

〈논문〉

성년후견·한정후견의 개시심판과 특정후견의 심판*

金 炯 錫**

요 약

성년후견제도를 도입하는 내용의 개정된 민법이 2013년 7월 1일부터 시행되었다. 개정된 민법의 성년후견제도는 종래 행위무능력제도와는 이념적 기초를 달리하는 제도와 규율을 도입하고 있다. 이와 관련된 규정의 해석은 구법의 통설과 실무를 단순히 참조함으로써 해결될 수는 없으며, 성년후견제도가 부조해야 할 요부조성인들의 필요와 성년후견제도의 이념을 배경으로 새로이 숙고될 필요가 있다. 본고는 그러한 작업의 일환으로 우선 법정후견이 시작하는 절차에 대한 해석론적인 문제들을 체계적으로 살펴보는 것을 목적으로 한다. 즉 성년후견·한정후견의 개시심판 및 특정후견 심판에 대해서 그 개시사유와 절차를 개관하면서, 개별적으로 제기될 수 있는 해석론적인 쟁점들을 살펴보고 필자가 설득력 있다고 생각하는 견해를 제안한다.

주제어: 성년후견, 한정후견, 특정후견, 가사절차, 보호조치

I. 서 론

성년후견제도를 도입하는 내용의 개정된 민법이 2013년 7월 1일부터 시행되었다. 이로써 종래 입법론적으로 전개되던 성년후견제도에 관한 논의는 이제 현행법을 개선하기 위한 입법론으로 전환되고, 동시에 현행법으로서 효력을 가지는 민법규정에 대한 해석론도 포괄하게 되었다. 개정된 민법의 성년후견제도는 종래 행위무능력제도와는 이념적 기초를 달리하는 제도와 규율을 도입하고 있다. 그래서 그 해석은 구법의 통설과 실무를 단순히 참조함으로써 해결될 수는 없으며, 성년후

* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2014학년도 학술연구비 지원을 받았다.

** 서울대학교 법과대학/법학대학원 교수.

견제도가 부조해야 할 요부조성인들의 필요와 성년후견제도의 이념을 배경으로 새로이 숙고될 필요가 있다.

본고는 그러한 작업의 일환으로 우선 법정후견이 시작하는 절차에 대한 해석론적인 문제들을 체계적으로 살펴보는 것을 목적으로 한다. 이는 가정법원이 성년후견이나 한정후견의 개시심판 또는 특정후견의 심판을 하는 경우, 어떠한 사유 및 절차에 따라 재판을 해야 하는지의 내용을 체계적으로 서술함을 의미한다. 요부조성인에게 성년후견제도가 법적인 보호수단으로서 직접적으로 나타나는 첫 번째 단계가 바로 이들 절차일 것이다. 그러므로 법정후견이 시작하는 절차에 대한 해석론적인 작업은 성년후견제도 전반을 이해하는 첫걸음으로써 작지 않은 의의가 있다고 생각된다.

아래에서는 법률이 정하는 순서에 따라 차례로 성년후견의 개시심판, 한정후견의 개시심판, 특정후견의 심판을 살펴본다.

II. 성년후견의 개시심판

성년후견이 개시하는 요건은 민법 제9조¹⁾가 정하고 있다.

1. 실질적 요건

성년후견이 개시될 본인은 “질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 지속적으로 결여된 사람”이어야 한다(제9조).

(1) 정신적 제약

우선 본인에게 정신적 제약이 존재해야 한다. 이는 일반인과 비교할 때 자신의 사무와 관련해 판단능력 및 의사결정능력이 부족하거나 감퇴되어 있는 상태를 말한다. 그러한 정신적 원인의 제약은 장애, 질병, 노령 등에 의해 발생할 수 있다.

(a) 장애는, 주요 외부 신체기능의 장애 내지 내부기관의 장애를 말하는 신체적

1) 아래에서 범명의 언급 없이 인용하는 조문은 민법의 조문이다. 아울러 필자가 “민법 개정안에 따른 성년후견법제”, **가족법연구**, 제24권 제2호, 2010, 111면 이하에서 민법 개정안에 대해 개진했던 내용 중 현행법 설명으로 타당한 부분은 본고에서도 반영되어 있음을 밝힌다.

장애와, 발달장애 또는 정신질환으로 발생하는 장애를 말하는 정신적 장애로 구별될 수 있을 것이다(장애인복지법 제2조 제2항 참조). 그리고 질병은 신체의 건강이 저해되어 기능이 원만하지 아니한 상태를, 노령은 나이가 많은 상태를 말한다. 실제로 질병, 장애, 노령의 세 가지 사유가 서로 중복하는 사안이 적지 않을 것이지만, 어느 편이나 정신적 제약을 발생시키는 이상 엄밀하게 구별할 실익은 크지 않다. 또한 질병, 장애, 노령은 예시적 사유이므로, “그 밖의 사유”로 인하여 정신적 제약이 있으면 성년후견의 요건은 충족된다.

(b) 반면 질병, 장애, 노령 그 밖의 사유로 인한 신체적 제약으로 사무를 처리할 능력이 지속적으로 결여된 사람의 경우는 어떠한가? 이는 전형적으로 들고 말하는 신체적 능력의 제약으로 인해 의사표시를 원활하게 할 수 없는 경우에 성년후견을 활용할 수 있게 할 것인지 여부와 관련된다. 그런데 종래 한정치산·금치산 제도는 요보호인의 정신적 능력의 제약을 이유로 하여 개시되는 보호제도였고, 법률의 문언에 따를 때 기본적으로 성년후견·한정후견에서도 같다. 그러므로 신체적 제약에 의한 성년후견개시는 허용되지 않는다고 할 것이다.²⁾ 현재 들고 말하는 능력이 제약된 경우에도 대체로 여러 보조수단에 의해 의사표시를 하는 것에 큰 문제가 없으므로 신체적 제약을 성년후견개시사유로 할 필요는 없다고 보이고, 또한 신체적 장애로 인한 정신적 제약이 있으면 이를 이유로 성년후견을 할 수 있다는 것에도 의문이 없기 때문이다. 오히려 신체적 제약을 이유로 성년후견을 가능하게 할 때 발생할 수 있는 남용의 위험을 고려할 때 이에는 제한적인 해석이 바람직하다고 생각된다.³⁾ 물론 예컨대 농아자가 맹인이거나 문맹이거나 수화 등을 할 수

2) 같은 취지로 박윤직·김재형, **민법총칙**, 제9판, 2013, 122-123면; 구상엽, 개정민법상 성년후견제도에 대한 연구, 서울대학교 박사학위논문, 2012, 41-42면, 63-64면; 김주수·김상용, **민법총칙**, 제7판, 2013, 132면; 송덕수, **신민법강의**, 제6판, 2013, 123면; 윤진수·현소혜, **2013년 개정 민법 해설**, 2013, 26면. 그러나 박인환, “새로운 성년후견제 도입을 위한 민법개정안의 검토”, **가족법연구**, 제24권 제1호, 2010, 43면; 백승흠, “성년후견제도의 도입과 과제”, **한양대 법학논총**, 제27집 제1호, 2010, 31면 등은 반대 견해로 보인다. 이와 관련해 물론 외국의 입법은 일정한 신체적 장애도 성년후견의 개시 요건으로 하는 예가 없지 않다. 예를 들어 독일 민법(동법 제1896조 제1항)이나 프랑스 민법(동법 제425조)은 신체적 장애에 의하여 원활한 의사표시에 어려움이 있는 사안을 상정하여 성년후견을 개시할 수 있도록 한다. 그러나 개정민법은 특히 우리 민법의 입법자가 “聾者, 啞者, 盲者”를 준금치산자로 정하던 의용민법의 규정(동법 제11조)을 폐지하였고, “신체에 중대한 결함”을 한정치산 원인으로 하고 있던 민법초안의 규정이 이후 심의과정에서 삭제되었다는 사실(**민법안심의를록**, 상권, 1957, 11면)을 중요한 정책적 근거로 고려하여 성년후견·한정후견개시원인을 정신적 제약에 한정하였다(김형석(주 1), 125면 참조).

없는 경우에는 실제로 그의 의사표시를 가능하게 하는 보조수단이 전혀 상정될 수 없는 사안이 발생할 수 있을지도 모른다. 그러한 극단적인 경우에 예외적으로 제9조 등을 유추적용할 가능성을 고려해 볼 수 있을지도 모르지만, 그러한 경우에도 성년후견인이 어느 정도까지 피성년후견인의 의사에 따라 사무를 처리할 수 있을지의 문제는 남는다.

(2) 사무처리능력의 지속적 결여

정신적 제약으로 인해 사무를 처리할 능력이 지속적으로 결여되어야 한다. 즉 본인은 질병, 노령, 장애 등으로 인하여 자신의 사무를 처리할 능력이 없는 상태가 지속적인 경우에만 성년후견이 가능하다.

(a) 사무처리능력의 유무를 판단할 때에는 본인의 구체적인 상황에 따라, 그의 사회적 지위, 살아온 배경, 생활의 모습 등을 고려하여 본인이 통상적으로 처리하는 사무를 기준으로 해야 한다. 그러므로 본인이 통상적으로 처리하는 사무가 아닌 특별한 사무(예컨대 평범한 사무직 회사원의 경우 민사소송이나 선물거래 등)와 관련해 사무처리능력이 없다는 이유로 성년후견을 개시할 수는 없다.

또한 사무처리능력을 판단할 때 고려되는 사무에는 재산관리에 관한 사무뿐만 아니라 신상결정에 관한 사무도 포함되며, 사무처리로서 법률행위, 준법률행위, 사실행위가 모두 고려된다. 그러므로 성년후견의 요건으로서 사무처리능력 결여는 개정민법상 성년후견이 일차적으로 본인의 법률행위의 효력 여부를 정하는 제도가 아니라 오히려 그가 스스로 할 수 없는 사무처리를 원조하는 제도라는 관점에서 요구되는 것이고, 그러한 측면에서 종래 금치산·한정치산이 대체로 본인의 법률행위를 전제로 그 능력을 판단하고 있었던 것과는 구별된다.⁴⁾

(b) 이러한 관점에 설 때, 정신적 제약이 있더라도 본인이 잔존능력이나 오랜 습관 등에 따라 자신의 통상적 사무를 대체로 처리할 수 있다면 그에게는 사무처리능력이 있다고 판단해야 한다. 마찬가지로 질병, 장애, 노령 등으로 인한 정신적 제약으로 직업활동을 하지 아니하면서 애정을 가진 가족들의 보호와 부양에 따라 원만하게 생활하고 있는 사람은 그가 스스로 통상 처리할 사무의 범위 자체가 넓지 않아 정신적 제약에도 불구하고 그 한도에서는 사무처리능력이 있다고 보아 성년후견

3) 구상엽(주 2), 40-41면도 참조.

4) 같은 취지로 김주수·김상용(주 2), 132면; 윤진수·현소혜(주 2), 25면. 박윤직·김재형(주 2), 123면도 참조.

의 개시를 부정해야 할 수도 있다. 관리할 재산이 없는 경우에도 다르지 않다.

(c) 그러나 물론 사무처리능력을 판단할 때 고려해야 할 사무는 법적인 의미를 가지는 사무를 말한다. 즉 성년후견에 의해 부여되는 조력은 본인이 법적인 영역에서 처리해야 할 사무처리에 국한된다.⁵⁾ 성년후견은 본인이 임대차를 체결하고, 채무를 변제하고, 의학적 침습에 대한 결정을 내리고, 사회복지장급부를 신청하는 등의 영역에서 도움을 줄 수 있지만, 식사를 준비하거나 옷을 갈아입히는 등 일차적으로 법적인 효과와 결부되지 아니한 사회적 서비스에서는 그렇지 않다. 후자는 사회복지급부의 영역이다.

