

개정 정신건강복지법상 비자의입원 규제에 대한 입법론적 고찰 — 민법 제947조의2 제2항의 검토를 겸하여 —

이 동 진*

- I. 서론
- II. 1995년 정신보건법 체제와 그 흠
 1. 1995년 체제 하에서 비자의입원의 체계
 2. 1995년 정신보건법 체제의 흠
 3. 높은 입원율과 긴 재원기간
- III. 개정 정신건강복지법 및 민법 제947조의2에 대한
입법론적 비판과 그 대안
 1. 개정 정신건강복지법에 대한 입법론적 비판
 2. 바람직한 개선방향의 제안
- IV. 결론

I. 서론

정신질환의 예방·치료에 관한 사항을 규율하는 법을 정신보건법(mental health law)이라고 한다. 그 중심을 이루는 것은, 근래의 정신보건법제의 변화에도 불구하고, 여전히 비자의입원(非自意入院; involuntary commitment) 내지 강제입원(compulsory commitment)이다.¹⁾ 정신질환자는²⁾ 한편으로는

* 논문접수: 2018. 9. 12. * 심사개시: 2018. 9. 14. * 게재확정: 2018. 9. 27.

* 서울대학교 법학전문대학원 교수.

* 이 연구는 대한의사협회 의료정책연구소에서 발주한 연구용역 「인권존중과 탈수용화를 위한 정신건강복지법 재개정」에 부분적으로 기초하고 있다.

1) 비자의입원은 정신질환자 본인의 의사에 터 잡은 입원, 즉 자의입원(voluntary commit-

사실상 자기결정능력과 병식(病識; insight)이 부족하거나 결여되어 있어 설명 후 동의(informed consent)에만 그 치료를 맡길 수 없는 특성이 있고, 다른 한편으로는 바로 그 이유에서 부당한 구금이나 치료에 적절히 대처하기 어려울 수 있다. 그리하여 강제조치를 하려고 한다면 그에 대한 법적 수권(授權)이 필요하고, 아울러 적절한 통제·보호가 필요하다.

다른 나라에 비하여 매우 늦은 편이지만, 1995년 「정신보건법」이 제정된 것 또한 이러한 필요에 부응하기 위하여서였다.³⁾ 이후 이 법은 이후 수차례의 개정을 거쳐 2016년 「정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률」(이하 ‘정신건강복지법’이라 한다)로 전면 개정, 2017. 5. 30. 시행되었다. 일련의 개정은, 대체로 전달체계에 관한 조직·수권(授權)규정(Organizations- und Ermächtigungsklauseln) 보완에 그쳐온⁴⁾ 지역사회 중심 정신의료(community care)의 기반구축을 제외하면, 주로 비자의입원의 요건과 절차를 강화하기 위함이었고, 이 점은 2016년 정신건강복지법도 다르지 아니하였다. 그 사이 헌법재판소는 비자의입원의 중심조항이었던 개정 전 정신보건법 제24조에 대하여 헌법불합치결정을 선고하였고,⁵⁾ 우리나라가 2007. 5. 30.

ment)과 대비하여 정신질환자 본인의 의사에 터 잡지 아니한 입원 일체를 가리키는 말로, 우리 정신건강복지법상으로는 보호의무자에 의한 입원, 특별자치시장 등에 의한 입원 및 응급입원이 이에 해당한다. 그러나 뒤에 보는 바와 같이 양자의 구별이 항상 간단하지는 아니하다.

