

일본의 성년후견제도

연구자 : 이 기 옥 (전문연구원)

2010. 3. .

한 국 세 무 사 회 부 설
한 국 조 세 연 구 소

일본의 성년후견제도

목 차

I. 총 설	7. 취소의 효과와 제한
1. 성년후견제도	8. 심판절차
2. 구제도의 문제점	III. 임의후견제도
3. 법의 개정	1. 임의후견제도의 구조
4. 새로운 성년후견제도의 개요	2. 임의후견계약의 체결
II. 법정후견제도	3. 임의후견감독인의 선임
1. 후 견	4. 임의후견인의 직무
2. 보 좌	5. 임의후견인에 대한 감독
3. 보 조	6. 임의후견의 종료
4. 성년후견인등의 선임·해임 등	IV. 후견등기제도
5. 성년후견감독인제도	1. 개 요
6. 성년후견인등에 대한 감독	2. 등기신청
	3. 등기사항증명서

I. 총 설

1. 성년후견제도

2000년 4월부터 새로운 成年後見制度가 실시되었다. 성년후견제도는 넓은 의미에서는 판단능력이 충분하지 않은 사람에게 그 생활을 영위할 수 있게끔 법률이나 복지의 면에서 지원하는 제도인데, 앞서 이루어진 민법¹⁾ 중심의 개정에서는 주로 ‘거래’의 장면에서 지원을 행하는

제도(좁은 의미의 ‘성년후견제도’)이다.

예컨대, 매매가 무엇인지를 충분히 이해할 수 없는 사람이 혼자서 계약을 하게 되면, 불이익한 거래를 행할 수도 있다. 판단능력이 충분하지 않은 사람도 그러한 불이익을 받는 일 없이 지역사회에서 보통의 생활을 할 수 있도록 지원하고자 하는 것이 성년후견제도이다.

2. 구제도의 문제점

개정 전에는 禁治産·準禁治産宣告制度가 있었다. 그러나 이 제도들은 용어에서 ‘치산’을 ‘금한다’는 것이 뭔가 형벌이나 제재와 같은 느낌을 주고, 금치산이나 준금치산 선고를 받으면 호적에 기재된다는 점 등에서, 가능한 한 그 이용을 회피해 온 것이 사실이다.

이론이나 이념의 측면에서도, 우선 사람의 판단능력 정도와 원조 필요성의 범위는 가각책임에도, 이를 크게 두 가지 제도(금치산과 준금치산)로 압축하려고 한 데 문제가 있다. 또한, 경미한 정도의 장애를 가지고 있는 사람에 대한 어떠한 제도도 존재하지 않아서 악덕 상술 등의 피해를 입는 일이 적지 않았다. 제도가 경직되어 있었고, 지원 수단으로서의 세밀함에도 흠결이 있었던 것이다. 게다가 제도의 근본에 본인의 재산을 ‘보호’한다는 생각이 강해서 본인의 자기결정권의 존중, 노멀라이제이션(normalization; 고령자와 장애자도 지역에서 일반인과 동일하게 생활하는 것이 당연하다는 생각)의 이념에 미치지 못하는 바가 있었다.

3. 법의 개정

구법상 금치산·준금치산제도는 프랑스의 ‘나폴레옹법전’에서 유래한다. 프랑스를 비롯하여 구미제국에서는 최근 30-40년 사이에 노멀라이제이션 이념 하에서 보다 유연하고, 보다 본인의 의사를 존중할 수 있도록

1) 본문에서 인용하는 법령은 일본의 법령이다.

록 성년후견제도의 개정이 이루어지고 있다.

일본에서도 사회의 급속한 고령화를 배경으로 성년후견제도의 개정 필요성이 주장되었다. 특히, ‘介護保険制度’를 비롯한 복지제도의 ‘조치에서 계약으로’의 흐름은 성년후견제도의 조급한 정비를 압박하였다. 이러한 사회의 움직임을 배경으로 구미의 조류와 마찬가지로 자기결정권의 존중, 노멀라이제이션의 이념에 근거하여 법의 개정이 이루어진 것이다.

4. 새로운 성년후견제도의 개요

새로운 제도는 크게 세 개의 기둥으로 구성되어 있다. 첫째는 ‘法定後見制度’이다. 종래의 금치산·준금치산선고에 상당하는 ‘후견’, ‘保佐’ 외에 경도(經度)의 정신상 장애를 가진 사람을 위하여 ‘補助’를 신설하여 세 가지 유형으로 나누었다. 둘째는 ‘任意後見制度’이다. ‘법정후견제도’가 사후적인 조치임에 대하여, 자기의 의사에 근거한 사전적인 조치로서 새로 법제화된 것이다. 셋째는 호적에의 기재를 대체하는 ‘후견등기제도’의 창설이다.

1) 법정후견제도

(1) 후견

‘후견’은 종래의 금치산선고에 상당하는 제도로써, 판단능력이 전혀 없거나 거의 없는 사람을 대상으로 한다. ‘後見開始審判’이 이루어지면 성년후견인이 선임된다. 본인(성년피후견인)이 행한 행위는 취소할 수 있으며, 성년후견인이 전면적인 재산관리권, 대리권을 갖는다. 다만, 구법에서는 피후견인이 행한 일체의 행위를 취소할 수 있음에 대하여, 신법에서는 식료품과 의료품의 구입 등 ‘일상생활에 관한 행위’에 관해서는 취소할 수 없는 것으로 한다.

(2) 보좌

‘보좌’는 종래의 준금치산선고에 상당하는 제도로써, 판단능력이 현저히 불충분한 사람을 대상으로 한다. ‘보좌개시심판’이 있으면 보좌인이 선임되며, 본인(피보좌인)이 부동산의 매매 등 민법 제13조 제1항에 열거된 중요한 행위를 하기 위해서는 보좌인의 동의가 필요(이를 보좌인 측에서 보아 ‘동의권’이라 한다)하다. 동의를 얻지 않은 경우는 이를 취소할 수 있다. 종래, 취소권을 가지고 있던 것은 본인뿐이었으나, 신법에서는 보좌인에게도 취소권이 인정된다. 또한, 종래 보좌인에게는 대리권이 없었으나, 신법에서는 ‘특정법륜행위’에 관하여 보좌인에게 대리권을 부여할 수도 있도록 하고 있다.

또한, 준금치산선고의 대상자였던 ‘낭비자’는 ‘보좌’의 대상이 아니다. 다만 ‘낭비’가 정신상 장애에 의한 것인 경우에는 판단능력의 정도에 따라서 ‘보좌’ 또는 ‘보조’를 이용할 수 있다.

(3) 보조

‘보조’는 이번에 신설된 유형으로서, 준금치산선고의 대상이었던 ‘심신미약’에 이르지 않은 정도의 정신상 장애를 가진 사람을 대상으로 한다. ‘보조개시심판’이 있으면 보조인이 선임된다. 그러나 ‘보조’에서는 ‘후견’, ‘보좌’와 같이 개시심판에 의하여 당연히 일정한 효과를 발생하지 않고, 별도로 ‘동의권부여의 심판’ 또는 ‘대리권부여의 심판’(또는 그 쌍방)이 없으면 구체적인 효과는 결정되지 않는다. 동의권이든 대리권이든 본인이 필요로 하는 범위에서 ‘특정법륜행위’에 관하여 부여되지만, 동의권의 부여는 ‘보좌’에서 동의가 필요한 행위의 일부에 한정된다.

‘보조’에서는 동의권(및 이를 전제로 하는 취소권)만, 대리권만, 그리고 그 쌍방이라는 세 가지 유형이 있는 셈이다. 그리고 ‘보조’를 이용

할지, 세 가지 가운데 어느 유형을 선택할지, 동의권, 대리권의 범위를 어떻게 할지, 모두가 본인의 의사에 달려있다.

(4) 성년후견인 등

성년후견인, 보좌인, 보조인(이하, 이들 3자를 ‘성년후견인등’이라 한다)으로는 본인의 심신상태, 생활상황, 재산내용, 본인과의 관계 등 일체의 사정을 고려하여 적임자를 선임한다. 종래, 후견인은 1인에 한정되고, 법인은 후견인이 될 수 없었는데, 신법에서는 성년후견인등을 2인 이상 선임하는 것도, 그리고 법인을 선임하는 것도 가능하게 되었다.

성년후견인등은 그 직무를 행함에 있어서 본인의 의사를 존중하고, 본인의 심신상태, 생활상황을 배려하여야 할 의무를 부담한다.

