

성년후견인의 민법 제755조의 책임

- 그 정당성에 대한 비판적 검토 -

한양대학교 법학전문대학원 교수 · 법학박사 諸 哲 雄

논문요약

현행 민법 제947조 제1항은 금치산자의 후견인으로 하여금 금치산자를 요양, 감호 할 의무가 있고, 그 의무의 이행에 있어서 일상의 주의를 기울이도록 하고 있다. 그 의무 이행의 일환으로 금치산자를 사택에 감금하거나 정신병원 기타 다른 장소에 감금 치료할 수 있는 권한도 후견인에게 부여하고 있다. 비록 이 권한은 가정법원의 허가가 있어야 행해질 수 있지만, 후견인의 의무와 임무가 얼마나 막중한지를 단적으로 보여주는 예이다. 한편 민법 제755조는 성인이 심신상실로 인한 책임무능력 상태에서 한 불법행위에 대해 법정감독의무자에게 감독의무 위반의 불법행위책임을 지도록 하고 있는데, 여기서 상정하는 성인에 대한 법정감독의무자는 주로 금치산자의 후견인이다. 이런 책임은 앞서 언급한 후견인의 요양감호의무에 기반한 것이다. 후견인의 이런 무거운 책임과 이에 상응한 심중한 권한으로 말미암아 후견인은 금치산자를 사실상 사회 생활에서 배제시키고 심지어 신체적으로도 사실상 자유가 박탈되는 공간에서 생활하게 하는 일도 드물지 않았다.

이 글은 2013년 7월 1일부터 시행될 새로운 성년후견제 하에서도 후견인에게 제755조의 불법행위책임을 있다고 해석해야 할 것인지를 다루고 있다. 행위무능력제도와 달리 성년후견제 하에서는 후견인은 피후견인을 요양감호할 의무를 부담하지 않고, 그의 요양감호는 피후견인 스스로 하거나 피후견인이 스스로 할 수 없는 경우, 그의 자산으로, 그의 자선이 없을 때 민법 제974조의 부양의무자의 자력으로 또는 사회보장제도에 의해 제공되어야 하고, 후견인은 이런 요양감호의 제공을 조직하는 일을 맡아야 이해

* 이 논문은 2012년도 한양대학교 교내연구비 지원으로 연구되었음(HY-2012-G)

해야 할 것이다. 후견인의 임무를 이렇게 구성하게 되면, 후견인의 부담이 줄어들 뿐 아니라, 피후견인 역시 인권존중적 환경에서 사회의 한 구성원으로 살아갈 수 있는 환경의 실현이 앞당겨질 것이다. 이 글은, 성년후견제도의 이런 취지를 분명히 하고, 대내외적으로 인권존중의 법정신을 천명하기 위해서도 민법 제755조 중 후견인과 관련된 법정감독책임을 삭제해야 한다고 주장한다. 이를 뒷받침하기 위해 우리 법에 직·간접적으로 영향을 미치는 여러 나라의 관련법을 검토하였다.

[주제어] 성년후견, 법정감독의무자의 책임, 행위무능력, 책임무능력, 불법행위
 Adult Guardianship, Liability of a person with duty of legal supervision, Incapacity of Legal Act, Incapacity of Tort Responsibility

* 논문접수 : 2012. 5. 2. * 심사개시 : 2012. 5. 8. * 게재확정 : 2012. 5. 24.

目 次

<p>I. 문제제기</p> <p>II. 법비교</p> <p style="padding-left: 20px;">1. 프랑스</p> <p style="padding-left: 20px;">2. 영 국</p> <p style="padding-left: 20px;">3. 독 일</p> <p style="padding-left: 20px;">4. 일 본</p> <p style="padding-left: 20px;">5. 소 결</p> <p>III. 성년후견인에게 제755조의 책임을 부과하는 것이 정당한가?</p>	<p>1. 성년후견인은 피성년후견인이 제3자에게 손해를 가하지 않도록 감독할 의무가 있는가?</p> <p>2. 가족 또는 성년후견인은 정신보건법에 의해 정신질환자를 감독할 의무가 있는가?</p> <p>3. 심신상실자의 불법행위로 인한 피해자의 보호필요성 때문에 가족 또는 후견인에게 감독의무를 인정해야 하는가?</p> <p>IV. 결 론</p>
--	--

I . 문제제기

(1) 민법 제753조¹⁾는 미성년자가 타인에게 손해를 가한 경우 그

행위의 책임을 변식할 능력이 없는 때 배상의 책임이 없다고 하며, 제754조는 심신상실 중에 타인에게 손해를 가한 자는 배상의 책임이 없지만, 고의 또는 과실로 인하여 심신상실을 초래한 때에는 그러하지 아니하다고 규정한다. 이들 규정으로 인해 미성년 또는 성인 중 책임능력이 없는 자가 타인에게 손해를 가한 경우 피해자는 손해를 배상받지 못할 수 있는데, 민법 제755조는 일정한 범위의 사람들에게 대위책임을 부과하고 있다. 즉 “전2조의 규정에 의하여 무능력자에게 책임 없는 경우에는 이를 감독할 법정 의무 있는 자가 그 무능력자의 제3자에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다. 그러나 감독의무를 해태하지 아니한 때에는 그러하지 아니하다.”는 것이다. 또한 제2항은 “감독의무자에 가름하여 무능력자를 감독하는 자도 전항의 책임이 있다.”고 한다. 여기 말하는 “무능력자”는 행위무능력자가 아닌 책임무능력자를 의미한다.²⁾ 현행법의 ‘무능력자’라는 개념은 불법행위책임 및 법률행위책임의 각 영역에 사용할 수 있지만, 행위무능력자라도 불법행위책임을 질 수 있기 때문에 同條의 ‘무능력자’는 책임무능력자를 의미하는 것으로 이해하는 것이 자연스럽기 때문이다.

그런데 책임능력 없는 미성년자의 법정감독의무자가 부담하는 제755조의 책임에 대해 대법원은 그동안 면책을 거의 인정하지 않아서 同條의 책임은 무과실책임과 유사하게 인식되어 왔다. 즉 감독의무자는 당해 불법행위와 관련된 구체적, 개별적 감독이 아니라 일반적, 일상적 감독의무를 부담한다고 이해해 왔으며, 그 결과 감독의무자가 그 책임을 벗어나는 것은 사실상 불가능하였던 것이다.³⁾ 반면 친권자 등

1) 이하 민법의 규정은 법률명칭 없이 조문만으로 표시한다.

2) 가령 민법주해 XVIII, 470면 이하(류원규 집필부분)도 책임무능력자임을 전제로 설명한다.

3) 가령 민법주해 VVIII, 471-472면(류원규 집필부분); 주석 민법, 채권각론

은 책임능력 있는 미성년자를 감독할 의무도 있는데, 이에 대해서는 책임능력 있는 미성년자의 연령 등을 감안하여 감독의무자가 개별적, 구체적 감독책임을 진다고 보고 제750조의 일반불법행위책임을 인정해 왔다. 제755조의 법정감독책임이 일반적, 일상적 감독의무에 기초하였다는 것은 그만큼 감독의무자가 면책될 가능성이 거의 없다는 것으로 귀결된다고 이해해도 무방할 것이다. 이런 논리를 책임능력 없는 성인, 특히 고의 또는 과실로 인하여 심신상실 상태를 초래하지 않은, 통상의 책임무능력 성인이 될 수 있는 지적장애인, 치매 상태가 상당한 정도로 발달된 환자, 의사결정능력이 쇠퇴한 정신장애인 등에게 적용시켜 보면, 그들을 감독할 법정책임이 있는 자⁴⁾의 책임 역시 사실상 면책 가능성이 없는 무과실책임이 될 수 있을 것이다. 지적장애1등급은 지능지수와 사회성숙지수가 34 이하인 사람으로 일상생활과 사회생활의 적응이 현저하게 곤란하여 일생동안 타인의 보호가 필

(8), 386면 (김오수 집필부분) 참조.

- 4) 학설은 제755조의 법정감독의무자로 금치산자의 후견인을, 금치산선고를 받지 않은 심신상실자의 경우 법률규정이 없으므로 관습법 또는 조리에 의해 적당한 지위에 있는 자를 감독의무자로 인정할 수 있다고 해 왔다. 後者の 예로 처, 부모 등을 들기도 한다. 가령 민법주해 XVIII, 473면 이하(류원규 집필부분); 관용직, 채권각론, 414면; 이은영, 채권각론(제3판), 844면 등 참조. 다만 주석 민법, 채권각칙(8), 397면(김오수 집필부분)은 매우 독특하게도, 정신보건법 제22조의 보호의무자가 민법 제756조의 감독의무자라고 한다. 그러나 정신보건법이 1995년 제정된 것을 감안하면 그 이전에는 제755조의 법정감독의무자는 없었다는 취지인지는 불분명하다. 다만 같은 저자의 397면 註 66에는 금치산선고를 받지 않은 경우 관습법 또는 조리에 의해 적당한 지위에 있는 자를 감독의무자로 볼 수 있다고 하므로, 금치산선고를 받은 경우에는 후견인을 법정감독의무자로 본다고 선택할 수 있을 것이다. 금치산선고를 받았다는 것과 정신보건법상의 정신질환자가 반드시 일치하는 것은 아니기 때문이다. 아무튼 이런 독특한 주장을 제외하면 대다수의 학설은 금치산자의 후견인을 법정의로자로 인정한다고 할 수 있다.

요한 사람으로 정의되고, 제2등급은 지능지수와 사회성숙지수가 35 이상 49 이하인 사람으로 일상생활의 단순한 행동을 훈련시킬 수 있고, 어느 정도의 감독과 도움을 받으면 복잡하지 아니하고 특수기술을 요하지 아니하는 직업을 가질 수 있는 사람으로, 제3등급은 지능지수와 사회성숙지수가 50 이상 70 이하인 사람으로 교육을 통한 사회적·직업적 재활이 가능한 사람으로 정의된다(장애인복지법시행규칙 별표1 참조). 그런데 대법원 판결례에서 나타난 사례들을 보면, 지능지수 64인 지적장애인의 사회적 연령을 5세 4개월 정도로 보기도, 지능지수가 73 정도인 지적장애인의 사회연령을 6세 정도로 판단한 것도 있다.⁵⁾ 지능지수가 64인 ‘정신지체’의 경우 그 사회적 연령은 7세 정도로 판단한 것도 있다.⁶⁾ 만 13세 내지 14세 미만의 미성년자에 의한 불법행위의 경우 대법원은 법정감독의무자의 책임을 면책한 예가 없는 것을 감안한다면, 지적장애인의 법정 감독의무자의 책임도 이와 다르지 않을 것이라고 일응 짐작할 수도 있을 것이다. 치매가 상당한 정도로 진행된 환자나 의사결정능력이 쇠퇴한 정신장애자의 경우에도 크게 다르지 않을 것이다. 한편 법정감독의무자의 의뢰로 이들을 수용한 자는 제755조 제2항의 책임을 질 수도 있을 것인데, 이들의 책임은 아동을 일시적으로 보호하는 학교의 교사와 달리⁷⁾ 가족과 마찬가지로

5) 대법원 2002. 10. 11. 선고 2001다10113 판결.

6) 대법원 2009. 1. 15. 선고 2008다58367 판결.

7) 대법원은 미성년 아동의 책임능력이 있는지, 없었는지를 불문하고, 학교의 교장이나 교사는 학생을 보호감독할 의무를 지지만, 이러한 보호감독의무는 교육법에 따라 학생을 친권자 등 법정 감독의무자에 대신하여 감독을 하여야 하는 의무로서 학교 내에서의 학생의 전 생활관계에 미치는 것은 아니고 학교에서의 교육활동 및 이와 밀접불가분의 관계에 있는 생활관계에 한정된다고 하며, 그 의무 범위 내의 생활관계라고 하더라도 교육활동의 때와 장소, 가해자의 분별능력, 가해자의 성행, 가해자와 피해자와의 관계 기타 여러 사정을 고려하여 사고가 학교생활에서 통상 발생할 수

전일제의 보호서비스를 제공하기 때문에 법정감독의무자와 거의 동일한 책임을 질 수도 있을 것이다.

(2) 그런데 지적장애인, 치매환자, 의사결정능력이 쇠퇴한 정신장애인 등에 의한 불법행위는 매우 다양한 형태로 발생할 수 있다. 가령 신호등을 무시하고 길을 건너는 바람에 이를 피하려다 교통사고를 일으킨 경우, 갑작스러운 발작으로 인한 직접적 또는 간접적 결과로 주변에 있던 사람이 피해를 입는 경우 등이 그 예 중의 하나일 것이다. 만약 이들의 법정감독의무자가 책임무능력 아동의 부모와 동일 또는 유사하게 제755조 제1항의 책임을 져야 한다면, 그 감독의무자는 어떻게 해야 제755조의 잠재적 책임으로부터 벗어날 수 있을까?

최근 지적장애인을 수용하는 한 시설이 지적장애와 간질이 결합된 환자를 오랜 기간 좁은 방 안에, 그것도 그 방의 좁은 침상에 가두어 놓은 사실이 언론에 보도되면서 사회적 공분을 사기도 하였다. 그 이전에는 치매노인을 모시는 가족이 그 환자를 방안에 가두어 놓고 출입을 제한하는 행위를 소재로 한 드라마가 방영되면서 치매환자의 처우에 대한 사회적 우려가 제기된 적도 있었다. 그러나 위 (1)에서 언급한 대법원의 법리를 이런 사안에 적용시켜 본다면, 보호감독의무자가 취할 수 있는 예방적 조치로 자유제한 내지 박탈을 수반하는 감금이 효

있다고 하는 것이 예측되거나 또는 예측가능성(사고발생의 구체적 위험성)이 있는 경우에 한하여 교장이나 교사는 보호감독의무 위반에 대한 책임을 진다는 입장을 일찍부터 견지하여 왔다. 가령 대법원 2007. 11. 15. 선고 2005다16034 판결 참조. 즉 교사가 일반적, 일상적 감독의무를 진다고 하더라도 아동의 연령이 아주 낮은 경우가 아니라면(대법원 1996. 8. 23. 선고 96다19833 판결에서는 생후 4년 3개월 남짓된 유치원생을 돌보는 교사에게는 친권자에 준하는 보호감독의무가 있다고 판단하였다), 구체적인 사정 또는 상황과 관련한 감독의무를 진다고 할 것이다. 이런 점에서는 구체적 사정과 관련된 감독의무라는 표현이 더 나을 것이다.