- 2) 정신질환자(mentally ill)와 함께 쓰이는 용어로 정신장애인(mentally disabled)이 있다. 전자는 의료적 관점에, 후자는 복지적 관점에서 서 있다고 평가된다. 두 용어의 당부에 대하여는 상당한 이념적 논란이 있다. 가령 WHO Resource Book on Mental Health, Human Rights and Legislation. stop exclusion, dare to care, 2005, pp. 20-27. 여기에서는 이러한 이념적 논란에 개입하지 아니하고, 비자의입원은 의료제도라는 점에 착안하여 정신질환자라는 용어를 사용하기로 한다. 정신건강복지법 제3조 제1호도 ‘정신질환자’라는 용어를 쓰고 있다. 반면 장애인복지법 시행령 제2조 별표 1 제8호는 ‘정신장애인’이라는 용어를 쓴다.
- 3) 그 이전에도 정신질환자에 대한 비자의적 수용이 있었고, 심지어 - 부족한 법적 근거에도 불구하고 - 법적으로 승인받았다. 신권철, “시설수용과 감금의 모호한 경계 - 형제복지원 판결과 그 이후”, 사회보장법연구(제3권 1호), 2014, 1면 이하. 비자의입원을 수권(授權)하는 정신보건법이 어떠한 수용자의 인권을 보호하는 법이었던 까닭이 여기에 있다.
- 4) 그러므로 실제로는 그 조직과 권한에 터 잡아 어떠한 프로그램이 기획되고 어느 정도의 예산이 배정되는가 하는 점이 더 중요하다.
- 5) 헌법재판소 2016. 9. 29. 선고 2014헌가9 결정.

서명하고 2008. 12. 11. 비준한 국제연합 장애인권리협약(United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities; CRPD)의 협약기구(treaty body)인 국제연합 인권사무소(Office of the High Commissioner of Human Rights; OHCHR) 산하 장애인권리위원회(Committee on the Rights of Persons with Disabilities)는 대한민국 정부에 정신보건법 및 당시 준비 중이던 정신건강복지법 초안 중 비자의입원 규정에 대한 개선을 권고하였다.⁶⁾

2016년 개정을 포함한 일련의 개정은 정신보건법의 이론적·체계적 분석이 아닌 구체적 남용례에 대한 즉각적 대응으로 이루어져 왔다. 이는 여러 기관과 사람이 복잡한 제도 망을 구축하고 있는 정신보건 서비스의 특성상 구조적 변화가 가져올 충격을 예상하기 어렵다는 점에서 충분히 이해할 만한 일이다. 그러나 그 결과 1995년 정신보건법이 더 잡고 있던, 낡은 일본법의 기본 틀 또한 온존(溫存)되고 말았다. 정신건강복지법은 2년 전 개정되어 1년 전 시행된 법이지만, 조만간 재개정을 하지 않을 수 없는 상황에 있다. 이 법이 받는 국내·외적인 비판 중 일정 부분은 1995년 이래의 기본 틀 자체의 문제라고 보인다. 재개정 논의가 좀 더 이론적·체계적인 검토에 기초하여야 하는 까닭이 여기에 있다.

이 글에서는 이러한 관점에서 정신보건법이 비자의입원과 관련하여 노정(露呈) 해온 문제가 무엇이고 그 근원이 어디에 있는지 짚어보고, 그 개선 방향을 제시하기로 한다.

6) Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Concluding observations on the initial report of the Republic of Korea, 2014, para 25: “The Committee is concerned that the existing legal provisions in the Mental Health Act, as well as the draft amendment to the Act, allow for deprivation of liberty on the basis of disability. It is also concerned about the high rate of institutionalization, including longterm institutionalization, of persons with psychosocial disabilities without their free and informed consent.”

II. 1995년 정신보건법 체제와 그 흠

1. 1995년 체제 하에서 비자의입원의 체제

가. 정신보건법·정신건강복지법

1995년 제정 정신보건법은 정신질환자를 “정신병(기질적 정신병을 포함한다)·인격장애 기타 비정신병적정신장애를 가진 자”로 규정하고(제3조 제1호), 정신질환자에 대하여 자의입원(自意入院, 제42조) 이외에 일정한 사유가 갖추어진 경우 ‘동의입원’(제25조), 평가 및 시·도지사에 의한 입원(제27조), 응급입원(제28조)의 세 비자의입원을 규정하였다. 자의입원은 정신질환자 본인의 의사에 의하여 입원하는 경우의, ‘동의입원’은 이른바 ‘보호의무자’가 입원에 동의하고 정신과전문의 1인이 입원이 필요하다는 진단을 한 경우의, 평가 및 시·도지사에 의한 입원은 시·도지사의 명령에 의하여 정신과전문의의 진단과 시·도지사의 처분을 거친 경우의 입원을 말하고, 응급입원은 급박한 위험이 있는 경우 경찰관이 호송하여 정신의료기관의 장이 72시간의 범위 내에서 하는 입원을 뜻하였다. ‘동의입원’은 1997년 개정으로 내용변화 없이 ‘보호의무자의 동의에 의한 입원’으로 그 명칭이 바뀌었고(실무상으로는 ‘보호입원’이라는 표현이 자주 쓰인다.⁷⁾), 한 입원의 서로 다른 두 단계였던 평가입원과 시·도지사에 의한 입원은 역시 1997년 개정으로 내용변화 없이 시·도지사에 의한 입원(실무상으로는 ‘행정입원’이라는 표현이 자주 쓰인다) 내의 두 단계(진단 → 치료)로 정리되었다. 이러한 체제는, 행정입원의 권한귀속주체가 특별자치시장·특별자치도지사 등으로 변경된 이외에는, 정신건강복지법에 이르기까지 그대로 유지되고 있다(제43조 이하).

