

대만 임의후견법안 고찰

저자 (Authors)	귀친밍, 최영춘
출처 (Source)	후견과 신탁 1(2) , 2018.7, 25-51(27 pages) JOURNAL OF GUARDIANSHIP AND TRUSTS 1(2) , 2018.7, 25-51(27 pages)
발행처 (Publisher)	한국후견신탁연구센터
URL	http://www.dbpia.co.kr/journal/articleDetail?nodeId=NODE07520791
APA Style	귀친밍, 최영춘 (2018). 대만 임의후견법안 고찰. 후견과 신탁, 1(2), 25-51
이용정보 (Accessed)	한양대학교 166.***.182.218 2020/04/25 03:28 (KST)

저작권 안내

DBpia에서 제공되는 모든 저작물의 저작권은 원저작자에게 있으며, 누리미디어는 각 저작물의 내용을 보증하거나 책임을 지지 않습니다. 그리고 DBpia에서 제공되는 저작물은 DBpia와 구독계약을 체결한 기관소속 이용자 혹은 해당 저작물의 개별 구매자가 비영리적으로만 이용할 수 있습니다. 그러므로 이에 위반하여 DBpia에서 제공되는 저작물을 복제, 전송 등의 방법으로 무단 이용하는 경우 관련 법령에 따라 민, 형사상의 책임을 질 수 있습니다.

Copyright Information

Copyright of all literary works provided by DBpia belongs to the copyright holder(s) and Nurimedia does not guarantee contents of the literary work or assume responsibility for the same. In addition, the literary works provided by DBpia may only be used by the users affiliated to the institutions which executed a subscription agreement with DBpia or the individual purchasers of the literary work(s) for non-commercial purposes. Therefore, any person who illegally uses the literary works provided by DBpia by means of reproduction or transmission shall assume civil and criminal responsibility according to applicable laws and regulations.

대만 임의후견법안 고찰

귀친밍(郭欽銘) 저*
최영춘 역**

[목 차]

- | | |
|-------------------------|---|
| I. 서론 | 원칙 |
| II. 고령화와 후견, 보조 선고제도 | VI. 대만 임의후견법안의 개정내용 및
관련 문제에 대한 입법초안의 제기 |
| III. 임의후견제도 도입의 입법적 필요성 | VII. 결론 |
| IV. 본인 존중에 기한 자주결정권 | |
| V. 피성년후견인과 국가기본인권보장의 | |

[요 약]

최근 고령화와 출산율 저하 등 문제가 심각해짐에 따라 임의후견제도를 도입할 필요성과 급박성이 제기된다. 저명학자 정쉐런 교수는 임의후견제도가 현행 법정후견제도와 상호 보완하는 기능이 있고, 여러 가지 이유로 최대한 빨리 임의후견제도를 도입하고 명문화할 필요가 있다고 주장한다. 또한 유엔총회는 피성년후견인의 자기결정권을 중요시하고 차별을 받지 않으면서 평등하고 정상적으로 사회생활을 참여할 수 있도록 하고 있으며, 세계적 추세도 이와 같다. 결국 성년후견제도 입법은 국제적인 추세로 되었고 국제교류가 날로 많아지는 오늘날, 대만도 국제사회에 동떨어질 수 없다. 2016년 10월 4일 대만 법무부가 추진한 '임의후견제도' 신설초안과 2017년 12월 4일 법무부 '민법 친족편 '임의후견' 제도 신설' 제14차 회의자료는 성인이 의식이 분명할 때 스스로 혈연관계 유무와 관계없이 후견인을 선정하도록 하였다. 또한 임의후견의 권리의무에 있어 일본 민법상의 명문규정을 참조함으로써 가정의 자녀가 적어지고 사회 고령화의 부담을 덜어줄 것을 기대한다. 앞으로 대만 입법에서 임의후견제도를 조속히 도입하여 사회복지국가를 건설할 것을 기대한다.

주제어: 대만, 임의후견제도, 자기결정권, 고령화, 사회복지국가

* 국립 정치대학 법학박사, 중국문화대학 법학원 전임교수

** 인하대학교 법학연구소 연구원

I. 서론

현행 대만 성년후견제도는 법정후견제도규정만 있을 뿐 임의후견규정은 없다. 2003년 법무부에서 열린 “민법성년후견제도 토론회”에서 참석한 대부분 위원들은 임의후견제도의 도입은 급박하지 않고 그 범위도 지나치게 넓기 때문에 개정범위에 포함하지 않았다. 따라서 2008년 개정 성년후견제도에는 임의후견제도가 포함되지 않았다.¹⁾ 아울러 법정후견제도는 2008년 5월 23일에 개정 공포되었고 2009년 11월 23일부터 시행되었다. 첫째, 기존의 금치산선고제도를 후견과 보조선고 등 2원화제도로 개정하였고, 둘째, 사정주관기관, 사회복지기구를 신청인에 포함시켰고 후견 또는 보조인으로 지정될 수 있다고 개정하였으며, 셋째, 후견 또는 보조선고를 받은 자의 최대이익으로 후견 또는 보조인을 선임하고 중대재산처분 동의권을 법원보류원칙으로 개정하였다.²⁾

최근 고령화와 출산율 저하 등 문제가 심각해짐에 따라 임의후견제도를 도입할 필요성과 급박성이 제기된다. 저명학자 정쉐런 교수는 임의후견제도가 현행 법정후견제도와 상호 보완하는 기능이 있고, 또 아래와 같은 이유로 최대한 빨리 임의후견제도를 도입하고 명문화할 필요가 있다고 주장한다. 첫째, 본인의 자기결정권을 존중하고 기타 헌법상 기본권을 보호한다. 둘째, 사회 비용을 낮추어 국가부담이 감소한다. 셋째, 법제도는 여러 수요에 부합하도록 융통성 있게 규정되어야 한다. 넷째, 입법추세를 볼 때 영, 미, 독, 일 등 선진국에 모두 임의후견제도의 입법례가 있기 때문에 대만도 국제적 추세를 스스로 이탈할 수 없다.³⁾ 유엔 총회는 1991년에 “노인을 위한 유엔원칙”을 통과시켜 독립, 참여, 보호, 자아실현과 존중 등 5가지 원칙을 제시하였고, 1971년에 “정신장애인권리선언”이 통과하여 정신장애인의 권리를 명시하고 정신장애인이 받아야 되는 의료보호와 인격존엄을 강조하였다. 그 주요 이념은 피성년후견인의 자기결정권을 중요시하고 차

- 1) 林秀雄, 〈論我國新修正之成年監護制度〉, 《月旦法學雜誌》, 164期, 台北: 元照, 2009年 1月, 153頁.
- 2) 입법원 제8기 제5회기 제6차 회의 의안관련문서, 2014년 4월, 506쪽.
- 3) 鄧學仁, 〈台灣の成年後見の導入と改正経緯〉, 《新・アジア家族法三国会議第3回会議成年後見制度》, 台北: 輔仁大學, 2013年 11月, 42頁.

별을 받지 않으면서 평등하고 정상적으로 사회생활을 참여할 수 있도록 하는데 있다.⁴⁾ 이후 각 선진국도 이에 따라 입법하였는데, 1968년 프랑스가 민법을 개정 한 후, 1983년 호주가 보호인법을 제정하였고, 1985년 영국은 지속적 대리권 위 임법을 신설하여 2005년에 정신능력법을 통과하였고, 1990년 독일이 성인보호 법을 제정하였고, 일본도 1999년에 성년후견제도 입법을 완성하였다. 성년후견 제도 입법은 국제적인 추세로 되었고 국제교류가 날로 많아지는 오늘날, 대만도 국제사회에 동 떨어질 수 없다.⁵⁾

현행 대만의 후견제도에 의한 후견인은 대부분 자녀 또는 친척인데, 이 논문 은 주로 2016년 10월 4일 대만 법무부가 추진하여 새로이 제정한 “임의후견제도” 초안과 2017년 12월 4일 법무부의 “민법친족편 신설 ‘임의후견’제도” 제14차 회의자료를 중심으로 작성하였다. 동 초안은 성인이 의식이 명확할 때 스스로 후견 인을 선정하도록 하는 것인데, 그 후견인은 혈연관계 유무와 상관없고 권리의무 도 명문으로 정함으로써 가정분쟁과 사회부담을 감소할 수 있다. 또한 앞으로 대 만이 입법론적으로 빠른 시일 내에 임의감독법안을 도입함으로써 인민들의 복지 를 추진할 것을 기대해본다.

II. 고령화와 후견, 보조 선고제도

대만 사법원 통계연감에 의하면 각 지방법원의 후견선고사건은 2010년 18 건, 2011년 40건, 2012년 12건, 2013년 8건이고, 후견 및 보조선고사건은 2014년 7911건, 2015년 8208건, 2016년 8629건이다.⁶⁾ 2014년부터 2016년까지의 후견

4) 鄧學仁,〈我國制定意定監護制度之芻議〉,《台北大學法學論叢》,96期,新北市:台北大學,2014年6月,96頁。

5) 鄧學仁,〈我國制定意定監護制度之芻議〉,《台北大學法學論叢》,96期,新北市:台北大學,2014年6月,96頁。

6) 사법통계연감, 홈페이지: <http://www.judicial.gov.tw/juds/year102/09/010.pdf> ;
http://www.judicial.gov.tw/juds/year103/contents_table_ch.htm ;
<http://www.judicial.gov.tw/juds/year104/09/022.pdf> ;
<http://www.judicial.gov.tw/juds/year105/09/037.pdf>. 최종방문일: 2017/11/21.