(d) 더 나아가 성년후견을 개시하기 위해서는 이러한 사무처리능력의 결여가 지속적이어야 한다. 성년후견은 행위능력을 강하게 제약하는 제도이므로 그 개시가 정당화되기 위해서는 성년후견에 의한 행위능력 제약이 오히려 본인의 보호를 위해 이익이 된다는 판단이 가능해야 한다.⁶⁾ 그러므로 사무처리능력이 지속적으로 즉 상시적으로 결여되어 있어 그에게 자신의 사무처리를 맡길 경우 그의 이익을 해칠 위험이 큰 경우가 이에 해당한다고 이해해야 한다. 이는 법률행위를 하는 사무와 관련해서는 상시적으로 의사능력이 결여되어 있는 상태를 의미할 것이다. 그 밖에 사무처리능력이 일시적으로 회복되는 경우가 있더라도 그 회복이 단속적이고 불규칙할 때에는 여전히 사무처리능력은 지속적으로 결여되어 있다고 보아야 할 것이다.⁷⁾

(3) 인과관계

정신적 제약과 사무처리능력의 지속적 결여 사이에 인과관계가 있어야 한다.⁸⁾ 즉 사무처리능력이 지속적으로 결여되어 있다는 사정이 질병, 장애, 노령 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약의 결과로 존재해야 한다. 그러므로 사무처리능력의 결여가 다른 사회경제적인 사정에 의한 경우, 예컨대 특별한 사정으로 무경험하다거나 귀화한 사람이 한국어를 구사할 수 없어 사무처리를 할 수 없는 사안 등에서는 성년후견의 요건이 충족되지 아니한다.

5) 박인환(주 2), 170-171면.

6) 김형석(주 2), 117-118면.

7) 구상엽(주 2), 63면.

8) 송덕수(주 2), 123면.

(4) 성년자

심판의 본인은 성년자이어야 한다. 미성년자에게 친권자가 없거나 친권자가 법률행위의 대리권과 재산관리권을 행사할 수 없을 때에는 미성년후견을 개시해야 한다(제928조).

그런데 개정민법은 성년후견의 신청권자로서 미성년후견인과 미성년후견감독인을 언급하고 있으므로(제9조 제1항), 이 규정이 미성년자에 대해서 성년후견을 개시할 수 있음을 전제하고 있는 것은 아닌지 의문이 제기될 수 있다. 즉 행위능력의 제한이라는 관점에서 본다면 성년후견이 미성년보다 강하게 행위능력을 제한하므로, “질병, 장애 … 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 지속적으로 결여”된 미성년자에게 성년후견을 개시하여 제5조 내지 제8조의 적용을 배제할 수 있는지 여부의 문제이다. 종래 다수설은 미성년자에게 금치산이 가능하다고 하여 이를 긍정하는 입장을 취하는 것으로 보이며,⁹⁾ 개정민법에 대해서도 같은 견해가 주장된다.¹⁰⁾ 그러나 이러한 견해는 여러 미해결의 의문을 발생시킨다. 예를 들어 친권자나 미성년후견인이 있는 미성년자에게 성년후견이 개시될 수 있다고 한다면, 그 경우 친권이나 미성년후견은 종료하고 성년후견이 개시하여 성년후견인이 새로 선임되어야 하는가? 문언에 따르면 이것이 가장 충실한 결론이지만(제929조), 성년후견인에게는 신상감호의 권한(제913조 내지 제915조, 제945조)이 인정되지 아니하므로 미성년자의 복리의 관점에서 받아들일 수 없다. 아니면 친권이나 미성년후견이 존속하면서 행위능력제한만이 발생하는가? 이는 아무런 법률상 근거가 없다. 아니면 신상감호 권한과 관련해서는 친권이나 미성년후견이 존속하지만 재산관리에 대해서는 성년후견인이 권한을 가지는가? 이 역시 아무런 법률상 근거가 없을 뿐만 아니라, 친권/미성년후견과 성년후견이 병존한다는 결과도 쉽게 받아들이기 어렵다. 아니면 기본적으로 성년후견에 의하도록 하면서도 신상감호의 권한만 유추적용하도록 할 것¹¹⁾인가? 그러나 이는 제913조 내지 제915조를 미성년후견에 한정해 준용하도록 한 제945조의 문언에 반하고, 더 나아가 미성년의 피후견인에게도 복수의 후견인이나 법인후견인이 선임될 수 있고(제930조 제2항, 제3항), 재산관리에 관해서만 미성년후견이 개시된 경우(제928조, 제932

9) 고상용, **민법총칙**, 제3판, 2003, 136면; 김중환·김학동, **민법총칙**, 제9판, 1995, 128면; 이은영, **민법총칙**, 제5판, 2009, 165면 등.

10) 광윤직·김재형(주 2), 123면; 이진기, “개정민법 규정으로 본 성년후견제도의 입법적 검토와 비판”, **가족법연구**, 제26권 제2호, 2012, 90-91면.

11) 송덕수(주 2), 124면.

조 제2항, 제3항 참조)에도 사무처리능력이 없다는 이유로 성년후견을 통해 신상감호의 권한을 친권자에게 박탈할 가능성이 발생하는 등 입법자가 의식적으로 정한 미성년후견과 성년후견의 구별을 부당하게 교란할 우려가 있다. 종래 다수설은 친권이나 후견제도와와의 관련성을 고려하지 않고 오로지 행위능력의 제한이라는 관점에서 미성년자에 대해 성년후견이 가능한지 여부를 검토하였기 때문에 이러한 문제를 의식하지 못한 것으로 보인다.

그렇다면 이러한 예민한 문제에 대한 명확한 입법적 결단이 없고 민법이 성년후견과 미성년후견을 준별하고 있는 이상, 미성년자에 대해 성년후견을 개시할 수 있다는 견해에는 동의하기가 주저된다. 게다가 무엇보다도 신설된 제14조의3은 성년자를 위한 법정후견 사이의 이행만을 상정하고 있으므로, 그 반대해석상 미성년후견에서 성년후견제도로 이행하는 가능성은 입법적으로 부정되고 있다고 보아야 한다. 왜냐하면 미성년후견은 피후견인이 성년자가 되는 경우 외에는 종료할 수 없으므로, 만일 미성년후견을 받는 피후견인에 대해 성년후견을 개시하면 (제14조의3에 상응하는 규정이 없는 상태에서) 미성년후견과 성년후견이 병존한다는 결과가 발생할 수밖에 없다. 이는 받아들일 수 없는 결론이다. 그렇다면 일단 우리 민법의 분명한 규율에 좇아 미성년자의 보호는 친권이나 미성년후견의 범위 내에서 시도해야 할 것이고, 또 대부분의 경우 그것으로 충분하다고 생각된다. 친권자나 미성년후견인은 미성년자의 법률행위에 동의하지 않고, 재산의 처분을 허락하지 않으며, 영업을 허락하지 않음으로써 피성년후견인과 대체로 동일한 상태로 미성년자를 둘 수 있는 것이다. 이러한 이해에 따른다면 친권자, 미성년후견인, 미성년후견감독인이 성년후견을 청구할 수 있다는 것은 미성년자의 성년기가 임박하여 보호의 공백을 막기 위하여 청구할 수 있다는 의미로 이해하는 것이 타당하다(독일 민법 제1908a조 참조).¹²⁾

2. 형식적 요건

일정한 사람의 청구에 따라 가정법원이 성년후견의 심판을 함에 의하여 성년후견이 개시한다.

¹²⁾ 같은 취지로 김주수·김상용(주 2), 133면; 구상엽(주 2), 58면; 윤진수·현소혜(주 2), 28면.

(1) 청구권자

성년후견의 심판절차는 청구권자의 청구에 의해 개시한다. 청구권자는 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 미성년후견인, 미성년후견감독인, 한정후견인, 한정후견감독인, 특정후견인, 특정후견감독인, 임의후견인, 임의후견감독인, 검사 또는 지방자치단체의 장이다.

(a) 개정민법은 일정한 청구권자의 청구에 의한 가정법원의 심판으로 성년후견이 개시하도록 하여, 가정법원이 직권으로 절차를 개시하는 가능성을 인정하지 않는다. 우리의 사회현실상 먼 친족이나 이웃이 직권발동을 촉구하는 등의 수고를 자원할 것을 기대하기가 어려우므로, 결국 실제에 있어서는 일정한 범위의 근친이 실질적으로 절차의 개시를 주도할 것으로 예상되었다. 그렇다면 법률이 그러한 근친을 청구권자로서 규정하는 것은 가정법원의 심판에 대한 불복을 가능하게 한다는 점에서(가사소송법 제43조, 가사소송규칙 제27조) 오히려 바람직하다고 생각되었다.¹³⁾

물론 종래 근친이 한정재산·금치산을 이용하여 요보호인의 재산을 관리하려고 시도하는 남용사례가 없지 않았으므로, 청구권자를 근친 등으로 특정하는 것에 대한 우려가 있을 수는 있다. 그러나 현실적으로 직권으로 절차를 개시하도록 규정한다고 하여 이러한 우려가 없어지는 것도 아닐 뿐 아니라(누구나 직권의 발동을 촉구할 수 있는 것이므로), 결국 요부조성인에게 조력할 가능성이 가장 높은 사람들이 그러한 근친이라는 점에서 청구권자를 일정한 근친의 범위에서 정하는 것은 입법적으로 지지할 수 있을 것이다.¹⁴⁾

(b) 청구권자로서 먼저 본인이 언급되어 있다. 정신적 제약으로 사무처리능력이 지속적으로 결여된 사람이라도 자신에 대해 성년후견이 개시될 것을 의욕하여 이를 청구할 수 있으므로 규정한 것이다. 다만 그러한 경우 가사소송법상 소송능력 내지 절차능력이 있을 것이 요구되는지 여부의 문제는 제기될 수 있다. 우리 가사소송법은 소송능력 내지 절차능력에 특별한 규정을 두지 않아 이에 민사소

13) 道垣内弘人, “成年後見制度私案(三)”, *ジュリスト*, No. 1076, 1995, 124면 참조.

14) 개정전 프랑스 민법에서 근친 등의 청구에 의하지 않고 법원이 직권으로 절차를 개시할 수 있도록 한 규정(개정전 프랑스 민법 제493조 제1항)이 2007년 개정에 의하여 폐지되었다는 사정(프랑스 민법 제430조 참조)은 직권에 의한 절차의 개시가 항상 원활하게 기능하는 것은 아니라는 사실을 잘 보여준다. 프랑스의 경우에는 보충적인 개시사유로 예정되었던 직권에 의한 절차 개시가 지나치게 남발되었다는 고려가 존재한다(Dupont, *Projet de loi portant réforme de la protection juridique des majeurs*, Avis n° 213, Sénat, 2007, 39 참조).

