

정신질환을 이유로 한 결격조항의 문제점과 개선방향

Suggestions for the Improvement of Disqualification Provisions based on Mental Illness

저자 (Authors)	김도희 Kim, Doh Hui
출처 (Source)	후견과 신탁 2(1) , 2019.1, 27-53(27 pages) JOURNAL OF GUARDIANSHIP AND TRUSTS 2(1) , 2019.1, 27-53(27 pages)
발행처 (Publisher)	한국후견신탁연구센터
URL	http://www.dbpia.co.kr/journal/articleDetail?nodeId=NODE07994705
APA Style	김도희 (2019). 정신질환을 이유로 한 결격조항의 문제점과 개선방향. 후견과 신탁, 2(1), 27-53
이용정보 (Accessed)	한양대학교 166.104.37.*** 2020/05/07 10:20 (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.

정신질환을 이유로 한 결격조항의 문제점과 개선방향*

김도희**

[목 차]

- | | |
|--------------------|------------------------|
| I. 서론 | IV. 자격제한의 법적문제 |
| II. 정신장애인의 자격제한 현황 | V. 일본의 입법례 |
| III. 자격제한의 문제점 | VI. 결격조항 개선방안-결론에 대신하여 |

[요약]

2017. 9. 통과된 개정 「사회복지사업법」은 「정신건강복지법」에 따른 정신질환자에 대해 사회복지사 자격 취득의 결격대상자로 규정하였다. 비슷한 시기에 「약사법」은 약사 면허취소 처분을 요구할 수 있도록 제한을 강화하였다. 이미 앞선 연구들에서 정신장애인에 대한 자격제한 문제가 수차례 제기되었다. 그럼에도 불구하고 이번 정신장애인에 대한 차별적 조치가 감행된 것은 세계적으로도 유례가 없을 뿐만 아니라 국가가 앞장 서 정신장애인의 인권신장을 막은 행위라고 평가할 수 있다. 「헌법」상 보장된 직업선택의 자유가 단지 정신장애인이라는 이유만으로 무차별적 제한되는 현실도 문제지만, 그 배경에 여전히 우리 사회가 정신장애에 대해 가지고 있는 편견과 낙인이 자리잡고 있다는 사실에 더욱 우려를 금할 수 없다. 이하에서는 정신장애인에게 있어 상징적인 이슈인 「사회복지사업법」 개정을 중심으로 정신장애인에 대한 자격제한 법률의 현황과 내용을 분석한다. 또한 우리와 유사한 과정을 거친 일본의 입법개선 사례를 살펴보고, 사회적배제의 완화를 위한 개선방향으로서 결격조항의 삭제 및 축소방안을 제안하고자 한다.

주제어: 결격조항, 정신장애인

* 이 글은 2017. 12. 20. ‘정신장애인 사회복지사 결격사유 개정을 위한 국회토론회’에서 발표한 글을 중심으로 수정·보완한 것임을 밝혀둔다.

** 서울시복지재단 서울사회복지공익법센터 변호사

I. 서론

2017. 9. 28. 국회에서 사회복지사업법 개정안이 통과되었다. 개정 「사회복지사업법」은 「정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률(이하, 「정신건강복지법」)에 따른 정신질환자를 원칙적으로 사회복지사 자격의 결격대상자로 규정하였다. 즉, 정신질환자 중 사회복지사 자격증 취득을 원하는 사람은 정신과전문의로부터 자격시험에 응시해도 된다는 내용의 소견을 받아야만 응시 자격이 주어지는 것이다. 이로써 개정 「사회복지사업법」은 인권침해행위에 대한 공표조치, 사회복지사의 자격 취소자에 대한 일정기간 자격재교부 금지 등 일부 긍정적인 개정취지에도 불구하고 개정법에 대한 비판을 면할 수 없게 되었다.

구체적으로 살펴보면, 「사회복지사업법」 제11조의2 제5호에 「정신건강복지법」 제3조제1호에 따른 정신질환자(다만, 전문의가 사회복지사로서 적합하다고 인정하는 사람은 제외)를 추가함으로써 사회복지사 자격취득의 결격대상으로 정신질환자를 삽입하였다. 이처럼 정신질환자를 사회복지사의 결격대상자로 규정한 것은 세계적으로도 유례가 없을 뿐만 아니라 국가가 앞장 서 정신장애인의 인권신장 흐름의 발목을 잡는 행위라고 평가할 수 있다.

뒤이어 약사법 개정안도 통과되었다. 개정 「약사법」은 약사회가 정신질환자 등 결격사유가 있는 약사(한약사)에 대해 면허취소처분을 요구할 수 있도록 하는 것이 주요 골자다. 약사회 또는 한약사회의 장은 약사 또는 한약사가 정신질환 등의 결격사유에 해당된다고 판단하는 경우, 약사회 또는 한약사회의 윤리위원회의 심의 의결을 거쳐 보건복지부장관에게 면허 취소 처분을 요구할 수 있도록 하고, 이 경우 보건복지부장관은 해당 약사 또는 한약사에게 결격사유 해당 여부에 관하여 전문의의 검사를 받도록 명할 수 있게 한 것이다.

「헌법」상 보장된 직업선택의 자유가 단지 정신장애인¹⁾이라는 이유만으로 무

1) 이 글에서는 정신장애가 질병의 의미로만 쓰이거나 ‘정신건강복지법’의 법문을 인용하는 경우를 제외하고는 정신장애라는 표현을 사용하기로 한다. ‘정신질환(mental illness)’라는 용어는 대부분 의료계와 치안당국(「정신건강복지법」 등)에서 병리적 의미로 쓰이는 반면, ‘정신장애(mental disorder)’라는 용어는 인권일반과 복지당국(「장애인복지법」 등)에서 보다 폭넓은 개념으로 쓰이고 있는바, 후자가 이 글에서 말하고자 하는 논점에 부합한다고 생각하기 때문이다.

차별적 제한되는 현실도 문제지만, 그 배경이 여전히 우리 사회가 정신장애에 대해 가지고 있는 편견과 낙인에서 비롯되었다는 사실에 더욱 우려를 금할 수 없다. 이하에서는 정신장애인에게 있어 상징적인 이슈인 「사회복지사업법」 개정을 중심으로 정신장애인에 대한 자격제한 법률의 현황과 내용을 분석하고, 사회적 배제의 완화를 위한 개선방안으로 결격조항의 삭제 및 축소방안을 제안하고자 한다.

II. 정신장애인의 자격제한 현황

1. 자격제한의 정의

자격제한이라 함은 일정한 자격시험의 응시자격을 제한하거나 면허를 제한하는 것에서부터 공무원, 위원회의 위원 등 일정한 공적 역할을 맡거나 참여할 수 있는 것, 인허가를 요하는 영업활동을 영위하는 것을 제한하는 것을 모두 포함하는 개념이다.²⁾ 그리고 자격제한을 법령상에 구체화한 것이 결격조항이다. 결격조항이란 각종 자격이나 면허제도에 있어서 그 자격이나 면허제도 등에서 그 자격이나 면허에 기하여 행해지는 업무가 적정하게 이루어질 수 있도록 다양한 관점에서 그 자격이나 면허가 부여되어서는 안 된다고 하거나 특히 장애인에게 특정 업무에의 종사나 특정 서비스의 이용 등을 금지하는 법령상의 제규정을 말한다.

또한 자격제한은 자질이 미달되는 자가 특정한 직종이나 사업영역에 진입하는 것을 방지하고, 이미 그 직종이나 사업에 종사하고 있는 자 중에서 자질이 미달된 자를 퇴출시키는 기준으로도 작용한다. 그러나 이와 같은 제도는 필연적으로 직업선택 또는 유지의 자유, 영업의 자유 등을 제한하기 때문에 법령에 정당한 근거가 있어야 할 뿐만 아니라 설령 제한한다 하더라도 헌법상 과잉금지원칙을 위배해서도 안 된다. 주로 미성년자, 피후견인, 대한민국 국민이 아닌 자, 파산

2) 보건복지부, '정신질환 차별개선을 위한 법·제도 개선방안 연구', 2012, p.47

선고를 받고 복권되지 아니한 자, 일정한 형사처벌을 받은 자 등이 대상이 되고, 정신장애 관련 사유(심신상질자, 심신박약자, 정신질환자, 정신지체자, 정신병자 등)도 결격사유의 하나로 제시되고 있다.

