

장애인 차별시정과 평등실현을 위한 법원 판례 바꾸기 운동

첫 번째 자료집

“장애인의 노동능력과 일할 권리에 대하여”

2022년 2월

<목 차>

장애인 차별시정과 평등실현을 위한 법원 판례 바꾸기 운동 취지문 3

장애인 노동력착취에서 문제 되는 민법상 소멸시효제도

/ 원곡법률사무소 최정규 변호사 5

발달장애인의 잔존능력을 구체적으로 판단하여 한정후견을 종료한 사례

/ 사단법인 온을 배광열 변호사 12

중증장애인 인신사고시 일실이익 관련 판례의 문제점과 개선방안

/ 서울대학교 공익인권법센터 김남희 변호사 27

장애인 차별시정과 평등실현을 위한 법원 판례 바꾸기 운동 취지문

장애우권익문제연구소는 1987년 장애인의 완전한 사회참여와 평등을 실현하기 위해 설립된 단체로 다양한 영역에서 침해받고 있는 장애인의 인권을 보장하기 위해 수많은 장애인차별구제청구소송, 손해배상 및 국가배상소송 등을 진행했다. 뿐만 아니라 연구소는 2015년도부터 매년 ‘디딤돌·걸림돌 판결선정사업’을 진행해오며 그 해 선고된 장애 관련 판결을 대량 수집하여 장애인의 인권에 긍정적 또는 부정적 영향을 미친 판결들을 선정하고 그 결과를 보고하였으며 그중에서도 학대 피해를 경험한 장애인의 인권에 집중해왔다.

수십 년 동안 가해자의 사업장에서 임금이라고 차마 부를 수도 없는 적은 품삯을 받으며 하루를 짊어 채워 극심한 노동을 해 온 지적장애인(경계선 미등락장애인 포함)들의 법률지원을 위해 다수의 민·형사소송을 제기해왔지만, 법원은 현대판 노예제와 가까운 지적장애인 노동력착취 사건에 대해 매우 온정적인 결정들을 내리고 있다.

중앙장애인권익옹호기관이 지난 2020년 10월에 발표한 최근 3년(2017~2019년)간의 형사판결문을 분석한 ‘장애인학대 처벌실태 연구’ 결과에 따르면 피해자의 74.6%가 발달장애인 이었고, 장애인학대 관련 사건 775건 중 장애인복지법위반으로 처벌받은 학대행위자는 3년간 고작 120명에 불과하였다. 그중에서도 이들 가해자의 51.4%는 집행유예 또는 벌금형을 선고 받았고, 징역형을 선고 받은 경우는 절반도 채 되지 않았다. (48.1%)

가해자가 이렇게 솜방망이 처벌을 받는 데에 법원은 다양한 이유를 제시하고 있다. 지적 장애인 피해자의 처벌 의사를 확인할 수 없다는 이유, 피해자가 피고인에게 의존하고 있는 상황 고려, 피고인이 오갈 데 없는 피해자를 오히려 먹여주고 재워주었다는 것, 감금이나 폭행 등을 하지 않았다는 이유 등이 영향을 미쳤고 그들을 정식적인 근로관계로 인정하지 않아 밀린 임금마저 받지 못하는 일도 수없이 많이 발생했다.

지적장애인들은 자신이 학대나 착취를 당해도 이를 제대로 인식하지 못하는 ‘실력적 지배’의 상황에 놓여있을 가능성이 매우 높으며 가해자들은 이런 점을 악용해 더욱 쉽게 범행을 저지르기도 한다. 장애인을 감금하고, 때리고, 굶기는 것만이 아니라 그들을 방치하고, 제대로 된 근로계약 관계를 맺지 않은 채 노동을 시키는 것 역시 매우 심각한 ‘장애인 학대’라는 인식이 필요하다.

법원은 장애인 노동착취 사건을 다루는 재판 과정에서 ‘미풍양속’ 등을 핑계로 지적장애인의 고통을 외면하는 사실에 대해 성찰하여야 한다. 그동안 법원은 비단 노동착취 사건 뿐 아니라, 사업주의 과도한 부담, 지적장애인의 의사능력 불인정 등 여러 가지 이유로 장애인의 손을 들어주기보다 장애인의 인권을 고려하지 않은 비인권적이고 편협한 판례들을 생산해냈다. 그러한 판례는 결과적으로 장애인 차별을 묵인하고 조장하는 결과를 낳은 것이나 진배없다.

우리는 그 변화의 일환으로 법원 판례 바꾸기를 강력하게 요청한다. 지난 2006년 한국성폭력상담소는 “성폭력을 조장하는 대법원 판례바꾸기 운동”을 시작하였다. 이 운동은 그동안 성폭력 피해자의 특수성을 고려하지 않은 대법원 판례가 성폭력문제 해결과 피해자의 권리회복에 둔감했을 뿐만 아니라 결과적으로 성폭력을 조장하는 결과를 낳았다고 보고 법조인들의 성편향적인 사법관행 성찰과 대법원 판례의 변화를 촉구하는 운동이었다. 이 메시지를 접한 법조인들은 성폭력에 대한 기존의 인식과 태도를 성찰하고 작은 실천을 시작하게 되었고, 그러한 작은 실천은 거대한 사회변화를 일궈냈다. 이 운동이 진행된 이후 물리적 폭력이나 직접 협박을 동원하지 않은 정신적 압력에 의한 강간을 인정한 전향적인 대법원 판결이 내려졌고, 장애 여성 성폭력에 관해서도 ‘항거불능’의 성립을 완화하는 판결도 내려졌다.

장애우권익문제연구소는 장애인 인권현장에서도 피해장애인들의 현실과 목소리를 알릴 예정이다. 장애인 차별 사건 등을 대리했던 법조인들과 활동가들은 함께 평석 자료집을 발간하여 정기적으로 대법원을 비롯한 전국의 각 법원과 검찰청에 배포할 것이며 동시에 토론회, 강의, 언론 기고와 같은 다양한 방법을 동원하여 ‘장애인 차별시정과 평등실현을 위한 법원 판례 바꾸기 운동’을 전개해 나갈 것이다.

우리는 이 움직임이 법조인들에게 장애차별적이었던 사법 관행을 돌아보고 성찰하는 계기를 줄 수 있기를 기대한다. 장애인 인권침해 사건에 대한 법원의 엄중한 처벌이 장애인 인식개선과 이들의 인권 향상에 중대한 영향을 미칠 것이다. 따라서 우리는 검찰과 법원이 장애인 학대와 차별에 대한 기존의 잘못된 인식과 태도를 성찰하고 수사와 재판을 통해 조금씩 장애인 차별의 현실을 바꿀 것을 촉구하며 이러한 작은 실천들이 보다 더 자유롭고 평등한 세상을 향한 발판이 되기를 기대한다.

2022. 02.

사단법인 장애우권익문제연구소

장애인 노동력착취에서 문제 되는 민법상 소멸시효제도

원곡법률사무소 최정규 변호사

1. 검토배경

노동력 착취¹⁾란 피해자의 노동에 대한 대가를 지급하지 않거나 이를 가로채는 방식으로 피해자의 노동력을 부당하게 이용하는 행위를 말한다. 중앙장애인권익옹호기관의 분석²⁾에 따르면 장애인에 대한 노동력착취사건의 경우 ①당사자의 자발적인 의사가 아니라 제3자의 의사에 따라 시작된다는 점, ②근로의 제공여부에 대해 동의하지 않거나 이에 관해 의사표현을 할 수 있는 기회자체가 제공되지 않는 점, ③근로조건에 대한 협의가 아예 없었거나 현저히 부당한 내용으로 근로조건이 형성되었으며 피해자는 그 내용을 제대로 이해하지 못하는 점, ④근로기준법에 따른 근로계약서 등이 교부된 경우는 전혀 없는 점 등 4가지 요소를 포함하고 있다고 파악된다.

이러한 특수성으로 인해 근로관계의 종료 또한 피해 당사자의 의사가 아닌 외부의 개입으로 가능하기에 착취기간이 10년 넘는 경우가 빈번히 발생하고 있다. 10년 이상 노동력착취의 경우 민법상 소멸시효 규정이 적용되어 10년을 초과한 부분에 대해서는 제대로 반환받지 못하고 있는 것이 현실이다.

2. 노동력착취 피해사건 적용 소멸시효³⁾ 규정

노동력착취 피해사건의 경우 피해자가 가해자를 상대로 제기하는 민사소송은 노동력착취에 따른 부당이득반환청구⁴⁾, 가해자의 불법행위로 인한 손해배상청구⁵⁾를 선택적으로 병합하고 있다. 관련하여

1) 2014년 신안군염전노예사건이 세상에 밝혀진 이후 지금까지 장애인에 대한 노동력착취사건이 발견되어 지고 있는바, 2018년 상반기만 해도 매일 노동력착취사건이 언론을 통해 보도되고 있는 실정이다. [국민일보, 2018.02.06., 지금도 계속되는 ‘현대판 노예’...경북 농가서 구출”, 국민일보, 2018.03.11., “잠실야구장의 ‘현대판 노예’...17년 분리수거 60대 ‘긴급 구조’” 충북인뉴스, 2018.03.27., “지적장애인 6년간 하루도 빠짐없이 일시키고 월급은 절반만”, 국민일보, 2018.04.02., “충남 ‘현대판 노예’ 3명, 하루 13시간 중노동...위생도 엉망”, MBC, 2018.04.13., “20년간 노동착취 당한 장애인들...하루 만에 긴급후송”, 연합뉴스, 2018.05.18., “지적장애인 ‘식당 노예’ 6년...억대 임금 폐먹은 업주 구속”, 연합뉴스, 2018.06.27., “8년간 바다서 일하고 임금 한 푼 못 받은 50대 지적장애인” 등, 장애인학대현황 보고 및 노동력착취 정책 대안마련 국회토론회(2018. 9. 11.) 자료집 제32쪽 각주 3번에서 재인용]

2) 장애인학대현황 보고 및 노동력착취 정책 대안마련 국회토론회(2018. 9. 11.) 자료집 제40쪽 참조

3) 민법상 소멸시효제도는 권리자가 자신의 권리를 행사할 수 있음에도 불구하고 일정한 기간 동안 그 권리를 행사하지 않은 상태, 즉 권리 불행사의 상태가 계속될 경우에 법적 안정성을 위하여 그 권리를 소멸시키는 제도이다.

4) 부당이득의 반환대상은 가해자가 피해장애인의 노동력을 대가없이 제공받음으로써 얻은 이익을 말하고 이는 노동력의 제공결과 가해자가 얻은 이익, 즉 가해자가 피해자의 노동을 제공받음으로 지출을 면한 임금상당액으로 구성하고 있다. 노동력착취 사건은 가해자가 근로관계 등 법률상 원인이 없음을 명백히 알고 있음에도 부당이득을 취하였으므로 ‘악의의 수익자’에 해당되고 부당이득반환 범위는 민법 제748조 제2항(악의의 수익자는 그 받은 이익에 이자를 붙여 반환하고 손해가 있으면 이를 배상하여야 한다)이 적용된다.

5) 노동력착취는 단순히 피해자의 노동력만 무상으로 제공받은 것이 아니라 이로 인해 피해자에게 정신적인 손해를 가한 것으로 해석되기에 불법행위책임을 구성하여 위자료료를 청구하고 있다.

적용되는 소멸시효 규정은 아래와 같다⁶⁾.

민법 제162조(채권, 재산권의 소멸시효)

① 채권은 10년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다.

민법 제766조(손해배상청구권의 소멸시효)

① 불법행위로 인한 손해배상의 청구권은 피해자나 그 법정대리인이 그 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년간 이를 행사하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다.

② 불법행위를 한 날로부터 10년을 경과한 때에도 전항과 같다.

3. 노동력착취 피해사건에 소멸시효 규정 적용의 문제점

1) 민법상 소멸시효제도의 일반적인 존재 이유

헌법재판소는 민법상 소멸시효제도의 일반적인 존재 이유에 대해 아래와 같이 판시하고 있다⁷⁾.

(1) 법적안정성 저해

오랫동안 계속된 사실상태를 그대로 유지하는 것이 그 위에 구축된 사회질서를 보호하기 위해 필요하다. 일정한 사실상태가 계속되면 이를 기초로 새로운 다수의 법률관계가 형성되기 마련인데, 그 사실상태가 정당하지 못하다고 하여 부인한다면 이를 기초로 맺어진 법률관계가 흔들리게 됨에 따라 법적 안정성이 저해될 수 있다.

(2) 채무자의 이중변제 위험

일정한 사실상태가 오래 계속되면 그동안 진정한 권리관계에 대한 증거가 없어지기 쉬우므로 계속된 사실상태를 진정한 권리관계로 인정함으로써 과거 사실의 증명 곤란으로부터 채무자를 구제하고 분쟁의 적절한 해결을 도모할 필요가 있다는 점이다. 이미 채무를 변제하였으나 시간이 지남에 따라 그 증명이 어렵게 된 채무자는 소멸시효제도를 통해 이중변제를 면하게 되므로 이러한 경우에는 진정한 권리관계의 보호에 기여할 수 있다.

(3) 채무자의 정당한 신뢰보호

채권자가 장기간 권리를 행사하지 않음으로써 더는 권리를 행사하지 않을 것으로 믿은 채무자의 신뢰를 보호할 필요가 있다는 점이다. 채권자에게도 신의칙상 그 권리의 행사가 채무자에게 불의타가 되지 않도록 자신의 권리를 적시에 행사할 의무가 있다고 볼 수 있고, 채권자가 장기간 그 권리를 행

6) 가해자는 피해자와 유효한 근로계약이 체결되었다고 주장하며 근로기준법상 3년의 소멸시효를 주장하는 경우도 있으나, 장애인노동력착취의 경우 근로계약이 부존재하거나 설사 존재한다고 하더라도 민법 제103조(반사회적 법률행위)에 의거하여 무효이기에 근로기준법상 3년의 소멸시효가 적용되지 않는다.

