

통합적(Inclusive) 법적능력제도를 위하여*

— 정상과학에서 위기과학으로 그리고 다시 오다 —

웨인 마틴(Wayne Martin)

영국 엑시스터대학 자율성 프로젝트 교수

번역 : 김유진**, 감수 : 박인환***



배움에 있어서나 기질적으로나 저는 철학자입니다. 저는 14년 동안 성인의 능력과 인권 분야에 서만 일해 왔습니다. 지금 여기에 있는 분들 사이에서 저는 새내기입니다. 저는 처음 세계대회에 참석했습니다. 여기 에딘버러에서 함께 지내는 동안 제가 깨달은 한 가지는 우리가 알든 모르든 우리 회의들에서 다른 한 철학자의 저작이 크게 다가오고 있다는 점입니다.

지금부터 60년 전 토마스 쿤(Thomas Kuhn)은 과학 혁명의 구조(The Structure of Scientific Revolutions)¹⁾라는 책을 출간했습니다. 그 책에서 그는 과학적 연구방법, 과학적 탐구의 논리, 과학 발전의 형태에 대한 일반적인 설명에 반론을 제기하였습니다.

쿤이 내세운 가장 유명하고 영향력 있는 개념

은 당연히 과학적 패러다임에 관한 아이디어였습니다. 이는 과학분야의 새로운 연구종사자들을 훈련시키고, 연구할만한 과학적 문제를 제기하고 그것들을 해결하는 방법들을 미리 설명하는 데 사용되는 하나의 모범적인 과학적 성취였습니다. 쿤은 과학적 패러다임은 무엇이 연구할 가치가 있는 문제로 인정되는지, 무엇이 증거로 인정되는지, 무엇이 해결책으로 인정되는지에 대한 공유된 인식을 제공한다고 보았습니다. 그래서 우리가 여기서 성인의 능력을 위한 새로운 패러다임에 대해 이야기할 때마다 우리의 토론은 토마스 쿤의 정신에 의해 활기를 띠게 됩니다.

제가 쿤을 지금 여기서 언급하는 이유는 과학적 패러다임에 관한 그의 풍부한 개념 때문이 아니라 과학사에 대한 그의 설명에 있는 보다 근본

* 이 글은 2022년 6월8일에서 9일까지 개최된 성인의 법적능력에 대한 세계대회의 최종 본회의에서 발표된 구두발표를 가볍게 편집한 것이다. 이 글의 영문본은 Mental Capacity Law and Policy website에 “20 Minutes of Synthetic Remarks for Adrian”라는 제목으로 게재되어 있다. 제목을 수정하고 몇 가지 인용을 추가한 것 외에 글은 세계대회 폐회에서의 구두 발표의 형태와 내용, 스타일을 유지하였다.

** 서울대학교 대학원 사회복지학과 박사과정수료,

*** 편집인, 협회 부회장, 인하대학교 법학전문대학원 교수.

1) Thomas Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, first published in Neurath and Carnap (eds.) *International Encyclopaedia of Unified Science* Vol II (1962); reprint: Chicago, University of Chicago Press, 1962.

적인 개념 때문입니다. 물리학이든 우주론이든 화학이든 생물학이든 모든 발달한 과학의 역사를 설명할 때 쿤은 두 단계를 구분합니다. 그는 이것을 ‘정상과학’과 ‘위기과학’이라고 불렀습니다.

정상과학의 시대에 연구종사자들은 공유하고 있는 연구과제의 요소들에 대하여 널리 암묵적으로 공유된 이해를 가지고 있습니다. 연구하여야 할 중요한 문제가 무엇인지, 누가 그 분야의 지도적 연구종사자인지, 미해결의 문제들에 대하여 증거에 기반한 해답을 만들어내는 적합한 방법론이 무엇인지 나아가 결과에 대하여 결정적인 증명으로 인정되는 것이 무엇이고 결정적인 반론으로 인정되는 것이 무엇인지에 대한 폭 넓은 공감대가 있습니다. 정상과학에 있어서 연구를 하는 과학자들은 적어도 넓은 의미에서는 그들이 제기하고 있는 질문들에 대하여 미리 대답을 알고 있다고 쿤은 주장합니다. 정상과학에서의 업적은(보다) 정확한 해답을 명확히 증명하는 데에서 나온다는 것입니다.

