



## I. 서론

우리나라는 2025년을 기점으로 초고령 사회에 진입할 것으로 예상된다.<sup>3)</sup> 이로 인해 고령 인구의 급증과 더불어 다양한 사회적·법적 문제가 대두되고 있다. 특히, 고령화가 가속화됨에 따라 신체적, 정신적 능력이 저하된 고령자들의 권익 보호와 재산관리의 중요성이 더욱 커지고 있다. 이러한 배경에서 우리나라는 민법을 개정하고, 2013. 7. 1. 부터 성년후견제도를 시행하고 있다. 고령자의 권리 보호와 생활 안전을 도모하기 위한 중요한 법적 장치로 주목받고 있다.

성년후견제도는 ‘본인의 의사와 잔존능력의 존중’을 기본 이념으로 하여, 후견인의 역할과 권한을 개별 상황에 맞춰 설정할 수 있도록 하였다. 이 제도는 단순히 재산관리에 그치지

1) 법학박사·사회복지학박사, 한국후견사회복지사회.

2) 본 글은 한국후견사회복지사회의 의견과는 무관함을 밝힙니다.

3) 국제연합(UN)의 기준에 따르면 전체 인구에서 65세 이상이 차지하는 비율인 고령자 인구 비율이 7% 이상이면 고령화 사회, 14% 이상이면 고령 사회, 20% 이상이면 초고령 사회로 구분된다. 우리나라의 경우 고령화 속도가 매우 빨라 2000년에 고령자 인구 비율이 7.2%에 이르러 고령화 사회로 진입한 데 이어 2018년에는 14.3%로 고령 사회로 진입하고, 2026년에는 20.8%로 초고령 사회로 진입할 것으로 전망된다 (기획재정부, 시사경제용어사전, <https://www.moef.go.kr/sisa/dictionary/detail?idx=2047>, 최종검색 24. 11. 6.).

않고, 치료, 요양 등 신상에 관한 폭넓은 도움을 제공할 수 있다는 점에서 중요한 의미가 있다. 특히, 임의후견제도를 통해 현재 정신적 제약이 없는 사람도 미래를 대비하여 후견인을 지정할 수 있으며, 이 경우 공증인의 공정증서를 통해 후견계약을 체결하도록 규정되어 있어 법적 안정성과 공정성을 보장한다.

고령자 재산 및 신상보호를 위한 법적 수단에는 후견제도와 신탁제도가 있으며, 고령자의 생전 의사를 반영하는 방법으로는 유언도 중요한 역할을 한다. 특히 유언의 경우, 법적 효력을 보장하기 위해 유언 공증을 활용할 수 있다. 유언 공증은 공증인이 유언자의 의사를 명확히 기록하고 법적으로 효력이 발생할 수 있도록 공정증서를 작성하는 과정으로, 유언자의 의도를 보호하고 분쟁을 예방하는 중요한 수단이다. 이러한 과정에서 공증인의 역할은 매우 중요하다.

공증인은 후견계약과 신탁계약의 체결 시 공정성과 법적 효력을 보장할 뿐만 아니라, 유언 공증을 통해 고령자의 생전 의사를 정확하게 반영하고 그 의사가 사후에도 보호될 수 있도록 한다. 본 논문은 유언공증, 임의후견, 민사신탁을 중심으로 고령자의 재산과 신상보호를 위한 법적 장치들을 비교 분석하며, 이 과정에서 공증인이 수행하는 역할과 책임에 대해 다루고자 한다.

## Ⅱ. 유언, 임의후견, 신탁과 공증

### 1. 유언과 공증

#### 가. 유언과 법적 성질

유언은 유언자의 사망과 동시에 법률효과를 발생하고자 일정한 방식에 맞게 하는 단독 행위이다. 유언은 유언자의 사망 시에 효력이 발생한다. 따라서 유언의 내용이 유언자의 진의인가, 유언이 있었는가 없었는가를 확인하는 것이 곤란하다. 따라서 형식에 있어 엄격성이 요구되며, 피상속인의 의사를 존중하기 위한 제도이므로 몇 가지 특징을 가지게 된다.

첫째, 요식성으로 이는 유언자에게 신중한 의사표시를 하도록 하고, 타인의 위조·변조를 막는 데 목적이 있다(민법 제1060조). 둘째, 단독행위로 사인증여와 달리 유언에 의한 증여의 경우 승낙이 필요 없다. 셋째, 유언자의 독립된 의사에 이루어져야 하는 즉, 대리가 허용되지 않는다. 넷째, 유언은 철회가 자유롭다(민법 제1108조~제1111조). 다섯째, 민법이 정하는 법정 사항에 한하여서만 할 수 있는 행위이다.<sup>4)</sup>

민법이 인정하는 유언 사항은 재단법인의 설립(민법 제47조 제2항), 친생부인(민법 제850조), 인지(민법 제859조 제2항), 미성년후견인의 지정(민법 제931조 제1항), 상속분할방법의 지정 또는 위탁(민법 제1012조 전단), 상속재산분할금지(민법 제1012조 후단), 유언집행자의 지정 또는 위탁(민법 제1093조), 유언에 의한 증여(민법 제1074조 이하), 신탁(신탁법 제3조) 등이다. 이러한 사항에 해당하지 않는 내용의 유언은 무효이다.<sup>5)</sup>

## 나. 유언의 방식 비교

유언은 유언자의 사망 시 효력이 발생하므로 엄격한 형식을 요구하며(민법 제1060조), 이를 따르지 않은 유언은 무효로 한다.<sup>6)</sup> 민법이 인정하는 유언의 방식에는 5가지가 있다. 자필증서·녹음·공정증서·비밀증서·구수증서에 의한 방식이다. 이를 정리하면 표-1과 같다.

