

성년후견제도와 정신보건법상 환자의 동의권에 관한 연구

문 상 혁*

I. 서

II. 성년후견제도에서의 의사결정 방법

1. 성년후견제도의 의의
2. 피성년후견인의 신상보호와 관련하여
3. 한정후견
4. 특정후견
5. 임의후견

III. 정신보건법

1. 서
2. 정신보건법상 정신질환자의 의의
3. 자의입원
3. 강제입원
4. 강제입원의 문제점과 해결방안

IV. 결

I. 서

2011년 3월 7일에 개정된 「민법」은 2013년 7월 1일부터 시행되고 있다. 개정된 민법에서 특히 주목할 것은 성년후견제도의 도입이다.¹⁾ 구법은 금지산

* 논문접수: 2015.5.10 * 심사개시: 2015.5.10 * 수정일: 2015.6.10. * 게재확정: 2015.6.20.
* 백석예술대학교 관광학부 조교수, 법학박사.

* 이 논문 또는 저서는 2012년 정부(교육부)의 재원으로 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임(NRF-2012S1A5B5A07038229).

1) 성년후견제도의 기본원칙으로는 자기결정의 존중, 잔존능력의 활용, 보편화 이념이 있다.

자나 한정치산의 잔존능력을 고려하지 않고 일률적으로 능력을 제약하는 대신 후견인에게 포괄적인 법정대리권을 부여하여 요보호인의 자율성을 존중하는데 미흡하였고, 다른 한편으로 사회의 고령화에 따라 발생할 수 있는 문제를 해결하기에는 충분하지 않았기 때문에 이에 대한 개정논의가 지속적으로 있었다.²⁾ 개정된 민법에 따르면, 후견에는 법정후견과 임의후견으로 나뉘며, 법정후견에는 미성년후견·성년후견·한정후견·특정후견이 있으며,³⁾ 후견계약에 의한 후견이 임의후견이다.⁴⁾ 즉 개정민법은 성년후견제도를 도입함으로써 행위능력이 제한되는 자 즉 제한능력자로 미성년자·피성년후견인, 피한정후견인, 피특정후견인을 규정하고 있는 것이다. 물론 세부적인 내용 중에는 기존의 행위능력제도와 유사한 내용도 있지만, 실질적으로 피성년후견인의 보호를 위해 많은 내용이 개정된 것을 확인할 수 있다.⁵⁾

그러나 민법 개정작업을 통해 성년후견제도를 도입했다고 하여, 다른 법령에 대한 내용까지도 모두 개정된 것은 아니다. 특히 정신질환의 예방과 정신질

자기결정의 존중은 신상의 보호와 함께 성년후견제도의 기본이념이 되는데, 성년후견인 등은 본인(성년후견인 등)의 생활, 요양 간호 및 재산의 관리에 관한 사무를 함에 있어서 피성년후견인 등의 의사를 존중하고, 한편 그 심신상태 및 생활을 고려하지 않으면 안 된다는 것이다. 잔존능력의 활용은 고령자 등이 자신답게 노후를 보내기 위해서는 자신의 능력을 활용하는 것이 필요하다는 사고방식이다. 즉 자신의 노후를 신뢰할 수 있는 사람에게 위탁하고, 자신의 잔존 능력을 활용하는 임의후견제도를 이용하는 등 다양한 경우에 잔존 능력의 활용이 요구되고 있다. 보편화 이념은 고령자나 장애인 등이 그 지역에서 보편적으로 생활할 수 있는 것이 당연하다는 사고방식이다. 이 사고방식에 따라 고령자나 장애인 등이 보편적으로 생활할 수 있는 환경을 성년후견제도의 활용에 의해 실현하려고 하는 것이다. 백승흠, 「성년후견제도의 도입과 과제」, 『법학논총』, 제27집 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2010, 24~25면. 개정민법상 성년후견제도의 도입으로 인한 변화와 법원리에 대한 자세한 내용은 신권철, 「성년후견제도와 사회복지제도의 연계」, 『아산재단 연구총서』, 제354집, 집문당, 2013, 8, 103~117면 참조.

- 2) 송덕수, 『신민법강의』, 박영사, 2013, 117면. 김형석, 「한국의 성년후견법제」, 한국비교사법학회, 2013년 추계 국제학술대회 발표문, 2013, 105면 이하; 백승흠, 전제 논문, 30면; 제철웅, 「요보호성인의 인권존중의 관점에서 본 새로운 성년후견제도: 그 특징, 문제점 그리고 개선방안」, 『민사법학』, 제56호, 한국민사법학회, 2011, 277~279면.
- 3) 이는 종래의 친족회를 폐지하는 대신 미성년후견감독인, 성년후견감독인, 한정후견감독인, 특정후견감독인 제도가 창설된 것이다.
- 4) 송덕수, 전게서, 1870면.
- 5) 모든 유형의 제도 이용자에게 잔존 능력을 인정하고, 피한정후견인 및 피특정후견인의 법률행위는 취소할 수 없는 것을 원칙으로 하였다.

환자⁶⁾의 의료 및 사회복지에 관하여 필요한 사항을 규정하고 있는 「정신보건법」은 아직 개정이 되지 않았으며, 특히 입원절차에서 정신질환자의 의사 반영 여부에 대한 문제점이 있다. 「정신보건법」상 입원의 경우에는 동법 제23조에 의한 자의입원, 제24조에 의한 보호의무자에 의한 입원, 제25조 시장·군수·구청장에 의한 입원, 제26조에 의한 응급입원이 있다.⁷⁾ 의료행위에서 환자에 대한 침습이나 자유의 제한이 있게 되는 경우에는 이에 관해 적절한 방식으로 정보를 제공하고 정보에 기초한 동의를 받아야 하는 것이 일반적인 의료법적 원칙이지만, 정신질환의 경우에는 환자가 자신에게 행하여지는 치료에 대해 충분히 이해하고 그러한 이해를 바탕으로 동의할 수 있을 것을 기대하기 어려운 경우가 많다.⁸⁾ 이와 관련하여 정신질환자의 입원의 경우에 정신질환자의 증세에 따라 정신질환자 본인이 입원에 대한 동의를 정확하게 의사표시 할 수 있는지가 문제가 될 수 있다.

따라서 본 논문에서는 개정된 민법의 성년후견제도에 대해서 살펴보고, 정신보건법에 따른 정신질환자의 입원에 대한 문제에 있어서 개정된 민법에 따른 성년후견제도를 적용할 때 어느 정도 정신질환자를 보호할 수 있는지 또한 그 한계가 무엇인지를 검토하고 그에 대한 해결방안을 제시해 보고자 한다.

6) 정신보건법 제정 당시 정신병 및 인격 장애 기타 비정신병적 정신장애를 가진 자만을 정신질환자로 규정하고 있었으나, 2000년 1월 12일 일부개정을 거치면서 알코올 및 약물중독자까지 포함되었다. 이는 정신의학적·생물학적 관점에서의 정신질환자는 물론 사회적 병리현상으로 나타나는 정신질환자까지 수용하기 위한 것으로 파악된다. 이동명, “정신보건법상의 강제입원에 관한 연구”, 『한국형사정책학회』, 제13권 제1호, 2001, 137~163면. 이에 대해서는 정신질환자의 개념을 넓게 인정하는 것은 정신보건법의 적용대상을 국민건강보험법상의 요양급여의 대상과 일치시켜 정신질환자로 하여금 적절한 치료를 받게 하기 위한 의도로 파악된다는 견해도 있다. 조홍석, “정신병원에서의 수용과 기본적 인권”, 『법학논고』, 제15권, 경북대학교 법학연구원, 1999, 140~141면.

7) 퇴원의 경우 제29조에 의하면 정신의료기관등에 입원 등을 하고 있는 자 또는 그 보호의무자는 시장·군수·구청장에게 자신 또는 당해 입원환자의 퇴원 또는 처우개선을 청구할 수 있으며, 동법 제36조에 의한 시장·군수·구청장에 의한 입원조치의 해제, 제37조에 의한 임시 퇴원 등이 있다.

8) 김나경, “정신질환자 강제입원의 법적 문제”, 『인권과 정의』, 제418권, 대한변호사협회, 2011, 29면.

II. 성년후견제도에서의 의사결정 방법

1. 성년후견제도의 의의

성년후견제도란 의사결정능력이 부족한 피후견인이 계약체결 등의 법률행위를 함에 있어 발생할 불측의 손해를 방지하고 피후견인의 권리보호를 목적으로 하는 제도이다.⁹⁾ 즉, 성년후견제도는 노령, 질병, 장애 등 정신능력의 부족으로 인해 일상 사무를 처리할 능력이 부족하거나 결여된 성년자에 대하여 법원이 후견인을 선임하여 신상감호와 재산관리를 수행하도록 하는 제도이다.

2. 피성년후견인의 신상보호와 관련하여

성년후견인은 피성년후견인¹⁰⁾의 재산관리와 신상보호를 할 때 여러 사정을 고려하여 그의 복리에 부합하는 방법으로 사무를 처리하여야 하며, 이 경우 성년후견인은 피성년후견인의 복리에 반하지 아니하면 피성년후견인의 의사를 존중하여야 한다.¹¹⁾ 피성년후견인의 신상보호와 관련하여 살펴보면, 피성년후견인은 자신의 신상에 관하여 그의 상태가 허락하는 범위에서 단독으로 결정한다(민법 제947조의2 제1항).¹²⁾¹³⁾ 이는 거주·이전·주거·면접교섭권·의학적 치료 등 신상에 대한 결정에서는 피성년후견인의 의사가 가장 우선되

9) 백승흠, “민법개정안의 성년후견제도와 피후견인의 신상보호”, 『법학논고』, 제35집, 경북대학교 법학연구원, 2011, 53면 이하 참조.

10) 피성년후견인이란 질병, 장애, 노령 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 지속적으로 결여되어 있는 사람으로서 가정법원에서 성년후견개시의 심판을 받은 사람을 말한다. 김주수·김상용, 『친족·상속법』, 법문사, 2014, 471면; 송덕수, 전제서, 2013, 123면; 지원림, 『민법강의』, 홍문사, 2013, 75~76면.

11) 민법 제947조.

12) 신상보호라는 것은 ‘어떤 사람의 개인적이고 사적인 신변에 관한 사항으로서 법적으로는 널리 인격적 이익에 밀접하게 관련된 생활관계를 포함하는 것’으로 넓게 이해할 수 있다. 박인환, “새로운 성년후견제도에 있어서 신상보호”, 『가족법연구』, 제25권 제2호, 한국가족법학회, 2011, 148~150면.

13) 신상 보호의 기본적 성격은 성년후견인 등이 본인의 신상면에 관해 부담해야 할 선관주의의무라고 하기 때문에 모든 유형의 성년후견인 등이 본인의 신상보호를 고려해야 할 의무를 지게 된다. 백승흠, “성년후견제도의 도입과 과제”, 24면.

