

# 정신질환자 보호의무자의 감독의무 위반으로 인한 손해배상책임 -대법원 2021. 7. 29. 선고 2018다228486 판결의 검토-

정 다 영\*

## I. 서론

### II. 대상판결의 개요

1. 사실관계
2. 제1심 및 원심의 판단
3. 대법원의 판단

### III. 보호의무자 손해배상책임의 검토

1. 대상판결에서 논의의 전제
2. 정신질환자의 책임능력에 따른 민사상 불법행위책임
3. 정신질환자가 책임무능력자인 경우
4. 정신질환자가 책임능력자인 경우
5. 보호의무자의 감독의무의 범위
6. 외국법제에서의 규정 및 판례
7. 민법개정안의 내용

### IV. 결론

1. 정신질환자 보호의무자의 책임
2. 감독의무의 근거
3. 감독의무의 범위

## I. 서론

대법원 2021. 7. 29. 선고 2018다228486 판결(이하 ‘대상판결’이라 한다)

\* 논문접수: 2022. 12. 21. \* 심사개시: 2022. 12. 22. \* 게재확정: 2022. 12. 28.

\* 충남대학교 법학전문대학원 조교수, 변호사.

은 정신질환자의 불법행위에 대하여 보호의무자의 감독자책임을 인정하였다. 대상판결에 따르면 이 사건 화재사고를 낸 정신질환자는 책임능력이 있는 자로서 불법행위책임(민법 제750조)을 부담하였고, 그 보호의무자는 구 정신보건법(2016. 5. 29. 법률 제14224호 정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률로 전부 개정되기 전의 것)을 말하며, 이하 같다) 제21조 제1항과 제22조 제2항 및 민법 제750조에 따라 법률상 감독의무 위반을 원인으로 한 불법행위책임을 부담하였다. 유의할 점은 정신질환자의 아버지로서 민법상 부양의무자인 보호의무자가 부담한 책임의 근거가 민법 제755조가 아니라 제750조라는 점이다. 이는 책임능력 있는 미성년자에 대한 감독의무자의 책임에 대한 판례<sup>1)</sup>와 동일한 취지로 판시한 것이다.

이 글에서는 대상판결의 내용을 살펴본 후, 보호의무자의 손해배상책임을 검토하고자 한다. 우선 대상판결에서 논의의 전제를 살펴본 후, 정신질환자의 책임능력에 따른 민사상 불법행위책임을 정신질환자가 책임무능력자인 경우와 책임능력자인 경우로 나누어 살펴보겠다. 이후 보호의무자의 감독의무의 범위를 검토하고 외국법제에서의 규정과 판례 및 우리나라 민법개정안의 내용을 살펴보고자 한다. 마지막으로 정신질환자의 보호의무자의 책임에 관하여 대상판결을 비판적인 시각에서 검토한 후, 감독의무의 근거와 범위에 대해서도 논의를 전개하고자 한다.

---

1) 민법 제750조에 대한 특별규정인 민법 제755조 제1항에 의하여 책임능력 없는 미성년자를 감독할 법정의 의무 있는 자가 지는 손해배상책임은 그 미성년자에게 책임이 없음을 전제로 하여 이를 보충하는 책임이고, 그 경우에 감독의무자 자신이 감독의무를 해태하지 아니하였음을 입증하지 아니하는 한 책임을 면할 수 없는 것이나, 반면에 미성년자가 책임능력이 있어 그 스스로 불법행위책임을 지는 경우에도 그 손해가 당해 미성년자의 감독의무자의 의무위반과 상당인과관계가 있으면 감독의무자는 일반불법행위자로서 손해배상책임이 있다 할 것이므로(당원 1991.11.8. 선고 91다32473 판결, 1992.5.22. 선고 91다37690 판결, 1993.8.27. 선고 93다22357 판결 각 참조), 이 경우에 그러한 감독의무위반사실 및 손해발생과의 상당인과관계의 존재는 이를 주장하는 자가 입증하여야 할 것이다(대법원 1994. 2. 8. 선고 93다13605 전원합의체 판결).

## II. 대상판결의 개요

### 1. 사실관계

#### 가. 원고와 피고의 관계

원고 1은 부천시 (주소생략) ○○○○○아파트(이하 ‘이 사건 아파트’라 한다) △△△동 401호의 소유자이고 원고 2는 원고 1의 어머니, 소외 1<sup>2)</sup>은 원고 1의 아내로서, 이 사건 아파트 401호에서 함께 거주하고 있다. 피고는 이 사건 아파트 401호에 인접한 이 사건 아파트 402호의 소유자이고, 피고와 함께 거주하고 있는 소외 2<sup>3)</sup>는 피고의 아들로서 양극성 정동장애를 앓고 있는 정신분열장애 3급의 정신질환자이다.

#### 나. 사건의 경위

피고의 사무실에서 고장난 컴퓨터 수리문제로 피고와 다툰 후 이 사건 아파트 402호로 돌아온 소외 2는 2016. 7. 4. 16:00경 자신의 방 침대 위에 수건과 형견, 부탄가스를 쌓아놓고 불을 붙였다. 자신의 사무실에 설치된 CCTV를 통하여 이를 본 피고는 이 사건 아파트 402호로 가서 위 불을 끄고 소외 2를 안정시킨 후 사무실로 돌아왔다.

피고는 2016. 7. 4. 20:00경 일을 마치고 귀가하여 소외 2와 대화를 시도하였는데, 당시 소외 2는 피고를 죽이고 자기도 죽을 결심을 하였다고 하면서 톱과 망치를 꺼내어 보여 주었고, 피고는 6개월 정도 같이 살다가 원룸을 따로 얻어줄테니 독립해서 살아보라고 하면서 소외 2를 달랬다.

---

2) 소외 1 또한 ‘원고 3’으로서 손해배상청구의 소를 제기하였으나, 이후 항소하지 아니하여 제2심부터는 ‘소외 1’로 표시되었는 바, 이 글에서는 혼동을 피하기 위해 ‘소외 1’로 표시하였다.

3) 원고들은 소외 2 또한 피고로 하여 소를 제기하였는바, 제1심 판결은 이 글에서의 ‘소외 2’를 ‘피고 2’로 표기하였다. 다만, 소외 2는 항소하지 아니하여 판결이 분리확정되어, 제2심 판결에서는 ‘제1심 공동피고 2’로 표기하였고, 대법원은 ‘소외 2’로 표기하였다. 이 글에서는 혼동을 피하기 위해 피고의 아들은 모두 ‘소외 2’로 통일하였다.

이후 자기의 방으로 들어간 소외 2는 방 안에서 다시 불을 질렀고, 이를 발견한 피고는 불을 끄려고 하였으나 소외 2가 톱과 망치를 들고 방해를 하여 스스로 불을 끄지 못하고 소방서에 신고를 하게 되었다.

이 사건 아파트 402호에서 발생한 불은 2016. 7. 4. 22:00경 이 사건 아파트 401호로 옮겨 붙었고, 이로 인하여 이 사건 아파트 401호 내 가재도구가 불에 타거나 그을렸으며, 원고 2와 소외 1이 연기를 흡입하여 순천향대학교 부천병원에서 응급치료를 받았다(이하 '이 사건 화재사고'라 한다).

## 2. 제1심 및 원심의 판단

### 가. 제1심 법원의 판단(인천지방법원 부천지원 2017. 7. 6. 선고 2016가단120986 판결)

#### (1) 불법행위의 성립

제1심 법원에서는 우선, 피고의 아들인 소외 2는 자신의 방 안에서 불을 질러 이 사건 화재사고를 발생시켰으므로, 불법행위자로서 이 사건 화재사고로 인한 원고들의 손해를 배상할 책임이 있다고 보았다. 또한 피고와 관련하여서는, 이 사건 화재사고 당시 정신분열증을 앓고 있는 장애인인 소외 2가 이미 오후 4시경 방화를 시도하고, 톱과 망치를 동원하여 위협을 하는 등 정신적으로 불안한 상태에 있었으므로, 아버지인 피고는 소외 2의 동태를 잘 살피고 방화에 사용될 수 있는 물건과 진화에 방해가 되는 톱, 망치 등을 미리 제거함으로써 소외 2의 방화를 미연에 방지하거나 화재를 신속히 진압해야 할 의무가 있음에도 이를 게을리 한 과실로 소외 2의 방화를 사전에 막지 못하였을 뿐만 아니라 불을 초기에 끄지 못하여 이 사건 화재사고의 원인을 제공하였다고 판단하였다. 따라서 피고는 소외 2와 공동불법행위자로서 이 사건 화재사고로 인한 원고들의 손해를 배상할 책임이 있다고 보았다.

## (2) 손해배상의 범위

### (가) 재산상 손해

① 가재도구의 경우 보험회사에서 손해액으로 인정하여 보험금을 지급하였는바, 이로써 가재도구에 대한 손해는 모두 전보된 것으로 보인다고 판단하였다. ② 이 사건 화재사고로 발생한 이 사건 아파트 401호의 그을림을 제거하는데 소요된 수리비를 원고 1의 손해로 인정하였다. ③ 원고 2와 소외 1이 이 사건 화재사고로 2016. 7. 4.부터 2016. 7. 5.까지 □□□□병원에서 응급치료를 받으면서 지출한 치료비를 각자의 손해로 인정하였다.

### (나) 위자료

원고 2와 소외 1이 이 사건 화재사고로 연기를 흡입하여 치료를 받았고, 이로 인하여 정신적 고통을 겪었을 것임은 경험칙상 분명하다고 보아, 원고 2와 소외 1에 대한 위자료를 각 100만 원으로 인정하였다. 다만, 원고 1에 대해서는 이 사건 화재사고로 연기에 질식하여 병원에서 치료를 받았다는 점을 이를 인정할 아무런 증거가 없다는 점을 이유로, 원고 1의 위자료 청구는 받아들이지 아니하였다.

## 나. 제2심 법원의 판단(인천지방법원 2018. 4. 4. 선고 2017나60959 판결)

원고 1과 피고는 항소하였고, 제2심 법원은 가재도구 부분과 관련하여 피고에 대한 원고 1의 패소 부분을 취소하였다.

### (1) 불법행위의 성립

구 정신보건법은 “정신질환자의 직계존속은 민법상 부양의무자로서 정신질환자의 보호의무자가 되고, 보호의무자는 정신질환자가 타인을 해치지 아니하도록 유의하여야 한다”고 규정하고 있다(제21조 제1항, 제22조 제2항). 제2심 법원은 위와 같은 법규정에 비추어 이 사건을 보면, 이 사건 화재사고 당시 양극성 정동장애 등 정신질환을 앓고 있는 소외 2가 당일 이미 1차레 방

화한 바 있을 뿐 아니라, 그 후에도 톱과 망치로 위협하는 등 계속하여 정신적으로 불안한 증세를 보였으므로, 이런 상황에서 소외 2의 직계존속으로서 보호의무자인 피고로서는 소외 2의 동태를 잘 살피면서 소외 2가 방화 등 우발적인 행동을 하는 것을 미연에 방지함과 아울러 그러한 우발적인 행동이 있더라도 손해가 발생하거나 확대되지 않도록 미리 대비할 의무가 있었음에도 이를 게을리한 과실이 있고, 그 보호·감독상의 과실이 이 사건 화재사고 발생의 원인 중 하나가 되었을 뿐 아니라 그 과실과 손해발생 간에 상당인과관계도 인정된다고 판시하였다.

나아가 불법행위자인 소외 2의 손해배상책임과 보호의무자인 피고의 손해배상책임은 모두 이 사건 화재사고라는 동일한 사실관계에 기초하고 있고, 서로 중첩되는 부분에 관하여 일방의 채무가 변제 등으로 소멸할 경우 타방의 채무도 소멸하는 관계에 있으므로 부진정연대채무의 관계에 있다고 봄이 상당하다고 보아, 피고는 소외 2와 공동하여 원고들에 대하여 이 사건 화재사고로 인한 손해를 배상할 책임이 있다고 판시하였다.