과적인 수단이 아닐까? 설사 치매환자, 지적장애인을 감금해 두었다 하더라도 법정감독의무자는 최소한 형법상의 감금죄의 처벌은 받지 않을 것이다.⁸⁾ 대법원 스스로가 법정감독의무자에게 거의 무과실에 가까운 책임을 부과해 왔으므로, 감독의무자가 감금을 통해 책임 발생을 예방하고자 하는 것은 당연할 것이기 때문이다. 대법원도 이런 감금의 위법성을 부정할 것이라는 메시지를 사회에 전달하는 셈이다.

(3) 그런데 이런 이해에는 여러 가지 의문이 있다. 첫째, 이런 이해가 우리나라가 2008년 12월 11일 비준한 유엔 장애인권리협약(the Convention on the Rights of Persons with Disabilities)의 정신에 위반하지는 않는가 하는 점이다. 同 협약은 장애를 사회적 관점에서 정의하는데,⁹⁾ 여기서 논하는 치매, 지적장애, 정신장애를 앓고 있는 이들이 모두 이 협약의 대상이 된다. 그런데 이 협약 제3조는 장애인의 인권존중을 위한 8대 원칙을 제시한다. 인격의 독립성과 스스로 결정할 자유를 포함한 장애인의 내재적 존엄성, 개인의 자율성의 존중(a호), 차별금지(b호), 사회에 완전하고 효과적으로 참여하고 사회구성원으로 통합시킬 것(c호), 장애인을 인간의 다양성과 인본성의 한 부분으로서 수용하

8) 대법원 1980. 2. 12. 선고 79도1349 판결에서는 母의 허락을 받아 야간에 정신장애인을 3일간 감금한 것은 위법성이 없다고 판단하였다.

9) 즉 협약 전문 e는, 발전 도상에 있는 개념인 장애인 손상을 입은 개인(의학적 관점에서 본 장애)과 그 개인이 타인과 평등하게 사회활동에 완전하고 효과적으로 참여하는 것을 저해하는 행태적, 환경적 장애 간의 상호작용에서 비롯된다는 점을 확인하고 있다. 바로 이런 관점이 사회적 관점에서 본 장애이다. Stein/Lord, Future Prospects for the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, in: The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, eds. by Arnardóttir/Quinn, p. 25, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, Leiden·Boston 참조.

고 그 차이점을 존중할 것(d호), 기회의 평등(e호), 접근성 보장(f호), 남녀의 평등(g호), 장애아동의 능력의 발전성을 존중하고, 장애아동이 자기 정체성을 보존할 권리를 존중할 것(h호) 등이 그것이다. 치매, 지적장애, 정신장애를 앓고 있는 이들이 사회의 구성원으로 통합되어 삶을 영위할 수 있도록 지원하는 것은 제3조의 원칙을 실현하기 위해 필요할 것이다. 그러나 누군가 이들을 감독해야 하고, 또 그 감독의무자는 면책가능성 없는 책임이 있기 때문에(가령 제755조를 상정해 보라.) 그 책임으로부터 벗어나기 위해서는 이들의 자유를 제한할 수도 있다는 것은 同 협약상의 제3조의 원칙에 근본적으로 반할 수 있다.

둘째, 2013년 7월 1일부터 시행되는 성년후견제와 제755조의 책임이 과연 조화될 수 있는지도 의문스럽다. 행위무능력자 제도 하에서는 후견인이 금치산자를 요양·감호할 의무가 있었지만(현행 민법 제947조), 성년후견제 하에서의 성년후견인이라 하더라도 피성년후견인을 직접 요양·감호할 의무는 없으며, 오히려 신상에 관하여는 상태가 허락하는 한 피성년후견인 스스로가 결정할 수 있다(개정 민법 제947조의2 제1항). 따라서 주거, 대인접촉, 일상의 여가활동 등에서 자연적 의사결정능력이 있는 한 피후견인이 스스로 결정할 것이고,¹⁰⁾ 성년후

10) 여기서 신상에 관한 의사결정능력은 재산거래에서 요구되는 의사능력과 일치하지는 않는다는 점을 지적해 둔다. 가령 대판 2009. 1. 15., 2008다 58367에서는, 의사능력을 자신의 행위의 의미나 결과를 정상적인 인식력과 예기력을 바탕으로 합리적으로 판단할 수 있는 정신적 능력 내지는 지능(강조는 인용자가 덧붙인 것임)을 의미하는 것으로서, “의사능력의 유무는 구체적인 법률행위와 관련하여 개별적으로 판단”되어야 한다고 하였다. 신상과 관련된 영역에서의 의사결정 역시 개별적, 구체적인 사안별로 판단해야겠지만, 앞의 판결에서와는 달리 그 때의 능력은 자연적 의사를 결정할 능력이라고 보는 것이 적절할 것이다. 즉 지능지수가 아주 낮은 지적장애인이라 하더라도 신상과 관련해서 의사결정능력이 있는 경우가 많을 것이다. 이 점을 법률상으로 명확히 하고 있는 것으로, 영국 정신능력법 제2조, 제3조이다. 독일에서는 행위무능력자 구

견인이라도 거기에 간섭할 수 없게 된다. 성년후견인은 가정법원으로부터 신상에 관하여 결정할 권한을 부여받은 경우(개정 민법 제938조 제3항)에 한해서, 그것도 피성년후견인에게 의사결정능력이 없을 때 비로소, 신상에 관하여 의사결정을 대신할 수 있을 뿐이라고 해석해야 할 것이다(개정 민법 제947조의2 제1항). 요컨대 성년후견인의 역할은 피성년후견인의 요양·감호하는 것이 아니라 그를 대신한 의사결정의 대행자의 역할로 전환되어야 할 것이다. 성년후견인도 그러한데, 여타의 한정후견인, 특정후견인은 말할 나위 없이 피후견인을 감독할 법적 의무가 없다고 해야 할 것이다. 그렇다면 성년후견제도를 이용할 자격은 되지만 이를 이용하지 않는 여타의 요보호성인에 대해서도 그를 사실상 부양하는 배우자나 부모, 자녀가 이들을 감독할 법적 의무가 없다고 해야 않은가? 그러나 이와 반대의 해석이 여전히 가능한가? 즉 제755조가 있기 때문에 개정 민법 하에서도 가정법원으로부터 신상에 관하여 결정할 권한을 부여받은 성년후견인은 당연히 피성년후견인을 감독할 의무가 있다고 해석할 수 있는가?

제755조가 UN 장애인권리협약에 반한다는 점은 차치하더라도, 적어도 새로운 성년후견제 하에서 제755조가 어떻게 기능할 수 있을지를 근본적으로 재검토해야 할 시점이 된 셈이다. 아래에서는 먼저 이런 문제들을 외국법에서는 어떻게 처리하는지를 비교·검토할 것이다. 여기에는 우리 법에 많은 영향을 미치고 또 미칠 수 있는 프랑스, 일

분되는 개념으로서의 동의무능력(Einwilligungsunfähigkeit)이라는 개념을 의료결정과 관련해서 사용하기도 하는 것도 그 예이다. 가령 NK-BGB/Heitmann, § 1902 Rn. 8 f. 참조. 2013년부터 시행될 스위스의 새로운 성년후견법 하에서는 법률행위능력(Geschäftsfähigkeit)과 의사형성 및 조향능력으로서의 활동능력(Handlungsfähigkeit)의 구분도 이와 유사하다. Rosch/Büchler/Jakob, Das Neue Erwachsenenschutzrecht, 12 ff. 참조.

본, 독일, 영국의 예를 살펴 볼 것이다(II). 그 후 제755조가 과연 정당성 있는 범규정인지를 비판적으로 검토할 것이다(III). 이에 입각해서 책임무능력 성인과 관련해서는 후견인 또는 가족이 법정감독의무를 부담하지 않는다는 점을 명확하게 하기 위해서라도 제755조를 개정할 것을 제안하면서 이 글을 마무리짓는다(IV).

II. 법비교

1. 프랑스

(1) 프랑스 민법은 불법행위책임능력(responsabilité capacité)이라는 개념을 알지 못하지만, 학설과 판례는 ‘faute’ 개념에서 가해자가辨識능력이 있을 때에만 자신의 불법적 용태에 대한 책임을 물을 수 있다는 결론을 도출한다.¹¹⁾ 심신상실의 상태나 정신질환 또는 연령(아동의 경우)에 따라 책임능력이 부정될 수 있다는 것이다. 그런데 프랑스는 1968년 정신장애(trouble mental) 상태에서 한 불법행위를 규율하기 위해 제489조의2(현행 제414조의3)를 신설하였다. 이에 따르면, “정신적 장애 상태에서 타인에게 손해를 가한 자는 손해배상의무가 있다.”고 한다. 이는 어떤 식이든 피해자의 손해를 배상해야 한다는 당시의 사회 관념을 반영한 것으로, 피해자가 아니라 가해자인 정신장애자가 위험을 부담해야 한다는 인식에 기초한 것이다. 달리 말하면, 손해를 가한 자는 어떤 이유로든 손해배상책임이 있다는 관념, 즉 보증책임(idee de garantie)의 관념이 반영된 것이다. 따라서

11) 프랑스 부분에 관한 설명은 다른 언급이 없으면 Ferid/Sonnenberger, Das Französische Zivilrecht, Bd 2, 2 O 154 이하; Juris Classeur Civil Art.388 à 543를 참조하여 설명한 것이다.

후견(tutelle), 보좌(curatelle) 또는 사법적 보조(sauvergarde de justice) 하에 있는 성년으로 심신상실의 상태에서 지지른 가해행위에 대해서도 그 가해자는 불법행위책임이 있다.

제489조의2(현행 제414조의3)에 대해 일부 학설은 이를 예외규정이 라고 해석하는 반면, 다른 학설은 다수설이 간과해 온 원칙을 입법자가 확인한 것이라고 주장한다.¹²⁾ 아무튼 현행법 하에서는, 자신의 과실 없이 정신장애 또는 정신질환을 앓게 된 자도 자신의 행위에 대해 책임을 진다. 물론 심신상실의 상태를 고의 또는 과실로 초래한 자는 그 'faute'로 인해 불법행위책임을 질 것이다. 그러나 우연적으로 발생한 신체적 결함으로 인한 의식장애에는 同條가 적용되지 않기 때문에, 이 때에는 책임능력이 부정된다.

그러나 파기원(cour de cassation)은 위 신설규정(현행 제414조의3)을 미성년자에게 확대하지는 않는다.¹³⁾ 즉 아동의 경우 나이, 성숙도에 따라 변식능력이 없다고 판단되면 불법행위책임능력을 부정하는 종전의 원칙을 그대로 유지한다. 동시에 피해아동이 변식능력이 없다면 그의 과실을 문제 삼아 과실상계를 통해 책임을 감액시킬 수 없다고 한다.¹⁴⁾

(2) 다른 한편 프랑스 민법 제1384조는 가해자인 미성년자의 부모에게도 책임을 지우는데, 그 책임은 어떤 요건 하에서 면책될 수 있는지도 문제이다. 한 때 부모가 아동 교육과 감독에서 주의 깊게 행동하였음에도 불구하고 손해를 방지할 수 없었다는 점을 입증하면 면책될 수 있다고 판단하였다.¹⁵⁾ 즉 일반적, 추상적 감독의무를 지는

12) Ferid/Sonnenberger (註 11), 2 O 154 참조.

13) Cass Civ 7.12.1977, DS 1978 IR 205 참조.

14) Cass Civ 11.6.1980 JCP 1980 IV 323 참조.

15) Cass. civ.12.10.1955 D 1956 J 301.

것이 아니라, 구체적 상황에 따른 주의의무를 부담한다는 것이다. 그러나 과기원은 그 후 입장을 변경하여 부모에게는 불가항력의 항변이나 피해자의 과실로 손해가 발생하였다는 항변(과실상계의 항변 포함)만을 허용하고 있다.¹⁶⁾ 달리 말하면 제1384조의 부모 및 장인의 책임은 무과실책임에 가깝게 이를 운영한다는 것이다.

이에 반해 성인이 심신상실 상태에서 한 불법행위에 대해서는 후견인, 배우자, 부모, 자녀 등은 대위책임을 부담하지 않는다. 여기에는 프랑스 민법 제3284조도 적용되지 않는다. 물론 후견인 등이 일반 불법행위책임을 질 수 있는지는 별개의 문제이다.

2. 영 국

(1) 책임무능력제도를 알지 못하는 보통법 국가¹⁷⁾는 또 다른 점에서 흥미로운 시사점을 제공한다. 영국의 The Family Law Reform Act 1969에 따르면 만18세에 달하면 성년이 되고, the Children Act 1989 제105조는 그 나이에 달하지 않을 때를 아동(child)이라고 한다. 영국법에서는 아동이라는 점 자체는 우리 법과 달리 불법행위법상의 위법성 조각사유를 구성하지도 않고, 여타의 항변사유가 되지도 않는다. 그렇다고 해서 아동이라는 점이 불법행위에 아무런 영향도 미치지 않는 것은 아니다. 가령 과실불법(negligence)에서는 그 나이의 신중하고 합리

16) 12살 된 아이가 자전거를 타면서 타인과 충돌하여 손해를 입힌 사안에서, 부모에게 허용된 유일한 항변은 불가항력과 기여과실뿐이라고 판단하였다. Cour de Cassation 19.2.1997 D 1997. 265. 그 이후에도 이런 태도가 계속해서 유지되고 있다고 한다. Malurie/Aynès/Stoffel-Munck, Les Obligations (5^e édition), 2011, Defrénois, pp. 70 참조.

17) 많은 나라에서 common law가 적용되지만, 여기서는 common law의 중주국인 영국의 예만 살펴 본다.