어야 한다는 의미이다.¹⁴⁾ 그러나 피성년후견인이 항상 자신의 신상에 관하여 결정을 할 수 있는 신체적·정신적 상태에 있는 것은 아니다. 그래서 민법은 피성년후견인이 스스로 신상결정을 할 수 없는 상태에 있는 경우에는 성년후견인이 보충적으로 결정을 할 수 있도록 권한을 부여하는 절차를 두고 있는 것이다.¹⁵⁾ 피성년후견인이 질병, 장애,¹⁶⁾ 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 지속적으로 결여되어 있는 경우에는 가정법원에 의해 성년후견개시의 심판을 받아야 한다. 이때 “정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 지속적으로 결여되어” 있다는 것은 의사능력을 결여한 상태가 지속되고 있음을 의미하며,¹⁷⁾ 이것은 능력을 기능적으로 판정하는 것이라고 볼 수 있다.¹⁸⁾ 가정법원은 성년후견인이 피성년후견인의 신상에 관하여 결정을 할 수 있는 권한의 범위를 정할 수 있고, 그 범위가 적절하지 않게 된 경우에는 본인·배우자·4촌 이내의 친족성년후견인·성년후견감독인·검사 또는 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 그 범위를 변경할 수 있다.¹⁹⁾ 이렇게 결정권을 부여받은 성년후견인은 그 권한이 있는 범위에서 피성년후견인이 신상결정을 할 수 없는 경우에 그를 갈음하여 결정을 할 수 있다.²⁰⁾ 또한 피성년후견인은 성년후견인의 동의를 받아도 유효한 법률행위를 할 수 없으므로, 성년후견인은 피성년후견인의 법률행위에 대한 동의권은 없다.²¹⁾ 그리고 성년후견인이 피

14) 성년후견인은 의료계약을 대리할 수 있겠지만, 치료에 수반하는 의학적 침습에 대한(위법성을 조각하는) 동의는 그의 상태가 허락하는 한에서 피성년후견인만이 할 수 있다. Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein, *Betreuungsrecht kompakt*, 6. Aufl., 2007, Rn. 202
참조: 김형석, “민법 개정안에 따른 성년후견법제”, 137면에서 재인용.

15) 송덕수, 『친족상속법』, 박영사, 2015, 233면.

16) 독일 민법 제1896조 제1항과 프랑스 민법 제425조는 신체적 장애에 의해 사무의 전부 또는 일부를 처리할 수 없거나, 원활한 의사표시에 어려움이 있는 경우에는 성년후견을 개시할 수 있도록 하고 있다. 백승흠, “성년후견제도의 도입과 과제”, 31면 재인용.

17) 김주수·김상용, 전제서, 471면.

18) 백승흠, “성년후견제도의 도입과 과제”, 31면.

19) 민법 제938조 제3항내지 제4항: ‘사무를 처리할 능력이 지속적으로 결여된 것’의 판단 여부는 가정법원의 심판에서 전문의의 감정을 거치게 된다(가사소송규칙 제33조 참조).

20) 송덕수, 『친족상속법』, 233면.

21) 그러나 가정법원은 취소할 수 없는 피성년후견인의 법률행위의 범위를 정할 수 있다. 민법 제10조 제2항 내지 제3항, 가사소송법 제2조 제1항 라류사건 i 의2. 김주수·김상용,

성년후견인과 이해상반행위를 하는 경우에는 후견감독인이 피성년후견인을 대리한다.²²⁾ 이는 피성년후견인과 성년후견인 사이에 이해가 상충될 경우 피성년후견인의 의사를 존중하여 우선적으로 적용하는 것이다. 그러나 후견감독인이 없는 경우에는 성년후견인은 피성년후견인을 위하여 법원에 특별대리인의 선임을 청구하여야 한다.²³⁾ 이 규정은 미성년후견인에게 적용되며, 한정후견인에 대해서 준용된다.²⁴⁾ 하지만 이해상반행위가 발생할 경우에, 성년후견인이 그러한 청구를 하는 경우가 많지 않을 것이다. 그렇게 되면 피성년후견인을 보호하지 못하는 문제가 발생한다. 이러한 문제를 해결하기 위해서는 성년후견인 이외의 자의 청구가 가능해야 한다.

성년후견인이 피성년후견인의 신상문제를 결정할 때에는, 성년후견인의 권한남용을 막기 위하여 감독이 필요하게 된다. 그래서 민법은 특히 신상결정의 중요한 유형에 대하여 가정법원이 감독할 수 있도록 하는 규정을 두었다.²⁵⁾ 우선 성년후견인이 피성년후견인을 치료 등의 목적으로 정신병원이나 그 밖의 다른 장소에 격리하는 경우에는, 가정법원의 허가를 받아야 한다.²⁶⁾ 이는 개정 전에도 있었던 것인데, 개정 전에는 긴급을 요할 상태인 때에 사후에 허가를 청구할 수 있도록 하는 예외가 인정되었으나(구민법 제947조 제2항 단서), 개정 시 이 부분은 삭제되었기 때문에, 현재에는 반드시 사전허가를 받아야 한다.²⁷⁾ 피성년후견인의 신체를 침해하는 의료행위에 대하여는 1차적으로 피성년후견인이 동의하여야 하나, 그가 동의할 수 없는 경우에는 성년후견인이 그를 대신하여 동의할 수 있다.²⁸⁾ 그리고 이 경우, 피성년후견인이 의료행위의 직접적인 결과로 사망하거나 상당한 장애를 입을 위험이 있는 때에는, 가정법원의 허가

전게서, 475면.

22) 민법 제940조의6 제3항.

23) 민법 제949조의3에 의한 제921조의 준용.

24) 민법 제959조의6.

25) 송덕수, 『친족상속법』, 234면.

26) 민법 제947조의2 제2항.

27) 송덕수, 『친족상속법』, 234면.

28) 민법 제947조의2 제3항.

를 받아야 한다.²⁹⁾ 다만 허가절차로 의료행위가 지체되어 피성년후견인의 생명에 위험을 초래하거나 심신상의 중대한 장애를 초래할 때에는, 사후에 허가를 청구할 수 있다.³⁰⁾ 의료적 침습에 관해서는 피성년후견인이 일차적으로 동의권을 갖게 되지만 그가 스스로 동의할 수 없는 상태인 경우에는 가정법원으로부터 권한을 부여받은 성년후견인이 보충적으로 동의할 수 있다는 원칙을 마련한 것에 의미가 있다.³¹⁾ 이 점에서 주의할 것은 가정법원의 허가사항인 의료행위는 피후견인의 생명이나 건강에 발생할 수 있는 큰 위험을 피하기 위하여 생명이나 건강에 어느 정도의 위험성이 있는 의료행위가 불가피한 경우를 상정하고 있다. 따라서 현재로서 이 규정은 환자 상태의 개선을 목적으로 하는 행위를 대상으로 한다. 그러나 일반적인 의료행위가 아닌 특수하고 극단적인 의료행위, 예를 들면 연명치료 중단이나 장기이식수술 등은 이러한 대상으로 포섭하고 있지 않은 것이라는 견해³²⁾와 민법 제947조의2 제3항 및 제4항의 의료행위를 특별히 축소해석할 필요는 없고, 성년후견제도가 피후견인의 의료행위를 포함한 신상감호 부분에 중점을 두고 있고, 고령자의 의료현실에서 실행 가능한 대안들을 주된 내용으로 하고 있다는 점에서 연명치료 중단 역시 위 조항의 의료행위에 포함되는 것으로 해석할 수 있다는 견해³³⁾로 나누어지는데 후자의 견해가 타당하다고 생각된다. 왜냐하면, 의료행위를 일반적 의료행위와 특수하고 극단적인 의료행위로 세분화 시키는 것보다는 포괄적으로 규정하는 것이 피성년후견인을 보호하기에 타당하다고 생각하기 때문이다.

29) 민법 제947조의2 제4항 단서; 가정법원의 역할은 전문적인 의학판단을 하는 것을 포함하지 않으며, 의사의 설명을 기초로 해서 성년후견인의 동의가 주의의무를 다한 것인지를 판단하는 것을 그 내용으로 한다. 김형석, “민법 개정안에 따른 성년후견법제”, 139면.

30) 민법 제947조의2 제4항 단서.

31) 백승흠, “성년후견제도의 도입과 과제”, 38면.

32) 김천수, “성년후견과 의료행위의 결정”, 『가족법연구』, 제2권 제1호, 한국가족법학회, 2007, 20~21면; 백승흠, 전계 논문, 38면.

33) 박호균, “성년후견과 의료-개정 민법 제947조의 2를 중심으로”, 『의료법학』, 제13권 제1호, 대한의료법학회, 2012, 143~146면; 이은영, “연명치료 중단의 입법화 방안에 관한 연구-성년후견제도의 도입과 관련하여”, 『의료법학』, 제10권 제2호, 대한의료법학회, 2009, 242~244면; 백경희, “자기결정능력 흠결 상태의 환자에 대한 의료행위의 동의에 관한 소고”, 『법학논총』, 제33집, 숭실대학교 법학연구소, 2015, 179~180면.

3. 한정후견

피한정후견인³⁴⁾은 원칙적으로 행위능력을 상실하지 않는다. 또한 피한정후견인이 한정후견인의 동의를 받아야 하는 법률행위의 범위는 피한정후견인에게 남은 정신능력에 따라 매우 다양하게 정해질 수 있다.³⁵⁾ 피한정후견인은 자신의 신상에 관하여 스스로 결정할 수 있는 정신상태에 있으면 단독으로 결정하는 것이 원칙이다. 한정후견인은 피한정후견인이 자신의 신상에 관하여 스스로 결정할 수 있는 정신 상태에 있지 않을 때에는 한정후견인이 대신하여 결정할 수 있다. 한정후견인이 피한정후견인의 신상에 관하여 결정할 수 있는 권한의 범위는 가정법원이 정한다. 이를 한정후견인의 동의권 유보 또는 동의 유보라고 하는데, 이는 과거에 한정치산자에 대하여 그의 구체적인 정신적 능력을 고려하지 않고 일률적·포괄적으로 행위능력을 제한하던 것과 달리, 피한정후견인의 잔존능력을 최대한 활용할 수 있도록 하기 위해 그의 능력이나 그 밖의 모든 사정을 고려하여 그의 보호에 필요하다고 생각되는 범위에서 동의를 받도록 한 것이다.³⁶⁾

의료행위에 대한 피한정후견인의 동의와 관련하여 살펴보면, 의료행위에 대한 동의에 있어서는 피한정후견인의 신체를 침해하는 의료행위에 대하여 피한정후견인이 동의할 수 없는 경우에는 한정후견인이 그를 대신하여 동의할 수 있다.³⁷⁾ 또한 피한정후견인이 의료행위의 직접적인 결과로 사망하거나 상

34) 질병, 장애, 노령 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 부족한 사람으로서 가정법원에서 한정후견개시의 심판을 받은 사람이 피한정후견인이다. “정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 지속적으로 결여되어” 있을 것을 요건으로 하는 피성년후견인에 비해 높은 수준의 판단능력을 가지고 있지만, 법률행위를 하는 데 일반적으로 요구되는 정신적 능력을 갖추지 못한 사람을 말한다. 김주수·김상용, 전계서, 481~482면.

35) 한정치산자는 법률행위를 할 때 원칙적으로 법정대리인(후견인)의 동의를 받도록 되어 있어서 일률적으로 행위능력이 제한되는 반면, 피한정후견인이 한정후견인의 동의를 받아야 하는 법률행위의 범위는 탄력적으로 정해질 수 있다는 점에서 차이가 있다. 김주수·김상용, 전계서, 484면.

