

# 독일 장기요양보험법상 보험사고와 법개정에 관한 소고\*

홍성민\*\*

## 차 례

- I. 서두
- II. 사회법전 제11편 14조와 15조의 의미
- III. 제14조의 장기요양필요상태
  - 1. 질병 또는 장애
  - 2. 장기요양필요상태의 기간
  - 3. 장기요양서비스의 유형
  - 4. 일상생활활동
  - 5. 필요성 판단
- IV. 제15조의 장기요양등급
  - 1. 장기요양필요등급
  - 2. 장기요양필요시간
- V. 장기요양보험법 개정
  - 1. 개정의 배경
  - 2. 개정의 내용
- VI. 결론을 대신하여
  - 1. 사회보장법에서의 보험사고
  - 2. 시사

\* 이 논문은 2016년도 제9회 한국사회보장법학회 정기학술대회에서 발표한 내용을 수정·가필한 것임

\*\* 한국법제연구원 부연구위원, 법학박사

접수일자 : 2016. 4. 30. / 심사일자 : 2016. 5. 26. / 게재확정일자 : 2016. 5. 30.

## I. 서두

우리나라는 사회적·경제적 발달과 함께 노인인구 또한 급격히 증가하고 있다. 2014년 현재 65세 이상의 노인 인구수는 542만 명으로, 전체 인구의 11.3%를 차지하고 있는 고령화 사회(총인구 중 65세 이상의 인구가 총인구를 차지하는 비율이 7% 이상인 사회)에 해당한다(통계청, 2015). 2011년 통계청 자료에 의하면, 65세 이상 노인인구 비중은 꾸준히 증가하여 2017년에는 노인인구비중이 14.0%를 넘어서게 되어 고령사회(aged society)로 진입하게 되며, 2025년에는 노인인구 비중이 20%를 넘어서게 되어 초 고령사회(post-aged society)로 진입하게 될 것이라고 발표하였다. UN의 인구추계 연구에서도 2060년 우리나라는 전체 인구 10명 중 65세 이상 인구가 4명에 달하는 세계에서 가장 노인인구가 많은 국가로 전망하고 있다<sup>1)</sup>.

이와 같이 65세 이상 인구비중의 증가뿐만 아니라 후기고령(80세 이상) 인구가 확대되고 있는 인구구조는 치매환자의 증가에 지대한 영향을 미치는 주요 요인이 되기도 한다. 즉 치매환자에 관한 역학연구에 의하면 치매환자는 65세 이상에서 5%, 80세 이상에서 20%로 나타나고 있는 것이다<sup>2)</sup>. 또 다른 연구에서는 점점 높아지는 기대수명과 초고령층 인구 증가를 고려했을 경우, 향후 30~50년 후의 치매환자는 지금보다 두 배 이상 늘 것으로 예상하고 있다<sup>3)</sup>. 이와 같은 연구결과를 바탕으로 살펴볼 때, 향후 우리나라의 1차 베이비붐 세대들(1955~1963년생)이 후기고령층으로 진입되는 2040년도부터는 치매환자가 급증할 것으로 우려 된다<sup>4)</sup>. 치매는 발병 이후 시간이 지날수록 인지기능장애와 일상생활 동작능력의 장애로 인하여 타인의 도움 없이는 독립적인 생활을 영위하기가 점차 어려워짐에 따라, 오늘날처럼 핵가족 시대에 치매환자를 가족들만이 제대로 돌보는 것은 매우 어렵고 앞으로는 거의 불가능에 가까워 질 것이다.

---

1) UN(2010), *World Population Prospects (The 2010 Review)*.

2) Hofman A. et al., "The Prevalence of dementia in Europe: a collaborative study of 1980-1990", *Findings*. (20), 1991, pp.736-748.

3) Wancate J. et al., "Number of dementia sufferers in Europe between the years 2000 and 2050", *Eur Psychiatry* (18), 2003, pp.306-313.

4) 김경아 등, 치매환자의 의료·장기요양 이용 분석 및 주요국 정책비교, 국민건강보험공단 (2015년), 9쪽.

고령화 사회에서의 치매환자와 그 가족들의 부양에 대한 정신적, 육체적, 경제적 부담은 더 이상 개인의 문제가 아닌 국가적·사회적 차원에서 접근이 필요하다고 하겠다.

우리나라는 앞으로의 고령화 사회에 대비하고, 노인 및 그 가족들의 부양부담을 완화하기 위하여 2008년 7월 노인장기요양보험제도를 도입하였다. 하지만, 인지기능 저하자나 치매환자가 보이는 독특한 행동 및 기능의 특성은 다른 노인성질환과는 매우 다른 형태를 보이기 때문에 이들을 다른 노인성질환자들과 함께 등급결정모형에 적용할 시 부담정도가 충분히 반영되기 어려웠다. 이와 같은 문제를 해결하고자 2011년 6월부터는 장기요양보험의 치매가점제도를 통하여 장기요양인정등급외자 또는 3등급자 중 치매로 인하여 보호를 필요로 하거나 추가적인 보호를 필요로 하는 자에 대해서 장기요양인정등급을 상향조정할 수 있도록 운영하였다. 또한 2013년 9월부터 2014년 6월 동안에는 기존의 장기요양인정등급외자 가운데 치매여부에 따라 장기요양서비스를 제공하는 치매특별등급(현재의 5등급)을 시범적으로 운영하였다. 이는 신체기능영역에 관해서는 장기요양필요성이 높지 않아서 장기요양인정등급외 판정을 받아 제도권으로 진입할 수 없었던 경증의 치매환자를 고려한 것이었다. 이를 통하여 현재 2014년 7월 1일부터는 노인장기요양보험법의 개정을 통하여 장기요양 5등급체계를 확립하였으며, 이는 우리나라의 노인장기요양보험이 신체기능을 중심으로 설계되어 있던 장기요양인정체계를 인지기능평가라는 점에서 보완하고 있다. 장기요양인정과 관련하여 독일은 사회법전 제11편에서 장기요양필요상태의 개념 및 장기요양등급의 구분에 관하여 법률로 규정하고 있다. 즉, 14조가 장기요양필요상태의 개념을 정의하면서 15조가 장기요양을 필요로 하는 정도에 따라 3단계의 장기요양등급을 구분하고 있으며, 이에 관해서는 ①장기요양필요상태를 판단함에 있어서 해당규정의 일상생활활동만이 기준이 되고 있는 점, ②장기요양필요시간으로 도움의 필요성을 산정하고 있는 점이 문제로 지적되어 왔다. 이에 독일정부는 2015년 12월에 장기요양보험법을 개정하여, 새로운 장기요양필요상태의 개념정의 및 장기요양인정의 방법을 규정하였다(2017년 1월 1일 시행예정).

본고에서는 독일의 사회법전 제11편 14조와 15조가 규정하고 있는 장기요양

필요상태의 판단요소(Merkmal)에 관하여, Steffen Roller교수의 연구성과<sup>5)</sup>에서의 해당조문에 관한 구체적인 법해석을 중심으로 검토하고, 나아가 법해석에서 나타난 문제점을 근본적으로 해결하기 위하여 최근에 이루어진 법개정을 고찰함으로써, 우리나라 노인장기요양보험제도의 법학적 고찰(특히 사회보장법학의 과제)에 있어서의 약간의 시사를 얻고자 한다.

## II. 사회법전 제11편 14조와 15조의 의미

독일의 장기요양보험법(Pflegeversicherungsgesetz)<sup>6)</sup>은 ‘장기요양필요상태(Pflegebedürftigkeit)’의 개념 및 ‘장기요양등급(Pflegestufe)’의 구분에 관하여 법률로 규정하고 있다. 즉, 사회법전 제11편(SGB XI) 제2장(14조~19조)에서 장기요양보험에 관한 수급권자의 범위(Leistungsberechtigter Personenkreis)에 관하여 ‘장기요양을 필요로 하는 자(Pflegebedürftige Personen)’와 ‘장기요양수행자(Pflegepersonen)’를 규정하고 있으며, 특히 ‘장기요양을 필요로 하는 자’에 관해서는 14조가 장기요양필요상태의 개념을 정의하면서 15조가 장기요양을 필요로 하는 정도에 따라 3단계의 장기요양등급을 구분하고 있다. 나아가 장기요양보험중앙연합회(Spitzverbände der Pflegekassen)가 의료보험중앙연합회의 MDK<sup>7)</sup> 및 연방보험의협회, 장기요양서비스사업단체, 요양홈단체, 요양직단체, 연방장애자단체 등과 함께 정하고 연방보건성의 인가를 통하여 효력이 발생하는 장기요양필요상태에 관한 지침<sup>8)</sup> 및 심사지침<sup>9)</sup>(이하, ‘관련지침’이라고 함)에

5) Steffen Roller, *Pflegebedürftigkeit, Eine Analyse der §§ 14, 15 SGB XI mit ihren rechtlich-systematischen und pflegewissenschaftlichen Bezügen*, Nomos 2007.

6) 독일의 장기요양보험에 관해서는 개호보험, 수발보험, 장기요양보험 등 다양한 용어로 번역되고 있지만, 이하 한국과의 비교를 위하여 장기요양보험이라고 한다.

7) Medizinischer Dienst der Spitzenverbände der Krankenkassen, MDK는 사회법전 제5편에서 질병금고가 주차원에서 공동으로 설치하는 조직으로, 본래의 업무는 질병금고를 위하여 필요한 전문의학적 지식을 제공하는 것이었다. 한편 장기요양보험제도가 실시된 이후에는 장기요양필요상태의 판정 및 장기요양등급의 분류를 위한 심사도 담당하고 있다.

8) Richtlinien der Spitzenverbände der Pflegekassen über die Abgrenzung der Merkmale der Pflegebedürftigkeit und der Pflegestufen sowie zum Verfahren der Feststellung der Pflegebedürftigkeit (Pflegebedürftigkeits-Richtlinien - PflRi) vom 07.11.1994 in der geänderten Fassung vom 11.05.2006.

9) Richtlinien der Spitzenverbände der Pflegekassen zur Begutachtung von Pflegebedürftigkeit nach

서, 장기요양필요상태에 관한 판단기준, 등급분류 및 인정절차 등에 관한 내용을 상세하게 규정하고 있다<sup>10)</sup>. 이와 같은 사회법전 제11편 14조와 15조가 규정하고 있는 장기요양필요상태의 개념 등은 사회법전 제11편의 본질적 요소에 해당한다고 할 수 있다. 나아가 장기요양필요상태를 판단함에 있어서 사회법전 제11편 14조와 15조 서로가 불가분의 관계에 있으며, 사회법전 제11편 14조와 15조에서 규정하고 있는 장기요양필요상태가 확인되면 독일의 장기요양보험에서의 수급권자의 범위에 해당하게 된다. 즉, 사회법전 제11편 14조와 15조는 독일 장기요양보험의 ‘보험사고(Versicherungsfall)’를 규정하고 있는 것이다<sup>11)</sup>.

독일 사회법전 제11편 14조 장기요양필요상태의 개념

- (1) 신체적, 정신적, 지적 질병 및 장애로 인하여, 매일의 생활에서 일상적·규칙적으로 반복되는 활동을 수행함에 있어서 최저 6개월 동안 계속적으로 상당정도 이상의 도움을 필요로 하는 자를 해당법전에서 규정하는 장기요양을 필요로 하는 자로 본다.
- (2) 1항에서 말하는 질병 및 장애란 다음과 같다:
  1. 몸을 지탱하는 기관 및 운동기관의 상실, 마비 또는 기타 기능장애
  2. 내장기관 및 감각기관의 기능장애
  3. 자극, 기억 및 방향감각의 장애와 같은 중추신경계의 장애 내지는 내인성 정신질환, 신경질환 및 지적장애
- (3) 1항에서 말하는 도움이란, 일상생활활동을 원조하거나 그 일부 또는 전부에 관하여 요양이 필요한 자를 대신하여 수행하는 것 외에도, 장기요양을 필요로 하는 자가 자율적으로 일상생활활동을 수행할 수 있도록 감독 및 지도하는 것을 말한다.

dem XI. Buch des Sozialgesetzbuches (Begutachtungs-Richtlinien - Bri) vom 21.03.1997 in der geänderten Fassung vom 08.06.2009.

