

## 시설미성년후견법상 미성년후견제도의 문제점과 개선방안\*

이 근 영\*\*

### 〈국문초록〉

미성년자는 가족의 구성원이지만 부모에게 귀속된 존재가 아니다. 우리나라의 미래를 결정짓는 공동체의 귀중한 존재이고 성장하는 단계에 있는 사회구성원이므로 미성년자의 양육 등은 부모만의 책임이 아니라 사회가 함께 책임지고 성장시켜 가야 한다. 그래서 우리 법제는 미성년자를 보호하기 위하여 미성년후견제도로 사법적 규율(민법상 미성년후견인과 미성년후견감독인제도 등)과 공법적 규율(아동복지법과 시설미성년후견법 등에 의한 지방자치단체의 보호조치 결정에 따라 가정위탁·아동보호시설 입소·입양 등 다양한 대체양육제도)을 하고 있다. 공법적 규율 중 하나인 시설미성년후견법은 그간 민법의 미성년후견 규정의 개정을 반영하지 못하였고, 민법과의 관계도 논란이 있어 왔다. 향후 시설미성년후견법의 개정을 통해 제기되는 문제점을 보완할 필요성이 있고, 동시에 해석론 등을 통하여 문제점을 극복할 필요성이 있는바 이에 대한 논의를 전개하였다.

아동복지법의 특별법인 시설미성년후견법과 민법의 관계는 아동복지법과 민법의 관계에 따라 정립된다. 아동복지법이 민법의 특별법이라는 시각이 있지만, 민법 제932조제1항은 개인의 국가에 대한 청구권을 정한 규정이므로 아동복지법과는 그 입법목적, 규정 사항, 적용 범위를 전혀 달리하므로 상호 모순·저촉되는 관계에 있다고 볼 수 없다. 따라서, 민법 후견법에 대하여 아동복지법 제19조는 민법 제932조제1항의 특별법이 아니라 개별법이라고 보아야 한다. 즉, 민법 제932조제1항에 따른 미성년후견인을 신청할 수 있는 자(미성년자, 이해관계인 등)는 아동복지법 제19조제1항 또는 시설미성년후견법 제3조에 따라 시·도지사 등이 미성년후견인 선임청구를 하는지 여부와 관계없이, 언제든지 독자적으로 민법상 미성년후견인의 선임청구를 할 수 있다고 본다.

이러한 관점에서 시설미성년후견법의 문제점과 개선방안에 대하여도 시설미성년후견인 선임 등과 시설미성년후견인의 지위 등을 중심으로 검토하였다.

주제어 : 보호시설에 있는 미성년자의 후견직무에 관한 법률, 아동복지법, 민법, 미성년자, 후견인, 보호시설, 법인후견인, 관청후견인, 부양의무자 확인공고, 불법행위

• 투고일 : 2025.01.09. / 심사일 : 2025.01.22. / 게재확정일 : 2025.01.25.

\* 이 논문은 2022학년도 세명대학교 교내학술연구비 지원에 의해 수행된 연구임.

2024년 11월 1일 서울시복지재단 서울사회복지공익법센터가 개최한 “2024년 복지법률 토론회”에서 발표한 것을 수정·보완한 것으로, 당시 사회자인 배소영변호사님과 지정토론자인 군산대학교 홍윤선교수님께 감사드린다.

\*\* 세명대학교 법학과 교수, 법학박사

## I. 들어가며

(1) 미성년자는 가족의 구성원이지만 부모에게 귀속된 존재가 아니며, 우리나라의 미래를 결정짓는 공동체의 귀중한 존재이고 성장하는 단계에 있는 사회구성원이다. 따라서, 미성년자의 양육 등은 부모만의 책임이 아니라 사회가 함께 책임지고 미성년자를 성장시켜 가야 한다.<sup>1)</sup> 민법은 1차적으로 부모에게 ‘친권자’라는 법적 지위를 인정하고 미성년자의 보호와 돌봄에 필요한 권한과 책임을 부여하고 있지만, 모든 부모가 친권을 행사하거나 자녀를 직접 양육을 하거나 할 수 있는 것은 아니다. 사망·의식불명·생사불명·소재불명 등으로 부모의 역할 수행이 사실상 불가능하거나, 친권자의 아동학대·친권남용 등으로 친권의 전부 또는 일부를 박탈당하여 권한 행사가 법적으로 불가능한 경우도 있다. 부모가 스스로 친권자의 의무이행을 거부하고, 아동을 유기하기도 한다.<sup>2)</sup> 이처럼 미성년후견은 친권자의 사망이나 유기, 학대 등으로 친권이라는 1차적 울타리를 잃은 힘든 경험<sup>3)</sup>에서 시작되므로, 미성년자는 자신이 피해자인 경우가 많고 친권자와 관련된 범죄나 학대 또는 방임 등의 경험으로 인해 정서적·심리적 어려움을 겪고 있는 경우가 많다.<sup>4)</sup> 또한, 부모 사망의 경우에도 부모를 잃게 된 배경이 다양하므로 사망이라는 말로는 표현할 수 없는 제각각의 힘든 사연과 사건들이 있을 것이다. 따라서, 미성년후견은 이러한 경험을 한 미성년자에 대하여 그에 맞는 돌봄이 필요한 것이 사실이다.

(2) 우리 법제는 이러한 미성년자를 보호하기 위하여 미성년후견제도로 사법적 규율과 공법적 규율을 두고 있다. 사법적 규율은 친권자인 부모가 미성년자를 위해 각종의 법정대리권·재산관리권 및 신상감호권을 행사하지 못하는 경우를 대비하여 미성년후견인제도를 두고, 미성년후견인이 그 권한 행사를 대행하도록 하는 것이다.<sup>5)</sup> 민법상 미성년후견제도는 미성년자의 복리실현을 그 중심에 두면서, 미성년후견인과 미성년후견감독인이 상호협력하도록 하면서, 최종

1) 최현숙, “미성년후견제도에 관한 연구”, 법학연구 제57권, (한국법학회, 2015), 278면.

2) 현소혜, “위탁 아동을 위한 미성년후견 제도 개선 방안”, 인권과 정의, 통권 509호, (대한변호사협회, 2002.), 54면

3) 이상희, “현행 미성년후견제도의 문제점과 개선방안”, 『동아법학』, 제81호, (동아대학교 법학연구소, 2018.), 16면.

4) 윤우일, “미성년후견제도의 개선을 위한 제언”, 『아주법학』, 제13권 제4호, (아주대학교 법학연구소, 2020. 2.), 42면.

5) 현소혜, 앞의 논문, 54면

적으로 가정법원이 그 이해관계를 조정 내지 감독하는 구조를 채택하고 있다.<sup>6)</sup> 공법적 규율은 부모로부터 적절한 양육을 제공받지 못하는 미성년자들을 위해 아동보호 전달체계를 마련하고, 지방자치단체의 보호조치결정에 따라 가정위탁·아동보호시설 입소·입양 등 다양한 대체양육제도를 제공하고 있다.<sup>7)</sup>

(3) 아동복지법의 특별법인 「보호시설에 있는 미성년자의 후견직무에 관한 법률」(이하 “시설미성년후견법”이라고 한다)은 간략한 조문으로 보호시설에 있는 미성년자의 후견문제를 규율하고 있지만, 필요한 규정의 불비로 인한 많은 문제점이 있고 그로 인해 실무상 많은 어려움이 있는 것이 현실이다. 따라서 본 논문은 향후 시설미성년후견법의 개정을 통해 제기되는 문제점을 보완할 필요성이 있고, 동시에 해석론 등을 통하여 문제점을 극복할 필요성이 있는바 이에 대한 논의를 전개한다.

이하에서는 먼저, 2011년 개정된 민법상 미성년후견제도<sup>8)</sup>가 성년후견에 비하여 여러 가지 문제점이 있다는 점을 간략하게 제시한다(Ⅱ). 그리고, 미성년후견제도는 민법뿐만 아니라 「아동복지법」, 시설미성년후견법 등 다른 개별법과의 상호 보완 등을 통해 운영될 수밖에 없다. 그런데, 시설미성년자의 후견은 시설미성년후견법의 적용이 중심이 될 수밖에 없는데, 이 경우 민법상 후견법의 일반원칙이 다른 개별법상 제도운영에 어느 정도 적용될 수 있는지가 문제된다. 그 적용 여부에 따라 시설미성년후견법상 미성년후견제도를 이용하기 위한 각종의 절차 등이 달라질 수 있어서,<sup>9)</sup> 시설미성년후견법의 지위를 살펴볼 필요성이 있다(Ⅲ). 시설미성년후견법의 문제점과 개선방안의 제시는 시설미성년후견인의 선임 등(Ⅳ)과 시설미성년후견인의 지위 등(Ⅴ)을 중심으로 검토한다.

6) 정현수, “미성년후견제도의 개선을 위한 몇 가지 제언”, 『동북아법연구』 제10권 제3호, (전북대학교 동북아법연구소, 2017. 1.), 723면.

7) 현소혜, 앞의 논문, 54면

8) 개정 민법(2011년)은 종래의 법정후견인제도를 폐지하면서 친권자의 유언에 따른 지정후견인이 없으면 선임후견인을 선임할 수 있도록 하였고, 미성년후견인에게 사망, 결격, 사임 등의 사유가 발생하는 경우 가정법원은 기존의 후견을 종료하고 새로운 후견인을 통한 후견이 개시되도록 하였다.

9) 특히, 소송절차에서 문제가 된다. 이러한 이유로 미성년후견제도를 이용하기 위한 각종의 소송절차는 당분간 실험적인 시도가 계속될 수밖에 없다는 점을 지적하면서 미성년후견인 선임청구사건의 재판실무상 문제점을 지적하는 논문으로는, 양종찬, “미성년후견인 선임청구 사건의 재판실무상 제문제”, 『중앙법학』, 제22집 제2호, (중앙법학회, 2020. 6.)을 참조.

## II. 민법상 미성년후견제도의 특수성과 일반적으로 논의되는 문제점

### 1. 민법상 미성년후견제도의 특수성

민법상 미성년후견은 민법 제928조에 규정된 사유가 발생하면 그 절차에 따라 개시되며,<sup>10)</sup> 미성년자 개인의 판단능력이나 결정능력과는 무관하게, 친권보호 공백상태의 미성년자를 양육하고 보호하는 것을 목적으로 한다.<sup>11)</sup> 미성년후견은 미성년자를 육체적·정신적으로 건강한 인격체로 키워내기 위한 것이므로 성년후견보다 미래지향적이면서도 더 적극적이고, 미성년자가 성장하고 있는 환경 전반에 깊이 있게 관여하는 형태로 이루어져야 한다.<sup>12)</sup> 따라서, 미성년후견 과정에서 19세 미만의 다양한 연령대로 구성되어 있는 미성년자의 성장단계를 고려한 “보호·교양” 내지 “양육”이 중점적인 고려요소로 다루어져야 하고,<sup>13)</sup> 그 연령구간(영유아·아동·청소년 등)에 따라 양육의 목적이나 방법, 내용이 달라지는 등 세밀한 양육이 이루어져야 하므로,<sup>14)</sup> 그에 걸맞게 후견의 내용도 달라져야 한다.<sup>15)</sup> 특히, 미성년자는 제한능력자이지만 성년에 가까워질수록 자기결정권을 충분히 보장받도록 할 필요가 있다는 점에서,<sup>16)</sup> 신상에 관한 부분에 대하여는 지금보다 더 나이에 맞는 구체적인 차이를 두는

10) 민법상 미성년후견의 개시는 해당 미성년자에게 ① 사망 등의 사유로 친권자가 없거나, ② 친권상실·일시정지·일부제한·대리권과 재산관리권 상실 재판 또는 대리권과 재산관리권 사퇴 허가에 따라 친권자가 친권의 전부 또는 일부를 행사할 수 없는 경우에만 가능하다(민법 제928조). 명문의 규정은 없지만, 친권자가 성년후견개시심판을 받은 경우도 ‘친권을 전부 또는 일부 행사할 수 없는 경우’에 포함된다는 것이 학설의 태도이다(윤진수 편집대표(권재문 집필부분), 주해친족법 제2권, (박영사, 2015), 1015면 참조).

11) 이 점은 사무를 처리할 능력이 결여되거나 부족한 피후견인에 대하여 필요한 영역의 의사결정을 대행 내지 지원하는 것을 목적으로 하는 성년후견과는 차이가 있다.

12) 윤우일, 앞의 논문, 41면. 반면, 성년후견은 현재의 상태보다 더 나빠지지 않게 현 상태를 유지하고 부족한 능력을 보충·보완하는 것을 주된 내용으로 한다.

13) 같은 취지, 최현숙, 앞의 논문, 272면; 이상희, 앞의 논문, 5면.

14) 양육이나 후견은 기본적으로 양육과 정서적 안정을 기반으로 하지만, 영유아기에는 절대적 보호를 제공하고, 아동기에는 기초적인 지식습득과 사회성 발달이 이루어질 수 있도록 하고, 10대 초반 청소년은 사춘기에 따른 신체적·정서적 변화에 부합하도록 하며, 10대 후반 청소년은 자기 결정권을 존중하면서도 성인이 된 후 사회인의 역할에 필요한 기술이나 지식습득에 도움을 줄 수 있는 것이 되어야 한다(최현숙, 위의 논문, 272면, 277면; 윤우일, 위의 논문, 41-42면).

15) 최현숙, 위의 논문, 271-272면; 이상희, 앞의 논문, 5면; 윤우일, 위의 논문, 41면.

