

캐나다 브리티시 콜롬비아주의 의사결정능력장애인의 사법상의 권리 실현 보장체계에 관한 연구*

제철웅**

《目次》

I. 글머리에	III. 의사결정능력 장애로 인한 위험에 대한 대응
II. 의사결정능력 장애인의 경제적 위험을 대비한 브리티시 콜롬비아 주의 공적 지원제도	IV. 의사결정능력 장애인을 위한 권익지원체계
	V. 결론

〈국문요약〉

치매, 발달장애, 정신장애, 뇌병변장애 등으로 의사결정능력에 장애가 있는 성인은 재산 관리, 신상보호와 관련된 권리를 실현하면서 생활하는 데 경제적 위험과 의사결정능력 장애로 인한 위험에 처하기 쉽다. 전자는 의사결정능력 장애인이 다른 장애인·비장애인과 의사소통에 어려움이 있기 때문에 경제활동 수행이 어렵거나 근로를 하더라도 단순한 업무 이외에는 이들을 고용하지 않으려 하기 때문에 사회생활 영위를 위한 재원 부족 상태에 처할 수 있다는 것을 의미한다. 후자는 의사소통상의 어려움으로 인해 타인에게 이용당하거나 속아서 경제적, 신체적, 정서적 피해에 노출되기 쉽다는 것이다. 이런 전형적 위험을 해소하고 사법상의

권리를 실현하면서 사회생활을 영위하기 위한 토대는 두 가지 위험을 해소할 장치의 마련이다. 전자는 공공부조제도, 부양의무자, 특별수요신탁제도 등 재원확보 방안을 마련하는 것이다. 후자의 위험을 해소하기 위해서는 의사결정지원 및 대행제도가 마련되어야 한다. 그러나 위 두 가지 제도의 정비만으로는 의사결정능력 장애인의 안전한 사회생활의 영위는 실현되기 어렵다. 신체적, 정서적, 경제적 피해 상태에 신속히 개입하여 침해된 권리를 회복시키고 장애의 침해를 방지할 수 있도록 해 주는 권익지원제도의 마련, 의사결정무능력 상태에 있더라도 민사재판을 통해 손쉽게 침해된 권리의 회복이 가능해질 수 있는 제도의 정비가 마련되어야 한다. 이런 4가지 측면의 제도가 유기적으로 가동되어야만 의사결정능력 장애인이 지역사회에 통합되어 살아갈 수 있는 환경이 마련될 수 있다. 이 글은 이런 분석들에 따라 브리티시 콜롬비아 주의 사법상의 권리실현 보장체계를 분석한 것이다.

I. 글머리에

1. 이 글은 장애인 중, 치매, 발달장애, 정신장애, 뇌병변, 약물중독 등의 사유로 의사결정능력에 장애가 있는 성인들의 사법(私法)상의 권리의 실현을 보장하기 위해 어떤 제도가 마련되어야 하는지를 연구한 것이다. 먼저 이 글에서 사용하는 표현에 대한 약간의 설명이 필요할 것이다. 첫째, 장애인복지법은 '장애인은 신체적·정신적 장애로 인하여 장기간에 걸쳐 일상생활 또는 사회생활에 상당한 제약을 받는 자'로 정의하지만, 여전히 의료적 모델(medical model)에 입각해서 장애를 분류하기 때문에, '의사결정능력 장애'는 장애분류에 속하지 않는다. 그런데 장애를 사회적 측면에서 접근하게 되면, 미국에서처럼, 장애를 청각장애, 시각장애, 인지장애, 보행장애, 자기돌봄장애(목욕, 의복착용 장애), 독립생활장애로 분류할 수도 있다.¹⁾ 이 연구의 대상인 캐나다 역시 장애를 사회기능상의 장애라는 관점에서 접근한다. 가령 신체상

* 이 논문은 한국연구재단 SSK “의사결정능력 장애인의 사회통합” 연구사업(NRF-2013S1A3A2043353)의 지원으로 연구되었다. 이 연구를 위해 서재경 연구보조원(성공회대 사회복지학과 박사과정생)이 관련 자료의 정리를 지원해 주었다. 이 자리를 빌려 감사드린다.

** 한양대학교 법학전문대학원 교수.

1) 장애개념의 발전은 가령 National Research Council, Improving the Social Security Disability Decision Process, Washington DC, the National Academies Press, 2007, pp. 20 참조. 미국은 75세 이상 인구의 50%가 장애인이라 한다. 2012 Disability Status Report USA 참조.

의 질병 등으로 사회생활에 어떤 장애가 있는지에 초점을 맞추어 장애 판단을 하고 장애수당 등의 지급여부를 판정한다.²⁾ 장애를 사회적 개념으로 이해하고 기능적으로 분류하면, 치매, 발달장애, 정신장애, 뇌병변, 약물중독에 공통된 사회생활상의 장애는 의사결정능력상의 장애로 귀결될 수 있다.³⁾ 우리나라의 경우 2012년 기준으로 치매환자가 약 57여 만 명, 뇌병변환자는 약 25만 여 명, 발달장애인이 약 19만 명, 정신장애인이 9만 여명 등이 있다.⁴⁾

둘째, '사법상(私法上)의 권리 실현'은 매우 포괄적인 의미일 수 있지만, 이 글에서는 의사결정능력 장애인이 재산 관리, 신상보호와 관련된 권리의 실현이라는 점에 한정해서 이렇게 표현하기로 한다. 이런 사법적 권리를 실현해 가는 과정에서 의사결정능력 장애인은 두 가지 유형의 공통된 위험에 직면한다. 먼저 재산의 확보에서 어려움이 있다(경제적 위험). 의사결정능력 장애인은 다른 장애인·비장애인과 의사소통에 어려움이 있기 때문에 대부분 경제활동을 수행하기 어렵거나 근로를 하더라도 단순한 업무 이외에는 이들을 고용하지 않으려 한다. 따라서 사회생활을 영위할 재원이 부족하다. 나아가 의사결정능력 장애인에게 재산이 있더라도 그 재산을 자기를 위해 사용하기가 쉽지 않다. 의사소통에 어려움이 있거나 판단능력 부족으로 통상의 성인이 가지고 있는 평균적인 정도의 합리성으로써 판단하기 어렵기 때문에 타인에게 이용당하거나 속아서 재산적 손해를 입기가 쉽다(의사결정능력 장애로 인한 위험).

이런 전형적 위험을 해소하기 위해 여러 나라는 사회복지법, 민사소송법 등 다양한 공법과 민법, 민사특별법 상의 제도를 유기적으로 연계시킨다. 첫 번째의 위험을 해소하기 위해서는 공공부조나 민법상의 부양의무제도를 연계시키기도 한다.⁵⁾ 두 번

2) 캐나다 브리티시 콜롬비아 장애인지정신청서(Person with Disability Designation Application Form) 에 보면 이것이 잘 드러난다.
3) 호주 빅토리아 주에서는 의사결정능력 장애인(persons with impaired decision making ability 또는 persons with impairment to decision making ability)이라는 표현을 사용한다.
4) 장애인고용공단 고용개발원, 2013년 장애인통계 자료 참조.
5) 독일과 우리나라가 여기에 해당된다. 제철웅/최윤영, 중증 발달장애인 보호를 위한 특별수요신탁제도의 도입 필요성, 비교사법 제21권 3호(2014.8), 1156면 이하 참조.

째 위험을 해소하려면, 의사결정을 지원하거나 대행하는 제도, 즉 성년후견제도나 이를 대체하는 제도⁶⁾ 또는 의사소통지원제도가 마련되어야 한다.

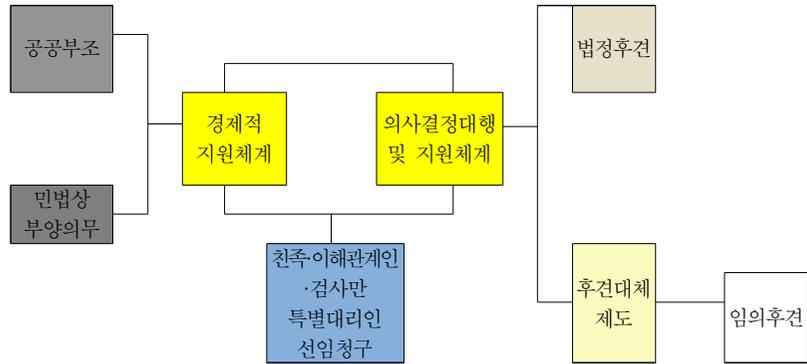
한편 의사결정능력 장애인이 신체적, 정서적, 재산적 학대나 방임(자기 방임을 포함) 상태에 있을 때 신속한 개입을 통해 침해된 권리를 회복시키고 장래의 침해를 방지할 수 있도록 해 주는 권익지원제도가 있지 않는 한, 후견제도 또는 후견대체제도는 무용지물일 수도 있다. 후견인 또는 후견대체서비스 제공자가 가해자나 방관자일 때 의사결정능력 장애인은 스스로 그 상황을 수습해 가기 어렵기 때문이다. 다른 한편 권익지원기관이 제대로 활동하려면 의사결정능력 장애인의 민사재판 참여권이 폭넓게 보장되어야 한다. 이런 사정을 종합해 보면, 위 4가지의 측면에서 관련 제도가 마련되어 유기적으로 가동되어야만 의사결정능력 장애인이 지역사회에 통합되어 제대로 살아갈 수 있는 환경이 마련될 수 있다. 이 글은 이런 분석틀에 따라 브리티시 콜롬비아 주의 사법상의 권리실현 보장체계를 분석한다.

2. 비교를 위해 우리나라의 권리실현 보장체계를 보면, 앞서 언급한 첫 번째의 위험을 해소하기 위해 민법상의 부양의무제도(특히 민법 제974조 이하)와 사회복지 관계법에 따른 다양한 공공부조와 사회복지서비스를 마련하고 있다.⁷⁾ 그런데 이 두 제도의 상호관계가 불명료해서 의사결정능력 장애인들이 큰 피해를 입기도 한다.⁸⁾ 두 번째 위험을 해소하기 위해 2013년 7월 1일부터 새로운 성년후견제도를 시행하고 있다. 그러나 UN 장애인권리위원회가 폐지를 권고하는 성년후견 유형이 가장 많이 활

6) 성년후견제도 운용에는 막대한 사회적 비용(판사 등의 개입, 후견인에 의한 권한 남용에 대한 예방 등)이 들 뿐 아니라, 장애인의 입장에서 자기결정권 침해도 적지 않다. 이런 이유 때문에 후견대체제도의 도입이 활발히 논의된다. 후견대체제도의 중요성을 강조하는 것으로는 제철웅, 개정 민법상의 후견계약의 특징, 문제점 그리고 개선방향: 후견대체제도의 관점을 중심으로, 민사법학 제66호(2014.3), 101-115면 참조.
7) 민법상의 부양의무제도와 공법상의 공공부조 간의 관계, 상호작용에 관하여는 제철웅/최윤영(위 주 5), 1139면 이하 참조.
8) 부양의무제도와 공공부조의 관계가 불명료하게 설정되어 있기 때문에 오히려 발달장애인에게 불리하게 작용할 수 있다는 점은 제철웅/최윤영(위 주 5), 1163-1165면 참조.

용될 뿐 아니라,⁹⁾ 임의후견을 포함하더라도 전체 이용 건수도 많지 않다.¹⁰⁾ 나아가 의사결정능력 장애인의 학대나 방임(자기방임 포함)이 있을 때 개입하여 장애인의 권리실현을 지원할 권익지원기관도 없다.¹¹⁾ 뿐만 아니라 이들 장애인이 재산적 피해를 입을 경우 의사소통능력의 부족으로 민사소송을 통해 권리구제를 받기도 쉽지 않다. 민사소송법 제62조의 특별대리인제도의 유추적용을 통해 권리구제의 길이 있지만, 친족, 이해관계자, 검사만이 특별대리인 선임을 청구할 수 있기 때문에, 후견인, 가족, 친족 등이 가해자(학대나 방임)이거나 방관자일 경우 권리보장의 사각지대에 방치된다. 우리나라의 의사결정능력 장애인의 권리실현 보장체계는 다음 표와 같이 요약할 수 있다.

<표 1> 의사결정능력 장애인을 위한 권리실현 보장체계 현황



9) UN 장애인권리위원회의 성년후견 유형에 대한 강한 우려는 CRPD/C/KOR/CO/1 참조.
 10) 우리나라에서의 후견제도 이용현황에 대한 분석에 관하여는 제철웅, 유엔 장애인권리협약의 관점에서 본 성년후견제도의 현재와 미래, 가족법연구 28권 2호(2014), 205-210면 참조.
 11) 현재 (사) 장애인권익문제연구소가 보건복지부로부터 '장애인인권침해예방센터' 사업을 위탁을 받아 수행하고 있다. 법적 권한이 미비한 상태에서도 큰 역할을 하고 있지만, 한계가 적지 않다. 그 활동에 관하여는 <http://www.15775364.or.kr>에서 확인할 수 있다. 2014.10.27. 최종방문.

