

미국의 성년후견제도를 통한 우리나라에의 시사점 - 신상보호를 중심으로 -

Implication for Korea through American Adult Guardianship System - Focused on Protection of Someone's Body -

이 충 은* · 박 근 수**
Lee, Choong-Eun · Park, Keun-Soo

목 차

- I. 머리말
- II. 전통적 법정후견제도
- III. 법정후견제도의 대체제도
- IV. 법정후견제도와 대체제도와와의 관계
- V. 우리나라에의 시사점 - 결론에 대신하여

국문초록

미국은 성년후견제도에 상응하는 제도로 종래부터 전통적인 법정후견제도가 있었다. 또한 지속적 대리권 수여제도, 리빙윌, 신탁이라는 법정후견제도의 대체제도도 존재한다. 이들의 제도는 각각의 장단점이 있으며, 서로 다른 제도로 보완하는 것이 가능하다. 본인의 잔존능력과 의사결정을 최대한으로 존중하기 위하여 가장 적합한 방법을 채택하는 것이 중요한 것으로 여겨지고 있

논문접수일 : 2016. 06. 30.

심사완료일 : 2016. 07. 25.

게재확정일 : 2016. 07. 25.

* 법학박사 · 사회복지학박사수료, 제주대학교 법학부 강사 · 제주대학교 법과정책연구원 특별연구원 (주저자)

** 경제학박사 · 중부대학교 사회복지학과 교수(교신저자)

기 때문이다. 의사능력을 상실하는 단계는 개인마다 차이를 보이며, 일률적으로 결정되는 것도 아니다. 따라서 각각의 제도가 가능한 한 유연하게 적용될 수 있도록 제도의 검토가 이루어져야 할 것이다. 미국에서 전통적 법정후견제도는 피후견인의 심각한 인권침해와 충분한 절차 없이 진행된 피후견인의 권한의 박탈 등 많은 문제점들이 야기되고 있다. 이러한 문제를 극복하기 위하여 법정후견제도의 대체제도가 이용되고 있지만, 대리인을 감독할 수 있는 시스템이 마련되지 않아 대리인의 권한남용 문제가 발생하게 된다. 법정후견제도와 그 대체제도가 적절하게 조화되어 적용이 된다면 이와 같은 문제점을 해결하는 것을 물론, 지원을 필요로 하는 고령자나 장애인이 다양한 제도 중에서 자신에게 맞는 것을 선택할 수 있는 복지제도로 거듭날 수 있을 것이다. 특히, 미국은 후견과 대리, 신탁, 유언 등의 고령자에 관한 법을 종합한 고령자법(Elder Law)이 존재하여 각 제도에 대한 종합적인 검토가 이루어져 왔으며, 법률 이외에도 사회복지, 의료 등의 분야를 관련지어 논의되어 왔다는 점에서 우리에게 시사 하는바가 크다. 이에 본 논문은 미국의 종래의 전통적인 법정후견제도와 법정후견제도의 대체제도인 지속적 대리권 수여제도, 의료를 위한 지속적 대리권제도, 리빙윌, 신탁제도를 살펴본 후, 각 제도와의 관계를 검토함으로써 신상보호에 대한 향후 방향을 제시하고 있다.

주제어 : 미국, 성년후견제도, 법정후견제도, 지속적 대리권, 리빙윌, 신탁제도, 복지신탁, 부양신탁, 신상보호

1. 머리말

미국은 우리나라의 성년후견제도에 상응하는 제도로 전통적인 법정후견제도(Guardianship)가 있고, 임의후견제도에 상응하는 제도로 지속적 대리권 수여제도(Durable Power of Attorney)가 있다. 전통적인 법정후견제도는 고령으로 판단능력이 충분하지 않은 사람에 대해 신상 및 재산을 보호하기 위하여 법원이 대리의사결정자를 임명하는 것으로, 이 대리의사결정자를 후견인, 재산

관리인, 수탁자라고 부른다. 후견인의 선임은 법원의 절차로 진행이 되는데, 그렇기 때문에 그 절차가 일반에 공개가 되는 것은 물론, 매우 복잡하며, 피후견인의 권한이 일률적으로 박탈되는 등 개인의 사생활의 문제와 피후견인의 인권침해의 문제가 발생할 수 있다. 이러한 점에서 전통적인 법정후견제도는 피후견인이 이용하기 쉬운 제도는 아니었다. 의사능력이 충분하지 않은 사람의 상황도 각기 다르며, 그를 위하여 필요한 제도도 다양해야 했기 때문에 이를 대신하는 제도가 요구되어 왔고, 이에 대응하기 위하여 지속적 대리권 수여제도가 이용되어 온 것이다. 즉, 종래의 관습법상에서는 본인의 사망 또는 의사능력의 상실로 대리인의 대리권이 소멸되었기 때문에 대리권을 존속시키기 위한 지속적 대리권 수여제도가 필요한 것이다. 지속적 대리권이란 본인이 장애인이 되었을 경우 본인을 보호하기 위한 재판외의 제도로서, 본인의 권한을 박탈하는 문제는 발생하지 않는다. 하지만 대리인을 감독할 수 있는 시스템이 마련되지 않아서 대리인이 권한을 남용하는 문제는 발생하게 된다. 모든 제도가 장단점을 갖고 있듯이, 법정후견제도와 그 대체제도도 각각의 장단점을 갖고 있을 것이다. 이러한 점을 염두에 두어 실제로 미국에서는 몇 가지의 제도를 조합하여 적용하는 경우가 있다. 지원을 필요로 하는 고령자나 장애인은 이와 같은 다양한 제도 중에서 자신에게 맞는 제도를 선택하고, 그 중 장점을 바탕으로 상호간에 조합을 시킴으로서 전통적인 법정후견제도가 갖는 문제점을 극복하고자 하는 것이다. 특히, 미국에서는 재산관리 사항과 신상보호 사항에 대해서 개별적인 논의를 거친 후, 서로 관련되는 것에 대해 이를 고려함으로써 종합적인 검토가 이루어져 왔다. 후견과 대리, 신탁, 유언 등의 고령자에 관한 법을 종합한 고령자법(Elder Law)이 존재하여 각 제도에 대한 종합적인 검토가 이루어져 왔으며, 법률 이외에도 사회복지, 의료 등의 분야와도 관련지어 논의가 되어 왔다. 이러한 점에서 미국의 성년후견제도는 우리에게 시사 하는바가 크다고 할 수 있다.

한편, 우리나라는 피후견인이 거주하고 있는 건물 또는 그 대지에 대하여 성년후견인은 가정법원의 허가를 얻어 피후견인을 대리하여 매도, 임대, 전세권 설정, 저당권 설정, 임대차의 해지, 전세권의 소멸, 그 밖에 이에 준하는 행위를 할 수 있다고 규정하고 있다(민법 제947조의2 제5항). 이는 피후견인의

신상보호를 위해 재산을 처분하는 것을 인정하는 규정으로 성년후견인으로 하여금 피후견인의 '신상보호를 위한 재산관리'를 위한 대응이 필요하다는 것을 의미한다. 그러한 점에서 재산관리와 신상보호를 종합적으로 검토하는 미국의 제도는 참고가 될 만하다. 따라서 본 논문에서는 미국의 종래의 전통적인 법정후견제도와 법정후견제도의 대체제도인 지속적 대리권 수여제도, 의료를 위한 지속적 대리권제도, 리빙윌, 신탁제도에 대하여 살펴본 후, 이들 제도와의 관계를 검토함으로써 신상보호에 관한 앞으로의 방향을 제시하고자 한다. 종래의 후견제도의 문제점을 고려하면서 여러 가지 그 밖의 제도를 충분히 검토할 필요가 있고, 이러한 제도를 종합적으로 검토하여 각각의 역할을 명백히 밝혀냄으로써 일정한 시사를 얻을 수 있을 것이라고 판단되기 때문이다.

II. 전통적 법정후견제도

미국은 성년후견제도에 상응하는 제도로 종래부터 전통적인 법정후견제도가 존재하였다. 법정후견제도는 주법에 따라 각 주마다 달리 규정되어 있어서 그 개념이 통일되어 있지는 않지만, 일반적으로 일방 당사자가 상대방을 위해 그 신상에 관한 의사결정 및 재산관리에 관한 의사결정, 또는 두 가지 모두를 포함하는 쌍방에 관한 의사결정을 행하기 위한 권한을 부여하는 것으로 정의할 수 있다. 개념에서 보듯이 법정후견제도는 신상보호를 위한 후견, 재산관리를 위한 후견, 양쪽 모두를 포함하는 후견의 3종류로 구분되는데, 이는 본인의 능력에 따라 재산 또는 신상보호 중 어느 하나에 대한 후견은 필요하지만, 양쪽 모두에 대한 후견은 필요하지 않은 경우가 존재하기 때문이다.¹⁾ 법원은 양쪽 모두를 포함하는 후견의 경우 재산관리 후견인과 신상보호 후견인을 동일인으로 선임하는 경우도 있지만, 거의 대다수의 경우는 서로 다른 사람을 후견인으로 선임한다. 이 경우 재산관리는 변호사나 은행에게, 신상보호는 가족에게 맡기는 등 후견업무에 적합한 자를 각각 선임하는 것이 일반적이다.²⁾

1) 예를 들어, 본인의 일상생활에 관한 판단능력은 있지만, 재산을 관리할 능력이 충분하지 않은 경우가 그러하다.

1. 후견인의 권한

법정후견에서 후견인은 피후견인의 대리인으로써 후견업무를 성실히 수행하여야 하며, 그 업무에 관하여 법원에 보고를 해야 할 의무와 권한을 갖는다. 후견인의 직무범위는 후견인의 권한을 정한 제정법의 정의에 따라 정해지며, 피후견인에 대한 신상 또는 재산에 관한 결정권은 부여되지 않는다. 다만, 최근에는 후견인의 권한에 대하여 피후견인이 결정능력을 갖지 않은 경우로 제한하고 있으며, 한정적인 신상 또는 재산관리에 관한 후견인의 개념을 인정하는 주법이 늘고 있다.³⁾ 미국에서는 후견인이 선임되어지는 자를 무능력자라고 하는데, 이들은 스스로 신상 및 재산에 관한 의사결정을 충분히 실행하는 것이 불가능한 자로서 전면적 무능력을 의미하는 것은 아니다.⁴⁾ 후견은 재산후견(conservatorship of the estate)과 신상후견(guardianship of the person)이 있으며, 복수의 후견과 단체 및 기관 후견도 가능하다.⁵⁾ 또한 후견인에게 권한의 일부를 부여하는 한정재산후견(limited conservatorship)과 한정신상후견(limited guardianship)도 가능하다.⁶⁾

신상후견인은 정식재판에 의해 임명되어 지고, 신상후견인으로 임명된 자는 피후견인을 대신하여 법원의 결정에 따라 지속적인 생활보호와 피후견인의 신상에 관한 관리업무를 수행하게 된다. 일반적으로 신상후견인은 피후견인에 대해 부모가 미성년 자녀에 대해 갖는 권리와 의무, 그리고 책임을 부담한다. 하지만, 피후견인에게 재산에 관한 후견이 필요하다 하더라도 신상후견인으로

2) Lawrence A. Frolik, Richard L. Kaplan, Elder Law in A Nutshell, WEST, 5th ed. 2010 at 240.

3) 新井誠, “アメリカ法における後見人と財産管理人の法的構成”, 「千葉大學法學論集」, 第12巻第1號, 1997, 7面.

4) 新井誠, 前掲論文, 7面.

