

가정상담

2023 | 06
통권 478호

KOREA LEGAL AID CENTER FOR FAMILY RELATIONS NEWS LETTER • ISSN 1227-7568

전국 어디에서나
가정법률 관련 **화상상담**
상담소 홈페이지에서 예약하세요
www.lawhome.or.kr



법률구조법인
한국가정법률상담소



▲◀ 상담소에서는 지난 5월 24일 본소 강당에서 '고령인지장애인을 위한 성년후견제도 개정 방향'을 주제로 창립 67주년 및 가정의 달 기념 심포지엄을 개최하였다. 이번 심포지엄은 관련 기관 종사자를 중심으로 적극적인 참여와 문의가 이어졌으며, 이 주제와 관련 사회 각계에서 논의를 시작하는 의미 있는 장이 되었다.(관련내용 10면, 관련기사 35면)

▶ 본소와 건강가정진흥원 양육비이행관리원 간의 실무자협의회가 5월26일 본소 8층 회의실에서 열려 원활한 양육비 이행을 지원하기 위한 개선방안에 대해 논의가 이루어졌다. (관련기사 35면)



한국가정법률상담소는
부정청탁금지법을 적용받는 공직유관단체입니다
청렴한 그대가 있기에 대한민국은 오늘도 밝습니다



4 • 이달의 메시지

6 • 특집 ❶ | 유해인도 및 제사주재자 결정에 관한 대법원 전원합의체 판결

10 • 특집 ❷ | 창립 67주년 및 가정의 달 기념 심포지엄

– 고령인지장애인을 위한 성년후견제도 개정방향

31 • 어떻게 할까요

33 • 결혼과 인생(232) 영화 이야기

너의 이름은. _ 김용언

34 • 좋은 책

지금 여기 무탈한가요?

35 • 상담소 소식과 상담 통계

37 • 소송구조

※ 특집기사가 넘쳐 기획기사, 가정폭력상담실 등은 쉬어 갑니다.



이제 더 이상 아들에게 우선권은 없다는 대법원 판결에 부쳐 -

..... 상담소의 유해인도 기획소송으로 비로소 완결에 이르게 된 호주제 폐지 20여 년만의 서사



곽 배 희
한국가정법률상담소 소장

2005년 3월, 초봄의 찬 바람을 맞으며 국회에서 호주제 폐지를 골자로 한 민법개정안의 통과를 지켜보던 때를 기억합니다. 그에 앞서 1997년 7월에는 더위도 잊은 채 헌법재판소에서 동성동본 금혼조항의 헌법불합치 결정도 지켜 보았습니다. 모두 상담소가 앞장서 이끌어온 가족법 개정운동의 결과였습니다. 호주제 폐지 이후 가졌던 축하 모임의 표어는 “평등사회 원년의 지평을 열며!” 였으며 그 말에는 그간 가족법 개정운동이 지향했던 방향과 그것이 성취된 설렘 등이 모두 담겨 있었습니다. 호주제의 존치를 주장했던 이들은 호주제가 없어지면 곧 가족이 해체될 것처럼 주장했지만 그러한 일은 그때도 지금도 일어나지 않고 있습니다. 하지만 호주제 폐지의 감격이 큰 상황에서도 우리 사회는 진정한 평등사회를 향해 지평을 열기 시작했을 뿐이고 법적, 제도적 그리고 문화와 관습, 사회구성원 전반의 의식에 이르기까지 호주제 폐지의 의미가 완전히 구현되기에는 상당한 시간이 필요할 것이라고 생각했습니다.

2008년 11월, 대법원 전원합의체는 “망인의 공동상속인 사이에 협의가 이뤄지지 않는 경우에는 적서를 불문하고 장남 내지 장손자가, 아들이 없는

경우에는 장녀가 재사 주재자가 된다”라고 판결했습니다. 완전한 부부평등, 남녀평등을 통한 가정 내 민주화의 구현을 위해서는 단순히 호주제 폐지가 끝이 아님을 보여 주는 판결이었고 이것이 2023년 오늘에 이르러서야 제 자리를 찾게 되었습니다. 지난 5월 11일 대법원 전원합의체에서 아들에게 우선권을 주었던 2008년의 대법원 판례가 15년 만에 깨졌기 때문입니다.

이날 대법원 전원합의체는 유족 간 벌어진 유해 인도 소송에서 원고의 청구를 기각한 원심을 깨고 11일 사건을 서울고법에 돌려보냈습니다. 대법원은 “제사 주재자는 공동상속인 간 협의에 의해 정하되, 협의가 이뤄지지 않는 경우 특별한 사정이 있지 않은 한 피상속인의 직계비속 중 남녀, 적서(적자와 서자)를 불문하고 최근친의 연장자가 제사 주재자로 우선한다”고 판결했습니다.

이는 2017년 말 상담소의 상담 과정에서 비롯되어 2018년 시작된 유해인도 기획소송의 의미 있는 결과입니다(가정상담 통권 420호, 421호). 상담소는 2008년의 판례가 혼인과 가족생활에 대한 개인의 존엄과 양성의 평등을 천명한 헌법정신에 어긋날 뿐 아니라 호주제를 폐지하고 부부 중심의 가족관계등록제도를 시행하고 있는 등 양성평등에 입각한 법제를 구축하고 있는 우리 사회 법질서 변화의 흐름과도 상충 된다고 보았습니다. 또한 이 판례가 이미 폐지된 호주제에서와 같이 남성과 여성, 아들과 딸, 장남과 다른 자녀들과의 차별의식을 내포하고 있다고 보았습니다. 따라서 이번 전원합의체 판결은 상담소의 이러한 견해와 일치하고 있습니다.

몇 년 동안 적지 않은 시간이 걸린 이번 판결을 보며, 다시 한번 우리나라 최초의 법률구조 기관으로써 상담소가 걸어온 길을 돌아보았습니다. 법을 근거로 가족의 문제를 들여다보고 해결책을 찾고 그 안에서 법의 부족한 부분이나 시대와 맞지 않은 부분을 발견하면 그러한 법과 제도의 개정

과 혹은 제정에 힘써 왔으며 더불어 사회구성원들의 의식 변화를 위한 교육에 이르기까지 한발 앞서 걸어온 상담소의 방향이 언제나 옳았다는 점을 확인하며 앞으로도 더욱 확신과 신념을 갖고 우리 사회 모든 가정, 가족 구성원의 인권과 복리를 위해 가일층 노력할 것을 다짐하게 됩니다.

이와 관련하여 지난 5월 24일 상담소가 주최한 “고령인지장애인을 위한 성년후견제도 개정 방향” 심포지엄은 이러한 점에서 우리 사회 가정과 가족 구성원을 위한 앞으로의 상담소의 방향을 보여 준다고 생각합니다. 상담소는 변화하는 사회의 가정문제와 관련하여 늘 최일선에서 대안을 모색해 왔습니다. 그 가운데 인구 구성의 고령화와 관련하여 드러나는 가정 내 문제점과 한편 늘어나는 복지 수요에 대비하기 위해 일찍부터 ‘성년후견제도’의 도입을 주장해 왔으며 2007년에 이미 ‘성년후견제도 도입을 위한 토론회’를 열어 이를 촉구한 바 있습니다. 상담소를 비롯한 사회 각계의 노력으로 2013년부터 개정민법에 따른 성년후견제도가 실시되고 있으며, 상담소는 ‘알기 쉬운 성년후견제도’라는 책자를 만들어 이 제도의 개요와 활용 등을 널리 알리는 데에도 힘써 왔습니다. 하지만 모든 법과 제도가 그러하듯 현실에서 법과 제도를 운용하다 보면 미흡한 부분이 보이기도 하고, 또 다른 차원의 과제가 부여되기도 합니다. 이번 심포지엄은 현재 운용 중인 성년후견제도와 유엔장애인권리협약 제12조의 문제를 논의하고자 시작되었습니다. 앞으로 더 깊이 있는 논의를 거듭하며 앞으로 고령사회에서 고령 인구의 복지 문제를 해결하는데 진일보한 방향으로 나아가게 될 것이라 믿고 있습니다.

상담소는 변화하는 사회에서 우리 사회 가정과 가족의 문제를 한발 앞서 고민하며 변화 속에서도 가정과 가족의 가치, 인권과 평등의 가치를 지켜가는데 언제나 앞장서 갈 것입니다.

특집 ①

유해인도 및 제사주재자 결정에 관한 대법원 전원합의체 판결

상당소 기획소송, 소송제기 목적대로 판례 변경

남녀 불문 피상속인의 직계비속 중 최근친인 연장자가 제사주재자가 되어야

상당소에서 기획소송으로 진행해 온 유해인도 및 제사주재자 결정에 관한 소송이 지난 5월 11일 대법원 전원합의체에서 소송 제기 목적대로 판례가 변경됨에 따라 파기 환송되었다. 대법원은 지난 2008년 제사를 주재하는 사람에 대해 공동상속인들이 협의로 정하되 “협이가 이루어지지 않는 경우에는 적서를 불문하고 장남 내지 장손자가, 공동상속인 중 아들이 없는 경우에는 장녀가 제사주재자가 된다”(대법원 2008. 11. 20 선고 2007다27670 전원합의체 판결)고 판시한 바 있었다. 위 판결은 아들에게 제사주재자 지위를 우선적으로 인정함으로써 이미 폐지된 호주제를 답습한 한편 남녀차별적이고 헌법상 평등원칙에 위배된 판례라는 비판을 받았다.

이와 관련하여 상당소에서는 위 판례의 변경이 필요하다고 판단하고, 미성년자인 혼인 외 아들과 그 모가 망인의 유해를 일방적으로 봉안한 사건에 대해 망인의 장녀 혹은 망인의 배우자와 자녀들이 제사주재자로 지정되어야 한다는 취지로 2017년에 변호인단을 구성하여 소송을 진행하였다. 이 사건은 1심과 항소심에서 모두 기각되었고 2018년 7월 대법원에 상고하여 5년 만에 파기환송됨에 따라 고등법원에서 다시 심리를 하게 되었다. 대법원은 장남을 우선적으로 제사주재자로 하는 것은 헌법상 개인의 존엄과 양

성평등에 어긋나며 조리에 부합하지 않아 현대사회에서 유지될 수 없다고 하면서 특별한 사정이 있지 않는 한 남녀를 불문하고 피상속인의 직계비속 중 최근친인 연장자가 제사주재자가 되어야 한다고 판시하였다(대법원 2023. 5. 11 선고 2018다248626 전원합의체 판결).

대법원의 이번 판결은 제사주재자에 관한 종전 대법원 전원합의체 판결을 양성평등 이념과 달라진 시대상을 반영하여 변경하였다는 점에서 의의가 크며, 판례에 남아있던 가부장제에서 비롯된 남녀 차별을 불식시키고자 애써 온 본 상당소의 끊임없는 노력이 반영된 결과로 볼 수 있다. 상당소에서는 서울고등법원에서 본 사건이 조속히 잘 마무리될 수 있도록 홍보 및 모니터링 활동을 지속적으로 진행할 예정이다.

유해인도 소송 경과

□ 2017. 9. 13. 1차 면접상담

내담자 김 씨와 남편 사이에는 2녀(1994년생, 2000년생)가 있음. 남편은 내연녀 이 씨와의 사이에 아들(2006년생)도 1명 있음. 남편은 김 씨와 이 씨 집을 오가며 살았고

시부모는 평소 아들을 낳아오라고 김 씨를 구박했다고 함. 2017년 4월 김 씨의 남편이 사망하자 이 씨가 자신이 배우자인 것처럼 남편의 유해를 모 재단 추모공원에 봉안하였고, 김 씨는 2017. 7. 21. 이 씨와 추모공원을 상대로 유해 인도청구의 소를 제기하였음. 그런데 이 씨는 장남이 제사주재자로서 유해에 대한 권리가 있다는 대법원 전원합의체 판결을 들어 유해인도를 거부하였고 김 씨는 혼자 소송수행이 어려워 상담소의 도움을 요청하게 되었음.

□ 2017. 9. 25. 2차 면접상담 및 소송구조신청 접수

1차 면접상담 후 상담소에서는 2005년 호주제가 철폐된 이후 선고된 제사주재자를 정하는 방법에 대한 2008년 대법원 판례가 여전히 장남과 아들을 우선시하는 호주제를 답습하고 있어 판례의 변경이 필요하다고 판단함. 이에 변호인단을 조직하여 기획소송으로 진행하기로 결정하고 9. 25 김씨로부터 소송구조신청을 접수함.

□ 2017. 9. 28. ~ 유해인도 소송 변호인단 구성 /

상담소와 변호사 간 의견교환

김민선(한국가정법률상담소), 황현정(전 한국가정법률상담소, 현 법무법인 정률), 정미화(법무법인 남산), 이명숙(이명숙 법률사무소, 현 법무법인 나우리), 배인구(법무법인 로고스), 천정환(법무법인 현정), 김상훈(전 법무법인 바른, 현 법무법인 트리니티) 등 상담소 소속 변호사와 백인변호사단 변호사 7명으로 변호인단 구성.

조경애 법률구조1부장과 김민선 변호사가 실무를 담당하기로 함.

상담소와 변호인단 변호사들과 소송진행 방향에 관한 의견 교환.

* 제사주재자 결정과 관련하여 광배희 소장은 협의가 안 될 경우 배우자에게 우선적 권리를 주어야 한다고 주장.

□ 2017. 10. 24. 변호사단, 의정부지방법원 고양지원에 소송위임장 제출

□ 2017. 11. 22. 변호사단, 준비서면 제출

주요내용 - 전원합의체 판결 다수의견의 부당성: 전통적인 종법사상과 부계혈족 중심의 가의 관념에 입각한 장자

우선의 원칙 유지의 문제, 헌법상 평등의 원칙에 어긋나는 문제 등.

제사주재자결정방법 : 공동상속인간의 협의가 이루어지지 않은 경우 다양한 요소를 고려해 법원에서 결정하도록 하고 이 사안의 경우에는 법정상속인의 다수인 원고들이 되어야 함.

□ 2017. 11. 24. 변론종결

□ 2017. 12. 22 의정부지방법원 고양지원 2017가합1134 유해인도 판결

원고들 청구 기각

기각 이유 - 제사와 제사용 재산의 승계제도는 과거의 조상숭배를 통한 부계혈족 중심의 가계계승에 그 바탕을 두고 있는 것으로서... 협의가 이루어지지 않는 경우 장남 내지 장손자가, 공동상속인 중 아들이 없는 경우에는 장녀가 제사주재자가 된다.

□ 2018. 1. 5 변호사단, 의정부지방법원 고양지원에 항소장 제출

□ 2018. 2. 21. 변호사단, 서울고등법원에 항소이유서 제출

주요내용 - 남성에게 여성보다 우선적으로 제사주재자의 지위를 인정하는 것은 남녀를 차별적으로 취급하는 것이며 철폐해야 할 폐습임, 이는 또한 혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며 국가는 이를 보장한다는 헌법 제36조 제1항에 어긋남.

□ 2018. 5. 2. 서울고등법원 변론종결

□ 2018. 6. 22. 서울고등법원 2018나2006493 유해인도 판결

원고들 항소 기각

□ 2018. 7. 5. 상담소와 변호사단 회의

참석자 - 광배희 소장, 조경애 법률구조1부장, 박소현 법률구조2부장, 이숙현 출판홍보부장, 김민선 · 황현정 · 정미화 · 이명숙 · 배인구 · 천정환 · 김상훈 변호사 등.

주요내용 ; 제사주재자 결정에 관한 대법원 2008년 판결은 이미 폐지된 호주제에서와 같이 남성과 여성, 아들과 딸, 장남과 다른 자녀들과의 차별을 내포한 것으로 헌법과 시대 흐름에 역행하는 것이므로 반드시 변경이 되어야 함. 대

대법원 2018다248626 유해인도 판결 주요내용

원심판결: 서울고등법원2018. 6. 20. 선고 2018나2006493판결

[망인의 유해에 대한 권리의 귀속주체가 문제된 사건]

◇공동상속인들 사이에 제사주재자에 관한 협의가 이루어지지 않는 경우 제사주재자 결정방법

1. 종전 판례의 변경

공동상속인들 사이에 협의가 이루어지지 않는 경우 제사주재자 결정방법에 관한 2008. 11. 20. 선고 2007다27670 전원합의체 판결의 법리는 더 이상 조리에 부합한다고 보기 어려워 유지될 수 없다. 그 이유는 다음과 같다.가. 과거에는 조리에 부합하였던 법규범이라도 사회관념과 법의식의 변화 등으로 인해 헌법을 최상위 규범으로 하는 전체 법질서에 부합하지 않게 되었다면, 대법원은 전체 법질서에 부합하지 않는 부분을 배제하는 등의 방법으로 그러한 법규범이 현재의 법질서에 합치하도록 하여야 한다.나. 공동상속인들 사이에 협의가 성립되지 않는 경우 특별한 사정이 없는 한 장남 또는 장손자 등 남성 상속인을 제사주재자로 우선하는 것은 성별에 의한 차별을 금지한 헌법 제11조 제1항 및 개인의 존엄과 양성의 평등에 기초한 혼인과 가족생활의 성립과 유지를 보장하는 헌법 제36조 제1항의 정신에 합치하지 않는다.다. 현대사회의 제사에서 부계혈족인 남성 중심의 가계계승의 의미는 상당 부분 퇴색하고, 망인에 대한 경애와 추모의 의미가 보다 중요해지고 있다. 이와 같은 현재의 법질서, 국민들의 변화된 의식 및 정서와 생활양식 등을 고려하면, 장남 또는 장손자 등 남성 상속인이 여성 상속인에 비해 제사주재자로 더 정당하거나 그 지위를 우선적으로 인정받아야 한다고 볼 수 없다.라. 제사 및 제사용 재산의 승계제도는 조상숭배라는 전통에 근거하는 것이면서도 헌법상 개인의 존엄 및 양성평등의 이념과 조화되도록 운영하여야 한다는 한계를 가진다. 제사주재자를 정할 때 여성 상속인을 열위에 두는 것은 이러한 현대적 의미의 전통에 부합하지 않는다. 제사주재자로 남성 상속인을 우위에 두지 않는다고 하여 제사제도에 내포된 숭조사상, 경로효친과 같은 전통문화나 미풍양속이 무너진다고 볼 수도 없다.

2. 제사주재자의 결정 방법

공동상속인들 사이에 협의가 이루어지지 않는 경우에는 제사주재자의 지위를 인정할 수 없는 특별한 사정이 있지 않는 한 피상속인의 직계비속 중 남녀, 적서를 불문하고 최근친의 연장자가 제사주재자로 우선한다고 보는 것이 가장 조리에 부합한다. 그 이유는 다음과 같다.가. 2008년 전원합의체 판결에서 조리에 부합한다고 본 제사주재자 결정방법이 현재의 법질서와 조화되지 않는다면 기존 법규범의 연장선상에서 현재의 법질서에 부합하도록 이를 조금씩 수정·변형함으로써 명확하고 합당한 기준을 설정할 필요가 있다.나. 민법 제1008조의3은 제사용 재산의 특수성을 고려하여 제사용 재산을 유지·보존하고 그 승계에 관한 법률관계를 간명하게 처리하기 위하여 일반 상속재산과 별도로 특별승계를 규정하고 있다. 이러한 취지를 고려하면 어느 정도 예측가능하면서도 사회통념상 제사주재자로서 정당하다고 인정될 수 있는 특정한 1인을 제사주재자로 정해야 할 필요가 있다.다. 피상속인의 직계비속 중 최근친의 연장자를 제사주재자로 우선하는 것은 우리의 전통 미풍양속과 현행 법질서 및 사회 일반의 보편적 법인식에 부합한다고 볼 수 있다.

☞ 대법원은 공동상속인들 사이에 제사주재자에 관한 협의가 이루어지지 않는 경우, 망인의 직계비속 중 남녀를 불문하고 최근친의 연장자를 제사주재자로 우선하고, 다만 그 사람이 제사주재자가 되는 것이 현저히 부당하다고 볼 사유가 있는지를 심리하여 누가 망인에 대한 제사주재자인지를 판단하여야 한다고 하면서, 원심은 제사주재자 결정방법에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 아니하였다는 이유로 원심을 파기함.

(대법원 홈페이지 내 '주요판결' 게시판에서 발췌)

출처 : <http://www.scourt.go.kr/supreme/news/NewsListAction2.work?gubun=4&type=5>

법원 상고 결정하고 변론 방향 및 계획 등 논의.

□ 2018. 7. 4 변호사단, 서울고등법원에 상고장 제출

□ 2018. 7. 16. 광배희 소장, 대법원 방문

광배희 소장이 대법원을 방문하여 김명수 대법원장에게 상담소 현안과 관련하여 유해인도사건 상고장 제출과 판례 변경의 중요성 등 설명(조경애 법률구조1부장 배석).

□ 2018. 8. 3 변호사단, 대법원에 상고이유서 제출

주요내용 - 원심 판단 및 2008년 대법원 전원합의체 판결은 민법 제1008조의3 제사용 재산의 의미에 관한 법리를 오해하였으며, 합리적인 이유없이 생래적인 차이만을 기준으로 하여 제사주재자의 순위를 정하여 헌법 제11조 제1항 및 제36조 제1항에 위배됨.

□ 2020. 5. 29. 상담소 가족법개정자문위원회에서 상고심 변론방향 및 의견서 제출 등 논의

참석 - 광배희 소장 등 상담소 직원 20명, 김상용 중앙대 법학전문대 교수, 정미화 법무법인 남산 변호사, 배인구 법무법인 로고스 변호사, 현소혜 성균관대 법학전문대학원 교수 등

현소혜 교수가 “대법원 2018다248626 사건에 대한 의견서” 발표하고 의견 교환. 추후 수정 보완하여 대법원에 제출하기로 함.

□ 2023. 3. 29. 상담소 직원재교육 겸 가족법개정자문위원회에서 대법원 전원합의체 공개변론 대비 논의

참석 - 광배희 소장 등 상담소 직원 18명, 김상용 중앙대 법학전문대 교수, 정미화 법무법인 남산 변호사, 배인구 법무법인 로고스 변호사, 현소혜 성균관대 법학전문대학원 교수 등

본 사건이 대법원 전원합의체 공개변론으로 진행 될 경우 김민선 변호사와 배인구 변호사가 변론을 맡고 현소혜 교수가 참고인으로 의견을 내기로 함.

□ 2023. 5. 11. 대법원 2023. 5. 11. 선고 2018다

248626 유해인도 전원합의체 판결 - 파기환송

□ 2023. 5. 17. 변호사단, 의정부지방법원 고양지원에 유해에 대해 유체동산점유이전금지가처분 신청서 제출

□ 2023. 5. 24. 변호사단에 박슬기 변호사(한국가정법률상담소) 추가, 위임장 제출.

