

의사결정지원제도의 도입 방안*

제철웅**

[목 차]

- | | |
|-------------------|----------------------|
| I. 서론 | III. 의사결정 지원의 내용과 방법 |
| II. 의사결정 대행제도의 현황 | IV. 결론 |

I. 서론

정신질환, 발달장애, 치매, 뇌병변 등으로 의사결정능력에 장애가 있는 사람(이하 의사결정능력 장애인) 역시 유엔 장애인권리협약상의 장애인이다.¹⁾ 의사결정능력이란 결정할 어떤 사항에 관련된 정보를 수집하고, 수집된 정보를 분석·비교한 끝에 특정한 내용으로 의사결정을 한 후 이를 대외적으로 표시할 수 있는 능력을 의미한다. 의사결정에 필요한 정보를 수집할 능력은 장애만이 아니라 학력이나 경험에 의해 영향을 받을 수 있고, 수집된 정보를 분석·비교할 수 있는 능력 역시 장애, 학력, 본인의 성향 등에 영향을 받을 수 있으며, 이런 능력이 다 있다고 하더라도 어떤 의사결정을 하는지는 본인의 성향, 가치관, 희망, 욕구 등 다양한 요소에 의해 영향을 받는다. 본인의 의사결정을 대외적으로 전달할 수 있는 능력은 장애, 언어능력, 소통기술 등 다양한 요인에 의해 영향을 받는다. 이런 여러 요소의 복합적 과정을 통해 의사결정이

* 본 논문은 2017년 9월 5일 장애우권익문제연구소에서 주최한 ‘정신적 장애인 의사결정지원제도 도입을 위한 토론회’에서의 발표문을 수정한 것이다.

** 한양대학교 법학전문대학원 교수

1) 우리나라는 의학적 모델에 입각하여 장애를 분류하기 때문에 의사결정능력 장애라는 개념을 알지 못한다. 그러나 유엔 장애인권리협약 전문 e는 사회적 관점에서 장애를 정의하고 있다. 사회적 관점에서의 장애란 신체나 정신상의 손상(impairments)로 인해 사회생활에서 겪는 어려움을 장애(disabilities)라고 정의한다. 한편 우리나라 장애인복지법 시행규칙 별표에 따르면 치매는 장애로 분류되지 않지만, 의학적 모델에 따르면 치매는 장애로 분류한다. 이에 대해서는 제철웅, '요보호성인의 인권존중의 관점에서 본 새로운 성년후견제도', 민사법학 56호(2011.12), 280면 이하 참조.

이루어지는데, 정신질환, 발달장애, 치매, 뇌병변 등의 장애로 인해 이런 의사결정과 정의 일부 또는 전부에 어려움을 겪을 때 우리는 의사결정능력 장애인이라 부를 수 있다. 장애의 정도는 시간이 좀 더 걸릴 뿐 아무 지원이 없어도 스스로 의사결정을 할 수 있는 사람으로부터 지원 하에 의사결정을 할 수 있는 사람(지원의 정도도 가벼운 것에서부터 심각한 것에 이르기까지 다양할 수 있다), 위 세 요소 중 어느 하나를 할 수 없는 사람에 이르기까지 다양하다.

사람에게 의사결정능력이 요구되는 이유는, 특히 성인의 경우, 개개인의 의사결정을 통해 사회적 자원이 배분되도록 하고, 의사결정능력이 없는 성인은 사회적 자원 배분절차에 대리인(본인이 선정하여 권한을 부여한 대리인 또는 법률규정에 의해 대리권을 가진 사람)만이 참여하도록 사회제도를 만들어 놓았기 때문이다. 즉 의사결정능력이란 사회제도의 산물이지 자연적인 어떤 것은 아니다. 달리 말하면 우리의 사회구조, 즉 자원배분시스템이 의사결정능력에 장애가 있는 사람의 직접 참여를 가급적 배제하는 형태로 구성되어 있기 때문이다.

의사결정능력 장애인의 의사결정을 지원하거나 그의 의사결정을 대행(법적으로는 많은 경우 대리하는 것)하는 제도를 둘 때의 인권법적 요청은 유엔 장애인권리협약 제12조에서 직접 다루고 있다. 장애인권리협약 제12조는 의사결정능력 장애인을 위한 의사결정지원에 있어서 다음과 같은 원칙을 제시하고 있다. 첫째, 의사능력(mental capacity to make decisions)이 없다는 이유로 장애인의 권리능력과 행위능력을 박탈하거나 제한해서는 안 된다(동 협약 제2항).²⁾ 동 협약 제12조 제2항에서 협약국은 장애인이 법적 능력(legal capacity)을 향유하도록 보장하여야 한다고 규정하기 때문이다.³⁾ 둘째, 장애인이 보유한 권리를 행사할 수 있도록 그의 의사결정을

2) 의사능력은 개별 법률행위별로 판단하지만, 행위능력은 획일적 기준으로써 유효한 법률행위를 할 수 있는 자격을 정한 것이다. 개개의 법률행위에서의 의사능력이 없으면 그 법률행위는 무효이고, 따라서 행위능력의 문제는 제기되지 않지만, 미성년자일 경우 법정대리인의 동의가 없거나(민법 제5조), 처분을 허락한 재산(제6조)이 아닌 어떤 법률행위를 할 때에는 법정대리인이 취소할 수 있다는 것은 행위능력(그 제한)의 문제이다. 유엔 장애인권리위원회는 의사무능력이라는 이유로 행위능력을 제한해서는 안 된다고 한다. 의사무능력이라도 그의 욕구와 선호도(will and preference)를 존중하여 법적 효력을 부여할 수 있는 제도를 창설하도록 요구한다.

3) 이 점은 이미 유엔 장애인권리위원회의 제12조 평석초안에서도 지적되고 있다. Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Draft General Comment

지원하여야 한다(제12조 제3항). 의사결정지원은 보편적 수단일 수도 있고, 개인적 수단일 수도 있다. 전자는 대체의사소통기구의 개발, 장애인이 권리행사를 위한 의사 표시를 할 때 의사소통지원자를 두는 것 등을 의미한다. 후자의 경우 의사결정지원자만이 아니라 후견인처럼 대체의사결정을 하는 사람도 포함될 수 있을 것이다.⁴⁾ 셋째, 제4항에서는 의사결정지원으로 제공되는 각종의 조치가 남용되지 않도록 하기 위한 안전장치(safeguard)를 두도록 한다. 그 안전장치를 통해 의사결정지원을 위한 조치가 장애인의 욕구와 선호도(will and preference)를 존중할 수 있도록 보장하고, 이의 과도한 부당한 영향력(undue influence)로부터 벗어나고, 개인의 사정에 맞춘 비례적인 것이어야 하며, 가능한 단기간이어야 하고, 권한 있는 중립적 기관 또는 법원에 의해 정기적으로 사법심사를 받을 수 있도록 보장해야 한다. 안전장치는 의사결정지원을 위한 조치가 장애인의 권리와 이익에 미치는 정도에 비례적인 것이어야 한다. 가령 부당한 영향력으로 인해 의사결정능력 장애인에게 피해를 입을 위험성이 높은 경우 그의 의사결정을 무효화시키는 것,⁵⁾ 그의 의사결정을 대신하여 다른 사람이 의사결정을 하도록 하는 것 등이 이런 안전장치의 하나이다. 넷째, 제5항은 장애인이 자기 재산을 소유하고 관리할 권한, 은행을 이용할 권리가 보장되어야 하며, 자의적으로 재산을 박탈해서는 안 된다고 규정한다.

장애인권리위원회는 제12조의 일반평석에서 의사결정대행제도(substitute decision-making regime)를 폐지하고 의사결정지원적 대체(supported decision-making alternatives)를 발전시켜 나아가 한다는 의견을 제시하였다.⁶⁾ 의사결정대행제도는 단일한 의사결정에 관한 것이라 하더라도 장애인의 법적 능력(legal capacity)을 박탈하거나, 장애인이 아닌 다른 사람이 의사결정대행자를 선임하며, 특히 그가 원치 않는데도 의사결정대행자가 선임될 수 있거나, 장애인의 욕구나 선호도

on Article 12, CRPD/C/11/4, n. 11-13.

- 4) UN 장애인권리위원회는 제12조의 일반평석에서 후견제도의 즉각적 폐지(abolition of guardianship system)가 필요하다는 의견을 제시하기 때문에 이에 관하여는 논의가 필요하다.
- 5) 가령 지적장애인이 이웃사람의 피임에 빠져 보증을 섰을 때, 그 보증계약을 무효화시키는 판결도 이런 안전장치의 일종이다.
- 6) UN Committee on the Rights of Persons with Disabilities, General Comment No. 1 (2014), CRPD/C/GC/1, n. 28. 참조.

에 법적인 효력을 부여하는 것이 아니라 객관적 관점에서 본 최선의 이익에 따라 의사결정을 대행하는 제도 일반을 의미한다.⁷⁾ 이런 의사결정대행제도는 많은 나라에서 유지하는 후견제도에 상당부분 또는 일부 포함되어 있다.⁸⁾ 본인의 욕구나 선호도가 아니라 최선의 이익을 기준으로 의사결정을 대리하는 것이 문제인 이유는 장애인에게 응당 보장되어야 할 위험 인수의 기회를 박탈하기 때문이라는 것이다.⁹⁾ 그렇지만 장애인의 욕구와 선호도에 부합한다고 하여 과도한 위험, 과도한 부당한 영향력을 방지하여야 한다는 취지는 아니다.¹⁰⁾

의사결정대행이라 하더라도 위와 같은 요소가 없다면 그것은 오히려 의사결정능력 장애인을 위한 정당한 편의제공이 될 수 있을 것이다. 그럼에도 불구하고 지원하여야 할 부분은 장애인이 의사결정지원을 받아 작성한 사전지시서, 지속적 대리권의 활용이다. 이는 의사결정대행제도의 단점이 없으면서 동시에 의사결정지원제도로 활용될 수 있기 때문이다. 장애인권리위원회는 이 제도를 장애인도 이를 활용하도록 지원해야 한다고 한다.¹¹⁾ 한편 장애인권리위원회는 장애인이 지원을 하더라도 스스로 의사결정을 하지 못하는 경우가 있음을 부정하지는 않는다. 이 때 누군가가 장애인을 대신하여 의사결정을 해야 하지만, 그 때에도 객관적인 최선이 이익이 아니라 장애인의 현재의 욕구와 선호도를 최선을 다해 해석해서 거기에 법적인 효력이 부여되도록 해야 한다는 의견을 제시한다.¹²⁾

장애인권리협약 제12조의 관점에서 보면 기간의 정함이 없는 후견, 장애인의 현실의 필요성과 무관하게 개시되는 후견 및 후견인의 권한, 후견개시와 더불어 피후견

7) UN Committee on the Rights of Persons with Disabilities(위 주 6), n. 27.

8) 후견제도의 명칭은 나라마다 다르다. guardianship(미국, 호주의 신상보호 후견), trusteeship(캐나다 및 호주의 재산관리 후견), conservatorship(미국의 재산관리 후견), deputyship(영국의 후견), betreuer(독일의 후견) 등이 그 예이다. 장애인권리협약은 명칭이 중요한 것이 아니라, 후견이 아니라 하더라도 위 본문의 속성을 가진 것은 모두 다 폐지되어야 할 의사결정대행제도인 셈이다.

