불임수술의 동의(§1905), 收容등(§1906), 주거임차계약등의 해소(§1907)등이 중요한 사무에 해당한다. 반드시 후견법원의 허가사항이 아니라도 피후견인의 생활에 큰 의의가 있는 것이라면 중요한 사무로 인정된다.

44) 피후견인의 복지에 반하지 않고 성년후견인에게 기대가능한 범위내에서 피후견인의 희망에 따라야 할 의무를 규정하고 있다.

을 청취하는 기회를 갖는 것이 바람직하다'고 하고 있다.

이와같은 절차는 '의견청취의 기회'와 같이 과장된 것이 아니라, 본인과 면회함으로써 본인이 무엇을 필요로 하고 있는가를 직접·간접으로 알 수 있다는 점에서 제도적 의의를 찾아야 할 것이다. 따라서 의견의 표명과 같은 것이 가능하지 않은 경우에도, 면회는 실시해야 한다. 법원은 그만큼의 시간과 노력을 아껴서는 안되지만, 다른 한편으로는 감정을 요구하지 않는다는 판단(의사의 진단서는 전제)도 있을 수 있다고 생각된다(예를 들면, 매우 중증의 중복장애와 같은 경우).

### (9) 後見內容의 再審査

#### 1) 後見의 再심사(갱신)

현행민법은 법정후견인제도를 두고 있으므로 후견의 재심사나 갱신과 같은 제도가 없다. 후견인은 정당한 사유가 있는 때에는 법원의 허가를 얻어 사퇴할 수 있고(§939), 후견인이 현저한 비행이 있거나 그 임무에 관하여 부정행위 기타 후견인의 임무를 감당할 수 없는 사유가 있는 때에 피후견인 또는 제777조 규정에 의한 친족의 청구에 의하여 법원이 후견인을 해임할 수 있을 뿐이다(§940). 금치산선고나 한정치산선고는 일정한 자의 청구에 의하여 그 선고의 취소가 있는 때에 한하여 후견의 계속여부가 심사될 뿐이다.

한편, 행위무능력제도와 후견제도를 분리하여 성년후견제도를 실시하고 있는 입법례의 경우에는 후견의 필요성 내지 계속성여부에 대한 심사가 따로 필요하게 된다. 독일의 경우는 5년이내에 성년후견의 계속필요성에 대한 심사를 하도록 하고 있다(BGB §1901④). 일본의 성년후견보고서도 재심사제도의 도입을 고려하고 있다.

#### 2) 後見인의 변경

##### ① 본인측으로부터의 변경희망

후견인의 주된 임무가 단순한 재산관리라면, 이 점은 중요시할 필요가 없을 것이다. 그러나 개인적인 후견(개호와는 구별되는 원조)을 전제로 하여 후견인의 권리·의무를 이해한다면, 본인과 후견인과의 인적인 관계를 포함하여 본인측에게 후견인 변경권이 인정되어야 한다. 현행민법은 기술한 바와



같이 피후견인 본인 또는 친족이 후견인의 해임을 법원에 청구할 수 있다고 규정하고 있다.

② 후견인측으로부터의 변경희망

후견인도 그 직무가 장기에 걸치는 경우와 같은 경우에는 자기 자신의 환경변화 등에 따라, 그 직무를 계속할 수 없게 되는 경우가 있을 수 있다. 이러한 경우에는 ①의 경우를 포함하여, 비교적 유연한 기준으로 교체 내지 변경을 인정해야만 한다. 현행민법은 정당한 사유가 있는 경우에 법원의 허가를 얻어 사퇴할 수 있도록 하고 있다(§939).

(10) 後見制度와 擔當者

1) 사회복지법인에 의한 후견인의 공급·지원

독일의 후견제도와 같이 법정후견인제도에서 탄력적인 선임후견인제도를 도입하는 경우에는 법인후견이라는 것과는 별개로, 독일의 감호협회와 같은 조직이 그 책임으로 자연인에 대한 후견인을 공급하는 시스템도 생각해 볼 수 있다. 독일에서는 원래 감호법이 생기기 전부터 감호협회가 있었던 것은 아니고, 감호법에 의하여 발생한 것이다. 단 기독교계 단체의 활동으로서 후견인에 유사한 활동이 있었기 때문에, 인력이 부족할 우려는 없었던 듯하다. 그러나 교회활동과는 관계없이 감호협회는 법률시행과 동시에 설립된 것으로, 일반적으로 말하자면 원래부터 있었던 조직이 감호협회로 자리바꿈 한 것은 아니다.

오스트리아의 경우에는 기독교회의 활동과는 관계없이 대변인협회가 설립되었던 경우가 많은 듯하다. 법률시행에 맞추어 그러한 조직을 준비했다는 것이 실정에 맞는 설명일 것이다. 중요한 것은, 정책적으로 그러한 단체를 만들 생각이 있는가 어떤가가 문제가 아니라, 국가의 시책으로 어느 정도까지 밀고 나갈 것인가가 문제되어야만 한다.

2) 지방자치단체의 지원에 의한 조직

시·도등의 지방자치단체의 지원을 받아서 설립된 조직은, 통상적으로 사회복지법인일 것이지만, 반드시 그에 국한되지는 않는다. 조직 자체를 지방

자치단체가 창설하는 것과 같은 경우나 임의로 창설된 조직을 지원하는 경우도 있을 수 있다.

(11) 다른 法律·制度와의 調整

종합적으로 성년후견제도를 충실하게 하기 위해서는, 민사기본법의 정비를 기반으로 각종의 복지입법·행정시책에 따라 구체적으로 실현해 가야 할 것이다. 여기에서 말하는 민사기본법이란 민법전을 의미하고, 그러한 한도 내에서는 이론이 없을 것이다. 문제는 그 다음부터 있다. 복지입법·행정시책은 정부 부처 차원에서의 관할이 다르기 때문이다. 종적인 행정은 상호간의 권한의 침해를 하지 않도록 하는 점에 대해서는 매우 신중하지만, 적극적으로 조정을 하여 좋은 제도를 만드는 것과 같은 점에 대해서는 결코 충분치 못하다. 현행의 복지입법을 보더라도 민법과 조정을 필요로 하는 규정도 몇 개 존재한다.

성년후견제도에 대해서는, 복지라는 영역에서 현실적으로 활동하는 사람이 일하기 쉬운 제도가 바람직하다고 본다. 그를 위해서는, 전통적인 민사기본법의 원칙에 대하여 예외를 만드는 것에 주저해서는 안된다고 생각된다.

(12) 기타 簡易類型 및 特別代理人類型

일본의 경우에는 현행 행위무능력제도의 기본 골격을 그대로 유지한 채 고령자사회에 대비하여 후견제도를 개선·발전시키는 방안으로 성년후견제도 개선방안을 마련하고 있다. 이러한 특징 때문에 유형화된 확일적 행위무능력제도와 구분되는 「簡易類型」과 「特別代理人類型」을 창설하자는 의견도 제시되고 있다. 이는 향후 우리 민법에서 일본과 같은 형태의 다원적 후견제도를 도입한다면 고려할 만한 방안이라고 생각된다. 이하 요약하면 다음과 같다.