및 보조선고사건에서 주의할 점은 2014년부터 대만 각 지방법원의 후견 및 보조선고사건 수가 급증하였는데, 이는 대만의 후견 및 보조인 인원수가 현저히 증가하고 있음을 알 수 있다.

대만 내정부의 통계에 의하면 2017년 7월말 대만호적에 등록된 인구는 2355만 4803으로 전년도 같은 시기대비 4만 53명(+0.17%)이 증가하였고, 총 증가율은 0.64%인데, 주로 출생인구가 사망인구보다 많은 자연적인 증가현상이다. 15-64세 사이 인구는 1,724만 312명으로 전체 인구의 73.22%이고, 65세 이상 인구는 319만 2,477명으로 13.55%이고, 0-14세 사이 인구는 311만 5,014명으로 13.22%이다. 100명당 근로연령인구(15-64세 사이의 인구)가 부담해야 되는 인구(0-14세 사이의 인구 및 65세 이상 인구), 즉 부양비율은 36.57로 전년도 같은 시기 대비 0.87상승하였다. 100명당 유소년인구(0-14세) 대비 노령인구(65세 이상) 비율, 즉 노령화 지수는 102.49로 전년도 같은 시기 대비 6.68증가함으로써 지속적인 증가 추세를 보이고 있다.⁷⁾ 그러므로 노령화 지수가 지속적으로 상승하고 있는데, 후견선고를 신청한 원인을 보면, 교통사고 또는 질병으로 의사능력을 상실한 자도 있으나 고령자가 신청한 사건도 적지 않다. 성년후견, 보조선고제도 이용율의 증가는 인구 노령화와 밀접히 연관된다.⁸⁾

Ⅲ. 임의후견제도 도입의 입법적 필요성

자신이 앞으로 의사능력이 쇠퇴하거나 상실하는 경우를 대비하여 사전에 위임하는 대리제도는 본인 행위능력 상실의 영향을 받는가? 이와 관련하여 민법 전반 체계와 조문을 볼 때 대만 민법(이하 민법이라 약함) 제550조 “위임관계는 일방 당사자가 사망, 파산 또는 행위능력을 상실함에 따라 소멸한다. 그러나 계약에 별도의 합의가 있거나 위임사무 성격상 소멸할 수 없는 경우는 제외한다”라는

7) 내정부 통계처 2017년 9월 통계통보, 홈페이지:

http://www.moi.gov.tw/stat/news_content.aspx?sn=9148, 최종방문일: 2017/11/21.

8) 鄧學仁, 〈台灣成年監護之現況與課題〉, 《全國律師》, 第17卷 第5期, 台北: 全國律師, 2013年 5月, 4頁.

규정을 임의후견제도의 법원(法源) 기초로 볼 수 있는가? 아울러 동법 제549조는 일방 당사자는 임의로 위임계약을 종료할 수 있다고 규정하였고, 제535조는 수임인이 위임사무를 처리함에 있어 위임인의 지시에 따라야 한다고 규정하고 있다.

따라서 본인이 의사능력을 상실하여 대리인을 통제할 수 없는 경우에는 무조건적으로 임의대리권의 유효성을 인정해야 하는가? 이에 대해 논란이 있을 것이다. 분쟁을 방지하고 본인을 보호하기 위하여 입법적으로 별도의 입법을 통하여 임의후견제도를 규정할 필요가 있다.⁹⁾

IV. 본인 존중에 기한 자기결정권

민법 제1112조 규정에 의하면 “후견인이 피후견인의 생활, 양호치료 및 재산 관리와 관련된 직무를 수행할 때, 피후견인의 의사를 존중하고 피후견인의 심신 상태와 생활상황을 고려해야 한다.” 동 조항의 ‘피후견인의 의사’에는 피후견인이 후견인을 선정하기 전에 표시한 의사도 포함되는 것은 당연하다. 그러므로 본인을 존중하는 것은 본인의 희망의사 또는 의향 및 감정의 좋고 나쁨, 특히 과거에 표시한 의사에 따라 피후견인의 의사에 대한 존중여부를 추측해야 한다.¹⁰⁾ 이하에서는 후견인의 직무수행 행위에 따라 논한다.

1. 피후견인의 생활

65세 이상은 노인이고, 후견선고를 받은 자의 경제안전을 보장해야 하며, 생활수당, 특별간호수당, 연금보험제도방식을 취해야 한다(노인복지법 제2조, 제11조). 장기간호서비스법 제3조 제1항에 의하면 장기간호란, 심신상실이 지속적인 6개월 이상 되었거나 될 것으로 예상되는 자가 본인 또는 그 간호인의 수

9) 입법원 제8기 제5회기 제6차 회의 의안관련문서, 전체 각주2, 506쪽.

10) 伊藤惠子, 〈法定後見制度〉, 《成年後見制度: 法の理論と実務》, 東京: 有斐閣, 2014年 10月 2版, 109頁.

에 따라 생활지원, 협조, 사회참여, 간호 및 관련 의료간호서비스를 제공받는 것을 말한다. 제2항에 의하면 심신상실자란 신체 또는 정신의 일부 또는 전부를 상실하여 일상생활에 타인의 협조가 필요한 자를 말한다. 그러므로 다만 민법 제1112조 입법규정의 해석을 보면, 후견인이 피후견인의 생활과 관련하여 수행할 때 최대한 후견인의 의사를 존중해야 하고, 65세 이상의 노인은 일반적으로 장기간호대상인 심신상실자이다.

2. 양호치료

민법 제1112조에 의하면 후견인은 피후견인의 이익을 위해 그의 재산상황에 따라 피후견인의 신체를 양호치료해야 한다. 1930년의 민법 제1112조 제1항의 조문은 피후견인의 신체에 대한 양호치료만 규정하고 있어 범위가 지나치게 좁고 또한 ‘피후견인의 이익’이란 무엇인지에 대해서도 명확하지 않다. 이에 입법자들은 본인의 의사 존중의 입법취지를 실현하기 위해 일본 민법 제858조의 규정¹¹⁾을 참고하여 동 조항을 “후견인이 피후견인의 생활, 양호치료 및 재산관리와 관련된 직무를 수행할 때, 피후견인의 의사를 존중하고 피후견인의 심신상태와 생활상황을 고려해야 한다”고 개정하였다. 동조 제2항에 의하면 후견인이 피후견인을 정신병원 또는 주택에 감금하면 친족회의의 동의를 받아야 한다. 다만 부모 또는 금치산자와 동거하고 있는 조부모가 후견인인 경우에는 제외한다. 그러나 정신위생법 제3장 제2절에 이미 심각한 경신질환의 강제 의료절차에 대한 자세한 규정이 있기 때문에 1930년 민법 제1112조 제2항의 “후견인이 피후견인을 정신병원 또는 주택에 감금하면 친족회의의 동의를 받아야 한다”는 부분을 삭제하고, 직접 정신위생법을 적용하면 충분하며, 또한 친족회의의 동의만으로 피후견인의 자유를 박탈하는 것은 그 기본권을 무시할 수 있기 때문에 제2항을 삭제하였다. 아울러 현행법에 의하면 후견선고를 받은 자가 전문의사의 진단 또는 감정결과 심각한 환자로 판명되면 정신위생법 제19조 제1항의 규정에 따라 한명의

11) 일본 민법 제858조, “성년후견인이 피성년후견인의 생활, 의료간호 및 재산관리와 관련된 사무를 수행할 때, 피성년후견인의 의사를 존중해야 하고 그 심신상황과 생활상황을 고려해야 한다.”

