

## 障害者権利条約履行のための国内法研究

——障がい者基本法制定を中心に

キム・ドンキ（牧園大学社会福祉学科教授）

○イ・ソック（韓国障がい者財団事務総長）

ソン・ヒョンソク（韓国障がい者連盟広報局長）

### 1 序論

障がい者問題に対する当事者の自覚と障がい者団体の活動は、障がい者との関連法制度の政策発展に大きく寄与してきた。韓国政府と市民社会は、障がい者の問題を社会問題として受け入れ、障がい者の問題は単純に福祉とリハビリテーションの問題ではなく、人権の問題としてアプローチしていくべきだというコンセンサスを形成しつつあり、このような流れは、韓国国内的には、障がい者差別禁止および権利救済に関する法律、そして国際的には障害者権利条約が制定されるというかたちになり、障がい者問題に対する人権的なアプローチが大きな流れとなった。

しかし、韓国社会において障がい者問題は、依然としてその目標に対する社会的合意がなされていない。このような問題は、障がい者政策



イ・ソック氏

が障害者の現在の問題に対して一時的に対応しているだけで、障がい者が社会の構成員として自らのアイデンティティを持ち自己肯定の主体として暮らすことができるビジョンと希望を提示できずにいる。

そのため、障がいのない者が中心の社会は、障がい問題に対して消極的であり、依然として医療モデルにとどまっており、今後もその可能性が高い。

このように、韓国社会で障がい者問題に対する目標への合意がなされない大きな理由のうちの 하나가、障害者権利条約を国内で履行できる実効性のある推進体が存在しないということである。つまり、障害者権利条約の目的と内容を国内で適用および実現するための必要な国内法の整備がまだ整っていないのである。もちろん、障害者権利条約の批准と合わせて国内では「障がい者差別禁止および権利救済に関する法律」が制定、施行され、障害者権利条約の国内適用のため、一部分の実効性がある手段が整ったことも事実である。しかし、それだけでは、不十分であることも確かだ。

つまり、障害者権利条約は、人権法として福祉法より内容がかなり膨大であり、いくつかの法が個別に施行され、国内の完全履行を担保するのは不可能なのである。よって、障害者権利条約の履行のためには、障害者権利条約の下位法律であり、国内の障がい関連法の一般法的性格を持つ「障がい者基本法」のような法律制定が必要である。すなわち、障害者権利条約に込められた目的と内容を国内の状況に合わせてその骨格を維持しながら、国内の障がい関連法の方向性と内容を有機的に統合し調整できる法律の制定が必要である。よって、本研究は、障害者権利条約の国内履行のための障がい者基本法の基本内容を提案し、国内の障がい関連法との有機的な関係性を展望することを目的とする。

## 2 理論的背景

### 2.1 障害者権利条約制定をめぐる障がいパラダイムの変化

「障がいパラダイムの変化」とは「障がいを見る観点の変化」と定義することができ、最初の障がいパラダイムは「障がい」を個人の悲劇として認識する「個人悲劇論」から始まったとみられる。ユン・サモは「個人悲劇論」から出発した「障害パラダイム」は、1980年WHO（World Health Organization, 世界保健機関）が発表したICIDH（International Classification of Impairments, Disabilities and Handicaps）によって本格的な議論が始まり、1997年6月に

発表された ICIDH-2 (ICIDH beta-1draft) と 2001 年 5 月に発表された ICF (International Classification of Functioning, Disability and Health) による変化の過程を経た後、2006 年障害者人権条約の制定で「障がいパラダイム」は「人権」へと帰結したとする (ユン・サモ 2007)。

1980 年、WHO は ICIDH という概念の枠によって「障がい」を機能障がい (impairment)、能力障がい (disability)、社会的不利 (handicap) に区分して定義し、「障がい」の原因を個人的な機能障がい (impairment) に置いた (チャン・スホ 2010)。つまり、個人の身体的・精神的な機能障がいと能力障がいへと発展した結果、社会的不利を受けることになるのだ。上述のように ICIDH の分類は「医療モデル」に基づいた完全な「リハビリテーションパラダイム」であった。つまり、障がい者が経験する全ての社会的分離の責任は、障がい者個人にあるため、物理的・文化的障壁そして偏見等の社会的障壁を障がい者個人が医療的リハビリテーションによって取り除くべきということであり、これは「障がい」問題の解決のためにはリハビリテーション医療によって障がい者を主流社会へ取り込むべきだという完全な「リハビリテーションパラダイム」であった。ICIDH 分類について障がい当事者や団体は、機能障がい、能力障がい、社会的不利の間の明確な線引きが難しく、機能障がい以外にも能力障がいと社会的不利に影響を与える要因、つまり「環境因子」や「社会的要因」に対する認識が欠けているという問題点を提起し、批判した (ユン・サモ 2007)。

上述の批判により WHO は、個人が接する「障がい」を機能障がい、活動 (activity)、参加 (participation) という三つのレベルを利用し説明した ICIDH-2 を 1997 年 6 月に発表した (チャン・スホ 2010)。ICIDH-2 は、障がいに対する概念と分類において社会的側面と環境的側面を強調し、ICIDH の分類で解決できなかった社会的障がい、つまり外見上の機能障がいはなくとも明らかに社会から差別を受けており、社会参加の制限を受けている障がい問題を扱っており、意義のあるものである。

しかし、ICIDH-2 が提示している障がいの概念もまた社会・環境的要因を少し強調しているだけで、ICIDH の分類と実際にはたいした差がなかった。つまり、この概念も活動制限 (activities limitation) と参加制約 (participation restrict)

の原因を個人の機能障がいに関心を向け「障がいの医療化」を目指すものであり、「障がい」問題において「環境的要素」の考慮が不足していたのである。上述の批判によって WHO は、2001 年 5 月に「障がい」を作り出す環境的要因を強調した ICF を発表した（チャン・スホ 2010）。ICF は、人間の機能問題を機能障がい、活動制限、参加制約によって分類し、この三つの領域全てでまたは一つの領域において遭遇する困難を「障がい（disability）」と規定した。

ICF は、身体機能、活動、参加、環境の肯定的側面を理解し測定するのに使用することが可能であり、中立的な言語を使用し、障がいの類型と原因を区別しなかった。また「障がい」を「個人の健康状態や個人的・環境的要因で構成される状況要因の相互作用の結果」と規定しており「障がい」を単純に個人が持っている身体的、精神的機能障がいによるものだけを説明しておらず、個人的機能障がいや疾病、状況的脈絡（環境的要素と個人的要素）との相互作用によって「機能」と「障害（disability）」を説明した（韓国障がい者財団 2012）。ICF は「障がい」問題が個人的・医療的影響から抜け出すことができるきっかけを作った。しかし「障がい」を「個人の健康状態や環境的要因で構成された状況要因の相互作用の結果」として規定することで、完全な社会・環境的なレベルで「障がい問題」をアプローチする部分ではまだ不十分である。

一方、2000 年代に入って「障害」の問題を「人権」の問題としてアプローチすべきだという世界的な流れの中で、2001 年から国連障害者権利条約制定の動きが本格化し始め、2002 年第 1 次国連特別委員会につづき 2003 年 6 月第 2 次国連特別委員会決議によって、障害者権利条約制定のための基礎段階として作業部会の設置を決議し、障がい者の権利と尊厳の保護および促進のための国際条約制定の第一歩を踏み出した（韓国 DPI 2003）。

障害者権利条約の制定は、これまで「障害者の権利に関する宣言」「障害者に関する世界行動計画」「障害者の機会均等に関する標準規則」等、疎外されてきた障がい者に対してさまざまな国際的な努力があったにもかかわらず、障がい者の権利がそれほど改善されなかったという現実的な問題を国際社会が認めるようになり、これを別の人権保障条約として成案したことに大きな意味を持つ。特に障害者権利条約制定は、障がい者を保護の対象として見られていた

観点から、障がいのない者と平等に人間の基本的権利を享有する主体として認め、その基本権権利の実現のために国家社会の義務を認めることになった。このような観点から障害者人権条約の制定は、これまでそれぞれの国の足並みが揃わずに進められてきた障がい者に対する視角の変化、障がい者人権の促進、障がい者の福祉パラダイムの変化を最終的に反映したことが分かる（韓国障がい者財団 2012）。

つまり、障害者権利条約の制定は、障害の問題が社会統合に関する問題であり、基本的人権保障の観点から国家社会に障がい当事者の主体的な暮らしの実現のため措置を取るべき問題として認識させ、障がいに対するパラダイムの変化に大きな役割を果たし、「障がいパラダイム」を「人権」として帰結させたのである。韓国もこのような世界的な流れに合わせ、障がい関連法と政策の制定を障害者権利条約を根拠にし「人権パラダイム」として一刻も早く転換すべき時が来たのではないだろうか。

## 2.2 障害者権利条約と韓国障がい関連法の課題

一般に個人の法律上の生活は国内法に依拠するが、国際法も個人の法律上の生活を規律できる法的権限を持っている。つまり、憲法第6条1項では「憲法により締結・公布された条約と一般に承認された国際法規は国内法と同じ効力を持つ」と規定されており、国際法が国内法と同一の効力を持っているという点を明らかにしている。

しかし、国際法を憲法によって締結・公布されたからといってすぐさま国内に適用できるのかという点については明確に整理されていない。また、国際法が国内法との関係においてどのような地位を持っているかに関しても見解が分かれている。チョ・ヒョンソクは「国内法的効力を持った条約だからといって、条約または条約の条項によって直接執行（直接適用）できる場合と別の追加立法措置が必要な場合に分けることができ、これは司法の判断で残されており、自己執行力が認められた場合は、1) 条約がその施行と効力において別の国内的執行行為を必要としない場合、2) 条約が明白で詳細に規定されており別途の国内的執行行為を必要としない場合、3) 条約が個人に権利または義務

を付与している場合、以上三つの要素を満たさなければならない」としている(チョ・ヒョンソク 2009)。

また、「障害者権利条約は、個人に直接、権利と義務を付与する条約ではない。なぜなら、常に『当事国は義務がある』、『当事国は促進しなければならない』、『当事国は保障しなければならない』、『当事国は保護しなければならない』、『当事国は措置を取らなければならない』といったように、個人に権利の義務を付与するというよりは、当事国の義務を強調しているからだ。よって、おそらく裁判所は同条約を履行するための追加的な立法措置を求めるだろう」と語った(チョ・ヒョンソク 2009)。韓国政府は、条約の批准前に国内法と障害者権利条約の内容が相反する部分がないかどうか検討をおこなった結果、障害者権利条約第 25 条 e) 項<sup>1)</sup>が韓国の商法第 732 条<sup>2)</sup>と相反していたため、韓国政府は第 25 条 e) 項については留保し、国会に批准同意案を提出した。政府の国家報告書<sup>3)</sup>には「商法第 732 条によって精神障がい者の障がいの程度と関係なしに生命保険の契約締結が不可能になる点を考慮し、2008 年 8 月上記条項の改正案を国会に提出した。同改正案が国会で成立すれば韓国は、条約第 25 条の e) の留保撤回を検討する予定である」と書かれている。国内法の整備で権利条約の留保条項について国会批准が行われるという点を明らかになり、権利条約履行のためには、国内法の制定・改正等、追加的な措置が取られるということが確認できる。

以上が、権利条約の国内適用においての方法と手続きの問題であった。そして、障害者権利条約が、他の法律とどのような関係を持つのかということについて法的地位の問題がある。憲法第 6 条 1 項) で明らかなように国内法と同じ効力を持つとあるが、条約と国内法が相反する場合、何を優先し、適用するのかという問題がまだ残されている。条約の批准前に国内法と相反する部分について、事前の整備で問題要素を事前に取り除くことができるが、商法第 732 条と条約第 25 条 e) のように明らかに相反する問題の場合、国内法の制定・改正の手続きを踏んではいるが、依然として条約の解釈とこれによる適用に問題があるため、商法第 732 条以外の権利条約と相反する余地も多く残っている。この場合、権利条約と国内法のうち、どちらを優先し適用するのかという問題

は慎重に検討すべき問題である。

この問題について、チョは「人権条約は、通常の条約とは違う特殊な性格を持っているため、その他の条約とは違う法的地位にある。つまり、国際法上の人権規約は、人間の尊厳と価値を保護するためのものであり、単純な国内問題ではなく、世界で保障しなければならないため、そのような内容は、韓国の憲法上保障されている基本権と概ね一致する。このような点を考慮すると、人権条約の一つである障害者権利条約は、韓国憲法の解釈原理の一つとして憲法を解釈するとき、一つの基準になると言える」と話している（チョ・ヒョンソク 2009）。これは、権利条約が国内法と不一致である場合、国内法の改正を引き出せるだけでなく、障害者権利条約の国内履行に必要な新しい法律の制定にも影響を与えるかもしれない。

法律には、各法の制定趣旨と目的がある。憲法第6条1項において「憲法により締結・公布された条約と一般に承認された国際法規は国内法と同じ効力を持つ」という規定がある。この条項の趣旨と目的は韓国そして国際社会で合意された内容について国内法と同じ地位を付与し、これを忠実に履行するということであろう。この観点から考えると、権利条約の国内履行において直接適用するのか、それとも追加的な立法措置で履行するのかという問題は、それほど重要ではないかもしれない。むしろ、立法趣旨に合わせてこれをどのように国内に履行するのかという問題が優先されなければならない。また、人権は、一つの国家の問題ではなく国際社会の全ての人々が享有すべき普遍的権利としてこれを尊重し、促進、保護すべき義務を各国の政府は当然受け入れなければならない、これを約束することが権利条約に対する国家レベルでの批准なのである。

### 2.3 障害者権利条約履行と関連した国内障がい関連法の制限

韓国では、障がい者を直接的な対象として作られた単独の法が多く存在している<sup>4)</sup>。各法律に障がい関連の条文まで含めると約1,000件にわたる関連の内容がある。他の先進国と比べても、ひけをとらないほど多様な領域で、障がい者関連の法的制度の装置が存在している。障がい者のたゆまない努力と犠牲、市民社会の積極的な支持と参加がこうした今日の成果を生んだといえる。しかし、

障がい者の問題は、依然として韓国社会において最も遅れており、障害者は最も教育を受けられず、最も貧しく、最も疎外されている代表的な集団のままでもある。

これは、法的制度の装置がまだ障がい者の権利と尊厳を促し保護する上で、限界があるということの裏返しである。障害者権利条約が制定、批准され、韓国も権利条約の当事国になった。批准当事国は、批准後2年以内に第1次報告書を提出してから、毎年4年ごとに定例報告書を提出することになっている。これは、条約の批准当事国が権利条約をある程度履行しており、条約の完全な履行のためにどのような履行計画があるのか審議し、各当事国の積極的で能動的な条約履行を導いていくためである。

このように条約は、一次的に各当事国の履行努力を求めるものであり、これを持続的にモニタリングするための国際法である。つまり、各当事国に条約履行のための義務があるということである。このような義務は、単に政府当局の意思にまかせるのではなく、法と制度によって政府の義務と責任を明らかにするのはもちろんのこと、市民社会の積極的な参加と実践するための努力を引き出し、人権状況全般が改善できるようにすべきである。このため、国内法のうち、障がい関連法が権利条約の履行にどのような問題があり、限界があるのかどうか見極め、これを補完するための努力は、一番優先すべき条項であると言える。

