

후견계약에 관한 연구

박 상 진

안산제일공증인합동사무소 공증인 · 변호사

I. 서 론

1. 민법의 개정과 임의후견제도의 도입

민법이 2011. 3. 7. 법률 제10429호로 개정되어 2013. 7. 1.부터 시행되고 있다. 개정 민법은 무능력자제도 대신 성년후견제도를 도입하였다. 성년후견제도는 크게 법정후견제도와 임의후견으로 나누어지고, 법정후견은 다시 성년후견, 한정후견, 특정후견으로 세분된다. 또한 성년후견에 상대하여 미성년후견을 구별하여 규정하고 있다.

중전 금치산제도와 성년후견제의 비교, 성년후견제도 상호간의 차이, 미성년후견과 성년후견의 다른 점 등에 대하여 정리하면 별표1, 2, 3과 같다.

민법은 그 이후에도 세 차례나 더 개정되었는데 2011. 5. 19. 개정된 것은 단독 친권자가 사망한 경우 생존 부모의 친권부활을 허용하지 않고, 가정법원이 법정대리인을 선임한다는 내용이며, 2012. 2. 10. 개정된 것은 입양에 관한 것이고, 2013. 4. 1. 개정된 것은 유실물의 습득자가 소유권을 취득하는 기간을 6개월로 단축한 것이다.

민법의 개정과 관련하여 공증사무를 처리함에 있어서 유의할 사항 몇 가지를 열거하면 다음과 같다.

- ① 성년 연령의 19세로 하향 조정(민법 제4조)
- ② 이미 금치산 또는 한정치산의 선고를 받은 사람에 대하여는 종전의 규정을 적용한다(민법 부칙 제2조 제1항).
금치산 또는 한정치산의 선고는 2018. 7. 1.이 경과하면 그 선고는 장래를 향하여 효력을 상실한다. 그 이전이라도 성년후견, 한정후견, 특정후견이 개시되거나 임의후견감독인이 선임되면 역시 그 효력을 잃는다(부칙 제2조 제2항).
- ③ 이혼 등으로 단독 친권자로 지정된 부모의 일방이 사망한 경우 생존하는 부모의 친권은 자동으로 부활하지 않는다. 친권자지정청구를 할 수 있을 뿐이다(민법 제909조의2 제1항)
- ④ 미성년자에게 친권자가 없거나 친권자가 법률행위의 대리권과 재산관리권을 행사할 수 없는 경우에는 미성년후견인을 두어야 한다(민법 제928조). 친권을 행사하는 부모는 유언으로 미성년후견인을 지정할 수 있으며(민법 제931조 제1항), 그러한 지정이 있는 경우에도 미성년자의 복리를 위하여 필요한 경우에는 가정법원은 생존하는 부 또는 모를 친권자로 지정할 수 있다(제2항). 위와 같은 미성년후견인의 지정이 없는 경우에는 가정법원이 선임한다(민법 제932조). 일정한 순위에 의하여 후견인으로 지정되는 제도(개정 전 민법 제932조)는 폐지되었으며, 후견인에 대한 감독기관인 친족회(개정 전 민법 제960조 내지 제973조)도 폐지되었다. 따라서 미성년자의 기본증명서에 후견인으로 등재된 사람이 있는 경우 2013. 7. 1. 이후 가정법원에 의하여 선임되었는지 여부를 확인하여야 한다. 개정 민법 시행 이전에 후견인으로 등재된 사람은 더 이상 미성년후견인이 아니다. 이에 관하여 민법 부칙에는 경과조치가 마련되어 있지 않다.
- ⑤ 미성년후견은 가족관계등록부의 기재사항이지만(가족관계 등록 등에 관한 규칙 제53조), 성년후견, 한정후견, 특정후견, 임의후견은 후견등기부에 기재한다(후견등기에 관한 법률 제2조).
후견등기는 가정법원이 관할하며 증명서의 발급이 제한적이고, 등기사항부존재 증명서도 있다는 점에서 다소 이채롭다(후견등기에 관한 규칙 제33조 제7호).
- ⑥ 금치산, 한정치산은 성년후견, 한정후견에 대응하지만(민법 부칙 제3조), 성년후견인, 한정후견인의 대리권의 범위는 천차만별이므로 후견등기사항증명서에 의하여 확인하여야 한다. 피특정후견인은 민법상 제한능력자가 아니지만 특정후견

인이 대리권을 가지는 경우도 있다(민법 제959조의11).

아래에서는 공증실무를 담당하는 공증인이 후견계약 공정증서를 작성함에 있어서 고려할 사항을 살펴보기로 한다. 우선 후견계약 내지는 임의후견제도를 전반적으로 이해하여야만 할 것이다. 후견계약의 의의와 법률적 성격, 임의후견제도의 주요 당사자인 본인, 임의후견인, 임의후견감독인, 가정법원, 후견등기에 관하여 개괄적으로 알아본다. 다음으로 후견계약서에 기재할 사항으로서 후견사무의 내용을 검토하고 아울러 후견계약의 종료에 관한 사항 및 관련 문제들을 살펴보기로 한다.

2. 후견계약의 의의

후견계약은 질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 부족한 상황에 있거나 부족하게 될 상황에 대비하여 자신의 재산관리 및 신상 보호에 관한 사무의 전부 또는 일부를 다른 자에게 위탁하고 그 위탁사무에 관하여 대리권을 수여하는 것을 내용으로 한다(민법 제959조의14 제1항).

가. 정신적 제약

후견계약은 질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 부족한 상황에 있거나 부족하게 될 상황에 대비하는 것이다.

정신적 제약은 종전 민법의 심신 박약(心神薄弱), 심신상실(心神喪失)의 상태(常態)와는 다른 개념이다. 인지능력의 감퇴가 경미한 정도부터 상당한 정도의 정신장애를 모두 포괄하는 개념으로 보호 유형에 따라 탄력적으로 이해하여야 한다. 정신적 제약을 판단함에 있어서 장애인복지법 제2조, 동법 시행령 별표1, 동법 시행규칙 별표1은 중요한 참고자료가 된다. 위 법령에서 규정한 것으로 정신적제약과 관련하여 문제가 되는 장애는 주로 뇌병변장애, 언어장애, 지적장애, 자폐성장애, 정신장애이다.

우선 지적장애, 자폐성장애, 정신장애가 정신적 제약인 것은 의문의 여지가 없다. 지적장애는 정신발육이 항구적으로 지체되어 지적능력의 발달이 불충분하거나 불완전하고, 자신의 일을 처리하는 것과 사회생활에 적응하는 것이 상당히 곤란한 경우이다

(장애인복지법 시행령 별표1 제6). 자폐성장애는 소아기 자폐증, 비전형적 자폐증에 따른 언어·신체표현·자기조절·사회적응 기능 및 능력의 장애로 인하여 일상생활이나 사회생활에 상당한 제약을 받아 다른 사람의 도움이 필요한 경우이다(장애인복지법 시행령 별표1 제7). 정신장애는 지속적인 정신분열병, 분열형 정동장애(情動障礙: 여러 현실 상황에서 부적절한 정서 반응을 보이는 장애), 양극성 정동장애, 반복성 우울장애에 따른 감정조절·행동·사고 기능 및 능력의 장애로 인하여 일상생활이나 사회생활에 상당한 제약을 받아 다른 사람의 도움이 필요한 경우이다(장애인복지법 시행령 별표1 제8).

다음으로 뇌병변장애는 뇌성마비, 외상성 뇌손상, 뇌졸중 등 뇌의 기질적 병변으로 인하여 발생한 신체적 장애로 보행이나 일상생활의 동작 등에 상당한 제약이 있는 경우이다(장애인복지법 시행령 별표1 제2). 뇌병변장애는 신체적 장애이므로 정신적 제약에 해당되지 않는다. 뇌졸중으로 인해 근육이 경직되거나 마비증상이 있어 식사, 목욕, 탈의, 보행 그 밖의 거동에 장애가 있는 경우는 사실상 자신에게 필요한 법률행위를 직접 하는 것이 불가능하거나 현저히 곤란하더라도 정신적인 제약이 아니라고 한다. 다만 뇌병변장애로 인하여 신체적 기능 이외에 인지기능 전반에 심각한 장애가 발생하거나 의식이 상실되는 정도에 이르렀다면(예: 식물인간, 혼수상태) 이는 정신적 제약이 된다고 할 것이다.

언어장애는 음성기능이나 언어기능에 영속적으로 상당한 장애가 있는 경우이다(장애인복지법 시행령 별표1 제5). 언어장애가 발생하였다고 하여 바로 정신적 제약은 아니다. 언어장애가 발생하여 말이 유창하지 않거나 발음이 부정확한 경우라도 의사소통에 별다른 문제가 없다면 정신적 제약이 아니다. 그러나 발음이 정확하고, 따라서 말하기, 글씨 쓰기 등을 잘하는 경우라도 그 뜻을 이해하지 못하고 단순히 반복하는 정도에 불과하다면 인지체계나 의사소통 기제 자체에 문제가 발생한 경우로서 정신적 제약이라고 할 것이다.

치매는 퇴행성 뇌질환 또는 뇌혈관계 질환 등으로 인하여 기억력, 언어능력, 지남력(指南力), 판단력 및 수행능력 등의 기능이 저하됨으로써 일상생활에서 지장을 초래하는 후천적인 다발성 장애(치매관리법 제2조)로 대표적인 정신적 제약이다. 노인장기요양보험제도에 따른 장기요양등급(노인장기요양보험시행령 제7조)은 식사·배설·착의 등 일상생활 활동을 함에 있어서 타인의 도움을 필요로 하는가라는 신체적 기능만

을 기준으로 하므로 이를 기준으로 정신적 제약을 판정하는 것은 적당하지 않다.

나. 사무 처리의 위탁

후견계약은 사무 처리를 위탁하는 계약으로 본질적으로 위임이다. 따라서 민법 제 959조의14 이하에서 달리 정하지 않는 한 위임에 관한 규정이 적용된다고 할 것이다. 사무는 법률상 또는 사실상의 모든 행위로서, 법률행위(예: 매매, 임대차)는 물론이고 사실행위(재산의 관리, 장부의 정리)를 포함하며, 등기신청이나 주식의 명의개서, 채무 변제 등의 행위도 포함된다.

일본에서는 법률행위만 위임의 대상이며(일본 민법 제643조), 법률행위가 아닌 사무를 위탁하는 경우는 준위임이다(일본 민법 제656조). 후견계약은 위임계약이므로(일본 임의후견계약에 관한 법률 제2조 제1호), 준위임에 관하여는 후견계약을 체결할 수 없다. 따라서 일본의 후견계약에서는 사실행위에 관한 사무를 위탁할 수 없다. 우리와 다른 부분이다.

다. 재산관리 및 신상보호에 관한 사무

(1) 재산의 관리

재산의 관리란 현실적으로 재산을 관리하고 그 재산에 관한 법률행위를 대리하는 것을 말한다. 보존, 이용, 개량(민법 제118조 참조)에 한정되지 않고 재산의 처분행위를 포함한다.

(2) 신상보호

신상 또는 신상보호는 민법의 개정에 따라 도입된 개념이나, 그 개념이 아직 확립된 것은 아니다. 민법은 신상보호와 관련하여 ① 치료 등의 목적으로 정신병원이나 그 밖의 다른 장소에 격리하는 것(민법 제947조의2 제2항), ② 신체를 침해하는 의료행위(민법 제947조의2 제3항), ③ 거주하고 있는 건물 또는 그 대지에 대하여 매도, 임대, 전세

권 설정, 저당권 설정, 임대차의 해지, 전세권의 소멸, 그 밖에 이에 준하는 행위(민법 제 947조의2 제5항)를 규정하고 있다.

신상에 관하여는 ‘재산관리의 대상과 대비되는 영역으로서 피후견인의 프라이버시와 자기결정권이 중요시되는 신체적, 정신적 복리에 관한 사항’이라고 정의하거나 ‘어떤 사람의 개인적이고 사적인 신변에 관한 사항으로서 법적으로는 널리 인격적 이익에 밀접하게 관련된 생활관계를 포함하는 것’으로 정의하기도 한다.

신상에는 혼인, 약혼, 입양, 인지, 유언, 상속의 승인과 같은 가족법상의 법률행위는 물론이고 정당이나 사회단체의 가입, 학술, 종교 활동, 자선사업, 취미생활, 이성교제나 대인관계를 비롯하여 운동 및 체력관리, 병원의 치료, 영양제나 건강보조식품, 의복, 식사와 기호식품, 주거 공간의 구성이나 실내장식 등 개인의 생활과 관련된 모든 사항이 포함된다. 즉 신상이란 개인의 생활 전부를 말한다고 할 것이다. 민법은 신상에 관한 사항은 자기 자신이 단독으로 결정하는 것을 원칙으로 한다(민법 제947조의2 제1항 참조). 민법 제947조의2는 신상의 결정으로서 특별히 중요한 것을 규정한 것으로 해석된다. 신상보호는 사실행위인 경우가 많겠지만 주거로 사용되는 부동산의 매매나 임대차 등 법률행위를 포함한다.

신상보호에 관한 사무를 위탁하는 것은 타인에게 자신의 삶을 간섭하도록 하는 것으로 일신전속적 성격을 가질 수밖에 없다.

(3) 후견계약의 내용

후견계약의 내용은 당사자의 합의에 의하여 결정된다. 재산관리에 관한 사무만 위탁할 수도 있고, 신상보호에 관한 사무만 위탁할 수도 있으며, 이들 모두를 위탁할 수도 있다. 재산관리나 신상보호의 범위를 정하여 일부만 위탁할 수도 있다. 위탁사무에 관한 대리권의 수여를 포함하는 것이 보통이지만, 반드시 대리권 수여가 포함되어야 하는 것은 아니다.

라. 후견계약의 방식

(1) 공정증서

후견계약은 공정증서로 체결하여야 한다(민법 제959조의14 제2항). 따라서 후견계약은 요식행위이다. 본인의 생활에 미칠 영향을 고려하여 본인에게 숙고의 기회를 주는 한편, 계약의 내용을 분명하게 하려는 취지이다. 공정증서로 체결하면 후견계약의 변조나 멸실을 방지함으로써 그 존재와 내용을 확보하고, 임의성이나 자유성을 침해하는 불공정하거나 불완전한 계약을 방지할 수 있다.

(2) 후견등기

후견계약은 등기하여야 한다(민법 제959조의15 제1항). 후견등기는 후견계약의 성립요건이나 효력발생요건은 아니고, 임의후견감독인 선임 즉, 임의후견절차 개시의 요건이다. 다만 임의후견인의 대리권 소멸의 경우에는 대항요건이다. 임의후견인의 대리권 소멸은 등기하지 아니하면 선의의 제3자에게 대항할 수 없다(민법 제959조의19).

후견계약에 대하여 등기를 요구하는 것은 가정법원이 후견계약의 내용과 존속여부를 정확히 확인하도록 하기 위한 것이다. 후견계약이 등기되어 있는 경우에는 가정법원은 원칙적으로 법정후견의 심판을 하지 않는다(민법 제959조의20 제1항 참조).

마. 후견계약의 효력발생

후견계약은 가정법원이 임의후견감독인을 선임한 때부터 효력이 발생한다(민법 제959조의14 제3항). 일반적으로 계약의 효력발생 시기는 당사자들이 정한 바에 따르지만 후견계약에 관하여는 그 시기를 민법이 별도로 규정한 것이다. 임의후견의 개시를 공적으로 확인하는 한편, 반드시 임의후견감독인이 선임되도록 하기 위한 것이다.

임의후견절차는 임의후견감독인의 선임에서 개시된다. 즉 임의후견감독인의 선임은 성년후견이나 한정후견의 개시심판과 비견되는 것이다. 후견계약이 효력을 발생하면 그때부터 수임인은 임의후견인의 지위를 가지게 되고, 후견계약에 따른 사무를 처리하고 대리권을 행사하게 된다.

임의후견이 개시된다고 하여 본인의 행위능력이 제한되는 것은 아니다. 즉 후견계약

의 본인은 완전한 행위능력자이며, 임의후견인의 동의를 받아서 법률행위를 하여야 하는 것이 아니며, 본인의 행위를 임의후견인이 취소할 수 있는 것도 아니다.

임의후견계약의 효력이 발생한 이후에도 후견계약 자체에 의사무능력, 강행법규 위반의 하자가 있는 경우에는 무효로 된다. 착오나 사기의 경우에는 민법 총칙에 불구하고 취소의 대상이 아니라 무효라는 견해가 있다. 후견계약이 신상에 관한 결정으로서 당사자의 진정한 의사에 기초하여야 하기 때문이라는 것이다. 또한 취소라는 별도의 절차가 없어도 바로 무효가 되므로 본인의 의사능력이 충분하지 않은 경우에 본인의 보호에 유리하다는 것이다(특히 후견계약의 발효 이후에 더욱 그러하다). 친족법상의 행위는 착오나 사기의 경우에도 무효로 되는 일이 많은데, 후견계약은 친족법상의 행위라는 것도 근거로 들고 있다.

임의후견감독인의 선임 이외에 다른 조건 예를 들면 80세의 도달이나 본인의 의사능력상실과 같은 특약을 할 수 있는지 여부에 관하여는 논란이 있다. 그러한 부관이 무효라는 견해도 있으나 본인의 의사를 존중하는 견지에서 가정법원이 임의후견감독인을 선임할 수 있는 조건으로 해석하여 유효성을 인정하는 견해도 있다. 그러나 본인의 판단능력의 현저한 저하에도 불구하고 80세까지 임의후견감독인 선임의 배제를 목적으로 약정한 것이라면 그 부관은 무효라고 할 것이다.

바. 본인의 의사 존중

후견계약은 후견의 영역에서 본인의 자기결정권을 최대한 보장하기 위한 것이다. 가정법원, 임의후견인, 임의후견감독인 등은 후견계약을 이행·운영할 때 본인의 의사를 최대한 존중하여야 한다(민법 제959조의14 제4항). 특히 임의후견인은 자신의 권한 범위 내에서 대리권을 행사한다고 하더라도 가급적 본인의 의사를 확인하고 그에 따라야 할 것이다.

최대한 존중하여야 한다는 것은 본인의 의사가 다소 비합리적이거나 감정적 요인에 치우친 것일지라도 그 의사를 따라야 한다는 의미이다. 만일 본인의 의사대로 하였다가는 본인의 생명 또는 신체에 중대한 피해를 가져오거나 회복 불가능한 재산상의 손실을 초래한다면 어떻게 할 것인가. 이를 허용하는 것은 오히려 후견의 본질에 반한다고 할 것이다. 민법 제947조에서 규정한 성년후견인의 복리배려의무가 의사존중 의무

보다 우선한다는 원칙은 임의후견에서도 유지된다고 할 것이다. 본인의 의사는 명시적인 경우뿐만 아니라 추정적 의사도 포함한다. 다만 객관적인 증거에 의하여 추정되어야 한다.

사. 법정후견의 보충성

개정 민법은 법정후견은 후견계약이 존재하지 않는 경우에만 개시될 수 있게 하였다. 즉 후견계약이登記되어 있는 경우에는 가정법원은 본인의 이익을 위하여 특별히 필요할 때에만 임의후견인 또는 임의후견감독인의 청구에 의하여 성년후견, 한정후견 또는 특정후견의 심판을 할 수 있다(민법 제959조의20 제1항 전문). 자기결정권을 최대한 보장하기 위한 것이다.

임의후견감독인의 선임 여부를 묻지 않고, 후견계약이登記된 경우는 원칙적으로 법정후견을 개시하지 않는다. 본인의 이익을 위하여 특별히 필요할 때에만 법정후견을 심판할 수 있다. 예를 들면 임의후견인이 현저한 비행을 저지른 경우, 임의후견인에게 당초 예상하지 않았던 결격사유가 생긴 경우 등이다. 후견계약에서 위탁한 사무로서는 본인의 보호에 충분하지 않은 경우도 포함된다.

이때의 청구권자로서 민법은 임의후견인과 임의후견감독인을 규정하고 있는데 이는 법정후견 청구권자의 범위를 확대한 것이다. 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 미성년후견인, 미성년후견감독인, 검사 또는 지방자치단체의 장은 민법 제9조, 제12조, 제14조의2에 따라 법정후견을 청구할 수 있다. 이에 반대하여 임의후견감독인 선임 이후에는 임의후견인과 임의후견감독인만이 법정후견의 청구권자라는 주장도 있다.

II. 후견계약의 당사자

후견계약의 당사자는 본인(위임인)과 임의후견인이다(민법 제959조의14 이하, 후견등기에 관한 법률 제26조 제1항 제2호). 본인에 관하여 가사소송법은 제2조에서는 본인이라는 용어를 사용하고 제44조 이하에서는 피임의후견인이라는 용어를 사용하고 있다. 임의후견감독인 선임 전에는 임의후견수임인으로, 임의후견감독인 선임 이후에는

임의후견인으로 구별하기도 한다(일본).

임의후견감독인은 후견계약을 체결하는 당사자는 아니지만 임의후견의 필수기관으로서(민법 제959조의14 제3항 및 제959조의15 제3항) 임의후견에 관한 주요 당사자이다. 함께 살펴보기로 한다.