36) 송덕수, 『신민법강의』, 127면.

37) 민법 제959조의6에 의한 제947조의2 제3항의 준용.

당한 장애를 입을 위험이 있을 때에는 가정법원의 허가를 받아야 한다. 다만, 허가절차로 인하여 의료행위가 지체되어 피한정후견인의 생명에 위험을 초래하거나 심신상의 중대한 장애를 초래할 때에는 사후에 허가를 청구할 수 있다.³⁸⁾ 하지만 사망하거나 상당한 장애를 입을 위험이 있는 경우와 응급상황이 발생한 경우에는 그러한 위험성의 범위나 정도를 의료현장에서 결정해야 하는 문제가 발생한다. 사망하거나 중대한 위험이 있거나 상당한 장애를 입을 가능성이 있는 응급상황에서는 응급환자를 치료하는 절차와 방법에 의해서 치료해야 하기 때문이다.

4. 특정후견

특정후견은 정신적 제약으로 인하여 사무를 처리할 능력이 부족한 사람이 당면한 일시적 사무 또는 특정한 사무의 처리를 도와주기 위한 제도이다.³⁹⁾ 특정후견의 심판을 받은 사람을 피특정후견인이라고 하며, 가정법원이 특정후견의 심판을 하는 경우에는 특정후견의 기간 또는 사무의 범위를 정하여야 한다.⁴⁰⁾ 피특정후견인은 1회적·특징적으로 보호를 받는 점에서 지속적·포괄적으로 보호를 받는 피성년후견인·피한정후견인과 차이가 있다.⁴¹⁾ 그리고 의식불명 상태에 있는 피특정후견인이 스스로 수술에 동의할 수 없는 때에 가정법원이 동의에 갈음하여 처분을 하는 경우 등을 생각할 수 있을 것이다.⁴²⁾

38) 민법 제959조의6에 의한 제947조의2 제4항의 준용.

39) 이 제도는 영국의 정신능력법(Mental Capacity Act 2005)에서 규정하고 있는 제도를 도입한 것으로서, 행위능력에 관한 제약이 없이도 보호를 받을 수 있는 제도이기 때문에 많은 이용이 있을 것이며, 또 개시원인에 있어서 성년후견이나 한정후견과 구별이 없으므로 성년후견이나 한정후견의 유형에 해당하는 사람도 특정후견을 청구할 수 있을 것이다. (백승흠, “성년후견제도의 도입과 과제”, 제41면.) 이에 대해서 지속적으로 보호를 받아야 하는 피성년후견인·피한정후견인에 대하여 특정후견 심판을 청구하는 것은 부적당하여 성년후견인·한정후견인은 청구권자로 포함되어 있지 않다고 하는 견해도 있다(송덕수, 『신민법강의』, 129면).

40) 민법 제14의2 제3항.

41) 송덕수, 『신민법강의』, 129면.

42) 김주수·김상용, 전제서, 492면.

이에 대해 이러한 경우 특정후견인을 선임하여 특정후견인으로 하여금 결정을 하도록 하는 것이 타당하다는 견해가 있다.⁴³⁾ 그러나 수술에 대한 동의는 원칙적으로 본인만이 할 수 있는 일신전속적인 것이므로, 가정법원이 특정후견인에게 수술의 동의에 관한 대리권을 수여할 수는 없다고 보아야 한다.⁴⁴⁾

5. 임의후견

성년후견제도에서는 무엇보다도 요보호자의 자기결정의 존중이라는 이념이 강조되고 있는데, 그러한 이념은 법정후견제도에서도 나타나지만 결정적으로 임의후견제도에서 더욱 강조되고 있다.⁴⁵⁾ 임의후견계약은 본인의 행위 능력에 대한 제한을 수반하지 않으며, 법정후견에 우선한다고 본다. 후견계약⁴⁶⁾의 내용에 따라 본인이 자신의 신체를 침해하는 의료행위에 대하여 동의할 수 없는 상태에 있는 경우에는 임의후견인이 대신 동의할 수 있을 것이지만, 임의후견인이 없거나 어떤 사정으로 인하여 동의할 수 없는 경우가 생길 수도 있다.⁴⁷⁾ 이런 경우에는 임의후견감독인이 대신하여 동의할 수 있다.⁴⁸⁾ 따라서 본인은 신상보호의 영역을 정하여 스스로 자신의 신상결정에 관하여 중요

43) 김형석, “민법개정안에 따른 성년후견법제”, 149면.

44) 김주수·김상용, 전제서, 493면.

45) 백승흠, “성년후견제도의 도입과 과제”, 25면.

46) 후견계약은 기본적인 구조에서 민법상의 위임계약(민법 제680조)의 성질을 가지며, 단지 그 사무처리의 내용을 후견으로 하였다는 점에서 특징이 있다. 그러므로 원칙적으로 무상·편무계약이지만, 보수가 약정되는 경우에는 유상·쌍무계약이다. 백승흠, “성년후견제도의 도입과 과제”, 26면.

47) 일본의 경우 수입자에 대해 의료행위의 동의권한을 부여하는 것은 가능하지 않다고 하고 있으며, 이것이 실무에 영향을 미치고 있다고 한다.(오호철, “일본의 성년후견제도의 개선 논의에 대한 방향”, 『비교사법』, 제13권 제4호, 한국비교사법학회, 2006, 448면.) 의료행위의 동의 문제는 일시적으로 의식을 상실한 환자와 미성년자에 대한 의료행위에 있어서 결정·동의에 관한 문제이며, 의료행위의 동의를 일신전속권이고 법률행위라고 할 수 없기 때문에 대리권의 대상으로 되지 않는다고 한다. 北野俊光, “任意後見契約における本人の意思實現のための留意点”, 實踐 成年後見, No.45, 2013/4, 43頁; 오호철, “임의후견제도 개선에 관한 고찰”, 『비교사법』, 제20권 제4호, 한국비교사법학회, 2013, 1286면에서 재인용.

48) 민법 제959조의16 제3항에 의한 제940조의7 준용.

한 결정을 할 수 없을 때 임의후견인이 자신을 갈음하여 결정할 수 있다는 취지의 수권을 할 수 있으며, 이러한 수권은 의료행위와 관련하여 매우 중요한 의미를 가진다.⁴⁹⁾ 임의후견감독인이 임의후견인을 대신하여 의료행위에 동의하는 경우에 본인이 의료행위의 직접적인 결과로 사망하거나 상당한 장애를 입을 위험이 있을 때에는 가정법원의 허가를 받아야 한다. 다만, 허가절차로 의료행위가 지체되어 본인의 생명에 위험을 초래하거나 심신상의 중대한 장애를 초래할 때에는 사후에 허가를 청구할 수 있다.

III. 정신보건법

1. 서

1995년에 제정된 정신보건법은 1980년대와 1990년대 초 정신질환자의 시설강제입소와 인권침해 등을 계기로 제정되었으나 법 시행 10여년을 지나면서 입원환자 증가, 강제입원에 대한 행정적 통제시스템의 형식화 등으로 사실상 97% 넘게 계속입원을 승인하는 절차로 전락하였다는 비판을 받고 있다.⁵⁰⁾ 정신보건법에 따르면 의료기관 등의 장은 정신질환자의 보호의무자(민법상의 부양의무자 또는 후견인)⁵¹⁾ 2인의 동의와 정신건강의학과전문의의 입원 필요 판단이 있는 경우에 정신질환자를 입원시킬 수 있다.⁵²⁾ 그리고 이 경우 사전이나 사후에 가정법원의 허가를 받지도 않는다. 물론 이 법은 입원 후 환자 본인이나 보호의무자가 퇴원신청을 하면 원칙적으로 지체 없이 환자를 퇴원시키도록 규정하고 있지만 예외가 규정되어 있어 악용의 소지도 있다.⁵³⁾

49) 백승흠, “성년후견제도의 도입과 과제”, 29면.

50) 신권철, “정신질환자의 강제입원과 퇴원: 인신보호법상 구체요건을 중심으로”, 『저스티스』, 통권 제113호, 한국법학원, 2009. 10, 240면.

51) 정신보건법 제21조 제1항 참조.

52) 정신보건법 제24조 제1항. 그 외에 제25조는 시장·군수·구청장에 의한 입원제도를 규정함.

정신보건법은 사회복지사업법에 의해 사회복지사업의 한 내용으로 포함되어 있지만, 그 입법목적은 정신질환의 예방과 정신질환자의 의료 및 사회복지에 두고 있어 보건의료와 사회복지가 중첩되는 법 분야이기도 하다.⁵⁴⁾ 그리고 자·타해 위험을 가진 정신질환자에 대한 강제입원시스템을 두고 있는 정신보건법은 실질적으로 범죄예방과 치안목적의 수용까지 포함하고 있어 그 성격을 단순히 사회복지입법이라 단정하기는 어렵다.⁵⁵⁾

정신보건법은 정신의료기관 외에도 정신요양시설, 정신질환자 사회복지시설(정신질환자생활시설, 정신질환자지역사회재활시설, 정신질환자직업재활시설, 중독자재활시설, 정신질환자생산물판매시설, 정신질환자종합시설)을 두어 정신질환자에 대한 직업지도·직업 및 재활훈련을 하도록 규정하고 있는데, 퇴원 또는 퇴소한 정신질환자가 희망하는 경우에 한하여 사회복지시설이나 사회복지귀시설에 일시적으로 보호조치할 수 있다.⁵⁶⁾

정신질환자를 그의 의사에 반하여 혹은 동의 없이 강제적으로 입원시키고 강제적인 치료를 하는 경우 이는 그 자체로서 이미 개인의 자유권적 기본권에 대한 중대한 침해를 의미하기 때문에 이러한 침해를 어떠한 경우에 어느 정도 허용할 수 있는지에 관한 법적 근거에 대하여 세심한 고려를 필요로 한다.⁵⁷⁾

2. 정신보건법상 정신질환자의 의의

가. 정신질환

정신질환(Mental Illness)이 의학적으로 어떠한 질병의 형태로 분류되고 있

53) 정신보건법 제24조 제6항.

54) 신권철, 『성년후견제도와 사회복지제도의 연계』, 214면.

55) 신권철, 『성년후견제도와 사회복지제도의 연계』, 214면.

56) 정신보건법 시행령 제5조(퇴원자 등에 대한 조치) 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 법 제24조제4항·제8항, 제33조 및 제36조에 따라 퇴원 또는 퇴소한 정신질환자가 희망하는 경우에 한하여 사회복지시설이나 정신질환자사회복지시설(이하 “사회복지시설”이라 한다)에 일시적으로 보호조치할 수 있다.

57) 박귀천, “독일의 정신보건법제와 정신질환자 강제입원제도”, 『법학논집』, 제19권 제2호, 이화여자대학교 법학연구소, 2014. 12, 360면.

