

# 목 차

## ●주제발표

재산관리능력이 부족한 사람들을 위한 신탁제도 .....	7
배 인 구 변호사, 법무법인 로고스 가사상속전문센터장	

## ●토론문

“재산관리능력이 부족한 사람들을 위한 신탁제도” 토론문 .....	31
조 성 혜 동국대학교 법과대학 교수, 전 한국사회법학회 회장	

후견신탁의 실무상 쟁점과 관련하여 .....	41
정 용 신 서울가정법원 판사	

재산관리능력이 부족한 사람들을 위한 신탁제도 .....	47
배 정 식 KEB하나은행 리빙트러스트 센터장	

토 론 문 .....	53
현 소 혜 성균관대학교 법학전문대학원	

재산관리능력이 부족한 사람들을 위한 신탁제도에 대한 토론 .....	59
전 창 훈 한국자폐인사랑협회 신탁의사, 결정지원센터 부센터장, 변호사	

## ●상담 통계

한국가정법률상담소 성년후견 상담 분석 .....	65
한국가정법률상담소	

## 재산관리능력이 부족한 사람들을 위한 신탁제도

배 인 구

변호사, 법무법인 로고스 가사상속전문센터장

### I. 문제제기

최근 30억 원 정도 재산이 있는 조현병환자가 성년후견제 사각지대에서 신음하고 있다는 내용의 기사를 읽었다. 그 내용을 간추리면 다음과 같다.<sup>1)</sup>

미혼으로 남편과 자식이 없는 김모(56)씨는 20대 초부터 조현병을 앓고 있었는데, 2012년 유일한 가족이던 아버지가 사망하면서 친가와 외가쪽 친척들이 재산을 둘러싸고 다툼을 할 뿐 김씨를 돌봐주지 않았다. 김씨의 신용카드대금과 아파트관리비, 세금 등이 체납되었다. 그런 중에 김씨의 사촌동생(45·호주 거주)이 먼 친척(62세)을 후견인 후보로 하는 성년후견개시심판을 2015년 11월 법원에 청구했고, 서울가정법원은 1년 여간의 장고 끝에 지난해 위 심판청구를 인용했다. 다만 후견인을 청구인이 추천한 친척이 아닌 성년후견 전문가그룹인 한국성년후견지원본부로 정하고 신상과 재산 보호를 다 맡기며 한정후견을 개시하는 결정이었다.

---

1) 한국일보 2017. 1. 3.등록 <http://www.hankookilbo.com/v/8d9cdfb0b33642ceb985f096c321abbe> 최후 방문일 2017. 1. 10.

그러자 청구인이 성년후견 심판청구를 취하하였다. 이로 인해 임시후견인이던 한국성년후견지원본부 역시 후견인 자격을 상실하였다. 이제 김씨는 입원치료와 관리비 등을 처리할 수 없고, 김씨의 (BMW)차량과 현금을 가져간 이들을 상대로 한 소송 제기와 부친이 남겨놓은 재산의 확인도 힘들어지게 되었다.

이 기사는 성년후견심판청구를 임의로 취하하여 피후견인이 방치되지 않도록 일정한 경우에 심판청구의 취하를 제한하자는 취지로 작성되었다. 그런데 발제자는 위 기사를 보면서 상당한 재산을 가진 김씨가 왜 방치되었는지 안타깝고 궁금했다. 부모가 사망한 때인 2012년 무렵은 아직 성년후견제도가 도입되기 전이었다. 부모로서는 거의 대부분 행위능력을 제한하는 금지산, 한정재산 제도를 이용하기 어려웠을 수도 있다. 한편 자식이 생존하는 동안 인간다운 생활을 누릴 수 있도록 부모 사후에 부모처럼 자식을 챙겨줄 제3자를 모색하다가 실패했을 수도 있다.

지난해 서울북부지방법원에서 재판한 사례<sup>2)</sup>를 소개한다.

사안 내용의 이렇다. 망인은 2010. 12. 3. 심장질환으로 사망하였는데 3급 정신장애를 가지고 있는 처와 2003년에 출생한 딸이 있었다. 망인은 2010. 1. 27. 망인과 가족들이 거주하던 건물의 임차보증금과 지방에 소재한 토지 3필지를 목사의 처인 피고에게 유증하는 내용의 유언공정증서를 작성하였다. 그 며칠 후에는 피고가 정신장애를 가진 망인의 처를 평생 보살피며 망인의 딸을 교육하고 결혼할 때까지 책임지는 대가로 망인의 전 재산을 피고에게 유증한다는 내용의 자필유언증서를 작성하였다.<sup>3)</sup> 피고는 망인 사망 후 각 토지를 본인 앞으로 소유권이전하고 근저당권을 설정하였다가 경매절차가 진행되게 하였고, 임차보증금은 반환받아 모두 소비하였다. 그 외에도 망인은 소유하던 아파트를 피고에게 이전하였는데 피고는 위 아파트를 매도하고 그 대금을 모두 소비하였으며 망인의 처 계좌로 입금된 보험금 등 금융재산을 인출하여 소비하였다. 피고는 망인의 유족에게 지급되는 유족연금까지 인출하여 소비하였고, **망인의 유족인 원고들(처와 딸)을 기초생활수급**

---

2) 서울북부지방법원 2016. 6. 8. 선고 2013가합21837 사건, 위 사건은 항소(서울고등법원 2016나 2042143)되어 현재 진행중이다.

3) 다행스럽게 위 유언증서에는 날짜가 기재되지 않아 위 유언은 후에 무효로 확인되었다.

자로 등록하고 기초생활급여를 처의 명의 계좌로 지급받아 인출하여 소비하였다.

원고들은 망인의 사망 이후 피고 남편 소유의 아파트에서 거주하여 왔는데 원고(처)의 동생이 장애인인권침해예방센터 직원 2명과 가서 원고들을 데리고 나왔다.

제1심 법원은 망인의 유증이 무효이거나 취소되었다고 볼 수 없지만 피고가 망인 처 명의 계좌로 입금된 금융재산(유족연금과 기초수급급여 포함)을 인출하여 소비한 것은 부당이득으로 반환하여야 한다고 판단하였다. 피고는 이에 대해 원고들을 부양하면서 지출한 관리비, 도시가스 난방비, 최저생계비, 돌봄서비스 비용, 치과치료비 등의 상계를 주장하였는데, 위 법원은 피고가 원고들을 부양하는 대가로 3필지 토지 및 임대차보증금을 유증받았으므로 이는 통상의 부양범위 내에 있다고 보아 이 부분을 기각하였다. 이 외에 유류분반환을 명하였다.

이 외에 지난 해 전주지방법원에서는 자신의 친여동생이며, 지적장애 2급인 피해자(여, 44세)가 남편 사망으로 상속받은 토지 2필지를 빼앗으려고 폭행하고 집요하게 돈을 달라고 요구한 오빠에게 공갈 및 특수강도 등으로 징역 3년을 선고한 사례도 있다.<sup>4)</sup>

이런 사례들을 통해 자연스럽게 자신이 지속적으로 부양과 배려를 하여야 할 필요, 즉 재산관리에 타인의 도움이 필요한 사람(이하 ‘요보호자’라 한다)이 있는 경우 본인 또는 그의 사후 요보호자를 위한 적절한 재산 관리나 승계가 중요함을 알 수 있다.

앞서 언급하였지만, 이와 같은 필요 즉, 본인이 생존하는 동안에는 본인의 복지를 위해 재산을 관리하고, 본인의 사망 이후에는 요보호자의 복지를 위한 재산의 승계 및 관리를 위해 현행 민법은 성년후견제도와 유언제도 등을 규정하고 있다. 그러나 위 제도는 나름의 기능을 가지고 있지만 위 2가지 필요에 완전하게 대응하기는 어려워 이에 대한 대안으로 신탁이 거론된다.<sup>5)</sup> 앞서 첫 번째 사례에서 만약

---

4) 전주지방법원 2016. 6. 15. 선고 2016고합5, 위 사건은 피고인이 항소하였으나 항소기각되어 확정되었다.

5) 우리보다 고령화 사회를 먼저 경험하고 있는 일본에서도 신탁의 활용가능성에 주목하여 2006년

부모가 신탁제도를 활용하여 금융기관 등을 수탁자로 정해 일정한 목적에 맞게 금전을 인출할 수 있도록 하고, 재산관리를 위탁하였다면 김씨는 기사와 같은 서글픈 일을 경험하지 않았을 것이다. 더 중요한 것은 김씨의 친인척들이 김씨의 재산을 둘러싸고 분쟁을 하지 않았을 것이다.

이 글에서는 먼저 신탁의 일반 구조에 대해 검토하고 고령자나 장애인의 재산관리에 유용하다고 평가받는 신탁(이를 ‘후견신탁’이라고 이름 붙여본다)을 중심으로 그러한 신탁설정이나 설계가 본래의 취지에 부합하는 것인지 살펴보기로 한다.

## II. 신탁의 법적 구조

### 1. 신탁의 설정

신탁은 위탁자가 수탁자를 정하여 그에게 자신의 재산을 이전하고, 재산을 이전 받은 수탁자는 위탁자가 원하는 대로 재산을 관리하여 그 수익을 위탁자가 지정한 자(수익자)에게 귀속시키도록 하는 것이다.

본인(위탁자)의 의사에 따라서 신탁을 설정할 것인지 여부가 결정되고, 또 신탁을 설정하기로 결심한 경우 그 시기와 내용도 전적으로 본인이 원하는 대로 정할 수 있다. 방식도 계약, 유언 또는 신탁선언에 의하여 자유로운 설정이 가능하다.

본인 생전에 신탁이 설정되도록 할 것인지(계약신탁) 아니면 사후에 신탁이 설정되도록 할 것인지(유언신탁) 본인이 결정할 수 있다. 수탁자를 누구로 할 것인지, 수익자를 누구로 할 것인지도 본인의 의사에 따라 정할 수 있다. 즉 수탁자를 친척으로 할 수도 있고, 변호사 등 전문가나 수탁인수를 영업으로 하는 신탁기관을 정할 수 있다. 수익자도 본인이 될 수도 있고(자익신탁), 본인이 아닌 제3자를

---

에 신탁법을 전면 개정하였고, 이른바 “복지형 신탁”에 대한 적극적 검토를 요구하는 등 고령자 등의 재산관리수단으로 신탁을 활용하는 방안에 대해 논의 중이라고 한다[심인숙, 고령화 시대 재산관리수단으로서의 신탁의 활용방안 - 개정신탁법을 중심으로-, 선진상사법률연구 통권 제 59호(2012. 7.), 77쪽 각주 2) 참조].

정할 수도 있다(타익신탁).<sup>6)</sup>

수탁자의 신탁재산 관리방법이나 수익의 지급방식도 위탁자 본인이 신탁행위로 정할 수 있다. 수익의 향수에 기한이나 조건을 붙이는 방식, 여러 가지 변수를 조합한 혼합 방식도 가능하다.<sup>7)</sup>

## 2. 신탁재산의 독립성

위탁자의 재산이 신탁의 설정으로 신탁재산이 되면 위탁자 및 수익자로부터 독립되어 수탁자에게 완전한 재산권이 이전된다.<sup>8)9)</sup> 이로써 ① 수탁자가 신탁재산에 대한 관리, 처분 권한을 가지므로 본인(또는 요보호자인 수익자)의 재산관리능력이 부족한 경우 수탁자로부터 재산관리에 대한 조력을 받을 수 있다. ② 위탁자나 수익자가 재산을 빼앗길 위험도 예방할 수 있다. ③ 위탁자나 수익자가 도산하는 경우에도 채권자의 강제집행 대상이 되지 아니한다(신탁법 제22조). 신탁재산은 수탁자의 고유재산으로부터 독립성이 인정됨은 물론(신탁법 제22조 내지 24조), 신탁법 22조의 해석상 위탁자의 책임재산이 되지도 않는다고 해석된다.<sup>10)</sup>

---

6) 심인숙, 79쪽

7) 심인숙, 79쪽

8) 대법원 2002. 4. 12. 선고 2000다70460 판결

9) 하지만 과연 “완전한 소유권”인지는 의문이다. 신탁계약을 체결하고 부동산을 이전받은 수탁자는 취득세를 내지 않고, 위탁자 역시 양도소득세를 내지 않는다. 수탁자는 신탁계약에 따른 관리처분권한이 있을 뿐 통상의 소유자와 다른 점을 고려하고 실질과세의 원칙이 적용된 결과라고 생각된다. 그런데 2014. 1. 1. 지방세법 제107조가 개정되어 그 이전까지 위탁자가 납부하고 있던 재산세를 수탁자가 납부하게 되었다. 신탁을 둘러싼 법리가 여전히 정리되지 않고 있다는 것을 보여준다.

지방세법 11조에 제107조(납세의무자) ① 재산세 과세기준일 현재 재산을 사실상 소유하고 있는 자는 재산세를 납부할 의무가 있다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 해당 각 호의 자를 납세의무자로 본다. <개정 2014.1.1>

3. 「신탁법」에 따라 수탁자 명의로 등기·등록된 신탁재산의 경우: 위탁자별로 구분된 재산에 대해서는 그 수탁자. 이 경우 위탁자별로 구분된 재산에 대한 납세의무자는 각각 다른 납세의무자로 본다.

10) 법무부, 신탁법해설, 185-186쪽, 심인숙, 81쪽 각주 9)에서 재인용

한편 신탁재산의 관리 처분권한을 갖고 있는 수탁자가 재산관리능력이 부족한 위탁자(또는 수익자)를 배제하고 권한을 남용할 위험을 걱정할 수 있다. 이런 위험에 대응하여 신탁법은 신탁재산의 독립성,<sup>11)</sup> 수탁자의 선관의무 및 충실의무(신탁법 제32조, 33조) 뿐만 아니라 신탁법 제34조 이하에서 의무와 특정행위를 금지하는 규정을 두고 있다.

따라서 자신의 노후대비 또는 사후 요보호자의 복리를 염려하는 자는 신탁행위를 통하여 자신이 원하는 모습으로 생전, 사후 재산관리를 위하여 신탁을 이용할 수 있다.

### III. 후견기능을 가진 신탁

#### 1. 유언대용신탁

##### 가. 법률의 규정

신탁법 제59조(유언대용신탁)

① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 신탁의 경우에는 위탁자가 수익자를 변경할 권리를 갖는다. 다만, 신탁행위로 달리 정한 경우에는 그에 따른다.

1. 수익자가 될 자로 지정된 자가 위탁자의 사망 시에 수익권을 취득하는 신탁
2. 수익자가 위탁자의 사망 이후에 신탁재산에 기한 급부를 받는 신탁

② 제1항 제2호의 수익자는 위탁자가 사망할 때까지 수익자로서의 권리를 행사하지 못한다. 다만, 신탁행위로 달리 정한 경우에는 그에 따른다.

---

11) 신탁재산은 수탁자의 채권자에 의한 강제집행 등의 대상이 되지 아니하고(신탁법 제22조), 수탁자 사망시 상속재산에 속하지 아니하고, 이혼시 재산분할 대상이 되지 않으며(신탁법 제23조), 수탁자의 도산시 파산재산 등을 구성하지 아니한다(신탁법 제24조)

## 나. 유언대용신탁의 의의

위탁자가 자신이 사망한 때에 수익자에게 수익권을 귀속시키거나 위탁자가 사망한 때로부터 수익자가 신탁이익을 취득할 수 있는 수익권을 부여하는 형태의 신탁으로 위탁자가 자신의 생전 의사표시로 사망 후 상속재산의 귀속을 정한다는 점에서 민법상 유증과 법률효과가 같다.<sup>12)</sup> 유언대용신탁은 유언이 아니기 때문에 유언의 방식을 갖출 필요가 없다. 유언대용신탁은 유언(또는 유언신탁)에 비해 간편하고 융통성 있다.

미국의 유언대용신탁은 유증자가 그에게 유리한 처분 및 관리에 관한 규정을 임의로 유언장에 삽입할 수 있는 철회가능신탁(revocable trust)에서 비롯되었다. 미국 신탁법은 타익신탁 위주로 발달되어 있고, 신탁계약이 개입되지 않는 점 때문에 신탁관계에서 위탁자의 지위는 그 중요성이 떨어지는 특징이 있다. 그런데 위탁자가 신탁의 내용을 수정할 권리(a power to modify)나 신탁철회권 (a power to revoke)을 유보한 경우에는 위탁자가 지속적으로 신탁에 개입할 수 있다. 특히 위탁자의 신탁철회권이 유보된 철회가능신탁은 유언의 대응으로 미국에서 널리 활용되었다.<sup>13)</sup>

---

12) 광장신탁법연구회, 주식신탁법, 박영사(2013), 266쪽; 안성포, 신탁법의 개정방향 -법무부 2009년 신탁법 전면개정안을 중심으로-, 법학연구 제51권 제1호(2010), 부산대학교 법학연구소, 221쪽은 유언대용신탁이 신탁법에 신설된 이유를 위탁자 사망시에 수익권을 취득하는 수익자를 미리 지정하거나, 수익자로 지정되 위탁자 사망시에 비로소 수익권을 취득하는 것으로 정할 수 있도록 하는 유언대용신탁을 신설하여 신탁이 상속의 기능을 수행할 수 있도록 함이라고 설명하고 있다.

13) 위탁자는 수익자가 신뢰에 어긋나는 행위를 하는 경우에 신탁을 철회함으로써 수익자의 지위를 박탈할 수 있는바, 바로 이런 점 때문에 유언의 대응으로 생전에 철회 가능신탁을 하는 방안이 널리 활용된 것이다[이계정, 미국 신탁법에 관한 연구 - 우리 신탁법에 주는 시사점을 중심으로-, 재판자료 : 외국사법연구논집 (31) 제124집, 법원도서관(2012), 288-289쪽]



## 다. 유언대용신탁의 종류

### ① 유언대용의 생전신탁

본인(위탁자)의 생전에는 수익자가 따로 있고(위탁자가 될 수도 있다), 수익자로 미리 지정된 자(“사후수익자”)가 본인의 사망 시점에 비로소 수익자가 된다(신탁법 제59조 제1항 제1호). 위와 같은 신탁은 생전 수익자를 본인으로 하고, 사후수익자를 요보호자로 함으로써 생전 및 사후 재산관리기능을 수행할 수 있다.

유언신탁(신탁법 제3조 제1항 제2호)의 경우에도 수익자로 지정된 자가 위탁자의 사망시에 수익권을 취득하는데 이 경우에는 신탁 자체가 위탁자의 사망시에 효력을 발생하는 것인데 반하여, 유언대용신탁의 경우에는 신탁은 위탁자의 생전에 이미 효력이 발생하여 존재하는 생전신탁이라는 점에 차이가 있다.<sup>14)</sup>

### ② 위탁자 사망 후 수익채권이 발생하는 생전신탁

본인(위탁자)의 생전에는 수익자가 따로 없고 사후수익자가 유일한 수익자이지만, 본인이 사망한 이후에 비로소 수익채권이 발생하는 신탁이다(신탁법 제59조 제1항 제2호). 이러한 유형의 신탁으로 사후수익자를 요보호자로 하고 사후 재산관리기능을 수행하도록 하면서 본인(위탁자)이 사후수익자를 변경할 수 있다.<sup>15)</sup>

## 라. 수익자의 변경

위탁자는 사망하기 전까지 언제든지 수익자로 지정된 ‘사후수익자’를 변경할 권리를 가진다. 일반적으로 신탁행위로 특별히 정한 경우에만 위탁자에게 수익자변경권이 인정되는 것에 비추어 보면 특별한 규정이다. 그러나 유언대용신탁에서 인

14) 광장신탁법연구회, 주식신탁법, 박영사(2013), 266쪽

15) 또 신탁에서 수익채권의 발생을 위탁자의 사망 시점 이후의 일정시점으로 정할 수 있다. 예를 들어, 위탁자(유언자)가 자신의 배우자를 수익자로 지정하면서 자신이 사망한 후 3년 내에 재혼을 하지 않은 경우에 비로소 신탁수익을 받을 수 있도록 신탁을 규정하는 것이다. 이 경우 배우자는 위탁자가 사망한 때부터 수익자로서의 감독권(공익권)은 행사할 수 있지만, 사망 후 3년 동안은 신탁재산에 기한 급부를 청구할 수 없다[김상훈, 유언대용신탁제도의 문제점과 제언, 법률신문(2013. 6. 3.) 제4132호에서 인용].