〈표-1〉 유언의 방식

유언 방식	형식 요건	장점	단점
자필증서 유언	1. 유언자가 전문을 자서할 것. 2. 연월일을 자서할 것. 3. 주소를 자서할 것. 4. 성명을 자서할 것. 5. 날인할 것.	1. 간편하고 비용이 들지 않음. 2. 본인이 직접 작성 가능.	1. 위조 또는 변조의 위험이 있음. 2. 유언자의 의도나 진정성을 법적 분쟁 시 증명하기 어려움.
녹음 유언	1. 유언자가 녹음으로 유언 취지를 말할 것. 2. 성명과 연월일을 구술한다. 3. 참여한 증인이 유언의 정확성과 그 성명을 구술한다.	유언자의 음성을 통해 진정성 확인 가능.	1. 녹음의 진위 여부 논란이 있을 수 있음. 2. 증인 요구 사항 등으로 절차가 다소 복잡.

4) 김주수·김상용, 친족·상속법 제16판, 법문사, 2019, 804.

5) 김주수·김상용, 앞의 책, 805.

6) 대법원 2006. 3. 9. 2005다57899 판결.

유언 방식	형식 요건	장점	단점
공정증서 유언	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 유언자가 공증인 면전에서 유언의 취지를 구수할 것.</li> <li>2. 증인 2명 이상의 참여가 있을 것.</li> <li>3. 공증인이 유언자의 구술을 필기하여, 이를 유언자와 증인 앞에서 낭독할 것.</li> <li>4. 유언자와 증인이 필기가 정확함을 승인한 후 각자 서명 또는 기명·날인할 것.</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 공증인과 증인의 입회로 유언의 진정성 및 정확성 보장.</li> <li>2. 법적 분쟁 소지를 최소화.</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 공증 비용 발생.</li> <li>2. 다른 유언방식에 비해 절차가 다소 복잡하며 시간과 준비가 필요.</li> </ol>
비밀증서 유언	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 유언자가 필자의 성명을 기입한 증서를 엄봉·날인할 것.</li> <li>2. 엄봉한 날인증서를 2인 이상의 증인의 면전에 제출하여, 자기의 유언서임을 표기할 것.</li> <li>3. 봉서표면에 유언서의 제출연월일을 기재하고, 유언자의 증인과 각자 서명 또는 기명·날인할 것.</li> <li>4. 비밀증서에 의한 유언 봉서는 그 표면에 기재된 날부터 5일 이내에 공증인 또는 가정법원 서기에게 제출하여 그 봉인상에 확정일자를 받을 것.</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 유언의 내용이 외부에 공개되지 않음.</li> <li>2. 유언서의 보관 및 봉인이 안전하게 이루어짐.</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 유언서 분실 또는 손상 시 효력이 없을 수 있음.</li> <li>2. 유언서의 진정성 문제가 발생할 수 있음.</li> </ol>
구수증서 유언	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 질병 기타 급박한 사유로 인하여 다른 방식에 의한 유언을 할 수 없을 것.</li> <li>2. 2인 이상의 증인의 참여로 그 1인에게 유언의 취지를 구수하여야 할 것.</li> <li>3. 구수를 받은 자가 이를 필기·낭독하여 유언자와 증인이 그 정확함을 승인한 후, 각자가 서명 또는 기명·날인할 것.</li> <li>4. 구수증서에 의한 유언은 그 증인 또는 이해관계인이 급박한 사유가 종료한 날부터 7일 이내 가정법원에 그 검인을 신청할 것.</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 긴급 상황에서 유언 가능.</li> <li>2. 증인들이 존재하여 유언의 진정성 확보.</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 법적 분쟁 소지가 발생할 수 있음.</li> <li>2. 긴급 상황에서만 허용되며, 법원 확인 절차 필요.</li> </ol>

## 다. 유언과 공증

증인 2인의 참여와 공증인을 이용하여 발생하는 절차의 불편함과 비용 발생의 부분을 생각 하더라도, 유언에 의한 공증은 다른 유언방식에 비해 유언의 존재를 명확히 하고 확실성을 담보할 수 있는 방식이다. 그러나 한편 생각해 보아야 할 것으로 유언 공증의 경우 유언 사실을 어떠한 사정으로 가족들이 모르는 경우 유언공정증서를 수색하는 방법이 불비하다는 점이다. 일반인의 인식에는 공증인이 할 것이라는 생각을 가지기도 한다. 물론 공증인이 본연의 공증 업무 외에 유언공정증서를 작성한 이들을 관찰하여 사망 시 이를 통지하는

서비스를 제공할 수는 있다.<sup>7)</sup>

그러나 이보다 근원적으로는 조회제도를 마련하는 것이 필요할 것이다. 일본의 전자판 유언등록(電子版遺言登録) 시스템을 참조하는 것도 하나의 방법이 될 수 있지 않을까 한다.<sup>8)</sup> 이 제도는 유언공정증서 데이터를 일본공증인연합회 서버에 보관하여 상속인이 어느 공증인 사무소에서든 유언공정증서의 유무를 조회할 수 있는 것을 말한다.