는지에 관해서는 세계보건기구(WHO)의 국제질병분류(International Classification of Diseases: ICD-10)와 미국정신의학회(AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION)의 정신장애 진단 및 통계편람(Diagnostic And Statistical Resource Book On Mental Disorders: DSM-IV)이 주로 활용된다. 국제질병분류(ICD-10)에 따르면 정신 및 행동장애(Mental And Behavioural Disorders)라는 이름 아래 증상성을 포함한 기질성 정신장애, 정신 활성 물질 복용으로 인한 정신 및 행태 장애, 정신분열병·분열형 및 망상 장애, 기분 장애, 신경증적·스트레스 관련 및 신체형 장애, 생리적 장애 및 신체적 요인과 연관된 행태 증후군, 성인 인격 및 행태장애, 정신지체,⁵⁸⁾ 심리적 발달장애, 통상적으로 소아 및 청소년에 발병하는 행태 및 정신장애, 특정 불능의 정신장애로 분류되며, 정신질환이 아닌 정신장애(Mental Disorder)라는 표현을 쓰고 있다.⁵⁹⁾ 그리고 DSM-IV에서 말하는 정신질환의 개념은 ‘한 개인에서 나타나고 현재의 스트레스나 기능이상 또는 사망이나 통증, 자유 상실 가능성의 증가와 관련이 있는 임상적으로 중요한 행동적·심리적 증후군’이다.⁶⁰⁾

나. 정신질환자

정신보건법 제3조 제1호에 의하면 정신질환자란 “정신병(기질적 정신병을 포함한다)·인격장애·알코올 및 약물중독 기타 비정신병적 정신장애를 가진 자”를 말한다.⁶¹⁾ 정신보건법이 그 적용대상이 되는 정신질환자를 넓게 정의한 것은 정신보건법의 적용대상을 국민건강보험법상의 요양급여의 대상과 일치

58) 정신 발달의 정지 또는 불완전 발달의 상태로서, 특히 발달기 동안에 나타나는 지능의 장애를 특징으로 하는데, 그와 같은 장애는 인지, 언어, 운동 및 사회적 능력과 같은 지능의 전반적 수준에 걸쳐 일어나며, 이에는 경도, 중증도, 중증, 최중증 정신지체 등으로 분류된다.

59) 신권철, “정신질환자 개념의 규범적 고찰”, 『법조』, 제644호, 법조협회, 2010, 39~40면.

60) 민성길, 『최신정신의학』, 일조각, 2009, 149면.

61) 대법원의 판시에 따르면, “정신질환자의 치료 및 보호라는 정신보건법의 목적에 비추어 정신질환자에는 의학적으로 정신병 또는 정신장애의 진단을 받은 경우뿐만 아니라 그러한 정신장애의 의심이 있는 자도 포함한다고 할 것이다”라고 한다. 대법원 2001. 12. 24. 선고 2001도5222판결; 대법원 2009. 2. 26. 2008도11063 판결 참조.

시켜 정신질환자로 하여금 적절한 치료를 받게 할 의도가 있다고 한다.⁶²⁾

3. 자의입원

가. 내용

정신보건법 제2조 제5호에 의하면 “입원치료가 필요한 정신질환자에 대하여는 항상 자발적 입원이 권장되어야 한다”는 정신보건법의 기본 이념을 규정한다. 또한 동법 제23조는 정신질환자의 입원은 “자의로” 이루어지는 것이며,⁶³⁾ 입원한 환자로부터 퇴원의 신청이 있는 경우에는 지체 없이 퇴원을 시켜야 한다는 원칙을 규정한다.⁶⁴⁾ 정신질환자의 ‘자발적 결정’은 보호의무자의 조력을 받지 않고 스스로 결정할 수 있는 능력을 그리고 다른 한편으로는 해당 정신질환자가 동법에서 규정하는 ‘위험성’을 표징하지 않을 것을 전제한다.⁶⁵⁾

자의입원의 경우는 민법상 성년자가 해당된다. 정신질환자의 자유를 박탈하며, 환자에 대한 의료행위가 동반되는 입원에 대해서는 원칙적으로 환자 본인이 동의하여야 할 것이다.⁶⁶⁾ 정신보건법 제23조에 의하면, 정신질환자는 입원 또는 입소신청서를 제출하고 정신의료기관 또는 정신요양시설에 자의로

62) 조홍석, “정신병원에서의 수용과 기본적 인권”, 『법학논고』, 제15집, 경북대학교 법학연구소, 1999. 2, 142면; 하명호, “정신보건법상 보호의무자에 의한 입원”, 『안암법학』, 제36권, 안암법학회, 2011, 55면.

63) 정신질환에 있어서 ‘입원동의’의 능력과 관련하여 미국에서는 ‘1. 환자가 자신의 상태에 대해서 이해하고 있는지의 여부, 2. 환자가 입원의 성격에 대해 이해하는지의 여부, 3. 환자가 의사가 입원을 권고하는 근거를 이해하는 능력이 있는지의 여부, 4. 환자가 의사의 권고에 따르는 결정을 내릴 능력이 있는지의 여부, 5. 환자가 병원 내에서-예를 들어 부작용을 경험하는 경우 병원 스텝에게 도움을 구하는 것과 같이- 자신을 보호하기 위한 주장을 할 수 있을 것인지의 여부, 6. 환자가 환자의 자율적인 권리에 대해 알고 있는지의 여부’라는 판단 기준이 제시된 바 있다. Peter Barlett, “The Test of Compulsion in Mental Health Law: Capacity, Therapeutic Benefit and Dangerousness as Possible Criteria, Medical Law Review”, Oxford University Press, 2003, Autumn, p.337~338; 김나경, 전계논문, 37~38면에서 재인용.

64) 김나경, 전계논문, 37면.

65) 김나경, 전계논문, 37면.

66) 이재경, “정신질환자의 비자발적 입원에 관한 비교법적 검토”, 『의료법학』, 제10권 제2호, 대한의료법학회, 2009, 187면.

입원 등을 할 수 있다. 이때 정신의료기관의 장 또는 정신요양시설의 장은 자의 입원 등을 한 환자로부터 퇴원 등의 신청이 있는 경우에는 지체 없이 퇴원을 시켜야 하며, 자의입원 등을 한 정신질환자에 대하여 1년에 1회 이상 퇴원 등을 할 의사가 있는지 여부를 파악하여 이를 진료기록부에 기재한 후 환자 본인의 확인을 받아야 한다.

나. 자의입원의 문제점과 해결방안

자의입원의 경우 정신질환자는 직업상실의 우려, 사회적 활동으로부터의 소외가능성, 가족과의 격리를 두려워하고 정신질환에 대한 사회적 편견을 무서워하기 때문에 입원을 기피하는 경향이 있고, 그러한 경향 때문에 정신보건법의 기본이념과는 달리 오히려 강제입원이 일반적인 것이 되고 있다.⁶⁷⁾ 또 다른 문제로는, 자의입원이라 할지라도 실제로는 가족 등이 보호의무자가 되어 입원처리를 함으로써 자의입원의 경우 환자가 신청하면 즉시 퇴원할 수 있는 가능성을 차단하는 정신질환자 입원 실무로 인해⁶⁸⁾ 보호의무자에 의한 입원에 있어서의 퇴원에 대한 어려움이 나타난다. 이를 위해서는 사회적 인식의 변화가 절실히 요구된다. 사회가 다변화하고 있음에도 불구하고 한국 사회에서는 아직까지도 정신질환자에 대한 인식이 변화되고 있지 않기 때문이다. 그렇기 때문에 정신질환을 치료하는 과정에서 발생하는 직업상실의 우려나 사회 활동의 소외가 발생한다고 생각한다. 결국 이를 해결하기 위해서는 인식의 변화와 함께 제도적인 변화를 모색하여야 할 것이며, 자의입원을 용인하는 사회가 되어야만 정신질환자의 보호도 그만큼 진일보 할 것이라고 생각한다. 자의입원의 경우에는 입원 시 정신질환자 본인의 자발적인 의사에 의한 입원인지 보호의무자에 의한 입원인지를 구별하여야 하며, 자발적인 의사에 의한 입원인 경우에는 퇴원 시 정신질환자 본인의 의사결정에 의해 이루어져야 한다.

67) 하명호, 전계논문, 61면.

68) 권미진, “정신보건시설 강제입원과정에서의 인권침해와 개선방안”, 『인권법평론』, 제5호, 2010, 104면.

3. 강제입원

가. 보호의무자에 의한 입원

(1) 의의

정신보건법에 의한 강제입원 중 가장 많이 행해지는 유형이 보호입원(보호의무자에 의한 입원)이다.⁶⁹⁾ 보호입원은 민법상 부양의무자,⁷⁰⁾ 후견인 또는 시장·군수·구청장이 정신보건법상 보호의무자가 되어 보호의무자 2인(2인이 안 될 경우 1인도 가능)의 동의가 있고, 정신건강의학과전문의가 입원 등이 필요하다고 판단한 경우에 한하여 정신질환자가 강제입원이 되는 구조를 가지고 있다. 스스로 입원 여부를 결정할 수 있는 신체적·정신적 상태에 있지 않은 정신질환자를 대신하여 의사를 결정할 권한을 보호의무자에게 부여하는 제도는 우리나라와 일본을 제외하고는 그 입법례를 찾아보기 힘들다.⁷¹⁾

(2) 절차

환자가 정신의료기관등에서 입원 등 치료 또는 요양을 받을만한 정도 또는 성질의 정신질환에 걸려 있는 경우와 환자 자신의 건강 또는 안전이나 타인의 안전을 위하여 입원 등을 할 필요가 있는 경우이며, 둘 중 어느 하나에만 해당하면 입원으로서의 요건을 충족하게 된다.⁷²⁾ 즉 보호의무자에 의한 입원은 자타해의 위험이 없더라도 가능하기 때문에 자타해의 위험성을 요구하는 다른 입원에 비해 사회통제의 성격이 강하게 나타난다.⁷³⁾

의료실무상 보호의무자의 동의하에 정신질환자를 입원시킨 경우에 보호의무자의 동의가 입원 이후의 의료행위에 대해서까지 유효한 것처럼 취급되는

69) 정신보건법 제24조.

70) 민법에서는 직계혈족 및 그 배우자간 또는 생계를 같이 하는 기타 친족을 부양의무자라고 보고 있다(민법 제974조).

71) 大谷 實, 精神科醫療の法と人權, 弘文堂, 1995, 132頁; 하명호, 전계논문, 62면에서 재인용.

72) 정신보건법 제24조 제2항.

73) 김은빈, “정신보건법의 이념에 비추어 본 정신질환자 강제입원의 법정정책적 문제”, 『성신법학』, 제11호, 성신여자대학교 법학연구소, 2011, 292면.

것이 문제이다. 정확하게는 강제입원에 대한 동의는 입원 그 자체 즉, 환자의 자유를 박탈하여 병원에 거주하게 하는 거소지정의 의미를 가지며 입원 후의 의료행위에 대한 동의와는 구별해야 한다.⁷⁴⁾ 정신의료기관 등의 장은 정신질환자를 입원시키거나 입원기간을 연장시킨 때에는 지체없이 환자 본인 및 동의서를 제출한 보호의무자에게 그 퇴원심사 등의 청구에 관한 사항을 서면 또는 전자문서로 통지하여야 한다.⁷⁵⁾ 이를 위반하거나 정신질환자의 퇴원 요구가 있음에도 정신보건법 소정의 절차를 취하지 않은 채 방치한 경우에는 그 입원기간 전체가 위법한 감금행위로서 불법행위에 해당한다.⁷⁶⁾ 인신보호법 제3조의2는 수용자가 수용을 개시하기 전에 피수용자에게 구제청구를 할 수 있음을 고지할 의무를 부과하고 있다. 즉, 법원은 수용자가 구제를 청구할 수 있음을 고지하지 않은 경우 500만 원 이하의 과태료를 부과할 수 있고, 그 과태료는 법무부장관이 부과·징수한다. 따라서 정신의료기관 등의 장은 정신질환자에게 인신보호절차를 통한 구제를 받을 수 있다는 점을 입원하기 전에 고지하여야 한다.

