



호주의 성년후견법제 현안

윤 태 영

(아주대학교 법학전문대학원 부교수)

I. 머리말

II. 제도의 개요

1. 성년후견의 유형
2. 후견심판기관

III. 법정후견제도와 공공후견인

1. 재산관리 법정후견인과 공공후견관리국
2. 신상보호인과 공공신상보호국
3. 공공후견인의 업무 지침

IV. 임의후견제도

1. 재산관리에 대한 임의후견제도
2. 신상감호에 대한 임의후견제도

V. 맺음말

“글로벌(Glocal)”은 글로벌(global)과 로컬(local)의 합성어로서, 교통, 통신수단 등의 발달로 생활권이 글로벌화 되어 경제문제를 비롯한 환경문제, 평화문제 등에서는 국가 간 상호의존이 높아지면서도 국가를 대신하는 단위로서의 지역의 역할이 여전히 강조됨을 의미합니다. 이에 최신외국법제정보는 글로벌과 로컬의 주요 현안들을 살펴보고 시사점을 찾고자 합니다.

I. 머리말

2013년 7월 1일 우리나라에서 본격적으로 새로운 성년후견제도가 시행된 지 벌써 1년 2개월이 지났다. 성년후견제도는 종래의 무능력자제도와 달리 무엇보다도 요보인의 잔존능력을 활용하고 자기결정권을 존중하는 데에 그 주된 취지가 있다. 따라서 행위능력을 없애버리는 종래의 금치산자제도와 한정치산자제도를 폐지하고 이를 대체하는 새로운 법정후견제도로써 성년후견, 한정후견, 특정후견의 세 가지 보호유형을 도입하는 한편, 스스로 후견계약을 통해 장래의 후견 필요성에 대비하는 임의후견제도를 신설하여 시행하고 있다.

이 가운데 우리에게 생소하지만 가장 주목할 만한 제도가 특정후견제도와 임의후견제도이다. 특정후견제도는 일시적 후원이나 특정한 사무에 관하여만 피특정후견인의 법적 지원을 위하여 특정후견인이 선임되는 제도로, 법정대리권이 부여된다고 하더라도 법률행위와 관련된 피특정후견인의 행위능력은 제한되지 않는다. 또한 임의후견제도는 후견을 받을 사람이 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 부족한 상황 내지 부족할 상황에 대비하여 임의후견계약에 의하여 자신이 평소 신뢰할만하다고 평가했던 사람과 후견사항을 스스로 결정하는 제도이다. 이러한 점에서 특정후견제도와 임의후견제도는 ‘본인의 의사와 잔존능력’의 존중¹⁾을 기본 이념으로 하는 새로운 성년후견제도의 취지 및 UN 장애인권리협약 제12조의 요청에 가장 부합하다고 평가받을 만하다.²⁾ 한편 개정민법의 중요한 사항 중 하나는, 후견을 받는 사람의 복리, 치료행위, 주거의 자유 등에 관한 신상보호 규정을 두고, 피후견인의 신상에 관한 결정권이 본인에게 있다는 점을 보장하였다는 점이다.

특정후견제도와 임의후견제도는 종래 금치산자와 한정치산자라는 획일적으로 행위능력을 제한하는 제도만을 두고 있던 우리나라에서 매우 획기적인 입법조치로서, 우리나라의 후견제도 발전에 중요한 기능을 수행할 것으로 기대되고 있다. 그렇지만 현재까지 성년후견제도나 한정후견제도보다 신청이 덜 이루어지고 있고 기대만큼 활발히 이용되지 않는 형편이다. 아무래도 우리 법제에서 익숙하지 않은 제도인 만큼 우리 사회에서 올바르게 정착되기까지는 상당한 시간과 노력이 필요할 것으로 보인다. 이러한 점에서 특정후견제도와 임의후견제도에 대한 해외의 법제를 비교법적으로 살펴보고 제도를 개선·정비해 가는 것은 시행착오를 줄이기 위해서라도 매우 의미 있는 작업이다. 그 가운데에서도 본고는 복지제도가 발달한

- 1) ‘잔존능력’이라는 용어보다 긍정적인 뜻인 ‘현존능력’이라는 용어를 사용해야 한다는 견해에 대해서는 구상엽, 개정 민법상 성년후견제도에 대한 연구, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 2012. 2. 7면 이하 참조.
- 2) 주지되어 있는 바와 같이, 새로운 성년후견제도는 UN 장애인 권리협약 제12조의 이행을 위한 국내법 정비목적으로 도입된 것이다.