5) 단체후견은 후견인이 될 자가 없는 사람을 위해 주(州) 등의 공공기관이나 비영리법인이 보충적으로 후견인이 되어 활동하는 경우를 말하며, 전자를 공후견제도, 후자를 비영리법인후견제도라고 한다(김원숙, “성년후견제도의 법제화에 관한 연구”, 동의대 박사학위논문, 2005, 43면; Tony Apolloni, Design Elements of Corporate Guardianship Models, 1984, at 141).

6) ジムに—G.H./ グロスバーグG.T.著, (社)日本社會福祉士會編, 新井誠監譯, 橋本聰解題, 「アメリカ成年後見ハンドブック」, 勁草書房, 2002, 11-12面.

하여금 재산관리 후견업무를 수행하게 할 수는 없다.⁷⁾ 신상후견인은 의료조치에 있어서도 결정권한을 갖으며, 요양원의 등록, 의료사항의 자발적 위임, 혼인의 결정, 이혼, 자동차 운전, 여행, 거처지정 등의 경우도 많은 주(州)에서 신상후견인의 권한으로 인정하고 있다.⁸⁾

미국은 이른바 ‘후견의 나라’라는 사고가 존재한다. 그렇기 때문에 사회는 능력이 감퇴되고, 본인의 행동의 결과를 이해하는 능력이 충분하지 못하여 스스로를 후견하는 것이 불가능한 자를 원조해 줄 의무를 부담한다.⁹⁾ 이 경우 후견인의 임명은 본인의 무능력 상태로 지속적인 생활지원을 제공해 줄 필요가 있는 자에 한하여 인정된다. 이렇듯, 후견을 인정하는 과정에서 능력의 문제는 매우 중요한 것으로 연령, 외견, 장애 등을 가지고 무능력의 여부를 신중하게 판단하여야 한다. 하지만, 무능력을 정의하기는 매우 곤란하며, 법원에서 이를 결정함에 있어서도 문제가 되는 경우가 있다. 통일검인법전(Uniform Probate Code)은 무능력자의 정의를 “충분한 능력의 결핍 및 어떤 사람의 신상을 배려할 책임을 져야 하는 결정을 하고, 전달능력이 결여되어 있는 자”라고 한다. 하지만, 이와 같은 정의를 실제 상황에 적용함에 있어서는 본인의 능력을 평가함에 있어 책임을 지지 않기 위해 일부러 동조하지 않는 경우가 있는가 하면, 실제로 이해력이 부족한 경우가 있어 이를 구별하기에는 신중한 판단이 요구된다. 이러한 점에서 무능력의 정의는 주관적인 분석과 객관적인 분석을 포함하여 판단해야 할 것이다.¹⁰⁾ 한편, 본인이 생활지원을 받을 것에 대한 거부사를 밝혔을 경우, 지역, 가족, 법원은 본인에게 불필요한 생활지원을 강제할 권리는 없다. 그리고 본인이 무능력 상태인지를 판단하는 경우에는 그자의 행동을 주의 깊게 관찰하는 것은 물론, 일반적인 상태나 충격을 받았을

7) See, e.g., Uniform Probate Code, §5-312.

8) Joan M. Krauskopf, Robert N. Brown, Karen L. Tokaraz, Allan P. Bogutz, “ELDER-LAW: ADVOCACY FOR THE AGING”, 2nd ed. Vol. 1 WEST, 1993 at 289.

9) 그렇기 때문에 미국은 주가 후견인이 되어 사람들의 건강과 복지 등 공공의 관심사를 보호하고 있다.

10) 예를 들어, 의료행위를 단순히 부정하고 있는 것이 무능력 때문이라고 믿고 있었지만, 실제로는 종교상의 신념이나 철학적인 견지 등의 이유로 거부하고 있는 경우가 있을 수 있기 때문이다(Joan M. Krauskopf, Robert N. Brown, Karen L. Tokaraz, Allan P. Bogutz, Id, at 289).

경우의 이해능력, 그 행동으로 인한 결과를 이해할 수 있는지 여부를 파악해야 한다. 다만, 그 의사능력에 관한 결정은 법원의 판단에 따라 법적인 절차로 이루어져야 할 것이다.¹¹⁾

2. 후견계획의 작성

재산관리 후견인은 각 주(州)의 후견법에 따라서 취임을 한 후 일정기간 내에 피후견인의 재산목록을 제출하여야 한다. 후견업무에 있어서 재산목록의 작성은 피후견인의 물적 재산 및 인적 재산 등의 재산적 가치를 확인하고 평가하는 작업이다. 이에 대해 신상후견인은 피후견인의 생활지원을 평가하기 위하여 후견계획을 작성하여야 한다. 후견계획은 신상에 관한 재산목록이라고도 할 수 있는 것으로서 피후견인의 사회복지, 의료 및 교육에 대한 필요성 등을 확정하는 것을 말한다. 개별적인 후견계획의 주된 목적은 피후견인의 중요한 재산상황 및 신상 상태에 초점을 맞춘 후, 이들 상황에 어떻게 대처할 것인가에 대한 후견인의 결정을 요구하는 것이다. 예를 들어, 플로리다주의 신후견법은 후견인에 대해 선임된 지 60일 이내에 최초의 후견계획을 제출할 것을 요구하고 있으며, 이 후견계획을 통하여 피후견인을 위한 의료, 정신의료, 신상후견 및 사회복지서비스, 최적의 거주환경, 신청되어야 할 사회보장급여, 필요한 신체 및 정신 건강진단 등을 어떻게 제공해 나갈 것인지를 확정하게 된다. 또한 후견계획은 후견인이 피후견인과 협의한 사실 또는 피후견인의 의사가 합리적이라고 판단되는 경우에 그 의사를 존중하고 있다는 사실을 증명하는 수단으로 활용되기도 한다. 그렇기 때문에 후견인은 피후견인의 새로운 필요사항과 이에 대응하기 위한 수단을 명확히 하기 위하여 후견계획을 매년 갱신하여야 한다.¹²⁾

3. 후견의 감독

후견의 보호목적을 실현하기 위하여 법원은 피후견인을 케어 하기 위해 선

11) Joan M. Krauskopf, Robert N. Brown, Karen L. Tokaraz, Allan P. Bogutz, Id, at 290.

12) 짐에—G.H./ 그로스버그G.T,著, 前掲書, 134-135面.

입된 후견인의 활동상황을 감독하여야 한다. 피후견인의 신상과 재산에 관한 학대나 방치는 언제든지 일어날 수 있으며, 실제로도 일어나고 있다고 한다.¹³⁾ 후견감독을 위한 주된 방법으로는 후견인에 의한 자기보고에 의하는 것이 주로 활용되는데, 이는 연 1~2회에 걸쳐 의무적으로 정기적인 재무회계를 보고하도록 하는 것과 주(州)에 따라서는 신상에 관한 상황에 대한 보고를 요구하는 것으로 인정된다. 보고의 주요내용은 피후견인과의 접촉 횟수 및 그 성질, 최근 의사의 왕진 목적, 통원 또는 입원 횟수, 사회복지서비스 및 재활서비스, 정신상태 및 신체상태, 그리고 정서상태의 변화, 나아가서는 생활상의 절차에 관한 주요결정 및 그 타당성과 변화 등으로 매우 다양하다. 일부 주(州)에서는 피후견인이 간병시설에 입소하고 있는 경우, 거기에서 제공되고 있는 케어의 질과 후견의 계속 또는 변경의 필요성에 대해서도 후견인의 의견을 서술하도록 하고 있다.¹⁴⁾

4. 후견인이 피후견인에게 주는 영향

법원이 선임하는 후견인이 피후견인에게 어느 정도 영향을 주고, 지배를 하는지는 매우 중요한 문제이다. 법원에 의해 무능력자로 판정된 자는 자기결정권에 있어서 부정적 영향을 주게 되는데, 이는 과거 무능력자에 의해 이루어진 중요한 결정이 후견인에 의해 이루어지기 때문이다. 즉, 가전제품을 구입하는 결정권한이나 이를 철회하는 것조차도 무능력자에게는 인정되지 않고, 후견인으로 하여금 무능력자에게 그 의사를 확인하는데 그쳐 무능력자의 우선권이 전혀 고려되고 있지 않다. 하지만, 아무리 무능력자가 계약을 하기 위한 법적권한이 결여되어 있다고 하더라도, 감정적·심리적인 자기가치는 분명히 가지고 있을 것이다. 이러한 점에서 배우자나 성년인 자녀처럼 법률상 후견인으로 우선시 되는 자를 임명하는 것은 그 과정에서 무능력자에 대한 이익과 개인적인 원한이 표면화 될 가능성이 있어 무능력자의 최선의 이익에 부합하지 않게 된다.¹⁵⁾ 만약 그 우선시 되는 자가 후견인으로서 적합하다고 하더라

13) 짐—to—G.H./ 그로스버그G.T.著, 前掲書, 133-134面.

14) 짐—to—G.H./ 그로스버그G.T.著, 前掲書, 150面.

도 무능력자에게 특히, 재산에 특별한 관리능력이 요구되는 경우에는 별도로 재산관리 후견인을 임명하는 것이 바람직할 것이다.

최근, 후견인의 선임은 무능력자가 능력을 상실한 이후가 아닌, 능력이 존재하고 있을 때의 의사표시를 가지고 판단해야 한다는 지적이 있다. 실제로 입법부도 이에 따르고 있는데, 그럼에도 불구하고 무능력자의 의사표시는 존중받지 못하고 있는 실정이다. 이는 신상 또는 재산을 관리하는 능력이 결여된 자는 후견인을 선택할 능력도 없을 것이라는 판단 때문이다. 실제로 무능력자는 후견인이 되고자 하는 자의 영향을 받을 수밖에 없으므로 이들로 하여금 무능력자의 최선의 이익이 고려되고 있지 않다.¹⁶⁾

III. 법정후견제도의 대체제도

미국의 전통적 법정후견제도는 후견인의 임명이 기계적으로 이루어지고 있으며, 후견인으로 하여금 후견업무를 법원에 보고하도록 그 의무를 부담시킴에도 불구하고, 실제로 보고가 충분히 이루어지지 않거나 전혀 이루어지고 있지 않다.¹⁷⁾ 또한 절차의 지연, 법원과 같은 공공장소에서의 개인 사생활의 폭로, 고비용,¹⁸⁾ 후견인의 권한 남용, 피후견인에 대한 무시와 학대 등 많은 문제점이 지적되고 있다.¹⁹⁾ 특히, 후견인이 임명되면 피후견인의 권한이 일률적으로 박탈된다는 점에서 전통적 법정후견제도는 피후견인의 보호에 충분히 대응하지 못하고 있다. 미국은 이와 같은 전통적 법정후견제도의 한계를 극복하고자 다양한 대체제도를 이용하고 있는데, 대표적으로 지속적 대리권 수여제도와 리빙윌, 그리고 신탁제도가 그러하다.

15) Gerry W. Beyer, Teaching Materials on Estate Planning West, 1995, at 99-101.

16) Gerry W. Beyer, Id. at 101.

17) 新井誠, 前掲論文, 7-8面.

18) 후견인 임명을 위한 소송비용이 1만 달러 이상 소요된다고 한다(Ralph M. Engel, "Estate Planning for the Handicapped", Trusts & Estates, October, 1972, at 782).

19) Ralph M. Engel, Id. at 314.