3. 의사결정능력 장애인의 권리실현 보장체계의 점에서 보면, 그동안 법학계에서는 주로 후견제도에 초점을 맞추어 여러 나라의 제도를 연구해 왔고, 민사제도와 공법적 제도의 상호 관련성을 연구하지는 않았다.¹²⁾ 이는 이례적으로 많은 사람이 후견제도를 이용하는 독일의 영향과 후견제도 이용을 강조하는 일본 학계의 영향 때문일 수도 있고,¹³⁾ 학계간 연구에 익숙하지 않거나 전문성을 특정 법 분야에 국한된 연구로 인식하는 경향에 기인한 것일 수도 있다. 의사결정능력 장애인의 대부분이 후견제도를 이용하지 않고, 또 후견제도는 최후의 수단으로 어쩔 수 없는 경우에만 이용하는 것이 바람직하다고 보는 국제적 흐름에 비추어 보면,¹⁴⁾ 적어도 이 영역에서는, 국내의 기존의 연구관행에는 문제가 있을 수 있다.

이 연구의 배경에는 후견제도는 지금이나 향후 많이 이용되지 않을 것이라는 점, 전체 의사결정능력 장애인의 10% 가까이가 이용하면 이미 적정선에 달할 것이라는 점,¹⁵⁾ 후견제도보다는 후견대체제도를 활용하는 것이 장애인의 입장에서나(자기결정

12) 공공부조, 민법상의 부양의무제의 관계는 제철웅/최윤영(위 주 5)이 최초의 학계간 연구이며, 장애인의 권익보호를 위한 민사소송제도의 개선은 논의된 바 없다. 장애인 권익지원기관에 관한 연구는 주로 사회복지학계나 사회복지단체를 중심으로 논의되지만 형사소송에 집중한 것이지, 민사소송 내지 민사적 구제에 대해서는 거의 논의가 이루어지지 않고 있다. 특히 후자의 점은 이제까지 국회에 의원입법으로 제출된 P&A제도 관련법률안에 잘 나타나 있고, 안철수 의원안도 별반 다르지 않다. 피성년후견인 등의 소송능력에 관한 논의는 김상훈, 성년후견제도의 도입과 민사소송법상의 소송능력 등-소송능력을 중심으로, 강원법학 제41권, 2014.2; 김형석, 피성년후견인과 피한정후견인의 소송능력-해석론과 입법론, 가족법연구 제27권 1호, 2013.3; 김도훈, 성년후견제도 도입에 따른 민사소송법상 소송능력에 관한 소고, 법학연구, 2013.4.1; 정선주, 행위능력제도의 변화에 따른 소송능력의 재검토, 민사소송 제18권 제1호, 301.45; 제철웅, 민사소송에서의 의사결정능력 장애인의 법적 지위: 소송무능력자제도의 개정제안, 법학논총 제31집 제3호(한양대 법학연구소), 2014.9 등이 있으나, 의사결정능력 장애인의 권리구제라는 각도에서 접근한 것은 아니다.
 13) 후견제도 이용건수의 국제비교는 제철웅(위 주 10), 207면 이하 참조. 이에 따르면 인구 100,000명 당 100명 내외가 후견을 이용하는데 반해(인구의 0.1%), 독일은 법정후견만 하더라도 1,600여명 정도가 이용한다고 한다.
 14) 후견을 최후의 수단으로 활용하는 경향(보충성의 원칙)에 대해서는 제철웅(위 주 6), 101면 이하의 영국, 캐나다의 예를 참조.
 15) 대부분의 나라에서 법정후견제도의 활용은 그 이용빈도가 낮다. 각국의 법정후견제도

권의 존중의 관점) 사회적으로나(법원의 부담완화를 비롯한 사회적 부담의 경감) 바람직하다는 점 등이 전제되어 있다. 이에 입각해서 의사결정능력 장애인이 지역사회에 통합되어 안전하고 안정된 삶을 살아 갈 수 있도록 하기 위해서는 민사적 제도만이 아니라 공법상의 제도(민사소송법 포함)가 유기적으로 연계될 필요가 있다고 보고, 그 방법이 무엇인지를 제시하고자 한다. 최소한의 제도정비를 위해 위 2 <표 1>의 분석들에 따른 체계가 전체적으로 정비되어야 한다고 보고, 선진 각국에서는 그 각각에 대해 어떤 제도를 두는지를 연구하려는 것이다. 의사결정능력 장애인의 권리 실현 보장체계가 가장 잘 갖추어진 나라의 하나라고 평가되는 캐나다 브리티시 콜롬비아 주¹⁶⁾의 의사결정능력 장애인을 위한 권리실현 보장제도도 이런 관점에서 연구되었다.

4. 의사결정능력 장애의 경중은 상당히 다르다. 의사능력이 없는 사람도 있고,¹⁷⁾ 타인의 지원을 받는다면 의사결정에 어려움이 없는 의사능력자도 있다. 특정한 결정에 대한 선호도나 취향이 뚜렷한 경우 의사능력은 없더라도 의사결정능력은 있을 수 있다. 이렇게 보면 의사무능력자 중에서도 지원이 있으면 의사결정을 할 수 있는 사람이 대부분일 수 있다. 의사능력 판단기준에서 합리성 기준을 제외하고 개별적으로 또 사안별로 의사결정능력을 판단해야 한다는 입장을 취한다면,¹⁸⁾ 의사결정능력 장애인 중 의사결정무능력자는 극소수에 불과할 것이다. 이 글에서 다루는 캐나다 브리티시 콜롬비아주의 제도를 살펴 볼 때에도 의사결정무능력상태에 있는 사람에서부터

이용현황에 관한 국제비교는 제철웅(위 주 10), 207-210면 참조.

16) 캐나다 브리티시 콜롬비아 주의 제도는 캐나다 내에서만 아니라 국제적으로 평가되고 있는데, 이에 관해서는 제철웅(위 주 6), 109면 이하 참조.

17) 의사능력이란 어떤 쟁점 또는 사항에 대해 결정이 필요할 경우, 그 결정의 성질, 그 결정이 초래할 결과에 대해 아는 것을 의미한다. 우리나라는 여기에 덧붙여 결정의 성질 및 결정의 결과를 합리성 있게 예견하여 결정할 수 있는 능력이라 정의한다. 대법원 2012.03.15. 선고 2011다75775 판결 등

18) 영국 정신능력법 제1조 내지 제3조는 이런 인식을 기반으로 하여 의사능력 유무를 판단하고 있다. 이 점에서 의사능력 유무에 관하여 기능적인 접근을 한다고 평가한다.

의사능력 있는 사람까지를 포괄하는 의사결정능력 장애인의 권리실현 보장체계를 살펴 본다. 아래에서는 먼저 캐나다 브리티시 콜롬비아 주에서의 의사결정능력 장애인을 위한 특별한 경제적 지원제도를 개관하고(II), 이어서 다양한 편차를 가진 의사결정능력 장애인의 의사결정대체 및 지원제도를 살펴보고(III), 의사결정능력 장애인의 권리실현 보장체계를 개관함으로써(IV), 브리티시 콜롬비아 주의 권리실현 보장체계가 우리나라에 어떤 시사점을 제공하는지를 검토하면서 이 글을 마무리 짓는다(V).

II. 의사결정능력 장애인의 경제적 위험을 대비한 브리티시 콜롬비아 주의 공적 지원제도

1. 공공부조

의사결정능력 장애인에게 공공부조는 매우 중요한 의미가 있다. 브리티시 콜롬비아 주에서는 3 가지 유형의 공공부조를 이용할 수 있다. 공공부조는 모두 소득과 자산을 기준으로 대상자의 재산조사(means test)를 거쳐 선별적으로 지급된다.

첫째, 취업하고자 하였음에도 불구하고 취업할 수 없는 경우 소득지원을 받을 수 있다. 소득지원을 받기 위해서는 1인 가구일 경우 그 일인의 소득이 월 610 캐나다 달러 이상이어서는 안 된다. 또한 자산으로 은행예금 등이 2000 캐나다 달러 이상이어서도 안 된다. 다만 자동차는 10,000 달러까지 보유가 가능하고, 주거하는 집은 있어도 무방하다.

둘째, 지속적 및 복합적 장애로 취업을 할 수 없어서 신청 전 15개월 중 12 개월 이상 의존상태에 있어야 신청자격이 주어지는 지속적 취업 장애 수당(Persons with Persistent and Multiple Barriers to Employment Benefit: PPMBE Benefit)이 있다. 이 수당은 앞서 언급한 소득지원(income assistance) 수당을 받는 사람이 대부분인데, 1인 가구일 경우 최대 월 658 캐나다 달러가 지원된다. 이 수당은 2년 동안 지급된다.

셋째, 장애수당(Persons with Disability Benefit: PWD Benefit)이 있다. 18세 이상의 장애인으로 장애가 심각하여 앞으로 2년 이상 장애 상태가 지속될 것 같고, 장애로 인해 일상생활에 심각한 지장이 있다고 인정받아야 이 수당을 받을 수 있다. 동시에 소득이 월 906 캐나다 달러 이하이고, 자산이 은행예금 5,000 캐나다 달러 이하여야 한다. 자동차 1대(가격불문)나 주택소유는 허용된다. 이 때 1인일 경우 최대 월 906 캐나다 달러가 지급된다.

위 각 수당은 모두 지속적 지급이 아니라, 일정 기간 동안 지급하는 것을 목표로 삼기 때문에 계속하여 지급받고자 할 때에는 재신청을 하여야 한다. 그러나 장애수당은 재신청이 필요 없다. 도표로 그 내용을 보면 다음과 같다.

<표 2> 캐나다 브리티시콜롬비아 3유형의 공공부조¹⁹⁾

수급자격	소득지원 (Income Assistance)	지속적 및 복합적 사유로 인한 취업 장애수당 (PPMBE Benefit)	장애수당 (PWD Benefit)
소득	월 610 달러 이하 소득	신청 전 15개월 중 12개월 이상 의존상태(2년간)	906 달러 이하 소득
자산	2,000 달러 이하 예금, 10,000달러 이하 자동차, 주택		5,000 달러 이하 예금, 자동차(가격불문), 주택

소득 및 자산조사를 기반으로 지급하는 장애수당 등 공공부조는 1인 가구인지, 2인 가족(부부)인지, 3인 또는 4인 가족(부부 및 자녀), 가족 중 장애인이 몇 명 있는지 등에 따라 월 지급액에 차이가 있다.²⁰⁾

19) Advocacy Access, Help Sheet 12, 2014.2 를 재정리한 것이다.

20) Advocacy Access, Help Sheet 13, 2014.2를 재정리한 것이다.

2. 특별수요신탁으로서의 재량신탁

공공부조는 최저생활보장을 위한 것이다. 그런데 장애인이라고 이런 최저한의 생활에 머물게 해서는 안 될 것이다. 장애인도 최저생계 이상의 생활을 하면서 동시에 공공부조의 혜택도 그대로 누릴 수 있도록 하는 특별한 제도가 필요하다. 이를 위해 브리티시 콜롬비아 주에서는 미국의 특별수요신탁(Special Needs Trust)과 유사하게,²¹⁾ 장애인의 특별한 수요를 충족시킬 목적으로 신탁을 개설하고, 그 신탁에 자금을 불입한 경우 자산평가에서 자산으로 산정하지 않는다. 신탁재산이 장애인의 자산으로 평가되지 않기 위해서는, 통상의 신탁과 구분되어야 한다. 즉 장애인은 신탁의 수익자이기는 하지만, 수익권을 청구할 사법(私法)상의 권리가 없고, 그 지급여부가 수탁자의 재량에 전적으로 맡겨진 재량신탁이어야(Discretionary Trust) 한다. 또한 이 신탁재산으로 사용할 수 있는 용처도 장애로 인한 특별한 수요에 한정된다. 가령 요양보호 비용, 장애인 교육 및 직업훈련, 장애인편의시설을 위한 주택수리, 의료비용, 기타 독립생활을 가능하도록 하는 연간 8,000 캐나다 달러 한도의 생활비용이 그것이다.²²⁾

III. 의사결정능력 장애로 인한 위험에 대한 대응

1. 개관

앞서 언급한 공공부조와 특별수요신탁으로 의사결정능력 장애인의 생활보장을 위한 재산을 마련할 수 있다. 이를 자신을 위해 사용하기 위해서는 다양한 의사결정지원 제도가 마련되지 않으면 안 된다. 캐나다 브리티시 콜롬비아는 전통적인 후견인제

21) 미국의 특별수요신탁의 자세한 소개는 제철웅/최윤영(위 주 5), 1166-1172 면 참조.

