

호주 뉴사우스웨일스의 의사결정능력 장애인과 의사결정지원

말콤 샤이벤스*

[목 차]

- | | |
|---------------|--------------|
| I. 시작하며 | IV. 후견제도의 미래 |
| II. 호주에 대한 이해 | V. 결론 |
| III. 후견통계-NSW | |

[요 약]

자신의 장래를 결정하고 자신의 인생과 환경에 대하여 선택할 수 있는 능력은 인간답다는 것이 무엇을 의미하는가를 규정하는 데 있어 핵심적인 사항에 해당한다. 자신의 매일의 일상에서 발생하는 중요한 문제들과 자신의 재산관리에 대하여 스스로 결정할 수 있는 능력이 손상되는 경우 무슨 일이 벌어지는가?: “어디에서 살아야 하는가?”, “어떠한 의료행위와 서비스를 받아야 하는가” “금전 관리는 어떻게 해야 하는가?” 본인에게 필요한 지원은 누가 해야 하며 어떤 요건으로 그러한 지원이 제공되어야 하는가? 그러한 결정이 이루어질 때 누구의 가치와 누구의 기준 또는 어떠한 의사결정체계가 적용되어야 하는가? 약자가 처하게 될 위험을 방지하고 약자에 대한 이용을 예방하고자 하는 바람과 스스로 결정할 자유와는 어떻게 균형을 이루어야 하는가? 그에 앞서 어떠한 검사로 위와 같은 일상의 결정을 위해 필요한 능력 수준을 결정할 것인가? “최선의 이익” 기준에 부합하지 않는 결정도 자유롭게 할 수 있어야 하는가? 이러한 의문은 새로운 것은 아니고 호주에서뿐 아니라 한국에서도 중요하고도 난처한 질문이라는 데 의문의 여지가 없을 것이다. 이러한 의문은 최근 2008년 발효된 UN 장애인권리협약에 의해 탄력을 받아 재차 주목을 끌게 되었다.

장애인의 권리에 대한 국제법과 국제적 사고는 이제 본인의 ‘의사, 선호, 권리’를 의사결정절차의 중심에 두는 모델을 지지하고 있다. 장애인권리협약에 비추어 볼 때, 의사결정지원모델은 현재의 의사결정대체모델보다 우선시된다.

모든 호주사법권이 대체의사결정권자의 선임에 있어 고착된 법제도를 계속 운영하고 있기는 하지만 그 선임된 자들로 하여금 가능한 한 의사결정을 지원하도록 하는 역할을 격려하는 중요한 정책적 변화가 있었다. 이러한 정책 변화는 호주에 특유한 것은 아니고 전 세계적으로 많은 국가에서 발생하고 있다. 사건으로는 이는 최종목적지가 아니고 과도기이다. 장애인의 능력과 권리에 대하여 계속해서 발전하고 있는 사회의 태도를 반영하는 과도

* 호주 시드니 뉴사우스웨일스 민사행정법원(NCAT) 부원장 후견담당

적 단계인 것이다.

장애분야에서 현재 경험하고 있는 가속도가 최종적으로 대체의사결정을 강조하는 제도에서 본인의 의사, 선호, 권리에 부합하는 의사결정지원제도로 변화되기 위해서는 이번 발표에서 제기된 쟁점들에 적절하게 대처하는 것이 중요할 것이다. 공식화된 대체의사결정에서 의사결정지원모델, 즉 지원자의 입장에서 사실상 본인의 의사를 대체해 버리는 것이 아닌, 지원자의 조력 하에 본인이 진정 스스로 결정할 수 있도록 하는 모델로의 변화와 관련하여서는 그 발생하는 위험에 대해서도 적절하게 평가할 필요가 있을 것이다.

주제어: 능력, 장애인의 권리, 후견 관할권, 의사결정능력 장애인, 의사결정지원

I. 시작하며

자신의 장래를 결정하고 자신의 인생과 환경에 대하여 선택할 수 있는 능력은 인간답다는 것이 무엇을 의미하는가를 규정하는 데 있어 핵심적인 사항에 해당한다. 자신의 매일의 일상에서 발생하는 중요한 문제들과 자신의 재산관리에 대하여 스스로 결정할 수 있는 능력이 손상되는 경우 무슨 일이 벌어지는가?: “어디에서 살아야 하는가?”, “어떠한 의료행위와 서비스를 받아야 하는가” “금전 관리는 어떻게 해야 하는가?” 본인에게 필요한 지원은 누가 해야 하며 어떤 요건으로 그러한 지원이 제공되어야 하는가? 그러한 결정이 이루어질 때 누구의 가치와 누구의 기준 또는 어떠한 의사결정체계가 적용되어야 하는가? 약자가 처하게 될 위험을 방지하고 약자에 대한 이용을 예방하고자 하는 바람과 스스로 결정할 자유와는 어떻게 균형을 이루어야 하는가? 그에 앞서 어떠한 검사로 위와 같은 일상의 결정을 위해 필요한 능력 수준을 결정할 것인가? “최선의 이익” 기준에 부합하지 않는 결정도 자유롭게 할 수 있어야 하는가? 이러한 의문은 새로운 것은 아니고 호주에서뿐 아니라 한국에서도 중요하고도 난처한 질문이라는 데 의문의 여지가 없을 것이다. 이러한 의문은 최근 2008년 발효된 UN 장애인권리협약에 의해 탄력을 받아 재차 주목을 끌게 되었다.¹⁾

오늘의 이 발표를 준비하면서 2013년 7월 1일 시행된 한국의 개정후견제도를 이해하기 위해 한국의 민법을 살펴보았다. 제대로 이해한 것이라면 한국에서는

1) 2007년 3월 30일 장애인권리협약의 서명이 개방되었다(2008년 5월 3일 발표).