7) 헌재 2012. 4. 24. 2011헌바31 민법 제766조 제1항 위헌소원(불법행위로 인한 손해배상채권의 단기소멸시효에 관한 사건), 헌재 2018. 8. 30. 2014헌바148 등 민법 제166조 제1항 등 위헌사건(과거사 국가배상청구 소멸시효 사건) 등

사하지 않으면 채무자는 채무의 존재를 잊어버리게 되거나 채권자가 권리를 행사하지 않을 것이라고 신뢰하게 되므로 채권자의 권리행사 태만을 제재하고 채무자의 정당한 신뢰를 보호할 필요성이 있다.

2) 노동력착취사건의 특수성의 관점에서 소멸시효제도 존재 필요성

(1) 법적 안정성 저해

채권자의 무한한 권리행사를 제한해 법률관계를 장기간 불안정하게 두지 않고 조기에 확정하고자 하는 권리행사의 기간에 제한을 두는 방법은 법적안정성의 관점에서 필요하다.

그러나 소멸시효로 인해 보호받는 것은 가해자의 재산권이고, 침해받는 것은 피해장애인의 재산권과 행복추구권이라는 점에서 오랜 시간 학대를 받은 이후 간신히 가해자로부터 벗어나 피해변제를 위한 민사상 청구를 제한시킬 정도로 법적 안정성의 요청이 중요하다고 볼 수 있는지 의문이다.

(2) 채무자의 이중변제 위험

장애인학대사건은 가해자가 학대피해 장애인들에게 노동에 대한 정당한 대가를 지급하지 않는 등 임금, 부당이득 및 손해배상채무를 변제하지 않는 것이 명백하며, 본안 사건에서도 가해자가 피해장애인에게 정당한 노동의 대가를 지급하지 않았다고 자인하거나 형사판결을 통해 확인되는 경우가 대부분이다.

즉, 가해자들이 피해장애인에게 임금 상당의 금원을 지급하지 않기 위해 일어나는 장애인 노동력착취사건에서 ‘채무자의 이중변제방지’를 위한 소멸시효제도의 존재이유는 소멸한다.

(3) 채무자의 정당한 신뢰보호

장애인 노동력착취 사건은 가해자가 장기간 피해 장애인을 구금, 회유하는 등 피해 장애인의 권리행사를 방해하는 것으로 가해자가 고의로 피해 장애인의 노동력을 착취하여, 그 임금에 상당하는 이득을 취하고, 피해 장애인을 사회와 격리해⁸⁾ 그 권리의 행사를 방해하는 장애인노동력착취 사건에서 ‘피해자인 채권자의 권리불행사에 대한 제재 및 가해자인 채무자의 정당한 신뢰보호’가 존재해야 하는지 의문이다.

4. 관련 민사소송에서 소멸시효 규정 적용사례

관련 민사소송에서 가해자의 소멸시효 완성 주장은 민법의 대원칙인 ‘신의성실원칙’에 반하는 것으로 허용되지 않아야 한다는 취지의 재향변⁹⁾을 하고 있으나 받아들여지지 않고 있다.

8) 대부분의 장애인 노동력 착취는 가해자가 피해 장애인을 물리적·심리적으로 사회와 격리해 피해 장애인들이 더욱더 가해자에게 의존하게 해 피해 장애인들에 대한 지배력을 높이는 것이다.

9) 채무자의 소멸시효에 기한 항변권의 행사도 우리 민법의 대원칙인 신의성실의 원칙과 권리남용금지의 원칙의 지배를 받는 것이어서, 채무자가 시효완성 전에 채권자의 권리행사나 시효중단을 불가능 또는 현저히 곤란하게 하였거나 그러한 조치가 불필요하다고 믿게 하는 행동을 하였거나, 객관적으로 채권자가 권리를 행사할 수 없는 장애사유가 있었거나, 일단 시효완성 후에 채무자가 시효를 원용하지 아니할 것 같은 태도를 보여 채권자로 하여금 그와 같이 신뢰하게 하였거나 또는 채권자보호의 필요성이 크고 같은 조건의 다른 채권자가 채무의 변제를 수령하는 등의 사정이 있어 채무이행의 거절을 인정함

1) 신안군 염전노예사건

염전에서 피해자들이 염전 주인을 상대로 제기한 민사소송¹⁰⁾에서 원고(피해자)는 피고(염전주인)의 소멸시효 완성 주장에 대해 ‘① 피고의 변제공탁(임금채권 변제 명목) 등의 행위는 시효이익의 포기에 해당한다고 할 것이며(민법 제184조), ② 시효이익의 포기에 해당하지 않는다고 하더라도 피고의 불법행위 및 원고의 지적능력 등을 고려한다면 권리행사를 늦게 하였다는 이유로 소멸시효의 완성을 주장하는 것은 신의성실의 원칙에 반하는 것으로 허용되지 않아야 할 것이다.’ 는 취지의 재항변을 하였다.

이에 대하여 재판부는 ‘① 피고가 자신에 대한 형사재판 진행 중 피해자인 원고를 피공탁자로 하여 별지 표 최저임금 합산액 등을 변제공탁을 하였다는 사정만으로 시효이익을 포기한 의사라고 단정하기 어렵고, ② 이 사건 변론에 나타난 사정만으로는 피고가 원고에게 장차 소멸시효이익을 원용하지 않을 것이라는 신뢰를 부여하는 듯한 행위를 하였다거나 이 사건 소송에서 세삼 소멸시효완성을 주장하는 것이 신의칙에 위반하는 것이라고 볼 수 없다.’ 며 원고의 재항변을 배척하였다.

2) 당진과자공장 사건

당진의 과자공장에서 약 15년 동안 지적장애인 2명(어머니와 아들)에 대한 노동력착취 민사소송¹¹⁾에서 피고의 소멸시효 주장에 대해, ① 피고가 원고들이 일을 그만두고 싶다고 말할 때마다 월급을 줄 테니 조금 더 있으라는 취지로 회유하였고 2016. 10. 20. 100만원을 입금한 것은 소멸시효 중단 사유인 채무의 승인 내지 시효이익의 포기에 해당하고, ② 피고가 원고들의 지적장애를 이용하여 십수년간 원고들의 노동력을 착취하였음에도 이제와 그 소멸시효의 완성을 주장하는 것은 신의성실의 원칙에 반하는 권리남용으로서 허용될 수 없다고 재항변하였다.

이에 대해 재판부는 ① 피고가 원고들에게 월급을 줄 테니 조금 더 있으라는 취지로 말한 사정, 위돈의 입금 사실만으로 채무를 승인하였거나 시효이익을 포기한 것이라고 단정하기 어렵고, ② 원고들이 이 지적장애 2급의 장애인들이고 원고들이 피용자, 피보호자의 지위에 있었다는 사정 등 이 사건 변론에 나타난 사정만으로는 피고의 소멸시효 완성 주장이 신의칙에 반하여 권리남용에 해당한다고 볼 만한 특별한 사정에 해당한다고 인정하기 어렵다며 원고의 재항변을 배척하였다.

항소심¹²⁾에서도 위 판단을 그대로 유지되었고, 원고들은 항소심 판결에 대해서도 상고하였으나, 대법원¹³⁾은 심리불속행으로 항소심 판단을 그대로 유지시켰다.

이 현저히 부당하거나 불공평하게 되는 등 특별한 사정이 있는 경우에는 채무자가 소멸시효 완성을 주장하는 것이 신의성실의 원칙에 반하는 권리남용으로서 허용될 수 없다.(대법원 2014. 5. 29. 선고 2011다95847 판결 등)

10) 광주지방법원 목포지원 2015가합10610 사건

11) 대전지방법원 서산지원 2019. 3. 28. 선고 2018가합 52 손해배상(기)

12) 대전고등법원 2020. 12. 15. 선고 2019나 12105 손해배상(기)

13) 대법원 2021. 4. 29. 선고 2021다203531 손해배상(기)

5. 관련 헌법재판소 헌법소원 결정

앞에서 소개한 당진과자공장 민사사건 진행 중 피해장애인 소송대리인은 “장애인복지법 제2조 제3항의 장애인학대사건 유형의 특수성을 고려하지 않은 채 이와 같은 경우에도 일반적인 채권의 소멸시효 기산점과 시효기간을 그대로 적용하는 민법 제162조 제1항, 제166조 제1항은 위헌이다¹⁴⁾”라는 취지로 위헌 법률심판제청신청을 하였고 제청신청이 각하¹⁵⁾되자 헌법재판소에 헌법소원을 제기하였다.

헌법재판소¹⁶⁾는 ‘부당이득반환청구권은 미지의 당사자 간에 예기치 못한 사건으로 발생하는 경우가 많고 부당이득 반환관계에서 수익자의 법적 지위가 다소 불안정하므로, 객관적 기산점인 권리를 행사할 수 있는 때로부터 채권 일반에 관한 원칙적 시효기간인 10년이 지나면 소멸시효가 완성되도록 함으로써 민사 법률관계의 안정을 도모할 필요가 있다.’는 이유로 당사자의 헌법소원을 받아들이지 않았다.

다만, 재판관 이선애의 민법상 소멸시효 조항에 관한 보충의견은 아래와 같다.

나는 법정의견과 같이 부당이득반환청구권과 관련하여 민법상 소멸시효 조항이 재산권을 침해하지 않는다고 생각하나, 입법론으로 지적장애인에 대한 “장애인학대”에 관한 사건의 경우에는 불법행위에 기한 손해배상청구권의 소멸시효기간을 현행법보다 장기로 규정할 필요가 있음을 밝히고자 한다.

가. 청구인들은 장애인복지법 제2조 제2항에 따른 지적장애인이고, 당해 사건의 기초가 되는 사회적 생활관계는 정○○이 청구인들에게 정당한 임금을 지급하지 않은 채 그들의 노무를 제공받아 이익을 취한 것으로서 이는 장애인복지법 제2조 제3항에서 규정하는 “장애인학대”에 관한 것으로 볼 수 있다. 장애인복지법상 “장애인학대”는 ‘장애인에 대하여 신체적·정신적·정서적·언어적·성적 폭력이나 가혹행위, 경제적 착취, 유기 또는 방임을 하는 것’을 뜻하므로 이러한 “장애인학대”에 관한 사건의 경우에는 민사상 불법행위에 기한 손해배상청구권이 발생할 여지가 크다.

나. 불법행위로 인한 손해배상청구권도 채권의 일종이므로 그 소멸시효는 원칙적으로 민법상 소멸시효 조항에 의하여야 한다. 다만 현행법은 불법행위로 인한 손해배상청구권에 관하여 특칙으로서 피해자나 법정대리인이 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년간 이를 행사하지 않거나, 불법행위

14) 헌법재판소는 ‘민법 제166조 제1항, 제766조 제2항 중 ‘진실·화해를 위한 과거사정리 기본법’ (2005. 5. 31. 법률 제7542호로 제정된 것, 이하 ‘과거사정리법’이라 한다) 제2조 제1항 제3호의 ‘민간인 집단 희생사건’, 제4호의 ‘중대한 인권침해사건·조작의혹사건’에 적용되는 부분이 국가배상청구권을 침해하여 위헌인지 여부’에 대해 위헌이라고 결정한 바 있다.(헌법재판소 2018. 8. 30. 결정 2014헌바148 등 민법 제166조 제1항 등 위헌소원(과거사 국가배상청구) 소멸시효 사건)

15) 대전지방법원 서산지원 2018카기1048

16) 헌법재판소 2020. 12. 23. 결정 2019헌바 129 (민법 제162조 제1항 등 위헌소원)

를 한 날로부터 10년이 경과한 때에는 소멸하게 된다고 규정한다(민법 제766조 참조). 그런데 “장애인학대”에 관한 사건 유형에서 지적장애인들이 처한 상황, 즉 근로조건에 관하여 협의를 하지 않거나 협의를 하더라도 그 존부 및 내용을 제대로 이해하지 못하고, 한편으로 의식주에 대한 의존관계 등으로 인하여 부당하게 형성된 근로관계를 청산하는 것이 어려운 상황을 고려하여 보았을 때 특히 현행법이 소멸시효기간을 ‘불법행위를 한 날로부터 10년’으로 규정한 것은 지적장애인의 위와 같은 상황을 충분히 고려한 입법이라고 볼 수 없다. 현행법에 따를 경우 지적장애인이 노무를 제공한 기간이 길어질수록 가해자의 이익은 커질 수 있음에 반하여 피해장애인이 법적으로 전보를 요구할 수 있는 것은 제소 시로부터 역산하여 10년에 해당하는 부분에 한정될 수밖에 없다.

다. 이러한 불합리를 해소하기 위하여 지적장애인에 대한 “장애인학대”에 관한 사건의 경우 불법행위에 기한 손해배상청구권의 소멸시효기간을 현행 ‘불법행위를 한 날로부터 10년’보다 장기화하는 입법적 개선을 생각하여 볼 필요가 있다. 이와 관련하여 원칙적 소멸시효기간을 5년으로 하면서도 고문이나 가혹행위 또는 미성년자에 대한 성적 침해를 원인으로 하는 손해배상청구권의 경우 시효기간을 20년으로 한다고 규정한 프랑스 민법의 입법례를 참고할 수 있을 것이다(프랑스 민법 제2224조, 제2226조 참조).

6. 관련 국회 입법활동

1) 19대, 20대 국회

노동력착취사건의 경우 임금채권의 소멸시효의 특례를 규정하는 근로기준법 개정안(2015. 3. 10. 인준의원 대표발의, 의안번호 14221, 사용자의 강요 또는 기망으로 인하여 임금채권을 행사할 수 없었던 때에는 그 임금채권을 행사할 수 있을 때까지 소멸시효가 진행하지 아니한다는 규정)이 발의된 적이 있으나 임기만으로 폐기되었다.

근로기준법 개정안(2019. 2. 12. 설훈의원 대표발의, 의안번호 18581, 강제근로 등으로 인한 임금채권의 소멸시효의 기산일을 사용자와 근로자의 근로계약이 종료된 날 또는 근로자의 법정대리인이 강제 근로사실을 안 날 중 먼저 도래한 날로부터 함)이 발의되었지만 임기만으로 폐기되었다.

2) 21대 국회

21대 국회에서 발의되어 논의 중¹⁷⁾인 법안은 아래와 같다.

