

지원의사결정의 개념 및 필요성에 대한 기초고찰

The Concepts and the Necessity of Supported Decision Making

저자 (Authors)	이동석 Lee, Dong Suk
출처 (Source)	후견과 신탁 2(1) , 2019.1, 1-25(25 pages) JOURNAL OF GUARDIANSHIP AND TRUSTS 2(1) , 2019.1, 1-25(25 pages)
발행처 (Publisher)	한국후견신탁연구센터
URL	http://www.dbpia.co.kr/journal/articleDetail?nodeId=NODE07994704
APA Style	이동석 (2019). 지원의사결정의 개념 및 필요성에 대한 기초고찰. 후견과 신탁, 2(1), 1-25
이용정보 (Accessed)	한양대학교 166.104.37.*** 2020/05/07 10:21 (KST)

저작권 안내

DBpia에서 제공되는 모든 저작물의 저작권은 원저작자에게 있으며, 누리미디어는 각 저작물의 내용을 보증하거나 책임을 지지 않습니다. 그리고 DBpia에서 제공되는 저작물은 DBpia와 구독계약을 체결한 기관소속 이용자 혹은 해당 저작물의 개별 구매자가 비영리적으로만 이용할 수 있습니다. 그러므로 이에 위반하여 DBpia에서 제공되는 저작물을 복제, 전송 등의 방법으로 무단 이용하는 경우 관련 법령에 따라 민, 형사상의 책임을 질 수 있습니다.

Copyright Information

Copyright of all literary works provided by DBpia belongs to the copyright holder(s) and Nurimedia does not guarantee contents of the literary work or assume responsibility for the same. In addition, the literary works provided by DBpia may only be used by the users affiliated to the institutions which executed a subscription agreement with DBpia or the individual purchasers of the literary work(s) for non-commercial purposes. Therefore, any person who illegally uses the literary works provided by DBpia by means of reproduction or transmission shall assume civil and criminal responsibility according to applicable laws and regulations.

지원의사결정의 개념 및 필요성에 대한 기초고찰

이동석*

[목 차]

- | | |
|---------------------------------|--------------------------------|
| I. 서론 | IV. 정신적 장애인에 대한 의사결정 지원은 정당한가? |
| II. 의사결정 개념 | V. 결론 및 제언 |
| III. 정신역량 부족에 따른 법적역량 제한은 정당한가? | |

[요약]

이 논문은 정신능력에 따라 법적 능력을 제한하는 것이 정당한가, 그리고 왜 우리는 낮은 정신력을 가진 사람들의 결정을 지지해야 하는가라는 두 가지 질문을 검토하고자 한다. 법적 능력은 두 부분으로 구성된다. 첫째는 법 앞에서 법적인 인간으로 인정받을 권리가 있다는 법적 지위이다. 두 번째는 그러한 권리에 따라 행동하고 법률에 의해 행동을 인정하는 법적 대리기관이다. 장애인에게 있어 자주 거부되거나 폄하되는 것은 이 구성요소다. 사회는 정신 능력을 평가하고, 개인이 결정의 성격과 결과를 이해할 수 있는지 여부 그리고/또는 관련 정보를 사용하거나 저울질 할 수 있는지에 따라 종종 법적 능력을 부인하려고 한다. 그러나 이것은 두 가지 주요 이유로 결점이 있다. 첫 번째는 장애인들에게 차별적으로 적용된다는 것이다. 두 번째는 그것이 인간 마음의 내적 활동을 정확하게 평가할 수 있다고 가정하고 핵심적인 인권을 부정한다는 것이다. 법적 능력은 장애를 가진 사람들을 포함한 모든 사람들이 단지 인간이라는 이유만으로 법적 지위와 법적 대리인을 가지고 있다는 것을 의미한다. 그러므로 정신능력에 따라 법적 능력을 제한하는 것은 공평하지 않다. 지원적 의사결정은 의사결정 능력이 손상되었을 수 있는 사람들을 돕고, 결정을 내림으로써, 자율성을 촉진하고, 대체 의사결정의 필요성을 방지하는 과정을 의미한다. 현재 인권, 효과성, 실용성을 이유로 지원적 의사 결정이 지지를 받고 있다. 그러므로 낮은 정신 능력을 가진 사람들의 결정을 지원하는 것은 매우 공평하다. 이 논문은 또한 지원되는 의사 결정을 위한 몇 가지 정책 개혁과 실용적인 방법을 제안했다.

주제어: 정신적 장애인, 자기결정권, 의사결정지원

* 대구대학교 사회복지학과 교수

1. 서론

그 동안 자기결정은 법학의 영역에서는 자기의사, 자기지배, 자기책임 등의 용어로서 대표되는 행위자 본인의 사적 영역(privacy)이 강조되어 왔다. 반면 사회복지계에서는 복지서비스 공급자인 사회복지사가 일방적으로 급여하고 이용자가 수동적으로 수급하는 관계에서 자기결정 문제를 바라보았다(이호용, 2016).

우선 법적 영역에서 보면, (구)민법의 금치산제도와 한정치산제도는 법적 주체뿐만 아니라 법적 지위까지, 즉 모든 법적 역량을 박탈했기 때문에 반인권적이라는 비판을 받았었다. 이에 민법을 개정하여 법적 지위는 보장하되 법적 주체 권한은 박탈할 수 있는 성년후견제도를 도입하였다. 법적 지위를 보장했기 때문에 금치산제도에 비해 인권의 증진이 이루어졌다고 평가할 수 있지만, 과연 어떤 이유에서라도 인간의 법적 주체 권한을 박탈하는 것이 바람직한가에 대해서는 논란이 있을 수밖에 없다. 특히 정신역량이 부족하기 때문에 법적 역량, 이 중에서도 법적 주체로서의 권한을 박탈하는 것이 정당화될 수 있는가에 대해서는 많은 논의가 필요하다.

또한 현대 사회보장, 특히 장애인복지 영역에서 주요 키워드는 ‘자립 (Independence)’, ‘사람중심(person centeredness)’, ‘이용자 참여(user involvement)’, ‘권한강화 또는 자력화(empowerment)’, ‘개별유연화(personalisation)’ 등인데, 이들에 공통적으로 깔려있는 사고는 ‘당사자의 바람, 선호, 선택’ 등이다. 결국 당사자 자신의 결정이 중심을 이루고 있는 것이다. 이처럼 당사자의 자기결정이 강조됨에 따라, 사회보장제도는 지원이 필요한 사람에 대한 국가의 행위를 강조하는 조치제도에서 지원이 필요한 사람의 선택권과 자기결정권을 존중하는 방식인 서비스계약제도로 이행되고 있다. 우리나라도 2000년대 후반부터 각종 바우처 제도를 통해 사회보장 제공방식의 큰 틀이 변화하고 있다.

그런데 아직 정신적 장애인, 즉 지적장애인, 자폐성 장애인, 정신장애인의 경우 자기결정능력이 있는 것인지, 자기결정을 존중할 필요가 있는지, 자기결정능력이 있다면 자기결정 행위를 어디까지 존중해야 하는지, 자기결정능력이 부족하다면 어디까지, 어떻게 지원해야 하는지 등에 대해서는 많은 논란이 존재하고 있다.

이와 같은 현상은 자기결정 개념의 불명확성, 대체의사결정과 지원의사결정 개념의 불명확성 등에 따라 발생하는 것으로 보인다. 이에 따라 우선 의사결정의 개념과 그 동안 사회복지계에서 바라본 자기결정에 대한 시각을 살펴볼 것이다. 이후 법적 역량에 대한 검토를 통해 정신역량에 따라 법적 역량을 제한하는 것이正当한지, 또 정신적 장애인의 의사결정을 지원하는 것은正当한지에 대해 논의할 것이다. 이후 이를 바탕으로 의사결정을 지원하기 위한 정책적 방향과 구체적인 실천방법에 대한 제언으로 마무리할 것이다. 이를 통해 지원의사결정의 개념이 보다 명확해지고, 의사결정을 지원하기 위한 다양한 실천 방법 개발에 도움이 될 것으로 보인다.