9) UN Committee on the Rights of Persons with Disabilities(위 주 6), n. 12.

10) 장애인권리협약 제12조 제4항의 안전장치(safeguard)가 이런 위험을 방지하기 위한 것이다. 그러나 위험이나 부당한 영향력을 과대평가해서 장애인이 응당 감행할 수 있는 위험을 막아서는 안 된다는 취지이다.

11) UN Committee on the Rights of Persons with Disabilities(위 주 6), n. 17 참조.

12) UN Committee on the Rights of Persons with Disabilities(위 주 6), n. 21 참조.

인의 행위능력이 제한 또는 박탈되는 것 등은 모두 장애인권리협약에 위반된다. 우리나라의 성년후견과 한정후견은 제도 자체만으로 이미 동조 위반임은 말할 것도 없다.

그런데 장애인권리협약 제12조에 관한 장애인권리위원회의 의견은 실무에서는 실행하기가 쉽지 않다. 특히 의사결정대행제도를 즉각 폐지해야 한다는 견해¹³⁾를, 우리나라의 일부에서 주장하듯이, 모든 후견제도를 폐지하여야 하는 것으로 이해하는 것은 넌센스이다. 장애인권리협약 제12조 제3항과 제4항을 결합해서 보면, 후견제도는 의사결정지원을 위한 하나의 모델이 될 수도 있기 때문이다. 후견을 개인맞춤형으로 필요한 범위에 한정해서 최대한 단기간 개시하도록 하고, 장애인권리협약 제12조 제4항에 따라 후견인이 활동하도록 지원·감독한다면 이를 동조 위반이라고 보기 보다는 의사결정능력 장애인을 위한 또다른 안전장치(Safeguard) 또는 동 협약 제3조의 정당한 편의제공(Reasonable Accommodation)의 일환으로 이해할 수 있을 것이다. 그럼에도 불구하고 의사결정지원을 우선하도록 하는 제12조 제3항의 요청을 염두에 두면 후견은 최후의 불가피한 때에 활용되어야 할 최후의 수단이어야 함은 말할 것도 없다.

의사결정지원과 그에 대한 안전장치를 둘 협약국의 의무를 고려한다면, 의사결정지원제도를 발전시켜야 할 의무가 협약국에 있는 셈이다. 이 글은 어떤 내용으로 의사결정지원제도를 우리나라에 도입할 수 있을지를 검토한다. 이를 위해서는 의사결정지원이라는 관점에서 볼 때 우리나라 의사결정능력 장애인이 처한 진정한 문제점은 과연 어디에 있는지를 먼저 살펴보고(II), 이어서 의사결정지원이란 무엇이며, 왜 중요하고, 그 방법에는 어떤 것들이 있는지, 특히 우리나라에서 실현가능한 방법이 무엇인지를 살펴본다. 그와 같은 방법들이 잘 발전되어 정착된다면 장애인권리협약 제12조 제3항, 제4항의 취지에 부합하는 제도로 자리 잡을 수 있을 것이다.

II. 의사결정 대행제도의 현황

1. 헌법 및 민사법상의 정신적 장애인의 법적 지위

13) UN Committee on the Rights of Persons with Disabilities(위 주 6), n. 30에 서는 점진적 실현(progressive realization)은 제12조에 적용되지 않는다고 한다.

(1) 우리 민사법은 출생의 시점부터 각 개인을 권리의무의 주체로 본다(민법 제3조). 성인인 권리능력자가 법률행위(또는 준법률행위. 이하 ‘법률행위’라고만 표현한 경우에도 그 설명은 준법률행위에도 적용된다.)를 통해 스스로 자신의 권리를 행사하거나 의무를 이행하는 것은 민사법 질서의 기본에 속한다. 이는 동시에 헌법 제10조의 행복추구권에서 파생하는 일반적 행동의 자유, 자기결정권의 행사이자,¹⁴⁾ 인간의 존엄성의 표현이기도 하다.¹⁵⁾ 각 개인이 스스로의 판단에 따라 권리를 행사하고 의무를 이행하도록 보장하는 것은 헌법질서의 구체화라고 할 수 있다.

물론 연령, 장애 등으로 판단능력에 장애가 있어서 스스로 법률행위를 할 수 없거나 법률행위를 하는 데 장애가 있다면, 그 장애 성인(이 글에서는 의사결정능력 장애인이라 칭한다)은 고도로 분업화된 현대사회를 살아가는 데 불가결한 타인과의 법률관계 형성에 어려움을 겪을 것이다. 자신이 보유한 재화를 타인이 약탈할 위험도 커진다. 나아가 이들에게 귀속된 재화(그 법적 표현인 권리)의 사회적 유통도 어려워진다. 이 점에서 의사결정능력장애는 개인만의 문제가 아니라 사회적 문제이기도 하다.

의사결정능력 장애인이 직면한 이런 곤란을 벗어날 수 있는 합법적인 방법은 다음과 같다. 첫째, 뇌사고, 질병, 치매 등과 같이 우연적 사건으로 의사결정능력에 장애가 발생한 경우라면, 본인의 사회생활에 필요한 권리행사와 의무이행에 필요한 법률행위를 대행할 수 있는 권한, 즉 지속적 대리권¹⁶⁾을 그 사건이 발생하기 이전에 타

14) 헌법재판소 1990.9.10., 89헌마82 결정에서는 성적 자기결정권을, 헌법재판소 1991.6.3., 89헌마204 결정에서는 계약의 자유를, 헌법재판소 1996.12.26., 96헌가18 결정에서는 소비자의 자기결정권을 각기 일반적 행동의 자유에서 파생되며, 일반적 행동의 자유는 행복추구권에 속한다고 판시한 바 있다. 여기서는 행복추구권의 기본권으로서 어떤 성격이 있는지에 관해서는 검토하지 않는다. 이에 대해서는 허영, 한국헌법론(전정 12판), 박영사(2016), 344면 이하 참조.

15) 독일 학설과 판례는 독일 기본법 제1조 제1항의 인간의 존엄성, 제2조 제1항의 인격전개의 자유로부터 일반적 인격권이 헌법상의 기본권이라고 보고 있으며, 일반적 행동의 자유가 인격권의 핵심이라고 한다. 그 자유에는 여기서 다루는 자기결정권(BVerfGE 27, 305), 계약의 자유(BVerfGE 12, 341, 347)도 포함됨은 말할 것도 없다. 이에 대해서는 Bleibtreu/Hofmann/Hopfauß, Grundgesetz (12. Aufl., Carl Heymanns Verlag(2011), Art. 1, Rn. 58ff; Art. 2 Rn. 23 참조.

16) 여기서의 지속적 대리권은 일회적인 대리권이 아니라, 일정 기간 동안(를 때에 따라서는 본인의 사망 시점까지) 계속적, 반복적으로 대리할 수 있는 권한을 의미하기로 한다. 계속적, 반복적으로 법률행위를 대리할 권한을 부여하는 것은 실무적으로도 활

인에게 수여함으로써 극복할 수 있다. 민법은 본인의 의사무능력이 이미 수여한 대리권의 존속에 영향을 미치지 않도록 하기 때문에(민법 제127조),¹⁷⁾ 지속적 대리권은 유효한 방법의 하나가 된다. 둘째, 의사결정능력 장애인을 돌보아 줄 가족이 있고, 그 가족이 자신이 보유한 재화로써 의사결정능력 장애인의 필요를 충족시켜 주는 것도 한 방법이다. 우리나라는 전통적으로 대가족제도를 유지하면서 가족 구성원 중의 약자를 부양해 왔다.¹⁸⁾ 만약 3세대 가구가 일반적이라면, 고령이나 치매로 판단능력이 떨어지는 부모가 있더라도 가족들이 자신의 재화로써 의사결정능력 장애가 있는 부모의 생활상의 수요를 충족시켜 줄 것이다. 셋째, 본인이 지속적 대리권을 부여하지 않았거나 부여할 수 없었고¹⁹⁾, 자신의 재화로써 의사결정능력 장애인의 생활상의 수요를 충족시켜 줄 의향과 역량이 있는 가족이 없다면, 후견인을 통해 사회생활에 필요한 의사결정을 대행하도록 할 수 밖에 없다.

(2) 사회보장법에 의해 각 개인은 사회보장청구권을 가지며, 이는 헌법 제34조의 구체화이기도 하다. 사회보장청구권은 개인이 국가나 지방자치단체 또는 여타의 사회보장 제공기관(이하 총칭할 때 보장기관)에 대해 가지는 공법상의 청구권이다. 사회보장급여청구권의 내용은 현금급여, 현물급여(물건 또는 각종 서비스)로 되어 있다. 사회보장급여는 보험의 형식으로 지급되기도 하고, 공공부조나 기타의 사회서비

용된다. 특정 직책을 가진 법인의 직원이 이사로부터 대리권을 수여받아 계속적, 반복적으로 그 법인을 대리하는 것, 수임인인 재산관리인(가령 변호사, 법무사, 공인중개사, 세무사 등)이 관리할 재산에 관하여 계속적, 반복적으로 본인을 대리하는 것 등이 그 예이다.

- 17) 우리나라와 달리 보통법에서는 본인의 의사무능력이 대리권 소멸 사유에 해당된다. 후견제도와 관련하여 이 문제를 다루는 것으로는 제철웅, 영국법에서의 의사결정무능력 성인의 보호제도의 역사적 전개와 2005년의 정신능력법의 특징, 비교사법 17권 4호(2010.12), 218면 이하 참조.
- 18) 이는 1990년 민법 개정 전 민법 제797조의 호주의 가족부양의무, 현행 민법에도 존속하는 제974조 이하의 친족 부양의무 등에 근거한 것이다.
- 19) 의사능력을 합리적 판단능력으로 해석하는 한, 특히 발달장애인 중에는 쉬운 용어로 설명한다고 하더라도 대리권의 법률효과, 대리권 수여에 수반하는 각종 위험 등을 이해할 수 없는 경우도 적지 않을 것이다. 이 경우에는 지속적 대리권을 부여할 수 없을 것이다.

스로 제공되기도 한다. 사회보장청구권 중 이미 금전으로 지급되고, 지급될 금전 액수가 정해져 있는 경우도 있지만(국민연금에 대표적인 예이다), 대부분의 사회보장급여는 그 내용이 확정되어 있지 않다. 사회보장급여 청구권은 민사법상의 청구권처럼 쌍무적이거나 유상적인 계약에 근거한 것이 아닌 경우가 대부분이고,²⁰⁾ 치료, 요양, 재활, 일상생활에서의 인간다운 삶의 보장 등을 내용으로 하여 국가의 일방적 의무에 기초하여 제공된다. 즉 급여 내용이 국가재정과 당사자와의 개별적 사정을 감안하여 행정처분으로 결정되기 때문에 수급희망자가 그 행정절차에 참여할 권리가 보장되어야만 적법절차에 따른 행정처분이라 할 수 있다. 국가재정과 당사자의 개별적 사정에 의해 급여내용이 결정된다는 점은 민사법상의 부양청구권과도 유사하다. 민사법상의 부양청구권의 경우 부양의무자와 부양청구권자의 협의가 중요하지만, 민사법은 각 당사자의 주체성을 전제하기 때문에 부양의무자의 부양청구권자에 대한 지원을 요구하기는 어렵다. 그러나 보장기관의 행정처분은 인간다운 삶의 보장을 지향하는 것이기 때문에, 수급희망자의 절차참여권을 최대한 보장하여 개인적 사정에 맞는 사회보장급여가 이루어지도록 해야 한다. 따라서 바람직한 형태의 사회보장급여는 수급희망자에 대한 정보제공, 수급희망자와의 상담 등을 통해 개인별로 가장 적합한 형태의 사회보장급여가 지급되는 것이어야 한다. 우리는 이를 개인별지원계획의 수립을 위한 국가의 협의의무라고 할 수 있다. 이런 내용의 협의의무는 영국, 독일, 호주 등을 비롯한 많은 선진국에서 이미 인정하고 있다.