2. 자격제한의 유형

자격제한을 유형화하는 방법은 크게 세 가지 정도로 구분해볼 수 있다.

첫째, 입법적 제한과 사법적 제한이다. 양자 모두 법률에 근거가 있어야 하는 것은 동일하지만 사법적 제한은 국가기관인 법원의 선고를 통하여 일정한 대상자들의 법적 지위나 권한을 박탈하는 방식이다. 대부분의 각종 자격 제한 법령들은 피후견인, 파산자, 일정한 형의 선고를 받은 자, 정신질환자 등을 자격취득 제한사유 또는 자격박탈 사유로 규정하고 있다. 반면, 입법적 제한은 법원의 선고를 통해 자격을 박탈당하는 것이 아니라 법령에 그와 같이 규정되어 있다는 이유만으로 자격 자체가 박탈하는 방식이다. 대표적으로 정신질환자가 그러하다. 그러나 이러한 방식은 정신질환의 범위를 어디까지로 할 것인지, 누가 정신질환의 판단주체인지, 이의절차나 자격회복 절차 등 권리구제 절차가 어떻게 규정되어 있는지가 문제된다.

둘째, 사전적 제한과 사후적 제한이다. 사전적으로 자격을 제한하는 경우 법령에서는 흔히 ‘결격사유’라고 표현하며, 사후적으로 자격을 제한하는 경우 ‘취소’나 ‘면직’, ‘해임’, ‘해촉’, ‘휴직’, ‘퇴직’ 등 다양하게 표현한다. 이번에 개정된 양 법을 놓고 본다면, 「사회복지사업법」은 결격사유로서 사전적 제한에, 「약사법」은 면허취소로서 사후적 제한에 해당한다. 다만, 현행법은 대부분 결격사유와 면허취소 사유를 동시에 규정하고 있다. 즉 사전적으로 면허 등 취득을 제한하고, 취득 후 사유가 발생하면 면허취소를 하는 식이다.

셋째, 절대적 제한과 상대적 제한이다. 절대적 결격조항은 장애 등을 이유로 하여 일률적으로 자격이나 면허 등의 부여를 금지하는 조항으로, 정신질환자를 예외 없이 자격 면허의 배제사유로 열거하는 방식이다. 이에 비해 상대적 결격조항은 장애 등의 사유가 있더라도 곧바로 자격이나 면허의 부여를 금지하지 않고 개인의 개별적 사정에 따라 자격이나 면허 등의 금지 여부를 결정할 수 있도록 결

격사유를 상대화한다. 개정 「사회복지사업법」처럼 정신질환자를 배제사유로 열거하면서 전문의 등의 인정을 거쳐 자격 면허 취득을 허용하는 식이다. 정신질환자의 경우 법률에 따라 절대적 결정조항으로 삼고 있는 경우도 있고, 상대적 결정조항으로 삼고 있는 경우도 있다. 이하에서는 본 유형으로 분류하여 논하겠다.

3. 자격제한 현황³⁾

1) 절대적 자격제한

정신질환자이면, 업무수행능력 등과 관계없이 모두 자격이 제한되는 유형이다.

〈표 1〉 절대적 자격제한 유형의 법령

법명	자격·면허명	법 변경 전 규정	현행법상 규정	자격취득제한	필요적 면허 취소사유
모자보건법 제15조의2	산후조리원설치·운영·중사	「정신건강복지법」 제3조 제1호에 따른 정신질환자		0	0
수상에서의 수색·구조 등에 관한 법률 제30조의3	수상구조사			0	0
야생생물 보호 및 관리에 관한 법률 제46조	수렵면허	심신상실자·마약·대마·향정신성 의약품 또는 알콜중독자 그밖에 이에 준하는 정신장애인	「정신건강복지법」 제3조 제1호에 따른 정신질환자	0	0
영유아보육법 제16조	어린이집 설치·운영	정신질환자	「정신건강복지법」 제3조 제1호에 따른 정신질환자	0	
아이돌봄지원법 제6조	아이돌보미	정신질환자		0	
주세법 제19조	주류제조 관리자	정신질환자 또는 심신박약자		0	임의적 취소사유

3) 사회복지사업법 외 유형별 현황표는 신권철, ‘정신질환자 자격제한 법령의 문제점과 개선방안’, 인권과 정의 2013. 5., p.68~70를 기초로 하여 2019. 1. 기준으로 갱신하였다.

총포·도검·화약류등의 안전관리에 관한 법률 제13조 및 제22조	총포·도검·화약류·분사기·전자총격기·석공제조업, 판매업, 화약류 저장소설치, 소지허가, 화약류 제조보안책임자 및 화약류 관리보안책임자 면허	심신상실자, 마약·대마·향정신성의약품 또는 알코올의 중독자 그밖에 이에 준하는 정신장애인	심신상실자, 마약·대마·향정신성의약품 또는 알코올중독자, 정신질환자 또는 뇌전증 환자로서 대통령령으로 정하는 사람	0	0
-------------------------------------	---	---	---	---	---

2) 상대적·적극적 자격제한 유형

정신과 전문의의 적합판정이 있으면 자격취득이 허용된다(원칙적 금지, 예외적 허용). 이번 「사회복지사업법」 개정이 이에 해당한다.

〈표 2〉 사회복지사업법의 개정 전후

개정 전	개정 후
제11조의2 (사회복지사의 결격사유) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 사회복지사가 될 수 없다. 1. 금치산자 또는 한정치산자 2. 금고 이상의 형을 선고받고 그 집행이 끝나지 아니하였거나 그 집행을 받지 아니하기로 확정되지 아니한 사람 3. 법원의 판결에 따라 자격이 상실되거나 정지된 사람 4. 마약·대마 또는 향정신성의약품의 중독자 [전문개정 2011.8.4.]	제11조의2(사회복지사의 결격사유) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 사회복지사가 될 수 없다.<개정 2017.10.24.> 1. 피성년후견인 또는 피한정후견인 2. 금고 이상의 형을 선고받고 그 집행이 끝나지 아니하였거나 그 집행을 받지 아니하기로 확정되지 아니한 사람 3. 법원의 판결에 따라 자격이 상실되거나 정지된 사람 4. 마약·대마 또는 향정신성의약품의 중독자 5. 「정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률」 제3조제1호에 따른 정신질환자. 다만, 전문가가 사회복지사로서 적합하다고 인정하는 사람은 그러하지 아니하다.[시행일: 2018.4.25.]

「사회복지사업법」 외 대부분의 결격사유가 이러한 방식을 취하고 있다.

〈표 3〉 상대적, 적극적 자격제한 유형

법명	자격면허명	법 변경 전 규정	현행법상 규정	자격취득 제한	필요적 면허취소 사유
마약류 관리에 관한 법률 제6조	마약류 수출입업자, 마약류취급학술 연구자 또는 대마재배자	정신질환자 또는 마약류중독자	「정신건강복지법」(또는 「정신보건법」)제3조 제1호에 따른 정신질환자. 다만, 정신건강의학과 전문의가 000로서 적합하다고(또는 업무를 수행할 수 있다고) 인정하는 사람은 그러하지 아니하다.	0	임의적 취소정지사유
공중위생관리법 제6조	이용사, 미용사	정신질환자 또는 간질병자		0	0
응급의료에 관한 법률 제37조	응급구조사	정신질환자·정신지체인		0	임의적 취소 정지 사유
사행행위 등 규제 및 처벌특례법 제6조	사행행위영업허가	정신병자·마약 기타 약물중독자		0	0
식품위생법 제54조	조리사	정신질환자		0	0
국민영양관리법 제16조	영양사			0	0
약사법 제5조	약사, 한약사			0	0
공중위생관리법 제6조의2	위생사			0	0
수산생물질병 관리법제37조3	수산질병관리사			0	0
의료기기법 제6조	의료기기 제조업 허가			0	임의적 취소 정지 사유
의료기사등에 관한 법률 제5조	의료기사, 보건의료정보관리사, 안경사			0	0
의료법 제8조	의사, 치과의사, 한의사, 조산사, 간호사			0	0
장애인복지법 제74조	의자·보조기 기사, 언어 재활사, 장애인 재활상담사			0	0
노인복지법 제39조의13	요양보호사			0	0
화장품법 제3조의3	화장품제조업자			0	0
수의사법 제5조	수의사			0	0
축산법 제12조	수정사			0	0
말산업육성법	말조련사, 장제사,				0

34 「후견과 신탁」 제2권 제1호

제13조	재활승마지도사				
실험동물에 관한 법률 제25조	동물실험시설의 운영자 또는 관리자 및 실험동물공급자			0	
장사 등에 관한 법률 제29조의4	장례지도사			0	0
장애인활동 지원에 관한 법률 제29조	활동보조인력 (장애인 활동보조인 등)			0	0

3) 상대적·소극적 자격제한 유형

원칙적으로 자격취득을 허용하고, 위험요건이나 부적합 판정을 통해 불허하는 방식이다(원칙적 허용, 예외적 금지). 위 가.와 나.에 비해 유연한 법령식으로 보일 수 있으나 신체검사 등 자격취득을 제한하는 예외규정에 합리성이 결여될 경우 전자와의 차이가 크지 않을 수 있다.