16) 최현숙, 위의 논문, 272면.

입법이 필요하다.<sup>17)</sup>

전술한 바와, 같이 미성년후견 대상이 되는 미성년자는 부모의 사망 등 다양한 원인으로 부모의 보호를 받지 못하거나 친권자와 관련된 학대나 방임 등의 범죄를 경험하는 등 정서적·심리적인 어려움을 겪고 있는 경우가 많아서,<sup>18)</sup> 처음부터 심리상담이나 방문조사 등을 통해 미성년자의 심리적·정서적 어려움을 파악하고 이를 해소하기 위한 지속적인 관심과 적절한 조치가 필요하다.<sup>19)</sup>

미성년후견은 양육문제, 심리문제, 법률문제, 재산문제 또는 경제문제 등 미성년자가 처한 상황이 각기 다르므로, 개개의 미성년자 상황에 맞게 특화되어 설계될 필요가 있다. 따라서 가정법원이 동거하는 친족이 아닌 전문가 등의 제3자를 미성년후견인으로 선임하는 경우(이하 전문가가 후견인이면 “전문가후견인”, 동거 여부와 관계없이 친족이 후견인이면 “친족후견인”이라 한다), 미성년자에게 전문적인 재산관리가 중요하면 재산관리전문가를, 법적 분쟁에 휘말릴 가능성이 높으면 법률전문가를, 정서적·정신적 양육에 중점을 주어야 한다고 판단되면 상담심리전문가 혹은 사회복지전문가를 선임하는 것이 좋을 것이다.<sup>20)</sup> 즉, 미성년자와 관련한 정보를 최대한 취합하여 이에 적합한 전문가후견인 또는 공공후견인 등을 선임하여야 할 필요성이 있다.

## 2. 미성년후견제도에 대하여 일반적으로 논의되는 문제점과 개선방안

### (1) 복수의 미성년후견인을 허용하는 민법 개정의 필요성

민법은, 복수의 후견인을 허용하는 성년후견(민법 제930조제2항)<sup>21)</sup>과는 달리, 미성년후견인을 1인으로 하고 있다(민법 제930조제1항).<sup>22)</sup> 따라서, 1인의

17) 이근영, “미성년후견제도의 문제점과 정립방향”, 『민사법의 이론과 실무』, 제24권 제1호, (민사법의 이론과 실무학회, 2002), 4-5면.

18) 이러한 어려움이 있는 미성년자들 중 상당수는 그 상황인식이나 자기표현이 부족한 경향이 있고, 조부모 등 미성년후견의 청구인은 이러한 문제점을 인지하지 못하고 겉으로 드러나는 모습만으로 미성년자가 문제없이 잘 지낸다고 생각하여 심리상담 등의 조치 시기를 놓치게 되는 경우가 많은 것이 현실이다(김성우, 『성년후견실무』, (박영사, 2018), 218면; 윤우일, 앞의 논문, 42면).

19) 김성우, 위의 책, 218면; 윤우일, 위의 논문, 42면; 이근영, 앞의 논문, 5-6면.

20) 이근영, 위의 논문, 6면; 윤우일, 위의 논문, 42면.

21) 복수의 성년후견인 상호간의 감시를 통하여 권한남용을 방지하고 복수의 성년후견인에게 업무를 분담시키는 것이 보다 효율적이기 때문이다.

22) 미성년후견인의 직무의 성질에 비추어 복수후견인 사이에 생길 수 있는 의견의 불일치 또는 충돌을 미연에 방지하고, 책임 소재를 명확히 하여 미성년후견 임무의 원활한 집행

후견인이 미성년자에 대한 신상보호와 재산관리 의무를 동시에 부담하게 되는데, 친부모조차도 버거워하는 미성년자의 양육과 보호를 후견인 1명이 제대로 감당할 수 있을지는 의문이다.<sup>23)</sup> 특히, 제한능력자인 미성년자는 피성년후견인과 같은 외부 보호가 필요할 뿐만 아니라, 성장과 발달과정에 있는 존재이므로 신체적·정서적으로 건강한 성인으로 성장할 수 있는 환경에서 양육되어야 하며 미래를 준비하기 위한 지식이나 기술습득의 기회가 제공되어야 하는 등 성년후견보다 훨씬 더 적극적인 후견을 받을 필요가 있기 때문이다.<sup>24)</sup>

법원이 전문가후견인(변호사, 사회복지사, 법무사 등)을 선임하는 경우, 이들은 한 분야에 특화된 전문가이지만 미성년자와 동거하지 않기에 포괄적인 보호자의 역할을 담당하기에는 한계가 있으며,<sup>25)</sup> 실질적인 양육을 담당하는 자에 대한 감독도 쉽지 않다. 반면, 양육자도 자신의 불분명한 지위로 인하여 자신의 역할은 무엇이고 그 권한의 범위가 어디까지인지 혼란을 겪을 수 있고, 그 과정에서 실제 양육자와 후견인 간의 명확한 권리·의무 분배가 이루어지지 않을 때에는 의견충돌이 발생하거나 양자 간에 책임소계의 불명확 등의 사유로 미성년자에 대한 보호가 불안정해질 수도 있다.<sup>26)</sup>

반면, 가정법원이 친족후견인을 선임하는 경우,<sup>27)</sup> 양육과 재산관리권을 행사하는 친족후견인이 피후견인의 재산을 독립재산으로 관리하지 않고 이를 양육의 대가와 상계한다고 합리화하면서 미성년자의 재산을 자신의 것처럼 소비하기 쉽다는 문제점이 있다.<sup>28)</sup> 친족후견인의 경우에도 피후견인의 재산문제는 재산관리전문가에게 맡기는 것이 미성년자를 위한 좋은 방법일 수 있는데 이는 후견인의 수를 복수로 하는 경우에만 가능하다.<sup>29)</sup>

---

을 위한 것이라고 한다(김주수/김상용, 「친족상속법」, (법문사, 2013), 2013, 450면; 이충은, “일본의 미성년후견제도를 통한 우리나라에의 시사점”, 「법과 정책」 제21집 제1호, (제주대학교 법과정책연구원, 2015. 3.), 217면). 또한, 근본적으로는 미성년자는 친권에 복종하는 수동적인 존재이자 단순히 외부로부터 보호만을 하여주면 되는 존재로 인식하여 왔던 것도 한 원인이다(최현숙, 앞의 논문, 282-283면).

23) 윤우일, 앞의 논문, 44면; 최현숙, 위의 논문, 282면; 이근영, 앞의 논문, 14면.

24) 최현숙, 위의 논문, 283면; 윤우일, 위의 논문, 44면.

25) 이상희, 앞의 논문, 15면; 윤우일, 위의 논문, 44면.

26) 윤우일, 위의 논문, 44면.

27) 실제로는 미성년후견의 경우 친족이 후견인이 되는 경우가 많다.

28) 이에 대하여는, 이근영, “법정후견제도에서 후견인의 재산부정사용문제와 후견제도지원실태”, 「법학논총」, 제30권 제1호, (국민대학교 법학연구소, 2017. 6.), 160-165면 참조.

29) 박상호/예철희, “미성년자후견제도의 문제점과 개선방안”, 「공공정책연구」 제27집 제2호, (동의대학교 지방자치연구소, 2010), 299면; 윤우일, 앞의 논문, 45면; 이근영, 앞의 논문(주 17), 15면.

그런데, 친권자가 법률행위의 대리권과 재산관리권만을 상실하거나 사퇴하는 경우라면, 미성년자의 신분상 행위는 친권자, 재산상 행위는 후견인이라는 복수의 법정대리인이 존재하게 된다. 이 경우 발생하는 복수의 미성년후견인 형태는, 우리 민법이 공동친권의 이념 하에서 친권이 부모 공동의 권리와 의무인 것과 비슷하다는 점에서, 우리 민법체계에 정면으로 반한다고 할 수는 없다.<sup>30)</sup> 복수후견인제도는 후견인 간의 상호 견제를 통해서 임무의 방기나 권한남용을 방지할 수 있고 후견인에게 특화된 영역의 업무를 분담하여 미성년자의 보호와 양육에 충실을 기할 수 있다는 장점이 있다. 이런 점에서 더 이상 1인 미성년후견인제도를 고집할 것이 아니라 복수의 후견인이 적절하다고 판단되는 경우에는 복수의 후견인을 선임할 수 있도록 해야 할 것이다.<sup>31)</sup> 이를 위하여 민법 제930조제1항을 “미성년후견인은 미성년자의 신상과 재산에 관한 모든 사정을 고려하여 여러 명을 둘 수 있다.”라고 개정하여야 할 것이다.<sup>32)</sup>

## (2) 법인후견인의 도입의 필요성

법인은 성년후견인이 될 수 있지만(민법 제930조제3항), 미성년후견인이 될 수는 없다. 미성년후견의 권리·의무 내용이 미성년자의 원만한 인격형성을 위한 신상보호에 중점을 두고 있어서 피후견인인 미성년자와의 인적 접촉이 불가피하다고 보기 때문이다.<sup>33)</sup> 그런데, 사실상 자립한 10대 후반 미성년자의 경우에는 현실적으로 신상보호 보다 재산관리가 후견인의 주된 사무가 될 수도 있다. 보호시설에 있는 미성년자에게 후견인이 선임된 경우에도 직접적인 신상보호는 보호시설에서 이루어지므로 후견인에 의한 신상보호는 간접적인 것에 그친다.<sup>34)</sup> 따라서, 법인후견인이 미성년자의 최선의 이익에 반한다고는 단정할 수 없다.<sup>35)</sup>

미성년후견에 법인후견인제도를 활용하면 오히려 많은 장점이 있다. 법인 자체 내의 감독을 통하여 더욱 충실한 후견업무의 수행을 할 수 있게 되고, 법인후견인을 1차적으로 적절하게 감독하여야 할 기관인 법원의 업무를 경감시

30) 배인구, “미성년후견제도의 현황-미성년후견제도의 현황과 쟁점”, 『미성년후견제도의 현황과 쟁점』, (한국법제연구원, 2013. 10.), 19-20면; 윤우일, 위의 논문, 45면; 이근영, 위의 논문, 15-16면.

31) 배인구, 위의 논문, 19-20면; 윤우일, 위의 논문, 45면.

32) 이근영, 앞의 논문(주17), 16-17면.

33) 김형석, “민법개정안에 따른 성년후견법제”, 『가족법연구』, 제24권 제2호. (한국가족법학회, 2010), 130면; 이충은, 앞의 논문, 218면.

34) 이충은, 위의 논문, 218면; 김영진, 앞의 논문, 214면.

35) 이근영, 앞의 논문(주17), 18면; 이충은, 위의 논문, 218-219면.

킬 수 있다.<sup>36)</sup> 아동학대의 경우, 친권을 상실하는 부모는 친족들과의 관계에서도 고립되어 있는 경우가 대부분이어서 미성년후견인을 선임하는 것이 쉽지 않고, 미성년후견은 10년 이상 장기에 걸쳐 이루어지는 경우가 많으므로 양육의 책임도 무겁다. 그런데, 법인이 후견인 역할을 수행하면 복수의 직원들에 의해 비교적 쉽게 그 역할을 부담할 수 있다.<sup>37)</sup> 법인후견인은 후견업무의 담당자가 변경되더라도 법인 내의 물적·인적 시스템을 통해 축적한 미성년자의 성향, 경험, 관심 및 성장과정에 대한 경험과 자료들을 바탕으로 안정적이고 연속성을 가진 미성년후견업무 수행을 할 수 있다.<sup>38)</sup> 미성년후견이 개시되면 피후견인의 가족관계등록부에 미성년후견인의 인적 사항을 기재하는데, 법인후견인은 법인명과 법인 주소가 기재되므로 미성년후견인의 개인정보 보호는 물론 사생활의 보호 문제 등에서도 자유로울 수 있다.<sup>39)</sup> 또한, 시설미성년후견법 또는 아동복지법상 후견인의 선임에서도 법인후견인의 일종으로 후술하는 바와 같이 관청후견인의 선임도 생각할 수 있을 것이다. 이러한 점에서 법인후견인을 성년후견에 제한하고 있는 민법 제930조제3항을 “법인도 후견인이 될 수 있다.”라고 개정하여 성년후견인뿐만 아니라 미성년후견인도 법인이 될 수 있도록 허용하여야 할 것이다.

### (3) 후견인감독인의 지정을 필수적으로 할 필요성

개정 민법(2011년)은 필수적 후견감독기관이었던 친족회를 폐지하고,<sup>40)</sup> 가정법원이 재량으로 선임할 수 있는 미성년후견감독인제도를 도입하였다. 친권을 행사하는 부모가 유언으로 미성년후견감독인을 지정할 수 있고(민법 제940조의2), 유언으로 지정된 미성년후견감독인이 없더라도 필요하다면 가정법원의 직권으로 또는 청구권자(미성년자 친족, 미성년후견인, 검사, 지방자치단체의 장)의 청구로 가정법원이 선임할 수 있다(민법 제940조의3). 그런데, 가정법원이 재량으로 선임하는 미성년후견감독인은 후견 수요가 많지 않고 후견감독인의 보수 등의 문제로 임의기관으로 하였고 때문에, 실제로 미성년후견은 감독기관이 없는 상태로 개시되는 경우가 많다.<sup>41)</sup> 현행 민법은 미성년후견인의 수

36) 이근영, 위의 논문, 18면.

37) 김영진, 앞의 논문, 214면.

