

성년후견감독제 강화를 위한 고찰

Consideration on enhancement of adult guardianship supervision policy

최 현 숙* · 박 규 용**

Choi, Hyun-Sook · Park, Kyu-Yong

목 차

- I. 들어가며
- II. 현행법상 성년후견감독제도
- III. 성년후견감독제도의 문제점
- IV. 성년후견감독제 강화를 위한 해결방안과 검토
- V. 나오며

국문초록

2013년 7월부터 성년후견제도가 시행되고 있다. 고령화 사회에서 발생하게 되는 여러 가지 문제점들을 해결하고자 하는 세계적 추세에 발맞춘 제도로 고령인구들의 재산적·복지적 문제를 합리적인 방법으로 해소할 것으로 기대하고 있다. 그러나 선진국 특히 우리와 비슷한 일본의 경우 이 제도의 시행에 따라 다양한 분야에서 문제들이 이미 발생하고 있으며, 사건의 발생 수도 늘어나고 있는 실정이다.

성년후견제도와 관련하여 예견되는 문제는 다양하지만 그 중에서 연구가

논문접수일 : 2016. 01. 30.

심사완료일 : 2016. 02. 18.

게재확정일 : 2016. 02. 18.

* 법학박사·부경대학교 법학과 강사(주저자)

** 법학박사·제주대학교 법학전문대학원 교수(교신저자)

거의 전무한 부분이 후견인에 대한 감독법제이다. 특히 성년후견제도는 그 제도의 수혜자인 피성년후견인들은 판단능력이 부족하여 자신에게 주어지는 정당하지 않은 후견에 대해서 제대로 이의를 제기할 가능성이 현저히 낮다는 것이고, 후견인의 임무수행은 그들의 도덕적 양심에 맡겨져 있다는 점이 간과되고 있다는 것이다. 따라서 후견인의 도덕적 해이는 곧바로 피후견인의 권리를 침해하게 되는 결과를 야기하지만 피후견인의 특성상 이를 제재하는 것이 쉽지 않기 때문에 적절한 감독은 반드시 수반되어야 한다. 그럼에도 불구하고 현행 후견인 감독법제는 후견감독인을 임의기관으로 하고 있어 효과적인 감독의 기능을 기대하기 어렵다. 즉, 현행의 법제에 따르면 후견인에 대한 감독이 제대로 수행되기 어렵다는 것이고, 후견인에 대한 감독이 제대로 이루어지지 않는다는 것은 결과적으로 판단능력이 부족한 피후견인들의 권익을 보호하는데 한계가 있다는 것을 의미하는 것이다.

본고에서는 피성년후견인의 특징과 후견인의 임무수행의 특징을 기초로 하여 성년후견제도에 대한 해석적 접근방법을 통해서 우리나라에서도 발생할 수 있는 문제점들 특히, 성년후견감독법제에 대한 문제점들을 미리 짚어보고, 성년후견감독제의 강화를 위한 실천적 해결방안을 모색하여 시행에 따른 문제점 발생을 최소화 하여 제도를 정착시키고, 그 결과 최종적으로는 피후견인의 권익을 보호할 수 있는 해결방안을 모색해 보았다.

주제어 : 성년후견인, 성년후견감독인, 피성년후견인, 피성년후견인의 특징, 후견사무의 특징

Ⅰ. 들어가며

2013년 7월부터 성년후견제도가 시행되고 있다. 고령화 사회에서 발생하게 되는 여러 가지 문제점들을 해결하고자 하는 세계적 추세에 발맞춘 제도로 고령인구들의 재산적·복지적 문제를 합리적인 방법으로 해소할 것으로 기대하고 있다.

그러나 선진국 특히 우리와 비슷한 일본의 경우 이 제도의 시행에 따라 다양한 분야에서 문제들이 이미 발생하고 있으며,¹⁾ 사건의 발생 수도 늘어나고 있는 실정이다. 우리나라의 경우 일본식 성년후견제도를 계수하고 있기 때문에 일본과 같이 다양한 문제가 발생할 것이라는 점을 충분히 예견할 수 있다.²⁾ 현재 우리나라에서도 부모의 재산을 노리고 성년후견인을 신청하는 일이 잦아지고 있어 법원에서 성년후견개시 청구에 대해서 신청 절반을 기각하고 있는 상황이다.³⁾

성년후견제도와 관련하여 예견되는 문제는 다양하지만⁴⁾ 그 중에서 연구가 거의 전무한 부분이 후견인에 대한 감독법제이다. 특히 성년후견제도는 그 제도의 수혜자인 피성년후견인들은 판단능력이 부족하여 자신에게 주어지는 정당하지 않은 후견에 대해서 제대로 이의를 제기할 가능성이 현저히 낮다는 것이고, 후견인의 임무수행은 그들의 도덕적 양심에 맡겨져 있다는 점이 간과되고 있다는 것이다. 따라서 후견인의 도덕적 해이는 곧바로 피후견인의 권리를 침해하게 되는 결과를 야기하지만 피후견인의 특성상 이를 제재하는 것이 쉽지 않기 때문에 적절한 감독은 반드시 수반되어야 한다. 그럼에도 불구하고 현행 후견인 감독법제는 후견감독인을 임의기관으로 하고 있어 효과적인 감독의 기능을 기대하기 어렵다. 즉, 현행의 법제에 따르면 후견인에 대한 감독이 제대로 수행되기 어렵다는 것이고, 후견인에 대한 감독이 제대로 이루어지지 않는다는 것은 결과적으로 판단능력이 부족한 피후견인들의 권익을 보호하는데 한계가 있다는 것을 의미하는 것이다. 뿐만 아니라 2014년 사법연감(통계)에 따르면 2014년 한 해 성년후견감독인과 관련하여 접수된 사건 수는 1,104건이나 처리 건수는 18건 밖에 되지 않는다. 라류사건 총 접수건이 59,147건이고 처리 건수가 55,780건인데 비하면 그 처리도 굉장히 미흡하다.⁵⁾

따라서 본고에서는 피성년후견인의 특징과 후견인의 임무수행의 특징을 기

1) 전병주·김건호, “일본 성년후견인의 부정행위와 한국에서의 함의”, 『한국콘텐츠학회논문지』 제13권 제8호, 2013, 145면.

2) 전병주·김건호, 앞의 글, 142면.

3) http://www.newsshare.co.kr/sub_read.html?uid=87768(2016.1.29 접속)

4) 백승흠, “성년후견제도의 시행과 과제”, 『민사법이론과 실무』 제15권 제1호, 2011, 40-49면.

5) 2014 사법연감(통계)에서 일부 발췌

초로 하여 성년후견제도에 대한 해석적 접근방법을 통해서 우리나라에서도 발생할 수 있는 문제점들 특히, 성년후견감독법제에 대한 문제점들을 미리 짚어 보고, 성년후견감독제의 강화를 위한 실천적 해결방안을 모색하여 시행에 따른 문제점 발생을 최소화 하여 제도를 정착시키고, 그 결과 최종적으로는 피후견인의 권익을 보호할 수 있는 해결방안을 모색해 보고자 한다.

II. 현행법상 성년후견감독제도

1. 성년후견감독인의 의의 및 유형

후견감독인이란 후견인의 사무를 감독하는 자로 법원과 함께 후견기관의 하나이다. 후견감독인에는 미성년후견감독인과 성년후견감독인이 있다. 성년후견감독인에는 법정후견감독인과 임의후견감독인이 있는데, 법정후견감독인에는 성년후견감독인, 한정후견감독인, 특정후견감독인이 있다. 이 중에서 미성년후견감독인을 제외한 성년후견감독인을 본 연구의 대상으로 하기로 한다. 또한 임의후견의 경우 임의후견감독인의 선임을 그 효력발생의 요건으로 하고 있으므로(제959조의14 제3항) 임의후견에서 임의후견감독인은 필수기관이다. 따라서 성년후견감독인 중에서도 임의후견감독인은 예외로 하고, 피성년후견인은 피한정후견인이나 피특정후견인이 능력자인 것과 달리 행위능력이 없는 자이므로 주로 성년후견감독인을 중심으로 논의하기로 한다.

