

성년후견과 지속적 대리*

- 의사결정능력 장애인의 보호에서 인권존중으로 -

한양대학교 법학전문대학원 교수 諸 哲 雄

■ 논문요약 ■

행위무능력제도 하에서는 의사결정능력에 장애가 있는 성인의 보호를 위해 이들을 금치산 또는 한정치산자로 선고한 후 후견인에게 이들의 재산을 관리하고, 신상을 보호할 책임과 권한을 부과하였다. 후견인은 재산관리 또는 신상보호 책임의 수행을 위한 수단인 하나로 법정대리권을 보유하였다. 성년후견제도 하에서의 후견인은, 성년후견인을 제외하면, 더 이상 피후견인의 재산관리 또는 신상보호 책임이나 권한을 보유하지 않는다. 후견인은 재산관리와 신상보호에 관하여 피후견인 스스로 하여야 하고, 또 할 수 있는 의사결정을 대행하는 권한, 즉 법정대리권만을 보유한다. 성년후견제도 하에서의 후견도 국가권력의 결정에 의해 후견인에게 법정대리권을 부여하는 것을 그 내용으로 하는데, 이는 그 자체가 피후견인의 사적 영역에 대한 국가 개입이다. 즉 후견은 법률행위 및 준법률행위에 관한 자기결정권을 침해한다. 따라서 후견의 개시는 기본권 제한의 법리에 충실하게 따라야 한다. 즉 피후견인 개개인의 후견 필요성의 범위와 기간을 초과하는 후견개시는 기본권의 과도한 침해로 위헌의 요소가 있을 것이다. 한편 누구라도 의사무능력 상태가 초래되기 이전에 장차 의사무능력 또는 의사결정능력 장애가 생길 것을 대비하여 그

* 이 논문은 2016년도 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원(SSK “의사결정능력 장애인의 사회통합: 의사결정지원을 위한 인적, 물적, 제도적 기반의 구축” 연구단 사업)을 받아 수행된 연구임 (NRF-2016S1A3A2924706). 이 논문에 사용된 싱가포르 후견자료는 공공후견청에서 제공해 준 것이다. 이 자리를 빌려 공공후견청장이신 Regina OW 청장님께 감사드린다.

시점에서 자신을 대리하여 재산관리 및 신상보호 관련 의사표시를 계속적으로 반복하여 대행해 줄 자(지속적 대리인)를 지정할 수 있다. 그렇게 한 경우, 설사 의사무능력 상태가 발생했다 하더라도, 지속적 대리권의 범위에서는 후견의 필요성이 없다. 지속적 대리권이 있음에도 불구하고 후견의 필요성이 있다면, 본인의 대리인 감독권한의 보충에 국한될 것이다. 요양과 의료에 관하여 유효한 사전지시서가 작성된 경우에도 그 범위에서는 후견의 필요성이 없다. 이 글은 사적 영역에서의 자기결정권의 존중이 국가의 기본권보호 의무에 더 적합하기 때문에, 국가는 후견을 최후의 수단으로 불가피할 때 제한적으로 개시하여야 한다고 제안한다. 대신 국가는 지속적 대리권과 사전지시서를 쉽게 활용할 수 있도록 필요한 지원으로 등록제도, 감독제도 등을 제공하는 것이 의사결정능력에 장애가 있는 성인에 대한 정당한 편의제공이 될 것이라고 제안한다. 이를 논증하기 위해 이 논문은 후견의 역사적 발전과정, 대리권의 범위의 확장에 대한 이론적 근거를 설명한 후, 후견에 대해서는 최소개입을 해야 하지만, 사전지시서 및 지속적 대리권에 관하여는 적극적 지원이 필요하다는 것을 뒷받침하기 위해 유엔 장애인권리위원회의 의견을 소개한다.

[주제어] 성년후견, 지속적 대리, 사전지시서, 장애인권리협약, 자기결정권 Adult Guardianship, Lasting Power of Attorney, Advanced Directive, Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Rights to Self-Determination

■ 목 차 ■

- | | |
|--|---|
| <p>I. 서 설</p> <p>II. 법정대리로서의 성년후견- 후견제도의 기능변화</p> <p>1. 재산 및 신상 관리에서 법정 대리로의 기능 변화</p> <p>2. 대리할 법률행위 및 준법률행위의 범위의 확장</p> <p>III. 법정대리로서의 후견제도 개혁의 요구</p> <p>1. 법정대리의 정당성은 어디에</p> | <p>2. 유엔 장애인권리협약 제3조, 제12조의 요청</p> <p>3. 우리나라의 법정후견제도 운영에 대한 제안</p> <p>IV. 사전지시서 및 지속적 대리권의 활성화와 정당한 편의제공</p> <p>1. 임의후견의 정당성과 한계</p> <p>2. 요양 및 의료에 관한 사전지시서 및 지속적 대리권과 정당한 편의제공</p> |
|--|---|

* 논문접수: 2017. 3. 20. * 심사개시: 2017. 4. 7. * 게재확정: 2017. 4. 24.

I. 서 설

1. 우리 민사법은 출생의 시점부터 각 개인을 권리의무의 주체로 본다(민법 제3조). 성인인 권리능력자가 법률행위(또는 준법률행위. 이하 ‘법률행위’라고만 표현한 경우에도 그 설명은 준법률행위에도 적용된다.)를 통해 스스로 자신의 권리를 행사하거나 의무를 이행하는 것은 민사법 질서의 기본에 속한다. 이는 동시에 헌법 제10조의 행복추구권에서 파생하는 일반적 행동의 자유, 자기결정권의 행사이자,¹⁾ 인간의 존엄성의 표현이기도 하다.²⁾ 각 개인이 스스로의 판단에 따라 권리를 행사하고 의무를 이행하도록 보장하는 것은 민사법만이 아니라 헌법질서의 문제라는 것이다.

그런데 판단능력의 손상으로 인해 스스로 법률행위를 할 수 없거나

-
- 1) 헌법재판소 1990. 9. 10., 89헌마82 결정에서는 성적 자기결정권을, 헌법재판소 1991. 6. 3., 89헌마204 결정에서는 계약의 자유를, 헌법재판소 1996. 12. 26., 96헌가18 결정에서는 소비자의 자기결정권을 각기 일반적 행동의 자유에서 파생되며, 일반적 행동의 자유는 행복추구권에 속한다고 판시한 바 있다. 여기서는 행복추구권의 기본권으로서 어떤 성격이 있는지에 관해서는 검토하지 않는다. 이에 대해서는 허영, 『한국헌법론』(전정 12판), 박영사(2016), 344면 이하 참조.
- 2) 독일 학설과 판례는 독일 기본법 제1조 제1항의 인간의 존엄성, 제2조 제1항의 인격전개의 자유로부터 일반적 인격권이 헌법상의 기본권이라고 보고 있으며, 일반적 행동의 자유가 인격권의 핵심이라고 한다. 그 자유에는 여기서 다루는 자기결정권(BVerwGE 27, 305), 계약의 자유(BVerfGE 12, 341, 347)도 포함됨은 말할 것도 없다. 이에 대해서는 Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, Grundgesetz (12. Aufl., Carl Heymanns Verlag(2011), Art. 1, Rn. 58ff; Art. 2 Rn. 23 참조.

법률행위를 하는 데 장애가 있다면, 그 장애 성인(이 글에서는 의사결정능력 장애인이라 칭한다)은 고도로 분업화된 현대사회를 살아가는 데 불가결한 타인과의 법률관계 형성에 어려움을 겪을 것이다. 자신이 보유한 재화를 타인이 약탈할 위험도 커진다. 나아가 이들에게 귀속된 재화(그 법적 표현인 권리)의 사회적 유통도 어려워진다. 이 점에서는 의사결정능력 장애는 개인만의 문제가 아니라 사회적 문제이기도 하다.

의사결정능력 장애인이 직면한 이런 곤란을 벗어날 수 있는 합법적인 방법은 다음과 같다. 첫째, 뇌사고, 질병, 치매 등과 같이 우연적 사건으로 의사결정능력에 장애가 발생한 경우라면, 본인의 사회생활에 필요한 권리행사와 의무이행에 필요한 법률행위를 대행할 수 있는 권한, 즉 지속적 대리권³⁾을 그 사건이 발생하기 이전에 타인에게 수여함으로써 극복할 수 있다. 민법은 본인의 의사무능력이 이미 수여한 대리권의 존속에 영향을 미치지 않도록 하기 때문에(민법 제 127조),⁴⁾ 지속적 대리권은 유효한 방법의 하나가 된다. 둘째, 의사결정능력 장애인을 돌보아 줄 가족이 있고, 그 가족이 자신이 보유한 재화로써 의사결정능력 장애인의 필요를 충족시켜 주는 것도 한 방법이다. 우리나라는 전통적으로 대가족제도를 유지하면서 가족 구성

3) 여기서의 지속적 대리권은 일회적인 대리권이 아니라, 일정 기간 동안(를 때에 따라서는 본인의 사망 시점까지) 계속적, 반복적으로 대리할 수 있는 권한을 의미하기로 한다. 계속적, 반복적으로 법률행위를 대리할 권한을 부여하는 것은 실무적으로도 활용된다. 특정 직책을 가진 법인의 직원이 이사로부터 대리권을 수여받아 계속적, 반복적으로 그 법인을 대리하는 것, 수임인인 재산관리인(가령 변호사, 법무사, 공인중개사, 세무사 등)이 관리할 재산에 관하여 계속적, 반복적으로 본인을 대리하는 것 등이 그 예이다.

4) 우리나라와 달리 보통법에서는 본인의 의사무능력이 대리권 소멸 사유에 해당된다. 후견제도와 관련하여 이 문제를 다루는 것으로는 제철웅, “영국법에서의 의사결정무능력 성인의 보호제도의 역사적 전개와 2005년의 정신능력법의 특징”, 비교사법(17권 4호), (2010. 12), 218면 이하 참조.

원 중의 약자를 부양해 왔다.⁵⁾ 만약 3세대 가구가 일반적이라면, 고령이나 치매로 판단능력이 떨어지는 부모가 있더라도 가족들이 자신의 재화로써 의사결정능력 장애가 있는 부모의 생활상의 수요를 충족시켜 줄 것이다. 셋째, 본인이 지속적 대리권을 부여하지 않았거나 부여할 수 없었고,⁶⁾ 자신의 재화로써 의사결정능력 장애인의 생활상의 수요를 충족시켜 줄 의향과 역량이 있는 가족이 없다면, 후견인을 통해 사회생활에 필요한 의사결정을 대행하도록 할 수 밖에 없다.

2. 원시민법 이래 우리는 고령, 질병, 장애, 사고 등으로 판단능력에 장애가 있는 성인에 대해 한정치산, 금치산 선고를 해서 그들을 사회생활에서 배제하는 제도, 즉 행위무능력자제도를 유지해 왔었다(원시민법 제9조 내지 제17조). 한정치산, 금치산 선고가 확정되면 한정치산자 또는 금치산자의 배우자, 최연장자인 최근친이 법률규정에 의해 후견인이 되었다.⁷⁾ 행위무능력자제도 하의 후견인은 의사결정의 대행만이 아니라 재산관리 또는 신상보호를 그 직무로 하였다.⁸⁾ 또한 한정치산 또는 금치산 선고가 있으면, 의사능력이 있는지와 무관하게 법률행위

-
- 5) 이는 1990년 민법 개정 전 민법 제797조의 호주의 가족부양의무, 현행 민법에도 존속하는 제974조 이하의 친족 부양의무 등에 근거한 것이다.
 - 6) 의사능력을 합리적 판단능력으로 해석하는 한, 특히 발달장애인 중에는 쉬운 용어로 설명한다고 하더라도 대리권의 법률효과, 대리권 수여에 수반하는 각종 위험 등을 이해할 수 없는 경우도 적지 않을 것이다. 이 경우에는 지속적 대리권을 부여할 수 없을 것이다.
 - 7) 2011년 민법 개정 이전의 규정에 따르면, 배우자, 직계혈족, 3촌 이내의 방계혈족의 순서로 하되, 동순위자가 수인인 때에는 연장자가 후견인이 되도록 하였다(당시 민법 제933조 내지 제935조). 이런 친족이 없을 때 친족 또는 이해관계인의 신청에 의해 가정법원에서 후견인을 선임할 수 있었다(제936조).
 - 8) 2011년 민법 개정 전의 금치산자의 후견인은 재산관리권한(당시 민법 제949조), 신상보호권한(제947조)을 가지고 있었다. 한정치산자의 후견인은 신상보호권한을 가지지는 않았다.