1. 지속적 대리권제도

지속적 대리권제도는 본인에게 지속적 대리권의 설정권한을 부여하는 것으로서 1954년 버지니아 주에서 최초로 법률로서 제정되었다. 이 후 통일법을 포함하여 몇 차례의 개정이 이루어졌으며, 현재의 지속적 대리권제도의 원형은 1979년 통일지속적 대리권수여법(Uniform Durable Power of Attorney Act, 이하, 'UDPAA'라 함)이다. 1979년 통일지속적 대리권수여법은 일본의 임의후견제도를 거쳐 우리나라의 임의후견제도 제정에도 상당한 영향을 준 것으로 평가되어 진다.

1) UDPAA

(1) 기본조항

지속적 대리권은 본인이 장애인이 되었을 경우 본인을 보호하기 위한 재판 외의 제도를 말한다. 지속적 권한의 일반적인 목적은 본인이 자신의 재산을 관리할 수 없는 경우에 포괄적인 재산계획을 검토하기 위함이고, 본인의 이익과 요구를 위하여 재산을 관리하고 통제하는 것이다. 지속적 대리권은 본인의 재산관리와 신상보호 모두에 적용되는 것으로서, 본인의 장애 또는 사망에 의해 권한이 무효가 되는 관습법상의 대리권을 변경하고자 하는 것이다. 미국에서 지속적 대리권은 고령자보험, 생전신탁, 후견제도와 같은 종류의 것으로 인식되고 있는데,²⁰⁾ 이러한 지속적 대리권은 종래의 관습법에 대해 다음의 두 가지의 큰 개정점이 있다. 관습법상의 대리권에 지속적인 대리권을 포함시킨 점과 본인의 사망 또는 무능력으로 인해 권한에 미치는 영향의 변화가 있다는 것이 그러하다. 전자에 따르면, 관습법상의 대리권도 본인과 대리인의 관계를 구성하고, 본인에게 능력이 남아있다면 본인 스스로 감정을 컨트롤 할 수 있음에도 불구하고, 본인에게 능력이 있는 경우에 한하여 적용되는 반면, 지속적 대리권은 본인이 무능력자가 된 경우에도 대리권을 행사할 수 있다는 점

20) Marc Jacobs, "Possible Uses of Durable Power of Attorney", Probate Law Journal, Vol. 7, 1985, at 7.

에서 종래의 관습법의 논리를 큰 폭으로 확대한 것이다. 후자에 따르면, 관습법상의 대리권 및 대리인과 본인의 관계는 본인의 무능력 또는 사망에 의해 종료되는 반면, UDPAA에 따르면 지속적 대리권은 본인의 사망에 의해서만 종료된다. 즉, 본인이 무능력해 진 경우에도 본인과 대리인의 관계는 종료되지 아니하고, 대리인은 성실하게 대리권을 행사하여야 한다.²¹⁾

본인의 신상 또는 재산을 보호할 필요가 있는 경우, 법원은 일정한 자를 대리인으로 임명할 수 있는데, 이 경우 자격박탈의 경우를 제외하고는 본인이 최근에 지명한 자에게 지속적 권한을 부여하여야 한다. 지속적 권한에 있어서 대리인, 후견인, 재산관리인이 공존하는 경우도 있으나, 이들의 관계에 대해서는 어떠한 규정도 두고 있지 않다. 다만, 대리인은 모든 수탁자의 기본적인 의무와 동일한 책임을 진다. 한편, UDPAA에 따르면 본인의 최선의 이익을 요구한다는 규정을 두고 있는데, 이는 증여나 기본적인 권한을 임명하는 것과는 별개로, 신탁관계(fiduciary relation)의 구축을 의미한다. 여기서 신탁관계라 함은 당사자 일방이 상대방의 신뢰를 얻고 그 자의 이익을 염두에 둔 채로 행동 및 조언하는 것으로서, 여기에는 수탁자와 수익자, 후견인과 피후견인, 대리인과 본인의 관계와 같이 당사자의 법률관계로부터 당연히 신뢰관계가 인정되는 것을 포함하고, 그렇기 때문에 대리인의 행위는 본인의 최선의 이익을 위해 이루어져야 한다.

(2) 지속적 대리권의 수여행위

UDPAA 제1조에 따르면, 지속적 대리권이라는 것은 본인이 서면에 의하여 타인을 대리인으로 선임한 경우에 그 증서가 “이 대리권은 향후 발생하는 본인의 장애 및 의사능력의 상실 또는 시간의 경과에 의하여 영향을 받지 아니한다”, “이 대리권은 본인의 장애 및 의사능력의 상실 시점에서 발효된다”는 문언과 향후에 발생하는 본인의 장애 및 의사능력의 상실과 관계없거나 실효되는 시점이 명시되어 있지 아니한 경우에 해당 증서의 작성 시부터 시간의 경과에 관계없이 부여받은 대리권을 행사하는 것이 가능하다는 취지로 본인의

21) Marc Jacobs, Id, at 11.

의사를 나타내는 문언을 말한다. 지속적 대리권을 수여하기 위해서는 UDPAA 하에서 통상의 권한과 특정의 권한 쌍방에 특정의 문언을 표기하는 것과 유의어를 사용함으로써 권한을 수여했다는 것을 나타내야 한다. 이 유의어에는 본인이 권한을 지속한다는 의도가 표시되어야 하는데, 만약, 지속적 대리권 수여를 위해 유의어를 사용하는 것이 제정법에 위반되거나, 불일치하는 경우에는 필요한 의사가 표시되어 있는지 여부를 가지고 검인판사가 결정하게 된다. 본인의 권한은 UDPAA나 유의어의 문언에 의해 유연하게 이용될 수 있으며, 제3자에 대해 지속적 권한을 부여하는 것으로 적극적인 인상과 신뢰감을 줄 수도 있다.

2) 신상을 위한 지속적 대리권

신상을 위한 지속적 대리권은 종래부터 UDPAA에서 논의되어 왔다. 이 후 일부 주(州)에서 특별법으로 제정이 되었고, 1993년에는 통일의료결정법(Uniform Health Care Decisions Act)이 제정되기에 이르렀다. 종래에 UDPAA에서 지속적 권한을 고려함에 있어서 계속해서 논의되어 왔던 것은, 본인이 능력을 상실한 후에도 능력을 상실하기 전과 일관되게 의료행위를 정지하는 등 신상케어의 관리 및 감독을 위한 지속적 권한을 부여할 수 있는가이다.²²⁾ 지속적 권한이 신상에 관한 기본적인 결정에 적용된다는 점에 대해서는 일반적으로 긍정이 되는데,²³⁾ 이는 지속적 권한이 후견의 대체방법으로 이용되고 있기 때문이다.

(1) 주법의 제정

캘리포니아 주에서는 1983년에 신상보호를 위한 지속적 대리권 수여법(California Civil Code Statutory Form Durable Power of Attornet for Health Care)이

22) 石川稔, “醫療のための持續的代理權-アメリカ法からの示唆を求めて”, 石川稔・中川淳・米倉明, 「家族法改正への課題」, 日本加除出版, 1993, 484面 以下 参照; Marc Jacobs, Id, at 22.

23) 예를 들어, 본인이 회복기의 환자인 경우 그 거처 또는 주거를 지정하는 것, 의료인을 포함한 전문 직원을 고용하는 것, 개인적인 재산과 그 상황에 대응하는 것 등은 신상에 관한 기본적인 결정에 관한 사항으로서 당연히 인정된다고 한다.

제정되었다. 캘리포니아 주법에서의 신상보호를 위한 지속적 대리권의 목적은 의료에 관한 결정은 본인을 대신하여 행하는 것이지만, 리빙윌과 같은 생명유지에 관한 중요한 결정에 있어서는 적용되지 않는다. 의료에 관해서는 신상보호와 분리하여 독자적인 법률로서 의료에 관한 지속적 대리권 수여법(Durable Power of Attorney Health Care Act)이 제정되어 있으며, 신상보호를 위한 지속적 대리권 수여법은 통상의 지속적 권한과는 다른 특징을 가지고 있다. 무능력자의 의료결정에 대한 우선권을 대리인에게 부여하고 있는 점, 대리인에게 의료상의 기록을 이용할 권한을 부여하고 있는 점, 보호책임은 가진 대리인의 진술에 근거하여 성의 있는 건강관리를 할 자 등을 고용할 권한을 부여하고 있는 점이 그러하다. 캘리포니아 주법은 후에 다른 주법의 제정에도 많은 영향을 미치게 되는데, 펜실베이니아주법과 뉴욕주법이 대표적이다. 펜실베이니아주법은 신상보호의 결정 안에 의료에 관한 결정이 포함되어 있으며, 대리인에게 후견인, 수탁자, 재산관리인과 마찬가지로의 권한을 부여하는 등 지속적 권한을 인정하기 위한 상세한 규정을 두고 있다. 즉, 본인이 지속적 대리권을 설정하고자 할 경우, ① 증여를 하는 것, ② 본인의 이익을 위하여 신탁설정을 하는 것, ③ 본인의 이익을 위한 추가신탁 설정을 하는 것, ④ 본인의 사망한 배우자의 재산 지분의 선택을 주장하는 것, ⑤ 어떠한 재산상의 이익을 포기하는 것, ⑥ 수탁자의 지위를 부인하는 것, ⑦ 신탁의 수익 또는 자금을 철회 또는 받아들이는 것, ⑧ 본인의 후견을 위한 의료, 간호, 주거에 관한 것 또는 이와 유사한 편의를 도모하는 것과 승낙하기 위한 승인의 권한을 부여하는 것, ⑨ 의료와 외과수술 절차의 권한을 부여하는 것 등에 대한 내용이 반드시 포함되어야 한다. 이에 대해, 뉴욕주의 경우에는 지속적 권한에 대해 약간의 다른 사고방식을 가지고 있다. 뉴욕 사법장관에 따르면, “지속적 대리권은 무능력한 본인을 대신하여 신상보호의 결정에 관한 대리권을 인정하는 것을 고려하지 않는다”고 함으로써, 대리권은 전통적으로 재산관리를 위해 이용되는 것이고, 지속적 권한은 재산관리를 대신하는 손쉬운 대체방법으로써 제공되는 것에 불과하다고 한다.

(2) 관련논의

미국은 1976년 뉴저지 주 대법원의 Karen Ann Quinlan 판결²⁴⁾에서 식물인

간 상태에 있는 환자에게 프라이버시권에 의거하여 치료거부권을 인정한 바 있으며, 환자에게 치료거부권을 행사할 능력이 없는 경우에는 그 치료거부권이 후견인에게 인정된다고 판시한 바 있다. 이 사건을 계기로 개인 또는 재판에 의해 권한을 인정받은 대리인의 치료거부권 행사 여부에 관한 논의가 시작되었다. 그런데, 응급상황에 있어서 어떠한 지속적 권한의 사용은 위급한 결정으로 이행되는 것이지만, 그것은 전적으로 본인의 결정이며, 실제 의료상의 문제와는 다른 것이어서 과연 다시 한 번 본인의 의사결정을 고려할 필요가 있는지는 의문이다. 만약 본인이 존엄사를 요구하는 경우 언제 죽음을 맞이할 것인지는 일신전속적인 문제에 해당되므로 본인이 치료거부를 명확하게 명시적으로 한 경우에 한해서만 인정되어야 할 것이다. 이는 특히, 치료를 중단하는 것이 프라이버시권과 관련되는 경우에 문제가 되는데, 지속적 대리권과 같이 법원의 감독 없는 타인에 의한 결정은 프라이버시권의 침해에 해당된다고 할 수 있다.²⁵⁾ 그럼에도 불구하고, 위급한 의료결정을 함에 있어 지속적 권한 사용을 보조하는 것은 가능하다. 후술하는 리빙윌에서 지속적 권한은 어디까지나 '본인의 의사를 전달하기 위한 수단'으로 여겨지지만, 대리인에게는 사전에 부여받은 지속적 권한 이외에 의료에 관한 결정권한은 없다. 치료를 중단시킬 권한은 제3자인 후견인이 갖고 있으며, 그 후견인이 위급한 치료의 결정을 하기 위한 지속적 권한의 사용을 보조하게 되는 것이다. 이렇듯, 지속적 권한은 후견인의 권한으로 보고 있기 때문에 대리인이 이러한 권한을 행사하기 위해서는 사전에 대응책이 마련되어야 할 것이다. 권한이 수여되기 전에 치료를 정지하는 경우에 있어서 그 기준을 고려하는 것과 의료행위의 결정권자가 증서에 서명을 하는 것이 그러하다. 이는 본인에게 의사능력이 있어야 하고, 그 의사능력이 지속적 권한이 유효하기 전에 반드시 갖추어져 있을 것을 전제조건으로 한다.²⁶⁾

24) In re Quinlan, 70 N.J. 10, 355 A.2d 647(1976).