2. 성년후견감독인의 수와 자격

종류	구분	접수건수	처리			
			계	인용	기각	기타
성년후견감독		834	15	-	-	15
한정후견감독		138	1	-	-	1
특정후견감독		131	1	-	-	1
임의후견감독		1	1	-	-	1

성년후견감독인은 피성년후견인의 신상과 재산에 관한 모든 사정을 고려하여 여러 명을 둘 수 있다.(제940조의7, 제930조의 제2항) 피성년후견인이 재산이 많아 그 사무가 광범위하고, 특히 성년후견인이 복수로 선임되어 감독사무 자체의 범위가 넓은 경우, 한 사람의 성년후견감독인만으로 충분한 감독이 이루어지기 어려울 수 있으므로 그러한 경우에는 복수의 성년후견감독인이 선임될 수 있다. 가정법원은 제반사정 특히 비용 등을 구체적으로 고려하여 이를 정한다.

복수의 성년후견인을 선임할 때 가정법원이 그들 사이에 권한을 분장할 수 있다.(제940조의7, 제949조의2). 그런데 권한을 분장하는 경우 한 분야의 사무에 대해 성년후견인으로 선임된 사람을 다른 분야에 대해 성년후견감독인으로 선임할 수 있는지와 관련하여 결격사유가 없고 공모 등에 의한 위험 등이 없도록 적절한 사람이 선임된다면(제940조의7, 제936조 제4항, 제937조), 이를 금지하는 규정이 없는 이상 부정할 이유는 없다는 견해가 있다.⁶⁾ 이렇게 성년후견감독인을 선임하는 방법이 감독의 효율성을 높이고 비용을 낮출 수 있는 장점이 있기 때문이라고 한다. 이런 예상은 성년후견감독인의 직무를 분담하는 경우에 가능하고, 직무를 공동으로 행사하도록 정해진 경우(제949조의2 제1항, 제3항 참조)에는 이러한 선임은 불가능할 것이다.

법인도 성년후견감독인이 될 수 있다.(제940조의7, 제930조의 제3항) 그러므로 사회복지법인이나 지방자치단체 등이 성년후견감독인이 되어 활동할 수 있다. 학설에서는 법인 성년후견인보다는 법인 성년후견감독인이 보다 잘 활용될 수 있으므로 이를 활성화해야 한다는 지적들이 있다.⁷⁾ 실제로 법인 성년후견인과 관련해서는 주의할 점이 없지 않다. 피성년후견인의 의사와 이익을 배려하는 효율적인 성년후견이 작동할 수 있기 위해서는, 피성년후견인과 성년후견인 사이에 상당한 정도의 상호이해와 신뢰 그리고 인격적 교섭이 필요하다는 사실을 부정할 수 없다. 그런데 만일 법인이 성년후견인이 되면서 실제로 후견사무를 담당하는 자연인이 무원칙적으로 배정된다거나 자주 교체

6) 김형석, “성년후견감독인”, 『성년후견』 제2권, 한국성년후견학회, 2014, 85면.

7) 윤진수·현소혜, 『2013년 개정 민법 해설』, 2013, 103면.

된다면, 피성년후견인과의 사이의 이해와 신뢰는 달성하기 어렵고, 그 결과 후견사무 자체가 원활하게 수행되지 않을 우려가 있다. 그러므로 가정법원이 법인후견인을 선임하는 것에는 신중할 필요가 있다는 주장도 제기된다.⁸⁾ 이러한 문제는 법인 성년후견감독인의 경우에는 상대적으로 덜 심각한 것이 사실 이기는 하다. 이러한 의미에서 법인 성년후견감독인의 선임을 성년후견인 선임보다 활성화해야 한다는 지적은 일리가 있다고 한다.⁹⁾

후견감독인의 수와 자격에 관한 조항에 있어서 후견감독인을 다수로 할 수 있고 법인도 성년후견감독인이 될 수 있다는 것을 감독의 직무라는 측면에서 본다면 문제가 되기보다는 오히려 감독기능을 잘 수행할 수 있도록 한 조치라고 할 수 있다. 피성년후견인의 복리를 위해서라면 오히려 후견감독인에게 전문성과 세심함이 요청되는 것임을 다시 한 번 확인할 수 있을 것이다.

3. 성년후견감독인의 결격

1) 제940조의7에 따른 결격

미성년자, 피성년후견인, 피한정후견인, 피특정후견인, 피임의후견인, 희생절차개시결정 또는 파산선고를 받은 자, 자격정지 이상의 형의 선고를 받고 그 형기 중에 있는 사람, 법원에서 해임된 법정대리인, 법원에서 해임된 성년후견인, 한정후견인, 특정후견인, 임의후견인과 그 감독인, 행방이 불분명한 사람, 피후견인을 상대로 소송을 하였거나 하고 있는 자 또는 그 배우자와 직계혈족은 성년후견감독인이 되지 못한다.¹⁰⁾(제940조의7) 자격에 대해서는 별다른 기준이 없으므로 특정 직역이나 특정 자격을 요하는 것은 아니지만, 성년후견감독인이 될 사람의 직업과 경험, 피성년후견인과의 이해관계유무(법인이나 그 대표자와 미성년후견인 사이의 이해관계의 유무를 말한다) 등의 사정도

8) 제철웅, “요보호성인의 인권존중의 관점에서 본 새로운 성년후견제도: 그 특징, 문제점, 그리고 개선방안”, 「민사법학」 제56조, 2011, 314면.

9) 김형석, “성년후견감독인”, 86면.

10) 구체적인 해석에 대해서는 김형석, “후견감독인”, 참조.

고려하도록 하고 있다.(제940조의7)

2) 제904조의5에 따른 결격

성년후견감독인으로 될 수 있는 자에 대해서는 결격사유를 두어 성년후견감독인의 범위를 한정하고 있다.(제940조의5) 성년후견인의 가족(제779조)은 성년후견감독인이 될 수 없다. 즉, 배우자, 직계혈족 및 형제자매(제779조 제1항 제1호) 그리고 생계를 같이 하고 있는 직계혈족의 배우자, 배우자의 직계혈족 및 배우자의 형제자매(제779조 제1항 제2항)는 성년후견감독인의 결격사유가 된다. 이 경우 사실혼 배우자와 부모 일방만을 함께하는 형제자매도 결격이라고 하는 견해가 있다.¹¹⁾ 후견인과 후견감독인 사이의 가까운 친족관계 내지 생활관계 때문에 공정한 감독이 이루어질 수 없는 우려가 있으므로 후견감독인의 결격사유로 정하고 있다.¹²⁾

성년후견인이나 성년후견감독인이 법인인 경우 이 조항이 적용될 수 있는지 여부가 고려될 수 있다. 성년후견인이 법인으로 선임되고 성년후견감독인이 법인으로 선임되거나 자연인으로 선임되는 경우 법인에게는 친족이 있을 수 없으므로 법인에 대해서는 본조가 적용될 여지가 없을 수 있다. 하지만 후견이나 후견감독의 직무를 수행하는 자는 자연인이 될 것이므로 직무를 담당하는 자연인들 사이에서도 본 조항에 따른 결격사유를 적용해야 할 것이다.

3) 결격에 따른 효과

이러한 결격사유가 있는 사람을 성년후견감독인으로 선임하는 심판은 별도의 절차를 거칠 필요 없이 무효이며, 성년후견감독인으로 선임된 이후에 결격사유가 발생한 경우 발생시부터 성년후견감독인으로서의 자격을 상실한다고 한다.¹³⁾

11) 김형석, “성년후견감독인”, 91면.

12) 그 범위확정에 대해서는 자료집(상), 344면.

13) 김형석, “성년후견감독인”, 91면.

4. 성년후견감독인의 선임

1) 성년후견감독인의 선임

성년후견감독인은 가정법원이 필요하다고 인정하면 직권으로 또는 피성년후견인, 친족, 성년후견인, 검사, 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 선임할 수 있다.(제940조의4) 한정후견감독인은 가정법원은 필요하다고 인정하면 직권으로 또는 피한정후견인, 친족, 한정후견인, 검사, 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 선임할 수 있다.(제959조의5) 특정후견감독인은 가정법원은 필요하다고 인정하면 직권으로 또는 피특정후견인, 친족, 특정후견인, 검사, 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 선임할 수 있다.(제959조의10 제1항) 따라서 가정법원은 어느 경우이든 직권으로 절차를 개시하여 성년후견감독인을 선임할 수 있다.