를 하는 데 제약이 따랐다.⁹⁾ 투표를 비롯한 공법상의 권리를 행사할 자격이 박탈되기도 하였고, 기왕에 보유하던 각종의 자격을 박탈하거나 정지시키는 수다한 결격조항이 있었다.¹⁰⁾ 한정치산, 금치산 선고는 의사결정능력 장애인이 보유한 재산보호를 위해 불가피할 때에만 활용된 것은 어쩌면 당연하였다. 2013년 성년후견제도가 시행되기 이전까지 한정치산, 금치산이 선고된 건수와 의사결정능력에 장애가 있는 성인의 수를 비교해 보면 이런 사실이 방증될 수 있다. 행위무능력자 제도의 사회적 기능은 피후견인의 재산을 보호하여 장래의 상속인들에게 안전하게 전달하는 것에 있었다고 해도 과언이 아닌 셈이다.

<표 1> 등록 정신장애 및 지적장애, 자폐성장애인 수

(단위: 명)

장애유형	2005년	2006년	2007년	2008년	2009년	2010년	2011년	2012년
정신	63,642	75,058	81,961	86,624	94,776	95,821	94,739	94,638
지적	127,881	137,596	142,589	146,898	154,953	161,249	167,479	173,257
자폐	9,518	10,926	11,874	12,954	13,933	14,888	15,857	16,906

자료출전: 한국장애인고용공단 2013년 장애인통계

9) 금치산자의 법률행위는 언제든지 취소할 수 있었고(2011년 개정 전 민법 제13조), 한정치산자는 미성년자와 동일한 수준의 행위무능력자로 전락하였다(동 민법 제10조). 별도의 규정은 없었지만 민법상의 법률행위능력 박탈 또는 제한으로 인한 공법상의 각종 신청행위도 하지 못하거나(금치산자), 법정대리인의 동의가 있어야 한다(한정치산자)고 해석되었다.

10) 이 결격조항의 대부분은 성년후견제도로 전환된 지금에도 여전히 존속하고 있다. 결격조항의 문제점에 관하여는 박인환, “새로운 성년후견제도의 시행과 결격조항 정비의 과제”, 비교사법(제21권 3호), (2014. 8), 1221면 이하; 제철웅, “유엔 장애인권리협약의 관점에서 본 한국 성년후견제도의 현재와 미래”, 가족법연구(28권 2호), (2014. 7), 226면 이하 참조.

<표 2> 연도별 치매노인 및 증상(CDR)별 현황

(단위: 명)

구분	2012년	2013년	2014년	2015년	2016년	2020년
치매노인 수 (유병률 %)	540,755 (9.18)	576,176 (9.39)	612,047 (9.58)	648,223 (9.79)	685,739 (9.99)	840,010 (10.39)
CDR(0.0) (유병률 %)	94,121 (1.60)	99,813 (1.63)	105,384 (1.65)	110,888 (1.67)	116,373 (1.70)	137,143 (1.70)
CDR(0.5) (유병률 %)	223,831 (3.80)	237,512 (3.87)	250,790 (3.93)	263,847 (3.98)	277,581 (4.04)	333,755 (4.13)
CDR(1.0) (유병률 %)	138,975 (2.36)	149,051 (2.43)	159,872 (2.50)	171,101 (2.58)	182,654 (2.66)	231,044 (2.86)
CDR(2.0) (유병률 %)	83,832 (1.42)	89,803 (1.46)	96,004 (1.50)	102,389 (1.55)	109,133 (1.59)	138,071 (1.71)

출전: 중앙치매센터(2015. 10. 23)

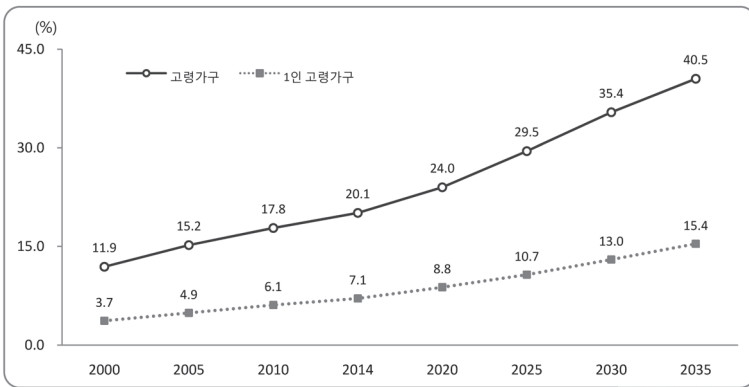
<표 3> 한정치산 및 금치산 신청 및 인용건수
(2002년부터 2012년까지)

연도	접수건수(증가율)	인용(증가율)	연도	접수건수(증가율)	인용
2001	323	176	2007	747 (12.6%)	334 (10.2%)
2002	421 (30.3%)	208 (18%)	2008	804 (7.6%)	391 (17.0%)
2003	433 (2.8%)	250 (20%)	2009	944 (17.4%)	493 (26.0%)
2004	473 (2.8%)	274 (9.6%)	2010	1,024 (8.4%)	515 (4.4%)
2005	529 (9.2%)	291 (6.2%)	2011	1,290 (25.9%)	617 (19.8%)
2006	663 (25.3%)	303 (4.1%)	2012	1,342 (4%)	705 (14.2%)

출처: 사법연간 2002~2012년 자료에서 재정리

의사결정능력 장애인의 수가 100만 여명에 육박하는데, <표 3>에서 보듯이 12년 동안 선임된 후견인의 수가 불과 4,557명이었다. 그렇다고 지속적 대리권을 주로 이용하였다거나 헌신적인 가족 돌봄을 통해 이들이 안정적으로 생활하였다고 보기도 어렵다. 전통적인 가족 기능이 해체되어 노인을 모시는 2세대 및 3세대 가구가 급격히 줄기

때문이다. 2014년 현재 전국 1,845만 8천 가구 가운데 65세 이상 고령자가 가구주인 고령가구는 370만 3천 가구로 전체 가구의 20.1% 차지하였으며 이는 매년 증가하는 추세이다. 가구주의 연령이 65세 이상이면서 혼자 살고 있는 가구는 2014년 현재 전체 가구의 7.1%를 차지하였으나, 2035년에는 15.4%로 2배 이상 증가할 것으로 예측된다. 또한 위 <표 1>, <표 2>에서 있듯이 장애인과 치매환자의 수는 증가하는데, 노인학대 및 장애인 학대도 더불어 증가하고 있다.¹¹⁾



[그림 1] 고령가구 추이 (통계청, 「장래가구추계」, 2012)

이는 의사결정능력 장애 상태에서도 안정적으로 사회생활을 영위할 수 있는 세 가지 방법 모두 제대로 작용되지 않음을 의미한다. 2011년 민법개정으로 행위무능력자제도를 폐지하고 성년후견제도를 도입한 것은 그 중 한 방법인 후견제도의 이용을 확대하기

11) 보건복지부 노인정책과, 2014 노인학대현황보고서, (2015); 조문순, “발달장애인 학대를 조장하는 사회, 현실과 실천과제”, 한국장애인복지학회 2016년도 춘계학술대회 자료집, 한국장애인복지학회(2016) 참조.

위한 것이었다.¹²⁾ 입법의 배경에는 우리나라의 법제도에 많은 영향을 미친 독일과 일본이 각각 1990년, 2000년 민법개정을 통해 행위무능력자제도를 폐지한 것도 영향을 미쳤음은 말할 것도 없다.¹³⁾

3. 행위무능력자제도에서와 달리 성년후견제도 하에서는 본인의 필요에 적합한 후견과 후견인을 선택할 수 있는 폭이 넓어졌다. 그 결과 새 제도는 독거노인이나 장애인 학대를 예방하거나 학대피해를 구제하는 데 기여할 것으로 기대되었다. 많은 전문가들도 성년후견 이용자가 늘 것으로 추측하여 필요한 준비를 하였다. 2013년 변호사협회 및 법무사협회 등에서 소속회원들을 대상으로 교육을 수행하였고, 각 가정법원에서 전문가후견인 후보자 pool을 마련하기 위해 신청을 받아 가정법원별로 약 100여명 정도의 전문가가 후견인후보자로 위촉받았다.¹⁴⁾ 보건복지부는 2013년부터 발달장애인 공공후견사업을 수행해 오고 있다.¹⁵⁾

그런데 성년후견제도 도입 이후의 후견제도 이용 건수를 다른

12) 행위무능력자제도와 달리 성년후견제도는 행위능력을 박탈(금치산)하거나 제한(한정치산)하는 선고를 하는 것에 중점을 두는 것이 행위무능력자제도라면(후견인의 선임은 후속적인 것), 성년후견제도는 피후견인을 대신하여 의사결정을 할 후견인(성년후견인, 한정후견인, 특정후견인)을 선임하거나 피후견인을 갈음하여 의사결정을 하는 것(특정명령)에 중점을 두는 제도이다. 행위무능력자제도와 달리 성년후견제도 하에서는 행위능력의 제한은 후속적인 결과이다.

13) 입법과정에 관한 상세한 내용은 구상엽, “개정 민법상 성년후견제도에 대한 연구”, 박사학위논문, 서울대학교(2012), 62면 이하 참조.

14) 이에 대해서는 제철웅, “고령자의 판단능력 쇠퇴를 대비한 미래설계와 새로운 성년후견제도”, 법학논총(제32권 1호), (2015. 3), 150면 이하 참조.

15) 이에 대해서는 제철웅/최윤영/유혜인, “공공후견인의 직무분석과 그 시사점”, 비교사법(23권 2호), (2016. 5), 56면 이하 참조.

나라와 비교해 보면 그 이용자가 매우 적음을 알 수 있다. 비교를 위해 각 국의 인구수를 우리나라 인구 수로 환원시켜 선임된 후견인 수를 조정하였다.¹⁶⁾

<표 4> 성년후견제도 도입 후 최초 선임된 후견인 수의 추이

연차	1년	2년	3년	4년	5년	6년	7년	8년	9년	10년
독일	46981	65319	70,691	77,072	89,373	92,406	99,790	110,782	120,175	128,291
일본	1,390	3,121	4,182	5,605	5,707	6,873	12,079	9,078	9,579	9,951
대만	5,279	6,418	7,048	7,254	7,866	8,326	8,762			
싱가폴	1,887	3,180	3,313	2,839	3,801	3,117	3,838			
한국	1,128	1,723	1,566							

1년차부터 3년차까지 우리나라는 선임된 후견인이 매해 2,000명이 되지 않지만, 독일은 말할 것도 없고, 아시아국가인 일본, 대만, 싱가폴은 시작부터 우리보다 많은 수의 후견이 개시되고 또 증가추세도 빠르다. 싱가폴의 위 수치에 지속적 대리권(lasting

16) 우리나라 인구를 5,000만원으로 하여 다른 나라의 후견인 선임 건수를 비교하였다. 새로운 성년후견제도가 시행된 해는 독일(가중치 0.625)은 1992년, 일본(가중치 0.396)은 2000년, 대만(가중치 2.17)은 2009년, 싱가폴(가중치 9.25)은 2010년, 우리나라는 2013년(7월 1일)이다. 우리나라의 2013년 수치는 6개월을 더 가산한 수치이다. 독일 후견건수는 Bundesamt für Justiz, Justizstatistik GÜ 2 der Amtsgerichte 2002-2013, erg. Mitteilung der JM Baden-Württemberg; Auswertung: Deinert.를 참조, 일본의 후견(보좌, 보조, 임의후견 포함) 건수는 最高裁判所事務總局家庭局, 成年後見關係事件の概況, 2000년(平成 12년)부터 2010년 자료, 대만 자료는 Sieh-Chuen Huang, Adult Guardianship and Care in Taiwan, in: Waltjen/Lipp hrsg., Liber Amicorum Makoto Arai, Nomos(2015), pp. 382 참조, 싱가폴은 공공후견청의 비공식자료 참조(법정후견만 표시. 지속적 대리권인 lasting power of attorney는 본문 참조). 우리나라는 대법원 사법연감 2013년부터 2015년 자료를 토대로 한 것이다.

power of attorney)을 포함하면 후견제도 이용은 훨씬 더 가파르다고 할 수 있다. 2016년 현재 약 24,822명(가중치로 환산하면 229,603명)의 지속적 대리인이 활동하기 때문이다. 우리나라의 성년후견제도 이용이 적은 이유는 여러 가지가 있겠지만, 후견제도에 대한 전문가의 인식이 낮아서 수요자에 대해 제대로 설명하지 못하거나, 합법 및 비합법의 다른 후견대체수단의 존재¹⁷⁾로 인해 후견제도를 이용할 현실적인 필요성이 적거나, 현재의 후견제도가 잠재적 이용대상자에게 매력적이지 않기 때문에 후견의 필요성이 있더라도 최대한 그 이용을 주저하기 때문일 것이다.¹⁸⁾ 이 시점에서 후견제도와 관련된 법률가의 과제를 정확히 인식하는 것이 필요할 것이다. 특히 의사결정능력 장애인의 사회생활상의 필요성을 충족시켜 줄 수 있는 가능한 실용적 방안이 무엇인가라는 관점에서 현재의 후견제도 전반을 평가해 볼 필요가 있다. 아래 글에서는 먼저 후견제도의 본질이 법정대리에 있다는 것, 대리의 영역이 신상 관련 동의권에도 확장될 수 있다는 점을 먼저 규명하고(II), 장애인 인권존중의 관점에서 제기되는 후견제도의 개혁 요구의 내용을 살펴 볼 것이다(III). 이어서 법률가들이 무엇을 해야 하는가라는 관점에서 후견제도, 사전지서서, 대리제도의 상호관계

17) 광의의 사회보장법(사회보장기본법 제3조 제1호의 사회보장을 규율하는 법)에서 사회보장급여청구권을 가족, 친족, 그 밖의 관계인이 대신 행사하도록 허용하는 것 등이 합법적인 대체수단이라면, 요양시설, 요양병원, 장애인거주시설 등에 입소하는 계약을 가족 등이 대신 체결하는 것, 본인의 인감도장, 체크카드를 소지하는 가족 등이 비밀번호를 알아 낸 후 대리권 수여 없이 은행거래를 하는 것 등은 비합법적 대체수단이라 할 수 있다.