2) 임의후견제도

임의후견제도는 정산적인 단계에서 미리 후견의 범위(위임하는 사무의 범위)와 후견인을 정하여 두는 것이다. 이러한 방식은 민법상 ‘위임’을 이용하여도 가능하지만, 본인의 판단능력이 저하된 후에 수임자의 권한남용을 방지할 수단이 필요하다는 의견에서, 수임자에 대한 감독시스템을 부가한 제도를 법제화 한 것이다.

임의후견제도는 우선 본인과 수임자(임의후견인)가 공정증서에 의하여 임의후견계약을 체결한다. 이 계약은 임의후견감독인의 선임을 효력발생조건으로 하는 것으로서, 본인의 판단능력이 저하된 시점에 가정법원(家庭裁判所)에 임의후견감독인의 선임을 청구하고, 그 선임에 의하여 계약의 효력이 발생한다. 이후, 임의후견인이 수임한 사무를 행하고, 임의후견감독인이 임의후견감독인이 임의후견인을 감독한다. 가정법원은 임의후견감독인으로부터 보고를 받고, 임의후견감독인을 지도함으로써 간접적으로 임의후견인의 업무를 감독하며, 최종적으로는

임의후견인을 해임할 권한을 갖는다.

3) 후견등기제도

종래 금치산·준금치산선고가 이루어지면 호적에 기재되었으나, 이 제도는 극히 평판이 좋지 않았다. 그러나 거래의 상대방 입장에서 보면, 본인이 계약 등을 하는 데 어떠한 제한(동의권, 취소권)을 받고 있는지, 또는 성년후견인등이 어떠한 대리권을 가지고 있는지 확인할 필요가 있다.

이런 까닭에 후견제도의 이용에 관한 정보를 ‘등기’에 의하여 관리하고, 증명하는 제도로써 창설된 것이 ‘후견등기제도’이다. 후견등기는 컴퓨터 시스템으로 운영된다. 등기라고는 하지만, 프라이버시를 배려하여 열람은 할 수 없고, 본인, 성년후견인 등 일정한 범위의 자가 청구하면 등기내용을 증명하는 서면(‘등기사항증명서’)이 교부된다.

II. 법정후견제도

1. 후 견

1) 의의

‘후견’은 정신상의 장애로 인하여 판단능력을 모두 결여하고 있든가, 거의 없는 상태에 있는 사람을 위한 제도이다. 이러한 사람은 자신의 행동의 의미나 결과를 이해할 수 없기 때문에, 단독으로 계약 등을 하면 불이익을 입을 우려가 있다. 그래서 ‘후견개시심판’을 받은 사람(성년피후견인)이 계약 등을 한 경우에는 이를 취소할 수 있는 것(취소권)으로 하고, 성년후견인이 대신하여 계약 등을 할 권한(대리권)을 인정하여 불이익을 받지 않도록 하고자 하는 것이다.

2) 후견의 요건

후견은 본인이 ‘사리를 변식할 능력을 결한 상황(常況)에 있는’ 때에 개시된다. ‘사리를 변식할 능력을 결한’이란 일상에서 물건을 사는 것조차 할 수 없는 정도로 판단능력이 저하되어 있는 상태를 말한다.

‘상황에 있는’이란 때대로 정상적인 판단력을 회복하는 일이 있기는 해도 대체적으로 판단력을 결하고 있는 경우를 포함한다는 취지이다.

후견은 자동적으로 개시하는 것이 아니라, 본인, 배우자, 4촌이내의 친족 등의 신청에 의하여 가정법원이 후견개시심판을 함으로써 개시한다(민법 제7조). 후견을 개시하는 때에는 성년후견인이 선임된다(민법 제8조, 제843조 제1항).

3) 후견의 개시

(1) 취소권

본인(성년피후견인)이 한 행위는 취소할 수 있다(민법 제9조 본문). 다만, 식료품, 의료품의 구입 등, 일상생활에 관한 행위는 취소할 수 없다(동조 단서). ‘취소한다’ 함은 문자 그대로 처음부터 없었던 것으로 하는 것으로서, 예컨대 본인이 토지를 현저히 싼 가격으로 매각하여도 그 계약을 취소하여 대금을 반환받고 토지를 되찾을 수 있다. 취소할 수 있는 자는 본인·성년후견인이다(민법 제120조 제1항). 가족이어도 성년후견인으로 되어 있지 않으면 취소할 수 없다.

(2) 대리권

한편, 성년후견인은 본인의 재산을 관리하고, 계약과 손해배상청구, 遺留分分割協議 등 재산에 관한 일체의 행위에 관하여 본인을 대신하는 권한(대리권)을 갖는다(민법 제859조 제1항). 예컨대, 예금을 관리

하고 생활비를 지출하기 위하여 유희자산을 처분하거나, 개호서비스계약을 체결할 수 있다. 또한, 대리권은 소송절차, 등기신청, 개호보험의 제반 절차 등 공법상 행위에도 미치는데, 혼인과 유언, 또는 의료행위에 대한 동의 등 본인이 아니면 할 수 없는 것(一身專屬的 行爲)에 관해서는 대리할 수 없다.

4) 후견의 종료

후견의 원인이 없어진 때, 즉 후술하는 ‘보좌’ 정도 이상으로 판단능력이 회복한 때는 신청에 의하여 후견개시심판이 취소된다(민법 제10조). 또한, 본인에 대하여 보좌개시심판 또는 보조개시심판이 있는 때는 신청 없이 가정법원의 직권(신청을 기다리지 않고 가정법원의 발의로 하는 것)으로 후견개시심판이 취소된다((민법 제19조 제2항). 게다가 후견개시 전에 임의후견계약이 체결되어 있고, 후견개시심판을 한 후에 임의후견이 시작한(임의후견감독인이 선임된) 때에도 후견개시심판은 취소된다(임의후견법 제4조 제2항).

2. 보좌

1) 의의

보좌는 거래행위를 하기에 충분한 판단능력은 없으나, 그 정도가 ‘후견’에 상당하기까지는 이르지 않은 사람을 위한 제도이다. 본인(피보좌인)이 자기 스스로 계약을 할 것을 전제로 하고 있으나, 일정한 중요한 행위에 대해서는 원조자(보좌인)의 동의를 필요로 하는 것으로 하여, 본인이 불이익을 받는 것을 방지하고자 하는 것이다. 또한, 본인의 편의를 위하여 필요에 따라 보좌인에게 대리권을 부여할 수도 있도록 되어 있다.

2) 보좌의 요건

보좌를 개시하는 데는 본인이 ‘사리를 변식할 능력이 현저히 불충분’한 상태에 있을 것이 필요하다(민법 제11조). 구체적으로는 일상생활에서 물건 구입 등은 혼자서 할 수 있지만, 부동산이나 자동차의 매매 등 중요한 행위에 관해서는 단독으로 할 수 없는 정도의 상태를 말한다.

보좌는 이러한 상태가 되면 당연히 개시하는 것이 아니라, 후견과 같이 ‘보좌개시심판’이 있음으로써 개시한다(민법 제11조). 보좌를 개시하는 때에는 보좌인이 선임된다(민법 제12조, 제876조의2 제1항).

3) 보좌의 개시

(1) 동의권·취소권

본인이 부동산이나 자동차의 매매 등 일정한 ‘중요한 행위’를 하고자 하는 때는 보좌인의 동의가 필요하고(이를 보좌인 측에서 파악하여 ‘동의권’이라 한다), 동의 또는 이에 대체하는 가정법원의 ‘허가’를 얻지 않고서 본인이 한 행위는 본인·보좌인이 취소할 수 있다(민법 제13조 제4항, 제120조 제1항).

보좌인의 동의가 필요한 행위는 다음과 같은데(민법 제13조 제1항), 경제적인 거래행위는 거의 해당한다.

- ① 원금의 영수, 이용(변제금의 수령, 임대부동산의 반환을 받는 일, 금전, 부동산의 대부, 예·저금의 입출금)
- ② 금전의 차입, 보증
- ③ 부동산 기타 중요한 재산(자동차, 주식, 귀금속, 골프회원권, 특허권·저작권 등)
- ④ 소송행위
- ⑤ 증여, 화해, 중재계약

- ⑥ 상속의 승인·포기, 유산분할
- ⑦ 증여·유증의 거절, 부담부증여·유증의 수증
- ⑧ 신축, 개축, 증축, 대수선(그 도급계약 등을 체결하는 일)
- ⑨ 장기임대차계약(산림은 10년, 기타 토지는 5년, 건물은 3년, 동산은 6개월을 초과하는 것)

다만, 형식적으로 상기 각 사항에 해당하여도, 그것이 일상생활에 관한 것인 경우(예컨대 식비나 의료비에 충당하기 위한 예금의 인출), 보좌인의 동의는 필요 없다(민법 제13조 제1항 단서).