22) 미국의 특별수요신탁이 현금지급이 금지되고 현물로만 지급되는 것과 비교하면 훨씬 좋은 조건이라고 할 수 있다. 미국의 특별수요신탁의 재원으로 사용할 수 있는 용처는 제철웅/최윤영(위 주 5), 1171-1172 면 참조.

도(a committee)를 두고 있었고, 의사결정능력 장애인의 보호를 목적으로 하는 공공수탁자관청(Public Trustee Office) 제도도 있었다. 그런데 의사결정능력 장애인의 사회통합을 촉진시키기 위해 후견제도 개혁을 위한 민간운동을 전개한 결과 1998년 4개의 법안이 통과되었다. 그것이 바로, 대리합의법(the Representation Agreement Act), 의료적 보호조치 동의 및 보호시설 입소법(Health Care (Consent) and Care Facilities (Admission) Act), 성년후견법(the Adult Guardianship Act), 공공후견인 및 수탁자 관청법(The Public Guardian and Trustee Act)이다.²³⁾

위 네 가지 법률은 그 후 2001년의 성년후견법률 개정법률 (the Adult Guardianship Statutes Amendment Act 2001), 2007년의 성년후견 및 미래 계획 법률 개정 법률(the Adult Guardianship and Planning Statutes Amendment Act 2007)을 거쳐 오늘날의 의사결정능력 장애인의 의사결정지원 제도로 정착되었다. 의사결정능력 장애인의 입장에서는 전통적인 후견제도(committeeship)를 그대로 사용할 수도 있고,²⁴⁾ 후견대체제도인 지속적 대리(Enduring Power of attorney), 대리 (Representation),²⁵⁾ 의료결정 대행자 또는 사전의료지시서(advance directive)²⁶⁾를 활용할 수 있다.²⁷⁾ 위 각각의 제도는 우리나라의 후견제도 또는 후

23) 위 4가지 법률을 포함한 브리티시 콜롬비아 주의 후견 관련 법제도의 개괄은 제철웅 (위 주 6), 109-113 면 참조.

24) 캐나다의 전통적 법정후견제도는 우리나라의 성년후견 또는 한정후견 유형의 운영에 참고가 될 것이다.

25) 이 두 제도는 우리나라의 임의후견제도의 운영 및 발전방향에 많은 시사점을 제공할 수 있다.

26) 이 제도는 우리나라 민법 제947조의2의 규정 해석 및 발전방향에 많은 시사점을 제공할 수 있다.

27) 위 4개의 법률은 후견제도개혁을 목표로 하였고, 그 초점은 바로 다음에 후술할 기존의 법정후견제도인 committeeship의 폐지에 있었다. 이를 입법하였음에도 불구하고 그 시행에 이르지 못하는 못하였다. 대신 성년후견법(the Adult Guardianship Act) 제2조 C 목에서는, 법정후견(committeeship)은 지원 및 후원의 대체수단의 제공이 시도되었고, 그럼에도 불구하고 그것으로 부족한 경우에만 선임하도록 해야 한다는 규정에 만족할 수밖에 없었다. 이 과정의 개괄은 the Public Guardian and

견대체제도의 운영과 발전방향에 많은 시사점을 제공할 수 있기 때문에 기본적인 특징을 비교적 상세히 소개한다.

2. 의사결정대체제도로서의 후견제도

(1) 환자 상태의 개시

캐나다 브리티시 콜롬비아에서는 피후견인을 Patient, 후견인을 Committee라고 한다. 행위무능력자제도에서와 유사하게, 브리티시 콜롬비아 주에서도, 먼저 환자(Patient)가 되어야 그에 수반하여 법정후견이 개시된다. 다음의 경우 환자 상태가 시작된다. 첫째, 정신보건법상의 정신병원 또는 심리치료기관의 장이 서명한 증명서에 질병, 연령 혹은 여타의 사정으로 생긴 정신적 취약함으로 인해 자신의 사무를 관리할 능력이 취약하다고 기재한 경우, 둘째, 브리티시 콜롬비아의 지방법원(Supreme Court) 판사가 질병, 연령 그 밖의 사유로 인한 정신적 취약함 또는 약물사용으로 인한 정신적 장애 때문에, 재산관리사무, 신상관리사무 또는 양 영역의 사무에서 의사능력이 없다고 판결한 경우가 그것이다(환자재산법(the Patients Property Act) 제1조).

(2) 후견인의 선임, 해임, 종료

정신병원 의사의 판정 또는 법원의 판결로 환자가 되면 당연히 공공후견인이 후견인이 된다. 그런데 지방법원은 주 법무부 장관 또는 기타의 신청인 등의 신청을 받아 다른 특정인을 후견인(a committee)으로 임명할 수도 있다. 이 때 신청인의 자격에 별도의 제한이 없다(환자재산법 제2조). 이런 절차를 통해 다른 특정인이 후견인으로 선임되기 않는 한, 공공후견인이 자동적으로 후견인이 된다(동법 제6조). 후견인 선임, 개임 신청에서는 신청 10일 이전까지 미리 공공후견인, 이미 선임된 후견인에

Trustee of BC, Court and Statutory Guardianship, 2004를 참조.

게 통지해야 하지만(동법 제7조), 사건본인을 개입시키지는 않는다. 환자 자신이 특 정인을 후견인으로 지명해 줄 것을 요청한 때에는 이를 거부할 정당하고 충분한 사 유가 없는 한 그 사람을 후견인으로 임명해야 한다. 환자 자신이 후견인을 지명하기 위해서는 성인인 때, 의사능력이 있는 상태에서, 유언법의 유언작성에 요구되는 바를 준수하여 작성된 서면으로 그 의사를 표시해야 한다(동법 제9조).

지방법원은 언제든지 다른 사람을 후견인으로 임명할 수 있는 권한을 가짐으로써 (동법 제8조), 후견인의 부적절한 임무수행에 대한 대응책을 마련해 두고 있다. 후견 의 종료는 정신병원으로부터 퇴원하거나, 정신병원 책임자 환자상태 종료 확인서를 후 견인에게 발행하거나 지방법원의 환자상태 종료 판결을 통해 가능하다(동법 제11조).

(3) 후견인의 권한과 활동방식

환자의 후견인은 그 환자의 재산에 관하여 그 환자가 성인이고 또 자신의 의사로 처분할 수 있는 정신상태라면 가졌을 모든 권리, 권한, 특권을 보유한다. 자신의 재산 사무를 관리할 수 없다고 신고를 받은 환자의 후견인은, 환자의 재산에 관하여 그 환 자가 성인이고 또 자신의 의사로 처분할 수 있는 정신상태라면 가졌을 모든 권리, 특 권, 권한을 가진다(동법 제15조 제1항). 후견인은 신탁적으로 환자의 재산을 보유하 게 된다. 또한 후견인에게 부여된 권리, 권한과 특권에는 환자가 가지고 있었던 일체 의 권리, 권한, 특권을 포함한다(동법 제17조). 가령 환자가 타인의 수탁자, 대리인이 었다면 그와 같은 권한도 포함한다. 한편, 자신의 신상을 관리할 수 없다고 신고를 받은 환자의 후견인은, 환자의 신상보호권한을 가진다. 자신의 재산 사무와 신상을 관리할 수 없다고 신고를 받은 환자의 후견인은, 환자의 재산에 관하여 그 환자가 성 년이고, 또 자신의 의사로 처분할 수 있는 정신상태라면 가졌을 모든 권리, 특권, 권 한을 가질 뿐 아니라, 환자의 신상보호권한을 가진다(동법 제15조).

후견인의 권한 행사로써 후견인이 한 모든 행위는 모든 사람과의 관계에서 마치 그 환자가 자기 의사로써 처분할 수 있는 능력을 가지고 한 것과 동일한 효력이 있다(동 법 제21조). 또한 환자가 원고가 된 소송은 후견인만이 제기할 수 있고, 환자를 피고 로 한 모든 소송은 소송후견인인 후견인을 상대로 제기하여야 한다(동법 제22조).

한편 법원은 후견인 선임 결정을 하면서, 동시에 환자의 권리, 특권 또는 권한에 관련한 후견인의 권한 행사에 조건을 붙이거나 제한할 수도 있다. 가령 권리, 특권, 또한 권한을 후견인이 행사하기 전에 공공후견인의 서면 동의를 받도록 요구하는 것 이 그것이다(동법 제16조).

후견인은 환자와 환자 가족의 이익을 위하여 권한을 행사하여야 하며, 이 때 환자 의 재산 가치와 성격, 그리고 환자와 환자가족의 환경과 욕구를 고려하여야 한다(제 18조).

(4) 후견인 활동과 비용상환

후견인은 자신의 활동에 대해 공공후견인에게 보고하고 감독을 받아야 한다는 점 이 브리티시 콜롬비아 주의 특징 중의 하나이다. 첫째, 후견인은 공공후견인이 지시 한 시점에 전체 계산서를 공공후견인에게 제출하여야 한다. 둘째, 후견인이 계산서를 제출한 이후 환자의 재산이 새로 발견되면(25,000\$ 혹은 그 이상의 가치인 경우), 공공후견인에게 이를 보고해야 한다. 셋째, 후견인으로 임명 당시 법원이 명령하거나, 또는 그 이후 공공후견인의 신청에 의해 법원이 명령한 경우, 후견인은 적절한 후견 인의 임무 수행을 위한 담보를 법원이 지시한 액수만큼 유가증권의 형태로 제출하되, 공공후견인을 수취인으로 하여, 지방법원의 등록관의 승인을 받아, 공공후견인에게 등록하여야 한다. 넷째, 공공후견인의 요청이 있으면, 후견인은 자신이 후견인으로 선임된 지역의 지방법원에 그 계산서를 제출하여야 한다. 물론 후견인은 공공후견인 의 계산서 제출 요구에 대해 언제든지 지방법원에 이의를 제기할 수 있다(동법 제10 조). 또한 후견인의 직을 종료할 때에도 계산서를 제출하여야 한다(동법 제13조).

한편 환자가 되는 것이 중단된 사람 또는 환자의 재산으로부터 그 자를 위해 후견 인으로서 제공한 서비스에 대해 합리적인 상환을 받을 수 있다. 공공후견인 이외의 사람이 후견인인 경우 계산서 제출의 시점에서 상환액이 확정되어야 한다.²⁸⁾ 환자

28) 환자재산법 개정을 위한 논의의 일환으로 2004년 공공후견인 관청에서 나온 자료에 따르면, 합리적 보수는 환자의 소득의 5%, 자산의 시장가치의 0.4%(년간), 법정후 견 개시비용으로 전체 자산의 1%공공후견청의 승인을 받은 특별한 경우의 비용으

또는 환자가 되는 것이 중단된 사람의 후견인은, 그 자의 재산 관리를 위해 또는 그 재산관리에 부수한 사무를 위해, 또는 그 자나 그의 가족 또는 피부양자를 위해 자신이 지출한 일체의 비용, 선급금 등의 상환을 위해 그 자의 재산에 대해 선취특권 또는 담보권을 가진다(동법 제14조).

(5) 후견과 후견대체제도의 관계

법원의 선고에 의해 환자 상태가 시작된 경우, 환자가 그 이전에 설정하였던 지속적 대리권은 종료되고, 대리합의의 효력도 종료된다. 단 대리합의의 경우 법원이 다른 명령으로써 그 효력을 유지할 수 있다(동법 제19조).

정신병원 의사의 결정에 의해 환자 상태가 개시된 경우, 그 환자가 설정한 지속적 대리권과 대리합의의 효력은 정지된다(동법 제19조의1). 이 때 공공후견인은 자신이 환자의 재산을 관리하는 것이 적절한지 여부를 판단하여야 하고, 공공후견인이 재산을 관리하기로 결정한 경우에는 지속적 대리권과 대리합의는 종료된다. 대신 공공후견인이 자신이 재산을 관리할 필요가 없다고 판단하게 되면, 공공후견인의 후견인으로서의 직위가 종료되고, 지속적 대리권 및 대리합의의 효력정지 상태가 종료된다. 즉 지속적 대리권 또는 대리합의법의 대리인이 활동하게 된다.

