

성년후견제의 의의와 개요

박은수 변호사

1. 성년후견제도의 의의

1) 성년후견제도의 개념

2011년 3월에 개정된 민법에서의 성년후견제도는 장애, 노령 등에서 비롯된 정신적 제약 때문에 재산이나 신상에 대한 사무를 처리할 능력이 부족한 사람의 의사결정이나 사무 처리를 돕는 법적 지원 장치를 말한다. 우리보다 먼저 제도를 도입한 일본에서는 정신상의 장애(障害)에 의해 판단능력이 불충분하여서 법률행위에서 의사결정이 곤란한 사람에 관해 그 판단능력을 보충하는 제도로 정의하고 있다.

우리나라 민법의 주된 이념은 대등한 당사자가 자기 판단 아래 법적 관계를 맺고 그 결과에 책임을 지는 '사적자치'(私的自治)를 원칙으로 한다. 하지만 자기 책임의 원칙이 적용되기 위해서는 먼저 해당 당사자가 타인과 대등한 위치에 있어야 한다. 당사자의 대등성을 평가하는 가장 기본적인 지표는 판단능력이다. 민법상 판단능력은 크게 '의사능력'과 '행위능력'으로 설명된다.

'의사능력'은 자신이 하는 행위의 의미나 결과를 정상적인 인식과 미래의 일을 미리 아는 예기력(豫期力)을 바탕으로 판단할 수 있는 정신적 능력 내지는 지능이라고 정의한다. 우리 민법에는 의사능력에 관한 규정을 따로 두고 있지 않으나, 일반적으로 의사능력이 없는 상태에서 한 법률행위의 효력은 인정하지 않는다. 이러한 의사능력의 판단 기준과 효과 때문에 의사무능력자는 사안별로 의사능력의 부족을 입증해야 하는 부담이 있고 거래 상대방은 법률행위마다 일일이 의사능력의 유무를 확인해야 하는 등, 법적 지위가 불안해진다. 이러한 단점을 극복하기 위하여 의사능력을 나이나 법원의 선고 등 객관적 기준으로 정하는 것이 바로 '행위능력'이다.

만약 지적장애인이거나 정신장애인, 치매노인 등과 같이 판단능력에 어려움이 있는 사람들의 법률관계를 전적으로 사적자치에 맡긴다면, 민법이 사적자치를 통해 궁극적으로 구현하고자 하는 정의(正義)에 반하는 결과를 가져올 수 있다. 이러한 부작용을 방지하기 위해 민법은 거래안전보다 먼저 행위능력에 관해 규정하면서, 미성년자나 법원에 의하여 판단능력이 부족한 것으로 선고된 사람이 자기결정에 의한 법률행위를 취소할 수 있도록 하고 있다. 하지만 법률행위를 취소할 가능성만을 부여하면 지적장애나 정신장애, 치매노인들은 자신들의 행위들에 대해 보호는 받을 수 있겠지만, 사회에서는 더 고립될 수밖에 없다. 거래하는 상대방이 법적인 불안을 이유로 행위무능력자와 법률행위를 하는 것 자체를 회피하기 때문이다. 그래서 민법은 행위무능력자를 보다 적극 보호하는 한편 안정적인 거래가 이루어질 수 있도록 행위무능력자가 후견인이라는 사회적 보호 장치를 통해 법률행위를 할 수 있도록 하고 있다.

2) 성년후견제도의 이념

우리 헌법 제 10조는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다”라고 명시하고 있는데 이는 포괄적 기본권으로 인격권과 자기결정권의 기초가 된다. 성년후견제도 역시 이러한 헌법 정신을 이어받아 ‘본인의 의사와 현존능력의 존중’을 기본 이념으로 삼고 있다.

‘본인의 의사 존중’이란 피후견인이 후견의 일방적인 객체로서가 아니라 존엄한 인격체로서 주체적으로 후견제도를 이용하고 자신의 삶을 영위할 수 있도록 하는 것을 의미한다. ‘현존능력’이란 현재 본인이 보유하고 있는 정신적 능력으로서 후견제도에서는 이를 최대한 존중하고 활용해야 한다. 학계에서는 최근까지 피후견인이 보유하는 능력을 ‘현존능력’이 아닌 ‘잔존능력’이라는 용어를 사용했다. 잔존이란 단어는 얼마 남지 않아 곧 사그라질 수밖에 없다는 부정적 느낌이 들어 이 책에서는 ‘현존능력’이라는 용어를 사용하고자 한다.