정되는 수익자변경권자는 본인(위탁자)에게 한정되므로 본인이 생존하는 동안에만 행사가능하고 본인이 사망한 이후에는 수익자 변경이 불가능하다. 본인(위탁자) 이외의 제3자에 의한 수익자 변경도 불가능하다. 따라서 본인이 심신상의 제약 등으로 적절한 수익자변경권 행사·불행사를 기대하기 어려운 상황에 대비하고자 한다면, 또 본인 사후에도 수익자변경권을 유보하고자 한다면, 신탁행위로 본인 이외의 자를 추가적 또는 예비적인 수익자변경권자로 지정하여 두는 것이 필요하다.<sup>16)</sup>

#### 마. 유류분반환청구권과의 관계

##### 1) 유류분제도

유류분제도는 상속인 또는 근친자에게 피상속인의 재산에 관하여 일정한 형태의 권리를 인정함으로써 피상속인의 재산처분의 자유를 제한하는 제도이다.<sup>17)</sup> 유류분제도에 의해 법률상 상속인에게 보장되는 상속재산의 일정비율을 유류분이라 한다. 일반적으로 유류분 제도의 존재 의의에 대하여 ① 상속 제도는 생존가족에 대한 부양의 계속이라는 점, ② 이미 상속분으로 예정되어 있는 자녀들의 상속액이 유증 등으로 왜곡되는 경우 자연적 인정에 배치되고, 가족공동체의 화합과 단결을 파괴할 가능성이 있다는 점, ③ 피상속인의 처분으로 인하여 상속인들의 생계 유지가 어렵게 된다면 이는 사회에 부담이 되므로 사회 보장적인 측면에서도 유류분제도는 필요하다는 점, ④ 상속재산의 본질은 피상속인을 중심으로 하는 상속인들의 유형, 무형의 재산이므로 그 일부를 당연히 자연법적으로 취득할 권리가 상속인들에게 인정되어야 한다는 점을 들고 있다.<sup>18)</sup>

그런데 최근 우리나라에서는 경제발전으로 인한 상속재산의 가치증가와 유언 및 사인 처분 등에 대한 인식변화로 인하여 유류분에 대하여 비판적인 입장을 보이는 학설이 나타나게 되었다.<sup>19)</sup> 한편 평균수명의 연장으로 부모의 사망으로 상속이 개

---

16) 심인숙, 103쪽

17) 신영호, 로스쿨 가족법 강의, 세창출판사(2013), 491쪽

18) 변동열, 유류분제도, 민사판례연구 25권(2003. 2.), 민사판례연구회, 802-803쪽

19) 변동열(주 19), 802-804쪽

시될 때 자녀는 이미 경제적으로 독립된 생활을 하고 있는 경우가 많아졌는데, 이런 경우에는 피상속인 사후 상속재산으로 자녀를 부양해야 할 필요성은 더 이상 존재하지 않는다. 또 현대사회에서 가족 간의 유대관계가 점차 약화되는 현상이 나타나면서, 가족관계 그 자체로부터 유류분 제도의 정당성을 구하는 논거에 대해서도 의문이 제기되고 있다.<sup>20)</sup> 이처럼 고령화되는 사회 환경의 변화에 따라 유류분의 기능이 재검토 되어야 한다는 요청이 높다.

민법은 피상속인에게 유언의 의한 처분자유를 인정함과 동시에 상속인들에게는 상속재산의 일정 부분에 대한 이익을 보장함으로써 양자의 이해를 조정하고 있다. 즉 피상속인은 얼마든지 자신의 재산을 처분할 수 있지만, 상속인인 유류분권리자는 상속분 중 일정 비율에 상응하는 유류분에 미치지 못하는 부분에 대하여 그 반환을 청구할 수 있는 것이다(민법 제1115조).

유류분권리자의 이러한 권리는 신탁이 설정된 경우에도 마찬가지로 보장된다. 위탁자가 생전신탁이나 유언신탁을 설정함으로써 위탁자의 재산 내지 유산의 전부나 일부가 신탁재산으로 수탁자에게 이전되고 그로부터 발생하는 이익이 수익자에게 귀속되는 과정에서 유류분의 침해와 그 반환이 문제될 수 있다. 그러나 이에 관하여 현행 신탁법에는 아무런 규정이 없다. 신탁법 개정을 통해 유언대용신탁과 수익자연속신탁에 관한 규정을 신설하였음에도 역시 유류분과의 관계에 대하여는 별도의 규정을 두지 않는 것은 문제다.<sup>21)</sup>

## 2) 유류분산정 재산에 신탁재산이 포함되는지 여부

민법은 피상속인이 상속개시시 가진 재산의 가액에 증여재산의 가액을 가산하고 채무의 전액을 공제하여 유류분을 산정한다고 규정하고 있다(제1113조 제1항).<sup>22)</sup>

---

20) 김상용, 유류분제도, 가정법률상담소 2016년 상반기 가족법개정자문위원회 발제문(미공간), 1쪽

21) 최수정, 개정신탁법의 재산승계제도, 법학논총(제31집 제2호)(2011), 78쪽

22) 유류분 부족액 = 유류분액{유류분 산정의 기초가 되는 재산(A) × 당해 유류분권자의 유류분율(B)}<sup>1)</sup> - 당해 유류분권자의 특별수익액(C) - 당해 유류분권자의 순상속분액(D)

신탁의 구조에 비추어 보았을 때, 신탁재산은 피상속인이 생전에 신탁계약으로 수탁자에게 그 소유권을 이전한 것이므로 상속개시시 가진 재산이 아니라고 볼 수 있다. 그러나 현재 우리나라에서는 대다수 견해가 신탁재산은 유류분 산정에 포함되는 재산에 해당된다고 보고 있다.<sup>23)</sup> 신탁의 형식을 취하고 있으나 다른 상속인들이 그로 인하여 상속을 받지 못했다는 측면에서 보면 실질적으로 증여 또는 유증에 해당한다는 것이다. 이러한 견해는 신탁계약으로 수탁자에게 소유권이 이전될 때 무상으로 이전되었고, 특히 수익자가 무상으로 수익권을 취득하였다는 점에 주목한다.

이와 관련하여 수익권을 포함하여 신탁재산은 유류분 산정의 재산에 포함되지 않는다는 견해가 있어 소개한다.<sup>24)</sup> 즉, 위탁자가 재산을 수탁자에게 신탁하게 되면 그 재산은 그때부터 수탁자의 소유이므로 상속개시시에 피상속인이 가진 재산이 아니다. 또, 민법 제1113조가 정한 증여재산은 상속개시 전에 이미 증여계약이 이행되어 소유권이 수증자에게 이전된 재산을 의미하는데, 유언대용신탁을 설정할 때 사후수익자에게 실제로 이전된 재산은 아무 것도 없으므로 상속이 개시되기 전에 수익자에게 소유권이 이전된 재산이 없어 증여재산도 아니라는 것이다. 나아가 사후수익권은 원칙적으로 위탁자에 의해 언제든지 변경이 가능한 것이어서 신탁계약시 수익자에게 사후수익권이 성립했다고 볼 수 없다는 것이다.

그런데 상속세 및 증여세법(이하 ‘상증법’) 제9조는 “피상속인이 신탁한 재산은 상속재산으로 본다. 다만, 타인이 신탁의 이익을 받을 권리를 소유하고 있는 경우 그 이익에 상당하는 가액은 상속재산으로 보지 아니한다”고 규정하고 있다. 유류분

---


$$A = \text{상속개시시의 적극재산} + \text{증여재산} - \text{상속채무액}$$

$$B = \text{피상속인의 직계비속과 배우자는 그 법정상속분의 1/2( 민법 제1112조 )}$$

$$C = \text{당해 유류분권자의 수증액} + \text{수유액}$$

$$D = \text{당해 유류분권자가 상속에 의하여 얻는 적극재산액} - \text{상속채무 분담액}$$

23) 물론 신탁재산이 아니라 수익권이 유류분 산정의 기초가 되는 재산에 포함된다는 견해도 있다.

24) 김상훈, 유언대용신탁과 유류분의 관계, 2016. 7. 18. 바른상속신탁연구회 세미나 발표문, 미공간

이론과 조세법리가 별개라고 하더라도 상속세 과세대상인 재산을 상속개시시에 피상속인이 가진 재산이 아니라고 보기는 어렵다. 상증법과의 조화를 위해서는 신탁 재산은 상속개시시 피상속인이 가진 재산으로, 신탁계약으로 수익자에게 신탁재산이 전부 귀속된다면 신탁재산을 유증으로 취득한 것으로, 수익자에게 사후 수익수익권만 귀속된다면 상속개시 당시 그 수익수익권을 평가하여 유증으로 취득한 것으로 평가하여야 할 것이다.<sup>25)</sup>

앞서 본 바와 같이, 미국의 유언대용신탁은 유증자가 그에게 유리한 처분 및 관리에 관한 규정을 임의로 유언장에 삽입할 수 있는 철회가능신탁(revocable trust)에서 비롯되었다.<sup>26)</sup> 그런데 미국은 과반수 이상의 주에서 철회가능신탁의 위탁자가 철회권을 가지고 있어서 언제라도 신탁재산을 위탁자의 재산으로 복귀시킬 수 있다는 점에 근거하여 철회가능신탁의 신탁재산을 위탁자의 겸인대상재산에 포함시키고 있다. 이 점을 참고하여 유언대용신탁의 설정으로 신탁재산은 이미 수탁자에게 이전되었지만 수익자는 위탁자가 사망한때부터 비로소 수익자가 되고, 위탁자는 사망시까지 신탁을 종료시킬 권리를 통하여 신탁재산을 실질적으로 지배하고 있다고 볼 수 있어 유언대용신탁의 신탁재산은 유류분 산정의 기초재산인 피상속인 상속개시시 가진 재산에 포함된다는 견해<sup>27)</sup>를 참고적으로 소개한다.

### 3) 유류분반환청구의 상대방

유류분반환청구의 상대방을 누구로 해야 할 것인지에 대해서도 견해가 나뉜다. 즉 상대방이 수익자라는 견해와 수탁자라는 견해다.

전자는 신탁재산으로부터 이익을 향수하는 자는 수익자이므로 유류분권리자는 원칙적으로 수익자를 상대로 반환청구를 해야 한다는 것이다.<sup>28)</sup>

---

25) 사후수익권은 원칙적으로 위탁자에 의해 언제든지 변경이 가능한 것이어서 신탁계약시 수익자에게 사후수익권이 성립했다고 볼 수 없으므로 오히려 위탁자가 사후수익권을 보유하고 있다가 사망으로 수익자에게 이전된다고 보면 최소한 사후수익권은 유류분 산정의 기초가 되는 재산에 포함된다고 볼 수 있다.

26) 이계정, 288-289쪽

27) 정소민, 신탁과 유류분, 민사재판의 제문제, 186-194쪽.

28) 대표적으로 임채웅, 유언신탁 및 유언대용신탁의 연구, 인권과 정의 제397권(2009. 9.), 141쪽

후자는 유류분은 원물반환이 원칙이므로 신탁재산의 법률상 소유자인 수탁자가 반환청구의 상대방이 되어야 하고, 수탁자가 이미 신탁재산을 수익자를 위해 사용하는 등으로 인해 원물반환이 불가능한 경우에는 수익자를 상대로 가액반환을 해야 한다는 것이다.<sup>29)</sup>

이 외에 신탁재산의 이익은 실질적으로 수익자에게 돌아가므로 원칙적으로 수익자가 상대방이 되어야지만, 수익자와 수익권의 내용이 매우 다양하여 수익자를 확정할 수 없는 경우 등에는 신탁재산의 명의자인 수탁자를 상대로 반환청구권을 행사하여야 한다는 견해가 있다.<sup>30)</sup>

그런데 유류분 침해가 발생되어 수익자의 원본 수익권 또는 수익 수익권이 변경되어야 한다면 수탁자는 신탁계약에 따라 수익자에게 수익권을 교부하고, 다시 수익자는 유류분 채권자에게 침해에 해당하는 부분을 이전해야 한다. 따라서 개인적으로는 수익권이 유류분을 침해한다면 수탁자를 상대로 반환청구권을 행사하도록 하고 이는 신탁계약이 변경되거나 조정된 것으로 의제하는 것이 어떨까 생각한다.<sup>31)</sup>

#### 4) 유류분의 반환 방법

이 문제는 유류분반환청구권의 성질을 어떻게 파악할 것인가와 관계가 있다. 대법원 판례는 반환의무자는 통상적으로 증여 또는 유증대상 재산 그 자체를 반환하면 될 것이나 위 원물반환이 불가능한 경우에는 그 가액 상당액을 반환할 수밖에 없다고 판시하여<sup>32)</sup> 원물반환을 원칙으로 삼고 있다.

유류분 반환의 상대방이 수익자라는 입장에서 보면, 수익자는 원본수익자가 아

---

29) 김상훈(주 25)

30) 최수정, 개정신탁법의 재산승계제도, 법학논총(제31집 제2호)(2011), 81쪽; 정소민(주 28) 22쪽

31) 일본 신탁법은 수익자연속신탁에서 유류분의 침해가 인정되면 이는 위탁자의 처분행위를 취소하는 것이므로 수탁자가 그 상대방이 된다[최수정, 개정신탁법의 재산승계제도, 법학논총(제31집 제2호)(2011), 81쪽 각주 38]에서 인용].

32) 대법원 2005. 6. 23. 선고 2004다51887 판결; 대법원 2013. 3. 14. 선고 2010다42624, 42631 판결 등

닌 한 원물인 신탁재산의 반환을 할 수 없고, 위 관례의 취지에 따라 수익권을 반환하여야 할 것이다. 또 반환의 상대방이 수탁자라면 신탁재산의 반환이 가능하다. 그러나 이 경우 신탁계약은 효력을 발생할 수 없으므로,<sup>33)</sup> 이때에도 원물반환이 불가능한 것으로 보아 가액반환만을 허용해야 할 것이다.<sup>34)35)</sup>

## 2. 일본의 후견제도지원신탁

### 가. 의의

후견제도지원신탁은 후견인이 수행하는 피후견인의 재산관리사무와 신상보호사무 중 상대적으로 미흡한 재산관리사무를 신탁제도를 통해 지원하기 위한 제도이다.<sup>36)</sup> 법률상의 제도가 아니고 성년후견사건이 급증하면서 법원의 후견인 감독업무가 증가하고 후견인에 의한 부정사건이 사회적으로 문제가 되면서 후견인에 의한 부정행위를 미연에 방지하기 위하여 그 대책으로 2011년 2월 최고재판소 사무총국 가정국이 후견제도지원신탁의 도입을 발표하였다.<sup>37)</sup>

### 나. 신탁의 성립

후견제도지원신탁은 본인(피후견인)의 금전재산 중 일상 생활에 필요한 재산은 성년후견인이 관리하고, 나머지 재산을 신탁은행<sup>38)</sup>에 신탁하여 수탁자가 관리하는

---

33) 양재모, 재산승계제도로써 민사신탁제도 활용상의 문제점, 한양법학 제24권 제2집, 2013, 435쪽

34) 최수정(주 31), 82쪽

35) 일본의 경우에는 유류분반환청구에 가액변상권을 인정하고 있어 신탁계약에 의해 유류분이 침해된 경우 신탁계약의 파괴 없이 당사자의 이해관계를 조정할 수 있다고 한다[양재모(주 34), 437쪽].

36) 권중호/이중기, 장애인신탁의 활성화 및 발전방안에 관한 연구, 보건복지부 연구용역보고서(2013. 8.), 14쪽

37) 최수정, 고령사회에서 성년후견제도와 신탁-신탁의 기능과 활용을 중심으로-, 법조(2015. 3.), 61쪽

구조다. 후견제도지원신탁의 이용 여부는 법원이 판단을 하고, 이를 이용하는 경우 신탁계약을 체결하기 전에 기본적으로 전문직 후견인이 선임된다. 전문직 후견인은 본인의 재산상황을 파악하고 장래 생활설계에 필요한 내역을 작성하여 이를 토대로 신탁계약의 내용을 정한 후 사임하며, 친족후견인 등에게 후견사무를 인계한다.<sup>39)</sup> 즉 신탁계약을 체결할 때까지의 기간은 전문직 후견인(가정법원에 의해 후견인으로 선임된 변호사, 회계사, 법무사와 같은 전문직 종사자)을 선임하여 위 후견인이 피후견인의 재산상황 등을 파악하여 장래 생활에 필요한 예상비용을 계상하고, 신탁재산으로부터 이 비용을 충당할 수 있는 금액이 후견사무를 담당하는 친족후견인에게 전달될 수 있도록 하는 내용의 신탁계약을 수탁자와 체결한 후 사임을 하면, 그 후에는 친족후견인이 후견사무를 인계받아 후견사무를 수행하는 것이다.<sup>40)</sup>

일상적인 후견사무를 처리하는 과정에서 발생하는 비용을 후견인이 관리하는 재산으로 충당하지 못하거나 임원비 등 예상하지 못했던 비용을 지출할 필요가 있는 때에는 수탁자가 관리하는 신탁재산으로부터 지원을 받아 지출할 수 있는데, 이때 가정법원이 발급하는 지시서가 필요하다.<sup>41)</sup>

#### 다. 문제점

우선 후견제도지원신탁은 통상 지출을 넘는 부분의 재산을 신탁은행이 관리하면 나머지 후견업무를 친족후견인이 할 수 있는 후견사건에 적합하다. 따라서 친족사이에 분쟁이 있거나 친족후견인 후보자의 자질에 문제가 있다면 전문가 후견인이 계속 선임될 필요가 있으므로 이 제도를 활용할 실익이 없다. 또 피후견인의 증상이 어느 정도 안정되었다고 평가되어 통상적인 지출이 예상 가능한 경우에 활

---

38) 2012년 2월부터 신탁은행 등에서 후견제도지원신탁제도를 활용한 신탁상품을 판매하였다고 한다[권중호/이중기(주 37), 14쪽].

39) 최수정(주 38), 61쪽

40) 권중호/이중기(주 37), 16쪽; 전문직 후견인은 비용 면에서 피후견인에게 부담이 될 수 있으므로 전문직 후견인의 전문성을 활용하면서 비용을 최소화하는 방식이다.

41) 최수정(주 38), 62쪽



용된다. 만약 피후견인의 증상이 수시로 변화되는 것이 예상되고, 이와 함께 금전 재산 사용의 변화가 예상된다고 평가되면 후견제도 지원신탁은 이용될 수 없다. 또 금전이 아닌 부동산이나 채권으로는 이용할 수 없어 재산의 대부분이 부동산인 경우에는 후견제도지원신탁을 이용하기 어렵다.