쿤에 따르면 위기과학의 시대에는 그렇지 않다고 합니다. 일반적으로 그동안 지배적이었던 이론과 접근법에 문제가 있다는 인식이 커져가더라도 연구종사자들은 문제를 공식화하는 것에 대해서조차 동의하지 않고 일부는 문제가 있다는 것을 전혀 인정하지 않습니다. 위기과학의 시기에는 방법론이나 접근법, 권위에 대한 컨센서스가 없습니다. 그 대신에 서로 상충되는 접근법들을 잡다하게 나열하는 것이 늘어납니다. 그 가운데 일부는 결국 지배적인 것이 되고 다른 것들은 나중에 말도 안 되는 것으로 보일 것입니다. 쿤에 따르면 위기과학의 생산적인 시대들은 과학혁명으로 절정

에 이르게 되는데, 과학혁명에서는 모든 미해결의 문제들에 대해서가 아니라 돌이켜 보면 말썽을 일으켰던 한두 가지의 문제들에 대한 매력적이고 우아한 해결책이 발견된다고 합니다. 지적모험을 좋아하는 쿤의 독자라면 제가 학생으로서 이 책을 읽었을 때와 같은 태도를 갖게 될지 모르겠습니다. 저는 그때 “나는 위기과학의 시대에 살고 싶다.”고 생각했습니다. 정상과학은 아마도 모든 것이 괜찮을지는 모릅니다. 문제들이 제기되면 해결되고, 질문에 대답이 제공되며, 이론적 실무적 성과들이 축적되고 경력이 만들어집니다. 그러나 정상과학은 아폴로니안(Apollonian, 역자 주: 그리스신화에서 제우스의 아들인 아폴로로부터 나온 개념으로 규율을 준수하고 온화하고 이성적이며 균형 잡힌 인간형을 말한다. 그 상대개념인 디오니시안(Dionysian)은 그리스신화에서 술의 신인 디오니소스에서 유래한 개념으로 제멋대로이며 열광적인 인간상을 말한다.)입니다. 반면에 진정한 모험은 모든 것에 가능성이 열려 있고 우리가 같은 방식으로서는 계속할 수 없다는 생각이 커져가고, 정상과학의 생산성의 시대에는 시간낭비라고 폐기되었을 근본적으로 새로운 접근법들이 시도될 필요성과 가능성이 모두 존재하는 디오니소스적 시대에 일어납니다.

그래서 우리는 법적능력의 무대에서 새로운 패러다임을 가졌을 수 있고 가지지 못하였을 수도 있습니다. 정말로 만약 쿤이 옳다면 우리는 역사적 회고를 통해서만 우리가 새로운 패러다임을 가졌는지 여부를 알게 될 것입니다. 그러나 이번 세계대회에 근거해서 우리가 엄청나게 생산적이고 원대한 혁명의 과정에 참여하고 있는 행운아

들이라는 점은 분명히 말할 수 있습니다. 우리 대회가 유엔장애인권리위원회 부위원장의 강력한 성명²⁾을 포함하는 세션으로 시작해서 첫째날이 안나(Anna Arstein-Kerslake)의 발표³⁾로 마무리된 것은 대회의 취지에 적합한 것이었습니다. 역사는 이들을 혁명의 주동자로, 특히 안나(Anna)는 혁명의 시대 중요한 세계사적 문서의 저자가운데 하나로 기록될 것입니다. 안나(Anna)로부터 가보 고펜스(Gabor Gombos, 역자 주: 가보 고펜스는 1977년부터 1990년까지 네 차례 정신병동에 입원한 적이 있는 헝가리의 정신장애 당사자이자 정신장애 운동가로서, 최초로 헝가리 정신의료에 관한 단체를 설립하여 정신의료소비자 네트워크, 환자협의체, 정신장애인을 위한 환자지원단체 등을 육성하여 유럽과 전세계 정신장애인 인권운동에 큰 영향을 미쳤다.)의 별세에 관한 소식을 듣게 된 것은 충격이었습니다. 그는 혁명의 도화선에 불을 붙였고 침대에 묶여 있을 때조차 결코 혁명의 바리케이트를 버리지 않았습니다. 실제보다도 훨씬 큰 가보(Gabor)의 이미지를 더 이상 세계후견대회가 아닌, (성인의 능력에 관한) 대회의 본회의에 떠오르게 하는 것보다 시대가 변하고 있다는 것을 더 분명히 보여줄 수 있는 신호는 없을 것입니다.

