

2016년 10월 31일

**장애인 거주시설 입주자의 인권과
장애인복지법 제59조의7제3호**

당사자의 삶, 지역사회 사람살이

“그래, 이래야 사람이지. 이런 게 사람 사는 거지!”

장애인 거주시설 입주자의 인권	3
1. 사회사업 인권	3
2. 정책 인권	4
3. 인권 장애 요소	6
장애인복지법 제59조의7제3호	8
1. ‘보호·감독을 받는’ 장애인	9
2. 장애인을 ‘보호·감독’하는 시설과 인원	10
3. 기본적 보호와 방임 행위	11
4. 보호이익과 침해이익 사이의 균형	12
5. 장애인 거주시설의 문서	14
부록 : 사고 관련 위법성 조각사유	15

배경 이론 : 복지요결 ‘사람과 사회’ 편, ‘시설 사회사업’ 편
사회복지정보원 <http://welfare.or.kr> 에 원고를 한글과 PDF 파일로 공유합니다. 파일에는 참조 대상의 하이퍼링크가 포함되어 있습니다.

입주자의 버젓한 삶과 정겨운 사람살이를 위하여

장애인 거주시설 입주자의 인권

인권은 사람일 권리 곧 사람다운 권리, 사람답게 살 권리입니다.

1. 사회사업 인권

일반 사회사업에서 인권은 사회사업 도움을 받는 데 ‘사람다운 권리’입니다. 다만 시설은 일상적으로 필요한 도움을 받으며 ‘사는 곳’이라, 시설 입주자의 인권은 ‘사람답게 살 권리’까지 아우르곤 합니다.

1) 복지를 이루는 데 주인 노릇 하거나 주인 될 권리

저마다 자기 복지에 관한 일에 설명을 듣거나 질문을 받을 권리, 동의·거절하거나 의견을 말할 권리, (얼마쯤 제한이 있지만) 자기가 결정·선택·통제하고 자기가 하고 싶고 할 수 있는 만큼 제구실 할 권리입니다.

2) 자기 인생 자기 삶을 살 권리

더디고 힘들고 어설피고 부족하고 불편하고 위험할지라도, 실수 실패하고 아프고 다치고 죽는다 할지라도, 그래도 저마다 자기 인생 자기 삶을 살 권리입니다.

3) 가족 친척 친구 동료 이웃으로 어울려 살 권리

저마다 자기 인간관계로, 가족 친척 친구 동료 이웃을 비롯한 둘레 사람과 어울려 살 권리입니다. 자기 일로 둘레 사람과 함께하고, 둘레 사람의 일로 둘레 사람과 함께할 권리입니다.

4) 지역 주민 시민으로 어울려 살 권리

저마다 자기 일상생활로, 지역사회 공간 시설 제도 제품 서비스 조직 문화를 이용하며 사람들과 어울려 살 권리입니다.

2. 정책 인권

정책 인권은 장애인복지 관련법으로 보호하려는 권익입니다.

[장애인복지법](#) 제60의4제2항의 ‘지역사회생활’과 제3항의 ‘사생활 및 자기결정권’, [장애인차별금지법](#) 제7조의 ‘자기결정권 및 선택권’, 제30조제3항의 ‘사회활동 참여, 이동 및 거주 자유’와 제5항의 ‘외부의 소통권’ 등의 권리입니다.

1) 지역사회에서 생활할 권리

[장애인복지법](#) 제60조의4(장애인 거주시설 운영자의 의무) ② 시설 운영자는 시설 이용자의 거주, 요양, 생활지원, 지역사회생활 지원 등을 위하여 필요한 서비스를 제공하여야 한다.

2) 사생활 및 자기결정권

[장애인복지법](#) 제60조의4(장애인 거주시설 운영자의 의무) ③ 시설 운영자는 시설 이용자의 사생활 및 자기결정권의 보장을 위하여 노력하여야 한다.

3) 자기결정 및 선택권

[장애인차별금지법](#) 제7조(자기결정권 및 선택권) ① 장애인은 자신의 생활 전반에 관하여 자신의 의사에 따라 스스로 선택하고 결정할 권리를 가진다.

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

4) 사회활동 참여권, 이동 및 거주 자유권

[장애인차별금지법](#) 제30조(가족·가정·복지시설 등에서의 차별금지) ③ 가족·가정 및 복지시설 등의 구성원은 장애를 이유로 장애인의 취학 또는 진학 등 교육을 받을 권리와 재산권 행사, 사회활동 참여, 이동

및 거주자의 자유(이하 이 항에서 "권리 등"이라 한다)를 제한·박탈·구속하거나 권리 등의 행사로부터 배제하여서는 아니 된다.

