

발 간 등 록 번 호

33-9750040-000448-01

헌법이론과 실무

2023-A-14

성년후견제도에 관한 헌법적 검토



Constitutional Research Institute



헌법재판소
헌법재판연구원



성년후견제도에 관한 헌법적 검토

연구책임자 : 소 은 영 책임연구관(제도연구팀)

목 차

I. 서론 / 1

| | |
|----------------------|---|
| 1. 연구의 배경 및 목적 | 1 |
| 2. 연구의 구성 | 3 |

II. 성년후견제도 개관 / 5

| | |
|---------------------------------|----|
| 1. 성년후견제도의 내용 및 현황 | 5 |
| 가. 성년후견제도의 도입 | 5 |
| 나. 성년후견제도의 유형 | 7 |
| 1) 법정후견 | 7 |
| 가) 성년후견 | 7 |
| 나) 한정후견 | 8 |
| 다) 특정후견 | 9 |
| 2) 후견계약 | 10 |
| 다. 성년후견제도 이용 현황 | 11 |
| 라. 공공후견지원사업 | 14 |
| 1) 발달장애인 공공후견지원사업 | 14 |
| 2) 치매공공후견사업 | 15 |
| 3) 정신질환자 공공후견활동지원사업 | 17 |
| 2. 성년후견제도에 대한 평가 | 18 |
| 가. 성년후견제도의 의의 | 18 |
| 1) 피후견인의 의사 존중 및 현존능력의 활용 | 18 |
| 2) 필요성·보충성·보편화 원리 | 19 |
| 3) 사회보장제도로서의 성격 | 21 |

| | |
|---------------------|----|
| 나. 성년후견제도의 한계 | 22 |
| 1) 제도적 한계 | 22 |
| 2) 현실적 한계 | 22 |

Ⅲ. 국제규범 및 해외 입법례 검토 / 25

| | |
|---|----|
| 1. 서언 | 25 |
| 2. 장애인권리협약 (2006) | 26 |
| 가. 장애인권리협약과 성년후견제도 | 26 |
| 나. 장애인권리위원회 일반논평 제1호 | 27 |
| 1) 협약 제12조의 해석에 관한 일반논평 | 27 |
| 2) 협약 제12조 제2항의 ‘법적 능력’의 의미 | 28 |
| 3) 협약 제12조 제3항의 ‘필요한 지원’의 의미 | 29 |
| 다. 대한민국 정부보고서에 대한 장애인권리위원회 최종의견 | 30 |
| 라. 검토 | 31 |
| 3. 유럽연합 | 33 |
| 가. 유럽인권협약 및 유럽인권재판소 결정례 | 33 |
| 1) Winterwerp v. the Netherlands (1979) | 33 |
| 2) Shtukaturv v. Russia (2008) | 34 |
| 3) Stanev v. Bulgaria (2012) | 35 |
| 4) D.D. v. the Lithuania (2012) | 36 |
| 나. 유럽평의회 ‘행위무능력 성인의 법적 보호에 대한 권고’ (1999) | 36 |
| 4. 영국 | 38 |
| 가. 정신능력법(Mental Capacity Act 2005)의 제정 배경 | 38 |
| 나. 정신능력법의 주요 내용 | 40 |
| 5. 아일랜드 | 42 |
| 가. 법개혁위원회의 후견제도 등 개선안 | 42 |
| 나. 의사결정지원법(The Assisted Decision Making (Capacity) Act 2015) .. | 43 |

| | |
|-------------------------|----|
| 1) 의사결정지원법의 제정 | 43 |
| 2) 의사결정지원법의 내용 | 44 |
| 가) 의사결정지원의 이념 | 44 |
| 나) 의사결정지원의 유형 | 45 |
| 다) 의사결정지원 담당기관 | 46 |
| 6. 독일 | 46 |
| 가. 종래의 행위무능력자 제도 | 46 |
| 나. 1992년 성년후견법 | 47 |
| 다. 2021년 개정 성년후견법 | 50 |
| 1) 개정 배경 | 50 |
| 2) 주요 내용 | 51 |
| 7. 소결 | 52 |

IV. 성년후견제도에 관한 헌법적 쟁점 / 55

| | |
|-----------------------------------|----|
| 1. 서언 | 55 |
| 2. 성년후견제도에 관한 헌법적 쟁점 | 55 |
| 가. 성년후견제도에 내재한 피후견인의 기본권 제한 | 55 |
| 1) 피후견인의 기본권행사능력 제한 | 55 |
| 2) 피후견인의 기본권행사능력 제한의 정당화 | 56 |
| 가) 서언 | 56 |
| 나) 기본권행사능력 제한의 중대성 | 57 |
| 다) 헌법재판소 결정의 태도 | 59 |
| 3) 대안으로서 의사결정지원 모델 | 60 |
| 나. 현행 성년후견제도에서 피후견인의 기본권 제한 | 63 |
| 1) 친족법상 행위에 대한 성년후견인의 동의 | 64 |
| 2) 성년후견제도 관련 절차적 문제 | 66 |
| 가) 후견개시신청에서 본인의 의사 우선 | 66 |

| | |
|----------------------------------|----|
| 나) 의견진술 기회 보장 및 대면심사 | 67 |
| 다) 후견감독과 종료 | 69 |
| 라) 심판의 고지, 이의제기와 절차보조인의 조력 | 70 |
| 다. 피후견인임을 이유로 한 결격조항 | 71 |
| 3. 성년후견제도의 장애인 복지적 성격과의 조화 | 73 |
| 4. 소결 | 75 |

V. 결론 / 77

| | |
|--------------|----|
| ■ 참고문헌 | 79 |
|--------------|----|

초 록

2013년부터 시행된 민법상 성년후견제도는 당사자의 결정을 최대한 존중하고, 필요한 한도 내에서 후견이 개시되어야 한다는 원칙에 입각하여 설계되었다. 이에 따라 법정후견의 유형을 세분화하고 후견계약을 도입하였으며, 구체적으로 범위를 달리 정하거나 사후 변경도 가능하도록 하였다. 제도 시행 후 10년이 경과하면서 성년후견개시청구는 증가하였으나, 후견인이 포괄적 대리권을 갖는 성년후견 유형의 이용률이 높고 후견계약 활용이 저조한 실정 등으로 볼 때 도입 당시의 이념이 충분히 구현되고 있다고 보기는 어렵다. 또한, 성년후견제도는 피후견인의 민법상 행위능력을 전부 또는 일부 제한하는 것이므로, 피후견인의 의사를 타인이 ‘대리’할 수 있다는 접근이 타당한지의 문제가 제기된다.

국제연합 장애인권리위원회는 일반논평을 통해 타인이 의사결정능력 장애인을 대신하여 의사결정을 대리하는 것은 그것이 객관적으로 최선의 결정이더라도 장애인권리협약에 반한다는 입장이다. 이에 따라 영국, 독일, 아일랜드 등 최근 후견인이나 보조자가 당사자를 대신하여 결정하는 것이 아니라, 당사자의 의사에 따라 결정하고 보조자나 지원자는 결정을 조력하는 것을 원칙으로 하는 방향으로 성년후견법제를 전환하는 국가들이 있다.

민법상 성년후견제도도 자기결정의 존중 이념의 실현을 위해서는 성년후견제도의 원칙적 방향을 의사결정의 대리에서 지원으로 전환하는 것을 고려할 수 있다. 그 외에도, 현행 제도 하에서 친족법상 행위에 대한 성년후견인의 동의, 후견심판절차에서 당사자의 의사를 반영하지 않거나 충분한 조력을 받지 못하는 점, 각종 법률에 남아 있는 피후견인임을 이유로 한 결격조항은 피후견인의 헌법상 기본권을 증대하게 제한하므로 개선이 필요하다.

주제어: 성년후견제도, 장애인권리협약, 의사결정대리, 의사결정지원, 장애인 복지

I. 서론

1. 연구의 배경 및 목적

개인의 선택에 따라 스스로 결정을 내릴 수 있는 능력은 사회에서 한 인간이자 완전한 구성원이 된다는 것을 의미한다. 사람은 태어나면서부터 권리와 의무의 주체가 되지만(민법 제3조), 권리를 취득하고 의무를 부담하려면 자신의 행위의 의미나 결과를 판단할 수 있는 정신적 능력, 즉 의사능력이 필요하다. 일상생활의 개별·구체적인 국면에서는 다양한 법률행위가 이루어지는데, 의사능력을 객관적으로 획일화한 것이 “단독으로 완전하고 유효하게 법률행위를 할 수 있는 지위 또는 자격”을 의미하는 행위능력이다.¹⁾ 개인은 자신의 삶의 경로를 선택하고 추구할 자유를 갖고, 그 과정에서 수반되는 결정들을 하게 된다. 실수도 하고 비합리적인 결정도 하며, 친구, 가족, 교사, 전문가의 도움을 받아 결정하기도 한다. 그런데 질병, 노령, 장애 등의 이유로 의사결정에 어려움을 겪고 있더라도 법률행위를 하지 않고 살아갈 수는 없다. 따라서 대부분의 국가에서는 질병이나 고령 기타 사유로 의사결정에 어려움을 가진 사람들을 위해 다른 사람들이 결정을 대신하거나 도움을 주는 제도, 그 중에서도 법원 등의 독립된 기관이 후견인을 선임하여 의사능력 없는 사람의 행위를 대신하거나 도움을 주는 제도를 두고 있다.

과거 우리나라에서는 질병이나 장애, 고령을 이유로 의사결정에 도움이 필요한 사람의 경우 가족이 일상생활의 돌봄이나 법률행위의 대리 등을 전반적으로 수행해 왔고, 가족이 돌보기 힘든 중증 정신장애인이거나 신체저동·의사표현이 어려운 고령자의 경우에는 정신병원이나 정신요양시설, 기타 사회복지시설, 요양병원 등에 장기간 머무르는 경우가 많았기 때문에 후견인의 조력을 받아서 법률행위를 할 필요성에 대한 공감대가 널리 형성되어 있지 않았다. 또한, 우리나라는 2017년 만 65세 인구 비율이 14%를 넘는 고령화 사회에 진입하였고, 2025년에는 그 비율이 20%를 넘는 초고령 사회로의 진입이 예상된다.²⁾

1) 송덕수, 신민법강의, 박영사, 2023, 81쪽; 지원림, 민법강의, 홍문사, 2019, 61쪽 등.

2) 초고령사회는 전체 인구 중 65세 이상 인구가 차지하는 비율이 20% 이상인 사회를 말한다. 일반적으로 사회보장(social security)을 요구할 수 있는 시기인 65세를 기준으로 하여 65세 이상 인구 비율이 7% 이상이면 ‘고령화사회(aging society)’, 14% 이상이면 ‘고령사회(aged society)’, 20% 이상은 ‘초고령사회(super-aged society)’로 분류하고 있다(World Bank Group 2019). 2023년 기준 우리나라의 65세 이상

이에 따라 치매 유병률³⁾ 및 인지능력이 감퇴한 고령자의 증가도 예상되는 상황이다. 가족 형태가 변화하고 기대 수명이 늘어나면서 과거와 같이 장기간의 가정 내 돌봄이 더 이상 가능하지 않고, 고령자가 부양의 대상이 아닌 경제·사회생활의 주체로 살아가는 일이 빈번해졌다.

과거 민법에서는 행위무능력자 제도를 두었는데, 제도적으로 미흡한 점이 적지 않을 뿐 아니라 대체로 부양의무자인 가족이 보호자의 이름으로 권한 없이 법률행위를 대신하는 경우가 많아 제도의 이용이 매우 저조하였으며 전술한 사회적 변화를 반영할 필요가 있게 되었다. 법제도의 정비를 위한 논의 결과 2011. 3. 7. 민법을 개정하여 취약성인계층의 권리보호와 자기결정권 존중을 기초로 이들의 재산관리와 신상보호를 규율하는 성년후견제도를 마련하였고, 개정 민법은 2013. 7. 1.부터 시행되었다. 성년후견제도는 한정치산자나 금치산자로부터 행위능력을 포괄적으로 박탈하는 과거의 행위무능력제도와 달리, 피후견인이 필요한 한도 내에서 지원을 받고 그의 잔존능력⁴⁾을 최대한 활용할 수 있도록 하며, 사회의 다른 구성원과 더불어 살아가도록 하고자 하는 취지에서 도입된 것이다. 이제 성년후견제도 시행 후 10년이 경과하였는데, 그 동안 성년후견제도를 이용하는 건수는 꾸준히 증가해 왔다.⁵⁾

성년후견제도에 대해서는 민법 개정 과정에서부터 선행 연구가 축적되어 있고, 성년후견제도의 실무, 다른 국가의 성년후견제도에 관한 비교법적 연구도 이루어지고 있다. 한편, 정신적 장애인이나 고령자를 위한 사회복지의 관점에서 성년후견제도의 실태를 분석하는 연구도 존재한다. 그러나 성년후견제도를 헌법적 관점에서 검토하고자 하는 시도는 거의 없었던 것으로 보인다. 현행 성년후견제도의 내용 일부에 대한 헌법재판소 결정이

고령인구는 전체 인구의 18.4%로, 계속 증가하여 2025년에는 20.6%로 초고령사회로 진입하고, 2035년 30.1%, 2050년에는 43%를 넘어설 것으로 전망되고 있다(2023 고령자 통계, 통계청, 2023, 20쪽).

- 3) 2016년 치매 역학조사 결과, 2018년 현재 65~69세에서 약 1%, 70~74세에서 4%, 75~79세에서 12%, 80~84세에서 21%, 85세 이상에서 40% 정도의 유병률을 보여, 연령별 유병률은 대략 연령이 5세 증가할수록 유병률도 2배 가량 증가하는 추세이다(보건복지부·중앙치매센터, 2016년 전국 치매역학 조사, 2018).
- 4) ‘잔존능력(殘存能力)’이라는 용어가 많이 사용되나 이는 점차 사라지는 능력임을 상정하므로, 적극적으로 긍정적인 ‘현존능력’이라는 용어를 사용하는 것이 바람직하다는 견해로, 구상엽, 개정 민법상 성년후견제도에 관한 연구, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 2012, 7~8쪽.
- 5) 2014년 기준 성년후견개시신청 건수 2,006건, 한정후견개시신청 건수 236건, 특정후견개시신청 건수 355건, 후견계약등기건수 8건이었던 데에 비하여, 2023년 기준 성년후견개시신청 건수가 8,324건, 한정후견 961건, 특정후견 923건, 후견계약등기 298건으로 증가하였다(2023 사법연감, 법원행정처, 2023, 743쪽). 성년후견제도가 시행된 2013년도에 접수된 후견(감독) 사건이 1,883건이었던 것에 비하여, 2022년도에는 16,495건으로 크게 증가하였다(2023 사법연감, 법원행정처, 2023, 833쪽).

2019년 말 두 건 선고되고,⁶⁾ 성년후견제도에 대한 연구에서 그 개선을 요구하는 목소리가 높아지는 상황에서, 헌법적 검토 역시 필요하다고 생각된다. 따라서 이 연구에서는 현행 민법상 성년후견제도를 소재로 하여 그 의의 및 한계를 분석하고, 성년후견제도의 설계의 토대가 된 이념과 운용 현황을 토대로 헌법적 분석을 시도하여 향후 성년후견제도의 개선 방향을 모색하는 것을 목적으로 한다.⁷⁾

2. 연구의 구성

이 연구의 본문은 크게 세 부분으로 구성된다.

먼저 2011년 민법 개정으로 도입한 성년후견제도에 대하여 개관한다(II). 성년후견제도의 도입 배경 및 그 내용과 운용 현황을 살펴보고, 성년후견제도의 의의 및 한계를 평가해 본다. 이와 더불어 발달장애인, 치매노인, 정신질환자 등 사회취약계층을 위한 공공후견지원사업도 함께 살펴본다.

다음으로 장애인에 대한 차별금지, 법적 능력의 향유 및 이를 위한 지원을 규정하는 장애인권리협약의 해석에 따라 우리나라의 성년후견제도가 어떻게 평가되는지 일반논평의 해석과 국가보고서에 대한 논평을 함께 검토한다. 그리고 유럽인권협약과 유럽평의회 의 행위무능력 성인의 법적 보호에 대한 권고, 유럽인권재판소 결정례를 토대로 피성년후견인에 대한 기본권 제한을 막기 위해서는 어떤 사항들이 필요하고 어떤 경우에 기본권이 침해되었다고 판단하였는지 알아본다. 그리고 장애인권리협약 발효를 전후로 국내의 성년후견 관련 법률을 개정하여 보다 피후견인의 권리주체성과 인권을 보장하는 방향으로 나아갔다고 평가되는 영국, 아일랜드, 독일의 입법례를 검토하여 시사점을 얻고자 한다(III).

위의 논의를 토대로 성년후견제도에 관한 헌법적 쟁점과 향후 개선의 방향성을 검토

6) 현재 2019. 12. 27. 2018헌바130, 판례집 31-2하, 133-155; 현재 2019. 12. 27. 2018헌바161, 판례집 31-2하, 156-176.

7) 정신장애를 진단하는 의료적 판단이 성년후견의 필요 여부를 결정할 때 큰 영향을 주는 것이 현실이지만, 법률행위를 할 수 있는 능력 유무와 정신적 질환 유무가 반드시 일치하는 것은 아니다. 선행연구 및 이 연구보고서에서 언급하는 ‘의사결정 장애인’은 질병의 진단을 받은 사람을 의미하는 것이 아니라, (반드시 정신질환에 따른 것이 아니라도) 의사결정에 일정 정도 이상의 어려움을 겪는 사람을 통칭하여 가리키는 의미로 사용한다. 필요에 따라 ‘본인’, ‘당사자’ 등의 용어를 병행하여 사용하도록 한다.

한다. 성년후견이 개시됨으로써 행위능력이 포괄적으로 제한되는 것은 헌법상 기본권행사능력의 제한을 의미하는바, 그 제한을 정당화할 수 있는지, 할 수 없다면 대안으로 의사결정지원 모델이 검토될 수 있는지 살펴본다. 그리고 현행 성년후견제도에서 헌법상 기본권의 제약이 문제되는 사안을 살펴보고 그 대안을 제시해 본다. 나아가 공공후견의 확충이라는 관점에서 장애인복지로서의 성년후견제도에 대하여도 추가적으로 검토하고자 한다(IV).

II. 성년후견제도 개관

1. 성년후견제도의 내용 및 현황

가. 성년후견제도의 도입

2011년 3월 7일 민법 개정으로 종래의 한정치산·금치산제도를 폐지하고 도입된 새로운 성년후견제도는 2013년 7월 1일부터 시행되었다. 2011년 개정 전 민법에서는 심신상실상태에 있는 자에 대하여는 본인, 배우자, 일정한 친족, 후견인 또는 검사가 금치산 선고를 청구할 수 있도록 하였고, 심신박약이나 낭비로 자기나 가족의 생활을 궁박하게 할 염려가 있는 자에 대하여는 한정치산의 선고를 청구할 수 있도록 하였다(개정 전 민법 제9조~제14조⁸⁾). 후견인은 배우자, 직계혈족, 3촌 이내의 방계혈족 순으로 법정되어 있었으며, 이에 해당하는 사람이 없는 경우에만 법원이 후견인을 지정할 수 있었다. 후견인은 재산상의 사무에 대하여 법정대리권과 관리권을 가지고, 개인신상에 관한 사무의 대리권은 규정되어 있지 않았다.⁹⁾ 후견사무의 감독은 금치산자나 한정치산자의 일정 범위의 친족으로 구성된 친족회에 맡겨졌다(개정 전 민법 제929조, 제933조~제937조, 제953조¹⁰⁾).

8) 2011. 3. 7. 법률 제10429호로 개정되기 전 민법 제9조(한정치산의 선고) 심신이 박약하거나 재산의 낭비로 자기나 가족의 생활을 궁박하게 할 염려가 있는 자에 대하여는 법원은 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 후견인 또는 검사의 청구에 의하여 한정치산을 선고하여야 한다.

제10조(한정치산자의 능력) 제5조 내지 제8조의 규정은 한정치산자에 준용한다.

제11조(한정치산선고의 취소) 한정치산의 원인이 소멸한 때에는 법원은 제9조에 규정한 자의 청구에 의하여 그 선고를 취소하여야 한다.

제12조(금치산의 선고) 심신상실의 상태에 있는 자에 대하여는 법원은 제9조에 규정한 자의 청구에 의하여 금치산을 선고하여야 한다.

제13조(금치산자의 능력) 금치산자의 법률행위는 취소할 수 있다.

제14조(금치산선고의 취소) 제11조의 규정은 금치산자에 준용한다.

9) 신상에 관해서는, 개정 전 민법 제947조가 후견인에게 금치산자의 요양·감호에 대한 주의의무와 그를 정신병원 등에 격리하는 경우 가정법원의 허가 요건을 규정하고 있을 뿐이어서 법적 불확실성이 있었다. 이동진, 한국 성년후견제도의 현황과 전망, 과제, 가족법연구 제32권 제1호, 한국가족법학회, 2018, 186쪽.

10) 2011. 3. 7. 법률 제10429호로 개정되기 전 민법 제929조(금치산자등에 대한 후견의 개시) 금치산 또는 한정치산의 선고가 있는 때에는 그 선고를 받은 자의 후견인을 두어야 한다.

제933조(금치산등의 후견인의 순위) 금치산 또는 한정치산의 선고가 있는 때에는 그 선고를 받은 자의

이러한 종전의 행위무능력자 제도의 근본적인 입법취지는 사적 자치의 원칙이라는 민법의 기본이념, 특히 자기책임 원칙의 구현을 가능케 하는 도구로서 인정되는 것이고, 거래의 안전을 희생시키더라도 행위무능력자를 보호하고자 함에 있었다고 한다.¹¹⁾ 그러나 이에 대해서는 ①획일적으로 행위능력을 제한하고 포괄적 법정대리권을 부여하여 재산의 유지 또는 보존을 위한 명목으로 본인의 권리와 자율성을 침해한다는 점, ②금치산자나 한정치산자를 말 그대로 ‘무능력’한 자로 낙인찍는다는 점, ③거래의 안전에 중점을 두고 주로 재산관리에 대하여 규율할 뿐 신상에 관한 보호가 미흡하다는 점, ④고령, 질병, 사고 등으로 인한 정신적 장애인의 증가에도 불구하고 재산관리를 둘러싼 가족 간 분쟁이 발생하는 등 부득이한 사정이 없는 한 제도가 잘 이용되지 않는다는 점에서 비판이 있었다.¹²⁾ 이에 새로운 후견제도를 도입하자는 주장이 1990년대부터 제기되었다.¹³⁾ 2000년대 중

직계혈족, 3촌이내의 방계혈족의 순위로 후견인이 된다.

제934조(기혼자의 후견인의 순위) 기혼자가 금치산 또는 한정치산의 선고를 받은 때에는 배우자가 후견인이 된다. 그러나 배우자도 금치산 또는 한정치산의 선고를 받은 때에는 제933조의 순위에 따른다.

제935조(후견인의 순위) ①제932조 내지 제934조의 규정에 의한 직계혈족 또는 방계혈족이 수인인 때에는 최근친을 선순위로 하고, 동순위자가 수인인 때에는 연장자를 선순위로 한다.

제936조(법원에 의한 후견인의 선임) ①전4조의 규정에 의하여 후견인이 될 자가 없는 경우에는 법원은 제777조의 규정에 의한 피후견인의 친족 기타 이해관계인의 청구에 의하여 후견인을 선임하여야 한다.

②후견인이 사망, 결격 기타 사유로 인하여 결격된 때에 전4조의 규정에 의하여 후견인이 될 자가 없는 경우에도 전항과 같다.

제937조(후견인의 결격사유) 다음 각호에 해당하는 자는 후견인이 되지 못한다.

1. 미성년자
2. 금치산자, 한정치산자
3. 파산선고를 받은 자
4. 자격정지 이상의 형의 선고를 받고 그 형기 중에 있는 자
5. 법원에서 해임된 법정대리인 또는 친족회원
6. 행방이 불명한 자
7. 피후견인에 대하여 소송을 하였거나 하고 있는 자 또는 그 배우자와 직계혈족

제953조(친족회의 후견사무의 감독) 친족회는 언제든지 후견인에 대하여 그 임무수행에 관한 보고와 재산목록의 제출을 요구할 수 있고 피후견인의 재산상황을 조사할 수 있다.

②제1항의 규정에 불구하고 양자의 친생부모와 양부모가 구존한 때에는 양부모를 선순위로, 기타 생가혈족과 양가혈족의 촌수가 동순위인 때에는 양가혈족을 선순위로 한다.

11) 대법원 2007. 11. 16. 선고 2005다71659, 71666, 71673 판결.

12) 김나래, 성년후견제도 활성화 방안에 관한 소고, 법학논총 제26집 제3호, 조선대학교 법학연구소, 2019, 69쪽; 박인환, 새로운 성년후견제 도입을 위한 민법개정안의 검토, 가족법연구 제24권 1호, 한국가족법학회, 2010, 31쪽 이하; 백승흠, 성년후견제도의 입법방향, 민사법학 제18호, 한국민사법학회, 2000, 156쪽 이하; 백승흠, 현행 성년자보호를 위한 제도의 문제점과 대안으로서의 성년후견제도, 민사법학 제24호, 한국민사법학회, 2003, 407쪽 이하 등.

13) 윤진수·현소혜, 2013년 개정 민법 해설, 2013년 법무부 연구용역보고서, 2013, 49쪽.

반부터 복수의 의원입법안이 제출되었고,¹⁴⁾ 2009. 12. 29. 법무부가 주도한 정부안이 국회에 제출되었다. 법제사법위원회는 정부안을 기본으로 하되 의원안의 입장 등을 반영하여 법제사법위원회 대안을 마련하였고, 이는 2011. 2. 18. 국회를 통과하여 2011. 3. 7. 법률 제10429호로 공포되었다.

나. 성년후견제도의 유형

개정 민법에서는 후견을 미성년후견과 (광의의) 성년후견으로 구별하고, 성년자에 대한 후견은 가정법원의 선고를 요하는 법정후견으로 (협의의) 성년후견,¹⁵⁾ 한정후견 및 특정후견을, 그리고 본인의 의사에 따라 체결되는 후견계약(임의후견)을 규정하고 있다. 각 유형의 내용은 다음과 같다.

1) 법정후견

가) 성년후견

성년후견 유형은 질병, 장애, 노령, 등의 사유로 인한 정신적 제약¹⁶⁾으로 사무를 처리할 능력이 지속적으로 결여된 경우, 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 미성년후견인, 미성년후견감독인, 한정후견인, 한정후견감독인, 특정후견인, 특정후견감독인, 검사 또는 지방자치단체의 장의 신청으로 가정법원의 성년후견심판을 통해 개시된다(민법 제9조 제1항).

14) 2006년 이은영 의원 등 20인의 ‘성년후견에 관한 법률안’, 2007년 장향숙 의원 등 10인의 ‘민법 일부개정법률안’이 제출되었으나 임기만으로 폐기된 후, 법무부의 민법개정위원회 제2분과에서 성년후견 제도 도입을 위한 민법 개정안 마련 작업을 진행하여 2009. 12. 29. 국회에 제출하였다. 그 외에도 2009년 나경원 의원 등 18인의 ‘장애성년후견법안’, 박은수 의원 등 39인의 ‘민법 일부개정법률안’, 신학용 의원 등 13인의 ‘민법 일부개정법률안’, ‘임의후견에 관한 법률안’, ‘후견등기에 관한 법률안’을 발의하였다(제출된 의원안 내용의 개략은 윤진수·현소혜, 2013년 개정 민법 해설, 2013년 법무부 연구용역보고서, 2013, 49-50쪽 참조).

15) ‘성년후견제도’라는 용어와 관련하여, 광의의 성년후견제도는 미성년자의 후견에 대한 상대적 개념으로 성년인 피후견인에 대한 법정후견과 임의후견을 통칭하여 일컫는 말로 사용한다. 이에 대하여 협의의 성년후견은 법정후견의 유형 중 민법 제9조의 “질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무처리능력이 지속적으로 결여된 사람”에 대하여 후견인이 포괄적으로 대리권 및 취소권을 갖는 유형(민법 제9조)을 의미한다. 문맥상 양자를 구별할 필요가 있는 경우 광의·협의를 명시하도록 한다.

16) 정신적 제약이라는 개시사유 자체는 종래의 심신상실 또는 심신박약과 다르지 아니하나, 그로 인하여 사무를 처리할 능력이 결여되어야 한다는 점을 명시함으로써 이른바 기능적 접근(functional approach)을 채택하였다고 평가하는 견해로, 윤진수·현소혜, 2013년 개정 민법 해설, 2013년 법무부 연구용역보고서, 2013, 25-26쪽.

가정법원이 성년후견개시의 심판을 할 때에는 본인의 의사를 고려하여야 한다(동조 제2항). 가정법원은 성년후견개시 또는 한정후견개시 심판을 할 경우에는 피성년후견인 또는 피한정후견인이 될 사람의 정신상태에 관하여 원칙적으로 의사에게 감정을 시켜야 한다(가사소송법 제45조의2 제1항 본문).

피성년후견인의 법률행위는 원칙적으로 취소할 수 있다(민법 제10조 제1항). 성년후견인의 동의 없이 한 행위뿐만 아니라 동의를 얻어 한 행위도 취소할 수 있다. 단, 가정법원이 정한 취소할 수 없는 법률행위에 해당하는 행위, 일상생활에서 필요하고 그 대가가 과도하지 않은 법률행위는 피성년후견인이 이를 취소할 수 없다(민법 제10조 제3항 및 제4항). 가정법원은 성년후견인이 취소할 수 없는 피성년후견인의 법률행위 범위를 정할 수 있다(민법 제10조 제2항). 피성년후견인은 자신의 신상에 관해서는 가능한 범위에서 단독으로 결정할 수 있다(민법 제947조의2 제1항 참조). 성년후견인이 피성년후견인의 신상보호와 관련하여 치료 등의 목적으로 정신병원 등에 격리하려는 경우는 가정법원의 허가를 받아야 하고, 피성년후견인이 의료행위의 직접적인 결과로 사망하거나 상당한 장애를 입을 위험이 있을 때에도 가정법원의 허가를 받아야 한다(민법 제947조의2 제2항 및 제3항). 또한, 성년후견인이 피성년후견인을 대리하여 피성년후견인이 거주 중인 건물 또는 그 대지에 대하여 전세권, 저당권, 임대차 해지계약 등의 행위를 하는 경우에는 가정법원의 허가를 받아야 한다(동조 제5항).

약혼, 혼인, 협의이혼, 인지, 입양, 협의 파양 등의 친족법상의 행위는 성년후견인의 동의를 얻어 할 수 있다. 만 17세에 달한 피성년후견인은 의사능력이 회복된 때 단독으로 유언을 할 수 있으며(민법 제1063조 제1항), 이는 취소할 수 없다(민법 제1062조에 따른 제10조 적용제외).

성년후견개시의 원인이 소멸된 경우에 가정법원은 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 성년후견인, 성년후견감독인, 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 성년후견종료의 심판을 한다(민법 제11조).

나) 한정후견

한정후견은 질병, 장애, 노령, 등의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 부족한 경우, 전술한 성년후견 유형과 마찬가지로 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 미성년후견인, 미성년후견감독인, 성년후견인, 성년후견감독인, 특정후견인, 특정후견감독인, 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구에 의한 가정법원의 후견개시심판에 따라 개시

된다(민법 제12조 제1항).

피한정후견인은 원칙적으로 행위능력이 인정되며, 스스로의 판단으로 법률행위를 할 수 있다. 다만, 가정법원은 피한정후견인이 한정후견인의 동의를 받아야 하는 행위의 범위를 정할 수 있다(민법 제13조 제1항). 한정후견인은 가정법원이 정한 사무의 범위 내에서 포괄적인 대리권을 가지며, 피한정후견인이 한정후견인의 동의가 필요한 법률행위를 동의 없이 한 경우, 한정후견인은 취소권을 갖는다(동조 제4항).

피한정후견인은 원칙적으로 유효하게 법률행위를 할 수 있다. 단, 가정법원이 한정후견인의 동의를 받아야 할 행위의 범위를 정한 경우에는(민법 제13조 제1항) 그 범위에서 한정후견인은 동의권을 갖는다. 이 범위는 가정법원이 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 한정후견인, 한정후견감독인, 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 변경 가능하고(동조 제2항), 피한정후견인의 이익이 침해될 염려가 있음에도 한정후견인이 동의하지 않는 경우에는 가정법원이 피한정후견인의 청구에 의하여 동의에 갈음하는 허가를 할 수 있다(동조 제3항). 피한정후견인이 한정후견인의 동의가 필요한 법률행위를 동의 없이 하였을 때에는, 이를 취소할 수 있다(민법 제13조 제4항 본문). 다만 일상생활에서 필요하고 그 대가가 과도하지 않은 법률행위는 취소할 수 없다(동항 단서).

피한정후견인은 피성년후견인과 달리 약혼, 혼인, 협의이혼, 인지, 입양, 협의파양 등의 친족법상 행위를 단독으로 유효하게 할 수 있다.¹⁷⁾

한정후견개시의 원인이 소멸된 경우에는 가정법원은 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 한정후견인, 한정후견감독인, 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 한정후견종료의 심판을 한다(민법 제14조).