저는 여러 해 동안 가보(Gabor)를 아주 잘 알 수 있는 기회가 있었습니다. 어떤 점에 대하여 가보(Gabor)는 저에 대한 인쇄심을 잃고 공공연히 저를 비난하였습니다. 그것은 아마도 우리들 중

많은 분들이 이미 겪었던 경험일 겁니다. 그러나 그때에도 가보(Gabor)는 저에 대한 기대를 버리지 않았습니다. 사실 저는 나중에 그가 제 방법의 잘못들을 깨우치게 할 수 있는 사람들이 제 주위에 있도록 조치를 취했다는 것을 깨달았습니다. 저는 그들과 일을 계속하는 것이 그와 함께 계속 일하고 있는 것임을 압니다.

그러나 이번 대회에서 우리가 혁명적 과학의 엄청난게 높은 생산력을 가진 시대를 살아가고 있다는 점이 분명하다면 그러한 작업은 아직 끝나지 않았다는 것 역시 분명합니다. 정말로 지난 몇 일 동안의 회의과정에서 제가 깨달은 한 가지가 있다면 그것은 우리가 정확히 쿤이 묘사한 그러한 시대 가운데 살고 있다는 것입니다. 쿤의 표현에 따르면, 우리는 문제의 본질에 대한 폭 넓은 공감대가 형성되어 가고, 과거에 계속되어 오던 것처럼 그대로 계속할 수는 없다는 위기과학의 시대를 살고 있습니다. 쿤의 설명에 따르면 그 자체가 과학 발전의 하나의 형태입니다. 그러나 우리가 아직 알지 못하는 것은 무엇이 그 문제에 대한 지속가능한 해결책 (또는 해결책들)이 될 것인가입니다. 좀 더 정확하게 말하면 우리는, 각자 방향을 제시하지만 모두 같은 방향을 가리키지는 않는 많은 접근법들이 존재하는, 쿤이 말하는 생산력이 풍부하지만 불확실한 단계에 있습니다. 불과 4년 전만 하여도 그러한 제안들은 기껏해야 나침반 위의 (정책)방향에 불과했습니다. 이제 점점 더 그것들은 잘 구성되고 체계화된 행동 프로

2) Jonas Ruškus, "Equal Recognition Before the Law as Obligated under the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities," WCAC 2022.

3) Anna Arstein-Kerslake, "Autonomy and Protection," WCAC 2022.

그램이 되었습니다. 정말로 상당히 많은 나라(법
제)들에서 성문법이 되었거나 되려고 하고 있습
니다.

저는 이 마지막 세션에서 이 대화를 통하여 우
리가 배운 것과 그것이 앞으로 나아갈 길에 대하
여 시사하는 것이 무엇인지에 대하여 검토해 달
라는 - 아마도 지시를 받았다는 것이 적절한 표현
일 것 같습니다만 - 요청을 받았습니다.

물론 이것은 불가능한 일입니다만, 일단 한 번
해보도록 하겠습니다. 이미 지적했듯이 우리는
이 대화의 많은 다양한 발표들이 공통의 과제에
대한 공유된 이해들을 검토하는 지점에 도달해
있다고 생각합니다. 제가 그러한 도전에 대하여
명시적으로 정식화(formulation, 定式化, 체계적
설명방식)하는 경우에 그것이 공감대를 해치는
것이 되지는 않기를 바랍니다.

다음은 내가 그것을 어떻게 구성하였는가입
니다.

**질문 : 이전에는 사회에서 완전한 인정에서 배제되
었던 사람들을 최대한 통합하는(inclusive) 고령자와
장애인의 권리를 존중하는 법적능력에 관한 새로운
제도는 어떻게 만들어져야 하는가?**

저는 그러한 설명에 반대하거나 혹은 더 정교
하게 하는 것을 환영하지만, 그러한 도전에 밀접
하게 관련된 여러 변형들은 우리 모두의 공유된
생각을 반영할 것이라고 생각하고 그러길 희망합
니다. 쿤의 물리학의 역사에 비유해 보면, 우리는
행성의 역행운동이라는 기이한 현상에 대하여,
그 설명이 어떠해야 하는지에 대하여 합의된 이

해를 가지고 있지는 않지만, 설명할 필요가 있음
을 모두가 인정하는 시점에 있습니다.

한 걸음 더 나아가 봅시다. 개막회의에서 유엔
장애인권리위원회 부위원장 요나스 러스커스
(Jonas Ruškus)는 우리에게 국제법적 효력이 있
는 시도의 중요한 구상을 일깨워 주었습니다. 협
약 제12조 제2항은 분명하게 계약국은 장애를 가
진 사람이 삶의 모든 측면에서 다른 사람과 동등
한 기초 위에서 법적능력을 향유한다는 것을 인
정한다고 규정하고 있습니다.