이런 사회보장급여는 먼저 급여청구권이 있는지가 불명확한 상태에서 모든 사람이 보장기관(Leistungsträger)을 상대로 사회보장급여를 지급해 줄 수 있는지에 관한 정보제공과 상담을 해 줄 청구권이 있음이 전제된다. 이어서 상담과 협의를 통해 구체적으로 개별적인 청구권이 성립하게 된다. 한편 확정된 사회보장급여는 수급권자에게 직접 지급하여야 한다. 가령 사회보장급여청구권자가 여타의 이유로 생활시설(요양원) 또는 수용시설(정신병원 등)에 입소되어 있는 경우에도 그 수용시설이 제공하는 서비스에 대한 비용을 부담하여야 할 사회보장급여 청구권자에게 직접 지급되어야 할 것이다.²¹⁾

20) 사회보험급여는, 차이점이 있기는 하지만, 민사법상의 보험청구권과 유사한 측면이 있기는 하다.

21) 가령 독일의 경우 청구권자가 보장기관에 서면으로 직접지급(Überleitung)을 통지하

한편 민사적 권리의 경우 위 (1)에서 언급한 것처럼 가족이라도 본인의 허락 없이 그 성인의 민사적 권리를 대신하여 행사할 수 없다.²²⁾ 가족이 정신적 장애인과 치매 환자를 민사적 의무가 있음은 말할 것도 없는데(민법의 부양의무), 그렇다고 하더라도 가족에게 이들의 민사적 권리를 대신 행사할 권한을 부여하지 않는다. 사회보장급여 청구권 역시 공법상의 개인적 권리라는 점에서는 일반 민사적 권리와 다를 바 없기 때문에, 사회보장급여의 전달체계에서 돌봄의 책임을 가족이 부담하더라도 그 가족이 수급권자를 대신하여 그 권리를 행사할 수 없다. 만약 이를 허용하게 되면 그것은 헌법 제10조의 행복추구권의 일종인 자기결정권의 침해가 되기 때문에, 헌법 제37조의 기본권제한의 원칙에 따라야만 한다. 바로 이런 이유 때문에 독일, 일본과 같은 나라에서는 사회보장급여청구권을 행사하기 위해서라도 의사결정능력 장애인의 경우 후견인을 선임하도록 한다. 물론 후견인 선임 대신, 사회보장기관에서 법에 따른 절차에 따라 의사결정지원자를 선임하고, 법에 따른 절차에 따라 그에 대한 감독을 수행함으로써 사회보장급여가 본인에게 효과적으로 전달되는 동시에 권리침해의 요소가 없도록 안전장치를 갖추는 나라도 있다(호주의 NDIS 시스템 하에서는 의사결정지원자).

2. 사회 전반에 만연한 무권대리

(1) 과거 행위무능력제도 하에서는 법정후견인을 이용하는 빈도가 매우 낮았다.

〈표 1〉 한정치산 및 금치산 신청 및 인용건수(2002년부터 2012년까지)

연도	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
접수건(건)	323	421	433	473	529	663	747	804	944	1024	1290	1342
증가율(%)	-	30.3	2.8	2.8	9.2	25.3	12.6	7.6	17.4	8.4	25.9	4.0
인용(건)	176	208	250	274	291	303	334	391	493	515	617	705
증가율(%)	-	18.0	20.0	9.6	6.2	4.1	10.2	17.0	26.0	4.4	19.8	14.2

출처: 사법연간 2002~2012년 자료에서 재정리

면, 보장기관은 수급권자에게 지급할 사회보장급여를 그 시설에 직접 지급할 수 있다. Maydell/Ruland, Sozialrechtshandbuch 3. Aufl., 8 Rn. 324 ff. 참조.

22) 부부간의 일상가사에 관한 대리권만이 법률로 규정되어 있을 뿐이다.

그러나 2013년 7월 1일 새로운 성년후견제도가 시행된 지 3년 반 정도가 지난 2017년 초반 현재, 아래 <표 2>에서 보듯이 후견신청건수는 급격히 증가하고 있다. 새로운 성년후견제도는 한편에서는 독거노인이나 장애인 학대를 예방하거나 학대피해를 구제하는 데 기여할 것으로 기대되었다.

<표 2> 성년후견제도 하에서의 후견신청건수의 변화추이²³⁾

구분	2013년(7월~)	2014년	2015년	2016년	합계
성년후견	727	1,967	3,013	3,716	9,423
한정후견	116	245	276	282	919
특정후견	50	355	181	158	744
임의후견	7	8	8	17	40
소계	900	2,575	3,478	4,173	11,126

동시에 선임된 후견인의 수도 2013년 564건, 2014년 1,723건, 2015년 1,566건 등으로 증가하여 2016년 말까지는 약 6,000 여명에 이를 것으로 전망되고 있다. 그만큼 후견제도 이용의 증가속도가 상당하다는 것이다.

그러나 성년후견제도 도입 이후의 후견제도 이용 건수를 다른 나라와 비교해 보면 그 이용자가 매우 적음을 알 수 있다. 비교를 위해 각 국의 인구수를 우리나라 인구수로 환원시켜 선임된 후견인 수를 조정하였다.²⁴⁾

23) 위 자료는 법원의 비공식통계자료이다.

24) 우리나라 인구를 5,000만원으로 하여 다른 나라의 후견인 선임 건수를 비교하였다. 새로운 성년후견제도가 시행된 해는 독일(가중치 0.625)은 1992년, 일본(가중치 0.396)은 2000년, 대만(가중치 2.17)은 2009년, 싱가포르(가중치 9.25)은 2010년, 우리나라는 2013년(7월 1일)이다. 우리나라의 2013년 수치는 6개월을 더 가산한 수치이다. 독일의 후견건수는 Bundesamt für Justiz, Justizstatik GÜ 2 der Amtsgerichte 2002-2013, erg. Mitteilung der JM Baden-Württemberg; Auswertung: Deinert.를 참조. 일본의 후견(보좌, 보조, 임의후견 포함) 건수는 最高裁判所事務總局家庭局, 成年後見關係事件の概況, 2000년(平成 12년)부터 2010년 자료, 대만 자료는 Sieh-Chuen Huang, Adult Guardianship and Care in Taiwan, in: Waltjen/ Lipp hrsg., Liber Amicorum Makoto Arai, Nomos(2015), pp.382 참조. 싱가폴은 공공후견청의 비공식자료 참조(법정후견만 표시. 지속적 대리권인 lasting power of attorney는 본문 참조). 우리나라는 대법원 사법연감 2013년부터 2015년 자료를 토대로 한 것이다.

〈표 3〉 성년후견제도 도입 후 최초 선임된 후견인 수의 추이

연차 국가	1년	2년	3년	4년	5년	6년	7년	8년	9년	10년
독일	46,981	65,319	70,691	77,072	89,373	92,406	99,790	110,782	120,175	128,291
일본	1,390	3,121	4,182	5,605	5,707	6,873	12,079	9,078	9,579	9,951
대만	5,279	6,418	7,048	7,254	7,866	8,326	8,762			
싱가폴	1,887	3,180	3,313	2,839	3,801	3,117	3,838			
한국	1,128	1,723	1,566							

1년차부터 3년차까지 우리나라는 선임된 후견인이 매해 2,000명이 되지 않지만, 독일은 말할 것도 없고, 아시아국가인 일본, 대만, 싱가포르 등은 시작부터 우리보다 많은 수의 후견이 개시되고 또 증가추세도 빠르다. 싱가포르의 위 수지에 지속적 대리권 (lasting power of attorney)을 포함하면 후견제도 이용은 훨씬 더 가파르다고 할 수 있다. 2016년 현재 약 24,822명(가중치로 환산하면 229,603명)의 지속적 대리인이 활동하기 때문이다.

(2) 우리나라의 성년후견제도 이용이 적은 이유는 여러 가지가 있겠지만, 후견제도에 대한 전문가의 인식이 낮아서 수요자에 대해 제대로 설명하지 못하거나, 합법 및 비합법의 다른 후견대체수단의 존재²⁵⁾로 인해 후견제도를 이용할 현실적인 필요성이 적거나, 현재의 후견제도가 잠재적 이용대상자에게 매력적이지 않기 때문에 후견의 필요성이 있더라도 최대한 그 이용을 주저하기 때문일 것이다.²⁶⁾ 위 II의 1에서 언급한 것처럼 가족들이 자신의 재산으로써 정신적 장애인의 생활상의 필요성을 충족시켜 주는 경우는 점차 줄어들고 있고(사회보장법상의 부양의무제 폐지 주장도 그

25) 광의의 사회보장법(사회보장기본법 제3조 제1호의 사회보장을 규율하는 법)에서 사회보장급여청구권을 가족, 친족, 그 밖의 관계인이 대신 행사하도록 허용하는 것 등이 합법적인 대체수단이라면, 요양시설, 요양병원, 장애인거주시설 등에 입소하는 계약을 가족 등이 대신 체결하는 것, 본인의 인감도장, 체크카드를 소지하는 가족 등이 비밀번호를 알아 낸 후 대리권 수여 없이 은행거래를 하는 것 등은 비합법적 대체수단이라 할 수 있다.

26) 세칭 신격호 사건을 통해 성년후견제도에 대한 국민의 관심이 높아졌다고 한다.

산물이기도 하다), 지속적 대리권을 미리 부여하는 관행은 전무하다는 것을 감안한다면 우리 사회에 만연한 무권대리가 그 원인이라고 하는 것이 정확할 것이다.

3. 무권대리 관행을 조장하는 사회보장법: 관리-감독되지 않는 의사결정 대행자가 만연하는 사회보장급여 전달시스템

(1) 우리나라의 사회보장급여 전달체계로는 장애인 학대와 방임을 막기 보다는 오히려 이를 조장하는 제도적 환경을 조성하는 밑불의 역할을 하기도 한다. 서구적 관점에서 볼 때 매우 충격적일 수 있는 사실은 응급상황이 아님에도 불구하고 의료현장에서 배우자, 부모, 또는 자녀가 성인을 대신하여 수술에 동의하고, 요양원과 생활 시설에 입소시키는 관행이다. 이는 헌법과 민사법질서에 근본적으로 반하는 것이며 (응급상황에서는 사무관리의 법리가 작동하기 때문에 사실 누구라도 본인의 최선의 이익에 부합하는 조치를 취할 수 있을 것이다), 이를 명문으로 규정한 법률규정도 없기 때문이다. 뿐만 아니라 사회보장법의 기본원칙에도 반하는 것이다. 사회보장기본법 제11조는 사회보장급여에서의 신청주의를 원칙으로 하기 때문이다. 그러나 사회보장기본법의 신청주의는 개별 사회보장법에서 대부분 무시되고 있으며, 그로 인해 사회 전반에 걸쳐 일반인은 가족, 자신이 사실상 돌보는 어떤 사람을 대신하여 사회보장급여를 대신 신청하고, 수령하는 것이 “선행”이라는 인식이 확산되어 있는 것처럼 여겨진다. 이런 환경이 신안염전피해자, 가축노예, 장애인 성폭행 등의 암적 존재가 생장할 수 있는 환경 조성에도 기여할 것이다.