すべての法律および条項に対する検討は、今後の課題とし、まず何点か象徴的な条項の検討と補完のための提案でまとめたい。まず、憲法第34条5項「身体障がい者および疾病、高齢その他の事由により生活能力がない国民は、法律が定めるところにより、国の保護を受ける」という規定から修正すべきである。憲法に唯一明示されている障がい者を生活能力がない代表的な事例として載せているこの条項は、韓国社会において障がい者がどのような位置にいるのかを最も象徴的に表しているものである。これを障害者権利条約制定の趣旨および目的に合わせて修正してから、下位の法律がこれに適合する法の制定趣旨と目的を持つことができるのである。

障がい者関連法の基本法といえる障がい者福祉法もその内容を大幅に修正

する必要がある。現障がい者福祉法は第1条の目的において「この法が、障がい者の人間らしい暮らしと権利保障のための国と地方自治体等の責任を明白に」とあり、障がい者の権利保障のための国と地方自治体等の責任を明白に規定するとあるが、条項の多くに「努力しなければならない、できる」等の任意条項がまた多くあるため、政府および地方自治体の責任を明確にしてもいないし、義務を明示することもできていない。また障がい者福祉法は「障がい発生防止と障がい者の医療・教育・職業訓練・生活環境改善等に関する事業を定め、障がい者福祉対策を総合的に推進し」とし、保険福祉領域だけでなく障がい者の暮らし全般にわたっている。特に、「障がい発生の防止」は、障がい者に対する政策でないにもかかわらず、目的に明示されており、障がい者の福祉および尊厳、権利に触れる部分で相反する部分である。また「障がい者の自立生活・保護・手当支給等に関して必要な事項を定め、障がい者の生活安定に寄与する等障がい者の福祉と社会活動参加の促進によって社会統合に貢献することを目的とする」とあり、障がい者も社会に統合させることについて触れてはいるが、障がい者を排除、分離し、物理的、非物理的な社会環境に対してどのような変化させていくのかについての言及がなく、依然として社会で共生するための社会統合のための障がい者の努力に焦点を合わせている。

また、障がい者の定義において障がい者福祉法第2条の障がい者の定義を示している第1項によると「障がい者とは身体的・精神的な障がいにより長い間、日常生活や社会生活で相当な制限を受けている者を指す」とあり、障害者権利条約前文e) 項<sup>5)</sup> および第1条の目的<sup>6)</sup> において明らかにしている定義とはかなり異なっている。障がい者福祉法第2条2項<sup>7)</sup> においても身体的障がい、精神的障がいを別に定義し、このうちの一つに該当する障がいのある者として規定しており、権利条約の「障がい」および「障がい者」の定義とは異なって規定されているため、この改正が必要である。障がいと障がい者の定義を行うことは、どのように障がいと障がい者を理解し、それを基盤に障がい者関連政策をどのようにアプローチしていくのかを決定する重要な条項である。

障がい者差別禁止法および権利救済に関する法律第8条の国および地方自治体の義務を示す1項<sup>8)</sup> において国と地方自治体に差別禁止、権利救済の責任、

積極的に差別是正措置を規定している。また第2項においては<sup>9)</sup>、正当な便宜が提供できるよう必要な技術、行政、財政の支援をすべきであると規定している。一方、障害者権利条約は、障がい者の尊厳と権利保障のため、政治、経済、社会、文化といった全領域にわたって政府の積極的な措置を強調しており、差別禁止法の差別防止、権利救済、差別是正の前に、権利を保障するための先制的かつ積極的な措置の責任が政府の義務であることを明らかにしている。差別禁止法が権利侵害、差別に対する救済および是正にその法律の制定目的があるとするれば、障害者権利条約は、権利を規定し、これを保障するための積極的な措置の履行にその目的があるということである。このような点において、権利条約と差別禁止法は相互補完的であり、権利条約の目的である権利の規定とこれの保障を明示し、中央・地方政府の義務を明らかにする国内法の制定が必要である。

一方、母子保健法第14条の人工妊娠中絶手術の許容の限界を示す1項1号では「本人や配偶者が大統領令で定める優生学または遺伝学的な精神障がいや身体の疾患がある場合」人工妊娠中絶手術を合法的に認めており、同条3項において第1項の場合本人や配偶者が心神障がいにより意思表示ができない時には、その親権者や後見者の同意をもって、親権者や後見者がいない時には扶養義務者の同意をもって本人の同意とみなすことができる」と規定しており、障害者権利条約前文n項<sup>10)</sup>、第10条<sup>11)</sup>、第17条<sup>12)</sup>、第23条<sup>13)</sup>と真っ向からぶつかる代表的な条項である。障害者権利条約は、障がい者みずからの選択権、生命権、個人の固有性、家庭や家族に対する尊重を障がい者の権利として宣言し、これを保護し尊重すべき義務を政府に付与している。このような条約の制定趣旨および目的に合わせてみると、代表的な反障がい者的条項である母子保健法第14条に対する改正を議論する必要がある。

また、民法改正で施行を目前にしている成年後見制度の場合も、障害者権利条約第12条の法律の前にひとしく認められる権利条項として法と制度の制定・改正の議論が必要である。これは、権利条約の制定当時にも議論されていた内容で、障がい者の法的権限と行為能力を制限することは、権利条約の制定趣旨と目的に合っていない代理人制度により、障がい者自らの判断と決定によって

法的権限を行使できるよう支援する制度としてアプローチすべきだという条約の制定趣旨に照らし合わせてみると、民法改正による成年後見制度の国内施行は考慮すべき事項である。

障がい者の福祉、雇用、教育、権利救済、差別禁止等を規定した法と制度の数は相当存在している。しかし、国内に存在している多くの法と制度、政策が、権利条約の制定趣旨と目的にしっかり合っているのかという点においては、まだ多くの問題を抱えている。簡単にいくつかの事例の検討を確認したように、多くの障がい、障がい者関連の法と制度はより精密に、かつ掘り下げて検討をする必要があり、補完および改善、新しい案の整備が急がれる。その中でまず我々が考慮すべき部分は、障害者権利条約の理念を完全に盛り込んだ障がい者基本法の制定である。障がい者基本法は、既存の法のなかに障がい関連法を加えるのではなく、権利条約の制定趣旨と目的に合わせて障がい者の権利とこれを保障すべき政府の義務を明確に規定し、障がい関連法および条項間の相互有機的な補完で体系的かつ統一的な枠を持つ基本法としての法が必要である。

#### 2.4 日本における障がい者政策関連法の最近の動向

日本の障がい者政策関連法の始まりは、第2次世界大戦以降である。戦後日本は、児童福祉法（1947年）、身体障害者福祉法（1949年）、精神保健および精神障害福祉に関する法律（1950年）、知的障害者福祉法（1960年）を制定した。以降、障害者基本法（1970年）により「障がい」に対する基本理念が盛り込まれた法律を制定し、最近の動向としては2013年4月に施行予定の障害者総合支援法制定関連の動きが挙げられる。

戦後から始まった日本の障がい者政策の歴史は大きく4段階の時期に分けることができる。第一に戦後から2003年まで、第二に2003年から2006年まで、第三に2006年から2012年まで、第四に2013年4月からに分けることができる。日本の障がい者政策の時期別の特徴は次の通り簡単にまとめることができる（チョ・ウォンイル 2007）。第一に、措置費制度の時期（戦後～2003年）だが、「措置費制度」は、サービスの利用者、提供者の自由な契約関係を認めず、必然的に、不必要な福祉費用の増加をもたらした。またこの時期の日本は、経済

が長引いて低迷し、少子高齢化時代の到来による福祉効率性を求める時代の流れと合わなかった。その結果、支援費制度という新しい制度の転換が必要になった。

第二に、支援費制度の時期（2003年～2006年）であるが、「措置費制度」と比較すると「支援費制度」の最も大きな特徴は、障がい者とサービスの提供者との自由な「契約」である。「支援費制度」は、利用者と指定事業者が直接契約するため、利用者が指定事業者を選択できた。しかし「支援費制度」は従来の「措置費制度」のリハビリテーションモデル理念を打破した理念上の革新があったにもかかわらず、制度施行による財源をしっかりと確保できず施行後3年で廃止された。

第三に、障害者自立支援法の時期（2006年～2012年）であるが、障害者自立支援法の最大の弱点として指摘されているのが「応益負担」<sup>14)</sup>制度である。この制度の導入にあたって障がい観の概念上の性質に注目しなければならない。障害者自立支援法以前の本人負担方法はいわゆる「応能負担」<sup>15)</sup>であった。障がいの種類や程度による福祉サービスの提供の根拠は、多元化（つまり生産的福祉の適用対象であるか、人権的側面の適用対象であるか是非）であるべきだ。しかし、障害者自立支援法の「応益負担」の原則は、福祉サービスを受けるすべての障がい者を生産的福祉の適用対象として一元化したのだ。これは、障がい者福祉サービスの対象を、少しでも生産を期待できる一部の障がい者に限っただけでなく、人権的側面で福祉サービスを提供する意思がないということを明確にするものである。結局、障害者自立支援法は、経済、非支配層としての障がい者が置かれている政治、重度・重複化や多様化として特徴付けられている障がいの固有の特性を反映できておらず、「人権」問題としてアプローチしていく障がいパラダイムの反映はおろか、社会福祉的観点だけの評価ですら理念的・実践的に後退した。

第四に、障害者総合支援法の時期（2013年4月～）だが、「障がい者関連法制度の全面再検討」の作業が進んでいる時期であり、2009年12月に「障がい者制度改革推進本部」が設立し、2010年1月に「障がい者制度改革推進会議」が発足、本格的な議論に入った。早くから日本の障がい者たちは「障害者自立

支援法」の「応益負担」問題で「障害者自立支援法」の代替となる新しい法案制定の必要性を認識していた。「障がい者関連法制度の全面再検討」の作業が実務会議の性格を持ち「障がい者制度改革推進会議」を構成した。

「障がい者制度関連推進会議」は、5年間の改革期間（実質3年間）と位置づけ「遅くとも2013年8月までに『障害者自立支援法』を廃止、新しい総合的な福祉法制を実施する」<sup>16)</sup>という計画を立て、新しい総合的な福祉法制は、国連障害者権利条約、自立支援法訴訟の基本合意書を基礎としており、その名称は「障害者総合福祉法（障害者の日常生活および社会生活を総合的に支援するための法律）」とされた。また「障がい者制度改革推進会議」は、障害者権利条約の内容を基礎として「障害者総合支援法」を制定することとし、障害者権利条約の批准を前提にしており、障害者基本法、障害者差別禁止法、障害者虐待禁止法、障害者総合福祉法、教育、雇用、障害物除去、情報アクセス、所得保障および関連法に明示されている「障がい」（「障がい」の定義）に対する検討も予定している。「障がい者制度改革推進会議」が推進している内容の通り、「障害者総合支援法」が制定された場合、「障害者総合支援法」は、国連障害者権利条約の内容を基礎に制定された基本法の性格を持つことになる。

現在「障がい者制度計画推進会議」が進められているなか、特に「障害者総合支援法」制定の方向性はとても重要なポイントになっている。つまり障がいパラダイムを「人権」に帰結させた国連障害者権利条約の内容を基礎としており、「経済」ではなく「生活」に重点を置いて進めている点である。これは、いままで「経済論理」に基づいて提供されていた福祉サービスの限界、つまり予算に縛られるしかなかった問題を越えることが可能となり、何よりも「障がい」の概念を「人権」の概念として変換し、国が提供した各種のサービスを「恩恵として受ける福祉」ではなく「当然の権利」として定着できる可能性があることを意味しているのだ。

### 3 障がい者基本法制定の方向性および主要内容

障害者基本法制定に対する議論は、韓国の障がい者関連法では、障害者権利

条約の実現を担保できないというところから始まった。つまり、障がい者福祉法、障がい者差別禁止および権利救済に関する既存の法律では、障がい問題を人権の観点から展望し解決できないために、同法に対する制定議論が始まったのである。したがって、本節では障がい者基本法の基本的な制定の方向性および主要内容についてみる。

### 3.1 制定の方向性

本研究は障がい者基本法制定において、次の事項を検討する。第一に、障がい問題の人権観点からのアプローチ。第二に、国の責務の強調。第三に、既存の障がい関連法の相互有機的な調整および統合。第四に、障がい問題解決に対する無差別的・包括的なアプローチ。第五に、障がい当事者主義の実現である。

#### 3.1.1 障がい問題の人権観点からのアプローチ

障がい者基本法は、障がい問題を人権の観点からアプローチし、これによって障害者権利条約を完全に実現しようとするものである。権利条約第1条(目的)には「本条約は障がい者のあらゆる人権と基本的な自由の完全と平等な享有を促進し、保護しおよび保障し、障がい者の生まれもった尊厳の尊重を促進することを目的とする」と明示されている。つまり、権利条約は、これまで障がいのない者中心の社会で人間の生まれ持った固有の人権でさえも否定し剥奪された障がい者の人権を、障がい当事者に返すことを目的としている。また、障がい者基本法も権利条約の延長線上で障がい問題を人権の観点からアプローチしようとしている。

障がい問題を人権の観点からアプローチすることは、身体的・精神的機能障害 (impairment) を持っている障がい者と障がいのない者との違い (difference) を認め、その違いによって障がいのない者には不必要な社会的支援として思われることを障がい者の権利として保障してくれることを意味している。よって、障がい者に提供されている暮らしの諸般領域における社会的支援は、国の当然の責務であり、国は社会的資源の持続可能性を担保するための必要な財源を整えなければならない。つまり、障がい者が既存の韓国社会で各種の社会的支援に

対して同情的で受け身の対象にとどまっているのではなく、国を相手に社会的支援を堂々と要求し享有する権限のある権利の主体になったのである。

### 3.1.2 国の責務の強調

障がい者基本法が障がい問題を人権の観点からアプローチするために何よりも先に解決すべき課題は、国に高い水準の責務を担保することである。権利条約第4条の（一般的義務）1項によると「締約国の政府は、障がいを理由とする差別なしに、すべての障がい者の人権と基本的自由に対する完全な実現を促進し、保障すべきである」と明示しており、同条（a）項によると「この条約において認められる権利の実現のため、すべての適当な立法措置、行政措置、その他の措置をとること」と明示されている。つまり、国は、権利条約の履行のために必要な法的、行政的、財政的、その他すべての措置を行うべきであり、当然ながら、その措置の中心は、障がい問題を解決するために必要な財源を整備することであることである。

支援費制度において障害者自立支援法を展開していた日本の障がい者政策の変化によって、財源確保がどれほど重要な事案であるか確認できた。障がい者基本法は、日本の経験を貴重な手本とし「財源確保」という国の責務を担保できる実効性のある案を作成しなければならない。また、国の責務にはただ財政確保に関連した側面だけがあるのではなく、財政支援の方法と強制性のある予算執行のシステムも含まれる。詳しい内容は、後述で確かめ、障がい者基本法の主要内容を扱うことにする。

### 3.1.3 既存の障がい関連法律の相互有機的な展望と統合

上述で言及した通り、韓国では障がい者を対象とする独立した法律がかなり多く存在する。そして現在、有機的な展望および統合の役割を果たしながら障害関連の一般法の性格を持っている法律は、障がい者福祉法である。一般法とは、法の効力が特別な制限なしに、一般的に適用される法を意味し、一般法は個別の法律を相対的に指揮する憲法の下位規範であり、法律の上位規範としての意義および個別の法律間の全体的に統一し連携する役割を果たすべきである。

しかし、現実に障がい者福祉法は、まったくこのような機能を果たせていない。特に、既存の障がい者福祉法は、人権の観点からの法律ではなく、恩恵として受ける福祉の観点からの法律であるため、障害者権利条約の理念と目的を実現できないだけでなく、既存の他の法律を有機的に展望および統合する役割もしっかり果たせていない。さらに現在、障がい者福祉法は、明文化されている条項として障がい者関連法律の一般法としての性格を規定することすらできていないのが実情である。よって、障がい者基本法は、韓国の障がい関連法律を基本的に人権の観点から展望および統合する役割を果たすべきである。