18) 세칭 신격호 사건을 통해 성년후견제도에 대한 국민의 관심이 높아졌다고 한다.

를 검토한 후(IV), 이 글을 마무리 짓는다.

II. 법정대리로서의 성년후견- 후견제도의 기능변화

1. 재산 및 신상 관리에서 법정대리로의 기능 변화

(1) 행위무능력자제도 하에서의 후견인은 금치산 또는 한정치산 선고를 받은 성인의 재산관리와 신상보호 책임과 권한을 가졌다. 법정대리권은 그 권한의 일부였다. 성년후견(cura)의 원조라 할 수 있는 로마법에서도 후견인은 피후견인의 재산과 신상 전부를 사실상 그리고 법적으로 돌보는 권한을 가졌다. 로마법의 12표법 하에서는 광란자(furiosus)의 재산과 신상은 남계 최근친(proximus agnatus)의 관리 하에 들어가고, 최근친이 없을 때 동일한 성씨를 가진 씨족(gens) 중 남계 최근친남의 관리 하에 들어갔다.¹⁹⁾ 그러나 2세기 중반에 이르러서는 점차 후견은 공적 의무로 인식되어 법무관이 후견인을 선임하는 것으로 전환되었다고 한다.²⁰⁾ 그렇지만 재산과 신상을 관리하는 권한은 그대로 유지되었다.

독일에서도 1990년 민법 개정 이전에는 후견인은 재산과 신상을 보호하는 권한을 보유하고 있었다. 우리의 행위무능력자제도와 마찬가지로 심신박약 또는 심신미약으로 사무를 처리할 수 없거나(구민법 제6조 제1호), 낭비벽으로 자기나 가족을 궁핍하게 할 우려가 있는 경우(구민법 제6조 제2호), 알콜중독이나 약물중독으로 자기나 가족을 궁핍하게 할 우려가 있는 경우(구민법 제6조 제3호) 행위무능력

19) 이에 대해서는 Denzil, Roman Origins of Modern Guardianship Law, in: Dayton ed., Comparative Perspectives on Adult Guardianship, pp. 5 참조.

20) 이에 대해서는 Denzil(위 주 19), pp. 11 참조.

선고를 받을 수 있다. 그 중 정신질환으로 인해 행위무능력이 선고된 경우에는 완전행위무능력자로, 심신미약이나 그 밖의 사유로 행위무능력이 선고된 경우에는 미성년자와 같은 행위능력을 가진다(구민법 제104조, 제114조). 행위무능력자로 선고되면 구민법 제1896조 이하에서 규정한 순서대로 친족 중의 1인을 후견인으로 선임하였다. 의사결정능력 장애인의 보호는 1차적으로 가족책임이며, 국가는 보충적인 책임을 부담한다는 인식에 기인한 것이었다. 후견인은 미성년자의 후견인과 마찬가지로 피후견인의 재산관리 및 신상보호 권한을 가지며, 법정대리권은 그 일부의 권한에 속하였다.²¹⁾

영국법에서의 후견은 원래 국친사상(*parens patriae*)에 기초하여 법률행위를 할 수 없거나 스스로를 돌볼 수 없다고 판단되는 성인의 보호는 국가의 권한에 속한다는 인식에서 비롯되었다.²²⁾ 그리하여 정신질환자의 재산 관리와 신상보호를 보호법원이 담당하였다(2005년 정신능력법 제정 이전의 1983년 정신보건법 제7부 제95조). 보호법원은 재산관리 및 신상보호에 관한 자신의 권한에 근거하여 후견인(*receiver*)을 선임하여 그에게 일정한 권한을 부여하여 정신질환자의 재산관리와 신상보호를 담당하도록 하고, 정신질환자가 한 법률행위는 무효로 만듦으로써 스스로 법률행위를 하지 못하도록 하였다(1983년 정신보건법 제7부 제99조).²³⁾

(2) 그러나 대부분의 선진국에서의 후견은 오늘날 더 이상 재산 관

21) 이에 대해서는 Staudinger/Bienwald, BGB, Vorbem zu §§ 1896 ff., Rn. 4 ff. 참조

22) P. Bartlett, *The Mental Capacity Act 2005*, Oxford University Press(2005), pp. 1에서 후견의 국친사상이 사라져 간 과정을 서술하고 있다.

23) 간단한 개관은 Ashton ed., *Court of Protection Practice 2010*, Jordans 2010, p. 31 참조

리 및 신상 보호를 내용으로 하지 않고, 피후견인의 의사결정을 대행하는 제도로 정착되었다. 1990년 성년후견법 제정을 통해 행위무능력자제도를 폐지하고 성년후견제도를 민법에 도입한 독일은 제1차 성년후견법 개정을 통해 후견인의 고유한 임무는 법적 지원, 즉 피후견인의 의사결정을 대신하는 것에 있음을 분명히 하였다(독일 민법 제1897조 제1항).²⁴⁾ 물론 후견인이 사실행위를 할 수도 있겠으나, 이는 후견인이 본인을 대리하여 타인으로 하여금 특정의 사실행위를 하도록 계약하는 것에 같음하여 스스로 그 사실행위를 한 것으로 이해할 것이다. 물론 거기에 준하여 비용상환을 받을 수 있다. 그렇기 때문에 후견인에게 부여하는 임무는 재산관리 및 신상보호 영역에서 피후견인이 하여야 할 각종의 의사표시이다(1896조 제3항). 영국 역시 2005년 제정된 정신능력법에서 법정후견(deputy)과 영속적 대리인(lasting power of attorney)은 의사결정능력이 없는 성인의 재산과 신상을 보호하는 기능을 하는 것이 아니라, 재산 및 신상 관련하여 본인(P)이 하여야 할 의사결정을 대신하는 자로서 자리매김 하였다(정신능력법 제16조 이하 참조).

(3) 2013년 7월 1일부터 시행된 성년후견제도 하에서의 우리 민법은 성년후견의 경우 재산관리권을 인정하지만(민법 제949조),²⁵⁾ 한정

24) 성년후견법 제정 직후에는 사회적 지원(soziale Betreuung)과 법적 지원(rechtliche Betreuung) 간의 구분이 모호하여, 후견인이 사실행위인 돌봄을 제공하는 것도 자신의 임무로 파악하기도 하였다고 한다. 사실행위는 후견인의 임무가 아니며 법적 돌봄, 즉 의사결정의 대행과 관련된 업무가 후견인의 임무임을 명확히 하기 위해 1999년 제1차 성년후견법개정을 해서 제1987조 제1항에 “법적 후견(rechtliche Betreuung)”이라는 표현을 넣고, 제1901조 제1항을 추가하여 법적으로 돌보는 것(rechtlich zu besorgen)에 필요한 모든 활동이 후견인의 임무임을 규정하였다. 이에 대해서는 Staudinger/Bienwald, BGB, § 1897 Rn. 1 ff, § 1901 Rn. 2 f. 참조.

후견인은 재산관리권이 인정되지 않고 가정법원에서 정한 범위에서만 대리권 및 동의권을 가질 뿐이다(민법 제959조의4). 특정후견인의 경우도 다를 바 없다(민법 제959조의11). 성년후견인, 한정후견인, 특정후견인 모두 피후견인의 신상 보호 권한이나 의무가 없다. 달리 말하면, 후견인은 재산 관리 및 신상보호 사무에서 피후견인이 하여야 할 의사결정을 지원하거나(특정후견인의 사무지원) 그의 의사결정을 대신 하는 것(법정후견 일반)에 고유한 역할과 기능이 있다. 이 점이 행위무능력자제도의 폐지와 성년후견제도의 도입을 통해 이루어 낸 가장 큰 변화의 하나라 할 것이다.²⁶⁾

2. 대리할 법률행위 및 준법률행위의 범위의 확장

(1) 성년후견제도의 도입으로 후견인의 직무가 재산 관리와 신상 보호에 관련된 의사결정의 대행으로 축소되었다면, 행위무능력자제도와 비교할 때 돌봄과 보호에서의 공백이 생기지 않는가라는 의문이 제기될 수 있다. 첫째, 행위무능력자제도 하의 후견인이 하던 재산관리 관련 사실행위를 성년후견제도 하의 후견인은 피후견인을 대리하여 재산관리 관련 계약을 체결하여 제3자로 하여금 재산관리 관련 사실행위를 하게 하면 되기 때문에 재산관리의 영역에서는 보호나 돌봄에서의 공백은 발생하지 않는다. 둘째, 신상보호의 영역에서도 요양보호사, 요양원, 요양병원, 장애인거주시설, 기타 돌봄서비스 등이 다양하게 제공되기 때문에, 후견인이 법정대리권을 행사하여 요양

25) 동조는 후견인은 재산관리권을 가진다고 규정하는데, 이 때의 후견인은 성년후견인과 미성년후견인을 지칭하는 것으로 해석해야 할 것이다.

26) 다만 피후견인의 신상에 관한 결정권(민법 제947조 제3항)이라는 후견인의 권한이 신상에 관하여 피후견인이 하여야 할 의사표시를 대행하는 것인지, 그것을 대리라고 할 수 있는지는 아래에서 상세히 검토한다.

서비스 계약을 체결할 수 있으므로, 보호와 돌봄에 공백이 발생하지 않는다. 즉 법정대리권에 기한 의사결정대행만으로도 후견인은 피후견인이 자신의 재산과 신상을 스스로 돌보는 것과 동일한 효과를 실현할 수 있다.

그런데 신상 보호 영역에서는 행위무능력자제도 하에서는 잘 드러나지 않았던 문제가 전면에 등장하게 되었다. 즉, 후견인이 피후견인을 대리하여 신상 보호 관련 요양계약 또는 의료계약 등을 체결하여 요양받을 장소가 변경되거나, 요양보호사 또는 의사가 요양 및 의료 서비스를 제공할 때, 그 서비스가 피후견인의 신체의 자유를 박탈하거나, 신체에 대한 접촉 또는 침해로 수반할 때 후견인은 어떤 권한으로 그와 같은 조치를 취하게 할 수 있는지가 문제된다. 성인에 대해서는 자신을 제외하고는 누구도 거주장소를 정할 수 없고, 누군가가 자신의 거주장소를 지정하여 거주하게 할 때 본인의 동의가 없다면 그것은 감금 내지 자유의 제한으로 귀결될 수 있을 것이다. 형법상의 감금죄, 권리행사방해죄는 별론으로 하더라도 불법행위가 될 수 있다. 또한 성인의 동의 없이 신체에 대한 접촉이나 침습이 있다면 그것 역시 위법행위가 될 것이다. 이 때에도 민법 제750조의 다른 요건이 갖추어지면 불법행위가 될 수 있고, 또한 폭행죄와 상해죄로 규율될 수도 있을 것이다. 그 점에서 보면 본인이 하는 동의는 불법행위위법상의 위법성을 조각시키는 효과가 있으며, 감금죄, 권리행사방해죄, 폭행죄와 상해죄의 구성요건을 충족시키는 것을 저지하는 법률효과도 있다. 즉 본인의 동의는 준법률행위라 할 수 있다. 그렇다면 이런 행위에 대한 후견인의 동의는 어떤 권한에 근거한 것인가?