17) 2021년 6월 17일 보건복지소위 제1차회의에서 관련 법안이 논의되었고 구체적인 방안에 대한 의견교환이 있었다. 보건복지부1차관(양성일)이 구체적인 방안에 대한 의견을 결정하여 제시하겠다는 취지로 이야기하였고 소위원장(김성주)은 전문위원과 최혜영 의원실과 같이 상의하도록 하겠다고 이야기 한 후 한 번 더 심의하는 것으로 결정하였다.[국회 제388회 - 보건복지소위 제1차(2021년 6월 17일) 회의록 참고]

<표 1> 논의 중 법안 내용

발의시기 (의안번호)	제안자(발의)	법안 내용
2021. 3. 16. (2108829)	최혜영의원 등 18인	「민법」 제766조에도 불구하고 장애인이 학대를 받은 경우에 이로 인한 손해배상청구권의 소멸시효는 학대행위가 종료될 때까지는 진행되지 아니한다)
2021. 4. 14. (2109476)	이상현 의원 등 14인	지적장애인, 자폐성장애인 또는 정신장애인이 장애인학대를 당한 경우에 이로 인한 손해배상청구권의 소멸시효는 「민법」 제766조 제2항에도 불구하고 그 피해가 발생한 날로부터 20년간 행사하지 아니하면 시효의 완성으로 소멸한다.
2021. 4. 20. (2109610)	정희용 의원 등 14인	「민법」 제766조에도 불구하고 장애인이 학대를 받은 경우에 이로 인한 손해배상청구권의 소멸시효는 그 피해가 발생한 날부터 15년간 행사하지 아니하면 시효의 완성으로 소멸한다.

최혜영 의원안에 대한 보건복지위원회 전문위원(신항진) 개정법률안 검토보고서에는 개정취지에 공감하면서 ‘학대행위가 종료시점’을 언제로 볼 것인지 판명하기 어려울 수 있어 법문 표현의 명확성 측면에서 신중한 논의가 필요하고, 소멸시효 진행을 최종 학대행위 종료시점까지 과도하게 장기간 정지시키게 될 경우 법적 안정성을 저해하여 소멸시효제도의 본질적 취지를 훼손할 우려가 있다는 의견을 개진하며 ‘소멸시효 진행을 정지하는 방안’ 보다는 ‘민법상 소멸시효보다 장기로 규정하는 방안’을 제시하였다.

7. 결론

장애인노동력착취에서 문제 되는 민법상 소멸시효 제도와 관련하여 법원과 헌법재판소에서 문제해결이 이루어지 않는다는 건 여러 사례들을 통해 분명하게 확인되었다. 법원은 가해자의 소멸시효 항변에 대해 신의성실원칙 위반에 따른 권리남용이라는 피해자의 재항변을 받아들이지 않고 있고, 헌법재판소는 관련 조항이 위헌이라고 주장하며 피해장애인이 제기한 헌법소원사건에서 입법재량의 한계를 벗어났다고 보기 어렵다며 합헌 결정을 내린 바 있다.

따라서 이 문제에 대한 해결은 국회의 입법으로 해결할 수 밖에 없으며, 2020년 12월 23일 헌법재판소에서 헌법소원을 기각하면서 별도의견해를 통해 입법적 해결 필요성을 언급한 만큼 21대 국회에서는 반드시 장애인복지법 등 관련 법률 개정을 통해 이 문제가 해결될 수 있기를 희망한다.

발달장애인의 잔존능력을 구체적으로 판단하여 한정후견을 종료한 사례 (서울가정법원 2021후기278 한정후견종료심판)

사단법인 온을 배광열 변호사

1. 들어가며

2013년 7월 발달장애·정신장애·치매 기타 장애 또는 질병으로 정신적 능력이 부족한 사람들(이하 “정신적 장애인”이라고만 함)에 대한 우리 법의 시각을 180도 전환하는 변혁이 일어났다. 정신적 장애인의 자기결정권을 존중하고, 후견인의 지원 아래 사회에서 동등하게 살아가는 것을 목적으로 한 성년후견제도가 시행된 것이다. 자기결정권 존중, 보충성의 원칙, 정상화의 원칙이라는 성년후견제도의 대원칙은 개정 민법에도 반영되어있다. 정신적 장애인에 대하여 일의적이고 포괄적으로 행위능력을 제한하고, 후견인에게 전권을 부여한 금치산·한정치산제도에 대한 반성에 따른 변화였다. 과거 대가족 중심 사회가 해체되고, 정신적 장애인에 대한 인식변화와 인권의식이 함양된 것도 배경이 되었다.

그러나 본인의 법적 능력을 포괄적으로 제한하고, 후견인에게 광범위한 권한을 부여하는 성년후견 유형, 성년후견 또는 한정후견이 개시되었다는 이유만으로 각종 자격취득, 취업, 영업허가 등이 박탈되는 소위 “결격조항” 문제, 후견개시 원인이 된 정신적 제약이 소멸하여야만 성년후견 또는 한정후견을 종료할 수 있도록 한 규정 등은 성년후견제도의 이념에 반한다는 비판을 받고 있다.

특히, 후견종료와 관련하여 일단 성년후견 또는 한정후견이 개시되면 후견인의 도움이 필요한 사무가 종료되더라도, 피후견인 본인이 사망할 때까지 후견은 지속된다고 해석하는 것이 다수의 입장이었다. 발달장애, 정신장애, 치매 등 대부분의 정신적 제약은 현대의학으로 소멸하거나 치유할 수 없기 때문이다. 이런 결과는 후견의 보충성, 자기결정권 존중의 원칙에도 반하는 것이었고, 성년후견 및 한정후견 종료에 대한 민법 제11조 및 제14조에 대한 비판의 목소리가 높아지고 있었다.

그러던 중 최근 서울가정법원은 과거 사기피해 회복을 위해 한정후견이 개시된 발달장애인에 대하여 그의 구체적인 잔존능력의 정도를 바탕으로 정신적 제약이 소멸하였다고 보고 한정후견종료 심판(서울가정법원 2021후기278 한정후견종료, 이하 “대상심판”이라고만 함)을 하였다. 대상심판은 민법 제14조를 성년후견제도의 이념에 합치되게 해석하였다는 점에서 큰 의미가 있다.

본고에서는 대상심판을 소개하고, 우리나라 성년후견제도를 개관하고, 해외 주요국가들의 후견종료와 관련한 규정들을 살펴본 뒤 우리나라 성년후견 및 한정후견 종료와 관련한 민법규정의 문제점을 고찰하고자 한다.

2. 사안의 개요

1) 한정후견개시

사건본인은 지능지수 72, 사회연령 17세에 해당하는 경계성 지능을 지닌 발달장애인이다. 사건본인은 장애인복지관에 다니는 발달장애인들과 함께 A로부터 사기피해를 입었다. 청구인인 사건본인의 모친은 사건본인의 사기피해 구제를 지원하기 위해 서울가정법원에 2018년 단6202호로 한정후견개시심판을 청구하였고, 2018. 10. 17. 사건본인의 한정후견인으로 청구인을 선임하는 한정후견개시심판이 있었다.

2) 사회복지사 자격등록 거부

사건본인은 위 사기피해를 겪으면서 본인보다 판단능력이 더욱 부족한 발달장애인을 돕는 사회복지사가 되겠다는 목표가 생겼고, 2020. 8. 28. 사회복지 전문학사 자격을 취득하였으며, 한국사회복지사협회에 사회복지사 2급 자격등록신청을 하였다.

한국사회복지사협회는 2021. 7. 19. 피한정후견인을 사회복지사 결격사유로 두고 있는 사회복지사업법 제11조의2 제1호에 따라 사건본인에 대하여 사회복지사 자격심사 불합격 통지를 하였다.

3) 대상심판

청구인은 한정후견이 필요할 정도로 정신적 제약으로 인해 사무처리능력이 부족한 상태가 아니라 이 이유로 서울가정법원 2021후기278호 한정후견종료심판청구를 하였다.

청구인은 사건본인이 함께 사기피해를 입은 발달장애인들의 피해사실을 담당 검사에게 진술하고 피해자료들을 직접 수집하여 전달한 점, 가해자에 대한 형사사건 1심판결에서 누락된 피해사실을 밝혀 검사가 항소한 점, 사건본인 스스로 전자소송에 계정을 개설하고 자신의 후견감독사건을 전자소송 사건등록을 한 뒤 사건기록들을 다운로드 받아 검토한 점, 직접 자신의 급여 및 계좌들을 관리하고 있는 점, 청구인이 작성해야 하는 후견사무보고서의 기본적인 내용들을 사건본인이 작성한 점, 후견사무보고서에 첨부되는 서류들을 사건본인이 직접 마련한 점 등을 근거로 사건본인의 사무처리능력이 부족하지 않음을 소명하였다.

이에 서울가정법원은 2021. 10. 13. 사건본인에 대하여 한정후견을 종료한다는 대상심판을 하였다. 대상심판은 후견개시원인의 소멸을 정신적 제약인 발달장애의 소멸로 판단하지 않고, 피후견인 본인이 지닌 구체적인 정신적 능력을 평가하여 후견인의 도움이 필요한 정도로 사무처리능력이 부족한 것은 아니라고 판단하였다는 점에서 우리나라 성년후견제도 실무 개선에 크게 기여하였다.

3. 성년후견제도 개괄

1) 개관

종래 우리나라의 금치산·한정치산제도는 판단능력이 부족한 성인에 대하여 일의적으로 행위능력을 제한하고, 후견인의 포괄적이고 영속적인 대행을 허용함으로써 본인의 보호에 소홀하고, 그들의 사회통합을 저해한다는 비판을 받아왔다.

이에 우리나라는 민법 개정을 통해 2013. 7.부터 종래 행위무능력자 제도인 금치산·한정치산제도를 폐지하고, 자기결정권 존중을 기본이념으로 삼은 성년후견제도를 시행하였다. 정신적 제약으로 판단능력이 부족한 장애인이라 하더라도 자신의 잔존능력을 바탕으로 주위의 여러 도움을 받아 스스로 자신의 삶에 대한 결정을 할 수 있어야 한다는 것은 기본적인 인간의 존엄성과도 연관된 것이기 때문이다.

이와 같은 이념을 갖고 있는 성년후견제도는 마지막 수단으로, 최소한으로만 이용되어야 한다는 보충성의 원칙과 후견인의 도움으로 비장애인과 동등하게 사회에 통합되어야 한다는 정상화의 원칙을 천명하고 있다. 피성년후견인은 그의 상태가 허락하는 범위에서 자신의 신상에 관하여 단독으로 결정하고(민법 제947조의2 제1항), 성년후견인은 피성년후견인의 복리에 반하지 아니하면 피성년후견인의 의사를 존중해야 하며(민법 제947조 후단), 후견계약이 등기되어 있는 경우에는 가정법원은 본인의 이익을 위하여 특별히 필요할 때에만 임의후견인 또는 임의후견감독인의 청구에 의하여 성년후견, 한정후견 또는 특정후견의 심판을 할 수 있고(민법 제959조의20 제1항), 본인이 피성년후견인, 피한정후견인 또는 피특정후견인인 경우에 가정법원은 임의후견감독인을 선임함에 있어서 종전의 성년후견, 한정후견 또는 특정후견의 종료 심판을 하여야 한다는 규정(민법 제959조의20 제2항)들이 대표적이다.

위와 같은 원칙을 담은 성년후견제도는 본인이 향후 판단능력이 부족해질 때를 대비하여 미리 신의될 수 있는 자와 후견계약을 체결해 두는 것을 내용으로 하는 임의후견과 이미 판단능력이 부족해진 성인에 대하여 법원의 심판으로 후견개시 및 후견인 선임 등에 대한 사항이 결정되는 법정후견으로 분류되고, 법정후견은 성년후견, 한정후견, 특정후견으로 나뉜다.

성년후견, 한정후견, 특정후견은 각 그 요건으로 “사무처리능력”의 지속적 결여(성년후견), 부족(한정후견), 정신적 제약으로 일시적 후원 또는 특정한 사무에 관한 후원이 필요(특정후견)를 두고 있다. 3가지 후견의 구분기준이 정신적 제약 또는 사무처리능력 쇠퇴의 정도인지 여부에 대하여는 민법 개정위원회에 참여한 위원들 사이에서도 의견이 분분한데, 적어도 성년후견과 한정후견에 대하여는 긍정하는 견해¹⁸⁾와 3가지 후견이 그렇게 구분되는 것이 아니며, 오히려 그것이 우리나라 성년후견제도와 일본의 성년후견제도와 가장 큰 차이점이라고 하는 견해¹⁹⁾²⁰⁾로 나뉜다. 다만, 어느 견해를 따

18) 김형석, 「민법 개정안에 따른 성년후견법제」, 『가족법연구』 제24권 2호, 2010. 7., 117면 내지 122면, 구상엽, 「성년후견제도 입법과정에서의 주요 쟁점 및 향후 과제」, 『민사법학』 제65호, 2013.12. 681면 등

19) 제철웅, 「유엔장애인권리협약의 관점에서 본 한국 성년후견제도의 현재와 미래」, 『가족법연구』 제28권 2호, 2014.7., 223면

20) 참고로 어느 견해에 따르더라도 특정후견은 정신적 쇠퇴의 정도와는 관계없다고 한다. 김형석(주18) 120면, 구상엽(주18) 681면, 125면, 제철웅(주19) 224면

르더라도 보충성의 원칙에 따라 가급적 법정후견도 성년후견보다는 한정후견 중심으로 이용해야 한다는 입장이다²¹⁾.

2) 성년후견

성년후견은 질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 지속적으로 결여된 사람에 대하여 개시된다(민법 제9조 제1항). 성년후견이 개시되면, 피성년후견인은 원칙적으로 제한능력자가 된다. 따라서 후견인은 피후견인이 한 법률행위를 취소할 수 있고(민법 제10조 제1항), 피후견인의 법정대리인이 된다(민법 제938조 제1항). 다만, 가정법원이 취소할 수 없는 법률행위의 범위를 정한 경우, 피성년후견인은 그 범위에서 온전한 능력자로 평가받는다(민법 제10조 제2항).

아울러 가정법원은 성년후견인이 피성년후견인의 신상에 관하여 결정할 수 있는 권한의 범위를 정할 수 있다(민법 제938조 제3항). 그럼에도 불구하고, 피성년후견인은 그의 상태가 허락하는 범위에서 자신의 신상에 관하여는 단독으로 결정할 수 있다(민법 제947조의2 제1항).