#### 3.1.4 障がい問題解決に対する無差別的・包括的アプローチ

障がい者基本法は、多様な障がい問題を解決するため無差別的・包括的アプローチをとるべきである。無差別的とは、障がいによって差別を受ける障がい集団内で二重 (double) または、多重差別 (multi-discrimination) を受けることになる障がい児童、障がいのある女性、発達障がい者が、他の障がい集団そして障がいのない者が享受できる人間の尊厳と価値を同じように無差別的に享有すべきということを意味する。権利条約第5条は (平等及び差別されないこと) を規定しており、1項によると「締約国は、すべての者が、法律の前に又は法律に基づいて平等であり、並びにいかなる差別もなしに法律による平等の保護及び利益を受ける権利を有することを認める。」とある。第6条では「障害のある女性」を第7条では「障害のある児童」の人権保護を別途に明示している。よって障がい者基本法は、このような二重または多重の差別集団が直面している障がい問題に対する無差別的なアプローチをとるべきである。

一方、障がい問題に対する包括的なアプローチとは、障がい者が障がいのない者の主流社会で暮しながら直面することになる多様な暮らしの問題領域を網羅し、アプローチすべきものである。権利条約条文には、アプローチ、生命権、危険状況および人道主義の非常事態、法の下に平等、司法的アプローチ、拷問または残虐など非人道的または品位を傷付ける処遇または差別からの自由、搾取・暴力および虐待からの自由、インテグリティの保護、移住および国籍の自由、自立した生活と地域社会への参加、個人の移動、意思表示の自由および情

報アクセス、プライバシーの尊重、家庭や家族に対する尊重、教育、健康、リハビリテーション、労働と雇用、適切な生活水準および社会的保障、政治的・公的活動への参加、文化生活、娯楽・余暇およびスポーツ活動全般領域において障がい者が当然享有すべきであり、そして国が必ず保護および保障すべき権利が明示されている。これは、すべての法の最高上位規範である憲法と同じ規模と程度の包括性を持ち、障がい者基本法もこのように障がい者が障がいがない者が主流である社会で暮しながら直面する多様な障がい問題を全て包括すべきである。

### 3.1.5 障がい当事者主義の実現

障害者権利条約の基本精神は“Nothing about us Without us！（私たち抜きに私たちのことを決めるな！）”であり、権利条約前文（o）項によると「障害者が、政策及び計画（障害者に直接関連する政策及び計画を含む。）に係る意思決定の過程に積極的に関与する機会を有すべきであることを考慮し、」と明示されている。よって、権利条約は、障がい当事者主義を基盤にしている。障がい当事者主義とは、障がい者こそ障がい者にとって何が一番必要なのか、本人が直面している問題だからこそ障がい者がその解決する方法を一番よく分かっているため、障がい政策の策定過程に必ず障がい当事者の参加が保障されなければならないということである。したがって、障がい者基本法も障がい当事者主義を実現すべきである。

障がい者基本法が障がい当事者主義を実現するということは、一次的に同法を制定する過程で障がい当事者の全面的な参加が制度的に保障されるべきということの意味している。これは、日本の障害者総合支援法の制定過程においての事例を参考にできる。

日本は、障害者総合支援法制定過程で「障害者制度改革推進会議」に障がい当事者を24名のうち14名と、多く参加させ、制定過程において障がい当事者主義を実現させた。したがって今後、韓国も障がい者基本法制定過程において日本のように障がい当事者の多数の参加を制度的に保障すべきである。また、障がい者基本法の内容のうち、政策の立案および決定においての利害当事者の

体系的な参加保障や、国の重要な障がい関連基本政策機関での障がい当事者の参加保障が制度的に後押しされるべきである。

## 3.2 主要内容

障がい者基本法が権利条約の完全実現のために必ず扱うべき中心の内容を次のとおり各ジャンル別でみる。

### 3.2.1 総則

障がい者基本法第1章総則に必ず盛り込むべき内容には、障がい者基本法の目的、基本理念、障がいと障がい者の定義、国および地方自治体の責任、他の法律との関係である。

第一に、障がい者基本法の目的を権利条約の目的の延長線上で「すべての障がい者が人間らしい生活を送るために必要な社会的支援を人権の観点から提供し、すべての障がい者が人間としての平等な社会的権利を享有できるためである」と規定したい。

第二に、障がい者基本法の基本理念は次の通りである。(1) 障がい者基本法の基本理念は全ての障がい者の人間の尊重を回復することである。(2) 障がい者が直面している暮らしのさまざまな問題の解決を人権の観点からアプローチする。(3) 国と地方自治体は、障がい者の傷ついた尊厳を回復させる責任を持っている。(4) 障がいの問題解決において障がい当事者主義を実現する。

第三に、障がい者基本法において定義する障がいと障がい者は、権利条約の障がい者の定義の延長線上で「障がいとは身体的・精神的機能障がいを持っている者に与えられる社会的・環境的制約を意味し、障がい者とは、身体的・精神的機能障がいを持っている者としてこのような社会的・環境的制約によって日常生活や社会生活において差別、不利、制約等を受ける者を意味する」と規定する。

第四に、障がい者基本法において明示されている国と地方自治体の責任は、権利条約の一般義務の延長線上において(1) 国と地方自治体は、すべての障がい者が障がいを理由に差別を受けず、すべての障がい者の人権保護および保

障にさらに取り組むべきだ。(3) 国と地方自治体は、すべての障がい者の人権を保護するため必要な政策を講じ、これを実行するのに必要な財源を確保すべきである。

第五に、障がい者基本法において明示されている他の法律との関係は「障がい者の人権増進に関する他の法律を制定または改正する場合には、この法に合うようにすべきである」と規定したい。よって障がい者基本法が障がい関連の最高位の一般法としての性格を持つことによって、障がい者福祉法、障がい者差別禁止法および権利救済に関する法律等の障がい関連法律は障がい問題に対する観点、障がい者の定義等に対して不可避に改正するしかなく、それだけではなく、追って各個別法律の制定・改正時の障がい者基本法の目的、基本理念、障がいおよび障がい者の定義等に内容的拘束を受けるだろう。

### 3.2.2 障がい者基本政策計画

障がい者基本法ではまず、韓国の障がい者基本政策計画の主要事項が明示されなければならない。障がい者基本政策とは、障がい者基本法の目的、つまり、障がい者の人権促進および人間の尊厳を回復するため、保健福祉部大臣が関係中央行政機関の長と障がい者基本政策計画の計画、調整、執行および評価等の過程で障がい当事者の参加が制度的に保障されるべきである。特に、障がい者基本政策計画についての執行機関に障がい当事者の参加が保障されるべきで、この場合、障がいの種類および障害の程度、性別等を考慮する必要がある。このような障がい者基本政策計画には権利条約の内容を基に次の各号の事項が含まれなければならない。

- (1) 障がい者の教育に関する事項
- (2) 障がい者の労働および雇用に関する事項
- (3) 障がい者の所得に関する事項
- (4) 障がい者の住居に関する事項
- (5) 障がい者の社会参加に関する事項
- (6) 障がい者の健康および生命に関する事項

- (7) 障がい者の虐待および不当な扱いに関する事項
- (8) 障がい者の余暇および文化に関する事項
- (9) 障がい者の福祉に関する事項
- (10) それ以外に障がい者の人権促進のための必要な事項

次に、障がい者基本法に障がい者基本政策調整委員会設置に関する事項を規定すべきである。つまり、上記の障がい者基本政策を策定し、関係省庁間の意見を調整し、その政策の履行を監督・評価するため大統領所属の下、強制力のある常設機関として障がい者基本政策調整委員会を設置すべきである。現在、障がい者福祉法上、障がい者政策調整委員会は関係省庁の意見を調整した事例がほとんどないだけでなく、非定期的な機関として現実的にその機能をほとんど果たせずにいる。よって、障がい者基本法はその政策機関を格上げし、大統領傘下の常設諮問機関として障がい者基本政策調整委員会を設置し、その権限の強制力を向上させるべきだとことを提案する。よって、このような障がい者基本政策調整委員会は次の事項を審議・展望する。そして、障がい者基本政策調整委員会は、次の事項を事前に検討し、関係機関のあいだの協力事項をまとめるため、委員会に国務総理を委員長とする障がい者基本政策調整実務委員会を設置する。

- (1) 障がい者基本政策の基本方向性に関する事項
- (2) 障がい者福祉向上のための政策調整に関する事項
- (3) 障がい者教育政策の調整に関する事項
- (4) 障がい者労働および雇用促進政策の調整に関する事項
- (5) 障がい者所得保障政策の調整に関する事項
- (6) 障がい者住居保障政策の調整に関する事項
- (7) 障がい者の社会参加および移動の保障政策調整に関する条項
- (8) 障がい者の自立した生活を実現するための政策調整に関する事項
- (9) 障がい者の健康および生命権保障の政策調整に関する事項
- (10) 障がい者虐待および不当な扱いからの保護政策調整に関する事項

- (11) 障がい者の余暇および文化の保障政策調整に関する事項
- (12) 障がい者基本政策推進と関連した財源調達に関する事項
- (13) 障がい者基本政策の推進のための、関連省庁の協力に関する事項
- (14) それ以外に障がい者基本政策と関連して大統領令で定められた事項

最後に、国および地方自治体が関連政策を策定・執行する過程で、その政策が障がい者の人権の尊重促進に及ぼす影響を事前に分析・評価し、このことが国および地方自治体の義務事項を明示すべきである。また、障がいの認知予算制度の実行を国および地方自治体の義務事項であると明示すべきである。性の認知に関する予算が女性だけのための予算編成なのではなく、男女平等という目的を持った予算制度であるように、「障がい認知」の予算も障がい者だけの予算編成でなく障がい者と障がいのない者の平等を求めるものであり、障がい者とそれ以外の者の共生を実現するための目的を持った予算制度である。重要なのは、適切な予算の分配なしに人権の観点から障がい者の社会共生を実現できず、既存の国家予算制度では適切な予算分配を導き出すことができないことである（キム・ドンキ2008）。

「障がい認知」予算制度は、韓国および国際的にも珍しい概念というわけではない。2010年代に入り、障がい認知制度に対する関心とこの制度の必要性に対するコンセンサスが急速に広まった。その代表例として、2011年教育・社会・文化分野の国会対政府質問においてハンナラ党のユン・ソギョン議員がキム・ファンシク国務総理にこの制度の必要性を主張し、制度の導入の意思について質疑し、これに対しキム総理は同制度の導入について肯定的な態度を見せた。またソウル市は、4月に「障がい者希望ソウル総合計画」を発表し、2013年に障がい認知の予算制度を試験導入すると公表した。国際的には、8月初めにアジア太平洋地域の15ヶ所の障がい者団体の代表が国連アジア太平洋経済社会委員会（UN ESCAP）インチョン戦略の最終合意案をまとめ、韓国側の強い主張により、アプローチの目的の促進指標として障がい認知予算制度を、障がい統計の主要指標として追加した。このように障がい認知予算制度は、近い将来、性認知予算制度のように「両親認知予算制度」の類型として位置づけ

られるだろう（キム・ドンキ 2012）。よって、障がい者基本法において障がい者と障がいのない者の平等を追求するにあたり、重要手段になる障がい認知予算制度の導入を明文化しなければならない。

### 3.2.3 障がい者基本政策の基本施策

障がい者基本政策の基本施策には、障がい者の福祉、障がい者の教育、障がい者の労働と雇用、障がい者の所得、障がい者の住居、障がい者の社会参加、障がい者の健康および生命、障がい者の虐待および不当な扱い、障がい者の余暇および文化、それ以外の障がい者人権の尊重を促進する事項に対する基本的施策を規定すべきである。しかし、この基本的施策に対する詳しい内容は、障がい関連該当の個別の法律において規定されなければならない。例えば、障がい者の福祉についての詳しい内容は障がい者福祉法であり、障がい者の教育についての詳しい内容は障がい者等の特殊教育法で扱われるだろう。しかし、このように該当する個別の法律において細かく規定される基本施策に対する全般について障がい者基本法の中で別に規定するのは、障がい者基本法と下位法律との有機的な関係を構築するためである。

また、障がい者基本政策の基本施策で同時に扱うべき内容は、個人別予算制度の導入である。つまり障がい者基本法は、障がい当事者主義を目指す法律であり、障がい者基本法は権利条約と目指すところが同じである。よって、障がい当事者主義を最も現実的に実現できる財政支援の方法も個人別予算制度であるため、必ず障がい者基本法においてこの導入を規定すべきである。伝統的に、地域社会サービスの資金支援方法とは、資金を政府が障がい者ではないサービス提供者あるいはケア提供者に支給することである。このような方法を総額資金支援（BF: Block Funding）と言う。すなわち、BFはサービス供給者中心である。障がい者が誰からサービスを受け、どのような種類のサービスを受けるかにおいて、障がい者自身は選択権を多く持っていない。しかし反対に、個人別予算制度は、障がい者にお金を直接支給する消費者中心の支援システムを採択している。障がい者は、IF（Individualized Funding）で、自身が望むケアを自身が選択したサービス提供者から受けることができ、その対価として自身が

支払うのである。このように、個人別資金支援制度を採択している国は、英国、ドイツ、カナダ等があげられる。よって、障がい者基本法において、障がい当事者主義の真の実現のために個人別予算制度の導入を明文化しなければならないのである。

### 3.2.4 障がい者人権基金

最後に、障がい者基本法の基本政策および施策を実行するための必要な財源の確保のため、障がい者人権基金の設置を明示すべきである。このような人権基金が事前に設置および積立てられた時、持続可能であり、かつ迅速に障がい者の人権の尊重の増進が実現されるだろう。つまり、障がい者人権尊重の増進のための最も重要な優先されるべきの課題がまさに財源であるためこのような基金整備が大変重要な事案になるだろう。

また、中央省庁レベルだけでなく地方政府レベルでも各市・道（韓国の自治体レベル）の障がい者人権基金の設置および運営を明示し、各地方政府の特殊事項を考慮した、さらに障がい当事者の権利に敏感な政策を策定および執行できる基盤を構築しなければならない。そして、このように各市・道別の障がい者人権基金が整備されることで、各市・道別に発生する障がい者基本政策の格差を事前に一定部分、統制することができるのである。

これまでみてきた障がい者基本法の重要内容に対する構成を〈表1〉にまとめた。

表1 障がい者基本法の構成

章	構成要素
第1章 (総則)	- 障がい者基本法の目的、基本理念、障がいと障がい者の定義 - 国および地方自治体の責任、他の法律との関係
第2章 (障がい者基本政策計画)	- 障がい者の基本政策計画策定、障がい者基本政策調整委員会 - 障がい認知予算制度
第3章 (障がい者基本政策の 基本施策)	- 障がい者基本政策の基本施策事項
第4章 (障がい者人権基金)	- 中央および地方政府の障がい者人権基金設置および助成

#### 4 結論および提案——障がい者基本法と国内障がい関連法の関係性 および改正の方向性

これまで、障がい者基本法制定の方向性および主要内容について簡潔にみてきた。韓国に残された課題は、障がい者基本法と既存の国内障がい関連法の関係および今後の同法の改正の方向性である。そして重要なのは、既存の障がい関連の一般法としての役割を担当してきた障がい者福祉法との関係性および改正の方向性である。