(2) 여기서 후견인이 행사하는 피후견인의 신체 자유 박탈에 대한 동의, 신체 접촉과 침습에 대한 동의가 본인의 동의를 대신하여 행사

하는 것인지, 아니면 별개의 권한으로 하는 것인지를 검토해야 한다. 우리 민법은 제938조 제3항에서 ‘신상에 관한 결정권’을 후견인에게 부여하면 후견인이 그 결정권을 행사하는 것처럼 구성하고 있다. 그렇지만 이 때의 결정권은 본인의 결정권을 대신 행사하는 것인가, 아니면 법률규정에 의해 후견인에게 본인의 신상에 관한 독자의 결정권이 부여된 것인가의 문제는 여전히 남는다.

먼저 신상에 관한 본인의 동의권을 대행할 권한이 부여되었다면, 그 권한에는 대리의 경우와 마찬가지로 본인의 이익을 위하여 행사하여야 할 내재적 의무가 부과될 것이다. 반면 법원의 결정으로 자기의 이름으로 피후견인의 신상을 결정할 독자의 권한이 부여되었다면 대리권과 달리 법률에 의한 독자의 권한이 후견인에게 부여된 것으로 볼 것이다. 후자와 같이 이해할 경우 다시 법률로써 타인의 신상을 결정할 권한을 후견인에게 부여해도 되는가라는 보다 근본적인 의문에 직면하게 될 것이다. 그런데 제938조 제3항을 제947조의2와 결합해서 보면 후견인에게 신상결정권이 부여되었다 하더라도 본인이 스스로 결정하는 것이며, 본인이 스스로 결정할 수 없을 때에만 비로소 후견인이 그 권한을 행사할 수 있다(민법 제947조의2 제1항). 그 점을 감안하면 후견인의 권한은 본인의 결정권한, 즉 동의권을 대신 행사하는 것으로 이해해야 할 것이다. 따라서 후견인은 선관주의 의무로써 본인의 이익을 위하여 그 권한을 행사하여야 한다.

(3) 후견인의 신상결정권이 본인이 하여야 할 의사결정의 대행이라면, 이것이 대리인지 아니면 다른 어떤 것인지도 검토할 필요가 있다. 이 문제를 본격적으로 검토하기 이전에 먼저 의료 및 요양에 관한 사전지시서의 법적 성격을 검토하는 것이 유익할 것이다. 이 논의에서는 연명치료 중단에 관련된 사전의료지시서는 논외로 한다. 연명

치료를 중단하게 되면 생명의 상실로 직결되는데, 국가는 인간의 존엄성 중 가장 중요한 기본권인 생명에 관한 기본권을 보호할 책임이 있기 때문에, 이를 쉽사리 인정해서는 안 될 것이다. 연명치료 중단에 관한 자기결정은 다른 한편에서는 생명의 포기에 관한 자기결정이 될 수도 있기 때문에, 이를 어떤 요건 하에서 인정할지는 대개 입법으로써 해결하는 것이 바람직할 수 있다.²⁷⁾ 대법원이 전원합의체 판결로 연명치료에 관한 사전지시의 효력을 인정한 것²⁸⁾은 입법이 없는 상태에서 불가피하게 최소한의 범위에서 그 효력을 인정한 것으로 이해할 수도 있을 것이다. 따라서 연명치료 중단에 관한 의사표시의 대행은 법률규정에 의해 특별히 인정되어야 대신할 수 있는 것이지, 민법상의 대리로서 할 수 있는 것은 아니라는 것이다.²⁹⁾ 그러나 연명치료의 중단이 아닌 통상 의료행위 및 요양행위에 대한 사전지시서는 이와 달리 일반적인 의사표시의 자유의 행사와 다를 바 없다.

요양 및 의료 행위에 수반되는 신체 접촉 또는 침습에 대한 본인의 동의는 상대방 있는 의사표시이다. 이 의사표시는 상대방에게 도달하면 비로소 그 효력이 발생하고, 상대방에게 전달되는 방식에는

27) 영국은 연명치료에 관한 사전의료지시서를 인정할 것인지를 두고 논란을 거듭 하였고 때문에 이미 1986년 입법의 골격을 마련하였던 정신능력법의 제정이 2005년까지 미루어졌다. Bartlett(위 주 22), pp. 16 참조. 독일 역시 연명치료에 관한 사전의료지시서의 인정은 2013년 제3차 성년후견법 개정을 통해서 비로소 인정되었다.

28) 연명치료 중단에 관한 사전지시의 효력은 대판(전합) 2009. 5. 21., 2009다17417 참조

29) 연명치료 중단 이외에도 낙태와 같이 본인도 자유롭게 할 수 없는 의료적 처치에 대해서도 유사할 것이다. 연명치료 중단에 관한 입법인 “호스피스·완화의료 및 임종과정에 있는 환자의 연명의료결정에 관한 법률” 제17조 이하에서도 대리는 인정하지 않는다. 그러나 이 문제는 여기서는 상론하지 않고, 다른 기회에 이를 다루고자 한다.

아무런 문제가 없다. 서면으로 전달되어 표시될 수도 있고, 제3자를 통해 전달될 수도 있다. 그러나 의사표시와 도달 사이에 상당한 시간 간격이 있다면, 그 의사표시가 수회에 걸쳐 계속적이고 반복적으로 이루어져야 한다면, 그 의사표시는 서면으로 하지 않으면 안 된다. 그것이 바로 사전지시서(advanced directives)이다. 이런 성격의 요양 및 의료에 관한 사전지시서는 상대방 있는 의사표시로서의 동의 또는 부동동의 의사표시를 미리 해 둔 것이기 때문에, 철회가 없이 서비스 제공자에게 전달되면 이로써 그 의사표시의 효력이 발생한다. 사전지시서 작성자의 의도가 계속적이고 반복적으로 이를 활용하려는 것이라면 동일한 상황에 대해 지속적으로 활용될 수 있다. 현행법 하에서는 요양 및 의료에 관한 사전지시서는 연명치료 중단에 관한 사전지시서와 달리 아무 제한 없이 활용될 수 있다.

그런데 위 사전지시서는 미래에 제공될 서비스로 인한 신체 접촉 또는 침습에 해당되는 현재의 동의 또는 부동동의이므로, 그 성격에 맞게끔 과거에 작성되었고 또한 현재(작성시점에서는 미래) 검토하는 치료에 해당된 동의 또는 부동동의라면 그 치료에 대한 본인의 준법률 행위적 의사표시로서 효력을 갖는다. 그렇지 않을 경우 신체 접촉 또는 침습을 수반하는 당해 서비스에 대한 동의로 볼 수 없다. 따라서 유효한 사전지시서가 되지 못할 위험을 회피하고자 한다면, 요양 및 의료에 관한 사전지시서에 관하여 사자의 역할을 하는 사전지시서 보유자에게 일정한 지침을 제시하여 본인을 위한 일정한 의사표시를 대신하도록 권한을 부여하는 것이 자기 보호의 공백을 회피할 수 있는 방법이다. 즉 대리가 가능하다는 것이다. 이런 의사표시를 대리가 가능하지 않은 일신전속적 의사표시라고 이해할 것은 아니다. 일신전속적 의사표시를 대리할 수 없도록 하는 것은 본인을 보호하기 위한 것이거나 법률상의 목적 달성을 위하여 또는 사물의 본성상 대신해

서는 안 되는 행위이기 때문이다. 가령 공직선거의 경우에는 투표를 대리하지 못하게 하지만, 이사 선임 투표에서는 대리할 수 있다. 결혼의 의사표시는 대리할 수 없게 하는 것은 원치 않는 자와의 혼인을 막기 위한 것이다. 그러나 자신의 의사결정능력 상실의 시점에서 제공될 신체 접촉 또는 침습적 요양 및 의료, 거주이전의 자유를 제한하거나 박탈하는 조치(거소의 결정)에 관한 동의권의 대신 행사를 타인에게 위임하는 것은 본인의 보호에 불가결할 수 있다. 그 위임이 없으면 본인은 보호를 받을 수 없기 때문이다. 마찬가지로 이유로 신체 자유 박탈, 신체 접촉 및 신체 침습을 수반하는 요양 및 의료 서비스 제공에 대한 동의권을 법정대리하도록 후견인에게 권한을 부여할 수도 있다는 것이다.

(4) 요컨대 임의대리인이 대리할 수 있는 행위를 후견인도 법정대리할 수 있기 때문에 양자의 차이는 누가 대리인을 선임하였는가에 있는 것이지, 성질이 다른 것은 아니다. 독일법에서도 이미 1990년 성년후견법의 제정의 시점에서 대리인도 신체 접촉 또는 침습을 수반하는 요양 및 의료에 관한 동의권을 대리할 수 있다는 점에 대해 널리 인정하였다. 혼인, 유언작성, 불임시술 등의 대리를 제외하고는, 후견인이 대행할 수 있는 모든 법률행위를 대리인도 대리할 수 있다고 보았다는 것이다. 의료행위의 동의, 신체 자유 박탈적 요양 및 의료 행위에 대한 동의도 대리할 수 있다는 것이다.³⁰⁾ 독일은 제1차 성년후견법 개정 때 제1904조에서 침습적 의료행위 동의는 서면으로 작성하도록 하도록 하였고, 제3차 성년후견법 개정에는 연명치료에 관하여도 후견인과 대리인 간에 차이를 두지 않았다.

30) 이에 대해서는 Staudinger/Bienwald, BGB (§1896-1921), § 1896 Rn. 127 ff.

우리 민법 제947조에서 신상에 관한 결정권을 인정한 것 역시 본인이 결정하여야 할 사항, 즉 본인의 동의권을 대리가 가능하다는 전제 하에 이를 둘러싼 논란을 없애기 위하여 후견인에 대해 동의권의 대리행사를 인정한 것이라고 이해할 수 있을 것이다.³¹⁾ 요컨대 재산 관리 및 신상 보호에서 후견인은 본인을 대리함으로써, 본인 스스로의 의사결정으로 사회생활을 영위할 수 있는 것과 동일한 효과를 실현할 수 있다는 전제 하에 성년후견제도가 도입되었다고 이해할 수 있다.

III. 법정대리로서의 후견제도 개혁의 요구

1. 법정대리의 정당성은 어디에 있는가?

(1) 법원이 직접 또는 적절하다고 판단하는 사람을 후견인으로 선임하든, 혹은 가족 중에서 후견인을 선임하든, 이는 모두 국가가 의사결정능력 장애인을 보호하겠다는 정책의 표출이라 할 수 있다. 여기서 국가가 의사결정능력 장애인의 보호라는 목적을 위해 가족 또는 제3자를 후견인으로 선임하여 그에게 법정대리권을 부여하는 것이 과연 정당한지, 어떤 요건 하에 정당화되는지를 검토할 필요가 있다. 후견이 개시되면 첫째, 자신이 원치 않은 사람도 법원의 결정으로 후견인으로 선임될 수 있으며, 둘째, 자신에게 필요하지도 않은

31) 거소결정권이나 서신개봉권한은 본인의 동意的 의사표시를 대신하는 것인데, 후견인이 자신이 거주하는 곳에 피후견인을 거주하게 하거나 자신이 직접 서신을 개봉할 경우에는 본인을 대리하여 자기에 대해 의사표시를 한 것으로 이해하면 될 것이다. 이런 의사표시는 금지되는 자기대리나 쌍방대리에 포섭되지 않음은 물론이다.

대리권한을 후견인이 보유할 수 있고, 셋째, 자신은 법률행위를 할 능력이 법률에 의해 상당부분 없어지거나(성년후견), 후견인의 동의 없이는 법률행위를 할 수 없는 상태(한정후견)에 이르게 된다. 스스로의 판단에 의해 법률행위를 하는 것은 인간의 존엄성의 표현이자 행복추구권의 일환인 일반적 행동의 자유의 한 표현인데, 후견이 개시되는 것은 자신의 의사와 무관하게 자신의 기본권의 일부가 제한 내지 박탈되는 것을 의미한다. 따라서 후견제도의 정당성을 검토하지 않을 수 없다.³²⁾ 즉 국가 개입에 대한 기본권 침해의 헌법합치성의 검토가 전면에 등장하게 되었다.³³⁾

의사결정능력 장애인은 판단과 전달 과정에 장애가 있기 때문에 스스로의 판단 하에 법률행위 또는 준법률행위를 하면서 사회생활을 하는 데 어려움을 겪을 수 있다. 그 장애인이 스스로 결정할 수 있도록 여러 방법³⁴⁾으로 지원하는 것은 ‘장애인차별금지 및 권리구제에 관한 법률’에 의한 정당한 편의제공이라고 할 수 있음은 물론이다. 이런 정당한 편의제공은 기본권 침해의 문제를 약기하지 않는다. 그

32) 여기서는 특히 기본권 제한의 방법상의 한계가 문제된다. 일반론으로는 허영, 앞의 책(주 1), 293면 이하, 특히 297면 이하 참조

33) 독일에서는 이미 행위무능력자 제도 하에서는 연방헌법재판소는 금치산 선고의 사실을 공시(BVerfGE 78, 77)하거나 거래 상대방에게 알릴 의무를 부과하게 하는 것이 인격권침해라고 판단하였다(BVerfG NJW 1991, 2411). 또한 성년후견 제도 하에서는 피후견인의 개인적 필요성의 범위 내에서만 후견이 개시되어야 하고, 그렇지 않은 경우 인격권과 자기결정권을 침해하는 것으로 위헌적이라는 해석이 법원 실무에 정착되었다고 한다. 이에 대해서는 Staudinger/Bienwald, BGB (§§ 1896-1921), § 1896 Rn. 6 ff. 참조.