① 간이유형

본인에게 연금 등 정기적으로 수령하는 금전 이외의 수입이 없는 경우로 대상으로 하여 필요한 채무의 변제, 잔액의 예금 등 기본적으로 그 관리만을 맡기는 간단한 一部代理의 유형이다. 만약 독일적인 후견제도가 채용될 수 없다면, 적어도 간이유형과 특별대리인 유형을 병존시켜야만 한다는 견해이

다. 연금과 사회보장급여의 적용요건을 충족하면서도, 그 절차를 밟지 못했기 때문에 필요한 지급조차도 받을 수 없는 사람이 있다. 이것이 권리의식의 문제로 끝나는 경우는 그렇다 치고, 본인에게 그것을 처리할 능력과 체력이 없는 경우에는 일정한 원조가 필요하게 된다. 체력만이 문제인 경우에는 임의대리를 이용하면 충분할지도 모르지만, 노인의 경우 등에는 양자를 그다지 명확하게 구분할 수 없다. 어쨌건 본인이 그만큼 원조를 받을 수 있다면 이후에는 어떻게 해서라도 스스로 해결할 수 있는 경우에는, 이 유형은 큰 힘을 발휘할 것이다.

일본 법무성 보고서에서는 이에 대한 7가지 점의 의문을 제기하고 있다.

- i) 「필요한 책무의 범위를 명확하게 할 수 있을 것인가」
- ii) 「자산가가 이러한 유형을 이용할 것인가」
- iii) 「연금만의 문제인가」
- iv) 「부재자 재산관리인과 같은 제도로 규정하는 편이 좋다」
- v) 「3유형을 인정하는 한편으로, 간이유형을 인정하면 제도적으로 자기모순이 빠질 우려가 있다」
- vi) 「이론상으로는나 입법기술상으로도 곤란하다」
- vii) 「감정을 필요로 하지 않는다」고 하지만 진단서 정도의 증명은 필요하지 않는가 등이다.

## ② 특별대리인유형

본인의 판단능력과 필요에 따라 유산분할이나 개별재산의 처분 등의 개별적인 법률행위에 관해서만 일부 대리권을 가지는 특별대리인을 선임하는 유형이다. 이에 대한 반대의견은, 「왜 이러한 점에 대해서만 간이한 절차를 인정하는가」와 관련하여 '반대로 본인들이 그것을 희망하는 때에 왜 다른 방법의 선택이 강제되는가'라는 의문을 제기되고 있다. 예를 들면, 타인과 단독으로 거래할 정도는 아닌 중증의 중복장애자가 상속재산의 분할 등의 처리에 대해서만 대리인을 필요로 하는데, 의사능력의 문제 때문에 임의대리 방법을 이용할 수 없는 것과 같은 경우이다. 이러한 반대의견에 대하여 「그러한 사람이 전술한 제3유형을 이용하면, 금치산유사의 유형이 상당히 되어, 공시가 되거나 선고가 취소되는 경우도 사실상 없을 것이다. 따라서 이러한 본인과 그 관계자는 현행의 제도 자체를 이용하지 않는 것이다. 이러한

사람들이 희망하는 이 방법을 인정하는 것이 불가능한 것은 아닐 것이다」라고 보는 견해도 있다.

### 3. 任意後見制度

#### (1) 立法例

##### 1) 독일

중전에는 행위능력의 박탈을 전제로 하는 「성년자를 위한 후견제도」와 행위능력의 박탈에는 관계하지 않는 「장애감호제도」로 이원화된 제도를 시행하였다. 이후 개별적 필요성에 따른 유연한 보호가 실현될 수 없다는 사고가 민법 개정의 기초로 자리잡게 됨에 따라 실체법상의 「성년후견」(Betreuung)이라는 새로운 제도로 일원화하였다. 따라서 종래의 ZPO와 FGG로 나뉘어 진 이원적 구조가 개폐되고, 성년후견제도에 관계되는 모든 절차는 비송사건으로서 후견법원의 관할이 되고, 동시에 FGG상의 관계규정도 변경되었다.

새롭게 도입된 성년후견제도(BGB § §1896~1908 i)는 장애의 종류나 경중을 묻지 않고, 개별적인 경우에 구체적으로 필요한 범위에 한해서 법적 보호가 미치게 하려는 필요성의 원칙에 입각하고 있다. 따라서 본인의 모든 사무를 대상으로 하여 성년후견이 개시되는 경우도 있을 수가 있지만, 종래의 제도와 같이 애초부터 모든 경우에 관하여 포괄적으로 후견이 개시되는 경우는 예외적인 것이 된다. 이러한 경우들이 임의후견에 해당된다고 볼 수 있다.

##### ① 임의대리인과 필요성의 원칙

본인이 객관적으로 성년후견개시의 요건을 갖추고 있지만 이미 가족이나 친구 혹은 본인의 수권에 의해 선임된 임의대리인에 의하여 충분한 보호를 받고 있는 경우에는 성년후견의 필요성이 부정된다는 원칙(BGB §1896 ② 2문)이 채택되었다. 성년후견의 필요성이 발생하는 경우를 상정하여 미리 대리권을 수여하여 둘 수도 있도록 개정법은 규정하고 있기 때문에 이러한 사전수권이 있으면 성년후견인의 선임은 필요없게 된다. 물론 이러한 경우에는 장애인 자신이 그 임의대리인을 통제할 수 없게 되는 경우도 고려된 바, 이 경우에는 「임의대리인에 대하여 본인이 가진 권리의 주장」을 직무로

하는 성년후견인이 선임되게 된다(동조 제3항)

② 임의대리인과 補充性的의 原則

BGB 제1896조제2항제2문은 법정대리인의 선임에 의하지 않는 다른 원조방법이 성년후견에 우선한다는 보충성의 원칙을 명시하고 있다. 따라서 본인이 스스로 선임한 임의대리인이 성년후견인을 선임하였을 경우와 마찬가지로 사무를 처리할 수 있는 때에는 성년후견인이 선임되지 않는다.

2) 일 본

① 개 관

일본에서는 공식적인 논의로서 1997년 9월 30일에 공표된 법무성 민사국 성년후견문제연구회 “성년후견문제연구회보고서”가 임의후견제도에 대하여도 제시하였고, 이 보고서는 1996년 가을에 정리되었던 성년후견문제연구회 “성년후견문제연구회중간보고서”<sup>45)</sup>(이하, 중간보고서라고 한다)의 그것에 비하여 임의후견제도 도입에 대한 적극적인 자세를 볼 수 있다.<sup>46)</sup>

중간보고서에서는 ‘연구회에서는 이 제안(임의후견제도를 창설해야 한다는 의견·주장)에 대하여 부정적 의견이 많았다. 그 이유는 ①시민법(common law)과는 달리, 일본민법은 본인의 의사능력상실을 대리권의 취소사유로 하고 있지 않고, 또 이후의 입법론으로서도 그렇게 할 필요성을 발견하기 어렵다는 것, ②위 제안은, 현재의 금치산·준금치산제도가 기능하고 있지 않는 점을 전제로 하여, 법정후견제도를 보완하는 방법으로 주장되고 있지만, 새로운 후견제도가 유연하게 이용되기 쉬운 제도로 되면 임의후견제도 창설을 위한 전제를 잃는다는 것, ③임의대리인의 감독이 불가능하게 된 후에 그것을 보완하는 감독기관을 설정하는 것이라면, 후견인을 선임하여 후견인이 본인 대신 임의대리인을 감독하면 충분하다는 것 등이다’<sup>47)</sup>고 하여, 임의후견제도의 도입에는 매우 부정적이었다. 이에 대하여, 보고서에서는 임의후견제

45) 중간보고는 近畿변호사회연합회 인권옹호위원회, 고령자·장애자의 권리옹호제도 확립을 위하여, 第19號 近畿변호사회연합회 인권옹호대회 심포지움 제1분과회 자료, 1996. 11. 22.)에 첨부되어 있다.