우리 대부분은 비록 이 약속이 아직 실현되고
있지는 않지만 이 약속에 대하여 공식적으로 동
의한 나라들에서 일하고 살고 있습니다(안타깝게
도 그 예외는 저의 미국인 친구들입니다).

그러나 이미 이러한 정식화로 우리는 공감대의
한계 그리고 남아 있는 미해결의 작업의 시작점
에 이르고 있습니다.

미해결 과제를 매핑(mapping)하는 데 있어서
저는 “다른 사람과 동등한 기초 위에서”라는 협
약 제12조의 정식화라는 점에서 특히 하나의 조
항에 주의를 기울이기를 원합니다. 그 구절은 협
약에서 반복해서 나타납니다. 그리고 그것이 나
타나는 곳에서는 언제나 약속을 상기시키거나 장
애에 기초한 차별을 종식시키기 위한 도전을 위
하여 사용됩니다. 그러나 같은 구절이 필수적인
그 다음 질문의 표지로서도 사용됩니다. 즉, 완
전한 법적능력의 인정의 기초는 무엇일까요? 무
엇이 되어야 할까요?

요나스(Jonas)는 우리에게 그 질문에 대한 하나
의 해답을 제공해주었습니다. 요나스의 허락을
받아서 저는 그것을 가보(Gabor)의 대답이라고

부르려고 합니다. 그것은 협약 제12조에 대한 일반평석 제1호에 반영되어 있습니다⁴⁾. 이것은 아마타 다한다(Amita Dhanda)의 유력한 논문⁵⁾에 강하고 분명하게 표현되어 있고 그것이 요나스(Jonas)의 힘 있는 개막 연설에서 다시 인용되었습니다.

가보(Gabor)의 대답은 단순하면서도 강력합니다. 법적능력의 인정의 기초는 인간성(humanity) 이상도 이하도 아니라는 것입니다⁶⁾.

우리가 공유하는 인간성(humanity)이야말로 완전한 법적주체성(legal agency)을 포함하는 완전한 법적능력(legal capacity)을 인정하는 기초입니다. 그 효과는 분명합니다. 누구이건 사람의 완전한 권리행사를 배제하는 규정과 관행은 폐지되어야 합니다. 이 시점에서 저는 공감대를 넘어서는 영역에 들어 왔다고 말해도 괜찮다고 생각합니다.

우리의 공통과제에 대한 가보(Gabor)의 대답은 옳은 것일 수도 있고 옳지 않은 것일 수도 있습니다. 제가 여기서 그 질문에 답을 하지는 않겠습니다. 그러나 그것이 제게 제기한 결정적인 미해결의 문제가 있고 그것은 제가 요나스(Jonas)와 다른 사람들에게 앞으로의 연구와 토론, 논쟁을 위하여 가능한 한 분명하게 제기하고자 하는 것입니다. 정말로 우리가 공유한 인간성이 법적능

력의 인정에 충분한 근거가 된다면, 모든 인류가 완전한 법적 행위주체성(legal agency)을 포함한 완전한 법적능력(legal capacity)을 보유하는 것이 인정되어야 한다면, 가보(Gabor)의 대답이 아동에게 있어서 의미하는 것은 무엇일까요?

논리적 관점에서 우리는 여기서 딜레마에 직면한 것처럼 보입니다. 저는 요나스(Jonas)의 이 대회에서의 값진 공헌에 경의를 표하고 이 번 주초에 그와 제가 이 주제에 관하여 공유한 생산성 높은 토론을 상기하면서 그것을 러스커스(Ruškus)의 딜레마로 부를 것을 제안합니다.

딜레마는 전형적으로 양자택일의 형태를 취합니다. (EITHER) 인간의 유아들은 완전한 법적 행위주체성(legal agency)을 포함하는 완전한 법적능력(legal capacity)을 향유해야 하거나, (OR) 법적 행위주체성 인정의 동등한 기초는 사실은 인간성(humanity)만은 아니어야 합니다. 그것은 다른 어떤, 인간성 플러스이어야 합니다.

이제 저는 확실히 이 딜레마의 두개의 뿔은 추가적인 조사와 탐구를 할 가치가 있다고 생각합니다. 첫 번째 뿔을 다루기 위하여 우리는 유아를 포함하여 인간의 아동에게 완전한 법적 행위주체성을 갖는다고 인정하는 의미가 무엇인지를 가지고 고심을 할 필요가 있을 것입니다.