송법상의 법리가 적용된다고 해석되는데(가사소송법 제12조),¹⁵⁾ 그 경우 본인에게 개별적으로 의사능력이 없다는 이유로 소송행위의 효력이 부정될 여지가 있는 것이다. 한편으로는 본인의 청구가 있는 이상 그에게 의사능력이 없어 보호의 필요성이 인정됨에도 청구를 받아들이지 않는 결론이 부자연스러운 점도 있다. 그러나 다른 한편으로 그러한 경우 근친 등에 의해 사실상 본인의 의사와 무관한 성년후견 청구가 본인의 이름으로 행해질 가능성도 없지 않다. 이러한 위험을 고려할 때 본인의 청구가 있을 때 본인에게는 의사능력이 있어야 한다고 생각된다.¹⁶⁾ 그러나 입법론적으로는 이러한 위험을 예방하는 장치를 두면서도 의사능력이 없는 본인에게 일정한 절차능력을 인정하는 규율을 도입하는 것이 바람직할 것이다. 반면 본인에게 의사능력이 있는 이상 성년이 임박한 미성년자이거나 피한정후견인이라는 사정은 본인의 성년후견 심판청구에 영향을 주지 아니한다.¹⁷⁾

(c) 그 다음 배우자 역시 청구권자이다. 이와 관련해 여러 입법적 문제가 없지 않다. 한편으로 혼인생활이 실질적으로 파탄한 경우의 배우자를 이에 포함시키면 성년후견을 남용하려는 가능성이 존재하기 때문에 이를 배제해야 하는 것이 아닌지의 의문이 있으며, 다른 한편으로는 사실혼 관계에 있는 배우자를 포함시켜야 하는 것이 아닌지의 의문도 제기된다. 그러나 개정민법은 현행 민법과 같이 어떠한 제한이나 완화 없이 법률상의 배우자라는 사실만으로 청구권자의 지위를 인정한다. 물론 혼인생활의 실질적 관계를 고려하지 않는 규율 하에서 실제로 남용적인 결과가 발생할 수 있다는 것은 사실이지만, 가사비송의 특성상 성년후견이 문제되는 절차에서 본인과 그 배우자의 혼인관계의 실질을 심사하는 것이 현실적으로 매우 어렵다는 사정을 고려하였기 때문이다. 개정민법이 배우자가 당연히 후견인이 되는 규정(개정전 제934조)을 폐지한 이상, 법률상 배우자에게 절차 개시에 관한 주도권을 부여한다고 해서 본인에게 불리한 결과가 발생한다고 할 수 없고, 남용의 위험은 성년후견인의 선임 과정에서 통제할 수 있다고 보인다.

(d) 4촌 이내의 친족도 성년후견을 청구할 수 있다. 그 판단은 제767조 내지 제

15) 우선 박동섭, **주석 가사소송법**, 제3정판, 2004, 62-63면 참조. 이것이 구 인사소송법 제29조를 폐지하면서 의도한 입법관여자들의 입법의도였다고 보이지만(서정우, “새 가사소송법의 개설”, **박병호교수환갑기념 가족법학논총**, 1991, 688-689면 참조), 학술상 논란이 사라진 것은 아니다. 상세한 학설상황에 대해서는 김원태, “성년후견 등 심판절차에 관한 가사소송법 정비 방안에 대한 관견”, **재산법연구**, 제28권 제2호, 2011, 277-278면 참조.

16) 결과적으로 같은 취지로 구상엽(주 2), 64면; 윤진수·현소혜(주 2), 27면.

17) 구상엽(주 2), 65-66면 참조.

776조의 규정에 따른다. 청구권자의 범위를 4촌 이내의 친족으로 한 태도는 우리 현실에서 무난한 입법이라고 생각된다.

(e) 미성년후견인, 미성년후견감독인, 한정후견인, 한정후견감독인, 특정후견인, 특정후견감독인도 성년후건을 청구할 수 있다. 미성년후견인, 미성년후견감독인은 앞서 설명한 바와 같이 미성년후견이 종료가 근접하여 보호의 공백을 막기 위해 성년후건을 신청하는 경우로 한정해서 해석해야 한다(앞의 II. 1. (4) 참조). 반면 한정후견인, 한정후견감독인은 피한정후견인의 정신적 제약으로 인한 사무처리능력이 계속 악화되어 성년후건의 요건을 충족한다고 판단되는 경우 성년후건을 신청할 수 있다. 실제로 실무상 발생할 수 있는 사안이라고 예상된다. 한편 개정민법은 특정후견인, 특정후견감독인도 성년후건을 청구할 수 있다고 규정하지만, 이 규율의 정당성에는 의문이 있다. 특정후견인과 특정후견감독인은 가정법원이 일시적 후원 또는 특정사무에 관한 후원을 위해 선임하며(제14조의2 제1항, 제959조의9, 제959조의10) 일시적이고 특정된 권한만을 가진다(제14조의2 제3항, 제959조의11). 이러한 특정후견인과 특정후견감독인이 자신들에게 부여된 일시적·특정적 권한과 무관하게 성년후견심판 청구를 할 권한까지 인정받고 또한 이를 행사한다는 결과는 단지 일시적이고 특정한 사무를 위해 특정후건을 의욕한 본인(제14조의2 제2항)의 의사와 이익에 반할 수 있어 바람직하지 않다. 앞으로 실무에서는 가능한 한 특정후견인과 특정후견감독인에 의한 성년후견, 한정후견 심판의 청구를 억제하는 노력이 바람직하며, 장래에 이들을 청구권자에서 삭제하는 개정이 타당하다고 생각된다.

(f) 제9조에는 열거되어 있지 않지만, 임의후견인과 임의후견감독인도 성년후건의 청구권자에 해당한다. 후견계약이登記되어 있는 경우 가정법원은 본인의 이익을 위하여 특별히 필요할 때에만 임의후견인 또는 임의후견감독인의 청구에 따라 성년후건의 심판을 할 수 있으므로(제959조의20 제1항), 임의후견인과 임의후견감독인도 성년후건개시를 청구할 권한이 있다. 다만 그 개시의 요건이 임의후건을 고려하여 엄격하게 되어 있을 뿐이다.

(g) 법원의 직권에 의한 절차 개시를 인정하지 않기 때문에, 개정민법은 근친이 없는 사람에 대한 성년후건을 가능하도록 하기 위하여 공익의 대표자로서 검사에 대하여 청구권을 인정하는 개정전 민법의 태도를 승계한다. 다만 종래 검사의 청구에 의한 절차 개시가 거의 없었다는 사정을 고려한다면, 이것만으로 충분한 입법이라고 하기는 어려우므로,¹⁸⁾ 실제로 정신장애자, 노령자 등의 일상에 대하여

보다 전문성을 가지고 접근할 수 있는 지방자치단체의 장에게 청구권을 인정하는 규율이 도입되었다. 여기서 지방자치단체의 장은 사건본인이 주소지를 가지는 특별시, 광역시, 특별자치시, 도, 특별자치도, 시, 군, 구의 장을 말한다(지방자치법 제2조 제1항 참조). 반면 사회복지시설의 장 등은 청구권이 없으므로 지방자치단체나 검사에 대해 권한 발동을 촉구하는 방법에 의해야 한다.¹⁹⁾

(2) 관할과 사전처분

(a) 성년후견개시심판의 청구에 대한 재판은 가정법원의 전속관할에 속하며(가사소송법 제2조 라류 제1호 라류비송사건), 피성년후견인이 될 사람의 주소지의 가정법원이 관할한다(가사소송법 제44조 제1호의2).

(b) 성년후견개시의 심판청구가 있는 경우에도 가정법원은 가사소송법상 사전처분을 활용할 수 있다. 즉 가정법원은 사건을 해결하기 위해 특별히 필요하다고 인정하면 직권으로 또는 당사자의 신청에 의하여 상대방이 그 밖의 관계인에게 현상을 변경하거나 물건을 처분하는 행위의 금지를 명할 수 있고, 사건에 관련된 재산의 보존을 위한 처분 등 적당하다고 인정되는 처분을 할 수 있다(가사소송법 제62조 제1항). 이러한 처분을 할 때에는 가사소송법 제67조 제1항에 따른 제재를 고지해야 한다(동조 제2항). 이러한 사전처분은 급박한 경우에는 재판장이 단독으로 할 수 있다(동조 제3항). 이러한 처분은 집행력은 없으며(동조 제5항), 즉시항고할 수 있다(동조 제4항).

종래 금지산과 관련해서 사전처분으로는 재산관리인의 선임이 주로 상정되었는데(개정전 가사소송규칙 제32조 참조), 성년후견과 관련해서도 같은 내용의 사전처분이 고려될 수 있다. 즉 가정법원은 사전처분으로 임시후견인을 선임할 수 있으며, 성년후견을 개시하는 절차에서 임시후견인에 대해서는 한정후견인에 관한 규정이 준용된다(가사소송규칙 제32조 제4항). 이러한 임시후견인의 선임처분은 그 선임된 자에게 고지하여야 하고, 가정법원의 법원사무관 등은 지체 없이 사건본인에게 그 뜻을 통지해야 한다(동조 제5항, 제2항). 또한 가정법원은 상당하다고 인정할 때에는 언제든지 임시후견인에게 사건본인의 신상보호 또는 재산관리에 필요한 명령을 할 수 있고, 그 선임한 임시후견인을 해임하거나 개임할 수 있다(동조 제5항, 제3항). 임시후견인에 대해 청구인 또는 사건본인의 재산으로부터 상당한

18) 같은 취지로 박인환(주 2), 44-45면.

19) 윤진수·현소혜(주 2), 29면.

보수를 지급할 것을 명할 수 있다(동조 제6항).

구법에 대해 판례는, 사전처분으로 재산관리인이 선임되면 그에 상응하는 법률 관계가 임시로 형성되고, 그러한 형성력은 대세적 효력이 있으며 사전처분의 확정과 동시에 발생하여 별도의 집행행위를 필요로 하는 것은 아니라고 하면서, 그 내용이 공시되지 않아 거래의 안전을 저해하더라도 실효적 보호를 위한 사전처분의 취지에 비추어 불가피하다고 하였다.²⁰⁾ 그러나 이제는 성년후견에 관해 사전처분이 있으면 대법원규칙에 정하는 바에 따라 후견등기부에 기록된다(후견등기에 관한 법률 제27조). 임시후견인을 선임하거나 개입하는 재판, 그의 권한범위를 정하거나 변경하는 재판, 여러 명의 임시후견인의 권한 행사에 관한 결정과 그 변경 또는 취소의 재판이 있으면 후견등기 사무를 처리하는 자에게 지체 없이 후견등기부기록을 촉탁해야 한다(가사소송법 제9조, 가사소송규칙 제5조의2 제1항 제5호). 이러한 재판이 효력을 상실하거나 종료한 때에는 가정법원의 법원사무관 등은 가사소송법 제9조의 예에 의하여 후견등기부기록을 촉탁해야 한다(가사소송규칙 제5조의2 제2항).

(3) 필수적 감정

심판절차에서 가정법원은 피성년후견인이 될 사람의 정신상태에 관하여 의사에게 감정을 시켜야 한다(가사소송법 제45조의2 제1항 본문). 즉 성년후견의 개시심판을 하기 위해서 가정법원은 필수적으로 감정을 시켜야 한다. 그러나 피성년후견인이 될 사람의 정신상태를 판단할 만한 다른 충분한 자료가 있는 경우에는 그러하지 아니하다(동항 단서). 예를 들어 다른 재판에서 최근에 한 감정결과가 현출된 경우를 들 수 있다.²¹⁾ 그 밖에도 본인에 대한 의학적 감정의 결과 성년후견을 개시하기로 하여 청구가 행해진 경우, 그러한 감정이 시간적으로 근접하여 사정변경이 없다고 인정되고 그 전문성을 신뢰할 수 있다면 가정법원은 그러한 사전의 감정에 따라 심판을 할 수도 있을 것이다. 감정이 있는 경우, 가정법원은 그 결과에 직접 구속되지 아니하며 법적 관점에서 이를 평가하여 심판을 해야 하지만, 특별한 사정이 없는 이상 전문성 있는 감정을 존중하는 편이 바람직하다고 생각된다.²²⁾

20) 대법원 2009. 7. 23. 선고 2008다78996 판결.