1. 본인

본인(위임인)에는 아무런 제한이 없다. 의사능력이 있으면 누구라도 본인(위임인)이 되어 후견계약을 체결할 수 있다. 일반적으로 의사능력은 자기 행위의 의미와 결과를 이해하고 판단할 수 있는 정신능력을 말하는 것으로 당사자가 이를 갖추지 않은 경우 그가 한 계약은 무효이다. 형사미성년자의 연령 만14세(형법 제9조), 입양승낙 연령 13세(민법 제869조 제1항, 제908조의2 제1항 제4호) 소년법 소정의 10세(소년법 제4조 제1항 제2호 및 제3호) 정도의 연령은 의사능력을 판정하는데 참고가 된다.

공증인은 본인과 직접 면담하여 후견계약을 체결하려는 진정한 의사를 확인하고 그 과정에서 의사능력을 확인하여야 하며, 만일 의심이 들면 후견계약 공정증서의 작성을 거절하고 법정후견을 신청하도록 촉구하여야 할 것이다. 공증인은 의사능력이 없어서 무효인 법률행위에 관하여는 공정증서를 작성하여서는 아니 된다(공증인법 제25조).

개정 민법에 의하면 질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 부족한 상황에 있는 당사자도 계약을 체결할 수 있다(민법 제959조의14 제1항). 즉 본인의 정신능력이 어느 정도 저하된 상태에서 후견계약을 체결하는 것을 허용하고 있다. 그러나 의사능력이 없는 상태의 계약 체결을 허용하는 것은 아니다. 후견계약의 효력이 발생한 이후에 후견계약 체결 당시 본인의 의사능력이 없었다는 점이 입증되어 후견계약이 무효가 되면 그에 근거한 임의후견인의 대리행위 또한 무효로 되는 사태가 일어나므로 공증인으로는 의사능력의 확인에 조금이라도 소홀함이 있어서는 안 된다. 정신능력이 떨어지는 경우에 공증인법에 따라 참여인(공증인법 제29조)을 참여시킨 상태에서 후견계약 공정증서를 작성하는 방법을 생각해 볼 수 있으나 이는 당사자가 온전한 행위능력을 가진 것을 전제로 하는 것이어서 이용하기에 적당하지 않다.

본인이 사리를 분별할 능력이 있는지 의심스런 경우임에도 공증인이 의사능력을 인

정하면 그 증거를 보존하여야 할 것이다. 보통은 의사의 진단서를 제출하게 하여 본인이 계약의 내용과 그 효력을 이해할만한 능력을 가지고 있다는 것을 증명하게 하고, 그 자료를 공정증서 원본과 함께 보존하되, 부속서류에 준하여 취급하여야 할 것이다. 본인의 상황에 관한 가족이나 간호사 등 관계자의 진술서는 관계자 본인이 직접 출석하여 인증을 받은 것으로 제한하는 등으로 객관적인 증거를 확보하여야 한다.

임의후견제도를 이용하여 재산을 노리는 경우도 있고, 장래의 유산분할에 있어서 유리한 지위를 얻으려 하는 경우도 있으므로 계약체결에 있어서 임의후견인의 의사가 지나치게 강하고, 본인이 그 영향을 받는 경우라면 본인의 의사를 확인할 수 없다는 의미에서 증서의 작성을 거부하여야 할 것이다. 경우에 따라서는 임의후견인을 내보내고 본인의 영향을 들어보는 것도 필요하다. 문제가 되는 것은 다음과 같다.

가. 임의대리

후견계약을 대리에 의하여 체결할 수 있는지 여부가 문제된다. 후견계약은 일신전속적 성격을 가지는 신상에 관한 것을 포함한다는 이유로 부정하는 견해도 있고, 대리를 금지하는 규정이 없다는 이유로 허용된다는 견해도 있다. 공증인으로서 본인과 직접 면담하여 그 진의를 파악하고 의사능력의 유무를 확인하여야 하므로 공증실무에서는 부정설을 따라야 할 것이다.

부모가 정신적 제약이 있는 자녀(특히, 성년 자녀)를 보호하기 위하여 후견계약을 체결하고자 하는 경우에는 대리의 실익이 있다는 주장이 있는데 이는 민법의 기본원리에 반하는 것이다. 부모가 자를 대리하여 후견계약을 체결하기 위하여는 별도의 입법적인 대책(예: 프랑스 민법, 장래보호위임계약)이 필요하다.

나. 미성년자

미성년자가 의사능력이 있다면 법정대리인(친권자, 미성년후견인)의 동의를 얻어 스스로 위임인(본인)이 되어 후견계약을 체결할 수 있다.

문제는 법정대리인이 미성년자를 대리하여 후견계약을 체결할 수 있느냐는 점이다. 다양한 견해가 있는데, 친권자는 미성년 자녀의 재산관리와 신상보호에 관한 포괄적인

권한을 가지므로 미성년자를 대리하여 후견계약을 체결할 수 있다는 견해가 유력하다. 다만 친권을 사퇴할 수는 없으므로 친권자가 친권을 행사할 수 있는 상태에서 후견계약이 발효하도록 하는 것은 허용되지 않는다고 할 것이다. 결국 친권자가 미성년자를 대리하여 체결한 후견계약은 미성년자가 성년이 된 이후에만 실익이 있게 된다.

본인이 미성년자인 동안 친권자가 체결한 후견계약이 성년자가 된 본인에게 미치는 지 여부도 문제가 된다. 친권자가 법정대리권이 소멸된 이후를 대비하여 미리 대리권을 행사할 있는지 여부와 같은 의미이다. 이에 대하여는 법정대리인의 권한은 자녀가 성년이 되면 자연 종료된다는 것을 근거로 부정하는 견해도 있다. 본인의 보호에 공백이 발생할 우려를 방지하고, 성년이 된 후에도 자녀를 보호하고 있는 부모의 의사를 존중한다는 점에서 그 효력을 인정하는 견해도 있다.

같은 법정대리인이지만 미성년후견인은 후견계약을 체결할 대리권이 없다고 한다. 친권자가 친권을 행사할 수 없을 때에 법정후견으로서 미성년후견이 개시되므로 굳이 후견계약이 필요하지 않고, 미성년후견인의 권한은 친권자의 권한에 비하여 상대적으로 제한적이라는 것이 그 이유이다.

다. 법정후견이 개시된 자

피성년후견인, 피한정후견인도 본인이 의사능력이 있다면 법정후견인의 동의를 받아 후견계약을 체결할 수 있다. 성년후견인, 한정후견인 또는 특정후견인은 성년후견 개시, 한정후견개시, 특정후견의 심판을 받으면서 후견계약의 체결을 대리(또는 대행)할 권한을 부여 받아야만 후견계약을 체결할 수 있다. 이에 대하여 법정대리인은 후견계약을 체결할 수 없다는 견해도 있다.

가정법원이 임의후견감독인을 선임하는 경우에는 법정후견종료의 심판을 하여야 한다. 후견계약을 체결하였다고 하여 반드시 임의후견이 개시되는 것은 아니다. 성년후견, 한정후견의 조치의 계속이 본인의 이익을 위하여 특별히 필요한 경우에는 가정법원은 임의후견감독인을 선임하지 아니한다(민법 제920조의20 제2항).

라. 후견계약을 체결한 자

이미 후견계약을 체결한 자도 별도로 후견계약을 체결할 수 있다. 임의후견감독인이 선임되어 후견계약이 효력을 발생한 경우에도 본인에게 의사능력이 있다면 새로운 후견계약을 체결할 수 있다고 할 것이다. 후견계약의 발효가 본인의 행위능력을 제한하는 것은 아니다.

마. 외국인

외국인도 본인(위임인)이 될 수 있다(후견등기에 관한 법률 제26조 제1항 제2호 참조).

2. 임의후견인

임의후견인은 본인을 위해서 재산관리 및 신상보호에 관한 사무를 처리하고, 대리권을 행사할 사람이다. 후견계약이 발효되면 임의후견인이 될 지위에 있다.

임의후견인은 대리의 방식으로 후견계약을 체결할 수 있다고 할 것이다. 본인의 대리가 허용되지 않는 것과는 전혀 다르다.

임의후견인의 자격에는 제한이 없다. 임의후견인은 1인일 수도 있고, 수인일 수도 있고, 법인도 임의후견인이 될 수 있으며, 외국인도 될 수 있다(후견등기에 관한 법률 제26조 제1항 제3호 참조). 가족 가운데 한 사람일 수도 있고, 직업적 후견인일 수도 있다.

다만 임의후견인이 민법 제937에 해당하거나 그 밖에 현저한 비행을 하거나 후견계약에서 정한 임무에 적합하지 아니한 사유가 있는 자인 경우에는 가정법원은 임의후견감독인을 선임하지 아니한다(민법 제959조의17). 따라서 위의 사유는 후견계약 체결의 단계에서 임의후견인의 결격사유가 된다고 할 것이다. 민법은 임의후견인의 자격은 규정하지 않고 그 결격사유만 규정하고 있다. 이를 설명하면 다음과 같다.

가. 민법 제937조의 후견인 결격

① 미성년자

② 피성년후견인, 피한정후견인, 피특정후견인, 피임의후견인

- ③ 회생절차개시결정 또는 파산선고를 받은 자
- ④ 자격정지 이상의 형의 선고를 받고 그 형기(刑期) 중에 있는 사람
- ⑤ 법원에서 해임된 법정대리인
- ⑥ 법원에서 해임된 성년후견인, 한정후견인, 특정후견인, 임의후견인과 그 감독인
- ⑦ 행방이 불분명한 사람
- ⑧ 피후견인을 상대로 소송을 하였거나 하고 있는 자 또는 그 배우자와 직계혈족

제2호의 피임의후견인은 임의후견절차가 개시된 사람을 말한다. 후견계약을 체결한 사정만으로는 해당되지 않는다. 피임의후견인은 법률적으로는 행위능력에 제한이 없지만 다른 사람을 위한 임의후견인이 될 수 없고, 임의후견감독인도 될 수 없도록 하였다. 정신적 제약을 가진 사람이 후견사무를 적절하게 수행할 것으로 기대할 수 없기 때문이다.

제3호의 회생절차개시결정은 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제2편의 회생절차 이외에 제4편의 개인회생절차를 포함한다. 자신의 채무를 변제하기에 급급한 사람이 후견사무를 보는 것은 후견의 본질에 어긋난다. 제5호와 제6호는 당해 사건뿐만 아니라 다른 사건에서 해임된 경우를 포함한다.

나. 임의후견인 부적합자

임의후견인이 현저한 비행을 하거나 후견계약에서 정한 임무에 적합하지 아니한 사유가 있는 자인 경우에는 가정법원은 임의후견감독인을 선임하지 아니한다(민법 제959조의17 제1항). 만일 후견계약을 체결하는 단계에서 이러한 사유를 발견하였다면 후견계약을 체결하여서는 아니 된다. 즉 임의후견인 결격사유가 된다.

비행의 예는 본인의 재산을 임의로 처분하는 것, 자기의 재산과 혼합하는 것, 범죄행위를 저질러 처벌을 받은 것 등이다. 임무 부적합은 임의후견감독인의 지시를 따르지 않을 가능성이 높은 것 등이다.

법인이 임의후견인이 되는 경우에도 부적합한 경우가 있다. 법인의 목적, 규모, 업무담당자의 전문적인 지식이나 사무처리 능력, 본인의 신뢰도, 법인의 배상능력 등을 검토하여 임의후견인으로 적합하지 않으면 후견계약 공정증서의 작성을 거절하여야 할

것이다.

다. 수인의 임의후견인

(1) 단독 임의후견인의 경우

수인의 임의후견인은 각자 단독으로 후견사무를 처리한다. 대리권을 행사하는 경우에도 각자 단독으로 대리한다. 사무를 분장한 경우에도 이에 포함된다(후견등기에 관한 법률 제26조 제1항 제6호 참조). 1통의 공정증서로 후견계약을 체결하였어도 임의후견인마다 별개의 계약으로 된다. 공정증서 작성의 수수료는 임의후견인의 수에 따라 산출한다. 임의후견인마다 별개의 계약이므로 임의후견인 1인에게 결격사유가 있고 다른 임의후견인에게 결격사유가 없으면 그 임의후견인에게 임의후견감독인을 선임할 수 있다.

(2) 공동 임의후견인의 경우

수인의 임의후견인이 공동으로 사무를 처리하는 경우이며, 대리권을 행사하는 경우에는 공동으로 대리한다(후견등기에 관한 법률 제26조 제1항 제6호 참조). 이 경우 후견계약은 하나의 계약이 되며, 임의후견인 1인에게 결격사유가 있으면 전체에 관하여 결격사유가 있는 것으로 된다. 결국 결격사유가 없는 임의후견인에 대해서도 임의후견감독인을 선임할 수 없다고 할 것이다.

라. 임의후견인의 권한

민법에는 아무런 규정도 없다. 임의후견인의 권한은 후견계약에서 정하는 바에 따른다.

친권이 제한되는 경우(민법 제918조, 제920조, 제921조)도 있고, 후견인의 권한이 제한되는 경우(민법 제945조, 제947조의2, 제949조 제2항, 제949조의3, 제950조, 제951조, 제956조)도 있으므로 이러한 규정을 참고하여 임의후견인의 권한을 제한하려는 견해

가 있으나 이는 임의후견의 본질에 어긋난다고 생각된다. 임의후견인은 본인이 신뢰하는 사람이고, 그의 권한도 본인이 결정한 것이어서 타인이 함부로 개입할 사항은 아니다. 임의후견인이 권한을 남용할 가능성을 우려하지만 임의후견감독인이 후견사무를 감독하고 가정법원이 간접적으로나마 후견사무를 감독한다는 점을 염두에 두면 지나친 간섭일 수도 있다.

마. 이해상반의 경우

본인과 임의후견인 사이에 이해가 상반되는 행위에 관하여는 임의후견감독인이 본인을 대리한다(제959조의16 제3항, 제940조의6 제3항). 이러한 경우에는 임의후견인의 권한이 제한되는 것이다.

이해가 상반되는 행위는 본인과 임의후견인 사이에 이해가 상반되는 경우뿐만 아니라 임의후견인이 본인 이외에 제3자를 대리하는 관계(친권자, 후견인, 임의후견인, 임의대리인, 부채자 재산관리인 등)인 경우에 그 제3자와 본인의 이해가 상반되는 경우를 포함한다고 해석한다(민법 제921조 제2항 참조).

미성년자의 대리인에 의한 등기신청에 관한 업무처리지침(2004. 11. 16. 제정 등기예규 1088호)을 참고하여 이행상반 여부를 정리하면 다음과 같다.

(1) 이해관계가 상반되는 예

- ① 약속어음의 공동발행
- ② 임의후견인이 제3자로부터 금전을 차용하면서 본인을 연대보증인으로 하거나 본인의 재산을 담보로 제공하는 경우
- ③ 본인의 소유 부동산을 임의후견인에게 매매 또는 증여하는 경우
- ④ 상속재산협의분할서를 작성하는데 있어서 임의후견인과 본인이 공동상속인인 경우(임의후견인이 부동산에 관하여 권리를 취득하지 않는 경우 포함)
- ⑤ 임의후견인과 본인의 공유부동산을 임의후견인의 채무에 대한 담보로 제공하는 경우
- ⑥ 임의후견인이 제3자의 대리권을 행사하는 경우 그 제3자와 본인의 공유 부동산에

관하여 공유물분할계약을 하는 경우

(2) 이해관계가 상반되지 않는 예

- ① 임의후견인이 그 소유부동산을 본인에게 증여하는 경우
- ② 임의후견인이 본인 소유의 부동산을 제3자에게 매매, 증여하는 경우
- ③ 임의후견인이 본인 소유의 부동산을 본인을 위하여 담보 제공하는 경우
- ④ 임의후견인과 본인의 공유부동산에 관하여 임의후견인과 본인을 공동채무자로 하거나 본인만을 채무자로 하여 담보 제공하는 경우
- ⑤ 임의후견인과 본인이 근저당권을 준공유하는 관계로서 근저당권설정등기의 말씀을 신청하는 경우
- ⑥ 임의후견인과 본인이 공동 상속하는 경우로서 임의후견인이 민법 제1041조에 의하여 상속포기를 한 다음에 상속재산협의분할서를 작성하는 경우

(3) 공동 임의후견인의 경우

공동 임의후견인의 한 사람만이 본인과 이해가 상반되는 경우에는 이해상반 임의후견인에 대한 임의후견감독인이 이해상반 되지 않는 임의후견인과 공동으로 본인을 대리한다. 이해상반 되지 않는 임의후견인이 단독으로 대리하는 것이 아니라는 점에 유념하여야 한다.

3. 임의후견감독인

가. 의의

임의후견감독인은 임의후견인의 사무를 감독하는 기관으로서(민법 제959조의16 제1항, 전단), 필수기관이다(제959조의14 제3항 참조). 미성년후견이나 성년후견, 한정후견, 특정후견의 후견감독인이 임의기관인 것과는 대조적이다(민법 제940조의2, 제940조의3 제1항, 제940조의4 제1항, 제959조의5 제1항, 제959조의10 제1항).

임의후견이 개시된 경우에는 본인은 정신적 제약을 가진 상태로서 임의후견인을 사실상 감독하지 못하는 것이 보통일 것이다. 본인의 후원을 위하여 국가(가정법원)의 개입이 필요한데, 국가가 직접 모든 임의후견인을 감독하는 것도 어려운 일이므로 간접적인 감독 장치로서 임의후견감독인을 마련하였다.

나. 임의후견감독인의 직무

(1) 후견의 감독

임의후견감독인은 임의후견인의 사무를 감독하고, 그 사무에 관하여 가정법원에 정기적으로 보고하여야 한다(민법 제959조의16 제1항). 감독이란 임의후견인의 임무수행이 적절한지, 본인의 의사에 부합하는지 여부를 감시하고 적절한 후견이 이루어지도록 지휘하는 것으로 임의후견감독인은 후견 사무 전반에 관하여 포괄적으로 감독의 권한 및 의무를 진다. 임의후견감독인은 가정법원에 정기적 보고의무를 진다. 성년후견인과 다른 점이다.

임의후견감독인은 언제든지 임의후견인에게 그의 임무 수행에 관한 보고와 재산목록의 제출을 요구할 수 있고 본인의 재산상황을 조사할 수 있다(민법 제959조의16 제3항, 제953조).

가정법원은 필요하다고 인정하면 임의후견감독인에게 감독사무에 관한 보고를 요구할 수 있고 임의후견인의 사무 또는 본인의 재산상황에 대한 조사를 명하거나 그 밖에 임의후견감독인의 직무에 관하여 필요한 처분을 명할 수 있다(제959조의16 제2항). 가정법원은 법원사무관등이나 가사조사관에게 임의후견감독사무의 실태를 조사하게 할 수 있다(가사소송법 제45조의7).

법정후견에 있어서는 가정법원이 직접 피후견인의 재산상황을 조사하고, 후견인에게 재산관리 등 후견임무 수행에 관하여 필요한 처분을 명하지만(민법 제954조, 제959조의6, 제959조의12), 임의후견에 있어서는 임의후견감독인을 상대로 감독권한을 발동할 뿐이다. 본인이 선임한 임의후견인에 의하여 임무가 수행되기 때문에 가정법원은 후견사무에 직접 개입하지 않는 것이 원칙이다.

(2) 후견사무의 직접 수행

(가) 급박한 사정

임의후견감독인은 본인의 신상이나 재산에 대하여 급박한 사정이 있는 경우 그의 보호를 위하여 필요한 행위 또는 처분을 할 수 있다(민법 제959조의16 제3항, 제940조의6 제2항). 임의후견인의 권한 행사를 기다린다면 본인의 신상이나 재산에 회복하기 어려운 손해가 발생할 우려가 있는 경우에 임의후견감독인이 직접 후견사무를 수행한다는 것이다. 이 경우 임의후견감독인은 본인의 법정대리인이 된다.

그 권한의 범위에 관하여는 임의후견인의 권한을 대행하는 것이므로 임의후견인의 권한 범위 내로 제한된다는 견해가 있다. 일본의 경우에는 ‘임의후견인의 대리권의 범위 내에서 필요한 처분을 할 수 있다’는 명시적 규정이 있으나 우리 민법에는 그러한 규정이 없고, 임의후견감독인이 할 수 있는 행위나 처분의 내용이 구체적으로 법정되어 있는 것은 아니며, 임의후견감독인에 대하여 제947조의2 제3항, 제4항, 제5항을 준용(민법 제959조의16 제3항, 제940조의7)하는 것을 고려하면 그러한 제한은 적용되지 않는다고 할 것이다.

(나) 이해상반의 경우

본인과 임의후견인 사이에 이해가 상반되는 경우에는 임의후견감독인이 본인을 대리한다(민법 제959조의16 제3항, 제940조의6 제3항).