3. 후견대체제도로서의 대리합의(Representation Agreement) 제도

(1) 개관

1993년 제정된 대리합의법은 2000년 2월 시행되었고, 현재 대리합의법에 따른 등록업무는 비영리공익단체인 Nidus가 담당하고 있다. 대리합의(Representation Agreement)상의 대리인(Representative)은 성인 의사결정능력 장애인의 의사결

로 4%라 한다. the Public Guardian and Trustee of BC, Court and Statutory Guardianship, pp. 43, 2004를 참조.

정지원을 우선하되, 의사무능력 상태로 인해 그 성인이 독립적으로 의사결정을 할 수 없다면 그를 대리하여 의사결정을 할 수도 있다. 대리합의는 주로 의사결정능력 장애인의 신상관리에 관한 의사결정을 지원하거나 대행하는 것에 그 목적이 있지만, 일상적인 재산관리 업무에 관하여도 지원하거나 대리할 수 있다. 여기에는 다시, 중증 의사결정능력 장애 상태에서도 이용할 수 있는 것과 의사능력 있는 사람이 신상보호 및 의료보호 영역에서 미래를 설계하기 위해 이용하는 것 두 가지 종류가 있다.

(2) 중증 의사결정능력 장애인도 이용할 수 있는 대리합의법 제7조의 대리합의

(가) 대리합의법 제7조

대리합의법 제7조는 표준내용에 따른 계약을 체결하는 것에 관하여 규정한다. 동조에 의해 성인이 대리인에게 부여할 수 있는 권한에는 신상 보호만이 아니라, 일상적 재산관리 업무도 있다. 일상적인 재산관리 업무에는 각종 공과금 청구서에 대한 지불, 연금 기타 소득의 수령과 예치, 신상보호에 필요한 식품의 구매, 주거, 기타의 서비스, 그리고 투자(investment)²⁹⁾가 포함된다. 셋째, “의료적 보호 동의와 보호시설 입소 법률(the Health Care (Consent) and Care Facility (Admission) Act)”에 따른 주요한 의료적 보호와 사소한 의료적 보호³⁰⁾에 관하여도 대리인에게 권한을 부여할 수 있다. 그러나 의료 또는 보호시설 입소에 대해 대체동의 또는 대체 거부 결정권한을 행사하는 것에 제한이 있다. 즉 위 법 제18조의 임시적 대체결정자가 할 수 없는 대체동의나 대체거부는 할 수 없다.³¹⁾ 넷째, 자기를 위하여 법적 지문

29) 여기서 말하는 투자는 일반투자가 아니라 장애인의 소득지원과 연계된 재량신탁, 기타 이와 유사한 목적의 재원마련(RDSP) 등에 대한 투자를 의미한다. The Registered Disability Savings Plan(RDSP)는 연방정부 차원의 제도이다. 이에 대해서는 Advocacy Access, Help Sheet 14, 2014.2

30) 중요한 의료적 보호, 사소한 의료적 보호의 의미는 위 법률 제14조, 제15조에서 상세히 규정한다.

31) 이는 제9조의 대리인, 임시대체의사결정자 모두에 공통된 것이다. 그 내용은 동법 시행령(the Health Care COnsent Regulation)에 상세히 규정되어 있다. 동 시행령

을 얻고 변호사로 하여금 소송을 수행하거나 지속하거나 화해를 하거나 조정을 하도록 하는 권한도 부여할 수 있다. 다만 이혼 소송은 할 수 없다. 다섯째, “의료적 보호 동의와 보호시설 입소 법률(the Health Care (Consent) and Care Facility (Admission) Act)”에 따라 시설보호가 제안된 경우 대리인으로 하여금 이에 동의 하도록 할 권한도 부여할 수 있다. 다만, 이 경우 그 시설이 가족 보호홈이거나, 정신 장애인들을 위한 그룹홈이거나 정신질환자 수용시설인 경우에만 그 권한을 행사할 수 있다. 이상의 권한을 부여하는 것은, 이 영역은 의사결정능력 장애인의 입장에서 보면 매우 일상적인 활동영역이고, 동의나 거부 기타 결정이 전형적인 것이어서 손쉽게 할 수 있는 것들이다.

반면, 제7조의 표준대리계약에 따른 대리인은 생명유지에 필요한 의료적 보호에 대한 거부결정을 할 수 없다. 또한 본인이 반대함에도 불구하고, 의사결정능력 장애가 있는 성인을 신체적으로 결박하거나 자유를 제한하거나 이동시키거나 관리하는 일을 할 수 없고, 다른 사람으로 하여금 그와 같은 일을 하게끔 할 수도 없다(동법 제7조). 나아가 정신보건법에 따른 입원이나 치료에 대해서는 거부결정 권한이 없다(동법 제11조).³²⁾ 비자의입원이나 비자의치료는 현저한 자해나 타해 위협이 있거나, 형사판결에 따른 입원이기 때문에, 일상적 사회활동에서의 의사결정무능력 상태를 관찰하는 후견법, 후견대체법에 우선하도록 한 것이다. 또한 대리인은 비치료적 목적의 불임시술을 하기 위한 전문적 서비스, 보호, 치료에 대해서는 동의해서는 안 된다.

(나) 대리합의법 제7조의 표준계약을 체결할 수 있는 의사결정능력

대리합의법 제7조의 표준계약을 체결할 수 있는 의사결정능력은 다른 계약을 체결할 때 요구되는 의사능력보다 기준이 낮다. 이에 관해서는 제8조에서 규정하고 있다. 이에 따르면, 환자재산법에 따라 환자로 선고될 수 있는 상태라 하더라도, 대리합

제5조에 따르면, 낙태, 전기치료, 외과적 정신과치료, 실험적 치료, 세포제거, 임상연구참여 등은 대체의사결정이 금지되거나 제한되어 있다.

32) 이는 정신보건법 제22조에 따른 비자의입원, 제28조의 긴급입원, 형사 사건 관련 정신병원입원(제29조, 제30조) 사건에 따른 입원이나 치료에 관한 것이다. 제9조에 따라 대리권이 부여된 경우도 마찬가지로 여기에 대해서는 권한이 없다.

의에 대해 자신의 희망(desire), 선호도, 감정 등을 표현할 수 있고, 대리인과 신뢰관계 형성되어 있다면 이를 체결할 수 있다. 따라서 의사무능력이라도 대리합의법 제7조의 표준계약내용이 포함된 대리합의는 의사소통이 되는 거의 대부분의 장애인들이 직접 체결할 수 있다. 이 합의를 할 수 없는 사람은 식물인간 상태나 거기에 준하는 사람에 한정될 것이다.

(3) 미래의 의사결정능력 장애 상태에서의 신상 보호 및 의료 관련 의사결정지원 등을 대비하는 수단인 대리합의법 제9조의 계약

(가) 대리합의법 제9조

대리합의법 제9조에 따른 계약은 신상보호와 의료적 보호에 대한 의사결정권한을 대리인에게 부여하기 위한 것이다. 이 규정에 따라 대리인에게 신상보호와 의료적 보호에 관하여 필요하다고 판단하는 모든 사항에 대해 대리인이 직접 하도록 할 수 있다. 의료적 보호조치에 대한 동의나 거부 권한을 부여받은 경우, 대리인은 생명 유지에 필요한 의료적 보호에 대해 동의하거나 거부할 수도 있다(대리합의법 제9조). 그 밖에 대리인에게 수여할 수 있는 권한에는 다음의 것이 있다.

첫째, 성인의 신상보호와 의료적 보호에 관한 결정을 하게 할 수 있다. 거기에는 성인이 어디서 누구와 거주하여야 하는지에 관한 결정(보호시설에서의 거주를 포함), 성인이 근로를 하여야 하는지, 그 경우 고용주 기타 관련된 사항에 관한 결정, 성인이 교육, 사고, 직업 여타의 목적으로 하는 활동에 참여할지 여부에 관한 결정, 성인이 다른 사람과 접촉을 하거나 소속원이 되어야 할지 여부에 관한 결정, 어떤 행위의 수행에서 범으로 요구되는 면허, 허가, 승인 기타 권한 부여에 관한 사항을 신청할지 여부에 관한 결정, 식사, 의복 등을 포함하여 성인의 일상생활상의 결정, 성인에게 제공될 의료적 보호에 대한 동의나 거부에 관한 결정(의료적 보호가 제공될 시점에서 그 성인이 동의하더라도 특정 종류의 의료적 보호에 대해 대리합의서에 기재된 사정이 있을 경우 그 치료를 거부할 권한도 포함), 본인의 거부에도 불구하고 그 성인을 신체적으로 결박하거나 이동시키거나 관리하는 것(다른 사람으로 하여금 그

와 같은 일을 하게 하는 것을 포함) 등이 포함된다.

둘째, 그러나 대리합의서에 명시적으로 기재되어 있지 않으면, 대리인은 “의료적 보호 동의와 보호시설 입소 법률(the Health Care (Consent) and Care Facility (Admission) Act)” 제34조 제2항 f에 기재된 의료적 보호(위 주 30와 동일)에 대한 동의나 거부할 수 없다. 또한 그 성인의 미성년 아동, 그 성인이 돌보고 있는 여타의 사람들을 위한 일시보호나 일시 교육을 위한 조치 역시 명시적으로 허용되지 않았다면 할 수 없다. 그 성인의 종교활동에 대해서도 대리합의서에 명시적으로 기재되어 있지 않으면 간섭할 수 없다.

(나) 대리합의법 제9조의 계약을 체결할 수 있는 의사능력

대리합의법 제9조의 계약을 체결하기 위해서는 제7조의 합의를 할 수 있는 의사결정능력보다 더 높은 수준의 의사능력을 요구한다. 즉 그 성인은 제안된 대리합의의 성질과 결과를 이해할 수 있어야 하고, 이를 이해하지 못하면 제9조의 계약을 체결할 의사능력을 인정받을 수 없다(동법 제10조). 따라서 제9조의 계약은 미래의 의사결정능력 장애를 대비하고자 할 때 체결하는 것이 적절하다.

(4) 대리합의법 제7조, 제9조의 대리인의 의사결정지원 및 대체 의사결정에서 준수해야 할 사항

대리합의법에 따라 활동하는 대리인은 대체의사결정을 하거나 의사결정을 지원할 때 의사결정능력 장애인의 현재의 희망을 판단하기 위해 합리적인 정도까지 상의를 해야 하고, 합리적인 범위에서 그 희망에 따라 판단하여야 한다(동법 제16조 제2항). 그러나 대리인이 제9조에 의해 권한을 부여받은 자이고, 그 권한 범위에서 활동할 때, 그리고 제9조에서 의사능력이 있을 때 표시한 지시와 희망만을 따르면 된다고 기재되어 있을 때에는 이런 의무가 부과되지 않는다(동법 제16조 제21항). 대리인이 제16조 제2항에 따라 본인의 현재의 희망을 확인해야 하는데, 그 희망이 무엇인지 판단하기 어려운 경우에는 의사능력이 있을 때 표시한 지시나 희망에 따라야 한다

(동법 제16조 제3항). 그러나 대리합의서에 지시나 희망이 표시되지 않은 경우에는 대리인은 본인의 알려진 신념이나 가치에 따라 판단해야 하고, 그것도 알려져 있지 않을 때 비로소 본인의 최선의 이익에 부합되게 판단해야 한다(동법 제16조 제4항).

3. 후견대체제도로서의 지속적 대리인제도

(1) 지속적 대리권법(Enduring Power of Attorney Act)

지속적 대리권은 성인이 의사능력이 없거나 스스로 의사결정을 하기 어렵거나, 의사결정을 함에 있어서 누군가의 지원이 필요할 경우를 대비하여 신뢰할만한 사람에게 법적 권한을 부여해서 법적사무나 재산 사무를 처리하도록 하는 것을 의미한다. 지속적 대리권은 증서대리권법(the Power of Attorney Act) 제2부에 규정되어 있다.

지속적 대리권에 포함될 수 있는 재산 사무에는 성인의 각종 청구서를 지불하고, 은행업무와 투자관리, 재산을 팔고, 세금을 납부하는 것 등이 포함된다. 법적 사무에는 소송을 위해 변호사를 선임하는 것 등이 포함된다. 그러나 지속적 대리권에서는 신상보호나 의료적 보호에 관한 사무는 포함되지 않는다. 지속적 대리권은 이를 작성한 성인이 취소하지 않으면, 그 성인의 사망 시까지 지속된다.³³⁾

(2) 지속적 대리권의 성립

(가) 의사능력이 있는 성인

지속적 대리권을 부여하기 위해서는 19세 이상의 성인이어야 하고, 지속적 대리권을 부여를 위한 의사능력이 있어야 한다. 당해 지속적 대리권의 성질이나 결과를 이해할 수 없으면 대리권을 부여할 의사능력을 인정받을 수 없는데, 다음 사항을 모두

33) 다만, 환자재산법에 따라 법원이 환자 상태임을 선언한 경우에는 종결되고, 공공후견인이 환자의 후견인이 되어 직접 자신이 재산을 관리하는 것이 필요하다고 인정할 경우에도 종결된다는 점은 환자재산법 제19조, 제19조의1 참조.