이를 우리나라에 도입한다면, 대한공증인협회 또는 법무부에 유언공정증서의 데이터베이스를 구축하고, 상속인이 공증인 사무소를 통해 유언공정증서의 유무를 조회할 수 있는 시스템을 마련하는 방법을 생각해 볼 수 있다.

## 2. 임의후견과 공증

### 가. 성년후견제도

성년후견제도는 2011. 3. 7. 법률 제10429호로 개정된 민법에 최초로 도입되어 2013. 7. 1. 부터 시행되었다. 성년후견제도는 후견 대상자의 자기결정권<sup>9)</sup>과 잔존능력의 활용을 기본 이념으로 한다. 그리고 후견은 필요성의 원칙에 따라 후견 대상자의 필요에 의한 최소한의 영역에서 적용되어야 하고, 후견 없이도 충분한 보호를 받을 수 있다면 후견을 개시하여서는 안 된다. 그리고 보충성의 원칙에 따라 법정후견보다는 임의후견이, 후견 대상자의 의사결정 대행보다는 의사결정 지원이 먼저 적용되어야 한다. 또한, 정상화의 원칙에 따라 정신장애가 있어도, 자신이 속한 사회의 다른 구성원들과 대등하고 조화롭게 살 수 있도록 하고, 격리 하거나 배제하여서는 안 된다.<sup>10)</sup>

7) 이러한 문제는 우리나라만의 문제는 아니다. 우리보다 먼저 고령화 사회에 진입한 일본의 경우에는 우리 법무부에 해당하는 법무성에서 자필증서 유언서 보관제도를 마련하여 이를 보완하고 있다.

8) 일본의 전자공증제도에 관한 것은 박중순, 일본의 전자공증제도에 관한 소고, 공증과신뢰(통권 제11호), 2018, 대한공증인협회.

9) 자기결정권이란 인간의 존엄성을 실현하기 위한 수단으로서 인간이 자신의 생활영역에서 인격적 발현과 삶의 방식에 관한 근본적인 결정을 자율적으로 내릴 수 있는 권리를 말한다(헌법재판소 2019. 4. 11. 선고 2017헌마127 전원재판부 결정 등).

10) 사법연수원, 법원실무제요 가사2, 915.

성년후견은 질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 지속해서 결여된 사람을 대상으로 성년후견을 개시하고 성년후견인을 선임하도록 하고 있다(민법 제9조 제1항, 제928조, 제936조 제1항, 가사소송법 제2조 제1항 제2호 가목 1). 성년후견의 유형은 표-2와 같다.

〈표-2〉 성년후견 유형별 비교<sup>11)</sup>

내용	성년후견	한정후견	특정후견	임의후견
개시사유	정신적 제약으로 사무처리 능력의 지속적 결여	정신적 제약으로 사무처리 능력의 부족	정신적 제약으로 일시적 후원 또는 특정사무 후원의 필요	정신적 제약으로 사무처리 능력의 부족
후견개시 청구권자	본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 미성년후견인, 미성년후견감독인, 한정후견인, 한정후견감독인, 특정후견인, 특정후견감독인, 검사 또는 지방자치단체의 장	본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 미성년후견인, 미성년후견감독인, 성년후견인, 성년후견감독인, 특정후견인, 특정후견감독인, 검사 또는 지방자치단체의 장	본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 미성년후견인, 미성년후견감독인, 검사 또는 지방자치단체의 장	본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 임의후견인, 검사 또는 지방자치단체의 장 (※ 임의후견 개시 요건인 임의후견감독인 선임 청구권자)
본인의 행위능력	원칙적 행위능력상실자	원칙적 행위능력자	행위능력자	행위능력자
후견인의 권한	원칙적으로 포괄적인 대리권, 취소권	법원이 정한 범위 내에서 대리권, 동의권, 취소권	법원이 정한 범위 내에서 대리권	각 계약에서 정한 바에 따름

#### 나. 임의후견

성년후견제도의 이념인 자기결정권의 존중이라는 측면에서는 후견제도 종류 중 본인 스스로 후견인을 결정하고 내용을 결정할 수 있는 임의후견제도가 이를 가장 잘 반영할 것이 아닐까 한다. 이를 보장하기 위해 후견계약이 존재하는 경우 임의후견이 우선하고, 법정후견은 보충적으로 운용될 필요가 있다. 이는 사적자치의 원칙에도 충실하다 할 수 있다. 민법은 제도적으로 자기결정권에 의한 임의후견을 보장하고 있고, 예외적으로 본인의

11) 서울가정법원 누리집, <https://slfamily.scourt.go.kr/main/new/Main.work>, 최종검색 24. 12. 7.

이익을 위하여 특별히 필요한 때<sup>12)</sup>에는 예외적으로 법정후견을 신청할 수 있도록 하고 있다 (민법 제959조의20 제1항).

### (1) 후견계약

후견계약은 질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 부족한 상황에 있거나, 부족하게 될 상황에 대비하여 자신의 재산관리 및 신상보호에 관한 사무의 전부 또는 일부를 다른 자에게 위탁하고, 위탁 사무에 대하여 대리권을 수여하는 것을 내용으로 한다(민법 제959조의14). 계약에 의한 것으로 당사자 의사에 따라 다양한 내용을 담을 수 있다. 가정법원, 임의후견인, 임의후견감독인 등은 후견계약을 이행·운영할 때 본인의 의사를 최대한 존중하여야 한다(민법 제959조의14 제4항).