## (2) 손해배상의 범위

가재도구의 파손으로 입은 손해액에 대해 피고는 원고 1이 스스로 보험회사로부터 수령하였음을 자인하는 보험금을 공제한 나머지 금액을 파손된 가재도구에 대한 손해배상으로 지급할 의무가 있다고 판시하였다.

### 3. 대법원의 판단(대법원 2021. 7. 29. 선고 2018다228486 판결)

피고는 항소하였으나, 대법원은 상고를 모두 기각하고 다음과 같이 판시하였다.

구 정신보건법 제3조 제1호는 ‘정신질환자’란 ‘정신병(기질적 정신병을 포함한다)·인격장애·알코올 및 약물중독 기타 비정신병적정신장애를 가진 자’라고 정의하고 있고, 제21조 제1항 본문은 “정신질환자의 민법상의 부양의무

자 또는 후견인(이하 ‘부양의무자 등’이라 한다)은 정신질환자의 보호의무자가 된다.”라고 정하고 있다. 또한 제22조 제2항은 “보호의무자는 보호하고 있는 정신질환자가 자신 또는 타인을 해치지 아니하도록 유의하여야 한다.”라고 정하여 부양의무자 등에게 피보호자인 정신질환자에 대한 감독의무를 부과하고 있다.

정신질환자가 심신상실 중에 타인에게 손해를 가하여 배상의 책임이 없는 경우에는 민법 제755조 제1항에 따라 그를 감독할 법정 의무 있는 자가 그 손해를 배상할 책임이 있다. 정신질환자가 책임능력이 있는 경우에도 그 손해가 감독의무자의 감독의무 위반과 인과관계가 있으면 감독의무자는 일반불법행위자로서 민법 제750조에 따라 그 손해를 배상할 책임이 있다.

위와 같은 법규정의 문언과 체계 등에 비추어 보면, 부양의무자 등은 피보호자인 정신질환자에 대한 법률상 감독의무를 부담하므로 그 의무 위반으로 타인에게 손해를 가하는 경우에 이를 배상할 책임이 있으나, 이러한 감독의무는 정신질환자의 행동을 전적으로 통제하고 그 행동으로 인한 모든 결과를 방지해야 하는 일반적인 의무가 아니라 구 정신보건법 등 관련 법령의 취지, 신의성실의 원칙, 형평의 원칙 등을 종합적으로 고려하여 합리적으로 제한된 범위에서의 의무라고 해석함이 타당하다.

구체적인 사안에서 부양의무자 등이 피보호자인 정신질환자에 관한 감독의무를 위반하였는지는 정신질환자의 생활이나 심신의 상태 등과 함께 친족관계와 동거 여부, 일상적인 접촉 정도, 정신질환자의 재산관리 관여 상황 등 정신질환자와의 관계, 정신질환자가 과거에도 타인에게 위해를 가하는 행동을 한 적이 있는지 여부와 그 내용, 정신질환자의 상태에 대응하는 보호와 치료 상황 등 모든 사정을 종합적으로 고려하여, 피보호자인 정신질환자가 타인을 위해할 가능성이 있다는 구체적인 위험을 인지하였는데도 대비를 하지 않은 경우와 같이 정신질환자의 행위에 관해서 책임을 묻는 것이 타당한 객관적 상황이 인정되는지 여부에 따라 개별적으로 판단해야 한다.

### III. 보호의무자 손해배상책임의 검토

#### 1. 대상판결에서 논의의 전제

대상판결에는 구 정신보건법이 적용되었는바, 이에 따르면 “정신질환자”란 정신병(기질적 정신병을 포함한다)·인격장애·알코올 및 약물중독 기타 비정신병적정신장애를 가진 자를 말한다(구 정신보건법 제3조 제1호). 이 사건의 경우 이 사건 화재사고 당시 양극성 정동장애를 앓고 있는 정신장애 3급인 소외 2는 구 정신보건법<sup>4)</sup>에 따른 정신질환자에 해당한다.

다만 이 사건이 현재 시점에 발생한 것이라면 정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률(이하 ‘정신건강복지법’이라 한다)이 적용되게 된다.<sup>5)</sup> 정신건강복지법에서는 “정신질환자”를 망상, 환각, 사고(思考)나 기

#### 4) 구 정신보건법

제3조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “정신질환자”라 함은 정신병(기질적 정신병을 포함한다)·인격장애·알코올 및 약물중독 기타 비정신병적정신장애를 가진 자를 말한다.

2.~5. (생략).

제21조(보호의무자) ① 정신질환자의 민법상의 부양의무자 또는 후견인은 정신질환자의 보호의무자가 된다. 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 자는 보호의무자가 될 수 없다.

1.~5. (생략)

②~③ (생략)

제22조(보호의무자의 의무) ① (생략)

② 보호의무자는 보호하고 있는 정신질환자가 자신 또는 타인을 해치지 아니하도록 유의하여야 하며, 정신건강의학과전문의의 진단에 따라 정신질환자가 입·퇴원할 수 있도록 협조하여야 한다.

③ (생략)

#### 5) 정신건강복지법

제3조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “정신질환자”란 망상, 환각, 사고(思考)나 기분의 장애 등으로 인하여 독립적으로 일상 생활을 영위하는 데 중대한 제약이 있는 사람을 말한다.

2.~7. (생략)

제39조(보호의무자)

① 「민법」에 따른 후견인 또는 부양의무자는 정신질환자의 보호의무자가 된다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 보호의무자가 될 수 없다.

1.~6. (생략)

② (생략)

제40조(보호의무자의 의무) ① (생략)

② 보호의무자는 보호하고 있는 정신질환자가 정신의료기관 또는 정신요양시설(이하

분의 장애 등으로 인하여 독립적으로 일상생활을 영위하는 데 중대한 제약이 있는 사람으로 규정하여(정신건강복지법 제3조 제1호), 그 범위를 현실과 비현실을 지각할 때 그 차이를 구분할 수 있는 현실검증력이 손상된 심한 정신병환자로 제한함으로써 정신질환에 대한 편견을 해소하고 권익을 증진하고자 하였다.<sup>6)</sup> 대상판결의 사실관계를 통해 주어진 범위에서 판단할 때, 소외 2는 정신건강복지법에 따르더라도 정신질환자에 해당할 확률이 높을 것으로 보인다. 비록 피고가 소외 2에게 6개월 정도 같이 살다가 원룸을 따로 얻어 줄 것이니 독립해서 살아보라고 달랜 사실이 있으나, 그것만으로 소외 2가 독립적으로 일상생활을 영위하는 데 중대한 제약이 없다고 볼 수는 없다. 사후적(事後的)인 판단이기는 하나, 그 직후 소외 2가 방으로 들어가 방 안에서 다시 불을 지르고, 피고의 불을 끄려는 시도에 대해 톱과 망치를 들고 방해한 점에 비추어 볼 때, 소외 2는 독립적인 일상생활 영위에 중대한 제약이 있다고 보아야 할 것이다.

한편, 피고는 민법에 따른 부양의무자로서 구 정신보건법이 적용되든(구 정신보건법 제21조 제1항), 정신건강복지법이 적용되든(정신건강복지법 제39조 제1항) 정신질환자인 소외 2의 보호의무자가 된다.

대상판결은 소외 2가 정신질환자이기는 하나, 책임능력이 있는 경우에 해당함을 전제로 보호의무자인 피고에게 민법 제750조를 적용하였다. 정신건강복지법에서는 정신질환자의 범위를 구 정신보건법의 경우보다 상당히 축소하여 규정하였으나, 망상, 환각, 사고나 기분의 장애 등으로 인하여 독립적으로 일상생활을 영위하는 데 중대한 제약이 있는 사람이라고 하여 일의적(一義的)으로 책임능력이 없다고 판단할 것은 아니다. 그러므로 정신건강복지법상 정신질환자라고 하더라도 책임능력이 있는 경우와 심신상실 중으로서 책임능력

---

“정신의료기관등”이라 한다)에 입원등을 할 필요가 있는 경우에는 정신질환자 본인의 의사를 최대한 존중하여야 하며, 정신건강의학과전문가가 정신의료기관등에서 정신질환자의 퇴원등이 가능하다고 진단할 경우에는 퇴원등에 적극 협조하여야 한다.

③ 보호의무자는 보호하고 있는 정신질환자가 자신이나 다른 사람을 해치지 아니하도록 유의하여야 하며, 정신질환자의 재산상의 이익 등 권리보호를 위하여 노력하여야 한다.

6) 장재식, “정신병, 정신질환, 정신장애는 어떻게 다를까?”, 정신의학신문, 2019. 2. 18.자.

이 없는 경우가 나뉠 수 있다.

또한 대상판결은 정신질환자가 심신상실 중 다른 사람에게 손해를 가한 경우 그를 감독할 법정 의무 있는 사람은 손해배상책임이 있고(민법 제755조7), 정신질환자가 책임능력이 있는 경우에도 그 손해가 감독 의무 위반과 인과관계가 있으면 감독의무자는 일반불법행위자로서 손해배상책임이 있다고 보아(민법 제750조8)), 미성년자의 감독의무자와 동일한 구조로 판시하고 있다.

미성년자의 감독의무자에 대한 판결이나, 대법원은 미성년자가 책임능력이 있어 그 스스로 불법행위책임을 지는 경우에도 그 손해가 당해 미성년자의 감독의무자의 의무위반과 상당인과관계가 있으면 감독의무자는 일반불법행위자로서 손해배상책임이 있고 이 경우에 그러한 감독의무위반사실 및 손해발생과의 상당인과관계의 존재는 이를 주장하는 자가 입증하여야 한다고 판시하고 있다.<sup>9)</sup>

민법이 제753조에서 책임능력이 없는 미성년자를, 제754조에서 심신상실자를 각 규정하고, 다른 사람에게 손해를 가한 사람이 제753조 또는 제754조에 따라 책임이 없는 경우 이들의 감독자에 대한 공통규정으로서 제755조를 두고 있는 점에 비추어 볼 때, 미성년자의 감독의무자에 대한 판시는 정신질환자의 감독의무자에 대해서도 적용될 수 있다.

기존의 논의는 책임능력 있는 정신질환자 등의 감독자에 대한 것보다는,

#### 7) 민법

제754조(심신상실자의 책임능력) 심신상실 중에 타인에게 손해를 가한 자는 배상의 책임이 없다. 그러나 고의 또는 과실로 인하여 심신상실을 초래한 때에는 그러하지 아니하다. 제755조(감독자의 책임) ① 다른 자에게 손해를 가한 사람이 제753조 또는 제754조에 따라 책임이 없는 경우에는 그를 감독할 법정 의무가 있는 자가 그 손해를 배상할 책임이 있다. 다만, 감독의무를 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.

② 감독의무자를 갈음하여 제753조 또는 제754조에 따라 책임이 없는 사람을 감독하는 자도 제1항의 책임이 있다.

#### 8) 민법

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

9) 대법원 1994. 2. 8. 선고 93다13605 전원합의체 판결; 대법원 1994. 8. 23. 선고 93다60588 판결; 대법원 1997. 3. 28. 선고 96다15374 판결.

책임능력 있는 미성년자의 감독자책임에 대한 측면에 집중되어 왔다. 이에 대해서는 책임능력 있는 미성년자의 감독자라고 하더라도 민법 제755조를 유추적용하여야 한다는 견해,<sup>10)</sup> 감독의무를 게을리하지 아니한 경우에는 손해를 배상할 책임이 없다는 제755조 제1항 단서를 유추적용하여야 한다는 견해,<sup>11)</sup> 거래안전의무를 위반한 부작위 불법행위책임으로 파악하거나<sup>12)</sup> 신원보증인으로 보아 불법행위책임을 부담한다는 견해,<sup>13)</sup> 민법 제750조에 따라 일반불법행위책임을 부담한다는 견해<sup>14)</sup> 등이 대립하여 왔다. 대법원은 앞서 살펴본 바와 같이 민법 제750조 일반불법행위책임설을 취하고 있다.

