

탈시설 권리실현을 위한 정책토론회



2009년 4월 24일(금) 오후 2시
사회복지공동모금회 강당

주관 | 탈시설정책위원회

주최 | 420장애인차별철폐공동투쟁단

진행 순서

‘탈시설 권리실현을 위한 정책토론회’

일시 : 2009년 4월 24(금) 14:00-18:00

장소 : 사회복지공동모금회 강당

주제 : ‘장애인 탈시설 권리의 성립가능성과 그 실현방안’

그리고 ‘발달장애를 갖고 있는 사람들의 탈시설을 통한 지역사회통합’

주관 : 탈시설정책위원회

주최 : 420장애인차별철폐공동투쟁단

▣ 인사말

14 : 00 - 14 : 10 박경석 공동대표 (420장애인차별철폐공동투쟁단)

▣ 1부 탈시설 권리실현을 위한 정책토론회

사회 - 박노현 교수 (탈시설정책위원회 위원장 / 방송대 법학과)

<제 1주제>

14 : 10 - 14 : 30 “장애인 탈시설 권리의 성립가능성과 그 실현방안”

- 김명연 교수 (상지대 법학부)

<제 2주제>

14 : 30 - 14 : 50 “발달장애를 갖고 있는 사람들의 탈시설을 통한 지역사회통합”

- 김윤태 교수 (우석대 특수교육학과)

14 : 50 - 16 : 00 휴식

▣ 2부 탈시설 권리실현을 위한 정책토론회

사회 - 박노현 교수 (탈시설정책위원회 위원장 / 방송대 법학과)

<제 1주제>

16 : 00 - 16 : 40 (각 10분) "탈시설 권리의 법적 근거와 실현과제"

제1토론 : 김동호 과장 (보건복지가족부 재활지원과)

제2토론 : 김진우 교수 (덕성여대 사회복지학과)

제3토론 : 염형국 변호사 (공익변호사그룹 '공감')

제4토론 : 장기성 실장 (한국장애인복지시설협회 정책연구실)

<제 2주제>

16 : 40 - 17 : 30 (각 10분) "발달장애를 갖고 있는 사람들의 탈시설을 통한
지역사회통합"

제1토론 : 김경미 교수 (숭실대 사회복지학과)

제2토론 : 김병철

제3토론 : 박장용 교육국장 (인천 민들레장애인야학)

제4토론 : 박문희 대표

(함께가는 서울장애인부모회 부설 서울장애인가족지원센터)

17 : 30 - 18 : 00 종합토론

차례

◎ 장애인 탈시설 권리의 성립가능성과 그 실현방안 / 6

제1토론] 김동호 과장 (보건복지가족부 재활지원과) / 22

제2토론] 김진우 교수 (덕성여대 사회복지학과) / 26

제3토론] 염형국 변호사 (공익변호사그룹 '공감') / 28

제4토론] 장기성 실장 (한국장애인복지시설협회 정책연구실) / 39

◎ 발달장애를 갖고 있는 사람들의 탈시설을 통한 지역사회통합 / 41

제1토론] 김경미 교수 (숭실대 사회복지학과) / 58

제2토론] 김병철 / 59

제3토론] 박장용 교육국장 (인천 민들레장애인야학) / 60

제4토론] 박문희 대표 / 61

(함께가는 서울장애인부모회 부설 서울장애인가족지원센터)

[제 1 주제]

장애인 탈시설권리의 성립가능성과
그 실현방안

주 제 1.

장애인 탈시설권리의 성립가능성과 그 실현방안

김명연(탈시설정책연구회 연구위원·상지대 법학부 교수)

I. 문제의 제기

장애인생활시설에서 거주하는 장애인에 대한 원시적이고 반문명적인 인권침해와 시설증후군 내지 시설병은 인간의 존엄과 가치를 기본권체계의 핵심으로 하는 한국헌정질서에서는 결코 용인될 수 없는 것이다. 한국에서도 공동체로부터 장애인의 분리와 배제될 수 밖에 없는 시설 중심의 장애인 사회복지서비스 전달체계의 근본적 문제점과 한계를 인식하고 탈시설화와 함께 지역공동체에 통합된 환경에 기초한 사회복지서비스 전달체계의 근본적 전환을 촉구하여 왔다.¹⁾ 그러나 정부의 장애인정책은 자립생활의 지원 등의 시책을 전개하고 있으나 여전히 시설 중심의 정책에서 크게 벗어나지 못하고 있으며²⁾ 이로 인해 탈시설화의 성과는 나타나지 않고 있다.

이러한 상황에서 최근 인권단체를 중심으로 장애인의 탈시설화가 국가의 탈시설정책에 따른 반사적 효과로서 주어지는 것이 아니라 장애인이 국가에 대하여 시설이 아니라 지역공동체에서 필요한 편의와 사회복지서비스를 제공받아 생활할 수 있는 권리로써 '탈시설권리'가 주장되고 있다. 이에 의할 경우 장애인 탈시설화는 국가의 정책의지가 아니라 장애인 스스로의 권리행사의 결과로서 나타나게 되는 것이다. 그러나 탈시설권리는 법학에서 전혀 알려지지 않은 개념으로 법령에 규정된 바도 없으며 학문적으로 논의된 바도 없다.

- 1) 이 글에서 시설은 특별한 언급이 없는 한 장애인복지법상 장애인 생활시설을 의미한다(동법 제 58).
- 2) 정부는 시설거주자의 인권상황을 개선하기 위하여 시설 자체를 소규모하고 시설운영 투명성 확보와 국가감독권의 강화 등의 제도적 개선방안을 제시하고 있으나, 아무리 좋은 시설(?)이라고 하더라도 시설이 갖는 구조적 문제로 인권침해가 항상적으로 발생할 수 밖에 없는 근본적 한계가 있으며, 또한 시설에의 수용 그 자체가 격리와 배제로서 반인권적인 것으로 시설의 광범위한 존재는 반인권국가의 상징이다.

이 글은 장애인 인권단체에서 주장하는 장애인의 탈시설권리가 현행 법체계에
서 단순한 운동적 슬로건이나 추상적 권리가 아니라 법적 구속력이 있는 구체적
권리, 즉 司法적으로 관철할 수 있는 권리로서의 성립가능한 것인지를 논증해 보
고자 한다. 또한 장애인의 탈시설권리가 권리, 특히 헌법상 기본권으로 인정된다
면 이는 곧 객관적 법규범으로서 입법, 사법, 행정을 포함한 모든 국가권력을 기
속하게 되는 바, 정부에서 추진하는 '장애인거주시설 기능과 구조의 혁신방안'을
'탈시설권리'의 관점에서 문제점과 한계를 검토하고 탈시설권리의 실현을 위한 사
회복지서비스 전달체계의 정비방안을 모색한다.

II. 탈시설권리의 의의

탈시설권리의 개념을 정의하기 위해서는 탈시설의 개념에 대해 살펴 볼 필요가
있다. 탈시설화(deinstitutionalization)는 정상화원리에 근거한 것으로 가장 널리 인
용되고 있는 미국 일반회계국(General Accounting Office, GAO)의 탈시설화의 정의에
의하면 ①시설에의 불필요한 수용이나 감금을 방지하는 과정, ②시설에 수용되어
있을 필요가 없는 이들을 위한 주거나 치료, 훈련, 교육 및 재활을 위한 지역사회
내에서 적절한 대안을 마련하거나 발전시키는 과정, ③시설보호가 필요한 이들을
위한 생활조건, 보호 및 치료를 개선하는 과정을 의미한다. 미국 일반회계국의 탈
시설화의 개념에 의할 경우 탈시설화는 권리가 아니라 국가정책의 방향성을 의미
하며, 시설의 근본적 부정이 아니라 시설의 개선까지를 포함하고 있다.³⁾

그러나 권리란 추상적인 단계에서 성립하는 것이 아니라 '구체적 생활관계'를
기초로 하여 성립하는 것이다. 따라서 탈시설권리의 개념을 구상함에 있어 추상
적인 시설보호의 당부나 시설의 개선요구까지를 포함하는 것은 곤란하다. 또한
탈시설은 '非(비)시설'로의 이주를 의미하는 바, 대규모시설에서 소규모의 공동생
활가정이나 그룹홈과 같은 시설로의 이전은 탈시설을 위한 중간단계로 설정할 수
있을 것이나 탈시설 그 자체는 아니다.⁴⁾ 따라서 탈시설권리가 인정된다면 공동생

3) 사회복지학계에서 탈시설화는 대체적으로 폐쇄적인 대규모 수용시설이 지역사회를 기반으로 하
는 소규모 주거시설로의 변화를 꾀하는 일련의 과정으로 이해되고 있으며, 시설보호중심의 사회
복지서비스의 필요성을 부인하는 것은 아닌 것 같다(손광훈, 『장애인복지론』 (현학사, 2004), 84쪽;
전재일 등, "지역사회복지실천에 있어서 탈시설화의 함의", 513쪽 이하; 박숙경, "인권은 시설보
호주의를 넘는다 : 장애인 시설 생활인의 지역사회에서의 보편적 삶을 위한 현황과 과제", 11-14
쪽 참고)

4) 공동생활가정이나 그룹홈이 우리 공동체의 보편적이고 일반적인 주거형태가 아님은 명확하다. 공

활가정이나 그룹홈에 거주는 장애인이 지역공동체에 소재하는 보편적이고 일반적
인 비시설적 주거공간으로의 이주청구가 인정되어야 하는 것이다. 한편 권리의
행사는 권리주체의 선택과 결정에 의하여 행사되는 것인 바, 국가의 탈시설정책
에 의하여 당사자의 의사에 반하여 지역공동체로 이주조치된 결과로서의 탈시설
은 권리행사에 따른 탈시설과는 구별되어야 한다.

따라서 '장애인의 탈시설권리'는 미국 일반회계국의 정의 규정 가운데 ②의 개
념요소를 수용하여 '장애인이 자기의 선택과 결정에 의하여 지역공동체 내에서
자립적인 생활을 목적으로 국가에 대하여 지역공동체 내의 非(비) 시설적인 주거
(일반주택이나 가정) 및 필요한 치료, 훈련, 교육 및 재활 등의 편의와 사회복지서
비스를 청구할 수 있는 권리'로 정의한다. 이러한 정의에 의할 경우 장애인의 탈
시설권리는 ① 장애인 본인의 자기결정에 의한 공동체 내에서의 자립생활을 목적
으로 ② 지역공동체 내의 非시설주거 및 ③ 그곳에서 인간의 존엄성에 상응한 인
간다운 생활을 하기 위한 편의와 사회복지서비스 청구를 구체적 권리내용으로 한
다.

III. 탈시설권리의 성립가능성

헌법소원심판은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 '헌법상 보장된 기본권'을
침해받은 경우로 정하고 있으므로(헌법재판소법 제68조제1항) 법률에 의하여 창설
된 권리의 침해에 대해서는 헌법소원을 청구할 수 없다. 따라서 탈시설권리의 헌
법상 기본권으로서의 성립가능성과 단순한 법률상 권리로서의 성립가능성을 구분
하여 고찰할 필요가 있다.

1. 기본권으로서의 성립가능성

(1) 열거되지 않은 기본권

장애인의 탈시설권리는 우리 헌법의 기본권목록에서는 찾을 수 없다. 그러나
헌법은 기본권목록이 예시적 열거에 지나지 않음을 제10조제2문(국가는 개인이
가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고, 이를 보장할 의무를 진다)과 제37조제1

동생활가정도 장애인지역사회재활시설이며(장애인복지법 제58조제1항제2호), 그룹홈이나 케어홈
도 거주홈으로서 장애인 거주시설에 해당한다(보건복지부, 『장애인거주시설 기능과 구조의 혁신
방안』, 2007. 11. 20. 16쪽).

항(국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 않는다)에 규정함으로써 기본권의 보호범위가 헌법의 해석을 통하여 확대될 수 있는 가능성을 예정하고 있다. 결국 장애인의 탈시설권리의 기본권으로서의 성립가능성은 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치·행복추구권 및 다른 개별적 기본권의 해석으로부터 탈시설의 주관적 이익과 그 보장에 대한 국가의무의 도출가능성에 있다. 한편 종래 열거되지 않은 기본권으로 사회권을 포함하지 않았으나 헌법에 열거되지 않은 기본권 문제가 오늘날 점점 확대·강화되고 있는 사회국가복지국가의 경향에서 비롯되는 측면이 크다는 점을 고려할 때 사회적 기본권의 어떠한 사항들이 헌법적 가치를 갖게 되는 경우 열거되지 않은 사회적 기본권을 도출할 수 있는 것이다.⁵⁾

(2) 탈시설기본권의 성립 가능성

자유권과 참여권, 평등권 및 사회적 기본권은 인간존엄의 불가침성과 그 보호의 법적 보장에 있어 공통적 기초이다.

가. 인간의 존엄과 가치·행복추구권

인간의 존엄성은 포기할 수 없는 인간의 본질적 요소이며 모든 인간에게 인간 본성의 실체적 핵심으로 존재한다. 인간의 존엄성은 모든 인간은 그 자체로서 또한 그 자체가기 때문에 가치 있는 존재임을 의미한다. 헌법은 이와 같은 인간의 존엄과 가치를 국법체계상 불가침의 최고의 핵심적 가치로서 모든 기본권보장의 궁극적 목적으로 보장하고 있다. 따라서 모든 국가권력은 인간의 존엄을 존중하고 보장해야 한다는 원칙은 변경될 수 없는 헌법의 핵심이며 법치국가와 민주주의의 목적 그 자체이다. 인간의 존엄성은 토론과 설명의 대상이 될 수 없으며, 그 어떤 경우에도 상대화될 수 없다. 따라서 인간의 존엄성과 다른 어떤 것과 공리주의적 형량은 금지된다.⁶⁾

이와 같은 헌법상 인간의 존엄성과 이것이 전제하는 인간상은 공동체 및 그 구성원과 단절되고 고립되어 살아가는 개체로서의 인간이 아니라 자연인인 인간으로서 고유한 인격과 가치를 유지하고, 사회공동체와 연관을 가지면서 공동체의

5) 성낙인, 『헌법학』 (법문사, 2008), 307쪽; 권혜령, “헌법에 열거되지 아니한 권리에 관한 연구: 미국 연방헌법 수정 제9조를 중심으로”, 25쪽.

6) Flix Welti, *Behinderung und Rehabilitation im sozialen Rechtsstaat*, Mohr Siebeck, 2005, S. 749.

다른 구성원과 더불어 살아가는 자율적이고 자유로운 인간이다(인격주의적 인간상).⁷⁾

그러나 시설에서의 생활이란 사회공동체 및 그 구성원과 격리·배제되어 사회적·정치적·문화적 맥락이 제거된 ‘발가벗겨진 날 생명’적 삶을 의미한다.⁸⁾ 시설생활자들에게 광범위하게 목격되는 ‘시설증후군 내지 시설병’은 바로 사회공동체와 격리된 시설생활과정에서 장애인이 인간으로서의 인격성과 존엄성을 부인하고 스스로를 무가치한 존재로 인식하는 ‘인간으로서의 정체성’을 상실한 현상을 의미한다. 생명체인 인간과 동물의 구별징표가 ‘인격성’과 이에 기초한 ‘존엄성’에 있다고 할 때 시설증후군 내지 시설병은 스스로를 인간임을 거부하고 동물로 인식하는 것이다.

