

정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률의 시행과 치료, 입원, 퇴원 절차에서의 정신장애인 지원 방안*

제철웅**

<국문초록>

2016년 9월 26일 헌법재판소가 구 정신보건법 제24조의 보호의무자에 의한 입원이 헌법에 불합치한다고 결정한 이래, 헌법재판소 결정 이전에 전면 개정되어 시행된 ‘정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률(이하 정신건강복지법이라 함)’ 제43조의 보호의무자에 의한 입원의 헌법합치성을 헌법재판소의 결정에서의 논리에 비추어 검토할 필요가 더욱 커졌다. 또한 정신건강복지법은 정신질환자의 비자의입원 요건을 매우 엄격하게 한 것의 정책적 함의를 인식하는 것도 중요하다. 이 글은 구 정신보건법이나 정신건강복지법의 보호의무자에 의한 정신병원 또는 정신요양시설에의 입원 또는 입소(이하 입원 등이라 함)가 공법 규정에 의한, 자유박탈적 효과를 수반하는 입원등이며, 부양의무자나 후견인의 민사법적 권한에 근거한 입원 등이 아님을 규명하였다. 따라서 폐쇄시설에의 입원 등을 통해 지속적으로 관찰할 필요가 있을 정도로 현재 또는 임박한 자해, 타해의 위험성이 있을 때에만 사회보호의 목적으로 한 비자의입원 등이 정당화될 수 있다는 점을 밝힌다. 이어 이 논문은 정신질환자의 비자의입원등의 요건을 엄격하게 함으로써 자의입원등, 개방시설에의 입원등, 지역사회에서의 치료로 전환하는 것에 정책적 목표의 중심을 두어야 한다고 주장한다. 이어서 법정책적으로는 정신질환자의 진단, 치료를 위한 비자의입원 등을 겪게 되는 정신질환자의 목소리가 비자의입원 절차에 반영되도록 해야 한다고 주장한다. 그 점에서 현행의 부양의무자나 후견인을 보호의무자

논문투고일 : 2017. 10. 22., 논문심사일 : 2017. 11. 15., 게재확정일 : 2017. 11. 27.

* 이 논문은 한국연구재단 SSK “의사결정능력 장애인의 사회통합: 의사결정지원을 위한 인적, 물적, 제도적 기반의 구축” 연구단 사업 (NRF-2016S1A3A2924706)의 지원으로 연구되었다.

** 한양대학교 법학전문대학원 교수.

로 하여 정신질환자를 지원하도록 하는 것은 여러 가지 점에서 부적절함을 밝히고, 대신 독립성과 전문성 있는 기관 또는 개인이 비자의입원의 전체 절차에서 정신질환자의 목소리를 대변하여 질환 치료에 관계하는 모든 사람에게 전달하는 것이 필요하다고 주장한다.

주제어: 정신보건법, 비자의입원, 보호의무자, 의사결정지원, 절차보조, 정신보건 독립권리옹호

목 차

I. 문제제기	정신건강복지법 제43조의
1. 구 정신보건법 제24조의	보호의무자에 의한 입원등의
위헌에 관한 헌법재판소 2016. 9,	특징의 비교
29, 선고 2014헌가9 결정의 내용	2. 정신건강복지법상의
2. 헌법재판소 판결과 개정	보호의무자에 의한 입원등 제도
정신건강증진 및 정신질환자	개정의 보건복지 정책적 및 법
복지서비스 지원에 관한 법률에	정책적 함의
미친 영향	III. 절차보조와 유사한 해외사례
3. 이 글의 목적	1. 영국
II. 헌법재판소 결정의 관점에서 본	2. 독일
개정 정신건강복지법의	3. 소결
보호의무자에 의한 입원등의 제도	IV. 결론에 같음하여: 절차보조의
1. 구 정신보건법 제24조와	중요성과 기본방향

I. 문제제기

1. 구 정신보건법 제24조의 위헌에 관한 헌법재판소 2016. 9. 29, 선고 2014헌가9 결정의 내용

우리 사회는 치료나 요양의 목적으로 질환 또는 장애 있는 성인을 본인의 의사와 무관하게 요양시설, 장애인거주시설, 정신병원, 정신요양시설 등에 입원, 입소시키는 오랜 관행이 있었다. 지금도 가족이라는 이유로 본인의 의사와 무관하게 치매환자를 요양원에 입소시키며, 성인 지적장애인을 거주시설에 입소시키고 있다.¹⁾ 장애인의 자기결정권을 침해하는 이런 관행에 우리 사회 대다수가 무관심하였다. 오히려 장애인을 경제적 가치 또는 무가치의 관점에서만 바라보기도 한다. 장애인이 자신의 권리를 제대로 행사할 수 없다는 이유로 가족들은 그의 권리를 자신의 권리라고 착각하여 마음대로 행사하는 것이 그 한 예이다.

이런 잘못된 관행에 최초로 경종을 울린 사법적 판결이 위 헌법재판소 결정이다. 헌법재판소는 위 결정에서 구 정신보건법 제24조가 헌법 제12조 제1항의 취지에 합치하는지 여부를 검토하였다. 헌법 제12조의 신체의 자유는 신체의 안전성이 외부로부터의 물리적인 힘이나 정신적인 위협으로부터 침해당하지 아니할 자유와 신체활동을 임의적이고 자율적으로 할 수 있는 자유를 말하는데,²⁾ 구 정신보건법 제24조는 정신질환자의 신체의 자유라는 기본권을 침해하기 때문에, 기본권 제한의 목적이 상당한지, 수단

1) 가족이 치매어르신이나 성인 지적장애인을 대신하여 체결하는 입소계약은 적법한 대리권이 없는 한 무효임에도 불구하고, 아직까지 입소계약의 유효성 여부를 정면으로 다룬 판결은 없는 것으로 보인다. 다만, 면책약관이 있는 입소계약을 치매환자의 가족이 체결한 사안에서 이 문제를 정면으로 다루지는 않았지만 유효한 대리권이 없다는 전제 하에 불법행위책임을 인정한 하급심 판결로 서울고등법원 2014.12.18. 선고 2012나80288, 2012나80295 판결 참조.

2) 헌법재판소 1992. 12. 24. 선고 92헌가8 결정 참조.

이 정당한지, 기본권 침해가 최소한도에 머무르는지 등의 과잉금지 원칙의 준수 여부를 검토하였다.

위 헌법재판소는 기본권 제한의 목적과 수단은 정당하다고 하면서 침해의 최소성이 보장되는지를 다음 4 가지를 기준으로 하여 판단하였다. 첫째, 보호입원의 대상과 진단의 적정성, 둘째, 보호의무자 2인의 동의와 정신과전문의 1인의 진단 요건의 문제, 셋째, 입원기간과 계속입원의 문제, 넷째, 보호입원 대상자의 의사 확인이나 절차보조인의 관여의 문제가 그것이다.

먼저 첫 번째 쟁점에 관하여 헌법재판소는 보호의무자에 의한 입원이 가능한 요건이 매우 추상적이고 포괄적일 뿐만 아니라, 그 판단마저 신뢰성이 확보되지 않은 정신과전문의 1인에 맡기고 있어 정당성을 갖추고 있다고 보기 어렵다고 판단하였다.

두 번째 쟁점에 관하여는 보호의무자 2인의 동의와 정신과전문의 1인의 진단만으로는 보호입원의 적정성이 담보되지 않는다고 보았다.

세 번째 쟁점인 입원기간과 계속입원의 문제에 있어서도 보호입원은 최초부터 6개월의 장기입원인데(제24조) 행정입원은 2주간의 진단입원을 거쳐 최대 3개월의 입원만 가능한 것(제25조)과 비교할 때 입원기간이 길어 치료 목적보다는 격리 목적으로 이용될 우려가 높다고 보았다. 정신질환자와 보호의무자의 퇴원신청이 있더라도 정신과전문의가 정신질환자의 위험성을 고지한 경우에는 정신의료기관장이 퇴원을 거부할 수 있으므로(제24조 제6항), 퇴원신청이 가능하다는 점이 장기간의 보호입원에 대한 적절한 보호책이 되기 어렵다고 하였다. 6개월이 지난 후에도 정신질환자를 계속 입원시킬 필요가 있다는 정신과전문의의 진단 및 보호의무자 2인의 동의가 있는 때에는 시장·군수·구청장 소속 기초정신보건심의위원회의 계속입원 심사를 통해 얼마든지 정신질환자의 입원을 연장할 수 있기 때문에(제24조 제3항, 제30조, 제31조), 보호의무자와 의료기관 사이의 이해만 맞

제철웅: 정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률의 231
시행과 치료, 입원, 퇴원 절차에서의 정신장애인 지원 방안

으면 얼마든지 정신질환자의 의사나 이익에 반하는 장기입원이 가능하다고 보았다.

네 번째 쟁점에 관하여는 헌법재판소는 강제입원으로부터 환자의 권리를 보호할 수 있는 절차, 가령 당사자에 대한 사전고지, 청문 및 진술의 기회, 강제입원에 대한 불복, 부당한 강제입원에 대한 사법심사, 국가 또는 공적기관에서 제공하는 절차보조인의 조력과 같은 절차가 보장될 필요가 있다고 보았다. 그런데 위 기초정신보건심의위원회(구 정신보건법 제24조 제6항 제3문)는 정신과전문의, 법조인, 정신보건전문요원, 정신질환자의 가족, 정신보건시설 운영자 등을 위원으로 하여 구성되었지만(제28조 제5항), 정신질환자를 직접 대면하여 그의 진술을 충분히 청취하는 절차를 거치지 않은 채 대부분 서류 위주로 심사가 이루어지고 있고, 정신질환자가 이미 보호입원된 상태에서 사후적으로 입원의 필요성 등을 심사하게 되어 결국은 처음 입원의 필요성이 있다고 인정한 정신과전문의 1인의 진단에 상당히 의존할 수밖에 없는 점 등으로 인해, 보호입원 당시의 위법·부당성을 충분히 심사할 수 있을 것으로 기대하기 어렵다고 판단하였다. 한편 인신보호법 제3조에 따라 지방법원에 신체자유침해의 즉시해제의 구제를 청구함으로써 사후적으로 위법한 보호입원에 대한 사법심사를 받을 수 있지만, 헌법재판소는 “인신보호법상 구제청구는 보호입원의 위법성을 심사함에 있어 심판대상조항에서 정한 보호입원 요건이 구비되었는지 여부, 즉 보호의 무자 2인의 동의와 정신과전문의 1인의 진단이 있는지 여부를 심사함에 그칠 가능성이 있고, 인신보호법상 구제청구는 사후적인 구제수단으로서 정신질환자의 구제청구와 보호입원 사이에는 시간적 간격이 있으며, 정신질환자는 정신의료기관에 격리수용되어 있어 구제청구 절차 자체를 이용하기도 쉽지 않고, 구제청구 절차가 진행되면 정신의료기관이 정신질환자를 퇴원시키거나 다른 정신의료기관으로 전원시키는 방법으로 그 절차를 무력화시킬 수 있는 점 등이 있기 때문에, 이런 사후적 구제수단이 정신질환자

를 위법·부당한 보호입원으로부터 충분히 보호하고 있다고 보기 어렵다”고 판단하였다.

이런 검토 후 헌법재판소는 구 정신보건법 제24조는 입법목적과 수단의 정당성에도 불구하고 최소침해의 원칙을 준수하지 않은 것이어서 헌법 제12조 제1항의 취지에 합치하지 않는다고 판단하였다.³⁾

2. 헌법재판소 판결과 개정 정신건강증진 및 정신질환자 복지 서비스 지원에 관한 법률에 미친 영향

위 헌법재판소의 결정이 있기 이전인 2016년 5월 19일 구 정신보건법을 전면 개정한 정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률(이하 정신건강복지법이라 한다.)이 공포되었다. 이 법은 여러 가지 점에서 새로운 제도를 많이 도입했지만,⁴⁾ 정신병원 및 정신요양시설(이하 정신의료기관등이라 한다)에 비자의 입원 및 비자의 입소(이하 비자의입원 등이라 한다) 중 압도적 비중을 점하던 보호의무자에 의한 입원등에 엄격한 요건을 부과하였다. 일부 정신과의사는 입원요건을 엄격히 한 것이 국제규범을 오인한 것에서 비롯되었고, 개정법의 시행으로 다수의 정신질환자가 아무 대책 없이 거리로 나올 수 있다는 내용의 컬럼을 언론에 게재하였다. 의사가 점하는 사회적 지위와 영향력을 고려하면 이들의 반대로 이 법의 온전한 시행이 불가능할 수도 있다는 우려도 있었다. 그러나 위 헌법재판소의 결정은 이런 우려를 덜어 주었고 개정법 시행을 뒷받침해 줄 수 있

3) 위 헌법재판소 결정에 대해서는 여러 평석들이 있었다. 가령 김도희, 보호입원제도 존속의 한계성에 관하여- 정신보건법 제24조 제1항 등의 헌법불합치결정을 중심으로, 사회보장법연구 5(2), 2016년 12월, 1면 이하; 신권철, 강제입원 위헌(헌법불합치) 결정의 의미와 향후 과제, 서울법학 24권 4호(2017.2), 1면 이하 참조.