이해할 수 없으면 지속적 대리권 부여에 관한 의사무능력이다. 자신이 보유하고 있는 재산이 무엇이고 그 대략의 가치, 자신이 피부양자에 대해 부담하는 의무, 유언서를 작성하는 것을 제외하면, 자신이 의사능력 있을 때 할 수 있는 재산 사무에 관한 모든 것을 지속적 대리인이 대신하여 할 것이라는 점, 지속적 대리인이 자신의 재산 사무를 신중하게 관리하지 못할 경우 재산 가치가 감소할 수도 있다는 점, 지속적 대리인은 권한을 남용할 수도 있다는 점, 자신이 의사능력이 있을 때 지속적 대리권을 철회할 수도 있다는 점, 그 밖에 지속적 대리권에 포함된 사항 등을 모두 이해해야 한다(동법 제12조).

(나) 반드시 포함되어야 할 문구

지속적 대리인이 재산 사무에 관하여 의사결정을 할 권한을 본인이 의사능력이 있는 동안에도 행사할 수 있는지, 아니면 본인이 의사무능력일 때에만 행사할 수 있는지를 기재하여야 한다. 또한 지속적 대리인의 권한은 본인이 의사무능력이라도 지속된다는 점을 기재하여야 한다(동법 제14조).

(다) 방식

지속적 대리권은 서면으로 2명의 증인 앞에서 본인이 서명하고, 본인의 앞에서 2명의 증인이 서명하고 날짜를 각각 기재하여야 한다(동법 제16조 제1항). 만약 본인이 신체적으로 서명을 할 수 없을 때 다른 사람으로 하여금 서명하게 할 수도 있는데, 이때에는 본인이 출석하여 지속적 대리권 서면에 서명하도록 지시하고 본인이 서명할 때와 마찬가지로 2명의 증인 앞에서 누군가가 서명해야 한다(동법 제16조 제2항). 그러나 증인이나 증인으로 활동해서는 안 되는 사람은 대신하여 서명할 수 없다(동법 제16조 제3항). 변호사나 공증인이 증인일 경우에는 1명의 증인만이 필요하다(동법 제16조 제4항). 증인으로 서명할 수 없는 자에는 지속적 대리권 서면에 지속적 대리인으로 기재된 자, 그의 배우자, 자녀, 부모, 지속적 대리인으로 기재된 자의 피용자나 대리인(단 변호사, 공증인 정회원, 공공후견인, 금융법(Financial Institutions

Act)상의 금융회사가 지속적 대리인인 경우는 예외), 미성년자, 본인이 하는 의사소통 방식을 이해하지 못하는 사람(단 통역 등의 지원을 받는 경우는 예외) 등이다(제16조 제4항).³⁴⁾ 지속적 대리인은 지속적 대리권을 행사하기 이전에 2명의 증인 앞에서 서명해야 하는데, 이 때 본인이 출석할 필요는 없다(동법 제17조). 지속적 대리인이 서명할 때에도 제16조 제4항, 제6항이 준용된다.

(라) 지속적 대리인이 될 수 있는 사람

1인 또는 수인이 지속적 대리인이 될 수 있다. 그러나 본인에 대해 유상으로 신상보호 또는 의료적 보호를 제공하는 사람이나 본인이 거주하거나 신상보호 또는 의료적 보호를 받는 시설의 종업원은 지속적 대리인이 될 수 없다(다만 이들이 본인의 자녀, 부모, 배우자인 경우에는 예외임). 그 이외의 개인, 공공후견인, 금융법에 따른 금융기관 등이 지속적 대리인이 될 수 있다(동법 제18조). 미성년자가 지속적 대리인으로 기재되어 있다면 성인이 될 때까지는 지속적 대리인으로 활동할 수 없다.

수인의 지속적 대리인이 서로 다른 영역에서 대리권을 가질 수도 있고 동일한 영역에서 대리권을 가질 수도 있다. 후자일 경우 공동으로 대리권을 행사하여야 하는 것이 원칙이며, 각자 대리권을 행사하게 하려면 지속적 대리권 서면에 이를 기재하여야 한다(동법 제18조 제5항). 공동으로 대리권을 행사할 경우 의견이 충돌할 경우 그 해결방법을 기재해 둘 수도 있다. 대체 지속적 대리인을 지정할 수도 있다. 이 경우 대체 지속적 대리인의 권한이나 어떤 조건이 충족될 때 기존 대리인을 대신하여 활동할지 등을 기재해 두어야 한다(동법 제18조 제5항).

(마) 지속적 대리권의 효력 발생

지속적 대리권은 본인과 지속적 대리인이 서명한 때, 지속적 대리권에서 효력 발생일로 기재한 때, 지속적 대리권에 효력 발생을 시킬 사건으로 기재된 그 사건이 발

34) 위의 각 요건은 지속적대리권만이 아니라 전술한 대리합의법상의 합의서 작성, 후술할 사전지시서의작성에서도 동일하게 요구된다.

생하였음이 확인된 때 중 가장 늦은 때에 효력이 발생한다. 특히 특정 사건이 발생한 때 지속적 대리권의 효력이 발생한다고 기재해 둔 경우에는 누가 어떻게 그 사건발생을 확인할지도 기재해야 한다(동법 제26조 제2항). 만약 그 사건이 본인의 의사무능력 상태의 개시이고, 이를 확인할 사람이 확인할 수 없거나 확인하지 않으려 할 경우, 자격 있는 의료적 보호제공자가 대신하여 이를 확인해 줄 수 있다(동법 제26조 제3항).

(3) 지속적 대리인의 권한

지속적 대리인은 대리권 증서에 기재된 재산 관리 사무에 필요한 모든 권한을 행사할 수 있지만, 법으로 금지된 일을 하는 것, 법으로 하도록 규정된 것을 하지 않도록 하는 지시를 대리권 증서에 포함해서는 안 된다(제15조).

지속적 대리인은 본인의 전 재산을 관리하는 수탁자와 유사한 지위를 가지기 때문에, 본인의 재산을 보관하거나 관리하고 있는 자에 대해 이를 인도할 것을 요구하면 그 재산을 지속적 대리인에게 인도해야 한다(동법 제20조 제6항). 그러나 본인이 작성한 유언서를 변호사나 공증인에게 보관하도록 지시하거나 유언서에 지속적 대리인에게 교부하지 말 것을 지시한 때에는 그것의 인도를 요구할 수는 없다(동법 제20조 제7항). 또한 지속적 대리인은 본인의 재산에서 증여, 대출, 자선단체에의 기부 등을 할 수 있다. 다만, 이 권한은 첫째, 대리권 증서에서 허용하고 있거나, 둘째 본인이나 본인의 피부양자의 신상 보호나 의료적 보호의 필요를 충족하고 남은 정도의 재산이 있고, 본인의 다른 법적 의무를 이행하고 남은 것이 있으며, 그 성인이 의사능력이 있었더라면 그와 같은 행위를 하였을 것이고, 한 해에 하는 증여, 대출, 자선단체에의 기부의 총액이 미리 지정한 금액 이하일 때 가능하다. 지속적 대리권에서 허용하고 있으면 지속적 대리인도 본인의 재산으로부터 증여받을 수도 있다. 또한 지속적 대리인은, 법원의 허가를 받아, 유언 이외의 증서(가령 신탁)에 본인이 수익자로 기재한 사람을 변경할 수도 있다(제20조 제5항).

(4) 지속적 대리인의 활동방식

지속적 대리인은 대리권증서에서 허락하지 않는 한, 의사결정권한을 타인에게 재위임해서는 안 된다. 그러나 투자 문제에 관해서는, 지속적 대리권 증서에 반대의 취지를 기재하지 않은 한, 자격 있는 투자 전문가(뮤추얼 펀드 매니저를 포함)에게 권한의 일부나 전부를 위임할 수 있다. 이 때 그 위임은, 공공후견인이 지속적 대리인인 경우 공공후견인 법에 따라 행하여야 하고, 여타의 경우에는 신탁법 제15조의5에 따라 행하여야 한다(증서대리권법 제23조).

지속적 대리인은 정직하고 신의에 좇아 활동해야 하며, 합리적으로 신중한 사람 정도의 주의와 성실성, 기술을 발휘해야 하며, 대리권 증서의 권한 범위에서 활동해야 하고, 관련 서류를 잘 보관하여야 한다(동법 제19조). 재산사무에 관한 결정에 있어서 지속적 대리인은 본인의 현재의 희망, 알려진 신념과 가치, 지속적 대리권 증서에 기재된 지시 등을 고려하여 본인에게 최선의 이익이 되도록 활동하여야 한다. 이 점은 대리합의법에 따른 대리인의 활동과는 차이가 있다. 후자의 경우 본인의 현재의 희망을 가장 존중해야 하는데, 이는 주로 신상에 관한 결정이기 때문이다. 그러나 재산에 관하여는 본인의 최선의 이익이 더 중시된다는 점을 제19조에서 명시해 둔 것이다.

한편 재산관리 사무에 관하여 권한이 있는 지속적 대리인도 본인의 재산을 관리할 때, 합리적인 범위까지, 본인의 신상 보호와 의료적 보호의 필요성에 우선순위가 주어지도록 해야 하며, 투지에 있어서도 지속적 대리권 증서에 달리 지시되지 않았다면 신탁법에 합치되게끔 해야 하고, 본인에게 영향을 미치는 어떤 결정이라도 합리적인 범위까지 본인의 독립성을 강화할 수 있도록 해야 하고 또 그의 관여를 권장해야 한다. 또한 유증의 대상으로 기재되어 있음을 알고 있는 때에는, 그 재산의 처분이 지속적 대리인의 의무에 부합하는 것이 아닌 한 이를 처분해서는 안 된다. 또한 합리적인 범위까지, 본인의 개인적인 부분은 그의 처분에 맡겨 두도록 해야 한다(동법 제19조 제3항).

(5) 지속적 대리인에 대한 감독

지속적대리권의 성립, 변경, 철회에 의문이 있거나 지속적 대리인의 학대, 방임에 대한 합리적 의심이 있으면 누구라도 공공후견인 관청에 그 사실을 보고할 수 있다(동법 제34조). 이런 보고가 있으면 공공후견인 관청은 신속하게 보고의 진실성을 판단하기 위한 조사를 하고, 필요한 조치를 취해야 한다(동법 제34조 제3항). 그 조치에는 지속적 대리권의 변경과 철회, 지속적 대리권의 일부 또는 전부의 종료 등의 결정을 내려 줄 것을 신청하는 것(동법 제36조), 보고한 사람으로 하여금 법원에 제 36조의 신청을 하도록 협의하는 것, 환자재산법에 따른 환자 상태 선언을 함으로써 지속적 대리권을 종료시키는 것 등등이 포함될 수 있다. 이렇게 함으로써 지속적 대리인의 권한 남용을 감독한다.

4. 의료적 보호조치 또는 의료적 보호 시설 입소에 관한 조치

(1) 본인의 의사결정 지원

의료적 보호 조치(치료)나 의료적 보호시설에의 입원·입소에서는 최대한 본인의 의사를 존중하여야 한다. 따라서 의료적 보호조치 등의 결정에서의 본인의 의사결정 능력 유무를 판단하기 위해, “의료적 보호 동의 및 의료적 보호시설 입소에 관한 법률(the Health Care (Consent) and Care Facility (Admission) Act)”에서 별도로 상세한 규정을 두고 있다.

먼저 동법 제3조에서는 모든 성인은 반증이 없으면, 의료적 보호에 대한 동의, 거부 또는 동의 철회, 의료적 보호 시설³⁵⁾에 대한 입소 신청 결정, 시설 보호 제안의 승낙, 혹은 의료적 보호시설에서의 퇴원 또는 퇴소 등에 대해 의사결정능력이 있는 것으로 추정한다(제3조 제1항). 다른 사람과 의사소통하는 방식이 다르다고 해서(가

35) 동법 제1조의 “의료적 보호시설”은 주로 질병 치료와 관련하여 환자를 입원시키거나 수용하는 시설을 의미한다.

령 청각장애, 시각장애, 발달장애, 치매, 정신장애 등의 사유로 의사소통이 원활하지 않을 때 이런 일이 있음) 의사결정능력이 없다고 판단할 근거가 되지 않는다(동법 제3조 제2항).