(다) 권한행사의 제한

임의후견감독인이 위와 같이 대리권을 행사하는 경우에는 제947조의2 제3항 내지 제5항이 준용된다(민법 제959조의16 제3항, 제940조의7). 즉 본인의 신체를 침해하는 의료행위에 대하여 본인이 동의할 수 없는 경우에는 임의후견감독인이 그를 대신하여 동의할 수 있다(민법 제947조의2 제3항). 이 경우 본인이 의료행위의 직접적인 결과로 사망하거나 상당한 장애를 입을 위험이 있을 때에는 가정법원의 허가를 받아야 한다. 다만, 허가절차로 의료행위가 지체되어 본인의 생명에 위험을 초래하거나 심신상의 중대한 장애를 초래할 때에는 사후에 허가를 청구할 수 있다(민법 제947조의2 제4항). 임의후견감독인이 본인을 대리하여 본인이 거주하고 있는 건물 또는 그 대지에 대하여

매도, 임대, 전세권 설정, 저당권 설정, 임대차의 해지, 전세권의 소멸, 그 밖에 이에 준하는 행위 즉, 본인이 현재 거주하고 있는 건물에서 이사를 나가거나 그럴 우려가 있는 행위를 하는 경우에는 가정법원의 허가를 받아야 한다(민법 제959조의16 제3항, 제940조의7, 제947조의2 제5항).

그런데 가사소송법은 이와 관련하여 성년후견인·한정후견인의 허가심판에 관하여 규정하고(가사소송법 제2조 제1항 제2호 가목 21 및 21의2), 임의후견감독인의 허가 청구에 관한 심판절차를 규정하고 있지 않다. 입법의 누락이거나 착오로 보인다.

가정법원이 성년후견인·한정후견인에게 위와 같은 허가를 하는 경우에는 그들에게 피후견인의 신상보호 또는 재산관리에 관하여 필요한 사항을 지시할 수 있으며(가사소송규칙 제38조의3 제1항), 필요에 따라 위 지시를 언제든지 취소하거나 변경할 수 있다(제2항).

(3) 선관의무

임의후견감독인은 선량한 관리자의 주의로써 후견감독사무를 수행하여야 한다(민법 제959조의16 제3항, 제940조의7, 제681조).

(4) 비용과 보수

법원은 임의후견감독인의 청구에 의하여 본인의 재산상태 기타 사정을 참작하여 본인의 재산 중에서 상당한 보수를 임의후견감독인에게 수여할 수 있다(민법 제959조의16 제3항, 제940조의7, 제955조).

임의후견감독인이 후견감독사무 또는 후견사무를 수행하는 데 필요한 비용은 본인의 재산 중에서 지출한다(민법 제959조의16 제3항, 제940조의7, 제955조의2).

(5) 종료에 관한 특칙

감독사무 종료의 경우에 급박한 사정이 있는 때에는 임의후견감독인, 그 상속인이나 법정대리인은 본인, 그 상속인이나 법정대리인이 사무를 처리할 수 있을 때까지 그 사

무의 처리를 계속하여야 한다. 이 경우에는 감독사무가 존속하는 것과 동일한 효력이 있다(민법 제959조의16 제3항, 제940조의7, 제691조).

임의후견감독사무종료의 사유는 이를 상대방에게 통지하거나 상대방이 이를 안 때가 아니면 이로써 상대방에게 대항하지 못한다(민법 제959조의16 제3항, 제940조의7, 제692조).

다. 임의후견감독인의 자격

(1) 자격

임의후견감독인의 자격에는 제한이 없다. 임의후견감독인은 본인의 신상과 재산에 관한 모든 사정을 고려하여 수인을 둘 수 있다(민법 제959조의16 제3항, 제940조의7, 제930조 제2항, 후견등기에 관한 법률 제26조 제1항 제6호).

법인도 임의후견감독인이 될 수 있고(민법 제959조의16 제3항, 제940조의7, 제930조 제3항), 외국인도 될 수 있다(후견등기에 관한 법률 제26조 제1항 제5호 참조).

민법은 임의후견감독인의 결격자에 관하여 규정하고 있다.

(2) 임의후견감독인의 결격자

(가) 임의후견인의 가족

임의후견인의 가족으로서 다음 사람은 임의후견감독인이 될 수 없다.(민법 제959조의15 제5항, 제940조의5, 제779조).

- ① 임의후견인의 배우자, 직계혈족 및 형제자매(제779조 제1항 제1호)
- ② 임의후견인의 직계혈족의 배우자, 배우자의 직계혈족 및 배우자의 형제자매(제2호)로서 생계를 같이하는 자(제779조 제2항)

(나) 후견인 결격사유가 있는 자

민법 제937조에 규정된 후견인 결격사유가 있는 사람은 임의후견감독인이 될 수 없

다(민법 제959조의16 제3항, 제940조의7, 제937조).

라. 임의후견감독인의 선임

임의후견감독인은 가정법원이 선임한다. 가정법원이 임의후견감독인을 선임하기 위하여는 후견계약이登記되어 있고, 본인이 사무를 처리할 능력이 부족한 상황에 있다고 인정하여야 하며, 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 임의후견인, 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구가 있어야 한다(민법 제959조의15 제1항).

후견계약의 등기에 관하여는 앞서 본 바와 같고, 여기서는 사무처리 능력의 부족과 청구인에 대하여 알아본다.

(1) 사무처리 능력의 부족

임의후견은 본인의 사무처리 능력이 부족한 경우에 본인을 후견하는 제도이므로 후견계약의 효력이 발생하기 위하여는 본인의 사무처리 능력이 부족하여야 한다.

사무처리 능력의 부족은 법문상으로는 한정후견(민법 제12조 제1항)과 같으나 그 뜻까지 일치하는 것은 아니다. 한정후견개시 심판의 정도에 이르지 않은 경우에도 임의후견감독인의 선임은 가능하다고 할 것이다.

(2) 청구권자

임의후견감독인은 일정한 자의 청구가 있어야 선임할 수 있다. 가정법원이 직권으로 임의후견감독인을 선임할 수는 없다.

임의후견감독인 선임의 청구인은 후견계약의 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 임의후견인, 검사 또는 지방자치단체의 장이다. 이를 설명하면 다음과 같다.

배우자는 법률혼의 배우자를 뜻한다. 사실혼의 배우자는 청구권자가 아니다. 그는 검사나 지방자치단체의 장에게 권한 발동을 촉구하는 수밖에 없다. 별거하거나 사실상 이혼 상태의 배우자도 청구인이 될 수 있다. 이러한 경우에는 임의후견제도를 남용하여 부당한 이득을 취하는 일이 없도록 유념하여야 할 것이다.

민법 제777조의 친족 가운데서 4촌 이내의 친족만 청구권자이다. 성년후견, 한정후견, 특정후견의 신청인과 같게 한 것이다(민법 제9조 제1항, 제12조 제1항, 제14조의2 제1항). 임의후견감독인의 선임이 성년후견의 개시와 같은 성격을 가지기 때문이다. 미성년후견감독인, 성년후견감독인, 한정후견감독인, 특정후견감독인의 청구권자가 친족인 것과 구별된다(민법 제940조의3 제1항, 제940조의4 제1항, 제959조의5 제1항, 제959조의10 제1항).

임의후견인은 후견계약의 당사자로서 당연히 청구권자가 되지만 여기서 한 걸음 더 나아가 신의칙상 청구의무를 부담한다고 해석하는 것이 일반적이다. 즉 임의후견인은 본인에게 사무처리 능력의 부족 상태가 발생하였는지 여부를 수시로 점검하고 적시에 임의후견이 개시되도록 할 의무가 있다는 것이다. 공증인으로서 이러한 의무를 후견계약서에 명시하는 것이 바람직하다. 특히 임의후견인이 본인의 재산을 관리하는 등의 사정이 있는 경우, 예컨대 전환형(일본의 용어로는 移行形) 후견계약은 물론이고, 후견계약과 별도로 위임계약을 체결하여 대리권이 수여되어 있는 경우에 임의후견인이 임의대리인의 지위를 유지하기 일부러 임의후견감독인 선임의 청구를 지연하고 있다면 민법 제959조의17 제1항 소정의 임의후견인 부적합자로 판단하여 임의후견이 개시되지 않도록 하여야 할 것이다.

검사는 공익의 대표자이고, 지방자치단체의 장은 사회복지 현장의 요청을 반영하도록 청구권한을 인정한 것이다. 청구권이 인정되지 않는 사람은 검사나 지방자치단체의 장에게 직권을 발동하도록 촉구하는 방법으로 간접적으로 청구할 수 있다.

(3) 선임 심판

임의후견감독인 선임은 라류 가사비송사건이다.

가정법원은 후견적 심판을 하므로 당사자의 청구취지에 엄격하게 구속되는 것은 아니다.

가정법원은 임의후견을 개시할 사유가 있으면 임의후견감독인이 될 자의 적격여부를 심리한다. 가정법원은 임의후견감독인을 선임함에 있어서 미리 본인 동의를 받아야 하며(민법 제959조의15 제2항), 그 밖에 본인의 건강, 생활관계, 재산상황, 임의후견인의 직업과 경험, 본인과의 이해관계의 유무(법인이 임의후견감독인이 될 때에는 사업

의 종류와 내용, 법인이나 그 대표자와 본인 사이의 이해관계의 유무를 말한다) 등의 사정도 고려하여야 한다(민법 제959조의16 제3항, 제940조의7, 제936조 제4항). 그 외에 결격사유의 유무, 본인의 연령, 심리상태, 본인과 임의후견감독인의 주거지에 관한 사항, 임의후견감독인 신청의 동기와 목적, 예상되는 후견사무의 내용 등도 고려할 사항이다. 본인과 의 혈연관계는 물론이고, 사실상 보호하는 관계(계부, 계모, 위탁 부모)도 중요한 고려 사항이다.

심리 결과 임의후견인에게 민법 제937조 소정의 후견자 결격사유가 있거나 그 밖에 현저한 비행을 하거나 후견계약에서 정한 임무에 적합하지 아니한 사유가 있으면 가정법원은 임의후견감독인을 선임하지 아니한다(민법 제959조의17 제1항). 즉 임의후견이 개시되지 않는다. 후견계약은 법정후견에 우선하는 제도로서 일종의 위임계약이고, 자기결정권을 존중하는 제도이므로 부적절한 사람을 임의후견인으로 선정하였더라도 그 위험은 본인이 부담하는 것이 원칙이다. 그러나 이러한 원칙을 관철하면 본인의 보호에 소홀하여 임의후견제도가 악용될 우려가 있다. 특히 본인이 미처 알지 못한 사정이 있거나 예상하지 못했던 사정의 변경이 있는 경우에는 후견계약의 효력 발생을 막는 것이 본인의 의사에 부합한다고 할 것이다. 가정법원의 심리 도중 후견계약에 의사 무능력, 강행법규 위반 등 무효사유가 있는 것으로 밝혀진 경우에도 동 조항을 유추 적용하여 임의후견감독인을 선임하지 아니한다는 주장도 있다. 이때 본인은 새로운 후견계약을 체결하거나 법정후견을 청구할 수 있다.

가정법원이 임의후견감독인을 선임한 때에는 임의후견감독사무에 관하여 필요하다고 인정되는 사항을 지시할 수 있다(가사소송규칙 제38조의2). 이러한 지시는 선임심판과 동시에 하는 것이 보통이지만, 시기에 제한 없이 언제든지 지시할 수 있으며, 취소나 변경도 할 수 있다(가사소송규칙 제38조의3 제2항).

임의후견감독인 선임심판에 대하여는 즉시항고를 허용하지 않는다. 온전한 상태에서 결정한 본인의 의사를 존중한다는 것이다. 다시 말하여 즉시항고를 허용하는 것이 본인의 진정한 의사에 반한다는 것이다. 임의후견감독인 선임청구를 기각하는 심판에 대하여는 즉시항고할 수 있다(가사소송법 제43조 제1항, 가사소송규칙 제27조).

임의후견감독인의 선임심판은 즉시항고를 허용하지 않으므로 당사자 및 이해관계인, 임의후견인, 임의후견감독인에게 고지한 때 그 효력을 발생한다(가사소송규칙 제35조 제1항). 가정법원은 지체 없이 본인에게 통지하여야 한다(가사소송규칙 제35조

제2항). 선임심판이 효력을 발생하면 가정법원은 후견등기를 촉탁하여야 한다(가사소송법 제9조, 가사소송규칙 제5조의2 제1항 제4호).

(4) 본인의 동의

가정법원이 임의후견감독인을 선임하는 경우에는 본인의 동의를 받아야 한다(민법 제959조15 제2항). 특정인을 임의후견감독인으로 선임하는 데에 동의를 받아야 한다는 뜻이다. 성년후견인의 선임에 있어서 피성년후견인의 의사를 존중하는 것보다 훨씬 더 본인의 의사를 반영하는 것이다. 본인이 의사능력이 없거나 현저히 부족하게 되어 더 이상 의사를 표시할 수 없을 때에는 동의를 받을 필요가 없으며(제2항 단서), 본인이 직접 선임 청구를 한 경우에는 미리 동의한 것으로 본다.

임의후견감독인에 대하여는 민법 936조 제4항이 준용된다(민법 제959조의16 제3항, 제940조의7). 즉 가정법원이 임의후견감독인을 선임할 때에는 본인의 의사를 존중하여야 하며, 그 밖에 본인의 건강, 생활관계, 재산상황, 임의후견감독인이 될 사람의 직업과 경험, 본인과의 이해관계의 유무(법인이 임의후견감독인이 될 때에는 사업의 종류와 내용, 법인이나 그 대표자와 본인 사이의 이해관계의 유무를 말한다) 등의 사정도 고려하여야 한다는 것이다(민법 제959조의16 제3항, 제940조의7, 제936조 제4항). 동의와 존중은 다소 충돌되는 표현으로 입법의 오류인 것 같다.

(5) 추가선임 등

임의후견감독인이 사망, 사임, 결격 등의 사유로 없게 된 경우에는 가정법원은 직권으로 또는 본인, 친족, 임의후견인, 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 임의후견감독인을 선임한다(민법 제959조의15 제3항). 임의후견감독인은 필수기관이기 때문이다. 이 경우에는 법원이 직권으로 선임할 수도 있다는 점에 주의하여야 하며, 이때의 친족은 민법 제777조의 친족이라는 점도 유념하여야 한다.

가정법원은 임의후견감독인이 선임된 경우에도 필요하다고 인정하면 직권으로 또는 본인, 친족, 임의후견인, 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 임의후견감독인을 추가로 선임할 수 있다(민법 제959조의15 제4항).

민법 제959조의16 제3항은 임의후견감독인에 대하여 제940조의7을 준용하며, 동 조문은 다시 제936조 제3항을 준용하고 있다. 제936조 제3항은 추가 선임 청구권자로서 이해관계인을 열거하고 있는 것 이외에는 제959조의15 제3항과 동일하다. 입법상의 착오로 보인다. 실무에서는 이해관계인도 선임청구권자로 이해할 것이다.

(6) 수인의 임의후견감독인

가정법원은 직권으로 수인의 임의후견감독인이 공동으로 또는 사무를 분장하여 그 권한을 행사하도록 정할 수 있다(민법 제959조의16 제3항, 제940조의7, 제949조의2 제1항).

가정법원은 직권으로 위의 결정을 변경하거나 취소할 수 있다(민법 제959조의16 제3항, 제940조의7, 제949조의2 제2항).

수인의 임의후견감독인이 공동으로 권한을 행사하여야 하는 경우에 어느 임의후견감독인이 본인의 이익이 침해될 우려가 있음에도 법률행위의 대리 등 필요한 권한행사에 협력하지 아니할 때에는 가정법원은 본인, 임의후견인, 임의후견감독인 또는 이해관계인의 청구에 의하여 그 임의후견감독인의 의사표시를 갈음하는 재판을 할 수 있다(민법 제959조의16 제3항, 제940조의7, 제949조의2 제3항).

마. 변경과 사임

가정법원은 본인의 복리를 위하여 임의후견감독인을 변경할 필요가 있다고 인정하면 직권으로 또는 본인, 친족, 임의후견감독인, 검사, 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 임의후견감독인을 변경할 수 있다(민법 제959조의16 제3항, 제940조의7, 제940조).

가정법원이 임의후견감독인의 변경 심판을 하는 경우에는 본인, 임의후견인, 그 변경이 청구된 임의후견감독인 및 임의후견감독인이 될 사람의 진술을 들어야 한다. 다만 본인이 의식불명, 그 밖의 사유로 그 의사를 표명할 수 없는 경우에는 본인의 의견을 듣지 않고 심판한다(가사소송법 제45조의6 제1항 제2호).

임의후견감독인은 정당한 사유가 있는 경우에는 가정법원의 허가를 받아 사임할 수 있다. 이 경우 그 임의후견감독인은 사임청구와 동시에 가정법원에 새로운 임의후견감독

독인의 선임을 청구하여야 한다(민법 제959조의16 제3항, 제940조의7, 제939조). 가정법원은 새로운 임의후견감독인의 선임과 관련하여서는 가사소송법 제45조의6 소정의 의견청취 절차와 심문절차를 밟아야 한다.

가정법원이 임의후견감독인 변경 심판이나 임의후견감독인 사임허가 심판을 한 경우에는 후견등기를 촉탁하여야 한다(가사소송법 제9조, 가사소송규칙 제5조의2 제1항 제4호 가목, 나목).

III. 가정법원의 후견적 역할

개정 민법이 도입한 성년후견은 필수적으로 가정법원의 후견적 역할을 규정하고 있다. 가정법원은 기본적으로는 라류 비송사건의 심판을 통하여 임의후견에 관한 후견적 역할을 수행한다. 그 외에 임의후견감독사무에 대한 실태조사와 사전처분도 활용한다.

1. 라류 비송사건

가. 심판 사건의 유형

임의후견과 관련된 심판은 가사소송법의 라류 가사비송사건으로서 그 유형은 다음과 같다.

- ① 임의후견감독인의 선임 또는 변경(가사소송법 제2조 제1항 제2호 가목 24의5, 민법 제959조의15 제1항, 제3항, 제4항, 민법 제959조의16 제3항, 제940조의7, 제940조)
- ② 임의후견감독인의 사임에 대한 허가의 심판(가사소송법 제2조 제1항 제2호 가목 19, 민법 제959조의16 제3항, 제940조의7, 제939조)
- ③ 임의후견감독인에 대한 감독사무에 관한 보고 요구, 임의후견인의 사무 또는 본인의 재산상황에 대한 조사명령 또는 임의후견감독인의 직무에 관하여 필요한 처분명령(가사소송법 제2조 제1항 제2호 가목 24의6, 민법 제959조의16 제2항)

- ④ 임의후견인의 해임(가사소송법 제2조 제1항 제2호 가목 24의7, 민법 제959조의17 제2항)
- ⑤ 후견계약종료의 허가(가사소송법 제2조 제1항 제2호 가목 24의8, 민법 제959조의18 제2항)
- ⑥ 임의후견감독인에 대한 보수의 수여(가사소송법 제2조 제1항 제2호 가목 23, 민법 제959조의16 제3항, 제940조의7, 제955조)
- ⑦ 임의후견감독인의 권한 행사에 관한 결정과 그 변경 또는 취소, 임의후견감독인의 의사표시를 갈음하는 재판(가사소송법 제2조 제1항 제2호 가목 21의3, 민법 제959조의16 제3항, 제940조의7, 제949조의2)

가사소송법 제2조 제1항에 열거되어 있는 것은 예시적 열거가 아니라 제한적 열거로 해석된다. 따라서 임의후견과 관련된 것이라도 위에 열거되지 않은 것은 가사사건이 아니다. 임의후견인과 본인 사이에서 보수나 비용 상환을 둘러싸고 분쟁이 발생하거나 임의후견인에게 손해배상을 청구하는 경우에는 민사사건이 된다. 임의후견인이 현저한 비행을 저질러 임의후견인을 해임하는 사건은 가사사건이 되고, 임의후견인에 대한 손해배상청구사건은 민사사건이 된다.

가사소송법 제2조 제1항 제2호 가목 21과 21의2에서는 성년후견인과 한정후견인에 대해서만 민법 제947조의2 제4항과 제5항의 허가를 규정하고 있는데, 임의후견감독인에 관하여 민법 제947조의2 제3항 내지 제5항을 준용하고 있다는 것을 누락한 입법의 오류이다(민법 제959조의16 제3항, 제940조의7).

가정법원은 임의후견인의 후견사무에 직접 개입하지 않는 것이 원칙이며, 임의후견인에 대하여 직접 심판하는 것은 임의후견인의 해임(가목 24의7), 후견계약 종료의 허가(가목 24의8)뿐이다.

나. 관할

임의후견 관련 심판사건의 관할법원은 본인의 주소지 가정법원이다(가사소송법 제44조 제1호의2).

주소가 국내에 없거나 이를 알 수 없을 때에는 대법원이 있는 곳의 가정법원이 관할

한다(가사소송법 제35조 제2항, 제13조 제2항). 가정법원은 소송의 전부 또는 일부에 대하여 관할권이 없음을 인정한 경우에는 결정(決定)으로 관할법원에 이송하여야 한다(제3항). 가정법원은 그 관할에 속하는 가사사건에 관하여 현저한 손해 또는 지연을 피하기 위하여 필요한 경우에는 직권으로 또는 당사자의 신청에 의하여 다른 관할가정법원에 이송할 수 있다(제4항). 이송결과 이송신청의 기각결정에 대하여는 즉시항고할 수 있다(제5항).