2. 성년후견제도의 도입 배경

1) 복지국가·고령화사회 진입

최근 우리 사회는 복지국가와 고령화에 관한 관심이 높아지고 있다. 통상적으로 복지국가(welfare state)는 국가가 국민의 최저 소득을 보장하고, 질병이나 노령, 실업 등의 사회적 위험을 감소시켜 인간다운 생활을 할 수 있도록 적정 수준의 보편적 급여를 시민의 권리로서 지급하는 국가를 말한다. 유엔(UN)에서는 65세 이상 인구가 7% 이상이면 ‘고령화사회’, 14% 이상이면 ‘고령사회’, 21% 이상이면 ‘초고령화사회’라고 부른다. 우리나라는 급격한 출산율 저하와 기대수명의 연장으로 고령화가 세계에서 가장 빠른 속도로 진행되고 있다. 우리나라의 출산율은 2010년 1.22명으로 OECD 국가 중 최저수준이지만, 기대수명은 1986년 67.4세에서 2008년 79.8세로 12.4세 증가하여 OECD 국가 중 가장 높은 증가율(18.4%)을 보였다. 이처럼 우리나라는 고령화가 다른 나라에 비해 늦게 시작되었지만, 그 진행속도는 매우 빠르다. 예컨대 대부분의 선진국이 초고령화사회로 진입하는 데 70년 이상 소요됐지만 우리는 2000년에 고령화사회가 시작되어 2008년에 고령사회에 도달했고, 2026년에 초고령사회에 도달할 것으로 보여 겨우 26년 정도밖에 걸리지 않으리라고 전망된다. 이러한 추세는 통계청 조사 장래인구 추계에서 엿볼 수 있다.

복지국가로 가는 첫걸음은 사회적 약자에 대한 배려이다. 그동안 성장 위주의 경제 정책에 따른 빈부 격차가 커지고 소외계층의 상대적 박탈감이 심화되었다. 특히 지적장애나 정신장애와 같은 정신적 장애를 가진 사람들에 대한 학대와 착취 사례가 그동안 언론을 통해 수없이 보도되면서 이들에 대한 법적 보호장치 마련에 대한 목소리가 높아졌다. 또한, 의료기술의 발달 때문에 평균 수명이 연장됨에 따라 노후 대책이 개인적으로나 사회적으로 큰 과제가 되었다. 특히 치매에 걸린 이후 어떻게 자신의 재산과 신체를 지킬 것인가에 관한 관심이 고조되고 있다. 이들에 대한 공통된 문제는 판단능력의 부족을 어떻게 제 3자를 통해 보완할 것인가이다. 과거에 가족의 문제는 가정 내에서 해결한다는 사고가 주를 이루었지만, 핵가족화가 일반화되고 가족 간 이해관계의 대립이 많은 현대 사회에서는 국가가 관리 감독하는 후견제도에 대한 기대가 자연스럽게 형성된 것이다.

우리 헌법에는 국가의 기본권 보장 의무(제 10조)와 사회보장·사회복지 증진의무 및 노인과 장애인의 복지향유권(제 34조)을 규정하고 이를 실현하기 위하여 장애인복지법과 노인복지법이 제정 및 시행되고 있으며, 이외에도 장애인·고령자의 복지를 위한 각종 연금, 고용

등 관련 법령이 제정되어 있다. 이들 법률을 근거로 각종 사회복지서비스를 제공할 때 후견인이 피후견인을 법적으로 지원하여 서비스를 적절하게 조정한다면 통합적인 사회복지 실현하는 데 크게 이바지할 것이다.

2) 사회복지 패러다임의 변화: '시혜에서 권리로'

장애인의 사회참여와 자립생활이 강조되고, 고령화가 가속화되는 상황 속에서 성년후견제도가 주목받는 또 다른 이유는 사회복지 패러다임의 변화다. 최근까지도 우리 사회는 사회적 약자에 대한 배려를 국가의 시혜(施惠)로 인식했다. 그 결과 복지서비스는 행정편의주의에 따라 공급자 중심으로 제공되었고, 복지서비스를 이용하는 수급자를 낙인찍어 서비스의 이용 자체를 꺼리게 하는 폐해가 있었다. 이러한 문제를 해결하기 위하여 복지서비스의 이용자와 공급자 사이에 대등한 관계를 구축하여 이용자 스스로 자신에게 맞는 복지서비스를 선택할 수 있도록 지원하는 시스템이 필요하고, 계약을 통한 권리의무 관계를 명확히 해서 이용자의 지위를 보호할 필요가 있다. 그러나 장애인이나 고령자 중에는 판단능력이 부족하여 각종 사무를 처리하는 과정에서 대등한 법률관계를 형성하기 어려운 사람이 많아서 이를 보완하기 위한 장치로서 성년후견제도가 필요한 것이다. 따라서 후견인은 피후견인의 신상과 복리를 위한 각종 욕구(needs)를 법률적 지원을 통해 피후견인 스스로 충족시킬 수 있도록 하는 조정 기능의 역할을 하는 사람이라 할 수 있다.