25) 이에 대해 지속적 대리권은 본인의 의사와 언제 어떻게 권한을 정지할 것인지 그 결정이 명확하기 때문에 프라이버시권을 보다 더 보호해야 한다는 의견도 있다.

26) Marc Jacobs, Id, at 25.

(3) 법원의 역할

성년후견제도는 법원의 판단이 요구되기 때문에 많은 시간과 비용이 소요되어 실제로 많은 사람들이 거리감 있는 제도로 인식하고 있다. 소송을 통하지 아니한 지속적 권한의 취급 정지는 허용되지 아니하고, 검인판사는 ① 본인의 능력상실 전에 본인의 의사를 증거로 그 권한을 인정하고 있으며, ② 지속적 권한을 본인에 의하여 필요하다고 인정되는 경우에 후견인으로써 연락할 사람을 선임하는 방법으로 대응하고 있다. 일부 주(州)에서 이와 같은 방법을 인정하는 곳도 있지만, UDPAA에 따라 본인이 지속적 대리권, 재산관리 후견인, 신상후견인을 선택하는 것도 가능하다.²⁷⁾ 신상보호를 위한 지속적 대리권이 현실적으로 필요한 경우에는 본인은 스스로 자신의 의사를 표시할 수 없는데, 만약 본인의 선택이 정해지지 않았다면 대리인은 본인의 최선의 이익이라고 여겨지는 사항을 기준으로 이를 결정해야 한다. 대부분의 소송에서 제정법은 대리인에게 광범위한 권한을 인정하고 있지만, 법원이나 입법부는 본인의 의사가 불명확한 경우에는 대리인의 결정권한을 제한하고 있다.

한편, 신상보호를 위한 지속적 대리권은 건강관리를 위해 본인의 의사능력이 있는 동안에 폭넓은 의사표시를 할 수 있는 손쉬운 방법이라 할 수 있다. 이 경우 의사표시가 가능한 범위는 후술하는 리빙윌보다도 더 넓다고 할 수 있다.²⁸⁾

3) 의료를 위한 지속적 대리권

의료를 위한 지속적 대리권을 둘러싼 논의를 해결하기 위한 최초의 시도는 통일주법위원회 전국회의의 1982년 의료동의법 모델법의 승인이다. 개인의 자유와 자주성으로 인해 본인이 무능력자가 되기 전, 향후 본인에 대한 의료결정권을 친족이나 친구에게 부여하고자 하는 것이 본인의 의사에 부합할 것이라는 이유로 통일주법위원회에서는 ‘의료를 위한 대리인’의 권한을 타인에게 인정하는 조항을 승인하였다. 그 후 1993년 제정된 통일의료결정법에서도 의료를 위한 대리인을 지명하는 사고방식이 관철되고 있다.²⁹⁾

27) Marc Jacobs, Id. at 26.

28) Marc Jacobs, Id. at 26-27.

(1) 목적

의료를 위한 대리권은 본인으로부터 대리인에게 자신을 대신할 의료에 관한 권한을 부여함으로써, 의료행위에 관한 승낙과 거부를 결정짓기 위한 것이다. 의료를 위한 지속적 권한은 후술하는 리빙윌과 달리 모든 의료의 형태에 대한 결정을 이행하기 위한 절차로서, 생활지원의 결정과 철회만을 고려하는 것은 아니다. 본인이 능력을 상실했을 경우에 권한을 행사할 수 있고, 그것은 반드시 문서에 의해 구체적인 내용이 제시되어야 한다.³⁰⁾ 일부 주(州)에서는 의료에 관한 대리인을 표시하기 위해 특정의 문서 형식을 요구하는 곳도 있지만, 일반적으로 문서의 형식이 특별히 요구되지는 않는다. 다만, ① 누가 대리인이 될 것인지, ② 누가 대리인을 대신할 것인지, ③ 대리인에게 어떠한 권한을 부여할 것인지, ④ 누가 문서의 관리를 할 것인지에 대해 본인의 선택권을 정확히 반영한 최종적인 서류는 있어야 한다.³¹⁾ 의료행위의 필요성이 인정될 때 본인의 의사가 최우선으로 반영되어야 하기 때문이다. 따라서 본인의 의사로 문서를 변경하는 것도 가능하다. 여기서 ‘의료(health care)’라 함은 “개인의 신체적·정신적 상황을 치료 및 진단하는 것과 이를 지속시키기 위한 모든 케어·서비스·보호·수단을 행하는 것”으로 정의할 수 있는데, 이는 의료의 동의와 일체가 되는 것으로서, 동의의 거부, 취소할 수 있는 동의를 모두 포함하는 개념으로 해석되어 진다. 따라서 본인이 특별히 대리인에게 특정권한을 부여하지 않는 한 이 개념은 일반적으로 적용될 것이다.

(2) 의료대리인

일반적으로 의료의 제공자와 시설의 직원은 대리인이 되지 못한다. 그 이유는 가족의 일원이 대리인으로 선임되는 것이 차후에 발생할 수 있는 위험과 손해로부터 본인을 보호할 수 있고, 본인에 대한 학대도 일어날 개연성이 적을 것이라는 입법자의 의도 때문이다. 또한 의료를 받게 하기 위해 의료행위

29) Gerry W. Beyer, Teaching Materials on Estate Planning, 4th ed. WEST, 2013, at 371-372.

30) David M. English, “The UPC and the new Durable Powers”, 27 Real Property, Probate and Trust Journal, Summer, 1992, at 387.

31) Joan M. Krauskopf, Robert N. Brown, Karen L. Tokaraz, Allan P. Bogutz, Id, at 264.

를 강제하는 것도 금지된다. 이는 헌법상 권리로서 의료행위 거절권이 인정되기 때문이다.³²⁾ 대리인은 본인이 능력을 상실하여 의료결정권을 행사할 수 없을 때, 본인의 의사를 사전에 밝혀내고, 이를 토대로 적절한 케어를 하여야 한다. 반대로 본인은 대리인 또는 대리인을 대신할 사람이 언제 의료결정권을 행사할 것인지, 그 권한을 어디까지 부여할 것인지를 미리 정하여야 한다. 따라서 단순히 나이가 들어서라든지, 허약해질 때 권한을 부여하는 것은 타당하지 않으며, 자신과 멀리 떨어진 곳에 살고 있는 자를 대리인으로 선임하는 것도 타당하지 않다. 한편, 본인은 공동대리인 제도를 이용하는 것도 가능하다. 이 경우 본인은 각각의 대리인에게 문서를 넘겨주어야 하는데, 대리인 간의 의견이 불일치하는 등 일정한 경우에는 의료행위의 대리권을 배제하는 것도 가능하다. 이처럼 대리인 간의 의견이 불일치하는 경우 그 판단은 결국 법원의 결정에 따를 수밖에 없는데, 이를 대비하기 위해 본인은 사전에 의사결정권자를 미리 지정해두는 것이 좋다.

한편, 대리인 또는 대리인을 대신할 자를 선임하는 것은 본인에게 있어서 매우 중요하고 곤란한 문제이다. 의료에 관한 지속적 대리권을 고려한다는 것은 재산관리를 위한 지속적 대리권을 고려하는 것과 마찬가지로 볼 수 있기 때문이다. 하지만, 본인은 의료에 대해 자신과 같은 인생철학을 가지고 있는 자를 지정하거나, 특정 의료행위에 대한 판단을 함에 있어서 본인의 의사를 최우선으로 고려하여 책임감 있게 대리권을 행사할 수 있는 자를 대리인으로 선임하면 된다. 이렇듯, 의료를 위한 지속적 대리권에 있어서 가장 중요한 것은 본인의 의사이고, 그것이 최우선 고려의 대상이므로 사전에 의사결정을 통하여 대리인에게 명확하게 전달하는 것이 요구된다.

하지만, 의료행위에 대리권이 필요한 경우, 본인이 자신의 의사를 전달하는 것이 사실상 불가능한 때가 있다. 또한 본인의 의사가 명확하게 전달되지 않을 때도 있다. 이러한 경우 대리인은 본인의 최선의 이익이라고 믿을 만한 기준으로 의사결정을 하여야 할 것이다. 일반적으로 본인이 의료에 관한 대리인을 문서로 나타내는 경우에 본인은 대리인이 어떠한 상황에도 대처할 수 있

32) David M. English, Id. at 384.

도록 광범위한 권한을 부여해야 하지만, 대리인의 자유재량은 본인의 우선권에 의해 제한된다. 따라서 본인의 의료행위에 관한 의사를 문서를 통하여 대리인이 고려할 수 있도록 지시해 두는 것이 타당하다.

한편, 후술하는 리빙윌에서는 생명과 죽음에 관한 결정을 하는 상황에서 본인은 사전에 미리 일정한 지시를 해 두어야 하지만, 의료행위를 위한 지속적 대리권에서는 이와 같은 사전지시가 필요 없다. 의료에 관한 지속적 대리권을 수여하는 경우 ① 시설의 장소, ② 수혈여부, ③ 약물치료여부, ④ 튜브사용여부, ⑤ 최신식 의료기구 사용여부, ⑥ 병원 이전 또는 타 의료시설로 이송여부, ⑦ 종교상의 신념에 의한 의료행위 시기의 지정 등에 있어서 본인의 의사를 미리 규정해두면 충분하기 때문이다.

(3) 문서의 관리

의료를 위한 지속적 대리권에서 본인은 그 대리권의 원본을 어디에 보관할 것인지를 결정하여야 한다. 그 방법으로는 본인이 직접 보관하는 방법, 지정 대리인에게 보관하게 하는 방법, 제3자에게 보관하게 하는 방법이 있다.

의료를 위한 대리권은 본인이 실제로 능력을 상실하기 전에 적용되거나, 본인과 본인이 지명한 자가 본인의 능력을 확인하기 전에 적용되는 경우에는 손해의 발생 개연성이 매우 적다. 그 이유는 본인이 지명한 자가 평소에 본인이 무능력하다는 것을 개인으로써 판단한 자이기 때문이다. 여기에서 손해라 함은 대리인에게 문서를 넘겨주는 것과 무능력에 대해 권한을 행사함에 있어 문서와 다른 치료법을 제시하는 것을 의미하는 것이 아니라, 대리인을 잃거나, 공동대리인 중 일방이 도움을 주지 않거나, 문서의 변경에 도움을 주지 않는 경우 등을 의미한다. 물론, 주치의에게 문서를 건네는 것도 가능하지만, 주치의가 본인이 무능력자가 되었을 때 그 문서의 내용에 따른다는 보장도 없다.³³⁾ 따라서 의료를 위한 지속적 대리권에서는 재산관리를 위한 지속적 대리권과 달리 다수의 복사본을 복수의 사람에게 건네주는 것이 바람직하다.