시설생활은 아무리 좋은 시설(?)이라도 공동체 및 그 구성원과 분리·격리된 생활이라는 점에서 우리 헌법상 예정하는 인간상과 그에 기초한 인간의 존엄성에 반할 뿐만 아니라 다수의 집단적 생활이라는 점에서 인간의 존엄성과 행복추구권에서 도출되는 일반적 행동자유권, 개성의 자유로운 발현권, 자기결정권 등이 제한될 수 밖에 없다. 그룹홈과 같은 소규모시설에서의 인권침해는 더욱 직접적이고 은밀하게 이루어지며, 2007년 여성장애인 쉼터에서 나타난 학대사건 등은 시설의 문제가 단지 규모만의 문제가 아님을 보여 준다.⁹⁾

장애인의 존엄성이 아무런 제한없이 존중되고 보장되고 있는가는 모든 장애인의 권리에 있어 결정적 기초가 된다. ‘사회공동체에서 생활할 의사가 있고 능력이 있는 장애인’으로 하여금 사회공동체에서 자유로운 인격의 발현과 자신의 정체성의 확인 기회를 봉쇄하고 시설에서 필요한 사회복지서비스를 제공받으며 생활하게 하는 것은 장애인의 존엄성을 상대화한 것으로 장애인인 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권에 근거하여 시설에서 생활하지 않을 권리를 주장할 수 있다.¹⁰⁾

나. 자유권과 참여권

장애인복지의 기본이념은 장애인의 사회참여를 통한 사회통합(장애인복지법 제3조)에 있는 바, 장애인의 인간다운 생활은 시설이 아니라 사회참여 속에 진정한

7) 헌재 2003. 10. 30. 2002헌마518.

8) 고병권, “탈시설, 그 ‘함께-함’을 사유하기 위하여”, 43쪽.

9) 박숙경, 앞의 글, 10쪽.

10) 필자는 장애인시설은 결국 장애인의 존엄성의 상대화의 결과물로 본다. 나찌시대 유대인과 장애인 등에 대한 홀로코스트(Holocaust)가 인간존엄성의 상대성에 기초한 것이라는 점을 상기할 때 우리는 인간존엄성에 대한 상대주의의 위험성과 재앙을 충분히 인식해야 한다.

의미를 획득할 수 있다. 탈시설의 요구는 장애인이 공동체의 구성원으로서 정치·경제·사회·문화 그 밖의 모든 분야의 활동에 참여(동법 제4조)하기 위한 필요적 전제조건이 되며, 자신의 삶을 시설이 아니라 공동체에서의 영위할 것에 대한 자기결정권의 표현이다. 결국 탈시설의 요구는 공동체에서의 자기결정적 삶을 위한 것으로 장애인이 공동체의 유의미한 구성원으로서 그의 생활공간을 중심으로 자신의 생활을 형성하고 영위하기 위한 시민권 그 자체인 것이다.

자유는 다수 중에 하나를 선택할 가능성이 없는 경우 무의미하며, 타자가 없는 자유는 일반적으로 불가능하다. 공동체는 자유의 형성공간이다. 공동체에서의 생활의사가 있고 또 그러한 능력이 있는 자를 그의 의사에 반하여 시설에서 생활하게 하는 것은 장애인으로 하여금 사회공동체의 유의미한 구성원으로서의 시민권적 지위를 박탈하고 국외자(outsiders)로 격리수용하는 것으로 사회권을 위한 자유권의 제한에 대한 수인가능성을 넘어서는 자유권과 자기결정권에 대한 본질적 침해이다. 따라서 장애인은 국가에 대하여 자기결정에 의한 사회공동체에서의 생활에 대한 방해배제청구권(방어권)으로서 탈시설권리를 주장할 수 있다.

다. 평등권

평등은 법에 있어 정의 그 자체이며, 장애인의 권리에 있어 가장 기본적 의미를 갖는다. 평등권은 우선 자의적 차별금지라는 법적 평등을 의미하며 정당한 사유가 없는 모든 자의적인 차별을 금지한다. 국가는 특별한 합리적인 이유가 없는 한 장애인의 필요에 적합한 가장 통합된 환경에서 사회복지서비스를 제공하여야 한다. 지역공동체에서 생활할 의사와 능력을 가진 장애인을 시설에서 생활하게 하는 것은 공동체로써 이들을 의도적으로 배제·분리하는 것으로 모든 국민에게 보장된 사회참여권에 대한 장애로 인한 직접적 차별에 해당한다. 또한 시설에서 거주할 합리적 이유가 없는 장애인을 시설에서 생활하게 하는 것은 사회복지서비스의 수급을 이유로 사회공동체에 대한 참여를 포기하게 하는 것이다. 이는 또한 사회복지서비스를 받고 있는 일반수급권자와 비교하여 장애를 이유로 한 배제와 분리로서 장애로 인한 직접적 차별에 해당한다.

한편 사회적 법치국가에서 결과에 있어 평등에 대한 고려가 없다면 법적 평등은 현실에 있어 심각한 불평등을 초래할 수 있다. 헌법상 일반적 평등권은 법적 평등뿐만 아니라 사실적 평등까지를 포함한다.¹¹⁾ 따라서 국가는 사회복지서비스

에 관한 규정·정책이나 관행이 시설화를 규정하고 있는 경우에도 이러한 규정·정책이나 관행이 입법목적에 의하여 객관적으로 정당화되지 않거나 그 목적을 실현하기 위하여 적절하고 필수적이지 않은 경우 지역공동체에서 사회복지서비스가 지급될 수 있도록 합리적인 변경을 하여야 하며, 장애인이 장애인이 아닌 사람과 동등하게 사회에 참여하기 위하여 필요한 편의를 제공하여야 한다(간접차별·편의 제공). 그리고 이러한 사실적 평등의 실현을 위한 조치는 입법자에 의한 입법형성에 의해서만 가능한 것이 아니다. 국가가 최소한의 사실적 평등을 실현하기 위한 조치를 하지 아니하는 때에는 헌법상 평등권에 근거하여 이의 합리적 변경과 편의제공을 요구할 수 있는 것이다. 따라서 장애인에 대한 부당한 시설화는 헌법상 평등권의 침해로서 탈시설권리는 차별의 금지라는 평등권으로부터 직접 도출될 수 있다.¹²⁾

라. 사회적 기본권

1) 사회적 기본권으로서 탈시설권리의 성립가능성

탈시설권리는 단순히 시설이 아닌 지역공동체에서 생활할 권리만을 의미하는 것이 아니라 지역공동체 내의 비시설주거 청구와 그곳에서 인간의 존엄성에 상응한 인간다운 생활을 하기 위하여 필요한 편의와 사회복지서비스 청구를 내용으로 하는 사회권을 포함한다.

헌법상 기본권목록은 개인이 사회적 공동체 안에서 자신의 존엄성에 맞게 자유롭게 발현될 수 있기를 요청하는 원칙들의 표현이다.¹³⁾ 개인이 공동체에서 자신의 존엄성에 맞게 자유로운 인격을 발현하기 위해서는 자유권과 이에 기초한 자기선택권이 보장되어야 한다. 그러나 자유가 현실적인 자유가 되는 것은 자유의 조건, 즉 자기결정의 전제조건이 충족되어야 한다. 사회정의가 사회 현실과 연결되는 경우 자유권은 단순히 국가에 대한 방어권과 형식적인 자유영역만을 간주되어서는 아니되며 자유롭게 행위할 수 있는 진정한 가능성으로 파악되어야 한다. 자유권은 그것을 행사할 수 있는 사실적 전제조건이 충족되지 않는다면 무가치하고 공허한 것이 되고 말 것이다.¹⁴⁾ 사회적 법치국가란 이러한 사회정의의 이념을

12) 사실적 평등은 사회복지국가의 원리나 사회적 기본권으로부터도 도출할 수 있으나 권리내용의 불확실성이 증가하는 문제점이 있다. 사실적 평등에 대한 자세한 것은 로베르트 알렉시, 이준일 역, 『기본권이론』 (한길사, 2008), 593-602; 정종섭, 『헌법학원론』 (박영사, 2008), 258-266쪽 참고

13) Flix Welti, .a.a.O., S. 295.

11) 이준일, 『차별금지법』 (고려대학교출판부, 2007), 39쪽.

헌법에 수용한 국가로서 국민각자가 실제로 자유를 행사할 수 있는 그 실질적 조건을 마련해 줄 의무가 있는 국가이며¹⁵⁾ 사회적 기본권은 공동체에서 인격의 자유로운 발현을 위한 자유권적 기본권을 행사하기 위하여 필요한 조건들을 국가에 대하여 청구할 수 있는 권리이다.

탈시설은 시설에서 공동체로 나온다는 것, 공동체에서 시설로 들어가지 않는다는 것이 중요한 것이 아니라 자기의 선택과 결정에 따라 사회공동체에 참여한다는 것이 중요하다. 장애인이 지역공동체 안에 거주하더라도 궁핍과 사회참여에 필요한 사회복지서비스를 제공받지 못하여 실질적 자유가 보장되지 않는다면 사회공동체 안에서도 사회참여가 배제되어 탈시설은 공허한 공식이 된다. 장애인도 인간다운 생활을 할 권리가 있으며, 국가는 장애인을 보호할 의무가 있다(헌법 제 34조). 따라서 지역공동체에서 생활할 의사를 가진 장애인은 국가에 대하여 지역공동체에서 생활하기 위하여 필요한 편의와 사회복지서비스를 청구할 수 있으며, 국가는 기본권보장의무에 따라 이를 제공할 의무가 있다.

2) 사회적 기본권으로서 탈시설권리의 보장범위

사회적 기본권은 규범적 그리고 현실적 이유에서 실현에 한계가 존재할 수 밖에 없다. 탈시설권리의 실현을 위하여 필요한 편의와 사회복지서비스는 '법률'이 정하는 바에 의하여 보장받게 되며(헌법 제34조제5항) 사회공동체의 재원에 대한 배분 역시 기본적으로 입법자의 몫이다. 따라서 이의 구체화는 기본적으로 입법자의 과제이다.

결국 헌법상 사회적 기본권으로서 탈시설권리에 따라 국가에 대하여 청구할 수 있는 편의제공과 사회복지서비스의 범위는 탈시설권리의 실현을 위하여 필요한 편의와 사회복지서비스의 보장 또는 非보장에 대해 의회의 단순과반수로 결정될 수 없을 만큼 헌법적 관점에서 중요한 지위를 갖는 것에 있다. 결국 탈시설의 주관적 이익의 헌법적 가치성·보호의 긴급성과 입법자의 결정권한의 원칙과 권력분립의 원칙과의 비교형량의 문제이다. 선거되지 않은 법관료에 불과한 헌법재판소가 헌법의 해석을 통하여 사회적 기본권을 제한없이 확대하는 것은 기본권 보장을 위한 민주주의적 패지라는 민주주의의 역설을 낮게 한다.

그러나 사회적 기본권에 대한 입법자의 입법형성권과 예산에 관한 권한은 무제한적인 것도 아니며 또한 절대적인 것도 아니다. 헌법적 보호의 긴급성이 입법자

의 입법형성권과 재정정책적 결정을 압도할 수 있는 것이다. 따라서 헌법적으로 탈시설권리에 의하여 보호되는 확정적 사회적 기본권의 내용은 ① 장애인의 실질적 자유의 보장을 위하여 긴급하게 요청되는 사항으로 ② 권력분립의 원칙과 민주주의원칙(의회의 예산에 관한 권한을 포함하여)과 ③ 다른 사람의 법적 자유를 목표로 하는 서로 충돌되는 실질적 원칙이 급부에 대한 기본권적 보장과 그것을 염두에 두고 있는 헌법적 결단을 통하여 비교적 적은 정도로 제한되는 경우이다. 헌법상 탈시설권리의 실현을 위한 편의제공과 사회복지서비스는 이와 같은 조건하에서 일반적인 사회통념과 경험칙에 비추어 최소한의 인간다운 생활과 비장애인과 더불어 생활함에 필요한 기본적 항목에 한정된다.¹⁶⁾

한편 탈시설권리의 사회적 기본권은 이의 실현을 위한 국가입법정책에 일정한 방향과 지침을 제기한다. 탈시설권리의 실현을 위한 장애인의 인간다운 생활의 보장은 비장애인이 가지는 인간다운 생활을 할 권리와 동일시하고 후자의 관점에서 전자를 접근하면서 그 간극의 문제를 복지의 차원으로 처리하고자 하는 논리의 구조를 취해서는 안 된다. 다시 말하면 탈시설권리의 실현을 위한 인간다운 생활의 보장은 그 자체로서 파악하고 그것을 비장애인의 인간다운 생활과 독립되거나 구별되는 또 하나의 사회적 기본권으로 설정되어야 한다는 것이다. 탈시설권리의 실현을 위한 장애인의 인간다운 생활은 개개인의 관계양상 또는 생활의지를 중심으로 그것이 당사자에게 미치는, 영향을 평가하여 그 자체 하나의 독립적인 기본권으로 이해하고 인간다운 생활을 할 권리라는 총체성과 통일성이 인간의 생활을 규정하는 것이 아니라 장애인의 개인적 생활관계들이 인간다운 생활을 권리의 내용을 총당해야 하는 것이다. 이러한 논리에 의할 경우 탈시설권리의 실현을 위한 주거의 제공, 보장구, 사회참여를 위한 재활 및 자립지원서비스, 장애인수당 등은 그것이 비장애인에 비하여 장애인에게 주어지는 별도의 혜택이 아니라 장애인이 비장애인과 더불어 생활함에 필요한 필수적인 생활수단이라는 점에서 당연히 그것은 장애인의 인간다운 최저생활 보장의 기본항목으로 포함되어야 하는 것에 지나지 않는다.¹⁷⁾

(3) 헌법상 열거되지 않은 기본권으로서 탈시설권리

16) 최소생활보장은 타인의 기본권과의 조정이 필요한 경우에 해당하지 않는다(전광석, "헌법재판소가 바라 본 복지국가원리", 『공법연구』 제43집 제4호 제1권(2006. 6), 242쪽.

17) 장애인인권관념의 독립적 구축 필요성에 대해서는 한상희, "장애인 인권의 법적 기초에 대한 고찰 : 장애인 인권을 바라보는 한 시각" 참고.

14) BVerfGE 33, 303(331).

15) 헌재 2002. 12. 18. 2002헌마5; 2004. 10. 28. 2002헌마328 등.

공동체에서 생활있는 의사와 능력을 가진 장애인의 탈시설권리는 인간의 존엄과 가치, 자유권, 평등권 및 사회적 기본권에서 도출되는 구체적 기본권이다.

2. 법률상 권리로서 탈시설권리의 성립가능성

사회복지서비스에 대한 사법적으로 관철할 수 있는 청구권은 법률의 규정에 의하여 그 요건과 내용이 개별적으로 확정되어 있을 때 성립한다. 그러나 현행법은 탈시설권리를 명시적으로 규정하고 있지 않으므로 이의 성립가능성은 관련 법규의 합리적 해석을 통하여 검토되어야 한다. 즉 법률상 권리로서 탈시설권리가 성립하기 위한 요건으로는 현행 법령상 목적론적 법해석에 의한 탈시설에 대한 장애인의 사익보호성과¹⁸⁾ 그 보장에 대한 국가의무성의 도출가능성에 있다. 한편 법률상 권리는 목적론적 해석에 의해 개인적 공권이 도출되지 않지 않지만 침해되는 이익의 내용 및 성질 그리고 이익이 침해되는 태양 및 정도를 고려하여 침해받는 개인의 범익이 중대하여 묵과할 수 없는 경우에는 2차적 보충적으로 기본권으로부터 도출될 수 있다.