38) 윤우일, 앞의 논문, 48면.

39) 이근영, 앞의 논문(주17), 18-19면; 이충은, 앞의 논문, 228면.

40) 과거 후견업무를 감독하던 친족회는 친족간의 유대감이 약화되고 친족회가 후견인의 행위를 견제하는 기관이 아닌 후견인과 뜻을 같이 하고 추진하는 기관으로 변질되어 친족회가 후견인에 대한 실질적 감독기능을 수행하지 못한다는 문제점이 있었다.



를 1인으로 한정하고 있기 때문에 그 후견업무를 감독하지 않을 경우 자칫 권한남용 및 의무불이행의 문제가 발생하더라도 표면화되지 않을 위험성을 제도적으로 내포하고 있다.<sup>42)</sup>

이러한 문제점은 미성년후견감독인을 필수기관으로 하여 해결할 수 있다고 하면서, 미성년후견감독인을 두지 않는 경우에는 가정법원의 허가를 얻도록 하는 규정이 신설할 필요성이 있고,<sup>43)</sup> 그 후속조치로 “후견인 감독센터”<sup>44)</sup>를 설립하고 이를 통해 1차적으로 미성년후견감독인을 감독하고, 그 후 가정법원에서 최종적으로 감독 기능을 완수하게 된다면 이는 이른바, ‘이중적 감독체제’로 미성년후견인 감독을 보다 더 충실할 수 있다는 견해도 있다.<sup>45)</sup> 이러한 후견인 감독센터에 속한 법인들을 통하여 그 구성원이 행하는 후견업무에 대한 감독권한을 행사하고, 법인 상호 간의 경쟁을 통한 감시를 하여 미성년후견인의 부정행위를 미연에 방지하는 효과까지 얻을 수 있을 것이다.<sup>46)</sup> 그런데 이는 미성년후견감독인의 비용문제를 남긴다는 문제점이 있다.<sup>47)</sup>

사건으로는, 비용 등의 문제 해결과 미성년후견감독인제도의 활성화를 위하여 대한법률구조공단을 미성년후견감독인으로 활용하는 방안<sup>48)</sup>을 모색할 필요가 있다.<sup>49)</sup> 특히, 현행 민법상 미성년후견감독인은 여러 명을 둘 수 있고(민법

41) 2018년, 2019년 각각 한 해 동안 미성년후견감독인 선임을 신청건수는 728건이지만 인용이나 기각한 건은 0건이고 기타 350건으로 동일하다는 점을 볼 때 미성년후견감독인제도가 전혀 그 기능을 발휘하지 못하고 있는 것이 현실이다.(법원행정처, 2019 사법연감, 2019, 916면; 법원행정처, 2019 사법연감, 2019, 924면 참조). 따라서, 미성년후견감독인을 임의적 감독기관으로 하는 현행 민법 하에서는 미성년후견인의 업무수행에 대하여 과거 친족회가 담당했던 최소한의 감독조차 없는 경우도 있을 수 있어 결과적으로 후견인에 대한 감독과 견제 기능은 개정 이전보다 더 약화되었다고 볼 수 있다(이충은, 앞의 논문, 736면).

42) 이근영, 앞의 논문(주17), 23면.

43) 김현수/김원태, 앞의 보고서, 118면

44) 이러한 후견인 감독센터는 법인을 새롭게 신설하기 보다 기존의 전문직 후견인 단체 등 비영리법인을 활용하는 방안을 생각해 볼 수 있는데, 대한변호사협회, 대한법무사협회, 대한사회복지사협회 등이 그러하다(이충은, 앞의 논문, 231면).

45) 전병주/최은영, “고령화 사회에 있어 일본 성년후견제도의 실태 및 한국에의 시사점”, 『사회보장연구』, 제29권 제3호, (한국사회보장학회, 2013. 8), 402면; 이충은, 위의 논문, 231면

46) 이충은, 위의 논문, 231면.

47) 이근영, 앞의 논문(주17), 24면.

48) 대한법률구조공단은 현재 전국 133곳에 설치된 지부, 출장소, 지소를 두고 있는 등 전국 단위의 업무망 등을 구축하고 있으며(<https://www.klac.or.kr/visit/subOfficeList.do>), 공공기관으로서 법률분야의 전문가가 상시 근무하고 있고, 국가의 예산편성 및 그 업무에 대한 법적 근거가 있어서 약간의 재정지원 등이 이루어진다면 미성년후견감독인의 기능을 담당하는 것은 크게 문제가 없다고 본다(위의 논문, 24-25면).

49) 위의 논문, 24면; 반면, 대한법률구조공단을 미성년후견인 중 기관후견인으로 활용하자는

제940조의7, 제930조제2항), 미성년후견감독인이 이미 선임된 경우에도 필요하다면 추가로 선임될 수도 있다(민법 제940조의7, 제936조제3항). 또한, 법인도 미성년후견감독임으로 선임될 수 있으므로(민법 제940조의7, 제930조제3항), 대한법률구조공단을 미성년후견감독인으로 하는 것은 법적인 문제도 없다. 미성년후견감독인의 주요업무와 후견감독 부수사건은 기본적으로 법률구조공단의 업무에 포섭될 수 있는 것이므로 법률구조공단을 미성년후견감독인으로 활용하는 것은 공단의 설립 취지에도 부합한다. 대한법률구조공단을 미성년후견감독인으로 활용하는 것은 미성년후견감독인을 두지 않은 모든 미성년후견사건의 미성년후견감독인을 두게 되는 결과로 이어지므로 국가에 의한 미성년자의 복리실현에도 기여할 것으로 보인다.<sup>50)</sup>

### III. 시설미성년후견법의 지위 등

#### 1. 민법상 후견법에서 본 시설미성년후견법의 지위

시설미성년후견법이 아동복지법의 특별법이라는 점에는 이론이 없다. 다만, 민법상 후견법에 대하여 아동복지법의 후견 관련 규정이 민법의 특별법<sup>51)</sup>인지 여부에는 논란이 있다. 그 결론에 따라 시설미성년후견법이 민법의 특별법인지 여부도 정리될 것이다.

##### (1) 특별법설

아동복지법이 민법의 특별법이라는 입장에 선 지방법원 판례가 있다.<sup>52)</sup> 아동복지법 제19조제1항과 민법 제932조제1항이 특별법과 일반법의 관계에 있다고 전제하고, 특별법 우선의 원칙에 따라 아동복지법 제19조제1항에 따른 미성

견해도 있다(정현수, 앞의 논문, 742면). 그런데 전문가후견인의 문제점으로 지적되는 미성년자 양육에 대한 문제점을 대한법률구조공단이 해결할 수 있는 업무능력을 가지고 있는지에 대하여는 여전히 의문이 남는다(위의 논문, 24면 각주 83번).

50) 위의 논문, 24-25면.

51) 특별법 우선의 원칙은 사안과 관계된 여러 개의 동등한 법형식 사이의 상호 모순·저촉이 발생하는 경우 어느 법령을 적용하여야 할 것인지 문제에 대한 해결원칙으로서, 특정한 경우·사람 또는 지역에 한정하여 규율하는 특별법이 일반적인 사항을 규율하는 일반법에 우선하여 적용되어야 함을 의미한다(류성진/강현철/최경호, “법제처 법령해석제도의 발전방안에 관한 연구용역”, 법제처(2015), 32면 이하 참조).

52) 수원지방법원 안양지원 2019. 5. 1. 선고 2018㉸단100182 심판

년후견인 선임청구가 우선하여야 하는바, 민법 제932조제1항에 따른 미성년자, 이해관계인 등의 미성년후견인 선임청구는 아동복지법 제19조제1항에 따라 시·도지사 등이 미성년후견인 선임청구를 하지 않을 것이 확실한 경우에만 허용될 수 있다고 판단하였다.<sup>53)</sup>

## (2) 개별법설

아동복지법 제19조제1항과 민법 제932조제1항은 입법목적과 규정 사항, 적용 범위를 달리하는 별개의 법률로서 상호 모순·저촉되는 관계에 있지 않다고 보는 설이다.<sup>54)</sup> 아동복지법 제19조제1항이 민법 제932조제1항에 대한 특별법의 지위에 있다고 볼 수 없고 개별법이라고 한다.<sup>55)</sup>

## (3) 소결

시설미성년후견법의 일반법인 아동복지법과 민법의 관계 설정에 따라 시설미성년후견법과 민법의 관계도 정립된다. 아동복지법은 국가 또는 지방자치단체의 개인에 대한 보호의무를 정한 규정임에 반하여, 민법 제932조제1항은 개인의 국가에 대한 청구권을 정한 규정으로서 그 입법목적과 규정사항, 적용 범위를 전혀 달리하므로 양자는 상호 모순·저촉되는 관계에 있는 것은 아니다.<sup>56)</sup> 따라서, 아동복지법 제19조는 민법의 후견법 규정인 민법 제932조제1항의 특별법이 아니라 개별법이라고 보아야 한다. 이러한 해석이 미성년후견 개시 가능성을 최대한 확대하고자 하는 미성년후견제도의 기본취지에 부합한다고 본다. 따라서, 민법 제932조제1항에 따른 미성년후견인을 신청할 수 있는 자(미성년자, 이해관계인 등)는, 아동복지법 제19조제1항 또는 시설미성년후견법 제3조에 따라 시·도지사 등이 미성년후견인 선임청구를 하는지 여부와 관계없이, 언제든지 독자적으로 민법상 미성년후견인의 선임청구를 할 수 있다고

53) 수원지방법원 안양지원 2019. 5. 1. 선고 2018ㄴ단100182 심판

54) 양종창, 앞의 논문, 17-18면.

55) 위의 논문, 28면.

56) 특별법 우선의 원칙은 동등한 형식의 성문법규인 법령이 모순·저촉되는 경우에 적용될 수 있는바, 법률 상호 간의 관계가 상호 모순·저촉되는지 여부는 각 법률의 입법목적, 규정사항 및 그 적용 범위 등을 종합적으로 검토하여 판단하여야 하고(대법원 1989. 9. 12. 선고 88누6856 판결 참조), 만약 관련된 여러 개의 법률이 입법목적과 규정 대상 등을 달리한다면 해당 법률들은 상호 모순·저촉되는 관계에 있는 것이 아니므로 특별법 우선의 원칙이 적용되는 일반법과 특별법의 관계에 있다고 볼 수 없다. 이 같은 법적용 원리에 기초할 때, 아동복지법 제19조제1항과 민법 제932조제1항은 입법목적과 규정사항, 적용 범위를 달리하는 별개의 법률로서 상호 모순·저촉되는 관계에 있다고 볼 수 없다(위의 논문, 17-18면)

본다.<sup>57)</sup>

## 2. 시설미성년후견법상 보호시설의 범위

시설미성년후견법은 보호시설에 있는 미성년자의 후견인에 관한 사항을 규정함을 목적으로 한다(제1조). 이 법에서의 “보호시설”(제2조 제1호)에는 ① 아동복지시설 중 대통령령으로 정하는 시설, ② 장애인 거주시설, ③ 정신질환자 사회복귀시설 및 정신요양시설, ④ 미혼모자 가족 복지시설, ⑤ 노숙인 자활시설, 노숙인 재활시설 및 노숙인 요양시설, ⑥ 청소년 쉼터 및 청소년 자립지원관이 해당되며, 이상과 같이 시설미성년후견법의 적용을 받는 시설은 점점 늘어나고 있다.<sup>58)</sup> 다만, 자립지원시설은 아동복지시설에서 퇴소한 사람에게 취업준비기간 또는 취업 후 일정 기간 동안 보호함으로써 자립을 지원하는 것을 목적으로 하므로 시설미성년후견법의 적용을 받는 보호시설에는 포함되지 않는다. 현재 이 법의 적용을 받는 시설의 종류는 아래 표와 같다.

표 1. 시설미성년후견법이 적용되는 보호시설

아동복지시설 중 대통령령으로 정하는 시설	아동양육시설 2. 아동일시보호시설 3. 아동보호치료시설 4. 공동생활가정 5. 아동상담소 6. 위의 1.~5.의 시설이 통합된 시설
「장애인복지법」상 장애인거주시설	거주공간을 활용하여 일반가정에서 생활하기 어려운 장애인에게 일정 기간 동안 거주·요양·지원 등의 서비스를 제공하는 동시에 지역사회생활을 지원하는 시설
「정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률」상 정신요양시설, 정신재활시설	「정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률」에 따른 정신요양시설 및 정신재활시설
「한부모 가족지원법」상 출산지원시설	‘한부모가족지원법 제4조제1호에 따른 모, 혼인관계에 있지 아니한 출산 전 임신부, 혼인관계에 있지 아니한 자로서 출산 후 해당아동을 양육하지 아니하는 모’에 대하여 임신·출산 및 그 출산아동(3세 미만)의 양육을 위하여 주거 등을 지원하는 시설
「노숙인 등의 복지 및 자립지원에 관한 법률」상 노인복지시설	노숙인자활시설 2. 노숙인재활시설 3. 노숙인요양시설

57) 같은 취지, 위의 논문, 28면.