4) UN Committee on the Rights of Persons with Disabilities, 2014: *General Comment No 1, Article 12: Equal Recognition before the Law*, CRPD/C/GC/1.

5) Dhanda, A., 2007: "Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the Past or Lodestar for the Future", *Syracuse Journal of International Law & Commerce*, 34, 429-462.

6) 이것이 다한다(Dhanda)의 정식화(formulation)입니다. 근본적으로 인류 앞에 두 가지 선택지가 있습니다. 하나는 모든 사람이 법적능력을 가지고 있다는 것을 인정하는 것이고, 다른 하나는 법적능력이 보편적인 인간의 속성이 아니라고 주장하는 것입니다." Dhanda 2007: 457. 일반평석 제1호의 정식화는 다음과 같습니다. "법 앞에 동등하게 인정받을 권리는, 법적능력은 인간성에서 비롯된 사람에게 존재하는 천부적 보편적 속성이고 장애를 가진 사람도 비장애인과 동등하게 기초 위에서 인정받아야 하는 것임을 함축하고 있습니다(GC1, para. 8 강조된 부분). 나는 러스커스(Ruškus)가 이 대회에서 발표한 내용을 접하지는 못했지만, 메모에 다음과 같이 썼습니다. "모든 사람은 단지 인간이라는 이유로 법적능력(legal capacity)과 행위주체성(legal agency)을 갖는다."

두 번째 빨을 다루기 위해서는 우리는 단지 인간성을 넘어서, 완전한 법적 행위주체성을 인정하기 위한 “동등한 기초”를 구성하는 또 다른 요소가 무엇인지에 대하여 질문을 던질 필요가 있을 것입니다.

저는 이 두 가지 질문을 풀기 위하여 노력하는 분들이 이 방에 그리고 우리들의 더 넓은 동료 공동체에 있다는 것을 알고 있습니다. 저는 우리가 아르헨티나에서 다시 만날 때 이 중대한 딜레마를 다루는 데 있어서 이루어낸 진척을 보고하는 데에 하나의 세션을 할당할 것을 제안하고 싶습니다. 러스커스(Ruškus) 딜레마가 해결되지 않은 상태에서 제가 가보(Gabor)의 대답이라고 언급한 것에 어떻게 만족할 수 있을지 모르겠습니다. 그래서 해야 할 일이 남아 있습니다⁷⁾.

이제 다음 주제로 넘어가겠습니다.

다음 우리의 앞길에 놓여 있는 결정적인 질문은 의사(will)와 선호(preferences)의 개념과 관련이 있습니다. 저에게 있어서 우리 대회에서 가장 흥미로운 것 중에 하나는 전세계의 여러 나라들에서 일하는 동료들로부터 협약의 권리(rights), 의사(will), 선호(preferences)의 존중 원리가 성년자의 능력에 관한 새로운 접근에 통합되고 있는 서로 다른 방식들에 대하여 칭찬하는 것이었습니다. 한국으로부터 시작하겠습니다.

어제 인하대학교에서 온 박 교수는 우리에게

한국에서의 발전을 요약해 주었습니다⁸⁾.

제가 박 교수의 발표를 이해한 바에 따르면 한국에서는 정책 또는 권리옹호에 관한 사회분야에서 대체의사결정을 ‘불가피한’ 것으로 보기 때문에 대체의사결정을 폐지하려는 움직임은 나타나고 있지 않습니다. 그러나 제가 박교수의 발표자료 두 번째 것에서 들었던 것은 특히 매력적인 것이었습니다. 그는 그의 분석을 통하여 한국의 성년후견법에 내포되어 있는 실무지침을 끄집어내었습니다. 그러한 실무지침 가운데에 특히 언급할 만한 것이 두 가지가 있습니다.

그의 정식화는 다음과 같습니다.

“후견인이 본인의 의사를 존중해야 할 의무를 위반하여 의사결정을 한 경우, 그 결정은 후견인의 권한을 남용한 것으로서 무효이다”

“후견인이 본인의 의사 존중의 원칙에 위반한 경우, 후견인은 본인의 손해를 배상할 책임이 있다.”

박교수의 제안이 “넓은 패러다임”이라고 말하는 것이 적절한 후견시스템 안에서, 그럼에도 불구하고, 협약의 권리, 의사, 선호의 존중이라는 원칙의 입장을 포섭하는 그 작동하는 방식에 주목하십시오. 그렇다고는 해도 박교수는 상당히 근본적으로 보호주의의 원칙이 한국의 접근법에 영향을 미치고 있음을 보여주는 그러한 방식들을 강조하였습니다.