5) 가족 등의 면접권 및 외부와의 소통권

장애인차별금지법 제30조(가족·가정·복지시설 등에서의 차별금지)

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

6) 지역사회 여느 사람이 이용하는 공간 시설 제도 제품 서비스 조직 문화를 이용할 권리

제15조(재화·용역 등의 제공에 있어서의 차별금지) ① 재화·용역 등의 제공자는 장애인에 대하여 장애를 이유로 장애인 아닌 사람에게 제공하는 것과 실질적으로 동등하지 않은 수준의 편익을 가져다주는 물건, 서비스, 이익, 편의 등을 제공하여서는 아니 된다.

② 재화·용역 등의 제공자는 장애인이 해당 재화·용역 등을 이용함으로써 이익을 얻을 기회를 박탈하여서는 아니 된다.

제17조(금융상품 및 서비스 제공에 있어서의 차별금지)

제18조(시설물 접근·이용의 차별금지)

제19조(이동 및 교통수단 등에서의 차별금지)

제20조(정보접근에서의 차별금지)

제24조(문화·예술활동의 차별금지)

제25조(체육활동의 차별금지)

제26조(사법·행정절차 및 서비스 제공에 있어서의 차별금지)

3. 인권 장해 요소

1) 보호 의무

장애인복지법 제59조의7(금지행위) 누구든지 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.

3. 자신의 보호·감독을 받는 장애인을 유기하거나 의식주를 포함한 기본적 보호 및 치료를 소홀히 하는 방임행위

민법 제750조(불법행위의 내용) 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.

형법 제14조(과실) 정상의 주의를 태만함으로 인하여 죄의 성립요건인 사실을 인식하지 못한 행위는 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하여 처벌한다.¹⁾

이로써, 입주자 관련 사고가 나면 사회사업 행위에 정상의 주의를 태만히 하여 ‘보호를 소홀히 하는 방임행위를 금지한 법’을 어긴 죄 곧 ‘과실로 인한 위법행위’가 있다고 하여 처벌하는 일이 있습니다.

① “피진정인의 관리 및 보호조치가 소홀하여 지속적으로 유사한 거주 인간의 성폭력 행위가 일어나고 있는 바...”

1) 민법에서는 고의와 과실로 인한 책임을 구별하지 않으나 형법에서는 과실범은 특별한 규정이 있는 경우에 한하여 처벌합니다.

형법 제266조(과실치상) ① 과실로 인하여 사람의 신체를 상해에 이르게 한 자는 500만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 처한다.

형법 제267조(과실치사) 과실로 인하여 사람을 사망에 이르게 한 자는 2년 이하의 금고 또는 700만 원 이하의 벌금에 처한다.

형법 제268조(업무상과실·중과실 치사상) 업무상과실 또는 중대한 과실로 인하여 사람을 사상에 이르게 한 자는 5년 이하의 금고 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.

- ② “충분한 인력의 생활지도사 등을 배치하여 망인의 운동을 보살필 의무를 게을리 한 피고의 과실로 발생하였다고 봄이 상당하므로...”
- ③ “피고인들이 업무상 주의의무를 위반하여 그 결과 병이 사망에 이르렀다고...”
- ④ “주의 깊게 살펴야 할 업무상 주의의무가 있는데도 이를 게을리 하여...”
- ⑤ “장애인복지법 제59조7제3호의 자신의 보호·감독을 받는 장애인에 대한 기본적인 보호를 소홀히 하는 방임행위에 해당된다고...”

안전 등의 소극적 법익을 위한 보호와 주의의무가 사생활 및 지역사회 생활 등의 적극적 법익을 침해하거나 그 보장 노력을 저해할 소지가 있습니다. 실제로 장애인 거주시설 입주자의 인권 실현에 ‘장벽’에 가까운 장애 요소가 되고 있습니다.

2) 사고 걱정

사회사업 인권이든 정책 인권이든 인권 실현을 위한 노력은 모두 하나 같이 ‘사고’ 위험이 높습니다.

입주자의 인권 실현을 위한 일이라도 사고가 나면 문제가 되곤 합니다. 사고 날 위험이 있는데 왜 그렇게 했냐고, ‘보호’에 필요한 주의 의무를 다하지 않아서 사고 난 것 아니냐고, 추궁하는 겁니다. 사고 뒷일이 사람을 힘들게 지치게 질리게 합니다.