보호자를 뒤야 하고, 전문의사는 진단증명서를 작성하여 보호자에게 교부해야 한다. 동조 제2항은 전항의 보호자는 환자의 이익을 고려하여 후견인, 법정대리인, 배우자, 부모, 가족 중에서 한사람을 호선하여 담당한다.¹²⁾

3. 재산관리

후견이 시작되면 후견인은 규정에 따라 법원이 지정한 사람과 함께 2개월 내에 피후견인의 재산에 대해 목록을 작성하여 법원에 보고해야 하고, 필요한 경우 민법 제1099조 제2항의 규정에 의해 법원은 후견인의 신청에 따라 기간을 연장할 수 있다(민법 제1113조는 제1099조의 규정 준용). 후견인이 위의 규정에 따라 재산목록을 작성하고 법원에 보고하기 전에 민법 제1099조의1 규정을 준용하여 피후견인의 재산에 대해 관리상 필요한 행위만 할 수 있다. 동법 제1103조에 의하면 “피후견인의 재산은 후견인이 관리한다. 후견직무를 수행하는 데 필요한 비용은 피후견인의 재산에서 부담하고(제1항)”, “필요한 경우 법원은 후견인에게 후견사무에 대한 보고서, 재산 목록 또는 계산서를 제출할 것을 요구할 수 있고, 후견사무 또는 후견선고를 받은 자의 재산상황을 검사할 수 있다.” 민법 제1103조 제1항 후단은 일본 민법 제861조 제2항의 “후견인이 후견사무를 수행하는데 필요한 비용은 피후견인의 재산으로 지불해야 한다”는 규정을 참조하였고, 동법 제1103조 제2항도 일본 민법 제863조 제1항의 “후견감독인 또는 가사법원은 후견인에게 후견사무에 대한 보고서 또는 재산목록을 제출할 것을 요구할 수 있고, 후견사무 또는 피후견인의 재산상황을 조사할 수 있다”는 규정을 참조하였다.¹³⁾

V. 피성년후견인과 국가기본인권보장원칙

유엔 장애인의 권리에 관한 협약 제12조와 제23조의 규정이 성년후견제도와

12) 林秀雄, 〈論我國新修正之成年監護制度〉, 前掲註1, 145-146頁.

13) 陳志強, 〈臺灣新成年監護之制度之介紹〉, 《稻江學報》, 第3卷 第3期, 台北: 新學林, 2014年 2月 1版, 20頁.

가장 관련 있는 조항이다. 협약 제12조는 “(1) 당사국은 장애인이 모든 영역에서 법 앞에 인간으로서 인정받을 권리가 있음을 재확인한다. (2) 당사국은 장애인이 모든 생활 영역에서 다른 사람과 동등하게 법적 능력을 향유함을 인정한다. (3) 당사국은 장애인이 법적 능력을 행사하기 위하여 필요한 지원에 접근할 수 있도록 적절한 조치를 취한다. (4) 당사국은 법적능력의 행사와 관련된 조치를 취할 때 이것이 남용되지 아니하도록 국제인권법에 따라 적절하고 효과적인 안전장치를 제공하도록 보장한다. 그러한 안전장치는 법적능력 행사와 관련된 조치가 개인의 권리, 의지 및 선호도를 존중하고, 이익의 충돌 및 부당한 영향이 없고, 개인이 처한 환경에 비례하고 적합하며, 가능한 빠른 시일 내에 적용되고, 권한 있고 독립적이며 공정한 당국 또는 사법기관의 정기적인 검토를 받도록 보장한다. 안전장치는 그러한 조치들이 개인의 권리와 이익에 영향을 미치는 정도에 비례한다. (5) 이 조항 규정에 따라, 당사국은 장애인이 재산을 소유 또는 상속할 수 있는 동등한 권리를 보장하고, 자신의 재정상황을 관리하고, 은행대출, 담보 및 다른 형태의 재무신용에 대하여 동등하게 접근할 수 있도록 모든 적절하고 효과적인 조치를 취하며, 장애인의 재산이 임의적으로 박탈당하지 아니하도록 보장한다”고 규정하였다. 협약 제23조 또한 장애인의 가정을 존중하는 규정을 두고 있는데, 결혼적령기에 있는 장애인이 결혼을 하고 가정을 이룰 수 있는 자유와 부모로서 자녀에 대한 친권을 행사할 수 있는 권리가 포함된다. 상기 두 조문을 보면 장애인이 권리주체로써 일반인과 같은 인권을 향유함을 강조하면서 권리능력과 행위능력의 보장을 강조한 것인데, 이는 특정 범위에 국한된 것이 아니고 모든 영역에 확장된 것인바, 재산행위 또는 신상관리의 의사표시(예컨대 유언능력 또는 결혼능력), 신분행위의 간섭(동의능력) 및 독립적으로 행정 또는 사법절차(절차능력)를 할 수 있는 등이 포함된다. 협약 제12조는 장애인의 자기결정권을 보장하기 위함이다. 이 조항이 보장하는 행위능력은 독립적으로 권리를 행사할 수 있는 능력뿐만 아니라 행사 이후의 결과 즉 자기책임능력(협약 제2조 제1항, 제2항)도 포함된다. 이를 전제로 체약국은 그 권리능력 및 행위능력을 그러한 권리능력과 행위능력 및 제3자 또는 국가의 침해받지 않도록 주의, 보장, 촉진할 의무가 있다(협약 제2조 제3항-제5항). 동 협약 제2조 제3항-제5항의 규정이 바로 성년후견제도가 규정하는 대상인바, 국가가 어떻게 필요한 범위 내에서 장애

인에게 협조하고 그 의사를 존중하고 이익을 보호하면서 신상과 재산사무를 처리하는가 하는 문제이기도 하다. 대만 성년보호제도의 적용 대상이 유엔 장애인 권리에 관한 협약이 보장하고자 하는 것과 일치한지 여부, 즉 개념을 우선적으로 정리해야 한다. 협약 제1조 제2항의 규정에 의하면 장애인이란 다양한 장벽과의 상호 작용으로 인하여 다른 사람과 동등한 완전하고 효과적인 사회 참여를 저해하는 장기간의 신체적, 정신적, 지적, 또는 감각적인 손상을 가진 사람이다. 반면 성년후견제도는 정신, 지력이 손상된 경우만을 성년후견제도를 적용하는 전제로 하고 있고, 신체가 손상된 경우는 포함하지 않는다. 그러므로 장애인 권리에 관한 협약의 적용범위가 대만 성년후견제도의 적용 대상을 포함하고 있기 때문에 대만 성년후견제도는 장애인 권리에 관한 협약상 국가기본인권보장의 원칙을 방해하지 않는다.¹⁴⁾

VI. 대만 임의후견법안의 개정내용 및 관련 문제에 대한 입법초안의 제기

2016년 10월 4일 대만 법무부 민법 친족편 일부 조문 개정초안은 제4장 '후견'에 제2절의1 '임의후견계약'을 신설하였는데, 총 7개의 조문을 신설하였다. 법무부는 2015년부터 '민법 친족편 '임의후견'제도 신설 회의'를 개최하였고 선후로 13차례 초안을 작성하여 2016년 10월 4일에 민법 친족편(임의후견) 일부 조문 개정 초안 총 설명 및 조문 대조표를 각 기관 및 관련 민간단체에 보내 의견을 수렴하였는데, 모두 10개의 기관이 의견을 보냈고 민간단체는 아직 답장하지 않았다. 법무부는 각 기관이 제출한 의견을 수렴한 후 단순한 문자 수정이나 조문순서 조정이 아닌 여전히 심사가 필요한 문제를 심사하기 위하여, 2017년 12월 4일에 이번 회의를 개최하여 토론을 진행하였다. 신설된 임의후견계약초안의 조문에 대해 다음과 같이 설명했다.¹⁵⁾

14) 戴瑀如, 〈由聯合國身心障礙惟權利公約論我國成年監護制度之改革〉, 《高齡化社會法律之新挑戰：以財產管理為中心》, 台北：新學林, 2014年2月1版, 107-109頁。

15) 입법원 제8기 제5회기 제6차 회의 의안관련문서, 전체 각주2, 508-523쪽. 법무부 '민

1. 임의후견계약의 정의를 명확하게 하였고 수임인이 다수의 경우에는 약정에 따라 각자 직무를 수행하는 경우를 제외하고 공동으로 직무를 수행할 것을 규정하였다.

민법 제1113조의2 초안 조문

임의후견이란 본인과 수임인이 약정하여 본인이 후견선고를 받으면 수임인이 후견인을 담당하는 계약을 말한다(제1항).

전항의 수임인은 한명 또는 여러 명이 될 수 있고, 여러 명의 경우에는 각자 직무를 수행할 것을 약정한 경우를 제외하고 공동으로 직무를 수행해야 한다(제2항).

설명:

(1) 현행 민법 성년후견제도는 본인이 의사능력을 상실한 경우, 신청권자의 신청에 따라 법원이 후견선고를 내리고 직권에 따라 일정한 범위 내의 사람을 후견인으로 선정하는 제도이다(민법 제14조, 제1111조 규정 참조). 이러한 방식으로 본인의 의사자치결정을 충분히 존중할 수 없기 때문에 본조 제1항 ‘임의후견’ 제도, 즉 본인(위임인)의 의사능력이 건전할 때 본인과 수임인이 약정하여 본인이 후견선고를 받으면 수임인이 후견인을 담당하는 계약을 규정함으로써 법원이 직권에 따라 후견인을 선정하는 제도를 대체한다.