이하에서는 대상판결의 취지가 현행 정신건강복지법이 적용되는 경우에도 유효하게 작용할 것인지, 만약 다르다면 어떻게 다를 것인지를 정신질환자의 책임능력 유무에 따라 구분하여 살펴보고자 한다.

## 2. 정신질환자의 책임능력에 따른 민사상 불법행위책임

정신질환자가 심신상실 중에 불법행위를 저지른 경우, 고의나 과실로 인하여 심신상실로 초래한 것이 아닌 이상 타인에게 손해를 가하더라도 배상의 책임이 없다(민법 제754조). 다른 자에게 손해를 가한 사람이 제753조 또는 제754조에 따라 책임이 없는 경우에는 그를 감독할 법정 의무가 있는 자가 그 손

10) 정광수, “책임능력 있는 미성년자의 불법행위에 대한 감독자의 책임”, 강원법학(제10권), 강원대학교 비교법연구소, 1998, 257-269면.

11) 정상현, “책임능력 있는 미성년자의 불법행위에 대한 감독자책임의 근거 재해석”, 법조(제50권 8호), 법조협회, 2001, 109-113면.

12) 이 견해에 따르면 하더라도 책임능력 있는 미성년자에 대한 감독자책임의 법적 근거는 민법 제750조라고 본다.

김상용, “책임능력 있는 행위무능력자의 감독자의 책임”, 채권법에 있어서 자유와 책임(김형배교수화갑기념논문집), 박영사, 1994, 566-567면; 안병하, “미성년자 감독자의 책임구조 - 민법 제755조의 개정논의에 부쳐-”, 법학연구(제24권 1호), 연세대학교 법학연구소, 2014, 111면.

13) 조규창, “미성년자의 불법행위에 대한 친권자의 책임 - 민법 제755조와 대법원판례의 고찰-”, 판례연구(제2집), 고려대학교 법학연구원, 1983, 160-161면

14) 송덕수, “책임능력 있는 미성년자의 감독자책임”, 고시연구(제20권 3호), 고시연구사, 1993, 110면.

해를 배상할 책임이 있다(민법 제755조). 그런데 대상판결은 정신질환자가 심신상실이 아니어서 책임능력이 있는 경우라도 보호의무자가 그 감독의무를 해태한 경우에는 민법 제750조에 따라 손해를 배상할 책임이 있다는 취지로 판시하고 있다.

정신건강복지법 제3조 제1호에 따른 정신질환자에 이르지 않는 아니하나 망상, 환각, 사고나 기분의 장애 등으로 인하여 독립적으로 일상생활을 영위하는 데 일정한 제약이 있는 사람이 있을 수 있다. 그러한 사람에 대해서는 정신건강복지법에 따른 보호의무자가 없다. 그러나 그에 대해서도 한정후견(민법 제12조)이나 성년후견(민법 제9조)은 개시될 수 있다. 한편 정신건강복지법에 따른 정신질환자의 경우 보호의무자가 있다.

피감독자	피감독자의 책임능력	후견 개시 여부	정신보건법상 보호의무자의 유무
정신질환자에 이르지 아니하는 사람 [망상, 환각, 사고(思考)나 기분의 장애 등으로 인하여 독립적으로 일상생활을 영위하는 데 일정한 제약이 있는 사람]	① (대부분) 있음	(대부분) 한정후견 개시	보호의무자 없음
정신질환자 (위와 같은 사유로 독립적으로 일상생활을 영위하는 데 중대한 제약이 있는 사람)	② 책임능력 있는 경우	(대부분) 성년후견 개시	보호의무자 있음
	③ 책임능력 없는 경우		

우선 피감독자의 책임능력은 그가 정신건강복지법상 정신질환자인지 아닌지에 따라 정해지는 것은 아니다. 대상판결 사안의 경우 구 정신보건법이 아니라 정신건강복지법에 따르더라도 정신질환자에도 해당할 것으로 보이나 책임능력이 인정될 수 있을 것으로 판단된다.

한편, 후견 개시 여부나 정신보건법상 보호의무자의 유무는 피감독자의 책임능력과는 다른 차원의 문제이다. 후견 제도는 행위능력 제도와 연계된 것이

기 때문이다. 다만 민법에 따른 후견인 또는 부양의무자는 정신질환자의 보호의무자가 되고, 보호의무의 순위는 후견인·부양의무자의 순위에 따르며 부양의무자가 2명 이상인 경우에는 민법 제986조에 따르므로(정신건강복지법 제39조), 후견이 개시된 경우 그 후견인은 보호의무자가 될 확률이 높다고 볼 것이다.

피감독자에게 책임능력이 있는 경우(①과 ②의 경우) 민법상 후견인이나 정신건강복지법상 보호의무자는 원칙적으로 민법 제755조에 따른 감독자책임을 부담하지 않는다. 민법 제755조의 감독자책임은 다른 사람에게 손해를 가한 사람의 책임능력이 없는 경우에 적용되는 규정이기 때문이다. 대상판결은 ② 피감독자가 정신질환자로서 책임능력이 있는 경우를 다루면서, 이 경우 보호의무자는 법률상 감독의무를 부담하고, 정신질환자가 다른 사람에게 가한 손해가 감독의무자인 보호의무자의 감독의무 위반과 인과관계가 있으면 감독의무자는 그 손해를 배상할 책임이 있다고 판시하고 있다. 대상판결의 취지를 따르면 ①의 경우에도 정신질환자의 한정후견인은 법률상 감독의무가 있다고 볼 것이므로, 그의 감독의무 위반과 정신질환자가 다른 사람에게 가한 손해 사이의 인과관계가 인정될 경우, 그 한정후견인은 민법 제750조의 책임을 부담할 가능성이 있다고 볼 여지가 있다.

### 3. 정신질환자가 책임무능력자인 경우

민법 제755조는 문언상 감독할 법정의무 있는 자에 한하여 정신질환자의 불법행위에 대하여 그 손해를 배상할 책임이 있음을 규정한다. 즉, 감독의무는 법정의무임을 전제로 한다.

구 민법(2011. 3. 7. 법률 제10429호로 개정되기 전의 것으로서, 이하 ‘개정 전 민법’이라 한다) 제947조<sup>15)</sup>에 대하여 통설에 따르면 금치산자의 후견인은

15) 개정 전 민법

제947조 (금치산자의 요양, 감호) ① 금치산자의 후견인은 금치산자의 요양, 감호에 일상의 주의를 해태하지 아니하여야 한다.

민법 제755조 제1항에 따른 법정 감독의무자라고 보았다.<sup>16)</sup> 개정 전 민법 제947조 제1항의 해석과 관련하여서는 후견인의 감독의무의 범위를 금지산자의 재산관리를 중심으로 하는 선관주의의무에 한정한다고 보는 견해<sup>17)</sup>와 재산적 의무 뿐 아니라 일상적 식사, 생활의 정리, 간호·개호, 거소의 지정, 의료 조치 등 단순한 사실행위도 포함한다는 견해<sup>18)</sup>가 대립하였다.

현행 민법 제947조<sup>19)</sup>의 신상보호는 피성년후견인이 의식주 등 일상생활의 영위, 치료나 요양 등과 같이 일신상의 사무(신상)와 관련된 행위를 함에 있어 그것을 지원하기 위하여 각종의 법률적 조언이나 의사결정의 대행, 법률행위의 대리를 해주는 것을 내용으로 하는 사무로 본다.<sup>20)</sup> 성년후견 개시의 심판을 받은 정신질환자가 타인에게 손해를 가한 경우, 성년 후견인이 제755조 제1항에 따라 감독자책임을 부담하는지 여부와 관련하여서는 성년후견인

② 후견인이 금지산자를 사택에 감금하거나 정신병원 기타 다른 장소에 감금치료함에는 법원의 허가를 얻어야 한다. 그러나 긴급을 요할 상태인 때에는 사후에 허가를 청구할 수 있다.

- 16) 곽윤직, 채권각론, 박영사, 2013, 414면; 김상용, 채권각론, 화산미디어, 2016, 682면; 김주수, 채권각론(하), 삼영사, 1989, 671면; 김중환, 주석 채권각칙 [IV], 한국사법행정학회, 1987, 229면; 이은영, 채권각론, 박영사, 2005, 844면.
- 17) 백승흠, “후견인의 요양·간호의무에 관한 고찰-개정 전 일본 민법의 해석론과 성년후견을 중심으로-”, 가족법연구(제18권 2호), 한국가족법학회, 2004, 158면.
- 18) 방재호, “정신질환자의 불법행위에 대한 감독자책임-책임주체에 관한 논의를 중심으로”, 의생명과학과 법(제20권), 원광대학교 법학연구소, 2018, 176면; 홍춘외, “후견제도의 개혁과 과제”, 가족법연구(제16권 2호), 한국가족법학회 2002, 28면.
- 19) 민법 제947조(피성년후견인의 복리와 의사존중) 성년후견인은 피성년후견인의 재산관리와 신상보호를 할 때 여러 사정을 고려하여 그의 복리에 부합하는 방법으로 사무를 처리하여야 한다. 이 경우 성년후견인은 피성년후견인의 복리에 반하지 아니하면 피성년후견인의 의사를 존중하여야 한다.
- 20) 성년후견인은 피성년후견인의 요양간호를 위해 식사보조 등 수발을 제공하는 개호인과 같이 사실행위를 하지 않는다. 그는 피성년후견인이 그와 같은 사실행위를 제공받을 수 있도록 각종의 개호계약, 의료계약 또는 시설입소계약 등을 대신 체결하고, 서비스를 제공받음에 있어서 피성년후견인에게 부당한 처우가 발생하지 않도록 이를 감독 내지 감시하며, 경우에 따라 이익을 신청하고 계약의 내용이나 당사자를 변경하거나 피성년후견인에게 필요한 각종의 사회복지급여를 대신 신청하는 등 포괄적인 지원을 제공함으로써 피성년후견인의 신상을 보호한다.
- 김주수·김상용, 친족·상속법 [제15판], 법문사, 2018, 530-531면; 박동섭·양경승, 친족상속법 [제5판], 박영사, 2020, 466-467면; 윤진수, 주해친족법 (2), 박영사, 2015, 1280면; 윤진수·현소혜, 2013년 개정민법해설, 법무부, 2013, 109면.

의 대리권은 광범위한 법정대리권이며, 성년후견인은 민법 제947조에 따른 신상보호의무를 부담함을 이유로 긍정하는 견해<sup>21)</sup>와 성년후견인은 제755조 제1항에 따른 포괄적인 감독의무를 부담하지 않는다고 보아 부정하는 견해<sup>22)</sup>가 있다. 후견인의 전문성과 보수체계에 따라 책임에 차등을 두는 것이 합리적임을 근거로, 성년후견인과 무보수 후견인을 구별하여 성년후견인의 경우 민법상 감독자책임을 부담하나, 무보수후견인은 부담하지 않는다는 절충설<sup>23)</sup>도 있다.

구 정신보건법 당시의 논의이기는 하나, 구 정신보건법의 목적은 정신질환자로부터 제3자를 보호하거나 정신질환으로 인한 위험발생을 차단하는 것이 아니라는 점, 보호의무자의 의무 또한 정신질환자를 보호하는 것일 뿐 정신질환자로부터 제3자를 보호하는 것을 목적으로 하지 않는다는 점을 지적하면서, 정신질환자가 심신상실의 책임무능력자인 경우에도 보호의무자에게 민법 제755조의 감독자책임을 인정되지 않는다고 보는 견해<sup>24)</sup>가 있었다. 이는 특히 구 정신보건법에서 정신질환의 경중을 가리지 않고 보호의무자를 두고 있었을 때 유의미한 견해로 보인다.