이런 시비나 책임을 면피하려다 보면 입주자를 지나치게 ‘보호’하게 됩니다. 이로써 인권을 해치고 결국 ‘입주자의 삶’을 희생시키기 쉽습니다. 그저 안전하게 ‘생존 연명’하게 될 뿐입니다.

장애인 거주시설 입주자의 인권 침해, 그 핵심은 입주자를 지나치게 ‘보호’함으로써 결국 ‘입주자의 삶’을 희생시키는 행위입니다.

장애인복지법 제59조의7제3호

장애인복지법 제59조의7(금지행위) 누구든지 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.

3. 자신의 보호·감독을 받는 장애인을 유기하거나 의식주를 포함한 기본적 보호 및 치료를 소홀히 하는 방임행위¹⁾

보호 대상, 보호 책임자, 기본적 보호, 소홀히 하는 방임행위에 한정이 없습니다.

사고가 났다 하면 어느 시설 누구라도 이로 인해 시비·문책·처벌 대상이 될 수 있습니다.

실제 판례에서도 온갖 경우에 걸면 걸리는 죄목이라, 장애인 거주시설 사회사업에, 입주자의 인권 실현에, 그야말로 암초요 덮이요 족쇄일 수밖에 없습니다.

1) 제86조(벌칙) ③ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 5년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다. - 2. 제59조의7제2호(폭행에 한정한다)부터 제6호까지에 해당하는 행위를 한 사람

1. ‘보호·감독을 받는’ 장애인

장애인 시설 입주자는 다 보호·감독 대상 장애인인가?

1) 어떤 장애인이, 어떤 상황 사안에서, 어떤 보호가 얼마쯤 필요할 뿐인데... 장애인 시설 입주자를 다 이렇게 취급함은 온당치 않습니다.

2) 보호가 필요한 사람 상황 사안을 특정하지 않고, 필요 이상의 보호를 삼가지 않고, 장애인 자체가 보호 대상인 양 규정하거나 온갖 일에 보호하려 드는 잘못... 장애인에게, 장애인 인권에, 장애인 인식에, 장애인복지사업에, 이보다 나쁜 게 있을까요?¹⁾

3) 장애인복지법 제59조의7제3호와 관련하여 ‘보호·감독을 받는 장애인’을 한정해야 합니다. 별표 따위에 ‘장애인 시설 입주자 중 다음 각 호에 해당하는 자’ 따위로 대상자를 정하고 (의사나 판사의 소견서 같은) 판단 근거를 정해야 합니다.²⁾

1) 장애인복지법 제86조(벌칙) ① 사회복지사, 장애인복지시설 임직원, 공무원, 교사, 정치인, 언론인으로서 불특정 장애인에 대해 보호 운운하거나 장애인거주시설 입주자에 대해 상황·사안을 특정하지 않고 보호를 운운하는 자는 5년 이하의 치료감호나 200시간 이내의 수강명령에 처한다. ☹

2) 사회사업에서 약자라 함은 상황적 약자 곧 약한 상황 ‘그때 그 일에서’ 그렇다는 말입니다. 그 사람 자체를 그렇게 보지 않습니다. 사회사업에서 대상자라 함은 사회사업 도움을 받는 그때 그 일에서 그렇다는 말입니다. 그 사람 자체를 사회사업 대상으로 보지 않습니다. (시설 입주자에 대해서는 논란의 여지가 있습니다만...) 다른 때 다른 일에서도 약자인 것처럼, 종합 대상자인 것처럼, 온갖 일에 전문가 지도자 선생 보호자 관리자인 양 도와주려 하거나 지도하려 들거나 ‘보호하려’ 들거나 관리하려 들지 않습니다.

시설 입주자는 일상적으로 도움이 필요하기는 하지만 모든 일에 항상 같은 도움이 필요한 건 아닙니다. 도움이 필요한 상황 그때 그 일에 따라 다릅니다. 다른 상황 다른 때 다른 일에서도 그런 것처럼, 항시 약자나 종합 대상자인 것처럼, 온갖 일에 도와주려 하거나 지도 교육 ‘보호’ 통제 관리하려 들어도 되는 건 아닙니다. 성인은 더욱 그러합니다.

2. 장애인을 ‘보호·감독’하는 시설과 인원

장애인 시설이 장애인을 보호·감독하는 곳인가? 생활지도원이 장애인을 보호·감독하는 사람인가?