성년후견은 후견개시의 원인이 소멸된 경우, 즉 정신적 제약이 소멸한 경우, 가정법원의 후견종료 심판으로 종료될 수 있다(민법 제11조). 그밖에도 한정후견개시(민법 제14조의3 제2항), 임의후견개시(민법 제959조의20 제2항), 피후견인 본인의 사망으로도 종료한다.

3) 한정후견

한정후견은 질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 부족한 사람에 대하여 개시된다(민법 제12조 제1항). 한정후견이 개시되더라도 피한정후견인은 온전한 능력자로 평가받는다. 다만, 가정법원이 한정후견인의 동의를 받아야 하는 행위의 범위를 정한 경우(이하 “동의권 유보행위” 이라고 함), 피한정후견인은 그 범위에서 제한능력자가 된다. 한정후견인은 피한정후견인이 동의없이 한 동의권 유보행위를 취소할 수 있다. 또한, 한정후견인은 가정법원이 부여한 범위 안에서만 피한정후견인을 대리한다(민법 제959조의4 제1항).

한정후견의 경우에도 성년후견과 마찬가지로 가정법원은 한정후견인이 피한정후견인의 신상에 관하여 결정할 수 있는 권한의 범위를 정할 수 있다(민법 제959조의4 제2항, 제938조 제3항). 그럼에도 불구하고, 피한정후견인은 그의 상태가 허락하는 범위에서 자신의 신상에 관하여는 단독으로 결정할 수 있다(민법 제959조의6, 제947조의2 제1항).

한정후견도 성년후견과 마찬가지로 후견개시사유의 소멸, 즉 정신적 제약이 소멸한 경우 가정법원의 종료심판으로 종료할 수 있고(민법 제14조), 성년후견개시(민법 제14조의3 제1항), 임의후견이 개시되었거나(민법 제959조의20 제2항), 피후견인의 사망으로 종료한다.

이처럼 한정후견은 피한정후견인 본인의 잔존능력에 맞춰 탄력적으로 피한정후견인의 법적 능력과 한정후견인의 권한을 조정함으로써 성년후견에 비해서는 성년후견제도의 이념에 한층 다가선 유형이라는 평가를 받고 있다. 나아가 해외 주요 국가들이 두고 있는 법정후견의 모습과도 유사하다. 입법

21) 김형석(주18) 123면, 제철웅(주19) 225면, 구상엽(주18) 680면

당시에도 한정후견이 법정후견의 중심이 될 수 있도록 설계하였다고 한다²²⁾.

다만, 후술하는 것과 같이 사실상 피한정후견인 본인이 사망하는 것 이외에는 종료할 수 없도록 하고 있다는 점, 동의권 유보행위의 범위에서 법적 능력이 제한된다는 점은 한계점으로 비판받고 있다. 특히, 사실상 피후견인의 생애 동안 계속된다는 점은 성년후견제도의 기본 원칙인 보충성의 원칙과도 정면으로 배치되는 것이라고 하지 않을 수 없다.

나아가 실무상 광범위한 동의권 유보행위를 정하고, 한정후견인에게 광범위한 대리권을 부여하는 경우가 많다는 점도 비판받고 있다. 당장 사건본인의 경우만 보더라도, 사회생활과 관련한 대부분의 행위들에 대하여 신청인에게 동의권이 유보되어 있는바, 사건본인은 그가 온전히 판단하여 결정할 수 있는 행위들마저도 유효하게 할 수 없다.

4) 특정후견

특정후견은 질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 일시적 후원 또는 특정한 사무에 관한 후원이 필요한 사람에 대하여 개시된다(민법 제14조의2 제1항). 특정후견이 개시되더라도 피 특정후견인의 법적 능력에는 아무런 영향이 없다. 따라서 특정후견인은 피특정후견인이 한 법률행위에 대한 취소권을 가질 수 없다. 나아가 가정법원은 특정후견의 심판을 하는 경우 특정후견의 기간 또는 사무의 범위를 정해야 하고(민법 제14조의2 제3항), 피특정후견인의 후원을 위하여 필요하다고 인정하면 기간이나 범위를 정하여 특정후견인에게 대리권을 수여할 수 있다(민법 제959조의11 제1항).

특정후견은 후원이 필요한 사무의 완성, 특정후견 기간 도과, 임의후견 개시(민법 제959조의20 제2항), 성년후견개시(민법 제14조의3 제1항), 한정후견개시(민법 제14조의3 제2항)로 종료한다.

5) 임의후견(후견계약)

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 하는 계약을 의미한다(민법 제959조의14 제1항). 후견계약은 공정증서로 체결하여야 하고, 가정법원이 임의후견감독인을 선임한 때부터 효력이 발생한다.

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

임의후견은 본인이 그 의사로 임의후견인에게 미리 자신에 대한 사무를 위임하는 것이라는 점에서 후견제도의 이념에 가장 부합하는 원칙적인 제도이다. 우리 민법도 임의후견을 성년후견의 원칙적인 유형으로 전제하고 있는바²³⁾, 후견계약이 등기되어 있는 경우에는 본인의 이익을 위하여 특별히 필요

22) 구상엽(주18) 680면, 김형석(주18) 123면

23) 대법원도 “이와 같은 민법 규정은 후견계약이 등기된 경우에는 사적자치의 원칙에 따라 본인의 의사를 존중하여 후견계약을 우선하도록 하고, 예외적으로 본인의 이익을 위하여 특별히 필요할 때에 한하여 법정후견에 의할 수 있도록 한 것”이라고 판시한 바 있다(대법원 2017. 6. 1.자 2017스515 결정).

한 때에만 법정후견 심판을 할 수 있고, 이 때 후견계약은 본인이 성년후견 또는 한정후견 개시의 심판을 받은 때에 종료한다(민법 제959조의20 제1항). 이미 본인에 대하여 법정후견이 개시된 경우, 가정법원이 임의후견감독인을 선임함에 있어 기존의 법정후견에 대하여는 종료심판을 하여야 하며, 성년후견 또는 한정후견 조치의 계속이 본인의 이익을 위하여 특별히 필요한 때라면 임의후견감독인을 선임하지 않을 수 있다(민법 제959조의20 제2항).

이 때 “본인의 이익을 위하여 특별히 필요한 때”란 후견계약의 내용, 후견계약에서 정한 임의후견인이 그 임무에 적합하지 아니한 사유가 있는지, 본인의 정신적 제약의 정도, 기타 후견계약과 본인을 둘러싼 제반 사정 등을 종합하여, 후견계약에 따른 후견이 본인의 보호에 충분하지 아니하여 법정후견에 의한 보호가 필요하다고 인정되는 경우를 말한다(대법원 2017.6.1.자 2017스515 결정 참조).

나아가 민법 제959조의20 제1항에 따라 후견계약이 등기되어 있음에도 불구하고, 가정법원이 법정후견개시심판을 한 경우, 후견계약은 임의후견감독인의 선임과 관계없이 본인이 성년후견 또는 한정후견 개시 심판을 받은 때에 종료한다(대법원 2021.7.15.자 2020오547 결정 참조).

임의후견은 본인에 대하여 성년후견 또는 한정후견 개시의 심판을 받은 때(민법 제959조의20 제1항 후단), 가정법원의 허가를 받은 때(민법 제959조의18 제2항), 본인이 사망한 때 종료한다.

6) 후견제도 이용 현황

2013년 성년후견제도가 시행된 이후 성년후견제도 이용 건수는 증가하고는 있으나 최근에는 정체된 양상을 보이고 있다. 4가지 후견유형 중 성년후견으로 지나치게 편중되어 있어, 2014년부터 2020년까지 후견개시사건²⁴⁾ 누적총수 20,811건 중 80%가 넘는 16,504건이 성년후견을 차지하고 있고, 한정후견은 2,049건으로 뒤를 잇고 있다. 성년후견과 한정후견을 합하면 총 18,553건으로 전체의 약 90%에 이른다. 그에 반해 성년후견제도의 원칙적인 모습인 임의후견이 개시된 사례는 총 15건으로 전체 후견개시건수 대비 0.07%에 불과한바, 거의 이용되지 않고 있다²⁵⁾.

<표 2> 성년후견감독 접수건수(2014-2020)

연도 \ 종류	합계	성년후견	한정후견	특정후견	임의후견
2014	1,104	834	138	131	1
2015	1,942	1,536	164	237	5
2016	2,114	1,846	180	86	2
2017	2,972	2,419	342	208	3
2018	3,973	2,916	641	415	1
2019	4,250	3,461	284	503	2
2020	4,456	3,492	300	663	1
합계	20,811	16,504	2,049	2,243	15

24) 후견개시심판이 확정되면 가정법원은 후견감독사건을 직권으로 개시한다. 이에 사법연감상 후견감독사건접수건수가 실제 후견개시건수에 가장 근접한 통계인바, 이를 인용하였다.

25) 사법연감(2014-2020)

4. 현행 후견종료 규정의 문제점²⁶⁾

1) 문제제기

자기결정권 존중 및 보충성의 원칙이라는 후견제도의 이념을 감안할 때 피후견인 본인이 더 이상 후견인의 도움이 필요 없어지면 개시된 후견도 종료하는 것이 타당하다. 일단 후견인의 조력이 필요한 사무가 종료되었다면 후견을 종료하고, 그 뒤에 또다시 후견인의 도움이 필요한 일이 발생하면 후견을 재차 개시하여 후견인의 도움을 받는 방식으로 제도를 운영하는 것이 후견의 보충성이라는 원칙에 부합하기 때문이다. 자기결정권 존중의 원칙에 따라 피후견인 본인이 정신적 제약이 없다면 내렸을 판단, 즉 추정적 의사를 감안해보더라도, 자신에게 현재 발생한 구체적인 사무 처리를 후견인에게 위임하고자 하였을 것이지, 일생동안 발생하는 모든 사무의 처리를 맡기려고는 하지 않았을 것이다.

나아가 후견 역시 본인의 사무처리를 타인에게 위탁한다는 점에서 본질은 위임이라고 할 수 있는데²⁷⁾, 위임의 일반적인 모습은 위임인의 개별적이고 구체적인 사무의 처리를 위탁하는 것이고, 위임인에게 발생하는 포괄적인 사무를 영속적으로 위탁하는 것은 흔한 모습이 아니라는 점을 감안하면, 후견 역시 본연의 성질에 맞게 운영하는 것이 적절할 것이다.

그런데 현행 민법은 성년후견과 한정후견의 경우 후견개시의 원인이 소멸한 경우에 가정법원이 후견종료심판을 할 수 있도록 정하고 있다(민법 제11조, 제14조). 후견개시의 원인이란 “정신적 제약으로 사무처리능력이 지속적으로 결여된(성년후견) 또는 부족한(한정후견)” 상태를 의미하고²⁸⁾, 후견인의 도움이 필요한 구체적인 사무를 뜻하는 것이 아니다. 즉, 후견인의 도움이 필요한 사무처리가 완료되었다고 하더라도, 후견은 종료되지 않는 것이다. 나아가 현대 의학기술로 대부분의 정신적 제약은 사후적인 치유 또는 상당한 호전이 곤란하고, 발달장애와 같은 정신적 장애가 소멸할 수도 없는 바, 사실상 피성년후견인, 피한정후견인은 본인이 사망하여야만 후견에서 벗어날 수 있다는 결론에 이르게 된다. 전술한 것과 같이 우리나라 성년후견제도는 성년후견 위주로 이용되고 있고, 한정후견까지 합하면 전체의 90%를 차지한다는 점을 감안하면, 후견이 개시된 정신적 장애인의 대부분은 사망할 때까지 후견의 굴레를 벗을 수 없는 것이다. 후견종료와 관련한 현행 민법의 태도는 후견인의 도움이 더 이상 필요하지 않은 정신적 장애인에 대하여도 일생동안 후견이 지속되게 한다는 점에서 전술한 후견제도의 이념과 위임의 본질과 배치된다.

2) 예상되는 반론

26) 이하의 논의에서는 기간의 만료로 종료되는 특정후견, 본인이 미리 후견계약을 체결하고, 법원의 허가를 받아 종료할 수 있는 임의후견은 제외한다.

27) 민법의 위임규정은 타인의 사무를 처리하는 법률관계의 원칙이라고도 할 수 있다[편집대표김용담, 『주석민법-채권각칙-』, 한국사법행정학회, 2016.6.(제4판), 514면].

28) 편집대표 김용담, 『주석민법-민법총칙1』, 한국사법행정학회, 2019.5.(제5판), 341면, 구상엽, 「개정민법상 성년후견제도에 대한 연구-입법 배경, 입법자의 의사 및 향후 과제를 중심으로-」, 서울대학교 대학원 법학박사학위논문, 2012.2., 106면

이에 대하여는 사무처리능력이 부족한 정신적 장애인의 경우 지속적으로 후견인의 지원이 필요한 경우가 많이 있는데, 후견인의 지원이 필요한 개별적인 사무가 종료할 때마다 후견을 종료하고, 추후 후견이 필요할 때 다시 후견을 이용하게 할 경우, 후견개시여부를 심사하는 동안 공백이 발생할 수 있다는 점에서 오히려 정신적 장애인의 지원과 보호에 취약해진다는 반론이 있을 수 있다.

(1) 후견을 통해 특정한 사무에 대한 지속적인 지원이 필요한지

같은 논리라면 예를 들어, 정신적 제약은 없으나 법률적 지식이 부족한 사람이 어떤 분쟁 해결을 변호사에게 위임한 경우, 해당 분쟁이 종료되더라도 위임관계는 종료하지 않고, 지속적으로 그 변호사가 위임인에게 예상치 못한 분쟁이 발생할 때를 대비하여 법률사무를 대리해야 할 것이다. 정신적 제약이 있는지 여부만 제외하면 정신적 장애인이나 비법률전문가나 스스로 자신에게 발생한 법률사무를 처리하기 어렵다는 점은 동일하기 때문이다. 오히려 비법률전문가가 자신에게 발생한 법률문제를 적시에 적절히 대응하지 못하거나, 잘못 대응하는 경우, 그가 입을 피해는 가능하기도 어려우나, 변호사를 선임해야 하는지 여부, 어떤 변호사를 선임해야 하는지 등을 고민하면서 소위 “골든타임”을 놓치지 않도록 보호할 필요성이 높다고 볼 여지도 있다. 의료인을 제외한 대다수의 비의료전문가들에 대하여도 마찬가지로 주장이 가능하다. 건강을 해치고 있음에도 그 사실을 알지 못하거나 알면서도 무시하는 수많은 사람들에 대하여 두터운 보호를 위해 포괄적이고 영속적인 의료행위에 대한 사무를 처리해줄 전담의사를 두어야 하는 것이 적절할 수도 있다.