다. 심판절차의 기본원칙

라류 비송사건에 대한 심리에는 변론을 요하지 않으며(가사소송법 제39조 제1항, 제4항, 민사소송법 제134조), 가정법원은 직권으로 사실의 탐지와 필요한 증거조사를 하여야 한다(가사소송법 제34조, 비송사건절차법 제11조, 가사소송규칙 제23조 제1항). 직권주의 내지 직권탐지주의가 적용된다. 가정법원이 주도적으로 사실 및 증거를 조사하므로 재판자료의 수집과 제출은 가정법원의 책임에 속하며, 가정법원은 기록에 나타난 사실이면 당사자가 주장하지 않았다고 하더라도 이를 재판의 기초로 삼아야 하고, 당사자의 증거신청 여부를 불문하고 법원이 증거조사의 책임을 진다. 당사자의 자백은 구속력이 없고 단순한 증거자료가 될 뿐이다.

심문(審問)은 공개하지 않는 것이 원칙이다(가사소송법 제34조, 비송사건절차법 제13조). 당사자 심문은 물론 관계인의 심문 및 의견청취 등을 포함하여 가사비송사건의 심리는 공개되지 않는다. 다만 법원은 심문을 공개함이 적정하다고 인정하는 자에게는 방청을 허가할 수 있다(비송사건절차법 제13조 단서). 당사자의 비밀·명예의 보호에 지장이 있는지 여부를 고려하여 가정법원이 판단할 사항이다. 방청허가의 재판은 허가대상자를 특정하여 법정에서 결정의 형식으로 선고하고 기일조서에 기재한다. 방청허가의 재판에 대하여는 불복할 수 없고, 가정법원은 언제든지 그 허가를 취소할 수 있다.

가정법원에서 처리 중이거나 처리한 사건은 보도가 금지된다. 성명·연령·직업 및 용모 등을 볼 때 본인이 누구인지 미루어 짐작할 수 있는 정도의 사실이나 사진을 신문, 잡지, 그 밖의 출판물에 게재하거나 방송할 수 없다(가사소송법 제10조). 보도금지에 위반하면 형사 처벌(2년 이하 금고 또는 100만원이하 벌금)의 대상이 된다(가사소송법 제72조).

조정전치주의는 적용되지 않는다(가사소송법 제50조 제1항 참조).

심판의 청구는 서면 또는 구술로 하며(가사소송법 제36조 제2항), 심판청구서에는 청구취지와 청구원인을 비롯하여 소정사항을 기재하여야 하며(제3항), 구술 청구의 경우에는 법원사무관이 당사자의 진술을 들어 조서를 작성하여야 한다(제4항, 제5항).

심판청구에 관하여 이해관계가 있는 자는 재판장의 허가를 받아 절차에 참가할 수 있으며(참가신청), 재판장은 상당하다고 인정하는 경우에는 심판청구에 관하여 이해관계가 있는 자를 절차에 참가하게 할 수 있다(참가명령, 가사소송법 제37조, 가사소송규칙 제21조 및 제22조).

가사비송사건의 절차에 소요되는 비용을 지출할 자금능력이 없거나 그 비용을 지출하면 생활에 현저한 지장이 있는 사람은 가정법원에 절차의 구조를 신청할 수 있다. 가정법원은 직권으로 절차구조(節次救助)를 할 수도 있다. 다만, 신청인이 부당한 목적으로 심판청구를 하는 것이 명백한 경우에는 그러하지 아니하다(가사소송법 제37조의2).

라. 심리

가사비송사건의 심리에 직권주의가 적용되지만 사실의 인정에는 증거가 필요하다. 가정법원은 직권으로 필요한 증거조사를 하여야 한다(가사소송규칙 제23조 제1항). 심리의 방법에 관하여는 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 가정법원의 광범위한 재량에 맡겨져 있다.

증거조사에 관하여는 가사소송의 예에 의하므로(가사소송규칙 제23조 제4항), 가정법원은 가류 또는 나류 가사소송사건을 심리하는 경우와 마찬가지로 직권으로 사실조사 및 필요한 증거조사를 하여야 하며, 언제든지 당사자 또는 법정대리인을 신문할 수 있다(가사소송법 제17조). 재판장은 가사조사관에게 사실조사를 명할 수 있으며(가사소송법 제6조), 경찰 등 행정기관이나 그 밖에 상당하다고 인정되는 단체 또는 개인에게 사실의 조사를 촉탁하고 필요한 사항을 보고하도록 요구할 수 있다(가사소송법 제8조). 가정법원은 사실조사 또는 증거조사를 다른 가정법원에 촉탁할 수 있으며(가사소송규칙 제23조 제2항), 촉탁 받은 가정법원은 가사조사관으로 하여금 그 촉탁받은 사실 조사를 하게 할 수도 있다(가사소송규칙 제23조 제3항).

가사비송에 관하여 가정법원은 필요하다고 인정할 경우에는 당사자 또는 법정대리인을 당사자 신문(訊問) 방식으로 심문(審問)할 수 있고, 그 밖의 관계인을 증인 신문 방식으로 심문할 수 있다(가사소송법 제38조).

심문은 참가인이나 이해관계인뿐만 아니라 감정인도 포함하여 사건에 관계되는 모든 사람을 대상으로 한다. 심문의 방법은 특별히 정하여진 것이 아니면 서면이나 말로 심문한다.

심문기일의 소환을 받은 자는 본인이 출석하는 것이 원칙이다. 즉 소환을 받은 당사자 및 이해관계인은 본인 또는 법정대리인이 출석하여야 하며, 특별한 사정이 있을 때에는 재판장의 허가를 받아 대리인을 출석하게 할 수 있고 보조인을 동반할 수 있다(가사소송법 제7조 제1항). 정당한 이유 없이 소환받은 심문기일에 출석하지 않은 때에는 50만원의 이하의 과태료를 부과하고 구인할 수 있다(가사소송법 제66조). 변호사 아닌 자가 대리인 또는 보조인이 되려면 미리 재판장의 허가를 받아야 하며(가사소송법 제7조 제2항), 재판장은 언제든지 위의 허가를 취소할 수 있고, 본인이 법정대리인 또는 대리인과 함께 출석할 것을 명할 수 있다(가사소송법 제7조 제3항).

증인이나 감정인의 심문에 관하여는 심문조서를 작성하고, 그 밖의 심문에 관하여는 필요하다고 인정하는 경우에만 조서를 작성한다(가사소송법 제34조, 비송사건절차법 제14조). 필수적 심문의 경우에는 심문기일을 지정하여 심문당사자를 소환하며, 법정에서 말로 심문하고 심문조서를 작성하는 것이 일반적이다.

라류 가사비송사건의 심판에 있어서는 가사소송법이나 다른 법률 또는 대법원규칙에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 원칙적으로 사건관계인을 심문하지 아니하나(가사소송법 제45조), 임의후견과 관련하여서는 다음과 같은 특칙이 있다.

(1) 정신상태에 관한 의견

가정법원은 임의후견감독인을 선임할 경우에는 본인의 정신상태에 관하여 의사나 그 밖에 전문지식이 있는 사람의 의견을 들어야 한다. 이 경우 의견을 말로 진술하게 하거나 진단서 또는 이에 준하는 서면으로 제출하게 할 수 있다(가사소송법 제45조의5). 성년후견 개시 또는 한정후견 개시 심판의 경우에 의사의 감정이 필요한 것과 대조적이다(가사소송법 제45조의2 제1항).

(2) 진술 청취

가정법원이 임의후견 관련 심판을 하는 경우에는 필수적으로 관련자의 진술을 청취하여야 한다. 사건에 따라 진술을 청취하여야 하는 관련자를 정리하면 다음과 같다.

- ① 임의후견감독인 선임 심판: 본인, 임의후견감독인이 될 사람 및 임의후견인이 될 사람(가사소송법 제45조의6 제1항 제1호)
- ② 임의후견감독인 변경 심판: 본인, 그 변경이 청구된 임의후견감독인 및 임의후견감독인이 될 사람(제2호)
- ③ 임의후견인 해임 심판: 그 해임이 청구된 임의후견인(제3호)
- ④ 후견계약 종료 허가 심판: 본인, 임의후견인(제4호)
- ⑤ 후견계약이 등기되어 있는 경우의 성년후견 개시 심판, 한정후견 개시 심판, 특정후견 심판: 본인, 임의후견인(가사소송법 제45조의3 제1항 제1호)

본인의 진술을 청취하여야 하는 경우이지만 본인이 의식불명, 그 밖의 사유로 그의사를 표명할 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다(가사소송법 제45조의6 제1항 단서, 제45조의3 제1항 단서).

(3) 필수적 본인 심문

가정법원이 임의후견감독인 선임 심판, 후견계약 종료 허가 심판을 하는 경우에는 본인을 심문하여야 한다. 다만, 본인이 자신의 의사를 밝힐 수 없거나 출석을 거부하는 등 심문할 수 없는 특별한 사정이 있는 때에는 그러하지 아니하다(가사소송법 제45조의6 제2항, 제45조의3 제2항). 이 경우 심문할 수 없는 특별한 사정이 있는지는 주변인의 진술이 아니라 의사의 진단 등 객관적인 자료를 토대로 하여야 하고, 경우에 따라서는 조사관의 출장조사를 활용하여야 할 것이다.

본인이 정신능력이 부족하거나 의사표현력이 미숙하여 자신의 의사를 제대로 밝히지 못하는 경우가 많으므로 본인의 진술을 들음에 있어서는 본인의 진정한 의사를 확인하는데 노력하여야 한다. 필요한 경우에는 의사소통 전문가의 도움을 받는다든지 본

인에게 편안한 환경을 제공하는 것도 고려하여야 할 것이다.

(4) 검증

소명방법, 인증, 감정에 관하여는 민사소송법의 규정을 준용하지만(비송사건절차법 제10조), 그 외에도 심문을 위하여 검증이 필요한 경우에는 민사소송법 제365조 및 제366조 제1항·제3항을 준용한다(가사소송법 제45조의6 제3항). 즉 가정법원은 감정을 명하거나 증인을 신문할 수 있고(민사소송법 제365조), 검증할 목적물을 제출하거나 보내는 데에는 민사소송법 제343조, 제347조 내지 제350조, 제352조 내지 제354조를 준용한다. 즉 신청인이 소지하고 있는 목적물은 이를 직접 제출하고(민사소송법 제343조 전단), 타인이 소지하고 있는 경우에는 제출명령(민사소송법 제343조 후단)을 신청하거나 송부촉탁을 신청한다(민사소송법 제352조).

민사소송법 제366조 제1항의 준용에 따라 민사소송법 제349조, 제350조도 준용되지만 직권탐지주의가 적용되는 가사비송사건에 있어서는 목적물제출명령 불응이나 상대방의 사용방해로 인한 효과는 발생하지 않는다고 할 것이다.

법원이 수명법관 또는 수탁판사에게 법원 밖에서 목적물에 대한 증거조사를 하게 하는 경우에는 그 조서에 적을 사항을 정할 수 있다(민사소송법 제354조). 수명법관 또는 수탁판사는 검증에 필요하다고 인정할 때에는 감정을 명하거나 증인을 신문할 수 있다(민사소송법 제365조). 법원은 검증을 위하여 남의 토지, 주거, 관리중인 가옥, 건조물, 항공기, 선박, 차량, 그 밖의 시설물 안에 들어갈 수 있다(민사소송법 제366조 제3항, 제342조). 이 경우 저항을 받으면 국가경찰공무원에게 원조를 요청할 수 있다(민사소송법 제366조 제3항 단서).

마. 심판

가정법원은 비송사건에 관하여는 심판으로써 재판하며, 심판에 관하여는 민사소송법 중 결정에 관한 규정을 준용한다. 심판에는 주문을 비롯하여 가사소송법 소정의 사항을 기재하고, 심판한 법관이 기명날인하여야 한다. 심판에는 이유의 기재를 생략할 수 있다(가사소송법 제39조)

가정법원의 심판의 효력은 심판을 받을 사람이 심판을 고지 받음으로써 발생한다. 다만, 가사소송법 제43조에 따라 즉시항고를 할 수 있는 심판은 확정되어야 효력이 있다(가사소송법 제40조).

심판은 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는, 당사자와 절차에 참가한 이해관계인에게 고지하여야 한다(가사소송법 제40조, 가사소송규칙 제25조). 그 외에 임의후견인(그 심판 및 법률에 의하여 임무가 개시되거나 종료될 자 포함)과 임의후견감독인(그 심판 및 법률에 의하여 임무가 개시되거나 종료될 자 포함)에게도 고지하여야 한다(가사소송규칙 제35조 제1항). 본인에게는 지체 없이 통지하여야 한다(제2항). 본인이 의사능력이 없는 경우에는 고지 자체가 불가능하여 본인의 후견에 지장을 초래할 우려가 있어서 통지하도록 한 것이다.

재판의 고지는 법원이 적당하다고 인정하는 방법으로 한다. 법원사무관등은 재판의 원본에 고지의 방법, 장소, 연월일을 부기(附記)하고 도장을 찍어야 한다(가사소송법 제34조, 비송사건절차법 제18조). 공시송달(公示送達)을 하는 경우에는 민사소송법의 규정에 따라야 한다.

가정법원이 임의후견감독인을 선임한 때에는 후견감독사무에 관하여 필요하다고 인정되는 사항을 지시할 수 있다(가사소송규칙 제38조의2).

라류 사건의 심판에 대하여 기관력은 인정되지 않는다(통설). 가정법원이 후견적 입장에서 합목적적인 재량에 의하여 당사자의 법률관계의 형성에 관여함을 본질로 하기 때문이다. 청구를 인용한 심판에는 형성력이 있다. 임의후견인은 임의후견감독인 선임에 의하여 후견사무를 수행하고 대리권을 행사할 수 있으며, 임의후견인 해임 심판에 의하여 임의후견인의 지위를 상실하게 된다. 당사자의 권리 또는 법률관계가 창설 또는 변경되거나 소멸되는 것이다. 임의후견에 관한 심판은 신분관계 내지 권리의무관계의 창설, 형성을 주된 목적으로 하는 것이므로 강제집행은 문제되지 않는다. 즉 집행력은 없다.

바. 즉시항고

라류 심판에 대하여는 원칙적으로 즉시항고가 인정되지 않으며, 특별히 허용된 것만 즉시항고할 수 있다(가사소송법 제43조). 즉시항고가 허용되는 심판은 청구기각심판

(가사소송규칙 제27조)과 임의후견감독인의 변경 심판(가사소송규칙 제36조 제1항 제4호 가목), 임의후견인의 해임 심판(나목), 후견계약 종료의 허가 심판(다목)이다.

즉시항고권자는 가사소송규칙에 규정되어 있다. 청구기각심판의 경우에는 그 청구인이며(가사소송규칙 제27조), 임의후견감독인의 변경 심판에 대하여는 변경 대상 임의후견감독인이 즉시항고권자이다. 임의후견인의 해임 심판에 대하여는 본인, 임의후견인이고, 후견계약 종료 허가 심판은 민법 제959조의18 제2항에 규정된 자 즉, 본인과 임의후견인이다(가사소송규칙 제36조 제1항 제4호).

임의후견감독인의 변경청구 기각 심판의 경우에는 민법 제940조에 규정한 자 즉, 본인, 친족, 임의후견감독인, 검사, 지방자치단체의 장도 즉시항고할 수 있다(민법 제959조의16 제3항, 제940조의7, 가사소송규칙 제36조 제2항 제6호). 당해 청구인 이외에 민법상의 청구권자까지 즉시항고권자의 범위를 확대한 것이다. 임의후견인의 해임청구 기각 심판의 경우에는 민법 제959조의17 제2항에 규정한 자 즉, 임의후견감독인, 본인, 친족, 검사 또는 지방자치단체의 장도 즉시항고권자이다(제7호).

즉시항고는 즉시항고를 할 수 있는 자가 심판을 고지 받는 경우에는 그 고지를 받은 날부터 14일 이내에 하여야 하며, 심판을 고지 받지 아니하는 경우에는 청구인(청구인이 수인일 때에는 최후로 심판을 고지받은 청구인)이 심판을 고지받은 날부터 14일 이내에 하여야 한다(가사소송규칙 제43조 제5항, 가사소송규칙 제31조).

즉시항고는 항고장을 원심법원에 제출함으로써 하며(가사소송규칙 제28조), 항고심의 재판절차에는 제1심의 재판절차에 관한 규정을 준용하지만(가사소송규칙 제29조), 가사비송청구를 인용한 심판에 대하여는 특별규정이 있다. 즉 이해관계인이 즉시항고한 경우 항고심 법원은 상당하다고 인정하는 때에는 제1심 청구인에게 사건이 계속된 사실을 통지하거나 제1심 청구인을 심문할 수 있다(가사소송규칙 제29조의2).

사. 후견등기부기록의 촉탁

가정법원은 다음의 심판이 확정되거나 효력을 발생한 경우에는 후견등기부기록을 촉탁하여야 한다(가사소송법 제9조, 가사소송규칙 제5조의2 제1항 제4호).

① 임의후견감독인의 선임 또는 변경의 심판

- ② 임의후견감독인의 사임에 대한 허가의 심판
- ③ 수인의 임의후견감독인의 권한 행사에 관한 결정과 그 변경 또는 취소의 심판
- ④ 임의후견인의 해임 심판
- ⑤ 후견계약 종료의 허가 심판

2. 법원의 임의후견감독사무의 실태조사

가정법원은 법원사무관등이나 가사조사관에게 임의후견감독사무의 실태를 조사하게 할 수 있다(가사소송법 제45조의7).

조사관은 사무의 실태 등 사실을 조사하고 의무이행상태를 점검한다(가사소송규칙 제8조). 조사관은 독립하여 조사하되(제9조 제1항), 그 업무 처리를 위하여 필요한 경우에는 가정법원의 허가를 얻어 후견감독인에게 그 후견사무 또는 후견감독사무에 관한 자료의 제출을 요구하거나 제출한 자료에 대한 설명을 요구할 수 있다(가사소송규칙 제38조의6 제1항). 조사관은 필요에 따라 사건관계인의 학력, 경력, 생활상태, 재산상태와 성격, 건강 및 가정환경 등에 대하여 심리학, 사회학, 경제학, 교육학 기타 전문적 지식을 활용하여 조사한다(가사소송규칙 제9조 제2항). 가사조사관은 사실조사를 위하여 필요한 경우에는 경찰 등 행정기관이나 그 밖에 상당하다고 인정되는 단체 또는 개인에게 사실의 조사를 촉탁하고 필요한 사항을 보고하도록 요구할 수 있다(가사소송법 제8조).

조사관은 실태조사를 마치면 조사보고서를 작성, 보고하여야 한다. 조사보고서에는 조사의 방법과 결과 및 가사조사관의 의견을 기재하여야 한다. 전문가의 감정 기타 조력이 필요하다고 인정할 때에는 그 취지를 기재하여야 한다(가사소송법 제11조).

조사관은 업무를 수행함에 있어 그 후견감독인을 변경할 필요가 있거나 후견감독업무 수행에 관하여 처분이 필요하다고 판단한 때에는 즉시 이를 가정법원에 보고하여야 한다(가사소송규칙 제38조의6 제1항 내지 제3항).

조사관은 실태 조사명령을 받은 경우에 특별한 기한의 정함이 없으면 2월 이내에 조사를 완료하여야 한다(제10조).

가정법원은 실태조사의 결과 임의후견감독사무에 관하여 필요한 사항을 지시할 수 있다(가사소송규칙 제38조의2). 이러한 지시는 시기에 제한이 없으며, 언제든지 취소

하거나 변경할 수 있다(가사소송규칙 제38조의3 제2항).

3. 사전처분

가. 사전처분의 의의

가사사건의 심판청구가 있는 경우에 가정법원은 사건을 해결하기 위하여 특히 필요하다고 인정하면 직권으로 또는 당사자의 신청에 의하여 상대방이나 그 밖의 관계인에게 현상(現狀)을 변경하거나 물건을 처분하는 행위의 금지를 명할 수 있고, 사건에 관련된 재산의 보존을 위한 처분, 관계인의 감호(監護)와 양육을 위한 처분 등 적당하다고 인정되는 처분을 할 수 있다(가사소송법 제62조 제1항). 사전처분이라고 한다. 이때에는 가사소송법 제67조 제1항에 따른 제재(1,000만원 이하의 과태료)를 고지하여야 한다(제2항).

나. 직무대행자의 선임

임의후견에 관한 사건에 있어서 가정법원이 사전처분으로서 임의후견인이나 임의후견감독인의 직무대행자를 선임한 때에는 그에 대하여 임의후견인이나 임의후견감독인에 관한 규정을 준용한다(가사소송규칙 제32조 제1항).

직무대행자 선임처분은 그 선임된 자, 해당 임의후견인이나 임의후견감독인에게 고지하여야 하고, 가정법원의 법원사무관등은 지체 없이 본인에게 그 뜻을 통지하여야 한다(제2항). 가정법원은 상당하다고 인정할 때에는 언제든지 직무대행자에게, 본인의 신상보호 또는 재산관리에 필요한 명령을 할 수 있고, 그 선임한 직무대행자를 해임하거나 개임할 수 있다(제3항). 직무대행자에 대하여는 사건본인의 재산 중에서 상당한 보수를 지급할 것을 명할 수 있다(제6항).