보호·감독 의무가 있는 시설이나 인원을 특정해야 합니다.

1) 장애인복지법 제58조는 장애인 거주시설을 ‘거주·요양·지원 등의 서비스를 제공하는 동시에 지역사회생활을 지원하는 시설’이라고 합니다. 보호·감독하는 곳이라거나 그런 의무가 있다 하지 않습니다. 다만 일부 보호조치를 요구하기도 하는데 그 대상은 중증장애인 거주시설과 장애영유아 거주시설뿐이며 그 보호조치라는 것도 ‘응급상황 대처와 신체적 손상·감염 예방’뿐입니다.¹⁾

2) 그런데도 사고가 나면 시설의 종류와 상관없이 보호를 소홀히 했다는 이유로 손해배상책임을 지우거나 처벌하곤 하니, 장애인복지법 제59조의7제3호와 관련하여 별표 따위에 ‘장애인을 보호·감독하는 시설이나 인원’을 한정해야 합니다.²⁾

1) 장애인복지법 시행규칙 제41조(장애인복지시설의 종류와 사업) - 별표 5. - Ⅲ. - 9. - 라. 시설의 종류별로 다음의 기준에 따라 재활사업을 실시하여야 한다. <중증장애인 거주시설> (1) 보호조치 - (가) 시설에 응급조치 및 후송체계를 갖추어 중증장애인의 응급상황에 적절히 대처할 수 있어야 하며, 신체적 손상과 감염을 예방하기 위하여 격리보호실을 활용하는 등 특별 관리하여야 한다. ※ 장애영유아 거주시설도 동일

2) 다음 조항은?

장애인복지법 시행령 제20조(보호자 범위) 법 제32조제1항 및 제2항에서 "대통령령이 정하는 보호자"와 법 제84조제1항에서 "대통령령으로 정하는 보호자"란 장애인을 보호하고 있는 장애인복지시설의 장, 그 밖에 장애인을 사실상 보호하고 있는 자를 말한다.

장애인을 보호하고 있는 장애인복지시설? 장애인복지시설 가운데 장애인을 보호하고 있는 시설만 여기에 해당한다는 말이겠지요? 논란의 여지가 있으니 ‘장애인을 보호하고 있는 장애인복지시설’을 특정함이 좋겠습니다.

3. 기본적 보호와 방임 행위

무엇이 ‘기본적 보호’인가? 어떤 행위가 보호를 ‘소홀히’ 하는 방임행위인가?

‘특정 입주자’에게 보호·감독이 필요한 상황·사안을 특정해야 합니다. 그 ‘특정 상황·사안’에서 시설이나 생활지도원이 취해야 할 최소한의 필수 보호·감독 조치를 특정해야 합니다.

1) [장애인복지법 시행규칙](#) 별표 5의 ‘관리 및 운영 요원의 배치기준’¹⁾으로 근로기준법을 위반하지 않고 장애인복지법 제59조의7제3호에 걸리지 않을 만큼 보호할 수 있을까요?

2) 장애인복지법 제59조의7제3호의 ‘기본적 보호’의 범위를 한정하고 ‘소홀히 하는 방임행위’의 판단 근거를 특정해야 합니다.

특정 입주자에게 보호가 필요한 경우와 그에 대한 최소한의 필수 보호 조치를 특정해야 한다는 말입니다.

이를테면 장애인복지법 제59조의7제3호에 단서를 달아 “당사자 또는 그 법정대리인과 시설은 입주계약서나 개인별 지원계획서에 보호가 필요한 경우와 그에 대한 최소한의 필수 보호 조치를 합의하여 기술하고 시설의 책임 범위를 이로써 한정한다.”고 명시하는 겁니다.

입주자 개인별 사고 예방 및 대응 지침을 입주계약서나 개인별 지원계획서에 넣어 이로써 시설과 생활지도원의 책임 기준을 삼자는 말입니다.

1) 생활지도원: 시설거주자가 18세 이상의 성인인 경우 10명당 1명 이상, 아동과 지적장애인 또는 자폐성장장애인의 경우 시설거주자 5명당 1명 이상, 시각장애인의 경우 시설거주자 4명당 1명 이상, 중증장애인 거주시설 및 장애인영유아 거주시설의 경우 시설거주자 3명당 1명 이상

4. 보호이익과 침해이익 사이의 균형

장애인복지법 제59조의7제3호 관련 시비나 처벌을 회피하려는 보호·감독 노력으로 인해 다른 법익이 침해되지 않는가?