또한, 필요가 있는 때는 가정법원은 보좌개시심판의 신청권자, 보좌인, 보좌감독인의 신청에 의하여 상기 ① 내지 ⑨ 이외의 행위에 대해서도 보좌인의 동의가 필요한 것으로 할 수 있다(동의권의 확장, 민법 제13조 제2항). 심판은 보좌개시심판과 동시에 할 수도, 후에 추가적으로 할 수도 있다.

한편, 본인이 불이익을 입을 우려가 없음에도 보좌인이 동의를 하지 않는 경우, 본인은 가정법원에 보좌인의 동의를 대체하는 ‘허가’를 청구할 수 있다(동조 제3항). 본인의 자기결정권을 보장하는 것이다.

(2) 대리권

본인이 자기 스스로 계약을 하는 것이 부담이 되거나 지장이 있는 경우, 가정법원은 보좌인에게 대리권을 부여할 수 있다(대리권부여심판, 민법 제876조의 4 제1항). 대리권의 부여에는 본인의 동의가 필요하며(동조 제2항), 신청 범위 안에서 본인의 필요성을 고려하여 대리권의 범위(특정법률행위)가 특정된다. 성년후견인과 같이 전면적으로 대리권을 갖는 것은 아니다.

대리권은 혼인이나 유언과 같이 본인이 아니면 할 수 없는 것(일신전속적 행위)을 제외하고, 어떠한 법률행위에 대해서도 부여할 수 있다. 예컨대, 은행거래 등 재산관리적인 행위, 개호서비스계약, 의료계약(수술의 동의나 치료방침의 결정은 포함되지 않는다) 등의 생활, 간호, 의

료에 관한 행위 외에, 소송절차나 등기신청, 개호보험의 제반 절차 등 공법상 행위에 대해서도 대리권을 부여할 수 있다.

4) 보좌의 종료

본인의 정신상태가 ‘보조’에 상당하는 이상으로 회복한 경우에는 신청에 의하여 보좌개시심판이 취소된다(민법 제14조 제1항). 또한, 보조개시심판이 있는 경우, 역으로 병증이 진행하여 후견개시심판이 있는 경우, 직권으로 보좌개시심판이 취소된다(민법 제1조 제1항, 제2항). 보좌개시심판이 있는 후에 임의후견이 개시한(임의후견감독인이 선임된) 경우도 가정법원의 권한으로 보좌개시심판이 취소된다(임의후견법 제4조 제2항).

3. 보 조

1) 의의

보조는 경미한 정도(輕度)의 정신상 장애를 가진 사람을 위한 제도이다. 장애가 경도인 사람은 비교적 활동적이며 취업하고 있는 등 사회와 접점을 갖는 경우가 적지 않으나, 이 때문에 오히려 악덕 상술 등의 피해를 입기 쉽다고 지적되어 왔다. 한편, 본인이 계약을 하는 데 원조자의 동의를 필요하게 하든, 원조자가 대리할 수 있게 하든, 본인의 행동에 대하여 타인이 개입한다는 측면을 부정할 수 없기 때문에, ‘자기결정권의 존중’이라는 이념에서 ‘동의·취소’와 ‘대리’라는 수단으로 불이익을 방지하고자 하는 제도를 비교적 판단능력이 높은 사람들로 확장하는 데에 비판적인 의견도 강하게 주장되었다. 그리하여 제도를 이용할지 여부, 원조의 수단(동의·취소인지, 대리인지)과 범위를 어떻게 할지를 본인의 의사에 의하는 것으로 한 것이 보조제도이다.

2) 보조의 개시

보조는 ‘사리변식능력이 불충분한 사람’을 대상으로 한다(민법 제15조 제1항). 구체적으로는 ‘부동산과 자동차의 매매와 같은 중요한 행위를 혼자서 할 수 있을지도 모르지만 걱정스러워 누군가의 원조가 있는 편이 좋다’는 정도의 상황에 있는 사람이다.

보조는 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족 등의 신청에 의하여 가정법원이 보조개시심판을 함으로써 개시한다(민법 제15조 제1항). 본인 이외의 신청에 의한 경우는 본인의 동의가 필요하다(동조 제2항). 보조를 개시하는 때는 보조인이 선임된다(민법 제16조, 제876조의7 제1항).

보조의 경우 보조개시심판이 있는 것만으로는 구체적인 효과(동의권·취소권, 대리권)는 나오지 않고, 반드시 동시에 후술하는 ‘동의권부여심판’ 또는 ‘대리권부여심판’ 중 어느 하나(둘 모두여도 좋다)가 있어야 한다(민법 제15조 제3항). 본인의 상황에 따라서 동의권·취소권만, 대리권만, 또는 모두 선택이 가능하며, 유연한 원조를 기대할 수 있다.

3) 보조의 개시

(1) 동의권·취소권

가정법원은 본인(피보조인)이 ‘특정행위’를 하는 데 보조인의 동의를 얻어야 한다고 정할 수 있다(동의권부여심판, 민법 제17조 제1항). 이 심판은 신청에 의하여 이루어지며, 본인 이외의 신청에 의한 때는 본인의 동의가 필요하다(동조 제2항). 보조인의 동의를 요하는 ‘특정행위’는 ‘보좌’에 관한 민법 제13조 제1항에 규정하는 사항 가운데, 신청의 범위 내에서, 가정법원이 본인의 상황에 따라서 개별적으로 결정한다. 일상생활에 관한 행위는 제외된다(동항 단서).

동의권부여심판이 있으면 본인이 그 행위를 보조인의 동의 또는 이를

대체하는 가정법원의 허가(민법 제17조 제3항)를 얻지 않고서 한 경우에는 본인, 보조인은 이를 취소할 수 있다(동조 제4항, 제120조 제1항). 동의권부여심판을 받지 않은(대리권부여심판만 받은) 경우에는 보조인의 동의가 필요 없고, 따라서 취소권도 없게 된다.

(2) 대리권

가정법원은 보조인에게 특정행위에 관하여 대리권을 부여할 수도 있다(대리권부여심판, 민법 제876조의9 제1항). 이 심판도 신청에 의하여 이루어지며, 본인 이외의 신청에 의한 때는 본인의 동의가 필요하다(동조 제2항, 제876조의4 제2항). 대리권이 부여되는 특정행위는 신청의 범위 내에서 가정법원이 본인의 상황에 따라서 개별적으로 결정한다. 대리권에 대해서는 민법 제13조 제1항의 범위 내라는 제한은 없으며, 보좌의 대리권과 마찬가지로 재산의 관리·처분에 관한 행위 외에, 본인의 생활과 건강에 관한 행위(예컨대 개호서비스계약의 체결이나 의료비의 지급 등)에 관해서도 부여할 수 있다. 게다가, 대리권의 부여가 없어도 본인이(동의권부여심판이 있고, 보조인의 동의를 요하는 경우는 그 동의를 얻어) 스스로 계약 등을 할 수 있는 점은 변함 없다.

(3) 부여의 시기, 범위의 변경

동의권부여심판, 대리권부여심판 모두, 보조개시심판과 동시에 하는 것도, 개시 후에 추가적으로 하는 것도 가능하다. 또한, 동의권·대리권의 범위도 후에 추가할 수 있으며, 필요 없게 되면 일부를 취소하는 것도, 전부(부여심판 자체)를 취소하는 것도 가능하다.

4) 보조의 종료

보조의 특징으로서 동의권부여심판, 대리권부여심판 모두 취소되면

보조개시심판 자체가 취소된다(민법 제18조 제3항). 그 밖에 본인이 회복된 경우에는 신청에 의하여 보조개시심판이 취소된다(동조 제1항). 또한, 역으로 병증이 진행하여 후견개시심판 또는 보좌개시심판이 있을 때(민법 제19조 제1항, 제2항) 또는 임의후견을 개시(임의후견감독인을 선임)하는 때는(임의후견법 제4조 제2항) 가정법원의 직권으로 보조개시심판이 취소된다.

4. 성년후견인등의 선임·해임 등

1) 성년후견인등의 선임

후견·보좌·보조개시심판(이하, 이들을 합하여 ‘후견개시등심판’이라 한다)을 하는 때는 가정법원이 반드시 직권으로 성년후견인·보좌인·보조인을 선임한다(민법 제843조 제1항, 제876조의2 제1항, 제876조의7 제1항). 개정 전의 법률에서는 배우자가 있는 경우에는 배우자가 당연히 후견인·보좌인이 되는 것으로 규정하고 있었으나, 신법에서는 모두 가정법원이 선임하는 것으로 되었다.

