

# 성년후견과 신탁: 새로운 관계설정의 모색\*

## Adult Guardianship and Trusts: Seeking a new relationship

제철웅\*\*  
(Je, Cheol-Ung)

---

### 〈차 례〉

---

- |                      |                            |
|----------------------|----------------------------|
| I. 문제제기              | IV. 후견제도의 성격변화와 신탁의 새로운 기능 |
| II. 보통법국가에서의 후견과 신탁  | V. 결 론                     |
| III. 대륙법계 국가의 후견과 신탁 |                            |
- 

## I. 문제제기

(1) 우리 법제는 권리의 절대적 귀속을 원칙으로 한다.<sup>1)</sup> 이는 무엇보다도 권리 보유자의 채권자와 거래 상대방을 두텁게 보호할 수 있다는 점에서 큰 장점이 있다. 그러나 권리의 절대적 귀속은 단점도 적지 않다. 무엇보다 특수한 목적(여기서는 민사적인 특수목적에 한한다)의 안정적 수행에 큰 걸림돌이 된다. 특수목적의 수행에 이바지하여야 할 재산임에도 불구하고

---

\* 이 논문은 2016년도 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원(SSK “의사결정능력 장애인의 사회통합” 연구단 사업)을 받아 수행된 연구(NRF-2016S1A3A2924706)이다.

\*\* 한양대 법학전문대학원 교수.

\*\*\* 투고일자 2017년 7월 2일, 심사일자 2017년 7월 13일, 게재확정일자 2017년 7월 17일.

1) 물론 채권의 귀속에는 민법 제450조의 대항요건을 갖추어야 하기 때문에 제한적 범위(대항요건을 갖추지 못한 경우의 채무자 또는 양도된 채권과 양립할 수 없는 관계에 있는 자 등)에서 권리의 절대적 귀속 원칙이 적용되지 않는다. 그러나 일단 대항요건을 갖추게 되면 권리의 절대적 귀속원칙이 그대로 적용된다.

그와 무관한 권리보유자의 채권자가 그 재산을 공취할 수도 있고, 권리보유자가 그 목적 이외로 재산을 사용할 때 취급가능성에도 제한이 있기 때문이다. 물론 우리 법제도는 특수한 목적을 위한 지속적 재산 활용을 위해 사단법인과 재단법인 등 법인제도를 두고 있다. 그러나 법인제도는 주무관청의 감독을 통해 국가의 개입이 강력하기 때문에(민법 제37조), 사적 자치를 원칙으로 하는 민사생활에 탄력적으로 그 재산을 활용하는 데에는 한계가 있다. 그 점에서 재산보유자의 채권자의 공취로부터 보호하며, 동시에 재산보유자가 목적 이외의 용도로 재산을 처분할 때 취급가능성도 보장하면서, 국가의 개입은 제한적인 법적 수단이 있는데, 그것이 바로 신탁이다.<sup>2)</sup> 이런 이유 때문에 신탁이라는 법수단은 다양한 경제활동에 활용되어 왔다. 신탁법의 개정 이후에는 재산승계의 법적 수단인 상속의 보완 내지 대체 수단으로 유언대용신탁 등에 관한 논의도 적지 않았다.<sup>3)</sup> 이 글은 신탁이라는 법적 수단을 성년후건을 대체하는 수단으로 활용될 수 있다는 관점에서 논의하고 있다. 이 글에서는 신탁이라는 수단으로 민사법의 다른 제도(가령 유언, 상속 등)를 보충하거나 대체할 수 있는지 등에 관하여는 논의하지 않는다. 오로지 재산관리를 목적으로 하는 후건과의 관계에서만 신탁 목적과 작동방법을 검토한다.

(2) 신탁과 후건의 연계 내지 관계를 논하는 데에는 치매, 발달장애, 정신장애 등으로 인해 의사능력이 없거나 의사능력이 있다더라도 타인의 지원 없이는 온전한 의사결정을 하기에 부족함이 있는 성인(이하 의사결정능력 장애인이라 한다)의 보호가 사회적 문제로 대두된 것이 그 배경에 자리 잡고 있다. 이들 의사결정능력 장애인은 최소한 100만 명을 초과하고, 이들의 의사결정을 지원하기 위한 다른 법적 수단이 없고 후건제도가 거의 유일한

2) 위와 같은 관점에서 법인과 신탁의 기능적 유사성에 관한 논의는 제철웅, 단체와 법인: 사회적 기능의 유사성과 적용법리의 상이의 합리적 조정을 위한 시론, 민사법학 제36호(2007), 91면 이하 참조.

3) 신탁법의 개정 이후 재산승계제도로서 신탁을 활용하기 위한 방안에 관하여 여러 논문이 있었음은 주지의 사실이다. 가령 김재승, 신탁과 관련된 상속세·증여세 문제와 Estate Planning 도구로서 신탁의 이용가능성, 조세법연구 XVII-3, 42면 이하; 최수정, 개정 신탁법상의 재산승계제도, 법학논총 제31집 제1호, 65면 이하; 동, 상속수단으로서의 신탁, 민사법학 34권(2006), 565면 이하 등이 있다.

의사결정대행 및 의사결정지원 수단임에도 불구하고,<sup>4)</sup> 사실 2013년 7월 1일 이전의 행위무능력자제도 하에서의 금치산, 한정치산 제도는 거의 이용되지 않았다. 아래 <표 1>에서 보듯이 2012년까지 12년 동안 행위무능력자 제도 하에서 선임된 후견인(금치산 및 한정치산자의 후견인)은 모두 4,557명에 불과하였다.

<표 1> 행위무능력자제도 하에서의 금치산 및 한정치산 신청·인용건수

연도	접수건수	인용	연도	접수건수	인용
2001	323	176	2007	747	334
2002	421	208	2008	804	391
2003	433	250	2009	944	493
2004	473	274	2010	1,024	515
2005	529	291	2011	1,290	617
2006	663	303	2012	1,342	705

출전: 사법연감 2001년에서 2012년까지 재정리

그렇지만 2013년 7월 1일 새로운 성년후견제도가 시행된 지 3년 반 정도가 지난 2017년 초반 현재, 아래 <표 2>에서 보듯이 후견신청건수는 급격히 증가하고 있다.

<표 2> 성년후견제도 하에서의 후견신청건수의 변화추이<sup>5)</sup>

구분	2013년(7.~)	2014년	2015년	2016년	합계
성년후견	727	1,967	3,013	3,716	9,423
한정후견	116	245	276	282	919
특정후견	50	355	181	158	744
임의후견	7	8	8	17	40
소계	900	2,575	3,478	4,173	11,126

4) 의사결정대행과 의사결정지원을 하기 위한 법적 수단에 대한 개괄적 설명으로는 제철웅, 성년후견과 지속적 대리, 법조 2017년 4월호, 87면 이하 참조.

5) 위 자료는 배인구 변호사님의 도움으로 입수한 법원의 비공식통계자료이다. 학술적 목적으로 위 통계자료를 활용되는 것에는 문제가 없다고 판단하여 그대로 인용한다.

동시에 선임된 후견인의 수도 2013년 564건, 2014년 1,723건, 2015년 1,566건 등으로 증가하여 2016년 말까지는 약 6,000여 명에 이를 것으로 전망되고 있다. 그만큼 후견제도 이용의 증가속도가 상당하다는 것이다. 그러나 우리나라와 유사하게 행위무능력자제도를 성년후견제도로 개혁한 다른 나라와 비교하면 그 증가속도는 상당히 느리다고 할 수 있다. 비교를 위해 각 국의 인구수를 우리나라 인구수로 환원시켜 선임된 후견인 수를 조정하였다.<sup>6)</sup>

〈표 3〉 성년후견제도 도입 후 최초 선임된 후견인 수의 추이

연 차	1년	2년	3년	4년	5년	6년	7년	8년	9년	10년
독일	46,981	65,319	70,691	77,072	89,373	92,406	99,790	110,782	120,175	128,291
일본	1,390	3,121	4,182	5,605	5,707	6,873	12,079	9,078	9,579	9,951
대만	5,279	6,418	7,048	7,254	7,866	8,326	8,762			
싱가포르	1,887	3,180	3,313	2,839	3,801	3,117	3,838			
한국	1,128	1,723	1,566							

독일은 말할 것도 없고, 아시아국가인 일본, 대만, 싱가포르를 시작부터 우리보다 많은 수의 후견이 개시되고 또 증가추세도 빨랐다. 싱가포르의 위 수치에 지속적 대리권(lasting power of attorney)을 포함하면 후견제도 이용은 훨씬 더 가파르다고 할 수 있다. 2016년 현재 싱가포르에서는 약

6) 우리나라 인구를 5000만 명으로 하여 다른 나라의 후견인 선임 건수와 비교하였다. 새로운 성년후견제도가 시행된 해는 독일(가중치 0.625)은 1992년, 일본(가중치 0.396)은 2000년, 대만(가중치 2.17)은 2009년, 싱가포르(가중치 9.25)는 2010년, 우리나라는 2013년(7월 1일)이다. 우리나라의 2013년 수치는 6개월을 더 가산한 수치이다. 독일 후견건수는 Bundesamt für Justiz, Justizstatistik GÜ 2 der Amtsgerichte 2002-2013, erg. Mitteilung der JM Baden-Württemberg; Auswertung:Deinert,를 참조. 일본의 후견(보좌, 보조, 임의후견 포함) 건수는 最高裁判所事務總局家庭局, 成年後見關係事件の概況, 2000년(平成 12년)부터 2010년 자료, 대만 자료는 Sieh-Chuen Huang, Adult Guardianship and Care in Taiwan, in: Waltjen/Lipp hrsg., Liber Amicorum Makoto Arai, Nomos(2015), p.382 참조. 싱가포르는 공공후견청의 비공식자료 참조(법정후견만 표시. 지속적 대리권인 lasting power of attorney는 본문 참조). 우리나라는 대법원 사법연감 2013년부터 2015년 자료를 토대로 한 것이다. 이 자료는 제철용, 성년후견과 지속적 대리, 법조 제722호(2017.4), 85면에서 활용하였던 수치를 토대로 한 것이다.

24,822명(가중치로 환산하면 229,603명)의 지속적 대리인이 활동하고 있기 때문이다.

그럼에도 불구하고 우리나라에서 성인을 위한 후견이용건수는 장기적으로 늘 것이다. 특히 지속적 후견인 성년후견이나 한정후견이 개시된 것이 전체 후견의 약 94%를 점하기 때문에 후견 건수가 누적될 것이기 때문이다.<sup>7)</sup>

(3) 우리나라에서 신탁과 후견의 연계 내지 관계에 관심을 갖게 되는 배경에는 우리나라의 후견제도가 여러 후견 유형 중 특히 성년후견을 주로 이용하고 있다는 점이 있다. 성년후견 신청을 하는 이유 중 가장 중요한 동기 중의 하나가 피후견인의 재산 관련 친족 간 때문이다. 이런 동기로 성년후견을 신청하는 건수가 증가함에 따라 친족후견인의 권한남용에 대한 우려도 커지고 있다.<sup>8)</sup> 성년후견이 개시되면, 피성년후견인은 대가가 과도하지 않은 일상생활용품의 구입만 민법 제10조 제4항에 따라 스스로 할 수 있고, 가정법원에서 취소할 수 없는 법률행위의 범위를 정하지 않은 한(민법 제10조 제2항), 피성년후견인의 법률행위능력은 제한된다. 피성년후견인의 법률행위능력이 제한된 반면 성년후견인의 권한은 그만큼 커기 때문에, 성년후견인의 권한남용을 우려할 수 밖에 없다. 서울가정법원의 김성우 판사의 논문에 따르면 서울가정법원에서 2013.7.1.부터 2016.5.31.까지 사이에 선임된 후견인(미성년후견인 제외) 중 피후견인의 친족이 후견인으로 선임된 비율은 87.3%(친족과 전문가가 공동으로 선임된 경우 2.7% 포함)로 친족이 후견인으로 선임되는 비율이 압도적으로 많다. 친족들 중에서는 사건본인의 자녀가 후견인으로 선임되는 빈도가 가장 높고, 그 다음이 사건본인의 배우자, 부모, 형제자매 등의 순이라고 한다. 친족이 후견인으로 선임될 경우 그의 재산관리능력에 의문이 있을 뿐 아니라, 친족이기 때문에 형사 처벌을 크게 우려 하지 않은 상태에서 재산을 횡령할 가능성도 높을 것이

7) 성년후견, 한정후견, 특정후견의 신청비율에 관해서는 김성우, 한국 후견제도의 운영과 가정법원의 역할, 법조 제722호(2017.4), 125면 이하를 참조.