□ 2023. 5. 25. 의정부지방법원 고양지원 유체동산점유이전금지가처분 결정

조경애 법률구조1부장

고맙습니다

2023년 5월 자원봉사자

• 전화 안내를 도와주신

강경숙, 권영덕, 김정혜, 문은전, 유문숙 님

• 야간상담을 해주신

김소이, 이승주, 천정환, 황미옥 변호사님

• 학생 자원봉사

고원진, 권수민, 김가영, 김기윤, 김동아, 김민선, 김민주, 김상은, 김유진, 김유진2, 김정민, 김지오, 김지운, 나단비, 류채현, 박민제, 박인아, 박태희, 서유진, 서정훈, 성은별, 신연우, 신영혜, 오정민, 원지수, 유지수, 이금진, 이다연, 이다이, 이상아, 이소운, 이승영, 이양현, 이영호, 이유정, 이은세, 이지민, 이현아, 이해원, 임수빈, 임현지, 장주원, 장지수, 전해미, 정다원, 정재은, 최문경, 최신양, 최준영, 최하연, 하유지, 한아름, 홍효원 님

후원 고맙습니다

• 운영후원금을 주신 분

김용현, 이현혜, 천정환, 최정난, 무명(내담자) 님

특집 ②

창립 67주년 및 가정의 달 기념 심포지엄*

고령인지장애인을 위한 성년후견제도 개정방향 (I)

주제발표

유엔장애인권리협약 제12조와 성년후견의 개혁방향

- 고령자·장애인의 권익옹호와
의사결정지원을 위한 제도적 모색 -

박 인 환

인하대 법학전문대학원 교수

I. 서론

2013년 7월 1일 개정 민법의 시행으로 새로운 성년후견제도가 도입된 지 올해로 만 10년이 되었다. 사법연감에 따르면, 시행 다음 해인 2014년 성년후견개시신청 건수 2,006건, 한정후견개시신청 건수 236건, 특정후견개시신청 건수 355건, 후견계약등기건수 8건이었던 데에 비하여, 2021년에는 성년후견개시신청 건수가 8,605건, 한정후견 838건, 특정후견 938건, 후견계약등기 28건이고, 2021년 기준 누적 성년후견감독사건은 20,180건, 한정후견감독사건 2,316건, 특정후견감독사건 2,957건, 임의후견감독인 선임된 후견계약이 20건에 이르렀다¹⁾. 제도 시행 10년 만에 연간 이용건수가 3배 정도로 크게 증가하였음을 알 수 있다.

그러나 인구학적 관점에서의 잠재적 수요에 비하면 여전히 매우 낮은 이용률에 머물고 있다²⁾. 무엇보다도 무권대리와 같

* 일찍부터 사회상의 변화에 따라 종전 금치산제도의 대안으로 성년후견제도의 도입을 주장하고 제도의 도입 이후에는 이를 널리 알리기 위해 노력해 온 본소에서는 지난 5월 24일 창립 67주년 및 가정의 달 기념으로 ‘고령인지장애인을 위한 바람직한 성년후견제도의 개정 방안’ 심포지엄을 개최하였다. 이 심포지엄은 유엔장애인권리협약 제12조에 따른 고령인지장애인의 인권 실현을 위해 성년후견제도의 개정 방안에 대해 본격적인 논의를 모색하는 자리가 되었다. <가정상담> 이번 호에는 주제발표를 싣고 다음 호에는 토론문을 게재할 예정이다.

- 1) 2013-2021 통계로 알아보는 우리나라 후견(감독)사건의 현황 일본 성년후견 관계 사건의 현황 포함 - , 한국성년후견지원본부, 2022. 11. 30, 27면.
- 2) 성년후견이용이 활성화된 독일의 경우, 2021년 기준 누적 125 만 건의 성년후견 이용건수와 530만 건 이상의 장래대리권(Vorsorgevollmacht, 예방적 대리권) 등 사전처분문서가 등록되어 있다(Dagma Brosey(박인환 역), “독일 성년후견법 개정의 개관” 후견(후견협회) 제2호 58, 59면). 이러한 격차는 법문화가 상이하다는 점을 고려하더라도 현행 성년후견제도가 제도의 잠재적 수요에 충분히 대응하지 못하고 있음을 보여준다.

은 법적 불안정성에도 불구하고 가족주의적 관념에 쫓아 가족에 의한 사무처리가 여전하고 부득이 한 사정이 없는 한 성년후견을 이용하려고 하지 않는다³⁾. 이용의 질적 측면에서도 종래 금치산자·한정치산자제도와와의 연속성이 강한 성년후견유형의 이용률이 압도적으로 높고, 보다 유연하고 개입의 정도가 낮은 한정후견이나 특정후견은 이용률이 낮다. 특히 본인의 자기결정 존중의 관점에서 큰 기대를 모았던 후견계약의 이용은 극단적으로 저조하다⁴⁾. 성년후견유형 중심의 제도 이용은 제도 이용의 주된 동기가 재산관리의 필요에서 비롯된다는 사정과 관련이 있다⁵⁾. 재산관리를 위해서는 포괄적 권한이 부여되는 성년후견유형의 편의성이 크기 때문이다⁶⁾.

이러한 제도 시행 경과에 비추어 2013년부터 개정민법에 의하여 시행된 새로운 성년후견제도가 당초의 입법목적을 충분히 실현하고 있다고는 말하기 어렵다⁷⁾.

종래 금치산 한정치산 제도는 확일적으로 행위능력을 제한하고 포괄적 법정대리권을 부여하여 피후견인의 자기결정권을 과도하게 제한한다는 점, 거래의 안전에 중점을 두고 주로 재산관리에 대하여 규율할 뿐 정작 본인 보호에 필수적인 신상보호에 대해서는 소홀하다는 점, 결과적으로 고령화, 질병, 사고 등으로 인한 정신적 장애인의 증가에도 불구하고 재산관

리를 둘러싼 가족간 분쟁이 발생하는 등 부득이한 사정이 없는 한 제도가 잘 이용되지 않는다⁸⁾는 점 등이 비판을 받았다⁹⁾.

이에 대하여 새로운 성년후견제도에 있어서는 요보호 성년자의 잔존능력을 최대한 존중하고, 요보호 성년자의 정신능력을 범주화하지 않고 개별적 보호를 제공하며, 국가의 개입은 최소화하여 필요한 경우에 한하여 개입하여 필요한 보호를 제공할 뿐 아니라, 그때에도 정신능력의 상실 정도에 비례하여 보호조치를 제공할 수 있도록 하여야 한다는 원칙이 제시되었다. 그리고 그에 따른 개정방향으로 신상보호 기능의 도입, 자기결정권의 최대한의 존중과 보호유형과 보호조치의 선택에 있어서 본인 의사 존중, 잔존능력의 최대한의 존중관점에서 보호조치의 개별화, 의료동의 등에 대한 본인의사 존중을 위한 절차의 도입, 임의후견제도의 도입, 가족 이외의 제3자 전문직 후견인의 도입, 법문화적 연속성의 보장 등이 제시되었다¹⁰⁾.

이러한 원칙과 방향하에 새로운 성년후견제도는 다음과 같은 특징을 갖게 되었다¹¹⁾.

첫째, 자기결정권 및 본인 의사 존중의 관점에서 보호유형과 보호조치를 탄력적으로 적용할 수 있도록 함으로써 과잉개입을 배제하여 적어도 스스로 결정할 수 있는 사항에 대해서

- 3) 사건본인의 재산관리와 관련하여 친족이 부동산 매각, 보험금 수령, 예금 인출, 인감증명서 발급 등의 사무를 사건본인의 명의로 하려고 하다가, 상대방이 사건본인의 정신적 제약을 의심하여 사무처리에 지장이 발생함으로써 부득이 성년후견 등 심판을 청구하는 경우가 많은 것으로 보고되었다. 김성우, “성년후견제도의 현황과 과제”, 가족법연구 제30권 3호, 2016. 11, 416면.
- 4) 후견계약 이용 저조의 원인에 대해서는 후견계약에 대한 대국민 홍보 내지 전문가에 대한 주지의 부족, 제도적으로는 공정증서 작성, 법원의 개입, 임의후견감독인 선임 등 절차비용이 높다는 점이 지적되고 있다. 제철웅, “개정민법상 후견계약의 특징, 문제점 그리고 개선 방향: 후견대체제도의 관점을 중심으로”, 민사법학 제66호(2014.3), 99면 이하, 119면.
- 5) 2016년까지 서울가정법원 신청건수에 대한 전수조사에 따르면 청구의 동기로는 부동산 관리 또는 처분(중여 포함)이 32.2%로 가장 많고, 다음으로 예금관리(15.2%), 신상보호(13.3%), 보험금수령(10.8%) 등의 순서이다. 김성우(주 3), 같은 면.
- 6) 박인환, “사적자치의 원칙과 의사결정지원 제도화의 모색”, 민사법학 제95호(2021. 6), 3면 이하, 4면.
- 7) 새 제도 시행 과정의 문제점에 대한 진단과 분석으로서 박인환, “성년후견제도 시행 4년의 평가와 과제”, 법조 통권 제722호(2017. 4), 5면 이하, 24면 이하 참조.
- 8) 가족에 의한 사실상 후견이라고도 볼러도 좋을 이러한 관행은 새 제도 시행 이후에도 크게 달라지지 않은 것으로 보인다. 근대적 사법제도의 계수라는 관점에서 보면 우리나라는 유럽대륙법전으로부터 근대적 사법체계의 일부로서 금치산자 한정치산자에 관한 제도를 계수(reception)하기는 하였지만 이에 대해서 본격적인 법의 동화(assimilation)는 일어나지 않았다고 평가할 만하다. 이에 대해서는 박인환(주 7), 10면 이하.
- 9) 박인환, “새로운 성년후견제 도입을 위한 민법개정안의 검토”, 가족법연구 제24권 1호(2010. 3), 31면 이하, 34면 이하. 박인환(주 7), 13면 이하, 그 밖에 당시 종래 제도의 문제점을 비판하고 새 제도 도입의 필요성과 방향을 제시하는 논문들로서, 신영호, “고령사회에 있어서의 후견제도”, 가족법연구 제11호, 1997, 366면 이하; 백승흠, “성년후견제도의 입법방향”, 민사법학 제18호(2000. 5), 156면 이하; 백승흠, “현행 성년자보호를 위한 제도의 문제점과 대안으로서의 성년후견제도”, 민사법학 제24호(2003. 9), 407면 이하; 제철웅 박주영, “성년후견제도의 도입논의와 영국의 정신능력법의 시사점”, 가족법연구 제21권 제3호(2007. 11), 275면 이하; 제철웅, “성년후견제도의 개정방향”, 민사법학 제42호(2008. 9), 111면 이하 등.
- 10) 제철웅(주 7), 138면 이하.
- 11) 이하에 대해서는 박인환(주 6), 5면 이하 및 박인환(주 7) 17면 이하 참조.

는 자기결정권의 행사가능성을 제공하였다¹²⁾.

둘째, 나아가 필요최소개입의 원칙에 따라 후견에 의한 사무처리가 필요한 사항이나 일정 기간만 후견을 이용할 수 있도록 특정후견을 도입하고(민법 제959조의11), 본인 스스로 현재 또는 장래의 후견사무처리에 대비하여 스스로 후견인을 선정하여 후견사무와 그 처리에 필요한 권한을 부여할 수 있도록 임의후견제도를 도입하였다(민법 제959조의14).

셋째, 가정법원이 후견인에게 피후견인의 신상에 관한 결정권한을 부여할 수 있도록 함으로써(민법 제947조의2) 피후견인의 신상보호가 본격적으로 후견사무 내지 후견인의 임무로 인정되었다¹³⁾.

넷째, 후견인이 피후견인의 신상보호 기능과 권한을 갖게 됨에 따라 피후견인의 취약성에서 비롯된 착취, 학대, 폭력, 성폭력으로부터의 보호가 중요한 임무가 되고 후견인은 피후견인의 인권보호를 위한 권익옹호자로서의 역할을 요구받

게 되었다¹⁴⁾.

다섯째, 성년후견등 신청권자로서 새로이 시장·군수·구청장을 규정함으로써(민법 제9조 등) 핵가족화와 그에 따른 가족기능의 퇴화에 대응하기 위한 후견 사회화의 법적 근거를 마련하였다¹⁵⁾.

여섯째, 후견사회화의 필요성과 후견인의 권익 인권옹호 기능 강화와 함께, 사회보장급부 전달체계에 있어서 급부의 신청과 제공된 급부의 수령과 이용에 있어서 자기결정권의 중요성이 부각되면서 수요자 중심 사회보장전달체계의 구축이라는 관점에서 일종의 사회서비스로서 성년후견서비스의 제공이 요청되게 되었다¹⁶⁾. 이러한 요청에 부응하여 보건복지부와 지방자치단체가 연계한 발달장애인, 치매환자, 정신장애인을 위한 공공후견사업이 전개되고 있다¹⁷⁾. 이는 향후 성년후견제도의 새로운 발전 가능성을 보여주는 흐름으로 주목된다¹⁸⁾.

12) 성년후견유형에서도 일용품거래의 취소를 제한하고(민법 제10조 제4항) 그밖에 취소할 수 없는 행위의 범위를 정하거나(민법 제10조 제2항) 후견인의 대리권의 범위를 제한할 수 있도록 한 것(민법 제938조 제2항), 한정후견의 경우에는 처음부터 보호의 필요성이 있는 사항에 대해서만 동의유보의 결정(민법 제13조 제1항)이나 한정된 범위의 대리권을 부여하도록 한 것(민법 제959조의4 제1항)이 그러하다.

13) 박인환, “새로운 성년후견제도에 있어서 신상보호—신상결정의 대행과 그 한계—”, 가족법연구 제25권 2호(2011. 7), 147면 이하.

14) 이에 대해서는 박인환(주 7), 20면 이하 참조.

15) 그 개념과 실천적 과제에 대해서는 우선 岩志和一郎 외, “成年後見制度の社會化の促進に向けて”, 成年後見法研究 제2권, 2005. 3, 77면 이하, 稅所眞也, 成年後見の社會學, 勁草書房, 2020; 菅田理一, 成年後見制度の社會化—被後見人の自己決定·自己選擇の支援をめぐる, 라이프デザイン學研究 제9집, 2013, 191면 이하 등 참조.

16) 장애인권리옹호제도와 성년후견제도의 유기적 결합과 사회서비스로서의 후견서비스 제공의 필요성에 대해서는 제철웅, “장애인 인권 보호를 위한 입법적 과제”, 법학연구(전북대) 통권 제44집 178면 및 제철웅, “발달장애인 공공후견지원사업의 방향성”, 입법과 정책 제9권 제1호, 2017. 4, 305면 이하.

17) 공공후견지원사업은 새로운 성년후견제 시행에 즈음하여 후견사회화에 대응하는 사회서비스의 일환으로 각각 발달장애인의 권리보장 및 지원에 관한 법률 제9조(성년후견제 이용지원), 치매관리법 제12조의3(성년후견제 이용지원), 정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률 등에 의거하여 시행되고 있다. 장애유형별로 각각 장애인개발원, 국립중앙치매센터, 국립정신건강복지센터를 주관기관으로 하며, 지정 후견법인 등에 의한 성년후견인 양성교육, 후견인에 대한 활동보수의 지급(전당 15만 원, 최대 40만 원), 양성교육기관을 통한 상담과 조인, 후견인 지원 등을 주된 내용으로 한다. 공공후견지원사업에서는 발달장애인지원센터, 치매안심센터, 정신건강복지센터에 의한 피후견인 발굴과 후견인 후보자 매칭, 시장·군수·구청장의 후견개시청구, 양성교육을 받은 비직업적 후견인의 특정후견인 선임, 시장·군수·구청장의 후견감독인 선임 등의 구조로 진행된다. 공공후견지원사업에 의하여 후견법인 등의 추천으로 선임된 후견인을 공공후견인이라고 통칭하는데, 유엔장애인권리협약 제12조와 충돌 문제를 회피하기 위하여 특정후견인 선임을 원칙으로 한다. 단, 정신장애인에 대한 공공후견인은 입·퇴원 절차상 보호의무자로서 동의권 행사의 필요성 때문에 정신장애인 복지법인 등을 한정후견인으로 선임하고 있다. 이에 관한 상세한 현황에 대해서는 우선, 강상경·하경희, “정신장애인 공공후견제도: 성과와 한계 및 발전방향”, 비판사회정책 제63호, 2019. 5; 권오형, “발달장애인 공공후견지원사업의 성과와 과제”, 서울특별시 주최 정책토론회 발달장애인 권리보장을 위한 공공후견지원 현황과 과제 자료집, 2016. 11. 28; 박인환(주 7), 2017. 4, 신권철, 2018. “정신장애인 공공후견의 쟁점과 전망”. 2018 정신질환자를 위한 공공후견사업 보고대회 자료집, 전창훈, “정신요양시설 공공후견 심판청구 현황”, 한국 후견신학연구센터 주관, 보건복지부 등 후원, 정신장애인을 위한 공공후견사업 보고대회 자료집(2017. 12. 4, 서울역사박물관), 주 16) 제철웅의 각 논고 참조.

18) 공공후견사업의 현황과 앞으로의 발전방향(입법제안 포함)에 대해서는 박인환, “공공후견 및 의사결정지원 촉진을 위한 입법방향”, 법

이와 같이 2013년 시행 개정민법의 개혁적 구상을 실현하기 위한 노력과 성과, 문제점이 교차하는 와중에 새로운 성년후견제도는 그간의 개혁 성과를 무색하게 하는 새로운 도전에 직면하고 있다. 즉, 2008년 유엔장애인권리협약(The Convention on the Rights of Persons with Disabilities, CRPD, 이하 협약이라고도 한다)의 성립 이래 성년후견제도가 동 협약 제12조와 충돌한다¹⁹⁾는 비판이 지속적으로 제기되고 있는 것이다. 동 협약 제12조는 장애인의 법적능력의 향유와 의사결정지원의 원칙과 방법에 대하여 규정하고 있다. 우리나라는 2008년 동 협약의 성립과 동시에 이에 가입 비준하였다²⁰⁾. 그러나 2011년 새로운 성년후견제도 도입을 위한 민법 개정 당시 동 협약과의 정합성(整合性)에 대해서는 본격적 논의가 이루어지지 못했다. 그 결과 이미 개정 민법 시행에 즈음하여 일부 장애단체로부터 새로운 성년후견제도 역시 동 협약의 취지에 부합하지 않는다는 비판이 제기되었다. 무엇보다도 유엔장애인권리협약의 국내적 이행을 위한 유엔장애인권리위원회의 각국 정부보고서 심의과정에서 성년후견제도의 패러다임을 근본적으로 전환할 것을 요청받게 되었

다. 우리나라는 협약 성립과 동시에 이를 가입 비준한 당사국으로서 그리고 전세계 160개국 이상이 가입 비준한 확립된 국제법이라는 점에서 동 협약을 준수하여야 할 국제법적 책무를 지고 있다. 그리고 그 국내적 이행과 관련하여 매 4년마다 동 협약에 의하여 설치된 전문가위원회인 유엔장애인권리위원회에 보고서를 제출하고 그에 대한 논평과 권고를 받아야 한다(협약 제34조²¹⁾) 이 과정에서 우리나라는 2014년 10월 최초의 국가보고서의 심의에 관한 최종견해 및 2022년 9월 제2 3차 병합보고서의 심의에 관한 최종견해(concluding observation)에서 거듭하여 현행의 성년후견제도가 동 협약 제12조에 합치하지 않으며 의사결정지원 제도로 전환하라는 강력한 권고를 받았다. 한편 이러한 성년후견제도를 의사결정지원 제도로 전환하라는 권고는 비단 우리나라에만 한정된 것이 아니라 근대민법 이래 행위능력의 제한과 법정대리인의 선임을 기조로 하는 성년후견법제를 가지고 있는 거의 모든 나라들에 대하여 이루어졌다. 이에 전세계 각국에 있어서 기존의 후견제도를 의사결정지원제도로 전환하려는 제도적 모색이 이어지고 있다²²⁾.

조 제70권 제3호(통권 제747호), 2021. 6. 28. 참조.

- 19) 동 협약의 취지와 성년후견제도와와의 관련성에 대해서는 제철웅, 유엔 장애인권리협약이 관점에서 본 한국 성년후견제도의 현재와 미래, 가족법연구 제28권 제호, 2013. 7, 211면 이하; 박인환, “UN장애인권리협약과 성년후견 패러다임의 전환 - 의사결정대행에서 의사결정지원으로 -”, 가족법연구 제28권, 제3호(2014. 11), 171면 이하; 박인환, “장애인권리협약과 의사결정지원 제도화를 위한 국제적 모색”, 법학연구(인하대) 제22집 제2호, 2019. 6, 25면 이하 등 참조.
- 20) 협약의 성립 경위와 배경 및 각 조항의 규범적 내용에 대하여는 국가인권위원회, 장애인권리협약해설집, 한학문화, 2007. 그 밖에 협약의 시행에 따른 국내법적 과제를 포함한 최근의 문헌으로 김형식 외, 유엔장애인권리협약해설:복지에서 인권으로, 어가, 2019. 참조.
- 21) 장애인권리협약의 당사국은 보고 의무를 준수하기 위해서 최초 보고서를 해당 협약 비준 후 2년 내에 제출하여야 하며, 이후 최소 4년마다 본 협약 이행을 위한 후속조치에 대해 정기적으로 보고서를 제출하여야 한다. 보고서는 동 협약의 각 조항들을 이행하기 위해 국가가 취한 법적, 행정적, 사법적 조치 및 조약상 권리의 실현을 저해하는 장애요소와 어려움을 기술해야 한다. 장애인권리협약해설집(주 20), 169면 참조.
- 22) 이에 대해서는 우선, 박인환(주 19) 및 박인환(주 6), 그 밖에 각국의 의사결정지원 제도화에 대한 동향을 소개한 것으로, 오호철, “장애인권리협약과 의사결정지원 고찰- 영국의 Mental Capacity Act 2005를 중심으로 -”, 법학연구(한국법학회) 제60집, 2015. 12, 133면; 특히, 영국에서 의료, 요양, 복지 서비스와 관련하여 신장보호에 관한 의사결정지원에 대하여는 제철웅·정민아, “신장보호 영역에서의 지원의사결정 제도 - 영국 정신능력법상의 제도를 중심으로 -”, 의생명과학과 법 제28권, 2020. 6, 6면; 장애인 환자의 연명의료 결정에 있어서 의사결정 조력에 방안을 검토한 것으로 유수정, 박소연, “장애인 환자의 연명의료결정 시 자기결정권 존중과 의사결정 조력”, 한국의료윤리학회지 제20권 제1호, 2017. 3, 91면 이하; 잉글랜드와 스코틀랜드의 사례 검토를 포함한 것으로 김효정 외, “치매국가책임제와 의사결정지원제도”, 의생명과학과 법 제21권, 2019. 6, 81면 이하; 캐나다 브리티시 컬롬비아주의 의사결정지원체계에 대하여는 제철웅, “캐나다 브리티시 컬롬비아주의 의사결정능력장애인의 사법상의 권리 실현 보장체계에 관한 연구”, 비교사법 제1권 제4호, 2014. 11, 1561면 이하; 호주의 예로서, 말콤 샤이벤스, “호주 뉴사우스웨일즈의 의사결정능력 장애인과 의사결정지원”, 후견과신탁 제1권 제1호, 2018. 1. 25면 이하; 최근 의사결정지원제도로의 전환 동향을 포함하여 제철웅·박현정, “성년후견제도의 미래: 호주 뉴사우스웨일즈 주의 후견제로부터의 시사점”, 의생명과학과 법 제24권, 2020. 12, 61면 이하. 최신의 동향으로 이지는, “치매와 의사결정지원- 미국의 의사결정지원법(Supported Decision+Making Law)의 검토를 중심으로 -”, 법학논총(숭실대) 제54집(2022. 9), 231면 이하, 안경희, “2021년 개정 독일 성년후견법의 주요 내용- 제1814조 내지 제1834조를 중심으로 -”, 중앙법학 제23집 2호(2021. 6), 105면 이하 참조.