(3) 문제점

정신보건법 제24조는 환자가 앓고 있는 정신질환이 입원이 필요한 정도이거나, 자신이나 타인의 안전을 위하여 입원을 할 필요가 있는 정도인 경우에는

74) 이재경, “정신질환자의 비자발적 입원에 관한 비교법적 검토”, 190면 이에 대한 의견에는 같은 의견임.

75) 정신보건법 제24조 제5항.

76) 실무적으로는 계속입원에 대한 심사건수가 너무 많고 명문의 규정도 없어서 퇴원심사청구의 경우와 달리 방문심사를 행하지 않고 서류심사로 행하여 형식적이라는 비판을 받고 있다. 홍진표, “정신질환자 수용 관련 고려사항”, 인신보호재판장 간담회 회의자료, 법원행정처 사법행정실, 2009, 30면; 하명호, 전제 논문, 83면에서 재인용. 계속입원에 대한 심사와 관련한 문제중 하나는 심사비용에 대한 것도 포함이 된다. 심사건수가 많이 때문에 서류심사를 하려해도 필요한 인력이 있어야 하는데, 이를 운영할 수 있는 비용이 현재 많이 부족한 상황이며, 또한 이를 국가기관이나 의료기관에서 비용하기도 어려운 실정이기 때문에 환자나 환자 가족들에게 부담이 되는 경우가 많다고 한다. 이러한 정책상의 문제가 있기 때문에 정신질환자뿐만 아니라 보호의무자들까지도 경제적 어려움에서 쉽게 벗어나지 못하는 실정이다.

환자의 의사를 고려하지 않고, 보호의무자의 동의만으로 환자를 입원시킬 수 있다고 규정하고 있다.⁷⁷⁾ 이 때문에 실제로 모든 정신질환에 대해 환자를 비자발적으로 입원시킬 수 있는 가능성을 열어두어 정신질환자의 자기결정권을 부정하는 결과를 초래하고 있다.⁷⁸⁾ 이는 ‘입원치료를 요하는 정신질환의 증거’와 ‘자해 및 타해의 위험’의 두 가지 요건을 모두 만족시킬 때만 비자의입원을 허용해야 한다는 세계보건기구의 권고안에 위배된다.⁷⁹⁾ 또한 보호의무자가 정신보건법 제24조를 악용하여 보호의무자가 해당 정신질환자와의 관계에서 단지 치료나 치유에만 집중하여 환자의 이익만을 위해 입원치료를 하지 않는 것이 문제이다.⁸⁰⁾ 이러한 문제점이 지적되어 2008년 보호의무자 1인의 동의를 보호의무자 2인의 동의로 정비하였다. 하지만 이로 인해 모든 문제가 해결되었다고 단정할 수는 없다.

그리고 정신질환자에 대한 강제입원은 정신건강의학과전문의가 내리는 환자의 정신질환에 대한 진단이 절대적으로 작용하지만, 정신건강의학과전문의의 ‘입원이 필요한’ 정신질환에 대한 진단이 불확실성 속에서 광범위하게 이루어져 입원이 필요하지 않은 정신질환자 혹은 정신질환자가 아닌 자를 모호한 진단으로 강제입원이 가능해지는 경우가 발생하고 있다.⁸¹⁾ 이러한 문제가 제기되는 이유는 정신보건법이 ‘입원에 필요한 정신질환의 정도’에 대하여 구체적인 내용을 정하고 있지 않기 때문이다.

그리고 민법 제947조의2 제2항에서는 ‘성년후견인이 피성년후견인을 치료 등의 목적으로 정신병원이나 그 밖의 다른 장소에 격리하려는 경우에는 가정법원의 허가를 받아야 한다’고 규정하고 있어 후견인이 피성년후견인을 정신병원에 강제입원시키기 위해서는 사전에 가정법원의 허가를 받을 것으로 하고 있다. 그러나 정신보건법에서는 환자의 자발적 의사에 의하지 아니하

77) 이재경, “정신질환자의 비자발적 입원에 관한 비교법적 검토”, 189면.

78) 이재경, “정신질환자의 비자발적 입원에 관한 비교법적 검토”, 189면.

79) World Health Organization, Mental Health Legislation & Human Right, 2003.

80) 김나경, 전계논문, 39면; 의정부지방법원 2006. 4. 6. 선고 2004고단421 판결.

81) 김은빈, 전계논문, 293면.

고, 보호의무자 또는 행정기관에 의한 강제입원을 허용하고 있다.⁸²⁾ 현재 이 법에 의해 자발적 또는 비자발적으로 입원한 환자는 7만 여명에 이르고, 이 중에는 성년후견제도의 대상이 되는 치매노인, 정신지체, 정신질환자 등이 모두 포함되어 있다고 한다.⁸³⁾ 정신보건법상의 이러한 강제입원은 법원이나 행정기관의 통제 없이 가족(보호의무자)의 동의와 정신건강의학과전문의의 진단만으로 강제입원이 가능해 가족 간 재산탈취나 이혼, 경제적 부담을 덜기 위한 목적으로 활용되기도 하고, 가족과 사회로부터 격리된 환자는 수용기간 중 각종의 인권침해⁸⁴⁾가 발생하고 있고, 강제입원의 수월함에 비해 그 퇴원은 여러 가지 이유로 제약되어 있어 결국 탈시설화나 보편화라는 정신질환자의 사회복지도 이루어지지 못하게 된다는 문제점을 갖고 있다.⁸⁵⁾

또한 정신보건법 제21조 제1항에 의하면, 위 보호의무자 조항은 다음과 같은 문제점이 있다.⁸⁶⁾ 첫째, 정신보건법에 의한 보호의무자는 직계혈족 또는 배우자, 생계를 같이하는 친족 등 통상 여러 사람이 되므로 그에 대한 순서를 법정해 놓는 것이 타당해 보이나, 현재는 민법을 준용하여 법원에 청구하는 방식으로 보호의무자의 순위를 정하도록 규정해 놓고 있는데, 민법상으로도 부양의무자 순위를 정하는 청구는 실제 거의 활용되고 있지 않다.⁸⁷⁾ 그리고 보

82) 신권철, “성년후견제도의 도입과 법원의 역할”, 『사법』, 제14호, 2012. 12, 17면.

83) 정신의료기관 등에 입원한 환자가 68,110명 중 정신분열증 57.2%, 알코올중독 21.2%, 정신지체 4.3%, 치매가 3.4%를 각각 차지한다고 한다. 중앙정신보건사업지원단, 2008년 사업보고서, 제98면; 신권철, “성년후견제도의 도입과 법원의 역할”, 17면 참조; 백승흠, “성년후견제도 시행에 따라 제·개정 이 필요한 법령”, 성년후견제 정착을 위한 연속 세미나, 사단법인 한국성년후견지원본부, 2012. 3, 23면.

84) 작업치료를 병자한 강제노역, 부당한 강박과 격리, 통신 등 각종의 자유 제약 등.

85) 백승흠, “독일법상 피성년후견인의 수용에 관한 고찰”, 『가족법연구』, 제21권 제2호, 한국가족법학회, 2007, 123~126면.

86) 신권철, 『성년후견제도와 사회복지제도의 연계』, 215~216면.

87) 신권철, 『성년후견제도와 사회복지제도의 연계』, 216면. 보호의무자 순위를 정하도록 한 규정은 과거 일본 정신보건법에서도 확인할 수 있으나, 현행 일본 정신보건복지법은 보호자가 다수인 경우 그 의무를 수행하는 순서를 1) 후견인 또는 보좌인, 2) 배우자, 3) 친권을 행사하는 자, 4) 전 2호의 자 이외의 부양의무자 중에서 가정법원이 선임한 자로 법정해 두고 있고, 다만 이해관계인의 주장에 의해 2), 3), 4)호의 순서는 가정법원이 변경할 수 있도록 규정하고 있다(일본 정신보건복지법 제20조).

호의무자 2인의 동의를 요구하고 있지 않기 때문에 특별히 순위를 정할 이유도 없다. 둘째, 보호의무자 순위를 민법상 부양의무자를 먼저 두고, 그 다음으로 후견인을 두고 있으나, 민법상으로는 후견인이 통상 피후견인의 재산과 신상 보호 의무가 있어 부양의무자의 지위보다 앞서는 점을 고려해 볼 때 후견인을 부양의무자의 후순위로 설정한 것은 문제가 있다.⁸⁸⁾

나. 시장·군수·구청장에 의한 입원

(1) 의의

시장·군수·구청장에 의한 입원의 대상은 ‘자신 또는 타인을 해할 위험이 있다고 의심되는 자’로 되어 있으며 진단을 목적으로 하여 2주 이내의 기간을 입원기간으로 정하고 있다는 점은 보호의무자에 의한 입원에 비해 특기할 점이다.⁸⁹⁾ 시장·군수·구청장에 의한 입원이 치료입원이 아닌 진단입원이라는 점은 진단을 위해 입원한 환자에 대하여 의사는 진단에 필요한 조치만을 취할 수 있을 뿐 환자에 대하여 강제적인 치료를 진행할 수 없다는 것을 의미하며, 치료를 전제하지 않는다는 점에서 보호의무자에 의한 입원에 비해 사회통제의 성격이 약하게 반영되어 있는 것이다.⁹⁰⁾

(2) 절차

정신질환으로 자신 또는 타인을 해할 위험이 있다고 의심되는 자를 발견한 정신건강의학과전문의 또는 정신보건전문요원은 시장·군수·구청장에게 당해인의 진단 및 보호를 신청할 수 있으며, 이러한 신청을 받은 시장·군수·구청장은 즉시 정신건강의학과전문의에게 당해 정신질환자로 의심되는 자에 대한 진단을 의뢰하여야 한다. 정신건강의학과전문의가 정신질환자로 의심되는

88) 신권철, 『성년후견제도와 사회복지제도의 연계』, 216~217면.

89) 정신보건법 제25조(시장·군수·구청장에 의한 입원).

90) 김은빈, 전계논문, 292면.

자에 대하여 자신 또는 타인을 해할 위험⁹¹⁾⁹²⁾이 있어 그 증상의 정확한 진단이 필요하다고 인정한 때는 시장·군수·구청장은 당해인을 국가나 지방자치단체가 설치 또는 운영하는 정신의료기관 또는 종합병원에 2주 이내의 기간을 정하여 입원하게 할 수 있다. 또한 시장·군수·구청장은 위의 규정에 의해 입원을 시킨 때에는 당해 정신질환자의 보호의무자 또는 보호를 하고 있는 자에 대하여 지체 없이 입원사유·입원기간 및 장소를 서면 또는 전자문서로 통지하여야 한다.

91) 자신 또는 타인을 해할 위험의 기준은 제28조의 규정에 의한 중앙정신보건심의위원회의 심의를 거쳐 보건복지부장관이 정한다(정신보건법 제25조 제4항).