(1) 사회복지서비스 제공의 원칙

가. 개별성의 원칙

장애인에 대한 사회복지서비스의 결정과 제공에 있어 장애인 개인의 삶의 상황, 연령, 성, 가족관계, 지역적 상황, 자조능력 및 종교와 세계관적 욕구가 고려되어야 한다. 이 경우 장애인의 정당한 욕구(berechtigten Wünschen)는 충족되어야 한다.¹⁹⁾ 사회복지서비스는 장애인이 자신의 삶을 자기책임적 형성을 위해 최대한

18) 법률상 보호되는 이익이라 함은 당해 처분의 근거법규 및 관련법규에 의하여 보호되는 개별적·직접적·구체적 이익이 있는 경우를 말하고, 당해 처분의 근거법규 및 관련법규에 의하여 보호되는 법률상 이익이라 함은 ① 당해 처분의 근거법규(근거법규가 다른 법규를 인용함으로써 인하여 근거법규가 된 경우까지를 아울러 포함한다)의 명문규정에 의하여 보호받는 법률상 이익, ② 당해 처분의 근거법규에 의하여 보호되지는 아니하나 당해 처분의 행정목적 달성을 위한 일련의 단계적인 관련처분들의 근거법규에 의하여 명시적으로 보호받는 법률상 이익, ③ 당해 처분의 근거법규 또는 관련법규에서 명시적으로 당해 이익을 보호하는 명문의 규정이 없더라도 근거법규 및 관련법규의 합리적 해석상 그 법규에서 행정청을 제약하는 이유가 순수한 공익의 보호만이 아닌 개별적·직접적·구체적 이익을 보호하는 취지가 포함되어 있다고 해석되는 경우까지를 말한다(대법원 2004. 8. 16. 2003두 2175).

충분한 것이어야 하며, 자기결정을 촉진하는 것이어야 한다.

사회복지서비스 개별성원칙은 다음과 같은 두 가지의 함의를 내포하고 있다. 모든 경우에 있어 사회복지서비스의 제공자는 장애인의 욕구를 개별적으로 조사할 의무가 있다는 것이다. 객관적 개별성 원칙으로 모든 중요한 사항에 대한 직권조사의 원칙을 구체화한다. 장애인의 욕구권과 선택권은 개별적 개별성 원칙의 주관적 부분으로 사회복지서비스 제공자는 장애인의 참여제한적 요인과 이의 방지를 위한 급부에 관한 장애인의 의견과 욕구를 청취하고 이를 존중할 의무가 있다.²⁰⁾

나. 참여보장의 원칙

사회복지서비스는 항상 임의적이어서 강제적으로 집행될 수 없는 것이므로 장애인은 사회복지서비스의 제공절차에의 참여가 보장되어야 한다(장애인복지법 제5조). 한편 개별성의 원칙은 사회복지서비스의 수급절차와도 관련이 있다. 장애인의 욕구와 선호는 모든 절차단계에서 경청되고 확인되어야 하며, 개인별 사회복지서비스 계획과정에서 그 목표가 되어야 한다(사회복지사업법 제33조의4 제3항, 제33조의5제1항).²¹⁾ 한편 사회복지서비스 제공주체의 다원성으로 인한 장애인의 자기결정과 참여가 제한될 수 있다. 따라서 장애인에 대한 불필요한 제한을 피하기 위하여 사회복지서비스를 제공하는 모든 공적 주체는 상호 협력하여 필요한 사회복지서비스를 제공하기 위한 통합절차를 확보할 필요가 있다.

다. 시설보호의 보충성 원칙

사회복지서비스는 인간의 존엄성에 반해서는 아니 되며, 또한 불가피한 경우에도 기본권을 가장 덜 침해적인 방법으로 제공되어야 하고, 필요이상의 제한은 사회복지서비스에 있어 비례의 원칙에 반한다. 장애인복지의 기본이념은 장애인의 완전한 사회참여와 평등을 통하여 사회통합을 이루는데 있으므로(장애인복지법 제3조) 비시설적 보호가 시설적 보호에 우선하며, 지역공동체에의 참여를 위한 사회복지서비스를 제공하는 것이 사회복지서비스의 목적을 달성할 수 없거나 비합

20) Flix Welti, .a.a.O., S. 524.

21) 다만 사회복지사업법은 수급권자의 의견청취를 계량적 청취로 규정하고 있고, 수급권자의 의견을 단지 참작사유로만 규정하고 있으나 이는 의무적 청취로 해석하여야 하며 또한 수급권자의 정당한 욕구는 수용하여야 한다.

리적인 고액의 비용을 필요로 하는 경우에 한하여 예외적으로 시설보호가 제공되어야 한다. 뿐만 아니라 개별성원칙에 따라 장애인의 복지욕구를 충족하여야 하는 경우에도 시설에 대한 복지욕구는 다른 급부에 의해서는 그 목적이 달성될 수 없거나 충분히 달성될 수 없다고 인정되는 경우에 한하여 이를 수용하여야 한다.

2. 주관적 공권으로서 탈시설권리의 성립가능성

가. 사익보호성

현행법령에는 탈시설권리에 대한 명시적인 근거규정이 없는 바, 장애인이 시설이 아니라 공동체에서 생활하며 필요한 편의와 제공을 받을 수 있는 법률상 이익이 관련법령의 체계적이고 목적론적 해석을 통해 도출되어야 한다.

사회보장기본법은 사회보장은 모든 국민의 인간다운 생활을 보장하는 것을 기본이념으로 하며(동법 제2조), 사회보장에 관한 관련법령에 의하여 사회보장수급권의 성립 가능성을 열어 두고 있다(동법 제9조). 장애인의 탈시설의 권리는 보다 직접적으로는 장애인복지법과 장애인차별금지법의 규정으로부터 도출된다. 먼저 장애인복지법은 장애인복지의 기본이념을 장애인의 사회참여를 통한 사회통합에 두고 있으며(동법 제3조), 이를 위하여 장애인은 인간으로서 존엄과 가치를 존중받으며 그에 걸 맞는 대우를 받을 권리와 국가사회의 구성원으로서 정치·경제·사회·문화 그 밖의 모든 분야의 활동에 참여할 권리를 보장하고 있다(동법 제4조). 탈시설은 장애인이 지역공동체에서 삶을 영위하고 특히 자조능력을 향상하기 위한 필요적 요건이라는 점에서 장애인의 참여권의 일내용을 구성한다.

한편 권리주체에게 유리한 모든 객관적 규범과 국가의 의무조항은 주관적 공권 성립을 위한 유리한 근거규범이 될 수 있다. 이와 관련해 장애인복지법은 장애 유형·장애 정도별 자립지원서비스에 관한 정책을 강구할 의무를 부여하고 있으며(동법 제35조), 중증장애인의 자기결정에 의한 자립생활을 지원하기 위한 필요한 시책을 강구하도록 하고 있다(동법 제53조). 특히 국민의 권익과 관련된 국가의 조치의무조항은 이것이 전적으로 공익보호목적만을 한다고 해석되지 않는 한 동시에 사익보호목적성이 있는 것으로 해석되는 바, 이들 규정은 전체로서 공공복리의 증진이라는 공익목적 뿐만 아니라 특정 장애인의 탈시설을 보장하기 보호목적도 인정된다.

장애인복지법은 장애를 이유로 정치·경제·사회·문화생활의 모든 영역에서 차별을 금지하며(동법 제8조), 특히 장애인차별금지법은 장애인을 장애를 사유로 정당한 사유 없이 제한·배제·분리·거부 등에 의하여 불리하게 대하는 경우를 '차별'로 규정하고(동법 제4조제1항) 장애인은 자신의 생활 전반에 관하여 자신의 의사에 따라 스스로 선택하고 결정할 권리와 장애인은 장애인 아닌 사람과 동등한 선택권을 보장받기 위하여 필요한 서비스와 정보를 제공 받을 권리를 보장하고 있다(동법 제7조). 공동체에서의 생활의사와 능력이 있는 장애인을 시설에서 보호하는 것은 부당하게 시설생활을 장기화하여 장애인을 사회공동체와 분리·배제하는 것으로 장애를 이유로 하는 직접적인 차별에 해당한다. 또한 장애인차별금지법상 장애인의 자기선택권과 결정권에는 탈시설권리가 포함된다는 것에는 이문의 여지가 있을 수 없다.²²⁾

나. 국가의 조치의무

장애인의 탈시설권리는 단순히 시설이 아닌 사회공동체에서 생활할 권리가 아니라 자기의 선택과 결정에 의하여 국가에 대하여 지역공동체 내의 주거와 필요한 치료, 훈련, 교육 및 재활 등의 편의와 사회복지서비스를 청구할 수 있는 권리이다. 현행 법령상 탈시설에 대한 사익보호성이나 권리가 성립할 여지는 충분하지만 이것이 사법적으로 관철할 수 있는 구체적 권리인지의 여부는 장애인의 탈시설의 청구에 대하여 국가가 이러한 편의와 사회복지서비스를 제공할 의무가 있는지에 대한 검토를 필요로 한다. 이에 대하여 관련법령은 추상적인 사회복지증진의무와 시책강구의무만을 규정하고 있을 뿐이며(사회보장기본법 제5조, 사회복지사업법 제4조, 장애인복지법 제9조·제53조 등) 구체적인 복지조치에 대해서는 재량적 급여로 규정되어 있으며, 특히 자립지원서비스에 대해서는 일반적 재정유보를 하고 있다(장애인복지법 제35조).

관련 법령에서 재량적 편의제공과 복지조치로 규정되어 있다 하더라도 국가는 사회복지증진 의무가 있고 장애인복지의 이념은 완전한 사회참여를 통한 사회통합에 있으며, 탈시설이 공동체에서 인간의 존엄성에 따라 자유로운 인격을 발현하기 위한 기본적 전제가 되는 것이며, 자유권과 평등권에 의한 고도의 법적

22) 미국 음스테디판결도 미국 장애인차별금지법상 자격이 있는 장애인을 시설에서 보호하는 것은 '부당한 격리'로서 장애로 이유로 하는 차별금지에서 장애인의 탈시설권리를 도출하고 있다. 필자 역시 한국에 있어 탈시설권리의 가장 직접적인 근거규정은 장애인차별금지법상 차별금지과 자기결정권 및 선택권으로 본다.

보장영역이라는 점에서 국가는 통상적인 관념에서 건강하고 문화적인 생활을 하기 위한 최소한의 편의와 사회복지서비스를 제공할 의무가 있다. 자립지원서비스의 지원에 대한 재정유보는 매우 엄격하게 해석되어야 한다. 기본권은 공동체 재원의 분배에 대해서도 입법자를 구속하는 바, 탈시설권리는 앞에서 본 것과 같이 헌법상 기본권이다. 국가는 부당하게 시설보호가 장기화되는 것을 방지하기 위하여 필요한 재원을 확보하고 지출할 의무가 있다. 따라서 예산상의 이유로 하여 탈시설에 필요한 편의제공과 사회복지서비스의 제공을 거부하는 것은 정당한 사유가 될 수 없다.

다. 구체적 권리로서 탈시설권리

장애인의 탈시설권리는 관련 법령에 의하여 재판을 통하여 관철할 수 있는 구체적 권리이다. 따라서 국가는 탈시설권리에 따라 공동체에서 생활하기 위한 주거공간을 제공할 의무가 있으며 보장구, 사회참여를 위한 재활 및 자립지원서비스 등은 장애인이 비장애인과 더불어 생활함에 필요한 필수적인 생활수단이라는 점에서 최저생활 보장의 기본항목에 포함된다.

한편 최소보장 이상의 보장은 재량급여라고 하더라도 사회복지실시기관의 재량권은 장애인의 탈시설권리가 존중되고 이것이 최대한 광범위하게 실현될 수 있도록 행사되어야 하며, 사회의 참여를 통한 완전한 사회통합이라는 사회복지의 기본이념에 비추어 공동체의 참여를 위한 주거서비스 등과 같은 자립지원서비스에 우선적인 비용지출을 하여야 한다. 뿐만 아니라 장애인의 정당한 욕구(berechtigen Wünschen)는 충족되어야 하며, 장애인이 자신의 삶을 자기책임적 형성을 위해 최대한 충분하고 자기결정을 촉진하는 것이어야 한다. 바로 이런 점에서 독일의 경우 연방정부의 요구에도 불구하고 연방의회가 이를 삭제하여 일반적 재정유보를 두고 있지 않다는 것은 시사하는 바가 크다.²³⁾

IV. 탈시설권리의 제한 : 탈시설권리에 대한 심사기준

시설에 의한 보호가 지역공동체에 의한 보호보다 고비용 저효율의 사회복지서비스 지원제도라는 보고가 있다.²⁴⁾ 이러한 경우에는 자립생활의 의지가 있고 능

23) 독일 사회법전(SGB) 제9편 제9조제1항 1문. Vgl. BT-Drucks. 15/4532. S. 11, 9.

24) 김경미, 『자립생활비용효과분석과 자립생활지원모델개발연구』, (사)한국장애인인권포럼 장애인정책모니터링센터 토론회 자료집(2008. 12) 참고.

력이 있는 장애인의 탈시설에 대해서는 헌법상 국가재정에 관한 경제성의 원칙에서 보더라도 탈시설을 하여야 한다. 그러나 탈시설에 의한 지역공동체에서의 자립생활이 시설보호 보다 고비용을 요하는 경우에는 장애인의 탈시설권리는 국가재정의 한계로 인한 제한을 받게 된다.

이 경우 미국 연방대법원은 옴스태디 판결에서 탈시설권리에 대한 주 정부의 예산상의 이유로 한 항변에 대하여 '주 전체의 정신보건예산과 대비하여 원고에게 수반되는 비용'이라는 측면에서의 합리성 심사기준을 채용하고 있다. 그러나 이러한 합리성심사기준은 탈시설권리와 같은 기본적 인권을 전체 예산과 관련하여 제한한다는 점에서 문제점이 있다. 오히려 사회적 법치국가의 이념에 의할 경우 개인의 장애 정도 등을 기준으로 '탈시설에 대한 개인적 욕구의 정당성'이라는 엄격한 합리성 심사가 장애인 인권의 보장이라는 측면에서 보다 타당한 심사기준으로 생각된다. 여기서 탈시설에 대한 장애인의 정당한 욕구는 합리적 탈시설 욕구를 의미한다. 따라서 탈시설에 단순히 고액의 비용이 지출되기 때문에 정당하지 않는 것이 아니라 비례의 원칙에 따라 장애인의 장애 정도 등을 고려할 때 탈시설의 효과에 대비하여 비합리적인 고액의 비용 지출을 의미한다.

V. 탈시설권리의 실현방안

1. 조치제도하에서의 법률관계

한국은 사회복지서비스에 대한 조치제도를 취하고 있다. 시장·군수·구청장이 장애인의 탈시설과 그에 필요한 편의 및 사회복지서비스를 신청하는 경우 탈시설 여부를 결정한다(사회복지사업법 제33조의4). 조치제도 하에서 국가(사회복지서비스실시기관)와 수급권자의 관계는 공법관계로서 장애인의 사회복지서비스 신청권에 대한 시장·군수·구청장의 조치결정은 공권력행사로써 처분에 해당해 해당한다.