(2) 당사자의 의사자치원칙에 따라 임의후견의 본인은 한명 또는 여러 명을 수임인으로 약정할 수 있고, 수임인이 여러 명의 경우에는 어떻게 직무를 수행할 것인지에 대해 의문이 있을 것이다. 민법 제168조의 “대리인이 여러 명인 경우에는 그 대리행위는 공동으로 해야 한다. 그러나 법률에 별도의 규정이 있거나 본인이 별도의 의사표시를 하면 제외한다”라는 규정의 입법취지를 참고하면, 수임인이 여러 명인 경우에는 원칙적으로 수임인은 공동으로 직무를 수행해야 한다. 즉 전체 수임인의 동의를 받아야만 행할 수 있다. 그러나 임의후견계약에 여러 명이 피후견인의 생활, 양호치료 및 재산관리 등 사무에 대해 각자 직무를 수행할 것을 별도로 약정하면 그 약정에 따라야 한다. 이에 제2항은 이러한 취지를 명시한 것이다.

법 친족편 ‘임의후견’ 제도 신설’ 제14차 회의 자료, 2017년 11월, 1-11쪽.

2. 임의후견계약의 체결·변경은 요식형식을 취하고, 공증인이 공증서를 작성해야 성립하고, 공증인이 서면으로 본인 주소지 법원에 통지해야 한다. 임의후견계약은 본인이 후견선고를 받을 때 효력이 발생한다.

민법 제1113조의3 초안 조문

임의후견계약의 체결 또는 변경은 공증인이 공증서를 작성하였을 때부터 성립하고, 공증인은 7일 내에 서면으로 본인 주소지 법원에 통지해야 한다.(제1항)

전항의 공증은 본인 및 수임인이 출석하고 공증인 앞에서 합의를 표시해야 진행할 수 있다.(제2항)

임의후견계약은 본인이 후견선고를 받았을 때부터 효력이 발생한다.(제3항)

설명:

(1) 임의후견계약은 본인이 의사능력을 상실한 이후의 후견사무와 관련되기 때문에 본인 권익에 큰 영향을 미치므로 본조 제1항에 계약의 체결·변경은 요식방식을 취할 것을 규정하였다. 또한 당사자들 간의 의사표시가 합치되는 경우를 제외하고 공증인이 공증서를 작성한 경우에 성립되도록 함으로써 당사자에 대한 보호를 강화하여 추후에 발생하는 분쟁을 피할 수 있다. 또한 법원이 임의후견계약의 존재를 인지하지 못하고 착오로 후견선고사건에 대해 법정후견절차를 진행하는 경우를 피하기 위해 법원은 임의후견계약의 존재 여부를 확인할 필요가 있는데, 공증인은 법원에 소속된 자이고 민간 공증인은 지방법원의 감독을 받으므로 법원은 공증자료를 조회할 수 있다. 이를 명확하게 하기 위하여 본조 제1항은 공증인은 7일 내에 서면으로 본인 주소지 법원에 통지하도록 규정하였다(법원과 행정기관의 관례에 따르면 일반적으로 호적에 등록된 주소를 주소지라 한다). 본인의 주소를 알 수 없거나 대만에 주소가 없는 경우에는 민법 제22조의 규정에 따라 그 거소를 주소로 한다. 법원에 통지하도록 하는 목적은 법원이 임의후견계약의 존재를 알 수 있도록 하기 위함인데, 본조의 통지 및 기간규정은 훈시규정으로 공증인이 통지하지 않거나 7일 이후에 법원에 통지하더라도 임의후견계약의 성립에 영향을 미치지 않는다.

(2) 공증인이 전항의 규정에 따라 공증할 경우, 본인 및 수임인이 출석하고 공증인 앞에서 쌍방이 후견계약을 체결·변경하는 데 합의하였음을 표시해야 진행

할 수 있다. 이때 공증인은 본인과 수임인의 의사표시 합치의 임의성과 진실성을 확인해야 한다.

(3) 제1항의 규정에 따라 임의후견계약이 성립된 후 본인에게 후견이 필요한 상황이 발생하여야 수임인이 후견직무를 수행할 필요가 있다. 본인이 후견을 받을 필요가 있음을 명확하게 인정하기 위하여 임의후견계약은 본인이 후견선고를 받을 때부터 효력이 발생한다고 규정하였다.

3. 법원이 후견선고를 할 때 본인이 사전에 임의후견계약을 체결하였으면 임의후견 우선을 원칙으로 하여 본인의 정한 수임인을 후견인으로 한다. 다만 임의후견인이 본인에게 불리하다고 인정할만한 충분한 사실이 있거나 현저히 적합하지 않는 사정이 있으면, 법원이 직권으로 후견인을 선정할 수 있고, 임의후견계약의 제한을 받지 않는다.

민법 제1113조의4 초안 조문

본인이 정신장애 또는 기타 지적 결함으로 의사표시를 할 수 없거나 수령할 수 없거나 그 의사표시의 효과를 식별할 수 없는 경우, 법원은 제14조 제1항에 규정된 자, 보조인, 임의후견수임인 또는 기타 이해관계인의 신청에 따라 후견선고를 내려야 하고, 임의후견계약에 정한 수임인을 후견인으로 하며 동시에 재산목록을 작성할 자를 지정한다(제1항).

법원이 전항의 후견선고를 내릴 때, 후견수임인이 본인에게 불리하다고 인정할만한 충분한 사실이 있거나 현저히 적합하지 않는 사정이 있으면 법원은 직권으로 제1111조 제1항에 규정된 자를 후견인으로 선정할 수 있다(제2항).

설명:

(1) 현행 성년 법정후견선고는 본인이 정신장애 또는 기타 지적 결함으로 의사표시를 할 수 없거나 수령할 수 없거나 그 의사표시의 효과를 식별할 수 없음을 전제로 한다. 이번 개정 초안이 '임의후견제도'를 신설함에 있어 '성년후견제도에 대한 변화를 최소화'하면서 '본인의 의사자치를 존중'하는 것을 원칙으로 하면서 본인이 정신장애 또는 기타 지적 결함으로 의사표시를 할 수 없거나 수령할 수 없거나 그 의사표시의 효과를 식별할 수 없는 경우 법원이 신청권자의 신

청에 따라 본인이 후견요건에 부합한다고 인정되면 후견선고를 내리도록 규정하였다. 본인의 의사자치를 존중하기 위하여 법원이 후견선고를 할 때, 본인이 사전에 임의후견계약을 체결하였으면 임의후견우선을 원칙으로 한다. 즉 임의후견계약에 정한 수임인을 후견인으로 하고 동시에 재산목록을 작성할 자를 지정하여 본인의 권익을 보장한다.

(2) 법원이 전항의 후견선고를 내릴 때, 후견수임인이 본인에게 불리하다고 인정할만한 충분한 사실이 있거나 현저히 적합하지 않는 사정(예컨대 수임인이 본인 재산을 사기하려는 중대한 혐의가 있거나 수임인이 장기간 대만에 없어 후견직무를 수행할 수 없는 등 사유)이 있으면, 법원은 직권으로 제1111조에 규정된 자를 후견인(예컨대 배우자, 4촌 이내 친척, 최근 1년간 동거사실이 있는 기타 친척, 주관기관, 사회복지기구 또는 기타 적합한 자)으로 선정할 수 있고, 후견계약의 제한을 받지 않는다. 이는 임의후견의 예외 규정으로 본인의 권익을 보장하기 위함이다.

4. 임의후견계약 체결 후 당사자는 계약이 발효하기 전에 수시로 철회할 수 있다. 계약 발효 후 정당한 이유가 있으면 법원에 종료를 신청할 수 있다.

민법 제1113조의5 초안 조문

법원이 후견선고를 내리기 전에 본인 또는 수임인은 수시로 철회할 수 있다. 선고 후 본인 또는 수임인은 정당한 사유가 있으면 법원에 종료를 신청할 수 있다(제1항).

임의후견계약의 철회는 먼저 서면으로 상대방에게 해야 하고 공증인이 공증서를 작성한 후 철회 효력이 발생한다. 공증인은 공증서를 작성한 날로부터 7일 내에 서면으로 본인 주소지 법원에 통지해야 한다. 계약의 일부만 철회하는 경우에는 전부 철회하는 것으로 본다(제2항).

법원이 후견선고를 내린 후, 후견인이 공동으로 직무를 수행할 때 모든 후견인이 제1106조 제1항(모든 후견인 사망, 법원 허가를 받고 사임, 후견인이 될 수 없는 자(예컨대, 미성년자, 받은 후견 또는 보조선고가 아직 취소되지 않은 자, 파산선고를 받고 아직 권리가 회복되지 않은 자, 실종자 등)) 또는 제1106조의1

제1항(후견인이 피후견인의 최대이익에 부합하지 않음을 인정할만한 충분한 사실이 있거나 또는 현저히 적합하지 않은 사정이 있는 자)에 해당하면 법원은 제1113조의4 제1항에 규정된 신청권자의 신청 또는 직권에 의해 제1111조 제1항에 규정된 자를 후견인으로 다시 선정하거나 변경할 수 있다(제3항).

법원이 후견을 선고한 후 임의후견계약에 약정된 여러 명의 후견인이 각자 직무를 수행할 때, 동일 직무를 수행하는 모든 후견인이 제1106조 제1항 또는 제1106조의1 제1항에 해당하면 법원은 전항의 규정에 따라 모든 후견인을 다시 선정하거나 변경할 수 있다. 다만 기타 직무를 수행하는 후견인이 부적합한 사정이 없으면 법원은 그를 후견인으로 우선 선정하여야 한다(제4항).