현행 정신건강복지법에서는 정신질환자의 범위를 축소하여 그 보호의무자에게는 일반적인 감독의무가 인정되며, 이 경우 보호의무자는 민법에 따른 후견인·부양의무자의 순위에 따르므로, 정신질환자가 책임무능력자인 경우에

21) 김준호, 채권법 -이론·사례·판례- [제4판], 법문사, 2013, 883면; 송덕수, 채권법각론 [제4판], 박영사, 2019, 530면; 윤진수, 친족상속법 강의 [제3판], 박영사, 2020, 287면.

22) 고명식, “고령자의 불법행위에 대한 손해배상책임 -책임무능력자에 대한 감독자책임을 중심으로-”, 재산법연구(제34권 2호), 한국재산법학회, 2017, 147면; 방재호, “정신질환자의 불법행위에 대한 감독자책임 -책임주체에 관한 논의를 중심으로”, 의생명과학과 법(제20권), 원광대학교 법학연구소, 2018, 180-181면; 제철웅, “성년후견인의 민법 제755조의 책임-그 정당성에 대한 비판적 검토”, 법조(제670권), 법조협회, 2012, 36-46면; 최성경, “성년 책임무능력자의 감독자의 책임”, 아주법학(제11권 1호), 아주대학교 법학연구소, 2017, 73면.

23) 구상엽, “개정민법상 성년후견제도에 대한 연구 -입법배경, 입법자의 의사 및 향후 과제를 중심으로-”, 서울대학교 박사학위논문, 2012, 183면.

24) 이재경, “성년책임무능력자의 불법행위에 대한 감독자책임”, 동아법학(제83호), 동아대학교 법학연구소, 2019, 198면 이하; 제철웅, “성년후견인의 민법 제755조의 책임 -그 정당성에 대한 비판적 검토-”, 법조(통권 제670호), 2012, 42면.

는 보호의무자가 민법 제755조의 감독자가 되는 경우가 많을 것이다.

#### 4. 정신질환자가 책임능력자인 경우

우리 대법원과 다수설이 책임능력 있는 미성년자의 감독의무자의 책임과 관련하여 취하고 있는 일반불법행위책임설에서는 책임무능력자에 대한 일반적인 감독의무를 묻는 민법 제755조와 달리, 책임능력자에 대한 감독의무자를 제750조에 따라 묻기 위해서는 피감독자의 나이, 성격, 품행, 감독자와의 동거여부, 경제적 독립여부 등에 따라 그 구체적 내용을 정한다고 본다.<sup>25)</sup> 정신질환자가 책임능력자인 경우에는 책임능력 있는 미성년자의 감독자와 유사하게 민법 제750조가 적용된다. 따라서 감독상의 부주의와 손해발생 사이에 인과관계가 있으면 일반 불법행위의 원칙에 따라 감독의무자가 책임을 부담한다. 그러나 이 경우 민법 제755조에 따른 증명책임의 전환은 인정되지 않으며 감독상의 부주의에 대한 주장·입증은 피해자인 원고가 하여야 한다.<sup>26)</sup> 이러한 경우 감독의무의 근거가 문제된다. 민법 제913조에서는 친권자에게 포괄적인 보호·교양의 권리의무를 부과하고 있는바,<sup>27)</sup> 친권자가 이러한 일반적 의무를 위반하였고 미성년자가 타인에게 불법행위를 한 경우 인과관계가 인정되면 친권자 자신의 불법행위가 성립된다고 보아야 한다.

그러나 이에 대해서는 민법 제755조의 감독의무와 제750조의 감독의무는 다르지 않다고 하면서, 대상판결의 사안과 같이 정신질환자의 책임능력이 인정되는 경우에는 민법 제755조 뿐 아니라 제750조에 의하더라도 감독의무 위반에 따른 손해배상책임을 인정하기 어렵다는 견해도 있다.<sup>28)</sup>

25) 송덕수, “책임능력있는 미성년자의 감독자책임”, 고시연구(제20권 3호), 고시연구사, 1993, 111-112면; 송오식, “책임능력 있는 미성년자의 감독자의 책임”, 법학논총(제25집), 전남대학교 법학연구소, 2005, 103면.

26) 김상용, 채권각론, 화산미디어, 2009, 679-680면; 송덕수, 채권법각론 [제4판], 박영사, 2019, 534-535면.

27) 민법

제913조(보호, 교양의 권리의무) 친권자는 자를 보호하고 교양할 권리의무가 있다.

28) 이재경, “정신질환자의 불법행위에 대한 구 정신보건법상 보호의무자의 감독자책임”, 법학

대법원은 ① 만14세 8개월의 중학교 3학년인 갑이 교실에서 동급생인 피해자의 배를 발로 걷어차는 등으로 상해를 입힌 사안에서, 주거지에서 부모와 함께 살고 있고 경제적인 면에서 전적으로 부모에게 의존하면서 부모의 전면적인 보호·감독 아래 있어 그 부모의 영향력은 책임무능력자에 가까우리만큼 크다는 점을 지적하면서, 그 부모들로서는 갑에 대하여 타인에게 불법행위를 함이 없이 정상적으로 사회에 적응할 수 있도록 일반적·일상적인 지도·조언 등 감독교육의 의무를 부담하고 있다 할 것인데도, 이를 게을리 하여 결과적으로 위 사고를 일으켜 피해자에게 손해를 가하였다 할 것이고, 갑의 감독의무자로서 위와 같은 감독의무를 해태한 과실과 손해발생 간에는 상당인과관계가 있다고 보아, 갑의 부모들은 갑의 책임과는 관계없이 피해자에 대한 손해배상책임을 부담한다고 판단한 바 있다.<sup>29)</sup>

한편, ② 만 17세 9개월 남짓된 고등학교 3학년생이 교통사고를 일으키기 8개월여 전에 원동기장치자전거운전면허를 취득하였는데, 친구 소유의 원동기장치자전거를 운전하다가 횡단보도에서 있던 피해자를 상해한 사안에서는 위 고등학생의 감독의무자인 부모들에 대한 민법 제750조에 따른 일반 불법행위 책임의 성립을 부정하였다. 즉, 피해자의 손해가 위 미성년자의 감독의무자의 의무위반과 상당인과관계가 있으면 감독의무자는 일반불법행위자로서 손해배상책임을 부담한다고 판시하면서도, 미성년자가 운전면허를 가지고 있었고 그 전에 운전사고가 없었던 점에 비추어 위 사고와 그 부모들의 감독의무 위반 사이에 상당인과관계가 있는 것으로 보기 어렵다고 보았다.<sup>30)</sup>

또한, ③ 재수생으로서 학원에 다니며 수학능력평가시험을 준비하던 책임능력 있는 미성년자가 타인을 폭행한 사안에서 소외인은 재수생으로서 학원에 다니면서 수학능력평가시험을 준비하고 있던 중 이 사건 사고를 일으켰다는 것일 뿐, 소외인이 타인을 폭행하거나 비행을 저지르는 등 평소 행실에 문제가

연구(통권 제69집), 전북대학교 법학연구소, 2022, 308-309면.

29) 대법원 1992. 5. 22. 선고 91다37690 판결.

30) 대법원 1994. 2. 8. 선고 93다13605 전원합의체 판결.

있었다는 것도 아니고, 소외인이 피고와 동거를 하면서 경제적인 면에서 피고에게 전적으로 의존하고 있다거나 이 사건 사고를 일으켰다는 사정만으로 피고에게 소외인에 대한 감독을 게을리 한 과실이 있다고 보기 어렵고, 달리 피고가 소외인에 대한 보호·감독의무를 게을리 한 과실로 인하여 이 사건 사고가 발생하였음을 인정할 자료가 없다고 하여 감독의무자인 아버지에게 소외인에 대한 감독의무를 게을리한 과실을 인정할 수 없다고 하였다.<sup>31)</sup>

대상판결의 경우 감독의무의 근거를 구 정신보건법 제22조 제2항에서 찾고 있다. 보호의무자가 자신이 보호하고 있는 정신질환자가 자신이나 다른 사람을 해치지 아니하도록 유의하여야 한다는 해당 규정의 내용은 정신건강복지법 제40조 제3항에서도 같은 취지로 규정하고 있다.

그러나 민법 제750조에 따라 감독의무 위반의 일반 불법행위책임을 인정할 경우에는 민법 제755조가 적용되는 경우와 달리 감독의무의 근거가 반드시 법률일 필요는 없다. 대상판결에서 손해배상의 범위를 보면 재산상 손해와 위자료로 나누고, 재산상 손해의 경우 다시금 가재도구에 대한 손해, 아파트 그늘림 제거 수리비 및 응급치료를 받으면서 지출한 치료비로 나누어 각 손해액을 판단하고 있다. 그런데 재산상 손해 중 치료비나 정신적 손해에 대한 위자료 외에 가재도구에 대한 손해, 아파트 수리비의 경우 구 정신보건법 제22조 제2항 내지 정신건강복지법 제40조 제3항이 보호의무자의 감독의무의 근거가 된다고 보기는 어렵다. 구 정신보건법 제22조 제2항 내지 정신건강복지법 제40조 제3항은 정신질환자 자신 또는 타인의 생명·신체를 보호법적으로 하는 규정이기 때문이다. 결론적으로 민법 제750조에서 말하는 감독의무의 근거는 법률뿐 아니라 사회상규나 조리에 의해서도 인정할 수 있다고 보아야 한다.

## 5. 보호의무자의 감독의무의 범위

앞서 살펴본 바와 같이 구 정신보건법에 따른 보호의무자는 민법에 따른 부

31) 대법원 2003. 3. 28. 선고 2003다5061 판결.

양의무자 또는 후견인으로서(구 정신보건법 제21조 제1항) 보호의무자 사이의 보호의무의 순위는 부양의무자· 후견인의 순위에 의하며 부양의무자가 2인 이상인 경우에는 민법 제976조의 규정에 따른다(같은 조 제2항). 보호의무자는 피보호자인 정신질환자로 하여금 적절한 치료를 받도록 노력하여야 하여야 하고(같은 법 제22조 제1항 전단), 정신질환자의 재산상의 이익등 권리보호를 위하여 노력하여야 하며 정신질환자를 유기하여서는 아니된다(같은 조 제3항).

정신건강복지법에서도 보호의무자의 순위만 바뀌었을 뿐 이와 동일한 내용을 규정하고 있다. 즉, 정신건강복지법에 따른 보호의무자는 민법에 따른 후견인 또는 부양의무자로서(정신건강복지법 제39조 제1항), 보호의무자 사이의 보호의무의 순위는 후견인· 부양의무자의 순위에 따르며 부양의무자가 2명 이상인 경우에는 민법 제976조에 따른다(같은 조 제2항). 보호의무자는 보호하고 있는 정신질환자가 자신이나 다른 사람을 해치지 아니하도록 유의하여야 하며, 정신질환자의 재산상의 이익 등 권리보호를 위하여 노력하여야 한다(같은 법 제40조 제3항).

보호의무자의 의무의 범위 및 내용과 관련하여 이를 자상타해방지감독의무로 해석하는 견해<sup>32)</sup>와 같은 항 전단만을 분리하여 보호의무자에게 정신질환자의 감독의무까지 부담하게 하는 것은 타당하지 않다는 견해<sup>33)</sup>가 대립한다. 전자의 견해에서는 정신건강복지법 시행규칙 제34조 제2항<sup>34)</sup>에서 정신질환

32) 방재호, “정신질환자의 불법행위에 대한 감독자책임 -책임주체에 관한 논의를 중심으로”, 의생명과학과 법(제20권), 원광대학교 법학연구소, 2018, 189-190면; 최성경, “성년 책임무능력자의 감독자의 책임”, 아주법학(제11권 1호), 아주대학교 법학연구소, 2017, 69-73면.

33) 고명식, “고령자의 불법행위에 대한 손해배상책임 -책임무능력자에 대한 감독자책임을 중심으로-”, 재산법연구(제34권 2호), 한국재산법학회, 2017, 149-151면.