예를 들면 한국의 가정법원과 관련하여 박 교수의 실무지침은 본인을 보호하는 데에 불가피한

7) 딜레마 뒤에는 트릴레마가 숨어 있다. 가보(Gábor)의 대답의 지지자가 아동이 그들의 인간성에도 불구하고 인간다움에도 불구하고 완전한 법적 능력이 있는 것으로 인정되어야 한다는 것을 부인하는 경우, 인정을 거부하는 근거는 다음 중 하나여야 합니다. (i) 오직 나이; (ii) 다른 요인과 함께 나이; 또는 (iii) 오직 다른 요인. 이러한 각 옵션들은 일반평석에서 발전된 지위에 영향을 미칩니다.

8) Inhwon Park, “Good Practices of Supported Decision-Making under the Korean Adult Guardianship System,” WCAC 2022.

경우가 아닌 한 본인의 자연적 의사에 반하여 후견인을 선임해서는 안 된다는 원칙을 포함하고 있습니다. 이러한 예외의 원칙에 관한 설명들은 우리 대회에서 발표된 많은 나라들을 살펴 볼 때에 반복적으로 나오는 것입니다.

볼커 립(Volker Lipp) 교수는 독일에서 곧 시행될 획기적인 법률개정에 관하여 특유의 우아함과 효율성으로 설명을 해주었습니다⁹⁾. 그 법률개정은 다른 무엇보다도 성년후견인(Betreuer)의 선임이 본인의 어떤 법적능력의 제한도 발생시키지 않는다는 독일의 원칙을 분명히 보여주기 위한 의도가 있습니다. 그렇다고는 해도 볼커(Volker)는 계속해서, 만약 제가 그를 정확히 이해하였다면, 독일에서는 대체의사결정의 유형이 남아 있다는 점을 분명히 밝혔습니다.

다음은 제 노트에 쓴 것입니다.

볼커(Volker): “만약 본인이 결정을 할 수 없고 심각하게 해를 입을 가능성이 있다면 권리를 보호하기 위한 최후의 수단으로 법원은 강제조치를 할 권한이 있다.”

아일랜드 공화국은 대체의사결정을 폐지하여

협약의 준수를 향하여 움직이고 있는 네 나라 중 하나로 요나스(Jonas)의 축하를 받았습니다. 그러나 아인느(Aine Flynn)는 자신의 설명에서 아일랜드에도 예외의 원리가 남아 있다는 것을 분명히 하였습니다¹⁰⁾.

예를 들면, 아일랜드에서 새로운 공동의사결정의 약정에 있어서 공동의사결정자는 본인의 의사와 선호를 따라야 할 의무가 있습니다. 그 의무는 (여기서 우리는 예외의 원칙과 만나게 됩니다!) ‘합리적으로 예견할 수 있는 심각한 위해가 없는 한 ...’ 을 유지하고 있습니다¹¹⁾.

내가 아는 한 여기 에딘버리에서는 발표되지 않았지만 페루에는 다른 종류의 예외가 있습니다. 페루는 협약 준수로 가는 길을 우리에게 보여주었던 것으로 요나스(Jonas)가 언급한 네 나라 가운데에 하나입니다. 그러나 페루의 입법부는 민법에 깊게 뿌리박힌 어떤 상태에서 의사를 표시할 수 있는 사람과 할 수 없는 사람을 구별하였습니다¹²⁾.

콜롬비아의 새로운 입법은 행위자가 절대적으로 자신의 의사나 선호를 어떤 가능한 의사소통의 수단, 유형, 방식으로든 자신의 의사와 선호를 표시할 수 없는 경우에 법원에 의한 대리인 선임

9) Volker Lipp, “Law Reform in Germany: Re-Balancing Freedom and Protection,” WCAC 2022.

10) Aine Flynn, “Legislative Reform in Ireland: A New Framework for Support,” WCAC 2022.

11) “[A] 공동의사결정권자는 ... 해당 결정과 관련하여 임명자의 의사를 따라야 한다. ... 이러한 승인 또는 서명이 임명자 또는 타인에게 심각한 위해를 초래할 것으로 합리적으로 예견할 수 있는 경우에는 그러하지 아니하다.” Republic of Ireland, Assisted Decision-Making (Capacity) Act 2015; Article 19 (5); emphasis added.