자의입원은 환자 본인의 동의에 의하여 이루어지므로 특별한 사유 제한이 없다. 그러나 비자의입원에는 일정한 사유 제한이 있을 수밖에 없다. 비자의입원 전체를 놓고 보면 이는 크게 두 가지로 요약된다. 입원치료를 받을 만한 정

7) 헌법재판소 2016. 9. 29. 선고 2014헌가9 결정도 ‘보호입원’이라는 표현을 쓴다.

도 또는 성질의 정신질환에 걸려 있거나, 환자 자신의 건강 또는 안전, 타인의 보호를 위하여 입원할 필요가 있는 경우가 그것이다(1995년 정신보건법 제25조, 2016년 정신건강복지법 제43조 제2항 각호 참조). 전자를 치료의 필요성 (need for treatment), 후자를 자상·타해(自傷他害), 줄여서 자·타해 위험 (danger to self or others)이라고 한다. 2016년 개정 전까지 정신보건법은 일관하여 보호입원은 ① 정신질환자에 해당하고, ② 그로 인하여 치료의 필요성 (need for treatment) ‘또는’ 자·타해 위험(danger to self or others)이 있는 경우에, 행정입원은 ① 정신질환자에 해당하고, ② 그로 인하여 자·타해 위험이 있는 경우에 이를 허용하였다. 응급입원의 사유는 ① 정신질환자로 추정되는 자로서 다른 입원절차를 거칠 수 없고(보충성), ② 자·타해 위험이 큰 경우를 그 적용대상으로 한다. 보호입원의 기간은 최초 6개월 이내, 행정입원의 기간은 평가목적으로 2주 이내, 치료 목적으로 위 2주를 포함하여 3개월 이내로 되어 있었다.

나. 민법

다른 한편, 종종 간과되어왔지만, 민법에 터 잡은 입원도 가능하다. 우선 미성년자의 경우 그 친권자에게 신상(身上)에 관한 동의권이 있으므로(민법 제913조, 제924조의2 참조) 미성년의 자녀 대신 친권자가 자의입원에 필요한 동의를 할 수 있다.⁸⁾ 미성년후견인의 경우도 같다(민법 제945조).⁹⁾

문제는 성년후견인이 피성년후견인을 자의입원시킬 수 있는가 하는 점이다. 이와 관련하여 민법 제947조의2 제2항은 “성년후견인이 피성년후견인을 치료 등의 목적으로 정신병원이나 그 밖의 다른 장소에 격리하려는 경우에는

8) 논란의 소지가 없지 아니하나, 대부분의 나라에서 이러한 방식으로 미성년의 정신질환자의 입원 문제를 해결한다. 그러므로 친권자가 친권을 남용하여 입원시키는 경우에는 친권 남용에 대한 통제장치에 의하여 해결하는 수밖에 없다.

9) 다만 후견감독기관이 있는 경우에는 후견감독기관의 동의를 받아야 한다. 2013년 민법 개정 전에는 친족회가, 2013년 민법 개정 이후에는 후견감독인이 선임된 경우 후견감독인이 동의하여야 한다.