설명:

(1) 법원이 제1113조의4에 따라 후견을 선고하기 전까지 임의후견계약은 효력이 발생하지 않기 때문에 위임계약의 일반원칙에 따라 본인 또는 수임인은 수시로 철회의 의사표시를 통하여 임의후견계약이 성립되지 않게 할 수 있다.

(2) 일반 위임계약 발효 후 위임계약의 일반 원칙에 따라 일방 당사자는 수시로 종료할 수 있다. 그러나 임의후견의 경우에는 본인이 후견선고를 받음으로써 의사능력을 상실하였기 때문에 수임인이 수시로 계약을 종료하도록 하면 이미 판단능력을 상실한 본인에 대한 보호가 충분하지 못하다. 따라서 본조 제1항 후단은 수임인이 정당한 사유가 있는 경우에 법원에 종료를 신청할 수 있도록 규정하였다. 여기서 '정당사유'란 예컨대 수임인이 질병, 장기간 대만에 있지 않거나 기타 사정변경으로 사실상 직무 수행이 어렵거나 본인의 배우자 또는 친척과 임의후견인 간의 신뢰관계가 파괴되어 수임인이 성실하게 직무를 수행하지 못하는 등 경우가 여기에 해당된다.

(3) 본인이 후견선고를 받은 후 비록 행위무능력자가 되었지만, 가사사건법 제16조 제2항의 규정에 따라 절차감독인은 피감독인을 위한 모든 행위를 할 권리가 있다. 그러므로 본인이 후견선고를 받고 행위무능력자가 되면 법원은 가사사건법 제15조의 규정에 따라 신청 또는 직권으로 본인을 위해 절차감독인을 선임할 수 있고, 절차감독인의 신청에 따라 임의후견계약을 종료할 수 있다. 만약에 본인이 후견선고를 받았으나 의사능력이 있음을 증명할 수 있으면 가사사건

법 제14조의 규정에 따라 본인은 여전히 절차능력을 가지고 있기 때문에 절차감독인을 선임하지 않아도 임의후견계약의 종료를 신청할 수 있다. 이러한 내용을 본조 제1항 후단에 명시함으로써 본인도 법원에 임의후견계약 종료신청을 할 수 있도록 하였다.

(4) 법원이 후견을 선고하기 전에 본인 또는 수임인은 수시로 임의후견계약을 철회할 수 있다. 이를 명확히 하기 위하여 본조 제2항 전단에 본인 또는 수임인은 서면으로 상대방에게 철회해야 하고 구두로만 표시해서는 아니 되며, 철회 후 공증인이 일방의 철회사실에 대한 공증서를 작성해야 철회의 효력이 발생한다. 공증인은 공증서 작성일로부터 7일 내에 서면으로 본인 주소지 법원에 통지하여 법원이 알 수 있도록 해야 한다.

(5) 임의후견계약에서 본인이 여러 명의 임의후견수임인을 위임한 경우, 본인이 여러 임의후견수임인의 업무분담에 대한 특별한 배정이 있는지 여부, 개별 임의후견수임인이 기타 수임인과 앞으로 순조롭게 협력할 수 있는지 여부는 임의후견계약을 체결할 때의 주요 고려사항으로 계약체결의사에 영향을 준다. 그러므로 본인이 여러 명의 임의후견수임인 중 한명 또는 여러 명에 대한 위임을 철회하거나 일부 수임인이 수임의사를 철회하면, 그 철회결과는 기타 철회하지 않은 수임인이 앞으로 후견직무를 수행하는 데 큰 변화가 발생하기 때문에 그의 동의를 받지 않고서는 타인이 일방적으로 결정한 결과를 받아들일도록 강제할 수 없다. 그러나 임의후견계약의 특별 신임관계를 고려할 때, 본인 및 수임인이 계약 발효 전에 철회하는 것은 타인의 동의를 받을 필요가 당연히 없기 때문에 그 중 일부를 철회하는 경우에도 타인의 동의를 받을 필요가 없다. 일부 철회의 결과가 계약의 전부 당사자 간의 관계에 영향을 미칠 수 있기 때문에 본조 제2항 후단은 계약의 일부만 철회하는 경우에는 전부 철회하는 것으로 간주한다고 규정하였다. 만약 당사자 간에 기타 부분에 대한 임의후견관계를 유지하려면 다시 계약을 체결해야 한다.

(6) 제1113의2 제2항의 규정에 따라 임의후견계약 수임인이 여러 명인 경우에는 분담하여 직무를 수행할 것을 약정한 경우를 제외하고 공동으로 직무를 수행해야 한다. 법원이 후견선고를 내린 후, 후견인이 공동으로 직무를 수행할 때 모든 후견인이 제1106조 제1항 또는 제1106조의1 제1항에 해당하면 법원은 제

1113조의4 제1항에 규정된 신청권자의 신청 또는 직권에 의해 제1111조 제1항에 규정된 자를 후견인으로 다시 선정하거나 변경할 수 있다. 만약에 후견인 중 한명 또는 여러 명이 제1106조 제1항 또는 제1106조의1 제1항에 해당하면 기타 후견인이 여전히 직무를 수행할 수 있기 때문에 법원은 신청권자의 신청 또는 직권으로 후견인을 다시 선정하거나 변경할 수 없다. 이렇게 법원이 임의후견에 개입하는 정도를 제한함으로써 법원이 자칫하면 후견인을 다시 선정하거나 변경하여 후견인이 빈번하게 교체되어 사법자원을 낭비하고 후견사무의 계속된 수행에 불리하다.

(7) 임의후견계약의 수입인이 여러 명이고 각자 직무를 수행할 때, 동일 직무를 수행하는 모든 후견인이 제1106조 제1항 또는 제1106조의1 제1항에 해당하면 법원은 신청권자의 신청 또는 직권에 의해 제1111조 제1항에 규정된 자를 전체 후견인으로 다시 선정하거나 변경할 수 있다. 예컨대 임의후견계약에 갑·을 2명이 피후견인의 양호치료사항을 수행하고 병이 피후견인의 재산관리사항을 수행할 것을 약정한 경우, 만약에 갑이 부적합한 사유가 있더라도 을이 계속하여 피후견인의 양호치료사무를 수행하기 때문에 법원의 개입이 필요 없다. 만약에 갑·을 모두 부적합한 사유가 있거나 병이 부적합한 사유가 있는 경우에는 양호치료사항이나 재산관리사항을 수행할 수 있는 후견인이 없기 때문에 법원이 개입하여 전부 후견인을 다시 선정하거나 변경해야 한다. 다만 기타 직무를 수행하는 후견인이 부적합한 사정이 없으면 그 후견인이 후견직무를 상당 기간 수행하여 피후견인과의 신뢰도와 익숙함이 구축되었기 때문에 법원은 그를 후견인으로 우선 선정하여야 한다. 예컨대 앞의 사례에서 갑·을 모두 현저히 부적합한 사유가 있으나 병이 부적합 사유가 없으면 법원은 다시 후견인을 선정할 때 우선적으로 병을 후견인으로 선정해야 한다. 반대로 병이 부적합한 사유가 있고 갑·을이 부적합한 사유가 없으면 법원은 우선적으로 갑·을을 후견인으로 선정해야 한다. 따라서 후견사무의 지속적인 진행에 유리하고 당사자의 의사자치를 존중할 수 있다.

2017년 12월 4일, 법무부가 토론을 거쳐 의제 1, 2에 대해 기존 개정조문을 유지하자는 의견을 채택하고 수정 의견을 채택하지 않았다. 의제 3부터 5까지는 12월 25일 법무부에서 지속적인 토론을 거쳐 논하도록 하였다.

- 의제1: 법원이 후견선고를 내린 후, 본인은 정당한 이유가 있어야 법원에 임의후견계약의 종료를 신청할 수 있는가?

설명:

1. 민법 친족편(임의후견) 일부 조문 개정초안(이하 개정초안) 제1113조의5 제1항 후단은 “선고 이후, 본인 또는 수임인은 정당한 사유가 있으면 법원에 종료를 신청할 수 있다”라고 규정하였다. 조문상으로는 본인 또는 수임인을 불문하고 법원에 임의후견계약의 종료를 신청할 때 반드시 정당한 사유가 있어야 한다. 수임인이 임의후견계약을 종료할 때, 후견선고를 받은 자(본인)의 입장을 보호하기 위해 당연히 정당한 사유가 있어야 종료할 수 있다. 그런데 본인은 후견선고를 받았으나 의사능력이 있음을 증명할 수 있으면 가사사건법 제14조 제3항의 규정에 따라 본인은 여전히 절차능력을 가지고 있기 때문에 법원에 임의후견계약의 종료를 신청할 수 있는데, 이는 본인의 의사자치에 기한 것임에도 불구하고 정당한 사유가 필요한지에 대해서 의문이 있을 수밖에 없다. 또한 ‘본인에게 정당한 사유가 있는 경우’에는 어떤 것이 있는가?