2. 탈시설권리의 소송법적 관철

시장·군수·구청장이 장애인의 탈시설의 신청에 대하여 거부처분을 하거나 상당한 기간 안에 아무런 응답을 하지 아니하는 경우에는 행정소송법상 거부처분에 대한 취소소송과 부작위법확인소송을 제기할 수 있다. 한편 탈시설에 필요한 편

의제공 기타 자립지원서비스에 대하여 이의가 있는 경우 공법상 당사자소송을 제기할 수 있다. 이 경우 국가는 공동체 내의 주거서비스는 탈시설을 위한 기본항목에 포함된다는 점에서 주거서비스를 포함한 기타 자립생활을 위한 최소한의 편의와 편의 및 사회복지서비스는 제공할 의무가 있다. 최소보장을 초과하는 편의 및 사회복지서비스는 재량급여이므로 국가는 평등의 원칙이나 비례의 원칙 위반 등의 재량남용이 없는 한 추가적 편의와 사회복지서비스를 제공할 법적 의무는 없다. 탈시설권리는 헌법상 기본권에 해당하므로 헌법소원을 장애인은 탈시설권리의 실현을 위하여 헌법소원을 제기할 수 있다.

VI. 결론

장애인의 탈시설권리는 소송법적으로 관철할 수 있는 헌법상 기본권이며 법률상 구체적 공권이다. 한편 공동체에의 참여가 가능한 장애인의 적격성과 합리성 심사와 탈시설에 필요한 통합적인 편의 및 자립지원서비스의 제공을 위하여 행정체계의 정비, 전환부처와 신설 등과 같은 행정체계의 정비가 필요하다.

토론 1.

장애인거주시설 발전의 기본방향

김동호(보건복지가족부 재활지원과장)

I. 취지

- 장애인이 거주하는 시설정책의 세계적 추세는 ① 일반가정과 유사한 소규모 주거환경 보장, ② 일반인의 삶의 양식과 유사한 낮시간의 활동장소와 밤시간의 거주장소 분리, ③ 이용자 편의를 위한 서비스 일원화, ④ 자립지원 정책의 우선을 목표로 이용자 중심서비스 체계로 전환
- 그러나 우리나라는 복지선진국에서는 이미 구시대 유물로 취급되는 대규모 생활시설이 여전히 존재하고, 이용자 중심 서비스를 작동시킬 체계가 전무한 실정
 - '2006년도 전국 장애인생활시설 운영현황 집계 결과' 생활시설 입소정원 규모는 20~400명까지 분포, 100명 이상의 대규모시설이 29.9%임(86개소)
 - 중앙정부와 지방정부의 역할은 보조금지급과 시설 내 예산집행 감시에 불과, 서비스 과정과 질 관리, 입소인의 권리보장 등의 시스템 부재
- 생활시설의 선진화를 가로막고 있는 주요한 원인 중 하나로 장애인복지시설 관련 법과 제도의 전근대성이 지적되는 실정
 - 대규모를 유도하는 입소인원비례 예산지원방식, 집단수용 주거환경을 초래하는 시설설비기준, 소규모시설로의 전환을 저해하는 자산대체 불가 관행 등
 - 또한, 최근 급격하게 변화하는 장애인 권리의 법적 환경과 대조적으로, 장애인복지시설관련 법률과 지침은 불변
 - '장애인 권리협약 및 선택의정서' 서명(07년), '장애인복지법' 전문개정(07년),

‘장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률’ 제정(07년)을 통해 장애인의 참여보장과 사회통합, 장애인의 권리와 평등권, 자립생활지원 등이 강조됨.

- 장애인생활시설에 누적된 문제들을 해결하고, 주변 환경의 변화에 발맞추어 장애인생활시설의 기능과 구조에 대한 전반적 혁신이 시급
- 보건복지가족부는 이러한 취지에서 ‘06~’07년에 연구용역을 실시 - 「장애인거주시설 서비스 기능과 구조의 혁신 방안」 (성공회대학교-김용득·임성만 외)
 - 이를 기초로 로드맵을 수립하고 보건복지가족부 주요정책과제 및 ‘제3차 장애인정책발전5개년계획’에 반영

II. 발전방향

< 비 전 >

◎ 최후의 보호에서 긍정적 선택지로!

- 지역사회와 분리된 시설로부터 지역사회안의 집과 같은 거주지로 !
- 시설에서는 주거를 지역사회에서는 활동을 !
- 거주시설과 삶의 형태는 장애인이 선택하는 방식으로 !

< 기본방향 >

- 생활시설과 지역사회재활시설 중 거주기능 시설을 거주서비스 체계로 일원화
- 시설 소규모화 및 직주 분리 지원 통해 정상화 이념 실현
- 서비스 기준 마련과 이용계약제 도입으로 장애인의 선택권 보장 및 이용자 중심의 서비스 구축
- 사례관리의 제도화로 지급 결정의 적절성과 서비스 효율성 확보
- 시설 등록 및 관리 체계 개편을 통해 시설 비리와 인권침해 요인 차단

1. 거주제공 시설 간 정책적 통합성 확보

- 장애인복지시설 중, 장애인을 입소하게 하여 거주서비스를 제공하고 있는 공동생활가정, 단기보호시설, 생활시설을 ‘장애인거주시설’로 통합
- ‘장애인거주시설’의 기능과 목적을 ‘거주목적’ 또는 ‘거주 및 요양목적’으로 정

의하고, 그 밖의 장애인복지시설은 이용시설로 구분. 장애인복지법과 시행령·시행규칙, 사회복지시설 운영지침 등도 일관되게 개정

- 장애인복지법 개정 추진중

2. 지역사회통합 소규모 시설 확충

- 현재 존재하는 대규모시설은 자율적으로 소규모(정원 30인 이하)로 전환하고, 개인운영신고시설 및 미신고시설은 제도권으로 편입하는 방안 강구
- 특히, 신규로 시설을 설립할 경우 소규모로만 제한하여 지역사회통합 소규모 시설 확충
 - ‘09년부터 신규시설은 정원을 30인 이하로 제한
 - 지역사회 내 아파트 등 기존 건물 매입에 의한 소규모시설 설치도 적극 권장

3. 서비스 과정 및 질 관리 체계 도입

- 지방정부는 서비스 신청자의 사례관리를 통해 ① 자격기준 심사, ② 서비스 신청자의 욕구사정 및 서비스지원계획 수립, ③서비스 공급자와 연결하는 일련의 과정을 책임지는 사례관리(care management) 체계 제도화
- 중앙정부는 시설 내 서비스 과정의 표준체계 수립하고, 전국적으로 통용 가능한 거주시설 서비스 최저 기준(minimum standards) 마련
 - ‘08~’09년 연구용역 실시, 「장애인거주시설서비스 최저기준안 개발 연구」 (성공회대학교/김용득, 김미옥 외)
- 서비스 질관리를 위해 시설서비스 최소 기준에 부합하는 경우 등록할 수 있도록 하고, 부적합한 경우 등록을 취소할 수 있도록 하는 시설등록 및 등록 취소체계 도입
- 시설 입소장애인들이 안전하게 서비스를 받을 수 있도록 Social Care 분야에서 일하는 종사자들을 관리하는 케어 종사자 자격검증기구 설립

- 영국 CSCI(Commission for Social Care Inspection)

4. 이용자 개별보호비용 산출방식 적용

- 대규모에 유리한 정부보조금지급 방식을 개선하여, 개인별 보호비용을 산정하고 시설 규모와 목적에 따라 차등 적용하여 지급하는 방식 도입
 - 장애인관정체계 개편, 요양제도가 도입과 함께 검토
- 지방정부는 이용자의 선택에 의해 이용계약이 체결된 시설에, 산정된 개인별 보호비용을 지불하는 방식 채택하여 이용자의 선택권 신장

5. 이용자 권리 확보 방안

- 이용자와 시설서비스 제공자 간의 공식적인 계약 설정에 따라 입소가 이루어질 수 있도록 하는 입소계약제도 도입
- 이용자 권리 존중을 위해 입소장애인의 권리선언 및 입소장애인의 권리보장을 위한 종사자 윤리강령 제정
- 이용자가 서비스에 대해 불만족하거나 권리 등이 침해받았을 시 제기할 수 있는 공식적인 이의제기 절차 마련

III. 향후 핵심과제

- 관련 법률의 정비
 - 거주시설 체계 개편 및 최저기준의 마련
- 예산의 확보
- 선도모델 구축
- 장애인요양제도의 도입

토론 2.

“장애인 탈시설권리의
실현가능성과 그 실현방안”토론회

김진우(덕성여대 사회복지학과 교수)

장애인의 탈시설 이슈에 대해 시설의 내용적 측면으로 접근하지 않고 법적 권리라는 측면에서 접근한 이 논고는 매우 중요한 사고의 전환적 계기를 제공하고 있다. 그것은 어떠한 수준의 내용이든간에 시설이 장애인에게 주는 객체화, 대상화, 해게모니의 고착화에서 벗어날 수가 없다는 본질을 담보하면서도 권리적 차원에서 장애인의 요구를 정책화시킬 수 있는 매개고리적 논거를 찾을 수 있는 모태가 되기 때문이다. 그러한 논지의 이 글에 대해 토론자의 생각을 아래와 같이 정리해 보고자 한다.

1. 제목과 논지주장내용간의 불일치

아마 시간이 부족해서라고 생각되는데, 연구자는 ‘장애인거주시설 기능과 구조의 혁신방안’을 ‘탈시설권리’의 관점에서 문제점과 한계를 검토하고 탈시설권리의 실현을 위한 사회복지서비스 전달체계의 정비방안을 모색하는데 최종적인 초점이 있다고 하는데 제목에서와 같이 장애인의 탈시설권리와 관련하여, ‘헌법상 기본권으로서의 성립가능성과 단순한 법률상 권리로서의 성립가능성을 구분하여 고찰’하는데 머물러 있고 기존 혁신방안에 대한 검토는 생략되어 있어 이 글의 내용적 범위는 제목에 일치하는 것이 오히려 체계적일 수 있겠다.

2. ‘탈시설권리’ 보다는 ‘헌법상 거주이전의 자유를 실현하기 위한 탈시설권리’

연구자는 헌법상 이념이라고 할 수 있는 인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권, 평등권 등을 근거로 탈시설권리를 접근하면서 ‘탈시설권리가 인정된다면 공동생활가정이나 그룹홈에 거주하는 장애인이 지역공동체에 소재하는 보편적이고 일반적인 비시설적 주거공간으로의 이주청구가 인정되어야’ 하는 것으로 보고 있다.

이에 대하여,

첫째, 흔히 공동생활가정이 자립홈이 인간으로서의 존엄과 가치를 보장하고 행복을 추구할 수 있는 대안적 거주공간이 될 수 있다면 이에 대해서 어떻게 판단할 것인가이다. 서구와는 달리 우리는 상대적 의미에서 다소 집단적 성격을 띠고 있다. 어울려서 함께 살아가는 것이 개인 독방이나 프라이버시(스치기만 해도 'sorry'를 연발하는...)와는 다른 면이 없지 않다. 친구4명에서 대안적 거주공간을 만들고 필요한 서비스를 지원한다면 그것을 또 다른 비시설적 주거공간으로 이전해야 하는가라는 데는 쉽게 마음이 가지 않는다. 즉, 인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권이라고 하는 것은 삶의 내용에 해당하는 것이기 때문에 연구자가 논하는 비시설적 주거공간을 논할 여지가 줄어들게 된다는 점이다.

둘째, 차라리 대안적으로 철저히 헌법상 기본권의 성립가능성을 보자면, 헌법상 거주이전의 자유를 기본골격으로 하면 어떤가라고 제안해 본다. 장애인인 자신의 의사와는 달리 거주공간을 선택할 가능성이 없다. 현재 살아갈 거주공간이 없으면 시설로 간다. 그것은 거주이전의 자유를 실현시킬 수 있는 주거급여가 현실적으로 없기(기초급여에서 몇 만원정도) 때문이다. 나아가 거주이전의 자유를 실현시킬만한 실제적 여건을 만들어주지 못하고 있다는 것이다. 앞서 언급한 주거급여도 그러하거나, 소득보장, 돌봄서비스, 이동권보장, 정보접근권보장 등이 부재하거나 구체화되어 있지 않고 또 매우 미약한 수준이어서 실제적으로 거주공간을 선택할 수 없게 만들어 놓고 있다는 점이다. 그런 논리적 맥락으로 거주이전의 자유를 실현하는 것이 탈시설권리를 실현하는 것이다. 그러므로 일차적으로 선택권이 없는 상태에서 자유권적 기본권을 침해한 것이고, 그러한 선택권을 현실화하는데 따른 제반 부수사항들이 갖추어져 있지 않다는 점에서 국가의 적극적 조치부재에 따른 사회권적 기본권 보장의 박탈로 간주하면 어떨까라는 논리구조이다.

3. 주관적 공권으로서의 탈시설권리에 대한 검토

토론 3.

미국 올스테드 판결(OLMSTEAD v. L.C 사건)의 국내적 적용 가능성

엄형국(공익변호사그룹 '공감' 변호사)

1. 미국 Olmstead 판결(OLMSTEAD v. L.C. 사건)²⁵⁾

가. Olmstead 판결의 의의

1999년 6월 22일, 미국 연방대법원은 Olmstead 사건에 있어서 장애인을 불필요하게 정신병원에 장기입원시켜 사회로부터 격리하는 것은 장애인에 대한 차별이 될 수 있다고 판결하였다. 연방대법원은 미국 장애인법(ADA)에 의하여 국가가 장애인을 정신병원 등의 시설에 수용하는 것보다는 지역사회 중심의 서비스를 제공할 의무가 있다는 역사적인 판결을 내린 것이다. 이 판결로 인하여 주 정부는 장애인이 '가능한 한 통합적인 환경'에서 서비스를 받도록 하는 실행계획을 세우기 시작하여, 시설 중심의 복지서비스에서 지역사회 중심의 정신보건 서비스를 제공하는 방향으로 정책을 전환하게 되었다.

나. 소송의 배경

L.C. 와 E.W.는 정신지체가 있는 여성들로, L.C.는 정신분열증 진단을, E.W.는 인격장애 진단을 받은 바 있다. 이들은 애틀랜타 Georgia Regional Hospital(GRH)에 자발적으로 입원하였고, 그곳 정신병동에서 치료를 위해 감금되었다. 각 주치의가 적절한 지역 사회 기반의 프로그램을 통한 치료

25) U.S. Supreme Court Olmstead v. L.C. ex rel. Zimring, 527 U.S. 581, 119 S.Ct. 2176
신영전 외, 정신장애자 인권개선을 위한 법제연구, 국가인권위원회 2006

가 적합하다고 진단했음에도, 이들은 계속 GRH에 수용되었다. L.C.는 42 U.S.C. §1983과 Title II의 규정 하에서 원고인 주 공무원들(집단적으로, 주)에게 지역사회 기반의 프로그램을 통한 치료를 청구하여 소를 제기하였다. 그는 자신의 주치의가 그녀를 지역사회 기반의 치료 프로그램에 배치하는 것이 적합하다고 결정했음에도 불구하고 주가 그녀를 그러한 프로그램으로 배치하지 않은 것은 Title II의 규정을 위배한 것이라고 주장하였다. E.W. 역시 같은 주장을 하며 소송에 참가하였다.