### (2) 임의후견의 이용현황

임의후견은 후견제도에 충실함에도 실제 임의후견의 이용현황은 매우 저조하다. 후견계약은 공정증서로 하고, 후견 등기를 하여야 하는데 2021년 말 기준 8년간 158건에 지나지 않는다.<sup>13)</sup> 또한, 임의후견의 경우는 표-3에서 보듯이 2014년 8건을 시작으로, 2023년까지 총 229건으로 다른 후견제도에 비하여 매우 저조한 이용현황을 보여주고 있다.

12) 후견계약 당시 예상했던 것보다 본인의 정신적 제약 정도가 악화하여 후견계약에서 정한 범위의 대리권만으로는 본인의 보호가 불충분한 경우, 본인 보호를 위하여 법정후견의 동의권이나 취소권 제도를 이용할 필요가 있는 경우, 후견계약에서는 재산관리만을 대상으로 약정하였는데 본인의 신상보호도 필요하게 된 경우 등과 같이, 임의후견만으로는 본인 보호에 미흡하여 후견을 보다 강화해야 할 필요가 있을 때를 말한다(김성우, 성년후견실무, 박영사, 2018, 197.). 가정법원은 후견계약에 따른 후견이 본인 보호에 충분하지 아니하여 한정후견의 필요성이 인정되는지를 판단하기 위해서는 후견계약의 내용, 후견계약에서 정한 임의후견인이 임무에 적합하지 아니한 사유가 있는지, 본인의 정신적 제약의 정도, 기타 후견계약과 본인을 둘러싼 제반 사정 등을 종합하여 판단한다(대법원 2017. 6. 1.자 2017스515 성년후견 개시 결정). 구체적으로는 임의후견인에게 민법 제937조가 정한 후견인 결격사유가 있거나 본인을 확대하거나 재산을 횡령하는 등 현저한 비행을 하는지, 후견계약이 본인의 진정한 의사에 의하여 체결되었는지 여부, 후견계약의 내용이 본인의 보호에 충분하지 여부, 본인을 둘러싼 주변인 사이에 분쟁이 격심하여 후견계약으로는 본인의 보호나 이익에 심각한 위험이 생길 우려가 있는지, 임의후견인에게 정하여진 보수가 지나치게 고액인지 아닌지 등의 사정을 고려한다(김성우, 앞의 책, 197.).

13) 윤진수, 임의후견제도의 활성화를 위한 제언, 후견 제4호, 2023, 2.

〈표-3〉 연도별 후견 사건의 접수 건수 현황<sup>14)</sup>

	성년후견					성년후견 감독				
	성년 후견	한정 후견	특정 후견	임의 후견	미성년 후견	성년 후견 감독	한정 후견 감독	특정 후견 감독	임의 후견 감독	미성년 후견 감독
2014	2,006	236	355	8	1,143	1,104	138	131	1	493
2015	3,010	283	179	8	1,194	1,942	164	237	5	908
2016	3,716	282	158	17	1,237	2,114	180	86	2	935
2017	4,571	897	464	26	1,075	2,972	342	208	3	883
2018	5,927	742	520	15	1,155	3,973	641	415	1	728
2019	6,984	746	759	30	1,066	4,250	284	503	2	699
2020	8,180	830	917	26	1,141	4,456	300	663	1	604
2021	8,605	838	938	28	1,136	4,662	267	714	5	535
2022	8,324	961	923	29	1,236	3,517	270	661	6	568
2023	8,823	858	993	42	1,191	3,446	252	707	4	562
합계	60,146	6,673	6,206	229	11,574	32,436	2,838	4,325	30	6,915

### (3) 임의후견과 공정증서

(가) 후견계약은 법률에 따라 공정증서로 작성하여야 한다(민법 제959조의14 제2항). 이는 당사자의 신중한 결정을 유도하고, 사후분쟁을 예방하려는 의도라 할 수 있다.<sup>15)</sup> 여기서 공정증서는 일반적으로 공증인<sup>16)</sup>이 사인의 촉탁에 하여 공증인법 그 밖의 법령이 정하는 바에 따라 법률행위 그 밖의 사권에 관한 사실에 대하여 작성한 증서를 말한다. 사서증서는 법률

14) 사법연감을 토대로 편집한 것임.

15) 김주수·김상용, 친족·상속법 제16판, 법문사, 2019, 560.

16) 공증인법 제2조(공증인의 직무)에 따르면, 공증인은 당사자나 그 밖 관계인의 촉탁에 따라 법률행위나 그 밖의 사권에 관한 사실에 대한 공정증서의 작성, 사서증서 또는 전자문서 등에 대한 인증, 공증인법과 그 밖의 법령에 따라서 공증인이 취득하도록 정한 사무를 처리하는 것을 직무로 한다고 규정하고 있다.

행위를 한 당사자가 작성한 것임에 반하여, 공정증서는 공증인이 직접 작성한 점이 다르다. 공정증서는 공증인이 작성한 것이라는 점에서 성격상 사문서가 아닌 공문서가 되며, 여러 가지 점에서 사문서보다는 강력한 증거력이 부여된다.<sup>17)18)</sup> 집행권원으로 인정되는 때도 있다.<sup>19)</sup>

#### (나) 후견계약 공정증서 작성

공정증서에 어떠한 사항을 기재하는지, 어떠한 절차에 따라 공정증서를 작성하는지는 공증인법 제34조, 제35조, 제38조에 규정되어 있다. 이에 따르면 먼저 공증인은 촉탁인이나 그 대리인의 촉탁에 따라 공증인이 들은 진술, 목격한 사실, 그 밖에 실제로 경험한 사실과 그 경험한 방법을 기재한다(공증인법 제34조). 그 밖에 촉탁인이나 대리인에 관한 사항을 비롯한 공증인법에 정한 사항을 기재<sup>20)21)</sup>하여 증서 초안을 작성한다. 공증인은 작성된 증서 초안을 참석자에게 읽어주거나 열람하게 하여 이의가 없음을 확인하고, 그렇게 확인한 취지를 다시 증서 초안에 추가하여 적은 다음(공증인법 제38조 제1항)<sup>22)</sup>, 참석자로 하여금 서명날인하게

17) 대한공증인협회, 공증실무 개정판, 2013, 47.