10) 해당지침에 관해서는 법규명령은 아니지만 행정기관 내부에서 통일적인 운용을 확보하기 위하여 법률내용을 구체화한 것으로, 그 자체로는 사법상의 판단을 직접적으로 구속하는 것은 아니며 다만 법률에 적합하고 일반적인 경험칙 및 사실에 비추어 합리적인 경우에는 사법상의 판단에 영향을 미치게 된다(Axel Wagner, in: Karl Hauck/Wolfgang Noftz (Hrsg.), - Sozialgesetzbuch XI - Soziale Pflegeversicherung, Kommentar, Band 2, Loseblattsammlung, Berlin 2007, §17 Rn.3).

11) Peter Udsching, in: Peter Udsching (Hrsg.), SGB XI, Kommentar, 3 Aufl., München 2010, §14 Rn.1; Thomas Klie, in: Thomas Klie/Utz Kraemer (Hrsg.), Soziale Pflegeversicherung, Lehr- und Praxiskommentar, 3 Aufl., Baden-Baden 2009, Rn.1 vor §§14-19; Wagner, §14 Rn.2, 20; Peter Kummer, in: Bertram Schuln (Hrsg.), Handbuch des Sozialversicherungsrecht, Band 4, Pflegeversicherung, München 1997, §13 Rn.12.

- (4) 1항에서 말하는 일상적·규칙적으로 반복되는 활동이란 다음과 같다:
1. 신체요양의 영역으로, 씻기, 샤워, 입욕, 치아관리, 정발, 체모관리, 배변 및 배뇨
  2. 영양섭취의 영역으로, 먹기 위한 준비, 먹을 것의 섭취
  3. 운동능력의 영역으로, 기상 및 취침, 착의 및 탈의, 이동, 기립, 계단 오르내리기, 외출 및 귀가
  4. 가사원조의 영역으로, 장보기, 조리, 주거의 청소, 설거지, 세탁물의 정리 및 세탁, 주거의 난방

독일 사회법전 제11편 15조 장기요양필요상태의 등급

- (1) 해당법전에서의 급부를 받기 위해서는, 장기요양을 필요로 하는 자(14조)가 다음의 3가지 중 어느 하나의 장기요양등급이 인정되어야 한다.
1. 장기요양등급 I 에 해당하는 (상당정도의 장기요양을 필요로 하는) 자란, 신체요양, 영양섭취 및 운동능력 중 하나 또는 복수의 영역에서 두 가지 이상의 일상생활 활동에 관하여, 매일 적어도 1회 이상의 도움을 필요로 하며 추가적으로 주 수회의 가사원조영역에 관한 도움을 필요로 하는 자를 말한다.
  2. 장기요양등급 II에 해당하는 (중도의 장기요양을 필요로 하는) 자란, 신체요양, 영양섭취 및 운동능력 영역에 관하여 주간에 매일 적어도 3회 이상의 도움을 필요로 하며 추가적으로 주 수회의 가사원조 영역에 관한 도움을 필요로 하는 자를 말한다.
  3. 장기요양등급 III에 해당하는 (가장 중도의 장기요양을 필요로 하는) 자란, 신체요양, 영양섭취 및 운동능력 영역에 관하여 매일 야간을 포함한 24시간 중 도움을 필요로 하며 추가적으로 주 수회의 가사원조 영역에 관한 도움을 필요로 하는 자를 말한다.
- 43a조의 급부에 관해서는 장기요양등급 I 의 요건이 충족되기만 하면 받을 수 있다.
- (2) 아동의 경우, 추가적인 도움의 필요성을 판단함에 있어서 동일한 연령의 건강한 아동을 기준으로 한다.
- (3) 가족 또는 기타 요양에 관하여 전문적인 교육을 받지 않은 자(장기요양수행자)가 기초요양 및 가사원조의 급부를 수행하기 위해서 필요로 하는 장기요양필요시간에 관해서, 주당 1일 평균이 이하의 하나에 해당하여야 한다.
1. 장기요양등급 I 의 경우, 최저 90분으로 그중 기초요양에 관하여 45분 이상일 것
  2. 장기요양등급 II의 경우, 최저 3시간으로 그중 기초요양에 관하여 2시간 이상일 것
  3. 장기요양등급 III의 경우, 최저 5시간으로 그중 기초요양에 관하여 4시간 이상일 것
- 장기요양필요시간을 산정할 때에는 일상생활활동과 관련한 질병특유의 요양조치를 위하여 필요로 하는 시간도 고려해야 한다; 사회법전 제5편에서의 급부에 관하여

도움을 필요로 하는 경우도 동일하다. 일상생활활동과 관련한 질병특유의 영양조치란, 간호를 위한 도움의 필요성이 14조 4항에서의 일상생활활동과 분리할 수 없는 구성요소에 해당하거나 또는 이와 같은 일상생활활동과 필연적으로 시간적·장소적으로 직접 관계하고 있는 간호조치를 말한다.

### Ⅲ. 제14조의 장기요양필요상태

#### 1. 질병 또는 장애

장기요양필요상태에 관해서는 사회법전 제11편 14조 1항에 의하면, ‘질병 또는 장애’에 의한 결과일 것을 요건으로 하고 있다. 이른바 본질적인 요건이론에서의 ‘인과관계(Kausalität)’를 필요로 하는 것이다<sup>12)</sup>. 이에 관하여 독일의 연방사회법원 판례는 장기요양을 필요로 한다는 것은 ‘질병 또는 장애’가 직접적인 원인이 되는 ‘기능장애(Funktionsdefizit)’의 결과로써 발생하거나 ‘질병 또는 장애’ 그 자체가 일상생활활동을 수행하기 위한 신체적 능력에는 직접적으로 영향을 미치지 아니 하지만 일상생활을 수행함에 있어서의 해당능력이 예를 들어 운동능력의 제한 및 일반적 쇠약에 의하여 제한 또는 상실되는 것으로서 광범위한 ‘요양조치(Behandlungsmaßnahmen)’를 필요로 하게 만드는 원인이 되는 것이라고 보았다<sup>13)</sup>.

한편 독일에서 ‘장애’에 관해서는 사회법전 제9편에서 ‘신체적 기능, 지적인 능력 또는 정신적인 건강이 고도의 개연성을 가지고 6개월 이상에 걸쳐 해당연령에서의 전형적인 상태로부터 이탈하여 이 때문에 사회생활에의 참가가 제약받는 경우’라고 정의하고 있는 반면, ‘질병’에 관해서는 개념정의규정을 갖고 있지 않다. 다만 독일의 질병보험에 관한 연방사회법원의 판결에서 ‘질병개념은 법률상 정의되어 있지 않기 때문에 사법부가 시대에 따라 질병개념을 결정해

12) Udsching, §14 Rn.9; Klie, §14 Rn.5; Christoph A. Gürtner, in: *Klassiker Kommentar, Sozialversicherung, Loseblattsammlung*, München 2007, §14 SGB XI Rn.8; Wagner, §14 Rn.29; Peter Trenk-Hinterberger, in: Georg Wannagat (Hrsg.), *Sozialgesetzbuch, Kommentar, Loseblattsammlung*, Köln 2003, §14 SGB XI Rn.12; Kummer, §13 Rn.83.

13) BSG, Urteil vom 06.08.1998, B 3 P 9/97 R.

왔지만 현재에는 다음과 같은 개념정의가 정착되었다고 할 수 있다. 즉 질병이란 정상인 아닌 신체 또는 정신상태에 있으면서 이로 인하여 치료의 필요성 및 노동불능상태를 초래하는 것'이라고 하였으며, 이는 장기요양보험에서도 원용되고 있다<sup>14)</sup>.

사회법전 제11편 14조 2항은 동조 1항에서의 '질병 또는 장애'에 관하여 구체적으로 열거하고 있다. 해당규정은 특히 모든 정신적·지적 '질병 또는 장애'를 포함할 수 있도록 법개정을 통하여 확대된 것이다<sup>15)</sup>. 그럼에도 불구하고 해당 규정의 이와 같은 열거는 현실상 한정적인 것이 아니라고 주장되고 있으며<sup>16)</sup>, 나아가 실무상 그 의미를 상실하였다고 평가되고 있다<sup>17)</sup>. 즉, 해당규정의 이와 같은 열거에 포함되지 않는 '질병 또는 장애'가 원인이 되어 장기요양을 필요로 한다고 하여도 사회법전 제11편 14조의 장기요양필요상태에 해당되지 않는다고 판단한 판례는 찾아볼 수 없으며, 이와 같은 이유로 독일에서는 해당 규정에서의 열거는 더 이상 불필요하다고 평가되는 것이다<sup>18)</sup>.

## 2. 장기요양필요상태의 기간

장기요양필요상태는 정적인 상태가 아니라 장기요양의 필요성이 날마다 변화해 가는 동적인 과정으로, 이 때문에 독일 사회(복지)학에서는 '개호전기 (Pflgebiographie)'라고 설명하고 있다<sup>19)</sup>. 이에 장기요양보험제도에서도 보험사고인 장기요양필요상태가 일정기간 계속되고 있는 경우에 한하여 급부를 받을 수 있도록 규정하고 있다. 즉 사회법전 제11편 14조 1항은 적어도 '최저 6개월 동안 계속적으로' 장기요양필요상태일 것을 요건으로 하고 있다. 이에 관해서 보다 구체적으로는 일상생활활동에 있어서 상당정도 이상의 요양을 필요로 하는 상태가 재활조치 등을 실시하여도 6개월 이내에 회복되지 않을 것을

14) Klie, §14 Rn.5.

15) Bundestagdrucksache 12/5952 S.35 f.

16) Wagner, §14 Rn. 28; Kummer, §13 Rn.78.

17) Georg Vogel/Michael Schaaf, *Soziale Pflegeversicherung/ SGB XI*, München 1995, S.115 f.

18) Thomas Klie, In: Thomas Klie/Utz Krahmer (Hrsg.), *Soziale Pflegeversicherung, Lehr- und Praxiskommentar*, 2. Aufl., Baden-Baden 2003, §14 Rn.5.

19) Medizinische Dienst der Spitzenverbände der Krankenkassen e.V. (MDS), *Pflegebericht 2006*, S.3 f.

의미한다.

이와 같은 6개월이라는 기간에 관해서 관련지침은 신청일이나 심사일을 기산점으로 하는 것이 아니라 어디까지나 실제로 장기요양필요상태가 발생한 날부터 기산한다고 규정하고 있다. 따라서 장기요양보험의 급부를 신청하기 이전에 이미 도움을 필요로 한다는 것이 명확하고 또한 이와 같은 상태가 6개월 이상 계속될 것이 확실한 경우에는, 실제로 급부를 수급하게 되는 기간 즉 장기요양을 필요로 하는 기간이 6개월 이내라 하여도 장기요양의 인정은 가능하다. 이와 관련하여 연방사회법원도 실제로 6개월의 기간이 경과할 때까지 기다릴 필요도 없으며 그래서도 아니 된다고 판시하고 있다<sup>20)</sup>. 즉, 장기요양을 필요로 하는 상태가 6개월 이상 계속될 것이라고 예상되는 경우에는 그 이전에도 판단이 가능하며, 따라서 학설에서는 ‘예측판단(Prognoseentscheidung)’이라고 표현하고 있는 것이다<sup>21)</sup>. 나아가 이와 같은 예측판단에 있어서는 관련지침에서 ‘높은 개연성(große Wahrscheinlichkeit)’을 요구하고 있다.