최근 우리 사회에서 복지 담론이 사회적으로 이슈화되면서 복지가 더는 외면할 수 없는 인간의 기본적인 권리라는 인식이 자리 잡고 있다. 이처럼 사회복지 패러다임이 이용자의 권익을 강화하는 방향으로 변화함에 따라 성년후견제도는 어느 때보다 절실히 필요한 제도가 된 것이다.

3) 금치산·한정치산제도에 대한 반성

지적장애인이거나 정신적 장애인, 치매노인 등과 같이 판단능력이 부족한 사람에 대한 성년후견제도에 관심이 집중되기 이전에도 법적 지원 장치는 존재했다. 민법 제정 시부터 존재했던 금치산·한정치산제도가 바로 그것이다. 금치산·한정치산 제도는 정신적 제약이 있는 사람을 대상으로 하고 이들의 보호를 거래안전보다 중시하며, 법원의 공적인 선언을 통해 보호를 개시한다는 점 등에서 성년후견제도와 유사한 면이 있다. 따라서 넓은 의미에서 금치산·한정치산제도는 성년후견제도의 초기 모델이라고 할 수도 있다. 그러나 개정 전 민법에서는 금치산이나 한정치산 선고가 내려지면 사회생활을 전혀 할 수 없는 모순과 한계가 있었다.

하지만 새로운 성년후견제도는 '본인의 의사와 현존능력의 존중'을 강조한다. 또한 특정후견과 임의후견이 신설되면서 '후견의 개시는 곧 행위능력의 제한'이라는 등식에서 탈피하는 한편 '계약을 통한 후견'이라는 새로운 형태의 후견제도가 정착될 전망이다. 이처럼 개정 민법에서 성년후견제도는 이념과 체제의 본질적 변화와 함께 발전했다. 금치산·한정치산제도가 가지고 있던 문제점을 개정 민법상 성년후견제도와 비교하면 다음과 같다.

(1) 부정적 낙인효과

입법 과정에서 느낀 금치산·한정치산제도의 가장 큰 문제점은 부정적 낙인효과(stigma effect)였다. 금치산(禁治産), 한정치산(限定治産)과 같은 부정적 용어 사용과 과도한 행위능력의 제한으로 피후견인은 사회적 낙오자로 공식화되었고, 이는 본인과 가족들의 명예를 해치고 피후견인을 사회에서 완전히 고립시켰다. 이런 이유로 최근 10년 동안 우리나라에서 금치산·한정치산제도를 이용하는 사람은 극히 적었다.

또한 재산 다툼을 둘러싸고 피후견인의 재산권을 박탈하기 위한 수단으로 악용되는 사례가 많다는 점이 금치산·한정치산제도에 대한 부정적 인식을 더욱 악화시켰다. 이러한 부정적 낙인효과를 완화하기 위해 민법 개정과정에서는 ‘정상화’(normalization)의 이념을 실현할 수 있도록 성년후견제도를 설계하였다.

(2) 본인의 의사 및 현존능력 존중 부족

금치산·한정치산제도는 본인, 즉 후견을 받고자 하는 사람의 의사를 존중하고 반영할 수 있는 구조가 제대로 마련되어 있지 않았다. 가사소송법 상에서는 금치산·한정치산의 판결(심판) 과정에 사건관계인을 심문하지 않을 수도 있어(제 45조) 본인의 의사가 정확히 확인되지 않은 상태에서 후견이 개시될 가능성이 있었다. 특히 민법상 후견인의 순위가 법에 정해져 있어(개정 전 민법 제 933조, 제 934조) 재산권 박탈에 오히려 후견이 악용될 소지가 컸다.

따라서 개정 민법에서는 후견개시 심판을 할 때 본인의 의사를 고려해야 한다는 원칙을 명시하였고(제 9조 제 2항, 제 12조 제 2항, 제 14조의2 제 2항), 후견의 유형을 다양화하는 한편 각 유형 내에서도 개별 사안에 따라 후견의 내용을 융통성 있게 정할 수 있도록 하는 등 자기결정권과 현존능력을 존중하도록 하고 있다.