21) 구법에 대해 법원행정처, **법원실무제요 가사 II**, 2010, 232면.

22) 구상엽(주 2), 71면.

(4) 본인의 의사 고려 및 이해관계인의 진술청취

(a) 가정법원은 성년후견개시의 심판을 할 때 본인의 의사를 고려해야 한다(제9조 제2항). 성년후견은 성년후견인을 선임하여 피성년후견인의 사무처리를 돕는 제도이면서 상대적으로 강한 능력의 제약을 수반하므로, 성년후견의 개시와 관련해 사건본인의 의사는 중요한 의미를 가진다. 그러므로 민법은 성년후견개시와 관련해 가정법원인 본인의 의사를 고려하도록 한 것이다. 여기서 본인의 의사를 엄밀하게 의사능력에 기초한 의사에 한정할 것은 아니며, 오히려 상당한 정신적 제약이 있더라도 자신의 환경과 처지를 인지하고 그에 대해 일정한 범위에서 납득가능한 정서적인 판단을 내릴 수 있다면 그러한 의사도 고려되어야 한다. 반면 성년후견의 법률적인 내용을 알고 있을 필요는 없다.

법률의 문언은 본인의 의사를 ‘고려’할 것을 요구하므로, 가정법원은 본인의 의사에 반드시 구속되는 것은 아니지만, 이를 하나의 하지만 중요한 요소로 참작하여 성년후견개시의 심판을 해야 한다. 그러나 정신적 제약이 있더라도 상당한 판단력이 잔존하는 본인이 명시적으로 성년후견개시에 대해 반대의 의사를 밝힌 경우, 그에 반한 성년후견개시는 본인의 이익에 반할 가능성이 클 뿐 아니라 이후 피성년후견인의 원만한 협력을 얻지 못해 제대로 기능하기 어려울 수 있으므로, 가정법원은 가급적 성년후견을 개시하지 않는 편이 바람직하다.

(b) 구체적으로 가정법원은 성년후견개시의 심판을 할 때 피성년후견인이 될 사람의 진술을 들어야 한다(가사소송법 제45조의3 제1항 제1호). 다만 피성년후견인이 될 사람이 의식불명 그 밖의 사유로 자신의 의사를 표명할 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다(동항 단서). 한편 진술을 들을 때 가정법원은 피성년후견인이 될 사람을 직접 심문하여야 한다(동조 제2항 본문). 다만 그 사람이 자신의 의사를 밝힐 수 없거나 출석을 거부하는 등 심문할 수 없는 특별한 사정이 있는 때에는 그러하지 아니하다(동항 단서). 그리고 이러한 심문을 위해 검증이 필요한 경우에는 민사소송법 제365조, 제366조 제1항, 제3항에 의한다(동조 제3항).

(c) 이상의 규정에 따라 피성년후견인이 될 사람의 진술을 듣는 외에는, 가정법원은 사건관계인을 심문하지 아니하고 성년후견개시의 심판을 할 수 있다(가사소송법 제45조). 그러나 성년후견의 개시는 사건본인 및 그 친족들에게 심중한 영향을 미치므로, 가정법원은 가능한 한 심판에 이해관계를 가지는 관계인들도 심문하는 편이 바람직할 것이다.²³⁾

23) 구법에 대해 **법원실무제요 가사 II**(주 21), 233면.

(5) 성년후견개시의 필요성

가정법원의 성년후견개시의 심판에 의해 피성년후견인은 행위능력의 제약을 받으며 동시에 법정대리인으로서 성년후견인이 선임된다. 따라서 성년후견개시의 심판은 공공복리를 고려한 개인의 기본권 제한에 해당하며(헌법 제37조 제2항),²⁴⁾ 이로써 국가권력(여기서는 사법부의 재판작용)에 의해 발생하는 성년후견의 개입은 비례원칙에 따라 성년후견의 목적 즉 요부조성인의 사무처리에 대한 조력이라는 관점에서 필요한 한도에서만 허용된다. 앞서 살펴보았지만(앞의 II. 1. (2) 참조), 성년후견은 더 이상 본인의 행위능력을 제약하는 것을 목적으로 하는 제도가 아니라 본인의 사무처리능력의 결여에 직면해 법제도가 그를 돕는 제도이므로, 성년후견의 개시는 본인의 사무처리를 위해 필요하다고 인정되는 경우에만 허용된다.

그러므로 이미 설명한 바와 같이, 본인이 정신적 제약에도 불구하고 잔존능력이나 습관 등에 의해 사무를 처리할 수 있다면 사무처리능력이 존재하여 성년후견을 개시할 필요가 없으며, 가족의 보호 내지 재산 없음 등을 이유로 본인이 처리할 사무 자체가 거의 없는 경우에도 마찬가지이다(앞의 II. 1. (2) 참조). 더 나아가 정신적 제약이 있지만 그래도 판단력이 잔존한 본인이 명시적인 의사로 성년후견의 개시를 거부한다는 사정은 성년후견개시의 필요성을 상당부분 감퇴시킨다고 보아야 한다(앞의 II. 2. (4) 참조). 예컨대 판단력이 남아 있는 본인이 알면서 의식적으로 재산을 관리하지 않는다면, 그것은 그의 의사에 따른 결과이므로 재산관리를 위해 성년후견을 개시할 필요는 없다고 볼 여지가 크다. 반면 사무처리능력의 결여를 인정하더라도, 사무 자체의 성격상 특정후견의 개시로 충분히 대처할 수 있다는 판단이 가능하다면 가정법원은 특정후견의 심판을 하는 편이 보다 바람직한 경우도 많을 것이다(청구에 대한 구속성에 대해서는 아래 II. 2. (6) (a) 참조). 예컨대 정신적 제약이 중한 사람이더라도 특정후견인이 일정 기간 재산관리를 하여 이후 특별한 관여 없이 재산상태가 유지될 수 있는 조치를 취할 수 있다면, 장기간 지속하면서 능력을 제약하고 보수 지급을 수반하는 성년후견보다 개입이 경미한 특정후견을 선택해야 한다.

또한 본인이 후견계약을 통해 임의후견을 예정해 두었다면, 성년후견으로 그를 보호할 필요는 없으므로 원칙적으로 성년후견은 개시할 수 없다(제959조의20 제1항). 같은 관점에서 엄밀한 의미의 임의후견은 아니더라도 제한된 사무범위를 가진 본인이 오래 전부터 근친 등에게 적법하게 대리권을 수여하여 보호(예컨대 사

24) Jarass/Pieroth, *Grundgesetz*, 8. Aufl., 2006, Art. 2 Rn. 50 참조.

회보장급부의 신청과 수령 등)가 현실적으로 원만하게 이루어지고 있는 경우라면 성년후견개시의 필요성이 없다고 판단할 사안도 있을 수 있다.

(6) 성년후견개시의 심판

(a) 가정법원은 성년후견의 청구가 있으면 그에 대해 심판을 하여야 한다. 청구권자가 청구를 취할 수 있는지 여부에 대해서는 이를 허용하는 것이 종래 실무이다.²⁵⁾ 비송사건절차에서도 당사자의 청구나 신청에 의해 개시하는 절차에서는 적어도 청구나 신청의 제기와 관련해 처분권주의가 적용된다고 이해되므로, 타당하다고 하겠다.

문제는 가정법원이 본인의 상태를 고려하여 한정후견 청구에 대해 성년후견개시의 심판을 하거나 성년후견 청구에 대해 한정후견개시의 심판을 할 수 있는지 여부 즉 가정법원이 청구인의 청구에 구속되는지 여부이다. 실무상으로는 가정법원이 청구인에게 청구를 변경할 것을 권유하여 대체로 처리될 수 있다고 보이지만, 이론적으로는 청구인이 이를 거부할 경우에 대한 해석이 필요하다. 종래 다수설은 구법에 대해 정신능력의 강약의 정도는 상대적이고 한정재산·금치산 모두 제도의 취지가 동일하므로 가정법원은 청구에 구속되지 않는다고 해석하고 있었다.²⁶⁾ 이러한 학설이 개정민법에서도 원칙적으로 타당하다고 생각된다. 청구에 의해 개시하는 비송절차에서 청구의 제기와 관련해 처분권주의의 적용을 받는다고 이해하더라도, 절차의 개시나 종료의 아닌 범위문제에 있어서는 분쟁의 대상을 고려하여 유연하게 판단할 수밖에 없다. 실제로 청구인이 청구에 의해 달성하고자 하는 법률효과는 성년후견이나 한정후견이라는 특정한 효과라기보다는 사건본인에게 민법상 성년후견제도의 보호를 부여하고자 하는 내용이라고 보아야 하기 때문이다. 이는 민사소송에 의하지만 비송적 성질이 있는 공유물의 재판상 분할에서 원고가 특정 분할방법을 전제로 청구하더라도 법원은 이를 공유물 분할 자체에 대한 청구만으로 받아들여 특정된 분할방법에는 구속되지 않는다는 결론과 비교할 수 있다. 특히 개정민법에서 성년후견과 한정후견 사이에 질적인 차이가 존재하지 아니하며 오히려 성년후견을 강화된 형태의 한정후견이라고 이해할 수 있는 이상²⁷⁾ 더욱 그

25) 구법에 대해 **법원실무제요 가사 II**(주 21), 233면.

26) 광윤직 편집대표, **민법주해II**, 1992, 308면(양삼승 집필); **법원실무제요 가사 II**(주 21), 234면 등.

27) 김형석(주 1), 123면 참조.

리하다. 게다가 절차상으로도 분쟁의 상대방이 없는 편면적 비송절차라는 점, 그래서 기판력의 문제도 없다는 점 등이 고려되어야 한다. 그렇다면 가정법원은 원칙적으로 청구에 구속되지 않는다고 해석해야 한다.²⁸⁾ 다만 한정후건의 청구가 있었으나 가정법원이 성년후건개시의 심판을 할 때에는, 본인 기타 이해관계인에게 불의의 결과일 수 있으므로 절차상 주의가 필요하다고 하겠다. 즉 그러한 심판을 할 때에는 무엇보다 가정법원은 본인의 의사를 신중하게 고려해야 하고(제9조 제2항), 본인과 청구인에게 관련 가능성을 충분히 알려 청구를 취하할 기회를 부여하는 것이 바람직하다. 또한 성년후건의 원인이 있더라도 가정법원이 한정후건의 권한을 넓게 인정하여 보호목적이 달성될 수 있다면 청구에 상응하여 한정후건개시의 심판을 하는 것도 가능하다고 할 것이다(아래 III 1. (1) (b) 참조).

그리고 같은 법리에 따라 가정법원은 성년후건이나 한정후건의 청구가 있더라도 본인의 상태 및 처리해야 할 그의 사무의 성격상 특정후건으로 충분하다고 판단할 때에는 특정후건의 심판을 할 수 있다고 생각된다(앞의 II. 2. (5) 참조). 반면 특정후건청구에 대해 성년후건이나 한정후건을 개시하는 심판은 할 수 없다고 보아야 한다.²⁹⁾ 특정후건은 제도의 성질이 성년후건·한정후건과 다를 뿐만 아니라, 일시적이고 특정적 보호를 원하는 본인과 청구인의 의사에 반해 지속적이고 포괄적인 보호를 부여하는 결과는 본인과 청구인의 이익에 반한다고 생각되기 때문이다.