4) 그 내용에 대한 세세한 것은 박인환, 정신장애인의 인권과 지역사회통합의 관점에서 본 2016년 정신건강증진법의 평가와 과제, 의료법학 제17권 제1호(2016년 7월), 210면 이하 참조.

었다.

다른 한편 개정 정신건강복지법의 비자의입원등, 특히 보호의무자에 의한 비자의입원제도를 위 헌법재판소의 규범적 판단근거에 위배되지 않도록 운영하거나, 그 미비점이 있으면 이를 보완해야 할 필요가 있다. 위 헌법재판소의 결정 근거에 비추어 개정 정신건강복지법의 보호의무자에 의한 비자의입원 등의 제도를 재평가하고, 미비점을 보완하는 것이 중요한 과제의 하나가 되었다.

3. 이 글의 목적

이 글은 정신건강복지법의 시행 이후 비자의입원등의 요건과 절차에 관해 더 많은 관심이 쏠려 있는 것에 대한 반성에서 비롯되었다. 비자의입원등의 요건을 엄격하게 하고, 입원등 절차에서 정신과의사, 정신의료기관과 정신요양시설(이하 정신의료기관등)의 장의 권한남용을 줄이기 위한 안전장치를 두는 것의 보건복지 정책적 또는 법정정책적 함의를 충분히 인식하지 못하고 있다는 것이다. 비자의입원등의 요건을 엄격히 한 것은 결국 정신질환을 통상의 질환과 달리 취급하지 않도록 하라는 규범적 명령임에도 불구하고 관심이 다른 곳에 쏠리고 있는 셈이다. 이 글에서는 먼저 정신건강복지법에 따른 보호의무자에 의한 입원등 제도가 왜 구 정신보건법 제24조의 그것과 근본적으로 달라졌다고 보는지를 살펴봄으로써 이런 법개정이 정신건강 관련 보건복지 정책과 법정정책에 각각 어떤 함의가 있는지를 검토할 것이다(II). 이어서 특히 비자의 입원, 치료, 퇴원의 전 과정에서 정신장애인의 의견이 최대한 반영되도록 하기 위해 어떤 지원이 있어야 하는지를 외국의 예를 중심으로 검토할 것이다. 이를 통해 정신건강복지법에 따른 입원, 치료, 퇴원의 전체 과정과 절차에서 정신장애인의 목소리가 충분히 반영될 수 있는 절차보조제도를 도입할 필요가 있음을 제시할 것이다.

II. 헌법재판소 결정의 관점에서 본 개정 정신건강복지법의 보호의무자에 의한 입원등의 제도

1. 구 정신보건법 제24조와 정신건강복지법 제43조의 보호의 무자에 의한 입원등의 특징의 비교

(1) 구 정신보건법 제24조에 의한 보호의무자에 의한 입원등의 특징

구 정신보건법은 정신질환자의 민법상의 부양의무자 또는 후견인을 정신보건법상의 보호의무자로 규정하였다(동법 제21조). 동법 제22조는 보호의무자에게 정신질환자의 보호의무, 정신질환자가 자기나 타인을 해하지 않도록 유의할 의무, 정신질환자로 하여금 적정치료를 받도록 할 의무, 정신건강의학과전문의의 진단에 의하지 아니하고 정신질환자를 입원시키거나 연장시키지 않을 의무, 정신질환자의 재산상의 이익 등 권리보호를 위하여 노력할 의무 등을 부과하였다. 그런데 이 의무는 민법상의 부양의무와는 관련이 없다. 민법상의 부양의무는 의식주 등 생활상의 수요(Lebensbedarf)를 충족할 자력이나 노동력이 없거나 어려운 친족에 대해 재원을 조달해 줄 자력 있는 다른 친족이 부담하는 의무로서 그 의무의 성립 및 정도는 당사자 간의 합의나 재판으로 결정되고(민법 제974조 이하 참조), 성립된 부양의무도 금전채무의 지급을 원칙으로 한다.⁵⁾ 성인에 대한 부양의무는

5) 보통법국가 중 대표적인 나라인 영국은 부부, 부모-자녀 간에만 부양의무(maintenance duty)를 인정하고 그 내용은 금전지급의무이다. 가령 Judith Masson/Rebecca Bailey-Harris/Rebecca Probert, *Principles of Family Law*, 8th edition, Sweet & Maxwell, 2008, pp. 99 참조. 부부, 부모-자녀 만이 아니라 친족 간에도 부양의무를 인정하는 독일 민법도 부양의무는 금전지급채무(Barunterhalt)이며, 채무자의 청구로 현물부양(Naturalunterhalt)로 대체할 수 있다고 한다. MünchKomm/Born, § 1612 Rn, 11 ff.; ErmanKomm/Hammermann, § 1612 Rn. 2 ff. 참조. 즉 부양은 물질적 지원을 내용으로 한다는 것이다. 그런데 독일 민법 제1606조 제3항은 부모는 자녀에게 돌봄(Pflege)과 양육(Erziehung)을 통해 부양의무 이행을 대신할 수 있고, 이를 지원부양(Betreuungunterhalt)라고 하는데, 학설은

제철웅: 정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률의 235
시행과 치료, 입원, 퇴원 절차에서의 정신장애인 지원 방안

물질적 지원을 그 내용으로 한다는 점에서, 그 성격이나 내용에서 정신보건법 제23조의 의무와는 다른 것이다. 즉, 정신보건법이라는 공법에 의해 사인인 부양의무자와 후견인에게 부과된 공법상의 의무라고 보아야 한다.⁶⁾ 부양의무에는 성인인 피부양자가 자해, 타해 예방의무가 포함되지 않으며, 그의 재산상 이익 등의 권리보호를 할 의무도 포함되지 않고, 치료를 받도록 할 의무 등도 포함되지 않기 때문이다. 무엇보다도 성인은 언제나 자기 결정권을 행사하며 생활하여야 할 기본권이 있고, 타인이 동의 없이 성인의 자기결정권 행사에 관여해서는 안 된다는 것이 헌법 제10조의 명령이자 민사법의 기본 원칙이다. 따라서 성인의 자기결정권 행사에 관여할 권한은 본인이 동의하거나 권한을 부여한 경우이거나 법률로 권한이 부여된 경우에 한정된다. 이런 관점에서 보면 보호의무자가 정신질환자의 비자의 입원에 동의할 권한을 행사하는 것은 사법상의 권한행사와는 무관한 공법 행위라 할 것이다.⁷⁾

구 정신보건법 제24조에 따라 정신질환자를 입원 등을 하게 하는 주체에 대해서도 법리적인 오해가 있을 수 있다. 먼저 동조의 표제가 보호의무자에 의한 입원등이기 때문에 보호의무자가 입원등을 결정하는 주체처럼

이를 물질적 부양 이외의 정신적 부양이라고 한다. ErmanKomm/Hammermann, § 1606 Rn. 9 ff.; MünchKomm/Born, § 1606 Rn. 18 ff. 참조. 그러나 독일 연방대법원은 이런 지원부양을 물질적 부양에 덧붙인 정신적 부양의무로 인정하지는 않는다. BGH, FamRZ 1994, 1102 [1103.]. 이는 고도의 일신전속적인 급부여서 소구할 수 없다는 것이다. Scholz, FamRZ 1994, 1314 [1315], Anm zu BGH FamRZ 1994, 1102 참조. 우리 민법상의 부양의무에 관하여 이와 유사한 주장을 하는 것으로 제철웅, 부양청구권 및 부양비용상환청구권에 관한 몇 가지 해석론적 제안, 법학논총 제31권 1집(2014.3), 472면 이하 참조.

- 6) 개정 정신건강복지법 제40조도 보호의무자에게 위와 거의 유사한 보호의무를 부과한다. 그런데 특히 2013년 7월 1일 민법 개정 이후 임명된 후견인은 부양의무 있는 친족과 무관한 경우가 많기 때문에, 이 의무가 민법상의 의무와 무관한 공법상의 의무임이 더욱 명백해졌다.
- 7) 가령 보호의무자에 의한 입원을 사적 자치의 영역에서 이루어지는 사법상의 행위에 불과하다는 주장도 있다. 하명호, 정신보건법상 보호의무자에 의한 입원, 안암법학 제36권(2011), 79면 이하 참조.

인식할 수도 있다.⁸⁾ 그러나 동조의 전체 구조를 보면 이렇게 이해해서는 안 될 것이다. 첫째, 입원 등을 위해서는 보호의무자의 동의가 있고, 정신건강의학과전문의의 진단을 통한 입원등의 필요성에 대한 권고가 있어야만 한다. 둘째, 정신건강의학과전문의가 입원등의 필요성을 인정하는 진단할 수 있는 사유를 동조 제2항 제1호, 제2호에서 규정한다. 즉, 환자가 정신의료기관등에서 입원 등을 통해 치료 또는 요양을 받을 만한 정도 또는 성질의 정신질환에 걸려 있는 경우, 또는 환자 자신의 건강 또는 안전이나 타인의 안전을 위하여 입원 등을 할 필요가 있는 경우가 그것이다. 이 두 규정을 결합하여 이해하면 입원 등을 통해 치료나 요양을 받아야 한다고 보호의무자가 판단하고(이 판단은 동법 제23조에 기한 공법상의 의무에서 비롯되었다), 보호의무자의 판단이 정신건강의학과 전문의가 전문의견으로 뒷받침되면, 정신의료기관의 장이 비자의입원등을 결정한다. 보호의무자는 자신에게 부과된 공법상의 의무의 이행으로 비자의입원등을 신청하는 것이고, 정신과의사, 정신의료기관의 장은 각자에게 부여된 공법상의 권한의 행사로써 비자의입원 등을 결정하는 데 참여하는 것이다. 요컨대 구 정신보건법 제24조는 공법 규정에 의한 비자의입원등이며, 보호의무자나 정신과의사, 정신의료기관의 장은 모두 공법상 각자에게 부과된 의무 및 권한행사를 하는 것이며, 이것이 결합되어 비자의입원등이 실현된다.⁹⁾

8) 동조의 보호의무자의 순서에서 부양의무자보다 후견인을 더 앞세워야 한다는 논의는 바로 이런 인식과 무관하지 않을 것이다.