### 3. 장기요양서비스의 유형

사회법전 제11편 14조 3항은 세 가지의 장기요양에 관한 급부유형을 규정하고 있다. 즉, ①‘원조(Unterstützung)’ 외에도, 매일의 생활에 있어서 일상생활활동의 일부 또는 전부를 대신하여 수행해주는 ②‘일부대행(teilweise Übernahme) 또는 전부대행(vollständige Übernahme)’, 그리고 ③일상생활활동을 자율적으로 수행할 수 있도록 ‘감독(Beaufsichtigung) 또는 지도(Anleitung)’하는 것이다. 장기요양 보험제도 내에서는 ①과 ②와 같은 유형의 급부가 주로 이루어지는 반면, ③과 같은 유형의 급부가 앞의 두 급부형식과 함께 규정되어 있는 의미에 관해서는 지적장애자, 정신질환자 및 치매환자 등에 관한 장기요양의 필요성에 대응하기 위해서라고 할 수 있다.

20) BSG, Urteil vom 17.03.2005, B 3 P 2/04 R.

21) Udsching, §14 Rn.7.

### (1) 원조

독일 장기요양보험법의 입법자료에서는 당초, ‘일부대행 또는 전부대행’과 ‘감독 또는 지도’만이 규정되어 있었다. 원조라는 급부유형은 연방노동사회질서 위원회의 최종권고(Beschlussempfehlung des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung)에 의하여 도입되었으며, 해당 보고서에서는 이와 같은 급부유형을 도입함으로써 ‘장기요양을 필요로 하는 자가 원칙적으로 일상생활활동에 있어서 자율적으로 수행이 가능하도록 원조 및 지원하는 것을 포함한다’고 명시하고 있다<sup>22)</sup>. 관련지침도 원조에 관하여, ‘장기요양을 필요로 하는 자가 원칙적으로 일상생활활동을 자율적으로 수행할 수 있지만, 일상생활활동의 준비, 실행 또는 마무리를 위하여 장기요양수행자가 보완적으로 행하는 급부형식’이라고 설명하고 있다.

### (2) 일부대행 또는 전부대행

일상생활활동에 관하여 장기요양을 필요로 하는 자가 이를 스스로 수행할 수 없는 경우에, 장기요양수행인이 직접 대신하여 전부 수행해주는 것을 ‘전부대행’이라 하는 반면, 장기요양을 필요로 하는 자가 이를 수행함에 있어서 아직까지 본인의 능력을 발휘할 수 있는 상태에 있으면 ‘일부대행’을 실시하는 것이다. 실제 장기요양의 현장에서는 ‘전부대행’으로서 영양섭취 및 착의 및 탈의, 샤워, 입욕에 관한 일상생활활동에서 가장 빈번하게 수행되고 있으며<sup>23)</sup>, ‘일부대행’의 예로서 정밀한 운동능력이 떨어지는 자가 치약의 뚜껑은 스스로 열수 있지만 닫는 경우에 도움이 필요한 경우를 들고 있다<sup>24)</sup>.

### (3) 감독 또는 지도

지적장애자, 정신질환자 또는 치매환자 등의 경우에 일상생활활동을 수행할

22) Bundestagdrucksache 12/5952, S. 14-35 ff.

23) Sabine Bartholomeyczik/Dirk Hunstein/Veronika Koch/Angelika Zegelin-Abt, *Zeitrichtlinien zur Begutachtung des Pflegebedarfs*, Frankfurt/Main 2001, S.81 f.

24) Gerd Kukla, in: Harald Kesselheim (Hrsg.), *Praxis der Pflegeversicherung, Loseblattsammlung*, Filderstadt 2004, E 55.

신체적 능력은 있지만 이에 관한 필요성을 적절하게 인식하지 못하거나 의욕이 없거나 또는 이를 혼자서 수행할 경우 문제가 발생할 수 있기 때문에 이와 같은 자가 일상생활활동을 적절하게 수행할 수 있도록 ‘감독 또는 지도’가 필요하다. 장기요양을 필요로 하는 자를 감독하는 경우에는 행동과정의 안전성이 가장 중요하며, 일상생활활동에 관하여 우선 스스로가 수행할 수 있도록 하여야 하지만 이와 같은 감독이 없으면 안전성이 확보될 수 없는 경우에 감독이 필요한 것이다. 한편 장기요양을 필요로 하는 자에게 개별행동단계에 있어서의 과정 또는 전체적인 행동과정을 유도 또는 시연하여 설명하는 것은 ‘지도’에 해당 한다<sup>25)</sup>. 이와 관련하여 학설은 특히 ‘감독’에 관해서 ‘관리적인 돌봄(kontrollierende Beobachtung)’이라고 하여, 장기요양을 필요로 하는 자 스스로를 위험하게 하는 것을 방지하며 일상생활활동을 적절한 방법으로 수행하는 지 관리하는 것이라고 설명하고 있다<sup>26)</sup>. 한편 이와 같이 장기요양을 필요로 하는 자를 감독하는 경우에도 사생활 보호에는 주의할 것을 요구하고 있다<sup>27)</sup>.

#### (4) 일반적 돌봄

장기요양보험법의 입법자료에 의하면, 위와 같은 ‘감독 또는 지도’는 어디까지나 사회법전 제11편 14조 4항에서의 일상생활활동과의 관련성을 가지는 것에 한하여 인정된다<sup>28)</sup>. 이와 관련하여 ‘일반적 돌봄(allgemeine Betreuung)<sup>29)</sup>’의 문제가 발생한다. 위의 입법자료에서 24시간 중 포괄적인 장기요양을 필요로 하는 사례로서 뇌의 진행성위축질환의 환자에 관한 ‘일반적 돌봄’의 필요성을 들고 있는데, 이와 같은 ‘일반적 돌봄’의 필요성이 고려되어야 하는지 아닌지가 논의의 출발점이 되었다<sup>30)</sup>. 이에 대하여 사회법전 제11편 제1차 개정법<sup>31)</sup>으로 도입된 해당법전 43조3항에서 고액장기요양사례(Härtefall)로서 중도의 치매환

25) Vogel/Schaaf, S. 127 f.

26) Trenk-Hinterberger, § 14 Rn. 17.

27) Klie, § 14 Rn. 7.

28) Bundestagdrucksache 12/5262, S. 96 f.

29) 또는 학설상 “allgemeine Aufsicht”라고도 한다.

30) Klie, § 14 Rn. 7.

31) Erstes Gesetz zur Änderung des Elften Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetzes (Erstes SGBXI-Änderungsgesetz - 1. SGBXI-ÄndG) vom 14.6.1996 (BGBl. I S. 830).

자의 경우를 제시하였고, 이로 인하여 과거의 하급심법원 및 일부학설은 ‘일반적 돌봄’의 필요성을 부분적으로 고려할 수 있다고 보았다<sup>32)</sup>. 하지만 이와 같은 ‘일반적 돌봄’의 필요성에 관한 문제는 연방사회법원 판결에 의하여 다음과 같이 결론지어졌다. 즉 ‘일반적 돌봄’의 필요성에 관하여 사회법전 제11편 14조 4항에서의 일상생활활동과의 관련성을 인정할 수 없으며, 따라서 해당 필요성을 고려되지 않는다고 판시한 것이다<sup>33)</sup>. 한편 해당 판례들은 ‘장기요양을 필요로 하는 자가 자율적으로 일상생활활동을 수행할 수 있도록 감독 또는 지도한다’고 규정된 조문내용 및 위의 입법자료에서의 내용 외에도, 독일의 장기요양보험제도가 ‘완전보험(Vollversicherung)’이 아니라 ‘부분보장(Teilsicherung)’인 것도 판결이유로 제시하고 있다. 한편 이와 같은 연방사회법원의 판결에 관해서는 연방헌법재판소에서 위헌성이 문제시 되었지만, 결국 해당 판결의 위헌성은 인정되지 않았다<sup>34)</sup>. 즉 지적장애자, 정신질환자 및 치매환자 등이 신체적인 질병 또는 장애를 가진 자와 비교할 때에 불리한 처지에 놓이게 되며 이는 독일 기본법이 규정하고 있는 법 앞의 평등에 반한다는 주장에 대하여, 연방헌법재판소는 ‘장기요양상태의 개념이 한정적으로 열거된 일상생활활동과 관련되어 있는 것은 평등원칙에 반하는 것은 아니다’고 판시하였다. 판결이유에 관해서는, 입법자에게는 장기요양보험에 관한 급부요건의 결정에 관하여 광범위한 재량이 인정되며, 이와 같은 동일하지 않은 취급이 사실에 입각하여 정당성이 증명되고 있음을 들고 있다. 나아가 정당성이 증명되는 사실로는 장기요양필요상태를 일상생활활동과 관련지음으로써 정확하고 신속한 판단이 가능해진 점, 장기요양필요상태의 개념을 엄격하게 정의함으로써 장기요양보험의 보험료율이 적절한 수준을 유지할 수 있는 점, 현행규정에서도 지적장애자, 정신질환자 및 치매환자 등도 보험급부를 받을 수 있으며 실제로 받고 있는 점 등을 지적하고 있다. 현재 학설은 다소 ‘우회경향

32) Udsching, § 14 Rn. 20.

33) BSG, Urteil vom 19.2.1998, B 3 P 6/97 R; Urteil vom 19.2.1998, B 3 P 7/97 R; Urteil vom 6.8.1998, B 3 P 17/97 R; Urteil vom 26.11.1998, B 3 P 2/98 R; Urteil vom 26.11.1998, B 3 P 12/97 R; Urteil vom 26.11.1998, B 3 P 13/97 R; Urteil vom 18.3.1999, B 3 P 3/98 R; Urteil vom 29.4.1999, B 3 P 7/98 R; Urteil vom 10.2.2000, B 3 P 12/99 R; Urteil vom 30.3.2000, B 3 P 10/99 R; Urteil vom 28.6.2001, B 3 P 7/00 R; Urteil vom 1.9.2005, B 3 P 5/04 R.

34) BVerfG, Urteil vom 22.5.2003, 1 BvR 452/99; Urteil vom 22.5.2003, 1 BvR 1077/00.

(Umgehungstendenzen)’을 보이면서도 대체로 연방사회법원의 입장을 인정하고 있다<sup>35)</sup>. 반면에 지적장애자, 정신질환자 및 치매환자 등의 ‘일반적 돌봄’에 관한 문제는 법개정을 통한 해결이 시도되어 왔다<sup>36)</sup>. 즉 2001년 장기요양급부보완법<sup>37)</sup>으로 급부 면에서의 개선이 이루어졌으며, 이후에도 2008년 장기요양보험계속발전법<sup>38)</sup>, 2012년 장기요양보험신방향법<sup>39)</sup>과 2014년 제1차 장기요양보험강화법<sup>40)</sup> 등의 개정이 실시되었다. 최근에는 제2차 장기요양보험강화법<sup>41)</sup>을 통하여 위와 같은 문제의 근본적 해결을 보았다(자세한 내용에 관해서는 V를 참조).

#### 4. 일상생활활동

사회법전 제11편 14조 1항은 ‘매일의 생활에서 일상적·규칙적으로 반복되는 활동’, 즉 일상생활활동을 수행함에 있어서의 도움을 필요로 할 것을 요건으로 규정하고 있다. 이와 같은 일상생활활동에 관해서는 동조 4항이 규정하고 있으며, ①‘신체요양(Körperpflege)’의 영역으로 씻기, 샤워, 입욕, 치아관리, 정발, 체모관리, 배변 및 배뇨, ②‘영양섭취(Ernährung)’의 영역으로 먹기 위한 준비, 먹을 것의 섭취, ③‘운동능력(Mobilität)’의 영역으로 기상 및 취침, 착의 및 탈의, 이동, 기립, 계단 오르내리기, 외출 및 귀가, ④‘가사원조(hauswirtschaftlichen Versorgung)’의 영역으로 장보기, 조리, 주거의 청소, 설거지, 세탁물의 정리 및 세탁, 주거의 난방을 열거하고 있다.