미국 장애인법(ADA)는 42 U.S.C. §12101 이하 총 다섯 개의 타이틀로 구성된다. Title I의 고용(§12111-12117), Title II의 공공서비스(및 공중교통)(§12131-12165), Title III의 공공시설(및 상업시설) (§12181-12189), Title IV의 전자통신, Title V의 기타 조항(§ 12201-12213)이 그것이다. 아래 살펴볼 OLMSTEAD v. L.C. 사건에서 직접 문제가 된 §12132는 공공서비스에 대한 Title II의 총칙에 해당하는 규정이며, 동법은 §12134에서 법무부장관이 그 집행을 위한 시행령을 제정하도록 하고 있다.

ADA에서는 장애인의 고립과 격리를 심각하고 만연되어 있는 형태의 차별로 기술하고 있다(42 U.S.C. §12101(a)(2), (3), (5)²⁶⁾). 공적 서비스 영역에서의 차별을 금지하고 있는 ADA의 Title II 규정은 그 중에서도 특히, 자격을 갖춘 장애인은 장애를 이유로 사회 프로그램, 봉사, 활동 등의 참여나 혜택에서 제외될 수 없다(§ 12132)고 규정하고 있다. 의회는 법무부 장관이 Title II 규정의 차별 금지 조항을 실시하기 위한 시행령을 발하도록 하였다(§12134(a) 참조). 그러한 시행령 중 하나는 “통합 규정”이라고 알려진 것으로, “공적 주체는 자격을 갖춘 장애인들의 필요에 적합한 가장 통합된 환경에서의 프로그램을 시행하여야” 할 것을 요구하고 있다(28 CFR §35.130(d)). 또 다른 시행령 중 하나는(이하 “합리적 변경 규정”이라고 칭

26) §12101(a)

- (2) 역사적으로, 사회는 장애인들을 고립격리시키려는 경향을 보여 왔고, 일부 개선이 있기는 했으나 장애인들에 대한 이러한 형태의 차별은 계속하여 심각하고 만연된 사회적 문제로 자리 잡고 있다.
- (3) 장애인들에 대한 차별은 고용, 주거, 공적시설, 교육, 교통, 의사소통, 휴식, 시설화, 보건 서비스, 공공서비스 접근과 같은 결정적인 영역에서 지속되고 있다.
- (5) 장애인들은 계속해서 노골적이고 의도적인 배제, 현존하는 시설들과 관행들에 대한 변경의 실패, 격리를 포함하는 다양한 형태의 차별과 마주치고 있다.

한다) 공적 주체가 “장애에 기한 차별”을 피하기 위해 “합리적인 변경”을 가하도록 요구하고 있으나, 그 주체의 프로그램을 “본질적으로 변화시킬” 수단을 동원할 것은 요구하지 않는다.

다. 소송의 경과

지방법원에서는 “불필요한 (시설) 격리수용은 (“Per Se” 그 자체로) 본질적 차별이며, 재정부족을 이유로 정당화 될 수 없다”는 이유로 요약판결을 내려 원고의 프로그램 배치를 지시했다. 지방법원은 현존하는 주정부 프로그램 중 원고의 자격/조건에 맞는 사회 내 치료가 가능하며, 그러한 치료가 병동 격리 수용보다 적은 비용이 든다는 이유를 들어 주정부측이 내세운 (프로그램의) “본질적 변화”론을 기각시켰다.) 순회 항소법원에서는 지방법원의 판결은 확인/지지 하였으나, 재정적인 요인은 합법적인 변호/방어가 될 수 있다고 해석하고 이를 재검토하기 위해 지방법원으로 반송하였다. 순회항소법원에서는 지방법원측에, 두 원고의 사회내 프로그램 배치시 부가적 치료비용이 주정부측의 (의료관련) 재정을 고려할 때 부당한지 재검토하라고 지시하였다. 이에 대해 원고는 연방대법원에 상고를 제기하였다.

이에 연방대법원은 “미국 장애인법(ADA) Title II²⁷⁾ 규정에 의하여 주(정부는 정신과 전문가가 원고들에 대해 사회 배치가 적합하다고 진단하는 경우, 수용시설에서 비교적 제한적이지 않은 환경으로 옮기는 것에 관해 관련된 사람들의 반대가 없고, 배치가 적절히 제공될 수 있으며, 정신 장애를 앓고 있는 다른 사람들의 필요와 주정부의 자원 등이 고려되었을 때, 장애인을 시설이 아닌 사회적 환경에 배치해야 한다. 부당한 격리 수용은 장애를 이유로 한 차별임이 인정된다. ADA는 장애인들에게 사회생활의 혜택을 누릴 수 있는 기회를 보장하고 있고, 모든 공공기관이 장애인에 대한 차별을 금하도록 제한하고 있는 것 뿐만 아니라, 특별히 장애인을 상대로 한 부당한 격리를 차별로 규정하고 있다.”고 판결하였다.

27) American Disabilities Act(ADA) of 1990, Title II § 12132. ‘자격을 갖춘 장애인은 장애를 이유로 사회 프로그램, 봉사, 활동 등의 참여나 혜택에서 제외될 수 없다.’

다수의견은 "장애인에 대한 부당한 시설 고립은 차별의 일 유형에 포함된다는 인정은 두 가지의 명백한 판단을 반영한다. 사회생활을 영위할 수 있고 그 이점을 누릴 수 있는 사람을 시설에 수용하는 것은 그렇게 고립된 사람이 사회생활을 영위하는 것이 불가능하거나 사회생활을 영위할 가치가 없다는 검증되지 않은 가정을 영속시키는 것이라는 판단과, 시설 구금이 개인의 일상 활동을 극심하게 감소시킨다는 판단이 그것이다. 이 점에 상응하는 차별대우가 존재한다: 정신장애를 가진 사람들은 그 장애 때문에 적절한 편의가 제공된다면 누릴 수 있을 사회생활에 대한 참가를 포기해야 의료 서비스를 받을 수 있는 반면, 정신장애가 없는 사람들은 유사한 희생 없이도 의료 서비스를 받을 수 있는 것이다."²⁸⁾고 설명하고 있다.

2. 미국 올스테드 판결의 국내적 적용 가능성

가. 장애인차별금지법상 관련 규정

제1조 (목적) 이 법은 모든 생활영역에서 장애를 이유로 한 차별을 금지하고 장애를 이유로 차별받은 사람의 권익을 효과적으로 구제함으로써 장애인의 완전한 사회참여와 평등권 실현을 통하여 인간으로서의 존엄과 가치를 구현함을 목적으로 한다.

제2조 (장애와 장애인)
①이 법에서 금지하는 차별행위의 사유가 되는 장애라 함은 신체적·정신적 손상 또는 기능상실이 장기간에 걸쳐 개인의 일상 또는 사회생활에 상당한 제약을 초래하는 상태를 말한다.

제4조 (차별행위)
①이 법에서 금지하는 차별이라 함은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 말한다.
1. 장애인을 장애를 사유로 정당한 사유 없이 제한·배제·분리·거부 등에 의하여 불리하게 대하는 경우

28) OLMSTEAD V. L.C. 판결, 527 U.S. 581 (1999), 2187.

2. 장애인에 대하여 형식상으로는 제한·배제·분리·거부 등에 의하여 불리하게 대하지 아니하지만 정당한 사유 없이 장애를 고려하지 아니하는 기준을 적용함으로써 장애인에게 불리한 결과를 초래하는 경우

3. 정당한 사유 없이 장애인에 대하여 정당한 편의 제공을 거부하는 경우

③제1항에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 정당한 사유가 있는 경우에는 이를 차별로 보지 아니한다.

1. 제1항에 따라 금지된 차별행위를 하지 않음에 있어서 과도한 부담이나 현저히 곤란한 사정 등이 있는 경우

2. 제1항에 따라 금지된 차별행위가 특정 직무나 사업 수행의 성질상 불가피한 경우. 이 경우 특정 직무나 사업 수행의 성질은 교육 등의 서비스에도 적용되는 것으로 본다.

제7조 (자기결정권 및 선택권)

①장애인은 자신의 생활 전반에 관하여 자신의 의사에 따라 스스로 선택하고 결정할 권리를 가진다.

②장애인은 장애인 아닌 사람과 동등한 선택권을 보장받기 위하여 필요한 서비스와 정보를 제공 받을 권리를 가진다.

제8조 (국가 및 지방자치단체의 의무)

①국가 및 지방자치단체는 장애인 및 장애인 관련자에 대한 모든 차별을 방지하고 차별받은 장애인 등의 권리를 구제할 책임이 있으며, 장애인 차별을 실질적으로 해소하기 위하여 이 법에서 규정한 차별 시정에 대하여 적극적인 조치를 하여야 한다.

②국가 및 지방자치단체는 장애인 등에게 정당한 편의가 제공될 수 있도록 필요한 기술적·행정적·재정적 지원을 하여야 한다.

제3조 (정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

14. "복지시설 등"이라 함은 장애인이 장·단기간 생활하고 있는 시설로서, 「사회복지사업법」 제34조에 의한 사회복지시설, 「장애인복지법」 제58조에 따른 장애인복지시설 및 신고를 하지 아니하고 장애인 1인 이상을 보호하고 있는 시설을 말한다.

제30조 (가족·가정·복지시설 등에서의 차별금지)

①가족·가정 및 복지시설 등의 구성원은 장애인의 의사에 반하여 과중한 역할을 강요하거나 장애를 이유로 정당한 사유 없이 의사결정과정에서 장애인을 배제하여서는 아니 된다.

②가족·가정 및 복지시설 등의 구성원은 정당한 사유 없이 장애인의 의사에 반하여 장애인의 외모 또는 신체를 공개하여서는 아니 된다.

③가족·가정 및 복지시설 등의 구성원은 장애를 이유로 장애인의 취학 또는 진학 등 교육을 받을 권리와 재산권 행사, 사회활동 참여, 이동 및 거주 자유(이하 이 항에서 "권리 등"이라 한다)를 제한·박탈·구속하거나 권리 등의 행사로부터 배제하여서는 아니 된다.

④가족·가정의 구성원인 자 또는 구성원이었던 자는 자녀 양육권과 친권의 지정 및 면접교섭권에 있어 장애인에게 장애를 이유로 불리한 함의를 강요하거나 그 권리를 제한·박탈하여서는 아니 된다.

⑤복지시설 등의 장은 장애인의 시설 입소를 조건으로 친권포기각서를 요구하거나 시설에서의 생활 중 가족 등의 면접권 및 외부와의 소통권을 제한하여서는 아니 된다.

제37조 (정신적 장애를 가진 사람에 대한 차별금지 등)

①누구든지 정신적 장애를 가진 사람의 특정 정서나 인지적 장애 특성을 부당하게 이용하여 불이익을 주어서는 아니 된다.

②국가와 지방자치단체는 정신적 장애를 가진 사람의 인권침해를 예방하기 위하여 교육, 홍보 등 필요한 법적·정책적 조치를 강구하여야 한다.

제47조 (입증책임의 배분) ①이 법률과 관련한 분쟁해결에 있어서 차별행위가 있었다는 사실은 차별행위를 당하였다고 주장하는 자가 입증하여야 한다.

②제1항에 따른 차별행위가 장애를 이유로 한 차별이 아니라거나 정당한 사유가 있었다는 점은 차별행위를 당하였다고 주장하는 자의 상대방이 입증하여야 한다.

제48조 (법원의 구제조치) ①법원은 이 법에 따라 금지된 차별행위에 관한 소송 제기 전 또는 소송 제기 중에 피해자의 신청으로 피해자에 대한 차별이 소멸되는 경우 본안 판결 전까지 차별행위의 중지 등 그 밖의 적절한 임시조치를 명할 수 있다.

②법원은 피해자의 청구에 따라 차별적 행위의 중지, 임금 등 근로조건의 개선, 그 시정을 위한 적극적 조치 등의 판결을 할 수 있다.

③법원은 차별행위의 중지 및 차별시정을 위한 적극적 조치가 필요하다고 판단하는 경우에 그 이행 기간을 밝히고, 이를 이행하지 아니하는 때에는 늦어진 기간에 따라 일정한 배상을 하도록 명할 수 있다. 이 경우 「민사집행법」 제261조를 준용한다.

나. 장애인차별금지법상 차별 해당 여부

1) 시설 수용이 차별에 해당하는지.

장애인차별금지법은 장애인의 완전한 사회참여와 평등권 실현을 통하여 인간으로서의 존엄과 가치를 구현함을 목적으로 하고 있다(1조). 또한 장애인인은 자신의 생활 전반에 관하여 자신의 의사에 따라 스스로 선택하고 결정할 권리를 가진다고 하여 장애인 당사자의 자기결정권을 명문으로 인정하고 있다(7조).

가족·가정 및 복지시설 등의 구성원은 장애를 이유로 정당한 사유 없이 '복지시설에의 장애인 수용'이라는 장애인 당사자에게 너무도 중차대한 의사결정과정에서 장애인을 배제하여서는 아니 된다. 또한 가족·가정 및 복지시설 등의 구성원은 장애를 이유로 장애인의 재산권 행사, 사회활동 참여, 이동 및 거주 자유를 제한·박탈·구속하거나 권리 등의 행사로부터 배제하여서는 아니 된다. 따라서 가족은 장애인 당사자의 재산을 장애인의 의사에 반하여 관리, 행사하면서 장애인을 복지시설에 수용시키거나, 시설에 수용되기를 원하지 아니하는 장애인의 수용하면서 외부와의 소통권을 제한하고, 시설에서 나가고자 하는 장애인을 부당하게 나가지 못하게 하여 장애인의 이동 및 거주 자유를 제한하여서는 안된다(30조).

그럼에도 불구하고 장애인 당사자가 원하지 않고 장애인 당사자가 배제된 상태에서 가족, 복지시설 등이 부당하게 시설에 수용시키는 것은 장애를 이유로 장애인의 완전한 사회참여를 제한하고 배제하는 것으로, 이는 제4조 제1항 제1호의 직접차별, 즉 "장애인을 장애를 사유로 정당한 사유 없이 제한·배제·분리·거부 등에 의하여 불리하게 대하는 경우"에 해당한다. 옴스테드 판결에서 본 바와 같이 불필요한 (시설) 격리수용은 ("Per Se" 그 자체로) 장애인에 대한 본질적 차별이며, 재정부족을 이유로 정당화 될 수 없기 때문이다.

2) 지역사회 내 주거보장 청구의 권리

사회복지사업법상 사회복지서비스청구권의 근거규정

제33조의2 (사회복지서비스의 신청)

① 사회복지서비스를 필요로 하는 자(이하 "보호대상자"라 한다)와 그 친족 그 밖의 관계인은 관할 시장·군수·구청장에게 보호대상자에 대한 사회복지서비스의 제공(이하 "보호"라 한다)을 신청할 수 있다.

제33조의3 (복지요구의 조사)

① 시장·군수·구청장은 제33조의2의 규정에 의한 보호신청이 있는 경우 복지담당공무원에게 다음 각호의 사항을 조사하게 한다. <개정 2007.12.14>

1. 신청인의 복지요구와 관련된 사항이나 그 밖에 신청인에게 필요하다고 인정되는 사회복지서비스 및 보건의료서비스에 관한 사항
2. 보호대상자 및 그 부양의무자(국민기초생활보장법에 의한 부양의무자를 말한다. 이하 같다)의 소득·재산·근로능력 및 취업상태에 관한 사항
3. 그 밖에 보호실시여부를 결정하기 위하여 필요하다고 인정하는 사항

제33조의4 (보호의 결정)

① 시장·군수·구청장은 제33조의3의 규정에 의한 조사를 한 때에는 보호의 실시여부와 그 유형을 결정하여야 한다.

