「法과 政策」第21輯 第1號, 2015. 3. 30.
濟州大學校 法과政策硏究院

일본의 미성년후견제도를 통한 우리나라에의 시사점

The Implications of the Japanese Guardianship System of Under-aged Minors on the Korean System

이 충 은*
Lee, Choong-Eun

목 차

Ⅰ. 머리말
Ⅱ. 우리나라 미성년후견제도의 주요내용
Ⅲ. 일본의 미성년후견제도에 관한 비교법적 검토
Ⅳ. 우리나라에의 시사점 - 결론에 대신하여

국문초록

일본은 2012년 4월 1일 시행된 '민법 등 일부를 개정하는 법률'에 의해 아동의 권리 이익을 옹호하는 관점에서 민법, 아동복지법 등이 개정되었다. 미성년후견제도와 관련하여서는 친권정지 제도가 도입되었으며, 법인후견과 복수후견의 선임도 가능하게 되었다. 미성년후견은 친권자 등이 없는 미성년자를 위해 이른바 '친권의 연장' 또는 '친권의 보충'으로 친권자를 대신해 신상감호 및 재산관리를 실시하는 제도에서 출발한 것으로 아동학대의 문제뿐만 아니라 재산관리의 측면에까지 종합적인 검토가 필요하다. 이러한 인식 하에 일본은 자의 이익에 부합된 미성년후견제도의 기본방향에 대한 검토가 진행 중에 있

논문접수일 : 2015. 02. 20.
심사완료일 : 2015. 03. 08.
게재확정일 : 2015. 03. 11.
* 법학박사・사회복지학 박사과정, 동국대 비교법문화연구원 전문연구원, 중부대 사회복지학과 강사

다. 이에 반해, 우리나라의 경우는 미성년후견제도가 신상감호에 중점을 두고 있어, 미성년후견인과 미성년자의 인적접촉이 불가결하다는 이유로 법인후견을 부정하고 있다. 또한 후견인간의 의견이 불일치하고 충돌할 수 있다는 등을 이유로 복수의 후견인 선임도 인정되지 않는다. 뿐만 아니라 일본에서는 미성년후견인 지원제도로서 미성년후견인의 보수보조 사업과 손해보험료 보조사업, 후견제도 지원신탁을 통하여 미성년후견인의 확보는 물론, 후견업무 과정에서 발생하는 손해의 담보, 미성년후견인의 횡령 등 부정행위를 사전에 방지하도록 많은 노력을 기울고 있는 반면, 우리나라에서는 자의 최선의 이익에 부합하지 못한다는 지적이 있고, 나아가 미성년자 보호제도를 강화해야 할 필요성이 제기되고 있음에도 불구하고 이러한 문제점을 개선하고 있지 못하고 있는 실정이다. 이에 본 논문에서는 이러한 문제점을 극복하고 건전한 미성년후견제도의 확립을 위해 일본의 미성년후견제도를 통한 시사점을 얻고자 한다. 그 결과 법인후견과 복수후견의 인정, 공적 지원제도의 마련, 공익적 후견제도의 도입, 미성년후견의 감독기능의 강화라는 결론에 도달하였다.

주제어 : 미성년후견제도, 미성년후견인, 복수후견, 법인후견, 후견제도 지원신탁, 공익적 후견제도

Ⅰ. 머리말

후견제도는 사적자치의 보충으로 연령상 또는 정신상의 장애 등을 이유로 재산상・신분상의 법률행위를 정상적으로 하기 힘든 자를 보호하기 위한 제도이다.[1] 우리나라는 지난 2011년 3월(2013년 7월 1일 시행) 민법의 개정으로 후견제도의 큰 변화가 있었다. 기존의 금치산・한정치산 제도를 폐지하여 성년후견・한정후견・특정후견을 내용으로 하는 성년후견제도가 도입되었고, 제한능력자의 능력 확대, 나아가 피후견인의 복리 등 신상보호에 관한 규정이

1) 조승현, 「친족・상속」, 신조사, 2014, 277면.

마련되었다. 또한 법인후견과 복수후견을 인정하여 성년후견제도를 이용하고자 하는 자가 다양한 선택지를 활용할 수 있도록 함으로써 성년후견인 확보에도 이바지 하고 있다. 그러나 미성년후견 제도에는 큰 변화가 없었다. 개정 전의 법정후견순위가 후견인이 될 자의 자질과 능력을 고려하지 않은 채, 일정한 친족관계에 있는 자를 당연히 미성년후견인이 되도록 함으로써 미성년자의 복리를 해칠 우려가 있다는 이유로 이를 폐지하였고, 형식적으로 존재하여 유명무실하다는 비판이 꾸준히 제기되어 왔던 후견감독기관으로서의 친족회를 폐지하는 등 약간의 개정에 그칠 정도였다. 2011년 개정법이 미성년후견제도와 관련하여 가정법원의 역할이 강조되었다는 점은 높이 평가할 수 있다. 하지만, 과거부터 제기되어 온 법인후견과 복수후견의 도입을 부정함으로써 전문적인 후견사무 집행이 어려워져 미성년후견인의 원활한 후견업무 수행을 기대할 수 없게 되었고, 미성년자의 최선의 이익이라는 기준에 부합되지 못한다는 종래의 비판으로부터도 벗어나지 못하게 되었다. 이에 반해 일본은 2011년 5월(2012년 4월 1일 시행) 민법 등 일부개정을 통하여 친권정지제도를 도입하는 등 아동학대의 방지를 통한 아동의 권익을 옹호하는 한편, 법인 및 복수의 후견을 인정함으로써 보다 전문적이고 효율적인 후견사무를 집행할 수 있게 되었다. 이를 통해 미성년후견인을 확보하는 데에도 일정부분 기여하게 되었으며, 미성년후견인의 개인정보 및 사생활의 침해로부터 이들을 보호하는 계기도 마련되었다. 다만, 아동학대 방지 등의 관점에서 미성년후견인의 확보에만 중점을 두었다며 미성년후견제도 자체에 대한 검토가 이루어져야 한다는 비판이 제기되고 있다. 하지만, 아동의 권리이익의 확보라는 관점에서 출발하여 미성년후견인의 확보, 그리고 법인후견 및 복수후견 등 새로운 후견제도의 도입이 순차적으로 이루어져 왔고, 현재까지도 끊임없는 검토를 하고 있다는 점에서 우리나라의 제도보다 진일보한 것으로 평가할 수 있고, 이를 통해 얻을 수 있는 시사점이 분명 존재할 것이라고 생각된다. 미성년후견제도가 미성년자의 최선의 이익이라는 관점에서 출발하여 미성년자의 복지증진을 위한 제도로서 정착되어야 함은 누구도 부정하지 않을 것이다. 미성년후견제도가 실효성 있게 정착되기 위해서는 현재의 사법상의 미성년후견제도가 어떠한 역할을 하고 있는지, 미성년자의 보호를 위해 현실적으로 필요한 제도로서의

본연의 자세가 무엇인지가 검토되어야 한다. 따라서 본 논문에서는 일본의 미성년후견제도를 살펴본 후, 이를 통한 시사점을 통해 미성년후견제도가 건전한 형태로 그 기능을 발휘하는데 도움을 주고자 한다.