33) Panel Discussion, "Legal Problems of the Aged and Infirm-The Durable Power of Attorney-Planned Protective Services and the Living Will", 13 Real, Property, Probate & Trust Journal, Spring 1978, at 44-67.

2. 리빙윌(Living Will)

1) 목적

리빙윌은 생명을 연장하기 위해 필요한 의료행위의 선택권에 관한 본인의 진술로서, 무능력자를 위한 법적계획에 있어서 매우 중요한 역할을 한다. 환자가 본인의 의사를 전달할 수 없는 경우, 대리인 내지 의료에 관한 의사결정권자가 의료행위를 예측하고,³⁴⁾ 본인이 다양한 케어를 원하는지 여부를 판단하고 보고하여야 한다. 문제는 본인의 의료행위를 거절할 권리와 의료행위를 청구할 권리가 분명하지 않은 경우다. 이와 관련하여 미국 연방대법원의 크루잔 판결³⁵⁾에서는 치료를 거절할 권리는 헌법 제14조 수정조항에 의해 보장된 자유라고 판시하였다. 다만, 치료행위를 거절할 권리와 죽을 권리를 검토함에 있어 치료의 필요성은 존재하지만, 환자의 의사결정을 전달할 수 없는 경우에는 주(州)는 대리인에게 무능력자가 간절하게 이를 희망하고 있는지를 명확

34) 리빙윌에서 본인을 위한 대리인과 의료행위의 의사결정권자는 따로 임명되지 않는다.

35) *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*, 497 U.S. 261, 110 S. Ct. 2841, 111 L. Ed. 2d 224(1990). *Cruzan* 사건의 개요는 다음과 같다. 1983년 1월 11일 새벽, 낸시 베스 크루잔(25세)이 미주리 주의 도로에서 자동차를 운전하던 중 교통사고를 일으켰다. 그 결과 낸시는 식물인간이 되었고, 남편(후에 이혼)의 동의 하에 위를 통하는 관으로 모든 영양과 수분을 보급 받았다. 낸시의 의식이 두 번 다시 회복될 수 없다는 것을 알게 된 부모(낸시의 공동후견인)는 낸시가 입원하고 있는 주립병원에 대해 관을 통한 영양과 수분보급 중지 요구를 인정하도록 미주리 주 제1심 법원에 소송을 제기하였다. 제1심 법원은 부모(공동후견인)의 청구를 인용하여, 주립병원에 대해 낸시의 영양과 수분 보급을 중지할 것을 명령하였다. 이에 대해, 주(州)와 낸시에게 부여된 소송후견인이 상고하였다. 미주리주 대법원은 제1심 법원의 명령을 뒤집고, “환자가 무능력한 경우에는, 인명을 존중하는 주의 강한 방식에 비추어, 환자 본인의 치료거부 의사가 주의 자연사법의 요건을 만족시킨 형태로 표명되고 있는지, 그것을 증명할 수 있는 명확한 증거가 없다면 환자본인 이외의 자가 환자의 죽음을 초래하는 것은 허용되지 않는다”고 하며, 본 사건에 대해서는 그 어느 쪽도 존재하지 않기 때문에 공동후견인의 청구는 인정되지 않는다고 판시하였다. 이에 대해 공동후견인이 연방대법원에 상고를 하였고, 연방대법원이 이 신청을 받아들여 심리를 하였지만, “가령 미국 헌법 제14조 수정조항의 절차에 따라, 생명유지의 치료를 거부할 권리가 인정된다고 하더라도 식물인간 상태에서 판단능력이 결여되고, 후견인에 의해 치료 중지가 요구되고 있는 자에 대해, 그 중지가 인정되는 요건으로써, 주(州)가 치료중지를 요구하는 본인의 의사에 대한 명확하고 설득력 있는 증거를 요구하는 것은 헌법상 인정 된다”라고 하여, 공동후견인의 주장을 배척하고, 원심을 확정하였다.

히 밝혀내고, 확산시키도록 요구하여야 할 것이다. 크루잔 판결에서도 그것이 합법적이라며, 만약 그러한 증거가 없다면, 치료를 거부할 수 없다고 한다. 한편, 리빙윌은 의료를 위한 지속적 대리권의 집행이 이루어진 경우에도 집행이 가능하다. 그 이유는 대리권에서 부여된 재량권 하에서도 치료를 거절할지, 이를 청구할 지에 대해 본인의 의사를 판단할 수 있고, 대리권에서 이루어진 내용의 변경을 자주적으로 변경할 지, 또는 이를 실행할 지를 판단할 수 있기 때문이다.³⁶⁾

2) 준비절차

리빙윌을 이용하기 위해서는 다양한 문서를 활용하는 것이 가능하다. Dying organization, Hemlock Society, 또는 AARP의 선택과 같은 많은 조직에 의해 무료로 제공되고 있으며, 다수의 의료관계자나 의료협회에서도 변호사회와 공동으로 아주 저렴한 비용으로 문서를 제공하고 있다. 일부 주(州)에서는 문서의 서식을 채택하는 곳도 있지만, 그 서식의 이용이 강제되는 것은 아니다.

한편, 본인을 위한 리빙윌을 준비하는 대리인은 개별적으로 불명확한 용어에 대해 본인의 의사를 나타내기 위하여 본인의 서명이 있는 문서를 작성하여야 한다. 이 경우 본인에 의해 서명된 문서가 부정과 혼란을 초래하는 것이 아니라는 것을 명확히 하여야 하며,³⁷⁾ 유언과 같이 철회조항을 포함시키는 것도 한 가지 방법이다.³⁸⁾

3) 문서의 관리

리빙윌에서 문서를 관리하는 것은 매우 중요하다. 문서를 분배하는 것도 필

36) Joan M. Krauskopf, Robert N. Brown, Karen L. Tokaraz, Allan P. Bogutz, Id, at 270.

37) 예를 들어, 의료상의 치료를 영양과 수분의 공급으로 생각하고 있는지, 고통을 경감하기 위해 연명치료를 중단할 것인지, 누가 무능력을 결정할 것인지, 본인에게 있어서 무능력의 개념은 무엇인지, 본인의 개인적인 우선권에 기반하여 정신적으로는 무능력하지만 생명이 위급한 질병의 말기가 아닌 경우(알츠하이머 등) 치료를 거절할 것인지 여부 등에 대해 반드시 본인과의 논의를 통하여 이를 명확하게 할 필요가 있다.

38) Joan M. Krauskopf, Robert N. Brown, Karen L. Tokaraz, Allan P. Bogutz, Id, at 271.

요하며, 다양한 문서 하에서도 집행은 승인된다. 본인을 담당하는 복수의 의사가 그 문서의 복사본을 인수하고, 본인은 원본에 따라 결정하여야 한다. 중요한 의료행위의 경우 이를 지시한 가족이나 대리인에게는 본인의 의사를 나타내고 있는 것을 승인하고 이를 보장받기 위해 복사본을 건네주어야 한다. 다만, 대리인은 모든 문서의 기록을 요구하거나, 그것을 문제 삼을 수는 없다.³⁹⁾

3. 신탁제도⁴⁰⁾

1) 신탁의 설정

신탁은 위탁자와 수탁자의 사이에 승인되는 것으로 위탁자로부터 수탁자에게 특정의 지정된 자산을 이전하고, 수익자를 위하여 수탁자가 그 자산의 관리 및 분배를 하는 것을 말한다. 신탁은 다양한 형식과 특징을 가지며, 생전신탁, 공익신탁, 철회가 불가능한 생명보험 신탁, 저소득자 의료보조(medicaid)의 적용 가능한 자를 위한 보충급부신탁, 자녀나 손자 등 제3자의 이익을 위한 신탁, 공익목적·교육목적 또는 상상할 수 있는 모든 목적을 위한 신탁의 설정이 포함된다.⁴¹⁾ 장애인을 위한 신탁도 여기에 포함이 되며, 이는 철회가능신탁에 해당된다. 철회가능신탁이란 신탁설정자가 철회권을 보유한 신탁으로 설정조항에 의거하여 신탁설정자 또는 그 외의 자에 의해 신탁을 종료시키는 것이 가능한 신탁을 말한다. 철회가능신탁은 법정후견제도를 회피하기 위한 목적으로도 사용되는데, 예를 들어 위탁자가 자신의 재산관리를 포기하고 싶지

39) Id, at 271-272.

40) 미국의 신탁제도는 고령자의 재산관리를 위하여 1987년에 통일재산관리 신탁법(Uniform Custodial Trust Act)이, 2000년에는 통일신탁법전이 제정되었다. 미국의 신탁제도와 성년후견제도에 관해서는 新井誠, “アメリカにおける高齢者財産管理信託法制の新しい動向(1)~(3・完)-信託制度の成年後見的役割”, 「ジュリスト」, 第1105號, 1997, 94-98面; 第1106號, 102-112面; 第1107號, 86-90面; 新井誠, 「成年後見法と信託法」, 有斐閣, 2005, 148-193面; 新井誠, 「信託法」, 有斐閣, 2014, 532面 以下; 新井誠・赤沼康弘・大貫正男編, 「成年後見制度-法の理論と實務」, 有斐閣, 2014, 457面 以下; 樋口範雄, 「入門・信託と信託法」, 弘文堂, 2014, 258面 以下 参照.

41) Id, at 275.

않더라도 장래에 신체 또는 정신적으로 장애가 발생하여 스스로 재산관리를 하지 못하는 경우에 있어서 위탁자가 장애인이 될 때까지 그 자신의 기본적인 이익을 위하여 설정된 신탁의 수탁자로서 스스로 재산관리를 할 수 있게 된다. 위탁자가 장애인이 된 이후에는 신탁은 더 이상 철회가 불가능한 신탁으로 전환되고, 새롭게 지명된 공인의 수탁자에게로 관리가 이전된다.⁴²⁾

2) 신탁의 종류

(1) 생전신탁과 철회가능신탁

생전신탁이라 함은 위탁자의 일생 중 재산상의 문제가 발생할 경우 이를 관리하기 위하여 설정되는 철회 가능한 신탁으로, 재산의 분배나 위탁자의 사망시에 자산관리를 계속하기 위하여 설정되는 것을 말한다. 생전신탁은 주로 본인이나 배우자를 수탁자로 지명하거나, 법원에서의 자산의 검인과 검인을 위한 비용을 회피하기 위하여 위탁자가 사망하는 경우 신탁감정의 분배나 관리의 계속을 위해 설정되기도 하고, 그 밖에도 부동산세 회피 목적 또는 부부가 최소한의 자산으로 유족의 생활을 부양하기 위하여 생전신탁이 설정되기도 한다.⁴³⁾ 이와 같은 생전신탁으로 위탁자로 하여금 철회권이 인정되는 신탁을 철회가능 생전신탁이라고 한다. 철회가능 생전신탁은 법원의 검인절차를 회피하기 위한 유언대체방법과 능력이 상실된 경우 재산관리를 목적으로 주로 이용된다. 이는 장래에 무능력한 상태를 대비하기 위한 것으로서 ① 위탁자에게 정신 또는 신체에 장애가 발생할 경우 무엇을 할 것인지, ② 위탁자가 장애인이 되었는지 여부를 어떻게 결정할 것인지, ③ 수탁자는 어떠한 종류의 생활 지원을 준비하여야 하는지, ④ 위탁자의 집안의 물건들을 어떻게 구비하고 처분할 것인지가 반드시 문서의 내용에 포함되어야 한다. 구체적인 문서의 내용은 다음과 같다.