호주의 성년후견법제를 살펴보고자 한다.

연방제인 호주는 성년후견법이 주마다 다르다. 이에 본고에서는 호주 수도 캔버라를 둘러싸고 있고 최대 도시인 시드니를 주도로 하고 있는 뉴사우스웨일스(New South Wales)주와 섬으로 이루어진 태즈메이니아(Tasmania)주 두 주를 중심으로 호주의 제도를 고찰해 보고자 한다. 실제로 뉴사우스웨일스주에서 체결된 임의후견계약은 퀸즈랜드(Queensland)주, 빅토리아(Victoria)주, 웨스턴오스트레일리아(Western Australia)주에서도 유효하고, 여기에 휴양지로 유명한 태즈메이니아의 후견제도를 살펴보면 호주의 전체적인 제도를 파악할 수 있기 때문이다.

호주는 우리나라와 같이 법정후견제도를 세분화하지 않고 특정후견제도를 기본으로 하는 법정후견과 임의후견으로 크게 나누고, 각각 신상보호와 재산관리제도로 구분하여 탄력적으로 운영하고 있는 점이 특징적이다. 이러한 점에서 특히 우리나라의 특정후견제도와 임의후견제도에 있어서 많은 참고가 될 것으로 보이므로 이하에서는 이러한 점을 중심으로 살펴본다.

II. 제도의 개요

1. 성년후견의 유형

뉴사우스웨일스주의 후견제도에 대한 기본법은 1987년의 후견법(Guardianship Act 1987)이고, 태즈메이니아주 후견제도의 기본법은 1995년의 후견관리법(Guardianship and Administration Act 1995)이다. 두 주에서는 법은 달라도 기본적인 제도 설계와 용어는 아주 유사하다. 양 주의 성년후견법제는, 법정후견과 임의후견, 여기에 재산관리와 신상보호로 크게 나누고 있고, 같은 후견이라도 명칭을 세세하게 구별하여 다르게 정하고 있다. 두 주의 후견 유형을 보면 다음과 같다.

〈표〉 후견의 유형

구 분	기 능	
법정후견	신상보호	Guardianship
	재산관리	Administration
임의후견	신상보호	Enduring Guardianship
	재산관리	Enduring Power of Attorney

각각을 담당하는 자의 용어도 다르다. 법정후견에서 재산관리를 총괄적으로 취급하는 공적 기관을 ‘공공후견관리국(office of the protective commissioner)’, 법정후견에서 신상보호를 총괄적으로 다루는 기관을 ‘공공신상보호국(office of the public guardian)’이라 한다. 한편 임의후견에서 재산관리를 담당하는 자를 ‘임의재산관리인(enduring power of attorney)’, 임의후견에서 신상보호를 담당하는 자를 ‘임의신상보호인(enduring guardian)’이라 한다.

우리나라는 법정후견제도에 있어서 종전의 행위능력방식과 유사하게 성년후견제도, 한정후견제도, 특정후견제도로 유형을 확정하는 다원론을 채택하였다. 그 가장 중요한 이유가 법원의 부담에 대한 고려, 즉 일원론으로 갈 경우 구체적인 사안에서 후견여부 및 범위를 결정해야 할 가정법원의 부담이 지나치게 가중된다는 우려를 고려하였다는 것이다. 그런데 이하에서 살펴보겠지만, 호주에서는 별도의 독립심판기구가 후견을 전담하여 유연한 운용이 이루어지는 장점을 가지고 있기 때문에, 후견유형을 한정하는 다원론 방식이 아니라 일원론을 채택하여 피후견인에게 필요한 범위에 맞추어 후견이 이루어지고 있다. 또한 일정기간 및 일정부문에 후견을 담당한다는 점에서 우리나라의 특정후견제도에 해당하는 제도가 기본구조로 되어 있다. 따라서 후견신청 당시에 왜 후견인이 필요한지 신청서에 구체화하도록 하고 있고 각각의 필요에 따라 후견심판이 진행된다.