Ⅱ. 우리나라 미성년후견제도의 주요내용

1. 미성년후견제도의 특성

(1) '자의 최선의 이익'의 고려

친권자가 친권을 행사하거나 가정법원이 친권자를 지정함에 있어서는 자의 복리를 우선적으로 고려해야 한다(민법 제912조). 이는 친권의 행사와 가정법원의 친권자 지정의 기준으로서, '자의 복리'를 통하여 친권제도의 설계와 운용의 중요성을 강조하고 있는 것이다.[2] 만약에 이를 위배할 경우에는 국가의 개입을 통하여 친권을 제한함으로써 개인의 존엄과 미성숙한 자녀의 인권을 보호하게 된다. 이렇듯, 친권을 행사함에 있어 '자의 복리' 또는 '자의 최선의 이익'은 1차적 고려사항이다.[3] 그러나 이러한 개념은 추상적인 것으로 구체적인 내용에 대해서는 개별 사안에 따라 결정되어야 한다. 다시 말해, 자가 가지고 있는 의존성, 미성숙성, 법적지위 등 개인적 상황을 고려하여 개별적으로 조절되어야 한다는 것이다. 미성년의 자는 성년자에 비해 특정상황에 있어서

2) 김현수, "미성년후견제도 평가기준 및 쟁점", 미성년후견제도의 현황과 쟁점 입법평가 회의 자료집, 한국법제연구원, 2013.10.18, 31면.

3) 한편, 자녀의 양육권 분쟁에서 분쟁의 당사자인 부모가 자(子)의 최선의 이익을 주장하지만, 실질적으로는 부모 자신의 이익을 확보하기 위한 것에 불과한 경우 등 남용의 우려가 있기 때문에 이러한 점도 반드시 고려되어야 할 사항이다. 따라서 자의 최선의 이익이 1차적으로 고려되기 위해서는 자와 그 권리의 향유에 영향을 미치는 모든 법률 및 정책, 예산 배분의 제안에 대해 그 영향을 예측하기 위한 아동권리에 대한 사전영향평가 및 시행조치가 가지는 실제의 영향을 평가하기 위한 아동권리에 대한 사후영향평가 절차가 도입되어야 한다고 한다(General comment No. 5(2003) on general measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child, para 45).

자신의 이익을 인지하고 주장하기 어렵기 때문이다.[4] UN 아동권리협약[5]도 자녀를 권리향유의 주체인 동시에 권리행사의 주체로 상정함으로써 자의 권리주체성을 명시적으로 인정하고 있다. 뿐만 아니라 아동의 최선의 이익을 실질적으로 확보하고 있으며,[6] 아동 본인에게 영향을 미치는 모든 사안에 대해서도 자신의 권리를 표명할 수 있는 권리를 부여하고 있다.[7] 아동의 의견을 고려하지 않은 채 단순히 아동의 연령이나 성숙도에 따라 판정하는 것은 아동의 최선의 이익을 평가하는데 저해요소가 되기 때문이다.[8]

(2) 친권행사의 보충적 적용

친권이란 부모가 그 미성년의 자녀를 보호하고 교양할 권리의무를 말한다(민법 제913조). 친권은 부모의 지배권이 아니라, 부모가 자기 자녀를 보호하고 교양할 권리임과 동시에 의무를 부담하는 복합적 성격의 권리를 의미한다.[9] 그런데 경우에 따라서는 미성년의 자에게 친권자가 없거나, 친권자가 있

4) 김현수, 전게 자료집, 34면.

5) UN 아동권리협약은 아동을 단순한 보호대상이 아닌 존엄성과 권리를 지닌 주체로 보고 이들의 생존, 발달, 보호에 관한 기본 권리에 대하여 명시를 한 협약이다. 이 협약은 1989년 11월 20일 유엔총회에서 만장일치로 채택되었으며, 우리나라를 포함한 세계 193개국에서 비준하고 있다. 동 협약은 18세 미만 아동의 생명권, 의사 표시권, 고문 및 형벌금지, 불법해외이송 및 성적학대금지 등 각종 "아동기본권"의 보장을 주요내용으로 하고 있으며, 협약가입국은 이를 위해 최대한의 입법·사법·행정적 조치를 취할 의무를 부담한다.

6) 공공 또는 민간 사회복지기관, 법원, 행정당국, 또는 입법기관 등에 의하여 실시되는 아동에 관한 모든 활동에 있어서 아동의 최선의 이익이 제1차적으로 고려되어야 한다(UN 아동권리협약 제3조 제1항).

7) 1. 당사국은 자신의 견해를 형성할 능력이 있는 아동에 대하여 본인에게 영향을 미치는 모든 문제에 있어서 자신의 견해를 자유스럽게 표시할 권리를 보장하며, 아동의 견해에 대하여는 아동의 연령과 성숙 정도에 따라 정당한 비중이 부여되어야 한다. 2. 이러한 목적을 위하여 특히 아동에게 영향을 미치는 어떠한 사법적, 행정적 절차에 있어 아동이 직접 또는 대리인이나 적절한 기관을 통하여 진술할 기회가 국내법의 절차에 따라 마련되어야 한다(UN 아동권리협약 제12조).

8) UN 아동권리협약에 대해서는 김현수, 전게 자료집, 32-39면 참조.

9) 부모가 자신의 소신에 따라 자기 자식을 보호하고 교육할 수 있고 타인의 간섭을 배척할 수 있다는 의미에서 권리의 측면을 가지고 있지만, 국가사회에 대한 의무를 수행하면서 일정한 기준을 벗어나면 친권남용이 되어 친권 상실사유가 된다는 점에서 의무의 성격이 있다(甲斐道太郎 外, 「新民法概說(3) 親族, 相續」, 有斐閣, 2002, 108-109面).

더라도 친권을 행사하지 못하는 경우가 발생할 수 있다. 예를 들어, 친권자인 부모의 사망, 부모의 친권상실 등이 그러하다. 이러한 경우에도 미성년자는 여전히 독립적 행위능력이 부족하기 때문에 친권자를 대신하여 친권자 역할을 해줄 자가 필요하게 되는데, 이를 대비한 것이 민법상 미성년후견제도이다. 민법 제928조는 "미성년자에게 친권자가 없거나 친권자가 법률행위의 대리권과 재산관리권을 행사할 수 없는 경우에는 미성년후견인을 두어야 한다"고 규정하고 있다. 그렇기 때문에 미성년후견인은 친권자를 대신하여 '친권의 연장 또는 보충'으로서 친권을 잃은 미성년자를 위하여 신상감호와 재산관리를 하게 된다.

미성년후견인은 미성년자를 보호·교양할 권리와 의무(민법 제913조), 거소지정권(민법 제914조), 징계권(민법 제915조) 등 많은 경우에 있어서 친권자와 동일한 권리와 의무를 갖는다(민법 제945조). 그러나 권리·의무라고는 하지만, 미성년후견인은 친권자를 대신하여 보호의 공백이 있는 경우에 미성년자를 보호하는 것이므로 권리보다는 의무의 측면이 강조된 것이라고 할 수 있다.[10]

2. 미성년후견제도의 현상과 문제점

지난 2011년 3월(2013년 7월 1일 시행) 민법의 개정으로 행위능력제도와 후견제도에 큰 변화가 있었다. 기존의 한정치산·금치산 제도를 폐지하여 성년후견제도를 시행한 것을 비롯하여 피후견인의 복리, 치료행위, 주거의 자유 등을 보장하기 위한 신상보호 규정이 신설되었으며(민법 제947조, 제947조의2), 피후견인의 일시적 후원 또는 특정한 사무에 관한 후원을 위하여 특정후견인 제도가 신설되었다(민법 제959조의8 내지 제959조의13). 또한 후견계약제도(민법 제959조의14 내지 제959조의20)가 도입되었고, 특히 복수후견과 법인후견을 인정함으로써 성년후견제도를 이용함에 있어 다양한 선택지를 활용할 수 있게 되었다.[11] 그러나 미성년후견의 경우에는 큰 변화가 없었다. 하지만

10) 김현수, 전게 자료집, 29-30면.