다른 법익을 침해하거나 그 보장 노력을 저해할 소지가 있는 ‘보호’ 조치를 엄격히 제한해야 합니다.

1) 법 제59조의7제3호에 의한 주의 내지 보호 의무를 엄격히 요구하면, 여기에 걸려들지 않으려고 단순 케어와 보호 또는 시설 내에서의 프로그램이나 단체로 나가는 활동 외에 입주자 개인의 삶과 사람살이를 위한 지원은 위축될 수밖에 없을 겁니다.

지역사회생활 및 사생활, 자기결정권 및 선택권, 사회활동 참여, 이동 및 거주 자유, 외부와의 소통권 같은 권익을 보장하기 위한 노력에 소극적일 수밖에 없을 겁니다.

누구나 그렇지만 특히 중증장애인은 이런 권익을 실현하는 데 얼마쯤 위험이 따를 수밖에 없습니다. 사정이 이러한데도 통상의 사회사업가가 어떤 일의 위험을 예견 회피할 수 있다는 사실만으로 과실죄를 적용한다면 결국 저마다 자기 생활을 하는 입주자 개인의 삶, 더불어 사는 지역사회 사람살이는 기대하기 어려울 겁니다.

장애인 거주시설에 주의의무를 포괄적으로 요구하면, 장애인복지법 제59조의7제3호의 ‘기본적 보호’의 범위나 ‘소홀히 하는 방임행위’를 포괄적으로 적용하면, 장애인 거주시설의 주의나 보호란 사실상 간섭·통제나 구속에 가까워질 것이고 따라서 시설은 사실상 수용소 또는 구금·보호시설이나 다름없게 되고 말 겁니다.

이러므로 입주계약서나 개인별 지원계획서에 ‘보호가 필요한 경우와 그에 대한 최소한의 필수 보호 조치’를 밝힘으로써 ‘보호의무’를 얼마쯤 한정하여 그만큼 다른 중요한 권익들을 보장하게 해야 합니다.

2) 장애인복지법 제60의4제2항의 ‘지역사회생활’과 제3항의 ‘사생활 및 자기결정권’, 장애인차별금지법 제7조의 ‘자기결정권 및 선택권’, 제30조제3항의 ‘사회활동 참여, 이동 및 거주자의 자유’와 제5항의 ‘외부와의 소통권’ 등의 권리를 침해하거나 그 보장 노력을 저해할 소지가 있는 ‘보호’ 행위를 엄격히 제한하는 조항을

① 장애인복지법 및 장애인차별금지법에 명기하고

② 시설 홈페이지와 홍보물, 운영지침이나 운영계획서, 취업규칙과 근로계약서, 입주계약서와 개인별 지원계획서에 명기하도록 법으로 규정해야 합니다.

시설과 생활지도원이 보호라는 미명하에 입주자의 권리를 제한하지 못하게 하자는 말입니다.¹⁾

3) 보호 노력과 입주자 인권·법의 보장 노력 사이에 다름이 있을 경우 이에 대하여 심사 평가 중재하는 절차나 기구가 필요합니다.

법원의 화해·조정 서비스에 이런 기능을 추가하거나, ‘인권지킴이 지원센터’ 또는 (가칭)‘복지 분쟁 조정위원회’ 같은 기구에 이런 기능을 맡기는 건 어떨까요?

1) 이렇게 지역사회생활 및 사생활, 자기 결정권 및 선택권, 사회활동 참여, 이동 및 거주자의 자유, 외부와의 소통권 같은 권익을 보장하기 위한 의무와 지원 원칙을 법과 지침과 계약에 명시해야 이로 인한 사고에 대해 위법성 조각 사유 곧 법령에 의한 행위나 업무로 인한 행위 등 ‘정당행위’ 또는 ‘피해자의 승낙에 의한 행위’에 해당한다고 변론할 수 있습니다. 그래야 사고 뒷일에 대한 걱정을 덜고 입주자 인권 실현을 위해 노력할 수 있습니다.

5. 장애인 거주시설의 문서

1) 시설 홈페이지와 홍보물, 운영지침이나 운영계획서에

복지를 이루는 데 주인 노릇 하거나 주인 될 권리, 자기 인생 자기 삶을 살 권리, 가족 친척 친구 동료 이웃으로 어울려 살 권리, 지역 주민 시민으로 어울려 살 권리 또는 ‘지역사회생활 및 사생활, 자기결정권 및 선택권, 사회활동 참여, 이동 및 거주 자유, 외부와의 소통권’ 등의 권리를 보장하기 위한 노력에 해당하는 지원 원칙과 방법을 명시합니다.