위의 제기된 질문의 많은 경우 가정법원에 그 해결을 위한 명령을 청구할 수 있다. 호주에서는 대개 전문가 위원회에서 의사결정대체제도를 활용하여 이들 질문에 답변할 수 있는 권한을 행사한다. 그러한 문제가 법원에서 다루어지는 경우는 소수에 불과하다. 그러나 현재의 호주의 의사결정대체제도의 모델, 즉 '최선의 이익' 모델은 너무 부권적(paternalistic)이며 스스로 결정할 권리를 너무 쉽게 빼앗는다는 비판을 받아 왔다.

장애인의 권리에 대한 국제법과 국제적 사고는 이제 본인의 '의사, 선호, 권리'를 의사결정절차의 중심에 두는 모델을 지지하고 있다. 장애인권리협약에 비추어 볼 때, 의사결정지원모델은 현재의 의사결정대체모델보다 우선시된다.

오늘 이 시간에는 대체의사결정자의 선임에 대한 현재의 호주의 시스템에 대해 설명하고 현재 존재하는 의사결정지원의 개념은 어떠한지(대부분 비공식의 것) 검토하며 현재 검토되고 있는 개혁안의 일부를 살펴보고자 한다. 그리고 한국과 호주의 후견제도 사이의 유사점과 차이점에 대해서도 약간의 언급을 할 것이다.

II. 호주에 대한 이해

발표내용의 이해를 돕기 위해 뉴사우스웨일스 주에서 작동하는 사법권에 대한 사정을 간단하게 살펴볼 것이다.

호주의 현재 인구는 한국 인구의 절반이 채 되지 않는 2,460만 명으로 추산된다.²⁾ 뉴사우스웨일스의 인구는 780만 명이다.³⁾ 뉴사우스웨일스는 연방정부제로 운용되는 호주연방을 구성하고 있는 주로서, 주와 준(準)주를 합친 8개의 주 가운데 하나이다. 호주 헌법에 따라 각각의 영역별로 관할권이 있고 그 외 나머지 영역은 연방 정부와 주정부 및 준 정부와의 협의에 의해 결정된다. 주 및 준주는 후견과 관련된 입법을 하거나 서비스를 제공할 책임이 있기 때문에 호주에는 8개의 별개의—그러나 거의 유사한—제도를 가지고 있다. 그러나 그 복잡성과 별개로

2) 호주통계청 <http://www.abs.gov.au/ausstats/abs@.nsf/mf/3101.0> 참고.

3) Ibid.

연방정부는 후견제도를 이용할 것으로 예상되는 수요자들에게 영향을 미칠 입법에 대해 넓게 책임을 지는데 노인간병 분야나 새롭게 시행된 국가장애인보험제도(NDIS) 등은 그러한 예에 해당한다.



[그림 1] 호주 연방주

1. 후견제도 대 정신보건제도

호주에서의 후견제도와 정신보건제도의 별개의 역할에 대해 간단히 설명해 보고자 한다. 뉴사우스웨일스를 비롯한 대부분의 호주지역에서는 그 문제는 별개의 위상을 가지는데 즉 뉴사우스웨일스에서 그 두 개의 제도는 두 개의 다른 법률과 두 개의 다른 법원에서 규율되고 취급된다. 이 두 제도는 모두 정신질환을 앓고 있는 이들의 생활에 있어 중요한 역할을 한다.

우선 「1987년 정신보건법(뉴사우스웨일스)」과 「정신보건심의위원회」가 있는데 자세한 내용은 본 발표 이후 정신보건심의위원회 부위원장이신 존슨씨가

자세히 설명할 것이다. 간략히 말하면 이들 제도는 정신장애인의 돌봄과 치료와 관련된 법제도로써 정신장애인에게 돌봄과 치료를 제공한다는 측면과 정신장애인에 대한 보호와 정신장애인 이외의 자에 대한 보호라고 하는 측면의 이중의 목적을 가지고 있다. 다음으로 「뉴사우스웨일스의 1987년 후견법」과 「뉴사우스웨일스 민사행정위원회(민사행정특별법원)의 후견부」가 있다. 이들 제도가 이번 오전에 발표하고자 하는 제도이다. 이들 제도에는 단순히 정신장애뿐 아니라 의사결정능력에 장애가 있는 인지장애와 관련하여서도 결정권이 폭넓게 부여되어 있다. 그러나 그 목적은 동일하게 장애인의 권한 강화와 보호에 있다.

2. 현재의 후견법과 심리절차

1) 뉴사우스웨일스의 후견관련 입법

뉴사우스웨일스의 후견관련 입법은 호주의 다른 사법권과 매우 유사하다. 1989년에 시행된 후견법은 이후 크게 바뀌지 않았다.