46) 新井誠, 高齡社會의 成年後見法, 有斐閣, 1994. 158~176면; アメリカに於いて 高齡者 財産管理信託法制の新しい 動向(1)’ ジュリスト 1105號, 1997. 94~97면 참조.

47) 近畿변호사회연합회 인권옹호위원회, 전계 보고서, 14면.

도 도입 부정론과 함께, 도입긍정론에 대해서도 상세하게 언급하고 있는데, '그 자체로서는 바람직한 제도라고 평가할 수 있다'<sup>48)</sup>고 하면서, 도입하는 경우의 구체적 안도 제시하고 있다는 점에서, 중간보고보다도 상당히 진전된 것이라고 평가할 수 있다. 보고서는, 임의후견제도의 도입에 대해서는 부정론·긍정론을 병기하고 있으므로, 이하에서는 양자를 구별하면서 살핀다.

## ② 임의후견제도 도입 부정론

보고서의 부정론은 세가지 축으로 성립되고 있다.

i) 보호의 한계와 보완의 원칙 및 보완의 한계에 관한 사항이다. (a)보호의 한계 문제는 '장래 본인이 하는 행위에 대하여, 본인이 취소할 수 있다는 뜻을 미리 정했다거나 임의대리인에게 취소권을 부여한다는 등의 내용은, 의사표시에 따라 자신의 장래 행위에 대한 효과를 부정하는 것이고, 사적자치의 한계를 넘는 것으로서, 이것을 인정하는 것은 무리이므로 취소권을 부여하는 방법에 의한 보호는 도모될 수 없다는 것이다. (b)보완의 원칙 문제는, '계약에 따라 임의대리인에게 부여된 대리권의 범위가 충분하지 않은 경우에는, 대리권의 범위를 법원 등이 변경할 수 있다고 하지 않는 한 법정후견제도를 발동시키지 않을 수 없다는 것'이다. (c)보완의 한계 문제는, '만약 본인에게 付후견유형의 개시사유에 해당하는 상황이 발생하는 경우에는 수임자에게 대리권이 발생한다는 내용의 계약을 인정한다고 가정한다면, 그러한 계약이 시행된 경우에 付보좌유형 등의 개시사유가 발생한 때는 당해 유형의 법정후견제도를 발동시키지 않을 수 없다는 것'이다.'<sup>49)</sup> 따라서 임의후견제도는 본인의 보호라는 측면에서 뿐만이 아니라 법정후견제도의 보완이라는 측면에서도 한계가 있다고 하고 있다(보호의 한계·보완의 한계).

ii) 감독방법의 존재에 관한 사항이다. '임의대리인을 선임한 본인에게 판단능력의 저하라는 법정후견제도의 개시사유가 발생한 때는 성년후견인을 선임하고, 그 자에게 임의대리인의 감독을 하도록 하면 충분하므로, 다른 조치를 강구할 필요는 없다'<sup>50)</sup>고 말하고 있고, 임의후견제도를 신설할 필요도 없고, 임의대리인의 감독은 법정후견제도로 처리할 수 있다고 하고 있다.

iii) 대체조치의 존재에 관한 사항이다. '본인의 의사의 존중에 관해서는,

48) 상계 보고서, 67면.

49) 상계 보고서, 68면.

50) 상계 보고서, 68면.

법정후견제도에서 성년후견인을 누구로 할 것인가, 그 권한의 범위를 어떻게 할 것인가 등에 대하여, 본인의 판단능력이 충분히 있는 동안 가정법원 등에 그 희망사항을 말해 두고, 가정법원이 그것을 존중하도록 하는 틀을 만들어 두면 충분하다<sup>51)</sup>고 말하고 있고, 여기에서도 임의후견제도를 신설할 필요가 없고, 법정후견제도에서도 본인의 의사를 실현할 대체조치가 존재하고 있다고 한다.

위의 도입부정론은 다음과 같은 점에서 비판되고 있다.

i) 임의후견제도가 본인의 보호라는 측면에서 한계가 있다고 하는 논거는, 임의후견제도에는 취소권이 따르지 않는다는 주장인데, 이것은 취소권을 지나치게 과대평가한 견해이다라고 비판한다.

우선 보고서는 본인의 보호를 위해서는 취소권을 부여하는 것이 불가결하다고 하여 취소권의 기능을 편중시키고 있는데<sup>52)</sup>, 종래의 판례를 보더라도 실제상 취소권의 행사가 잘 기능하고 있다고는 생각할 수 없다. 금치산선고를 요구하는 대부분의 이유는, 취소권의 부여 때문이 아니라 법정대리권의 창설 때문이다. 또 취소권을 행사하더라도 현실적인 피해를 회복할 수 없는 경우도 많다. 취소권이 없더라도 대리권의 부여에 따라서 미리 장래의 생활을 설계하여 둔다는 사전적 예방책(임의적 후견제도)이야말로 중시되어야 함에도 불구하고, 본인의 보호와 취소권의 부여를 직접 연결시켜, 임의후견제도의 신설을 부정하려고 하는 것은 내재적 비판이라고 할 수 없다.

임의후견제도는 법정후견제도의 보완이라는 측면에서도 한계가 있다고 하는 논거에 대해서는, 소위 '보충성의 원칙'에 따라 임의후견제도가 주된 제도이지, 임의후견제도를 법정후견제도의 보완제도라고 보아야 하는 것은 아니기 때문에, 발상이 역전되고 있다고 밖에는 볼 수 없다. 궁극적인 보호수단으로서의 법정후견제도의 역할을 부정하는 것은 아니지만, 그것이 전혀 발동될 필요가 없는 경우 혹은 그것이 발동되기까지의 경우에 있어서의 임의후견제도의 역할이야말로 중시되어야 한다고 비판하고 있다.

ii) 감독방법의 존재와 관련하여, 임의후견제도에서도 임의후견인의 권한 남용방지를 위하여 어떠한 방식으로든지의 감독이 필요하다는 것은 근래의

51) 상계 보고서, 68면.

52) 近畿 변호사회연합회 인권옹호위원회, 앞의 보고서, 34면은 '본인보호의 실효성이라는 관점에서부터, 본인에게 불이익한 결과가 될 우려가 있다면, 판단능력에 따라 성년후견인에게 취소권을 인정하는 것이 상당하다'고 말하고 있다.

입법례를 보더라도 분명한데, 그 감독방법은 법정후견제도로만 대처할 수 있는 것은 아니고, 간접적으로는 법원이 관여하게 되더라도 임의후견제도에는 그에 상응하는 독자적인 감독방법이 필요하다고 비판하고 있다.

iii) 본인의 판단능력이 있는 동안에 희망사항을 말해 두면 재판소 등이 그것을 존중한다는 방식은, 그 범위를 독일의 성년자원조법에 있어서 '노후에 미리 갖추두는 원조인 지정'<sup>53)</sup>에 의존하고 있다고 생각되는데, 독일에서도 그것은 그다지 기능하고 있지 않는 점이다. 그 이유는, 일단 법정후견제도를 중시하는 제도설계를 해버리면, 그 가운데 사전의 의사표명을 하도록 사람들을 유도하는 것이 매우 곤란하기 때문이다<sup>54)</sup>. 독일법에 있어서의 이러한 경험을 무시해서는 안된다.

iv) 새로운 성년후견법의 요체는 자기결정권의 존중이다. 자기결정권을 존중하기 위해서는 법정후견제도보다도 임의후견제도를 중시해야 하는데, 보고서의 부정론은 지나치게 법정후견제도에 치우쳐 있다는 점이다.

