



## 독일의 성년후견제

정보신청기관 : 보건복지가족부

독일에서 법정후견제도(rechtliche Betreuung)는 1992년 1월 1일 발효된 후견법(Betreuungsgesetz)에 의해 창설되었다. 여기서 말하는 “후견”은 법률상의 대리를 말하는 것이지 사회적 원조 내지 간병을 의미하는 것은 아니다. 법정 후견은 이전의 성인에 대한 후견 및 사회적 약자보호(Gebrechlichkeitspflegschaft)<sup>1)</sup>를 대신하며 이러한 제도보다 더 광범위한 것이며 그 기본적인 내용은 독일 민법 제1896조 이하에서 규정하고 있다. 당시 입법자는 이러한 개정을 통해 금치산 선고 대신 후견제도를 이용하여 당사자에 대한 자유로운 자의사결정을 통한 삶을 보장하고자 하는 것이었다.<sup>2)</sup>

독일에서 민법 제1896조 이하에 의해 법적으로

로 후견을 받는 사람의 수는 2006년 현재 점점 증가하여 2006년 12월 31일 현재 독일 내에서 1,227,932명이 법적 후견을 받고 있다.<sup>3)</sup> 1년 전의 수치에 비해 29,559명(2005년 대비 40,554명)이 더 많은 것이다(2.47% 증가, 전년도 3.5% 증가). 1992년 이후 후견의 수는 약 3배로 증가하였다. 2005년에는 새로운 후견인의 선임이 232,097회 행해졌고 2004년에는 218,254회 있었다.<sup>4)</sup>

### I. 성년후견을 위한 실체법상의 요건

#### 1. 성인일 것

성년에 달한 자에 대하여만 후견을 명할 수 있



- 1) 1992년까지 독일에서는 후견제도 외에 성인인 장애인에 대한 민법상의 보호조치로서 약자보호제도가 있었다. 이 제도는 1992년 후견법에 의해 법정후견제도로 대체되었다.
- 2) 이러한 자기결정에 관한 기본권은 독일 헌법 제2조 제1항으로부터 나오며 후견제도는 교육 또는 사회적인 가치의 척도를 위한 것은 아니다.
- 3) Bundesministerium der Justiz; GÜ2
- 4) Bundesministerium der Justiz

다. 민법 제1908a조에 의해 17세가 넘은(nach Vollendung des 17. Lebensjahres) 미성년에 대해서도 법률상의 후견인을 선임할 수 있다. 다만 이 경우에는 당사자가 성년이 된 이후에야 효력이 생긴다.

## 2. 제도적인 조치의 필요성

후견은 법률상의 대리이다.<sup>5)</sup> 따라서 처리를 요하는 사무란 원칙적으로 법적인 사무를 의미하는 것이지 순수한 실제 생활에 있어서의 사무를 의미하는 것은 아니다. 따라서 가사관리 및 병구완(Pflegeleistung)은 후견인 스스로 하는 것이 아니라 그러한 사무는 적당한 조력자를 통해 해결할 수 있다. 예를 들면, 피후견인에 대한 건강관리와 관련하여 수발계약(Pflegevertrag)을 체결할 수도 있다. 마찬가지로 내원시 사적으로 피후견인을 동행하는 것도 여기에 해당하지 아니한다. 결론적으로 장애 또는 질병만으로는 후견인의 선임을 위한 원인이 되지 않고 당사자가 장애 또는 질병으로 인하여 독자적으로 처리할 수 없는 (법적)사무가 존재해야 한다.

## 3. (정신)질병 또는 신체장애 또는 심신장애

후견인 선임의 전제가 되는 요건은 먼저 정신

질병 또는 신체 또는 심신상의 장애이다. 내생적인(körperlich nicht begründbar) 정신병(Psychosen), 상해 또는 질병의(예를 들면 뇌손상 또는 뇌막염으로 인한) 후유증으로 인한 정신적 장애 등이 여기서 말하는 정신질병에 속한다. 뿐만 아니라 노이로제, 강박장애 또는 인격장애도 이와 같다.

정신장애(geistige Behinderung)는 태생적으로, 출생 도중 또는 유아 초기의 뇌손상으로 인한 다양한 심각도의 지능장애(Intelligenzdefekte)를 말한다. 정신적인 질환의 결과로 파악되는 장기의 정신적인 능력결함이 심적장애이다. 또한 치매(알츠하이머병)과 같이 나이가 들어감에 따라 점점 찾아지는 뇌조직상의 능력결함도 여기에 속한다.

신체장애 역시 후견인의 선임을 위한 원인이 될 수 있다. 민법상 중요한 신체장애로는 특히 농맹(聾盲) 또는 영구적인 보행불능을 들 수 있다. 다만 이 경우에는 당사자 본인의 신청에 의한 것이어야 하고 이러한 장애로 인하여 본인이 자신의 사무를 처리하는데 심각한 영향을 받아야 한다.

중독성 질병<sup>6)</sup>도 그 증상이 심각한 경우에는 정신적인 질병이 될 수 있다. 다만 이와 같은 중독<sup>7)</sup>



- 5) 1999년 개정 법률을 개정할 당시 민법 제1896조에 “법률상의(rechtlich)”라는 단어를 첨가함으로써 후견(Betreuungstätigkeit)이 법률상의 대리를 의미한다는 것을 명확하게 하였다.
- 6) 중독성 질병에는 약물과 관련이 있는 마약중독, 약물중독과 약물과 무관한 인터넷 중독, TV 중독, 일 중독, 게임 중독 등이 있다.
- 7) WHO의 정의에 의하면 중독이란 특정 약물 또는 행태에 대한 주기적 또는 만성적인 의존 상태를 말한다(Sucht ist “ein Zustand von periodischem oder chronischem Angewiesensein auf bestimmte Substanzen oder Verhaltensweisen”).