42) L. Henry Gissel, Jr. & Karen R. Schiller, "Trust Made Easy : A Simplified Overview of the Reasons for Creating, Modifying, and Terminating Express Trusts", Probate Law Journal Vol. 10, 1991, at 243-244.

43) Joan M. Krauskopf, Robert N. Brown, Karen L. Tokaraz, Allan P. Bogutz, Id, at 276.

“만약 위탁자가 장애인 또는 질병에 걸리거나, 수탁자의 의견이 위탁자에게 있어서 유익한 경우, 수탁자는 자신의 재량으로 위탁자의 실수입으로 후견·원조·생계·복지·의료 또는 입원 그 밖의 이와 유사한 종류의 케어를 위탁자에게 공급하고, 이하의 조항에 대해 위탁자에게 직접 제공한다.

① 이 조항 하에서 케어의 제공을 받을 것인지에 대한 결정에 대해 수탁자는 ○○에게 상담한다. 수탁자가 이 조항 하에서 결정하는 경우 최종적으로는 의사의 진단서에 따라야 한다.

② 회복기에 있는 사람의 보조, 광범위한 케어, 요양원의 케어에 대해 수탁자가 후견·원조·생계·복지·의료·병원에 의한 케어 또는 이와 유사한 종류의 케어가 위탁자에게 필요하다고 인정된 경우 수탁자는 위탁자를 위하여 서비스를 계획할 권한을 갖는다.

③ 시설 또는 장기간 케어를 공급하는 경우, 수탁자는 위탁자에 대해 실제로 케어를 하고 있는 자에 대해 다음의 편의를 제공한다.

(a) 위탁자가 능력이 있는 동안에 승인하고 결정한 생활수준에 적절한 원조와 생계

(b) 충분한 수준의 의료 또는 간호, 고령에 수반되는 신체 또는 정신적인 질환의 모든 상황에 대한 대응

(c) 모든 상황에 대해 최선의 간호, 원조와 건강, 의료, 병원, 간호의 비용을 연결시켜 고려하고, 위탁자의 요양을 위한 비용(일반 입원 제외)으로 위탁자에 대한 요양의 공급

④ 수탁자는 위탁자를 위한 생활지원을 제공하기 위하여 계약을 할 권한을 갖고 있지만, 이는 정해진 월(月) 금액, 일시금 지불 또는 이 두 가지를 합한 것으로 공급한다. 이 계약은 서면으로 제시된 것으로서, ③의 (a)(b)(c)의 관점에서 이루어진 완전한 계약으로 취소될 수 없다. 그리고 가족과 대리인 등에 의하여 철회되지 않는다.

⑤ 만약 수탁자가 이 조항 하에서 행위하고, 위탁자가 현재의 주거와는 다른 주거로 이동할 경우(또한 주거가 신탁으로 되어 있지 않은 경우) ○일간 수탁자는 통상의 가격으로 매각하거나, 가족의 가구 기타 개인적인 것을 공적으로 또는 사적으로 판매하는 것과 같이 실행 가능한 이후의 시장가격으로

판매할 수 있다. 수탁자는 신탁재산을 사용하여 지불하고, 부동산 브로커 또는 개인 재산의 판매를 고려할 필요가 있다. 시장가격을 확정하는 것에 대해 수탁자는 재산을 평가할 것인지, 또는 평가의 견적을 의뢰한다. 부동산이 판매될 때까지는 수탁자가 모든 세금과 합리적으로 필요한 유지비, 생계의 관리나 부동산의 개량에 의해 보다 좋은 판매가 이루어질 수 있도록 대응하여야 한다. 수탁자는 주거나 개인재산을 위탁자의 자손과 친척, 위탁자의 배우자의 자손과 친척을 위하여 매각할 권한을 갖는다. 수탁자에게 있어서 확실한 개인 재산판매의 대체방법은 현존하는 유언 또는 신탁조항에 따라 위탁자의 사망 시에 분배하는 것이다.”

이 조항은 위탁자와 수탁자 쌍방 모두를 보호하는 매우 중요한 지침으로서의 역할을 하고 있다.

(2) 스텐바이 신탁

스텐바이 신탁은 가용의 자금으로 설정되는 생전신탁으로 자산은 아직 이전되지 않았지만, 장래에 신탁조항이나 보호가 필요하게 되었을 때 이를 이전시키는 것을 말한다. 위탁자는 평소에 누군가에게 지속적 대리권을 부여하고, 위탁자가 무능력한 상태에서도 유효하며, 장래의 권리를 위하여 위탁자의 자산을 이전하기 위한 대리권한이 부여되기도 한다. 이 결정은 검인을 위한 비용과 검인시 프라이버시가 침해당하는 것을 회피하거나, 유언서 무효신청의 성공가능성을 축소하거나, 무능력에 의하여 선임된 수탁자의 관리를 포함하는 생전신탁의 모든 것에 도움이 된다. 하지만, 대리인은 위탁자가 사망하기 전에 재산을 신탁으로 이전하기만 하면 검인은 회피할 수 있다. 관습법상의 대리권은 본인의 사망에 의해 소멸되기 때문이다. 신탁관계가 설정됨에 따라 또는 신탁의 우수한 형식에 의하여 스텐바이 신탁은 단순한 지속적 대리권의 집행보다도 더 수용하기가 쉽다. 대리권이 좀 더 일반적이긴 하지만, 투자의 관리나 예상되는 문제에 관한 권한은 그다지 명확하지 않다. 또한 본인의 사후의 재산분배 계획이 상정되어 있지 않다. 본인이 부득이하게 생전신탁을 사용하고 있다고 하더라도, 장애인이 될지도 모르기 때문에 스텐바이 신탁은 그 한

도에 있어서 매우 뛰어난 선택이 된다.⁴⁴⁾

(3) 생전신탁과 투입 유언(Pour-over will)

생전에 유효하게 설정되어 있는 신탁재산에 유언으로 일정한 상속재산을 추가하는 것을 투입 유언이라고 한다.⁴⁵⁾ 투입 유언은 일반적으로 생전신탁의 증서에 유언을 추가·지시하는 방식으로 이루어진다.⁴⁶⁾ 생전신탁과 유언을 조합하여 이용하는 것은 매우 중요하며, 장애인의 재산관리를 위하여 신탁을 활용하는 경우에도 이용된다. 그러나 유언이 작성된 이후에 생전신탁이 수정된 경우에는 원칙적으로 무효가 된다. 이는 유언의 방식에 따르지 않고, 유언의 내용을 변경하는 것에 해당되기 때문이다. 그러한 점에서 유언자의 의사를 중심으로 해석하는 유언의 독립적인 의미를 가진 사실의 법리를 인정하고, 철회 가능 신탁의 경우에도 수정된 신탁에 투입되는 것은 유효하다. 생전신탁과 투입 유언을 조합함으로써 생전신탁을 설정한 이후에는 새로운 유언신탁을 설정할 필요가 없다. 유언에 따라 설정된 유언신탁은 법원에서 검인되어 공적기록의 대상이 되지만, 생전신탁은 법원에서 검인되지 않기 때문에 신탁내용의 비밀이 지켜지고, 프라이버시도 보호된다. 따라서 생전신탁과 투입 유언을 조합하는 것은 매우 중요한 기술이라 할 수 있다.⁴⁷⁾

IV. 법정후견제도와 대체제도와와의 관계

1. 법정후견제도와 대체제도

많은 경우에 있어서 대체제도상의 사전 계획은 법정후견제도상의 소송행위

44) Joan M. Krauskopf, Robert N. Brown, Karen L. Tokaraz, Allan P. Bogutz, Id, at 279.

45) James M. Corcoran, JR., "The Revocable, Irrevocable Living Trust for the Incompetent Client", Trusts & Estates, February 1971, at 97.

46) 沖野眞己, "撤回可能信託", 大塚正民・樋口範雄編, 「現代アメリカ信託法」, 有信堂, 2002, 94-96面.

47) Marc Jacobs, Id, at 20.

보다 바람직한 것으로 평가되고 있다. 비용을 절감할 수 있고, 본인이 제한되는 권한의 내용을 한정하는 것에 대해 표명할 수 있으며, 대리인의 성명도 규정할 수 있기 때문이다. 또한 사전의 문서는 필요한 경우에 그 권한을 간단하게 변경하는 것도 가능하다.⁴⁸⁾ 예상치 못한 상황에서 무능력자가 된 경우를 대비하여 사전 계획을 한 자는 지속적 대리권 또는 의료를 위한 지속적 대리권 하에서 대리인에게 대리권이 바로 인정될 수도 있으며, 위탁자를 위한 재산관리를 지속할 수도 있게 된다. 또한 스텐바이 신탁을 설정한 자는 신탁이 적용되면 그 시점부터 일정한 이익을 향유할 수 있으며, 리빙윌을 통하여 말기의 환자에게 적합한 케어 등 맞춤형 의료제공도 가능하다. 이렇듯, 신탁은 위탁자가 무능력해질 경우 재판상의 절차 없이 바로 위탁자의 재산관리 등을 할 수 있다는 점에서 많은 지지를 받고 있다. 하지만, 생전신탁과 스텐바이 신탁은 의료조치의 결정과 주거의 정비와 같은 신상 결정에 대해서는 적용되지 않는다. 재산상의 사전 계획의 범위가 한정적이고, 포괄적인 무능력자의 계획을 고려하는 것이 불가능하기 때문이다.⁴⁹⁾

한편, 사전 계획이 이루어져 있는 경우에도 수탁자의 결정을 위하여 법원의 판단에 의지해야 하는 경우가 있다. 상황의 변화로 인하여 사전에 대리권이 부여되어 있지 않았던 권한이 필요해진 경우나 본인 또는 제도에 의해 대리권을 적용할 수 없을 때, 대리권 하에서 이루어진 대리인의 행위의 적정성이 논의되거나, 제3자가 법원으로 하여금 대리인을 대신하는 자로 임명되는 경우가 그러하다. 실제로 신탁의 경우 신탁재산이 아닌 재산을 재산관리 후견인이 관리하거나, 장래의 관리를 위해 신탁재산으로 이행할 필요가 있는 경우에 그 절차를 재산관리 후견인이 진행하는 경우가 있다. 또한 예견하지 못한 의료에 대해서도 의료에 관한 대리권과 리빙윌로 대응하기에는 한계가 있어 법원에 의한 조정이 요구되고, 공동대리권이 개시된 경우에도 대리인간의 의견이 불일치하는 경우 법원에 의한 조정이 요구되기도 한다.⁵⁰⁾

본인이 신뢰하는 자가 없고, 신탁의 수탁자제도를 이용하기를 꺼려하는 경

48) Joan M. Krauskopf, Robert N. Brown, Karen L. Tokaraz, Allan P. Bogutz, Id, at 287.

49) Joan M. Krauskopf, Robert N. Brown, Karen L. Tokaraz, Allan P. Bogutz, Id, at 288.

50) Joan M. Krauskopf, Robert N. Brown, Karen L. Tokaraz, Allan P. Bogutz, Id, at 288.