민사행정법원(민사행정위원회)의 후견부는 뉴사우스웨일스에서 인지장애인과 관련된 결정을 하는 중요한 기구이다. 후견부는 법원의 부원장에 의해 운영되고 부원장은 뉴사우스웨일스의 대법원판사인 원장에게 보고하도록 되어 있다. 민사행정법원은 성년의 의사결정능력 장애인을 위해 대체의사결정권자를 선임한다. 즉 법원은 신상, 의료, 일상의 결정과 같은 신상에 관한 후견인과 재정문제나 법적문제에 관한 재산관리인을 선임한다. 법원에서 이루어지는 대부분의 신청건은 장애인 본인의 “복지와 관련된 진실된 염려”만 있으면 누구에게나 그 신청자격이 인정된다.⁴⁾ 신청비용은 따로 들지 않는다.

법원은 후견법 제4조의 원칙을 준수해야 한다. 이들 원칙은 장애인에 대하여 후견법에 따른 직무를 수행하는 사람은 누구나 다음의 의무가 있다고 정한다:

- 본인의 복지와 이익을 최대한 고려할 것
- 본인의 결정의 자유와 행위의 자유를 최소한으로 제한할 것
- 가능한 본인이 지역사회에서 일상적인 생활을 영위할 수 있도록 독려할 것

4) 뉴사우스웨일스 1987년 후견법 제9조 및 제251조.

- 본인의 견해를 고려할 것
- 가족 간 관계의 중요성과 문화적 언어적 환경의 중요성을 인정할 것
- 개인문제, 가정문제, 재정문제에 대해서는 가능한 한 본인이 독립적으로 할 수 있도록 독려할 것
- 방치, 학대, 착취로부터 본인을 보호할 것
- 지역사회에서 이들 원칙이 적용되고 장려될 수 있도록 독려할 것

이들 원칙이 공식화되고 이후 UN협약의 도입이 있었는데 이들 원칙들은 법원으로 하여금 오랫동안 대부분 협약에 일치하는 결정들을 하도록 이끌어왔다.

뉴사우스웨일스에서는 대부분의 호주 사법권과 마찬가지로 대체의사결정권을 선임하는 명령을 최후의 수단으로 하고 있다. 그 선임명령은 다른 선택의 가능성이 없는 경우에만 내려질 수 있고 그러한 명령이 내려질 경우에도 본인의 생활 중 특정부분으로 제한된다. 예를 들어 법원은 종종 본인의 거처를 결정할 수 있는 후견인을 선임하곤 하지만 기타의 결정권한은 본인에게 남겨 두어 스스로 결정하게 하거나 비공식의 지원체계를 통해 결정하도록 한다. 법률이 법원으로 하여금 전면적 후견 명령, 즉 “완전 후견” 명령을 내릴 수 있도록 허용하고 있기는 하지만 법원은 오랫동안 그러한 명령을 내린 적이 없다. 오직 필요하다고 인정된 권한만 후견인에게 부여하는 부분 후견 명령만이 내려지고 있다.

한국제도와 호주제도가 다른 부분은 “후견인”이라는 용어를 사용하는 방법과 후견인에게 부여될 수 있는 권한의 범위이다. 한국의 민법에 따르면 본인의 신상과 재산 모두에 대해 성인을 위한 후견인의 선임을 허용하고 있는 것으로 이해된다.⁵⁾ 호주의 다른 사법권과 마찬가지로 뉴사우스웨일스에서는 성인을 위한 후견인의 선임의 경우 어디에서 살 지와 어떠한 의료행위를 받을 것인지 하는 오직 신상에 관한 결정권한만 수여할 있다. 후견선고로는 본인의 재산이나 법적 문제에 대한 권한을 수여할 수 없다. 이와 관련하여 재산관리인(financial manager)의 선임과 관련된 별도의 선임제도가 존재한다. 뉴사우스웨일스를 제외한 일부 호주의 사법권에서는 그러한 경우의 용어로 재산관리인(administrator)이라는 별도의 용어를 사용하기도 한다. 동일인을 후견인이자 재산관리인으로 선임할 수도

5) 민법 제947-2조 제3항 및 제949조

있지만 이 둘은 구별되는 개념으로 별개의 신청 그리고 선임을 위한 별개의 법적 검증 및 상이한 감독 체제를 수반하게 된다.

가족구성원이나 친구와 같이 본인을 위한 대체의사결정권자로서 선임될 능력이 되고 기꺼이 선임되고자 하는 의사가 있는 적합한 자가 있는 경우, 법원은 그 사람을 선임할 것을 고려해야 한다.

그와 같은 적격자가 없는 경우 또는 사인(私人)을 선임하는 것이 본인의 최선의 이익이 되지 않을 경우에는 법원은 신상사무에 관하여는 공공후견인을, 재산사무에 관하여는 뉴사우스웨일스 공공수탁후견인을 선임해야 하는데 이들은 모두 법정 공무원이다. 호주에는 현재 대체의사결정권자로서 시민후견인이나 전문직 후견인을 선임하는 제도는 없다. 한국과 달리⁶⁾ 호주에서는 재산관리인으로 신탁회사를 선임하는 경우를 제외하고는 후견인과 재산관리인이 무상으로 직무를 수행하는 것, 즉 보수를 요구할 수 없는 것이 원칙이다.