다) 특정후견

질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 일시적 후원 또는 특정한 사무에 관한 후원이 필요한 사람에 대하여, 가정법원은 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 미성년후견인, 미성년후견감독인, 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 특정후견의 심판을 한다(민법 제14조의2 제1항). 피특정후견인은 일회적이고 특정한 사무에 관해서만 보호를 받는다는 점이 특징이다. 특정후견은 본인의 의사에 반하여 할 수 없다(동조 제2항).

피특정후견인은 완전한 행위능력이 인정되나, 조력이 필요한 특정한 사무에 대해서만

17) 송덕수, 신민법강의, 박영사, 2023, 89쪽.

지원을 받고, 지원받는 사무에 대한 행위능력도 인정된다. 필요한 경우 가정법원은 기간이나 범위를 정하여 특정후견인에게 대리권을 수여하는 심판을 할 수 있으며, 특정후견인의 대리권 행사에 가정법원이나 감독인의 동의를 받도록 명할 수 있다(민법 제959조의 11 제1항 및 제2항). 단, 특정후견 심판이 있어도 피특정후견인의 행위능력에는 영향이 없으므로, 특정후견인에게 법정대리권이 부여된 경우에도 피특정후견인은 그 법률행위를 특정후견인의 동의 없이 할 수 있다.

성년후견이나 한정후견과 달리 사무처리가 종료하거나 기간이 경과되면 특정후견은 당연히 종료된다.

2) 후견계약

후견계약(임의후견)은 일반적으로 본인에게 의사결정능력이 있을 때 질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 부족한 상황에 있거나 부족하게 될 상황에 대비하여 본인이 신뢰하는 자에게 자신의 재산관리 및 신상보호에 관한 사무를 위탁하고 그 위탁사무에 관하여 대리권을 수여하는 것을 내용으로 하는 계약을 말한다(민법 제959조의14 제1항 참조). 후견계약은 공정증서로 체결하여야 한다(동조 제2항).

후견계약이 후견등기부에 의하여 공시되어 있는 경우에는 가정법원은 원칙적으로 성년후견·한정후견·특정후견의 심판을 할 수 없고, 본인의 이익을 위하여 특별히 필요할 때에만 임의후견인 또는 임의후견감독인의 청구에 의하여 성년후견, 한정후견 또는 특정후견의 심판을 할 수 있다. 이 경우 후견계약은 본인이 성년후견 또는 한정후견 개시의 심판을 받은 때 종료된다.(민법 제959조의20 제1항)

[표] 성년후견제도의 유형¹⁸⁾

| 유형 | 성년후견 | 한정후견 | 특정후견 | 후견계약 |
|------|-------------------------|---------------------|--------------------------------|---------------------|
| 개시사유 | 정신적 제약으로 사무처리능력의 지속적 결여 | 정신적 제약으로 사무처리능력의 부족 | 정신적 제약으로 일시적 후원 또는 특정사무 후원의 필요 | 정신적 제약으로 사무처리능력의 부족 |

18) 대한민국 법원 전자민원센터 ‘성년후견제도’ https://help.scourt.go.kr/nm/min_3/min_3_12/index.html(검색일: 2024. 1. 2.)

| 유형 | 성년후견 | 한정후견 | 특정후견 | 후견계약 |
|--------------|--|--|--|--|
| 후견개시 청구권자 | 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 미성년후견인, 미성년후견감독인, 한정후견인, 한정후견감독인, 특정후견인, 특정후견감독인, 검사 또는 지방자치단체의 장 | 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 미성년후견인, 미성년후견감독인, 성년후견인, 성년후견감독인, 특정후견인, 특정후견감독인, 검사 또는 지방자치단체의 장 | 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 미성년후견인, 미성년후견감독인, 검사 또는 지방자치단체의 장 | 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 임의후견인, 검사 또는 지방자치단체의 장 (※ 임의후견 개시 요건인 임의후견감독인 선임 청구권자) |
| 본인의 행위능력 | 원칙적 행위능력상실자 | 원칙적 행위능력자 | 행위능력자 | 행위능력자 |
| 후견인의 권한 | 원칙적으로 포괄적인 대리권, 취소권 | 법원이 정한 범위 내에서 대리권, 동의권, 취소권 | 법원이 정한 범위 내에서 대리권 | 각 계약에서 정한 바에 따름 |

다. 성년후견제도 이용 현황

성년후견제도의 이용 건수는 도입 후 10년 동안 계속적으로 증가 추세를 보이고 있다. 후견(감독) 유형의 접수 건수는 시행 첫 해인 2013년에 1,883건, 2014년에 5,371건이었던 것을 시작으로 2017년에는 10,888건으로 1만 건을 초과하였고, 2022년에는 16,495건이 접수되었다.¹⁹⁾ 성년후견제도의 이용이 점차 증가하는 추세에 있기는 하지만, 잠재적 이용 기대 인구 및 유사한 제도를 두고 있는 다른 국가들의 상황을 감안할 때 활발하게 이용되지 있지 않다고 평가된다.²⁰⁾

19) 2023 사법연감, 법원행정처, 2023, 833쪽.

20) 이동진, 한국 성년후견제도의 현황과 전망, 과재, 가족법연구 제32권 제1호, 한국가족법학회, 2018, 194쪽에서는, “일본의 인구가 약 1억3천만 명, 프랑스의 인구가 약 6천5백만 명, 독일의 인구가 약 8천2백만, 우리나라의 인구가 약 4천8백만 명이라고 할 때 인구 10만 명당 연간 후견 또는 법정후견의 청구 건수가 우리나라는 10건에도 미치지 못하는 반면, 일본은 25건 내외, 프랑스는 150건 내외, 독일은 300건에 가깝다. 임의대리를 고려하면 영국의 후견 이용률도 우리보다 훨씬 높다.”고 분석하고 있다.

내용 면에서는 협의의 성년후견 유형의 신청 및 개시 비율이 높은 점이 특징이다. 2022년도 기준 성년후견 개시 신청사건 중에서도 성년후견 유형이 대다수를 차지하였다.²¹⁾ 2014년부터 2022년까지의 누적 이용현황을 분석한 자료에 따르면, 협의의 성년후견 유형의 이용이 82%, 한정후견은 약 10%, 특정후견은 2,487건으로 약 7.1%, 후견계약 등기건수는 0.3%에 불과하였다.²²⁾ 2014년부터 2021년까지의 유형별 후견사건의 접수 건수 비율을 비교해 보아도 협의의 성년후견이 70.4%, 한정후견이 8.0%, 특정후견이 7.0%, 후견계약은 0.3%이다(나머지 14.2%는 미성년후견신청 접수).²³⁾ 종전의 행위무능력자 제도를 폐지하고 성년후견제도를 새롭게 도입할 당시에는 협의의 성년후견의 경우 정신적 제약으로 인한 사무처리능력이 ‘지속적으로 결여’되어 있을 것을 요하는 것 외에 한정후견과 본질적 차이가 없으며 기존의 금치산 제도와의 연속성을 유지하기 위하여 한정후견과 별도의 제도로 규정한 것에 불과한, ‘강화된 한정후견’으로서의 성격을 갖는다고 설명하였다.²⁴⁾ 그러나 실제 운용 현황은 이러한 도입 당시의 취지와 다르게 나타났음을 알 수 있다. 특정후견은 후술하는 공공후견지원사업에 따른 지방자치단체장의 신청이 많고,²⁵⁾ 후견계약의 이용률은 지극히 저조하다.²⁶⁾

사법연감에서는 후견개시심판청구 및 유형별 접수 및 처리 건수 및 비율 외에는 구체적인 내용에 대한 공식 통계는 발견되지 않아, 관련 선행 연구 결과를 참조할 수 있을 뿐

-
- 21) 유형별 처리 건수는 성년후견이 8,935건, 한정후견이 963건, 특정후견이 922건, 임의후견이 34건이었다. 기타 미성년후견이 1,230건, 후견감독이 3,522건이었다.(2023 사법연감, 법원행정처, 2023, 743쪽)
- 22) 박인환, 사적자치의 원칙과 의사결정지원 제도화의 모색, 민사법학 제95호, 한국민사법학회, 2021, 4쪽 각주 1)에서는, “후견개시심판 신청건수는 2013년 845건(7월부터 6개월간), 2014년 2,605건, 2015년 3,480건, 2016년 4,173건, 2017년 5,958건, 2018년 7,204건, 2019년 8,519건으로 전체 후견신청(후견계약 포함) 건수는 32,784건이다. 이 가운데에 성년후견은 26,883건으로 약 82%로 압도적으로 많고, 한정후견은 3,304건으로 약 10%, 특정후견은 2,487건으로 약 7.5%로 각각 10% 이하, 후견계약 등기건수는 110건으로 겨우 0.3%에 불과하다.”고 분석하고 있는바, 이러한 경향은 성년후견제도 시행 후 계속 이어져 왔던 것으로 보인다.
- 23) 한국성년후견지원본부 편, 2013-2022 통계로 알아보는 우리나라 후견(감독)사건의 현황, (사)한국성년후견지원본부, 2023, 26쪽.
- 24) 윤진수·현소혜, 2013년 개정 민법 해설, 2013년도 법무부 용역연구보고서, 2013, 54쪽.
- 25) 김성우, 성년후견제도의 현황과 과제, 가족법연구 제30권 제3호, 한국가족법학회, 2016, 411쪽에 의하면, “특정후견의 청구인은 지방자치단체가 78%에 이르러, 지방자치단체가 아닌 일반인들은 특정후견제도를 그다지 사용하고 있지 않”다고 분석하였다.
- 26) 후견계약 이용 저조의 원인에 대해서는 후견계약에 대한 대국민 홍보 내지 전문가에 대한 주지 부족, 제도적으로는 공정증서 작성, 법원의 개입, 임의후견감독인 선임 등 절차비용이 높다는 점이 지적되고 있다. 제철웅, 개정민법상 후견계약의 특징, 문제점 그리고 개선방향: 후견대체제도의 관점을 중심으로, 민사법학 제66호, 한국민사법학회, 2014, 99쪽 이하, 119쪽.

이다. 서울가정법원에 2013. 7. 1. 법 시행 시부터 2016. 9. 30.까지 접수, 심판된 사건 전수조사 결과에 따르면, 후견심판 청구의 계기로는 부동산 관리 또는 처분(증여 포함)이 32.2%, 다음으로 예금관리(15.2%), 신상보호(13.3%), 보험금수령(10.8%) 등의 순이었다.²⁷⁾ 성년후견개시심판 청구인과 사건본인의 관계는 자녀(38.0%), 배우자(21.3%), 부모(16.4%) 등 친족의 비중이 80% 이상으로 높고, 지방자치단체장에 의한 신청도 약 10%를 차지하였다. 청구원인으로는 뇌병변장애가 41.6%, 치매 26%, 발달장애 22.2%, 정신장애가 7.4% 순이었다.²⁸⁾ 가정법원이 성년후견개시 심판을 할 경우에 피성년후견인이 될 사람의 정신상태에 관하여 의사에게 감정을 실시하도록 하고 있는데(가사소송법 제45조의2 제1항 본문), 감정을 실시하지 않는 경우가 58.41%에 달하고, 감정을 실시하는 사건 비율은 41.59%라고 조사되었다. 감정 방법으로는 진료기록 감정이 가장 많은 비율을 차지하였고, 외래감정, 입원감정, 출장감정 순이었다.²⁹⁾

선정된 후견인은 친족후견인이 84.61%로 가장 많았고, 전문후견인 3.16%, 친족후견인과 전문후견인 공동 2.65%, 제3자 0.612%, 공공후견인 8.97%였다.³⁰⁾ 또한, 전체 후견인 선임심판 중 54.2%에서 후견인의 대리권 행사에 법원의 허가를 받도록 제한을 하고 있었는데, 대표적인 제한사항은 금전을 빌리는 행위, 의무만을 부담하는 행위, 부동산의 처분 또는 담보제공행위, 상속의 단순승인, 상속의 단순승인, 포기 및 상속재산의 분할에 관한 협의, 소송행위 및 이를 위한 변호사 선임행위, 피성년후견인 명의의 은행계좌에서 매월 일정금액을 초과하여 인출하는 행위 등이다.³¹⁾ 신상에 관한 결정사항 중 법원이 후견인으로 하여금 보충적으로 결정할 수 있는 권한을 부여한 유형은 의료행위의 동의, 거주·이전에 관한 결정, 면접교섭에 관한 결정, 우편·통신에 관한 결정, 사회복지서비스 선택 또는 결정에 대한 것이 72.6%였다. 기타 이들 내용 중 일부에 대하여 결정권을 부여하는 경우가 있었다.³²⁾

27) 10% 미만 사유로는 치료비(생활비) 마련 1.6%, 임대주택 신청 1.4%, 사기 등 재산피해(낭비) 방지 9.0%, 소송문제 해결 3.9%, 시설 입소 0.3%, 기타 6.7% 등이었다. ‘병원비(생활비) 마련’ 항목의 비율이 더 클 것임에도 불구하고 조사 결과 낮게 나온 것은, 예컨대 병원비를 마련하기 위하여 부동산 또는 예금을 관리하고자 한 경우에는 청구 목적을 ‘병원비 마련’이 아닌 ‘부동산 또는 예금 관리’로 파악하였기 때문이라고 설명한다. 김성우, 성년후견제도의 현황과 과제, 가족법연구 제30권 3호, 한국가족법학회, 2016, 416-417쪽.

28) 김성우, 성년후견제도의 현황과 과제, 가족법연구 제30권 제3호, 한국가족법학회, 2016, 413-414쪽.

29) 김성우, 성년후견제도의 현황과 과제, 가족법연구 제30권 제3호, 한국가족법학회, 2016, 420-421쪽.

30) 김성우, 성년후견제도의 현황과 과제”, 가족법연구 제30권 3호, 한국가족법학회, 2016, 428-429쪽.

31) 김성우, 성년후견제도의 현황과 과제”, 가족법연구 제30권 3호, 한국가족법학회, 2016, 432쪽.

32) 김성우, 성년후견제도의 현황과 과제”, 가족법연구 제30권 3호, 한국가족법학회, 2016, 432쪽.

라. 공공후견지원사업

민법상 성년후견제도는 피후견인의 재산관리 및 신상보호 관련 사무를 수행하면서, 피후견인의 법률행위를 비롯한 사회생활을 원활히 할 수 있도록 돕는 기능을 수행한다. 의사결정에 도움이 필요하지만 후견개시를 신청하거나 후견인의 도움을 받기 어려운 사정이 있는 사람들, 특히 사회취약계층의 경우에는 사회보장제도의 일환으로 후견제도를 활용하여 지원할 필요가 있다. 이에 따라 발달장애인, 정신장애인, 치매노인 등 의사결정능력에 제한이 있는 대상자들에 대한 공공후견지원사업이 진행되고 있다.³³⁾³⁴⁾

1) 발달장애인 공공후견지원사업

발달장애인을 위한 공공후견지원사업은 2013년 9월부터 시행되었다. 의사결정 능력의 부족으로 어려움을 겪는 성인 발달장애인에게 성년후견제도를 이용할 수 있도록 하는 공적 서비스이다.³⁵⁾ ‘발달장애인 권리보장 및 지원에 관한 법률(이하 ‘발달장애인법’)'이 2015. 11. 21.부터 시행되었으나, 보건복지부는 동 법률이 제정되기 전부터 국가정책조정회의에서 ‘발달장애인 지원계획’에 따라 공공후견지원사업을 시작하였고, 현재는 발달장애인법 제9조를 근거로 시행되고 있다.

지방자치단체의 장은 성년인 발달장애인이 일상생활에서 의사결정능력이 불충분하거나 부족하여 의사결정대리나 지원이 필요하거나, 그 발달장애인의 권리를 대변해 줄 가족이 없는 경우, 또는 권리침해의 위험이 상당하여 후견인을 선임할 필요가 있음에도 자력으로 후견인 선임이 어렵다고 판단되는 경우 가정법원에 성년후견개시, 한정후견개시 또는 특정후견의 심판을 청구할 수 있다(발달장애인법 제9조 제1항). 발달장애인 공공후

33) 김효정, 치매공공후견제도의 개선방안에 관한 연구-치매공공후견인의 활동경험을 중심으로-, 사회복지법제연구 제14권 제1호, 한국사회복지법제학회, 2023, 96쪽.

34) 제철웅, 고령자의 판단능력 쇠퇴를 대비한 미래설계와 새로운 성년후견제도, 법학논총 제32집 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2015, 151-152쪽은 종전의 행위무능력자 제도의 주된 대상인 정신질환자는 대부분 정신보건법에 의해 비자의입원·입소 상태였기 때문에 굳이 행위무능력자제도를 이용할 필요가 없었고, 지적장애인 역시 증상이 중한 경우 장애인거주시설에 있었기 때문에 후견을 이용할 필요성이 대두되지 않았다고 분석한다.

35) 보건복지부·보건복지부 국립정신건강센터, 정신질환자 공공후견활동지원 사업안내, 2023. 3.; 김효정·조한진, 신상영역에서 공공후견을 이용하는 발달장애인의 의사결정 경험에 관한 사례연구, 한국장애학 제8권 제1호, 한국장애학회, 2023, 62쪽.

견지원사업은 발달장애인의 의사결정 능력에 따른 문제를 사회의 책임으로 인식하고 발달장애인의 의사결정을 비롯한 사무처리를 원칙적으로 특정후견의 형태로 지원한다. 지원 기간은 원칙적으로 3년이다.

후견인은 법원이 부여한 권한 범위 내에서 피후견인의 재산관리, 신상, 기타 신변처리를 지원하고, 발달장애인인 피후견인이 본인의 의사로 자신과 관련된 일을 결정할 수 있도록 돕는 역할을 수행한다.³⁶⁾ 실제 후견인은 발달장애인의 의식주, 교육, 직업, 문화와 여가, 의료, 사회복지서비스, 주변인과의 관계 등의 신상영역과 관련하여 광범위하게 후견업무를 수행하고 있다.³⁷⁾ 후견인은 발달장애인의 가족 등이 아닌 공공후견인이 거의 대부분이라고 한다.³⁸⁾ 공공후견인이 되기 위해서는 결격사유에 해당하지 않는 자로서(민법 제937조 참조)³⁹⁾ 일정 교육을 이수하여야 하며, 추천위원회를 통해 추천된 후보자 중 지방자치단체의 장이 최종적으로 공공후견인 후보자를 선정한다.⁴⁰⁾ 법원은 발달장애인이 희망하는 공공후견인을 우선적으로 고려하되 역할수행능력을 고려하여 선임한다.⁴¹⁾

2) 치매공공후견사업

2018년부터 시행하고 있는 치매공공후견사업은 의사결정능력 저하로 어려움을 겪고

36) 보건복지부, 발달장애인을 위한 공공후견제도 안내, 한국장애인부모회, 2021.

37) 김미옥·김새봄·유하얀, 발달장애인 공공후견과정의 쟁점과 딜레마에 대한 탐색적 연구, 사회복지정책, 제46권 제2호1, 2019, 175-201쪽; 이은정·김성천, 한국 발달장애인 성년후견인의 경험에 관한 연구, 한국사회복지학 제70권 제4호, 2018, 141-165쪽; 김효정·조한진, 신상영역에서 공공후견을 이용하는 발달장애인의 의사결정 경험에 관한 사례연구, 한국장애학 제8권 제1호, 한국장애학회, 2023, 67쪽.

38) 이진영, 법원에서 바라본 공공후견제도, 발달장애인 공공후견지원사업 담당자 교육자료집, 2017, 19-37쪽에 의하면 혈연관계가 아닌 공공후견인이 92.2%를 차지하였다고 한다.

39) 민법 제937조(후견인의 결격사유) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 후견인이 되지 못한다.

1. 미성년자
2. 피성년후견인, 피한정후견인, 피특정후견인, 피임의후견인
3. 회생절차개시결정 또는 파산선고를 받은 자
4. 자격정지 이상의 형의 선고를 받고 그 형기(刑期) 중에 있는 사람
5. 법원에서 해임된 법정대리인
6. 법원에서 해임된 성년후견인, 한정후견인, 특정후견인, 임의후견인과 그 감독인
7. 행방이 불분명한 사람
8. 피후견인을 상대로 소송을 하였거나 하고 있는 사람
9. 제8호에서 정한 사람의 배우자와 직계혈족. 다만, 피후견인의 직계비속은 제외한다.

40) 보건복지부, 발달장애인을 위한 공공후견제도 안내, 한국장애인부모회, 2021.

41) 김효정·조한진, 신상영역에서 공공후견을 이용하는 발달장애인의 의사결정 경험에 관한 사례연구, 한국장애학 제8권 제1호, 한국장애학회, 2023, 67쪽.

있는 치매환자⁴²⁾에게 성년후견제도를 통하여 의사결정을 지원하고 있다.⁴³⁾⁴⁴⁾ ‘치매관리법’에 따르면 일상생활에서 의사를 결정할 능력이 충분하지 않거나 매우 부족하여 의사결정의 대리 또는 지원이 필요하다고 불만한 상당한 이유가 있는 경우, 치매환자의 권리를 적절하게 대변하여 줄 가족이 없는 경우, 별도의 조치가 없으면 권리침해의 위험이 상당한 경우 후견인을 선임할 필요가 있으며 자력으로 후견인을 선임하기 어렵다고 판단되는 경우에는, 지방자치단체의 장이 치매환자를 위하여 ‘민법’에 따라 가정법원에 성년후견개시, 한정후견개시 또는 특정후견의 심판을 청구할 수 있다고 규정하고 있다(치매관리법 제12조의3 제1항).⁴⁵⁾ 지방자치단체장이 후견개시청구를 할 때는 일정한 요건을 갖춘 후견인 후보자로 하여 그를 후견인으로 선임해 줄 것을 청구하여야 한다(동조 제2항).

가정법원은 공공후견인을 선정하고 보수를 지급하며 후견서비스를 제공하고, 공공후견인은 공익을 목적으로 정부의 재정지원을 받아 피후견인의 재산관리, 신상보호 등 주어진 범위 내에서 사무를 지원하는 역할을 한다.⁴⁶⁾ 치매공공후견인의 주요업무는 ①노인장기요양보험 등 사회복지서비스 신청 및 이용 지원, ②의료서비스 이용에 관한 지원, ③거소 관련 사무 지원, ④일상생활 및 일상생활 관련 사무 지원, ⑤공법상의 신청행위에 관한 사무 지원, ⑥후견감독인에 대한 후견업무 수행보고 제출 등이다.⁴⁷⁾

42) 치매관리법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “치매”란 퇴행성 뇌질환 또는 뇌혈관계 질환 등으로 인하여 기억력, 언어능력, 지남력(指南力), 판단력 및 수행능력 등의 기능이 저하됨으로써 일상생활에서 지장을 초래하는 후천적인 다발성 장애를 말한다.
2. “치매환자”란 치매로 인한 임상적 특징이 나타나는 사람으로서 의사 또는 한의사로부터 치매로 진단 받은 사람을 말한다.

(이하 생략)

43) 2015. 12. 제3차 국가치매관리계획(2016-2020), 2017년 치매국가책임제를 천명한 이후, 2018. 9. 20. 치매관리법 개정안의 시행으로 전국 33개 시군구 지역 치매안심센터에서 시범사업을 시작하였고, 2019년에는 본 사업으로 전국 치매안심센터에 확대 실시되었다. 오혜인·이아영, 치매노인 공공후견 과정의 자기결정지원 요소에 대한 비판적 고찰-치매공공후견인을 위한 「후견사무매뉴얼」 분석을 중심으로-, 한국사회복지학 제73권 제3호, 한국사회복지학회, 2021, 125쪽 참조.

44) 2019년 상반기부터는 지원대상인 피후견인을 65세 이상에서 60세 이상으로 확대하였고, 후견인 인력풀을 종전의 전문직 퇴직자에서 확장했으며, 2020. 9. 제4차 국가치매관리계획(2021-2025)에서는 법인 후견과 공공신탁후견의 도입계획이 제시되기도 하였다. 2020년 5월에는 ‘후견사무 매뉴얼’과 이를 간편하게 요약한 ‘치매공공후견인을 위한 후견사무 매뉴얼 핸드북’을 발간하였다.

45) 김효정, 치매공공후견제도의 개선방안에 관한 연구-치매공공후견인의 활동경험을 중심으로-, 사회복지법제연구 제14권 제1호, 한국사회복지법제학회, 2023, 98쪽.

46) 제철웅·최윤영·유혜인, 공공후견인의 직무 분석과 그 시사점, 비교사법 제23권 제2호, 한국사법학회, 2016; 김효정, 치매공공후견제도의 개선방안에 관한 연구-치매공공후견인의 활동경험을 중심으로-, 사회복지법제연구 제14권 제1호, 한국사회복지법제학회, 2023, 96쪽.

47) 치매안심센터 홈페이지 치매공공후견사업 참조(https://ansim.nid.or.kr/introduce/custodian_service.aspx)

3) 정신질환자 공공후견활동지원사업

헌법재판소는 구 ‘정신보건법’에서 보호의무자에 의한 입원 규정에 대하여, 보호의무자와 정신질환자 사이의 이해충돌을 적절히 예방하지 못하고 있는 점, 입원 요건에 대한 정신과전문의의 자의적 판단 또는 권한의 남용 가능성을 배제하지 못하고 있는 점, 정신질환자의 불법적 이송, 감금 또는 폭행과 같은 문제의 발생, 보호입원 기간의 제한 없는 연장으로 장기 격리의 수단이 될 수 있는 점, 보호입원 절차에서 정신질환자의 권리를 보호할 수 있는 절차들을 마련하고 있지 않은 점 등을 이유로 구 정신보건법 제24조 제1항 및 제2항에 대하여 계속적용 헌법불합치 결정을 선고하였다.⁴⁸⁾ 이 결정이 선고되기 전, 구 정신보건법에 대한 개정 논의가 진행되어 ‘정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률(이하 ‘정신건강복지법’)’으로 전부개정되었고 2017. 5. 30.부터 시행되었다.⁴⁹⁾ 정신건강복지법 제42조에서는 보호의무자의 동의를 받아 단기간 내 입·퇴원할 수 있는 동의입원 규정을 신설하였고, 제43조에서는 보호입원의 입원요건으로 보호의무자 2인 이상이 신청하고, 정신건강의학과전문의가 입원 등이 필요하다고 진단한 경우에만 해당 정신질환자를 입원 등을 시킬 수 있도록 하였다. 이에 따라 보호의무자가 없는 사람의 퇴소 또는 계속 입소를 지원하기 위한 공공후견 서비스의 필요가 발생하였고, 정신건강복지법 제4조(국가 및 지방자치단체의 책무)와 민법 제9조 및 제929조에 근거하여 2017년부터 정신질환자 공공후견활동지원사업을 시행하고 있다.

지원사업의 대상은 정신요양시설 입소 중인 대상자 중에서 보호의무자가 없고 의사결정능력 부족으로 어려움을 겪고 있는 사람이다. 후견개시 이후 요양시설에서 퇴소하여 거소를 이전한 피후견인도 지원대상에 포함된다.⁵⁰⁾ 보건복지부장관은 공모를 통해 정신질환자 공공후견법인을 지정하고, 지정된 공공후견법인은 가정법원의 후견개시심판을 받아 후견업무를 수행한다. 지원사업은 한정후견 또는 특정후견을 지원하도록 하고 있다.⁵¹⁾

검색일: 2023. 12. 22.)

48) 헌재 2016. 9. 29. 2014헌가9, 판례집 28-2상, 276~292.

49) 헌법재판소는 정신건강복지법의 내용이나 개정법률에서 심판대상조항의 문제점을 해소하였는지 여부에 대하여는 나아가 판단하지 않는다고 실시하였다(헌재 2016. 9. 29. 2014헌가9, 판례집 28-2상, 276, 291).

50) 보건복지부·보건복지부 국립정신건강센터, 정신질환자 공공후견활동지원 사업안내, 2023. 3., 3쪽.

51) 보건복지부·보건복지부 국립정신건강센터, 정신질환자 공공후견활동지원 사업안내, 2023. 3., 12쪽. 정신장애인의 경우에 한정후견을 허용하는 것은 입·퇴원절차상 보호의무자로서 동의권 행사의 필요성 때 문이다. (정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률 제42조 및 제43조 참조)

후견인의 주요 업무는 다음과 같다. 첫째, 통장 개설 및 관리 등의 재산관련 업무와 병원 진료, 입퇴원, 수술 등에 관한 의사결정을 지원하거나 이에 동의하거나 대리한다. 치료 목적으로 정신병원 등에 입원하는 경우, 동의입원 및 보호의무자에 의한 입원으로 전환하려는 경우, 의료행위의 결과로 사망하거나 상당한 장애를 입을 위험이 있을 때는 반드시 가정법원의 허가를 받아야 한다. 둘째, 주거 관련 시설의 입소 등 계약 체결이 필요할 경우 정보를 제공하고, 의사결정을 지원한다. 셋째, 취업 시 근로계약 체결에 관한 의사결정을 지원하고, 시설과 상의하여 취업연계 진행한다. 취업한 곳에서 적절한 임금을 받고 있는지 불이익은 없는지 확인하고, 필요한 경우 고용주와 협의한다. 넷째, 일상생활 관련 물품 구매를 지원한다. 다섯째, 공법상 신청행위를 지원한다. 여섯째, 학대나 착취의 대상이 되지 않으면서 독립된 생활을 할 수 있도록 지원하는 것 등이다.⁵²⁾

후견(법)인은 분기별로 정기후견보고서를 시·군·구에 제출하고, 매년 1회 후견감독 사무보고서를 법원에 제출하여야 한다.⁵³⁾

2. 성년후견제도에 대한 평가

가. 성년후견제도의 의의

1) 피후견인의 의사 존중 및 현존능력의 활용

2011년 민법 개정 당시 성년후견제도는 본인의 의사를 존중하고 현존능력을 최대한 활용한다는 취지에서 설계되었다. 피후견인을 후견의 일방적인 객체로서가 아니라 존엄한 인격체로서 주체적으로 후견제도를 이용하고 자신의 삶을 영위해 나갈 수 있도록 해야 한다는 것이다.⁵⁴⁾ 과거의 행위무능력자 제도에서는 행위무능력자가 법률행위로 인하여 입는 손실을 방지하고 거래의 안전을 도모하였다면, 개정 민법상의 성년후견제도는 후견을 필요로 하는 사람의 의사와 필요를 존중하는 이념을 토대로 하고 있다고 평가된

52) 보건복지부·보건복지부 국립정신건강센터, 정신질환자 공공후견활동지원 사업안내, 2023. 3., 25-26쪽 참조.

53) 보건복지부·보건복지부 국립정신건강센터, 정신질환자 공공후견활동지원 사업안내, 2023. 3., 3쪽.

54) 구상엽, 개정민법상 성년후견제도에 대한 연구 - 입법 배경, 입법자의 의사 및 향후 과제를 중심으로-, 서울대학교 박사학위논문, 2012, 7쪽.

다.⁵⁵⁾ 이렇게 성년후견제도를 도입함으로써 자기결정권 및 본인 의사 존중의 관점에서 보호유형과 보호조치를 탄력적으로 적용할 수 있도록 하여 과잉개입을 배제하고, 적어도 스스로 결정할 수 있는 사항에 대해서는 자기결정권의 행사 가능성을 제공하고자 하였다.⁵⁶⁾ 그에 따라 후견의 유형과 조치의 선택에 있어 본인의 의사를 존중하는 내용을 다수 도입하였다. 성년후견 및 한정후견 개시심판에 있어서 본인의 의사를 고려하는 것(민법 제9조 제2항, 제12조 제2항), 특정후견에서 본인의 의사에 반하는 특정후견을 금지하는 것(민법 제14조의2 제2항), 가정법원이 성년후견인을 선임할 때 피후견인의 의사를 존중하도록 하는 것(민법 제936조 제4항), 성년후견인이 재산관리와 신상보호 사무를 담당할 때 피성년후견인의 복리와 의사를 존중하도록 하는 것(민법 제947조), 신상에 관한 자기결정 우선의 원칙(민법 제947조의2 제1항) 등을 그 예로 들 수 있다. 그 외에도 후견 계약을 도입하였으며, 후견인의 자격도 종전에 친족, 그 중에서도 근친자, 최연장자 또는 배우자 등의 순으로 엄격하게 법정되어 있었지만 이제는 친족뿐만 아니라 전문후견인, 혹은 공동으로 후견인이 되는 것도 가능하도록 하였다.⁵⁷⁾

또한, 의사결정능력이 충분하지 않더라도 현재의 능력을 최대한 활용하여 당사자의 판단을 최대한 존중하여야 한다는 원칙에 입각하였다. 사안별로 필요한 판단능력이 상이하고 의사결정능력이 단계적으로 감퇴하는 경우에 필요한 후견의 범위가 다를 수 있으므로, 본인의 의사결정능력 정도에 따라 구체적인 후견의 범위를 달리 정할 수 있도록 하고, 사후에 이를 변경할 수 있도록 하였다.