35) Klie, § 14 Rn. 7; Kukla, E. 56, 60; Trenk-Hinterberger, § 14 Rn. 18; Wagner, § 14 Rn. 62 Etc.

36) Rürup-Kommission, Bericht “Nachhaltigkeit in der Finanzierung der sozialen Sicherungssysteme” vom 28.8.2003, S. 198 f.

37) Gesetz zur Ergänzung der Leistungen bei hauslicher Pflege von Pflegebedürftigen mit erheblichem allgemeinem Betreuungsbedarf (Pflegeleistungs-Ergänzungsgesetz - PflEG) vom 14.12.2001 (BGBl. I S. 3728).

38) Gesetz zur strukturellen Weiterentwicklung der Pflegeversicherung (Pflege-Weiterentwicklungsgesetz) vom 28.5.2008 (BGBl. I S. 842).

39) Gesetz zur Neuausrichtung der Pflegeversicherung (Pflege-Neuausrichtungsgesetz - PNG) vom 23.10. 2012 (BGBl. I S. 1601).

40) Erstes Gesetz zur Stärkung der pflegerischen Versorgung und zur Änderung weiterer Vorschriften (Erstes Pflegestärkungsgesetz – PSG I) vom 17. Dezember 2014 (BGBl. I S. 2222).

41) Zweites Pflegestärkungsgesetz vom 21. Dezember 2015 (BGBl. I S. 2424).

독일의 장기요양보험법은 ‘기초요양(Grundpflege)<sup>42)</sup>’과 ‘가사원조’에 관한 일상생활활동 이외의 것에 관한 필요성을 고려하지 않고 있음을 명확히 하고 있다. 이와 관련하여 문제가 되는 것은 관련지침에서 특히 ‘사회참가(Kommunikation)<sup>43)</sup>’에 관한 필요성을 배제하고 있는 점이다. 장기요양보험법의 입법자료에서는 ‘사회참가’에 관해서 건강한 자를 포함하여 질병에 걸린 자 및 장기요양을 필요로 하는 자 모두에게서 원칙적으로 동일하게 필요로 하며 이에 해당 필요성의 등급판정은 불가능하기 때문에 해당 필요성이 독립적으로 고려되는 것은 불가능하다고 보았다<sup>44)</sup>. 하지만 이에 대하여 학설에서는 ‘기초요양’ 영역에서의 일상생활활동에 관해서도 건강한 자와 비교할 때에 해당 필요성이 고려되는 등급구분 역시 불가능하다고 지적되고 있으며<sup>45)</sup>, 오히려 ‘사회참가’는 질병에 걸린 자 및 장애인 등과 같은 장기요양을 필요로 하는 자에게 있어서 건강한 자보다 한층 더 중요한 의미를 가지는 것으로 사회법전 제9편 1조의 ‘동등한 사회참가(gleichberechtigte Teilhabe am Leben in der Gesellschaft)<sup>46)</sup>’라는 관점에서 특별한 의미를 가진다는 비판이 있다. 나아가 이와 같은 ‘사회참가’의 필요성이 배제되는 것은 독일의 기존 사회보장법 관점에서 당연한 것은 아니었으며, 오히려 ‘사회참가를 할 수 없는 것(gestörte Sozialkontakte)’ 자체가 장기요양보험법 시행이전에는 장기요양의 필요성에 관한 전형적인 판단요소로 고려되어 왔다<sup>47)</sup>. 이와 같은 배경에서 학설은 장기요양보험법의 시행으로 장기요양개념이 축소되었다고 평가하고 있다<sup>48)</sup>. 현행의 장기요양보험법이 ‘사회참가’를 배제하고 있는 것에 관해서는 학설상 의견이 대체로 일치하고 있으며, 이는 사회법전 제11편 14조 4항에서 ‘사회참가’에 대응하는 일상생활활동이 열거되어 있지 않는 것으로도 명백하다고 할 수 있다. 연방사회법원도 이미

42) 신체요양, 영양섭취, 운동능력의 세 가지 영역을 포함한 개념이다.

43) 학설상 “sozialen Betreuung”라고도 하며, 여기에는 휴양, 여가, 오락 및 교육 등이 포함된다.

44) Bundestagdrucksache 12/5262, S. 96 f.

45) Karl-Jürgen Bieback, “Probleme des Leistungsrechts der Pflegeversicherung”, *SGb* 1995, S. 572 f.

46) 독일에서는 2000년 중도장애자법 개정 및 2001년 사회법전 제9편 성립, 나아가 2006년 UN장애인권조약의 발효 등으로, 법률상 장애자에 관한 동등한 사회참가 또는 일반적인 노동시장에의 통합이 요청되었다.

47) Uwe Wirsching, *Der Begriff der Pflegebedürftigkeit in Abgrenzung zum Krankenversicherungsrechtlichen Krankheitsbegriff*, diss. Jur., Bayreuth 1991, S. 153 f.

48) Klie, § 14 Rn. 2; Wagner, § 14 Rn. 21, 32.

언급한 것처럼 일상생활활동을 엄격하게 해석하고 있으며<sup>49)</sup>, 해당규정에서 한정 열거된 일상생활활동이 기준이 된다고 판시한 연방사회법원의 입장은 확립하였다고 평가 된다<sup>50)</sup>.

이와 같이 장기요양필요상태를 판단함에 있어서, 사회법전 제11편 14조 4항이 열거하고 있는 일상생활활동만이 기준이 되는 경우, 해당 판단요소는 보다 신속하고 정확한 평가가 가능한 범위로 한정된다고 할 수 있다. 즉 사회법전 제11편 14조 4항에 관한 법해석을 통하여 해당규정의 주요한 요건이 장기요양보험의 급부청구권에 관한 규정으로서 한층 더 구체화되는 것이다. 이에 반하여 해당요건에 관해서 일상생활활동을 한정적으로 보지 않는다면 보험사고인 장기요양필요상태의 개념정의는 법해석을 통하여 보다 확대될 수 있으며, 이와 같이 일상생활활동에 관한 한정열거를 부정하는 입장에서는 주로 지적장애자나 정신질환자, 특히 최근에는 치매환자에 관한 장기요양인정의 문제가 지적되었다. 즉 장기요양필요상태를 판단함에 있어서 치매환자 등은 해당규정의 일상생활활동에 관하여 도움의 필요성이 충분하게 파악되지 못하며, ‘일반적 돌봄’이나 ‘사회참가’에 관한 필요성이 중요한 의미를 가지게 되는 것이다. 이와 같이 당초 학설상 대립하였음에도 이미 위에서 언급한 것처럼 연방사회법원은 처음부터 일상생활활동에 관하여 다음과 같이 엄격한 판단태도를 내린 이후에 계속 유지하고 있는 것이다.

장기요양보험법과 관련한 첫 번째 사건에서는 소년성당뇨병환자에 관하여 특정한 질병에 관한 장기요양이 사회법전 11편이 규정하는 장기요양보험의 급부로 보장될 수 있는지가 문제화 되었다. 해당사건은 장기요양보험법 성립 이후의 첫 사건으로 하급심부터 큰 주목을 받았는데, 함부루크 사회법원은 사회법전 제11편 14조 4항 2호에서의 일상생활활동 즉 ‘영양섭취’에 관하여 매우 광범위하고 한계치를 넘어서까지 장기요양의 필요성을 인정하는 판단을 내렸다<sup>51)</sup>. 즉 해당법원은 매일 6회의 식사에 관하여 계측 및 준비작업 등에 필요한 시간을 ‘먹기 위한 준비’에 관한 일상생활활동에 해당한다고 판단하면서, 나아가 매일 6회에서 7회의 혈당치 검사 및 매일 3회에서 4회의 인슐린주사에

49) SGB, Urteil vom 19.2.1998, B 3 P 3/97 R.

50) Axel Wagner, “Anmerkung zu BSG 28.5.2003 - B 3 P 6/02”, *SGb 2004*, S. 199 ff.

51) SG Hamburg, Urteil vom 27.6. 1996, 23 P 63/95.

관해서도 ‘먹을 것의 섭취’에 관한 일상생활활동으로 판단한 것이다. 하지만 이와 같은 하급심판결에 대하여 연방사회법원은 이의를 제기하였고, 다음과 같은 이유에서 위와 같은 급부가 해당 소년성당노병환자에게만 필요한 것이라고 판단하였다. 즉 장기요양필요상태의 개념해석에 관하여 ‘생활외의 것(äußern Ablauf)’까지 폭넓게 장기요양의 필요성을 고려하는 것은 불가능하며, 장기요양을 필요로 하는 자에게 있어서의 일상생활을 넘어서는 특별한 필요성은 장기요양필요상태를 판단함에 있어서의 기준이 되어서는 아니 된다고 보았다<sup>52)</sup>.

## 5. 필요성 판단

### (1) 객관적 기준

장기요양필요상태를 판단함에 있어서는 사회법전 제11편 14조 1항에 의하면, 실제로 장기요양을 수행한 사실상황이 아닌 ‘도움을 필요로 하는 것(Hilfebedarf)’ 이른바 필요성에 의하여 판단된다. 이와 같은 매우 추상적인 판단요소는 실제의 심사업무에 있어서 곤란한 문제를 발생시키곤 한다<sup>53)</sup>. 오히려 실제로 수행된 사실자체가 필요성 판단이라는 추상적 기준보다 판단이 용이하며, 이에 장기요양인정의 절차는 우선 장기요양을 수행한 사실에 관한 신고를 전제로 하고 있다. 이와 같은 신고내용은 장기요양을 필요로 하는지, 나아가 어느 정도 필요로 하는지에 관한 판단에 있어서 가장 중요한 근거가 되지만, 장기요양인정은 어디까지나 다음과 같은 장기요양보험제도에서의 독자적인 심사방법을 요건으로 하고 있다. 즉 관련지침은 인정절차를 단계적으로 구분하여 우선 실제로 수행된 장기요양의 양을 산출한 후에 다음 단계에서 해당신고의 타당성에 관하여 급부의 과다 또는 과소 가능성이라는 관점에서 심사를 실시한다. 그리고 심사관에 의하여 문제가 없다고 확인이 되는 경우에 실제로 장기요양이 수행된 사실이 해당 필요성으로 판단되는 것이다. 이와 같은 심사방법에 관해서는 여러 문제점이 제기되고 있는 것도 사실이며, 그

52) SGB, Urteil vom 19.2.1998, B 3 P 3/97 R und B 3 P 11/97 R. 해당 판결의 평석으로, Stefan Roller, Juveniler Diabetes in der sozialen Pflegeversicherung nach den Urteilen des Bundessozialgerichts vom 19.2.1998, B 3 P 3/97 R und B 3 P 11/97 R, SozVers 1998, S. 253 ff.

53) Wagner, Rn. 10.

중에서도 실제로 수행된 사실을 기초로 할 수밖에 없는 위와 같은 기준에 대해서는 원칙적으로 판단기초로서 작용하겠지만 이에 관한 명확하고 적절한 구분이 쉽지 않기 때문에 기준자체가 애매하다는 비판은 가장 근본적인 문제를 지적하고 있다.