〈표 4〉 상대적, 소극적 자격제한 유형

법명	자격 면허명	법 변경 전 규정	현행법상 규정	자격취득 제한	필요적 면허취소 사유
도로교통법 제82조	운전면허	정신병자·정신미약자·간질병자	교통상의 위험과 장애를 일으킬 수 있는 정신질환자 또는 뇌전증 환자로서 대통령령이 정하는 사람	0	0
철도안전법 제11조	철도차량 운전면허	정신병자·정신미약자·간질병자	철도차량 운전상의 위험과 장애를 일으킬 수 있는 정신질환자 또는 뇌전증환자로서 대통령령으로 정하는 사람	0	0
수상레저 안전법 제5조	조종면허	정신질환자·정신미약자 또는 알콜중독자	정신질환자(「정신건강복지법」 제 3조 제1호의 정신질환자를 말한다. 이하 같다) 중 수상레저 활동을 할 수 없다고 인정되어 대통령령으로 정하는 자	0	
건설기계 관리법	건설기계조종사 면허	정신병자·정신미약자·간질병자	건설기계 조종상의 위험과 장애를 일으킬 수 있는 정신질환자 또는 뇌전증환자로서 국토교통부령으로 정하는 사람	0	임의적 취소정지 사유

III. 자격제한의 문제점

1. 사회복지사업법의 경우

개정 「사회복지사업법」은, 복지업무에 종사하는 사람이 그 업무를 수행할 때에 사회복지를 필요로 하는 사람의 인권을 침해하는 행위를 한 경우 그 사실을 공표하는 등의 조치를 취하도록 하고, 사회복지서비스 제공은 현물로 제공하는 것을 원칙으로 하며(임원선임 관련 금품 등 수수 금지 등), 금품, 향응 또는 재산상의 이익을 주고받거나 주고받을 것을 약속한 사람을 벌칙 대상에 추가하고, 사회복지사의 자격이 취소된 사람에게는 그 취소된 날부터 2년 이내에 자격을 재교부하지 못하도록 하며, 사회복지법인과 사회복지시설의 공공성을 강화하기 위하여 사회복지법인 임원 및 사회복지시설의 장의 결격사유를 추가하는 등 인권적 측면에서 매우 의미있는 과정이었다고 평가할 수 있다.⁴⁾

그러나 「사회복지사업법」 제11조의2 만큼은 시대흐름에 역행하는 반인권적 처사로 볼 여지가 크다. 법조항 한 줄에도 얼마든지 한 사회의 인권수준이 드러날 수 있다. 이번 개정은 결격사유 조항 하나에 얼마나 많은 정신장애인들의 희망이 좌절로 뒤바뀌는지에 대한 진지한 고민없이 전근대적인 배제와 격리의 방식으로 회귀하였다고 밖에 생각할 수 없다. 특히 보건복지부는 「정신건강복지법」에서 정신질환자의 정의를 축소하면서, 정신질환자의 범위를 이른바 중증정신질환자(‘독립적으로 일상생활을 영위하는데 중대한 제약이 있는 사람’으로 한정)로 축소한 이유에 대해 설명한 적이 있다. 즉, 가벼운 우울증 치료만 받아도 법적 정신질환자가 되어 화장품제조판매업, 말사육사 등 면허 및 자격 취득이 원천 차단되는 문제를 완화하기 위함이라고 하였다. 현재 총 25개 법률에서 자격 취득을 금지하고 있음을 밝히면서 당초 25개 법률 일괄개정 예정이었으나 상임위 논의과정 중 각 자격의 특성을 고려하여 각각 개정하기로 결정하였다고 발표하기도 했다.

4) 국가법령정보센터, 사회복지사업법(법률 제14923호, 2017. 10. 24. 일부개정) 개정이유 참조

제1장 총칙[제 1조~6조]

[2] 정신질환자 개념 축소의 효과

- (차별해소) 가벼운 우울증만 치료받아도 법적 정신질환자가 되어 **화장품제조판매업, 말사육사** 등 여러 자격 취득이 원천 차단되는 문제 완화
 - **총 25개 법률**에 의한 자격 취득 금지 → 당초 25개 법률 일괄개정 예정이었으나 상임위 논의과정 중 자격의 특성을 고려하여 각각 개정토록 결정

<참고> 정신질환자의 자격·면허취득 제한 현황

순번	법률 및 자격·면허	순번	법률 및 자격·면허
1	공중위생관리법 : 이용사 및 미용사	14	장애인활동 지원에 관한 법률 : 활동보조인
2	국민영양관리법 : 영양사	15	화장품법 : 화장품 제조판매업자 및 제조업자
3	노인복지법 : 요양보호사	16	모자보건법 : 산후조리원 설치·운영 및 종사자
4	식품위생법 : 조리사	17	영유아보육법 : 어린이집 설치·운영자, 보육교직원
5	실험동물에 관한 법률 : 동물실험시설의 운영자·관리자 및 실험동물공급자	18	말산업 육성법 : 말조련사 , 장제사, 재활승마지도사
6	약사법 : 약사면허 및 한약사면허	19	사행행위 등 규제 및 처벌특례법 : 사행행위영업
7	위생사에 관한 법률 : 위생사	20	수산생물질병 관리법 : 수산질병관리사
8	응급의료에 관한 법률 : 응급구조사	21	수의사법 : 수의사
9	의료기기법 : 의료기기의 제조업	22	축산법 : 가족인공 수정사
10	의료기사 등에 관한 법률 : 의료기사, 의무기록사 및 안경사	23	수상레저안전법 : 조종면허
11	의료법 : 의료인	24	야생생물 보호 및 관리에 관한 법률 : 수렵면허
12	장사 등에 관한 법률 : 장례지도사	25	수상에서의 수색·구조 등에 관한 법률 : 수상구조사
13	장애인복지법 : 언어재활사 등		

출처: 보건복지부

[그림 1] 개정 정신건강복지법에 대한 보건복지부 설명자료

이런 논의가 비단 보건복지부 내부에서만 이루어진 것도 아니다. 자격제한과 법적차별의 문제는 중앙정신보건사업지원단, 법제처, 국가인권위원회를 비롯하여 의료계, 학계에서 끊임없이 제기해 온바 있다. 그러나 위 현황에서 알 수 있듯 「정신건강복지법」이 통과되고 시행되기까지 1년이 시간이 있었고, 시행된 지도 1년 6개월이 지났지만 2년 6개월 동안 유의미한 법개정은 「마약류 관리에 관한 법률」 정도이다. 동법 제6조는 개정 전 「정신건강복지법」 제3조 제1호에 따른 정신질환자 또는 마약류 중독자에 대해 절대적으로 마약류수출입업자, 마약류취급 학술연구자 또는 대마재배자 자격을 제한했으나, 2018. 12. 11. 법을 개정하여 ‘정신건강의학과 전문의가 마약류에 관한 업무를 담당하는 것이 적합하다고 인정한 사람은 제외한다’는 단서를 두었다. 즉, 절대적 자격제한에서 상대적·적극적 자격제한으로 다소 결격사유를 완화하였다.