무엇보다 후견제도지원신탁은 피후견인의 재산을 잘 관리하는 것이 목적이지만 피후견인이 재산을 사용하지 않고 상속하는 것으로 변질 될 수 있다. 후견인이 피후견인의 복리를 위해 필요한 것임에도 재판부에 설명을 하고 서류를 준비하여 신청하는 업무를 태만히 한다면 어떤 결과가 발생하는가? 예를 들어 주거를 개조하면 피후견인의 생활이 개선될 여지가 충분한데도 정기교부액을 변경하거나 신탁계약 해지를 위해 가정법원에 보고서나 근거자료를 제출하는 것이 어렵다면서 하지 않거나, 또는 후견인이 피후견인의 상속인이라서 주거를 개조하는데 많은 돈을 투입하는 것을 꺼린다면 후견제도지원신탁이 피후견인의 복리를 오히려 저해할 수 있다.

후견제도지원신탁은 피후견인의 재산을 **보전**하는 데 효과적이다. 그러나 재산을 보전하기 위해서 성년후견제도와 후견제도지원신탁을 이용한다면 그것은 성년후견제도의 본질과 기본 이념에 맞지 않는 것이다. 본인의 복리를 위해 **사용**되어야 한다.

그럼에도 불구하고 이 제도는 현재 성년후견제도를 보완할 수 있는 제도로 평가되고 있다. 만약 우리나라에서도 이 제도가 도입된다면, 재산이 예금뿐만 아니라 부동산이나 채권인 재산도 포함되고, 수탁자가 금융기관으로서 규모의 경제를 누릴 수 있는 지위에 있다는 것을 고려하여 일정 규모 이상의 재산이 있는 경우만이 아니라 후견인의 재산관리가 미덥지 않은 경우에도 이러한 제도를 이용할 수 있도록 해야 할 것이다.

### 3. 우리나라의 장애인 신탁제도

#### 가. 현황

현행 장애인 소득제도<sup>42)</sup>는 절대빈곤층이나 저소득층만을 대상으로 함으로써 비

교적 높은 생활수준을 유지하고 있는 계층은 대상에서 제외하고 있고, 생활비, 의료비, 교육비 등 경제적인 면에서 안정적인 삶을 유지할 수 있도록 지원하는 제도로서는 금액 면에서 미흡할 뿐만 아니라 장애인의 다양한 개별적인 수요를 충족하는 데에도 한계가 있다. 그러나 장애인신탁제도<sup>43)</sup>는 신탁계약을 통해 유연한 제도 설계가 가능하고, 부모(위탁자)의 사망 등에도 불구하고 수탁자를 통해 안정적으로 신탁재산을 관리할 수 있으며, 장애인의 개별적인 수요를 고려한 이른바 맞춤형 서비스 제공이 가능하다는 점에서 현행 장애인 소득보장제도의 한계를 보완할 수 있다. 뿐만 아니라 특히 신탁제도는 기본적으로 재산관리제도이므로 신탁재산은 일정 규모 이상이어야 한다는 점에서는 절대빈곤층이나 저소득층에게는 이용하기 어려운 제도이지만 일정수준 이상의 경제력을 갖춘 중산층의 경우에는 매우 유용한 대안이 될 수 있다.

현재 우리나라에서 이용되고 있는 장애인신탁은 상증법 제52조의2에서 정한 장애인에 대한 증여세 비과세 제도를 활용한 장애인 특별부양신탁이 유일하나 그 실질적은 미비하다.<sup>44)</sup>

#### 나. 법률규정

제52조의2(장애인이 증여받은 재산의 과세가액 불산입) ① 대통령령으로 정하는 장애인이 그의 직계존비속과 대통령령으로 정하는 친족으로부터 재산(「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」에 따른 신탁업자에게 신탁할 수 있는 재산으로서 대통령령으로 정하는 것을 말한다. 이하 이 조에서 같다)을 증여받고 제68조에 따른

42) 국민연금의 장애연금, 장애인연금법상의 장애인연금과 장애수당제도를 말함

43) 법령상의 용어가 아니고 신탁 개념에 기하여 장애인을 수익자로 하는 신탁을 의미함. 즉 장애인의 안정적인 삶을 유지하기 위해 장애인의 부모 등이 위탁자가 되어 특별한 신임관계에 있는 수탁자에게 재산을 이전하거나 기타 처분을 하고 수탁자로 하여금 장애인을 위하여 그 신탁재산을 관리, 처분하도록 한 법률관계

44) 2012년 5월 기준으로 14건이고, 수탁액은 62억 5천만 원 정도라고 한다[권중호/이중기(주 37), 6쪽]. 또 하나은행이 2017. 1. 25. 금융권 최초로 성년후견지원신탁 1호 계약을 체결했다고 한다.

<http://www.dailian.co.kr/news/view/608743/?sc=naver>. 최후방문일 2017. 1. 26.

신고기한까지 다음 각 호의 요건을 모두 갖춘 경우에는 그 증여받은 재산가액(그 장애인이 살아 있는 동안 증여받은 재산가액을 합친 금액을 말하며, 5억 원을 한도로 한다)을 증여세 과세가액에 산입하지 아니한다.

1. 증여받은 재산 전부를 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」에 따른 신탁업자에게 신탁하였을 것
2. 그 장애인이 신탁의 이익 전부를 받는 수익자일 것
3. 신탁기간이 그 장애인이 사망할 때까지로 되어 있을 것. 다만, 장애인이 사망하기 전에 신탁기간이 끝나는 경우에는 신탁기간을 장애인이 사망할 때까지 계속 연장하여야 한다.

② 세무서장등은 제1항에 따라 재산을 증여받은 장애인이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 대통령령으로 정하는 날에 해당 재산가액을 증여받은 것으로 보아 즉시 증여세를 부과한다. 다만, 대통령령으로 정하는 부득이한 사유가 있을 때에는 그러하지 아니하다.

1. 신탁을 해지하거나, 신탁기간이 끝난 경우에 그 기간을 연장하지 아니한 경우
2. 신탁기간 중 수익자를 변경하거나, 제1항 제1호에 따른 증여재산가액이 감소한 경우
3. 신탁의 이익 전부 또는 일부가 해당 장애인이 아닌 자에게 귀속되는 것으로 확인된 경우

③ 제1항을 적용받으려는 사람은 제68조에 따른 신고기한까지 대통령령으로 정하는 바에 따라 납세지 관할세무서장에게 신청하여야 한다.

④ 제2항에 따른 증여세액의 계산방법과 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

#### 다. 문제점

장애인특별부양신탁은 장애인에 대한 증여세 비과세제도를 활용하여 직계존속과 친족으로부터 증여받은 재산을 신탁 설정하고, 이를 신탁업자가 관리하여 심신장애로 인하여 스스로 재산을 관리할 수 없는 장애인의 안정적인 사회생활을 지원하

기 위한 상품이다. 그런데 현재의 저금리기조를 고려하면 증여세 면제액 한도액이 장애인의 안정적인 생활을 보장할 만큼 많지 않고, 증여세면제요건으로 신탁재산으로부터 원금인출이 제한되어 신탁의 효용을 저해할 수 있으며, 신탁소득인 신탁재산의 운용수익에 대해 과세를 하고 있고, 자익신탁방식만 인정하여 발달장애 등 정신장애가 있는 장애인의 경우 신탁계약체결능력에 문제가 있으며, 증여자의 범위와 수탁가능재산을 제한하여 활성화 환경이 좋다고 할 수 없다.

특히 이러한 신탁상품을 활용하는 경우 일정 규모 이상의 신탁재산이 필요(보통 비과세한도액인 5억 원)하고, 신탁재산의 관리에도 신탁수수료 등 제반 비용이 발생하여 고소득층이 아닌 경우 신탁설정에 따른 비용이 신탁설정을 제한하는 걸림돌이 될 수 있다.

일반적으로 신탁이 가지는 최대 장점은 탄력성이 있어 당사자가 원하는 바에 따라 맞춤형으로 설계하는 것이 가능하다는 점이고, 더불어 당사자의 의사가 온전히 실현될 수 있도록 신탁법에서 두터운 보호장치를 제공하고 있다는 것이다.<sup>45)</sup> 이러한 장점을 활용할 수 있는 방법을 모색해 본다.

## 라. 장애인신탁제도의 활성화 방안

### 1) 고소득층의 활성화 방안

자산이 많은 장애인이 현행 장애인특별부양신탁제도를 활용하기 위해서는 먼저 증여세 면제한도를 확대할 필요가 있다. 특히 신탁재산에서 원금인출을 금지하고 있기 때문에 더욱 그러하다. 신탁이 설정되면 기초생활수급자격이 되지 않는데, 비과세 한도인 5억 원으로 얻을 수 있는 월 금융수익을 감안하면 부모나 친족이 장애인 자녀에게 금전을 증여하여 기초생활수급자격에서 벗어나게 하는 것이 경제적으로 과연 이익인지 고민스러울 것이다. 더구나 장애인이 받는 수익에 대해서는 소득세를 과세하고 있는데, 적어도 비과세되는 한도에서 발생하는 수익은 장애인의 안정적인 생활을 지원하려는 공익적 목적을 고려하여 소득세를 면제하는 방안

---

45) 심인숙, 77쪽

을 제안한다. 물론 장애인이 이미 주택과 기타 상당한 재산을 소유하고 있어 장애인특별부양신탁제도를 통하여 기본생활비를 충당할 목적이라면 이런 혜택이 특혜라고 할 수도 있겠다. 그러나 장애인 자녀를 위해 5억 원을 애써 마련한 부모를 상정해 보면, 이런 제한이 있다는 것을 알면 이러한 제도를 이용하기 어려울 것이다. 위 재원을 장애인 자녀가 생전에 요긴하게 사용할 수 있도록 하는 것이 필요하다. 5억 원의 이자만 사용하고, 원본을 상속하도록 강제할 이유가 무엇인가.

## 2) 저소득층, 중산층의 활성화를 위한 전제

앞서 본 바와 같이 위 신탁은 ‘자본시장과 금융투자업에 관한 법률’상의 신탁업자에게 신탁하여야 한다. 신탁업자는 영리를 목적으로 하는 것이다. 따라서 신탁원본으로부터 수익을 창출해 낼 수는 있겠지만 반대급부로서 상당한 신탁관리비용과 보수를 지급하여야 하고, 장애인의 특별수요를 충족할 물품 및 서비스의 안정적인 조달이라는 사회 복지적 성격이 강한 서비스 제공과 무관하기 때문에 그 수익이 수익자=장애인에게 제대로 공급되게 하는 일을 담당하기는 어렵다. 비과세 한도보다 낮은 1억 원 또는 2억 원 이하의 소액으로 신탁을 설정한다면 신탁관리비용 부담도 힘들 수 있는데 신탁재산으로부터 원금 인출을 금지하고 있기 때문에 실제 위와 같은 정도 금액을 장애인특별부양신탁 원본으로 사용할 아무런 장점이 없다.

## 마. 입법론

1) 장애인 특별부양신탁을 이용하려면 수탁자는 ‘자본시장과 금융투자업에 관한 법률’에 따른 신탁업자여야 한다. 그런데 일부 요보호자에게는 신탁업자가 아닌 장애인의 삶의 질을 개선하는 활동에 전문성을 가진 집단, 비영리법인이 수탁자가 되는 것이 바람직한 경우도 많다. 장애 전문 비영리법인이 수탁자가 되면 수익자인 장애인에게 필요한 물건과 서비스를 안정적으로 조달해 주는 역할도 수행할 수 있을 것이다. 또 비영리법인과 신탁업자가 공동으로 수탁자가 되는 것이 더 나은 경우도 있다.

신탁을 영업으로 할 때에는 ‘자본시장과 금융투자업에 관한 법률’에 따라 금융감

독위원회의 인가를 받거나 등록을 해야 한다. 영업으로 한다는 것은 수탁자가 보수를 받는다는 것이다. 보수를 받지 않고 비용상환에 그친다면 ‘자본시장과 금융투자업에 관한 법률’에 적용되지 않을 것이나 비영리법인이 보수를 받지 않고 수탁자로서 의무를 다하는 것을 기대하는 것이 과연 바람직한 지 의문이다.

따라서 상증법상 장애인 특별부양신탁을 이용할 수도 있지만 이 외에 법령이 정한 기준을 충족한 장애 전문 비영리법인을 수탁자로 하는 신탁계약을 체결하는 경우에는 수탁자에게 보수를 지급할 수 있도록 금융투자업의 적용을 배제하도록 자본시장과 금융투자업에 관한 법률을 개정할 필요가 있다.

#### [개정안]

자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제7조(금융투자업의 적용배제)

⑤ 「담보부사채신탁법」에 따른 담보부사채에 관한 신탁업, 「저작권법」에 따른 저작권신탁관리업, 대통령령으로 정하는 장애인을 위한 특별목적신탁의 경우에는 신탁업으로 보지 아니한다.

2) 상증법상 장애인특별부양신탁을 이용하는 경우에도 증여세 면제 부분을 확대하거나 또는 일정한 경우, 예를 들어 의료나 주거 개조 등의 경우 법원의 허가를 받아 원본을 인출할 수 있도록 개정해야 한다. 원본 일부를 사용하여 거주용 부동산의 일부를 수익용 부동산으로 개조하는 등 수익자의 거주환경을 개선하고 새로운 수익을 창출하는 것이 수익자의 재정을 불안하게 한다고 평가할 수는 없을 것이다.

3) 상증법상 장애인특별부양신탁을 자익신탁이 아닌 타익신탁 즉, 부모가 위탁자로서 장애자녀를 수익자로 하는 신탁계약을 체결하는 경우에도 적용되도록 할 필요가 있다. 앞서 언급한 바와 같이 신탁계약체결능력이 문제될 수 있기 때문이다. 물론 성년후견심판을 받고 후견인이 권한 범위 내에서 장애인특별부양신탁을 체결할 수도 있겠지만 이는 별론으로 한다.

위와 같은 개선이 이루어지면 다음과 같은 사례를 상정할 수 있다. 부모는 수탁

자 비영리법인과 5억 원의 재산에 관하여 장애자녀를 수익자로 하는 신탁계약을 체결한다. 비영리법인은 신탁원본을 투자하여 재산을 증식시키는 것이 아니라 신탁원본을 활용하여 수익자가 생존하는 동안 인간다운 생활을 할 수 있도록 신탁재산을 관리한다. 주택 또는 금융재원을 활용한 즉시연금의 형태도 가능할 것이다. 수탁자는 그 과정에서 자연스럽게 발생하는 비용을 정액으로 정하여 상환받는다. 일종의 후견인 보수와 같은 개념이다. 공익법인도 성년후견인이 될 수 있고, 보수를 지급받기 때문에 문제되지 않는다고 생각한다. 물론 신탁재산 전부가 즉시연금 등의 형태로 전환된다면 재산관리에 수반되는 수탁자의 업무가 거의 없고, 수탁자의 업무는 신상 즉 원본을 찾을 필요가 있는지 여부를 검토하는 등으로 축소될 것이므로 보수 역시 감소될 것이다.

나아가 집합신탁으로 관리하는 것이 가능하다면 장애전문 비영리법인은 수익자를 공동으로 거주하도록 하고 나머지 부동산을 수익부동산으로 활용하여 수익자들을 위하여 사용할 수도 있을 것이다. 이런 경우 수익자의 사망으로 신탁계약이 종료될 때 잔여 신탁재산이 있다면 일정부분을 공익에 기부하도록 정하는 것도 좋을 것이다.

4) 유류분 제도의 정비가 필요하다. 우선 피상속인이 요보호자를 위해 신탁계약을 체결한 경우 그 신탁계약이 상증법상 장애인특별부양신탁이거나 유언대용신탁인 경우 상증법에서 정하고 있는 증여세 면제 부분은 유류분 산정의 기초재산에서 배제하여야 한다. 만약 6억 원의 재산을 갖고 있던 부모가 장애자녀를 위하여 5억원을 특별목적 신탁으로 증여하고 사망한 경우 다른 자녀가 유류분 반환 청구를 한다면 권리남용인 것인가?

#### IV. 마치면서

신탁은 재산관리능력이 부족한 사람들의 재산관리 측면에서 이미 후견적 기능을 수행한다. 신탁을 성년후견제도와 연결할 수 있다면 더욱 피후견인을 보호할 수 있을 것이다.<sup>46)</sup> 발제자는 신탁의 활성화를 기대하면서 마지막으로 유류분 제도와

의 관계에서 법정책적인 고려가 필요하다는 것을 강조하고 싶다. 신탁을 세심하게 설계하면 요보호자가 안전하게 재산을 승계하고 삶의 질 개선이 가능할 것이다. 그러나 장애를 갖고 생활능력이 없는 자녀를 부양하기 위해 상당한 범위(예를 들어 장애인특별신탁에서 정한 5억 원 이하)의 재산을 유언대용신탁으로 설정하여도 사후에 유류분 분쟁이 발생할 수 있다면 신탁제도를 이용하는 것은 소극적이 될 수 있다. 유류분제도가 획기적으로 개선되기 전에는 특별수요신탁을 설정하는 데 증여한 부분은 특별수익에서 제외하도록 하는 고려가 필요하다고 생각한다.

---

46) 물론 수탁자가 신탁에서 정한 내용에 반하여 신탁재산을 매각하거나 신탁수익을 지급하지 않는 등 후견인의 권한 남용과 유사한 문제가 개인 수탁자에게서도 나타날 수 있다. 금융기관과 개인을 공동수탁자로 하는 방법을 제안한다.





# “재산관리능력이 부족한 사람들을 위한 신탁제도” 토론문

조 성 혜

동국대학교 법과대학 교수, 전 한국사회법학회 회장

## I. 인지(발달)장애인의 상황과 보호의 필요성

성인이라도 발달장애인, 노인성 질환 등에 의한 인지장애인 또는 정신장애인 등 (이하 “인지장애인”이라 한다)은 인지능력 및 판단능력이 부족하여 부모 등 다른 사람의 도움 없이는 스스로 일상생활을 영위하기가 어렵다.

이에 민법은 성년후견제도를 두어 질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 “사무를 처리할 능력이 지속적으로 결여된 사람”에 대하여 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 미성년후견인, 미성년후견감독인, 한정후견인, 한정후견감독인, 특정후견인, 특정후견감독인, 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 성년후견개시의 가정법원이 성년후견의 심판을 하도록 하고 있다(민법 제9조).

그리고 인지장애인의 정신적 제약의 정도에 따라 사무처리 능력이 부족한 사람에 대하여는 “한정후견”(민법 제14조), 일시적 후원 또는 특정한 사무에 관한 후원이 필요한 사람에 대하여 일시적으로 또는 특정한 사무에 대하여만 가정법원이

“특정후견”(민법 제14조의2)의 심판을 한다.

민법은 인지장애인에 대하여 성년후견인을 반드시 두어야 하는지 여부에 대하여는 자세히 정하고 있지 않다. 일견 성년후견인제도로써 인지장애인의 신상과 재산을 충분히 보호하고 관리할 수 있으므로 가능하면 성년후견인을 선임하는 것이 당사자의 복리에 기여하는 것으로 생각할 수도 있다. 그러나 피성년후견인이 되면(성년후견, 한정후견, 특정후견이냐에 따라 다르기는 하지만) 당사자의 자기결정권이 그만큼 제한받게 된다. 그런 점에서 부모(지적장애인의 경우), 자녀(고령의 인지장애인의 경우) 또는 다른 보호자가 당사자를 돌봐줄 수 있고 본인이 어느 정도의 의사표시를 할 수 있는 상황이라면 굳이 성년후견인을 둘 필요는 없다(필요성의 원칙, 최후 수단 원칙).