8) 2016년 11월 15일자 제주 MBC 방송에서 피후견인(형)의 돈을 빼돌린 후견인(동생)을 적발하였다는 뉴스를 내보내기도 하였다. 그 후 제주지방검찰청은 후견인을 횡령죄로 불구속기소하였다고 한다. 2017.2.17.자 제주 MBC 방송; 2017.2.16. 제주일보 뉴스 참조.

다.<sup>9)</sup>

그런데 일본에서는 후견(우리나라의 성년후견에 비견되는 후견유형)이 개시된 사건의 경우 피후견인의 재산을 신탁회사에 신탁한 후 피후견인을 위해 지출하여야 할 금액을 수탁자로부터 후견인이 지급받아 사용하도록 하는 방안이 활용되고 있다. 즉 친족이 후견인으로 선임된 경우 신탁회사에 피후견인의 재산을 신탁한 후 그 수익금을 피후견인을 위해 지출할 수 있게 후견인에게 지급하는 제도를 도입하여 시행하는 것이 그것이다.<sup>10)</sup> 이를 벤치마킹하여 서울가정법원도 하나은행과 협약을 체결하여 후견이 개시된 사건 중 일부에 대해 피성년후견인의 재산을 신탁하도록 하고 있다. 성년후견지원신탁이 바로 그것이다.<sup>11)</sup>

(4) 필자는 치매, 발달장애, 정신장애, 뇌사고 등으로 후견제도의 이용이 필요한 의사결정능력 장애인을 위해 신탁이라는 수단을 활용할 필요가 있다는 점을 여러 글에서 주장해 왔다.<sup>12)</sup> 그러나 위 ‘성년후견지원’ 신탁처럼 신탁과 후견을 상호보완적으로 이용할 수 있다는 관점은 아니었다. 오히려

9) 일본 최고재판소는 후견인이 친족인 경우 친족상도례를 적용하지 않고 횡령죄를 적용하였다. 우리나라의 경우 후견인이 친족일 경우 친족상도례와의 관계를 어떻게 설정할지 지켜보아야 할 것이다.

10) 일본에서 후견(우리나라의 성년후견)이 개시된 사건에서 친족이 후견인일 경우 신탁제도를 병행한다는 점에 대한 소개로는 전병주·김진호, 일본 성년후견인의 부정행위와 한국에서의 합의, 한국콘텐츠학회논문지 13, Vol.13 No.8(2013), 148면 참조. 우리나라에서도 이와 유사한 방향으로 신탁을 활용할 수 있다는 주장으로는 최수정, 후견과 신탁, 법조 2015년 3월, 55면 이하 참조.

11) 헤탈드경제 2016년 12월 1일자 기사 참조.

12) 제철웅·최윤영, 중증발달장애인을 위한 특별수요신탁의 도입 필요성, 비교사법 21권 3호(2014년 8월), 1139면 이하, 특히 1166면 이하에서는 국민기초생활보장법상의 소득환산자산에서 신탁재산을 제외하여, 그 재산으로 장애인의 특별한 수요충족을 위해 활용할 수 있도록 해야 한다고 주장하였다. 제철웅, 고령자의 판단능력 쇠퇴를 대비한 미래설계와 새로운 성년후견제도, 법학논총 32집 1호(2015.3), 149면 이하, 특히 1676면 이하에서는 고령자신탁이 후견을 대체하는 제도로 활용될 수 있게 해야 한다고 주장하였다. 제철웅, 발달장애인 신탁의 필요성과 활용방안, 법학논총 32집 4호(2015.12), 425면 이하, 특히 438면 이하에서는 장애인을 위한 신탁의 활용방법을 상세히 언급한 바 있다. 제철웅/김원태/김소희, 미국의 특별수요신탁에 관한 일고찰, 원광법학 32권 32호(2016년 6월), 153면 이하에서는 미국의 특별수요신탁의 작동방식을 설명한 바 있다.

신탁과 후견은 상호대체적인 것임을 전제한 것이었다. 이 글은 그동안의 필자의 논의를 발전시켜 의사결정능력 장애인의 관점에서 재산관리 목적의 후견 대신 왜 신탁을 중심으로 활용하여야 하는지를 설명하고자 한다.<sup>13)</sup> 달리 말하면 후견과 신탁을 단순히 대체제적으로 활용하는 것이 아니라, 후견에 갈음하여 신탁을 중심으로 활용해야 할 필요가 있다는 점을 지적하고자 한다. 이를 위해 무엇보다도 후견과 신탁의 대체가능성에 대해 검토할 필요가 있다. 이런 논의는 신탁제도가 잘 발달된 보통법 국가에서 주로 진행되어 왔다. 반면 대륙법에서는 이에 관한 논의가 적었는데, 그 이유가 신탁제도의 활용도가 낮은 것 이외에 후견제도의 특징에도 그 원인이 있을 것이다. 아래에서는 후견과 신탁에 대한 접근방법을 살펴봄으로써, 보통법과 대륙법에서의 논의의 현황과 그 차이의 배경을 간단히 살펴본다(II, III). 이어 후견제도의 기능 변화가 요구되는 현대사회에서 후견과 신탁의 상호관계를 어떻게 설정하는 것이 바람직한지 살펴본 후(IV), 향후의 방향성을 제시하면서 이 글을 마무리 짓는다.

## II. 보통법국가에서의 후견과 신탁

### 1. 보통법국가에서의 전통적인 후견제도

(1) 보통법에서는 신탁을 후견의 대체수단으로 활용하고 있는데, 이를 이해하기 위해서는 먼저 보통법에서의 후견이 신탁과 어떻게 다른지를 살펴볼 필요가 있다. 보통법에서의 후견은 ‘국친사상(國親思想-*parens patriae*)’에 근거한다고 이해해 왔다. 전통적으로 국왕은 스스로를 보호할 수 없는 신하와 백성<sup>14)</sup>에 대해 국왕의 특권(근대에는 국가의 특권)으로써 신하의 재산을 보호할 수 있는 법적 권한이 있었고, 이를 국친사상이라 한다.<sup>15)</sup> 후견 역시

13) 고령자나 장애인을 위해 신탁이 활용될 수 있다는 논의로는 위 주 8의 논문과 김판기, 고령화사회에서 재산관리와 승계수단으로서의 신탁, 동아법학 55호, 202면 이하 등이 있다.

14) Lee Coleman and Trudy Solomon, *Parens Patriae Treatment: Legal Punishment in Disguise*, 3 *Hastings Constitutional Law Quarterly*(1976), pp.345-362 참조.

15) Richard Neugebauer, *The Treatment of the Mentally Ill in Medieval and Early*

이런 국친사상에 기초하여, 국가는 법률행위를 할 수 없거나 스스로를 돌볼 수 없다고 판단되는 성인을 보호할 권한이 있다는 인식에서 비롯되었다.<sup>16)</sup> 1983년의 정신보건법 제7부가 국친사상을 잘 보여 준다. 이 법은 영국 상급법원(Supreme Court) 중의 한 부서를 보호법원(Court of Protection)으로 칭한 후, 그 보호법원의 법관은 정신질환자로서 자신의 재산을 관리할 수 없는 환자(patients)를 대신하여 그의 재산을 관리할 권한을 가지도록 하였다. 정신질환으로 인해 자기 재산을 관리할 능력이 없다고 판단하는 환자가 있으면, 이 환자에 대해 재산관리처분을 내려 줄 것을 보호법원에 신청할 수 있다. 신청자격, 심문, 통지받을 자, 증거 등을 정한 정신보건법 제106조 이하의 규정의 세부내용은 법무부장관(Lord Chancellor)이 별도의 규칙으로 정하도록 하였다(1983년의 정신보건법 제108조).

정신질환자의 재산관리가 필요하다고 판단하게 되면, 보호법원은 환자(정신보건법 제95조 제1항 a호)나 환자 가족의 생계유지나 기타의 이익(95조 제1항 b호), 환자가 정신질환에 걸리지 않았더라면 타인에게 하였을 급부제공, 기타 환자의 재산관리를 위해 적절하다고 필요한 일(95조 제1항 c호) 등을 할 수 있다. 법률로써 정신질환자의 재산관리권을 법관에게 부여하였기 때문에 그 권한 행사에 대한 방법도 동법에서 규정하고 있다. 환자의 필요성(requirements), 그리고 환자 채권자에 의한 공취로부터 환자의 재산이 보호받을 경우 이를 고려하여 그 재산을 관리하되 환자의 채권자의 이익이나, 환자의 재산이 공취로부터 보호받음에도 불구하고 채권자에게 변제하는 것이 바람직하다는 점도 아울러 고려하여 관리하도록 규정하고 있다(동법 제95조 제2항). 법관에게 인정되는 재산관리권한은 국친사상의 이해를 위해서도 필요하기 때문에 이를 아래 <표 4>로 간단히 정리한다.<sup>17)</sup>

Modern England: A Reappraisal, 14 J. Journal of the History of the Behavioral Sciences(1978), pp.158, 159 참조.

16) P. Bartlett, The Mental Capacity Act 2005, Oxford University Press(2005), p.1에서 후견의 국친사상이 사라져 간 과정을 서술하고 있다.

17) 아래 표에 열거한 보호법원의 권한은 일부 표현의 수정을 거쳐 2005년 정신능력법(the Mental Capacity Act 2005) 제18조에 그대로 남아, 보호법원이 아니라 보호법원이 법정후견인(deputy)에게 부여할 수 있는 권한(제16조)으로 전환되었다.



〈표 4〉 정신보건법 제7부에 따른 보호법원의 권한

조 문	내 용
96조 1항 a호	• 환자 재산의 지배(재산의 인도나 이전, 금전 또는 유가증권을 상급법원에 임치하는 것 등)
96조 1항 b호	• 환자 재산의 매각, 교환, 부담설정, 기타의 처분 또는 처리
96조 1항 c호	• 환자 이름으로 또는 환자를 위하여 어떤 재산을 취득하는 것
96조 1항 d호	• 환자 재산 정리 또는 제95조 제b호와 c호의 목적을 위하여 또는 거기에 규정된 자를 위하여 재산을 증여하는 것
96조 1항 e호	• 환자가 정신질환에 걸리지 않았더라면 유언으로 하였을 급부를 가능하도록 유언을 작성하는 것(그 급부는 환자의 재산을 처분하거나 여타의 권한을 행사함으로써 가능한 방식이든 무관함)
96조 1항 f호	• 다른 적절한 사람으로 하여금 환자의 직업, 거래, 사업을 계속 수행하게 하는 것
96조 1항 g호	• 환자가 구성원인 조합(partnership)을 해산하는 것
96조 1항 h호	• 환자가 체결한 계약을 실행하는 것
96조 1항 i호	• 환자의 이름으로 또는 그를 위해 소송을 수행하는 것
96조 1항 j호	• 환자의 채무를 이행하기 위해 누군가 금전을 지출하거나(강제집행이 가능한 것이었는지는 불문함), 환자 자신이나 가족의 생계 또는 여타의 이익을 위한 급부, 또는 환자가 정신질환에 걸리지 않았더라면 제공하였거나 누군가를 위하여 제공하였을 급부에 대해 환자의 재산으로 상환하는 것
96조 1항 k호	• 수익자, 후견인, 수탁자 기타의 방식으로 환자에게 부여된 권한의 행사(동의권을 포함)

법원은 위 권한의 행사로 환자의 재산을 정리할 때 거기에 부수하여 필요한 조치를 명할 권한도 있다(동법 제96조 제2항). 그중 유언의 작성에 관하여는 환자 자신이 유효하게 유언을 작성할 수 없다고 믿은 경우가 아니거나 환자가 미성년자이면 그 권한을 행사할 수 없다(동법 제96조 제4항). 유언서의 작성에 있어서는 보호법원으로부터 권한을 부여받은 자가 본인의 이름과 자신의 이름을 병기하여 작성하는데, 그 효력은 본인이 작성한 유언과 동일하다(동법 제97조 제1항부터 제3항). 보호법원의 법관은 환자가 재산관리를 할 의사능력이 없다고 합리적으로 믿고, 위 제95조의 목적을 위해 환자의 재산을 처분할 필요가 있다고 믿은 경우, 환자가 자신의 재산을 관리할 능력이 있는지 여부를 판단하는 심판 계속 중에 긴급조치를 취할

수 있다(동법 제98조).