한편 장기요양보험법의 취지로부터 장기요양급부는 ‘개별성(Individualität)’을 고려해야 하며, 이와 같이 개별성을 고려하기 위해서는 객관적인 기준, 즉 ‘규범적 관념(Vorstellung)’이 확립되어 있지 않고서는 불가능하다고 하겠다. 이에 학설에서는 장기요양인정에 관한 판단요소가 어느 정도 혹은 필연적인 부분에 있어서 그 출발점으로 실제로 수행된 사실로부터 판단되는 것은 찬성하면서도, 이와 같은 심사방법이 장기요양보험제도에서의 ‘선천적인 결함(Webfehler)’이라고 지적하고 있다<sup>54)</sup>. 장기요양인정에 있어서 특히 개별성의 고려에 관한 구체적인 판단요소는 다음과 같이 단계적으로 구분하여 검토할 필요가 있다.

## (2) 개별성 고려

이미 언급한 것처럼 장기요양보험법에서의 장기요양필요상태를 개념정의로 규정하고 있는 사회법전 제11편 14조와 15조에 관한 해석에서는 필요성 판단에 있어서의 개별성 고려를 강조하고 있다. 이와 같은 장기요양보험법의 취지로부터 필요성 판단에 관해서는 세 가지의 기준요소에 주목하여 객관적으로 판단된다. 즉 ①기능장애, ②장기요양수행인, ③환경적·장소적 조건(거주환경 또는 생활환경)이다<sup>55)</sup>. 구체적으로 살펴보면, 첫째 개별성 고려의 판단요소로서의 ‘기능장애(Fähigkeitsstörung)’의 관점에서 일상생활활동을 자율적으로 수행할 수 있는 능력에 기초하여 결정되는 것이다. 사회법전 제11편 2조 1항은 장기요양보험법의 목적으로 가능한 자립적·자율적인 생활을 영위하기 위하여 급부를 실시하도록 의무화하고 있다(자기결정). 따라서 필요성 판단을 위한 비교기준이 되는 것은 어디까지나 장기요양을 필요로 하는 자 본인의 일상생활(일상성, Lebensgewohnheit)인 것이다<sup>56)</sup>. 둘째 장기요양인정에 있어서는 원칙적으로 누

54) Roller, S. 98 f.

55) Barholomeyczik/Hunstein/Koch/Zegelin-Abt, S. 20 f.

56) Karl-Jürgen Bieback, “Fünf Jahre SGBXI und die Besonderheiten der Pflegeversicherung”,

가 장기요양을 수행하는가는 중요한 문제가 아니라고 생각되지만, 장기요양필요상태의 결정적 기준이 되는 ‘장기요양필요시간’의 산정에 있어서는 중요한 의미를 가지게 된다(이에 관해서는, IV2를 참조). 즉, ‘장기요양필요시간’을 산정함에 있어서는 전문적인 교육을 받은 ‘장기요양전문직원(Pflegekraft)<sup>57)</sup>’이 기준이 되는 것이 아니라, 사회법전 제11편 15조 3항 1문에서의 ‘가족 또는 기타 요양에 관하여 전문적인 교육을 받지 않은 자(장기요양수행자)가 기초요양 및 가사원조의 급부를 수행하기 위해서 필요로 하는 장기요양필요시간’을 산출하는 것이다<sup>58)</sup>. 관련지침도 이와 같은 장기요양수행인에 관한 기준으로서 ‘평균적인 비전문직 장기요양수행인(durchschnittlichen pflegerischen Laien)’로 규정하고 있다. 셋째 필요성 판단에 있어서 또 하나의 판단요소는, 장기요양을 수행하는 환경적·장소적 조건이다. 장기요양을 어떻게 수행할 것인가의 ‘방법(Art und Weise)’은 장기요양을 필요로 하는 자에게 있어 가장 중요한 의미를 가진다. 이에 관련지침은 ‘장기요양을 필요로 하는 자의 개별적 필요성을 고려해야 한다’고 규정하고 있으며, 이를 위해서 장기요양을 필요로 하는 자의 구체적인 주거환경 또는 생활환경은 당연히 고려되어야 하는 것이다<sup>59)</sup>.

### (3) 필요성 원칙

위와 같은 개별성 고려를 통한 필요성 판단은 최종적으로, 다음과 같은 원칙에 의하여 제한된다. 즉 제한된 재원을 사회연대의 관점에서 규범적 기준으로서의 ‘필요성(Erforderlichkeit)’에 의하여 배분되어야 한다는 원칙이다(필요성 원칙). 이에 따라 사회법전 제11편 14조 4항의 일상생활활동이 규정되어 있으며, 나아가 사회법전 제11편 29조에서는 장기요양급부에 관해서 ‘경제성의 요청(Wirtschaftlichkeitgebot)’에도 부응할 것을 규정하고 있는 것이다. 학설은 ‘필요성 원칙’에 관하여, 필요성 판단은 일상생활에서 정말로 필요로 하는 것으로 제한되며, 통상 의료적 판단 및 장기요양 수행 상에 불가결한 것으로 제한된다고

*VSSR 1999, S. 254 f.*

57) 장기요양전문직원으로는 일반적으로, 간호사, 아동간호사(Kinderkrankenschwester/in, Kinderkrankenpfleger/in) 또는 노인장기요양사(Altenpfleger/in)로서의 양성교육을 수료한 자로, 과거 5년간 2년 이상 실무에 종사한 경험이 있는 자를 말한다.

58) Klie, § 15 Rn.6.

59) Vogel/Schaaf, S. 131 f.

보고 있다<sup>60)</sup>. 이와 같은 ‘필요성 원칙’에 의한 제한은 장기요양을 필요로 하는 자에게 있어서 다음과 같은 의미를 가진다. 즉, 실제로 필요성 범위를 넘어서는 장기요양이 수행되는 경우에는(과잉급부, Überversorgung) 장기요양인정에서 그 필요성이 고려되지 않으며, 반대로 필요성 범위를 밑도는 경우에도(과소급부, Unterversorgung) 동일하다<sup>61)</sup>.

## IV. 제15조의 장기요양등급

### 1. 장기요양필요등급

사회법전 제11편 14조 1항은 장기요양필요상태에 관하여, ‘상당정도 이상의 장기요양을 필요로 하는’ 것을 요건으로 하고 있으며, 이와 같은 상당정도 이상의 필요성은 장기요양보험제도에서의 급부를 받기 위한 최저요건이라 할 수 있다. 한편 장기요양의 필요성에 관한 정도에 관해서는 사회법전 제11편 15조가 보다 구체적으로 규정하고 있으며, 해당조문에서는 장기요양필요상태의 등급을 ‘장기요양등급 I’, ‘장기요양등급 II’ 그리고 ‘장기요양등급 III’으로 구분하여 각각의 등급구분에 관해서 ‘상당정도의 장기요양을 필요로 하는’, ‘중도의 장기요양을 필요로 하는’ 그리고 ‘가장 중도의 장기요양을 필요로 하는’이라고 부연하고 있다. 이미 언급하였지만 이와 같은 장기요양필요상태의 등급구분은 장기요양보험에서의 급부범위가 해당등급에 의해 결정되는 것을 고려할 때에 장기요양필요상태의 개념정의와 불가분의 관계에 있다고 할 수 있다.

---

60) Klie, § 15 Rn 4.

61) Klie, § 15 Rn 4; Wagner, § 15 Rn. 9a

### (1) 장기요양등급 I

사회법전 제11편 15조 1항 1호는 ‘장기요양등급 I’ 즉 상당정도의 장기요양을 필요로 하는 자로 인정받기 위해서 14조 4항에서의 일상생활활동 중 특히 ‘기초요양’ 영역에 관하여 두 가지 이상 도움을 필요로 할 것을 요건으로 규정하고 있다. 이와 같은 일상생활활동의 개수에 관한 요건은 현재 동조 3항 1호에서의 장기요양필요시간과 함께 필수요건으로 보고 있다<sup>62)</sup>. 연방사회법원은 해당요건에 관하여, 입법자가 의도적으로 장기요양보험에서의 급부가 단지 장기요양 필요시간 뿐만 아니라 일상생활활동의 개수 및 내용에도 종속시키고 있다고 판시하였다<sup>63)</sup>. 한편 매일이 아닌 단지 며칠 동안에 이와 같은 일상생활활동의 개수 및 장기요양필요시간에 관한 요건을 충족하고 있는 경우에는 장기요양필요상태를 인정하지 않고 있다. 연방사회법원은 이와 같은 변동적이고 규칙적이지 않은 장기요양의 필요성에 관하여 장기요양보험제도에서의 급부범위에 포함되지 않으며 즉 보장하지 않는다고 판시하였다<sup>64)</sup>.

해당규정은 또한 ‘매일 적어도 1회 이상’ 장기요양을 필요로 할 것도 요구하고 있다. 연방사회법원은 실제로 매일 장기요양을 필요로 해야 하는지 또는 ‘통상 (in der Regal)’ 매일 장기요양을 필요로 해야 하는지의 판단에 있어서, 2일에 1회 이상 장기요양을 필요로 하는 경우에는 ‘매일 적어도 1회 이상’이라는 요건을 충족하지 않는다고 판시하였으며<sup>65)</sup>, 나아가 1주일 동안에 4일 내지는 5일 장기요양을 필요로 하는 경우에도 마찬가지로 해당요건을 충족하지 않는다고 엄격한 판단을 내리고 있다<sup>66)</sup>.

62) 장기요양보험법의 입법자료에 의하면, 입법 당초에는 일상생활활동의 개수 및 장기요양필요시간에 관한 요건을 규정하고 있지 않았다. 이에 대하여 연방노동사회질서위원회가 낮은 장기요양의 필요성으로도 장기요양필요상태로 인정되는 것을 억제하기 위하여, 장기요양 등급 I에 관하여 최저 세 가지 이상의 일상생활활동에 관한 장기요양의 필요성을 요건으로 할 것을 제안하였으며, 최종적으로 양원협의회에서 두 가지 이상의 일상생활활동으로 합의가 성립하였다(Bundestagdrucksache 12/5952, S. 35 f.).

63) BSG, Urteil vom 17.6.1999, B 3 P 10/98 R.

64) BSG, Urteil vom 14.12.2000, B 3 P 5/00 R.

65) BSG, Urteil vom 6.8.1998, B 3 P 9/97 R.

66) BSG, Urteil vom 14.12.2000, B 3 P 5/00 R.

## (2) 장기요양등급 II

연방사회법원은 ‘장기요양등급 II’가 ‘장기요양등급 I’을 기초로 하고 있는 점을 감안할 때에 ‘장기요양등급 II’에 관해서도 ‘장기요양등급 I’과 동일하게, 사회법전 제11편 14조 4항에서의 일상생활활동 중 특히 ‘기초요양’ 영역에 관하여 두 가지 이상 도움을 필요로 할 것을 요건으로 하고 있다고 판시하였다<sup>67)</sup>. 이와 같은 요건은 사회법전 제11편 15조 1항 2호의 조문내용에는 명시화되어 있지 않기 때문에, 당초 학설에서는 의견이 대립하였다<sup>68)</sup>. 하지만 결과적으로 해당규정에서의 ‘매일 3시간’의 장기요양필요시간 (특히 기초요양에 관하여 2시간 이상)은 한 가지만의 일상생활활동으로는 통상 충족할 수 없기 때문에 실무상으로는 의미가 없다고 판단하고 있다<sup>69)</sup>.

## (3) 장기요양등급 III

사회법전 제11편 15조 1항 3호에서의 ‘장기요양등급 III’의 요건 중 가장 특징적인 부분은 ‘장기요양등급 II’에서의 ‘주간(verschiedenen Tageszeiten)’뿐만 아니라 추가적으로 ‘야간을 포함한(auch Nachts)’ 장기요양을 필요로 할 것을 요구하고 있는 점이다. 즉 ‘주간에 매일 적어도 3회 이상(사회법전 제11편 15조 1항 2호)’ 나아가 추가적으로 적어도 한 가지 이상의 일상생활활동에 관하여 야간에도 도움을 필요로 하는 경우, 가장 중도의 장기요양을 필요로 하는 ‘장기요양등급 III’에서의 ‘24시간 중(rund um die Uhr)’ 도움을 필요로 하는 상태로 인정되는 것이다. 이와 같이 ‘야간’이라는 요건은 ‘24시간 중’이라는 개념을 구체화하고 있으며, 연방사회법원은 두 개념이 일괄적으로 하나의 판단요소를 구성하여 각각이 독자적 의미를 가지는 별개의 판단요소는 아니라고 판시하였다<sup>70)</sup>.