2. 일본 “임의후견계약에 관한 법률” 제9조 제2항은 “제4조 제1항의 규정에 따라 임의후견감독인을 선임한 후, 본인 또는 임의후견인은 정당한 사유가 있는 경우에는 가사법원의 허가를 받고 임의후견계약을 해지할 수 있다”고 규정하였다. 그러나 일본의 임의후견계약제도는 대만과 다른데, 임의후견계약은 등기를 거쳐 본인이 정신장애 발생시 가사법원은 신청에 따라 ‘임의후견감독인’을 선임해야 해당 후견계약이 효력이 발생한다. 즉 일본 법제도에 의하면 법원에서 임의후견감독인을 선임하여 본인의 권익을 보호하기 때문에 법원이 임의후견감독인을 선임한 후 본인은 정당한 사유가 있는 경우에만 법원에 임의후견계약을 해지할 것을 신청할 수 있다. 그러나 대만은 일본법상의 임의후견감독인제도가 없기 때문에 본인이 임의후견계약을 종료하는 경우에도 동일한 요건이 필요한지에 대해 추가적인 논의가 필요하다.

법무부 법률사무사(이하 본사)의 초보적인 의견:

[가안] 제1113조의5 제1항을 재수정하고 제2항을 신설.

재수정 조문[가안]	수정 조문[나안]
제1113조의5 법원이 후견을 선고하기 전에 임의후견 계약의 본인이나 수임인은 수시로 계약을 철회할 수 있다(제1항). 법원이 후견선고 후, 임의후견계약의 본인 또는 수임인은 법원에 계약 종료를 신청할 수 있다. 다만 수임인의 신청은 정당한 사유가 있는 경우에 한한다(제2항).	제1113조의5 법원이 후견을 선고하기 전에 임의후견 계약의 본인이나 수임인은 수시로 계약을 철회할 수 있다. 선고 후, 본인 또는 수임인이 정당한 사유가 있으면 법원에 종료신청을 할 수 있다(제1항).

[나안] 기존 개정조문 유지.

- 의제2: 임의후견계약의 철회는 먼저 서면으로 상대방에게 해야 하고 공증인이 공증서를 작성한 후 철회 효력이 발생한다. 계약의 일부만 철회하는 경우에는 전부 철회하는 것으로 본다. 여기서 '일부철회'는 수임인이 철회하는 경우에만 한하고 후견사무의 일부 내용의 철회는 포함하지 않는가?

설명:

민법 친족편 신설 후견제도에 대해 2014년 1월 15일부터 2015년 8월 19일까지 총 13차례 회의를 거쳤는데, 그중 개정 초안 제1113조의5 제2항 후단 “계약의 일부만 철회하는 경우에는 전부 철회하는 것으로 본다”는 규정에 대해, 임의후견 계약의 ‘특수신탁관계’를 감안하여 일부 계약 수임자를 철회하거나 또는 일부 수임자가 수임의사를 철회하면 계약의 변화가 발생하기 때문에 전부 계약의 철회로 간주한다는 부분만 논의하였다. 그러나 계약에서 수임인 이외의 일부 내용을 철회하는 경우에도 전부 철회한 것으로 간주하는지에 대해서는 논의한바 없다. 예컨대, 임의후견계약의 본인과 수임인이 한 임의후견수임인이 여러 직무를 담당할 것을 약정한 경우, 본인이 그 임의후견수임인의 일부 직무만 철회하고자 하면 전부 임의후견계약을 철회한 것으로 간주할 수 있는가?

본사의 초보적인 의견:

[가안] 개정 초안 제1113조의5 제2항 후단 “계약의 일부만 철회하는 경우에는

전부 철회하는 것으로 본다”는 규정은 임의후견수임인의 철회만 가리키고 임의 후견사무의 철회는 포함하지 않는다. 그러므로 본 조문을 “계약의 일부 수임인을 철회하는 경우에는 전부 철회한 것으로 간주한다”고 수정해야 한다.

재수정 조문	수정 조문
제1113조의5 임의후견계약의 철회는 먼저 서면으로 상대방에게 해야 하고 공증인이 공증서를 작성한 후 철회 효력이 발생한다. 공증인은 공증서를 작성한 날로부터 7일 내에 서면으로 본인 주소지 법원에 통지해야 한다. 일부 계약 수임인만 철회하는 경우에는 전부 철회하는 것으로 본다(제2항).	제1113조의 5 임의후견계약의 철회는 먼저 서면으로 상대방에게 해야 하고 공증인이 공증서를 작성한 후 철회 효력이 발생한다. 공증인은 공증서를 작성한 날로부터 7일 내에 서면으로 본인 주소지 법원에 통지해야 한다. 계약의 일부만 철회하는 경우에는 전부 철회하는 것으로 본다(제2항).

[나안] 제1113조의5 제2항 후단 “계약의 일부만 철회하는 경우에는 전부 철회하는 것으로 본다”는 규정은 임의후견계약 수임인을 철회하는 경우만 한정하지 않고 계약의 일부내용을 철회하는 경우(예컨대 일부 후견사무내용을 철회하는 경우)도 포함된다. 예컨대, 본인과 임의후견수임인 갑이 임의후견계약을 체결하여, 갑이 신상보호와 재산관리 직무를 수행할 것을 약정한 경우, 만약에 본인은 갑이 신상보호직무를 철회하면 갑은 재산관리직무를 계속하여 수행해야하고, 신상보호직무에 대해서는 기타 감호인이 수행해야 한다. 그러나 본인이 후견선고를 받기 전에 신상보호직무를 수행하는 임의후견인을 지정하지 않을 경우 법원에서 기타 후견인을 선임하도록 하면 임의후견과 법정후견이 병존하는 현상이 발생하게 된다. 또한 본인이 별도로 기타 수임인 을을 추가하면 기존 임의후견인 갑의 입장에서 볼 때 앞으로 을과 순조롭게 협력할 수 있을지 여부에 대해 임의후견인간의 신뢰 및 밀접관계를 고려해야 되기 때문에 이때 갑의 동의가 필요할 것이다. 만약에 동의를 받지 않았으면 강제로 일방적인 결정의 결과를 받아들이도록 할 수는 없을 것이다. 그러므로 제1113조의5 제2항 후단 “계약의 일부만 철회하는 경우에는 전부 철회하는 것으로 본다”는 규정은 해석상 임의후견인계약의 수임인을 철회하는 경우에 한하지 않고 임의후견사무를 철회하는 경우도 포함해야 한다.

재수정 조문	재수정 조문 설명
<p>(개정 조문 유지) 제1113조의 5 임의후견계약의 철회는 먼저 서면으로 상대방에게 해야 하고 공증인이 공증서를 작성한 후 철회 효력이 발생한다. 공증인은 공증서를 작성한 날로부터 7일 내에 서면으로 본인 주소지 법원에 통지해야 한다. 계약의 일부만 철회하는 경우에는 전부 철회하는 것으로 본다(제2항).</p>	<p>임의후견계약에서 본인이 여러 명의 임의후견수임인을 위임한 경우, 본인이 여러 임의후견수임인의 업무분담에 대한 특별한 배정이 있는지 여부, 개별 임의후견수임인이 기타 수임인과 앞으로 순조롭게 협력할 수 있는지 여부는 임의후견계약을 체결할 때의 주요 고려사항으로 계약체결의사에 영향을 준다. 그러므로 본인이 여러 명의 임의후견수임인 중 한명 또는 여러 명에 대한 위임을 철회하거나 일부 수임인이 수임의사를 철회하거나 본인 또는 수임인이 후견직무 내용의 일부를 철회하면, 그 철회결과는 기타 철회하지 않은 수임인이 앞으로 후견직무를 수행하는 데 큰 변화가 발생하기 때문에 그의 동의를 받지 않고서는 타인이 일방적으로 결정한 결과를 받아들이도록 강제할 수 없다. 그러나 임의후견계약의 특별 신임관계를 고려할 때, 본인 및 수임인이 계약 발효 전에 철회하는 것은 타인의 동의를 받을 필요가 없는 당연하기 때문에 그 중 일부를 철회하는 경우에도 타인의 동의를 받을 필요가 없다. 일부 철회의 결과가 계약의 전부 당사자 간의 관계에 영향을 미칠 수 있기 때문에 본조 제2항 후단은 계약의 일부만 철회하는 경우에는 전부 철회하는 것으로 간주한다고 규정하였다. 만약 당사자 간에 기타 부분에 대한 임의후견관계를 유지하려면 다시 계약을 체결해야 한다.</p>

- 의제3: 여러 명의 후견인 중 한명 또는 여러 명이 제1106조 제1항 또는 제1106조의1 제1항에 해당하면 기타 후견인은 어떻게 공동으로 직무를 수행하는가?