가정법원은 성년후견을 개시하고 성년후견인을 선임했다고 하여 반드시 성년후견감독인을 선임해야 하는 것은 아니며, 가정법원이 제반사정을 구체적으로 고려하여 성년후견감독인을 선임하여 감독을 하게 하는 편이 보다 피성년후견인의 복리에 바람직하다고 판단되는 경우에 성년후견감독인을 선임한다. 즉 성년후견감독인은 임의기관이다.¹⁴⁾

성년후견감독인이 임의기관이라고 하는 것은 성년후견을 개시할 때 반드시 성년후견감독인을 선임할 필요가 없다는 것을 의미한다고 이해되어야 한다.¹⁵⁾ 따라서 성년후견을 개시하는 절차에서 또는 이후 감독 과정에서, 피성년후견인의 복리에 대한 위험이 확인되는 등 성년후견인에 대한 감독이 바람직하다고 판단되는 때에는 성년후견감독인을 선임해야 한다.

가정법원은 성년후견감독인을 선임하는 심판을 할 때에는 피성년후견인이 될 사람의 의사를 고려할 수 있도록 그의 진술을 들어야 한다(가사소송법 제45조의3 제1항 제4호). 다만 그가 의식불명 그 밖의 사유로 자신의 의사를 표명할 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다(동항 단서). 또한 성년후견감독인

14) 김형석, “성년후견감독인”, 82면.

15) 김형석, “성년후견감독인”, 83면.

으로 선임될 사람의 의사를 확인하는 절차가 필요하며, 가정법원은 성년후견 감독인이 될 사람의 의견도 들어야 한다(동법 제45조의3 제1항 제4호). 가정법원은 성년후견감독인의 선임이 긴급히 필요하다고 판단하는 등 필요하다고 인정하는 때에는 사전처분으로 성년후견감독인의 사무를 처리할 사람을 선임할 수 있다(동법 제62조).

2) 성년후견감독인 선임의 원인으로서는 “필요성”의 기준

필요한 경우 가정법원은 성년후견감독인을 선임할 수 있도록 하고 있다. 이때 피성년후견인의 의사를 존중하여야 하며, 그 밖에 피성년후견인의 건강, 생활관계, 재산상황, 성년후견감독인이 될 사람의 직업과 경험, 피성년후견인과의 이해관계의 유무(법인이 성년후견감독인이 될 때에는 사업의 종류와 내용, 법인이나 그 대표자와 피성년후견인 사이의 이해관계의 유무를 말한다) 등의 사정도 고려하여야 한다(제940조의7, 제936조 제4항). 더 나아가 성년후견인과 성년후견감독인 사이의 인적 관계와 이해관계 유무도 고려되어야 한다고 한다.¹⁶⁾

선임의 필요성에 대해서는 명확한 기준은 없지만, 제반사정을 고려할 때 피성년후견인의 복리에 구체적이고 현실적인 위험이 인지되지 아니하더라도, 추상적인 감독의 필요성이 있고 선임이 피성년후견인의 복리에 반하지 않는 이상에는 원칙적으로 성년후견감독인을 선임해야 한다는 견해가 있다. 즉 현실적으로 피성년후견인의 복리에 반하는 구체적인 결과가 발생하지 않았다고 하더라도 피성년후견인의 복리에 대한 피해의 발생을 추상적으로 예측할 수만 있다면 그 필요성을 인정하겠다는 것이다. 성년후견감독인이 선임되면 성년후견인은 오히려 안정된 지위에서 후견사무를 처리할 수 있고, 발생할 수 있는 피성년후견인의 불이익을 예방할 수 있어, 효율적인 성년후견을 보장할 수 있기 때문이라고 한다.¹⁷⁾

성년후견감독인으로 인하여 성년후견인은 후견의 임무에 대한 책임을 분담

16) 김형석, “성년후견감독인”, 83면.

17) 김형석, “성년후견감독인”, 83면.

할 수 있기 때문에 안정적인 임무수행을 할 수 있을 것으로 예상할 수 있지만, 이는 매우 이상적인 예측에 불과하다고 할 수 있는 것이 이미 성년후견제도를 10년 이상 시행하고 있는 일본에서만 보더라도 성년후견인은 자신의 직무처리에 대한 감독을 꺼려서 후견감독인 선임신청을 꺼리고 있다.¹⁸⁾ 전문적인 직업적 후견인이 아닌 이상 후견인의 입장에서는 안정감보다는 편리함과 신속함을 더욱 추구하게 될 것을 충분히 예상할 수 있기 때문이다. 또한 피성년후견인의 복리에 대한 피해의 발생을 추상적으로 예측할 수 있는 경우에 비용을 들여서 성년후견감독인을 선임하는 것보다 오히려 성년후견인을 변경하는 방법을 취하는 것이 더욱 현실적인 해결방법이 될 것이다. 왜냐하면 우선 성년후견인감독으로 인해 추가적으로 발생하는 비용의 문제에서 자유로울 수 있고, 피해가 예측되는 것을 인지하면서 불안해하기 보다는 적절한 성년후견인으로 변경하는 것이 불안으로부터 벗어나고 적절한 후견을 받을 수 있기 때문이다.

따라서 후견감독인이 필요한 경우에 대해서는 성년후견인의 변경과 비교하여 피후견인에게 더욱 효과적인 방법을 선택하여야 할 것이다.

5. 성년후견감독인의 사임과 변경

1) 성년후견감독인의 사임

성년후견감독인은 정당한 사유가 있는 경우에는 가정법원의 허가를 받아 사임할 수 있다(제940조의7, 제939조 제1문). 사임에 있어서 “정당한 사유”란 그의 관점에서 더 이상 후견감독사무를 적절하게 수행하기 어렵게 하여 사임의 정당한 이익을 발생시키는 사유를 말한다. 이는 매우 추상적인 요건이므로 가정법원이 구체적인 사안에서 제반사정을 고려하여 판단하여야 할 것이다. 그 예로 첫째 정당한 사유에 대해서는 성년후견감독인의 신상에 변화가 있어 그의 이익과 후견감독사무수행을 조화시키기 어려운 경우를 들고 있다. 이 때

18) 岡孝, “成年後見人に對する家庭裁判所の監督の問題點-最近の高裁事件を素材として-”, 「재산법연구」 제29권 제3호, 2012, 54면.

신상의 변화에 대해서는 성년후견감독인의 변화된 직업활동으로 이전 수준의 후견감독사무 처리가 곤란하게 되었거나, 성년후견감독인이 장기간 해외로 이주하는 등이라고 한다. 법인 후견감독인의 경우, 당해 법인의 상당한 조직변경이 있어 종전 수준의 후견감독업무 처리가 곤란하거나, 해산이 예정되어 있거나 하는 등의 사안이 이에 해당한다고 한다. 둘째 성년후견감독인과 피성년후견인 사이, 더 나아가 성년후견감독인과 피성년후견인의 근친 사이의 관계가 악화되어 성년후견감독인의 관점에서 자신의 후견감독사무 수행이 더 이상 합목적적이지 아니하다고 판단되는 경우가 정당한 사유에 해당한다고 한다.¹⁹⁾ 사임허가를 청구하는 성년후견감독인은 사임청구와 동시에 가정법원에 새로운 성년후견감독인의 선임을 청구하여야 한다(제940조의7, 제939조 제2문).

2) 성년후견감독인의 변경

(1) 변경의 사유

가정법원은 피성년후견인의 복리를 위하여 성년후견감독인을 변경할 필요가 있다고 인정하면 직권 또는 청구권자의 청구에 의해 성년후견감독인을 변경할 수 있다(제940조의7, 제940조). 변경의 필요성에 대해서는 규정의 문언 및 개정연혁에 비추어 성년후견감독인에게 현저한 비행이나 부정행위가 없더라도 피성년후견인의 복리에 비추어 합목적적이라고 판단되면 성년후견감독인의 변경의 필요성이 있다고 한다.²⁰⁾ 구체적으로는 성년후견감독인이 성년후견인과 공모하는 등 위법한 행위를 한 경우, 성년후견감독인이 감독사무를 적절히 처리할 능력이나 자질이 없어 부적합하다는 사정이 발견되거나 사실상 사무를 적절히 처리할 수 없다는 사정이 발견되거나 사실상 사무를 적절히 처리할 수 없다는 사정이 나타난 경우에는 변경이 필요하다고 한다. 또한 현재의 성년후견감독인에게 특별한 문제가 없으나 피성년후견인의 복리의 관점에서 보다 적절한 성년후견감독인의 후보자가 나타난 경우에도 변경의 필요

19) 김형석, “성년후견감독인”, 94면.