34) 가령 지속적 대리권을 쉽게 활용할 수 있도록 지원하는 것, 사전지시서를 활용하도록 지원하는 것, 의사결정능력 장애인이 필수불가결하게 하여야 할 법률행위(준법률행위)에서는 쉬운 용어로 법률행위를 할 수 있게끔 지원하는 것 등이 그 예가 될 것이다. 이것은 점자, 수화, 승강기, 통행벽제거 등 지체장애인을 위한 각종 편의시설을 제공하는 것과 다를 바 없다.

러나 가족이나 제3자에게 대리권을 부여하는 것, 본인의 행위능력을 제한하는 것 등은 자기결정권이라는 기본권의 침해를 수반한다. 따라서 후견 아닌 다른 수단으로 대체할 수 없기 때문에 불가피하게 후견이 필요하고(필요성), 기본권 침해가 최소화될 수 있는 범위로, 또한 그 필요성이 지속되는 기간에 한정하여 후견이 개시되어야 할 것이다. 나아가 후견인의 권한 행사 역시 본인의 의사에 부합되도록 지도·감독하는 장치를 두어야 할 것이다. 그렇지 않은 모든 후견은 기본권의 과도한 침해가 아니라고 하기 어려울 것이다.

물론 의사결정능력 장애인의 재산 관리와 신상 보호는 그의 배우자나 가족의 고유한 법적 책임이므로 기본권제한에서 국가가 준수하여야 할 원칙이 여기에는 적용되지 않는다는 반론을 상정해 볼 수 있을 것이다. 일반 시민들 중 적지 않은 사람들도 이렇게 인식한다. 가족이 신청한 후견사건에 가정법원이 다른 사람을 후견인으로 임명하자 신청을 취하하는 것도 이런 인식과 무관하지 않다. 그런데 우리 법질서는 가족 간의 상부상조를 중시하지만 이는 평등한 개인 간의 자유의지에 입각한 협력을 말하는 것이며, 가족이라는 이유만으로 다른 성인 가족의 재산과 신상에 처분권한이나 관리권한을 가지지 않는다. 연좌제를 금지한 것, 부부사이에서도 별산제를 인정한 것, 가족 채무에 대해 다른 가족 구성원은 책임을 지지 않는 것, 부양 역시 부양의 필요성과 가능성을 기준으로 하여 제한적으로 부담하는 것 등이 이를 잘 보여준다. 달리 말하면, 성인 가족에 대해 그의 의사와 무관하게 다른 가족이 재산을 관리하거나 신상을 보호할 책임도 권한도 없다고 할 것이다. 가족 중에서 후견인으로 선임되도록 한 것은 본인의 의사와 이익의 관점에서 보아야지, 가족의 책임의 관점에서 접근해서는 안 된다는 것이다.

(2) 그 점에서 보면 우리나라의 성년후견제도 중 상당부분은 정당성이 없거나 정당성 없이 운영될 위험요소가 있다.³⁵⁾ 첫째, 고령, 장애, 질병으로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 지속적으로 결여되었는지, 사무처리 능력이 부족한지, 사무처리에 지원이 필요한지에 따라 성년후견, 한정후견, 특정후견을 개시하도록 한다. 여기서의 ‘사무처리’는 본인이 지금 실제 하여야 할 사무 또는 가까운 장래 해야 할 것으로 예상되는 사무, 즉 본인에게 필요한 사무여야 한다. 본인에게 필요한 사무임에도 불구하고 정신적 제약으로 스스로 할 수 없다고 판단할 때에 후견을 개시하여야 한다. 그런데 현행 민법은 성년후견과 한정후견의 요건 중의 하나인 ‘정신적 제약으로 인한 사무처리 능력’을 개인의 필요성이라는 관점에 맞추지 않고, 일반적인 판단능력의 문제로 접근할 수 있게 구성되어 있다. 그 결과 본인이 현재나 장래 해야 할 필요나 개연성이 없음에도 불구하고 넓은 범위의 사무에 관하여도 후견인에게 대리권한을 부여할 수 있게 되어 있다. 이는 과도한 기본권 침해이다. 둘째, 본인이 현재 수행하여야 할 법률행위 또는 준법률행위를 의사무능력으로 인해 하지 못하거나 의사결정능력상의 장애로 단독으로 수행하는 데 어려움이 있을 때 후견을 개시하여 거기에 걸맞는 권한을 후견인에게 준다면 상당한 편의제공으로 인정될 것이다. 이 때에도 필요한 법률행위 또는 준법률행위를 본인 스스로 하기 어렵다고 예상되는 기간에 한정하여 후견이 인정되어야 할 것이다. ‘본인의 필요성’은 수시로 변하는 것이

35) 성년후견이 개시되면 의사능력이 있음에도 불구하고 신분관계의 형성에 후견인의 동의를 요하는 것, 선거권을 박탈하는 것, 기타 자격을 박탈하는 것 등의 결격조항을 두고 있다. 이런 결격조항이 성년후견을 개시한 사람을 차별하는 위헌적 규정이고, 유사한 결격조항을 둔 한정후견 역시 마찬가지이다. 본문을 결격조항의 위헌성이 아니라 성년후견제도의 위헌성을 다루는 것이다. 결격조항의 위헌성에 관하여는 위 주 10의 논문 참조.

어서 그 기간이 무한정일 수 없다. 현재의 필요성이 지속될 것이라고 합리적으로 예상되는 기간에 한정하여 후견이 개시되어야 한다는 것이다. 그런데 우리나라의 성년후견과 한정후견은 기간의 제한이 없는 후견이기 때문에, 그 자체로 이미 기본권을 과도하게 침해하는 제도이다. 셋째, 성년후견이 개시되면 본인에게 의사능력이 있는지와 무관하게 법률행위능력이 박탈되기 때문에, 그 자체로 이미 기본권을 과도하게 침해하는 위헌적 제도이다. 물론 민법 제10조 제2항은 피성년후견인이 스스로 할 수 있는 법률행위의 범위를 정할 수 있도록 하기 때문에 문제가 없다는 반론을 상정할 수 있다. 의사능력의 유무는 개별 법률행위별로 판단하여야 하기 때문에,³⁶⁾ 가정법원에서 후견을 개시할 때 스스로 할 수 있는 법률행위의 범위를 정하는 것은 불가능하거나 개별 법률행위별로 판단하지 않음을 전제한 것이다. 정신장애나 치매가 있더라도 맑은 정신으로 돌아 올 수 있고, 발달장애가 있더라도 쉬운 용어로 설명하거나 지속적 훈련을 거친다면 의사능력이 있을 수 있기 때문이다. 후견개시의 시점에서 예측할 수 없기 때문에, 민법 제10조 제2항의 규정을 근거로 기본권 침해가 아니라는 반론을 제기하기에는 설득력이 떨어진다.

2. 유엔 장애인권리협약 제3조, 제12조의 요청

(1) 정신질환, 발달장애, 치매, 뇌병변 등으로 의사결정능력에 장애가 있는 사람도 유엔 장애인권리협약에서 말하는 장애인이다.³⁷⁾ 의

36) 대판 2009. 1. 15., 2008다58367; 대판 2006. 9. 22., 2006다29358; 대판 2002. 10. 11., 2001다10113 등 참조.

37) 우리나라는 의학적 모델에 입각하여 장애를 분류하기 때문에 의사결정능력 장애라는 개념을 알지 못한다. 그러나 유엔 장애인권리협약 전문 e는 사회적 관점에서 장애를 정의하고 있다. 사회적 관점에서의 장애란 신체나 정신상의 손

사결정능력 장애인의 의사결정을 지원하거나 대행하는 제도를 둘 때의 인권법적 요청은 유엔 장애인권리협약 제12조에서 직접 다루고 있다. 그 중 여기서 다루는 법정후견과 직접 관련성이 있는 부분에 국한하여 그 핵심내용을 요약하면 다음과 같다. 첫째, 의사능력(mental capacity to make decisions)이 없다는 이유로 장애인의 권리능력과 행위능력을 박탈하거나 제한해서는 안 된다(동 협약 제2항).³⁸⁾ 동 협약 제12조 제2항에서 협약국은 장애인이 법적 능력(legal capacity)을 향유하도록 보장하여야 한다고 규정하기 때문이다.³⁹⁾ 둘째, 장애인이 보유한 권리를 행사할 수 있도록 그의 의사결정을 지원하여야 한다(제12조 제3항). 의사결정지원은 보편적 수단일 수도 있고, 개인적 수단일 수도 있다. 전자는 대체의사소통기구의 개발, 장애인이 권리행사를 위한 의사표시를 할 때 의사소통지원자를 두는 것

상(impairments)로 인해 사회생활에서 겪는 어려움을 장애(disabilities)라고 정의한다. 한편 우리나라 장애인복지법 시행규칙 별표에 따르면 치매는 장애로 분류되지 않지만, 의학적 모델에 따르더라도 치매는 장애로 분류한다. 이에 대해서는 제철웅, 앞의 논문(주 10), 206면; 제철웅, “요보호성인의 인권존중의 관점에서 본 새로운 성년후견제도”, 민사법학(56호), (2011. 12), 280면 이하 참조.

- 38) 의사능력은 개별 법률행위별로 판단하지만, 행위능력은 획일적 기준으로써 유효한 법률행위를 할 수 있는 자격을 정한 것이다. 개개의 법률행위에서의 의사능력이 없으면 그 법률행위는 무효이고, 따라서 행위능력의 문제는 제기되지 않지만, 미성년자일 경우 법정대리인의 동의가 없거나(민법 제5조), 처분을 허락한 재산(제6조)이 아닌 어떤 법률행위를 할 때에는 법정대리인이 취소할 수 있다는 것은 행위능력(그 제한)의 문제이다. 유엔 장애인권리위원회는 의사무능력이라는 이유로 행위능력을 제한해서는 안 된다고 한다. 의사무능력이라도 그의 욕구와 선호도(will and preference)를 존중하여 법적 효력을 부여할 수 있는 제도를 창설하도록 요구한다.
- 39) 이 점은 이미 유엔 장애인권리위원회의 제12조 평석초안에서도 지적되고 있다. Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Draft General Comment on Article 12, CRPD/C/11/4, n. 11-13. 상세한 것은 제철웅(위 주 10), 211면 참조.

등을 의미한다. 후자의 경우 의사결정지원자만이 아니라 후견인처럼 대체의사결정을 하는 사람도 포함될 수 있을 것이다.⁴⁰⁾ 셋째, 제4항에서는 의사결정지원으로 제공되는 각종의 조치가 남용되지 않도록 하기 위한 안전장치(safeguard)를 두도록 한다. 그 안전장치를 통해 의사결정지원을 위한 조치가 장애인의 욕구와 선호도(will and preference)를 존중할 수 있도록 보장하고, 이익상충과 부당한 영향력(undue influence)로부터 벗어나고, 개인의 사정에 맞춘 비례적인 것이어야 하며, 가능한 단기간이어야 하고, 권한 있는 중립적 기관 또는 법원에 의해 정기적으로 사법심사를 받을 수 있도록 보장해야 한다. 안전장치는 의사결정지원을 위한 조치가 장애인의 권리와 이익에 미치는 정도에 비례적인 것이어야 한다. 넷째, 제5항은 장애인이 자기 재산을 소유하고 관리할 권한, 은행을 이용할 권리가 보장되어야 하며, 자의적으로 재산을 박탈해서는 안 된다고 규정한다.