법원 스스로가 위와 같은 처분을 할 권한이 있지만, 특정인 또는 특정 관직을 가진 자를 후견인(receiver)으로 선임할 수 있다(동법 제99조 제1항). 후견인은 법관이 할 수 있는 권한과 동일한 권한을 가질 수 있다. 법관은 자신의 권한의 전부 또는 일부를 후견인에게 부여하여 그로 하여금 자신이 할 수 있는 권한을 대신하여 행사하게 한다. 법관은 환자가 스스로 재산을 관리할 수 있다고 믿은 때, 또는 환자가 사망한 때에는 후견인을 해임해야 한다. 그 이외에도 재량으로써 후견인을 해임할 수 있다(동법 제99조 제3항). 보호법원이 직접 환자의 재산을 관리하기 때문에, 보호법원은 환자가 스스로 재산을 관리할 능력이 있는지, 후견인이 권한을 적절히 행사할 수 있는지, 환자에게 어떤 처분이 필요한지 등을 판단하여야 할 것이다. 이 목적을 위해 법무장관의 조사관(Lord Chancellor's Visitors) 제도를 운영하였다(동법 제102조).

(2) 정신질환자가 스스로 재산을 관리할 수 없다고 판단할 경우 보호법원이 직접 재산을 관리하기 때문에, 그때부터는 환자가 의사능력이 있다고 하더라도 그가 한 모든 법률행위는 무효가 되고, 이로써 스스로 법률행위를 하지 못하도록 하였다(1983년 정신보건법 제7부 제99조).<sup>18)</sup> 그러나 정신보건법은 재산관리에 관한 사항만을 규정하고, 의료행위에 대한 동의나 신상에 관한 처분의 동의에 대해서는 아무런 규정을 두지 않았다.

영국법에서는 신체접촉과 침습 그 자체 또는 이를 수반하는 의료행위는 모두 환자의 정보제공 후의 동의(informed consent)가 있어야만 유효하고, 동의 없는 신체침습은 민사법적으로는 불법행위가 되거나 형사법적으로는 폭행죄나 상해죄를 구성할 수 있다. 이 영역은 종래 긴급사무관리로 처리해 오기도 하였으나, 긴급사무관리가 적용되지 않는 많은 사안들이 있을 수밖에 없다.<sup>19)</sup> 대표적인 것이 의사능력 없는 환자로서 응급하지 않은 자를 그의 동의 없이 치료해야 하는 경우이다. 이러한 사안에서는 법률에

18) 간단한 개관은 Ashton ed., Court of Protection Practice 2010, Jordans 2010, p.31 참조.

19) 이에 대해서는 제철웅, 영국법에서 의사결정무능력 성인의 보호제도의 역사적 전개와 2005년의 정신능력법의 특징, 비교사법 17권 4호(2010.12), 230-236면 참조.

아무런 규정이 없었지만 국친사상에 입각하여 의사는 보호법원에 환자의 동의에 갈음하는 판결을 내려 줄 것을 신청할 수 있었다.

미국법에서도 후견은 전통적으로 ‘국친사상’에 입각하여 발전해 왔다.<sup>20)</sup> 국왕을 대신하여 후견법관이 그 자리를 대체하였다. 의사결정능력 장애인의 신상에 관한 의사결정은 사회복지기관이 담당하고, 법원은 재산에 관하여만 관심을 가진 것도 바로 이런 전통의 연장선상이라고 한다.<sup>21)</sup> 국친사상은 또한 정신질환자의 비자의입원과 치료에까지 적용되었다. 영국법에서와 유사하게 정신질환자의 복리를 위해 비자의입원과 치료 조치를 할 권한이 주에 부여되었다.<sup>22)</sup>

## 2. 후견인 권한 및 의무와 수탁자의 권한 및 의무의 근접성

(1) 앞서 언급한 것처럼 보통법 국가에서의 후견은 국친사상이란 개념 즉, 국왕, 그리고 나중에는 국가 또는 주(state)가 법원을 통해 자신의 신상과 재산을 돌보지 못하는 사람들을 책임진다는 개념에서 비롯되었다.<sup>23)</sup> 이런 사상은 후견인 권한 및 의무가 법원의 권한 및 의무에 유사하다는 인식으로 나아가게 된다. 즉 법원은 개인이나 기관이 후견인 역할을 하도록 그들에게 자신의 책임을 위임하였기 때문에, 후견인은 일종의 법원의 대리인과 유사하다고 인식한다는 것이다. 동시에 법원은 자신의 대리인인 후견인에 대한 감독 및 관리감독의 책임을 지게 된다. 이런 인식은 Maryland 주의 Kicherer v. Kicherer 판결에서 잘 나타난다. Kicherer 부인에 대해 남편이 후견신청을 하면서 자신을 신상 보호 및 재산 관리 후견인으로 선임해 달라고 청구하자, 큰아들이 자신의 아버지가 어머니의 후견인으로 적합하지 않다고 주장하면서 자신을 후견인으로 선임해 달라고 한 사건에서 검

20) Peter M. Horstman, Protective Services for the Elderly: the Limits of Parens Patriae, Missouri Law Review vol. 40 (1975), p.215, 특히 p.220 참조.

21) Sally Balch Hurme, Dir. American Bar Association, Steps to Enhance Guardianship Monitoring (1991) 참조.

22) Michael Perlin, Mental Disability Law Vol 1, Chap.2, p.38, n.42, pp.48-49, LexisNexis (2008).

23) 가령 Denzil Lush, *Roman Origins of Modern Guardianship Law*, in: Kimberly Dayton, Comparative Perspective on Adult Guardianship, Chapter 1 참조.

인법인은 두 사람을 공동후견인으로 선임하였다. 이에 둘 다 항고한 사건을 다룬 것이 *Kicherer v. Kicherer* 판결이다. 이 판결은 ‘법원이 후견인이며, 후견인의 직함을 부여받은 사람은 단순히 법원의 신성한 책임을 이행하는 법원의 수족(arm)이나 대리인에 불과하다’고 하면서, 누구를 후견인으로 선임할지는 검인법원의 재량에 속한다고 판결하였다.<sup>24)</sup> 오하이오 주의 개정 법전 제2111조의50 제a항도 ‘언제나 검인 법원은 자신의 재판관할권에 속하는 피후견인에 대한 상위의 후견인(superior guardian)이며, 그 법원의 재판관할권에 속하는 모든 후견인은 그들의 피후견인 또는 후견 사건을 다루는 법원의 명령에 복종해야 한다.’고 규정한다.<sup>25)</sup> 이에 근거하여 오하이오 주의 ‘*In the Matter of John Spangle*’ 사건에서도 ‘임명된 후견인은 법원의 통제, 지시, 감독을 받는, 단순한 법원의 요원’<sup>26)</sup>이기 때문에 피후견인의 복리에 부합한다면 검인법원은 후견인을 변경할 재량이 있다고 설시하였다. 법원은 후견을 받고 있는 개인을 보호하기 위해 필요한 조치를 취할 고유한 권한을 지닌다는 것이다.<sup>27)</sup>

(2) 이처럼 후견인이 법원의 대리인이며, 법원이 후견인을 감독해야 한다면, 후견 활동과 관련하여 법관 면책의 효력이 후견인에게도 적용되어야 하는 것은 아닌가라는 문제가 제기된다. 미국 연방대법원은 *Gross v. Rell* 사건에서 후견을 받는 개인(피후견인)을 그의 고향에서 멀리 떨어진 요양

24) *Kicherer v. Kicherer*, 400 A.2d 1097 (Md1979).

25) 오하이오 개정법전 제21장(Title 21), 제2111(chapter 2111)의 5조 참조(Ohio Rev. Code Ann. §2111.50).

26) *In the Matter of the Guardianship of Spangler*, 2011 Ohio 6686; 2011 Ohio App. 참조.

27) *In the Matter of the Guardianship of Spangler*, 2011 Ohio 6686; 2011 Ohio App. 참조. 이 사건에서는 자폐와 지적장애가 있는 폭력성향이 있는 Spangler씨 부부의 아들 John을 위한 후견인으로 이들 부부를 선임하였으나, 부부가 시설 및 개인 가정에서 John을 돌보는 요양보호사와의 관계를 잘못 관리하는 바람에 John의 폭력성향을 유발하고, 이런 내용이 검인법원에 알려지자 검인법원에서 직권으로 임시후견인을 선임한 후 후견인 변경절차를 개시하였다. Spangler씨 부부는 후견인을 변경할 충분한 증거 없이 개시된 절차이기 때문에 후견인 변경절차는 위법하다고 항변하였다. 오하이오 대법원은 후견인은 검인법원의 요원일 뿐 후견인의 선임 또는 해임에 대해 개인적 이해관계가 있는 것이 아니라고 판단하였다. 이에 기초하여 항고법원에서 권익옹호기관인 Advocacy Protective Services Inc.를 후견인으로 선임하였다.

시설에 감금하여 그의 자유를 불필요하게 박탈한 것에 대해 후견인이 법관과 유사한 면책특권을 누릴 수 있는지의 쟁점을 다룰 기회가 있었다.<sup>28)</sup> 뉴욕에 거주하던 Gross가 뉴욕의 한 병원에서 장기입원 끝에 퇴원한 후 코네티컷에 있는 딸의 집에 휴양차 왔다가 이전 치료의 합병증으로 Waterbury 병원에 입원하게 되었다. 그 병원의 피용자인 Limauro가 Gross의 재산 및 신상 후견을 신청하게 되었는데, 검인법원의 Brunnock 판사는 Limauro에게는 송달하였지만 Gross에 대한 적법한 소장송달 절차 없이 심문을 개시한 후 Gross의 소송후견인으로 Newman을 선임하였다. Newman은 Gross를 면담한 뒤 그가 의식이 있으며 집으로 돌아가고 싶다는 점, 자신의 사무를 스스로 관리하고 싶어 한다는 점을 알았지만 후견개시를 반대할 법적 근거를 찾을 수 없다고 기재하여 검인법원에 제출하였다. 검인법원은 이에 근거하여 Gross의 후견인으로 Donovan을 선임하여 재산과 신상을 관리하도록 하였다. Donovan은 Grove Manor라는 폐쇄병동에 Gross를 입소시켰다. Gross는 그 후 Long Island로 특별외출이 허용되었는데, 거기서 가슴통증으로 병원에 입원하였다. Donovan은 Long Island로 와서 Gross의 반대에도 불구하고 그를 다시 코네티컷의 폐쇄병원으로 이송해 입원시켜 버렸다. 그 후 Gross는 코네티컷 상급법원(Superior Court)에 인신보호영장(writ of habeas corpus)의 발부를 신청하여 퇴소한 후, 뉴욕으로 돌아와 코네티컷 지역 담당 연방법원에 Brunnock, Newman, Donovan 등을 피고로 자신이 겪은 정신적 고통에 대한 손해배상을 소로써 구하였다(그가 사망한 후 그의 딸이 그 소송을 계승하였다). 제1심법원은 법관인 Brunnock은 법관의 면책특권을 이유로, Newman과 Donovan은 준면책특권을 이유로 원고의 청구를 모두 기각하였다. 이에 연방 제2순회 법원에 항소하였고, 항소법원은 법률적 쟁점으로 코네티컷 주법에 따르면 소송후견인과 후견인에게도 절대적 면책특권이 준용될 수 있는가라는 점을 연방대법원에 질의하였다. 연방대법원은 ‘준법관적 면책이 [코네티컷에서는 ‘재산관리 후견인(conservator)’이라고 불리는 후견인에게 확장될 수 있지만, 이는 오직 ‘검인법원이 후견인의 특정 행위에 대해 명시적으로 허가하거나 승인했고, 따라서 그 후견인이 피후견인을 대리한 것이 아니라 검인 법원

28) Daniel Gross et al. v. M. Jodi Rell et al. (SC 18548).