20) 김주수·김상용, 「친족상속법」, 법문사, 2015, 455면.

성이 인정될 수 있다고 한다. 위의 사유로 변경을 하는 경우에는 가정법원은 제반사정을 종합적으로 고려하여 성년후견감독인 변경이 피성년후견인의 복리를 증진하는지 여부를 합목적적으로 고려하여 판단하여야 할 것이며, 고려해야 할 사정에는 감독한 후견사무의 성격(재산 관리인지 신상보호인지, 재산보호인 경우에도 재산상태는 어떠한지 등), 성년후견감독인으로 고려되는 사람의 사무처리능력, 피성년후견인과 성년후견감독인 사이의 관계(친족, 친구, 직업적 후견인 등) 등이 포함되지만, 피성년후견인 자신의 의사와 희망도 중요하게 고려할 것이 요청된다고 한다.²¹⁾

(2) 변경의 청구권자

가정법원은 직권으로 또는 피후견인, 친족, 후견감독인, 검사, 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 후견인을 변경할 수 있다(제940조의7, 제940조).

청구권자 중에서 성년후견인이 청구권자로 되는지에 대해서는 견해가 나뉘고 있다. 긍정하는 견해에 따르면 성년후견감독인은 어디까지나 성년후견인의 직무집행을 감독하는 기관이고 성년후견인은 이를 받아들여야 하는 입장으로 성년후견인이 성년후견감독인의 변경을 청구하는 등 갈등을 증폭시킬 가능성을 인정하지 않음으로써 감독기관의 우위를 담보할 수 있기 때문이라고 한다.²²⁾ 반면 성년후견인의 청구권을 인정하는 견해에 따르면 제940조의 “후견감독인” 부분이 준용에 의해 “후견인”으로 해석되어야 한다고 한다.²³⁾

문언에 따라 후견감독인도 청구권자로 되어 있는 경우 성년후견감독인이 수인인 경우에는 청구권을 인정하는 것이 가능하므로 굳이 후견감독인을 후견인으로 해석할 필요는 없다고 할 것이나, 후견인까지 포함하여 해석할 여지가 있는지에 대해서는 후견감독인 사임의 사유가 있음에도 불구하고 사임하고 있지 않아 후견사무의 처리가 곤란한 경우에는 피성년후견인의 복리를 위해서 성년후견인에게도 청구권을 인정할 여지는 있다고 할 수 있을 것이다.

21) 김형석, “성년후견감독인”, 96-97면.

22) 김형석, “성년후견감독인”, 97면.

23) 김주수·김상용, 앞의 책, 498면.

6. 성년후견감독인의 직무

1) 후견인의 사무 감독

성년후견감독인은 성년후견인의 사무를 감독한다(제940조의6 제1항 전단). 성년후견인의 사무를 감독한다는 것은 성년후견감독인의 가장 기본이 되는 직무로 성년후견감독인은 성년후견인이 후견사무가 적절히 수행되고 있는지를 감독하여야 한다. 이 때 감독은 성년후견인의 의무위반 여부뿐만 아니라, 그 후견사무의 집행이 피성년후견인의 복리를 고려할 때 합목적적으로 이루어지고 있는지 여부도 포함하는 넓은 개념으로 이해한다.²⁴⁾

구체적으로는 ① 성년후견감독인은 성년후견인의 재산조사와 목록작성에 참여해야 한다(제941조 제2항). ② 성년후견인과 피성년후견인 사이에 채권채무의 관계가 있는 때에는 성년후견인은 재산목록의 작성을 완료하기 전에 성년후견감독인에게 그 내용을 제시해야 한다(제942조 제1항). ③ 성년후견인이 피성년후견인의 일정행위를 대리할 때 성년후견감독인의 동의를 받아야 한다(제950조 제1항). ④ 성년후견인이 피성년후견인에 대한 제3자의 권리를 양수할 경우 성년후견감독인의 동의를 받아야 한다(제951조). ⑤ 성년후견사무가 종료한 후 성년후견인이 하는 재산의 계산에 참여해야 한다(제957조 제1항). 그렇다고 하여 직무가 여기에 한정되는 것은 아니고, 성년후견인의 사무집행 일반에 대해 그 적절성을 감시·감독하여야 한다.

효율적인 감독을 위해서 ⑥ 성년후견감독인은 언제든지 성년후견감독인에게 그 임무수행에 관한 보고와 재산목록의 제출을 요구할 수 있고, 피성년후견인의 재산상황을 조사할 수 있도록 한다(제953조). 감독과정에서 문제를 발견한 경우, ⑦ 그는 가정법원에 피성년후견인의 재산상황을 조사하고 성년후견인에게 재산관리 등 후견임무 수행에 관하여 필요한 처분을 할 것을 청구할 수 있으며(제954조), 그러한 가정법원의 처분을 기다리기에 급박한 경우에는 스스로 피성년후견인의 보호를 위해 필요한 행위나 처분을 할 수 있다(제

24) 김형석, “성년후견감독인”, 99면.

940조의6 제2항).

2) 후견인이 없는 경우 후견인 선임 청구

성년후견감독인은 성년후견인이 없는 경우 지체 없이 가정법원에 성년후견인의 선임을 청구하여야 한다(제940조의6 제1항 후단). 이는 제936조 제2항의 성년후견인 선임청구에 해당한다. 이 규정은 성년후견인이 사망, 결격, 그 밖의 사유로 없게 된 경우에 가정법원이 직권으로 또는 피성년후견인, 친족, 이해관계인, 검사, 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 성년후견인을 선임하도록 하는데(제936조 제2항), 성년후견감독인이 선임된 때에는 이에 더하여 성년후견감독인도 청구권자가 된다.

3) 긴급한 경우 필요한 행위 또는 처분

성년후견감독인은 피성년후견인의 신상이나 재산에 대하여 급박한 사정이 있는 경우 그의 보호를 위하여 필요한 행위 또는 처분을 할 수 있다(제940조의6 제2항). 피성년후견인에게 신상이나 재산에 대하여 급박한 사정이 있음에도 불구하고 성년후견인이 사망, 결격, 실종 등으로 없게 된 경우나, 성년후견인이 있음에도 불구하고 정상적인 사무집행이 이루어지지 않는 경우에 유효적절한 대처가 될 수 있을 것이다.²⁵⁾ 왜냐하면 이러한 경우에 후견감독인은 성년후견인의 선임을 청구하거나(제936조의6 제2항), 가정법원에 후견인에게 필요한 처분을 명하는 심판을 청구해야 해야 하지만(제954조), 이러한 방법은 시간을 필요로 하기 때문에 적합하지 않다.

여기서 급박한 사정이란 긴급히 사무를 처리하지 않으면 본인에게 회복할 수 없는 피해가 발생할 개연성이 높은 상황을 의미한다.²⁶⁾ 그러한 경우 성년후견감독인은 피성년후견인을 위해 피성년후견인을 대리하거나 그의 신상결정을 대행할 수 있다(제940조의7, 제947조의2)고 한다.²⁷⁾

25) 김형석, “성년후견감독인”, 101면.

26) 구상엽, “개정민법상 성년후견제도에 대한 연구”, 서울대학교 박사학위논문, 2012, 102면.

성년후견감독인은 선량한 관리자의 주의로 해당 행위 또는 처분을 해야 하므로(제940조의7, 제681조) 성년후견감독인이 이러한 의무를 위반한 때에는 피성년후견인에 대해 그로부터 발생한 손해에 대해 배상책임을 진다(제390조)고 한다.