우리나라에 있어서도 성년후견제도를 협약 제12조의 취지에 합치하는 의사결정지원 제도로 전환하여야 할 제도 개혁을 어떻게 실현할 것인가라는 과제에 직면하고 있다. 본고에서는 유엔장애인권리협약에 따른 성년후견제도의 패러다임 전환과 그에 따른 의사결정지원의 제도화에 대한 일련의 탐색적 연구의 연속선상에서 최신의 국제적 동향 특히 독일에서의 입법례를 참고로 하여 협약 제12조의 요청에 따른 성년후견제도 패러다임에 합치하는 성년후견제도 개혁의 방향을 모색해 보고자 한다.

II. 유엔장애인권리협약 제12조와 의사결정지원 요청

1. 협약 제12조의 의의

협약 가운데 성년후견제도와 직접 관련된 조항은 ‘법 앞의 평등’이라는 표제 아래 장애인의 평등한 법적능력의 향유와 그 행사에 대한 지원을 규정하고 있는 협약 제12조이다.

협약 제12조는 다음과 같다²³⁾.

협약 제12조(법 앞에서 평등하게 인정받을 권리)

1. 당사국은 장애인이 어디에서나 법 앞에 인간으로서 인정받을 권리가 있음을 재확인한다.
2. 당사국은 장애인들이 삶의 모든 영역에서 다른 사람들과 평등한 조건에서 법적능력(legal capacity)을 누려야 함을 인정한다.
3. 당사국은 장애인들이 그들의 법적능력을 행사하는 데 필요한 지원에 접근할 수 있도록 적절한 입법 및 기타 조치를 취한다.
4. 당사국은 법적능력 행사와 관련이 있는 모든 입법 또는 기타 조치들이 국제인권법에 따라 남용을 막기 위한 적절하고 효과적인 안전장치(safeguards)를 제공하도록 보장하여야 한다. 그러한 안전장치들은 법적능력 행사와 관련이 있는 조치들이 개인의 권리(rights), 의지(will), 선호(preferences)를 존중하고, 이해충돌과 부당한 영향이 없고 당사자가 처한 환경에 맞추어 그에 비례하여야 하며, 가능한 최단기간에 적용하고 권한이 있고 독립적이며 공정한 기관 또는 사법기관에 의한 정기

적 심사의 대상이 되도록 보장해야 한다. 안전장치는 그러한 조치들이 개인의 권리와 이익에 미치는 영향의 정도에 비례해야 한다.

5. 당사국은 본 조항 규정에 따라 장애인이 재산을 소유, 상속하고 자신의 재산을 관리하며, 은행대출, 주택용자 기타 금융신용에 평등하게 접근할 수 있도록 보장하고, 그들의 재산이 자의적으로 빼앗기지 않도록 보장하는 모든 적절하고 효과적인 조치를 취하여야 한다.

협약 제12조에서는 모든 장애인의 법 앞의 평등한 인정을 전제로 다른 사람들과 동등한 조건에서 법적능력의 향유와 그 행사를 지원하는 조치를 취할 것과 그 조치가 갖추어야 하는 안전장치(safeguards)들을 규정하고 있다. 즉, 협약 제12조는 ‘법 앞에 평등한 인정’이라는 표제하에 제1항에서 장애인이 ‘법 앞에서 인간으로서 인정받을 권리’가 있음을 재확인한다. 법 앞에 인간으로서 인정받을 권리는 천부적(天賦的)인 자유권의 하나로 이미 시민적 정치적 권리에 관한 국제조약(International Covenant on the Civil and Political Rights) 제16조에서 인정하고 있는 바이다. 협약 제12조 제1항 장애인의 법 앞에서 인간으로서 인정받을 권리(제1항)는 제2항 모든 장애인이 다른 사람과 동등한 조건에서 법적능력(legal capacity)을 향유하는 것을 인정하기 위한 전제이다. 법 앞에 평등하게 인정받을 권리는 법적능력이 인간성에 기초한 모든 인간의 보편적인 천부적 속성으로서, 장애가 있는 사람도 비장애인과 동등한 기초 위에서 인정되어야 한다는 것을 함축하고 있기 때문이다. 다른 한편으로 평등과 차별금지에 관한 협약 제5조에서는 “당사국은 모든 사람은 법 앞에서 그리고 법 아래에서 평등하며 아무런 차별 없이 법의 평등한 보호와 혜택을 받을 자격이 있음을 인정한다.”고 규정하고 있다(동 제1항). 따라서 법 앞에서 인간으로서 평등하게 인정받을 권리는 자유권이자, 평등권의 속성을 갖게 된다. 권리능력이나 행위능력이 제한되는 경우에는 협약 제12조의 자유권의 침해가 문제되는 데 반하여 장애가 있는 사람이 권리능력이나 행위능력에 관하여 다른 사람과 다르게 차별적으로 취급된다면, 협약 제12조의 차별금지와 충돌하게 된다²⁴⁾. 따라서 협약 제12조에 규정된 장애인의 권리는 자유와 평등에 관한 권리로서 당사국은 협약 제12조에서 규정한 조치들을 즉시 실현하지 않으면 안된다²⁵⁾. 즉, 협약에 규정된 당사국의 의무는

23) 장애인권리협약해설집(주 20) 70면의 역어에 기초하여 적의 수정함.

24) Volker Lipp, *Erwachsenenschutz, gesetzliche Vertretung und Artikel 12 UN-BRK*, Valentine Aichele (Hrsg.), *Das Menschenrecht auf gleiche Anerkennung vor dem Recht*, Nomos, 2013, S. 331.

25) General comment No. 1 Article 12(주 27), para. 34.

즉각적으로 이행하여야 할 의무와 점진적으로 실현하여야 할 의무로 나누어지고, 경제적, 사회적, 문화적 권리에 대해서는 당사국에게 가용자원이 허용하는 최대한의 조치를 점진적으로 달성할 의무가 있으나(협약 제4조 제2항), 그 밖에 자유와 평등에 관한 시민적 정치적 권리는 즉각적으로 실현하여야 할 의무가 발생한다²⁶⁾.

2. 협약 제12조에 관한 유엔장애인권리위원회의 일반평석 제1호

(1) 일반평석 제1호의 규범적 의의

장애인권리협약의 이행 등을 모니터링하기 위하여 협약 제34조에 의하여 유엔에 설치된 전문가 위원회인 유엔장애인권리위원회(Committee on the Rights of Persons with Disabilities)는 협약 제12조의 해석, 특히 법적능력(legal capacity)의 개념에 행위능력이 포함되는가, 대체의사결정(substitute decision-making)과 의사결정지원(supported decision-making)의 구별에 대한 협약국에서의 논란과 이견을 극복하기 위하여 협약 제12조에 관한 해석을 발표하였다²⁷⁾. 협약의 해석에 대하여는 1969년 국제조약에 관한 비엔나협약(Vienna Convention on the Law of Treaties)에 따라 당사국에 최종적 해석 권한이 유보되어 있으므로 유엔장애인권리위원회의 해석에 국제법적 구속력이 있는 것은 아니다. 그러나 유엔장애인권리위원회는 협약에 근거하여 각국을 대표하여 선출된 전문가 위원회로서 권위가 인정되고, 무엇보다도 국가보고서 심의를 통하여 그 해석에 따른 협약의 이행이 정기적으로 모니터링 된다는 점에서 협약의 해석에 관한 한 국제사회에서 실질적 영향력을 가진다는 점에 유의하여야 한다²⁸⁾. 이하에서는 협약 제12조에 관한 일반평석 제1호의 해석을 살펴본다.

(2) 법적능력의 향유에 대하여

먼저 법적능력의 향유에 대하여 일반평석 제1호는 다음과 같이 설명하고 있다²⁹⁾.

법적능력(legal capacity)은 시민적, 정치적, 경제적, 사회적, 문화적 권리의 행사에 불가결하며 ... 법적능력의 부인은 많은 경우에 투표할 권리, 혼인할 권리, 가족을 만들 권리, 출산에 관한 권리, 부모로서의 권리, 친밀한 관계와 의료적 처치에 관하여 동의할 권리를 포함하는, 많은 중요한 권리들을 박탈하는 결과를 초래한다(para. 8). 위원회는 어떤 사람의 장애인이라는 지위 또는 손상(육체적·인지적 손상)의 존재가 법적능력이나 협약 제12조가 규정하는 권리를 부인하는 근거가 될 수 없다는 것을 다시 확인한다(para. 9). 협약 제12조 제2항은 장애가 있는 사람이 생활의 모든 영역에서 비장애인과 동등한 기초 위에서 법적능력을 향유하는 것을 인정한다. 법적능력에는 권리의 보유자(주체)가 될 수 있는 능력과 법 아래에서 행위자가 될 능력을 모두 포함한다(para. 12).

법적능력과 정신능력(mental capacity)은 서로 별개의 개념이다. 법적능력은 권리와 의무를 보유하고(legal standing, 법적 지위) 이들 권리와 의무를 행사하는 능력(legal agency, 법적 행위자)이다. 이것은 의미 있는 사회 참여에 접근할 수 있는 열쇠이다. 정신능력은 어떤 사람의 의사결정기능(decision-making skills)을 의미하며 당연히 사람마다 다르고, 같은 사람이라도 환경이나 사회적 요소를 포함하는 많은 요인들에 따라 달라질 수 있다. ... 협약 제12조는 정신의 이상이나 다른 차별적 라벨(label)이 법적능력(법적지위와 법적 행위자)을 부인하는 정당한 이유가 되지 않는다는 것을 분명히 하였다. 협약 제12조에 의하면 정신능력에 결함이 있거나 있다고 간주된 것이 법적능력의 부인을 정당화하는 데에 이용될 수 없다(para. 13).

법적능력은 장애가 있는 사람을 포함하여 모든 사람에게 부여된 생래적 권리이다. 위에서 언급한 바와 같이 법적능력은 두 가지 요소로 구성된다. 첫째는 권리를 보유하고 법 앞에 법적 인간으로 인정받을 법적 지위이다. ... 둘째는 그 권리에 기하여 행위하고 그러한 행위를 법에 의하여 인정받는 법적 행위자로서의 지위이다. 후자가 장애가 있는 사람에게 부인되거나 제한을 받았던 요소이다. ... 법적능력은 장애가 있는 사람을 포함하여 모든 사람이 오직 인류라는 사실만으로 법적 주체가 되고 법적 행위자가 된다는 것을 의미한다. 그러므로 법적 능력의 두 기둥은 법적능력에 관한 권리가 실현되기 위해

26) 이상에 대하여 보다 상세히는 박인환(주 6), 9면 이하 참조.

27) General comment No. 1 Article 12: Equal recognition before the law (Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Eleventh session 31 March/1 April 2014) <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/1&Lang=en>, para. 30. 박인환(주 6), 12면.

28) 박인환(주 6), 14면 주) 36.

29) 박인환(주 6), 14면 이하.

서는 모두 인정되어야 하며 분리될 수 없다. ... 정신능력은 일반적으로 제시되는 것처럼 객관적이고 과학적이며 자연적으로 발생하는 현상이 아니다. 정신능력은, 정신능력의 평가에 있어서 지배적 역할을 하는 분야, 직업, 관행이 그러하듯이 사회적 정치적 맥락에 좌우된다(para. 14).

지금까지 위원회가 심사해 온 바에 따르면 대부분의 당사국 보고서에서는 정신능력과 법적능력의 개념을 동일시하여 인지장애나 사회심리적 장애를 이유로 의사결정기능이 손상되었다고 간주된 사람은 결과적으로 특정 결정을 할 법적능력이 배제되었다. 이것은 단지 어떤 손상(상태적 접근)의 진단에 기초하거나 어떤 사람이 부정적인 결과를 초래한다고 간주되는 결정을 하는 경우(결과적 접근) 또는 어떤 사람의 의사결정기능에 결함이 있다고 간주되는 경우(기능적 접근)에 결정된다. ... 이러한 접근법들은 모두 어떤 사람의 장애 그리고/또는 의사결정기능을 그의 법적능력을 부인하고 그의 법 앞에 인간으로서의 지위를 강등하는 합법적 근거로 사용하는 것이다. 협약 제12조는 그러한 차별적 방법으로 법적능력을 부인하는 것을 허용하지 않으며 반대로 법적능력의 행사에 지원을 제공할 것을 요구하는 것이다(para. 15). (이상 밑줄은 필자 첨가)

협약 제12조의 성안 과정에서 행위능력을 법적능력의 개념으로부터 제외하려는 일부 당사국의 견해 및 그 이후의 해석상의 논란에도 불구하고 유엔장애인권리위원회는 행위능력의 제한이 법적능력의 제한에 해당한다는 점을 분명히 한 것이다.

전통적 성년후견제도는 정신적 제약이 있다고 간주되는 사람에 대하여 후견의 개시 또는 법원의 결정으로 행위능력을 박탈 또는 제한하는 조치를 포함하고 있다. 우리나라의 성년후견제도도 다르지 않다. 우리 민법상 행위능력의 제한은 처음부터 피후견인의 행위능력을 제한하는 것이 아니라 후견인이 피후견인의 행위를 취소하는 방식으로 이루어진다. 즉, 성년후견인은 대가가 과도하지 않은 일용품의 거래와 가정법원이 취소할 수 없는 것으로 정한 것을 제외하고 피성년후견인이 한 법률행위를 취소할 수 있고, 한정후견인은 가정법원이 동의유보의 결정을 한 사항에 한하여 취소권을 행사할 수 있다(단, 한정후견인에게 대리권이 부여되어 있어야 한다. 민법 제140조 참조). 이는 후견인이 취소권을 행사할 때까지 피후견인의 법률행위는 일단 유효로 다루어진다는 점(유동적 유효)에서 처음부터 효력을 인정하지 않거나 후견인의 동의가

있을 때까지 효력을 인정하지 않는 법상태(유동적 무효, 가령 개정 독일민법 제1825조(구 제1903조))와는 다르다. 그러나 타자(후견인)의 결정에 의하여 피후견인이 한 법률행위의 효력이 좌우된다는 점에서 행위능력 제한으로서의 본질은 다르지 않다.

본래 행위능력의 제한은 피후견인이 불이익한 법률행위의 구속에서 벗어나도록 하는 구제수단의 하나로서 피후견인의 이익을 보호하기 위한 선의에서 출발한 것이다. 그러나 자신의 생활관계를 스스로 형성할 수 있는 법적 자격을 제한한다는 점 그리고 이것이 다른 모든 권리 행사의 기초가 된다는 점에서 피후견인의 자유권에 대한 중대한 침해가 된다. 그리고 그것이 피후견인을 의사결정능력상의 장애를 이유로 다른 비장애인과 차별적으로 대우한다는 점에서 평등권을 침해한다. Paternalism을 배경으로 하는 보호주의에서 장애인 인권의 관점에서 본인의 자율성 존중으로의 일대 관점의 전환이 일어난 것이라고 할 수 있다.

한편 오늘날 법적능력의 행사는 법률행위나 재산관리에 한정되지 않는다. 의료행위에 대한 결정이나 시설입소 여부에 관한 주거의 결정 등 기타 신상에 관한 결정을 포함한다³⁰⁾. 종래 의사결정능력에 장애가 있는 사람(persons with impaired decision-making abilities)의 신상 결정은 부양의무의 이행 과정에서 그 가족에 의하여 사실상 대행되었다. 1960년대 이후 의료행위에 대한 설명 후 동의(informed consent)의 법리의 확립에서 보는 것처럼 신상결정이 중요한 법률문제로 부각된 이후에도 이러한 의료계의 관행은 근본적으로는 달라지지 않았다. 겨우 중대한 인권침해가 수반되는 정신병원의 입원절차에 관해서도 1996년에 이르러서야 정신보건법(현행 정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률, 약칭 정신건강복지법)에 의한 규제가 시작되었다.

현행 정신건강복지법은 세계 각국의 정신보건법제와 마찬가지로 입원적합성심사라는 절차를 거쳐서 정신질환자를 자상·타해의 임박한 위험으로부터 보호하기 위하여 가족이나 후견인의 동의로 정신질환자를 본인의 의사에 반해서도 정신병원에 입원시키거나 본인에 대한 설명 후 동의(informed consent) 없이 치료를 허용하는 제도를 가지고 있다³¹⁾. 반면에 고령인지장애(치매환자)의 요양시설 입소에 있어서는 폐쇄적 시설 구조와 입·출입의 통제 등 사실상 격리시설임에도 불구하고 비자의 입소에 관한 절차를 마련하고 있지 않다.

이에 대하여도 위원회는 비자발적 또는 동의 없는 치료, 요

30) 박인환(주 6), 17면.

31) 우리나라의 경우, 정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률 제43조 이하 참조.

양, 병원 또는 시설 입원에 관하여 당사자가 결정할 법적능력을 부인하는 것으로 협약 제14조뿐만 아니라 협약 제12조에 위반한 것이라며, 당사국에 대하여 비자의입원제도의 전면 철폐를 요청하고 있다³²⁾.

이러한 요청에 대하여 다른 한편에서는 법적능력을 행사할 만한 정신능력(mental capacity)이 없어 스스로 법률관계를 형성할 수 없거나(의사능력의 결여) 혹은 정신능력의 부족으로 이해득실에 관한 적절한 판단을 할 수 없어서 불이익한 법률관계를 형성할 우려가 있는 의사결정능력 장애인을 어떻게 보호할 것인가가 문제가 된다. 이에 대하여 협약 제12조 제3항은 장애 때문에 스스로 법적능력을 행사하기 어려운 사람에 대하여 법적능력을 행사할 수 있도록 지원할 것을 요청하고 있다. 즉, 협약 제12조는 의사결정능력의 장애로 인하여 적절한 법적능력을 행사할 수 없는 경우, 법적능력 행사에 대한 권리를 제한하고 본인 보호를 위하여 타인의 결정에 복종시키는 것이 아니라, 의사결정능력의 장애에도 불구하고 가능한 한 생활의 모든 영역에서 스스로 결정할 수 있도록 지원하라는 것이다³³⁾.

(3) 의사결정지원에 대하여

의사결정지원에 관하여 일반평석 제1호에서는 다음과 같이 설명한다³⁴⁾.

법적능력의 행사에 있어서 지원은 장애가 있는 사람의 권리(rights), 의사(will), 선호(preferences)를 존중하여야 하고 결코 대체의사결정(substitute decision-making)에 해당하는 것이어서는 안 된다. ... 지원은 폭넓은 개념으로 다양한 유형과 강도의 공식, 비공식의 지원에 관한 합의를 포함한다. 예를 들면 장애가 있는 사람은 신뢰하는 지원인(들)을 정하여 일정한 유형의 결정을 하기 위한 법적능력의 행사에 있어서 조력을 받을 수 있고, 동료지원(peer support), 권익옹호(advocacy, 자기옹호의 지원 포함) 또는 의사소통에 관한 조력 등을 요청할 수 있다. ... 보편적 디자인과 접근성(universal design³⁵⁾ and accessibility) ...에 관련된 조치들을 포함할 수 있다. ... 장애를 가진 모든 사람은 사전지시(advance directive)를 할 수 있는 권리가 있고 다른 사람과 평등한 기초 위에서 그렇게 할 기회가 제공되어야 한다(para. 17). 장애가 있는 사람 가운데에는 ... 지원을 받을 권리의 행

32) 2015년 9월 위원회는 장애인에 대한 비자의입원제도의 전면 철폐를 요구하는 가이드라인(Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Guidelines on article 14 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: The right to liberty and security of persons with disabilities, Adopted during the Committee's 14th session, held in September 2015)을 공포하였다. 특히 위원회는 우리나라의 비자의입원제도에 대하여 다음과 같이 권고한 바 있다. “위원회는 장애를 가진 사람의 자유와 안전에 대한 권리에 관한 지침을 상기하면서 당사국에 대하여 다음과 같이 권고한다. 당사국은, (a) 손상과 자기 또는 타인에 대한 위험성이 인정된다는 것을 이유로 자의에 의하지 않은 자유의 박탈을 허용하는 성년후견에 관한 민법과 정신건강증진 및 정신장애인에 대한 정신건강증진 및 복지서비스에 관한 법률의 규정을 포함하는 모든 관련 법률 규정을 폐지하고, 심문과 유치 중을 포함하여 가령 장애를 가진 사람에 대한 절차적 편의제공을 통하여 차별금지를 보장하는 입법을 도입하며, 손상을 이유로 하는 강제 수용을 분명하게 금지하여야 하고 다른 사람과 동등한 기초 위에서 심리사회적 장애인의 인간의 자유와 안전에 관한 회복시켜야 한다. (b) 심리사회적 및/또는 지적 장애가 있는 사람들이 자의적이고 강제적인 치료, 특히 감금 상태를 초래하는 치료를 받지 않도록 보장하는 모니터링 메커니즘을 확립하여야 한다.” Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Concluding observations on the combined second and third reports of the Republic of Korea(adopted by the Committee at its twenty-seventh session (15 August-9 September 2022)<https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2FC%2FKOR%2FCO%2F2-3&Lang=en>. para. 32.

33) 박인환(주 6), 18면.

34) 박인환(주 6), 19면 이하.

35) 보편적 설계는 장애인의 인권증진을 위하여 실현하여야 할 당사국의 일반의무의 하나로서(협약 제4조 (f)), 특별한 변형이나 조정, 또는 특수 설계를 필요로 하지 않고 최대한으로 장애인, 노약자 등 취약자를 포함하는 모든 사람들이 사용할 수 있도록 고안된 재화, 환경, 프로그램 및 서비스를 의미한다. 우리 주변의 대부분의 환경은 장애가 없거나, 젊거나, 병이 없는 사람들이 활동하는 데 편리하게 만들어져 왔기 때문에 장애인 혹은 노약자들은 사회 문화적 활동에서 제약을 받거나 제외되어 왔다. 따라서 이들도 다양한 영역의 활동에 참여할 수 있도록 신체적 행동적 특성을 고려하여 특별히 배려가 이루어진, 장애인 혹은 노약자 전용이라는 이분법적인 특수 디자인이 마련되었다. 보편적 설계란 이러한 이분법적인 디자인을 반대하는 것으로 점차 통합지향, 자립으로 변화되어가는 장애의 개념을 반영하는 것이라 할 수 있다. 가령, 모든 생활영역에 있어서 가능한 한 이해하기 쉽게 쓰여진 생활정보는 지적장애나 인지장애가 있는 노인 뿐 아니라 외국인, 어린이, 청소년, 사회경험이 부족한 비장애인의 사회 참여와 통합에도 기여할 수 있다.

사를 원하지 않을 수도 있다(para. 19).