우에는 후견제도를 활용하면 될 것이다. 그 이유는 재산의 필요조건과 재판상의 감독과 절차에 대한 규정이 후견제도에는 존재하기 때문이다. 또한 후견인도 생활지원을 명확한 기준으로 판단하고, 법원의 승인에 따라 부여된 의무의 범위 내에서 생활지원의 내용을 자유롭게 고려할 수 있기 때문이다. 능력판정은 의사의 진단에 따르고, 부적절한 권리의 박탈을 방지하기 위한 다양한 보호제도도 마련되어 있다. 경우에 따라서는 법원에 의해 임명된 수탁자에게 재산의 담보를 요구함으로써 법정후견제도의 한계를 극복하기도 한다. 법정후견제도와 그 외의 제도와 관계의 검토함에 있어서는 각각의 제도를 이용하는 자의 생활상황, 자산, 의사를 종합적으로 고려하여 사전 절차를 수행할 것인지, 아니면 후견제도를 이용할 것인지를 판단하여야 한다. 사전 절차를 수행하고 있는 경우라도 제도간의 미비 등으로 인해서 법적수단이 불가능하게 된다면 후견제도를 이용해야 할 것이다. 아무리 법정후견제도가 제도상의 미비와 그 현상에 있어서 문제점이 존재한다 하더라도 법정후견제도와 그 외의 법제도의 이용을 검토함에 있어서 후견제도의 이용을 부정할 수 없기 때문이다.

2. UDPAA와 신탁제도

UDPAA에 따르면, 지속적 권한의 대체방법으로 생전신탁을 이용할 수 있고, 대리인을 대신하는 수탁자에 대한 규정도 존재하지만, 대리인은 반드시 신탁을 설정할 필요가 없다. 그럼에도 불구하고 지속적 권한은 생전신탁의 설정에 사용되는 것으로 논의되어 왔다.⁵¹⁾ 문제는 대리인에게 신탁을 설정하는 권한이 있는가이다. 이는 신탁이 유언의 대체방법으로 행사되거나, 유효한 유언으로부터 분리되어 발생할 경우에 특히 문제가 되는데, 이 경우 신탁은 유언 결정과 동일한 결과를 초래한다. 그 이유는 유언 대신에 분배된 금전과 재산이 신탁을 통하여 분리되기 때문이다. 대리인이 본인을 대신하여 유언을 작성하는 것은 금지되어 있지만, 유언에 의한 신탁설정은 가능한데, 이는 철

51) Marc Jacobs, Id. at 27.

회가능 생전신탁이 유언과 동시에 설정된 경우 유언의 내용이 신탁으로 이행된 것으로 되기 때문이다.⁵²⁾ 한편, 대리인이 유언을 작성하지 않거나, 본인을 위하여 유언에 의한 결정을 하는 데에는 충분한 이유가 있다. 유언을 실행하였을 때, 유언자의 필요조건으로 유언에 서명을 하는 것과 권리를 이전하기 위해 증명이 필요한 경우, 본인의 유언이나 그 의미를 이해할 수 있고, 불필요한 영향으로부터 보호를 하고자 하는 것이 그것이다. 이러한 유언의 기계적인 형식에 동의를 한다면, 분쟁을 방지하고 검인과 재판의 시간을 단축시킬 수 있을 것이다.⁵³⁾ 그런데, 이와 같은 옹호는 대리인이 유언자의 유언을 집행하지 않는 경우에도 적용된다. 이는 생명에 관한 위험, 또는 대리인에 의한 불필요한 영향이 있는 경우에 특히 의의가 있는 것으로, 일반적으로 본인 이외에는 이와 같은 결정은 인정되지 않는다. 따라서 본인이 무능력하게 된 이후에도 영향을 미치게 되는 본인의 의사와 유언에 관한 일반적인 고려의 조화가 도모되어야 할 것이다. 이론상으로는 본인은 일정한 목적을 위하여 신탁을 설정하고, 대리인은 그 의사를 수행할 의무를 지며, 신탁을 설정함으로써 유언에 대해 영향을 미치기도 하지만, 권한을 인정하는 증서만 있다면 투자의 방법 및 수익자의 설정까지 대리인의 권한은 확대될 것이다. 본인의 의사가 그 증서에 의해 명확하게 밝혀졌기 때문이다. 이에 법원은 지속적 권한을 유언법의 합리적인 해석에 따라 대리인의 권한을 부당하게 확대시키지 않도록 주의하여야 할 것이다.⁵⁴⁾

V. 우리나라에의 시사점 - 결론에 대신하여

미국은 피후견인의 보호의 필요성에 따라 법원으로 하여금 후견인이 선임되는 법정후견제도가 있다. 그리고 지속적 대리권 수여제도, 리빙윌, 신탁제도라는 법정후견제도의 대체방법도 존재한다. 이들의 제도는 각각의 장단점

52) Marc Jacobs, Id. at 20.

53) Marc Jacobs, Id. at 20.

54) Marc Jacobs, Id. at 21.

이 있으며, 서로 다른 제도로 보완하는 것도 가능하다. 이는 본인의 잔존능력과 의사결정을 최대한으로 존중하기 위하여 가장 적합한 방법을 채택하는 것이 중요한 것으로 여겨지고 있기 때문이다. 의사능력을 상실하는 단계는 개인에 따라 차이를 보이며, 일률적으로 결정되는 것도 아니다. 따라서 각각의 제도가 가능한 한 유연하게 적용될 수 있도록 제도의 검토가 이루어져야 할 것이다.

미국에서 법정후견제도는 후견인의 권한남용, 피후견인에 대한 무시와 학대 등에 대해 충분히 대응하지 못하고 있다. 1980년대 AP통신의 실태조사에 따르면, 법정후견제도는 충분히 활용되지 못하고 있으며, 실제로 후견인에 의한 학대가 행해지고 있다는 실태가 폭로되어 미국 전역에 충격을 주기도 하였다.⁵⁵⁾ 이렇듯, 법정후견제도는 피후견인의 권리를 심각하게 침해하고 있으며, 충분한 절차를 거치지 아니한 채 피후견인의 권한을 박탈시킴으로써 비판과 논의가 반복되어 왔다.⁵⁶⁾ 아직까지도 이러한 문제는 해결되지 않았고, 이러한 문제를 극복하고자 개인후견 외에 공적기관이 행하는 공후견제도(public guardian)⁵⁷⁾를 도입으로써 개인후견과 법정후견제도의 대체방법으로도 대응할 수 없는 경우에 최후의 보루로서 역할을 다하고 있다.⁵⁸⁾ 반면, 우리나라는 공적기관이 관여하는 후견제도가 존재하지 않는다. 이에 의지할 곳이 없는 자나 유상후견으로 인한 비용 문제를 해결하기 위한 시민후견제도에 관한 도입은

55) AP통신사가 발표한 1987년의 전미 후견조사에 따르면, 후견제도가 소송행위에 비해 정당한 과정으로 이루어지고 있지 않다는 점, 후견인에 의한 대응이 충분하지 않다는 점, 비용이 너무 많이 든다는 점, 한 번 내려진 결정은 두 번 다시 반복되지 않다는 점, 법원에 의한 감독이 충분히 이루어지고 있지 않다는 점 등의 실태가 명확하게 드러났다(小林秀文, “アメリカにおける成年後見制度とその代替システム(1)”, 『中京法學』, 第30卷 第33號, 1995, 72-75面 參照).

56) L. Wright, “Guardianship for Your Own Good: Improving the Well being of Respondents and Wards in the USA”, *International Journal of Law and Psychiatry* 33, 2010, at 353.

57) 공후견제도는 피후견인에게 후견인이 될 적당한 가족이나 친족, 친구가 없기 때문에 공기관의 직원이 후견인에 임명되거나, 후견인으로서 활동을 하는 경우에 그 후견을 말한다. 공후견은 비영리법인 후견과 함께 단체후견이라고도 하는데, 이러한 단체후견은 제한된 후견제도와 함께 최근 미국에서 발전하고 있는 후견제도이다(김원숙, 전계학위논문, 42-43면; Tony Apolloni, Id, at 10).

58) Winsor C. Schmidt, Jr., “Guardianship Court of Last Resort for the Elderly and Disabled”, Carolina Academic Press, 1995.

의가 진행 중에 있다. 시민후견제도란 친족이 없거나, 경제적 상황이 어려운 사람들을 대상으로 일상적 생활 지원에 특별한 전문성을 필요로 하지 않는 사안을 중심으로 사회공헌의 의식이 높은 일반 시민을 성년후견인으로 선임하는 것을 말한다.⁵⁹⁾ 유상후견을 전제로 한 현행 우리나라의 성년후견제도 하에서는 경제적으로 어려운 사람들이 이를 이용하기에 많은 한계가 따를 수밖에 없고, 이들이 이용할 수 있는 사회복지제도로서의 성년후견 시스템이 마련되어야 함은 누구도 부정하지 않을 것이다. 이러한 점에서 미국의 공후견제도는 우리에게 시사 하는바가 크다고 할 수 있다. 다만, 피후견인의 심각한 인권 침해와 실질적인 무상후견으로 나아가기 위해서는 미국의 공후견제도나 현재 우리나라에서 도입논의 중에 있는 시민후견제도로는 일정한 한계가 있을 것으로 판단된다.⁶⁰⁾ 따라서 이보다 한 단계 더 나아간 공익적 후견을 핵심으로 한 무상후견 시스템이 마련되어야 할 것이다.⁶¹⁾

한편, 법정후견제도의 대체제도로써 신상보호를 위한 지속적 대리권 제도는 피후견인의 의료행위의 결정을 위해 활용된다. 그 범위는 의료, 보건, 복지 등 모두를 망라하지만, 생명이 위급한 경우에 있어서는 그 적용이 배제된다. 다만, 피후견인의 생명이 위급한 경우 리빙윌을 통한 대응은 가능할 것이다. 지속적 대리권 제도는 재판 비용과 시간을 절감할 수 있다는 점에서 매우 유용한 제도로 평가되어 진다. 그럼에도 불구하고, 본인의 의사능력이 상

59) 박근수·이충은, “고령화 사회에 대응한 복지제도로서의 성년후견제도”, 『법학논고』, 제49집, 경북대학교 법학연구원, 2015.2, 345면.

60) 실제로 오사카, 고베 등의 간사이 지구에서는 시민후견인을 선임하는 경우 보수를 받지 않겠다는 취지의 서면을 받고 수입하고 있다. 이에 반해, 도쿄 등 관동지역에서는 아무런 제약이 없어 실제로 보수를 받는 경우가 존재하고, 특히 전문직 후견인과 별반 다르지 않는 금액을 보수로 받는 사례도 적지 않다고 한다(宮下修一, “現場にみる成年後見制度の問題點”, 『民事判例Ⅴ』, 現代民事判例研究會編, 2012年 前期, 122面). 이는 무상후견을 후견제도에 대한 보완시스템으로 인식한 결과 경제적으로 어려운 사람들이 이용하는데 어느 정도 도움을 줄 수 있기는 하겠지만, 실질적인 무상후견으로 나아가기에는 여전히 많은 한계가 따름을 보여주는 것이다(박근수·이충은, 전제논문, 345면).

61) 시민후견제도도 공익적 후견의 한 유형이기는 하지만, 공익적 후견은 이미 검증된 법인후견에 중점을 두고 있다는 점에서 자연인까지 염두에 두고 있는 시민후견제도와는 차이가 있고, 전문성을 요하는 사안까지도 무상후견이 이루어져야 한다는 점에서 시민후견제도보다 한 단계 더 나아간 제도라 할 수 있다. 공익적 후견제도에 대해서는 박근수·이충은, 전제논문, 344-346면 참조.