### ③ 임의후견제도도입 긍정론

위 보고서에서의 긍정론에 대한 내용은, 5개의 축으로 성립되고 있다고 볼 수 있다.

i) 임의후견계약의 방식은 공정증서에 의한 요식계약으로 하고 있다. 그 이유는, (a)공증인이 계약 당사자에게 그 의의를 잘 이해시켜, 본인의 판단능력을 확인하면서 본인의 신중한 의사에 따른 적정한 내용의 계약이 체결되도록 원조하는 것이 가능하다는 점, (b)어떤 계약이 위와 같은 의미에서의 임의후견계약에 해당하는가 아닌가를 미리 확정하여, 일반적인 임의대리의 위임계약과의 구별을 명확하게 하는 것이 가능하다는 점, (c)공증인사무소에 계약서를 보관함에 따라 훼손·멸실 등을 방지할 수 있다는 점, (d)등록제도와 연결에 따라 법정후견과의 저축을 회피할 수 있다는 것, (e)가정법원이 임의후견계약을 전면적으로 감독하는 것에 비하여, 합리적인 역할분담이라고 생각할 수 있다는 것 등<sup>55)</sup>이 거론되고 있다.

ii) 임의후견인에 의한 권한남용을 방지하게 위한 법적담보로서, '임의후

53) 新井誠, 前掲書, 100~101면 참조.

54) 新井誠, 高齡者社會の成年後見法-선배 제외국에서 배운다-, 自正 47권 7호, 1996. 29면 참조.

55) 近畿변호사회연합회 인권옹호위원회, 전개 보고서, 72면.



견인의 대리권은 가정법원에 의한 임의후견감독인(가칭)의 선임을 정지조건으로 하여 발생하는 것으로 함에 따라, 임의후견인은 항상 임의후견감독인의 감독 하에서만 사무를 수행할 권한을 갖는다<sup>56)</sup>고 하고 있다. 임의후견인의 권한행사는 임의후견감독이라는 공적 감독 하에서만 가능하게 된다.

iii) 임의후견감독의 실효성을 담보하기 위하여 임의후견감독인은 가정법원이 선임하는 것으로 하고 있다. 그 이유로는, '(a)법정후견인과는 달리 가정법원에서 선임권이 없는 임의후견인에 대하여, 가정법원이 직접 실효적인 감독을 하는 것은 실제로는 곤란하고, 그 감독을 실효성 있게 하기 위해서는 가정법원이 선임하는 임의후견감독인의 감독 하에 임의후견인을 두는 것이 유효하다고 생각된다는 점, (b)가정법원의 감독권으로서는, 임의후견감독인에 대한 감독을 통한 간접적인 감독권 이외에, 임의후견인의 해임권(임의후견계약의 해제권)을 규정(임의후견인에게 부정한 행위, 현저한 비행 기타 후견의 임무에 적합하지 않는 사유가 있는 때는, 가정법원은 임의후견감독인, 본인의 친족 또는 검찰관의 청구에 따라 임의후견인을 해임하는(임의후견계약을 해제하는) 것이 가능하도록 한다)함에 따라, 그 실효성을 확보할 수 있다는 점, (c)이후의 고령화의 진행과 성년후견제도의 정비에 따라, 법정후견제도 자체에 대하여 상당한 사건수의 증가가 예상되는 가운데, 가정법원에게 임의후견인에 대한 직접적인 감독을 기대할 수 없다는 것 등<sup>57)</sup>이 거론되고 있다.

iv) 임의후견계약의 법적 성질은 '정지조건부 임의대리의 위임계약이고, 공적기관의 감독을 수반한다는 점에서, 일반적인 임의대리의 위임계약과 구별된다는 것<sup>58)</sup>으로서, 가정법원에 의한 임의후견감독인의 선임을 정지조건으로 함에 따른 특칙성(현행법 하에서의 불능조건을 성취가능하도록 하기 위한 가정법원의 선임의 법제화)이 인정되게 된다.

v) 법정후견과의 조정에 대해서는 '임의후견계약의 등록제도를 신설하여, 법정후견신청을 받은 가정재판소는 임의후견계약의 유무를 조회하여 확인한 후에, 그것이 있는 경우에는 원칙적으로 임의후견으로 필요충분하다고 인정되는 한 법정후견선고를 하지 않는 것으로 하면 저축의 문제는 발생하지 않는다. 임의후견과의 관계라는 한도에서, 보충성의 원칙을 인정하게 된다<sup>59)</sup>

56) 상계 보고서, 69면.

57) 상계 보고서, 69~70면.

58) 상계 보고서, 71면.

59) 상계 보고서, 71면.

고 하고 있다. 임의후견계약이 체결되고 있는 경우에는 법정후견은 원칙적으로 배제되게 된다.

## (2) 小 結

생각전대, 임의후견제도의 적극적 활용론이라는 입장에서 본다면<sup>60)</sup>, 일본의 성년후견보고서의 긍정론이 의거하는 5개의 요점 즉, 임의후견계약의 공정증서에 의한 요식행위성, 공적 감독 하에서만 임의후견인의 권한행사, 가정법원이 선임하는 임의후견감독인에 의한 감독, 가정법원에 의한 임의후견감독인의 선임을 정지조건으로 하는 것에 따른 특칙성, 등록제도의 설치와 보충성의 원칙의 내용이라는 내용은, 우리 민법상의 후견제도를 다원주의 후견제도로 개정할 경우에는 고려할 만한 점이라고 생각된다.

## 第3節 改善方案

### 1. 自己決定과 保護의 調和

행위무능력제도와 대응하는 체계로 되어 있는 현행 후견제도는 다음과 같은 새로운 이념에 의하여 비판되고 있다. 즉, ①자기결정(자율)의 존중, ②잔존능력의 활용, ③정상화(normalization), ④제도의 유연화·탄력화라는 4가지 이념이다. 이의 실현과 관련하여 국가공권력의 적극적 관여의 필요성이 문제가 될 수 있다. 이에 대한 태도는 국가공권력의 적극적 관여를 주장하는 견해도 있고, 관여를 최소화하자는 견해도 있다.

구체적인 실현수단으로서의 필요한 제도의 내용과 이를 법제화하기 위한 방안으로 구분하여 살펴야 할 것이다. 고령자복지에 관련된 사항은 적어도 사회복지국가의 이념을 표방하고 실천하는 한, 국가가 적극적으로 관여하여 제도적 보장을 행하여야 할 것이다. 그러나 민사법적 영역에 해당하는 부분에 있어서는 전체적인 사법원칙과 법리와 조화를 이루어야 한다는 한계를 인정하여야 할 것이다.

(1) 우선, 현재의 국제적 추세는 국가의 적극적인 관여를 인정하고 있다. 즉, 영미법은 후견제도의 법적 근거를 전통적으로 '후견인으로서의 국가

60) 新井誠, 高齡社會の成年後見法, 有斐閣, 1994. 173~176면.

(*parens patriae*)'라는 법리에 두고 있다<sup>61)</sup>고 말해지는데, 대륙법에서도 1969년의 프랑스 민법 개정(동년시행)에서 '후견이 공백상태인 경우, 후견판사는 후견을 국가에 위탁한다'(동법 제433조)는 내용이 선언되어, 국가후견제도가 이루어지고 있다. 또 보다 가깝게는 독일의 감호법(1992년 시행)에서도, 후견에 공백이 발생한 경우 최종적으로는 관청후견이 개시되게 되고(BGB §1900 Abx.4), 요보호자가 원조인을 얻을 수 없는 경우에는 국가가 적극적으로 관여하여 그러한 상황을 벗어날 수 있게 되어 있다<sup>62)</sup>. 그리고 이러한 경우에 후견비용 등을 피보호자 자신이 부담할 수 없으면 국가재정으로부터의 지출이라는 길이 예정되고 있다.