개정된 후견제도가 미성년후견에 영향을 미치는 경우는 분명 존재한다. 따라서 이하에서는 미성년후견의 경우에도 적용될 수 있는 개정 후견제도를 포함하여 그 주요내용 및 문제점을 살펴보고자 한다.

(1) 민법상의 미성년후견제도

미성년자에게 친권자가 없거나 친권자가 법률행위의 대리권과 재산관리권을 행사할 수 없는 경우에는 미성년후견인을 두어야 한다. 미성년자에게 친권을 행사하는 부모는 유언으로 미성년후견인을 지정할 수 있는데, 지정이 없는 경우에는 가정법원은 직권으로 또는 미성년자 본인, 친족, 이해관계인, 검사, 지방자치단체의 장의 청구로 미성년후견인을 선임하게 된다. 미성년후견인이 없을 때나 기존의 미성년후견인이 사망한 때, 그리고 대리권 및 재산관리권 상실 선고 등으로 미성년후견인이 더 이상 임무를 수행할 수 없는 경우에도 마찬가지이다(민법 제932조 제1항). 미성년후견인의 수는 1인으로 한정되는데(민법 제930조 제1항), 이는 미성년후견인의 직무의 성질에 비추어 복수후견인제도에 의한 후견인 간의 의견 불일치 또는 충돌을 미연에 방지하고, 책임의 소재를 명확히 하며, 나아가 신속하고 원활한 후견사무를 수행하기 위해서이다.[12] 그런데, 피후견인의 재산이 분산되어 있는 경우라든가, 많은 재산을 갖고 있는 미성년자에 대해 실제 동거를 하고 있지 않는 제3자가 후견인이 되는 경우 등에 있어서는 후견업무를 수행하는 데 많은 한계가 따르게 된다. 이에 반해, 성년후견인은 복수로 선임하는 것이 가능한데(민법 제930조 제2항), 이는 성년후견인 상호간의 감시를 통하여 권한남용을 방지하고, 복수의 성년후견인에게 업무를 분담시키는 것이 보다 효율적이기 때문이다. 미성년후견인과 성년후견인의 직무의 차이를 고려했을 때 나아가, 미성년자의 복리의 관점에서 바라보더라도 미성년후견인을 굳이 1인으로 한정할 필요는 없다고 판단된다. 현행법 체제에서 친권의 경우 공동친권을 원칙으로

11) 김현수・김원태, "미성년후견제도에 관한 입법평가", 입법평가 연구보고서, 한국법제연구원, 2013, 22면.

12) 김주수・김상용, 「친족상속법」, 법문사, 2013, 450면.

함으로써 부모가 공동으로 이를 행사하는 것에 비추어 보더라도 이를 부정할 이유는 없어 보인다. 또한, 1인의 미성년후견인을 두게 될 경우 업무의 과중 등을 이유로 실제로 미성년후견인을 확보하는 데에도 많은 어려움이 따를 것으로 예상된다.

한편, 미성년후견인은 미성년자를 위한 후견사무를 수행함에 있어 일정한 비용이 소요된다. 그리고 미성년후견인은 타인을 위하여 후견사무를 수행하는 것이기 때문에 어찌 보면 보수를 청구하는 것이 당연하다고 할 수 있다.[13] 이에 민법은 후견인의 청구에 의하여 피후견인의 재산상태 기타 사정을 참작하여 피후견인의 재산 중에서 상당한 보수를 수여할 수 있는 것으로 정하고 있다(민법 제955조). 후견사무를 수행하는데 필요한 비용도 피후견인의 재산 중에서 지출하게 된다(민법 제955조의2). 그런데 미성년후견이 개시되는 경우는 친권자인 부모가 없거나, 아니면 아동학대 등을 받은 경우가 대부분이고, 특히 아동학대의 경우는 열악한 가정환경에서 발생하는 사례가 적지 않아 실제로 재산이 없는 미성년자가 존재하게 된다. 이러한 경우 무상후견이 이루어져야 하지만, 과연 자신의 비용을 들여가면서까지 미성년후견인이 될 자가 얼마나 있을지 의문이 든다.

법인은 성년후견인과 달리 미성년후견인이 될 수 없다. 미성년후견의 권리와 의무의 내용이 미성년자의 원만한 인격형성을 위한 신상감호권의 행사에 중점을 두고 있어, 이를 위해서는 피후견인인 미성년자와의 인적접촉이 불가피하기 때문이다.[14] 그러나 사실상 자립한 미성년자의 경우 신상감호보다는 오히려 재산관리가 중요하게 되고, 특히 아동보호시설에 있는 미성년자의 경우에는 그 시설에서 사실상 신상감호가 이루어지기 때문에 미성년후견인에 의한 신상감호는 간접적인 것에 지나지 않는다.[15] 따라서 법인후견이라는 이유만으로 미성년자의 최선의 이익에 반한다고 단정지우는 것은 타당하지 않

13) 박상호·예철희, "미성년자후견제도의 문제점과 개선방안", 「법정리뷰」 제27집 제2호, 동의대학교 지방자치연구소, 2010.12, 293면.

14) 김형석, "민법개정안에 따른 성년후견법제", 「가족법연구」 제24권 제2호, 한국가족법학회, 2010.7, 130면.

15) 김현수, 전게 자료집, 47면.

는다.

(2) 아동복지법상의 미성년후견제도

시·도지사, 시장·군수·구청장, 아동복지전담기관의 장, 아동복지시설의 장 및 학교의 장은 친권자 또는 후견인이 없는 아동을 발견한 경우 그 복지를 위하여 필요하다고 인정되면 가정법원에 미성년후견인의 선임을 청구하여야 한다(아동복지법 제19조 제1항). 미성년후견인이 아동을 학대하는 등 현저한 비행을 저지른 경우에는 미성년후견인의 변경을 청구할 수도 있는데(아동복지법 제19조 제2항), 이 경우 가정법원은 아동의 후견에 적합한 자를 미성년후견인으로 선임할 수 있다(아동복지법 제20조 제1항). 또한 미성년후견인이 없는 아동에 대해 후견인을 선임할 때까지 시·도지사, 시장·군수·구청장 및 아동복지전담기관의 장으로 하여금 임시로 그 아동의 후견인 역할을 하게 하는 것도 가능하다(아동복지법 제20조 제2항). 그런데 미성년후견인의 선임 청구가 인정되는 경우는 "복지를 위하여 필요하다고 인정"된 경우로 단순한 법률상의 절차나 많은 재산관리가 필요한 경우 특히, 법정대리인이 아니면 절차상의 문제가 생기는 경우에는 인정되지 않는다. 이러한 경우 민법상의 미성년후견이 개시되면 되겠지만, 미성년자의 재산관리나 법률행위를 대리할 필요가 없을 때 미성년후견인이 선임되지 않는 경우가 발생할 수도 있어 미성년자의 보호의 공백이 생기게 된다.