2. 후견심판기관

법원에서 후견심판이 이루어지는 우리나라와 달리 호주에서는 주 사법부의 관할 하에 있는 일종의 심판소(Tribunal)에서 성년후견심판이 이루어진다는 점이 특징적이다. 뉴사우스웨일스주에서는 ‘성년후견심판소(Guardianship Tribunal)’³⁾가, 태즈메이니아주에서는 후견관리위원회(Guardianship and Administration Board)⁴⁾가 그 역할을 담당하고 있다. 양자는 기관 명칭은 다르지만 역할이나 업무는 거의 같다.

먼저 뉴사우스웨일스주의 성년후견심판소는 장애를 가진 사람들의 권한 부여(empowerment)와 보호를 위하여 1989년에 설치된 기관이다. 성년후견심판소는 장애에 관한 다양한 지식과 경험을 가진 전문가로 구성되어 있다. 또한 심판에 있어서는 다른 배경을 가진 3명(법률가, 장애에 관한 치료 전문가, 기타 장애인의 지원에 관련된 사람)에 의한 합의제로 운영된

3) 뉴사우스웨일스주 성년후견심판소의 자세한 업무 내용과 기능에 대해서는 성년후견심판소 홈페이지(http://www.gt.nsw.gov.au/gt/guardianshiptribunal_home.html) 참조.

4) 태즈메이니아주에서는 후견관리위원회의 자세한 업무 내용과 기능에 대해서는 후견관리위원회 홈페이지(<http://www.guardianship.tas.gov.au>) 참조.

다. 심판에 대한 모든 판단은 문서화된다.

태즈메이니아주의 후견관리위원회는 1963년 정신보건법에 의해 창설된 후견위원회(Guardianship Board)가 변경되어 설치된 기관으로, 임기 5년의 위원장·부위원장과, 임기 3년의 위원 20명으로 구성되어 있다. 위원장·부위원장 및 위원들은 재선할 수 있고, 위원장을 비롯하여 위원의 대부분이 보통 재선되고 있다. 위원회는 법학을 중심으로 보건·의료학, 간호학, 심리학, 사회복지학, 회계학, 약학 등 다양한 분야를 전문으로 하고 있는 사람들에 의해 구성된다. 그리고 이러한 집행부문을 지원하는 조직으로서 사무국이 설치되어 있다.

성년후견심판소와 후견관리위원회(이하 후견관리위원회와 성년후견심판소를 통칭하여 ‘심판소’라 한다)는 법정후견개시명령을 하고, 임의후견에 대한 최종적인 책임을 지는 이외에 사적으로 문제를 해결할 수 있도록 가족지원을 하고 있다. 심판소의 가장 중요한 기능은 판단능력이 불충분한 사람들에 대하여 신상보호와 재산관리의 두 가지 면에서 후견인 선임을 하는 것이다. 구체적인 임무는 후견인의 선정에 관한 일련의 프로세스 즉, 신청 접수, 조사, 심리, 후견명령을 진행하고, 이와 관련한 후견인의 업무에 관한 평가, 불복신청, 명령의 재검토, 선임된 후견인에 관한 등기업무 등을 하고 있다.

심판소가 내린 결정에 불복하는 자는 누구라도 행정심판소(Administrative Decisions Tribunal) 및 대법원에 항소 및 상고할 수 있다. 또한 심판소에 대하여 법정후견개시명령의 재검토를 언제라도 요구할 수 있다. 법정후견은 기간이 한정되어 있는데,⁵⁾ 기간이 만료된 후에는 계속할 필요가 있는지를 심판소가 심사하게 된다.