은 장애 또는 정신질병과 인과관계에 있어서 밀접한 연관성이 있거나 중독으로 인한 정신상태가 발생해야 한다.<sup>8)</sup> 알코올 중독자 및 약물 중독자는 어느 하나에만 중독된 경우에는 후견인이 선임될 수 없다.<sup>9)</sup>

법정후견인의 보호를 받는 유형 중에서 가장 많은 수를 차지하는 유형이 알츠하이머병 또는 다른 유형의 치매를 앓고 있는 노인들이다.<sup>10)</sup> 그 외에도 성인으로서 정신적인 장애가 있는 자들이 법정후견인의 보호를 필요로 한다. 또한 심각한 중독성 질병(특히 알코올 또는 헤로인)을 앓고 있는 자도 심각한 심리사회학상의 합병증이 있는 경우에는 많은 경우 후견인을 필요로 한다.

#### 4. 다른 우선적인 보조수단이 존재하지 아닐 것

만약 당사자의 사무가 다른 조력을 통해 충분히 처리될 수 있는 경우에는 후견인의 선임을 요하지 아니한다(§1896 Abs. 2 Satz 2 BGB). 또한 당사자가 처리해야 할 사무를 법률상의 대리인이 없이 가능한 다른 조력(Hilfe)<sup>11)</sup>을 통해서도 동일 한 수준으로 처리할 수 없어야 한다. 따라서 민법

에 의한 후견은 부차적 내지 보조적(subsidiär)인 수단이다.

단지 특정인이 순수한 사실상의 사무를 독자적으로 처리할 수 없는 경우(예를 들면 가게를 더 이상 꾸려갈 수 없거나, 집을 더 이상 떠날 수 없는 경우 등)과 같은 사정은 일반적으로 후견인의 선임을 요하지 아니한다. 이러한 경우에는 법정 대리인을 요하지 않는 전적으로 실생활에 있어서의 도움들(예를 들면 집의 청소, 식사 준비)이 문제될 것이다. 물론 실생활에 있어서는 특히 어떠한 보조자(Hilfsperson)도 없는 경우에 이러한 도움 받기 위한 후견인이 선임될 수는 있을 것이다.

후견이 필요한 때를 위하여 예비적 대리권(Vorsorgevollmacht)<sup>12)</sup>을 통해 현실적으로 발생하는 법률행위에 대한 대리권을 자신이 신임하는 자(Person seines Vertrauens)에게 수여할 수 있고 이를 통해 후견규정을 회피할 수 있다. 경우에 따라서는 이를 위해 특정 형식규정을 준수하여야 한다. 그렇지만 가족 또는 대리인이 존재함에도 불구하고 후견이 필요할 경우가 있을 수 있다. 즉, 가족 또는 대리인이 본인의 의사 또



8) BayObLG FamRZ 1994, 1618.

9) BayObLG FamRZ 2001, 1403; AG Neuruppin FamRZ 2005, 2097.

10) 2005년 현재 독일에서 95만 명 이상의 노인이 치매를 앓고 있다고 한다(Deutsche Bundesregierung, Lebenslangen in Deutschland, Der 2. Armuts- und Reichtumsbericht der Bundesregierung 2005, 141).

11) 다른 조력으로는 예를 들면, 가족, 이웃의 도움 또는 사회 봉사 및 당사자에 의해 대리권을 수여 받은 제3자 등의 조력을 말한다.

12) 예비적 대리권(Vorsorgevollmacht)이란 당사자가 다른 특정인에 대하여 위난시(im Falle einer Notsituation)에 업무의 전부 또는 특정한 일부를 예비적 대리권자에게 처리하도록 대리권을 수여하는 것을 말한다. 예비적 대리권의 수여와 동시에 대리인은 더 이상 결정능력이 없는 본인을 대신하여 결정할 권한을 가진다. 따라서 예비적 대리권은 대리인에 대한 무조건적 절대적인 인

는 이익에 반하여 행위를 하거나 본인이 스스로 그들을 통제할 수 없을 경우가 여기에 해당된다. 그 외에

## 5. 당사자의 의사에 반하지 않을 것

자신의 의사를 자유로이 결정할 수 있는 자 - 즉 행위능력이 있는 자 - 에 대하여는 그의 의사에 반하여 법률상의 후견인을 선임할 수 없다.<sup>13)</sup> 이는 인간의 존엄성을 보장하기 위한 입법자는 민법 제1896조 제1a항에 이를 명문화 하였다. 따라서 소위 강제적인 후견(Zwangsbetreuung)은 후견을 원하지 않는 피후견인이 질병 또는 장애로 인하여 자유로운 의사를 형성하기 어려운 경우에만 예외적으로<sup>14)</sup> 가능하다.

## II. 후견인의 선임과 종임

### 1. 선임절차

성인이 정신질병 또는 신체 또는 심신상의 장애로 인하여 자신의 사무를 전적으로 또는 부분

적으로 처리할 수 없는 경우, 후견법원<sup>15)</sup>은 본인을 위하여 자신의 청구 또는 직권으로 후견인을 선임한다.<sup>16)</sup> 신체의 장애로 인하여 후견인을 선임하는 경우에는 당사자의 신청에 의하여만 가능하다. 다만 당사자가 자신의 의사를 표시할 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다(민법 1896조 제1항 제3문).