적인 아동을 기준으로 해서 손해발생의 개연성과 결과 회피가능성에 대한 인식을 판단한다.¹⁸⁾ 상해(battery) 폭행(assault) 등 인신손해에서는 아동에게 가해의 “의도”(intention or malice)가 있었는지를 기준으로 판단함으로써 미성년 아동의 불법행위책임을 부정하기도 한다.¹⁹⁾

(2) 심신상실 상태에서의 불법행위에 대해서도 영국법은 책임무능력이라는 개념을 동원하지 않는다. 이런 유형의 불법행위 역시 개별 사안별로 판단한다. 즉 심신상실 상태의 초래에 불법행위적 요소가 있다면 심신상실 상태에서의 불법행위에 대해 책임을 면할 수 없다. 그러나 불법행위에서 요구되는 의사적 요소가 없었다면 자발적인 행위가 없었던 것으로 판단될 수도 있다. 즉 특정의 정신상태가 있어야 하는 불법행위의 경우(부당제소, 명예훼손 등), 정신적 장애는 불법행위를 구성하는 요소의 하나인 의사적 요소가 결여되었다는 강력한 증거가 될 것이다. 그러나 인신손해(trespass), 횡령, 기타 책임 성립에 필요한 의사가 문제의 신체적 행위를 할 의사로 충분하다면, 정신장애가 책임조각사유(defence)가 될 수는 없다.²⁰⁾

Morriss v Marsdenn and Another²¹⁾에서는, 정신질환을 앓는 피고

18) 가령 Mullin v Richards [1998] 1 WLR 1304 참조.

19) Wilson v Pringle [1987] 1 QB 237; [1986] 2 All ER 440; [1986] 3 WLR 1. 학교 복도에서 원고와 피고 간에 말놀이를 하다가 원고가 넘어서 부상을 입자, 원고가 가해학생인 피고를 상대로 손해배상청구를 한 사건인데, 허용되는 놀이를 하다가 다친 경우 놀이의 규칙을 위반하지 않는 한 가해아동에게 과실불법을 인정하기는 어렵기 때문에, 인신손해(trespass) 소송을 제기하였을 것이다. 나쁜 행위를 한다는 것에 대한 의도가 있어야 trespass가 인정된다고 판단하였다.

20) 이에 대해서는 Dugdale/Jones, Clerk & Lindsell on Torts, 5-58 s. 참조.

21) [1952] 1 All ER 925 (QB).

가 원고를 가격하여 상해를 입혔는데, 문제의 시점에서는 정신질환을 앓고 있었지만, 자신의 행위의 성격과 질을 알고 있었다고 판단하였다. 물론 가해자는 자신이 하는 행위의 불법성은 알지 못하였다. 법원은 폭행(assault) 및 상해(battery)를 이유로 한 손해배상에서, 자신이 하는 행위가 잘못되었다는 것을 알지 못하였다 하더라도 자신의 행위의 성격과 질을 알고 있었다면 손해배상책임이 인정된다고 판단하였다. *White v White*²²⁾에서는 정신병을 앓는 아내가 남편을 잔인하게 다루는 바람에 남편의 건강에 손상이 생기자, 남편이 이혼소송을 제기하였다. 아내는 정신질환으로 인해, 남편을 가격할 시점에 자기 행위의 성격과 질(quality)을 알지 못하였다고 항변하였다. 정신질환이 아내로 하여금 그녀가 무엇을 하고 있는지, 그녀의 행위가 잘못되었다는 것을 이해할 수 없게 만들 정도가 아니었다면, 그 정신질환은 항변이 될 수 없다고 판단하였다.

한편 과실불법(negligence)에서는 아동의 과실불법행위 책임과 동일하게 처리한다고 한다. 즉 객관적으로 정상적인 성인과 동일할 정도의 주의를 요구하지는 않는다는 것이다.²³⁾

그런데 특히 심신상실 상태에서의 운전에 대해서는 보통법에서는 여러 입장이 있을 수 있다고 한다. *Fleming*²⁴⁾은 정신질환의 경우 세 가지의 해결방법을 제시하면서,²⁵⁾ 그 중에서도 정신질환자의 불법행위책임

22) [1950] P 39, [1949] 2 All ER 339, 48 LGR 25, 65 TLR 524, 113 JP 474, [1949] WN 312.

23) *Dugdale/Jones*(註 20), 5-59 참조.

24) *The Law of Tort*, 9th Edition, p. 126

25) 첫째, 심신상실 상태(insanity)가 매우 심해 주의의무를 인식할 수 없을 정도가 되는 피고는 면책해야 한다고 보기도 한다. 과실은 이성적 선택을 전제하기 때문이라는 이유 때문이다. 둘째, 중간적인 입장으로 해약을 예견할 수 있을 정도는 되어야 책임이 있다고 보는 견해도 있다. 셋째, 다수의 보통법 법원의 판결은 피고의 정신이상을 이유로 면책을 허

을 인정해야 한다는 입장인 반면,²⁶⁾ 영국 판결인 *Roberts v Ramsbottom*²⁷⁾는 사고의 시점에서 운전자의 행위가 전적으로 통제 밖이었다면 면책이 될 수 있지만(갑작스러운 의식상실의 경우), 약간이라도 자신을 통제 할 수 있었다면, 그의 운전이 객관적으로 요구되는 기준보다 낮은 정신상태에서 이루어졌다 하더라도 책임이 있다고 본다. 한편 영국에도 소개되는 캐나다 판결인 *Jana Fiala and Lenka Fiala v Katalin Cechmanek and Robert John MacDonald*²⁸⁾에서는 가해자(MacDonald)는 사고 당시 갑작스럽게 조증에피소드 증상이 발동되어 운전자를 공격하였고, 운전자는 갑작스럽게 공격을 당하여 브레이크 대신 가속기를 밟는 바람에 다른 차와 충돌하여 사고를 일으켰다. MacDonald는 자신의 행위를 전연 인식하지 못하였다는 이유로 당해 교통사고 발생에 대해 아무런 책임을 지지 않았고, 직접 운전자로서 MacDonald로부터 공격을 받은 Cechmanek 역시 갑작스러운 상황에서 무의식의 행위를 한 것이므로 책임이 없다고 판단하였다. 결국 영국, 캐나다의 판결은 갑작스러운 의식상실은 책임을 면하게 하지만, 그렇지 않은 경우는 책임을 면하기 어렵다는 것으로 일응 이해할 수 있을 것이다.

(3) 영국법에서는 정신질환, 지적장애, 치매 등을 이유로 후견인이 선임된 경우 후견인에게 피후견인의 법정감독의무가 부과되는지에 대한 논의는 없다. 너무나 자명하게도 1983년 정신보건법상의 후견인

용하면 사고의 피해자에게 불공정하게 불이익하다고 본다.

26) Linden, *Canadian Tort Law*, 6th Edition, 144-최선의 해결방법은 정신 질환자를 일반인과 동일하게 다루는 것이다. 때로는 가혹해 보일지라도, 그들을 면책하는 것이 피해자에게는 더 가혹하다. 적어도 교통사고의 경우 면책을 허용해서는 안된다.

27) [1980] 1 All ER 7.

28) Alberta Court of Queen's Bench, [1999] A.R. Lexis 857

(Guardian)이나 1985년 지속적 대리인법상의 임의후견인, 2005년의 정신능력법상의 법정후견인(Deputy), 임의후견인인 영속적 대리인에게 는 피후견인을 감독할 의무가 없다. 다만 특별한 사정 하에 이들에게 과실불법(negligence)이 인정될 여지가 없다고 보기는 어려울 것이다.

3. 독일

(1) 앞서 본 프랑스와 영국은 심신상실이 불법행위책임의 위법성조각 사유가 아닌 데 반해, 독일은 책임무능력제도를 인정하고 있다. 먼저 일반규정으로 책임을 분별할 수 있는 능력이 없는 자는 자신의 불법행위에 대해 책임이 없다는 규정을 두고(독일 민법 제827조),²⁹⁾ 그 한 유형으로 연령에 따라 책임을 감경하는 규정을 두고 있다(同法 제828조). 즉 만 7세에 달하지 않으면 불법행위책임능력이 아예 없고(同條 제1항), 만 7세부터 만 10세까지는 교통사고와 관련된 불법행위에서는 고의가 아닌 한 불법행위책임이 없으며(同條 제2항), 만 18세에 달하지 않은 자는 책임을 변식할 능력이 없는 상태에서 한 불법행위에 대해서는 책임이 없다(同條 제3항). 우리의 관심사인 지적장애, 정신장애, 치매 등을 앓고 있는 성인의 불법행위책임과 관련하여 보면, 그가 독일 민법 제827조의 책임무능력자에 해당된다면 불법행위책임을 면할 것이다.

29) “무의식(Bewusstlosigkeit) 상태 또는 자유로운 의사결정을 배제하는, 정신활동(Geistestätigkeit)의 병적 장애상태에서 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해에 대해 책임이 없다. 알콜 또는 유사한 매초로 일시적으로 그와 같은 상태에 빠진 자는 그 상태에서 위법하게 야기한 손해에 대해 과실이 있는 것과 마찬가지로 책임이 있다; 과실 없이 그런 상태에 빠진 경우에는 책임이 없다.”고 규정한다.

(2) 한편 (아동을 포함하여) 지적장애인, 정신장애인, 치매환자가 책임능력이 있든 없든, 이들을 감독할 법적 의무가 있는 자는 피감독자가 제3자에게 위법하게 가한 손해에 대해 배상책임이 있다(독일 민법 제832조 제1항 제1문).³⁰⁾ 물론 법정감독의무자가 감독의무의 수행에 과실 없음을 입증한 경우에는 책임을 면할 수 있다(同條 제1항 제2문). 먼저 독일법에서는 성인인 피감독자의 법정감독의무자의 감독의무가 어떤 근거로 정당화되는지를 간단히 살펴 본다.

독일법에서는 무엇보다도 성인은 “자율성 원칙(Autonomieprinzip)”에 따라 스스로에 대해 책임이 있다는 것이 전제된다. 물론 법률규정에 의해 제3자가 장애를 가진 성인에 대한 감독 의무를 부담할 수도 있다. 독일 민법 제832조 제1항도 이를 전제한 것이다. 그러나 성인의 정신적 또는 신체적 상태로 말미암아 이들을 돌보고 있는 배우자 또는 반려자, 친척에게 그런 성인에 대한 “법률상의 감독”의무를 부과하지 않는다. 혼인관계 또는 부모자녀 관계도 성인에 대해서는 법정감독의무를 정당화시킬 근거가 될 수 없다. 독일 민법 제832조는 그 성격 자체가 입증책임이 전환된 예외규정이기 때문에, 법정감독의무자가 아닌 자에 대해서는 同條가 유추적용될 수 없다는 것이다.³¹⁾ 달리 말하면 배우자, 부모 및 친척 등 사실상의 보호자에게 법정감독의무자(독일 민법 제832조 제1항) 또는 대리감독의무자(동조 제2항)의 책임을 지우지는 않는다는 것이다.³²⁾ 결국 치매, 정신장애 또는 지적장애 환자를 감독할 법정의무를 부과받은 자, 또는 계약에 의해 감독의무를 인수한 자가 독일 민법 제832조의 책임을 지게 될 것인

30) 한편 同條 제2항은 “계약으로 감독의무를 인수한 자도 동일한 책임이 있다.”고 규정한다.

31) Bamberg/Roth/Spindler, BGB, § 832 Rn. 1.

32) MünchKomm/Wagner, BGB, § 832 Rn. 14 참조.

데,³³⁾ 前者의 대상으로는 성년후견인만이 검토될 수 있다.³⁴⁾ 후술하겠지만 우리의 정신보건법에 해당되는 각 州의 정신질환자법 등에는 정신장애자의 감독의무를 법정하지 않기 때문에, 민법상의 성년후견인만이 독일 민법 제832조 제1항의 책임주체가 된다는 것이다. 그런데 문제는 1990년 성년후견법의 도입 이후 성년후견인이 여전히 그러한 법정감독의무자에 해당되는가이다.

아동에 대한 부모의 감독의무는 부모의 포괄적인 신상보호권한에서 비롯되는데, 성년후견에 관한 민법 규정인 제1896조 이하에서 아동에 대한 부모 또는 후견인의 신상보호권한과 관련된 제1631조, 제1793조, 1800조를 준용하지 않기 때문에, 아동에 대한 부모 또는 후견인의 의무와 달리, 성년후견인은 피후견인에 대한 감독의무가 자동적으로 부과되지는 않는다는 점에서는 異論이 없다. 그러나 성년후견에 관한 민법 규정은 후견법관으로 하여금 성년후견인에게 그 범위를 정하여 개별적 임무를 부여할 수 있도록 하며, 신상보호의 영역도 후견인의 임무 범위에 포함되기 때문에 후견인의 감독의무가 완전히

33) 독일 민법 제832조 제2항의 계약에 기한 감독의무인수자는 법정감독의 무자로부터 요보호성인의 감독의무를 인수할 것을 요건으로 하지 않는다고 한다. 따라서 사실상 요보호성인을 돌보는 가족(법정 감독의무 없는 자)과의 계약에 기해 요보호성인의 감독의무를 인수한 자는 제832조 제2항의 책임을 질 수 있다고 한다. 가령 장애 상태의 성인을 돌보는 계약상의 요양인(Pflegeperson), 이들의 치료를 담당하는 정신병원 등이 그 예라고 한다. MünchKomm/Wagner, BGB(5.Aufl.), § 832 Rn. 16; Jürgens, Betreuungsrecht, 2010, S. 30 Rn. 3 참조. 이런 해석은, 민법 제755조 제2항을 법정감독의무자에 같은 자의 책임이라고 보는 우리 학설과는 다른 점이다.

34) 가령 Erman/Schiemann, BGB, § 832 Rn. 3 참조. 州法人 정신질환자수용법(포괄적으로 말할 때 Unterbringungsgesetze)에 의한 제3자 보호를 고려하는 것은, 이런 류의 법을 통해 인신이나 재산의 보호를 실현하고자 하는 것이지만, 이미 발생한 손해의 배상을 목적으로 하지 않는다는 점을 간과한 것이라고 한다. Staudinger/Bienwald, § 1902 Rn. 76 참조.

배제되지는 않는다는 견해가 현재까지는 주류인 것으로 보인다.³⁵⁾ 그러나 이런 주류적인 견해에 대한 유력한 비판도 적지 않으며, 어떤 요건 하에 후견인에게 피후견인에 대한 감독의무가 부과되는지에 관해서도 다양한 견해가 존재한다.