비단 법률과 의료에 국한하지 않더라도 모든 사람은 불완전한 존재이기 때문에 언제나 위험에 노출되어 있고, 개인의 능력, 경험, 환경 등에 따라 이에 대처하는 정도도 다르며, 그에 따라 아무런 손해를 입지 않는 경우부터 회복하기 어려운 손해를 입는 경우까지 다양한 결과가 발생할 수 있다. 그런데 정신적 장애인에 대한 후견과 같이 지속적으로 그를 지원하는 전문가가 있다면 적어도 위험을 회피하거나, 최소한의 손해만 입을 수 있도록 적절히 대처할 수 있었을 가능성이 높다.

그러나 우리는 비장애인에 대하여 위와 같은 주장을 전혀 하지 않는다. 오히려 터무니없는 주장으로 받아들여진다. 사적자치의 원칙, 개별사무처리에 대한 위탁이라는 위임의 본지, 나아가 헌법에서 보장하는 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권, 자기결정권이라는 기본권에 대한 중대한 침해 내지 제한을 내포하는 주장이기 때문이다.

그에 반해, 정신적 장애인에 대하여는 큰 문제의식 없이 위와 같은 조치를 취하고 있는바, 비장애인에 비해 정신적 장애인만 특별히 그와 같은 조치가 필요한지를 살펴봐야 할 것이다. 전술한 것과 같이 모든 사람은 불완전하기 때문에 정신적 제약이 없더라도 비전문적인 분야 또는 경험해보지 않은 분야에 대하여는 지속적인 타인의 도움이 불가피하므로, 결국 “비전문,무경험” 또는 “정신적 제약”이라는 도움이 필요한 사유에서 차이가 있을 뿐이기 때문이다. 그런데 본인이 무던히 학습과 경험을 쌓아 “비전문·무경험” 상태를 벗어나지 않는 이상 그와 같은 상태는 지속되는바, 양자를 다르게 볼 특별한 사유가 있다고 보이지는 않는다. 그렇다면 정신적 장애인 역시 정신적 제약으로 특정한 사무를 스스로 처리하기 어려운 경우 후견인의 도움을 받되, 그 사무처리가 완료되면 후견은 종료하고, 그 뒤에 다시 후견인의 도움이 필요할 때 후견을 개시하게 하는 것이 자연스러운 것이다. 아울러 다시 후견을 개시할 때까지 심사기간 동안의 공백 우려는 심리기간을 단축시킴으로써 해결할 수 있을 것이다.

(2) 일상적인 사무에 대한 후견인의 지속적인 지원이 필요한지

정신적 제약으로 인해 일상적이고 반복적으로 이루어지는 금전지출 등 법률행위에 대한 지원이 필요한 자에 대하여는 후견이 지속적으로 유지될 필요가 있다는 의견도 있다. 마치 미성년자녀에 대하여 부모가 친권자로서 자녀가 성인이 될 때까지 그의 재산관리 및 법률행위를 대리하는 것과 마찬가지로 정신적 제약이 소멸하거나 피후견인 본인이 사망할 때까지 후견인이 지속적으로 그를 대리하는 것이 불가피할 수 있기 때문이다.

만약 피후견인 본인의 정신적 제약이 중대하여 간단한 일상생활에 사무조차 스스로 처리할 수 없다면 후견이 지속될 필요가 있다. 후견인의 지원이 필요한 사무가 완료된 것이 아니기 때문에 후견을 종료하여서는 안 될 것이기 때문이다. 다만 이 때 피후견인이 스스로 결정할 수 있는지 여부는 개별 사무에 따라 구체적으로 판단해야 할 것이고, 그가 이해할 수 있도록 가능한 모든 방법으로 정보를 제공하기 전에 선불리 그런 능력이 부족하거나 없다고 단정하여서는 안 된다.

아울러 후견인은 피후견인 본인의 권리를 덜 제한하면서도 일상생활을 지원할 수 있는 후견을 대체하는 수단을 모색해야 하고, 그에 따른 조치를 취해 더 이상 후견인이 없더라도 안전하고 유기적인 지원이 이루어지는 시스템이 구축된다면, 후견을 종료해도 될 것이다²⁹⁾.

3) 장애인권리협약 위반

국제연합은 2006. 12. 13. 총회에서 장애인의 권리에 관한 협약(Convention on the Rights of Persons with Disabilities, 이하 “장애인권리협약” 이라고만 함)을 채택하였고, 대한민국은 2007. 3. 30. 위 협약에 서명하고, 2008. 12. 2. 국회의 비준동의를 거쳐 2009. 1. 10.부터 발효되었다.

장애인권리협약은 모든 인간은 어떠한 종류의 차별도 받지 않고 그 안에 규정된 모든 권리와 자유를 누릴 자격이 있다는 점을 천명하고, 장애를 ‘점진적으로 변화하는 개념이고, 손상을 지닌 사람과 그들이 다른 사람과 동등하게 사회에 완전하고 효과적으로 참여하는 것을 저해하는 태도 및 환경적인 장벽 간의 상호작용으로부터 기인한다’ 라고 하여 장애를 “사회적 개념” 으로 정의하고 있다.

동 협약은 제12조에서 장애인은 모든 생활영역에서 다른 사람과 동등하게 법적능력을 향유하고, 법적 능력의 행사와 관련된 조치를 취할 때 이것이 남용되지 아니하도록 국제인권법에 따라 적절하고 효과적인 안전장치를 제공하여야 한다고 정하고 있다. 나아가 장애인권리위원회는 2014년 발표한 협약 제12조에 대한 일반논평에서 “역사적으로 장애인은 후견인 제도, 대리보호자 제도, 강제 치료를 허용하는 정신보건법 등과 같은 대리 의사결정 제도 하에 여러 영역에서 차별적으로 법적 능력을 부정당해 왔다. 장애인의 완전한 법적 능력을 다른 사람과 동등한 수준으로 회복할 수 있도록 이와 같은 관행은 반드시 철폐되어야 한다.” 고 밝혔고, 2014년 대한민국의 제1차 국가보고서에 대한 최종권해를 통해 “대한민국이 대체의사결정에서 의학적 치료에 대한 사전 동의 및 철회, 사법 접근성, 투표, 결혼, 근로, 거주지 선택 등 개인의 권리에 관하여, 개인의 자율성, 의지 및 선호를 존중하고 협약 제12조 및 일반논평 1호에 충실히 부합하는 조력의사결정으로 전환할 것” 을 권고하기도 하였다.

29) 가령 피후견인의 재산을 신탁하고, 수탁자 또는 신탁계약에서 정한 자가 피후견인의 욕구와 희망에 따라 필요한 지원을 제공하는 특별수요신탁(Special Needs Trusts) 등 후견대체제도를 이용할 수 있을 것이다.

피후견인에게 구체적으로 후견인의 도움이 필요한 사무가 있는지 여부와는 관계없이 정신적 제약이 있다는 점만으로 후견을 지속하는 현행 민법은 장애인권리협약 제12조에서 금지하는 “법적 능력 행사와 관련한 조치의 남용”에 해당하고, 동 조항에 대한 장애인권리위원회의 일반논평과 대한민국 정부에 대한 권고의견에도 배치된다.

5. 후견종료와 관련한 외국 입법례

1) 들어가며

우리나라와는 달리 일본을 제외한 주요 국가들은 후견인의 조력이 필요한 구체적인 사무가 완료되거나, 후견기간이 도과하면 후견을 종료하도록 하고 있다. 다른 나라들의 입법례를 맹목적으로 추종할 필요는 없겠으나, 우리와는 달리 많은 국가들이 후견종료사유를 넓게 인정하여 후견에서 벗어날 길을 마련해둔 이유에 대하여는 깊은 검토가 필요할 것인바, 이하에서는 독일, 미국, 프랑스, 일본의 입법례를 간단하게 소개하고자 한다.

2) 독일

독일은 1992. 1. 1. “후견과 감호법개정법(Betreuungsgesetz-BtG)”을 시행함으로써 행위무능력제도를 폐지하였고, 현행과 같은 후견제도를 두게 되었다. 즉, 독일에서는 성년후견³⁰⁾이 개시되었다고 하여 피후견인 본인의 행위능력이 박탈되거나 부정되지 않는다. 다만, 예외적으로 후견인의 동의를 받도록 한 행위를 피후견인이 동의 없이 한 경우에 한하여 행위능력을 제한하고 있다. 이는 우리나라 한정후견과 유사하다³¹⁾.

나아가 독일 법원은 성년후견을 개시하고, 후견인을 선임함에 있어 후견을 지속할 것인지 여부를 정기적으로 점검하는데, 그 기간은 최장 7년을 넘지 않고, 그 기간 이내더라도 성년후견이 더 이상 필요하지 않게 되면 즉시 중단된다³²⁾³³⁾. 이 때의 점검기간은 우리나라의 특정후견과 유사하게 사실상 후견기간으로 작용한다. 즉, 독일의 성년후견은 후견이 필요한 사무의 종료 또는 기간의 만료로 종료하는 것이다.

참고로 독일은 성년후견보다는 본인이 미리 판단능력이 부족해질 때를 대비하는 제도인 지속적 대리권(Vorsorgevollmacht)제도를 두고 있는데, 2015년 기준 약 320만 건이 등록되어 있다고 한다. 이는 법정후견 개시건수인 약 127만 건에 비해 두 배 이상 많은 수이다.

3) 미국

30) 우리 민법에서 말하는 “성년후견”이 아닌, 성인에 대한 후견제도라는 의미의 강화상 “성년후견”을 의미한다. 이하 본항에서 사용하는 “성년후견”은 모두 같은 의미로 사용한다.

31) 김윤정, 『성년후견제도의 운영에 대한 연구』, 사법정책연구원, 2017, 15면

32) 김윤정(주11) 54면

33) 독일 가사소송법(Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, FamFG) 제294조 (3)

미국은 각 주별로 조금씩 내용이 다르긴 하나, 대체로 신상후견(guardianship of the person), 재산후견(conservatorship), 양쪽을 모두 담당하는 후견(Plenary guardianship)으로 법정후견을 나누고 있다. 그리고 후견인에게 권한의 일부만을 제공하는 제한후견(Limited guardianship, limited conservatorship) 역시 가능하다. 미국은 후견의 보충성 원칙에 충실하여 제한후견 위주로 이용하고 있고, 후견종료 사유도 “정신적 능력의 회복” 과 함께 “후견이 더 이상 필요하지 않을 때” 를 정하고 있어 정신적 능력이 회복되지 않더라도 후견을 종료할 수 있도록 하고 있다.

(1) 통일주법(統一州法)

미국은 통일법위원회(the Uniform Law Commission, ULC)가 각 주의 입법시 모델이 되는 통일주법(統一州法)의 일환으로 1982년 통일후견보호절차법(Uniform Guardianship and Protective Proceedings Act, UGPPA)을 승인함으로써 각 주를 통괄하는 후견제도의 기본 원칙을 마련하였다. 그러나 그 이후에도 통일된 법령과 실무가 부재함에 따라 피후견인들에 대한 보호 소홀, 법원의 감독태만 등의 여러 문제가 지적되었고, 1997년 8월 통일후견보호절차법을 개정하였으며, 후견인은 필요한 경우에만 선임되고, 필요로 하는 기간을 한정해서 필요한 권한만을 부여받을 것도 주된 내용으로 포함되었다³⁴⁾.

나아가 2017년 통일법위원회(the Uniform Law Commission, ULC)는 통일 후견보호법(Uniform Guardianship, Conservatorship, and Other Protective Arrangements Acts, UGCOPAA)을 승인하였다. 이 법은 더 이상 후견개시사유가 존재하지 않거나, 후견을 종료하는 것이 피후견인을 위한 최선의 이익이거나, 그 밖에 후견을 종료할 정당한 사유가 있는 경우, 후견을 종료할 수 있도록 정하고 있다³⁵⁾.

물론 각 주(州)별로 위 두 법을 채택한 경우도 있고, 그렇지 않은 경우도 있는데, 채택하지 않더라도 유사한 내용의 주(州)법을 갖고 있는 경우가 적지 않다³⁶⁾.

(2) 네바다주

네바다주 후견법³⁷⁾은 후견이 필요하지 않으면 법원의 명령으로 후견을 종료할 수 있다고 규정하고 있다³⁸⁾.

(3) 텍사스주

텍사스주 재산법(the Texas Estates Code)에서는 피후견인이 능력을 회복하거나, 지원 내지 조력을 받아 자신의 재산을 관리할 수 있는 경우, 후견이 필요했던 문제들이 해결되어 더 이상 후견이 필요 없어질 경우, 공적 부조를 받기 위해 후견인이 필요 없는 경우, 모든 피후견인의 재산이 the Texas Achieving a Better Life Experience(ABLE) Program에 맡겨진 경우 등에서 후견을 종료할 수 있다³⁹⁾⁴⁰⁾.

34) 김윤정(주11) 118면 내지 121면

35) UGCOPAA 319조(guardianship), 431조(conservatorship)

36) 김윤정(주11) 121면

37) NRS : CHAPTER 159 - GUARDIANSHIP OF ADULTS

38) 네바다주 후견법 제191조 제1항(c)

NRS 159.191 Termination of guardianship of person, estate or person and estate; procedure upon death of protected person. 1. Except as otherwise provided in subsection 2, a guardianship of the person is terminated:(c) Upon order of the court, if the court determines that the guardianship no longer is necessary.

39) Texas Estates Code Title 3. Chapter 1202. Subchapter A. Termination and Settlement of Guardianship. 001. 내지 003

(4) 캘리포니아주

캘리포니아주 유언검인법(Probate Code)에 따르면, 재산후견(conservatorship)은 법원이 후견이 필요하지 않다고 결정한 경우 종료된다⁴¹⁾. 대표적인 사유로는 피후견인의 능력회복 또는 재산소진, 피후견인이 공적 부조금에 의존하고 있을 때 등이 있다고 한다.