의 대리인으로 활동한 경우'에 한정된다고 하였다. 또한 연방대법원은 코네티컷 주의 법에 따르면 후견인의 행위가 검인 법원에 의해 특정되어 허가 된 것이 아닐 때, 그 후견인은 법원의 대리인이 아니라 '피후견인의 수탁자로서 행동하였고, 그 자체로서 개인적으로 책임을 질 수 있다'는 보통법의 일반원칙에서 벗어날 이유가 없다고 하였다.

(3) 위 연방대법원의 견해는 후견인의 책임을 강화하고 피후견인을 보호하는 데 큰 영향을 미쳤다. 동시에 이 판결은 보통법에서의 후견인이 수탁자의 역할도 한다는 점을 명확히 하였다. 일반적으로 수탁자는 본인(principal)에게 가장 유리하도록(피후견인의 경우, 그에게 가장 유리하도록) 행동하여야 한다.<sup>29)</sup> 후견인의 책임 역시 수탁자의 책임과 유사하게 인식되는 것도 이런 이유 때문이다. 2010년 채택된 전 미국 후견협회의 실무 기준 역시 후견인이 수탁자의 역할을 한다고 규정한다. 실무기준 제25조에 따르면, '후견은 신뢰 관계(fiduciary relation)이며, 지역사회와 법에 의해 인정되는 수탁자 의무에 구속된다.'<sup>30)</sup>고 규정한다. 실무기준에서 말하는 수탁자란 '신뢰와 믿음의 특별한 의무를 부담하기로 약속한 개인, 대리인, 기관으로서, 일차적으로 타인의 이익을 위해 활동할 의무를 부담하고, 법이나 계약에 의해 부과된 주의의무를 지는 자를 의미한다고 정의하고 있다.'<sup>31)</sup>

### 3. 신탁과 후견인 대체기능성

위에서 본 바와 같이 후견인의 권한 및 책임이 수탁자와 유사하기 때문에 양자는 상호대체적인 기능을 수행하게 된다. 먼저 용어에서도 양자는 유사성이 있다. 보통법에서의 신탁은 "설정자" 또는 "신탁자"가 자신의 재산을 특정한 목적의 수행(신탁목적)을 위하여 수탁자에게 이전시키고, 수탁자는 신탁재산을 신탁목적에 따라 관리·처분하는 관계를 말한다. 수탁자는

29) 재산관리에서의 수탁자의 행위준칙에 관한 일반적인 내용은 Graham Moffat, *Trusts Law*, 5<sup>th</sup> edition, p.460; R. Edwards/N. Stockwell, *Trusts and Equity*, 8<sup>th</sup> edition, p.372 참조.

30) National Guardianship Association, *Standards of Practice*, [http://www.guardianship.org/documents/Standards\\_of\\_Practice.pdf](http://www.guardianship.org/documents/Standards_of_Practice.pdf).

31) 위 주 29의 정의(definition) 참조.

설정자 또는 수익자의 이익을 위해 신탁재산을 보유하게 된다. 그런데 넓은 의미에서의 신탁(trusteeship)은 타인의 재산 및 기타 사무를 관리할 수 있는 권한을 표현하는 용어이기도 하다. 이런 의미에서의 신탁(trusteeship)은 후견의 또 다른 용어로 사용되기도 한다.<sup>32)</sup> 양자의 기능의 대체가능성을 보여 주는 한 예라는 것이다.

이런 이유로 보통법 국가에서 신탁은 서면대리권(Power of Attorney), 지속적 대리권(Enduring Power of Attorney)과 더불어 후견을 대체하는 법적 수단으로 널리 활용되어 왔다. 서면대리권과 마찬가지로, 신탁 역시 다양한 유형과 특성이 있다. 생전신탁은 자산계획(estate planning)의 도구로 매우 유용하게 활용될 수 있다. 특히 미국에서는 사회보장급여로서 의료급여를 받을 수 있는 신탁을 장애인특별수요신탁(Special Needs Trusts)이라고 하며, 그 신탁을 설계할 때에는 연방법의 혜택을 받을 수 있도록 설계한다.<sup>33)</sup> 동시에 신탁은 장애의 의사무능력 상태를 대비하여 설정할 수 있으며, 이때에는 후견대체수단으로 활용되기도 한다. 설정자가 자신 또는 제3자(=수익자)가 의사무능력해지거나 자신의 사무를 처리할 능력이 없어질 경우 비로소 효력이 발생하도록 하여 그 수익자의 이익을 위해 재산을 신탁할 수 있다는 것이다.

신탁의 장점은 법원에 의한 재산관리 후견인 선임을 회피할 수 있다는 점에 있다. 달리 말하면 위탁자의 계획대로 신탁재산을 사용·처분하도록 하는 것이 가능하다는 것이다. 신탁설정서에서 수탁자 및 후임수탁자를 지정할 수 있으며, 설정자의 희망에 합치되게끔 신탁재산을 활용하거나 수익자를 위해 사용할 수 있는 방법을 미리 지정할 수 있다. 설정자와 수익자가 동일인인 경우, 의사무능력 기간 동안에도 자신의 자율성과 자기결정권이 신탁서류에 포함된 지시를 통해 행사되고 또 유지될 수 있다. 법정후견인이 법원에 의해 선임되고, 법원의 지시에 따라 재산을 관리하여야 하는 것과 비교하면 사적 자치가 최대한 존중될 수 있기 때문에, 이런 신탁은

32) 호주의 주에서는 ‘trustee’는 법비교에서 통상 사용하는 후견(guardian)과 동의어로 사용하고 있다. 유엔 장애인권리위원회가 제12조의 일반평석에서 trusteeship을 guardianship과 동일선상에 두고 그 폐지를 권고하는 것도 이런 맥락 때문이다.

33) 이에 대해서는 제철웅·최윤영, 중증발달장애인의 보호를 위한 특별수요신탁제도의 도입 필요성, 비교사법 제21권 3호(2014.8), 1166-1172면 참조.

후견대체수단으로서 활용된다고 할 수 있는 것이다.

이런 후견대체 목적의 신탁은 서면대리권<sup>34)</sup>과 마찬가지로 일반적으로 후견보다 비용이 적게 든다. 물론 신탁은 대체로 서면대리권보다 비용이 많이 든다. 서면대리권과 마찬가지로 신탁도 신탁을 설정하는 개인, 신탁을 관리하는 개인 또는 기관(=수탁자), 신탁으로부터 이익을 얻는 사람(의사결정능력 장애인=수익자)의 사생활에 관련된 여러 문제가 법원에 공개되는 것을 회피하기 위해 설정될 수 있다. 신탁가능한 재산에는 주택 및 임대 주택, 차량, 보통예금 및 저축 예금, 주식 및 채권, 유체 동산 등 법적으로 소유권의 객체가 되는 모든 재산권이 포함될 수 있다. 재산이 신탁으로 이전되면 수탁자는 신탁상의 지시에 따라 재산을 사용하고 관리할 수 있다. 후견과 달리, 신탁에서는 의사무능력자의 재산에 대한 권한을 부여하는 법원 명령은 없다.

수탁자와 후견인은 자신들에게 맡겨진 재산에 대해 신인의무(fiduciary duty)를 부담한다는 점에서 공통점이 있지만 차이도 있다. 후견인은 법원에 의해 임명되며 연간 보고서 제출과 같이 검인법원의 규칙을 준수해야 한다. 이와 달리 신탁에서는 설정자가 수탁자의 임무, 활동방식(보고서 제출을 포함), 후임 수탁자가 선임되어야 할 때의 요건, 그의 선임방식과 직무, 신탁 서비스로 제공할 내용, 수익자, 보고의 필요성과 방법 등을 세세하게 지정할 수 있다.

신탁의 또 다른 장점은 거래계에서 서면대리권보다 쉽게 인정될 수 있다는 점이다. 서면대리권은 등록기관을 통한 증명방법이 없으면 거래계에서 이를 인정하기가 쉽지 않다. 무권대리의 위험이 있기 때문이다. 그러나 신탁은 소유권이 이미 수탁자에게 이전되었기 때문에 거래의 상대방에는 거래의 불확실성이 줄어드는 장점이 있다. 또한 등록기관이나 법원이 서면대리권을 감독하는 제도를 갖춘 나라가 아니라면 서면대리권의 감독 방법은 없지만,<sup>35)</sup> 신탁의 경우 수탁자가 책임 위반의 우려나 의심이 있으면, 영국

34) 서면대리권에 대해서는 제철웅(위 주 4), 110면 이하 참조.

35) 싱가포르의 공공후견청이 법정후견인만이 아니라 지속적 대리권(Lasting Power of Attorney)자에 대해서도 감독한다. 이와 유사한 것으로는 캐나다 브리티시 콜롬비아 주이다. 이에 대해서는 제철웅, 캐나다 브리티시 콜롬비아 주의 의사결정능력 장애인의 사법상의 권리실현보장체계에 관한 연구, 비교사법 21권 4호(2014년 11월), 1592면 이하 참조.



의 경우 1925년의 수탁자법(the Trustee Act 1925) 제41조 이하에 따른 권한을 법원이 행사할 수 있고, 그 일환으로 수탁자를 변경할 수도 있다. 미국의 경우에도 많은 주에서 수탁자의 감독, 개입 및 분쟁 해결을 위한 절차법을 갖추고 있다.<sup>36)</sup>

물론 어떤 제도나 문제점은 있다. 서면대리권상의 대리인도 사기 또는 착취를 할 위험이 있고,<sup>37)</sup> 신탁의 경우도 수탁자에 의한 횡령이나 재산 착취의 예가 없지 않다. 그러나 이런 위험은 법원의 직접 감독 하에 있는 후견이라고 해서 다르지 않다.<sup>38)</sup> 결국 권한 남용에 대한 효과적이고 실현가능한 감독 또는 지원 시스템을 어떻게 구축하는가의 문제일 것이다.

### III. 대륙법계 국가의 후견과 신탁

대륙법계 국가에서는 신탁을 후견의 대체수단으로 활용한 경험은 매우 드물었다. 그 이유는 신탁제도가 보통법국가에서처럼 발전하지 않은 것에도 그 원인이 있겠지만, 후견의 기능과 작동원리가 보통법 국가와 달랐다는 것에도 한 원인이 있을 것이다. 아래에서는 독일과 우리나라에서의 전통적 후견의 기능을 살펴봄으로써 이 문제를 간단히 살펴본다.

#### 1. 독일과 우리나라의 전통적 후견

독일의 경우 1990년 민법 개정 이전에는 우리와 마찬가지로 후견은 행위무능력 선고와 연계되어 있었다. 행위무능력 선고를 받기 위해서는 심신

36) 가령 미국 하와이 개정 주법에는 수탁자 및 후견인에 관하여 여러 규정을 두고 있다. 가령 수탁자 및 후견인의 회계보고의무에 관한 규정인 제554조, 통일수탁자법을 규정하고 있는 제556조, 통일검인법에 관한 규정인 제560조 등이 그 예이다.

37) 위 주 33의 싱가포르 또는 캐나다 브리티시 콜롬비아 주와 같은 경우가 아니라면, 형사법에 따른 처벌 또는 사회보장법상의 성인보호서비스에 따른 개입을 통해 감독할 수 있다. 미국 하와이 주의 경우 가령 Mathew Coke, A Survey on Adult Protective Services and Elder Abuse in Hawaii and Nationwide, 2007 참조.