또한 의사결정능력 있는 성인은 의료적 보호조치와 관련해서 다음과 같은 권리가 있다. 첫째, 의료적 거부가 죽음으로 귀결된다 하더라도, 도덕적 혹은 종교적 근거를 포함한 어떤 이유에서든 그 의료적 보호에 대해 동의 또는 거부할 권리, 둘째, 도덕적 혹은 종교적 근거를 포함하여 어떠한 근거에 의해서든, 이용가능한 의료적 보호 중 특별한 방식을 선택하는 권리, 셋째, 의료적 보호조치에 대한 동의의 철회권, 넷째, 의료적 보호에 대한 동의, 거부 혹은 동의 철회의 결정을 존중받을 권리, 다섯째, 최대한 모든 사례관리와 의사결정에 관여할 수 있는 권리 등이 그것이다(동법 제4조).

본인의 자기 결정이 중요하기 때문에 성인인 본인으로부터 그 자신의 결정을 얻기 위한 합리적인 모든 노력을 다하지 않은 상태에서는 의료적 보호의 제공자(의사나 병원)는 후견인 등에게 대체 동의나 대체 거부를 요구해서는 안 된다(동법 제5조). 이 때 본인이 동의할 수 있는지, 아니면 의사능력이 없기 때문에 동의나 거부할 수 없는지를 판단하는 기준을 제6조³⁶⁾에서 상세히 규정하고 있다.

의료적 보호조치에 대한 동의능력이 있는지 여부를 판단하기 위해 보호조치의 제공자는 본인과 적절한 방식으로 소통하도록 노력하여야 한다. 즉 그 성인의 역량과 능력에 맞는 적절한 방법으로 의사소통해야만 하고, 그 성인과 동행하여 지원할 그의 배우자, 가까운 친족, 가까운 친구들로 하여금 이해를 돕게 하거나 의사결정무능력 판단기준에서 언급한 사항을 이해하는지 보여줄 수 있게 조력하도록 해야 한다(동법 제8조). 의료적 보호조치 등에 대한 동의나 거부는 구두, 서면 또는 그의 행동으로부

36) 제6조에 따르면, 동의능력의 판단기준으로, 의사나 병원이 환자에게 제안한 의료적 조치에 대한 정보를 이해할 수 있는 능력이 있는 상태에서 이에 동의하거나 거부할 때 동의능력이 있다고 본다. 의료적 조치에 대한 정보에는, 의료적 보호의 내용, 그 의료적 보호의 성질, 그 의료적 보호의 위험과 이익들, 그 의료적 보호를 대체할 수 있는 다른 방법 등을 이해하고, 또 그 의료적 보호에 대해 질문하고 답변을 받을 기회를 가져야 한다고 한다.

터 추론할 수 있다(동법 제9조 제1항). 의사결정능력이 있는 성인이 의료적 보호에 대해 동의하거나 거부하면, 그 동의나 거부는 그 이후 발생한 의사결정무능력에 의해 영향을 받지 않고 그대로 효력이 있다. 의료적 보호에 대한 동의는 성인이 이미 동의한 특정한 의료적 보호에 한해서 적용된다(동법 제9조 제2항). 그러나 동의된 의료적 보호가 진행 중이고, 그 성인이 무의식 또는 부분적으로만 의식이 있고, 동의를 하였을 때 예상하지 못하였던 상황들을 처리하기 위해 추가적이거나 대체적인 의료적 보호를 제공하는 것이 의학적으로 필요한 경우에는, 의료적 보호의 제공자는 부가적인 혹은 대체적인 의료적 보호를 제공할 수도 있다(동법 제9조 제3항). 물론 이 경우 후술할 사전지시서로 동의나 거부를 한 경우에는 그 효력이 미친다.

(2) 사전지시서

(가) 개관

브리티시 콜롬비아에서는, 2011년 9월 1일 이후, 사전지시(AD)로 불리는 새로운 제도를 도입하였다. 사전지시서 제도는 “의료적 보호 동의 및 의료적 보호시설 입소에 관한 법률(the Health Care (Consent) and Care Facility (Admission) Act)” 제21부에 상세히 규정되어 있다. 사전지시서에는 의료적 보호조치가 필요할 때 거기에 대해 본인이 동의 또는 거절한다는 의사가 표시되어 있다. 이런 사전지시서를 활용함으로써 의료적 보호조치 등을 취할 때 본인이 의사결정무능력 상태라 하더라도 본인의 의사가 존중된 상태로 치료를 받거나 중단될 수 있다. 사전지시서는, 자신을 위해 의료적 보호조치에 대한 동의나 거부를 해 주기를 원하는 대리인이 없거나, 특정한 의료적 치료나 개입에 대해 강한 정서적 감정을 가지고 있기 때문에, 그런 의료적 치료의 방법을 사용하거나 사용하지 않도록 치료의사를 구속할 필요를 느낄 때, 대리인이 있기는 하지만, 그 대리인이 특정한 의료적 결정을 하기를 원하지 않을 때 사용할 수 있다.

(나) 사전지시서의 효력

의료적 보호를 필요로 하는 성인이 의료적 보호에 대해 동의하거나 거부할 수 있는 의사결정능력이 없다고 의료적 보호의 제공자가 판단할 경우, 제안된 의료적 보호에 관하여 그 성인을 위해 의사결정 권한을 가진 신상후견인 혹은 대리인을 알지 못하지만, 제안된 의료적 보호와 관련하여 그 성인이 사전지시서를 작성해 두었음을 알고 있다면, 의료적 보호의 제공자는 사전지시서로 그 의료적 보호에 대해 동의한 경우 그 성인에게 의료적 보호를 제공할 수 있다. 만약 이 때 그 성인이 사전지시서로 의료적 보호에 대해 거부한 경우, 그 성인에게 의료적 보호를 제공해서는 안 된다(위법 제19조의7 제1항, 제2항). 물론 의료적 보호의 제공자는 환자가 사전지시서를 작성해 두었는지, 또는 신상후견인 혹은 대리인이 있는지를 판단하기 위해 당해 상황에서 합리적인 노력을 하는 것 이상을 요구받지 않는다(동법 제19조의7 제3항).

한편 당해 의료적 보호조치에 대해 동의나 거부할 의사능력이 없는 성인 환자가 사전지시서를 작성해 두었고 또한 대리합의서도 작성한 경우, 어느 것이 언제 작성되었는지와 무관하게, 사전지시서는 단순한 희망으로 취급하고, 대신 대리인에 의한 대체 의사결정에 따라야 한다(동법 제19조의3 제1항). 만약 대리합의서에서 의료적 보호의 제공자는 대리인의 동의 없이 자신이 사전의료지시서에 기재된 의료적 보호의 지시에 따라야 한다고 기재한 경우에는 위 제19조의7조가 적용되어 그에 따라 치료하거나 치료를 중단해야 한다(동법 제19조의3 제2항).

(다) 사전지시서가 있음을 알지만 그것에 따르지 않아도 될 경우

다음의 요건이 있을 때에는 사전지시서가 있음을 알더라도 그것에 따르지 않을 수 있다. 첫째, 사전지시서에 있는 ‘지시’가 지금 결정해야 할 의료적 보호에 관한 사항과 무관하다고 판단할 때, 둘째, 의료적 보호 관련 결정에서, 그 성인의 사전지시서상의 ‘지시’가 매우 불명확하여, 그 성인이 의료적 보호에 동의한 것인지 거부한 것인지를 판단할 수 없을 때, 셋째, 사전지시서가 작성된 이후, 그리고 그 성인이 의사결정능력이 있는 동안, 의료적 보호에 관한 그 성인의 희망, 가치, 또는 믿음이 상당히 변

화하였고, 그런 변화는 사전지시서에 반영되어 있지 않다고 판단할 때, 넷째, 사전지시서가 작성된 이후, 의학적 지식, 실무 또는 기술에 중대한 변화가 있었고, 사전지시서에서 한 동의 또는 거부에 관한 의료적 보호와 관련하여 실질적으로 혜택을 줄 정도인 경우가 그것이다(동법 제19조의8 제1항). 그러나 사전지시서로 명시적으로 반대의 의사가 표시된 경우에는 그 사전지시서대로 해야 한다(동법 제19조의8 제3항).

(3) 사전지시서가 없는 경우

(가) 본인이 의료적 보호조치 등에 대해 의사결정능력이 없지만, 권한 있는 후견인 또는 대리인이 있을 경우

의료적 보호의 제공자는 위 (1)에서 언급한 조치를 모두 취했음에도 불구하고, 의료적 보호를 필요로 하는 성인인 환자가 동의나 거부할 의사결정능력이 없다고 판단하게 되면, 의료적 보호에 대한 동의 권한을 갖고 있고, 또한 그 자신이 동의할 의사결정능력이 있는 그 성인의 신상 후견인(a committee) 또는 대리인(representative)이 대체의사결정으로써 동의를 한 경우, 환자인 성인의 동의 없이도 그 성인에게 의료적 보호를 제공할 수 있다(동법 제11조).

(나) 응급 상황의 처리

의료적 보호 제공자(의사나 병원)는 응급상황인 경우 환자의 동의나 권한 있는 후견인이나 대리인의 동의가 없더라도 환자를 치료할 수 있다. 이 때 다음의 요건이 모두 충족되어야 한다. 첫째, 성인의 생명을 유지하거나 심각한 신체적 정신적 위해를 방지하거나, 심각한 고통을 경감하기 위해 지체 없이 의료적 보호를 제공하는 것이 필요하고, 둘째, 성인이 외관상 약물 혹은 알콜에 의해 손상된 것으로 손상된 것으로 보이거나 어떤 다른 이유로 무의식 혹은 거의 의식이 없거나, 달리 동의를 하거나 거부할 능력이 없는 것으로 보이는 경우, 셋째, 의료적 보호에 대해 동의할 권한을 가지고, 그와 같은 동의를 할 의사결정능력이 있으며, 또 현재 동의 목적으로 구할 수 있는 신상후견인 또는 대리인(representative)이 없는 경우,³⁷⁾ 넷째, 실무상,

제2의 의료적 보호 제공자가 제1의 의료적 보호제공자의 의료적 보호의 필요성과 의사결정무능력에 관한 견해를 확인한 경우가 그것이다(제12조 제1항). 그 후 동의 여부를 결정할 신상후견인 혹은 대리인이 수배되었거나, 의료적 보호의 제공자가 의료적 보호를 제공한 후 임시 대체의사결정자(동법 제16조)를 선택한 경우, 신상후견인, 대리인, 또는 임시 대체의사결정자는 계속적인 의료적 보호에 대해 동의를 거부할 수 있고, 만약 동의가 거부된 경우, 의료적 보호는 중단되어야 한다(동법 제12조 제3항).

그러나 위의 상황에서도, 의료적 보호의 제공자가, 성인이 의사결정능력이 있고 또 19세 이상이 된 때, 당해 의료적 보호에 대한 동의를 거부할 상황에 적용될 지시나 희망을 표시하였다고 믿을 만한 합리적 근거가 있다면, 제12조에 따른 의료적 보호를 제공해서는 안 된다(동법 제12조의1).

(다) 대체 동의 또는 대체 거부 권한을 가진 임시 대체의사결정자

1) 임시 대체의사결정자의 선택

성인 환자에게 의료적 보호조치에 대한 동의나 거부할 권한 있는 후견인이나 대리인이 없고, 당해 의료적 보호조치에 대한 사전의료지시서도 없는 경우 의료적 보호의 제공자가 성인에게 주요한 의료적 보호 또는 사소한 의료적 보호³⁸⁾를 제공할지 여부를 결정하기 위해 임시 대체의사결정자를 선택할 수 있다. 의료보호 제공자(의사나 병원)는 임시 대체의사결정자의 동의나 거부를 얻어야 한다. 의사나 병원은 임시 대체의사결정자를 임의로 선택할 수 없고, 그 성인의 배우자, 그 성인의 자녀, 그 성인의 부모, 그 성인의 형제 혹은 자매, 그 성인의 조부모, 그 성인의 손자, 출생 또는 입양을 통해 그 성인과 관련 있는 사람, 그 성인의 가까운 친구, 혼인으로 그 성인과

37) 제12조 제1항에서 말하는 동의 목적으로 신상후견인 혹은 대리인을 구할 수 있다는 것은, 당해 사정에 따라 합리적인 시간 범위 내에, 의료적 보호의 제공자가, (a) 그 성인에게 신상후견인 또는 대리인이 있는지를 확인하고, (b) 그 성인의 신상후견인 혹은 대리인과 의사소통하는 것이 가능할 때를 의미한다(제12조 제2항).

38) 중요한 의료적 보호, 사소한 의료적 보호의 의미는 위 법률 제14조, 제15조에서 상세히 규정한다.