한편, 아동복지시설에 입소 중인 보호대상 아동에 대해서는 「보호시설에 있는 미성년자의 후견직무에 관한 법률」(이하 "시설 미성년후견법"이라 함)이 적용된다(아동복지법 제19조 제4항). 시설 미성년후견법에 따르면, 국가나 지방자치단체가 설치·운영하는 보호시설에 있는 미성년자가 고아일 경우 그 보호시설의 장이 후견인이 되고, 국가 또는 지방자치단체 이외의 자가 설치·운영하는 보호시설에 있는 미성년자가 고아일 경우에는 보호시설 소재지를 관할하는 특별자치시장·시장·군수·구청장이 후견인을 지정한다(시설 미성년후견법 제3조).

Ⅲ. 일본의 미성년후견제도에 관한 비교법적 연구

일본에서는 2012년 4월 1일 시행된 "민법 등 일부를 개정하는 법률(2011년 법률 제61호)"에 의해 아동학대의 방지 등을 통한 아동의 권리이익을 옹호하는 관점에서 민법, 아동복지법 등이 개정되었다. 미성년후견과 관련해서는 미성년후견 개시원인에 친권의 정지를 포함[16]시킨 것을 비롯하여 법인이나 복수의 미성년후견인의 선임을 인정하였고, 아동상담소장이나 아동복지시설의 장의 권한과 미성년후견인과의 관계를 명확히 하였다. 그러나 이 개정은 아동학대 방지를 도모하는 것에 주안점을 두고 친권상실제도 등의 개선에 초점을 맞춘 것으로 미성년후견제도를 체계적으로 수정한 것은 아니라고 지적된다.[17] 이하에서는 일본의 2011년 개정법의 주요내용을 중심으로 일본의 미성년후견제도에 대하여 살펴보고자 한다.

1. 미성년후견제도의 주요내용

(1) 개관

일본에서는 "친권을 행사하는 자가 없거나 친권을 행사하는 자가 관리권을 갖고 있지 않을 경우"에 미성년후견이 개시된다(일본 민법 제838조 제1호). 그런데 실제로는 미성년후견 개시사유가 존재함에도 불구하고 미성년후견인이 선임되지 않은 채 사실상의 후견이 이루어져 왔고, 미성년후견인의 선임을 청구하는 경우도 미성년자 본인의 계속적·포괄적 감호라기보다는 입양이나 재산의 관리처분, 보험금 등의 수령, 유산분할 등 특정 법률행위에 편중되어 왔다. 이러한 문제에 대응하기 위해 그동안 일본에서는 여러 가지 움직임을

16) 친권정지를 미성년후견 개시원인으로 하는 것에 대해서도 비판은 있다(許末憲, "兒童虐待防止のための親權法改正の意義と問題點", 「法時」第83卷 第7號, 2011, 70面).

17) 合田篤子, "未成年後見制度の現狀と今後の課題", 「法律時報」第86卷 第6號(通卷 第1073號), 日本評論社, 2014.6, 34면.

보여 왔다. 우선, 미성년후견인의 확보라는 관점에서 법인후견・복수후견・공적후견이라는 새로운 형태의 후견제도가 제안[18]되었고, 보수제도의 정비에 대한 필요성이 지적[19]되기도 하였다. 또한 후견인 및 후견감독인에 대한 감독을 강화해야 한다는 관점에서 가정재판소의 조언・감독의무를 명확히 해야 한다는 점과 중요한 법률행위에 대해서는 가정재판소의 허가를 얻어야 한다는 점, 미성년후견인에 대하여 담보설정 의무를 부과해야 한다는 점 등이 입법제안[20]으로 이루어졌으며, 나아가 미성년자 권리실현의 관점에서 절차적 보장을 정비해야 한다는 제안[21]이 이루어져 왔다. 뿐만 아니라 미성년후견제도 전반에 대해 미성년자의 능력보충의 제도와 위치, 현실적인 자의 보호는 아동복지법 등에 충실해야 한다는 견해,[22] 친권제도의 개선과 보조를 맞춰 아동복지의 관점을 가미하면서 자의 이익을 확실히 보호할 수 있는 제도로서 정비해야 한다는 견해[23] 등 미성년후견제도 방식의 재검토를 촉구해야 한다는 견해[24] 등이 끊임없이 주장되어 왔다. 그러나 2011년 개정법에서는 이와 같은 모든 제안이 받아들여지지는 않았다.[25]

(2) 민법상의 미성년후견제도

일본은 2011년 아동학대 방지의 관점에서 민법 개정이 이루어져 친권정지

18) 법인후견 및 복수후견에 대한 제안은 於保不二雄・中川淳編,「新版註釋民法(25)」, 有斐閣, 2004, 305面. 공적후견에 대한 제안은 "兒童虐待防止のための親權制度硏究會報告書", 2010, 43面 以下(http://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo_1163747_po_minji191-1.pdf?contentNo=1&alternativeNo=), 鈴木博人他, "親權法及び關聯法改正提案",「戶時」第650號, 2010, 12面.

19) 於保不二雄・中川淳編, 前揭書, 439面.

20) 於保不二雄・中川淳編, 前揭書, 241面.

21) 許末憙, "未成年後見をめぐる諸問題(監護養育)", 野田愛子・梶村太市他編,「新家族法實務大系②」, 新日本法規, 2008, 409面.

22) 鈴木ハツヨ,「子供の保護と後見制度」, 創文社, 1982, 25面.

23) 許末憙, 前揭論文, 410面.

24) 高木多喜男, "未成年後見人の選任についての新しい動き",「リマークス」第32號, 2006(上), 13面.

25) 合田篤子, 前揭論文, 34-35面 參照.

제도(일본 민법 제834조의 2)를 도입하는 등 친권제한이 이전에 비해 보다 확대된 것으로 평가받고 있다.[26] 친권정지란 친권상실 사유에 해당되지 않을 정도의 비교적 가벼운 사안이나, 의료 방임(neglect)[27] 등의 경우에 일정기간 동안 친권을 제한하는 제도를 말한다.[28] 다시 말해, 2년 이내의 기간을 정하여 그 기간에는 친권자로 하여금 친권을 행사하지 못하도록 함으로써 친권을 정지당한 자가 또다시 정지를 당하지 않도록 자신의 태도를 개선할 수 있도록 함은 물론, 이를 통해 미성년인 자녀의 복리에 도움을 주고자 하기 위한 것이다. 시간적으로 지나친 친권에의 개입을 차단하고, 친권상실보다 쉽게 이용할 수 있다는 점도 이 제도의 도입 이유 중 하나로 지적되고 있다. 따라서 친권정지제도에 의해 종래의 친권상실이 지나치다고 파악되는 사안에 대해서도 지금은 보다 적절한 대응을 도모할 수 있게 되었다.[29] 하지만, 친권정지제도는 계속적·포괄적 신상감호를 하는 미성년후견의 개시원인과는 약간의 차이가 있다고 할 수 있다.[30] 다만, 친권이 정지됨으로써 미성년후견인의 선임이 부득이하게 발생할 여지가 있고, 이 경우 미성년후견인의 역할이 강조된다는 점에서 양자는 매우 밀접한 관련이 있는 것으로 파악된다.

일본은 2011년 법 개정 이후, 성년후견과 마찬가지로 법인후견[31]을 인정하며, 복수의 미성년후견인 선임도 가능하게 되었다(일본 민법 제840조 제2항). 법인의 조직으로서 대응하는 것이 미성년후견인의 부담을 경감시키고, 1인의 미성년후견인으로는 후견업무에 과중한 부담이 따르기 때문이다. 또한 미성년후견인의 담당자 확보를 어렵게 한다는 비판에 대응하고자 한 점도 그 이유

26) 김현수·김원태, 전게 보고서, 78면.