II. 의사결정 개념

1. 의사결정의 개념 및 종류¹⁾

우리는 모두 항상 결정을 하면서 살아간다. 무엇인가 결정을 해야 할 순간, 우리는 우리 앞에 놓여 있는 여러 가지의 선택 사항 중에서 스스로의 판단에 따라 최선이라 생각되는 것을 결정하게 된다(원소연, 2010). 이처럼 의사결정(decision making)은 여러 대안 중에서 하나의 행동을 고르는 일을 해내는 정신적 지각활동이다. 모든 의사결정의 과정은 하나의 최종적 선택을 가지게 되며 이 선택의 결과로 어떤 행동 또는 선택에 대한 의견이 나오게 된다(곽호완 외 역, 2003).

자신의 의사결정, 즉 자기결정(self-determination)은 인간의 기본적 욕구이자 권리인 자유(freedom)와 자율성(autonomy)에 근거를 두고 있는 도덕적 원칙이자 법적 원리이다(김기덕·장은숙, 2008). 즉 외부로부터 속박을 받지 않을 뿐만 아니라, 자신의 규율 또는 도덕적 가치들에 따라 자신이 하고자 하는 바를 적극적으로 선택할 수 있다는 개념이다. 이에 따라 자기결정은 일반적으로 “자신의 개인적 문제에 대해 타인의 간섭을 받음이 없이 자기 스스로 결정하는 것”으로

1) 이동석(2017) 중 일부를 발췌하여 수정하였음.

4 _ 「후견과 신탁」 제2권 제1호

정의되고 있다(최윤진, 2005). 또한 도덕적 원칙일 뿐만 아니라 법적 원리이기 때문에 법적 존재인 인간은 모두 자기결정 권한을 갖는다고 볼 수 있다.

의사결정의 중요한 특징은 논리성과 불확실성이다. 논리성은 모든 의사결정이 논리성에 따라야 한다는 것으로, 주어진 정보와 지식에 기초하여 결정하여야 한다는 것이다. 불확실성은 우리가 사는 세상이 확률적 성격을 가지고 있기 때문에, 하나의 선택은 어떤 한 결과를 야기할 수 있거나 다른 결과를 만들어 낼 수 있다는 것이다. 그런데 의사결정에 의해 일어날 수 있는 어떤 결과가 선호되지 않거나 대가가 요구된다면 이러한 불확실한 결정은 위험을 야기할 수 있다는 것이다. 따라서 좋은 의사결정이란 논리적이고, 이로 인해 불확실성을 제거함에 따라 위험이 따르지 않아야 한다.

논리성과 불확실성 또는 위험의 정도 등에 따라 의사결정은 다음 <표 1>처럼 자발적 의사결정(spontaneous decision making), 대체의사결정(substituted decision making), 지원의사결정(supported decision making)으로 구분할 수 있다. 양극단에 자발적 의사결정과 대체의사결정이 있는 것이고, 그 사이에 지원의사결정이 있는 것이다. 그리고 지원의사결정은 하나의 방법이 아니라 자발적 의사결정과 대체의사결정 사이에 넓게 퍼져 있는 스펙트럼으로 보는 것이 바람직하다.

<표 1> 의사결정의 종류

대체의사결정 (substituted decision making)	지원의사결정 (supported decision making)	자발적 의사결정 (spontaneous decision making)
<ul style="list-style-type: none"> • 논리성 부족, 결핍 → 논리성 대체 	<ul style="list-style-type: none"> • 논리성 부족 → 논리성 지원 	<ul style="list-style-type: none"> • 정보와 지식의 유입에 따라 논리적으로 이루어짐
<ul style="list-style-type: none"> • 자신 또는 타인에 대한 위험 존재, 불확실성 존재 	<ul style="list-style-type: none"> • 우리 모두의 의사결정도 불확실. 따라서 특정 범주 집단의 불확실성만 논의하는 것은 부정의 • 위험 감수, 위험 평가 	<ul style="list-style-type: none"> • 결정에 따른 위험이 없음. 불확실성 소거.
<ul style="list-style-type: none"> • 장애인의 의사결정 능력이 모자라므로 누군가 대신 판단해 줌 • 일정 정도 장애인의 자기결정권을 훼손할 수밖에 없음 • 후견제도(guardianship) 	<ul style="list-style-type: none"> • 장애인의 의사결정 과정을 지원해 주는 것 • 이후 자기결정(의사)에 따라 장애인을 대신하여 주장해 주고 실행되도록 하는 활동 • 이용자를 대신하여 선택과 결정을 하는 것 아님 • 권익옹호(advocacy) 	<ul style="list-style-type: none"> • 자신의 자유의사에 따른 의사결정

1) 자발적 의사결정

의사결정이 정보와 지식의 유입에 따라 논리적으로 이루어지고, 또한 결과적으로 결정에 따른 위험이 없는 경우, 자발적 의사결정(spontaneous decision making)이라고 할 수 있다. 즉 완전한 자기결정 형태를 의미한다. 전통적으로 자발적인 의사결정은 ‘타인에게 해를 끼치지 않는 사항에 관해서는 스스로가 결정하고 스스로의 책임 아래 행위할 수 있다.’는 영국의 사상가 존 스튜어트 밀의 자유론적 입장에서 이해되어 왔다(백승흠, 1997).

2) 대체의사결정

지적장애인과 아동의 경우 정보와 지식의 유입이 충분치 않거나 어려워 논리적인 의사결정을 방해할 수 있고, 특히 자발적 의사결정의 해석 중 ‘타인에 해를 끼치지 않는 한’의 의미가 행위능력과 책임능력을 전제로 하고 있다고 해석되면서, 지적장애인 등 정신적 장애인의 의사결정은 위험을 초래할 수 있다는 논리가 설득력을 얻게 되었다. 결국 논리성과 불확실성 측면에서 의사결정 능력에 한계가 있다고 여겨지는 정신적 장애인의 자기결정권에 대해서는 제한이 따를 수밖에 없다는 관점이 만들어 지게 되었다(김용득·박숙경, 2008). 이에 따라 다른 사람이 누군가를 대신하여 의사를 결정하는 대체의사결정(substituted decision making)이 정당화되었다. 결국 정보와 지식을 유입하는데 어려움이 있다고 여겨졌던 정신적 장애인의 경우 의사결정의 불확실성이 크기 때문에 타인 또는 자신에게 해를 끼칠 위험이 상당하다고 여겨졌고, 결국 정신적 장애인을 대신하여 의사결정을 제대로 할 수 있는 사람이 의사결정을 대신 해주는 것이 정의롭다고 여겨져 왔다.

3) 지원의사결정

정보와 지식의 유입이 어렵다는 판단을 하기 위해서는 이를 위해 얼마만큼의 지원이 이루어졌는지가 중요해 진다. 우리도 우리가 알아들을 수 없는 언어로 우

리가 알아들을 수 없는 속도로 지식과 정보를 받게 되면 이해할 수 없기 때문이다. 그런데 정신적 장애인의 장애특성은 결정을 못하는 것이 아니라 정보와 지식의 유입이 타인에 비해 느리다는 것이다. 그렇다면 정신적 장애인들이 정보와 지식을 제대로 유입할 수 있도록 그들이 알아들을 수 있는 언어로, 그들이 알아들을 수 있는 속도로 지식과 정보를 제공하는 것이 우선되어야 한다(김용득 외, 2013).

또한 우리 모두의 의사결정도 불확실할 수 있다. 불확실성의 차이가 있을 따름이다. 예를 들어 의학적 결정을 위해서 진단과 처방을 통해 의사결정을 하는 경우 대단히 시간에 쫓기고, 위험도가 높으며 불확실성이 크다. 따라서 최적의 의사결정을 내리는 것이 쉽지 않을 수 있다. 따라서 우리가 범주화 시킨 특정 집단의 의사결정이 불확실하기 때문에 위험하다고 말하는 것은 상당히 바람직하지 않고 오히려 위험할 수 있다. 따라서 불확실성에 따른 실제 위험의 정도가 어느 정도인지 명확히 판단할 수 있는 경우에만 위험을 논할 수 있을 것이다.