(2) 아래는 우리나라 사회보장법에서 인정하는 “의사결정대행자”에 관한 개관이다. 아래 <표 4>의 현행 법률규정을 보면, 치매환자, 발달장애인, 정신장애인 등 의사결정에 장애가 있는 성인의 경우 거의 모든 단계에서 대부분 타인에 의한 의사결정대행을 제도화하고 있다. 더 큰 문제는 그 타인의 자격, 정당성 등에 대해서는 아무런 법적 요건도 두지 않고 있다는 점이다. 이는 동시에 유엔 장애인권리협약 제12조에 위반된다. 동조는 장애인은 자신이 보유한 권리를 스스로 행사하도록 지원해야 하는데 초점을 맞추어야 하며, 의사결정대행 시스템은 폐지되어야 한다고 한다.

〈표 4〉 정신적 장애인의 자기결정권을 고려하지 않는 현행 사회보장법 관련 규정

유형	법률	현행법의 내용	헌법 및 민사법의 일반 원리에 따른 경우의 조치
공공부조	국민기초 생활보장법	<ul style="list-style-type: none"> • 신청은 수급자, 그 친족, 그 밖의 관계인이 신청(제21조) • 금전 또는 현물을 직접 수급자에게 제공(제9조 2항). • 예외적 사유가 있을 때(수급자가 관리할 수 없는 일정한 사유) 수급자의 배우자, 직계혈족 또는 3촌 이내의 방계혈족 명의 계좌에 입금(시행령 제6조 1항; 시행규칙 제6조 6항) • 보장시설에 있을 경우 보장기관이 시설에 지급(제9조 3항; 시행규칙 제6조 1항~3항). 	<ul style="list-style-type: none"> • 신청은 수급자, 수급자의 권한 있는 대리인(친권자 또는 후견인, 기타 법률에 의해 권한을 부여받은 자)이 할 수 있음. • 급여의 지급은 수급자 명의의 계좌에 입금. • 보장시설 수급자도 수급권자에게 배우처 등의 형태로 직접 지급하고, 수급권자가 시설에 지급하는 것이 원칙임.
	의료급여법	<ul style="list-style-type: none"> • 수급권자로 되려고 하는 자가 신청(제3조의3) • 의료기관이 의료급여금에 비용청구-지자체에 지급청구한 것으로 간주(제11조) 	<ul style="list-style-type: none"> • 수급권자로 되려는 자 또는 권한 있는 대리인이 신청 • 좌동
	장애인 연금법	<ul style="list-style-type: none"> • 수급희망자가 신청(제8조) • 지자체 담당공무원이 직권신청. 단, 수급희망자의 동의를 받아야(제8조) • 수급권자가 사망한 후 미지급장애연금은 생계를 같이 한 유족이 청구(제14조) • 수급권자가 의사결정에 장애가 있는 경우(법정사유) 배우자, 직계혈족, 3촌 이내의 방계혈족의 계좌로 입금이 가능(시행령 제11조, 시행규칙 제9조) 	<ul style="list-style-type: none"> • 수급희망자 및 그의 권한 있는 대리인이 신청 • 지급은 수급권자 명의의 계좌로 지급
	기초연금법	<ul style="list-style-type: none"> • 수급희망자와 보건복지부령으로 정하는 대리인이 신청(제10조). 대리인은 민법 제777조의 친족, 담당공무원 기타 복지부장관이 정하는 사람(시행규칙제6조) • 수급권자의 계좌로 지급. 단 의사결정에 장애가 있는 경우(법정사유가 있음) 배우자, 직계혈족, 3촌이내의 방계혈족의 계좌로 지급(제9조) 	<ul style="list-style-type: none"> • 수급희망자와 그의 권한 있는 대리인이 신청 • 수급권자의 계좌로 지급
	장애인 복지법 (경증장애)	<ul style="list-style-type: none"> • 장애인등록신청은 장애인, 법정대리인, 대통령령으로 정하는 보호자(시설장, 사실상의 보호자)-법제32조, 시행령 제20조 • 장애수당은 지급은 본인, 본인의 의사결정에 장애가 있는 경우(법정사유)에는 배우자, 직계혈족, 3촌이내의 방계혈족의 계좌로 지급(시행령 제32조) 	<ul style="list-style-type: none"> • 장애인 및 그의 권한 있는 대리인이 신청 • 장애수당 지급은 본인 계좌로 지급
	긴급복지 지원법	<ul style="list-style-type: none"> • 긴급지원대상자, 친족, 그 밖의 관계자가 신청(제7조) 	<ul style="list-style-type: none"> • 긴급지원대상자 및 그의 권한 있는 대리인이 신청

유형	법률	현행법의 내용	헌법 및 민사법의 일반 원리에 따른 경우의 조치
		<ul style="list-style-type: none"> • 시군구청장이 긴급지원대상자 확인-조사(제8조) • 보건복지부장관은 긴급지원대상자의 금융정보 제공을 요청할 수 있음(시행령 제8조) 	<ul style="list-style-type: none"> • 기타는 좌동
사회 서비스	장애인 복지법	<ul style="list-style-type: none"> • 장애인, 법정대리인, 대통령령으로 정하는 보호자(시설장, 사실상 보호자)가 장애인등록신청(제32조, 시행령 제20조) • 장애수당의 지급은 본인, 의사결정에 장애가 있는 경우(법정사유) 배우자, 직계혈족, 3촌 이내 방계혈족의 계좌로 입금(시행령 제32조) 	<ul style="list-style-type: none"> • 장애인 및 그의 권한 있는 대리인이 신청 • 장애수당 지급은 장애인 본인 계좌로 지급
	장애인활동 지원법	<ul style="list-style-type: none"> • 본인, 대리인(본인의 가족이나 친족, 그 밖의 관계인, 전담공무원, 그 밖에 지자체장이 정하는 사람)이 신청(법제15조, 시행규칙 제10조) 	<ul style="list-style-type: none"> • 본인 또는 그의 권한 있는 대리인이 신청
	정신보건법	<ul style="list-style-type: none"> • 자의입원 • 보호의무자(민법상의 부양의무자, 후견인, 지자체의 장)에 의한 입원 	<ul style="list-style-type: none"> • 자의입원 • 중증정신질환자를 위한 등록된 지원자 및 이에 준하는 자에 의한 입원
	발달 장애인법	<ul style="list-style-type: none"> • 발달장애인의 자기결정권(법 제8조) • 복지서비스를 발달장애인 본인이 신청. 의사결정능력이 없는 경우 보호자가 대리신청(후견인, 민법 제777조의 친족이나 부양의무자로 사실상 보호하는 자, 지자체장이 선임한 자) (법 제2조, 18조) 	<ul style="list-style-type: none"> • 복지서비스는 발달장애인 본인 및 그의 권한 있는 대리인이 신청
	노인복지법	<ul style="list-style-type: none"> • 노인의 보호자는 배우자, 직계비속과 그 배우자, 부양의무 및 업무로 사실상 노인을 보호하는 자를 보호자로 지칭(제1조의2) 	<ul style="list-style-type: none"> • 노인에게 대한 돌봄제공자, 지원자로 명칭을 변경
사회보험	노인장기요양보험법	<ul style="list-style-type: none"> • 노인장기요양 인정의 신청은 본인이 하거나(제13조), 가족, 친족 기타 이해관계인이 대리신청할 수 있음(제22조). 전담공무원이 본인이나 가족의 동의를 받아 신청할 수 있음. 지자체장이 지정한 자가 대리신청할 수 있음(제22조) 	<ul style="list-style-type: none"> • 장기요양신청은 본인 및 권한 있는 대리인이 신청
	국민연금법	<ul style="list-style-type: none"> • 수급권자의 청구에 의해 공단이 지급(제50조) • 수급권자가 사망하면 그의 배우자, 자녀, 부모, 손자녀, 조부모 및 형제자매가 미지급급여 지급 신청(제55조) 	<ul style="list-style-type: none"> • 수급권자 및 권한 있는 대리인이 신청
	산업재해 보상보험법	<ul style="list-style-type: none"> • 요양급여를 받으려는 자가 신청(제41조, 시행령 제21조) 	<ul style="list-style-type: none"> • 요양급여를 받으려는 자 및 권한 있는 대리인이 신청

유형	법률	현행법의 내용	헌법 및 민사법의 일반 원리에 따른 경우의 조치
	국민건강보험법	<ul style="list-style-type: none"> 요양급여는 요양기관과 가입자, 피부양자의 의료계약에 의해 의료가 제공된 뒤, 요양기관이 건강보험공단에 요양급여의 지급을 청구하는 형식. 	<ul style="list-style-type: none"> 본인 및 권한 있는 대리인에 의해 의료계약이 체결되도록 규정해야 함.
일반법적 성격이 있는 경우	사회보장급여법	<p>제5조 ① 지원대상자와 그 친족, 「민법」에 따른 후견인, 「청소년 기본법」에 따른 청소년상담사·청소년지도사, 지원대상자를 사실상 보호하고 있는 자(관련 기관 및 단체의 장을 포함한다) 등은 지원대상자의 주소지 관할 보장기관에 사회보장급여를 신청할 수 있다.</p> <p>제21조 ① 보장기관의 장은 제19조에 따른 사회보장급여의 적정성 확인조사 및 제20조에 따른 수급자의 변동신고에 따라 수급자 및 그 부양의무자의 인적사항, 가족관계, 소득·재산 상태, 근로능력 등에 변동이 있는 경우에는 직권 또는 수급자나 그 친족, 그 밖의 관계인의 신청에 따라 수급자에 대한 사회보장급여의 종류·지급방법 등을 변경할 수 있다.</p>	<ul style="list-style-type: none"> 제5조, 제21조의 경우 모두 “수급자와 권한 있는 대리인”에 한정하여 신청권한을 부여함.

의사결정대행은 명칭 여부를 불문하고, 형식 여부를 불문하는 것인데, 현행 사회보장법은 정신적 장애인에게 가장 중요한 재화와 서비스 조달체계인 사회보장급여 전달체계에 <표 7>과 같이 의사결정대행제도를 잔존시키고 있다.

4. 소결

우리나라는 세계에서 유래가 없을 정도로 법정후견제도의 이용이 낮은 나라 중의 하나이다. 성년후견제도 도입 이전까지만 하더라도 법정후견제도 이용 빈도는 중국과 유사한 수준일 것으로 추정되었다. 그 이유는 장애인권리협약 제12조를 잘 준수하기 때문이 아니라, 동 협약 제12조를 심각하게 위반하여 장애인의 권리를 침해하는 사회관행이 만연하기 때문이다. 신안염전피해, 지적장애인의 강제노동, 지적장애인의 성폭행, 정신장애인의 비자의입원이 희귀한 사회현상이 아니라 들추면 언제라도 나타나는 우리 사회의 고질적 병폐의 하나로 뿌리내리고 있다고 해도 과언이 아닐 것이다.