성년후견감독인이 피성년후견인의 신상이나 재산에 대한 급박한 사정 하에서 그의 이익을 보호하기 위해 필요한 행위 또는 처분을 하는 경우에 일정한 사안유형에서는 가정법원의 허가를 받아야 한다는데 이견이 없다.²⁸⁾ 피성년후견인의 신체를 침해하는 의료행위에 대하여 피성년후견인이 동의를 할 수 없고 성년후견인이 이를 대행할 수도 없는 경우에 성년후견감독인은 피성년후견인을 대신해 동의해야 할 것인데, 피성년후견인이 의료행위의 직접적인 결과로 사망하거나 상당한 장애를 입을 위험이 있을 때에는 가정법원의 허가를 받아야 할 것이다(제947조의2 제3항, 제4항 본문). 다만, 허가절차로 의료행위가 지체되어 피성년후견인의 생명에 위험을 초래하거나 심신상의 중대한 장애를 초래할 때에는 사후에 허가를 청구할 수 있다(동항 단서). 마찬가지로 성년후견감독인이 피성년후견인을 대리하여 피성년후견인이 거주하고 있는 건물 또는 그 대지에 대하여 매도, 임대, 전세권 설정, 저당권 설정, 임대차의 해지, 전세권의 소멸, 그밖에 이에 준하는 행위를 하는 경우에도 가정법원의 허가를 받아야 한다(동조 제5항).

4) 후견인과 피후견인 사이 이해가 상반되는 행위에 관한 대리

성년후견인과 피성년후견인 사이에 이해가 상반되는 행위에 관하여는 성년후견감독인이 피성년후견인을 대리한다(제940조의6 제3항). 법정대리인인 후견인과 피후견인 사이에 이해가 상반되는 행위에 대해서 특별대리인의 선임을 청구하도록 하는 것과 비교하여 성년후견감독인은 성년후견인 사이에 이해상반하는 행위에 대해 피성년후견인을 대리할 법정대리권을 가진다고 해석한다.²⁹⁾

27) 김형석, “성년후견감독인”, 101면.

28) 김형석, “성년후견감독인”, 102면; 김주수·김상용, 앞의 책 501-502면.

Ⅲ. 성년후견감독제도의 문제점

1. 비용으로 인한 문제

후견인이나 후견감독인에 대한 보수의 문제는 입법 당시에 가장 논의가 많았던 부분이었다. 이에 피성년후견인의 복리를 위해서 성년후견인에 대한 감독이 필요하다는 점에 대해서는 별다른 이견이 없지만, 개정법은 성년후견인 감독인에 대한 보수의 문제를 염두에 둘 수밖에 없었고, 전문화된 직업후견인에 의한 성년후견이 정착되면 성년후견감독인이 필수적 기관으로 유지되지 않아도 되고 성년후견감독인이 선임되지 않는 경우에도 가정법원의 감독권한은 여전히 존속하므로(제954조), 관계인은 가정법원에 직권에 의한 감독을 촉구함으로써 성년후견인을 견제할 수 있다고 예상하여 현행과 같이 필수기관이 아닌 임의기관으로 두고 있다.³⁰⁾

하지만 이에 대해서는 쉽게 납득하기 어렵다는 의견이 다수이다.³¹⁾ 성년후견제도가 충분히 정착하지 못하여 예측가능성이 확보되지 않은 상태이고, 가정법원과 행정기관의 보충적 감독의 실효성이 아직 충분히 확보되지 아니한 상태에서 오로지 가정법원의 전적인 재량 하에 후견감독인을 두게 된다면, 성년후견인의 부적절한 후견사무처리를 충분히 감독할 수 없는 가능성이 있을 수 있기 때문이라고 한다.³²⁾ 또한 법원에서 후견감독의 직무를 수행하게 되지만 행정적 감독에 지나지 않고 현재의 인력난으로 보아 직접적이고 적절한 후견감독을 기대하기는 어려운 것이 현실이다.

현재 우리 민법 제940조의7에서 법원은 후견감독인의 청구에 의하여 피후견인의 재산상태 기타 사정을 참작하여 피후견인의 재산 중에서 상당한 보수를

29) 윤진수·현소혜, 앞의 책, 101면.

30) 김형석, “민법 개정안에 따른 성년후견법제”, 『가족법연구』 제24권 제2호, 2010, 131면 이하.

31) 민법개정위원회 심의과정에서도 이와 관련한 의견의 대립이 있었고(법무부 민법 개정자료 발간팀 편, 『2013년 개정민법 자료집(上)』, 2012, 335면 이하 참조), 개정민법에 대한 다수의 비판이 있었던 부분이 이 점이라고 한다.

32) 김형석, “성년후견감독인”, 81면.

후견인에게 수여할 수 있다고 하여 비용의 문제를 피성년후견인의 재산으로 해결하고 있다. 따라서 후견인이나 후견감독인은 자신의 임무를 수행하더라도 피성년후견인에게 재산이 없는 경우에는 보수를 받을 수 없게 되는 경우가 발생하게 된다. 보수도 주어지지 않는 일에 대하여 적절한 후견업무가 수행되리라고 기대하는 것은 어렵다. 이는 곧 후견을 필요로 하는 자들에게 적절한 후견이 주어지지 않는다는 것으로 본래의 입법 취지를 살리기 어렵다.

현재 후견인이나 후견감독인에 대한 보수에 대해서 피성년후견인의 재산이 아니라 펀드 등을 통해 외부의 자금으로 해결할 수 있는 방안이 마련되어 있지 않은 상황에서 성년후견감독인제도를 강화하기 위한 방안을 모색하는 것이 가장 현실적인 방안이 될 것이다. 하지만 외부의 펀드 없이 자금의 문제에서 완전히 자유로운 해결방안을 모색하는 것은 한계가 있을 것으로 보인다. 이는 결국 재산이 없는 피성년후견인에 대한 후견과 후견감독은 실천적 한계를 남기게 될 것이다.

한편 후견인의 선임과 후견감독인의 선임이 필요한 때에 적절히 이루어지지 않은 점에 대해서는 가정법원의 과실이 인정될 수 있고, 그 결과 국가배상 책임을 면하지 못하게 될 것이므로³³⁾ 비용의 부담을 전적으로 피성년후견인에게 일임하기 보다는 국고를 통해서 해결하는 방안에 대해서도 긍정적인 검토가 요구된다.

2. 피성년후견인의 특성으로 인한 문제

1) 성년후견감독인 선임에 대한 청구권자로서 “피성년후견인”

청구권자의 범위에 피성년후견인이 포함되어 있다. 청구의 시기에 대해서는 문제가 되지 않으므로 후견개시 심판 때에 성년후견감독인의 선임을 청구할 수도 있고, 후견이 개시된 후에라도 필요하다면 청구할 수 있는 것으로 해석할 수 있다. 이러한 해석을 기준으로 하게 되면, 후견이 개시되어 후견인의 직

33) 일본의 경우 후견인이 피후견인의 재산을 부정하게 소비한 것에 대해서 가정법원의 후견인 선임에 대한 책임을 물어 국가배상을 하여 준 사례가 있다. 岡孝, 앞의 글, 참조.

무가 수행되는 중에 피후견인이 후견인에 대한 감독의 필요성을 느껴서 후견 감독인의 선임을 청구할 수 있다는 것으로 정리할 수 있다. 이러한 경우 과연 피후견인이 필요성을 느껴 청구한다고 하여 반드시 인용되는 것은 아니기 때문에 인용되지 않을 여지도 있게 된다.³⁴⁾ 피후견인이 필요해서 청구하였음에도 불구하고 청구를 인용하지 않는 경우에 그 기준을 정하는 것은 매우 어려운 일이다. 이에 대해서 피성년후견인의 의사를 존중하여야 하므로, 피성년후견인이 성년후견감독인을 선임하고자 원한다면 그의 복리에 반한다는 사정이 없는 이상 가정법원은 성년후견감독인을 선임해야 하며, 피성년후견인이 특정인을 성년후견감독인으로 원하는 경우에도 마찬가지로 하여, 피성년후견인이 원하는 경우에는 폭넓게 선임을 인용해야 한다는 견해가 있다.³⁵⁾

피성년후견인이 성년후견감독인의 선임을 청구할 수 있는 청구권을 갖는 것에 대해서 개정과정에서도 별다른 논의가 없었고,³⁶⁾ 현재까지도 별다른 논의는 없다. 하지만 우리나라는 곧 고령화사회를 넘어서 고령사회로 접어들게 되었고, 핵가족화가 만연하여 가족 간의 왕래도 원활하게 이루어지지 않는다. 이런 경우 실질적으로는 성년후견감독인의 선임을 청구할 수 있는 자는 피성년후견인으로 한정될 수 있는데, 피성년후견인은 제한능력자이어서 판단능력이 지속적으로 결여되었기 때문에 후견개시 심판을 받은 자인데 과연 스스로 필요성을 느껴 청구할 수 있을지 또한 독립하여 스스로 가정법원에 청구하는 것이 가능할지도 의문이다.