(3) 이용 대상 및 후견 영역의 제한

금치산·한정치산제도는 행위능력을 전면적으로 제한하기 때문에 상당한 정도의 판단능력 부족을 전제로 한다. 그래서 가벼운 정신적 제약을 가진 사람에게 한정치산을 선고하는 것은 행위능력을 과도하게 제한할 우려가 있다. 또한, 현재 판단능력이 저하된 상태를 전제로 하기 때문에 본인이 미래를 대비해 스스로 후견을 설계하는 것은 불가능하다.

한편 판단능력이 크게 부족하지 않은 경우에도 재산이나 신상과 관련해 중요한 행위를 할 때 후견인의 도움이 필요할 수 있다. 특히 고령화사회에 접어들어 치매와 같은 노인성 질환에 대한 대처가 중요해지면서 본인 스스로가 장래의 정신능력 저하에 대비하여 신뢰할 수 있는 사람을 후견인으로 지정하고 후견의 내용을 정할 수 있는 제도에 대한 욕구가 커졌다. 개정 민법에서는 가벼운 정신적 제약을 가진 사람도 후견제도를 이용할 수 있도록 한정후견의 이용 대상을 대폭 확대하는 한편 후견의 기간과 대상이 특정되는 특정후견 제도를 신설하였다. 또 장래에 대비하여 본인이 직접 후견의 기초를 설계할 수 있는 임의후견 제도도 도입하였다.

후견의 영역과 관련하여 금치산·한정치산 제도는 주로 후견인이 법률행위의 대리나 동의 등을 통해 피후견인의 재산관리를 돕는 방식으로 운용되는 한계가 있었다. 그러나 피후견인의 복리를 실현하기 위해서는 비(非)법률행위나 신상에 관해서도 후견이 필요할 수가 있다. 그래서 개정 민법에서는 후견인의 직무를 신상보호까지 확대할 수 있는 근거를 명시하고, 그 요건과 절차를 엄격히 해서 피후견인의 자기결정권과 조화를 이룰 수 있도록 하였다(제 938조, 제 947조, 제 947조의2).

(4) 후견의 전문성 및 공정성 부족

금치산·한정치산 제도에서는 후견인의 순위가 법으로 정해져 있어 공정하지 못한 후견인

이 선임될 우려가 있었다. 또한, 자연인 한 사람만 후견인이 될 수 있어 후견인의 전문성을 높이는 데도 한계가 있었다. 개정 민법에서는 후견인의 법정 순위를 폐지하고 법인·복수 후견인 제도를 신설함으로써 후견의 공정성을 담보하는 한편 전문후견법인 양성과 복수 후견인 간의 업무분담이 가능하게 되었다.

4) 민법 개정의 추진

우리나라가 성년후견에 관심을 두기 시작한 것은 일본이 성년후견제도를 도입한 2000년부터였다. 당시 일본과 정기적으로 교류하던 장애우권익문제연구소는 일본이 제도를 도입한 것을 계기로 내부적으로 관련 외국 문헌을 수집·번역했으며, 이를 기반으로 관계 전문가 초청토론과 내부 세미나 등을 통해 제도 도입을 검토하기 시작했다. 이후 월간 ‘함께걸음’에 성년후견제도에 관한 내용을 연재했고 이를 접한 장애부모들은 자신들과 가족을 대신해 성년후견제도가 자신들의 자녀를 보호하고 지역사회에서 인간답게 살아갈 수 있는 대안이라고 판단해 장애인단체에 제도 도입을 요구했다.

이후 2004년에 성년후견제도의 도입을 위한 활동이 본격적으로 시작되었다. 성년후견제도의 도입 필요성을 절실히 느낀 17개의 장애인단체와 노인단체가 중심이 되어 제 1기 성년후견제추진연대를 구성했고, 당시 17대 국회의원 이은영 의원과 장향숙 의원 등이 민법 개정안 발의를 통해 제도 도입의 물꼬를 열었다. 하지만 이러한 노력에도 이들 법안은 제대로 논의조차 되지 못한 채 17대 국회의 회기가 끝나면서 자동 폐기되었다. 그러나 성년후견제도의 도입을 위한 장애인단체의 노력은 계속되었다. 장애인단체는 17대 대선에서 각 당의 대선후보들에게 성년후견제도 도입을 요구하며 대통령 공약에 반영시켰다. 이후 법무부는 2009년에 성년후견제 도입을 포함한 민법개정을 위해 ‘민법개정위원회’를 출범시켰고, 장애인단체를 비롯한 사회복지계도 제 2기 성년후견제 추진연대를 발족해 성년후견제 도입 추진에 더욱 가속도를 내기 시작했다.