심판소는 후견인을 임명하는 것뿐만 아니라 감독도 하고 있다. 심판소는 정기적인 조사 권한을 가지고 있고, 매년 후견인은 보고서를 제출해야 한다. 아울러 심판소는 이러한 법정후견에 관한 임명과 감독뿐만 아니라, 신상보호 및 재산관리의 임의후견인에 대한 지도도 하고 있다. 또한 실시되고 있는 후견 사안에 대하여 고충이나 불복 신청이 있는 경우에는 필요에 따라 명령의 변경이나 해임을 포함한 후견인의 선임에 관한 재검토 등이 이루어진다. 피후견인에 의한 후견인에 대한 불복신청을 인정함으로써 후견인에 의한 업무의 적절성을 감독한다고 하는 제도설계는, 호주 성년후견법의 주요 원칙이 피후견인 본인에 대한 배려와 최선의 이익 추구, 행동의 자유에 대한 최소한의 제약이라는 기본적 인권 관념에 있기 때문이다. 따라서 본인에게 잔존능력이 인정되는 한, 심리에서 필요한 정보의 수집에 있어서는 본인으로부터 직접 의사 확인을 했는가보다 중요시되고 있다.

5) 최초 법정후견개시 시에는 최장 3년, 갱신 후에는 최장 5년으로 기간이 한정되어 있다.

Ⅲ. 법정후견제도와 공공후견인

1. 재산관리 법정후견인과 공공후견관리국

호주 법정후견제도의 특징 중 하나는 가족, 친구, 전문가, 후견단체 등과 같은 일반적인 법정후견인 제도뿐만 아니라 공공후견인 제도가 매우 발달하였다는 점이다. 공공후견인의 신분은 일종의 공무원(public officer)으로, 보통 재산관리 법정후견인은 ‘administrator’라 불리는데 뉴사우스웨일스주에서는 특히 공공 재산관리 법정후견인을 가리켜 ‘protective commissioner’라고 한다. 재산관리 법정후견인은 장애를 가진 사람 자신의 능력으로 이성적인 판단이 불가능할 때 그 사람의 재산적, 재정적인 문제를 관리한다. 재산 후견인은 그 사람의 지급 대행, 재정적인 결정 등에서 보호하는데 그치며 거취나 건강문제 등 신상후견인(guardian)의 일에는 관여하지 않는다.

공공 재산관리 법정후견인을 관할하는 곳이 공공후견관리국으로서, 뉴사우스웨일스주의 경우 1983년 재산관리보호법(Protected Estates Act 1983)에 의해 주사법부 하에 1985년 설치되었다. 성년후견심판소에 의해 재산관리명령이 이루어지면 임무를 개시한다.

공공후견관리국의 주된 직무내용은 의사결정능력이 쇠퇴한 사람들을 위한 재산관리(재산 보호, 주택 매매, 은행 계좌 관리, 청구서 관리 및 지급, 투자 등)와 일반 재산관리인의 감독이다. 일반 재산관리인은 매년 회계보고서를 제출하여야 하는 의무를 지고, 공공재산관리국의 감사도 받는다.

2. 신상보호인과 공공신상보호국

호주에서 신상보호에 관한 법정후견은 신상보호인(guardian)이 담당한다. 이 가운데 공공신상보호인은 후견관리위원회에 의해 임명된 일종의 공무원이다. 신상보호인의 가능한 대리행위에 대해서는 일람으로 나타내는 것으로 되어 있는데, 항목으로서는 ① 의료 동의(치과치료를 포함한다)의 가부, ② 거주지역의 선택, ③ 직업의 선택, ④ 본인이 필요로 하는 서비스 등으로 되어 있다. 신상보호 이외에 재산관리에 대해서는 동시에 재산관리인으로서 임명을 받는 경우를 제외하고는 인정되지 않는다.

공공신상보호는 심판소에 의한 명령이 있거나 임의후견 사안 가운데 정당한 절차를 거친 경우에만 성립한다. 신상보호의 요건으로는 ① 18세 이상일 것, ② 본인의 ‘최선의 이익’을 위해 행동할 것, ③ 이해상반이 없을 것, ④ 대리인으로서의 활동에 지장을 주지 않을 것의 4

가지이다. 심판소가 적당하다고 판단하는 경우에는 18세 이상의 배우자나 친족, 본인에 가까운 친구라도 임명의 대상으로 될 수 있다.

