

일본의 임의후견계약법(任意後見契約法)에 내재한 제도적 결함과 과제

: 임의후견계약법의 도용사례를 중심으로*

네기시 켄(根岸 謙) _ 도요대

목 차

- I. 서론
- II. 일본의 임의후견계약법 개요
- III. 일본의 임의후견계약법의 문제점
- 임의후견계약 남용 사례를 중심으로
- IV. 임의후견제도 개선책에 대한 일고찰

국문초록

현재 일본정부는 성년후견제도 이용을 촉진하기 위한 기본계획을 세우고 있으며, 임의후견계약 남용 방지에 대해서도 검토하고 있다. 그러나 지금까지 남용 사례에 대한 연구는 그다지 이루어지고 있지 않다. 따라서 본고는 임의후견계약에 관한 판례를 유형화하고 구체적인 문제점을 파악하면서, 남용 사례를 일으키고 있는 임의후견계약법에 어떠한 제도적 결함이 있는지를 고찰하고, 그 개선책과 관련하여 운용 및 법

* 이 논문은 도요대학 법학부와 국민대학교 일본학연구소의 공동연구의 일환으로 작성되었으며, 한국어 번역을 맡아 주신 엄태봉 교수께 감사의 말씀을 전한다.

개정 측면에서 다각적인 고찰을 시도한다.

주제어

임의후견계약, 재산관리계약, 의사능력, 재산관리권한의 남용, 경제적 학대

1. 서론

일본에서는 심각한 상황에 처한 고령자 학대를 방지하기 위해서¹⁾ 이에 관한 국가의 책무나 조치 등을 정한 ‘고령자 학대의 방지, 고령자의 양호자 지지 등에 관한 법률’(이하, ‘고령자 학대 방지법’)이 2005년 11월 1일에 제정되었고, 2006년 4월 1일부터 실시되고 있다. 고령자가 속한 가족이나 시설 등이 다양하며, 고령자에 대한 작위 또는 부작위에 의한 행위나 해당 행위에 대한 고령자 수용 방법 및 생각도 다양하기 때문에, 이 법이 제정되기 전에는 어떠한 행위가 ‘학대’에 해당하는지가 명확하지 않았다. 그러나 이 법을 통해 ‘학대’ 개념의 외륜(外輪)이 형성됨에 따라 폭력 등 명확한 신체적 학대 행위 이외에도 개호(介護)나 돌봄의 방기 및 방임, 심리적 학대, 성적 학대, 그리고 경제적 학대까지도 ‘학대’로서 파악되게 되었다(고령자 학대방지법 제2조 제4항 및 제5항).²⁾

1) 고령자 학대 방지법 제정 이후, 고령자 학대 건수는 매년 1만 건에서 2만 건 사이의 데이터가 나오고 있다. 厚生労働省, 「令和2年度 ‘高齢者虐待の防止, 高齢者の養護者に対する支援等に関する法律’に基づく対応状況等に関する調査結果」, p.2. <https://www.mhlw.go.jp/content/12304250/000871876.pdf> (검색일: 2022년 1월 20일).

2) 동 법이 제정되기 전의 고령자 학대 종류에 관한 조사에서, 1990년대 즈음에 미국의 중심적인 학대 형태는 ‘폭력’이라고 했으며, 영국이나 일본에서는 ‘방임’이라는 형태가 대부분을 차지하고 있었다. 이를 통해 ‘학대’라는 개념은 일률적으로 파악하기가 곤란하다는 것을 알 수가 있다(筒井孝子, 東野定律, 「わが国の高齢者虐待研究における『虐待』の定義と今後の課題: 文献的考察」, 『保健医療科学』 51卷3号, 2002年, p.171). 또한 고령자 이외에 약자로 여겨지는 자에 대한 학대를 방지하기 위해, 일본에서는 아동 학대 방지법 등에 관한 법률(2000년), 배우자의 폭력 방지 및 피해자

이 법은 경제적 학대를 “보호자 또는 고령자의 친족이 해당 고령자의 재산을 부당하게 처리하는 것 그 외 해당 고령자로부터 부당하게 재산상의 이익을 얻는 것”으로 정의하고 있다(고령자 학대방지법 제2조 제4항 제2호).³⁾ 이에 해당하는 경우는 “본인의 합의 없이 재산이나 금전을 사용하고, 본인이 희망하는 금전의 사용을 이유 없이 제한하는 것”, “본인의 자택 등을 본인에게 무단으로 매각하는 것”,⁴⁾ “연금이나 예금·저금을 무단으로 사용하는 것”, “입원이나 검진, 개호 보험 서비스 등에 필요한 비용을 지불하지 않는 것” 등⁵⁾이 있다고 해석되고 있으며,⁶⁾ 이에 대한 구체적인 경우에서 대부분의 경제적 학대는 재산 관리를 맡은 자나 친족 등에 의해 이루어지고 있다고 생각된다. 또한 고령자의 재산 관리 등을 목적으로 체결된 임의후견계약 수임자에

보호에 관한 법률(2001년), 장애인 학대 방지, 장애인의 보호자에 대한 지원 등에 관한 법률(2011년)이 제정되어 있으며, ‘학대’ 개념은 복잡해지고 있는 상황이다. 이러한 ‘학대’ 개념을 정의하는 연구로 中村京子, 「わが国の高齢者虐待防止法の『虐待』定義に関する一考察」, 『社会関係研究』18卷1号, 2012年, pp.79-109 참조.

- 3) 이 법에서 ‘고령자’는 65세 이상인 자를 말한다(동 법 제2조 제1항), ‘보호자’는 고령자를 현재 돌보고 있는 자로서 양호·개호 시설 종사자 등 이외의 자를 말한다(동 조 제1항). 또한 이 법은 경제적 학대가 있었던 경우의 대응으로 보호자의 고령자 학대를 받았다고 생각되는 고령자를 발견한 자에 대해서, 재빨리 해당 행정기구에 통보하도록 노력해야 한다는 노력 의무를 가하고 있으며(제7조 제2항), 통보를 받은 행정기구에 대해서 재빨리 해당 고령자의 안전 확보나 사실 확인을 위한 조치를 강구할 것 및 연대협력체제에 있는 기관들과 대응책에 대해서 협의할 것 등(제9조 제1항)에 대해 규정하고 있다. 한편 이 법은 학대한 것을 이유로 하는 처벌 규정은 설정되어 있지 않다.
- 4) 厚生労働省, 「市町村・都道府県における高齢者虐待への対応と養護者支援について」, 2006年4月, p.4.
- 5) 日本社会福祉会編, 「市町村・地域包括支援センター・都道府県のための養護者による高齢者虐待対応の手引き」, 中央法規, 2011年, p.6.
- 6) 赤沼康弘・池田恵利子・松井秀樹編, 『Q&A 成年後見実務全書 第3巻 法定後見』, 民事法研究会, 2016年, pp.974-975. 이와 같이 일본의 경제적 학대 개념을 구체화하는 것과 관련하여, 미국의 캘리포니아주에서는 복지·시설 법전(welfare and institutions code)에서 경제적 학대(financial abuse)의 정의 및 해당 사항을 명기하고 있다(동 법 Section 15610.30).

의한 경제적 학대 사례(이하 ‘남용 사례’)도 두드러지게 되었다.