성년후견인등이 되기 위한 적극적인 자격요건은 없으나, 미성년자와 파산자, 별도의 사례에서 성년후견인등에서 해임된 일이 있는 사람 등은 성년후견인등이 될 수 없다(민법 제847조, 제876조의2 제2항, 제876조의7 제2항). 법인을 선임하는 것도 가능하지만, 성년후견인등은 본인과의 개인적인 신뢰관계가 중요하므로, 일반적으로는 개인이 선임되는 경우가 많을 것이다. 또한 필요한 경우에는 2인 이상 선임할 수도 있다.

2) 선임 기준

성년후견인등을 선임함에 있어서 가정법원은 ① 본인의 심신상태, 생활·재산상황, ② 성년후견인등이 되는 자의 직업, 경력(법인의 경우는

그 사업의 종류, 내용), ③ 본인과 성년후견인등이 되는 자(법인의 경우는 법인 및 대표자)와의 이해관계 유무, ④ 본인의 의견, ⑤ 기타 일체의 사정 등을 고려하여야 한다(민법 제843조 제4항, 제876조의2 제2항, 제876조의7 제2항). 가장 적임이라고 생각되는 사람을 선임한다는 취지이다.

3) 성년후견인등의 직무·의무

(1) 직무

성년후견인등은 그에게 부여된 동의권·취소권, 대리권의 범위에서 그 직무를 행한다. 즉, 본인이 행한 계약 등이 불이익, 불필요하다고 판단되면 취소하거나 또는 역으로 문제가 없다고 판단되면 추인(완전하게 유효한 것으로 하는 행위, 민법 제122조)할 수도 있다. 또한, 본인 재산의 보관·관리, 개호서비스계약의 체결, 이에 다른 지급의 실행, 예·저금의 입출금, 생활비 지출 등 필요가 있으면 재산을 처분할 수도 있다. 성년후견인등은 이들 권한을 본인을 위하여 적절히 행사하여야 한다. 성년후견인등과 제3자를 위하여 본인의 재산을 처분한다거나 이용하는 것은 허용되지 않는다.

(2) 일반적 주의의무

성년후견인등은 재산관리 전문가에게 요구되는 수준으로써 직무를 행할 의무(선량한 관리자의 주의의무, 민법 제644조)를 부담한다(민법 제869조. 다만, 보좌인(제876조의5 제2항), 보조인(제876조의10 제1항)에 대해서는 대리권의 부여가 있는 경우). 또한, 성년후견인등은 그 직무를 행함에 있어서 본인의 의사를 존중하고(의사존중의무), 본인의 심신상태 및 생활상황을 배려하여야 한다(신상배려의무, 민법 제858조, 제876조의5 제1항, 제876조의10 제1항). 신상배려의무란 한 마디로

말하면 본인의 생활을 꾸려나가도록 지켜보고, 필요한 조치를 취하는 것이다. 성년후견인등은 스스로 개호근로를 할 의무는 없으나, 실제로 본인 신변에서 보살펴 주는 사람이 없으면 그 대리권의 범위 내에서 본인이 생활과 건강을 유지해 가는 데 필요한 개호서비스를 준비하거나 치료를 받을 수 있도록 준비할 의무가 있다.

(3) 개별적 의무

성년후견인은 취임 후 바로 본인 재산의 조사에 착수하고, 1개월 이내에 조사를 종료하여 재산목록을 작성하여야 한다(민법 제853조 제1항). 조사가 곤란한 경우에는 가정법원에 기간의 연장을 요구할 수 있다(동항 단서). 이러한 조사 및 목록작성에는 성년후견감독인이 있는 경우 그 입회가 필요하다(동조 제2항). 보좌인·보조인에게는 이와 같은 규정이 없으나, 가정법원은 언제든지 재산목록의 제출을 요구할 수 있으므로(민법 제876조의5 제2항, 제876조의10 제1항, 제863조 제1항), 보좌인·보조인에게 대리권이 부여되어 관리대상재산이 고액인 때는 재산목록작성이 의무화 되는 경우가 있을 수 있을 것이다.

또한, 성년후견인은 그 임무가 종료한 때는 2개월 이내에(다만, 가정법원은 그 기간을 연장할 수 있다) 관리에 관한 계산을 하여야 한다(민법 제870조). 성년후견감독인이 있는 경우에는 그 입회가 필요하다(민법 제871조). 이 규정들은 보좌인(민법 제876조의5 제3항)·보조인(민법 제876조의10 제2항)에게도 준용된다. 보좌인·보조인은 그 임무의 전부를 종료한 경우뿐만 아니라, 대리권부여심판이 취소된 경우에도 관리에 관한 계산을 하여야 할 것이다.

(4) 권한의 제한

성년후견인등의 권한에 대하여는 다음과 같은 제한이 있다.

① 거주용 부동산의 처분

성년후견인등이 본인을 대리하여 본인이 거주하고 있는(일시 입원하고 있는 경우도 포함한다) 토지·건물을 매각한다거나, 저당권을 설정한다거나, 타인에게 임대한다거나, 또는 임차하고 있는 경우에 계약을 해제하는 데는 가정법원의 허가가 필요하다(민법 제859조의3, 제876조의5 제2항, 제876조의10 제1항). 처분에는 필요성·상당성이 인정되어야 한다.

② 본인의 행위를 목적으로 하는 채무

본인의 행위(예컨대, 근로 또는 그림을 그리는 일 등)를 목적으로 하는 채무를 발생시키는 데는 본인의 동의가 필요하다(민법 제859조 제2항, 제876조의5 제2항, 제876조의10 제1항, 제824조 단서). 본인에게 동의를 할 만큼의 이해력도 없는 경우에는 성년후견인등은 애당초 그러한 계약을 할 수 없다. 다만, ‘후견’의 경우에는 본인에게 동의를 부여할 능력이 없는 것이 통상적일 것이며, ‘보좌’·‘보조’의 경우에는 이러한 계약에 관하여 대리권이 부여되는 일이 드물 것이다.

③ 이익상반행위

본인과 성년후견인등의 이익이 상반하는 경우, 성년후견인등은 본인을 대리할 수 없고, 보좌인·보조인은 동의를 할 수 없다. 이 경우, 성년후견감독인 등이 있는 때에는 성년후견감독인 등이, 없는 때에는 특별대리인·임시보좌인·임시보조인이 그 대리를 하거나 또는 동의를 한다(민법 제860조, 제826조, 제826조의2 제3항, 제876조의7 제3항).

4) 성년후견인등의 보수·비용

성년후견인등은 적절한 액수의 보수를 받을 수 있다(민법 제862조, 제876조의5 제2항, 제876조의10 제1항). 보수를 받기 위해서는 가정

법원에 보수부여심판신청을 할 필요가 있다.

후견사무를 행하는 데 필요한 비용은 본인의 부담이다(민법 제861조 제2항, 제876조의5 제2항, 제876조의10 제1항). 성년후견인등은 관리하는 본인의 재산에서 지출할 수 있으며, 성년후견인등이 체당한 경우에는 본인에게 청구할(관리하는 재산에서 직접 지급을 받을) 수 있다.

5. 성년후견감독인제도

1) 성년후견감독인

성년후견인은 폭넓은 권한을 가지고 있으므로 그 권한의 남용에 대해서는 충분한 배려가 필요하다. 성년후견인에 대해서는 가정법원이 지도·감독을 행하는데, 필요하다고 인정하는 때는 보완적인 감독기관으로서 후견감독인을 선임할 수 있다(민법 제849조의2). 선임되는 사례로서는 본인의 재산이 거액으로 보다 세밀한 감독이 필요한 경우나, 친족 간의 대립이 격하여 성년후견인의 직무수행 적부가 다투어질 우려가 있는 경우 등을 생각할 수 있다.

성년후견감독인은 다음의 직무를 행한다(민법 제851조).

- ① 성년후견인의 사무를 감독하는 것
- ② 성년후견인이 결여된 경우(사망한 때, 파산자가 된 때 등)에 지체 없이 후임자 선임을 가정법원에 청구하는 것
- ③ 급박한 사정이 있는 경우에 필요한 처분을 하는 것(성년후견인이 갑자기 질병에 걸리거나 해외에 있는 때 등에 본인에게 필요한 계약을 하는 것 등)
- ④ 성년후견인 또는 그 대표하는 자와 본인의 이익이 상반하는 경우에 본인을 대리하는 것

성년후견감독인은 가정법원의 결정(심판)에 의하여 보수를 받을 수 있다(민법 제852조, 제862조).

또한, 성년후견감독인이 있는 경우, 성년후견인은 본인을 대리하여

‘원금의 영수’ 이외의 민법 제13조 제1항에 정하는 행위(보좌의 경우 보좌인의 동의를 요하는 행위)를 하는 데 성년후견감독인의 동의를 얻어야 한다(민법 제864조). 동의를 얻지 않고서 행한 경우는 본인·성년후견인은 이를 취소할 수 있다(민법 제865조). 성년후견감독인에게는 취소권이 없다.