공공신상보호국은 의사결정에 장애를 가지고 있는 사람들의 권리를 보호하기 위하여 신상보호인들로 구성된 기관이다.⁶⁾ 뉴사우스웨일스주에서는 성년후견법에 의해 1989년 설치되었고, 태즈메이니아주에서는 1995년 후견관리법에 의해 설치되었다.

공공신상보호국의 직무내용 중 가장 중요한 것은 의료, 치과진료 등과 같은 경우에 있어서의 ‘결정 대행’ 업무이다. 즉, 공공신상보호국에서는 의사결정에 곤란함을 가지고 있는 사람들을 위하여 본인의 ‘최선의 이익’을 고려하여 의사결정을 한다. 그리고 이러한 대행적 의사결정이 본인의 의사에 입각한 것이었는지 본인, 가족, 친구, 서비스제공자 등과 상담도 한다. 가족이나 주위 사람들 사이에 어떠한 의사결정을 내리는데 있어서 심각한 견해의 불일치가 있는 경우에는 ‘지역사법센터(Community Justice Centres)’⁷⁾에 조정을 구할 수 있다. 공공신상보호국이 내린 결정에 불만이 있는 경우에는 심판소에 재심사를, 또한 이미 이루어진 의사결정에 불만이 있는 자는 공공신상보호국에 내부심사를 요구할 수 있다. 그래도 납득할 수 없는 경우에는 행정심판소에 재심사를 구할 수 있다.

3. 공공후견인의 업무 지침

후견인은 피후견인의 이익을 위해 특정한 결정을 대신 내릴 수 있는 권한을 부여받는다. 후견인이 결정되면, 심판소는 더 이상 후견 결정에 관여하지 않는다. 후견인은 치매, 지적장애, 뇌손상 혹은 정신병을 가진 판단능력이 없는 사람을 위해 그 후견인으로 선임된다. 이러한 자들은 자신이 원하는 것을 명확하게 표현하거나 자신의 입장을 관철시킬 수 없기 때문에, 공공후견인이 일정 기간 동안 요보호인들의 생활영역에서의 결정을 내리기 위해 선임된다.

공공후견인은 피후견인에게 어떤 결정이 필요한지, 그러한 결정이 실효성이 있는지, 그리고 그 결정이 피후견인의 생활에 어떤 영향을 미칠 것인지를 판단해야 한다. 후견인의 결정은 요보호인의 이익에 직결되므로 최선의 이익이 되는 결정을 내려야 할 책임이 있다. 따라서 법령에 일정한 원칙들을 규정하고 이것을 구체화한 지침들이 마련되어 있는데, 예를 들어

- 6) 이러한 공공신상보호국과 달리 가족이나 친지 등의 일반 신상보호인에 대하여 지원을 하기 위한 기관으로는 ‘사적 신상보호지원팀(Private Guardian Support Unit)’의 존재가 주목된다. 이 팀은 정보제공 등을 중심으로 임의신상보호인에 대한 지원을 하고 있다.
- 7) 주정부기관인 뉴사우스웨일스주 ‘지역사법센터(Community Justice Centres)’의 기능 및 역할에 대한 상세는 http://www.cjc.nsw.gov.au/cjc/com_justice_index.html 참조.

태즈메이니아주에서는 후견관리법(Guardianship and Administration Act 1995)과 공공영역 윤리행동지침(Public Sector Code of Conduct)⁸⁾에 원칙들이 규정되어 있다.

먼저, 후견인은 후견관리법(1995)이 규정한 원칙들을 반영하여 다음과 같은 지침에 따라 결정을 내려야 한다.

- 피후견인의 이익의 최대화
- 가능한 한 피후견인이 원하는 바를 실현
- 동법에서 정한 권한과 의무는 반드시 준수되어야 하고, 그래서 피후견인의 결정과 행동의 자유를 최소한도로 제한하는 수단이 사용되어야 함.

또한 동법은 공공후견인으로 하여금 가능한 한 다음의 사항에 따라 업무를 수행하도록 하고 있다.