92) 정신보건법 제25조제4항 규정에 의한 자신 또는 타인을 해할 위험의 기준

1. “자신 또는 타인을 해할 위험”의 인정기준

가. 정신병으로 인하여 의식장애가 심한 상태: 의식의 혼탁과 지남력, 기억력, 충동조절능력 상실등의 증상이 심하여 자신 또는 타인을 해할 위험이 높은 상태

나. 정신병으로 인한 망상에 의해 행동이 지배당하는 상태: 다음에 열거한 망상이 심하여 그 망상에 따라 행동하면 자신 또는 타인을 해할 가능성이 높은 상태

1) 자신을 누가 해지려 한다는 피해적 내용의 망상이 심한 경우(피해망상, 추적망상, 음독망상, 조정망상등)

2) 자신은 살아야 할 가치가 없다는 비관적 내용을 포함하는 망상이 심한 경우(죄책망상, 빈곤망상, 허무망상, 자살사고 등)

3) 자신은 누구보다도 위대하기 때문에 무슨 일도 할 수 있다는 내용의 망상이 심한 경우(과대망상)

4) 서로 연결이 되지 않는 각종 망상을 동시에 가지고 있어서 극도의 정신혼란을 보이는 경우

다. 정신병으로 인한 환각에 의해 행동이 지배당하는 상태: 다음에 열거한 내용의 환각이 있어서 그 환각에 따라 행동하면 자신 또는 타인을 해할 가능성이 높은 상태

1) 환자에게 어떤 행동을 하라고 지시하는 내용의 환각

2) 환자를 비난하는 내용의 환각

3) 환자를 자극하여 흥분시키는 내용의 환각

라. 정신병으로 현실판단 능력이 심하게 손상되어 예측 불가능한 행동을 할 가능성이 높은 상태

마. 심한 우울증으로 삶의 의욕을 상실하여 자해의 가능성이 높은 상태

바. 정신병의 증상으로 극도로 흥분하여 난폭한 행동을 하는 상태

2. 정신병의 범주

여기에서 정신병이라 함은 다음과 같은 정신장애를 말한다.

가. 정신분열장애

나. 기분장애중 조증상태 또는 우울상태

다. 술 또는 습관성 물질복용으로 인한 정신장애

라. 각종 기질성 정신장애

마. 기타 정신병적 상태

[시행 1997.3.31.] [보건복지부고시 제97-18호, 1997.3.31., 제정]

(3) 문제점

정신보건법 제21조 제3항에 따르면 보호의무자가 없거나 보호의무자가 부득이한 사유로 인하여 그 의무를 이행할 수 없는 경우에는 당해 정신질환자의 주소지를 관할하는 시장·군수 또는 구청장이 그 보호의무자가 되어 강제입원 절차를 진행할 수 있는바, 시장·군수·구청장의 경우 정신질환자에 대한 구체적인 정보를 가지고 있지 않은 경우가 대부분이기 때문에 정신질환자의 추정적 의사가 무엇인지, 어떠한 처지가 정신질환자 자신의 이익을 최대화하는 것인지를 판단하기가 불가능한 경우가 많을 것이다. 이처럼 보호의무자가 없고, 선임된 후견인이 없는 경우에 개정민법상 성년후견개시 심판 청구권자인 지방자치단체의 장이 정신질환자를 위하여 성년후견인 선임청구를 하여야 하고, 법원에 의하여 선임된 후견인이 해당 정신질환자의 강제입원 절차를 진행하도록 하는 것이 타당할 것이다.⁹³⁾ 그리고 시장·군수·구청장은 당해인을 국가나 지방자치단체가 설치 또는 운영하는 정신의료기관 또는 종합병원에 2주 이내의 기간을 정하여 입원하게 할 수 있는데, 2주 이내라는 기간은 정신질환자 본인에게는 너무 긴 시간이 될 수 있으며, 이에 대해서는 명확한 근거가 없다. 따라서 시장·군수·구청장에 의한 입원이라고 하더라도 정신질환자의 보호를 위해서는 2주보다는 짧은 기간을 정할 필요가 있으며, 보호의무자에게도 즉시 통보함으로써 정신질환자의 기본권을 침해하지 말아야 한다.

다. 응급입원

(1) 의의

정신보건법 제26조에 의하여 정신질환자로 추정되는 자가 자신이나 타인을 해할 위험이 크고, 그 상황이 급박하여 제24조 및 제25조에 따른 입원을 시킬 수 없는 경우에는 그 자를 발견한 자가 의사와 경찰관의 동의를 얻어 그를 입원

93) 엄형국, “성년후견제도 시행에 따른 관련법의 제·개정 토론”, 성년후견제 정착을 위한 연속 세미나, 사단법인 한국성년후견지원본부, 2012. 3, 53~54면.

시킬 수 있다. 그러나 이때의 입원은 72시간으로 제한되며, 이후에는 다시 정신보건법 제24조 또는 제25조의 입원절차를 진행하여야 한다. 응급입원은 누구든지 정신질환자에 대한 입원을 의뢰하거나 입원에 동의할 수 있는 것이다.

응급의료에 관한 법률 제9조에서는 응급의료⁹⁴⁾의 설명·동의에 관한 규정을 두면서 응급의료종사자에게 응급환자⁹⁵⁾가 의사결정능력이 없거나 설명 및 동의 절차로 인하여 응급의료에 지체되면 환자의 생명이 위험하여지거나 심신상의 중대한 장애를 가져오는 경우를 제외하고는 ‘응급환자’에게 응급의료에 관하여 설명하고 그 동의를 받아야 한다고 하고, 응급의료종사자는 응급환자가 의사결정능력이 없는 법정대리인이 동행하였을 때에는 그 법정대리인에게 응급의료에 관하여 설명하고 그 동의를 받아야 하며, 법정대리인이 동행하지 아니한 경우에는 동행한 사람에게 설명한 후 응급처치를 하고 의사의 의학적 판단에 따라 응급진료를 할 수 있다고 하며, 하위법령인 보건복지부령에 응급의료에 관한 설명·동의의 내용 및 절차 등에 관하여 필요한 사항을 두도록 위임하고 있다. 이에 따라 「응급의료에 관한 법률 시행규칙」 제3조⁹⁶⁾를 보

94) 「응급의료에 관한 법률」 제2조 제2호에서 응급의료를 ‘응급환자가 발생한 때부터 생명의 위협에서 회복되거나 심신상의 중대한 위해가 제거되기까지의 과정에서 응급환자를 위하여 하는 상담·구조·이송·응급처치 및 진료 등의 조치’라고 정의하고 있다.

95) 「응급의료에 관한 법률」 제2조 제1호에서 응급환자를 ‘질병, 분만, 각종 사고 및 재해로 인한 부상이나 그 밖의 위급한 상태로 인하여 즉시 필요한 응급처치를 받지 아니하면 생명을 보존할 수 없거나 심신에 중대한 위해가 발생할 가능성이 있는 환자 또는 이에 준하는 사람으로서 보건복지부령으로 정하는 사람’이라고 한다.

96) 「응급의료에 관한 법률 시행규칙」 제3조(응급의료에 관한 설명·동의의 내용 및 절차)
 ① 법 제9조에 따라 응급환자 또는 그 법정대리인에게 응급의료에 관하여 설명하고 동의를 얻어야 할 내용은 다음 각 호와 같다. <개정 2008.6.13.>

1. 환자에게 발생하거나 발생가능한 증상의 진단명
2. 응급검사의 내용
3. 응급처치의 내용
4. 응급의료를 받지 아니하는 경우의 예상결과 또는 예후
5. 그 밖에 응급환자가 설명을 요구하는 사항

② 제1항의 규정에 의한 설명·동의를 별지 제1호서식의 응급의료에 관한 설명·동의서에 의한다.

③ 응급의료종사자가 의사결정능력이 없는 응급환자의 법정대리인으로부터 제1항에 따른 동의를 얻지 못하였으나 응급환자에게 반드시 응급의료가 필요하다고 판단되는 때에는 의료인 1명 이상의 동의를 얻어 응급의료를 할 수 있다. <개정 2008.6.13.>

면, 특히 응급의료종사자가 의사결정능력이 없는 응급환자의 법정대리인으로 부터 동의를 얻지 못하였거나 응급환자에게 반드시 응급의료이 필요하다고 판단되는 때에는 의료인 1명 이상의 동의를 얻어 응급의료를 할 수 있다고 함으로써 의사의 구명 의무가 우선시 할 수 있음을 규율하고 있다. 하지만 이러한 것은 현행법상 「응급의료에 관한 법률」 제9조 제2항에 의하여 법정대리인이 동행하였을 때에는 그 법정대리인에게 응급의료에 관하여 설명하고 그 동의를 받도록 하고, 법정대리인이 동행하지 아니한 경우에는 동행한 사람에게 설명한 후 응급처치를 하고 의사의 의학적 판단에 따라 응급진료를 하도록 하는 것으로 충분히 해결할 수 있다.⁹⁷⁾

(2) 문제점

(가) 대상자가 아님에도 응급입원한 경우

응급입원의 경우에도 정신질환자로 추정되는 자가 자신 또는 타인을 해할 위험이 없음에도 불구하고 의사 및 경찰관의 동의만으로 응급입원이 이루어지는 경우가 발생하기 때문에 문제가 될 수 있다. 응급입원이라고 하더라도 보호 의무자에게 위와 같은 응급상황임을 알리고 보호의무자의 동의를 받은 후 응급입원을 가능하게 할 필요가 있다.

(나) 대상자였다가 응급상황종료된 경우

정신질환자로 추정되는 자로서 자신 또한 타인을 해할 위험이 있기 때문에 정신건강의학과전문의의 진단결과 응급입원을 하였으나 72시간 이내에 위와 같은 상황이 종료된 경우에는 즉시 퇴원시켜야 할 필요성이 있다.

4. 강제입원의 문제점과 해결방안

첫째, 정신질환자의 입원에 대해 동의할 수 있는 보호의무자가 1인이든 2인

97) 백경희, 전계논문, 175면.

이든, 정신질환을 앓고 있다는 그 자체로 환자를 자신의 생명·신체에 대해 스스로 결정할 수 있는 능력이 없는 동의무능력자로 취급하는 것은 문제가 있다. 즉, 정신질환자가 스스로 입원에 대해 동의할 수 있는지에 상관없이 보호의무자의 동의가 환자의 의사에 우선하도록 규정하고 있는 것이 문제이기 때문이다.⁹⁸⁾ 이러한 문제를 해결하기 위해서는 강제입원이 되는 환자에게는 동의능력이 없다는 것이 증명되어야 한다. 그러나 우리나라의 법제 하에서는 정신건강의학과전문의에게 환자의 동의능력(의사능력)을 평가해야 할 의무를 부여하지 않고 있으며 강제입원이 의뢰된 환자에 대하여는 당연히 의사결정능력이 없는 것으로 간주되는 것이 정신의료계의 일반적인 경향이다.⁹⁹⁾ 정신보건법에서는 동의입원을 원칙으로 한다는 규정을 두고 있으나 동의능력에 대한 평가가 없는 한 자의입원 원칙 규정은 무용지물이 될 수밖에 없다.¹⁰⁰⁾ 따라서 동의능력을 평가할 수 있는 시스템의 보완이 필요하며, 일단 동의능력이 있는 것으로 인정된 환자에게는 자의입원을 거부하였다고 해서 강제입원을 강제할 수 없도록 하여야 한다.¹⁰¹⁾ 그리고 판단능력이 불충분한 사람에게는 단순히 간섭에서 벗어나게 하는 것뿐만 아니라 오히려 결정을 위한 선택사항의 정보를 제공하여 자기결정을 이끌어 내게 하는 ‘지원’이 필요하다.¹⁰²⁾ 따라서 현실적으로 정신질환자가 동의능력이 있는 경우에는 환자 본인의 의사를 우선하여야

98) 이재경, “정신질환자의 비자발적 입원에 관한 비교법적 검토”, 189면.