먼저 성년후견인이 된 자가 홀로 지내는 경우에는 피성년후견인이 청구권을 행사할 수 있다는 점에 대해서 실효성이 매우 낮다. 고령화사회가 더욱 심화되어 고령사회가 되면 핵가족이 만연한 현대 사회의 정서로 볼 때 독거 피성년후견인의 수는 절대적으로 증가할 것이 예상된다. 일본의 경우에도 사회 고령화 및 저출산의 진행에 따라 친족이 없는 치매고령자, 지적장애자 및 정신장애

34) 지난 1년 가정법원에서 성년후견 인용건수가 청구 대비 3분의 1에 미치지 않는다고 한다. 이충은·박규용, “일본의 실무에서 나타난 성년후견제도의 문제점”, 『법학연구』 제57집, 한국법학회, 2015, 208면.

35) 김형석, “성년후견감독인”, 84면.

36) 김형석, “민법개정안에 따른 성년후견법제”, 『가족법연구』 제24권 제2호, 한국가족법학회, 2010, 129면.

자가 증가되었고, 이러한 자의 보호의 필요성에 대해서 논의가 있어왔다. 우리나라에 있어서도 친족이 없거나, 친족이 있어도 신청을 거부하는 경우, 본인에 대하여 학대가 있는 경우, 친족의 존재가 호적상으로 확인되지만 연락을 할 수 없는 경우도 충분히 예상된다.³⁷⁾ 이러한 경우 성년후견감독인을 선임하거나 변경을 청구하는 자의 범위를 넓게 정해 놓았다고 하더라도 실질적으로 피성년후견인의 친족들에 의한 청구권 행사를 기대하기는 어렵기 때문에 피성년후견인이 직접 성년후견감독인의 선임이나 변경을 청구해야 할 것인데, 스스로 판단할 능력이 없어 성년후견개시심판을 받은 자에게 이러한 것을 기대하는 것이 모순적이라 할 수 있다. 물론 의사능력이 회복된 경우에 이러한 일들을 할 수 있을 것이라 할 수 있지만, 점점 능력이 감퇴되어가는 피성년후견인에게 이러한 것을 요구한다는 것이 현실을 외면한 입법이라 할 수 있다.

다음으로 성년후견개시 심판이 있는 후에 성년후견감독인을 선임하고자 가정법원에 청구하는 경우에 절차상 심각한 문제가 있게 된다. 민사소송법 제55조에 따르면 미성년자·한정치산자 또는 금치산자는 법정대리인에 의해서만 소송행위를 할 수 있다고 하여 대리에 의한 청구만을 인정하고 있다. 개정민법에 의하여 새로 성년후견개시의 심판을 받은 피성년후견인은 제한적 행위무능력자이므로 제한적 소송무능력자가 된다 할 것이다. 따라서 피성년후견인은 일정한 경우를 제외하고 법정대리인의 대리에 의하여야 한다. 이때 일정한 경우에는 가정법원이 정한 범위 내의 행위와 일용품의 구입 등을 예로 든다.³⁸⁾ 따라서 피성년후견인이 성년후견감독인을 선임하고자 하는 경우 성년후견인의 대리에 의한 방법으로 진행하게 될 것인데, 이러한 경우 감독을 받게 될 성년후견인이 적극적으로 피성년후견인의 요청에 응할 것인지는 의문이다. 앞서 살펴본 바와 같이 일본에서도 성년후견인이 후견감독인의 선임청구를 미루는 상

37) 이러한 경우에 대해서 일본은 복지관계의 행정기관에게 신청권을 부여할 필요성이 제기되었고 이에 일본은 성년후견제도의 개정에 따라 시정촌장의 신청권에 관한 규정을 두었다. 오호철, “일본의 성년후견제도의 개선 논의에 대한 동향”, 『비교사법』 제13권 제4호(통권35호), 2006, 460면. 우리나라도 개정 민법에서 지방자치단체의 장이 청구권을 갖도록 하여 이러한 문제를 해결하고 있지만, 요양시설에 있지 않아 외부에 노출이 되지 않은 독거노인의 경우에는 여전히 청구권행사에 한계가 있다.

38) 이시윤, 『신민사소송법』 제9판, 박영사, 2015, 159면.

황이 이미 만연하고 있는 것으로 보아 성년후견인이 피성년후견인의 요청에 따라 성년후견감독인 선임을 신청할 가능성은 현저히 낮을 것으로 예상된다.

2) 후견감독인의 변경의 문제

문제는 피성년후견인에게 청구권을 인정하는 것이 필요하지만 앞서 살펴본 바와 같이 피성년후견인은 소송무능력자이므로 절차적으로 어려움이 있다. 후견감독인의 느슨한 감독은 성년후견인에게 유리하게 작용할 수 있게 되지만 이로 인하여 피성년후견인의 복리에 반하게 되는 결과가 발생하게 된다면, 피성년후견인은 변경을 청구할 수 있다고 해석되는데, 이 경우에도 성년후견인이 청구권행사를 대리하여 진행할 것인지는 의문이다.

3. 직무와 관련된 문제

성년후견인에 대한 후견의 기간은 성년이 되고 성년후견개시심판을 받은 후부터 상황이 호전되어 성년후견개시취소심판을 받기 전까지 계속되므로 장기의 직무 수행 작업이 요청된다. 특히 피후견인은 대부분 고령인 경우가 많고 이들은 시간이 지날수록 정신적·육체적 상태가 감퇴되어 가기 때문에 이들과 같이 후견이 필요한 요보호자들에게는 현재 상태를 유지하는 것이 최선인 경우가 대부분이 될 것이다. 따라서 고령의 요보호자에게 호전을 기대하는 것이 어려우므로 후견의 임무수행은 장기적일 수밖에 없고, 장기의 임무수행은 성년후견인에게 도덕적 해이를 가져오게 할 우려가 현저하고, 피성년후견인은 성년후견인에게 의지하여 독립적인 판단을 하는 것이 곤란하게 되므로 감독기관의 역할은 매우 필요하게 된다. 그럼에도 불구하고 성년후견감독인이 임의기관으로 머무르고 있는 현행법으로 인하여 많은 문제가 예상된다.

4. 후견인과 후견인 그리고 후견인과 후견감독인간의 공모로 인한 문제

성년후견개시 심판과 결정으로 다수의 성년후견인이 선임된 경우 그리고 1

인의 성년후견인과 성년후견감독인이 선임된 경우 이들 간의 공모로 인하여 피성년후견인의 복리에 침해가 발생할 여지가 충분히 있다. 이를 예방하기 위해서 결격사유를 두고 있지만, 소극적 회피방법에 지나지 않는다. 그렇다고 계속 감독기관을 양산해 내는 것도 무리가 있으므로 최종적으로는 가정법원의 감독에 의지할 수밖에 없게 된다.

IV. 성년후견감독제 강화를 위한 해결방안과 검토

성년후견감독제도의 비용으로 인한 문제와 피성년후견인의 특성으로 인한 현실적인 문제를 인정하면서 성년후견감독제의 강화를 위한 방법을 모색해 보도록 한다.