첫째, 성년후견인에게 피후견인에 대한 거소지정업무가 임무범위로 설정되거나³⁶⁾ 신상보호가 임무로 부과되면³⁷⁾ 후견인은 제832조의 책임을 질 수 있다는 견해가 있다. 이는 가장 낮은 정도의 요건 하에 후견인에게 법정감독의무를 인정하는 것이다. 둘째, 법원의 결정으로 후견인에게 모든 신상에 관한 보호임무가 부여되거나 특별히 피후견인의 감독이 임무로 부여된 경우, 피후견인은 성년후견인의 법정 감독에 복속하게 된다는 견해도 있다. 몇몇 하급심에서 이런 견해를 표명한 바 있다.³⁸⁾ 이 견해에 따르면, 거소지정권한이 부여되거나 신상보호에 관한 개별적 권한이 후견인에게 부여된 경우에는 그로부터 후견인의 감독의무가 도출되지는 않는다는 것이다. 셋째, 모든 신상에 관한 보호임무가 부여되거나 법원이 명시적으로 감독임무가 부여된 경우, 거기에 추가적으로 피후견인의 감독이 후견의 목적에 비추어 볼 때 필요한 경우에 비로소 감독의무가 인정된다는 견해도 있다.³⁹⁾ 넷째, 성년후견제도의 목적에 비추어 보면 성년후견인에게는

35) 자세한 학설상황은 가령 Staudinger/Belling, BGB(2008), § 832 Rn. 24 f. 참조.

36) Diederichsen, in Festschrift für E. Deutsch, 1999, S. 131(143 f.): Raack/Thar, BetreuungSR, 3. Aufl. 2001, 7.2.1

37) Bamberg/Roth/Spindler, BGB, § 832 Rn.7.

38) LG Bielefeld NJW 1998, 2682에서 이런 견해를 표명하였고(결론은 성년후견인의 감독의무를 부정함), AG Düsseldorf BtPrax 2008, 89=FamRZ 2008, 1029, BeckRS 2008, 8512도 이에 동조하고 있다. 이런 입장을 찬성하는 견해로는 가령 MünchKomm/Wagner, 5.Aufl., § 832 Rn. 15; Erman/Shieman, 12. Aufl.(2008) § 832 Rn. 3 참조.

피후견인을 감독할 법적 의무가 부과될 수 없고, 부과되어서도 안 된다는 견해도 있다.⁴⁰⁾ 성년후견인이 직접(persönlich) 피후견인의 제3자에 대한 가해를 막거나 가해방지 목적의 감독할 의무와 책임이 없기 때문이다. 그러나 자신의 권한 범위에서는 피후견인이 적절한 시설에 입소하도록 하거나 주거 관계를 적절하게 형성하게 계획할 의무는 있을 수 있기 때문에 그 의무 위반이 있으면 일반불법행위책임을 질 것이고, 그것으로 충분하다고 본다.

한편 실무에서는 후견법관이 모든 신상에 관한 보호를 후견인의 임무로 부여하는 일은 거의 없다고 한다.⁴¹⁾ 학설 중에는 이런 이유로 사실상 제832조가 후견인에게 적용되지 않는다고 볼 수도 있다는 견해도 있다.⁴²⁾ 결국 실무상으로 후견법원이 성년후견인에게 피후견인에 대한 감독의무를 부과할 수 있는지, 또는 부과한 것으로 해석할 수 있는지가 문제될 것이다. 필자가 조사한 바로는 이런 문제를 직접 다룬 독일 연방대법원 판결은 아직 없지만, 하급심판결 중에는 이런 문제를 다룬 판결이 몇몇이 있다.

39) Andreas Jürgens, *Betreuungsrecht*, 4 Aufl. 2010; Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein, *BetreuungsR kompakt*, 6. Aufl. (2007), Rn. 257 참조.

40) Bernau/Rau/Zscheschack, *Die Übernahme einer Betreuung- ein straf und zivilrechtliches Haftungsrisiko*, NJW 2008, 3756 ff.; MünchKomm/Schwab, *BGB* (5. Aufl.), § 1896 Rn. 92 참조.

41) Bernau/Rau/Zscheschack(註 40), S. 3758 참조. 그렇게 하는 것의 적법성에 의문을 표시하는 것으로 Sonnenfeld, *Betreuung und PflegeschafftR*, 2.Aufl. (2001) Rn. 213a.

42) Jürgens(註 39), S. 30 Rn. 2 참조. Staudinger/Bienwald, § 1902 Rn. 77은 후견인 선임 단계에서 피후견인이 언제 어떤 사정 하에서 제3자 가해적인 행동을 할지 알 수 없기 때문에, 피후견인을 따라 다니면서 일이 돌보아야 하는 것이 후견인의 임무가 아니므로, 후견인에게 피후견인 감독의무를 부과할 필요성이 인정되지 않을 것이라고 한다.

성년후견인을 부작위범으로 처벌할 수 있는지가 문제된 사건인 Celle 고등법원 사건⁴³⁾에서는, 위 註 38에서 언급한 Bielefeld 지방법원의 법률론을 근거로 하여 성년후견인에게 구체적 감독의무가 부과될 수 있다는 입장을 표명하였다. 그 사안의 피후견인은 토끼를 사육하면서 토끼 돌봄의 방임에 의한 학대가 문제되어 동물보호 관할 관청으로부터 4 마리 이상의 토끼를 기르지 못하도록 하는 행정처분을 받았는데, 후견법원은 성년후견인에게 동물사육과 관련한 임무를 부여하면서, 그 문제에 관한 피후견인의 의사결정에 동의권을 성년후견인에게 유보하였다.⁴⁴⁾ 그런데 피후견인이 동물보호 관할관청의 처분을 위반하여 토끼를 49 마리 가까이 키우면서 사육을 방임한 결과 토끼 학대가 문제되자, 관할관청은 성년후견인을 동물학대죄로 기소하였다. 제1심법원은 토끼 사육과 관련된 성년후견인의 임무는 피후견인을 보호하기 위한 목적이지만, 토끼를 보호하기 위한 목적이 아니기 때문에 토끼 사육과 관련해서는 성년후견인에게 독일 형법 제13조의 보증의무(Garantenpflicht)⁴⁵⁾를 부담하지 않을 뿐 아니라, 정기적으로 방문하여 토끼 사육의 실태를 확인한 후 동물보호 관할 관청에 실태를 알리기 때문에 후견인의 임무를 위반하지도 않았다고 판단하여 무죄를 선고하였다. 그러나 Celle 항소법원은 토끼 사육에 관한 임무를 성년후견인에게 부과한 후견법원의 결정에는 토끼 보호와 관련한 피후견인의 행위를 감시·감독할 의무가 부과된 것으로 해석할 수 있기 때문에 형법 제13조의 보증의무를 진다고 본 후, 성년후견인이 언제부터 얼마

43) OLG Celle, NJW 2008, 1012.

44) 독일 민법 제1903조에 따라 후견법원이 후견인에게 동의권을 유보시키면 피후견인의 행위능력은 그 한도에서 제한된다. 동의권 유보가 없는 경우에는 피후견인의 행위능력은 제한되지 않기 때문에, 의사능력이 있는지, 의사결정능력이 있는지만이 문제된다.

45) 우리 형법의 부작위범에 해당되는 규정이다.

나 자주 피후견인의 집을 방문하여 토끼 사육의 실태를 확인하였는지, 동물보호 관할 관청에 어떤 내용의 보고를 하였는지를 다시 확인하여 보증의무를 다한 것인지 여부를 다시 심리하라고 판단하였다. 즉 Celle 항소심법원은 이 사건의 후견인에게는 피후견인의 감독에 관하여 구체적인 의무가 후견법원에 의해 부과되었다고 본 것이다.

그러나 Düsseldorf 고등법원 판결⁴⁶⁾은 위 Celle 고등법원과는 다른 관점에 서 있다. 여기서는 피후견인이 수집망상증 때문에 쓰레기를 잔뜩 거소에 모아 놓고 치우지 않는 바람에 임대인인 원고의 재산에 손해가 발생하였다는 이유로 원고가 후견인을 상대로 독일 민법 제 832조 또는 제823조에 의한 불법행위책임을 추궁하였다. 원고의 손해는 피후견인의 행위에 의해 초래된 것은 분명한데, 원고는 성년후견인인 피고가 피후견인의 그런 행위를 방지하는 데 적극적으로 영향을 미쳐야 함에도 불구하고(감독의무), 피후견인의 수집증을 방지하고 원고로부터 임차한 주거를 정기적으로 방문하여 주거관리를 통제하며 청소하는 일 등을 하였어야 하는데, 이를 해태하였다고 주장하였다. 제1심법원은 원고의 청구를 인용하였으나 항소법원은 1심판결을 파기하였다. 항소법원은 국가가 성년인 피후견인을 감독할 권한을 私人인 성년후견인에게 부과할 법적 근거가 없다는 점, 후견인에게 피후견인의 감독을 요구할 실질적인 이유도 없다는 점, 성년후견법에서 독일 민법 제1631조를 준용하지 않는 것은 입법자가 성년후견인에게 감독의무를 부과시키지 않으려고 하였기 때문이라고 해석할 수 있다는 점, 감독권이 성년후견인에게 주어질 경우, 후견인은 필연적으로 피후견인의 자유권을 침해하게 될 것이고, 또 제3자 보호적 감

46) OLG Düsseldorf 26.08.2009 BeckRS 2010, 17938. 이 판결에는 성년후견인의 대리권 행사에 수반된 다른 법적 쟁점도 있지만, 여기서는 불법행위책임의 문제만 다룬다.

독조치를 집행하거나 명령할 수 있는 법적인 수단이 부여되어야 하는데, 피후견인의 거소 및 주거에 관한 자유제한조치나 주거의 불가침권에 대한 제한(가령 피후견인의 의사에 반하여 주거에 들어가는 것 등)은 오로지 법원의 조치를 통해서만 가능하기 때문에,⁴⁷⁾ 후견인에게는 감독조치를 집행할 권한이 없다는 것 등을 감안하면 후견인에게 법정감독의무를 인정하기 어렵다고 보았다. 나아가 후견인에게 일반적인 감독의무를 인정하는 것은 후견법의 체계에도 위반된다고 보았다. 즉 후견인 지정은 피후견인을 가능하면 오랫동안 그에게 친숙한 환경에서 자기 스스로 삶을 영위할 수 있도록 하는 것에 그 목적이 있는데, 후견인이 피후견인이 야기한 손해에 대해 책임이 있다고 쉽사리 인정하면, 후견인은 자신의 책임을 줄이기 위해 처음부터 피후견인을 요양소에 거주하게끔 강제하는 결과가 될 것이라고 한다. 나아가 후견법은 피후견인의 보호를 목적으로 하는 것이지 제3자의 보호를 목적으로 하는 것이 아니라는 점도 고려해야 한다고 보았다. 물론 Düsseldorf 항소법원은 극단적인 예외적 경우에는 제3자의 이익을 보호하기 위한 목적의 후견인 선임의 가능성을 배제하지는 않았다.

이상의 점을 감안하면 독일의 실무는 피성년후견인을 감독할 의무를 후견인에게 부과할 수 없다고 하지는 않지만, 이에 매우 소극적임을 알 수 있다. 그러나 적어도 이론적인 관점에서 보면 독일의 이런 실무는 성인의 인권에 대한 충분한 고려를 기울이지 않고 있다는 비

47) 독일 민법 제1906조는 주거에 관하여, 기본법 제13조 제2항, 제7항은 주거침입에 관하여 규정하는데, 판례 학설은 후견인에게 피후견인의 의사에 반하여 주거에 들어갈 권리가 인정되어야 하는지 다툼이 있다고 한다. 이를 긍정하는 것으로 LG Berlin FamRZ 1996, 821; LG Freiburg NJW-RR 2001, 146; MünchKomm/Schwab, 5. Aufl. § 1896 Rn. 92. 이를 부정하는 것으로 OLG Frankfurt Trax 1996, 17; Staudinger/Bienwald, BGB(2006), § 1901 Rn. 42, 43 등 참조.

판을 면하기는 어려울 것이다. 피후견인에 의한 불법행위를 이유로 성년후견인에게 책임을 묻는 것은 그의 법정감독의무 위반이 아니라, 타인의 안전을 배려할 생활상의 주의의무 위반에서 찾는 것이 타당하다는 견해가 설득력 있는 것도 그 때문이다.⁴⁸⁾

4. 일본

(1) 일본 舊民法 재산편 제370조는 불법행위책임에 관한 일반규정을 둔 후, 이어서 제371조에서는 “누구라도 자기의 행위 또는 부작위로부터 생긴 손해에 대해 책임을 질 뿐 아니라, 자기의 권위 하에 있는 자의 행위 또는 부작위 및 자기에 속한 물건에서 생긴 손해에 대해서도 다음 구별에 따라 그 책임이 있다.”고 한다. 자기 권위 하에 있는 자의 행위나 부작위에 관하여는 제372조에서 규정한다. 즉 父權을 행사하는 존속친은 자기와 동거하는 미성년의 비속친이 가한 손해에 대해 책임이 있고(제1항), 후견인은 자기와 동거하는 피후견인이 가한 손해에 대해 책임이 있으며(제2항), 풍전백치⁴⁹⁾를 간수하는 자는 그 자가 가한 손해에 대해 책임이 있다고 하며(제3항), 교사, 師匠⁵⁰⁾ 및 공장장은 미성년의 생도, 견습생 및 직공이 자기의 감독 하에 있을 때 가한 손해에 대해 책임이 있다고 규정하였다(제4항). 이러한 책임은 손해를 발생시킨 행위를 방지할 수 없었음을 입증하면 면책될 수 있도록 하였다(제5항). 일본 舊民法 재산편 제370조 내지 제372조는 프랑스 민법 제1382조 내지 제1384조와 매우 흡

48) 그렇기 때문에 Bernau/Rau/Zschieschack(註 40), S. 3759 ff.나 Schwab의 이론이 더 인권친화적인 국제적 기준에 부합한다고 할 것이다.

49) “풍전자”는 오늘날의 정신장애자를, “백치자”는 오늘날의 지적장애자에 근접한 개념으로 이해된다.