또한 의사결정에 따른 결과의 불확실성이 발생하는 것도 유입된 정보와 지식의 부족에 따른 경우이기 때문에 특정 집단의 불확실성을 말하기 전에 어떻게 지원할 것인지가 먼저 논의되어야 한다. 결국 의사결정을 위한 지원, 즉 정보와 지식을 제대로 유입하기 위한 지원, 의사결정에 따른 위험의 정도에 대한 판단이 중요해진다. 결국 이와 같은 지원을 통해 의사결정(supported decision making)이 가능하다.

2. 사회복지계에서의 자기결정에 대한 두 가지 시각

사회복지행정 관료나 사회복지사 등 전문직과 사회복지서비스 이용자와의 관계에서 전문직이 온정주의 또는 온정적 간섭주의(paternalism)를 취함으로써 서비스 이용자의 자기결정권을 제한하는 것이 이용자의 삶의 질을 높일 수 있다는 시각과 온정주의에 대한 반발로서 이용자의 권리 보장을 확보하기 위한 측면에서 자기결정 존중 및 지원을 바라보는 시각이 존재한다(이호용, 2016).

1) 온정주의 시각에서의 자기결정

자기결정이 개념적으로 정의될 수 있고, 모든 사람이 동등하다는 전제가 성립되면, 모든 사람은 자기결정을 하나의 권리로써 향유할 수 있어야 한다. 그런데 자기결정의 개념에서 한 개인이 자기결정을 하기 위해서는 이성과 합리성으로 대별되는 인지능력을 포함하여 행위능력과 의사표시 능력을 갖추어야 한다. 즉 자기결정의 가치를 하나의 권리로 향유하기 위해서는 자기결정을 행사하는 주체가 일정 정도의 인지능력과 행위능력을 가지고 있어야 한다는 것이다.

그런데 발달장애인이거나 정신장애인은 인지능력과 행위능력이 떨어지기 때문에 자기결정이 불가능하거나 불완전할 수 있다고 볼 수 있다. 이 경우 사회복지 실천 전문가나 사회의 온정주의적 개입이 필요해진다. 이러한 측면은 무능력 논리라고 불리면서 한 사회에서 개인이 향유할 자유와 자율성 그리고 그에 근거한 자기결정의 원칙을 제한할 수 있는 대표적인 정당화 논리로 사용되어 왔다(김기덕·장은숙, 2008).

이처럼 사회복지실천에서 이용자의 자기결정을 제한할 수 있는 대표적 조건은 온정주의 또는 온정적 간섭주의(paternalism) 시각이다. 온정주의에 기반한 사회복지사는 이용자의 자기결정은 어떠한 상황에서도 반드시 지켜야 하는 절대적 원칙이나 권리가 아니라, 특정 조건하에서는 그 범위와 구현 정도가 일정 정도 제한되거나 축소되는 조건부 규범으로 본다. 이에 따라 이용자의 적극적 혹은 소극적 의사에 반해 실천과 관련된 의사를 재량적으로 결정하게 된다(김기덕·장은숙, 2008).

그런데 이와 같은 온정주의적 또는 무능력논리에 바탕을 둔 사회복지사의 재량적 의사결정 또는 대체의사결정이 정당화되기 위해서는, 인지능력이나 행위능력이 떨어지는 발달장애인이거나 정신장애인의 자기결정을 존중할 경우 그 결정에 의해 장애인 자신 또는 타인의 이익을 침해하거나 위해를 가할 수 있다는 전제가 성립되어야 한다. 자기결정의 제한 조건으로 인정하는 것이 위험 혹은 위해의 논리(harm principle)이다. 이러한 위해의 논리는 한 개인의 행동이나 태도가 타인에게 해를 주어서는 안 된다는 도덕적 원칙에 근거하는 것으로서 특정인의 행위가 자신이나 타인에게 심각한 해악을 줄 것이 분명할 경우에는 공권력을 동원하

여 그 행위자의 자유로운 자기결정을 제한하여야 한다는 것이다.

우리 사회는 장애인 당사자의 결정보다는 사회복지사 등 전문가의 재량적 의사결정이 오히려 장애인 당사자의 이익을 더 높일 수 있고, 제3자 혹은 사회의 이익을 보호할 수 있다고 보고 있다. 이에 따라 성년후견제도가 자리 잡게 되었고, 정신질환자에 대한 강제입원이 가능하게 되었고, 사회복지실천현장에서 부모 등 주변 보호자의 동의에 따라 서비스 이용이 결정되고 있다.

2) 시민권 시각에서의 자기결정

시민권 시각에서 보면 모든 사람은 동등한 권리를 소유한다. 결국 사회의 구성원으로서 시민이 누리는 자유와 자율이라는 가치와 그의 구현으로서의 자기결정의 원칙과 가치는 본원적이고 침해할 수 없는 것이다. 즉 자기결정은 인간이라면 침해될 수 없는 근원적 권리인 것이다. 따라서 현재의 정신적 무능력과 무관하게 자신의 본원적 자유와 자율에 대한 권리를 소유하고 있다는 것이다.

장애인 자립생활모델도 장애인 당사자의 완전한 참여와 삶에서의 주도성을 목표로 하는데 이를 위한 출발을 자기결정으로 보고 있다. 또한 우리나라 『장애인 차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률』 제7조에서도 자기결정권 및 선택권을 명시하고 있다. 이를 보면 장애인은 자신의 생활 전반에 관하여 자신의 의사에 따라 스스로 선택하고 결정할 권리를 가진다. 또 『발달장애인 권리보장 및 지원에 관한 법률』 제6조에서도 자기결정권의 보장을 명시하고 있다.

하지만 권리는 모두 동일하되, 정신적 능력, 행위 능력 등에 따라 자기결정 능력은 사람마다 다를 수 있다. 특히 자기결정능력이 다소 떨어지는 사회적 약자는 기본적으로 자신이 가진 자기결정에 대한 욕구를 실현하는데 제한을 가질 뿐만 아니라, 자기결정과 관련된 다른 권리까지도 언제든지 침해될 수 있다. 따라서 자기결정의 원칙과 권리가 더욱 적극적으로 보장될 수 있도록 사회와 국가가 적극적인 지원을 하여야 한다(최윤진, 2005).

이와 같은 원칙을 반영하여 『장애인 차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률』 제7조 제2항에서는 “장애인은 장애인 아닌 사람과 동등한 선택권을 보장받기 위하여 필요한 서비스와 정보를 제공 받을 권리를 가진다.”고 명시하고, 『발달장애

인 권리보장 및 지원에 관한 법률』 제6조 제2항에서는 “누구든지 발달장애인에게 의사결정이 필요한 사항과 관련하여 충분한 정보와 의사결정에 필요한 도움을 제공하지 아니하고 그의 의사결정능력을 판단하여서는 아니 된다.”고 명시함으로써 자기결정 보장을 위한 정보와 지원 서비스를 강조하고 있다.

결국 시민권 시각에서 보면, 자기결정권 제한을 논하는 것은 상상할 수 없는 것이고, 오히려 자기결정능력이 부족한 사람들을 위해서 사회가 온갖 지원을 강구하는 집합적 노력을 하여야 한다. 이처럼 자기결정능력이 부족한 사회적 약자들도 자기결정의 실질적인 주체이면서 지원을 받는 수혜자여야 한다.

이처럼 장애인 당사자가 자신의 치료여부를 포함하여 자신의 생명마저도 판단할 수 있는 최종적인 결정권이 있는 것으로 간주된다면, 실천현장에서는 전문가들이 갖는 상대적 우위는 약화되고 이용자의 최종결정을 돕는 동반자로서의 역할을 담당하게 될 것이다(김기덕·장은숙, 2008).