② 시장·군수·구청장은 제1항의 규정에 의한 보호의 실시여부와 그 유형을 결정하고자 하는 때에는 보호대상자 및 그 친족, 복지담당공무원 및 지역안의 사회복지·보건의료사업관련 기관·단체의 의견을 들을 수 있다.

③ 시장·군수·구청장은 제1항의 규정에 의하여 보호의 실시여부와 그 유형을 결정할 때에는 이를 서면 또는 전자문서로 신청인에게 통지하여야 한다. <개정 2007.12.14>

제33조의5 (보호대상자별 보호계획의 수립 등)

① 시장·군수·구청장은 보호대상자에 대하여 보호의 실시를 결정한 때에는 필요한 경우 지역사회복지협의체의 의견을 들어 다음 각호의 사항이 포함된 보호대상자별 보호계획을 작성하여야 한다. 이 경우 보호대상자 또는 그 친족의 의견을 참작하여야 한다. <개정 2007.12.14>

1. 사회복지서비스 및 보건의료서비스의 유형·방법·수량 및 제공기관
2. 제1호에 따른 서비스를 제공할 기관 또는 단체
3. 같은 보호대상자에 대하여 제1호에 따른 서비스를 제공하여야 할 기관 또는 단체가 2 이상인 경우는 기관 또는 단체 간의 연계방법

② 시장·군수·구청장은 보호대상자의 사회복지서비스의 실시결과를 정기적으로 평가하고 필요한 경우 보호대상자별 보호계획을 변경할 수 있다.

③ 제1항의 규정에 의한 보호대상자별 보호계획의 작성 등에 관하여 필요한 사항은 보건복지가족부령으로 정한다. <개정 2008.2.29>

제33조의6 (보호의 실시)

① 시장·군수·구청장은 제33조의5의 규정에 의하여 작성된 보호대상자별 보호계획에 따라 보호를 실시하여야 한다.

② 시장·군수·구청장은 보호의 실시가 긴급을 요하는 등 보건복지가족부장관이 인정하는 경우 이 장의 규정에 의한 절차의 일부를 생략할 수 있다. <개정 2008.2.29>

제33조의7 (보호의 방법)

① 보호대상자에 대한 보호는 현물로 제공함을 원칙으로 한다.

② 시장·군수·구청장은 국가 또는 지방자치단체의 자로 하여금 제1항의 보호를 실시하게 하는 경우에는 보호대상자에게 사회복지서비스이용권(이하 "이용권"이라 한다)을 지급하여 국가 또는 지방자치단체의 자로부터 그 이용권으로 보호를 받게 할 수 있다.

③ 제2항의 규정에 의한 이용권의 지급대상, 사회복지서비스의 유형 및 이용권의 지급방법 등에 관하여 필요한 사항은 보건복지가족부령으로 정한다.

사회복지사업법시행규칙 제19조의4 (사회복지서비스 이용권)

① 법 제33조의7제3항에 따라 보건복지가족부장관은 보호대상자의 복지요구, 소득·재산상태 등을 고려하여 사회복지서비스 이용권(이하 "이용권"이라 한다)의 지급대상에 대한 기준을 정하고, 시장·군수·구청장은 보건복지가족부장관이 정한 기준에 따라 예산의 범위 내에서 이용권 지급대상자를 결정한다. <개정 2008.3.3>

② 제1항에 따른 이용권으로 이용할 수 있는 사회복지서비스의 유형은 개인과 가정의 돌봄 지원, 활동의 보조, 가사 또는 간병서비스, 신체적·정신적 건강의 향상을 목적으로 하는 사회복지서비스와 그 밖에 보건복지가족부장관이 정하는 사회복지서비스로 한다. <개정 2008.3.3>

③ 보건복지가족부장관, 시·도지사, 시장·군수·구청장은 사회복지서비스를 제공하는 기관 또는 단체중 보건복지가족부장관이 정하는 기준을 갖춘 자를 이용권을 받고 보호를 실시하는 기관 또는 단체(이하 "보호실시기관"이라 한다)로 선정하고 이를 공고하여야 한다. <개정 2008.3.3>

④ 시장·군수·구청장은 보호대상자중 보호실시기관을 이용하게 하는 것이 보호에 적합하다고 인정되는 자에게 이용권을 지급하고 이용권의 가격, 사용기한, 이용이 가능한 보

호실시기관 등에 관한 정보를 제공하여야 한다.

⑤보호실시기관의 운영자는 이용권을 제출한 보호대상자에 대하여 이용권의 범위에서 보호를 실시하고 이에 따른 비용을 시장·군수·구청장에게 청구하여야 한다.

⑥시장·군수·구청장은 제5항에 따른 보호실시비용의 지급과 정산 등에 관한 업무를 보건복지가족부장관이 정하는 전문기관이나 단체로 하여금 수행하게 할 수 있다. 이 경우 시장·군수·구청장은 당해 전문기관이나 단체에 미리 보호실시비용을 예약하여야 한다. <개정 2008.3.3>

시설에서 수용될 필요가 없고, 의사가 없는 장애인들을 위하여 국가 및 지방자치단체는 부당한 시설수용으로 인한 차별을 막고 차별받은 장애인의 지역사회 거주 권리를 구제할 책임이 있다. 이러한 책임을 다하고 시설 수용으로 인한 장애인 차별을 실질적으로 해소하기 위하여 국가 및 지방자치단체는 장애인의 지역사회 내 주거를 보장하는 등의 적극적인 조치를 하여야 한다(8조).

3) 차별에 정당한 사유가 있는지.

장애인차별금지법 4조 3항에서는 차별행위가 있었다고 하더라도 ①금지된 차별행위를 하지 않음에 있어서 과도한 부담이나 현저히 곤란한 사정 등이 있는 경우, ②금지된 차별행위가 특정 직무나 사업 수행의 성질상 불가피한 경우에는 이를 차별로 보지 않는다고 규정하고 있다.

지역사회에 기반한 주거서비스가 시설수용 서비스보다 국가나 지방자치단체에게 과도한 부담이 되거나 지역사회 주거서비스로의 전환에 현저히 곤란한 사정 등이 있어 시설 수용에 정당한 사유가 있다고 주장할 수 있다. 법 47조의 입증책임 배분 규정에 따라 차별행위가 있었다는 사실(시설에의 부당한 수용이 차별이라는 사실)은 차별행위를 당하였다고 주장하는 자(시설에 수용된 장애인)가 입증하여야 하지만, 시설에의 부당한 수용이라는 차별행위가 장애를 이유로 한 차별이 아니라거나 정당한 사유가 있었다는 점은 차별행위를 당하였다고 주장하는 자의 상대방(국가나 지방자치단체)이 입증하여야 한다.

4) 소송 형태

소송의 형태는 시설에의 부당한 수용이 차별임을 확인하고, 지역사회 내의 주거를 보장하라는 내용의 소송이 될 것이다. 법원은 이러한 소송에 대하여 피해자인 장애인 당사자의 신청으로 피해자에 대한 차별이 소명되는 경우 소송 제기 전 또는 소송 제기 중에 본안 판결 전까지 차별행위의 중지 등 그 밖의 적절한 임시조치를 명할 수 있다. 또한 법원은 피해자의 청구에 따라 차별적 행위의 중지, 임금 등 근로조건 개선, 그 시정을 위한 적극적 조치 등의 판결을 할 수 있다(48조).

한편 소송의 당사자에 관해 검토해보면, 우선 소송의 원고는 불필요하고 원치 않는 시설수용으로 사회참여로부터 완전히 격리·배제되고 이로 인해 차별을 받고 있는 장애인 당사자이다. 소송의 피고는 불필요하게 시설 수용을 하도록 한 가족, 시설(또는 복지법인), 대상자별 사회서비스 계획을 세워야 할 책임이 있는 시장·군수·구청장, 장애인 차별 시정을 위해 적극적인 조치를 할 의무를 지고 있는 국가가 될 것이다.

토론 4.

장기성(한국장애인복지시설협회 정책연구실장)

[제 2 주제]

발달장애를 갖고 있는 사람들의
탈시설을 통한 지역사회통합

주 제 2.

**발달장애를 갖고 있는 사람들의 탈시설을 통한
지역사회통합**

김운태(우석대 특수교육학과 교수 / 한국심리운동연구소장)

I. 발달장애의 이해

1. 발달장애

발달이란 연령이 증가함에 따른 일정한 기능을 획득해나가는 과정을 말한다. 즉 신체발달, 운동발달, 언어발달, 인지발달 등으로 나눌 수 있다.

발달장애는 신체장애, 운동장애, 언어장애와 더불어 전반적 발달장애로 포함된 자폐성장애를 말한다. 자폐성장애가 정서장애로 분류된 것은 마음과 관련된 장애로 보았기 때문이다. 정신지체는 전반적 발달장애가 아니고 정신은 발달하는 것이 아니라는 사고에 의해 과거에는 발달장애로 분류하지 않았다. 하지만 최근에는 지적장애, 언어장애등도 발달장애로 분류하는 추세이다.

정신지체는 발달장애의 한 유형이며, 일반적으로 현재 기능 수준의 심각한 제한을 의미한다. 이러한 제한은 지적 발달의 지연에서 명백하게 드러난다(신종호역, 2008).

발달지체는 일반적으로 아동이 언어와 의사소통, 전체 및 세부 운동발달, 인지, 그리고 사회, 정서적 발달 중 하나 혹은 그 이상의 주요 발달 영역에서 지체를 보이면 발달지체를 가진 것으로 여긴다. 한국에서는 2008년 장애인등에 대한 특수교육법제정과 더불어 만3세부터-만8세 사이의 모든 장애유형을 발달지체로 규정 하여 특수교육대상자로 분류하고 특수교육적 지원체계를 마련하였다.

2. 외국의 발달장애

외국의 경우를 살펴보면 다음과 같다.

1)미국에서는 2000년에 제정된 발달장애 조력 및 권리보호법(Developmental disabilities Assistance and Bill of Right Act of 2000, P.L. 106-402) 의 정의를 보면 다음과 같다.

발달장애란 개인에게 나타나는 만성적인 중도장애로서,

- 1.정신적 혹은 신체적 손상, 혹은 정신과 신체적 손상으로 인한 것이며
- 2.22세 이전에 나타나며
- 3.영구히 계속되며
- 4.다음의 주요 일상생활 영역 중 세가지 이상에서 본질적으로 제한적인 기증을 가져온다

I.자기관리, II.수용, III.학습 IV.이동,V. 자기지시, VI. 독립생활능력,VII. 경제적 자족, 그리고

5.일생 혹은 장기간 동안 개별적으로 계획, 조정되는 특수교육, 학제 간 협력, 전반적 보살핌과 치료, 또는 관련 서비스와의 연계를 필요로 하는 개인에게 특수한 요구가 있음을 의미한다.

또한 발달장애(development disabilities, DD)는 발달장애 및 권리법 아래서 새로이 개정된 발달장애법에 의하여 정의된다.

이 법은 활동계획 수립, 프로그램서비스, 프로그램 시범 및 종합적인 훈련과 서비스를 위하여 대학등 프로그램외의 연구 프로젝트에 재정을 지원한다.

2)영국에서는 장애범주에 따라 규정하지 않고 비범주적 체계로 구분하여 교육을 지원한다.

영국에서는 “학습에 있어 같은 나이 또래 대부분의 학생들보다 현저한 어려움을 겪거나 같은 또래학생들에게 일반적으로 제공되는 교육시설을 활용하는데 방해 또는 제한을 받는 장애를 가진 학생 및 특별한 교육조치가 없으면 그와 같은 위험 요소가 있는 학생으로” 특수교육대상으로 규정하고 있다. 이러한 사고 역시 장애유형을 발달의 문제로 보고 지원에 의미를 두고 있다.

3) 한국의 발달장애 관련 개념과 규정

“장애인등에 대한 특수교육법 시행령”에서는 발달과 관련하여 다음과 같이 규정하고 있다. 신체, 인지, 의사소통, 사회, 정서, 적응행동 중 하나 이상의 발달이 또래에 비하여 현저하게 지체되어 특별한 교육적 조치가 필요한 영아 및 9세 미만

의 아동을 발달지체로 보고 장애범주로 구분하지 않고 있다.

II. 발달장애를 갖고 있는 사람들의 지역사회통합(탈시설)을 위한 방안.

1. 발달장애를 갖고 있는 사람들의 고용방안

나운환(2006)은 발달장애를 갖고 있는 사람들의 고용문제는 헌법에 근거한 노동기본권이라는 측면에서 접근해야 하고 근로의 기회는 국가가 보장해야 하며, 발달장애인은 집단적으로 노동기본권을 요구할 수 있다며, 그 근거로 헌법 제32조 근로의 권리는 근로기회청구권과 생활비지급청구권이 포함된다고 제시하고 있다(나운환, 2006). 국가가 근로의 기회를 제공할 수 없는 경우에는 이에 상응하는 생활비의 지급을 국가에 청구할 수 있는 권리가 있다는 것이다. 또한 발달장애를 갖고 있는 사람에 있어 재활은 장애를 가진 사람들이 스스로 만족감을 성취할 뿐만 아니라 사회적으로 의미 있고 사회와 기능적이고 효과적으로 상호 작용할 수 있도록 힘을 키워주는 의료적·물리적·심리적·직업적 개입의 통합으로 보고, 작업장과 지역사회에서의 참여를 극대화 시켜주는 종합적인 일련의 서비스로 정의되며(Banjic, 1990), 재활의 목적은 회복(recovery), 지역사회통합(maximum community integration), 생활의 질(of life)을 높이는 것에 두고 있다(Pratt, Gill, Barrett, Robert, 1999)고 본다(나운환, 2006).

2) 발달장애를 갖고 있는 사람들의 주거문제

발달장애를 갖고 있는 사람들의 지역사회통합을 위한 지역사회 거주권리보장 방안의 기본은 발달장애를 갖고 있는 사람들의 자기결정을 통한 독립적인 주거를 국가가 보장하는 것이다. 지역의 독립적인 주거지원을 위해서는 정부의 주거지원과 독립생활을 지원하는 체계가 필수적이다. 지원하는 체계는 시설에서 나와 자립생활을 체험하는 체험홈의 확대, 자립주택의 제공 그리고 초기정착금의 제공과 생활비의 지급으로 요약 될 수 있다. 기초생활비의 지급은 국가의 책무성에 해당하는 것으로 위에서 언급한 근로권의 제공과 함께 당연히 요구되어 질 수 있다.

3) 발달장애를 갖고 있는 사람들의 지역사회적응을 위한 교육과 지원 방안

발달장애를 갖고 있는 사람들이 지역사회에서 제한적인 삶을 살거나, 시설에서 삶의 환경을 박탈당하는 경우, 이들이 지역사회에 효과적으로 적응하여 살도록

지원하는 사회통합을 위한 지역사회통합(Community-Integration Skills: CIS)체계는 검사도구인 지역사회적응검사(CIS-A)와 교육과정인 지역사회통합교육과정(CIS-C)으로 구성되어 있다. 지역사회통합체계는 지역사회통합에 필요한 내용을 구체적으로 제시하고 교육하고 있어 우리에게 시사하는 바가 크다고 하겠다. 전정숙(2007)은 지역사회통합 교육과정(CIS-C)이 발달장애학생의 지역사회적응기능에 미치는 효과연구를 통해서 지역사회통합교육과정이 발달장애학생의 지역사회적응기능신장에 상당히 향상된 효과를 보였다고 보고하고 있다. 이러한 연구결과는 현재 시설에 거주하고 있는 발달장애를 갖고 있는 사람의 지역사회통합을 위한 교육지원의 구체적 방법에 중요한 의미를 갖는다.

