



독일의 성년후견법(Betreuungsgesetz)과 법정성년후견(Betreuung)제도

정보신청기관 : 보건복지부 정신건강팀

I. 성년후견개혁법(Betreuungsgesetz-BtG)¹⁾

1990년 9월 12일의 독일 성년후견개혁법은 1992년 1월 1일부터 시행된 성년후견법을 포함하고 있다. 성년후견개혁법 자체는 독립된 법이 아니다. 그럼에도 불구하고 독일민법 제1896조 이하의 일련의 조문을 뜻하는 경우에 일반적으로 혹은 실무상으로 성년후견법(Betreuungsgesetz)이라고 통상 불리고 있다. 본법을 통해서 약 50개 법률의 300여 개 조문이 변경되었다. 가장 중요한 변경은 실체법 영역에서는 독일 민법 제4편 가족법 중 제2절(제1896조에서 제1908조)의 변경이다.

독일 민법 제4편 가족법 제2절 법정성년후견의 조문을 간략하게 소개하면 다음과 같다.

제1896조(요건), 제1897조(자연인의 임명), 제1898조(인수의무), 제1899조(다수후견인), 제

1900조(사단 또는 관청에 의한 후견), 제1901조(후견의 범위, 후견인의 의무), 제1901a조(서면에 의한 후견신청), 제1902조(피후견인의 대리), 제1903조(동의유보), 제1904조(치료행위에 있어서 후견법원의 허가), 제1905조(불임시술), 제1906조(수용에 있어서 후견법원의 허가), 제1907조(임대주택 포기에 있어서 후견법원의 허가), 제1908조(혼수준비에 있어서 후견법원의 허가), 제1908a조(미성년자를 위한 후견인 선임 및 동의유보명령의 신중성), 제1908b조(후견인의 해임), 제1908c조(새로운 후견인의 선임), 제1908d조(후견 및 동의유보의 중지, 변경), 제1908e조(사단에 대한 비용보상과 보수), 제1908f조(후견사단의 승인), 제1908g조(관청후견인), 제1908h조(관청후견인에 대한 비용변상과 보수), 제1908i조(준용규정), 제1908k조(후견관청에의 통지).

한편, 절차법 영역에서는 금치산선고절차와 관련된 독일 민사소송법(ZPO)의 일부, 장애자



1) 본법의 정식명칭은 “Das Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige(성년을 위한 후견법과 보호법의 개혁법)”이다. 1990 BGBl. I S. 2002 참조.

보호와 관련된 독일 비송사건절차법(FGG) 일부의 개정이 중요 부분이다. 민사소송법의 금지산선고절차는 통일적인 법정후견절차의 확립을 위해서 비송사건절차법 제66조 이하의 규정으로 대체되었다. 또한 수용법상의 수용절차는 비송사건절차법 제70조 이하에서 규율한다.

II. 법정성년후견제도(Betreuung)

1. 의의

독일의 법정성년후견(Die rechtliche Betreuung)제도는 1992년 1월 1일부터 발효된 성년후견법(Betreuungsgesetz)에 의해 창설되었다. 법정성년후견은 법정대리로 이해되고 사회적후견(Sozialbetreuung)이나 건강후견(Gesundheitsbetreuung)으로 이해되어서는 안 된다. 법정성년후견(Die rechtliche Betreuung)은 1990년 9월 12일의 독일 성년후견개혁법 이전의 구 민법상의 성년자를 위한 후견(Die Vormundschaft über Volljährige)과 노약자보호(Die Gebrechlichkeitspflegschaft)를 대체한다. 법정성년후견제도는 본질적으로 독일 민법(BGB) 제1896조 이하에서 규율 한다. 법 개혁의 입법목적은 금지산선고 대신에 법정성년후견을 통해 당사자에게 자유로운 자기결정권을 갖는 삶을 주기 위해서이다. 기본권의 하나인 자기결정권(Selbstbestimmung)은 독일 헌법 제2조 제1항에서 나온다. 성년후견은 교육이나 사회적가치척도의 실현을 위해서 사용되어서는 안 된다.