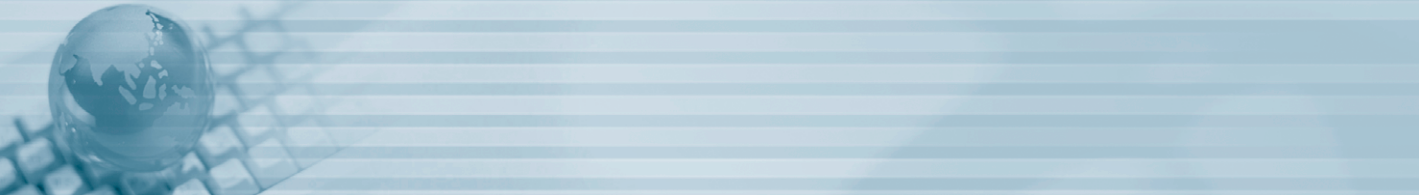
후견인의 지정은 특별한 절차가 보장된 법원의 절차에 의해 행해진다. 피후견인은 소송능력을 지니며(§66 FGG<sup>17)</sup>) 예를 들면 결정에 대하여 항고를 하거나(하고), 변호사 또는 지인에게 대리를 위임할 수 있다(§67 Abs. 1 Satz 7 FGG).

피후견인은 독립적인 감정인에 의한 감정을 받아야 한다. 만약 당사자가 스스로 후견인 선임을 신청한 경우에는 스스로 제출한 의사의 소견서로도 충분하다. 마찬가지로 긴급을 요하는 경우에도 의사의 소견서로 충분하다. 다만 이 경우 추후 감정을 받아야 한다. 만약 감정인의 중립성에 대한 불신 및 감정인의 편파성에 대한 우려에 대하여 정당한 이유가 있는 경우에는 민사소송



적 신뢰를 요건으로 하며 부주의하게 수여되어서는 아니 된다. 대리인의 행위에 대한 법적 근거는 민법 제164조 이하, 본인과 대리인 사이의 관계에 대하여는(소위 위임)에 대해서는 민법 제662조 이하에서 규정하고 있다.

- 13) 후견은 피후견인에 대한 교육, 개선을 목적으로 하거나 자해를 방지하고자 하는 것이 아니다(Vgl. BayObLG FamRZ 2006, 289, früher bereits FamRZ 2003, 962 = BtPrax 2003, 178 sowie BayObLG BtPrax 2001, 79 = FamRZ 2001, 1249).
- 14) 예를 들면 급성정신분열증에 의한 발작 등과 질병으로 인하여 의사의 치료행위의 필요성을 인식할 수 없는 경우가 여기에 해당한다.
- 15) 일반적으로 Amtsgericht가 관할한다
- 16) 후견인의 선임은 비송사건절차법 제65조 내지 제69조에서 규정하고 있다. 예외적으로 독일 Baden-Württemberg 주의 Württemberg 지방에서는 주 비송사건절차법 제1조에 따라 공증인이 관할권을 가진다.
- 17) 비송사건절차법: Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.



법 제406조와 결합한 비송사건절차법 제15조에 의해 해당 감정인을 기피하거나 감정을 취소할 수 있다(\$42 ZPO).

후견소송 중에 후견인의 선출 및 선임이 행해진다. 법원은 타인이(당사자가 추천한 자보다) 더 적합하다는 이유로 당사자가 추천한 자를(후견인으로) 거절할 수 없다(\$1897 Absatz 4 BGB).

## 2. 후견의 종료

후견인의 선임은 영속적인 행위가 아니다. 피후견인은 후견법원에 대하여 후견의 심사 및 취소를 청구할 수 있다. 법원은 매번 되풀이하여 신청이 되지 아니하는 한 심사를 할 의무가 있다. 법원은 후견을 계속하여야 할지 여부를 적어도 7년에 1번은 자발적으로 심사를 한다. 후견을 위한 법적 조치의 필요성(Handlungsbedarf)이 더 이상 존재하지 아니한 경우에 후견은 법원에 의해 취소되는데 이는 현실에서도 종종 일어난다(\$ 1908d BGB).

더 나아가 피후견인은 후견인의 선임에 대하여 항고를 제기할 수 있다. 또한 가까운 친족 및 후견담당관청도 항고할 수 있다(\$69g FGG). 후견법원이 상소를 불허하는 경우 결정권은 지방법원(Landgericht)이 가진다. 마찬가지로 후견인이 변경되거나 후견인의 임무범위가 확대 또

는 제한될 수 있다(\$1908b BGB). 이를 위해서는 법원에 대하여 이를 제안하여야 한다. 일반적으로 후견인을 변경하는 것은 매우 어렵다.

## Ⅲ. 후견인과 감독기관

### 1. 후견인의 선발

후견인으로는 적합한 자격을 갖춘 자연인<sup>18)</sup>이 선발되어야 한다(민법 제1897조 제1항). 사적자치원칙의 산물로서 당사자는 후보자추천권을 가지며 추천한 후보자가 자격을 갖춘 경우에는 당사자의 이익에 반하지 않는 한 이에 따라야 한다. 또한 당사자가 특정인을 선임하기를 원하지 않는 경우에도 이를 배려하여야 한다(민법 제1897조 제4항). 이는 법률행위상의 의사표시가 아니기 때문에 피후견인의 행위능력은 문제되지 아니한다. 후견인이 누구도 추천을 하지 않은 경우에는 후견인의 선발에 있어서 친족상의 또는 기타의 인적 관계 및 이해관계의 충돌 위험 등을 고려하여야 한다(민법 제1897조 제5항). 우선 무엇보다도 직계 친족은 재산관리에 있어서 이해관계의 충돌이 발생할 여지가 있다. 다만 이 경우 이러한 이해관계의 충돌은 추상적인 것이 아니라 구체적인 경우에만 친족 또는 파트너는 후견인으로서 배제된다.