설명:

개정초안 제1113조의2 제2항의 규정에 의하면 임의후견계약의 수임인이 여러 명인 경우 각자 직무를 수행할 것을 약정한 경우를 제외하고 공동으로 직무를 수행해야 한다. 또한 제1113조의5 제3항의 규정에 의하면 법원이 후견선고를 내린 후, 후견인이 공동으로 직무를 수행할 때 모든 후견인이 제1106조 제1항 또는 제1106조의1 제1항에 해당하면 법원은 신청권자의 신청 또는 직권에 의해 후견인을 다시 선정하거나 변경할 수 있다. 다시 말하자면 공동으로 직무를 수행하는 여러 명의 후견인 중 한명 또는 여러 명이 위의 경우에 해당하면 후견직무를 수행하는 기타 후견인이 있기 때문에 제1113조의5 제3항에 규정된 요건에 부합하지 않고 법원은 후견인을 다시 선정하거나 변경할 수 없다. 그런데 법원의 재선정이나 변경을 거치지 않은 후견인은 직무를 수행할 수 없는 수임인이지만 명의

상으로는 여전히 후견인이다. 그러므로 제1113조의2 제2항의 규정에 따라 직무를 수행하고 있는 기타 후견인이 직무를 수행할 때 여전히 그의 동의를 받아야 하는 불합리한 결과가 발생한다. 즉 기타 후견인은 어떻게 공동직무를 수행해야 하는가? 실무적으로도 문제가 발생할 것이다.

본사의 초보적인 의견:

제1113조의5 제5항부터 제7항까지의 규정 신설

재수정 조문	수정조문
<p>제1113조의5 법원이 후견선고를 내리기 전에 본인 또는 수임인은 수시로 철회할 수 있다. 선고 후 본인 또는 수임인은 정당한 사유가 있으면 법원에 종료를 신청할 수 있다.</p> <p>임의후견계약의 철회는 먼저 서면으로 상대방에게 해야 하고 공증인이 공증서를 작성한 후 철회 효력이 발생한다. 공증인은 공증서를 작성한 날로부터 7일 내에 서면으로 본인 주소지 법원에 통지해야 한다. 계약의 일부만 철회하는 경우에는 전부 철회하는 것으로 본다.</p> <p>법원이 후견선고를 내린 후, 후견인이 공동으로 직무를 수행할 때 모든 후견인이 제1106조 제1항 또는 제1106조의1 제1항에 해당하면 법원은 제1113조의4 제1항에 규정된 신청권자의 신청 또는 직권에 의해 제1111조 제1항에 규정된 자를 후견인으로 다시 선정하거나 변경할 수 있다.</p> <p>법원이 후견을 선고한 후 임의후견계약에 약정된 여러 명의 후견인이 각자 직무를 수행할 때, 동일 직무를 수행하는 모든 후견인이 제1106조 제1항 또는 제1106조의1 제1항에 해당하면 법원은 전항의 규정에 따라 모든 후견인을 다시 선정하거나 변경할 수 있다. 다만 기타 직무를 수행하는 후견인이 부적합한 사정이 없으면 법원은 그를 후견인으로 우선 선정하여야 한다.</p> <p><u>전 2개 항의 경우, 본인과 수임인이 별도의 약정이 있으면, 그 약정에 따른다(제5항).</u></p> <p>법원이 후견을 선고한 후, 제3항 및 제4항의 직무를 수행하는 후견인의 한명 또는 여러 명이 제1096조 제1항부터 제3항까지 또는 제1106조 제1항 제1호, 제2호의 경우에 해당하면, 제1113의4 제1항에 규정된 신청권자는 호정기관에 변경등기를 신청해야 한다(제6항).</p> <p>법원이 후견을 선고한 후, 제3항 및 제4항의 직무를 수행하는 후견인의 한명 또는 여러 명이 제1096조 제4항 또는 제1106조의1 제1항의 경우에 해당하면, 법원</p>	<p>제1113조의5 법원이 후견선고를 내리기 전에 본인 또는 수임인은 수시로 철회할 수 있다. 선고 후 본인 또는 수임인은 정당한 사유가 있으면 법원에 종료를 신청할 수 있다.</p> <p>임의후견계약의 철회는 먼저 서면으로 상대방에게 해야 하고 공증인이 공증서를 작성한 후 철회 효력이 발생한다. 공증인은 공증서를 작성한 날로부터 7일 내에 서면으로 본인 주소지 법원에 통지해야 한다. 계약의 일부만 철회하는 경우에는 전부 철회하는 것으로 본다.</p> <p>법원이 후견선고를 내린 후, 후견인이 공동으로 직무를 수행할 때 모든 후견인이 제1106조 제1항 또는 제1106조의1 제1항에 해당하면 법원은 제1113조의4 제1항에 규정된 신청권자의 신청 또는 직권에 의해 제1111조 제1항에 규정된 자를 후견인으로 다시 선정하거나 변경할 수 있다.</p> <p>법원이 후견을 선고한 후 임의후견계약에 약정된 여러 명의 후견인이 각자 직무를 수행할 때, 동일 직무를 수행하는 모든 후견인이 제1106조 제1항 또는 제1106조의1 제1항에 해당하면 법원은 전항의 규정에 따라 모든 후견인을 다시 선정하거나 변경할 수 있다. 다만 기타 직무를 수행하는 후견인이 부적합한 사정이 없으면 법원은 그를 후견인으로 우선 선정하여야 한다.</p>

은 제1113조의4 제1항에 규정된 신청권자의 신청 또는 직권에 의해 그 직무를 해지하고, 직권으로 관할 호정기관에 등기를 요청해야 한다(제7항).

5. 임의후견인의 보수에 대해 당사자간에 약정이 있으면 그 약정에 따르고, 약정이 없으면 법원이 정한다.

민법 제1113조의6 초안 조문

임의후견계약에 보수를 약정하였거나 보수를 지불하지 않도록 약정한 경우에는 그 약정에 의하고, 약정하지 않으면 후견인은 법원에 그 노동력 및 피후견인의 재력에 따라 정하도록 요청할 수 있다.

설명:

임의후견수임인의 보수에 대해 당사자가 금액을 약정하였거나 지불하지 않도록 약정하는 것은 당사자의 명시적인 약정에 속하기 때문에 당연히 그 약정에 따라야 하므로 더 이상 법원에 요청할 필요가 없다. 당사자 간에 약정이 없으면 제1104조의 규정을 준용하여 임의후견수임인이 법원에 그 노동력 및 피후견인의 재력에 따라 정하도록 요청할 수 있다.

6. 기타 임의후견사항과 관련하여 성년후견규정의 준용.

민법 제1113조의7 초안 조문

임의후견계약에 수임인이 후견직무를 수행할 때 제1101조 제2항, 제3항 규정의 제한을 받지 않을 것을 약정하면 그 약정에 의한다(제1항).

임의후견과 관련하여, 본 절에 별도의 규정이 없으면 본 장 제2절의 성년후견 규정을 준용한다(제2항).

설명:

(1) 당사자의 의사자치원칙을 실현하기 위해 본인의 사전 약정에 따라 후견인이 확정되는 경우를 제외하고, 본인은 사전에 자신의 재산에 대한 관리 및 처분

등 행위를 지정할 수 있는 권한이 있다. 따라서 기존의 후견계약에 수임인이 제 1101조 제2항(후견인이 피후견인을 위해 부동산을 구매하거나 처분하는 등 행위는 법원의 허가를 받지 않으면 효력이 없다), 제3항(후견인은 피후견인의 재산으로 투자할 수 없다)상의 행위를 할 수 있는 권한이 있는지 여부를 별도로 약정하지 않으면, 법원이 허가여부를 정한다. 그러나 본인이 임의후견계약에 수임인이 피후견인을 대리하여 부동산을 구매·처분하거나 피후견인의 재산으로 투자할 것을 별도로 약정하면, 당사자의 의사자치원칙에 따라 법원의 허가권은 임의후견계약에 약정하지 않은 경우에 한하여 보충적으로 적용해야 한다.

(2) 비록 임의후견은 위임계약의 성격을 띠고 있으나, 단순한 사무를 처리하는 위임이 아니고, 그 본질은 여전히 후견제도의 일부분이다. 그러므로 본 절에 규정하지 않은 부분은 법정후견의 관련 조문으로 보충한다.

(3) 보호후견사무의 효과적인 수행을 위해 본인이 후견사무의 비용을 부담하는 것을 원칙으로 하므로 임의후견비용의 부담은 법정후견의 규정을 준용해야 한다. 또한 후견사무 중에 발생한 필요비용에 대해 임의후견계약이 유상 또는 무상을 불문하고 모두 본인의 재산으로 지불한다. 후견사무와 관련하여 임의후견인은 선량한 관리자의 주의의무에 따라 후견사무를 처리해야 한다(제1113조는 제1100조의 규정을 준용).

7. 제1111조의2에 규정된 후견인 자격 제한의 예외

민법 제1113조의8 초안 조문

임의후견계약에 수임인이 후견직무를 수행함에 있어 제1101조 제2항, 제3항 규정의 제한을 받지 않을 것을 약정하면 그 약정에 의한다(제1항).

임의후견과 관련하여, 본 절에 별도의 규정이 없으면 본 장 제2절의 성년후견 규정을 준용한다(제2항).