임의후견계약은 재택 간호나 시설 간호 등을 실시하는 데에 있어서 원활한 자금 각출이나 고령자의 의사결정 지원에 따라 빠뜨릴 수 없는 것이며, 2000년에 제정된 ‘임의후견계약에 관한 법률’(이하 ‘임의후견계약법’)에서 규정되고 있다. 그러나 법 제정 이후 10년이 지날 즈음부터 고령자의 의사결정이 무시되고, 임의후견계약을 상속 분쟁의 전초전으로 이용한다는 판례가 서서히 눈에 띄게 되었다. 또한 그러한 친족 간 대립을 넘어 임의후견 수임자가 총액 6억 3,000만 엔의 고령자 예금·저금을 인출한다는 남용 사례도 재판에서 밝혀졌다(해당 판례는 후술).

본고는 경제적 학대 중에서도 임의후견계약의 남용 사례에 초점을 맞춰, 이러한 사례를 일으키고 있는 임의후견계약법에 어떠한 제도적 결함이 있는지에 대해서 고찰하는 것이 목적이다. 이를 위해 먼저 제2장에서 임의후견계약법의 내용 및 실태 조사를 살펴보면서 남용 사례를 일으키는 원인을 검토한다. 그리고 제3장에서는 임의후견계약에 관한 판례를 유형화하고 어떠한 남용 행위가 발생하고 있는가를 조사하면서, 주요한 남용 사례에 초점을 맞춰 구체적인 문제점을 검토한다. 마지막으로 이러한 검토를 바탕으로 제4장에서는 임의후견제도를 어떻게 개선해 나가야 하는지에 대해서 운용 및 법 개정의 측면에서 다각적으로 고찰한다.

II. 일본의 임의후견계약법 개요

1. 임의후견계약법의 개요

먼저 임의후견계약법의 개요에 대해서 검토한다. 일본의 임의후견계약

www.kci.go.kr

법 관련 규정은 한국에서 민법 개정에 따라 2011년 3월 7일에 새롭게 규정된 후견계약 규정과 비슷한 점이 많다. 따라서 이하에서는 임의후견계약법의 조문을 인용할 때 한국 민법의 후견계약 관련 규정을 참고하기로 한다.

1) 임의후견계약법의 제정 경위

고령자 등(위임자)이 재산 관리나 돌봄에 관한 의사결정 등을 타인(수임자)에게 위탁할 경우, 기본적으로 위임 계약(민법 제643조)이 사용된다. 위임자에게 판단 능력이 있고 위임자의 재산 관리 등을 할 수 있을 경우는 괜찮다. 하지만 위임자의 판단 능력이 저하 또는 상실되어 수임자를 컨트롤할 수 없게 될 경우에는, 민법상 수임자에 대한 감독 제도가 설치되어 있지 않기 때문에 수임자가 재산 관리를 남용해 버릴 위험이 존재한다.

이와 같은 상황에 비추어 법무성 민사국 내에 성인후견문제연구회(成人後見問題研究会)가 설치되어 임의후견계약을 인정하는 법제화의 필요성에 대한 조사가 이루어졌고, 1997년 9월에 ‘성년후견문제연구회 보고서’로 정리·공표되었다.⁷⁾ 그리고 동 보고서를 바탕으로 1999년에 임의후견계약법(任意後見契約法)이 제정되었고 2000년 4월 1일부터 시행되고 있다. 또한 임의후견계약법 제도 설계 당시 잉글랜드 및 웨일스에서 1985년에 실시된 지속적 대리권 수여법(持續的代理權授与法, The Enduring Powers of Attorney Act 1985)을 참고한 경위가 있다.⁸⁾

7) 동 보고서의 내용은 新井誠, 「成年後見問題研究会報告書(法務省民事局)について 3, 任意後見制度について」, 『判例タイムズ』 961号, 1998年, pp.19-21 참조.

8) 新井誠, 「任意後見制度を考える」, 『実践成年後見』 71号, 2017年 p.6. 또한 잉글랜드 등에서는 지속적 대리권 제도를 개선시킨 영속적 대리권(Lasting Powers of Attorney)이 법제화되어 있지만, 영속적 대리권의 남용 사례가 문제가 되고 있다. 영국 사법성은 2021년 7월에 「LPA의 현대화」라는 협의서를 공표하여, 제도 개선을 위한 논의가 이루어지고 있다. 영속적 대리권 및 제도 개선 논의를 검토한 것으로 根岸謙, 「イングランドおよびウェールズにおける永続的代理制度の改善策に向けての

2) 임의후견계약의 흐름

임의후견계약법은 임의후견계약을 다음과 같이 정의하고 있다. 위임자와 수임자 관계에 있어서 위임자가 치매 등의 정신적 장애로 인해 사리분별 능력이 충분하지 않은 상황이 될 것에 대비하여, 위임자의 재산 관리나 신상 보호에 관한 사무 전반 또는 일부를 수임자에게 위탁하고, 그 위탁에 관한 대리권(代理權)을 수여하는 위임계약(임의후견계약법 제2조 제1호, 한국 민법 제959조의 14 제1항)이라고 정의하고 있다.

임의후견계약은 절차 면에서 보면 다음과 같은 두 가지 단계를 알 수가 있다. 먼저 계약 체결 단계이다. 위임자는 임의후견 수임자에게 위탁할 재산 관리나 신상 보호의 범위 등을 정한 임의후견계약을 체결한다. 계약을 체결할 때 공증인(公証人)은 위임자와 수임자를 위해서 공정증서(公正證書)를 작성해야 한다(임의후견계약법 제3조, 한국 민법 제959조의 14 제2항).⁹⁾

다음으로 계약의 효력 발생(발효) 단계이다. 임의후견계약을 체결한 것만으로는 계약의 효력이 발생하지 않으며, 임의후견계약이 등록되고 위임자나 수임자의 신청을 통해서(임의후견계약법 제4조 제1항, 한국 민법 제959조의 15 제1항), 가정재판소(家庭裁判所, 한국의 가정법원)가 임의후견 감독인을 선임했을 때부터 효력이 발생한다(임의후견계약법 제2조 제1호, 한국 민법 제959조의 14 제3항). 임의후견제도 발표에 따라 수임자는 임의후견인이

議論をめぐって」, 『東洋法学』 65卷3号, 2022年, p.145 이하 참조.

9) 또한 계약 내용에 대해서는 자유이지만, 일본공증인연합회는 임의후견계약 공정증서의 문례(文例)를 제공하고 있다(日本公証人連合会, 『新版 証書の作成と文例 家事関係編(改訂版)』, 立花書房, 2017年, pp.169-187. 이 문례에서는 위임 사항의 내용(대리권 목록)에 대해 확인 방식과 자유기재 방식이 있다. 확인 방식에는 자산의 관리·처분, 금융기관과의 거래, 생활에 필요한 물품 구입, 상속 등 아홉 가지의 영역에서 각각 2에서 6 정도로 세분화된 항목이 있으며, 위임자가 위임하고자 하는 항목에 체크를 하는 것이다. 자유기재 방식은 위임자가 위임 내용을 자유롭게 기재할 수 있게 되어 있다.

되며, 위임자의 의사를 존중하는 관점에서 계약 내용과 관련한 사무를 행해야 한다(임의후견계약법 제6조, 한국 민법 제959조의 14 제4항). 또한 임의후견인은 임의후견인 감독인의 감독을 받고 보고를 해야 한다(임의후견계약법 제7조 제1항·제3항, 한국 민법 제959조의 16 제1항·제2항).

3) 임의후견계약의 형태

임의후견계약에는 계약 발표 시기에 따라서 장래형(將來形), 이행형(利行形), 그리고 즉효형(即効形)의 세 가지 형태가 있다.¹⁰⁾

장래형은 계약 체결 시점에서 위임자가 아직 충분한 판단 능력을 갖고 있기 때문에 계약의 효력을 발생시키지 않고 스스로 재산 관리 등을 한다. 또한 장래에 자신의 판단 능력이 저하되었을 때 계약의 효력을 발생시켜 임의후견감독인의 감독 하에 수임자가 재산 관리 등의 사무를 개시하도록 한다는 형태이다. 장래형은 임의후견계약법의 법문(法文)에 입각한 전형적인 계약 형태이다.