이를 위해 더디고 힘들고 위험해도 최대한 당사자가 하게 돕고, 둘레 사람과 함께하게 돕고, 시설 바깥 여느 사람이 이용하는 공간 시설 제도 제품 서비스 조직 문화 같은 일반 복지 수단을 이용하게 돕는다고 기술합니다. 대신 해 주거나 시설 안에서 도우면 빠르고 쉽고 편하고 안전할 수는 있으나 위와 같은 입주자의 권리를 침해하기 쉬우니 부득이한 경우에 한하여 임시로 최소한으로 한다고 기술합니다.

2) 취업규칙과 근로계약서에

복지를 이루는 데 주인 노릇 하거나 주인 될 권리, 자기 인생 자기 삶을 살 권리, 가족 친척 친구 동료 이웃으로 어울려 살 권리, 지역 주민 시민으로 어울려 살 권리 또는 ‘지역사회생활 및 사생활, 자기결정권 및 선택권, 사회활동 참여, 이동 및 거주 자유, 외부와의 소통권’ 등의 권리를 침해하거나 그 보장 노력을 저해할 소지가 있는 ‘보호’ 행위를 최대한 명시하여 금지하되 ‘기타 필요 이상의 보호 행위를 해서는 안 된다.’고 기술합니다.

3) 입주 계약서와 개인별 지원계획서에

안전하게 ‘보호’하려는 노력이 자칫 사람답게 살 권리 또는 ‘지역사회생활 및 사생활, 자기결정권 및 선택권, 사회활동 참여, 이동 및 거주 자유, 외부와의 소통권’ 등의 권리를 침해하거나 그 보장 노력을 저해할 소지가 있음을 설명하고, 보호가 필요한 경우와 그에 대한 최소한의 필수 보호 조치를 합의하여 최대한 구체적으로 명기합니다.

부록 : 사고 관련 위법성 조각사유

사고에 대해 시설에 손해배상책임을 지우거나 처벌할 수 있는 경우는 대개 ‘과실로 인한 불법행위 또는 범죄’에 해당합니다. 불법행위나 범죄가 성립하려면 위법성이 있어야 합니다. 입주자 지원 행위에 위법성이 있어야 한다는 말입니다.

다만, 불법행위나 범죄의 구성요건에 해당하더라도 정당한 사유가 있는 경우에는 위법성이 없는 것으로 봅니다.

이러한 사유를 위법성 조각사유라고 하는데 민법은 정당방위와 긴급피난을, 형법은 이에 더하여 정당행위와 피해자의 승낙 등을 그런 사유로 규정하고 있습니다.

민법 제761조(정당방위, 긴급피난) ① 타인의 불법행위에 대하여 자기 또는 제삼자의 이익을 방위하기 위하여 부득이 타인에게 손해를 가한 자는 배상할 책임이 없다.

형법 제20조(정당행위) 법령에 의한 행위 또는 업무로 인한 행위 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위는 별하지 아니한다.

형법 제21조(정당방위) ① 자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하기 위한 행위는 상당한 이유가 있는 때에는 별하지 아니한다.

형법 제22조(긴급피난) ① 자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 위난을 피하기 위한 행위는 상당한 이유가 있는 때에는 별하지 아니한다.

형법 제23조(자구행위) ① 법정절차에 의하여 청구권을 보전하기 불가능한 경우에 그 청구권의 실행불능 또는 현저한 실행곤란을 피하기 위한 행위는 상당한 이유가 있는 때에는 별하지 아니한다.

형법 제24조(피해자의 승낙) 처분할 수 있는 자의 승낙에 의하여 그 법익을 훼손한 행위는 법률에 특별한 규정이 없는 한 별하지 아니한다.

입주자를 지원하는 어떤 행위가 불법행위나 범죄의 구성요건에 해당하더라도 정당행위이거나 피해자의 승낙에 의한 행위라면 위법성이 조각됩니다.

법령에 의한 행위 또는 업무로 인한 행위 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위는 별하지 않는다는 말이고, 입주자와 합의하여 지원한 행위도 그렇다는 말입니다.

변론의 핵심은 입주자 지원 행위에 이런 사유가 있음을 입증하는 겁니다.

1. 정당행위

형법 제20조(정당행위) 법령에 의한 행위 또는 업무로 인한 행위 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위는 별하지 아니한다.