직접적으로 관련 있는 사람의 순서대로 선택하여야 한다(동법 제16조 제1항). 임시 대체의사결정자가 될 수 있기 위해서는, 19세 이상이어야 하고, 앞서 12개월 동안, 그 성인과 계속 접촉이 있어야 하며, 그 성인과 분쟁이 없고, 대체 동의를 하거나 거부하거나 대체동의를 철회할 의사결정능력이 있고, 제19조에 명시된 의무를 기꺼이 따르려는 사람이어야 한다(동법 제16조 제2항). 이런 자격을 갖춘 사람이 없거나, 누가 선택되어야 할지에 관해 다툼이 있는 경우, 의료적 보호의 제공자는 그 중 한 사람을 선택하여야 한다. 이 때 공공후견인 관청에 고용된 사람으로 공공후견인에 의해 권한을 부여받은 사람도 포함한다(동법 제16조 제3항). 따라서 현실적으로는 공공후견인 관청의 직원이 임시 대체의사결정자로 될 가능성이 많다. 의료적 보호의 제공자는 이 조문을 준수하기 위해 그 상황에서 합리적인 노력을 다하면 되기 때문에(동법 제16조 제4항), 의사나 병원에게 과중한 부담이 되지는 않는다.

2) 임시 대체의사결정자의 권한

임시 대체의사결정자는 제안된 의료적 보호조치에 대해 동의하거나 거부할 수 있다(동법 제17조 제1항). 또한 그 성인이 가지고 있는 것과 동일한 권한으로써 의료적 보호와 관련된 모든 정보와 문서를 요구할 수 있다(동법 제17조 제6항). 이 때 정보 또는 문서를 보관 또는 관리하는 사람은 그 정보를 제시하거나 문서를 제출하여 검사하고 그 사람이 복사할 수 있도록 해 주어야 한다(동법 제17조 제7항).

의료적 보호의 개시 여부와 무관하게, 언제라도, 의료적 보호의 제공자가 합리적 근거를 가지고 성인 환자에게 동의 내지 거부할 의사능력이 있다고 믿는다면, 의사능력 유무를 다시 판단하여야 한다. 그 결과 그 성인이 의료적 보호에 대해 동의 혹은 거부할 의사결정능력이 있다면, 임시적 대체결정자의 권한은 종료되고, 다시 성인의 동의의 받아야 한다. 그러나 그 이전에 한 의료적 보호는 유효한 것임에는 변함이 없다(동법 제17조 제2.1항 내지 2.3항).

3) 임시 대체의사결정자의 권한의 행사방법

임시 대체의사결정자는 환자의 생명유지에 필요한 의료적 보호에 대한 대체동의

를 거부할 권한도 있지만, 이 권한은 그 성인을 돌보고 있는 의료적 보호의 제공자와 대체거부결정이 의학적으로 적절하고, 본인의 의사 등의 확인절차를 거쳤다(제19조 제1항, 제2항)는 점에 대해, 실질적인 합의에 도달할 때에만 가능하다(동법 제18조 제2항).

임시 대체의사결정자는 성인을 위한 의료적 보호에 대해 대체 동의를 하거나 거부하기 전에, 최대한 당해 성인과 협의하여야 하고, 그 사람이 공공후견인에 의해 권한을 부여받은 경우, 지원을 요청한 성인의 가까운 친척 혹은 가까운 친구와 상의하여야 하며, 그 성인이 의사결정능력이 있었을 동안에 표현했던 지시 혹은 희망들을 따라야 한다(동법 제19조 제1항). 만약 환자인 성인의 지시와 희망들이 알려지지 않았다면, 임시대체의사결정자는 그 성인의 최선의 이익에 부합되게 동의하거나 거부해야 한다(동법 제19조 제2항). 대체동의 또는 대체거부가 그 성인의 최선의 이익인지 여부를 판단할 때에는, 그 성인의 현재 희망, 그리고 알려진 신념과 가치들, 그 성인의 조건 또는 복지(well-being)가 제안된 의료적 보호에 의해 향상될 수 있는지 여부, 그 성인의 조건 아니면 복지(well-being)가 제안된 의료적 보호 없이도 향상될 수 있는지 여부, 그 성인이 제안된 의료적 보호로부터 얻을 수 있는 이익이 불이익의 위험보다 더 큰 것인지 여부, 덜 자유제한적이든지 혹은 덜 침해적인 의료적 보호 형태가 제안된 의료적 보호만큼이나 이로울 수 있는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 최선의 이익인지 여부를 결정해야 한다(동법 제19조 제3항).

IV. 의사결정능력 장애인을 위한 권익지원체계

의사결정능력 장애인이 권리를 침해당하거나 학대, 방임의 대상이 되면 신속한 권리구제가 가능할 수 있는 권익지원제도가 성년후견법(the Adult Guardianship Act)에 규정되어 있다. 나아가 공공후견인 및 수탁자 법을 통해 후견인(committee), 지속적 대리인(enduring power of attorney), 대리인(representative), 기타 의사결정능력 장애인과 접촉하는 모든 사람으로부터 의사결정능력 장애인을 보호할 권한을

공공후견인에게 부여하고 있다. 끝으로 의사결정능력 장애인의 민사재판에의 참여권이 폭넓게 보장되어 있다.

1. 공공후견인 관청

의사결정능력 장애인의 재산관리의 영역에서 공공후견인은 중요한 역할을 수행한다. 먼저 환자재산법에 따라 법정후견이 개시될 때 후견인으로서의 역할을 수행한다. 첫째, 정신병원의 판정으로 환자로 인정된 경우에는 공공후견인이 환자의 후견인이 된다. 둘째, 법원에서 환자 상태에 있다고 판결을 받을 때에도 공공후견인이 후견인이 될 수 있다. 이로써 후견사무의 처리에 공공성이 강화될 수 있다.

한편 여타의 사람이 법정후견인이 되거나, 지속적 대리인이 되거나 또는 대리인이 된 경우, 공공후견인은 이들에게 보고를 요구할 권한이 있고 필요하면 조사를 할 권한도 있다. 환자재산법 제10조에 따른 담보제공과 보고에 관한 권한, 지속적 대리권법 제34조의 보고서 청구권, 제35조의 조사권, 제36조의 법원에 대한 신청권 등이 있고, 대리합의법 제30조에 따라 누구라도 공공후견청에 보고를 하거나 이의를 제기하면 그에 따라 조사를 할 책임이 있고, 제31조에 따라 조사를 할 권한을 가진다.

또한 신상보호나 의료적 보호 등에서도 공공후견인은 중요한 역할을 수행한다. 임시 대체의사결정권자가 없을 때 공공후견인 관청의 직원이 임시 대체의사결정권자로 활동하기도 하는 것이 그 예이다.

이상과 같은 역할을 함으로써 공공후견인 관청은 재산관리만이 아니라 신상보호의 영역에서도 폭넓게 의사결정능력 장애인의 권리보호를 위해 활동하고 있다.

2. 의사결정능력 장애인을 위한 권익지원기관

(1) CLBC의 권익지원

공공후견인 관청은 성인만이 아니라 아동, 사망한 사람의 유산처리의 업무 등 포

괄적인 영역에 대해 관할권이 있기 때문에 의사결정능력 장애인의 권익보호를 위한 활동에만 매진하기 어렵다. 또한 후견인, 지속적 대리인, 대리인 등에 대해서는 직접 보고를 요구할 권한을 가지지만, 후견인, 지속적 대리인, 대리인이 없는 의사결정능력 장애인도 있기 마련이다. 이들은 일종의 사각지대에 있을 수도 있다. 이들을 포함한 의사결정능력 장애인 전반의 권익보호를 위한 활동을 수행하는 별도의 기관을 브리티시 콜롬비아 주에서는 두고 있다. 성년후견법 시행령(Adult Guardianship Act Designated Agency Regulation)에 따르면 “Community Living British Columbia(CLBC)”가 이 목적의 기관으로 지정되었다.³⁹⁾ 이 기관은 발달장애인과 그 가족이 지역사회에서 지원을 받으면서 생활할 수 있도록 지원하는 기관으로 발달 장애인 부모운동단체로 출발하였고, 2006년 브리티시 콜롬비아 정부로부터 성년후견법상의 보호기관 업무를 위탁받아 수행하고 있다.

(2) CLBC의 활동내용

(가) 보호 대상인 침해 유형

CLBC는 성년후견법에 따라 학대,⁴⁰⁾ 방임,⁴¹⁾ 성인의 자기방임⁴²⁾으로부터 성인을

39) CLBC의 활동은 www.communityliving.ca를 방문하면 상세한 내역을 알 수 있다. 최종방문 2014.10.27.

40) 학대란, 신체적, 정신적 혹은 감정적 손상(harm), 성인의 재산 관리에서의 손해나 손실을 의미하는 것으로, 위협, 모욕, 신체적 폭행, 성폭행, 과잉약물치료, 필요한 약물을 허용하지 않는 것, 이메일 검열, 침입, 또는 사생활(사적) 자유 거부 혹은 방문객 접근권 거부 등을 망라한다(성년후견법 제1조).

41) 방임은, 성인에게 필요한 보호, 후원, 안내 또는 주의 환기를 하지 않음으로써 성인에게 심각한 신체적, 정신적, 감정적 위험 또는 재산관리의 면에서 실질적 손해나 손실을 초래하거나 단기간 내에 초래할 위험이 있는 것을 의미한다(성년후견법 제1조).

42) 자기방임이란, 자기를 돌보지 않음으로써 심각한 신체적, 정신적 위험 또는 재산관리의 면에서 실질적 손해나 손실을 초래하거나 단기간 내에 초래될 위험이 있는 것을 의미한다. 비위생적인 환경에서 생활하는 것, 질병, 상처 등을 치료하지 않는 것, 영양 결핍상태로 고통을 받아 신체적 혹은 정신적 건강이 심하게 손상될 가능성이 있는 것, 자신이나 타인에게 심각한 신체적 손상을 유발할 가능성이 있는 위험한 상황

보호하기 위해 개입할 권한이 있다. 학대나 방임은 의사결정능력 장애인이 지역사회에서 생활하면서 겪을 수 있는 일체의 신체적, 정신적, 정서적, 재산적 피해를 포함하기 때문에, 그 보호의 범위가 광범위하다고 할 수 있다.

(나) 학대, 방임에 대한 지원과 후원활동

1) 신고, 조사 및 지원과 후원 서비스의 제공

성인이 학대받거나 혹은 방임되고 있지만, 스스로 지원이나 후원을 신청할 수 없다는 정보를 가진 사람은 누구라도 CLBC에 신고할 수 있다. 신고 후 CLBC는 조사를 위해 당해 성인을 직접 인터뷰하거나 그 성인의 배우자, 친척, 친구, 조사를 도와 줄 수 있는 여타의 사람들과도 인터뷰할 수 있다. 그 성인을 검사하였던 의료 보호 제공자, 의료 혹은 사회 서비스를 제공했던 또는 제공하는 기관, 그 성인의 재산을 관리하는 사람으로부터도 정보를 수집할 수 있다(동법 제48조).

성인을 면담하기 위해 어떤 장소에 진입할 필요가 있을 경우 법원 또는 치안관사에게 영장을 신청할 수도 있다(동법 제49조 제2항, 제3항). 법원이나 치안관사는 그 성인이 학대·방임되거나, 의사결정능력 장애 등으로 인해 스스로 지원이나 후원을 요구할 수 없다고 믿을 만한 근거가 있으면 영장을 발부할 수 있다(동법 제49조 제4항).

조사 결과 CLBC가 범죄의 가능성이 있다고 판단하면 경찰에 이 사실을 신고해야 한다(제50조). 학대나 방임이 있다고 판단하면 CLBC는 적정한 의료기관, 요양기관으로 하여금 개입하게 하거나, 공공후견인 관청에서 개입하도록 할 수도 있다. 긴급한 경우 거주제한, 거주이전 기타 재산관리 등에 관한 제한조치 등의 임시처분을 법원에 신청할 수 있다. 임시처분의 기간은 90일이다(동법 제51조 제1항). 가장 중요한 것의 하나는 CLBC가 수립하는 지원 및 후원계획이다. 그 계획에는 의료보호서비스의 제공, 의료보호 시설에의 입소 등이 포함될 수 있다(동법 제53조 제2항). 지

을 창출하는 것, 혹은 상당한 재산적 손실 혹은 손해를 야기할 가능성이 있는 것, 질병, 상처 등으로 인해 성인이 자신의 재산을 제대로 관리할 수 없게 되어, 재산관리의 면에서 실질적인 손해나 손실을 입을 가능성이 있는 것 등을 포함한다(성년후견법 제1조).