50) 기술을 가르치는 자를 의미한다.

사하다. 다만 제1384조와 차이가 있다면 제372조 제2항,⁵¹⁾ 제3항⁵²⁾에 해당되는 내용이 프랑스 민법 제1384조에는 없었다는 것이다.

그런데 일본 민법을 제정할 때에는 舊民法의 내용을 일부 수정하면서 동시에 독일 민법 제2초안의 책임무능력자에 관한 규정도 수용하였다. 즉 일본 민법 제712조, 제713조에 책임을 변식하기에 충분한 지능이 결여된 미성년자, 정신상의 장애로 인해 자기의 책임을 변식할 능력이 결여된 상태에서 타인에게 가해한 경우는 손해배상책임이 없다는 내용을 규정하면서, 여기에 수반하여 舊民法 제372조의 내용 역시 이를 일부 수정하여 제714조에 우리 민법 제755조와 같은 규정을 두었다. 그 결과 舊民法 제372조 제1항, 제2항에 해당되는 자를 제714조의 법정감독의무자인 부모와 미성년 및 성년의 후견인으로 대체하였고, 同條 제3항, 제4항, 제5항의 교사, 師匠, 정신장애자 등의 看守人 등은 제714조의 법정감독의무자로부터 감독책임을 인수한 자로 대체하게 되었다.⁵³⁾ 의견상 일본 민법 제712조, 제713조, 제714조는 舊民法 재산편 제371조, 제372조와 유사하며, 일본 민법 제712조, 제713조

51) Boissonade는 제2항과 같은 규정이 외국법에서는 흔치 않다는 것을 긍정하면서도, 후견인은 동거하는 피후견인의 교양에 대해 부모와 같은 권한이 있고, 또 강제도 가능하기 때문에, 일본법의 이런 규정이 흠결보충적 성격이 있다고 판단하였다. 흠결보충적 목적을 충족시키기 위해 “동거”를 요건으로 삼았다는 것이다. 그러나 이 때의 후견은 미성년후견을 염두에 둔 것이고, 성년후견은 대상이 아니었다. Code Civil de L'Empire du Japon, Tome Second, 1891, p. 503 참조.

52) Boissonade는 제3항의 책임은 제1항, 제2항과 달리 동거를 요건으로 하지 않는 대신, 감독의무자가 看守(garde) 의무를 부담하기 때문에 그 의무 위반에 대한 책임으로 파악하였다. Code Civil de L'Empire du Japon, Tome Second, 1891, p. 503. 따라서 看守者는 후견인을 대상으로 하는 것이 아니라, 누구든지 정신질환자 등을 간수할 의무가 있는 자를 대상으로 하는 것이었다.

53) 民法修正案理由書, 제5장 제713조 이유설명 부분 참조. 梅謙次郎, 民法要義 卷之三 債權編, 891면 이하에서도 동일한 이해를 확인할 수 있다.

는 독일 민법 제828조와도 유사하고, 일본 민법 제714조는 프랑스 민법 제1384조나 독일 민법 제832조와 유사하지만, 규정 내용 자체만으로도 상당한 차이가 있음을 알 수 있다. 첫째, 舊民法이나 프랑스 민법과 달리 성년의 후견인도 미성년에 대한 부모나 후견인과 동일한 책임을 지게 되었다는 점, 舊民法이나 프랑스 민법과 달리 이들의 책임은 “동거”를 요건으로 하지 않는다는 점이 그것이다. 둘째, 독일 민법 제832조와 달리 계약상의 감독의무 인수자는 법정감독의무자로부터 그 의무를 인수한 자를 예정하고 있다는 점에 차이가 있다.

그러나 책임무능력 제도를 민법에 도입한 일본은 프랑스 파기원 판결과 달리 넓은 범위에서 책임무능력을 인정한다는 점에서는 우리 대법원과 유사하다. 초기 판례(大判 大正 4.5.12 民錄 21.692)는 자기 행위의 시비선악을 구별할 정도의 능력으로 이해하였으나,⁵⁴⁾ 그 후 단순히 사안의 시비선악의 구별에 관한 것만으로는 부족하고, 가해행위가 법률상의 책임을 발생시킨다는 것을 알 정도의 능력이 필요하다고 한다.⁵⁵⁾ 책임능력은 배상의무라는 법적 비난을 부과시키는 전제이기 때문에 자기 행위에 의해 배상의무가 발생한다는 정도의 인식을 할 수 있는 능력이 필요하다는 것이다.⁵⁶⁾ 이렇게 책임능력의 기준을 높이는

54) 가령 吉村良一, 不法行爲法[제4판], 2009년, 81면 참조. 문제된 사안은 11세 11개월 된 점원이 자진거로 화물을 배달하던 중 행인을 치어 부상케 한 것이었다. 平野裕之, 不法行爲法 [제2판], 203면에서는 점원을 고용한 사용자에게 제715조의 사용자책임을 지우게 하기 위한 것이었다고 지적한다.

55) 大判 大正 6.4.30, 民錄 23, 715. 12세 2개월 된 아동이 공기총으로 친구 얼굴을 향해 쏘 실명하게 하였는데, 책임능력을 부정하였다.

56) 吉村良一(註 54), 81면 참조. 일본에서 이런 이해에 대한 비판이 없지 않다. 책임능력 있는 아동의 불법행위에 대해서도 부모가 제709조에 따른 책임을 지기 때문에, 책임능력의 기준을 낮추어 개별적 구체적으로 판단하는 것이 필요하다는 것이다. 加藤雅新, 事務管理·不當利得·不法行爲[제2판], 2005년, 302면; 平野裕之(註 54), 204면 등 참조.

이유는 가해자의 책임능력을 인정하게 되면 가해자는 통상 자력이 없는 반면 부모 등은 제714조의 감독의무자의 책임에서 벗어나게 되어 피해자의 손해전보에 공백이 생긴다고 보았기 때문일 것이다.⁵⁷⁾ 이를 이론적으로 뒷받침하기 위해 同條의 책임은 가족이라는 집단이 책임무능력자의 신상감호를 하기 때문에 그의 불법행위를 막을 책임이 그 가족에게 있다는 것, 책임무능력자는 인적 위험원이기 때문에 감독의무자가 지속적 관리자로서 감독해야 한다고 설명하기도 한다.⁵⁸⁾

(2) 일본 민법 제714조가 적용되는 또 다른 사안 유형인 성년의 책임무능력의 법정감독의무자(특히 후견인)의 책임도 본질적으로 미성년자의 법정감독의무자인 부모의 그것과 다르지 않다. 즉 同條의 법정감독의무자로 인정되면 면책 가능성은 거의 인정되지 않는다는 것이다.⁵⁹⁾ 일본에서의 논의는 세가지 방향에서 진행되는 것으로 보인다

57) 오늘날 일본 통설 및 판례는 책임능력 있는 미성년자의 부모도 제709조의 불법행위책임을 진다고 해석한다. 다만 12세 이상의 책임능력 있는 아동의 불법행위라 하더라도, 제709조가 예정하는 것과 달리 부모의 개별적 구체적 감독의무의 위반을 문제삼지 않고, 제714조가 예정하고 있는 추상적 일반적 감독의무 위반의 과실을 문제삼기 때문에 사실상 부모가 면책되는 경우는 거의 없을 것이다. 물론 성년에 가까운 아동의 불법행위에 대해서는 본래 취지의 제709조의 책임이 문제되고 따라서 부모가 면책될 수 있다. 이를 개괄적으로 잘 설명한 것으로는 平野裕之(註 54), 208-210 참조.

58) 潮見佳男, 不法行爲法 I [제2판], 407-419 참조. 이런 이유 때문에 조문의 규정과는 달리 불가항력 사유가 아니면 면책이 거의 인정되지 않게끔 同條를 해석한다는 것이다. 물론 潮見佳男은 422면 이하에서 시대의 변화와 함께 이런 정당화근거를 유지하기 어려워졌다고 하면서도, 해석론으로서 불가피한 점이 있기 때문에 同條의 적용을 좁혀 책임무능력자를 '감독할 실질적 지위'에 있었는가에 초점을 맞출 필요가 있다고 한다.

59) 內田貴, 民法 II, 2010년, 401면 참조. 能見善久·加藤新太郎, 判例民法 8: 不法行爲法 II, 2009년, 275면 이하도 친권자나 후견인의 감독의무는 책임무능력자의 전생활범위에 미치지 때문에 추상적 일반적 감독의무를

다. 첫째, 1999년 민법 개정에 따른 새로운 성년후견제 하에서의 후견인등이 제714조의 책임을 지는가의 문제, 둘째, 정신보건복지법 제20조의 보호자⁶⁰⁾가 제714조의 감독의무를 부담하는가의 문제, 셋째, 후견개시가 되지 않았지만 요보호성인을 사실상 돌보는 가족 등이 제714조의 책임을 지는가의 문제가 그것이다.

첫째, 행위무능력자 제도 하에서는 금치산자의 후견인에게 요양간호의무가 있었고(민법 제858 제1항), 그 의무가 제714조의 법정감독의무의 근거가 된 반면, 개정 민법 하에서는 요양간호의무가 신상배려의무로 전환되었다. 그럼에도 불구하고 여전히 후견인은 제714조의 법정감독의무자로 해석되고 있다.⁶¹⁾ 그런데 신상배려의무는 보좌인(제876조의5 제1항), 보조인(제876조의10 제1항)도 부담하기 때문에 보좌인, 보조인도 제714조의 법정감독의무자인지, 나아가 임의후견인도 제714조의 책임을 지는지 의문이 있을 수 있다. 潮見佳男은 임의후견인이나 보조인은 제714조의 책임이 없지만, 보좌인은 정신보건복지법 제20조의 보호자이므로 후견인과 마찬가지로 제714조의 책임을 진다고 해석할 여지가 있다고 한다.⁶²⁾

둘째, 1900년 제정된 정신병자감호법⁶³⁾ 이래 정신보건법상의 보호자

부담한다고 이해하면서 그런 입장에 선 하급심 판결례를 소개하고 있다.

60) 同條는 후견인 또는 보좌인, 배우자, 친권을 행사하는 자의 순서로 정신장애자의 보호자로 된다고 하고, 거기에 해당하는 자가 없으면 부양의무자 중에서 가정재판소가 선임한 자가 보호자로 된다고 한다. 同條에 의한 보호자가 없거나 그 의무를 이행할 수 없는 경우에는 市町村長이 보호자로 된다(同法 제21조).

61) 潮見佳男(註 58), 420면; 平野裕之(註 54), 207면; 吉村良一(註 54), 198면 등 다수의 문헌이 그러하다.

62) 潮見佳男(註 58), 420면 이하 참조. 吉村良一(註 54), 198면도 후견인이 제714조의 법정감독의무자라고 하지만, 정신보건복지법상의 보호자의 경우 제714조의 법정감독의무자라 하기 때문에 결과적으로 보좌인도 법정감독의무자로 해석하는 것으로 보인다.

는 정신장애자가 자해하거나 제3자를 가해하는 것을 막을 의무가 있었기 때문에, 그 의무에 기초하여 민법 제714조의 법정감독의무가 있다고 해석해 왔다.⁶⁴⁾ 그러나 1999년 정신보건복지법 개정으로 보호자의 “자해·타해 방지의무”가 삭제되고, 피보호자의 복지를 위해 피보호자로 하여금 치료를 받게 하고, 정신장애자의 재산상의 이익을 보호할 의무가 있을 뿐이다(同法 제22조). 따라서 정신보건복지법상의 보호자라는 것을 근거로 민법 제714조의 법정감독의무자라고 추론하는 것은 더 이상 가능하지 않게 되었다는 주장이 증가하는 것으로 보인다.⁶⁵⁾ 달리 말하면 민법 제714조의 법정감독의무자인지 여부가 중요하다는 것이다.⁶⁶⁾

-
- 63) 일본의 정신보건법은 1900년 정신병자감호법이 제정되고, 1950년 정신위생법이 제정되었으며, 그 후 여러차례 개정되면서 명칭이 변경되었다. 1987년 개정으로 정신보건법, 1995년 개정으로 정신보건복지법으로 변경되었다. 상세한 것은 신권철, “정신질환자의 법적지위”, 박사학위논문, 서울대법과대학원(2012), 120-130면 참조.
- 64) 주류적 학설 및 판례(大判 昭和 8.2.24.法律新聞3529호 12면)가 이런 입장이었다고 한다. 제714조의 책임은 민법 또는 민법 이외의 법률에 근거할 수 있다는 것이다. 이를 전제한 것으로 最高裁,昭和 68.2.24 最高裁判所裁判集民事 138호 217면 참조. 能見善久·加藤新太郎(註 59), 268면 이하 참조. 정신보건법상의 보호자가 법정감독의무를 부담하는 시점이 문제되는데, 당연보호의무자의 경우 정신과의사의 판단이 내려진 이후부터라는 판결이 있고(東京地判 昭和 61.9.10. 判例時報 1242호 63면), 市町村長の 경우 적어도 신청이 없는 상태에서는 감독의무위반이 문제되지 않는다는 판결(福岡地判昭和57.3.12. 訴訟月報 28권 6호 1112면)이 있다고 한다.
- 65) 가령 潮見佳男(註 58), 421면에서 이런 주장을 지지하면서 같은 책 註 68에서 동일 취지의 학설들을 소개하고 있다. 能見善久·加藤新太郎(註 59), 268면에서도 이런 취지의 학설들을 상세히 소개하고 있다. 그러나 內田貴(註 59), 400면에서는 개정법의 취지에 대한 언급 없이 정신보건복지법상의 보호자도 제714조의 법정감독의무자라고 서술한다.
- 66) 能見善久·加藤新太郎(註 59), 269면에서는, 1999년 이후 정신보건복지법상의 보호자 책임이 다투어진 공간재판례는 그 책 출판의 시점까지 없다고 보고하고 있다.