38) 가령 The United States Government Accountability Office Report, Guardianships: Cases of Financial Exploitation, Neglect, and Abuse of Seniors (2010) 참조.

박약 또는 심신미약으로 사무를 처리할 수 없거나(구민법 제6조 제1호), 낭비벽으로 자기나 가족을 궁핍하게 할 우려가 있는 경우(구민법 제6조 제2호), 알코올중독이나 약물중독으로 자기나 가족을 궁핍하게 할 우려가 있는 경우(구민법 제6조 제3호)여야 한다. 행위무능력을 선고받기 위해서는 배우자, 친족, 법정대리인 또는 검사가 위 요건을 갖추었다고 주장되는 사람, 즉 사건본인이 소재하는 지역을 관할하는 구법원(Amtsgericht)에 신청하여야 한다(1992년 개정 전 독일 민사소송법 제645조, 제646조, 제648조). 그중 정신질환으로 인해 행위무능력이 선고된 경우에는 완전행위무능력자로, 심신미약이나 그 밖의 사유로 행위무능력이 선고된 경우에는 미성년자와 같은 행위능력을 가진다(구민법 제104조, 제114조). 구법원에서 성인을 행위무능력자로 선고하면 즉시 후견관청(Vormundschaftbehörde)<sup>39)</sup>에 통지하여야 한다(구 민사소송법 제657조). 후견관청은 그 사실을 후견법원(Vormundschaftsgericht)에 알려야 하고, 후견법원은 직권으로 후견인을 선임하게 된다(구 독일 민법 제1897조에 의해 준용되는 제1774조). 후견법원은 구 독일민법 제1899조 이하에서 규정한 순서대로 후견인을 선임하게 된다. 그 순위는 피후견인의 배우자, 부모, 친족 등 구민법 제1896조 이하에서 규정한 순서대로 1인을 후견인으로 선임하였다. 후견인이 될 사람이 없을 때 후견법원은 다른 적절한 사람을 후견인으로 선임할 수 있다. 이렇게 해서 선임된 후견인은 재산과 신상을 보호하는 권한을 보유하고 있었다. 후견인은 미성년자의 후견인과 마찬가지로 피후견인의 재산관리 및 신상보호 권한을 가지며, 법정대리권은 그 일부의 권한에 속하였기 때문이다.<sup>40)</sup> 한편 후견은 행위무능력선고가 철회되면 당연히 종료하게 된다(구 독일민법 제1885조).

위에서 알 수 있듯이 독일의 전통적인 성년후견은 법원이 아니라 가족 등이 후견인이 되어 피후견인의 재산과 신상을 관리하는 책임을 지는 것이었다. 즉 의사결정능력 장애인의 보호는 1차적으로 가족책임이었다는 것이다. 돌볼 가족이 없을 때 후견법원이 제3자를 후견인으로 선임하도록 하는 것, 후견인이 피후견인의 중요한 재산을 처분할 때에는 후견법원의 허가를 받도록 하였기 때문에(구 독일 민법 제1902조), 그 한도에서는 국가가 보충

39) 이 후견관청은 미성년후견과 성년후견 모두를 관장하는 지방자치단체의 소속부서였고, 오늘날의 성년후견청의 전신인 셈이다.

40) 이에 대해서는 Staudinger/Bienwald, BGB, Vorbem zu §§1896 ff., Rn.4ff. 참조.

적인 책임을 부담하였다고 할 수 있다.

독일과 비교할 때 우리나라의 전통적인 성년후견은 훨씬 더 가족책임 지향적이었다. 가족 또는 친족이 한정치산 및 금치산 선고를 신청하여 금치산선고가 이루어지면, 법률규정에 따라 자동적으로 배우자, 가족이 후견인으로 선임되었다. 그리고 후견인은 피후견인의 중요한 재산을 처분하고자 한다면 친족회를 구성하여 그의 동의를 받는 것으로 충분하였다. 여기에 국가가 개입할 여지는 거의 없었다. 국가는 친족회의 구성 및 금치산 및 한정치산 선고를 철회할 때에만 개입하였다.

## 2. 전통적 후견제도 하에서의 신탁의 필요성

가족이 피후견인의 재산을 관리하도록 하였다는 것 자체가 가족에 대한 강한 신뢰가 기저에 자리 잡고 있었음을 말해 준다. 행위무능력 선고 또는 후견의 개시에 드는 비용이 많거나 후견이 가져다주는 스티그마가 크다면, 많은 사람들이 후견을 대체하는 다른 수단을 찾게 될 것이다. 보통법 국가에서 후견대체수단으로 서면대리권이나 신탁을 이용하려는 것도 바로 이런 이유 때문인 셈이다.

그러나 독일과 우리나라의 경우 후견대체수단으로 신탁의 이용을 보고하는 예는 거의 없다. 그 이유는 후견을 대체하는 신탁 이외의 다른 수단이 있기 때문일 것이다. 가령 독일은 행위무능력제도 하에서의 후견의 경우 임시후견으로 후견을 대체하는 일이 적지 않았고,<sup>41)</sup> 성년후견법 하에서는 전문후견인에게는 보수를, 가족 등 명예후견인(Ehrenbetreuer)에게는 실비보수를 국가재정으로 지원하고, 이들의 활동을 기초자치단체 소속 성년후견관청이 지원하기 때문에<sup>42)</sup> 굳이 신탁이라는 수단을 이용할 필요가 없었을 것이다. 이에 비해 우리나라의 경우 가족에 의한 무권대리가 통제 없이 널리 활용되었다는 점에서 후견을 효과적으로 대체할 수 있었을 것이다. 비록

41) 이에 대해서는 Huber, Lehrbuch des Familienrechts, §68 I (S.808ff.) 참조. 임시 후견(Vorläufige Vormundschaft)은 1년 이상 지속되는 게 빈번하였고, 사실상 종국 판결로 가능하는 일이 빈번했다고 한다. 그 이유는 행위무능력 선고라는 스티그마 없이도 후견과 동일한 기능을 수행할 수 있었기 때문이라고 한다.

42) 이에 관한 자료는 2017년 3월 27일 서울가정법원에서 개최된 한·독 성년후견전문가 대화자료집 부록(SSK 후견·신탁연구센터 제공) 205면 이하, 특히 214면 이하 참조.

독일과는 다른 이유이기도 하지만, 이런 이유 때문에 신탁의 필요성은 거의 인식되지 않았을 것으로 짐작된다.

#### IV. 후견제도의 성격변화와 신탁의 새로운 기능

21세기 들어 후견과 신탁의 관계를 새롭게 조망할 필요성이 더욱 커진 것은 후견의 전통적 기능에 변화가 불가피해졌다는 점과 밀접하게 관련되어 있다. 아래에서는 이 문제를 살펴본다.

##### 1. 유엔 장애인권리협약의 영향 하에서의 후견

(1) 20세기 후반 이래 전통적인 후견제도는 대폭적으로 변화되기 시작하였다. 무엇보다도 많은 선진국에서 후견은 오늘날 더 이상 재산 관리 및 신상 보호를 내용으로 하지 않고, 피후견인의 의사결정을 지원 또는 대행하는 제도로 정착되거나 정착시키기 위한 노력 하에 있다.

1990년 성년후견법 제정을 통해 행위무능력자제도를 폐지하고 성년후견제도를 민법에 도입한 독일은 제1차 성년후견법 개정을 통해 후견인의 고유한 임무는 법적 지원, 즉 피후견인의 의사결정을 대신하는 것에 있음을 분명히 하였다(독일 민법 제1897조 제1항).<sup>43)</sup> 물론 후견인이 사실행위를 할 수도 있겠으나, 이는 후견인이 본인을 대리하여 타인으로 하여금 특정의 사실행위를 하도록 계약하는 것에 갈음하여 스스로 그 사실행위를 한 것으로 이해할 것이다. 물론 거기에 준하여 비용상환을 받을 수 있다. 그렇기 때문에 후견인에게 부여하는 임무는 재산관리 및 신상보호 영역에서 피후

43) 성년후견법 제정 직후에는 사회적 지원(soziale Betreuung)과 법적 지원(rechtliche Betreuung) 간의 구분이 모호하여, 후견인이 사실행위인 돌봄을 제공하는 것도 자신의 임무로 파악하기도 하였다고 한다. 사실행위는 후견인의 임무가 아니며 법적 돌봄, 즉 의사결정의 대행과 관련된 업무가 후견인의 임무임을 명확히 하기 위해 1999년 제1차 성년후견법개정을 해서 제1987조 제1항에 “법적 후견(rechtliche Betreuung)”이라는 표현을 넣고, 제1901조 제1항을 추가하여 법적으로 돌보는 것(rechtlich zu besorgen)에 필요한 모든 활동이 후견인의 임무임을 규정하였다. 이에 대해서는 Staudinger/Bienwald, BGB, §1897 Rn.1 ff., §1901 Rn.2f. 참조.

견인이 하여야 할 각종의 의사표시이다(1896조 제3항).

영국 역시 2005년 제정된 정신능력법에서 법정후견(deputy)과 영속적 대리권(lasting power of attorney)은 의사결정능력이 없는 성인의 재산과 신상을 보호하는 기능을 하는 것이 아니라, 재산 및 신상 관련하여 본인(P)이 하여야 할 의사결정을 대신하는 대리권으로서 자리매김 하였다(정신능력법 제16조 이하 참조).

2013년 7월 1일부터 시행된 성년후견제도 하에서의 우리 민법은 성년후견의 경우 재산관리권을 인정하지만(민법 제949조, 제957조 이하),<sup>44)</sup> 한정후견인은 재산관리권이 인정되지 않고 가정법원에서 정한 범위에서만 대리권 및 동의권을 가질 뿐이다(민법 제959조의4).<sup>45)</sup> 특정후견인의 경우도 다를 바 없다(민법 제959조의11). 성년후견인, 한정후견인, 특정후견인 모두 피후견인의 신상을 사실상 보호할 권한이나 의무가 없다. 달리 말하면, 후견인은 재산 관리 및 신상보호 사무에서 피후견인이 하여야 할 의사결정을 지원하거나(특정후견인의 사무지원) 그의 의사결정을 대신하는 것(법정후견 일반)에 고유한 역할과 기능이 있다. 이 점이 행위무능력자제도의 폐지와 성년후견제도의 도입을 통해 이루어 낸 가장 큰 변화의 하나라 할 것이다.<sup>46)</sup>

(2) 이런 변화의 동인은 장애인권리협약 제12조에 있다고 해도 과언이 아니다. 유엔 장애인권리협약에서 말하는 장애인은 매우 넓은 범위를 포괄하는 것으로, 우리나라 정신보건법상의 장애인의 범주와 다르다. 후견이 필요한 모든 사람들은 장애인권리협약상의 장애인에 해당된다.<sup>47)</sup> 그렇기 때

44) 동조는 후견인은 재산관리권을 가진다고 규정하는데, 이때의 후견인은 성년후견인과 미성년후견인을 지칭하는 것으로 해석해야 할 것이다.

45) 재산관리권은 재산을 점유하면서 사실상 및 법률상 관리하는 것을 포괄하는 넓은 개념으로 이해할 수 있다. 그 점에서 한정후견인의 사무에 관한 민법 제959조의6에서 후견인의 재산관리권과 대리권을 규정한 제949조를 준용하지만, 이를 한정후견인이 대리권을 갖는 범위에서 피후견인의 재산을 사실상 및 법률상 관리할 수 있는 권한이 있다는 것으로 해석할 수 없다는 것이다. 이 문제 자체의 해석에 관해서도 여러 논의가 필요하겠지만 여기서는 생략한다.

46) 피후견인의 신상에 관한 결정권(민법 제947조 제3항)이라는 후견인의 권한이 신상에 관하여 피후견인이 하여야 할 의사표시를 대행하는 것인지, 그것을 대리라고 할 수 있는지는 제철웅(위 주 4), 92면 이하 참조.