원이나 후원을 할 때에는 그 의사결정과정에 의사결정능력 장애인을 최대한 개입시켜야 한다(동법 제52조). 위 지원 및 후원계획을 설명할 때에도 최대한 쉬운 용어로 설명하고, 그 성인의 배우자, 친족, 친구 등을 동원하여 설명하여 이해를 돕도록 해야 한다(동법 제53조 제3항). 의사결정능력 장애인이 제공하려는 지원 및 후원서비스를 거부하는 경우, 원칙적으로, 계획의 실행을 중단해야 한다. 의사무능력이라는 계획의 수락여부를 결정할 수 없다고 판단할 때에는 공공후견인 관청에 이 사실을 알려야 한다(동법 제53조 4항, 5항).

2) 법원의 명령에 의한 지원 및 후원 계획

CLBC가 의사결정무능력을 의심하여 공공후견인 관청에 통지한 후 의사결정무능력이라는 통보를 받으면, CLBC는 법원에 지원과 후원 계획을 실시할 수 있도록 명령을 내려 줄 것을 신청할 수 있다(동법 제54조). 법원의 명령에는, 그 성인의 자녀 또는 배우자에 대한 지원, 거주분리명령, 방문이나 의사소통, 괴롭힘, 간섭의 중단명령, 의사결정능력 장애인과 의 접촉이나 재산사무 관여 금지명령 등이 포함될 수 있다. 그 밖에도 법원은 학대자에게 피해대자인 의사결정능력 장애인의 생계를 위한 비용을 지불하라고 명령하거나 그에게 제공되는 서비스의 대가를 지급하라고 명령할 수도 있다. 그 밖에도 적당하다고 판단하는 명령을 내릴 수 있다(동법 제56조 제3항). 법원이 위와 같은 명령을 할 때에는 가장 효율적이되, 최소한의 개입과 자유제한이 있는 것을 선택하여야 한다(동법 제56조 제5항). 법원이 내린 명령은 1년이 경과하면 종료된다(동법 제56조 제7항).

3) 긴급지원

CLBC는 피학대·피방임 성인의 동의 없이도 긴급지원을 할 수 있다. 긴급지원의 내용으로는 법원의 명령이나 영장 없이 그 성인이 거주하는 장소에 진입하여 그 상황에 따라 필요한 경우 합리적인 범위에서 물리력을 행사할 수 있고, 그 성인을 그 장소에서 분리해서 안전한 곳으로 이주시킬 수 있으며, 응급 의료 보호를 제공하고,

공공후견인 관청에 그 성인의 재산사무의 긴급히 관리될 필요가 있음을 알려거나, 그 밖에 그 성인의 보호에 필요한 적절한 조치를 취할 수 있다(동법 제59조 제2항).

3. 민사소송

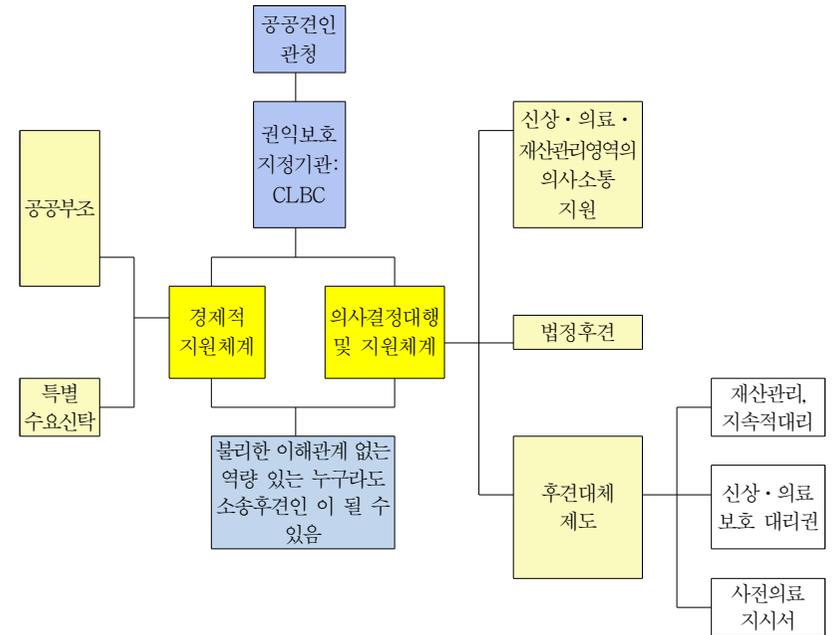
브리티시 콜롬비아 주의 민사소송법(Civil Procedure Rules BC) 제20의2부에 의사결정능력 장애인이 원고 또는 피고가 된 사건을 규율한다.⁴³⁾ 첫째, 의사결정능력 장애인에게 법정후견인(a committee)이 선임되어 있는 경우 그 법정후견인이 소송 후견인(litigation guardian)으로서 소송을 수행해야 한다(민사소송규칙 제20의2부 제6항). 장애인의 의사능력이 없지만 대리합의법에 따른 대리인이 있고 또 소송을 수행할 권한이 있을 때에는 그가 소송후견인이 된다(대리합의법 제35조, 민사소송규칙 제20의2부 제9항). 그 밖에 장애인의 의사능력이 없으나 법정후견인 또는 권한 있는 대리인(representative)이 없는 경우 누구라도 법원에 의한 선임절차 없이 소송후견인이 될 수 있다(민사소송규칙 제20의2부 제5항). 그러나 수소법원의 개입 없이도 소송후견인이 될 수 있지만, 그런 사건에서는 변호사가 소송후견인으로부터 소송위임을 받아 소송을 수행해야 한다(동 규칙 제20의2부 제4항). 또한 법정후견인 또는 대리합의법상의 대리인 아닌 자가 소송후견인이 되려면 자신이 의사결정능력 장애인과의 사이에 불리한 이해관계(adverse interest)가 없고 또 자신이 적합하다는 점을 확인하는 서면을 변호사를 통해 법원에 제출해야 한다(동 규칙 제20조의2 제8항). 한편 수소법원은 의사결정능력 장애인의 이익을 위해 언제든지 소송후견인을 해임하고 새로운 소송후견인을 임명할 수 있다(동 규칙 제20조의2 제11항). 비영리공익단체들은 위 규정을 적극 활용하여 권익보호를 지원할 수 있다.

43) 브리티시 콜롬비아 주의 민사소송규칙 관련규정은 영국의 민사소송법과 유사한 점이 많다. 영국의 의사결정능력 장애인을 위한 소송후견인 제도는 제철웅(위 주 11), 133면 이하 참조.

V. 결론

이상의 논의를 요약하면 브리티시콜롬비아 주의 권리보장체계는 다음과 같다.

〈표 4〉 브리티시 콜롬비아 주의 의사결정능력 장애인을 위한 권리실현 보장체계 현황



우리나라와 비교할 때, 브리티시 콜롬비아 주의 권리실현 보장체계는 다음과 같은 특징이 있다. 첫째, 성인자녀에 대해서는 부모도 부양의무가 없지만, 사적 부담(재량 신탁)과 공적 부담(공공부조)을 적절히 결합시켜 의사결정능력 장애인이 생활할 수 있는 재원을 확보할 수 있게 한다. 둘째, 사회적 비용이 많이 드는 법정후견을 최소화하고, 다양한 유형의 후견대체제도를 활성화함으로써 저렴한 비용으로 효율적으로 장애인의 의사결정을 지원하고 있다. 뿐만 아니라, 의사결정능력이 많이 쇠퇴하더라도 스스로 의사결정을 할 수 있도록 최대한 지원함으로써 장애인의 사회통합을 실현

한다. 셋째, 법정후견이나 후견대체제도를 활용하는 사람들이 후견인, 지속적 대리인, 대리인의 권한남용, 학대, 방임 등의 피해를 받지 않도록 행정기관이 적절하게 감독 권한을 행사하고 있다. 나아가 그 밖의 의사결정능력 장애인도 권익지원의 대상에 포함시켜 권리보호의 사각지대를 없애고 있다. 이를 위해 행정부로부터 권한을 위임받은 CLBC가 권익보호활동을 수행함으로써, 유기적 협조체계를 구축하고 있다.

<참고문헌>

김상훈, 성년후견제도의 도입과 민사소송법상의 소송능력 등-소송능력을 중심으로, 강원법학 제41권, 2014.2

김형석, 피성년후견인과 피한정후견인의 소송능력-해석론과 입법론, 가족법연구 제27권 1호, 2013.3

김도훈, 성년후견제도 도입에 따른 민사소송법상 소송능력에 관한 소고, 법학연구, 2013.1

장애인고용공단 고용개발원, 2013년 장애인통계, 2013

정선주, 행위능력제도의 변화에 따른 소송능력의 재검토, 민사소송 제18권 제1호, 3014.5

제철용, 민사소송에서의 의사결정능력 장애인의 법적 지위: 소송무능력자제도의 개정 제안, 법학논총 제31집 제3호(한양대 법학연구소), 2014.9

_____, 유엔 장애인권리협약의 관점에서 본 한국 성년후견제도의 현재와 미래, 가족법연구 제28권2호(2014)

_____, 개정 민법상의 후견계약의 특징, 문제점 그리고 개선방향: 후견대체제도의 관점을 중심으로, 민사법학 제66호(2014.3)

제철용/최윤영, 중증 발달장애인 보호를 위한 특별수요신탁제도의 도입 필요성, 비교사법 제21권 3호(2014.8)

2012 Disability Status Report USA

Advocacy Access, Help Sheet 12, 2014.2

Advocacy Access, Help Sheet 13, 2014.2

Advocacy Access, Help Sheet 14, 2014.2

Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Concluding observations on the initial report of the Republic of Korea, 2014.10

(CRPD/C/KOR/CO/1)

National Research Council, Improving the Social Security Disability Decision Process, Washington DC, the National Academies Press, 2007

The Public Guardian and Trustee of BC, Court and Statutory Guardianship, 2004

투 고 일 : 2014년 10월 31일
심 사 일 : 2014년 11월 14일
수 정 일 : 2014년 11월 21일
게 재 확 정 일 : 2014년 11월 25일

주제어 : 브리티시 콜롬비아 주의 의사결정능력 장애인, 후견, 후견대체제도, 특별수요신탁, 의사결정지원, 대리합의법
--

<Abstract>

Study on the System for Protecting Private Rights of Persons with Impairment to Decision Making Ability in British Columbia of Canada

Cheolung Je

This article dealing with the British Columbia system for protecting private rights of persons with impairment to decision making ability aims to propose what system should be provided for to make sure such persons live integrated into communities while avoiding typical risks they face. Such a person has difficulties in getting job because of their impairment to decision making ability, leading to little financial resource. In this regard, national assistance can be main resource on which they live everyday life. Despite financial resource, he has difficulties in using it for its proper purpose. Furthermore, he is likely to incur loss by exploitation or deceit from others, due to lack of capacity to reasonably make decisions on financial matters. To make him avoid such risks, it is indispensable to assist or substitute decision-making to use financial resource to his benefit. Such a supported decision making system or substitute decision making system can not properly work unless any protection and advocacy system intervenes whenever and wherever any kinds of abuse or neglect happen to persons with impairment to decision making ability. Lastly, such a Protection and advocacy system cannot function properly unless access of such persons to civil litigations are guaranteed even though any proper guardian is not available or even though abuser or any tortfeasor is his guardian or relative. This article analyses British Colombian system with this analysis frame.

The main features of B.C protection system are as follows. Firstly, private resource as well as public money is well mobilized by combination of national assistance and special needs trust even though there is not any kind of

maintenance duty of parents for their adult child. Secondly, B.C. tries to minimize installation of guardianship by widening availability of alternatives to guardianship, leading to reduction of social costs to provide persons with impaired decision making ability with supported or substituted decision making system. Furthermore, social environment for integration of such persons into communities is enhanced by diverse kinds of schemes for assisting decision making. Thirdly, public guardian and trustee office has been working for vulnerable adults by supervising committees, attorneys, and representatives. In addition, CLBC, a private entity, assists the Public Guardian and Trustee Office as a P&A organization, the powers and duties of which have been delegated by B.C. government to protect and advocate persons with impairment to decision making ability. The B.C. system can work properly in terms of protecting private rights of such persons because B.C. civil procedure rules fully guarantees access of such persons to civil litigation, even though there is not any guardian, attorney, or representative and even though guardian, attorney or representative is the person abusing or neglecting such a vulnerable adult.

Key Words : Person with Impairment to Decision Making Ability, Guardianship, Alternatives to Guardianship, Special Needs Trust, Supported Decision Making, Representation Agreement Act