18) 민사소송법 제327조 제1항(대법원 1994. 6. 28. 선고 94누2046 판결). 형사소송법 제315조 제1항.

19) 민사집행법 제56조 제4호 “공증인이 일정한 금액의 지급이나 대체물 또는 유가증권의 일정한 수량의 급여를 목적으로 하는 청구에 관하여 작성한 공정증서로서 채무자가 강제집행을 승낙한 취지가 적혀 있는 것”.

20) 공증인법 제35조 (기재사항) 공증인이 작성하는 증서에는 그 내용 외에 다음 각 호의 사항을 모두 적어야 한다. 1. 증서의 번호, 2. 촉탁인의 주소·직업·성명 및 나이(법인이면 그 명칭과 사무소 소재지), 3. 대리인에 의하여 촉탁되었을 때는 그 사유, 대리권을 증명할 증서를 제출하게 한 사실, 그 대리인의 주소·직업·성명 및 나이, 4. 촉탁인이나 그 대리인의 성명과 얼굴을 아는 경우에는 그 사실, 5. 제3자의 허락이나 동의가 있었음을 증명하는 증서를 제출하게 하였을 때는 그 사유와 제3자의 주소·직업·성명 및 나이(법인인 경우에는 그 명칭 및 사무소 소재지), 6. 제27조제2항에 따른 증명이 있을 경우에는 그 사유, 증인의 주소·직업·성명·나이 또는 그 확인의 방법, 7. 제27조제3항의 경우에는 그 사유, 8. 제31조 제2항에 따른 증명이 있었을 경우에는 그 사유, 9. 통역인이나 참여인을 참여하게 하였을 때는 그 사유와 통역인 또는 참여인의 주소·직업·성명 및 나이, 10. 작성 연월일과 장소.

21) 공증인법 제27조(촉탁인의 확인) ② 공증인이 촉탁인의 성명이나 얼굴을 모르면 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 방법으로 촉탁인이 맞다는 것을 증명하게 하여야 한다. 다만, 촉탁인이 외국인이면 여권이나 대한민국에 주재하는 그 촉탁인의 본국 영사가 발행한 증명서로써 그 촉탁인임을 증명할 수 있다. 1. 주민등록증이나 그 밖에 권한 있는 행정기관이 발행한 사진이 첨부된 증명서를 제출하게 하는 방법, 2. 공증인이 성명과 얼굴을 아는 증인 2명에게 그 촉탁인임이 확실하다는 것을 증명하게 하는 방법, 3. 그 밖에 제1호 및 제2호의 방법에 준하는 확실한 방법.

22) 공증인법 제38조(증서의 작성 절차) ① 공증인은 그가 작성한 증서를 모든 참석자에게 읽어주거나 열람하게 하여 촉탁인 또는 그 대리인의 이의가 없음을 확인하고 그 취지를 증서에 적어야 한다. ② 통역인을 참여시켰을 경우에는 제1항의 절차 외에 통역인에게 증서의 취지를 통역하게 하고 그 취지를 증서에 적어야 한다. ③ 제1항과 제2항에 따라 각각의 취지를 적으면 공증인과 참석자는 각자 증서에 서명날인하여야 한다. ④ 참석자로서 서명할 수 없는 사람이 있으면 그 사유를 증서에 적고 공증인과 참여인이 날인하여야 한다. ⑤ 공증인은 증서가 여러 장으로 이루어지는 경우에는 각 장에 걸쳐 직인으로 간인(間印)하여야 한다.

하면서(공증인법 제38조 제3항), 공증인도 함께 서명날인하고(공증인법 제38조 제3항), 간인을 찍어(공증인법 제38조 제5항), 증서를 완성한다.

통역인을 사용한 경우에는 통역인에게 증서의 취지를 통역하게 하고 취지를 증서에 적어야 한다(공증인법 제38조 제2항). 참석자 중 서명할 수 없는 사람이 있으면 사유를 적고 공증인과 참여인이 날인하여야 한다.

#### (다) 공증 요건으로서 촉탁인이나 대리인에 대한 요건

공증인은 법령을 위반한 사항, 무효인 법률행위와 무능력으로 인하여 취소할 수 있는 법률행위에 관하여는 증서를 작성할 수 없다(공증인법 제25조). 실제 임의후견인 감독인 심판과정에서, 후견계약 체결 당시 촉탁인인 본인이 의사능력을 갖추고 있었는지에 대하여 다투어지는 경우가 있다. 이러한 점에서 후견계약을 공정증서 방식으로 한 것은 적절하고, 촉탁인에게 의사능력이거나 의사결정 능력이 있는지 또는 촉탁인의 대리인에게 이를 대리 내지 대행할 권한이 있는지 살펴야 한다.