1. 성년후견개시 결정시 수인의 후견인 선임

현행법과 같이 후견감독인을 임의기관으로 두면서 성년후견인의 직무수행을 감독할 수 있는 방안을 모색하는 방법이 있다. 성년후견개시 결정을 하는 경우 가정법원은 성년후견인을 수인으로 할 수 있게 되는데, 이러한 경우 수인의 성년후견인이 직무를 수행하는 것이 동시에 상호간에 감독의 기능을 갖도록 하게 된다면, 성년후견감독인이 임의기관이라고 하더라도 피성년후견인의 복리에 반하는 결과는 흔하지 않게 될 것이다. 영국의 정신능력법에서도 이와 같은 방식으로 성년후견인에 대한 감독을 하고 있다. 따라서 성년후견인을 수인으로 두는 경우에는 역할분담에 있어서 가정법원은 공동으로 하거나 사무를 분장하도록 정할 수 있는데,(제949조의2) 어떤 방식을 취하게 되든지 간에 상호 감독할 수 있는 상황이 마련된다고 할 수 있다. 즉, 공동으로 직무를 수행하게 되는 경우 성년후견인에 따라서 동의를 할 수도 있고 동의를 하지 않는 경우도 있을 수 있는데, 이런 경우 상호 견제를 통해서 피성년후견인에게 적합한 방법을 도출하거나 또는 성년후견인의 의사표시를 갈음하는 재판을 할 수 있으므로(제949조의2) 상호 견제를 통한 감독의 역

할을 할 수 있을 것이다. 또한 사무를 분장하는 경우 예를 들어 신상보호에 관한 부분과 재산에 관한 부분의 사무를 분장하여 피성년후견인을 선임하게 되면 신상보호 즉, 병원치료라든지 거주를 이전하는 등과 같은 신상보호를 위한 직무를 수행하는데 있어서 재산적 비용지출을 수반하기 때문에 재산에 관한 사무를 분장하는 성년후견인이 요청된 비용청구에 대해서 그 타당성과 합리성을 고려해 볼 수 있으므로 상호 감독의 역할을 수행할 수 있게 될 것이다. 따라서 피성년후견인의 복리를 위해서 가능하다면 성년후견인을 복수로 정하도록 하는 것이 바람직한 방안이 될 것이다. 이 경우 성년후견인을 수인으로 하여 감독을 강화하는 방법은 비용에 관한 문제에서 자유로울 수는 없지만, 피성년후견인에 대한 후견이 세심하게 이루어질 수 있으면서 동시에 감독의 기능도 가지게 되므로 어느 정도의 실효성은 있다고 할 것이다. 하지만 성년후견인들 간에 공모가 발생할 우려도 배제할 수 없기 때문에 성년후견감독인에 대한 결격조항을 유추적용하여, 수인의 성년후견인을 두는 경우에는 그들 간에 제779조의 가족에 해당하지 않는 자로 선임할 필요가 있다.

2. 성년후견 개시결정 이후 추가 후견인 선임 또는 후견감독인 선임

다음으로 성년후견인을 1인으로 하는 경우에 성년후견인에 대한 감독을 강화하기 위해서 성년후견인을 추가로 선임하는 방법과 성년후견감독인을 선임하는 방법을 생각해 볼 수 있다. 양자의 경우 비용의 문제는 똑같이 발생하게 되는 것이므로 어느 방법을 선택하는 것이 피성년후견인의 복리에 더욱 충실할 것인지 살펴봐야 한다. 성년후견인을 추가로 선임하는 경우에도 “필요하다고 인정하면” 추가로 선임할 수 있다고 하고 있고, (제937조 제3항), 성년후견감독인을 선임하는 경우에도 “필요하다고 인정하면” 선임할 수 있다고 하고 있다. (제940조의4 제1항) 어떤 경우에 성년후견인의 추가선임이 필요한지 또한 어떤 경우에 후견감독인의 선임이 필요한지에 대해서는 명확하게 구별하기 어렵지만, 피성년후견인의 신상과 재산에 관한 문제가 광범위하고 복잡한 경우에도 성년후견인을 추가로 선임할 수 있고, 현재에 성년후견인의 직무수행에는 특별한 문제가 없지만, 피성년후견인이 가지고 있는 많

은 재산으로 인하여 잠정적으로 후견의 사무에 도덕적 해이가 발생하게 될 것이라고 예측되는 경우에는 후견감독인을 선임하게 될 것이다. 다만, 성년후견인을 추가 선임할 것을 청구하였지만, 필요한 경우에는 가정법원은 성년후견인의 추가선임 청구를 기각하고 직권으로 성년후견감독인을 선임할 수도 있을 것이다.

위의 어느 방법에 의하든지 성년후견인을 1인으로 두는 경우에는 입법과정에서 논의된 것과 같이 전문적인 후견인이 성실하게 자신의 직무를 수행하는 것을 기대하거나, 성년후견감독인을 필수기관으로 하는 수밖에 없을 것이다.

3. 후견인 변경과 후견감독인 선임

가정법원은 필요하다고 인정하면 직권으로 또는 피성년후견인, 친족, 성년후견인, 검사, 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 성년후견감독인을 선임할 수 있다(제940조의4). 성년후견감독이 필요하다는 것은 성년후견인이 직무를 수행하는데 있어 적극적으로는 도덕적 해이가 있거나 또는 소극적으로는 직무의 수행이 피성년후견인의 복리에 반해야 한다는 것으로 이해될 수 있다. 이와 같은 경우 피성년후견인의 입장에서는 성년후견감독인의 선임을 청구할 수도 있지만 성년후견인의 변경을 청구할 수도 있을 것이다. 가정법원은 피성년후견인의 복리를 위하여 후견인을 변경할 필요가 있다고 인정하면 직권으로 또는 피후견인, 친족, 후견감독인, 검사, 지방자치단체의 장의 청구에 의해 후견인을 변경할 수 있다(제940조). 비용의 문제를 감안한다면 성년후견인의 변경을 청구하는 것이 효과적이라 할 것이고, 장래에 피성년후견인에게 문제가 발생될 것이 예상되는 경우에는 문제의 심각성에 따라 후견인을 변경하거나 후견감독인을 선임하는 것 중에서 선택하여야 할 것이다.

4. 법원의 후견감독인

성년후견인과 성년후견감독인의 공모에 대한 우려가 많이 예측되고 있다. 공모에 대한 문제는 전문적인 성년후견인과 성년후견감독인이 배출 되고 그

들의 도덕적 해이를 기대할 수 없는 상황에서 그러한 불안을 불식시킬 수 있을 뿐이므로 성년후견인과 성년후견감독인의 공모로 인하여 피성년후견인의 복리를 반하게 된다는 것을 예상할 수 있다면 이에 대한 해결방법으로 가장 적절한 것은 법원이 후견감독인이 되는 것이다.

특히 피성년후견인은 민사소송법상 소송무능력자이므로 피성년후견인이 직접 청구하지 않는다고 하더라도 법원이 후견감독인이 된다면 직권으로 취할 수 있는 조치들을 적절하게 취할 수 있게 되어 국가배상책임으로부터 자유로울 수 있을 것이므로³⁹⁾ 적절한 해결방안이 될 것이다.

가정법원의 후견감독에 대해서는 가정법원이 제대로 감독기능을 수행하기 위해서는 인력강화를 도모하여야 하지만, 재정상황을 무시한 채 인원을 증가한다는 것은 너무 비현실적이고, 설령 증원한다 하더라도 부적격자가 성년후견인으로 선임되지 않을 것이란 보장도 없다고 하여 부정하는 견해가 있다.⁴⁰⁾ 법원이 후견감독업무를 수행하는 것에 대한 대안으로 ‘후견인 감독센터’를 설립함으로써 가정법원에서 선임한 후견감독인에 대하여 1차적인 감독기능을 수행하는 역할을 담당하게 하고 그 후 가정법원에서 최종적인 감독기능을 행한다면 이는 이른바 ‘이중적 감독체제’로 후견감독 업무를 보다 더 충실하게 수행할 수 있을 것이라고 한다.⁴¹⁾ 이러한 해결방안은 감독을 강화하는데 도움이 되겠지만 센터 유지에 필요한 비용에 관한 문제는 여전히 남게 된다.

5. 후견감독인을 필수기관으로 하는 경우

후견감독인을 필수기관으로 하는 경우에는 후견인에 대한 감독은 적절하게 이루어질 수 있을 것이다. 다만 비용에 관한 문제가 해결되어야 할 것이고, 법인이 성년후견인이 되거나 성년후견감독인이 되는 경우에도 가족의 범위에 대한 결격사유가 법인인 경우에도 적용된다고 해석하여야 할 것이다. 따라서

39) 岡孝, 앞의 글, 참조.

40) 박근수·이충은, “고령화 사회에 대응한 복지제도로서의 성년후견제도”, 『법학논고』 제49집, 경북대학교 법학연구원, 2015.2, 407면.

41) 박근수·이충은, 앞의 글, 347면.

법인에 속한 자연인과 일정한 친족관계에 있는 경우의 자는 결격사유가 되고 법인의 직무 수행자가 변경될 때마다 가족의 범위에 있는지 확인하는 절차가 필요하게 될 것이다.