34) 정신건강복지법

제43조(보호의무자에 의한 입원등) ① 정신의료기관등의 장은 정신질환자의 보호의무자 2명 이상(보호의무자 간 입원등에 관하여 다름이 있는 경우에는 제39조제2항의 순위에 따른 선순위자 2명 이상을 말하며, 보호의무자가 1명만 있는 경우에는 1명으로 한다)이 신청한 경우로서 정신건강의학과전문의가 입원등이 필요하다고 진단한 경우에만 해당 정신질환자를 입원등을 시킬 수 있다. 이 경우 정신의료기관등의 장은 입원등을 할 때 보호의무자로부터 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 입원등 신청서와 보호의무자임을 확인할 수 있는 서류를 받아야 한다.

자가 타인의 건강 또는 안전에 중대하거나 직접적인 위해를 가하거나 가할 개연성이 높다고 인정되는 경우 일정한 절차에 따라 보호의무자에 의한 입원을 규정하고 있음을 근거로 든다. 한편, 후자의 견해에서는 정신과 전문의조차 정신질환자의 제3자에 대한 불법행위를 예측하는 것이 곤란한데, 보호의무자가 정신질환자의 행위를 예측하여 적절한 감독행위를 한다는 것은 현실상 불가능하다는 점을 지적하면서, 보호의무자의 의무는 정신질환자의 제3자에 대한 불법행위의 위험이 있을 때 전문의의 진단을 받아 입원시키는 정도에 그치며, 정신질환자의 불법행위를 방지하기 위해 사실상의 감독행위를 해야 할 의무까지는 부담하지 않는다고 본다.

살피건대, 정신건강복지법 시행규칙 제34조는 같은 법 제43조의 위임을 받은 것으로서, 정신건강복지법 제43조는 보호의무자 2명 이상(보호의무자 간 입원등에 관하여 다름이 있는 경우에는 제39조제2항의 순위에 따른

② 제1항 진단에 따른 정신건강의학과전문의의 입원등 필요성에 관한 진단은 해당 정신질환자가 다음 각 호의 모두에 해당하는 경우 그 각각에 관한 진단을 적은 입원등 권고서를 제1항에 따른 입원등 신청서에 첨부하는 방법으로 하여야 한다.

1. 정신질환자가 정신의료기관등에서 입원치료 또는 요양을 받을 만한 정도 또는 성질의 정신질환을 앓고 있는 경우
2. 정신질환자 자신의 건강 또는 안전이나 다른 사람에게 해를 끼칠 위험(보건복지부령으로 정하는 기준에 해당하는 위험을 말한다. 이하 같다)이 있어 입원등을 할 필요가 있는 경우

③~⑪ (생략)

정신건강복지법 시행규칙

제34조(보호의무자에 의한 입원등) ① 법 제43조제1항에 따라 입원등을 시키려면 별지 제15호서식의 보호입원등 신청서(전자문서로 된 신청서를 포함한다)에 다음 각 호의 서류(전자문서를 포함한다)를 첨부하여 정신의료기관등의 장에게 제출하여야 한다.

1.~3. (생략)

② 법 제43조제2항제2호에서 “보건복지부령으로 정하는 기준에 해당하는 위험”이란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 말한다. 이 경우 해당 위험 기준을 판단하는 때에는 정신질환자의 질병, 증세, 증상, 기왕력, 행위의 성격 또는 건강이나 안전에 미치는 영향 등을 종합적으로 고려하여야 한다.

1. 본인 또는 타인의 건강 또는 안전에 중대하거나 직접적인 위해를 가하는 경우
2. 본인 또는 타인의 건강 또는 안전에 중대하거나 직접적인 위해를 가할 개연성이 높다고 인정되는 경우
3. 본인 또는 타인의 건강 또는 안전에 상습적인 위해를 가하는 경우
4. 본인의 건강이나 안전에 중대하거나 급박한 위험이 있는 경우
5. 본인의 건강이나 안전에 중대하거나 급박한 위험의 개연성이 높다고 인정되는 경우

③ (생략)

신순위자 2명 이상을 말하며, 보호의무자가 1명만 있는 경우에는 1명으로 한다)이 신청하여 정신질환자를 입원등을 시키는 경우를 규정하고 있다. 그런데 정신건강증진법 제43조 제2항은 구 정신보건법 제24조 제2항<sup>35)</sup>과 명백하게 다른 요건 하에서 보호의무자에 의한 입원이 가능하도록 규정하고 있는바,<sup>36)</sup> ‘정신질환자가 정신의료기관등에서 입원치료 또는 요양을 받을 만한 정도 또는 성질의 정신질환을 앓고 있는 경우’와 ‘정신질환자 자신의 건강 또는 안전이나 다른 사람에게 해를 끼칠 위험이 있어 입원등을 할 필요가 있는 경우’의 요건을 모두 충족할 것을 요하며, 각각에 대해 정신건강의학과전문의의 입원등 필요성에 관한 진단을 필요로 한다. 이는 본인의 의사와 무관한 비자의(非自意)입원으로서, 공익적 이유를 근거로 하여 공법에 의해 정신질환자의 자유를 박탈하는 것으로 볼 수 있다. 이는 입원단계에서 입원적합성심사위원회 산하 입원심사소위원회가 입원적합성을 인정하여야 하는 점(정신건강복지법 제45조 제1항·제2항, 제47조 제1항),<sup>37)</sup>

### 35) 구 정신보건법

제24조(보호의무자에 의한 입원) ① 정신의료기관등의 장은 정신질환자의 보호의무자 2인의 동의(보호의무자가 1인인 경우에는 1인의 동의로 한다)가 있고 정신건강의학과전문의가 입원등이 필요하다고 판단한 경우에 한하여 당해 정신질환자를 입원등을 시킬 수 있으며, 입원등을 할 때 당해 보호의무자로부터 보건복지부령으로 정하는 입원등의 동의서 및 보호의무자임을 확인할 수 있는 서류를 받아야 한다.

② 정신건강의학과전문의는 정신질환자가 입원등이 필요하다고 진단한 때에는 제1항에 따른 입원등의 동의서에 당해 정신질환자가 다음 각 호의 어느 하나에 정한 경우에 해당된다고 판단한다는 의견을 기재한 입원등의 권고서를 첨부하여야 한다.

1. 환자가 정신의료기관등에서 입원등 치료 또는 요양을 받을 만한 정도 또는 성질의 정신질환에 걸려 있는 경우

2. 환자 자신의 건강 또는 안전이나 타인의 안전을 위하여 입원등을 할 필요가 있는 경우

③~⑨ (생략)

36) 제철웅, “정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률 제43조 및 민법 제947조의2 제2항에 의한 비자의입원의 상호관계”. 가족법연구(제31권 1호), 한국가족법학회, 2017, 257면.

### 37) 정신건강복지법

제45조(입원등의 입원적합성심사위원회 신고 등) ① 제43조 또는 제44조에 따라 입원등을 시키고 있는 정신의료기관등의 장은 입원등을 시킨 즉시 입원등을 한 사람에게 입원등의 사유 및 제46조에 따른 입원적합성심사위원회에 의하여 입원적합성심사를 받을 수 있다는 사실을 구두 및 서면으로 알리고, 입원등을 한 사람의 대면조사 신청 의사를 구두 및 서면으로 확인하여야 한다.

입원적합성심사위원회는 정신건강의학과전문의, 판사·검사 또는 변호사의 자격이 있는 사람, 정신건강복지센터 소속 정신건강전문요원, 정신질환자의 보호와 재발을 위하여 노력한 정신질환자의 가족, 정신건강에 관한 전문지식과 경험을 가진 사람이 각각 1명 이상 포함하여야 하는 점(정신건강복지법 시행령 제22조 제6항,<sup>38)</sup> 국립정신건강센터 입원적합성심사위원회 운영 규정 제4조 제1항<sup>39)</sup>), 입원심사소위원회로부터 입원의 부적합 통지

② 제1항에 따른 정신의료기관등의 장은 입원등을 한 날부터 3일 이내에 제46조에 따른 입원적합성심사위원회에 입원등을 한 사람의 주민등록번호를 포함한 인적사항, 입원등 일자, 진단명, 입원등 필요성, 대면조사 신청 여부 및 그 밖에 대통령령으로 정하는 사항을 신고하여야 한다.

제47조(입원적합성심사위원회의 심사 및 심사결과 통지 등) ① 입원적합성심사위원회의 위원장은 제45조제2항에 따라 신고된 입원등을 입원심사소위원회에 회부하여야 하고, 입원등을 한 사람이 피후견인인 경우에는 관할 가정법원에 입원 사실 등을 통지하여야 한다.

②~⑤ (생략)

38) 정신건강복지법 시행령 제22조(입원적합성심사위원회의 구성 및 운영 등)

① 보건복지부장관은 법 제46조제1항에 따른 입원적합성심사위원회(이하 “입원적합성심사위원회”라 한다)의 위원이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 해당 위원을 해임하거나 해촉할 수 있다.

1. 심신장애로 인하여 직무를 수행할 수 없게 된 경우
2. 직무와 관련된 비위사실이 있는 경우
3. 직무태만, 품위손상이나 그 밖의 사유로 위원으로 적합하지 아니하다고 인정되는 경우
4. 위원 스스로 직무를 수행하는 것이 곤란하다고 의사를 밝히는 경우

② 입원적합성심사위원회 위원장은 해당 입원적합성심사위원회를 대표하며, 위원회의 업무를 총괄한다.

③ 입원적합성심사위원회 위원장이 부득이한 사유로 직무를 수행할 수 없을 경우에는 위원장이 미리 지명한 위원이 그 직무를 대행한다.

④ 입원적합성심사위원회의 재적위원 과반수의 출석으로 개의(開議)하고 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다.

⑤ 입원적합성심사위원회는 입원등적합성심사 업무를 전문적으로 수행하기 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 보건복지부장관이 정하는 기준에 따라 전문가문단을 구성·운영할 수 있다.

⑥ 제1항부터 제5항까지에서 규정한 사항 외에 입원적합성심사위원회의 구성·운영에 필요한 사항은 보건복지부장관이 정한다.

39) 국립정신건강센터 입원적합성심사위원회 운영 규정

제4조(위원의 구성) ① 입원적합성심사위원회의 위원은 입원적합성심사위원회 위원장을 포함하여 10명 이상 30명 이내의 위원으로 구성하고, 입원적합성심사위원회 위원장은 국립정신건강센터장 및 국립정신병원장으로 하며, 위원은 위원장의 추천으로 보건복지부장관이 임명 또는 위촉하되 다음 각 호에 해당하는 사람 중 각각 1명 이상을 포함하여야 한다.

를 받은 경우(정신건강복지법 제47조 제3항·제4항)<sup>40)</sup> 뿐 아니라, 입원한 사람 또는 보호의무자가 퇴원을 신청한 경우에는 특별한 사정이 없는 한, 정신의료기관의 장은 지체 없이 그 사람을 퇴원을 시켜야 하는 점(정신건강복지법 제43조 제9항)<sup>41)</sup>에서도 드러난다. 한편, 비자의입원을 신청할 수 있는 사람은 보호의무자에 한정되지 아니한다. 정신건강의학과전문의 또는 정신건강전문요원(정신건강복지법 제44조 제1항)이나 경찰관(국가공무원법 제2조제2항제2호에 따른 경찰공무원과 지방공무원법 제2조제2항제2호에 따른 자치경찰공무원을 말한다)은 정신질환으로 자신의 건강 또는 안전이나 다른 사람에게 해를 끼칠 위험이 있다고 의심되는 사람을 발견하였을 때에는 그 사람에 대한 진단과 보호를 신청할 수 있고(정신건강

1. 정신건강의학과전문의
2. 판사·검사 또는 변호사의 자격이 있는 사람
3. 정신건강복지센터 소속 정신건강전문요원
4. 정신질환자의 보호와 재발을 위하여 노력한 정신질환자의 가족
5. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사람으로서 정신건강에 관한 전문지식과 경험을 가진 사람
  - 가. 정신건강증진시설의 설치·운영자
  - 나. 「고등교육법」 제2조에 따른 학교에서 심리학·간호학·사회복지학 또는 사회사업학을 가르치는 전임강사 이상의 직에 있는 사람
  - 다. 정신질환을 치료하고 회복한 사람
  - 라. 그 밖에 정신건강 관계 공무원, 인권전문가 등 정신건강과 인권에 관한 전문지식과 경험이 있다고 인정되는 사람

② 위원의 임기는 2년으로 하되, 연임할 수 있다.