上述の通り、一般法は、法の効力が特別な制限なしに一般に適用される法律として、憲法の下位規範であり、他の関連法の上位規範としての意義および個別の法律の間の全体的な統一性と連携性を担保する役割がある。しかし、これまでこのような役割を果たしてきた障がい者福祉法は、障がい者の人権尊重の促進および権利条約の完全な履行の側面で制限が多かった点も否定できない。よって、韓国において障害者権利条約を完全に履行するには、人権の観点からの立法が必要であり、その役割は、障がい者基本法の制定によって果たされるのである。よって今後、障がい者基本法が障がい者関連の最高の一般法として機能できるように制定されなければならない。加えて、障がい者福祉法は、障がい者福祉と関連して制限された領域についての立法のみを扱わなければならない。つまり、障がい者基本法と関連した大きな枠組みでの方向性、基本政策等の内容は、障がい者基本法で規定し、これに関連した政策のうち、福祉政策についてのみ、障がい者福祉法に規定するのが妥当である。また、障がい者基本法に明示すべき内容が、既存の障がい者福祉法に規定されている事項、たとえば、障がい者基本政策計画、障がい者基本政策調整委員会等の事項のなかで根拠となる法律を障がい者福祉法から障がい者基本法へと移行すべきである。

また、障がい関連の他の既存の法律も障がい者基本法の目的および理念に合うように法の内容を修正する必要がある。特に、障がい者基本法が人権の観点から障がい問題をアプローチしているだけに、既存の受け身的で同情的な内容を盛り込んでいる法律は、すべて改正すべきである。この点において、既存

の多くの法律が国および地方自治体の予算を考慮し、障がい者のニーズに応え、問題を解決するために提供する政策および事業の実行を「……できる」等の裁量行為として規定しているのが大多数であるが、今後このような裁量規定を「……すべきである」という強硬規定に変更すべきである。なぜなら、障がい者基本法は、障がい問題を人権の観点からアプローチしているため、国および地方自治体の予算に関する議論に、障がい者の人権が従属されていないからだ。これは、人権の観点でありながら、国の責任を強調する障がい者基本法の基本的な制定方向性に一致する。

聖書に「新しい酒は新しい革袋に盛れ」という言葉がある。新しい酒は新しい革袋に盛れば腐らず、革袋も破れたりしないという意味である。これを障がい者基本法に適用すると、障がい問題を人権の観点から解決するという新しい試みは新しい革袋である障がい者基本法に盛り込まなければならないということだ。

しかし、一つ考慮すべき点がある。政策のスピード (speed) と政策の質 (quality) のうち、どちらを優先すべきかという点である。つまり、政策のスピードを優先すると、本研究が主張する点とは違う、障がい者福祉法を全面改正し、障がい者基本法に盛り込むべき重要な内容を障がい者福祉法に盛り込まなければならない。一方、政策の質を優先すると、当然障がい者基本法を制定することになる。おそらく政策の質を優先し、障がい者基本法を制定すれば、相当の時間が必要になる。もちろん現在では、国および国民の障がい者に対する人権意識と水準がずいぶん向上しているとはいえ、障がい者基本法を制定するのに決して短くない時間がかかることは明らかである。よって、今後両者の選択の岐路において、さらに実効性のある案はどのようなものがあるのかについて、障がい当事者の意見をまとめ、彼らが求める方向へと立法の制定・改正運動を展開させていくべきである。

[注]

- 1) 第25条「健康」(e)健康保険及び国内法により認められている場合には生命

保険の提供に当たり、公正かつ妥当な方法で行い、及び障害者に対する差別を禁止すること。

- 2) 商法第732条(15歳未満の者に対する契約の禁止) 15歳未満の者、心身喪失者、心身薄弱者の死亡を保険事故とした保険契約は無効とする。
- 3) 障害者権利条約の批准当事国は批准してから2年以内に国家報告書を提出することになっており、韓国政府は2011年6月に障害者権利条約の第1次国家報告書を提出した。第1次国家報告書に対する障害者権利委員会の審議は、2015年に行われる予定であり、韓国政府の第2次国家報告書は2015年までに提出しなければならない。これにより第1次と第2次の報告書が合わせて審議される可能性もある。
- 4) 障がい者福祉法、障がい者雇用促進および就職再活法、障がい者差別禁止法および権利救済に関する法律、障がい者活動支援に関する法律、障害者等に対する特殊教育法、障がい者年金法、障がい者企業活動促進法、障がい者・高齢者・妊産婦の便宜拡大保障に関する法律、障がい児福祉支援法、障がい者・高齢者等住宅弱者支援に関する法律、交通弱者の移動方法拡大法、重度障がい者生産品優先購買特別法などがある。
- 5) 前文e)「障害が、発展する概念であり、並びに障害者と障害者に対する態度及び環境による障壁との間の相互作用であって、障害者が他の者と平等に社会に完全かつ効果的に参加することを妨げるものによって生ずることを認め、」
- 6) 障がい者は、多様な障壁との相互作用として、他の者と平等に社会に完全かつ効果的に参加することを妨げる長時間の身体的、精神的、知的、感覚的機能障がいを持つ者を含む。
- 7) 障がい者福祉法第2条(障がい者の定義等)2項) この法の適用を受ける障がい者は、第1項による障がい者のうち、次の各号の一つに該当する者として、大統領令で定めた障がいの種類および基準に該当する者を指す。
  1. 「身体的障がい」とは主要外部身体機能の障害、内部器官の障がい等を指す。
  2. 「精神的障がい」とは発達障がいまたは精神疾患により発生する障がいを指す。
- 8) 国および地方自治体は障がい者および障がい者関係者に対する全ての差別を防止し、差別を受ける障がい者等の権利を救済する責任があり、障がい者差別を実質的に解消するために、この法で規定された差別は正に対する積極的な措置を取らなければならない。
- 9) 国および地方自治体は、障がい者等に正当な便宜が提供されるように必要な技術・行政、財政的支援をすべきである。
- 10) 障害者権利条約前文n)「障害者にとって、個人の自律(自ら選択する自由を含む)及び自立が重要であることを認め、」

- 11) 障害者権利条約第十条生命に対する権利「締約国は、すべての人間が生命に対する固有の権利を有することを再確認するものとし、障害者が他の者と平等にその権利を効果的に享有することを確保するためのすべての必要な措置をとる。」
- 12) 障害者権利条約第十七条個人が健全であることの保護「すべての障害者は、他の者と平等に、その心身が健全であることを尊重される権利を有する。」
- 13) 障害者権利条約第二十三条家庭及び家族の尊重1「締約国は、他の者と平等に、婚姻、家族及び親子関係に係るすべての事項に関し、障害者に対する差別を撤廃するための効果的かつ適当な措置をとる。この措置は、次のことを確保することを目的とする。」
- 14) 行政サービスの利益を受ける者はその利益の量によって税制をしなければならない。サービス量の増加によって自己負担が増加することを意味する。
- 15) 所得（つまり、経済能力）によって負担額を決定し、通常本人の所得とその扶養義務の前年度の所得税額によって決定される。
- 16) 政府と訴訟団の基本合意文書（2010.1.7）に明示されている内容であり、ここで「訴訟団」は「事項自立法」の「応益負担」に関して裁判を申請した原稿を指す。

#### [文献]

- キム・ドンキ（2008）「社会統合の観点から見つめる障がい認知予算制度の必要性に関する研究」韓国障がい者人権フォーラム研究用役報告書
- キム・ドンキ（2012）「障がい認知予算制度導入議論のための討論会」2012年第3回 障がい者政策討論会資料集
- ユン・サモ（2007）『障がい学概論』
- チャン・スホ（2010）「障がい福祉パラダイムの変化」障がい者活動補助人教育資料集
- チョ・ウォンイル（2007）『日本の社会福祉における障がい者自立パラダイムの変遷』日本研究論叢 pp.26, pp.425-456
- チョ・ヒョンソク（2009）「障害者権利条約の実効的履行：現況と課題」韓日シンポジウム資料集
- 韓国障がい者財団（2012）WHO 世界障害報告書
- 韓国 DPI（2003）「障がい者の権利および尊厳の保障と促進のための包括的かつ総合的な国際条約の国際招請講演」資料集
- 厚生労働省ホームページ [www.mhlw.go.jp](http://www.mhlw.go.jp)

## 장애인권리협약 이행을 위한 국내법 연구

—장애인기본법 제정을 중심으로

김동기 (목원대학교 사회복지학과 교수)

이석구 (한국장애인재단 사무총장)

성현석 (한국장애인연맹 홍보국장)

### I 서론

장애인문제에 대한 당사자의 자각과 장애인단체의 활동은 장애인과 관련된 법 제도 정책의 발전에 큰 기여를 해왔다. 정부와 시민사회 또한 장애인의 문제를 사회문제로 수용하면서 장애인의 문제는 단순한 복지와 재활의 문제가 아니라 인권의 문제로 접근해야 한다는 공감대를 형성해 가고 있으며 이러한 흐름은 국내적으로는 장애인차별금지 및 권리구제에 관한 법률, 국제적으로는 UN 장애인권리협약이 제정되면서 장애인문제에 대한 인권적 접근은 큰 흐름이 되었다.

그러나 한국사회에서 장애인문제는 여전히 지향과 비전, 목표에 대한 사회적 합의가 이루어지지 못하고 있다. 이러한 문제는 장애인정책이 현안 중심의 단기처방에 그치고 있어 장애인이 사회의 당연한 구성원으로서 스스로의 정체성과 자기긍정의 주체로서 살아갈 수 있는 비전과 희망을 제시하지 못하고 있으며, 그로 인해 비장애인 중심의 사회는 장애문제에 대해 소극적이며 여전히 의료적 모델에 머물러 있고, 앞으로도 그럴 가능성이 높다.

이처럼 한국사회에서 장애인문제에 대한 지향과 비전 및 목표에 대한 사회적 합의가 이루어지지 않는 가장 큰 이유 중 하나는 바로 장애인권리 협약을 국내에서 이행할 수 있는 실효성 있는 추진체가 부재하기 때문이다. 즉, 장애인권리협약의 목적과 내용이 국내에서 적용 및 구현되기 위해 필요한 국내법의 정비가 아직까지 제대로 이루어지지 않았다. 물론 장애인권리협약 비준과 맞물

러 국내에서 ‘장애인차별금지 및 권리구제에 관한 법률’이 제정 및 시행됨으로써 장애인권리 협약의 국내 적용을 위한 일정부분 실효성 있는 수단이 마련된 것 또한 사실이다. 하지만 그것만으로는 역부족인 것 또한 사실이다.

즉, 장애인권리협약은 인권법으로서 복지법보다 훨씬 그 내용이 방대할뿐만 아니라 몇 개의 법률이 개별적으로 시행되는 것을 통해 국내에서 완전한 이행이 담보되는 것은 불가능하다. 따라서 장애인권리협약의 이행을 위해선 장애인권리협약의 하위법률이자 국내 장애관련 법의 일반법적 성격을 지닌 가칭 ‘장애인기본법’과 같은 법률제정이 필요하다. 즉, 장애인권리협약에 담겨져 있는 목적과 내용을 국내 상황에 맞게 그 골격을 유지하면서 동시에 국내 장애관련 법의 방향과 내용을 유기적으로 통합 및 조정할 수 있는 법률의 제정이 필요하다. 따라서 본연구는 장애인권리협약의 국내적 이행을 위한 장애인기본법의 기본내용을 제안하고 국내 장애관련 법과의 유기적인 관계성을 조망하는 것을 목적으로 한다.

## II 이론적 배경

### 1 장애인권리협약 제정을 둘러싼 장애패러다임의 변화

‘장애패러다임의 변화’는 ‘장애를 보는 관점의 변화’로 정의할 수 있으며 최초의 장애패러다임은 ‘장애’를 개인의 비극으로 인식하는 ‘개인 비극론’으로부터 출발했다고 볼 수 있다. ‘개인 비극론’으로부터 출발한 ‘장애패러다임’ (윤삼호, 2007)은, 1980년 WHO (World Health Organization: 세계보건기구)가 발표한 ICIDH (International Classification of Impairments, Disabilities and Handicaps)를 통해 본격적인 논의가 시작됐으며, 1997년 6월 발표한 ICIDH-2 (ICIDH beta-1 draft)와 2001년 5월 발표된 ICF (International Classification of Functioning, Disability and Health)를 통한 변화의 과정을 거친 후, 2006년 UN 장애인권리협약의 제정을 통해 ‘장애패러다임’은 ‘인권’으로 귀결되고 있다. (한국장애인재단, 2012)

1980년 WHO는 ICIDH라는 개념의 틀을 통해 ‘장애’를 손상(impairment), 능력 장애(disability), 사회적 분리(handicap)로 구분하여 정의했으며, 장애’

의 원인을 개인적인 손상 (impairment) 에 두었다. (장수호, 2010) 즉, 개인의 신체·정신적 손상이 능력 장애로 발전하고 능력 장애로 인해 결국 사회적 분리를 받게 된다는 것이다. 위와 같은 ICIDH 분류는 ‘의료모델’ 에 입각한 완전한 ‘재활패러다임’ 이었다. 즉, 장애인이 겪는 모든 사회적 분리의 책임은 장애인 개인에게 있기 때문에, 물리·문화적 장벽 또는 편견 등 사회적 장벽을, 장애인 개인이 의료적 재활을 통해 제거해야 함을 말하고 있는 것이며, 이는 ‘장애’ 문제의 해결을 위해서는 의료재활을 통해 장애인들을 주류사회에 편입시켜야 한다는 완전한 ‘재활패러다임’ 이었다. ICIDH 분류에 대해 장애인당사자들과 당사자 단체들은, 손상, 능력 장애, 사회적 분리 간에 명확한 경계를 구분하기 곤란하며 손상 이외에도 능력 장애와 사회적 분리에 영향을 주는 다른 요인들 즉, ‘환경인자’ 와 ‘사회적 요인’ 에 대한 인식이 결여되어 있다는 문제점을 제기하며 비판했다. (윤삼호, 2007)

위와 같은 비판에 따라, WHO 는 한 개인이 접하게 되는 ‘장애’ 를 손상, 활동 (activity) , 참여 (participation) 라는 3 차원의 축을 이용해 설명한 ICIDH-2 를 1997 년 6 월에 발표하였다. (장수호, 2010) ICIDH-2 는 장애에 대한 개념이나 분류에 있어 사회적 측면과 환경적 측면을 강조함으로써 ICIDH 분류에서 해결되지 못한 사회적 장애, 즉 외견상 손상은 없지만 분명히 우리 사회 안에서 차별당하고 사회참여에 제한을 받는 장애문제를 다루고자 했다는 것에 의미를 부여했다.

그러나 ICIDH2 가 제시하는 장애개념 또한 사회·환경적 요인을 조금 강조했을 뿐 ICIDH 분류와 실질적으로 크게 차이가 없었다. 즉, 활동제한 (activities limitation) 과 참여제한 (participation restrict) 의 원인을 개인의 손상에 초점을 맞추고 있어, ‘장애인의 의료화’ 를 지향하고 있으며, ‘장애’ 문제에 있어 ‘환경적 요소’ 의 고려가 부족했던 것이다. 위와 같은 비판에 따라 WHO 는 2001 년 5 월에 ‘장애’ 를 만들어내는 환경적 요인을 강조한 IDF 를 발표했다. (장수호, 2010) ICF 는 인간의 기능 문제를 손상, 활동제한, 참여제한으로 분류하고 이 세 가지 영역 모두에서 또는 어느 한 영역에서 마주치는 어려움을 ‘장애 (disability)’ 로 규정했다.