2) 보좌감독인·보조감독인

보좌인·보조인도 대리권을 갖는 경우가 있고, 본인의 생활·건강에 대한 배려의무도 규정되어 있는 점에서, 그 권한이 남용되면 본인에게 커다란 손해와 위험을 초래할 우려가 있다. 그리하여 신법에서는 보좌·보조에도 감독인제도를 두고 있다(보좌감독인 : 민법 제876조의3 제1항, 보조감독인 : 민법 제876조의8 제1항). 그 직무내용은 후견감독인과 같다(민법 제876조의3 제2항, 제876조의8 제2항). 단, 이익상반행위에 대해서는 본인을 대리하는 외에(대리권의 부여가 있는 경우), 본인에게 동의를 부여하는(보조에 대해서는 동의권부여가 있는 경우) 것도 포함된다.

또한, 보좌·보조에 대해서는 민법 제864조의 준용은 없고, 보좌인·보조인이 본인을 대리하여 민법 제13조 제1항에 규정하는 행위를 하는 데에도 보좌감독인·보조감독인의 동의를 얻을 필요성은 없다. 보좌인·보조인의 대리권은 일부에 한정되고, 가정법원이 개별적으로 판단하여 대리권을 부여하고 있으므로, 재차 감독인의 동의를 얻을 것까지는 필요하지 않다고 판단되었기 때문이다.

6. 성년후견인등에 대한 감독

가정법원은 성년후견인에 대하여 일반적인 지도·감독권한을 가지고 있다.

민법은 구체적인 규정으로서 제863조를 두고, 보좌에는 제876조의5

제2항에서, 보조에는 제876조의10 제1항에서 이를 준용하고 있다. 즉, 가정법원은 ① 언제든지 성년후견인등에 대하여 후견 등의 사무에 관한 보고, 재산목록의 제출을 요구하고, ② 후견 등의 사무, 재산 상황을 조사할 수 있으며, 또한 ③ 재산의 관리 기타 후견 등의 사무에 관하여 필요한 처분을 명할 수 있다. 예컨대, 후견 등의 개시에 있어서 성년후견인등에게 정기적으로 사무의 보고를 하도록 정한다거나, 재산의 관리방법을 지정할 수 있다. 또한, 친족 등이 고충 등을 제기한 경우에는 성년후견인등으로부터 사정을 듣거나, 가정법원조사관이나 공인회계사 등에게 조사하게 할 수 있다(가사심판규칙 제88조 제1항, 제3항, 제93조의2 제1항, 제3항).

성년후견인등에게 부정한 행위, 현저히 그릇된 행위 기타 후견 등의 임무에 적당하지 않은 사유가 있는 때는 가정법원은 성년후견감독인 등, 본인, 그 친족, 검사(檢察官)의 청구에 의하여 또는 직권으로 성년후견인등을 해임할 수 있다(민법 제846조, 제876조의2 제2항, 제876조의7 제2항).

7. 취소의 효과와 제한

1) 취소의 효과

본인(성년후견인등)이 행한 매매 등의 행위를 취소한 경우, 그 행위는 처음부터 없었던 것으로 취급된다. 예컨대, 본인이 부동산을 매각한 경우, 대금의 지급, 소유권이전등기·인도가 아직 실행되지 않았다면 취소를 하면 아무런 계약상의 의무를 발생시키지 않는다. 대금의 지급, 소유권이전등기·인도가 실행되었으면, 본인은 수령한 대금을 반환하고 소유권이전등기의 말소와 부동산의 반환을 청구할 수 있다. 또한, 예금의 환급이 취소되면, 은행은 잔고를 원래대로 돌리고, 본인은 환급한 금전을 은행에 반환하여야 한다.

이와 같이, 계약 등을 취소한 경우, 수령한 금전과 물건을 상대방에게

전부 반환하는 것이 원칙이지만, 본인은 ‘현재 이익을 받고 있는 한도’에서 반환하면 충분하다(민법 제121조 단서 : 이 범위를 ‘현존이익’이라 한다). ‘현재 이익을 받고 있는 한도’라 함은 간단히 말하면 실제로 수중에 그 이익 내지 가치가 남아 있는 한도라는 의미이다.

2) 취소권의 제한

본인이 ‘능력자’인 것을 상대방이 믿게 하기 위하여 사술을 사용한 경우는 취소할 수 없다(민법 제21조). 이러한 경우에는 본인을 보호할 필요성이 없기 때문이다.

능력자란 혼자서 완전히 유효한 행위를 할 수 있는 사람, 즉 성년피후견인·피보좌인·동의권부여 있는 피보조인이 아닌 사람을 말한다(반대로 성년피후견인·피보좌인·동의권부여 있는 피보조인을 ‘제한능력자’라 한다). 또한, 피보좌인·피보조인의 경우, 보좌인·보조인의 동의가 있다고 가장하는 경우도 포함된다.

사술이란 한 마디로 말하면 속이는 것이다. 적극적으로 능력자라고 발언하는 경우뿐만 아니라, 단순히 침묵하고 있었던 것이어도 본인의 다른 언동과 함께 상대방에게 능력자라고 오신시킨 경우까지 해당한다.

다만, 사술이라 하기 위해서는 본인에게 ‘속이려는’ 의도가 필요하다.

8. 심판절차

1) 신청권자

후견개시 등의 심판을 신청할 수 있는 자는 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 다른 유형의 원조자(후견개시심판이라면 보좌인·보조인)·감독인, 미성년후견인·감독인 및 검사이다(민법 제7조, 제11조, 제15조 제1항). 또한, 임의후견제도에서의 임의후견수임자, 임의후견인, 임의후견감독

인에게도 신청권이 있다(임의후견법 제10조 제2항). 게다가 본인을 위하여 특히 필요한 경우에는 市町村長에게도 신청권이 인정된다(노인복지법 제32조, 지적장애자복지법 제27조의3, 정신보건복지법 제51조의11의2).

2) 심판절차

후견개시 등의 심판은 가정법원에서 가사심판절차에 따라서 이루어진다. 심판의 신청은 일반적으로 신청서를 제출함으로써 행한다.

신청이 있으면, 후견·보좌의 경우에는 우선 감정이 이루어진다. 보조의 경우 감정은 없다. 그리고 가정법원 조사관이 본인과 면회하여 본인의 상황과 본인의 의향을 확인한다. 또한, 신청인의 친족 기타 관계자로부터 사정을 청취한다. 이러한 면접·청취(조사)는 보통 가정법원에서 이루어지지만, 건강상의 이유 등으로 본인이 법원까지 갈 수 없는 경우에는 조사관이 출장을 한다. 그리고 필요한 경우에는 가사심판관(판사)이 직접 본인·신청인 등으로부터 청취(심문)를 행한다. 이와 같은 조사·심문의 결과, 감정결과 및 진단서의 내용 등을 가사심판관이 종합적으로 판단하여 결론을 낸다.

심판이 이루어지기까지의 기간은 후견·보좌의 경우 평균 3-4개월 걸리는데, 감정이 신속하게 이루어지면 이보다 단축된다. 보조의 경우는 감정절차가 없으므로 그만큼 단축된다.

3) 불복신청

가정법원이 내린 결론에 불복이 있으면, 고등법원(高等裁判所)에 불복신청(즉시항고)이 가능하다(항고장은 심판을 한 가정법원에 제출한다). 후견 등의 개시를 인정한 (인용)심판에 대해서는 상술한 신청권자(다만, 市町村長을 제외한다)가, 신청을 각하하는 심판에 대해서는 신청인이 각각 즉시항고를 할 수 있다. 즉시항고가 가능한 기간은 2주간이다.

성년후견인등의 인선에 관해서는 불복을 신청할 수 없다.

4) 심판 전의 보전처분

후견개시심판 등의 심리가 진행되는 동안, 또는 즉시항고의 심리가 진행되는 동안에 재산이 산일(散逸)되거나, 본인이 불이익한 계약을 하여 손해를 입을 우려가 있는 경우에는 ‘심판 전의 보전처분’을 청구할 수 있다.