2. 독일의 법적상황

법률상 민법 제1896조에 의해 성년후견을 받는 사람의 총수는 2006년에도 증가하였다. 2006년 12월 31일 현재 독일에서는 총 1,227,932명의 사람이 성년후견을 받고 있다. 첫 시행년도인 1992년 이래 약 3배정도 불어난 숫자이다. 1년 전인 2005년에 비해서 29,559명이 증가되었다. 이는 약 2.47%가 증가된 숫자이다. 전년도인 2005년에는 3.5%가 증가했음에 비추어 현재 증가율은 감소되고 있는 실정이다. 법정성년후견인의 신규임명은 2004년에 218,254명에서 2005년에는 223,365명으로 그리고 2006년에는 222,843명으로 변화하고 있다.

3. 성년후견인 임명의 전제조건

(1) 행동양식(독일민법 제1896조)

만약 성년자가 정신병 혹은 신체적, 지능적 혹은 정신적 장애로 인하여 자신의 사무를 전부 혹은 부분적으로 수행할 수 없는 경우 후견법원은 그를 위해서 피후견인의 신청 또는 직권으로 법정성년후견인을 임명한다.

(2) 병과 장애의 의학적 진단

법정성년후견인 임명의 의학적 전제조건은 정신병 또는 신체적, 지능적 혹은 정신적 장애이다.

① 정신병(psychische Krankheiten) : 여기에는 신체적으로 설명되지 않는 모든 정신병이 포함된다. 그러나 병(예를 들어 뇌막염(Hirnhautentzündungen)) 혹은 뇌손상의 결과로

〈성년후견법의 절차에 따른 통계〉

	1)	2001	2002	2003	2004	2005	2006
1. 성년후견							
1.1 신규임명	G	205,266	208,491	215,914	218,254	223,365	222,843
	A	12,793	16,182	17,426	20,612	20,698	
	S	37,281	40,262	44,883	47,608	48,558	
1.2 취소	G	17,703	18,151	19,391	21,440	22,534	27,326
	A	637	755	678	997	1,168	
	S	4,635	5,909	6,582	7,813	6,795	
1.3 확대	G	42,143	44,091	48,464	51,937	52,106	51,060
	A	327	417	485	572	573	
	S	438	570	410	401	240	
1.4 제한	G	9,744	10,774	10,572	13,115	13,352	14,135
	A	76	163	197	93	100	
	S	92	503	185	167	186	
1.5 연장	G	106,514					
	A	187					
	S	1,114					

1) G: 명령 및 허가, A: 거절, S: 기타 처리
출처: 독일 법무부

인한 정신장애는 여기에 포함되지 않는다. 노이로제, 강박증(Zwangserkrankungen) 혹은 인격장애도 마찬가지이다.

② 지능장애(geistige Behinderungen) : 여기에는 선천적 및 출산 중에 혹은 유아기의 뇌손상에 의한 다양한 정도의 지능결함이 해당한다.

③ 정신장애(seelische Behinderungen) : 이것은 정신병 발병의 결과로 인한 지속적인 정신쇠약(psychische Beeinträchtigungen)을

말한다. 정신적 노쇠작용(예를 들어 알츠하이머, 정신박약[Demenz])도 여기에 포함된다.

④ 신체적장애 : 신체적 장애도 법정성년후견인 임명에 있어서 동일한 원인이 될 수 있지만 이 경우는 오직 당사자에 의한 신청과 그 장애가 자신의 사무를 돌보는데 심각한 장애를 가져오는 경우에 한한다(예를 들어 지속적인 거동불능 혹은 농아자 또는 맹인).

성년후견을 받는 최대집단은 알츠하이머병에 걸리거나 두뇌활동이 노쇠한 노인들이다. 그 밖에 지능장애를 가지고 있는 성년자도 성년후견이 필요하다. 한편 중독자 집단과 자아장애(Ich-Störung)를 가지고 있는 정신분열증 환자 뿐만 아니라 사회부적응적 행동을 하는 젊은 성년자의 집단도 성년후견을 받는 비중이 증가하고 있다. 중독증도 그 해당증상의 심각도에 따라서 정신병이 될 수 있다. 그 중독은 원인적으로 장애 혹은 정신병과 관련하여 존재해야 한다. 따라서 알코올중독자와 마약중독자에게도 중독병(Suchterkrankung)이 존재하는 한 성년후견인이 선임될 수 있다.²⁾

(3) 자기사무처리의 작용

이것은 장애 혹은 병 단독으로는 법원의 성년후견명령의 원인이 될 수 없다는 것을 뜻한다. 당사자가 장애 혹은 병의 결과로 독립적으로 자신의 사무를 처리할 수 없어야만 한다.