(b) 성년후건개시의 심판을 하면서 가정법원이 성년후건의 기간을 정할 수 있는가? 실제로 외국에서는 성년후건개시의 심판은 기간을 정해야 하고 그 기간이 지난 후에는 재심사하여 연장하도록 하는 규율을 두는 입법례들이 있다(프랑스 민법 제441조, 독일의 ‘가사사건 및 비송사항에서의 절차에 관한 법률’(FamFG) 제286조 제3항 등). 또한 우리나라도 당사국인 『장애인권리협약』 제12조 제4항 역시 그러한 규율을 두도록 하고 있다. 개정과정에서도 이 문제가 초기에 논의사항으로는 언급되기는 하였으나,³⁰⁾ 이후 법안에 반영되지 못하였다. 성년후건의 기간과 관련해 명시적 규정이 없고, 특정후건에 대한 규율과 비교할 때(제14조의2 제3항 참

28) 같은 취지로 박운직·김재형(주 2), 127-128면; 송덕수(주 2), 123면; 윤진수·현소혜(주 2), 30-31면. 그러나 반대 견해로 구상엽(주 2), 117-118면.

29) 같은 취지로 윤진수·현소혜(주 2), 50면.

30) 구상엽, “성년후건제도 입법과정에서의 주요 쟁점 및 향후 과제”, **민사법학**, 제65호, 2013, 695면 참조. 이 내용은 법무부 민법개정자료발간팀 편, **2013년 개정민법 자료집(上)**, 2012, 124면 이하에 반영되어 있지 않다. 2009년 4월 7일 제5차 회의에서 필자가 제출한 회의자료인 “성년후건의 입법방향(예비자료)”의 I. 4. 항목은 “성년후건의 존속기간을 인정할 것인가?”라는 표제 하에 프랑스와 독일의 입법례를 언급하고 있었다.

조), 가정법원이 성년후견개시의 심판을 하면서 그 기간을 정할 수는 없다고 해석된다. 개정민법 하에서 피성년후견인의 능력이 개선되거나 성년후견인의 부적절함이 나타나는 등의 문제에 대해서는 성년후견의 종료(제11조), 능력의 확장(제10조 제2항), 성년후견인의 변경(제940조), 가정법원의 감독(제954조) 등의 수단으로 대처해야 한다.

(c) 가정법원이 성년후견개시의 심판을 할 경우, 반드시 동시에 성년후견인을 선임해야 한다(제929조). 성년후견개시의 심판은 당사자와 절차에 참가한 이해관계인에게 고지해야 하며(가사소송규칙 제25조), 성년후견인으로 선임된 사람과 성년후견감독인으로 선임된 사람에게 고지해야 한다(가사소송규칙 제35조 제1항). 불복이 없는 한, 이 고지에 의해 효력이 발생한다(가사소송법 제40조). 또한 가정법원의 법원사무관 등은 심판과 관련해 지체 없이 사건본인에게 그 뜻을 통지해야 한다(동조 제2항). 이러한 개시 심판에 대해서는 성년후견의 청구권자가 즉시항고할 수 있으며, 임의후견을 받는 사람에 대해 성년후견인이 개시된 경우에는 임의후견인과 임의후견감독인도 불복할 수 있다(가사소송규칙 제36조 제1항 제1호 가목. 즉시항고기간은 가사소송규칙 제31조).

(d) 가정법원은 성년후견개시의 심판이 효력을 발생한 경우에는 지체 없이 후견등기사무를 처리하는 사람에게 후견등기부기록을 촉탁해야 한다(가사소송법 제9조, 가사소송규칙 제5조의2 제1항 제1호 가목, 후견등기에 관한 법률 제20조 제1항; 후견등기의 기록사항에 대해서는 후견등기에 관한 법률 제25조 참조).

(7) 절차구조

가정법원은 가사비송절차에 소요되는 비용을 지출할 자금능력이 없거나 이를 지출하면 생활에 현저한 지장이 있는 사람에 대하여 그 사람의 신청에 따라 또는 직권으로 절차구조를 할 수 있다(가사소송법 제37조의2 제1항 본문). 다만 신청인이 부당한 목적으로 심판청구를 하는 것이 명백한 경우에는 그러하지 아니하다(동항 단서). 이에 민사소송법의 제128조 제2항부터 제4항, 제129조부터 제131조가 준용되며(동조 제2항), 민사소송규칙 제24조부터 제27조가 준용된다(가사소송규칙 제22조의2).

3. 성년후견개시의 효과

성년후견개시의 효과를 개관하면 다음과 같다.

첫째, 피성년후견인의 법률행위는 원칙적으로 취소할 수 있다(제10조).
둘째, 선임된 성년후견인은 피성년후견인의 법정대리인이 된다(제938조 제1항).
셋째, 성년후견인은 가정법원이 권한을 부여한 한도에서 피성년후견인의 신상결정을 대행할 수 있다(동조 제3항, 제947조의2 제2항, 제3항).

III. 한정후견의 개시심판

한정후견이 개시하는 요건은 민법 제12조가 정하고 있다.

1. 실질적 요건

(1) 정신적 제약으로 인한 사무처리능력 부족

(a) 성년후견이 개시될 본인은 “질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 부족한 사람”이어야 한다(제12조). 즉 ① 정신적 제약으로 ② 사무처리능력이 부족해야 하며, ③ 정신적 제약과 사무처리능력의 부족 사이에 인과관계가 있어야 하고, ④ 사건본인은 성년자이어야 한다. 각각의 개념들에 대해서는 이미 성년후견과 관련해서 설명하였다(앞의 II. 1. 참조). 차이는 성년후견이 사무처리능력의 지속적 결여를 요건으로 하지만, 한정후견은 그 정도에 이르지 아니한 사무처리능력의 부족상태를 이유로 개시할 수 있다는 점이다. 즉 정신적 제약으로 사무처리능력의 부족상태가 일시적·일회적인 성질이 아니라면 한정후견의 요건이 충족된다. 더 나아가 평소에는 대체로 온전한 판단력을 보이지만 때때로 나타나는 정신적 제약으로 인해(예를 들어 심한 우울증, 알코올중독 등) 자신의 사무를 적절히 처리할 수 없는 상태가 지속한다면 그에 대해서도 비례원칙에 따른 필요성(앞의 II. 2. (5) 참조)이 인정되는 한 한정후견이 개시할 수 있다.³¹⁾

(b) 실질적으로 성년후견의 원인이 존재함에도 한정후견이 청구된 경우, 가정법원은 성년후견개시의 심판을 할 수 있다(앞의 II. 2. (6) (a) 참조). 그런데 그러한 경우 가정법원이 청구에 부응하여 한정후견개시의 심판을 하는 것이 허용될 수 있

31) 구상엽(주 2), 112면; 윤진수·현소혜(주 2), 38-39면 참조.

는지의 문제가 있다. 이에 대해서는 한정후견인의 동의권이나 대리권을 확장하여 충분한 보호를 제공할 수 있다면 한정후견제도의 이용을 금지할 필요가 없다고 하면서, 다만 성년후견개시 요건이 있는 경우에는 한정후견으로 충분한 보호를 제공할 수 없는 경우가 많을 것이라는 지적이 있다.³²⁾ 법률의 규정이 성년후견과 한정후견을 구별하여 규정한 취지를 생각한다면, 그리고 가정법원이 청구에 구속되지 않는다는 점을 고려한다면, 성년후견개시의 원인이 존재하는 경우 가정법원은 성년후견개시의 심판을 해야 한다고 해석하는 견해도 설득력을 가질 수 있다. 그러나 성년후견이 결국 한정후견과 연속성을 가지고 있는 강화된 형태와 내용의 한정후견이라는 점,³³⁾ 이후 한정후견이 중심적인 보호유형으로 활용되어야 한다는 점, 그리고 사건본인으로서의 낙인적 효과가 덜한 보호유형을 채택하고자 하는 정당한 이익이 있다는 점 등을 생각할 때 한정후견의 이용을 선형적으로 부정할 이유는 없다고 생각된다. 즉 성년후견에 의해서만 보호의 목적을 달성할 수 있는 경우가 아니라면, 즉 한정후견인의 동의권과 대리권을 확장하는 방법으로 요부조성인의 보호를 달성할 수 있다면, 성년후견의 요건이 충족되어 있다고 해서 반드시 한정후견의 개시를 부정할 것은 아니라고 할 것이다.

(2) 낭비벽의 제외

반면 한정재산에서와는 달리 재산의 낭비로 자기나 가족의 생활을 궁박하게 할 염려가 있는 사람에 대해서는, 그러한 낭비벽이 정신적 제약에 따른 사무처리능력의 부족이라는 관점에서 포섭되지 아니하는 한, 단순히 자기나 가족의 생활을 궁박하게 할 염려가 있다는 이유만으로 한정후견을 개시할 수는 없다.³⁴⁾

2. 형식적 요건

일정한 사람의 청구에 따라 가정법원이 한정후견의 심판을 함에 의하여 한정후견이 개시한다.

(1) 청구권자

성년후견의 심판절차는 청구권자의 청구에 의해 개시한다. 청구권자는 본인, 배

32) 윤진수·현소혜(주 2), 39면.

33) 김형석(주 1), 123-124면 참조.

34) 같은 취지로 박윤직·김재형(주 2), 127면; 윤진수·현소혜(주 2), 39면.

우자, 4촌 이내의 친족, 미성년후견인, 미성년후견감독인, 성년후견인, 성년후견감독인, 특정후견인, 특정후견감독인, 임의후견인, 임의후견감독인, 검사 또는 지방자치단체의 장이다(제12조 제1항, 제959조의20 제1항). 기본적인 내용은 성년후견과 관련해 설명한 바와 같다(앞의 II. 2. (1) 참조). 차이는 한정후견인, 한정후견감독인 대신에 성년후견인, 성년후견감독인이 규정되었다는 점인데, 이는 피성년후견인의 정신적 제약이 완화되어 한정후견으로 이행할 가능성을 열어두기 위한 것이다.³⁵⁾

(2) 관할과 사전처분

한정후견개시심판의 청구에 대한 재판은 가정법원의 전속관할에 속하며(가사소송법 제2조 라류 제1호의3), 피한정후견인이 될 사람의 주소지의 가정법원이 관할한다(가사소송법 제44조 제1호의2). 한정후견개시의 심판청구가 있는 경우에도 가사소송법상 사전처분을 활용할 수 있다(가사소송법 제62조. 자세한 내용은 앞의 II. 2. (2) 참조).

(3) 필수적 감정

심판절차에서 가정법원은 피한정후견인이 될 사람의 정신상태에 관하여 의사에게 감정을 시켜야 한다(가사소송법 제45조의2 제1항 본문). 그러나 피한정후견인이 될 사람의 정신상태를 판단할 만한 다른 충분한 자료가 있는 경우에는 그러하지 아니하다(동항 단서). 그 내용은 성년후견 절차에서와 같다(앞의 II. 2. (3) 참조).

(4) 본인의 의사 고려 및 이해관계인의 진술청취

가정법원은 한정후견개시의 심판을 할 때 본인의 의사를 고려해야 한다(제12조 제2항, 제9조 제2항. 자세한 내용은 앞의 II. 2. (4) 참조). 이를 위해 가정법원은 한정후견개시의 심판을 할 때 피한정후견인이 될 사람의 진술을 들어야 한다(가사소송법 제45조의3 제1항 제1호). 진술을 들을 때 가정법원은 피한정후견인이 될 사람을 직접 심문하여야 한다(동조 제2항 본문). 다만 그 사람이 자신의 의사를 밝힐 수 없거나 출석을 거부하는 등 심문할 수 없는 특별한 사정이 있는 때에는 그러하지 아니하다(동항 단서). 그리고 이러한 심문을 위해 검증이 필요한 경우에는 민사소송법 제365조, 제366조 제1항, 제3항에 의한다(동조 제3항).