이런 상황에서 오히려 정신질환이 있다는 이유로 자격을 제한하는 법이 늘어

나고, 자격정지에서 면허취소로 그 정도가 강화되는 현상이 빚어지고 있는 것이다. 심지어 「사회복지사업법」과 「약사법」은 보건복지부가 관장하는 법이다. 이 과정에서 보건복지부가 문제를 인식하지 못하고 미연에 방지하지 못한 것 또는 방임한 것은 간과할 수 없는 문제다. 보건복지부는 2018년도 내에 정신장애인의 사회복지사 자격취득 제한에 대한 구제 방안을 마련하겠다고 입장을 밝혔으나 현재까지 진행사항은 발견되지 않고 있다.

한편 국무조정실에서 국가인권위원회의 ‘정신질환자 자격·허가 취득 제한제도 개선 권고’에 따라 결정사유 규정을 개정한다고 발표한 바 있다. ‘서비스를 받는자의 위험대처 가능성’, ‘발생가능한 위험수준’, ‘직접 서비스 제공여부’, ‘관리·감독자의 존재여부’ 총 4가지 기준에 따라 자격·면허의 완화 필요성을 검토한다는 것이었다. 그러나 구체적으로 들여다봤을 때는 구 「정신보건법」을 「정신건강복지법」으로 변경하는 것이 주를 이루고, 그 속도도 더딜 뿐 아니라 타 자격증과 유사한 수준의 위험성을 갖고 있다고 하더라도, 안전에 대한 국민과 현장의 우려가 큰 사안은 현행대로 존치하기로 하는 등 많은 한계점을 드러내고 있다.⁵⁾

2. 무분별한 정신장애 관련 용어

현행 법률에서 정신질환 관련 표현은 그 종류가 너무 많고 정돈되어 있지 않다. 정신질환(정신상의 질환, 정신적 질환), 정신병, 정신질환자, 정신병자, 정신미약자, 정신상의 장애(정신상 장애), 정신상의 장해, 정신상의 이상(정신적 이상), 정신상의 사유, 정신착란 등 법적용어로는 받아들이기 어려운 수준의 용어도 있다. 보건복지부에서 발표한 25개의 법률이라는 것은 ‘정신질환자’라는 용어에 국한해 산출한 통계라는 점을 감안하면 훨씬 많은 법에 산재되어 있다고 보아야 한다.⁶⁾

5) 에이블뉴스, ‘내년부터 정신장애인 자격·허가 제한 개선’, 2018. 12. 17.

<http://www.ablenews.co.kr/News/NewsContent.aspx?CategoryCode=0044&NewsCode=004420181214144549590507>

6) 전체적인 현황은 보건복지부, ‘정신질환 차별개선을 위한 법·제도 개선방안 연구’, 2012, p. 44~46 를 참조할 것.

가령, ‘정신병’ 표현을 사용한 「산업안전보건법」의 질병자의 근로 금지·제한 조항,

제45조(질병자의 근로 금지·제한)
 ① 사업주는 감염병, 정신병 또는 근로로 인하여 병세가 크게 악화될 우려가 있는 질병으로서 고용노동부령으로 정하는 질병에 걸린 자에게는 의사의 진단에 따라 근로를 금지하거나 제한하여야 함.
 ② 사업주는 제1항에 따라 근로가 금지되거나 제한된 근로자가 건강을 회복하였을 때에는 지체 없이 취업하게 하여야 함.

‘정신질환’ 표현을 사용한 「선원법」의 승무자격 조항,

제82조(선박소유자 등의 의무) ③ 선박소유자는 감염병, 정신질환, 그 밖의 질병을 가진 사람 중에서 승무가 곤란하다고 국토해양부령으로 정하는 선원을 승무시켜서는 아니 된다.

‘정신장애인’ 표현을 사용한 「총포·도검·화약류 등 단속법」, 심지어 같은 법임에도 조항에 따라 ‘정신장애인’ 또는 ‘정신질환자’라는 표현을 쓰고 있다.

제5조(제조업자의 결격사유) 다음 각 호의 1에 해당하는 사람은 총포·도검·화약류·분사기·전자총격기·석공제조업의 허가를 받을 수 없다.
 3. 심신상실자, 마약·대마·향정신성의약품 또는 알코올 중독자 그 밖에 이에 준하는 정신장애인
 4. 20세 미만인 자
 5. 피성년후견인 및 피한정후견인

제13조(총포·도검·화약류·분사기·전자총격기·석공소지자의 결격사유등) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 사람은 총포·도검·화약류·분사기·전자총격기·석공의 소지허가를 받을 수 없다.
 2. 심신상실자, 마약·대마·향정신성의약품 또는 알코올 중독자, 정신질환자 또는 뇌전증 환자로서 대통령령으로 정하는 사람

‘성격적 또는 도덕적 결함’ 표현을 사용한 「경찰공무원법」에는 사실 정신질환자와 관련한 사전적 결격사유 규정이 존재하지 않는다. 문제는 시행령에서 ‘성격적 또는 도덕적 결함’의 구체적 내용을 ‘인격장애, 알코올·약물중독 그 밖의 정신장애’로 표현하고 있다는 점이다.

제22조(직권면직) ① 임용권자는 경찰공무원이 다음 각 호의 어느 하나에 해당될 때에는 직권으로 면직시킬 수 있음.
 3. 직무를 수행하는 데에 위험을 일으킬 우려가 있을 정도의 성격적 또는 도덕적 결함이 있는 사람으로서 대통령령으로 정하는 사유에 해당된다고 인정될 때

경찰공무원법 시행령 제47조(직권면직사유) ② 법 제22조 제1항제3호에서 "대통령령이 정하는 사유"라 함은 다음 각 호의 경우를 말함.
 1. 인격장애, 알코올·약물중독 그 밖의 정신장애로 인하여 경찰업무를 감당할 수 없는 경우

3. 차별적이고 폭력적인 방식

정신질환을 이유로 한 자격제한 내지 결격조항의 사유가 다른 결격사유와 다른 점은, 그것이 범죄도 아니며, 법원의 선고도 없이 정신질환 판정만으로 이루어진다는 점이다. 범죄를 저질렀거나 법원의 재판을 통했다면 그 대상은 명확할 수 있고 어느 정도 수궁도 가능할지 모른다. 그러나 정신장애인은 범죄를 저지른 것이 아니라 잠재적 위험을 우려한 것이고, 업무수행능력이 없을 것이라는 무능력을 전제한 것이다. 정신질환의 잠재적 위험과 무능력 추정은 대부분 정신장애인 자격제한 법령의 입법적 근거로 활용된다. 그러나 그 위험은 현행화된 것이 아니며, 시험이나 면접 등으로 얼마든지 업무수행능력을 가늠할 수 있는 대체수단이 있음에도 막연히 능력의 결여를 추정하는 것은 부당하다. 다른 질환과 비교해 볼 때도, 수많은 의학적 질환 중 정신질환만이 업무상 무능력과 잠재적 위험성을 내포하고 있다고 볼 수 있는지에 대해서도 구체적인 근거를 찾기 어렵다.

더군다나 ‘정신질환자’라는 개념은 유동적이며(역사적으로 정신질환 혹은 증상은 다른 이름으로 불려왔으며, 의학적으로 편입된 현대에도 DSM-정신질환의 진단 및 통계 편람-이 바뀔 때마다 그 범주를 달리하고 있다) 불분명하고 모호하다. 정신질환자에 대한 판단주체인 정신과 전문의의 주관적 의견에 따라 진단이나 소견이 달라질 수 있다는 점, 즉 한 명의 정신과 전문의의 진단이 절대적일 수 없다는 점은 동의하기 어렵지 않을 것이다. 따라서 누구도 쉽게 어떤 사람이 정신질환자라고 단정하기 어렵다. 심지어 정신질환은 그 시기와 정도에 따라 회복이 가능하다. 결국 이러한 위험과 무능력은 정신장애인에 대한 사회적 편견과 낙인에 근거한 차별일 가능성이 높다.⁷⁾

이러한 배경에서 본다면, 상당수의 법률에서 아무런 근거 없이 정신질환을 이유로 면허·자격제한을 하고 있다고 볼 수 있다. 법령별 특수성을 고려하고 않고 무조건 「정신건강복지법」 제3조의 정신질환자 정의를 차용하거나 그에 준하는 규정을 두고 있으며, 신체적 질환과 정신적 질환을 달리 취급하는 불균형을 드러내고 있다. 나아가 과거 정신과 진료를 받았거나 정신질환을 경험했다는

7) 보건복지부, ‘정신질환자 개인정보 및 비밀보호를 위한 법제도 개선방안’, 2015. 12., p.8~13 참조

이유만으로 광범위하게 정신장애인의 직업의 자유를 제한하는 것은 정신과 치료를 기피하게 만드는 결과를 초래하고, 결국 정신질환의 조기개입과 치료의 기회가 차단됨에 따라 질병의 만성화로 이어질 가능성이 커지게 된다. 또한 이러한 차별로 인한 불이익은 정신장애인의 일상생활 영위를 곤란하게 함으로써 정신장애인의 지역사회통합 및 자립생활을 더욱 어렵게 하고 있다.