47) 우리나라는 의학적 모델에 입각하여 장애를 분류하기 때문에 의사결정능력 장애라는 개념을 알지 못한다. 그러나 유엔 장애인권리협약 전문 e는 사회적 관점에서 장

문에 장애인권리협약 제12조는 이 문제를 정면에서 직접 다루고 있다. 동 조는 의사능력(mental capacity to make decisions)이 없다는 이유로 장애인의 권리능력과 행위능력을 박탈하거나 제한해서는 안 되며,<sup>48)</sup> 오히려 장애인이 법적 능력(legal capacity)을 향유하도록 보장하여야 한다고 규정한다(동조 제2항).<sup>49)</sup> 대신 장애인이 보유한 권리를 행사할 수 있도록 그의 의사결정을 지원하여야 한다(동조 제3항). 또한 의사결정지원으로 제공되는 각종의 조치가 남용되지 않도록 하기 위한 안전장치(safeguard)를 두도록 한다. 그 안전장치를 통해 의사결정지원을 위한 조치가 장애인의 욕구와 선호도(will and preference)를 존중할 수 있도록 보장하고, 이익상충과 부당한 영향력(undue influence)로부터 벗어나고, 개인의 사정에 맞춘 비례적인 것이어야 하며, 가능한 단기간이어야 하고, 권한 있는 중립적 기관 또는 법원에 의해 정기적으로 사법심사를 받을 수 있도록 보장해야 한다. 안전장치는 의사결정지원을 위한 조치가 장애인의 권리와 이익에 미치는 정도에 비례적인 것이어야 한다(동조 제4항). 특히 동조 제5항은 장애인이 자기 재산을 소유하고 관리할 권한, 은행을 이용할 권리가 보장되어야 하며, 자의적으로 재산을 박탈해서는 안 된다고 규정한다.

장애인권리위원회는 제12조의 일반평석에서 의사결정대행제도(substitute decision-making regime)를 폐지하고 의사결정지원적 대체수단(supported

---

애를 정의하고 있다. 사회적 관점에서의 장애란 신체나 정신상의 손상(impairments)로 인해 사회생활에서 겪는 어려움을 장애(disabilities)라고 정의한다. 한편 우리나라 장애인복지법 시행규칙 별표에 따르면 치매는 장애로 분류되지 않지만, 의학적 모델에 따르면 치매는 장애로 분류한다. 이에 대해서는 제철웅, 요보호성인의 인권존중의 관점에서 본 새로운 성년후견제도, 민사법학 56호(2011.12), 280면 이하 참조.

48) 의사능력은 개별 법률행위별로 판단하지만, 행위능력은 획일적 기준으로써 유효한 법률행위를 할 수 있는 자격을 정한 것이다. 개개의 법률행위에서의 의사능력이 없으면 그 법률행위는 무효이고, 따라서 행위능력의 문제는 제기되지 않지만, 미성년자일 경우 법정대리인의 동의가 없거나(민법 제5조), 처분을 허락한 재산(제6조)이 아닌 어떤 법률행위를 할 때에는 법정대리인이 취소할 수 있다는 것은 행위능력(그 제한)의 문제이다. 유엔 장애인권리위원회는 의사무능력이라는 이유로 행위능력을 제한해서는 안 된다고 한다. 의사무능력이라도 그의 욕구와 선호도(will and preference)를 존중하여 법적 효력을 부여할 수 있는 제도를 만들도록 요구한다.

49) 이 점은 이미 유엔 장애인권리위원회의 제12조 평석초안에서도 지적되고 있다. Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Draft General Comment on Article 12, CRPD/C/11/4, n.11-13.

decision-making alternatives)을 발전시켜야 한다고 하였다.<sup>50)</sup> 의사결정대행 제도란 단일한 의사결정에 관한 것이라 하더라도 장애인의 법적 능력(legal capacity)을 박탈하거나, 장애인 자신이 아닌 다른 사람이 의사결정대행자를 선임하며, 특히 그가 원치 않는데도 의사결정대행자가 선임될 수 있거나, 장애인의 욕구나 선호도에 법적인 효력을 부여하는 것이 아니라 객관적 관점에서 본 최선의 이익에 따라 의사결정을 대행하는 제도 일반을 의미한다.<sup>51)</sup> 대신 장애인권리위원회는 장애인이 의사결정지원을 받아 작성한 사전지시서, 지속적 대리권 등의 활용을 권고하고 있다.<sup>52)</sup>

장애인권리협약 제12조의 일반평석은 의사결정대행제도로서의 후견제도에 대한 근본적인 변화를 요구한다. 많은 나라에서 위에서 언급한 의미에서의 전통적인 후견제도를 폐지하고 이를 의사결정지원제도로 전환하고자 노력하고 있다.<sup>53)</sup> 어떤 경우이든 후견제도는 점차 더 이상 피후견인의 재산 관리 및 신상 보호의 수단이 아니라, 의사결정대행=대리제도로 그 영역이 좁아지고 있으며, 덧붙여 의사결정지원에 중점이 있고 의사결정대행은 최후의 수단으로 활용될 것이라고 예측할 수 있다.

## 2. 의사결정지원제도 하에서의 신탁의 위상 변화

(1) 후견제도가 의사결정지원제도로 발전해 가면 갈수록, 후견인은 재산 관리나 신상보호 업무가 아니라, 재산관리 및 신상보호에 관한 본인의 의사결정을 지원하고, 최후의 수단으로 의사결정을 대행=대리하는 수단으로 정착될 것이다. 이렇게 되면 직접 피후견인의 재산을 점유하여 관리하는 것은 후견인의 고유한 업무에서 제외될 것이다. 특히 우리나라의 후견제도는 국친사상에 입각한 제도가 아니기 때문에 가정법원이 임의로 피후견인의 재산을 후견인으로 하여금 점유하게 하는 것에는 한계가 있을 것이다.

50) UN Committee on the Rights of Persons with Disabilities, General Comment No.1(2014), CRPD/C/GC/1, n.28 참조.

51) UN Committee on the Rights of Persons with Disabilities(위 주 38), n.27.

52) UN Committee on the Rights of Persons with Disabilities(위 주 38), n.17 참조.

53) 가령 호주 빅토리아 주의 후견법 개정은 제철웅, 유엔 장애인권리협약의 관점에서 본 한국 성년후견제도의 현재와 미래, 가족법연구 제28권 2호(2014.7), 212면 이하 참조.

가령 가사소송법 제62조 제1항, 가사소송규칙 제32조 제2항은 사전처분으로서 사건에 관련된 재산의 보존을 위한 처분 등 적당한 처분을 할 수 있도록 하기 때문에 임시후견인에게 재산을 점유하면서 관리하게 하는 처분을 할 수 있을 것이다. 그러나 후견개시 후의 후견인의 임무와 관련해서는 성년후견을 제외한 여타의 법정후견은 후견인에게 이런 의미에서의 재산관리권한이 없기 때문에,<sup>54)</sup> 한정후견인과 특정후견인은 피후견인의 재산을 직접 점유하면서 관리할 권한이 없는 것이 원칙일 것이다. 혹자는 민법 제954조의 후견사무에 관한 처분으로 후견인에게 재산관리 등 후견임무 수행에 필요한 처분을 명할 수 있고, 이 규정은 한정후견과 특정후견에 각각 준용되기 때문에(제959조의6, 제959조의12), 이 규정에 따른 처분으로써 후견인에게 피후견인의 재산을 점유하도록 할 수 있다고 주장할 수 있을지 모른다. 그럼에도 불구하고 후견의 개시 또는 가정법원의 처분은 모두 개인의 사적 영역, 특히 헌법상 보장받는 피후견인의 자기결정권의 영역에 대한 침해이기 때문에 자유 침해를 수반하지 않는 다른 대체수단이 없을 때 필요한 범위에서 최소한의 한도로 개입하여야 한다는 점을 가정법원 판사도 유의해야 할 것이다.<sup>55)</sup> 이런 관점에서 본다면 한정후견인이나 특정후견인으로 하여금 피후견인의 재산을 점유함으로써 관리하도록 하는 것은 매우 이례적인 사안에, 그것도 제한된 기한 내에 허용된다고 해석해야 할 것이다.

따라서 의사결정지원제도가 정착되면 정착될수록 재산관리의 면에서 전통적으로 후견과 신탁이 가졌던 대체재의 성격이 점차 열어지게 될 것이다. 대신 재산관리의 공백을 메꿀 다른 수단이 필요하게 될 것이다. 우리의 현행 법제도 중에서는 그 수단으로 신탁만한 것이 없다. 우리법의 신탁은 계약으로 성립하기 때문에 자기결정권의 존중의 관점에서 그 이용을

54) 조문의 체계상 후견인의 재산관리권한을 규정한 민법 제949조는 미성년후견과 성년후견을 규율하는 제5장 제1절에 위치하고 있다. 제2절은 한정후견과 특정후견에 관한 규정인데, 이 규정에서는 제949조를 준용하지 않는다. 또한 한정후견인의 권한으로 대리권을 가정법원에서 정하도록 규정한다(제949조의4). 한정후견인의 동의권은 민법 제13조에 따라 가정법원에서 정한다.

55) 법정후견이 국가의 사적 영역에 대한 개입이기 때문에, 후견의 개시와 후견의 범위에 관하여 언제나 기본권 제한의 원칙을 염두에 두어야 한다는 것으로는 제철웅(위주 4), 96면 이하 참조.



권장하는 것은 바람직할 것이다. 달리 말하면, 고령, 장애, 질병 등으로 장차 의사결정능력에 장애가 생기거나 의사무능력 상태에 처할 수 있다고 생각하거나, 그런 위험을 대비하고자 한다면, 재산관리의 측면에서는 최소한 그 시점부터 작동할 수 있도록 미리 신탁계약을 체결하도록 권장할 필요가 있다는 것이다. 이렇게 되면 자기결정권의 행사로써 미래를 대비하면 재산관리의 면에서 후견의 필요성이 줄어들 것이고, 국가의 사적 영역에 대한 불필요한 개입도 줄어들 것이다. 고령화와 위험사회의 진전으로 의사결정능력에 장애가 있는 성인은 더욱 더 늘어날 것임에도 불구하고 다른 한편에서는 자기결정권의 존중과 의사결정지원을 중시하는 인권의식의 확장되기 때문에, 법원에 의한 결정에 의존할 수밖에 없는 후견보다는 자기결정으로 작동되는 신탁이 이런 시대 변화에 더 잘 부응할 수 있다는 것이다.

(2) 다른 한편 종래와 달리 의사결정지원이 중시되면 재산관리의 면에서는 후견과 신탁은 대체재의 성격보다는 전자가 후자로 나아가는 연결고리의 역할을 할 수도 있을 것이다. 고령자나 장애인 등 의사결정능력 장애인이라고 하더라도, 신탁, 지속적 대리권을 비롯한 잘 설계된 미래계획이 있으면 이 계획에 따라 생존과 생활에 필수적인 장기 요양 서비스를 지속적으로 제공받을 수 있기 때문에, 재산관리와 신상보호에서의 별도의 지속적 의사결정지원이나 대행이 필요하지는 않다. 그러나 이런 미래계획을 미리 마련하지 못한 다수의 의사결정능력 장애인들은 불가피하게 후견을 이용할 수밖에 없다. 그러나 후견인에 의한 지속적인 의사결정지원이나 대행은 가정법원에 의한 개입이라는 국가개입적 성격으로 인해 개인맞춤형이 되기가 쉽지 않으며, 계약에 기반한 것이 아니기 때문에 후견인의 활동을 탄력적으로 관리하기가 어렵다. 가정법원에 제출하는 연차보고서의 점검이나 학대, 방임 등이 발생하였을 때의 사후조치 이외에는 별다른 장치가 없다는 것이다. 이런 점을 감안하면 재산관리가 신탁계약에 기반하여 이루어질 수 있도록 하는 것이 바람직할 것이다. 첫째, 가정법원에 의한 감독보다 신탁이 수탁자의 재산관리를 훨씬 용이하게 감독할 수 있다. 신탁계약에 따라 수탁자가 재산관리를 하겠지만, 수익자에게 지급되는 수익의 지출을 지원하는 시스템을 계약으로 정할 수 있기 때문에 수탁자의 활동을 감독하는 측면도 있기 때문이다. 둘째, 신탁계약에 의한 재산관리가 비용의 관점에서

더 효과적이다. 다수의 재산을 신탁받아 재산관리를 하게 되면 규모의 경제가 실현될 수 있기 때문이다. 동시에 수익자가 받을 수익의 지출을 관리하는 자를 신탁계약에서 정한다 하더라도 감독의 측면에서 그 비용이 가사조사관보다 저렴할 것이며, 후견인에게 지출될 비용이라는 관점에서도 그보다 더 저렴할 수 있기 때문이다. 셋째, 후견에 비교하여 신탁의 가장 큰 장점은 신탁계약에 피후견인의 현재와 미래의 사회생활 및 개인생활상의 필요를 탄력적으로 반영할 수 있기 때문이다.