12) 예를 들면 입법령(Legislative Decree) 제1384조(2018. 9. 4. 채택) 제659-E조 참조: “예외적으로 판사는 본인의 의사를 표시할 수 없는 장애인에 대하여 필요한 지원을 결정할 수 있다... 이 조치는 본인으로부터 의사표시를 얻기 위하여 실질적이고 상당하고 적절한 노력을 기울이고, 그들에게 접근성과 합리적인 편의의 제공을 위한 조치가 제공된 다음 그리고 그들의 권리를 보호하고 그 행사를 지원하기 위하여 지원의 지시가 필요한 때에 정당화된다.” 법적 능력의 체제에서 “의사의 표시”의 개념의 기초적 위치에 대한 논의는 Martin, W. “La Voluntad de la Persona”를 참조. [Respect for the Will of the Person] (in Spanish), forthcoming in Bach and Yaksic (eds.), Capacidad Mental, Discapacidad y Derechos Humanos [Mental Capacity, Disability and Human Rights] (Supreme Court of Mexico, Human Rights Division), 2022. [English version of this MS available upon request.]

을 고려합니다¹³⁾.

마지막으로 스코틀랜드는 어떤가요? 세계가, 스코틀랜드, 여기에서 무엇이 일어나는지 보기 위하여 지켜보고 있습니다. 정말로 세계는 지켜 보기 위하여 여기에 왔습니다. 이미 스코틀랜드의 검토는 생산성 높은 이 특별한 혁신의 시대에 뚜렷한 기여를 하였습니다. 제가 언급한 다른 나라들과 마찬가지로 스코틀랜드는 본인의 권리, 의사, 선호의 존중 원칙을 법적능력에 관한 새 제도에 심어 놓기로 결정하였습니다. 그리고 다른 나라들처럼 스코틀랜드의 보고는 예외 원칙의 필요성을 예견하고 있습니다. 가령 강제 개입이 본인의 기본적 권리들을 전반적으로 보호하는 데에 활용 가능한 최선이라고 확인되는 경우 그리고 본인이 스스로 자율적으로 결정할 수 없는 경우에는 대체의사결정의 방식이 필요 ... 허용될 수 있다고 합니다¹⁴⁾.

앞으로를 전망하면 저는 우리가 두 가지를 예측할 수 있다고 생각합니다. 쿤의 표현에 의하면 저는 우리가 위기과학과 새로운 정상과학 사이의 전환기에 들어섰다고 생각합니다.

새로운 시대에 우리는 완전한 법적능력의 인정을 위한 기초에 관한 토론이 계속될 것임을 기대할 수 있습니다. 그러한 토론은 결코 사라지지 않을 것입니다. 그리고 우리는 그 중에서도 러스커스(Ruskus)의 딜레마를 해결하기 위하여 노력을 다하여야 할 것입니다. 그러나 저는 우리는 예외

의 원칙이 어떻게 정식화되는지에 따라서 다른 나라들에서 서로 다른 형태를 취하게 될 새로운 토론들이 연속되게 될 것이라는 것도 기대할 수 있습니다. 한국에서는 과감한 법률가들이 박교수의 가설을 실험할 시험케이스를 찾을 것입니다. 한국에서 후견인의 행위가 그 결정이 확인될 수 있는 본인의 의사나 선호에 반대된다는 것을 이유로 무효화될 수 있을 것인가? 우리가 그것을 확인하게 되기를 기대합니다.

아일랜드에서는 무엇보다도 공동결정의 합의의 당사자인 본인의 의사와 선호에 따른다는 원칙의 한계들이 시험될 필요가 있습니다.

페루에서는 문제가 된 어떤 사안에서 언제 본인이 의사를 표시할 수 있고 언제 표시할 수 없는지를 분명히 하기 위하여 조사, 활동, 소송을 할 필요가 있습니다.

여기 스코틀랜드에서는 본인의 기본권 권리의 전반에 대한 개입이 미치는 총체적인 영향의 평가를 어떻게 실천할 것인지에 관하여 새로운 종류의 토론이 이미 시작되었습니다. 이것들은 모두 중요하고, 힘든, 생산적인 문제들입니다. 그것들이 저에게는 잘 정식화되어 있다는 점에서 그리고 그것들을 엄격하게 다룰 잘 확립되고 승인된 방법론이 존재한다는 점에서 쿤이 말한 류의 정상과학의 문제들처럼 들립니다.

저는 이러한 새로운 연구들에 대한 결과를 들을 수 있기를 고대합니다¹⁵⁾.

13) [E] titular del acto se encuentre absolutamente imposibilitado para manifestar su voluntad y preferencias por cualquier medio, modo y formato de comunicación posible.” Colombia; Ley 1996 (2019); Article 48.