- 피후견인과 상의하여 그들이 원하는 바를 고려하면서 후견업무 수행
- 피후견인의 입장을 대변하는 자로서 후견업무 수행
- 피후견인이 지역사회에 가능한 한 많이 참여할 수 있도록 격려하는 방식으로 후견업무 수행
- 피후견인이 자립할 수 있도록 그리고 스스로 합리적 의사결정을 할 수 있도록 격려하고 도와주는 방식으로 후견업무 수행
- 유기, 학대, 착취 등으로부터 피후견인을 보호하는 방식으로 후견업무 수행

물론 공공후견인은 후견명령에서 제시한 범위 내에서만 피후견인을 대신하여 결정을 내릴 수 있다. 후견인이 내린 결정을 수긍하기 어려운 경우에는 왜 그러한 결정을 내렸는지에 관한 설명을 요구할 수 있다. 그럼에도 불구하고 여전히 수긍하기 어렵다면 후견업무기관에 설명을 요청할 수 있고, 기관은 해당 결정의 이유를 서면으로 작성하여 제공하여야 한다.

IV. 임의후견제도

1. 재산관리에 대한 임의후견제도

호주에서의 재산관리 임의후견은 'enduring power of attorney'라고 하는데 이것은 단어의

8) 연방차원의 지침으로는 법정후견의 표준기준(National Standards of Public Guardianship)이 있다. 이 기준은 판단 무능력자들의 이익을 대변하는 후견인들의 업무에 있어서 최소한의 기준을 제공하는 것이다. 또한 이 기준은 각 주마다의 후견업무 기준들에 기초를 제공하는 가이드라인이 된다. 이 기준은 2008년 7월 17일에 체결된 무능력자의 권리에 관한 호주연방협약으로부터 영향 받은 것이다.

의미대로 ‘지속적 대리’라고 할 수 있다. 일반적 대리(power of attorney)는 대리권 수여 계약서에 18세 이상의 본인이 대리인으로 지명하는 자를 명기하고, 위임내용을 명확히 함으로써 성립한다. 이에 반하여 ‘지속적 대리’는 대리인 예정자가 수임에 동의하는 것에 의해 성립한다. ‘지속적 대리’라는 용어는 본인의 의사능력 상실 후에도 지속한다는 점에서 나온 것이다. 이러한 점에서 임의후견은 대리의 특별유형에 속하고, 실제로도 일반적 대리와 동일한 양식을 사용하나 요건을 가중하는 형태, 즉 후견계약에 대한 증거가 필요하다.⁹⁾

재산관리에 대한 임의후견에 대해서는 공공수탁인(public trustee)의 존재가 중요하다. 공공수탁인은 1914년 공익수탁법(Public Trustee Act 1913)에 의하여 설치된 공적 수탁법인으로 유언의 작성, 집행, 신탁, 대리 업무를 맡아 하고 있다. 임의후견은 장래형의 대리계약인데, 이것은 유언과 동일한 매커니즘을 가지고 있으므로, 공공수탁인이 임의후견계약을 진행시키고, 그 절차에 대하여 무료 상담도 하고 있고, 스스로 임의재산관리인으로 수임도 한다.¹⁰⁾

호주에서는 재산관리에 대한 임의후견계약을 체결하는데 있어서 요보호인의 보호를 위해 후견인에게 일정한 의무를 부과하고 있다. 예컨대 뉴사우스웨일스에서는 임의후견계약이 이루어졌다는 것을 증명할 수 있는 임의후견계약 체결 시의 ‘증인 증명서(witness certificate)’가 필요하다. 그 내용으로는 ① 지속적 대리권 수여자인 본인에 의한 서명이 있을 것, ② 계약내용에 대하여 본인에게 설명을 하였다는 것, ③ 계약서 작성시에 ‘계약체결능력’이 존재하였을 것이 있다. 그리고 이것을 증명할 수 있는 증인의 권한을 가진 자는 사무변호사(solicitor), 법정변호사(barrister), 일정한 자격을 갖춘 공공수탁인이나 수탁회사의 직원, 지역 법원(local court)의 등기관(registrar)에 한한다.¹¹⁾ 아울러 심판소에서 진정한 후견계약이 이루어졌는지를 심사한다.