(5) 뉴욕주

뉴욕주법에 따르면, 후견은 피후견인의 능력회복뿐 아니라, 더 이상 후견인이 필요하지 않은 경우에도 종료될 수 있다⁴²⁾.

(6) 그 밖의 주

미네소타주는 더 이상 후견인의 도움 또는 보호가 필요 없는 경우 후견이 종료될 수 있고⁴³⁾, 미시간주의 경우 사건본인과 같은 발달장애인에겐은 실무상 기간의 정함이 있는 partial guardianship이 개시되는데, 통상 5년 이내에 종료된다고 한다.

(7) 미국 국립후견협회 실무준칙

미국 국립후견협회(National Guardianship Association, NGA)는 실무준칙(Standards of Practice)에서 피후견인의 능력회복, 후견제도를 대체할 대안이 마련된 경우, 후견제도를 유지하는 것이 피후견인에게 이익이 되지 않는 경우에는 후견 종료가 필요하고, 후견인도 이를 고려하라고 지시하고 있으며(NGA Standard 21 III), 미국 변호사협회(American Bar Association) 역시 후견인으로 활동하는 변호사들에게 위 원칙을 준수할 것을 권고하고 있다⁴⁴⁾.

4) 프랑스

프랑스는 1968년 민법 개정을 통해 후견(Tutelle)⁴⁵⁾, 보좌(Curatelle)⁴⁶⁾, 사법적 보호(Sauvegarde de Justice)⁴⁷⁾, 3가지 유형을 도입하였다. 그러나 2007년 요보호성인의 급속한 증가, 법관의 인력부족, 보호조치 수행의 불완전성 등의 문제로 성년후견제도를 다시 개편하였다. 2007년 개편된 성년후견제도는 필요성, 보충성, 비례성의 원칙을 강화하였는바, 후견을 유지할 것인지 여부를 정기적으로 심사하도록 하였다. 이에 프랑스 민법은 후견과 보좌는 5년 이하의 기간을 정하도록 하고 있고, 예외적인

40) Texas Health and Human Services, 『A Texas Guide to Adult Guardianship』 28면

41) California Probate Code Division 4. Part 3. 제1860조 내지 제1865조

42) Mental Hygiene (MHY) CHAPTER 27, TITLE E, ARTICLE 81 Section 81.36 (a)4

43) 2020 Minnesota Statutes PROBATE; PROPERTY; ESTATES; GUARDIANSHIPS; ANATOMICAL GIFTS Chapter 524 Section 524.5-317 (b)

44) 국립후견협회(NGA), 미국변호사협회(American Bar Association), 『The Fundamentals of Guardianship-What Every Guardian Should Know』, 2017, 56면, 131면

45) 우리나라의 성년후견과 유사하다.

46) 우리나라의 한정후견과 유사하다.

47) 우리나라의 특정후견과 유사하다.

경우더라도 최대 10년을 넘지 못하도록 하고 있다(제441조). 또한, 후견판사는 후견인 또는 보좌인을 청문한 뒤 언제든지 후견이나 보좌를 종료할 수 있고, 기간만료시 후견판사로 하여금 그 기간을 갱신할 수 있도록 하고 있다(제442조). 나아가 사법적 보호는 개시 후 1년 뒤에 실효되도록 하고 있고, 1회에 한하여 갱신할 수 있다고 정하고 있다(제439조).

5) 영국

영국은 2005년 정신능력법(Mental Capacity Act 2005, MCA)을 통해 후견제도를 운영하고 있다. 영국의 경우, 본인이 자신의 의사로 대리인을 결정하는 지속적 대리인(Lasting Power of Attorney, LPA) 위주로 제도가 운영되기 때문에 법정후견(Deputyship)은 보충적으로 활용되고 있다⁴⁸⁾. 즉, 동 법은 자기결정권 존중과 보충성의 원칙에 따라 본인이 자신의 의사로 선임한 지속적 대리인이 없거나, 그가 해임된 경우 등에 한하여 법정후견을 이용하도록 정하고 있다. 그렇게 선임된 법정대리인(Deputy)은 그의 조력이 필요한 사항에 대하여 본인이 스스로 결정할 수 없을 때만 권한을 행사할 수 있다⁴⁹⁾⁵⁰⁾.

아울러 법정후견은 보호법원에서 지정한 기간이 만료하거나⁵¹⁾, 보호법원(Court of Protection)의 결정으로 종료될 수 있다. 참고로 우리나라의 특정후견은 바로 영국의 법정후견(Deputyship)을 모범으로 도입한 것이라고 한다⁵²⁾⁵³⁾.

6) 일본

우리와 유사한 형태로 성년후견제도를 운영하고 있는 일본은 법정후견유형으로 후견, 보좌, 보조, 3가지를 두고 있다. 일본은 우리법과 유사하게 개시의 원인, 즉 “사리변식능력 부족의 원인이 된 정신상의 장애”가 소멸한 경우에 한하여 후견과 보좌, 보조를 종료할 수 있도록 정하고 있다⁵⁴⁾.

6. 결론

우리나라는 종래 행위무능력제도에 대한 반성으로 정신적 장애인의 자기결정권을 존중하고 그들이 보충적으로 후견인의 도움을 받아 사회통합적인 삶을 살 수 있도록 지원하고자 성년후견제도를 도입하였다. 후견제도의 이념에 비추어볼 때 후견은 보충적으로만 이용해야 하므로, 후견인의 도움이 필요한 사무처리가 완료하면 후견은 종료할 수 있도록 함이 타당하다. 적어도 후견이 지속되는 기간을 설정하여 일정 기간이 지나면 법원에 의해 후견을 지속할 필요가 있는지에 대한 구체적인 심사를 거칠 필요가 있다. 우리나라와 일본 정도를 제외한 주요 국가들의 입법례 역시 마찬가지로 정하고 있다.

48) 영국의 경우 2020년 12월 기준 공공후견청(Office of Public Guardian)이 감독하는 법정후견은 57,777건인데 반해, 등록된 지속적대리권 수는 약 530만 건에 이른다고 한다(영국 OPG 연차보고서 2020).

49) MCA 제20조 제1항

50) 김윤정(주11) 364면

51) MCA 제16조 제4항 (b)는 보호법원이 법정후견인을 선임함에 있어 그 상황에 맞는 기간을 설정하도록 하고 있다.

52) 제철웅(주19), 224면

53) 김형석(주18), 121면

54) 일본 민법 제10조, 제14조, 제18조

그러나 우리 법은 성년후견과 한정후견의 경우, 후견개시 원인이 소멸한 때에 종료할 수 있도록 하여 사실상 피후견인이 사망할 때까지 후견이 지속되도록 하고 있다. 이는 후견제도의 이념에 반하고, 피후견인의 추정적 의사에도 반하는 것이며, 특별히 그렇게 하여야만 하는 이유가 있는 것도 아니라는 점에서 개정의 필요성이 높다.

그런 상황에서 후견종료사유인 후견개시원인의 소멸을 정신적 제약 자체의 소멸여부가 아닌, 피후견인의 구체적인 잔존능력의 정도에 비추어 후견인의 도움이 필요한지 여부로 적극적으로 해석하여 한정후견을 종료한 대상심판은 우리나라 후견제도 발전에 한 획을 그은 큰 의미가 있는 심판이라고 할 것이다.

참고문헌

- 편집대표 김용담, 『주석민법-채권각칙-』, 한국사법행정학회, 2016.6.(제4판)
- 편집대표 김용담, 『주석민법-민법총칙1』, 한국사법행정학회, 2019.5.(제5판)
- 김윤정, 『성년후견제도의 운영에 대한 연구』, 사법정책연구원, 2017.
- 김형석, 「민법 개정안에 따른 성년후견법제」, 『가족법연구』 제24권 2호, 2010. 7.
- 구상엽, 「성년후견제도 입법과정에서의 주요 쟁점 및 향후 과제」, 『민사법학』 제65호, 2013.12.
- 구상엽, 「개정민법상 성년후견제도에 대한 연구-입법 배경, 입법자의 의사 및 향후 과제를 중심으로-」, 서울대학교 대학원 법학박사학위논문, 2012.2.
- 제철웅, 「유엔장애인권리협약의 관점에서 본 한국 성년후견제도의 현재와 미래」, 『가족법연구』 제28권 2호, 2014.7.
- 법원행정처, 사법연감(2014-2020)
- Texas Health and Human Services, 『A Texas Guide to Adult Guardianship』
- 국립후견협회(NGA), 미국변호사협회(American Bar Association), 『The Fundamentals of Guardianship-What Every Guardian Should Know』, 2017
- 영국 Office of Public Guardian Annual Report 2020

중증장애인 인신사고시 일실회의 관련 판례의 문제점과 개선방안

김남희(서울대학교 법학전문대학원 임상교수, 변호사)

1. 중증장애인 인신사고시 일실회의와 관련한 논의의 필요성

불법행위로 말미암아 사람이 죽거나 다치는 인신사고(人身事故)의 경우, 사람의 생명이나 신체에 교환가치를 매길 수 없으며 생명이나 신체는 누구에게나 소중한 것이기 때문에 피해자가 입은 손해의 액수를 구체적으로 산정하는 것은 어려운 일이다.⁵⁵⁾ 그러나 배상액은 어떤 형태로든 산정되어야 하기 때문에 민사소송의 실무상 인신사고로 인한 손해를 산정함에 있어서는 손해의 항목을 크게 재산적 손해와 비재산적 손해(정신적 손해)로 나누고, 재산적 손해는 재산에 대한 이익의 감소를 가져오는 적극적 손해와 장래 이익의 획득이 방해됨으로써 입는 손실인 소극적 손해로 나누어서 평가를 하고 있다. 불법행위로 인한 생명, 신체의 침해가 발생한 경우, 손해액 중 가장 큰 부분을 차지하는 것은 소극적 손해, 즉 미래에 발생할 것이 예상되는 일실회의이다.

일실회의는 일반적으로 사망사고의 경우 사망 당시 수입액에 수입가능기간을 곱한 후 생활비와 중간이자를 공제하는 방식으로 산정하고, 부상사고의 경우에는 부상 당시 수입액에 노동능력 상실률과 수입가능기간을 곱한 후 중간 이자를 공제하는 방식으로 산정한다.⁵⁶⁾ 봉급생활자의 경우에는 임금을 기준으로 산정하고, 봉급이 증가될 것을 예측할 수 있는 객관적인 자료가 있는 때에는 일실회의에 포함하며(대법원 1989. 12. 26. 선고 88다카6761), 사고 당시 무직자, 미성년자, 학생, 가정주부와 같이 일정한 직업의 소득이 없는 사람이라고 하더라도 보통사람이라면 누구나 종사하여 얻을 수 있는 일반일용노임을 기준으로 일실회의를 산정하되, 피해자가 특정한 기능이나 자격 또는 경력을 가지고 있어 장차 그에 대응한 소득을 얻을 수 있을 상당한 개연성이 인정되는 경우에는 그 소득을 기준으로 산정할 수 있다(대법원 1992. 3. 10. 선고 91다27044 판결 등).

그런데 중증장애인의 경우 타인의 불법행위로 인하여 사망, 상해 등 인신사고가 발생하여도 현재 수입이 없고 노동에 종사할 개연성이 없다는 이유로 일실회의에 따른 배상책임을 인정하지 않거나 제한적으로 인정하는 하급심 판례들이 다수 존재한다. 그러나 사고 당시 수입이 없는 무직자, 미성년자, 학생 등의 경우에도 일용노임 등을 기준으로 일실회의를 인정하면서, 장애인의 경우에는 일실회의를 인정하지 않거나 제한적으로 인정하는 것은 문제가 있다. 이러한 판례의 태도로 인하여, 장애인은 비장애인과 동일한 사고를 당해도 생명, 신체의 침해에 대한 손해배상을 거의 인정받지 못하거나 제한적으로만 인정받을 수 있는데, 이는 국민 개개인의 존엄과 가치를 보장하고, 장애인에 대한 국가의 보호를 정하고 있는(헌법 제34조 제5항) 헌법의 원칙에 반하게 된다. 이처럼 장애인에 대한 손해배

55) 주석민법(제4판) 채권각칙(6), 한국사법행정학회, 328면

56) 김준호, 민법강의(제26판), 법문사, 1034면

상책임을 제한적으로 인정하게 되면, 장애인의 완전한 사회참여와 평등을 통한 사회통합을 규정하고 있는 장애인복지법, 장애인 차별금지 및 권리구제에 관한 법률(이하 “장애인 차별금지법”), 장애인의 고용촉진 및 직업재활을 목표로 하는 장애인고용촉진 및 직업재활법(이하 “장애인고용법”) 등 관련 법률의 목적과 취지에도 반하는 결과가 발생하게 된다.

이 글에서는 중증장애인이 타인의 불법행위로 인하여 사망, 상해 사고가 발생한 경우 일실효익을 인정하지 않은 판례와 제한적으로 인정한 판례들을 살펴보고 비교하여 분석한 다음, 장애인의 사망, 상해 사고시 일실효익을 어떻게 인정하는 것이 헌법과 장애 관련 법령의 취지와 목적에 부합하는지에 대하여 의견을 제시하고자 한다.

2. 장애인 일실효익에 관한 판례의 검토

1) 장애인의 일실효익을 인정하지 않은 판례

(1) 서울중앙지방법원 2014. 9. 5. 선고 2014가단59642 판결 - 시각장애 1급인 망인의 교통사고 피해에 대하여 일용노임에 기한 일실효익을 인정하지 않은 판결

- 사실관계 및 판시: 이 사안은 화물차 운전기사가 후진하던 중 후방과 전후를 잘 살피지 않은 과실로 보행하던 시각장애인을 충격하며 사망하게 한 사건이다. 망인의 유족인 원고들이 가해차량과 공제계약을 체결한 피고(전국화물자동차운송사업연합회)를 상대로 불법행위에 기한 손해배상청구소송을 제기하였다. 1심인 이 사건 판결(2014가단59642)에서 법원은 도시일용노임에 의한 일실효익을 인정해야 한다는 원고들의 주장을 배척하며 다음과 같이 판시하였다.