발달장애를 갖고 있는 사람들의 지역사회통합을 위해서는 현재 전라북도에서 준비중인 교육청 산하에 중증장애인을 위한 평생교육원시설을 만들어 교육과 지원과 상담을 하는 방안과, 지역의 대학등과 연계하여 지역사회적응프로그램을 운영하는 방안 그리고 현재 서울과 수도권을 중심으로 논의되고 있는 사회통합센터의 구축을 통해 가능하다.

4) 발달장애를 갖고 있는 사람들의 성관련 문제

발달장애를 갖고 있는 사람들이 지역사회에서 인간다운 삶을 영유하기 위해서는 성표현 권리행사가 필수적이다. 이것은, 성인 생활시설에서의 공 마리아(2007)의 발달장애 성관련 서비스 실태 및 관리자의 태도 연구를 통해 왜곡된 시설에서의 성 표현권리 연구를 통해서도 확인 할 수 있다. 발달장애성인들이 성적 표현을 할 권리를 부인하는 것은 일종의 학대로 해석되어질 수 있다(Ames & Samowitz, 1995).

발달장애인의 성 표현 권리를 거론할 때마다 정상화, 통합, 선택, 자기결정, 역량 강화 등에 대한 원리들이 거론된다.(dams et al., McCabe, 1993; Page, 1991; Sundram & Stavis, 1994 재인용). 정상화에는 다른 사람을 사랑할 수 있고 사회적 및 성적 관계 충족을 발달시킬 수 있는 권리를 포함한다(Brunininks, & larson, 1992; Lakin, Samowitz & Ames, 1997; Sgroi, Crey, & Wheaton 1989 재인용). 미국 정신지체인협회(AAMR)에서는 성적 표현과 사회적 관계를 누리는 것은 모든 사람의 권리이며, 더 나아가 발달장애로 인해 그 같은 권리를 누리지 못하는 것은 옳지 못하다고 주장하였다. 또한 발달장애인은 결혼하거나 혹은 결혼하지 않을 권리 그리고 자녀를 갖거나 갖지 않을 권리 등을 갖는다고 하였다(Cornelius et al., 1979; Getging, 1979; Wald, 1976 재인용). 발달장애인의 발달장애인의 성적 권리인정은 지역사회에서의

사적 공간에 대한 필요성과 함께 인간다운 삶을 위한 간과할 수 없는 기본요소라고 할 수 있다.

5) 발달장애를 갖고 있는 사람들의 지역사회통합을 위한 여가생활 지원

이들에게도 지역사회에서 다른 비장애인들과 똑같은 자유로운 여가시간이 필요하며 이 여가시간은 스스로 자유로이 본인들이 규정할 수 있어야한다. 여가선용은 자기결정과 자아발전에 공헌을 하며 사회통합을 이루게 된다.

여가선용을 통하여 사람들은 휴식과 긴장완화, 기분전환과 오락, 배움과 계속교육, 협력관계, 참여와 자아발전을 이룰 수 있다

발달장애를 갖고 있는 사람들 에게 광범위한 여가선용활동을 위한 제안들을 통하여 개인적인 요구를 유발시키고 그의 실현이 이루어지도록 하는데 그 목표가 있고 이것은 개인적인 능력과 관심의 습득, 확장 실현에 도움을 준다. 또한 비장애인과 다른 장애인과이 사회적인 접촉환경의 구축 및 확대를 이끄는데 그 목적을 둔다. 이를 통하여 협력관계와 우정관계의 실질화 와 지원을 해 줄 수 있다. 그리고 공적 및 일반적인 문화체험의 제안의 참여를 통하여 개인적인 문제들에서 경험의 지평을 확대하고 통합을 촉진 시킬 수 있다.

6) 발달장애를 갖고 있는 사람들의 지역사회통합을 위한 지원센터 설립

- 평생교육원 설치를 통한 사회통합방안 : 중증장애인을 위한 평생교육원은 지역 사회에서 중증장애인의 재활과 학령기 이후의 교육, 직업교육 등을 제공함으로써 지역사회 수용과 가족지원을 통하여 사회통합을 지원하는 역할을 해야 한다. 중증장애인을 위한 평생교육(진흥)원 설치 및 운영에 관련된 법안으로는 무엇보다도, 헌법, 기본교육법, 평생교육법, 장애인 등에 대한 특수교육법, 장애인복지법, 장애인 차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률 등을 들 수 있다. 중증장애인을 위한 평생교육(진흥)원 설립 및 운영과 직간접으로 관련된 법안의 여러 가지 법률의 조항들은 대부분 강제성을 띠고 있다. 즉 이는 평생교육을 제공하는 것은 공급자의 권한이 아니라 수요자의 권리와 평등권으로 해석되어야 하는 것을 의미한다. 발달장애를 갖고 있는 중증장애인의 지역사회통합을 위한 지원센터설립방안은 여러 가지 방법이 있다. 평생교육원을 통한 중증장애인을 위한 평생교육센터는 발달장애를 포함한 중증장애인의 지역사회통합을 위한 지원센터의 성격을 갖고 있고, 아래에서 열거한 법적인 보장을 통하여 전국적으로 바로 실천할 수 있다. 다

음은 기존 법률에서 보장하고 있는 중증장애인을 위한 평생교육관련 법률의 해석을 통해 그 가능성을 살펴보고자 한다. 물론 언급된 모든 법률이 중증장애인이라는 특정 대상을 직접적으로 명시하고 있지는 않다. 하지만 모든 법률은 중증장애인을 포함한 모든 '국민'을 그 대상으로 하고 있다. 이것은 중증장애인의 권리를 '국민' 한사람으로서의 권리로 이해해야 함을 의미한다. 이러한 인식은 시대적 흐름이 반영된 것이며, 위의 법률들이 입법, 수정 혹은 개정의 과정을 통하여, 장애인을 포함한 '모든' 국민의 기대와 요구를 충족시키기 위하여 발전되고 있음을 의미하는 것이다. 이러한 시대적 흐름이 반영된 발달장애등의 중증장애인을 갖고 있는 사람들을 위한 평생교육의 활성화와 탈시설후 지역통합을 위해 법적 실천력이 강조되고, 행정적 체계의 연계가 요청된다.

(1) 헌법 헌법에 명시된 관련 규정

제10조	'모든 국민은 인간으로서 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 가진다.'	국가가 기본적 인권을 확인하고 보장할 의무를 지닌다는 의미다. 즉 국민이라면 누구나 인권을 가질 수 있고 국가가 그것을 보장한다고 하는 것은 신체적 장애가 기본적 인권의 수혜에 대한 사각지대가 될 수 없음을 의미한다.
제11조	'모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.'	이것은 평등의 원리가 모든 국민에게 적용되어야 한다는 것으로 개개인의 능력에 따른 평등이 아니라 개개인의 요구에 따른 평등을 의미한다. 따라서 독특한 요구를 필요로 하는 중증장애인의 특성상 개개인의 요구에 따른 평등은 당연히 적용되어야 할 의무적 평등이고 이것은 누구나 그들의 요구에 맞는 평생교육 기회가 주어져야 함을 의미한다.
제31조	'모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다.'	이 조항을 잘 못 해석하면 능력에 따라 제한을 받을 수 있는 것으로 볼 수 있다. 그러나 여기에서 '능력에 따라 균등하게'라고 하는 것은 능력에 따라 모두에게 교육의 기회가 요구된다는 것이지 그에 따라 차별이 허용된다는 것은 아니다.
제31조	국가는 평생교육을 진흥하여야	(국가 평생교육 임무)

5항	한다.	
제34조	'모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다.'	따라서 소외계층이라 불리는 여성, 노인, 장애인 등의 대상들은 그의 의료, 교육, 생활 등에 관한 보장을 받을 수 있다. 특히 자립생활이 어려운 중증장애인은 이러한 근거에 의해 자신의 교육권을 보장 받을 수 있고 자립생활 혹은 독립생활을 위한 평생교육을 요구할 권리를 갖는다.

(2) 교육기본법 교육기본법에 명시된 관련 규정

제2조 “(정의)”	"평생교육"이란 학교의 정규교육과정을 제외한 학력보완교육, 성인 기초·문자해독교육, 직업능력 향상교육, 인문교양교육, 문화예술교육, 시민참여교육 등을 포함하는 모든 형태의 조직적인 교육활동을 말한다.	평생교육의 프로그램은 교육대상자의 요구와 기대에 따라 구성되어야 한다. 중증장애인의 경우 법안에 언급된 것 외에도 일상생활훈련, 치료교육 등 다양한 교육을 필요로 한다.
제4조	'모든 국민은 평생교육의 기회를 균등하게 보장 받는다.'	특별한 전제 없이 모든 국민이 평생교육의 기회를 보장 받는다고 하는 것은 어느 누구도 평생교육에 대한 기회 제약의 받아서는 안 된다는 것을 의미한다. 또한 균등하게 보장 받는다고 하는 것은 기회의 보장을 더욱 명확히 하며 중증장애인도 아무런 불리함 없이 평생교육의 접근 기회를 가져야 함을 말한다.
제5조 (국가 및 지방자치단체의 임무)	국가 및 지방자치단체는 모든 국민에게 평생교육 기회가 부여될 수 있도록 평생교육진흥정책을 수립·추진하여야 한다. 국가 및 지방자치단체는 그 소관에 속하는 단체·시설·사업장 등의 설치자에 대하여 평생교육의 실시를 적극 권장하여야	이 조항에서는 누가 누구에게 무엇을 어떻게 제공할 것인가에 대한 구체적인 방법을 명시하고 있다. 중증장애인에게도 평생교육의 기회가 부여될 수 있도록 국가 및 지방자치단체의 구체적 노력을 해야 함을 의무화하고 있다.

제6조 (교육과정 등)	한다. 평생교육의 교육과정·방법·시간 등에 관하여 이 법과 다른 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 평생교육을 실시하는 자가 정하되, 학습자의 필요와 실용성을 존중하여야 한다.	학습자의 필요와 실용성이 존중되어야 한다는 의미는 시민의 보편적 요구보다는 개개인의 요구와 필요를 강조하는 것이다.
제13조 (관계행정기관의 협조)	교육과학기술부장관은 기본계획을 수립하기 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 관계 행정기관이나 그 밖의 기관 또는 단체의 장에게 관련 자료를 요청할 수 있다. [개정 2008.2.29 제8852호 (정부조직법)] 시·도지사는 시행계획을 수립하기 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 관계 행정기관이나 그 밖의 기관 또는 단체의 장에게 관련 자료를 요청할 수 있다. 제1항 및 제2항에 따라 자료를 요청 받은 기관 또는 단체의 장은 특별한 사정이 없는 한 협조하여야 한다.	중증장애인의 평생교육은 몇몇 단체의 노력과 헌신에 의해 운영되어서는 안 된다. 정부와 지방자치단체 및 해당 기관이나 단체와의 협력체제 속에서 실질적 효과를 거둘 수 있다.
제14조 (시·군·자치구 평생교육협의회)	시·군 및 자치구에는 지역주민을 위한 평생교육의 실시와 관련된 사업간 조정 및 유관기관 간 협력 증진을 위하여 시·군·자치구 평생교육협의회(이하 "시·군·구협의회"라 한다)를 둔다. 시·군·구협의회는 의장 1인과 부의장 1인을 포함하여 12인 이내의 위원으로 구성한다.	지방자치단체는 시·군·자치구 평생교육협의회를 두어 평생교육의 실시와 관련된 사업간 조정 및 유관기관 간의 협력을 증진시켜야 한다.

	<p>시·군·구협의회의 의장은 시·장·군수 또는 자치구의 구청장으로 하고, 위원은 시·군·자치구 및 지역교육청의 관계 공무원, 평생교육 전문가, 관할 지역 내 평생교육 관계 기관의 운영자 중에서 의장이 위촉한다.</p> <p>시·군·구협의회의 구성·운영 등에 필요한 사항은 지방자치단체의 조례로 정한다.</p>	
제17조 (지도 및 지원)	<p>국가 및 지방자치단체는 평생교육기관의 요청이 있는 때에는 그 기관의 평생교육활동을 지도 또는 지원할 수 있다.</p> <p>국가 및 지방자치단체는 평생교육기관의 요청이 있는 때에는 그 기관에서 평생교육활동에 종사하는 자의 능력향상에 필요한 연수를 실시할 수 있다.</p>	<p>이 조항에서도 평생교육을 위한 국가 및 지방자치단체의 의무를 강조하고 있다.</p>
제19조 (평생교육진흥원)	<p>국가는 평생교육진흥과 관련된 업무를 지원하기 위하여 평생교육진흥원(이하 "진흥원"이라 한다)을 설립한다.</p>	<p>국가는 평생교육진흥을 위한 평생교육진흥원 설립을 설립해야 한다. 이러한 규정에 따라 2008년 평생교육진흥원이 설립되었다. 아직까지는 평생교육진흥원이 노인평생교육이나 여성평생교육에는 관심을 쏟고 있으나 여전히 장애인평생교육, 특히 중증장애인을 위한 평생교육에는 관심이 부족하다. 장애인을 위한 평생교육부서를 만들고 구체적이고 실질적인 연구가 있어야 할 것이다.</p>
제23조 (학습계좌)	<p>국가는 국민의 평생교육을 촉진하고 인적자원의 개발·관리를 위하여 학습계좌(국민의 개인적 학습경험을 종합적으로 집중 관리하는 제도를 말한다)를 도입·운영할 수 있도록 노력하여</p>	<p>학습계좌도입은 매우 의미 있는 영역이다. 물론 중증장애인에게도 예외는 아니다.</p>

	<p>야 한다.</p> <p>「초·중등교육법」 및 「고등교육법」에 따른 각 급 학교의 장은 평생교육을 실시함에 있어서 평생교육의 이념에 따라 교육과정과 방법을 수요자 관점으로 개발·시행하도록 하며, 학교를 중심으로 공동체 및 지역문화 개발에 노력하여야 한다.</p> <p>각 급 학교의 장은 해당 학교의 교육여건을 고려하여 학생·학부모와 지역 주민의 요구에 부합하는 평생교육을 직접 실시하거나 지방자치단체 또는 민간에 위탁하여 실시할 수 있다. 다만, 영리를 목적으로 하는 법인 및 단체는 제외한다.</p> <p>제2항에 따른 학교의 평생교육을 실시하기 위하여 각 급 학교의 교실·도서관·체육관, 그 밖의 시설을 활용하여야 한다.</p> <p>제2항 및 제3항에 따라 학교의 장이 학교를 개방할 경우 개방 시간 동안의 해당 시설의 관리·운영에 필요한 사항은 해당 지방자치단체의 조례로 정한다.</p>	<p>평생교육의 이념에 따라 각 급 학교는 수요자의 요구와 기대에 따라 교육프로그램과 방법을 개발하고 시행해야 한다. 이것을 통하여 학교는 지역사회 개발의 중심이 될 것이다.</p> <p>학교는 지역사회 시민의 평생교육의 실천을 위하여 시설을 개방하여 학교가 평생교육의 실질적인 장이 될 수 있도록 하여야 한다.</p>
제29조 (학교의 평생교육)		
제30조 (학교부설 평생교육시설)	<p>각 급 학교의 장은 학생·학부모와 지역 주민을 대상으로 교양의 증진 또는 직업교육을 위한 평생교육시설을 설치·운영할 수 있다. 평생교육시설을 설치하는 경우 각 급 학교의 장은 관찰청에 보고하여야 한다.</p> <p>대학의 장은 대학생 또는 대학생 외의 자를 대상으로 자격취</p>	<p>대학은 중증장애인을 포함하여 대학생 외의 자를 대상으로 다양한 평생교육과정을 운영할 수 있다. 예를 들어 Campus Life 프로그램 등을 통하여 중증장애인도 대학의 시설 및 환경을 통하여 자립생활 등 개개인의 필요에 따른 요구를 채워나갈 수 있다.</p>