58) 배소영 편집, 「보호시설 미성년자 후견인 선임 매뉴얼」, (서울시복지재단 서울사회복지공익법센터, 2024. 11. 1.), 28면.(이하에서는 “보호시설 미성년자 후견인 선임 매뉴얼”이라 한다)

「청소년복지 지원법」상 청소년 복지시설	청소년쉼터 청소년자립지원관
「성폭력방지 및 피해자보호 등에 관한 법률」상 보호시설	일반보호시설 2. 장애인보호시설 3. 특별지원 보호시설
「성매매방지 및 피해자보호 등에 관한 법률」상 보호시설	일반지원시설 2. 청소년지원시설 3. 자립지원 공동생활시설

이러한 시설미성년후견법의 보호시설은 장기거주시설과 단기거주시설로 분류할 수 있다. 장기거주시설에는 아동양육시설과 공동생활가정(그룹홈) 등이 있고, 단기거주시설에는 청소년 일시·단기 쉼터, 청소년 자립지원관 등이 있다.<sup>59)</sup>

#### IV. 시설미성년후견인 선임 등에서의 문제점과 개선방안

##### 1. 미성년후견인 선임상의 문제점

###### (1) 미성년후견인의 선임 이유

시설미성년후견법의 보호시설인 장기거주시설과 단기거주시설 모두 미성년후견인의 선임을 위한 절차는 동일하지만 보통 후견인을 선임하는 필요성이나 목적은 차이가 있다. 장기거주시설의 경우 아동이 오랜 기간 동안 그 시설에서 거주할 예정이므로 전·입학, 의료행위의 동의, 통장개설 등 일상생활에 필요한 법적 행위를 하기 위한 후견인 선임이 많다. 아동의 가족관계등록부를 만들기 위하여 후견인을 선임하는 경우도 있다. 아동이 부모를 알 수 없는 경우라면 기아로 출생신고를 할 수 있으나, 부모의 일부 정보가 확인되거나 가족관계등록부가 폐쇄된 경우라면 성과 본의 창설 및 가족관계등록부의 창설을 하기 위하여 후견인을 선임하기도 한다.<sup>60)</sup> 반면, 단기거주시설에 거주하는 14세 이상의 미성년자는, 법정대리인의 동의 없이 할 수 있는 행위들이 있다는 점에서, 단기거주시설의 시설장을 연속으로 후견인으로 할 필요성이 적은 편이다. 다만, 부모님 등이 사망하여 상속을 받게 되었을 때, 한정승인이나 상속포기 등의 특정한 법적 절차를 진행하기 위하여 후견인을 선임하는 경우가 많다.<sup>61)</sup>

59) 보호시설 미성년자 후견인 선임 매뉴얼, 31면.

60) 보호시설 미성년자 후견인 선임 매뉴얼, 31면.

전술한 바와 같이 아동복지법 제19조와 민법 제932조제1항의 관계를 개별법으로 파악하면, 아동복지법의 특별법인 시설미성년후견법 제3조와 별도로 민법 제932조제1항에 의한 미성년후견인 선임도 가능할 것이다.

## (2) 미성년자가 고아인 경우

### 1) 국가·지방자치단체가 설치·운영하는 시설의 경우

미성년자가 고아인 경우에는 그 보호시설의 설치·운영의 주체가 누구이냐에 따라 미성년후견인 선임이 달라진다. 그 보호시설의 설치·운영 주체가 국가나 지방자치단체인 경우에는 그 보호시설의 장이 특별한 지정절차 없이 바로 후견인이 된다(제3조제1항). 다만, 시설장에게 후견인 결격사유가 없어야 한다.

### 2) 국가·지방자치단체 외의 자가 설치·운영하는 시설의 경우

이 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 보호시설의 소재지를 관할하는 특별자치시장<sup>62)</sup>·시장(「제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법」에 따른 행정시장을 포함한다)·군수·구청장(자치구의 구청장을 말한다. 이하 같다)이 지정한 자(이하 지정할 수 있는 지방자치단체장을 통칭하여 “해당지자체장”이라 한다)가 후견인이 된다(제3조제2항).

후견이 필요한 미성년자가 고아인 경우, 후견인으로 지정받으려는 사람(신청권자)은 각 해당 지자체장에게 해당 아동이 고아임을 증명하기 위하여 가족관계증명서와 함께 후견인지정신청서를 제출하여야 한다. 후견인지정신청서가 접수되면 해당지자체장은 후견인으로 지정받으려는 사람이 후견인 결격사유에 해당하는 사유가 없는지 검토한 후 후견인지정통보서를 발급한다. 법문상 후견인으로 지정받는 사람이 꼭 시설장이어야 할 필요는 없으나, 실무상 지방자치단체에서는 통상 시설장을 후견인으로 지정하고 있다.<sup>63)</sup>

## (3) 미성년자가 고아가 아닌 경우

시설미성년후견법 제3조제3항은 보호시설에 있는 고아가 아닌 미성년자에 대하여도 미성년자가 고아인 경우에 적용되는 제3조제1항과 제2항을 준용하되, 대통령령으로 정하는 바에 따라 법원의 허가를 받아야 한다고 규정한다. 그런

61) 보호시설 미성년자 후견인 선임 매뉴얼, 32면.

62) 서울특별시의 경우에는 해당지역 구청에 신청하여야 한다.

63) 보호시설 미성년자 후견인 선임 매뉴얼, 40-42면.

데, 고아 아닌 미성년자의 경우 친권자가 친권상실, 제한, 정지가 되어 있지 않은 한 후견인을 선임할 수 없다는 문제점이 있다. 따라서, 이 법에 따라 해당 지자체장이 법원의 허가를 받아 특정인을 미성년후견인으로 지정하였더라도 그 효력이 없고, 다시 민법에 따라 친권상실, 제한, 정지의 절차를 거친 후 미성년후견인으로 다시 선임되어야 하기 때문에 제3조제3항의 규정은 사실상 실효성이 없으므로 입법론으로 삭제하는 것이 마땅하다는 견해가 있다.<sup>64)</sup> 시설 미성년후견인은 친권자가 없는 경우에만 해당지자체장에 의해 선임될 수 있도록 하자는 입법론을 제시하면서, 그 권한은 아동보호서비스의 제공에 필요한 범위내 한정하는 것이 바람직하다고 한다.<sup>65)</sup>

이러한 문제 제기는 일면 타당한 부분이 있지만, 제3조제3항을 삭제할 필요는 없다고 본다. 고아가 아닌 미성년자의 부모가 친권상실, 제한, 정지의 절차를 받은 경우도 있을 수 있기 때문에 이 경우에는 제3조제3항에 따라 바로 후견인을 선임할 수 있기 때문이다. 다만, 제3조제3항에 따라 친권자가 있는 아동에 대하여 시설장이 미성년후견인이 되고자 할 때에는 친권을 상실시키거나 제한 또는 정지시킬 필요가 있는데, 이에 대하여는 후술한다.

#### (4) 가족관계등록법과 가사소송법을 준용하지 않는 문제점

가족관계등록법 제80조제1항은 미성년후견인이 그 취임일로부터 1개월 이내 개시 신고를 하여야 하고, 미신고 시에는 과태료 부과처분 대상이 된다고 규정하고 있다. 따라서, 제3조에 따라 시설미성년후견인으로 된 자도, 전술한 바와 같이 민법상 미성년후견인의 지위를 가지므로, 그 취임일로부터 1개월 이내 개시 신고를 하여야 하고, 미신고 시에는 과태료 부과 대상이 된다. 민법상 선임된 미성년후견인은 판결이 확정되면 법원이 가족관계등록부 기록을 촉탁하고 있어서 별도의 후견개시 신고를 하지 않아도 된다(가사소송법 제9조, 가사소송 규칙 제5조).

그런데, 시설미성년후견법은 시설미성년후견인에게 민법상 후견인의 임무만을 준용하고, 가족관계등록법을 준용하지 않는 문제점이 있다. 따라서, 이러한 점을 잘 모르고 후견인이 된 자가 후견개시신고를 하지 않는 경우가 많은 것이 현실이다.<sup>66)</sup> 현실적으로 시설미성년후견법 제3조제3항과 같이 법원의 허가

64) 제철웅/김원태/박명숙/안재진/장영인, 「보호대상아동 후견인제도 실태조사 및 개선방안」, (보건복지부, 2017. 8.), 180면.

65) 위의 보고서, 180면.

66) 보호시설 미성년자 후견인 선임 매뉴얼, 101면.

를 받아야 하는 고아 아닌 미성년자의 경우만이라도 허가심판이 확정되면 법원이 가족관계등록부 기록을 촉탁하도록 한다면, 신고 누락의 어느 정도는 줄일 수 있을 것으로 보인다.<sup>67)</sup> 궁극적으로는 시설미성년후견법에 가족관계등록법 제80조제1항과 가사소송법 제9조 등을 준용하는 규정을 신설하는 것이 바람직할 것이다.

#### (4) 부양의무자 확인 공고의 문제점

시설미성년후견법 제3조제2항과 제3항에 따라 후견인으로 지정받은 자는 지정받은 날로부터 20일 이내에 공고문 2부를 해당 보호시설의 소재지 해당 자치단체장에게 부양의무자 확인공고를 의뢰하여야 한다. 다만, 이미 다른 보호시설의 장이 확인공고를 의뢰한 사실이 있는 경우에는 이 절차를 생략할 수 있다. 국가나 지방자치단체가 설치·운영하는 보호시설에 있는 미성년자인 고아에 대하여는 그 보호시설의 장이 후견인이 되므로(제3조제1항), 이러한 공고절차는 필요가 없다. 그런데, 이러한 부양의무자 확인공고절차는 민법에 의해 별도로 후견인이 될 자가 있는지를 확인하기 위한 절차이다. 이는 2011년 민법에서 폐기된 법정후견인의 존재를 확인하는 것이 주목적이라고 보는 것이 일반적이다. 민법상 법정후견인은 폐지되었고, 부양의무자 확인 공고를 통해 알지 못하였던 부양의무자가 확인된다고 하여도 시설미성년후견법상 후견인지정(허가)의 결과가 달라지지도 않는다는 이유로 제4조의 삭제를 주장하는 것이 다수이다.

사건으로는, 친권자가 유언으로 지정후견인을 지정해 두었는데, 유언장 등의 확인이 늦어지는 경우도 있을 수 있고, 인지를 하지 않았던 부 또는 모가 인지를 하게 되는 경우 등도 있을 수 있다. 또한, 절차상으로도 향후 생길 수 있는 조사관에 대한 해당 미성년자 부양의무자의 항의 등에 대한 면책가능성을 부여할 수 있을 것이다. 이러한 이유로 부양의무자 확인 공고는 존치될 필요성이 있다. 다만, 부양의무자 확인공고의 운용방식은 개선할 필요성이 있다. 부양의무자 확인공고는 지방자치단체 홈페이지에 ‘일반공고’ 방식으로 게시되고 있고, 시행령에서 정하고 있는 법정 양식에는 미성년자의 성명, 주소, 성별, 연령 및 특징 등 인적사항과 얼굴사진인 민감한 개인정보를 담고 있다. 이러한 민감정보를 부양자확인공고의 공고기간인 15일이 경과되어도 열람이 가능한 경우가 대부분이라는 점에서 문제가 있으므로, 이에 대한 제도적 개선이 필요하다.<sup>68)</sup>

67) 같은 취지, 보호시설 미성년자 후견인 선임 매뉴얼, 101면.

68) 보호시설 미성년자 후견인 선임 매뉴얼, 100-101면.



표2, 시설미성년후견법상의 후견인의 지정절차와 필요서류<sup>69)</sup>

보호시설의 설치·운영 주체	미성년자	후견인 지정절차	필요한 서류
국가·지방 자치단체 (공립시설)	고아인 경우	법에 따라 시설장이 후견인이 됨	
	고아가 아닌 경우	① 가정법원에 후견인 지정 허가신청서 제출 ② (법원으로부터 허가를 받은 후) 부양의무자확인 공고문 제출 ③ 부양의무자 확인 공고	후견인 지정허가 신청서 가족관계기록사항에 관한 증명서 기타 법원에서 요청하는 서류(시설신고증, 사건본인의 동의서 등) 부양의무자확인 공고문
국가·지방 자치단체 외의 자 (민간시설)	고아인 경우	① 지방자치단체장에 후견인지정 신청서 제출 ② (후견인 지정을 받은 후) 부양의무자확인 공고문 제출 ③ 부양의무자 확인 공고	-후견인 지정 신청서 가족관계기록사항에 관한 증명서 부양의무자확인 공고문
	고아가 아닌 경우	① 지방자치단체장에 후견인지정 신청서 제출 ② (후견인 지정을 받은 후) 가정법원에 후견인지정허가신청서 지정 허가신청서 제출 ③ (법원으로부터 허가를 받은 후) 부양의무자확인 공고문 제출 ④ 부양의무자 확인 공고	-후견인 지정 신청서 후견인 지정서 후견인지정허가신청서 가족관계기록사항에 관한 증명서 기타 법원에서 요청하는 서류(시설신고증, 사건본인의 동의서 등) 부양의무자확인 공고문

## 2. 고아가 아닌 시설미성년후견인 지정 시에 친권의 정리 필요성

전술한 바와 같이, 민법상 미성년후견인은 친권자가 있는 경우 선임되지 않지만, 시설미성년후견법상 시설장은 미성년자에게 친권자가 있더라도 후견인으로 지정될 수 있다(제3조제3항). 이 때문에 보호시설에 있는 아동들은 시설장이 후견인으로서 역할을 제대로 하고 있더라도, 몰래 이루어지는 친권자의 친권남용행위를 막지 못하는 경우가 발생할 수 있다. 따라서, 시설미성년후견법 제3조제3항에 따라 친권자가 있는 미성년자에 대하여 시설의 장이 미성년후견인이 되고자 할 때에는 미리 친권을 상실시키거나 제한 또는 정지시킨 후에 미성년후견인으로 선임되는 절차를 이용하게 하여야 할 것이다. 제3조제3항은

69) 보호시설 미성년자 후견인 선임 매뉴얼, 35면.