가정법원의 허가를 받아야 한다.”고 규정한다. 2013년 민법 개정으로 새로운 성년후견법이 도입되기 전에도 민법 제947조 제2항은 “후견인이 금치산자를 사택(私宅)에 감금하거나 정신병원 기타 다른 장소에 감금치료함에는 법원의 허가를 얻어야 한다. 그러나 긴급을 요할 상태인 때에는 사후에 허가를 청구할 수 있다”고 정하고 있었다.

이 규정에 의한 성년후견인의 피성년후견인 정신병원 입원은 정신보건법상으로는 자의입원일 수밖에 없다. 정신보건법은 정신질환자 입원의 종류를 망라적으로 규정하고 있는데,¹⁰⁾ 위 규정에 의한 입원이 비자의입원의 어느 유형에도 해당하지 아니하기 때문이다. 한 가지 문제는 그 결과 자의입원의 일종인 민법 제947조의2에 따른 입원에는 가정법원의 허가가 필요한데 비자의입원인 보호입원은 오히려 그러하지 아니하여 균형을 잃는다는 점이다. 때문에 학설로는 보호입원에서도 성년후견인이 존재하는 한,¹¹⁾ 나아가 성년후견인이 존재하지 아니하여도 민법 제947조의2를 유추하여,¹²⁾ 어떻든 가정법원의 허가를 받아야 한다는 주장도 제기되고 있다. 그러나 다수의 견해는 자의입원은 별론 비자의입원에 대하여 민법 제947조의2를 중복 적용하지는 아니한다.¹³⁾ 실무도 같다.

민법 제947조의2에 의한 입원은 치료 등의 목적에 한하여 허용된다. 학설은 일반적으로 이를 치료하지 아니하면 피성년후견인의 생명 또는 건강에 구체적 위험이 발생할 우려가 있거나 자살(自殺)·자상(自傷)의 위험이 있는 경우로 이해한다.¹⁴⁾ 치료의 필요성 이외에 자·타해 위험 중 자해 위험이 그 사유가 된

10) 그 결과 대면진단의무규정 등이 모든 입원에 적용될 수 있게 된다. 이러한 입법방식은 비자의입원만 규율하고 자의입원에 대하여 명문 규정을 두지 아니하는 다른 여러 나라의 입법방식과는 구별된다.

11) 박호균, “성년후견과 의료-개정 민법 제947조의2를 중심으로-”, 의료법학(제13권 1호), 2012, 149면; 이지은, “신상 결정 대행에 대한 법원의 감독-개정 민법 제947조의2의 해석을 중심으로-”, 비교사법(제19권 1호), 2012, 196면.

12) 하명호, “정신보건법상 보호의무자에 의한 입원”, 안암법학(제36호), 2011, 73-74면.

13) 송호열, “성년후견법제의 도입에 따른 의료행위와 동의권”, 의생명과학과 법(제7권), 2012, 143면; 이재경, “성년후견제도에 있어서 정신질환자에 대한 의료행위와 후견인의 동의권에 관한 연구”, 가족법연구(제26권 3호), 2012, 428-430면.

다는 것이다.

2. 1995년 정신보건법 체제의 흠

가. 보호입원 중심의 운영

이미 본 바와 같이 넓은 의미의 비자의입원에는 보호입원 이외에 행정입원과 민법 제947조의2에 의한 입원이 포함된다. 그러나 현실적으로 비자의입원의 압도적 다수는 보호입원이고, 행정입원은 정신보건법 시행 초기에는 상당한 비중을 차지하였으나 갈수록 줄어들어 오늘날은 거의 쓰이지 아니하며, 민법 제 947조의2에 의한 입원은 사실상 찾아볼 수 없다.¹⁵⁾ 즉, 비자의입원은 복잡한 제도에도 불구하고 압도적으로 보호입원 중심으로 운영되고 있는 것이다.

이는 관련 제도의 설계에 비추어보면 당연한 일이라고 할 수 있다.