40) 정신건강복지법

제47조(입원적합성심사위원회의 심사 및 심사결과 통지 등)

- ①~② (생략)
- ③ 입원적합성심사위원회의 위원장은 최초로 입원등을 한 날부터 1개월 이내에 정신의료기관등의 장에게 입원등의 적합 또는 부적합 여부를 서면으로 통지하여야 한다. 이 경우 통지의 방법과 절차 등에 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다.
- ④ 정신의료기관등의 장은 제3항에 따라 입원등의 부적합 통지를 받은 경우에는 해당 입원등을 한 사람을 지체 없이 퇴원등을 시켜야 한다.

41) 정신건강복지법

제43조(보호의무자에 의한 입원등)

- ①~⑧ (생략)
- ⑨ 정신의료기관등의 장은 입원등을 한 사람 또는 보호의무자가 퇴원등을 신청한 경우에는 지체 없이 그 사람을 퇴원등을 시켜야 한다. 다만, 정신의료기관등의 장은 그 입원등을 한 사람이 제2항 각 호에 모두 해당하는 경우에는 퇴원등을 거부할 수 있다.
- ⑩~⑪ (생략)

복지법 제44조 제2항), 이 경우 일정한 절차를 거쳐 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장은 그 사람을 2주의 범위에서 기간을 정하여 입원하게 할 수 있다(정신건강복지법 제44조 제3항·제4항).<sup>42)</sup> 이러한 점에서 정신건강복지법은 정신질환의 예방·치료, 정신질환자의 재활·복지·권리보장과 정신건강 친화적인 환경 조성에 필요한 사항을 규정함으로써 정신질환자의 인간다운 삶을 영위하는 데 이바지함을 목적으로 할 뿐 아니라(정신건강복지법 제1조), 타인의 건강 또는 안전에 중대하거나 직접적인 위해를 가하거나 가할 개연성이 높다고 인정되거나 상습적인 위해를 가하는 경우 정신질환자의 비자의입원이 가능하도록 하여(정신건강복지법 시행규칙 제34조 제2항) 공공의 이익 또한 보호함을 목적으로 하고 있다고 볼 것이다.

이러한 점을 종합적으로 고려하여 살펴보면, 정신질환자가 본인 또는 타인의 건강 또는 안전에 중대하거나 직접적인 위해를 가하는 경우라고 하더라도 그 입원에 대한 책임이 보호의무자에게 전적으로 있다고 보기 어렵다. 다만, 보호의무자가 입원신청을 하였으나 정신건강의학과전문의가 입원등이 필요하

#### 42) 정신건강복지법

제44조(특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장에 의한 입원) ① 정신건강의학과전문의 또는 정신건강전문요원은 정신질환으로 자신의 건강 또는 안전이나 다른 사람에게 해를 끼칠 위험이 있다고 의심되는 사람을 발견하였을 때에는 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장에게 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 사람에 대한 진단과 보호를 신청할 수 있다.

② 경찰관(「국가공무원법」 제2조제2항제2호에 따른 경찰공무원과 「지방공무원법」 제2조제2항제2호에 따른 자치경찰공무원을 말한다. 이하 같다)은 정신질환으로 자신의 건강 또는 안전이나 다른 사람에게 해를 끼칠 위험이 있다고 의심되는 사람을 발견한 경우 정신건강의학과전문의 또는 정신건강전문요원에게 그 사람에 대한 진단과 보호의 신청을 요청할 수 있다.

③ 제1항에 따라 신청을 받은 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장은 즉시 그 정신질환자로 의심되는 사람에 대한 진단을 정신건강의학과전문의에게 의뢰하여야 한다.

④ 정신건강의학과전문의가 제3항의 정신질환자로 의심되는 사람에 대하여 자신의 건강 또는 안전이나 다른 사람에게 해를 끼칠 위험이 있어 그 증상의 정확한 진단이 필요하다고 인정된 경우에 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장은 그 사람을 보건복지부장관이나 지방자치단체의 장이 지정한 정신의료기관(이하 “지정정신의료기관”이라 한다)에 2주의 범위에서 기간을 정하여 입원하게 할 수 있다.

⑤~⑩ (생략)

다고 진단하지 않은 경우나 정신의료기관등의 장은 입원등을 받아들이지 않은 경우에는 보호의무자의 감독의무 위반 자체가 없다고 보아야 하며, 설혹 감독의무 위반이 있다고 하더라도 정신질환자의 불법행위로 인한 손해와의 사이에 인과관계가 존재하지 않는다고 보아야 할 것이다.

결론적으로 보호의무자의 감독의무는 대상판결의 판시와 같이 정신질환자의 행동으로 인한 모든 결과를 방지할 일반적인 의무가 아니라 법령, 사회상규, 조리, 신의칙, 형평의 원칙 등을 종합적으로 고려하여 합리적으로 제한된 범위에서 판단하여야 하고, 피보호자인 정신질환자가 타인을 위해할 가능성이 있다는 구체적인 위협을 인지하였는데도 대비를 하지 않은 경우와 같이 보호의무자에게 정신질환자의 행위에 관해서 책임을 묻는 것이 타당한 객관적 상황이 인정되는지 여부에 따라 개별적으로 판단하여야 한다.

## 6. 외국법제에서의 규정 및 판례

### 가. 일본 민법의 규정 및 판례

일본 민법은 우리 민법 제750조에 대응하는 제709조(불법행위에 의한 손해배상)<sup>43)</sup>와 우리 민법 제755조에 대응하는 제714조(책임무능력자의 감독의무자 등의 책임)<sup>44)</sup>를 두고 있기 때문에, 일본에서의 논의는 우리나라에서도 참고할 만하다. 일본에서는 책임능력 없는 자의 제3자에 대한 불법행위와 관련하여 감독자책임에 관한 논의가 상당히 이루어졌다.<sup>45)</sup> 대상판결은 책임

43) 일본 민법

제709조(불법행위에 의한 손해배상) 고의 또는 과실에 의해 타인의 권리 또는 법률상 보호되는 이익을 침해한 자는 이로 인해 발생한 손해를 배상할 책임을 진다.

44) 일본 민법

제714조(책임무능력자의 감독의무자 등의 책임) ① 전 2조의 규정에 의해 책임무능력자가 그 책임을 지지 않는 경우, 그 책임무능력자를 감독하는 법정의 의무를 부담하는 자는 그 책임무능력자가 제3자에게 가한 손해를 배상할 책임을 진다. 다만, 감독의무자가 그 의무를 해태하지 않았을 때, 또는 그 의무를 해태하지 않았더라도 손해가 발생한 때에는 그러하지 아니하다.

② 감독의무자를 대신해서 책임무능력자를 감독하는 자도 전항의 책임을 진다.

45) 米村滋人, “責任能力のない精神障害者の事故に関する近親者等の損害賠償責任”, 法学教室

능력 있는 정신질환자의 보호의무자가 부담하는 불법행위 손해배상책임에 관한 것이기에 논의의 측면은 약간 다르나, 일본에서의 논의 또한 경청할 만한 부분이 있다. 일본에서 가장 유명한 사례는 이른바 JR토카이(東海) 사건이다.<sup>46)</sup> 치매에 걸린 A(당시 91세)는 여객철도사업을 운영하는 회사인 원고가 운영하는 노선의 역 구내 선로에 들어가 역으로 들어오는 열차에 충돌하여 사망하였다. 원고는 이 사고로 인해 열차가 지연되는 등 손해를 입었다고 주장하면서 A의 아내인 피고 1(당시 85세)과 장남인 피고 2 등을 상대로 일본 민법 제709조 및 제714조에 따라 손해배상금 및 이에 대한 지연손해금을 청구하였다. 한편, A와 피고 1 사이에는 피고 2 외에도 3명의 자녀가 더 있었으나, 그들에 대한 손해배상청구는 간호에 대한 관여의 정도를 이유로 제1심 법원에서 기각되었다.<sup>47)</sup>

피고 1의 경우 제1심인 나고야 지방재판소<sup>48)</sup>에서는 A로부터 눈을 떼지 않고 지켜보기를 게을리 한 과실이 있으며, 그러한 과실과 사고 발생 사이에 상당인과관계가 있기 때문에, 일본 민법 제709조에 따라 원고의 손해를 배상할 책임이 있다고 보았다. 제2심인 나고야 고등재판소<sup>49)</sup>에서는 피고 1은 일본 정신보건복지법 제20조 제1항 및 제2항 제2호에 따라 배우자로서 A의 보호자의 지위에 있으므로 부부로서 협력부조의무 이행을 법적으로 기대할 수 없는 특

429号, 2016, 50頁 이하; 窪田充見, “最判平成28年3月1日-JR東海事件上告審判決が投げかけるわが国の制度の問題”, *ジュリスト* 1491号, 2016, 62-68頁.

- 46) 最高裁平成28年(2016年)3月1日判決, 民集70卷3号681頁.  
 이에 대한 소개로는 고철웅, “치매고령자의 불법행위와 감독자책임 범리에 관한 소고”, *민사법학*(제91호), 한국민사법학회, 2020, 182면 이하; 최성경, “성년 책임무능력자의 감독자의 책임”, *아주법학*(제11권 1호), 아주대학교 법학연구소, 2017, 61면 이하.
- 47) 각 심급에서 피고 1과 피고 2의 불법행위책임의 인정 여부는 다음과 같다.

	피고 1(아내)의 책임	피고 2(장남)의 책임
제1심(나고야 지방재판소)	○ (일본 민법 제709조)	○ (일본 민법 제714조)
제2심(나고야 고등재판소)	○ (일본 민법 제709조)	×
최고재판소	×	×

- 48) 名古屋地方裁判所平成25年(2013年)8月9日判決, 平成22年(ワ)第819号.  
 이에 대한 소개로는 오호철, “성년후견인의 제3자에 대한 책임 -일본 나고야지방법판소 平成25年(2013년)8月9日判決과 관련하여-”, *법학연구*(제56집), 한국법학회, 2014, 119면 이하.
- 49) 名古屋高等裁判所 平成26年(2014年)4月24日判決, 平成25年(ネ)第752号.

별한 사정이 없는 한, 부부의 동거의무 및 협력부조의무에 따라 정신장애인이 된 배우자에 대한 감독의무를 부담한다고 보았다. 그러나 최고재판소의 다수의견은 보호자의 정신장애인에 대한 자상타해방지 감독의무는 1999년 법률 제65호로 폐지되었고, 후견인의 1999년 법률 제149호에 의한 민법 제858조로 개정되어 성년후견인이 그 사무를 실시할 때 성년피후견인의 심신의 상태 및 생활의 상황에 배려해야 한다는 취지의 이른바 신상배려의무로 변경되었음을 지적하면서, 이러한 신상배려의무는 성년후견인을 상대로 사실행위로서 성년피후견인의 현실적인 개호나 성년피후견인의 행동을 감독하는 것을 요구하는 것이라고 해석할 수 없다고 판시하였다.<sup>50)</sup> 그리고 부부간 동거, 협력 및 부조의무를 규정한 일본 민법 제752조는 부부 상호 간에 상대방을 상대로 부담하는 의무이며, 제3자와의 관계에서 부부의 일방에 어떠한 작위의무를 부과하는 것이 아니라는 점을 명시하였다. 따라서 정신장애인과 동거하는 배우자라고 해서 그 사람이 책임무능력자를 감독하는 법정의 의무를 부담하는 자에 해당한다고는 할 수 없다는 것이다.