18) 독자적인 직업으로서의 후견인은 아직 존재하지 아니한다. 독립적으로 활동하는 직업후견인으로는 변호사, 간병인(Krankenpfleger), 사회 복지 분야 종사자(Sozialarbeiter), 전문경영인(Betriebswirt), 심리학자, 사회교육자 등이 있다.

관청 또는 후견단체에서 종사하는 자도 후견인이 될 수 있으며 때로는 시설(Einrichtungen) 자체도 보조적으로만 후견인이 될 수 있다(민법 제1900조). 피후견인이 거주하는 시설에서 종사하는 자는 비록 피후견인이 이를 원할지라도 절대적으로 후견인이 될 수 없다. 이 경우에는 이해관계의 충돌이 너무 크기 때문이다.

2004년에는 218,254건의 후견인 선임이 있었다. 그 중에서 211,822건은 개인이 후견을 인수하였고 그 중 142,000명이 가족으로 절대적인 부분을 차지하였다. 14,295건은 기타의 명예후견인(ehrenamtliche Betreuer), 8,094건은 변호사가 47,427건은 기타의 전문후견인(Berufsbetreuer)<sup>19)</sup>이 임명되었다.

## 2. 인수의무

후견인에 선임된 자는 원칙적으로 그 후견을 인수하여야 한다. 이러한 인수의무는 후견인의 적격성 및 인수의 기대가능성과 연계된다. 실제적으로 이 규정에 의해 후견인은 본인이 허락을 한 경우에만 선임될 수 있다는 결과가 된다. 따라서 법률도 바로 그러한 면을 고려하여 어떠한 강제조치(Zwangsmäßnahme)도 규정하지 않았다. 그럼에도 불구하고 부당하게 거절을 한 경우

에는 손해배상의무를 규정한 민법 제1787조 제1항이 적용될 수 있다(민법 제1908i조 제1항).

## 3. 수인의 후견인의 선임

구체적인 사정하에서는 1인의 피후견인에 대하여 수인의 후견인이 선임될 수 있다(§1899 BGB). 예를 들면 대리후견인(Verhinderungsbetreuer<sup>20)</sup>). 불임시술과 관련하여서는 언제나 특별후견인(단종후견인: Sterilisationsbetreuer)을 선임하여야 한다.

## 4. 후견법원에 의한 감독

민법 제1908i조 제1항 제1문에서 후견법의 여러 규정들을 참조하도록 하고 있다. 후견인에 대한 감독과 관련하여 핵심적 규정은 민법 제1837조로서 이 규정에 의해 후견법원은 후견인에 대한 전체감독권을 가진다.

## IV. 후견인의 권리와 의무

### 1. 피후견인의 이익을 배려할 의무

후견인의 의무는 민법 제1901조로부터 나온다. 후견인이 의무를 위반하는 경우에는 민법상



- 19) 전문후견인(또는 직업후견인)이란 독일에서 유상으로 법률상의 후견을 하는 자를 말한다. 이는 직업교육법상의 전문 직업 교육 과정을 이수해야 하거나 학위를 요하는 전문기능직이 아니라 지난 수십 년간 발달한 직업(활동)을 의미한다.
- 20) 보충후견인(Verhinderungsbetreuer)는 이미 선임된 후견인에 대하여 후견법원이 특수한 상황(예를 들면, 후견인과 피후견인 사이의 법률행위, 후견인의 질병 또는 휴가 등)을 대비하여 선임할 수 있다. 그 법적 근거는 민법 제1899조 제4항이다.



의 책임을 부담한다. 민법 제1901조 및 1906조에 따른 피후견인의 복지(“Wohl des Betreuten”)가 후견인의 행위 기준이 된다. “후견인의 복지”는 일반규정으로서 특히 헌법 제2조에서 보장된 기본권에 대한 민법상의 권리에 대한 침해의 근거가 된다.<sup>21)</sup> 다만 자기결정권을 보장하기 위해서는 이러한 “후견인의 복지”는 민법 제1901조 제2항 제2문 및 제3항에 따라 객관적인 척도에 의해서가 아닌 우선적으로 주관적인 피후견인의 의사에 따라 결정되어야 한다.<sup>22)</sup> 이때 제3자의 이해관계는 후순위가 된다.

합헌적인 방법으로 자기결정이라는 기본권에 부응하기 위해서 후견인은 이하의 제원칙을 준수하여야 한다.

- 1) 후견인은 피후견인이 스스로 결정을 할 수 없는 경우에는 언제나 후견인을 위해서만 결정을 하여야 한다.
- 2) 후견인은 원칙적으로 피후견인이 스스로 결정할 수 있는 경우 결정했을 것과 동일하게 결정하여야 한다. 당연히 후견인은 비록 피후견인이 자발적인 의사로 범할 것이라 하더라도 범죄를 행해서는 아니 된다.
- 3) 중대한 위협에 직면하여 달리 회피할 수 없는 경우에만 후견인은 자유로운 의사결정 능력이 없는 피후견인, 즉 법적으로 판단능

력이 없는 피후견인의 의사에 반하는 행위를 할 수 있다.