그런데, 일본에서의 성년후견제도 보고서는 전면적이고도 신중하게 국가재정으로부터의 지출을 인정하지 않도록 하려 하고 있다.<sup>63)</sup>

i) 우선 성년후견인은 친족이 선임된 경우더라도 본인의 재산으로부터 보수를 지급해야 한다는 원칙 아래 공적자금에 의한 원조에 대해서는 전혀 고려하지 않았다는 점.

ii) 후견감독인에 대해서도 법원에서 이를 선임할 수 있도록 할 필요가 있으며, 그에게 보수를 지급하는 것으로 이 제도를 실효성 있게 할 수 있다고 하면서도 국고로부터 후견감독인의 보수를 지급하는 것은 인정하지 않은 점.

iii) 성년후견의 절차비용도, 그 전부 또는 일부를 본인에게 부담시키는 것이 적당하다고 하면서, 부담능력이 없는 본인에 대한 공적자금에 의한 원조에 대해서는 전혀 언급이 없는 점<sup>64)</sup> 등이다.<sup>65)</sup>

61) 小林秀文, アメリカの成年後見制度とその大體的 システム(1), 中京法學 30卷 3號, 1995. 12. 75~76면.

62) 프랑스 개정법, 특히 국가후견에 대해서는 須永編, 前掲書, 피보호성년자제도에 대한 연구" 198~199면. 독일 성년자원조법 특히 관청후견에 대해서는 위의 책 273면 [岡孝집필] 및 田山輝明編, 成年後見制度に關する調査報告書(ドイツ編), 동경 사회복지협의회 권리옹호센터, 1995. 10면 이하.

63) 일본의 경우에는 구체적인 제도정비의 중요한 국면에 있어서 국가공권력의 관여를 억제하도록 전면적으로 가능한 한 노력하고 있다. 그러나 성년후견제도에 대한 이러한 억제적 태도는, 국제적으로 이례적인 것으로서, 현재의 제도개정으로서도 지나치게 부당하고, 개정의 실효성을 크게 삭감시켜버리는 것이라는 비판도 있다.

64) 그 외에, 절차비용을 국고로 부담하지 않겠다는 것이 직권에 의한 절차개시를 인정하지 않는 이유중 하나이다. 절차가 개시되더라도 제도발동요건이 충족되지 않은 경우, 그때까지 소용되었던 비용을 본인에게 부담시킬 만한 이유가 없기 때문에 국고의 부담으로 해야할 것이지만, 그것은 곤란하다고 하고 있다: 동 보고서 64면 참조.

65) 이상과 같은 3가지 모두의 경우에 있어서 국고부담을 인정하지 않으려는 방향으로

그리고 '적절한 성년후견인을 발견할 수 없는 경우에 대비하여, 독일의 원조협회나 캐나다의 공적후견인과 같은 성년후견인 공급단체를 설립'하는 방안에 대하여, '이번 민법개정을 주체로 하는 법제의 정비에서 거기까지 다루는 것은 곤란하고, 지금은 법인이 성년후견인으로 되는 것을 인정하는 것 등에 따라, 일정한 사회복지법인 등에 의한 대처가 가능함을 밝히는 정도로 하고, 이러한 법인의 이후 활동에 기대하는 것으로 함이 적당하다'고 입법단계를 밝히고 있다.<sup>66)</sup>

생각건대, 실제로 요보호상태에 있음에도 불구하고 후견인을 얻을 수 없는 자에 대하여 일본의 성년후견보고서는 이를 복지의 문제라고 하면서도 한다면, 성년후견제도의 적용범위를 부당하게 축소하게 되는 것은 아닌가 하는 의문을 낳고 있다. 주요 외국의 최근 성년후견제도가 표방하는 이념과 내용에서 보듯이 실질적으로 스스로 하는 신변과 관계된 면 등의 여러 가지의 개호 그 자체는 복지에 위임한다 하더라도, 오늘날의 성년후견제도는 모름지기 요보호상태에 있음에도 불구하고 누구에게서도 전혀 보호를 받지 못하여 신변상·재산상 요구되는 원조를 받을 수 없는 채로 방치되고 있는 사람이 없도록 하여, 모든 국민이 건강하고 문화적인 최저한도의 생활을 누리도록 하는 제도라고 생각할 수 있다.

재산이 있는 사람의 재산을 보호한다는 낡은 '무능력' 제도 관념으로부터 벗어나는 것이야말로 현재 요구되고 있는 것이다.<sup>67)</sup>

## 2. 既存의 制度와의 調和問題

기존의 제도를 가능한 한 유지·존중하여, 급격한 변화를 피할 것인가 아니면, 시급하게 도입되어야 할 사항인가 하는 점이다.

독일과 프랑스의 후견제도는 기존의 행위무능력제도와 결별을 사실상

---

움직여가는 논리는, 성년후견제도에 있어서의 '보호'가 기본적으로는 - 새롭게 개정된 제도하에서도 또한 - 개인의 '사적', 그리고 '재산적' 이익의 보호에 있다는 것이고, 따라서 그러한 이익보호를 위한 국고로부터의 지출에는 '도저히 국민의 이해를 얻을 수 없다'는 의견도 첨가되어 있다: 동 보고서 66면.

66) 상계 보고서 45~46면.

67) 무능력제도가 개인 본위의 법률사상에 입각하고 있는 것이지만, 사회본위의 법률사상 태두에 따라 다양한 비판이 제기되고 있다(:我妻榮, 前掲書, 65~66면), 또한 친권자가 없는 미성년자에게 오히려 시점을 맞추고 있기는 하지만 '국가가 보호자가 되는 제도를 만들 필요'를 지적하는 입장도 있다(:四宮, 前掲書, 48면).

선언한 셈이다. 반면에, 일본의 성년후견제도안은 기존제도와의 조화를 이루려는 배려 자체는 타당하다고 할 수 있다. 그러나 이러한 배려를 살리기 위하여 필요한 조치를 충분하게 강구하지도 않은 채, 지나치게 과도한 배려를 함에 따라 비합리적인 결과를 발생시켜 버렸다는 점도 인정할 수 있다. 이러한 점은 향후 우리나라의 성년후견제도 개선방안을 마련할 때에 좋은 참고자료로 삼을 수가 있을 것으로 본다. 기존 제도와의 조화와 관련되는 중요 쟁점사항을 정리하면 다음과 같다.

i) 우선, 다원적 법정후견제도의 도입시 행위무능력자의 유형을 법정하고 있는 종전의 대륙법계의 입법례를 따르고 있는 현행법과의 연속성을 최대한 고려할 것인가 하는 문제이다.<sup>68)</sup>

ii) 후견감독기관으로서 친족회 기능을 존속시키고, 이 제도가 과거 거의 이용되지 않았던 원인을 제거함에 따라 이것을 실효성 있는 것으로 하는 방향으로 할 것인가 하는 문제이다.