9) 그동안 민법학자들도 정신보건법 제24조의 보호의무자에 의한 입원과 민법 제947조의2 제2항(구민법 제947조)에 의한 후견인의 입원(이는 법원 허가를 받아야 한다) 간에 상호 충돌이 있다거나 모순이 있다는 주장을 해 왔다. 가령 박인환, “새로운 성년후견제도에 있어서 신상보호,” 가족법연구 제25권 2호(2011.9), 183면 이하는 정신보건법상의 보호의무자에 의한 입원도 가정법원의 허가를 받도록 법개정이 있어야 한다고 주장한다. 박호균, “성년후견과 의료개정 민법 제947조의2를 중심으로,” 의료법학 13권 1호, 149면에서는 개정 민법과 정신보건법이 모두 적용되는 경우 개정 민법이 우선한다고 주장한다. 한편 이재경, “성년후견제도에 있어서 정신질환자에 대한 의료행위와 후견인의 동의권에 관한 연구,” 가족법연구 제26권 3호

제철웅: 정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률의 237 시행과 치료, 입원, 퇴원 절차에서의 정신장애인 지원 방안

동조가 공법 규정에 의한 비자의입원 등인 이유는 정신질환자가 입원 등에 동의하거나 입원 등의 계약을 체결하는 주체가 아니기 때문이다. 가령 입원등을 통한 치료의 필요성 판단에 대한 의사능력이 있는 정신질환자가 입원등을 통한 치료를 거부하더라도 보호의무자, 정신과의사, 정신의료기관의 장이 각자의 권한을 행사하여 그의 의사에 반하여 비자의입원등을 시킬 수 있기 때문이다. 그들 누구도 정신질환자의 임의대리인이거나 법정대리인이 아니며, 오로지 공법인 정신보건법에 의해 비자의입원등을 시킬 권한을 부여받았기 때문에 비자의입원등이 가능했다는 것이다. 이 점은 구 정신보건법 제24조와 유사한 일본 정신보건법(정식명칭은 精神保健及び精神障害者福祉に關する法律) 제33조의 보호입원과 상당한 차이가 있다.¹⁰⁾ 동조는 정신질환이 있고, 또 의료 및 보호를 위한 입원의 필요가 있는 자이며, 당해 정신장애를 위해 제20조의 자의입원을 할 수 있는 상태에 없다고 판정될 때(제1호)¹¹⁾ 본인의 동의에 갈음하여 가족, 후견인, 보좌인 등이 입원에 동의할 수 있다.¹²⁾ 이 규정은, 그 적절성은 논외로 하고, 본

(2012.11), 429면 이하에서는 후견인 아닌 보호의무자가 정신보건법 제24조에 의해 비자의입원을 시키더라도, 동조의 비자의입원에 동의하지 않은 후견인이 정신보건법 제24조 제6항에 기한 퇴원신청이 가능하며, 후견인이 제947조의2 제2항에 의해 비자의입원을 하였다면 후견인 아닌 보호의무자가 정신보건법 제24조 제6항에 따른 퇴원신청을 할 수 있으며, 부양의무자가 없지만 후견인만이 있을 때에는 정신보건법 제24조가 민법 제947조의2 제2항에 우선한다고 해석한다. 이런 견해들은 모두 양 규정이 충돌한다는 전제 하에 내려진 해석론 또는 입법론이다. 그러나 정신보건법 제24조에 의한 보호의무자의 입원은 민법에 따른 후견인의 입원과는 그 성격이 애초부터 전연 다른 것이다. 그 상세한 근거에 대해서는 제철웅, 정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률 제43조 및 민법 제947조의2 제2항에 의한 비자의입원의 상호관계, 가족법연구 제31권 제1호(2017.3), 253면 이하 참조.

- 10) 보호의무자에 의한 입원이 일본 정신보건법상의 보호입원을 답습하였다는 주장도 있다. 가령 하명호, 정신보건법상 강제입원제도의 고찰, 국가인권위원회 인권포럼(2014.7.24.) 발표자료 참조. 김명철, 정신보건법 제24조 강제입원조항의 위헌성, 인권법연구(한국방송통신대학법학과) 제2권, 2016.2., 427면에서 재인용.
- 11) 제2호에서는 도도부현 지사가 이런 요건에 있는 자를 발견하여 제33조의 보호입원을 시키기 위해 이송한 경우에도 가족, 후견인 등의 동의로 입원시킬 수 있다.

인의 동의를 법률규정에 의해 대리할 수 있는 권한을 위 법률에 의해 부여한 것이어서 이 때의 동의는 이런 법정대리권한의 행사로 이해할 수 있다. 만약 입원 여부에 대해 본인이 판단할 의사능력이 있음에도 불구하고 입원치료를 거부한다면, 조치입원만이 가능하기 때문이다(동법 제22조 이하 참조). 조치입원은 자해, 타해의 위험성이 있는 경우에 한정된다.

구정신보건법 제24조가 위헌인 주된 이유는 지나치게 넓은 범위의 목적을 위해 비자의입원등을 가능하게 하는 공법상의 권한을 부여하였기 때문일 것이다. 가령 사람을 사망에 이르게 할 수 있는 암질환에 걸린 경우라도 본인에게 의사능력이 있다면 입원치료나 치료 자체를 거부할 수 있다. 이미 수다한 판결에서 의료행위에서는 환자의 동의가 있어야 한다고 하였다.¹³⁾ 즉 ‘환자의 동의는 헌법 제10조에서 규정한 개인의 인격권과 행복추구권에 의하여 보호되는 자기결정권을 보장하기 위한 것으로서, 환자가 생명과 신체의 기능을 어떻게 유지할 것인지에 대하여 스스로 결정하고 진료행위를 선택하게 되므로, 의료계약에 의하여 제공되는 진료의 내용은 의료인의 설명과 환자의 동의에 의하여 구체화’되기 때문이다. 정신질환으로서 자해, 타해의 위험성이 없는 성인이 의사능력 있는 상태에서 치료를 받지 않겠다고 하더라도, 위 정신보건법 제24조는 그를 입원시켜 치료받게 할 수 있다. 치료나 요양 목적으로 본인의 의사에 반하여 입원 등을 시키

12) 폐쇄시설인 정신병원 등에 사인을 진단, 조사 및 치료 목적으로 입원시키는 것은 그 자체로 위법한 것이지만, 본인이 동의하면 위법성이 조각된다. 그 점에서 본인의 동의는 위법성을 조각시키는 준법률행위가 된다. 신체침습적 치료 또는 자유박탈적 치료에 대한 동의는 일신전속적이어서 대리가 허용되는지가 논란이 될 수 있으나, 이미 독일에서는 1990년 성년후견법 도입 시 이를 인정할 전제 하에 후견의 보충성을 독일 민법 제1896조에 규정하였고, 제1차 성년후견법 개정에서 이를 명문으로 확인하였다. 이에 관한 논의는 제철웅, 성년후견과 지속적 대리, 법조 722호(2017.4), 90면 이하, 95면 이하 참조.

13) 대법원 1994. 4. 15. 선고 92다25885 판결, 대법원 2002. 10. 25. 선고 2002다48443 판결 ; 대법원 2009. 5. 21. 선고 2009다17417 전원합의체 판결 등 다수의 판결 참조.

제철용: 정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률의 239 시행과 치료, 입원, 퇴원 절차에서의 정신장애인 지원 방안

는 것은 헌법 제10조의 자기결정권을 근본적으로 침해하는 것이며, 그 목적의 정당성 자체가 부정되어야 한다. 정신질환을 다른 중대한 질환의 치료와 차별하며, 정신질환자의 자기결정권을 다른 중증질환자의 자기결정권 보다 경시하는 것에서 목적의 정당성이 부정되어야 할 이유가 드러난다.¹⁴⁾

(2) 정신건강복지법 제43조에 의한 보호의무자에 의한 입원등

1) 구 정신보건법 제24조 및 정신건강복지법 제43조의 보호의무자에 의한 입원등 간의 차이점

현재 또는 임박한 것으로 예측되는 자해, 타해의 위험이 있고, 그 정도가 폐쇄된 공간에 개인을 가두어 지속적으로 관찰하여야 할 정도라고 인정될 때¹⁵⁾ 광의의 사회보호의 필요성으로 인해 국가의 공권적 개입이 필요하다. 자살의 높은 개연성이 있거나 신체에 중대한 손상을 미칠 위험성이 있고, 지속적 관찰이 필요할 정도라고 하면 그 자를 안전하게 보호하는 것은 국가의 시민 생명존중의 의무를 이행하는 것이자, 생명존중의 사회환경을 조성할 국가 책임을 이행하는 것이다.¹⁶⁾ 그 점에서 정신질환으로 현재 자해, 타해의 위험성이 있거나 현저한 개연성이 있는 경우 국가는 사회보호의 책임을 수행하기 위해 정신질환자에 대해 위와 같은 자유제한적 조치를 취할 수 있다. 이런 사안일 때 비로소 비자의입원등의 조치가 침해의 최소성을 위반한 것인지 여부가 법적 쟁점이 될 것이다. 정신건강복지

14) 헌법재판소는 자해, 타해의 위험성으로 전환시킴으로써 치료와 요양 목적으로 비자의입원등을 하게 하는 것이 목적의 정당성이 있는지를 판단하지 않았다. 정태호, 보호의무자에 의한 정신질환자 강제입원·치료제도의 위헌성- 독일 연방헌법재판소의 관련 판례의 운용을 중심으로, 경희법학 제51권 2호(2016), 150면 이하에서는 비자의입원의 요건을 대폭 확대함으로써 목적의 정당성을 상실하였다는 점을 지적하고 있다.

15) 정신건강복지법 시행규칙 제34조 제2항에서 그 사유를 구체적으로 규정하고 있다.

16) 군산윤락촌 화재사건에서 국가배상책임을 인정한 대법원 2004. 9. 23. 선고 2003다 49009 판결 등 다수의 판결 참조.

법의 보호의무자에 의한 입원등은 위헌적이지 않은지를 검토할 필요가 있다. 먼저 보호의무자의 입원제도에서 구 정신보건법과 현재의 정신건강복지법 간의 차이를 간단히 개관해 본다.

<표 1> 정신보건법과 정신건강복지법의 보호의무자에 의한 입원등의 차이비교

항목	정신보건법	정신건강복지법
보호의무자	-민법상의 부양의무자, 후견인 -보호의무자의 의무	-민법상의 후견인, 부양의무자. 순서만 바뀌었음 -보호의무자의 의무
보호의무자의 권한	-동의권한	-명칭도 신청권한으로 바뀌었고, 실질적으로도 신청권한임
보호의무자에 의한 입원 등 요건	-자해-타해 위험성, 또는 -입원 등을 통한 치료 및 영양의 필요성	-입원 등을 통한 치료 및 영양의 필요가 있고, -자해-타해의 위험이 있어야
입원등 여부의 결정에 대한 의사의 개입	-정신과의사 1인의 진단 -6개월 이내 입원치료 가능	-1인의 정신과의사의 진단으로 입원등의 요건을 갖추었다고 판단한 경우, 2주간 정밀진단을 위한 입원개시(진단목적 입원). -이 때 서로 다른 소속 기관의 정신과의사 2인이 계속입원이 필요하다고 진단한 경우, 최초 입원의 시점부터 3개월간 치료 목적의 입원이 가능(치료목적 입원)
입원적합성의 심사	-최초 입원등에는 없음 -입원등 기간 연장 때 기초정신보건심의회 ¹⁷⁾ 의 심의 후 지자체장이 결정	-입원등 직후 3일 이내에 입원적합성심사위원회에 통지하고, 3개월간의 최초입원등(3개월)의 적법성을 입원등개시일로부터 1개월 이내에 심사하여 결정함 -최초입원등 이후 계속입원등(1회 3개월, 그 후 6개월 단위)은 정신건강심의위원회의 심의 후 지자체의 장이 결정
입원등 기간의 연장	-보호의무자의 동의 하에 계속 입원 등을 통한 치	-보호의무자의 동의(실질은 신청임) 하에 입원 등의 기간 연장을 통한

제철응: 정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률의 241 시행과 치료, 입원, 퇴원 절차에서의 정신장애인 지원 방안

	<ul style="list-style-type: none"> 료 필요성이 있다고 정신과의사 1인이 진단, -정신의료기관등의 장이 심사를 신청 -기초정신보건심의회의 심의 후 지자체의 장이 결정 	<ul style="list-style-type: none"> 치료가 필요하다는 서로 다른 정신의료기관 소속 2인의 진단이 있고, -정신의료기관등의 장이 심사 신청 -정신건강심의위원회의 심의 후 지자체의 장이 결정
치료절차에서의 정신질환자의 권리	<ul style="list-style-type: none"> -특수치료는 본인 또는 보호의무자의 동의가 있어야 함. -그 밖의 치료에 대해서는 본인 동의를 요구하는 규정이 없음. 사실상 비자의치료의 심리적 압박이 있음 	<ul style="list-style-type: none"> -특수치료에 대해 본인 동의, 본인의 의사능력이 미흡한 경우 보호의무자의 동의로 같음 -그 밖의 치료에 대해서는 본인 동의를 요하는 규정이 없음. 사실상 비자의치료의 심리적 압박
퇴원절차	<ul style="list-style-type: none"> -당사자 및 보호의무자에 의한 퇴원신청-정신의료기관등의 장의 퇴원등의 거부-기초정신보건심의회의 심의로 지자체의 장이 결정-그 결과에 따라 퇴원등이 있을 수 있음. 퇴원을 불허할 경우 광역지방자치단체에 이의제기 가능 -계속입원 절차의 심사결과 지자체의 장이 퇴소명령을 내린 경우 퇴소 	<ul style="list-style-type: none"> -당사자 및 보호의무자에 의한 퇴원신청- 정신의료기관등의 장의 퇴원등의 거부-정신건강심의위원회의 심의로 지자체의 장이 결정- 그 결과에 따라 퇴원등이 있을 수 있음. 퇴원을 불허할 경우 광역자치단체장에게 이의제기 가능 -계속입원 절차의 심사결과 지자체의 장이 퇴소명령을 내린 경우 퇴소
사법적 심사	<ul style="list-style-type: none"> -언제라도 비자의입원등의 즉시해제를 관할 지방법원에 신청할 수 있음(인신보호법). 	<ul style="list-style-type: none"> -언제라도 비자의입원등의 즉시해제를 관할 지방법원에 신청할 수 있음(인신보호법)