그 결과 18대 국회에서 드디어 그 결실을 맺게 되었다. 2009년 9월에 법무부가 성년후견제 도입을 골자로 하는 민법 개정안을 입법 예고하고, 12월에 국회에 제출하였다. 또한 2009년 10월, 나경원 의원 등 16인이 특별법으로서 장애 성년후견법안을 발의하였다. 다음 해인 2010년 1월, 박은수 의원 등 39인에 의해서 성년후견제 도입을 골자로 하는 민법 개정안이 발의되었는데 이는 성년후견추진연대가 17대에 추진하려던 안을 조금 더 다듬고 진전시킨 법안을 박은수 의원이 전적으로 수용하여 이루어진 것이다.

이러한 과정을 통해 18대 국회에 제출된 세 법안은 법사위 논의를 거쳐 2011년 2월 18일에 국회 본회의를 통과해 2013년 7월부터 성년후견제가 시행되고 있다.

2. 성년후견제도의 개요

2011년 3월에 개정되기 전의 민법에는 성년자에 대한 후견으로 금치산·한정치산제도를 두었다. 두 제도 모두 후견인이 피후견인의 법정대리인이 된다는 공통점이 있다.

그런데 이러한 획일적인 대리의사결정 방식은 본인의 의사와 현존능력을 무시하는 것이라는 비판을 받았다. 장애인의 의사결정을 돕는 방식으로는 다음과 같이 두 가지가 있다. 첫 번째는 장애인 본인이 의사결정의 주체가 되고 후견인은 결정에 필요한 정보와 조언을 제공하는데 그치는 이른바 ‘조력의사결정’(supported decision making) 방식이다. 두 번째는 피후견인인 장애인을 의사결정에서 배제하고 후견인 자신이 직접 의사결정을 하는 ‘대리의사결정’(substituted decision making) 방식이다. 개정 전의 민법은 이 두 번째 방식에 속하는 것으로서 본인의 의사를 무시하고, 현존 능력을 존중해 주지 못한다는 이유로 장애인들로부터 비판을 받았던 2011년 3월에 개정된 민법에서는 이러한 문제를 해결하기 위하여 후견의 유형과 내용을 다양화하였다. 성년자에 대한 법정후견을 성년후견, 한정후견, 특정후견으로 세분화해서 피후견인인 장애인이나 치매 노인 등이 이 제도 중에서 본인의 현실에 맞는 제도를 선택해서 이용할 수 있도록 한 것이다. 또한 본인이 계약을 통해 직접 후견을 설계할 수 있는 임의후견 제도(후견계약)도 도입하였다.

금치산·한정치산 제도에서는 정신적 능력에 중대한 흠결이 있는 사람들만 후견을 이용할 수 있었던 것과는 달리 개정된 민법에서는 후견의 유형과 내용이 다양화하면서 의사무능력에 가까운 사람부터 정신적 흠결이 거의 없는 사람까지 폭넓게 후견을 이용할 수 있게 되었다. 또한 성년후견을 제외한 나머지 후견제도 즉 한정후견, 특정후견, 임의후견제도에서는 후견인에게 포괄적인 법정대리권을 인정하는 것을 지양하고, 본인의 의사와 현존능력을 최대한 고려하여 필요한 범위에서만 대리권을 부여하도록 했다는 점에서 기존 제도에서 크게 발전했다고 할 수 있다.

1) 성년후견

개정 민법상 성년후견은 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 지속적으로 결여된 사람을 대상으로 한다. 따라서 의사능력이 결여

된 사람들이 주된 이용자라는 점에서 금치산제도와 비슷한 측면이 있다. 피성년후견인은 사실상 혼자서 법률행위를 할 수 있는 경우가 드물기 때문에 효율적인 ‘후견 서비스’를 위하여 금치산 제도에서와 마찬가지로 성년후견인에게 법정대리인으로서의 지위를 인정한다. 하지만 피성년후견인이 일용품 구입과 같이 일상적인 법률행위를 했을 경우에는 후견인이 법정대리인이라 할지라도 이러한 행위를 취소할 수 없도록 하는 한편, 가정법원이 본인의 의사와 현존능력을 고려하여 본인 혼자서 할 수 있는 법률행위의 영역을 정할 수 있게 했다는 점에서 기존의 금치산 제도와 큰 차이가 있다.