피고 2의 경우 제1심인 나고야 지방재판소에서는 장남으로서 A의 개호에 대한 가족회의에서 최종 방침을 결정하고, A의 유산 분할과 관련하여 중요한 재산을 처분하고 방침 등을 결정하는 지위에 있다고 하면서, 사회 통념상 일본 민법 제714조 제1항의 법정감독의무자나 같은 조 제2항의 대리감독자와 동일시할 수 있는 A의 사실상의 감독자로서 의무를 게을리하였으므로, 그러한 의무를 게을리 하지 않았더라도 손해가 발생하였을 것이라는 점이 인정되지 않는 한, 책임을 부담한다고 보았다. 그러나 제2심인 나고야 고등재판소에서는 피고 2는 A에 대하여 부담하는 일본 민법 제877조 제1항에 따른 직계혈족 간의 부양의무는 경제적인 부양을 중심으로 하는 부조의무에 불과하며, A의 성년후견인으로 선임되었다거나 정신보건복지법상 보호자의 지위에 있었던 것도 아니라는 점을 지적하면서, A의 생활 전반에 대해 배려하거나 그 신상에 대

50) 다만, 해당 사안에서 피고 1과 피고 2는 성년후견인이 아니었다.

해 감호할 법적 의무를 부담하지 않는다고 보았다. 또한 피고 2는 A가 홀로 외출하고 배회하여 선로로 들어가는 행동에 대한 구체적인 예견가능성이 없다고 보아 우리 민법 제750조에 해당하는 일본 민법 제709조에 따른 손해배상책임도 부담하지 않는다고 보았다. 최고재판소 또한 피고 2가 A의 장남이라 하여 A를 감독할 법정의 의무를 지는 자에 해당한다고 볼 법령상의 근거가 없다고 보았다.

위 판사에서 대상판결과 관련하여 살펴볼 만한 부분은 우리 민법 제750조에 대응하는 일본 민법 제709조의 해석 부분이다. 아내인 피고 1과 관련하여 제1심에서는 A로부터 눈을 떼지 않고 지켜볼 의무를, 제2심에서는 일본 정신보건복지법에 따른 보호자로서 부부의 동거의무 및 협력부조의무를 각 인정하여 감독의무 위반으로 인한 일반 불법행위책임을 인정하였으나, 최고재판소는 이를 인정하지 아니하였다. 장남인 피고 2의 경우 제2심에서 A의 단독 외출 및 선로 무단 출입에 대한 구체적인 예견가능성이 없다고 보아 일반 불법행위로 인한 손해배상책임을 부인하였다. 비록 결론에 있어서 보호의무자의 감독의무가 인정되지 않은 사안이나, 감독의무의 근거를 법령에 한정하고 있지 아니한 점, 일반 불법행위 손해배상책임에 있어 구체적인 예견가능성을 요구한 점은 주목할 만하다.

## 나. 독일 민법의 규정

독일에서는 감독의무자의 책임을 규정함에 있어, 미성년으로 인하여 또는 정신적·신체적인 상태로 인하여 감독을 필요로 하는 사람을 감독할 의무를 법률에 의하여 부담하거나 계약에 의하여 감독의무를 인수한 사람은 피감독자가 제3자에게 위법하게 가한 손해를 배상할 의무를 부담하되, 감독의무를 다하였거나 적절한 감독을 하더라도 손해가 발생할 경우에는 배상의무가 발생하지 않는다고 본다(독일 민법 제832조).<sup>51)</sup> 여기에서 주목할 만한 부분은 피감독

51) 독일 민법

제832조 (감독의무자의 책임) ① 미성년으로 인하여 또는 정신적·신체적인 상태로 인하여

자는 심신상실일 것을 요하지 않는다는 점 및 감독의무의 근거로 법률뿐 아니라 계약 또한 명시하고 있다는 점이다.

## 다. 네덜란드 민법의 규정

네덜란드에서는 의무법의 일반부분 중 불법행위와 관련된 일반조항에서 만 14세를 기준으로 불법행위책임의 성립 여부를 구별하여 규정하고 있다. 우선, 만 14세 미만 미성년자의 행위는 원칙적으로 불법행위가 되지 않는다(네덜란드 민법 제164조).<sup>52)</sup> 한편, 만 14세 이상의 자의 경우 그의 행위가 정신적·신체적 장애가 원인이 되었다고 하더라도, 원칙적으로 불법행위책임을 부담하며, 감독자의 감독이 불충분한 경우 그 감독자 또한 손해의 전부에 대한 배상책임을 부담한다(네덜란드 민법 제165조).<sup>53)</sup>

네덜란드의 경우 만 14세 이상의 자의 경우 심신상실과 심신미약의 정도를 구별하지 아니하고 원칙적으로 불법행위책임을 인정한 점, 또한 정신적·신체적 장애가 있는 자가 책임능력이 있는 경우에 감독자의 책임의 근거 규정을 일원화한 점이 주목할 만하다. 우리나라에서는 정신질환자의 책임능력이 있는 경우 감독의무자의 불법행위책임에 대한 특별한 규정을 두고 있지 아니하고 일반불법행위책임을 포괄적으로 규정하고 있기 때문에, 책임능력 있는 자의 감독의무자의 책임은 민법 제750조의 일반불법행위책임으로 돌아가 판단하게 되는데, 감독자의 책임규정을 네덜란드 민법과 같이 일원화하여 규정하는

감독을 필요로 하는 사람을 감독할 의무를 법률에 의하여 부담하는 사람은 피감독자가 제3자에게 위법하게 가한 손해를 배상할 의무를 진다. 감독의무자가 감독의무를 다한 때 또는 적절한 감독을 한 때에도 손해가 발생하였을 경우에는 배상의무가 발생하지 아니한다.

② 계약에 의하여 감독의무를 인수한 자도 동일한 책임을 진다.

52) 네덜란드 민법 제164조

아직 만 14세가 되지 않은 미성년자의 행위는 불법행위로 간주할 수 없다.

53) 네덜란드 민법 제165조

1. 만 14세 이상의 자의 행위로 볼 수 있는 행위가 정신적·신체적 결함의 영향으로 행하여 졌다고 해서 행위자의 위법행위로 귀속되는 것을 배제하지 아니한다.
2. 불충분한 감독으로 인해 제3자도 피해자에 대해 책임이 있는 경우, 이 제3자는 가해자의 피해자에 대한 전체 책임을 배상해야 한다.

방안도 입법론으로서 재고(再考)의 여지가 있다.

## 7. 민법 개정안의 내용

현행 민법 제750조 및 제755조의 해석에 대한 다수설과 대법원 판례에 따르면 책임능력 없는 자의 감독자는 민법 제755조의, 책임능력 있는 자의 감독자는 민법 제750조의 각 요건을 충족한 경우 불법행위책임을 부담한다. 그런데 2004년 민법개정안 제755조 제2항에 따르면 미성년자를 감독할 법정 의무 있는 자는 미성년자에게 책임능력이 있는 경우에도 미성년자에게 변제자력이 있는 경우가 아닌 한 감독자 책임을 부담한다고 보았다.<sup>54)</sup>

한편, 2013년 민법개정시안 제755조 제1항에 따르면 책임능력의 유무를 묻지 아니하고 미성년자나 심신상실자를 감독할 법정 의무 있는 자는 감독의무를 다하거나 다하였더라도 손해가 있는 경우가 아닌 한, 미성년자나 심신상실자가 제3자에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다고 보았다.<sup>55)</sup>

그러나 2004년 민법개정안이나 2013년 민법개정시안과 같이 책임능력 있는 자에 대한 감독자의 책임을 민법 제755조에서 명확하게 규정하지 않는 이상, 현재의 판례와 같이 결국 책임능력 있는 미성년자나 정신질환자의 감독자

---

### 54) 2004년 민법개정안

제755조(감독자의 책임) ① 제753조 및 제754조의 규정에 의하여 무능력자에게 책임없는 경우에는 이를 감독할 법정 의무 있는 자가 그 무능력자의 제3자에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다. 그러나 감독의무를 해태하지 아니한 때에는 그러하지 아니하다.

② 미성년자를 감독할 법정 의무 있는 자는 미성년자에게 책임능력이 있는 경우에도 제1항의 책임이 있다. 그러나 그 미성년자에게 변제자력이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

③ 감독의무자에 갈음하여 책임무능력자 또는 책임능력 있는 미성년자를 감독하는 자도 제1항 및 제2항의 책임이 있다.

### 55) 2013년 민법개정시안

제755조(감독의무자의 책임) ① 미성년자나 심신상실자를 감독할 법정 의무 있는 자는 미성년자나 심신상실자가 제3자에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다. 그러나 감독의무자가 감독의무를 다한 때 또는 감독의무를 다하였더라도 손해가 있을 경우에는 그러하지 아니하다.

② 감독의무자에 갈음하여 미성년자나 심신상실자를 감독하는 자도 제1항의 책임이 있다.

에 대해서는 민법 제750조의 책임을 추궁할 수밖에 없을 것이다.

## IV. 결론

### 1. 정신질환자 보호의무자의 책임

대상판결은 구 정신보건법 당시의 논의이나, 앞으로 많은 사례들에 적용될 수 있는 현행 정신건강복지법에 따르면 정신질환자가 책임무능력자인 경우, 정신건강복지법에 따른 보호의무자는 민법 제755조의 감독자가 되는 경우가 많을 것으로 예상된다. 다만 이 사안과 같이 정신질환자가 책임능력자인 경우에는 구체적인 예견 및 감독가능성에 따라 여전히 민법 제750조의 적용 여부를 살펴야 한다.

종전 판례의 논의는 주로 책임능력 있는 미성년자의 감독자책임에 초점이 맞추어져 왔다. 대상판결은 책임능력 있는 정신질환자의 보호의무자의 법률상 감독의무 위반으로 인한 손해배상책임의 근거를 민법 제750조로 명시하였다는 데 의의가 있다. 다만 이 경우 피감독자는 정신질환자에 한정한다고 볼 것은 아니며, 망상, 환각, 사고나 기분의 장애 등으로 인하여 독립적으로 일상생활을 영위하는 데 일정한 제약이 있는 사람도 피감독자가 될 수 있고, 그 경우 그 감독자 또한 민법 제750조의 일반 불법행위책임을 부담할 수 있을 것이다.

### 2. 감독의무의 근거

대상판결은 구 정신보건법에 따른 보호의무자가 같은 법 제22조 제2항에 따라 정신질환자에 대한 감독의무를 부담함을 근거로, 보호의무자에게 민법 제750조에 따른 감독의무 소홀로 인한 불법행위책임이 성립한다고 판시하고 있다. 이는 마치 민법 제750조에 따른 책임주체가 되기 위해 법정의 감독의무를 요구하는 취지로 보인다. 그러나 ‘감독할 법정 의무’를 명문의 규정으로 요

구하는 민법 제755조 제1항의 경우와 달리, 민법 제750조는 일반 불법행위책임을 규정하고 있을 뿐이므로, 민법 제750조에 따라 감독의무 위반으로 인한 불법행위책임을 인정하기 위해서는, 감독의무의 근거가 반드시 법률일 것을 요하지 아니한다. 이 경우 사회상규나 조리에 의해서도 감독의무를 인정할 수 있다고 보아야 한다.