대통령령으로 정하는 바에 따라 법원의 허가를 받도록 하고 있으므로, 그 허가 조건으로 민법 또는 아동복지법, 아동학대범죄처벌법에 따라 각각 친권자의 친권을 상실시키거나 제한 또는 정지시켰는지를 점검하면 될 것이다.<sup>70)</sup> 현재 실무에서도 친권자가 있는 미성년자에 대해 보호시설의 장이 후견인이 되고자 할 때에는 시설미성년후견법에 따라 가정법원에 친권 제한 등의 조치를 취한 후 미성년후견인으로 선임되고 있다.<sup>71)</sup>

민법 개정(2014년)으로 민법 제924조 내지 제927조의2에 따른 친권의 상실, 일시 정지 및 일부 제한 등의 제도가 도입되었으므로, 미성년후견인의 유형도 그에 상응하여 달라졌다. 종전과 같이 친권자가 없는 경우 선임되는 후견인 외에도 일시적으로 후견인이 되거나, 일정 범위에서만 후견인이 되는 경우도 있게 되었다.

이러한 민법의 변화는 시설미성년후견법에도 반영되어야 할 필요성이 있다. 특히, 시설미성년후견법 제3조제3항은 고아가 아닌 미성년자에 대하여 시설미성년후견인을 선임할 때에는 법원의 허가를 얻도록 하고 있다. 그런데, 실무에서는 시설미성년후견법에 따라 후견인 지정허가를 받은 사건 중 친권자가 존재함에도 일정한 사유<sup>72)</sup>를 이유로 친권의 제한이나 상실 없이 법원에서 후견인지정허가 결정을 하는 경우가 있다. 이러한 결정은 가족관계등록부상 친권자가 존재하나 실질적으로 친권 행사를 기대할 수 없는 경우 미성년자인 아동의 보호상 공백을 최소화한다는 측면에서는 시설미성년후견법의 취지에 부합한다. 그러나, 친권자가 친권을 남용하는 경우에는 이에 대한 적절한 대응이 어려워지는 문제가 있다.<sup>73)</sup> 다만, 이러한 친권자의 대리권 남용행위가 ① 객관적으로 미성년자 본인에게는 경제적인 손실만을 초래하고, 친권자나 제3자에게는 경제적 이익을 가져오는 행위라는 점, ② 대리행위의 상대방이 이러한 사실을 알았거나 알 수 있었다는 점을 증명하여 대리권남용이론(민법 제107조제1항 단서 유추적용)을 주장하여 그 행위의 효과가 미성년자 본인에게 미치지 않게 할

70) 시설미성년후견법 시행령 제3조제3항은, 법 제3조제3항에 따라 법원의 허가를 받으려는 사람은 별지 제2호서식에 따른 신청서(전자문서로 된 신청서를 포함한다)에 제2항에 따라 해당 자치단체장으로부터 받은 후견인 지정 통보서 및 해당 미성년자의 가족관계기록사항에 관한 증명서를 첨부하여 해당 보호시설의 소재지를 관할하는 법원에 제출하도록 하고 있다.

71) 제철웅/김원태/박명숙/안재진/장영인, 앞의 보고서, 180면

72) 이러한 경우는 이 사건들은 친권자의 친권 행사가 물리적으로 불가능하였거나 친권 행사를 하지 않겠다는 의사표시를 한 사안이 대부분일 것이다.

73) 아동의 친권자가 친권을 남용하는 경우는 대부분 친권자가 아동의 법정대리인의 지위를 이용하여 아동 명의의 예금을 인출하거나 아동 명의의 휴대폰 개통, 인터넷 서비스 가입 등을 한 후 이용요금을 미납하여 아동에게 금전적 피해를 입히는 경우 등이 이에 해당한다.

수는 있다.<sup>74)</sup> 그러나, 이 경우 상대방이 친권남용 사실을 알거나 알 수 있었다는 점을 증명하기는 어렵고, 대리권남용을 주장하기 위한 소송을 진행하는 것은 비용이 들고, 후견인에게 부담을 준다는 점은 문제이다. 따라서, 그 예방을 위하여 법원은 시설미성년후견인 허가 절차 시에 친권자의 재산관리권을 일정 기간 제한하거나, 특정한 행위에 대하여는 후견인의 권한이 우선하는 등 부모가 생존한 미성년자의 친권과의 관계를 명확하게 할 필요가 있다고 본다.<sup>75)</sup>

### 3. 미성년후견인지정(허가) 취소 등에서의 문제점

#### (1) 미성년후견인 지정(허가)의 취소

##### 1) 후견인지정(허가)의 취소 사유

후견인으로 지정받거나 지정에 관한 법원의 허가를 받은 사람이 그 후 제5조에 규정된 ‘후견인 결격자에 해당’하게 되거나 ‘그 임무가 종료되었을 때’에는 해당 보호시설의 소재지를 관할하는 해당 지방자치단체장이 후견인의 지정을 취소하거나 후견인을 지정한 법원에 그 허가의 취소를 청구할 수 있다(제7조). ‘그 임무가 종료되었을 때’란 피후견인인 미성년자가 보호시설에서 퇴소하게 되는 경우를 말한다. 다만, 미성년자가 성년(19세)이 되어 후견인의 임무가 종료되는 경우에는 후견이 자동적으로 종료되므로 그 취소절차를 밟을 필요가 없다. 또한, 미성년자가 입양되는 경우에는 「입양특례법」에 따라 입양기관의 장이 후견인직무를 행하게 되어 후견인의 권한이 당연히 소멸되므로 여기의 후견인 지정(허가)의 취소사유에 해당하지 않는다.<sup>76)</sup>

##### 2) 보호시설장의 퇴임이 지정(허가) 취소의 사유에 해당하는지 여부

① 공립시설이든 민간시설이든 시설장의 퇴임은 임무종료사유에 해당하게 된다. 그런데, 시설미성년후견법에 의하여 후견인을 시설장으로만 지정(허가)하는 경우에는 후견인으로 지정(허가)받은 후 미성년후견개시신고를 하면 시설장의 명칭으로만 기록될 뿐, 시설장의 개인 성명은 기재되지 않는다.<sup>77)</sup> 따라서, 이 경우에는 지정(허가) 취소 후 재지정(허가) 절차를 거칠 필요 없이 새롭게

74) 대법원 2018. 4. 26. 선고 2016다3201 판결.

75) 같은 취지, 보호시설 미성년자 후견인 선임 매뉴얼, 97면.

76) 법원행정처, 법원실무제요 가사II, 2021, 882면; 보호시설 미성년자 후견인 선임 매뉴얼, 79면.

77) 법원행정처, 위의 책, 119면.

취임한 후임시설장이 후견인으로서 업무를 이어갈 수 있다고 보는 것이 일반적이다.<sup>78)</sup> 그런데, 미성년후견인 란에 시설장의 직함과 해당 신고를 한 시설장 개인의 성명을 함께 기록한 경우도 있을 수 있다. 이 경우에는 해당자치체장이 이를 취소하고 퇴임한 시설장에 대한 지정(허가) 취소를 밝은 뒤에 새로 취임한 시설장을 후견인으로 지정(허가)하는 절차를 거쳐야 한다고 보는 듯하다.<sup>79)</sup> 이는 시설미성년후견법 제7조에서 ‘후견인의 취소 등’에 관한 규정을 두고 있을 뿐, 민법 제940조 ‘후견인의 변경’ 규정을 두고 있지 않다는 점에서 시설미성년후견인은 후견인 취소를 하여야 하고 후견인 변경을 할 수 없다고 한다.

② 전술한 바와 같이 미성년후견개시의 가능성을 최대한 확대하는 것이 미성년후견제도의 기본취지에 부합한다는 점에서, 아동복지법(아동복지법의 특별법인 시설미성년후견법을 포함)의 미성년후견인 선임규정은 민법상 후견인 선임 규정과는 별개의 법규정이라고 보아야 한다. 그런데, 시설미성년후견법은 제7조에서 ‘후견인의 취소 등’만을 규정하고 민법 제940조 ‘후견인의 변경’ 규정을 두고 있지 않지만, 시설미성년후견법 제6조는 시설미성년후견인에게 민법상 후견인의 임무에 관한 규정을 준용하고 있다. 그 이유는 민법상 미성년후견제도가 미성년자의 복리를 실현한다는 점은 시설미성년후견법에서도 쉼을 같이하기 때문이다. 따라서, 후술하는 바와 같이 민법에 의해 미성년후견인이 된 자나 시설미성년후견법에 의해 미성년후견인이 된 자를 다르게 취급할 필요가 없이 미성년후견인이라는 동일한 지위를 가진 것으로 보아야 한다. 일단 미성년후견인이 된 자는 필요에 따라 민법 제940조의 ‘후견인의 변경’이나 시설미성년후견법 제7조의 ‘후견인의 취소’ 등을 선택할 수 있다고 보아야 할 것이다.

3) 시설미성년자가 다른 시설로 전원하게 되는 경우가 취소사유에 해당하는지 여부

보호시설에서 생활하던 미성년자가 가정위탁 등의 사유로 보호시설을 퇴소하여 더 이상 보호시설장의 보호를 받지 않게 된 경우, 시설미성년후견법에 따라 발생하였던 시설장의 후견인으로서 지위가 당연소멸하는지 여부에 대하여 시설미성년후견법은 명확한 규정을 두고 있지 않다. 시설미성년후견법에 따라 취임한 후견인의 지위는 민법상 미성년후견인과 동일한 지위로 본다고 하더라도, 제3조제2항에 따라 이루어진 후견인 지정이 취소(제7조)되지 않고 계속 유지되는 상황에서 위탁부모를 미성년후견인으로 새롭게 선임하려는 경우, 기존

78) 위의 책, 2021, 882면; 보호시설 미성년자 후견인 선임 매뉴얼, 79면.

79) 보호시설 미성년자 후견인 선임 매뉴얼, 80면.

후견인이 존재함을 전제로 민법 제940조에 따른 미성년후견인 변경청구를 하여야 하는지, 아니면 기존 후견은 당연종료되었음을 전제로 민법 제932조에 따른 새로운 미성년후견인 선임청구를 하는 것인지 여부가 분명하지 않다. 사건으로는 이 경우는 후견인을 변경하는 경우로 보아 민법 제940조 후견인의 변경절차에 따르면 될 것으로 보인다.

#### 4. 고아인 미성년자에 대한 후견인 지정 시 후견인 검증 강화의 필요성

시설미성년후견법 제5조는 후견인의 결격사유에 대해 규정한다. 민법상 고아가 아닌 미성년자에 대한 법원이 후견인 지정 허가나 후견인을 선임할 때, 법원은 ① 경찰청에 후견인 후보자에 대한 범죄경력조회(자격정지 이상의 형의 선고를 받고 그 형기 중에 있는 자인지 여부) 및 ② 한국신용정보원에 신용조회(금융기관의 신용거래불량자인지 여부 및 신용불량의 정도)가 이루어지며, ③ 심문기일을 지정하여, 후견인 후보자에 대한 심문 또한 이루어진다. ④ 피후견인이 될 아동이 일정 연령 이상인 경우 아동의 의견서 또는 동의서를 제출하도록 한다. 그러나 시설미성년후견법상 고아인 아동에 대한 후견인 지정 절차는 해당지자체장의 지정으로 이루어지므로 후견인 후보자에 대한 체계적인 검증절차 없이 후견인 지정이 이루어지고 있는 경향이 있다. 물론, 시설장이 되기 위한 단계에서 범죄경력조회서 등을 제출하지만, 법원을 통한 절차에서 이루어지는 검증절차에 비해서는 많이 미흡하다. 따라서 고아인 아동에 대해서는 해당지자체장의 후견인 지정 시, 후견인 후보자의 검증을 위해 해당지자체장과 타 기관과의 협력 등 체계적인 절차의 정비가 요청된다.<sup>80)</sup>

### V. 시설미성년후견인의 지위 등의 문제점과 개선방안

#### 1. 민법의 미성년후견인에 대한 시설미성년후견인의 지위

##### (1) 후견인 임무대행자설

민법 이외 다른 법률에 근거하여 미성년후견인으로 취임하는 자는, 문언상

80) 2024년 복지법률 토론회에서 백주연변호사가 “실무적 관점에서 본 시설아동 후견제도의 개선방향에 대한 토론”, 771-72면에서 같은 취지의 주장을 하였다.

의 표현에도 불구하고, 그 법적 성질은 원칙적으로 후견인이 아니라 후견인 임무대행자라고 보아야 한다는 설이다.<sup>81)</sup> 이는 법률에 근거하여 후견인으로 취임한 자가 과연 미성년자의 복리실현에 적합한 자인지 여부가 구체적으로 판단되지 못한 상황에서, 미성년자의 후견인으로서 광범위한 권리와 권한을 인정하는 것이 자칫 미성년자의 복리실현에 불리한 결과를 낳을 수도 있다는 우려에 기반하고 있다.