당사국은 법적능력의 행사를 위한 적절하고 효과적인 안전장치(safeguards)를 마련하여야 한다. 이러한 안전장치의 주된 목적은 당사자의 권리, 의사, 선호의 존중을 보장하기 위한 것이다. 이를 실현하기 위해서 안전장치는 비장애인과 평등한 기초 위에서 남용으로부터의 보호를 제공하여야 한다(para. 20). 모든 사람은 '부당한 영향(부당위압, undue influence)'을 받을 위험이 있다. 결정을 하기 위하여 다른 사람의 지원을 받아야 하는 사람에게 있어서는 이러한 사정이 더욱 악화된다. ... 법적능력의 행사를 위한 안전장치는 부당한 영향으로부터의 보호를 포함하여야 한다. 그러나 그 보호는 위험을 감수하거나 잘못을 할 권리를 포함하여 그 사람의 권리나, 의사, 선호를 존중하여야 한다(para. 22).

(의사결정지원을 위하여) 상당한 노력을 경주(傾注)한 후에도 개인의 의사나 선호를 결정하는 것이 실현 불가능할 경우 '최선의 이익(best interest)' 대신에 '의사와 선호에 대한 최선의 해석(best interpretation of will and preferences)'을 하여야 한다. 이것이 협약 제12조 제4항에 합치하여 개인의 권리, 의사, 선호를 존중하는 것이다. 최선의 이익 원칙은 성년자에 관한 협약 제12조에 합치하는 안전장치가 아니다. 장애가 있는 사람이 비장애인과 평등한 기초 위에서 법적능력에 관한 권리를 향유하기 위해서는 의사와 선호 패러다임이 최선의 이익 패러다임을 대체하여야 한다(para. 21). 제12조 제3항에 있는 법적 능력의 행사를 위한 지원에 대한 접근을 제공한다는 협약국의 의무는 법률 앞에 평등한 승인을 위한 시민적 및 정치적 권리의 실현에 필요한 협약국의 의무로서, 점진적 실현(제4조 제2항)은 제12조에는 적용되지 않는다. 협약국은 비준 시에 제12조에 있는 권리 실현을 위한 조치를 즉시 실시하여야 한다(para. 30).

이와 같이 위원회는 우선 대체의사결정에 해당하는 것은 협약 제12조 제3항에서 요청하는 법적능력의 행사를 지원하는 것이 될 수 없다는 점을 명확히 밝히고 있다. 이어서 법적능력의 행사에 대한 지원은 다양한 강도의 공식·비공식 조치를 포함한다고 하면서 본인이 선임한 지원인, 동료지원(peer support), 권리옹호(advocacy), 보편적 디자인과 접근성(universal design & accessibility), 사전지시(advance directives) 등을 열거한다. 그러나 동시에 본인이 지원을 원하지 않을 가능성을 인정하고 있음에도 유의하여야 한다. 그

리고 개인의 권리, 의사, 선호를 존중하고 지원조치의 남용이나 부당한 영향으로부터 본인을 보호하기 위한 안전장치를 마련할 것을 요구하면서도 위험을 무릅쓰거나 잘못을 할 수 있는 권리를 포함하여 본인의 의사나 선호를 존중할 것을 요청한다. 나아가 상당한 지원에도 불구하고 스스로 결정할 수 없는 경우에 '최선의 이익(best interest)' 원칙이 아니라 '최선의 해석(best interpretation)' 원칙에 따라야 함을 밝히고 있다. 특히, 상당한 지원을 다한 후에도 스스로 결정할 수 없는 경우에는 최후의 수단으로서 '최선의 이익'에 기초한 대체의사결정 대신에 본인의 의사와 선호에 대한 최선의 해석원칙이 적용되어야 함을 밝히고 있다.

이어서 위원회는 대체의사결정(substitute decision-making)을 본인의 자율(autonomy), 의사(will), 선호(preferences)를 존중하는 의사결정지원(supported decision-making)으로 대체하는 법과 정책을 발전시키기 위한 조치를 취하여야 한다는 점을 강조하면서, 대체의사결정의 특징으로 ① 법적능력의 박탈(특정 결정에서만 박탈 포함), ② 본인 이외의 사람에 의한 대체의사결정자의 선임, ③ 본인의 의사나 선호에 반하더라도 객관적으로 본인의 최선의 이익이라고 믿는 바에 의거하여 결정하는 것을 열거한다(para. 27). 이어서 당사자국의 의무는 대체의사결정의 폐지와 의사결정지원의 대안 개발을 모두 포함하며, 대체의사결정제도를 유지하면서 의사결정지원 제도를 개발하는 것은 협약 제12조를 준수하는 데에 불충분하다고 밝히고 있다(para. 28)³⁶⁾.

나아가 위원회는 의사결정지원제도가 갖추어야 할 요건으로 다음과 같은 기준을 제시한다³⁷⁾.

(a) 의사결정지원은 모든 사람들에게 이용되어야 한다. 지원이 필요한 정도는, 특히 그 정도가 높은 경우, 의사결정에 필요한 지원을 얻는 데에 장벽이 되어서는 안 된다. (b) 법적능력의 행사에 있어서 모든 형태의 지원은 - 더 강한 형태의 지원을 포함하여 - 본인의 의사와 선호에 기초하여야 하고 객관적으로 그의 최선의 이익이라고 간주된 것에 기초해서는 안 된다. (c) 개인의 의사소통형태는 의사결정의 지원을 얻는 데에 장벽이 되어서는 안 된다. 의사소통방식이 통상적이지 않아 소수의 사람만이 이해할 수 있는 경우에도 마찬가지이다. (d) 개인에 의해 공식적으로 선임된 지원자(들)의 법적 승인이 이용 가능하고 접근할 수 있어야 한다. 국가는, 특히 지역사회에서 자연발생적인 지원에 접근하지 못하고 고립되어 있는 사람

36) 박인환(주 6), 20면.

37) 박인환(주 6), 21면 이하.

들을 위한 지원 창출을 촉진할 의무를 진다. 이것은 ... 제3자가, 지원자가 본인의 의사나 선호에 따라 행동하지 않는다고 생각할 경우에는 그 지원자의 행동에 이의를 제기할 수 있는 메커니즘을 포함하여야 한다. (e) 당사국은 ... 장애가 있는 사람이 적은 비용이나 무상으로 지원을 이용할 수 있도록 하고 경제적 곤궁이 법적능력의 행사에 필요한 지원에 접근하는 데에 장벽이 되지 않도록 보장하여야 한다. (f) 의사결정의 지원은 장애가 있는 사람의 다른 기본적 권리들, 특히 투표할 권리, 혼인할 권리, 파트너십을 맺을 권리, 가족을 형성할 권리, 재생산에 관한 권리, 부모로서의 권리, 친밀한 관계와 의료적 처치에 대하여 동의할 권리 그리고 자유에 관한 권리 등에 대한 제한을 정당화하는 데에 사용되어서는 안 된다. (g) 모든 사람에게 언제든지 지원을 거절하고 지원관계를 종료, 변경할 권리가 있어야 한다. (h) 안전장치는 법적능력과 법적능력의 행사에 대한 지원에 관한 모든 과정에 대하여 마련되어야 한다. 안전장치의 목적은 개인의 의사와 선호가 존중되도록 보장하는 것이다. (i) 법적능력의 행사에 대한 지원의 제공은 정신능력의 평가에 좌우되어서는 안 된다. 법적능력의 행사에 대한 지원의 제공에 있어서는 지원의 필요에 대한 새로운 비차별적인 표지가 필요하다(para. 29).

의사결정지원은 근대민법의 행위능력제한제도와는 근본적인 발상을 달리한다. 종래 행위무능력제도가 법적능력의 행사(의사결정)에 필요한 합리적 판단능력(이성)이 부족한 사람의 의사결정을 획일적으로 법적 무가치로 판단하여 이들의 '자기결정을 배제 제한함으로써 보호'하고자 하였다면, 협약은 본인의 합리적 판단을 지원하여 법적능력의 행사, 즉 '자기결정을 지원함으로써 보호, 아니 존중'을 하라는 취지이다. 특히, 합리적 판단능력의 부족으로 의사결정에 장애가 있는 사람에 대하여 의사결정에 필요한 지원을 하지 않고 본인의 행위능력을 제한하는 것은 장애를 이유로 하는 차별에 다름 아니라는

점에 주목하지 않으면 안 된다. 이와 관련하여 협약 제5조³⁸⁾는 장애인의 평등과 차별금지 그리고 장애인의 평등을 촉진하기 위한 '합리적 편의(reasonable Accommodation)'의 제공(혹은 국내법상으로는 '정당한 편의'의 제공으로 불리운다³⁹⁾)과 그러한 조치들이 도리어 차별로 간주되어서는 안 된다는 점을 분명히 밝히고 있다. 가령, 합리적 편의의 제공으로 휠체어 장애인에게 경사로가 제공되어야 하듯, 시각장애인에게 점자 정보제공이 요청되고 청각장애인에게 수어 정보가 제공되어야 하는 것과 마찬가지로 정신적 제약이 있는 의사결정능력 장애인에게는 의사결정에 관한 지원과 조력이 제공되어야 한다는 것이다⁴⁰⁾. 그러나 협약 제5조에 근거하여 법적능력의 행사에 대하여 합리적인 배려를 받을 권리는 협약 제12조 제3항의 법적능력의 행사에 대하여 지원을 받을 권리와는 다른 성질의 것이며 이를 보완하는 것이라고 한다. 특히 협약 제12조 제3항의 법적능력의 행사에 대하여 지원을 받을 권리는 협약 제5조의 합리적 배려를 받을 권리와는 달리 불균형이나 지나친 부담(a disproportionate or undue burden)의 항변이 허용되지 않는다는 점에서 중요한 차이가 있다⁴¹⁾. 이것은 무엇보다도 법적능력의 행사가 장애인의 법 앞의 평등을 실현하기 위한 출발점으로서 나아가 인간의 존엄과 가치를 실현하기 위한 중요한 전제가 되기 때문이다. 이는 유엔인권규약에서 보장하는 보편적 시민적 권리의 하나로서 장애인에게 있어서 어떤 유보도 없이 즉각 보장 실현되어야 할 권리라는 인식에 의하여 뒷받침되고 있다⁴²⁾.

3. 유엔장애인권리위원회의 권고

장애인권리협약의 당사국은 보고의무를 준수하기 위해서 최초 보고서를 해당 협약 비준 후 2년 내에 제출하여야 하며, 이후 최소 4년마다 본 협약 이행을 위한 후속조치에 대해 정기적으로 보고서를 제출하여야 한다⁴³⁾. 우리나라 정부

38) 제5조 1. 당사국은 모든 사람은 법 앞에서 그리고 법 아래에서 평등하며 아무런 차별 없이 법의 동등한 보호와 혜택을 받을 자격이 있음을 인정한다. 2. 당사국은 장애로 인한 모든 차별을 금지하고, 모든 유형의 차별에 대하여 동등하고 효과적인 법적 보호를 장애인들에게 보장한다. 3. 당사국은 차별을 철폐하고 평등을 증진하기 위하여 '합리적 편의(reasonable accommodation)'가 제공되도록 보장하는 모든 적절한 조치를 취한다. 4. 장애인의 사실상의 평등을 촉진시키거나 성취하기 위해 필요한 구체적인 조치들은 이 협약의 조항 하에서 차별로 간주되지 않는다.

39) 장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률 제4조.

40) 박인환, 의사결정지원을 위한 성년후견제도의 평가와 모색, 비교사법 22/2(2005), 737면.

41) General comment No. 1(2014), para. 34.

42) 박인환, 국제적 모색(주 19), 36면 이하.

43) 각국 국가보고서와 유엔장애인권리위원회의 최종견해는 이하의 유엔 사이트에서 검색 다운로드 가능하다(<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/CRPDIndex.aspx>)

는 2011년 6월 27일 협약 체결 후 협약의 이행에 관한 최초의 국가보고서를 유엔장애인권리위원회에 제출하였다. 한국 정부는 동 국가보고서에서 2011년 개정된 새로운 성년후견 제도를 장애인권리협약에 합치하는 법적 조치들 중 하나로 열거하였다. 이에 대하여 유엔장애인권리위원회는 2014년 9월부터 10월에 걸쳐 한국 정부보고서와 국내 장애단체 등이 작성한 비정부(NGO)보고서를 함께 검토하여 공표한 최종 견해(concluding observation)에서 새로운 성년후견제도에 관하여 다음과 같이 대체의사결정에서 의사결정지원으로의 전환을 권고하였다⁴⁴⁾.

“위원회는 2013.7. 시행된 새로운 성년후견제도가 질병, 장애, 고령으로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 지속적으로 결여되었다(persistently incapable of)고 간주되는 사람들의 신상이나 재산에 관하여 후견인으로 하여금 결정하도록 허용하는 것에 대하여 우려를 표한다. 위원회는 그러한 제도는 의사결정의 지원 대신에 대체의사결정을 계속해서 촉진하는 것으로서 일반평석 제1호에서 상세히 설명된 바와 같이 협약 제12조의 규정에 반하는 것이라는 점에 주목한다. 위원회는 한국 정부(당사국)가 대체의사결정에서 개인의 자율과 의사, 선호를 존중할 뿐 아니라 의학적 치료에 대한 동의 여부, 사법(司法), 혼인, 직업 및 주거의 선택에 대한 그들 자신의 개인적인 권리를 존중하도록 하고 있는 일반평석 제1호와 협약 제12조에 완전히 합치하는 의사결정지원으로의 수정을 권고한다. 나아가 위원회는 한국정부(당사국)가 장애인과 그들을 대표하는 조직과의 협의와 협력하에 의사결정지원 메카니즘과 장애인의 법적능력(legal capacity)의 인정에 관하여 공무원, 판사, 사회복지사들에게 교육을 제공할 것으로 권고한다.”

이와 같은 위원회의 최종견해에 대하여 당사국들은 이를 이행하기 위한 후속조치를 하여야 하고, 이러한 후속조치에 대한 내용은 다음의 국가보고서에 기재가 되어야 한다. 이로써 협약상의 의무의 이행에 관하여 체약국은 지속적인 감독을 받게 된다. 따라서 협약의 당사국으로서 우리나라는 유엔장애

인권리위원회의 최종견해와 협약 제12조의 규정 취지에 좇아 의사결정에 관하여 장애가 있는 사람들을 보호하기 위한 입법과 조치에 있어서, 그 법적능력의 향유를 인정하고 의사결정능력 장애인이 비장애인과 마찬가지로 이를 행사할 수 있도록 의사결정에 필요한 지원을 하여야 할 국제법상의 책무를 지고 있다.

제1차 보고서 심의 이후 간소화 절차에 따라 2019년에 제2 3차 국가보고서를 병합 심사하기로 하고 2018년 3월 쟁점질 의목록을 채택하였는바, 우리 정부는 이에 대한 답변을 담아 2019. 3. 8. 제2 3차 국가보고서가 유엔장애인권리위원회에 제출되었다⁴⁵⁾. 제2 3차 국가보고서에서 우리 정부는 협약 제12조와 관련하여 “... 다만 성년후견제도를 즉각적으로 전면 폐지하면, 오히려 사무처리능력이 완전히 결여되거나 극히 미약한 장애인의 권리보호에 공백이 생길 수 있다는 점도 고려할 필요가 있는바, 현재로서 성년후견제도는 장애인의 사실상 평등을 촉진하고 달성하기 위해 필요한 현실적 조치에 해당한다는 것이 당사국의 의견이다. 오히려 즉각적 폐지시 의사결정지원이 필요한 장애인의 권리보장을 저해할 우려가 있고, 스스로 사무처리를 할 수 없는 성년자를 위해 의사결정의 지원이 유효적절하게 이루어질 필요가 있다⁴⁶⁾.”고 하여 협약 제12조를 둘러싼 국제적인 흐름과는 거리를 두었다. 그리고 그 근거에 대한 기술도 제1차 국가보고서 심의 이전에 이미 시행되고 있던 성년후견제도에 대한 특징을 열거하고 있는 등 제1차 보고서의 기술과 별반 차이가 없어 국제사회에서 장애인권리협약 이행에 대한 한국정부의 태도가 성실하지 못하다는 비판을 받을 우려가 있었다⁴⁷⁾.

유엔의 장애인권리위원회는 2022년 8월 24일, 25일 스위스 제네바에서 개최된 제598회, 제599회 회의에서 장애인권리협약의 국내적 이행에 관한 한국정부의 제2 3차 병합보고서에 대한 심의를 마치고, 9월 5일 개최된 제614차 회의에서 한국 정부의 협약 이행에 대한 평가와 권고를 담은 최종견해(concluding observations)를 공표하였다. 여기서 위원회는 제1차 보고서에 대한 최종견해에 대하여 한국정부가 아무런 적극적 조치를 취하지 않은 것에 대하여 깊은 우려를 표하며

44) The Concluding observations on the initial report of the Republic of Korea adopted by the Committee at its twelfth session (15 September-3 October 2014), para.21, 22. [http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fKOR%2fCO%2f1&Lang=en] 한국정부보고서 제출과 심의 경과에 대해서는 박인환, 패러다임의 전환(주 19), 181면 이하.

45) 보건복지부 장애인권익지원과, 유엔장애인권리협약 제2·3차 병합국가보고서(<https://korea.kr/archive/expDocView.do?docId=38489>)

46) 제2·3차 병합국가보고서(주 45), 63문단.

47) 박인환(주 6), 23면 주) 46.

다음과 같이 다시 한 번 의사결정지원제도로의 전환을 촉구하는 권고를 하였다⁴⁸⁾.

“27. 위원회는 심리사회적 및/또는 지적장애를 이유로 장애인의 능력을 제한하는 후견 및 대체의사결정제도를 폐지하기 위한 진전이 없고, 이 제도를 의사결정지원제도로 완전히 대체할 수 있는 시간계획이 제시되지 않았다는 점에 대하여 깊이 우려한다. 또한 위원회는 장애인과 그 가족의 이해를 높이기 위하여 접근 가능한 형태로 의사결정지원에 관한 정보제공이 이루어지고 있지 않다는 점에 대해서도 우려한다.

28. 위원회는 이전의 권고(제1차 보고서에 대한 최종견해 para. 22)를 다시 반복하며 동등한 법 앞의 인정에 관한 일반평석 제1호(2014)에 따라서, 당사국은,

- (a) 후견과 기타 보호조치(wardship)를 포함하는 대체의사결정을, 장애를 가진 사람의 자율성, 의사, 선호를 존중하고 개별화된 지원의 제공을 보장하는 의사결정지원으로 전환하고,
- (b) 장애를 가진 사람들이 그들을 대표하는 단체를 통하여, 장애를 가진 사람의 법적능력의 인정과 의사결정지원 메커니즘에 관한 개혁 과정과 관계자들에 대한 훈련에 효과적이고 독립적으로 참여할 수 있도록 보장하며,
- (c) 점자, 수어, 쉬운 표현(Easy Read)과 같이 접근 가능한 형태로 의사결정지원이 무엇인지에 관한 정보를 개발

하기 위한 준비 및 재원을 마련하고 이를 장애를 가진 사람과 그 가족들에게 널리 제공하여야 한다.”

행위능력 제한과 법정대리를 골간으로 하는 전통적 성년후견제도를 보유하고 있는 전 세계 대부분의 나라들에 대하여, 위원회는 협약의 이행에 관한 각국 국가보고서 심의 후 공표한 최종견해에서, 협약 제12조의 이행과 관련하여 반복적으로 전통적 성년후견제도를 대체의사결정(substitute decision-making)으로 규정하고 이를 의사결정지원(supported decision-making)으로 전환할 것을 권고하였다. 그리고 협약 제12조에 관한 일반평석 제1호를 공표하여, 의사결정지원 제도에 관한 위원회의 견해를 체계적 논리적으로 뒷받침하였다. 이러한 협약 제12조 및 위원회의 동향에 영향을 받아 몇몇 나라는 다른 나라보다 먼저 입법적 조치를 통하여 의사결정지원제도로의 전환을 시도하였다⁴⁹⁾.

이하에서는 그 중에서 성년후견제도와 협약 제12조와의 합성을 확보하기 위한 주요 입법례로서 독일의 2021년 개정 민법(2023. 1. 1. 시행)을 살펴본다.

48) Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Concluding observations on the combined second and third reports of the Republic of Korea(adopted by the Committee at its twenty-seventh session (15 August-9 September 2022)).

49) 최근의 주목할 만한 해외 동향을 다룬 것으로, 우선 박인환, 국제적 모색(주 19) 참조, 이 글에서는 국제적으로 협약 제12조의 기준에 부합하는 최초의 입법례로서 평가받고 있는 2018년 남미 페루의 민법과 민사소송법, 2015년 시행된 아르헨티나의 민상법전 그리고 영미법적 전통에서 의사결정지원에 관한 가장 최근 입법례로서 2015년 아일랜드의 조력의사결정(능력)법(The Assisted Decision-Making (Capacity) Act)을 소개하였다. 그 밖에 일본에서는 자국의 성년후견제도가 협약 제12조에 반하지 않는다는 것을 전제로 하면서도 현행 성년후견제도의 틀 안에서 제도의 운용과 실천 레벨(level)에서 의사결정원칙을 실현하기 위하여 후견사무에 관한 의사결정지원 가이드라인을 공표하였다. 근년 일본의 성년후견제도 이용촉진을 위한 법과 정책 및 후견사무에 관한 의사결정지원 가이드라인을 소개한 것으로 박인환, “일본의 성년후견제도이용촉진법 시행동향과 의사결정지원 가이드라인으로부터의 시사”, 중앙법학 제23집 제2호, 2021. 6, 49면 이하, 특히, 의사결정지원 가이드라인에 대해서는 78면 이하. 그 밖에 각국의 의사결정지원 제도화에 대한 동향을 소개한 것으로, 오호철, “장애인권리협약과 의사결정지원 고찰- 영국의 Mental Capacity Act 2005를 중심으로 -”, 법학연구(한국법학회) 제60집, 2015. 12, 133면; 특히, 영국에서 의료, 요양, 복지 서비스와 관련하여 신상보호에 관한 의사결정지원에 대하여는 제철웅·정민아, “신상보호 영역에서의 지원의사결정 제도 - 영국 정신능력법상의 제도를 중심으로 -”, 의생명과학과 법 제28권, 2020. 6, 6면; 장애인 환자의 연명의료결정에 있어서 의사결정 조력에 방안을 검토한 것으로 유수정, 박소연, “장애인 환자의 연명의료결정 시 자기결정권 존중과 의사결정 조력”, 한국의료윤리학회지 제20권 제1호, 2017. 3, 91면 이하; 잉글랜드와 스코틀랜드의 사례 검토를 포함한 것으로 김효정 외, “치매국가책임제와 의사결정지원제도”, 의생명과학과 법 제21권, 2019. 6, 81면 이하; 캐나다 브리티시 컬롬비아주의 의사결정지원체계에 대하여는 제철웅, “캐나다 브리티시 컬롬비아주의 의사결정능력장애인의 사법상의 권리 실현 보장체계에 관한 연구”, 비교사법 제1권 제4호, 2014. 11, 1561면 이하; 호주의 예로서, 말콤 샤이벤스, “호주 뉴사우스웨일즈의 의사결정능력 장애인과 의사결정지원”, 후견과신학 제1권 제1호, 2018. 1. 25면 이하; 최근 의사결정지원제도로의 전환 동향을 포함하여 제철웅·박현정, “성년후견제도의 미래: 호주 뉴사우스웨일즈 주의 후견제도로부터의 시사점”, 의생명과학과 법 제24권, 2020. 12, 61면 이하 등 참조. 이상 박인환(주 6), 23면 주) 46.