27) 2012년 전국 가정재판소에 친권정지를 신청한 건수는 총 120건(기제 69건, 취하 44건, 각하 7건)으로, 인용 15건 가운데 neglect가 9건, 특히 그 중 적어도 3건이 의료 neglect를 원인으로 하고 있다(最高裁判所事務總局家庭局, 「親權制限事件の動向と事件處理の實情-平成24年 1月~12月-」, 2013, 10面).

28) 飛澤知行, 「一問一答平成23年民法等改正」, 商事法務, 2011, 45面.

29) 정현수, "일본의 개정 친권법에 관한 소고", 「법학연구」 제37집, 전북대학교 법학연구소, 2012.12, 321면.

30) 合田篤子, 前揭論文, 35面.

31) 일본에서는 미성년 후견법인으로 2012년에 설립된 'NPO法人岡山未成年後見支援センターえがお'가 있다.

중 하나라고 할 수 있다. 그러나 이는 단순히 미성년후견인 확보에 이바지하는 것으로 평가할 것이 아니라, 피후견인의 호적에 미성년후견인 개인의 인적사항이 아닌, 법인명과 그 주소가 기재됨으로써 미성년후견인의 개인정보 및 사생활의 공개 문제에 대해 일정한 대응을 할 수 있게 되었다는 점, 또한 복수후견이 인정되게 된 결과, 예를 들어, 친족이 신상감호를 담당하고 변호사 등이 재산관리를 담당하는 등 후견의 분담을 통하여 피후견인에 대한 적정한 후견사무의 집행을 기대할 수 있게 되었다는 점 등에서 상당한 의의가 있는 것으로 평가할 수 있다.

(3) 아동복지법상의 미성년후견제도

구미(歐美)에서는 부적절한 부모로 판단될 경우, 일시적이나마 공권력을 개입하여 친권을 일단 정지시키고, 나아가 이를 박탈시킨다. 이에 반해, 일본은 친권이 강하여 학대 아동을 보호하는데 한계가 있었다. 이에 2011년 개정법에 의해 조금씩 개선하려고 하였으나, 여전히 이 분야의 선진국과 같은 아동의 권리를 내세우는 상황에는 이르지 못했다.

2011년 개정법은 민법상 친권정지 제도의 도입과 함께 시설에 일시보호 중이거나 양부모 등에 위탁 중인 아동에게 친권자 등(아동에게 친권을 행사하는 자 또는 미성년후견인)이 없는 경우 아동상담소장으로 하여금 친권자 등이 있을 때까지 친권을 행사할 수 있도록 개정되었다(일본 아동복지법 제33조의2 제1항・제47조 제2항).[32] 친권자 등이 있는 경우에도 시설입소 중이거나 양부모 위탁 중인 아동의 감호, 교육 및 징계에 관하여 아동복지 시설의 장 또는 양부모가 아동의 복지를 위해 필요한 조치를 취할 수 있다는 기존의 규정(일본 아동복지법 제47조 제3항)에서 한층 더 일시보호 중인 아동에 대해서까지 아동상담소장이 필요한 조치를 취할 수 있도록 되었다(일본 아동복지법 제33조의2 제2항). 나아가 친권자 등은 이러한 경우 아동상담소장, 아동복지

32) 2011년 개정 전에는 시설입소 중인 아동에 친권자 등이 없는 경우에 한하여 친권자 등이 생길 때까지 아동복지시설의 장이 친권을 행사할 수 있었다. 하지만, 현재는 이 뿐만 아니라 일시보호 중이거나 양부모 등에게 위탁 중인 아동도 친권자 등이 없을 경우 아동상담소장이 친권을 행사할 수 있도록 그 근거규정이 마련되었다.

시설의 장, 양부모들의 조치를 부당하게 방해해서는 아니 되며(일본 아동복지법 제33조의2 제3항・제47조 제4항), 아동의 생명 또는 신체의 안전을 확보하기 위해 긴급히 필요한 경우에는 친권자 등의 의사에 반하더라도 아동상담소장, 아동복지 시설의 장, 양부모가 당해 조치를 취할 수 있게 되었다(일본 아동복지법 제33조의2 제4항・제47조 제5항). 한편, 아동상담소장은 친권자 등이 없는 아동의 복지를 위해 필요한 경우 가정재판소에 미성년후견인의 선임을 청구하지 않으면 안 된다(일본 아동복지법 제33조의8 제1항). 다만, 이 후 2012년에 일부 개정된 아동상담소 운영지침에 의하면 위 규정에도 불구하고 특히 법률상의 절차나 많은 재산관리가 필요한 경우, 또는 법정대리인이 아니면 절차상 문제가 발생하는 경우가 아닌 때에는 미성년후견인 선임청구를 하지 않아도 무방하다.[33]

2. 미성년후견인 등 지원제도

(1) 미성년후견인 지원 사업

일본에서는 2012년 아동학대 방지대책 지원사업의 하나로써 미성년후견인 지원 사업이 시행되었다. 이는 아동상담소장이 친권자 등이 없는 아동 등에 대해 그 복지를 위해 필요하다고 인정되는 경우 가정재판소에 미성년후견인을 청구해야 하는데, 이 경우 미성년후견인이 필요로 하는 손해 보험료 등을 지원함으로써 미성년후견인의 확보를 도모함과 동시에 아동 등의 일상생활의 지원과 복지향상에 기여하기 위해서이다. 미성년후견인 지원 사업으로는 보수보조 사업과 손해 보험료 보조사업 두 가지가 있다. 보수보조 사업은 미성년후견인의 보수의 전부 또는 일부를 1인당 24만 엔(월 2만 엔)의 범위 내에서 보조하는 것을 말하고, 손해 보험료 보조 사업은 미성년후견인 등이 가입하는 손해 보험료를 보조하는 것을 말한다. 전자의 경우는 피후견인이 재산이 없는 경우 미성년후견인을 확보하는데 많은 어려움이 따르게 되는 것에 대비하기

33) 合田篤子, 前揭論文, 36面.

위한 것이고, 후자의 경우는 미성년후견인(법인의 경우 임원 또는 사용자)이 미성년후견 업무수행 과정에서 발생한 불의의 사고 등으로 법률상의 손해배상책임을 부담하는 경우 손해에 대한 보험금[34]을 지불함으로써 미성년후견인 및 피후견인을 보호하기 위한 것이다. 이들 지원 사업의 특징은 미성년후견인에 대한 공적지원이 인정되었다는 점으로 미성년후견으로 인한 자에 대한 지원이 사적 지원에 그치지 않고, 사회적으로 이를 보완하고 있다는 점이다.[35] 다만, 이 사업은 모든 미성년후견인을 대상으로 하는 것이 아니라 아동복지법 제33조의 8의 규정에 의해 아동상담소장이 가정재판소에 대해 미성년후견인의 선임청구를 하여야 하고, 가정재판소에 의해 미성년후견인으로 선임된 자는 ①피후견인의 예금, 유가증권 및 부동산의 평가액의 합계가 1천만 엔 미만이고, ②가정재판소에 의해 미성년후견인으로 선임된 자가 피후견인의 친족 이외의 자[36]여야 한다는 모든 요건을 충족하여야 한다.