14) Scottish Mental Health Law Review, Consultation (March 2022); <https://cms.mentalhealthlawreview.scot/wp-content/uploads/2022/05/Scottish-Mental-Health-Law-Review-Consultation.pdf>.

15) 2022년 세계성년후견대회의 총괄회의에서 이런 마무리 발언을 할 수 있는 기회를 주신 아드리안 워드(Adrian Ward) 그리고 한국 독자층이 이용할 수 있도록 지원해 주신 박인환 교수님께 감사드립니다.

필자에 대하여 : 캠브리지(영국)과 버클리(미국)에서 공부한 Wayne Martin은 철학자이다. 2009년부터 그의 연구의 대부분은 철학, 인권, 돌봄 정책의 학제적 교차점에 있었다. 에식스 대학교(영국)의 자율성 프로젝트(Autonomy Project) 책임자로서, 그는 임상, 사회적 돌봄, 법률전문가 및 서비스 이용자와 긴밀히 협력하며 손상 또는 장애 상태에서의 의사결정에 대하여 더 잘 이해하기 위하여 연구해 왔다.

그의 연구팀은 정신 건강과 정신능력 법을 현대적 인권기준에 맞추기 위한 지속적인 노력으로 영국과 전 세계의 정부기관들에게 연구 지원을 제공한다. 자율성 프로젝트에 대한 추가 정보는 프로젝트 웹 사이트(<http://autonomy.essex.ac.uk>)에서 확인할 수 있다.

▶ 속보(速報) CRPD 제2·3차 병합보고서에 대한 유엔장애인권리위원회의 최종견해 공표 (71면 계속)

유엔장애인권리협약(United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, 이하 협약)의 국내적 이행에 관한 대한민국 정부의 제2·3차 병합보고서에 대한 유엔장애인권리위원회의 심의와 최종견해의 공표 !

유엔의 장애인권리위원회(Committee on the Rights of Persons with Disabilities, 이하 위원회)는 2022년 8월 24일, 25일 스위스 제네바에서 개최된 제598회, 제599회 회의에서 장애인권리협약의 국내적 이행에 관한 한국정부의 제2·3차 병합보고서에 대한 심의를 마치고, 9월 5일 개최된 제614차 회의에서 한국 정부의 협약 이행에 대한 평가와 권고를 담은 최종견해(concluding observations)를 공표하였다. 위원회는 최종견해에서 특히 현행 성년후견제도와 관련하여 법 앞의 동등한 인정(제12조), 사법접근성(제13조), 자유와 안전(제14조), 고문, 잔혹하고 비인간적이거나 모멸적 치료나 형벌의 금지(제15조) 등에 관하여 한국 정부에 대하여 다음과 같이 권고하였다.*

법 앞의 동등한 인정(제12조)

27. 위원회는 심리사회적 및/또는 지적장애를 이유로 장애인의 능력을 제한하는 후견 및 대체의사결정제도를 폐지하기 위한 진전이 없고, 이 제도를 지원의사결정제도로 완전히 대체할 수 있는 시간계획이 제시되지 않았다는 점에 대하여 깊이 우려한다. 또한 위원회는 장애인과 그 가족의 이해를 높이기 위하여 접근 가능한 형태로 의사결정지원에 관한 정보제공이 이루어지고 있지 않다는 점에 대해서도 우려한다.
28. 위원회는 이전의 권고(제1차 보고서에 대한 최종견해 para. 22)를 다시 반복하며 동등한 법 앞의 인정에 관한 일반평석 제1호(2014)에 따라서, 당사국은,
 - (a) 후견과 기타 보호조치(wardship)를 포함하는 대체의사결정을, 장애를 가진 사람의 자율성, 의사, 선호를 존중하고 개별화된 지원의 제공을 보장하는 의사결정지원으로 전환하고,
 - (b) 장애를 가진 사람들이 그들을 대표하는 단체를 통하여, 장애를 가진 사람의 법적능력의 인정과 의사결정지원 메커니즘에 관한 개혁 과정과 관계자들에 대한 훈련에 효과적이고 독립적으로 참여할 수 있도록 보장하며,
 - (c) 점자, 수어, 쉬운 표현(Easy Read)과 같이 접근 가능한 형태로 의사결정지원이 무엇인지에 관한 정보를 개발하기 위한 준비 및 재원을 마련하고 이를 장애를 가진 사람과 그 가족들에게 널리 제공하여야 한다.

* Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Concluding observations on the combined second and third reports of the Republic of Korea (adopted by the Committee at its twenty-seventh session (15 August–9 September 2022)).