셋째, 한편 정신보건복지법상의 보호자 아닌, 그러나 사실상의 보호자 또는 부양자에게 제714조의 감독의무를 지울 수 있는지도 다투어진다. 1999년 정신보건복지법의 개정 이후 민법 또는 정신보건법상의 보호자에 해당하지 않는 사실상의 부양자는 민법 제714조의 감독의무자에 해당되지 않는다는 판결도 있다고 한다.⁶⁷⁾ 그러나 다수의 학설은 법정감독의무자 내지 대리감독자에 준한 책임이 있다고 한다.⁶⁸⁾ 1999년 개정 전 정신보건법 하에서의 판결례 중에는 정신보건법상의 보호자와 동일한 정도의 실질을 갖추고 있고 정신보건법의 절차를 밟을 경우 당연히 同法の 보호자로 될 수 있는 실질상의 감독의무자는 제714조의 대리감독자의 책임을 진다거나,⁶⁹⁾ 가해자가 위험한 행동을 할 것이라고 쉽게 예견할 수 있었고, 그 예측에 기해 적절한 예방조치를 취할 수 있는 현실적 가능성이 있다면 제714조의 법정감독자 또는 대리감독자에 준해서 책임을 질 수 있다는 것도 있다.⁷⁰⁾ 1999년 정신보건복지법의 개정 이후의 판결 중에는 감독의무자 또는 대리감독자에 준하여 법적 책임을 묻기 위해서는, 감독자로 될 자가 정신장애자와의 관계에서 가족의 통솔자라는 실상 이외에, 감독자로 될 자가 현실적으로 행사할 수 있는 권위와 세력이 있고, 보호감독을 행할 가능성이 있으며, 정신장애자의 병상이 타인에게 해를 가할 위험성이 있기 때문에 보호감독할 구체적 필요성이 있으며, 그 필요성을 인식할 것이 필요하다는 것도 있다고 한다.⁷¹⁾

67) 福岡高判 平成 18.10.19.判例タイムズ 1241호 131면.

68) 加藤一郎, 不法行爲, 162면 참조.

69) 福岡地判昭和 57.3.12. 訴訟月報 28권 6호 1112면 참조.

70) 東京地判 昭和 61.9.10 判例時報 1242호 63면; 最高裁 昭和58.2.24.最高裁判集民事 138호 217면 참조.

71) 長崎地佐世保地判平成18.3.29.判例タイムズ제1241호133면; 福岡高判 平成 18.10.19 判例タイムズ 제1241호 131면 참조.

(3) 후견인에게 제714조의 법정감독의무를 부과하는 것이 변화된 가
 족현실에 비추어 보면 현실성도 없고 정당성이 없다고 하면서도, 책임무
 능력자를 위험원으로서 지속적으로 관리할 관리자의 지위에서 제714조
 의 책임을 물을 수 있다고 보고, 다른 한편 정신보건복지법의 보호자라
 는 지위가 제714조상의 법정감독의무를 발생시키는 法源은 아니라는 견
 해⁷²⁾는 여러 가지 점에서 흥미롭다. 이 견해는 1999년 민법 개정으로
 후견인의 요양감독의무를 삭제하는 대신 신상배려의무로 전환시키고, 동
 시에 정신보건복지법의 보호자의 의무에서 자해·타해 방지의무를 삭제
 한 것의 의미를 지나치게 가볍게 보기 때문이다. 후견인의 제714조의 법
 정감독의무자의 책임 자체에 대한 근본적 의문제기에 소홀한 것도 바로
 그 때문일 것이다. 후견인의 요양간호의무는 피후견인과의 관계에서 그
 를 일상적이고 전면적으로 돌볼 의무를 의미하고, 따라서 제714조의 법
 정감독의무의 근거가 될 여지가 없지 않지만, 신상배려의무는 후견사무
 의 처리에서 그의 신상도 아울러 배려해야 할 소극적인 의무에 그치는
 것이며, 오히려 요양간호서비스 제공과 관련된 계약체결에 유의해야 할
 의무라고 이해할 수도 있다면, 이는 일상적 전면적인 돌봄과는 무관한
 것이다. 즉 성인의 자율성과 독자성을 근거로 한다면, 그의 요양과 간호
 도 그 자신 또는 사회의 책임(사회복지서비스)이지 후견인의 책임과는
 무관하며, 후견인은 피후견인이 이와 관련하여 스스로 또는 사회복지서
 비스를 이용할 수 있도록 조력할 의무가 있다고 이해할 여지도 있다. 그
 령게 되면 제714조의 책임이 후견인에게 인정될 근거가 희박해질 것이
 다. 그러나 일본 학설은 이런 부분을 논의하지는 않는 것으로 보인다.

5. 소 결

72) 가령 潮見佳男(註 58), 421-423면.

우리 대법원 판결처럼 만 13세 가까이 된 아동을 책임무능력자라고 판단하게 되면 불가피하게 지적장애인, 정신질환자, 치매환자 등도 폭넓게 책임무능자로 분류될 것이다. 이 점은 일본도 다르지 않다. 이에 반해 프랑스, 영국, 독일은 지적장애인, 정신질환자, 치매환자의 경우 심신상실의 상태에서 저지른 불법행위에 대해 책임이 면책될 수는 있지만 이는 매우 예외적인 경우에 한정된다는 것을 알 수 있다. 한편 아동과 달리 지적장애인, 정신질환자, 치매환자를 돌보는 후견인 등의 감독의무에 대해서는 우리나라에서의 논의가 아직 미발달해 있음을 알 수 있다. 영국법은 후견인에게 감독의무를 인정하지 않으며, 프랑스 법 역시 후견인에게 법정의 감독의무를 부과시키지 않는다. 독일법은 성년후견법의 개정에도 불구하고 후견인에게 법정감독의무가 부과될 수 있다는 가능성을 개방해 두지만, 실무에서는 거의 활동되지 않는다. 제755조의 법해석이 우리 대법원과 매우 유사한 일본에서도 유력한 학설들은 정신보건법의 개정 이후부터는 후견인의 법정감독의무를 부정하는 논지를 전개하고 있다.

Ⅲ. 성년후견인에게 제755조의 책임을 부과하는 것이 정당한가?

1. 성년후견인은 피성년후견인이 제3자에게 손해를 가하지 않도록 감독할 의무가 있는가?

(1) 아동에 대해 부모는 보호할 의무만이 아니라 교양하고(제913조), 보호 및 교양의 목적을 위해 필요한 범위 내에서 징계할 권한도 가진다(제915조). 이런 교양 및 징계의 권한을 행사함으로써 아동은 사회생활에서 규칙을 준수해야 한다는 것과 제3자에게 손해를 발생

시키는 일을 삼가야 한다는 것을 배우게 될 것이다. 부모에게 이런 권한이 있기 때문에 제755조의 책임이 인정될 수 있다는 것이다.⁷³⁾

그러나 성년에 대한 후견은 이와는 전혀 다른 관점에서 이해해야 할 것이다. 성인은 독립된 개체로서 자기 책임 하에 자신의 인생을 영위한다는 것이 우리 규범질서의 기초에 자리 잡고 있는 가치관이다. 이것이 바로 헌법 제10조의 인간의 존엄성의 발현인 자기 결정하의 활동의 자유로 귀결될 것이다. 따라서 이들 성인의 생활은 자신이 스스로 체결한 계약이나 법률 규정에 의해 인정된 것이 아니라면 어느 누구의 감독에도 복속되어서는 안 될 것이다. 성인을 타인의 감독에 복속하게 하는 법률이 있다면, 이것 역시 이를 정당화할 만한 특별한 사유가 있어야만 할 것이고, 그렇지 않다면 그 법률은 위헌적일 뿐만 아니라 -활동의 자유, 거주·이전 및 주거의 자유를 침해하는 것은 헌법 제37조의 사유 하에서만 제한될 수 있기 때문이다- 인간의 존엄을 침해하는 반인권적인 법률로 의심받을 수 있을 것이다.

(2) 현행 민법 제947조는 금치산자의 후견인에게 피후견인을 요양 및 감호할 의무를 부과하기 때문에 후견인은 필요한 경우 금치산자의 자유를 제한하거나 그를 감금시킬 수도 있다. 즉 금치산자의 후견인은 제755조의 성인에 대한 법정감독의무자에 해당된다는 것이다. 물론 피후견인의 자유를 박탈하는 감금은 가정법원의 허가가 있어야 하지만, 후견인에게 자유 박탈 또는 제한적 효과를 수반하는 감독 권한이 그에게 있기 때문에 이런 허가신청이 가능하다. 다수의 학설이

73) 물론 교양 및 징계의 권한의 적정한 범위에 관하여는 논의할 여지가 충분하며, 그것은 역으로 부모의 제755조의 책임의 범위 및 한계와 관련될 것이다. 그 부분은 별도로 다루기로 하고, 이 글에서는 이에 관하여는 더 이상 상론하지 않는다.

제755조의 법정감독의무자로 금치산자의 후견인을 들고 있는 것도 이런 이유 때문이다. 또한 금치산선고를 받을 수 있는 상태에 있는 자가 금치산선고를 받지 않고 있을 경우, 금치산선고가 있을 때 후견인이 될 수 있는 지위에 있는 자로서 그를 사실상 요양 및 감호하고 있는 자도 제755조 제1항 또는 제2항의 감독의무자로 인정하는 것도 금치산자의 후견인을 법정감독의무자로 전제하기 때문이며, 그와 형평을 맞추기 위한 해석론이라고 해도 무방할 것이다.

그러나 2013년 7월 1일부터 시행될 성년후견제도는 행위무능력제도와 근본적인 차이가 있다. 前者는 피성년후견인을 요양 및 감호할 의무를 부담하는 자가 아니라, 피성년후견인에게 의사능력 및 의사결정 능력이 없을 때를 대비하여 그를 지원하고 그를 대신하여 의사결정을 하는 자로 자리매김되어야 할 것이다. 피성년후견인의 요양 및 감호의 임무를 후견인이 맡는 것이 아니라, 필요한 경우 후견인(또는 의사능력이 있는 경우 피후견인 자신)과 계약을 체결한 제3자인 요양사(요양기관) 또는 병원이거나 사회보장제도 하의 복지서비스의 제공자가 이 일을 담당하도록 해야 할 것이다.⁷⁴⁾ 성년후견인은 피후견인을 위해 요양 및 감호 서비스를 조직하는 역할을 수행할 수는 있을지라도, 그를 직접 요양하거나 감호하지는 않게 될 것이다. 이런 차이는 성년후견인의 보수체계에 직접 영향을 미칠 것이고, 가족이 성년후견인으로 선임되어 무보수로 일할 경우라고 해서 달라지지 않는다고 할 것이다. 물론 성년후견인이 직접 피성년후견인을 요양할 수도 있겠지만, 그것은 후견업무가 아닌 별개의 것으로 취급하게 될 것이다. 이것이 바로 행

74) 이 점이 행위무능력자 제도에서 성년후견제도로 전환함에 있어서 수반되는 중요한 특징 중의 하나라는 점을 강조하는 것으로, 제철웅, “요보호성인의 인권존중의 관점에서 본 새로운 성년후견제도”, 민사법학(제56호), (2011. 12.), 286-291면 참조.

위무능력제도와 구분되는 성년후견제도라고 할 것이고,⁷⁵⁾ 이것이 UN 장애인권리협약의 비준국에 걸맞는 법해석이라고 할 것이다.

이 제도 하에서는 피성년후견인을 직접 요양 및 감호하지 않는 성년후견인에게 피성년후견인의 감독의무를 지울 실정법적인 근거를 찾기 어렵다. 성년후견인에게 피성년후견인을 감독할 법적 의무가 있다고 해석하려면, 또는 법원이 그와 같은 감독의무를 성년후견인에게 부과할 수 있다고 해석하려 한다면, 기술적으로 보더라도 다음 두 조건이 충족되어야 할 것이다. 첫째, 성년후견인에게 피성년후견인을 대신하여 의사결정을 할 권한만이 아니라, 제3자 보호를 위해 피후견인을 감독할 권한을 부여할 수 있다는 것과 그 요건을 법률에 명시하거나 법률에 전제되어 있어야 할 것이며, 둘째, 이 경우 성년후견인은 피성년후견인의 사무를 돌보는 것이 아니라, 법원에 의해 선임되어 공익적 활동(제3자에게 발생할 손해의 방지)을 수행하는 것이므로, 피성년후견인의 자력 유무와 무관하게, 국가가 성년후견인의 이런 유형의 임무 수행에 대한 일정한 대가를 지급해야 할 것이다. 이런 조치는 개정 민법 어디에도 찾아 볼 수 없다. 그럼에도 불구하고, 가정법원은 성년후견인에게 피성년후견인이 제3자에게 특정의 손해를 가하지 않도록 그를 감독할 의무를 부과할 수 있다고 해석하려 한다면, 그것은 성년후견제 도입의 촉매제가 되고, 또 그 제도 운영의 가이드라인을 제시할 UN 장애인권리협약에 반하는 것이라고 하지 않을 수 없다. 달리 말하면, 개정 민법에 근거해서는 성년후견인에게 피성년후견인에 대한 감독의무, 즉 제3자에게 손해가 발생하지 않도록 그를 감시해야 할 의무는 없다고 해석해야 할 것이다.

75) 제철웅(註 74), 289면에서는 성년후견인의 역할을 어떻게 상정하는가가 그의 보수 산정 등에 직접적 영향을 미친다는 점을 설명하고 있다.

한편 성년후견제도 하에 편입되지 않지만, 사실상 그 제도를 이용할 수 있는 요건을 모두 갖춘 요보호성인이 있을 때, 이들을 돌보는 가족 역시 위와 동일한 이유로 요보호성인에 대한 감독의무를 부담하지 않는다고 해석해야 할 것이다.

2. 가족 또는 성년후견인은 정신보건법에 의해 정신질환자를 감독할 의무가 있는가?

(1) 정신보건법은 정신병(기질적 정신병을 포함), 인격장애, 알코올 및 약물중독 기타 비정신병 정신장애를 가진 자를 정신질환자로 정의하고(同法 제3조 제1호), 정신질환자의 민법상의 부양의무자, 후견인의 순위로 그의 보호의무자가 되고(同法 제21조 제1항, 제2항),⁷⁶⁾ 보호의무자는 정신질환자가 자신 또는 타인을 해치지 아니하도록 유의할 의무가 있다고 규정한다(同法 제22조 제2항). 이 규정들로부터 정신질환자의 민법상의 부양의무자 또는 후견인은 정신질환자가 제3자에게 손해를 가하지 않도록 감독할 의무가 있다는 결론을 도출할 수 있는가? 만약 그러하다면 지적장애인, 정신장애인, 치매 환자 등의 후견인 또는 부양의무자는 대부분 정신보건법에 의한 법정감독의무자가 될 것이다. 왜냐하면 정신보건법 제3조 제1호에서 정의하는 정신질환자는 이들을 모두 포함할 수 있는 넓은 개념이기 때문이다.