후견법에 따라 선임된 자들에 대한 감독은 후견인의 경우와 재산관리인의 경우가 다르게 규율된다. 사적인 후견인의 경우 후견업무에 감독을 받지 않는 대신에 그 선임된 후견인의 행위와 역할에 대해 별개의 심리를 통해 법원에서는 그 선임명령에 대해 정기적으로 재심의를 해야 한다. 이러한 재심의를 일반적으로 최초 선임이 이루어진 후 1년 경에 이루어지고 이후에는 그 선임명령이 취소되기 전까지는 3년마다 이루어진다.

반면 재산관리인 선임명령은 법원에서 정기적으로 재심리되는 것은 아니다. 그러나 이들 선임된 재산관리인은 뉴사우스웨일스 공공수탁후견청에 관리자의 지위에서 연차보고서를 제출해야 하고 본인의 주택을 구입하거나 매각하는 경우와 같이 본인을 대신해서 중대한 재산거래를 하는 때에는 사전에 공공수탁후견청의 승인을 받아야 한다.

한국의 민법규정에서 가정법원이 성인을 위한 후견인을 선임할 경우 피후견인 본인의 의사를 존중할 것을 요구하고 있는 것⁷⁾과 마찬가지로, 법원에서 신청서를 처리하거나 명령에 대한 심리를 할 때에는 장애인 본인의 이익과 의사에 주안점을 둔다.⁸⁾ 법원에서는 사건의 사전심리절차에 장애인 본인을 가능한 한 참

6) 민법 제 955조 및 제955조의2.

7) 민법 제936조 제4항

여시키려고 노력하고 있다. 법원은 법원의 역할을 설명하고, 사건에 대한 본인의 의사를 탐지하고, 심리절차에 본인이 참석하고 참여하도록 적극 권장하고자 장애인 본인과 소통할 수 있도록 법원 위원들의 장애분야에서의 경험과 전문성을 십분 활용하고 있다. 지난 한 해 동안 심리의 65%에서 신청대상자인 본인이 직접 또는 영상이나 전화연결을 통해 심리에 참석하였다.

뉴사우스웨일스에서 후견명령이나 재산관리명령을 내리기 위해서는 법원위원회에서는 3인의 정족수가 필요한데 그 중 일인은 심리를 주재하는 자로서 변호사, 다른 일인은 헬스케어전문가(가령 심리학자나 노인의학전문)이고 나머지 일인은 지역사회구성원으로서 보통은 장애인에 해당하거나 장애인을 위한 간병인이나 옹호자이다. 이러한 구조는 심의절차에서의 풍부한 지식과 전문성을 보장하고 심리에 본인이 관여하도록 조력할 수 있게 구상된 것이다.

법원의 후견사건에 관하여는 증거법칙에 구속되지 않는 반면에 절차의 공정성 원칙은 적용된다.⁹⁾ 법원은 당사자주의를 적용하지 않고 직권탐지주의에 따른다. 법원의 심리에 있어서 흥미로운 기타의 특징에는 다음과 같은 것이 있다.

- 심리기간-특별히 복잡한 사건이 아닌 경우 대부분의 심리는 한 시간 내지 두시간 사이에 이루어진다.
- 심리장소- 심리는 시드니의 법원 심리실 및 뉴사우스웨일스 내의 다른 장소에서 이루어진다. 가능하고 타당한 경우 법원은 신청대상자인 본인이 참여할 있도록 병원, 고향자시설, 기타의 장소에서 심리를 개최하게 된다.
- 법정대리-대부분의 당사자들이 전체 신청의5%미만에서 보여지는 법정대리인을 통해 본인을 대리하게 한다.
- 통역- 호주는 다언어사회로서 인구의 26%가 해외태생으로¹⁰⁾ 21%는 가정 내에서 영어가 아닌 언어를 사용한다.¹¹⁾ 그런 이유로 2016년과 2017년에 법원은 57개의 언어로 심리절차를 진행할 수 있도록 758명의 통역관을 선

8) Guardianship Tribunal, “24 years - empowering and protecting” Annual Report 2012/2013, p 21.

9) 뉴사우스웨일스 2013년 민사 및 행정위원회법 제38조 제2항.

10) 호주통계국, <http://www.abs.gov.au/ausstats/abs@.nsf/mf/2071.0>참고.

11) Ibid. <http://www.abs.gov.au/ausstats/abs@.nsf/Lookup/2071.0main+features152016>

임했다.

- 항소- 법원의 명령에 대하여는 뉴사우스웨일스 민사행정법원의 항소부나 뉴사우스웨일스 대법원에 항소할 수 있다.