즉, 후견개시 등의 심판에 관한 신청이 있는 경우, 본인의 재산 관리 또는 본인의 감호를 위하여 필요한 때는 가정법원은 신청인의 신청 또는 직권(가정법원의 발의)으로 재산관리인을 선임하거나 또는 본인의 재산 관리·본인의 감호에 관한 사항을 지시하는 보전처분을 발령할 수 있다(가사심판규칙 제23조 제1항, 제30조 제1항, 제30조의8 제1항). 그리고 본인의 재산보전을 위하여 특히 필요하다고 인정되는 때에는 가정법원은 재산관리인의 후견, 보좌, 보조(동의권부여신청을 하고 있는 경우에 한한다)를 받을 것을 명하는 보전처분을 할 수 있다(가사심판규칙 제23조 제2항, 제30조 제2항, 제30조의8 제2항). 보전처분(후견명령, 보좌명령, 보조명령)이 있으면, 후견개시 등의 신청에 대한 결론이 나오기까지 임시로 후견, 보좌, 보조에 규정하는 동의권·취소권(보조명령은 동의권부여신청을 하고 있는 범위에 관해서)이 인정된다.

Ⅲ. 임의후견제도

1. 임의후견제도의 구조

1) 임의후견제도의 의의

임의후견제도라 함은 넓은 의미로는 건강한 상태에서 장래 판단능력이 저하될 경우를 대비하여 미리 후견인역과 원조의 범위(사무의 범위,

대리권의 범위)를 정하여 두는 것이다. ‘자기의 노후는 자신이 정한다’는 적극적인 생활양식을 실현하는 것으로, 자기결정권을 더욱 존중할 수 있는 제도이다. 이러한 목적은 민법의 ‘위임’ 규정을 이용하여 이룰 수도 있지만, 본인의 판단능력이 저하한 후에는 본인이 대리인을 제어할 수 없으므로, 대리권 남용의 위험이 있다는 지적이 있었다. 그리하여 ‘위임’에 수임자(대리인)에 대한 감독 구조를 부가한 임의후견계약 제도(넓은 의미의 임의후견제도)를 창설한 것이다.

2) 임의후견제도의 개요

우선, 본인과 임의후견인(정확하게는 임의후견감독인의 선임 전에는 임의후견수임자, 선임 후에는 임의후견인이라 하지만, 이하 특히 구별할 필요가 있는 경우 이외에는 양자를 구별하지 않고서 단지 ‘임의후견인’이라 한다)이 공정증서에 의하여 임의후견계약을 체결한다(임의후견법 제3조). 위임하는 사무는 본인의 판단능력이 저하한 후에 있어서의 본인의 생활, 요양 간호, 재산의 관리에 관한 사무로서, 이를 위한 대리권을 수여한다. 이 계약은 임의후견감독인의 선임을 효력발생의 조건으로 한다(임의후견법 제2조 제1호).

그 후, 본인의 판단능력이 저하한 시점에, 본인·임의후견인 등의 신청에 의하여 가정법원이 임의후견감독인을 선임하고(임의후견법 제4조), 그 때부터 임의후견계약이 효력을 가지며, 임의후견인의 대리권이 효력을 발생한다. 이후, 임의후견인이 수임한 사무를 행하고, 임의후견감독인이 이를 감독한다(임의후견법 제7조 제1항 제1호, 제2항). 가정법원은 임의후견감독인으로부터 보고를 받고 지도함으로써(동조 제1항 제2호, 제3항) 간접적으로 임의후견인의 업무태도를 확인한다. 가정법원이 임의후견인에 대해 직접 지도를 하는 경우는 없다.

이와 같은 간접적인 방법으로 임의후견인의 업무태도가 개선되지 않는 경우, 가정법원은 최종적으로 임의후견인을 해임할 수 있다(임의후견법 제8조). 그리고 임의후견인을 해임한 경우에는 임의후견계약은

당연히 종료하며, 가정법원이 후임자를 선정하는 경우는 없다. 임의후견제도는 어디까지나 본인이 후견인을 선택하는 것이기 때문이다.

임의후견계약을 해제하기 위해서는 임의후견감독인 선임 전에는 공증인의 인증 있는 서면에 의하여, 선임 후에는 정당한 사유가 있는 경우에 한하여 가정법원의 허가를 얻어서 하여야 한다(임의후견법 제9조). 그 밖에 본인·임의후견인의 사망·파산 등 일반적인 위임종료사유(민법 제653조)가 발생한 때도 임의후견계약은 종료한다.

2. 임의후견계약의 체결

1) 방식 : 공정증서

임의후견계약은 공정증서로 체결한다(임의후견법 제3조). 공정증서로 하지 않고서 당사자 간에서만 작성한 계약서는 임의후견계약서라는 문언을 사용하고 있어도 임의후견계약으로는 인정되지 않으며, 임의후견감독인이 선임되는 경우는 없다.

일반적으로 공정증서의 작성을 공증인에게 의뢰하는 것을 제3자에게 위임할 수 있으나, 임의후견계약은 원칙적으로 본인이 직접 공증인을 만나서 의뢰하여야 한다. 건강상의 이유로 본인이 공증인사무소로 가지 못하는 때는 출장에 의할 수도 있다.

2) 결정사항

우선, 임의후견계약이 되기 위한 조건, 즉 ‘임의후견감독인의 선임을 효력발생의 조건으로 하는 것’을 합의하여 둘 필요가 있다(임의후견법 제2조 제1호). 이 이외에 효력발생의 조건, 예컨대 ‘본인이 80세에 달한 때에 효력이 생긴다’는 특약은 붙일 수 없다(붙이면 임의후견계약 자체가 무효가 된다).

다음으로 가장 중요한 ‘위임사항’, 즉 임의후견인에게 어떠한 일을 의

회할지를 확실히 정하여 둔다. 임의후견계약에서는 본인의 판단능력이 감퇴한 시점에서의 본인의 생활, 요양간호, 재산의 관리에 관한 사무를 위임하는 것으로서 이에 해당하는 사무라면 어떠한 사무라도 위임할 수 있다. 여기에서 사무라 함은 재산을 관리한다거나 필요한 준비를 한다거나 하는 것을 의미하며, 임의후견인 스스로 개호근로를 할 것을 포함하지 않는다.

그리고 임의후견계약에는 보통 예상되는 사무의 범위가 ‘대리권목록’으로 정리되어 있으므로, 이 가운데 각자가 자신에게 필요하다고 생각 하는 것을 선택하면 될 것이다. 너무 많이 선택하면 임의후견인의 권한남용 위험성이 높아지는데, 임의후견계약은 도중에 위임사항의 범위를 변경할 수 없으므로(변경하고자 하는 때는 별도로 새로운 임의후견 계약을 체결해야 하나, 그 시점에 본인이 판단능력을 결여한 상태라면 새로운 계약을 체결할 수 없다), 어느 정도 폭을 유지할 필요가 있다.

이처럼 위임한 사무에 대하여 임의후견인에게 대리권을 수여하게 되는 것이다.

또한, 임의후견인의 보수에 관해서도 명확하게 합의를 해 두는 것이 좋을 것이다.

3) 특약

‘후견’에서는 후견감독인이 있는 때에는 성년후견인이 부동산의 매매 등 중요한 행위를 하기 위해서는 후견감독인의 동의가 필요하나(민법 제864조), 임의후견의 경우에는 법률상 이러한 규정이 존재하지 않는다. 임의후견에서는 본인이 자기의 판단으로 어느 특정한 사항에 대해서만 임의후견인에게 위임하고 대리권을 부여하므로, 하나하나 임의후견감독인의 동의를 얻을 필요는 없다고 생각되기 때문이다. 그러나 임의후견인의 권한남용을 방지하기 위하여 중요한 사항에 대해서는 ‘임의후견감독인의 동의를 요한다’고 특약을 해 두는 것은 가능하다. 예컨대, 임의후견에서는 본인의 거주용 재산을 처분하는 데 있어서 가정법

원의 허가는 필요하지 않으나(민법 제859조의3 참조), ‘본인의 거주용 재산을 처분하는 것에 관해서는 임의후견감독인의 동의를 요한다.’고 특약을 하는 것을 생각할 수 있다.

3. 임의후견감독인의 선임

1) 선임 사유

임의후견감독인은 본인이 ‘사리변식능력이 불충분한 상태가 된 때’에 가정법원이 선임한다(임의후견법 제4조 제1항 본문). ‘사리변식능력이 불충분’함이란 ‘보조’의 개시요건과 동일하기 때문에, 보조와 같은 정도 이든가 그보다 더욱 판단능력이 저하한 경우에 선임된다.

다만, 다음과 같은 경우에는 임의후견감독인은 선임되지 않는다(동항 단서).

① 본인이 미성년자인 때(제1호) : 친권자 또는 미성년후견인이 있으므로 임의후견을 개시할 필요가 없기 때문이다. 성년에 도달하고 나서 신청하면 임의후견감독인이 선임되는 것은 말할 나위도 없다.