이상의 규정에 따라 피한정후견인이 될 사람의 진술을 듣는 외에는, 가정법원은

³⁵⁾ 구상엽(주 2), 112면.

사건관계인을 심문하지 아니하고 한정후견개시의 심판을 할 수 있다(가사소송법 제45조). 그러나 한정후견의 개시는 사건본인 및 그 친족들에게 영향을 줄 수 있으므로, 가정법원이 심판에 이해관계를 가지는 관계인들도 심문하는 편이 바람직한 경우가 있을 수 있다.

(5) 한정후견개시의 필요성

성년후견과 관련해 언급한 바와 같이, 한정후견개시의 심판도 피한정후견인의 기본권 제약을 수반하므로 비례원칙에 따라 필요한 한도에서만 허용된다. 즉 피한정후견인의 구체적인 사정을 고려해 한정후견이 필요하다고 인정되는 경우에만 한정후견심판을 할 수 있다(앞의 II. 2. (5) 참조).

(6) 한정후견개시의 심판

(a) 가정법원은 한정후견의 청구가 있으면 그에 대해 심판을 하여야 한다. 성년후견과 관련해 설명한 바와 같이, 청구권자는 청구를 취하할 수 있다고 이해되며, 가정법원은 원칙적으로 청구권자의 청구에 구속되지 않는다고 보아야 한다(앞의 II. 2. (6) 참조).

(b) 가정법원이 한정후견개시의 심판을 할 경우, 반드시 동시에 한정후견인을 선임해야 한다(제959조의2). 한편 한정후견개시의 심판은 당사자와 절차에 참가한 이해관계인에게 고지해야 하며(가사소송규칙 제25조), 한정후견인으로 선임된 사람과 한정후견감독인으로 선임된 사람에게 고지해야 한다(가사소송규칙 제35조 제1항). 불복이 없는 한, 이 고지에 의해 효력이 발생한다(가사소송법 제40조). 또한 가정법원의 법원사무관 등은 심판에 대해 지체 없이 사건본인에게 그 뜻을 통지해야 한다(가사소송규칙 제35조 제2항). 이러한 심판에 대해서는 한정후견의 청구권자가 즉시항고할 수 있으며, 임의후견을 받는 사람에게 한정후견이 개시된 때에는 임의후견인과 임의후견감독인도 불복할 수 있다(가사소송규칙 제36조 제1항 제2호 가목. 즉시항고기간은 가사소송규칙 제31조).

한정후견개시의 심판이 효력을 발생한 경우에는 지체 없이 후견등기사무를 처리하는 사람에게 후견등기부기록을 촉탁해야 한다(가사소송법 제9조, 가사소송규칙 제5조의2 제1항 제2호 가목, 후견등기에 관한 법률 제20조 제1항).

(c) 가정법원은 한정후견개시의 심판만을 할 때 동시에 한정후견인을 선임하는 심판을 해야 하지만, 그 경우 더 나아가 한정후견인에게 피한정후견인의 법률행위

에 대한 동의권을 유보하는 심판(제13조 제1항)도 반드시 해야 하는지 여부의 문제가 있다. 즉 가정법원이 한정후견개시의 심판을 할 때에는 반드시 한정후견인에게 동의권을 부여하는 심판을 해야 하는가? 아니면 한정후견인에게 동의권을 부여하는 심판을 하지 아니한 채로 한정후견을 개시하여 한정후견인을 선임하는 것으로 그칠 수 있는가? 실제로 피한정후견인의 정신상태가 모든 범위의 법률행위를 할 때 한정후견인의 동의를 받지 않아도 될 만한 상태라면 굳이 한정후견을 개시할 필요가 없다고 생각할 수 있으며, 역으로 한정후견을 개시한다는 사정은 피한정후견인의 행위능력의 일부를 제한할 필요를 정당화한다고도 말할 수 있다. 이런 관점에 선다면 한정후견개시의 심판은 반드시 한정후견인에게 일정 범위의 동의권을 부여하는 심판을 수반해야 한다고 해석할 것이다. 실무상으로 이러한 경우가 보다 많을지도 모른다. 그러나 법률이 한정후견개시의 심판과 피한정후견인에게 동의를 받을 법률행위를 정하는 심판을 각각 별개의 근거규정으로 규율하고 있는 이상 후자 없이 전자만을 할 가능성을 부정할 이유는 없다고 생각된다.³⁶⁾ 경우에 따라서는 정신적 제약이 경미한 피한정후견인에게 일정 법정대리권이 있는 한정후견인을 선임하거나 단순히 지원만을 목적으로 하는 한정후견인을 선임하는 것만으로 한정후견의 목적이 충족될 가능성을 부정할 이유가 없다.³⁷⁾ 그렇다면 한정후견개시심판을 할 때 피한정후견인의 이익에 부합하는 이상 피한정후견인의 행위능력을 제약하는 심판을 반드시 할 필요는 없다고 하겠다. 이러한 해석이 법정후견을 필요한 범위에 한정한다는 성년후견제도의 취지에도 부합한다.

(7) 절차구조

한정후견개시의 절차에서도 가사소송법상 절차구조가 이용가능하다(가사소송법 제37조의2).

3. 한정후견개시의 효과

한정후견개시의 효과는 일차적으로 한정후견인이 선임된다는 것(제959조의2) 외에는 없다. 한정후견개시의 심판만으로는 피한정후견인의 행위능력제한도 발생하

³⁶⁾ 김주수·김상용(주 2), 143-144면도 같은 취지로 보인다.

³⁷⁾ 일본 민법상 원칙적으로 행위능력 제한이 없는 補助(동법 제15조, 제17조 참조)가 수행하는 기능은 우리 민법에서 한정후견에 의해 충족될 수 있고 또 충족되어야 할 것이다.

지 아니하며, 한정후견인이 법정대리인이 되는 것도 아니다. 가정법원이 별도로 한정후견인에게 피한정후견인의 법률행위에 대한 동의권을 유보하는 심판을 한 때에만 그 정한 범위에서 피한정후견인의 행위능력은 제한되며(제13조), 가정법원이 별도로 법정대리권과 신상결정대행권한을 부여한 한도에서만 한정후견인은 법정대리인이 되고 신상결정을 대행할 수 있다(제959조의4).

IV. 특정후견의 심판

특정후견의 심판은 민법 제14조의2에 의해 규율되고 있다.

1. 실질적 요건

특정후견은 “질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 일시적 후원 또는 특정한 사무에 관한 후원이 필요한 사람”(제14조의2 제1항)에 대하여 인정된다.

(1) 정신적 제약으로 인한 후원의 필요

우선 “질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약”이 있어야 하며(그 의미에 대해서는 앞의 II. 1. (1) 참조), 그 결과 일시적 후원 또는 특정한 사무에 관한 후원이 필요해야 한다. 이는 요부조성인이 정신적 제약으로 인하여 일시적으로 자신의 사무를 처리할 능력이 없거나 부족한 상태 또는 정신적 제약으로 인하여 특정한 사무를 처리할 능력이 없거나 부족한 상태에 있어 당해 사무의 처리와 관련해 다른 사람의 조력이 필요한 경우를 말한다(사무 및 사무처리능력의 의미에 대해서는 앞의 II. 1. (2) 참조). 정신적 제약과 후원의 필요 사이에는 인과관계가 있어야 한다.

(2) 정신적 제약의 정도

특정후견을 받을 본인의 정신적 제약의 정도는 성년후견이나 한정후견의 개시가 가능한 모든 경우를 포괄한다. 즉 한정후견보다 정신적 제약이 미약한 사람에게 특정후견을 하는 것이 아니라(실제로 한정후견은 성년후견이 개시될 수 있는 경우를 포함하여 모든 정신적 제약으로 인한 사무처리능력의 부족을 포괄한다. 앞의

III. 1. (1) 참조), 성년후견이나 한정후견이 가능하더라도 이와는 별도로 일시적이거나 특정적인 부분적 후견서비스를 제공하는 제도이다.³⁸⁾

실제로 특정후견이 청구되고 있는 본인이 정신적 제약으로 인해 사무처리능력이 지속적으로 결여하거나 부족하여 일견 성년후견이나 한정후견의 요건이 충족하더라도, 본인이 법정후견의 보호 없이 친족 등의 보호를 받아 원만하게 생활하고 있다면 그의 의사에 반해 법정후견을 강제할 이유는 없으며, 또 비례원칙에 비추어 필요성이 없어 성년후견이나 한정후견이 부정되는 사안도 많을 것이다. 그러나 그러한 사람도 경우에 따라서는 자신의 부족한 사무처리능력에도 불구하고 일시적이거나 특정적인 후견적 보호를 받을 필요가 발생할 수 있으며, 이때 굳이 이 한 건의 사무를 위해 성년후견이나 한정후견을 개시할 필요는 없다.

그래서 예를 들어 한정후견의 요건을 충족하는 사람이 형제의 부양으로 원만하게 생활을 하고 있었으나 이후 상속이 개시하여 상속재산분할 등에 참여해야 하는 경우, 공동상속인인 형제들과 이해가 대립할 수 있고 또한 의사무능력을 구실로 하여 분할협의의 유효성이 다투어질 수도 있다. 그러한 경우 그는 특정후견을 청구하여 법원의 처분 특히 당해 상속재산분할과 관련해 법정대리권을 부여받은 특정후견인의 도움을 받아 상속재산분할에 참여할 수 있다. 의식불명의 본인을 위해 시효중단 및 소송상 청구를 할 필요가 있는 경우도 그러하다.³⁹⁾ 또한 정신적 제약이 악화되어 사회보장급부가 제공됨에도 이를 수령할 수 없는 사람의 경우, 특정후견인이 선임되어 통장을 개설하고 사회보장급부를 신청하여 이를 요양기관에 자동으로 이체되게 처리하는 등 재산관리의 틀을 만들고 사무를 종료함으로써, 굳이 성년후견이나 한정후견을 하지 않고서도 보호를 달성할 수도 있을 것이다. 더 나아가 경미한 발달장애가 있는 젊은이들에 대해서 일정기간 동안 적절한 교육기관을 알선하여 직업교육을 매개하고 일상생활에서의 거래에 조력하는 것을 내용으로 하여 사회적응을 도모하는 특정후견도 가능하다. 요컨대, 후견인이 장기간 지속적으로 사무를 관리하지 않으면 법적·사실적인 문제가 발생할 개연성이 높은 사안이 아니라면, 특정후견을 유연하게 활용함으로써 상당수의 후견사무들을 처리할 수 있을 것으로 예상된다. 이렇게 특정후견이 원활하게 작동할 경우, 이는 보다 적은 비용으로 후견서비스가 제공될 뿐만 아니라, 행위능력 제한이 없고 범위나 기

38) 같은 취지로 제철웅, “요보호성인의 인권존중의 관점에서 본 새로운 성년후견제도: 그 특징, 문제점, 그리고 개선방안”, **민사법학**, 제56호, 2011, 298-299면.

39) 대법원 2010. 5. 27. 선고 2009다44327 판결(공보 2010, 1233)의 사안 참조.

간이 제한되어 있으므로 피특정후견인의 인권이라는 관점에서도 바람직하다고 말할 수 있다.