또한 본인의 의사와 현존능력을 존중할 수 있도록 후견의 유형과 내용을 다양화하였고, 재산관리뿐만 아니라 신상보호의 근거와 절차도 구체적으로 법에 명시하였다. 또한 후견의 전문성과 공정성을 더욱 높이기 위하여 후견인을 복수로 선임하거나, 법인을 후견인으로 둘 수 있게 하였다. 인권 침해 논란을 많이 낳았던 기존의 친족회제도를 폐지하는 대신 후견감독인 제도를 도입하여 운영의 투명성을 높이고 인권 침해적 요소들을 최대한 없애고자 한 것도 새로운 민법의 특징이다.

2) 한정후견과 특정후견

개정 전 민법에서는 미성년자의 행위능력에 관한 규정을 한정치산자에 대해서도 준용함으로써, 후견인의 동의 없이 행한 한정치산자의 법률행위를 취소할 수 있도록 하는 한편 후견인에게 일반적인 대리권을 부여하고 있었다. 후견인으로부터 허락을 받은 경우 한정치산자의 행위능력을 확장할 수 있는 길을 열어두었으나, 사실상 그 활용도가 높지 않았다. 이에 반해 개정 민법에서는 한정후견, 특정후견이라는 제한적 법정후견 유형을 두었다. 한정후견은 정신적 제약으로 인해서 사무를 처리할 능력이 부족한 사람을 대상으로 하는 후견제도이다. 한정후견은 이용 대상과 효과 측면에서 한정치산제도와는 근본적인 차이가 있다. 이 제도는 판단능력이 매우 부족한 사람뿐만 아니라 약간 부족한 사람도 이용할 수 있도록 하고 있으며, 개별 사건마다 한정후견인의 동의권과 대리권의 범위를 가정법원이 따로 정하도록 하였다.

이러한 한정후견제도의 구조는 본인의 판단능력 정도에 따라 법원이 전면적으로 그 보호나 대리의 범위를 재량적으로 결정하도록 하는 ‘일원적’ 후견의 정신을 반영한 것으로, 향후 한정후견이 법정후견 제도의 중추적 역할을 하면서 법정후견제도가 가진 기존의 부정적 인식을 개선하는 데 크게 기여할 것이라는 기대를 모으고 있다.

특정후견은 정신장애인이거나 치매노인과 같이 정신적 제약으로 인해서 일시적 후원이나 상속, 매매와 같은 특정 사무에 대한 후원이 필요한 사람을 대상으로 한다. 후견의 기간이 언제부터 언제까지라는 식으로 미리 정해져 있고 후견의 대상과 후견 사무도 미리 정해져 있으며, 가정법원의 직접적인 보호조치가 가능하다는 점에서 한정후견과는 많이 다르다. 특정후견은 일정 기간 동안 특정 사무에 대해서만 후견이 이뤄지지만, 한정후견은 한정후견인을 통한 지속적 보호를 전제로 하기 때문이다. 민법 개정을 담당할 법무부 관계자에 의하면 이처럼 일시적인 조력이나 법원의 직접 보호가 가능하도록 한 특정후견제도는 프랑스 민법상 ‘사법보우’(司法保祐, *sauvegarde de justice*) 제도와 영국 정신능력법(Mental Capacity Act)상 특정명령 제도 등에서 영감을 얻어 만들어진 독창적인 제도라고 한다. 특정후견인은 조인 등을 통해 피후견인의 판단을 도울 뿐이기 때문에 피특정후견인의 행위능력이 제한되지 않으며, 특정후견인이 대리권을 갖기 위해서는 별도의 심판을 거쳐야 한다.

이와 같이 한정치산과 한정후견 사이에는 본질적인 차이가 있으며 특정후견은 기존 민법에서는 볼 수 없었던 전혀 새로운 후견 유형이다. 비록 보호의 대상이나 기간은 제한되어 있으나 행위능력을 제한하지 않고 손쉽게 이용할 수 있다는 장점을 가지고 있기 때문에 앞으로 특정후견의 활용도는 매우 클 것으로 예상된다.

3) 후견계약(임의후견제도)

후견계약은 개정 민법에서 새로 도입된 일종의 ‘임의후견’ 제도로써 본인이 직접 후견인과 후견의 내용을 정하는 후견제도의 한 유형이다. 개정 전 민법에서는 계약에 의한 임의후견이 없었으나, 개정 민법에서는 누가 후견인이 되고 어떤 후견을 받을 것인지를 본인이 직접 정할 수 있는 후견계약을 신설하였다.