2) 필요성·보충성·보편화 원리

성년후견제도의 기본원리는 일반적으로 필요성, 보충성, 보편화의 원리라고 이해된다.⁵⁸⁾ 필요성의 원리란, 당사자의 의사결정에 도움이 필요한 한도 내에서만 후견이 개시되어야 함을 의미한다.⁵⁹⁾ 이는 전술한 현존능력의 활용과도 상통하는 내용이다. 제도적

55) 김성우, 성년후견제도의 현황과 과제”, 가족법연구 제30권 3호, 한국가족법학회, 2016, 407-408쪽 참조.

56) 김나래, 성년후견제도 활성화 방안에 관한 소고, 법학논총 제26집 제3호, 조선대학교 법학연구소, 2019, 70쪽.

57) 제철용, 성년후견제도의 개정방향, 민사법학 제42호, 한국민사법학회, 2008, 137쪽 이하.

58) 윤진수·현소혜, 2013년 개정 민법 해설, 2013년 법무부 연구용역보고서, 2013, 51쪽.

59) 윤진수·현소혜, 2013년 개정 민법 해설, 2013년 법무부 연구용역보고서, 2013, 51쪽; 윤진수, 친족상속법 강의, 박영사, 2022, 293쪽.

으로는 성년후견이 개시된 경우 가정법원이 필요한 한도 내에서 단독으로 할 수 있는 법률행위의 범위를 정할 수 있고(민법 제938조 제2항), 한정후견이 개시된 경우에도 가정법원은 후견인의 동의가 필요한 법률행위의 범위를 정할 수 있다. 후견의 계속이나 기간에 관해서도 필요성의 원칙이 적용되며, 후견의 필요성이 소멸되면 종료하여야 한다. 또한 성년후견 및 한정후견 외에도 후견에 의한 사무처리가 필요한 사항이나 일정 기간만 후견을 이용할 수 있는 특정후견제도(민법 제959조의11)를 도입하였고, 당사자의 의사에 따라 체결할 수 있는 후견계약(임의후견)을 규정하였다(민법 제959조의14). 이러한 제도 설계에 따라 한정후견은 가장 광범위한 적용 대상을 가지고 법정후견의 중심이 되도록 하고, 범위를 정할 수 있도록 하여 협의의 성년후견, 한정후견, 특정후견이라는 법정후견 제도의 다원론적 설계에 일원론적 요소를 가미하는 방식을 택하였다.⁶⁰⁾

보충성의 원리란 당사자가 객관적으로 성년후견개시의 요건을 갖추고 있더라도 후견계약이나 위임 등에 의하여, 이미 가족이나 친구 혹은 본인의 수권에 의해 선임된 임의대리인에 의해 충분한 보호를 받고 있는 경우에는 이를 우선하고, 그것으로 보호가 미흡한 경우에 법정후견을 활용하여야 한다는 것이다.⁶¹⁾ 가령 성년후견 또는 한정후견제도를 이용할 수 있음에도 불구하고 본인과 가족이 계속적·포괄적 보호를 거부하고, 필요한 특정 시기 또는 특정 행위에 대해서만 도움을 받고자 한다면 그 의사도 최대한 존중하는 것이다.

보편화의 원리란 정신장애를 포함한 장애인을 사회로부터 배제하거나 격리하는 대신, 그가 속한 사회의 다른 구성원과 더불어 조화롭게 살아갈 수 있도록 사회적 여건 자체를 개선해 나가야 함을 의미한다.⁶²⁾ 이는 1960년대 북유럽 국가들에서 등장하기 시작한 개념으로, 정신장애인이 가능한 한 사회 주류의 규범과 모습에 가깝게 생활할 수 있도록 하기 위하여, 비장애인과 동일한 기회와 경험을 제공하여 사회의 일원으로서 생활할 수 있도록 하자는 이념이다. 이에 따르면, 성년후견제도는 의사결정에 어려움을 겪는 사회구성원이 사회에 평등하고 완전하게 참여하기 위해 필요한 지원과 장벽의 제거에 초점을 맞추어야 할 필요가 있다.⁶³⁾

60) 구상엽, 성년후견제도 시행 10주년을 맞이하는 소회와 전망, 사단법인 온을 엮음, 한국 성년후견제 10년 평가와 전망, 나남, 2023, 69쪽.

61) 구상엽, 개정민법상 성년후견제도에 대한 연구-입법 배경, 입법자의 의사 및 향후 과제를 중심으로-, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 2012, 9쪽; 윤진수, 친족상속법 강의, 박영사, 2022, 293쪽.

62) 윤진수, 친족상속법 강의, 박영사, 2022, 293쪽 참조.

63) Kristin B. Glen, Changing Paradigms: Mental Capacity, Legal Capacity, Guardianship, and Beyond, Columbia Human Rights Law Review, 44(1), pp. 129-130; 성년후견연구회, 성년후견제도 연구, 사법연

3) 사회보장제도로서의 성격

위와 같은 이념과 기본원리에서 출발한 성년후견제도는 민사법적 성격뿐만 아니라 사회복지제도의 성격을 띠고 있다. 종전의 금치산·한정치산제도가 가족제도 안에서 일정한 요건을 갖춘 친족에게 재산관리의 권능을 주고 행위무능력자의 생활이나 복지와는 무관한 제도였던 반면, 성년후견제도는 신상에 관한 보호를 후견인의 임무로 규정하고, 법원이 피후견인의 복지에 가장 적합하다고 판단하는 자를 후견인으로 선임하며 관리감독 기능도 있어 후견행정에 관한 역할을 상당 부분 수행한다는 점이 특징이다. 신상보호에서 ‘신상’의 개념은 “피후견인의 프라이버시와 자기결정권이 중요시되는 신체적·정신적 복리에 관한 사항”으로,⁶⁴⁾ 대체로 생명, 신체, 주거, 사생활 등 삶의 전반적인 복리와 관련된 것을 뜻한다.⁶⁵⁾ 이러한 신상에 관한 의사결정은 누구든지 자신의 삶에 관한 것을 스스로 선택하고 결정할 욕구와 권리가 있음을 전제로,⁶⁶⁾ 개인의 가치, 감정, 선호 등에 따라 스스로 결정하는 것이 중요하다. 또한, 신상보호를 통하여 학대, 폭력 등에 노출된 피후견인에 대한 인권 옹호 기능을 수행할 수 있게 되었다.⁶⁷⁾

이러한 사회복지제도의 모습은 공공후견지원사업에서 분명히 나타난다. 성년후견이용 지원사업은 성년후견제도 시행에 즈음하여 사회적으로 고립된 사회취약계층의 권익옹호 사업으로 시작한 공적 사회서비스이고 사회적 후견제도이다.⁶⁸⁾ 공공후견지원사업을 통하여 발달장애나 치매 등으로 의사결정이 어려움에도 경제적 여건 등으로 도움을 받을 수 없었던 사람들에게 일정한 도움을 줌으로써, 후견을 사회복지의 실현 수단으로 활용하게 되었다.

구지원재단, 2007, 10쪽.

64) 법원행정처, 성년후견제도 해설, 2013, 5쪽.

65) 김효정·조한진, 신상영역에서 공공후견을 이용하는 발달장애인의 의사결정 경험에 관한 사례연구, 한국장애학 제8권 제1호, 한국장애학회, 2023, 65쪽.

66) 이복실·제철웅·이동석, 성인발달장애인의 자기결정 지원에 영향을 미치는 요인 연구, 한국장애인복지학 제40호, 2018, 6쪽.

67) 김효정·조한진, 신상영역에서 공공후견을 이용하는 발달장애인의 의사결정 경험에 관한 사례연구, 한국장애학 제8권 제1호, 한국장애학회, 2023, 66쪽.

68) 제철웅, 성년후견과 지속적 대리·의사결정능력 장애인의 보호에서 인권존중으로-, 법조 제66권 제2호, 법조협회, 2017, 76-122쪽; 김효정·조한진, 신상영역에서 공공후견을 이용하는 발달장애인의 의사결정 경험에 관한 사례연구, 한국장애학 제8권 제1호, 한국장애학회, 2023, 67쪽; 박인환, 공공후견 및 의사결정지원 촉진을 위한 입법과제, 법조 제70권 제3호, 법조협회, 2021, 44쪽.

나. 성년후견제도의 한계

1) 제도적 한계

성년후견제도는 의사결정능력이 결여되어 있거나 부족한 사람이라도 스스로 결정할 수 있는 능력을 존중하고 가능한 한 본인의 현존능력을 활용한다는 이념에 터잡아 설계되었다. 그러나 현행 성년후견제도는 제도 설계부터 그 이념과 부합하지 않는 측면이 있다. 먼저 자기결정 존중이라는 측면에서, 가정법원은 성년후견개시 심판을 할 때 본인의 의사를 고려하도록 하고 있으나, 본인이 생각하는 후견의 필요성은 후견개시의 요건으로 명시되어 있지 않고 성년후견개시심판의 청구는 본인의 뜻과 무관하게 다른 청구권자에 의하여 이루어질 수 있다. 성년후견제도는 피후견인의 민법상 행위능력을 전부 또는 일부 제한하는 것이므로, 아무리 그 취지가 판단능력이 불충분한 사람들의 이익을 보호하고 복리를 도모한다는 것이어도 피후견인의 의사를 타인이 ‘대리’할 수 있다는 접근 자체가 피후견인의 자기결정 존중에 반한다는 지적이 있다.⁶⁹⁾

2) 현실적 한계

시행 후 10년이 지난 시점에서 성년후견제도 이용 현황을 살펴보면, 성년후견제도를 설계할 당시의 예상과는 다른 양상이 나타나, 제도 설계의 이념을 실현하기 어려운 현실적인 한계가 나타나고 있다. 전술한 바와 같이 광의의 성년후견개시 접수사건은 시행 후 10년간 꾸준히 증가하였으나 실제 후견을 필요로 하는 잠재 수요에 비하면 여전히 이용자 수가 많다고 할 수 없다. 그 이유로는 법적 권한은 없지만 가족을 통하여 재산관리 뿐만 아니라 보호자 자격으로 시설입소, 사회복지서비스 신청, 입원 등이 가능하였던 점, 성년후견제도를 이용하게 되면 법원의 통제를 받게 되는 점 등을 들 수 있다.⁷⁰⁾

2013년 성년후견제도가 시행된 후 당사자의 현존능력을 활용할 수 있도록 필요한 범위 내에서 후견제도의 유형을 선택하여 활용할 수 있으리라는 도입 당시의 기대⁷¹⁾와는

69) 후술하는 유엔장애인권리협약이 이러한 입장에서 있다. 또한, 윤태영, 성년후견 및 제한능력자 제도의 문제점에 대한 관견, 아주법학 제15권 제4호, 아주대학교 법학연구소, 2022, 65쪽 참조.

70) 신권철, 정신질환자 개념의 규범적 고찰, 법조 제644호, 법조협회, 2010, 50-51쪽.

71) 윤진수·현소혜, 2013년 개정 민법 해설, 2013년 법무부 연구용역보고서, 2013, 52쪽. 같은 책, 54쪽에서는 협의의 성년후견 유형은 ‘지속적 결여’라는 성격 외에 성년후견은 한정후견과 그 요건에 있어서 본

달리 협의의 성년후견 이용률이 압도적으로 높고 한정후견이나 특정후견 이용률은 낮은 수준에 머물러 있다. 특정후견은 공공후견지원사업 수행으로 선임되는 경우가 다수인 것으로 알려져 있으며, 특히 후견계약의 이용은 매우 저조하다. 이러한 성년후견제도의 이용 현황은 필요성이라는 기본원리를 준수하지 못하고 있는 상황이라고 할 수 있다. 피후견인의 의사를 가장 크게 제약하는 협의의 성년후견 유형의 이용이 대다수인 이유는, 성년후견인 선임을 신청하는 주된 동기가 재산관리의 필요에 의한 것이라는 사정과 관련이 있다.⁷²⁾ 즉, 성년후견제도를 본인의 자기결정 존중 및 지원을 위해서라기보다는 재산관리의 필요에 따라 이루어지고, 성년후견청구권을 가진 친족은 재산관리의 편의성 때문에 포괄적 대리권이 부여되는 성년후견유형을 선호한다는 것이다.⁷³⁾ 또한, 제도 설계 당시 성년후견과 한정후견을 구분하는 기준이 정신적 제약의 정도가 아니었음에도 불구하고, 그 정도가 심한 사람에 대하여는 성년후견을, 그렇지 않은 사람에 대하여는 한정후견을 적용하는 법원 실무 역시 영향을 미쳤다는 평가가 있다.⁷⁴⁾ 보충성의 원리에 충실한 방향으로 후견제도가 운용되려면 위임이나 대리권을 가지고 의사결정능력이 부족한 사람을 지원하는 후견계약의 이용이 장려됨에도 불구하고 후견계약의 이용률은 극히 저조하다. 그 이유로는 제도 자체가 널리 알려져 있지 않으며, 공정증서 형식으로 체결하는 것이 번거롭고, 처분재산이 많지 않은 경우 실익이 적다는 점을 든다.⁷⁵⁾

한편, 질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약이라는 객관적 요건으로 사무처리능력이 결여되었거나 부족한 사람일 것을 요하기 때문에, 법원은 의사 등 전문가의 진단이나 가사조사관 등의 의견을 토대로 성년후견제도의 개시 여부를 판단하게 된다. 이러한 실무는 정신적 제약의 정도를 측정하는 데 주안점을 두는 것으로, 본인이 처리할 수 있는 사무의 범위나 난이도 또는 후견 외 다른 지원에 의하여 처리될 수 있는 사무인지 등은 중요하게 여겨지지 않는 것으로 파악된다.⁷⁶⁾

질적인 차이가 없고, 기존의 금치산 제도와의 연속성을 유지하기 위하여 한정후견과 별도의 제도로 규정한 것에 불과한 ‘강화된 한정후견’으로서의 성격을 갖는다고 설명한다. 이에 따르면, 성년후견제도 설계 당시의 구상은 법원이 범위를 정하여 후견인에게 피후견인을 대리하도록 하는 한정후견이 기본이 되었다고도 이해할 수 있다.

72) 박인환, 사적자치의 원칙과 의사결정지원 제도화의 모색, 민사법학 제95호, 한국민사법학회, 2021, 4쪽.

73) 박인환, 공공후견 및 의사결정지원 촉진을 위한 입법과제, 법조 제70권 제3호, 법조협회, 2021, 52쪽.

74) 배광열, “성년후견제도를 넘어서 의사결정제도, 성년후견제도 시행 10주년, 제도의 존폐를 논하다”, 함께걸음, 2023. 6. 8.자(https://www.cowalknews.co.kr/bbs/board.php?bo_table=HB41&wr_id=231)

75) 윤태영, 성년후견 및 제한능력자 제도의 문제점에 대한 관견, 아주법학 제15권 제4호, 아주대학교 법학연구소, 2022, 63쪽 참조.

76) 박인환, 공공후견 및 의사결정지원 촉진을 위한 입법과제, 법조 제70권 제3호, 법조협회, 2021, 52쪽 참조.

이러한 상황을 종합적으로 살펴보면, 현행 성년후견제도는 피후견인의 사회통합 혹은 보편화의 방향보다는, 후견적 보호 내지는 (의사결정의 대리에 따른) 배제의 방향으로 작동하고 있다고 할 수 있다. 이렇게 볼 때 성년후견제도의 운용 상황은 오히려 종전의 행위무능력자 제도와 상당한 연속성을 가지고 있다고도 평가할 수 있다.⁷⁷⁾

77) 이동진, 한국 성년후견제도의 현황과 전망, 과제, 가족법연구 제32권 제1호, 한국가족법학회, 2018, 209쪽.

Ⅲ. 국제규범 및 해외 입법례 검토

1. 서언

성년후견제도가 갖는 한계를 극복하고 자율성과 개인의 존중이라는 가치를 토대로 한 개선 방향을 찾기 위해서는 국제인권규범과 그에 따른 해외 입법례의 흐름을 살펴볼 필요가 있다. 2006년 체결된 유엔장애인권리협약을 계기로 각국의 성년후견제도에는 의사결정능력에 제약이 있는 사람들의 능력을 어떻게 판단하고 재산관리나 신상 관련 사항을 어떻게 조력할 것인지에 대하여 관점이 전환되고 있다. 이 장에서는 장애인권리협약과 이를 해석한 일반논평 및 동 협약을 비준한 우리나라의 후견제도에 대한 장애인권리위원회 평가, 그리고 유럽인권협약과 관련 결정례를 개관하고 장애인권리협약이 체결되기 전 유럽평의회에서 법적 행위능력이 없는 성인의 보호에 관한 권고가 있었으므로 그 내용도 함께 살펴본다. 이와 더불어 의사결정의 ‘대리’에서 ‘지원’으로 관점을 전환한 입법례 중 ①장애인권리협약이 체결되기 전 2005년에 ‘정신능력법(Mental Capacity Act 2005)’을 제정한 영국, ②과거 의사결정대리제도에 기반한 성년후견제도를 두었으나 의사결정지원체계에 기반하여 새로운 법률을 제정한 아일랜드, ③과거 우리나라의 행위무능력자 제도에 가까운 제도에서 90년대 당사자의 의사를 존중하는 성년후견제도를 정착시키고, 이후 장애인권리협약에 따라 2021년 관련 법률을 개정한 독일의 입법례를 소개함으로써, 우리나라의 성년후견제도 관련 법제에 대한 시사점을 도출하고자 한다.⁷⁸⁾

78) 이외에도 캐나다의 주법이나 호주의 주법에서도 당사자의 의사를 중시하여 의사결정능력 장애인에 대한 의사결정지원 체계를 둔 사례를 발견할 수 있다. 캐나다 주법 내용의 상세는 이동석, 캐나다 5개 주의 지원의사결정제도 비교분석, 한국장애인복지학 제36호, 한국장애인복지학회, 2017, 195쪽. 브리티시 컬럼비아 주의 대리합의법(Representation Agreement Act)에 관해서는 제철웅, 개정 민법상의 후견계약의 특징, 문제점 그리고 개선방향: 후견대체제도의 관점을 중심으로, 민사법학 66호, 한국민사법학회, 2014, 109면 이하 참조. 호주 뉴사우스웨일즈 주법에 관해서는 말콤 사이벤스, 호주 뉴사우스웨일즈의 의사결정능력 장애인과 의사결정지원, 후견과 신탁 제1권 제1호, 한국후견·신탁연구센터, 2018, 25-42쪽; 제철웅·박현정, 성년후견제도의 미래: 호주 뉴사우스웨일즈 주의 후견제도로부터의 시사점, 의생명과학과 법 제24권, 원광대학교 법학연구소, 2020, 51-87쪽을 참조.

2. 장애인권리협약 (2006)

가. 장애인권리협약과 성년후견제도

2006년 12월 13일 제61회 국제연합총회에서는 만장일치로 ‘장애인권리에 관한 협약 (Convention on the Rights of Persons with Disabilities. 이하 ‘협약’)을 채택하였다. 협약에는 20개국이 가입하고 2008년 5월 3일 발효되었다. 우리나라에서는 2008년 12월 2일 국회비준 동의를 거쳐 2009년 1월 10일에 발효되어 국내법적 효력을 갖게 되었다.⁷⁹⁾

협약은 장애를 다양한 장벽과 상호작용으로 다른 사람들과 동등한 기초위에서 완전하고 효과적인 사회참여를 저해하는 장기간의 신체적, 정신적, 지적 또는 감각적 손상을 포함하는, 점진적으로 변화하는 개념으로 정의하고 있다(전문 (e), 제1조).⁸⁰⁾ 장애에 대한 이러한 정의는 장애를 손상 그 자체로 보는 의학적 모델에서 의학적 손상과 사회적 장벽 사이의 상호관계에서 발생하는 것으로 보는 사회적 모델로의 전환을 의미한다고 평가한다.⁸¹⁾⁸²⁾

질병, 장애, 노령, 기타 사유에 의한 정신장애인도 완전하고 동등하게 권리를 향유하고

79) 이영규, 성년후견제도의 현황과 과제, 일감법학 제33호, 건국대학교 법학연구소, 2016, 258쪽 참조.

80) 협약의 번역은 외교부 조약검색 사이트를 참조(<https://treatyweb.mofa.go.kr/legsTreatyDetailInqyWinCall.do> 검색일: 2023. 10. 19).

장애인권리협약 전문 (e) 장애는 점진적으로 변화하는 개념이며, 손상을 지닌 사람과 그들이 다른 사람과 동등하게 사회에 완전하고 효과적으로 참여하는 것을 저해하는 태도 및 환경적인 장벽 간의 상호작용으로부터 기인된다는 것을 인정하고,

제1조(목적) 이 협약의 목적은 장애인이 모든 인권과 기본적인 자유를 완전하고 동등하게 향유하도록 증진, 보호 및 보장하고, 장애인의 천부적 존엄성에 대한 존중을 증진하는 것이다.

장애인은 다양한 장벽과의 상호 작용으로 인하여 다른 사람과 동등한 완전하고 효과적인 사회 참여를 저해하는 장기간의 신체적, 정신적, 지적, 또는 감각적인 손상을 가진 사람을 포함한다.

81) 장애의 사회적 모델의 의의에 대해서는 김진우, 장애에 대한 사회적 모델의 의의와 한국사회에의 함의, 한국장애인복지학 제6호, 한국장애인복지학회, 2007, 183쪽 이하 등 참조. 이에 따르면, 의료적 모델은 장애를 질병 등에 의한 기능적 제한(impairment)으로 보고, 장애인이 받는 불이익을 없애는 것은 손상을 없애거나 장애를 ‘극복’하는 것으로 이는 ‘치료’나 ‘강화’를 통해서 가능하다는 입장이다. 반면, 사회적 모델은 장애를 유발하는 사회 환경에 초점을 둔다. 장애는 기존에 존재하는 사회적 지배질서에 장애인이 적응하는데 실패하였기 때문이 아니라, 장애인의 필요에 부응하지 못하는 사회 시스템에서 기인하는 것이라는 입장이다.

82) 박인환, 사적자치의 원칙과 의사결정지원 제도화의 모색, 민사법학 제95호, 한국민사법학회, 2021, 10쪽; 조성혜, 인지장애노인의 국제인권법적 지위와 성년후견제도, 사회법연구 제30호, 한국사회법학회, 2016, 48쪽.

인간으로서의 존엄성을 존중받도록 하기 위하여, 장애인 본인이 스스로 선택할 수 있는 자유를 포함한 장애인의 자기결정권 존중, 차별금지, 사회 모든 분야에 효과적인 참여와 통합의 원칙을 천명하고 있다. 그 중에서도 평등을 규정한 협약 제12조와 장애인의 자립과 사회통합에 관한 조항인 제19조는 장애인의 법적 능력(legal capacity)에 관한 핵심 조항이다. 그 내용은 다음과 같다.

장애인권리협약

제12조(법 앞의 평등)

1. 당사국은 장애인이 모든 영역에서 법 앞에 인간으로서 인정받을 권리가 있음을 재확인한다.
2. 당사국은 장애인이 모든 생활 영역에서 다른 사람과 동등하게 법적 능력을 향유함을 인정한다.
3. 당사국은 장애인이 법적 능력을 행사하기 위하여 필요한 지원에 접근할 수 있도록 적절한 조치를 취한다.
4. ~5. (생략)

제19조(자립적 생활 및 지역사회에의 동참)

이 협약의 당사국은 모든 장애인이 다른 사람과 동등한 선택을 통하여 지역 사회에서 살 수 있는 동등한 권리를 가짐을 인정하며, 장애인이 이러한 권리를 완전히 향유하고 지역사회로의 완전한 통합과 참여를 촉진하기 위하여, 효과적이고 적절한 조치를 취한다. 여기에는 다음의 사항을 보장하는 것이 포함된다.

- a. 장애인은 다른 사람과 동등하게 자신의 거주지 및 동거인을 선택할 기회를 가지며, 특정한 주거 형태를 취할 것을 강요받지 아니한다.
- b. 장애인의 지역사회에서의 생활과 통합을 지원하고 지역사회로부터 소외되거나 분리되는 것을 방지하기 위하여 필요한 활동 보조를 포함하여, 장애인은 가정 내 지원서비스, 주거 지원서비스 및 그 밖의 지역사회 지원 서비스에 접근할 수 있다.
- c. 일반인을 위한 지역사회 서비스와 시설은 동등하게 장애인에게 제공되고, 그들의 욕구를 수용한다.

나. 장애인권리위원회 일반논평 제1호

1) 협약 제12조의 해석에 관한 일반논평

협약 채택 당시 많은 국가들은 정신적 장애인의 의사결정을 대리하는 법제를 가지고

있었다. 그러나 협약의 문언만으로 의사결정을 대리하는 것이 협약 내용에 위반하는지 명확하지 않았다. 당초 협약의 성립 단계에서 당사국들은 협약의 직접적 효과로 법률 개정은 필요하지 않다는 입장을 취하였다. 그러나 비정부단체들과 일부 학자들은 법정후견인이 피후견인을 대신하여 결정할 권한을 갖는다는 점에서 피후견인의 자율에 관한 권리를 침해하고 차별하는 것이며, 협약 제12조는 장애인이 스스로 결정하는 것을 조력하고 지원하는 것만을 허용하고 있을 뿐이라고 주장하였다.⁸³⁾ 이에 대하여, 유엔장애인권리위원회(Committee on the Rights of Persons with Disabilities, CRPD)는 2014년 3월 동 협약 제12조에 관한 일반논평 초안(draft general comment)을 발표하였다.⁸⁴⁾

2) 협약 제12조 제2항의 '법적 능력'의 의미

협약에서 장애인이 보유하는 동등한 법적 능력(legal capacity)의 의미에 관하여 전술한 일반논평은 다음과 같이 서술하고 있다. 협약 제12조 제2항은 장애인이 모든 생활 영역에 있어 다른 사람과 동등하게 법적 능력을 누릴 수 있음을 인정한다. 이때, 법적 능력은 법에 따른 권리의 보유자 및 행위자로서의 능력을 포함한다. 권리 보유자로서의 법적 능력은 법적 체계에 의한 완전한 권리 보호를 부여함을 의미하고, 행위자로서의 법적 능력은 거래에 참여하고 법적 관계를 시작·수정·종료할 수 있는 권한을 의미한다.⁸⁵⁾ 그리고 법적 능력과 의사능력(mental capacity)을 구별하여, 법적 능력은 권리와 의무의 주체가 되고 이를 행사할 수 있는 능력을 말하는 데 대하여, 의사능력은 사람의 의사결정능력으로 환경적·사회적 요인을 포함한 여러 요인에 따라 가변적인 특징을 갖는다고 한다.⁸⁶⁾ 의사능력이 실제로 없거나 없다고 여겨지더라도, 그 사실이 법적 능력의 부정을 정당화해서는 안 된다고 한다.⁸⁷⁾

83) 박인환, 사적자치의 원칙과 의사결정지원 제도화의 모색, 민사법학 제95호, 한국민사법학회, 2021, 12쪽.

84) Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Draft General Comment on Article 12, CRPD/C/11/4. 특히 협약 제12조의 해석, 즉 법적 능력(legal capacity)의 개념에 행위능력이 포함되는가, 의사결정대리(substitute decision-making)와 의사결정지원(supported decision-making)의 구별에 대한 협약국에서의 논란과 이견을 극복하기 위하여 발표한 일반논평이다(박인환, 고령인지장애인을 위한 성년후견제도 개정방향(1), 월간 가정상담 2023. 5월호, 한국가정법률상담소, 2023, 15쪽.

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

86) Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Draft General Comment on Article 12, CRPD/C/11/4, para. 13 참조.

87) Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Draft General Comment on Article 12,

협약에서 말하는 법적 능력은 권리를 보유하고 법에서 사람(人)으로 인정받는 법적 지위(legal standing)와, 보유한 권리를 행사하고 그 권리행사를 법에 의하여 인정받는 법적 기관(legal agency)이라는 두 가지 요소로 구성된다.⁸⁸⁾ 이 중 장애인은 후자의 법적 권리 행사 면에서 빈번하게 차별받는 경험을 한다.⁸⁹⁾ 법적 능력을 인정받고 그에 따른 권리를 실현하려면 위 두 가지 요소가 모두 보장되어야 함에도, 많은 당사국은 전술한 의사능력이 손상되었다고 판단하는 경우에 법적 능력을 부정하고 있다고 한다.⁹⁰⁾ 의사능력은 전술한 바와 같이 객관적·과학적인 현상이라기보다는 사회적·정치적 맥락에 좌우될 수 있기 때문에, 의사능력을 평가하고 의사능력의 결여나 부족을 이유로 법적 능력을 부정하는 것은 장애인에게 차별적으로 적용될 수 있으며 협약은 차별적인 법적 능력의 부정을 허용하지 않는다. 오히려 협약 제12조 제3항은 장애 때문에 스스로 법적 능력을 행사하기 어려운 사람에 대하여 법적 능력을 행사할 수 있도록 지원할 것을 요청한다.⁹¹⁾

3) 협약 제12조 제3항의 ‘필요한 지원’의 의미

CRPD는 일반논평을 통하여 “협약 12조에 따라 당사국이 가지는 의무의 정확한 범위에 대하여 보편적인 오해가 발생”하고 있다고 하면서, 정신적 장애인에 대한 일체의 법적능력의 제한을 부인하고, 정신적 장애인의 의사결정지원(supported decision-making)과 의사결정대리(substitute decision-making)를 준별하면서 협약 제12조 제3항에서 요청하는 것은 의사결정지원임을 분명히 하였다.⁹²⁾ 의사결정의 지원이란 공식·비공식 지원체계를 망라하는 것으로 여기에는 의사결정지원자로서의 후견인도 포함된다. 이는 당사국이 장애인의 법적 권리를 박탈하고 타인이 이를 대신해야 한다는 ‘의사결정대리’ 패러다임에

CRPD/C/11/4, para. 13.

88) Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Draft General Comment on Article 12, CRPD/C/11/4, para. 14.

89) Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Draft General Comment on Article 12, CRPD/C/11/4, para. 14.

90) Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Draft General Comment on Article 12, CRPD/C/11/4, para. 15 참조.

91) Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Draft General Comment on Article 12, CRPD/C/11/4, para. 15.

92) Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Draft General Comment on Article 12, CRPD/C/11/4, para. 3, 17. 박인환, 사적자치의 원칙과 의사결정지원 제도화의 모색, 민사법학 제95호, 한국민사법학회, 2021, 12-13쪽.

서 벗어나, 장애로 인해 의사결정과 판단에 어려움을 겪을 수 있지만 동등한 인간으로서 나름대로의 결정과 판단을 할 수 있는 사람으로 보고, 적절한 지원을 통해 그의 판단과 결정을 지원해야 한다는 ‘의사결정지원’ 패러다임에 기반한 지원을 제공해야 함을 의미한다. 물론 제공되는 지원의 종류와 강도는 개인마다 현저하게 다를 수 있으며,⁹³⁾ 일부 장애인은 협약 제12조 제2항에 제시된, 다른 사람과 동등한 법적 능력을 가질 권리에 대한 인정만을 추구하고, 제12조 제3항에 제시된 지원을 받을 권리의 행사는 희망하지 않을 수도 있다.⁹⁴⁾ 지원할 때는 제3자의 객관적 입장에서 본 최선의 이익이 아닌, 당사자의 의사와 선호에 기반하여야 한다.⁹⁵⁾

또한 일반논평에서는 의사결정대리를 규정하는 제도를 유지하면서 의사결정지원을 개발하여 병행하는 것은 협약 제12조의 준수에 불충분하며, 완전히 의사결정지원 패러다임으로 전환해야 함을 명시하였다.⁹⁶⁾

다. 대한민국 정부보고서에 대한 장애인권리위원회 최종의견

우리나라는 장애인권리협약에 가입·비준하였고, 이에 따라 동 협약을 준수하여야 할 국제법상의 의무를 진다.⁹⁷⁾ 그 일환으로 체약국으로서 장애인권리위원회(Committee on the Rights of Persons with Disabilities)에 보고서를 제출할 의무를 지는바, 대한민국 정부는 2011. 6. 27. 최초 정부보고서를 제출하였고, 장애인권리위원회는 이를 심의하여 2014. 10. 29. 최종의견(concluding observation)을 공표하였다.⁹⁸⁾

위 최종의견에서는 우리 민법상의 성년후견제도는 질병, 장애, 고령으로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 지속적으로 결여되었다고 여겨지는 사람들의 신상이나

93) Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Draft General Comment on Article 12, CRPD/C/11/4, para. 18.

94) Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Draft General Comment on Article 12, CRPD/C/11/4, para. 19.

95) Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Draft General Comment on Article 12, CRPD/C/11/4, para. 25.

96) Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Draft General Comment on Article 12, CRPD/C/11/4, para. 28.

97) 박인환, 고령인지장애인의 인권보호와 성년후견, 저스티스 통권 제146-1호, 한국법학원, 2015, 19쪽.

98) Committee on the Rights of Persons with Disabilities, The Concluding observations on the initial report of the Republic of Korea, CRPD/C/KOR/CO/1.