(4) 선행하는 다른 도움의 부존재

만약 당사자의 사무가 다른 사람의 도움으로 동일하게 잘 처리될 수 있다면 성년후견인의 임명은 요구되지 않는다(독일민법 제1896조 제2항 제2문). 다른 사람의 도움이란 예를 들어, 가족구성원, 이웃 혹은 사회봉사자(soziale Dienste) 및 당사자에 의해 대리권이 수여된 제3자(임의

대리인)를 말한다. 민법에 따른 성년후견은 따라서 보충적으로만 적용되는 보충규정이다. 1999년에 독일민법 제1896조에 삽입된 법적("rechtlich")이라는 말은 성년후견이 법정대리를 의미함을 명확하게 해주었다.

만약 누군가가 순수히 사실적인 사무를 더 이상 단독으로 수행할 수 없는 경우(자신의 가사일을 더 이상 꾸려갈 수 없거나, 더 이상 집 밖으로 나갈 수 없는 경우 등등) 보통 이런 경우에는 성년후견의 필요가 증명되지 않는다. 이런 경우에는 법적인 대리인이 필요한 것이 아니라 전적으로 실질적인 도움이 문제된다(예를 들어 집안청소, 식사 공급 등등).

예방적 대리권(Vorsorgevollmacht)의 경우 자신의 성년후견이 필요한 경우 예를 들어, 당사자의 고령화로 인해 행위무능력상태가 될 경우에 대비해서 자신이 신뢰하는 사람에게 사정에 따라서 발생할 수 있는 법적문제를 위해서 미리 대리권을 수여할 수 있다. 이를 통해서 법원의 법정성년후견명령을 회피할 수 있다. 이를 위해서는 경우에 따라서는 특정한 형식규정을 준수해야 한다. 예방적 대리권자는 임의 대리인이다.

그러나 한편 만약 가족구성원이나 임의대리인이 존재함에도 불구하고 법정성년후견이 필요한 경우 예를 들어 가족구성원이나 임의대리인이 당사자의 복지와 의사에 반해서 행동하거나 당



2) BayObLG FamRZ 2001, 1403.

사자에 의해서는 더 이상 통제가 되지 않는 경우 법정대리인이 허용된다.

(5) 자유의지에 반하는 법정성년후견명령의 금지

자신의 의지를 자유롭게 결정할 수 있는 자 즉, 행위능력이 있는 자는 자신의 의지에 반하는 성년후견을 받지 않는다. 성년후견은 피후견인을 교육하거나, 개선시키거나, 방해하거나, 해를 끼치는 행동을 해서는 안 된다.³⁾ 그러나 자신의 의지가 병에 의해 영향 받을 수 있는 아주 심각한 급성정신병의 경우 실무상 법정성년후견의 득실을 따져서 허용여부를 결정해야 한다.

(6) 당사자의 신청 혹은 법원의 직권명령에 의한 성년후견

성년후견의 신청에 대한 인용 결정 혹은 기각 결정은 당사자의 이익을 신중히 형량하여 결정하여야 한다. 법정성년후견인은 관청사무나 재정사무 혹은 거주지를 구하는 경우등에 큰 도움이 될 수 있다. 여기에는 자발적인 사회적 후견(freiwilliger sozialer Betreuung)이나 보호 후견(pflegerischer Betreuung)의 제공이나 여타의 서비스제공자(부동산중개인 혹은 쇼핑도우미 등)가 도움이 될 수 있다.

(7) 신체적 장애인에 대한 성년후견명령

오로지 신체적 장애만이 존재하는 경우에는

당사자와 타협의 가능성이 전혀 없는 경우가 아니라면 성년후견인의 임명은 당사자가 신청하는 경우에만 가능하다.

4. 성년후견절차

성년후견명령은 특별한 절차적 안정성을 확보하기 위해서 법적절차 내에서 이루어 진다(독일비송사건절차법 제65조 이하). 피후견인은 언제나 소송능력이 있다(독일비송사건절차법 제66조). 따라서 결정에 대해 항고를 제기할 수 있고 변호사나 지인에게 자신의 대리권을 위임할 수 있다(독일비송사건절차법 제67조 제1항 제7문).