현행 친족회는 그 존재형태가 대법원 판례에 의할 경우 천차만별의 형태가 가능하고 현실적으로 거의 유명무실한 후견감독기관이고 실제 자체가 존재하지 않는 경우가 대부분이다. 법원의 감독으로 한정할 것인지 아니면 친족회를 대신할 후견감독인을 선임하는 방안<sup>69)</sup>을 모색할 것인지도 고려되어야 할 것이다.

iii) 후견절차의 개시와 결정을 신청주의와 직권주의 어느 원칙을 따를 것인가 하는 문제이다. 현행 민법은 신청주의에 의하여 금치산·한정치산이 선고되고 법정후견이 개시된다. 금치산등은 필요적 선고제도이고, 임의후견제도가 없다. 고령자를 포함하는 성년후견제도에는 어느 원칙에 의할 것인가

68) 일본의 성년후견제도안은 후견·보좌라는 유형을 인정하고 있는 프랑스법계의 입법례에 따르고 있는 현행법과의 연속성을 최대한 고려하면서, 付보좌성년자보다도 사실상의 능력정도가 높은 피보호자로서 1968년 프랑스 개정법이 만들어 낸 사법적 보호라는 제도에도 영향을 받고 있다고 생각된다.

69) 일본의 경우에는 후견감독인의 선임이 본인의 친족 또는 후견인의 청구가 있는 경우에 국한된다는 것(민법 849조)과, 후견인에 대해서와는 달리 후견감독인에게 상당한 보수를 줄 수 있다는 취지의 규정이 없었다는 것이 그 실효성에 대한 장애원인이라고 말하고 있다. 그리고 전자의 점에 대해서는 법원이 필요하다고 인정하는 때에는 직권으로 후견감독인을 선택할 수 있는 것으로 하고, 후자의 점에 대해서는 본인의 재산으로부터 상당한 보수를 후견감독인에게 줄 수 있다는 취지의 규정을 신설함에 따라, 각각의 상황에 대처하도록 하여 이 제도의 실효성을 확보하도록 한다는 것이 성년후견보고서의 입장이다.

하는 문제는 현행 무능력제도를 유지하는 한, 기존 후견제도와와의 조화를 고려하지 않을 수도 없다. 한편, 후견인의 선임을 법정후견인으로 할 것인지 아니면 법원의 선임에 의한 후견인을 원칙으로 할 것인지도 고려되어야 할 것이다. 후견인의 보수에 관하여 국고부담의 문제도 이러한 선임방식과도 관련된다. 성년후견제도가 개인의 사적 - 특히 재산적 - 이익보호를 위한 제도라는 고전적 '무능력자보호' 이론을 유지할 것인가 아니면 새로운 후견이념에 따라 진정으로 적절한 후견감독인 확보를 위하여 필요하다면 보수의 국가부담을 인정할 것인가 하는 문제이다.

iv) 다음으로, 기존 제도의 유지·존중과 관련되는 각종 결격조항에 대한 재고의 필요성 문제이다.

현행의 금치산·한정치산제도는 각각 다른 유형의 요보호자가 최대한 발휘할 수 있는 사실상의 능력, 바꾸어 표현하면, 능력제한의 최소한을 정하고 있기 때문에, 능력제한의 완화를 인정한다면 '현행의 자격제한제도가 염두에 두고 있는 대상자보다도 판단능력이 높은 자까지 자격제한의 대상에 포함될 우려가 있다. 일본의 경우에는 법정된 세가지 유형은 어디까지나 하나의 표준일 뿐이므로 능력제한을 가중하거나 완화하는 경우가 인정되어야만 하며 현행의 자격제한규정을 그대로 존속시킬 것을 전제하고 있는 보고서의 입장은 기존 제도의 유지·존중이라는 방향에 지나치게 치우쳤기 때문에 오히려 약점이 되었다고 평가하는 견해<sup>70)</sup>도 있다.

새로운 개념의 성년후견제도는 행위무능력제도와 분리된 후견 중심의 제도라는 점에서 그리고 행위무능력은 본인의 보호에 제도적 의의가 있지만 각종 자격제한은 공익적 목적을 위한 결격사유를 정한 것이라는 점에서 별도의 기준과 원칙에서 다루어져야 할 문제라고 본다.

70) 須永編, 前掲書, 620-621면. 현행법의 해석론으로서도 논의의 여지가 있고, 須永編, 前掲書, 624면의 주(7)를 인용하고 있는 米倉, 新井, 須永 모두가 직접적으로는 준금치산자에 대해서이기는 하지만, 능력제한의 가중·완화 모두를 인정하고 있다.

## 第4章 結論

행위무능력제도 중 금치산·한정치산제도에 대한 개정의 필요성은 공감을 얻고 있는 사항이다. 다만, 그 동안 민법의 개정이 가족법을 중심으로 이루어져 왔고, 민법총칙 이하 재산법 분야의 개정은 민법의 근간을 수정하는 부분이 되어 미루어져 왔다고 할 수가 있다. 최근 법무부는 민사법학회를 중심으로 전면적인 민법개정작업에 착수하였다. 행위능력제도도 그 주요 사항임에는 분명하다. 학계에서도 이들 제도의 이용도가 극히 저조하고 실효성이 없다는 점에서 개정의 필요성이 제기되고 있었다.

이 연구보고서는 이러한 정부의 민법개정에 대한 입법정책 방향과 함께 현재 우리나라 사회가 고령화사회로 진입하게 됨에 따라 새로운 후견제도의 마련 필요가 증대함에 따라 이미 고령화사회에 있거나 고령사회로 진입하고 있는 선진국의 입법례를 참고하여 바람직한 우리 성년후견제도를 마련하고자 하는 데에 이 연구의 중심을 두었다.

현대 養子法이 종래의 '家 중심'의 양자제도에서 '양자 본인'을 위한 제도로 전환된 것과 마찬가지로 후견제도 종래의 '행위능력 박탈이나 제한을 통한 본인의 소극적 보호'에서 새로운 시대적 이념으로서 '무능력자 내지 보호가 필요한 자를 적극적으로 지원'하기 위한 제도로 전환되어야 할 때라고 본다. 「家 중심 내지 家族 중심의 사회」에서 「부부 중심의 핵가족 사회」로의 변화는 고령화사회의 도래와 함께 고령자에게는 종래의 후견제도로써는 그 보호가 미흡할 수밖에 없는 한계가 있다. 고령자가 아닌 현재의 금치산자나 한정치산자에 해당하는 무능력자의 경우도 마찬가지이다. 그리고 사회적복지국가의 이념하에서는 적극적인 국가의 후견책무가 요청되고 있고, 전체 인구의 상당한 비중을 차지하고 있는 고령자의 문제를 미성년자후견의 문제와 동일한 후견제도로 그 문제의 해결을 기도하는 것은 지양되어야 할 때가 온 것이다.

이러한 점에서 판단능력이 불충분한 성년자 즉, 치매성 고령자, 지적 장애자, 정신 장애자 등을 보호하기 위한 성년후견제도는 시급히 마련되어야 할 것으로 본다. 근대 민법의 행위무능력자제도와 이에 대응하는 체제로서의 후견제도는 이제 「본인의 보호」라는 이념과 함께 「자기결정권의 존중」, 「잔존능력의 활용」 등의 새로운 이념 아래 개선되어야 할 것이다.

독일의 필요성 원칙과 보충성 원칙, 프랑스의 개별적·계속적 보호원칙, 영미의 지속적 대리권수여 등은 이들의 구체적 표현이라고 할 수가 있다. 이들 국가는 근대 민법의 행위무능력제도 중 금치산·한정치산선고제도와 같은 확일적 행위능력박탈제도와 이미 결별하고 있다.

각국의 제도는 민법의 기초된 권리주체의 기준이 동일하지는 않다. 즉, 권리주체가 기본적으로 전제되어야 할 법생활의 형태가 현실적으로 다르다는 점을 고려하고 입법례로서 참고하여야 한다는 한계는 있다. 후견제도는 배우자를 포함한 가족, 친족 그리고 사회가 보호를 필요로 하는 무능력자등에 대하여 어느 정도 그 필요성과 당위성 그리고 현실적 보호의 제공 능력 등에 직결되며, 국가의 적극적 관여 또한 사회보장제도의 발전정도와 재정여력에 관계된다. 이러한 제반 사항을 고려한다고 하더라도 이제 선진국·고령화사회에 진입하는 단계에 있는 우리나라도 새로운 이념에 의한 성년후견제도를 마련하지 않을 수가 없다는 현실에 당면하고 있다고 하겠다.