4. 불복이나 이의신청 등 절차규정의 미비

또 하나의 커다란 문제점은 대부분의 법률에서 정신질환의 판정절차 및 자격회복 절차와 관련 규정을 마련해놓고 있지 않다는 점이다. 앞서 언급한 것처럼 자격제한의 방식에는 사법적 방식과 입법적 방식이 있는데, 피후견인의 경우는 법원의 판단이 선행한다는 점에서 부당한 인권침해의 가능성이 상대적으로는 낮다고 할 수 있지만 이 역시 절대적이라 할 수는 없고 개개인별로 잔존능력이 다를 것이므로 개별 사안마다 적절한 판단이 필요할 것이다. 이 경우 잔존능력의 회복 여하에 따라 후견개시 심판의 취소소송 등을 통해 후견의 취소가 가능하다.

정신질환 관련 자격 제한에 있어서도 최소한 판정주체, 이의절차, 회복절차 등 구체적인 절차 규정이 마련되어 있어야 한다. 「행정절차법」을 근간으로 많은 법률에서 면허·자격취소 등 침익적 행정행위와 관련하여 청문절차 및 불복절차를 규정해 놓고 있는 것은 부당한 권리제한의 방지라는 측면에서 반드시 요구되는 부분이다. 현행 「의료법」상 의사, 치과의사, 한의사, 조산사, 「수의사법」상 수의사 등에 규정되어 있는 자격회복 규정이 참고가 될 수 있다.

다만, 후견이라는 부분에 대해서도 이제는 조금 다른 시각을 가질 필요가 있다. 2013년 민법이 개정되면서 치매, 발달장애, 정신장애를 중심으로 후견제도는 점점 활발히 이용되고 있고 앞으로도 더욱 그럴 것이다. 향후 5~10년 내에 성년 후견과 한정후견을 이용하는 인구가 약 10만 여명에 이를 것이라는 추계도 있다. 이용자 수가 과거와 같지 않고, 그 중에는 피후견인이더라도 직업을 가지고 생활할 사람도 얼마든지 있을 것인데 이들에 대한 자격제한은 이미 너무나 광범위하다. 더군다나 현재 정신장애인에 대한 공공후견(법)인은 일괄적으로 한정후견인으로 선임되어 필요 이상의 권한이 후견인에게 주어지고 있다. 후견제도의 입법

취지를 살리는 동시에 보편성과 필요성, 형평성의 원리를 실현할 수 있는 사회적 환경을 조성하기 위해서는 이용자에 대한 각종 자격제한과 관련한 결격조항에 대한 검토 및 개정, 기준의 확립이 필요하다고 생각된다.

IV. 자격제한의 법적 문제

1. 헌법위반의 문제

1) 기본권 제한의 원칙

정신장애인에 대한 결격조항은 헌법 제15조에 의하여 모든 국민에게 보장된 정신질환자의 직업선택의 자유를 직접 제한한다. 헌법상 보장된 기본권이라도 헌법 제37조에 따라 국가안전보장, 질서유지, 공공복리를 위하여 제한될 수 있으나, 이 경우에도 헌법상 과잉금지의 원칙(비례의 원칙)이 지켜져야 한다. 다시 말해, 제한의 목적이 정당하고(목적의 정당성), 제한의 방법이 목적의 실현에 적합하여야 하며(수단의 적합성), 기본권 제한으로 인한 피해를 최소화하고(침해의 최소성), 기본권제한을 통하여 달성하려는 공익이 침해되는 사익보다 커야 한다(법익의 균형성). 모든 자격제한 조항을 일률적으로 판단할 수는 없겠으나, 아래에서는 일반적으로 쓰이고 있는 자격제한 규정을 기초로 위 과잉금지 원칙에 기해 판단해 보고자 한다.

2) 목적의 정당성

정신장애인에 관한 결격조항 가운데에는 정신장애인의 배제를 통하여 달성하고자 하는 공익의 목적(법률의 보호목적)이 무엇인지 명확하지 않은 경우가 있다. 가령 「말산업육성법」상 말조련사나 「공중위생법」상의 이미용사, 「의료기기법」상 의료기기제조업, 「장애인복지법」상 의지·보조기기사 등에 정신장애인을

배제해야 할 공익적 목적이 있는가에 대해서는 동의하기 어렵다.

3) 수단의 적합성

특정 분야에 있어서 정신장애인이 그 업무에 부적합하여 이를 배제하고자 하는 경우라도 그 방법이 자격이나 면허의 취득이나 보유 자체를 금지함으로써만 달성될 수 있는 것은 아니다. 자격 또는 면허의 취득이나 보유 자체를 금지하지 않고 상황에 따라 업무의 종사를 중지시키는 다른 방법을 강구할 수도 있다.

또한 다른 결격사유는 법원의 선고(파산, 형사판결, 후견심판)나 연령(미성년)과 같이 대상자가 명확히 확정될 수 있지만 '정신질환자'는 그 대상자를 확정하기 어렵고 정신과 전문의의 판정이 있더라도 주관적일 가능성이 있으며, '질환'의 회복가능성도 있어 고정적인 법적 지위로서 작동하지 않는 점이 충분히 고려되어야 한다.

집행의 실효성 측면에서도 결격조항의 입법목적 실현을 위하여 정신장애인을 자격이나 면허취득에서 배제하기 위해서는 본인이 정신질환이 있다는 사실을 행정청이 인식할 수 있어야 하는데, 정신질환이 있더라도 치료를 받지 않으면 이를 알 수 없고 결국 본인으로 하여금 정신과 진료 사실의 여부를 스스로 고지하도록 하여야 하는바(진단서 등의 제출), 이와 같은 민감한 정보를 알리도록 강제하는 것은 프라이버시권의 관점에서도 문제가 있다.

4) 피해의 최소성 및 법익의 균형성

설령 정신질환이 있더라도 그 병증(病症)의 경중과 병상(病狀)이 다양할 뿐 아니라 치료나 회복의 가능성이 있으므로 정신장애인의 개별적 사정을 고려하지 않은 채 정신질환이 있다는 이유만으로 특정 분야의 자격과 면허 취득 자체를 금지하는 것은 정신장애인의 개별적 상태를 고려할 여지가 없는 경우 과잉금지 원칙 위반의 가능성이 매우 높다.

또한 상대적 결격사유라 하더라도, 원칙적으로 자격·면허의 취득을 금지하고 예외적으로 전문의의 진단 등을 통하여 이를 허용하는 적극적 규율 방식은,

예외의 엄격성과 정신장애인에 대해 만연한 사회적 편견을 고려하면 쉽게 구제받기 어려우므로 피해의 적합성이나 법익의 균형성에 저촉될 수 있다. 이에 비해 정신과 전문가가 업무수행이 부적합하다고 판정하는 경우 예외적으로 제한하는 소극적 규율 방식이 사회적 배제를 완화하는 측면에서 바람직하다고 할 수 있다.