재산에 관하여 후견인이 결정하도록 하는 것에 대해 우려를 표했으며, 이러한 제도는 일반논평 제1호에서 설명된 바와 같이 의사결정의 지원 대신에 의사결정의 대리를 계속해서 촉진하는 것이므로 협약 제12조에 반한다고 하였다.⁹⁹⁾ 따라서 현재의 성년후견제도의 내용을 의사결정을 대리하는 것이 아닌 개인의 자율(autonomy)과 의지(will), 선호(preferences)를 존중하고 의학적 치료에 대한 동의 여부, 사법(司法), 혼인, 직업 및 주거의 선택에 대한 그들 자신의 권리를 존중하도록 하고 있는 일반논평 제1호와 협약 제12조에 완전히 합치하는 의사결정지원으로 전환하도록 권고하였다. 나아가 우리나라가 장애인과 그들을 대표하는 기관과의 협력을 통하여 공무원, 판사, 사회복지사에게 장애인의 법적능력의 이해 및 의사결정지원 메커니즘에 대한 교육을 제공할 것을 권고하였다.¹⁰⁰⁾ 이와 같은 위원회의 권고는 피후견인의 행위능력을 제한하고 후견인에게 의사결정 대리권을 인정하고 있는 성년후견제도를 가지고 있는 다수의 당사국에 대하여 같은 내용으로 이루어졌다.¹⁰¹⁾

이에 대하여, 대한민국 정부는 2019. 3. 제출한 ‘장애인권리협약 제2·3차 병합 국가보고서’에서 “다양한 유형의 후견제도를 통해 장애인의 잔존능력에 따른 의사결정을 존중하고 이러한 의사결정이 충실히 이루어질 수 있도록 지원하고 있다”며 한정후견 유형을 예로 들고 “성년후견 유형에 대한 이용 비율이 높기 때문에 즉각적인 폐지는 어렵다”고 답변하였다. 이에 대한 장애인권리위원회의 최종 견해(2022. 10. 6.)는 다시 2014년의 권고를 반복하면서, 현재 우리 민법상의 성년후견제도와 같은 의사결정대리 제도를 개별화된 지원 제공을 보장하고 장애인의 자율성, 의지 및 선호를 존중하는 의사결정지원 제도로 전환할 것을 권고하였다.¹⁰²⁾

라. 검토

장애인권리협약의 가장 큰 특징은 장애인의 의사결정능력은 대체될 수 없는 성격의

99) Committee on the Rights of Persons with Disabilities, The Concluding observations on the initial report of the Republic of Korea, CRPD/C/KOR/CO/1, pp. 2-3.

100) Committee on the Rights of Persons with Disabilities, The Concluding observations on the initial report of the Republic of Korea, pp. 2-3.

101) 박인환, 사적자치의 원칙과 의사결정지원 제도화의 모색, 민사법학 제95호, 한국민사법학회, 2021, 8쪽.

102) Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Concluding observations on the combined second and third periodic reports of the Republic of Korea, CRPD/C/KOE/CO/2-3, para. 28.

것이라는 입장에서, 후견인을 비롯한 조력자는 정신장애인을 대신하여 의사결정을 하는 것이 아니라 어디까지나 정신장애인의 의사결정을 ‘지원’함으로써, 정신적 제약으로 의사결정능력에 어려움을 겪는 사람들이 법적능력을 행사할 수 있도록 하라고 요청하였다는 점이다.¹⁰³⁾ 의사결정지원은 모든 사람이 스스로 선택을 할 수 있으며, 다만 선택을 이해하고 의사소통하는 데 도움이 필요하다고 본다. 누구든지 의사결정을 할 때 다른 사람의 도움을 구하는 경험은 사실 보편적인 것이며, 지적 장애나 인지 장애가 있는 당사자도 도움을 받아 스스로 의사결정을 할 수 있다는 생각이 그 배경에 있다. 이에 따라 기존의 후견제도에 대한 생각, 즉 의사결정에 문제가 있는 개인이 잘못된 결정을 내리지 않도록 대리인을 지정하여 ‘보호’해야 한다는 기존의 관점을, 당사자를 위한 결정에서 당사자의 의사결정으로 바꾸어 법적 객체에서 주체로 수용한다는 관점으로 변화시키는 것이라고 할 수 있다.¹⁰⁴⁾ 이러한 의사결정지원 모델은 타인과 분리된 자율적인 행위자 모델에서 상호 의존적이고 개인의 역량이 관계에 의해 형성된다는 관점을 수용한다.¹⁰⁵⁾ 나아가 의사결정지원은 의사결정능력 장애인의 비차별을 위한 ‘합리적 편의제공(reasonable accommodation)’으로서도 요청된다(협약 제2조). 합리적 편의란 장애인이 다른 사람들과 동등한 기초 위에서 모든 인권과 기본적 자유를 향유하고 행사할 수 있도록 보장하기 위하여 필요한 경우 불균형하거나 과도한 부담을 부과하지 않는 필수적이고 적절한 변형 및 조정을 의미한다. 결국 협약에서 의미하는 바는 의사결정능력이 부족하더라도 적절한 지원을 통하여 법적능력의 행사가 가능하게 된다면 당사자의 자기결정권은 실질적으로 보장될 수 있다는 것이다.

이에 따라 각국의 의사결정대리 모델에 기반한 성년후견제도에 대하여 장애인권리위원회는 제도의 개혁을 권고하고 있고, 우리나라의 성년후견제도에 대해서도 마찬가지로 권고를 하였다. 대한민국 정부는 한정후견의 예를 들어 후견유형이 다양하다고 하나, 후견제도 활용 유형 중 일부만을 차지하는 한정후견 유형이 성년후견제도의 대표성을 띠

103) 박인환, 사적자치의 원칙과 의사결정지원 제도화의 모색, 민사법학 제95호, 한국민사법학회, 2021, 36쪽.

104) Nina A. Kohn, Legislating Supported Decision-Making, Harvard Journal on Legislation 58, no. 2, 2021, p. 319.

105) Nina A. Kohn, Legislating Supported Decision-Making, Harvard Journal on Legislation 58, no. 2, 2021, p. 320. 이는 마사 누스바움의 역량 접근법과도 일맥상통한다고 볼 수 있다(Martha C. Nussbaum, *Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership*, Belknap Press, 2007, pp.195-199).

수 있는지 의문이며, 한정후견 유형 역시 의사결정대리 모델을 따르고 있다는 점에서 성년후견유형과 동일하다.¹⁰⁶⁾

3. 유럽연합

가. 유럽인권협약 및 유럽인권재판소 결정례

정신장애인이 비자발적으로 입원하여 권리의 제약을 받거나 의지에 반하여 법적 능력을 제한받는 경우, 유럽인권재판소는 이에 대한 통제가 필요하며 정신장애인이 직접 구제절차에 접근할 권리가 있다는 취지의 결정을 한 바 있다. 유럽인권재판소의 정신장애인 관련 결정은 비자발적 입원과 관련된 사건이 많으며, 이와 관련하여 유럽인권협약의 신체의 자유와 안전에 대한 권리(제5조), 공정한 재판을 받을 권리(제6조), 사생활 및 가족생활을 존중받을 권리(제8조) 등에 위반하는지 여부가 문제되었다. 정신질환으로 인한 장애가 있다는 것과 성년피후견인이라는 것은 서로 밀접하게 관련되어 있지만 양자가 반드시 동일한 의미를 갖는 것은 아니다. 그러나 아래에서 소개하는 결정례는 정신병원 등의 시설에 수용되면서 법적 능력의 박탈을 선고받은 당사자가 청구인이라는 공통점이 있어 성년후견제도(혹은 행위무능력자 제도)와의 관련성을 갖는다고 볼 수 있다.¹⁰⁷⁾

1) Winterwerp v. the Netherlands (1979)¹⁰⁸⁾

네덜란드에 거주하던 Winterwerp는 1968년 긴급절차로 시장의 지시에 따라 정신병원에 입원하였고, 그 후 아내의 신청에 따라 법원의 결정으로 매년 입원이 연장되었다. 당사자인 Winterwerp는 절차 중 어떤 심문이나 명령을 받은 적이 없었고, 법적인 조력도 받지 못하였으며 이의제기를 할 기회도 없었다.

정신질환자의 강제입원에 관하여 규정하는 네덜란드의 법률¹⁰⁹⁾은 정신질환자(mentally

106) 배용진, “보호라는 이름의 박탈”, 함께걸음 2019. 4. 3.자 기사(https://www.cowalknews.co.kr/bbs/board.php?bo_table=HB03&wr_id=1099&page=16).

107) 주요 결정례의 상세는 김은영, 유럽인권재판소 결정례에 비추어 본 성년후견제 고찰, 사회보장법연구 제4권 제1호, 서울대 사회보장법연구회, 2015을 참조.

108) Winterwerp v Netherlands 6301/73 [1979] ECHR 4.

109) wet van 27 April 1884, Stb 96, tot regeling van het Staatstoezicht op krankzinnigen

ill person, krankzinnige)에 대한 정의를 두고 있지 않고 법원에 의한 승인을 비롯한 절차를 규정하고 있었다. 실무상 네덜란드 법원은 그의 정신 장애가 자신 또는 다른 사람에게 실질적인 위협이 될 정도로 심각한 경우에 입원을 승인하는 방식으로 운영되고 있었다. 유럽인권재판소는 이 결정에서 협약은 정신이 온전치 못한 사람(persons of unsound mind)이 누구를 의미하는지 정의하고 있지 않고, 정신의학의 발전과 치료에 있어서 유연성, 사회의 정신질환에 대한 태도 변화에 따라 정신질환자의 문제에 대한 이해는 광범위해지고 있다고 하였다. 정신장애인을 자의에 의하지 않고 병원에 입원시키는 등의 행위를 하기 위해서는 그 요건으로 ①객관적인 의료전문가의 판단을 기초로 관할관청이 정신장애라고 판단할 것, ②그 정신장애는 강제구금을 정당화할 정도에 이를 것, ③구금 기간의 타당성은 정신장애가 계속되고 있는지 여부에 따라야 한다고 실시하였다. 이 결정에서는 정신질환이 있는 한 구금 기간의 연장은 가능하다고 하면서도, 다만 절차적 측면에서 대리인을 통하여 당사자의 의견을 표명할 기회를 부여하지 않은 것이 협약에 위반된다고 판단하였다.

2) Shtukaturov v. Russia (2008)¹¹⁰⁾

정신장애인이인 청구인은 어머니의 신청으로 법원의 결정에 따라 법적 능력이 박탈되고 어머니가 후견인으로 지정되었다. 청구인은 법원의 심리에 대하여 고지받지 못하였고, 재판은 검사와 청구인이 입원해 있었던 정신병원의 대표가 참석한 상태에서 진행되었다. 후에 법원의 결정을 알게 된 청구인이 이의를 제기하고자 하였으나 법적 능력이 박탈된 상태였기 때문에 이의신청은 각하되었고, 후견인인 어머니의 신청으로 청구인은 정신병원에 수용되었다. 청구인은 부당한 구금을 이유로 국내에서 구제를 받고자 하였으나, 어머니가 후견인으로 지정된 상태에서 이의를 제기할 수 없었고 변호사¹¹¹⁾와 소통하는 것이 허용되지 않았으며, 탈출 시도 뒤 침대에 묶여 약물을 투여받았다고 주장하였다. 변호인은 청구인의 법적 능력 박탈은 유럽인권협약 제6조(공정한 재판을 받을 권리)¹¹²⁾ 및

110) Shtukaturov v. Russia 44009/05 [2008] ECHR 223.

111) 청구인은 병원에 입원하기 이틀 전에 시민단체로부터 변호사를 선임하였다.

112) 유럽인권협약 제6조(공정한 재판을 받을 권리)

1. 모든 사람은 민사상의 권리 및 의무, 또는 형사상의 죄의 결정을 위하여 법률에 의하여 설립된 독립적이고 공정한 법원에 의하여 합리적 기한 내에 공평하게 공개심리를 받을 권리를 가진다.(후략)

제8조(사생활 및 가족생활을 존중받을 권리),¹¹³⁾ 그리고 정신병원에서의 구금은 협약 제3조(고문의 금지)¹¹⁴⁾ 및 제5조(신체의 자유와 안전에 대한 권리)¹¹⁵⁾ 위반이라고 주장하였다.

유럽인권재판소는 청구인이 법적 능력을 박탈당하는 절차를 통지받지 못하고 참여도 할 수 없었던 상태에서 판사는 청구인에 대한 판단을 의료보고서에만 의존하여 하여야 했다는 점, 법적 능력이 없어 판단에 대한 이의제기도 할 수 없었다는 점을 언급하였다. 또한, 법적 능력을 박탈하는 결정은 그의 사생활을 존중할 권리를 침해한 것이고, 구금이 필요한 정신 상태인지가 확실하게 입증되지 않았으므로 입원은 그의 자유권과 신체의 안전을 불법적으로 침해한 것이라고 판단하였다. 또한 청구인이 스스로 사법절차를 통해 구금의 정당성을 다툴 수 없도록 한 것은 협약 제5조 제4항 위반에 해당한다고 판시하였다.

3) Stanev v. Bulgaria (2012)¹¹⁶⁾

조현병을 진단받은 청구인 Stanev는 2000년 법원에서 부분적으로 법적 능력을 제한하는 결정을 받았으나 가족 중 누구도 후견인이 되고자 하지 않아 시설이 매우 열악한 사회복지시설에 입소하게 되었다. 청구인은 자신의 법적 능력 제한에 대한 검토를 여러 차례 시도했지만, 후견인인 시설의 장의 동의 없이는 소송을 제기할 수 없었기 때문에 법원에서 이를 다툴 수 없었다.

113) 유럽인권협약 제8조(사생활 및 가족생활을 존중받을 권리)

1. 모든 사람은 그의 사생활, 가정생활, 주거 및 통신을 존중받을 권리를 가진다.
2. 법률에 합치되고, 국가안보, 공공의 안전 또는 국가의 경제적 복리, 질서유지와 범죄의 방지, 보건 및 도덕의 보호, 또는 다른 사람의 권리 및 자유를 보호하기 위하여 민주사회에서 필요한 경우 이외에는, 이 권리의 행사에 대하여는 어떠한 공공당국의 개입도 있어서는 아니 된다.

114) 유럽인권협약 제3조(고문의 금지) 어느 누구도 고문, 비인도적인 또는 굴욕적인 취급이나 형벌을 받지 아니한다.

115) 유럽인권협약 제5조(신체의 자유와 안전에 대한 권리)

1. 모든 사람은 신체의 자유와 안전에 대한 권리를 가진다. 누구든지 다음의 경우에 있어 법률로 정한 절차를 따르지 아니하고는 자유를 박탈당하지 아니한다.
 - e. 전염병의 전파를 방지하기 위하여, 또는 정신이상자...의 합법적 구금
4. 체포 또는 구금에 의하여 자유를 박탈당한 사람은 누구든지 법원이 그의 구금의 합법성을 지체없이 결정하고, 그의 구금이 합법적이지 않은 경우에는 석방이 명령되도록 법원에 절차를 취할 권리를 가진다.

116) Stanev v. Bulgaria 36760/06 [2012] ECHR 46.

유럽인권재판소는 당사자의 동의 없이는 지방정부 당국이 사회복지시설에 그를 구금하도록 할 수 없으므로 이는 협약 제5조 제1항을 위반한 것이고, 법적 능력이 부족하다고 해서 자신의 상황을 이해하고 의사를 밝힐 수 없다는 의미는 아니라고 하였다. 또한, 구금 당시 업데이트된 정신과 진단서가 없었기 때문에 협약 제5조 제1항(e)에 따라 구금이 정당화될 수 없다고 하였다. 불가리아 법이 보호자 없이도 당사자가 법적 능력을 회복할 수 있도록 적절한 절차를 제공하지 아니한 것은 협약 제6조 제1항 위반이며, 이의 제기절차를 마련하지 않은 것, 권리 침해에 대한 보상 제공을 규정하지 아니한 것은 협약 제5조 제4항에 반하는 것이라고 하였다. 나아가 열악한 시설에서 겪은 피해에 대한 보상 가능성을 규정하지 아니한 것은 협약 제3조 위반이라고 판단하였다.

4) D.D. v. the Lithuania (2012)¹¹⁷⁾

정신질환을 앓고 있던 청구인은 2000년에 법적 능력을 박탈당하고 양부가 후견인으로 지정되어 2004. 6.부터 요양시설에서 머무르고 있었다. 청구인은 협약 제2조, 제3조, 제5조, 제6조 위반을 주장하며 유럽인권재판소에 제소하였으며, 재판소는 전술한 Winterwerp 결정에서 언급한 기준을 근거로 청구인을 시설에 입원시키고 치료를 받도록 하는 것 자체는 협약 제5조 제1항에 위반되지 않는다고 하였다.

그러나 구금에 대한 정기적인 심사가 이루어지지 않은 상황에서 청구인과 같이 법적 능력이 박탈된 사람은 스스로 사법절차를 개시할 수도 없어 협약 제5조 제4항에 위반한다고 하였다. 또한, 협약 제6조 제1항을 고려할 때 신청인의 정신적 능력에 대한 결정과 그에 따른 사무를 관리할 후견인의 선임에 관한 국내 소송에서 전반적으로 공정성이 부족하다고 판단했다. 특히 이 사건에서는 후견인인 양부와 청구인 사이에 갈등이 있어 후견인이 청구인의 이익을 대변하기에 적절하지 않다는 점에 주목하였다.

나. 유럽평의회 ‘행위무능력 성인의 법적 보호에 대한 권고’ (1999)

유럽평의회(Council of Europe) 각료이사회(Committee of Ministers)는 성년임에도 개인적 능력의 손상이나 부족으로 인하여 자신의 이익을 보호할 수 없는 사람들이 증가하

117) D.D. v. the Netherlands 13469/06, [2012] ECHR 254.

고 있는 현실과 이러한 사람들의 보호를 위한 적절한 법률의 필요성이 증가하고 있는 배경에서, 유엔을 기반으로 한 국제인권규범과 유럽평의회에 마련된 국제기구의 협약이나 결의안, 권고문 등을 바탕으로,¹¹⁸⁾ 법적 능력을 인정받지 못하는 사람들의 존엄성 존중, 인권 존중을 보장하기 위하여 1999. 2. 23. ‘행위무능력 성인의 법적 보호에 대한 권고 (Recommendation No. R(99)4 concerning the legal protection of incapable adults, 이하 ‘권고’)’를 채택하였다.¹¹⁹⁾

권고는 “개인의 능력의 손상 또는 불충분을 이유로 자신의 사적·경제적인 문제와 관련하여 일부 또는 전부를 자율적으로 결정하거나, 그러한 결정을 이해하거나 이를 표현하거나 그에 따라 행동할 수 없어 결과적으로 자신의 이익을 방어할 수 없는 성인”을 보호하는 데 적용된다(Part 1, para 1). 이는 총 5개의 부(Part), 28개 원칙(Principle)으로 구성되는데, 그 중 성년후견과 관련된 중요 원칙으로 현존능력의 최대한 보호, 필요성, 보충성, 유연성, 비례성 등을 명시하고 있고(Part 2), 절차적 원칙으로 절차의 제도화, 조사·평가, 당사자의 의견진술권, 정기적 점검과 이의제기 등을 규정하고 있다(Part 3).¹²⁰⁾ 또한, 권고는 대리인의 역할(Part 4)과 의료 분야에서의 개입(Part 5)에 관한 내용을 두고 있다.

원칙의 상세는 다음과 같다. 원칙 3에서는 능력의 최대 보존(maximum preservation of capacity)을 위하여, 의사무능력의 정도는 다양하다는 점과 수시로 변할 가능성이 있음을 인식하여야 하며, 따라서 의사결정이 어려운 사람들에게 대해 법적 능력을 자동적으로 완전히 박탈하는 보호 조치로 귀결되어서는 안 된다(원칙 3. 1.). 특히 보호 조치가 당사자의 투표권, 유언할 권리, 의료에 대한 개입에 동의하거나 동의를 거부할 권리 또는 당사자의 능력이 허용하는 경우 언제든지 개인적 성격의 기타 결정을 내릴 수 있는 권리를 자동으로 박탈해서는 안 된다고 한다(원칙 3. 2.). 의사무능력자인 성인을 위한 보호 조치는 개별 상황과 당사자의 필요를 고려하여야만 취할 수 있으나, 당사자의 완전하고 자발적인 동의가 있다면 역시 보호 조치를 취할 수 있다(원칙 5. 1.). 아울러 이러한 조치가 필요하지 여부를 결정할 때는 덜 공식적인 것이 있는지, 가족이나 타인의 도움이 있는지

118) 유럽평의회 각료이사회, 권고에 대한 해설서(Explanatory Memorandum)

119) 채택 당시 아일랜드 대표는 권고의 원칙 5, 원칙 6의 준수 여부에 대한 자국 정부의 권리를 유보한다고 명시하였고, 프랑스 대표는 원칙 23. 3.(중요한 의료적 개입을 수행하기 전 당사자가 독립된 공식기관의 의견을 들을 수 있는 수단 제공)의 적용은 당사자의 요청에 따라야 한다고 유보해야 함을 명시하였다.

120) 상세는 김은영, 유럽인권재판소 결정례에 비추어 본 성년후견제 고찰, 사회보장법연구 제4권 제1호, 서울대 사회보장법연구회, 2015, 110-112쪽 참조.

를 고려하여야 한다(원칙 5. 2.). 보호 조치는 당사자의 능력 정도에 비례해야 하며 당사자의 개별 상황과 필요에 맞게 설계되어야 한다(원칙 6. 1.). 그리고 보호 조치는 그 목적을 달성하는 데 부합하는 최소한의 범위 내에서 당사자의 법적 능력, 권리 및 자유에 개입해야 한다(원칙 6. 2.).

절차적 측면으로는, 개인의 능력에 대한 조사 및 평가를 위한 적절한 절차가 있어야 하며(원칙 12. 1.), 보호 조치를 취하는 사람이 당사자인 성인을 직접 만나거나 그의 상태에 대하여 적절한 자격을 갖춘 전문가 1명 이상의 최신 보고서가 제출되지 않는 한 의사 무능력 성인의 법적 능력을 제한하는 보호 조치를 취해서는 안 된다(원칙 12. 2.). 그리고 당사자는 자신의 법적 능력에 영향을 줄 수 있는 모든 절차에서 직접 의견을 진술할 권리를 보장받아야 한다(원칙 13). 당사자를 위한 보호 조치는 적절한 기한 제한과 정기적 검토가 필요하며, 보호 조치의 필요가 없어진 때에는 이를 종료하여야 한다. 이와 관련하여 당사자에게 적절한 이의제기권이 보장되어야 한다.(이상 원칙 14)

권고는 회원국 각국의 관련 입법에 영향을 미칠 뿐 아니라 전술한 유럽인권재판소의 결정에도 영향을 주었다. 전술한 *Shtukaturv v. Russia* (2008) 결정에서는 권고에서 명시한 비례성, 능력의 최대 보존 원칙에 입각하여 개인의 법적 능력을 판단하는 데 있어 이원화에 그치지 않고 다양한 대안을 강구하도록 촉구하였고, *Stanev v. Bulgaria* (2012) 결정에서도 유럽인권재판소는 장애인권리협약을 적극적으로 판단기준에 포함시켰을 뿐 아니라 권고의 원칙 2(법적 대응의 유연성), 원칙 3(능력의 최대 보존), 원칙 6(비례성), 원칙 13(직접 진술할 권리), 원칙 14(기간, 심사, 이의제기) 등 주요한 원칙들을 기준으로 판단하였다.

4. 영국

가. 정신능력법(Mental Capacity Act 2005)의 제정 배경

영국에서는 의사결정무능력자를 정신질환의 치료라는 관점에서 접근하는 시각이 오랫동안 지속되었다. 그러나 정신질환자에 대한 관점의 변화를 경험하고 질병 뿐만 아니라 고령자가 증가한 상황 등 의사결정능력상의 문제가 있는 성인에 대한 지원을 전반적으로

고려한 법제도의 개선이 시도되었다.¹²¹⁾

영국에서는 19세기에 들어 환자의 수용에 적법절차를 강조하기 시작하여 의사가 공립 및 사립 수용시설을 감독하도록 하고, 1890년 정신장애법(Lunacy Act 1890)¹²²⁾을 제정하면서 정신질환자의 입원을 위해서는 청원을 통하여 사법 당국의 승인¹²³⁾을 받도록 하였다.¹²⁴⁾ 그 후 1959년 정신보건법(Mental Health Act)을 제정하면서 정신질환자의 재산 관리와 치료 및 보호와 관련된 각종 법률은 하나의 법률로 통합되었다. 1959년 정신보건법 제정 후에도 강제치료와 관련한 의사의 권한남용의 문제가 지속되어, 다시 적법절차를 강조하고, 강제치료가 필요할 때의 안전장치를 강화하기 위하여 1983년 정신보건법이 제정되었다.

1983년 정신보건법(Mental Health Act)에 따르면, 보호법원(Court of Protection)은 당사자의 재산관리를 위한 관리인을 선임할 수 있었다. 그러나 재산관리인이 선임되면 본인이 한 재산거래는 무효가 되고 재산관리인만이 본인을 위한 재산거래를 할 수 있었다. 이에 재산관리인제도를 개선하기 위해 대리법을 수정하여 재산관리인에 갈음하는 새로운 대리제도를 창설하여, 1985년 ‘지속적 대리권 수여법(Enduring Powers of Attorney Act)’을 제정하였다. 지속적 대리권은 본인이 의사능력을 상실한 이후에도 대리인이 대리권을 행사할 수 있도록 한 것이 특징이다. 그러나 지속적 대리권은 재산행위로 한정되어 개인의 신상이나 의료에 관한 사항에 대한 계약을 맺을 수 없었고, 일단 지속적 대리권이 등록되면 이를 철회하거나 변경할 수 없으며, 지속적 대리인과 재산관리인의 양립이 불가능하다는 점 등이 문제로 지적되었다.¹²⁵⁾

121) 제철웅, 영국법에서 의사결정무능력 성인의 보호제도의 역사적 전개와 2005년의 정신능력법의 특징, 비교사법 제17권 4호, 한국비교사법학회, 2010, 217쪽 참조.

122) 원문은 다음을 참조. Lunacy Act, 1890 (<https://www.irishstatutebook.ie/eli/1890/act/5/enacted/en/print.html> 검색일: 2024. 1. 8.)

123) 동법 제9조 제1항에 따르면, 이 법에 따른 사법 당국(judicial authority)의 권한은 아래의 규정에 따라 특별히 임명된 치안판사, 지방 법원 판사 또는 치안판사에 의해 행사된다고 규정하고 있다(9.—(1) The powers of the judicial authority under this Act shall be exercised by a justice of the peace specially appointed as herein-after provided, or a judge of county courts, or magistrate).

124) 영국의 보통법 전통부터 1983년 정신보건법 제정까지의 상세한 내용은 제철웅, 영국법에서 의사결정 무능력 성인의 보호제도의 역사적 전개와 2005년의 정신능력법의 특징, 비교사법 제17권 제4호, 한국비교사법학회, 2010, 218쪽 이하 참조.

125) 다만 영국에서는 법정후견인을 선임하기보다는 신상관련 사항은 기존의 의료 또는 복지시스템을 활용하며 법정후견인제도를 부차적으로 활용하고 지속적 대리권 수여계약을 체결하는 경우가 많다고 한다.(김윤정 외, 성년후견제도의 운영에 관한 연구, 사법정책연구원 연구총서 2017-05, 사법정책연구원, 2017, 364쪽)

이러한 문제를 포함하여 의사결정 장애인이 사회구성원으로서 살아가기 위한 법제도적 준비가 필요하다는 인식에 따라, 영국에서는 1989년 의사결정무능력자 보호제도에 관한 논의에 착수하였다. 사무변호사(Solicitors) 단체인 Law Society의 의견 수렴을 거쳐 법률위원회(Law Commission)에서는 1991년부터 차례로 개요, 새로운 관할권, 의료 및 연구, 공법적 보호에 관한 자문보고서를 발표하였고,¹²⁶⁾ 그리고 1995년 의사결정무능력 성인의 보호를 위한 법 정비에 관한 최종보고서를 발간하였다.¹²⁷⁾ 그리고 시간이 흘러 2005년 ‘정신능력법(the Mental Capacity Act 2005)’이 제정되어, 2007년부터 시행되었다.¹²⁸⁾

나. 정신능력법의 주요 내용

정신능력법의 시행에 따라 1983년 정신보건법(Mental Health Act)의 제7편 및 1985년의 지속적 대리법(Enduring Powers of Attorney Act)은 폐지되었다. 이 법이 시행되면서 종전의 지속적 대리인법에 따른 지속적 대리계약은 더 이상 창설할 수 없게 되었으나(제 66조), 기존의 지속적 대리인은 계속해서 활동할 수 있도록 하였다. 정신능력법에서는 새롭게 창설한 보호법원(Court of Protection)이 선임하는 대리인과 본인이 선임하는 영속적

126) The Law Commission, Consultation Paper No. 119, Mentally Incapacitated Adults and Decision-Making - An Overview, 1991. (<https://cloud-platform-e218f50a4812967ba1215eaeccede923f.s3.amazonaws.com/uploads/sites/30/2015/04/cp119.pdf> 검색일: 2024. 1. 27.)

The Law Commission, Consultation Paper No. 128, Mentally Incapacitated Adults and Decision-Making - A New Jurisdiction, 1993. (<https://cloud-platform-e218f50a4812967ba1215eaeccede923f.s3.amazonaws.com/uploads/sites/30/2015/04/cp128.pdf> 검색일: 2024. 1. 27.)

The Law Commission, Consultation Paper No. 129, Mentally Incapacitated Adults and Decision-Making - Medical Treatment and Research, 1993. (<https://cloud-platform-e218f50a4812967ba1215eaeccede923f.s3.amazonaws.com/uploads/sites/30/2015/04/cp129.pdf> 검색일: 2024. 1. 27.)

The Law Commission Consultation Paper No. 130, Mentally Incapacitated and Other Vulnerable Adults - Public Law Protection, 1993. (<https://cloud-platform-e218f50a4812967ba1215eaeccede923f.s3.amazonaws.com/uploads/sites/30/2015/04/cp130.pdf> 검색일: 2024. 1. 27.)

127) The Law Commission, Mental Incapacity (Report) [1995] EWLC 231 (15 January 1995) (전문은 <https://www.bailii.org/ew/other/EWLC/1995/231.html> 검색일: 2023. 11. 27.)

128) 김윤정 외, 성년후견제도의 운영에 관한 연구, 사법정책연구원 연구총서 2017-05, 사법정책연구원, 2017, 358쪽. Law Commission의 법안 제안 이후 10여년이 지나서야 MCA가 제정되었는데, 여기에는 생명연장치료 거부에 관한 사전의사결정제도에 대한 반발이 컸던 것이 큰 이유라고 한다.(제철웅, 영국법에서 의사결정무능력 성인의 보호제도의 역사적 전개와 2005년의 정신능력법의 특징, 비교사법 제17권 제4호, 한국비교사법학회, 2010, 240쪽 참조)

대리인(Lasting Power of Attorney)을 규율한다.¹²⁹⁾

이 법은 판단능력이 불충분한 성인의 의사결정을 어떻게 보완할 것인가에 초점이 맞추어져 있어 의사결정지원의 입법례로 참조할 만하다.¹³⁰⁾ 이는 동법의 기본원칙과 판단 기준 등에서 잘 나타난다. 제1조의 기본원칙에서는 “사람은 의사결정능력을 상실하고 있다는 확고한 증거가 없는 한 의사결정능력이 있는 것으로 추정한다”고 한다(제1조 제2항). 사람은 스스로 의사결정을 할 수 있도록 지원을 받으며, 그래도 결정이 불가능한 경우에만 의사결정능력을 할 수 없는 것으로 판단한다고 규정하고 있다(제1조 제3항). 따라서 객관적으로 현명하지 않은(unwise) 의사결정을 했다는 이유만으로 본인에게 의사결정능력이 없다고 단정할 수는 없으며(제1조 제4항), 당사자의 선호(preference)를 충분히 고려한 후 그의 ‘최선의 이익(best interest)’이라는 관점에서 이루어져야 한다(제1조 제5항). 최선의 이익을 판단함에 있어서는 의사결정을 대리하는 후견인의 견해나 기타 객관적 가치관을 강요하지 않고, 피후견인의 상황에서 구체적인 최선의 이익을 발견하여야 한다. 구체적으로는 ①당사자의 연령, 외모, 상태나 행동의 어떤 측면에 의해 판단이 좌우되지 않을 것, ②모든 관련 상황과 장래의 상황을 고려할 것, ③본인의 의사결정능력 회복가능성을 고려할 것, ④당사자가 스스로 의사결정에 충분히 참여하거나 참여 능력을 향상시킬 수 있도록 허용하고 장려할 것, ⑤연명 치료(생명유지)에 관해서는 그것이 본인의 최선의 이익에 적합한지 여부를 판단할 때, 본인의 사망을 초래하려는 동기로 움직여서 판단해서는 안 되며, 안락사나 자살방조는 부정된다는 것, ⑥본인의 과거나 현재의 희망과 감정(특히 당사자가 의사능력 있을 때 작성한 서면), 신념이나 가치관 등을 고려할 것, ⑦본인이 상담자로서 지명한 자, 가족친구 등, 법정후견인, 임의후견인 등의 견해를 고려하여 판단할 것을 의미한다(제4조 제1항~제7항 참조).¹³¹⁾

성년후견에 관한 업무담당기관은 보호법원(Court of Protection)과 공공후견청(Office of the Public Guardian)이다. 보호법원은 결정을 내릴 수 있는 정신적 능력이 있는지 여부를 판단하고, 재산관리 및 신상보호에 관한 선언·판단을 내린다(제15조 및 제16조). 당

129) 제철웅, 영국법에서 의사결정무능력 성인의 보호제도의 역사적 전개와 2005년의 정신능력법의 특징, 비교사법 제17권 제4호, 한국비교사법학회, 2010, 241쪽 참조.