- 17) 정신보건법 제30조에 따라 기초정신보건심의위원회에 심의를 회부하면 심의위원회 내부에 기초정신보건심판위원회를 두고 거기서 심사한 후 기초정신보건심의위원회에서 지자체의 장에게 통보하도록 규정한다. 정신건강복지법 제56조, 제57조에서도 기초정신건강심의위원회에 회부하면 내부에 기초정신건강상심사위원회를 두고 거기서 심사한 후 기초정신건강심의위원회에서 지자체의 장에게 결과를 통보한다. 관점

2) 공법에 의한 비자의입원등으로서의 보호의무자에 의한 입원등의 성격의 명확화

a) 정신건강복지법 제43조에 따른 보호의무자에 의한 입원등이 구 정신보건법 제24조의 그것과 가장 큰 차이는 보호의무자에 의한 입원등의 요건이 지자체 장애 의한 입원의 요건이 다르지 않게 되었다는 점이다(동법 제44조). 즉 입원치료 또는 요양치료가 필요할 정도의 자해, 타해의 위험이 있을 때라는 것이다.¹⁸⁾ 동법 제50조의 응급입원은 제43조, 제44조보다 응급성의 정도가 좀 더 심한 경우로 이해할 수 있다. 개정법에서는 이제 비자의입원의 목적이 사회보호의 목적임이 보다 뚜렷해졌다.¹⁹⁾

‘보호의무자에 의한 입원등’이라는 명칭에도 불구하고 이 형태의 비자의 입원등의 실체는 사회보호 목적으로 정신질환자를 비자의 입원 등을 하는 것이므로 보호의무자는 용어 그대로 신청할 권한 밖에 없으며, 정밀진단을 위한 비자의입원 여부를 결정할 권한은 정신의료기관등의 장에게 맡겨졌음이 분명해졌다(동법 제43조 제3항). 정신의료기관등의 장이 입원등을 결정한 경우 3일 이내에 국가가 설치 운영하는 입원적합성심사위원회에 통지하여야 한다. 이어 2주간의 기간 동안 치료 목적의 입원(최초입원일로부터

에 따라 심의 주체를 정신보건심판위원회나 정신건강심사위원회로 볼 수도 있을 것이다.

- 18) 양자의 차이는 신청인이 정신건강의학전문의 또는 정신보건전문요원이라는 점(동법 제44조 제1항), 진단조사결과 치료 목적의 입원이 필요하다는 결과를 통지받은 경우 지자체의 장이 치료 목적의 입원의 사유와 기간을 정신질환자, 보호의무자, 보호하고 있는 자에게 통지한다(동법 제44조 제8항)는 점이다.
- 19) 정신건강복지법 제80조는 지자체의 장애 의한 행정입원의 비용은 국가가 전부 또는 일부 부담할 수 있도록 하고, 제79조는 보호의무자에 의한 입원은 의료비를 지원할 수 있게 규정하는 것도 공법상의 입원과 연계되어 있다. 보호의무자에 의한 비자의입원이 비록 사회보호 목적이지만 이를 통해 정신질환자도 치료의 혜택을 보기 때문에 그 비용부담에서 본인(그의 부양의무자는 부양의무 이행의 일환으로 비용부담이 가능할 수도 있다)도 분담할 수 있다. 다만, 비자의입원은 자유박탈적 효과가 수반되기 때문에 높은 소득의 정신질환자가 아니면 비용은 국가가 부담하는 것이 바람직할 것이다.

제철용: 정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률의 243
시행과 치료, 입원, 퇴원 절차에서의 정신장애인 지원 방안

최대 3개월)이 필요한지를 정밀진단한 결과 2인의 정신과의사가 치료 목적의 입원이 필요하다고 인정하면 정신의료기관의 장은 치료 또는 요양 목적의 입원등을 결정할 수 있다. 그러나 그 결정은 입원적합성심사위원회에 입원의 적합성 여부의 심사를 거쳐야 한다(동법 제47조). 이 심사는 입원한 날로부터 1개월 이내에 이루어져야 한다.

한편 정신질환자 본인 또는 보호의무자는 언제라도 퇴원등을 신청할 수 있으나, 정신의료기관의 장은 동조 제1항의 요건이 있다고 판단하면 이를 거부할 수 있고, 이에 대해 신청자는 지방자치단체의 장에게 퇴원 심사를 청구할 수 있다(동법 제43조 제9항, 제10항). 이 때 지방자치단체의 장은 기초정신건강심의위원회의 심의에 회부하여야 한다(동법 제56조). 정신건강심의회는 지체없이 심의하여 그 결과를 지방자치단체의 장에게 알려야 한다(제57조). 지자체의 장은 그것을 기초로 퇴원명령 등을 내릴 수 있다.

다른 한편 최초입원 등이 있는 이후의 입원등의 기간 연장에는 국가가 설치하는 입원적합성심사위원회가 개입하지 않고, 지자체의 장이 결정한다. 즉 동법 제43조의 제1항의 요건을 갖추었다고 판단하여 정신의료기관의 장이 계속입원이 필요하다고 판단하는 경우 지자체의 장에게 계속입원등의 심사를 청구하여야 하고(동법 제43조 제6항), 지자체의 장은 이를 기초정신건강심의위원회의 심의에 즉시 회부하여야 한다(제56조). 심의결과는 제57조에 따라 지자체의 장에게 통보하여야 한다.

위에서 언급한 전체 과정을 보면 사회보호의 목적으로 1차적으로 정신의료기관의 장이 비자의입원등을 개시할 권한을 가진 것이고, 그 후 3개월간 지속될 최초입원등을 결정할 권한도 정신의료기관의 장에게 부여되었다. 그 권한 행사의 적법성을 점검하기 위해 국가가 설치·운영하는 입원적합성심사위원회를 두었다. 3개월의 최초입원등 이후 이어지는 계속입원등은 이제 지자체의 장의 책임이다. 이 때 지자체의 장은 결정 이전에 정신건강심의위원회의 심의를 거쳐야 한다. 요컨대 입원등의 개시부터 퇴

원등 까지의 전 과정이 국가 및 지방자치단체의 임무이자 권한이며, 그 권한의 일부가 정신의료기관등의 장애인에 위임되었음이 보다 분명해졌다.²⁰⁾

b) 위 개정법의 시행으로 피후견인이 격리시설인 정신의료기관 등에 입원 등에 동의하는 것을 후견인이 민법 제947조의2 제2항에 따라 대리하는 것과 정신건강복지법 제43조의 진단, 정밀진단 및 치료를 위한 후견인이 입원 등을 신청하는 것 사이의 차이도 뚜렷해졌다. 전자는 격리시설에의 입원 등에 대한 본인 동의를 대리하는 것이며,²¹⁾ 따라서 본인이 동의할 의 능력이 없을 때에만 가정법원의 허가를 받아 후견인이 이를 대리할 수 있다(민법 제947조의2 제1항, 제2항). 이 때 정신의료기관등의 장의 승낙이 있으면 그것으로 입원 등이 가능해진다. 따라서 가정법원은 자유박탈적 효과가 수반되는 동의권 행사를 후견인이 남용하지 않도록 사전예방적 차원에서 감독하기 위한 목적으로 허가하는 것이다. 그러나 후자는 본인의 동의를 전제하지 않을 뿐 아니라, 후견인의 권한도 본인의 동의권을 대리하는 것이 아니라 정신건강복지법이라는 공법이 후견인에게 부여한 신청권이라는 공법행위를 독자적으로 행사하는 것이다. 계속 입원등에 보호의무자가 동의서를 제출하는 것(정신건강복지법 제43조 제6항 제2호)도 용어만

20) 영국 정신보건법 역시 1인의 최근친 또는 인증 정신보건전문요원(Approved Mental Health Professional)의 신청에 의해 정신과 의사의 진단으로 정신병원의 장이 조사 목적 입원을 결정하고, 그 후 6개월간의 치료목적 입원을 결정할 권한을 가지고, 본인은 정신건강재심위원회(Mental Health Review Tribunal)에 사후적으로 즉시 퇴원명령을 신청할 수 있고, 조사 및 치료 목적 입원요건도 자-타해 위험이 있을 때이므로 우리 개정 정신건강복지법과 매우 유사하다. 이런 비자의입원은 국가가 정신질환자의 자유를 박탈하는 것이 그 목적이라고 한다. 그 점에서 자유박탈의 정당성 문제가 검토된다는 것이다. 이에 대해서는 Simon Godefroy, *Mental Health & Mental Capacity Law for Social Workers*, SAGE 2015, pp. 36 참조.

21) 민법 제946조는 신상결정권이라고 하지만, 후견인에게 피후견인의 신상을 결정할 권한을 부여하는 것은 그 자체로 위헌적이다. 따라서 이 권한은 본인에게 속한 신상 침습 등에 관한 동의권을 대리행사할 권한이라고 해석하지 않는 한, 위헌적 규정이라고 할 것이다.

제철웅: 정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률의 245 시행과 치료, 입원, 퇴원 절차에서의 정신장애인 지원 방안

‘동의’일 뿐 실질은 신청권한에 불과하다. 왜냐하면 동법 제43조 제1항의 요건이 갖추어져야 하고, 정신건강심의위원회의 심의를 통해 위 요건 충족이 있다고 확인되어야 지자체의 장이 비로소 계속입원을 결정하기 때문이다. 보호의무자의 권한은 동법 제43조에 따른 절차를 개시시키는 촉발자(trigger)의 역할에 불과하다. 양자 간의 차이는 아래 표와 같다.

<표 2> 민법 제947조의2 제2항의 입원과 정신건강복지법 제43조의 입원 간의 비교

항목	정신건강복지법 43조	민법 제947조의2 제2항
입원등을 결정하는 자	<ul style="list-style-type: none"> • 보호의무자의 신청-정신과 의사 1인의 진단-정신의료기관등의 장이 정밀진단 목적의 입원 결정 • 정신과 의사 2인 정밀진단-정신의료기관등의 장의 치료 목적 입원 결정 • 입원적합성심사위원회의 심사로 최종 결정 	<ul style="list-style-type: none"> • 본인이 의료계약 체결, 입원 및 치료에 대한 동의와 정신의료기관등의 장의 승낙 • 본인이 의사능력이 없어서 의료계약 및 입원, 치료 등에 동의할 능력이 없으면 후견인이 동의 • 후견인의 동의는 가정법원의 사전 허가를 받아야 함
입원등 기간	<ul style="list-style-type: none"> • 최초 3개월 • 이후 3개월 연장 가능 • 그 이후부터 6개월마다 연장 가능 	<ul style="list-style-type: none"> • 본인에게 의사능력이 있으면 본인이 결정 • 본인이 의사능력 없으면 후견인이 가정법원의 허가를 받아 기간결정. 가정법원에서 기간을 정하지 않으면 후견인이 결정
입원등에 대한 불복	<ul style="list-style-type: none"> • 최초 입원등 직후부터 정신건강심의위원회에 불복 가능 • 기초정신건강심의위원회의 심의로 계속입원등을 지자체의 장이 결정하면, 광역자치단체장에게 불복가능-광역정신건강심의위원회의 심의로 광역자치단체장이 결정 • 언제라도 인신보호법에 따라 지방법원에 즉시 입원등의 해제를 신청 	<ul style="list-style-type: none"> • 후견인이 가정법원에 허가신청을 하여 가정법원에서 허가를 한 것에 대해 불복할 때에는 즉시항고 • 본인이 의사능력이 없어서 후견인이 가정법원의 허가를 받아 입원한 경우, 본인이 사후적으로 의사능력 회복하여 퇴원을 결정하면 퇴원 • 본인이 의사능력을 회복하여 퇴원을 요청하였는데도 퇴원시키지 않으면 불법감금이 됨