III. 협약 제12조와 개정독일민법(2023. 1. 1. 시행)

1. 협약 제12조와 독일민법 개정의 배경

처음에 독일정부는 후견에 관한 독일법이 협약에 합치하므로 원칙적으로 입법적 조치를 취할 필요가 없다는 입장을 취하였다⁵⁰⁾.

독일학계에서도 다음과 같이 이를 뒷받침하였다.

즉, 당초 협약이 전 세계적으로 이용되고 있는 성년자보호 제도를 명시적으로 부정하지 않았다는 점에서 협약에 위반된다는 점에 대해서는 이를 비판하는 쪽에 입증책임이 있으며, 1969년 국제조약에 관한 비엔나협약(Vienna Convention on the Law of Treaties)에 따라 각국은 (자국에 유리하게) 조약을 해석할 권한을 갖고, 실질적으로 보더라도 당사자가 영구적 식물인간상태(PVS)에 있는 경우, 실제 스스로 의사결정을 할 수 없으므로 이때에는 본인을 대신하여 의사결정을 하는 것이야말로 협약 제12조에 적합한 지원이 된다. 다만 이것이 특정 국가의 성년후견법이 당연히 협약에 합치한다는 것을 의미하는 것은 아니며, 어떤 성년후견제도가 협약에 합치하는지 여부는 특정 제도가 협약의 요건을 충족하였는지 여부에 의하여 결정된다. ... 이와 같은 관점에서 능력의 제한은 법적능력의 행사에 관련된 조치에 관한 협약 제12조 제4항의 기준을 충족하여야 하고 ... 협약 제12조에 의하면 후견인의 선임에 기한 자동적 능력 제한은 허용되지 않지만, 제4항에서 정하고 있는 엄격한 기준에 부합하는 한 법적능력의 제한은 여전히 허용된다⁵¹⁾.

그러나 이러한 견해는 독일의 NGO와 일부 학자들에게서 다음과 같이 비판을 받았다. 즉, 협약 제12조는 당사자의 법적능력의 행사에 대한 지원(support)만을 허용하며, 성년후견인에 의한 법정대리는 장애를 가진 사람의 자율적인 권리 행사를 배제하는 것으로 허용되지 않는다. 법정대리에 의하여 획일적으로 행위능력이 제한되든, 독일에 있어서와 같이

법원의 특정 명령(가령, 동의유보, 개정독일민법 제1825조)에 의하여 행위능력이 제한되든 협약은 모든 법적능력의 제한을 금지한다. 2004년에서 2006년 사이의 협약에 대한 심의와 이 시기에 토의된 협약 제12조에 대한 다양한 제안들은 권리능력과 행위능력 행사에 대한 지원(supported decision-making)은 부수적, 조력적 조치이어야 한다는 점을 분명히 하였다는 것이다⁵²⁾.

그러나 독일의 성년후견제도가 협약 제12조에 합치한다는 독일 학계의 견해는 유엔장애인권리위원회가 협약 제12조에 관한 일반평석 제1호를 공표한 이후에도 유지되었다.

즉, 1992년 성년후견법 개혁에 따라 행위능력박탈(Entmündigung) 제도가 폐지되었고, 장애를 가진 사람이 장래대리권(Vorsorgevollmacht)을 수여하거나 성년후견인(Betreuer)이 선임되더라도 행위능력에는 영향이 없다는 점을 지적하며, 무엇보다도 대리 또는 법정대리와 대체의사결정 개념을 혼동해서는 안 된다는 점을 강조하였다. 즉, 대체의사결정제도 여부는 행위능력이 박탈되는지 및 본인의 의사에 초점을 맞추고 있는지가 중요한데, 이 점에 있어서 독일법은, 행위능력의 박탈과 전통적 후견을 규정하고, 능력 평가(capacity assessments)를 통하여 행위무능력(Handlungsunfähigkeit)을 확정해버리는 전 세계 대부분 나라들과 본질적으로 차이가 있다고 주장한다. 대체의사결정의 특징은 개별 결정에 있어서 실제의 능력이나 이를 가능하게 할 수 있는 다른 자원(Resource)을 고려하지 않고 결과적으로 장애를 가진 사람의 법적 행위무능력(rechtliche Handlungsunfähigkeit)을 의제적으로 결정(법적능력의 부인)하는 것이고, 또 다른 특징은 지원하는 사람의 선택과 보호조치의 종료에 관하여 본인의 의사를 고려할 의무가 없으며, 대체의사결정자가 결정할 때의 척도는 객관적 복리(best interest)이거나 심지어는 제3자의 이익이라는 점이다. 이에 반하여, 독일 성년후견법에서 성년후견인의 선임은 장애가 있는 사람이 법적 사무의 처리에 지원의 필요가 있다는 것을 말해줄 뿐으로서 성년후견이 곧 법

50) 독일정부의 유엔장애인권리협약의 국내적 이행에 관한 최초의 국가보고서(Initial reports of States parties of Germany submitted according to Article 35 of the CRPD, 2011. 9. 19) para. 96-103.

51) Volker Lipp, *Guardianship and Autonomy: Foes or Friends?*, Volker Lipp(Hrsg.), Adult guardianship law for the 21st century: proceeding of the First World Congress on Adult Guardianship Law 2010, Nomos, 2013. p. 106 이하. 박인환(주 6), 24면 이하.

52) Lachwitz, Klaus, *Das Betreuungsrecht und Recht der Geschäftsfähigkeit gehören auf den Prüfstand! Die Antwort der Bundesregierung zur Reform des Betreuungsrechts(BT-Drs. 17/5323) über zeugt nicht!*, Rechtsdienst der Lebenshilfe 2011. 2, S. 53ff; Buchner, Tobias, *Meine Wünsche sollen ernst genommen werden!<< Sachwalterschaft und Selbstbestimmung im Spiegel der Wahrnehmung von Klientinnen mit intellektueller Behinderung*, Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht 2009(2), S. 122. 박인환(주 6), 25면 이하.

정대리가 아니고 법정대리는 법률에 따른 의무가 수반된 (성년후견인) 임무 수행의 수단에 지나지 않는다는 것이다. 성년후견은 피후견인의 사무를 법적으로 처리하는 데에 필요한 모든 활동을 포함하며, 그러한 활동으로 장애가 있는 사람의 능력에 따라 다양한 지원의 형태, 설명, 상담, 동반(Begleitung)이 고려되고, 필요한 경우 장애인의 의사에 대하여 유효하게 귀속될 수 있는 행동을 취하기 위하여 대리라는 수단도 이용될 수 있다. 그러나 여기서 대리는 일차적으로 결정에 있어서의 대리가 아니라 장애를 가진 사람의 결정을 발견하고 전달할 가능성으로 사용될 수 있으며, 성년후견인은 피후견인의 희망과 능력을 고려할 법적의무를 진다(독일민법 제1901조 제2항, 제3항). 이와 같이 의사를 지원하고 대표하는 것으로 이해된 성년후견은 그 개인과 능력에 맞춘 결정 과정에서 의사와 선호를 고려하고 필요한 경우에는 선호를 구체화하여 결정을 가능하게 할 의무를 부과한다는 것이다⁵³⁾.

독일학계의 이러한 해명에도 불구하고 2015년 유엔장애인권리위원회(CRPD)는 장애단체 등의 비판에 동조하여 독일정부보고서에 대한 ‘최종견해(Conclusion Observation)’에서 독일의 성년후견제도가 협약 제12조에 합치하지 않는다고 확인하였다⁵⁴⁾.

“25. 위원회는 독일민법에 의해 규정되어 규율되는 성년후견(“rechtlich Betreuung”)이라는 수단이 협약에 합치하지 않는다는 점에 관하여 우려한다. 26. 위원회는 당사국(독일)에게 다음과 같이 권고한다. (a) 모든 형태의 대체의사결정(substituted decision-making)을 폐지하고 그것을 일반평석 제1호에 따른 의사결정지원(supported decision-making) 제도로 대체할 것, (b) 의사결정지원 메카니즘의 전문적 질적 기준을 개발할 것, (c) 장애를 가진 사람들과 긴밀히 협력하여 연방, 지방, 지역 차원에서 공무원, 법관, 사회복지사, 의료 및 사회서비스 전문가 그리고 더 넓은 지역사회를 포함하는 모든 관계자들을 위하여 위원회의 일반평석 제1호에 의거하여 협약 제12조에 관한 교육을 제공할 것.”⁵⁵⁾

이에 독일정부는 2015년과 2017년에 성년후견법 개정에서 필요한 2개의 연구용역을 진행했다. 그 결과 협약 제12조의 의미에서 장애를 가진 사람의 자기결정권의 최대한의 보장이 라는 요청이 독일 성년후견제도 안에 그리고 그 전단계에서 일관되고 만족스럽게 관찰되고 있지 못하며, 법적 원칙들이 실무에서 실행되는 데에 있어서 질적 결함이 있다는 것이 밝혀졌다. 무엇보다도 그 적용 실무에 있어서 피후견인의 희망(Wunsch)을 다루는 데에 있어서 객관적 보호의 관점을 앞세우고 주관적 복리(Wohl)는 충분히 고려되지 못하며, 구 후견(Vormundschaft)과 행위무능력(Entmündigung)이 폐지되었음에도 불구하고 피성년후견인의 자기결정권 보장을 위해서는 개선이 필요하다는 것이다⁵⁶⁾.

이를 토대로 하여 독일의 연방법무 소비자보호부는 2014년부터 ‘성년후견법의 현대화’ 작업에 착수하여 2020년 9월에 개정법률안을 연방의회에 제출하였고 동 개정안이 연방의회에서 약간의 수정을 거친 후 연방참의원의 동의를 받아 2021년 5월 4일에 「미성년후견법 및 성년후견법의 개정을 위한 법률」로 확정되었고 이 개정법은 2023년 1월 1일부터 시행되었다⁵⁷⁾.

2. 개정 독일 민법의 주요내용

협약 제12조와 정합성을 높이기 위한 독일 민법 개정의 주요 골자는 다음과 같다⁵⁸⁾.

(1) 성년후견을 회피하기 대체적 지원수단의 강화

첫째로 법원에 의한 성년후견인(Betreuer)의 선임을 회피하기 위한 수단의 하나로 배우자가 의식불명인 경우 타방 배우자에게 6개월 기한부 의료요양에 관한 대리권을 부여하는 제도가 새롭게 도입되었다. 즉, 배우자가 의식불명이나 질병으로 의료요양에 관한 사무를 법적으로 처리할 수 없는 경우,

53) Dagmar Brosey, *Der General Comment No.1 zu Art.12 der UN-BRK und die Umsetzung im deutschen Recht*, BtPrax, 5/2014, S. 211 이하. 박인환(주 6), 26면 이하.

54) Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Concluding observations on the initial report of Germany, 2015. 5. 13. {CRPD/C/DEU/CO/1}, para. 25-26. <<https://documentsddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/096/31/PDF/G1509631.pdf?OpenElement>>

55) 워딩(wording)이 있어서 우리나라 정부의 제1차 보고서에 대한 최종견해와 유사한 것을 알 수 있다.

56) Dagmar Brosey(주 2), 55면 이하, 60면.

57) 독일 민법의 개정 경위와 주요 개정 내용에 대해서는 안경희(주 22), 105면 이하.

58) Dagmar Brosey(주 2), 61면 참조, 개정 독일민법의 조문체계의 변경에 대해서는 안경희(주 22), 112면 이하 참조.

다른 쪽 배우자는 그 배우자를 위하여 검사, 치료행위, 의료적 침습과 관련한 일정한 법률행위 즉, 그러한 행위나 자유박탈적 조치에 대한 동의, 치료계약 또는 청구권을 행사할 권한이 있다. 대리권이 있는 배우자는 별거, 법적 대리권의 거부 또는 다른 내용의 수권과 같은 배제사유가 없다는 것을 증명하여야 한다. 대리권을 가진 배우자는 대리권의 행사에 있어서 사전 의료결정과 성년후견법상의 희망(Wunsch)의 존중에 관한 규정(개정독일민법 제1358조 제6항)을 준수하여야 한다. 그 최대 존속기간은 6개월이다⁵⁹⁾.

둘째로 개정법에서는 성년후견을 적용하기 전단계에서 특히 사회복지법과의 접점에서 필요성 원칙의 효과적 실현을 위하여 새롭게 성년후견조직법(BtOG)에서의 지원수단이 확장되었다. 성년후견청은 성년후견인을 추천하기 앞서 성년후견인의 선임을 피할 수 있고 본인에 대한 관청의 법적 대리를 필요로 하지 않는 모든 수단을 제공하여야 한다(BtoG 제8조 제2항). 확장된 지원의 시행은 가능한 한 최저의 지원으로 본인이 자신의 사무를 자기 책임으로 처리할 수 있고 따라서 성년후견을 회피할 수 있는 경우에 대하여 규정되었다⁶⁰⁾.

이러한 맥락에서 사회복지법 총칙 제17조 제4호의 새로운 규정은 사회서비스제공자에게 성년후견의 회피를 위한 적절한 도움을 연계하기 위하여 성년후견청과 협력할 의무를 부과하고 있다. 나아가 사회권은 개정독일민법 제1814조 제1항에 따른 성년후견인이 선임되었거나 선임될 수 있다는 것을 이유로 거부·부정당하거나 제한되어서는 안 된다는 점을 분명히 하였다.

(2) 성년후견인 선임절차의 정비

첫째, 성년후견청은 성년후견인의 선정과 임명을 위한 법원 결정의 준비단계에서 계속해서 중요한 역할이 부여되었다. 즉, 성년후견조직법 제11조에서는 성년후견청의 임무로서 사회조사보고를 성년후견의 필요성과 실제 후견의 수요가 있는지 여부를 심사하는 데 가장 핵심적인 자료로 정의하고 그 내용을 규정하였다. 이어서 동법 제12조에서는 성년후견인 추천의무가 사회조사보고에 도입되었다.

둘째, 후견인에 대한 지원과 감독의 강화라는 측면에서 친지 등의 무보수 명예후견인에 대해서도 승인된 후견사단 또는 관할 관청과의 사이에 지도와 지원에 관한 약정이 체결될 수

있다(성년후견조직법 제22조). 그리고 모든 직업적 후견인들은 앞으로 등록절차를 밟아야 되고 그 과정에서 자신들의 (후견인으로서의) 인적 적합성과 신뢰성 그리고 전문지식을 증명하여야 한다. 이는 성년후견청의 소관사항이다. 필요한 전문지식은 1. 성년후견과 수용(收容)에 관한 법(Betreuungs- und Unterbringungsrecht), 및 그와 관련된 절차법 그리고 신상보호 및 재산관리 분야에 관한 지식, 2. 사회복지법상의 지원체계에 대한 지식, 3. 질병이나 장애를 가진 사람과의 의사소통 및 의사결정지원 방법에 관한 지식을 포함한다. 그리고 직업적 후견인등록에 관한 법령(BtRegV)이 2022. 7. 21. 연방관보(Bundesgesetzblatt)에 공포되었고, 2023. 1. 1.부터 시행되었다.

후견법원(Betreuungsgericht)에 의한 성년후견인 선임절차도 협약 제12조의 취지에 따라 개혁되었다. 먼저 이전과 마찬가지로 앞으로 본인의 자유의사에 반하는 경우에는 성년후견인을 선임할 수 없다(개정독일민법 제1814조 제2항). 필요성의 원칙에 합치하지 않는 경우에도 성년후견인을 선임할 수 없다(개정독일민법 제1814조 제3항). 그리고 임의대리인이 존재하여 본인의 사무를 동등하게 처리할 수 있거나 앞서 이미 언급한 법정대리인이 선임되지 않는 다른 조력수단으로, 특히 사회복지법이나 기타 다른 규정에 근거한 지원으로 본인의 사무가 동등하게 처리될 수 있는 경우에도 성년후견인의 선임은 배제된다⁶¹⁾.

후견법원은 후견인선임절차에서 일관되게 후견인의 선임 여부 및 어떻게 선임할 것인지 그리고 성년후견인의 선정에 있어서 본인의 희망(Wunsch)을 탐색하여 이를 고려하여야 한다. 따라서 본인의 절차법적 지위가 전반적으로 강화되었다. 가사소송 및 비송사건절차법 제275조 제2항에 따라 사건 본인이 그 절차에서 자신의 권리를 주장하는 데에 최대한 자기결정을 할 수 있도록 해주기 위하여 절차가 개시되면 곧바로 적법한 통지의 방법으로 성년후견인의 직무와 절차가 어떻게 진행될 것인지, 비용은 어느 정도인지에 대하여 안내를 한다. 나아가 성년후견이 필요한 범위에 대하여도 개정독일민법 제1815조의 개정이 있었다. 그에 따르면 앞으로 성년후견인의 직무범위는 단일 또는 복수의 직무범위로 구성된다. 따라서 앞으로 “모든 사무에 대하여” 성년후견인을 선임하는 것은 허용되지 않는다. 여기서 자유박탈이나 교제(交際)의 결정(Umgangbestimmung)과 같이 몇몇 침해의 가능성이 있는

59) Dagma Brosey(주 2), 61면 좌단.

60) Dagma Brosey(주 2), 61면 우단.

61) Dagma Brosey(주 2), 63면 좌단.

영역에서는 명시적인 명령이 있는 경우에만 가능하다. 그리고 본인의 거부한다는 희망에도 주의를 기울임으로써(개정독일 민법 제1816조 제2항) 본인의 희망을 이전보다 더 강하게 고려게 되었다⁶²⁾.

(3) 피성년후견인의 자기결정 강화와 성년후견인의 의무

이번 개정에서의 핵심적인 관심사는 성년후견이 진행되는 동안 피후견인의 자기결정을 강화하는 것이다. 따라서 앞으로는 다음의 사항들에 대해서도 명시적으로 규율된다. 성년후견인은 피후견인이 스스로 자기의 사무를 법적으로 처리하는 것을 지원하고, 대리권은 개정독일민법 제1823조에 따라 필요한 경우에만 행사한다. 피후견인에 있어서 성년후견은 협약 제12조 제3항으로부터 도출되는 지원의 원칙에 따라서 본인이 자신의 법적 행위능력을 행사하는 것을 지원하는 수단으로서 협약 제12조 제4항의 원칙들을 고려한 것이다. 피후견 상태의 사람은 스스로 자기 고유의 결정을 하고 그것을 자기 자신의 행위에 의하여 외부적으로도 실현하는 데에 있어서 성년후견인의 지원을 받는다. 성년후견인이 피후견인을 위하여 대리행위를 하거나 의사를 표명하는 경우에 대하여 성년후견인이 따라야 할 행동 척도로서 피후견인의 희망(Wunsch) 우선을 명확히 규정하였다⁶³⁾.

〈 개정독일민법 제1821조 〉

제1항 성년후견인(Betreuer)은 피후견인(Betreute)의 사무를 법적으로 처리하는 데에 필요한 모든 활동을 한다. 성년후견인은 피후견인이 자신의 사무를 스스로 법적으로 처리하도록 지원하고 필요한 경우에 한하여 제1823조에 기한 대리권을 행사한다.

제2항 성년후견인은 피후견인이 그가 가능한 범위에서 자신의 희망(Wunsch)에 따라 생활관계를 형성할 수 있도록 피후견인의 사무를 처리하여야 한다. 이를 위하여 성년후견인은 피후견인의 희망을 확인하여야 한다. 성년후견인은 제3항에 따라서 피후견인의 희망에 따라 이를 실현하는 데에 있어서 피후견인을 법적으로 지원하여야 한다. 이는 피후견인이 그 희망을 유지하고 있지 않다는 것이 분명한 경

우가 아닌 한 성년후견인 선임 전에 피후견인이 표시한 희망에도 적용된다.

제3항 성년후견인은 다음과 같은 경우에는 피후견인의 희망에 따를 필요가 없다.

1. 그로 인하여 피후견인의 신상 또는 재산에 현저한 위험이 발생할 우려가 있고, 피후견인이 질병 또는 장애로 인하여 이 위험을 인식할 수 없거나 그러한 인식에 따라 행동할 수 없는 경우 또는
2. 이를 성년후견인에게 요구할 수 없는 경우

제4항 성년후견인이 피후견인의 희망을 확인할 수 없을 때에는 제3항 제1호에 따라 성년후견인이 피후견인의 희망에 따를 수 없을 때에는 성년후견인은 구체적인 근거에 따라 피후견인의 추정적 의사를 파악하여 그에 법적인 효력을 부여하여야 한다. 이러한 경우 특히 피후견인의 과거 표시한 의사, 윤리적 또는 종교적 신념 및 기타 개인적 가치관을 고려하여야 한다. 추정적 의사를 확인할 때에는 피후견인의 친족 및 기타 신뢰하는 인물에 대하여 의견 표시의 기회가 주어져야 한다.

제5항 성년후견인은 피후견인과 필요한 개인적 접촉을 유지하고 정기적으로 피후견인의 개인적인 인상을 얻고 그 사무에 대하여 피후견인과 협의하여야 한다.

제6항 성년후견인은 그 직무범위에서 자기 사무를 처리하기 위한 피후견인의 능력을 회복하거나 개선할 기회가 활용될 수 있도록 노력하여야 한다.

여기서 성년후견인의 따라야 할 행동척도로서 피후견인의 희망은 폭넓은 의미를 가지며, 자유의사에 기한 표시뿐 아니라 (더 이상) 자유의사에 기하지 않은 표시도 포함한다⁶⁴⁾는 점에 유의하여야 한다. 정부의 개정초안은 이에 대하여 분명히 밝히고 있다. “오히려 피후견인의 희망이 결정적인 목표이다. 그 희망(Wunsch)이 이성적으로 뒷받침되는 것인지의 여부, 피후견인이 행위능력이 있는 여부 그러한 희망이 객관적 관점에서 합리적인지 여부는 중요하지 않다.”고 한다⁶⁵⁾.

그리고 이 척도는 준용 규정을 통하여 성년후견인의 행위, 성년후견인의 적성, 법원의 감독 수행, 특히 재산관리와 법원의 허가절차에 있어서도 동등하게 적용됨으로써 피후견인의 마그나 카르타(Magna Charta)로서 성년후견법의 일반원칙

62) Dagma Brosey(주 2), 63면 우단.

63) Dagma Brosey(주 2), 64면.

64) RegE, BT-Drucksache 19/ 24445, S. 250.

65) Dagma Brosey(주 2), 65면 좌단.

으로서 확립되었다.

그리고 이러한 척도들이 성년후견인 활동과정에서 잘 실현되는지 라는 관점에서 후견법원의 감독도 피후견인의 희망을 찾아 내는 데에 더 중점을 두고 감독의 수단은 특히 피후견인의 자기결정을 침해하는 성년후견인의 의무 위반이 더 잘 인정되고 제재가 가해질 수 있도록 선포해졌다. 성년후견인에 의한 재산관리의 수행에 대하여는 개정독일민법 제1838조 제1항 제1문 및 제1862조 제2문에서 설명한 바와 같이 피후견인의 희망에 따라야 한다는 점과 피후견인을 위한 성년후견인의 활동은 투명하여야 한다는 점을 규정하고 있다. 가령, 재산목록의 개시(開示)(개정독일민법 제1835조 제6항). 개정독일민법 제1861조 이하 후견법원에 의한 감독과 조언에 관한 조항들도 이러한 법원칙에 맞추어져 있다. 특히 개정독일민법 제1861조에서 감독을 위한 고유한 수단으로 상담이 강화되었다⁶⁶⁾.