(3) 후원의 내용

일시적 후원은 본인이 정신적 제약으로 인해 자신의 모든 사무를 일시적으로 처리할 수 없어 받아야 하는 조력을 말한다. 예컨대 본인이 일시적으로 의식불명 상태에 있는 상황에서 그의 재산을 관리할 필요가 있는 사안이 이에 해당한다. 반면 특정적 후원은 본인이 정신적 제약으로 인해 당면한 특정한 사무를 만족스럽게 처리할 수 없어 받아야 하는 조력을 말한다. 예컨대 치매로 자녀의 보호를 받으며 살고 있는 사람이 병원비를 마련하기 위해 소유 부동산을 처분해야 하는 사안이 그러하다. 이러한 사안들에서 종래 본인을 부양하고 보호하던 친족이 임의로 재산을 관리하거나 처분하는 예가 통상이었으나, 동시에 그 때문에 다른 친족들이나 거래상대방들과의 관계에서 (무권대리 등을 이유로) 적지 않은 분쟁이 발생하였던 것도 사실이다. 이러한 상황에서 관계인들은 특정후견을 청구하여 한편으로 본인의 이익을 보호하면서 다른 한편으로 거래를 안정적으로 진행할 수 있을 것이다.

(4) 성년후견이나 한정후견이 개시하지 않은 성년자

(a) 특정후견은 성년자에 대해서만 할 수 있다. 친권이나 미성년후견의 보호를 받는 미성년자의 경우, 친권자나 미성년후견인이 법정대리인으로서 재산관리와 신상감호의 권한이 있을 뿐만 아니라(제913조 내지 제920조, 제945조, 제949조 등), 이해상반의 경우에도 규율하는 특별규정이 있으므로(제920조 단서, 제921조, 제949조 제2항, 제949조의3, 제950조 등) 특정후견을 할 필요가 없다. 제14조의2 제1항은 미성년후견인과 미성년후견감독인을 청구권자로 언급하고 있으나, 이는 미성년후견 존속 중에 특정후견을 할 수 있다는 의미가 아니라, 정신적 제약이 있는 미성년자가 성년이 될 것을 전제로 발생하는 일시적·특정적 후원을 위해 청구할 수 있다는 의미로 이해해야 한다.⁴⁰⁾

(b) 이미 성년후견이나 한정후견을 받고 있는 성년자의 경우는 어떠한가? 통상적으로 성년후견이나 한정후견이 개시해 있다면 특정후견을 할 필요가 없다고 생각되지만, 경우에 따라서는 성년후견인이나 한정후견인이 당해 일시적 후원이나

40) 같은 취지로 구상엽(주 2), 125면; 윤진수·현소혜(주 2), 49면. 자세한 내용은 앞의 II. 1. (4) 참조.

특정적 후원과 관련된 법정대리권이나 신상결정의 대행권한을 가지고 있지 않은 사안이 발생할 수 있다(제938조 제2항, 제3항, 제959조의4). 이러한 사안에서 성년 후견인이나 한정후견인의 권한을 확장하는 심판을 청구하여 해결할 것인지(제938조 제4항, 제959조의4) 아니면 병행하여 특정후견 청구를 허용하여 해결할 것인지 여부의 문제가 제기된다. 원칙적으로 전자에 따라 후견인의 권한을 확장하는 방법이 적절하다고 생각된다.⁴¹⁾ 제14조의3의 문언이 이미 피성년후견인이나 피한정후견인에 대해 특정후견을 하는 경우가 없다는 내용을 상정하고 있을 뿐만 아니라, 이미 성년후견이나 한정후견이 개시한 상태라면 가능한 한 피후견인의 보호는 이미 개시한 당해 제도의 틀 내에서 해결하는 방법이 효율적이라고 생각되기 때문이다. 또한 후견인이 제한된 권한만을 가지고 있었던 사정도 일반적으로는 피후견인의 잔존능력에 대한 배려일 것이므로, 잔존능력으로 해결할 수 없는 사무가 발생한 경우 후견인의 권한을 확장하는 해법이 자연스럽다고 보인다. 물론 가정법원이 처음에 후견인에게 당해 권한을 부여하지 않은 이유가 후견인이 그 사무를 처리하기에 부적절하다는 사정 때문이라면 문제는 남는다. 그러나 그러한 경우는 매우 드물 것이라고 예상되고, 설령 그러한 경우라도 후견인을 추가하거나 변경함으로써 문제에 대처할 수 있다고 보인다(제930조 제2항, 제936조 제3항, 제940조).

(c) 반면 임의후견을 받고 있는 본인에 대해서는 특정후견이 가능하다. 이는 임의후견인이나 임의후견감독인이 특정후견을 신청할 수 있으나, 가정법원의 심판이 있어도 임의후견이 종료하지 않는다는 규율로부터 도출된다(제959조의20 제1항). 임의후견인의 권한은 후견계약에 의해 확정되어 있어 변경이 불가능하므로, 임의후견인의 권한이 미치지 아니하는 영역에 대해 특정후견을 사용할 실익이 있기 때문이다.⁴²⁾

2. 형식적 요건

일정한 사람의 청구에 따라 가정법원이 성년후견의 심판을 함에 의하여 성년후견이 개시한다.

41) 같은 취지로 구상엽(주 2), 126면; 윤진수·현소혜(주 2), 48-49면. 제철웅(주 38), 318-319면은 입법론적으로 반대한다.

42) 윤진수·현소혜(주 2), 49면.

(1) 청구권자

특정후견의 심판절차는 청구권자의 청구에 의해 개시한다(제14조의2 제1항). 청구권자는 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 미성년후견인, 미성년후견감독인, 임의후견인, 임의후견감독인, 검사 또는 지방자치단체의 장이다(제14조의2 제1항, 제959조의20 제1항). 기본적인 내용은 성년후견과 관련해 설명한 바와 같다(앞의 II. 2. (1) 참조).

(2) 관할과 사전처분

특정후견 개시심판의 청구에 대한 재판은 가정법원의 전속관할에 속하며(가사소송법 제2조 라류 제1호의5), 피특정후견인이 될 사람의 주소지의 가정법원이 관할한다(가사소송법 제44조 제1호의2). 특정후견의 심판청구가 있는 경우에도 가사소송법상 사전처분(가사소송법 제62조)을 활용할 수 있다(가사소송규칙 제32조 참조). 물론 특정후견은 일시적이거나 특정적인 후견만을 내용으로 하므로, 사전처분에 의한 가정법원의 조치는 경우에 따라서는 특정후견의 목적을 달성하게 하는 결과를 발생시킬 우려가 있다. 그러나 특정후견이 청구되는 경우에도 긴급하게 잠정조치를 취해야 할 필요성이 없다고 말할 수는 없다. 그러므로 사전처분을 인정하되, 특정후견의 목적과 관련하여 신중하게 활용하는 편이 바람직하다(자세한 내용은 앞의 II. 2. (2) 참조).

(3) 의사 등의 의견청취

가정법원은 특정후견의 심판을 할 경우에는 의사나 그 밖의 적당한 사람의 의견을 들어야 하며, 이때 의견은 진단서 또는 그 밖에 이에 준하는 서면이나 말로써 진술하게 할 수 있다(가사소송법 제45조의2 제2항). 특정후견이 성년후견이나 한정후견과 달리 일시적이거나 특정적인 후견이라는 사정을 고려하여, 엄밀한 감정이 아닌 의견청취만으로 판단하는 것을 허용한 것이다.

(4) 본인의 의사 고려 및 이해관계인의 진술청취

특정후견은 본인의 의사에 반하여 할 수 없다(제14조의2 제2항). 특정후견은 성년후견이나 한정후견 같은 지속적·포괄적 후견제도를 원하지 않거나 이를 활용할 필요가 없는 사람에 대한 일시적·특정적 후원을 위한 제도이므로, 그 활용 여부에 관한 본인의 의사가 매우 중요하다. 그래서 개정민법은 특정후견은 본인의

의사에 반해 할 수 없도록 한다. 이는 본인이 특정후견에 동의할 것을 요구하는 것이 아니라, 특정후견에 반대하는 본인의 의사가 확인되는 경우에는 가정법원이 특정후견의 심판을 할 수 없다는 의미이다.⁴³⁾ 본인의 반대의사는 묵시적으로도 표시될 수 있다고 하겠지만, 추정적 의사를 고려할 수는 없다고 할 것이다. 기본적인 내용은 성년후견과 관련해 살펴본 바와 같다(앞의 II. 2. (4) (a) 참조).

본인의 의사를 확인하기 위해 가정법원은 특정후견의 심판을 할 때 피특정후견인이 될 사람의 진술을 들어야 한다(가사소송법 제45조의3 제1항 제1호). 진술을 들을 때 가정법원은 피특정후견인이 될 사람을 직접 심문하여야 한다(동조 제2항 본문). 다만 그 사람이 자신의 의사를 밝힐 수 없거나 출석을 거부하는 등 심문할 수 없는 특별한 사정이 있는 때에는 그러하지 아니하다(동항 단서). 그리고 이러한 심문을 위해 검증이 필요한 경우에는 민사소송법 제365조, 제366조 제1항, 제3항에 의한다(동조 제3항).

그런데 피특정후견인이 될 사람이 의식불명 등으로 의사를 표명할 수 없으나(주 43 참조) 다른 신빙할 만한 증거에 의해 본인이 특정후견을 반대한다는 사정이 입증된 경우에는 어떻게 판단할 것인가? 제14조의2 제2항의 취지를 고려할 때 그러한 경우에도 특정후견의 심판을 할 수 없다고 해석할 것이다.

그 밖에 피특정후견인이 될 사람의 진술을 듣는 외에는, 가정법원은 사건관계인을 심문하지 아니하고 특정후견의 심판을 할 수 있다(가사소송법 제45조). 그러나 특정후견의 개시가 사건본인 및 그 친족들에게 직접적인 영향을 미칠 수 있는 경우, 가정법원은 심판에 이해관계를 가지는 관계인들도 심문하는 편이 바람직할 수도 있을 것이다.

43) 이와 관련해서 윤진수·현소혜(주 2), 52면은, 진술청취를 하지 않아도 되는 경우를 정하는 가사소송법 제45조의3 제1항 단서가 특정후견을 언급하고 있지 않으므로, 피특정후견인이 될 사람의 진술을 확보할 수 없는 이상 특정후견을 개시할 수 없다고 한다. 그러나 이 규정이 한정후견과 특정후견의 경우를 언급하고 있지 않다는 이유로 이들 절차의 가능성을 봉쇄하는 해석에는 쉽게 동의하기 어렵다. 그렇다면 예를 들어 의식불명 상태의 요부조성인에 대해 한정후견이나 특정후견을 개시할 가능성은 완전히 봉쇄되는데, 이러한 규율을 가사소송법이 의욕하였다고 보는 것은 무리라고 생각되며, 그 결과가 실제로 타당하다고 할 수 없다. 가사소송법 제45조의3 제1항 단서는 통상 한정후견이나 특정후견의 사건본인은 정신적 제약이 심하지 않아 원칙적으로 진술을 들어야 한다는 전제에서 입안된 규정이므로, 그렇지 않은 사안이 있다면 그에 규율내용을 강제해 적용할 것은 아니라고 생각된다. 입법취지가 미치지 않는 범위에서 그 법이 적용될 수 없는 것이다(*cessante ratione legis cessat ipsa lex*).