실된 후에 효력이 발생했을 경우, 대리인을 감독하는 자가 없어 대리인의 권한남용이 문제된다. 이를 보완하기 위하여 미국은 신탁제도를 두고 있는데, 신탁제도는 위탁자가 수탁자에 대해 재산의 명의를 이전해야 한다는 점에서 많은 사람들이 심리적인 저항감을 가질 수 있다. 하지만, 이러한 문제는 지속적 대리권 수여제도와 신탁제도를 동시에 활용하게 된다면 충분히 극복할 수 있을 것으로 보인다.⁶²⁾ 다시 말해, 의사능력이 충분한 동안에 재산은 본인이 관리를 하고, 의사능력이 충분하지 않게 된 경우에 재산은 신탁을 목적으로 한 지속적 대리권을 설정하면 된다는 것이다. 그렇게 된다면, 지속적 대리권 제도의 권한남용의 문제는 본인의 재산을 수탁자가 관리하기 때문에 자연스럽게 해결될 것이고, 신탁제도의 명의 이전에 대한 저항감의 문제는 본인이 잔존능력이 있는 동안에는 그 효력이 발생하지 않아 명의가 본인에게 그대로 남아 있기 때문에 전혀 문제될 것으로 보이지 않는다. 미국에서도 지속적 대리권 제도를 단독으로 활용하기보다는 신탁제도와 동시에 활용하는 것을 권장하고 있다.

우리나라에서는 후견제도와 관련하여 종래부터 후견지원신탁제도의 도입논의가 있었다. 후견지원신탁제도는 피후견인의 재산적 피해를 방지하기 위해 신탁은행을 통하여 재산을 관리하는 것으로서, 신탁은행은 일상생활에 사용하는 일정금액을 매월 정기적으로 일반계좌로 이체시키고, 그 부분에 한하여 성년후견인이 사용·관리하게 되며, 당장 사용하지 않는 큰 재산에 대해서는 원금이 보장되는 신탁계약을 통하여 금융기관으로부터 관리되는 것을 말한다.⁶³⁾ 후견지원신탁제도의 가장 큰 특징은 신탁계약의 체결에서부터 해약까지 가정법원의 사전심사를 통해야 하므로 성년후견인의 횡령을 사전에 방지하고, 피후견인의 재산적 피해를 예방할 수 있다는 것이다.⁶⁴⁾ 이처럼 후견지원신탁제도는 성년후견인의 부정행위를 사전에 방지할 수 있고, 보충적으로 성년후견

62) 지속적 대리권 수여제도와 신탁제도의 활용에 대해서는 新井誠, “信託法と後見法の交錯”, 「ジュリスト」, 第1253號, 2003, 170-177面 參照.

63) 이충은, “일본의 성년후견제도의 이용실태를 통한 우리나라에의 시사점”, 「법과정책」, 제21집 제3호, 제주대학교 법과정책연구원, 2015.12, 298-299면.

64) 이충은, “일본의 미성년후견제도를 통한 우리나라에의 시사점”, 「법과정책」, 제21집 제1호, 제주대학교 법과정책연구원, 2015.3, 225-226면.

인을 감독하는 역할을 담당한다는 측면에서 매우 유용한 제도라고 할 수 있는 바, 우리나라에 충분한 도입의 실익이 있다고 판단된다.⁶⁵⁾

한편, 우리나라는 2012년에 신탁법의 개정으로 유언대용신탁이 새롭게 도입되어 시행되고 있다. 유언대용신탁이란 금융기관이 위탁자와 생전에 신탁계약을 맺고 재산을 관리해 주다가 계약자가 사망을 할 경우에 계약의 내용대로 재산을 분배하고 관리하는 것으로서, 생전신탁이라고도 불리며, 유언을 대체하는 효과가 있다. 유언대용신탁은 재산관리를 목적으로 한다는 점에서 성년후견제도와 결합하여 적용하는 것이 가능하다고 생각된다. 이른바, 가칭 '복지신탁'과 '부양신탁'으로의 활용이 그러한데, 전자는 고령자가 장래 스스로의 판단능력이 저하되는 경우를 대비함과 동시에 자신의 사후의 재산의 이용 및 분배 등의 방법을 생전에 설정해 두기 위하여 그 재산을 신뢰할 수 있는 수탁자에게 신탁하는 형태로 활용이 가능하며, 후자는 장애인을 둔 부모가 자신의 사후에도 자녀의 복리를 위하여 자신의 재산을 신뢰할 수 있는 수탁자에게 신탁하는 형태로 활용이 가능하다. 이러한 유언대용신탁은 위탁자가 언제든지 신탁을 변경 및 철회할 수 있다는 점과 위탁자가 사망했을 경우 배우자나 자녀가 수익자로 지정되는 경우가 많다는 점 등에서 미국의 철회가능 생전신탁과 매우 유사하다고 할 수 있다. 철회가능 생전신탁을 설정할 때 위탁자 또는 수익자의 신상보호를 고려하기 위하여 이를 고려한 신탁조항을 구체적으로 제시할 필요가 있으며, 이 조항 중에 사전에 검토되어야 할 신상보호 사항이 포함되어야 한다. 이러한 점에서 신상보호를 목적으로 하는 재산관리를 검토함에 있어서 미국의 철회가능 생전신탁은 우리에게 시사 하는바가 크다고 할 수 있다.

참고문헌

김원숙, “성년후견제도의 법제화에 관한 연구”, 동의대 박사학위논문, 2005.

65) 이충은, 전제 “일본의 성년후견제도의 이용실태를 통한 우리나라에의 시사점”, 302면.

- 박근수·이충은, “고령화 사회에 대응한 복지제도로서의 성년후견제도”, 『법학논고』, 제49집, 경북대학교 법학연구원, 2015.2.
- 이충은, “일본의 성년후견제도의 이용실태를 통한 우리나라에의 시사점”, 『법과정책』, 제21집 제3호, 제주대학교 법과정책연구원, 2015.12.
- 이충은, “일본의 미성년후견제도를 통한 우리나라에의 시사점”, 『법과정책』, 제21집 제1호, 제주대학교 법과정책연구원, 2015.3.
- 新井誠, 『成年後見法と信託法』, 有斐閣, 2005.
- 新井誠, 『信託法』, 有斐閣, 2014.
- 新井誠·赤沼康弘·大貫正男編, 『成年後見制度-法の理論と實務』, 有斐閣, 2014.
- 樋口範雄, 『入門・信託と信託法』, 弘文堂, 2014.
- 宮下修一, “現場にみる成年後見制度の問題點”, 『民事判例V』, 現代民事判例研究会編, 2012年 前期, 2012.
- 石川稔, “醫療のための持續的代理權-アメリカ法からの示唆を求めて”, 石川稔·中川淳·米倉明, 『家族法改正への課題』, 日本加除出版, 1993.
- 新井誠, “信託法と後見法の交錯”, 『ジュリスト』, 第1253號, 2003.
- 新井誠, “アメリカ法における後見人と財産管理人の法的構成”, 『千葉大學法學論集』, 第12卷 第1號, 1997.
- 新井誠, “アメリカにおける高齢者財産管理信託法制の新しい動向(1)~(3·完)-信託制度の成年後見的役割”, 『ジュリスト』, 第1105號·第1106號·第1107號, 1997.
- 小林秀文, “アメリカにおける成年後見制度とその代替システム(1)”, 『中京法學』, 第30卷 第33號, 1995.
- 沖野眞己, “撤回可能信託”, 大塚正民·樋口範雄編, 『現代アメリカ信託法』, 有信堂, 2002.
- ジムに—G.H./ グロスバーグG.T. 著, (社)日本社會福祉士會編, 新井誠監譯, 橋本聰解題, 『アメリカ成年後見ハンドブック』, 勁草書房, 2002.
- David M. English, “The UPC and the new Durable Powers”, 27 Real Property, Probate and Trust Journal, Summer, 1992.
- Gerry W. Beyer, Teaching Materials on Estate Planning West, 1995.

- Gerry W. Beyer, *Teaching Materials on Estate Planning*, 4th ed. WEST, 2013.
- James M. Corcoran, JR., "The Revocable, Irrevocable Living Trust for the Incompetent Client", *Trusts & Estates*, February 1971.
- Joan M. Krauskopf, Robert N. Brown, Karen L. Tokaraz, Allan P. Bogutz, "ELDER-LAW: ADVOCACY FOR THE AGING", 2nd ed. Vol. 1 WEST, 1993.
- Marc Jacobs, "Possible Uses of Durable Power of Attorney", *Probate Law Journal*, Vol 7, 1985.
- Panel Discussion, "Legal Problems of the Aged and Infirm-The Durable Power of Attorney-Planned Protective Services and the Living Will", 13 *Real, Property, Probate & Trust Journal*, Spring 1978.
- Ralph M. Engel, "Estate Planning for the Handicapped", *Trusts & Estates*, October, 1972.
- Lawrence A. Frolik, Richard L. Kaplan, *Elder Law in A Nutshell*, WEST, 5th ed. 2010.
- L. Henry Gissel, Jr. & Karen R. Schiller, "Trust Made Easy : A Simplified Overview of the Reasons for Creating, Modifying, and Terminating Express Trusts", *Probate Law Journal* Vol. 10. 1991.
- L. Wright, "Guardianship for Your Own Good: Improving the Well being of Respondents and Wards in the USA", *International Journal of Law and Psychiatry* 33, 2010.
- Tony Apolloni, *Design Elements of Corporate Guardianship Models*, 1984.
- Winsor C. Schmidt, Jr., "Guardianship Court of Last Resort for the Elderly and Disabled", *Carolina Academic Press*, 1995.

[Abstract]

Implication for Korea through American Adult Guardianship System

- Focused on Protection of Someone's Body -

Lee, Choong-Eun

Lecturer, Department of Law, Jeju National University

Park, Keun-Soo

Professor, Department of Social Welfare, Joongbu University

As a system corresponding to American guardianship system, there was a traditional legal guardian system originally in Korea. Also, a presentation system of a continuing power of attorney and subordinate systems called living will and trust exist. These systems have strong and weak points respectively. To supplement each other is possible. It is because to choose the most proper method was considered important in order to maximally respect remaining capacity of one's own and decision making. A stage to lose mental capacity is different per person and is not decided uniformly. So, examination of systems should be realized so that each system can be applied flexibly as much as possible. The traditional legal guardianship system in the US causes a lot of problems such as serious violation of human rights of a ward and deprivation of the rights of a ward which was processed without enough procedures. Although subordinate systems of the legal guardian system are used so as to overcome these problems, a system to control an agent is not prepared. Therefore, a problem of abuse of rights occurs. If the legal guardian system and the subordinate systems are applied to cases suitably and harmoniously, the above problems can be solved. Besides, they

will be reborn as welfare systems to select one thing proper for an aged person or a disabled person himself / herself among diverse systems. Especially, in the USA, because there is Elder Law that laws for aged people have been integrated, such as guardianship, agency, trust, and will, synthetic examination about each system is being realized. In addition to laws, in that discussions related to welfare, medical treatment, and so on are made, they have great implications for us. Hence, after looking into the US existing traditional legal guardianship system and subordinate systems of the legal guardian system such as the presentation system of the continuing power of attorney, continuing power of attorney for medical treatment, living will, and trust, this paper proposes future directions on the protection of someone's body by looking into relation with each system.

Key words : American adult guardian system, legal guardian system, continuing power of attorney, living will, trust system, welfare trust, support trust, and protection of someone's body