먼저 정신보건법상의 위 규정들은 현행 민법 제947조에 의해 금치산자의 후견인이 피후견인에 대한 감독의무가 있다는 전제 하에서,

76) 제1항 제1호 내지 제5호는 민법상의 부양의무자 또는 후견인이라 하더라도 보호의무자가 될 수 없는 자를 열거한 후, 제3항은 제1항의 보호의무자가 없거나 부득이한 사유로 그 의무를 이행할 수 없는 경우에는 당해 정신질환자의 주소지를 관할하는 시장·군수 또는 구청장이 보호의무자가 된다고 한다.

금치산선고를 받을 수 있는 조건 하에 있지만 그 제도를 이용하지 않는 자의 사실상의 보호의무자, 즉 잠재적 후견인에게도 유사한 감독의무가 있다는 논리로써 이런 규정을 두었다고 볼 수 있을 것이다. 만약 그러하다면, 민법에서 성년후견인의 피후견인에 대한 감독의무가 없어졌다고 해석해야 한다면, 정신보건법이 독자의 책임근거규정으로 작용할 수는 없을 것이다.

다른 한편 정신보건법 제21조는 부양의무자를 후견인보다 선순위의 보호의무자로 삼는데, 부양의무로부터 정신질환자에 대한 법정감독의무를 도출할 수 있는지도 검토해 볼 여지가 있다. 1995년 정신보건법이 제정되기 이전에는 정신질환자들이 부양의무자에 의해 정신병원에 입원되었는데,⁷⁷⁾ 부양의무와 법정감독의무 간의 상관성이 있기 때문은 아닐까? 그러나 이는 부정되어야 한다. 즉 부양의무자가 정신질환자를 입원시켰던 것은 법적 근거나 정당성이 매우 희박하기 때문이다. 즉 피부양자의 자유를 제한 내지 박탈하는 정신병원·정신요양시설에의 입원·입소는 민법상의 부양의무의 이행과는 전연 무관하다는 것이다. 정신보건법 제정 이후 민법상의 부양의무자를 제1차적으로 정신질환자의 보호의무자로 삼았다고 해서, 이들의 부양의무와 정신질환자를 정신병원 등에 입소시키는 것 사이에는 어떤 관련성이 생기는 것은 아니다. 성인에 대한 부양은 스스로 생활을 영위할 수 없을 때 생활영위를 위한 경제적인 조력을 의미하는 것이지,⁷⁸⁾ 피

77) 정신보건법 제정 이전에는 정신질환자를 정신병원에 입원시키는 근거 규정은 계약에 근거한 것이었다고 한다. 정신보건법의 제정과정에 관해서는 신권철(註 63), 130면 이하 참조.

78) 그렇기 때문에 경제적 여력이 없는 자는 부양의무도 없다고 볼 것이다. 제977조에서 피부양자의 생활경도와 부양의무자의 자력 기타 제반사정을 참작하여 부양의 정도와 방법을 정하도록 하는 것도 이런 이유 때문이라고 해석해야 할 것이다. 직계 친족 간의 부양의무를 인정하는 독일

부양자가 제3자를 가해하지 않도록 감독할 의무와는 아무런 관련성도 없고, 더구나 피부양자의 자유를 박탈 내지 제한하는 장소에 격리시킬 권한이 부양의무에서 도출되지도 않는다. 만약 부양의무자가 계약 주체가 되어 성인인 피부양자를, 그의 의사와 무관하거나 그 의사에 반해서, 이런 장소에 입소시키는 계약은 그 내용 자체가 처분권한의 범위를 벗어난 것이어서 무효라고 하지 않을 수 없다.

(2) 그렇다면 정신보건법은 부양의무의 이행과는 무관하게 독자의 정당화 근거를 가지고 보호의무자에게 정신질환자에 대한 감독의무를 부과한 것일까? 이 점 역시 부정되어야 할 것이다. 성인인 정신질환자가 제3자에게 가해하는 것을 예방할 법률상의 의무를 이들에게 지운다는 것은 아무 대가 또는 반대적 이익제공 없이 공익을 위한 특별한 희생을 요구하는 것이기 때문이다. 성인인 정신질환자의 경우 많은 경우 지방자치단체가 보호의무자가 될 것인데, 지방자치단체가 정신질환자가 제3자에게 가해하지 않도록 감독할 의무가 있다고 하는 것도 지나친 것이다.

정신보건법이 독자적으로 후견인 또는 가까운 가족에게 정신질환자의 제3자에 대한 가해가능성을 방지할 감독의무를 부과한 것으로 이해할 수 없다는 점은 다른 나라의 법을 보더라도 분명하다. 가령 독일의 경우 우리 정신보건법에 해당되는 법은 각 주의 정신질환자 법인데,⁷⁹⁾ 베를린 주의 경우 가능한 한 입원 등의 조치를 취하지 않

의 경우에도 현금지급의 부양이 원칙이고, 예외적으로 이를 정당화할만한 사유가 있을 때 현물의 부양이 인정된다고 한다. 가령 MünchKomm/Born, BGB (5.Aufl.), § 1612 Rn. 17 ff. 참조. 가족관계가 급격히 변화한 우리나라의 경우도 이와 그다지 다를 바 없이 해석할 수 있을 것이다. 가령 김주수·김상용, 친족·상속법(제10판), 법문사(2012), 465면 참조.

79) 베를린의 경우 Gesetz für psychisch Kranke, 바이에른 州는 Gesetz

은 상태에서 정신질환자에게 도움을 주고, 나아가 그 가족들에게도 정신질환에 대한 이해를 높일 수 있도록 도움을 제공하며(제3조), 정신병원 등에 입원시키는 것은 정신질환으로 자신의 생명, 상당한 정도로 자신의 건강을 해하거나 상당히 중요한 타인의 권익을 해할 상당한 위험이 있으며, 입원 이외의 조치로는 그 위험을 회피할 수 없는 경우에만 허용된다(제8조).⁸⁰⁾ 同法에 의한 정신병원에의 입원신청은 지방자치단체인 구청(Bezirkamt)이 담당한다(제11조). 同法에 따르면 가족 등에게 정신질환자에 대한 감독의무나 보호의무를 별도로 부과하지 않는다. 이 점은 바이에른 주법 역시 마찬가지이다. 정신질환자를 정신병원 등에 입원시키기 위해서는 정신질환자가 공익을 현저하게 침해하거나 침해할 우려가 있을 때 또는 자신의 생명이나 건강을 현저하게 위태롭게 하고, 다른 방법으로 그 위험을 회피할 수 없을 때이다(제1조). 여기서도 그 신청권자는 지방자치단체이지(제5조), 가족 등이 아니다. 바이에른 주법도 가까운 가족 등에게 정신질환자를 감독할 어떤 의무도 부과하지 않는다.

프랑스의 경우 공중보건법(Code de la Santé Publique) 제3부 제2권이 우리 정신보건법에 대응되는 법률이다. 同法에 따라 요보호성인을 정신병원에 비자발적으로 입원시킬지 여부를 결정하는 자는 동법 L.3222-1조의 정신병원시설의 장(directeur) 또는 국가의 관련 부처 장

über die Unterbringung psychisch Kranker und deren Betreuung 이다. 그 밖에 각 州가 유사한 정신질환자에 관한 公法을 두고 있다. 물론 독일 전역에 적용되는 민법상의 수용도 있는데(同法 제1906조), 이는 후견인이 후견법원의 허가를 얻어 정신병원에 입원시킬 수 있다. 물론 입원시킬 수 있는 요건에서는 차이가 있다. 그 절차는 후술할 FamFG 제312조 이하에 따른다.

80) 그 절차는 개정 가사소송절차 및 비송절차법(FamFG) 제312조 이하에 따라 후견법원의 판결로 입원조치가 이루어진다. 이 점은 모든 州에 공통된다.

(représentant de l'Etat dans le département)의 결정(arrêté)이다. 前者의 경우 요보호성인의 가족 기타 요보호성인과 관련된 자로서 그 자의 이익을 위해 활동할 자격을 부여받은 자, 후견인(tuteur ou curateur)의 요구가 있고 두 명의 자격있는 정신과의사의 진단서를 받은 후 정신병원의 장이 결정하거나(L.3212-1 II. 1°), 건강상의 임박한 위험이 있는데 위에서 언급한 자의 요구를 얻기가 불가능할 때 1명의 정신과의사의 진단서를 받은 후 정신병원의 장이 결정하거나(L. 3212-1 II. 2°), 긴급한 경우 제3자의 요구가 있고 또 요보호성인을 수용하고 있는 정신병원의 의사의 진단서를 얻은 후 소견에 의해 그 정신병원의 장이 결정할 수 있다(L.3212-3).⁸¹⁾ 後者の 경우 요보호성인의 건강상의 위험이나 중대한 공익에 대한 위험이 있을 때 국가의 관련 부처 장의 결정으로 입원결정을 할 수 있다(L. 3213-1). 위와 같은 절차를 통해 입원이 된 경우 본인, 가족, 후견인 등은 언제든지 인신보호법관(judge des libertés et de la détention)에게 즉각적인 퇴원을 신청할 수 있다(L.3211-12).⁸²⁾ 요컨대 공중보건법상의 절차에서는 가족 또는 후견인의 신청에 의해 정신질환자를 입원시킬 수 있지만 가족이나 후견인에게 정신질환자를 감독할 법적 의무를 부과하지는 않는다.

영국의 1983년 정신보건법⁸³⁾도 이와 크게 다르지 않다. 同法에 따른 비자의적 입원은 4가지 유형으로 나뉜다. 첫째, 조사를 위한 입원(同法

81) 위 각각의 경우, 정신적 장애로 입원에 대한 동의가 불가능하고, 정신상의 상태로 인해 즉각의 의료감호(surveillance médicale)가 필요하다는 요건이 충족되어야 한다(L.3212-1조 I).

82) 비자발적 입원(l'hospitalisation complète)은 위 각 절차에 따른 입원 후 15일, 법관의 결정에 의한 입원 후 6개월이 지나기 전에 지속적 입원 여부의 결정이 없이는 계속될 수 없다. 상세한 내은 L.3211-12-1에서 규정하고 있다.

83) 이 법은 그 후 2007년 대폭 개정되었지만, 2007년 법에 의해 개정되지 않은 범위에서는 별도로 2007년 법을 언급하지 않는다.

제2조), 둘째, 치료를 위한 입원(제3조),⁸⁴⁾ 셋째, 응급입원(제4조),⁸⁵⁾ 넷째, 기존 입원환자의 재입원(제5조)이 그것이다. 이에 덧붙여 본인의 희망과 무관하게 정신보건법상의 후견인이 임명될 수도 있다(제7조).⁸⁶⁾ 위 각각의 신청은 환자의 가장 가까운 친족이나 승인된 사회복지사가 할 수 있다(제11조). 그러나 가까운 친족에게 환자에 대한 어떠한 감독 의무도 부과하지 않는다. 오히려 정신보건법은 승인된 사회복지사로 하여금 위 각 신청을 하기 위해 환자를 접촉해서 면접할 의무를 부과할 뿐이다(제13조). 한편 제7조의 신청에 의해 선임되는 후견인(guardian)은 원칙적으로 지방자치단체가 되고, 그렇지 않은 경우 지방자치단체가 승인한 적절한 사람이 된다.⁸⁷⁾ 이 때의 후견인은 환자로 하여금 특정 장소에 거주하도록 요구하거나, 특정장소, 특정 시간에 치료, 직업수행, 교육, 훈련 등을 받기 위해 참석하도록 요구하거나, 등록 의사 등으로

84) 위 각각의 경우 정신질환을 앓고 있고, 환자의 건강과 안전 또는 제3자의 보호를 위해 치료가 필요한 경우에 적용된다(제2조 제2항, 제3조 제2항).

85) 환자의 상태로 볼 때 제2조에 따른 조사를 위한 입원이 긴급하게 필요한데, 동조의 절차에 따를 경우 바람직하지 않은 지체가 발생할 우려가 있을 때, 가장 가까운 친족이나 승인된 사회복지사(approved social worker)의 신청에 의해 72시간 동안 억류할 수 있다.

86) 1983년 정신보건법 제7부(제7부는 2005년 정신능력법의 제정으로 폐지되었다)에 따르면, 보호법원의 판사는 정신보건법상의 환자의 재산관리 권한을 가지고 있었고(제95조 이하), 그 일환으로 환자의 재산관리인(receiver-일종의 법정후견인인 셈이다)을 선임할 수 있었다(제99조). 제99조의 재산관리인이 선임되면 환자의 행위능력은 전적으로 박탈된다. 이에 관한 개괄적 설명은 제철웅/박주영, “성년후견제도의 도입논의와 영국의 정신능력법의 시사점”, 가족법연구(21권 3호), 282-284면 참조. 그러나 1983년 정신보건법 제7조(2007년 법에 의한 개정 이후에도 동일)에 의해 선임되는 후견인(guardian)은 이와는 전연 다른 기능을 수행한다.

87) 그러므로 후견인이 가까운 가족일 필요는 없다. 승인권한이 지방자치단체에 있기 때문에 지자체가 여러 가지를 고려한 후 결정하게 될 것이다.

하여금 환자를 접촉할 수 있도록 요구할 권한은 있지만(제8조), 이를 강제할 권한은 없다. 이들은 그 권한의 범위에서 의무를 부담하겠지만, 이는 매우 제한된 영역의 의무일 뿐이다. 즉 영국의 정신보건법은 친족 또는 후견인에게 요보호성인을 감독할 의무를 부과하지 않는다.

끝으로 앞서 살펴 본 바와 마찬가지로 일본의 정신보건법 역시 보호의무자에게 정신질환자의 제3자에 대한 가해를 방지할 법적 의무를 부과하지 않는다.