## (2) 후견인 지위설

시설미성년후견법이나 아동복지법 등의 법률에 의하여 미성년자의 후견인으로 취임하는 자의 법적 지위는 법문에 따라 민법상 미성년후견인과 동일한 지위로 파악하는 설이다.<sup>82)</sup> 이 설은 일정한 자를 미성년자의 후견인으로 당연취임하도록 정하고 있는 법률은 친권자가 없는 미성년자에게 가급적 간섭하고 조속한 방법으로 후견인을 지정하여 미성년자의 보호와 양육을 책임질 자의 공백 상태를 최소화하는데 목적이 있으므로, 이 같은 책임은 실제 미성년자를 보호·양육하고 있는 보호시설의 장·입양기관의 장 등이 일반적인 경우에 가장 적합하다는 사고에 기반하고 있다.<sup>83)</sup>

## (3) 소결

후견인 임무대행자설은 미성년후견제도의 운영에서 미성년자의 복리를 최우선 기준으로 삼는 것으로 일면 타당하다고 볼 수 있다.<sup>84)</sup> 그런데, 법원의 판단절차를 생략한 채 법률에 따라 취임하는 후견인 임무대행자는 사실상 민법상 미성년후견인과 마찬가지로의 권리와 권한을 보유하는바(제6조), 보호시설의 장 등을 민법상 미성년후견인의 지위와 동일한 지위로 인정하든 후견인 임무대행자로 인정하든 권리남용에 따른 위험성은 마찬가지라는 점에서 명문의 규정이 있음에도 불구하고 당해 자들의 지위를 굳이 후견인 임무대행자로 해석하는 것이 어떠한 실익이 있는지 의문이 있다.<sup>85)</sup>

시설미성년후견인법 등의 법률은 친권자가 없는 미성년자의 보호와 양육을 책임질 자의 공백 상태를 최소화하는데 목적이 있고, 그 보호책임을 보호시설

81) 임대운, “보호시설에 있는 미성년자의 후견직무에 관한 법률에 관하여”, 법률신문, (2018. 5. 8.)

82) 양종찬, 앞의 논문, 21면.

83) 위의 논문, 20면.

84) 위의 논문, 20면.

85) 같은 취지, 위의 논문, 20면.

장 등이 지는 것이 적합하다는 사고에 기반하고 있다.<sup>86)</sup> 시설미성년후견법 등이 정하고 있는 “후견인”이라는 법문은 2011년 개정 이전의 민법(2011. 3. 7. 법률 제10429호로 개정되기 전의 것)이 미성년후견인을 단순히 “후견인”으로 정하고 있던 것과 동일하다. 또한, 보호시설 또는 입양기관에 등에 보호 중인 미성년자의 효과적인 보호 측면에서도 민법상 미성년후견인과 동일한 지위의 후견인으로 파악함이 타당하다고 본다. 이러한 시설미성년후견인법상 후견인의 직무와 책임은 아래의 표와 같이 정리된다.

표3. 시설미성년후견법상의 후견인의 직무와 책임

후견인의 사유	후견인의 직무와 책임 등
고아인 미성년자	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ 민법 규정을 준용하도록 함. 따라서 민법 제938조 제1항의 법정대리인이 되고, 제945조, 제949조의 직무와 권한을 보유함.</li> <li>▪ 후견인에 대해서는 가정법원의 법적 감독권한이 미치지 않음.</li> <li>▪ 후견인의 감독에 관하여 별도의 규정을 두지 않음</li> </ul>
고아 아닌 미성년자	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ 친권자가 있을 경우 친권의 일시정지 등과 병행하여야 하는지에 대해 아무런 규정이 없음.</li> <li>▪ 친권자가 있을 경우 친권의 일시정지 등이 수반되어야 한다면, 그에 따라 후견인의 권한과 책임이 달라질 것임.</li> <li>▪ 후견인에 대해 가정법원의 법적 감독권한이 미치는지에 대해 별도의 규정이 없음.</li> </ul>

## 2. 미성년자의 불법행위에 대한 책임에서의 문제점

### (1) 민법상 미성년자의 책임능력과 불법행위책임의 구조

#### 1) 미성년자의 불법행위에 대한 책임

미성년자가 위법하게 타인에게 손해를 가한 경우이더라도, 그 행위의 책임을 변식할 지능(책임능력)<sup>87)</sup>이 없다면 자신의 행위에 대한 손해배상책임을 지

86) 위의 논문, 20면. 보호시설 등에 입소한 미성년자녀에게 그 시설장보다 후견인으로서 권리와 책임을 인정하기에 적합한 자를 찾는 것은 현실적으로 매우 어려운 일이며, 그가 목적에 반하는 방법으로 권리를 행사함으로써 미성년자녀의 복리를 해할 수 있는 위험은 관할 시·도지사 등의 엄격한 관리·감독을 통해 통제될 것을 기대할 수밖에 없는 것이다(같은 논문, 20면).

87) 불법행위의 요건 중 유일하게 주관적으로 판단되는 요건인 책임능력 유무는 구체적 행위당시를 기준으로 행위자의 나이, 교육 정도, 행위 태양 등을 고려하여 개별적으로 판단되는 점에서 이에 대한 증명은 쉽지 않다는 문제점이 있다. 또한, 불법행위에서는 거래의 안전이라는 사전적 고려보다는 그로 인하여 발생한 결과에 대한 책임의 부담이라는 사후

지 않는다(민법 제753조). 이 경우에는 불법행위를 한 미성년자를 감독할 법정의무가 있는 사람이 자신의 감독의무를 게을리하지 않았다는 증명을 하지 않는 한, 미성년자에 갈음하여 피해자에 대하여 손해배상책임을 부담한다(민법 제755조제1항).<sup>88)</sup> 민법에서 책임능력 없는 미성년자를 감독할 법정의무가 있는 사람은 친권자(민법 제913조), 친권의 대행자(민법 제910조, 제948조) 및 미성년후견인(민법 제928조)이다.<sup>89)</sup>

미성년자에게 책임능력이 있는 경우에는 민법 제755조가 적용되지 않고 민법 제750조가 적용되어 미성년자가 피해자에게 손해배상을 하게 된다. 이 경우 미성년자는 경제적 능력이 없는 것이 보통이어서 피해자가 손해배상을 받지 못하는 경우가 많게 된다. 이러한 문제점은 민법 제755조가 일본 민법 제714조를 통해 독일 민법 제832조를 계수하였음에도, 독일 민법과 달리, 책임능력이 없는 미성년자의 불법행위에 대해서만 감독자책임이 인정되는 것으로 규정한 것에서 발생한다.<sup>90)</sup>

## 2) 책임능력 있는 미성년자의 법정감독인에게 책임을 묻기 위한 해석론과 문제점

① 피해자에게 충분한 손해배상이 가능하도록 하기 위하여 미성년자의 책임능력 존재 여부를 불문하고 법정감독의무자에게 불법행위책임을 인정하는 해석론이 전개되어 왔다. 이에선 보충적 책임설,<sup>91)</sup> 특수불법행위책임설,<sup>92)</sup> 일반

적인 문제가 주된 고려의 대상으로 되기 때문에 이러한 개별적 취급이 적당하다고 한다. (곽윤직 편집대표(류원규 집필부분), 「민법주해(XVIII)」, (박영사, 2012.), 463면).

88) 우리 민법은 미성년자가 책임능력이 없는 경우에만 법정감독의무자가 손해배상책임을 부담하는 방식으로 감독의무자의 책임을 보충적 책임으로 취급한다(대법원 1994. 8. 23. 선고 93다60588판결 참조). 한편, 미성년자에게 책임능력이 있는지에 상관없이 감독의무자의 책임을 독립적 책임으로 규율하는 입법례로 독일·스위스·오스트리아·프랑스 등이 있다. 입법례에 관하여는 강봉석, “미성년자와 그 부모의 책임”, 『홍익법학』, 제13권 제1호(2012. 2.), 352면 이하 참조

89) 민법 제755조제1항의 법정감독의무자 외에 제2항의 대리감독의무자(예컨대, 유치원장·학교장, 정신병원장 등)가 있는데, 미성년자에 대한 감독의무자책임이 문제되는 것은 주로 친권자의 경우이다.

90) 강봉석, 앞의 논문, 356면; 홍윤선, “미성년자의 불법행위에 대한 부모의 감독의무자책임”, 법과 정책연구, 제23집 제3호, (한국법정정책학회, 2023. 9.), 300면

91) 민법 제755조가 규정하는 감독의무자의 책임은 미성년자에게 책임능력이 없는 경우에 한하여 인정되는 보충적 책임이다. 따라서, 미성년자에게 책임능력이 있으면 감독의무자책임은 발생하지 않는다고 하는 설이다. 일본의 종래 통설과 판례의 입장으로, 우리의 초기 판례의 입장이었다.

92) 책임능력 있는 미성년자의 감독의무자책임에 제755조를 확대적용해야 한다는 설이다. 정광수, “책임능력 있는 미성년자의 불법행위에 대한 감독자의 책임”, 『강원법학』, 제10권



불법행위책임설<sup>93)</sup> 등이 있다. 이 중 일반불법행위책임설이 통설이며, 판례도 1994년 전원합의체 판결<sup>94)</sup>에 의해 일반불법행위책임설로 통일되었다. “미성년자가 책임능력이 있어 그 스스로 불법행위책임을 지는 경우에도 그 손해가 당해 미성년자의 감독의무자의 의무 위반과 상당인과관계가 있으면 감독의무자는 일반불법행위자로서 손해배상책임이 있다”고 하여 제750조에 따라 일반불법행위책임을 부담하는 것으로 이론구성한다. 이때 그러한 감독의무 위반 사실 및 손해발생 사이의 상당인과관계의 존재는 이를 주장하는 피해자가 증명책임을 진다고 한다.

② 일반불법행위책임설에 따를 때에도, 피해자에게 감독의무 위반 및 상당인과관계에 대한 증명책임을 부과됨에 따라 피해자의 구제가 만족스러운 단계에 이르지 못하고 있는 점이 여전히 문제로 남아 있다.<sup>95)</sup> 그러다 보니 법원은 일반불법행위책임의 성립요건 중 특히 감독의무 위반과 손해 발생 사이의 상당인과관계 요건의 충족 여부를 판단하는 개별 사안에서 다소 무리하게 불법행위의 성립을 인정하려는 경향을 보여 왔으며,<sup>96)</sup> 이러한 태도는 상당인과관계이론의 체계를 흐트러뜨리는 문제를 낳고 있다.<sup>97)</sup>

③ 이처럼 피해자의 보호가 충분치 않은 문제의 근본적인 원인은 민법 제755조가 책임능력이 없는 미성년자의 불법행위에 대해서만 감독자책임을 인정하는 입법적 잘못에서 비롯된 것이므로, 이를 근본적으로 해결하기 위한 제755조의 개정하려는 시도가 있어 왔다. 1995년 한국민사법학회 개정의견, 2004년 법무부 민법 개정안,<sup>98)</sup> 2013년 법무부 민법 개정시안<sup>99)</sup>이 그것이다. 이들은 모

(1998. 10.), 260면; 대법원 1984. 7. 10. 선고 84다카474 판결 및 이에 대한 해설로 이상경, “책임능력 있는 미성년자의 불법행위에 대한 법정감독의무자의 책임”, 「대법원판례해설」, 제3호, (1988. 8.), 94면.

93) 책임능력 있는 미성년자의 불법행위에 대해 제755조에 따라 감독의무자책임을 인정할 수는 없으나, 제750조에 따라 일반불법행위책임을 인정할 수 있다는 설이다. 김상용, 「채권각론」, 화산미디어, 2011, 681면; 김증한, 「채권각론」, 박영사, 1988, 483면; 송덕수, 「채권법각론」, 박영사, 2023, 564면; 이은영, 「채권각론」, 박영사, 2007, 842면 등.

94) 대법원 1994. 2. 8. 선고 93다13605 전원합의체 판결 및 다수의 후속 판결. 대법원 2021. 7. 29. 선고 2018다228486 판결은 정신질환자의 경우에도 일반불법행위책임 법리를 적용한다.

95) 안병하, “미성년자 감독자의 책임구조 - 민법 제755조의 개정논의에 부쳐-”, 「법학연구」, 제24권 제1호, (2014. 3.), 103면.

96) 대법원 1992. 5. 22. 선고 91다37690판결 등

97) 송덕수, 앞의 책, 564면.

98) 2004년 민법 개정안 제755조 (감독자의 책임) ① 제753조 및 제754조의 규정에 의하여 무능력자에게 책임없는 경우에는 이를 감독할 법정의무 있는 자가 그 무능력자의 제삼자에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다. 그러나 감독의무를 해태하지 아니한 때에는 그러하

두 미성년자에게 책임능력이 있는지 여부와 관계없이 법정감독의무자에게 손해배상책임을 인정하는 규정을 신설하는 것이다.

## (2) 시설미성년후견인의 책임 상의 딜레마

시설미성년후견법 제6조에 따라 시설미성년후견인을 포함한 미성년후견인은 미성년자의 신상에 관하여 친권자와 동일한 권리와 의무를 갖는다(민법 제945조). 따라서 미성년후견인은 피후견인인 미성년자를 보호하고 교양할 권리와 의무가 있고, 이에 따라 미성년자가 타인에게 불법행위를 하지 않고 정상적으로 학교 및 사회생활을 하도록 일반적·일상적으로 지도와 조언을 할 보호·감독의무를 부담한다.<sup>100)</sup> 따라서 미성년후견인은 미성년자의 감독의무자로서 미성년자의 불법행위에 대하여 손해배상책임을 진다.<sup>101)</sup> 또한, 미성년자에 대한 감독의무는 일상적 생활관계 전반에서 계속적으로 존재하므로 그 범위 역시 대단히 넓다. 다만, 후견인의 미성년자에 대한 감독은 구체적 사건에서 가해행위가 있었던 경위나 행위 유형 등에 비추어 그러한 가해행위가 발생하지 않도록 하기 위해 행해져야 한다. 따라서, 후견인이 감독의무를 다 하였는지 여부는 감독의무자에게 사회통념상 요구되는 범위 내에 속하는 것인지를 기준으로 판단할 문제이다. 그러나, 실무에서는 다툼이 된 가해행위가 감독의무의 범위를 벗어난 것이라고 인정되는 경우는 매우 드물고, 우리 재판례 중에서는 법정감독의무자의 면책이 인정된 사례는 없는 것으로 보인다.<sup>102)</sup>

지 아니하다.