이행형은 계약 체결 시점에서 위임자는 수임자에 대해 통상적인 임의대리(任意代理)로서의 임의계약을 발생시켜 재산 관리 등의 사무를 행하게 하며, 자신의 판단 능력이 저하되었을 때 임의후견계약의 효력을 발생시켜 임의후견감독인의 감독 하에 수임자가 지속적으로 사무 등을 행하는 형태이다. 판단 능력 저하에 따라 임의후견감독인 선임 심판 후 위임 계약에서 임의후견계약으로 이행한다는 측면에서 이행형이라고 불린다.

즉효형은 계약 체결 직후부터 계약의 효력을 발생시키는 형태이다. 경도(輕度)의 치매, 지적 장애, 또는 정신 장애 등을 가지고 있는 자라도 계약 체

10) 小林昭彦·大鷹一郎·大門匡編, 『一問一答 新しい成年後見制度(新版)』, 商事法務, 2006年, pp.170-171.

결 시점에서 의사 능력을 가지고 있는 한 임의후견계약 체결이 가능하다. 계약 체결 후, 즉시 위임자 또는 수임자의 신청에 따라 임의후견감독인을 선임(계약의 효력을 발생시킨다)하게 되며, 처음부터 임의후견인을 통해 보호를 받을 수 있다.

2. 임의후견계약의 실태

1) 임의후견계약 체결 및 발효 건수

먼저 임의후견계약 체결 건수 및 발효 건수(임의후견감독인 선임 심판 건수)를 최근 10년에 한해 비교해 보기로 한다. 또한 일본 국내의 두 항목에 대한 건수와 관련하여 후자는 공표되었지만, 전자는 그렇지 않기 때문에 두 항목을 비교할 수는 없다.¹¹⁾ 도쿄법무국 관내로 한정하면 두 항목의 수치가 있으며 전국에서도 건수가 단연 높기 때문에,¹²⁾ <표 1>에서는 전국의 수치와 비교하는 형태로 도쿄법무국 관내 수치도 표기한다.

<표 1> 임의후견계약 체결 및 발효 건수

	임의후견계약 체결 건수		임의후견계약 발효 건수	
	전국	도쿄법무국 관내	전국	도쿄법무국 관내
2011년	(불명)	8,289	645	550
2012년	(불명)	9,091	685	566
2013년	(불명)	9,219	716	589

11) 最高裁判所事務総局家庭局, 「成年後見関係事件の概況—令和2年1月~12月—」(令和3年3月公表), p.1. <https://www.courts.go.jp/vc-files/courts/2020/20210312koukengaikyoun-r2.pdf>. (검색일: 2022년 1월 20일).

12) e-Stat(政府統計の総合窓口), 「法務局及び地方方法務局管内別・種類別 成年後見登記の件数」(各年). https://www.moj.go.jp/housei/toukei/toukei_ichiran_touki.html. (검색일: 2022년 1월 20일).

	임의후견계약 체결 건수		임의후견계약 발효 건수	
	전국	도쿄법무국 관내	전국	도쿄법무국 관내
2014년	(불명)	9,791	738	624
2015년	(불명)	10,704	816	709
2016년	(불명)	10,616	791	708
2017년	(불명)	12,045	804	655
2018년	(불명)	12,599	764	658
2019년	(불명)	14,102	748	661
2020년	(불명)	11,717	738	625

도쿄법무국 관내 수치와 비교하면, 2020년의 체결 건수는 11,717건에 대해 발효 건수는 625건이며 적어도 최근 10년의 발효 건수의 10%를 밑돌고 있는 상황이라고 생각된다.

2) 임의후견계약 당사자나 이용형태 등의 실태

공증인이 소속되어 있는 일본공증인연합회(日本公証人連合会)는 2020년에 임의후견계약 실태를 조사하기 위해서 전국의 공증인들에게 2018년 10월부터 11월에 걸쳐 체결된 1,918건의 임의후견계약을 대상으로 앙케이트 조사를 실시했다.¹³⁾ 이하에서는 앙케이트 조사 결과를 바탕으로 임의후견계약 내용에 관한 실태를 살펴보고자 한다.

계약이 체결될 당시의 위임자 연령은 ‘50세 미만’이 31건(1.6%), ‘50세 이상 60세 미만’이 54건(3.3%), ‘60세 이상 70세 미만’이 211건(11.0%), ‘70세 이상 80세 미만’이 518건(27%), ‘80세 이상 90세 미만’이 823건(42.9%), ‘90세

13) 法規委員会, 「任意後見契約に関するアンケート調査結果について」, 『公証』192号, 2020年(이하, 法規委員会, 「任意後見契約に関するアンケート調査結果」), pp.147-174.

이상'이 270건(14.1%)이었다.¹⁴⁾

수입자는 '배우자'가 84건(5.9%), '부모'가 2건(0.1%), '자녀'이 785건(55.5%), '형제자매'가 102건(7.2%), '그 외 친족'이 442건(31.2%), '본인의 친구, 지인'이 111건(5.4%), 변호사와 사회복지사 등의 전문가나 개호 도우미 등 354건(17.4%), '그 외의 단체, 개인'이 153건(7.6%)이었다.¹⁵⁾

계약 체결을 신청한 자는 '본인'이 498건(24.8%), '배우자'가 25건(5.0%), '부모'가 1건(0.2%), '자녀'이 315건(63.3%), '형제자매'가 42건(8.4%), '그 외 친족'이 117건(23.4%), '본인의 친구, 지인'이 27건(1.3%), 변호사와 사회복지사 등의 전문가나 개호 도우미 등 856건(42.5%), '그 외의 단체, 개인'이 126건(6.2%)이었다.¹⁶⁾

계약 체결을 신청한 자의 계약 체결 동기는 '예적금 등의 관리·해약'이 1,613건(37.7%), '보험금 수령'이 97건(2.3%), '부동산 처분'이 353건(8.2%), '상속 절차'가 167건(3.9%), '소송 절차 등'이 56건(1.3%), '개호보험계약'이 272건(6.4%), '신상 보호(의료계약, 시설 입소 계약 등)'이 1,560건, '그 외'가 165건(3.9%)이었다.¹⁷⁾

임의후견계약 이용 형태는 '이행형'이 1,445건(75.5%), '장래형'이 453건(23.7%), '즉효형'이 14건(0.7%), '그 외'가 2건(0.1%)이었다.¹⁸⁾

14) 위의 책, p.154.

15) 위의 책, pp.159-160.

16) 위의 책, pp.159-160.

17) 위의 책, p.162.

18) 위의 책, pp.151-152.

Ⅲ. 일본의 임의후견계약법의 문제점

- 임의후견계약 남용 사례를 중심으로

1. 판례 분석에서 알 수 있는 문제점

고령자에 대한 경제적 학대라고도 할 수 있는 임의후견 남용 사례로 어떠한 것이 있는가에 대해 판례 검색 시스템을 통해 임의후견계약 관련 판례 조사를 실시했다(조사대상: 임의후견계약법이 시행된 2000년 4월 1일부터 2020년 12월 1일까지의 판례, 조사방법: 판례 검색 시스템 'LEX/DB', 'D1-LAW' 및 '판례 비서(判例秘書)'를 통해 판례 수집). 그 중 직접적인 임의후견 계약이 쟁점이 된 46건의 사례를 추출하여 다음과 같은 여섯 가지로 유형화 했다.