Ⅲ. 의사결정 지원의 내용과 방법

의사결정지원이 무엇이며, 왜 중요하며, 그 방법이 무엇인지 등에 대해서는 우리나라에서 제대로 논의된 적이 없다. 대행의사결정이 만연함에도 불구하고 그에 대한 폐지나 비판적 문제제기는 없는 것, 그렇지만 각종의 대행의사결정 수단 중 비교적 대행자의 선정과 대행할 권한에 관하여 사법적 심사를 받는 법정후견에 대해서는 장애인권리협약 제12조를 근거로 그 폐지를 주장하는 것 등이 의사결정지원이 무엇이며, 왜 중요한지에 대한 문제의식의 결여를 잘 보여주는 예일 것이다. 이하에서는 의사결정지원의 내용이 무엇이어야 하는지를 먼저 살펴보고, 이어서 우리나라에 필요한 의사결정지원의 여러 방법에 대해 검토한다.

1. 의사결정 지원의 내용

(1) 가장 최근에 제정된 ‘발달장애인 권리보장 및 지원에 관한 법률(이하 발달장애인법이라 한다)’ 제10조는 ‘의사소통지원’에 관하여 규정하고 있다. 의사결정지원은 발달장애인법 제10조의 ‘의사소통지원’과는 어떻게 다른가? 의사소통지원은 장애인이 표현하는 욕구를 상대방이 이해할 수 있도록 지원하는 것, 장애인이 의사나 욕구의 결정에 필요한 정보를 쉽게 변형하여 그에게 맞는 방식으로 전달하면 장애인은 그 정보를 이해하여 자신의 의사나 욕구를 표현할 수 있다는 것을 전제하는 것이다. 자기결정권에 기초하여 장애인이 스스로 결정할 수 있도록 그에게 전달될 정보를 쉬운 표현으로 바꾸는 것, 그의 표현을 비장애인이 이해할 수 있게 전달하는 쉽게 전달하는 것이 의사소통지원인 셈이다. 이런 의사소통지원은 특히 재판절차를 중심으로 발전해 왔다. 가령 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제35조의 진술조력인, 장애인차별금지 및 피해구제에 관한 법률 제14조의 정당한 편의제공의 일환으로서의 의사소통수단(제4호) 등에서도 규정되어 있다.

(2) 그런데 의사결정지원은 의사소통지원과는 다른 차원의 문제이다. 누구라도 자신의 인격의 실현과 전개를 위해 다양한 형태의 크고 작은, 사소하거나 중요한 결정을 하게 되며 그 과정이 중첩되면서 한 개인의 인격이 형성되어 간다. 그 결정은 언

제나 정보제공 후의 결정(informed decision-making, 이는 의료적 처치에서의 동의인 정보제공 후의 동의(informed consent)와 같은 맥락의 것이다)을 전제로 한다. 그 과정은 정보의 수집과 분석, 결정의 단계를 거친다. 그런데 발달장애, 정신장애, 치매, 뇌사고 등으로 인지기능에 장애를 갖고 있는 사람은 그와 같은 결정을 하는데 필요한 정보접근성, 정보의 비교가능성 등에서 타인보다 열악한 지위에 있다. 바로 그러한 이유 때문에 이들에게는 정보제공, 정보분석에서의 추가적인 지원이 필요하다는 것이다. 가령 예를 들면 정신장애인에게 정신질환이 있기 때문에 정신병원에서 감금치료를 받아야 한다는 의사의 진단 내용을 알기 쉽게 전달하는 것, 이를 통해 정신장애인의 결정 내지 반응을 전달하는 것이 의사소통지원이라면, 의사결정지원은 의사의 그와 같은 진단에도 불구하고 다른 진단가능성은 없는지, 정신병원 입원 이외의 다른 대안이 없는지, 정신병원 입원이 필요하다더라도 감금 아닌 자유공간에의 입원은 가능하지 않는지 등에 관한 정보를 수집하여 그 각각의 장·단점을 비교하여 이를 알기 쉽게 전달한다면 이는 의사결정지원이라고 할 수 있다. 의사나 가족이 제시한 치료나 요양에 관한 중증치매환자의 반응을 타인에게 알기 쉽게 전달하는 것이 의사소통지원이라면, 그 치매환자의 치료·요양에 관한 과거의 선호도는 무엇이었으며, 현재의 내적 욕구는 어떤 것이고, 그의 선호도와 내적 욕구를 실현할 수 있는 다른 대안적 방법은 없는지를 조사하여 그것에 대한 중증치매환자의 반응을 확인하여(즉, 양자를 비교하여) 치매환자의 욕구를 최대한 실현하도록 지원하는 것이 의사결정지원이다. 의사소통지원이 양적·형식적 지원이라면, 의사결정지원은 질적·실질적 지원인 셈이다.

2. 의사결정 지원은 왜 중요한가?

(1) 그간 우리 사회는 물질 중심으로 운영되어 왔다. 장애인에 대한 지원 역시 더 많은 물질적 자원을 확보하는 것에 초점을 맞추어 왔다. 장애인을 한 사람의 인간으로 존중하고 존중받을 수 있도록 지원하는 것, 이를 위한 사회체계의 정비에 대해서는 등한시해 왔다. 사회서비스의 확대도 장애인, 치매환자 당사자에 초점을 맞추기 보다는 그들을 지원하는 사람들의 일자리 확보에 초점을 맞추어 왔다. 이런 현상은 물질만능주의와 동의어인 천박한 자본주의적 성장과 긴밀한 연계를 갖고 발전되어

왔다. 그러나 돌이켜 보면, 우리에게 물질이 중요한 것은 한 인간으로서 존엄성을 유지하기 위한 수단 중의 하나이기 때문이다. 물질보다 더 중요한 것이 인간으로서의 존엄성을 유지하며 생활하는 것, 이를 통해 자신의 인격을 형성해 나가는 것이다.

의사결정능력 장애인을 위한 사회적 지원인 사회보장은 물질중심이었고, 인간으로서의 존엄성을 보장과 실현에 대해서는 완전히 눈을 감고 있었다. 한 인간으로서 장애인이 어디에 거주하며, 누구랑 만나며, 어떤 일상생활을 하며, 어떤 사회적 활동에 참여하는가는 그가 굶주리지 않고 살아가는 못지 않게, 어떤 경우에는 그것보다 훨씬 더 중요할 수 있다. 그런데도 우리 사회에서는 치매, 정신장애, 발달장애가 있는 장애인에게 제공되는 요양보호사, 요양원, 요양병원, 장애인거주시설, 기타 돌봄서비스 등에서 장애인의 의사를 존중할 적이 있는지가 의문이다. 장애인거주시설에 입소하는 것이 장애인 자신의 결정이었는지, 다른 대안적 수단이 없는지를 검토한 적이 없다. 평생을 자식을 위해 헌신해 왔던 치매 부모에 대해 자녀들이 민법에 의해 부담하는 부양의무를 제대로 이행하였다면, 아니 치매환자의 수중에 있는 재산을 다 소진하고 돌아가시게 배려하였다면, 과연 그 많은 치매환자들이 요양원, 요양병원에 있겠는가? 장애인에게 돌아 갈 상속재산을 손대지 않고 그대로 다 남겨 두었다면, 그들에게 돌아갈 노동의 대가를 제대로 지불하였다면 그 많은 장애인들이 거주시설, 정신병원, 정신요양원에 방치되었겠는가? 이런 현상은 사람보다 물질을 우선시하는 것에 문제제기 하지 않은 결과이다.

(2) 사람보다 물질을 더 우선시하는 현상은 장애인의 관점에서 보면 그의 인간으로서의 존엄성, 즉 헌법상의 기본권, 나아가 인권을 침해하는 것으로 귀결되기 마련이다. 장애인을 보호한다는 미명 하에 가족, 친족, 공무원 등이 요양병원, 요양시설에 입소시키거나, 의료계약 등을 체결하는 것, 그들의 거주장소를 변경시키는 것, 요양보호사 또는 의사가 요양 및 의료서비스를 제공할 때, 그 서비스가 장애인의 신체의 자유를 박탈하거나, 신체에 대한 접촉 또는 침해를 수반함에도 불구하고 장애인의 동의를 구하지 않고, 그를 돌보는 제3자의 동의를 구하는 것 등은 모두 헌법상의 행복추구권, 인간의 존엄성, 신체의 자유, 거주이전의 자유를 근본적으로 침해하는 행위이다. 과연 가족, 친족, 공무원이 무슨 권한으로 장애인의 기본권과 인권을 침해하는가? 최소한 성인에 대해서는 자신을 제외하고는 그 어느 누구도 거주장소를 정할 수

없고, 누군가가 자신의 거주장소를 지정하여 거주하게 할 때 본인의 동의가 없다면 그것은 감금 내지 자유의 제한으로 귀결될 수 있음을 간과한 것이다. 또한 성인의 동의 없이 그의 신체에 대한 접촉이나 침습이 있다면 그것 역시 위법행위가 될 것임을 간과해 왔다.

(3) 의사결정지원이 중요한 것은 거주 결정, 신체의 침습에 대한 결정, 타인과의 접촉, 사회활동의 결정 등이 비장애인 못지 않게 장애인에게도 중요하기 때문이다. 그것에 관한 의사결정을 장애인 스스로 할 수 있게 지원해야 한다는 것이다. 나아가 스스로 결정하기 어려울 때에는 여러 대안적 방법 중 그의 욕구를 최대한 실현할 수 있는 방법을 찾아 가능한 한 그의 욕구를 실현시켜 줄 수 있게 지원하는 것이 필요하기 때문이다. 그래야만 장애인 역시 한 인간으로 존엄하게 살아갈 수 있는 것이다. 이런 의사결정지원은 한 개인이 인간다운 삶을 실현할 기회가 넓어진다는 의미에서도 중요할 뿐 아니라, 보다 다양한 욕구들의 총합으로서의 다양성 있는 사회를 구성할 수 있다는 점에서도 사회적 순기능을 한다. 나아가 각 개인들의 욕구가 그의 죽음에 이르기까지 존중받기 때문에, 의사결정능력 장애에도 불구하고 모든 개인의 성인들의 경제적 활동이 지속되는 효과가 있기 때문에 고령화 사회에도 불구하고 모든 개인들의 경제활동이 지속되는 효과, 즉 유효수요의 감소 없이 오히려 그 증대가 있다는 점에서도 사회경제적 순기능이 있다.

3. 의사결정 지원의 방법에는 어떤 것이 있는가?

의사결정지원은 크게 분류하면 두 영역에서, 네 가지의 수단이 있을 수 있다. 첫째, 사회보장급여의 전달체계에서는 의사결정지원제도의 도입과 독립의사결정지원자 또는 독립권리옹호지원자 제도의 도입, 둘째, 비사회보장 급여전달체계에서의 지속적 대리인제도의 활성화와 최후 수단으로서의 특정후견제도의 이용이 있다. 아래에서는 이를 구분하여 그 내용을 간단히 소개한다.