이런 외국의 법을 비교해 보더라도 우리 정신보건법 제22조 제2항을 근거로 가족이나 후견인에게 정신질환자의 감독의무가 있다는 결론을 도출할 수는 없을 것이다. 요컨대 정신보건법에서 가족 또는 후견인이 정신질환자를 同法の 절차에 따라 입원시킬 수 있는 절차상의 신청권한이 있다는 것과 그들이 정신질환자를 감독할 의무가 있다는 것 사이에는 어떤 연관성도 없다는 것이다.

(3) 결국 정신보건법 제22조를 법률상의 감독의무를 부과하는 독자적 규정으로 볼 이유는 없다. 同條를 솔직히 읽으면 그야말로 “타인을 해하지 않도록 유의할” 책무 이상일 수 없다. 가령 보호의무자가 우연히 그와 같은 위험성을 발견하였다면 정신질환자로 하여금 치료받도록 도움을 제공하기 위한 노력 이상의 책임이 없다는 것이다.

3. 심신상실자의 불법행위로 인한 피해자의 보호필요성 때문에 가족 또는 후견인에게 감독의무를 인정해야 하는가?

심신상실 상태의 불법행위에 대해서는 가해자가 면책되므로(제754조) 심신상실자에 대한 법정감독의무자가 없으면 피해자는 그 손해를 전보받을 방법이 없으므로 누군가에게 법정감독의무를 부과하는 것이

필요하다는 논리가 있을 수 있다.⁸⁸⁾ 그러나 이런 논리는 본말이 전도된 것으로 수용하기 어렵다. 불법행위 또는 채무불이행에 의한 채무자가 엄연히 있더라도 그 채권을 실현하지 못하는 일이 수다한데, 불법행위의 피해자가 심신상실 상태의 가해라는 이유로 손해배상을 받지 못하는 경우도 이와 다를 바 없다. 前者의 경우, 오늘날은 더 이상 채무자의 가족이나 가까운 친족이 대신하여 변제해야 한다는 논리는 찾기 어렵다. 부모 또는 자녀의 채무를 대신 변제해야 한다는 전근대적인 사고는 각 인격체의 독립, 가족관계의 건전한 발전이라는 더 큰 가치에 비추어 보면 더 이상 지지하기 어려운 저차원의 속된 사고방식일 뿐이다. 後者の 경우도 다르지 않다. 즉 성인의 자율성과 활동의 자유라는 가치에 비추어 보면 성인을 다른 자가 감독하도록 법률상의 의무를 부과하는 것은 더 이상 지지할 수 없는 낡은 사고가 아닐 수 없다.

물론 책임능력이 있든 없든 정신질환자의 타해가능성의 구체적 위험을 인지한 배우자, 가족 등 정신보건법상의 보호자 또는 보호자가 될 수 있는 자는 정신보건법에 의해 요구되는 조치를 취할 생활상의 주의의무가 있다고 할 것이고, 그 주의의무를 다하지 않은 경우라면 민법 제750조의 일반 불법행위책임을 부담한다고 해석하는 것에는 별다른 어려움이 없을 것이다.

밀접한 생활관계를 유지하고 있는 자에게 일반불법행위책임을 물을 수 있는 가능성을 제외한다면, 피해자의 구제는 다음 두 가지의 방식으로 진행되어야 할 것이다. 첫째, ‘책임무능력’의 판단기준을 재정립하여야 한다. 책임능력은 자기 행위에 의해 손해배상의무가 발생한다는 정도의 인식을 할 수 있는 능력이 아니라, 자기 행위가 나쁜 행동으로서 비난받을 수 있다는 것에 대한 인식으로 재정립할 필요

88) 일본 판례가 책임능력의 기준을 높인 것도 이 때문이라는 것을 지적한 것으로 앞의 平野裕之(註 54), 208면 이하 참조.

가 있을 것이다.⁸⁹⁾ 둘째, 심신상실 상태의 불법행위의 피해가 상당하다면 범죄행위의 피해자를 위한 부조와 유사한 구제수단이 제공되어야 할 것이다. 뿐만 아니라 가해자나 피해자 모두 이런 사고의 발생에 대비한 私保險도 활성화되어야 할 것이다. 심신상실 상태에 있는 자를 위한 손해배상보험이 미발달해 있는 현실의 개선이 필요할 것이다. 그러나 가장 중요한 것은, 지적장애자, 정신장애자, 치매 환자들이 안전하고 친숙한 환경 속에 놓여 있을수록 돌발적인 가해행위의 가능성이 줄어든다는 것을 감안할 때, 사회환경을 좀더 안전하게 하는 것에 사회구성원 모두가 노력해야 한다는 점이다.

IV. 결론

지적장애인, 정신질환자, 치매환자의 후견인이나 이들을 사실상 돌보는 가족들에게 이들의 제3자에 대한 불법행위를 방지할 법률상의 일반적 감독의무가 있다면 후견인이나 가족은 이들의 지적판단능력이 떨어졌다고 판단되는 순간(사이코패스 등 일부 정신질환자를 제외하면 대부분의 사안에서 이들의 지적 판단능력이 떨어질 것이다), 이들을 정신병원 또는 정신요양소, 기타 폐쇄적 시설에 입소시켜 그들의 자유를 박탈 내지 제한시키거나 집안을 떠나지 않도록 방문 등에 시정장치를 할 유혹을 받을 것이다. 그렇지 않다면 그들은 제755조의 불법행위책임을 질 위험에 노출될 수 있기 때문이다. 치매환자를 돌

89) 이 문제는 특히 아동의 책임능력의 인정과도 밀접한 관련이 있다. 가령 우리 대법원은 만 13세 내지 14세된 아동의 책임능력을 부정하지만, 독일은 법률로써 7세 이상의 아동의 책임능력을 인정하며(독일 민법 제 828조 참조), 이런 규정이 없는 프랑스는 6세 된 아동의 책임능력도 인정한다. App Paris 5.6.1959. 가령 책임무능력 개념에 대한 인식의 차이가 어느 정도이며, 그 실천적 의미가 어떠한지는 여기서는 상론하지 아니한다.

보는 가족들이 환자의 자유를 제한 내지 박탈하거나, 정신질환자를 수용하는 시설이 환자를 감금하는 작금의 현실은 바로 이런 법질서가 실생활에 구체적으로 투영된 것일 뿐이다. 이런 현실을 조장하는 근거로 제755조가 활용된다면 그것은 개인의 활동의 자유, 거주·이전 및 주거의 자유를 부당하게 침해하는 위헌적 법 규정이자, 2008년 우리가 가입한 UN 장애인권리협약을 위반한 악법규정으로 평가될 것이다. 오히려, 새로운 성년후견법 하에서는 후견인에게 일반적 요양감호권한이 인정되지 않는다고 해석해야 할 것이고, 2013년 7월 1일 이후의 새로운 법질서 하에서는 후견인에게 피후견인을 감독할 법정 의무가 어떤 경우에도 없다고 해석해야 할 것이다. 요보호성인을 사실상 돌보는 가족 역시 법정감독의무는 없다고 해석해야 할 것이다.⁹⁰⁾

정신질환자 등을 수용하는 정신병원과 정신요양시설 역시 제755조 제2항의 책임을 부담한다고 볼 이유가 없다. 이들 역시 정신질환자의 인권을 존중하면서 치료를 하여야 할 자이므로 이들에게 굳이 전환된 입증책임을 부담시킬 이유도 없고, 그 책임을 사실상 무과실책임처럼 운영할 이유도 없는 것이다.

이 점에서 보면 책임무능력 성인에 대한 법정감독의무자와 관련된 민법 제755조는 현재의 시점에서는 위헌적일 뿐 아니라 국제법위반의 규정이고, 2013년 7월 1일부터는 무용한 규정으로 해석하여야 할 것이다. 그러므로 요보호성인의 인권을 존중한다는 점을 보다 명확하게 하기 위해서도 제755조의 후견인 등의 법정감독책임 규정, 즉 “前2조의” 부분은 “제753조의”로 개정되어야 할 것이다.

90) 물론 요보호성인이 제3자에게 위해를 가할 위험성을 구체적으로 인지하였음에도 불구하고 치료를 받게 하거나 기타 필요한 조치(후견의 신청 또는 정신보건법상의 각종 절차를 이용하게 하는 것)를 취하지 않았다면 제750조의 일반불법행위책임을 질 수는 있을 것이다.

■ abstract ■

The Guardian's Liability in Accordance with Article 755 of the Korean Civil Code: A Critical Analysis on its Justification Grounds

Professor Cheolung Je, Hanyang University

The current Article 947 of the Korean Civil Code provides that a full guardian shall take a ward's personal care and discharge his or her general and daily duty for a ward with due diligence to the extent that the full guardian is able to admit the ward into a restricted private facility or a psychiatry hospital with a permission of a family court. Such a power mentioned just before is one example of revealing how burdensome his or her duty and how enormous in turn his or her power is. On the other hand, Article 755 of the Korean Civil Code provides that a person with statutory duty of supervision of a tortfeasor who committed a tort in unsound mind is liable to a victim for losses caused by a unsound tortfeasor; an exemplary person with statutory duty of supervision of an adult tortfeasor is supposed to be a full guardian. A full guardian's liability in accordance with Article 755 is based on his or her duty to take personal care of a ward. A guardian's responsibility and corresponding power have often led to human right issue raising cases that a ward is excluded from the societies and even forced to be admitted in a facility where his or her liberty is restricted and deprived.

This paper deals with an issue of whether or not a guardian will be interpreted to be still liable, pursuant to Article 755, to a victim for losses caused by his or her ward under the new adult guardianship law

coming into force in July 2013. Unlike under the legal incapacity System, this paper indicates that a guardian under the new adult guardianship law is not responsible for personal care of a ward, whereas personal care of a ward is up to the ward himself or herself as long as he or she has the mental capacity to do so. In a case where he or she loses that capacity, his or her personal care is supposed to be carried out by third parties with his or her property, money of relatives who is responsible, or social welfare services; in such a case, the normal role of a guardian will be to arrange for the carrying out by third parties of a ward's personal care. To construct a guardian's role in such a way can alleviate his or her burden of care, so far shared within family boundary, and it is possible in the near future for a ward to live in a human rights respecting social environment as its member. This paper argues that Article 755 of the Korean Civil Code should be deleted to the extent that it has something to do with a guardian's responsibility; it can contribute to make clear the legislative purpose of the new adult guardianship and to declare Korean society's resolution to respect human rights to the outside world as well as to the national audience. This paper compares Korean guardian's liability in accordance with Article 755 with foreign countries' laws to support such conclusions.

[참고문헌]

- 곽윤직 대표편집, 민법주해 XVIII, 박영사(2005)
곽윤직, 채권각론, 박영사(2009)
김주수·김상용, 친족·상속법 (제10판), 법문사(2012)
박준서 대표편집, 주석 민법, 채권각칙 (8), 한국사법행정학회 (2000)
신권철, 정신질환자의 법적 지위: 배제에서 통합으로, 법학박사 학위논문, 서울대학교 (2012 .2)
이은영, 채권각론 (제3판), 박영사(1999)
제철웅, “요보호성인의 인권존중의 관점에서 본 새로운 성년후견제도: 그 특징, 문제점 그리고 개선방안”, 민사법학(제56호), (2011. 12.), 277면 이하
제철웅/박주영, “성년후견제도의 도입논의와 영국의 정신능력법의 시사점”, 가족법연구(제21권 3호), (2007. 12.), 273면 이하
- 加藤雅新, 事務管理·不當利得·不法行爲 [제2판], 有斐閣 (2005)
吉村良一, 不法行爲法 (제4판), 有斐閣 (2010)
內田貴, 民法 II, 東京大學出版會 (2010)
能見善久/加藤新太郎 編輯, 判例民法 8: 不法行爲法 II, 第一法規 (2009)
梅謙次郎, 民法要義 卷之三 債權編, 明治 42년, 有斐閣
民法修正案理由書 債權編
潮見佳男, 不法行爲法 (제2판), 信山社 (2009)
平野裕之, 民法綜合 6: 不法行爲法 (제2판), 信山社 (2009)
- Bamberg/Roth/Spindler, BGB, Bd. II, 2003, C. H. Beck
Bernau/Rau/Zscheschack, Die Übernahme einer Betreuung- ein straf und zivilrechtliches Haftungsrisiko, NJW 2008, 3756 ff
Code Civil de L'Empire du Japon, Tome Second, 1891, Tokyo
Diederichsen, Zivilrechtliche Haftungsverhältnisse im Betreuungsrecht, in Festschrift für Erwin Deutsch, 1999, Carl Heymanns Verlag
Dugdale/Jones ed., Clerk & Lindsell on Tort, 17. edition, Sweet &

- Maxwell
- Erman, Bürgerliches Gesetzbuch (11. Aufl.), Bd. II, 2004, Aschendorff
Rechtsverlag
- Ferid/Sonnenberger, Das Französische Zivilrecht Bd. 2 (2. Aufl.), 1986,
Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft mbH Heidelberg
- Fleming, the Law of Tort, 9th Edition, Lbc Information Services
- Juris Classeur Civil Art. 388 à 543, Editions du Juris Classeur
- Kaiser/Schnitzler/Friederici hrsg., Nomos Kommentar zum BGB
Familienrecht Bd. 4, 2010, Nomos
- Linden, Canadian Tort Law, 6th Edition, LexisNexis
- Malurie/Aynès/Stoffel-Munck, Les Obligations (5^e édition), 2011, Defrénois
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 5 (5. Aufl.),
2009 C. H. Beck
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 8 (5. Aufl.),
2008 C. H. Beck
- Raack/Thar, BetreuungsR, 3. Aufl. 2001, Bundesanzeiger Verlag
- Rosch/Büchler/Jakob, Das Neue Erwachsenenschutzrecht, 2011, Helbing
Lichtenhahn Verlag
- Sonnenfeld, Betreuung und PflegschaftR, 2. Aufl. (2001), Gieseking
Buchverlag
- Staudinger Kommentar, BGB, Buch 4, 2006, Seller-de Gruyter
- Stein/Lord, *Future Prospects for the United Nations Convention on the
Rights of Persons with Disabilities*, in: *The UN Convention on the
Rights of Persons with Disabilities*, eds. by Arnardóttir/Quinn,
2009, Martinus Nijhoff Publishers