즉 ① 임의후견계약의 유효성을 둘러싼 유형(8건,¹⁹⁾ 임의후견계약 체결 당시 위임자의 의사능력 유무가 쟁점), ② 임의후견계약과 관련한 계약의 유효성을 둘러싼 유형(17건,²⁰⁾ 임의후견계약 체결 당시 위임자의 의사능력 유

19) [1] 福岡高決平成29年3月17日判例時報2372号47頁((第一審)福岡家裁審平成28年10月27日判時2372号, p.51), [2] 東京地判平成28年6月29日LEX/DB 25534448, [3] 東京地判平成27年9月10日LEX/DB 25531448, [4] 東京地判平成25年8月30日LEX/DB 25514337, [5] 大阪高決平成24年9月6日家裁月報65卷5号, p.84((第一審)神戸家裁尼崎支審平成24年6月8日家裁月報65卷5号, p.96), [6] 東京地判平成24年5月29日LEX/DB 25494391, [7] 東京地判平成24年4月12日LEX/DB 25493928, [8] 東京地判平成18年7月6日判例時報1965号, p.75.

20) [9] 東京地判平成29年12月27日LEX/DB 25551000, [10] 東京地判平成29年2月28日LEX/DB 25552289, [11] 東京地判平成29年1月30日LEX/DB 25537270, [12] 東京地判平成28年12月13日LEX/DB 25550364, [13] 東京地判平成28年6月2日LEX/DB 25535893, [14] 東京地判平成28年1月18日LEX/DB 25533137, [15] 東京地判平成27年11月30日LEX/DB 25542445, [16] 東京地判平成26年11月6日判例タイムズ1421号, p.295, [17] 東京地判平成26年9月1日LEX/DB 25521473, [18] 東京地判平成26年4月24日LEX/DB 25519120, [19] 最判平成26年3月14日民集68

무가 임의후건계약과 시간적으로 근접하여 이루어진 유언이나 그 외의 계약의 유효성에 영향을 끼치는가에 관한 문제), ③ 임의후건계약에서 법정후견으로의 이행을 둘러싼 유형(3건.²¹⁾ 임의후건계약법 제10조 제1항에서 가정재판소는 “위임자의 이익을 위해서 특히 필요가 있다”고 인정될 때 임의후건계약을 종료시키고 법정후견으로 이행시킬 수가 있기 때문에, 이 “위임자의 이익을 위해서 특히 필요가 있다”에 해당하는지가 문제가 됨), ④ 임의후견인 등이 부정한 의도로 임의후건계약을 이용하는 유형(13건.²²⁾ 위임자의 인지능력 저하를 이용하여 임의후건계약을 체결하고, 임의후견인으로서 위임자의 재산 매각 등을 할 경우 매매계약 등의 유효성이 문제가 된 것이다. 또한 자녀가 회사 경영자인 부모로부터 경영권을 빼앗을 목적으로 체결된 임의후건계약의 유효성에 관한 것도 있다), ⑤ 임의후견인기 횡령하는 유형(3건²³⁾),

卷3号, p.229(控訴審)東京高判平成25年3月19日民集68卷3号, p.270(第一審)静岡地裁沼津支判平成24年10月2日民集68卷3号, p.241), [20] 東京地判平成25年10月30日LEX/DB 25515888, [21] 東京地判平成25年8月1日LEX/DB 25514468, [22] 東京地判平成25年7月2日LEX/DB 25514011, 同25514012, [23] 東京地判平成25年5月10日LEX/DB 25512836, [24] 鳥取家裁審平成20年10月20日家裁月報61卷6号, p.112, [25] 名古屋地判平成17年5月18日先物取引裁判例集40号, p.394, 21) [26] 大阪高決平成14年6月5日家裁月報54卷11号, p.54, [27] 札幌高決平成12年12月25日家裁月報53卷8号, p.74, [28] 札幌家裁決平成12年10月4日家裁月報53卷8号, p.80, 22) [29] 東京地判平成30年5月16日LEX/DB 25553689, [30] 東京地判平成30年3月26日LEX/DB 25553115, [31] 東京地判平成28年9月2日LEX/DB 25537260, [32] 東京地判平成27年10月28日LEX/DB 25532545, [33] 札幌地判平成27年10月27日LEX/DB 25541573, [34] 東京地判平成27年10月6日LEX/DB 25531969, [35] 東京地判平成27年2月3日LEX/DB 25524015, [36] 東京地判平成26年11月26日LEX/DB 25522706, [37] 東京地判平成25年12月9日LEX/DB 25516904, [38] 東京地判平成25年4月26日LEX/DB 25512642, [39] 東京地判平成23年12月8日LEX/DB 25490233, [40] 名古屋高決平成22年4月5日LEX/DB 25442153, [41] 東京地判平成18年7月6日判例時報1967号, p.96, 23) [42] 東京地判平成28年10月7日LEX/DB 25544644, [43] 神戸地判平成26年9月2日LEX/DB 25446790, [44] 岡山地判平成25年8月28日LEX/DB 25501697.

⑥ 상기 ①에서 ⑤ 이외의 임의후견계약의 논점이 쟁점이된 유형(2건²⁴⁾)이 있다.

이와 같은 유형들 중에서 특히 높은 비율을 차지하는 것은 임의후견계약 당시의 의사 능력 유무이며, ①과 ② 유형 중 22건²⁵⁾이 이 쟁점에 해당한다. 이것은 임의후견계약을 체결할 때에 위임자의 의사 능력 유무나 정도에 관한 문제인데, 계약 체결을 강행하고 나중에 친족(본인의 추정상속인인 경우가 많음)으로부터 의사 능력이 없었기 때문에 계약의 유무가 주장된다는 경우이다(이하 ‘의사 무능력 문제’). 예를 들어 ① 유형에서 분류한 [4] 東京地判平成25年8月30日(LEX/DB25514337) 사건을 보면, 경도의 치매가 있는 고령의 부친과 그 장녀 및 차녀로 구성된 가정에서 장녀는 부친을 보살폈고, 장래에 필요할 부친의 시설 입소 비용 등의 지불을 대비하여 부친과 임의후견계약을 체결했지만, 임의후견계약의 존재를 듣지 못했던 차녀가 부친의 재산을 장녀가 가로채 버릴 것을 경계하여 부친의 의사 무능력을 이유로 해당 임의후견계약의 무효를 주장했다. 이와 같이 계약 체결 당시 위임자의 의사 능력 유무에 대해 소송 당사자들은 의사의 진단서 등을 재판소에 서로 제출했고(장녀는 ‘계약 체결 당시 의사 능력이 있었다’는 진단서를, 차녀는 ‘의사 능력이 없었다’는 진단서를 재판소에 제출), 위임자의 의사결정이 무시되어 임의후견계약이 상속 다툼의 전초전으로 이용되고 있다고 생각할 수 있다.

한편 이와 같은 의사 무능력 문제와는 별개로 이행형 임의후견계약에 있어서 의도적으로 이를 이행시키지 않다는 문제도 있다. 이행형 임의후견계약에서는 위임자가 판단 능력이 있을 때 통상적인 위임 계약을 바탕으로 수입

24) [45] 東京地判平成29年1月31日LEX/DB 25538598, [46] 名古屋高決平成26年2月7日LEX/DB 25446282.

25) 각주 19 및 20의 판례 중 [1], [2], [3], [4], [5], [6], [7], [8], [10], [11], [12], [13], [14], [15], [16], [17], [18], [19], [20], [21], [22], [23].