필요성의 원칙과 보충성의 원칙은 법정후견제도와 임의후견제도 나아가 임의대리인제도와와의 관계를 설정하는 중요한 기준이 될 것이다. 법정후견제도가 공권력의 사적생활영역으로의 개입제도라는 것은 부인할 수 없고, 따라서 이 제도의 발동은 무릇 억제적인 것이어야 한다. 사실상으로도, 다른 어떤 법적 대체수단에 의존하든 간에 요보호자가 현실적으로 적절하고 충분한 보호를 받고 있다면 법정후견제도의 발동이 보류되더라도 상관없고, 또 보류되어야만 하는 것이다. 친족 등이 본인의 재산을 관리하는 것 등에 대해서도, 굳이 그 법적 근거를 찾을 필요가 있다면, 예를 들어 '사실상의 수권'이라는 근거<sup>71)</sup>라도 가능할 것이고, 개별사항에 대한 보호만으로 본인이 충분히 보호받을 수 없다면, 그러한 사실이 분명해진 때 법정후견제도를 발동시키면 충분할 것이다.

임의후견제도는 '자기결정'을 가장 명확하게 체현하는 것이고, 이것이 적절·타당하게 기능한다면 굳이 법정후견제도를 발동시킬 필요성은 대폭 줄어들 것임에 틀림없다. 게다가 그 제도의 내용이 가정법원에 대한 의존도를 가능한 한 적게 하는 형태로 고안된다면, 법정후견제도의 개정에 즈음하여

71) 이 개념에 대해서는 川島武宜, 民法總則(法律勞全集 17), 有斐閣, 1965. 332면 이하. 제10회 早慶합동세미나 '행위능력자와 성년후견문제'에서의 星野英一교수의 강평은 이 개념에 호의적이다(法教 189호(1996년 6월호), 51면).



우려되는 국가공권력의 부담도 상당히 줄여줄 것임에 틀림없다. 다만, 이 임의후견제도가 그 효용을 발휘할 수 있는 최대국면은 고령자의 경우이고, 다른 개인적 능력의 결함·감퇴, 즉 예를 들어 정신분열증이나 정신지체와 같은 경우에까지 이 제도가 효용을 발휘할 수 있을지는 의문이다<sup>72)</sup>. 따라서 개인적 능력에 결함이 있는 자에게 넓게 적용되어야 하는 일반적·보편적 제도로서 성년후견제도를 생각한다면, 임의후견제도는 법정후견제도보다도 그 적용범위가 제한되어 그 효용의 한계를 나타낼 수도 있다고 생각되기 때문에, 오늘날 일본에서 일부 주장되고 있는 것과 같이<sup>73)</sup> 임의후견제도를 성년후견제도의 중심이 되도록 상정하고, 법정후견제도는 임의후견제도를 보완하는 것으로 하는 것에 대해서 찬성할 수 없다.

그러나 그 주된 적용대상을 고령자로 하고, 그 내용에 대하여 충분히 연구하면서, 이것을 유지할 인적·사회적 기반의 정비에도 유의한다면, 이 제도는 법정후견제도에 비하여 뛰어나면서도 부족함이 없는, 오히려 법정후견제도보다도 유용한 제도가 될 수 있는 면을 지니고 있다고 생각된다<sup>74)</sup>. 그리고 양자의 관계에 대한 가장 바람직한 태도는, 법정후견제도의 발동을 기다리지 않고서도 임의후견제도로 대처할 수 있는 한 이것으로 대처하면서 임의후견제도로 대처할 수 없는 부분은 법정후견제도로 대처하는 형태로, 양자 각각의 장점과 단점을 상호간 보완하면서 병존하는 모습이 아닐까 생각된다<sup>75)</sup>.

72) 須永編, 前掲書, 616면.

73) 1997년 11월에 일본사법서사연합회가 발표한 '성년후견법대강(素案)' 2면에서는 '임의후견이 중심적 역할, 법정 후견은 그 보완'이라고 쓰고 있다. 같은 시기에 일본 사회복지사회가 발표한 '법무성성년문제연구회보고서에 대한 긴급 의견서'에서도 임의후견제도 쪽이 '자기결정권의 실현방식으로서 보다 큰 역할을 담당한다'고 규정하고 있다.

74) 자기결정이라는 요청에 적합하고, 본인의 법적 능력의 박탈·제한을 수반하지 않는다는 점에서 가장 큰 장점을 인정할 수 있다. 본인보호를 위한 조치와 본인 능력에 대한 박탈·제한 사이의 부즉불리의 관계를 법정후견제도에 관한 최근의 제입법이 접목한 것은 성년후견제도 역사상 획기적인 진보였다고 생각되는데, 임의후견제도에서는 이것이 저절로 실현될 것이기 때문이다.

75) 일본변호사연합회도, '임의후견제도(지속적대리권)는 법정후견제도와 그 기능을 분담하고, 나아가 법원의 부담경감과도 관계있다'고 하여, 특별히 제도 그 자체로서의 우열은 문제시하지 않은 듯하다(일본변호사연합회가 1996년 12월에 발표한 "성년후견법대강(중간의견)"에 대한 비평, "성년후견법대강(중간의견)의 개요" 9면).

지금까지의 논의를 요약하여 민법 중 무능력자제도와 후견제도에 관한 사항의 개정방향을 제시하면 다음과 같다.

첫째, 현행 민법의 한정치산자와 금치산자에 관한 규정은 삭제하고, 자연적 행위무능력상태의 유무나 일시적 의사능력상태의 유무에 따라 본인의 행위능력을 판단하고 그 법률행위의 효력을 결정하는 원칙규정을 설정하는 것이다. 실제 별로 이용도 되지 아니할 뿐만 아니라 확일적이고 행위능력박탈을 기본으로 하는 행위무능력제도를 무능력자 본인의 능력보충 내지 재산적·인격적 이익의 보호에 중점을 두는 방향으로 개정이 필요하다.

둘째, 후견인제도와 관련하여 후견인의 자격을 '家 中心'의 배우자나 혈족에 한정하지 말고 '본인의 능력보충과 보호 중심'으로 전환하여 가장 합리적이고 기여할 수 있는 후견인을 선정할 수 있도록 다양화하여야 할 것이다. 공공기관이나 비영리법인이 후견업무를 담당할 수 있도록 하고, 후견인과 본인간의 이해관계에 따른 충돌이나 갈등을 방지하며, 후견의 전문성을 강화하는 것이 필요하다고 본다. 특히 고령자에 대한 후견의 경우에는 현행 후견인은 거의 적절하지 못하거나 실효성이 없다. 법정후견인으로서 순위에 따라 당연히 결정되는 방식에서 법원에 의한 선임방식으로 전환되어야 한다. 고령자의 후견인으로서 배우자는 부적절할 수 있다는 점도 법정후견인의 자격에서 적극 고려되어야 할 것이다.

셋째, 후견인의 권한과 직무와 관련하여 기본적으로 본인의 행위능력은 최대한 인정한다는 전제에 선다면, 후견인은 병존적인 대리권과 제한적인 동의권만을 인정하는 것이 바람직하다. 그리고 후견인의 직무는 재산적 이익의 보호 뿐만 아니라 인격적 이익을 보호할 수 있도록 확대되어야 하며, 실질적으로 선임과정에서도 이에 대한 직무수행 능력이 고려되어야 한다.