피후견인은 독립된 감정인에게 감정을 받아야 한다. 자기 자신이 제출한 의사의 소견서는 당사자가 성년후견인을 스스로 신청하는 경우에는 그것만으로 충분하다. 긴급한 경우에는 의사의 소견서를 추후에 감정 받는 것도 가능하다.

독일민사소송법 제406조와 관련된 비송사건절차법 제15조에 의해서 감정인의 중립성 증명에 불신이 있거나 감정서의 편견의 우려가 증명된 경우 등의 일련의 이유가 있는 경우에는 감정인이 거절되거나 혹은 감정서가 취소될 수 있다(독일민사소송법 제42조).

5. 성년후견인의 선발

성년후견인의 선발과 임명은 성년후견절차 내



3) BayObLG FamRZ 2006, 289.

에서 이루어진다. 법원은 당사자에 의해서 추천된 사람을 다른 사람이 더 적임자인 경우 거절할 수 있다(독일민법 제1897조 제4항). 특정한 상황의 경우에 다수의 성년후견인을 임명할 수 있다(독일민법 제1899조). 불임시술을 위한 경우에는 특별한 성년후견인(불임시술후견인[Sterilisationsbetreuer])을 임명할 수 있다.

6. 성년후견의 취소

성년후견인의 임명이 최종적인 것은 아니다. 피후견인은 후견법원에 성년후견의 검토와 취소를 청구할 수 있다. 법원은 이 신청이 항상 반박된 것이 아닌 경우에는 검토의 의무가 있다. 후견법원은 적어도 매 7년마다 자발적으로 성년후견이 변경없이 지속되어도 좋은지에 관해 검토해야 한다. 후견의 필요가 사라진 경우에는 성년후견은 법원에 의해 취소된다(독일민법 제1908d조).

피후견인은 성년후견임명에 관해 이의신청을 할 수 있다. 근친자와 후견관청은 이의신청권이 있다(독일비송사건절차법 제69g조). 후견법원이 상소를 허락하지 않는 경우에는 결정에 대한 관할권은 주(Land)법원에 있다.

마찬가지로 성년후견인은 교체되어지거나 자신의 임무범위가 확장되거나 혹은 제한되어질 수 있다(독일민법 제1908b조). 여기에는 법원에

의 청구가 필요하다. 성년후견인의 변경은 일반적으로 어렵다.

7. 성년후견인의 의무

성년후견인의 의무는 독일민법 제1901조에서 나온다. 의무위반의 경우 성년후견인에게 민사상 책임이 부과된다.

“피후견인의 복지”가 독일민법 제1901조와 제1906조에 따라서 성년후견인의 행동의 척도가 된다. “피후견인의 복지”는 추상적인 일반규정으로서 특히 헌법 제2조에 의해 보장된 기본권의 민법에서의 사각지역(Einbruchstelle)이다.⁴⁾ “피후견인의 복지”는 자기결정권의 충족을 위해 독일민법 제1901조 제2항 제2문과 제3항에 객관적 기준으로서 규정된 것이 아니라 오히려 피후견인의 의지를 통한 우선적 주관적 규정으로 규율 되었다. 따라서 제3자의 이해관계는 후순위이다.

기본권인 자기결정권을 헌법에 합치되는 방법으로 고려하기 위해서 성년후견인은 다음의 원칙을 따라야 한다:

- ① 성년후견인은 피후견인이 스스로 결정할 수 없는 경우 오직 피후견인을 위한 결정을 해야 한다. 성년후견인은 결정의 방법, 의의와 효과를 이해할 수 있는 동의능력 있는 피후견인의 의사에 반하는 행위를 해서는 아니 된다.



4) BVerfGE 7, 198.



② 성년후견인은 원칙적으로 피후견인이 스스로 결정을 내릴 수 있었으면 피후견인이 내렸을 결정과 같은 결정을 내려야 한다. 성년후견인은 당연히 비록 피후견인이 자유의지로 범죄를 저질렀어도 범죄행위를 해서는 안 된다.

③ 다른 방법으로는 막을 수 없는 현저한 위험이 있는 경우에 자유로운 의사결정능력이 없는 피후견인의 의사에 반해서 행동할 수 있다.