이런 사정을 감안하면 지속적 재산관리가 필요함에도 불구하고 본인이 미래의 계획을 수립하지 않은 상태에서 의사능력이 없거나 취약한 경우 신탁계약을 체결하기 위한 목적으로 후견을 개시할 필요가 있을 것이다.

(3) 이상의 이유로 의사결정지원제도가 정착된다면, 신탁은 후견을 단순히 대체하는 수단이 아니라 재산관리의 중심수단이 되도록 하는 것이 바람직할 것이다. 재산관리의 면에서는 신탁을 개설하기 위한 목적으로 후견을 개시하는 것이 원칙적 모습일 수 있다는 것이다. 그 점에서 보면 지속적 후견이자 재산관리권한을 가진 성년후견을 개시하면서 후견인의 권한남용을 방지하기 위한 목적으로 활용하는 신탁은 바람직하지 않다고 할 것이다. 첫째, 재산관리의 중점으로 인해 피후견인의 입장에서 비용의 2중 지출이 요구되기 때문이다. 설사 가족후견인이어서 보수를 지불하지 않는다 하더라도 가족후견인의 후견서비스가 그의 희생을 전제하는 것이기 때문에, 이는 필연적으로 사회적 비용으로 귀결될 것이다. 사회적 관점에서 보면 결과적으로 이중의 비용지출이 있는 셈이다. 둘째, 성년후견 자체가 갖는 인권 및 기본권 침해 요소를 근본적으로 제거하기보다는 그 폐해를 우회적으로 억제하려는 것이기 때문에 법적인 관점에서 볼 때 정당하지 않다.<sup>56)</sup> 특히 유엔 장애인권리협약의 체약국인 우리나라 국가의 한 구성부분인 가

56) 필자의 이런 주장이 성년후견제도의 폐지와 후견대체제도의 활용으로 귀결된다고 오해해서는 안 될 것이다. 다양성이 지배하는 현실세계에서 대부분의 사람, 아니 적어도 다수의 사람에게 미래에 발생할 가능성 있는 의사무능력 또는 의사결정능력의 심각한 훼손에 대한 대비책을 미리 설계할 것을 기대하는 것은 불가능하다. 그런 이유 때문이라도 의사결정대행을 내용으로 하는 후견제도는 지속될 수밖에 없고 또 그 래야 할 것이다. 다만 그 때에도 필요한 범위에서 제한적으로 활용되어야 한다는 것을 제시하는 것이다.

정법원이 장애인권리협약 제12조에 정면으로 반하는 성년후견을 지속함으로써 안게 될 사회적 비용부담을 간과해서는 안 될 것이다.

### 3. 의사결정능력 장애인을 위해 강조되어야 할 새로운 신탁목적

(1) 우리나라에서의 신탁은 전통적으로 투자목적을 위해 상업적으로 활용되어 왔다. 그러나 우리나라 신탁제도가 갖는 특징인 신탁목적 구속성, 재산의 독립성, 계약성으로 인해 신탁은 의사결정능력 장애인의 재산관리에 가장 효과적으로 활용될 수 있는 수단으로 발전할 수 있다. 이를 위해서는 자본시장법이 아니라 신탁법의 적용을 받는 민사신탁에서 신탁의 추가적인 목적이 개발되어야 한다. 전통적인 상사신탁은 단순히 재산의 보존, 관리, 증식을 위한 목적이었다면, 의사결정능력 장애인을 위한 민사에서의 중점적 신탁목적은 신탁재산을 개인의 현재와 미래의 생활상의 수요에 맞게끔 지출될 수 있도록 보장하는 것에 있어야 한다. 달리 말하면, 의사결정능력 장애인을 위한 신탁에서는 이들이 재산관리 관련 의사능력이 없는 상태에서도 일상생활, 치료, 요양에 필요한 재원을 확보하여 지역사회에서 최대한 오래 생활할 수 있도록 지원하기 위한 서비스에 초점을 맞추어야 한다는 것이다. 그 점에서 상사신탁과 의사결정능력 장애인 신탁의 연계가 필요할 수도 있다.<sup>57)</sup>

위와 같은 의사결정능력 장애인을 위한 신탁목적을 실현하기 위해서는 다음의 요소가 신탁계약에 반드시 반영되어야 한다. 첫째, 그 장애인의 현재 및 장래의 생활상의 수요를 예측하고, 재평가하는 시스템이 신탁계약에 포함되어야 한다. 사회복지계에서 널리 활용되는 일종의 개인별지원계획의 수립과 점검, 재평가과정이 그 모범이 될 것이다. 둘째, 신탁재산은 최대한 생존기간 동안 모두 지출되는 것을 목표로 설계하여야 한다. 이 신탁의 목적은 재산증식이 아니라 의사결정능력 장애인이 지역사회에서 안심하고 생활할 수 있도록 보장하는 것에 목적이 있기 때문에, 사망시까지 재산을 모두 소진하도록 설계하는 것이 가장 바람직할 것이다. 그래야만 그 재산으

57) 미국의 집합특별수요신탁회사, 싱가포르의 특별수요신탁의 경우 신탁재산을 금융기관이나 공공신탁청에 재신탁하는 것이 그 예이다. 싱가포르 특별수요신탁회사의 활동은 <https://www.sntc.org.sg/Pages/Home.aspx> 참조. 2017.6.29. 최종방문.

로 최대한 편익을 향유하면서 인간답게 살다가 생애를 마감할 수 있기 때문이다. 이렇게 하는 것이 사회 전체적으로 보더라도 유익하다. 의사결정능력 장애로 자칫 사장되거나 불법적으로 유출되어 낭비적으로 사용되기 쉬운 재산을 본인을 위해 최대한 사용되는 것을 보장하는 것이므로, 사회 전체의 입장에서는 의사결정능력 장애에도 불구하고 건전한 소비자가 시장에서 왕성하게 활동하는 것과 동일한 효과를 가져올 것이기 때문이다. 셋째, 신탁재산 및 그 수익금이 의사결정능력 장애인을 위해 실질적으로 지출될 수 있도록 지원하는 인력의 배치도 신탁계약에 필수적으로 포함되어야 할 것이다. 그 인력은 수탁자일 수도 있고, 가족일 수도 있으며, 후견법인의 직원일 수도 있을 것이다.

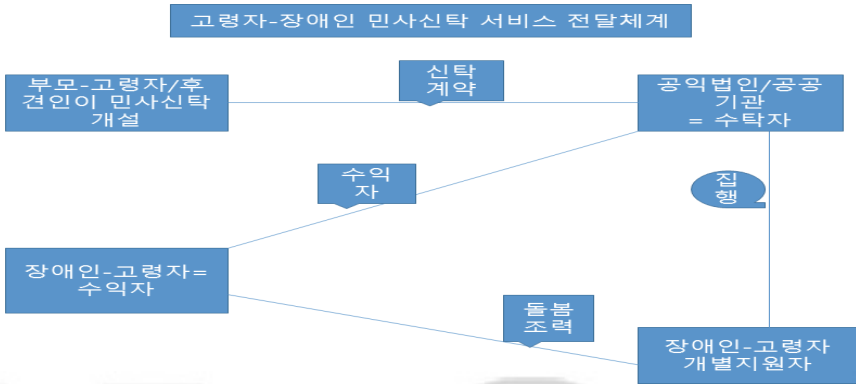
이런 내용의 신탁서비스를 제공하는 기관<sup>58)</sup>의 주요업무는 의사결정능력 장애인에게 필요한 재원의 마련, 그의 개인적 요구 파악, 변화하는 개인적 수요 예측, 신탁재산 및 수익금 사용을 지원하는 자의 관리 등이 될 것이다. 이 점에서 전통적인 상신탁과는 다른 형태의 신탁인 셈이다. 그 점에서 이 신탁은 신탁법에 따른 민사신탁으로 작동되게 보장하는 것이 필요할 것이다.<sup>59)</sup> 이런 민사신탁의 작동기제는 다음 그림으로 간단히 표현할 수 있다.<sup>60)</sup>

58) 신탁법에 따르면 수탁자가 되는 데 별도의 제한이 없기 때문에 누구라도 의사결정능력 장애인을 위한 신탁서비스를 제공할 수 있을 것이다. 그럼에도 불구하고 이 글에서는 안전성, 신뢰성, 장애인권존중성 등의 관점을 고려하여 공익법인이나 공공기관이 수탁자의 중심이 되도록 해야 한다는 것을 전제로 논의한다. 이렇게 할 필요성은 제철웅, 발달장애인 신탁의 필요성과 활용방안, 법학논총 32집 4호(2015.12), 448면 이하 참조.

59) 현재 한국자폐인사랑협회의 신탁·의사결정지원센터에서 위와 같은 이론에 근거하여 아산재단의 지원으로 발달장애인 민사신탁서비스를 제공하고 있다. 그 활동은 <https://www.autismkorea.kr/2014> 참조. 2017.6.29. 최종방문.

60) 이 그림은 제철웅(위 주 58), 441면 이하의 논의를 기반으로 하여 이를 고령자에게 까지 확대한 것이다.

[그림 1] 고령자-장애인 민사신탁서비스의 전달체계



(2) 이 목적의 신탁에 신탁할 재산에는 금전, 동산과 부동산 소유권, 기타의 재산권 등 아무 제한이 없다. 그 재산이 의사결정능력 장애인의 생활상의 수요에 충당되거나 기여할 수 있는지가 중요할 것이다. 그런데 신탁 재산이 금전인 경우 이를 가장 효과적으로 관리하는 방법은 이를 집합화시켜 투자하고, 각 수익자는 집합투자신탁재산에 대한 자기 지분을 갖도록 하는 것이 가장 바람직할 것이다. 규모의 경제가 실현될 수 있기 때문이다. 그런데 이를 실현하는 데에는 몇 가지 어려움이 있다. 첫째, 신탁법 제 37조 제2항, 제3항의 해석이 문제된다. 수탁기관이 이를 직접 신탁재산을 집합화시켜 투자전문기관 또는 자문위원회의 자문에 따라 투자할 경우, 개별 신탁재산 분리의 원칙이 준수될 수 있는가가 문제되기 때문이다. 만약 동조의 해석상 신탁기관이 신탁재산을 집합화시키는 것이 가능하지 않다면,<sup>61)</sup> 각 개별 신탁재산별로 투자하여야 하는 어려움이 따를 것이다. 둘째, 신탁재산인 금전 관리방법을 규정하는 신탁법 제41조도 어려움으로 작동한다. 민사신탁기관이 투자회사에 신탁재산을 재신탁하여 그 투자회사가 투자하여 신탁금전을 증식시키는 방법은 신탁법에서 허용하는 금전관리방법이

61) 신탁법 제37조 제3항은 금전이나 대체물인 경우 계산을 명확히 하여 분별 관리가 가능하다고 하는데, 이는 대체물에 통상 발생하는 혼화 문제에 대응하기 위한 규정으로 해석할 수 있기 때문이다.

아니기 때문이다. 셋째, 신탁법에 따라서도 수탁자는 보수를 받을 수 있지만(신탁법 제47조), 이를 지속적으로 할 때에는 “영업”에 해당될 수 있기 때문에, 영업규제를 어떻게 할 것인가라는 문제가 남는다. 그렇다고 이런 민사신탁기관을 자본시장법에 따라 규율하는 것은 바람직하지 않을 것이다.