임의후견절차를 개시하는 임의후견감독인의 선임 심판과 관련하여서도 임의후견인의 필요성이 있으나 가사소송규칙은 이를 예정하지 않은 것으로 보인다. 가사소송규칙 제5조의2 제1항 제5호 나목은 성년후견, 한정후견 및 특정후견에 관하여만 임의후견인을 규정하고 있을 뿐이다. 가정법원이 임의후견감독인 선임 심판과 관련하여 임의후견

인을 선임하는 사전처분을 하여도 후견등기의 기록을 촉탁할 수 없는 문제가 있다.

다. 재판장의 사전처분

사전처분은 가정법원의 권한이지만 급박한 경우에는 재판장이 사전처분을 할 수 있다(가사소송법 제62조 제3항).

라. 즉시항고

가정법원과 재판장의 사전처분에 대하여는 즉시항고할 수 있다(가사소송법 제62조 제4항). 재판을 고지받은 날부터 1주 이내에 항고장을 그 재판을 행한 가정법원에 제출하여야 한다(가사소송규칙 제120조의6). 즉시항고의 기간이 다름에 유념하여야 한다.

마. 사전처분의 효력

사전처분에는 형성력이 있다. 사전처분으로 임의후견인이나 임의후견감독인의 직무집행을 정지하고 직무대행자를 선임하면 그 처분에는 대세적 효력이 있으므로 임의후견인 등의 권한행사는 정지되고 그 처분에 반하여 임의후견인이 한 행위는 무권대리행위로 된다. 현상의 변경이나 물건의 처분을 금지하면 그 대상자는 그 금지행위를 하지 않아야 할 의무가 생긴다.

사전처분은 집행력을 갖지 아니한다(가사소송법 제62조 제5항).

바. 후견등기부기록의 촉탁

대세적 효력이 있는 다음의 사전처분에 대해서는 가정법원은 후견등기부기록을 촉탁하여야 한다(가사소송규칙 제5조의2 제1항).

- ① 임의후견인·임의후견감독인의 권한 범위를 변경하거나 그 직무집행의 전부 또는 일부를 정지하는 재판 및 그 직무대행자를 선임하는 재판(가목)

- ② 직무대행자를 해임 또는 개입하는 재판 및 그 권한의 범위를 정하거나 변경하는 재판(다목)
- ③ 수인의 직무대행자의 권한 행사에 관한 결정과 그 변경 또는 취소의 재판(라목)

사전처분이 심판청구의 취하 기타의 사유로 효력을 상실하게 된 때에는 가정법원의 법원사무관등은 가사소송법 제9조의 예에 의하여 후견등기부기록을 촉탁하여야 한다(제2항).

IV. 후견등기

1. 후견등기제도의 신설

종래 가족관계등록부는 후견 개시의 간단한 정보만 기재하여 성년후견제도에 따른 사항을 공시할 수 없는 문제가 있다. 그리하여 후견인의 대리권이나 동의권의 범위를 비롯하여 후견에 관한 전반적인 사항을 공시하는 방법으로 피후견인을 보호하고 아울러 거래 안전과 조화를 도모하기 위하여 후견등기제도가 신설되었다.

후견등기는 가정법원이 관할한다(후견등기에 관한 법률 제4조). 후견등기사무의 효율성과 전문성을 확보하기 위하여 후견의 개시, 후견인 선임·해임 등 후견에 관한 심판 업무를 관할하는 가정법원이 그와 밀접한 관련이 있는 후견등기사무도 관할하도록 한 것이다. 후견등기사무는 가정법원의 후견등기관이 담당하고 전산정보처리조직을 이용하여 처리한다(후견등기에 관한 법률 제8조).

후견등기부는 피성년후견인, 피한정후견인, 피특정후견인, 후견계약의 본인 개인별로 구분하여 작성한다(후견등기에 관한 법률 제11조 제1항, 인적편성주의). 후견등기에 관한 증명서의 발급과 등기신청서류 등의 열람은 개인의 비밀보호를 위하여 다소 엄격하게 제한된다.

2. 후견계약의 등기사항

가. 등기사항

후견등기사항은 후견등기에 관한 법률 제25조(성년후견 등에 관한 기록사항), 제26조(후견계약에 관한 기록사항) 및 제27조(사전처분에 관한 기록사항)에 규정되어 있다. 후견계약 관련 등기 사항을 정리하면 다음과 같다.

- ① 후견계약 공정증서를 작성한 공증인의 성명, 소속, 그 증서의 번호 및 작성 연월일(후견등기에 관한 법률 제26조 제1항 제1호)
- ② 본인의 성명, 성별, 생년월일, 주민등록번호 및 등록기준지(외국인인 경우에는 국적 및 외국인등록번호)(제2호)
- ③ 임의후견인의 성명, 주민등록번호 및 주소 또는 사무소(법인인 경우에는 명칭, 법인등록번호 및 주된 사무소, 외국인인 경우에는 국적 및 외국인등록번호)(제3호)
- ④ 본인의 재산관리 및 신상보호에 관하여 임의후견인의 권한의 범위를 정한 경우에는 그 범위(제4호)
- ⑤ 임의후견감독인이 선임된 경우에는 그 성명, 주민등록번호 및 주소 또는 사무소(법인인 경우에는 명칭, 법인등록번호 및 주된 사무소, 외국인인 경우에는 국적 및 외국인등록번호) 및 심판을 한 가정법원, 사건의 표시, 재판 확정일(제5호)
- ⑥ 수인의 임의후견인 또는 임의후견감독인이 공동으로 또는 사무를 분장하여 권한을 행사하도록 정한 경우에는 그 취지(제6호)
- ⑦ 후견계약 종료의 경우에는 그 사유 및 연월일(제7호)
- ⑧ 사항번호, 접수연월일 및 접수번호, 등기원인 및 그 연월일, 등기사건을 처리한 가정법원 및 등기연월일(제8호, 후견등기에 관한 규칙 제50조)

나. 후견계약의 등기와 임의후견감독인 선임의 등기

현행 후견등기제도는 후견계약만 체결한 상태와 임의후견감독인이 선임된 상태를 구별하지 않은 것으로 보인다. 후견계약의 등기를 신청하는 경우에 본인의 성명, 등록기준지, 주민등록번호와, 후견계약 공정증서를 작성한 공증인의 성명, 증서번호, 증서작성일 이외에 임의후견인의 성명, 주민등록번호, 주소와 대리권의 범위를 기록하도록

하고 있다(후견등기의 신청에 관한 업무처리지침 등기예규 제1495호 별지 제2호 양식 참조).

임의후견감독인이 선임되어야만 비로소 후견계약의 효력이 발생하는 것을 고려하면 임의후견인에 관한 사항까지 기록하도록 한 것은 의문이다. 본인에 관한 사항과 계약에 관한 사항만으로도 후견계약 등기의 목적을 충분히 달성할 수 있기 때문이다. 일반인으로서의 임의후견인이 대리권을 행사하는 것으로 오인할 우려가 크다.

임의후견인에 관한 사항과 대리권에 관한 사항은 임의후견감독인 선임에 따라 기재할 사항이라고 할 것이다.

3. 후견등기의 신청권자

후견등기는 촉탁이나 신청이 있어야 하며(후견등기에 관한 법률 제20조 제1항), 후견계약의 등기는 다른 규정이 없는 한 임의후견인이 신청한다(제2항 후단).

임의후견인은 후견등기부의 기록사항이 변경된 것을 알았을 때에는 이를 안 날부터 3개월 이내에 변경등기를 신청하여야 하며(후견등기에 관한 법률 제28조 제1항), 본인의 사망 등으로 후견계약이 종료되었음을 알았을 때에는 이를 안 날부터 3개월 이내에 종료등기를 신청하여야 한다(후견등기에 관한 법률 제29조 제1항).

임의후견인이 정당한 사유 없이 기간 내에 등기신청을 하지 아니하면 50만원 이하의 과태료를 부과한다(후견등기에 관한 법률 제44조 제1항). 가정법원이 변경등기나 종료등기를 촉탁하는 경우에는 임의후견인은 등기를 신청할 의무가 없다(후견등기에 관한 법률 제28조 제1항 단서, 제29조 제1항 단서).

본인, 배우자, 4촌 이내의 친족(후견등기에 관한 법률 제15조 제1항 제2호 참조), 임의후견감독인도 변경등기와 종료등기를 신청할 수 있다(후견등기에 관한 법률 제28조 제2항 및 제29조 제2항).

4. 가정법원의 후견등기의 촉탁

가정법원이 후견등기를 촉탁하여야 할 심판을 하였을 경우에는 심판이 확정되거나 효력이 발생한 때에 지체 없이 후견등기를 촉탁하여야 한다(가사소송법 제9조). 가정

법원의 사무관등은 재판장의 명을 받아 촉탁하며, 촉탁서에는 후견등기부기록의 원인 및 그 원인일자, 후견등기의 목적과 등기할 사항 등 소정의 사항을 기재하고 법원사무관등이 기명날인한다. 촉탁서에는 효력을 발생한 심판서의 등본 기타 후견등기부기록의 원인을 증명하는 서면을 첨부하여야 한다(가사소송규칙 제6조 제2항, 제3항).

임의후견과 관련하여 가정법원이 후견등기를 촉탁할 심판은 다음과 같다.

- ① 임의후견감독인의 선임 또는 변경의 심판(가사소송규칙 제5조의2 제1항 제4호 가목)
- ② 임의후견감독인의 사임에 대한 허가의 심판(나목)
- ③ 여러 명의 임의후견감독인의 권한 행사에 관한 결정과 그 변경 또는 취소의 심판(다목)
- ④ 임의후견인의 해임 심판(라목)
- ⑤ 후견계약 종료의 허가 심판(마목)
- ⑥ 본인에 대한 성년후견이나 한정후견 개시의 심판(가사소송규칙 제5조의2 제2항 후문)

후견계약이 등기되어 있음에도 본인의 이익을 위하여 특별히 성년후견이나 한정후견 개시 심판을 한 경우(민법 제959조의20 제1항)에는 성년후견에 관한 등기의 촉탁 외에 임의후견 종료 등기의 촉탁도 하여야 한다.

5. 사전처분과 후견등기

가사소송법 제62조에 따른 사전처분이 있는 경우로서 가정법원이 후견등기를 촉탁하여야 하는 경우는 다음과 같다.

- ① 임의후견인·임의후견감독인의 권한 범위를 변경하거나 그 직무집행의 전부 또는 일부를 정지하는 재판 및 그 직무대행자를 선임하는 재판(가사소송규칙 제5조의2 제1항 제5호 가목)
- ② 직무대행자를 해임 또는 개임하는 재판 및 그 권한의 범위를 정하거나 변경하는

재판(다목)

- ③ 여러 명의 직무대행자의 권한 행사에 관한 결정과 그 변경 또는 취소의 재판(다목)
- ④ 사전처분의 재판이 본안심판의 확정, 심판청구의 취하 기타의 사유로 효력을 상실하게 된 때(가사소송규칙 제5조의2 제2항 전문)

직무집행정지 및 직무대행자 선임에 관한 사전처분의 기록사항은 다음과 같다(후견등기에 관한 규칙 제51조 제1항).

- ① 임의후견인·임의후견감독인의 직무집행의 전부 또는 일부를 정지하는 사전처분이 된 때는 그 내용(제1호)
- ② 임의후견인·임의후견감독인의 직무대행자를 선임하는 사전처분이 된 때는 그 직무대행자의 성명, 주민등록번호 및 주소 또는 사무소(법인인 경우에는 명칭, 법인등록번호 및 주된 사무소, 외국인인 경우에는 국적 및 외국인등록번호)(제2호)
- ③ 직무대행자의 권한의 범위를 정한 경우에는 그 범위 및 제1호에 규정된 자 또는 직무대행자의 권한의 범위를 변경한 경우에는 그 변경된 범위(1호에 규정된 자의 직무집행의 일부를 정지하는 사전처분이 된 경우 그 범위를 포함)(제3호)
- ④ 수인의 직무대행자가 공동으로 또는 사무를 분장하여 그 권한을 행사하도록 정한 경우에는 그 취지(제4호)
- ⑤ 사전처분이 효력을 상실한 때에는 그 사유 및 연월일(제5호)

사전처분에 관한 기록사항에 변경이 있는 경우에는 임의후견인의 직무대행자는 지체 없이 변경등기를 신청하여야 하며(후견등기에 관한 법률 제28조 제3항, 후견등기에 관한 규칙 제52조 제1항), 사망이나 그 밖의 사유에 의하여 사전처분의 효력이 상실되었음을 알았을 때에는 지체 없이 종료등기를 신청하여야 한다(후견등기에 관한 규칙 제53조 제1항). 다만 가정법원이 촉탁하는 경우에는 그러하지 아니하다(후견등기에 관한 규칙 제52조 제1항 단서, 제53조 제1항 단서).

사전처분의 경우에 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족도 사전처분의 변경등기와(후견등기에 관한 규칙 제52조 제2항) 사전처분의 종료 등기를 신청할 수 있다(후견등기에 관한 규칙 제53조 제2항).

6. 후견등기의 등기사항증명서

후견등기의 등기사항증명서는 부동산등기나 법인등기의 경우와 달리 그 발급이 제한적이다(후견등기에 관한 법률 제15조 제1항). 발급청구권자, 발급의 목적은 물론이고 발급의 절차도 엄격하게 규정되어 있다.

가. 발급청구권자

등기사항증명서의 발급을 청구할 수 있는 사람은 후견등기에 관한 법률 제15조 제1항에 열거되어 있다(후견등기사항증명서 등의 발급·열람에 관한 업무처리지침 등기에규 제1497호 제3조 제1항 참조).

- ① 피성년후견인, 피한정후견인, 피특정후견인 또는 후견계약의 본인(제1호)
- ② 제1호에 규정된 사람의 배우자 또는 4촌 이내의 친족(제2호)
- ③ 성년후견인, 한정후견인 또는 특정후견인(제3호)
- ④ 성년후견감독인, 한정후견감독인 또는 특정후견감독인(제4호)
- ⑤ 임의후견인, 임의후견감독인, 미성년후견인 또는 미성년후견감독인
- ⑥ 퇴임한 후견인, 후견감독인 등(제6호, 자기와 관련된 기록사항으로 한정)
- ⑦ 제1호에 규정된 사람의 법정대리인(제7호, 유언집행자, 상속재산관리인, 부채자 재산관리인 등)
- ⑧ 국가 또는 지방자치단체(제8호, 그 직무수행을 위하여 필요한 경우로 한정한다)
- ⑨ 소송·비송사건·민사집행·보전의 각 절차에서 등기사항증명서를 제출할 필요가 있는 자(제9호, 보정명령서, 사실조회서 등 법원 문서가 있는 경우로 한정)
- ⑩ 다른 법령의 규정에 따라 등기사항증명서를 제출할 필요가 있는 자(제10호)
- ⑪ 그 밖에 대법원규칙으로 정하는 정당한 이해관계가 있는 자(제11호)

대법원규칙이 규정하고 있는 발급청구권자는 ① 제1호, 제3호 내지 제6호에 규정된 사람의 상속인 또는 포괄승계인으로서 사건본인의 과거 어느 시점의 행위능력이나 피상속인 권한 등의 확인을 위하여 등기사항증명서의 발급이 필요한 자(후견등기에 관한

규칙 제31조 제3항 제1호), ② 그 밖에 공익목적상 합리적 이유가 있는 경우로서 대법원 예규가 정하는 자(제2호)이다.

등기사항부존재증명서의 발급 청구에 있어서는 신청대상자를 후견등기에 관한 법률 제15조 제1항 제1호의 자로 본다(후견등기에 관한 규칙 제31조 제1항).

사전처분이 있는 경우에는 후견등기에 관한 법률 제15조 제1항 소정의 청구권자 외에 다음 사람도 발급청구권자이다(후견등기에 관한 법률 제15조 제2항, 동 규칙 제32조).

- ① 사전처분의 본인 또는 배우자, 4촌 이내의 친족(제1호)
- ② 성년후견인 · 한정후견인 · 특정후견인, 성년후견감독인 · 한정후견감독인 · 특정후견감독인, 임의후견인 · 임의후견감독인의 직무대행자(제2호)
- ③ 임시후견인(제3호)
- ④ 퇴임한 후견인, 후견감독인 등, 임시후견인(제4호, 자기와 관련된 기록사항에 한정)
- ⑤ 사전처분의 본인이나 제2호부터 제4호까지 규정된 자의 상속인 또는 포괄승계인으로서 사전처분의 본인의 과거 어느 시점의 권한이나 피상속인 권한 등의 확인을 위하여 등기사항증명서의 발급이 필요한 자(제5호)

나. 신청서 등

증명서의 발급을 청구하는 때에는 신청서를 제출하여야 하며, 신청서에는 사용목적 을 기재하고(후견등기에 관한 규칙 제31조 제2항), 가족인 경우에는 가족관계등록사항 별증명서, 법정대리인인 경우에는 이를 소명하는 자료, 법원의 보정명령서, 사실조회 서, 촉탁서 등 청구인과 그 목적에 따라 소정의 첨부서류를 제출하여야 한다(후견등기 에 관한 규칙 제31조 제4항, 자세한 내용은 위 등기예규 제3조 제5항 참조).

대리인이 청구하는 경우에는 위임장과 위임자의 주민등록증 등의 신분증명서 사본 을 첨부하여야 한다(후견등기에 관한 규칙 제31조 제6항). 후견등기관은 신분증명서에 의하여 신청인이 신청서의 신청인란에 기재된 사람과 일치하는지 확인하여야 한다(위 등기예규 제6조).

후견등기관은 증명서발급의 청구가 후견등기부에 기록된 자에 대한 사생활의 비밀 을 침해하는 등 부당한 목적에 의한 것이 분명하다고 인정할 때에는 등기사항증명서의

발급을 거부할 수 있다(후견등기에 관한 법률 제15조 제3항). 부당한 목적이란 일반적으로 타인에게 알리고 싶지 않다고 생각되는 후견등기사항을 정당한 사유 없이 단지 호기심으로 알고자 하거나, 후견등기부에 기록된 사항을 범죄에 이용하고자 하는 경우 등을 말한다(위 등기예규 제5조 제1항). 부당한 목적인지의 여부는 신청인란과 사용목적란의 기재 및 소명자료 등의 내용을 종합하여 판단하되, 신청인란이나 사용목적란의 기재가 없거나 허위로 기재된 경우에는 일단 부당한 목적이 있는 것으로 볼 수 있다(위 등기예규 제5조 제2항).

등기사항증명서를 발급받거나 제출받은 자는 이를 그 사용 목적 외의 용도로 사용하여서는 아니 된다(후견등기에 관한 법률 제15조 제4항).

다. 등기사항 증명서의 기재사항

등기사항증명서의 기재사항은 후견등기에 관한 법률 제25조 내지 제27조에서 정하는 사항이며(후견등기에 관한 법률 제16조 제1항), 등기사항증명서의 종류와 발급방법은 후견등기에 관한 규칙 제33조 및 제34조에 따른다.

후견등기부에 기록이 없는 경우에는 그러한 취지를 증명하는 서면을 발급하는데(후견등기에 관한 법률 제15조 제1항 괄호 안의 부분), 그것이 등기사항부존재증명서이다(후견등기에 관한 규칙 제33조 제7호).

V. 후견계약의 이용형태

1. 장래형, 전환형, 즉시형

후견계약의 이용형태에 관하여는 10년 이상 시행 경험이 있는 일본의 예가 참고가 된다. 일본에서는 세 가지 이용형태를 보이고 있다.

가. 장래형

장래에 임의후견이 필요한 경우를 예상하고 그에 대비하여 후견계약을 체결하는 형태이다. 임의후견의 기본적인 계약형태이다.

나. 전환형(일본식 표현은 移行形)

수임인이 계약 체결 시부터 위임인의 재산을 관리하는 등 사무를 처리하다가 위임인의 사무처리 능력이 부족한 상황이 되면 후견계약으로 전환하여 계속 보호하도록 하는 형태이다. 이 경우에는 위임계약과 후견계약을 동시에 체결하는 것이 통상적이다. 1통의 공정증서를 작성하는 것이 보통이지만 2통으로 나누어 작성하는 것도 있다. 위임계약은 반드시 공정증서로 작성되어야 하는 것은 아니다. 두개의 계약을 1통의 공정증서로 작성한 경우에는 수수료는 별도로 산정하여야 한다.

후견계약은 해제에 제한이 있지만 위임계약은 각 당사자가 언제든지 해제할 수 있으며, 특별한 이유가 필요한 것도 아니다(민법 제689조 제1항).

다. 즉시형

후견계약은 보통은 장래를 대비한 계약이지만 계약당시에 이미 정도의 인지장애, 지적장애, 정신장애의 상황에 처한 경우도 있다. 이러한 경우에는 계약체결 후 곧바로 후견계약의 등기를 신청하고, 임의후견감독인의 선임을 신청하게 된다.

위와 같은 분류는 후견계약 공정증서를 작성하는 공증인의 입장에서는 대단히 유용하다. 공정증서의 내용이 달라지기 때문이다. 그 외에 본인과 임의후견인 사이의 법률관계가 달라지는 것은 거의 없다.

일본의 경험에 비추어보면 본인의 사무처리 능력이 부족한 상황임에도 임의후견이 개시되지 않는 경우가 있다고 한다. 특히 전환형의 경우에 임의후견인이 법원이나 임의후견감독인의 감독을 받는 것을 꺼려서 임의후견의 개시를 미루는 경우가 많다고 한다. 이는 장래형의 경우에도 마찬가지이다. 본인의 동거 가족이 임의후견인에게 허위의 정보를 제공하여 본인의 상태를 오인하도록 하는 것이 그 예이다. 본인의 적절한 보호를 위한 관심과 대책이 요구된다.