	<p>득을 위한 직업교육과정 등 다양한 평생교육과정을 운영할 수 있다.</p> <p>각 급 학교의 시설은 다양한 평생교육을 실시하기에 편리한 형태의 구조와 설비를 갖추어야 한다.</p>	
제36조 (시민사회단체 부설 평생교육 시설)	<p>시민사회단체는 상호 유기적인 협조체제를 구축하고 공공시설 및 민간시설 등 유휴시설을 활용하여 해당 시민사회단체의 목적에 부합하는 평생교육과정을 운영하도록 노력하여야 한다.</p> <p>대통령령으로 정하는 시민사회단체는 일반 시민을 대상으로 하는 평생교육시설을 설치·운영할 수 있다.</p> <p>제2항에 따른 시민사회단체 부설 평생교육시설을 설치하고자 하는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 교육감에게 신고하여야 한다. 이를 폐쇄하고자 하는 경우에는 그 사실을 교육감에게 통보하여야 한다.</p>	<p>중증장애인들은 학령기 이후에 극소수의 직업인이나 고등교육의 진학을 제외하고 거의 모두 지역사회 내에서 또는 가정 내에서 지역적이고 반복적인 활동을 하거나 보호를 받으며 지내게 된다. 이러한 측면에서 볼 때 장애인이 평생 살아가야 할 지역사회 내에서 평생교육과정이 존재하고 그 프로그램에 중증장애인들이 참여할 수 있다면, 중증장애인의 사회로의 자연스러운 전환 및 개인의 질적 삶의 향상을 도모할 수 있을 것이다.</p>

(3) 평생교육법 [일부개정 2008.2.29 법률 제8852호]

평생교육법은 2007년 10월 17일 일부 개정되고 2008년 4월 18일 새롭게 시행된 것으로 여기에서도 중증장애인의 평생교육과 관련된 조항을 찾아볼 수 있다.

평생교육법에 명시된 관련 규정

제2조	<p>‘교육은 홍익인간의 이념 아래 모든 국민으로 하여금 인격을 도야하고 자주적 생활능력과 민주시민으로서</p>	<p>민주주의 국가에서는 중증장애인도 민주시민이며 그들의 교육권은 바로 이 조항에 근거한다. 민주시민이며 국민이기에 다른 사람들에게 주어지는 권리를</p>
-----	--	--

	<p>필요한 자질을 갖추게 하여 인간다운 삶을 영위하게 하고 민주국가의 발전과 인류공영의 이상을 실현하는데 이바지하게 함을 목적으로 하고 있다.’</p>	<p>주장할 수 있는 것이다.</p>
제3조	<p>‘모든 국민은 평생에 걸쳐 학습하고, 능력과 적성에 따라 교육받을 권리를 가진다.’</p>	<p>여기에는 중증장애인의 평생교육에 대한 권리의 근거가 분명히 언급되어 있다. 중증장애인도 인격을 형성하고 성장하며 발달해 갈 권리를 의미하며, 이는 국민의 한사람으로서 인간의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구하고 인간다운 생활을 영위하는데 필수적인 조건이다.</p>
제4조	<p>‘모든 국민은 성별, 종교, 신념, 사회적 신분, 경제적 지위 또는 신체적 조건 등을 이유로 교육에 있어 차별을 받지 아니 한다.’</p>	<p>이 조항에서는 모든 인간은 외적 내적 조건에 따라 차별받지 않아야 함을 말하고 있다. 즉 인간의 보편성에 근거한 권리 보장을 의미하는 것이다. 따라서 중증의 장애를 가지고 있다하더라도 교육에 있어 차별을 받지 않는다는 것으로 중증장애인의 평생교육의 근거를 더욱 확실히 밝히고 있다.</p>
제10조 1항	<p>국민의 평생교육을 위한 모든 형태의 사회교육은 장려되어야 한다.</p>	<p>평생교육의 형태가 그 대상자의 요구와 기대에 부응해야 하며, 당연히 중증장애인의 요구와 기대에 맞는 형태로 이루어져야 한다.</p>

(4) 장애인 등에 대한 특수교육법

2007년 5월 25일 제정되고 2008년 5월 26일 새롭게 시행되는 장애인 등에 대한 특수교육법은 '교육기본법 제18조에 따라 국가 및 지방자치단체가 장애인 및 특별한 교육적 요구가 있는 사람에게 통합된 교육환경을 제공하고 생애주기에 따라 장애 유형·장애정도의 특성을 고려한 교육을 실시하여 이들의 자아실현과 사회통합을 하는데 기여하기 위함' 이라고 그 제정 이유를 밝혔다. '생애주기에 따라' 라는 용어 규정과 같이 이 법은 제정 당시 장애인의 학교교육만이 아니라 생애주기별로 그들의 요구에 적절한 교육을 제공하는데 목적을 두고 있는 것이다. 즉 중증장애인 평생교육의 필요성을 분명하게 밝히고 있는 것이다.

장애인 등에 대한 특수교육법에 명시된 관련 규정

제1조	'국가와 지방자치단체는 사회통합의 이념에 따라 장애인이 그 연령·능력·장애의 중별 및 정도에 따른 충분한 교육을 받을 수 있도록 교육의 내용과 방법의 개선 등 필요한 시책을 강구하여야 한다.'	이것은 장애인복지법에 따른 중증장애인들에게도 교육의 기회가 주어져야 한다는 것을 의미한다. 장애의 중별 및 정도의 구분이 없이 평생교육의 권리가 주어진다 것은 특별히 그 장애가 심하다하여 국민으로서의 교육받을 수 있는 권리를 배제할 수 없다는 것이다.
제3조 (기본이념)	장애인복지의 기본이념은 장애인의 완전한 사회 참여와 평등을 통하여 사회통합을 이루는 데에 있다.	장애인의 완전한 사회참여의 방법의 일환으로 생애주기에 따른 평생교육은 그 의미를 갖는다.
제6조 (중증장애인의 보호)	국가와 지방자치단체는 장애 정도가 심하여 자립하기가 매우 곤란한 장애인(이하 "중증장애인"이라 한다)이 필요한 보호 등을 평생 받을 수 있도록 알맞은 정책을 강구하여야 한다.	중증장애인은 자립을 위하여 보호 외에도 자립을 위한 끊임 없는 교육과 지원을 필요로 한다.
제8조 (차별금지 등) 1항	누구든지 장애를 이유로 정치·경제·사회·문화생활의 모든 영역에서 차별을 받지 아니하고, 누구든지 장애를 이유로 정치·경제·사회·문화생활의 모든 영역에서 장애인을 차별하여서는 아니 된다.	정치·경제·사회·문화생활의 모든 영역에서 장애인이 차별받지 않기 위해서 장애인은 지속적인 교육과 지원을 필요로 한다.
제19조 (사회적응 훈련)	국가와 지방자치단체는 장애인이 재활치료를 마치고 일상생활이나 사회생활을 원활히 할 수 있도록 사회적응 훈련을 실시하여야 한다.	평생교육은 사회적응 훈련의 좋은 한 방안이다.
제20조 (교육)	국가와 지방자치단체는 사회통합의 이념에 따라 장애인이 연령·능력·장애의 종류 및 정도에 따라 충분히 교육받을 수 있도록 교육 내용과 방법을 개선하는 등 필요한	이는 국가와 지방자치단체가 장애인의 사회통합을 위하여 가장 실질적이고 효과적인 교육정책을 모색해야 함을 의미한다. 그리고 그 교육정책은 장애인의 생애주

정책을 강구하여야 한다.	기에 따라 지속적인 형태로 이루어져야 한다.
---------------	--------------------------

(5) 장애인복지법 [(타)일부개정 2008.2.29 법률 제8852호] 장애인 복지법에 명시된 관련 규정

제33조	(장애인 평생교육과정)	(시행일 2008.5.26)
제33조 1항	'각급 학교의 장은 해당 학교의 교육환경을 고려하여 「장애인복지법」 제2조에 따른 장애인의 계속교육을 위한 장애인 평생교육 과정을 설치·운영할 수 있다.'	이것은 현재의 모든 정규교육기관 또는 고등교육기관까지 포함하는 범위 안에서 장애인 평생교육을 위한 구체적 노력을 요구하는 것이라 볼 수 있다. 장애인 평생교육과정을 설치·운영할 수 있다는 것이 선택적 조항이긴 하지만 법적 근거를 제시하여 중증장애인을 위한 평생교육과정과 그에 따르는 프로그램을 개발·연구를 해야 함을 요구할 수 있다는 것은 평생교육권에 대한 합리적인 동등성을 의미하는 것이라고 볼 수 있다.
제33조 2항	'평생교육법」에 따른 평생교육시설 및 평생교육단체는 장애인의 평생교육 기회의 확대를 위하여 별도의 장애인 평생교육과정을 설치·운영할 수 있다.'	별도의 장애인 평생교육과정 속에는 중증장애인도 포함된다.
제33조 3항	'평생교육법」 제13조에 따라 설치된 평생교육센터는 장애인의 평생교육 기회 확대 방안 및 장애인 평생교육 프로그램을 개발하고 연구하여야 한다.'	평생교육 프로그램은 중증장애인 개인의 요구와 필요에 따라 구성되어야 한다.
제33조 4항	'평생교육법」 제14조에 따라 설치된 지역평생교육정보센터는 평생교육단체와 평생교육시설이 장애인 평생교육과정을 설치·운영할 수 있도록 지원하여야 한다.'	평생교육법의 개정으로 평생교육(진흥)원 및 평생교육협의회 설립을 명시하고 있다.
제34조	'국가 및 지방자치단체는 초중등	중증장애인의 경우 정규교육을 받

1항 (장애 인평생 교육시 설의 설치)	교육을 받지 못하고, 학령기를 지난 장애인을 위하여 학교형태의 장애인평생교육시설을 설치·운영할 수 있다.	지 못하고 가정이나 시설에 방치, 보호되는 사례가 많다. 비장애인의 경우 학령기를 지났다 하더라도 원격교육의 형태나 공민학교 형태의 기관에서 해당 과정을 이수하고 자격을 인정받는 경우가 있다. 그러나 중증장애인의 경우 매체 활용에 어려움이 있고 원거리의 프로그램을 찾아다녀야 하기 때문에 참여하기 어려운 경우가 많다. 또한 정규교육 과정을 학습하는 경우는 학습상의 특성으로 인해 효율적으로 참여하기 어렵다. 따라서 학령기를 지난 중증장애인들에게는 그들만의 요구와 필요를 충족시킬 수 있는 교육과정과 내용, 방법 등으로 구성된 평생교육 형태가 있어야 할 것이다.
제34조 2항	국가 및 지방자치단체 외의 자가 제1항에 따른 장애인평생교육시설을 설치하고자 하는 때에는 대통령령으로 정하는 시설과 설비를 갖추어 교육감에게 등록하여야 한다.	
제34조 3항	국가 및 지방자치단체는 장애인 평생교육시설의 운영에 필요한 경비를 예산의 범위 안에서 지원하여야 한다.	국가 및 지방자치단체는 장애인 평생교육에 책임을 지고 지원해야 한다.

(6) 장애인 차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률

2007년 4월 10일 제정되고 2008년 4월 11일부터 새롭게 시행된 장애인 차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률에서도 중증장애인의 평생교육 관련 조항을 찾아볼 수 있다.

장애인 차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률에 명시된 관련 규정

제 1	'이 법은 모든 생활영역	여기에서 국가는 중증장애인을 포함
-----	---------------	--------------------

조	에서 장애를 이유로 한 차별을 금지하고 장애를 이유로 차별받은 사람의 권익을 효과적으로 구제함으로써 장애인의 완전한 사회참여와 평등권 실현을 통하여 인간으로서의 존엄과 가치를 구현함을 목적으로 한다.'	한 모든 장애인이 완전한 사회참여와 평등권 실현을 할 수 있도록 지원해야 함을 명시하고 있다. 사회는 인간 성장을 위한 최선의 환경이며, 완전한 인간으로 성장하기 위해 인간은 사회의 구성원으로서 어떠한 방식으로든 사회에 참여해야 한다. 중증장애인으로서는 사회에 참여하기 위해서는 생애주기에 따른 지속적인 교육이 필요로 한다. 또 중증장애인에게 평생교육은 사회 참여를 위한 것이며 동시에 사회 참여의 과정으로 이해할 수 있다.
제8조	'국가 및 지방자치단체는 장애인 및 장애인 관련자에 대한 모든 차별을 방지하고 차별받은 장애인 등의 권리를 구제할 책임이 있으며, 장애인 차별을 실질적으로 해소하기 위하여 이 법에서 규정한 차별 시정에 대하여 적극적인 조치를 하여야 한다.'	이 조항은 국가 및 지방자치단체는 장애인이 이 사회 속에서 어떠한 방식으로든 차별을 받지 않도록 해야 함을 명시하고 있다. 장애인 당사자는 이 사회 속에서 적극적으로 '차별'에 맞서 싸우기 위해 평생교육이 필요하다. 이와 더불어 국가와 지방자치단체는 차별 금지와 관련된 구체적인 프로그램의 마련과 그에 대한 법률적 제도를 구비해야 한다. 차별을 '실질적'으로 해소한다는 것은 바로 차별이 이루어지고, 이루어질 수 있는 세세한 부분까지 적극적으로 나서 개입하고 개선해야 한다는 의미이다.

7) 발달장애를 갖고 있는 사람들의 지역사회통합 지원을 위한 보조공학의 활용과 지원

발달장애를 갖고 있는 사람들의 독립성 및 지역사회에서 일상생활의 참여율을 높이기 위해 보조공학의 효율적으로 활용 되어야 한다.

8) 발달장애를 갖고 있는 사람들의 지역사회통합을 위한 문화생활 지원

발달장애를 갖고 있는 중증장애인의 지역사회통합은 주거, 직업등의 기초문제 해결을 만 갖고는 실현되기 어렵다. 그것은 교육권과 함께 기본적 문화권과 문화와

여가 생활에 대한 욕구충족과 문화생활에 대한 충분한 기회를 보장되어야만 가능하다. 지역의 사회통합을 위한 지원센터의 주요 역할도 이러한 문화생활을 지원하는 방향으로 가야한다.

9) 발달장애를 갖고 있는 사람들의 지역사회통합을 위한 이동권의 보장

10) 발달장애를 갖고 있는 사람들의 지역사회통합을 위한 활동보조의 지원

토론 1.

김경미(숭실대 사회복지학과 교수)

참고문헌

신현기역, 정신지체, 시그마프레스, 2008

진정숙, 한국지체부자유아교육학회지, Vol.49. 2007. 1. pp. 161-179

특교교육재활과학연구, Vol.46, Nr.4, pp.77-101,2007

김윤태외, 중증장애인을 위한 평생교육원 정책연구, 전북교육청

토론 2.

김병철

토론 3.

박장용(인천 민들레장애인야학 교육국장)

토론 4.

박문희(함께가는 서울장애인부모회 부설 서울장애인가족지원센터장)