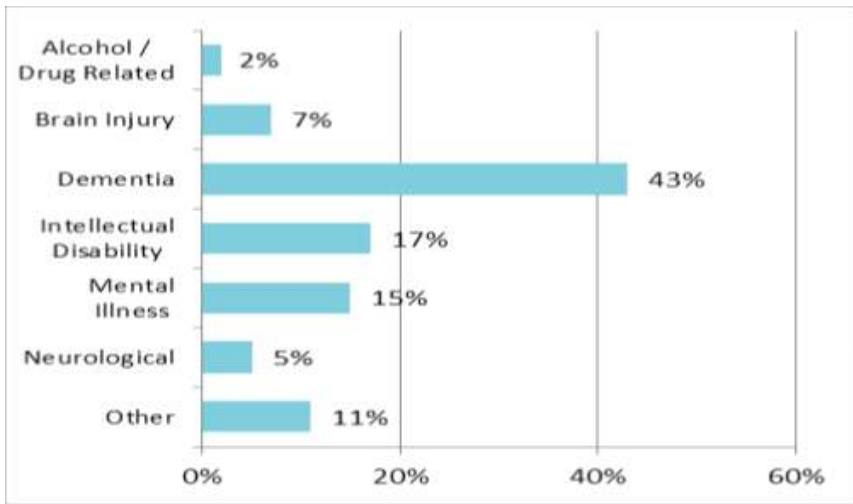
Ⅲ. 후견통계: 뉴사우스웨일스

뉴사우스웨일스에서의 우리 경험과 유사하게 2013년 7월 1일 이후 서울가정법원의 성년후견사건의 최소 절반은 치매를 앓고 있는 자들이 대상이었던 것으로 알고 있다.¹²⁾2015년과 2016년도에 뉴사우스웨일스 민사행정법원에 의뢰를 하는 사람 중 43%는 치매증환자이고 법원에 신청하는자들 가운데 오직 17%만 정신장애인, 15%는 정신질환자였다. 65세 이상자는 신청자 중 60%를 초과한다.

법원은 11,455건에 이르는 신청건과 명령건을 처리하고 7,792건에 대한 심리를 수행한다. 다행스럽게도 현재 100명의 위원이 후견부에 배정되어 그러한 업무량을 담당하고 있다. 발표자를 포함 두 명의 중진 위원을 제외한 모든 위원은 파트타임으로 업무를 한다. 대부분의 위원은 평균적으로 한 달에 3-4일 또는 그 이상을 심리업무를 수행하는 데에 보낸다.

업무량과 관련하여 다음의 그래프(그림 2)는 2015년과 2016년도에 법원에 신청된 건수의 분포를 장애별로 나타낸다.

12) Korea Times, "Demand for Guardianship Increases", by Chung Ah-young, 22 December 2015.



[그림 2] 2015년과 2016년도에 법원에 신청된 심리업무 건수의 분포

흥미롭게도 위의 법원 통계는 우리의 “자매”법원인 홍콩에서의 통계와 명확히 구별된다. 홍콩을 자매법원이라 칭한 것은 홍콩의 후견위원회가 1999년에 설립되었을 때, 뉴사우스웨일스와 유사한 법적 권한과 절차가 수반되었기 때문이다. 2012년에 홍콩의 후견위원회 위원장인 찰스 추와 “문화는 후견실무에 어떻게 영향을 미치는가?: 홍콩과 호주 뉴사우스웨일스에서의 성과와 도전에 관한 비교 연구”라는 연구로 함께 작업을 할 기회가 있었고 이 연구를 워싱턴DC.에서 있었던 제3차 세계성년후견회의에서 발표한 바 있다. 두 사법권간의 비교는 인구나, 중위연령, 기대수명 등의 측면에서 뉴사우스웨일스와 유사한 홍콩의 통계가 두 사법권간의 업무량에서는 매우 상이하다는 것을 보여주었다.

2012년 연구 당시 뉴사우스웨일스의 법원에서는 그 해 2,668건의 후견신청 건수가 있었지만 홍콩의 후견위원회에서는 284건의 후견신청건이 있을 뿐이었다. 이는 두 사법권에 있어 정부서비스에 대한 의존 대 가족에 대한 의존, 개인적 권리에 기반한 인식 대 뿌리깊은 가족의 의무, 공적으로 법적 쟁점화하고자 하는 의향 대 내부적으로 문제를 해결하고자 하는 의사, 라고 하는 관점을 달리하는 핵심적 문화적 차이로 인한 영향의 결과로 추측되었다. 이후 한국과 호주 간에도

유사한 비교연구를 수행할 필요가 있을 것이다.

IV. 후견제도의 미래를 위해 무엇을 준비해야 할까?

1. 의사결정지원

2010년 이후 호주에서의 개혁에 대한 논의는 주로 의사결정에서의 ‘최선의 이익’ 모델에서 ‘의사 및 선호’ 그리고 ‘인권’ 모델로의 패러다임의 전환을 효과적으로 충족시키는, 의사결정대체제도를 넘어선 의사결정지원제도의 시행의 필요성에 초점이 맞춰져 있었다.

일부 견해에 따르면 의사결정지원제도는 수년 동안 모든 호주의 사법권에서 유효하게 사용되어 왔다고 보고 있다. 그러나 이러한 제도는 통상 그 (지원자)선입과 관련된 서류를 이해하고 작성할 능력을 보유하고 있다고 평가된 자들에게만 활용될 수 있다.