8. 피후견인에 대한 성년후견의 작용

(1) 의료적 치료

모든 치료는 헌법 제2조 제2항에 보장된 신체의 완전성에 관한 기본권을 침해한다. 따라서 치료에는 동의가 요구된다. 피후견인 자신이 동의능력이 있는 한, 성년후견인은 치료에 동의해서는 안 된다. 동의능력은 의사의 설명에 의해 의학적 조치의 방법, 의미, 위험성을 이해할 수 있는 것을 말한다.⁵⁾

독일 연방헌법재판소는 1981년에 동의능력 없는 피후견인도 일정한 한계 내에서 “질병으로부터의 자유”의 권리를 가진다고 판결하였다.⁶⁾

외래강제치료는 허용되지 않는다. 반면에 입원강제치료는 오직 상당성의 원칙에 따라 현저한 자신의 위험 혹은 타인에의 위험이 존재하는

경우에 허용된다(독일형법 제34조). 질병의 안정성 위협만으로는 강제치료는 허용되지 않는다.⁷⁾ 이러한 법원의 판결들은 강제치료가 피후견인이 추후에 다시 동의능력이 회복된 경우 치료에 동의하는 경우에만 허용됨을 의미한다. 환자의 의지에 역행하는 것은 즉, 강제치료는 신체상해로 처벌될 수 있다.

(2) 행위능력

법정성년후견의 명령은 피후견인의 행위능력에 아무런 영향을 미치지 않는다. 피후견인 뿐만 아니라 후견인도 법률상 유효하게 행위 할 수 있다. 그 때문에 민법 제1901조에 규정한 바와 같은 모든 중요한 사안의 경우 성년후견인은 피후견인의 행동과 상반되는 행동을 하지 않기 위해서 피후견인과 상의하여야 한다. 행위능력은 성년후견과 관계가 없다. 행위능력은 오히려 당사자가 사안을 이해할 수 있는지, 결과를 예견할 수 있는지 그리고 이러한 판단에 따라 행위 할 수 있는지에 달려있다. 이 규정의 의도는 이전에 후견법원에서 만연했던 금치산선고를 당사자에게 내리지 않겠다는 데 있다.

행위무능력상태에서 계약을 맺은 자는 그 법률행위가 무효라는 것을 확인하기위해서 자신의 행위무능력을 입증해야 한다. 이러한 입증은



5) BGH NJW 1972, 335.

6) BVerfGE 58, 208.

7) BVerfG Beschluss 2 BvR 2270/ 96.

성년후견에 동의유보가 되어있는 경우에는 배제된다.

피후견인이 행위무능력인 경우 은행구좌사용이 금지되지는 않는다. 그러나 만약 은행이 피후견인이 행위무능력인 상태에서 금전을 지급한 경우에 책임의 위험이 있다. 따라서 은행으로서 는 의심스럽게 피후견인 단독으로 큰 금액에 접근하는 것을 저지하는 것이 최선이다.

(3) 동의유보

후견법원은 피후견인이 의사표시를 위해서 그리고 계약의 체결을 위해서 성년후견인의 업무범위 내에서 피후견인의 동의를 요하도록 별도의 명령을 할 수 있다(독일민법 제1903조에 의한 동의유보). 동의유보는 행위능력의 제한을 가져온다.

(4) 피후견인의 소송능력(성년후견절차 밖에서)

상기한 바와 달리 별도의 법정절차(민사소송절차, 재정절차, 행정법원절차 등)에서 피후견인은 그가 행위무능력(독일민법 제104조)이거나 동의유보(독일민법 제1903조)를 한 경우에는 소송무능력자이다. 성년후견인이 피후견인을 위해

서 소송을 수행중인 경우에는 피후견인은 그 구체적 절차에서 소송능력이 없다. 이것을 통해서 성년후견인과 피후견인의 상호 모순되는 행위를 방지할 수 있다.

9. 의무위반에 대한 성년후견인의 책임

성년후견인은 고의적으로 혹은 과실로 피후견인에게 발생된 손해에 대해 이것이 자신의 의무위반으로 인한 경우 그에 대해 책임을 진다.

10. 비밀유지의무, 증언거부권

독일민법 제1902조에 따라 성년후견인은 그의 의무범위 내에서는 법정대리인이다. 만약 성년후견인의 업무범위가 건강보호에 있는 경우 이 범위 내에서 성년후견인은 당사자의 법정대리인이다. 그는 피후견인과 똑같이 의사의 설명을 들어야 한다. 성년후견인은 독일형법 제203조에 따른 비밀유지의무가 없고 증언거부권을 가지고 있지 않다.

홍 강 훈

(독일 주재 외국법제조사원)