99) 김문근, “정신보건법상의 강제입원 조항과 인권침해기계에 관한 질적사례연구”, 『사회복지연구』, 한국사회복지연구회, 2007, 147면. 이에 대해서는 “정신과 전문의의 의학적 판단에는 그에 따른 정신질환자의 의사능력 여부가 포함될 가능성이 높으므로 의무 부과 여부는 의미가 없다”는 심사위원의 의견이 있었습니다. 위와 같은 의견도 관점에 따라서는 타당한 의견이라고 생각합니다. 하지만 제24조 제1항을 보면 “정신건강의학과전문의가 입원 등이 필요하다고 판단한 경우”라고 하고 있고, 제2항을 보면 “정신건강의학과전문의는 정신질환자가 입원등이 필요하다고 진단한 때에는”이라고만 되어 있어 의사능력(동의능력)에 대해 명확하게 할 필요가 있다고 생각합니다. 본 논문에서도 논했듯이 동의능력도 일반적인 동의능력인지 아니면 의료행위에 대한 동의능력인지, 입원에 대한 동의능력인지를 명확하게 하여야만 정신질환자를 보호할 수 있다고 생각하기 때문입니다.

100) 김은빈, 전계논문, 295면.

101) 김은빈, 전계논문, 295면.

102) 최현태, “피성년후견인의 신상 보호와 자기결정능력 존중”, 『법학연구』, 제16집 제2호, 인하대학교 법학연구소, 2013, 500면.

하며, 동의능력이 없는 경우에는 보호의무자로부터 입원에 대한 동의를 받은 것이기 때문에 입원 후의 의료행위에 대해서는 보호의무자 외에 정신질환자를 대신하여 동의할 수 있는 자가 필요하다.¹⁰³⁾

둘째, 개정민법에서 피성년후견인의 신상결정 등에 관한 제947조의2를 둠으로써 특히 신체적 침습행위가 수반되는 시설입소나 의료행위를 포함하여 거주용 부동산의 처분 등에 있어서 가정법원의 허가 등 엄격한 절차를 거쳐 후견인이 관여할 수 있도록 하고 있다.¹⁰⁴⁾ 결국 본 규정은 개정 전 민법의 태도와 달리 의사결정이 어려운 피후견인의 생명과 신체를 보호하기 위하여 불가피하게 제3자가 의사결정에 관여하여 위와 같은 침습행위가 이루어져야 할 경우에 있어서 그러한 비상 상황을 규율할 수 있는 기준이 될 수 있다.¹⁰⁵⁾

셋째, 정신질환자에 대한 강제입원은 정신건강의학과전문의가 내리는 환자의 정신질환에 대한 진단이 절대적으로 작용하지만, 정신건강의학과전문의 ‘입원이 필요한’ 정신질환에 대한 진단이 불확실성 속에서 광범위하게 이루어져 입원이 필요하지 않은 정신질환자 혹은 정신질환자가 아닌 자를 모호한 진단으로 강제입원이 가능해지는 경우가 발생하고 있다.¹⁰⁶⁾ 이러한 문제가 제기되는 이유는 정신보건법이 ‘입원에 필요한 정신질환의 정도’에 대하여 ‘정신보건법 제25조 제4항의 규정에 의한 자신 또는 타인을 해할 위협의 기준’에 대한 내용의 검토가 필요하다고 생각한다.¹⁰⁷⁾ 정신보건법의 추상적 요건으로

103) 이재경, “정신질환자의 비자발적 입원에 관한 비교법적 검토”, 190면. 이에 대해 보호의무자에 의한 입원이 정신질환자에 대하여 객관적 판단이 가능한 외부인에 의해 이루어지는 것이 아니라 철저하게 내부인, 그리고 입원으로 인해 경제적 이익을 얻을 정신건강의학과전문의에 의해 결정되는 것이기 때문에 이 입원이 과연 정당한 입원인지를 평가할 수 있는 외부 기관을 통한 견제가 필요하다는 견해도 있다. 김은빈, 전계논문, 296면.

104) 최현태, 전계논문, 499면.

105) 법무부, 성년후견제 올바른 정착을 위한 후견인 양성방안 토론회, 공청회자료집, 2007, 55면.

106) 김은빈, 전계논문, 293면.

107) 이와 관련해서는 세계보건기구(WHO)의 국제질병분류(International Classification of Diseases: ICD-10)와 미국정신의학회의 정신장애 진단 및 통계편람(Diagnostic And Statistical Resource Book On Mental Disorders: DSM-IV)중 명확한 기준을 선택하여 제시하는 것이 필요하다고 생각한다.

인한 정신건강의학과전문의의 광범위한 재량이 문제되는 것은 정신보건영역의 특수성으로 더욱 심각한 문제로 발전할 소지가 있기 때문에 구체적 법제를 통해 이 문제를 해결하여야 한다.¹⁰⁸⁾

넷째, 정신질환자의 신상보호와 관련하여 민법에 따르면 피성년후견인의 정신병원의 강제입원에 있어 가정법원의 허가를 받아야 하지만, 정신보건법에 따르면 후견인 등의 동의와 정신건강의학과전문의의 진단만 있으면 가능하게 되는 모순된 상황을 초래한다. 또한 강제입원에 동의권한이 있는 보호의무자의 순위는 민법상 부양의무자가 1순위이고, 후견인은 2순위에 불과하여 정신질환자의 재산관리 및 신상보호에 있어 가장 책임자라고 가정법원이 선임한 후견인이 피성년후견인의 신상보호 중 가장 중요한 내용 중의 하나인 정신병원에의 강제입원에 있어서는 그 권한을 행사할 수 없게 되는 상황이 발생하게 된다. 후견인의 신상보호에 관한 권한행사에 있어서 특히 정신병원 등에서의 격리는 피성년후견인에게 미치는 영향이 중대하여 별도로 가정법원의 허가를 받게 하여 그 남용의 여지를 줄이려는 것이 민법 제947조의2 제2항의 입법취지로 파악된다. 그럼에도 불구하고 정신보건법에 따르면 법원의 허가를 거치지 아니하고 사인들에 의해서 정신병원에 격리조치가 가능하게 되고, 정신질환자의 신상보호에 있어 가장 책임자인 후견인도 개입하지 못하게 되는 것은 성년후견제도의 입법취지에 정면으로 반하는 것이 된다. 따라서 정신보건법상의 강제입원제도를 개정민법의 취지에 맞게 정신보건법상의 보호의무자를 민법상 부양의무자가 아니라 법원의 감독이 가능한 후견인만으로 제한해야 할 것이다. 그렇게 되면 정신질환자 중 입원이 필요한 사람에게 대해서는 주위 가족들에 의해 성년후견심판청구와 후견인의 지정, 강제입원에 대한 허가를 통해 법원이 강제입원과정을 통제하고 환자의 절차참여를 보장할 수 있게 되어 성년후견제도를 통한 환자의 자기결정권 보장이 자연스럽게 마련될 수 있을 것이다.¹⁰⁹⁾

108) 김은빈, 전제논문, 294면.

109) 신권철, “성년후견제도의 도입과 법원의 역할”, 22면.

IV. 결

성년후견제도는 종래 민법상 행위무능력자제도의 문제점을 보완하고 사회적 요청에 따라 요보호자를 보호하고 다양한 상황에 따라 개별적으로 대응할 수 있기 위해 도입된 제도이다. 특히 민법 제947조에서 피성년후견인의 자기결정능력 존중 실현을 전제로 피성년후견인의 자기결정능력 등의 판단에서부터 신중을 기해야 함을 규정하고 있는데 이것은 개정민법이 후견인이 후견사무를 수행함에 있어 피후견인의 의사를 존중해야 할 의무가 있음을 명시하여 피성년후견인의 자기결정능력 판단에 신중하게 대처하는 것뿐만 아니라 잔존한 자기결정능력을 최대한 존중할 것을 명시한 것이다. 또한 제947조의2 제1항 및 제3항에 따른 피성년후견인의 의료행위와 관련한 동의권 문제나 성년후견 신고를 받지 못했거나 성년후견 신고 심판 중인 경우에 있어서는 의사결정무능력자 등의 요보호성년자등에서 나타나는 의료행위의 동의권 대행에 대한 판단문제에서도 일관된 해결방법을 모색할 수 있었다.

민법은 개정 이후로 성년후견제도를 통해 요보호자들에 대한 보호를 현실적으로 실현하기 위한 노력을 기울이고 있지만, 2013년 개정후 다른 법률에 대한 정비작업이 완성되어 있지 않다. 그 중 하나가 바로 정신보건법이다. 정신보건법에서는 정신질환자의 입원유형을 자의입원, 강제입원으로 나눌 수 있으며, 강제입원에는 보호의무자에 의한 입원, 시장·군수·구청장에 의한 입원, 응급입원으로 나누어진다. 자의입원의 경우를 제외하고는 정신질환자 본인의 동의에 대한 논의가 충분히 이루어지고 있지 않으며, 정신질환 및 정신장애의 경우 의학적으로도 많은 분류와 양상이 다름에도 불구하고 이들의 동의능력 여부를 고려하지 않은 채 정신질환자를 강제로 입원하는 현실은 많은 문제가 있다. 또한 개정된 민법에 따라 성년후견의 경우 성년후견인은 피성년후견인의 복리와 의사를 우선적으로 존중하여야 하며, 피성년후견인의 신상결정 등을 할 경우에도 피성년후견인이 자신의 신상에 관하여 그의 상태가 허락하는 범위에서 단독으로 결정할 수 있지만, 이러한 상태를 확인하는 절차 등이 구체

적으로 명시되어 있지 않기 때문에 실질적으로 피성년보호인들 보호하기가 쉽지 않을 것으로 예상된다. 또한 강제입원이 이루어 질 경우 특히 보호의무자에 의한 입원이 발생할 경우 보호의무자 2인의 동의와 정신건강의학과전문의가 입원 등이 필요하다고 판단하는 경우에 한하여 입원이 가능하다고는 하지만 현실적으로 이러한 입원 절차에서 환자 본인인 정신질환자의 동의여부에 대한 재확인 이 이루어지고 있지 않으며, 보호의무자와 정신건강의학과전문의의 이해관계에 따라 정신질환자가 아님에도 불구하고 입원등이 이루어지는 것의 문제를 본 논문에서 살펴보았다. 정신질환자를 보호하기 위해서는 우선 정신질환자와 후견인의 의사가 충돌하는 경우에 피후견인인 정신질환자가 동의능력이 있다면 그의 의사가 우선하도록 하고, 그가 동의능력이 없는 경우에만 후견인의 동의에 의해 의료행위를 실시할 수 있도록 하는 것이 타당하다. 그러나 정신질환자가 동의능력이 없는 경우에도 후견인의 잘못된 판단 내지는 후견권 남용으로 환자에게 가해지는 의료행위의 부작용이 심각한 경우가 발생할 수 있기 때문에 후견감독인을 두어 후견인에 대한 감독을 해야 한다.