#### (라) 이용 활성화 방안

현행 임의후견제도는 사법연감 통계에서 알 수 있듯이 그 이용률이 매우 저조하다. 이용 증진 방안으로 제도적 개선을 하는 방법이 있다. 그러나 필자는 이를 이용하고자 하는 수요자의 처지에서 생각해 보고자 한다.

첫째, 표준후견계약서를 통한 부분이 적절한지의 부분이다.

현재 법무부는 후견계약 공정증서 양식을 제공하여, 공증인들이 이를 참조할 수 있도록 하고 있다. 참고 사항이므로 공증인은 이에 구속되지 않고 공정증서 후견계약서를 작성할 수 있다. 그러나 임의후견이 활성화되지 않은 현 상황에서, 표준후견계약서를 벗어난 계약서를 체결하기는 공증 실무에서는 쉽지 않은 부분이지 않을까 한다. 즉 표준후견계약서의 제공 취지가 이용자의 편리한 이용과 다양한 수요를 맞추기 위함이라고 하였으나, 오히려 일종의 계약인 후견계약의 내용 결정의 자유를 제한하여, 궁극적으로는 자기결정권을 보장하고자 하는 부분이 침해되는 부분이 없지 아니한지를 점검해 보아야 할 것이다.<sup>23)</sup>

23) 우리나라의 표준후견계약서 양식은 내용도 법 규정을 거의 그대로 반복한 것이거나 표준적으로 예상되는 내용을 부동 문자로 적는 것으로 사실상 계약내용 형성 가능성을 넓혀주지 못한다(서울대학교산학

둘째, 후건계약 공정증서 실무를 담당하는 공증사무실이 희소하다는 점이다.

성년후견제도의 시행이 비록 10년이 지났으나 대부분의 국민이 이 제도에 대하여 인식하지 못하는 상황에서, 임의후견제도를 이용하기 위해 결심을 하고 후건계약을 공정증서로 작성하기 위해 공증사무실을 이용하고자 할 때, 필자가 본 논문을 준비하면서 전화로 문의한 바에 의하면 이를 제공하는 곳이 많지 않은 것이 현실이다. 그리고 후건계약 공정증서를 작성하는 곳이라도 즉효형 후건계약의 경우에는 공증인들이 쉽게 사무수행을 기대할 수 없는 부분이 있다. 즉 후건계약이 체결되었다고 하여도, 본인의 판단능력이 저하된 정도에 따라서는 계약 시 필요한 의사능력이 없다고 하여, 향후 재판을 통해 계약의 무효 가능성이 존재한다.

셋째, 장래형 후건계약의 문제점이다.

현재는 정신적 제약이 없지만 향후 자신의 판단능력이 악화하였을 때 그 효력이 발생하도록 하는 일종의 장래형 후건계약의 경우는 효력 발생 시까지 상당한 기간이 경과될 가능성이 있다. 이 장래형 후건계약에서 친족 외에 제3자가 임의후견인 수임자의 경우로 된 경우, 본인의 판단능력이 저하되어 신청이 필요함에도 적시에 신청이 늦어지는 경우가 발생할 수 있다.

이와 같은 문제점의 개선 방향으로 표준후건계약서 외에도 당사자의 내용 결정을 보장하는 공증인들의 노력이 필요할 것이다. 물론 실무적으로 정형화된 다른 공증사무와 달리 추가 노력을 들일만한 유인이 없는 상황인 점이 있기는 하지만, 전문가로서의 직업윤리에 기대어 본다. 그리고 후건계약 공정증서 작성 사무실 희소 부분 역시 공증인들 전문가의 직업윤리에 기대한다.<sup>24)</sup>

### 3. 민사신탁과 공증

고령자 보호를 위한 치매, 상속 대책의 방법으로서 위에 유언 공증, 임의후견제도와 함께

협력단, 임의후견제도 발전방안에 관한 연구, 법원행정처, 2017).

24) 공증인은 공증인법 제2조에 따라 법률행위와 사권(私權)에 관한 사실을 공정증서로 작성하거나, 사서 증서 및 전자문서에 대한 인증을 수행하는 직무를 맡고 있다. 공증인은 이러한 직무를 수행하면서 공무원의 지위를 가지며, 법무부장관으로부터 임명을 받은 자로서 공공성을 지닌 책임이 있다. 공증인법이 부여하는 공공 책임과 직업윤리는 공증 관련 계약 작성 시 단순한 법적 형식 이상의 의미가 있으며, 공증인들이 본인의 사회적 역할을 인식하고 후건계약 공정증서 작성 서비스를 제공하는 사무실이 부족한 부분에 대해 전문적 책임을 다하여야 하지 않을까 한다.

신탁제도가 있다. 우리나라에서 은행에서 신탁을 상품화하여 판매하고 있다. 다만, 은행 등이 제공하는 그 대부분이 상신탁으로, 민신탁과는 몇 가지 점에서 차이가 있다.

## 가. 민신탁과 상신탁의 차이

### (1) 수탁자의 차이

신탁의 수탁자가 상행위로서 신탁의 인수(상법 제46조 제15호, 신탁의 인수)를 영업으로 불특정 다수의 사람을 대상으로 맡는 신탁을 상신탁이라 한다. 신탁에 관한 일반법으로는 신탁법이 있고, 상신탁에 관한 특별법으로는 자본시장과 금융투자업에 관한 법률(약칭: 자본시장법)이 있다. 같은 법 제6조 제1항은 금융투자업이란 이익을 얻을 목적으로 계속적이거나 반복적인 방법으로 행하는 행위로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 업을 말하고(제6호, 신탁업), 제8항에서는 신탁업을 신탁을 영업으로 하는 것이라 정의하고 있다. 즉, 수탁자가 이익을 얻을 목적으로 계속적이거나 반복적인 방법으로 신탁을 인수하는 행위는 영업으로 하는 신탁업에 해당하고, 이는 상신탁이 되는 것이다. 반면 수탁자가 특정한 사람을 대상으로 영리를 목적으로 하지 않고 맡는 비영업신탁을 민신탁이라 한다.<sup>25)</sup>

이같이 상신탁과 민신탁은 수탁자가 영리 목적으로 반복적으로 계속해서 수행하는 지에 따라 구별된다.