② 이미 후견, 보좌 또는 보조가 개시하고 있고, 이를 계속하는 것이 본인의 이익을 위하여 특히 필요하다고 인정되는 때(제2호) : 임의후견 계약의 등기가 있는 경우에는 법정후견신청이 있어도 원칙적으로 법정후견은 개시하지 않는다. 본인이 스스로 결정한 임의후견을 우선시키는 것이다. 그러나 본인의 이익을 위하여 특히 필요하다고 인정되는 경우에는 예외적으로 법정후견을 개시할 수 있다(임의후견법 제10조 제1항). 그 후, 임의후견감독인의 선임신청이 있는 경우에 가정법원은 한 번 더 법정후견이 ‘본인을 위하여 특히 필요’한지 여부를 판단하는 것이다(‘특히 필요’하지 않다고 인정되는 때는 임의후견감독인을 선임하고, 후견개시 등의 심판을 취소한다. 임의후견법 제4조 제2항.).

‘본인의 이익을 위하여 특히 필요’한 경우로서는 임의후견의 위임사무(대리권)의 범위가 지나치게 좁아 본인에 대한 원조수단으로서 불충분

한 경우, 본인에게 낭비의 경향이 심하여 아무래도 취소권이 필요한 경우 등을 생각할 수 있다.

③ 임의후견수임자가 파산자인 등, 성년후견인으로서의 결격사유에 해당하는 때 기타 임무에 적합하지 않다고 인정되는 때(제3호) : 임의후견수임자가 후견인으로서 부적당한 대는 임의후견감독인을 선임하지 않는 것으로 하여 임의후견을 개시하지 않도록 하고 있다. 이 경우 법정후견을 신청하지 않을 수 없을 것이다.

또한, 임의후견인을 복수로 하고, 권한의 공동행사에 관한 정함을 하고 있는 경우, 1인의 임의후견인에 대하여 상기 사유가 있으면, 다른 임의후견인에게 그 사유가 없어도 임의후견감독인을 선임할 수 없다.

2) 선임 방법

임의후견감독인의 선임은 가사심판절차에 의하여 이루어진다. 선임 신청을 할 수 있는 자는 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족 및 임의후견수임자이다(임의후견법 제4조 제1항). 검사와 시정촌장에게는 신청권이 없다. 임의후견은 어디까지나 사적인 후견이므로 공권력은 개입하지 않는 것이며, 임의후견수임자가 이미 있으므로 본인에게 친척이 없는 경우라도 대응할 수 있다고 생각되기 때문이다.

신청은 보통 서면으로 한다. 신청서는 가정법원에 비치되어 있다.

3) 본인의 동의

임의후견감독인을 선임하기 위해서는 본인 이외의 신청인 경우 본인의 동의가 필요하다(임의후견법 제4조 제3항 본문). 즉, 본인이 납득하지 못하면 임의후견은 개시하지 않는 것으로 되어 있다. 단, 본인의 판단능력 저하가 현저하기 때문에 의사를 표명할 수 없는 경우 동의는 필요 없다(동항 단서).

4) 선임 기준

임의후견감독인의 선임에 있어서는 성년후견인의 선임과 마찬가지로 본인의 심신 상태, 본인의 생활·재산상황, 본인과 이해관계 유무 등 일체의 사정을 고려한다(임의후견법 제7조 제4항, 민법 제843조 제4항). 임의후견감독인으로 법인을 선임할 수도 있다.

5) 임의후견감독인의 원수(員數)

임의후견감독인의 원수에 제한은 없으며, 필요하면 복수의 임의후견감독인을 선임할 수도 있다. 이 경우, 가정법원은 복수의 임의후견감독인의 권한을 공동으로 행사한다는 뜻의 정함 또는 권한의 분담(분장)의 정함을 할 수 있다(임의후견법 제7조 제4항, 민법 제859조의2).

또한, 복수의 임의후견인이 있는 경우라도 1인의 임의후견감독인이 감독하는 것도 무방하다. 그리고 복수의 임의후견인에 대하여 복수의 임의후견감독인을 선임하고, 각 임의후견감독인이 각각 모든 임의후견인을 감독하는 것으로 하는 것도, 특정 임의후견감독인이 특정 임의후견인을 감독하는 것으로 하는 것도 가능하다.

4. 임의후견인의 직무

1) 수임사무의 수행

임의후견감독인이 선임되면 임의후견계약이 효력을 발생하고 대리권이 발효한다. 임의후견인은 임의후견계약으로 수임한 사무를 행한다. 예컨대, 은행거래에 관하여 수임하고 있으면 예금의 출납, 필요자금의 차입 등을 할 수 있다. 또한, 개호보험에 관한 사무를 수임한 경우에는 필요에 따라 要介護認定의 신청, 심사청구(인정에 대한 불복신청), 개호서비스계약의 체결, 비용의 지급, 개호서비스에 대한 고충 신청 등을

행한다.

이러한 수임사무를 행함에 있어 대리권을 증명할 필요가 있는 때는 등기사항증명서를 제시하면 충분할 것이다.

2) 임의후견인의 의무

임의후견인은 재산관리 전문가에게 요구되는 수준의 주의로써 직무를 행할 의무(선량한 관리자의 주의의무 : 민법 제644조)가 있을 뿐 아니라, ‘본인의 의사를 존중하고, 본인의 심신상태 및 생활상황을 배려할 의무’를 부담한다(임의후견법 제6조). 임의후견인은 단지 재산관리뿐만 아니라 본인의 생활, 요양간호에 관한 사무도 수임하는 자인 점에서 특히 이러한 의무가 규정된 것으로, 이 의무는 특약으로 면제하거나 경감할 수 없다.

5. 임의후견인에 대한 감독

1) 임의후견감독인에 의한 감독

임의후견인에 대한 감독은 임의후견감독인이 행한다(임의후견법 제7조 제1항 제1호). 임의후견감독인은 정기적으로 가정법원에 대하여 임의후견인의 업무태도를 보고하여야 하는데(동항 제2호. 가정법원은 보고의 시기 및 사항을 지시한다.), 그 전제로서 임의후견감독인은 적어도 이러한 보고시기에 맞추어 정기적으로 임의후견인의 업무태도와 본인의 재산상황을 조사할 의무가 있다. 이 외에, 임의후견감독인은 언제든지 임의후견인에게 사무의 수행상황을 보고하도록 요구하거나, 사무의 수행상황과 본인의 재산상황을 스스로 조사할 수 있다(임의후견법 제7조 제2항).

2) 가정법원의 역할

가정법원은 임의후견감독인으로부터의 정기보고에 의하여 임의후견인의 업무태도를 확인하는데, 정기보고만으로 충분히 알 수 없으면 언제든지 임의후견감독인에게 보고를 요구하거나 조사를 명할 수 있다(동조 제3항). 그러나 가정법원이 직접 임의후견인으로부터 사정을 청취한다거나 임의후견인에게 명령을 하지는 않는다.

이러한 간접적인 통제로 임의후견인의 업무태도가 개선되지 않는 경우, 가정법원은 임의후견인을 해임할 수 있다(임의후견법 제8조). 해임을 청구할 수 있는 자는 임의후견감독인, 본인, 그 친족 및 검사이다(가정법원의 직권에 의한 해임은 없다.).

6. 임의후견의 종료

1) 임의후견의 종료 원인

임의후견계약은 해제, 임의후견인의 해임 기타 민법상 위임의 종료사유 발생에 의하여 종료한다.

(1) 해제

임의후견계약도 일반적인 위임계약과 마찬가지로 해제할 수 있으나, 특별한 규정이 있다. 우선, 임의후견감독인이 선임되기 전에는 언제든지 해제할 수 있으나, 공증인의 인증 있는 서면에 의하여야 한다(임의후견법 제9조 제1항). 그리고, 임의후견감독인이 선임된 후에는 정당한 사유가 있는 경우에 한하여 인정되며, 가정법원의 허가가 필요하다(동조 제2항). 이미 본인에 대한 원조의 필요성이 발생한 것이므로 정당한 사유가 있는 경우에 한하여 임의후견을 종료시키는 것을 인정하되, 그 판단을 가정법원에 맡긴 것이다. 임의후견인의 채무불이행에 의하여 해제하는 경우에도 이러한 절차를 필요로 한다.

(2) 임의후견인의 해임

임의후견인이 해임(임의후견법 제8조)되면 임의후견계약은 자동적으로 종료한다. 임의후견은 본인이 스스로 후견인을 선택하는 제도이므로, 가정법원이 후임자를 선임하는 구조로는 되어 있지 않고, 임의후견계약은 종료하지 않을 수 없는 것이다.