2. 부모와 자녀의 이용

임의후견제도는 ① 성년으로서 정신적 제약을 가진 자녀를 부모가 보호하는 경우, ② 치매 등으로 정신적 제약을 가진 부모를 자녀가 보호하는 경우에 주로 이용할 것으로 예상된다.

가. 자녀 보호의 대책

예를 들어 부모가 자녀의 생활밀착으로 부동산을 구입해주고 이를 임대하여 임대수입으로 생활을 유지하도록 도와주는 경우에 자녀가 자칫 잘못하여 부동산을 날려버리는 일도 있다. 그렇다고 법정후건을 이용하는 것은 곤란한 점이 많다. 각종 자격을 박탈당하여 정상적인 생활이 어려워지기 때문이다.

정신적 제약을 가진 자녀를 보호하는 부모로서 가장 적절한 보호대책이 바로 임의후견제도이다. 부모가 살아 있는 동안에는 임의대리의 방법으로 자녀를 돌보고 사후에 임의후견인의 보호를 받도록 한다든지, 아예 부모가 임의후견인이 되어 자녀의 재산관리 및 신상보호에 관한 사무를 수행하는 것이다.

부모가 임의후견인이라면 임의후견감독인의 역할은 상대적으로 줄어들고 법원의 역할도 그리 크지 않을 것이다.

문제는 부모가 성년자녀를 대리하여 후견계약을 체결할 수 있는 권한 즉, 대리권은 현행법상 인정되지 않는다는 것이다. 본인이 의사능력이 없는 경우에 후견계약을 이용하기 곤란한 요소이다.

이에 대한 대책으로서 제3자를 위한 계약을 활용하는 방안을 연구하기도 한다. 제3자(자녀)를 위하여 부모가 후견계약을 체결한 경우 자녀인 제3자(수익자)가 수익의 의사표시를 한 때에 그 효력이 생긴다(민법 제539조 제2항). 자녀가 의사능력이 없어 그 수익의 의사표시를 하지 못하면 소기의 성과를 거둘 수 없게 되는데, 이에 대하여 자녀에게 이익만 주는 경우에는 수익의 의사표시가 없더라도 그 효력이 발생한다고 하는 견해가 있다. 그러나 이 견해에 따른다고 하더라도 소기의 목적을 달성하기는 어렵다. 임의후견계약을 이익만 주는 계약이라고 볼 수는 없기 때문이다. 그러므로 제3자를 위한 계약의 방법으로 후견계약을 체결하는 것은 허용되지 않는다고 할 것이다.

결국 자녀가 의사능력이 없는 경우에는 법정후견을 먼저 청구하여 부모가 성년후견인이 되어 임의후견계약을 체결할 권한을 부여받아야 할 것이다. 이러한 절차를 생략하기 위하여는 입법적인 대책이 요구된다. 프랑스의 장래보호위임제도와 같은 것이 그것이다.

나. 고령 부모의 보호대책

최근 고령화의 진행에 따라 치매환자가 급증하고 있다. 반면 핵가족화의 진행으로 인해 가족의 부양 및 보호능력이 한계에 다다르고 있어 고령자가 방치되고 학대당하는 등 사회문제가 발생하고 있다.

부모가 인지장애에 빠지면 그 정도가 크든 작든 신체기능의 저하와 관계없이 자녀로서는 부모의 보호를 위하여 임의후견제도를 이용할 것을 권장한다. 특히 임대 놓은 재산이 있다든지 관리할 재산을 가진 경우에는 더욱 그러하다. 후일 정신적 제약이 심하여 임의후견감독인 선임에까지 나아가는 것은 별개의 문제이고, 치매나 인지장애가 더 진행되어 의사능력이 없어지면 바로 임의후견제도를 이용할 수는 없고, 법정후견을 거쳐야만 임의후견절차를 밟을 수 있기 때문이다.

노령이 되거나 인지장애를 느끼면 스스로 후견계약을 체결하는 등 임의후견제도를 이용하는 분위기가 조성되고, 가족이나 전문적인 후견인이 고령자를 돌봐주는 체제가 자리 잡기를 기대해본다.

VI. 후견사무의 처리

후견계약은 본인의 재산관리 및 신상보호에 관한 사무의 처리를 위탁하는 것으로 구체적인 사무의 내용은 당사자의 의사에 따라 결정된다. 후견계약은 본질적으로 위임으로서 민법 제959조의14 이하에서 달리 정하지 않으면 민법의 위임에 관한 규정이 적용된다. 이를 설명하면 다음과 같다.

1. 임의후견인의 후견사무 처리 의무

임의후견인은 후견계약의 본지에 따라서 선량한 관리자의 주의로써 사무를 처리하여야 한다(민법 제681조). 임의후견인의 가장 기본적인 의무이다.

가. 본인의 의사 존중

본지에 따른다는 것은 계약의 목적과 사무의 성질에 따라서 가장 합리적으로 처리한다는 뜻이다. 본인의 지시가 있는 때에는 그 지시에 따라야 하며, 본인의 지시에 따르는 것이 위임의 취지에 적합하지 않거나, 본인에게 불이익하게 되는 때에는 그 사실을 알리고, 지시의 변경을 요구하여야 한다. 그러한 여유가 없는 경우에는 필요한 조치를 취할 수 있는 권리와 의무가 있다고 할 것이다. 따라서 그러한 경우에는 본인의 지시에 따르지 않을 수도 있다.

나. 선관의무

임의후견인은 선량한 관리자의 주의를 가지고 사무를 처리하여야 한다. 무보수인 경우에도 주의의무가 경감되지 아니한다(민법 제695조 참조). 친권자 자기 재산에 관한 행위와 동일한 주의의무를 부담하는 것과는 다르다(민법 제922조).

다. 복위임권의 제한

임의후견인은 자기 스스로 사무를 처리하여야 한다. 복위임은 본인의 승낙이 있거나 부득이한 사유가 있는 때에 한한다(민법 제682조 제1항). 임의후견인이 사무 처리를 타인에게 다시 위탁한 경우에는 그 선임감독에 관한 책임을 진다(민법 제682조 제2항, 제121조 제1항). 본인의 지명에 의하여 타인에게 다시 위탁하였다면 그 부적임 또는 불성실함을 알고 본인에게 통지하지 않거나 해임을 태만한 때에 한하여 책임을 진다(민법 제682조 제2항, 제121조 제2항).

민법 제682조 제2항은 제123조의 준용을 규정하고 있으나 복위임의 경우에 제123조

제1항은 준용의 여지가 없다. 제2항의 준용에 따라 본인은 복수임인에게 사무처리, 보고 등을 직접 청구할 수 있고, 복수임인은 본인에 대하여 비용 상환이나 보수의 지급을 청구할 수 있다(민법 제682조 제2항, 제123조).

임의후견인에게 복위임권이 없는 경우에도 이행보조자를 사용할 수 있다. 다만 이행보조자의 고의나 과실에 대하여도 임의후견인이 책임져야 한다(민법 제391조).

후견계약에 있어서 임의후견인의 지위는 양도할 수 없는 것으로 해석한다. 위임계약에 있어서는 위임인이 동의하면 수임인의 지위를 양도할 수 있는 것과는 다르다.

복위임권의 제한과 관련하여 문제가 되는 것으로 임의후견인이 다시 임의후견계약을 체결할 권한이 있느냐는 점이다. 이에 관하여는 부정적인 견해가 많다.

부모가 임의후견인으로서 장애인 자녀를 돌보는 경우를 생각하면 부정할 이유는 없다. 사망이 임박한 부모가 자신을 대신하여 신뢰하는 사람으로 하여금 사후에 자녀를 돌봐주도록 하려는 경우라면 오히려 그 이용을 권장할 것이다. 후견계약에서 임의후견계약을 체결할 권리를 부여하는지 여부를 명백히 기재하는 것이 바람직하다고 할 것이다.

2. 임의후견인의 부수적인 의무

위에서 설명한 것 이외에도 임의후견인은 후견사무의 처리와 관련하여 여러 가지 의무를 지는데, 이를 설명하면 다음과 같다.

가. 보고 의무

임의후견인은 본인의 청구가 있는 때에는 위탁사무의 처리상황을 보고하고 후견사무가 종료한 때에는 지체 없이 그 전말을 보고하여야 한다(민법 제683조, 제951조 제1항 참조).

임의후견에 있어서는 본인의 요구 이외에 임의후견감독인의 요구에도 따라야 한다. 즉 임의후견감독인은 언제든지 임의후견인에게 그의 임무 수행에 관한 보고와 재산목록의 제출을 요구할 수 있고 본인의 재산상황을 조사할 수 있다(민법 제959조의16 제3항, 제953조).

나. 취득물 인도의무 및 취득 권리의 이전의무

임의후견인은 위탁사무의 처리로 인하여 받은 금전 기타의 물건 및 취득한 과실을 본인에게 인도하여야 하며(민법 제684조 제1항), 임의후견인이 본인을 위하여 자기의 명의로 취득한 권리는 본인에게 이전하여야 한다(제2항).

다. 금전소비의 책임

임의후견인이 본인에게 인도할 금전 또는 본인의 이익을 위하여 사용할 금전을 자기를 위하여 소비한 때에는 소비한 날 이후의 이자를 지급하여야 하며 그 외의 손해가 있으면 배상하여야 한다(민법 제685조).

3. 임의후견인의 권리

가. 보수청구권

임의후견인은 특별한 약정이 없으면 본인에 대하여 보수를 청구하지 못하므로(민법 제686조 제1항), 보수를 받기로 한 경우에는 보수에 관한 약정을 명백히 하여야 한다. 위임에 있어서 보수는 사무를 완료한 후에 청구하는 것이 원칙이지만 후견계약의 보수는 기간으로 정하는 것이 보통이므로 그 기간이 경과한 후에 청구한다(제2항). 임의후견인이 사무를 처리하는 중에 임의후견인의 책임 없는 사유로 인하여 후견계약이 종료된 때에는 이미 처리한 사무의 비율에 따라 보수를 청구할 수 있다(제3항).

보수를 약정하는 경우는 물론이고 무보수의 경우에도 통상적인 사무의 범위를 넘는 경우(예: 부동산의 매각, 소송 등)에 관하여 특별 보수의 지급을 명시적으로 규정하는 것이 바람직하다.

임의후견감독인이 선임되기 전에 후견계약이 종료되는 경우에는 보수청구권이 인정될 여지가 거의 없다.

보수의 약정과 관련하여 후견계약에서 정한 보수가 상당하지 아니한 사정이 생긴 경우에 이를 변경할 수 있느냐는 문제가 있다. 이는 후견계약의 변경에 관한 문제에서 살

펴보기로 한다.

나. 비용 선급 청구권

사무 처리에 비용이 드는 때에는 임의후견인은 그 비용의 선급을 청구할 수 있다(민법 제687조). 선급 받을 때까지는 위임사무를 처리하지 않아도 지체의 책임을 지지 않는다.

다. 비용 상환청구권, 채무변제의 청구권, 손해배상청구권

임의후견인이 사무의 처리에 관하여 필요비를 지출한 때에는 그 지출한 비용을 청구할 수 있음은 물론이고 그 비용을 지출한 날 이후의 이자도 청구할 수 있다(민법 제688조 제1항). 임의후견인이 선량한 관리자의 주의를 가지고 필요비로 판단하여 지출하였다면 필요비이다. 결과론으로 필요하지 않았거나 지출의 효과가 없었다고 하더라도 필요비인 성격이 변하지는 않는다.

임의후견인이 사무 처리에 필요한 채무를 부담한 때에는 본인에게 임의후견인에 갈음하여 변제할 것을 청구할 수 있고, 만일 그 채무가 아직 변제기에 이르지 아니한 때에는 상당한 담보를 제공하게 할 수 있다(제2항). 임의후견인이 사무 처리를 위하여 과실 없이 손해를 받은 때에는 본인에게 그 배상을 청구할 수 있다(제3항).

VII. 후견계약의 종료

민법은 임의후견의 종료원인으로서 후견계약 의사표시의 철회(민법 제959조의18 제1항), 가정법원의 허가를 받은 후견계약의 종료(제2항)를 규정하고, 간접적으로 본인의 성년후견 또는 한정후견 개시의 심판(민법 제959조의20 제1항)을 규정하고 있다.

후견계약은 위임의 일종이므로 위임에 관한 규정이 적용된다. 민법이 규정하고 있는 위임의 종료원인은 해지(민법 제689조), 당사자의 사망이나 파산, 임의후견인에 대한 성년후견개시심판이다(민법 제690조).

그 외에 임의후견인이 결격자가 되면 역시 임의후견은 종료된다.

1. 해지

가. 해지의 자유

본인이나 임의후견인은 언제든지 후견계약을 해지할 수 있다(민법 제689조 제1항). 보수를 약정하였든 아니든, 기간의 약정이 있든 없든 묻지 않고 각 당사자는 언제든지 해지할 수 있다(해지의 자유). 후견계약의 해지로 인하여 상대방이 손해를 입어도 그것을 배상할 의무를 부담하지 않는 것이 원칙이다. 다만, 당사자 일방이 부득이한 사유가 없으면서 상대방이 불리한 시기에 계약을 해지한 때에는 손해를 배상하여야 한다(민법 제689조 제2항). 배상책임이 생기느냐 하는 문제와는 별개로 해지 자체는 언제나 효력이 있다.

나. 임의후견 종료에 관한 특칙

이러한 해지의 자유에 관하여는 민법 제959조의18에 특칙이 있다. 민법은 임의후견 감독인의 선임 전후에 따라 다르게 규정하고 있다.

(1) 후견계약 의사표시의 철회

임의후견감독인의 선임 전에는 본인 또는 임의후견인은 언제든지 공증인의 인증을 받은 서면으로 후견계약의 의사표시를 철회할 수 있다(민법 제959조의18 제1항). 아직 후견계약이 효력을 발생하기 이전이므로 구속력으로부터 자유롭게 벗어나도록 한 것이다. 다만 공증인의 인증을 받은 서면으로 하여야 한다. 철회의 의사표시를 명확하게 하지 않으면 법적 안정성을 해할 우려가 있기 때문이다. 임의후견감독인이 선임되어 임의후견인이 대리권을 행사한 이후에 비로소 후견계약의 의사표시를 중전에 철회하였다거나 해지하였다는 이유로 임의후견인의 대리행위를 무효로 돌리는 것을 방지하기 위한 것이다.

철회의 의사표시에 관한 조문은 민법 제689조에 대한 특칙이라고 할 것이다. 즉 본인이나 임의후견인이 후견계약을 해지하고자 하는 경우에도 적용된다. 후견계약 의사표시의 철회이든지 해지이든지 용어에 얽매일 것은 아니다.

(2) 후견계약 종료 허가의 심판

임의후견감독인의 선임 이후에는 본인 또는 임의후견인은 가정법원의 허가를 받아야만 후견계약을 종료할 수 있으며, 정당한 사유가 있어야 한다(민법 제959조의18 제2항). 법원의 임의후견감독인 선임에 따라 임의후견절차가 개시되었으므로 당사자들의 의사만으로 절차를 종료시킬 수는 없고, 본인이 사무를 처리할 능력이 부족한 상태이므로 본인의 보호에 공백이 생기지 않도록 하기 위한 것이다. 일방적인 해지의 경우는 물론이고, 당사자 사이에 합의가 성립한 경우에도 가정법원의 후견계약 종료의 허가 심판이 필요하다.

정당한 사유란 후견계약의 효력을 인정하기 어려운 사정을 말한다. 본인이나 임의후견인의 해외이주, 임의후견인의 건강 악화가 대표적인 예이다. 그 외에도 본인과 임의후견인의 신뢰관계 파괴 등 계약의 효력을 인정하는 것이 본인의 복리에 반하거나 후견사무의 계속을 기대하기 어려운 중대한 사정의 변경도 정당한 사유이다.

가정법원의 허가에 의해 후견계약을 종료하는 경우 후견계약은 장래를 향하여 효력을 잃는다. 기왕에 한 임의후견인의 법률행위는 유효하다.

후견계약 종료 허가의 심판에 있어서는 본인과 임의후견인의 진술을 들어야 하며(가사소송법 제45조의6 제1항 제4호), 본인을 심문하여야 한다(제2항). 후견계약 종료 허가의 심판에 대하여는 본인과 임의후견인이 즉시항고할 수 있다(가사소송규칙 제36조 제1항 제4호 다목).

후견계약 종료의 허가 심판이 확정되면 가정법원은 후견등기를 촉탁하여야 한다(가사소송규칙 제5조의2 제1항 제4호 마목).

2. 사망 등

후견계약은 본인이나 임의후견인의 사망이나 파산으로 종료되며, 임의후견인이 성

년후견개시의 심판을 받은 경우에도 종료된다(민법 제690조).

3. 본인의 성년후견 또는 한정후견 개시 심판

후견계약이登記되어 있는 경우에는 가정법원은 원칙적으로 법정후견의 심판을 하지 않고 본인의 이익을 위하여 특별히 필요할 때에만 성년후견, 한정후견 또는 특정후견의 심판을 할 수 있다. 즉 임의후견이 법정후견에 우선한다. 만일 가정법원이 본인에 대하여 성년후견 또는 한정후견 개시의 심판을 하면 후견계약은 종료된다(민법 제959조의20 제1항).

주의를 요하는 것은 본인에 대하여 특정후견의 심판을 한 경우에는 후견계약이 종료하지 않는다는 점이다. 여기서 임의후견을 이용하면서 필요에 따라 특정후견의 보호를 받을 수 있다는 주장이 제기되고 있다. 더 나아가 임의후견만으로는 보호에 만전을 기할 수 없으니 필요에 따라서는 임의후견과 법정후견을 병행할 필요가 있다는 견해도 있다. 그럴만한 특수한 경우도 있겠지만 이는 제도 자체의 문제라기보다는 운영자에 관한 문제라고 할 것이며, 요보호자(要保護者) 본인이 신뢰하고 선정한 임의후견인을 제쳐두고 다른 사람을 후견인으로 하는 것은 적당하지 않다고 본다. 특수한 사정은 임의후견감독인이나 법원의 개입에 의하여 해결하는 것이 바람직할 것이다.

한 가지 더 지적한다면 민법 제959조의20 제2항과 관련된 문제이다. 본인이 피성년후견인, 피한정후견인 또는 피특정후견인인 경우에 가정법원이 임의후견감독인을 선임하면 종전의 성년후견, 한정후견 또는 특정후견의 종료 심판을 하여야 한다는 것이다. 특정후견과 임의후견의 병존이 불가능하다. 제1항과 비교하면 균형이 맞지 않는다. 입법의 오류인지 깊은 배려가 숨어 있는지 알 수 없다.

4. 가정법원의 임의후견인 해임

임의후견감독인을 선임한 이후 임의후견인이 현저한 비행을 하거나 그 밖에 그 임무에 적합하지 아니한 사유가 있게 된 경우에는 가정법원은 임의후견감독인, 본인, 친족, 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 임의후견인을 해임할 수 있다(민법 제959조의17 제2항).

임의후견제도의 취지에 비추어 보면 임의후견인이 임무에 적합하지 아니한 사유가 발생하였다면 국가가 개입하는 것이 당연하다. 그렇다고 하여 국가가 임의후견인을 변경하는 것까지는 허용되지 않으며, 다만 해임만 할 수 있다. 임의후견인의 선정은 오로지 본인이 결정하는 것이다.

해임은 반드시 청구권자의 청구가 있어야 하며 가정법원이 직권으로 해임할 수는 없다.

해임사유는 현저한 비행이나 그에 준하는 사유이다. 예를 들면 본인 재산의 횡령, 학대 등이다.

임의후견인을 해임하면 후견계약은 종료하며, 본인은 새로운 후견계약을 체결하거나 법정후견을 청구할 수 있다. 만일 다른 임의후견인이 더 있다면 그에 의한 임의후견이 계속될 것이다.

5. 임의후견인 결격사유의 발생

후견계약 이후 혼인이나 이혼 등으로 가족관계가 달라지거나 민법 제937조 소정의 사유가 생기는 경우이다(민법 제937조, 제940조의5 참조). 즉 ① 임의후견인의 성년후견개시심판, 한정후견개시심판, 특정후견심판, (민법 제937조 제2호), ② 임의후견인에 대한 임의후견감독인 선임 심판(민법 제937조 제2호), ③ 임의후견인의 회생절차개시 결정(민법 제937조 제3호), ④ 자격정지 이상의 형의 선고(민법 제937조 제4호), ⑤ 임의후견인에 대한 법원의 법정대리인 해임(민법 제937조 제5호), ⑥ 법원의 성년후견인·한정후견인·특정후견인·임의후견인과 그 감독인 해임(민법 제937조 제6호), ⑦ 임의후견인이나 배우자와 직계혈족의 본인을 상대로 한 소의 제기(민법 제937조 제8호) 등이다.

임의후견인에게 민법 제937조 소정의 결격사유가 발생하면 후견계약은 당연히 종료하며 달리 특별한 심판이 필요한 것은 아니다.