한편 신탁법 제11조는 수탁능력에 관한 규정으로 수탁자는 법인격이 전제되어야 한다. 그러므로 자연인이나 법인 모두 수탁자가 될 수 있다. 그러나 법인격 없는 단체(민법상 조합, 비법인 사단 등)는 수탁자가 될 수 없다.<sup>26)</sup>

### (2) 신탁할 수 있는 재산의 차이

상신탁(신탁업자인 경우)의 대상이 되는 재산은 금전, 증권, 금전채권, 동산, 부동산, 지상권, 전세권, 부동산임차권, 부동산소유권 이전등기청구권, 그 밖의 부동산 관련 권리, 무체 재산권(지식재산권을 포함한다)으로 한정된다(자본시장법 제103조 제1항). 이에 반해, 민사 신탁에서는 신탁의 대상이 되는 재산에 대해 원칙적으로 제한은 없고,<sup>27)</sup> 자택 부동산이나 비

25) 김종원, 민사신탁의 활용과 세무, 영화조세통람, 2019, 27.

26) 최수정, 신탁법, 박영사, 2016, 51.

상장 주식도 신탁할 수 있다. 또, 수탁자의 권한도, 신뢰 관계가 있는 사람이 실시하는 것으로 부터, 권한의 범위가 넓고, 신탁계약 안에서 설정하게 된다.

## 나. 민사신탁의 특징

(1) 어떤 재산을 대상으로 하는지, 수탁자로부터 어떻게 관리·운용·처분받을 것인지, 누구에게 재산을 승계받을 것인가를 세세하게 지정할 수 있다.

(2) 위탁자는 특정 수익자를 직접 정할 수도 있고, 신탁행위로 수익자를 지정할 권한을 갖는 자를 정하는 방식으로도 신탁을 설정할 수도 있다(신탁법 제58조 제1항). 위탁자는 위탁자 자신이나 수탁자, 그 밖의 제3자를 수익자 지정권자 등으로 정할 수 있다. 수익자 지정권자 및 수익자 변경자는 신탁상 정함에 따라 자신의 재량하에 권한을 행사하며, 유언에 의하여도 그 권한을 행사할 수 있다(신탁법 제58조 제2항).

### (3) 위탁자의 수익자변경권

신탁법은 재산승계를 위하여 설정된 생전신탁은 유언에 의한 증여와 같은 기능을 한다는 점에서, 위탁자가 수익자변경권을 유보하지 않은 때에도 수익자를 변경할 수 있음을 규정하고 있다. 즉, 신탁법 제59조 제1항은 수익자가 될 자로 지정된 자가 위탁자의 사망 시 수익권을 취득하는 신탁 제1호 및 수익자가 위탁자의 사망 이후에 신탁재산에 기한 급부를 받는 신탁 제2호를 유언대용신탁이라 부르고, 이러한 신탁에서는 원칙적으로 수익자변경권을 가지는 것으로 정하였다.

## 다. 활용 예시

(1) 치매를 대비해 부모(위탁자)가 자녀(수탁자)와 신탁계약을 체결하여, 치매로 인해 요양 시설에 입소할 때도 자녀가 부모의 재산을 대신 관리하며 입소비용 등 병간호에 드는 비용을 충당할 수 있다. 예를 들어, 부모가 치매로 시설에 입소하고 자택에 거주자가 없게 되면,

27) 신탁재산은 위탁자가 처분하는 하나 또는 다수의 재산을 포함한다. 신탁법은 특별히 목적재산으로 신탁 재산과 신탁재산에 속한 개별재산을 구별하지 않는다. 그리고 신탁재산의 종류에 대하여도 특별한 제한을 두지 않는다. 따라서 신탁재산의 적격이 인정되는 한(즉, 확정할 수 있고 양도 가능한 재산이라면 그 내용에 제한 없이) 신탁재산이 될 수 있다(최수정, 신탁법, 박영사, 2016, 235.).

자녀는 부모의 자택을 매각해 그 돈으로 시설 입소비용을 지급할 수 있다. 이를 통해 빈집으로 방치되는 위험을 줄이고, 부모도 입소비용 문제에 대해 안심할 수 있다.

(2) 부모는 자신의 사망 후에도 특정 친족을 부양하기 위해 신탁계약을 활용할 수 있다. 예를 들어, 부모가 지적 장애가 있는 자녀(상속인)의 생활비를 자신의 사후에도 지속해서 지원하고자 할 경우, 수탁자인 자녀가 재산을 관리하고 매월 생활비를 지급하는 신탁계약을 체결할 수 있다. 이렇게 하면 부모가 사망한 후에도 자녀의 생활이 안정적으로 유지될 수 있다.