(1) 사회보장급여 전달체계에서의 의사결정지원서비스의 도입

가) 원칙

사회보장급여청구권은 수급권자의 개인의 공법상의 권리이다. 보장기관은 사회보장급여를 수급권자에게 지급하거나 수급권자가 지정한 자에게 지급할 의무가 있다. 일반 민사적 채무인 경우에도 채무자는 채권자에게 채무를 이행하여야 하고, 그렇지 않은 경우 채무자는 다시 한번 채권자에게 채무를 이행하여야 할 의무가 있다. 사회보장급여청구권도 이와 다르지 않다.

그런데 사회보장급여청구권은 재산적 성격이 있는 급여(국민연금 공무원연금, 사학연금, 군인연금 등)를 제외하면 그 내용이 확정되지 않았고, 수급권자의 신청이 있으면 그 때 비로소 성립한다. 뿐만 아니라 사회보장급여는 급여의 명칭이 다르다 하더라도 동일한 목적을 달성할 수 있는 것이라면 중복수혜가 되지 않는다. 가령 산재보험, 건강보험이나 산재상의 연금과 장애연금 등의 중복수혜가 되지 않고 당사자에게 유리한 것을 선택해야 한다. 나아가 사회서비스의 경우 신청을 하더라도 전체 급여량의 제한 때문에 수급권이 인정되지 않는 경우도 있다. 그렇기 때문에 사회보장 수급권자는 보장기관에 대해 사회보장급여에 대한 정보를 요구할 청구권이 인정되어야 하며, 개인에게 맞는 사회보장급여가 제공되도록 하기 위해 ‘개인별지원계획’을 수립할 때 본인이 참여할 권리(참여청구권)도 인정되어야 할 것이다. 일반 민사적 채무를 부담하는 채무자는 청구권자에게 채무의 내용에 좇아 채무를 이행할 책임이 있는 것과 유사하게, 보장기관의 경우 수급권자 개인에게 필요한 사회보장급여가 제대로 지급될 수 있게 배려할 의무가 훨씬 더 강하다고 할 수 있다. 사회보장급여는 그 특성상 수급권자의 생존권을 보장하기 위한 것이므로 확실히 수급권자에게 전달되어 수급권자의 인간다운 삶을 보장하기 위한 목적으로 사용되도록 배려할 의무가 보장기관에 있기 때문이다.

이를 가능하게 하기 위해서는 사회보장급여 청구권의 행사와 수령에 있어서 정신적 장애인에게 의사결정지원자(의사능력이 없을 때에는 대행의사결정을 할 수 있는 자)를 두어 그의 지원 하에 사회보장급여를 받을 수 있도록 해야 할 것이다.

나) 의사결정지원서비스의 내용

사회보장급여 신청, 사회보장급여의 내용 확정을 위한 계획의 수립 및 점검, 전달 등의 각 단계에서 수급을 희망하는 자에게 정보제공청구권, 절차참여권, 급여 확정

후 급여수령권 등을 인정해야 한다.

그런데 사회보장급여의 신청, 사회보장급여의 내용 확정을 위한 계획의 수립 및 점검, 전달 등의 각 단계에서 의사능력이 없거나 미약하다고 의심할만한 사정이 있을 때에는 보장기관의 재원으로 '지원자'를 등록시켜 그로 하여금 정신적 장애인의 의사결정을 지원하고, 합리적으로 볼 때 의사능력이 없다고 판단될 경우에는 대행결정을 할 수 있도록 하는 것이 필요하다. 그렇게 해야만 수급권자(또는 수급을 희망하는 자)가 각 단계마다 가지는 청구권을 제대로 보장할 수 있기 때문이다.

의사결정능력이 의심되는 정신적 장애인으로 하여금 사회보장급여의 신청, 계획 수립, 지급, 재평가의 전 과정에 걸쳐 참여하게 함으로써 그의 개인적 욕구에 맞는 사회보장급여가 지급될 수 있게 보장하기 위한 목적으로 지원자를 두는 것이며, 그의 대행결정권은 예외적으로 인정하는 것이다.

지원자는 정신적 장애인에게 속한 여타의 권리에 대해서는 대행결정권이 없음. 오로지 사회보장급여의 신청, 계획수립, 지급, 재평가의 각 단계에서 요구되는 정신적 장애인의 의사결정에서만 지원 및 대행할 수 있다.

정신적 장애인에게 지급되는 사회보장급여가 그의 재산과 신체에 중대한 영향을 미칠 수 있는 사안일 때에는 보장기관과 지원자로부터 독립되어 있는 별도의 권익옹호서비스를 받도록 한다. 이 서비스는 각 서비스제공자로부터 독립된 지위에서 정신적 장애인 당사자의 의사나 선호고, 감정을 충실히 전달할 수 있도록 하는 서비스라 할 수 있다.

다) 지원자를 선정하는 절차 등

정신적 장애인이 지정하거나 그의 희망, 의지, 의사, 감정 등을 고려할 때 그가 선호하는 사람으로 지원자를 정하고, 지자체에 등록하도록 한다. 지자체에 등록된 지원자는 모든 보장기관에 대해 정신적 장애인의 의사결정을 지원하거나 대행할 수 있다. 정신적 장애인이 지정하거나 선호하는 지원자가 없는 경우에는 지자체가 정신적 장애인의 희망, 의지, 의사, 감정, 생활이력 등을 고려하여 적당한 사람을 지원자로 지정할 수 있다. 지원자는 정신적 장애인의 희망과 감정, 선호도를 고려하여 그가 원하는 대로 법적 효과가 생길 수 있게끔 의사결정을 지원한다. 다만, 정신적 장애인의 희망 등이 그의 생명, 신체, 재산에 중대한 영향을 미칠 때에는 그의 최선의 이익에 맞

는 내용으로 대행결정을 할 수 있다.

라) 의사결정지원자의 역할

사회보장급여의 신청단계, 지원계획의 수립 단계, 사회보장급여 지급단계에서 수급권자(또는 수급희망자)의 자기결정권을 원칙으로 해야 한다. 자기결정권 행사가 가능하지만 본인의 최선의 이익을 위한 판단을 하기 어려울 경우에는 사회보장급여 전달체계에서의 중요한 결정을 할 때에는 의사결정지원자가 본인의 희망, 선호도에 최대한 법적 효력을 부여하도록 한다.

자기결정권 행사가 어려운 중증의 정신장애인, 발달장애인의 경우 지원자를 선임하여 모든 사회보장급여제공의 각 단계마다 본인의 의사결정을 지원하고, 예외적인 경우 대행결정을 하도록 한다. 이 때 그 결정이 수급권자에게 중요한 영향을 미치는 경우에는 권익옹호서비스를 제공하여 수급권자의 희망, 선호도가 최대한 반영될 수 있도록 지원한다.

(2) 독립권리옹호지원서비스 제도의 도입: 위험방지의 특수 형태

정신적 장애인에게 지급되는 사회보장급여가 그의 재산과 신체, 생명에 중대한 영향을 미칠 수 있는 사안일 때에는 보장기관과 지원자로부터 독립되어 있는 별도의 권익옹호서비스를 제공할 필요가 있다. 이로써 사실상의 '보호자'가 감당하기 어려운 과중한 업무를 사회화시킴으로써 그의 부담을 줄여주고(동시에 권한 남용도 막고), 정신적 장애인의 이익을 최대한 지켜 낼 수 있다. 이 서비스는 각 서비스제공자로부터 독립된 지위에서 정신적 장애인 당사자의 의사나 선호, 감정을 충실히 전달할 수 있도록 하는 서비스다. 독립 의사결정옹호 서비스가 제공됨으로써 가족, 후견인, 기타 지원자에 의한 권한남용이나 전문성 결여로 인한 장애인의 권익의 방치를 방지할 수 있게 될 것이다. 동시에 이를 통해 정신적 장애인의 인권 침해에 대한 각종의 우려를 불식할 수 있기 때문에 사회적 비용을 절감하는 효과가 있을 것이다. 아래 세 분야는 특히 독립권리옹호서비스가 필요하며, 여타의 경우도 포섭하기 위해 이 서비스 제공 필요성을 개방해 둘 필요가 있을 것이다.

가) 당해 사회보장급여가 정신적 장애인의 신체, 생명, 거주, 재산에 중대한 영향을 미칠 수 있는 사항

이 경우 언제나 권익옹호서비스를 제공할 필요가 있다. 특히 정신병원에 입원, 약물치료, 신체의 자유를 제한하거나 박탈하는 치료 및 요양서비스의 제공, 지원자의 선임과 개입, 신탁서비스의 신청 등 중요한 사회서비스의 신청, 계획, 점검 및 재평가 등이 그것이다. 그 중 시급히 도입이 검토되어야 할 부분이 정신적 장애인의 신체의 자유, 거주 이전의 자유를 제한하거나 박탈하는 조치(정신병원에 비자의입원 포함)를 취할 때 독립 의사결정옹호 서비스가 필요하다. 이들은 가족, 정신과의사 등으로부터 독립하여, 장애인의 의사와 희망, 욕구를 정확히 조사하여 전달하는 역할을 수행하게 될 것이다.

나) 지원자와 정신적 장애인의 이익이 상충되는 사안이거나 지원자가 부적절한 행위를 한다는 의심이 있는 사안

지원자 서비스를 제공할 때 지원자와 정신적 장애인의 이익이 충돌할 우려가 있는 사안이 있을 수 있다. 이 때 독립적 지위를 가진 권익옹호서비스가 제공되지 않으면 지원자 서비스의 신뢰성을 담보할 수 없을 것이다. 정신적 장애인을 돌보는 가족 등이 정신적 장애를 잘 이해하지 못할 경우 정신적 장애 가족으로 인해 큰 심리적, 정서적, 경제적 부담으로 인해 장애인을 위한 결정보다는 자신들을 위한 결정을 내리기 쉽다. 이럴 때 독립 의사결정옹호 서비스는 지원자(가족 포함)와 정신적 장애인의 관계에서 완충 역할을 수행함으로써, 장애인의 권익향상에 실질적으로 기여할 수 있을 것이다.

다) 요양시설, 생활시설, 정신병원, 요양병원 등에서 제공되는 서비스의 점검

정신적 장애인(또는 치매환자)이 시설에 있을 경우, 장애인의 입장에서 볼 때 시설에서 제공하는 서비스의 적절성 등을 평가하여 개선 등을 제안할 필요가 있을 것이다. 그런데 정신적 장애인을 실질적으로 돌보는 가족이 없거나 가족이 있더라도 방문이 드문 경우에는 독립적 지위를 가진 권익옹호서비스가 필요할 것이다. 정신질환자가 정신병원 또는 정신요양시설에 비자의입원을 한 경우 가족이 방문하지 않거나, 가족이 방문하더라도 전문성의 부족으로 치료를 제공하는 의사와의 관계에서 장애인의

권익을 충실히 옹호하기 어렵다. 독립 의사결정옹호 서비스가 제공되면 이를 보완할 수 있다.