67) BSG, Urteil vom 16.12.1999, B 3 P 5/98 R.

68) Thomas Klie/Utz Kraemer (Hrsg.), *Soziale Pflegeversicherung, Lehr- und Praxiskommentar*, 1. Aufl., Baden-Baden, § 15 Nr. 14.

69) Wagner, § 14 Rn. 36.

70) BSG, Urteil vom 17.5.2000, B 3 P 20/99 R.

## 2. 장기요양필요시간

장기요양수행인이 장기요양에 소비하는데 필요한 시간, 이른바 ‘장기요양필요시간(Zeitaufwand)’의 산정이 이루어지지 않으면 장기요양보험제도에서의 장기요양인정은 불가능하다. 즉 위에서 살펴본 일상생활활동의 개수 및 빈도 등이 장기요양필요상태를 인정함에 있어서 중요한 의미를 가지는 것이지만, 그 최종적 단계에 있어서는 장기요양필요시간이 결정적인 요건이 되는 것이다<sup>71)</sup>. 이와 같이 장기요양필요상태를 인정함에 있어서 중요한 의미를 가지는 장기요양필요시간은 장기요양에 관하여 전문적인 교육을 받은 자(장기요양전문직원)가 아니라 가족구성원 또는 근린이웃 등의 장기요양수행인을 기준으로 하여 기초요양 및 가사원조를 수행하기 위하여 필요로 하는 시간을 측정한 것이다. 또한 장기요양필요시간을 산정함에 있어서는 장기요양을 필요로 하는 자들 사이에 평등한 취급 및 산정결과의 재확인을 위하여, 관련지침에서 일상생활활동의 항목마다 장기요양필요시간의 ‘시간폭(Zeitkorridor)’을 규정하고 있다. 즉 장기요양필요시간의 산정에 있어서 실제로 수행된 시간이 되어야 하지만, 완화된 방법으로서의 최고시간과 최저시간을 규정하고 있는 장기요양필요시간에 관한 관련지침의 시간폭은 어디까지나 산정을 위한 객관적 기준으로 사용되는 것이다.

장기요양보험제도의 시행 초기 장기요양인정에서의 개별적·지역적 편차 및 개별심사관에 의한 상이한 장기요양필요시간의 산정결과가 큰 문제로 대두되었다. 이에 학설에서는 장기요양필요시간의 산정결과가 상이한 것에 관하여 개별심사관이 본인마다의 ‘경험치(Erfahrungswerten)’를 기초로 하여 판단하고 있음에 원인이 있다고 보았으며, 이로 인하여 국민일반의 법감정 및 장기요양보험에 관한 신뢰에 악영향을 미치고 있다고 지적되었다<sup>72)</sup>. 당시에 독일전체에서 통일된 기준을 규정하려고 하는 제안은 존재하였지만, 이에 관한 학문적·전문적인 기반이 부족하였다. 하지만 결국 장기요양보험제도의 획일적 기준에 의한

---

71) Klie, § 15 Rn. 2; Wagner, § 15 Rn. 11; Manuela Bombeck, *Pflegebedürftigkeit bei Kindern - Struktur einer sozialen Bedarfslage und deren Absicherung im gegenwärtigen Recht* -, diss. Jur., Frankfurt/Main 2003, S. 140 f; Carl-Christian Horz, “Rechtliche und praktische Fragen der Einstufung der Pflegebedürftigkeit”, *VSSR* 1999, S. 297 f; Peter Udsching, “Rechtsfragen bei der Bemessung des Pflegebedarfs”, *VSSR* 1996, S. 271 f.

72) Udsching, *VSSR* 1996, S. 273-276 ff.

운용을 걱정하는 입장보다 공정하고 평등한 장기요양인정에 관한 요구가 높아졌으며, 이와 같은 배경에서 처음에는 모든 개별사례에 적용이 가능하도록 장기요양을 필요로 하는 전형적인 그룹의 시간을 기초로 하여 표준치를 산출하는 방법<sup>73)</sup>과 개별의 일상생활활동에 관하여 전형적인 장기요양점수를 측정하는 방법<sup>74)</sup>이 제안되었다. 최종적으로는 일정한 질병항목 또는 전형적인 장기요양필요상태에 관한 급부방법을 기준으로 하는 기준이 마련되었다. 즉 관련지침은 ‘장기요양필요시간산정의 기준치(Orientierungswerte zur Pflegezeitbemessung)’에서 개별의 일상생활활동에 관한 장기요양필요시간의 시간폭을 규정하고 있으며, 이와 같은 시간폭은 장기요양전문직원이 아닌 장기요양수행인이 개별의 일상생활활동에 관하여 장기요양을 필요로 하는 자를 전부 대신하여 수행하는 것을 전제로 수 년 간에 걸쳐서 약 300만 건의 장기요양인정을 통하여 경험한 시간치를 기초로 결정된 것이다. 하지만 이와 같은 관련지침의 시간폭은 어디까지나 객관적 기준범위이며, 연방사회법원도 일상생활활동에 관한 장기요양이 해당기준을 초과하여 필요로 하는 경우에도 해당사례에서 인정되는 장기요양필요시간은 반드시 관련지침의 시간폭 범위 내에서 제한될 필요는 없다고 판시하였다<sup>75)</sup>. 학설에서도 역시 해당기준에 관하여 어디까지나 대량의 장기요양인정에 관한 행정업무에 적합한 객관적 기준으로서 개별적인 장기요양의 필요성에 관한 객관적·효율적 판단을 위한 보조수단의 기능을 가지는 것이라고 평가하고 있다<sup>76)</sup>.

## V. 장기요양보험법 개정

### 1. 개정의 배경

위의 III과 IV에서 살펴본 것처럼, 독일 장기요양보험법(사회법전 제11편)은 장기요양필요상태에 관하여 신체적, 정신적, 지적 질병 또는 장애로 인하여

73) Udsching, *VSSR 1996*, S. 275 f.; Wagner, § 15 Rn. 8.

74) Barholomeyczik/Hunstein/Koch/Zegelin-Abt, S. 160 f.

75) BSG, Urteil vom 26.11.1998, B 3 P 20/97 R; Urteil vom 31.8.2000, B 3 P 14/99 R.

76) Horz, *VSSR 1999*, S. 296 f.

매일의 생활에서 일상적·규칙적으로 반복되는 활동을 수행함에 있어서 최저 6개월 동안 계속적으로 상당정도 이상의 도움을 필요로 하는 상태로 정의하고 있으며, 장기요양필요상태의 등급구분에 관해서는 장기요양을 필요로 하는 자가 기초요양 및 가사원조에 필요한 시간(장기요양필요시간)을 기준으로 세 단계의 장기요양등급을 규정하고 있다. 이와 같은 독일의 장기요양인정에 관해서는 신체기능에 초점이 맞춰진 기준을 가지고 있어서 인지기능에 문제가 있는 지적장애자, 정신질환자 및 치매환자에게 불리하다는 지적을 받아왔다.

독일정부는 이와 같은 문제를 해결하기 위하여 2006년에 장기요양필요상태 개념정의의 재검토를 위한 전문가위원회를 설치하였으며, 2009년에는 해당 전문가위원회에 의한 보고서가 제출되었다. 해당보고서에서는 ①장기요양필요상태를 판단함에 있어서 해당규정의 일상생활활동만이 기준이 되고 있는 점, ②장기요양필요시간으로 도움의 필요성을 산정하고 있는 점을 문제로 지적하고 있으며, 나아가 ‘자립상태의 침해 또는 기능장애(Beeinträchtigungen der Selbständigkeit oder Fähigkeitsstörungen)’를 기준으로 하여 장기요양을 필요로 하는 자의 생활상태를 총체적으로 고려하고 라이프 스타일에 맞게 파악하고자, 장기요양필요상태의 개념을 정의하고 있는 사회법전 제11편 14조와 15조의 전면적인 개정을 제안하였다<sup>77)</sup>. 이에 독일정부는 오랜 토론과 연구<sup>78)</sup>를 통하여 2015년 12월에 장기요양보험법을 개정하여, 새로운 장기요양필요상태의 개념 정의 및 장기요양인정의 방법을 규정하였다. 해당개정법은 2017년 1월 1일부터 시행되며, 이하에서 해당내용을 간략하게 소개한다.

---

77) Bundesministerium für Gesundheit, *Bericht des Beirats zur Überprüfung des Pflegebedürftigkeitsbegriffs vom 26.1.2009*.

78) 구체적 내용에 관해서는, 국민건강보험공단, 독일장기요양제도 관련 연구보고서, 요양보호 대상의 새로운 개념 확립을 위한 전문가 자문단 보고서 (2014년) 및 남현주, “독일의 새 장기요양 평가판정도구 시안에 관한 고찰”, 보건사회연구 제34권 1호 (2014년)를 참조.

## 2. 개정의 내용<sup>79)</sup>

개정법 14조는 장기요양필요상태에 관해서 건강상의 이유로 자립상태의 침해 또는 기능장애가 있으며 이로 인하여 타인의 도움을 필요로 하는 상태라고 규정하고 있다. 건강상의 이유로 인한 자립상태의 침해 또는 기능장애는 ①‘운동 능력(Mobilität)’, ②‘인지 및 소통능력(kognitive und kommunikative Fähigkeiten)’, ③‘행동 및 정신적인 문제 상황(Verhaltensweisen und psychische Problemlagen)’, ④‘일상생활활동(Selbstversorgung)’, ⑤‘질병 또는 치료로 인한 필요성에 대한 자기 대처 및 부담(Bewältigung von und selbständiger Umgang mit krankheits- oder therapiebedingten Anforderungen und Belastungen)’, ⑥‘일상생활 및 사회참가(Gestaltung des Alltagslebens und sozialer Kontakte)’의 6가지의 영역을 기준으로, 장기요양학에 기초한 항목을 통하여 판단된다. 또한 개정법 15조는 장기요양필요상태를 자립상태의 침해 또는 기능장애의 경중에 따라 5가지의 ‘장기요양등급(Pflegegrad)’으로 구분하고 있으며, 장기요양인정에서의 등급구분은 위의 6가지 영역을 기준으로 각 항목마다 점수를 부과한 후에 다시 각 영역마다 가중치를 고려한 점수의 합계를 산출하여 판단한다. 이와 같은 개정법을 통하여 지적장애자, 정신질환자 및 치매환자 등이 신체장애자와 동일한 기준으로 공정하고 평등한 장기요양인정을 받을 수 있게 되었다.

### 사회법전 제11편 개정법 14조 장기요양필요상태

- (1) 건강상의 이유로 자립상태의 침해 또는 기능장애가 있으며 이로 인하여 타인의 도움을 필요로 하는 자에 관하여, 해당법전에서 규정하는 장기요양을 필요로 하는 자로 본다. 이에 관해서는, 신체적, 지적, 정신적인 기능의 침해 또는 건강상의 이유로 인한 부담 또는 필요성을 스스로가 보상 또는 극복할 수 없는 자이어야만 한다. 이와 같은 장기요양필요상태는 최저 6개월 동안에 계속적으로, 적어도 15조에서 규정하고 있는 정도 이상 존재하여야 한다.
- (2) 건강상의 이유로 인한 자립상태의 침해 또는 기능장애에 관한 기준은 다음의 6가지 영역에서 열거한 장기요양학에 기초한 항목을 기준으로 한다:

79) 이하의 내용에 관해서는, Bundesministerium für Gesundheit, *Referentenentwurf des Bundesministeriums für Gesundheit Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Stärkung der pflegerischen Versorgung und zur Änderung weiterer Vorschriften (Zweites Pflegestärkungsgesetz-PSG II)* 및 Bundestagdrucksache 18/5926, 6688을 참고함.