무엇보다도 자격·면허 취득 배제의 불이익이 정신과 진료에 대한 편견과 기피를 유도함으로써 국민의 정신건강증진에 불리하고 정신장애인에 대한 사회적 편견과 차별을 강화시킬 우려가 있다. 이는 기본권 제한을 통해 달성하려는 공익에 비해 침해되는 사익이 현저하게 크다는 점에서 법익의 균형성을 침해한다. 따라서 현행 정신장애인에 관한 결격조항은 목적의 정당성, 수단의 적합성, 피해의 최소성, 법익의 균형성 등 기본권제한의 과잉금지의 원칙에 위배되어 헌법 위반의 소지가 높다고 할 수 있다.

2. 국제 규범들과의 충돌

UN은 MI원칙(Mental Illness Principles)에서 국내법에 의해 인정된 절차에 따르는 경우를 제외하고는 개인에게 정신장애 판정을 위한 의학적 검사의 강요를 금지하도록 권고 하고 있다.⁸⁾ 또한 WHO는 정신질환자가 '세계인권선언'이 보장하고 있는 정치·경제·사회·문화적 권리를 보장받아야 하고, 투표·혼인·출산·부모로서의 지위·고용·교육·거주·이동·재판절차참여·종교 등의 권리가 정신질환자에게도 보장되어야 한다고 밝히고 있다.⁹⁾

UN 장애인권리협약(CRPD) 제12조는 장애인의 법 앞의 평등과 비장애인과 동일한 법적능력의 향유를 선언하고 있는바,¹⁰⁾ 정신장애인에 관한 결격조항은 정신장애인의 사회참여를 위한 자격이나 면허의 취득을 금지함으로써 그의 법적능력을 배제·제한하는 것이다. 장애인권리협약은 우리나라가 가입·비준한 협약

8) UN 총회 1991. 12. 17. 결의 46/119 (Principles for the Protection of Persons with Mental Illness and the improvement of Mental Health)

9) WHO, WHO Resource Book On Mental Health: Human Rights And Legislation, 2005.

10) UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities(CRPD) Article 12 - Equal recognition before the law

으로 2009년부터 국내법과 같은 효력이 있을 뿐 아니라, 비록 협약에 기한 개인 통보제도에 대한 비준을 유보하고 있기는 하나 협약의 국내법적 이행은 회원국의 의무로서 지속적인 감시와 권고의 대상이 됨을 유의해야 한다.

또한 장애인권리협약 제2조는 ‘장애로 인한 차별’을 정치·경제·사회·문화 모든 영역에 걸쳐 민간 또는 다른 분야에서 장애를 이유로 한 구별, 배제 또는 제한, 합리적 편의제공의 거부를 포함하는 모든 형태의 차별로 정의하고 있다.¹¹⁾ 제8조에서는 장애로 인한 차별을 막기 위한 방법 중의 하나로 사회 전반에 장애인에 대한 인식을 제고하기 위해 삶의 모든 영역에서 장애인에 대한 고정관념, 편견 및 관행을 근절하고, 장애인의 능력과 기여에 대한 인식증진을 요구하고 있다.¹²⁾ 그동안 정신질환을 이유로 한 자격취득 제한은 공공이나 민간에서 사회·경제적으로 부당하지 않다는 관점에서 법령에 도입되어 왔으나 정신질환 자체를 사회·경제적으로나 법·제도적으로 배제하는 구조를 가지고 있는 한 장애로 인한 차별로 볼 수밖에 없다. 그렇다면 제27조에 의해 협약국으로서는 자유롭게 선택한 직업을 통해 삶을 영위할 수 있는 기회를 부여해야 하는 의무를 위반한 것이고, 당사자는 국가에 대해 그러한 기회를 실현시킬 것을 요구할 권리를 가지게 된다.¹³⁾

3. 개별 법률 위반

1) 장애인차별금지법과의 충돌

「장애인차별금지 및 권리구제에 관한 법률(이하 ‘장애인차별금지법’)」 제1조는 “모든 생활영역에서 장애를 이유로 한 차별을 금지하고 장애를 이유로 차별받은 사람의 권익을 효과적으로 구제함으로써 장애인의 완전한 사회참여와 평등권 실현을 통하여 인간으로서의 존엄과 가치를 구현함을 목적”으로 하는바, 정신질환자에 관한 결격조항은 「장애인차별금지법」상의 차별금지 및 장애인의 완전한

11) UN CRPD Article 2 - Definitions

12) UN CRPD Article 8 - Awareness-raising

13) UN CRPD Article 27 - Work and employment

사회참여와 평등권 실현에 의한 인간의 존엄과 가치의 구현에 반하는 조항이다.

특히, 「장애인차별금지법」 제4조 제1항 제1호는 “장애인을 장애를 사유로 정당한 사유 없이 제한·배제·분리·거부 등에 의하여 불리하게 대하는 것”을 장애인에 대한 차별로 보아 이를 금지하고, 동법 제37조는 누구든지 정신적 장애를 가진 사람의 특정 정서나 인지적 장애 특성을 부당하게 이용하여 불이익을 주어서는 아니 된다고 명문화하고 있다. 따라서 정신장애인을 각종 자격·면허로부터 배제하는 데 정당한 사유가 있는지가 문제된다. 동법 제4조제3항의 ‘정당한 사유’의 존재 여부, 즉 과도한 부담이나 현저히 곤란한 사정 등이 있는 경우 또는 특정 직무나 사업 수행의 성질상 불가피한 경우에 해당하는지 여부는 결국 정신장애인에 관한 결격조항이 헌법상 기본권 제한의 원칙에 부합하는지 여부 등에 의하여 결정될 수 있는바, 결격조항은 앞서 살펴본 바와 같이 기본권 제한의 원칙을 충족하지 못하고 있으므로 「장애인차별금지법」과 충돌할 가능성이 높다.

또한 위 법 제6조는 “누구든지 장애 또는 과거의 장애경력 또는 장애가 있다고 추측됨을 이유로 차별을 하여서는 아니 된다”라고 하여, 장애가 ‘추측’됨을 이유로 차별해서도 안 된다고 명시하고 있다. 따라서 장애를 이유로 하는 결격조항은 장애인의 능력개발이나 보조기기의 사용, 재활·회복 과정을 통해 상대적으로 저하된 신체나 정신의 기능을 보완할 수 있음에도 불구하고, 이러한 가능성을 고려하지 않은 채 장애(또는 장애의 추측)를 사유로 정당한 사유 없이 자격이나 면허의 취득을 배제하여서는 안 된다. 이는 「장애인차별금지법」이 금지하고 있는 차별행위로서, 장애인의 완전한 사회참여와 평등권 실현을 통하여 지켜져야 할 인간으로서의 존엄과 가치를 훼손한다고 볼 수 있다.

2) 정신건강복지법과의 충돌

「정신건강복지법」과의 충돌 문제는 앞서 살펴본 바와 같다. 다만, 위 법 제41조에는 “누구든지 정신질환자이거나 정신질환자였다는 이유로 그 사람에 대하여 교육, 고용, 시설이용의 기회를 제한 또는 박탈하거나 그 밖의 불공평한 대우를 하여서는 아니 된다”고 규정하고, 제59조 제1항제6호에서는 “교육, 고용, 시설이용의 기회를 제한 또는 박탈하거나 그 밖의 불공평한 대우를 한 자에 대하여 100

만 원 이하”의 과태료에 처할 것을 규정하고 있다. 따라서 고용에 관해 불공평한 대우를 하는 경우 형사처벌까지도 가능하도록 되어 있다.

V. 일본의 입법례

1. 자격 제한 배경

일본의 경우 메이지 유신 이후 19세기 말 근대적 입법이 마련되면서부터 정신질환자에 대한 각종 자격을 제한하는 입법이 마련되었다. 금치산자(피후견인)에 대한 선거권 제한, 일부 장애인에 대한 의사·약사 면허의 제한, 운전면허, 총기소지 면허의 제한 등은 20세기 전후에 입법화되어 약 100여 년 가까이 지속되어 왔다. 그러나 위와 같은 자격제한이 가지는 장애인의 권리제한 문제가 인식되면서 일본 내부에서 소송이나 장애인운동(시각 장애인의 변호사시험 응시, 청각 장애인의 운전면허 청원, 공중목욕탕의 입욕제한 철폐 등)을 통하여 개선해 나가려는 움직임이 1960년대 이후 지속되었다.¹⁴⁾

2. 결격조항 개선 경과¹⁵⁾

1999년 일본 정부도 위와 같은 장애인에 대한 자격제한의 과도함을 인식하고 내각부 장애인 대책 추진본부에서 「장애자에 관한 결격조항의 재검토에 대하여(障害者に係る欠格条項の見直しについて)」를 공표하였다. 장애인이 사회 활동에 참여하는 것을 부당하게 저해 요인이되지 않도록 운전면허·의사·약사·간호사 등 63개 장애인 자격·면허 제한 제도를 완화하기로 결정하고, 관계법령의 개정을 각 부처에 의뢰하여 그 후 다수의 장애인 자격(면허)제한 제도가 개선되었다.