### 3. 감독의무의 범위

일본의 JR토카이 사건에서의 판시와 같이, 구체적인 사실관계에 따라 정신질환자의 행동에 대해 보호의무자가 구체적인 예견가능성이 없다고 볼 경우도 있을 수 있다. 구체적인 사실관계를 보면 JR토카이 사건의 경우 피고 1은 당시 85세로서 좌우 다리에 마비가 있고 요개호 1단계를 인정받았으며, 피고 1이 단독으로 A를 간호한 것이 아니라 큰며느리의 도움을 받아 간호하였다는 점을 고려한 것으로 보인다. 반면, 대상판결의 경우 소외 2가 당시 만 28세의 성인이기는 하나, 피고가 그 이전에 소외 2를 안정시키고 대화를 하는 등 소외 2에 대해 어느 정도 감독이 가능했다는 점을 고려한 것으로 보인다.

이러한 점에서 대상판결은 보호의무자의 감독의무가 정신질환자의 행동으로 인한 모든 결과를 방지해야 하는 일반적인 의무가 아니라 합리적으로 제한된 범위에서의 의무라고 판시한 것으로 보인다. 또한 대상판결은 보호의무자가 피보호자인 정신질환자가 타인을 위해할 가능성이 있다는 구체적인 위험을 인지하였는데도 대비를 하지 않은 경우와 같이 정신질환자의 행위에 관해서 책임을 묻는 것이 타당한 객관적 상황이 인정되는지 여부에 따라 개별적으로 판단하여야 한다고 판시하고 있다.

생각건대, 민법 제755조의 감독의무와 제750조의 감독의무를 동일선상에서 논의할 수는 없다고 보인다. 제755조는 미성년자 또는 심신상실자로서 책임능력 없는 자의 감독자가 부담하는 손해에 대한 것이므로 일반적인 감독의무를 전제한 것이라고 봄이 상당하다. 그러나 책임능력이 있다면 미성년자의 경우이든, 정신질환자의 경우이든, 변제자력의 유무에도 불구하고 원칙적으

로 본인이 불법행위책임을 부담하여야 한다. 피해자를 보호하고 손해의 공평 타당한 분담을 목적으로 하는 불법행위법의 취지에 비추어서도 감독자는 구체적인 상황에서 감독의무를 게을리하였을 때에만 제750조에 따른 일반불법행위책임을 부담한다고 봄이 타당하다.

정신건강복지법에 따른 보호의무자에게는 피감독자에 대한 일반적인 자상 타해방지감독의무까지 인정하기는 어렵다고 할 것이나, 보호의무자가 입원신청을 하였으나 정신건강의학과전문의가 입원등이 필요하다고 진단하지 않은 경우나 정신의료기관등의 장은 입원등을 받아들이지 않은 경우 및 정신질환자의 행동에 대해 보호의무자에게 구체적인 예견가능성이 없다고 판단될 경우에는 보호의무자의 감독의무 위반 자체가 없다고 보아야 하며, 설혹 감독의무 위반이 있다고 하더라도 정신질환자의 불법행위로 인한 손해와의 사이에 인과관계가 존재하지 않는다고 보아야 할 것이다.

[ 참고 문 헌 ]

[단행본]

- 곽윤직, 『채권각론』, 박영사, 2013.
- 김상용, 『채권각론』, 화산미디어, 2016.
- 김주수, 『채권각론』 (하), 삼영사, 1989.
- 김주수·김상용, 『친족상속법』 [제15판], 법문사, 2018.
- 김준호, 『채권법 -이론·사례·판례-』 [제4판], 법문사, 2013.
- 김증한, 『주식 채권각칙』 [IV], 한국사법행정학회, 1987.
- 박동섭·양경승, 『친족상속법』 [제5판], 박영사, 2020.
- 송덕수, 『채권법각론』 [제4판], 박영사, 2019.
- 윤진수, 『주해친족법』 (2), 박영사, 2015.
- \_\_\_\_\_, 『친족상속법 강의』 [제3판], 박영사, 2020.
- 윤진수·현소혜, 『2013년 개정민법해설』, 법무부, 2013.
- 이은영, 『채권각론』, 박영사, 2005.

[논문]

- 고명식, “고령자의 불법행위에 대한 손해배상책임 -책임무능력자에 대한 감독자 책임을 중심으로-”, 『재산법연구』 제34권 2호, 한국재산법학회, 2017.
- 고철웅, “치매고령자의 불법행위와 감독자책임 법리에 관한 소고”, 『민사법학』 제91호, 한국민사법학회, 2020.
- 구상엽, 「개정민법상 성년후견제도에 대한 연구 -입법배경, 입법자의 의사 및 향후 과제를 중심으로-」, 서울대학교 박사학위논문, 2012.
- 김상용, “책임능력 있는 행위무능력자의 감독자의 책임”, 채권법에 있어서 자유와 책임(김형배교수화갑기념논문집), 박영사, 1994.
- 방재호, “정신질환자의 불법행위에 대한 감독자책임 -책임주체에 관한 논의를 중심으로”, 『의생명과학과 법』 제20권, 원광대학교 법학연구소, 2018.
- 백승흠, “후견인의 요양·감호의무에 관한 고찰 -개정 전 일본 민법의 해석론과 성년후견을 중심으로-”, 『가족법연구』 제18권 2호, 한국가족법학회, 2004.

- 송덕수, “책임능력있는 미성년자의 감독자책임”, 『고시연구』 제20권 3호, 고시연구사, 1993.
- 송오식, “책임능력 있는 미성년자의 감독자의 책임”, 『법학논총』 제25집, 전남대학교 법학연구소, 2005.
- 안병하, “미성년자 감독자의 책임구조 -민법 제755조의 개정논의에 부처-”, 『법학연구』 제24권 1호, 연세대학교 법학연구소, 2014.
- 오호철, “성년후견인의 제3자에 대한 책임 -일본 나고야지방법원소平成25年(2013년) 8月9日判決과 관련하여-”, 『법학연구』 제56집, 한국법학회, 2014.
- 이재경, “성년책임무능력자의 불법행위에 대한 감독자책임”, 『동아법학』 제83호, 동아대학교 법학연구소, 2019.
- \_\_\_\_\_, “정신질환자의 불법행위에 대한 구 정신보건법상 보호의무자의 감독자책임”, 『법학연구』 통권 제69집, 전북대학교 법학연구소, 2022.
- 장재식, “정신병, 정신질환, 정신장애는 어떻게 다를까?”, 『정신의학신문』, 2019. 2. 18.자.
- 정광수, “책임능력있는 미성년자의 불법행위에 대한 감독자의 책임”, 『강원법학』 제10권, 강원대학교 비교법학연구소, 1998.
- 정상현, “책임능력있는 미성년자의 불법행위에 대한 감독자책임의 근거 재해석”, 『법조』 제50권 제8호, 법조협회, 2001.
- 제철웅, “성년후견인의 민법 제755조의 책임 -그 정당성에 대한 비판적 검토”, 『법조』 제670권, 법조협회, 2012.
- \_\_\_\_\_, “정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률 제43조 및 민법 제947조의2 제2항에 의한 비자의입원의 상호관계”, 『가족법연구』 제31권 1호, 한국가족법학회, 2017.
- 조규창, “미성년자의 불법행위에 대한 친권자의 책임-민법 제755조와 대법원판례의 고찰-”, 『판례연구』 제2집, 고려대학교 법학연구원, 1983.
- 최성경, “성년 책임무능력자의 감독자의 책임”, 『아주법학』 제11권 1호, 아주대학교 법학연구소, 2017.
- 홍춘의, “후견제도의 개혁과 과제”, 『가족법연구』 제16권 2호, 한국가족법학회, 2002.

[외국문헌]

米村滋人, “責任能力のない精神障害者の事故に関する近親者等の損害賠償責任”,  
法学教室429号, 2016.

米村滋人, “JR東海認知症高齢者損害賠償事件 民法学の観点から”, 社会保障法研  
究7号, 2017.

窪田充見, “最判平成28年3月1日一JR東海事件上告審判決が投げかけるわが国の制  
度の問題”, ジュリスト1491号, 2016.

[국문초록]

**정신질환자 보호의무자의  
감독의무 위반으로 인한 손해배상책임**  
-대법원 2021. 7. 29. 선고 2018다228486 판결의 검토-

정다영(충남대학교 법학전문대학원 조교수, 변호사)

대법원 2021. 7. 29. 선고 2018다228486 판결은 책임능력 있는 정신질환자의 보호의무자의 감독의무 위반으로 인한 손해배상책임의 근거를 민법 제750조로 명시하였다. 이 판결은 보호의무자가 구 정신보건법에 따라 정신질환자에 대한 감독의무를 부담함을 근거로, 보호의무자에게 민법 제750조에 따른 감독의무 소홀로 인한 불법행위책임의 성립을 인정하고 있다. 그러나 ‘감독할 법정의무’를 명문의 규정으로 요구하는 민법 제755조 제1항의 경우와 달리, 민법 제750조는 일반 불법행위책임을 규정하고 있을 뿐이므로, 민법 제750조에 따라 감독의무 위반으로 인한 불법행위책임을 인정하기 위해서는, 감독의무의 근거가 반드시 법률일 것을 요하지 아니한다. 이 경우 사회상규나 조리, 신의칙, 형평의 원칙에 의해서도 감독의무를 인정할 수 있다.

보호의무자의 감독의무는 정신질환자의 행동으로 인한 모든 결과를 방지해야 하는 일반적인 의무가 아니라 합리적으로 제한된 범위에서의 의무이다. 따라서 보호의무자가 피보호자인 정신질환자가 타인을 위해할 가능성이 있다는 구체적인 위험을 인지하였는 데도 대비를 하지 않은 경우와 같이 정신질환자의 행위에 관해서 책임을 묻는 것이 타당한 객관적 상황이 인정되는지 여부에 따라 개별적으로 판단하여야 한다.

정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률에 따른 보호의무자에게는 피감독자에 대한 일반적인 자상타해방지감독의무까지 인정하기는 어렵다고 할 것이나, 보호의무자가 입원신청을 하였으나 정신건강의학과전문의가 입원등이 필요하다고 진단하지 않은 경우나 정신의료기관등의 장은 입원등을 받아들이지 않은 경우 및 정신질환자의 행동에 대해 보호의무자에게 구체적인 예견가능성이 없다고 판단될 경우에는 보호의무자의 감독의무 위반 자체가 없다고 보아야 하며, 설혹 감독의무 위반이 있다고 하더라도 정신질환자의 불법행위로 인한 손해와의 사이에 인과관계가 존재하지 않는다고 보아야 할 것이다.

**주제어:** 정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률,  
정신질환자, 보호의무자, 감독의무, 손해배상책임, 불법행위

## **Liability for Damages Due to Violation of Supervisory Duty by the Legal Guardian of the Mental Patient**

Dayoung Jeong

*Professor, Chungnam National University Lawschool, Lawyer*

### **=ABSTRACT=**

Supreme Court 2018Da228486, on July 29, 2021, ruled Article 750 of the Civil Act as the basis for liability for damages due to the violation of the supervisory duty of the responsible mental patient. This judgment recognizes that the legal guardian is liable for tort due to neglect of the responsibility of supervision under Article 750 of the Civil Act because the duty of protection bears the duty of supervision over the mental patient under the law. However, unlike the case of Article 755 Paragraph 1, which explicitly requires a legal obligation to supervise, Article 750 only stipulates general tort liability. Thus, to admit tort liability under Article 750, it is not necessary that the basis of the supervisory duty by the law. In this case, the supervisory duty may also be acknowledged according to customary law or sound reasoning.

The duty of supervision of a legal guardian is not a general duty to prevent all consequences of the behavior of a mental patient but a duty within a reasonably limited scope. Therefore, the responsibility of the burden of care should be acknowledged only when the objective circumstances in which it is appropriate to hold the legal guardian for the acts of the mental patient are admitted.

Under the Act on the improvement of mental health and the support for welfare services for mental patients, a legal guardian cannot even be granted the supervisory duty to prevent the mental patient from harming others.

Keyword : Act on the improvement of mental health and the support for welfare services for mental patients, Mental patient, Legal guardian, Duty of supervision, Responsibility for compensation, Tort