1. 운동능력: 침대에서의 체위 변환, 안정적인 자세 유지, 체위 변경, 주거 내에서의 보행, 계단 오르내리기
  2. 인지 및 소통능력: 주변인물의 인식, 장소적 감각, 시간적 감각, 중요한 이벤트의 기억, 복수단계의 일상생활 운영, 일상생활에서의 결정, 상황과 정보의 이해, 위험의 인식, 기초적 욕구의 표현, 필요성의 이해, 회화에의 참여
  3. 행동 및 정신적인 문제 상황: 기계적인 이상행동, 야간의 불온한 행동, 자해행위 및 파손행위, 타인에 대한 정신적 공격행위, 공격적 언행, 개호나 기타 지원조치의 거부, 망상, 환각, 불안감, 무기력, 우울상태, 사회적으로 부적절한 행동, 기타 요양에 맞지 않는 행동
  4. 일상생활활동: 상체 씻기, 두부에의 신체요양, 성기 씻기, 머리감기를 포함한 샤워 및 입욕, 상의의 착의 및 탈의, 하의의 착의 및 탈의, 먹기 위한 준비 및 음료수 준비, 먹기, 마시기, 화장실 및 변기의 사용, 영구삼입관 및 오줌주머니를 포함한 요실금 후의 대처, 변주머니를 포함한 변실금 후의 대처, 비경구 등 특수한 영양섭취, 18개월 미만의 아동에 대한 영양물 섭취에서의 중대한 문제, 특별한 주의를 요하는 장기요양에 관한 도움
  5. 질병 또는 치료로 인한 필요성에 대한 자기 대처 및 부담:
    - a) 투약, 주사, 정맥주사의 관리, 흡인 또는 산소흡입, 연고 바르기, 냉각 및 온열, 신체상태의 측정 및 진단, 보조구의 장착에 관한 것
    - b) 붕대교환 및 상처관리, 배뇨 및 배변주머니 관리, 규칙적인 일회용 삼입관 처리 및 배변수단의 사용, 주거 내에서의 치료조치에 관한 것
    - c) 주거 내에서의 시간적 기술집약적 조치, 왕진, 기타 의료시설 및 치료시설의 방문, 장시간을 필요로 하는 의료시설 및 치료시설의 방문, 아동에 관한 인큐베이터시설 방문에 관한 것
    - d) 식이요법 또는 기타 질병 또는 치료에 관한 행동규정의 준수에 관한 것
  6. 일상생활 및 사회참가: 일상생활 및 변화에 대한 적응, 휴식 및 수면, 일과의 처리, 장래의 계획, 외부접촉으로부터의 상호 교류, 외부환경에서의 인간관계 관리
- (3) 자립상태의 침해 또는 기능장애로 인하여 도움이 없이는 더 이상 가정생활(가사)을 유지할 수 없는 경우에 관해서는, 제2항에서 열거한 영역의 기준에 따라 고려된다.

#### 사회법제 제11편 개정법 15조 장기요양등급

- (1) 장기요양필요상태는 자립상태의 침해 또는 기능장애의 경중에 따라 장기요양등급으로 구분된다(장기요양등급). 장기요양등급은 장기요양학에 기초한 판정기준에 의하여 산정된다.
- (2) 판정기준은 6가지 단계로 구분되며, 이는 제14조 2항에서의 6가지 영역에 의한다. 각각의 단계에서는 해당 영역에 관하여 별표1에서 열거한 기준을 규정한다. 해당기

준에 따라 자립상태의 침해 또는 기능장애의 경중도가 구분된다. 별표1에서는 이와 같은 기준을 감안하여 장기요양학에 기초한 개별점수가 분류된다. 각각의 단계에서의 개별점수의 합계는 별표2에서 규정하는 점수범위에 따라 분류된다. 해당점수들의 총합계는 자립상태의 침해 또는 기능장애의 경중도에 따라 다음과 같이 표시된다:

1. 점수범위 0: 자립상태의 침해 또는 기능장애가 없는 상태
  2. 점수범위 1: 약간의 자립상태의 침해 또는 기능장애가 있는 상태
  3. 점수범위 2: 상당한 자립상태의 침해 또는 기능장애가 있는 상태
  4. 점수범위 3: 중도의 자립상태의 침해 또는 기능장애가 있는 상태
  5. 점수범위 4: 가장 중도의 자립상태의 침해 또는 기능장애가 있는 상태
- 각각의 단계마다의 점수범위는 자립상태의 침해 또는 기능장애의 경중도, 나아가 별표2에서 규정하는 다음과 같은 단계마다의 가중치를 고려하여 환산점수가 산정된다. 판정기준의 각 단계의 가중치는 다음과 같다:

1. 운동능력: 10%
  2. 인지 및 소통능력 내지는 행동 및 정신적인 문제 상황: 15%
  3. 일상생활활동: 40%
  4. 질병 또는 치료로 인한 필요성에 대한 자기 대처 및 부담: 20%
  5. 일상생활 및 사회참가: 15%
- (3) 장기요양등급의 판정을 위하여, 심사를 통하여 밝혀진 각각의 단계에서의 개별점수들이 합산되어, 별표 1에서 열거한 점수범위 및 그로부터 산출되어 가중치점수로 분류된다. 영역2와 영역3에 관해서는 동일한 가중치가 부여되며, 영역2 또는 영역3에서의 최고가중치점수가 산출된다. 모든 점수를 합산하여 모든 단계에서의 가중치 점수를 산출한다. 이와 같이 산출된 합산점수를 기초로, 장기요양이 필요한 자는 다음 장기요양등급 중 하나로 분류된다:
1. 합산점수가 12.5에서 27인 경우 장기요양등급1: 약간의 자립상태의 침해 또는 기능장애
  2. 합산점수가 27에서 47.5인 경우 장기요양등급2: 상당한 자립상태의 침해 또는 기능장애
  3. 합산점수가 47.5에서 70인 경우 장기요양등급3: 중도의 자립상태의 침해 또는 기능장애
  4. 합산점수가 70에서 90인 경우 장기요양등급4: 가장 중도의 자립상태의 침해 또는 기능장애
  5. 합산점수가 90에서 100인 경우 장기요양등급5: 가장 중도의 자립상태의 침해 또는 기능장애와 함께 특별한 장기요양상의 배려가 필요
- (4) 장기요양이 필요한 자의 합산점수가 90점 미만일지라도, 장기요양급여에 대한 특별한 수요가 있는 경우와 같이 특수하고 예외적으로 높은 도움의 필요성을

- 보이는 이른바 특별한 수요상황에 처한 경우에는 장기요양학에 기초한 근거로부터 장기요양등급 5로 분류될 수 있다. 장기요양보험중앙연합회는 제17조 제1항에 따른 지침을 통하여 특별한 수요상황에 관한 장기요양학에 기초한 요건을 구체화한다.
- (5) 도움의 필요성에 따른 이와 같은 기준은, 심사에 있어서 사회법전 제5편의 급부가 규정되어 있음을 고려해야 한다. 이는 질병특유의 요양조치에 대해서도 적용된다. 질병특유의 요양조치란, 장기요양을 수행함에 있어서 의학·장기요양학에 기초하여 규칙적이고 계속적으로 제14조 2항에서의 6가지 영역에 관한 장기요양조치와 분리할 수 없는 구성요소에 해당하거나 또는 이와 필연적으로 시간적·장소적으로 직접 관계하고 있는 간호조치를 말한다.
  - (6) 장기요양을 필요로 하는 아동에 관한 장기요양등급은, 자립상태의 침해 또는 기능장애에 관하여 동일한 연령의 아동과의 비교를 통하여 산출된다. 기타 사항에 관해서는 제1항에서 제5항이 준용된다.
  - (7) 만 18개월 미만의 장기요양을 필요로 하는 아동에 관해서는 제3항, 4항 및 6항 2문에도 불구하고 다음과 같이 장기요양등급이 분류된다:
    - 1. 합산점수가 12.5에서 27인 경우 장기요양등급2
    - 2. 합산점수가 27에서 47.5인 경우 장기요양등급3
    - 3. 합산점수가 47.5에서 70인 경우 장기요양등급4
    - 4. 합산점수가 70에서 100인 경우 장기요양등급5

## VI. 결론을 대신하여

### 1. 사회보장법에서의 보험사고

우리나라의 노인장기요양보험법은 ‘고령이나 노인성 질병 등의 사유로 일상생활을 혼자서 수행하기 어려운 노인등에게 제공하는 신체활동 또는 가사활동 지원 등의 장기요양급여에 관한 사항을 규정하여 노후의 건강증진 및 생활안정을 도모하고 그 가족의 부담을 덜어줌으로써 국민의 삶의 질을 향상하도록 함(제1조)’을 목적으로, ‘노인등의 심신상태·생활환경과 노인등 및 그 가족의 욕구·선택을 종합적으로 고려하여 필요한 범위 안에서’ 급여를 제공할 것을 원칙으로 하고 있다(제3조). 한편 노인장기요양보험법에서의 보험사고를 판단하는 장기요양인정에 관하여, ‘6개월 이상 동안 혼자서 일상생활을 수행하기 어렵다고 인정하는 경우 심신상태 및 장기요양이 필요한 정도 등 대통령령으로

정하는 등급판정기준에 따라' 결정하도록 규정하고 있을 뿐이다(제15조). 이에 관해서는, '다만 장기요양이 필요한 상태를 본질적으로 개념 정의하는 것은 불가능하다. (중략) 장기요양은 일상생활을 정상적으로 수행하기에 어려운 상태를 보호한다. 그런데 이때 "일상생활", 그리고 일상생활의 "정상적인 수행" 등의 개념과 범주는 모두 본질의 문제라고 볼 수는 없으며, 오히려 정책적 결정의 문제이기 때문이다<sup>80)</sup>'라고 보고 있다. 이에 관해서는 '일상생활' 및 '정상적인 수행' 등 장기요양필요상태에 관한 사항은 사실상 사회적 현상으로 사회가 다양화해지는 오늘날 법치행정의 관점에서 그 구체적인 개념정의가 매우 곤란하다고 보는 입장도 수긍이 가며, 나아가 위와 같은 장기요양필요상태라고 하는 보험사고에 관하여 일반적 개념정의만을 규정하고 그 구체적 내용에 관해서는 시행령 등 하위규범에 위임함으로써 급속하게 변화하는 사회적·경제적·정치적 상황에 대응이 가능하도록 하기 위한 지속가능한 사회보장제도의 관점에서 어쩔 수 없는 선택이라고도 볼 수 있겠다<sup>81)</sup>.

## 2. 시사

이에 반하여 독일에서는 사회법전(SGB) 제11편 14조와 15조가 장기요양필요상태의 개념 및 장기요양등급의 구분에 관하여 법률로 규정하고 있으며, 이와 같은 사회법전 제11편 14조와 15조가 규정하고 있는 장기요양필요상태의 개념 등 장기요양보험법의 보험사고가 사회법전 제11편의 본질적 요소에 해당한다고 보고 있다. 우리 역시 헌법학에서는 법률의 수권을 필요로 하는 행정의 범위가 확대된다 하여도 본질적인 결정자체는 입법자 스스로가 내려야 한다고 보고 있으며, 사회보장법학의 관점에서 예를 들어, 보험자, 피보험자 및 수급권자의 범위, 보험료, 급부의 내용 및 제한 등 사회보험제도에 관한 중요한 사항은 본질적 요소로 보아 법률상 규정하는 편이 바람직하다고 생각된다.