먼저, 보호입원은 현실적으로 이른바 ‘보호의무자’가 정신질환자를 정신의료기관에 데리고 가 진단을 의뢰하고 정신건강의학과전문의가 정신질환과 입원의 필요성을 진단하여 정신의료기관의 장이 입원결정을 하고자 할 때 보호의무자가 그에 동의함으로써 이루어진다. 이 과정은 보호의무자가 정신질환자(로 추정되는 자)를 정신의료기관에 데려감으로써 개시된다. 보호의무자는 대개 정신질환자의 가족이고, 2016년 개정 전까지 제1순위 보호의무자는 심지어 그 부양의무자였다. 그로서는 정신질환자의 치료와 복리 증진을 위하여 또는 자신의 고통과 부담을 경감하기 위하여 입원을 추진할 동기가 있다. 반면 행정입원의 경우 정신건강의학과전문의 또는 정신건강전문요원의 요청에 따라 진단을 의뢰하고 진단을 거쳐 특별자치시장 등이 입원을 명하여야 비로소 절차가 개시된다. 부랑자는 별론 하더라도, 가정에서 보살핌을 받고 있는 정신

14) 김형석, “피후견인의 신상결정과 그 대항”, 가족법연구(제28권 2호), 2014, 254-255면; 박인환, “새로운 성년후견제도에 있어서 신상보호-신상결정의 대항과 그 한계-”, 가족법연구(제25권 2호), 2011, 184면.

15) 보건복지부·국립정신건강센터 편, 2016년 국가 정신건강현황 2차 예비조사 결과보고서, 2016, 133면.

질환자에 대하여 이러한 개입을 하는 것은 높은 정보비용(information cost) 때문에 쉽지 아니할 뿐 아니라, 가족이 보호입원이 가능함에도 이를 추진하지 아니하는 데 행정청이 굳이 나설 동기도 없고, 오히려 지나친 개입으로 반발을 불러일으킬 위험이 있다. 민법 제947조의2에 의한 절차는 성년후견이 개시되어야 가능한데, 실무상 성년후견은 그다지 많이 이용되지 아니하고 있어 도대체 성년후견인이 존재하지 아니하는 사건이 대부분이다.

다음, 보호입원이 요건과 절차에 있어서 가장 너그러웠다. 요건과 관련하여서는 보호입원이 자·타해 위험과 치료의 필요성을 포괄하고 있어 자·타해 위험만을 대상으로 하는 행정입원이나 자해 위험과 치료의 필요성만을 대상으로 하는 민법 제947조의2에 의한 입원보다 더 넓었다. 절차와 관련하여서는 행정입원의 경우 「정신건강의학과전문의·정신건강전문요원 → 행정기관의 2인 진단의뢰 → 2인 진단 → 행정기관의 입원처분」의 단계를 거쳐야 2주간의 평가목적 지정정신병원 입원이 가능하고, 민법 제947조의2 제2항에 의한 입원은 가정법원의 심리[라류 가사비송절차이다, 가사소송법 제2조 제1항 제2호 가목 21)]를 거쳐 입원허가심판을 받아야 입원이 가능하다.¹⁶⁾ 어느 절차든 정신의료기관에 본인을 데리고 가 진단하여야 하는데, 보호입원이 정신의료기관 방문만으로 곧바로 강제력 있는 입원결정이 가능한 것과 달리 다른 두 입원은 정신의료기관 방문을 포함한 여러 단계를 거쳐야 비로소 입원결정을 받을 수 있다. 또 2016년 개정 전까지 보호입원은 최초의 입원결정으로 6개월까지 입원시킬 수 있었던 반면, 행정입원은 평가목적의 2주 입원 후 치료 목적 입원을 하는 때에도 위 2주를 포함하여 3개월까지 입원시킬 수 있는 데 그쳤다.

나. 보호입원의 악용 가능성

이러한 비자의입원 유형 사이의 차별에는, 그 당부는 별론, 나름의 근거가

16) 그밖에 현행법상 성년후견인은 당연히 피성년후견인의 신상에 대한 권한을 갖지는 아니하므로, 가정법원으로부터 신상에 관한 권한을 부여받아야 한다. 김형석(주 14), 255면; 박인환(주 14), 184면.