원고들은 사고일로부터 1년 정도의 도시일용노임에 의한 일실효익을 인정하여야 한다고 주장하나, 이 사건 사고 당시 망인의 연령은 64세를 초과하였고, 시각장애 1급으로서 별다른 소득활동을 했다는 자료가 없으므로 위 주장은 받아들이지 않는다.

다만, 이 사건 판결은 망인의 노동소득으로의 일실효익은 전부 인정하지 아니하였으나, 망인이 사망 당시 지급받고 있던 국민연금법에 따른 장애연금⁵⁷⁾을 지급받고 있었다는 점을 들어 망인이 기대여명 종료일까지 지급받을 수 있었던 장애연금 상당의 수입을 일실효익으로 인정하였다는 점이 흠미롭다. 판시 내용은 다음과 같다.

망인이 국민연금법에 따른 장애연금을 지급받고 있었던 점, 사망 당시 지급액이 월 682,660원인 점, 그 지급금액이 계속 증가하고 있었던 점에 비추어 망인이 장애연금을 마지막으로 지급받은 때로부터 1달 후인 2013. 4. 25.부터 여명 종료일까지 위 금액 상당의 수입을 얻을 수 있었을 것으로 본다.

57) 국민연금법상 장애연금은 국민연금 가입자가 질병이나 부상으로 신체상 또는 정신상 장애가 발생하고 치료 이후에도 장애가 남은 경우 장애가 계속되는 동안 연금을 지급받을 수 있는 제도(국민연금법 제67조)이다.

이에 대하여 피고는 위 장애연금은 사회보장적 차원에서 지급되는 공적 부양금이므로 망인의 일실수입이 될 수 없다고 주장하나, 국민연금법에 따른 장애연금을 위와 같은 성격으로 볼 수 있는지 의문이고, 이를 떠나서 이 사건 사고로 망인이 생존하고 있었다면 사망할 때까지 받을 수 있었던 장애연금을 받지 못하게 된 것이 사실이므로 위 연금은 망인이 이 사건 사고로 상실한 손해라고 봄이 상당하다.

이 사건 판결에 대하여 피고가 항소하였으나 2심(서울중앙지방법원 2015. 9. 10. 선고 2014나51106 판결)은 피고 항소기각으로 종결되었다.

- 판결에 대한 비판 : 이 사건 판결은 시각장애인인 망인에 대하여 도시일용노임에 의한 일실수의 주장을 배척하면서 (1) 망인의 연령이 64세를 초과하였다는 점(가동연한의 종료), (2) 시각장애 1급으로서(장애) 별다른 소득활동을 했다는 자료가 없다는 점 두 가지를 들고 있다.

가동연한에 관하여 대법원은 1989. 12. 26. 선고한 88다카16867 전원합의체 판결 이후 일반육체노동을 하는 사람의 가동연한을 경험칙상 만 60세로 보아야 한다는 견해를 유지하다가, 대법원 2019. 2. 21. 선고 2018다248909 전원합의체 판결로 “우리나라의 사회적, 경제적 구조와 생활여건이 급속하게 향상, 발전하고 법제도가 정비, 개선됨에 따라 종전 전원합의체 판결 당시 위 경험칙의 기초가 되었던 제반 사정들이 현저히 변하였기 때문에 위와 같은 견해는 더 이상 유지하게 어렵게 되었다.” 며 “특별한 사정이 없는 한 만 60세를 넘어 만 65세까지도 가동할 수 있다고 보는 것이 경험칙에 합당하다.” 라고 판시하였다. 즉 대법원은 2019년 전원합의체 판결로 노동 종사자의 가동연한을 만 65세까지 연장하였으나, 이 사건 판결(2014가단59642)이 내려진 2014년 당시 대법원의 입장은 일반육체노동을 하는 사람의 가동연한을 만 60세로 보고 있었던 것이다. 따라서 이 사건 판결에서 망인이 만 64세라는 점을 근거로 가동연한이 종료되었다고 보고 일실수익의 성립을 인정하지 않은 것은 판결 당시 대법원 판결의 입장에 따른 것이라고 볼 수 있을 것 같다.

그러나 이 사건 판결에서 일실이익을 부인하면서 “시각장애 1급으로서 별다른 소득활동을 했다는 자료가 없다는 점” 을 근거로 한 것은, 일정한 직업적 소득이 없는 경우에도 도시일용노임 등을 근거로 일실이익을 산정하는 법원의 태도와 배치되는 것으로 경제활동을 하지 않은 중증장애인의 경우 일실이익 성립을 부정하는 취지로 읽혀 아쉬움이 남는다. 이 사건에서 망인이 화물차 운전기사의 과실로 끔찍한 교통사고를 당하여 사망하였다는 사실을 감안하면 더욱 그러하다. 다만 위에서 지적한 것과 같이 망인이 사고 당시 판례의 입장에 따르면 이미 가동연한을 지난 나이라는 점을 감안하면 판결의 결론은 어느 정도 수긍할 만 하다고 할 것이다.

(2) 서울중앙지방법원 2010. 5. 6. 선고 2009가합73498 판결 - 정신지체 2급의 중증장애인의 일실수입을 전부 부정한 판례

- 사실관계 및 판시 : 정신지체 2급의 장애인인 망인은 만 21세 경 주거지 근처에서 실종되었다가 공원에서 경찰에게 발견되었으나, 경찰은 전산조회하는 등 신원확인조치를 취하지 않고 바로 무연고

자로 단정해 구청에 연계하고, 구청은 망인을 정신병원에 입원시켰다. 그 이후 망인은 무려 5년 9개월 동안 무연고자로 정신병원에 격리되어 있다가 정신병원 내 개별 감금된 보호실 출입문에 목이 끼는 사고가 발생하여 사망하였다. 한편 망인의 사망 이후 시신의 지문채취와 신원확인을 통하여 망인의 부모는 망인의 사망을 통보받게 되었으며, 대한민국, 정신병원 운영자를 상대로 망인의 감금, 사망 등에 관한 손해배상책임을 묻는 소송을 제기하였다. 1심인 이 사건 판결(2009가합73498)에서 법원은 망인의 일일수익과 관련하여 다음과 같이 판시하여 일일수입의 성립을 전부 부정하였다.

원고들은 도시 임금노동자의 임금에 해당하는 일일수입 상당의 손해배상도 구하나 망인은 5세 아동보다 떨어지는 지능 지수를 가지는 정신지체 2급의 장애인으로서 취업 가능 시점부터 도시 임금노동자 임금 상당의 소득을 올릴 수 있다고 볼 수 없으므로 원고들의 이 부분 청구는 받아들이지 않는다.

- 판결에 대한 비판 : 이 사건 판결은 정신지체 장애인의 경우 직업적 소득을 올릴 수 있다고 볼 수 없다는 이유로 일일수익의 성립을 전부 부정한 판결이다. 그러나 정신지체 장애인이라고 하여 일일수익을 전부 부정하는 것은, 장애인이 생명침해를 당한 극단적인 경우에도 비장애인과 달리 불법행위로 인한 손해배상액을 거의 인정받지 못하는 결과가 나타날 수 있다는 점에서 문제가 있다. 이 사건은 원고, 피고 쌍방 항소하여 원고 일부 승소의 판결이 나왔고(서울고등법원 2010나57376 판결), 그 이후 대법원에서는 심리불속행으로 기각되어 2심 판결이 확정되었는데, 2심 판결은 공개되지 않아 내용을 확인하지 못하였다.

2) 장애인의 일일수익을 제한적으로 인정한 판례

(1) 부산지방법원 2013. 8. 14. 선고 2012가합15940 판결 - 지적장애 3급 중학생의 경우 도시일용노임의 70%를 일일수익으로 인정한 사례

- 사실관계 및 판시 : 망인은 지적장애 3급의 중학생으로 자신이 다니던 중학교 여름방학 체험학습 활동으로 교장, 교사, 학생들과 함께 바닷가에 열린 캠프에 참여 하였는데, 구명조끼를 입지 않은 채 해안에서 물놀이를 하다 조류에 휩쓸려서 사망하였다. 이 당시 캠프 운영자 및 직원들은 수상안전요원 자격증, 응급조치사 자격증이 없고 청소년 지도나 인명구조에 관한 자격도 가지고 있지 않았으며, 캠프가 개최된 곳은 조류가 빠른 바다임에도 수영금지 표시도 없고 해안에 구명환이나 구명보트가 갖추지 않은 상황이었다. 또한 망인과 다른 학생이 물에 빠졌을 때 이를 목격한 다른 학생들이 구조를 요청하였으나, 캠프 교관은 수영을 할 줄 모른다는 이유로 물에 들어가서 구조하기를 거부하기도 하였다. 이에 망인의 유족들은 캠프 운영자(피고)를 상대로 학생들을 보호, 감독할 주의의무가 있음에도 이를 게을리 한 채 캠프를 진행한 과실로 망인이 사망에 이르렀다고 주장하며 손해배상청구소송을 제기하였다.⁵⁸⁾ 1심인 이 사건 판결(2012가합14940)에서 법원은 피고의 책임을 일부 인정하며, 망인

58) 원고들은 학교법인 역시 피고로 하여 손해배상청구소송을 제기하였으나 원고들과 학교법인 간에는 소송과정에서 조정이 이루어졌다.

의 일실수입과 관련하여 다음과 같이 판시하였다.

망인은 이 사건 사고 당시 도시에 거주하는 중학생으로 소득이 없었으므로, 가동기간 동안 도시 일용노임 상당의 소득을 얻을 수 있었을 것으로 보되, 망인이 지적장애 3급으로 일반인에 비하여 지능이 낮은 사실은 앞서 본 바와 같으므로, 망인의 장애등급을 고려하여 망인이 사망 당시 보통인부의 70%에 해당하는 노동능력을 가지고 있었던 것으로 보고..(후략)

- 판결에 대한 비판 : 이 판결은 망인이 지적장애 3급이라는 점을 들어, 일실수입을 비장애인의 70%만 인정하는 판시를 하고 있다. 그러나 지적장애인 노동능력 판단에 대한 특별한 근거나 기준을 제시하지 않고 비장애인의 노동능력의 70%에 해당하는 노동능력을 가지고 있다고 일률적으로 판단한 것은, 일정한 수입이 없는 사람의 경우 일률적으로 일반일용노임을 기준으로 손해배상액을 산정하는 기준에도 맞지 않고, 장애인의 경우 비장애인과 다른 기준으로 적용한 것으로 보인다. 한편 이 사건 사고 당시에 망인 외에 학생 1명이 물에 빠져 사망하였는데, 이러한 판례의 기준에 따르면, 동일한 사고로 동일하게 생명침해를 당한 경우에도 장애인은 비장애인에 비하여 30% 삭감된 배상액을 받게 되는 결과가 발생하게 된다. 이러한 결과는 인간의 평등과 인간의 존엄과 가치의 존중, 장애인에 대한 국가의 보호라는 헌법상 원칙에도 부합하지 않는다는 비판이 있을 수 있다.

(2) 대구지방법원 2014. 6. 19 선고 2013가합205260 판결 - 자폐성장애 1급 및 지적장애 2급의 장애를 가지고 있던 망인에 대하여 도시일용노임의 50%를 일실수익으로 인정한 판결

- 사실관계 및 판시 : 망인은 자폐성장애 1급 및 지적장애 2급의 장애를 가지고 있었는데, 모 광역시와 시 수영협회가 개최하는 바다수영대회에 참가하였다가, 안전요원에 의하여 발견되어 구조되었으나 사망하였다. 망인의 가족인 원고들은 시와 수영협회를 상대로 과도하게 인원을 편성하여 수영정기를 운영하고 충분한 안전요원 및 장비를 배치하지 않아 구조조치가 늦어지는 등 안전관리 위반으로 망인의 사망에 대한 책임이 있다고 주장하며 손해배상청구소송을 제기하였다. 일실수익과 관련하여 법원은 다음과 같이 판단하였다.

망인의 장애등급이 높은 단계에 속하는 것은 인정되나, 망인의 경우 동일한 장애등급을 가진 다른 장애인과는 달리 다수의 수영대회에 참가하여 입상을 할 정도로 신체능력이 뛰어나서 그에 상응하는 소득활동의 기대가능성은 상당하다. 또한 헌법은 국민 개개인의 인간으로서의 존엄과 가치를 모든 국법질서와 국가제도의 최고이념으로 명시하고 있고, 장애인복지법도 장애인복지의 기본이념을 장애인의 완전한 사회참여와 평등을 통한 사회통합을 이루는데 두고(제3조) “장애인은 인간으로서의 존엄과 가치를 존중받으며, 이에 상응하는 처우를 받는다. 장애인은 국가·사회의 구성원으로서 정치·경제·사회·문화 기타 모든 분야의 활동에 참여할 권리가 있다”(제4조), “누구든지 정치·경제·사회·문화 생활의 모든 영역에 있어 장애를 이유로 차별을 받지 아니하고 장애인을 차별하여서는 아니 된다”(제8조 제1항)고 규정하고 있어, 이러한 국법질서의 근본이념과 인간 존엄성 존중 정신이 최우선의 판단기준이 되어야 한다.

이러한 기준에 비추어 보면 가동연한 중기까지 장애 때문에 소득활동이 불가능하다는 것이 명백히 증명되지 않는 한, 현재의 장애만을 이유로 평생 소득활동이 불가능하다고 단정할 수는 없으므로 피고들의 위 주장을 전적으로 받아들일 수는 없다. 다만 망인이 이 사건 사고 당시 자폐성장애 1급 및 지적장애 2급의 각 장애를 가지고 있었고 가동연한 시점인 만 22세가 된 이후에도 별다른 소득활동이 없었던 현실 또한 배제할 수 없는 것인바, 향후 점진적인 회복이 가능하다 해도 정상인과 완전히 같은 능력을 갖추리라고 기대하기는 어렵고, 일정한 감독 상태에서 정례화된 일을 수행하는 정도의 능력을 회복하거나 습득하는 것은 가능하리라고 판단된다.