IV. 의사결정지원의 제도화 모색

1. 행위능력제한의 폐지와 그 대안

(1) 본인만의 취소권

협약 제12조와 위원회의 견해(일반평석 제1호)에 따르면 본인 보호의 필요성이 인정되는 경우에도 의사결정능력의 손상이나 장애(정신적 제약)를 이유로 법적능력을 행사하는 권리나 자격(행위능력)을 제한하거나 박탈하는 것은 허용되지 않는다. 따라서 우리 민법상 행위능력 제한의 수단으로서 성년후견인이나 한정후견인에게 부여되었던 고유한 취소권은 이를 폐지하여야 한다.

그러나 행위 당시에 의사결정능력의 손상이나 장애로 인하여 자신의 사정에 적합한 이해득실의 판단을 그르쳐서 법률행위를 하였더라도 사후에 그 불이익을 깨닫고 그것이 진정으로 자신이 바라는 법률행위가 아님을 알고서 그러한 구속으로부터 벗어나고자 하는 경우, 취소권은 여전히 유용한 구제수단이 될 수 있다. 문제는 후견인 등 타인의 취소권 행사가 본인의 행위능력을 부인하는 결과를 초래한다는 점이다. 따라서 취소권을 본인에게만 귀속시키고, 타인은 취소권 행사와 관련한 의사결정을 지원한다면, 행위능력 제한과 관계없이 온전히 본인 보호를 위한 취소권이 될 수 있다. 이러한 취소권의 부여

는 취약한 의사결정능력에서 비롯된 의사표시의 결함에서 그 근거를 구할 수 있다. 의사결정능력의 손상 또는 장애로 인하여 그 거래가 자신에게 미치는 영향(이해득실)을 적절히 판단할 수 없었던 사람에게 사후적으로 그 거래관계의 구속으로부터 벗어날 수 있는 구제수단을 제공하는 것은 민법 또는 다른 법률에서 규정하는 구제 제도(착오, 소비자철회권 등)들과의 균형에서도 허용될 수 있다. 나아가 의사결정능력상의 장애로 인한 불이익으로부터 벗어날 수 있는 사후적 구제수단으로서 취소권을 인정하는 것은 장애를 이유로 제공되는 적극적 우대조치(affirmative action)로서 장애인을 위한 '합리적 편의의 제공'의 하나로도 정당화될 수 있다(협약 제5조 제3항, 제4항). 이러한 우대조치는 의사결정능력 장애를 이유로 하는 것이므로 가령, 성년후견과 같은 법정보호(지원)제도의 이용과는 무관하게 제공되어야 한다. 다만, 법정 보호(지원)제도의 보호를 받지 않는 장애인이라면 거래행위시의 의사결정능력 장애에 대하여 스스로 증명할 책임을 부담하여야 할 것이다.

이러한 취소권은 의사결정능력 장애로 인하여 이해득실에 대하여 스스로 적절한 판단을 할 수 없었다는 것을 전제로 한다. 따라서 적절한 의사결정지원을 받아 이러한 장애가 제거되었다면 이러한 취소권은 소멸한다. 따라서 거래의 상대방은 표의자의 의사결정능력 장애를 제거하기 위하여 스스로 의사결정을 지원하거나 다른 제3자에 의하여 적절한 의사결정지원이 이루어졌다는 사실을 증명함으로써 의사결정능력장애인의 취소권을 배제할 수 있어야 한다.

(2) 거래의 안전과 의사결정지원 수단으로서의 동의권

의사결정능력 장애인의 취소권의 행사는 거래관계의 불안정을 초래할 수 있다. 그로 인하여 의사결정능력의 장애가 의심되는 사람과의 거래를 회피하는 태도가 야기될 수 있고 이것이 의사결정능력 장애인의 사회 참여를 제약할 수 있다. 따라서 이러한 거래의 불안정성은 제도적으로 제거될 필요가 있다. 의사결정능력 장애로 인한 거래의 불안정성 위험은 의사결정을 지원할 권한이 있는 사람에게 동의권을 부여하는 방법으로 해결할 수 있다. 여기서 동의유보는 타인에 의한 취소권 행사의 전제가 아니라 본인과와의 관계에서는 의사결정지원의 권한과 의무를 부여하고, 대외적으로는 동의라는 사실을 외부에 표시함으로써 본인에게 적절한 의사결정지원이 이루어진 사실을 증명하는 기능을 하게 된다.

따라서 의사결정능력 장애로 인하여 결함 있는 의사결정을

66) Dagma Brosey(주 2), 66면 좌단.

하고 그러한 법률행위의 효력이 본인에게 불이익한 경우에는 의사결정지원을 통하여 그 불이익을 사후에라도 인식하게 함으로써 취소권의 행사를 지원할 수 있다. 그러나 그러한 조력에도 불구하고 본인이 그 법률행위의 효력을 유지하고자 하는 경우, 원칙적으로 본인의 의사가 존중되어야 함으로 물론이다. 그것이 객관적 합리적으로 보아 본인에게 불이익한 경우에도 마찬가지이다.

그러나 법률행위 이후에 본인이 취소권을 행사할 의사를 형성할 능력을 상실하였거나 법률행위를 유지하는 것이 본인에게 돌이킬 수 없는 불이익이 되고 본인이 의사결정능력의 장애 때문에 그 불이익을 인식할 수 없는 경우, 그에 관한 대리권이 있는 지원인은 장애가 없었더라면 본인의 가졌을 의사를 추정하거나 또는 본인의 희망이나 선호에 대한 최선의 해석을 근거로 본인의 취소권을 대행 행사할 수 있다고 보아야 할 것이다. 최후의 지원수단으로 본인의 추정적 의사 또는 본인의 희망과 선호에 대한 최선의 해석에 기한 법정대리의 방법으로 의사결정을 대행하는 것이 허용되는 한 그 대리권 행사의 객체에는 취소권도 포함되기 때문이다. 다만, 의사결정능력에 장애가 있는 표의자의 자연적 의사에 반하여 취소권을 법정대리에 의하여 행사하고자 하는 경우에는 대체의사결정의 위험을 배제하기 위한 안전장치로서 가정법원의 허가를 받도록 하는 것도 고려해 볼 수 있다⁶⁷⁾.

2. 의사결정지원의 단계적 유형

(1) 필요최소개입의 원칙과 후견대체수단

먼저 자기결정권의 존중과 그 실현을 위한 의사결정지원의 관점에서 본인의 의사에 근거하지 않은 외부적 개입으로서 법원에 의한 법정보호(지원) 조치의 개시는 필요 최소한의 경우로 제한되어야 한다(필요최소개입의 원칙). 비장애인들이 그러한 것처럼 의사결정능력 장애인들도 가족이나 친구, 친지, 이웃 등 주변 사람들과의 인적관계와 교류를 통하여 중요한 의사결정에 관한 정보를 제공받거나 조언이나 상담을 받아 의사결정을 할 수 있다. 이러한 비공식적 지원네트워크가 충실하다면 많은 경우 법정후견과 같은 보호조치는 필요하지 않다. 요컨대 아무리 정신적 제약이 있더라도 장애인을 둘러싼 지역사회와 공적·사적인 인적 네트워크에 의한 조력, 기타 후견대체적 조력수단⁶⁸⁾으로 원만히 생활관계를 형성해 갈 수 있다면 굳이 외부적 간섭인 - 그것이 본인의 법적능력의 행사를 지원하는 것이라도 특히 법정대리를 수반하는 법정보호(지원)조치를 개시할 필요는 없다⁶⁹⁾.

후견대체수단으로서는 본인의 자기결정에 근거한 대안적 제도로서 의사결정지원을 위한 수권계약(후견계약), 각종 의료요양에 관한 사전지시(advance directives), 일상생활지원에 한정된 임의대리권의 수여, 재산관리를 위한 신탁계약 등의 이용이 장려될 필요가 있다.

다만 후견계약의 경우에는 입법 당시의 기대에도 불구하고 그 이용은 극단적으로 저조하다. 여기에는 후견계약에 대

67) 박인환(주 6), 38면.

68) 근래 다양한 형태의 후견대체제도의 활용이 모색되고 있는 점은 법정후견 이외의 의사결정지원 수단으로서의 활용가능성 때문이다. 민법 내에서도 법정후견에 대한 후견계약이나 전통적 지속적 후견인 성년후견, 한정후견에 대한 특정후견이 그러하고, 일상생활의 지원에 한정된 지속적 대리, 의료요양에 관한 사전지시, 재산관리에 관한 후견 수요에 대응할 수 있는 신탁계약 등도 법정후견의 개시를 회피할 수 있다는 점에서 중요하다.

69) 우리 민법의 입법과정에서도 이러한 원칙이 제시되었으나 민법상 명문화되지 않아 법원실무에 있어서 분명하게 실현되고 있지 않다. 가령 이와 대조적인 태도가 피후견인의 의사결정능력의 손상, 즉 정신적 제약의 정도에 중점을 두고 보호유형과 보호조치의 경중을 판단하는 것이다. 가령 특정후견은 필요최소개입의 원칙에 입각하여 정신적 제약의 정도가 적은 경우뿐 아니라 정신적 제약의 정도와 관계없이 일회적 일시적 보호와 지원을 위하여 마련된 유형으로 주된 보호기능이 후원이라는 점에서 공공후견사업에서 주로 활용되고 있으나 정신적 제약이 중하다는 이유로 더 무거운 보호유형인 성년후견이나 한정후견으로의 청구취지변경을 권고 받는 경우도 있다. 특정후견인에게 신상결정 권한이 부여되지 않고 후견 이외에 지역사회에 본인 보호를 위한 네트워크가 형성되어 있지 않아 특정후견 종료 후 법원의 감독이 미치지 않는 보호의 공백을 우려한 것이라고 이해된다. 다만 행위능력 제한과 피후견인의 사회활동을 광범위하게 제약하는 격렬조항 때문에 발달장애인들을 위한 공공후견사업에 있어서는 특정후견을 고집하고 있는 것이 현실이다. 이러한 원칙과 실무의 부조화는 후견종료에 있어서 현저히 나타난다. 피후견인측에서 중요한 법적사무의 처리가 종결된 다음 굳이 후견에 의한 보호가 필요 없다고 생각하여 후견 종료의 심판을 청구하는 경우, 법원실무에 있어서는 민법의 “후견개시의 원인이 소멸된 경우”(민법 제11조, 제14조)라는 문언의 해석상 쉽사리 종료심판을 내주지 않는 경우도 있다.

한 인식의 부족, 공정증서에 의한 체결과 법원에 의한 임의후견감독인의 선임과 같은 높은 절차비용, 주변의 이해관계인이 자신의 뜻에 맞지 않은 후견인의 선임 또는 법원의 직접 후견감독을 회피하기 위한 수단으로 임의후견을 남용함으로써 초래되는 제도에 대한 불신 등이 배경에 자리 잡고 있다.

이에 대하여 높은 절차비용을 수반하는 제도설계 자체를 비판하는 견해도 있으나 공정증서 작성이나 임의후견감독인의 선임은 후견계약의 제도적 신뢰를 확보하기 위하여 필요한 것이고, 오히려 문제는 공정증서 작성시 위임인의 의사능력의 판단 기준과 방법을 확립하고 후견계약 체결을 둘러싼 주변 이해관계인의 부당한 영향을 배제할 수 있는 안전장치를 제공하며, 임의후견감독인을 공적서비스로 제공하여 이용자의 부담을 경감시키는 조치가 필요하다는 점이다.

한편 현재 연명의료결정에 대해서는 연명의료결정법에 따라 사전연명의료계획서 나아가 연명의료의향서 제도가 도입되어 널리 시행되고 있다⁷⁰⁾. 반면에 보다 보편적인 의료요양에 관한 사전지시서는 제도화되어 있지 않다. 이에 후견계약의 경우에는 신상에 관한 결정권의 수권이 가능하므로 임의후견인의 신상결정 권한 행사의 기준과 방법을 제시하는 형태로 다양한 형태의 사전 의료요양지시를 구체화할 수 있다. 즉 위임인은 스스로 장래 의료요양에 관한 결정의 기준과 방법을 임의후견인의 신상결정권 행사의 기준으로 후견계약의 내용으로 정할 수 있고, 이는 임의후견인의 신상결정권의 행사에 대하여 구속력이 있다.

의사결정능력 장애인의 재산관리를 위한 신탁의 활용은 후견수요의 상당수가 재산관리의 필요에서 비롯된다는 점에서 중요한 후견대체수단이다. 특히 기초생활보장급여를 초과하는 장애인의 특별한 생활수요에 대비하여 설정되는 특별수요 신탁(special needs trust)은 영미에서 중요한 장애인 복지제도로 자리 잡고 있다. 이러한 개념에 기초한 후견대체 또는 후견을 보완하는 신탁제도의 도입을 위하여 국민연금공단을 수탁기관으로 하는 발달장애인 재산관리 지원서비스가 시범사업으로 진행되고 있다. 다만 이러한 서비스는 발달장애인 뿐 아니라 고령자 그 밖의 장애인을 포함하는 보편적 사회서비스로 제공될 필요가 있다.

(2) 의사결정의 단계적 지원 방법

이러한 후견대체적 지원수단에 의한 지원만으로는 법적능력의 행사에 충분한 도움을 받지 못한 경우에만 그리고 지원

이 필요한 기간과 범위 내에서만 법정 보호(지원) 조치가 개시될 수 있다. 즉, 본인이 의사결정능력의 장애 때문에 법적능력의 행사에 지장이 있고 그로 인하여 불이익이 발생하거나 발생할 염려가 있음에도 불구하고 다른 공적 사적 조력 방법으로는 그러한 불이익을 회피할 수 없는 경우에 비로소 법정의 보호(지원)조치의 개입이 정당화될 수 있다(필요최소개입의 원칙). 부득이 하게 법정의 보호(지원)조치가 필요한 경우에도 사회조사보고서에 기초하여 본인의 정신적 제약의 정도 뿐만 아니라 본인의 생활조건이나 환경에 비추어 필요한 지원이 무엇이고 어느 범위에서 필요한가가 확인하여, 구체적 사정에 필요한 범위 내에서 보호유형과 보호조치를 단계적으로 선택할 필요가 있고 그러한 보호 필요성이 없어진 경우에는 종료의 결정을 하는 것이 필요최소개입의 원칙에 부합한다.

법정보호(지원)조치에 있어서 우선적으로 고려하여야 할 조치는 법원 등 공적기관이 본인을 위하여 의사결정지원의 권한과 의무가 있는 자를 선임하여 그로 하여금 본인의 법적능력의 행사에 관한 의사결정을 조력하도록 하는 것이다. 이와 같은 법정 의사결정지원인의 선임은 원칙적으로 본인의 의사 또는 동의에 의거하여야 한다. 의사결정능력의 장애 때문에 법정 의사결정지원의 필요성을 인식할 수 없는 경우에만 본인의 동의 없이 법정의 의사결정지원인의 선임이 허용되어야 한다.

법정 의사결정지원인은 본인의 법적능력의 행사와 관련하여 지원이 필요한 범위 내에서 본인의 법률행위 또는 기타 의사결정을 지원할 권한과 의무가 있다. 이러한 행위의무는 본인의 의사결정을 단순히 조력하는 데에 그칠 수도 있고 본인의 의사형성과정에서 적극적으로 참여하는 방법으로 이행될 수도 있다. 나아가 법정 의사결정지원인이 그 상황에서 할 수 있는 지원을 다하였음에도 불구하고 본인이 스스로 결정할 수 없는 경우에는 법정대리의 방식으로 본인의 의사결정을 대행할 수 있다. 이때 법정 의사결정지원인은 본인의 현재 또는 과거에 표시되었거나 추정된 의사를 존중하고 만약 이를 알 수 없는 경우에는 본인의 희망, 선호에 대한 최선의 해석(best interpretation)에 의거하여 행동할 주의의무를 진다.

이와 같은 관점에서 의사결정지원에 관하여 다음 네 가지 강도의 지원방법에 대하여 규정할 필요가 있다.

첫째는 법정 의사결정지원인이 의사결정에 필요한 정보의 수집, 분석, 평가 혹은 그 표시, 전달 등에 있어서 의사결정능력 장애인에게 필요한 지원과 조력을 제공함으로써 최종적으로 의사결정능력 장애인이 자신의 생각과 선호에 따라 스스로

70) 호스피스·완화의료 및 임종과정에 있는 환자의 연명의료결정에 관한 법률 제12조 이하.

로 결정하도록 하는 방법이다(조력에 의한 의사결정지원). 의사결정 그 자체는 독립적인 본인에게 온전히 맡겨져 있다는 점에서 '동의에 기반한 공동의사결정 방식의 의사결정지원'과 구별된다.

앞서 살펴 본 바와 같이 - 법적으로 의사결정지원인으로 선임되지 않더라도 - 본인의 가까운 가족과 친구, 친지는 그에게 의사결정에 필요한 조력을 할 수 있다. 이러한 조력은 의사결정능력의 장애가 있는지와 관계없이 모든 사람들이 일상생활 속에서 상호작용을 하고 있는 바로 그러한 조력과 차이가 없다. 반면에 법정 의사결정지원인에게는 법적 의무로서 요청되는 것이고 이를 행사하기 위하여 본인과 접촉하고 본인의 개인정보에 접근할 권한이 부여된다는 점에서 차이가 있다. 나아가 의사결정능력이 취약한 경우 의사결정지원에는 다른 사람으로부터 부당한 영향을 받을 위험이 항상 존재하므로 이를 배제할 수 있는 안전장치를 고려할 필요가 있다. 따라서 의사결정지원의 권한과 책임이 있는 사람을 선정하여 부당한 영향을 배제하는 감독하에서 의사결정지원이 이루어질 수 있도록 조치할 필요가 있는 것이다.

둘째는 법정 의사결정지원인이 위와 같은 조력을 다하더라도 의사결정능력 장애인이 자신의 의사와 희망, 선호에 맞는 결정을 스스로 할 수 없는 경우, 지원인이 의사결정능력 장애인의 의사형성 과정에 적극적으로 개입하여 공동으로 의사를 형성해 가는 방식이다. 공동의사결정 방식의 의사결정지원은 이미 캐나다의 여러 주에서 채택되었던 것으로⁷¹⁾ 최근에는 아일랜드에서도 도입하였다⁷²⁾.

그러나 여기서의 공동의사결정의 지원인이 자신의 고유한 가치판단을 가지고 본인의 의사결정과정에 개입하는 것이고 그것이 동의권에 의하여 본인에게 강제되는 것이라면 그 한도에서는 본인의 법적능력의 행사를 제약하는 것이므로 의사결정지원 원칙에 합치하지 않는다. 따라서 지원인이 본인의 의사형성과정에 적극적으로 개입하여 함께 의사를 형성, 결정해 간다는 점에서는 공동의사결정이지만, 여기서 지원인의 역할은 본인이 의사결정능력 장애 때문에 인식하지 못하거나 비교형량을 하지 못하는 것에 대하여 이를 깨닫고 비교 평가할 수 있도록 의사소통의 상호작용을 통하여 지원하는 데에 있을 뿐 지원인 자신이 고유의 가치판단을 가지고 개입할 것을 요청하는 것은 아니라는 점을 분명히 할 필요가 있다. 요컨대 공동의

사결정에 있어서 지원인의 역할은 자신의 판단을 가지고 대등하게 의사결정과정에 개입하는 것이 아니라 어디까지나 본인을 중심에 두고 그의 의사결정을 지원하고 촉진하는 데에 있다는 점에 유의하여야 한다.

다른 한편으로 조력의사결정이 본인의 의사결정 프로세스 외부에서의 지원인 데 반하여 공동결정 방식의 의사결정지원은 의사결정 프로세스의 내적 과정에 개입하는 것이므로 지원을 빙자한 의사의 조종이나 지배가 나타날 위험이 더욱 크다. 이점에 있어서 공동의사결정의 경우에는 결정의 대외적 신뢰와 그 책임을 명확히 한다는 점에서 공동의사결정인의 동의를 요구할 필요가 있다(동의에 기반한 공동결정 방식의 의사결정지원). 이는 대외적으로 의사결정지원에 의하여 의사결정능력 장애인의 의사결정의 흠결이 제거되었다는 사실을 대외적으로 보장함으로써 의사결정능력장애인의 법률관계 형성과 사회참여를 촉진하는 기능도 하게 된다.

셋째, 첫째나 둘째의 방법에 의한 지원과 조력을 다하였음에도 불구하고 의사결정능력장애인이 본인의 의사를 형성, 결정할 수 없는 경우, 지원인은 수여 받은 권한의 범위에서 법정대리 등의 방법으로 의사결정능력장애인의 의사결정을 대행할 수 있다. 이때 지원인은 본인이 의사결정능력에 장애가 없었더라면 형성하였을 (추정적) 의사나 희망, 선호에 의거하여 의사결정을 대행할 법적인무를 지게 된다. 셋째의 방법은 현행 법제도 하에서는 법정대리나 신상결정을 대행하는 방식으로 이루어진다. 그러나 대리인이나 대행결정자로서의 지위에서 지원인이 본인의 복리에 대한 객관적 판단(best interest)에 의거하는 것이 아니라 본인의 실제 또는 과거에 표명되었던 의사 또는 그의 생각, 희망, 선호를 고려하여 그가 진정으로 원하는 것이 무엇인가에 대한 최선의 해석(best interpretation)의 결과를 실현하고자 한다는 점에서 대체의사결정제도와 구별된다(의사의 추정에 의한 의사결정의 대행). 지원인은 본인의 추정적 의사에 대한 해석과 이를 대외적으로 유효하게 실행할 권한과 의무를 갖는 것이다.

요컨대 의사결정지원인은 다음과 같은 행위외부 내지 주의 의무를 갖는다. 즉, ① 후견인은 법정대리권을 행사하기에 앞서 먼저 의사결정능력의 장애에도 불구하고 본인 스스로 결정할 수 있도록 지원할 의무를 이행하여야 한다. 현실적으로 실행 가능한 조력을 다하지 않는 한 법정대리에 의한 결정 권한

71) 앨버타 주의 성년후견 및 수탁법(Adult Guardianship and Trusteeship Act, AGTA), 사스캐처완 주의 성년후견 및 공동의사결정법(The Adult Guardianship and Co-decision-making Act), 유콘 주의 의사결정지원 및 성년자 보호법(Decision Making Support and Protection to Adult Act)

72) 2015년 아일랜드의 조력의사결정(능력)법(2015 The Assisted Decision-Making (Capacity) Act)

의 행사는 정당화되지 않는다. ② 현실적으로 가능한 모든 노력에도 불구하고 본인이 스스로 결정할 수 없는 경우에만 비로소 법정대리가 허용될 수 있다. 나아가 법정대리에 의하여 결정을 하는 경우에도 본인의 실제 또는 추정된 의사에 따라 대리권을 행사할 법적 의무가 있다. ③ 본인의 의사를 추정할 수 없는 경우에는 객관적 합리적 관점에서 평가된 본인의 최선의 이익(best interest)이 아니라 본인의 희망이나 선호에 대한 최선의 해석(best interpretation)에 따라 대리권 등을 행사하여야 할 의무가 있다⁷³⁾. 이러한 지침들이 준수된 경우에만 법정대리는 의사결정지원 수단으로서 적절한 권한의 행사로 인정될 수 있을 것이다.