그런데 같은 인지장애인이라 해도 치매 노인 등의 경우는 배우자 또는 자녀들이 당사자를 돌볼 수 있기 때문에 그나마 사정이 낫다.<sup>47)</sup>

반면 발달장애인은 부모가 질병 등의 사유로 판단능력을 상실하게 되거나 사망하게 되면 곧바로 위험에 처하게 된다. 우선은 가족들이 부모를 대신해 이들을 돌볼 수 있으리라 생각할 수 있지만, 발제문의 사례에서도 나타난 바와 같이 오히려 발달장애인의 가족(친척)들이 이들의 재산을 가로챌 가능성이 높다.

그러므로 “재산관리능력이 부족한 사람들을 위한 신탁제도”를 가장 필요로 하는 사람은 부모가 인지능력을 상실하거나 사망한 후의 발달장애인이라 할 것이다.

이와 같은 사실로부터 아래에서는 발달장애인의 복지적 관점에서 부모<sup>48)</sup>의 생전과 사후 이들을 어떻게 보호할 수 있는가에 대하여 간단히 언급하고자 한다.

---

47) 자녀가 치매 노인을 방치하거나 학대하는 경우도 흔하므로 이들에 대한 보호가 필요하기는 하다.

48) 발달장애인을 부모처럼 돌볼 수 있는 다른 형제, 자매, 친척 또는 보호자가 있다면 부모의 사후 걱정이 그다지 크다 할 수 없다. 그러나 대부분 발달장애인을 돌볼 수 있는 사람은 부모뿐이다.

## II. 발달장애인 보호의 방법

### 1. 부모 생존 시

#### 1) 부모가 인지능력이 있는 경우

부모가 인지능력이 있는 경우에는 부모가 발달장애인의 신상을 보호해 주고 재산을 직접 관리 하기 때문에 그다지 큰 문제가 발생하지 않는다. 부모가 발달장애인을 돌보는 한 성년후견인을 선임할 필요는 없다. 성년후견인의 선임과 동시에 발달장애인의 자기결정권이 박탈되거나 상당 부분 제한되기 때문이다.<sup>49)</sup> 발달장애인법도 “발달장애인은 원칙적으로 자신의 신체와 재산에 관한 사항에 대하여 스스로 판단하고 결정할 권리를 가진다”고 하여 발달장애인의 자기결정권을 명시하고 있다.

#### 2) 부모가 인지능력을 상실하게 된 경우

##### 가. 후견계약

발달장애인을 보호하는 부모 중 한 사람이라도 생존하여 인지능력이 있다면 그가 자녀의 신상과 재산을 보호해 줄 수 있으므로 큰 문제가 없다. 그러나 마지막 남은 부 또는 모가 노인성 질환 등으로 인지능력을 상실하게 되면 발달장애인 자녀가 심각한 위협에 처할 수 있다.

이 경우는 부모를 위한 성년후견인이 필요하기도 하지만, 발달장애인인 자녀를 위한 성년후견인도 필요하게 된다.

이에 대비해 부모는 자녀를 위한 성년후견개시의 심판(법정후견)개시의 청구<sup>50)</sup>를 할 수도 있지만(민법 제9조) 스스로 후견인을 정하여 (자신 또는 자녀를 위한)

---

49) 피성년후견인의 법률행위는 취소할 수 있다(민법 제10조 제1항).

50) 부모가 인지능력이 있는 한 자신을 위한 성년후견개시심판 청구를 할 수는 없다.

후견계약을 체결할 수도 있다. 사적자치의 관점에서 보자면 법정후견보다는 후견계약이 바람직하다고 본다. 소위 임의후견이라고도 하는 “후견계약은 질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 부족한 상황에 있거나 부족하게 될 상황에 대비하여 자신의 재산관리 및 신상보호에 관한 사무의 전부 또는 일부를 다른 자에게 위탁하고 그 위탁사무에 관하여 대리권을 수여하는 것을 내용으로 한다”(민법 제959조의 14).

이에 따라 부모는 자신이 인지능력을 상실할 경우에 대비하여 후견계약을 통해 임의후견인에게 재산관리 및 신상보호를 위탁할 수 있다.<sup>51)</sup> 후견계약의 내용으로 발달장애인 자녀의 신상과 재산에 대하여도 정할 수 있을 것이다.

후견계약은 본인이 후견인을 정할 수 있고 임의후견감독인을 선임하도록 하고 있어(제959조의15)<sup>52)</sup> 후견감독인을 반드시 필요로 하지 않는 법정후견<sup>53)</sup>에 비하여 안전한 것으로 보인다.

후견계약에는 법정후견의 한정후견, 특정후견이라는 개념은 없지만 “사무의 전부 또는 일부를”를 다른 사람에게 위탁할 수 있다는 의미에서 보면 피후견인의 자율로 사무의 범위를 정할 수 있다는 장점이 있다. 다만 후견계약 체결 당시 어느 정도 존재하던 피후견(대상)인의 사무처리능력이 후견계약 체결 후 저하되었을 때에는 어떻게 할 것인가 여부가 문제될 수 있다. 그러므로 부모는 인지능력이 어느 정도 존재할 때와 인지능력이 떨어질 때 후견인의 업무범위를 계약에 자세히 정할 필요가 있다.

한편 임의후견감독인의 선임 이후라도 본인 또는 임의후견인은 정당한 사유가

---

51) 부모가 자신이 인지능력을 상실한 경우에 대비해 발달장애인인 자녀를 위해 후견인을 지정해 후견계약을 체결할 수 있는지는 불분명하다. 민법 제959조의 14의 문언으로는 본인만이 후견계약을 체결할 수 있는 것으로 되어 있다. 발달장애인의 복리를 고려한다면 부모가 대리인으로 발달장애인을 위한 후견인을 정할 수 있도록 하는 것이 타당하다고 본다.

52) 가정법원은 후견계약이登記되어 있고, 본인이 사무를 처리할 능력이 부족한 상황에 있다고 인정할 때에는 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 임의후견인, 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 임의후견감독인을 선임한다(제959조의15 제1항).

53) 가정법원은 필요하다고 인정하면 직권으로 또는 피성년(한정, 특정)후견인, 친족, 성년후견인, 검사, 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 성년후견감독인을 선임할 수 있다(민법 제940조의4, 제959조의5, 제959조의10).

있는 때에는 가정법원의 허가를 받아 후견계약을 종료할 수 있다. 문제는 피후견인이 더 이상 임의후견인을 정하여 후견계약을 체결할 수 없는 상황에서 임의후견인의 의사에 따라 후견계약이 종료될 경우 어떻게 할 것인가이다. 이러한 사태가 발생하지 않도록 임의후견인을 복수로 정하는 방법도 고려해 볼 수 있다.

물론 대안으로 법정후견제도에 의하여 새로이 성년후견인을 선임하는 방법이 있기는 하다. 그러나 법정후견의 경우 후견계약처럼 본인의 의사가 충분히 반영되지 않을 수 있고<sup>54)</sup> 본인이 의사능력을 완전히 상실할 경우 이러한 사정을 아는 가족이 성년후견인이 되어 본인의 재산을 훼손할 가능성이 있다는 점에서 문제가 없지 않다.

## 나) 신탁

부모는 인지능력을 상실할 때에 대비해 본인과 발달장애인 자녀를 수익자로 하는 신탁을 설정할 수 있다.

신탁법상 “신탁”이란 신탁을 설정하는 자(위탁자와 신탁을 인수하는 자(수탁자) 간의 신임관계에 기하여 위탁자가 수탁자에게 특정의 재산(영업이나 저작재산권의 일부를 포함한다)을 이전하거나 담보권의 설정 또는 그 밖의 처분을 하고 수탁자로 하여금 일정한 자(수익자)의 이익 또는 특정의 목적을 위하여 그 재산의 관리, 처분, 운용, 개발, 그 밖에 신탁 목적의 달성을 위하여 필요한 행위를 하게 하는 법률관계를 말한다(신탁법 제2조).

가장 바람직한 방식은 법인(은행)을 수탁자로 하는 신탁계약을 체결하여 신탁재산의 범위 내에서 본인 및 자녀의 신상에 필요한 비용에 충당하도록 하는 것이다.

후견과 신탁이 반드시 배타적 관계에 있는 것은 아니므로 임의후견인을 지정했다고 하여 신탁이 효력을 상실하는 것은 아니다. 신탁은 후견인의 재산관리 부담을 경감해주는 기능을 할 수도 있다.

---

54) 민법은 “가정법원은 성년후견개시의 심판을 할 때 본인의 의사를 고려하여야 한다”(민법 제9조 제2항)고 하고 있으나, 실제로 본인의 의사에 반하여 성년후견인을 선임할 수 있는지 여부는 규정하고 있지 않다. 다만 특정후견은 본인의 의사에 반하여 할 수 없다(민법 제14조의2 제2항).

금년 초부터 금융권에서는 성년후견지원신탁 상품을 내 놓아 이미 제1호 계약을 체결한 바 있다. 즉 성년후견지원신탁을 통해 KEB 하나은행은 피후견인에게 월 생활비를 안정적으로 지급해 이들의 생활안정에 기여함과 동시에 금전 등 주요 재산을 투명하고 안전하게 보전 및 관리함으로써 이들을 실질적으로 도와주는 재무적 후견자 역할을 하게 될 예정이라고 한다. 이로써 후견인들의 재산관리 업무 부담도 줄어들 것으로 내다 보고 있다.<sup>55)</sup>

## 2. 부모의 사후(대비)

### 1) 유언

지적장애인의 부모들은 대부분 자신이 자녀보다 하루만 더 살았으면 좋겠다고 말한다. 자신의 사후 자녀를 누가 돌봐줄 것인가에 대한 걱정 때문이다. 이에 대비하여 부모는 유언을 통해 자신의 사후 재산을 특정인에게 위탁하여 발달장애인 자녀를 돌봐 줄 것을 명시할 수 있을 것이다.

그러나 유언으로 재산을 믿을 만한 사람에게 위탁한다 해도 본인의 사후 그가 자신의 발달장애인 자녀의 복리를 위해 사용할 것이라는 보장은 없다. 설령 부모가 생전에 신뢰할 만한 사람에게 자녀를 부탁했다 할지라도 부모의 사후 그가 신의를 저버릴 수도 있고, 그렇지 않다 해도 자신이 경제적 어려움에 처하게 된 경우 발달장애인의 재산을 훼손할 가능성을 배제할 수 없다.

### 2) 유언대용신탁

유언대용신탁이란 부모의 사후에 자녀가 수익권을 갖는 것을 내용을 정하는 신탁이다(신탁법 제59조). 즉 유언대용신탁은 i) 수익자가 될 자로 지정된 자가 위탁자의 사망 시에 수익권을 취득하는 신탁, ii) 수익자가 위탁자의 사망 이후에 신탁 재산에 기한 급부를 받는 신탁 중 어느 하나에 해당하는 경우를 말한다(신탁법 제

---

55) “KEB 하나은행, 처음 ‘성년후견지원신탁’ 체결”, 한국보험신문 2017. 2. 6.

59조 제1항).

유언대용신탁의 수탁자가 자연인일 경우는 그가 성년후견인과 비슷하게 일상생활에서 지적장애인(수익자)을 보호하고 재산을 관리할 수 있다는 장점이 있다. 그러나 다른 한편 자연인인 수탁자는 (수탁자가 위탁자인 부모의 의사대로 지적장애인의 재산을 제대로 관리하고 보호할 수 있을 지는 별론으로 하고도<sup>56)</sup>) 법인 수탁자에 비하여 사망, 인지능력 상실, 파산선고 등을 받을 경우(신탁법 제12조 제1항)가 발생할 가능성이 높고, 이 경우 수익자인 발달장애인이 자신의 권리를 행사<sup>57)</sup>할 수 없다는 단점이 있다.

수탁자가 법인(은행 등 금융기관)일 경우는 자연인에 의한 재산 횡령의 가능성은 현저히 줄어들어 재산 관리 측면에서는 보다 안정적으로 보인다. 반면 수탁자가 자연인이 아니기 때문에 일상생활에서 지적장애인을 보호할 수가 없다. 그러므로 일상생활에서 지적장애인을 보호할 사람이 필요하다. 그러나 그가 반드시 성년후견인일 필요는 없다.

다만 부모가 아닌 형제, 자매나 친척이 과연 사익을 추구하지 않고 오로지 지적장애인의 복리만을 위해 일할 수 있는지 여부는 의문시된다.

한편 복지시설을 수탁자로 하는 것은 위탁자가 특별한 의사표시를 한 것이 아니라면 위험의 소지가 있다. 복지시설의 장이 수탁재산을 수익자의 복리가 아니라 복지시설의 비용으로 전용(轉用)할 가능성을 배제할 수 없기 때문이다.<sup>58)</sup>

---

56) 신탁법에 의하면 수탁자는 충실의무(제33조), 이익에 반하는 행위의 금지(제34조), 공평의무(제35조), 수탁자의 분별관리의무(제37조), 장부 등 서류의 작성·보존 및 비치 의무(제39조), 수탁자의 원상회복의무(제43조) 등의 의무가 있다.

57) 위탁자와 수익자는 합의하여 또는 위탁자가 없으면 수익자 단독으로 언제든지 수탁자를 해임할 수 있다(신탁법 제16조). 물론 제18조 제1항에 의하여 “법원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우로서 신수탁자가 선임되지 아니하거나 다른 수탁자가 존재하지 아니할 때에는 신탁재산을 보관하고 신탁사무 인계에 필요한 행위를 하여야 할 신탁재산관리인을 선임한다.

1. 수탁자가 사망하여 민법 제1053조제1항에 따라 상속재산관리인이 선임되는 경우
2. 수탁자가 파산선고를 받은 경우
3. 수탁자가 법원의 허가를 받아 사임하거나 임무 위반으로 법원에 의하여 해임된 경우”



유류분을 인정하느냐 여부는 발달장애인의 복리적 관점에서 보면 비교적 지엽적인 문제라고 본다. 유류분 문제는 부모가 모든 재산을 발달장애인 자녀를 수익자로 하여 신탁을 한 경우에만 발생하기 때문이다.

그러나 부모가 모든 재산을 발달장애인 자녀를 수익자로 하여 유언대용신탁을 했다면 다른 상속인들에 대한 유류분을 허용하는 것이 정의에 부합한다고 본다.

### 3) 장애인특별부양신탁

부모는 스스로 재산을 관리할 수 없는 장애인 자녀를 위해 부모가 사망하더라도 생활자금을 마련할 수 있게 장애인특별부양신탁제도를 활용할 수 있다. 장애인특별부양신탁<sup>59)</sup>은 발제문에서도 언급된 바와 같이 부모 등 후견인이 증여한 재산을 금융회사(신탁업자)가 관리하면서 부모가 사망하더라도 생활자금을 마련할 수 있게 돕는 제도로 5억 원까지 증여세가 비과세된다. 다만 현재 중도 인출을 할 경우 과세가 되도록 하고 있는데<sup>60)</sup> 발달장애인에게 긴급한 상황이 발생할 경우가 중도 인출이 필요하다는 점에서 제도개정의 움직임이 일고 있다.<sup>61)</sup>

---

58) 복지시설이 후원금과 시설보조금을 유용하고 개인금전을 부적절하게 사용하는 사례는 드물지 않게 발생한다. “장애인 거주시설, 회계부정·인권침해 사례 적발”, 2017. 3. 9.

59) 장애인특별부양신탁은 1998년 도입된 것으로 상속세 및 증여세법은 장애인이 증여받은 재산을 신탁업자에게 신탁하고, 그 장애인이 신탁의 이익 전부를 받는 수익자로서, 신탁기간이 그 장애인이 사망할 때까지로 되어 있는 경우 증여받은 재산가액을 5억원 한도까지 증여세 과세가액에 산입하지 않는다(상속세 및 증여세법 제52조의2). 취급대상 자산은 금전, 유가증권, 부동산(동법 시행령 제45조의2 제3항)이고 취급기관은 자본시장법상 신탁업자인 보험, 은행, 증권회사 등이다.

60) 재산을 증여받은 장애인이 i) 신탁을 해지하거나, 신탁기간이 끝난 경우에 그 기간을 연장하지 아니한 경우, ii) 신탁기간 중 수익자를 변경하거나, 증여재산가액이 감소한 경우, iii) 신탁의 이익 전부 또는 일부가 해당 장애인이 아닌 자에게 귀속되는 것으로 확인된 경우의 어느 하나에 해당하면 증여세를 부과한다(상속세 및 증여세법 제52조의2 제2항).

61) 정부는 장애인 자녀에게 긴급자금이 필요할 때, 질병과 파산 등에 한해 증명이 가능한 경우 중도 인출 시 과세의 예외조항을 고려하고 있다. “장애인 부양 신탁제도 19년만에 손본다”, 뉴스핌 2017. 1. 24.

#### 4) 성년후견제 이용지원(공공 성년후견제)

지적장애인의 복리 관점에서 수탁자를 법인으로 하는 (유언대용)신탁이 바람직 하기는 하지만 법인이 지적장애인의 일상생활에 도움을 줄 수는 없다는 점에서 별도의 보호자(성년후견인 등)를 필요로 한다.

발달장애인법은 제9조에서 성년후견제 이용지원에 대하여 다음과 같이 정하고 있다.

지방자치단체의 장은 성년인 발달장애인이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하여 후견인을 선임할 필요가 있음에도 불구하고 자력으로 후견인을 선임하기 어렵다고 판단되는 경우에는 그를 위하여 민법에 따라 가정법원에 성년후견개시, 한정후견개시 또는 특정후견의 심판을 청구할 수 있다.

1. 일상생활에서 의사를 결정할 능력이 충분하지 아니하거나 매우 부족하여 의사결정의 대리 또는 지원이 필요하다고 볼 만한 상당한 이유가 있는 경우
2. 발달장애인의 권리를 적절하게 대변하여 줄 가족이 없는 경우
3. 별도의 조치가 없으면 권리침해의 위험이 상당한 경우

위 규정에 따라 지방자치단체의 장이 성년후견개시, 한정후견개시 또는 특정후견의 심판을 청구할 때에는 i) 보건복지부장관이 정하여 고시하는 법인(후견법인)에서 종사하는 사람으로서 발달장애인 권리보호 업무 등에 전문성이 있다고 보건복지부장관이 인정하는 사람, ii) 후견법인에서 보건복지부장관이 정하는 교육을 받은 사람으로서 후견기간 동안 후견법인의 지원과 감독을 받는 사람을 후견인 후보자로 하여 그 사람을 후견인으로 선임하여 줄 것을 함께 청구하여야 한다(발달장애인법 제9조 제2항 및 동법 시행령 제3조).

위와 같은 절차를 거쳐 선임된 후견인은 발달장애인을 개인적으로 잘 알지는 못 하지만 전문성이 있는 공공기관의 종사자라는 점에서 발달장애인의 가족이나 친척보다 신뢰할 수 있고 그의 복리를 위해 일할 수 있다고 본다.