따라서 비록 망인의 향후 일실수입 산정의 기초가 되는 노동능력과 관련하여 원고들의 구체적인 입증에 없다 하더라도 이 사건 변론에 나타난 모든 사정을 참작하면 망인의 경우 정상적인 도시보통인부에 비하여 50% 정도의 노동능력을 가질 것으로 인정함이 상당하다.

- 판결에 대한 비판 : 이 사건 판결은 헌법과 장애인복지법의 규정과 근본이념 등을 근거로 장애인을 차별하지 않고 장애인의 사회참여가 중요하다는 점을 실시하면서도, “정상인과 완전히 같은 능력을 갖추리라고 기대하기는 어렵” 다는 이유로 망인의 일실이익을 “정상적인 도시보통인부” 의 50%로 산정하였다. 판결이 헌법과 관련 법에서 인간으로서의 존엄과 가치, 장애인의 완전한 사회참여와 평등을 통한 사회통합 등을 장애인에 대한 일실수입 판단의 근거로 실시한 것은 의미가 있다고 본다. 또한 “가동연한 중기까지 장애 때문에 소득활동이 불가능하다는 것이 명백히 증명되지 않는 한” 평생 소득활동이 불가능하다고 단정할 수 없다는 판시는 장애로 인하여 일실수익을 부정하는 쪽에서 소득활동의 불가능을 입증하여야 하고 그렇지 않으면 일실수익을 인정해야 한다는 취지로 긍정적으로 볼 여지도 있다. 그러나 “정상인과 완전히 같은 능력을 갖추리라고 기대하기 어렵” 다거나 “정상적인 도시보통인부에 비해” 라는 판시에서는 장애인이 “비정상” 임을 전제로 하고 있다는 점에서 재검토가 필요하다. 또한 “다수의 수영대회에 참가하여 입상을 할 정도로 신체능력이 뛰어나서 그에 상응하는 소득활동의 기대가능성이 상당” 하다는 점 등을 실시하면서도 도시보통인부의 50% 만을 인정한 것은 장애인의 일실수익에 대하여 지나치게 제한적으로 인정하고 있어 아쉽다고 할 것이다.

3. 기존 판례에 대한 비판과 대안적 모색

1) 불법행위시 손해배상 산정에 대한 기존 판례의 입장

민법에는 불법행위자가 피해자에게 배상할 액수를 구체적으로 어떻게 산정하는 것이 옳은지에 대하여 아무런 규정이 없다. 대법원은 불법행위로 인한 재산상 손해를 산정함에 있어서, “위법한 가해행위로 인하여 발생한 재산상 불이익, 즉 그 위법행위가 없었더라면 존재하였을 재산 상태와 그 위법행위가 가해진 현재의 재산상태의 차이” 를 말하는 것이라고 보고⁵⁹⁾, 주로 차액설에 입각한 판결을 내리고 있다. 그러나 반드시 차액설에 따르는 것은 아니며, “타인의 불법행위로 인하여 상해를 입고 노동능력의 일부를 상실한 경우에 피해자가 입은 일실이익의 산정방법에 대하여서는 일실이익의 본

59) 대법원 1992. 6. 23. 선고 91다33070 전원합의체 판결, 대법원 1998. 9. 22. 선고 98다2631 판결, 대법원 2009. 9. 10. 선고 2009다30762 판결 등

질을 불법행위가 없었더라면 피해자가 얻을 수 있는 소득의 상실로 보아 불법행위 당시의 소득과 불법행위 후의 향후 소득과의 차액을 산출하는 방법(소득상실설 또는 차액설)과 일실회의의 본질을 소득창출의 근거가 되는 노동능력의 상실 자체로 보고 상실된 노동능력의 가치를 사고 당시의 소득이나 추정소득에 의하여 평가하는 방법(가동능력 상실설 또는 평가설)의 대립이 있는데, 당해 사건에 현출된 구체적 사정을 기초로 하여 합리적이고 객관성 있는 기대수익액을 산정할 수 있으면 족한 것이고 반드시 어느 하나의 산정방법만을 정당한 것이라고 고집해서는 안 된다고 할 것” 이라고 판시하여(대법원 1990. 11. 23. 선고 90다카21022 판결), 차액설 또는 평가설 중 어느 것에 의하더라도 손해액의 산정이 가능하다는 입장이다.⁶⁰⁾

2) 인신침해에 있어 손해의 본질에 대한 논의

인신사고로 인한 손해배상책임의 범위에 대하여 검토하기 위해서는 인신사고로 인한 손해배상에 있어 손해를 무엇으로 볼 것인가의 논의와도 연결이 된다. 생명, 신체의 침해의 경우 손해의 의미에 대하여 우리나라의 다수설이자 판례의 태도는 현실손해설에 따르고 있다. 현실손해설은 손해배상제도는 불법행위로 인하여 생긴 현실의 손해를 전보하는 것을 목적으로 하는 것이고 사상 그 자체는 현실의 손해로 인정될 수 없는 것이므로, 인신침해로 인한 현실의 손해는 불법행위가 없었더라면 존재하였을 피해자의 가정적 재산상태와 불법행위 후에 실제로 이루어진 현실의 재산상태와의 차이에 대한 금전적 평가액이 된다고 한다.

그런데 이러한 현실손해설은 부유한 자에게는 유리하고 가난한 자에게는 불리하게 작용하며, 그 결과 극단적인 개인차를 초래하고 있다는 비판이 있다. 즉 동일한 사고로 인하여 사망한 같은 연령의 사람이라고 해도 수입의 많고적음에 따라 배상액의 차이가 몇 배가 되는 것도 가능하다. 이러한 극단적인 개인차는 인간의 평등 및 인간의 존엄과 가치의 존중이라는 헌법의 기본정신에도 어긋나는 결과를 초래한다.⁶¹⁾ 이러한 비판은 장애인의 일일수익 산정의 경우에도 적용될 수 있는데, 장애인이고 현재 수입이 없다는 이유로 유사한 상황의 비장애인과 비교하여 일률적으로 낮은 일일수익을 산정하는 것은 인간의 평등, 인간의 존엄과 가치의 존중, 장애인에 대한 국가의 보호라는 헌법상, 법률상 원칙에 반하는 결과를 낳을 수 있기 때문이다.

이러한 차액설의 한계에 대하여 인간의 평등이라는 기본정신에 입각하여 피해자의 능력이나 수입에 의하여 손해액에 지나친 차이가 생겨나서는 안된다는 사고를 전제로 하여 생명 또는 신체에 침해가 있는 경우 사상 그 자체를 하나의 비재산적 손해로 보아 그에 대한 적당한 배상액을 일체로서 직접 평가하는 사상손해설 또는 평가설의 입장이 있다.⁶²⁾

유럽 민사법통일의 일환으로 성안된 유럽민사법의 공통참조기준안(Draft Common Frame of

60) 대법원 1987. 1. 20. 선고 86다카1106, 대법원 1989. 1. 17. 선고 87다카2970, 대법원 1990. 2. 27. 88다카11220 판결, 대법원 1994. 4. 14. 선고 93다52372 판결 등

61) 신동현, 민법상 손해의 개념-불법행위를 중심으로, 경인문화사, 172면

62) 신동현, 위의책, 173면

Reference, 이하 “DCFR” 이라 함)은 불법행위로 인한 손해배상책임이 성립하기 위한 요건으로 첫 번째 요건으로 ‘법적으로 중요한 손해’ 일 것을 요구하며, 자연인의 신체 또는 건강에 대한 침해는 그 사람에게 발생한 손실 및 침해 그 자체가 법적으로 중요한 손해가 된다고 규정하고 있다(DCFR VI-2:201조). 인신사고와 관련한 손해배상시 규범적인 가치를 어느 정도 반영하여야 한다는 논의가 있는 것이다.⁶³⁾

3) 중증장애인 일실수익에 관한 판례에 대한 비판적 검토

중증장애인 일실수익에 대하여 전액 부정하거나 제한적으로 인정한 판례들은 인신사고시 손해배상의 범위에 대하여 전통적인 판례의 입장에 따라 현실손해설 및 차액설의 입장에 따른 것으로 보인다. 최저임금법은 정신장애나 신체장애로 근로능력이 현저히 낮은 사람을 고용하는 사용자가 고용노동부장관의 인가를 받은 경우 최저임금의 적용을 제외할 수 있는 근거규정을 두고 있으며(최저임금법 제7조), 중증장애인의 경우 노동시장에 참여하는 비율이 낮다. 법원은 중증장애인은 노동시장에 참여할 가능성이 낮거나 참여하여도 낮은 임금을 받을 것으로 추정된다는 현실적 이유를 근거로 중증장애인의 인신사고에 대한 손해액을 낮게 책정하거나 부정하는 것으로 보인다.

그러나 일실수익의 산정에 있어 이익산정의 기초가 되는 수입, 가동년수, 생활비 등의 요건은 모두 애매한 개연성을 기초로 한 것으로 아무리 산정방법을 정밀화하여도 그 정확성에는 의문이 있을 수 밖에 없는 한계가 있으며,⁶⁴⁾ 이러한 이유로 근로소득을 얻고 있지 않은 무직자, 가정주부, 학생, 유아 등의 경우 일률적으로 농촌 또는 도시일용노임에 의하여 일실소득을 인정하는 판례의 태도 역시 정확성이나 논리적 근거에 기반한 것이라기 보다는 인신사고의 경우 소득이 없다는 이유만으로 충분한 배상을 받지 못하게 되는 불합리를 극복하기 위한 규범적인 접근이라고 할 수 있다. 그런데 장애인의 경우 인신사고를 당한 경우 일률적으로 일실수익을 인정하지 아니하거나 비장애인의 일정 비율만을 인정하는 것은 이를 뒷받침하는 논리적이고 정확한 근거가 없이 장애인을 비장애인과 다른 대우를 하는 것으로 장애인은 비장애인에 비하여 적게 배상하여도 된다는 규범을 내포하고 있다고 볼 수 있으며, 이는 합리적인 사유가 없는 장애인에 대한 차별에 해당할 수 있다.

또한 불법행위법의 기능으로 단순히 전보기능만 있는 것은 아니고, 불법행위의 목적 내지 기능에는 예방적 기능 내지 억제적 기능과 제재적 기능도 포함된다고 보아야 하는데,⁶⁵⁾ 장애인에 대한 손해배상액을 일률적으로 낮게 책정하는 판례의 태도를 적용할 경우, 장애인에 대한 인신사고를 억제하거나 예방하는 기능, 이러한 인신사고의 경우 가해자를 제재하는 기능에 제한이 발생하게 된다. 이 글에서 살펴본 판례들을 보면, 운전자의 부주의로 시각장애인이 교통사고를 당하거나(2014가단59642), 지적장애인이 경찰과 지자체 공무원의 과실로 가족과 분리되어 수년간이나 정신병원에 감금되었다가 사망하는(2009가합73498) 등 장애인이 사회적 약자로 사회에서 부당하게 배제되고 생명, 신체가 침해되는

63) 이동건, 불법행위법에서의 손해의 개념에 관한 일고찰 - DCFR 및 PETL에서의 논의를 참고로 하여, 강원법학 57호 (2019. 6.), 328면

64) 신동현, 위의책, 172면

65) 이동건, 앞의글, 357면

사례를 발견할 수 있다. 이러한 많은 사례가 발생하고 있음에도 장애인에 대한 손해배상액을 낮게 책정하는 것은 결국 장애인에 대한 보호나 장애인의 인신사고 억제, 예방 기능에 심각한 제한을 가져올 수 있다. 이는 장애인을 보호하여야 하는 국가의 책무(헌법 제34조 제5항)에 위배되는 문제라고도 할 수 있다.

장애인은 국가, 사회의 구성원으로서 정치, 사회, 문화, 그 밖의 모든 활동에 참여할 권리를 가지고 있으며(장애인복지법 제4조 제2항), 국가는 장애인의 완전한 사회 참여와 평등을 통하여 사회통합을 이루는 것을 장애인복지의 기본이념으로 하고 있다(장애인복지법 제4조 제1항). 장애인고용법은 장애인이 직업생활을 통하여 인간다운 생활을 할 수 있도록 장애인의 고용촉진을 목적으로 하고 있으며(장애인고용법 제1조), 일정한 장애인 고용 의무를 국가, 지방자치단체, 일정 규모 이상의 사업주에게 부과하고 있다(장애인고용법 제27조, 제28조 등). 또한 사용자는 모집·채용, 임금 및 복리후생, 교육·배치·승진·진보, 정년·퇴직·해고에 있어 장애인을 차별하여서는 아니 된다(장애인 차별금지법 제10조 제1항). 현재 장애인 관련 법규는 장애인의 완전한 사회 참여와 평등을 통한 사회통합을 목표로 장애인의 고용을 장려하고 차별을 금지하고 있는데, 사법부가 장애인의 권리를 제한하고 비장애인과 차별하는 방식으로 판결을 내리는 것을 관련 법령의 취지와 명문에도 반하는 측면이 있다. 장애인의 일실수익 산정과 관련하여 사법부의 보다 적극적인 논리 구성과 판결이 필요하다.

또한 위자료를 산정함에 있어 장애인이라는 이유로 감액을 하는 것은 합리적 이유가 없이 장애를 이유로 차별하는 행위라고 본 판례(서울고등법원 2006. 1. 13. 선고 2005나45614 판결)의 논리 구성을 따라 장애인의 인신사고로 인한 위자료를 더 적극적으로 인정하는 방안도 제안하고 싶다.

4. 결론

누구도 타인이 갖고 있는 권리나 법익을 침해하여 손해를 입히는 것이 정당화될 수 없고 이러한 법익침해에 대하여 손해배상을 통하여 사후적으로 배상하게 하고 이러한 침해를 발생하지 않도록 예방하는 것이 불법행위와 관련한 법의 목적이다. 그런데 장애인이라는 이유로 타인의 불법행위에 의하여 생명, 신체를 침해당한 경우에도 배상을 충분히 받지 못하거나 비장애인과 비교하여 현저히 낮은 수준의 배상을 받는다면, 헌법과 관련 법률에 규정된 장애인 차별금지, 평등 원칙을 침해하는 결과가 발생하게 될 것이다. 이와 관련하여 장애인의 일실수익을 차별 없이 인정할 수 있도록 적극적인 법해석과 논리 구성이 필요하며, 이를 근거로 한 판례의 변화를 촉구한다.