III. 정신역량(mental capacity) 부족에 따른 법적 역량(legal capacity) 제한은 정당인가?2)

지원의사결정과 대체의사결정을 둘러싼 논쟁을 보면, ‘법적 역량(legal capacity)’과 ‘정신역량(mental capacity)’이라는 용어에서 사용되고 있는 역량(capacity)이라는 용어가 상호 겹치면서 다양한 방식으로 혼란을 야기하고 있는 것으로 보인다(Davidson et al., 2015). 우리의 경우에도 치매노인, 정신장애인, 발달장애인 등 정신역량이 부족한 경우 성년후견제도의 대상이 되고, 이에 따라 후견인이 법적 대리인의 역할을 하기 때문에 기본적으로 피후견인은 법적 역량이 훼손될 수밖에 없다. 그렇다면 정신역량에 따라 법적 역량을 제한하는 것이 가능한지 또는 바람직지에 대한 논쟁이 발생할 수 있다.

법적 역량은 법적 권리의 보유자(holder)뿐만 아니라 법에 따른 행위자(actor)가 될 수 있는 역량을 포함하는 개념이다(UN CRPD, 2014). 법적 권리의 보유자

2) 이동석(2017) 중 일부를 발췌하여 수정하였음

가 될 수 있는 역량이라는 것은 법체계에 의해 자신의 권리를 충분히 보호할 자격이 있음을 의미하는 것이고, 법에 따라 행위할 수 있는 역량이라는 것은 거래에 참여할 수 있는 권한, 법적 관계를 만들고 수정하고 종결할 수 있는 권한이 있다는 것을 의미한다. 다시 말해 법적 역량은 개인의 법적 지위(legal standing)뿐만 아니라 행위할 수 있는 법적 주체(agency) 또는 법적 권한까지도 포괄하는 것이다. 법적 지위에는 출생등록권리, 의료지원을 추구할 수 있는 권리, 선거인 명부에 등록할 수 있는 권리, 여권 발급받을 권리 등이 포함된다.

우리나라의 경우에도 금치산, 한정치산제도를 유지하던 구민법을 폐지하고 법적 지위를 보장하고자 성년후견제도를 만드는 등, 법적 지위나 상태가 보편적으로 적용되어야 한다는 것은 비교적 명확해 보인다. 하지만 법적 주체라는 두 번째 요소는 보다 복잡하며, 현재 무시되거나 제한당하는 부분이 바로 이 부분이다(UN CRPD, 2014). 예를 들어 법률은 장애인이 자신의 재산을 갖는 것을 허용할 것이다. 하지만 재산을 사거나 파는 것과 관련하여 장애인들의 행위를 존중하지 않을 수도 있다. 그러나 법적 역량이라는 것은 장애인을 포함하여 모든 사람들이 법적 지위를 갖고 법적 행위자가 될 수 있음을 의미하는 것이다. 따라서 법적 역량의 두 요소는 법적 역량이 충분히 이루어지기 위한 권리로서 인정되어야만 한다. 결국 법적 역량은 장애인을 포함한 모든 사람의 타고난 권리이고, 이 두 요소를 분리하는 것은 바람직하지 않다(UN CRPD, 2014).

따라서 기본적으로 모든 사람은 법적 역량(legal capacity)을 갖고 있다고 보아야 한다. 왜냐하면 어떤 경우에도 모든 사람은 법 앞에 평등(equal recognition before the law)하고, 법 앞에서 평등하다면 모든 사람은 법 인격(legal personality)을 소유한 것이고, 그렇다면 당연히 법적 역량(legal capacity)을 갖는 것이기 때문이다. 어떤 이유에서건 법 앞의 평등에 대한 제한, 수정을 상상하는 자체는 반인권적인 것이고, 이 명제에 대해서는 어느 누구도 이의를 제기하지 않을 것이다.

한편 정신역량 또는 정신능력(mental capacity)이라는 것은 어떤 사람의 결정능력기술을 말하는 것이다(UN CRPD, 2014). 이 능력은 본질적으로 개인 주변의 환경과 사회적 요인의 영향을 받기 때문에 사람마다 다를 수밖에 없다. 즉 의사결정이 합리적 이성에 의해 결정된다고 생각하지만, 실제 의사결정은 객관적이

고 과학적인 합리적 이성과 더불어 개인의 경험, 편견 등이 함께 작용하여 이루어진다(UN CRPD, 2014). 그런데 개인의 경험과 편견 등은 개인이 처한 사회적 정치적 맥락에 따라 달라지기 때문에 상당히 주관적일 수밖에 없다. 더구나 합리적 이정보다 개인의 경험과 같은 주관적 요인에 의한 영향이 더 클 수도 있다.

또한 정신역량은 우리가 생각하듯이 객관적이고 과학적이고 자연적으로 발생하는 현상이 아니다. 정신역량은 이를 평가하는 데 중요한 역할을 하는 전문가들과 같은 사회적 정치적 맥락에 의해 만들어지는 구성물이고 지식일 따름일 수 있다(UN CRPD, 2014).

결국 정신역량과 법적 역량은 전혀 별개의 개념이고, 전후관계도, 인과관계도 성립되지 않는다. 그럼에도 우리는 많은 경우 법적 역량과 정신역량을 혼동하여 사용하고 있다. 즉 인지 또는 정신적 손상으로 인해 의사결정기술이 손상된 사람들에게 특정결정을 할 수 있는 법적 역량을 제한하고 있는 것이다. 우리가 정해 놓은 정신역량기준에 따라 법적 역량을 일방적으로 제한하고 있는 것이다. 우리는 의사결정이 합리적 이성에 의해 결정된다고 생각하기 때문에, 우리나라 후견제도처럼 50%의 의사결정능력이 부족하면 50%를 대신해 주겠다는 제도가 만들어지는 것이다.

하지만 우리나라도 가입하고 국회의결까지 마친 UN장애인권리협약(CRPD)의 12조와 이를 상세히 해석해 놓은 일반논평(general comment) 1호에 따르면, 개인이 관련된 결정을 할 수 있는 정신역량이 부족할 수는 있지만 그럼에도 법적 역량은 유지되는 것으로 해석되고 있다(UN CRPD, 2014). 결국 정신능력이 바로 법적 능력에 영향을 미쳐서는 안 된다는 것이다.

결국 정신역량이 부족하다고 해서 법적역량을 제한할 것이 아니라, 오히려 법적역량 행사를 위한 각종 지원이 우선되어야 한다(UN CRPD, 2014). 정신능력이 부족하면 지원하는 것이 바람직하다. 정신의 불건강함을 이유로 누군가의 법적 능력을 제한하는 것은 정당하지 않기 때문이다. 결국 관련된 결정을 할 수 있는 정신역량이 부족할 수는 있지만 그럼에도 법적 역량은 유지되는 것이고, 국가는 장애인이 법적 역량을 행사하기 위해 필요한 지원에 접근할 수 있도록 적절한 조치를 취하여야 한다. 즉 대체의사결정을 폐지하고 지원의사결정을 제도화하고 이의 실천을 위해 노력할 필요가 있다는 것이다.

IV. 정신적 장애인에 대한 의사결정 지원은 정당인가?3)

지원의사결정이란 의사결정 능력이 손상된 사람들이 의사결정을 할 수 있도록 지원하고, 또한 이를 통해 개인의 자율권을 촉진하고, 대체의사결정에 대한 필요를 방지하는 일련의 과정을 의미한다(Davidson et al., 2015). 지원의사결정의 필요성은 다양한 측면에서 논의되고 있는데, 기존 논쟁들을 분석해 보면 권리 측면에서의 필요성 논쟁, 효과성 논쟁, 실용성 논쟁으로 구분할 수 있다.