ICF 는, 신체기능, 활동, 참여, 환경의 긍정적인 측면을 이해하고 측정하는

데 사용될 수도 있었으며, 중립적 언어를 사용하여 장애의 유형과 원인을 구별하지 않았다. 또한 ‘장애’를 ‘개인의 건강상태와 개인·환경적요인들로 구성된 상황요인들의 상호작용의 결과’로 규정함으로써 ‘장애’를 단순히 개인이 가지는 신체적 정신적 손상에 의해서만 설명하고 있지 않으며, 개인적인 손상이나 질병과 상황적 맥락(환경적 요소와 개별적 요소)과의 상호작용에 의하여 ‘기능’ ‘장애(disability)’를 설명했다(한국장애인재단, 2012).

ICF는 ‘장애’문제가 개인·의료적 영향에서 탈피할 수 있는 계기를 마련했다. 하지만 ‘장애’를 ‘개인의 건강상태와 환경적 요인들로 구성된 상황요인들의 상호작용의 결과’로 규정함으로써 완전한 사회·환경적 차원에서 ‘장애문제’를 접근하는 부분에서는 여전히 미흡했다.

한편, 2000년대 들어서면서 ‘장애’의 문제를 ‘인권’의 문제로 접근해야 된다는 세계적인 흐름 속에서, 2001년부터 UN 장애인권리협약의 제정 움직임이 본격화되기 시작했으며, 2002년제 1차 UN 특별위원회에 이어 열린 2003년 6월 제 2차 UN 특별위원회의 결의에 따라 국제장애인권리협약 제정을 위한 기초단계로 working group의 설치를 결의하면서, 장애인의 권리와 존엄의 보장 및 증진을 위한 국제협약 제정의 첫걸음이 시작됐다.(한국 DPI, 2003)

UN 장애인권리협약의 제정은, 그간 ‘장애인권리선언’, ‘장애인에 관한 세계행동계획’, ‘UN의 장애인의 기회평등에 관한 표준 규칙’ 등 소외계층의 하나인 장애인에 대해 각종 국제적인 노력이 있었음에도 불구하고 장애인의 권리가 그다지 개선되지 못했다는 현실적 문제점에 대해 국제사회가 인정하게 했으며, 이를 별도의 인권보장조약으로 성안했다는 점에서 큰 의의를 갖는다. 특히 UN 장애인권리협약의 제정은, 장애인을 시혜적 보호 대상으로 보던 관점에서 벗어나 비장애인과 동등하게 인간의 기본적 권리를 향유하는 주체로서 인정하고 그 기본권 실현을 위한 국가 사회의 의무를 인정하게 했다. 이러한 관점에서 UN 장애인권리협약의 제정은 그 동안 각 나라마다 시차를 두고 진행되어 왔던 장애인에 대한 시각의 변화, 장애인 인권의 증진, 장애인복지 패러다임의 변화를 최종적으로 반영한 것으로 볼 수 있다.(한국장애인재단, 2012)

요컨대, UN 장애인권리협약의 제정은 장애의 문제는 사회통합의 문제이며

기본적 인권보장의 관점에서 국가사회가 장애인당사자의 주체적인 삶의 실현을 위해 조치를 취하여야 할 문제로 인식하게 함으로써, 장애에 대한 패러다임 변화에 큰 역할을 했으며 ‘장애패러다임’을 ‘인권’으로 귀결시켰다. 이제 우리나라도 이러한 세계적인 흐름에 맞춰, 장애관련법과 정책들을 UN 장애인권리협약에 근거하여 ‘인권패러다임’으로 시급히 전환해야 될 시기이다.

## 2 장애인권리협약과 국내 장애관련법의 관계

일반적으로 개인의 법적생활은 국내법에 의하지만, 국제법도 개인의 법적생활을 규율할 수 있는 법적 권한을 가지고 있다. 즉, 헌법 제 6 조 1 항 “헌법에 의하여 체결 공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다”고 규정하고 있어 국제법이 국내법과 동일한 효력을 갖는다는 점을 분명하게 밝히고 있다.

그러나 국제법을 헌법에 의하여 체결 공포되었다고 하여 바로 국내에 적용할 수 있는가에 대하여는 명확하게 정리되어 있지 않다. 또한 국제법이 국내법과의 관계에서 어떤 지위를 갖는가에 대한 견해도 분분하다. 조형석 (2009)은 “국내법적 효력을 가진조약이라 하더라도 조약 또는 조약의 조항에 따라 직접 집행 (직접 적용) 될 수 있는 경우와 별도의 추가입법 조치가 요구되는 경우로 나뉠 수 있으며 ... 이는 사법부의 판단으로 남아 있으며 대체로 자기집행력이 인정되는 경우는 1) 조약이 그 시행과 효력에 있어 별도의 국내적 집행행위를 필요로 하지 않는 경우 2) 조약이 명백하고 상세하게 규정되어 별도의 국내적 집행행위를 필요하지 않는 경 3) 조약이 개인에게 권리 또는 의무를 부여하고 있는 경우로 위 세 가지의 요소가 충족되어야 한다.”고 밝히고 있다.

조형석 (2009)은 “장애인권리협약을 살펴보면 장애인 권리협약은 개인에게 직접적으로 권리와 의무를 부여하고 있는 조약은 아니다, 왜냐하면 항상 ‘당사국은 어떠한 의무가 있다.’ ‘당사국은 무엇 무엇을 촉진시켜야 한다.’ ‘당사국은 무엇을 보장해야 한다.’ ‘당사국은 무엇을 보장해야 한다.’ ‘당사국은 조치를 취해야만 한다.’ 등으로 개인에게 권리 의무를 부여하기 보다는 당사국의 의무를 강조하고 있다. 따라서 ... 아마 법원은 동 협약을 이행하기 위한 추가 입법조치를 요구할 것이라 생각한다.”고 밝혔다. 실제로 한국정부는 조

약의 비준이전에 국내법과 장애인권리협약의 내용이 상충되는 부분이 있는지를 검토하였고 그 결과 장애인권리협약 25 조 e) 항<sup>1)</sup>이 상법 732 조<sup>2)</sup>에 상충되면서, 한국 정부가 25 조 e) 항에 대해 유보하면서 국회에 비준동의안을 제출하였다. 정부의 국가보고서<sup>3)</sup>에도 “상법 732 조에 따라 정신장애인의 장애 정도와 관계없이 생명보험계약 체결이 불가능하게 될 수 있는 점을 고려하여 2008년 8월 상기 조항의 개정안을 국회에 제출하였다.”고 밝히고 “동 개정안이 국회를 통과하면 대한민국은 협약 제 25 조의 (e)의 유보철회를 검토할 예정이다.”라고 밝혀, 국내법의 정비를 통해 권리협약 유보조항에 대한 국회 비준이 이루어질 수 있다고 밝혀 권리협약 이행을 위해서는 국내법의 제·개정 등 추가적인 조치들이 이루어지고 있다는 것을 확인할 수 있다.

이상이 권리협약의 국내적용에 있어서의 방법과 절차적인 문제였다면, 장애인권리협약이 다른 법률들과 어떤 관계를 가는데에 대한 법적 지위의 문제가 있다. 헌법 제 6 조 1 항)에서 밝힌 것처럼 국내법과 같은 효력을 가진다고 밝히고 있으나 협약과 국내법이 상충될 경우 무엇을 우선하여 적용할 것인가에 대한 문제는 여전히 남아있게 된다. 협약의 비준이전에 국내법과 상충되는 부분에 대해 사전 정비를 통해 문제의 요소를 사전에 제거할 수 있지만 상법 732 조와 협약 25 조 e) 항과 같이 명백하게 상충되는 문제의 경우 국내법의 제·개정의 절차를 밟고 있기는 하지만 여전히 협약에 대한 해석과 이에 따른 적용에 문제에 있어 상법 732 조 외에 권리협약과 상충될 여지가 많이 남아있다. 이 경우 권리협약과 국내법 가운데 무엇을 우선하여 적용할 것인가에 대한 문제는 중요하게 검토되어야 할 문제이다.

이에 대해 조형석 (2009)은 “인권조약은 통상적인 조약과는 다른 특수한 성격을 가지고 있기 때문에 다른 여타의 조약과는 다른 법적 지위를 가지고 있다. 즉, 국제법상의 인권규약들은 인간의 존엄과 가치를 보호하기 위한 것으로 단순한 국내문제가 아닌 전 세계적으로 보장되어야 하는 것으로서 그러한 내용은 우리 헌법상 보장된 기본권과 대체로 일치한다.”라고 밝히고 “이러한 점을 고려해 보았을 때, 인권조약의 하나인 장애인권리협약은 우리 헌법의 해석원리의 하나로써 헌법을 해석할 때 하나의 기준이 된다고 할 수 있겠다.”고 밝히고 있다. 이는 권리협약이 국내법과 불일치 할 경우 국내법의 개정을 이끌

어 낼 수 있을 뿐만 아니라 나아가 장애인권리협약의 국내이행에 필요한 새로운 법률의 제정에도 영향을 미칠 수 있는 것이다.

법률은 각 법의 제정취지와 목적이 있다. 헌법 6 조 1 항에서 “헌법에 의하여 체결 공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다” 고 규정한 것은 한국 또한 국제사회에서 합의한 내용에 대해 국내법과 같은 지위를 부여하며 또한 이를 충실하게 이행하겠다는 것이 이 조항의 취지와 목적일 것이다. 이를 놓고 본다면 권리협약의 국내이행에 있어 직접 적용할 것인가 아니면 추가적인 입법조치들을 통해 이행할 것인가의 문제는 그리 중요하지 않을 수 있다. 오히려 입법취지에 맞게 이를 어떻게 국내에 이행할 것인가에 대한 고민이 우선되어야 할 것이다. 또한 인권은 한 국가의 문제가 아니라 국제사회의 모든 시민들이 누려야할 보편적인 권리로서 이를 존중하고 증진하며 보호해야할 의무를 각국 정부는 당연하게 받아들여야 하며 이를 또한 약속하는 것이 권리협약에 대한 국가차원에서의 비준일 것이다.

### 3 장애인권리협약 이행과 관련된 국내 장애관련법의 제한점

우리나라에는 장애인을 직접 대상으로 만들어진 단독 법안이 상당수 존재한다.<sup>4)</sup> 여기에 각 법률에 장애관련 조문까지 포함하면 천여 개의 관련 내용들이 있다. 다른 선진국과 비교를 해도 손색이 없을 정도로 다양한 영역에서 장애인 관련 법적 제도적 장치들이 존재하고 있다. 장애인들의 끊임없는 노력과 희생, 시민사회의 적극적인 지지와 동참이 지금의 성과들을 이루어 왔을 것이다. 그럼에도 불구하고 장애인의 문제는 여전히 한국사회에서 가장 낙후되어 있으며 가장 교육받고 있지 못하고, 가장 빈곤하며 가장 소외되는 대표적인 집단으로 남아있다.

이는 법적 제도적 장치들이 아직도 장애인의 권리와 존엄성을 증진하고 보호하는데 한계점을 가지고 있다는 반증일 것이다. 장애인권리협약이 제정되고 비준하면서 한국 또한 권리협약의 당사국이 되었다. 비준당사국은 비준 후 2년 안에 최초보고서를 제출하고 이후 매 4년마다 정례보고서를 제출하게 되어 있다. 이는 협약의 비준당사국이 권리협약을 어느 정도 이행하고 있으며 또한 협약의 완전한 이행을 위해 어떤 이행계획을 가지고 있는지를 심의하여 각 당

사국의 적극적이며 능동적인 협약이행을 이끌어내기 위한 것이다.

이처럼 협약은 일차적으로 각 당사국의 이행노력을 촉구하고 이를 지속적으로 모니터링하기 위한 국제법이다. 각 당사국이 협약이행을 위한 의무가 있다는 것이다. 이러한 의무는 단지 정부당국의 의지에 맡기는 것이 아니라 법과 제도를 통해 정부의 의무와 책임을 분명히 하는 것은 물론, 시민사회의 적극적 참여와 실천노력을 이끌어내 전반적인 인권상황이 개선될 수 있도록 하여야 한다는 것이다. 이를 위해 국내법 중 장애관련 법들이 권리협약의 이행에 어떤 문제들이 있고 한계들이 있는지 살펴보고 이를 보완하기 위한 노력은 그 중 가장 우선해야 할 사항이라 하겠다.

모든 법률 및 조항에 대한 검토는 추후의 과제로 남기고 우선 몇몇 상징적 조항들에 대한 검토와 이의 보완을 위한 제안으로 마무리하고자 한다. 우선, 헌법 제 34 조 5 항 “신체장애자 및 질병 노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다”라는 규정부터 수정해야 한다. 헌법에 유일하게 명시된 장애인이 생활능력이 없는 대표적인 사례로 부각하는 이 조항은 한국사회에서 장애인이 어떤 위치에 있는가를 가장 상징적으로 보여주는 것이라 할 수 있다. 이를 장애인권리협약의 제정 취지 및 목적에 맞게 수정해야 하위 법들이 이에 걸맞는 법의 제정취지와 목적을 가질 수 있다.

장애인관련 법의 기본법이라 할 수 있는 장애인복지법 또한 그 내용이 대폭 수정되어야 한다. 현 장애인복지법은 제 1 조 목적에서 “이 법은 장애인의 인간다운 삶과 권리보장을 위한 국가와 지방자치단체 등의 책임을 명백히 하고,”라고 하여 장애인의 권리보장을 위한 국가 및 지자체 등의 책임을 명백히 규정한다고 밝히고 있으나 조항의 상당부분이 “노력하여야 한다, 할 수 있다” 등 임의조항이 많아 정부 및 지자체의 책임을 명백하게 밝히고 있지도 의무를 명시하지도 못하고 있다. 또한 “장애발생예방과 장애인의 의료·교육·직업재활·생활환경개선 등에 관한 사업을 정하여 장애인복지대책을 종합적으로 추진하며,”라고 하여 보건복지 영역뿐만 아니라 장애인의 삶 전반에 걸쳐있다. 특히, 장애발생 예방은 장애인에 대한 정책이 아님에도 불구하고 목적에 명시하고 있어 장애인의 복지 및 존엄성, 권리를 얘기하는 부분에 상충되는 부분이라 하겠다. 또한 “장애인의 자립생활·보호 및 수당지급 등에 관하여 필

요한 사항을 정하여 장애인의 생활안정에 기여하는 등 장애인의 복지와 사회활동 참여 증진을 통하여 사회통합에 이바지함을 목적으로 한다.” 고 하여 장애인의 사회통합을 이야기하고 있지만 장애인을 배제하고 분리하는 물리적, 비물리적 사회환경에 대해 어떻게 변화시켜 나갈 것인가에 대한 언급이 없어 사회통합을 위한 장애인의 노력에 초점을 맞추고 있다.

또한 장애인의 정의에 있어서 장애인복지법 제 2 조 장애인의 정의 등 제 1 항에 의하면 “장애인이란 신체적 · 정신적 장애로 오랫동안 일상생활이나 사회생활에서 상당한 제약을 받는 자를 말한다.” 라고 하여 장애인권리협약 전문 e) 항<sup>5)</sup> 및 제 1 조 목적<sup>6)</sup> 에서 밝히고 있는 정의와도 상당한 차이를 보이고 있다. 장애인복지법 제 2 조 2 항<sup>7)</sup> 에서도 신체적 장애, 정신적 장애를 따로 정의하고 이 중 하나에 해당하는 장애가 있는 자로 규정하고 있어, 권리협약의 ‘장애’ 및 ‘장애인’ 의 정의와는 다르게 규정하고 있어 이의 개정이 필요하다. 장애와 장애인의 정의는 어떻게 장애와 장애인을 이해하는가, 이를 토대로 장애인관련 정책을 어떻게 접근할 것인가를 결정하는 중요한 조항이다.