(3) 사회보장급여전달체계 외부에서의 의사결정지원: 지속적 대리권 등록제도

가) 임의후견계약 제도의 한계

임의후견은 질병, 장애, 고령 등으로 인한 정신적 제약으로 장래 사무처리를 하는데 어려움을 겪을 것으로 예상되는 경우를 대비하여 자신을 위하여 법률행위 또는 준 법률행위를 대리할 수 있는 권한을 부여하고, 여타의 사무처리를 위임하는 대리권 수여부 위임계약이다.²⁷⁾ 통상의 대리권 수여부 위임계약으로도 동일한 목적을 달성할 수 있음은 말할 것도 없다. 즉 재산 관리 및 신상 보호에 필요한 법률행위를 대리할 수 있을 뿐 아니라, 신체 접촉과 침습을 수반하는 요양 및 의료 서비스에 대한 동의를 대리하게 할 수 있다는 것이다. 그런데 임의후견계약이 통상의 대리권수여부 위임계약과 다른 점이 있다면, 가정법원이 임의후견감독인을 통하여 임의후견인의 활동을 감독하고, 임의후견인이 권한을 남용할 경우 임의후견인을 해임하거나(민법 제959조의17 제2항) 임의후견인이 가정법원의 허가를 받아 후견계약을 종료할 수 있다(민법 제959조의18)는 점이다. 또한 임의후견인이 활동하는 시점부터는 법정후견의 개시는 임의후견인 또는 임의후견감독인의 신청 없이는 가능하지 않도록 한 것도 통상의 위임계약과 차이가 있다.

임의후견계약은 그 계약의 체결을 공정증서로 하게 한 것(민법 제959조의14 제2항), 가정법원이 임의후견감독인을 선임할 때 비로소 임의후견계약의 효력이 발생하도록 한 것(민법 제959조의14 제3항), 임의후견감독인은 임의후견인의 가족이어서는 안 되는 것(민법 제959조의15 제5항, 제940조의5) 등의 제약이 있다. 이런 이유 때문에 임의후견계약은 고령 또는 장애로 일상생활, 치료, 요양을 위한 목적의 법률행위 대리권을 부여하려는 사람들은 이용하는 데 불편과 부담이 따른다.²⁸⁾ 선진국의 경험을 보면 지속적 대리권의 이용이 압도적으로 많고, 후견 이용은 지속적 대리권 이용

27) 이에 관한 상세한 것은 제철웅, 개정 민법상의 후견계약의 특징, 문제점 그리고 개선 방향, 민사법학 66호(2014.3), 115면 이하 참조.

28) 그 문제점은 제철웅(위 주 27), 119면 이하 참조.

의 10% 남짓에 불과하다는 점에 비추어 보면, 우리나라의 임의후견제도가 장애인권리협약 제12조의 일반평석상의 장애인권리위원회가 권고하는 의사결정지원수단으로 주로 활용되기에는 한계가 있다.

그럼에도 불구하고 임의후견제도는 관리할 재산이 많고, 본인이 지정한 지속적 대리인으로는 본인의 의사능력 쇠퇴 이후의 시점에서의 재산관리에 어려움이 있을 것이라고 생각하는 사람들이 이용할 수 있을 것이다. 공증을 통한 계약 체결을 통해 위임 계약의 내용에 대해 법률가의 사전점검을 받을 수 있다는 장점이 있고, 지속적 대리인의 활동을 감독할 장치를 스스로 설정하는 데 비용과 노력이 소요될 것인데 이를 원치 않고 가정법원의 감독에 맡기고자 할 때에는 적절한 수단이 될 것이다.

나) 요양 및 의료에 관한 영역: 사전지시서 및 지속적 대리권과 정당한 편의제공

a) 연명치료의 중단을 제외하면, 요양 및 의료에 관한 사전지시서는 지금도 아무 제한 없이 활용될 수 있다. 요양 및 의료에 관한 사전 동意的 의사표시를 해 둘 필요가 있는 것은 신체자유가 박탈되거나 신체 접촉 및 침습이 요구되는 요양 및 의료서비스 제공에 관한 사안들이다. 거주하고 싶은 장소, 섭취하기를 원치 않는 음식, 복용하기를 원치 않는 약물, 신체의 자유에 대한 제한과 구속(요양시설 등에서의 신체억제대 사용 등), 신체 침습적 치료에 불가결한 동의 여부 등에 관하여 미리 사전지시서를 작성해 두면, 그 사전동意的 효력으로 후견인에 의한 의사표시를 대체할 수 있다.

사전지시서에서 문제되는 것은 사전 동意的가 법률적으로 효력 있게끔 작성하는 것, 사전 동意的가 통상 필요하거나 예측되는 사안은 모두 망라할 수 있게 서면을 작성하는 것, 작성된 서면을 보관하여 요양 및 의료 서비스 제공자에게 전달되게 하는 것 등이다. 이 일을 국가가 지원한다면 그것이 바로 장애인권리협약 제12조 제3항의 의사결정지원이 될 것이다. 그 방법에는 사전요양지시서와 사전의료지시서의 등록, 환자의 동意的가 필요할 경우 요양 및 의료 서비스 제공자가 이를 열람할 수 있는 것, 사실상 돌보는 친족이나 제3자가 이를 서비스제공자에게 전달할 수 있게 지원하는 것 등이 있다. 그럼에도 불구하고 사전지시서의 경우 상황에 맞는 동意的의 의사표시를 미리 망라적으로 하기 어렵다는 점, 전달에 어려움이 있다는 점의 단점을 쉽게 극복하기 어렵다. 이런 곤란을 해결해 줄 수 있는 것이 대리인을 선임하여 그로 하여금 반복적, 계속적으로 법률행위를 대리하거나 신체자유 박탈, 신체 접촉과 침습을 수반하는

요양 및 의료에 대한 동의의 의사표시를 대리하도록 하는 것이다.

b) 의사결정능력이 없어진 시점에서도 본인이 해야 할 법률행위 및 준법률행위를 반복적, 계속적으로 대리할 수 있는 지속적 대리권을 부여하는 것은 의사결정지원 중 가장 핵심적인 수단이다. 무엇보다도 본인의 필요성에 맞게끔 스스로 대리권의 범위를 정할 수 있고, 신뢰할 수 있는 사람을 대리인으로 지정할 수 있으며, 의사결정대행의 방법까지도 본인에게 맞게끔 미리 정하고, 대리인의 활동 감독 방법과 수단까지 본인이 정할 수 있기 때문에, 지속적 대리인은 의사결정능력을 상실한 시점에서도 본인의 욕구와 선호도를 충실히 반영하여 의사결정을 대행할 수 있다. 이 점에서 유엔 장애인권리협약 제12조 제2항, 제3항의 요건에 충실히 부합할 수 있다.

그러나 현행법상의 지속적 대리권에는 다음과 같은 단점이 있다. 첫째, 지속적 대리권의 존재를 증명하기가 쉽지 않다. 일상 거래에서는 대리권을 증명할 때에는 본인의 인감도장이 찍힌 위임장, 인감증명서, 주민등록증 사본 등으로 통해 대리권의 존재를 증명한다. 그런데 지속적 대리권은 반복적, 계속적으로 대리권을 행사하여야 하기 때문에 그 때마다 대리권을 증명할 수 있는 방법이 있어야만 한다. 둘째, 대리권은 통상 위임이나 고용 등과 같은 내부관계로 뒷받침되기 때문에 본인에게 보고할 의무가 있다. 본인은 대리인의 대리권행사의 전말을 보고받음으로써 그의 활동을 관리·감독할 수 있다. 부적절한 대리권행사가 있을 때에는 대리권을 철회할 수도 있다. 그런데 본인의 의사결정능력이 없어지거나 쇠퇴한 경우 본인의 관리·감독 능력이 현저히 상실될 수 있다는 단점이 있다.

첫째의 단점은 비용이 들기는 하지만 사서증서의 인증을 통해 해결할 수 있다(공증인법 제57조 이하). 둘째의 단점은 복수의 대리인을 두고, 그 중 일부는 본인의 관리·감독권한을 대행할 수 있게 위임함으로써 극복할 수 있다. 관리·감독권한을 대행하는 대리권을 공익법인 또는 신뢰할만한 법률가에게 부여하여 그 역할을 수행하게 함으로써 곤란을 극복할 수 있다. 그러나 본인의 장래의 필요성에 가장 부합하는 권한을 가진 대리권 증서를 작성해 주고, 그 대리인이 선관주의의무로써 업무를 수행할 수 있게끔 관리·감독권한을 대리할 공익법인이나 유사한 기관, 개인을 활용하도록 관련 법률문서를 작성해 줄 유능한 법률가가 있어야 한다는 문제가 있다.

c) 유엔 장애인권리협약 제12조는 모든 협약국에게 의사결정능력 장애인이 스스로 권리행사를 할 수 있게끔 의사결정지원체계를 갖추도록 보장하여야 하고(제12조 제3항), 그 의사결정지원체계의 안전성을 담보할 의무도 협약국에 있다고 한다(제4항). 국가가 지속적 대리권 양식서를 개발하여 등록하게 함으로써 대리권의 존재를 쉽게 증명할 수 있도록 하는 것, 대리인의 활동을 국가가 직접 또는 민간에 위탁하여 관리·감독하게 함으로써 의사결정능력 장애인의 부족한 관리·감독 역량을 보충하는 것, 즉 정당한 편의제공을 하는 것이 이런 안전장치(safeguard)가 될 것이다. 영국의 영속적 대리권의 등록제도, 독일의 장래대리권의 등록제도, 캐나다 브리티시 콜롬비아주의 ‘대리합의서’ 등록제도, 싱가포르의 영속적 대리권 등록제도 등이 바로 그것이다. 영국의 공공후견인청, 브리티시콜롬비아주의 공공후견인청, 싱가포르의 공공후견인청 등이 바로 그러한 관리·감독기능을 수행하는 기관과 유사하다. 우리나라의 경우에도 이미 현행법으로 인정되는 지속적 대리권을 의사결정능력 장애인의 권리행사를 위한 정당한 편의제공 수단으로 활용하는 것이 필요할 것이다. 이를 위해서는 재산관리 및 신상보호에 관련된 법률행위 및 준법률행위를 대리할 권한을 미리 부여하는 지속적 대리권 증서를 등록하게 한 후, 등록기관이 발급한 증명서로 반복적, 계속적 대리권 행사에서의 대리권을 증명하도록 하고, 대리인의 활동을 등록기관이 관리·감독하거나 민간에 위탁하여 관리·감독하는 것이 바로 장애인권리협약 제12조 제4항의 안전장치를 갖추는 길일 것이다.

지속적 대리권에 대한 또 다른 정당한 편의제공은 지속적 대리인의 의사결정이 본인의 생명, 신체에 중대한 영향을 미칠 수 있는 사안일 때에는 설사 본인이 대리인에게 동의를 대행하게 하였다 하더라도 대리인의 대리행위의 적정성을 사법적으로 심사하게 하는 장치를 두는 것이다. 신체의 자유와 완전성을 침해하는 요양 및 치료에 관한 동의의 대리, 생명과 신체에 직접 중대한 영향을 미칠 수 있는 의료행위의 동의를 대리하는 것 등이 그 예일 수 있다. 다만 사법적 심사의 어떤 범위로 어떻게 할 것인지는 본인이 대리인에게 어떤 지침을 제공하였는가에 따라 달라질 수 있다.

(4) 최후의 수단으로서의 후견서비스

가) 필요성

사회보장급여 전달체계에서 벗어난 영역에서 발생한 문제의 해결에 의사결정(소송, 신청, 계약 등)이 필요할 때, 판단능력이 부족한 정신적 장애인에게는 의사결정지원 또는 의사결정대행자로서의 후견인이 필요할 수 있다. 정신적 장애인의 재산에 대한 침해가 있을 때 이를 구제받거나 그의 재산을 안전하게 보존하기 위해 법률행위(계약체결)를 해야 할 경우, 정신적 장애인에게 법률행위를 할 의사능력이 없다고 인정되거나 의심되는 경우 후견인에 의한 지원이 없으면 법률행위를 할 수 없는 사태가 발생한다. 신안염전피해자, 전남 축사노예노동, 청주 축사노예노동, 홍성 실로암 연못의 집 등 유사한 유형의 사안을 보면 피해를 입은 장애인, 치매노인 등을 위한 후견 서비스 제공이 필요하다.