자에게 재산 관리를 위임하고, 그 후 위임자의 판단 능력(사리변별능력)이 저하 또는 상실되면, 수임자 등이 가정재판소에 임의후견 감독인 선임 신청 및 심판을 거쳐 임의후견계약을 발효하고, 수임자 등이 임의후견인으로서 재산 관리를 위임한다는 것이다. 위임자의 판단 능력이 저하 또는 상실되면 통상적인 위임 계약에서 임의후견계약으로 이행시켜, 수임자는 임의후견 감독인 관리 하에 임의후견인으로서 재산 관리를 해야 한다. 그럼에도 불구하고, 이를 이행시키지 않고 통상적인 위임 계약 수임자(임의후견 수임자)로서 임의후견 감독인을 통해 컨트롤 받지 않고 사실상 재산 관리를 강행하는 경우가 문제가 되고 있다(이하 ‘불이행 문제’). <표 1>에서 임의후견계약은 체결했지만, 발효시키지 않고 있는 건수가 너무 많다는 것을 알 수가 있고, 일부 공증인은 “본인의 판단 능력이 불충분한 상태가 되어도 임의후견 수임자가 임의후견 감독인 선임 신청을 하지 않고, 공적인 감독이 없는 상태에서 재산 관리 등을 계속하고 있는 경우가 상당하지 않는가”라는 지적을 하고 있다.²⁶⁾

이상과 같이 임의후견계약의 남용 사례로서 의사 무능력 문제와 불이행 문제를 들 수가 있다. 이러한 문제들이 다뤄지는 판례가 있으므로, 이하에서는 판례를 통해 이 문제들에 대해 고찰하기로 한다.

2. 판례 검토

하나의 사안에 대해서 복수의 판례가 이루어지면서, 상기 두 가지 문제가 다뤄지는 경우도 있다. 의사 무능력 문제는 東京地判平成28年6月29日 (LEX/DB25534448, 이하 ‘平成28年判決’)에서 다뤄졌고,²⁷⁾ 불이행 문제는

26) 法規委員会, 「任意後見契約に関するアンケート調査結果」, p.153.

27) 平成28年判決에 대한 분석은 根岸謙, 「任意後見契約締結時の意思能力—特にその有無の判断方法(東京地裁平成28年6月29日判決)」, 『実践成年後見』 82号, 2019年, pp.64-73 참조.

東京地判平成30年3月26日(LEX/DB25553115. 이하 ‘平成30年判決’)에서 다루어지고 있다.²⁸⁾ 두 판례는 모두 동일한 사안에 대한 것이므로, 이하에서는 사안에 대해 먼저 살펴본 후 각각의 문제에 대한 재판소의 판단을 검토해 보기로 한다.

1) 사안

X(원고, 소송 당시 92세)는 복수의 부동산 및 많은 저금을 가지고 있었다. X의 의사결정능력은 2007년 이후 저하되는 경향이 있었다. 2007년 6월, 시부야 구청 직원이 실시한 개호인정조사(介護認定調査)에서 시간 및 단기 기억 등에 대한 건당식 장애(見当識障害)로 인해 요개호 1로 인정되었으며, 2008년 6월의 같은 조사에서는 의사결정이 일상적으로 곤란하고 대소변 처리를 못하기 때문에 요개호 2로 인정되고 있다. 또한 같은 해 9월, X는 급성위염 등이 의심되어 병원으로 긴급하게 보내졌는데, 병원에서 맞은 링거를 자신이 뺀 일을 잊어버리는 등 자각 증상이 결여된 언행이 보였기 때문에 치매로 진단되고 있다. 그 후 X는 복수의 유료노인시설에서 입소와 퇴소를 반복하고 있다.

2009년 1월, X의 사촌에 해당하는 Y는 X의 양자가 된다는 취지의 양자 입적 관련 서류를 구청에 제출했다. 같은 해 7월, X에 대한 개호인정조사가 다시 이루어졌고, 일상적인 의사결정이나 이해력이 저하되고 곤란하다는 것을 이유로 요개호 3으로 인정되었다. 또한 같은 달 8일에 X의 주치의인 의사 A는 X에 대해 단기 기억은 ‘문제 없음’, 일상적인 의사결정을 위한 인지능력

28) 平成30年判決에 대한 분석은 根岸謙, 「移行型任意後見契約の濫用事例において問題となる諸論点—特に意思能力の有無, 私文書の形式的証拠力, 任意後見契約移行前の委任契約時の「任意後見人」名義での法律行為の有効性等(東京地裁平成30年3月26日判決)」, 『実践成年後見』85号, 2020年, pp.82-90 참조.

은 ‘자립(自立)’, 의사 전달능력은 ‘다소 곤란’이라는 의견서를 작성하고 있다(이하 ‘의사 A의 의견서’). 같은 달 21일, 의사 B는 X가 입소한 시설을 방문하여 진료를 했는데, X는 하세가와식 인지기능 테스트(長谷川式スケールテスト)²⁹⁾에서 30점 만점 중 8점 밖에 정답을 맞추지 못했고, 중도(重度)의 치매이며 임의후견계약에 대해서는 이를 이해할 능력이 없다고 판단되었다(이하 ‘의사 B의 회답서’).

같은 해 12월 16일, Y는 X를 데리고 공증인 사무소를 방문하여, X를 위임자로 자신을 수임자로 하여 X의 재산 관리 및 신상 보호를 위임한다는 취지의 이행형 임의후견계약(위임 계약 및 임의후견계약)에 관한 공정증서를 작성했다.

본 건의 임의후견계약 체결에 앞서 Y는 같은 해 5월부터 12월에 걸쳐 X의 계좌에서 ‘X’ 명의로 총 831만 엔을 출금했다. 본 건의 임의후견계약 체결 후에는 같은 해 12월부터 2010년 8월에 걸쳐 ‘X’의 명의로 총 725만 엔이 출금되었고, 같은 해 9월부터 2011년 11월에 걸쳐 ‘X 임의후견인 Y’ 명의로 총 5,362만 엔이 출금되고 있다. 또한 본건에서는 임의후견 감독인 선임 신청 및 심판은 이루어지고 있지 않기 때문에 임의후견계약은 발효되고 있지 않으며, Y는 ‘임의후견인’이 아닌 여전히 ‘임의후견 수임자’에 머무르고 있다. 그 외에도 예금 및 저금 출금이 이루어져 총 6억 3,000만 엔에 다다른다.

또한 Y는 2009년부터 2012년에 걸쳐 금융기관에서 ‘X’ 명의로 총 2억 5,100만 엔의 용자를 받았고, 2011년 5월부터 2012년 8월에 걸쳐 ‘X의 대리인’이나 ‘X 임의후견인 Y’의 명의로 X가지고 있는 복수의 토지를 총 4억 1,525만 엔에 매각했다.

29) 치매 진단에 사용되는 간편한 인지 기능 테스트의 하나이며, 일본의 의료현장에서 자주 사용되고 있다고 한다. 견당식, 기억 등에 대한 질문이 있으며, 30점 만점에서 20점 이하는 치매로 의심되며, 11점~19점은 중도(中度), 10점 이하는 고도(高度)로 판정한다.

2) 의사 무능력 문제

2016년 판결에서 본건의 이행형 임의후견계약 중 특히 위임 계약 체결의 유효성이 문제가 되었다. 재판소는 하세가와식 인지기능 테스트 결과나 개호 인정조사서, 유료노인시설의 개호 기록, 의료기관에서 작성한 진단서 등의 증거를 바탕으로 하여, 다음과 같이 본건의 임의후견계약 체결 당시 X의 의사능력이 상당히 저하되고 있었던 것에서 본건의 이행형 임의후견계약 체결은 무효라고 판시했다.