Ⅳ. 나오며

지속적으로 자신의 사무를 처리하는 것이 곤란하여 성년후견개시의 심판을 받은 피성년후견인을 도덕적 해이에 빠진 성년후견인으로부터 보호하기 위해서는 후견인에 대한 감독이 가장 중요하다. 하지만 현행 성년후견제도는 성년후견감독인을 임의기관으로 하고 있어서 후견인에 의한 횡령 및 부정행위가 빈번할 것으로 예상된다. 이러한 문제를 사전에 예방하기 위해서 후견감독법제를 강화하기 위한 논지를 가지고 성년후견감독법제의 해석적 접근을 통해서 논의를 하였다.

성년후견감독인에서 가장 많이 논의되고 있는 부분이 임의기관이라는 점이다. 필수적 기관으로 개정하는 것이 제일 바람직한 방안이 될 수 있지만 이는 비용의 문제가 해결되기 전에는 개정하는 것이 어려워 보인다. 비용의 문제는 성년후견제도를 사회복지적 측면에서 접근하지 않는 한 여전히 풀리지 않는 문제로 남게 될 것이다.

본고에서 주로 논의하고자 하였던 점은 피성년후견인이 정신능력이 지속적으로 결여된 자라는 점에 초점을 맞추어 현행 성년후견감독법제의 문제점을 확인하고 해결방안을 모색하는 것이었다. 성년후견감독인의 청구권자로 피성년후견인이 있는 경우 실질적으로 자신이 부당한 후견을 받고 있는지에 대한 판단능력이 제한적일 수 있고, 또한 청구권을 행사하고자 하더라도 소송무능력자이므로 성년후견인이 대리하지 않는 이상 청구권 행사가 곤란하므로 현실적인 한계에 놓이게 된다. 성년후견감독인이 필요한 경우와 성년후견인을 변경하는 경우 그 원인이 되는 사정은 양자 모두 성년후견인의 임무 수행이 부적절하다는 것이 될 것인데, 어떤 것을 선택하는 것이 피성년후견인의 복리에 적합한지를 기준으로 판단하여 성년후견감독인 선임 청구를 기각하고 성

년후견인을 변경할 수도 있고, 성년후견인 변경청구를 기각하고 성년후견감독인을 선임할 수도 있을 것이다. 하지만 어떠한 경우이든지 피성년후견인이 청구권자로 되는 경우에는 소송무능력자이므로 절차상 한계로 남게 된다. 성년후견감독인이 임의기관이고 성년후견인은 수인을 들 수 있으므로 현행법을 그대로 유지한 채 후견인을 수인으로 하여 상호간에 견제를 통한 감독이 이루어질 수 있는 방안도 생각해 볼 수 있다. 성년후견인과 성년후견감독인과의 공모를 통한 횡령 및 부정행위가 이루어지는 것에 대비한다면, 이들 문제 해소를 위해서는 후견인은 가능한 한 수인으로 하여 상호 견제할 수 있도록 하고 결과적으로 법원이 현재와 같은 수준의 감독을 넘어서 적극적으로 후견감독인가 같은 직무를 수행할 수 있도록 하는 것이 피성년후견인의 복리를 위하는 최선의 방안이 될 것이다.⁴²⁾

참고문헌

김주수·김상용, 「친족상속법」, 법문사, 2015.

이시윤, 「신민사소송법」 제9판, 박영사, 2015.

윤진수·현소혜, 「2013년 개정 민법 해설」, 2013.

법무부 민법 개정자료발간팀 편, 「2013년 개정민법 자료집(上)」, 2012.

구상엽, “개정민법상 성년후견제도에 대한 연구”, 서울대학교 박사학위논문, 2012.

김형석, “민법개정안에 따른 성년후견법제”, 「가족법연구」 제24권 제2호, 한국가족법학회, 2010.

_____, “성년후견감독인”, 「성년후견」 제2권, 한국성년후견학회, 2014.

남윤봉, “고령화 사회에서의 성년후견에 관한 연구”, 「법과 정책연구」 제8집

42) 동지; 오호철, “일본의 성년후견제도의 개선 논의에 대한 동향”, 「비교사법」 제13권 제4호, 통권 35호, 459-460면.

- 제2호, 한국법정책학회, 2008.
- 박근수·이충은, “고령화 사회에 대응한 복지제도로서의 성년후견제도”, 『법학논고』 제49집, 경북대학교 법학연구원, 2015.
- 박태신, “성년후견과 관련한 개정 민법 및 외국의 법률 등에 관한 연구”, 『홍익법학』 제13권 제4호, 2012.
- 백승흠, “성년후견제도의 시행과 과제”, 『민사법이론과 실무』 제15권 제1호, 2011.
- _____, “성년후견의 감독에 관한 고찰-독일과 일본의 제도를 비교하여-”, 『가족법연구』 제20권 2호, 2008.
- 송호열, “성년후견감독법제에 관한 고찰”, 『재산법연구』 제25권, 제1호, 2008.
- 오호철, “일본의 성년후견제도의 개선 논의에 대한 동향”, 『비교사법』 제13권 제4호, 통권 35호, 2006.
- 이충은·박규용, “일본의 실무에서 나타난 성년후견제도의 문제점”, 『법학연구』 제57집, 한국법학회, 2015.
- 전병주·김건호, “일본 성년후견인의 부정행위와 한국에서의 함의”, 『한국콘텐츠학회논문지』 Vol.13 No.8, 2013.
- 제철웅, “요보호성인의 인권존중의 관점에서 본 새로운 성년후견제도: 그 특징, 문제점, 그리고 개선방안”, 『민사법학』 제56호, 2011.
- 조승현, “성년후견제도에 대한 비판적 고찰-후견제도의 보완으로서 사회적 후견-”, 『민주법학』 제52호.
- 岡孝, “成年後見人に對する家庭裁判所の監督の問題點-最近の高裁事件を素材として-”, 『재산법연구』 제29권 제3호, 2012.
- 芳賀裕, “市民後見の意義と課題”, 『成年後見法研究』 第7卷, 2010.
- 佐藤繭美, “成年後見制度をめぐる課題: 福祉的經營の視点から”, 『大原社會問題研究所雜誌』 第625卷, 2010.
- 上山泰, “日本における公的成年後見制度の導入について—&ドイツの運用スキームを参考に”, 『大原社會問題研究所雜誌』 第641卷, 2012.
- 大藪元康·加藤園子, “地域福祉權利擁護事業の現状と課題: A縣における地域福

社權利擁護事業の實態把握を中心に”，「中部學院大學短期大學部研究紀要」
第9卷, 2008.

[Abstract]

Consideration on enhancement of adult guardianship supervision policy

Choi, Hyun-Sook

*Ph.D. in law a Time Lecture
at Pukyong National University Department of Law*

Park, Kyu-Yong

Ph.D. in law Professor, at Jeju National University Law School

Adult guardianship policy is being implemented since July 2013. The policy has been implemented with the world trends that wishes to resolve various problems occurring in aged society and expected to resolve financial and welfare problems of aged population in reasonable manner. However, in more developed country, especially Japan where shares similarity with Korea, is already experiencing problems from various fields due to implementation of the policy and number of incidents are increasing.

Various problems are expected relating to adult guardianship policy but research regarding supervision policy on adult guardianship has not been previously done. Especially, in adult guardianship policy, the incompetent who is beneficiary of the policy can hardly appeal on inappropriate guardianship provided to them due to their incapability of judgement and that fact that conduct of adult guardianship duty is only depends on morality of guardian

is being overlooked. Accordingly, moral hazard of guardian is directly connected to violation of right on incompetent and it must be strictly supervised as it is difficult for incompetent to control it in the given characteristics. Despite the fact, current adult guardianship supervision policy determines supervisor over guard as temporal department which makes effective supervision unlikely. Which means that if is conducted per current policy, supervision on guardian shall not be conducted properly and that shall lead to implication that limitation exists on protecting right and benefit of incompetent who lacks judgement capability.

In this research, with characteristics of adult guardianship and characteristics of task on adult guardianship as foundation, problems that potentially may occur in Korea through interpretative approach regarding adult guardianship policy especially on problems on adult guardianship supervision policy shall be studied and implement policy minimizing problems upon enforcement after consideration of practical solution for enhancement of adult guardianship supervision policy and aims to find solution that could ultimately protect right and benefit of the incompetent.

Key words : Adult guardianship, adult guardianship supervisor, incompetent, characteristics of incompetent, characteristics of adult guardianship