장애인권리위원회는 제12조의 일반평석에서 의사결정대행제도(substitute decision-making regime)를 폐지하고 의사결정지원적 대체(supported decision-making alternatives)를 발전시켜 나아가 한다는 의견을 제시하였다.⁴¹⁾ 의사결정대행제도란 단일한 의사결정에 관한 것이라 하더라도 장애인의 법적 능력(legal capacity)를 박탈하거나, 장애인이 아닌 다른 사람이 의사결정대행자를 선임하며, 특히 그가 원치 않는데도 의사결정대행자가 선임될 수 있거나, 장애인의 욕구나 선호도에 법적인 효력을 부여하는 것이 아니라 객관적 관점에

40) UN 장애인권리위원회는 제12조의 일반평석에서 후견제도의 즉각적 폐지(abolition of guardianship system)가 필요하다는 의견을 제시하기 때문에 이에 관하여는 논의가 필요하다.

41) UN Committee on the Rights of Persons with Disabilities, General Comment No. 1 (2014), CRPD/C/GC/1, n. 28. 참조

서 본 최선의 이익에 따라 의사결정을 대행하는 제도 일반을 의미한다.⁴²⁾ 이런 의사결정대행제도는 많은 나라에서 유지하는 후견제도에 상당부분 또는 일부 포함되어 있다.⁴³⁾ 본인의 욕구나 선호도가 아니라 최선의 이익을 기준으로 의사결정을 대리하는 것이 문제인 이유는 장애인에게 응당 보장되어야 할 위험 인수의 기회를 박탈하기 때문이라는 것이다.⁴⁴⁾ 그렇지만 장애인의 욕구와 선호도에 부합한다고 하여 과도한 위험, 과도한 부당한 영향력을 방지하여야 한다는 취지는 아니다.⁴⁵⁾

의사결정대행이라 하더라도 위와 같은 요소가 없다면 그것은 오히려 의사결정능력 장애인을 위한 정당한 편의제공이 될 수 있을 것이다. 그럼에도 불구하고 지원하여야 할 부분은 장애인이 의사결정지원을 받아 작성한 사전지시서, 지속적 대리권의 활용이다. 이는 의사결정대행제도의 단점이 없으면서 동시에 의사결정지원제도로 활용될 수 있기 때문이다. 장애인권리위원회는 이 제도를 장애인도 이를 활용하도록 지원해야 한다고 한다.⁴⁶⁾ 한편 장애인권리위원회는 장애인이 지원을 하더라도 스스로 의사결정을 하지 못하는 경우가 있음을 부정하지는 않는다. 이 때 누군가가 장애인을 대신하여 의사결정을

42) UN Committee on the Rights of Persons with Disabilities(위 주 41), n. 27.

43) 후견제도의 명칭은 나라마다 다르다. guardianship(미국, 호주의 신상보호 후견), trusteeship(캐나다 및 호주의 재산관리 후견), conservatorship(미국의 재산관리 후견), deputyship(영국의 후견), betreuer(독일의 후견) 등이 그 예이다. 장애인 권리협약은 명칭이 중요한 것이 아니라, 후견이 아니라 하더라도 위 본문의 속성을 가진 것은 모두 다 폐지되어야 할 의사결정대행제도인 셈이다.

44) UN Committee on the Rights of Persons with Disabilities(위 주 41), n. 12.

45) 장애인권리협약 제12조 제4항의 안전장치(safeguard)가 이런 위험을 방지하기 위한 것이다. 그러나 위험이나 부당한 영향력을 과대평가해서 장애인이 응당 감행할 수 있는 위험을 막아서는 안 된다는 취지이다. 위 주 34 참조.

46) UN Committee on the Rights of Persons with Disabilities(위 주 41), n. 17 참조.

해야 하지만, 그 때에도 객관적인 최선이 이익이 아니라 장애인의 현재의 욕구와 선호도를 최선을 다해 해석해서 거기에 법적인 효력이 부여되도록 해야 한다는 의견을 제시한다.⁴⁷⁾

장애인권리협약 제12조의 관점에서 보면 기간의 정함이 없는 후견, 장애인의 현실의 필요성과 무관하게 개시되는 후견 및 후견인의 권한, 후견개시와 더불어 피후견인의 행위능력이 제한 또는 박탈되는 것 등은 모두 장애인권리협약에 위반된다. 우리나라의 성년후견과 한정후견은 제도 자체만으로 이미 동조 위반임은 말할 것도 없다.

(2) 그렇지만 제12조에 관한 장애인권리위원회의 의견은 실무에서는 실행하기가 쉽지 않다. 특히 의사결정대행제도를 즉각 폐지해야 한다는 견해⁴⁸⁾를 모든 후견제도를 폐지하여야 하는 것으로 이해해서는 안 될 것이다. 장애인권리협약 제12조 제3항과 제4항을 결합해서 보면, 후견제도는 의사결정지원을 위한 하나의 모델이 될 수 있기 때문이다. 후견을 개인맞춤형으로 필요한 범위에 한정해서 최대한 단기간 개시하도록 하고, 장애인권리협약 제12조 제4항에 따라 후견인이 활동하도록 지원·감독한다면 이를 동조 위반이라고 보기는 어려울 것이다. 그럼에도 불구하고 의사결정지원을 우선하도록 하는 제12조 제3항의 요청을 엄두에 두면 후견은 최후의 불가피한 때에 활용되어야 할 최후의 수단이어야 함은 말할 것도 없다.

의사결정지원과 그에 대한 안전장치를 둘 협약국의 의무를 고려한다면, 사전지시서와 지속적 대리인제도를 장애인들이 활용하도록 지원하는 것, 사전지시서나 지속적 대리권이 현장에서 원활하게 사용될

47) UN Committee on the Rights of Persons with Disabilities(위 주 41), n. 21 참조

48) UN Committee on the Rights of Persons with Disabilities(위 주 41), n. 30에 서는 점진적 실현(progressive realization)은 제12조에 적용되지 않는다고 한다.

수 있게 지원하는 것, 지속적 대리인이 권한을 남용하지 않도록 적절한 지원과 감독을 수행하는 것 등이 협약 제12조 제3항, 제4항의 취지에 부합하는 제도라는 것이다.

3. 우리나라의 법정후견제도 운영에 대한 제안

(1) 앞서 II에서 살펴 본 바와 같이 후견인이 대리할 수 있는 모든 의사결정은 임의대리인도 이를 대리할 수 있다. 신상에 관하여 후견인이 대신 결정할 수 있는 것 역시 임의대리인도 대리할 수 있다. 이 점을 감안하면, 본인이 스스로의 판단 하에 대리인을 두어 자신의 재산 관리 및 신상 보호에 관한 의사결정을 대신하도록 권한을 수여하였다면, 그 범위에서는 특별한 사정이 없는 한 법정후견을 개시해서는 안 된다. 법정후견의 한 유형인 임의후견의 경우 임의후견인이 활동한 시점부터는 임의후견인 또는 임의후견감독인만이 법정후견 개시를 청구할 수 있도록 한 것(민법 제959조의20 제1항), 법정후견이 개시되었다 하더라도 임의후견감독인을 선임함으로써 법정후견을 종료할 수 있도록 한 것(민법 제959조의20 제2항)도 이런 취지라 못 볼 바도 아니다.⁴⁹⁾ 이는 임의후견에 한정할 것이 아니라,⁵⁰⁾ 일반적인 대리권이 수여되고 그 대리인이 반복적, 계속적으로 대리권을 행사함

49) 민법은 임의후견계약을 체결하더라도 그 효력은 법원이 임의후견감독인을 선임한 때로부터 발생하도록 한다(민법 제959조의14 제3항). 합리적으로 작성된 임의후견계약서에는 임의후견감독인으로 선임되기를 희망하는 본인의 의사가 미리 표시되는 것이 일반적일 것인데(경우에 따라서는 제1순위의 임의후견감독인, 제2순위의 임의후견감독인 등), 임의후견감독인이 선임되지 않는 한 아직 임의후견인 또는 임의후견감독인이라는 명칭을 사용하지 못한다. 임의후견계약의 효력이 발생하지 않았기 때문이다. 민법 제959조의20 제1항은 효력이 발생한 임의후견계약에 적용되는 규정이다.

50) 임의후견의 성격에 대해서는 후술한다.

으로써 의사결정능력 장애인에게 필요한 의사표시를 대행할 수 있는 경우에도 마찬가지라 할 것이다. 이 때에는 후견개시의 필요성이 없기 때문에 질병, 장애, 고령 등으로 정신적 제약이 있고 사무처리능력이 결여, 부족하더라도 법정후견을 개시해서는 안 될 것이다.

지속적 대리인이 그 권한행사를 부적절하게 행사한다는 합리적 의심이 있을 경우에는 어떠한가? 이 경우에도 본인이 스스로 의사결정을 할 수 있었다면 어떻게 하였을 것인가를 기준으로 본인이 현재 행사하지 못하거나 행사에 곤란을 겪는 의사결정권한을 법정대리인에게 수여하는 것이 적절할 것이다. 본인에게 의사결정능력이 충분하였다면 본인은 대리인으로부터 보고를 받아 적절한 지시를 하였을 것이다. 그 지시에도 불구하고 대리인이 선관주의의무에 따라 본인의 지시와 달리 권한을 행사한다면 그 때 본인은 대리권을 철회하였을 것이다. 법정후견은 바로 이런 권한을 후견인에게 부여하는 것이어야 할 것이다. 즉 대리인으로부터 보고받을 권한, 대리인에게 대리권 행사에서 주의하여야 할 사항의 지시권한, 대리권 철회권한을 법정후견인에게 부여하는 것에 한정하여야 한다는 것이다.⁵¹⁾

한편 사전지시서가 있는 경우도 마찬가지이다. 사전지시서가 요양 및 의료 서비스 제공자에게 제대로 전달될 수만 있다면 그 범위에서는 법정후견은 불필요하다. 다만 사전지시서가 제대로 전달될 가능성이 없을 개연성이 더 크다면 그 때에는 그 전달의 임무를 담당하는 법정후견을 개시할 수 있을 것이다.

(2) 법정후견은 유효한 사전지시서나 지속적 대리권이 없고, 본인

51) 독일에서는 본인이 대리인을 선임한 경우 법정후견인은 본인의 대리인에 대한 권한행사의 범위에서 선임하도록 한다고 한다. Staudinger/Bienwald, BGB (§§ 1896-1921), § 1896 Rn. 114 참조.

이 현재 수행하여야 할 법률행위 또는 준법률행위가 있음에도 불구하고 정신적 제약으로 그 법률행위를 하지 못할 때, 즉 그로 인해 본인에게 상당한 불이익이 발생하거나 발생할 우려가 있을 경우 개시되어야 한다. 스스로 선택한 지속적 대리인 또는 사전지시서가 있고, 그 효력이 유지된다면, 국가의 개입은 그 자체로 그 장애인의 일반적 활동의 자유 및 인간의 존엄성을 침해하는 부당한 기본권 제약이 될 것이다.

한편 법정후견의 개시가 개인의 의사와 무관하게 그의 대리인 선임권한에 관한 개입 즉 간섭일 때에는 그와 같은 개입의 필요성이 있고, 필요성이 존속되는 기간 동안에 한정되어야 할 것이다. 그렇지 않는 한 개인의 일반적 행동의 자유로서의 대리권 수여의 자유, 법률행위(준법률행위)의 자유라는 기본권을 위헌적으로 제한하기 때문이다. 따라서 법정후견의 범위와 기간은 본인에게 필요한 최소의 범위로 한정되어야 한다. 그 범위와 기간을 넘어서는 법정후견을 개시해서는 안 된다. 본인에게 필요한 범위와 기간 동안만 법정후견을 개시해야 한다는 것은 현재 해야 할 법률행위 또는 가까운 장래 본인이 해야 할 것으로 개연성 있게 예측되는 법률행위가 있음에도 불구하고 정신적 제약으로 본인 스스로 그 법률행위를 할 수 없어서 지원이 필요하거나 대행이 필요한 경우, 그 범위의 권한을 개연성 있게 예측되는 기간 동안 인정해야 한다는 것을 의미한다.

(3) 다른 한편 법정후견을 개시할 때에도 본인의 의사를 최대한 보장하는 방법과 수단을 채택하여야 한다. 첫째, 사전지시서 또는 지속적 대리권을 이용하기 어렵거나 이용하기를 원치 않는 경우도 있기 때문에, 법정후견이 개시될 것을 예상하여 적당하다고 판단하는 후견인 후보자를 본인 스스로 지정하거나 표시해 둘 수 있도록 지원

해야 한다. 가령 후견인에 관한 본인의 희망사항을 서면으로 기재하여 보관할 수 있는 방법을 도입하는 것이 필요하다. 이것이 아니라 하더라도 본인의 희망사항이 서면으로 기재되어 있거나 여타의 증명 가능한 방법으로 표시되어 있다면 그것을 존중하여야 한다. 둘째, 법정후견인이 준수하기를 희망하는 것에 대해서도 미리 본인의 의사를 표시해 둘 수 있게 지원하여야 한다. 가장 바람직한 것은 이러한 것을 양식으로 만들어 등록할 수 있는 시스템을 개발하는 것이 장애인 권리협약 제12조 제3항의 의사결정지원의 방법이 되는 것이고, 장애인 권리협약 제5조 및 장애인차별금지법 제4조 제2항의 정당한 편의 제공이 될 것이다.