지역별로 다른 용어가 사용되기는 하지만 뉴사우스웨일스에서 그 기본능력을 가진 사람은 본인이 장래 일정 시점에 정신능력이 없게 된 때 본인의 재산과 법적 문제를 관리할 사람을 선임하는 지속적대리권증서에 서명할 수 있고 마찬가지로 본인이 정신능력이 없게 된 때 본인의 생활양식이나 의료상의 결정을 할 수 있는 지속적 후견인을 선임하는 서류에 서명할 수 있다. 이러한 선임은 법에 의해 규율되고 위원회와 법원에 이의제기를 하거나 심리될 수 있지만 이들 대리인이나 지속적 후견인으로서의 역할 수행을 감독할 수 있는 시스템은 없다. 이들 서류, 특히 대리권을 수여하는 서류는 노인학대와 관련된 호주의 최근의 조사에서 중요한 문제가 되고 있다.¹³⁾

인지장애를 가진 호주인의 다수에게는 법원이나 위원회에서 선임하는 의사

13) Parliament of NSW, Elder Abuse in New South Wales, Report 44 (2016), available at <https://www.parliament.nsw.gov.au/committees/inquiries/Pages/inquiry-details.aspx?pk=2387#tab-reports>, [accessed 16 August 2016]; Australian Law Reform Commission, Protecting the Rights of Older Australians from Abuse, (2016).

결정권자가 존재하지 않는다. 기본적으로 대부분은 가족, 친구, 간병인에 의해 비공식적인 지원을 받는다. 많은 이들이 이를 의사결정지원제도라고 정의하곤 한다. 그러나 이러한 형태의 지원은 규제를 받지 않는 것으로 유엔장애인권리협약 제12조 제4항에 의해 고려되고 있는 법적보호장치가 부족하고 의사결정을 조력하는 자들을 어떠한 지도원리도 없이 그 역할을 수행하게 내버려두는 것이다.

지금까지 유엔장애인권리협약은 전체가 호주의 국내법으로 편입되지 않았는데 이는 협약 제12조와 관련되어 있다. 이는 정책개혁의 원동력이 된다. 이 분야에서의 가장 중요한 개혁은 연방정부에 의한 국가장애인보험제도(NDIS)의 시행이다. NDIS는 영구장애 및 중증장애를 가지고 있다고 인정되는 자들을 위해 제공되는 지원 및 서비스의 방식과 관련하여 호주에서의 주요한 정책적 변화에 해당한다. NDIS제도는 세금납부대상자들에게서 0.5%의 추가부담금을 거두어 재원이 마련되는 종신장애보험으로서 서비스공급이 정부재원으로 조달되던 기존의 모델에서 개별화된 지원 및 서비스로서의 서비스전달모델로 이동하게 된다. 개인은 어떠한 형태의 지원 및 서비스를 받을 것인지 누구로부터 받을 것인지를 결정하는 데 있어 자신을 위한 지원계획을 스스로 수립할 수 있다. 일부 시범지역에서 실시 후 호주 전역에 걸친 제도의 대대적 시행은 2016년 7월 1일 이루어졌다.

개인맞춤형제도로서의 이러한 변화는 수급자가 보다 많은 기회를 갖게 되고 따라서 보다 많은 결정을 하게 된다는 것을 의미한다. 인지장애가 있는 사람들에게 NDIS는 의사결정을 대체하는 대신에 가능한 한 의사결정을 지원할 것을 장려하고 있다. 그러나 이러한 지원이 무엇을 수반하는지, 누가 그러한 지원을 하고 재정부담을 하는지, 보호조치가 시행될 것인지 등에 관하여 모호한 경우가 많다.¹⁴⁾ 그러한 환경에서 공적인 대체의사결정권자의 선임을 위한 신청은 적어도 단기적으로는 증가할 것으로 예상된다.

호주에서의 논쟁이 의사결정대체제도를 넘어서 의사결정지원제도의 실시와

14) 이러한 예로 NCAT의 결정 KCG [2014] NSWCATGD 7 at [64] to [73]을 참고. 기타의 정보는 다음을 참고. Fougere C “Guardianship, financial management and the NDIS: NCAT’s experience” available at http://www.ncat.nsw.gov.au/Documents/speeches_and_presentations/20170323_paper_fougere_ag_ac_hobart.pdf

이를 입법적으로 가능하게 하는 다양한 방법론에 초점이 맞춰져 있는 반면, 의사결정지원이 “현장에서” 실제로 시행되기 위한 방법에 대한 담론은 거의 없었다. 현재 다양한 의사결정지원모델의 질과 효과를 평가하기 위한 몇몇 연구 프로젝트가 진행 중에 있다. 그러한 연구 중 시드니 대학의 테리교수와 여러 조사관들이 담당하고 있는 한 연구는 인지장애인들에게 잘 형성된 원칙과 지원자 역할을 수행하는 방법에 대해 심화 학습을 받은 지원자들은 의사결정지원절차에서 매우 우수한 결과를 보여준다는 것을 증명할 예정이다.¹⁵⁾이 연구의 배경에 대한 자료를 보면 다음과 같이 언급되어 있다:

“호주인 백만 이상(인구의5%)이 지적장애나 후천적 뇌손상으로 인한 몇몇 유형의 인지장애를 가지고 있고(AIHW 2013) 상당 수준의 의사결정지원을 필요로 한다. 그러나 현재까지 가능한 지원의 범위와 질은 빈약했고 종종 지나친 부권주의(paternalism)로 흘러 개인의 정체성과 삶의 질에 해로운 영향을 가져오는 경향이 있었다. 이러한 상황을 바로잡으려는 노력이 최근 법개정위원회에 의해 이루어졌고, 이는 의사결정지원을 위한 새로운 법적 체계를 설립하는 것에 초점을 두고 있다. 이러한 체계는 매우 환영받을 만한 것이지만 의사결정지원이 실제상 어떻게—질적인 측면과 효과에 있어서—수행될 것인지에 대한 중요한 문제가 심각하게 도외시되고 있다.”¹⁶⁾

‘최선의 이익’에서 ‘의사와 선호’로

호주에서 장애분야와 관련하여 몇몇 연구와 개정발의가 있었고 현재도 진행 중이다. 이미 연구가 끝난 개정 조사에서는 의사결정절차에서 장애인들에게 보다 많은 권한부여를 할 필요가 있다고 최종 결론지었다. 이는 ‘최선의 이익’이라는 의사결정대체모델에서 ‘성인의 권리, 이익과 기회를 증진하고 보호하는 모델’로의 전환¹⁷⁾ 또는 ‘의사결정능력 장애인들에게도 일상에서 이루어지는 결정에

15) Australian Research Council Funded Linkage Project, Effective Decision-Making Support for People with Cognitive Disability, (2016).

16) Op. cit., at [1].

17) Queensland Law Reform Commission, A review of Queensland’s Guardianship

영향을 미치는 바람과 선호'가 있어서¹⁸⁾ '그들의 바람을 반영하기 위해 본인과 상의 후 행위한다'고¹⁹⁾ 하는 사실을 인정하는 모델로의 전환과 관련된다.

2. 연방-전국적 의사결정 원칙

가장 주목할 만한 개정발의 중 하나는 호주 법개정위원회의 '연방법에서의 평등, 능력, 장애' 라는 조사('ALRC 보고서')였다.²⁰⁾

ALRC보고서는 개인의 의사결정과 관련된 연방법 및 주와 준주의 법과 제도를 다음의 네 가지 전국적 의사결정원칙(및 관련 가이드라인)에 따르는 방향으로 개혁할 것을 권고하고 있다.

즉 모든 사람은 의사를 결정할 권리와 그 결정을 존중받을 권리를 동등하게 갖고 있다. 지원이 필요한 사람은 그들이 의사를 결정할 때 필요로 하는 지원에 접근할 수 있어야 한다. 개인의 의사, 선호, 권리는 그들의 인생에 영향을 미치는 결정에 반영되어야 한다. 의사결정지원이 요구되는 사람에게 개입을 할 때에는 적절하고 효과적인 보호조치가 마련되어야 한다.

개인의 '의사, 선호, 권리'는 ALRC에 따르면 다음과 같이 설명된다.

CRPD의 제12조 제4항은 '권리, 의사 및 선호'라는 공식을 사용한다. ALRC의 공식은 개인의 의사, 선호에 기초한 의사결정의 스펙트럼을 따르고 있는데 의사 및 선호가 결정될 수 없는 경우에는 인권에 초점을 둔다. '권리'의 개입은 중요한 보호장치이다. 본인의 의사와 선호를 결정할 수 없는 경우 기본적으로 그 상황과 관련된 인권을 의사결정을 위한 지침으로 고려해야 한다. '최선의 이익'에서 '의사 및 선호' 접근으로 전환되었다는 것을 강조해야 한다. '의사 및 선호'에 우선권

Laws, Chapter 4, 2010 available at <http://www.qldc.qld.gov.au/publications> [Accessed 9 September 2015].

18) Victorian Law Reform Commission, Guardianship Final Report 24, January 2012, at xxxv.

19) Ibid., at xviii.

20) Australian Law Reform Commission, 'Equality, Capacity and Disability in Commonwealth Laws', ALRC Report 124, available at <http://www.alrc.gov.au/publications/equality-capacity-disability-report-124>

을 부여하는 것으로 규정되더라도 ‘최선의 이익’ 기준은 여전히 개념적으로 ALRC가 개혁을 검토하는 제도에 자리를 차지한다.

이러한 권고가 연방정부와 주정부에 의해 받아들여질지는 여전히 지켜봐야 한다. 그러나 이미 사회에서 견해의 대립이 발견되고 있다. 뉴사우스웨일스의 지적장애인을 위한 최고 옹호 단체인 지적장애인협회(CID)는 대체의사결정권자가 여전히 필요한 경우에 인권에 기초한 대체의사결정으로의 움직임에 대하여 우려를 표명했다.²¹⁾

CID는 본인의 특성의 언어적 문화적 배경이 의사결정과정에 제대로 반영이 될 지 의문을 제기하고 인권과 병행하는 대체의사결정을 위해서는 인권에 대한 정교한 이해가 필요할 것이라고 우려를 표명한다. CID는 대체의사결정권자가 필요한 사람의 가족사이에서 인권에 대한 수준 높은 이해가 없을 것이기 때문에 그러한 기준은 대체의사결정에 있어서 가족 구성원의 역할을 배제할 수 있다는 입장이다.