장애인차별금지 및 권리구제에 관한 법률 제 8 조 국가 및 지방자치단체의 의무 1 항<sup>8)</sup> 에서 국가 및 지방자치단체에서 차별방지, 권리구제 책임, 적극적 차별시정 조치를 규정하고 있다. 또한 2 항에서는<sup>9)</sup> 정당한 편의가 제공될 수 있도록 기술적, 행정적 재정적 지원을 하여야 한다고 규정하고 있다. 반면 장애인권리협약은 장애인의 존엄성과 권리보장을 위해, 정치, 경제, 사회, 문화 등 전 영역에 걸쳐 정부의 적극적인 조치들을 강조함으로써 차별금지법의 차별방지, 권리구제, 차별시정에 앞서 권리를 보장하기 위한 선제적, 적극적 조치의 책임이 정부의 의무임을 분명하게 밝히고 있는 것이다. 차별금지법이 권리침해 및 차별에 대한 구제 및 시정에 그 법률의 제정 목적이 있다면 장애인권리협약은 권리를 규정하고 이를 보장하기 위한 적극적 조치들의 이행에 그 목적이 있다고 볼 수 있다. 이러한 점에서 권리협약과 차별금지법은 상호보완적인 것이며 권리협약의 목적인 권리의 규정과 이의 보장을 명시하고, 중앙 및 지방 정부의 의무를 분명하게 밝히는 국내법의 제정이 필요하리 하겠다.

한편, 모자보건법 제 14 조 인공임신중절수술의 허용한계 1 항 1 호에서는 “본인이나 배우자가 대통령령으로 정하는 우생학적 또는 유전학적 정신장애나

신체질환이 있는 경우” 인공임신증절 수술을 합법적으로 허용하고 있으며 또한 동조 3 항에서 제 1 항의 경우 본인의 배우자가 심신장애로 의사표시를 할 수 없을 때에는 부양의무자의 동의로 각각 그 동의를 갈음할 수 있다.” 라고 규정하여 장애인권리협약 전문 n) 항<sup>10)</sup>, 제 10 조<sup>11)</sup>, 제 17 조<sup>12)</sup>, 제 23 조<sup>13)</sup>와 정면으로 상충되는 대표적인 조항이다. 장애인권리협약은 장애인 스스로의 선택권, 생명권, 개인의 고유함(완전함), 가정과 가족에 대한 존중을 장애인의 권리로 선언하고 이를 보호하고 존중해야 할 의무를 정부에 부여하고 있다. 이러한 협약의 제정 취지 및 목적에 비추어 볼 때 대표적인 반장애인적 조항인 모자보건법<sup>14)</sup> 조에 대한 개정 논의가 필요하다.

또한 민법 개정을 통해 시행을 앞두고 있는 성년후견제도의 경우도 장애인권리협약 제 12 조 법 앞의 평등 조항과 상충되는 조항으로 법과 제도의 제·개정 논의가 필요하다. 이는 권리협약의 제정 당시에도 논란이 되었던 내용으로 장애인의 법적권한과 행위능력을 제한하는 것은 권리협약의 제정취지와 목적에 부합되지 않는 대리인제도보다는 장애인 스스로의 판단과 결정에 따라 법적권한을 행사할 수 있도록 지원하는 제도로 접근해야 한다는 협약의 제정취지에 비추어 볼 때 민법 개정을 통한 성년후견제도의 국내시행은 고려해야 할 사항이라 하겠다.

요컨대, 장애인의 복지, 고용, 교육, 권리구제 및 차별금지 등을 규정한 법과 제도들은 상당히 많이 존재하고 있다. 그러나 국내에 존재하는 많은 법과 제도, 정책들이 권리협약의 제정취지와 목적에 잘 부합하고 있는가의 측면에서는 여전히 많은 문제들을 안고 있다. 간단하게 몇 가지 사례의 검토를 통해 확인할 수 있듯이 산재해 있는 장애 또는 장애인관련 법과 제도들은 보다 세밀하고 깊이 있는 검토를 통해 보완 및 개선 또는 새로운 대안의 마련이 시급하다 하겠다. 그 중에서 먼저 우리가 고민하여야 할 부분은 장애인권리협약의 정신을 온전하게 담은 장애인기본법의 제정이다. 장애인기본법은 기존의 법들에 또 하나의 장애관련 법을 더하자는 것이 아니라 권리협약의 제정취지와 목적에 맞추어 장애인의 권리와 이를 보장해야 할 정부의 의무를 명확하게 규정하고 또한 장애관련 법 및 조항 간 상호 유기적인 보완을 통해 체계적이고 통일적인 프레임을 갖추는 기본법으로서의 법이 필요하다 하겠다.

#### 4 일본 장애인정책관련 법의 최근동향

일본의 장애인정책관련 법의 시작은 제 2 차 세계대전 이후부터 시작됐다. 전후 일본은 아동복지법 (1947 년), 신체장애인복지법 (1949 년), 정신보건 및 정신장애인복지에 관한 법률 (1950 년), 지적 장애인복지법 (1960 년) 등을 제정했다. 이후 장애인기본법 (1970 년) 제정을 통해 ‘장애’에 대한 기본 이념이 담긴 법률을 제정했으며, 최근 동향은 2013 년 4 월 시행 예정인 장애인종합지원법 제정과 관련된 움직임이다.

전후부터 시작된 일본의 장애인정책관련 법은 크게 4 단계의 시기로 나눌 수 있으며, 첫번째는 전후부터 2003 년까지, 두 번째는 2003 년부터 2006 년까지, 세 번째는 2006 년부터 2012 년까지, 네 번째 시기는 2013 년 4 월부터 시작된다고 볼 수 있다. 일본의 장애인정책관련 법의 시기별 특징을 간략하게 정리하면 아래와 같다. (조원일, 2007; 일본후생노동성 홈페이지)

첫째, 조치비(措置費) 제도 시기 (전후~2003 년) 로서, ‘조치비 제도’는 서비스 이용자, 제공자와의 자유로운 계약 관계를 인정하지 못함으로써 필연적으로 불필요한 복지비용의 증가를 가져오게 되었으며, 또한 이 시기의 일본은 저속경제성장의 지속과 저출산, 고령화 시대의 도래에 따른 복지효율성을 요구하는 시대적 조류와도 부합되지 못했다. 그 결과 지원비 제도라는 새로운 제도로의 전환이 필요하게 됐다.

둘째, 지원비(支援費) 제도 시기 (2003 년~2006 년) 로서, ‘조치비 제도’와 비교하여, ‘지원비 제도’의 가장 큰 특징은 장애인과 서비스 제공자와의 자유로운 ‘계약’이었다. ‘지원비 제도’는 이용자와 지정사업자가 직접 계약하기 때문에 이용자가 지정사업자를 선택할 수 있었다. 그러나 ‘지원비 제도’는 종래의 ‘조치비 제도’ 하에서의 재활모델이념을 타파한 이념상의 혁신성에도 불구하고 제도 시행에 따른 재원의 확보가 제대로 이루어지지 못함으로써 시행 후 3 년이 못되어 결국 폐지됐다.

셋째, 장애인자립지원법 시기 (2006~2012 년) 로서, 장애인자립지원법의 최대 약점으로 지적되는 것이 ‘응익(應益) 부담<sup>14)</sup> 제도인 바, 이 제도의 도입에 즈음한 장애관의 개념상 변질에 주목할 필요가 있다. 장애인자립지원법 이전에 본인부담 방식은 소위 ‘응능(應能)<sup>15)</sup> 원칙은 복지서비스를 받는 모든

장애인을 생산적 복지의 적용 대상으로 일원화시켰다. 이는 장애인복지 서비스의 대상을 조금이나마 경제적 생산성을 기대할 수 있는 일부 장애인에게만 국한시킬 뿐만 아니라, 인권적 측면에서 복지서비스를 제공할 의사가 없음을 명백히 한 것으로 볼 수 있다. 결국 장애인자립지원법은 경제적 차원과 피권력 계층으로서의 장애인이 처한 정치적 차원, 그리고 중증 중복화와 다양화로 특징 지워지는 장애 고유의 특성 등을 제대로 반영하지 못했으며, ‘인권’의 문제로 접근해 가고 있는 장애패러다임의 반영은 고사하고, 사회복지적 관점으로만 평가할 때조차 이념적·실천적 후퇴를 가져왔다.

마지막은, 장애인종합지원법 시기(2013년 4월~)로서, ‘장애인 관련 법제도의 전면 재검토’ 작업이 진행되고 있는 시기이며 이와 관련하여 2009년 12월에 ‘장애인 제도개혁 추진 본부’가 설립됐고, 2010년 1월에 ‘장애인 제도개혁 추진 회의’가 발족되면서 본격적인 논의에 들어가게 됐다. 일찍부터 일본 장애계는 ‘장애인자립지원법’의 ‘응익(應益) 부담’ 문제로 인해 ‘장애인자립지원법’을 대체할 새로운 법안 제정의 필요성을 인식해 오고 있었으며, ‘장애인 관련 법제도의 전면 재검토’ 작업의 실무회의 성격을 지닌 ‘장애인 제도개혁 추진 회의’에 장애인당사자를 대거 진입시키며(총 24명중 14명), 장애인당사자 중심으로 ‘장애인 제도개혁 추진 회의’를 구성했다. ‘장애인 제도개혁 추진 회의’는 5년 간을 개혁 기간(실질 3년간)으로 잡고 「늦어도 2013년 8월까지, ‘장애인 자립지원법’을 폐지해 새로운 종합적인 복지법제를 실시한다 16)」는 계획을 세우고, 새로운 종합적인 복지법제는 UN 장애인권리협약, 자립지원법 소송 기본합의서 등을 기초하기로 했으며, 그 명칭은 ‘장애인종합지원법(장애인의 일상생활 및 사회생활을 종합적으로 지원하기 위한 법률)’으로 정했다. 또한 ‘장애인 제도개혁 추진회의’는, UN 장애인권리협약의 내용을 기초로 ‘장애인 종합지원법’을 제정하기로 한 바 UN 장애인권리협약의 기준을 전제로 내걸었으며 장애인기본법, 장애인차별 금지법, 내용을 기초로 ‘장애인종합지원법’을 제정하기로 한 바 UN 장애인권리협약의 기준을 전제로 내걸었으며 장애인기본법, 장애인차별 금지법, 장애인학대방지법, 장애인종합복지법, 교육, 고용, 장애물 제거, 정보 액세스, 소득 보장 등 관련법에 명시된 ‘장애’의 표기(‘장애’의 정의)에 대한 검토도 예정

하고 있다. ‘장애인 제도개혁 추진 회의’가 추진하고 있는 내용대로 ‘장애인 종합지원법’이 제정될 경우 ‘장애인종합지원법’은 UN 장애인권리협약의 내용을 기초로 제정된 기본법의 성격을 갖게 될 것이다.

현재 ‘장애인 제도개혁 추진 회의’가 진행하고 있는 과정 특히 ‘장애인종합지원법’의 제정 방향은 아주 중요한 포인트다. 즉, 장애패러다임을 ‘인권’으로 귀결시킨 UN 장애인권리협약의 내용을 기초하고 있으며, ‘경제’가 아니라 ‘생활’에 중점을 두고 진행된다는 점이다. 이는 지금까지 ‘경제논리’에 입각하여 제공되던 복지서비스의 한계 즉, 예산에 종속될 수밖에 없던 문제를 넘어설 것이며, 무엇보다도 ‘장애’의 개념을 ‘인권’의 개념으로 전환시킴으로써 국가가 제공했던 각종 서비스를 ‘수혜적 복지’가 아닌 ‘당연한 권리’로 정착시킬 수 있는 가능성을 열어가고 있음을 의미하는 것이다.

### III 장애인기본법의 제정 방향 및 주요내용

장애인기본법의 제정에 대한 논의는 그 동안 국내 장애인관련 법을 통해서는 국제장애인권리협약의 완전한 실현을 담보해낼 수 없다는 점에서 시작되었다. 즉, 장애인복지법, 장애인차별금지 및 권리구제에 관한 법률 등 기존의 법률을 통해서는 장애의 문제를 인권관점에서 조망 및 해결할 수 없기 때문에 동 법에 대한 제정논의가 시작된 것이다. 따라서 본 절에서는 장애인기본법의 기본적인 제정 방향 및 주요내용을 살펴보도록 하겠다.

#### 1 제정방향

장애인기본법을 제정함에 있어서 다음의 사항들을 기본적으로 추구함을 고려한다. 첫째, 장애문제의 인권관점에서의 접근, 둘째, 국가의 책무성 강조, 셋째, 기존 장애인관련 법률들의 상호 유기적인 조정 및 통합, 넷째, 장애문제 해결에 대한 무차별적·포괄적 접근, 다섯째, 장애인당사자주의의 구현이다.

##### 1) 장애문제의 인권관점에서의 접근

장애인기본법은 장애문제를 인권관점에서 접근하여, 이를 통해 장애인권리협약의 완전한 실현을 구현하고자 한다. 권리협약 1 조 (목적)에 의하면, “본

협약은 모든 장애인의 모든 인권과 근본적인 자유의 온전하고 동등한 향유를 증진, 보호 및 보장하고, 장애인의 천부적 존엄성 존중을 향상시키는 것을 목적으로 한다” 라고 명시되어 있다. 즉, 권리협약은 그동안 비장애인 중심의 사회에서 인간의 고유한 천부인권조차도 부정 및 박탈당해왔던 장애인의 인권을 장애인당사자에게 되돌려 줄 것을 목적으로 하고 있다. 마찬가지로 장애인기본법도 권리협약의 연장선상에서 장애문제를 인권관점에서 접근하고자 한다.

장애문제를 인권관점에서 접근한다는 것은 신체적·정신적 손상 (impairment) 을 지닌 장애인과 비장애인과 의 다름 (difference) 을 인정하고 그 다름으로 인해 비장애인에게 는 불필요한 사회적 지원을 장애인의 권리적 차원에서 마땅히 보장해 줌을 의미한다. 따라서 장애인에게 제공되는 삶의 제반 영역에서의 사회적 지원은 국가의 당연한 책무이며, 국가는 사회적 지원의 지속가능성을 담보하기 위해 필요한 재원을 마련해야 한다. 즉, 더 이상 장애인이 기존 우리사회에서 각종 사회적 지원에 대한 동정적, 시혜적 대상에 머무르는 것이 아니라, 국가를 상대로 사회적 지원을 당당히 요구하고 누릴 권한이 있는 권리의 주체로 승격되었다는 것이다.

## 2) 국가의 책무성 강조

장애인기본법이 장애문제를 인권관점에서 접근하기 위해 풀어야 할 선결과제는 국가의 고도의 책무성을 담보하는 것이다. 권리협약 4 조 (일반의무) 1 항에 의하면, “당사국 정부는 모든 장애인이 장애를 이유로 한 차별 없이, 모든 인권과 근본적인 자유에 대한 온전한 실현을 증진, 보장해야 한다” 라고 명시되어 있고, 동조 (a) 항에 의하면, “본 협약에서 인지한 권리의 이행을 위해 모든 적합한 법적, 행정적 조치 및 기타 조치를 채택할 것” 으로 명시되어 있다. 즉, 국가는 권리협약 이행을 위해 필요한 법적, 행·재정적 및 기타 모든 조치를 수반해야 하며, 그 조치의 핵심은 바로 장애문제를 해결하기 위해 필요한 자원마련임은 너무나도 자명하다.