14) 신권철, '정신질환자 자격제한 법령의 문제점과 개선방안', 인권과 정의, 2013. 5., p.65

15) <https://www8.cao.go.jp/shougai/honbu/jyoukou.html>

원칙적인 처리 방향은 다음과 같다.

- | |
|--|
| <p>i) 결격 제한 등의 대상의 엄격한 규정에 개정</p> <ul style="list-style-type: none"> · 현재의 의학·과학 기술 수준을 감안하여 대상자를 엄격하게 규정한다. · 본인의 능력 등 (심신 기능 포함)의 상황이 업무 수행에 적합한 지의 여부가 판단되어야 것이므로 그 판단 기준을 명확히 한다. <p>ii) 절대적 결격에서 상대적 결격으로 개정</p> <ul style="list-style-type: none"> · 객관적 장애 정도의 판단, 조력자, 복지 용구 등의 보조적인 수단의 활용, 특정 조건부여 등으로 업무 수행이 가능한 경우가 있다는 것도 고려되어야 하며, 그 대응책으로서 절대적 결격 사유를 규정하고 있는 것은 상대적 결격 사유로 고치는 것을 원칙으로 한다. <p>iii) 장애인을 나타내는 규정에서 장애인을 특정하지 않는 규정으로 개정</p> <ul style="list-style-type: none"> · 결격 사유로 「장애인」, 「○○ 장애를 가진 자」 등의 규정을 가. 「심신의 고장 때문에 업무에 지장이 있다고 인정되는 자」 등의 규정으로 개정. 나. 시각, 청각, 언어 기능, 운동 기능, 정신 기능 등 신체 또는 정신 기능에 주목 한 규정에 개정. <p>iv) 자격·면허 등의 회복 규정의 명확화</p> <ul style="list-style-type: none"> · 자격·면허 등을 취득한 후 결격 사유에 해당한 것을 가지고, 자격·면허 등의 취소, 정지 등을 할 규정을 가진 제도에 있어서는 당해 사유가 없어진 때 자격·면허 등의 회복할 수 있도록 규정을 정비한다. |
|--|

그 외에도 각 제도마다 다음의 구분에 따라 구체적인 대처 방향을 검토하고 그 결과에 따라 필요하다고 인정되는 조치를 실시하도록 하였다.

- | |
|---|
| <p>i) 개인에 대한 자격·면허 등을 부여하는 제도로서, 장애인에 따른 결격 조항이 진정으로 필요한 경우에는 결격 제한 등의 대상의 엄격한 규정에 개정, 절대적 결격에서 상대적 결격으로 개정, 장애인을 나타내는 규정에서 장애인을 특정하지 않는 규정으로 개정, 자격·면허 등의 회복 규정의 명확화 중 하나 또는 복수의 처리 방향</p> <p>ii) 개인 또는 법인에 대해 사업 허가를 실시하는 제도와 절대적 결격 사유를 규정하고 있는 자격·면허업의 허가 이외의 제도로서 장애인에 따른 결격 조항이 진정으로 필요한 경우에는 결격 제한 등의 대상의 엄격한 규정에 개정, 절대적 결격에서 상대적 결격으로 개정, 장애인을 나타내는 규정에서 장애인을 특정하지 않는 규정으로 개정 중 하나 또는 복수의 처리 방향</p> <p>iii) 위 i) 및 ii)에 정한 이외의 절대적 결격 사유를 정하지 않은 제도로서 장애인에 따른 결격 조항이 진정으로 필요한 경우에는 결격 제한 등의 대상의 엄격한 규정에 개정, 절대적 결격에서 상대적 결격으로 개정 중 하나 또는 복수의 처리 방향</p> |
|---|

위 취지에 따라 63개 결격조항에 대한 재검토를 시행한 결과, 자격제한 규정 10개 조항을 폐지하였고, 절대적 결격규정을 상대적 결격규정으로 완화하였다. 특히 정신장애로 인해 자격·면허를 부여받지 못하도록 규정한 결격조항들 또한 일부는 삭제되고, 절대적 결격사유에서 상대적 결격사유로 전환되었다.

VI. 결격조항 개선방안 - 결론에 대신하여

1. 법조항의 삭제 또는 개정

목적의 정당성조차 불분명한 법률과 절대적 자격제한 규정은 삭제하고 필요한 경우 상대적 자격제한 규정으로 개정해야 한다. 정신질환으로 인한 증상 때문에 업무수행능력이 부족한 경우나 자타해 위험성이 있는 경우가 아니라면 면허·자격취득 자체를 배제하는 방식의 법형식은 부당하다. 즉, 정신질환자 또는 정신장애인과 같이 정신질환적 증상이나 경험을 어떤 사람의 전적인 속성으로 삼아 이를 근거로 자격이나 면허의 취득과 보유를 금지하는 규율 방식을 폐지하고, 질병, 장애 등 업무수행에 지장을 초래할 수 있는 직접적이고 구체적인 사유가 있는 경우로만 제한하여야 한다.

한편 업무수행 중 정신질환으로 인해 타인이나 사회적 안전에 위험을 줄 수 있다면 결격조항을 아예 삭제하기는 어려운 측면이 있다. 따라서 해당 자격이나 면허를 가지고 업무를 수행하는 도중 상대방에게 신체적 위험 등이 발생하는지 여부를 기준으로 하여, 위험이 발생하였거나 급박하고 중대한 발생가능성이 존재하는 경우에만 기존 결격조항을 개정하는 방향으로 가야 한다. 사회복지사의 경우 지금과 같은 규정을 삭제하는 것이 바람직하고, 업무 특성상 현장에서 이용자들을 접하는 일이 많기 때문에 위와 같은 기준으로 경우에 따라 제한하는 방향을 고려할 수 있다.

설령 업무의 성격상 자격제한이 필요하다고 하더라도 현행과 같이 「정신건강복지법」 제3조 정신질환 정의를 그대로 차용함으로써 부당한 자격제한을 남발하는 것은 안 될 것이다. 신체적 질환과 정신적 질환을 동등한 자격제한 사유로 다루어야 하고, 기본적으로 상대적·소극적 자격제한의 형식으로서 규정하며, 자격제한을 단순한 개념이나 지위가 아닌 개별 업무수행능력에 따라 규정하여 직업의 자유 침해와 사회적 낙인을 최소화하여야 한다.

이 때 정신적 어려움으로 직무수행이 지장이 있는지 여부를 판단함에 있어서는, 필기시험, 면접시험, 신체검사, 실습 등 필요한 과정을 거쳤다면 원칙적으로 업무수행능력이 있다고 추정되어야 할 것이고, 다만 해당인의 업무수행 시 어려

움을 확인한 경우라면 일정한 소명절차나 청문절차를 거쳐 판정하는 시스템이 마련되어야 할 것이다.

2. 정신질환 판단주체의 문제

앞서 본 바와 같이 형사처벌을 받은 자, 파산자, 피후견인 등은 법원의 선고로 그 대상자에 해당함이 명확해지고 본인이나 제3자도 예측가능하다. 그러나 정신장애인은 앞에서 기술한 특성(진단의 주관성, 모호성, 증상의 유동성 등) 때문에 자격제한의 대상자가 되는지, 즉 정신질환으로 인해 업무수행이 불가능한지 여부를 객관적으로 판단할 주체를 누구로 혹은 어디로 할 것인지가 문제된다.