후견인에 관한 규정을 친족편에 둘 것이 아니라 행위능력에 관한 규정과 관련하여 규정하여야 할 것이며, 새로운 이념하의 후견제도라면 특별히 신분행위에 대하여 따로 규정할 바가 거의 없을 것으로 본다.

넷째, 가정법원의 업무 부담이 가중될 우려가 없지 않지만, 본인의 의사를 최대한 존중하는 범위 내에서 후견인에 대한 선임과 감독에 대하여 법원의 적극적인 역할이 강화되어야 한다.

다섯째, 설령 현행 금치산·한정치산제도의 골격을 유지하는 경우라도 민사법상의 본인의 보호에 그 취지를 둔 금치산·한정치산제도를 각종 법령상

의 자격제한으로 법정화하는 것은 본래의 취지에 벗어난 것이므로 개별적·상대적 자격제한요건으로 폐지되거나 변경되어야 한다. 현행 행위무능력자제도가 실효성을 발휘하고 있지 못한 중요한 원인 중의 하나가 각종 자격제한 사유로 인정되기 때문이라는 점이 고려되어야 한다.

이상의 개정방향은 현실적으로 입법으로 도입되어 시행되려면 상당한 어려움이 있을 것이라고 추측하기 어렵지 않다. 특히 막대한 국가재정의 적자를 포함하여 행정개혁이 긴급한 국민적 과제가 되고 있다는 사정 아래에서, 게다가 다른 관할행정관청 등과의 마찰을 가능한 한 피하면서 현행법을 개정하려면 상당한 어려움이 있을 수가 있을 것이다. 그러나, 그렇다면 더욱더 현실적으로 법개정이 중요하게 작용되는 여러 가지 사항이, 고전적 의미에서의 '무능력자보호'라는 사고방식을 벗어나서, 국민에게 진정으로 유용하고 국제적인 평가도 받을 수 있는 개정으로 향하여, 그와 같은 고충이 풍부한 성과를 거둘 수 있도록 기대한다.



〈参考文献〉

- 高翔龍, 民法總則, 法文社, 1990.  
郭潤直, 民法總則, 博英社, 1989.  
丘秉朔, 新憲法原論, 博英社, 1990.  
權寧誠, 憲法學原論, 法文社, 1997.  
金相容, 民法總則, 法文社, 1999.  
金疇洙, 親族相續法, 法文社, 1992.  
金哲洙, 憲法學概論, 博英社, 1997.  
李銀榮, 債權各論, 博英社, 1997.  
許 營, 韓國憲法論, 法文社, 1998.
- 田山輝明編, 成年後見制度に關する 調査報告書・ドイツ編, 동경 사회복지협의회 권리옹호센터, 1995
- 高崎尚志, 去來の安全保護に對する考察, “現代契約法大系 제2권”, 1984.  
金子仁朗의, 所謂 意思能力の 精神醫學的 研究, 精神醫學 6卷, 1964.  
道垣内弘人, 成年後見制度 事案91, ジュリスト 1074호, 1995.  
동경권리옹호센터, “成年後見制度に關する 調査報告書・オスツリア編”, 1994  
米倉明, 日本法において 示唆, ジュリスト 972호, 1991.  
法務省 民事局 參事官室, 成年後見問題研究會報告書, 1997. 9.  
四宮和夫, 民法總則(제4판보정판), 弘文堂, 1996.  
西山詮, 民事精神鑑定の 實際, 新興醫學出版社, 1995.  
-----, 精神障害者の行爲能力, 臨床精神醫學 26卷 11號, 1997.  
石川稔, 高齢者財産管理と거래법상의 保護, ジュリスト 1059호,  
小林秀文, アメリカの成年後見制度と その大體的 システム(1), 中京法學 30卷 3號, 1995. 12.  
須永醇, 新訂 民法總則要論, 勁草書房, 1997.  
須永醇, 禁治産・準禁治産制度の 各種法令上の效果, 法と精神醫療 7・8號, 成文堂, 1994.  
須永醇, 家庭法院 法官等 協議會について 協議結果の 概要, 家月 49卷 9號, 1996.  
須永醇, 成年無能力制度の再検討, 法と精神醫療 第5號, 1991.  
須永醇, スペインの 後見法, 勁草書房, 1996.  
須永醇編, 被保護成年者の研究”, 勁草書房, 1996.  
升田純, 高齢者等をめぐろ法律問題の概要と高齢者法の體系化”, 判例タイムス 922호, 1997. 1.  
-----, 成年後見制度をめぐろ 裁判例(1), 判時 1572號,

〈参考文献〉

- 新谷遊, ドイツにおける 無能力制度 および 成年後見制度の 新しい 展開, ジュリスト 967号.
- 新井誠, 高齢社会の成年後見法, 有斐閣, 1994.
- , 高齢者社会の成年後見法, 自正 47卷 7号, 1996.
- , アメリカに於いて 高齢者 財産管理信託法制の新しい 動向(1)' ジュリスト 1105号, 1997.
- 我妻榮, 新訂民法總則, 岩波書店, 1965.
- 額田洋一, 成年後見法制定要綱 "事案", ジュリスト1055号, 1994.
- 野田愛子, 英國の成年後見制度・その現状と課題, 권리옹호센터 스텝, 1997.
- 일본변호사연합회 사법제도조사회, 成年後見法大綱(中間意見), 1996.
- , 歐美 6個國の成年後見制度 調査報告書, 1995.
- , 成年後見問題研究會報告書に 關する 意見書, 1997. 12.
- 長谷川泰造, 知的障害の親亡きあとの生活 - 財産管理サービスの具體的 検討, 判例タイムス 947号, 1997.
- 田山輝明, 法定後見制度, 判例タイムス No.961, 1998. 3월호
- 前田泰, 禁治産または 準禁治産を 宣告する 基準, 家月 9권 3호, 1997.
- 竹中勳, 高齢者の人權と憲法學(二・完), 産大法學29卷1號, 1995.
- 中田修, 民事法, 縣田克躬編 現代精神醫學大系 제24권 私法精神醫學, 中山書店, 1976.
- 池尻成二, 色あせる介護の 理念, 勞動の科學 52권 11호, 1997.
- 池原毅和, 保護者の實務, 判例タイムス 944호
- 池田桂子, 高齢者等を當事者とする 紛争の防止・解決方法, 判例タイムス 29호.
- 川島武宜, 民法總則(法律學全集 17), 有斐閣, 1965.
- 樋口陽一, 註釋法律學全集2 憲法II, 青林書院, 1997.
- UN, World Population Prospects, The 1996 Revision.
- Tony Apolloni and Vimcent, Guardianship Reconsidered, 1984.
- Lawrence A. Frolik, Plenary Guardianship: an Analysis, a Critique and a Proposal for Reform, 23 Arizona Law Review, 1981.
- Werner Bienwald, Betreuungsrecht, Kommentar zum BtG/Btbg. 2. Aufl., Verlag, Ernst und Werner Gieseking, 1994.

연구보고 99-17

高齡者의 行爲能力과 財産管理 支援制度

---

1999년 12월 24일 印刷

1999년 12월 31일 發行

發行人 徐承完

發行處 한국법제연구원

서울특별시 서초구 양재동 90-4

전화 : (579)0090, 0308

등록번호 : 1981.8.11. 제1-a0190호

---

값 5,500 원

- 本院의 승인없이轉載 또는 譯載를 禁함.
- ISBN 89-8323-126-2 93360