1. 권리측면에서의 필요성

1) UN장애인권리협약 등 지원의사결정 권리의 강조

개인이 적절한 지원을 받아서 자신의 삶에 관련된 결정을 할 수 있는 능력을 갖고 있다면, 적절한 지원은 제공되어야만 하고 그에 따른 개인의 결정은 존중되어야만 한다는 것이다. 개인이 자신의 의사를 결정할 수 있고 의미 있는 선택의 맥락에서 의사를 결정할 수 있다는 것은, 완전한 인격체와 완전한 시민을 의미하는 것이다. 자유민주주의 철학의 가장 기초적인 교리에 따르면, 개인이 자율권에 의해 자기결정권을 갖도록 보호하는 것이 국가의 일차적인 역할이다(Bach and Kerzner, 2010). 하지만 누군가 다른 사람의 법적 행위를 대신한다는 것은 기본적으로 개인의 자기결정권을 침해할 수밖에 없고, 엄격한 의미에서 보면 인권침해일 수도 있다. 왜냐하면 누군가 나에게 자신 또는 타인에게 해를 끼칠 우려가 있기 때문에 자기결정권을 훼손하겠다고 하면 쉽게 인정할 수 없기 때문이다. 따라서 ‘어떤 사람이 결정을 할 수 있는 능력이 있는가?’와 같은 질문이 더 이상 지속되어서는 안 된다. 오히려 ‘이 사람이 자신의 권리를 가장 최고로 실행하기 위하여 어떤 지원이 필요한가?’라는 질문을 하여야 한다(Bach and Kerzner, 2010). 이와 같은 입장은 앞에서 살펴본 UN장애인권리협약에서 가장 명확히 표현되고 있다.

마찬가지로 인권과 개인의 사적인 삶에서의 자기결정권의 중요성이 강조되

3) 이동석(2016) 중 일부를 발췌인용함

면서, 자기결정 개념은 ‘누구나 적극적인 지원을 통해 자기결정권을 존중받을 권리가 있음’을 강조하는 방향으로 변화해 왔다(Loon and Hove, 2001). 즉 자기결정권 자체는 훼손되어서는 안 되고, 자기결정이 잘 안될 경우 적극적인 지원이 이루어져야 인권이 보장된다는 것이다. 이에 따라 자기결정권이란 장애인 당사자가 스스로 자신의 삶의 방식을 결정하고, 그 생활 전반에 걸쳐 스스로의 삶을 주체적으로 이끌 뿐만 아니라 사회활동에 적극적으로 참여함을 의미함과 더불어, 자기결정권 실현은 장애인들이 자신의 의지에 따라 주체적인 결정권을 행사하기 위한 사회적 조건들이 갖추어져 있는가와 자기 결정권 행사를 저해하는 경우 구제 절차가 마련되어 있는가의 여부와 직결된다고 보고 있다(유동철, 2012). 결국 장애인의 자기결정권에는 스스로의 결정, 적극적인 지원, 구제 절차가 필수요소임을 알 수 있고, 이를 통해 스스로의 결정이 잘 안 되는 경우에도 적극적인 지원과 구제 절차와 같은 지원을 통해 자발적 의사결정이 이루어져야 함을 알 수 있다.

2) 자립생활 모델에 따른 장애개념 변화

자립생활 모델과 같은 장애개념 변화에 따라 지원의사결정이 필요하게 되었다. 자립이란 비의존(independent) 상태를 의미하는 것으로, 자신의 모든 과업을 혼자 수행하는 것을 의미하는 것은 아니다. 장애인들이 다양한 지원체계를 통해 필요한 원조와 지원을 제공받되, 그 지원을 스스로 통제하고 관리함으로써 의존적 상태가 되지 않는 것을 의미하는 것이다. 결국 자립생활은 장애인이 의존성에서 벗어나 스스로의 선택과 결정, 그리고 주도적인 역할을 바탕으로 지역사회에서 통합되어 살아가는 것을 목표로 하는 것이다.

지체장애인들은 장애인들이 선택과 통제할 수 있는 활동보조서비스, 이동지원서비스 등을 통해 자립생활을 이루게 되었지만, 정신적 장애인들은 이와 같은 서비스를 받음에도 지원에 대한 선택과 통제권에서 많은 제한을 겪었다. 의사결정에서 차이가 있었기 때문이다. 그렇다고 정신적 장애인들의 자립생활이 어렵다고 말하는 것은 옳지 않다. 오히려 현재 안 되고 있다면 무엇인가 지원이 결핍되었기 때문으로 보아야 한다. 결국 정신적 장애인들의 자립생활이 잘 안 되는

이유는 의사결정에 대한 지원이 부족했기 때문이었다. 이에 따라 정신적 장애인의 자립생활을 위해 의사결정에 대한 지원이 추가 되었고, 자기결정권을 훼손하지 않으면서 정신적 장애인이 의사결정 할 수 있도록 지원하는 많은 정책들이 나오게 되었다. 2000년 스코틀랜드의 무능력성인법, 2005년 잉글랜드와 웨일즈의 정신능력법 등은 대체의사결정의 필요 정도를 줄이기 위해 지원의 필요성을 강조하고 있다(Richardson, 2012). 특히 정신능력법은 우리나라에 후견제도관련 입법으로 알려져 있지만, 후견제도는 이미 그 이전부터 있었고, 이 법은 후견제도에 의해 개인의 법적역량이 훼손되는 일이 벌어지지 않도록 의사결정을 지원하도록 만든 법이다. 하지만 이 법도 현재의 UN장애인권리협약의 기준에서 보면 많이 부족한 것으로 보인다.

3) 「발달장애인 권리 보장 및 지원에 관한 법률」에 따른 자기결정권

우리나라 「발달장애인 권리 보장 및 지원에 관한 법률」 제8조(자기결정권의 보장)⁴⁾를 보면, 제1항은 발달장애인이 스스로 결정하는 원칙을 천명하고 있으며, 제2항에서는 의사결정에 필요한 도움을 제공할 것을 규정하고 있으며, 제3항에서는, 그럼에도 불구하고 스스로 의사를 결정할 능력이 충분하지 아니한 경우 보호자가 의사 결정을 지원할 수 있고, 이때에는 최선의 이익 원칙을 따르도록 되어 있다. 따라서 실천가는 발달장애인에게 가능한 대안의 장·단점 등에 관해 충분한 정보를 주고, 발달장애인이 선택·결정(informed choice, supported decision making)하게 하고, 최종 결정이 내려지면 그 결정이 실행될 수 있도록 주장·실천하여야 한다.

4) 제8조(자기결정권의 보장) ① 발달장애인은 자신의 주거지의 결정, 의료행위에 대한 동의나 거부, 타인과의 교류, 복지서비스의 이용 여부와 서비스 종류의 선택 등을 스스로 결정한다.

② 누구든지 발달장애인에게 의사결정이 필요한 사항과 관련하여 충분한 정보와 의사결정에 필요한 도움을 제공하지 아니하고 그의 의사결정능력을 판단하여서는 아니 된다.

③ 제1항 및 제2항에도 불구하고 스스로 의사를 결정할 능력이 충분하지 아니하다고 판단할 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 보호자가 발달장애인의 의사결정을 지원할 수 있다. 이 경우 보호자는 발달장애인 당사자에게 최선의 이익이 되도록 하여야 한다.

하지만 우리의 실천현장은 이 법의 정신을 따라가지 못하고 있을 따름이다. 발달장애인의 자기결정능력이 떨어진다는 이유로 그들의 바람을 들으려 하지 않고, 최선의 이익 추정에 근거하여 서비스 제공자가 의사결정을 대신하고 있다. 심지어 발달장애인에게 필요한 최선의 이익을 자의적으로 판단하고 왜곡하기도 한다. 그럼에도 우리나라 「발달장애인 권리 보장 및 지원에 관한 법률」에서는 발달장애인의 권리로서 자기결정과 이를 위한 지원을 명시하고 있음을 알 수 있다.