(4) 끝으로 법정후견이 개시되었을 때 후견인의 활동이 본인의 욕구와 희망에 부합될 수 있도록 지원하고 감독하여야 한다. 동시에 우리나라의 여러 실정(후견이 필요한 사람의 유형, 장애 정도, 수행하여야 할 후견 업무에 관한 통계적 분석, 재판 업무 부담 등)을 감안하여 최장의 후견기간을 법정하는 것도 바람직할 것이다. 특정한 법률행위를 지속적으로 누군가가 대행하지 않을 수 없다고 하더라도 후견의 기간을 정하여 새롭게 사법적 심사를 받도록 하는 것이 바람직할 것이다.

IV. 사전지시서 및 지속적 대리권의 활성화와 정당한 편의제공

1. 임의후견의 정당성과 한계

(1) 임의후견계약은 질병, 장애, 고령 등으로 인한 정신적 제약으로

장래 사무처리를 하는 데 어려움을 겪을 것으로 예상되는 경우를 대비하여 자신을 위하여 법률행위 또는 준법률행위를 대리할 수 있는 권한을 부여하고, 여타의 사무처리를 위임하는 대리권수여부 위임계약이다.⁵²⁾ 통상의 대리권수여부 위임계약으로도 동일한 목적을 달성할 수 있음은 말할 것도 없다. 즉 재산 관리 및 신상 보호에 필요한 법률행위를 대리할 수 있을 뿐 아니라, 신체 접촉과 침습을 수반하는 요양 및 의료 서비스에 대한 동의를 대리하게 할 수 있다는 것이다. 그런데 임의후견계약이 통상의 대리권수여부 위임계약과 다른 점이 있다면, 가정법원이 임의후견감독인을 통하여 임의후견인의 활동을 감독하고, 임의후견인이 권한을 남용할 경우 임의후견인을 해임하거나(민법 제959조의17 제2항) 임의후견인이 가정법원의 허가를 받아 후견계약을 종료할 수 있다(민법 제959조의18)는 점이다. 또한 임의후견인이 활동하는 시점부터는 법정후견의 개시는 임의후견인 또는 임의후견감독인의 신청 없이는 가능하지 않도록 한 것도 통상의 위임계약과 차이가 있다.

(2) 임의후견계약은 그 계약의 체결을 공정증서로 하게 한 것(민법 제959조의14 제2항), 가정법원이 임의후견감독인을 선임할 때 비로소 임의후견계약의 효력이 발생하도록 한 것(민법 제959조의14 제3항), 임의후견감독인은 임의후견인의 가족이어서는 안 되는 것(민법 제959조의15 제5항, 제940조의5) 등의 제약이 있다. 이런 이유 때문에 임의후견계약은 고령 또는 장애로 일상생활, 치료, 요양을 위한 목적의 법률행위 대리권을 부여하려는 사람들은 이용하는 데 불편과 부

52) 이에 관한 상세한 것은 제철웅, “개정 민법상의 후견계약의 특징, 문제점 그리고 개선방향”, 민사법학(66호), (2014. 3), 115면 이하 참조.

답이 따른다.⁵³⁾ 선진국의 경험을 보면 지속적 대리권의 이용이 압도적으로 많고, 후견 이용은 지속적 대리권 이용의 10% 남짓에 불과하다는 점에 비추어 보면, 우리나라의 임의후견제도가 장애인권리협약 제12조의 일반평석상의 장애인권리위원회가 권고하는 의사결정지원 수단으로 주로 활용되기에는 한계가 있다.

그럼에도 불구하고 임의후견제도는 관리할 재산이 많고, 본인이 지정한 지속적 대리인으로는 본인의 의사능력 쇠퇴 이후의 시점에서의 재산관리에 어려움이 있을 것이라고 생각하는 사람들이 이용할 수 있을 것이다. 공증을 통한 계약 체결을 통해 위임 계약의 내용에 대해 법률가의 사전점검을 받을 수 있다는 장점이 있고, 지속적 대리인의 활동을 감독할 장치를 스스로 설정하는 데 비용과 노력이 소요될 것인데 이를 원치 않고 가정법원의 감독에 맡기고자 할 때에는 적절한 수단이 될 것이다.

2. 요양 및 의료에 관한 사전지시서 및 지속적 대리권과 정당한 편의제공

(1) 연명치료의 중단을 제외하면, 요양 및 의료에 관한 사전지시서는 지금도 아무 제한 없이 활용될 수 있다. 요양 및 의료에 관한 사전 동의를 의사표시를 해 둘 필요가 있는 것은 신체자유가 박탈되거나 신체 접촉 및 침습이 요구되는 요양 및 의료서비스 제공에 관한 사안들이다. 거주하고 싶은 장소, 섭취하기를 원치 않는 음식, 복용하기를 원치 않는 약물, 신체의 자유에 대한 제한과 구속(요양시설 등에서의 신체억제대 사용 등), 신체 침습적 치료에 불가결한 동의 여

53) 그 문제점은 제철웅, 위의 논문(주 52), 119면 이하 참조.

부 등에 관하여 미리 사전지시서를 작성해 두면, 그 사전동의의 효력으로 후견인에 의한 의사표시를 대체할 수 있다.

사전지시서에서 문제되는 것은 사전 동의가 법률적으로 효력 있게끔 작성하는 것, 사전 동의가 통상 필요하거나 예측되는 사안은 모두 망라할 수 있게 서면을 작성하는 것, 작성된 서면을 보관하여 요양 및 의료 서비스 제공자에게 전달되게 하는 것 등이다. 이 일을 국가가 지원한다면 그것이 바로 장애인권리협약 제12조 제3항의 의사결정지원이 될 것이다. 그 방법에는 사전요양지시서와 사전의료지시서의 등록, 환자의 동의가 필요할 경우 요양 및 의료 서비스 제공자가 이를 열람할 수 있는 것, 사실상 돌보는 친족이나 제3자가 이를 서비스제공자에게 전달할 수 있게 지원하는 것 등이 있다. 그럼에도 불구하고 사전지시서의 경우 상황에 맞는 동의의 의사표시를 미리 망라적으로 하기 어렵다는 점, 전달에 어려움이 있다는 점의 단점을 쉽게 극복하기 어렵다. 이런 곤란을 해결해 줄 수 있는 것이 대리인을 선임하여 그로 하여금 반복적, 계속적으로 법률행위를 대리하거나 신체 자유 박탈, 신체 접촉과 침습을 수반하는 요양 및 의료에 대한 동의의 의사표시를 대리하도록 하는 것이다.

(2) 의사결정능력이 없어진 시점에서 본인이 해야 할 법률행위 및 준법률행위를 반복적, 계속적으로 대리할 수 있는 지속적 대리권을 부여하는 것은 의사결정지원 중 가장 핵심적인 수단이다. 무엇보다도 본인의 필요성에 맞게끔 스스로 대리권의 범위를 정할 수 있고, 신뢰할 수 있는 사람을 대리인으로 지정할 수 있으며, 의사결정대행의 방법까지도 본인에게 맞게끔 미리 정하고, 대리인의 활동 감독 방법과 수단까지 본인이 정할 수 있기 때문에, 지속적 대리인은 의사결정능력을 상실한 시점에서 본인의 욕구와 선호도를 충실히 반영하

여 의사결정을 대행할 수 있다. 이 점에서 유엔 장애인권리협약 제12조 제2항, 제3항의 요건에 충실히 부합할 수 있다.

그러나 현행법상의 지속적 대리권에는 다음과 같은 단점이 있다. 첫째, 지속적 대리권의 존재를 증명하기가 쉽지 않다. 일상 거래에서는 대리권을 증명할 때에는 본인의 인감도장이 찍힌 위임장, 인감증명서, 주민등록증 사본 등으로 통해 대리권의 존재를 증명한다. 그런데 지속적 대리권은 반복적, 계속적으로 대리권을 행사하여야 하기 때문에 그 때마다 대리권을 증명할 수 있는 방법이 있어야만 한다. 둘째, 대리권은 통상 위임이나 고용 등과 같은 내부관계로 뒷받침되기 때문에 본인에게 보고할 의무가 있다. 본인은 대리인의 대리권행사의 전말을 보고받음으로써 그의 활동을 관리·감독할 수 있다. 부적절한 대리권행사가 있을 때에는 대리권을 철회할 수도 있다. 그런데 본인의 의사결정능력이 없어지거나 쇠퇴한 경우 본인의 관리·감독 능력이 현저히 상실될 수 있다는 단점이 있다.

첫째의 단점은 비용이 들기는 하지만 사서증서의 인증을 통해 해결할 수 있다(공증인법 제57조 이하). 둘째의 단점은 복수의 대리인을 두고, 그 중 일부는 본인의 관리·감독권한을 대행할 수 있게 위임함으로써 극복할 수 있다. 관리·감독권한을 대행하는 대리권을 공익법인 또는 신뢰할만한 법률가에게 부여하여 그 역할을 수행하게 함으로써 곤란을 극복할 수 있다. 그러나 본인의 장애의 필요성에 가장 부합하는 권한을 가진 대리권 증서를 작성해 주고, 그 대리인이 선관주의의무로써 업무를 수행할 수 있게끔 관리·감독권한을 대리할 공익법인이나 유사한 기관, 개인을 활용하도록 관련 법률문서를 작성해 줄 유능한 법률가가 있어야 한다는 문제가 있다.

(3) 유엔 장애인권리협약 제12조는 모든 협약국에게 의사결정능력

장애인이 스스로 권리행사를 할 수 있게끔 의사결정지원체계를 갖추도록 보장하여야 하고(제12조 제3항), 그 의사결정지원체계의 안전성을 담보할 의무도 협약국에 있다고 한다(제4항). 국가가 지속적 대리권 양식서를 개발하여 등록하게 함으로써 대리권의 존재를 쉽게 증명할 수 있도록 하는 것, 대리인의 활동을 국가가 직접 또는 민간에 위탁하여 관리·감독하게 함으로써 의사결정능력 장애인의 부족한 관리·감독 역량을 보충하는 것, 즉 정당한 편의제공을 하는 것이 이런 안전장치(safeguard)가 될 것이다. 영국의 영속적 대리권의 등록제도, 독일의 장래대리권의 등록제도, 캐나다 브리티시 컬롬비아주의 ‘대리 합의서’ 등록제도, 싱가포르의 영속적 대리권 등록제도 등이 바로 그것이다. 영국의 공공후견인청, 브리티시컬롬비아주의 공공후견인청, 싱가포르의 공공후견인청 등이 바로 그러한 관리·감독기능을 수행하는 기관과 유사하다. 우리나라의 경우에도 이미 현행법으로 인정되는 지속적 대리권을 의사결정능력 장애인의 권리행사를 위한 정당한 편의 제공 수단으로 활용하는 것이 필요할 것이다. 이를 위해서는 재산관리 및 신상보호에 관련된 법률행위 및 준법률행위를 대리할 권한을 미리 부여하는 지속적 대리권 증서를 등록하게 한 후, 등록기관이 발급한 증명서로 반복적, 계속적 대리권 행사에서의 대리권을 증명하도록 하고, 대리인의 활동을 등록기관이 관리·감독하거나 민간에 위탁하여 관리·감독하는 것이 바로 장애인권리협약 제12조 제4항의 안전장치를 갖추는 길일 것이다.

지속적 대리권에 대한 또 다른 정당한 편의제공은 지속적 대리인의 의사결정이 본인의 생명, 신체에 중대한 영향을 미칠 수 있는 사안일 때에는 설사 본인이 대리인에게 동의를 대행하게 하였다 하더라도 대리인의 대리행위의 적정성을 사법적으로 심사하게 하는 장치를 두는 것이다. 신체의 자유와 완전성을 침해하는 요양 및 치료에

관한 동의의 대리, 생명과 신체에 직접 중대한 영향을 미칠 수 있는 의료행위의 동의를 대리하는 것 등이 그 예일 수 있다. 다만 사법적 심사의 어떤 범위로 어떻게 할 것인지는 본인이 대리인에게 어떤 지침을 제공하였는가에 따라 달라질 수 있다.