피후견인의 ‘능력’의 존부에 대하여 다툼이 있는 경우에는 심판소에 판단을 구해야 한다. 판단의 결과 능력의 존재에 의문이 있을 때에는 ‘무능력’임을 선고하여 계약을 무효로 하고, 법정재산관리제도로 전환한다. 임의성년후견계약에서 정해져 있는 권한을 넘는 행위를 하게 되면 법적 책임을 묻게 됨은 물론이지만, 이에 대한 발견이 어렵다. 이러한 점에서 공공수탁인은 남용의 우려나 이익상반의 가능성이 적고, 법률·투자·재산 감사 등의 전문지식을 배

9) 뉴사우스웨일스주에서는 일반적 대리와 지속적 대리는 동일한 계약서 양식을 사용하지만, 일반적 대리에는 양식에서 지속적 대리권 수여 조항을 삭제하고 있고, 지속적 대리를 하는 경우에는 Power of Attorney Act 2003의 제19항에 따라 증명서란이 따로 있다.

10) 뉴사우스웨일스주 공공수탁인의 업무 및 기능의 상세한 내용에 대해서는 NSW Trustee & Guardian의 홈페이지(<http://www.tag.nsw.gov.au>) 참조. 한편 태즈메이니아주의 공공수탁인에 대해서는 The Public Trustee 홈페이지(<http://publictrustee.tas.gov.au>) 참조.

11) Power of Attorney Act 2003, section 19 참조.

경으로 한 법인후견으로서 중요한 역할을 담당하고 있다.

우리나라에서는 임의후견감독인 제도를 구비하여 임의후견인의 권한 남용을 막는 장치의 기본은 법적으로 마련하였다. 다만 임의후견감독인과 임의후견인의 공모에 의한 권한 남용을 발견하거나 막는 문제는 여전히 과제로 남고 있고, 신탁제도의 활용이 대안으로 제시되고 있는 상황이다. 이러한 점에서 호주의 공공수탁인제도는 매우 참고할만하다고 평가된다.

2. 신상감호에 대한 임의후견제도

거주 장소, 동거자, 치료, 식사, 의복 등의 선택에 관하여 의사결정능력을 상실한 본인을 대신하여 의사결정을 할 수 있는 임의후견제도가 신상보호 임의후견제도(enduring guardianship)이고, 호주에서 일반적으로 신상감호 임의후견인을 ‘enduring guardian’이라 한다. 이 후견계약의 체결에 있어서는 재산관리와 마찬가지로 ‘증인 증명서’가 필요하다. 한편 공공신상보호국은 법정후견을 담당하는 일반 신상보호인 뿐만 아니라 신상보호 임의후견인에 대해서도 조언과 지원을 한다.

특히 신상보호와 관련하여서는 임의후견인이 피후견인을 위한 ‘최선의 이익’을 탐구하는 작업이 중요하다. 이를 위하여 공공신상보호국이 제시한 기준들이 있는데, 예컨대 본인의 이익 탐구를 위해 당사자는 몇 번이라도 본인을 방문하고, 본인의 의사나 감정을 탐구할 것이 요구되어 있다.¹²⁾

신상보호에서 아마도 가장 문제가 되는 경우는 의료에 대한 동의일 것이다. 그런데 뉴사우스웨일스주나 태즈메이니아주에서는 의사나 치과의사가 치료를 할 때에는 반드시 환자의 동의를 얻게 되어 있다. 이 때문에 의사결정능력을 상실한 환자에게 치료행위를 하기 위해서는 치료동의를 후견인으로부터 받아야 한다. 구체적으로는 ① 신상보호에 대하여 권한을 가진 법정·임의후견인, ② 배우자 또는 이에 준하는 자(내연, 동성혼을 포함), ③ 무급의 간호인, ④ 본인과 친한 친척이나 친구의 순으로 되어 있다. 가족보다도 성년후견인의 의료행위 동의권이 우선한다는 점이 특징적이다. 다만 치료가 ① 불임을 유발할 가능성, ② 임신 중절, ③ 장기 이식, ④ 정신과, ⑤ 기계, 화학품, 신체적으로 혐오스런 자극 등을 포함한 특별 치료 등인 경우에는 심판소의 특별한 동의를 얻어야 한다. 다만, 생명의 위협과 직결된 긴급을 요하는 경우에는 동의 없이도 치료행위를 할 수 있다.