130) 이명현, 영국 성년후견법을 통해 본 복지사회 구상: 의사결정능력법(Mental Capacity Act)의 자기결정 지원을 중심으로, 민주주의와 인권 제12권 제3호, 5·18연구소, 2012, 412쪽.

131) 이명현, 영국 성년후견법을 통해 본 복지사회 구상: 의사결정능력법(Mental Capacity Act)의 자기결정 지원을 중심으로, 민주주의와 인권 제12권 제3호, 5·18연구소, 2012, 420쪽 이하; 송영민, 성년후견제도와 민법 제947조의 기능, 원광법학 제39권 제3호, 원광대학교 법학연구소, 59쪽.

사자의 의사결정능력이 부족하다고 인정하는 경우 그 결정을 대신할 수 있는 법정후견인(deputy)을 선임하는 역할을 하며(제16조), 지속적 대리권 수여의 유효 여부 역시 판단한다.

공공후견청은 2007년 설립된 행정기관으로, 지속적 대리권 수여계약 등록, 법정후견인에 대한 조언 및 감독 업무를 수행한다.¹³²⁾ 지속적 대리인 등록, 법정후견인이 작성한 연간회계보고서 감사, 법정후견인 감독, 법정후견에서 배상보험금(Security Bond) 수령, 부정행위가 의심되는 법정후견인과 지속적 대리인에 대한 조사와 고충 접수 및 조사관 파견, 보호법원에 대하여 법정후견인·지속적 대리인의 해임을 신청할 수 있다.¹³³⁾

5. 아일랜드

가. 법개혁위원회의 후견제도 등 개선안

아일랜드에서는 종전의 후견제도가 질병이나 사고 등으로 인하여 판단능력이 없거나 부족한 사람을 상정하여 설계되었는데, 판단능력이 점차 쇠퇴해가는 고령자를 염두에 두지 않았다는 반성에 따라, 법개혁위원회는 2003년 자문의견서를 발간하여 후견제도 및 지속적 대리권 제도¹³⁴⁾에 대한 개선 방안을 제시하였다.¹³⁵⁾ 이 자문의견서에서는 법적 능력(legal capacity)¹³⁶⁾이 없는 성인으로서 후견이 필요한 사람에게 후견인(guardian)을

132) GOV.UK. “Office of the Public Guardian”(https://www.gov.uk/government/organisations/office-of-the-public-guardian)

133) 김윤정 외, 성년후견제도의 운영에 관한 연구, 사법정책연구원 연구총서 2017-05, 사법정책연구원, 2017, 359-362쪽 참조.

134) 아일랜드에서는 1996년 지속적 대리권 제도(enduring power of attorney)가 도입되었으나, 그 활용도는 낮은 상황이었다.

135) Law Reform Commission, Consultation Paper on Law and the Elderly(LRC CP 23 - 2003). 이 자문의견서는 1975년의 법개혁위원회법(Law Reform Commission Act 1975)에 따라 정부의 승인을 받아, 2000년부터 2007년에 이르는 기간 동안 법개혁위원회의 제2차 법개혁프로그램의 일환으로 진행되었다. 아일랜드의 개혁 입법의 경위와 그 내용에 관해서는 제철웅·박현정, 아일랜드의 후견제도의 개혁 입법, 민사법학 제95호, 한국민사법학회, 2021, 393쪽 이하를 참조.

136) legal capacity의 개념정의에 관하여는 여러 논의가 있다. 2006년의 장애인권리협약과 관련해서 장애인 권리위원회는 법적 능력은 권리능력과 행위능력을 망라하는 개념으로 정의한다. 그런데 보통법 국가에서는 legal capacity는 정신능력(mental capacity)-본문의 의사결정능력을 이 의미로 사용한다.과 동일한 개념으로 사용한다. 정신능력은 의사결정을 할 수 있는 자연적 능력을 의미한다는 점에서, ‘합리적 판단능력’을 기준으로 하는 대륙법의 의사능력과는 다른 개념이다. 위 법개혁위원회의 의견서에 있는

선임하고, 신상후견과 재산후견의 구분 없이 통합형 후견을 도입할 것, 특정명령(specific orders)제도¹³⁷⁾를 도입할 것을 제안하였다. 지속적 대리인은 대리권서면에서 달리 규정하지 않는 한 후견인과 동일한 권한을 갖도록 할 것을 제안하였다.

그 후 ‘장애’ 개념의 사회적 모델에 주목하면서 당사자의 자율성과 의사결정능력을 인정하는 방향에서 2005년 “취약한 성인과 법: 의사결정능력에 관한 2005년 자문보고서”¹³⁸⁾를 발표하였다. 성인은 의사결정능력이 있다고 법률상 추정되고 의사결정능력의 결여에 대한 판단기준은 법률에 규정하도록 하였고, 현명하지 못한 결정이라는 이유로 의사결정능력이 없다고 판단하지 않을 것, 의사결정능력 장애인에 대한 국가개입 절차에 본인의 참여를 지원할 것, 공공후견의 강화 등이 그 내용에 포함되어 있다.

이듬해 아일랜드의 유엔장애인권리협약 채택을 앞두고 법개혁위원회는 “취약성인과 법에 관한 2006년 보고서”¹³⁹⁾를 발표하며 개혁입법을 위한 법률안 초안(Draft Scheme of Mental Capacity and Guardianship Bill)을 제안하였다.

나. 의사결정지원법(The Assisted Decision Making (Capacity) Act 2015)

1) 의사결정지원법의 제정

2013년 기존의 후견법, 지속적 대리권법을 대체하고, 사전지시서를 반영한 ‘의사결정 지원법안(Assisted Decision Making (Capacity) Bill)’이 제출되었다. 이 법안은 법개혁위원회의 제안을 토대로 하였지만, ‘후견(guardianship)’이라는 용어 대신 의사결정지원(assisted decision-making), 의사결정대리(decision-making representation)라는 용어를 사용하고, 의사결정능력의 장애가 있는 사람에 대한 국가개입과 지원의 결정권한을 순회법

legal capacity는 mental capacity의 개념으로 사용하고 있다. Law Reform Commission, Consultation Paper on Law and the Elderly(LRC CP 23 - 2003), p. 201 참조.

137) 특정명령제도는 법적 능력(legal capacity)은 있지만 보호가 필요한데 스스로는 그 조치를 취할 수 없는 사람, 법적 능력(legal capacity)이 없지만 돌봄이 필요한 것이지 처리해야 할 사무로서의 법률행위를 해야 할 필요가 없어서 후견이 필요하지 않는 사람을 위해 제안되었다. 이 때의 명령은 서비스 제공명령, 개입명령, 돌봄명령 등이 있을 수 있다고 제안한다.

138) Law Reform Commission, Consultation Paper on Vulnerable Adults and the Law: Capacity(LRC CP 37-2005). 제철웅·박현정, 아일랜드의 후견제도의 개혁 입법, 민사법학 제95호, 한국민사법학회, 2021, 395쪽 이하.

139) 제철웅·박현정, 아일랜드의 후견제도의 개혁 입법, 민사법학 제95호, 한국민사법학회, 2021, 397쪽.

원(Circuit Court)이 보유하도록 하였다. 또한, 법개혁위원회 법안의 공공후견인관청은 정신보건위원회 산하의 의사결정지원청(Decision Support Service)으로 바뀌었다.¹⁴⁰⁾ 이 법안은 2015년 아일랜드 국회에서 가결되어 2016. 10. 17. 제1부(Preliminary and General)와 제9부(Director of the Decision Support Service)를 시작으로 순차적으로 시행되었다. 그 후 2018년 아일랜드는 장애인권리협약을 비준하였다.¹⁴¹⁾

2) 의사결정지원법의 내용

가) 의사결정지원의 이념

동법에서는 의사결정능력을 기능적으로 이해해야 한다고 정하고 있다. 즉, 의사결정능력은 의사결정이 이루어질 시점을 기준으로 그 시점에 가능한 선택지를 고려하여 해당 의사결정의 성격과 그에 따른 결과를 이해할 수 있는 능력을 말한다(제2조 (1)). 당사자(relevant person)¹⁴²⁾는 의사결정능력이 있다고 추정되며(제8조 (2)), 의사결정을 돕기 위해 가능한 모든 조치가 이루어지지 않는 한 그의 의사결정능력이 부정되어서는 안 된다(제8조 (3)). 의사결정에 대한 개입(intervention)은 당사자의 권리와 활동의 자유제한을 최소화하는 방식에 따르고, 당사자의 존엄, 신체의 완전성, 사생활의 자유, 재정과 재산에 대한 자율적 통제권을 존중하여야 한다. 또한, 개입 대상이 되는 문제의 중요성과 긴급성에 비례하여야 하며, 개입 대상이 되는 문제의 특수한 상황을 고려하여 가능한 한 단기간 동안 이루어져야 한다(제8조 (6)).

지원인(intervener)은 당사자가 의사결정에 최대한 참여하거나 참여할 능력을 최대한 향상시킬 수 있도록 격려하고 도와야 하고, 당사자의 과거와 현재의 의사와 선호도를 합리적으로 확인할 수 있는 한도 내에서 가능한 한 그 의사와 선호도를 따라야 하며, 당사자의 신념과 가치, 그 밖의 다른 요소들을 합리적으로 확인할 수 있는 한도 내에서 이를 고려하여야 한다(제8조 (7)).

한편, 지원인은 해당 결정을 하는 데 필요한 한도 내에서만 정보를 수집하고 이용하여

140) 제철웅·박현정, 아일랜드의 후견제도의 개혁 입법, 민사법학 제95호, 한국민사법학회, 2021, 398쪽.

141) 2023년 4월 26일을 기준으로 3년 이내에 중전의 법에 의한 성년후견인은 법원의 심사를 거쳐 후견이 종료되고, 의사결정지원법에 따른 공식적인 지원이 필요한지 결정하게 된다.

142) 당사자(relevant person)는 (a) 하나 이상의 사안과 관련하여 능력이 문제가 되거나 곧 문제가 될 수 있는 사람, (b) 하나 이상의 사안과 관련하여 능력이 부족한 사람, 또는 (a)(b) 동시에 관련되었거나 각각 다른 사안에서 (a)와 (b)에 해당하는 사람을 의미한다(제2조 (1)).

야 하며, 수집된 정보가 불법적으로 이용되거나 공개되지 않도록, 그리고 이용이 종료되면 안전하게 폐기되도록 적절한 조치를 취하여야 한다(제8조 (10)).

나) 의사결정지원의 유형

의사결정지원의 유형에는 의사결정지원, 공동의사결정, 의사결정대리명령, 지속적 대리권, 사전의료지시가 있다.¹⁴³⁾ 이 중 예외적으로 당사자의 의사결정을 대리하는 의사결정대리명령을 제외한 다른 유형은 의사결정지원법에 정한 요건과 범위 내에서 법원의 개입 없이 당사자(relevant person)¹⁴⁴⁾와 지원인(supporter) 사이의 합의로 지원의 대상과 내용을 정하도록 하고 있다.

의사결정지원 합의 또는 공동의사결정 합의는 의사결정능력에 장애가 발생하였거나 발생이 임박한 상황에서 이루어지며, 지속적 대리권과 사전의료지시는 장래에 의사결정능력에 장애가 발생할 것을 대비하여 당사자가 미리 의사결정대리인을 지정하고 권한의 내용과 범위를 설정하거나 치료거부 등 특정 내용의 의사결정을 하는 것이다. 한편, 의사결정지원의 유형으로 의사결정을 대리하는 유형인 의사결정대리명령도 포함시키고 있다.

의사결정능력에 문제가 있거나 가까운 장래에 문제가 발생할 것으로 판단되는 성인은 다른 성인을 지명하여 자신의 개인복지(personal welfare) 또는 ‘재산사무’(property and affairs) 또는 양자에 관한 하나 또는 그 이상의 결정을 돕도록 할 수 있다. 지명된 사람의 도움을 받아 행하는 의사결정을 의사결정지원(assisted decision-making)이라고 하며, 지명된 사람을 의사결정보조자(decision-making assistant)라고 한다. 당사자가 지원인의 조력을 받아 행한 결정은 모든 면에서 당사자의 결정으로 본다(제14조).¹⁴⁵⁾

또한 의사결정능력에 문제가 있거나 가까운 장래에 문제가 발생할 것으로 판단되는 성인은 다른 성인을 지명하여 개인복지 또는 재산사무 또는 양자에 관한 하나 또는 그 이상의 결정을 공동으로 하도록 할 수 있다(제17조 (1)). 지명된 사람과 공동으로 하는 의사결정을 공동의사결정(co-decision-making)이라고 하며, 지명된 사람을 공동의사결정자(co-decision-maker)라고 한다. 공동의사결정자의 지명 또한 당사자와 공동의사결정자

143) 제철웅·박현정, 아일랜드의 후견제도의 개혁 입법, 민사법학 제95호, 한국민사법학회, 2021, 398-399쪽.

144) 여기서 당사자는 하나 또는 여러 문제와 관련하여 능력에 문제가 있을 가능성이 제기되거나 곧 문제가 될 수 있는 사람, 하나 또는 그 이상의 문제와 관련하여 능력이 부족한 사람 또는 능력에 의문의 여지가 있거나 단기간에 그럴 가능성이 있거나 다른 사안에 대하여 능력이 부족한 사람을 의미한다(제2조 참조).

145) 제철웅·박현정, 아일랜드의 후견제도의 개혁 입법, 민사법학 제95호, 한국민사법학회, 2021, 400쪽 이하.

사이의 합의를 통해 이루어진다(제17조 (3)).

나아가 법원은 의사결정능력 장애인을 대신하여 개인복지 또는 재산사무 또는 양자에 관하여 특정된 하나 또는 그 이상의 결정을 하거나(의사결정명령(decision-making order)), 그러한 결정을 할 대리인을 선임할 수 있다(의사결정대리명령(decision-making representation order, 이상 제18조). 의사결정대리인¹⁴⁶⁾에게는 당사자의 이익을 위하여 해당 상황에서 필요한 최소한의 범위와 기한 내에서 권한이 부여된다(제38조 (9)). 의사결정대리인은 당사자의 대리인으로서 의사를 결정하나, 그 대리권은 의사결정대리명령에 특정된 결정에 한정된다(제41조 (2), 제44조 (2)). 의사결정대리인은 그 역할을 수행함에 있어서 가능한 한 당사자의 의사와 선호도를 확인하고 당사자가 이를 표시할 수 있도록 도와야 한다(제41조 (1)).

다) 의사결정지원 담당기관

아일랜드에서 의사결정지원을 담당하는 역할은 법원 외에도 의사결정지원청(Decision Support Service, DSS)¹⁴⁷⁾과 법원이 수행한다.¹⁴⁸⁾ 의사결정지원청은 정신보건위원회(Mental Health Commission) 소속의 독립기관으로서, 의사결정지원에 관한 문서 등록 및 관리, 의사결정지원자의 행위에 대한 감독 역할을 수행한다. 공동의사결정자, 의사결정대리인, 지속적 대리인은 지원청장에게 정기적으로 활동보고서를 제출하여야 하며, 의사결정지원자의 업무 수행에 대하여는 민원이 있는 경우 지원청장은 그 내용을 조사하고 이유가 있다고 판단되면 법원에 결정을 청구할 수 있다(제15조, 제47조, 제76조, 제88조(4)).

6. 독일

가. 종래의 행위무능력자 제도

독일에서는 1992년 성년후견법 시행 전에는 ①정신병 또는 심신박약으로 자기의 사무

146) 법원은 의사결정대리인으로서의 적합성을 고려하면서, 다음의 사항을 검토하여야 한다(제38조 (5)): 당사자의 공개된 의지나 선호, 당사자의 가족과의 기존 관계 유지에 대한 의지, 당사자와 추천된 대리인 간의 관계, 추천된 대리인의 적합성, 추천된 대리인이 부여받은 권한을 행사할 수 있는지 여부, 이익 충돌.

147) <https://decisionsupportservice.ie>

148) 제철웅·박현정, 아일랜드의 후견제도의 개혁 입법, 민사법학 제95호, 한국민사법학회, 2021, 407쪽 이하.

를 처리할 수 없는 자(제1호), ②낭비에 의해 자기 또는 가족을 궁박에 처하게 할 염려가 있는 자(제2호), ③알코올중독 또는 마약중독으로 자기의 사무를 처리할 수 없거나 그로 인하여 자기 또는 가족을 궁박에 처하게 할 염려가 있는 자 또는 타인의 안전을 해할 염려가 있는 자(제3호)에게 행위능력 박탈·제한선고를 할 수 있다고 규정하고 있었다(구 독일 민법 제6조). 그 중 정신병을 이유로 선고를 받은 자의 행위능력은 전면 박탈되고 의사표시는 일률적으로 무효가 되었다(구 독일 민법 제105조). 그 외의 사유로 선고를 받은 경우에는 법정대리인인 후견인의 동의 없이는 유효한 의사표시를 할 수 없고, 후견인의 추인 여부에 의하여 효과를 확정짓도록 하였다(구 독일 민법 제114조). 이러한 무능력 자체도는 피후견인의 인권 침해의 여지가 크고 재산관리에 치중해 있었을 뿐 아니라 후견인에 대한 지원체제도 미비한 점 등의 문제가 있어, 1992년 독일 민법전의 후견 부분을 대폭 개정하여 새로운 성년후견법이 시행되었고, 종전의 행위능력박탈제도를 폐지하였다.¹⁴⁹⁾

나. 1992년 성년후견법

1992년 1월 1일부터 새로운 성년후견법(Betreuungsgesetz)이 시행되었다.¹⁵⁰⁾ 법정성년 후견(Die rechtliche Betreuung)¹⁵¹⁾제도는 독일 민법 제1896조 이하에서 규율하였는데, 과거와 같이 포괄적으로 행위능력을 박탈하고 후견을 개시하던 것에서 벗어나, 독일기본법 제2조 제1항에서 도출되는 자기결정권(Selbstbestimmung)을 최대한 보장한다는 관점에서 개별 구체적으로 필요한 범위 내에서 법적 보호가 미치도록 하였다.¹⁵²⁾

성년자가 정신병 혹은 신체적, 지능적 혹은 정신적 장애로 인하여 자신의 사무를 전부 또는 일부 수행할 수 없는 때에는, 후견법원은 당사자의 신청 또는 직권으로 후견인을 선임한다(민법 제1896조 제1항 제1문). 단, 신체장애인의 경우에는 본인의 신청에 의해서

149) 이 내용은 성년후견제도연구회, 성년 후견제도 연구, 사법연구지원재단, 2007, 74-87쪽을 참조.

150) 정식명칭은 “Das Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige(성년을 위한 후견법과 보호법의 개혁법)”이다. 1990 BGBl. I S. 2002 참조.

151) 제도의 용어 자체도 직역했을 때 ‘법적 지원(rechtliche Betreuung)’이라는 용어를 사용하고 있다. 2009년 민법 개정에서는 종전의 후견법원(Vormundschaftsgericht)이라는 용어를 지원법원(Betreuungsgericht)으로 개정하였다.

152) 성년후견제도연구회, 성년 후견제도 연구, 사법연구지원재단, 2007, 80쪽; 홍강훈, 독일의 성년후견법(Betreuungsgesetz)과 법정성년후견(Betreuung)제도, 최신 외국법제정보, 법제연구원, 2008, 4쪽 참조.

만 개시된다(민법 제1896조 제1항 제3문). 또한 보충성의 원칙에 따라 당사자의 사무가 다른 사람의 도움으로 동일하게 잘 처리될 수 있다면 성년후견인의 임명은 요구되지 않는다(민법 제1896조 제2항 제2문).

절차적으로는 본인 의사의 존중이라는 관점에서 행위능력 유무에 관계 없이 절차상의 능력이 인정되고(비송사건절차법 제66조), 판단능력이 불충분한 본인의 권리옹호가 필요한 때에는 후견법원이 절차보좌인을 선임한다(비송사건절차법 제67조). 제3자에게는 후견개시 신청권이 없으며, 후견법원의 직권 개시를 촉구하는 제안을 할 수 있다.¹⁵³⁾ 성년후견인 선임절차에서는 본인의 건강상태에 현저하게 악영향을 미치는 예외적인 경우를 제외하고는 담당 법관은 당사자를 직접 심문해야 하며, 이 심문은 가능한 한 일상적 환경에서 이루어져야 한다(비송사건절차법 제68조 제1항)¹⁵⁴⁾. 성년후견의 필요성이나 범위에 관해서는 전문가의 감정이 필요하고 예외적으로 의사의 진단서 및 증명서로 대체할 수 있다(비송사건절차법 제68조 제1항 및 제2항). 전문가가 감정의견을 작성하기 전에는 본인을 검사 또는 문진해야 한다(비송사건절차법 제68조b 제1항 제1문~제4문). 그리고 최종 판단 전에 전문가 감정, 성년후견 범위, 후견인 후보 등에 대하여 본인과 대화하여야 한다(비송사건절차법 제68조 제5항). 후견개시 요건이 충족되었다고 판단되면, 후견법원은 후견개시를 명하고 직무범위 및 최장 5년의 후견기간을 확정하여 후견인을 선임한다(민법 제1836조 제1항 제2문). 이후 요건이 소멸한 경우에는 직권으로 성년후견을 폐지하여야 하고, 직무의 일부에만 요건이 소멸한 경우 직무범위를 축소할 수 있다(민법 제1908조d 제1항).¹⁵⁵⁾

후견인이 선임되어 성년후견이 개시되어도 본인의 행위능력은 부정되거나 제한되지 않는다. 성년후견인은 피후견인의 현존능력이나 희망을 가능한 한 존중하여야 하므로, 피후견인의 희망이 그의 복지에 반하지 않고 성년후견인에게 기대가능한 것인 한 이에 따

153) “일반적으로 당사자를 포함한 친족이나 이웃 또는 지인, 병원, 가정의, 요양시설, 상담소, 사회보장업무 담당자, 공무원 및 관청직원들이 이러한 역할을 수행한다. 심사 요청이 들어오면 법원은 직권으로 조사를 시작한다.” 최윤영, 독일 성년후견제도의 최근 동향과 한국에의 시사점- 정책적 방향과 개선점을 중심으로, 한국장애인복지학 제39호, 한국장애인복지학회, 2018, 191쪽.

154) “만약 당사자가 혼수상태여서 면답이 불가능한 경우일지라도 법원은 직접 면접하여 그의 인적 사항을 확인하고 심문이 불가능하다는 것을 규명해야 한다. 일반적으로 성년후견인은 당사자의 의사를 반영하여 선임되지만 당사자가 심문을 거부하는 경우 일정한 요건에 따라 강제 구인이 가능하다.” 최윤영, 독일 성년후견제도의 최근 동향과 한국에의 시사점- 정책적 방향과 개선점을 중심으로, 한국장애인복지학 제39호, 한국장애인복지학회, 2018, 191쪽.

155) 성년후견제도연구회, 성년 후견제도 연구, 사법연구지원재단, 2007, 80-83쪽 참조.

라야 하고(민법 제1901조 제1항 제1문), 중요 사무의 처리는 본인과 협의하여야 한다(민법 제1901조 제2항 제2문).¹⁵⁶⁾ 후견인이 피후견인의 의사에 반하는 결정은 민법 제1901조 제3항 1문에 근거한 “자신의 상태로 인해 구체적인 경우에 더 이상 자기책임에 따른 행동을 할 수 없거나 그 의사의 실행이 자신에게 손해를 야기하는 때”로 제한된다. 이때 후견법원과 후견인은 피후견인의 추정적 의사 또는 주관적인 복리를 고려하여 판단해야 한다.¹⁵⁷⁾

이후에도 1999년 임의대리인에게 의료행위 등에 대한 동의권을 부여하는 규정(제1904조 제2항, 제1906조 제5항)을 신설하고,¹⁵⁸⁾ 2005년에는 장래 효력이 발생하는 임의대리권에 관한 규정을 마련하였으며(제1901조a 제1항 제2문),¹⁵⁹⁾ 2009년 환자의 사전의료지시에 관한 규정 등이 신설(제1901조a, 제1901조b, 제1904조)되는 등,¹⁶⁰⁾ 의료행위에 대한 동의권 등 신상보호에 관한 내용의 개정이 이루어졌다.

한편, 피성년후견인에 대한 기본권 제한과 관련하여 독일 연방헌법재판소는 2019년 1월 29일 완전후견이 개시된 피성년후견인의 선거권 제한에 대하여 헌법불합치 결정을 내렸다.¹⁶¹⁾ 구 연방선거법 제13조 제2호에 따라 모든 사무처리에 대하여 후견인이 선임되어 있는 자(피성년후견인) 5명과 정신병원에 수용되어 치료감호를 받고 있는 자(동조 제3호) 3명이 청구한 선거소원심판에 대하여, 연방헌법재판소는 이들 조항이 기본법 제38조 제1항 제1문의 보통선거의 원칙 및 동법 제3조 제3항 제2문의 장애를 이유로 한 불이익 금지 조항에 합치되지 아니한다고 판단하였다.

156) 성년후견제도연구회, 성년 후견제도 연구, 사법연구지원재단, 2007, 89쪽.

157) 최윤영, 독일 성년후견제도의 최근 동향과 한국에의 시사점- 정책적 방향과 개선점을 중심으로, 한국장애인복지학 제39호, 한국장애인복지학회, 2018, 191쪽.

158) Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts sowie weiterer Vorschriften (Betreuung rechtsänderungsgesetz BtÄndG) vom 25. Juni 1998 (BGBl. 1998 Teil 1, S. 1580)

159) Zweites Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts (Zweites Betreuungsrechtsänderungsgesetz- 2. BtÄndG) vom 21.04.2005 (BGBl 2005 Teil 1, S. 1073)

160) Drittes Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts vom 29. Juli 2009 (BGBl. 2009 Teil 1, S. 2286)

161) BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 29. Januar 2019 - 2 BvC 62/14 -, Rn. 1-142. 동 결정의 상세는 장애인의 선거권을 배제하는 규정의 위헌성, 세계헌법재판동향 2019년 제4호, 세계헌법재판동향 2019-E-4, 헌법재판연구원, 2019, 3-10쪽 참조.

다. 2021년 개정 성년후견법

1) 개정 배경

독일에서는 2014년부터 후견법 개정에 착수하여 2021년에 ‘미성년후견법 및 성년후견법의 개정을 위한 법률’이 제정되었고, 2023년 1월 1일부터 동법이 시행되었다.¹⁶²⁾ 개정의 주된 계기는 유엔장애인권리협약 제12조였다.¹⁶³⁾ 법정후견제도를 두고 있던 독일에서는 의사결정대리 제도라는 비판을 받는 후견제도를 폐지·개선하여 의사결정지원 제도로 전환하라는 요청을 받고 있었기 때문이다.¹⁶⁴⁾ 독일에서는 장애인권리협약 가입·비준 당시에 독일 성년후견법은 협약에 부합된다고 보았으며, 장애인권리위원회에 제출한 국가 보고서에서 이러한 입장을 밝혔다.¹⁶⁵⁾ 그러나 여전히 제한능력자의 의사를 대리한다는 틀을 유지하고 있어 ‘의사결정지원’ 체계를 도입할 것을 요구하는 장애인권리협약에 부합하지 않는다는 비판이 있었고, 유엔장애인권리위원회에서도 독일의 성년후견제도가 협약 제12조에 합치하지 않는다는 견해를 최종권고를 통해 밝혔다.¹⁶⁶⁾ 이에 연방법무·소비자보호부는 2014년부터 ‘성년후견법의 현대화’ 작업에 착수하여 2020년 정부안을 연방참의원에 제출하였고, 약간의 수정을 거친 후 2021. 5. 4. 개정 법률¹⁶⁷⁾이 확정되어 2023. 1. 1.부터 시행되었다.¹⁶⁸⁾

162) 안경희, 2023년 시행 독일 성년후견법의 규정 체계와 주요 개정 내용, 법학논총 제36권 제1호, 국민대학교 법학연구소, 51쪽. 성년후견법은 독일민법전 제4편 제3장 제3절 제1814조 내지 제1881조를 말한다.

163) 독일은 2007년에 이 협약에 서명하고, 2008년에는 이 협약과 선택의정서를 비준하였으며, 2009. 3. 26.부터 발효되었다.

164) 안경희, 2023년 시행 독일 성년후견법의 규정 체계와 주요 개정 내용, 법학논총 제36권 제1호, 국민대학교 법학연구소, 51-52쪽.

165) Consideration of reports submitted by States parties under article 35 of the Convention, Initial reports of States parties, Germany, CRPD/C/DEU/1, 2011. 9. 19, para. 100 참조.

166) Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Concluding observations on the initial report of Germany, 2015. 5. 13, CRPD/C/DEU/CO/1, para. 25-26.

167) Gesetz zur Refom des Vormundschafts- und Betreuungsrechts vom 4. Mai 2021: BR-Drucksache, 199/21 vom 05.03.2021 (Gesetzesbeschluss des Deutschen Bundestages). 민법 1814조~1881조에 해당한다.

168) 안경희, 2021년 개정 독일 성년후견법의 주요 내용, 중앙법학 제23집 제2호, 중앙대학교 법학연구소, 2021, 107쪽.

2) 주요 내용

2021년 개정 법률의 주요 내용을 개관하면 다음과 같다.¹⁶⁹⁾

첫째, 성년자가 어떤 사람을 성년후견인으로 희망(Wunsch)하는 경우에는, 그 희망하는 사람이 성년후견 수행에 적합하지 않은 경우를 제외하고는 원칙적으로 그 희망에 따라야 한다(제1816조 제2항 제1문). 구법에서는 성년자가 특정인을 후견인으로 ‘제안’할 수 있고, 그가 ‘성년자의 복리’에 적합하지 않은 경우를 제외하고 선임할 수 있도록 하였던 것을 위와 같이 개정하였다.

둘째, 성년후견인에 의한 법적인 임무 수행이 필요한 경우에만 법원이 임무사항을 개별적으로 명령하도록 하였다(제1815조 제1항 제3문). 개정 전 성년후견에서는 완전후견과 부분후견이 있었고 부분후견이 원칙이었으나, 개정법에서는 법원이 후견인 임무의 영역이 아니라 개별 임무사항을 명령하도록 하여, 업무 범위를 세분화하고 필요성·보충성 원칙에 충실한 방향으로 개정하였다.

셋째, 개정법 제1821조에서는 성년후견업무를 수행하는 경우 준수하여야 할 원칙을 규정하였다. 이들 원칙은 개정법이 피후견인의 사무처리를 ‘지원’하는 것이고 궁극적으로는 피후견인의 통합(보편화)을 지향함을 보여준다.

① 성년후견인은 원칙적으로 피성년후견인이 자신의 사무를 스스로 처리하도록 지원하고, 필요한 경우에만 제1823조에 근거한 대리권을 행사할 수 있다(제1821조 제1항 제2문). 후견인을 선임할 때와 사무를 처리할 때 ‘지원’이 우선됨을 명시하여, 협약에서 요청하는 의사결정대리 제도를 원칙으로 한다는 점을 분명히 하였다.

② 성년후견인은 피후견인의 희망에 따라 생활관계를 형성할 수 있도록 사무를 처리하여야 하며, 이를 위하여 피후견인의 희망을 확인하여야 한다(제1821조 제2항).예외적으로 피후견인의 신상 또는 재산에 현저한 위험이 발생할 우려가 있거나 피후견인이 질병 또는 장애로 이러한 위험을 인식할 수 없거나 인식에 따라 행동할 수 없을 때에는 그렇지 아니하다(제1821조 제2항). 이때 피후견인의 희망이 이성적인 판단에 따른 것인지, 객관적 관점에서 합리적인지 여부는 중요하지 않다.¹⁷⁰⁾

169) 이하의 내용은 안경희, 2023년 시행 독일 성년후견법의 규정 체계와 주요 개정 내용, 법학논총 제36권 제1호, 국민대학교 법학연구소, 62쪽 이하 참조.

170) 박인환, 고령인지장애인을 위한 성년후견제도 개정방향(1), 월간 가정상담 2023년 5월호, 한국가정법률상담소, 2023, 25쪽.

③ 후견인은 피후견인과 필요한 연락을 취하고 정기적으로 그의 상태를 확인하며 사무를 협의하여야 함을 규정하였다(제1821조 제5항).

④ 성년후견인은 그의 임무영역 내에서 피성년후견인의 사무 처리 능력을 회복 또는 향상시킬 가능성을 모색하는 데 기여해야 한다(제1821조 제6항).