“2009년 7월 22일에 X에 대해서 실시된 하세가와식 인지기능 테스트 결과는 30점 만점 중 8점이었으며, X가 이 테스트에서 자신의 연령, 당시의 일시 및 요일, 자신이 있는 장소에 대해서 모두 답할 수 없었고, 간단한 뺄셈은 했지만, 단기적인 기억을 묻는 문제에는 제대로 답하지 못했다. 2007년부터 2009년까지 시부야구에서 실시한 개호인정조사서에 X가 단기 기억이나 계절 및 장소를 파악할 수 없으며, 일상적인 의사결정 등이 곤란하다는 등의 기재가 있는 것, X의 유료노인시설의 개호 기록에 …(중략)… 견당식 장애가 진행되고 있는 것을 알 수 있는 언행이 보이는 등 …(중략)… 자신이 놓여진 상황을 파악할 수 없다고 보여지는 언동이 기재되어 있는 것, 복수의 의료기관이 X에 대해서 치매라는 판단을 하고 있는 것”에서 본다면 “본건의 공정증서가 작성된 2009년 12월 16일 당시의 X의 의사능력은 상당 부분 저하되어 있었다고 인정할 수가 있다”. “이에 대해 본건의 공증인은 스스로 공정증서를 작성하고 있다는 것에 대해 공증인이 X의 의사 능력에 의문을 갖지 않았다는 취지를 진술”했지만, “공증인이 X와 면회한 것은 공정증서를 작성한 당일뿐이었으며, 공증인은 …(중략)… X의 의사 능력에 문제가 없었던 것을 나타내는 개별적인 사정을 말하지” 않았고, 또한 공증인이 “X가 치매로 진단되었던 당일 하세가와식 인지기능 테스트 결과 등을 보지 않았다는 것을 전제로 하

는 진술을 하고 있다는 점에서 본다면, 공증인은 당일 X에 대해서 …(중략)… 충분한 의사 능력이 있다는 것을 확인하지 않은 것으로 추인된다”. 따라서 “공증인의 상기 진술은 …(중략)… X의 의사 능력이 상당한 정도로 저하되어 있었다고 인정하는 데에 지장을 주는 것은 아니다”.

X의 의사 능력 유무나 정도는 시기에 따라 다르며, 또한 분야에 대해서도 들쭉날쭉했다는 것을 알 수 있었음에도 불구하고 “(A 의사의) 의견서나 (B 의사의) 회답서는 X에게 일정 정도의 의사소통이 가능했다 등의 X의 인지 능력에 양호한 측면이 있었다는 것을 알 수 있는 기재에 대해서 충분한 검토가 되어 있다고 말하기 어렵다”고 했다. 그리고 이러한 의견서 등을 통해서도 “본건의 공정증서가 작성된 2009년 12월 당시 본건의 공정증서 내용인 이른바 이행형 임의후견계약에 대해서 X가 대략 그 내용을 이해할 수 없었다고까지는 인정할 수 없고, 그 외 X가 의사 무능력이었다는 것을 인정하는 데에 충분한 증거는 없다”.

3) 불이행 문제

2018년 판결에서 임의후견 수임자 Y의 남용 행위 중 2010년 9월부터 2011년 11월에 걸쳐 행해진 ‘X 임의후견인 Y’ 명의의 총 5,362만 엔 출금과 관련하여 그 유효성이 문제가 되었다. 즉 본건에서는 임의후견 감독인 신청 및 심판이 이루어지지 않았고, Y는 임의후견계약을 바탕으로 X의 재산을 관리할 수 있는 ‘임의후견인’이 아니라, 임의계약의 ‘수임자’에 지나지 않음에도 불구하고 ‘임의후견인’이라는 명의로 예금 출금을 했을 경우, 해당 출금 행위는 무효가 되지 않는가가 문제가 되었다.

이에 대해 재판소는 다음과 같이 판시했다. “임의후견계약은 임의후견계약에 관한 법률 4조 1항의 규정에 따라 임의후견 감독인이 선임되었을 때부

터 그 효력이 발생하며, 임의후견 수임자가 임의후견인이 될 때, 본건에서 임의후견 감독인이 선임되어 있지는 않기 때문에 Y는 임의후견인이 아니라, 임의후견 수임자에 지나지 않았다. 그에 따라 Y는 임의후견인으로서 X의 대리인이 되는 것은 아니다. 그렇지만 …(중략)… 본건의 공정증서가 적절하게 작성되어 본건의 위임 계약이 성립했고, 해당 계약 체결 당시 X가 의사 무능력이었다고까지는 말할 수 없기 때문에 Y는 본건의 출금에 대해서 본건의 위임 계약에 따라 출금에 관한 대리권을 수여 받고 있었다”고 할 수 있다. 따라서 출금은 유효하다.

IV. 임의후견제도 개선책에 대한 일고찰

1. 일본법상의 문제점과 향후 전개

1) 의사 무능력 문제에 대해서

2016년 판결에서 다음과 같은 두 가지 특징을 발견할 수 있다. 첫째, 의사의 진단서에만 의존하여 위임자의 의사 능력 유무를 판단하지 않고, 개호 인정조사서나 노인 시설의 개호 기록 등 증거가 될 수 있는 것을 종합적으로 고려하여 판단하고 있는 점이다. 둘째, 임의후견계약 체결에는 공증인이 관계하는데, 그 공증인이 ‘의사 능력이 있다’고 판단하여 계약을 체결시켰다고 하더라도 공증인이 적절하게 의사 능력 유무를 심사하지 않았다면, 임의후견 계약 체결은 무효가 된다고 판단하고 있는 점도 특징이다.

필자는 지금까지 임의후견 판례에 관한 연구를 하면서, 특히 의사능력문제에 대해서 임의후견계약 체결 시에 가장 근접하게 관계하고 있는 행위자가 공증인이기 때문에, 공증인의 의견을 특히 중요시해야 한다는 생각을 바탕으로

로 조사를 진행해 왔다. 그 이유로 2000년에 임의후견계약법이 시행된 직후에 나온 민사국장 통달³⁰⁾에서 공증인에게 본인의 의사 능력 여부에 대해 조사할 것, 그리고 본인의 의사 능력에 의의(疑義)가 있을 때는 장래의 소송에 대비하여 증거를 보존하고 의사에게 진단서 제출 요청 등을 해야 할 것이 제시되었기 때문에, 공증인은 임의후견계약에 있어서 중요한 역할을 가지고 있다고 생각했기 때문이다.

그러나 조사를 진행하면서 공증 실무상 반드시 상기 통달이 엄격하게 운영되고 있다고 할 수 없다는 것이 판명되었다. 그 예로 한 공증인은 친족에 의한 본인의 개호 계획을 실시하는 데에 있어서 비록 본인의 의사 능력에 문제가 있다고 하더라도 공증증서를 작성하겠다고도 말했고,³¹⁾ 공증인을 통한 운용의 관점에서 의사 무능력 문제에 대처하기에는 문제가 있다는 점에 직면했다.

이에 연구 방법을 크게 바꿔, 본인을 둘러싼 행위자와 가정재판소나 금융기관 등과의 사이에서 본인의 능력에 대한 정보를 공유할 수 있다면, 의사 능력 문제 및 불이행 문제를 해소할 계기가 될 수 있을 것이라고 생각했다. 따라서 잉글랜드 및 싱가포르의 임의후견 시스템을 참고로 하여, 정보통신학과의 연계적인 관점에서 임의후견에 관한 데이터 베이스형 시스템 설계에 대해 연구를 진행하고 있다. 예를 들어 공증인이 임의후견계약을 시스템에 등록하면, 그 정보가 본인이 지정하는 친족에게 통지되고, 그 후 의사 등의 행위자가 본인의 판단 능력이 감퇴했다는 정보를 동 시스템에 등록하면, 그 정보가 금융기관으로 통지되어 본인의 계좌가 동결된다는 구조를 상정하고 있다.