2. 효과성 측면에서의 필요성

효과성 논쟁은 지원의사결정이 개인, 가족, 사회에 주는 이익이 무엇인지에 대해 초점을 맞추는 것이다. Chartres and Brayley(2010)는 지원의사결정이 세 측면에서 이익이 있다고 주장하고 있다. 첫째, 지원의사결정은 자신의 삶에 대해 개인이 갖게 되는 개인의 자결권, 권한, 통제권을 지원한다. 둘째, 지원의사결정은 협상하고 의사를 결정하는 개인과 가족에게 보다 명백한 구조를 제공해 줄 수 있고, 또한 가족, 친구, 비공식적 돌봄 제공자, 서비스의 맥락에서 계획을 세울 수 있게 한다. 셋째, 의사결정을 할 수 있는 개인의 법적 능력과 개별적 능력이 증진되고 존중되었는지 확인할 수 있는 보다 포괄적인 수단을 제공해 준다. 이 외에도 시민권, 개인적인 권한강화(empowerment), 자기결정, 자기 존중감, 결정에 대한 존중, 자신의 삶에 대한 통제권, 의사결정에의 자신감, 권리에 대한 확신, 의사결정 기술과 역량의 발달, 의사결정 영역의 확대, 지원 네트워크의 확대 등 개인으로써 얻을 수 있는 이익이 많다(Chartres and Brayley, 2010).

또한 지원의사결정을 발전시키고 실행하는 과정은 사회적 이익을 만들어 낼 수도 있다. 모든 시민들의 권리 존중 중요성에 대해 모든 국민들이 보다 넓은 이해를 할 수 있도록 기여할 수 있고, 정신보건 및 장애에 대한 보다 통합적인(inclusive) 접근이 가능하게 할 수 있다.

3. 실용성 측면에서의 필요성

지원의사결정은 보다 나은 결정이 이루어질 수 있도록 할 수 있다. 즉 지원의

사결정을 통해 실용적인 이익을 추구할 수 있다는 것이다. 실용성 측면에서의 필요성은 절차 공정성과 관련되어 있다. 만약 지원의사결정을 함으로써, 사정과정에서 개인이 경청되어지고, 존중받고, 그들의 견해가 고려된다고 느낀다면, 혹시 사정과정의 결과에 만족하지 못한다 하더라도 이용자들은 사정과정이 강압적이었거나 불만족했다고 느낄 가능성이 줄어든다는 것이다(Galon and Wineman, 2010; McKenna, Simpson, and Coverdale, 2000). 또한 개인이 이용할 서비스 유형을 결정하기 위해 필요한 지원을 받는다면, 이용자는 그 서비스에 보다 적극적으로 참여하려 할 것이고 더 많은 이익을 얻을 것이라고 생각하는 것이 합리적일 것이다.

V. 결론 및 제언

법적 역량에 대한 검토를 통해 정신역량에 따라 법적 역량을 제한하는 것이 적당한지, 또 정신적 장애인의 의사결정을 지원하는 것은 적당한지에 대해 살펴 보았다. 모든 법적 역량을 제한했던 금지산제도와 한정치산제도를 없애고 법적 지위는 보장되되 법적 주체로서의 권한은 제한한 성년후견제도로 수정함에 따라 인권의 진일보를 이루었다고 평가할 수도 있다. 하지만 다수의 안전, 최대 다수의 행복이라는 공리주의에 따라 누군가의 법적 주체권한을 제한하는 것이 바람직한가에 대해서는 지속적인 고민이 필요하다. 인권의 기본원칙에 따르면 누군가의 법적 주체권한도 제한되어서는 안 된다. 최대 다수의 최대 행복을 위해 누군가, 특히 이 사회에서 권력 또는 권한이 이미 많이 배제된 사람들의 기본권을 제한하는 것은 바람직하지 않다.

또한 정신역량을 평가하여 정신역량이 부족한 사람에 대해 법적역량을 제한하고 있는데, 과연 정신역량(mental capacity)과 법적역량(legal capacity)은 상관성이 있는가에 대해서도 많은 고민이 필요하다. 앞서 살펴본 바와 같이 정신역량과 법적역량은 상관성이 적다. 정신역량이 부족한 사람에게 법적역량을 제한할 수 있다는 논리가 성립한다면 신체역량(physical capacity)이 부족한 사람도 법적역량을 제한할 수 있다. 이 가정이 끔직한 이야기로 들릴 수 있지만, 우리나라의

경우 이 가정에서 벗어난 지 10년도 되지 않았다. 아직도 일부 경우에는 신체장애인의 경우 법적권한을 박탈당하고 있기도 하다. 결국 정신역량의 문제만이 아니라, 이와 같은 논리가 정당화될 경우 아주 쉽게 신체역량이 떨어지는 사람들도 법적역량을 제한당할 수 있게 된다. 따라서 정신역량이건 신체역량이건 누군가를 판단하여 법적역량을 제한하는 것은 바람직하지 않다.

하지만 정신역량이 부족하여 의사결정에 지원이 필요한 경우 필요한 지원은 충분히 받아야 한다. 그것이 인권이고 국가의 존재이유이기 때문이다. 따라서 정책적으로 보면 대체의사결정제도라고 볼 수 있는 현행 성년후견제도의 적용을 최소화하면서 지원의사결정제도를 확립하여야 한다. 또한 실천적 측면에서 보면 의사결정 과정별로 다양한 지원방법을 만들어내야 한다.

1. 정책적 제언⁵⁾

1) 지원의사결정제도의 확립

지원의사결정은 정신역량의 정도와 상관없이 모든 사람에게 활용 가능해야 한다. 의사소통 방식이 쉽지 않아 많은 지원이 필요하다고 해서 지원의사결정이 안 되는 것은 아니다. 또한 법적 역량의 행사를 위한 모든 형태의 지원은 개인의 의지와 선호에 따라야 하고 최선의 이익⁶⁾에 기반하여서는 안 된다. 필요한 경우 기존의 지원이 아닌 적합하다고 여겨지는 새로운 지원을 창출할 필요도 있다. 지원에 대한 비용이 장애물이 되어서도 안 되고, 의사결정의 지원에 따라 다른 권리가 침해되어서도 안 된다(UN CRPD, 2014). 정신역량과 법적역량 측면에서 지원의사결정의 특징을 정리하면 다음 <표 2>와 같다.

5) 이동석(2016) 중 일부를 발췌, 인용함

6) 당사자의 선택을 존중하는 자기결정권은 UN장애인권리협약 및 국내의 '장애인 차별 금지 및 권리구제에 관한 법률'에 명시되어 있으며, 반면 서비스 제공자 등이 최우선 가치로 두기 쉬운 최선의 이익은 아동권리협약 3조에 명시 되어 있는 권리이다 (Boylan and Dalrymple, 2009). 즉, 자기결정권은 당사자가 주장하는 권리고, 최선의 이익은 타인에 의해 규정되고 추정되는 것에 근거하여 이뤄지는 경우가 많고, 아동과 같이 의사능력이 결여되어 있다는 전제하에 이뤄지는 것이다.

〈표 2〉 대체의사결정과 지원의사결정의 특징

지원의사결정
<ul style="list-style-type: none"> • 정신역량 부족 → 부족한 만큼 지원
<ul style="list-style-type: none"> • 법적역량 보존
<ul style="list-style-type: none"> • 모든 사람에게 활용 가능해야 함 • 법적 역량의 행사를 위한 모든 형태의 지원은 개인의 의지와 선호에 따라야 하고 최선의 이익에 기반해서는 안 됨. • 의사소통 방식이 지원의 장애물이 되어서는 안 됨 • 필요한 경우 기존의 지원이 아닌 적합한 새로운 지원의 창출 필요 • 지원에 대한 비용이 장애물이 되어서는 안 됨 • 의사결정의 지원에 따라 다른 권리가 침해되어서는 안 됨 • 지원을 받는 개인은 지원관계를 언제든지 변화하거나 종료할 수 있음 • 법적 역량 행사를 지원하기 위해 정신능력 판단뿐만 아니라 새로운 지원육구에 대한 지표 필요

또한 지원의사결정은 한 형태만 존재하는 것이 아니라, 자발적 의사결정과 대체의사결정의 사이에 있는 스펙트럼으로 보아야 한다. 따라서 지원방식도 하나만 존재하는 것이 아니라, 지원이 필요한 사람들의 욕구에 부합할 수 있도록 다양한 지원방식이 존재하여야 한다.