다만 공공성년후견제는 “발달장애인의 권리를 적절하게 대변하여 줄 가족이 없는 경우”를 요건으로 하기 때문에 자칫 가족이 있는 경우는 이를 이용할 수 없는

것으로 보인다. 물론 이 규정 중 “적절하게” 대변해 줄 가족이 없다고 본다면 가족이 있는 경우도 공공 성년후견제를 이용할 수 있다고 해석할 수 있을 것이다.<sup>62)</sup>

### Ⅲ. 소결

발달장애인법은 “발달장애인의 의사를 최대한 존중”(제1조)하여 자신의 신체와 재산에 관한 사항에 대하여 스스로 판단하고 결정할 권리(제3조)를 보장하고 있다. 발달장애인의 의사와 자기결정권을 보호한다는 측면에서 보면 성인인 그에게 후견인을 두는 것은 그리 바람직하다고 할 수 없다. 그러나 부모가 인지능력을 상실하거나 사망하게 된 경우 스스로 일상생활을 영위할 수 없는 발달장애인은 곧바로 위험한 상황에 처하게 된다.

물론 부모의 유고 시에도 누군가가 부모처럼 그의 진정한 복리를 위해 신상과 재산을 보호하고 관리해 수 있다면 성년후견인도, 재산의 신탁도 필요하지 않을 것이다. 그러나 현실은 그렇지 않다.

그러므로 부모는 생전에 자신의 인지능력 상실에 대비해 (후견계약을 통해) 자신과 발달장애인 자녀를 위한 후견인을 정해 두고, 금융기관에 본인을 수탁자로 한 성년후견신탁계약을 체결하고, 자신의 사후 발달장애인 자녀를 위해 유언대용 신탁을 할 필요가 있다. 그리고 부모 사후 성년후견인은 가족보다는 공공 성년후견제에 의한 공공기관의 종사자로 하는 것이 바람직하다고 본다.

---

62) 실무에서의 혼란을 최소화하기 위해서는 발달장애인의 가족이 없거나, 있다 해도 그의 권리를 충분히 대변해줄 수 없는 경우 등으로 법을 개정할 필요가 있다고 본다.

## 후견신탁의 실무상 쟁점과 관련하여

정 용 신

서울가정법원 판사

### 1. 발제문 1면 기재 사건 관련

가. 해당 사건 진행 경과(서울가정법원 2015느단1\*\*\*\*, 2017느단5\*\*\*\*)

서울가정법원 2015느단1\*\*\*\* 성년후견개시 사건에서 2016. 11. 14. 한정후견이 개시되고 한정후견인으로 청구인이 아닌 제3자(사단법인 한국성년후견지원본부)가 선임되자, 청구인 측에서는 항고심 계속 중 2016. 12. 23. 청구를 취하하였음. 그로 인하여 발제문에 지적된 바와 같이 사건본인의 보호가 어려워지게 되었으며, 이에 서울가정법원 2017느단5\*\*\*\*호로 서울중앙지방법검찰청 검사가 청구인으로서 2017. 1. 12. 위 사건의 사건본인에 대한 한정후견개시심판을 청구하였고, 그 다음 날인 2017. 1. 13. 사단법인 한국성년후견지원본부를 임시후견인으로 하는 직권 사전처분결정이 내려졌으며, 이에 대하여 사건본인 대리인 명의의 항고가 제기되어 항고심에 계속중임

## 나. 시사점

- 성년후견심판을 청구한 후 청구인이 자신의 의사대로 후견인이 선임되지 않았다는 이유로 임의로 심판청구를 취하하는 경우, 사건본인의 복리가 심각하게 저해될 우려가 있으므로, 이를 방지하기 위해 가사소송법 전부개정법률안에서는 미성년자, 장애인의 보호를 위하여 친권자 지정, 친권상실·정지, 성년후견개시 등의 청구사건에서 가정법원이 허가하는 경우에만 취하할 수 있도록 함(개정안 제63조). 현재에도 위와 같이 청구를 취하하는 경우가 적지 아니한바, 가사소송법의 시급한 개정이 요구됨
- 위와 같은 보호방안이 마련된 이후 후견신탁제도와 결합된다면, 사건본인의 보호에 보다 충실할 수 있을 것으로 기대됨

## 2. 유언대용신탁과 관련하여 발생 가능한 실무상 쟁점

### 가. H은행 유언대용신탁관련 사건(의정부지방법원 고양지원 2015가합7\*\*\*\* 소유권말소등기) 개요

- 원고(A)는 2014. 8. 29. H은행과의 사이에, 원고(A)를 위탁자 및 생전수익자, 원고(A)의 자녀들인 B, C, D, E를 사후 1차 수익자로 하여 원고(A) 소유의 아파트와 현금 9억 원을 H은행에게 신탁하기로 하는 내용의 유언대용신탁계약을 체결하고 2014. 9. 1. H은행에게 위 아파트에 관하여 신탁을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 마쳐줌
- 그런데, 원고(A)는 2015. 1. 28. H은행을 피고로 이 사건 소유권말소등기 소송을 제기하면서, 1) 원고가 치매 환자로서 의사능력이 없는 상태에서 위 신탁계약을 체결하여 무효이고, 2) 이 사건 신탁계약은 수익자 전원의 동의를 얻어야만 해지할 수 있는데, 사후 1차 수익자들 중 B의 경우 환청, 망상, 사고 장애 등이 지속되는 등 상세불명의 정신분열증을 앓고 있는 의사무능력자여서 애초부터 수익자 전원의 동의를 얻는 것은 불가능하였으므로, 원고는 계약 일반원칙에 따라 이 사건 신탁계약을 자유로운 의사에 따라 해지할 수 있다고 주장하였

음(원고의 나머지 주장은 생략)

- 이에 대하여 피고는, 위 소유권말소등기청구의 소가 원고의 진정한 의사에 기하여 제기된 것이 아니며, 원고로부터 적법하게 소송대리권을 위임받지 못한 소송대리인에 의하여 제기된 것으로서 무효라고 주장함. 이에 대하여 1심 재판부는 원고가 2015. 9. 4. 원고 소송대리인에 대한 소송위임장에 관하여 공증을 받았다는 이유로 적법한 소송대리가 있었다고 판단함
- 1심 재판부는 1) 원고의 의사능력이 결여되어 무효라는 주장에 관하여는 원고가 이 사건 신탁계약 체결 당시 치매로 인하여 의사무능력 상태에 있었음을 인정하기에 부족하다고 배척하였고, 2) B의 정신분열증으로 인한 의사무능력으로 수익자 전원의 동의를 얻는 것이 원시적으로 불가능하다는 주장에 대하여는 추후 B에 대하여 법원이 선임한 성년후견인에 의해 이 사건 신탁계약의 해지 동의를 이루어질 수 있는 점에 비추어 이유 없다고 판단하여(그외 원고의 나머지 주장에 대한 판단은 본고에서는 생략함) 원고 패소 판결을 선고함
- 위 1심 판결에 대하여, 현재 항소심은 관련사건(A에 대한 성년후견개시심판) 결과 대기를 위해 추정된 상태임
- 즉, 위 사건과 관련하여 A와 B의 의사무능력 여부가 주된 쟁점으로 보이는데, A에 대하여는 자녀 C, D가 2015. 7. 31. 의정부지방법원 고양지원에 A를 사건 본인으로 한 성년후견개시심판청구를 하였고, 다른 자녀 B, E가 관계인으로 절차에 참여하였으며(B에 대하여는 특별대리인이 선임됨), 2016. 9. 28. A에 대하여 성년후견을 개시하고 성년후견인으로 제3자를 선임하는 심판이 내려졌는데, 이에 대하여 A 대리인의 항고로 현재 항고심에 사건이 계속중임(만약 A에 대한 성년후견개시심판이 확정되고, A의 성년후견인에게 법정대리권이 제한되어 소송행위에 대한 법원 허가가 필요하다면, A의 성년후견인은 앞서 본 소유권이 전등기말소소송의 유지를 위해서는 별도로 법원의 허가를 받아야 할 것임)
- 한편 C, D가 2016. 1. 15. 서울가정법원에 B를 사건본인으로 한 성년후견개시심판청구를 하였고, E가 참가인으로 절차에 참여하였으며, 절차 도중 B와 E 사이에 E를 B의 임의후견인으로 하는 임의후견계약이 체결되었으나 그 효력 발생을 위한 임의후견감독인 선임심판은 별도로 청구하고 있지 아니하던 중, 2016. 12. 16. B에 대하여 한정후견을 개시하고 후견인으로 제3자를 선임하는 심판이

내려졌음. 이에 대하여 B의 대리인(앞서 본 A에 대한 성년후견개시사건의 A 대리인과 동일)의 항고로 현재 항고심에 사건이 계속중임

#### 나. 시사점

- 위 사건에서 보는 바와 같이, 유언대용신탁계약 체결 당시 위탁자의 의사능력에 대한 다툼이 있을 가능성이 매우 높으므로, 계약체결시 그와 관련된 자료가 완비되어야 할 것으로 보임
- 또한 위탁자는 사망 전까지 언제든지 수익자로 지정된 사후수익자를 변경할 권리를 가지는데, 사후수익자 변경 당시 위탁자에게 의사능력이 있었는지 여부에 관하여도 추후 다툼이 있을 가능성이 매우 높은 것으로 보이므로, 신탁계약 당시 이 부분에 대한 대비가 필요할 것으로 보임(사후수익자 변경 당시 위탁자의 의사능력 판단 기준을 명시하는 등)

### 3. 후견제도와 후견신탁제도 결합의 필요성에 관하여

#### 가. 일본의 후견제도지원신탁에 대한 발제 내용

- 일본의 경우 전문직 후견인은 본인의 재산상황을 파악하고 장래 생활설계에 필요한 내역을 작성하여 이를 토대로 신탁계약의 내용을 정한 후 사임하며, 친족 후견인 등에게 후견사무를 인계한다고 함
- 일본의 후견제도지원신탁은 통상 지출을 넘는 부분의 재산을 신탁은행이 관리하면 나머지 후견업무를 친족후견인이 할 수 있는 후견사건에 적합하고, 따라서 친족 사이에 분쟁이 있거나 친족후견인 후보자의 자질에 문제가 있다면 전문가 후견인이 계속 선임될 필요가 있으므로 이 제도를 활용할 실익이 없음
- 후견제도지원신탁은 피후견인의 재산을 잘 관리하는 것이 목적이지만 피후견인이 재산을 사용하지 않고 상속하는 것으로 변질될 수 있음

## 나. 발제에 대한 토론 사항

- 일본의 후견제도지원신탁에 대하여는 발제자가 지적한 바와 같은 문제점이 있는 것으로 보이므로, 우리의 경우 후견신탁계약이 체결된 이후에도 전문가후견인이 사임하지 않고 신상 및 재산관리를 지속적으로 수행하는 것이 필요할 것으로 보임(단, 재산 규모가 크지만 친족간 다툼이 없는 사안의 경우에는 일본의 후견제도지원신탁과 같이 운용할 수 있을 것임). 이에 대한 발제자의 의견을 요청드립니다.
- 다만 이 경우 전문가후견인에 대한 보수와 후견신탁계약상의 신탁보수가 이중으로 지출되므로, 전문가후견인의 보수 감액을 고려해야 하는 문제가 있는바, 후견감독법원에서 필요한 경우 전문가후견인으로 하여금 보수 감액에도 불구하고 후견신탁계약의 체결을 하도록 명령하는 등 사안별로 접근하는 방안이 필요할 것임
- 전문가후견인에 따라 보수의 감액에도 불구하고 안전한 피후견인 재산 관리를 위해 신탁계약 체결에 우호적인 경우 있음
- 발제문 15페이지의 각주 45에 언급된 사안의 경우, 친족간 다툼이 많은 사건으로서 사건본인의 신상 및 재산에 관해 전문가후견인이 선임되었고, 신탁재산은 8억 2,000만 원(이외에 다른 재산도 존재함), 신탁보수는 선취보수 0.7%(계약 기준으로 1회 발생), 후취보수 연1%이며, 후견인의 보수는 월 80만 원(부가가치세 별도)인바, 신탁계약 체결 후 현재까지 전문가후견인의 보수 감액은 없음
- 후견제도지원신탁으로 인하여 피후견인이 재산을 사용하지 않고 상속하는 것으로 변질될 수 있는 문제점은 1) 다툼이 심한 사건의 경우 전문가후견인의 지속적 선임과 후견법원의 감독, 2) 다툼이 없는 사건의 신탁계약 + 친족후견인 체제에서는 후견법원의 철저한 후견감독으로 방지할 수 있을 것으로 보임. 이를 위해 후견감독에 투입되는 법원의 인적, 물적 자원을 확충하고, 성년후견센터의 설립이 필요할 것으로 보임
- 또한, 서울가정법원에서는 후견신탁과 관련하여, 금융기관을 대상으로 후견신탁을 주제로 한 간담회를 개최하여 논의할 예정임





## 재산관리능력이 부족한 사람들을 위한 신탁제도

배 정 식

KEB하나은행 리빙트러스트 센터장

### I. 문제제기에 대하여

우리사회는 경제적 성장과 함께 다양한 복지적 수요에 부응하기 위한 크고 작은 변화를 겪고 있는 것 같습니다. 여러 계층에 걸쳐 있는 문제들을 개인에게만 맡겨 놓기엔 너무 복잡하고 힘든 사안들이라, 사회 구성원 전체가 나서 그 해결책을 만들어 가야할 것입니다.

한국사회는 세계에서 가장 빠른 고령화 진행으로 2015년 현재 65세 이상인구가 13.2%로 약660만명이며 2026년이 되면 그 비율은 20% 넘게 됩니다.

또한 보건복지부 등록장애인 추이 자료에 의하면 2001년 110만명에서 2014년에는 약 250만명에 이르고 있는데, 특히, 정신적 장애로 인한 문제는 다양한 관점에서 사회 돌봄 장치가 만들어져 제대로 가동되어야 할 것입니다.

이러한 상황에서 배인구 로고스 가사상속센터장님의 “재산관리능력이 부족한 사람들을 위한 신탁제도” 주제발표는 실질적인 사회지원을 하기 위한 길라잡이 역할과 성년후견제 등 다양한 복지제도의 경제적 실효성을 보장할 수 있는 사회적 시스템으로 신탁을 제시한다는 측면에서 큰 의미가 있다고 생각합니다.

발표문의 문제제기에서 언급된 조현병환자 또는 상속인으로 정신적 장애가 있는 부인과 같은 분들을 위한 재산관리 방법으로 소개된 신탁은 현실에서 매우 유용한 재산관리 도구로 자리 매김할 것으로 동감하고 있습니다.

저는 KEB하나은행 신탁부 리빙트러스트 센터장으로 근무 중이며 상기 언급된 정신적 장애가 있는 분들의 장애 정도에 따라 적절한 자산관리를 신탁을 통해 지원하고 있으며 나아가 부모의 이혼 또는 사망으로 인하여 남겨진 미성년자들의 재산을 보존하는 방법 역시 신탁으로 관리하고 있습니다.

이에 발표자가 언급하신 성년자의 정신적 장애 또는 제약이 있는 경우와 미성년자들을 위하여 직접 수행중인 재산관리사례를 소개하며 마지막으로 신탁의 활용을 확대하기 위한 의견을 말씀드리고자 합니다..

## II. 신탁의 활용 사례

신탁의 가장 큰 특징은 일단 신탁계약이 이뤄지면 대상 재산은 재산을 맡긴 사람(이하 위탁자)의 것도 재산을 맡아 관리하는 사람(이하 수탁자)의 고유재산도 아닌 독립적인 성격을 갖게 됩니다.

그래서 위탁자와 수탁자가 경제적 파산에 이르거나 사망하더라도 신탁된 재산은 원래의 계약목적에 따라 관리 또는 상속이전 될 수 있게 됩니다.

## 1. 성년의 재산관리 사례

발표자 사례의 조현병 환자의 경우는 성년후견제도가 시행되기 전인 2012년에 비록 부모가 사망하였지만, 만약 당시 신탁을 접하셨다면 기사에서와 같은 일은 벌어지지 않았을 것입니다.

성년후견제도가 시행되기 전에 부모가 위탁자가 되어 딸을 위해 재산을 맡기는 유언대용신탁을 했다면 딸에게는 적절한 생활비가 지급되면서 필요시 성년후견제도를 통하여 후견인과 함께 의료비, 주거비 등의 지출관리를 하고 나머지 재산은 신탁으로 보전될 것입니다.

2010년 4월부터 상속형 신탁을 출시하고 2016년 치매안심신탁과 법정후견의 지원신탁을 출시한 하나은행으로서는 다양한 상속설계와 생전 및 사후 자산관리 계약이 있어 그 중 몇 가지 사례를 소개하고자 합니다.

### (1) 사례 1 - 치매중증의 80세 홍길순 님 (여) (2013년 4월 계약 관리 중)

치매 중증이며 가족은 해외거주 딸과 국내 거주하는 아들. 사업하는 아들이 모친의 자금을 관리하며 병원비로 충당하고 있으나 딸 입장에서는 사업자금으로 소진될 것을 염려하여 한국방문 때 신탁문의 후 계약하고 지출.관리하는 사례입니다.

유언대용신탁 계약 후 모친 생전에는 매월 생활비, 의료비 등을 지급하되, 국내 거주 아들은 청구자 역할만 하고 수탁자인 은행에서 직접 자금관리를 함으로써 집행상의 잡음을 줄였음은 물론이고 신탁재산은 오로지 치매 모친을 위해서만 사용될 것입니다.

### (2) 사례 2 - 치매초기의 80세 홍순자 님 (여) (2014년 8월 계약 관리 중)

성년후견제도 시행 이후이나 치매초기상태로 관리방법은 사례 1과 동일함.

유언대용신탁계약을 본인이 하고 월 생활비 지급, 의료비 지급 방법 등을 계약으로 정하여 관리하다가 사후 상속인들인 자녀 3명에게 신탁에서 분배하게 됩니다.

특징은 관리방법에 이의를 제기한 자녀가 있어 모친으로 하여금 계약을 취소하는 소송이 있었으나 모친의 복리를 위하여 신탁관리가 바람직한 것으로 한다는 법원의 판결과 함께 현재도 잘 관리하고 있는 사례입니다.

### (3) 사례 3 - 정신적 장애가 있는 40대 홍길동 님 (남)

(2017년 1월 성년후견지원신탁 계약 관리 중)

어려서부터 정신적 장애가 있는 남자로 최근 성년후견심판을 받았으며 전문 후견법인이 본인을 위한 신탁계약을 하고 주기적인 생활비를 받고 부정기적인 필요자금(의료비, 주거비 등) 역시 은행에서 법원의 허가하에 지출관리 됩니다

## 2. 미성년의 재산관리 사례

신탁은 치매나 정신적 제약이 있는 성년자 또는 장애인을 위한 해결책을 제시하지만, 부부이혼 또는 부모 사망으로 인한 남겨진 미성년 자녀들에게도 매우 유용한 역할 즉 재무적 후견역할을 수행할 수 사례를 유형으로 간단히 소개합니다.

### 사례유형 1 : 부부의 이혼 그리고 미성년자녀들 몫으로 남겨진 자금관리 문제

신탁계약을 했던 부부는 결혼 10년 전후의 상태로 초등학교 자녀를 두고 친권 및 양육권은 엄마에게 있는 경우입니다. 문제는 아이 명의 예금이 있어 아빠입장에서 아이명의 예금을 엄마가 사용하지 못하도록 하는 경우입니다.