결론적으로 정신질환자라고 하여 입원에 대한 동의능력을 절대적으로 상실한 것은 아니다. 사회일반적으로 정신질환자라고 하면 무조건적으로 모든 동의능력을 상실했다고 생각하는 것부터 잘못된 판단이라고 생각한다. 따라서 정신질환자의 동의범위에 대한 것을 구체적으로 논의해야 하며, 개정된 민법에 따라 정신보건법에 대한 개정도 필요한 것이다. 정신보건법 기본이념에도 나타나 있듯이 모든 정신질환자는 인간으로서 존엄과 가치를 보장받으며, 부당한 차별대우를 받지 않으며, 최적의 치료와 보호를 받을 권리를 보장받는다. 또한 입원 치료가 필요한 정신질환자에 대해서는 항상 자발적 입원이 권장되어야 한다는 것을 잊지 말아야 한다.

[참 고 문 헌]

- 김주수·김상용, 『친족상속법』, 법문사, 2014.
- 민성길, 『최신정신의학』, 일조각, 2009.
- 송덕수, 『신민법강의』, 박영사, 2013.
- _____, 『친족상속법』, 박영사, 2015.
- 신권철, 『성년후견제도와 사회복지제도의 연계』, 아산재단 연구총서 제354집, 집문당, (2013. 8).
- 지원림, 『민법강의』, 홍문사, 2013.
- 권미진, “정신보건시설 강제입원과정에서의 인권침해와 개선방안”, 『인권법평론』, 제5호, 2010.
- 김나경, “정신질환자 강제입원의 법적 문제”, 『인권과 정의』, 통권 제418호, 대한변호사협회, 2011. 6.
- 김문근, “정신보건법상의 강제입원 조항과 인권침해기제에 관한 질적사례연구”, 『사회복지연구』, 한국사회복지연구회, 2007.
- 김은빈, “정신보건법의 이념에 비추어 본 정신질환자 강제입원의 법정정책적 문제”, 『성신법학』, 제11호, 성신여자대학교 법학연구소, 2011.
- 김천수, “성년후견과 의료행위의 결정”, 『가족법연구』, 제21권 제1호, 한국가족법학회, 2007. 3.
- _____, “의료행위에 대한 동의능력과 동의권자”, 『민사법학』, 제13·14호, 한국민사법학회, 1996. 4.
- 김형석, “민법개정안에 따른 성년후견법제”, 『가족법연구』, 제24권 제2호, 한국가족법학회, 2010.
- 박귀천, “독일의 정신보건법제와 정신질환자 강제입원제도”, 『법학논집』, 제19권 제2호, 이화여자대학교 법학연구소, 2014. 12.
- 박인환, “새로운 성년후견제 도입을 위한 민법개정안의 검토”, 『가족법연구』, 제24권 제1호, 한국가족법학회, 2010.
- _____, “새로운 성년후견제도에 있어서 신상보호”, 『가족법연구』, 제25권 제2호, 한국가족법학회, 2011,
- 박호균, “성년후견과 의료 개정 민법 제947조의 2를 중심으로”, 『의료법학』, 제13권

- 제1호, 대한의료법학회, 2012.
- 백경희, “자기결정능력 흠결 상태의 환자에 대한 의료행위의 동의에 관한 소고”, 『법학논총』, 제33집, 숭실대학교 법학연구소, 2015.
- 백승흠, “성년후견제도의 도입과 과제”, 『법학논총』, 제27집 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2010.
- _____, “민법개정안의 성년후견법제가 갖는 특징”, 성년후견제 도입을 위한 민법개정안 공청회, 법무부, 2009.
- _____, “성년후견제도 시행에 따라 제·개정이 필요한 법령”, 성년후견제 정착을 위한 연속 세미나, 사단법인 한국성년후견지원본부, 2012. 3.
- _____, “민법개정안의 성년후견제도와 피후견인의 신상보호”, 『법학논고』, 제35집, 경북대학교 법학연구원, 2011.
- _____, “독일법상 피성년후견인의 수용에 관한 고찰”, 『가족법연구』, 제21권 제2호, 한국가족법학회, 2007.
- 범경철, “의료행의 개념의 확대”, 『의료법학』, 제5권 제1호, 대한의료법학회, 2004. 7.
- 서동우, “정신보건의 역사적 변화선상에서 본 우리나라 정신보건법의 문제와 개선안”, 『의료법학』, 제7권 제2호, 대한의료법학회, 2006.
- 손홍수, “정신질환자의 자살과 의료과오책임”, 『의료법학』, 제7권 제2호, 대한의료법학회, 2006.
- _____, “정신질환자의 타해사고와 의료과오책임”, 『의료법학』, 제11권 제1호, 대한의료법학회, 2010.
- 신권철, “정신질환자의 강제입원과 퇴원: 인신보호법상 구체요건을 중심으로”, 『저스티스』, 통권 제113호, 한국법학원, 2009. 10.
- _____, “성년후견제도의 도입과 법원의 역할”, 『사법』, 제14호, 사법발전재단, 2012. 12.
- _____, “정신질환자 개념의 규범적 고찰”, 『법조』, 제644호, 법조협회, 2010.
- 이동명, “정신보건법상의 강제입원에 관한 연구”, 『한국형사정책학회』, 제13권 제1호, 2001.
- 엄형국, “성년후견제도 시행에 따른 관련법의 제·개정 토론회”, 성년후견제 정착을 위한 연속 세미나, 사단법인 한국성년후견지원본부, 2012. 3.
- 오호철, “일본의 성년후견제도의 개선 논의에 대한 동향”, 『비교사법』, 제13권 4호,

- 한국비교사법학회, 2006.
- _____, “임의후견제도 개선에 관한 고찰”, 『비교사법』, 제20권 제4호, 한국비교사법학회, 2013.
- 이재경, “정신질환자의 비자발적 입원에 관한 비교법적 검토”, 『의료법학』, 제10권 제2호, 대한의료법학회, 2009.
- 이은영, “연명치료 중단 의 입법화 방안에 관한 연구-성년후견제도의 도입과 관련하여”, 『의료법학』, 제10권 제2호, 대한의료법학회, 2009.
- 정규원, “정신보건법에 대한 검토”, 『의료법학』, 제7권 제2호, 대한의료법학회, 2006.
- 제철웅, “요보호성인의 인권존중의 관점에서 본 새로운 성년후견제도: 그 특징, 문제점 그리고 개선방안”, 『민사법학』, 제56호, 한국민사법학회, 2011.
- 조홍석, “정신병원에서의 수용과 기본적 인권”, 『법학논고』, 제15집, 경북대학교 법학연구소, 1999. 2.
- 최현태, “피성년후견인의 신상 보호와 자기결정능력 존중”, 『법학연구』, 제16집 제2호, 인하대학교 법학연구소, 2013.
- 하명호, “정신보건법상 보호의무자에 의한 입원”, 『안암법학』, 제36권, 안암법학회, 2011.
- 홍진표, “정신질환자 수용 관련 고려사항”, 인신보호재판장 간담회 회의자료, 법원행정처 사법행정실, 2009.
- 大谷 實, 精神科醫療の法と人權, 弘文堂, 1995.
- 北野俊光, “任意後見契約における本人の意思實現のための留意点”, 實踐 成年後見, No.45, 2013/4.
- 山口春子, 成年後見制度-自己決定權の尊重と保護の理念の調和, 東京成徳大學研究紀要 15, 2008.
- Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein, Betreuungsrecht kompakt, 6. Aufl., 2007.
- Peter Barlett, “The Test of Compulsion in Mental Health Law: Capacity, Therapeutic Benefit and Dangerousness as Possible Criteria, Medical Law Review”, Oxford University Press, 2003, Autumn.
- World Health Organization, Mental Health Legislation & Human Right, 2003.

[국문초록]

성년후견제도와 정신보건법상 환자의 동의권에 관한 연구

문상혁/백석예술대학교 관광학부 조교수, 법학박사

개정된 민법은 2013년 7월 1일부터 시행되고 있다. 개정된 민법에서 가장 중요한 것은 성년후견제도이다. 100개 이상의 조문이 개정되었으며, 개정된 민법은 후견인이 필요한 사람들의 다양하고 복잡한 요구를 충족시키는 체계와 적법한 절차를 마련하였다. 새로운 성년후견제도는 피성년후견인의 보호를 위해 그들의 자율성을 지켜주고 공적인 개입을 최소화함으로써 피성년후견인의 존엄성과 인권을 존중하려고 했다. 새로운 성년후견제도는 세 가지 종류의 법정후견제도를 가지고 있다(성년후견제도, 한정후견제도, 특정후견제도). 정신질환자는 정신보건법에 의해 입원이 이루어지고 이때 정신질환자는 동의능력이 없는 것으로 대부분 여겨지지만 원칙적으로 정신질환자는 동의능력을 가지고 있는 경우가 있다. 정신질환자와 후견인 사이에 이해상충이 발생할 경우 정신질환자의 동의를 우선된다. 정신질환자가 동의능력이 없는 경우에만 후견인의 동의에 의해 의료행위를 할 수 있는 것이 타당하다. 그러나 정신질환자가 동의능력이 없는 경우에는 후견인에 의해 문제가 발생할 경우에는 후견감독인을 두어 후견인에 대한 감독을 해야 한다. 결론적으로 정신질환자라고 하여 입원에 대한 동의능력을 상실한 것은 아니며 우리는 정신질환자의 동의범위에 대해 구체적으로 논의해야 한다. 따라서 개정 민법에 따라 정신보건법 개정이 필요하다.

주제어: 정신질환자, 의료행위, 동의, 성년후견제도, 정신보건법

Health Law and Adult Guardianship System

Moon, Sang hyuk

Baeseok Arts University

=ABSTRACT=

The amendment of the Korea Civil Code will take place July 1, 2013. One of the most import issues related to adult guardianship system is a part. Though more than 100 new provisions, the revised Civil Code fundamentally reformed the guardianship system to establish a system to meet the diverse and complex needs of those who need a guardian and ensure due process. The new adult guardianship system intended to respect dignity and human right of mentally incapacitated adults, to guarantee their autonomy and to minimize the public interventions for assisting them. The new guardianship system for vulnerable adult has three kinds of legal guardianship system (adult guardianship, limited guardianship and specific guardianship).

Mental patients forced the hospitalization of the mental health code and will be treated as an agreement incapable person. In principle an agreement incapable person has capacity of consent. The consent of the mental patients are admitted first. It is advisable to medical care only by the consent of the guardian when the the mental patient do not agree ability. If the mental patient do not agree with the mentally ill, but there should be a supervisory capacity for a guardianship of the couple guardian supervision. In conclusion, it not lost the capacity to consent to inpatient mental illness called. Therefore, we must discuss in detail the scope of the agreement for the mental patients. Mental Health Act amendments are necessary in accordance with the amended Civil Code.

Keyword: mental patient, medical treatment, guardianship, informed consent, mental health law