- 의제4: 임의후견제도 하에서 당사자의 의사자치결정을 존중하여 예외적으로 본인이 자신의 생활을 돌보줄 기구 및 그 대표자를 후견인으로 선임할 때 제1111조의2에 정한 후견인자격의 제한을 받지 않는가?

설명:

민법 제1111조의2는 “후견선고를 받은 자를 간호하는 법인 또는 기구 및 그 대표자, 책임자 또는 그 법인 또는 기구가 고용·위임하였거나 기타 유사 관계가 있는 자는 후견선고를 받은 자의 후견인이 될 수 있다”고 규정함으로써 법인 또는 요양기구가 간호인이면서 후견인이 되어 재산관리 및 신상보호에서 발생하게 되는 이익 충돌을 피하도록 하였다. 그러나 실무에서 피후견인의 배우자, 부모, 자녀, 수족, 사위, 며느리 또는 장인장모가 간호를 제공하는 기구의 대표자, 책임자 또는 그 법인 또는 기구가 고용·위임하였거나 기타 유사 관계가 있는 자가 되어 간호하는 경우, 만약에 일괄적으로 후견인은 될 수 없도록 배제한다면 사실상의 수요와 부합되지 않을 수 있다. 따라서 2004년 12월 30일 개정을 통하여 상기 조문의 제한을 완화하여 “다만 해당 후견선고를 받은 자의 배우자, 4촌 이내의 친족 또는 2촌 이내의 사돈인 경우에는 제외한다”는 단서규정을 신설하였다. 이는 법원이 후견선고를 받은 자를 간호하는 자(법인 또는 기구 등)를 후견인으로 선임하는 것을 제한한다. 이에 법원은 임의후견제도 하에서 당사자의 의사자치결정을 존중하여 예외적으로 본인이 자신의 생활을 돌봐줄 기구 및 그 대표자를 후견인으로 선임할 수 있는지에 대한 의안을 제시하였다.

본사의 초보적인 의견:

[가안] 기존 개정조문 유지.

[나안] 제1113조의8을 재수정하여 제2항의 규정을 신설하여 본인이 자신의 생활을 돌봐주는 기구 및 그 대표자 등을 후견인으로 선임하는 것을 허락.

1. 일본 “임의후견계약에 관한 법률”에는 명확한 규정이 없어 임의후견의 경우에 법인을 임의후견인으로 선임할 수 있는지에 대해 해석상 여전히 논란이 있다. 그러나 일본 학자들은 현행 일본의 개정 성년후견제도는 법인이 합법적인 후견인이 될 수 있다고 명문으로 규정하였고, 민법상 “인”은 자연인외에 법인도 포함하며, 또한 임의후견계약은 성격상 임의대리의 위임계약에 속하기 때문에 “임의후견 계약에 관한 법률”에 명문 규정이 없더라도 법인이 임의후견인의 신분으로 위임인과 위임계약을 체결할 수 있다고 해석할 수 있다고 본다. 예컨대, 지방자치단체, 사회복지법인, 변호사회 등 법인기구는 임의후견인을 담당할 수 있다.¹⁶⁾

2. 대만 심신장애자권익보장법 제81조 제3항의 규정에 의하면 “법원이 심신장애자를 위해 후견인 또는 보조인으로 사회복지기구, 법인을 선임한 경우, 직할 시·현(시) 주관기관은 후견 또는 보조 직무의 수행을 감독해야 한다. 감독사항에 관한 관리방법은 중앙주관기관에서 정한다.” 아울러 법원은 사회복지기구, 법인 등을 후견인 또는 보조인으로 선정할 수 있고, 주관기구가 후견직무의 수행을 감독함으로써 피후견인의 권익을 보장한다.

3. 법원이 후견선고를 하지 않은 상태에서 선정된 후견인은 피후견인의 최대 이익에 따라 피후견인의 의견을 우선적으로 고려해야 한다. 민법 제1111조의1의 규정에 의하면 임의후견수임인이 본인에게 불리하다고 인정할만한 충분한 사실이 있거나 현저히 적합하지 않는 사정이 있으면, 법원은 직권에 따라 제1111조 제1항에 규정된 자를 후견인으로 선정할 수 있다(개정초안 제1113조의4 제2항 참조). 그러므로 본인의 의사결정을 존중하기 위해 자신의 생활을 돌봐줄 기구·법인 및 그 대표자 등을 후견인으로 선임할 수 있고, 후견선고를 받은 후 법원은 우선적으로 해당 기구·법인 및 그 대표자 등을 후견인으로 선정해야 한다. 다만 해당 법인 또는 기구가 피후견인의 최대이익에 부합하지 않는다고 인정할만한 충분한 사실이 있거나 현저히 적합하지 않는 사정(민법 제1106조의1 제1항)이 있으면, 법원은 직권으로 후견선고를 받은 자를 위해 다른 후견인을 선임하여 이익 충돌의 위험을 피하면서 본인의 자기결정권을 보호할 수 있도록 해야 한다. 따라서 제1113조의8을 다시 개정하고 제2항의 규정을 신설하여 본인이 자신의 생활을 돌봐주는 기구 및 그 대표자 등을 후견인으로 선임할 수 있게 해야 한다.

재수정 조문	수정조문
제1113조의8 임의후견계약에 수임인이 후견직무를 수행함에 있어 제1101조 제2항, 제3항 규정의 제한을 받지 않을 것을 약정하면 그 약정에 의한다(제1항). 임의후견계약의 수임인은 제1111조의2에 정한 후견인 자격의 제한을 받지 않는다(제2항). 임의후견과 관련하여, 본 절에 별도의 규정이 없으면 본 장 제2절의 성년후견규정을 준용한다(제3항).	제1113조의8 임의후견계약에 수임인이 후견직무를 수행함에 있어 제1101조 제2항, 제3항 규정의 제한을 받지 않을 것을 약정하면 그 약정에 의한다(제1항). 임의후견과 관련하여, 본 절에 별도의 규정이 없으면 본 장 제2절의 성년후견규정을 준용한다(제2항).

16) 중화경제연구학회, 법무부 “임의후견제도의 연구” 위탁연구결과보고서, 61쪽.

Ⅶ. 결 론

2016년 10월 4일 대만 법무부가 추진한 ‘임의후견제도’ 신설초안과 2017년 12월 4일 법무부 ‘민법 친족편 ‘임의후견’ 제도 신설’ 제14차 회의자료는 성인이 의식이 분명할 때 스스로 혈연관계 유무와 관계없이 후견인을 선정하도록 하였다. 또한 임의후견의 권리의무에 있어 일본 민법상의 명문규정을 참조함으로써 가정의 자녀가 적어지고 사회 고령화의 부담을 덜어줄 것을 기대한다. 앞으로 대만 입법에서 임의후견제도를 조속히 도입하여 사회복지국가를 건설할 것을 기대한다.

투고일: 2018. 7. 5. 심사일: 2018. 7. 18. 게재확정일: 2018. 7. 20.

■ 참고 문헌 ■

- 戴瑀如,〈由聯合國身心障礙惟權利公約論我國成年監護制度之改革〉,《高齡化社會法律之新挑戰:以財產管理為中心》,台北:新學林,2014年2月.
- 鄧學仁,〈我國制定意定監護制度之芻議〉,《台北大學法學論叢》,96期,新北市:台北大學,2014年6月.
- 鄧學仁,〈台灣の成年後見の導入と改正経緯〉,《新・アジア家族法三国会議第3回會議成年後見制度》,台北:輔仁大學,2013年11月.
- 鄧學仁,〈台灣成年監護之現況與課題〉,《全國律師》,第17卷 第5期,台北:全國律師,2013年5月.
- 林秀雄,〈論我國新修正之成年監護制度〉,《月旦法學雜誌》,164期,台北:元照,2009年1月.
- 林秀雄,〈論我國新修正之成年監護制度〉.
- 伊藤惠子,〈法定後見制度〉,《成年後見制度:法の理論と実務》,東京:有斐閣,2014年10月.
- 陳志強,〈臺灣新成年監護之制度之介紹〉,《稻江學報》,第3卷 第3期,台北:新學林,2014年2月.
- 立法院第8屆第5會期第6次會議議案關係文書,前揭註2,508-523頁;法務部研商「民法親屬編增訂『意定監護』制度」第14次會議資料,2017年11月,1-11頁
- 立法院第8屆第5會期第6次會議議案關係文書,2014年4月,506頁
- 中華警政研究學會,法務部「意定監護制度之研究」委託研究案研究成果報告書,61頁
- 內政部統計處2017年9月統計通報,網址:http://www.moi.gov.tw/stat/news_content.aspx?sn=9148。最後瀏覽日期:2017/11/21
- 司法統計年報,網址:<http://www.judicial.gov.tw/juds/year102/09/010.pdf>;
http://www.judicial.gov.tw/juds/year103/contents_table_ch.htm;
<http://www.judicial.gov.tw/juds/year104/09/022.pdf>;
<http://www.judicial.gov.tw/juds/year105/09/037.pdf>。最後瀏覽日期:2017/11/21