## 2. 법률상의 대리권

대외적 관계에서 후견인은 그에게 후견이 위임된 범위 내에서 당사자에 대한 법률상의 대리인이 된다. 지극히 사적인 법률행위는 대리인에 의해서 행해질 수 없다. 이는 혼인, 사인증여뿐만 아니라 친권의 인정이나 부인, 입양에 대한 동의의 경우에도 적용된다. 미성년자에 대한 후견에 적용되는 대부분의 제한이 후견인의 대리권에도 그대로 적용된다. 후견인은 임대차계약 및 반복적인 급부에 대한 계약이 4년을 초과하지 않고 후견인의 주택이 아닌 경우에는 예외적으로 대리권을 가진다. 대개는 승인을 받을 의무가 존재한다. 피후견인이 거주하는 공간에 대한 임대차계약관계의 해소 또는 해지 또한 후견법원의 승인을 받아야 한다.

## 3. 비밀유지의무, 진술거부권, (개인)정보보호

민법 제1902조에 따라 후견인의 자신의 임무영역에 속하는 분야의 법률상의 대리인이다. 자신의 임무영역이 건강관리(Gesundheitssorge)인 경우 후견인은 이 분야에서 당사자의 법정대리인이 된다. 일반적으로 그는 당사자와 똑같이



21) BVerfGE 7, 198.

22) BGH XII ZB 2/03; BGH XII ZB 69/ 00.

의사로부터 정보를 제공받아야 한다. 후견을 받는 환자가 자신의 개인정보를 후견인에게 제공하는 것에 동의를 하지 않는 경우, 후견인은 그의 의사를 존중해야 한다(민법 제1901조 제3항). 후견인과 피후견인 사이의 합의에 의해 해결책을 찾을 수 없을 경우에는 법원이 후견인의 의사에 대한 정보제공요구에 대한 결정을 한다. 후견인은 형법 제203조에 의한 비밀유지의무(Schweigepflicht)를 부담하지 아니하며 또한 진술 거부권도 없다. 따라서 현행법상 후견인은 피후견인에 대한 형사소송에서 증인으로 증언을 하여야 한다. 그러나 후견인은 본래 비밀유지의무를 지켜야 하는 피후견인에 대한 인적 정보를 획득할 수 있기 때문에 문제가 있다. 위반할 경우에는 1년 이하의 징역에 처한다.

## V. 명령 및 허가유보

### 1. 의료행위

모든 치료행위는 항상 헌법 제2조 제2항에 보장된 신체의 불가침성에 대한 침해가 된다. 따라서 의료행위는 동의를 요한다. 피후견인이 동의능력이 있는 한 후견인은 피후견인을 위하여 치료행위에 대한 동의를 할 수 없다. 의사의 설

명을 듣고 해당 의료행위의 종류, 의미 및 파급 효과(위험) 등을 이해할 수 있는 자는 동의능력이 있다.<sup>23)</sup>

이미 1981년에 연방헌법재판소는 동의능력이 없는 피후견인도 어느 정도는 아플 자유(Freiheit zur Krankheit)를 가진다고 판단하였다.<sup>24)</sup> 그 사이에 아플 자유의 한계는 다른 연방헌법대판소의 결의들 및 연방대법원(BGH)를 통하여 여러 번 언급되었다. 동의능력이 없는 환자가 심각한 자해 또는 타인에 대한 위해를 가하는 경우에만 형법 제34조상의 비례성의 원칙에 따라 입원에 의한 강제치료가 허용된다. 병세를 안정 시킬 긴박한 사정이 강제치료를 정당화 하지는 아니한다.<sup>25)</sup> 따라서 어떤 행위가 적합한(verhältnismäßig) 경우에만 후견인은 피후견인의 자연적인 의사에 반하여 행위를 할 수 있다. 피후견인이 동의능력이 없는 경우에도(einwilligungsunfähig) 피후견인에 대한 강제치료(Zwangsbehandlung)는 신체의 불가침성 및 자유권에 대한 침해가 피후견인의 본질적으로 높은 법익의 보호를 위한 경우에만 예외적으로 허용된다. 이는 당사자에 대하여 아플 자유에 대한 권리를 허용한 연방대법원 및 연방헌법재판소의 판결로부터 나온다. 당시의 연방대법원의 관례는 특정한 상황하에서 민법 제1906조에 따른 수용에 의



23) BGH NJW 1972, 335; OLG Hamm FGPrax 1997, 64

24) BVerfGE 58, 208.

25) BVerfG Beschluss 2 BvR 2270/96; Beschluss BGH XII ZB 236/05.





한 입원강제치료를 허용된다고 보았다. 후견법을 근거로 하는 외래 강제치료는 법적으로 허용되지 아니하며,<sup>26)</sup> 따라서 허용될 수 없다.