(3) 민법상 위임의 종료원인

임의후견계약은 위임계약의 일종이기 때문에 민법이 규정하는 위임의 종료원인이 발생하여도 종료한다. 민법(제653조)이 규정하는 것은 본인의 사망·파산, 수임자(임의후견인)의 사망·파산, 후견개시심판이 있는 때이다. 본인의 파산이 종료원인으로 되어 있는 것은 본인의 재산관리권이 모두 파산관재인에게 이전하기 때문이다. 수임자(임의후견인)가 파산하거나, 그 자신이 후견을 받게 되면, 타인의 재산 관리를 맡길 수 없기 때문에 종료원인으로 되어 있다.

2) 제3자와의 관계

임의후견인은 수임한 사무에 관하여 대리권을 가지므로 본인을 위하여 제3자와 계약 등을 할 것이 예정되어 있다. 그러나 상술한 바와 같은 원인으로 임의후견이 종료하여 대리권이 소멸하여도 제3자가 이를 안다고는 할 수 없으므로 대리권의 소멸을 알지 못하고서 계약 등을 한 제3자가 불측의 손해를 입을 우려가 있다. 그리하여 대리권의 소멸(임의후견의 종료)은 등기를 하지 않으면 그 사실을 알지 못하는 제3자에게 대리권의 소멸을 주장할 수 없는 것으로 되어 있다(임의후견법 제11조). 임의후견인이 파산한 경우, 임의후견인이 스스로 이 등기를 할 것은 기대하기 어려우므로, 그 사실을 안 임의후견감독인이나 친족

등은 신속하게 등기를 신청할 필요가 있다.

IV. 후견등기제도

1. 개요

1) 후견등기의 구조

후견등기는 후견에 관한 정보를 등기라는 방법에 의하여 관리하고 증명하는 제도이다.

성년후견제도를 개정하기 전에는 금치산·준금치산선고가 이루어지면 본인의 호적에 ‘○○○○년 ○월 ○일 금치산선고 재판확정 처 후견인으로 취임’ 등으로 기재된다. 그러나 호적에 기재되는 것을 꺼리는 풍조가 강하고, 또 별개의 목적으로 호적등본을 제출하여도 금치산 등의 사실이 알려지게 되어 프라이버시에 관련한 문제가 발생하므로, 호적에의 기재를 중지하고 등기제도로 변경된 것이다.

등기사무는 法務大臣이 지정하는 法務局(현재는 東京法務局 1개만 지정)이 취급하며 컴퓨터 시스템으로 운영된다. 후견개시 등의 심판이 있는 때는 가정법원 書記官의 ‘촉탁’(직무상 행하는 의뢰)에 의하여 법정 후견등기가 이루어진다. 또한, 임의후견계약을 체결한 때는 공증인의 촉탁에 의하여 임의후견계약의 등기가 이루어진다. 등기는, 법정후견은 후견개시 등의 심판마다, 임의후견은 계약마다 편성된다(후견등기법 제 6조). 그 후, 성년후견인 등이 교대하거나, 보좌인·보조인의 대리권 범위를 변경한 경우, 또는 임의후견감독인이 선임된 경우 등에는 가정법원 서기관의 촉탁에 의하여 등기가 이루어진다(후견등기법 제4조, 제5조). 한편, 본인과 후견인의 성명·주소 변경이 있는 경우, 본인의 사망 등에 의하여 후견 등이 종료한 경우는 후견인 등의 신청에 의하여 등기가 이루어진다.

컴퓨터 시스템에서 등기된 기록을 ‘등기파일’이라 부르는데, 법정후견·

임의후건이 종료한 때는 ‘폐쇄등기파일’로 이체된다. 등기파일이 ‘호적’에 상당한다면, 폐쇄등기파일은 ‘제적’에 상당한다.

후건등기의 경우 프라이버시보호의 관점에서 열람제도는 존재하지 않는다.

2) 등기사항

등기되는 주된 사항은 다음과 같다.

(1) 법정후건(후건등기법 제4조)

- ① 후건·보좌·보조의 구별, 개시심판을 한 법원, 그 심판의 표시(사건번호), 확정일
- ② 본인의 성명, 생년월일, 주소, 본적(외국인의 경우는 국적)
- ③ 성년후견인등의 성명, 주소(법인의 경우는 그 명칭·상호, 주된 사무소·본점)
- ④ 성년후견감독인 등의 성명, 주소(법인의 경우는 그 명칭·상호, 주된 사무소·본점)
- ⑤ 보좌인·보조인의 동의권의 범위(단, 보좌의 경우 민법 제13조 제1항의 사항은 법률상 당연히 모든 사례에 적용이 있으므로 등기는 되지 않는다.)
- ⑥ 보좌인·보조인의 대리권의 범위
- ⑦ 가정법원이 수인의 성년후견인등, 성년후견감독인 등에 대하여 권한을 공동으로 행사할 것 또는 그 권한을 분할하는 결정을 한 때는 그 결정
- ⑧ 종료의 원인, 연월일

(2) 임의후건(후건등기법 제5조)

- ① 임의후견계약의 공정증서를 작성한 공증인의 성명, 소속, 증서번호 및 작성연월일
- ② 본인의 성명, 생년월일, 주소, 본적(외국인의 경우는 국적)
- ③ 임의후견인의 성명, 주소(법인의 경우는 그 명칭·상호, 주된 사무소·본점)
- ④ 임의후견인의 대리권의 범위
- ⑤ 계약에서 수인의 임의후견인에 대하여 대리권을 공동으로 행사할 것을 정한 때는 그 정함
- ⑥ 임의후견감독인의 성명, 주소(법인의 경우는 그 명칭·상호, 주된 사무소·본점)
- ⑦ 가정법원이 수인의 임의후견감독인에 대하여 권한을 공동으로 행사할 것 또는 그 권한을 분담시키는 결정을 한 때는 그 결정
- ⑧ 임의후견계약의 종료원인, 연월일

2. 등기신청

상술한 바와 같이 성년후견등기의 경우, 등기는 원칙적으로 가정법원 서기관 또는 공증인의 촉탁에 의하여 이루어지는데, 예외적으로 이하와 같은 가정법원이 인지하는 것이 곤란한 경우에는 본인, 성년후견인 등·임의후견인, 친족 등의 신청에 의하여 등기를 할 필요가 있다(후견 등기법 제7조, 제8조).

- ① 본인의 주소, 성명, 본적(외국인의 경우는 국적도)의 변경이 있는 경우, 그 변경의 등기
- ② 성년후견인등, 성년후견감독인 등, 임의후견인, 임의후견감독인의 성명, 주소(법인의 경우는 그 명칭·상호, 주된 사무소·본점)의 변경이 있는 경우, 그 변경의 등기
- ③ 성년피후견인 등이 사망한 경우, 법정후견 종료의 등기
- ④ 임의후견의 본인의 사망 기타 임의후견계약의 종료원인이 발생한 경우, 임의후견계약 종료의 등기(단, 임의후견인의 해임에 의한 종

료는 가정법원 서기관으로부터 등기의 촉탁이 이루어지므로 당사자 측의 신청은 필요 없다.)

3. 등기사항증명서

1) 의의

등기사항증명서라 함은 등기된 내용을 등기관이 증명한 서면이다(후견등기법 제10조). 등기가 없는 경우, 즉 후견 등의 개시심판이 없는 경우 또는 임의후견계약이 체결되어 있지 않은 경우는 ‘등기되어 있지 않은 사실의 증명서’가 교부된다. 또한, 폐쇄등기파일의 내용에 관해서는 ‘폐쇄등기사항증명서’가 교부된다.

2) 등기사항증명서의 교부를 청구할 수 있는 자

후견등기의 등기사항증명서(폐쇄등기사항증명서를 포함한다.)는 부동산등기나 상업등기와는 달리, 프라이버시보호를 위하여 누구든지 청구할 수 있는 것은 아니다. 청구할 수 있는 자는 다음의 범위에 속하는 자이다.

- ① 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족
- ② 성년후견인등, 성년후견감독인 등, 임의후견인, 임의후견감독인
- ③ 국가·지방자치단체의 직원(직무상 필요한 경우로 한정한다.)
- ④ 본인의 상속인, 포괄수유자(폐쇄등기사항증명서가 된다.)

‘등기되어 있지 않은 사실의 증명서’는 누구든지 자기 자신의 사항에 대하여 청구할 수 있다.

이슈리포트 제5호 일본의 성년후견제도

2010년 3월 26일 발행

저 자 이 기 욱

발행인 조 용 근

발행처 한국세무사회 부설 한국조세연구소

홈페이지 <http://www.kacpta.or.kr>

주 소 (137-870) 서울 서초구 서초3동 1497-16

전 화 (02)521-9544 팩 스 (02)521-9459

<비매품>