신탁을 통해 아이가 일정한 나이가 될 때까지 친권자 및 양육권자인 엄마의 일방적인 판단으로 예금을 해지하지 못하도록 함으로써 고민을 해결한 사례입니다.

## 사례유형 2 : 부부의 이혼 후 양육권자의 중병으로 인한 미성년자 보호고민

본 유형은 미성년자 관련된 상담사례 중 가장 큰 비중을 차지하고 있으며 바로 최진실씨 사례와 같은 경우들입니다.

이런 고민에 대하여 유언을 통한 후견인 지정과 신탁계약을 통해 친권자인 부모 또는 모의 사망이후에도 미성년 자녀들에게 남겨진 재산이 생활비, 교육비 등으로 사용되도록 할 수 있습니다.

## 사례유형 3 : 평온했던 가정, 부모의 갑작스런 사고로 인한 미성년자 보호

아파트 화재로 홀로 남겨진 어린 자녀, 여행을 떠나는 도중 발생한 교통사고로 홀로 된 자녀, 먼 이국에서 선교활동을 하던 중 사망한 부모와 그 어린 자녀들의 실 사례들입니다.

임시후견인으로 선임된 가족의 주위로부터의 따가운 시선 부담을 덜 수 있고, 자녀가 일정한 나이가 될 때까지 부모가 남겨놓은 보상금 또는 보험금이 제대로 관리되며 아이를 위해 사용될 수 있도록 한 사례들입니다.

### III. 신탁 활성화를 위한 제언

신탁은 영미권에서 매우 보편화된 사회안전망으로 자리 잡고 있으며 우리보다 고령화가 빠른 일본에서도 점차 활성화 되가고 있습니다.

특히 발표자께서 언급하신 장애인신탁 제도는 크게 개선할 필요성이 있으며, 현 장 실무자 입장에서 보면 첫째 위탁자가 부모로 계약이 가능하여야 하고, 둘째 신탁된 재산 원본자체가 수익자인 장애인을 위하여 계속 사용되더라고 현재와 같은 세제혜택이 유지되어야 할 것입니다. 또한 장애인 사망시점까지 지속적인 지급이

이루어지기 위해서는 보험신탁과 같은 제도가 도입되어야 할 것입니다.

또한 발표자가 말씀하신 신탁재산의 종류에 관하여 부연 드리자면, 현재 모든 금융기관이 신탁관리가 보편화 되지는 못하여 대부분 금융기관은 금전에 국한해서 관리하고 있는 것이 사실입니다.

제가 담당하고 있는 센터에서는 유언대용신탁의 경우, 부동산의 비중이 압도적으로 높은 편이며, 후견신탁은 초기에는 금전으로 시작하였지만, 점차 현금흐름이 발생하는 부동산은 신탁에 의한 관리범위에 포함될 것입니다.

다만, 현금흐름이 발생하는 부동산의 경우에도 개별성이 강한 부동산의 특성상 그 관리방법은 매우 다양할 수 밖에 없어, 결국 후견인과 수탁자간의 긴밀한 협조가 필요하며 앞으로의 사례 축적도 중요할 것으로 생각합니다.

제도적 순기능이 많은 신탁제도가 제대로 정착되려면, 우선 제도에 대한 꾸준한 홍보와 금융 부문에서도 비대면 채널을 통하여 수요자들이 쉽게 접근할 수 있어야 합니다. 머지않아 신탁이 든든한 사회안전망 역할을 하게 될 날을 기대해 봅니다.

## 토 론 문

현 소 혜

성균관대학교 법학전문대학원

1. 재산관리능력이 부족한 자녀에게 어떠한 방식으로 재산을 넘겨주고, 자신의 사후(死後)에까지 그 가치를 온전히 보전하면서 자녀 자신의 복리도 실현할 수 있는가의 문제는 동서고금을 막론한 난제(難題)라고 할 수 있습니다. 위와 같은 난제를 해결하기 위해 인류는 로마법 이래 ‘후견’이라고 하는 소중한 제도를 개발하고 발전시켜 왔습니다. 하지만 현대에 이르러 재산의 규모가 커지고, 장애인에 대한 인권감수성이 높아지면서 후견제도는 피후견인의 자기결정권 보장의 이념과 후견인에 의한 권한 남용의 위험과 같은 여러 장애에 부딪혀 점차 그 힘을 잃어가고 있습니다. UN 장애인권리위원회는 성년후견제도와 같은 의사결정 대리 제도를 폐지할 것을 각 당사국에 촉구하고 있을 정도입니다. 급변하는 시대에 발맞추어 요보호자를 위한 새로운 법기술들을 개발해야 하는 현시점에 시의적절하게도 재산관리능력이 부족한 사람들을 위한 신탁 제도에 관한 심포지엄을 기획해 주신 한국가정법률상담소와, 인류의 난제를 해결하기 위해 개정 「신탁법」 상의 유언대용신탁과 「상속세 및 증여세법」 상의 장애인특별부양신탁 뿐만 아니라 일본의 후견제도 지원신탁 제도에 이르기까지 다양한 제도를 폭넓게 소개하고 그 한계와 개선방안



까지 일목요연하게 제시해 주신 배인구 변호사님께 감사의 말씀을 드립니다.

2. 소개해 주신 유언대용신탁이나 장애인신탁제도는, 발표자께서 이미 지적해 주신 바와 같이 요보호자를 위한 안전하고도 유연한 재산관리장치가 되어줄 수 있다는 점만으로도 충분히 눈여겨볼 가치가 있습니다. 다만, 영미법에서 연원한 ‘신탁’이라는 제도가 우리나라와 같이 ‘재단법인’과 ‘상속’이라는 법제를 중심으로 한 대륙법 체계와는 그다지 어울리지 않는 면이 있다 보니 법학자의 시각에서는 신탁제도의 활성화가 우리 상속법에 미칠 부정적 영향 또는 우리 상속법이 신탁제도의 활성화를 저해할 가능성에 관해 한 번쯤 의문을 제기해보지 않을 수 없습니다. 따라서 이하에서는 요보호자를 위한 신탁제도와 우리 상속법간의 관계에 관한 몇 가지 법적 쟁점에 대해 간략한 견해를 말씀드리는 것으로 저의 토론을 갈음할까 합니다.

3. 첫 번째 쟁점은 발표자께서도 이미 깊이 천착하고 계시는 신탁과 유류분 간의 관계 문제입니다. 유류분 제도는 우리나라 고유의 균등상속에 관한 열망과 깊은 관련이 있으므로, 그 폐지나 전면적인 개혁을 쉽게 기대할 수 없습니다. 그렇다고 하여 신탁재산을 유류분반환청구의 대상으로부터 제외한다면, 신탁이 유류분제도의 잠탈 수단으로 악용될 우려가 있습니다. 바로 이러한 이유 때문에 입법자는 신탁과 유류분 제도의 관계에 대해 의도적으로 침묵한 반면, 다수설은 신탁재산이라도 당연히 유류분반환청구의 대상이 된다는 전제 하에 그 반환청구의 상대방과 방법, 액수에 관한 논의를 전개하고 있습니다.

문제는 유언대용신탁이나 장애인특별부양신탁 등의 경우에 이를 유류분반환청구의 대상으로 삼는 순간 피상속인이 의도하였던 요보호자의 ‘생활자원 마련’이라는 목적이 실현 불가능해질 위험이 크다는 것입니다. 이러한 문제의 해결을 위해 발표자께서는 “상증법상 장애인특별부양신탁이거나 유언대용신탁인 경우 상증법에서 정하고 있는 증여세 면제 부분은 유류분 산정의 기초재산에서 배제하여야 한다.”고 제안하고 계십니다(17면). 하지만 증여세 면제한도를 확대하면서(15면) 이를 유류분산정의 기초재산에서 완전히 배제하면, 유류분권리자의 입장에서는 사실상 유류분권이 형해화되는 결과가 발생합니다. 피상속인이 상속재산 전부를 장애인특별부

양신탁에 신탁한 경우에 유류분산정의 기초재산이 0원이 되므로, 유류분권리자는 유류분반환청구권을 전혀 행사하지 못하게 되는 것입니다. 유류분 제도는 피상속인과 경제공동체를 이루어 함께 생활해 온 법정상속인에게는 공유재산의 청산 기능을 갖고 있는 것이기도 하기 때문에, 신탁에 공익적 목적이 있다는 이유만으로 다른 법정상속인들에게 무조건의 희생을 강요하는 것은 근대 민법의 태도에 부합하지 않습니다.

더 심각한 것은 우리의 신탁법제가 영미법상 철회가능신탁 제도를 택하고 있지 않다는 것입니다. 그 결과 신탁자는 미리 철회권을 유보해 놓지 않은 경우에는 「신탁법」에 따른 일정한 요건이 갖추어진 경우에 한하여 해지할 수 있을 뿐입니다. 요건을 갖추어 장애인특별부양신탁을 해지하는 경우에도 「상속세 및 증여세법」 제52조의2 제2항에 따라 면제받은 증여세를 납부해야 하는 불이익이 있습니다. 그런데 실제로 신탁계약의 체결시부터 피상속인 사망시까지의 장기간이 소요되는 경우가 적지 않으며, 그 사이에 피상속인의 가족관계에는 다양한 형태의 사정변경이 생길 수 있습니다. 피상속인이 재혼을 할 수도 있고, 법정상속인 중 1명이 불의의 사고로 거액의 치료비를 필요로 할 수도 있으며, 반면 요보호자는 상태가 호전되어 부조의 필요성이 감소하였을 수도 있습니다. 물론 이러한 경우에 대비하여 「신탁법」은 신탁자에게 수익자변경권을 부여하였으나, 장애인특별부양신탁 제도는 자익신탁만을 예정하고 있으므로, 이러한 사정변경이 제 때 적절하게 반영될 수 있을지 의문입니다. 수익자 변경시 세제에서의 불이익이 뒤따름은 물론입니다.

그렇다면 피상속인이 생전에 신탁의 해지나 수익자변경을 하지 못한 경우에 대비하여 그의 사후에 유류분권의 행사를 통해 다소간이나마 이러한 사정변경이 구체적인 법률관계에 반영될 수 있도록 하되, 사안에 따라 그 권리행사를 권리남용으로 규제하는 것(17면)이 보다 적절하고 유연한 대처라는 신탁 제도 본연의 특성에 맞는 것 아닌가 생각해 보게 됩니다.

4. 두 번째 쟁점은 수익자 사망시 신탁재산의 처리에 관한 것입니다. 본래 상속은 1대를 기준으로 종결되는 것이 원칙입니다. 따라서 우리 민법은 피상속인의 유언에 의한 처분의 자유를 인정하면서도 ‘순차적 유증’ 내지 ‘계속적 유증’에 대해서

는 이를 허용한다는 취지의 조문을 두지 않았습니다. 순차적 유증이란 유언자의 사망과 동시에 일단 제1수증자가 유증을 받지만, 제1수증자가 사망하거나 그 밖의 요건을 갖춘 경우에는 유증목적물이 다시 미리 유언자가 지정해 놓은 제2수증자에게 승계되는 방식의 유증을 말하는데, 우리나라의 다수설은 이러한 내용의 유증을 허용하는 경우에 이미 사망한 피상속인 1인의 의사에 후속세대 전부가 구속되는 것은 부당하다는 점, 순차적 유증을 허용하면 제1수증자는 종기가 붙은 소유권 내지 처분권한이 없는 소유권을 갖게 되는 것인데, 이는 영구한 처분권한이라는 소유권의 속성에 반하여 물권법정주의상 허용될 수 없을 뿐만 아니라, 제1수증자의 처분권한을 지나치게 제약한다는 점 등을 근거로 순차적 유증의 효력을 부정하고 있습니다.

흥미로운 것은 상속법에 관한 위와 같은 다수설의 태도에도 불구하고 개정 「신탁법」은 ‘수익자연속신탁’이라는 명칭 하에 피상속인이 유언대용신탁 계약을 체결하면서 제1수익자가 사망한 경우에 대신 수익권을 받게 될 제2수익자, 제3수익자 등을 미리 지정할 수 있도록 하였다는 점입니다. 이는 일차적으로는 일본 신탁법의 영향을 받은 것이기는 하지만, 세계적인 조류에 부합하는 것이기도 합니다. 독일은 민법전 제정 당시부터 이러한 방식의 유증을 널리 허용한 반면, 우리 상속법의 모법(母法)에 해당하는 일본법에서는 여전히 ‘후계유증’이라는 이름으로 그 허용 여부에 관한 논란이 있고, 일본법의 모법(母法)인 프랑스 역시 이러한 내용의 유증에 부정적이었습니다만, 프랑스는 2006년 민법 개정으로 드디어 ‘단계적 유증(legs graduelles)’이라는 이름으로 순차적 유증을 허용하게 되었습니다. 비록 1대에 한하여 예외적으로 단계적 유증을 허용한 것에 불과하지만, 프랑스가 전통적인 상속법의 태도를 떠나 이러한 대변혁을 꾀한 것은 무엇보다도 “재산관리 능력이 부족한 제1수증자의 후손의 보호필요성”에 기인하였다는 평가가 많습니다. 요보호자에 대한 배려가 드디어 상속법에까지 영향을 미치기 시작한 것입니다.

이러한 관점에서 유언대용신탁이나 장애인특별부양신탁 제도와 유류분 제도와의 관계 역시 수익자연속신탁 제도를 적절히 활용하면 자연스럽게 해결될 수 있지 않을까 싶기도 합니다. 신탁재산을 유류분산정의 기초재산으로부터 제외하는 대신, 유류분권리자를 제2수익자로 지정하는 방법을 통해 해당 법정상속인의 유류분 부족액을 0원으로 만드는 방법이 법리적으로 가능하다면 말입니다.

5. 발표자께서 제안하고 계시는 “수익자의 사망으로 신탁계약이 종료될 때 잔여 신탁재산이 있다면 일정 부분을 공익에 기부하도록 정하는”(17면) 방법도 수익자 연속신탁 제도를 통해 현실화할 수 있으리라 기대합니다. 물론 이 경우에는 일반 유언대용신탁이나 장애인특별부양신탁을 공익신탁법상 공익신탁으로 연계하는 것이 가능한지 여부에 대한 보다 세심한 검토가 필요할 것입니다. 혹은 역으로 공익법인을 먼저 설립한 후 공익법인이 일정기간 동안 설립자가 지정한 자를 위한 후견활동을 담당하도록 하는 방안을 개발해 보는 것도 생각해 볼 수 있을 것입니다. 공익법인에 대한 출연은 장애인특별부양신탁에 비해 그 세제혜택이 매우 클 뿐만 아니라, 오로지 재산관리에 초점이 맞추어진 장애인특별부양신탁에 비해 신상관리에 있어서도 강점을 가질 수 있습니다. 발표자께서는 장애 전문 비영리법인을 신탁기관으로 지정하는 방법을 제안하고 계십니다만(16면), 자산운용의 전문성이라는 측면에서 보면 불안감이 드는 것도 사실입니다. 반면 재단법인은 자산운용과 수익 창출에 대한 부담이 없이 설립목적에 부합하는 활동에 집중할 수 있을 뿐만 아니라, 피상속인 또는 수익자 사망시 신탁재산을 둘러싼 분쟁을 일거에 예방할 수 있다는 점, 국가에 의한 지속적인 관리·감독이 가능하다는 점 등에서 매우 유용합니다. 공익법인에게 일정기간 동안 설립자가 지정한 특정인의 이익에 기여할 의무를 부과하기 위한 법리적 연결고리를 찾아낼 수 있다면 신탁에 비해 기존의 우리 상속법제와 충돌할 가능성도 적습니다.

6. 이상과 같이 발표문을 읽으며 떠오르는 몇 가지 생각을 두서없이 적어 보았습니다. 발표의 맥락에 따라 재산관리능력이 부족한 자가 피상속인 사후에 최대한 분쟁에 노출되지 않으면서 피상속인의 재산을 이용하여 그 생활자원을 마련하고 복리를 실현할 수 있도록 하는데 초점을 맞추어 토론문을 작성하였습니다만, 사실 우리 사회가 직면한 더 큰 과제는 재산관리능력이 부족한 사안보다 관리할 재산이 없는 사안이라는 점에 대해 누구나 공감하시리라 생각합니다. 이번 심포지엄을 계기로 요보호자를 위한 신탁제도에 관한 연구뿐만 아니라, 공익신탁 내지 공익법인에 관한 연구도 보다 활성화되기를 기대하는 마음으로 토론을 마치겠습니다. 감사합니다.



# 재산관리능력이 부족한 사람들을 위한 신탁제도에 대한 토론

전 창 훈

한국자폐인사랑협회 신탁의사, 결정지원센터 부센터장, 변호사

## 1. 들어가며

사단법인 한국자폐인사랑협회는 발달장애인의 경제적 자립기반을 마련하고 자기 결정권에 근거한 재산의 사용을 지원하기 위하여 2015년 11월 신탁의사결정지원 센터를 개소하여 “발달장애인 신탁사업”을 시행하고 있습니다. 또한 발달장애인 신탁사업은 장기적으로는 발달장애인의 인간다운 삶을 위한 물적 기반인 특별수요신탁(Special Needs Trusts)제도가 도입될 수 있는 인적, 물적 환경을 형성에 목표를 두고 있습니다. 그 동안 위 사업을 수행하면서 발제자께서 언급하신 사례와 같이 지역사회에서 생활하는 발달장애인이 적절한 재산관리 방안을 마련하지 못하여 관리에 어려움을 겪거나 재산적 피해를 입은 사례를 종종 접할 수 있었습니다. 따라서 그 동안 신탁의사결정지원센터에서는 위 사업을 수행하면서 발달장애인 부모님, 사회복지 종사자들을 대상으로 발달장애인을 지원하기 위한 신탁의 유용성과 필요성을 알리는 데에 노력하였습니다. 이번 토론회를 통해 발제자를 비롯하여 각 분

야의 전문가들의 의견을 들을 수 있는 소중한 기회가 마련되어 감사하게 생각하며 비록 짧은 기간이지만 발달장애인을 위한 신탁사업을 한국에서 실질적으로 수행한 경험을 중심으로 의견을 제시하고자 합니다.

## 2. 발달장애인을 위한 신탁의 필요성

발달장애인 자녀를 둔 대부분의 부모님들은 자신들이 자녀를 위해 도움을 줄 수 없는 시기가 다가오는 것에 많은 걱정을 가지고 있다. 이러한 부모님들의 걱정은 발달장애인들은 대부분은 부모가 생존하는 동안에는 부모의 경제력과 지원활동에 의존하여 생활을 하는 현실 때문이다. 그리고 이러한 부모님의 지원이 없어지게 되어 발달장애인이 부모님이 남겨주신 재산, 공적부조, 소득 등을 안전하게 관리하지 못하고 갈취 당하거나 이를 자신의 욕구와 필요에 맞게 사용하지 못하는 사례를 우리는 주위에서 빈번하게 접할 수 있다.

이러한 현실은 단지 발달장애인의 부족한 의사결정 능력만이 원인은 아니며 현행 법적, 제도적 환경 하에서 초래되는 위험과 적절한 대안의 부재 역시 그 원인이라고 할 수 있을 것이다. 성년후견제도 도입이후 발달장애 자녀를 둔 부모님들은 자신의 조력이 약해지는 시기가 오더라도 후견인을 통해 자녀의 재산관리를 처리할 수 있다는 막연한 기대를 가지고 있는 있다. 하지만 이러한 기대와 달리 현실적으로 부모 이외의 가까운 친족이나 다른 제3자가 후견인으로서 재산관리를 맡는 것은 쉽지 않은 일이다. 또한 신상보호 등의 다른 필요 없이 단지 장애인이 가지고 있는 금전을 관리하기 위해서 후견제도를 이용하는 것은 후견의 보충성이라는 대원칙에 비추어 바람직하지 않다.