(2) 후견제도 지원신탁

일본은 2012년 2월부터 후견제도 지원신탁제도를 도입하여 미성년후견인의 부정행위를 사전에 방지하도록 노력하고 있다. 후견제도 지원신탁제도란 피후견인의 재산적 피해를 방지하기 위해 신탁은행을 통하여 재산을 관리하는 것으로서, 신탁은행은 일상생활에 사용하는 일정금액을 매월 정기적으로 일반계좌로 이체시키고, 그 부분에 한하여 미성년후견인이 사용·관리하게 되며, 당장 사용하지 않는 큰 재산에 대해서는 원금이 보장되는 신탁계약을 통하여 금융기관으로부터 관리되는 것을 말한다. 후견제도 지원신탁제도의 가장 큰 특징은 신탁계약의 체결, 일시금 교부, 해약 등에 있어서 가정재판소의 사전관

34) 일본의 미성년후견인 지원 사업에 관한 손해보험료 보조사업의 보험계약자(운영주체)는 사단법인 일본사회복지사회, 피보험자는 미성년후견인 등, 이를 인수하는 보험회사는 도쿄 해상일동 화재보험 주식회사이다. 따라서 인수 보험회사가 피보험자를 대신해 피해자에 대한 손해배상을 하게 된다.

35) 吉田恒雄, "未成年後見", 「月報司法書士」 第485號, 2012, 15面.

36) 다만, 아동복지법 제27조 제1항 제3호의 규정에 따른 조치 또는 위탁된 자이고, 그 자가 입소하고 있는 시설의 법인 직원 또는 위탁된 양부모가 미성년후견인일 경우에는 그 대상에서 제외된다.

여가 필요하다는 점이다. 다시 말해, 미성년후견인은 신탁계약에서부터 많은 지출을 해야 할 사유가 발생하는 경우까지, 나아가 신탁계약을 해약하는 경우에도 가정재판소의 사전심사를 통해야 하므로 미성년후견인의 횡령을 사전에 방지하고 피후견인의 재산적 피해를 예방할 수 있다.

일본 최고재판소 사무총국 가정국의 실정조사에 따르면 2010년 6월부터 13개월 동안 후견인의 횡령 등 부정행위가 판명된 사안 239건 중 30건이 미성년후견인의 선임사건이라고 한다.[37] 원래 미성년후견인 등의 사무 감독은 미성년후견감독인이 담당하지만, 미성년후견감독인 선임규정이 임의규정으로 되어 있어 실제로 미성년후견감독인이 선임되지 않는 경우가 발생하고 있으며, 이러한 경우 가정재판소에서 감독 업무를 담당하여야 하지만 실제 가정재판소에서 이를 담당하기에는 인력이 턱없이 부족하다. 이러한 점에서 미성년후견인의 부정행위를 방지할 수 있는 후견제도 지원신탁제도는 일정한 의의가 있다고 판단된다. 다만, 신탁할 수 있는 재산이 금전에 한하고, 그 방식이 미성년자의 권리를 충분히 보장할 수 있을지에 대해서는 여전히 의문이 남는다.[38]

3. 소결

일본은 2011년 법 개정을 통하여 오랫동안 입법론으로 주장되어 온 법인후견과 복수후견이 인정되었다. 이후 2012년에는 미성년후견인 지원 사업으로서 보수보조 사업과 손해 보험료 보조 사업이라는 공적 지원제도를 마련함으로써 미성년후견인 확보에 만전을 기하고 있다. 이러한 변화는 미성년후견제도가 민법 내에서 위상의 변화를 가져온 것으로 평가되고 있다.[39] 즉, 복수후견을 통해 후견사무를 분담하는 것이 가능해져 미성년후견인으로서는 적절한 서포터를 할 수 있게 되었고, 미성년자 입장에서는 친권에 준하는 위치에서부터 친권자 등이 없는 경우 미성년자에 대한 보조수단으로서 성년후견에 가까

37) 淺香龍太・內田哲也, "後見制度支援信託の目的と運用", 「金法」 第1939號, 2012, 34面.

38) 矢頭範之, "「後見制度支援信託」の運用について", 「月報司法書士」 第481號, 2012, 84面; 日本辯護士聯合會, 「未成年後見制度をより使いやすくするための制度改正と適正な運用を提案する意見書」, 2012, 7面 以下.

39) 合田篤子, 前揭論文, 37面.

운 위치에 서게 된 것이다.[40] 뿐만 아니라 공적지원 제도의 도입은 미성년후견제도를 단순한 사적보호의 대상으로 여기는 것이 아니라 아동복지시설 등과 협력하여 아동복지에 이바지하는 기관으로서의 역할을 수행하게 되었다는 점에 의의가 있다고 할 수 있다. 다만, 2011년 개정법은 아동학대 방지 등의 관점에서 미성년후견인의 확보에 중점을 둔 것으로, 미성년후견제도 자체에 대한 검토가 이루어진 것은 아니었다. 아동학대 방지 등을 통한 아동의 권익보호의 관점에서 출발하여 미성년후견제도 자체의 재검토를 통해 보다 실효성 있는 제도로 거듭나야 할 것이다.

일본의 미성년후견제도의 문제점으로는 다음의 것을 지적할 수 있다. 첫째, 개정법이 미성년후견인이 될 자를 확보한다는 취지에서는 일정한 성과를 거두었다고 하지만, 공적후견의 도입은 이루어지지 않았다. 또한 미성년후견인 지원사업도 보수보조 사업과 손해 보험료 보조사업 두 가지에 한정되어 있으며, 손해 보험료 보조사업도 미성년후견인이 불법행위 책임을 부담하는 것을 전제로 하고 있어 미성년자가 제3자에게 불법행위를 한 경우 미성년후견인에게 그 책임을 지울 수 있을지가 불분명하다. 따라서 미성년후견인의 권리의무의 형태라고 하는 관점에서의 검토가 필요하다. 둘째, 후견제도 지원신탁제도로 하여금 미성년후견인의 부정행위를 어느 정도 예방할 수는 있겠지만, 이는 친족후견에 한하여 적용되는 것이고, 그 대상도 금전에 한정되기 때문에 미성년후견인의 감독기능으로서는 역부족일 수밖에 없다. 따라서 미성년후견인의 감독체제의 확충을 도모한다는 차원에서 미성년후견감독인의 역할 등에 대한 재검토가 이루어져야 할 것이다.

Ⅳ. 우리나라에의 시사점 - 결론에 대신하여

미성년후견제도는 친권자를 상실한 미성년자를 위해 이른바 '친권의 연장 또는 보충'으로 친권자를 대신해 신상감호 및 재산관리를 실시하는 제도로 아동

40) 窪田充見, "親權に關する民法等の改正と今後の課題", 「ジュリ」 第1430號, 2011, 8面.

학대의 문제뿐만 아니라 미성년후견인의 부정행위 등을 방지하기 위한 재산관리 측면에까지 전체적인 검토가 필요하다. 일본은 2011년 법 개정을 통하여 친권정지 제도의 도입, 법인후견 및 복수후견의 인정, 미성년후견인 지원 사업의 시행 등 많은 변화를 이루어 왔다. 이에 반해 우리나라의 경우는 현행 미성년후견제도가 자의 최선의 이익이라는 기준에 부합하지 못하고, 미성년자 보호제도가 강화되어야 할 필요성이 제기되고 있음에도 불구하고 이러한 문제점을 개선하지 못하고 있는 실정이다. 이러한 점에서 일본의 미성년후견제도는 진일보한 제도로 평가할 수 있고, 이를 통해 다음과 같은 시사점을 얻을 수 있다.