개정법에서는 원칙적으로 후견은 피후견인의 사무처리 ‘지원’임을 명확히 하고 그 실현을 위한 절차적 장치로 성년후견법원의 피후견인 청문의무를 규정하고(제1862조 제2항), 성년후견인의 최초보고의무를 신설(제1863조 제1항 및 제2항)하여 후견법원의 감독 기능을 강화하였다.

7. 소결

유엔장애인권리협약은 의사결정대리에서 의사결정지원으로 패러다임을 전환하였다고 평가된다.¹⁷¹⁾ 협약은 장애를 정의하면서 의료적 모델이 아닌 사회적 모델에 방점을 두었다. 사회적 모델에 기반하여 정신장애인에 대한 낙인과 편견이 오히려 통합을 저해한다는 협약의 관점은 제3자의 입장에서 본 ‘최선의 이익’이 역사적으로 정신장애인을 비자발적으로 구금하거나 치료해 온 것을 정당화하는 도구로 활용되어 왔던 것에 대한 반성적인 고려의 결과라 할 수 있으며, 장애인권리위원회는 일반논평을 통해 의사결정의 ‘대리’는 협약에 반한다는 입장을 취하고 있다. 이에 따라 아일랜드는 협약 비준 전에 법률 제정을 통해 성년후견제도를 전면적으로 정비하였고, 독일의 경우 장애인권리위원회의 권고에 따라 법률 개정을 통하여 의사결정지원의 체계를 도입하였다.

유럽에서는 유엔장애인권리협약이 체결되기 전부터 유럽인권재판소에서 정신장애인의 권리 제한(주로 강제입원 관련)에 관한 결정을 내려 왔다. 또한, 법적 능력 없는 성인의 보호에 관한 유럽평의회의 권고는 당사자를 최대한 존중한다는 원칙과 조력을 위한 제도의 필요성과 보충성, 비례성뿐만 아니라, 절차적으로 보장되어야 할 사항을 규정함으로써 성년후견제도에 있어 포함되어야 할 내용에 대한 시사점을 주고 있다. 단, 장애인권리협약 체결 전에 발표된 권고에서는 의사결정지원으로의 전환에 대한 내용은 제시하고 있지 않다.

171) 박인환, UN장애인권리협약과 성년후견 패러다임의 변화 - 의사결정대행에서 의사결정지원으로 -, 가족법연구 제28권 제3호, 한국가족법학회, 2014, 171-220쪽.

유럽인권재판소의 결정에서는 장애인권리협약과 권고의 내용을 적극적으로 받아들여, 개인의 능력을 제한할 때 검토하여야 할 요건 및 절차적인 안전장치 등을 폭넓게 검토하였다.¹⁷²⁾ 특히 개인의 법적 능력을 박탈하는 절차에서 자의적인 판단을 배제하기 위한 안전장치로서, 전문가의 의학적 평가, 충분한 시간 동안 당사자와의 대면 심리, 당사자가 관련 정보를 제공받았는지 등을 중요하게 살펴보았다고 평가할 수 있다.¹⁷³⁾

우리나라의 현행 성년후견제도의 내용과 실무는 피후견인이 일상생활과 사회생활에 적극적으로 참여할 수 있는 모델로 구성되지 않았으며, 이에 대한 장애인권리위원회의 의견서에서는 의사결정대리 모델에 기반한 성년후견제도의 개정을 요구하였다. 이에 따르면, 앞으로 의사결정능력 장애인의 기본권 보장을 충실히 하는 방향으로 후견제도가 개선되어야 할 필요가 있으며, 이때 의사결정지원에 입각한 독일이나 아일랜드의 법 개정은 우리에게도 시사하는 바가 크다고 할 수 있다.¹⁷⁴⁾ 즉, 당사자는 원칙적으로 의사결정능력이 있다고 추정되고 가능한 한 모든 조력을 위한 조치를 취한 후에 비로소 의사결정능력 유무를 판단하도록 하고, 필요한 경우에 당사자의 조력을 수행하고 개인의 자유가 가장 덜 제한되는 방식으로 지원이 이루어지도록 하는 점, 지원인이 당사자의 의사결정을 조력할 때에는 당사자의 과거 및 현재 의사와 선호를 최대한 반영하도록 하는 점, 이해충돌이나 지원인의 권한 남용을 막는 보호장치를 두고 있는 점은, 피후견인에 대한 낙인과 배제를 막고 보편화의 이념을 실현하기 위해 중요한 참조점이 될 수 있다. 이와 더불어 후견개시 및 종료절차에서 당사자의 권익 보호에 관해서는 유럽평의회의 권고 및 전술한 입법례를 참고할 수 있다.

의사결정지원에 관한 내용은 당사자의 존중이라는 관점에서 타당하다고 생각된다. 그러나 의식불명상태에 빠진 사람이나 갈수록 악화될 것이 예상되는 알츠하이머 환자 등 당사자의 의사와 선호를 추정하기가 매우 어려운 상태에 있는 사람들의 경우, 긴급한 필요가 있는 경우나 당사자의 의사를 추정할 수 없는 경우에는 보충적으로 후견인이 의사결정대리를 할 수밖에 없는 상황이 존재할 터인데 완전한 의사결정지원 체계로의 이행이

172) 김은영, 유럽인권재판소 결정례에 비추어 본 성년후견제 고찰, 사회보장법연구 제4권 제1호, 서울대 사회보장법연구회, 2015, 118-119쪽.

173) *Shtukaturv v. Russia* (2008). 김은영, 유럽인권재판소 결정례에 비추어 본 성년후견제 고찰, 사회보장법연구 제4권 제1호, 서울대 사회보장법연구회, 2015, 118-119쪽.

174) 장애인권리협약 채택 후 이 장에서 서술한 아일랜드나 독일 외에도 코스타리카, 페루, 콜롬비아에서 장애인의 권리제약을 제거하고 스스로 결정을 내릴 수 있도록 지원하도록 입법을 정비하였다고 한다 (ENNHRI, Implementing supported decision-making, 8 June 2020, p. 2).

실현될 수 있을지, 가능하다면 어떤 방식인지, 장애인권리위원회는 보충적인 의사결정대를 협약에 반한다고 판단할 것인지 등에 대해서는 관련 입법례와 그에 대한 평가를 계속 검토할 필요가 있다.

IV. 성년후견제도에 관한 헌법적 쟁점

1. 서언

전술한 성년후견제도의 자기결정 존중과 현존능력의 활용이라는 이념과 필요성, 보충성, 보편화의 기본원리는 헌법상 기본권의 보장과도 상통한다. 따라서 지금까지 성년후견은 법원이 부여한 권원에 의하여 행사되는 사법(私法)상의 문제로 주로 논의되어 왔지만, 성년후견제도가 헌법상 기본권을 과도하게 제한하는 측면이 있는지, 성년후견제도에 내재한 이념은 국민의 기본권 보장에 부합하는지 살펴볼 필요가 있다.

이 장에서는 전술한 II의 현행 성년후견제도에 대한 평가와 III의 장애인권리협약상의 의사결정지원이라는 후견에 대한 개념 변화를 배경으로, 성년후견제도의 이념과 원칙은 헌법적 기본권 보장이라는 관점에서 어떻게 해석되는지 살펴본다. 성년후견이 개시되면 당사자의 기본권 행사가 광범위하게 제약되는 특성은 헌법상 어떻게 정당화되며, 현행 성년후견제도에서 피후견인의 기본권이 특히 과도하게 제약되는 측면이 있는지 살펴본다. 헌법적 쟁점 검토 과정에서 기본권의 과도한 제한 여부만이 아니라 과거 행위무능력자 제도에서 탈피한 성년후견제도의 도입 이념을 충실히 하고, 나아가 당사자의 의사를 보다 중시하는 방향으로의 변화가 적어도 일정한 범위에서 가능한지 아울러 검토하고자 한다. 이와 더불어 피후견인을 포함한 장애인의 복지 향상과 공공복리의 증진이라는 차원에서 성년후견제도가 발전적으로 자리매김하기 위한 방안도 함께 살펴본다.

2. 성년후견제도에 관한 헌법적 쟁점

가. 성년후견제도에 내재한 피후견인의 기본권 제한

1) 피후견인의 기본권행사능력 제한

기본권주체능력이란 “기본권의 주체가 될 수 있는 능력 또는 기본권을 향유할 수 있는

능력”을 말하며,¹⁷⁵⁾ 모든 자연인은 원칙적으로 기본권의 주체가 된다. 이에 대하여, 기본권행사능력은 “기본권을 독자적으로 행사할 수 있는 능력”을 말한다.¹⁷⁶⁾ 이는 민법상 행위능력과 유사하지만 동일하지 않다. 기본권행사능력은 기본권의 의미와 효과에 대한 정신적 판단능력이 있을 때 인정되는데, 그 판단은 기본권별, 기본권 주체별로 개별적으로 이루어지지만, 법적 안정성을 위하여 법률 등에서 기준을 설정할 수 있다.¹⁷⁷⁾ 대표적인 예로 공직선거법에서 선거권과 피선거권의 연령 제한을 두는 것을 들 수 있다.¹⁷⁸⁾

피성년후견인과 피한정후견인의 경우, 법률에 연령 등 획일적인 기준을 규정하고 있는 것은 아니지만 법원의 후견개시 결정에 의하여 후견인은 피후견인의 법정대리인이 되고, 원칙적으로 성년후견인은 법률행위의 취소권과 동의권을 갖고 한정후견인은 가정법원이 정한 범위에 의하여 피한정후견인의 (준)법률행위에 대한 동의권을 갖고 동의 없는 법률행위에 대한 취소권을 가지므로(민법 제10조, 제13조, 제938조), 피성년후견인과 피한정후견인의 기본권행사능력이 폭넓게 제한된다고 할 수 있다. 법원은 취소할 수 없는 피성년후견인의 법률행위의 범위를 정할 수 있다(민법 제10조 제2항, 제938조 제2항). 그러나 실무상 가정법원에서는 사전에 성년후견인의 취소권 행사범위에 일정한 제한을 두거나 특정행위에 대하여 성년후견인에게 법정대리권이 없다고 한 사례는 없다고 한다.¹⁷⁹⁾

2) 피후견인의 기본권행사능력 제한의 정당화

가) 서언

법률로 기본권행사능력을 제한하는 기준은 기본권행사능력의 흠결이나 미흡을 이유로 기본권을 제한하는 것이므로 기본권 제한의 요건을 갖추어야 정당화된다.¹⁸⁰⁾ 사법(私法)상의 법률행위에 관한 기본권의 행사는 원칙적으로 민법상 성년연령 규정에 따라 좌우될

175) 한수웅, 헌법학, 법문사, 2023, 394쪽.

176) 김하열, 헌법강의, 박영사, 2024, 200-201쪽.

177) 김하열, 헌법강의, 박영사, 2024, 200-203쪽.

178) 헌법재판소는 선거권 연령을 ‘20세 이상’ 또는 ‘19세 이상’으로 규정한 구 ‘공직선거 및 선거부정방지법’ 및 ‘공직선거법’ 제15조에 대하여 여러 차례 헌법 제11조 제1항의 평등권이나 제24조의 선거권을 침해하지 아니한다는 결정을 하였다(헌재 1997. 6. 26, 96헌마89; 헌재 2001. 6. 28, 2000헌마111; 헌재 2002. 4. 25, 2001헌마851등; 헌재 2003. 11. 27, 2002헌마787등; 헌재 2013. 7. 25, 2012헌마174).

179) 박원철, 발달장애인의 복리에 부합한 후견제도의 운영방안 - 서울가정법원 2023. 2. 16자 2022후기611 결정을 토대로, 법률신문 2023. 3. 6.자

180) 김하열, 헌법강의, 박영사, 2024, 201쪽; 한수웅, 헌법학, 법문사, 2023, 397쪽.

것이다. 예컨대 미성년자의 재산처분이나 계약체결 등은 원칙적으로 그 미성년자의 법정 대리인에 의해서만 가능하다. 이와 같이 미성년자의 기본권행사능력을 확정하는 것은 미성년자의 재산권 혹은 계약 체결의 자유라는 헌법상 기본권의 제한에 해당하나, 미성년자의 보호와 교육이라는 목적에서 정당화될 수 있다.¹⁸¹⁾

법률상 기본권행사능력을 제한함에 있어 입법자는 일정한 재량을 갖지만, 그 재량이 무제한인 것은 아니다. 미성년자의 선거권 등을 19세 이상으로 제한한 공직선거법 규정의 위헌 여부를 다룬 사건에서, 헌법재판소는 입법자의 재량 범위 내에 있음을 인정하여 합헌 결정을 하였지만,¹⁸²⁾ 성년후견은 연령과 같은 획일적 기준이 아니라 가정법원의 심판에 의하여 비로소 개시되고, 사법상의 법률행위를 대상으로 하기 때문에 입법자의 재량 한계를 일탈하였는지 여부로 성년후견제도의 정당성을 심사하기는 어렵다. 헌법재판소는 성년후견제도와 관련하여 판단을 하였는데, 성년후견제도로써 기본권행사능력을 제한하는 것 자체가 아닌 성년후견제도 내에서 성년후견심판개시 요건과 청구권자, 절차, 성년후견인의 권한에 관한 규정의 내용이 피후견인의 자기결정권과 일반적 행동자유권을 침해하는지 여부에 대하여 과잉금지원칙에 위배되지 않는다면 합헌 결정을 내렸다.¹⁸³⁾ 성년후견제도가 헌법상 정당화되기 위해서는 전술한 성년후견제도의 이념과 제도의 성격 및 내용, 기본권 제한의 중대성 등을 개별적으로 살펴볼 필요가 있다.

나) 기본권행사능력 제한의 중대성

성년후견이 개시되면 피후견인의 기본권행사능력이 원칙적으로 제한되어 각종 기본권 행사에 제약이 가해지지만, 한편으로 성년후견제도는 피성년후견인 및 피한정후견인의 재산상 행위뿐만 아니라 신상에 관한 행위에서도 조력을 받아 법률행위를 할 수 있도록 하는 피후견인의 복리를 위한 것이다. 피후견인의 복리를 이유로 미성년자의 보호·교육

181) 한수용, 헌법학, 법문사, 2023, 397쪽. 또한, 미성년자의 보호 및 부모의 자녀교육권이라는 의무이자 권리 역시 정당화 사유로 들 수 있다고 한다.

182) 헌재 2013. 7. 25. 2012헌마174, 판례집 25권 2집 306-317. 미성년자의 선거권 등을 19세 이상으로 제한한 공직선거법 규정의 위헌 여부를 다룬 사건에서, 헌법재판소는 입법자의 재량 범위 내에 있음을 인정하여 합헌 결정을 하였지만, 반대의견에서는 일정 연령에 도달한 사람이 정치적 판단능력이 있음에도 더 높게 선거권 연령을 정하였다면 입법형성권의 한계를 벗어난 것으로, 중등교육 수료 연령 및 다른 법령, 해외 사례를 감안할 때 18세 이상 19세 미만의 사람에게 선거권을 인정하지 않는 것은 선거권을 침해한 것이라고 판단하였다.

183) 헌재 2019. 12. 27. 2018헌바130, 판례집 31-2하, 133-155; 헌재 2019. 12. 27. 2018헌바161, 판례집 31-2하, 156-176.

을 이유로 한 기본권행사능력의 제한과 같이 포괄적인 제한이 정당화될 수 있을지 여부가 문제된다.

성년후견제도는 타인으로 하여금 본인의 의사결정을 대리하거나 또는 동의, 취소할 수 있도록 하여 개인이 스스로 독자적으로 법률행위를 할 수 없게 되어 자기결정권을 제약하는 속성을 갖는다. 자기결정은 근대이후 현대사회에서 인간에게 부여하고 강조되는 중요한 규범적 속성 중의 하나인 자유의 표현 형식이라 할 수 있다. 개인적인 차원에서 보면 자기결정은 ‘자기가 하는’ 그리고 ‘자기에 대한’ 결정이라는 두 가지 부분으로 해석될 수 있다.¹⁸⁴⁾ 이것은 하나의 살아있는 실체로서의 ‘자신’과 ‘만들어져가는 자신의 삶’의 조건들에 대한 선택은 자기의 통제 하에 이루어진다는 것을 의미한다.¹⁸⁵⁾ 헌법 제10조 제1문은 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다”고 규정하고 있는데, 이 조항이 보호하는 인간의 존엄성으로부터 개인의 일반적 인격권이 보장된다. 일반적 인격권은 인간의 존엄성과 밀접한 연관관계를 보이는 자유로운 인격발현의 기본조건을 포괄적으로 보호하는데, 개인의 자기결정권은 일반적 인격권에서 파생된다.¹⁸⁶⁾ 또한 헌법 제10조 제1문의 행복추구권에는 그 구체적인 표현으로서 일반적 행동자유권이 포함된다.¹⁸⁷⁾ 따라서 헌법재판소가 실시하였듯 성년후견의 개시로 피성년후견인이 될 사람의 자기결정권 및 일반적 행동자유권은 일응 제한된다.¹⁸⁸⁾ 나아가 성년후견제도에 의하여 제한되는 법률행위는 삶의 다양한 국면에서 이루어지므로, 일반적 행동의 자유의 일환으로 보장되는 계약의 자유뿐만 아니라¹⁸⁹⁾ 재산의 사용 및 처분이 제한된다는 점에서 재산권도 제한될 수 있다.

또한, 종전의 행위무능력자제도와 달리 성년후견제도에서는 성년후견인의 권한에 재산관리뿐만 아니라 신상에 관한 권한도 포함되는 것이 특징이다(민법 제947조의2 제1항). 신상에 관한 결정이란 주거나 거소의 결정이나 의료적 침습에 대한 동의, 신체의 완전성

184) 김현철, 자기결정권에 관한 법철학적 고찰, 법학논집 제19권 제4호, 이화여자대학교 법학연구소, 2015, 360-372쪽.

185) 임소연·이진숙, 발달장애인을 위한 공공후견인의 경험에 관한 연구, 보건사회연구 제38권 제4호, 한국보건사회연구원, 2018, 571-602쪽.

186) 현재 2019. 4. 11. 2017헌바127, 판례집 31-1, 404, 416.

187) 현재 2018. 11. 29. 2017헌바465, 판례집 30-2, 618, 625-626.

188) 현재 2019. 12. 27. 2018헌바130, 판례집 31-2하, 133, 142; 현재 2019. 12. 28. 2018헌바161, 판례집 32-1하, 156, 164.

189) 김하열, 헌법강의, 박영사, 2024, 323-324쪽은 계약의 자유를 일반적 행동의 자유에만 근거를 둔 것으로 볼 것이 아니라 개별 기본권에 의하여 포섭되지 않는 범위 내에서의 계약의 헌법적 근거가 된다고 한다.

침해에 대한 동의, 정보나 통신에 대한 제한 등과 같이 본질적으로 재산관리행위로서는 환원될 수 없는 신상에 관한 일신전속적 의사결정을 의미한다.¹⁹⁰⁾ 피성년후견인을 치료 등의 목적으로 정신병원이나 그 밖의 다른 장소에 격리하고자 할 때, 피성년후견인이 의료행위의 직접적인 결과로 사망하거나 상당한 장애를 입을 위험이 있을 때, 성년후견인이 피성년후견인을 대리하여 피성년후견인이 거주하고 있는 건물 또는 그 대지에 대하여 임대, 전세권 설정, 저당권 설정, 임대차의 해지, 전세권의 소멸, 그 밖에 이에 준하는 행위를 하는 경우에는 가정법원의 허가가 필요하다(민법 제947조 제2항·제3항·제5항). 그러나 이에 해당하지 않는 경우, 예를 들면 의료행위 계약을 대리하면서 피후견인의 의사에 반하여 입원이나 치료를 결정하는 것이 가능하다. 원칙적으로는 피성년후견인이 신상에 대하여 단독으로 결정할 수 있으나 요양시설에의 입소를 성년후견인이 결정하거나, 피성년후견인이 동의를 할 수 없을 때 성년후견인이 침습적인 치료에 동의하는 것은 가능하다.¹⁹¹⁾ 이때 성년후견인은 가정법원의 허가를 받도록 하고 있으나 피성년후견인 당사자의 의사가 반드시 개입되어야 하는 것은 아니기 때문에, 성년후견인의 신상에 관한 권한 행사로 인하여 피성년후견인의 거주·이전의 자유, 신체불휘손권 등이 또한 제한될 수 있다. 이렇게 볼 때 성년후견의 개시로 인하여 피성년후견인의 복지에 기여하고 불이익을 막는 효과가 있다고 하더라도 그의 기본권행사능력을 폭넓게 제한하고, 이는 다른 모든 권리 행사의 기초가 된다는 점에서 중대성을 인정할 수 있다.

다) 헌법재판소 결정의 태도

헌법재판소는 성년후견이 개시됨으로써 피성년후견인은 “자신의 의사와 무관하게 성년후견이 개시될 수 있는 불이익을 받을 수 있고 이러한 불이익은 인격의 자유로운 발현에 관한 것으로 결코 작다고는 할 수 없다”고 하여 타인의 성년후견개시심판 청구로 인한 기본권행사능력의 폭넓은 제한에 따른 자기결정권의 제한을 인정하면서도, “노령, 장애 등의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무처리능력이 결여된 사람의 법률행위능력을 법

190) 박인환, 새로운 성년후견제도에 있어서 신상보호-신상결정의 대행과 그 한계, 가족법연구 제25권 제2호, 한국가족법학회, 2011, 168쪽. 구상엽, 개정민법상 성년후견제도에 대한 연구-입법 배경, 입법자의 의사 및 향후 과제를 중심으로-, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 2012, 88쪽에서는 “개호, 생활유지, 시설의 입·퇴소 및 처우감시, 의료, 교육, 재활에 관한 사항”을 신상에 관한 사항의 예시로 나열한다.

191) 가정법원은 민법 제938조 제3항에 따라 후견의 범위를 정할 수 있으므로 제947조의2 제3항은 의료행위 동의대행권 부여가 법적으로 가능함을 선언하는 의미를 가질 뿐이라는 해석으로 윤진수·현소혜, 2013년 개정 민법 해설, 2013년도 법무부 연구용역보고서, 2013, 123쪽.

원의 선임, 감독을 받는 성년후견인의 지원을 통하여 보완해 줌으로써 피성년후견인 본인의 신상과 재산에 관한 권익을 실질적으로 보호하고, 나아가 피성년후견인의 신상보호 등에 관한 사회적 비용을 효율적으로 운용하며 개시된 성년후견결정을 후견등기부에 기재 공시함으로써 거래의 안전을 도모할 수 있는 법익 역시 중대”하며, 성년후견개시심판 절차에서 피성년후견인이 될 사람의 의사를 존중하기 위한 제도적 장치가 마련되어 있기 때문에 피성년후견인의 ‘보호’와 그 보호에 드는 사회적 비용의 효율적 운영 및 거래안전이라는 법익이 더 크다고 보았다.¹⁹²⁾

성년후견개시심판 절차에서 본인의 의사를 고려하여야 하고, 절차적으로는 본인을 심문하여 진술을 들어야 한다고 법률상 규정되어 있으나(민법 제9조 제2항, 가사소송법 제45조의3 제1항 제1호, 가사소송법 제45조의3 제2항 등 참조), 실제로는 성년후견의 개시에 있어 당사자의 의사는 개시 여부를 결정하는 결정적 기준이 된다고 보기 어렵다. 실제로는 의료적 진단 등을 토대로 법관이 정신적 제약 여부와 정도를 판단하고, 선행 연구에 따르면 가사소송법 제45조의2 제1항에 따른 정신감정도 절반에 못 미치게 이루어지며 그나마도 진료기록 감정의 비율이 높아,¹⁹³⁾ 객관적인 당사자 보호의 필요성이 있다고 판단되면 성년후견이 개시될 가능성이 높다. 그러므로 당사자 의사를 반영해야 한다는 규정의 존재만으로 성년후견으로 인한 광범위한 기본권 제약이 당사자 보호, 사회적 비용의 효율적 운용, 거래 안전이라는 공익보다 작다고 판단하기는 어렵다고 생각된다. 나아가 이러한 태도는 후견주의적 보호의 관점에서 성년후견제도를 파악하는 것으로, 자기결정의 존중과 현존능력의 활용이라는 성년후견제도의 설계 이념과 조화된다고도 볼 수 없다.

3) 대안으로서 의사결정지원 모델

민법상 성년후견제도는 자기결정의 존중과 현존능력의 활용을 도입 이념으로 설계되었다고 하더라도, 활용 면에서 가장 많은 비중을 차지하는 협의의 성년후견 유형에 광범위한 취소권과 동의권을 인정함으로써 피후견인의 의사를 대리하는 의사결정대리 모델에 입각한 제도라고 평가할 수 있다.¹⁹⁴⁾ 한정후견의 경우 대리할 수 있는 범위를 결정하지

192) 헌재 2019. 12. 27. 2018헌바130, 판례집 31-2하, 133, 145.

193) 김성우, 성년후견제도의 현황과 과제, 가족법연구 제30권 3호, 한국가족법학회, 2016, 432쪽.

194) 김은영, 유럽인권재판소 결정례에 비추어 본 성년후견제 고찰, 사회보장법연구 제4권 제1호, 서울대

만 역시 그 범위에서 피한정후견인의 기본권행사능력은 제한된다.

당사자의 동의를 얻거나 성년후견절차 개시에 대한 의견을 구하는 절차를 규정하는 것뿐만 아니라 당사자의 정확한 의사 파악을 위한 소통기법을 갖추어 이를 실질적으로 활용함으로써 성년후견개시에 관한 당사자의 의사 파악을 충실하게 할 수 있다면, 현재와 같이 후견인이 대신 의사결정을 하는 범위 내에서 기본권행사능력의 제한을 피후견인이 수인하였다고도 설명할 수 있다.¹⁹⁵⁾ 그러나 보다 근본적으로 의사결정대리(substituted decision-making) 모델을 의사결정지원(supported decision-making) 모델로 전환하여, 피후견인의 기본권행사능력을 제한하지 않고 인정하면서 이를 지원한다는 구조를 선택하는 것도 해결책이 될 수 있다. 성년후견제도에서 자명한 것이라고 여겼던 ‘타인에 의한 결정’은 자기결정의 존중 이념과 양립하기 어렵기 때문에, 의식불명상태 등과 같이 반드시 의사결정대리가 필요한 최소한의 경우로 억제하고, 당사자의 자기결정권을 제도적·실질적으로 인정하되 필요한 범위의 지원을 하는 것이다.¹⁹⁶⁾ 이는 본인의 현존능력을 활용하고 의사결정능력의 어려움을 야기하였던 질병, 장애 등의 개선에도 기여할 수 있다는 의의가 있다.¹⁹⁷⁾

의사결정지원 모델은 전술한 바와 같이 유엔장애인권리협약이나 최근의 몇몇 국가들의 입법 동향에서도 확인된다. 협약 제12조의 취지는 정신적 장애인이 법적 권리를 행사함에 있어 그들의 자기결정을 존중하고, 합리적 판단을 할 수 없을 때는 의사결정을 지원함으로써 자기결정을 가능하게 하여야 한다는 취지이다.¹⁹⁸⁾ 이러한 의사결정지원 모델은 근대 민법의 행위능력제한제도와는 접근 방식을 달리한다.¹⁹⁹⁾ 즉, 행위무능력제도 및 제한행위능력제도가 합리적 판단능력이 부족한 사람들의 판단에 법적 효과를 부과하지 않고 제3자가 보기에 최선의 선택을 대신 해 줌으로써 ‘배제를 통한 보호’를 하고자 하

사회보장법연구회, 2015, 141쪽.

195) 이렇게 설명하더라도 협의의 성년후견과 같이 포괄적으로 의사결정의 대리를 인정하는 것에 대한 법의 침해의 중대성에 대한 의문은 여전히 남는다. 성년후견개시 심판을 하면서 가정법원이 범위를 한정할 수 있도록 하고 있으나, 실무상 성년후견은 포괄적인 의사대리로 운용되고 있음은 II에서 전술하였다.

196) 이명현, 영국 성년후견법을 통해 본 복지사회 구상, 민주주의와 인권 제12권 제3호, 5·18연구소, 2012, 409쪽.

197) Nina A. Kohn, et al., Supported Decision-Making: A Viable Alternative to Guardianship, Penn State Law Review Vol.117 No.4, 2012, p. 1111.

198) 박인환, 장애인권리협약과 의사결정지원 제도화를 위한 국제적 모색, 법학연구 제22집 제2호, 인하대학교 법학연구소, 2019, 26쪽 이하.

199) 박인환, 고령인지장애인을 위한 성년후견제도 개정방향(1), 가정상담 2023. 5월호, 한국가정법률상담소, 2023, 19쪽.

는 것이라면, 의사결정지원은 결정 주체가 어디까지나 본인이고, 기본권행사능력 혹은 행위능력의 행사를 지원하는 것이다.

의사결정지원 모델에 기반한 성년후견제도²⁰⁰⁾를 채택한다면, 가장 우선적으로 고려해야 할 것은 당사자의 의사이다. 성년후견인으로 선임된 사람은 그가 지원하는 피성년후견인과의 소통을 통하여 정확한 의사나 선호·가치관을 파악하도록 노력할 필요가 있다. 만일 성년후견인이 의사결정지원을 위한 노력을 다하였음에도 피성년후견인의 현재 의사를 파악하기 곤란하거나 또는 피성년후견인이 의사결정을 하기 위해서 필요한 정보의 이해를 할 수 없는 상황인 때에는, 과거에 표명한 의사나 가족, 주변인 등으로부터의 정보를 종합적으로 고려하여 본인의 의사를 추측할 수밖에 없을 것이다. 이러한 과정을 거쳐 내린 결정은 성년후견인 혹은 객관적인 제3자의 입장에서 본 ‘최선의 이익’이 아니라, 피성년후견인의 주관적 입장에서 본 최선의 이익, 또는 전술한 장애인권리협약 일반논평 제1호에서 언급하고 있는 당사자의 의사와 선호에 근거한 ‘최선의 해석’으로 이해할 수 있다.

전술한 2018헌바130 결정에서 문형배, 이선에 재판관의 보충의견은 “민법 제9조 제2항에 따라 성년후견 대상자의 의사는 단지 ‘고려’의 대상이 될 뿐이다. 그러나 성년후견 대상자의 의사 또는 추정적 의사를 확인할 수 없거나, 그의 의사가 왜곡 또는 영향력 있는 사람에 의하여 학습된 것으로 볼 여지가 있고 성년후견 대상자에게 자기결정권을 제한 없이 보장하면 그의 보호에 심각한 공백이나 위험을 초래할 것이 명백한 경우가 아니라면, 성년후견 대상자의 의사를 최대한 존중할 필요가 있다.”고 하여, 피성년후견인의 결정이 객관적으로 보기에 합리적이지 않다 하더라도 원칙적으로 존중하는 것이 타당하다고 실시하였다. 피성년후견인의 의사를 최대한 존중하여야 한다는 것은 성년후견의 이념을 고려할 때 타당한 지적이지만, 민법 제9조 제2항에서 말하는 고려대상으로서의 성년후견 대상자의 의사는 개시 여부를 결정하는 데 있어 기준이 될 수 없고, 일단 성년후견이 개시되면 피성년후견인의 의사에 불구하고 성년후견인이 법률행위를 포괄적으로 대리할 수 있으므로 개시절차에서의 당사자 의사 존중에는 명확한 한계가 있다.

그러나 한편으로 의사결정지원 모델과 의사결정대리 모델이 완전히 배타적인 것인지, 장애인권리위원회의 일반논평과는 다른 해석이지만 상황에 따라 양자의 전환이 가능한지

200) 이러한 경우 성년·후견’제도라는 용어 자체가 적합하지 않을 수 있으나, 입법론으로서 적절한 제도의 명칭에 대해서는 여기서 다루지 않기로 한다.

에 대한 검토를 해볼 필요가 있다. 의사결정대리 모델은 최후의 수단이 되어야 하지만, 의사결정지원 모델로 완벽하게 대체되기는 어렵다는 견해가 있다.²⁰¹⁾ 예를 들어 알츠하이머가 진행되면서 의사결정능력이 점차 희박해지는 상황에서는 당사자의 의사표명이 불가능하여 의사결정대리를 통하여 후견인(대리인)이 당사자를 대신할 수밖에 없는 상황이 발생할 수 있고, 반대로 사고나 질병 등으로 일시적 의식불명 상태에 빠졌다가 점차 호전되는 경우에는 의사결정대리 모델에서 의사결정지원 모델로 이행하게 되는 상황이 발생할 수 있다. 이러한 상황에서는 의사결정능력의 부족이 시간의 경과해도 크게 변하지 않는 경우와는 달리 두 모델의 전환이 유용할 수 있다. 다만 어떤 경우에 어떤 모델이 적합한지, 어떤 절차에 의하여 이행이 결정되는지를 신중하게 판단하여야 한다. 의사결정지원은 적어도 당사자가 의사결정지원을 누구에게 받을 것인지를 결정할 수 있는 능력을 유지한다는 전제가 필요하다. 그러나 조력자를 선정하는 능력마저 결여된 경우에는 여전히 의사결정대리 모델이 유용할 수 있고, 의사결정대리 모델을 최후의 수단으로 남겨두는 것이 당사자의 자율성을 존중하지 않는다는 것을 의미하지는 않을 수도 있다.²⁰²⁾ 최후의 수단으로 의사결정 대리인이 선정된다면, 당사자를 위한 결정을 할 때 제3자의 입장에서 본 최선의 이익이 아니라 당사자라면 어떤 판단을 하였을지를 최대한 감안하여 결정하도록 하고, 필요성의 원칙에 의하여 최소한의 범위에서 의사를 대리하고 사무를 처리한 후에는 바로 후견을 종료하는 방식으로 운용해야 할 것이다.²⁰³⁾

나. 현행 성년후견제도에서 피후견인의 기본권 제한

의사결정대리 모델에 기반한 성년후견제도가 설계 이념과 원리에 부합하지 않는다는 점 외에, 현행 성년후견제도에서 검토 및 개선이 필요하다고 여겨지는 사항에 관하여 살펴본다.