12) 예컨대, 뉴사우스웨일스주 공공신상보호국이 만든 ‘신상보호기준(guardianship standards)’ 중에는 본인의 의사를 탐구하기 위한 구체적인 체크 항목(본인으로부터의 청취, 반대하는 이유의 청취, 정기적인 방문, 관계자나 담당의 사로부터의 청취에 관한 항목)이 제시되어 있다.

우리나라에서는 법에서 신상보호라는 매우 추상적 개념만을 사용할 뿐인데다 아직까지 신상보호와 관련하여 어떤 매뉴얼이나 절차가 정비되어 있지 않다. 이에 비해 호주에서는 특히 신상보호와 관련한 후견제도가 잘 정비되어 있는데, 재산관리에 대한 후견절차보다도 오히려 다양하고 전문화된 절차가 구비되어 있다. 예를 들어 ① 의료 동의를 전문의가 신청하는 경우, ② 일반적인 의료 동의를 신청할 경우, ③ 불임수술에 대하여 신청할 경우 ④ 신상에 대한 제한적 개입에 대하여 신청할 경우 등에서 별도의 절차에 따라 심판절차가 진행된다.

V. 맺음말

지금까지 우리나라의 성년후견 법제 상황은 제도 시행 초기인 만큼 심판 절차에 주된 목적을 두어 왔다. 그렇지만 앞으로는 제도의 운용에도 포커스를 맞추어, 후견인의 권한남용방지나 공공후견인의 활성화라는 문제에 대한 법제도 정비가 시급히 이루어지지 않으면 안 될 것이다. 이러한 점에서 특정후견과 임의후견을 중심으로 성년후견에 대한 법제도적 절차가 잘 갖추어진 호주의 법제도는 우리에게 많은 참고가 될 것으로 생각된다. 무엇보다도 신분이 보장된 전문화된 국가 주도의 공공후견인 제도가 잘 발달한 점은 참고의 차원을 넘어 부럽기만 하다. 또한 이들에 대한 업무지원과 후견업무 감독을 위하여 사법부 산하에 공공후견관리국과 공공신상보호국을 두고 있다는 점에서 후견업무가 얼마나 중요한 국가업무인지를 다시금 깨닫게 된다.

현재 우리나라에서는 법원에서 후견심판업무를 맡고 있기 때문에 절차의 복잡, 심판절차까지의 기간의 경과 등이 문제로 되고 있다. 또한 아직 많은 사례가 축적되지 않았으므로 어느 범위에서 후견권한을 인정할 것인지도 심판절차과정에서의 난점일 것으로 여겨진다. 이러한 점에서 케이스마다 사안을 구분하여 각각 특별한 심판절차를 진행하고 권한범위를 부여하는 호주의 케이스 스터디는 우리에게 좋은 참고자료를 제시할 것이다.

호주의 여러 성년후견법제들 가운데 현시점에서 가장 중요하게 살펴보고 도입을 진지하게 검토할 필요가 있는 제도가 ‘후견신탁제도’이다. 중증장애인을 위한 신탁제도가 활성화된다면, 자기결정권 행사에 대한 개입이 될 수 있는 후견이 확대되기 보다는 법적 권한행사가 필요한 경우에만 후견인이 보충적으로 개입하는 제도로 정착될 수 있다. 이러한 점에서 중증장애인의 인권보호와 복리증진을 위한 제도적 방안으로서 신탁을 후견대체제도로 활용할 수 있는 방안을 적극적으로 검토할 필요가 있는데, 호주의 국가주도의 후견신탁법제는 매우 참고가 될 만하다고 생각된다.

참고문헌

구상엽, 개정 민법상 성년후견제도에 대한 연구, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 2012.

New South Wales Guardianship Act 1987.

Tasmania Guardianship and Administration Act 1995.

The Guardianship and Administration Board, Annual Report 2012-2013, 2013. 9.

The Power of Attorney Act 2003.

http://www.gt.nsw.gov.au/gt/guardianshiptribunal_home.html.

<http://www.guardianship.tas.gov.au>.

http://www.cjc.nsw.gov.au/cjc/com_justice_index.html.

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

<http://publictrustee.tas.gov.au>.