② (신설) 미성년자를 감독할 법정 의무 있는 자는 미성년자에게 책임능력이 있는 경우에도 제1항의 책임이 있다. 그러나 그 미성년자에게 변제자력이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

③ 감독의무자에 갈음하여 책임무능력자 또는 책임능력 있는 미성년자를 감독하는 자도 제1항 및 제2항의 책임이 있다. {법무부 민법개정자료발간팀 편, 「2004년 법무부 민법 개정안」(채권편·부록), 법무부, 2012, 555면}.

99) 2013년 민법 개정안 제755조 (감독의무자의 책임) ① 미성년자나 심신상실자를 감독할 법정 의무 있는 자는 미성년자나 심신상실자가 제3자에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다. 그러나 감독의무자가 감독의무를 다한 때 또는 감독의무를 다하였더라도 손해가 있을 경우에는 그러하지 아니하다.

② 감독의무자에 갈음하여 미성년자나 심신상실자를 감독하는 자도 제1항의 책임이 있다. {법무부 민법개정자료발간팀 편, 「2013년 법무부 민법 시안」(채권편) 下}, 법무부, 2013, 473면}.

100) 대법원 1992. 5. 22. 선고 91다37690 판결; 대법원 1999. 7. 13. 선고 99다19957 판결 등 참조.

101) 홍윤선, 앞의 논문, 16면.

102) 일본의 재판례 중에는, 노령인 부모가 장년의 정신장애가 있는 아들의 보통 때의 행동에 폭행 등 절박한 위험이 있었던 것은 아니지만 식사 중 난폭해진 상황에서 부모가 경찰

위와 같은 피해자를 보호하기 위한 해석론 등의 시도는 시설미성년후견인에게는 오히려 부담이 되는 동전의 양면이 있다. 시설미성년후견인이 그 활동에서 가장 어려움을 가지는 부분이 피후견인 미성년자의 불법행위에 대한 책임을 지는 문제라고 한다.<sup>103)</sup> 따라서, 시설미성년후견인에게는 오히려 이러한 책임을 경감시켜주는 장치가 필요하다고 본다. 가장 합리적인 방법은 미성년후견인의 숫자를 복수로 하여 후술하는 바와 같이 시설미성년후견인에게는 미성년자의 신상에 관한 후견권한만을 인정하는 등 책임을 제한시켜 주는 방법 등이 있을 수 있다. 이는 복수의 후견인을 인정하여야 하므로 민법 개정이 필요한 부분이다. 따라서, 당장 현실적인 방법으로는 미성년자의 불법행위에 대한 책임을 보장하는 책임보험 형태의 보험제도를 설계하여 국가의 책임 아래 시설미성년후견인에게 보험가입을 강제하는 방안을 생각해 볼 수 있을 듯하다.

### 3. 시설미성년후견인의 권한 제한 등과 국가 등의 책임 규정의 필요성

시설미성년후견인의 권한 범위가 훨씬 더 축소되는 것이 바람직할 것임에도 불구하고, 그에 관련된 규정이 없다는 문제점이 있다. 특히, 보호시설장은 보호시설에 있는 미성년자들 모두의 후견인이 되고, 그 개개인의 시설미성년자의 신상보호에 관한 포괄적인 권리의무를 보유하게 될 경우, 전술한 바와 같이 피후견인인 미성년자의 책임능력 없이 행한 불법행위에 대하여 후견인이 민법 제755조의 불법행위책임을 지는 것으로 귀결되어 예기치 않은 피해가 발생할 수 있다. 이러한 명시적인 책임 부담 문제 때문에 시설미성년후견법의 적용을 꺼리는 보호시설이 존재하는 것도 사실이다.<sup>104)</sup> 전술한 바와 같이, 복수의 후견인을 인정하는 규정을 두거나, 미성년자의 불법행위에 대한 책임을 보장하는 책임보험 형태의 보험제도를 설계하여 국가의 책임 아래 후견인에게 보험가입을 강제하는 방안이 있을 것이다. 반면, 후견인이 된 시설장은 미성년자의 법정대리인 역할을 하게 되므로, 미성년자가 원치 않는다 하더라도 강제로 정신의료기관에 입원시키는 등 미성년자를 해치는 행위를 법률의 테두리 안에서

---

서에 신고를 하고 보건소에서 상담을 하는 등의 조치를 하였다면, 그 부모에게 감독의무 책임을 물을 수 없다고 한 재판례가 한 건 있다고 한다. {곽윤직 대표집필(류원규 집필부분), 앞의 책, 각주 12} 참조; 홍운선, 위의 논문, 307면}.

103) 제철웅/김원태/박명숙/안재진/장영인, 앞의 보고서, 78면.

104) 보호시설 미성년자 후견인 선임 매뉴얼, 98면. 이러한 문제는 아동복지법상 위탁부모가 위탁아동의 미성년후견인이 될 수 있도록 하는 법률지원이 제공되고 있음에도, 실제로는 위탁부모가 위탁아동의 미성년후견인이 되는 경우가 매우 드문 이유이기도 하다.

할 수 있는 위치에 있기도 하다.<sup>105)</sup> 그러나, 이를 감독할 후견인감독인에 관한 규정은 두고 있지 않은 것은 문제이다.

가정을 벗어나 사회적 보호가 필요한 미성년자가 일상생활에 어려움이 없도록 친권을 대신 행사하는 책임 주체는 중앙정부(국가)와 지방정부(지방자치단체)이다.<sup>106)</sup> 이는 2020년부터 본격적으로 공공 중심의 아동보호체계가 갖추어지면서, 아동보호업무에 대한 중앙정부와 지방정부의 책임도 강화되고 있는 모습으로 나타나고 있다.<sup>107)</sup> 그런데, 국공립 보호시설이 부족하여 많은 수의 보호시설 운영주체가 민간인인 현실에서, 후견인인 시설장이 법정대리인으로서 모든 책임을 지게 하는 반면, 실효적인 관리·감독체계를 마련하지 않고 있는 것은 문제이다. 국가는 통일된 관리·감독 체계를 만들어 지방자치단체가 피후견인인 미성년자의 불법행위 등에 대한 최종적인 책임을 지는 동시에, 후견인이 그 자격을 남용하지 못하도록 모니터링 또는 후견인감독인의 선임 등을 통해 후견인의 잘못된 행위는 제재하는 역할을 할 필요성이 있다.<sup>108)</sup>

3) 향후 입법을 통해 미성년후견에도 법인후견인을 도입할 필요성이 있다. 또한, 시설미성년후견인으로 해당 지자체를 관청후견인으로 선임할 필요성이 있다고 본다. 이 경우 생활에 필요한 권한(제한된 법정대리권한)을 시설기관장에게 위임 또는 위탁하고, 시설미성년자의 이익을 위하여 행사되고 있는지를 해당지자체가 관청후견인으로 관리·감독하는 형태도 가능할 것이다. 이 경우 전술한 시설미성년자 불법행위에 대한 감독자책임 문제도 1차적 책임은 관청후견인이 지고, 제한된 법정대리권한을 갖는 시설기관장은 보호·양육과 관련한 통상적으로 기대가능한 주의의무를 위반하고 고의나 중과실이 존재하는 경우에 한하여 관청후견인과 연대하여 손해배상책임을 지게 할 필요가 있다.<sup>109)</sup> 그리고, 시설미성년후견에 공공후견인제도를 도입할 필요성이 있으며,<sup>110)</sup> 이에

105) 보호시설 미성년자 후견인 선임 매뉴얼, 98면.

106) 아동권리보장원, “아동의 법정대리인제도 전문영향평가 연구”, 2021, 167면 참조.

107) 보호시설 미성년자 후견인 선임 매뉴얼, 98면.

108) 같은 취지, 보호시설 미성년자 후견인 선임 매뉴얼, 99면.

109) 위탁부모의 경우 같은 취지의 설명을 하고 있는 것으로는, 관계부처 합동. (2020). 제2차 아동정책기본계획(‘20~’24). 보건복지부, 35면 참조; 성유진, “위탁아동의 친권자 부재로 인한 보호 공백 개선방안”, 『2024년 복지법률토론회 자료집』, (서울사회복지공익법센터, 2024. 11. 1.), 41면.

110) 「제2차 아동정책기본계획(2020-2024)」은 미성년후견제도 활성화를 위한 ‘공공후견인 제도’의 도입을 추진하여 후견인선임 지원을 위한 후견인 풀(pool) 구성, 전문교육 및 후견활동 지원 등을 실시하는 한편, 친권 불행사로 인해 보호아동의 복리가 위태로운 경우에 지방자치단체가 적극적으로 친권상실·제한을 청구할 수 있도록 하고, 위탁부모나 시설

따라 선임된 공공후견인의 경우에는 시설미성년자의 불법행위에 의한 손해발생 시에는 국가 또는 해당 지자체 등이 관련 분쟁에 대하여 금전보상을 지게 하는 등 절차지원을 할 필요가 있다.<sup>111)</sup>

#### 4. 후견감독제도의 부재의 문제점

민법과 달리 시설미성년후견법에는 해당 지자체장이 지정하는 후견인에 대한 감독시스템에 관하여 아무런 규정이 없는 것도 문제이다. 시설미성년후견법에서 민법의 미성년후견감독인규정을 준용하거나, 이를 필수기관으로 규정할 필요가 있다. 이 경우 비용 등의 문제의 해결과 미성년후견감독인제도의 활성화를 위하여 대한법률구조공단을 선임하거나 해당 지자체를 미성년후견감독인으로 선임하는 방법도 생각해 볼 수 있을 것이다.

#### 5. 그 밖의 문제

시설미성년후견인의 권한 중 입양동의권은 꼭 필요한 경우에 제한적으로 부여할 필요성이 있다. 입법정책적으로는 입양에 관한 권한은 입양기관으로 통일시키는 것이 바람직할 것이다.<sup>112)</sup>

「후견직무에 관한 법률」은 동법의 미성년후견제도와 민법상의 미성년후견제도 간의 관계를 명확하게 할 필요성이 있다. 먼저, 민법 개정(2014년)의 취지를 반영하여 보호시설장의 후견인의 권한 범위를 엄격하게 제한하는 근거규정과 그에 상응한 절차규정을 마련해야 할 것이다. 이를 위하여 동법 제3조제1항, 제2항을 개정하는 것이 가장 바람직할 것이다. 즉, 동항의 후견인의 경우 그 권한 범위를 대통령령으로 정하도록 하는 것이 필요하다는 것이다. 동시에 제6조의 규정도 개정하여 그 권한범위는 대통령령 또는 가정법원이 정한다는 것으로 개정하여야 할 것이다.<sup>113)</sup>

미성년후견인 지정을 통해 시설에서 보호받는 미성년자는 자립 후 기본증명서 상세본을 발급받으면 후견인이 시설기관장(보육원장)으로 기록으로 계속

장의 후견인으로서 책임부담 기피 현상을 해소하기 위해 제도개선을 추진하기로 하였다.

111) 위탁부모의 경우 같은 취지의 설명을 하고 있는 것으로는, 관계부처 합동. (2020). 제2차 아동정책기본계획(‘20~’24). 보건복지부, 35면 참조; 성유진, 앞의 발제문, 41면.

112) 제철웅/김원태/박명숙/안재진/장영인, 앞의 보고서, 180면

113) 제철웅, “개정 미성년후견제도의 입법상의 문제점에 대한 반성”, 법학논총 제36권 1호, 2016. 03.

남아 있게 된다. 이는 평생 동안 본인이 유기아동이며 보호시설에서 생활했다는 낙인이 될 수 있다는 점에서 시설 후견기록에 대한 부분을 본인 선택으로 열람을 제한하거나 기록의 표시를 제한 할 수 있는 방안이 필요하다고 본다.<sup>114)</sup>

## VI. 나오며

시설미성년후견법은 ‘조선민사령’에 의해 의용되던 「구육소(敎育所)에 있는 고아의 후견직무에 관한 법률」에 갈음하여 1961년 8월 31일 「보호시설에 있는 고아의 후견직무에 관한 법률」이라는 제명으로 제정되어 같은 날부터 시행되었으며, 2000년에 「보호시설에 있는 미성년자의 후견 직무에 관한 법률」로 전부개정되었다. 이러한 시설미성년후견법은 그간 민법의 미성년후견규정의 개정을 반영하지 못하였고, 민법과의 관계에서도 논의가 있어 왔다. 향후 시설미성년후견법의 개정을 통해 제기되는 문제점을 보완할 필요성이 있고, 동시에 해석론 등을 통하여 문제점을 극복할 필요성이 있는바 이에 대한 논의를 전개하였고, 그 주요한 내용은 다음과 같다.