법원의 판단에 의하면 환자가 추후, 즉 다시 동의능력이 있을 경우 그 치료에 동의를 할 것이 명백한 경우에는 강제치료가 허용된다. 만약 환자의 생전유서(in einer Patientenverfügung)에 특정한 상황에서의 의료조치에 대한 결단(치료 또는 치료거부)을 내포하고 있는 경우, 이러한 결단에 의해 구체적인 치료상황에 대한 피후견인의 의사가 명백하고 확실하게 확정될 수 있는 경우에는 이와 같은 결심(Festlegungen)은 구속력을 지닌다. 의사, 후견인 또는 대리인은 그러한 구속력이 있는 환자의 생전유서를 참작하여야 한다. 환자의 의사를 무시하는 것, 즉 강제치료는 상해로 형사상 처벌을 받을 수 있다.<sup>27)</sup>

## 2. 행위능력과 동의유보

후견인의 지명 그 자체는 피후견인의 행위능력에 대하여 어떠한 영향도 미치지 아니한다. 당사자뿐만 아니라 후견인도 법적으로 유효한 행위를 할 수 있다. 따라서 후견인은 민법 제1901조에 규정된 바와 같이 모든 중요한 사무들에 대하여 상반되는 행위가 발생하지 않도록 당사자

와 상의를 하여야 한다. 후견과 행위능력은 아무 관련이 없다. 후견은 오히려 당사자가 사안을 이해하고, 그 결과를 예측하며 또한 자신의 통찰력에 따라 행동할 수 있는 상태에 있느냐에 달려 있다. 따라서 이 제도의 의의는 - 종전의 후견법원에서 자주 행해졌던 바와 같이 - 당사자에 대하여 금지산 선고를 하지 않는다는 데 있다.

후견법원은 피후견인이 후견인의 임무영역에 속하는 범위에서의 의사표시 및 계약의 체결에 대하여 별도로 후견인의 동의가 필요하도록 명할 수 있다(동의유보: Einwilligungsvorbehalt).<sup>28)</sup> 이 경우에는 당사자의 행위능력이 제한된다. 행위능력이 없는 상태에서 자신에게 불리한 계약을 체결한 자는 이미 행한 법률행위가 무효가 되기 위해서는 자신의 행위무능력을 입증하여야 한다. 만약 동의권을 유보한 후견(Betreuung mit Einwilligungsvorbehalt)의 경우에는 이러한 증명책임은 생기지 아니한다. 피후견인이 행위능력이 없는 경우라고 하더라도, 계좌관리(Kontoführung)를 즉시 금지하여서는 안 된다. 물론 은행이 피후견인에 대하여 그가 행위무능력인 상태에 금전을 지급한다면 은행은 책임위험을 부담한다. 따라서 의심스러운 경우에는 피후견인에 대하여 고액인출을 차단할 것이



26) Beschluss BGH XII ZB 69/00.

27) 이에 대한 상세는 BGH, Beschluss XII ZB 236/05.

28) 동의유보는 후견법원이 후견인의 선입과는 별도로 당사자의 행위능력을 제한하는 법원의 특별한 명령을 말한다. 이는 이전의 낭비를 원인으로 한 금지산선고와 조건이나 법률효과가 유사하다.

요청된다. 게다가 은행은 피후견인에 대하여 계좌유지를 허용할 의무가 있다고 할 것이다. 후견인이 금전을 적절히 배분하는데 어려운 경우에는 현금카드(Sparcard)가 있는 저축계좌(Sparkonto)를 개설해 주는 것이 바람직하다.<sup>29)</sup>

후견소송 외의 피후견인의 소송능력과 관련하여 피후견인은 민법 제104조에서 의미하는 행위능력이 없거나 동기가 유보된 상태에 있는 경우에는 기타의 소송(민사소송, 조세소송, 사회복지분야소송 및 행정소송)에서 소송능력이 없다. 그 외에 후견인이 피후견인을 위하여 절차를 수행하는 경우에도 소송능력을 가지지 아니한다. 비록 피후견인이 다른 경우에는 행위능력이 있더라도 같다. 이를 통해 후견인과 피후견인의 행위가 경합하거나 모순되는 것을 방지하는 데 있다. 이때, 후견인은 민법 제1901조 제2항 및 제3항과 관련하여 피후견인의 원하는 것(Wünsche)에 응해야 한다. 행정소송, 사회법전 제10권(SGB-X) 및 국제기본법(Angabenordnung)에서는 민사소송법 제53조가 준용되기 때문에 모든 종류의 행정소송에서도 또한 같다.

## VI. 의무위반에 대한 후견인의 책임

후견인은 자신의 의무를 위반하여 고의 또는 과실로 피후견인에 대하여 야기한 손해에 대하여

책임을 진다. 만약 후견인이 제3자에 대하여 손해를 야기한 경우 그 행위가 후견인의 감독하에 놓인 경우에 후견인은 제3자에 대하여 책임을 진다.

## VII. 보수 및 비용청구권

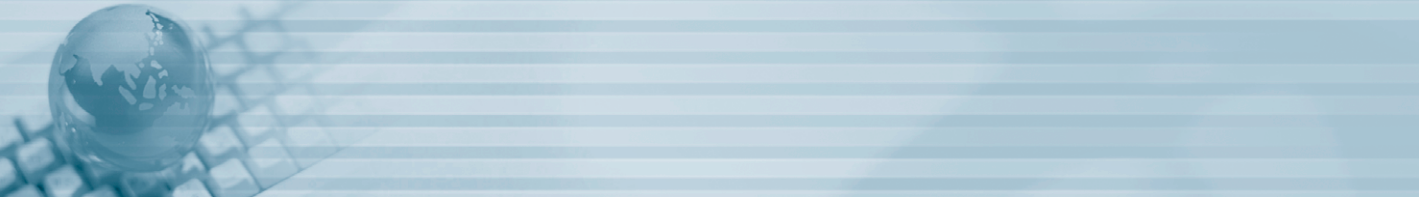
후견인은 자신의 구체적인 비용, 필요경비총액 또는 보수를 청구할 수 있다. 전문후견인의 보수는 후견인의 보수에 관한 법률(VBVG: Gesetz über die Vergütung von Vormündern und Betreuern) 제4조에서 후견에 대한 본인의 전문지식수준에 따라 차등하여 시간당 급여형식으로 규정하고 있다.