201) Emily A. Largent & Andrew Peterson, Supported Decision-Making in the United States and Abroad, *Journal of Health Care Law and Policy* Vol.23, no. 2, 2021, pp. 271-296; Louise Ordinaire, Who Decides Now and to What Extent: A Critical Reading of the Assisted Decision-Making (Capacity) Act 2015, *Hibernian Law Journal* Vol.16, 2017, pp. 104-105.

202) Donna T. Chen et al., Substituted Judgment, *Journal of General Internal Medicine* Vol.24, 2009, p. 145.

203) 배광열, 성년후견제도를 넘어서 의사결정제도로, 성년후견제도 시행 10주년, 제도의 존폐를 논하다, 함께 걸음, 2023. 6. 8.자 기사 참조(https://www.cowalknews.co.kr/bbs/board.php?bo_table=HB41&wr_id=231)

1) 친족법상 행위에 대한 성년후견인의 동의

민법은 피성년후견인은 약혼, 혼인, 협의상 이혼, 입양, 협의상 파양, 인지와 같은 친족법상의 행위를 하기 위하여 성년후견인의 동의를 받도록 하고 있다(민법 제802조, 제808조, 제835조, 제856조, 제873조, 제902조).

친족법상의 행위에 성년후견인의 동의를 요하는 이유는, 경솔한 의사결정이나 피성년후견인의 상태를 이용하여 착취하는 것으로부터 피성년후견인을 보호하고자 하는 것이라고 이해된다. 성년후견인의 동의 없이 친족법상 행위를 할 수 없어 제한되는 피성년후견인의 기본권은 헌법 제36조 제1항에서 도출되는 혼인과 가족생활에 관한 개인의 결정권이라고 할 수 있다.²⁰⁴⁾ 피성년후견인의 친족법상의 행위에 성년후견인의 동의를 요하는 것이 피성년후견인의 보호에 효과적인지, 그리고 친족법상의 행위를 할 피성년후견인의 기본권 제한이 과도하지 않은지 살펴볼 필요가 있다.

약혼의 경우 해제 시 과실 있는 당사자의 손해배상책임 외에 법적으로 의미 있는 권리·의무관계를 발생시키지 않으므로, 성년후견인의 동의를 요구하는 것은 피성년후견인의 약혼의 자유를 제약할 뿐 보호를 위한 의의를 가지고 있다고 보기 어렵다. 이와 달리 혼인은 민법상 친족관계의 발생, 동거·부양·협조의무 및 성적 성실의무, 일상가사대리권과 일상가사채무에 대한 연대책임, 혼인 중 출생자의 친생추정, 상속 등의 법률효과를 가져오기 때문에, 배우자의 착취나 학대의 가능성을 배제할 수 없어 피성년후견인 보호의 필요성이 높아진다고 주장할 수 있다. 그러나 피성년후견인이 사실혼 관계를 형성하면 동거·부양·협조의무 및 성적 성실의무, 공동생활비 부담 기타 부부재산제, 일상가사대리권과 일상가사채무에 대한 연대책임 등에 관한 규정이 그대로 적용되는데 이를 막을 방법이 없고,²⁰⁵⁾ 법률혼으로 인하여 배우자는 상속인이 되나 다른 상속인들과의 사이에서 상속분의 증감이 일어나는 이해관계가 발생할 뿐 피성년후견인 본인의 보호와는 무관한 사항이다.²⁰⁶⁾

204) 헌재 1997. 7. 16. 95헌가6; 헌재 2013. 9. 26. 2011헌가42 등. 김하열, 헌법강의, 박영사, 2024, 760-769쪽; 한수웅, 헌법학, 법문사, 2023, 1080-1088쪽에서는 헌법 제36조 제1항이 자유권적 기본권, 제도보장, 국가의 보장 의무와 사회적 기본권의 성격을 모두 가지고 있다고 한다. 그러나 헌법 제36조 제1항의 자유권적 성격을 부정하는 견해도 있다. 이에 따르면 혼인의 상대방을 선택하거나 가족을 구성할 권리는 헌법 제10조에 의하여 보장된다고 이해할 수 있다.

205) 현소혜, 피성년후견인의 가족관계에 관한 의사결정 자유의 보장, 가족법연구 제32권 제3호, 한국가족법학회, 2018, 234쪽.

206) 현소혜, 피성년후견인의 가족관계에 관한 의사결정 자유의 보장, 가족법연구 제32권 제3호, 한국가족

한편, 민법 제836조에는 가정법원에 의한 협의이혼 의사 확인 절차가 규정되어 있으므로, 피성년후견인의 의사가 불분명한 경우에는 가정법원이 이를 확인할 수 있으므로 별도로 성년후견인의 동의를 요구할 필요는 없다. 만일 피성년후견인이 경솔하거나 비이성적으로 이혼을 원하는 경우 상대방 배우자가 동의하지 않으면 협의이혼은 성립하지 않고, 상대방 배우자 역시 피성년후견인의 동기는 어찌되었든 이혼을 원한다면 협의이혼을 허용하는 것이 타당하고, 여기에 성년후견인의 동의가 개입될 필요는 없다고 할 수 있다.²⁰⁷⁾

입양의 경우 피성년후견인의 재산 착복과 착취 등의 위험이 없지 않아, 피성년후견인을 보호할 필요성이 없지 않다. 그러나 민법에서는 피성년후견인이 입양을 하거나 양자가 되는 경우에 가정법원의 허가를 받도록 규정하고 있어(민법 제873조 제2항, 제867조), 입양이 피성년후견인의 복리에 반하는 경우 입양 성립을 허가하지 않을 수 있다.²⁰⁸⁾ 파양의 경우에도 이혼과 마찬가지로 객관적으로 비합리적인 판단이라도 성년후견인의 의사에 종속시키는 것은 타당하지 않다.

인지는 혼인 외 출생자와 부 사이의 부자관계를 창설시켜 친권·양육, 감호, 부양, 상속 등의 효과를 가져온다. 임의인지도 성년후견인의 동의를 요하도록 하고 있는데(민법 제856조), 이는 피성년후견인이 사실에 반하는 인지를 함으로써 부당하게 불이익한 효과를 초래하는 것을 방지하기 위함이라고 이해된다. 그러나 사실에 반하는 인지는 인지무효의 소나 인지취소의 소를 통해 목적을 달성할 수 있는 반면, 실제 부자관계가 있음에도 성년후견인의 반대로 인하여 인지를 할 수 없는 경우의 구제수단은 존재하지 않는다.²⁰⁹⁾

이상의 내용을 고려해 볼 때, 약혼, 혼인, 이혼, 입양, 파양, 인지에 성년후견인의 동의를 요구하는 것은, 가정법원의 직권탐지주의와 개입으로 성년후견인의 동의가 무의미하거나 피성년후견인의 보호와는 무관한 내용에 해당하여 피성년후견인의 보호라는 목적을 달성하는 데 효과적이라고 보기도 어렵고, 피성년후견인의 친족법상 행위를 성년후견인의 동의 여부에 좌우되도록 하여 헌법 제36조 제1항 및 제10조에 의하여 보장되는 피성년후견인의 혼인 및 가족생활에 관한 권리를 증대하게 제한하고 있다.

법학회, 2018, 235쪽.

207) 현소혜, 피성년후견인의 가족관계에 관한 의사결정 자유의 보장, 가족법연구 제32권 제3호, 한국가족법학회, 2018, 237-239쪽.

208) 현소혜, 피성년후견인의 가족관계에 관한 의사결정 자유의 보장, 가족법연구 제32권 제3호, 한국가족법학회, 2018, 237-239쪽.

209) 현소혜, 피성년후견인의 가족관계에 관한 의사결정 자유의 보장, 가족법연구 제32권 제3호, 한국가족법학회, 2018, 241-243쪽.

나이가 피성년후견인은 자신의 신상에 관하여 그의 상태가 허락하는 범위에서 단독으로 결정하는 것이 원칙이며(민법 제947조의2 제1항), 여기서 ‘신상’이란 거주·이전, 주거, 면접교섭, 의료적 조치 등 자신의 신체에 관한 통제가 문제되는 사항뿐만 아니라 가족관계의 성립이나 해소 등과 같은 정신적 영역에서의 자율권 보장이 문제되는 사항도 포함되는 것으로 해석된다.²¹⁰⁾ 신상에 관한 사항인 가족법상 법률행위는 일신전속적 성격이 강하고 혈연과 애정을 주된 동기로 하는 경우도 적지 않아 특히 당사자의 자기결정이 중시되는 영역이며, 재산법적 법률행위의 의사능력 유무와 판단 기준이 다를 수 있다는 점도 고려되어야 할 것이다.

2) 성년후견제도 관련 절차적 문제

성년후견제도는 심판청구권자의 청구에 의하여 법원이 후견의 필요성이 인정되는 경우에 개시되며 그 내용은 피후견인의 법률행위를 대리하는 것으로, 정신질환자의 비자발적 입원과 같이 인신구속적 성질을 갖는 것으로서 절차적인 ‘권리를 보장’하여야 한다고 하기는 어렵다.²¹¹⁾ 다만, 성년후견제도 전반에서 당사자의 자기결정이 존중되고 필요최소한의 범위에서 후견이 이루어지도록 하기 위하여 절차상 개선이 필요한 점이 있다. 또한, 성년후견제도의 피후견인은 자신의 권리를 행사함에 있어 상대적으로 취약한 상태에 빠지기 쉬우므로 성년후견절차에 있어 절차적 안전장치가 필요하다. 이를 위해 전술한 유럽평의회 권고에서 언급한 당사자의 의견진술 기회 보장 및 대면심사, 이의제기권의 보장, 적절한 기한 제한과 정기적 심사, 기타 절차보조인의 조력 등을 성년후견제도의 틀 안에서 마련할 필요가 있다.

가) 후견개시신청에서 본인의 의사 우선

본인의 자기결정 존중이라는 관점에서는 원칙적으로 후견개시청구권자는 당사자를 우선으로 하고 그의 청구가 불가능한 경우에 한하여 법원 등 판단기관의 직권이나 타인이 청구할 수 있도록 하는 것이 타당하다. 성년후견개시심판 및 한정후견개시심판의 청구는

210) 구상엽, 개정민법상 성년후견제도에 대한 연구-입법 배경, 입법자의 의사 및 향후 과제를 중심으로-, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 2012, 100쪽; 윤진수, 친족상속법 강의, 박영사, 2022, 270쪽; 제철웅, 성년후견제도의 개정방향, 민사법학 제42권, 한국민사법학회, 2008, 144쪽; 현소혜, 피성년후견인의 가족관계에 관한 의사결정 자유의 보장, 가족법연구 제32권 제3호, 한국가족법학회, 2018, 246쪽.

211) 보호입원제도를 규정한 구 정신보건법 제24조 제1항 등에 대한 헌법불합치 결정(헌재 2016. 9. 29. 2014헌가9, 판례집 28-2, 276) 참조.

본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 미성년후견인, 미성년후견감독인, 한정후견인, 한정후견감독인, 특정후견인, 특정후견감독인, 검사 또는 지방자치단체의 장이 이를 할 수 있다(민법 제9조 제1항, 제12조 제1항). 이들 조항에 따르면 후견개시심판의 신청은 본인의 동의나 위임 없이, 또는 그가 인식하지 못한 상태일 때나 의사에 반하여 이루어질 수도 있으며, 본인과 이해관계가 상충하는 자에 의하여 진행될 가능성도 배제할 수 없다.²¹²⁾ 2018헌바130 결정 및 2018헌바161 결정에서 재판관 이선애의 반대의견은 성년후견개시심판청구권자에 대하여 본인의 청구를 원칙으로 하고 그것이 불가능한 경우 타인의 청구를 인정하는 방식이나, 친족 등이 직권발동을 촉구할 때 공공기관이 청구할 수 있도록 하는 방법이 있음에도 불구하고, 현재와 같이 병렬적으로 본인 외에도 배우자, 4촌 이내의 친족, 후견인과 후견감독인, 지방자치단체장의 청구권을 인정하는 것은 침해의 최소성 및 법익균형성에 반하여 자기결정권을 침해하는 것이라고 판단하였다.²¹³⁾

나) 의견진술 기회 보장 및 대면심사

후견개시 필요성에 대한 판단에 있어 당사자의 의견진술 기회 보장 및 전문가와 법원에 의한 대면심사가 실질적으로 보장되어야 한다. 가정법원이 성년후견인을 선임할 때에는 피성년후견인의 의사를 존중하여야 하며, 이는 한정후견이나 특정후견의 경우에도 같다(민법 제936조 제4항, 제959조의5, 제959조의10 참조). 또한, 가사소송법 제45조의3 제1항에서는 “후견을 개시하거나 종료할 때 당사자의 의견을 들어야 한다”고 하면서, “피성년후견인(피성년후견인이 될 사람을 포함한다)이나 피임의후견인(피임의후견인이 될 사람을 포함한다)이 의식불명, 그 밖의 사유로 자신의 의사를 표명할 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다”라고 규정하고 있다. 이에 따르면 당사자의 의견진술권과 대면심사를 규정상 보장하고 있으나, 친숙한 환경에서 후견의 필요성 여부를 심사할 수 있는 환경인지, 의식불명 외의 사유로 의사를 표명할 수 없는 것은 어떤 경우를 의미하며 그 사실의 확인은 어떤 방식으로 이루어지는지 등 실무를 점검할 필요가 있다.

실무에서는 법률상의 규정에도 불구하고 피후견인이 자신의 후견인을 선임하는 과정에서 충분한 의사소통 지원을 받지 못하고 있고,²¹⁴⁾ 가정법원 실무에서도 본인의 의사,

212) III에서 전술한 유럽인권재판소의 Shtukurov v. Russia (No. 44009/05, 2008. 3. 27.), Stanev v. Bulgaria (No. 36760/06, 2012. 1. 17.) 결정 참조.

213) 현재 2019. 12. 27. 2018헌바130, 판례집 31-2하, 133, 153-155; 현재 2019. 12. 27. 2018헌바161, 판례집 31-2하, 156, 171-172.

214) 윤태영, 성년후견제도가 왜 중요하고 필요한가, 성년후견제도 시행 10주년, 제도의 존폐를 논하다, 함

선호, 능력을 파악하기 힘든 경우가 많다는 점이 지적되고 있다.²¹⁵⁾ 언어적 방법으로 의사소통이 어렵고 일상생활기능 장애까지 동반되어 있는 사례가 적지 않고, 일정 부분 의사소통이 가능한 경우에도 후견개시를 위한 심리 과정, 후견감독 과정에서 피후견인의 의사와 선호 등을 조사하기 위한 인적·물적 자원이 부족하기 때문이다. 서울가정법원 후견센터에서 후견개시업무에 관여하는 전문조사관은 두 명에 불과한데, 2022년 한 해 접수된 건수는 성년·미성년후견 및 후견계약 합계 약 1,239건에 달하였다고 한다. 따라서 개시 여부 또는 후견인 후보자에 대한 다툼이 있는 일부 사건에 대해서만 조사가 이루어 지는데, 미성년후견 사건은 가급적 모두 조사하고 한정후견사건도 최대한 조사를 진행하는 방침이라고 한다.²¹⁶⁾

한편, 가사소송법 제45조의2 제1항은 “가정법원은 성년후견 개시 또는 한정후견 개시의 심판을 할 경우에는 피성년후견인이 될 사람이나 피한정후견인이 될 사람의 정신상태에 관하여 의사에게 감정을 시켜야 한다. 다만, 피성년후견인이 될 사람이나 피한정후견인이 될 사람의 정신상태를 판단할 만한 다른 충분한 자료가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 규정하고 있다. 그러나 2018헌바130 결정의 보충의견이 실시하듯이 “단지 다툼이 없거나 비용부담의 문제가 있다는 등의 사정만으로 쉽게 간이한 감정결과를 받아들이거나 감정절차를 생략하여서는 안 된다.”²¹⁷⁾ 그러나 실무에서는 감정이 실시되는 비율이 절반에 미치지 못하고 그 내용도 진료기록 감정이 가장 다수를 차지하고 있으며, 정신감정절차를 진행할 기관도 많이 부족한 상황이다. 규정의 형식을 보아도 성년후견이나 한정후견 개시 심판에서 전문가에 의한 대면 방식의 감정을 실시하는 것이 원칙으로 규정되어 있음에도, 실제로는 감정을 실시할 기관이 부족하여 후견개시요건 충족 여부에 관하여 다툼이 있는 사건에 한하여 대면 방식의 정신감정절차를 진행한다고 한다.²¹⁸⁾²¹⁹⁾

깨결음, 2023. 6. 8.자

215) 정혜은, 고령인지장애인을 위한 성년후견제도 개정방향(2) 토론문, 가정상담 2023. 7월호, 한국가정법률상담소, 2023, 19-21쪽.

216) 정혜은, 고령인지장애인을 위한 성년후견제도 개정방향(2) 토론문, 가정상담 2023. 7월호, 한국가정법률상담소, 2023, 19-21쪽.

217) 헌재 2019. 12. 27. 2018헌바130, 판례집 31-2하, 133, 151.

218) 정혜은, 고령인지장애인을 위한 성년후견제도 개정방향(2) 토론문, 가정상담 2023. 7월호, 한국가정법률상담소, 2023, 19-21쪽.

219) 나아가 후견감독 과정에서 인적·물적 자원이 부족하여 후견인의 업무수행방식에 대한 피후견인의 의사와 선호를 개별적으로 확인하기는 매우 어려운 상황이다. 가장 사정이 나은 서울가정법원 후견센터에서 18명 감독관이 후견감독사건을 처리하는데 2022년 말 기준 4,213건에 달하고, 피후견인의 신상이나 재산에 관한 중요 사항에 해당하여 법원의 허가를 구하는 기타사건은 2022년 한 해에만 1,325

또한, 후견의 필요 여부와 관련하여 정신상태의 감정을 하는 의사가 후견에 대한 이해도가 높은지, 당사자에게 친숙한 환경에서 감정이 이루어지는지, 후견개시 결정이 의료적 진단에 지나치게 의존하는 것은 아닌지 등을 함께 검토할 필요가 있다.²²⁰⁾

다) 후견감독과 종료

장애인권리협약 제12조 제4항은 법적 능력을 제한하여야 할 때에는 그에 따른 적절한 안전장치를 통하여 당국이나 사법기관에게 정기적으로 심사받도록 규정하고 있다.²²¹⁾

가정법원은 필요하다고 인정하면 직권으로 또는 피성년후견인, 친족, 성년후견인, 검사, 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 성년후견감독인을 선임할 수 있다(민법 제940조의4 제1항). 후견감독인은 언제든지 후견인에게 그의 임무수행에 관한 보고와 재산목록의 제출을 요구할 수 있고 피후견인의 재산상황을 조사할 수 있다(민법 제940조의6 제1항). 민법상 후견감독인은 후견인의 재산 관련 사무처리를 감독하고, 후견인이 피후견인을 대리하여 하는 일정한 재산상 거래, 소송행위, 상속 관련 행위 등에 관해서는 후견감독인의 동의를 받아야 한다(민법 제950조).²²²⁾ 실무상 후견인은 정기적으로 보고서를 제

건 접수되었다고 한다. 서울 외 지방의 가정법원에서는 이 정도의 감독조차도 하기 어려운 실정이라고 한다(정혜은, 고령인지장애인을 위한 성년후견제도 개정방향(2) 토론문, 가정상담 2023. 7월호, 한국가정법률상담소, 2023, 21쪽).

220) 김용혁, 성년후견의 위헌성과 성년후견제 개선을 위한 공동대책위원회의 활동, 후견과 신탁 제2권 제2호, 한국후견신탁연구센터, 2019, 136-138쪽에서는, 발달장애인인 당사자에게 낯선 환경에서 발달장애에 대한 전문적 지식이 없는 의사에 의하여 후견의 필요성과 관련 없는 내용의 감정이 이루어진 사례를 보고하고 있다.

221) 김은영, 유럽인권재판소 결정례에 비추어 본 성년후견제 고찰, 사회보장법연구 제4권 제1호, 서울대 사회보장법연구회, 2015, 136쪽.

222) 민법 제950조(후견감독인의 동의를 필요로 하는 행위) ① 후견인이 피후견인을 대리하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하거나 미성년자의 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위에 동의를 할 때는 후견감독인이 있으면 그의 동의를 받아야 한다.

1. 영업에 관한 행위
2. 금전을 빌리는 행위
3. 의무만을 부담하는 행위
4. 부동산 또는 중요한 재산에 관한 권리의 득실변경을 목적으로 하는 행위
5. 소송행위
6. 상속의 승인, 한정승인 또는 포기 및 상속재산의 분할에 관한 협의

② 후견감독인의 동의가 필요한 행위에 대하여 후견감독인이 피후견인의 이익이 침해될 우려가 있음에도 동의를 하지 아니하는 경우에는 가정법원은 후견인의 청구에 의하여 후견감독인의 동의를 갈음하는 허가를 할 수 있다.

③ 후견감독인의 동의가 필요한 법률행위를 후견인이 후견감독인의 동의 없이 하였을 때에는 피후견인 또는 후견감독인이 그 행위를 취소할 수 있다.

출하고 있다. 후견감독인의 필수적 동의가 필요한 행위는 대체로 재산상 행위이고, 격리, 신체침해를 수반하는 치료, 거주하는 부동산 거래 등 중요한 신상결정 등에 관해서는 가정법원의 허가가 필요하다(민법 제947조의2 참조). 후견감독 업무 역시 사건 수에 비해 감독관이 매우 부족한 상황이므로, 국선후견감독인 선임 확대를 위한 입법과 보수 현실화가 필요하다는 지적이 있다.²²³⁾

한편, 성년후견 및 한정후견의 종료는 “후견개시의 원인이 소멸된 경우”(민법 제11조, 제14조)에 청구권자의 청구에 따라 종료심판을 한다고 하고 있으나, 후견개시 원인이 소멸되었을 것을 요건으로 한다는 것은 질병의 회복 등을 의미하는바, 실제로는 피후견인이 생존하는 동안 후견이 지속될 가능성이 높다.²²⁴⁾

라) 심판의 고지, 이의제기와 절차보조인의 조력

가사소송규칙에서는 성년후견·한정후견·특정후견 및 임의후견에 관한 심판은 당사자와 절차에 참가한 이해관계인 이외에 후견인 및 후견감독인에게도 고지하도록 하고(가사소송규칙 제35조 참조), 당사자(사건본인)에게는 가정법원의 법원사무관 등이 지체 없이 그 내용을 통지하도록 하여, 사건본인의 절차 참여를 보장하면서도 동시에 의사능력이 없는 사건본인에게 고지 자체가 불가능하여 심판의 효력이 발생하지 않아 후견업무의 지장이 발생하는 일이 없도록 하였다. 또한, 가사소송법 제43조에서는 가사소송규칙 제36조로 정하는 경우에 한하여 즉시항고를 허용하고 있다. 즉, 성년후견제도의 유형별로 그 개시, 후견인·감독인의 변경, 격리·의료행위·부동산 매도 등에 대한 허가 심판에 관하여 규칙에 규정된 사람이 즉시항고를 하도록 한다. 이는 광범위한 즉시항고를 인정함으로써 사건본인의 보호에 미흡할 우려가 있기 때문이다.²²⁵⁾

이러한 각종 심판절차 중 그의 의사가 충분히 반영될 수 있도록 가정법원 후견심판절차에서 절차보조인의 조력을 받을 수 있도록 하는 제도의 신설이 필요하다.²²⁶⁾

223) 정혜은, 법원의 후견실무 현황과 개선방안, 성년후견제도에서 피후견인의 자기결정권 보장과 이용활성화를 위한 개선방안 모색, 성년후견제도 시행 10주년 기념 정책토론회, 최재형 국민의힘 의원실·사단법인 한국성년후견지원본부, 2023. 12. 5. 발표문 참조.

224) 김은영, 유럽인권재판소 결정례에 비추어 본 성년후견제 고찰, 사회보장법연구 제4권 제1호, 서울대 사회보장법연구회, 2015, 136쪽.

225) 배인구, 성년후견제도-실무상 쟁점을 중심으로-, 월간 가정상담 2015. 2월호, 한국가정법률상담소, 2015, 17쪽 참조.

226) 윤진수·현소혜, 2013년 개정 민법 해설, 2013년도 법무부 용역보고서, 2013, 55쪽.

다. 피후견인임을 이유로 한 결격조항

성년후견제도 자체의 문제는 아니지만, 피성년후견인이나 피한정후견인임을 이유로 한 결격사유 규정이 피후견인의 직업의 자유나 공무담임권을 과도하게 제한하는지 여부가 문제된다. 2011년 민법 개정 당시 부칙 제3조는 “이 법 시행 당시 다른 법령에서 “금치산” 또는 “한정치산”을 인용한 경우에는 성년후견 또는 한정후견을 받는 사람에 대하여 부칙 제2조 제2항에 따른 5년의 기간에 한정하여 “성년후견” 또는 “한정후견”을 인용한 것으로 본다.”고 규정하였다.²²⁷⁾ 그러나 성년후견제도는 종전의 행위무능력자 제도와 상이한 이념에서 출발한 것으로서, 금치산자·한정치산자를 대체하는 개념이 아님은 앞서 살펴본 바와 같다.

헌법재판소는 피성년후견인이 되면 공무원에서 당연퇴직되도록 한 국가공무원법 조항²²⁸⁾이 공무담임권을 침해한다고 판단하였다.²²⁹⁾ 즉, 법정의견은 정신상의 장애로 직무를 감당할 수 없는 국가공무원에 대하여 휴직을 명하고, 휴직 기간 후에도 직무를 수행할 수 없는 경우 직권면직절차를 통하여 직을 박탈하는 기본권이 덜 제한되는 방법이 있다는 점에서 침해의 최소성에 반한다고 보았다. 그리고 국가공무원의 원활한 공무수행을 확보하고 그에 대한 국민의 신뢰를 보호하는 것은 중요한 공익이나 정신적 장애로 인하여 공무를 수행할 수 없으므로 이러한 공익은 사회국가원리에 입각한 공무담임권 보장과 조화를 이루는 정도에 한하여 그 중요성을 인정할 수 있다고 보았다. 반면, 공무수행이 가능한지 여부가 아닌 성년후견개시 여부로 당연퇴직 하도록 함으로써 차별이 야기되며, 성년후견이 개시된 즉시 공직에서 배제되어 장기간 쌓은 지위를 박탈하여 법익의 균형성도 충족하지 못한다고 하였다. 한편, 성년후견개시 결정이 영구적·종국적 의사결정능력

227) 부칙 <법률 제10429호, 2011. 3. 7.>

제1조(시행일) 이 법은 2013년 7월 1일부터 시행한다.

제2조(금치산자 등에 관한 경과조치) ① 이 법 시행 당시 이미 금치산 또는 한정치산의 선고 받은 사람에 대하여는 종전의 규정을 적용한다.

② 제1항의 금치산자 또는 한정치산자에 대하여 이 법에 따라 성년후견, 한정후견, 특정후견이 개시되거나 임의후견감독인이 선임된 경우 또는 이 법 시행일부 5년이 경과한 때에는 그 금치산 또는 한정치산의 선고는 장래를 향하여 그 효력을 잃는다.

228) 국가공무원법 제69조(당연퇴직) 공무원이 다음 각 호의 어느 하나에 해당할 때에는 당연히 퇴직한다.

1. 제33조 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우. (이하 생략)

제33조(결격사유) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 공무원으로 임용될 수 없다.

229) 헌재 2022. 12. 22. 2020헌가8, 판례집 34-2, 657-685.

의 회복불능을 의미하는 것이 아님에도 불구하고 오히려 성년후견제도의 활용을 주저하게 하는 부작용마저 발생할 수 있음을 우려하였다.²³⁰⁾

피성년후견인임을 이유로 한 결격사유를 두는 목적이 무엇이고, 그 목적이 정당한지 살펴볼 필요가 있다. 물론 각 직업마다 적절한 판단능력과 직무적합성이 요청될 수 있으나, 이러한 능력을 갖추지 못하였다고 판단하는 기준으로 피성년후견인을 결격사유로 삼는 것이 적절한지 의문이다.²³¹⁾ 어떤 사람이 자신의 직업 수행에 적합한 능력을 가지고 있는지는 그 직업의 특성에 따라 개별적으로 판단하여야 한다. 공·사기업에서 채용 시 시행하는 인성검사나 직무적합성 검사, 채용신체검사를 통하여 직무에 적합한 업무수행 능력을 판단할 수 있다.

더욱이, 일부 법률은 피성년후견인만을 결격사유로 규정하고 피한정후견인을 제외하기도 하는데, 성년후견 유형과 한정후견 유형의 개시요건에는 차이가 있으나, 양자를 객관적으로 구분짓기 어렵다는 점, 실무에서 성년후견이 압도적으로 많이 활용되고 있다는 점 등을 감안하면, 피성년후견인만을 결격사유로 규정하고 있는 것을 정당화하기 어렵다.

정부는 피성년후견인임을 이유로 한 결격조항에 대하여 삭제 등 개정 작업을 진행 중이다. 2019. 11. 정부는 275개 법령 중 1차로 86건(법률안 79건)을 정비하는 내용을 국무회의에서 의결하였고, 2023. 6. 기준 법제처가 125개 법률의 정비 지원·관리 중이며, 45개 법률이 개정되었다.²³²⁾ 그러나 여전히 피후견인이 공무원 당연퇴직 사유로 규정되어 있는 다른 법률이 존재하고,²³³⁾ 공무원은 아니지만 법률로 피후견인임을 직원의 당연퇴직 사유로 규정한 사례,²³⁴⁾ 각종 자격·인허가 등을 규정한 법률,²³⁵⁾ 공공기관·대학 등의

230) 피성년후견인은 정신적 제약으로 사무처리능력이 지속적으로 결여되어 국가공무원으로서 요구되는 직무수행능력이 충족된다고 보기 어렵고, 피성년후견인이 된 공무원에 대해서는 별도의 사회보장제도를 통하여 생활보장 혜택을 부여하는 것이 사회국가원리에도 부합한다는 재판관 이선애, 재판관 이은애, 재판관 이종석의 반대이견이 있다.

231) 제철웅, 국가공무원법 제69조 제1호 중 제33조 제1호의 ‘피성년후견인’과 관련된 부분의 위헌성, 법조 제71권 제3호, 법조협회, 2022, 13쪽.

232) 국회 법제실, 피후견인에 대한 퇴직·결격조항의 정비 필요성과 입법 및 법제적 시사점, 헌법과 법제 제10호, 2023. 7. 25.

233) 경찰공무원법 제27조 본문, 교육공무원법 제43조의2 본문, 국가정보직위법 제20조, 군인사법 제40조 제1항 제4호 본문, 군무원인사법 제27조 본문, 사립학교법 제57조 제1항 본문, 외무공무원법 제26조 제1항 본문, 지방공무원법 제61조 제1호 본문, 헌법재판소법 제19조 제8항 본문.

234) 대안교육기관에 관한 법률 제19조, 민영교도소 등의 설치·운영에 관한 법률 제28조, 청원산림보호직원배치에 관한 법률 제7조.

235) 일부 예를 들면 건축사법 제9조, 경영지도사 및 기술지도사에 관한 법률 제4조, 공인중개사법 제10조, 공인회계사법 제4조, 공중위생관리법 제4조 제2항의 이용사 및 미용사, 국가유신수리 등에 관한 법률

정관·규칙 등에 결격조항이 남아 있다.²³⁶⁾²³⁷⁾

그 외에도 참정권과 관련하여, 공직선거법 제18조 제1항 제1호는 ‘금치산선고를 받은 자’의 선거권을 인정하지 않는 조항이 삭제되지 않고 남아 있다. 동법 제19조 제1호에 의하여 피선거권도 인정되지 않는다. 중앙선거관리위원회는 2014년 피성년후견인의 선거권을 전면적으로 인정하는 내용의 정치관계법 개정 의견을 국회에 제출하였으나 법 개정에는 이르지 못한 상태에서, 2020년 제21대 총선을 앞두고 서울시 선거관리위원회는 피성년후견인에게도 선거권이 있다는 유권해석을 하여, 피성년후견인도 선거권을 행사하게 되었다.²³⁸⁾

3. 성년후견제도의 장애인 복지적 성격과의 조화

인간다운 생활을 할 권리의 보장은 사회복지에 의하여 구체화된다. 피후견인은 일상적인 의사결정(법률행위)을 하는 데 필요한 도움을 받기 위하여 성년후견제도를 이용해야 할 필요에 직면할 수 있다. 민법상 성년후견제도는 국가의 급부를 요청하는 것은 아니라는 점에서 사회적 기본권의 하나로 보기 어려운 측면이 있지만, 헌법상 사회국가원리와 헌법 제34조 제5항에서 규정하는 장애인 권리보호를 위한 국가의 의무를 실현하는 수단 의 하나로 이해할 수 있다.²³⁹⁾ 2020헌가8 결정에서 재판관 이석태의 법정외견에 대한 보

제9조의 문화재수리기술사, 국민 평생 직업능력 개발법 제34조의 직업능력개발훈련교사, 사회복지사업법 제11조의2 등.