그럼에도 불구하고 본인의 의사나 선호를 파악하는 것이 언제나 용이한 것은 아니다. 따라서 가능한 한 본인이 사전에 본인의 의사 또는 희망과 선호를 사전지시(advance directives)의 형태로 명확히 밝혀 두는 것이 바람직하다. 다른 한편으로 의사결정지원 과정에서 본인의 의사가 왜곡되거나 지원인이 권한을 남용하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 그 의사결정에 관하여 법원에 이의를 제기할 수 있는 권한이 일정한 범위의 친족이나 감독기관에 유보될 필요가 있다(안전장치)⁷⁴⁾.

넷째로 마지막 단계의 매우 예외적인 의사결정지원방법으로 본인의 의사에 의거하지 않거나 그의 자연적 의사에 반하는 강제조치의 가능성이다. 이는 장애인권리협약 제12조에서 규정하지 않은 사태이고, 유엔장애인권리위원회는 이러한 강제조치에 대하여 강력히 반대하고 있다. 그럼에도 불구하고 장애인이 의사결정능력의 손상이나 장애로 인하여 자기나 타인의 생명이나 신체에 초래될 중대한 위험을 인식하지 못하고 그로 인하여 돌이킬 수 없는 중대한 손해가 발생할 위험이 있는 경우, 국가는 이러한 위험으로부터 의사결정능력 장애인을 보호하여야 할 기본권 보호의무가 있다. 예외적이고 극단적인 위험상황에서 국가는 국민의 생명 신체 등 중요한 기본권의 보호의무가 있고 특히 그 위험이 의사결정능력의 손상이나 장애로 인하여 발생한 경우 국가는 그러한 위험으로부터 국민을 보호할 의무를 이행하여야 하기 때문에 그러한 범위 내에서의 국가의 개입과 간섭은 정당화될 수 있다. 이는 자살시도자를 제지하고 보호하는 것과 같은 차원의 것으로 평가될 수 있을 것이고 이는 단지 의사결정능력의 손상이나 장애의 경우에만 작동하는 것이 아니므로 차별의 문제도 발생하지 않는다.

III. 결론

유엔장애인권리협약의 국내법적 이행과정에서 전세계 대부분의 나라들이 유엔장애인권리위원회로부터 전통적 후견제도를 의사결정지원제도로 전환할 것을 요구받고 있다. 이에 대응하여 전세계 여러나라들에서 협약 제12조의 취지에 좇아 전통적 후견제도를 의사결정지원제도로 전환하는 입법개혁에 나서고 있다. 앞서 살펴 본 2023년 시행 개정독일민법 뿐만 아니라, 가령, 전통적 후견제도를 유지하면서 협약 제12조의 취지에 따라 새로운 의사결정지원제도를 도입한 개정 아르헨티나민상법전(2015 시행), 장애를 이유로 하는 모든 법적 능력을 부인하고(약물이나 알콜중독이나 의식불명등에 능력 제한은 유지) 장애와 관계없이 법적능력을 행사하는 모든 성인들이 지원받을 수 있는 다양한 지원수단을 규정하고, 의식 불명 등 모든 지원에도 불구하고 의사표시를 할 수 없는 예외적인 경우에만 최선의 해석원칙에 기초한 사법적 지원을 규정함으로써 국제적 장애인권운동가들로부터 협약 제12조에 합치하는 개혁으로 인정받는 2018년 페루 민법 및 민사소송법, 협약의 비준에 있어서 의사결정대행의 유지를 유보하면서 장애인 의사결정을 지원할 수 있는 단계적이고 다양한 지원방안(조력의사결정, 공동의사결정, 지속적 대리권, 사전의료요양지시 등)을 강구한 2015 시행 아일랜드의 조력의사결정(능력)법이 그러하다.

본고는 이러한 흐름의 연속선상에서 협약 제12조와의 정합성을 높이기 위하여 성년후견인의 행동척도를 피후견인의 복리(Wohl)에서 그의 희망(Wunsch)으로 전환하여 성년후견인의 의사결정지원의무를 명확히 한 개정독일민법의 2023년 1월 1일 시행을 계기로, 그간 선행논문에서 필자가 주장해 온 논점을 재정리한 것이다. 유엔장애인권리협약 이래 대체의사결정으로서의 성년후견제도를 의사결정지원 제도로 전환하라는 요구는 우리 사회가 더 이상 미룰 수 없는 당면 과제라는 점이 본고를 통하여 더 많은 분들에게 인식되는 계기가 될 수 있기를 바란다.

- 이어 다음 호에 토론문 게재

73) 박인환(주 6), 37면 이하.

74) 박인환(주 6), 44면 이하.



Q 안녕하세요. 부친께서 두 달 전에 사망하셨습니다. 상속인으로서는 어머니, 언니, 저 그리고 남동생이 있습니다. 아버지께서 사망하신 뒤에 아버지의 재산에 대해 알아보니, 아버지께서는 이미 2년 전에 남동생에게 아파트를 증여하였고, 상가건물은 어머니를 부양하는 조건으로 아버지가 돌아가시기 6개월 전에 언니의 명의로 변경을 해주셨습니다. 이런 경우에 저와 어머니가 상속재산의 일부라도 찾을 방법이 있는지요.?

A 지난 5월 17일 헌법재판소에서 법정상속인들에게 최소 상속분의 보장을 규정하고 있는 유류분제도의 위헌성 여부에 대한 공개변론이 열렸습니다(2020헌바295·2021헌바72). 해당 위헌소원은 상속과 관련하여 유류분제도를 규정한 민법 제1112조 내지 제1116조 그리고 제1118조의 위헌 여부를 심판대상으로 하여 이러한 유류분제도가 피상속인 및 수증자의 재산권 등을 침해하는지의 여부 등이 쟁점인 사건입니다.

유류분제도는 피상속인의 유지와 상관없이 유산의 일정 부분을 유족들이 상속하도록 하고, 특정 상속인이나 제3자에게 유산이 물리는 것을 방지해 유족들의 생계를 보호하기 위한 목적으로 1979년 1월부터 시행되었습니다.

유류분제도의 위헌을 주장하는 측은 "유류분제도의 입법 목적은 유족의 생존권 보호, 상속재산 형성의 기여에 대한 보상, 상속재산에 대한 기대 보장인데, 시대의 변화와 핵가족화, 여성 지위의 향상, 남녀평등 실현 등에 따라 입법 목적의 정당성이 상당 부분 상실되었다는 점, 피상속인의 재산처분의 자유는 상속권에 우선하는데, 유류분제도는 상속개시 당시 남아있는 잔여 재산만 상속의 대상이 된다는 상속제도의 본질을 훼손하고 있는 점, 상속인들 사이의 형평과 상속재산에 대한 기여 여부 등 구체적 사정을 고려하지 않고 배우자와 직계존비속, 형제자매까지 획일적·일률적으로 유류분 비율을 정한 점, 유류분 상실 사유를 두지 않아 패륜적 상속인에게도 유류분반환 청구권을 인정할 뿐 아니라 자선단체에 대한 기부 등과 같은 공익적 증여까지 유류분반환 청구의 대상이라는 점" 등을 사유로 들었습니다.

그러나 해당 위헌소원사건에 대한 위헌결정이 있기 전까지는 유류분규정이 유효합니다.

따라서 사안의 경우 귀하는 이러한 유류분반환청구권을 통해 상속재산 중 유류분 침해부분을 반환받을 수 있습니다.

1. 유류분 권리자 및 유류분의 범위

민법 제1112조에 의하면, ① 피상속인의 직계비속은 그 법정상속분의 2분의 1 ② 피상속인의 배우자는 그 법정상



속분의 2분의 1 ③ 피상속인의 직계존속은 그 법정상속분의 3분의 1 ④ 피상속인의 형제자매는 그 법정상속분의 3분의 1의 범위에서 유류분을 갖게 됩니다.

사안의 경우 우선 민법 제1009조에 따라 법정상속분을 계산하면 모친은 3/9, 귀하 및 언니·남동생은 각 2/9의 비율이 됩니다. 모친 및 귀하는 모두 유류분권자에 해당하고, 모친은 위 ②에 따라 $3/18 (= 3/9 * 1/2)$, 귀하는 $2/18 (= 2/9 * 1/2)$ 에 해당하는 유류분을 갖게 됩니다.

2. 유류분의 산정

민법 제1113조에 의하면 ‘유류분은 피상속인의 상속개시 시에 있어서 가진 재산의 가액에 증여재산의 가액을 가산하고 채무의 전액을 공제하여 이를 산정한다’고 규정되어 있습니다. 또한 동법 제1114조에 의하면 ‘증여는 상속개시전의 1 년간에 행한 것에 한하여 제1113조의 규정에 의하여 그 가액을 산정하나, 당사자쌍방이 유류분권자에게 손해를 가할 것을 알고 증여를 한 때에는 1년 전에 한 것도 같다’고 규정되어 있습니다.

사안의 경우 ① 피상속인(부친)이 언니에게 증여한 재산은 상속개시 1년 이내에 한 것이어서 유류분 산정에 포함됩니다. ② 그에 비해 피상속인이 남동생에게 증여한 재산은 상속개시 2년 전에 이뤄진 것이어서 유류분 산정에 포함되는지 문제되는데, 판례는 ‘공동상속인 중에 피상속인으로 부터 재산의 생전 증여에 의하여 특별수익을 한 자가 있는 경우에는 민법 제1114조의 규정은 그 적용이 배제되고, 따라서 그 증여는 상속개시 1년 이전의 것인지 여부, 당사

자 쌍방이 손해를 가할 것을 알고서 하였는지 여부에 관계 없이 유류분 산정을 위한 기초재산에 산입된다(대판 1996. 2. 9. 선고 95다17885)’고 판시하였습니다. 즉 공동상속인 중 특별수익을 받은 자가 있는 경우에는 1년 이전의 것이어도 유류분 산정에 포함된다는 것입니다. 따라서 남동생이 증여받은 재산도 유류분 산정에 포함됩니다.

3. 유류분반환청구

민법 제1115조에 의하면 ‘유류분 권리자가 피상속인의 제1114조에 규정된 증여 및 유증으로 인하여 그 유류분에 부족이 생긴 때에는 부족한 한도에서 그 재산의 반환을 청구할 수 있다’고 규정되어 있습니다.

따라서 귀하와 모친은 남동생과 언니를 상대로 유류분 부족액의 한도에서 유류분반환청구권을 행사할 수 있습니다. 다만 반환청구권은 유류분 권리자가 상속의 개시와 반환하여야 할 증여 또는 유증을 한 사실을 안 때로부터 1년 내에 하지 아니하거나 상속이 개시한 때로부터 10년을 경과하면 시효에 의하여 소멸하므로(민법 제1117조), 동 기간을 준수하여 행사하여야 할 것입니다.

이 경우 반환청구의 상대방인 귀하의 언니와 남동생은 각자가 얻은 수증가액에 비례하여 반환하게 됩니다. 즉 귀하의 언니와 남동생은 공동상속인이므로 자기 고유의 유류분액을 초과하는 금액을 기준으로 하여 각 그 금액의 비율에 따라 반환하게 될 것입니다.

조은경 상담위원

영화 이야기



(아래 글은 <너의 이름은.>의 스포일러를 포함하고 있습니다.)

도쿄의 소년 타키와 기후현에 사는 소녀 미츠하는 서로의 몸이 뒤바뀌는 신기한 꿈을 꾀다. 일주일에 두세 번씩, 둘은 낯선 집, 낯선 가족, 낯선 친구들 사이에 서 있는 자신을 발견한다. 타키가 먼저 미츠하의 공책에 질문을 남긴다. “너 누구야?” 미츠하는 타키의 핸드폰에 메모와 사진으로 자신이 하루 동안 한 일을 기록해둔다. 두 사람은 서로가 자신의 원래 일상을 침범하거나 멋대로 바꿔놓는다는 사실에 분개하면서도 특별한 경험을 공유한다는 점 때문에 상대방을 가깝게 느끼기 시작한다. 일본 전역은 천년 만에 가깝게 다가오는 티아마트 혜성을 맞이할 준비 때문에 흥분에 들떠 있는데, 어느 날부터나 타키와 미츠하는 서로 뒤바뀌지 않는다는 사실을 깨닫는다. 점점 커져 가는 의문 속에 타키는 미츠하를 만나러 기후현으로 떠난다.

일본 대중문화에 익숙한 이들이라면, 1980년대 대히트를 기록했던 영화 <전교생>(이후 드라마로도 거듭 리메이크되었다)을 떠올릴 것이다. 모종의 힘에 의해 성별이 바뀌어버린 두 남녀 동급생이 고군분투를 벌이며 사랑에 빠진다는 로맨틱코미디의 정석 같은 작품이다. <너의 이름은.>도 중반부까지, 다소 신비한 톤을 결들인 성별반전 코미디인가 하는 생각을 하게 만든다. 자신이 또다시 미츠하로 바뀌었다는 사실을 깨달은 타키가 가슴을 만져보는 장면을 몇 번이고 삼입한 것은 불쾌한 성적 농담처럼 다가온다. 그런데 갑자기 닥쳤던 신비한 교환이 또 다시 갑자기 중단되고, 그날 꿈에서 깨어난 타키와 미츠하가 이유를 모른 채 눈물을 주룩주룩 흘리면서 “나...무엇 때문에?”라고 혼잣말을 하는 순간부터 이야기는 전혀 다른 국면으로 접어든다.

단도직입적으로 <너의 이름은.>은 2011년의 동일본 대지진이라는 거대한 비극에 대한 이야기다. 티아마트 혜성의 접근이 세기의 우주 쇼가 될 것이라는 기대에 부풀어 두근거리는 사람들의 평범한 일상은 대충 그렇게 흘러간다. 누구도 예

너의 이름은.

감독 신카이 마코

목소리 출연 카미키 류노스케, 카미시라이시 모네, 나가사와 마사미

상하지 못했던 혜성 핵의 분열 때문에 특정 마을, 즉 미츠하가 살고 있는 이토모리 마을이 붕괴됐음에도 불구하고, 여타 지역 사람들에게는 스쳐 지나간 비극적 기억의 단편으로만 남아 있다. 그러나 신비한 힘에 의해 미츠하와 연결된 타키에게는 이것을 그냥 이대로 묻어두고 ‘산 사람은 살아야지’하고 체념할 수 없다. 그는 미츠하를, 미츠하의 가족들을, 미츠하의 소중한 사람들을 살리고 싶다. “잊고 싶지 않은 사람, 잊으면 안 되는 사람”을 향해 먼 길을 질주하는 타키와 미츠하의 간절한 의지는 거대한 비극마저 뛰어넘게 된다.

여기서 좀 더 흥미롭게 들여다보게 되는 인물은 미츠하다. 미츠하는 대대로 이토모리 마을의 정신적 지주인 신사를 모셔 왔던 집안의 딸이다. 아버지가 데릴사위로 들어와 신관의 역할을 수행했지만, 미츠하의 어머니가 병으로 일찍 사망하자 더 이상 아내가 없는 집에서 이렇게 살기 싫다면서 나가 버렸다. 미츠하와 동생 요츠하는 이후부터 꼭 외할머니와 함께 살며 신사의 업무를 돌본다. 아버지는 집을 나가버린 주제에 마을 이장으로 활동하며 가뜩이나 ‘신사의 딸’이라는 것으로 놀림 받는 미츠하에게 이중의 짐을 지운다. 걸을 때 어깨를 펴고 당당히 걸으라며 남들 앞에서 훈계하는 아버지를 외면하는 미츠하는 “평소엔 관심도 없었으면서...”라고 중얼거린다. 9시면 편의점이 문을 닫고 카페는 연감생심, 십 대들이 맘 편하게 앉아 놀 수 있는 공간이 아예 없는, 거리를 걸으면서 마주치는 모든 사람이 서로의 집안 사정을 훤히 아는 이 마을. 아무리 나고 자란 소중한 고향이라 하더라도 십 대 소녀에게 답답한 억압의 환경으로만 느껴졌을 것이다. 빨리 졸업해서 도쿄로 가고 싶다고 되뇌던 미츠하는, 그러나 인간의 힘으로 어쩔 수 없는 대재앙이 닥쳐오자 어떻게든 이 마을 사람들을, 그토록 미워하던 아버지를 구하기 위해 미친 듯이 달린다. 할머니가 강조했던 것처럼 사람과 사람, 시간과 시간을 이어주는 인연은 생사의 갈림길 앞에서 폭발적인 힘을 발휘한다. 자신을 인정하지 않았고, 신사를 모시는 ‘외가의 딸’을 물려받아 비상식적인 말이나 늘어놓는다고 무시하던 냉담한 아버지 앞에 서서 그의 눈을 똑바로 바라보는 미츠하의 결연한 표정은 불가항력의 영역마저도 이겨내는 강력한 의지를 드러낸다. 천재지변마저도 뒤엎어버리는, 특별한 아이의 힘이다.

김용언 영화칼럼니스트

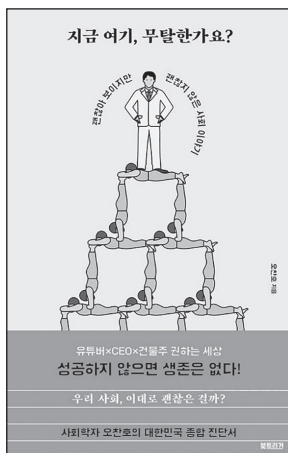


지금 여기 무탈한가요?

괜찮아 보이지만 괜찮지 않은 사회 이야기

오찬호 지음

북트리거, 2023(1판 6쇄)



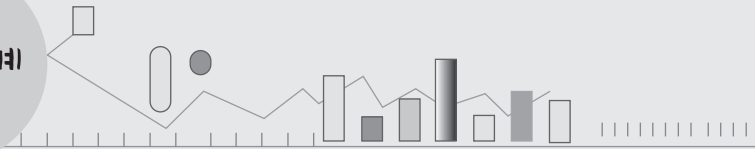
포털 사이트 구석에 있는 뉴스, 하나는 실소를 금할 수 없었고 하나는 마음이 아팠다. 첫 번째는 중소벤처기업부가 5월 1일부터 진행하고 있다는 2023 동행축제의 부대행사로 정부 부처들이 돌아가며 챌린저로 이태원 상권에서 화식하면서 그 지역의 새로운 활력을 도모하고 있다는 것이었다. 다른 하나는 모 고등학교에서 학폭 피해자가 자살하자 그를 추모하기 위해 여러 곳에서 가져다 놓았던 꽃을 모두 치워버렸다는 이야기, 비가 와서 그랬다고 학교 당국은 변명했지만, 꽃은 생생했고 위에 씌어놓았던 우산도 모두 없애 버렸다는 이야기. 우리 사회가 피해자를 대하는 자세가 이렇다. 둘이 다른 이야기 같지만, 태도라는 면에서 우리 사회의 암울하고 저열한 단면을 보여준다는 면에서는 같다.

우리는 이태원 참사의 피해자에 대해 아는 게 없다. 우리 정부 당국이 세월호 참사를 거치며 배운 것이 참사를 덮는 것, 피해자에 대해 알려지지 않도록 하는 것밖에 없다는 의심을 지우기 어렵다. 피해자를 모르면 사건은 쉽게 잊혀진다. 심지어 놀려가서 그랬다고 모욕하고 마약 운운하며 사건 자체를 지우려고 한다. 애통해하고 위로하고 연대하며 시스템의 부재가 있다면 확인해서 채우고, 갇추고 그러한 노력이 없다. 이것은 제대로 된 사회가 아니고 우리는 제대로 된 사회의 구성원이 아니다. 이러한 우리 사회의 구석구석을 탐구하는 것이, 이 책 『지금 여기, 무탈한가요?』이다.

일주일에 한 번 재활용을 내놓을 때면 그 때뿐인 반응을 한다. 세 식구가 내놓는 어마어마한 종이류, 플라스틱, 비닐류. 매번 놀라고 매번 반성하며 그것을 매주 반복한다. 인공지능에게 지구를 구하라는 과제를 준다면 인류를 멸망시킬 것이라는 섬뜩한 이야기에 그럴 법도 하다고 동의하게 되는 것이다. 오늘의 사람만큼 지구에게 그리고 서로에게 해로운 존재는 없다. 더욱이 이 같은 환경재난은 불평등의 문제로 직결된다. 책에서는 가난한 동네에서 범죄율이 높은 구조적 문제와 폭염으로 죽은 노인의 사례는 서로 무관하지 않으며 폭염으로 인한 사망은 천재지변이 아니라 사회시스템이 미비한 결과라고 이야기한다. 부동산, 교육, 소득 불평등, 정치뿐 아니라 난민, 장애인, 환경, 동물까지 폭넓게 다룬다. 사회학 박사인 지은이는 청소년과 청년 사이를 지나는 이들에게 개인을 괴롭히는 사회의 민낯을 전하고자 이 책을 썼고 이 책이 사회를 비판적으로 바라보는 훈련의 첫걸음이 되었으면 한다고 했다.

무엇보다 지은이가 프롤로그에 쓴 다음의 문장이 오래 마음에 남았다. “좋은 시민으로 살아가기 위해서는 세상을 다양한 시선으로 바라볼 줄 알아야 하는데, 한국은 소수만이 해낼 수 있는 아름다운 이야기로 다수가 처한 나쁜 현실을 덮는 데 익숙하다.”

이숙현 편집부장



창립 67주년 및 가정의 달 기념 심포지엄

‘고령인지장애인을 위한 성년후견제도 개정 방향’을 주제로

상담소에서는 지난 5월 24일 본소 강당에서 ‘고령인지장애인을 위한 성년후견제도 개정 방향’을 주제로 창립 67주년 및 가정의 달 기념 심포지엄을 개최하였다. 본소는 1956년 창립 이래 우리 사회 모든 가정과 가족구성원의 평등과 복리를 위해 법률구조사업, 가족법개정운동을 펼쳐왔으며 이의 연장선에서 사회상의 변화에 맞추어 성년후견제도의 도입에도 적극 나섰고 이 제도를 널리 알리는 데에도 힘써 왔다. 현행 성년후견제도는 종전의 금치산제도에 비해 발전된 제도라 평가받고 있지만 피후견인이 스스로 결정할 수 없는 경우에는 법정대리를 통해 대체의사결정으로 이행하는 구조여서 유엔장애인권리협약 제12조의 장애인의 법적능력향유와 그 행사를 위한 의사결정지원의 원칙을 위반한 것이라는 비판이 있다. 이와 관련하여 대체의사결정제도의 폐지를 위한 노력이 필요하다는 유엔장애인권리협약위원회의 권고를 받고 있으며, 더불어 후견계약에 의한 임의후견제도도 활성화되지 못하고 있어 성년후견제도 전반에 걸친 재검토가 시급한 실정이다. 이에 상담소에서는 고령사회에서의 노인 인권 관점에서 고령인지장애인을 위한 바람직한 성년후견제도의 개정 방향에 대한 논의를 본격화하고자 심포지엄을 열어 각계의 전문가와 함께 폭넓은 논의의 장을 마련하였다.