## VIII. 후견과 기본권

피후견인도 모든 기본권을 누린다. 후견법과 관련하여 문제가 되는 것은 과연 누구에 대한 것인가 하는 것이다. 피후견인이 자신의 기본권을 주장할 수 있는 다른 행위자로서는 본질적으로 후견인 외에 후견을 명하고, 후견인을 선출, 감독 및 경우에 따라서는 법원의 승인 의무와 관련하여 개별적인 결정을 내리는 후견법원이 문제된다. 일반적인 경우 사인으로서 피후견인과 조우하는 후견인에 비하여, 후견법원은 직접 사법



29) 통상 대부분의 은행의 경우 일상적인 계좌이체는 할 수 있도록 하고 있다.



권을 행사하기 때문에 직접 기본권과 관련된다. 후견법적인 분야에서는 일반적인 인격권(헌법 제2조)외에 우편 및 통신의 비밀(헌법 제10조), 거주이전의 자유(헌법 제11조), 주거의 자유(헌법 제13조), 재산권(헌법 제14조), 법적 심문을 받을 권리(헌법 제103조 제1항) 및 자유박탈사의 법적 보장(헌법 제104조) 등이 문제된다.

헌법은 모든 인간에게 인간다운 삶을 누릴 권리를 보장한다. 자기결정권, 자유권, 신체의 불가침성, 법 앞의 평등 등이 가장 중요한 기본권에 속한다. 이러한 기본권은 법률에 의해서만 침해될 수 있다. 다만 그 제도의 본질은 유지되어야 한다(헌법 제19조 제2항). 따라서 피후견인의 복지는 본인 스스로 결정하여야 한다. 피후견인의 권리 또는 동등한 제3자의 권리가 위태로운 경우에는 비례성의 원칙에 따라서만 이러한 기본권을 제한하여야 한다. 여기에 연방헌법재판소가 지금까지 명확하게 한계를 설정하지 않은 애플 자유에 대한 한계(Grenzen der Freiheit zur Krankheit)가 여기에 있다.<sup>30)</sup> 1998년 3월 23

일의 결정에서 연방헌법재판소는 정신질환이 있는 자에게도 어느 정도는 애플 자유를 누리도록 하여야 한다고 판시하였다.<sup>31)</sup> 제3자에 대한 보호는 후견법의 관심대상이 아니다. 여기에 대해서는 주법(Ländergesetze)이 관할권을 가진다.

위의 기본권과 관련하여 기존의 금지산 선고 절차가 뚜렷한 제도적 흠결(Defizite)이 존재하였던 것에 비하여 후견소송 및 수많은 절차적 규정을 두고 있는 수용절차(Unterbringungsverfahren)<sup>32)</sup>는 근본적으로 기본권을 충분히 보호하기에 적합하다. 재판 실무상 실제로 그러한 가에 대해서는 다른 문제이다. 제1차 후견법 변경을 위한 법률(Betreuungsrechtsänderungsgesetz)에 의해 1999년 1월 1일 민법 제1904조에 따른 위험한 의료행위에 대한 허가와 관련하여 기존에 치료를 하는 의사를 비송사건절차법 제69d조 제2항의 전문감정인으로 임명하는 것을 절대적으로 금지하던 것이 당위규정(Sollbestimmung) 및 통상(in der Regel)이라는 개방조항으로 변경되었다는 점에서 절차보장이 후퇴되었다고 할 수 있다.<sup>33)</sup>



30) BVerfGE 58, 208, 224ff.

31) NJW 1998, 1774.

32) 독일에서 개인의 자유를 박탈하는 조치는 민법 제1907조에 근거하여 후견인 또는 대리인이, 경우에 따라 당사자가 미성년인 경우에는 민법 제1631조b에 의하여, 공법상으로는 정신질환자의 보호를 위한 주법(Landesgesetz zum Schutz psychisch Kranker)에 의해 행해져 왔었는데 1992년 1월 1일 이후에는 하나의 획일적인 법원 절차-수용절차(소송)-에 의해 허용된다. 민법 제1846조에 의한 후견인 선임 전 간이절차 및 소위 수용유사조치(기계적인 장치를 통하여 진정시키는 것, 베드레일을 설치하는 것, 진정제 투여 등 민법 제1906조에 따른 조치)를 위한 간이절차에 대하여도 준용된다. 이 소송은 비송사건절차법 제70조 이하에 의한 비송절차이다. 따라서 원고는 물론 피고도 존재하지 아니하면 다만 소송참가자만 존재한다. 원칙적으로 후견법원이 관할권을 가지며 미성년인 경우에는 가정법원이 관할한다.

33) 비송사건절차법 제69d조 제2항: 법원은 후견인 또는 대리인의 건강검진, 치료, 또는 수술(민법 제1904조)에 대한 동의에 대하여 승인을 하기 전에 전문가에게 감정을 의뢰해야 한다. 전문가와 의료행위를 하는 의사는 원칙적으로 동일인이어서는 아니 된다.