외국의 사례를 참조하면, 의사결정 지원자는 다양하게 존재하는 것이 바람직할 것 같다. 크게 보면 사적인 합의계약에 의한 의사결정 지원자, 법원의 명령에 의한 의사결정 지원자가 필요한 것으로 보인다. 캐나다의 앨버타 주에서 이와 같이 시행하고 있고, 호주는 조금 더 다양한 형태의 의사결정 지원자 유형을 만든 것으로 보인다.

또한 의사결정 역량에 대한 평가가 필요할 것으로 보인다. 법원이 지명한 또는 사회적으로 전문성을 부여받은 역량평가자(capacity assessor)에 의해 결정되어야 한다. 의사결정 역량은, 의사결정 지원자 희망에 대한 의사소통여부, 승인 또는 거절에 대한 표현가능여부, 대리합의계약 작성이 본인에게 미칠 영향에 대한 인식여부, 의사결정지원자와 신뢰관계를 형성할 수 있는지의 여부 등을 고려하여 결정하면 가능할 것으로 보인다. 특히 의사결정 역량이 없다는 것이 명확하게 증명되지 않으면 역량은 있는 것으로 간주하는 것은 상당히 중요하다.

의사결정 지원자가 신의원칙에 위반하여 성실한 활동을 하지 않을 경우 당사자 본인, 감독기관 등에 의한 고소가 가능할 필요가 있다. 또한 법원의 판결에 의해 불성실한 실천이 명백할 경우 이에 대한 처벌도 강력하게 할 필요가 있다. 물

론 의사결정 지원자에 대한 지원 시스템을 먼저 구축하는 것이 선행되어야 할 것이다.

또한 지원의사결정제도의 확립만으로는 충분하지 않다. 의사결정, 지원의사결정 등에 관한 교육이 반드시 필요하다. 특히 UN장애인권리협약위원회의 우리나라에 대한 권고에서 사회복지사 등에게 의사결정에 대한 교육을 권고하였기 때문에, 제도가 만들어지기 이전이라도 사회복지 종사자들을 대상으로 한 지원 의사결정에 대한 교육이 이루어져야 한다.

2) 성년후견제도의 최소한의 적용

2013년 7월부터 개정민법에 의해 성년후견제도가 시행되고 있다. 또한 ‘발달 장애인 권리보장 및 지원에 관한 법률’ 제9조(성년후견제 이용지원)에서도 발달 장애인의 성년후견 이용을 지원하도록 되어 있다. 일면 후견인 제도는 장애인의 인격을 발현시키기 위해 도입된 제도이며 장애인이 누려야 할 권익을 최대한 발전시키기 위해 탄생한 제도로 보인다.

그런데 아이러니하게도 후견인제도는 기본적으로 ‘장애인의 판단 능력이 결여되어 있다’는 전제를 하고 있기 때문에, 잘못 사용되면 오히려 장애인의 인권을 침해하는 제도로 전락할 수도 있다. 한 예로 2012년 여름, 요양원에서 시설로 이전하려는 발달장애인이 통장과 현금카드를 만들려고 했는데, 은행 측이 거절한 사례가 있었다. 해당 은행의 공식적인 입장은 현금카드를 다른 사람이 사용할 수 있기 때문에, 오용을 방지하기 위해 현재 통장 개설은 가능하나, 2013년 7월 이후 후견인제도가 시행되고 후견인이 선정되면 현금카드도 만들 수 있다는 것이었다. 또 다른 은행은 아예 후견인이 없으면 통장도 만들지 못한다는 입장이었다. 결국 후견인제도가 장애인의 의사결정 능력을 부정하는 제도로 사회에 인식되고 있음을 보여주는 것이다. 장애인의 인권침해를 방지하고자 만든 후견인제도가, 자칫 장애인의 사회적 열등감을 강조하고 장애인은 의사결정능력이 없다는 낙인을 주는 제도로 오해할 수도 있음을 나타내 주고 있다. 장애인의 자립생활을 가로막고, 제도가 장애를 만드는(disabling) 대표적 사례로 볼 수 있다. 또한 성년후견제도의 주인은 장애인보다는 후견인이 될 가능성이 크다. 그러다 보면,

장애인을 열등한 존재로, 판단을 대신해 주어야 할 존재로 인식하게 되고, 장애인과 후견인 사이에 위계성이 존재하게 되고, 이 차이는 차별로 이어지게 될 것이다.

이와 같은 문제점으로 인해 이미 후견제도를 시행하고 있는 나라들에서 후견제의 남용과 오용에 따른 부작용을 경계하고, 이를 개선하기 위하여 현존 능력의 극대화, 후견인의 피후견인에 대한 최소개입의 원칙을 재천명하고 있다. 즉, 후견인의 개입은 최소화하고, 현존 능력을 극대화하고, 역량을 강화할 수 있는 서비스가 더 중요하다는 것이다.

하지만 현재 당장 후견제도가 필요한 사람들이 있는 것이 현실이다. 이에 따라 옹호활동의 과정에서 성년후견제도를 적극적으로 활용하는 것이 필요한 경우도 있다. 농어촌 지역과 같이 장애에 대한 민감성이 높지 않은 환경에서 발달장애인들이 오랜 기간 근로를 제공하고도 임금을 받지 못하는 경우, 국민기초생활수급비를 착취당하면서도 스스로를 주장하지 못하고 있는 경우 등이 있다. 이들은 작은 지역사회에서 불편한 관계가 되는 것이 부담스럽기도 하고, 착취하는 사람들이 보호자를 자처하여 위장하고 있는 경우가 많기 때문에 부담함에 저항하지 않는 경향이 있다. 이런 경우에 적극적인 옹호서비스가 필요하다. 그러나 옹호서비스만으로는 법률적으로 대항할 수 있는 자격을 가지기 어렵기 때문에 상황에 적극적으로 대처하기 어려울 수 있다. 이런 경우 발달장애인의 성년후견인이 부당한 상황들에 대한 적극적인 역할을 할 수도 있다. 이처럼 꼭 필요한 경우에는 성년후견제도를 활용할 수 있다. 하지만 ‘장애인권리협약 위원회’의 권고처럼 지속되어서는 안 되고, 우리의 지속적인 노력에 의해 이 제도를 약 20년 후에는 없앨 수 있도록 노력하는 것이 우리의 과제일 것이다.

2. 실천적 제언

의사결정은 다음과 같은 과정을 거친다.

- ① 의사결정과 관련된 정보를 이해한다.
- ② 정보를 기억 속에 (잠시) 유지한다.
- ③ 의사결정의 과정으로써 관련 정보를 사용하거나 정보의 비중을 다룬다.

- ④ 자신의 결정을 언어, 그림언어, 기타 다양한 방식으로 의사소통한다.
따라서 지원의사결정은 이 각각의 과정에 대한 지원을 의미하는 것이다.

1) 의사결정과 관련된 정보를 이해할 수 있도록 지원

결정과 관련된 정보를 제공하지 않고, 이해에 대한 평가를 하는 것은 잘못된 것이다. 개인이 이해할 수 있도록 가장 적절한 방식으로 정보를 제공하기 위한 모든 노력이 이루어져야 한다. 상황이 위급하지 않는 한, 짧은 시간 동안 부적절하게 이루어지는 설명은 받아들일 수 없는 것이다. 관련 정보에는 결정의 본질, 결정이 필요한 이유, 결정을 했을 때의 가능한 결과, 또는 결정을 하지 않았을 때 발생할 수 있는 결과 등이 포함된다. 또한 정보는 개인의 욕구와 상황에 부합되는 가장 적절한 방식으로 제공되어야만 한다. 간단한 언어, 그림언어, 시각적 소통 방식, 컴퓨터를 이용한 지원, 또는 다른 모든 수단 등이 적절한 방식에 포함될 수 있다.