후견계약은 현재 판단능력이 부족한 사람뿐만 아니라, 치매노인과 같이 장래에 판단능력이 저하될 것을 대비하는 사람까지 누구나 이용할 수 있기 때문에 원칙적으로 행위능력의 제

한을 전제로 하지 않는다. 후견계약을 체결한 사람이 계약에서 상정한 정도로 정신능력이 저하되면, 가정법원에서 후견감독인을 선임한 때부터 후견계약이 발효되어 후견인이 활동할 수 있게 된다. 요컨대 후견계약의 체결 단계에서는 위임계약과 큰 차이가 없으나, 위임인인 본인의 판단능력이 악화되면 수임인인 대리인의 공정한 직무 수행을 담보할 수 없기 때문에 가정법원이 후견감독인을 선임해서 후견인을 관리·감독하는 것을 전제로 임의후견이 개시되도록 한 것이다.

임의후견은 행위능력을 제한하지 않으며 무엇보다 후견의 '필요성' 및 '보충성' 원칙에 가장 충실할 수 있는 미래지향적 보호 장치이기 때문에 앞으로 성년후견제도의 긍정적 이미지 제고와 발전 가능성 측면에서 가장 기대가 큰 후견 유형이다.

여기서 '필요성'의 원칙이란 피후견인이 필요로 할 때 후견이 실행되어야 한다는 원칙을 말한다. 즉 피후견인이 필요로 하는 이상으로 후견인이 간섭하거나 피후견인이 아닌 가족 등 주변인의 필요에 의해 후견이 이용되어서는 안 된다는 원칙이다. '보충성'의 원칙이란 피후견인의 개인적 자유와 자기결정권 등을 통틀어 일컫는 '사적 자치'라는 개념을 강조하는 것이다. 즉 어떠한 경우에도 본인이 주도적으로 의사결정을 할 수 있는 임의후견이나 위임을 우선적으로 활용해야 하고, 그것으로 미흡해서 추가적 보호 조치를 보충할 필요가 있을 경우에만 비로소 법정후견을 발동할 수 있다는 원칙이다.

4) 일원론과 다원론

성년후견제도를 구성함에는 이른바 일원(一元)적 체제구성과 다원(多元)적 체제구성의 두 가지 입법례가 있다. 일원적 체제란 후견의 유형을 법에서는 나누어 두지 않고 재판부가 사안 별로 후견의 내용을 정하는 방식을 말한다. 반면 다원적 체제란 법에서 후견의 유형을 여러 가지 정해 두고 재판부는 이 중 하나를 선택하는 방식을 말한다.

일원적 체제는 개별 사안에서 본인의 의사와 현존 능력에 따라 맞춤형 후견이 가능하다는 장점이 있다. 무엇보다 판단 능력의 정도에 따라 등급을 매기지 않기 때문에 피후견인의 명예를 훼손할 염려가 적다. 장애인들은 장애의 정도에 따라 등급을 매기는 정부의 처사에 대하여 큰 저항감을 가지고 있다. 정확하지도 못하면서 의료적 기준으로 미리 인간을 재단하는 것보다는 구체적 서비스의 내용과 질에 관심을 가지라는 것이다.

그러나 일원적 체제는 법원에 과중한 업무 부담을 줄 수밖에 없으므로, 법원의 전문인력 확충이 선행되어야 하는 난제를 안고 있었다.

구상업 검사도 앞서 소개한 심포지움에서 이번 민법 개정에서는 예산과 조직에 관련되는 문제는 가급적 배제하기로 했기에 법원의 예산과 조직 확대가 수반되는 일원론은 초기 입법단계에서는 무리였다고 솔직히 인정하였다. 전문인력이 부족한 상태에서 이상에 치우쳐 일원론을 채택하였을 경우 오히려 이용자에게 시간적, 경제적 부담만 안겨 수요자로부터 새 제도가 외면당하는 위험도 고려하였다고 했다.

그러나 후견제도에 대한 부정적 인식을 완화함에 있어 일원론이 가지는 장점은 매우 매력적인 것이었기 때문에, 민법을 개정함에 있어서 일원론의 정신을 최대한 반영하도록 노력하였다. 그 노력의 일환으로 한정후견이 가장 광범위한 적용 대상을 가지고 법정후견의 중심이 될 수 있도록 설계한 점을 강조하였다.