있다. 먼저, 민법 제947조의2 제2항에 의한 입원은 기본적으로 자의입원이다. 관련 규정에 강제력 행사에 관한 수권(授權)이 전혀 존재하지 아니하는 것도 그 때문이다. 민법 제947조의2 제2항은 특히 중요한 결정에 관하여 그 의사결정이 피성년후견인의 최선의 복리(the best interest)에 부합하게 이루어졌는지 여부를 가정법원이 확인하도록 한 것이다. 한편, 행정입원은 국가에 의한 강제구금으로서 경찰권(police power)의 행사로서의 성격을 갖고 있다. 86년 서울아시안게임과 88년 서울올림픽 개최에 즈음하여 정부에서 한 부랑자 등 일제 수용에서도 드러나듯 국가에 의한 정신질환자(로 추정되는 자)의 강제구금의 역사는 인권침해로 점철되어 있다. 행정입원이 특히 엄격한 요건 아래 놓일 수밖에 없는 까닭이 여기에 있다. 반면 기본적으로 가족인 보호의무자에 의한 입원은, 그들이 정신질환자의 최선의 복리를 추구할 가능성이 높다는 점에서 가장 바람직한 형태라고 볼 여지가 있다. 일본의 「정신보건 및 정신장애자복지에 관한 법률(精神保健及び精神障害者福祉に関する法律)」도 같은 전제 아래 우리의 행정입원에 해당하는 이른바 조치입원(措置入院)은 엄격히 하고 우리의 보호입원에 해당하는 의료보호입원을 보다 너그럽게 장기간 허용하며, 조치입원의 의료보호입원으로의 전환을 유도하는 규정을 둔다.

그러나 보호의무자인 가족은 정신질환자의 복리를 배려할 사람이기만 한 것이 아니라 그들과 이익충돌(conflict of interests)이 가장 잘 발생할 사람이기도 하다. 정신질환자와 사이의 가족관계에 터 잡아 재산상 이익을 얻을 수 있는 경우가 적지 아니하고, 적어도 정신질환자를 입원시킴으로써 정신질환자를 한 집에서 보살피는 데 따르는 여러 부담을 회피할 수 있다.¹⁷⁾ 그리하여 가족에게 입원절차의 주도권을 주면 보호입원이 남용되는 일이 필연적으로 발생하게 된다. 실제로 비자의입원의 적법성이 문제 된 사건의 다수가 그러한 경우였다. 대법원 2015. 10. 29. 선고 2015도8429 판결에서는 거액의 재산을 탈취하기 위하여, 2001. 2. 23. 선고 2000도4415 판결에서는 이혼 과정에서 재산

17) 헌법재판소 2016. 9. 29. 선고 2014헌가9 결정도 이 점을 지적한다.

분할을 유리하게 하는데, 보호의무자의 퇴원 여부 결정권을 활용한 것이 문제 되었다.¹⁸⁾

물론 현행법상 보호입원 여부의 결정은 어디까지나 정신의료기관의 장의 권한이다. 학설상 보호입원을 사법상 계약에 의한 입원으로 구성하는 견해도 있으나,¹⁹⁾ 이는 정신의료기관의 장에게 부여된 공법상 처분에 의한 입원이라고 이해함이 타당하다.²⁰⁾ 2016년 개정 전에는 부양의무자가 제1순위 보호의무자였고 후견인이 제1순위 보호의무자가 된 지금도 후견인이 없는 경우에는 부양의무자가 보호의무자가 되는데,²¹⁾ 부양의무자는 현물 또는 금전으로 부양을 할 의무를 질 뿐 피부양자의 신상(身上)에 개입할 권한도, 그를 위하여 진료 및 입원계약을 체결할 대리권도 없기 때문이다.²²⁾ 이 점은 비슷한 제도를

18) 이 사건에서는 이미 보호의무자와 정신질환자 사이에 협의이혼의사확인까지 마친 뒤였음에도 아직 이혼신고를 하지 아니하여 보호의무자의 지위가 유지되고 있음을 기화로 재산을 이전받은 것이 공갈(형법 제350조)이 되었다. 구 정신보건법이나 2016년 개정 정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률상 보호입원에서 퇴원신청은 보호의무자가 하게 되어 있음을 악용한 것이다.

19) 손홍수, “정신질환자의 자살과 의료과오 책임”, 의료법학(제7권 2호), 2006, 20-21면; 신은주, “정신질환자의 강제입원제도에 대한 문제점과 그 개선방안”, 한국의료법학회지(제17권 1호), 2009, 23-24면; 전병서, “정신질환자의 강제입원”, 법률신문(제2214호), 1993. 5. 6.; 하명호(주 12), 75-82면.