이런 점을 감안한다면, 의사결정능력 장애인을 위한 신탁으로 그 업무의 주요내용이 신탁재산 및 수익을 그 장애인의 생활상의 수요충족에 지출하기 위한 것일 신탁에 관한 특별법이나 특별규정이 필요할 것이다.

(3) 의사결정능력 장애인을 위한 신탁에서 또 하나의 주요한 쟁점은 이들의 특별한 수요에 충족하기 위한 신탁재산을 국민기초생활보장법상의 소득환산 자산에서 제외시킬 필요가 있는가이다.<sup>62)</sup> 이를 긍정할 수 있는 요소는 다음과 같은 것이 있다. 첫째, 사회보장기본법의 공공부조 수급권 자격은 자산조사를 기초로 하는데, 자산조사에서는 부양의무자의 자산도 포함시켜 수급자 여부를 판단한다. 공공부조에 관한 기본법적 성격이 있는 국민기초생활보장법은 부양의무자를 1촌의 직계혈족 및 그 배우자로 한다(동법 제2조). 이 규정으로 인해 한편에서는 여러 사유로 가족 돌봄에서 방치된 사람들은 이 규정 때문에 공공부조의 수급권자 지위를 갖지 못하여 빈곤의 사각지대에 있게 되고,<sup>63)</sup> 다른 한편에서는 부모 사후 장애인의 형제자매가 장애인의 재산을 없앴으로써 기초생활수급자로 만들기도 한다.<sup>64)</sup> 둘째, 공공부조가 최저한의 생계를 보장하는 것인데, 고령자 아닌 의사결정능력 장애인의 대부분은 그 장애 발생 이후 장애인고용촉진법에도 불구하고 취업 등을 통해 다른 소득을 얻기 어렵다. 의사결정능력 장애는 우리 사회에서 중증장애로 분류되는데, 이들을 위한 고용 사정이 전반적으로 변화되지 않는 한, 공공부조가 이들의 소득의 대부분이 될 것이다. 셋째, 이들이 부모로부터 조금이나마 재산을 상속받거나 소득 등으로 재산을 모았다 하더라도 최저생계비의 수준을 넘는 순간 공공부조가 삭감된다. 그렇기 때문에 약간의 예금이 누적되면 친족, 이웃 등이 별다른 죄의식 없이 이를

62) 이하의 논의는 특별수요신탁의 필요성에 관한 것이다. 이에 관하여는 제철웅·최운영(위 주 12), 1163면 이하, 특히 1172면 이하 참조.

63) 대표적인 예가 송파 4모녀 자살사건이다.

64) 신안염전피해자 중에도 이런 사례에 해당되는 일들이 적지 않다.

착취하는 경향이 있다. 이들은 최저한의 삶을 살아갈 수밖에 없는 악순환의 고리에 있다. 이런 사정들은 의사결정능력 장애인의 생활상의 수요에 충당할 목적인 신탁재산을 소득환산 재산에서 공제하는 것을 긍정적으로 고려할 수 있는 요소이다. 최소한 이 범위에서는 UN 장애인권리협약 제5조, 장애인차별금지법 제4조 제2항의 장애인을 위한 정당한 편의제공으로 볼 수 있기 때문이다.

한편 이들의 신탁재산을 소득환산재산에서 제외하게 되면 이를 악용할 가능성이 있다는 점이 그 도입을 주저하게 할 요소가 된다. 그런데 이는 이 목적의 신탁기관을 특정하고, 신탁재산 사용처를 관리함으로써 극복할 수 있을 것이다. 그 점에서는 미국, 캐나다 등에서 활용되는 특별수요신탁 제도를 참고할 수 있을 것이다.

## V. 결 론

유엔 장애인권리협약의 비준국인 우리나라의 정부(넓은 의미에서 법원을 포함하여)는 후견제도를 의사결정지원제도로 자리 잡게 제도 개선을 할 필요가 있다. 이 글은 이를 전제한 후 의사결정능력지원제도의 도입과 정착에서 신탁제도를 적절하게 활용할 필요가 있다는 점을 제안하였다. 그 점에서 이 글은 제도론 연구라 할 것이다. 통상 해석론 연구는 구체적 법률 분쟁에 대해 일의적인 해답을 제시하는 것을 목적으로 삼지만, 제도론 연구는 현실의 여러 모습을 모두 설명하지 않고 또 설명할 수도 없다는 점에 그 특징의 하나가 있다. 단지 현실의 여러 양태에 대한 새로운 설명방법, 즉 법칙을 제시하려는 것에 그 목적이 있다. 그 점에서 제도론 연구는 사회과학적 연구방법에 기초하되, 사회현상에 대한 새로운 법칙을 목적의식적으로 제안하기 위해 그 연구결과를 활용하는 경우가 대부분이다. 달리 말하면 입법적 제안이나 정책적 제안 역시 사회과학적 연구방법(법학의 관점에서는 법학적 연구방법)에 근거한다는 것이다. 이 글에서 제시된 신탁과 후견의 관계 설정 역시 입법적 또는 정책적 제안인 셈이다. 그 점에서 이 글은 현실의 각 현상들이 이 글에서 제안된 방향으로 일의적으로 바뀌어야 한다고 제안하는 것도 아니며, 그렇게 될 것이라 예측하는 것도 아니다.

오히려 제도개선 또는 제도운영의 방향성을 제시하려는 것이다.

그런 관점에서 이 글은, 후견은 의사결정지원제도로 활용하여야 한다는 점, 또한 후견인에 의한 의사결정대행=대리는 최후의 수단으로 활용되도록 이 제도를 운영해야 한다는 점을 규범적으로 전제하면서, 의사결정지원제도가 확대 도입됨으로써 발생할 재산관리의 공백을 신탁으로 메울 수 있다는 점을 제시하였다. 즉 후견과 신탁에 관한 전통적인 관계는 국가의 사적 영역에 대한 과도한 침해인 후견을 회피하기 위한 대체수단이었지만, 앞으로는 의사결정능력 장애인의 재산관리의 측면에서는 신탁이 중심수단으로 후견은 보충수단으로 자리 잡도록 하는 것이 규범적으로 바람직하다는 것이다. 이때 일상생활, 요양 및 치료라는 의사결정능력 장애인의 현재와 미래의 생활상의 수요 충족을 위한 신탁재산 지출에 초점을 맞추는 민사신탁을 그 중핵으로 자리매김 하는 것이 필요하다고 제안하였다.

#### 주제어

성년후견, 성년후견지원신탁, 신탁, 의사결정지원제도, 후견대체제도  
 Adult Guardianship, Guardianship Supporting Trusts, Trust, Supported  
 Decision Making System, Alternatives to Guardianship



《참고문헌》

- 김성우, 한국 후견제도의 운영과 가정법원의 역할, 법조 제722호(2017.4).
- 김재승, 신탁과 관련된 상속세·증여세 문제와 Estate Planning 도구로서 신탁의 이용가능성, 조세법연구 XVII-3.
- 김관기, 고령화사회에서 재산관리와 승계수단으로서의 신탁, 동아법학 55호.
- 전병주/김건호, 일본 성년후견인의 부정행위와 한국에서의 합의, 한국콘텐츠학회논문지 13 Vol.13 No.8(2013).
- 제철웅, 성년후견과 지속적 대리, 법조 2017년 4월호.
- 제철웅, 발달장애인 신탁의 필요성과 활용방안, 법학논총 32집 4호(2015.12).
- 제철웅, 유엔 장애인권리협약의 관점에서 본 한국 성년후견제도의 현재와 미래, 가족법연구 제28권 2호(2014.7).
- 제철웅, 캐나다 브리티시 콜롬비아 주의 의사결정능력 장애인의 사법상의 권리실행보장장치에 관한 연구, 비교사법 21권 4호(2014년 11월).
- 제철웅, 영국법에서 의사결정무능력 성인의 보호제도의 역사적 전개와 2005년의 정신능력법의 특징, 비교사법 17권 4호(2010.12).
- 제철웅, 요보호성인의 인권존중의 관점에서 본 새로운 성년후견제도, 민사법학 56호(2011.12).
- 제철웅/최윤영, 중증발달장애인의 보호를 위한 특별수요신탁제도의 도입 필요성, 비교사법 제21권 3호(2014.8).
- 최수정, 개정 신탁법상의 재산승계제도, 법학논총 제31집 제1호.
- 최수정, 상속수단으로서의 신탁, 민사법학 34권(2006).
- 최수정, 후견과 신탁, 법조 2015년 3월.
- Ashton ed., Court of Protection Practice 2010, Jordans 2010.
- Bartlett, P., The Mental Capacity Act 2005, Oxford University Press (2005).
- Coke, Mathew, A Survey on Adult Protective Services and Elder Abuse in Hawaii and Nationwide, 2007.
- Coleman, Lee and Trudy Solomon, Parens Patriae Treatment: Legal Punishment in Disguise, 3 Hastings Constitutional Law Quarterly (1976).
- Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Draft General Comment on Article 12, CRPD/C/11/4.
- Edwards, R./N. Stockwell, Trusts and Equity, 8th edition, LexisNexis.
- Huber, Joachim, Lehrbuch des Familienrechts, Verlag C.H.Beck (1971).
- Hurme, Sally Balch, Dir. American Bar Association, Steps to Enhance Guardianship Monitoring (1991).
- Lush, Denzil, *Roman Origins of Modern Guardianship Law*, in: Kimberly Dayton,

- Comparative Perspective on Adult Guardianship (2015).
- Moffat, Graham, *Trusts Law*, 5th edition, Cambridge University Press.
- National Guardianship Association, *Standards of Practice*, [http://www.guardianship.org/documents/Standards\\_of\\_Practice.pdf](http://www.guardianship.org/documents/Standards_of_Practice.pdf).
- Neugebauer, Richard, The Treatment of the Mentally Ill in Medieval and Early Modern England: A Reappraisal, 14 J. Journal of the History of the Behavioral Sciences(1978).
- Perlin, Michael, *Mental Disability Law Vol 1*, LexisNexis (2008).
- Peter M., Horstman, Protective Services for the Elderly: the Limits of Parens Patriae, *Missouri Law Review* vol. 40 (1975).
- Staudinger Kommentar zum BGB, seiller De Gruyter (2013).
- The United States Government Accountability Office Report, *Guardianships: Cases of Financial Exploitation, Neglect, and Abuse of Seniors* (2010).
- UN Committee on the Rights of Persons with Disabilities, General Comment No. 1 (2014), CRPD/C/GC/1.

## Adult Guardianship and Trusts: Seeking a new relationship

Je, Cheol-Ung

As a study on legal systems, this article proposes to set up a new legal principle of the relation between adult guardianship and trusts, which is able to explain relevant social and legal phenomena, while it does not intend to explain social phenomena prevalent in the area of adult guardianship and trusts. This kind of studies should be based on research methods of social science and is intended to suggest a new social and legal rule to purportedly change social phenomena. In other words, policies and legislative measures suggested by the study are based on the proper methods of social science.

This article premises that Korean government including judiciary, as a ratifying state of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, shall be obliged to improve the adult guardianship system to the direction of supported decision making schemes. Based on such an international obligation, this article suggests that trust schemes should be utilized on the way to the introduction and settlement of supported decision making system. To prove this suggestion, this article argues that adult guardianship system should be transformed to a supported decision making scheme, which UN Committee on the Convention on the Rights of Persons with Disabilities has urged ratifying states to develop on the basis of Article 12 of CRPD. As supported decision making schemes are evolving, some vacancy of property managements of persons with impairments to decision making abilities must take place, which, this article argues, can be filled by trusts. Whereas trusts has

traditionally alternated the necessities of adult guardianship, this article argues that trusts should be placed in the center of the property managements of the persons with impairments to decision making disabilities; that, on the contrary, adult guardianship should be resorted to as supplements to trusts. For the purpose of managing property of those persons, this article argues that the purpose of trusts should be to safely and continuously spend their property in accordance with their present and future needs of daily expenditure, care and medical treatments; that civil trusts would be much better positioned to meet such needs rather than commercial trusts run by financial institutions.