1) 법령에 의한 행위

장애인복지법 제60의4제2항의 ‘지역사회생활’과 제3항의 ‘사생활 및 자기결정권’, [장애인차별금지법](#) 제7조의 ‘자기결정권 및 선택권’, 제30조제3항의 ‘사회활동 참여, 이동 및 거주 자유’와 제5항의 ‘외부와의 소통권’을 비롯한 장애인 인권 및 입주자 권리를 보장하기 위한 노력에 해당하는, ‘정당한 사회사업 행위’입니다.

2) 업무로 인한 행위

사회사업 기관으로서 사회사업 핵심 원리와 방법에 따라 행한 ‘정당한 업무 행위’입니다. 시설 홈페이지와 소개책자, 운영지침이나 운영계획서, 복무규정, 취업규칙과 근로계약서, 입주계약서나 개인별 지원계획서 따위에 밝힌 원칙에 따라 지원한 ‘정당한 업무 행위’입니다.

사회사업 기관으로서 우리 시설의 업무 속성이 다음과 같습니다.

① 우리 시설은 입주자가 자기 삶의 주인으로 살아야 한다고 봅니다. 그러므로 복지를 이루는 데 입주자가 주인 노릇 하게 돕고 나아가 각

입주자가 저마다 자기 삶을 살게 지원합니다.

② 우리 시설은 입주자가 사람들과 어울려 살아야 한다고 봅니다. 그러므로 복지를 이루는 데 입주자와 둘레 사람이 함께하게 돕습니다.

③ 우리 시설은 여느 사람이 이용하는 지역사회 공간 시설 제도 제품 서비스 조직 문화 따위의 일반 수단을 약자도 이용할 수 있어야 한다고 봅니다. 그러므로 입주자가 지역사회 일반 수단을 이용하여 복지를 이루게 돕습니다.

3) 사회상규에 위배되지 아니하는 행위¹⁾

행위의 동기나 목적의 정당성, 행위의 수단이나 방법의 상당성, 보호하려는 이익(지역사회생활과 사생활, 선택권과 자기결정권 등)과 침해된 이익(안전 등)의 균형성 관점에서 정당행위라 할 수 있습니다.

① 행위의 동기나 목적의 정당성 : 사람이 사람답게 복지를 이루고 사회가 사람 사는 사회 같기를 바랍니다. 자기 삶의 주인으로 사는 인격을 존중하고 사람들과 어울려 사는 관계를 소중히 여긴다는 말입니다. 약자도 살 만한 사회 곧 여느 사람이 이용하는 일반 복지 수단을 약자도 이용할 수 있는 사회이기를 바란다는 말입니다.

② 행위의 수단이나 방법의 상당성 : 당사자와 지역사회에 묻고 의논하고 부탁드립니다. 그래야 입주자가 자기 복지를 이루는 데 주인 노릇하게 되고 사람들과 어울려 살게 되기 때문입니다. 지역사회 일반 수단을 이용하여 복지를 이루게 돕습니다. 그래야 지역사회가 약자도 살 만한 사회가 되기 때문입니다.

③ 보호이익과 침해이익의 균형성 : 침해될 수 있는 이익 곧 안전도 중요하지만, 보호되는 이익 곧 사람답게 살 권리는 더욱 중요합니다. ‘안전’ 등의 이익이 얼마쯤 침해될 수 있음을 알더라도 ‘지역사회생활 및 사생활, 자기결정권 및 선택권, 사회활동 참여, 이동 및 거주 자유, 외부와의 소통권’ 등의 이익을 보장하기 위해 ‘보호’ 행위를 얼마쯤 제한하려는 것은 사회상규에 위배되지 않는다고 봅니다.

1) 사회상규에 위배되지 아니하는 행위 : [형법 제20조](#)에 정하여진 ‘사회상규에 위배되지 아니하는 행위’라 함은, 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위를 말하므로, 어떤 행위가 그 행위의 동기나 목적의 정당성, 행위의 수단이나 방법의 상당성, 보호이익과 침해이익의 법익 균형성, 긴급성, 그 행위 이외의 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성 등의 요건을 갖춘 경우에는 정당행위에 해당한다 할 것이다. (대법원 2014.01.16. 선고 [2013도6761](#) 판결)

2. 피해자의 승낙

형법 제24조(피해자의 승낙) 처분할 수 있는 자의 승낙에 의하여 그 법익을 훼손한 행위는 법률에 특별한 규정이 없는 한 벌하지 아니한다.