3. 현행법 하에서의 법률가의 역할

(1) 기존 법제도를 숙지하여 그 장·단점을 분석한 후 의뢰인의 인권을 최대한 신장시킬 수 있는 새로운 법적 수단, 논리를 개발하는 것이 법률가에게 주어진 소명을 극대화하는 길일 것이다. 후견제도를 접하는 법률가의 자세도 이와 다를 수 없다. 법정후견을 이용하는 것을 문의하는 의뢰인이 있을 때에는 현행 법정후견이 피후견인의 인권, 기본권을 침해할 우려가 상당히 높기 때문에 반드시 법률가의 상세한 조언을 얻지 않으면 안 된다는 점을 알리는 것이 법률가의 윤리에 부합할 것이다(변호사법 제1조). 의사결정능력 장애인이 현재 수행해야 하지만 장애로 스스로 하기 어렵거나 할 수 없는 법률행위가 무엇인지, 즉 후견의 필요성을 파악하는 것이 법률가의 가장 중요한 역할 중 하나일 것이다. 이 때 그 필요성을 충족시켜 줄 수 있는 다른 법적 수단, 가령 신탁 등의 방법이 없는지를 검토해야 할 것이다. 그리고 난 이후에야 비로소 필요한 범위의 권한을 가진 후견을, 그 필요성(다른 대체수단의 존재까지 고려한 후)이 지속될 것으로 합리적으로 예상되는 기간 동안 부여받을 수 있는 법정후견의 개시를 신청하도록 조력해야 할 것이다. 성년후견이나 한정후견은 매우 예외적인 상황이 아니면 신청하지 않아야 한다는 것이다. 설령 지속적으로 재산을 관리하여야 할 필요가 있다고 하더라도 신탁 등을 개설하여 재산관리사무를 수행할 수 있을 때까지만 존속되는 후견을 신청

하는 것이 바람직하다.

(2) 더 많은 관심을 가져야 할 부분은 현 시점에서는 정신적 제약이 없더라도, 장차 질병, 장애, 고령 등으로 정신적 제약이 발생할 개연성이 높은 사람들에게 거주지 결정, 신체 접촉과 침습을 수반하는 요양 및 의료에 관한 사전지시서를 작성하도록 지원하는 것, 지속적 대리권 증서를 미리 작성하도록 지원하는 것이다. 유명한 기업인이 사전지시서와 지속적 대리권을 준비하지 않았기 때문에 법정후견을 신청하는 일은 더 이상 있어서는 안 될 것이다. 인간으로서의 존엄성을 유지함에 있어서 자기결정이 얼마나 중요한지, 법정후견은 그 자체로 기본권 침해의 우려가 크다는 점에 대해 법률가들이 앞장 서서 설명할 때 인권의 보호자로서의 법률가의 명성과 신뢰를 축적해 나갈 수 있을 것이다.

(3) 법률가는 국민의 인권신장, 특히 고령사회에서 심각한 문제로 부각되는 고령자와 장애인의 인권신장을 위해 새로운 법적 수단을 만들어 내는 데 앞장 서야 할 것이다. 특히 요양 및 의료에 관한 사전지시서, 지속적 대리권 양식서를 만들고, 그것을 등록하며, 지속적 대리인의 활동을 감독하는 것을 목적으로 하는 공익법인을 설립해서 활동하는 것이 법률가의 사회운동으로, 인권운동으로서 매우 가치 있는 일이라 생각한다.⁵⁴⁾ 법률가 아니고는 할 수 없는 일이자, 모든 사

54) 캐나다 브리티시 컬롬비아 주의 Nidus라는 비영리공익법인은 의사결정능력 장애인이 '대리합의계약서'를 미리 작성해서 등록해서 의사무능력 상태에서도 본인 의사에 따른 의사결정이 이루어질 수 있게 지원하는 민간운동을 하였고, 그 결과 '대리합의법(The Representative Agreement Act)'의 제정에 앞장 섰다. 현재 Nidus는 대리합의법에 따른 대리합의서 등록업무를 담당하고 있다. Nidus 활동의 평가는 제철웅, 앞의 논문(주 52), 109면 이하 참조. 대리합의법의 내용

람에게, 그러나 우리 사회의 가장 약자에게 혜택이 돌아가는 활동이기 때문이다. 법률가의 자발적 노력이 축적될 때 비로소 우리 사회에 만연한 비합법적 의사결정대체 수단이 사라지는 환경이 조성될 것이다.

V. 결론: 미래의 길

민사법 질서에서는 모든 성인은 스스로 결정하면서 생활하여야 할 권리의무의 주체라고 인정하지만, 후견과 지속적 대리 이외에도 의사결정을 할 수 없

을 때 가족, 친족, 기타 이해관계인이 의사결정능력 장애인을 대신하여 의사결정할 수 있도록 하는 의사결정대행제도가 매우 많다. 적지 않은 사회보장법이 이들에게 의사결정대행권한을 인정하고 있으며, 사회보장법에 의해 규율되는 요양 및 의료의 영역에서도 법률에 근거가 없더라도 가족, 친족, 기타 이해관계인(많은 경우 시설장)이 의사결정능력 장애인을 대신하여 의사결정하도록 하는 시행규칙 또는 행정지도를 하고 있다. 그 여파는 다시 일상생활에까지 확산되어 후견과 지속적 대리 없이도 가족과 친족들이 의사결정을 대행하는 것을 사회가 자연스럽게 받아들이고 있다. 이런 환경 하에서는 가족 또는 장래 상속인 간의 분쟁이 있거나 의사결정능력 장애인이 현저한 재산적, 신체적 피해를 입은 경우가 아니면 후견이나 지속적 대리권은 이용되지 않을 것이다. 후견이나 지속적 대리권을 이용할 수 있는 사회적 환경이 매우 열락하다는 것이다. 이는 곧 의사결정능력 장

은 제철웅, “캐나다 브리티시 컬럼부이 주의 의사결정능력장애인의 사법상의 권리실현 보장체계에 관한 연구”, 비교사법(21권 4호), (2014. 11), 1575면 이하 참조.

애인의 인권, 기본권, 권리와 권익이 무시되거나 존중받지 못하는 것으로 귀결된다. 의사결정능력 장애인인 치매환자, 정신장애인, 발달장애인, 뇌병변장애인, 초고령자가 생활하기 어려운 법환경이 조성되어 있다는 것이다. 누구나 고령자가 되고, 인생의 일정 기간 동안에는 의사결정능력 장애인으로 살 수 밖에 없음에도 불구하고, 그것은 미래의 일이어서 무방비, 무대책의 관행이 사회를 지배하게 된다. 이런 환경에서는 인권존중의 선봉에 서야 할 법률가가 수행해야 할 시대적 소명이 무엇인지 명확할 것이다. 즉 의사결정능력 장애인의 인권을 최대한 신장하고, 그들의 자기결정권을 최대한 존중할 수 있는 법적 수단을 만들고 이용하도록 하는 데 법률가들이 앞장 서야 한다는 것이다. 인권이 파수꾼이 될 때 법률가는 자신의 소명을 다 하게 될 것이고, 사회를 살아가는 개인들도 행복해질 것이다.

Adult Guardianship and Lasting Power of Attorney: Transition from the Protection of, to the Respect to the Rights of, Persons with Impairments to Decision-Making Ability

Je Cheolung*

Under the legal incapacity regime, an adult guardian, who used to be a family member, was endowed with the responsibility and power to administer properties and protect personal welfare of adults with impairments to decision-making ability as soon as the latter were declared to be in full incapacity(Gm-Chi-San) or in limited incapacity(Han-Jeong-Chi-San). The guardian had the power of representation as a part of property administration and personal custody. Under the adult guardianship system, a guardian has no longer the responsibility and power to administer properties and protect personal welfare of the person under guardianship. The guardian, except the full guardian, is allowed only to represent the person under guardianship in relation to financial affairs and personal welfare. The power of representation is restricted to the juridic acts which would be done by the person under guardianship if he/she had the legal capacity to make decisions. With the commencement of guardianship the state, namely a judge, delegates the power to make decisions on behalf of persons under

* Prof. Hanyang University.

guardianship to guardians, meaning that guardianship intervenes the private sphere and violates the rights of persons under guardianship to self-determination in relation to legal acts including the appointment of agents by himself or herself. Therefore, the commencement of guardianship should be in accordance with the principles of lawful restriction of constitutional fundamental rights. It would be against the constitution if guardianship is commenced beyond the necessity and period necessary for the protection of persons under guardianship.

On the other hand, any person can endow proper persons with the lasting power of attorney to do legal acts on his and her behalf for the future when he or she might lose the mental capacity to make decisions. Then, that person with the lasting power of attorney would repeatedly and continuously represent the principal in relation to property affairs and personal welfare and medical treatments which would be necessary for the principal. That case would lack the necessity of guardianship, and if so, it would be necessary for a guardian to exercise the power of principal to supervise the legal acts done by persons with lasting power of attorney. The same thing would happen if the advanced directive to care and medical treatment is effectively drafted.

This article suggests that guardianship should be a last resort and commenced in the least restrictive way in the unavoidable case for the protection of persons with impairments to decision-making ability because it is the state obligation to respect their rights to self-determination. Instead, this article suggests that the state should provide for the registration and supervision system of advanced directives and lasting powers of attorney so as to facilitate convenient use of them, which would be regarded as a reasonable accommodation for disabled persons. To support this arguments,

this article analyses the historical development of guardianship and the enlargement of the scope of legal representation, and introduces the general comment of UN committee on the Rights of Persons with Disabilities to explain why the least restrictive use of guardianship and positive support to advanced directives and lasting power of attorneys are necessary.

【참고문헌】

〈국내문헌〉

단행본

허 영, 『한국헌법론』 (전정 12판), 박영사(2016)

논문

- 구상엽, “개정 민법상 성년후견제도에 대한 연구”, 박사학위논문, 서울대학교(2012)
- 박인환, “새로운 성년후견제도의 시행과 결격조항 정비의 과제”, 비교사법(제21권 3호), (2014. 8)
- 제철웅, “영국법에서의 의사결정무능력 성인의 보호제도의 역사적 전개와 2005년의 정신능력법의 특징”, 비교사법(17권 4호), (2010. 12)
- _____, “요보호성인의 인권존중의 관점에서 본 새로운 성년후견제도”, 민사법학(56호), (2011. 12)
- _____, “개정 민법상의 후견계약의 특징, 문제점 그리고 개선방향”, 민사법학(66호), (2014. 3)
- _____, “유엔 장애인권리협약의 관점에서 본 한국 성년후견제도의 현재와 미래”, 가족법연구(28권 2호), (2014. 7)
- _____, “고령자의 판단능력 쇠퇴를 대비한 미래설계와 새로운 성년후견제도”, 법학논총(제32권 1호), (2015. 3)
- 제철웅/최윤영/유혜인, “공공후견인의 직무분석과 그 시사점”, 비교사법(23권 2호), (2016. 5)
- 조문순, “발달장애인 학대를 조장하는 사회, 현실과 실천과제”. 『한국 장애인복지학회 2016년도 춘계학술대회 자료집』 (2016), 한국 장애인복지학회 참조.

기 타

보건복지부 노인정책과, 2014 노인학대현황보고서, (2015)

〈외국문헌〉

P. Bartlett, *The Mental Capacity Act 2005*, Oxford University Press(2005)

Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, *Grundgesetz* (12. Aufl., Carl Heymanns Verlag, 2011

Bundesamt für Justiz, *Justizstatik GÜ 2 der Amtsgerichte 2002-2013*, erg. Mitteilung der JM Baden-Württemberg; Auswertung:Deinert.

Horst Deinert ausgewertet, *Betreuungszahlen 2012-2013*, 2015

Denzil, *Roman Origins of Modern Guardianship Law*, in: Dayton ed., *Comparative Perspectives on Adult Guardianship*, Carolina Academic Press, 2014

Sieh-Chuen Huang, *Adult Guardianship and Care in Taiwan*, in: Waltjen/Lipp hrsg., *Liber Amicorum Makoto Arai, Nomos*, 2015

Staudinger, *Kommentar zum BGB Viertes Buch Familienrecht*, §§ 1896-1921, 1999

Committee on the Rights of Persons with Disabilities, *Draft General Comment on Article 12*, CRPD/C/11/4, 2013. 11

UN Committee on the Rights of Persons with Disabilities, *General Comment No. 1* (2014), CRPD/C/GC/1, 2104.4

lienrecht, §§ 1896-1921, 1999

Committee on the Rights of Persons with Disabilities, *Draft General Comment on Article 12*, CRPD/C/11/4, 2013. 11

UN Committee on the Rights of Persons with Disabilities, *General Comment No. 1* (2014), CRPD/C/GC/1, 2104.4