(5) 특정후견 심판의 필요성

성년후견이나 한정후견에서와 마찬가지로, 특정후견의 심판도 피특정후견인의 기본권 제약을 수반하므로 비례원칙에 따라 필요한 한도에서만 허용된다. 물론 특정후견은 본인이 반대하지 아니한 때에만 가능하고 행위능력의 제약이 없어 기본권 제약은 경미하므로, 정신적 제약으로 인한 후원의 필요성이 확인되면 특정후견의 심판을 할 수 있다고 보아야 한다. 그리고 이러한 후원의 필요성을 판단할 때 본인의 사정을 고려하여 특정후견의 도움이 필요한지를 구체적으로 검토해야 한다. 추상적으로는 후원에 의해 처리할 사무가 있다고 하더라도, 본인의 구체적 사정을 검토하여 특정후견의 필요성이 부정되는 사안은 상정할 수 있다. 예를 들어 본인이 이미 사전에 임의대리권을 수여해 사무처리에 대해 조치를 하였으나 다른 청구권자가 그 대리인에 불만족하여 특정후견을 청구하는 경우에, 특정후견은 필요성이 없어 받아들일 수 없다. 마찬가지로 성년후견이나 한정후견을 받고 있는 본인의 사무는 가능한 한 이미 개시한 후견제도 내에서 해결하는 것이 바람직하다(앞의 IV. 1. (4) 참조).

(6) 특정후견의 심판

(a) 가정법원은 특정후견의 청구가 있으면 그에 대해 심판을 하여야 한다. 성년후견과 관련해 설명한 바와 같이, 청구권자는 청구를 취하할 수 있다고 하겠다. 그러나 성년후견이나 한정후견에서와 반대로 가정법원은 원칙적으로 청구권자의 청구에 구속된다고 해석해야 한다. 즉 특정후견의 청구를 받은 가정법원이 성년후견이나 한정후견을 개시할 수는 없다(앞의 II. 2. (6) (a) 후단 참조⁴⁴⁾).

(b) 가정법원이 특정후견의 심판을 할 경우, 반드시 동시에 피특정후견인의 후원을 위하여 필요한 처분을 명하는 심판을 해야 한다(제959조의8; 가사소송법 제2조 제1항 라류 제24호의3). 규정은 가정법원이 “명할 수 있다”고 하지만, 이는 가정법원에 권한이 있음을 표현하는 것에 그치며 재량을 부여하는 의미는 아니다. 그렇지 않고 본인의 후원을 위한 특정후견을 하면서 가정법원이 후원을 위한 처분을 명하지 않는다는 결과를 허용한다면, 특정후견은 아무런 내용이 없는 무용한 절차가 될 것이기 때문이다. 그러므로 가정법원은 특정후견의 심판과 함께 후원을 위해 필요한 처분을 해야 하며, 두 심판은 불가분의 관계에 있다고 해야 한다.

(c) 특정후견의 필요성과 관련해 개정민법은 “특정후견의 심판을 하는 경우에는

44) 같은 취지로 구상엽(주 2), 130면; 윤진수·현소혜(주 2), 50면. 앞의 II. 2. (6) 참조.

특정후견의 기간 또는 사무의 범위를 정하여야 한다”(제14조의3 제3항)고 정한다. 특정후견은 일시적 또는 특정적 후원을 위한 제도이므로, 가정법원이 특정후견의 심판에서 그 심판의 효력범위를 명확하게 정하도록 한 것이다. 사무범위는 피특정후견인의 필요에 따라 넓을 수도 있고 좁을 수도 있으며, 특정후견의 기간에도 특별한 제한은 없다(부동산의 매매, 의료계약의 체결, 잔여액수의 예치 등).⁴⁵⁾ 예를 들어 사무처리능력이 떨어지는 사람의 수술을 위해 부동산을 처분할 필요가 있어 특정후견이 신청되는 경우, 이러한 목적을 위한 사무를 모두 특정후견 사무로 정할 수 있다. 다만 특정후견으로 처리해야 할 범위가 지나치게 넓거나 그 기간이 지나치게 장기인 경우에는 지속적 후견제도에 의해야 할 필요성이 크다고 볼 여지는 있을 것이다.

(d) 특정후견의 심판은 당사자와 절차에 참가한 이해관계인에게 고지해야 하며(가사소송법 제25조), 후원을 위한 조치로 특정후견인이나 특정후견감독인이 선임되면(제959조의9 제1항, 제959조의10 제1항) 이들에게도 고지해야 한다(가사소송규칙 제35조 제1항 제35조). 불복이 없는 한, 이 고지에 의해 효력이 발생한다(가사소송법 제40조). 가정법원의 법원사무관 등은 심판에 대해 지체 없이 사건본인에게 그 뜻을 통지해야 한다(가사소송법 제35조 제2항). 이러한 심판에 대해서는 특정후견의 청구권자가 즉시항고할 수 있으며, 임의후견을 받는 사람에게 특정후견을 한 경우 임의후견인과 임의후견감독인도 불복할 수 있다(가사소송규칙 제36조 제1항 제3호 가목). 심판이 효력을 발생하면 가정법원은 후견등기사무를 처리하는 자에게 후견등기부기록을 촉탁해야 한다(가사소송법 제9조, 가사소송규칙 제5조의2 제1항 제3호 가목, 후견등기에 관한 법률 제20조 제1항).

(e) 특정후견은 일시적 후원을 위해 가정법원이 정한 기간 동안 효력을 가지거나, 특정적 후원을 위해 특정 사무의 처리종료시점까지 효력을 가진다. 그러므로 가정법원이 심판에 정한 기간이 도과하거나 사무처리가 종료되면(제14조의2 제3항), 특정후견은 법률상 당연히 효력을 상실하며, 별도로 특정후견을 종료하는 심판 등은 필요하지 않다. 개정민법이 성년후견이나 한정치산과는 구별하여 특정후견‘개시’의 심판이라는 표현을 쓰지 아니하고 단순히 특정후견의 심판이라고 표현하는 것은 바로 그러한 이유 때문이다.⁴⁶⁾

45) 윤진수·현소혜(주 2), 59면 참조.

46) 그러므로 가정법원이 특별히 개입하여 특정후견을 종료하는 심판을 한다면 이는 특정후견의 기간이 아직 도과하지 않았거나 사무처리가 종료되지 아니한 경우에 비로소

(7) 절차구조

특정후견의 절차에서도 가사소송법상 절차구조가 이용가능하다(가사소송법 제37조의2, 가사소송규칙 제22조의2).

3. 특정후견의 효과

특정후견의 효과는 가정법원이 후원을 위하여 명하는 처분의 내용에 따라 정해진다(제959조의8). 특히 가정법원은 특정후견인을 선임할 수 있으며(제959조의9), 피특정후견인의 필요에 따라 특정후견인에게 특정 사안에 대한 법정대리권을 부여하는 심판을 함으로써 보다 효과적인 보호를 도모할 수 있다(제959조의11). 피특정후견인의 행위능력에는 아무런 영향이 없다.⁴⁷⁾

V. 결 론

지금까지 성년후견·한정후견의 개시심판 및 특정후견 심판에 대해서 그 사유와 절차를 개관하면서, 개별적으로 제기될 수 있는 해석론적인 쟁점들을 살펴보았다. 개정민법의 내용은 종래의 한정치산·금치산과 이념적 기초와 규율의 내용을 달리하므로, 그 해석에 있어 새로운 접근이 요구된다. 본고는 그러한 요청에 부응하고자 한 시도이지만, 시행 초기 단계의 시론에 불과하다고 하겠다. 이후 학설과 실무의 발전에 조금이나마 기여가 있기를 희망하며, 이후 새로운 문제의 제기에 따라 그 내용을 수정·보완할 수 있기를 기약한다.

투고일 2014. 1. 28	심사완료일 2014. 2. 20	게재확정일 2014. 2. 28
-----------------	-------------------	-------------------

의미를 가진다. 그러한 종료가능성을 인정할 것인지 여부는 입법정책적인 문제인데, 개정민법은 성년후견, 한정후견, 임의후견을 개시함으로써 특정후견이 종료되는 경우를 제외하면(제14조의3, 제959조의20 제2항) 아무런 규정을 두고 있지 않다. 그러므로 기간도과나 사무처리완료 이전의 특정후견 종료는 성년후견, 한정후견, 임의후견 개시의 경우에만 가능하고, 그 밖에 청구에 따른 종료는 인정되지 않는다.

47) 김주수·김상용(주 2), 131면; 김형석(주 1), 122면; 윤진수·현소혜(주 2), 51, 57면 등. 반대의 견해로 이진기(주 10), 96면 이하.

참고문헌

- 고상용, **민법총칙**, 제3판, 2003.
- 곽윤직·김재형, **민법총칙**, 제9판, 2013.
- 곽윤직 편집대표, **민법주해**[I], 1992.
- 구상엽, 개정민법상 성년후견제도에 대한 연구, 서울대학교 박사학위논문, 2012.
- _____, “성년후견제도 입법과정에서의 주요 쟁점 및 향후 과제”, **민사법학**, 제65호, 2013.
- 김원태, “성년후견 등 심판절차에 관한 가사소송법 정비 방안에 대한 관견”, **재산법 연구**, 제28권 제2호, 2011.
- 김주수·김상용, **민법총칙**, 제7판, 2013.
- 김중환·김학동, **민법총칙**, 제9판, 1995.
- 김형석, “민법 개정안에 따른 성년후견법제”, **가족법연구**, 제24권 제2호, 2010.
- 민의원 법사위 민법안심의소위, **민법안심의록**, 상권, 1957.
- 박동섭, **주식 가사소송법**, 제3정판, 2004.
- 박인환, “새로운 성년후견제 도입을 위한 민법개정안의 검토”, **가족법연구**, 제24권 제1호, 2010.
- 백승흠, “성년후견제도의 도입과 과제”, **한양대 법학논총**, 제27집 제1호, 2010.
- 법무부 민법개정자료발간팀 편, **2013년 개정민법 자료집(上)**, 2012.
- 법원행정처, **법원실무제요 가사 II**, 2010.
- 서정우, “새 가사소송법의 개설”, **박병호교수환갑기념 가족법학논총**, 1991.
- 송덕수, **신민법강의**, 제6판, 2013.
- 윤진수·현소혜, **2013년 개정 민법 해설**, 2013.
- 이은영, **민법총칙**, 제5판, 2009.
- 이진기, “개정민법 규정으로 본 성년후견제도의 입법적 검토와 비판”, **가족법연구**, 제26권 제2호, 2012.
- 제철웅, “요보호성인의 인권존중의 관점에서 본 새로운 성년후견제도: 그 특징, 문제점, 그리고 개선방안”, **민사법학**, 제56호, 2011.
- Dupont, *Projet de loi portant réforme de la protection juridique des majeurs*, Avis n° 213, Sénat, 2007.
- Jarass/Pieroth, *Grundgesetz*, 8. Aufl., 2006.
- 道垣内弘人, “成年後見制度私案(三)”, **ジュリスト**, No. 1076, 1995.

<Abstract>

Commencing a Guardianship for Adult According to the Reformed Civil Code

Kim, Hyoung Seok*

The reformed Korean Civil Code introducing the new guardianship took effect on the 1st July 2013. The revised law departs from the obsolete interdiction system and instead sets up rules based on new policy considerations. This reform inevitably asks lawyers and academicians for a new approach to the protection of vulnerable adults, not least by considering their needs and human rights. Against this background, this article aims to interpret the legal questions arising out of applying the new rules. Giving an overview of grounds and procedure concerning full guardianship, limited guardianship and specific guardianship, it analyses arguments to be raised and makes its own suggestions.

Keywords: full guardianship, limited guardianship, specific guardianship, family procedure, protective measure

* Professor, College of Law/School of Law, Seoul National University.