<p>후견인 등의 지위</p>	<ul style="list-style-type: none"> • 부양의무자, 후견인은 정신질환자를 자주 접하는 사람이므로 정신질환의 발병 등에 가장 빨리 알 수 있기 때문에 이들에게 공법상의 보호의무를 부과 • 부양의무자, 후견인은 입원등을 결정할 수 없고, 입원등 결정을 위한 신청을 할 권한만 있음 	<ul style="list-style-type: none"> • 본인의 동의권을 대리행사하는 것임. • 후견인의 본인 동의권을 적절하게 대리 행사하는 것인지를 확인하기 위해 가정법원에서 심사하여 대리권 행사를 허가하는 것임
<p>입원등의 특징</p>	<ul style="list-style-type: none"> • 사회보호를 위한 공법상 입원등 • 현재, 임박한 중대한 자해위험이 있을 때 비자의입원등을 하여 조사 및 치료를 받도록 하는 것 역시 자살, 자해 방지가 본인보호만이 아니라 사회보호에도 중요하기 때문에 사회보호적 기능을 한다고 봄(자살예방과 유사한 맥락임) 	<ul style="list-style-type: none"> • 사회보호 기능이 없음 • 본인 보호를 목적으로 하는 것이고, 본인의 자기결정권 행사를 근거로 하되, 본인이 자기결정권을 행사할 수 없을 때 대리권을 가진 후견인으로 하여금 당연 대리하게 하는 것이 아니라 감독적 측면에서 대리권 행사를 허가 • 정신건강복지법상의 자의입원을 후견인이 대리할 때도 격리시설인 경우 가정법원의 허가를 받아야 함
<p>양자의 관계</p>	<ul style="list-style-type: none"> • 별개의 제도 • 가정법원의 사전허가를 받아 대리인이 자의입원을 신청하더라도, 자-타해위험이 있는 경우 제43조에 따른 입원등 절차를 다시 밟음 	<ul style="list-style-type: none"> • 정신건강복지법 제43조의 후견인의 신청권한, 계속입원 등의 동의서 제출 권한은 본인의 권리가 아니라 후견인의 공법상의 권한임 • 본인 보호를 위해 후견인을 감독할 권한 있는 가정법원이 공법인 정신건강복지법에 의해 후견인에게 부여된 권한에 관여할 수 없음. 가정법원의 권한 범위 밖임
<p>외국의 사례</p>	<ul style="list-style-type: none"> • 영국 정신보건법은 1인의 최근친(최근친의 선정방법이 판례로 확립되어 있고, 본인이 최근친의 변경, 선정 등을 신청할 수 있음)과 인증받은 정신보건전문요원이 조사 및 치료 목적 비자의입원의 신청권이 	<ul style="list-style-type: none"> • 영국은 정신능력법에 따라 자-타해위험이 없으나 정신질환치료가 필요한 자가 치료의 필요성을 이해하지 못하는 경우(의사능력이 없는 경우), 정신능력법에 따라 후견인(deputy)이 본인을 대신하여 입원을 동의할 수 있음. 또는 보호법원

제철용: 정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률의 247 시행과 치료, 입원, 퇴원 절차에서의 정신장애인 지원 방안

<p>있음</p> <ul style="list-style-type: none"> •독일 정신보건법(주별로 법이 다름)은 자-타해 위험이 있는 정신질환자는 정신건강을 담당하는 지자체 공무원이 조사 및 치료 목적의 비자의입원을 하도록 지방법원에 신청함. 지방법원의 사전허가가 있어야 함. •호주(e.g. New South Wales)는 자-타해 위험이 있는 정신질환자는 최근친(지정방법이 있음), 후견인, 친구 등이 정신병원에 조사, 치료 목적의 비자의입원을 신청하고, 정신과의사의 진단 하에 정신병원장이 결정하는 점에서 우리와 유사. 다만, 치료목적의 입원은 준사법기관인 정신건강심의위원회(Mental Health Review Tribunal)의 사전허가를 받아야 함 	<p>에 신청하여 입원을 명령하도록 신청할 수도 있음</p> <ul style="list-style-type: none"> •독일은 자-타해 위험이 없는 정신질환자로 정신질환 치료의 필요성을 이해하지 못하는 경우로 그를 방치할 경우 건강, 생명에 상당한 문제가 생길 우려가 있는 경우 후견법원이 직권으로 비자의입원을 결정할 수 있음(실제로는 후견인, 친족 등이 후견법원에 결정해 줄 것을 촉구함) •호주의 경우(e.g. New South Wales) 자-타해위험이 없는 정신질환자로 치료의 필요성을 이해하지 못하여 방치할 경우 건강 등에 중대한 손상이 생길 우려가 있는 경우 준사법기관인 후견위원회(Guardianship and Administration Tribunal)에 가족, 후견인 등이 신청하여 비자의입원 등을 결정함
--	--

2. 정신건강복지법상의 보호의무자에 의한 입원등 제도의 보건복지 정책적 및 법 정책적 함의

(1) 보건복지정책적 함의

정신건강복지법이 비자의입원등의 요건을 엄격하게 함으로써 보호의무자가 입원을 결정하는 주체가 아니라 일차적으로는 정신의료기관등의 장이 주체임이 분명해졌다. 정신의료기관등의 장은 정신건강복지법이라는 공법에 의해 지방자치단체의 장의 행정권한을 위임받은 셈이다. 이 권한을 잘못 행사하여 입원 등의 치료가 필요할 정도로 자해, 타해의 위험이 없는 정신질환자를 비자의입원등을 실행하였다면, 형사법상의 감금죄의 책임을

질 수 있고, 설령 고의가 없었다 하더라도 사법상의 불법행위책임을 부담할 수 있다.²²⁾ 정신의료기관등의 장은 정신과의사의 진단을 근거로 결정하기 때문에 정신과의사도 그 책임에서 자유로울 수 없다.

한편 정신건강복지법에 따라 정신의료기관등의 장에게 권한을 부여한 지방자치단체와 국가도 국가배상법에 따른 손해배상책임을 부담할 수 있다.²³⁾ 최초입원의 경우 정신의료기관등의 장의 결정은 입원적합성심사위원회의 심사를 통해 걸러질 것인데, 이들이 잘못된 판단을 하게 되면 마찬가지로 담당자가 불법행위책임을 지고, 또 이 위원회를 설치한 국가가 국가배상책임을 지게 될 것이다.²⁴⁾

반면 비자의입원의 요건이 엄격해짐에 따라 보호의무자의 권한은 신청

22) 이 문제에 대해서는 신권철, 강제입원의 위법과 손해배상책임, 서울법학 25권 2호 (2017.8), 231면 이하; 제철웅(위 주 9), 284면 이하 참조.

23) 정신과의사는 진단에서, 정신의료기관등의 장은 비자의입원등을 결정함으로써, 지방자치단체의 권한인 자-타해 위험이 있는 정신질환자를 비자의입원시켜 사회를 보호해야 할 책임을 정신건강복지법에 따라 위임받았기 때문에, 모두 공무수탁사인의 지위에 있다고 볼 여지가 많다. 잘못된 판단 하에 정신의료기관등의 장이 정신질환자를 비자의입원을 시켰다면 지자체도 국가배상법 제2조에 따라 책임을 져야 할 것이다. 이 부분은 이제까지 논의된 적은 없으나 앞으로 깊은 연구가 필요한 부분이다. 국가배상법의 대통령령인 ‘행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정’에 의하면 행정권한을 민간수탁기관에 위탁한 위탁기관은 민간위탁사무의 처리에 대하여 민간수탁기관을 지휘·감독하며, 필요하다고 인정될 때에는 민간수탁기관에 민간위탁사무에 관하여 필요한 지시를 하거나 조치를 명할 수 있으며(제14조 제1항), 민간수탁기관의 사무처리가 위법하거나 부당하다고 인정될 때에는 이를 취소하거나 정지시킬 수 있다(제14조 제3항). 정신건강복지법상의 정신과의사 등도 법률규정으로 지방자치단체(입원적합성심사위원회는 국가로부터)로부터 권한이 그들에게 위임된 것이라고 이론구성하는 한, 지방자치단체(또는 국가)는 민간수탁기관인 정신과의사 등에 위탁된 권한의 행사에서 정신장애인의 권리나 정당한 이익이 침해되지 않도록 적절히 지휘·감독할 의무가 있다고 할 것이다. 따라서 민법 제756조의 사용자책임만이 아니라 국가배상책임도 부담한다고 이론구성할 수 있을 것이다. 공무수탁사인의 불법행위에 대한 사용자책임 및 국가배상책임에 관한 부산고등법원 2017.5.10. 선고 2016나55042 판결 참조.

24) 입원적합성심사위원회는 국가가 국립병원에 설치하는 것이므로 지방자치단체가 아닌 국가가 손해배상책임이 있을 것이다.

제철용: 정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률의 249
시행과 치료, 입원, 퇴원 절차에서의 정신장애인 지원 방안

권한으로 축소되고, 이들은 비자의입원의 결정에서 짐하는 역할이 거의 무
의미하기 때문에 감금죄의 책임이나 불법행위책임을 지는 일은, 정신과의
사, 정신의료기관등의 장과 공모하는 등의 특단의 사정이 없는 한, 축소될
것이다.

바로 이 지점에서 정신건강정책적 함의가 있다. 비자의입원등은 최후의
수단으로 이용하지 않으면 정신과의사, 정신의료기관등의 장과 지방자치단
체, 입원적합성심사위원회의 직원과 국가, 정신건강심의위원회의 위원과 지
방자치단체가 법적 책임을 부담하게 될 것이기 때문에, 비자의입원 등을
최소화시켜 자해, 타해의 위험이 현존하거나 임박할 뿐 아니라, 그 위험성
의 정도 역시 격리시설에의 입원 등을 통해 외부와 격리시키고 집중관찰
하는 것이 필요하지 않다면 회피되어야 한다. 물론 정신질환자의 입원치료
를 없애야 한다는 의미는 아니다. 무게중심이 자의입원으로 이전되어야 한
다는 것이다. 그러나 격리시설이나 자유를 제한하는 시설에 자의입원등을
희망하지는 않을 것이기 때문에 개방시설에 자의입원등을 하도록 유도하는
것에 우선순위를 두어야 할 것이다.

한편 격리시설에 입원치료할 정도의 자해, 타해의 위험이 없더라도 입원
치료가 필요한 정신질환자가 의사능력이 없는 경우에는 후견인을 선임해서
가정법원에서 사전허가를 받아야 한다(민법 제947조의2 제2항). 그러나 이
는 사회적으로도 많은 비용이 들 수 밖에 없다. 반면 이들을 격리시설이
아닌 개방시설에 입원하게 할 때에는 민법 제947조의2 제2항이 적용되지
않고, 치료에 대한 동의권, 거주에 대한 동의권을 대리할 수 있는 후견인
이면 피후견인이 동의능력이 없을 때 개방시설에 자의입원을 대리할 수
있다.

이 지점에서 무엇이 개방시설인지, 무엇이 폐쇄시설인지, 개방시설 내에
격리실 또는 폐쇄공간이 있을 때 양자의 관계는 어떠한지 등에 대한 연구
와 사회적 논의가 중요하게 부각될 것이다. 보건복지 정책의 관점에서 보

면 이런 논의는 비자의입원 환자의 비율을 획기적으로 줄이는 계기가 될 것이다.