심포지엄은 본소 가족법개정위원회 위원장인 김상용 교수(중앙대 법학전문대학원)가 좌장을 맡아 진행하였으며, 박인환 교수(인하대 법학전문대학원)가 ‘유엔장애인권리협약 제12조와 성년후견의 개혁방향 - 고령자·장애인의 권익 옹호와 의사결정지원을 위한 제도적 모색’으로 주제발표를 하였다. 토론자로는 우종인 회장(한국치매협회, 서울대 명예교수), 배인구 변호사(법무법인 로고스), 이기민 관장(중

양노인보호전문기관), 현소혜 교수(성균관대 법학전문대학원), 정혜은 부장판사(서울가정법원)가 참석했다.

이번 심포지엄은 쉽지 않은 주제임에도 불구하고 관련 기관 종사자를 중심으로 적극적인 참여와 문의가 이어졌으며 사회 각계에서 많은 분들이 참석하여 논의를 시작하는 의미 있는 장이 되었다. (관련사진 2면, 관련내용 10면)

양육비이행관리원과 실무자협의회 가저

건강가정진흥원 양육비이행관리원과 본소 간의 실무자협의회가 5월26일 본소 8층 회의실에서 있었다. 본소에서는 양육비이행관리원에서 위탁하는 양육비관련 소송을 진행하고 있는데, 이날 회의에서는 원활한 양육비 이행을 지원하기 위한 개선방안과 감치제도의 적극적 활용, 그리고 새로이 도입되어 운영되고 있는 운전면허정지 및 출국정지, 형사처벌 제도 등에 관한 논의가 있었다. 양육비이행관리원에서 전주원 원장과 장정인 위탁지원 부장, 원혜정 부원 등이 참석하였고, 상담소에서는 조경애 법률구조1부장과 김민선 변호사, 천다라 상담위원 등이 참석하였다. (관련 사진 2면)

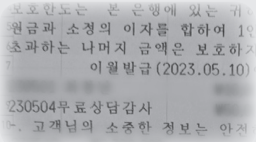
부부관계향상을 위한 공개강좌

지난 5월 25일 본소 교육프로그램으로 김병후 원장(정신과전문의, 본소 이사)의 부부관계향상을 위한 공개강좌가 zoom 플랫폼을 이용한 비대면 방식으로 진행되었다.

이번 강의는 ‘인간답게 살기 위한 선행조건인 자율성’을 주제로 진행되었는데, 강사는 자신이 아닌 타인이 원하는 대로 삶을 사는 것은 돈을 많이 벌게 되거나 명예로운 일일 지라도 행복감을 최대로 느끼기 어렵다고 하였다. 따라서 인간은 자신이 진정으로 무엇을 원하는지, 무엇을 좋아하

는지 판단하고 그에 따라 삶의 방향성을 정하는 것이 중요하다고 강조하였다. 참가자들은 이 강의가 사례 중심으로 진행되어 이해에 많은 도움이 되었다고 평가하였다. 다음 강의는 6월 22일에 실시될 예정이다.

“무료상담감사” 후원금



5월 중 면접상담을 한 내담자가 상담 후 “무료상담감사”라는 익명으로 후원금을 보냈다.

출장 상담 및 법교육

법의 생활화 운동의 일환으로 본소의 법 교육이 전국적으로 활발하게 시행되고 있다. 출장 법 교육은 가족법 및 가족관계등록법, 가정폭력특례법 등을 주제로 하며, 본소 상담위원들의 상담 현장 경험을 바탕으로 한 충실한 강의로 넓은 호응을 얻고 있다. 또한 본소에서의 실습도 방역을 철저히 하며 순차적으로 진행 중이다.

현재는 코로나19로 인해 많은 프로그램이 비대면으로 진행 중이며, 순회상담의 경우도 상당 부분을 전화상담으로 전환해 시행하고 있으나, 방역지침의 변화에 따라 본소에서도 대면 프로그램을 확대하면서 효율성을 기하고 있다.

- 5.17 폭력예방교육 - 송의여중
- 박상진 상담위원

- 5.18. 한국건강가정진흥원 - 현장상담원역량강화교육 (한부모가족관련법률)

- 김진영 상담위원

- 5.19 한국건강가정진흥원

: 가족서비스전문인력역량강화교육(가족법)

- 복미영 상담위원

- 5.24. 법률구조체험 - 이레가정폭력상담원교육

- 복미영 상담위원

● 가정법원 출장상담

조경애, 박소현, 조은경, 복미영, 김진영, 전규선, 천다라 상담위원. 김민선, 박슬기 변호사

● 서울남부지방법원 출장상담

김민선, 박슬기 변호사

조경애 법률구조1부장은 5월 26일 본소에서 진행된 양육비이행관리원과의 실무자협의회에 참석하였다.

박소현 법률구조2부장은 5월 11일과 25일에 서울가정법원에서 이혼사건 등을 조정하였다. 15일에는 서울경찰청에서 서울 각 경찰서 학대예방경찰관을 대상으로 한 가정폭력 및 아동학대 대응 실무과정 2차 교육에서 “가정폭력 관련 법령 및 경찰의 대응방안”에 대하여 강의하였다. 20일에는 한국젠더법학회 춘계학술대회에 참석하였다.

2023년 5월 상담통계

총 건수 4,994

법률상담 (4,103)

면접	전화	인터넷	서신	지상
949	3,026	125	2	1

화해조정	소장 등 서류작성	소송구조
759	50	82

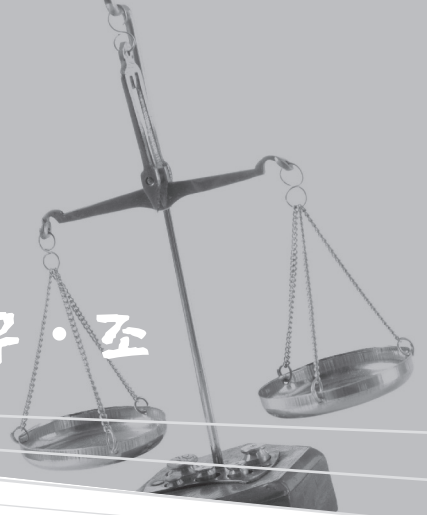
• 인터넷 정보 이용 85,011 건

2023년 5월 한달 간 상담소에서 진행한 총 상담건수는 4,994건이었다. 상담처리별로 살펴보면, 법률상담 4,103건(82.2%), 화해조정 759건(15.2%), 소장 등 서류작성 50건(1.0%), 소송구조 82건(1.6%)이었다.

법률상담 4,103건을 사건내용별로 살펴보면, 2023년 4월에 비해 이혼(18.8%→21.3%), 사실혼해소(1.0%→1.2%), 위자료·재산분할(7.5%→8.0%), 면접교섭권(2.0%→2.1%), 인지(1.4%→1.5%), 친생자존부

(1.4%→2.1%), 파혼(0.3%→0.4%), 혼인무효·취소(0.5%→0.6%), 이혼무효·취소(0.0%→0.1%), 부양(1.3%→1.8%), 가족관계등록부(2.6%→3.2%), 가사기타(12.8%→13.8%), 성폭력(0.0%→0.1%)에 관한 상담이 증가하였다.

법률상담 4,103건을 상담방법별로 살펴보면, 면접상담 949건(23.1%), 전화상담 3,026건(73.8%), 인터넷상담 125건(3.0%), 서신상담 2건(0.0%), 지상상담 1건(0.0%)이었다.



완결된 소송구조 사건

사건본인의 성장과 어려운 경제상황을 반영한
양육비 증액 청구

법률구조 2022-1-329

담당 : 김정수 변호사

사건명 : 양육비 변경

내용 : 청구인(여, 43세)과 상대방(남, 43세)은 법률혼 부부로 슬하에 사건본인을 두었으나 2010년 화해권고결정이 확정되어 이혼하였다. 이혼 당시 사건본인의 친권자 및 양육자로 청구인을 지정하고 양육비로 사건본인이 성년이 되기 전일까지 상대방이 매월 말일 30만 원을 지급하기로 하였다. 그러나 청구인은 현실적으로 안정적인 소득 활동이 어려웠고 그나마도 현재는 실직 상태로 마이너스 통장으로 생활비를 충당하는 등 경제적 어려움을 겪고 있다. 이런 상황에서 12년 전 이혼 당시 정한 양육비 월 30만 원은 사건본인을 양육하기에 턱없이 부족하다. 이에 사건본인의 건강한 성장과 복리를 위한 양육환경 조성을 위하여 양육비를 증액하고자 법률구조를 요청하였다.

결과 : 승소(춘천지방법원 영월지원 2023. 3. 10.)

1. 청구인과 상대방 사이의 춘천지방법원 영월지원 2009드단0000 이혼 및 위자료 사건에서 확정된 2010. 1. 27.자 화해권고결정 중 양육비에 관한 사항(결정사항 제3항)을 2023. 4. 1.부터 다음과 같이 변경한다.

상대방은 청구인에게 사건본인의 양육비로 2023. 4. 1.부터 2028. 5. 31.까지 월 80만 원의 비율로 계산한 돈을 매월 말일에 지급하라.

2. 심판비용은 각자 부담한다.

명의도용으로 채무가 발생한 채무자에 대한
면책결정

법률구조 2022-1-353

담당 : 신은숙 변호사

사건명 : 개인파산 및 면책

내용 : 신청인(남, 60대)은 어려운 가정환경으로 인해 초등학교를 끝으로 학업을 중단하고 어린 나이부터 사회생활을 시작하였다. 굶은일도 마다하지 않고 성실하게 살아가던 중 1979년경 서울에서 택시운전사로 근무하였는데, 근무지에서 생긴 불의의 사고로 왼쪽 눈의 시력을 상실하였다. 장애가 생긴 어려운 상황에서도 신청인은 생계를 유지하기 위해 최선을 다했다. 그러던 중, 2021년경 성명불상의 누군가가 신청인에게 접근하였고, 신청인 명의로 약 3,000만 원을 비대면 대출 받은 후 알뜰폰 2대에 가입하여 송금시킨 사실을 알게 되었다. 신청인은 본인도 모른 채 발생한 대출채무가 너무 억울하여 경찰서에 가서 사건을 확인하고, 확인원을 대출해준 카드사에 제출하였으나 두 회사로부터 확인원으로는 불충분하다는 답변을 받았다. 감당하기 벅찬 채무를 떠안게 된 신청인은 극심한 스트레스로 더 이상 일을 할 수 없었고, 채무 지급불능 상태가 되었다. 현재 기초생활수급자로 지정되어 저소득으로 생활 중인 신청인은 고령과 장애로 근로능력이 떨어진 상태이다. 이에 신청인은 채무 독촉에서 벗어나 장래 경제적 갱생을 도모하기 위해 상담소에 개인파산 및 면책의 법률구조를 요청하였다.

결과 : 면책결정(서울회생법원 2023. 3. 14.)

채무자를 면책한다.

오랫동안 저소득으로 생활 중인 채무자에 대한
면책결정

법률구조 2022-1-359

담당 : 정상수 변호사

사건명 : 개인파산 및 면책

내용 : 신청인(남, 50대)은 건강이 좋지 않아 근로활동을 할 수 없어 한 달에 약 50만 원의 기초생활수급비를 받으며 힘겹게 생활하였다. 그러던 중 신용카드를 발급받으라는 광고성 전화를 계속 받고 유혹을 이기지 못해 신용카드를 발급받았다. 신청인은 씬 씬이가 크지 않는 편이라 최소한으로 신용카드를 사용하여 이용대금을 연체시키지 않았다. 하지만 지인이 굶어 죽겠다며 돈을 빌려 달라 요청하여 수급비를 빌려줬지만 돌려받지 못하였고, 생활비가 부족해진 신청인은 신용카드대출을 받게 되었다. 이후 채무를 상환하기 위해 노력했지만 기초생활수급자인 신청인으로서 이율이 높은 카드대출을 감당할 수 없었고, 이른바 ‘카드 돌려막기’까지 하게 되었다. 그러다 2018년경 조현병, 우울증, 강박장애가 심해지면서 채무 지급불능 상태가 되었다. 이처럼 건강상 문제로 오랫동안 저소득으로 생활 중인 신청인은 3,200만 원에 달하는 채무를 해결할 길이 없어 상담소에 개인파산 및 면책의 법률구조를 요청하였다.

결과 : 면책결정(서울회생법원 2023. 3. 16.)

채무자를 면책한다.

자녀 출생에 무책임한 부에 대한
인지 및 양육비 판결

법률구조 2022-1-385

담당 : 서지연 변호사

사건명 : 인지 등

내용 : 원고(여, 30대)는 피고(남, 30대)와의 교제 중 준비되지 않은 임신을 하게 되어 피고에게 알리고 함께 의논하려 했으나 피고는 만남을 피하고 연락을 두절하였다. 이

에 원고는 어려움을 겪다 미혼모시설에 입소하여 2022년 사건본인을 출산하였다. 하지만 출산 후에도 피고는 계속하여 책임을 회피하고 출생신고에 협조해주지 않아 결국 원고 혼자 출생신고를 마쳐 사건본인의 가족관계등록부에는 부가 등재되어 있지 않다. 원고는 혼자 사건본인을 양육하더라도 사건본인에게 아버지의 존재를 찾아주고 피고가 부모로서 책임을 지도록 하고자 법률구조를 요청하였다.

결과 : 조정을 갈음하는 결정 (서울가정법원 2023. 3. 7.)

1. 사건본인은 피고의 친생자임을 인지한다.
2. 사건본인의 친권자 및 양육권자로 원고를 지정한다.
3. 피고는 원고에게 사건본인의 장래 양육비로 2023. 3.부터 사건본인이 성년에 이르기 전일까지 매월 100만 원씩을 매월 말일에 지급한다.
4. 피고는 사건본인이 성년이 될 때까지 아래와 같이 사건본인을 면접교섭 할 수 있다.

가. 일정

매월 둘째, 넷째 주 토요일 각 10:00부터 그다음 날 일요일 16:00까지(숙박면접)

나. 장소

피고가 책임질 수 있는 장소

다. 방법

피고가 면접교섭을 위해 사건본인의 거주지 또는 원, 피고가 합의한 장소에 와서 사건본인을 데려가고, 면접교섭을 마친 후에는 사건본인을 다시 위 장소로 데려다준다.

라. 협조의무

① 원고는 피고의 면접교섭이 위와 같이 원만하게 실시될 수 있도록 적극 협조하여야 하며, 이를 방해해서는 아니된다.

② 위 면접교섭의 일시와 방법은 원고와 피고가 협의(면접교섭일 3일 전까지)하여 조정·변경할 수 있다. 위 조정·변경은 사건본인의 정서적 안정과 복지를 최우선적인 목표로 하여 이루어져야 한다.

5. 소송비용 및 조정비용은 각자 부담한다.

조경애 법률구조1부장

2023년 6월 교육부

이혼, 현실과 미래 더 생각해보기

부부갈등 및 이혼에 관해 보다 차분하고 객관적으로 심사숙고함으로써 후회 없는 결정을 하도록 돕는 전문 상담프로그램

- ▶ 대상 : 결혼생활의 어려움으로 이혼을 고민하고 있는 남녀 (당사자 외 참여불가)
- ▶ 내용 : - 1단계 : 법률상담 및 이혼 관련 비디오 시청
매주 평일 상시
- 2단계 : 집단심리상담
(이혼 전 교육 1단계 참가자, 사전예약 필수)
연중 매월 둘째·넷째 월요일 오후 2시~4시
(6월 26일, 7월 10일, 7월 24일, 8월은 휴강)
- ▶ 강사 : 김명순 소장 (세은심리상담연구소)

부부관계 향상을 위한 공개강좌

- 김병후 원장과 함께하는 부부갈등과 상처 다루기 -

가족·부부상담 전문가의 강의를 통해 행복한 부부관계를 유지하고, 상처받은 관계를 치유하기 위한 공개강좌 프로그램

- ▶ 일시 : 2023년 2월~11월 매월 넷째 목요일 오후 3시~5시 (※ 12월은 휴강)
- ▶ 대상 : 참여를 원하는 사람 누구나 (사전예약 접수만 가능)
- ▶ 강사 : 김병후 원장 (정신과 전문의, 김병후정신건강의학과)
- ▶ 강의방법 : zoom을 통한 비대면 강의 / 대면강의
- ▶ 일정 및 강의주제

일정	강 의 제 목
6월 22일	관계에서의 상처
7월 27일	공감능력
8월 24일	폭력적인 배우자에 대항하는 법
9월 21일	의심, 피해망상, 그리고 조현병
10월 26일	마음이란 무엇인가?
11월 23일	부부대화법

비혼모 가정을 위한 워크숍

「한국가정법률상담소와 함께 하는 엄마랑 아기랑 행복 캠프」

비혼모 가정이 처한 법률적·경제적 어려움을 해소하고, 비혼모 가정에 대한 심리적 지원을 도모하기 위한 자녀동반 캠프

- ▶ 일시 : 2023년 8월 17일 ~ 19일
- ▶ 대상 : 참여를 원하는 비혼모 가정
- ▶ 후원 :  삼성생명의 지원으로



생명보험사회공헌위원회가 함께 합니다.

※ 일정 및 교육내용은 코로나19 대응조치에 따라 휴강 또는 변경될 수 있으므로 진행 상 반드시 사전접수 바랍니다.

등지교실

나와 가족의 정신건강과 행복한 가족관계형성을 돕는 교육강좌

- ▶ 일 시 : 매월 둘째 수요일 오후 3시~5시
- ▶ 대 상 : 서울가정법원 등 보호처분 대상자
- ▶ 진 행 : 이서원 소장(한국분노관리연구소), 황순찬 초빙교수(인하대학교 사회복지학과)
- ▶ 일정 및 강의제목

일정	강 의 제 목	강사
4월 12일	우울 : 자꾸 어긋나는 일들, 내 뜻대로 살고 싶다	이서원 소장 (한국 분노관리 연구소)
5월 10일	열등감 : 나보다 잘난 너, 나 잘난 맛에 살고 싶다	
6월 14일	후회 : 원하지 않았지만 일어난 일, 현명하게 살고 싶다	
7월 12일	매사 불만족과 관계갈등을 초래하는 성격장애	황순찬 초빙교수 (인하대학교 사회복지 학과)
8월 9일	시간이 흘러도 없어지지 않는 고통, 트라우마	
9월 13일	삶의 의지를 약화시키는 기분장애	
10월 11일	존재를 삼킨 타인의 시선, 불안장애	
11월 8일	모든 걸 끝장내겠다는 충동, 불안조절장애	
12월 13일	갈망에서 시작된 절망, 중독장애	

생활법률강좌

- ▶ 일시 : 연중(요청 시 사전일정 조율)
- ▶ 신청방법 : 한국가정법률상담소 교육부(전화 또는 메일로 신청)
- 전문가를 위한 출장 법 교육
1366 상담원, 이주여성 지원센터, 사회복지관 등의 전문상담원에게 필요한 가족관련 법률·가정폭력관련 특별법 등을 강의함으로써 직무전문성을 향상시키는 출장 법 교육
- 학교현장을 찾아가는 법 교육 및 폭력예방교육
초·중·고교 학생 및 학부모·교사들에게 가족관련 법률 및 폭력에 방교육을 통해 성평등 의식을 함양하는 출장 법 교육
- 학생들을 위한 법률구조 체험교육
초·중·고교 학생들에게 법률구조·가족관련 법률 및 가정폭력관련 특별법 강의를 통해 법률구조 제도에 대한 이해와 성평등 의식을 함양하는 체험교육

교사들을 위한 법 교육 - 교원직무연수

가족법 및 폭력예방교육을 통해 전국 초·중·고 교원의 전문능력 함양을 돕는 연수 프로그램

- ▶ 연수과정명 : 법과 생활
- ▶ 과정구분 : 전문성향상 과정
- ▶ 연수기간 : 2024년 1월 16일(화)~18일(목), 1일 5시간, 3일간
- ▶ 이수시간 : 15시간(1학점, 성적산출 안함)
- ▶ 연수대상 : 서울·전국 초·중·고 교원 20명(선착순 모집)
- ▶ 연수운영 방법 구분 : (zoom을 이용한) 실시간 쌍방향 원격연수
- ▶ 연수경비(1인당 자비 부담액) : 무료
- ▶ 교과과정
 - 가족법 : 가족법 변천사 및 법률구조사/혼인 관련 법률/이혼관련 법률/부모·자녀 관련 법률/후견 관련 법률/상속·유언·유류분 관련 법률
 - 가족관계등록 관련 법률
 - 아동복지법 관련 법률
 - 가정폭력 관련 법률
 - 폭력예방교육의 이론과 실제
 - 주택 임대차 관련 생활법률
 - 개인파산·면책·개인회생 관련 법률

● 장소 : 한국가정법률상담소 8층 강의실(변경될 수 있으므로 사전문의 요망) ● 교육문의 및 신청 : 한국가정법률상담소 교육부

T: 1644-7077 F: 02-780-0485 홈페이지: www.lawhome.or.kr E-mail: edu@lawhome.or.kr 트위터: https://www.twitter.com/LegalAidCenter

한국가정법률상담소 상담 ☎ 대표전화 1644-7077

한국가정법률상담소와 함께하는

엄마랑 아기랑 행복캠프



사회적 편견과 경제적 어려움 등을 겪는
비혼모 가정을 위한 강의와 교육,
심리상담 그리고 쉼과 치유의 시간을
갖도록 하는 자녀동반 캠프



일시 ▶

2023년 8월 17일~19일

대상 ▶

참여를 원하는 비혼모 가정

1. 「비혼모 가정이 알아두어야 할 법률 강의 및 상담」

▷ 강의내용 : 자녀의 출생신고, 자녀의 성과 본, 인지, 양육권과 친권, 면접교섭권, 입양, 양육비 청구, 양육비 이행강제, 파산 및 면책, 개인회생, 가정폭력 등 한부모 가정에서 자녀를 양육하면서 부딪치게 될 수 있는 문제들에 대한 강의와 상담

2. 「행복 보금자리 마련을 위한 강의 및 상담」

▷ 강의내용 : 주거취약계층을 위한 '나에게 맞는 임대주택은?'이란 주제로 소득계층별 주택지원 사업과 청약통장의 활용방법, 영구임대 · 매입임대 · 전세임대 · 국민임대 등의 임대주택의 유형별 청약신청 방법과 절차, 주거급여, 주거바우처 등 주거복지 자원이용과 향후 임대주택 공급 계획 등과 관련한 강의 및 상담

3. 동반 자녀들을 위한 「놀이치료」

4. 온가족이 함께하는 「레크리에이션 및 가족소통 체험활동」

▶ 후원 : SAMSUNG 삼성생명의 지원으로



생명보험사회공헌위원회가 함께 합니다.

※ 일정 및 교육내용은 코로나19 대응조치에 따라 변경될 수 있습니다.

화상상담

상담소에 직접 방문하기
어려운 분들을 위해 화상상담을
실시하고 있습니다.
상담을 원하시면 전국 어디에서나
상담소 홈페이지에서
예약신청 후 이용하실 수 있습니다.

야간상담

매주 월요일 오후 6시 ~ 9시
접수는 오후 7시까지
전화상담 및 문의 1644-7077

다문화가정을 위한 야간 영어상담

매주 월요일 오후 6시 ~ 9시
접수는 오후 7시까지(사전 예약 필수)
사전예약 및 문의 1644-7077

www.lawhome.or.kr