2005년 7월 1일 제2차 후견법 변경을 위한 법률에서 의료서비스조합(MDK: Medizinischer Dienst der Krankenversicherung)<sup>34)</sup>의 소견서가 존재하는 경우에는 전문가에 대한 감정의를 생략할 수 있는 규정이 비송사건절차법 제68b조 제1a항에 추가하였다. 덧붙여 후견인의 선임할 경우 최장의 심사기간(Überprüfungsfrist)<sup>35)</sup>을 5년에서 7년으로 연장하였다(비송사건절차법 제69조).

법원은 후견인에 대하여 특별한 승인의무가 있는 경우뿐만 아니라 일반적으로도 후견인을 감독하고 때로는 이행강제금(Zwangsgeld)이 병과되는 명령 및 금지처분을 할 수 있다. 따라서 자신의 감독권 범위 내에 후견인의 기본권 준수 여부도 포함시켜야 한다. 또한 민법 제1908b조에 따라 후견법원은 후견인을 해임할 수 있다.

후견인과 피후견인 사이의 대내관계에서 기본권은 민법 제1901조 제2항 및 제3항의 범위 내에서 실현된다. 후견인의 후견활동 과정에서 피후견인이 원하는 것(Wünsche)을 배려하는 것과 후견인의 피후견인과의 협의의무(Besprechungspflicht)와 관련하여 후견인의 결정에 피후견인이 참여하도록 하는 것도 피후견인에 대

한 기본권 보장의 일면이라고 할 것이다. 반면에 많은 경우에는 피후견인은 진심에서 우리나라는 자유로운 의사를 형성하는 것이 어렵기 때문에 (beeinträchtigt) 후견인은 피후견인이 원하는 바가 그의 객관적인 복지와 부합하지 아니하는 경우에는 이를 배려하여서는 아니 된다. 바로 이러한 점에서 후견은 언제나 일면 후견인에 대하여 조력을 하고 다른 면에서는 그 자신으로부터 보호하는 양면성을 띤다.

## IX. 법정책적 비판

후견명령이 금치산 선고는 아니기 때문에 후견법원의 판사는 종종 너무 일찍 후견인을 임명하는 경향이 있다. 덧붙여 인구통계적으로 볼 때 법정대리인을 필요로 하는 더 많은 노인들이 생기고 있다. 오늘날 후견인의 선임이 지속적으로 증가하는 것은 사회가 또한 대체로 점차 법제화(Verrechtlichung)되어 간다는 데 있다. 판례는 일반적으로 잘 이행되지 않고 있는 의료행위에서의 모든 위험에 대하여 환자의 요구 여부와 관계없이 의사가 설명할 것을 요구한다. 피후견인



제68a조 제3문 및 제4문은 준용된다(2) 1Vor der Genehmigung der Einwilligung eines Betreuers oder Bevollmächtigten in eine Untersuchung des Gesundheitszustandes, eine Heilbehandlung oder einen ärztlichen Eingriff (§ 1904 des Bürgerlichen Gesetzbuchs) hat das Gericht das Gutachten eines Sachverständigen einzuholen. 2Sachverständiger und ausführender Arzt sollen in der Regel nicht personengleich sein. 3§ 68a Satz 3 und 4 gilt entsprechend.]

34) MDK는 독일 각 주 내의 법정 의료보험 및 수발보험(Pflegeversicherung) 가입자들을 위한 의료상담, 치의료상담, 간호상담을 해 주고 소견서를 작성하는 의료서비스조합을 말한다.

35) 법원은 이 심사기간 내에 후견조치(후견인의 선임, 동의유보)를 연장하거나 중지하는 결정을 내려야 한다.



에 대하여도 또한 같다. 환자가 이를 완전히 추구할 수 없는 경우 법적인 안정성을 위해 피후견인의 선임이 필요한 것이다. 종종 몸져 누운 환자가 낙상(Herausfallen)하는 것을 막기 위해 베드레일(bed rail)을 사용하는 경우에도 후견인의 선임을 요한다.

다른 측면에서는 이러한 서비스를 제공하고 수요를 충족시키는 충분한 서비스제공업자가 생겨났다. 소위 후견산업(Betreuungsindustrie)이 생긴 것이다. 다른 한편으로는 후견법을 완화함으로써 당사자에 대한 권리의 침해가 1992년 이전보다는 훨씬 덜 포괄적이기 때문에 당사자들이 더 용이하게 후견인을 선임할 수 있게 되었다고 한다. 직업적으로 활동하는 후견인의 사무를 당사자에 대한 금치산으로 보는 견해가 있다. 다른 자들은 후견인의 도움이 없다면 오히려 자신의 측근(Umgebung)들의 자의에 맡겨질 우려가 있다고 주장한다.

후견(Ausübung des Betreueramts)은 매우 다양한 형태로 행해지기 때문에 두 견해 모두 옳다고 할 수 있다. 아직도 여기 저기서 피후견인이 우선 먼저 스스로 자신의 복지를 결정해야 한

다는 목소리가 높다. 결국 이는 후견인과 피후견인 사이의 신뢰관계의 문제이다. 만약 후견인과 피후견인 사이에 불화가 있는 경우에는 언제든지 다른 후견인을 요구할 권리를 가진다. 다만 그 원인이 피후견인이 후견인에 대하여 이성적으로 충족시킬 수 없는 요구들을 주장하는 데에만 있는 것이 아닌 경우에는 그러하지 아니하다(예를 들면, 월 임차료의 지급을 위한 금전의 지급을 요구하는 것).

김 성 곤

(독일 주재 외국법제조사원)