(2) 정신건강 법정책임 함의

2014년 기준 약 6만 여건의 비자의입원의 비중을 가령 6,000 건 이하로 대폭 줄이는 개혁이 필요하다 하더라도,²⁵⁾ 이론적으로나 실무적으로 여전히 비자의입원과 비자의치료는 상당 규모로 진행될 것이다. 그런데 정신건강복지법의 시행으로 보호의무자가 아닌 정신과의사, 정신의료기관등의 장, 입원적합성심사위원회와 정신건강심의위원회의 위원에게 비자의입원을 결정할 주요한 권한을 부여하였음이 뚜렷해졌기 때문에 두 가지 측면에서 법적인 보완장치가 있어야 한다. 첫째, 정신과의사, 정신의료기관등의 장은 정신건강복지법에 의해 행정청의 사회보호목적의 권한을 부여받은 셈인데, 이를 잘못 행사할 경우 개인적으로 책임을 질 수 있기 때문에 안전장치가 필수적이다. 동시에 지방자치단체와 국가 역시 국가배상책임의 문제를 최대한 예방하여야 한다. 둘째, 정신과의사, 정신의료기관등의 장의 잘못된 판단으로 비자의입원등의 결정이 내려져서 정신장애인의 인권이 침해되는 것도 사전적으로 방지해야 한다.

이처럼 장애인의 인권도 보호하면서 동시에 지방자치단체와 국가의 국가배상책임의 문제도 줄일 수 있고, 정신과의사, 정신의료기관등의 장의 책임 문제가 발생할 사유도 거의 없어지게 할 방안이 필요하다. 이 세 가지 목적이 동시에 달성될 수 방법에 관하여 살펴볼 필요가 있다. 현재 그 방안으로 논의되는 것이 바로 비자의입원등에 사법심사를 도입하는 방법²⁶⁾

25) 정신질환자의 입원치료의 통계에 관하여는 박인환, 정신장애인의 인권과 지역사회 통합의 관점에서 본 2016년 정신건강증진법의 평가와 과제, 의료법학 2016.6, 223면 이하 참조.

26) 김도희(위 주 3); 신권철(위 주 3)의 글에서 이런 주장이 있다고 한다. 대한정신의학회에서는 사전허가에 따른 사법 입원을 공식입장으로 채택했다고 한다.

제철용: 정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률의 251 시행과 치료, 입원, 퇴원 절차에서의 정신장애인 지원 방안

과 절차보조인제도를 도입하여 정신질환자의 참여권을 최대한 보장하는 방법 등이다.

1) 사법심사를 비자의입원의 전제요건으로 삼아야 한다는 주장

국제보건기구의 MI 원칙에서는 비자의입원의 적법성을 담보하기 위한 독립된 기관에 의한 사법적 심사(judicial review)를 받아야 한다고 규정하고 있었다. 그런데 여기서 말하는 사법적 심사는 독립성의 보장, 그에 대해 상급기관에 불복이 가능하다 하더라도 그 기관의 결정이 최종적인 것 이어야 한다는 의미이다. 그런데 우리 법체계에서 사법적 심사라는 용어를 사용할 때에는, 사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다는 헌법 제101조 제1항으로 인해 법원의 심사를 받아야 한다는 의미로 이해된다. 이 때 우리나라의 법관은 대법관을 포함하여 전체 2,900여명에 불과하다는 점에 유의해야 한다.²⁷⁾ 정신장애인의 비자의입원과 비자의치료, 지역사회치료명령 등에 관한 사항의 결정을 사전적으로 법원의 결정을 거치도록 하는 것은 비현실적일 뿐 아니라, 사회적 비용이 너무 많이 소요된다. 비자의입원을 가령 지금의 10% 수준으로 대폭 줄여 상시적으로 6,000명 정도의 비자의입원 환자가 있다 하더라도 1명의 비자의입원 환자가 1년에 최소 2번 내지 3번, 더 많게는 환자 1인당 10여건 씩(입원기간이 30일정이라면) 계속 입원 허가를 받아야 하기 때문에, 법원의 관점에서 보면 실제의 사건 수는 최소 18,000건, 최대 60,000여건이 될 것이며, 거기에 비자의치료나 지역사회치료명령 등이 더해지면 건수는 더 늘어날 것이다. 또 다른 문제는 우리나라의 사법부의 특성상 정신질환자의 치료와 인권 문제에 법관이 과연 전문성을 갖출 수 있을지가 의문이다. 왜냐하면 법관은 기본적으로 순환보

27) 약 8,500만의 인구가 있는 독일은 법관 수가 약 2만 여명에 이르고, 인구 약 5천만 명의 잉글랜드 역시 비전문법관인 치안판사(magistrates)가 약 2만여명이 있다. 우리와는 사법부의 구조가 다르다는 점을 유의할 필요가 있다.

직을 맡기 때문에 이 분야의 전문성을 쌓을 기회를 갖기 어렵기 때문이다.

전문성의 관점에서 보면, 비자의입원에 관하여 사전허가를 결정한다 하더라도 그 역할은 법원이 아닌 별도의 전문위원회가 맡는 것이 바람직할 것이다. 그 전문위원회에는 법률과 정신건강, 인권 문제에 대해 전문성과 역량을 갖춘 경력 있는 변호사, 사회복지사, 정신과의사로 구성되어야 할 것이다. 특히 변호사 2만명, 3만명의 시대를 목전에 두고 있는 우리 현실에서 보면 이 전문위원회에 전문변호사로 하여금 상근하게 하는 것이 필요할 것이다. 호주의 정신보건재심위원회, 영국의 정신보건재심위원회가 바로 이런 모델이다. 그러나 이런 전문위원회가 비자의입원을 사전허가하는 것은 우리나라의 현실에 맞지 않는다. 첫째, 이 제도가 도입되면 인신보호법의 적용범위에서 정신건강복지법에 따른 비자의입원을 제외해야 할 것이다. 둘째, 이 전문위원회의 결정에 1심적 효력을 부여하고, 거기에 불복할 때 제2심을 지방법원합의부나 고등법원의 관할로 하여야 할 것인데, 곧바로 헌법 제101조 제1항 위반 문제가 제기된다.

따라서 현실적인 방안은 입원적합성심사위원회와 정신건강심의위원회의 전문성과 독립성을 강화하는 것이 필요하다.²⁸⁾ 첫째, 지금도 입원적합성심사위원회는 독립성이 있지만, 전문성과 역량을 갖춘 인력으로 충원될 것인지는 미지수이다. 여기에 전문성과 역량을 갖춘 변호사, 사회복지사, 정신과의사를 상근위원으로 근무하게 하고, 비상근위원에 의한 심사를 조율할 수 있도록 하는 것이 필요할 것이다. 둘째, 형식적으로는 지방자치단체의장이 비자의입원에 대해 결정권한을 가지고(현재에도 이 위원회의 심사결과에 따라 지자체장의 결정이 좌우된다), 정신건강심의위원회는 결정권한이 아니라 자문기능만 하도록 되어 있는데 그 독립성을 강화할 필요가 있

28) 행정심판은 행정처분 또는 부작위에 대한 불복절차, 즉 사후적 구제수단인데, 입원적합성심사위원회나 정신건강심의위원회의 심사는 비자의입원 또는 계속입원에 대한 사전심사 기능이 있다. 그렇지만 행정심판 담당기관에 준하는 독립성을 갖추어야 할 것이다.

제철용: 정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률의 253 시행과 치료, 입원, 퇴원 절차에서의 정신장애인 지원 방안

다. 즉 지자체의 장은 특별한 이유 없이는 정신건강심의위원회의 결정에 따르도록 할 필요가 있다. 적어도 광역정신건강심의위원회는 소수라 할지라도 변호사, 사회복지사, 정신과의사 등의 상근위원이 기초자치단체의 정신건강심의위원회의 활동을 지원하여야 할 것이다.

2) 입원, 치료, 퇴원 절차에 중립적인 절차보조인을 참여시켜 당사자의 의견을 충분히 전달하도록 하는 방법: 절차보조제도의 도입

또 다른 방법은 현재의 비자의입원등의 진단, 입원적합성심사위원회의 심의, 정신건강심의위원회의 심의, 정신장애인의 치료와 퇴원절차, 인신보호법에 따른 구제수단의 고지 등의 전 절차에 보호의무자, 정신과의사, 정신의료기관등의 장으로부터 독립한 중립적인 전문가를 개입시켜 정신질환자의 목소리가 충분히 반영될 수 있도록 하는 것, 즉 입원부터 퇴원까지의 절차에서 당사자의 권리를 옹호하고 지원하는 절차보조제도를 도입하는 것도 중요하다. 절차보조인이 중립적인 위치에 있다면 정신과의사, 정신의료기관등의 장과 지방자치단체, 입원적합성심사위원회, 정신건강심의위원회의 위법행위의 부담이 최소화될 수 있다. 동시에 당사자의 목소리가 치료의 전과정에서 경청될 수 있다. 특히 독립된 전문가가 비자의입원의 요건을 충족하지 못했다고 판단하여 의견을 제시할 수 있도록 하면 정신과의사, 입원적합성심사위원회에 의견을 제시함으로써 그들의 오판가능성을 줄이고, 동시에 정신과의사 등이 자신의 의견을 재고하거나 근거를 남겨 놓을 수 있기 때문에, 설령 그 판단이 법원의 판단과 다르더라도 과실책임으로부터 벗어날 가능성은 더 높아질 것이다. 또한 지방자치단체의 국가배상책임의 가능성도 더 낮아질 것이다.

(3) 소결

정신건강복지법의 시행으로 비자의입원의 요건이 엄격해짐으로써 향후

정신건강정책의 일대 전환이 불가피해졌다. 그 방향은 지역사회 치료, 자의입원, 개방시설에서의 치료와 요양이 정신장애인에게 제공될 수 있게 함으로써 정신질환치료를 여타의 질환치료와 전혀 다르지 않게 취급하는 것이어야 한다. 개정법은 정신질환에 대한 예방, 조기발견, 조기치료를 촉진시킬 수 있는 정신건강정책을 내재하고 있다는 것이다.

다른 한편 개정 정신건강복지법에 따른 보호의무자의 입원에서 치료 및 요양 목적이라는 요건이 없어짐으로써 비자의입원의 목적의 정당성은 확보될 수 있다. 또한 입원이나 입소 없이는 현재 또는 임박한 자해 또는 타해의 위험을 방지할 수 없을 때에 비자의입원등이 가능하기 때문에 수단의 정당성도 확보될 수 있다. 위 헌법재판소의 검토기준에 비추어 보면, 이제 침해의 최소성 원칙이 준수되었는지가 중요할 것이다. 위 헌법재판소의 검토기준에 비추어 보면, 많은 문제가 해소되었지만 정신건강복지법상의 입원적합성심사위원회, 정신건강심의위원회, 인신보호법에 의한 즉시해제신청, 퇴원신청 등의 여러 절차에서 정신질환자가 자신의 주장과 목소리를 낼 수 있는 장치가 여전히 없다. 법정정책적 관점에서 보면 이를 시급히 보완할 필요가 있다.

Ⅲ. 절차보조와 유사한 해외사례

치료에서부터 퇴원까지 정신장애인의 목소리가 모든 관여자에게 경청될 수 있도록 하고, 그로 하여금 자신의 권리를 충분히 행사할 수 있도록 지원할 수 있는 현행법의 제도는 보호의무자밖에 없다. 그러나 보호의무자의 자격은 부양의무자와 후견인이면 되고 다른 자격요건이나 제한이 없고,²⁹⁾

29) 부양의무자도 부양의무가 있다는 판결을 받은 자인지, 아니면 부양의무자의 객관적 범위(민법 제974조의 친족)에 있거나 하면 되는 것인지, 부양의무자 중 1차적 부양

제철용: 정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률의 255 시행과 치료, 입원, 퇴원 절차에서의 정신장애인 지원 방안

그들은 정신장애에 관한 전문성이 없을 수도 있고, 많은 경우 정신건강복지법 제39조 제1항 각호의 사유 아닌 여타의 이유로 정신질환자 당사자와 이해상충 관계가 있거나, 이들의 이익을 제대로 반영하지 못할 가능성도 있다. 이런 위험성 내지 부적절성의 가능성이 있지만 아무런 관리절차도 두지 않은 채 그들에게 전적으로 치료의 전과정에서 정신장애인을 지원하도록 한다.³⁰⁾ 이들이 할 수 있는 역할의 최대치는 정신질환자를 심리적으로 지지하는 것일 것이다. 그러나 정신장애에 관한 전문성부족, 치료 과정에 내재된 장애 인권문제에 대한 전문성부족으로 이들은 절차보조인으로서의 역할을 수행하기는 매우 부적절하다. 여기서 다른 나라에서는 치료의 전 절차에서 정신장애인을 어떻게 보조하는지를 간단히 살펴보고, 우리나라에서의 방향성을 제시해 보고자 한다.