한정후견의 이념과 적용방식은 일원론적 태도와 거의 일치하기 때문에 결국 우리 법정후견은 큰 흐름에서 볼 때는 일원론에 가까운 입법이라는 평가도 가능하다.

이러한 입법태도에 대하여 구 검사는 의복에 비유하여 설명하였다. 한정후견이라는 맞춤형

을 중심으로 하되, 필요에 따라 덧입을 수 있는 성년후견과 모자나 장갑에 해당하는 특정 후견까지 마련해 두었다는 것이다.

5) 앞으로 남겨진 두 가지 과제

개정 민법은 여러 외국 법제들의 장점을 고르게 참고하면서도 우리 현실에 맞는 고유한 법제를 만들려고 했다는 점에서 높이 평가할 수 있다. 하지만 심도 있는 연구와 입법상 보완이 필요한 과제들도 많이 있다. 이를 두 가지 정도로 요약해서 제시하면 다음과 같다.

먼저 후견계약의 규정들을 보다 촘촘히 구성할 필요가 있다. 개정 민법상 후견계약 관련 조문은 준용 규정을 제외하면 7개에 불과하다. 앞서 말했듯이 후견계약이 성년후견제도의 미래지향적 모델로서 가지는 위상이 크다는 점과 외국의 입법례 등을 고려할 때 후견계약의 절차·한계 등에 대한 보다 구체적인 규정들이 필요한 것으로 보인다. 일례로 프랑스 민법에서는 장래보호 위임계약에 대하여 19개의 조문을 두고 있고, 일본의 임의후견법은 13개 조문으로 구성되어 있다. 하지만 기본법인 민법을 다시 개정하려면 시간이 많이 걸릴 것이므로 일단 공증인법을 개정할 때 필요한 사항을 반영하는 것이 현실적인 대안일 것이다.

또한 진정한 ‘수요자 중심’의 입법이 되기 위해서 법률가가 아닌 국민들도 알아보기 쉽도록 규정 형식을 개편해야 한다. 개정된 민법은 가급적 기존 민법의 틀을 유지하고자 했기 때문에 성년후견제도에 관한 규정들이 총칙부터 친족편까지 여기저기 흩어져 있게 되었다. 무엇보다 ‘준용’ 규정이 너무 많고, 심지어 준용 규정을 다시 재준용하는 경우까지 있어 과연 얼마나 많은 국민들이 이런 법조문을 정확하게 이해하고 제도를 이용할 수 있을지 걱정된다. 이러한 현실적인 어려움을 조금이라도 덜어보고자 이 책을 썼지만, 장기적으로는 민법 여기저기에 흩어져 있는 성년후견제도에 관한 조문들을 모두 골라내서 “성년후견”이라는 독립적인 표제 아래 체계적으로 상세하게 규정하는 방안도 고려해 볼 수 있을 것이다. 지금까지 설명한 개정 전 민법상의 금치산·한정치산제도와 개정 민법상의 새로운 성년후견제도를 표로 요약 정리하면 다음과 같다.

〈표 4-1〉 신구(新舊) 제도 비교표

	금치산·한정치산 제도	새로운 성년후견제도
용어	금치산·한정치산 등 부정적 용어 사용	부정적 용어 폐지
보호대상	중증 정신질환자에 국한	치매노인 등 고령자까지 확대
보호범위	재산행위	의료, 요양 등 복리영역까지 확대
행위능력	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 금치산자: 독자적인 법률행위 불가 ▪ 한정치산자: 모든 법률행위에 후견인의 동의 필요(수익적 법률행위 제외) 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 피성년후견인: 일용품 구입 등 일상 행위 가능 ▪ 피한정후견인: 가정법원이 정한 행위에만 후견인 동의 필요
후견인 선임	일률적으로 순위 규정(배우자 → 직계혈족 → 3촌 이내의 친족)	가정법원이 전문성, 공정성 등을 고려하여 선임
본인의사 존중	관련 규정 결여	본인 의사 존중 원칙 명시
감독기관	친족회(실질적인 활동 없었음)	가정법원이 선임한 후견감독인
후견인 자격	자연인 한 사람만 가능 (전문 후견인 양성 불가)	복수 또는 법인 후견인 가능 (전문 후견인 양성 가능)
후견계약	불가능(법원이 후견인과 후견 내용 결정)	가능(본인이 후견인과 후견 내용 결정)

출처: 구상엽 박사 논문, 2012.