236) 국회 법제실, 피후견인에 대한 퇴직·결격조항의 정비 필요성과 입법 및 법제적 시사점, 헌법과 법제 제10호, 2023. 7. 25.

237) 일본의 경우 2018. 3. ‘국가공무원법’ 등 180여개 법률에서 피후견인 결격사유를 일괄 삭제하는 단일 법률안을 제출하여 2019. 6. 국회를 통과하였다.

238) 배소연, 정신적 장애인의 선거권 보장을 위한 헌법적 연구, 헌법이론과 실무 2022-A-7, 헌법재판연구원, 2023, 19쪽. 한편, 유권해석 여부에 관계없이 2011. 3. 7. 개정 민법(법률 제10429호) 부칙 제2조 제2항이 “...금치산자 또는 한정치산자에 대하여 이 법에 따라 성년후견, 한정후견 또는 특정후견이 개시되거나 임의후견 감독인이 선임된 경우 또는 이 법 시행일로부터 5년이 경과한 때에는 그 금치산 또는 한정치산의 선고는 장래를 향하여 그 효력을 잃는다.”고 규정하였고, 제3조는 금치산자 및 한정치산자에 적용되는 다른 법령의 효력도 위 기간 동안에만 성년후견 또는 한정후견을 받은 사람에게 적용되도록 하였기 때문에, 금치산자만이 아니라 피성년후견인도 2018년 7월 1일부터 공직선거법 제18조 제1항 제1호의 적용을 받지 않게 되어 선거권을 행사할 수 있었다는 견해로, 제철웅, 장애인권리협약의 관점에서 본 정신적 장애인의 참정권 증진의 과제, 법조 제70권 제1호, 법조협회, 2021, 44쪽 각주 8 참조.

239) 다만, 여기서 장애가 무엇인지 명확하게 설명하기 어렵고 정신적 장애는 곧바로 파악하는 것이 어렵다. 그리고 장애의 개념이 공동체의 인식에 따라 가변적일 수 있다는 점은 유념할 필요가 있다(유엔장

충의견에서는, 헌법 제34조 제5항의 취지에 따라 장애인의 복지와 사회참여 증진을 통한 사회통합을 실현하며, 그 일환으로 성년후견제도를 도입하였다고 실시하고 있다.²⁴⁰⁾ 종전의 행위무능력자 제도가 가족을 후견인으로 법정하고 재산관리 권한만을 부여하여 가족 내에서 사법상 법률행위를 대리하는 것이었다면, 성년후견제도는 전술한 바와 같이 신상보호 기능을 추가하고, 후견심판개시청구권자에 지방자치단체의 장을 추가하였으며 법원의 감독기능을 두어, 사회복지제도로서의 성격을 강화하였다.²⁴¹⁾

사회복지법은 스스로의 능력으로 생활을 유지하기 어려운 사람을 적극적으로 지원·보호하여 인간다운 생활을 보장하고, 또 사회의 구성원으로서 참여하도록 하여 사회통합을 실현하는 목적을 갖는다.²⁴²⁾ 장애인복지법이나 노인복지법, 발달장애인법 등의 개별 법률은 복지의 이념을 보충하여 장애인정책의 지평을 넓혔다.²⁴³⁾ 발달장애인법, 치매관리법 등을 근거로 실시되고 있는 공공후견지원사업은 후견의 사회보장적 기능을 보여주는 사례라고 평가할 수 있다. 가족기능이 약화되고 새로운 성년후견제도가 신상보호를 후견 사무에 포함시키면서, 후견제도가 정신적 장애인의 인권보호 기능을 수행하게 되었고 사회취약계층의 공공후견 이용에 대한 국가 및 사회의 역할과 책임이 더욱 중요해졌다.²⁴⁴⁾ 또한, 피후견인을 돌볼 친족이 없거나 친족이 있더라도 친족에게 후견인을 맡기는 것이 피후견인의 안전과 건강에 심각한 위험을 초래할 가능성이 있는 무자력 또는 저소득층 피후견인에게는 법원에서 전문가후견인을 선임하고 절차구조의 일환으로 국고에서 후견인 보수를 지급하는 국선후견인 제도를 도입하고 2018. 4. 서울가정법원을 시작으로, 2019. 7.에는 수원가정법원, 2020년에는 부산가정법원과 광주가정법원으로 확대하여 실시하는 등 지속적으로 시범실시 법원을 확대하고 있다.²⁴⁵⁾

애인권리협약 전문 (c). 이재희, 장애인의 평등권 보장에 대한 헌법적 검토, 사회보장법학 제6권 제1호, 한국사회보장법학회, 2017, 97쪽). 또한, 의사능력과 법적 능력의 개념을 동일시하여 정신적 장애를 이유로 의사결정기능이 손상되었다고 여겨지면 곧바로 법적으로 특정한 결정을 할 능력이 없다고 간주하는 것은, 협약 제12조에서 금지하는 장애를 이유로 한 차별에 해당될 수 있다.

240) 현재 2022. 12. 22. 2020헌가8, 판례집 34-2, 657, 684.

241) 이영규, 성년후견제도의 현황과 과제, 일감법학 제33호, 건국대학교 법학연구소, 2016, 264쪽 참조.

242) 전광석, 사회복지법의 헌법적 쟁점-아동복지법, 노인복지법, 장애인복지법 등에 관한 헌법재판소 결정을 중심으로-, 사회보장법학 제9권 제2호, 한국사회보장법학회, 2020, 176쪽.

243) 장애인정책에서 복지와 평등의 이념적 보완관계에 대해서는 전광석, 헌법과 장애인정책: 복지와 평등의 이념적 보완관계를 중심으로, 전광석 편, 한국사회와 장애인정책, 인간과 복지, 2011, 43쪽 이하 참조.

244) 박인환, 공공후견 및 의사결정지원 촉진을 위한 입법과제, 법조 제70권 제3호, 법조협회, 2021, 67쪽.

245) 2023 사법연감, 법원행정처, 2023, 115쪽.

4. 소결

이 장에서는 자기결정의 존중과 현존능력의 활용이라는 이념을 토대로 설계된 민법상의 성년후견제도이지만, 성년후견의 개시는 필연적으로 피후견인의 행위능력을 제한하고, 이는 헌법상 기본권행사능력의 제한으로도 이해할 수 있어 헌법상 성년후견제도를 어떻게 평가할 수 있는지 분석하였다. 성년후견제도 설계 전반에 대한 평가뿐 아니라 내용상 불필요한 기본권의 제한이 있는지, 후견절차상 기본권 보장에 미흡한 점은 없는지도 함께 살펴보았다.

민법상 성년후견제도는 객관적으로 보아 당사자를 보호하고 그의 최선의 이익을 도모하는 제도라고 평가할 수 있다. 당사자의 복리를 위하여 필요하다고 판단되면 당사자의 의사와 관계없이 신청권자의 신청으로 후견이 개시될 수 있고, 선임된 후견인이 광범위한 대리권을 가지고 당사자의 최선의 이익을 위하여 법률행위를 대리할 수 있다. 이러한 성년후견제도의 모습은 성년후견제도의 취지와는 다소 배치되는 것이라고 할 수 있다. 의사결정을 대신하여 한다는 구조 자체를 전환하지 않는다면, 자기결정의 존중 혹은 자기결정권의 보장에는 결국 한계가 있을 수밖에 없다. 따라서 이를 극복하기 위해서는 성년후견제도의 모습을 의사결정의 대리에서 의사결정의 지원으로 전환하는 것을 대안으로 고려할 수 있다. 의사결정지원 모델은 유엔장애인권리위원회의 권고사항에도 부합한다. 이에 따르면 결정 주체는 현재의 피후견인, 즉 당사자이고 후견인은 어디까지나 지원자의 역할을 하게 되어, 자기결정권의 행사라는 측면에서 헌법상 정당화될 수 있다.

현행 성년후견제도에서는 친족법상 행위에 성년후견인의 동의를 필요로 하는 것은 후견인의 보호주의적 발상에서 비롯된 것이라 할 수 있는데, 피성년후견인의 혼인과 가족 생활에 관한 기본권을 중대하게 제한할 뿐만 아니라 피성년후견인의 보호라는 목적을 달성하기 위한 효과도 거의 찾을 수 없다. 신상에 관한 사항은 본인이 결정한다는 현행 민법 제947조의2 제1항의 태도가 타당하며, 입법론으로는 친족법상의 성년후견인 동의 규정을 광범위하게 삭제하는 것이 적절하다. 또한 후견절차상 당사자의 의사가 반영되지 않거나 충분한 조력을 받지 못하는 부분은 헌법상 권리 보장을 실질적으로 뒷받침한다는 차원에서 개선될 필요가 있다. 한편, 성년후견제도에서 비롯된 문제는 아니지만, 종전의 행위무능력을 이유로 하는 결격조항이 여전히 존재하여 직업의 자유, 공무담임권 등을

제한한다는 점을 살펴보았다. 개별 법률에서 그 직업에 필요한 자질과 역량을 고려하여 일정한 결격사유를 규정하지 않고 법률행위능력을 기준으로 일률적으로 진입을 금지하는 것은 침해최소성 원칙에 반한다고 할 것이다.

헌법상의 기본권 제한은 피후견인의 보호라는 목적에 비추어 그 정당성 여부를 검토 하였으나, 피후견인의 보호라는 목적 자체에도 의문을 제기해 볼 수 있다. 보호를 명목으로 피후견인을 온전한 사회구성원으로 인식하지 않는 시각이 있는 것은 아닌지, 보호를 이유로 배제해 온 것은 아닌지 돌이켜 볼 필요가 있다.

V. 결론

과거의 행위무능력자제도와 달리 성년후견제도는 피후견인의 자기결정권을 존중한다는 이념을 담고 있다. 그러나 일단 후견이 개시되면 후견인이 대리권과 동의권을 갖게 되어 피후견인의 자기결정권을 비롯한 헌법적 기본권은 필연적으로 광범위하게 제약될 수밖에 없다. 다른 한편으로 성년후견제도는 피후견인이 의사결정능력의 제약에도 불구하고 사회구성원으로 생활할 수 있도록 지원하는 기능이 있고 법률행위의 상대방을 보호하는 측면도 있어 다양한 측면을 갖는다고 평가할 수 있다.

시행 후 약 10년간 성년후견제도는 제도상의 미비점을 보완하면서 그 역할을 수행해 왔고, 이용 건수도 매년 증가하고 있어 정착화 단계에 있다고 할 수 있다. 종전의 행위무능력제도와 비교해 보면 피후견인의 자기결정권과 잔존능력을 최대한 활용할 수 있도록 하고, 일률적으로 행위능력을 부정하였던 종전의 제도보다 탄력적으로 성년후견제도를 이용할 수 있도록 하는 점에서 도입의 의의를 찾을 수 있다. 그러나 당사자가 의사결정의 주체가 되지 못한다는 규범상의 한계는 자기결정의 존중을 실현하는 데 장애가 될 수밖에 없다. 실제 성년후견제도의 운용 상황을 살펴보면 성년후견제도는 피후견인의 보호라는 명목으로 후견인이 광범위한 대리권을 행사하여 피후견인의 기본권을 필요 이상으로 제한하기도 하고, 여전히 가족이나 친지가 사무를 처리하는 관행이 존재하여 잠재적 수요나 외국과 대비하여 성년후견제도의 이용률은 낮다고 평가된다.²⁴⁶⁾ 내용 면에서도 포괄적으로 대리권과 취소권을 갖는 성년후견 유형의 이용률이 압도적으로 높고, 개입의 정도가 낮은 한정후견이나 특정후견, 후견계약의 이용은 저조하다. 성년후견 유형을 다수 활용하는 현재의 상황은 피후견인의 자기결정 존중과 현존능력 활용이라는 도입 당시의 이념과는 상이하며, 유엔장애인권리협약에서는 법정대리인이 의사결정을 ‘대리’하는 것 자체에 대한 문제를 제기하고 있다.

유엔장애인권리위원회는 우리 민법의 성년후견제도 및 한정후견제도는 그 자체로 협약에 위반하는 형태이므로 의사결정지원 제도로의 이행을 권고하였다. 이제 성인의 법적

246) 이동진, 한국 성년후견제도의 현황과 전망, 과제, 가족법연구 제32권 제1호, 한국가족법학회, 2018, 192-195쪽; 박인환, 고령인지장애인을 위한 성년후견제도 개정방향(1), 월간 가정상담 2023년 5월호, 한국가정법률상담소, 2023, 10쪽.

의사결정권을 대리인에게 맡기는 것이라는 후견제도의 근본적인 전제에 이의가 제기되는 시점이라고 할 수 있다. 개인은 의사 결정 과정에서 최종 결정권을 가지며, 삶의 모든 영역에서 행동할 수 있는 법적 능력을 보유한다는 것을 전제로,²⁴⁷⁾ 당사자가 불필요하거나 비합리적인 행위를 한다면, 행위능력을 제한하기보다는 그러한 법률행위를 하지 않도록 하기 위한 지원이 필요한 것이다.²⁴⁸⁾ 우리나라는 2008년 동 협약의 성립과 동시에 가입·비준하였지만, 2011년 성년후견제도 도입을 위한 민법 개정 당시 협약과의 정합성에 대하여 본격적인 논의가 이루어지지 않았던 것으로 보인다. 이제 의사결정지원 모델은 법리적 모순의 극복, 장애인권리협약의 이행이라는 점에서 성년후견제도에 대한 근본적 인식 전환이 필요하다. 현재로서 의사결정지원 모델을 도입한 영국, 아일랜드, 독일 등의 해외 입법례가 있으나, 의사결정대리를 최소한의 정도로 남겨 두고 있다는 점, 의사결정지원 모델에 관한 선행 연구가 대체로 의사결정지원 모델의 규범적인 타당성을 명시하는 것이어서 실제 시행 후의 변화와 보완점이 없는지 논의를 지켜보아야 할 것이다. 아울러 현행 성년후견제도에서 피후견인의 보호라는 명목으로 기본권의 제한이 중대한 조항들이나, 절차적으로 당사자인 피후견인의 의사를 간과하는 내용에 대해서는 개정을 위한 검토가 필요하다. 민법상 성년후견제도의 정비와 더불어, 법정후견 외에 후견계약, 신탁계약, 지속적 대리권 수여, 사전의료지시서 등과 같은 법정후견의 개입을 최소화할 수 있는 후견대체수단을 보급하고 지원할 필요도 있다.²⁴⁹⁾ 또한, 사회취약계층을 위한 공공후견이 안정적으로 정착되는 것 역시 중요하다.

누구든지 일상에서 타인과 도움을 주고받으며 크고 작은 결정을 하는 것은 우리 일상의 자연스러운 일부이다. 여러 가지 사유로 의사결정능력에 어려움을 겪는 사람들의 자기결정을 존중하고 이들을 능동적인 사회구성원으로 통합하는 한편, 질병, 노령, 장애 등을 이유로 취약한 사람들의 인권을 보장하는 것 역시 성년후견제도의 기능이다. 우리나라에서 성년후견제도는 이제 정착되어 가는 단계이지만, 성년후견제도 및 고령, 장애, 질병 등을 이유로 의사결정에 어려움을 겪는 사람들이 스스로 의사결정의 주체로서 자리매김할 수 있도록 하기 위하여 사회시스템의 점검과 관점이 전환이 필요하다.

247) Leslie Salzman, Guardianship for Persons with Mental Illness — A Legal and Appropriate Alternative?, Saint Louis University Journal of Health Law & Policy 4, 2011, p. 306.

248) 제철웅, 성년후견제도 시행 10년과 새로운 입법적 과제, 가족법연구 제37권 제2호, 한국가족법학회, 2023, 72쪽.

249) 박인환, 고령인지장애인을 위한 성년후견제도 개정방향(1), 월간 가정상담 2023년 5월호, 한국가정법률상담소, 2023, 28쪽.

참 고 문 헌

1. 단행본

김성우, 성년후견실무, 박영사, 2018.

김하열, 헌법강의, 박영사, 2024.

법무법인(유한) 태평양·재단법인 동천 공동편집, 장애인법연구, 경인문화사, 2016.

사단법인 온을 엮음, 한국 성년후견제 10년, 나남, 2023.

성낙인, 헌법학, 법문사, 2023.

송덕수, 신민법강의, 박영사, 2017.

윤진수, 친족상속법 강의, 박영사, 2022.

이현곤, 성년후견제도의 이해와 활용-치매노인과 발달장애인의 신상보호와 재산관리-, 고시계사, 2018.

전광석 편, 한국사회와 장애인정책, 인간과 복지, 2011.

정재황, 헌법학, 박영사, 2022.

제철웅 외, 노년기, 자기결정권, 나남, 2023.

한국성년후견지원본부, 2013-2022 통계로 알아보는 우리나라 후견(감독)사건의 현황-일본 성년후견 관계 사건의 현황 포함-, (사)한국성년후견지원본부, 2023.

한수웅, 헌법학, 법문사, 2023.

新井誠·赤沼康弘·大貫正男, 成年後見制度—法の理論と実務—, 有斐閣, 2014.

2. 논문

구상엽, 개정민법상 성년후견제도에 대한 연구-입법 배경, 입법자의 의사 및 향후 과제를 중심으로-, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 2012.

김나래, 성년후견제도 활성화 방안에 관한 소고, 법학논총 제26집 제3호, 조선대학교 법학연구소, 2019, 67-90쪽.

김성우, 성년후견제도의 현황과 과제, 가족법연구 제30권 제3호, 한국가족법학회, 2016, 407-454쪽.

김수정, 제한행위능력자 등의 절차보조에 관한 독일의 제도, 가족법연구 제30권 제3호,

- 한국가족법학회, 2016, 7-52쪽.
- 김용형, 성년후견의 위헌성과 성년후견제 개선을 위한 공동대책위원회의 활동, 후견과 신탁 제2권 제2호, 한국후견신탁연구센터, 2019, 133-142쪽.
- 김은영, 유럽인권재판소 결정례에 비추어 본 성년후견제 고찰, 사회보장법연구 제4권 제1호, 서울대 사회보장법연구회, 2015, 99-149쪽.
- 김진우, 장애에 대한 사회적 모델의 의의와 한국사회에의 함의, 한국장애인복지학 제6호, 한국장애인복지학회, 2007.
- 김형석, 민법 개정안에 따른 성년후견법제, 가족법연구 제24권 제2호, 한국가족법학회, 2010, 111-166쪽.
- 김효정, 치매공공후견제도의 개선방안에 관한 연구-치매공공후견인의 활동경험을 중심으로-, 사회복지법제연구 제14권 제1호, 한국사회복지법제학회, 2023, 95-120쪽.
- 김효정·조한진, 신상영역에서 공공후견을 이용하는 발달장애인의 의사결정 경험에 관한 사례연구, 한국장애학 제8권 제1호, 한국장애학회, 2023, 61-88쪽.
- 말콤 사이벤스, 호주 뉴사우스웨일스의 의사결정능력 장애인과 의사결정지원, 후견과 신탁 제1권 제1호, 한국후견·신탁연구센터, 2018, 25-42쪽.
- 박인환, 고령인지장애인의 인권보호와 성년후견, 저스티스 통권 제146-1호, 한국법학원, 2015, 5-44쪽.
- _____, 실질적 자기결정존중의 관점에서의 후견계약의 평가와 의사결정지원방안의 모색, 가족법연구 제29권 제2호, 한국가족법학회, 2015, 105-144쪽.
- _____, 공공후견 및 의사결정지원 촉진을 위한 입법과제, 법조 제70권 제3호, 법조협회, 2021, 43-86쪽.
- _____, 고령인지장애인을 위한 성년후견제도 개정방향(1), 월간 가정상담 2023년 5월 호, 한국가정법률상담소, 2023, 10-30쪽.
- _____, 고령자·장애인의 의사결정지원을 위한 후견계약의 활용가능성과 과제, 민사법학 제103호, 한국민사법학회, 2023, 233-280쪽.
- _____, 새로운 성년후견제도에 있어서 신상보호-신상결정의 대행과 그 한계-, 가족법연구 제25권 제2호, 한국가족법학회, 2011, 147-198쪽.
- _____, UN 장애인권리협약과 성년후견 패러다임의 전환-의사결정대행에서 의사결정지원으로-, 가족법연구 제28권 제3호, 한국가족법학회, 2014, 171-220쪽.

_____, 사적자치의 원칙과 의사결정지원 제도화의 모색, 민사법학 제95호, 한국민사법학회, 2021, 3-57쪽.

박준모, 피후견인에 대한 결격조항의 위헌성과 입법과제, 후견과 신탁 제3권 제1호, 한국후견·신탁연구센터, 2020, 5-37쪽.

박준섭, 민법 제9조 제1항 등 위헌소원, 2019년 결정해설집, 헌법재판소, 2020, 581-647쪽.

방희명, 고령 사회의 성년후견제도 발전 방안 연구, 인문사회21, 제12권 제3호, 인문사회21, 2021, 2519-2532쪽.

배인구, 성년후견제도에 관한 연구 : 시행과 관련된 이론적·실무적 쟁점을 중심으로, 고려대학교 석사학위논문, 2013.

_____, 성년후견제도 - 실무상 쟁점을 중심으로 -, 월간 가정상담 2015. 2월호, 한국가정법률상담소, 2015, 11-19쪽.

백경희, 자기결정능력 흠결 상태의 환자에 대한 의료행위의 동의에 관한 소고, 법학논총 제33집, 숭실대학교 법학연구소, 163-184쪽.

백승흠, 성년후견제도에서의 정신능력의 판단에 관한 소고-심신박약·심신상실의 의미와 한계-, 재산법연구 제28권 제4호, 2012, 185-217쪽.

송영민, 성년후견제도와 민법 제947조의 기능, 원광법학 제39권 제3호, 원광대학교 법학연구소, 49-69쪽.

신권철, 성년후견제도의 도입과 법원의 역할, 사법 제14호, 사법발전재단, 2010, 3-38쪽.

_____, 정신질환자 개념의 규범적 고찰, 법조 제644호, 법조협회, 2010, 35-76쪽.

안경희, 2023년 시행 독일 성년후견법의 규정 체계와 주요 개정 내용, 법학논총 제36권 제1호, 국민대학교 법학연구소, 2023, 49-88쪽.

오혜인·이아영, 치매노인 공공후견 과정의 자기결정지원 요소에 대한 비판적 고찰-치매 공공후견인을 위한 「후견사무매뉴얼」 분석을 중심으로-, 한국사회복지학 제73권 제3호, 한국사회복지학회, 2021, 123-151쪽.

윤태영·김민주, 취약한 계약당사자 보호를 위한 민법상 과제, 민사법학 제100호, 한국민사법학회, 2022, 243-272쪽.

윤태영, 성년후견 및 제한능력자 제도의 문제점에 대한 관건, 아주법학 제15권 제4호, 아주대학교 법학연구소, 2022, 55-75쪽.

_____, 임의후견보다 법정후견을 우선할만한 ‘본인의 이익을 위하여 특별히 필요할 때’

- 의 의미, 민사법학 제98호, 한국민사법학회, 2022, 119-147쪽.
- 이계정, 고령사회에서 공공신탁을 통한 신탁의 기능 활성화 연구, 사법 통권 65호, 사법 발전재단 2023, 39-90쪽.
- 이동석, 캐나다 5개 주의 지원의사결정제도 비교분석, 한국장애인복지학 제36호, 한국 장애인복지학회, 2017, 179-202쪽.
- _____, 지원의사결정의 개념 및 필요성에 대한 기초고찰, 후견과 신탁 제2권 제1호, 한국후견·신탁연구센터, 2019, 1-25쪽.
- 이동진, 한국 성년후견제도의 현황과 전망, 과제, 가족법연구 제32권 제1호, 한국가족법 학회, 2018, 183-228쪽.
- 이명현, 영국 성년후견법을 통해 본 복지사회 구상: 의사결정능력법(Mental Capacity Act)의 자기결정지원을 중심으로, 민주주의와 인권 제12권 제3호, 5·18연구소, 2012, 407-444쪽.
- 이복실·제철웅·이동석, 성인발달장애인의 자기결정 지원에 영향을 미치는 요인 연구, 한국장애인복지학 제40호, 한국장애인복지학회, 5-32쪽.
- 이영규, 성년후견제도의 현황과 과제, 일감법학 제33호, 건국대학교 법학연구소, 2016, 245-273쪽.
- 이은정·장혜림·박순우, 시설거주 발달장애인 공공후견인의 후견활동경험에 관한 연구, 사례관리연구 제13권 제3호, 한국사례관리학회, 2022, 153-176쪽.
- 이재희, 장애인의 평등권 보장에 대한 헌법적 검토, 사회보장법학 제6권 제1호, 한국 사회보장법학회, 2017, 91-144쪽.
- 전광석, 사회복지법의 헌법적 쟁점-아동복지법, 노인복지법, 장애인복지법 등에 관한 헌법 재판소 결정을 중심으로-, 사회보장법학 제9권 제2호, 한국사회보장법학회, 2020, 175-210쪽.
- 제철웅, 성년후견제도 시행 10년과 새로운 입법적 과제, 가족법연구 제37권 제2호, 한국 가족법학회, 2023, 63-104쪽.
- _____, 성년후견제도의 개정방향, 민사법학 제42호, 한국민사법학회, 2008, 111-149쪽.
- _____, 유엔 장애인권리협약의 관점에서 본 한국 성년후견제도의 현재와 미래, 가족법 연구 제28권 제2호, 한국가족법학회, 2014, 205-244쪽.
- _____, 성년후견과 지속적 대리-의사결정능력 장애인의 보호에서 인권존중으로-, 법조

- 제66권 제2호, 법조협회, 2017, 76-122쪽.
- _____, 피성년후견 및 피한정후견을 이유로 한 결격조항의 폐지, 외법논집 제42권 제2호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2018, 257-279쪽.
- _____, 의사결정지원제도의 도입 방안, 후견과 신탁 제2권 제2호, 2019, 한국후견·신탁 연구센터, 2019, 67-100쪽.
- _____, 국가공무원법 제69조 제1호 중 제33조 제1호의 ‘피성년후견인’과 관련된 부분의 위헌성, 법조 제71권 제3호, 법조협회, 2022, 7-40쪽.
- _____, 민법 제947조의2 제2항의 자유박탈조치의 개선 및 관련 사회보장법의 정비-장애인권리협약 비준국의 의무이행의 관점에서-, 민사법학 제94호, 한국민사법학회, 2021, 291-323쪽.
- _____, 장애인 인권 보호를 위한 입법적 과제, 법학연구 통권 제44집, 전북대학교 법학연구소, 2015, 153-182쪽.
- _____, 고령자의 판단능력 쇠퇴를 대비한 미래설계와 새로운 성년후견제도, 법학논총 제32집 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2015, 149-175쪽.
- _____, 발달장애인 공공후견지원사업의 방향성, 입법과 정책 제9권 제1호, 한국입법학회, 2017, 305-328쪽.
- 제철웅·박현정, 성년후견제도의 미래: 호주 뉴사우스웨일즈 주의 후견제도로부터의 시사점, 의생명과학과 법 제24권, 원광대학교 법학연구소, 2020, 51-87쪽.
- 제철웅·정민아, 신상보호 영역에서의 지원의사결정 제도-영국 정신능력법상의 제도를 중심으로-, 의생명과학과 법 제23권, 원광대학교 법학연구소, 2020, 5-36쪽.
- 제철웅·박지혜·김원경·주혜림, 발달장애인 대상 공공부조 지원의 효과성 제고를 위한 재산관리 지원서비스 도입의 필요성, 법학논총 제37집 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2020, 299-335쪽.
- 최윤영, 독일 성년후견제도의 최근 동향과 한국에의 시사점- 정책적 방향과 개선점을 중심으로, 한국장애인복지학 제39호, 한국장애인복지학회, 2018, 81-102쪽.
- 현소혜, 피성년후견인의 가족관계에 관한 의사결정 자유의 보장, 가족법연구 제32권 제3호, 한국가족법학회, 231-254쪽.
- _____, 의료행위 동의권자의 결정-성년후견제 시행에 대비하여-, 홍익법학 제13권 제2호, 홍익대학교 법학연구소, 2012, 177-213쪽.

- Chen, Donna T.; Lois L. Shepherd; Margaret E. Mohrmann, Substituted Judgment, *Journal of General Internal Medicine* Volume 24, 2009, p. 145.
- Diller, Rebekah, Legal Capacity for All: Including Older Persons in the Shift from Adult Guardianship to Supported Decision-Making, *Fordham Urban Law Journal* 43, no. 3, 2016, pp. 495-538.
- Flynn, Eilionoir; Anna Arstein-Kerslake, The Support Model of Legal Capacity: Fact, Fiction, or Fantasy, *Berkeley Journal of International Law* 32, no. 1, 2014, pp. 124-143.
- Glen, Kristin B., Changing paradigms: mental capacity, legal capacity guardianship, and beyond *Columbia Human Rights Law Review*, 44(1), pp. 93-170.
- Kohn, Nina A.; Jeremy A. Blumenthal; Amy T. Campbell, Supported Decision-Making: A Viable Alternative to Guardianship, *Penn State Law Review* 117, no. 4, 2013, pp. 1111-1158.
- Largent, Emily A.; Andrew Peterson, Supported Decision-Making in the United States and Abroad, *Journal of Health Care Law and Policy* Vol.23, no.2, 2021, pp. 271-296.
- Ordinaire, Louise, Who Decides Now and to What Extent: A Critical Reading of the Assisted Decision-Making (Capacity) Act 2015, *Hibernian Law Journal* Vol.16, 2017, pp. 104-105.
- Petersen, Carole J., Promoting the Rights of Older Persons: Addressing Adult Guardianship and Substituted Decision-Making in Health Care, *Asia Pacific Journal of Health Law & Ethics* 10, no. 1, 2016, pp. 41-70.
- Salzman, Leslie, Guardianship for Persons with Mental Illness — A Legal and Appropriate Alternative?, *Saint Louis University Journal of Health Law & Policy* 4, 2011, pp. 279-330.

3. 보고서·자료집 등

- 국가인권위원회·한국성년후견학회, 자기결정권 존중을 위한 성년후견제 국제 컨퍼런스 자료집, 2013. 5. 10.

- 국가인권위원회, 유엔 인권조약기구 일반논평 및 일반권고 장애인권리위원회 일반논평, 국가인권위원회, 2020.
- 국회 법제실, 피후견인에 대한 퇴직·결격조항의 정비 필요성과 입법 및 법제적 시사점, 헌법과 법제 제10호, 2023. 7. 25.
- 김윤정·김정환·안문희·서용성, 성년후견제도의 운영에 관한 연구, 사법정책연구원 연구총서 2017-05, 사법정책연구원, 2017.
- 김형식·유경민·권순지·박규영, 국제장애인 권리 및 입법의 발달-유엔장애인권리협약의 심층적 논의와 분석-, 한국장애인개발원, 2019.
- 배소연, 정신적 장애인의 선거권 보장을 위한 헌법적 연구, 헌법이론과 실무 2022-A-7, 헌법재판연구원, 2023.
- 성년후견제도연구회, 성년 후견제도 연구, 사법연구지원재단, 2007.
- 유경민·권순지·손희경, 유엔장애인권리협약 일반논평(1, 2호) 안내서, 한국장애인개발원, 2021.
- 윤진수·현소혜, 2013년 개정 민법 해설, 2013년도 법무부 연구용역보고서, 2013.
- 이재희, 장애차별 금지 및 장애인의 평등권 실현, 헌법이론과 실무 2017-A-2, 헌법재판연구원, 2017.
- 조성혜, 인지장애노인의 인권보호와 법적 과제-성년후견제도를 중심으로-, 한국노인복지학회 2016년도 추계학술대회 자료집, 2016.
- Law Reform Commission, Consultation Paper on Law and the Elderly(LRC CP 23-2003).
- Law Reform Commission, Consultation Paper on Vulnerable Adults and the Law: Capacity(LRC CP 37-2005).

성년후견제도에 관한
헌법적 검토

2024年 3月 19日 印刷

2024年 3月 26日 發行

발행: 헌법재판소
헌법재판연구원

인쇄: 성문인쇄사(02-2272-7553)

〈비매품〉

* 본 보고서의 내용은 본원의 공식견해가 아닙니다.