30) 「民法の一部を改正する法律等の施行に伴う公証事務の取扱いについて(平成12年3月13日法務省民一634号民事局長通達)」.

31) 伊東正彦, 「遺言公正証書及び任意後見契約公正証書の利用状況と実務上の諸問題」, 『公証』172号, 2014年, p.21.

이와 같은 연구를 진행하는 데에 있어서 판결 내용을 바탕으로 어떠한 시점에서부터 어떠한 인정이 이루어졌는가라는 정보를 정리하고, 룰모델을 여러 개 준비할 필요가 있으며 이러한 것들을 관찰하면서 본인의 능력정보를 시스템상에서 공유할 수가 있다면, 남용 사례를 회피할 수 있게 될 것이다. 그러나 판결이라는 질적 데이터에서 분쟁의 사후적 회피를 위한 시스템 설계 까지만 대응할 수 있으며 분쟁의 사전 해결까지는 이르지 못하기 때문에, 앞으로 질적 데이터로서 문제가 된 계약 내용(계약서)을 분석해 나갈 필요가 있다고 생각한다.

2) 불이행 문제에 대해서

2018년 판결은 임의후견계약 발효 전에 임의후견 수임자가 ‘임의후견인’ 명의로 출금을 했다고 하더라도, 임의계약 수임자의 지위는 가지고 있기 때문에 해당 출금은 유효하다고 판단하고 있다.

그러나 이와 같은 판단에 대해서 다음과 같이 두 가지 문제점을 지적할 수가 있다. 첫째, 이행형 임의후견계약에 있어서 수임자의 남용(위임자의 의사 능력이 현저하게 저하했음에도 불구하고, 임의후견계약 발효를 고의로 늦추고 임의후견 감독인 관리 하에 있지 않은 상황에서 위임 계약의 수임자라는 입장으로 위임자의 재산 침해(행함)를 허용하는 것으로 이어질지도 모른다 점이다. 둘째, 임의후견제도에 대한 일반적인 신뢰(위임자는 의사 능력이 저하되고 있어도 임의후견인에게는 임의후견 감독인이 있기 때문에, 위임자의 재산이 침해당할 위험성은 적다는 제도에 대한 신뢰)가 줄어, 제도의 취약성으로 인해 임의후견계약의 이용가치가 크게 손상되어 버린다는 점이다.

이와 같은 사례에서 불이행 문제의 특징과 영향을 살펴보면, 2018년 7월부터 개시된 후생노동성의 성년후견제도 이용촉진 전문가회의의 제도 개

선을 위한 ‘제2기 성년후견제도 이용촉진 기본계획’ 책정 논의(또한 본고를 마무리한 2022년 1월 시점에서 동 기본계획에 들어가야 할 사항의 최종적인 정리가 이루어지고 있는 단계이며, 2021년 12월 22일에 ‘제2기 성년후견제도 이용촉진 기본계획에 들어가야 할 사항(최종 정리)’(이하 ‘최종 정리’)이 공표되었다)도 참고하며 불이행 문제에 대한 해결책을 다음과 같이 생각해 보고자 한다.

첫째, ‘최종 정리’에는 “공증인은 임의후견계약 체결 시에 그 계약 내용 및 판단 능력이 저하했을 경우, 재빨리 임의후견 감독인 선임 신청을 할 필요가 있다고 정중하게 설명하고, 이해를 구할 필요가 있다”고 지적되고 있는 바와 같이,³²⁾ 의사 능력 문제와 동일하게 임의후견계약 체결 시에 공증인이 당사자에게 적시(適時) 이행에 대해서 설명한다는 운용을 실시하는 것이다. 또한 공증인은 수임자의 남용을 막아야 하며, 위임자의 재산 관련 거래행위에 대한 대리권 범위를 확대하지 않도록 하고, 계약당사자가 광범위한 대리권을 원하고 있다면 법정(法定) 후견을 촉진할 필요도 있을 것이다.

둘째, ‘최종 정리’에는 “전문직 단체에는 각 전문직에 대해서 본인의 판단 능력이 저하한 경우 재빨리 임의후견 감독인 선임을 신청할 필요가 있다는 것을 널리 알릴 것이 기대된다”고 지적되고 있지만,³³⁾ 이것을 강제력 있는 법적 효력을 갖춘 것으로 실시해 나갈 필요가 있다고 생각된다.

예를 들어 공익사단법인 성년후견 센터 법률 지원 도쿄지부(公益社団法人成年後見センター・リーガルサポート東京支部)에서는 ‘임의대리 매뉴얼’을 책정하여, 재산관리계약(위임 계약) 단계에서 위임자와 수임자만의 양

32) 成年後見制度利用促進専門家会議, 「第二期成年後見制度利用促進基本計画に盛りこむべき事項(最終とりまとめ)(令和3年12月)」(이하, 最終とりまとめ), pp.48-49. <https://www.mhlw.go.jp/content/12000000/000870228.pdf>. (검색일: 2022년 1월 20일).

33) 「最終とりまとめ」, p.49.

자 계약이 아닌 법률 지원을 수입자의 감독자로 하는 삼자 계약을 원칙으로 한 운용을 실시하고 있다. 그 효과로서 “위임자가 장래 판단 능력이 저하되고 수입자의 직무 상황을 파악하기가 곤란해질 때, 감독인이 위임후견계약을 바탕으로 수입자에게 지체 없이 임의후견 감독인 선임 신청을 요구하여 확실하게 임의후견계약 발효 절차를 취하도록 촉구하는 것이 가능해진다”고 되어 있다.³⁴⁾

또한 이행형 임의후견계약에서 위임자의 판단 능력이 감퇴한 경우, 즉시 임의후견 감독인 선임 신청을 의무화하도록 법을 개정, 또는 임의후견계약 내에 그 조항을 설정한다는 방책도 생각할 수가 있다. 예를 들어 “제○조 (계약의 발효) 1. 전조의 임의후견계약(이하 ‘본 계약’)은 임의후견 감독인이 선임되었을 때부터 그 효력이 발생한다. 2. 본 계약 체결 후, 갑(본인)이 정신상의 장애로 인해 사리를 구별할 능력이 불충분해 진 상황이 되어, 을(수입자)이 본 계약에 따른 후견 업무 실행을 상당히 인정했을 때, 을은 지체 없이 가정재판소에 대해 임의후견 감독인 선임을 청구해야 한다”라는 조항이 제시되고 있다.³⁵⁾ 그리고 미리 신청서를 작성해 두고 일자 기입과 서명 날인 등의 간단한 절차만으로 신청할 수 있도록 한다면, 본인의 판단 능력이 저하되어 있다고 해도 공증인 등의 도움으로 신청할 수 있는 가능성이 높아지게 될 것이다. 본인에게 “최근 판단 능력이 저하되거나, 어떤 일에 대해 외울 수 없게 된다거나 한다면 여기로 전화하십시오”와 같은 주의를 환기시킬 수 있는 것을 배부하는 것으로 해당 계약을 신청할 수 있는 가능성이 높아진다고 생각된다.

34) 稲岡秀之, 「移行型任意後見契約～リーガルサポート東京支部の三面契約とする試み～」, 『実践成年後見』58号, 2015年, pp.32-35.

35) 北野俊光, 「任意後見契約における本人の意思実現のための留意点」, 『実践成年後見』45号, 2013年, p.41.