20) 박인환, “새로운 성년후견제 시행에 따른 신상관계법령의 정비 - 의료행위에 대한 동의와 정신병원등 입원절차를 중심으로 -”, 재산법연구(제29권 3호), 2012, 42면(정신의료기관의 장이 입원의 주체이고, 보호의무자는 정신질환자의 인권을 위하여 동의하는 데 지나지 아니한다고 한다). 현행법에 대하여 제철웅, “정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률 제43조 및 민법 제947조의2 제2항에 의한 비자의입원의 상호관계”, 가족법연구(제31권 1호), 2017, 272면 이하도 같은 취지.

21) 성년후견의 활용빈도에 비추어볼 때 이것이 더 흔하리라고 생각된다.

22) 우리나라에서 보호입원을 사법상 계약으로 구성하는 견해는 명시적 또는 묵시적으로 보호의무자가 정신질환자에 대하여 법정대리권을 가짐을 전제한다. 명시적인 것으로, 문성제, “응급의료에서 의사의 주의의무와 법적 책임”, 한국의료법학회지(제19권 1호), 2010, 154면. 그러나 그 근거는 제시하지 아니한다. 이를 사법상 계약으로 이해하는 학설과 병원실무의 입장은 부분적으로 보호의무자가 입원과정에서 병원비를 부담하곤 한다는 점을 고려하고 있다고 보인다. 그러나 독일의 공법상 비자의입원에서 비용을 란트(州)가 부담하지 아니하고 정신질환자 본인 또는 그 부양의무자가 부담하는 것(물론 실제로는 대부분 질병금고가 부담한다)에서도 알 수 있듯, 강제처분으로서 비자의입원의 법적 성격과 그로 인한 비용부담의 근거로서 계약, 부양의무 등은 별개의 문제이다. 보호의무자이지만 부양의무는 없는 사람이 입원신청만 하고 진료비부담을 거부하는 경우 보호입원은 적법하게 이루어질 수 있으나 진료비 등은 부양의무자에게 (사무관리 등을 근

둔 일본의 판례가 보호자의 감독자책임을 부정한 데서도 드러난다.²³⁾ 심지어 후견인이 보호의무자인 경우에도 사정이 달라지지 아니한다. 현행법상 성년 후견인은 가정법원의 수권(授權) 없이는 피성년후견인의 신상(身上)에 대하여 아무런 권한도 가지지 아니할 뿐 아니라, 수권이 있어도 입원에 관하여는 권한을 가지지 아니하기 때문이다(민법 제947조의2 제1항·제2항). 판례도²⁴⁾ “보호의무자에 의한 입원의 경우 보호의무자의 동의가 있더라도 정신과전문 의가 정신질환자를 직접 대면하여 진찰하고 입원이 필요하다고 진단한 다음 이에 기하여 정신의료기관의 장이 입원을 결정하여야 하고, 이러한 요건을 갖춘 입원조치에 대하여 정신질환자가 저항하는 때에 비로소 정신의학적·사회적으로 보아 상당하다고 인정되는 범위 내의 물리적 행사가 허용된다”고 하여 같은 입장이다.

그러나 그렇다고 하여 보호의무자가 보호입원을 부당한 강제구금의 수단으로 악용하는 일이 불가능하였던 것은 아니다. 정신질환은 많은 경우 일종의 스펙트럼 위에 있고, 진단에 면담과 관찰 등이 주된 도구로 사용되곤 하며, 정확한 진단과 있을지도 모르는 중대한 위험의 방지를 위하여 다소간 불확실한 상황에서 일정 기간 입원관찰을 하여야 하는 경우도 적지 아니하다. 최초의 입원 결정은 다소간 불확실한 정보 아래에 이루어지고, 이때 정신건강의학과전문 의에게 ‘끌려’온 환자 본인은 불안증세를 보이곤 한다. 이 단계에서 (나아가 그 이후의 치료에서도) 정신건강의학과전문 의의 주된 정보원 중 하나가 환자 본인의 가족, 즉 보호의무자이다. 정신건강의학과전문 의로서는 정신질환이 의심되는 환자보다 보호의무자와 먼저 신뢰관계(rapport)를 형성할 가능성이 상당하다. 보호의무자로서는 이를 이용하여 판단과 결정을 왜곡하는 것이 어느 정도 가능한 것이다.²⁵⁾ 판례도 보호의무자가 재산탈취 등의 목적으로 보호

거로) 청구하여야 하는 것이다.