따라서 발제자가 언급하는 바와 같이 최근 기존의 제도를 보완할 수 있는 하나의 대안으로서 신탁의 가능성이 제시되고 있다. 신탁은 발달장애인의 중요한 경제적 기반을 다양한 현실적 위험으로부터 보호할 수 있으며 나아가 발달장애인을 위한 평생계획을 실현하는 효과적인 방법이 될 수 있다. 신탁의사결정지원센터에서도 이러한 입장에서 발달장애인의 재산관리를 안전하게 보관하고 이들의 욕구와 필요에 맞게 재산이 사용될 수 있도록 지원하기 위하여 신탁서비스를 제공하고 있

다. 하지만 향후 이러한 발달장애인을 위한 신탁이 활성화되기 위하여는 여러 가지 제도적 지원이 필요할 것이다. 이러한 측면에서 발제자께서 언급하여 주신 장애인신탁제도의 활성화 방안과 입법론의 필요성에 대해서 전적으로 공감하는 바이다. 다만, 그 동안의 발달장애인 신탁을 운영한 경험과 많은 발달장애인 부모님들과 일선 사회복지종사자들의 의견을 바탕으로 보완하여야 할 부분들에 대해서 언급하고자 한다.

### 3. 발달장애인을 위한 신탁운영기관의 설립

신탁을 통한 재산관리는 기본적으로 비용이 수반되는 서비스이며, 통상 금융기관에서는 신탁재산을 운용하여 발생하는 수익의 일부를 보수로 가져간다. 그러나 비교적 많은 신탁재산을 맡길 수 있거나 신탁보수를 부담할 수 있는 고소득층을 제외하고 중산층 이하의 가정에서는 이러한 신탁보수가 신탁서비스를 이용하는 데에 하나의 장애가 된다.

또한 발달장애인을 위한 신탁이 당사자와 그 가족들에게 보다 실질적인 도움을 제공하기 위해서는 단지 신탁계약을 체결하는 것에 그치는 것이 아니라 발달장애인을 위한 평생계획의 설계, 의사결정지원이 함께 제공되는 것이 필요하다. 발달장애인을 위한 신탁서비스는 당사자의 평생계획이라는 하나의 큰 틀 안에서 이를 실행하고 지원하기 위한 하나의 법적, 제도적 장치로서 그 기능을 가지는 것으로 이해하는 것이 바람직하다. 이러한 서비스가 통합적으로 제공되어야 실질적으로 당사자의 삶을 지원하고 자기결정권에 기반을 둔 재산의 사용이 가능해진다고 할 수 있다.

따라서 중산층 이하의 발달장애인의 재산을 관리하는 신탁서비스를 제공할 수 있는 신탁운영기관을 설립하거나 전문성을 가진 비영리법인에게 이를 위탁하고 국가가 관리감독을 하는 방안 등을 고민할 필요가 있다. 이러한 공신력 있는 기관이 신탁서비스를 제공하는 것은 발달장애인을 위한 신탁을 활성화시키는 데에도 큰 기여를 할 수 있을 것이다.



#### 4. 장애인신탁제도 활성화 방안에 대하여

지난 10여 년간 장애인특별부양신탁의 이용건수는 미미하였던 것이 사실이다. 최근 이러한 장애인특별부양신탁을 활성화하기 위한 논의가 진행되었고 증여한도를 확대하고, 부모이외의 제3자가 증여를 가능하게 하며, 원본 인출을 가능하게 하는 것을 그 내용으로 하고 있다. 발제자는 이러한 방안들 이외에도 장애 전문 비영리법인을 수탁자로 하는 경우 금융투자업의 적용을 배제하고, 부모가 위탁자로 장애자녀를 수익자로 하는 타익신탁의 경우에도 특별부양신탁의 대상이 되도록 하는 입법안을 제안하고 있다. 이러한 제안들은 향후 특별부양신탁을 활성화시키는 방안이 될 수 있을 것이라고 생각된다. 다만, 발달장애인의 경우 이렇게 특별부양신탁을 이용하여 배분금을 지급청구하거나 지급받더라도 다시 이를 사용하는 것이 어렵다는 문제에 직면하게 된다. 따라서 이러한 신탁배분금의 사용과 관련된 지원체계에서 구축하고 그 과정에서 당사자의 의사를 어떻게 반영할 것인지에 대한 고민이 더 필요할 것으로 보인다.

#### 5. 특별수요신탁의 도입

발달장애인의 경우 직업활동을 통해 경제적 자립을 이룰 수 있는 정도의 소득을 얻는 것이 어렵다<sup>63)</sup>. 비교적 자녀를 위해 경제적 기반을 충분히 마련할 수 있는 고소득층을 제외하고 나면, 중산층 이하의 가정에서는 자녀를 위한 충분한 경제적 기반을 마련하기 어렵다. 따라서 발달장애인 자녀를 둔 부모님들은 가급적 자녀가 공적부조를 받아 생활하기를 원하고 있으며 이를 위해 자녀 명의로 재산을 남기는 것에 주저하고 있는 것이 현실이다. 그러나 발달장애인은 그 장애의 특성상 최소한의 인간다운 삶을 지원하기 위한 수준의 공적부조만으로 삶의 질을 개선시키기 어렵다.

---

63) 김성희 외, 2014년 장애인실태조사보고서, 301면과 295면에 따르면 성인 발달장애인 146,036명 중 최소한 약 10만 여명이 비경제활동인구이며 경제활동 인구 중 월평균 소득은 지적장애인의 경우 57만원, 자폐성장애인의 경우 45만원에 불과하다고 한다.

특별수요신탁은 공적부조에 의한 생계급여, 장애연금, 의료급여 등과 같은 기본적인 지원 이외에 장애인의 경우 이를 초과하는 특별한 수요가 있으므로 이를 충족하기 위한 제도적 방법으로 미국, 영국, 호주 등에서 시행하고 있다. 따라서 특별수요신탁은 장애인이 자기 재산을 신탁의 형태로 보유하더라도 자산조사에 기초한 공공부조에서 수급권자의 지위를 유지할 수 있도록 하는 특징을 가진다<sup>64)</sup>.

일부에서는 특별수요신탁을 도입하는 것이 장애인에 대한 특별한 수혜라고 인식할 수도 있을 것이다. 그러나 이러한 제도적 지원이 없다면 부모님들은 결국 발달장애인 당사자가 아닌 다른 형제, 자매, 친족들에게 재산을 증여할 것이고 이러한 재산이 발달장애인을 위해 사용될 것을 기대하는 것은 어렵다. 설사 일부를 발달장애인 자녀에게 증여, 상속된다고 하더라도 중산층 가구의 발달장애인들은 부모가 남겨주신 재산으로 한시적으로 생활을 하며 그 재산을 모두 소진하게 되면 결국 기초생활수급권으로 생계를 유지하게 될 것이다.

결국 현행 제도하에서 발달장애인은 부모사후에는 경제적으로는 공적부조에만 의존하여 생활하게 되는 구조가 된다. 그러나 공적부조만으로 발달장애인들의 특별한 수요를 충족시키는 것에는 한계가 있을 수 밖에 없어 삶의 질적 개선을 기대하기 어렵다. 특별수요신탁은 기존에 부모님들이 사용해 오던 방식이 가지는 한계를 극복하고 국가의 추가적 재정 투여 없이 장애인의 부모, 친족 등의 사적재산을 통해 장애인의 삶의 질을 향상시킬 수 있는 방법이라는 점에서 도입에 대한 적극적인 검토를 할 필요가 있을 것이다.

## 6. 마치면서

앞서 언급한 바와 같이 발달장애인의 성인기 삶을 지원하기 위한 방법으로 신탁은 그 유용성과 필요성을 가지고 있다. 다만, 이를 활성화하기 위해서는 제도적 지원들이 필요한 상황이다. 이 과정에서 중요한 것은 결국 발달장애인 당사자들과 그 가족들이 가지고 있는 고민과 어려움을 이해하는 것이다. 한국자폐인사랑협회

---

64) 특별수요신탁에 대한 자세한 설명은 제철웅, 최윤영, 중증발달장애인 보호를 위한 특별수요신탁제도의 도입 필요성, 비교사법 21권 3호(통권 66호), 1139-1184 참조

에서는 발달장애인을 위한 신탁사업을 수행과정에서 이러한 당사자들과 그 가족들의 생각을 반영하고 이를 체계화하여 실질적인 도움을 줄 수 있는 장애인신탁제도가 정착될 수 있도록 노력할 것이다.

앞으로도 장애인신탁제도에 관심을 가지고 있는 각 분야의 전문가들의 의견을 경청하고, 사회적 관심을 고양시킬 수 있는 이러한 자리가 계속적으로 마련되었으면 한다.

## 한국가정법률상담소 성년후견 상담 분석

### 한국가정법률상담소

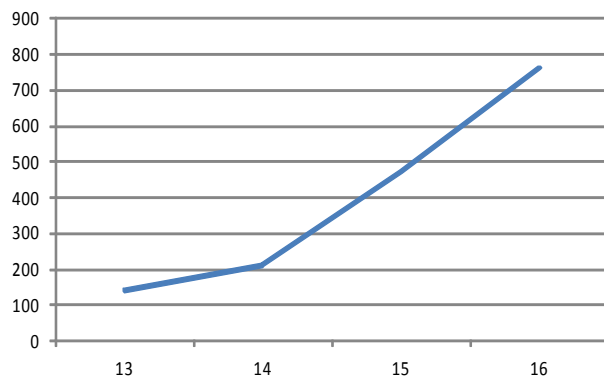
성년후견관련 상담 2013년(시행 첫해)에 비해 5.3배 증가

성년후견제도란 질병, 노령 등으로 정신적 제약이 있어 사무처리 능력이 부족한 성년자들을 위해 후견인을 선임하는 제도로 2013년 7월 1일부터 시행되었다.

2013년 7월부터 2016년 12월 31일까지 한국가정법률상담소에 서는 총 1,586건의 성년후견 상담을 진행하였다. 시행 첫 해인 2013년에는 상담 건수가 143건이었으나 2014년에는 211건, 2015년에는 469건, 2016년에는 763건

으로 매해 큰 폭으로 증가하고 있다. 이러한 증가추이를 볼 때 고령화사회가 진행되고 있는 현재 우리 사회에 성년후견제도가 얼마나 필요했는지 상담소 통계가 뒷받침한다 할 것이다.

연도별 성년후견 상담건수



## ◎ 성년후견 상담 내담자 및 상대자에 대한 분석

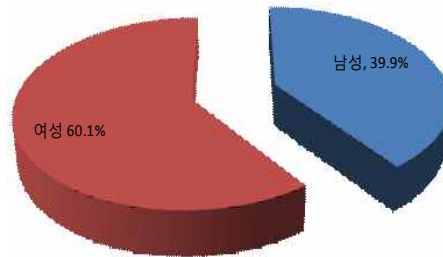
본 상담소에서 2013년 7월부터 2016년 12월까지 진행된 총 1,586건의 성년후견 상담을 내담자 및 상대자의 성별과 연령별로 분석하면 다음과 같다(미상은 분석 대상에서 제외).

### 1. 내담자

#### 1) 남녀별

성년후견에 대해 문의하러 온 내담자의 성별을 살펴보면, 여성은 953명(60.1%), 남성은 633명(39.9%)으로 나타나 여성이 남성보다 약 1.5배가량 많았다.

성 별	수(명)	백분율(%)
여 성	953	60.1
남 성	633	39.9
합 계	1,586	100.0



#### 2) 연령별

내담자의 연령을 살펴보면 여성은 50대(259명, 27.2%)가 가장 많았고, 다음은 60대(231명, 24.3%), 40대(186명, 19.6%), 70대(141명, 14.8%), 30대(67명, 7.0%), 80대 이상(33명, 3.5%), 20대(32명, 3.4%), 10대(2명, 0.2%) 순으로 나타났다.

남성은 40대와 50대가 각 151명(각 23.9%)으로 동일하게 많았고, 다음은 60대(148명, 23.4%), 70대(84명, 13.3%), 30대(43명, 6.8%), 80대 이상(30명, 4.7%), 20대(24명, 3.8%), 10대(1명, 0.2%) 순으로 나타났다.

남녀를 합하여 살펴보면, 50대가 410명(25.9%)로 가장 많았고, 다음은 60대(379명, 23.9%), 40대(337명, 21.3%), 70대(225명, 14.2%) 순으로 나타났다.

본 상담소에서 2016년도에 진행된 전체 면접상담(총 22,067건)의 경우에는 60대 이상이 29.7%였으나 성년후견 상담에서는 60대 이상이 42.1%로 나타나 요보호자인 상대방의 성년후견을 문의하러 오는 내담자도 일반 상담의 내담자보다 고령자가 많은 것으로 나타났다.

연 령 성 별		10대	20대	30대	40대	50대	60대	70대	80대 이상	합계
		여 성	수(명)	2	32	67	186	259	231	141
	백분율(%)	0.2	3.4	7.0	19.6	27.2	24.3	14.8	3.5	100.0
남 성	수(명)	1	24	43	151	151	148	84	30	632
	백분율(%)	0.2	3.8	6.8	23.9	23.9	23.4	13.3	4.7	100.0
합 계	수(명)	3	56	110	337	410	379	225	63	1,583
	백분율(%)	0.2	3.5	6.9	21.3	25.9	23.9	14.2	4.0	100.0

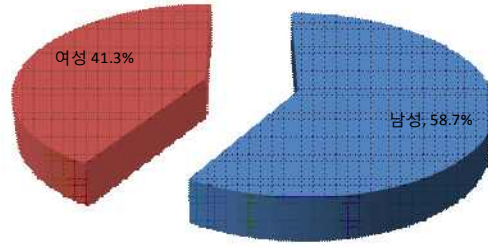
## 2. 상대자

### 1) 남녀별

성년후견을 필요로 하는 요보호자인 상대자를 성별로 살펴보면 여성은 655명(41.3%), 남성은 931명(58.7%)으로 나타나 남성이 여성보다 약 1.4배가량 많았다.

성년후견을 문의하러 온 내담자는 여성이 남성보다 더 많았던 반면(여성 60.1%, 남성 39.9%)에 요보호자인 상대자는 남성이 여성보다 더 많았다(여성 41.3%, 남성 58.7%). 성년후견 상담에서는 요보호자인 상대방의 재산과 관련된 상담이 많았는데 상대자 중 남성의 비율이 더 높은 것은 특히 고령자의 경우 여성보다 남성이 더 많은 재산을 보유하고 있는 사회현실이 반영되었기 때문으로 보인다.

성 별	수(명)	백분율(%)
여 성	655	41.3
남 성	931	58.7
합 계	1,586	100.0



## 2) 연령별

상대자의 연령을 살펴보면 여성은 70대(111명, 25.6%)가 가장 많았고, 다음은 80대 이상(108명, 24.9%), 60대(55명, 12.7%), 50대(53명, 12.2%), 40대(50명, 11.5%), 30대(26명, 6.0%), 20대(23명, 5.3%), 10대(8명, 1.8%) 순으로 나타났다.

남성은 60대(112명, 18.7%)가 가장 많았고, 다음은 50대(104명, 17.3%), 80대 이상(96명, 16.0%), 40대(92명, 15.3%), 70대(80명, 13.3%), 30대(65명, 10.8%), 20대(49명, 8.2%), 10대(2명, 0.3%) 순으로 나타났다.

남녀를 합하여 살펴보면, 80대 이상(204명, 19.7%)이 가장 많았고, 다음은 70대(191명, 18.5%), 60대(167명, 16.2%), 50대(157명, 15.2%) 순으로 나타나 고령자의 비율이 높았고, 60대 이상이 54.4%로 절반을 넘었다.

성 별	연 령									
	10대	20대	30대	40대	50대	60대	70대	80대 이상	합계	
여 성	수(명)	8	23	26	50	53	55	111	108	434
	백분율(%)	1.8	5.3	6.0	11.5	12.2	12.7	25.6	24.9	100.0
남 성	수(명)	2	49	65	92	104	112	80	96	600
	백분율(%)	0.3	8.2	10.8	15.3	17.3	18.7	13.3	16.0	100.0
합 계	수(명)	10	72	91	142	157	167	191	204	1,034
	백분율(%)	1.0	7.0	8.8	13.7	15.2	16.2	18.5	19.7	100.0

## ◎ 상담사례 분석

본 상담소에서 진행된 성년후견 상담의 내용을 살펴보면, 대부분의 내담자들은 치매나 질병 등으로 인해 법률행위를 하기 어려운 고령의 부모나 배우자를 위해 성년후견을 문의해왔고, 일부 내담자들은 선천적 장애나 사고로 인해 법률행위 능력이 부족한 성인자녀나 형제들을 위해 성년후견을 문의해왔다. 이 때 보호를 필요로 하는 피후견인은 재산을 소유하고 있거나 상속 등을 통해 장래에 재산을 받을 예정인 경우가 대부분이었다. 후견인이 되고자 하는 이가 피후견인의 부모나 배우자일 때에는 가족 간에 특별한 갈등이 없으나 형제나 자녀인 경우에는 다른 형제 및 자녀 사이에 갈등과 마찰이 심각한 상황이다.

아래에서는 본 상담소의 상담 건 중 비교적 구체적인 내용이 담긴 사례만 별도로 추출해 후견인 후보자, 다툼의 주체, 정신적 제약의 원인, 청구의 목적 등을 분석해 보았다.

### 1. 후견인 후보자에 따른 구분

후견인으로 선임되고자 하는 자는 부, 모, 배우자, 형제자매, 자녀 등 2촌 이내의 친족이 대부분이었다. 그 외 삼촌이나 형수, 올케 등 기타 친족이 있었고, 사실혼 배우자도 있었다. 또한, 피후견인의 친족을 알 수 없어 상당한 기간동안 피후견인을 보호해온 요양보호사 등이 후견개시심판청구 자격 및 후견인 후보자의 자격 등에 대해 문의해 오기도 하였다. 한편, 후견인 각자의 사정과 신뢰 부족, 다툼 등의 이유로 2인 이상이 성년후견 후보자가 되고자 하는 경우도 있었다.

#### 1) 부 또는 모

(내담자 60대 남성)

아들이 10여 년 전 교통사고를 당해 뇌병변 1급 장애인이 되었다. 아들 혼자서는 전혀 일상생활이 되지 않는다. 걸어도 다니지도 못해 휠체어를 타고 다니



고 딸도 잘 하지 못한다. 아들 앞으로 나온 보상금이 있는데 병원비 등이 계속 들어가는 상황이다. 내가 아들의 성년후견인이 되는 방법은?

(내담자 60대 여성)

딸이 40대인데 5년 전 파킨슨병에 걸려 현재는 거동도 힘든 상황이다. 사위는 2년 전 가출했다. 그 때부터 친정엄마인 내가 딸과 손자를 데려와 현재까지 돌보고 있다. 딸 앞으로 집이 한 채 있는데 이것도 거의 내가 준 돈으로 장만 한 것이다. 그런데 들리는 딸에 의하면 사위가 딸을 상대로 이혼 및 재산분할 청구를 할 것이라고 한다. 내가 딸의 후견인이 될 수 있는가?