1. 영국

의무, 2차적 부양의무자가 다 포함되는 것인지, 민법 제977조에 따라 당사자 간에 협정이 있거나 법원의 판결로 부양의무의 존부와 정도가 확정된 사람에 한정되는 것인지에 대해 아무런 규정이 없다. 후견인도 어떤 유형의 후견인이어야 하는지, 아니면 정신질환치료나 거소결정에 관한 권한이 있어야 하는 것인지에 대해서도 규정이 없다. 공법인 정신건강복지법에서 새로운 의무를 부과한 것이어서 객관적으로 이들 범위에 들기만 하면 정신질환자와 가장 가까운 사람이라고 보았기 때문에 이렇게 규정하였다고 해석할 수도 있다.

- 30) 최근친이 될 수 있는 후보자명단은 정신보건법 제26조에 있으나, 그 중 누가 최근친인지를 인증 정신보건전문위원 및 정신의료기관의 장이 합리적으로 판단하여야 한다. 이에 관해 상세한 것은 Brown, *the Approved Mental Health Professional's Guide to Mental Health Law*, 3rd edition, pp. 47 이하 참조. 최근친이 없을 때, 최근친이 부적절할 때 본인은 지방법원(County Court)에 최근친의 임명 또는 변경을 청구할 수 있다. Department of Health, *Mental Health Act 1983: Code of Practice*, pp. 50 참조. 다만 정신보건법 제19조는 보호자가 비자의입원신청권한을 가지는데, 보호자는 배우자, 부모, 가족 구성원, 법정대리인, 후견인 중에서 보호자를 우선하게 한다. 호주 New South Wales 주의 정신보건법도 최근친이 비자의입원을 신청할 권한을 가지는데 원칙적으로 본인이 지정한다. *The Mental Health Act 2007* 제34조 이하 참조.

(1) 절차보조로서의 독립 권익옹호서비스(Independent Advocacy)

영국에서의 최근친³¹⁾은 전문정신건강사회복지요원과 더불어 정신질환자의 치료의 전과정에서 각종의 신청권한이 있다. 한편 장애인, 치매환자 등의 주거결정, 치료, 요양에 있어서 권한 있는 후견인이나 영속적 대리권 (lasting power of attorney)을 가진 대리인도 정신장애인의 치료과정에서 본인의 권리인 각종의 권한을 대리 행사할 수 있다. 그러나 후견인과 영속적 대리인은 최근친의 권한을 가지지는 않는다. 즉 전자는 비자의입원 신청권한이 없다.³²⁾ 최근친에게 신청권한을 부여하는 것은 정신질환자의 옹호자의 역할도 할 수 있고 또 자주 정신질환자를 접하는 자이므로 치료에 접근할 수 있게 할 최적의 위치에 있기 때문이다. 그러나 이들의 옹호자로서의 지위나 역할은 언제나 의문시된다.³³⁾ 그래서 독립적 지위에서 본인의 권익을 옹호하고 대변할 수 있는 별도의 서비스를 제공한다. 이들이 있기 때문에 친족간의 상호부조라는 도덕이 유지될 수 있는 환경을 훼손하지 않으면서 오히려 측면지원할 수도 있을 것이다. 이런 역할을 하는 것이 바로 2007년 정신보건법 개정으로 도입된 독립정신건강옹호자이다.

(2) 독립옹호서비스의 특징과 담당기관

일반적 옹호서비스는 자문서비스, 법률서비스와 중복될 수도 있다. 그러나 사회적 케어(social care)에서 옹호는 법률서비스로서의 옹호와와는 다른 독자의 역할을 수행한다. 의료, 요양 절차에 동원되는 독립권리옹호서비스

31) 최근친은 자신이 아닌 다른 사람으로 하여금 최근친의 역할을 하도록 위임할 수 있는데, 위임받은 자는 지자체 또는 정신병원에 위임장을 제출하여 등록하여야 한다. 이에 관한 기본적 설명은 Robert Brown(위 주 30), pp. 51 참조.

32) 이에 대해서는 Department of Health, Mental Health Act 1983, Code of Practice, pp. 61 참조.

33) Gostin ed., Principles of Mental Health Law and Policy, Oxford University Press, 2010, pp. 327 참조.

제철용: 정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률의 257 시행과 치료, 입원, 퇴원 절차에서의 정신장애인 지원 방안

는 사회보장제공기관(가령 영국의 NHS, 지방자치단체 등)이 자신의 비용으로 제공한다.³⁴⁾

(3) 독립정신건강옹호자(IMHA)

독립정신건강옹호자 서비스는 정신보건법의 적용을 받는 정신질환자의 권익침해방지를 위해 제공되는 추가서비스이다. IMHA는 정신보건법이 적용되는 영역에서 활동하기 위해 특별한 훈련을 받은 전문 권익옹호자이다. 이들은 정신질환자로 하여금 정신질환 치료나 요양에 관한 의사결정에 참여하도록 격려하고, 자신의 의사, 선호도, 견해 등을 표현하도록 지원하고, 자신의 견해를 보호자, 정신보건전문가, 정신보건 의사에게 표현하도록 지원한다. 이들은 지방자치단체로부터 서비스제공을 위탁받아 서비스를 제공하는데, 정신질환자의 정신질환치료에 전문적으로 개입되어 있는 모든 사람으로부터 독립되어 있어야 한다. 이들이 제공하는 서비스는 독립의사능력 옹호자, 지속적 대리인, 법정후견인 등이 정신질환자를 위해 제공할 수 있는 서비스로 대체될 수 없는 고유한 서비스영역을 가지고 있다. 다만 IMHA는 이들 서비스제공자와 협력하는 것이 바람직하다고 한다.

IMHA 서비스는 정신병원에 비자의입원을 한 정신질환자, 공동체치료 명령을 받은 정신질환자, 정신보건후견인의 지원을 받도록 명령을 받은 정신질환자 등이 정신질환치료에서 자신의 의사나 견해를 충분히 표현할 수 있게 함으로써 권익침해를 최소화하기 위해 제공되는 서비스이다. 이 서비스를 받을 수 있기 위해서는 다음에 해당되어야 한다. 첫째, 정신보건법에 따라 비자의입원을 한 경우, 둘째, 정신보건법에 따라 비자의입원 절차를 밟고 있거나 비자의입원이 될 예정인 경우, 셋째, 비자의입원 상태에서 일시적 또는 조건부 퇴원한 경우, 넷째, 정신보건후견인이 지정된 경우, 다섯

³⁴⁾ 독립정신건강옹호자를 선임해야 할 사람에 대해서는 Department of Health, Mental Health Act 1983, Code of Practice, pp. 57 참조.

째, 지역사회치료명령을 받은 경우, 여섯째, 정신보건법 제57조에 따른 치료를 검토되는 경우 등이 그것이다.

그러나 다음의 사유로 정신병원에 억류되어 있는 경우에는 이 서비스를 받을 수 없다. 첫째, 응급치료로 비자의입원이 되어 아직 정신과의사의 제2소견서를 받을 때 까지(제4조), 둘째, 정신보건의료진이 퇴원환자를 일시 억류하는 경우(제5조), 셋째, 제135조와 제136조에 의해 안전시설에 있는 경우 등이 그것이다.

IMHA는 환자에게 다음과 같은 정보를 제공하면서 환자의 의사결정을 지원한다. 첫째, 정신보건법에서 규정한 정신질환자의 권리, 둘째, 정신보건법에서 규정한 정신질환자를 위한 여타의 관계자(최근친)의 권리, 셋째, 이용가능한 권익옹호 관련 서비스, 넷째, 정신질환자에게 제공될 각종의 처분, 다섯째, 정신질환자가 받고 있거나 받을 가능성이 있는 치료, 여섯째, 치료의 이유, 일곱째, 치료제공의 법적 근거와 그 치료로 인해 권익침해를 방지하기 위한 법적 안전장치 등이다.

IMHA는 정신질환자의 권익옹호를 위해 제공되는 서비스이기 때문에, 환자가 IMHA 서비스를 거부하는 것도 가능하고 다른 서비스(자신의 변호인에게 자문을 구하는 것 등)와 병행하는 것도 무방하다. 다만 정신보건의료진 등은 정신질환자가 IMHA 서비스를 이용할 수 있다는 것, 그들의 역할 등에 대해 정신질환자에게 정보를 제공해 주어야 한다. IMHA 서비스를 이용할 수 있는 의사능력이 없는 경우에는 독립의사능력옹호자를 이용할 수도 있다. IMCA의 개입을 통해 IMHA 서비스를 이용하는 것도 가능하다. IMHA가 선임되면 IMHA는 환자와 정신보건전문가를 면담할 권한이 있으며, 환자에 관한 각종 진료기록을 열람할 수 있다. 다만 정신질환자가 진료기록 열람을 거부할 경우에는 할 수 없다. 그러나 정신질환자가 의사능력이 없을 때에는 IMHA가 요구하면 의료기관은 반드시 관련 서류를 교부해야 한다.

2. 독일

(1) 독일의 비자의입원, 비자의치료 등

독일은 자해, 타해의 위험성이 있는 정신질환자의 비자의입원, 비자의치료는 각 주 관할법인 정신보건법에서 입원 등의 요건에 관하여 규율하고, 절차는 가사사건 및 비송사건절차법 제312조 제3호의 사건으로 처리한다.³⁵⁾ 대부분의 주는 비자의입원의 요건은 입원치료가 필요한 정도의 정신질환이 있고, 현저한 자해, 타해의 위험성이 있을 때 비자의입원이 가능하도록 규정하고 있다. 비자의입원을 관할하는 법원은 대부분 구법원(Amtgericht)이며, 절차개시는 주에 따라 다르지만 구법원이 직권으로 하는 경우도 있지만, 대부분의 주는 지방자치단체의 신청에 의해 개시된다.³⁶⁾

한편 의사능력이 없어서 정신질환이 있다가나 정신질환의 치료 필요성을 알지 못하는 자로서 치료를 받지 않으면 본인에게 불이익이 발생할 수 있는 사안의 경우에는 민법 제1906조에 따라 비자의입원을 처리한다. 비자의입원의 요건은 자살 또는 심각한 건강침해의 위험성이 현저하거나 자유박탈적 입원이 없이는 조사나 치료 등이 가능하지 않는데 본인은 정신질환으로 그 필요성을 인식하지 못할 경우이다. 이 절차는 언제나 후견법원(Betreuungsgericht)의 직권으로 개시되고, 결정은 후견인에게 피후견인을 대신하여 입원동의를 할 권한을 부여하는 형식이다.³⁷⁾ 당연히 그 관할은 후견법원이다. 위 두 번째 사안은 가사소송 및 가사비송사건절차법 제312조 제1호 내지 제2호 사건이다.³⁸⁾

35) 이를 공법상의 비자의입원이라고 한다. Fröschle, Praxiskommentar Betreuung- und Unterbringungsverfahren, 3. Aufl., Bundesanzeiger Verlag, 2014, S. 681 참조.

36) 이 점은 Fröschle(위 주 35), S. 683 f. 참조. 가령 신청권자는 가령 베를린은 지자체 담당직원(Bexirksämter), 함부르크는 건강담당관청, 브란덴부르크와 튀링엔은 사회정신과요원 등이라고 한다.

37) 후견인만이 아니라 장래대리권을 수여받은 대리인이 직권개시를 촉구하여 진행되는 절차이다. Fröschle(위 주 35), S. 680 참조.

위 두 사안이 절차적으로도 동일한 법률에 의해 규율되지만, 절차법적으로도 다른 사건이며, 관할법원이 다르기 때문에 심판절차의 중복계속이 가능하고, 중복문제를 해결하기 위해 가사소송 및 가사비송사건절차법 제313조에서 관할법원의 우선순위를 규정하고,³⁹⁾ 동조 제4항에는 공법상의 비자의입원 사건이 후견사건 관할법원과 다른 지방법원에 계속된 경우 후견사건이 이미 후견법원에 계속되어 있다면 후견법원에 통지할 의무를 부과하고 있다.