## 라. 민사신탁과 공증

민사신탁계약은 대부분 계약을 통해 설정되며, 반드시 공정증서로 작성해야 하는 법적 의무는 없다. 즉, 당사자 간의 합의인 사적으로 계약서를 작성하더라도 법적으로 유효하다. 그러나 공정증서로 신탁계약을 체결하는 것이 문제 예방과 원본 보관 등에서 장점이 있다.

### (1) 문제 예방

공정증서는 분쟁 발생 시 사적 계약보다 분쟁 해결에 있어 상대적으로 유리하다. 공정증서가 작성되면 수탁자는 사적 계약을 보다 엄격하게 이행해야 한다는 심리적 부담을 받게 된다. 즉 계약을 위반하더라도 공정증서는 강력한 증거가 되기 때문에, 위탁자나 관계자가 수탁자의 책임을 쉽게 물을 수 있다.

그리고 공정증서를 작성할 때 공증인이 위탁자의 법적 판단능력을 확인하기 때문에 추후 계약이 무효가 될 가능성이 상대적으로 적다. 그리고 공정증서는 위조나 변조의 위험을 줄여 계약 내용을 쉽게 증명할 수 있다.

### (2) 원본 보관

공정증서로 작성된 계약은 공증사무소에서 원본이 안전하게 보관된다. 민사신탁은 몇 세대에 걸쳐 지속할 수 있어, 계약 당시의 정본 또는 등본을 분실할 가능성이 존재한다. 그러나 공정증서는 공증사무소에 보관되어 재발행이 가능하며, 시간이 지나도 계약 내용을 확인할 수 있어 내용이 불명확하게 되는 상황을 방지할 수 있다.

### Ⅲ. 결 론

고령화 사회로의 진입이 가속화됨에 따라 고령자의 재산 및 신상보호를 위한 법적 장치의 필요성이 점점 더 커지고 있다. 본 논문에서 다룬 유언, 후견, 신탁제도는 고령자의 권리와 재산을 보호하는 중요한 수단이며, 이 과정에서 공증인의 역할은 필수적이다. 공증은 이러한 법적 행위에 신뢰성과 법적 효력을 부여하여 고령자의 의사와 권리를 보호하는 데 중요한 역할을 담당하고 있다.

특히 유언 공증은 고령자의 생전 의사를 법적으로 확실하게 보장할 수 있는 수단이다. 자필 증서나 비밀증서 유언과 비교해 볼 때, 공증에 의한 유언은 위조나 분쟁의 가능성을 최소화 하며, 공증인이 절차의 적법성을 확인함으로써 법적 안정성을 보장한다. 그러나 유언 공증의 절차적 복잡성과 비용 문제는 여전히 개선의 여지가 있으며, 일본의 전자 유언 공증 제도를 참조한 효율적인 조회 시스템 도입이 요구된다.

임의후견 역시 고령자가 자신의 미래를 대비하여 능동적으로 후견인을 지정할 수 있다는 점에서 고령자의 자기결정권을 보장하는 중요한 제도이다. 특히 임의후견계약이 공증을 통해 이루어질 때, 그 법적 효력은 더욱 강화될 수 있다. 공증인은 후견계약이 고령자의 진정한 의사를 반영하고, 후견인의 역할과 책임이 명확히 설정되도록 하여, 후견제도의 신뢰성을 높일 수 있다.

신탁 역시 고령자의 재산을 보호하는 데 중요한 역할을 한다. 신탁을 통해 고령자는 자신의 재산을 관리하고, 이를 사후에 특정 목적에 따라 분배할 수 있으며, 이를 통해 재산의 안전성과 지속성을 확보할 수 있다. 신탁을 설정할 때 공증인은 계약 내용이 고령자의 진정한 의사에 따라 이루어졌는지 확인하는 역할을 한다. 이는 신탁이 법적 효력을 가지면서도 분쟁 발생을 방지하는 데 중요한 기능을 담당한다. 그리고 공증을 통해 신탁계약이 명확하게 공정 증서로 작성되면, 후일 분쟁이나 법적 문제 발생 시 그 신뢰성을 확보할 수 있다.

결론적으로 공증인은 고령자의 재산 및 신상보호를 위한 법적 장치에서 중요한 임무를 수행한다. 공증은 단순한 법적 확인을 넘어, 고령자의 권리를 지키고 법적 분쟁을 예방하는 기능을 담당한다. 신탁을 비롯한 후견 및 유언 공증을 통해 고령자의 재산과 권리를 보호하는

과정에서 공증인의 역할은 갈수록 중요해지고 있으며, 이를 뒷받침할 제도적 개선과 보완책이 필요하다. 앞으로도 고령자의 삶의 질을 보장하고 사회적 안정성을 유지하기 위해 공증을 중심으로 한 법적 보호 장치들의 발전이 지속해서 이루어져야 할 것이다.

## 참고문헌

- 김주수·김상용, 친족·상속법 제16판, 법문사, 2019.  
김성우, 성년후견실무, 박영사, 2018.  
김중원, 민사신탁의 활용과 세무, 영화조세통람, 2019.  
대한민국국가법령정보센터 누리집.  
대한공증인협회, 공증실무 개정판, 2013.  
박중순, 일본의 전자공증제도에 관한 소고, 공증과신뢰(통권 제11호), 대한공증인협회.  
서울대학교산학협력단, 임의후견제도 발전방안에 관한 연구, 법원행정처, 2017.  
일본법무성, 자필유언증서보관제도, 소개자료.  
윤진수, 임의후견제도의 활성화를 위한 제언, 후견 제4호.  
최수정, 신탁법, 박영사, 2016.