2) 배우자

(내담자 60대 남성)

아내가 4년 전 쓰러졌다. 아이들은 결혼해 모두 분가하였고, 각자 일을 하고 있어 내가 아내의 병간호를 하고 있다. 그동안 아내 명의 통장에서 병원비를 지급해 왔는데 어느날 비밀번호를 3회 이상 틀려서 더 이상 인출을 하지 못하고 있다. 그 외에도 불편한 점이 많아 내가 아내의 후견인이 되고자 한다.

3) 형제자매

(내담자 60대 여성)

동생이 젊어서 자영업을 했고, 상당한 재산을 모았다. 그런데 갑자기 복지병인 후계척에 걸려 전혀 활동을 못하고 증세가 점점 더 심해지고 있다. 그런데 조카들과 유크가 병간호는커녕 동생을 제대로 부양조차 하지 않는다. 이대를 두고 볼 수장은 없어 어떻게 하는 것이 동생을 위하는 것인지 고민이 되어 찾아왔다. 방법이 없는가?

(내담자 60대 여성)

동생이 정신지체3급이다. 아버지가 동생에게 물려준 재산이 상당한데 어떤

남자가 동생에게 몰아서 동생의 재산을 탕진하고 있다. 동생과 혼인신고도 일방적으로 해놓아서 혼인무효도 진행하였다. 동생의 재산을 지켜주고 싶은데 내가 동생의 후견인이 될 수 있는가?

#### 4) 자녀

(내담자 20대 여성)

아버지가 3년 전 갑자기 쓰러졌고, 현재는 모든 신체적 기능이 장애 상태여서 말도 못하고 눈만 깜빡일 수 있다. 아버지는 현재 매월 200만원 가량의 연금을 받고 있다. 이복 오빠가 있는데 그 오빠가 아버지의 연금을 실질적으로 수령하면서도 아버지 앞으로 들어가는 병원비를 내지 않아 계속 밀리고 있다. 내가 독촉을 하면 그 때서야 마지 못해 내곤 한다. 내가 아버지의 성년후견인이 될 수 있는가?

#### 5) 기타

##### (1) 기타 친족

(형수)

(내담자 50대 여성)

시동생이 1년 전 뇌출혈로 쓰러져 지금까지 입원 중이다. 동서한 조카들은 15년 전 외국으로 갔는데 몇 년 전부터는 아예 연락이 끊긴 상태이다. 시동생은 사업을 해서 재산문제, 소송문제 등으로 처리해야 할 것들이 많다. 동서한 연락이 안 닿으니 담당할 뿐이다. 내 남편도 사업을 해서 바쁘는데 형수인 내가 시동생의 후견인이 될 수 있는가?

(올케)

(내담자 60대 여성)

시누이가 파킨슨병에 걸렸다. 시누이의 배우자와 자녀들, 부모가 모두 사망

하였고 형제자매는 모두 80이 넘는 고령이다. 내가 시누이와 가깝게 살고 있어서 병원예약이나 은행 업무 등을 도맡아하고 있는 상황이다. 시누이의 부탁으로 내가 성년후견이 되고자 하는데 가능할까?

## (2) 사실혼 배우자

(내담자 70대 여성)

남편과 사실혼 관계에 있다. 그런데 최근 남편의 건강이 악화되어 남편이 아예 문 밖 출입을 못하는 상황이다. 남편은 이혼한 전배우자 몇 자녀들과 수십 년간 연락 없이 지냈고, 유일하게 여동생과만 연락하고 지낸다. 상황이 이렇다 보니 남편의 성년후견인을 선임해야 하겠는데 사실혼 배우자인 나도 후견인으로 선임될 수 있는가?

## (3) 타인

(요양보호사)

(내담자 40대 남성)

나는 요양보호사이다. 같이 방문한 분은 시각과 청각에 장애가 있고, 이 분의 아들 역시 정신지체를 가지고 있다. 남편은 사랑하였고, 일가 친척 누구와도 연락이 되지 않는다. 나는 현재 10년째 이분들의 요양을 맡고 있다. 내가 이 분과 이 분 아들의 후견인이 될 수 있는가?

## (4) 미정

(내담자 전국택시공제조합 직원)

20대인 친00씨가 택시를 등이받아 교통사고가 났다. 친씨가 가해자(80% 정도의 책임)인데 사고 후 7-8세 정도의 지능을 갖게 되었다. 가해자에게 유일한 친척인 고모 한 분이 있는데 연락하면 인연 끊고 살지 오래 되었으니 전화하지 말라고 한다. 벌써 친씨의 치료비를 1억원이 들었다. 친씨에게 차도도 없

고, 우리쪽 과실이 더 적은데 언제까지 가해자인 친씨를 이렇게 병원에 두고 지켜볼 보아야 하는지 모르겠다. 친씨의 성년후견인이 있어야 한다고 하는데 어떻게 해야 하는가?

#### 6) 2인 이상인 경우

(모와 자)

(내담자 70대 여성, 40대 남성)

남편이 오랜 기간 치매를 앓다가 얼마 전 뇌진탕으로 쓰러져 병원에 입원 중이다. 현재 재산은 남편 앞으로 되어 있는 작은 주택이 전부이다. 병원비와 생활비 문제로 주택연금 신청하고 싶은데 은행에서는 주택명의자의 동의가 있어야 한다고 한다. 당당해서 아들과 함께 찾아왔다. 당장 돈이 급한데 나와 아들이 성년후견을 신청하는 절차와 기간은 어느 정도 걸리는가?

(형제와 자)

(내담자 60대 여성)

오빠가 식물인간상태인데 새언니와 오빠 전 이혼했고 조카도 새언니가 데리고 가 거의 양대 없이 지냈다. 오빠에게 적지않 재산이 있는데 조카가 갑자기 나타나 입의대로 탕진할까 걱정이 된다. 가능하다면 나와 조카가 같이 공동후견인이 될 수 있는가?

## 2. 다툼의 주체에 따른 구분

성년후견인으로 선임되고자 하는 자가 평소 갈등이 없는 부모이거나 외자녀인 경우에는 후견인 후보자를 결정하는 데 있어 큰 문제가 없었다. 그러나 후견개시 심판청구자나 후견인 후보자가 이혼한 부모이거나 다툼이 있는 자녀, 형제 등인 경우에는 후견인 후보자를 놓고 갈등이 많았고, 자신이 선임되고자 혹은 다른 이의 청구를 막고자 후견심판청구에 대해 문의를 해왔다. 한편, 요보호자인 피청구인에게 혼외자녀가 있는 경우, 혼외자녀는 피청구인의 법률상 배우자나 그 자녀들과

유대관계가 부족해 갈등의 정도가 더욱 심각한 것으로 나타났다. 또한, 사실혼 배우자는 요보호자가 정신적 제약에 빠진 시점에 같이 동거 중이었어도 비교적 혼인 기간이 짧고 재혼인 경우가 많아 요보호자의 자녀나 형제들과 성년후견청구를 놓고 갈등하는 경우가 많은 것으로 나타났다.

### 1) 모와 부

(내담자 50대 여성)

자녀가 한 명 있고 25세인데 발달장애를 가지고 있어 원활한 사회생활이 어렵다. 전남편과는 오래 전 이혼했고 그동안은 아예 연락조차 없이 지냈다. 그런데 느닷없이 이혼한 전남편이 그 아이의 성년후견개시신청 청구를 해왔다. 전남편의 청구를 막고 내가 후견인이 되는 방법은?

### 2) 자녀와 자녀

(내담자 40대 여성)

어머니가 90세가 넘어 인지능력이 많이 떨어진다. 그동안 주로 어머니를 돌봐온 사람은 나다. 그런데 갑자기 큰언니가 어머니에 대한 성년후견개시신청 청구를 했음을 알게 되었다. 언니는 어머니를 제대로 돌볼 사람이 아니다. 내가 어머니의 후견인이 되는 방법은?

### 3) 자녀와 형제

(내담자 30대 여성)

아버지가 치매로 요양원에 있다. 삼촌은 사기꾼 기질이 있는데 아버지의 재산을 노리고 아버지에게 요양원에서 나오게 해 주고 젊은 여자가 돌보게 해주겠다고 하면서 아버지의 성년후견인이 되려고 한다. 자식들은 이걸 접이 너무 걱정스럽다. 삼촌이 성년후견인이 되는 것을 막는 방법은?

#### 4) 형제와 형제

(내담자 60대 남성)

결혼하지 않은 누나가 있는데 얼마 전부터 치매 증세를 보이고 있다. 내 워런 형도 있는데 그 형은 도박에 빠져 많은 재산을 탕진했다. 그런데 그 형이 근래 들어 누나를 자주 찾아와 누나에게 돈을 관리해 주겠다고 하면서 자신이 누나의 성년후견인이 되겠다고 한다. 누나에게 약 5억원 상당의 부동산이 있는데 내가 누나의 성년후견인이 되는 방법은?

#### 5) 배우자와 자녀

(내담자 70대 남성)

아내가 2년 전부터 치매 증상을 보였다. 이에 법원에 후견인 신청을 하여 내가 후견인이 되었다. 이후 처남이 누나도 볼썽하고 또 돌보는 나도 고생한다며 아내 명의의 재산을 조금 주어 내가 그것을 관리하고 있다. 그런데 얼마 전 재산 증여를 알게 된 아들이 왜 어머니 재산을 내가 관리하느냐며 자신이 성년후견인이 되겠다고 하여 갈등 중이다.

#### 6) 혼외자녀와 배우자

(내담자 30대 남성)

아버지가 3년 전 교통사고를 당해 병원에 계속 누워 있다. 아버지에게는 법륜상 배우자가 있으나 30년 전 나의 생모를 만나 나를 낳았고, 10년 전부터는 살던 집을 나와 내 생모와 함께 살았다. 아버지는 법륜상 배우자 및 그 자녀들과 거의 연락 없이 지냈는데 얼마 전 아버지의 사고 소식을 알게 된 법륜상 배우자가 나를 찾아와 성년후견 동의서를 작성해 달라고 하였다. 나는 해 주기 싫고 내가 아버지의 성년후견인이 되었으면 한다.

## 7) 사실혼 배우자와 형제

(내담자 60대 여성)

10년 전 재혼으로 만나 혼인신고 없이 살던 중 남편이 강자기 식물인간이 되었다. 내가 남편의 모든 병원비를 내고 보호자가 되어 돌보고 있는데 강자기 남편의 누나가 성년후견인 청구를 하여 후견인이 되었다. 나는 남편의 동생을 증인으로 세워 혼인신고를 하였다. 내가 남편의 성년후견인이 되는 방법은?

## 3. 정신적 제약의 원인에 따른 구분

피청구인의 정신적 제약은 질병이나 사고로 인한 인지기능 저하가 대부분이었다. 질병은 선천적 지적장애나 발달장애, 뇌출혈, 뇌졸중, 각종 정신병, 치매 등 뇌 기능과 직접적 연관이 있는 것이 대부분이었고 암 등 중증의 병이 신체 전반의 기능을 소실시켜 궁극적으로 정신적 제약을 야기한 경우도 있었다. 한편, 산업재해나 교통사고 등의 갑작스러운 사고로 인해 정신적 제약에 빠진 경우도 많았다.

### 1) 지적장애

(내담자 70대 남성)

큰아들이 39세인데 지적장애인이다. 처음 태어날 때부터 아들이 장애를 가지고 태어나 생활이 많이 아니었다. 결국 2년 전 아내가 아들을 데리고 집을 나가 다른 곳에서 생활하고 있는데 아들이 전화로 엄마가 나쁘다는 말을 자주 한다. 내가 아들의 후견인이 될 수 있는가?

### 2) 뇌출혈 등 뇌병변

(내담자 50대 여성)

남편이 15년 전 뇌졸중으로 쓰러졌다. 그리고 10년 전 또 쓰러져 수술을 받았는데 상황이 더욱 악화되었다. 인지장애가 있어 의사표현도 힘들어하고 반쪽

이 마비되어 혼자 움직일 수도 밥을 먹을 수도 없다. 성년후견제도가 있다고 하여 알아보러 왔다.

### 3) 고령에 따른 치매

(내담자 80대 여성)

남편이 치매 진단을 받은 지 2년정도 되었다. 그런데 1년 전부터 약복용을 중단해서 증세가 더욱 심해졌다. 젊어서는 안 그랬는데 치매를 앓고 난 후부터 내게 폭언과 폭력을 자주 행사한다. 남편 앞으로 들어오는 임대료를 받아 생활하고 있는데 근래 들어서는 생활비도 주지 않고 무조건 내게 포약을 부려댄다. 딸이 남편의 성년후견인이 되었으면 한다.

### 4) 정신병

(내담자 60대 여성)

남편이 조현병을 앓고 있다. 그런데 근래 들어 정신질환이 더욱 악화되어 의사소통도 어렵고 사람도 제대로 알아보지 못한다. 곧 병원에 입원시킬 예정인데 남편 앞으로 건물이 있어 관리할 사항이 많다. 남편 명의의 건물을 관리하고자 내가 후견인이 되려고 한다.

### 5) 건강악화에 따른 기능 저하

(내담자 40대 남성)

아버지가 폐암에 걸렸다. 수술 후 통원치료를 받아왔는데 어느날 갑자기 쓰러져 다시 병원에 입원하였다. 그런데 갈수록 상황이 악화되어 얼마 전에는 호흡기를 달았다. 의사소통이 전혀 되지 않아 아버지 재산관리에 어려움이 있다. 내가 아버지의 성년후견인이 되는 방법은?



## 6) 사고

(내담자 50대 여성)

남편이 아파트 공사 현장에서 일을 하다 크게 다쳤다. 조금씩 회복되고 있기는 하나 정신적 능력은 크게 퇴화된 상태이다. 병원에서 앞으로든 온전하게 회복되기는 어렵다고 한다. 남편의 보험금을 써서 치료비를 대야 하는데 본인이 현재 의사능력이 거의 사라진 상태라 돈을 빼서 쓰지 못하고 있다. 보험회사에서 성년후견인을 선임하라고 하는데 내가 되는 방법은?

### 4. 청구 목적에 따른 구분

성년후견청구를 하고자 하는 목적은 재산과 관련된 것들이 주를 이루었다. 피청구인이 성년후견인을 필요로 할 만큼 정신적 제약을 갖게 되는 경우 일차적으로는 피청구인의 치료를 위한 병원비가 필수적으로 발생될 수밖에 없고, 이차적으로는 피청구인의 경제활동 중단으로 인해 생활비 마련에 대한 부담이 커질 수밖에 없다. 이에 상담소를 찾은 내담자들은 상대방의 (부)동산을 담보로 한 대출이나 처분, 예적금 인출, 보험금 수령 가능 방법들을 주로 문의해 왔다. 또한, 다른 한편으로는 요보호자인 피청구인의 정신적 제약을 악용해 재산을 탕진하거나 신상을 위태롭게 하는 이들의 행동을 저지하고자 서둘러 상담소를 찾은 경우도 있었는데 이 경우에는 피청구인이 보유하고 있는 재산의 보전, 장래 받게 될 상속재산, 정부의 지원금 등에 대한 효율적인 관리 등을 문의해왔다. 한편, 소송 개시 등 특정 목적을 위해 후견청구를 하고자 하는 이들도 있었는데 이 경우도 대부분은 재산문제가 연관되어 있는 것으로 나타났다.

#### 1) 부동산 담보 대출

(내담자 40대 여성)

남편이 작년에 가게에서 일을 하다 갱자기 쓰러졌다. 지금까지 치료비도 6천만원 이상 들어갔고, 가게 일을 못하니 생활도 막막하다. 그동안은 있는 가

지고 있던 현찰과 친정의 도움으로 어떻게든 꾸려왔는데 돈도 다 썼고, 계속 친정의 도움을 받을 수도 없어 집을 담보로 대출을 받으려고 은행에 가봤더니 집이 남편 명의라 내가 어떻게 할 수가 없다고 한다.

## 2) 동산 등 재산 처분

(내담자 60대 남성)

수년 전 나와 딸이 공동명의로 차를 구입했다. 그런데 현재 딸이 장애를 갖게 되어 어떤 의사표시도 하지 못한다. 차륜비도 많이 들고 차 유지비도 많이 들어 차를 팔려고 하는데 공동지분으로 되어 있어 처분에 문제가 있다. 어떻게 해야 하는가?

## 3) 예(적금) 관리

(내담자 60대 남성)

아내가 쓰러져 몇 번의 수술을 받았는데도 의식이 없다. 지금까지 아내의 수술비 등을 감당하느라 이곳저곳에서 대출을 받았는데 이제는 대출도 되지 않는다. 아내 통장의 잔고를 찾아 병원비 등에 보태려고 하였더니, 남편이어도 아내 계좌나 비밀번호를 알 수 없다고 한다.

## 4) 보험금 수령

(내담자 70대 남성)

아들이 얼마 전 사망했다. 예전에 아내가 아들 앞으로 보험을 가입하면서 당시 수익자를 아내로 지정해 놓았다. 그런데 아내가 현재 병이 심하여 중환자실에 누워 있다. 내가 아내의 후견인이 되어 보험금을 수령하고 싶다.

## 5) 재산 보전

(내담자 30대 남성)

어머니가 재혼했는데 1년 전부터 의식불명이 되어 병원에 입원 중이다. 어머니 명의의 집이 두 채 있고 보험금도 수억 원에 달하는데 계부가 입의대를 돈을 찾아 흥청망청 쓰고 있다. 또한 다른 여자가 생겼는데 그 여자와 살림을 차릴 것이라며 공공연히 말하고 다닌다. 어머니의 재산을 지키고자 내가 후견인이 되려고 한다.

## 6) 신상보호

(내담자 50대 남성)

누나가 2달 전 사망하였다. 누나에게는 올해 22살된 딸이 있는데 정신지체 3급 장애인이다. 생전에 누나가 한 남자와 사실상관계로 살았는데 그 사람의 행실이 좋지 않았다. 누나가 사망한 후 현재 조카와 그 남자가 함께 살고 있는데 조카에게 무슨 좋지 않은 일이라도 생길까 걱정이 된다. 내가 조카의 후견인이 될 수 있는가?

## 7) 개호

(내담자 50대 여성)

언니 두 명이 어머니를 나쁜 동생이 만나지 못하게 막고 있다. 그 중 한 명이 어머니를 모시고 있다고 했으나 얼마 전 어머니가 요양원에 보내진 사실을 알게 되었다. 어머니 재산 때문에 만나지 못하게 하는 것 같은데 이제라도 내가 어머니를 집으로 모셔와 돌봐드리고 싶다.

## 8) 빗 청산

(내담자 70대 여성)

남동생이 10여 년 전에 연대보증을 선 것이 있다. 그런데 3년 전 사고로 식  
물인간이 되었다. 남동생의 파산연책신청을 하고 싶은데 내가 후견인이 되면  
할 수 있는가?

## 9) 소송개시

(내담자 60대 여성)

작년에 남동생이 사고를 당하였다. 의식이 없어 병원에서 수소문하여 내게  
연락을 해왔다. 그래서 내가 모든 비용을 부담해가며 동생을 몇 달 간 돌보고  
있다. 그런데 갑자기 동생과 함께 살았다고 주장하는 여자가 나타나 한 달 전  
혼인신고를 했다고 주장하고 있다. 동생이 의식도 없이 누워 있었는데 혼인신  
고라니 말도 되지 않는다. 아마도 재산을 노리고 한 것 같은데 혼인무효 소송  
을 하려면 어떻게 해야 하는가?