80) 전광석, "한국의 노인장기요양 관련 법제도의 현황과 과제", 사회보장법학 제2권 1호 (2013년) 119쪽.

81) 이에 관하여는 일본에서 2006년 증가하는 개호비용을 억제하기 위하여 '요개호 1등급'의 일부를 '요지원 2등급'로 각하시키고 나아가 '요지원 2등급'을 새롭게 마련하여 이용이 가능한 개호급부의 양을 제한한 개호보험법 개정을 예로 들 수 있겠으나, 해당개정에 관해서는 많은 일본학자로부터 비판을 받았다.

한편 이와 같이 수급권자의 범위를 결정하는 사회보장법에서의 보험사고를 법률상 명확하게 규정하고 있으며, 이와 같은 명확하게 규정된 개념정의에 관한 문제점(경직성)을 해결하기 위하여 판례 및 학설의 해석을 통하여 구체화하고 나아가 법해석을 통한 해결의 한계에서 근본적인 해결을 위하여 법개정을 실시한 독일의 경험은 사회보장제도에 관한 우리의 법해석 및 입법학에 있어서 많은 시사점을 준다고 할 수 있겠다. 즉, 오늘날 핵가족 시대를 맞이하여 한편으로는 노인인구가 큰 폭으로 증가하면서 가족들의 부양부담이 크게 증가하고 있는 상황에서, 이와 같은 사회적 변화에 대응하기 위하여 위와 같은 엄격한 법규정을 법해석의 방법을 통하여 대응하면서도 이를 통하여 인식하게 된 근본적인 문제를 사회적 합의에 의하여 결국 법개정을 이루어내는 과정은 사회적 수요에 따라 사회보장제도의 개혁에 있어서 정책적 판단으로만 대응해 온 우리나라에서 사회보장법학이 앞으로 나아가야 할 과제와 역할을 보여주고 있는 것이다.

## 참 고 문 헌

- 고준기, “노인장기요양보험법의 문제점과 개선방안”, 동아법학 제57호 (2012년)  
국민건강보험공단, 독일장기요양제도 관련 연구보고서, 요양보호대상의 새로운 개념 확립을 위한 전문가 자문단 보고서 (2014년)  
김경아 등, 치매환자의 의료·장기요양 이용 분석 및 주요국 정책비교, 국민건강보험공단 (2015년)  
김명용, “독일의 노인장기요양보험제도의 법적 문제”, 공법학연구 제15권 1호 (2014년)  
남현주, “독일의 현행 장기요양평가판정도구에 대한 고찰”, 한·독사회과학논총 제22권 4호 (2012년)  
남현주, “독일의 새 장기요양 평가판정도구 시안에 관한 고찰”, 보건사회연구 제34권 1호 (2014년)  
박현식, “노인장기요양보험법의 법제적 문제점과 개선방안”, 법학연구 제51집 (2013년)  
선우덕, “독일의 장기요양보험제도를 통한 치매케어정책과 시사점”, 보건복지포럼 제1호 (2013년)  
이윤경, “노인장기요양보험 치매특별등급 도입의 의미 및 향후 발전방향”, Issue&Focus 제245호 (2014년)  
전광석, “한국의 노인장기요양 관련 법제도의 현황과 과제”, 사회보장법학 제2권 1호 (2013년)  
정희선, “노인장기요양보험법 제정사”, 사회보장법연구 제1권 (2012년)
- Axel Wagner, “Amerkung zu BSG 28.5.2003 - B 3 P 6/02”, SGB 2004.  
Bundesministerium für Gesundheit , *Bericht des Beirats zur Überprüfung des Pflegebedürftigkeitsbegriffs vom 26.1.2009.*  
Bundesministerium für Gesundheit, *Referentenentwurf des Bundesministeriums für Gesundheit Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Stärkung der pflegerischen Versorgung und zur Änderung weiterer Vorschriften (Zweites Pflegestärkungsgesetz - PSG II)*  
Carl-Christian Horz, “Rechtliche und praktische Fragen der Einstufung der

- Pflegebedürftigkeit”, *VSSR* 1999.
- Christoph A. Gürtner, in: *Klassiker Kommentar, Sozialversicherung, Loseblattsammlung*, München 2007.
- Georg Vogel/Michael Schaaf, *Soziale Pflegeversicherung/ SGB XI*, München 1995.
- Gerd Kukla, in: Harald Kesselheim (Hrsg.), *Praxis der Pflegeversicherung, Loseblattsammlung*, Filderstadt 2004.
- Hofman A. et al., “The Prevalence of dementia in Europe: a collaborative study of 1980-1990”, *Findings*. (20), 1991.
- Karl-Jürgen Bieback, “Probleme des Leistungsrechts der Pflegeversicherung”, *SGB* 1995.
- Karl-Jürgen Bieback, “Fünf Jahre SGBXI und die Besonderheiten der Pflegeversicherung”, *VSSR* 1999.
- Manuela Bombeck, *Pflegebedürftigkeit bei Kindern - Struktur einer sozialen Bedarfslage und deren Absicherung im gegenwärtigen Recht* -, diss. Jur., Frankfurt/Main 2003.
- Medizinische Dienst der Spitzenverbände der Krankenkassen e.V. (MDS), *Pflegebericht* 2006.
- Peter Kummer, in: Bertram Schulin (Hrsg.), *Handbuch des Sozialversicherungsrecht, Band 4, Pflegeversicherung*, München 1997.
- Peter Trenk-Hinterberger, in: Georg Wannagat (Hrsg.), *Sozialgesetzbuch, Kommentar, Loseblattsammlung*, Köln 2003.
- Peter Udsching, in: Peter Udsching (Hrsg.), *SGB XI, Kommentar*, 3 Aufl., München 2010.
- Peter Udsching, “Rechtsfragen bei der Bemessung des Pflegebedarfs”, *VSSR* 1996.
- Rürup-Kommission, Bericht “Nachhaltigkeit in der Finanzierung der sozialen Sicherungssysteme” vom 28.8.2003.
- Sabine Bartholomeyczik/Dirk Hunstein/Veronika Koch/Angelika Zegelin-Abt, *Zeitrichtlinien zur Begutachtung des Pflegebedarfs*, Frankfurt/Main 2001.
- Steffen Roller, *Pflegebedürftigkeit, Eine Analyse der §§ 14, 15 SGB XI mit ihren rechtlich-systematischen und pflegewissenschaftlichen Bezügen*, Nomos 2007.

- Stefen Roller, Juveniler Diabetes in der sozialen Pflegeversicherung nach den Urteilen des Bundessozialgerichts vom 19.2.1998, B 3 P 3/97 R und B 3 P 11/97 R, *SozVers* 1998
- Thomas Klie, in: Thomas Klie/Utz Kraemer (Hrsg.), *Soziale Pflegeversicherung, Lehr- und Praxiskommentar*, 3, 2, 1 Aufl., Baden-Baden.
- UN(2010), *World Population Prospects (The 2010 Review)*.
- Uwe Wirsching, *Der Begriff der Pflegebedürftigkeit in Abgrenzung zum Krankenversicherungsrechtlichen Krankheitsbegriff*, diss. Jur., Bayreuth 1991.
- Wancate J. et al., “Number of dementia sufferers in Europe between the years 2000 and 2050”, *Eur Psychiatry* (18), 2003.

## <국문초록>

우리나라는 사회·경제적 발달과 함께 노인인구 또한 급격히 증가하고 있다. 2014년 현재 65세 이상의 노인 인구수는 542만 명으로 전체 인구의 11.3%를 차지하고 있는 고령화 사회(총인구 중 65세 이상의 인구가 총인구를 차지하는 비율이 7% 이상인 사회)이다. 2011년 통계청 자료에 의하면, 65세 이상 노인인구 비중은 꾸준히 증가하여 2017년에는 노인인구비중이 14.0%를 넘어서게 되어 ‘고령사회(aged society)’로 진입하게 되며, 2025년에는 노인인구 비중이 20%를 넘어서게 되어 ‘초고령사회(post-aged society)’로 진입하게 될 것이라고 발표하였다. 우리나라는 앞으로의 고령화 사회에 대비하고, 노인 및 그 가족들을 위한 부양부담을 완화하기 위하여 2008년 7월 노인장기요양보험제도를 도입하였다. 또한 최근 노인장기요양보험법의 개정을 통하여 장기요양 5등급체계를 확립하였으며, 이를 통하여 우리나라의 노인장기요양보험제도가 신체기능을 중심으로 설계되어 있던 장기요양인정체계를 인지기능평가라는 점에서 보완하였다.

이와 관련하여 독일은 사회법전(SGB) 제11편에서 장기요양필요상태의 개념 및 장기요양등급의 구분에 관하여 법률로 규정하고 있다. 즉, 14조가 ‘장기요양 필요상태(Pflegebedürftigkeit)’의 개념을 정의하면서 15조가 장기요양을 필요로 하는 정도에 따라 3단계의 ‘장기요양등급(Pflegestufe)’을 구분하고 있다. 이에 관해서는 ①장기요양필요상태를 판단함에 있어서 해당규정의 일상생활활동만이 기준이 되고 있는 점, ②장기요양필요시간으로 도움의 필요성을 산정하고 있는 점이 문제로 지적되고 있으며, 이에 독일정부는 2015년 12월에 장기요양보험법을 개정하여, 새로운 장기요양필요상태의 개념정의 및 장기요양인정의 방법을 규정하였다(2017년 1월 1일 시행예정).

본 논문에서는 독일의 사회법전 제11편 14조와 15조가 규정하고 있는 장기요양필요상태의 ‘판단요소(Merkmal)’에 관하여, 해당조문에 관한 구체적인 법해석을 중심으로 검토하고, 나아가 법해석에서 나타난 문제점을 근본적으로 해결하기 위하여 최근에 이루어진 법개정을 고찰함으로써, 우리나라 노인장기요양보험제도의 법학적 고찰에 있어서의 약간의 시사점을 얻고자 한다.

**주제어** : 노인장기요양보험법, 사회보장, 보험사고, 장기요양인정, 판단요소, 치매환자

## A Study of Social Risk and Revision for the Act on Long-Term Care Insurance in Germany

Hong, Songmin\*

Alongside the rapid social and economic development, elderly population is growing rapidly in Korea. As of 2014 Korea is a aging society(more than 7% of population is 65 or older) and the number of aged people (65 or older) in total is 5.42 million, consisting 11.3% of the total population. According to the 2011 data of Statistics Korea, the country will become a aged society as the aged population of 65 or older will gradually increase and the ratio would exceed 14.0% in 2017. By 2025, the ratio will hit 20% and Korea is expected to enter the "post-aged society" group. The government introduced the act on long-term care insurance for the aged in July 2008. Also through the recent revision was established 5-rate structure, which could complement existing system designed on the basis of physical functions classification with cognitive functions evaluation.

Meanwhile in Germany the Social Security Code XI the notion of state in need of long-term care and the categories of level is regulated. article 14 defines the notion of state in need of long-term care and the following article 15 indicate three categories based on the level of need. Regarding this, several criticisms are raised as the article ① makes long-term care decision only based on everyday activities ② put the need of assistance included in the mandatory time of long-term care. To solve this problem, the German government revised the Act on Long-Term Care in December 2015 and newly defined the notion of state in need of long-term care and recognition method(enforcement planned on January 1st, 2017).

This thesis first examine the Social Security Code XI article 14 and article 15. Regarding the ‘Merkmal’ regulation for the state in need, this thesis will look through specific legal interpretation, and with the problems found, examine the implications of recent revisions conducted to address the issues. Finally in the

---

\* Research Fellow, Ph.D. in law, Korea Legislation Research Institute.

end will aim to get implications for Korean Act on Long-Term Care for the Aged in terms of legal consideration.

**Key Words** : act on long-term care for the aged, social security, insurance accident (social risk), long-term care approval, Merkmal, dementia