임의후견감독인 선임 이후에 임의후견인이 행방불명이 되면 민법 제937조 제7호에 따라 임의후견인결격이 되지만 이때에는 언제부터 결격이 되는지 그 시기가 다소 불명확한 문제가 생긴다. 그리하여 임의후견인 해임심판(민법 제959조의17 제1항)이나 임의후견종료의 심판(민법 제959조의18 제2항)이 필요하다고 할 것이다. 임의후견인의

교체가 인정되지 않는 특질을 감안하면 행방불명이 그리 장기간이 아니라면 임의후견 감독인의 직무 수행에 의하여 후견을 하는 것도 고려하여야 할 것이다.

6. 후견계약 종료와 긴급처리의무 등

후견사무 종료의 경우에 급박한 사정이 있는 때에는 임의후견인, 그 상속인이나 법정대리인은 본인, 그 상속인이나 법정대리인이 사무를 처리할 수 있을 때까지 그 사무 처리를 계속하여야 하며, 이 경우에는 후견계약의 존속과 동일한 효력이 있다(민법 제 691조).

후견사무 종료는 이를 상대방에게 통지하거나 상대방이 이를 안 때가 아니면 이로써 상대방에게 대항하지 못한다(민법 제692조). 후견사무가 종료하였음에도 불구하고 임의후견인이 계속하여 사무를 처리한 경우에는 위임관계가 그대로 존속하는 것이 된다는 의미이다. 다만 후견등기와 관련하여 민법 제959조의19에 특칙이 있다는 점을 주의하여야 한다. 즉 후견계약 종료등기 이후에는 거래의 상대방은 통지받지 않았다거나 선의를 주장하여 임의후견인의 행위에 대하여 유효성을 주장하거나 민법 제129조의 표현대리의 책임을 물을 수 없다.

7. 임의후견인 대리권 소멸의 등기

임의후견인의 대리권 소멸은 등기하지 아니하면 선의의 제3자에게 대항할 수 없다(민법 제959조의19). 후견계약의 종료로 인하여 임의후견인의 대리권이 소멸하였음에도 그 소멸의 등기를 하지 않았다면 그 소멸 사실을 알지 못하고 종전의 임의후견인과 거래한 제3자에 대하여 무권대리행위임을 주장하지 못한다. 거래안전을 위한 규정이다. 이 규정은 두 가지 측면이 있다. 소멸의 등기 전에는 선의의 제3자에게 대항할 수 없다는 것으로(소극적 효력), 외관주의에 따라 제3자를 보호하고, 등기 후에는 선의의 제3자에게도 대항할 수 있다는 것(적극적 효력)으로 제3자의 악의를 의제하여 본인을 보호한다.

대리권 소멸 등기의 대항력에 관한 규정은 임의후견 종료 심판의 경우는 물론이고, 임의후견인 해임, 임의후견인의 권한 변경의 경우에도 적용되어야 할 것이다. 한 가지

지적한다면 제3자에 대한 대항력을 규정한 조문은 대체로 당사자가 등기의무를 지는 경우로서 등기를 촉진하는 의미가 있는데, 가정법원의 촉탁에 따라 등기하는 경우(가사소송규칙 제5조의2 제1항 제4호 라목, 마목)까지 위 조문이 적용되는 지는 의문이다.

VIII. 후견계약과 관련된 문제

후견계약은 위임의 일종이지만 일반적인 위임계약과는 다른 점이 있다. 몇 가지 예를 들면, ① 후견계약은 공정증서로 체결하여야 하므로 요식행위이다. ② 후견계약의 당사자의 계약만으로는 효력이 발생하지 않고 가정법원이 임의후견감독인을 선임한 때부터 효력이 발생한다. ③ 후견계약은 후견등기를 하여야 한다. ④ 후견계약의 당사자는 본인과 임의후견인이지만 계약관계에는 임의후견감독인이 관여한다. ⑤ 후견계약의 해지에 관하여 제한이 있다. ⑥ 법원이 관여하여 후견계약을 종료시키는 경우도 있다는 것 등이다.

여기서는 후견계약 공정증서를 작성하는 실무를 담당하는 공증인의 관점에서 문제가 되는 사항을 살펴보기로 한다.

1. 대리권의 기재방법

일본의 경우에는 법률행위만 위임의 대상이어서, 사실행위는 후견사무에 포함시키지 못한다고 한다. 우리의 경우에는 법률행위 이외에 사실행위도 위임의 대상이어서 위임사무를 기재함에 있어서 특별한 제한이 있을 수 없다.

다음은 재산관리 및 신상보호의 전부 위탁하는 경우와 개별적으로 지정하여 위탁하는 경우의 예문이다.

(예문: 전부 위탁하는 경우)

갑은 재산관리 및 신상보호에 관한 사무의 전부를 위탁하고 그 사무의 처리에 필요한 대리권을 수여한다.

(예문: 개별적으로 위탁하는 경우)

갑은 을에게 다음의 후견사무를 위탁하고, 그 사무의 처리에 필요한 대리권을 수여한다.

1. 부동산, 동산 등 모든 재산의 보존, 관리 및 처분
2. 은행, 보험회사, 증권회사 등 금융기관과의 거래
3. 갑의 생활에 필요한 재산의 취득, 물품의 구입이나 그 밖의 거래 및 정기적인 수입이나 비용의 지출
4. 의원, 병원 그 밖의 의료시설의 치료, 입원, 퇴원 등 이용, 간호, 기타 복지 서비스의 이용
5. 소송행위
6. 위의 사무 처리와 관련된 일체의 사무

2. 대리권 제한의 문제

재산관리 및 신상보호에 관한 사무의 전부를 위탁하든지 개별적으로 후견사무를 지정하여 위탁하든지 신상보호와 관련하여 민법 제947조의2 제2항 내지 제5항에 규정된 내용은 임의후견감독인의 동의를 받을 것으로 규정할 수도 있다.

그 예문은 다음과 같다.

(예문: 대리권 제한의 경우)

을이 다음의 행위를 하는 경우에는 개별적으로, 서면으로 임의후견감독인의 동의를 받아야 한다.

1. 현재 거주하는 건물 또는 그 대지에 관하여 매도, 임대, 전세권설정, 저당권설정하는 것, 세입자로서 거주하는 경우에는 임대차계약의 해지, 전세권의 소멸 또는 이에 준하는 행위
2. 부동산 기타 중요 재산의 처분
3. 정신병원의 입원 등 다른 장소에 격리하는 것
4. 의료행위의 직접적인 결과로 사망하거나 상당한 장애를 입을 위험이 있는 의료행위

3. 예비적 임의후견인에 관한 문제

하나의 공정증서에서 을을 제1순위의 임의후견인으로 정하고 병을 제2순위의 임의후견인으로 정할 수 있는가? 불가하다고 할 것이다. 이러한 예비적 계약은 등기사항이 아니기 때문이다.

그러나 예비적 임의후견인의 현실적 필요성은 크다. 현재로서는 수인의 임의후견인을 선정하는 방법을 이용할 수밖에 없다. 즉 을이 사망 또는 질병 등의 사정으로 임의후견인의 직무를 수행할 수 없거나 이를 수행하기 어려운 때에 병을 임의후견인으로 하고 싶다면 을과 병을 동순위의 수임인(임의후견인)으로 하고 병은 을이 직무를 수행할 수 없거나 이를 수행하기 어려운 때에 한하여 임의후견감독인의 선임을 청구할 수 있는 것으로 특약을 정하는 것이다. 다만 이러한 특약은 등기할 수 없으며, 병이 특약에 위반하여 을의 직무수행 중에 임의후견감독인의 선임을 청구하는 경우에도 가정법원은 위 특약에 구속되지 않는다.

이러한 특약을 하는 예문은 다음과 같다.

(예문: 예비적 임의후견인의 약정)

제1조 (목적) 위임인(본인, 이하 갑이라 함)은 년 월 일 질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 부족한 상황에 있거나 부족하게 될 상황에 대비하여 갑의 재산관리 및 신상보호에 관한 사무를 수임인 ○○○(임의후견인, 이하 을이라 함), 수임인 △△△(임의후견인, 이하 병이라 함)에게 각 위탁하고, 을과 병은 이를 승낙하였다.

제2조 (계약의 발효) ① 전조의 후견계약(이하 본 계약이라 함) 가운데 갑을간의 계약은 을이 가정법원에 을에 대한 임의후견감독인의 선임을 청구하여 그 임의후견감독인이 선임된 때부터 그 효력이 발생한다.

② 갑을간의 계약은 을이 사망 또는 질병 등으로 인하여 임의후견인의 직무를 수행할 수 없거나 이를 수행하기 곤란한 사정이 있는 경우에 병이 가정법원에 병에 대한 임의후견감독인의 선임을 청구하여 그 임의후견감독인이 선임된 때부터 그 효력이 발생한다.

예비적 임의후견인의 선정은 별개의 계약으로도 가능하다. 제1의 후견계약을 체결하고 후견등기를 마친 이후에, 심지어는 임의후견감독인이 선임되어 임의후견이 개시된 이후에도 가능하다. 즉 임의후견감독인 선임 이후에 별도로 제2의 후견계약을 체결하면서 종전의 임의후견인이 사망한 경우에만 제2의 임의후견인에 대하여 후견감독인을 선임하기로 약정하는 것이다.

4. 임의후견감독인의 지정에 관한 문제

후견계약에서 임의후견감독인을 지정할 수 있는지, 그러한 경우에 가정법원은 이에 구속되는지도 문제가 된다. 임의후견감독인은 가정법원이 선임하므로 후견계약에서 임의후견감독인을 지정할 수는 없다고 할 것이다. 다만 가정법원이 임의후견감독인을 선임함에 있어서는 미리 본인의 동의를 받아야 하므로 그러한 의미에서 후보자를 기재하는 것은 가능하다고 하겠다. 가정법원은 임의후견감독인후보자의 지정에 불구하고 다른 사람을 임의후견감독인으로 선임할 수도 있다. 이러한 경우에 본인이 오해하지

않도록 유념하여야 한다. 예문은 다음과 같다.

(예문: 임의후견감독인 후보자의 지정)

변호사 ○○○를 임의후견감독인후보자로 지정한다. 다만 가정법원이 이와 다른 결정을 하는 경우에는 위 지정은 효력이 없다.

5. 후견계약 변경의 경우

후견계약은 당사자의 합의에 따라 성립하는 계약이다. 따라서 당사자의 합의로 그 계약의 내용을 변경하는 것도 가능하다고 할 것이다. 그러나 임의후견감독인이 선임되어 임의후견 절차가 개시된 이후에도 자유롭게 변경할 수 있다고 하면 임의후견제도를 악용할 여지가 있다. 또한 가정법원의 후견적 역할을 무시하는 결과를 초래하게 된다. 일본의 후견등기 등에 관한 법률에서는 본인, 임의후견인, 임의후견감독인의 성명, 주소 등에 관한 사항만 변경등기를 할 수 있고, 임의후견인의 대리권의 범위, 수인의 임의후견인이 있는 경우 공동으로 대리권을 행사하거나 사무를 분장하는 등 권한 행사에 관하여 정한 사항 등에 관하여는 변경등기를 허용하지 않고 있다. 우리의 경우에는 이러한 제한이 없다(후견등기에 관한 법률 제28조 제1항, 제26조 제1항).

임의후견감독인의 선임 전후에 따라 다르게 취급하여야 할 것이다.

가. 임의후견감독인 선임 이전

당사자의 합의에 따라 후견계약의 내용을 변경하는 것은 자유롭다고 할 것이다. 당사자도 자유롭게 후견계약의 의사표시를 철회할 수 있다(민법 제959조의18 제1항 참조). 다만 후견계약을 공정증서로 작성하여야 하는 점을 감안하면 후견계약을 변경하는 계약도 공정증서로 작성하여야 할 것이다. 후견계약에 있어서는 후견계약 공정증서를 작성한 공증인의 성명, 소속, 그 증서의 번호 및 작성 연월일이 등기사항이다(후견등기에 관한 법률 제26조 제1항 제1호). 후견계약의 변경계약서에 대하여 사서증서의 인

증을 받은 경우에는 변경등기를 할 수 없다고 할 것이다.

나. 임의후견감독인 선임 이후

임의후견감독인의 선임 이후에 후견계약의 내용을 변경하는 것은 실질적인 의미에서 종전 후견계약의 종료와 새로운 후견계약의 결합이다. 후견계약의 종료는 정당한 사유가 있을 때에만 법원의 허가를 받아야 하므로(민법 제959조의18 제2항), 후견계약을 변경하는 경우에도 마찬가지라고 할 것이다. 가사소송법에 후견계약의 변경에 관한 허가절차가 따로 규정되어 있지 않으므로 현재로서는 후견종료 허가의 심판절차를 이용할 수밖에 없을 것이다.

문제가 되는 것은 보수의 변경이다. 보수는 후견등기사항은 아니다. 후견사무의 내용이 계약 당시의 예상과 달리 크게 증가하거나 감소하여 보수에 관한 사항이 사리에 맞지 않게 되는 경우(보수의 금액을 변경하는 경우뿐만 아니라 무보수에서 보수액을 정하는 것으로 변경하거나 그 반대의 경우도 포함한다)에 보수조항만 변경하고 후견계약의 효력은 그대로 유지하는 것이 합리적이다. 이러한 경우에 무조건 후견계약 종료 절차를 거쳐야 한다는 것은 다소 무리이며, 당사자의 합의에 의하여 후견계약을 변경할 수 있다고 할 것이다. 만일 본인이 의사능력을 상실한 경우에는 민법 제959조의16 제3항, 제940조의6 제2항 및 제3항에 의하여 해결하는 것이 바람직하다고 할 것이다. 즉 임의후견감독인은 본인의 신상이나 재산에 대하여 급박한 사정이 있는 경우 그의 보호를 위하여 필요한 행위 또는 처분을 할 수 있고, 본인과 임의후견인 사이에 이해가 상반되는 행위에 관하여는 임의후견감독인이 본인을 대리하므로 임의후견감독인과 임의후견인 사이의 합의에 의하여 계약을 변경할 수 있다고 할 것이다.

이와 관련하여 임의후견감독인의 권한을 후견계약서에 명시하는 것도 고려할 수 있다. 그 예문은 다음과 같다. 그렇지만 “갑이 그 의사를 표시할 수 없는 경우에는 임의후견감독인이 갑을 대리한다.”는 것과 같이 임의후견감독인에게 대리권을 수여하는 내용의 기재는 후견계약의 본질에 어긋나므로 허용되지 않는다고 할 것이다. 예문의 제5항은 특별보수로서 사무의 경우마다 개별적으로 결정될 사항이다.

(예문: 보수의 변경에 관한 약정)

- ① 갑은 본 계약 효력 발생 후 을에게 매월 말일 금 ○○원을 지급한다. 을은 그가 관리하는 갑의 재산에서 보수를 지급받을 수 있다.
- ② 다음의 경우에는 갑 또는 을은 보수를 변경할 수 있다. 갑과 을은 임의후견감독인과 협의를 거쳐야 한다.
 - 1. 갑의 생활환경 또는 건강상태의 변화
 - 2. 경제사정의 변동
 - 3. 기타 제1항의 보수액이 상당하지 않은 사정이 발생한 경우
- ③ 제2항의 경우로서 갑이 그 의사를 표시할 수 없는 때에는 을은 임의후견감독인의 동의를 서면으로 받아 이를 결정한다.
- ④ 제2항의 변경 계약은 공정증서로 작성하여야 한다.
- ⑤ 후견사무의 처리가 부동산의 매각, 소송행위, 기타 통상적인 재산관리의 범위를 넘는 경우에는 갑은 제1항의 보수 이외에 따로 보수를 지급하여야 한다. 이 경우 갑과 을은 임의후견감독인과 협의를 거쳐 그 금액을 정하여야 한다. 갑이 그 의사를 표시할 수 없는 경우에는 을은 임의후견감독인의 동의를 서면으로 받아 이를 결정한다.

6. 법률행위의 대리권과 취소권의 부여에 관한 문제

임의후견에 있어서 본인의 행위능력에는 아무런 제한이 없다. 그리하여 법정후견에 규정되어 있는 법률행위의 동의권이나 취소권이 임의후견에는 규정되어 있지 않다.

그럼에도 본인의 보호를 위해서 취소권(민법 제10조 제1항)과 법률행위의 동의권(민법 제13조 제1항)을 부여하는 내용의 기재를 요구하는 경우가 있다. 임의후견제도의 본질에 부합하지 않으므로 기재하여서는 안 되며, 만일 취소권이나 동의권을 활용하고자 하는 경우라면 법정후견을 신청하도록 권유하여야 한다.

7. 사후 사무의 위임에 관한 문제

본인이 자신의 사망 이후 장례, 매장에 관한 사무를 위임하는 경우도 있다. 당사자의 일방이 사망하면 후견계약은 종료하는 것이 원칙이다(민법 제690조). 특히 상속인의 권리와 충돌하는 문제가 있다. 따라서 사망 이후의 사무를 위임하는 것은 허용되지 않는다.

다만 위임 종료의 경우에 급박한 사정이 있는 때에는 수임인, 그 상속인이나 법정대리인은 위임인, 그 상속인이나 법정대리인이 위임사무를 처리할 수 있을 때까지 그 사무의 처리를 계속하여야 한다(민법 제691조). 일상생활 과정에서 진 채무의 변제, 주거에 대한 임대료의 지급 등이 그 이다. 또한 급박한 사정이 있는 것은 아니지만 사무의 성질상 사후 비교적 단기간에 종료되는 사무로서 종전에 수행하던 후견사무의 종결을 위한 것, 예를 들어서 사망 당시 입원하고 있던 병원의 치료비 지급 등은 처리할 수 있다고 할 것이다.

8. 연명의료 중단의 위탁

연명의료란 회복가능성이 없는 말기의 환자에 대하여 비참한 상태만 지속시키는 치료를 말한다. 인공호흡기를 제거하는 등 연명의료를 중단하여 자연적인 임종을 맞도록 하는 것에 관하여 사회적으로 많은 논란이 있다. 환자의 자기결정권을 존중해야 한다는 주장으로부터 허용될 수 없다는 주장에 이르기까지 다양한 견해들이 있다.

이러한 연명의료의 중단 내지는 거절의 의사표시를 임의후견인에게 위탁할 수 있는지도 문제가 된다. 이에 대해서는 허용되지 않는다는 견해가 우세하다.

IX. 후견계약 관련 공증실무

후견계약과 관련된 공증인의 실무에 대해서는 관련된 부분에서 서술하였으나 편의를 위하여 정리하면 다음과 같다.

1. 후견계약 공정증서의 작성

후견계약은 공정증서로 체결하여야 한다(민법 제959조의14 제2항).

공증인은 본인의 행위능력을 확인하기 위하여 본인에 대한 후견등기사항증명서를 제출하도록 하고, 다음으로 본인의 의사능력을 확인하여야 한다. 임의후견인의 법률행위와 관련하여 분쟁이 생기면 후견계약의 유효·무효를 둘러싼 분쟁으로 번져 계약 당시의 의사능력의 여부에 집중될 것으로 예상된다. 그렇다고 무조건 엄격하게 심사할 것은 아니다. 공증인으로서의 진단서 등 객관적인 증거에 의하여 의사능력의 여부를 판단하여야 할 것이다.

증서 작성의 수수료는 본인(위임인)의 급부의 가액과 임의후견인(수임인)의 급부의 가액을 합산한 가액에 따라 산출한다(공증인 수수료규칙 제5조). 먼저 임의후견인의 급부의 가액, 즉 위임사무 처리의 가액은 그 가액을 산정할 수 없는 경우가 대부분이다. 부동산의 가액과 부동산 관리사무의 가액은 전혀 다른 것이다. 급부의 가액을 산정할 수 없는 경우에는 그 가액은 2천만 100원으로 보되(공증인 수수료규칙 제13조), 만일 상대방의 급부의 가액을 산정할 수 있는 경우에는 그와 동일한 가액으로 본다(공증인 수수료규칙 제11조, 제6조 참조).

본인의 급부의 가액은 보수의 금액에 따르므로 보수를 약정한 경우는 그 보수액이 가액이다. 보수를 약정하지 않았더라도 보수를 청구할 수 있는 경우에는 그 가액을 산정할 수 없는 것으로 본다. 즉 그 가액은 2천만 100원이다. 따라서 쌍방 급부의 가액을 산정할 수 없는 임의후견계약 공정증서 작성의 수수료는 금 81,500원이다.

[산출식]

$$44,000\text{원} + \{(20,000,100\text{원} + 20,000,100\text{원}) - 15,000,000\text{원}\} \times 3/2,000$$

보수를 정기에 지급하기로 약정한 경우에는 전기간에 지급할 총액이 급부의 가액이며(공증인 수수료규칙 제10조 제1항), 그 기간을 정하지 않았거나 기간을 정하였더라도 10년을 초과하면 10년분의 급부의 총액에 따라 산출한다(공증인 수수료규칙 제10조 제1항 단서 및 제2항). 임의후견인이 수인일 경우에는 그 수만큼 후견계약이 있는 것이므로 개별적으로 산출한다. 다만 공동 임의후견인이라면 하나의 계약으로 계산한다.

2. 후견계약 변경계약 공정증서의 작성

후견계약을 변경하는 계약을 체결하는 경우에도 민법 제959조의14 제2항에 따라 공정증서로 체결하여야 할 것이다.