그 중 특히 공공후견서비스는 일정소득 이하의 정신적 장애인이 사회보장급여 전달체계 바깥에서 법률행위를 해야 할 필요가 있을 때 이들에게 의사결정지원과 의사결정대행을 한다. 이를 통해 정신적 장애인의 권리가 침해되지 않고 지켜질 수 있도록 할 수 있다.

나) (공공)후견서비스가 제공될 필요가 있는 사안

a) 재산적 권리를 침해당한 정신적 장애인의 경우

[사례 1] 인지능력이 많이 쇠퇴한 고령 발달장애인 D씨의 친족 E씨는 D 씨의 인감도장 등을 이용하여 허위의 매매계약서를 작성해서 D씨 소유의 X 부동산을 E씨 명의로 소유권 이전등기를 경료하고, E씨 명의의 통장에서 5,000만원을 인출하였다. 그 결과 현재 D씨는 기초생활수급자로 전락되었다. E씨는 국민기초생활보장법 제2조 제5호의 부양의무자가 아니기 때문에 E 씨 명의로 된 재산은 자산의 소득환산에서 고려되지 않는다.

위 사례의 D씨가 소유권을 회복한 경우 그 부동산의 소유권을 고령자-장애인 신탁에 이전해서 D씨의 일상생활을 위해 사용될 재원으로 활용할 수 있다. 그런데 D씨는 소유권을 회복하기 위한 소송을 제기하기도 어렵고, 침해된 재산을 되찾았다고 하더라도 그 재산을 온전하게 지키기 위한 목적으로 신탁계약을 체결하기도 어렵다. 이때 지방자치단체의 장은 D씨의 이런 사무의 처리를 위해 특정후견 개시 신청을 해 줄 수 있다(민법 제959조의9). 동시에 그 특정후견인은 신탁계약을 체결할 수도 있다(민

법 제959조의11 제2항). 이런 업무를 공공후견서비스로 제공한다는 것이다.

b) 상속재산 또는 다른 경로로 목돈을 받게 된 장애인

[사례 2] 40세의 A 씨는 심각한 교통사고로 인한 뇌손상으로 판단능력이 현저히 떨어져 자신이 살던 곳, 현재 병명, 자신의 재산 등에 대해 아무런 기억을 하지 못하고 있고 식음, 의복 착용 등 아주 간단한 일상생활에 대해서만 비언어적 소통방법을 동원할 경우 의사소통이 가능하다. 가해자나 그 보험회사는 손해배상에 대해 매우 소극적이다. A씨를 열악한 병원시설에 입원시킨 후 제대로 된 재활치료는 제공하지 않은 채 뇌손상에 대한 최소한의 치료에 대해서만 비용을 지급하고 있다.

A씨를 위해서는 ① 보험회사를 상대로 손해배상소송을 제기하여 적절한 손해배상을 받는 것(재판외 또는 재판상 화해를 포함), ② 손해배상금을 받은 후 그 돈이 A씨의 치료와 재활, 장래의 안정적 일상생활의 재원으로 사용될 수 있도록 필요한 조치를 하는 것 등의 사무처리가 필수적이다. A씨가 가해자와 보험회사를 상대로 손해배상을 받기 위해서는 후견을 이용하는 것이 바람직하다. 소송을 통해 A씨가 손해배상금을 받을 경우 그 돈을 정신적 장애인 신탁에 이전시켜 A씨의 치료, 재활과 요양, 일상생활을 위해 사용될 재원으로 활용될 수 있도록 할 수 있다. 이를 위해 지방자치단체의 장이 특정후견 개시 신청을 할 수 있다(민법 제959조의9). 동시에 특정후견인이 위 신탁계약 체결을 위한 권한을 부여받을 수 있다(민법 제959조의11 제2항).

c) 근로하는 정신적 장애인

[사례 3] 친족이 없는 지적장애 2급인 B씨는 단순노동을 할 수 있고, 복잡하지 않다면 일상생활에 필요한 사무도 지원이 있으면 자신이 처리할 수 있다. 그러나 물건을 살 때 거스름돈을 이해하지 못하고, 주변사람에게 잘 속기도 한다. B씨는 상속받은 부동산 X가 있었는데, 이웃사람 C씨는 B씨로부터 그 부동산을 증여받는 계약을 체결하였다. 주변사람들에게는 C씨는 자기가 B씨를 돌봐 준다고 말하고 다닌다. B씨는 부동산 소유권의 의미나 소유권을 양도하고 그 대가를 받을 경우(매매 등)의 장점과 단점, 소유권을 무상으로 양도할 경우의 장점과 단점 등을 이해하지 못한다. B씨는 X 부동산을 임대하게 되면 매월 50만원 정도의 월세를 받을 수 있었는데 그 기회

를 놓쳤고, C씨는 X 부동산을 취득한 후 B씨를 기초생활수급자로 만든 후 수급비통장을 관리해 준다면 그 돈의 일부를 횡령하는 의혹이 있다.

B씨를 위해서는 ① X 부동산 소유권이전등기를 말소하는 소송을 제기하는 것, ② X 부동산을 회복한 후 A씨의 재산을 안정적으로 관리할 수 있는 시스템을 구축하는 것이 필요하다. 증여계약의 무효를 주장하려고 한다면 B씨는 증여계약이 의사무능력으로 원인무효라고 주장해야 할 것이다. 이를 위해서는 후견인이 B씨를 위해 소유권이전등기말소의 소를 제기하면서 변호사를 선임하여 소송을 위임할 수 있다. 한편 B씨가 소유권을 회복한 경우 그 부동산을 정신적 장애인 신탁에 이전시켜 B씨의 일상생활을 위해 사용될 재원으로 활용될 수 있도록 할 수 있다. 이 목적의 정신적 장애인 신탁계약을 체결하기 위해 지방자치단체의 장이 특정후견 개시 신청을 할 수 있다(민법 제959조의9). B씨는 근로를 할 역량이 있기 때문에 신탁재산의 일부로 B씨를 위한 취업준비를 위해 사용할 수 있다. B씨가 취업을 할 경우 임금을 정신적 장애인 신탁에 이전시킨다면 B씨의 재산을 타인이 빼어갈 가능성은 없어지게 된다.

IV. 결론

우리는 지금 장애인이 보다 인간답게 살아갈 수 있는 방안에 대해 고민하여야 할 시점에 와 있다. 이는 비장애인의 삶에도 매우 중요한 의미가 있다. ‘물질 숭배’가 아니라 ‘인간다운 삶’에 대한 우리의 가치관을 재정립할 기회를 제공하기 때문이다. 외견상으로는 의사결정능력 장애인이 스스로 의사결정을 하기 어려운 것처럼 보이지만, 그들 역시 인간다운 삶을 살아갈 기회를 가져야 할 존엄한 인간임을 감안한다면, 그들의 일상생활, 요양, 치료 등의 모든 영역에서 그의 욕구, 희망이 무엇인지, 그 희망을 실현해 줄 여러 대체수단이 무엇인지를 고민해서 가능한 범위에서 그의 욕구와 희망을 실현시켜 주도록 지원할 필요가 있다. 이것이 바로 의사결정지원이다. 이런 의사결정지원은 의사결정능력 장애인에 대한 기존의 지원방식에 대한 근본적 변화, 즉 패러다임의 변화를 요구한다. 장애인을 지원하는 사람의 일거리가 아니라, 장애인 자신의 권리를 찾아 주는 것, 장애인의 욕구를 탐색하는 것, 그들의 욕구에 법적 효력을 부여하도록 지원하는 것이 언제

나 우선되어야 한다는 것이다. 이런 의사결정지원이 가능하기 위해서는 다양한 수단과 방법이 동원되어야 하며, 사회보장급여의 증액에 그치는 것은 그동안의 폐해였던 물질만능주의를 강화하는 것에 그치고, 장애인의 삶의 질의 향상에는 별다른 도움이 되지 않을 위험성이 높을 것이다.

투고일: 2019. 7. 10. 심사일: 2019. 7. 15. 게재확정일: 2019. 7. 29.

■ 참고 문헌 ■

제철웅, 2011, 요보호성인의 인권존중의 관점에서 본 새로운 성년후견제도: 그 특징, 문제점 그리고 개선 방안. 민사법학, 56. pp.277~331.

민법, <http://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=198475&efYd=20180201#0000>

공증인법, <http://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=199495&efYd=20180620#0000>

UNCRPD, Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD), <https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities.html>, downloaded at 2019.03.05.

UNCRPD General comments, <https://www.ohchr.org/en/hrbodies/crpd/pages/gc>

헌법재판소 1990.9.10., 89헌마82, <https://bit.ly/2YP0iw5>

허영, 2015. 한국헌법론, 박영사

Schmidt-Bleibtreu, B., Hofmann, H., and Hopfauf, A. 2011. GG Kommentar zum Grundgesetz(12. Auflage), Carl Heymanns Verlag.

제철웅, 2010. 영국법에서의 의사결정무능력 성인의 보호제도의 역사적 전개와 2005년의 정신능력법의 특징, 비교사법 17(4).

제철웅, 2014. 개정 민법상의 후견계약의 특징, 문제점 그리고 개선방향, 민사법학 66.

Von Maydel, B., Ruland, F. and Becker, U. 2007. Sozialrechtshandbuch.

주제어 : 대행적 의사결정, 지원적 의사결정, 후견, 자기결정권, 옹호

[Abstract]

Introduction of Various Supported Decision Making Schemes

Cheolung Je,
Professor, Hanyang University

This paper discusses about what supported decision making for persons with decision making disabilities is and which supported decision making schemes and how such schemes should be introduced in Korea. For this purpose, this paper analyses the current situation of substituted decision making system, and its limitation to help persons with decision making disabilities to live independently with their wishes, preferences and rights respected. In this regard, this paper criticizes current judicial guardianship and contractual guardianship services, which some experts argue that they can be a supported decision making scheme. Based on the limitation of current substituted decision making schemes including guardianship services reformed in 2011, this paper argues that introducing supported decision making schemes is indispensable and urgent, especially in the area of the provision of social benefits, namely social welfare assistances and services, because that provision is essential to those persons in need for daily living, care and medical treatments. On the contrary to traditional belief that the regulation by government of service providers can guarantee the quality of social welfare services and correct delivery of social welfare assistance, this paper argues that persons with disabilities as eligible holders of social benefit rights should participate in the decision making and delivery system of all the social benefits in order for individualized benefits to securely delivered with

their wishes, preferences and rights respected. For that purpose, this paper suggests that individual supporters should be deployed to persons with decision making disabilities, and that those supporters should be selected by persons with disabilities themselves, or with their wishes and preferences respected in the cases where they cannot communicate to others at all, and that in the case of serious decision making pending, independent advocates are to be provided for.

■ Keywords: Substituted Decision Making , Supported Decision Making, Guardianship, Right to Self-Determination, Advocacy