2) 정보를 기억 속에 유지할 수 있도록 지원

의사결정을 위해서는 장기적으로 정보를 유지할 필요도 있지만 결정이 이어지기 전까지 단기적으로 정보를 유지하여도 된다. 따라서 잠시 동안만 정보를 유지할 수 있다면 결정능력과는 무관하다고 볼 수 있다. 노트북, 사진, 포스터, 비디오, 음성녹음기 등은 정보를 기록하고 유지하는 데 도움이 될 수 있다. 따라서 이와 같은 보조기억장치의 사용방법을 훈련, 지원하는 것이 필요하다.

3) 의사결정의 과정으로써 관련 정보를 사용하거나 정보의 비중을 알 수 있도록 지원

정보는 이해할 수 있지만, 손상이나 장애 때문에 정보를 사용할 수 없는 경우가 있다. 또는 장애 또는 손상 때문에 제공된 정보에 대한 이해나 사용 없이 특정 결론에 이를 수도 있다. 이런 경우 의사결정능력이 부족하다고 할 수 있다. 하지만 대부분의 장애인은 이에 해당하지 않는다. 일부의 경우에만 제한적으로 적용

될 수 있다. 예를 들어 거식증 환자의 경우 먹지 않음에 따른 결과에 대한 정보를 이해할 수 있다. 하지만 음식을 거부하는 힘이 강해 이 정보를 무시할 수밖에 없을 것이다. 또한 일부 뇌손상 환자의 경우 주어진 정보 또는 이해한 정보와 상관 없이 충동적인 결정을 할 수도 있다.

4) 자신의 결정을 언어, 수화, 기타 다양한 방식으로 의사소통할 수 있도록 지원

가끔 의사소통할 수 있는 방식이 전혀 없는 경우도 있다. 혼수상태처럼 의식이 없는 경우, 감금증후군처럼 의식은 있지만 말이나 이동을 전혀 할 수 없는 경우처럼, 이 경우는 아주 예외적인 일부에게만 적용된다. 이 범주에 누군가 속한다고 결정하기 전에, 의사소통할 수 있도록 실질적이고 적절한 지원을 우선 시행하는 것이 무엇보다도 중요하다. 언어치료사 등 관련 전문가들의 도움을 우선 받는 것이 중요하다. 또한 단순한 근육의 움직임에 의한 의사소통을 할 수 있는 경우, 의사결정 능력이 있는 것으로 볼 수 있다. 예를 들어, ‘예’, ‘아니오’를 표현하기 위해, 눈을 깜박일 수 있거나 손을 오므릴 수 있는 경우, 의사소통이 가능한 것이다.

투고일: 2018.12.30. 심사일: 2019.1.20. 게재확정일: 2019.1.23.

■ 참고 문헌 ■

- 곽호완 외 역. 2003. 『공학심리학』. 시그마프레스. Wickens, C. and Hollands, J. Engineering psychology and human performance(3rd ed). Pearson Education Inc.
- 김기덕·장은숙. 2008. “클라이언트의 자기결정에 관한 정신보건사회복지사의 실천 경험에 대한 연구”. 『사회복지연구』, 39: 83-113.
- 김용득·박숙경. 2008. “지적장애인의 거주시설 유형별 자기결정 경험 연구.” 『한국사회복지학』60(4): 79-103.
- 김용득·윤재영·이동석·이호선·김재훈. 2013. 『지적장애인을 위한 권익옹호의 원리와 실천』. EM커뮤니티.
- 백승흠. 1997. “고령자의 자기결정권: 영국의 지속적 대리권 수여법을 중심으로”. 『아태공법연구』 4: 131-154.
- 원소연. 2010. “장애인의 자기결정권 실현을 위한 정책연구: 독일의 개인예산제도와 한국의 활동보조지원사업을 중심으로.” 『사회복지정책』 37(2): 267-289.
- 유동철. 2012. “영국 장애인 직접지불제도의 정책적 효과성에 대한 탐색적 연구: 사회적 배제의 관점에서.” 『비판사회정책』 34: 129-162.
- 이동석. 2016. “정신적 장애인의 법적 역량과 의사결정”. 한국사례관리학회. 『2016추계 학술대회 자료집』.
- 이동석. 2017. “캐나다 5개 주의 지원의사결정제도 비교분석”. 『한국장애인복지학』, 36: 179-202.
- 이호용. 2016. “의료와 복지에서 결정 능력이 부족한 자의 자기결정 - 지적장애인의 자기결정에 관한 서설적 연구”. 『한양법학』, 27(4): 117-140.
- 최윤진. 2005. “청소년 자기결정권에 관한 연구”. 『교육법학연구』, 17(2): 189-208.
- Bach, M., & Kerzner, L. 2010. A new paradigm for protecting autonomy and the right to legal capacity. Toronto: Law Commission of Ontario.
- Boylan, J., J. & Dalrymple. 2009, Understanding advocacy for children and young people. Berkshire: Open University Press.
- Chartres, D., and Brayley, J. 2010. Office of the Public Advocate South Australia: Submission to the productivity commission inquiry into disability care and support. Collinswood: Office of the Public Advocate.
- Davidson, G., Kelly, B., Macdonald, G., Rizzo, M., Lombard, L., Abogunrin, O., Clift-Matthews, V., and Martin, A. 2015. Supported decision making: A

- review of the international literature. *International Journal of Law and Psychiatry*, 38: 61-67.
- Galon, A. and Wineman, M. 2010. Coercion and procedural justice in psychiatric care: State of the science and implications for nursing. *Archives of Psychiatric Nursing*, 24(5), 307-316.
- Loon, V. and Hove. V. 2001. Emancipation and self-determination of people with learning disabilities and down-sizing institutional care. *Disability and Society*, 6(2), 233-254.
- McKenna, G., Simpson, F., and Coverdale, H. 2000. What is the role of procedural justice in civil commitment? *Australian and New Zealand Journal of Psychiatry*, 34(4), 671-676.
- Richardson, G. 2012. Mental disabilities and the law: From substitute to supported decision-making?. *Current Legal Problems*, 65, 333-354.
- UN CRPD. 2014. General Comment No. 1 - Article 12: Equal recognition before the law. Committee on the rights of persons with disabilities.

[Abstract]

The Concepts and the Necessity of Supported Decision Making

Lee, Dong Suk

Daegu University, Dep. Social Welfare

This paper intends to examine the two questions.: “Is it fair to restrict the legal capacity according to mental capacity?” and “Why we should support the decision making of the people with low mental capacity.” Legal capacity consists of two strands. The first is the legal standing to have rights, to be recognized as a legal person before the law. The second is the legal agency to act on those rights, and to have those actions recognized by the law. It is this component that is frequently denied or diminished for persons with disabilities. The society attempts to assess mental capacity and deny legal capacity accordingly, often based on whether an individual can understand the nature and consequences of a decision and/or whether she/he can use or weigh the relevant information. However This it is flawed for two key reasons. The first is that it is discriminatorily applied to people with disabilities. The second is that it presumes to be able to accurately assess the inner-workings of the human mind and to then deny a core human right. Legal capacity means that all people, including persons with disabilities, have legal standing and legal agency simply by virtue of being human. Therefore, it is not fair to restrict the legal capacity according to mental capacity. Supported decision making refers to the process of supporting people, whose decision making ability may be impaired, to make decisions and so promote autonomy and prevent the need for substitute decision making. Supported decision making is now advocated on the reason of human rights, effectiveness and practicality. Therefore, it is very fair to support the decision making of the people with low mental capacity. This paper also suggested a few policy reform and practical method for supported decision making.

■ Keywords: Mental disability, self-determination, supported decision making