우리는 지원비제도에서 장애인자립지원법으로 전개되었던 일본장애인정책의 변화를 통해 자원마련이 얼마나 중요한 사안인 지를 쉽게 확인할 수 있다. 장애인기본법은 일본의 경험을 귀중한 거울로 삼아 ‘자원 확보’ 라는 국가의 책무성을 담보할 수 있는 실효성 있는 대안을 마련해야 할 것이다. 또한 국가

의 책무성엔 비단 재정보호와 관련된 측면뿐만 아니라, 재정지원방식과 강제력 있는 전달체계의 신설도 포함된다. 자세한 내용은 후절에서 살펴볼 장애인기본법의 주요내용에서 다루도록 하겠다.

### 3) 기존 장애관련 법률들의 상호 유기적인 조정 및 통합

위에서도 언급하였듯이, 국내에는 장애인을 대상으로 하는 단독 법률들이 상당수 존재한다. 그리고 현재로서 이들 법률들이 유기적인 조정 및 통합의 역할을 하는 장애관련 일반법의 성격을 지니고 있는 법률은 단연 장애인복지법임에 틀림없다. 법률적으로 일반법이란 법의 효력이 특별한 제한 없이 일반적으로 적용되는 법을 의미하는 것으로, 일반법은 개별 법률을 총체적으로 지휘하는 헌법의 하위규범이면서 법률의 상위규범으로서의 의의 및 개별 법률들 간의 전체적인 통일성과 연계성을 담보해주는 역할을 수행해야 한다.

하지만 현실에서 장애인복지법은 전혀 이와 같은 기능을 수행하지 못하고 있다. 특히 기존 장애인복지법은 인권관점에서의 법률이 아니라, 수혜적 복지관점에서의 법률이기 때문에 장애인권리협약의 이념과 목적을 구현할 수 없을 뿐만 아니라 더 나아가 기존의 다른 법률들을 유기적으로 조정 및 통합하는 역할 또한 제대로 수행하지 못하고 있다. 심지어 현재 장애인복지법은 명문화된 조항으로 장애인관련 법률의 일반법으로서의 성격규정조차 못하고 있는 실정이다. 따라서 장애인기본법은 국내의 장애관련 법률들을 기본적으로 인권관점에서 조정 및 통합하는 역할을 수행해야 할 것이다.

### 4) 장애문제 해결에 대한 무차별적·포괄적 접근

장애인기본법은 다양한 장애문제 해결을 위해 무차별적·포괄적 접근을 취해야 할 것이다. 우선적으로 무차별적이란 장애로 인해 차별받는 장애집단 내에 이중(double) 또는 다중 차별(multi-discrimination)을 받는 장애아동, 장애여성, 발달 장애인도 다른 장애집단 또는 비장애인이 누리는 인간의 존엄성과 가치를 똑같이 무차별적으로 향유해야 함을 의미한다. 권리협약 제 5 조(평등과 비차별) 1 항에 의하면, “당사국 정부는 모든 장애인이 법 앞에 평등하며, 어떠한 차별도 받지 않고 법에서 명시하는 보호와 혜택을 평등하게 누릴 자격이 있다는 점을 인지한다” 라고 명시하고, 제 6 조에서는 ‘장애여성’을, 제 7 조에서는 ‘장애아동’의 인권보호를 별도로 명시하고 있다. 따라서 장애인기본법

은 이와 같은 이중 또는 다중차별 집단이 직면하는 장애문제에 대한 무차별적 접근을 취해야 할 것이다.

한편, 장애문제에 대한 포괄적 접근이란 장애인이 비장애인 주류 사회에 살아가면서 직면하게 되는 다양한 삶의 문제영역을 총망라하여 접근해야 한다는 것이다. 권리협약 조문에는 접근성, 생명권, 위험상황 및 인도주의적 비상사태, 법 앞의 평등, 사법 접근성, 고문 혹은 잔혹하고, 비인간적이거나 모욕적인 처우 또는 처벌로부터의 자유, 착취, 폭력 및 학대로부터의 자유, 인간의 고유성 보호, 이주 및 국적의 자유, 자립적인 생활과 지역사회 참여, 개인의 이동, 의사표현의 자유 및 정보접근성, 사생활 존중, 가정과 가족에 대한 존중, 교육, 건강, 재활, 노동과 고용, 적절한 생활수준 및 사회보호, 정치적, 공적 삶에 참여, 문화생활, 오락, 여가 및 스포츠 등 삶에 제반 영역에서 장애인이 당연히 누려야 할 그리고 국가가 반드시 보호 및 보장해야 할 권리들이 명시되어 있다. 이는 모든 법의 최고의 상위규범인 헌법과 같은 규모와 정도의 포괄성으로, 장애인기본법도 이처럼 장애인이 비장애인 주류 사회에 살아가면서 직면할 수 있는 다양한 장애문제를 모두 포괄해야 할 것이다.

##### 5) 장애인 당사자주의의 구현

장애인권리협약의 기본정신은 “Nothing about us Without us ! (우리 없이 우리와 관련한 것은 아무것도 없다!)” 임에 틀림없으며, 권리협약 전문 (o) 항에 의하면, “장애인이 자신들에게 직접적으로 관련된 부분을 비롯한 여러 정책 및 프로그램에 대한 정책결정 과정에 적극적으로 개입할 수 있는 기회를 부여 받아야 한다는 점을 고려하며” 라고 명시되어 있다. 따라서 권리협약은 장애인당사자주의를 기반으로 하고 있다. 장애인당사자주의란 장애인이야말로 장애인에게 가장 필요한 것이 무엇이며, 또한 본인이 직면한 문제를 해결하는 방법 또한 자신이 가장 잘 알고 있기 때문에 장애정책의 결정과정에 반드시 장애인당사자의 참여가 보장되어야 한다는 것이다. 따라서 장애인기본법 또한 장애인 당사자주의를 구현해야 할 것이다.

장애인기본법이 장애인당사자주의를 구현한다는 것은 일차적으로 동법을 제정하는 과정에서 장애인당사자의 전적인 참여가 제도적으로 보장되어야 함을 의미한다. 이는 일본의 장애인종합지원법 제정과정에서 좋은 선례를 찾을 수

있다. 일본의 경우 장애인종합 지원법 제정과정에서 ‘장애인 제도개혁 추진 회의’에 장애인당사자를 총 24 명중 14 명으로 대거 진입시킴으로써 법제정과정에서 장애인당사자주의를 구현시켰다. 따라서 향후 우리나라의 경우도 장애인 기본법 제정과정에서 일본처럼 장애인당사자의 대거 진입을 제도적으로 보장해 주어야 할 것이다. 또한, 장애인기본법의 내용 중 정책의 입안 및 결정에 있어서의 이해당사자의 체계적인 참여보장 및 국가의 중요한 장애관련 기본정책기 구에의 장애인당사자의 참여보장이 제도적으로 뒷받침되어야 할 것이다.

## 2 주요내용

장애인기본법이 권리협약의 완전한 실현을 위해 반드시 다루어야 하는 핵심적인 내용을 각 장별로 살펴보면 다음과 같다.

### 1) 총칙

장애인기본법 제 1 장 총칙에 반드시 포함되어야 할 내용에는 장애인기본법의 목적, 기본이념, 장애와 장애인의 정의, 국가 및 지방자치단체의 책임, 다른 법률과의 관계이다. 우선 장애인기본법의 목적을 권리협약 목적의 연장선 상에서 “모든 장애인이 인간다운 삶을 영위하기 위해 필요한 사회적 지원을 인권적 관점에서 제공함으로써 모든 장애인이 인간으로서의 동등한 사회적 권리를 누리도록 하기 위함이다”로 규정하고자 한다.

둘째, 장애인기본법의 기본이념은 다음과 같다. ① 장애인기본법의 기본이념은 모든 장애인의 인간의 존엄성 회복이다. ② 장애인이 직면하는 삶의 다양한 문제 해결을 인권관점에서 접근한다. ③ 국가와 지방자치단체는 장애인의 손상된 존엄성을 회복시킬 책임을 가지고 있다. ④ 장애문제 해결에 있어서 장애인 당사자주의를 구현한다.

셋째, 장애인기본법에서 정의하는 장애와 장애인은 권리협약 장애인 정의의 연장선상에서, “장애란 신체적·정신적 손상을 지닌 자에게 주어지는 사회적·환경적 제약을 의미하며, 장애인이란 신체적·정신적 손상을 지닌 자로서 이와 같은 사회적·환경적 제약으로 인해 일상생활 또는 사회생활에서 차별, 불리함, 제약 등을 받는 자를 의미한다.”로 규정한다.

넷째, 장애인기본법에서 명시하는 국가와 지방자치단체의 책임은 권리협약

일반의무의 연장선상에서, ① 국가와 지방자치단체는 모든 장애인이 장애를 이유로 차별받지 않고, 모든 인권을 보호 및 보장할 책임을 진다. ② 국가와 지방자치단체는 장애아동, 장애여성 및 발달장애인의 인권보호 및 보장에 더욱 노력해야 한다. ③ 국가와 지방자치단체는 모든 장애인의 인권을 보호하기 위해 필요한 정책을 강구하고 이를 실행하는 데 있어 필요한 재원을 확보해야 한다.

다섯째, 장애인기본법에서 명시하는 다른 법률과의 관계는 “장애인의 인권증진에 관한 다른 법률을 제정 또는 개정하는 경우에는 이 법에 부합하도록 하여야 한다”로 규정하고자 한다. 따라서 장애인기본법이 장애관련 최상위의 일반법으로서의 성격을 지함에 따라 장애인복지법, 장애인차별금지 및 권리구제에 관한 법률 등 장애관련 법률들은 장애문제에 대한 관점, 장애인의 정의 등에 대해 불가피하게 개정할 수밖에 없을 것이며, 뿐만 아니라 추후 각 개별 법률의 제·개정 시 장애인기본법의 목적, 기본이념, 장애 및 장애인 정의 등에 내용적 구속을 받을 것이다.

## 2) 장애인기본정책 계획

장애인기본법에서는 우선적으로 우리나라 장애인기본정책 계획에 대한 주요 사항에 대해 명시되어 있어야 한다. 장애인기본정책이란 장애인기본법의 목적, 즉 장애인의 인권증진 및 인간의 존엄성 회복을 위해 보건복지부장관이 관계 중앙행정기관의 장과 협의하여 3년마다 수립·시행하는 계획으로, 장애인당사자주의에 의거하여 이와 같은 장애인기본정책 계획의 기획, 조정, 집행 및 평가 등의 과정에 장애인 당사자의 참여가 제도적으로 보장되어야 할 것이다. 특히 장애인기본정책 계획에 대한 집행기구에 장애인당사자의 참여가 보장되어야 하며, 이 경우 장애유형 및 장애정도 그리고 성별 등을 고려할 필요가 있다.

이와 같은 장애인기본정책 계획에는 권리협약의 내용을 토대로 다음 각호의 사항이 포함되어야 한다.

- ① 장애인의 교육에 관한 사항
- ② 장애인의 노동 및 고용에 관한 사항
- ③ 장애인의 소득에 관한 사항
- ④ 장애인의 주거에 관한 사항

- ⑤장애인의 사회참여에 관한 사항
- ⑥장애인의 건강 및 생명에 관한 사항
- ⑦장애인의 확대 및 부당한 대우에 관한 사항
- ⑧장애인 여가 및 문화에 관한 사항
- ⑨장애인의 복지에 관한 사항
- ⑩그 밖에 장애인의 인권증진을 위해 필요한 사항

다음으로, 장애인기본법에 장애인기본정책 조정위원회 설치에 관한 사항을 규정할 필요가 있다. 즉, 상기의 장애인기본정책을 수립하고 관계부처 간의 의견을 조정하며 그 정책의 이행을 감독·평가하기 위해 대통령 소속 하에 강제력 있는 상설 기구로서 장애인기본정책 조정위원회를 두어야 한다. 현재 장애인복지법 상 장애인정책조정위원회는 관계 부처의 의견을 조정할 사려가 거의 없을 뿐만 아니라 비상설 기구로서 현실적으로 그 기능을 거의 못하고 있다. 따라서 장애인기본법에서는 그 정책기구를 격상시켜 대통령 산하 상설자문기구로 장애인기본정책 조정위원회를 설치하여, 그 권한의 강제력을 상향시킬 것을 제안하고자 한다. 따라서 이와같은 장애인기본정책 조정위원회는 다음과 같은 사항을 심의·조정한다. 그리고 장애인기본정책 조정위원회는 다음의 사항들을 미리 검토하고 관계 기관 사이의 협조사항을 정리하기 위해 위원회에 국무총리를 위원장으로 한 장애인기본정책 조정실무위원회를 둔다.

- ①장애인기본정책의 기본방향에 관한 사항
- ②장애인복지 향상을 위한 정책조정에 관한 사항
- ③장애인 교육정책의 조정에 관한 사항
- ④장애인 노동 및 고용촉진정책의 조정에 관한 사항
- ⑤장애인 소득보장정책의 조정에 관한 사항
- ⑥장애인 주거보장정책의 조정에 관한 사항
- ⑦장애인 사회참여 및 이동보장 정책조정에 관한 사항
- ⑧장애인 자립생활 구현을 위한 정책조정에 관한 사항
- ⑨장애인 건강 및 생명권 보장 정책조정에 관한 사항

- ⑩ 장애인 확대 및 부당한 대우로부터 보호정책 조정에 관한 사항
- ⑪ 장애인 여가 및 문화 보장정책 조정에 관한 사항
- ⑫ 장애인기본정책 추진과 관련한 재원조달에 관한 사항
- ⑬ 장애인기본정책 추진과 관련하여 관련 부처의 협조에 관한 사항
- ⑭ 그 밖에 장애인기본정책과 관련하여 대통령령으로 정하는 사항

마지막으로, 국가 및 지방자치단체가 소관 정책을 수립·집행하는 과정에서 그 정책이 장애인의 인권증진에 미칠 영향을 미리 분석·평가하는 것이 국가 및 지방자치단체의 의무사항임을 명기해야 할 것이다. 아울러 장애 인지적 예산제도의 실행을 국가 및 지방자치단체의 의무사항으로 명시해야 할 것이다. 성인지 예산이 여성만을 위한 예산 편성이 아니라 양성평등이라는 목적을 가진 예산제도인 것처럼, 장애인지적 예산 또한 장애인만을 위한 예산편성이 아니라 장애인과 비장애인의 평등을 추구함으로써 장애인의 사회통합을 실현하기 위한 목적을 가진 예산제도이다. 이것이 중요한 것은 적절한 예산분배가 없이는 인권적인 차원에서의 장애인의 사회통합은 실현될 수 없을 뿐만 아니라, 기존의 국가예산 제도를 통해서 적절한 예산 분배를 이끌어낼 수 없기 때문이다. (김동기, 2008)

현실에서 장애인지적 예산제도는 국내 및 국제적으로 매우 생소한 개념은 아니다. 2010 년대에 접어들면서 장애인지예산제도에 대한 관심과 본 제도의 필요성에 대한 공감대가 급속도로 확산되기 시작했다. 대표적인 사례로, 2011년 교육·사회·문화 분야 국회 대정부질문에서 한나라당 윤석용 의원이 김황식 국무총리에게 동 제도의 필요성을 주장하며 동 제도의 도입의지에 대해 질의했고, 이에 대해 김총리는 동 제도의 도입에 대해 긍정적인 태도를 취하였다. 또한, 서울시는 지난 4월 '장애인 희망서울 종합계획'을 발표하면서 2013년에 장애인지예산제도를 시범 도입한다고 공표하였다. 더 나아가 국제적으로는 지난 8월 초 15개 아태지역 장애인 단체 대표들이 아태지역 유엔경제사회위원회 (UN ESCAP) 인천전략 최종합의안을 통과시켰는데, 한국 측의 강한 주장으로 접근성의 목적에 대한 증진지표로서 장애인지예산제도를 장애통계의 핵심지표로 추가시켰다. 이처럼 장애인지예산제도는 곧 머지않아 성인지 예산제도처럼

럼 제도권 안에 ‘부문인지예산제도’의 한 유형으로 자리 잡을 기세다. (김동기, 2012) 따라서 장애인기본법에서 장애인과 비장애인의 평등을 추구함에 있어 핵심적인 수단이 될 수 있는 장애인지적 예산제도의 도입을 명문화해야 할 것이다.