우선, 법인후견 및 복수후견이 인정되어야 한다. 법인후견이 인정되지 않는 이유는 미성년후견제도가 미성년자의 원만한 인격형성을 위해 신상감호에 중점을 두고 있어 피후견인인 미성년자와의 인적접촉이 불가결하고,[41] 실제로 미성년후견인으로서의 적격성을 가진 법인이 어느 정도 존재할지가 불분명하기 때문이다. 그런데 사실상 자립한 연장자인 경우 미성년후견인은 신상감호보다는 재산관리권의 행사가 주된 직무가 될 것이고, 오히려 후견사무에 관한 전문적 경험과 지식, 그리고 조직을 갖춘 법인으로 하여금 미성년후견인이 되도록 하는 것이 미성년자의 최선의 이익에 부합할 것이다. 또한 미성년후견이 개시되면 피후견인의 가족관계등록부에 미성년후견인의 인적사항을 기재하는데, 법인후견을 인정할 경우 미성년후견인 개인의 인적사항이 아닌 법인명과 법인주소를 기재함으로써 미성년후견인의 개인정보 보호는 물론 사생활의 보호 문제로부터 자유로울 수도 있게 된다. 그리고 예를 들어, 사회복지법인이 운영하는 아동복지시설로부터 자립한 미성년자에게 친권자 등이 없는 경우 해당 법인을 미성년후견인으로 선임함으로써 적격성을 가진 법인 확보에도 기여할 수 있을 것으로 판단된다. 다만, 이러한 경우 일본 민법 제840조 제3항과 같이 법인의 적격성 판단을 위한 규정을 신설함으로써 법인후견으로부터 발생할 수 있는 폐해는 사전에 방지하여야 할 것이다. 한편, 우리 민법은 복수의 후견인을 둘 경우 후견인간의 의견의 불일치 또는 충돌, 책임의 소재가 불명확하여 후견사무의 혼선을 일으킬 우려가 있다는 이유로 미성년후견인을 1인으

41) 김형석, 전게논문, 130면.

로 한정하고 있다. 그런데 1인의 미성년후견인이 피후견인의 신상감호와 재산관리 사무를 동시에 수행하는 데는 많은 한계가 따를 것으로 예상되고, 사실상 재산이 없는 미성년자를 위하여 과연 미성년후견인이 되고자 하는 자가 있을지가 의문이며, 경우에 따라서는 미성년자의 재산을 횡령하는 등 부정행위가 발생할 수도 있게 된다. 따라서 복수의 후견인을 두게 함으로써 보다 전문적인 후견사무를 집행하고, 상호간의 권한남용에 대한 감시 및 견제를 통하여 미성년후견인의 부정행위를 사전에 방지하는 역할까지 담당하게 하여야 할 것이다.

둘째, 공적 지원제도가 마련되어야 한다. 먼저 손해보험의 가입을 의무화하고, 저소득층 등에게는 보험료를 보조해 줌으로써 후견사무 집행과정에서 발생하는 불의의 사고 등으로 인한 손해를 담보하여 예기치 못한 피해를 최소화하여야 할 것이다. 또한 미성년후견인이 재산관리권을 행사함에 있어 발생할 수 있는 횡령 등 부정행위를 방지하기 위하여 후견제도 지원신탁제도를 도입하여야 한다. 후견제도 지원신탁제도는 미성년자의 재산적 피해를 방지하기 위해 신탁은행을 통하여 재산을 관리하는 것으로서 보충적으로 미성년후견인을 감독하는 역할을 담당한다. 다만, 일본의 경우처럼 친족후견에 한하여 적용되거나 그 대상도 금전에 한정하기보다는 제3자 후견의 경우에도 적용하는 방안과 부동산의 경우도 지속적인 관리에 어려움이 있을 수 있기 때문에 신탁재산의 성격을 광범위하게 규정하여 실질적인 보호 강화를 도모할 필요가 있을 것이라 판단된다.[42] 또한 의견표명권의 존중이라는 관점에서 절차적 보장의 법 정비도 이루어져야 하는바, 가정법원으로 하여금 적정한 후견사무가 이루어지고 있는지 정기적으로 미성년자를 상대로 설문조사 등을 하는 방안을 고려해 볼 수 있다.

셋째, 공익적 후견제도가 도입되어야 한다. 우리나라는 유상후견을 전제로 한다. 미성년후견인이 후견사무를 수행하는데 필요한 비용을 미성년자의 재산 중에서 지출하고, 미성년후견인에 대한 보수도 가정법원이 미성년자의 재산상태 기타 사정을 참작하여 상당한 보수를 결정한다. 그러나 미성년자가 재산을 전혀 가지고 있지 않은 경우에 가정법원이 과연 무상후견을 결정할 수 있을

42) 전병주 · 최은영, "고령화 사회에 있어 일본 성년후견제도의 실태 및 한국에의 시사점", 「사회보장연구」 제29권 제3호, 한국사회보장학회, 2013.8, 404면.

지, 나아가 무상후견을 개시한다 하더라도 무보수로 미성년후견인이 되려는 자가 있을지는 의문이다. 일본은 미성년후견인의 보수보조 사업을 통하여 이에 대응하고 있지만, 그 액수가 월 2만 엔에 불과해 그 실효성에 의심이 들고, 특히, 미성년후견이 개시되는 경우가 친권자인 부모가 없거나, 학대 등을 받은 미성년자를 대상으로 하며, 아동학대가 열악한 가정환경에서 발생하는 경우가 많다는 점에서 경제적으로 어려운 미성년자의 발생 개연성은 매우 높다고 할 수 있다. 이 경우 일본과 같은 보수보조 사업만으로는 적은 액수의 보수만을 받고 미성년후견인이 되고자 하는 자가 얼마나 있을지, 그리고 얼마나 성실하게 후견업무를 수행할지는 어느 누구도 장담하지 못할 것이다. 따라서 공익적 후견을 핵심으로 한 무상후견 시스템이 마련되어야 할 것이다. 공익적 후견은 법인후견의 도입을 전제로 이미 검증된 사회복지단체를 통하여 무상후견이 이루어지는 것으로서, 국가 및 지방자치단체가 미성년후견인 양성에 필요한 인프라와 예산을 지원하고, 사회복지단체 등에서는 운영에 필요한 역할을 제공함으로써 상호 유기적인 협력시스템을 구축한다면 시너지 효과를 발휘할 수 있을 것으로 판단된다.[43] 이 경우 재산이 없는 미성년자를 후견하는 후견인에 대한 적절한 보상이 이루어지도록 기금마련의 논의가 이루어져야 한다는 의견이 있을 수 있으나, 미성년후견제도가 사회안전망으로 기능하고 복지시스템으로 인식되기 위해서는 복지제도로서의 후견제도가 실현되어야 하므로 무상후견 시스템으로의 운영이 타당하다고 생각된다.[44]

마지막으로 미성년후견의 감독기능이 강화되어야 한다. 우리나라에서 미성년후견인의 후견사무에 대한 감독은 미성년후견감독인이 담당한다. 미성년자에게 친권을 행사하는 부모가 유언으로 미성년후견감독인을 지정할 수도 있고(민법 제940조의2), 유언으로 지정된 미성년후견감독인이 없는 경우에는 필요하다고 인정되면 가정법원이 직권으로 또는 미성년자, 친족, 미성년후견인, 검사, 지방자치단체의 장의 청구로 가정법원에서 선임할 수도 있다(민법 제940조의3). 하지만, 미성년후견감독인은 임의기관으로 실제로 감독기관이 없는

43) 박근수・이충은, "고령화 사회에 대응한 복지제도로서의 성년후견제도", 「법학논고」 제49집, 경북대학교 법학연구원, 2015.2, 346면.