셋째, ‘최종 정리’에는 “금융기관에는 …(중략)… 고령자 등의 권리 옹호에 관한 대처로 임의후견계약을 체결하고 있는 자의 판단 능력이 저하하고 있는 것을 파악한 경우, 관계기관 등과 연계하여 상황에 따라 임의후견 수임자에게 임의후견 감독인 선임 신청을 촉진하는 등 적절한 대응이 기대된다”고 지적되고 있다.³⁶⁾ 여기에서 머무르지 않고 더 들어가, 금융기관 측의 위험 분산 및 임의후견제도의 적절한 운용 시점에서 대리권의 범위가 한정적이지 않은 임의후견계약의 수임자에 대해서 출금에 응하지 않을 것, 계좌를 특정하거나 출금할 때의 한도액을 설정할 것, 그리고 대리인 명의의 계좌 작성이나 변경 시에 임의후견계약 공정증서나 후견 등기정보 확인까지 운용할 수 있다면, 불이행 문제 건수를 줄이는 데에 공헌할 수 있을 것으로 생각된다.

2. 향후 과제

경제적 학대라는 개념은 옛날부터 존재한 법률상의 개념이 아니기 때문에, 연역적으로 그 내용이나 범위를 알아내어 구체적인 사례로 적용시킬 수는 없으며, 오히려 다양한 사례를 통해서 귀납적으로 그 내용이나 범위를 정해가는 작업이 요구될 것이다. 잉글랜드에서 30년에 걸쳐서 고령의 개인 고객을 담당해 온 안 스티니얼(Ann Stanyer) 변호사는 저서 『고령자 고객에 대한 경제적 학대: 법률·실무·예방(제2판)』(高齡のクライアントに対する経済的虐待: 法律·実務·予防[第2版], 2020)에서 “사무변호사, 공인회계사, 의료전문가를 불문하고, 전문가는 경제적 학대 사례를 특정하기 위한 최전선에서 있으며, 일정한 위험 신호는 고령자와 관계한 최전선 속에 있다”고 설명했다.³⁷⁾ 또한 이 책은 경제적 학대가 일어날 수 있는 다양한 상황 속의 ‘위

36) 「最終とりまとめ」, p.49.

37) Ann Stanyer, Financial Abuse of Older Clients: Law, Practice and

험 신호(red flags)’를 밝히려는 데에 있어서도 경제적 확대에 대한 귀납법적인 접근은 특이한 것이 아니라고 말할 수 있다.

성년후견제도 이용촉진 전문가회의의 ‘최종 정리’에서 제시된 ‘제2기 기본계획의 공정표와 KPI(第二期基本計画の工程表とKPI)’에 따르면, 상기 불이행 문제의 해결책에서 예를 들었던 각 기관의 적절한 임의후견제도 운용 확보에 관한 대처는 2022년도부터 이용 상황 등을 바탕으로 검토해 나간다고 기술되어 있다.³⁸⁾ 이용 데이터뿐만이 아니라, 실제 계약서나 남용 사례 등으로 대상을 넓혀 조사·분석함으로써 적절한 운용을 저해하는, 임의후견계약의 경제적 확대를 배제해 가는 것이 가능해질 것이다.

일본의 임의후견계약과 한국의 후견계약은 특별법으로 규정되었는지, 민법 안에 규정되었는지라는 점에서 다르지만, 그 내용은 대략 비슷하다. 이를 통해 양국의 남용 사례는 서로에게 의미가 있는 데이터가 될 것으로 예상된다. 앞으로 한국의 후견계약 남용 사례도 조사·확보하여 남용 사례로 이어지는 ‘위험 신호’ 관련 요소를 분석하고자 한다. **日本空間**

번역: 엄태봉(대진대 강의교수)

논문 투고일 : 2022년 4월 30일

논문 심사일 : 2022년 5월 20일

게재 확정일 : 2022년 6월 1일

Prevention, 2nd edition, 2020, p.1.

38) 「最終とりまとめ」, 別紙1枚目.

참고문헌

赤沼康弘·池田恵利子·松井秀樹編, 『Q&A 成年後見実務全書 第3巻 法定後見』, 民事法研究会, 2016年.

新井誠, 『成年後見問題研究会報告書(法務省民事局)について3』 任意後見制度について, 『判例タイムズ』961号, 1998年.

_____, 「任意後見制度を考える」, 『実践成年後見』71号, 2017年.

五十川直行ら, 「韓国後見法研究—日韓比較民事法研究(3)—」, 『岡山商科大学法学論叢』28巻, 2020年.

伊東正彦, 「遺言公正証書及び任意後見契約公正証書の利用状況と実務上の諸問題」, 『公証』172号, 2014年.

稲岡秀之, 「移行型任意後見契約～リーガルサポート東京支部の三面契約とする試み～」, 『実践成年後見』58号, 2015年.

北野俊光, 「任意後見契約における本人の意思実現のための留意点」, 『実践成年後見』45号, 2013年.

厚生労働省, 「令和2年度『高齢者虐待の防止, 高齢者の養護者に対する支援等に関する法律』に基づく対応状況等に関する調査結果」, 2020年.

厚生労働省, 「市町村・都道府県における高齢者虐待への対応と養護者支援について」, 2006年.

小林昭彦·大鷹一郎·大門匡編, 『一問一答 新しい成年後見制度(新版)』, 商事法務, 2006年.

最高裁判所事務総局家庭局, 「成年後見関係事件の概況—令和2年1月～12月—」(令和3年3月公表).

成年後見制度利用促進専門家会議, 「第二期成年後見制度利用促進基本計画に

www.kci.go.kr

- 盛りこむべき事項(最終とりまとめ)(令和3年12月)」。]
- 中村京子, 「わが国の高齢者虐待防止法の『虐待』定義に関する一考察」, 『社会関係研究』18巻1号, 2012年.
- 日本公証人連合会, 『新版 証書の作成と文例 家事関係編(改訂版)』, 立花書房, 2017年.
- 日本社会福祉会編, 『市町村・地域包括支援センター・都道府県のための養護者による高齢者虐待対応の手引き』, 中央法規, 2011年.
- 根岸謙, 「任意後見契約締結時の意思能力—特にその有無の判断方法(東京地裁平成28年6月29日判決)」, 『実践成年後見』82号, 2019年.
- _____, 「移行型任意後見契約の濫用事例において問題となる諸論点—特に意思能力の有無, 私文書の形式的証拠力, 任意後見契約移行前の委任契約時の『任意後見人』名義での法律行為の有効性等(東京地裁平成30年3月26日判決)」, 『実践成年後見』85号, 2020年.
- _____, 「イングランドおよびウェールズにおける永続的代理制度の改善策に向けての議論をめぐって」, 『東洋法学』65巻3号, 2022年.
- 法規委員会, 「任意後見契約に関するアンケート調査結果について」, 『公証』192号, 2020年.
- Ann Stanyer, *Financial Abuse of Older Clients: Law, Practice and Prevention*, 2nd edition, 2020.
- e-Stat(政府統計の総合窓口), 「法務局及び地方法務局管内別・種類別 成年後見登記の件数」.

Abstract

Systemic deficiencies inherent in Japan's voluntary guardianship contract law and its challenges
: Focusing in particular on cases of abuse of voluntary guardianship contracts

Ken, Negishi

A basic plan to promote the use of the adult guardianship system is currently being formulated, in which the prevention of abuse of voluntary guardianship contracts is also considered. However, cases of abuse of voluntary guardianship contracts have not been studied in detail. This paper therefore attempts to examine what systemic defects exist in the voluntary guardianship contract law that have led to cases of abuse, and to consider remedial measures from various perspectives in terms of operation and amendment of the law, by typifying court cases concerning voluntary guardianship contracts and identifying specific problems.

keywords

Voluntary guardianship contract, Property management contract, Mental capacity, Abuse of power to manage property, Financial abuse

www.kci.go.kr