1) 우리 시설은 입주할 때 당사자와 및 그 가족이나 후견인 등과 계약하고, 해마다 당사자 및 가족을 비롯한 둘레 사람과 의논하여 개인별 지원계획을 세우는데, 그 입주계약서와 개인별 지원계획서에

장애인복지법 제60의4제2항의 ‘지역사회생활’과 제3항의 ‘사생활 및 자기결정권’, [장애인차별금지법](#) 제7조의 ‘자기결정권 및 선택권’, 제30조제3항의 ‘사회활동 참여, 이동 및 거주 자유’와 제5항의 ‘외부와의 소통권’ 등의 권리를 보장하기 위한 노력에 해당하는 지원 원칙과 방법을 명시하고 합의했습니다.

따라서 대신 해주거나 시설 안에서 돕는 방식은 부득이한 경우에 한하여 임시로 최소한으로 하겠다는 점, 더디고 힘들고 위험해도 최대한 당사자가 하게 돕고, 둘레 사람과 함께하게 돕고, 시설 바깥 여느 사람이 이용하는 공간 시설 제도 제품 서비스 조직 문화 따위의 일반 수단을 이용하게 돕겠다는 점을 명시하고 합의했습니다.

또한 장애인복지법 제60의4제2항의 ‘지역사회생활’과 제3항의 ‘사생활 및 자기결정권’, [장애인차별금지법](#) 제7조의 ‘자기결정권 및 선택권’, 제30조제3항의 ‘사회활동 참여, 이동 및 거주 자유’와 제5항의 ‘외부와의 소통권’ 등의 권리를 침해하거나 그 보장 노력을 저해할 소지가 있는 ‘보호’ 행위를 제한하는 조항을 명시하고 합의했습니다.

2) 이는 고의 또는 중대한 과실로 인한 법률상의 책임까지 배제한다는 계약이 아닙니다.¹⁾

1) [약관법](#) 제7조(면책조항의 금지) 계약 당사자의 책임에 관하여 정하고 있는 약관의 내용 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 내용을 정하고 있는 조항은 무효로 한다.

장애인복지법 제59조의7제3호의 ‘보호’ 노력이 자칫 ‘지역사회생활 및 사생활, 자기결정권 및 선택권, 사회활동 참여, 이동 및 거주 의 자유, 외부와의 소통권’ 등의 권리를 침해하거나 그 보장 노력을 저해할 소지가 있음을 설명하고, 입주 계약할 때 또는 개인별 지원계획을 세울 때 보호가 필요한 경우와 그에 대한 최소한의 필수 보호 조치를 밝힘으로써 ‘보호의무’를 얼마쯤 한정하여 그만큼 다른 중요한 권익들을 보장하겠다는 계약입니다.

이는 “당사자 또는 그 법정대리인과 시설은, 입주계약서나 개인별 지원계획서에, 장애인복지법 제6조의 ‘필요한 보호’와 제59조의7제3호의 ‘기본적 보호’에 대해, 보호가 필요한 경우와 그에 대한 최소한의 필수 보호 조치를 합의하여 기술한다.”고 규정한 장애인복지법 제59조의7제3호의 단서¹⁾와 약관법에 따라 적법하게 맺은 계약입니다.

3) 이와 같이 작성한 입주계약서나 개인별 지원계획서에서 당사자 또는 법정대리인(친권자, 후견인)과 의논하여 이를테면 혼자서 또는 둘레 사람과 함께 등하교·출퇴근·목욕하거나 가게·학원·문화센터·친척 집에 다녀오거나 극장·야구장·공원 등에 놀러가거나 칼과 불을 사용하여 요리하는 등의 행위에 대하여 합의한 경우,

피해자 또는 법정대리인이 ‘지역사회생활 및 사생활, 자기결정권 및 선택권, 사회활동 참여, 이동 및 거주 의 자유, 외부와의 소통권’ 등의 이익을 위해 이와 같이 할 경우 ‘안전’과 같은 다른 이익이 얼마쯤 훼손될 수 있음을 알고 감수하겠다는 뜻에서 승낙한 것으로 봅니다.

1. 사업자, 이행 보조자 또는 피고용자의 고의 또는 중대한 과실로 인한 법률상의 책임을 배제하는 조항

2. 상당한 이유 없이 사업자의 손해배상 범위를 제한하거나 사업자가 부담하여야 할 위험을 고객에게 떠넘기는 조항

1) 장애인복지법 제59조의7제3호를 개정하여 이런 단서를 달아야 합니다.