44) 박근수・이충은, 전게논문, 349면.

상태에서 미성년후견이 개시되는 경우가 발생할 수 있다. 이 경우 가정법원에서 후견업무를 담당하면 되겠지만, 과연 가정법원에서 감독기능을 제대로 수행할 수 있을지가 의문이다. 가정법원에서 이를 담당하기에는 인력이 턱없이 부족하고, 인력을 충원하기에는 재정적 문제 등 현실적인 어려움에 부딪힐 수 있기 때문이다. 특히, ①친권자가 정한 교육방법, 양육방법 또는 거소를 변경하는 경우, ②미성년자를 감화기관이나 교정기관에 위탁하는 경우, ③친권자가 허락한 영업을 취소하거나 제한하는 경우에 있어서 미성년후견감독인이 있으면 그의 동의를 받아야 하지만(민법 제945조 단서), 미성년후견감독인이 없을 경우에는 결과적으로 미성년후견인이 단독으로 권한을 행사할 수밖에 없는 상황에 이르게 된다. 따라서 미성년후견감독인이 없는 경우 가정법원의 허가를 얻도록 하는 규정이 신설되어야 할 것이다.[45] 나아가 그 후속조치로서 '후견인 감독센터'를 설립함으로써 이를 통해 1차적으로 미성년후견감독인을 감독하고, 그 후 가정법원에서 최종적으로 감독기능을 완수하게 된다면 이는 이른바, '이중적 감독체제'[46]로 미성년후견인 감독에 보다 더 충실할 수 있을 것으로 판단된다. 후견인 감독센터는 새로운 법인을 신설하기 보다는 기존의 전문직 후견인 단체 등 비영리법인을 활용하는 방안을 생각해 볼 수 있다. 예를 들어, 대한변호사협회, 대한법무사협회, 대한사회복지사협회 등이 그러하다. 이들의 법인을 통하여 그 구성원이 행하는 후견업무에 대해 감독권한을 행사하고, 법인 상호간의 경쟁을 통한 감시로 하여금 미성년후견인의 부정행위를 미연에 방지하는 효과까지 얻을 수 있을 것이다.

참고문헌

김주수 · 김상용, 「친족상속법」, 법문사, 2013.

김현수, "미성년후견제도 평가기준 및 쟁점", 미성년후견제도의 현황과 쟁점 입법평가 회의자료집, 한국법제연구원, 2013.10.18.

45) 김현수 · 김원태, 전게 보고서, 118면.

46) 전병주 · 최은영, 전게논문, 402면.

김현수・김원태, “미성년후견제도에 관한 입법평가”, 입법평가 연구보고서, 한국법제연구원, 2013.

김형석, “민법개정안에 따른 성년후견법제”,「가족법연구」제24권 제2호, 한국가족법학회, 2010.7.

박근수・이충은, “고령화 사회에 대응한 복지제도로서의 성년후견제도”,「법학논고」제49집, 경북대학교 법학연구원, 2015.2.

박상호・예철희, “미성년자후견제도의 문제점과 개선방안”,「법정리뷰」제27집 제2호, 동의대학교 지방자치연구소, 2010.12.

전병주・최은영, “고령화 사회에 있어 일본 성년후견제도의 실태 및 한국에의 시사점”,「사회보장연구」제29권 제3호, 한국사회보장학회, 2013.8.

정현수, “일본의 개정 친권법에 관한 소고”,「법학연구」제37집, 전북대학교 법학연구소, 2012.12.

甲斐道太郎 外,「新民法概說(3) 親族, 相續」, 有斐閣, 2002.

飛澤知行,「一問一答平成23年民法等改正」, 商事法務, 2011.

於保不二雄・中川淳編,「新版註釋民法(25)」, 有斐閣, 2004.

高木多喜男, “未成年後見人の選任についての新しい動き”,「リマークス」 第32號, 2006(上).

吉田恒雄, “未成年後見”,「月報司法書士」第485號, 2012.

矢頭範之, “「後見制度支援信託」の運用について”,「月報司法書士」第481號, 2012.

鈴木博人他, “親權法及び關聯法改正提案”,「戶時」第650號, 2010.

窪田充見, “親權に關する民法等の改正と今後の課題”,「ジュリ」第1430號, 2011.

日本辯護士聯合會, 「未成年後見制度をより使いやすくするための制度改正と適正な運用を提案する意見書」, 2012.

淺香龍太・內田哲也, “後見制度支援信託の目的と運用”,「金法」第1939號, 2012.

最高裁判所事務總局家庭局,「親權制限事件の動向と事件處理の實情-平成24年 1月～12月-」, 2013.

合田篤子, “未成年後見制度の現狀と今後の課題”,「法律時報」 第86卷 第6號(通卷 第1073號), 日本評論社, 2014.6.

許末惠, “兒童虐待防止のための親權法改正の意義と問題點”,「法時」第83卷 第7

號, 2011.
許末惠, “未成年後見をめぐる諸問題(監護養育)”, 野田愛子・梶村太市他編, 「新家族法實務大系②」, 新日本法規, 2008.

[Abstract]

The Implications of the Japanese Guardianship System of Under-aged Minors on the Korean System

Lee, Choong-Eun
Specialized Researcher of the Comparative Law&Culture Center of the Dongguk University・Lecturer, Dept. of Social Welfare Joongbu University

On April 1st 2012, the Japanese government amended the civil law as well as the child welfare law from the viewpoint of protecting children's rights according to the 'legislation to revise parts of the civil law and others'. In relation to the Guardianship System of Under-aged Minors, the system of suspending parental authority was adopted while appointing a legal guardian and multiple guardianship also became possible. The Guardianship System of Under-age Minors began from the system of executing the management of assets as well as supervising their personal rights instead of the parents as an 'extension' or 'supplement' for those under-age minors who have no parents. As such, there needs to be an overall review in relation to not only child abuse but from the management of their financial assets. Under this awareness, the Japanese government is currently going through a review about the basic direction of the guardianship system which would be appropriate in the best interest of the child. On the other

hand, in the case of South Korea, the guardianship system focuses on supervising the child in question and under the reason that there is an absolute necessity for human contact between the guardian and the child in question, it is denying any kind of legal or corporate guardianship. In addition, with the reason that there might be disagreement and conflict between the guardians, they also do not allow the appointment of multiple guardians. Furthermore, as part of the support structure of the guardianship system in Japan, through the project of compensation of the adult guardian and the support project of the indemnity insurance as well as the trust fund of the guardianship system, not only is the securement of the adult guardian secured for the child in question but a lot of effort is being made to prevent any corruption such as embezzlement of the adult guardian and any damage costs that might be incurred during the execution of the guardianship responsibilities. On the other hand, in South Korea's case, although many critiques have been made to point out that the best interest of the child have not been executed along with the suggestion of the necessity to strengthen the system to protect the minors, these problems are not being addressed or revised. With that situation in mind, this paper has attempted to look at the implications of the Japanese guardianship system of the under-age minors so that the problems mentioned can be overcome and a sound guardianship system be established. As a result of such a study, a conclusion was reached that an acknowledgement of the legal guardianship and multiple guardianship, the establishment of a public support system and introduction of a public interest guardianship system as well as the strengthening of the supervisory function of the adult guardian are essential.

Key words : Guardianship System of Under-age Minors, Under-age minor guardians, multiple guardianship, legal guardianship, guardianship system trust fund, public interest guardianship system