(1) 아동복지법의 민법과의 관계 설정에 따라 아동복지법의 특별법인 시설미성년후견법과 민법의 관계도 정립된다. 아동복지법은 국가 또는 지방자치단체의 개인에 대한 보호의무를 정한 규정이지만, 민법 제932조제1항은 개인의 국가에 대한 청구권을 정한 규정이므로 그 입법목적과 규정사항, 적용 범위를 전혀 달리하는바 상호 모순·저촉되는 관계에 있다고 볼 수 없다. 따라서, 아동복지법 제19조는 민법 제932조제1항의 특별법이 아니라 개별법이라고 보아야 한다. 민법 제932조제1항에 따른 미성년후견인을 신청할 수 있는 자(미성년자, 이해관계인 등)는, 아동복지법 제19조제1항 또는 시설미성년후견법 제3조에 따라 시·도지사 등이 미성년후견인 선임청구를 하는지 여부와 관계 없이, 언제든지 독자적으로 민법상 미성년후견인의 선임청구를 할 수 있다고 본다.

114) 같은 취지, 강든진, “실제 사례를 바탕으로 한 후견인제도 개선방안”에 대한 토론문, 「2024년 복지법률토론회 자료집」, (서울사회복지공익법센터, 2024. 11. 1.), 52면.

(2) 시설미성년후견법은 후견인 선임상의 문제점이 있다.

① 미성년후견인은 그 취임일로부터 1개월 이내 개시 신고를 하도록 규정하고 있는 가족관계등록법 제80조제1항과 가사소송법 제9조를 시설미성년후견법이 준용하지 않는 문제점이 있다. 현실적으로 시설미성년후견법 제3조제3항과 같이 법원의 허가를 받아야 하는 고아 아닌 미성년자의 경우만이라도 허가심판이 확정되면 법원이 가족관계등록부 기록을 촉탁하도록 한다면, 신고 누락의 어느 정도는 줄일 수 있을 것으로 보인다. 궁극적으로는 시설미성년후견법에 가족관계등록법 제80조제1항 등을 준용하는 규정을 신설하는 것이 바람직할 것이다.

② 민법 개정으로 법정후견인 규정이 폐지되었다는 점을 근거로 시설미성년후견법 제4조 부양의무자 확인공고 규정을 삭제하여야 한다는 설도 있다. 그러나, 친권자가 유언으로 지정후견인을 지정해 두었는데, 유언장 등의 확인이 늦어지는 경우도 있을 수 있고, 인지를 하지 않았던 부 또는 모가 인지를 하게 되는 경우 등도 있을 수 있고, 절차상으로도 향후 생길 수 있는 조사관에 대한 해당 미성년자 부양의무자의 항의 등에 대한 면책가능성을 부여할 수 있다는 점에서 존치할 필요가 있다고 본다.

③ 시설미성년후견법은 제7조에서 ‘후견인의 취소 등’만을 규정하고 민법 제940조 ‘후견인의 변경’ 규정을 두고 있지 않다. 시설미성년후견법 제6조는 후견인은 민법의 후견인의 임무에 관한 규정을 준용하고 있으므로, 민법에 의해 미성년후견인이 된 자나 시설미성년후견법에 의해 미성년후견인이 된 자를 다르게 취급할 필요가 없이 후견인이라는 동일한 지위를 가진 것으로 보아야 한다. 이러한 점에서 일단 후견인이 된 자는 필요에 따라 민법 제940조의 ‘후견인의 변경’을 하거나 시설미성년후견법 제7조의 ‘후견인의 취소’ 등을 선택할 수 있다고 본다.

(3) 시설미성년후견인의 지위는 제6조에 따라 민법상 미성년후견인과 동일한 지위를 갖는다. 따라서, 민법상 친권자와 미성년후견인이 미성년자의 감독의무자로서 미성년자의 불법행위에 대하여 손해배상책임을 지는 것은 시설미성년후견인도 동일하다. 시설미성년후견인이 그 활동에서 가장 어려움을 가지는 부분이 피후견인 미성년자의 불법행위에 대한 책임을 지는 문제이므로 시설미성년후견인에게는 오히려 이러한 책임을 경감시켜주는 장치가 필요하다. 가장 합리적인 방법은 미성년후견인의 숫자를 복수로 하여 시설미성년후견인에게는 미성년자의 신상에 관한 후견권한만을 인정하는 등 책임을 제한시켜

주는 방법 등이지만, 복수의 후견인을 인정하는 것은 민법 개정이 필요한 부분이다. 당장 현실적인 방법으로는 미성년자의 불법행위에 대한 책임을 보장하는 책임보험 형태의 보험제도를 설계하여 국가의 책임 아래 시설미성년후견인에게 보험가입을 강제하는 방안을 생각해 볼 수 있다.

향후 입법을 통해 미성년후견에도 법인후견인을 도입할 필요성이 있으며, 시설미성년후견인으로 해당 지자체를 관청후견인으로 선임할 필요성이 있다. 이 경우 생활에 필요한 권한(특정한 법정대리권한)을 시설기관장에게 위임 또는 위탁하고, 시설미성년자의 이익을 위하여 행사되고 있는지를 해당지자체가 관청후견인으로 관리·감독하는 형태도 가능할 것이다. 이 경우 시설미성년자의 불법행위에 대한 감독자책임 문제도 1차적 책임은 관청후견인이, 특정한 법정대리권한을 갖는 시설기관장은 보호·양육과 관련한 통상적으로 기대가능한 주의의무를 위반하고 고의나 중과실이 존재하는 경우에만 관청후견인과 연대하여 손해배상책임을 지게 할 필요가 있다. 그리고, 시설미성년후견에 공공후견인제도를 도입할 필요성이 있고, 이에 따라 선임된 공공후견인의 경우에는 시설미성년자의 불법행위에 의한 손해발생 시에는 국가 또는 해당 지자체 등이 관련 분쟁에 대하여 금전보상을 지게 하는 등 절차 지원을 할 필요가 있다.



[참고문헌]

- 곽윤직 대표편집(류원규 집필부분), 「민법주해(XVIII)」, (박영사, 2012.)
- 김상용, 「채권각론」, 화산미디어, 2011
- 김성우, 「성년후견실무」, (박영사, 2018)
- 김주수/김상용, 「친족상속법」, (법문사, 2013)
- 김증한, 「채권각론」, 박영사, 1988
- 법무부 민법개정자료발간팀 편, 「2004년 법무부 민법 개정안」(채권편 · 부록), 법무부, 2012
- 법무부 민법개정자료발간팀 편, 「2013년 법무부 민법 시안」(채권편) 下), 법무부, 2013
- 법원행정처, 법원실무제요 가사Ⅱ, 2021
- 배소영 편집, 「보호시설 미성년자 후견인 선임 매뉴얼」, (서울시복지재단 서울사회복지공익법 센터, 3023.11.)
- 송덕수, 「채권법각론」, 박영사, 2023,
- 윤진수 편집대표(권재문 집필부분), 주해친족법 제2권, (박영사, 2015)
- 이은영, 「채권각론」, 박영사, 2007,
- 강봉석, “미성년자와 그 부모의 책임”, 「홍익법학」, 제13권 제1호(2012. 2.)
- 김형석, “민법개정안에 따른 성년후견법제”, 「가족법연구」, 제24권 제2호. (한국가족법학회, 2010)
- 박상호/예철희, “미성년자후견제도의 문제점과 개선방안”, 「공공정책연구」 제27집 제2호, (동의대학교 지방자치연구소, 2010)
- 배인구, “미성년후견제도의 현황-미성년후견제도의 현황과 쟁점”, 「미성년후견제도의 현황과 쟁점」, (한국법제연구원, 2013. 10.)
- 안병하, “미성년자 감독자의 책임구조 - 민법 제755조의 개정논의에 부쳐-”, 「법학연구」, 제24권 제1호, (2014. 3.)
- 양종찬, “미성년후견인 선임청구 사건의 재판실무상 제문제”, 「중앙법학」. 제22집 제2호, (중앙법학회, 2020. 6.)
- 윤우일, “미성년후견제도의 개선을 위한 제언”, 「아주법학」, 제13권 제4호, (아주대학교 법학연구소, 2020. 2.)
- 이근영, 미성년후견제도의 문제점과 정립방향, 민사법이론과 실무, 제24권 제1호, (민사법의 이론과 실무학회, 2002)

- \_\_\_\_\_, “법정후견제도에서 후견인의 재산부정사용문제와 후견제도지원실태”, 『법학논총』, 제30권 제1호, (국민대학교 법학연구소, 2017. 6.)
- 이상경, “책임능력 있는 미성년자의 불법행위에 대한 법정감독의무자의 책임”, 『대법원판례해설』, 제3호, (1988. 8.),
- 이상희, “현행 미성년후견제도의 문제점과 개선방안”, 『동아법학』, 제81호, 2018
- 이충은, “일본의 미성년후견제도를 통한 우리나라에의 시사점”, 『법과 정책』 제21집 제1호, (제주대학교 법과정책연구원, 2015. 3.)
- 정광수, “책임능력 있는 미성년자의 불법행위에 대한 감독자의 책임”, 『강원법학』, 제10권(1998. 10.)
- 정현수, “미성년후견제도의 개선을 위한 몇 가지 제언”, 『동북아법연구』 제10권 제3호, (전북 대학교 동북아법연구소, 2017. 1.)
- 제철웅, “개정 미성년후견제도의 입법상의 문제점에 대한 반성”, 『법학논총』 제36권 1호, 2016
- 최현숙, “미성년후견제도에 관한 연구”, 『법학연구』 제57권(한국법학회, 2015)
- 현소혜, “위탁 아동을 위한 미성년후견 제도 개선 방안”, 『인권과 정의』 통권 509호, 대한변호사협회, 2002
- 홍윤선, “미성년자의 불법행위에 대한 부모의 감독의무자책임”, 『법과 정책연구』, 제23집 제3호, (한국법정책학회, 2023. 9.),
- 김현수/김원태, 『미성년후견제도에 관한 입법평가』, (한국법제연구원, 2013. 10.)
- 류성진/강현철/최경호, “법제처 법령해석제도의 발전방안에 관한 연구용역”, 법제처(2015),
- 아동권리보장원, 『아동의 법정대리인제도 전문영향평가 연구』, 2021
- 전병주/최은영, “고령화 사회에 있어 일본 성년후견제도의 실태 및 한국에의 시사점”, 『사회보장연구』, 제29권 제3호, (한국사회보장학회, 2013. 8),
- 제철웅/김원태/박명숙/안재진/장영인, 『보호대상아동 후견인제도 실태조사 및 개선방안』, (보건복지부, 2017. 8.)
- 서울시복지재단 서울사회복지공익법센터, 『2024년 복지법률토론회 자료집』, (2024. 11. 1.)

법원행정처, 『2018 사법연감』, 2018.

법원행정처, 『2019 사법연감』, 2019.

법원행정처, 『2020 사법연감』, 2020

관계부처 합동. (2020). 제2차 아동정책기본계획(‘20~’24). 보건복지부  
임대운, “보호시설에 있는 미성년자의 후견직무에 관한 법률에 관하여”, 법률신문,  
(2018. 5. 8.)

[Abstract]

Problems and improvement measures of the minor guardianship  
system under the Act on the Guardianship of Minors  
in Protective Facilities

Lee, Keun Young\*

Minors are not simply members of the family and belonging to their parents. Rather, since they are valuable members of the community that determine the future of our country and are members of society in the growing stage. So the upbringing of minors is not the responsibility of parents alone, but society must take responsibility for their growth together. Therefore, in order to protect minors, our legal system establishes private law regulations and public law regulations as a guardianship system for minors.

The Act on the Guardianship of Minors in Protective Facilities has not reflected the revision of the minor guardianship provisions of the Civil Act, and its relationship with the Civil Act has also been discussed. In the future, there is a need to supplement the problems raised through the revision of the Act on the Guardianship of Minors in Protective Facilities, and at the same time, there is a need to overcome the problems through interpretation theory, etc., so discussions were held on this.

According to the relationship between the Child Welfare Act, which is a general law of the Institutional Juvenile Guardianship Act, and the Civil Act, the relationship between the Act on the Guardianship of Minors in Protective Facilities and the Civil Act is also established. There is a view that the Child Welfare Act is a special law of the Civil Act. However, Article 932, Paragraph 1 of the Civil Act is a regulation that stipulates an individual's claim against the state, and their legislative purposes, provisions, and scope of application are completely different, so they cannot be considered to be in a relationship of mutual contradiction or conflict. Therefore, the Child Welfare Act should

---

\* Professor, Semyung Univ. Department of law

be viewed as a separate law, not as a special law of Article 932, Paragraph 1 of the Civil Act, with respect to the Civil Guardianship Act.

In other words, a person (minor, interested party, etc.) who can apply for a guardianship of a minor according to Article 932, Paragraph 1 of the Civil Act may independently apply for the appointment of a guardian of a minor under the Civil Act at any time, regardless of whether the mayor or provincial governor, etc. files a request for the appointment of a guardian of a minor according to Article 19, Paragraph 1 of the Child Welfare Act or Article 3 of the Act on the Guardianship of Minors in Protective Facilities.

From this perspective, the problems and improvement measures of the Act on the Guardianship of Minors in Protective Facilities were also examined, focusing on the appointment of guardians for minors and the status of guardians for minors.

Keywords : Act on the Guardianship of Minors in Protective Facilities,  
Child Welfare Act, Civil Act, Minor guardianship system, Minor,  
Guardian, Protective Facilities, Corporate-Guardian,  
Government-Guardian, Confirmation of person who is unde  
obligation support, Illegal Act