3. 뉴사우스웨일스: 후견법의 개관

2015년 11월, 뉴사우스웨일스의 법무장관은 뉴사우스웨일스의 법개정위원회(이하 위원회라 함)에게 뉴사우스웨일스 후견제도의 토대를 이루는 후견법에 대하여 재검토를 요청했다.²²⁾ 위원회는 그 검토를 수행함에 있어 유엔장애인권리협약, 의사결정지원제도의 도입의 타당성, “무능력”이라는 용어가 후견제도에 남아 있는 것이 적합한지 아니면 “의사결정능력”이라는 보다 적합한 용어가 강조되어야 하는지 등 수많은 문제에 대하여 고려할 것을 요청받았다.

위원회의 검토가 시작된 이후 6번의 토론 보고서가 발표되었고 현재 협의 단계에 있다.

21) Council for Intellectual Disability, ‘Supported decision making YES! But what role for substitute decision-making?’, Blog, 25 June 2015, available at <http://nswcid.blogspot.com.au/2015/06/supported-decision-making-yes-but-what.html>

22) 자세한 내용은 <http://www.lawreform.justice.nsw.gov.au/> 참고.

위 위원회가 지금까지 살펴본 논의들의 일부는 다음의 것을 포함한다.

- 공식적 의사결정지원제도나 공동의사결정제도가 도입되어야 하는가?
- 현재 민사행법법원의 관할인 대체의사결정제도는 여전히 그 관할이 유지되어야 하는가?
- 대체의사결정제도가 유지된다면 현재의 선임후견인과 재산관리인이 본인에게 “최선의 이익”으로 결정할 의무는 본인의 “의사 및 선호”를 실행할 것을 요건으로 하여 대체되어야 하는가? 연말까지 그 발표가 예정된 위원회의 최종보고서를 기다리고 있다.

V. 마치며

의사결정능력장애와 의사결정방식에 대한 쟁점이 호주에서 현재 어떻게 진행되고 있는지와 미래에 어떻게 해답을 제시하게 될지에 대하여 간단하게 개관해 보았다.

모든 호주사법권이 대체의사결정권자의 선임에 있어 고착된 법제도를 계속 운영하고 있기는 하지만 그 선임된 자들로 하여금 가능한 한 의사결정을 지원하도록 하는 역할을 격려하는 중요한 정책적 변화가 있었다. 이러한 정책 변화는 호주에 특유한 것은 아니고 전 세계적으로 많은 국가에서 발생하고 있다. 사전으로 이는 최종목적지가 아니고 과도기이다. 장애인의 능력과 권리에 대하여 계속해서 발전하고 있는 사회의 태도를 반영하는 과도적 단계인 것이다.

장애분야에서 현재 경험하고 있는 가속도가 최종적으로 대체의사결정을 강조하는 제도에서 본인의 의사, 선호, 권리에 부합하는 의사결정지원제도로 변화되기 위해서는 이번 발표에서 제기된 쟁점들에 적절하게 대처하는 것이 중요할 것이다. 공식화된 대체의사결정에서 의사결정지원모델, 즉 지원자의 입장에서 사실상 본인의 의사를 대체해 버리는 것이 아닌, 지원자의 조력 하에 본인이 진정 스스로 결정할 수 있도록 하는 모델로의 변화와 관련하여서는 그 발생하는 위험에 대해서도 적절하게 평가할 필요가 있을 것이다.

마지막으로 장애인권리협약은 매우 큰 주목과 공감을 불러일으키고 있기 때

문에 앞으로 많은 국가에서 후견제도의 변화에 대한 요구가 증가할 것이다. 한국과 호주처럼 여러 사법권은 의사결정능력 장애인을 위한 법제도의 발전과 향상을 촉진하기 위해 서로 배우고 협력하여 많은 것을 얻을 수 있다. 또한 각각의 법제도의 개혁은 필수적으로 인지장애인 등 제도와 가장 관련 깊은 당사자를 협의와 발전의 측면에서 제일 앞에 그리고 중심에 두고 착수되어야 할 것이다.

투고일: 2018. 1. 15. 심사일: 2018. 1. 18. 게재확정일: 2018. 1. 29.

■ 참고 문헌 ■

Australian Law Reform Commission, ‘Equality, Capacity and Disability in Commonwealth Laws’, ALRC Report 124.

Australian Law Reform Commission, Protecting the Rights of Older Australians from Abuse, 2016.

Australian Research Council Funded Linkage Project, Effective Decision-Making Support for People with Cognitive Disability, 2016.

<http://www qlrc.qld.gov.au/publications>[Accessed 9 September, 2015].

Korea Times, “Demand for Guardianship Increases”, by Chung Ah-young, 22 December 2015.

Parliament of NSW, Elder Abuse in New South Wales, Report 44, 2016.

Queensland Law Reform Commission, A review of Queensland’s Guardianship Laws, Chapter 4, 2010.

Victorian Law Reform Commission, Guardianship Final Report 24, January 2012.

<http://nswcid.blogspot.com.au>

<http://www.abs.gov.au/ausstats/abs@.nsf/Lookup/2071.0>

<http://www.abs.gov.au/ausstats/abs@.nsf/mf/2071.0>

<http://www.alrc.gov.au/publications/equality-capacity-disability-report-124>

<http://www.lawreform.justice.nsw.gov.au/>

<http://www.ncat.nsw.gov.au>

<https://www.parliament.nsw.gov.au>