(2) 절차 보좌인(Verfahrenspfleger) 제도

위의 모든 절차에서 정신질환자를 보호하기 위해 절차보좌인(Verfahrenspfleger)을 선임할 수 있다.⁴⁰⁾ 절차보좌인의 지위는 법적으로 규정되어 있지는 않은데, 요보호성인의 절차법상의 지위와 동일한 지위를 갖는다. 자료를 열람하고, 청문할 수 있고, 항소를 제기할 수도 있다. 절차보좌인의 보수 및 지출비용의 상환은 언제나 국고로부터 받는다. 국가는 요보호성인에게 자력이 있다고 판단할 때 그로부터 소송비용에 포함시켜 비용을 지불하도록 한다(비용에 관한 규칙인 KostO 제137조 제17호).

(3) 국가의 절차보좌인에 대한 재정지원

정신장애인은 비자의입원절차에서 절차보좌인의 지원을 받고, 정신병원 입원이후에는 지원자(Betreuer-후견인으로도 번역됨)의 지원을 받는다. 따라서 치료의 전 과정에서 지원을 받는다고 이해할 수 있다. 이들 지원자(절

38) 이를 민사법상의 비자의입원 절차라 한다. Fröschle(위 주 35), S. 680 참조.

39) FamFG 제313조 제1항, 제2항은 민사법상의 비자의입원의 관할법원, 제3항은 공법상의 비자의입원의 관할법원을 규율하고 있다. Fröschle(위 주 35), S. 686 ff. 참조.

40) 절차보좌인을 반드시 선임하여야 할 사건, 통상 선임하는 사건, 선임할 수 있는 사건으로 구분할 수 있다. 비자의입원은 선임할 수 있는 사건에 해당된다. 상세한 것은 Fröschle(위 주 35), S. 515 ff. 참조.

제철웅: 정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률의 261
시행과 치료, 입원, 퇴원 절차에서의 정신장애인 지원 방안

차보좌인 및 지원자=후견인)의 보수 등은 대부분 국고에서 지급된다.⁴¹⁾

3. 소결

우리는 위 영국과 독일의 사례로부터 치료의 전 과정에서 정신질환자의 목소리가 치료절차에 관여하는 관계자들에게 전달되고, 그들의 권리를 옹호하기 위한 제도가 도입되어 있음을 알 수 있다. 이들의 역할수행으로 친족 간의 상호부조의 도덕도 그대로 유지될 수 있는 부수적 효과도 있다. 그에 비하면 우리나라의 보호의무자에게 과도한 공법상의 의무를 부과함으로써 오히려 친족간의 도덕적 관계마저 훼손시킬 가능성이 농후할 뿐 아니라 정신질환자의 목소리를 대변하고 그의 이익을 주장할 수 있는 역할은 거의 할 수 없다고 할 것이다. 여기에 변화가 있어야 한다.

다른 한편 강화된 비자의입원요건의 강화로 정신과의사들이 불안해 하는 것도 바로 자신의 부담할 막중한 책임을 덜어 줄 사람 내지 장치가 부재하기 때문인데, 이런 우려를 불식시킬 필요도 있다는 점에도 유의해야 한다. 그 점에서 우리나라에서도 시급히 전문성 있고, 중립적인 지위에서 정신질환자의 목소리를 전달하고 그들의 이익을 대변할 절차보조제도를 도입하여야 할 것이다.

이렇게 해야만 가까운 친족간의 도덕적 관계가 정신질환의 치료과정에서 훼손되지 않도록 배려할 수 있고, 정신과의사와 지방자치단체의 우려를 불식시킬 수 있으며, 헌법재판소가 지적한 과잉금지의 원칙 위반의 위험을 해소할 수 있을 것이다.

41) Fröschle(위 주 35). S. 530 ff. 참조.

IV. 결론에 같음하여: 절차보조의 중요성과 기본방향

장애인이 인간으로서의 존엄성을 향유하면서 생활할 수 있도록 하기 위해 가장 중요한 것은 이들을 경제적 부담, 경제적 지원이 필요한 그룹 내 지 집단으로 보지 않고 이들을 나와 같은 한 사람의 인간으로 대우하는 것에서부터 출발하여야 할 것이다. 경제적인 지원 역시 그 연장선상에서 논의되고 검토되어야 할 것이다. 개정 정신건강복지법은 비자의입원의 요건을 엄격하게 하고, 그 절차도 복잡하게 함으로써 정신건강정책의 큰 흐름을 비자의입원에서 자의입원으로, 입원치료에서 지역사회치료로, 폐쇄시설에의 입원 등에서 개방시설에의 입원 등으로 전환시킬 것을 명하고 있다.⁴²⁾

다른 한편 정신질환자의 치료의 전과정에서 정신질환자의 목소리가 경청될 수 있도록 정신질환자를 지원하는 방안, 즉 절차보조제도가 시급히 도입되어야 한다. 그 방법에는 여러 가지가 있을 수 있다. 그 첫째의 방향성은 정신장애인을 심리적으로 옹호해 줄 수 있는 자, 특히 실질적으로 정신질환자와 같이 생활하거나 밀접한 관계를 유지하는 사람에 한정시켜 보호자의 역할을 하게 해야 한다. 민법 제974조의 범위 내의 부양의무자라는 이유만으로, 후견인이라는 이유만으로 당연히 보호의무자가 되도록 해서는 안 된다.

둘째, 보다 중요한 것은 독립적인 지위에서 정신장애인의 목소리를 전달하고 치료와 법적인 측면에서 그들의 권익을 옹호해 줄 수 있는 전문적 절차보조인 제도가 도입되어야 한다. 이들은 입원치료 이외에 다른 대안은 없는지, 특정의 치료방법 이외에 다른 대안은 없는지를 본인의 관점에서

42) 이와 더불어 정신질환자 복지서비스가 도입됨으로써 치료만이 아니라 정신장애와 더불어 살아가기에도 더 많은 관심을 기울여야 할 것이다. 이 글의 논의는 치료에 초점을 맞춘 것이므로 이 문제는 다루지 않는다.

제철용: 정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률의 263 시행과 치료, 입원, 퇴원 절차에서의 정신장애인 지원 방안

조사하여 본인, 보호자, 의사에게 각각 제안할 수 있는 역할, 치료, 입원, 퇴원에 관한 본인의 희망을 잘 파악하여 치료에 관여하는 모든 관계자들에게 전달할 수 있는 역할, 정신장애인에게 부여된 각종의 권리(입원적합성심사위원회에 의견을 진술하는 것, 정신건강심의위원회에 본인이 출석하거나 화상으로 의견을 제시하는 것, 인신보호법에 따라 즉시해제의 구제신청을 하는 것, 후견인을 선임하도록 신청하는 것, 위원회나 법원의 결정에 대해 불복하는 것 등등)에 관하여 본인, 보호자, 의료진에게 알려 주고, 그 권리를 행사할 수 있도록 지원하는 역할을 수행하여야 할 것이다. 이 역할은 장애인의 인권보호에도 필수적일 뿐 아니라, 정신과의사와 지방자치단체, 국가 공무원이 더 엄격해진 비자의입원의 법적 요건으로 인해 위법행위를 하지나 않을까 하는 두려움에서 벗어나게 해 줄 것이다. 절차보조는 모두의 이익을 위한 제도인 셈이다. 이들의 지위는 보호의무자, 정신과의사로부터 독립되고(중립성), 정신장애와 인권에 대한 전문적 이해가 있는(전문성), 장애인 당사자와 정신질환자의 치료에 개입하는 여러 사람들에게 조언할 수 있는 역할을 수행하는 독립된 전문 절차보조여야 할 것이다.

참고문헌

- 김도희, 보호입원제도 존속의 한계성에 관하여- 정신보건법 제24조 제1항 등의 헌법불합치결정을 중심으로, 사회보장법연구 5(2), 2016년 12월
- 김명철, 정신보건법 제24조 강제입원조항의 위헌성, 인권법연구(한국방송통신대학법학과) 제2권, 2016.2.
- 박인환, 정신장애인의 인권과 지역사회통합의 관점에서 본 2016년 정신건강증진법의 평가와 과제, 의료법학 제17권 제1호(2016년 7월)
- 박인환, “새로운 성년후견제도에 있어서 신상보호,” 가족법연구 제25권 2호(2011.9)
- 박호균, “성년후견과 의료개정 민법 제947조의2를 중심으로,” 의료법학 13권 1호
- 신권철, 강제입원 위헌(헌법불합치) 결정의 의미와 향후 과제, 서울법학 24권 4호(2017.2)
- 신권철, 강제입원의 위법과 손해배상책임, 서울법학 25권 2호(2017.8)
- 이재경, “성년후견제도에 있어서 정신질환자에 대한 의료행위와 후견인의 동의권에 관한 연구,” 가족법연구 제26권 3호(2012.11)
- 정태호, 보호의무자에 의한 정신질환자 강제입원·치료제도의 위헌성- 독일 연방헌법재판소의 관련 판례의 운용을 중심으로, 경희법학 제51권 2호(2016)
- 제철웅, 성년후견과 지속적 대리, 법조 722호(2017.4)
- 제철웅, 정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률 제43조 및 민법 제947조의2 제2항에 의한 비자의입원의 상호관계, 가족법연구 제31권 제1호(2017.3)
- 제철웅, 부양청구권 및 부양비용상환청구권에 관한 몇 가지 해석론적 제안,

제철웅: 정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률의 265
시행과 치료, 입원, 퇴원 절차에서의 정신장애인 지원 방안

법학논총 제31권 1집(2014.3)

하명호, 정신보건법상 보호의무자에 의한 입원, 안암법학 제36권(2011)

하명호, 정신보건법상 강제입원제도의 고찰, 국가인권위원회 인권포럼
(2014.7.24.) 발표자료

Robert Brown, the Approved Mental Health Professional's Guide to
Mental Health Law, 3rd edition, SAGE, 2013

Department of Health, Mental Health Act 1983: Code of Practice,

Erman Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. II, 11. Aufl.,
Ascendorf Verlag, 2004

Fröschle, Praxiskommentar Betreuungs- und Unterbringungsverfahren, 3.
Aufl., Bundesanzeiger Verlag, 2014

Simon Godefroy, Mental Health & Mental Capacity Law for Social
Workers, SAGE 2015

Gostin ed., Principles of Mental Health Law and Policy, Oxford
University Press, 2010

Judith Masson/Rebecca Bailey-Harris/Rebecca Probert, Principles of
Family Law, 8th edition, Sweet & Maxwell, 2008

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd 8, 4. Aufl.,
C.H. Beck 2002

<Abstract>

The Implementation of the New Mental Health Improvement and Support of Social Welfare to Persons with Mental Illness Act and the Way to Support Persons with Mental Illness in the Process of Treatments, Admission to Psychiatric Hospitals and Discharge

Cheolung Je*

Since the Constitutional Court decides, on 26th September 2016, that the involuntary admission of persons with mental illness to psychiatric hospitals and psychiatric institutions in accordance Article 24 of the Mental Health Act, which was totally revised in May 2016 to the Mental Health Improvement and the Support of Social Welfare to Persons with Mental Illness Act(hereinafter the revised Act), was incompatible with Article 12 of the Korean Constitution, it is indispensable to review the Article 43 of the revised Act in the light of the Constitutional Court decision mentioned above. After confirming that the involuntary admission according to article 43 of the revised Act as well as that of the previous Act is of a public law confinement, resulting in the deprivation of liberty, this paper argues that the assistance measure with which to facilitate of the persons liable to be subject to involuntary admission should be provided for; that otherwise

* Professor, Hanyang University.

제철웅: 정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률의 267
시행과 치료, 입원, 퇴원 절차에서의 정신장애인 지원 방안

the incompatibility of involuntary admission can hardly be cleared off. In this regard, this paper argues that persons with maintenance duty and guardians, on whom the public duty to protect the persons with mental illness are imposed by Article 39 of the revised Act, can in many cases be unsuitable persons for discharging that duty, because in many respects persons with conflicts of interests can be deemed as the very persons to protect those persons with mental illness, due to the lack of selection and supervision process. Therefore this paper suggests that independent persons or bodies with expertise on mental illness and the human rights of persons with mental illness should be engaged as assistants to persons with mental illness to help them exercise their rights to treatments, admission and discharge. These independent mental health assistants can engage all persons involved in the process of treatment, admission and discharge of the persons with mental illness to perform their own role properly.

Key words: Mental Heal Law, Involuntary Admission, Supported Decision Making, Procedural Assistance, Persons with Protection Duty, Independent Mental Health Advocacy