보건복지부가 2010. 12. 당시 국회에 제출한 구 정신보건법 전부개정안(의안번호 1810106)도 의사의 부적합판정에 대해 대상자(기능저하 정신질환자)가 (광역)정신보건심판위원회에 적격성을 심사하도록 요구할 수 있도록 하여 이의제기 시스템을 도입하기는 하였지만, 의사의 부적합판정은 법률상 권한 있는 공권적 판단이라 보기 어렵다. 이에 대해 당시 정신보건심판위원회(현 정신건강심의위원회)가 정신건강복지법상의 공적인 권한 있는 기구로서 정신장애인에 대한 자격심사권한을 가지는 것으로 하는 것이 법적으로 더 정당하다고 할 수 있다는 견해가 있다.

이에 따르면, “자격제한 법률의 규정이 필요한 경우 ① 상대적·소극적 자격제한의 형식으로 규정하고, ② 신체검사나 기타 자료를 통해 의사가 정신질환으로 인해 직무수행능력이 부족하다고 판단한 사람에 대해서는 정신건강심의위원회에 회부하도록 하며, ③ 정신건강심의위원회는 합의체로 대상자의 의견진술 등을 심사 후 의사결정을 하는 판정을 하고, ④ 이에 불복하는 당사자는 상급 정신건강심의위원회에 재심판정을 구하는 방식의 시스템을 마련할 필요가 있다”고 한다.¹⁶⁾

다만 구 정신보건법을 「정신건강복지법」으로 개정하면서 드러났던 문제점 중에는 정신건강심의위원회와 같은 일종의 행정심판기구가 제 역할을 하지 못했다는 평가에서 기인한 부분이 있다. 이는 “기초정신보건심의회의 심사나 인신보

16) 신권철, 앞의 글, p.78

호법상 구제청구만으로는 위법·부당한 보호입원에 대한 충분한 보호가 이루어지고 있다고 보기 어려운 점”을 지적한 헌법재판소 결정¹⁷⁾에서도 잘 드러난다. 따라서 자격제한 여부를 판정할 기구를 설치·선정함에 있어 더욱 신중을 기하여야 할 것이다.

3. 자격회복 규정 마련

정신장애와 관련하여 자격제한이 필요한 경우 이의신청, 자격회복 등 절차적 규정을 완비하여 부당한 자격제한이 발생하지 않도록 해야 한다. 정신질환은 회복이 가능하다는 점에서 다른 장애와는 다른 특이성이 있다. 그러나 정신장애를 자격이나 면허취소의 필요적 사유로 규정하는데다 이를 회복할 규정을 마련해 놓지 않고 있는 법률도 있어 개정이 시급하다. 이에 관하여는 「의료법」 제65조 ②에서, “보건복지부장관은 제1항에 따라 면허가 취소된 자라도 취소의 원인이 된 사유가 없어지거나 개선(改悛)의 정이 뚜렷하다고 인정되면 면허를 재교부할 수 있다”라고 하는 자격회복 기준을 참고할 수 있을 것이다.

4. 사전통지 및 이의신청 절차 마련

자격·면허를 자동적으로 박탈하는 것이 아니라 자격·면허의 정지나 취소를 행정처분화하고, 정지나 취소 처분시 그 사실과 이유를 사전에 통지하도록 함으로써 본인의 권리행사를 최대한 보장하여야 한다. 정신질환의 판정이 피후견인 등과 같은 공권적 판정절차나 별도의 등록절차를 거친 것이 아님에도 불구하고 현행 법률상 자격 및 면허 취득에 있어서의 효과는 법원의 재판절차를 통한 선고와 다르지 않다. 의학적 전문성을 대체할 다른 대안이 뚜렷하지 않다는 점에서 정신건강의학과 전문의의 정신질환 판정을 완전히 배제할 수는 없겠지만, 다른 사법적 절차와 비교해서 주관적 성격이 강하고 시기와 정도에 따라서도 얼마든지 그 결과가 달라질 수 있다는 점에서 일정한 소명이나 청문절차 등의 절차가

17) 헌법재판소 2016. 9. 29. 선고 2014헌가9 결정 [정신보건법 제24조 제1항 등 위헌제청] 결정문 중

구체적으로 명시되어야 할 것이다.¹⁸⁾

5. 용어의 통일과 일괄 개정

앞서 살펴본 바와 같이 차별적 조항은 그보다 훨씬 더 많음에도 불구하고 정신장애 관련 용어가 워낙 다양하게 산포되어 있어 애초에 보건복지부가 개정대상으로 삼은 법률 중에도 빠진 부분이 있었다. 따라서 법령상 용어를 통일하고 관련 규정을 빠짐없이 확인하여 더 이상 인권침해적인 일이 발생하지 않도록 해야 할 것이다. 더불어 지금까지 상황에 비추어 보면 개별 법률의 소관 상임위원회에 법개정 여부를 자율적으로 맡겼을 때 아무런 진척이 없는 점을 고려하면 일괄적으로 장애차별조항을 개정하는 일본과 같은 복지당국의 결단이 필요할 것으로 생각된다. 이는 국가의 인권지수를 가늠하는 척도가 되기도 할 것이다. 이상의 내용을 정리하여 보면, 자격·면허에 대한 결격조항 규정시 아래와 같은 내용을 포함하고, 각기 개별적으로 필요한 내용을 추가하도록 제안한다.

- 1) 질병이나 장애 등 심신상의 어려움으로 인하여 자격·면허에 기한 업무수행이 현저한 곤란하다고 인정되는 사람에 대하여는 그 구체적인 사유를 소명함으로써 자격·면허의 보유를 정지 또는 취소할 수 있다.
- 2) 필기시험, 면접시험, 신체검사, 실습 등 필요한 과정을 통과·이수하면 원칙적으로 업무수행능력이 있다고 보아야 한다.
- 3) 자격·면허를 정지·취소하는 경우에는 그 사실과 이유를 당사자에게 사전에 통지하고, 자격제한 여부를 판정할 기구를 두어 일정한 소명절차와 청문절차를 보장해야 한다.
- 4) 자격·면허가 정지·취소된 자라도 정지·취소의 원인이 된 사유가 없어지거나 개인의 정이 뚜렷하다고 인정되면 자격·면허를 취소·재교부하여야 한다.

투고일: 2018.12.30. 심사일: 2019.1.23. 게재확정일: 2019.1.25.

18) 국가인권위원회, '정신장애인 자격·면허 취득 제한 제도 개선 권고 결정문', 2018.

■ 참고 문헌 ■

- 국가인권위원회, '정신장애인 인권보호와 증진을 위한 국가보고서', 2009
국가인권위원회, '정신장애인 자격·면허 취득 제한 제도 개선 권고', 2018
김현수, '성년후견제도 시행에 따른 결격사유 기준 정립에 관한 연구', 2014
박인환, '정신질환자에 대한 차별적 법제도의 조사와 개선방안', 2016
보건복지부, '개정 정신보건법 주요내용', 2016
보건복지부, '정신질환자 개인정보 및 비밀보호를 위한 법제도 개선방안', 2015
보건복지부, '정신질환 차별개선을 위한 법·제도 개선방안 연구', 2012

[Abstract]

Suggestions for the Improvement of Disqualification Provisions based on Mental Illness

Kim, Doh Hui

Attorney at Law, Seoul Social Welfare Public Interest Law Center

In Sep. 2017 the revised 「Social Welfare Services Act」 regulates that persons with mental illness in accordance with the Mental Health Welfare Act, are disqualified from acquiring social worker qualifications. At a similar time, the 「Pharmaceutical Affairs Act」 strengthened the restrictions so that the pharmacist's license can be canceled if he has mental illness. The issues of limiting qualifications for mental illness have already been pointed out several times in prior studies. Nevertheless, the discriminatory measures against mental illness is evaluated as not only there is unparalleled worldwide, but also the nation suppress the human rights of persons with mental illness at the forefront. It is a problem that freedom of occupation guaranteed on the Constitution is indiscriminately restricted just for mental illness. But also, we can not help worrying more about the fact that the society still has the prejudices and stigma about mental disorders in the background. In the following, we will analyze the current status and contents of the qualification restriction act for mentally disordered, centered on the revision of the 「Social Welfare Service Act」 which is a representative problem for people with mental disorders. In addition, I would like to propose deletion and reduction of disqualification provisions as a direction of improvement for mitigating social exclusion by seeing case of Japanese legislative improvement which undergone the similar process as ours.

■ Keywords: Disqualification Provisions, Mental Illness