후견계약의 등기 이전에 변경계약을 체결하는 경우에는 특별한 문제가 없다. 변경계약에 따라 후견계약의 등기를 하면 된다.

후견계약의 등기 이후에 변경계약을 체결하면 이때에는 변경등기(또는 말소등기와 후견계약의 등기)를 신청하도록 조언하여야 한다. 후견계약 공정증서를 작성한 공증인의 성명, 소속, 그 증서의 번호 및 작성 연월일이 등기사항이기 때문이다(후견등기에 관한 법률 제26조 제1항 제1호).

임의후견감독인이 선임된 이후에는 후견계약의 변경은 원칙적으로 허용되지 않는다. 실질적으로는 후견계약의 종료와 새로운 후견계약의 체결이기 때문이다. 임의후견감독인이 선임된 이후 후견계약을 종료하려면 정당한 사유가 있어야 하고 가정법원의 종료허가심판을 받아야 한다(민법 제959조의18 제2항). 따라서 공증인으로서 이러한 경우에는 종전 후견계약을 종료시키고 새로운 후견계약의 등기를 거쳐 임의후견감독인 선임심판을 거쳐야 하는 사정이 있는 경우에 한하여 변경계약 공정증서를 작성하여야 할 것이다.

3. 후견계약 해지서의 인증

본인이나 임의후견인이 후견계약 의사표시의 철회서나 후견계약 해지서의 인증을 요청하는 경우 공증인은 후견등기사항증명서를 제출하게 하여야 한다. 가정법원이 임의후견감독인을 선임한 이후에는 당사자의 의사만으로는 후견계약을 종료할 수 없기 때문이다(민법 제959조의18 제2항).

본인이나 임의후견인이 일방적으로 철회 또는 해지하는 경우에는 그 서면을 인증하고, 당사자의 합의에 의하여 해제하는 경우에는 해제합의서에 인증을 부여한다.

위임인(본인)이 철회하는 경우에는 공증인은 인증을 부여하기에 앞서 본인에게 의사능력이 있는지, 진정한 의사로 철회하는지 여부를 주의 깊게 확인하여야 할 것이다.

후견계약의 해제서, 해지서, 철회서 등의 인증을 하는 경우에는 그 후견등기의 종료

등기를 신청하도록 조언하여야 한다.

4. 임의후견인의 대리권 행사와 공증의 촉탁

임의후견인이 본인을 대리하여 공정증서의 작성이나 인증을 촉탁하는 경우도 예상된다. 임의후견인의 권한은 후견계약에 정한 바에 따른다. 후견등기사항증명서나 후견계약 공정증서 등본에 의하여 대리권을 확인하여야 한다.

임의후견인이 권한을 행사함에 있어서 임의후견감독인의 동의를 받도록 규정한 경우에는 공증인법 제32조 제1항에 따라 임의후견감독인의 동의가 있었음을 증명할 증서를 제출하게 하여야 한다. 그 증서는 공증인의 인증을 받았거나 인감증명서에 의하여 진정성립이 증명되어야 한다(공증인법 제32조 제2항, 제31조 제2항).

임의후견인이 대리권을 행사하는 경우에는 본인과 이해상반의 경우인지 여부를 살펴보고 만일 이해상반의 경우라면 임의후견감독인으로 하여금 대리 촉탁하도록 하여야 한다. 임의후견감독인에 관하여는 후견등기사항증명서를 제출하도록 하여 확인한다.

X. 맺음말

무능력자제도 및 성년후견제도에 관한 민법의 개정은 수요자 중심의 개정이라고 일컫는다. 다수의 후견유형을 개발함으로써 수요자로서는 사안에 따라, 요구사항에 따라 탄력적으로 대처할 수 있게 되었고 결과적으로 다양한 수요에 발 빠르게 대응할 수 있게 구성되었다고 한다.

문제는 좀 어렵다는 것이다. 법은 이해하기 쉽고, 정확하고 간결해야 하는데, 개정 민법은 추상적인 용어를 반복적으로 사용하고, 준용규정을 다시 준용하는 등으로 적용법조문을 찾아내는 것조차 어렵고 심지어는 규정 자체가 모호하다. 많은 오해가 생기고 혼선이 발생할 우려가 있다. 개정 민법이 시행된 지 반년이 지났지만 임의후견제도가 그리 활발하게 이용되지 않는 이유의 하나라고 생각한다.

새로운 성년 후견제도는 후견이 필요한 상황에 맞추어 적절한 보호대책을 탄력적으로 운영하는 것에 중점이 있다. 그 결과 정신적 장애의 형태와 그에 따른 보호대책이 단

계적으로 분류되어 있지 않다. 종래 익숙한 체계적 구성과는 크게 차이가 난다. 개정 민법의 시행에도 불구하고 후견계약 공정증서의 서식이 마련되지 않은 이유와 무관하지 않다.

공정증서를 작성하는 실무가의 입장에서는 예문의 필요성이 크다. 장래형, 전환형, 즉시형의 예문을 부록으로 첨부하였다. 후견계약의 예문에 대한 연구, 검토는 임의후견제도의 조기 정착에 크게 기여할 것이다.

<표 1>

[금치산(한정치산)제도와 성년후견제도]

구분		금치산(한정치산)	성년후견제도
행위능력		행위능력의 박탈(제한)	잔존 행위능력의 활용
중 점		재산관리	재산관리 및 신상보호
피후견인	사 유	심신상실(심신미약)	질병·장애·노령 등으로 인한 정신적 제약
	종 류	금치산(한정치산)	성년, 한정, 특정, 임의
후 견 인	자 격	친족	친족 또는 제3자 (법인도 가능)
	선임방법	법정 순위	가정법원의 선임(또는 계약)
	감독기관	친족회	가정법원, 후견감독인
공시방법		가족관계등록	후견등기

<표 2>

[성년후견 비교]

구분	법정후견			임의후견
	성년후견	한정후견	특정후견	
사유 (정신적 제약)	사무 처리 능력의 지속적 결여	사무 처리 능력의 부족	일시적 후원 또는 특정 사무 후원	사무 처리 능력의 부족
후견의 개시	성년후견개시심판 의 확정	한정후견개시심판 의 확정	특정후견 심판의 확정	임의후견감독인의 선임심판
행위능력	행위능력 상실 (원칙)	행위능력자(원칙) 동의를 받아야 하는 행위의 범위 결정, 그 범위에서 행위 능력 제한	행위능력 제한 없음	행위능력 제한 없음
본인의 행위	취소의 대상	동의를 받아야 하는 행위를 동의 없이 한 경우 는 취소의 대상	취소대상 아님	취소대상 아님
후견인의 권한	대리권, 취소권	대리권, 동의권, 취소권	법원의 대리권 수여 심판	후견계약의 약정
후견감독인	임의기관	임의기관	임의기관	필수기관
본인 의사	본인의사 존중	본인의사 존중	반의사 금지	본인 동의
정신 감정	필수	필수	임의	임의
후견등기	법원촉탁	법원촉탁	법원촉탁	임의후견인의 등기 신청 및 법원촉탁

<표 3>

[미성년후견과 성년후견의 비교]

구분	미성년후견	성년후견
선임사유	친권자가 없는 경우 친권자가 대리권·재산관리권을 행사할 수 없는 경우	질병·장애·노령 등으로 인한 정신적 제약
후견인의 자격	친족 또는 제3자(법인은 불가)	친족 또는 제3자(법인도 가능)
후견인의 수	1인	1인 또는 수인
후견인의 선임방법	법원의 직권 선임 (유언으로 지정한 경우 제외)	법원의 직권 선임
후견감독인	임의기관 (유언으로 지정한 경우 제외)	임의기관
공시방법	가족관계등록부	후견등기부

(예문: 장래형)

증서 년 제 호

후견계약 공정증서

본 공증인은 당사자의 촉탁에 따라 다음 취지의 법률행위에 관한 진술을 청취하여 이 증서를 작성한다.

제1조(목적) 위임인(본인, 이하 갑이라 함)은 년 월 일 질병, 장애, 노령, 그밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 부족한 상황에 있거나 부족하게 될 상황에 대비하여 갑의 재산관리 및 신상보호에 관한 사무를 수임인(임의후견인, 이하 을이라 함)에게 위탁하고, 을은 이를 승낙하였다.

제2조(등기) 을은 후견계약의 등기를 신청하여야 한다.

제3조(효력 발생) ① 본 계약은 가정법원이 임의후견감독인을 선임한 때부터 효력이 발생한다.

② 본 계약 체결 후 갑이 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 부족하고, 을이 후견사무를 처리하는 것이 상당한 경우에는 을은 가정법원에 임의후견감독인의 선임을 신청하여야 한다.

③ 본 계약의 효력이 발생한 이후 갑과 을의 법률관계는 본 계약에서 정한 것 이외에는 민법에 따른다.

제4조(후견사무의 범위) ① 갑은 재산관리 및 신상보호에 관한 사무의 전부를 위탁하고 그 사무의 처리에 필요한 대리권을 수여한다.

② 을이 다음의 행위를 하는 경우에는 개별적으로, 서면으로 임의후견감독인의 동의를 받아야 한다.

1. 현재 거주하는 건물 또는 그 대지에 관하여 매도, 임대, 전세권설정, 저당권설정하는 것, 세입자로서 거주하는 경우에는 임대차계약의 해지, 전세권의 소멸, 또는 이에 준하는 행위
2. 부동산 기타 중요 재산의 처분
3. 정신병원의 입원 등 다른 장소에 격리하는 것
4. 의료행위의 직접적인 결과로 사망하거나 상당한 장애를 입을 위험이 있는 의료행위

제5조(신상보호의무) ① 을은 후견사무를 처리에 함에 있어서 갑의 의사를 존중하여야 한다.

② 을은 갑의 신상을 보호하기 위하여 적당한 방법으로 갑을 면접하고, 도우미 기타 일상생활원조자에게 갑의 생활환경에 관한 보고를 요구하고, 주치의 기타 의료관계인에게 심신의 상태에 관한 설명을 요구할 수 있다.

③ 을은 갑의 생활상황과 건강상태를 파악하기 위하여 노력하여야 한다.

제6조(증서 등의 보관 등) ① 을은 후견사무를 처리하기 위하여 갑으로부터 다음 서류 등을 수령할 수 있으며, 이를 수령한 경우에는 갑에게 그 명세 및 보관방법을 기재한 증서를 교부하여야 한다.

1. 등기권리증
2. 인감도장을 비롯한 도장
3. 주민등록증, 운전면허증 등 신분증
4. 통장(예금, 적금 등)
5. 신용카드, 체크카드, 직불카드, 현금카드
6. 유가증권 또는 예탁 증서
7. 연금 관계 증서
8. 토지·건물의 임대차 계약서 등 중요한 계약서

② 갑 이외의 제3자가 제1항의 증서 등을 보관하는 경우 을은 그 증서 등을 인도받아 자신이 보관할 수 있다.

③ 을은 후견사무의 처리를 위하여 필요한 경우 제1항의 증서 등을 사용할 수 있으며, 갑 앞으로 오는 우편물 기타 통신을 수령하고, 필요한 경우 이를 개봉할 수도 있다.

제7조(비용의 부담) 을이 본건 후견사무를 처리하는데 필요한 비용은 갑이 부담하며, 을은 관리하는 재산에서 그 비용을 지출할 수 있다.

제8조(보수) ① 갑은 본 계약 효력 발생 후 을에게 매월 말일 금 ○○원을 지급한다. 을은 그가 관리하는 갑의 재산에서 보수를 지급받을 수 있다.

② 다음의 경우에는 갑 또는 을은 보수를 변경할 수 있다. 갑과 을은 임의후견감독인과 협의를 거쳐야 한다.

1. 갑의 생활환경 또는 건강상태의 변화
2. 경제사정의 변동
3. 기타 제1항의 보수액이 상당하지 않은 사정이 발생한 경우

③ 제2항의 경우에 갑이 그 의사를 표시할 수 없는 경우에는 을은 임의후견감독인의 동

의를 서면으로 받아 이를 결정한다.

④ 제2항의 변경 계약은 공정증서로 작성하여야 한다.

⑤ 후견사무의 처리가 부동산의 매각, 소송행위, 기타 통상적인 재산관리의 범위를 넘는 경우에는 갑은 제1항의 보수 이외에 따로 보수를 지급하여야 한다. 이 경우 갑과 을은 임의후견인과 협의를 거쳐 그 금액을 정하여야 한다. 갑이 그 의사를 표시할 수 없는 경우에는 을은 임의후견감독인의 동의를 서면으로 받아 이를 결정한다.

제9조(보고) ① 을은 3개월마다 임의후견감독인에게 다음 각 호의 사항을 서면으로 보고하여야 한다.

1. 을이 관리하는 재산의 관리현황
2. 갑을 대리하여 취득한 재산의 내용, 취득의 시기·사유·상대방 또는 갑을 대리하여 처분한 재산의 내용, 처분의 시기·사유·상대방
3. 갑을 대리하여 금전을 수령하거나 지급한 경우에는 그 내역
4. 갑의 감호를 위하여 행한 사항
5. 비용 지급의 경우 그 시기·사유·상대방
6. 보수를 정한 경우 보수의 수취

② 을은 임의후견감독인의 청구가 있는 경우에는 후견사무 또는 본인의 재산상황을 신속하게 보고하여야 한다.

제10조(계약의 해제) ① 갑과 을은 임의후견감독인의 선임 전에는 언제든지 공증인의 인증을 받은 서면으로 본 계약을 해제할 수 있다.

② 갑과 을은 임의후견감독인의 선임 이후에는 정당한 사유가 있는 때에 한하여 가정법원의 허가를 받아 본 계약을 해제할 수 있다.

제11조(계약의 종료) ① 본 계약은 다음의 경우에는 종료한다.

1. 갑이 사망하거나 성년후견개시심판, 한정후견개시심판을 받은 경우
2. 을이 사망하거나 파산선고, 회생절차개시결정, 성년후견개시심판, 한정후견개시심판, 특정후견개시심판을 받은 경우
3. 을이 법원으로부터 해임된 경우

② 임의후견감독인이 선임된 이후에 전항의 사유가 발생한 경우에는 갑 또는 을은 그 뜻을 신속하게 통지하여야 한다.

③ 을은 후견계약종료의 등기를 신청하여야 한다.

(예문: 전환형)

증서 년 제 호

위임계약 및 후견계약 공정증서

본 공증인은 당사자의 촉탁에 따라 다음 취지의 법률행위에 관한 진술을 청취하여 이 증서를 작성한다.

제1장 위임계약

제1조(목적) 위임인(이하 갑이라 함)은 수임인(이하 을이라 함)에게 년 월 일 갑의 생활, 요양, 간호 및 재산의 관리에 관한 사무(이하 위임사무)를 위탁하고 을은 이를 승낙하였다.

제2조(후견계약과 관계) ① 전조의 위임계약 체결후 갑이 질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 부족하고, 을이 제2장의 후견계약에 따라 후견사무를 처리하는 것이 상당하다고 인정하는 경우 을은 가정법원에 임의후견감독인의 선임을 청구하여야 한다.

② 임의후견감독인이 선임되어 제2장의 후견계약의 효력이 발생하는 경우에는 본장의 위임계약은 종료한다.

제3조(위임사무의 범위) 갑은 을에게 다음 사무를 위탁하고 그 사무의 처리에 필요한 대리권을 수여한다.

1. 갑이 소유하는 일체의 재산의 관리, 보존
2. 갑이 거래하는 은행, 저축은행, 새마을 금고 등 금융기관과의 거래
3. 차임, 치료, 연금 기타 정기적으로 얻는 수입과 지출의 관리
4. 생활비의 지급과 생활에 필요한 물품의 조달
5. 보험계약의 체결과 관리, 보험금의 수령
6. 병원의 진료, 입원 등 갑의 신상보호에 관한 사항

제4조(증서의 인도) ① 갑은 본건 위임사무의 처리에 필요하다고 인정되는 범위에서 적절한 시기에 다음의 증서와 이에 준하는 물건을 을에게 인도한다.

1. 등기권리증
2. 인감도장을 비롯하여 거래상 사용하는 도장

3. 주민등록증, 운전면허증 등 신분증
 4. 통장(예금, 적금 등)
 5. 신용카드, 체크카드, 직불카드, 현금카드
 6. 유가증권 또는 예탁 증서
 7. 연금 관계 증서
 8. 토지·건물의 임대차 계약서 등 중요한 계약서
- ② 을은 전항의 증서 등을 인도받은 경우에는 갑에게 보관증을 교부하며, 이를 위임사무의 처리하는 경우에 한하여 사용한다.
- 제5조(비용) 을이 본건 위임사무를 처리하는 데에 필요한 비용은 갑이 부담한다. 을은 그가 관리하는 갑의 재산에서 그 비용을 지급할 수 있다.
- 제6조(보수) 갑은 본건 위임사무의 처리에 대한 보수로 매월 말일 금00원을 지급하며, 을은 그가 관리하는 갑의 재산에서 그 보수를 지급받을 수 있다.
- 제7조(보고) ① 을은 ○개월마다 위임사무 처리의 상황을 갑에게 서면으로 보고하여야 한다.
- ② 갑은 언제든지 을에게 위임사무 처리의 상황에 대한 보고를 요구할 수 있다.
- 제8조(계약의 변경) 본건 위임계약에서 정한 위탁사무의 범위나 대리권의 범위를 변경하는 계약은 공정증서로 하기로 한다.
- 제9조(계약의 해제) 갑과 을은 언제든지 본건 위임계약을 해제할 수 있다. 다만 해제의 의사표시는 공증인의 인증을 받은 서면에 의하여야 한다.
- 제10조(계약의 종료) 본건 위임계약은 제2조 제2항에서 정한 경우 이외에 다음의 경우에도 종료한다.
1. 갑 또는 을이 사망하거나 파산선고를 받은 경우, 회생절차개시결정을 받은 경우
 2. 을이 성년후견 또는 한정후견 개시심판을 받은 경우

제2장 후견계약

제1조(목적) 갑은 년 월 일 갑이 질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 부족한 상황에 있거나 부족하게 될 상황에 대비하여 자신의 재산관리 및 신상보호에 관한 사무를 을에게 위탁하고 을은 이를 승낙하였다.

(제2조 이하는 장래형과 동일)

(예문: 즉시형)

증서 년 제 호

후견계약 공정증서

본 공증인은 당사자의 촉탁에 따라 다음 취지의 법률행위에 관한 진술을 청취하여 이 증서를 작성한다.

제1조(목적) 위임인(본인, 이하 갑이라 함)은 년 월 일 질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 부족한 상황에 처하여 갑의 재산관리 및 신상보호에 관한 사무를 수임인(임의후견인, 이하 을이라 함)에게 위탁하고, 을은 이를 승낙하였다.

제2조(등기) 을은 후견계약의 등기를 신청하여야 한다.

제3조(임의후견감독인의 선임청구) 을은 등기를 완료한 직후 가정법원에 임의후견감독인의 선임을 청구하여야 한다.

제4조(효력 발생) ① 본 계약은 가정법원이 임의후견감독인을 선임한 때부터 효력이 발생한다.

② 본 계약의 효력이 발생한 이후 갑과 을의 법률관계는 본 계약에서 정한 것 이외에는 민법에 따른다.

(이하는 장래형과 동일)

[참고문헌]

- 법원실무제요 가사(Ⅰ)(Ⅱ), 2010
 법원실무제요 민사소송(Ⅲ), 2005
 서울가정법원, 민원상담 매뉴얼, 2013
 証書の作成と文例, 日本公証人連合会, 2012
 곽윤직, 채권각론, 제6판, 2007
 자기결정권 존중을 위한 성년후견제 공청회, 국가인권위원회, 2013
 윤진수, “2013년 개정 민법 해설”, 2013년 법무부 연구용역보고서
 오호철, “임의후견제도개선에 관한 고찰”, 한국비교사법학회, 비교사법 20권 4호, 2013
 배인구, “성년후견제도와 가정법원의 역할”, 한국성년후견학회, 성년후견 창간호, 2013
 이지은, “임의후견제도의 활용 및 전망에 대한 소고”, 한국성년후견학회, 성년후견 창간호, 2013
 현소혜, “법정후견제도의 유형과 활용방안”, 한국성년후견학회, 성년후견 창간호, 2013
 오호철, “일본의 임의후견계약의 유형에 따른 문제점과 우리나라의 시사점”, 한국법학회, 법학연구 52권, 2013
 최현태, “임의후견계약의 문제점과 법정책적 제언”, 경북대학교 법학연구원, 법학논고 44집, 2013
 이지은, “임의후견제도와 타인을 위한 후견계약”, 한국가족법학회, 가족법 연구, 27권 2호, 2013
 고재욱, “성년후견인제도에 대한 올바른 이해와 사회복지사의 역할”, 한국빈곤문제연구소, 인터넷 홈페이지 자료실, 2013
 박태신, “개정민법상의 후견계약에 관한 연구”, 서울지방변호사회, 변호사 44집, 2013
 박인환, “개정민법상의 임의후견제도의 쟁점과 과제”, 한국가족법학회, 가족법 연구, 26권 2호, 2012
 박인환, “개정 민법상 새로운 성년후견제도”, 대한공증인협회, 공증과 신뢰, 2012