### 3) 장애인기본정책의 기본시책

장애인기본정책의 기본시책에는 장애인의 복지, 장애인의 교육, 장애인의 노동과 고용, 장애인의 소득, 장애인의 주거, 장애인의 사회참여, 장애인의 건강 및 생명, 장애인 학대 및 부당한 대우, 장애인의 여가 및 문화, 그 밖에 장애인의 인권증진 관련 사항에 대한 기본적인 시책을 규정해야 할 것이다. 그리고 이 기본적인 시책에 대한 자세한 내용은 장애인 관련 해당 개별 법률에서 규정되어야 할 것이다. 예를 들면, 장애인의 복지에 대한 세부내용은 장애인복지법에서, 장애인의 교육에 대한 세부내용은 장애인 등에 대한 특수교육법에서 다뤄지게 될 것이다. 하지만 이처럼 해당 개별 법률에서 자세하게 규정될 기본시책들에 대한 큰 그림을 장애인기본법에서 별도로 규정하는 것은 장애인기본법과 하위 법률들과의 유기적인 관계를 구축하기 위해서이다.

뿐만 아니라 장애인기본정책의 기본시책에서 함께 다루어져야 하는 내용은 개인별예산제도의 도입이다. 즉, 장애인기본법은 장애인당사자주의를 지향하는 법률로서 이는 권리협약과 지향하는 바가 같다. 따라서 장애인당사자주의를 가장 현실적으로 구현할 수 있는 재정지원방식 또한 개인별 예산제도가기 때문에, 반드시 장애인기본법에서 이의 도입을 규정해야 할 것이다. 전통적으로 지역사회서비스 자금지원방식은 자금을 정부가 장애인이 아닌 서비스제공자 또는 케어제공자에게 지급하는 것이다. 이러한 방식을 총액자금지원 (BF: Block Funding) 이라고 부른다. BF는 서비스공급자중심이다. 장애인이 누구로부터 서비스를 받고, 어떤 종류의 서비스를 받을 것인가에 있어서 장애인에게 많은 선택권을 주지 않는다. 그러나 이와 반대로 개인별예산제도는 장애인에게 돈을 직접적으로 지급하는 소비자중심 자원전달체계를 채택한다. 장애인은 IF (Individualized Funding) 를 통해 자신이 원하는 케어를 자신이 선택한 서비스제공자에게서 받을 수 있고 그 대가도 자기가 지불할 수 있다. 이와 같은 개인별 자금지원제도를 채택하고 있는 국가로는 영국, 독일 및 캐나다 등을

들 수 있다. 따라서 장애인기본법에서 장애인당사자주의의 진정한 구현을 위해 개인별예산 제도의 도입을 명문화해야 할 것이다.

#### 4) 장애인 인권기금

마지막으로, 장애인기본법의 기본 정책 및 시책을 실행함에 있어서 소요되는 재원마련을 위해 장애인인권 기금의 설치를 명시해야 한다. 이와 같은 인권 기금이 사전적으로 설치 및 적립될 때, 지속가능하면서도 신속하게 장애인의 인권증진이 실현될 수 있을 것이다. 즉, 장애인인권증진의 가장 중요한 선결과제가 바로 재원이기 때문에 이와 같은 기금마련은 매우 중요한 사안임에 틀림없다.

또한 더 나아가 중앙정부차원에서 뿐만 아니라 지방정부 차원에서도 각 시도의 장애인인권기금 설치 및 운영을 명시하여, 각 지방정부의 특수한 상황을 고려한 좀 더 장애인 당사자의 권리에 민감한 정책을 수립 및 집행할 수 있는 발판을 마련해야 할 것이다. 그리고 이처럼 각 시·도별 장애인인권기금이 마련되어야 각 시도별 발생할 수도 있는 장애인기본정책 격차 또한 사전에 일정부분 통제할 수 있을 것이다.

지금까지 살펴본 장애인기본법의 주요 내용에 대한 구성을 정리하면 다음의 <표 1> 과 같다.

표 1 장애인기본법의 구성

장	구성 요소
제 1 장 (총칙)	- 장애인기본법의 목적, 기본이념, 장애와 장애인의 정의 - 국가 및 지방자치단체의 책임, 다른 법률과의 관계
제 2 장 (장애인기본정책계획)	- 장애인 기본정책 계획 수립, 장애인기본정책 조정위원회 - 장애인지적 예산제도
3 장 (장애인기본정책의 기본시책)	- 장애인기본정책의 기본시책 사항, 개인별예산제도
4 장 (장애인인권기금)	- 중앙 및 지방정부 장애인 인권기금 설치 및 조성

#### IV 결론 및 제언 : 장애인기본법과 국내 장애관련법의 관계성 및 개정방향

지금까지 장애인기본법의 제정방향 및 주요내용에 대해서 간략하게 살펴보았다. 그렇다면 우리에게 남은 과제는 장애인기본법과 기존 국내 장애관련법의 관계 및 향후 동 법률들의 개정방향일 것이다. 그리고 그 핵심에는 기존에 장애관련 일반법으로서의 역할을 담당해온 장애인복지법과의 관계성 및 개정방향임에 틀림없다.

위에서도 언급하였듯이, 일반법은 법의 효력이 특별한 제한 없이 일반적으로 적용되는 법률로서, 헌법의 하위규범이자 다른 관련법의 상위규범으로서의 의의 및 개별 법률들 간의 전체적인 통일성과 연계성을 담보해주는 역할을 수행한다. 그런데, 그 동안 이와 같은 역할을 수행해온 장애인복지법은 장애인의 인권증진 및 권리협약의 완전한 이행 측면에서 제한점이 많았던 것 또한 부정할 수 없다. 따라서 국내에서 장애인권리협약의 완전한 이행을 위해서는 인권관점의 입법이 필요하며 그 역할을 수행할 수 있는 것이 바로 장애인기본법의 제정이다. 따라서 향후 장애인기본법이 장애인 관련 최고의 일반법으로서 기능할 수 있도록 제정되어야 할 것이며, 장애인복지법은 장애인복지와 관련된 제한된 영역에 대한 입법만을 담당해야 할 것이다. 즉, 장애인기본정책과 관련된 큰 틀에서의 기본방향, 기본정책 등의 내용은 장애인기본법에서 규정하고, 이와 관련된 정책 중 복지정책에 대해서만 장애인복지법에 규정하는 것이 타당하다. 또한 장애인기본법에 명시되어야 할 내용이 기존 장애인복지법에 규정된 사항들, 예를 들면 장애인기본정책 계획, 장애인기본정책 조정위원회 등의 사항들을 장애인복지법에서 장애인기본법으로 근거 법률을 이관해야 할 것이다.

또한, 현존하는 장애관련 다른 기존법률들 또한 장애인기본법의 목적 및 이념에 맞게 법의 내용을 수정해야 할 것이다. 특히 장애인기본법이 인권관점에서 장애문제를 접근하고 있는 만큼 기존의 수혜적·동정적 차원의 내용을 담고 있는 법률들은 모두 개정되어야 할 것이다. 이 점에 있어서 기존에 대부분의 법률들이 국가 및 지방정부의 예산을 고려하여, 장애인의 욕구를 충족하고 문

제를 해결하기 위해 제공하는 정책 및 사업의 실행을 “……할 수 있다” 등의 재량행위로 규정해 놓은 것들이 상당수인데, 향후 이와 같은 재량규정들이 “……해야 한다”와 같은 강행규정으로 변경되어야 할 것이다. 왜냐하면 장애인기본법은 장애문제를 인권관점에서 접근하므로, 국가 및 지방자치단체의 예산논리에 장애인의 인권이 예속될 수 없기 때문이다. 이는 인권관점이면서 국가의 책무성을 강조하는 장애인기본법의 기본적인 제정방향에 일치한다.

성경에 “새 술은 새 부대에 담아야 한다.”라는 구절이 있다. 말 그대로 새 술은 새로운 부대에 담아야 맛이 상하지도 않고 부대가 터지지도 않는다는 것이다. 이를 장애인기본법에 적용해 보면, 장애문제를 인권관점에서 해결하겠다는 새로운 시도는 새 부대인 장애인기본법에 담아야 한다는 것이다.

하지만, 한 가지 고려해야 할 점이 있다. 정책의 속도 (speed)와 정책의 질 (quality) 중 어느 것을 우선시할 것인지에 대한 고려이다. 즉, 정책의 속도를 우선시하면 본 발표자들이 주장한 것과는 다르게 장애인복지법을 전면 개정하여 장애인기본법에 포함되어야 할 핵심적인 내용을 장애인복지법에 포함시키는 것이다. 반면 정책의 질을 우선시하면, 당연히 장애인기본법을 제정하는 것이다. 아마 정책의 질을 우선시해서 장애인기본법을 제정하려한다면 상당히 많은 시간이 소요될 것이다. 물론 지금의 국가 및 국민의 장애인에 대한 인권 의식과 수준이 많이 향상되었다고 하지만, 장애인기본법을 제정하는데 있어 결코 짧지 않은 시간이 소요될 것임엔 자명하다. 따라서 향후 양자의 선택의 기로에서 좀 더 실효성 있는 대안은 어떤 것일지에 대해 장애인당사자들의 의견을 수렴하여 그들이 추구하는 방향으로 입법의 제·개정 운동을 진행시켜나 가면 될 것이다.

[주]

- 1) 협약 25 조 건강 e) 항 의료보험, 그리고 생명보험이 국내법에 의해 허용된 곳에서의 생명보험의 제공에 있어 장애인에 대한 차별을 금지한다.
- 2) 상법 732 조 (15 세 미만자 등에 대한 계약의 금지) 15 세 미만자, 심신상실자 또는 심신박약자의 사망을 보험사고로 한 보험계약은 무효로 한다.
- 3) 장애인권리협약의 비준 당사국은 비준 후 2년 안에 국가보고서를 제출하게

되어 있으며 한국정부는 2011년 6월 장애인권리협약 첫번째 국가보고서를 제출하였다. 첫 번째 국가보고서에 대한 장애인권리위원회의 심의는 2015년에 이루어질 것으로 예상되고 있으며 한국정부의 2차 보고서는 2015년까지 제출되어야 한다. 이에 따라 1차와 2차 보고서가 병합되어 심의될 가능성이 있다.

- 4) 장애인 복지법, 장애인고용촉진 및 직업재활법, 장애인차별금지 및 권리구제에 관한 법률, 장애인활동 지원에 관한 법률, 장애인등에 대한 특수교육법, 장애인연금법, 장애인 기업활동촉진법, 장애인 노인 입산부 등의 편의증진 보장에 관한 법률, 장애아동 복지지원법, 장애인 고령자 등 주거약자 지원에 관한 법률, 교통약자의 이동편의 증진법, 중증장애인생산물 우선구매 특별법 등이 있다.
- 5) 전문 e) ”장애는 발전하는 개념이며, 다른 사람들과 동등한 기초 위에서, 완전하고 효과적인 사회참여를 저해하는 태도 및 환경적인 장벽과 손상을 지닌 개인과의 상호작용으로부터 야기된다는 것을 인정하며”
- 6) 장애인은 다양한 장벽과의 상호작용으로, 다른 사람들과의 동등한 기초위에서 완전하고 효과적인 사회 참여를 저해하는 장기간의 신체적, 정신적, 지적 또는 감각적 손상을 가진 사람을 포함한다.
- 7) 장애인복지법 제 2 조 (장애인의 정의 등) 2 항) 이 법을 적용받는 장애인은 제 1 항에 따른 장애인 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 장애가 있는 자로서 대통령령으로 정하는 장애의 종류 및 기준에 해당하는 자를 말한다.
  1. “신체적 장애”란 주요 외부 신체 기능의 장애, 내부기관의 장애 등을 말한다.
  - 2.” 정신적 장애”란 발달장애 또는 정신질환으로 발생하는 장애를 말한다.
  - 8) 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.
  - 9) ②국가 및 지방자치단체는 장애인 등에게 정당한 편의가 제공될 수 있도록 필요한 기술적 · 행정적 · 재정적 지원을 하여야 한다.
  - 10) 장애인권리협약 전문 n) “장애인이 스스로 선택할 자유를 포함하여, 장애인 개인의 자율 및 자립의 중요성을 인정하며”
  - 11) 장애인권리협약 제 10 조 생명권 “당사국은 모든 인간은 고유한 생명권을 부여받았음을 객관적으로 확인하고 다른 사람들과 동등한 기초 위에서 장애인이 이러한 권리를 효과적으로 향유할 수 있도록 보장하는 모든 필요한 조치를 취한다”
  - 12) 장애인권리협약 제 17 조 개인의 고유성 보호 “모든 장애인은, 다른 사람들과 동등한 기초 위에서 자신의 신체적, 정신적 고유성에 대해 존중받을 권리가 있다”

- 13) 장애인권리협약제 23 조 가정과 가족에 대한 존중 1 “당사국은, 다른 사람들과 동등한 기초 위에서, 다음을 보장하기 위하여 결혼, 가족, 부모의 신분 및 관계와 관련된 모든 문제에 있어 장애인에 대한 차별을 철폐하기 위한 효과적이고 적절한 조치를 취한다.”
- 14) 행정서비스의 이익을 받는 자는 그 이익의 양에 따라 조세를 부담하여야 된다는 것. 서비스 양의 증가에 따라 자부담의 증가를 뜻한다.
- 15) 소득 (즉 경제적 능력) 에 따라 부담액을 결정한다는 것으로, 통상 본인의 소득과 그 부양의무자의 전년도 소득세액 등에 의해 결정된다.
- 16) 정부와 소송단의 기본합의 문서 (2010.1.7) 에 명시된 내용이며, 여기서 ‘소송단’ 은 ‘자립지원법’ 의 ‘응의부담’ 에 대한 재판을 신청한 원고를 말한다.

[참고문헌]

- 김동기 (2008) . 사회통합관점에서 바라본 장애인지 예산제도 필요성에 관한 연구 . 한국장애인인권포럼 연구용역보고서 .
- 김동기 (2012) . 장애인지예산제도 도입 논의를 위한 토론회 . 2012년 제 3차 장애인정책 토론회 자료집 .
- 윤삼호 (2007) . 장애학개론 .
- 장수호 (2010) . 장애복지 패러다임의 변화 . 장애인활동보조인 교육자료집 .
- 조원일 (2007) . “일본의 사회복지에 있어 장애인 자립 패러다임의 변천” , 일본 연구논총 , 26, 425-456.
- 조형석 (2009) . “장애인권리협약의 실효적 이행 : 현황과 과제” 한일 심포지엄 자료집 .
- 한국장애인재단 (2012) . WHO 세계장애보고서
- 한국 DPI (2003) . ‘장애인의 권리 및 존엄의 보장과 증진을 위한 포괄적이고 종합적인 국제조약 국제초청강연’ 자료집
- 일본후생노동성 홈페이지 . [www.mhlw.go.jp](http://www.mhlw.go.jp)