23) 日最判 2016(平成 28). 3. 1. 平成26年(受)第1434, 1435号(2014년 개정 전의 사건이다).
평석: 佐々木良行, “精神上の障害のある者に対する監督義務者等の責任”, 法務研究 第14号 (2017), 59頁 以下.

24) 대법원 2001. 2. 23. 선고 2000도4415 판결; 2015. 10. 29. 선고 2015도8429 판결.

입원을 시킨 경우 감금죄의 간접정범(형법 제34조)이 되나 정신의료기관의 장이나 소속 정신과전문의는, 정신질환을 의심할 만한 합리적 이유가 있는 한, 감금의 고의(犯意)가 부정되어 무죄라고 하여 보호의무자의 사실상 영향력(행위지배론에서 말하는 의사지배)을 인정한다.²⁶⁾

이러한 부당한 강제구금이 얼마나 자주 있었는지는 확인하기 어렵다. 그러나 정신질환자로 몰리면 아무도 모르게 강제구금될 가능성이 있다는 점은 법치국가에 대한 근본적 위협으로 비자의입원과 정신병원에 대한 부정적 인식을 확산시키는 데 적지 아니한 기여를 하였다. 종래의 비자의입원 개선에 관한 논의는 주로 이러한 위협을 통제하는 데 초점을 맞추었다.

3. 높은 입원율과 긴 재원기간

그밖에 우리 비자의입원의 현실에는 높은 입원율과 긴 재원기간이라는 문제가 있다. 입원 중인 정신질환자의 수가 1995년 정신보건법 제정 이래 지속적으로 증가해왔다.²⁷⁾ 재원기간은 더욱 심각하여 2000년부터 2015년까지의 정신질환자의 재원일 중간값은 약 270일, 9개월이 넘는다. 근래 다소 감소하기는 하였으나, 전체적으로 재원기간이 단축되는 경향이라고 말할 수는 없다.²⁸⁾ 이른바 탈수용화(脫收容化; de-institutionalization)가 완성되기까지는 커녕 진행 중이라고 말하기도 곤란한 형편이고, 입원율이 다소 높은 편임은 부정할 수 없으며 재원기간은 국제적으로 상당히 긴 편이다. 이처럼 재원기간이 길어지면 정신질환자의 재활, 사회복귀는 요원해진다.

이러한 점은 대중(大衆)의 관심을 불러일으킨 주제는 아니나, 정신의료와 정신보건복지 분야의 전문가는 계속 주목해온 또 하나의 문제이고, 장애인권

25) 김나경, “정신질환자 강제입원’의 법적 문제”, 인권과 정의(제418호), 2011, 40-41면.

26) 대법원 2015. 10. 29. 선고 2015도8429 판결.

27) 이 점은 위 기간 중 인구의 증가를 고려하더라도 여전히 그러하다. 보건복지부·국립정신건강센터 편(주 15), 133-134면.

28) 보건복지부·국립정신건강센터 편(주 15), 136-137면.

리위원회가 지적한 문제이기도 하다(주 6 참조). 위 2.(2)의 문제가 고전적인 문제라면 이 문제는 새로이 대두하는 문제인 셈이다.

다만, 이 문제가 1995년 정신보건법 체제로 인한 것인지는 좀 더 따져볼 필요가 있다. 재원기간통계를 정신의료기관과 정신요양시설로 나누어 보면, 정신의료기관의 재원일 중간값이 160일에서 200일, 즉 5~6개월 정도에 그치지만, 정신요양시설의 재원일 중간값은 2000년 2,787일에서 점점 길어져 근래에는 3,600여 일, 즉 9~10년에 이른다는 점을 확인할 수 있다. 정신요양시설 재소자의 연령도 고령화되는 추세이다.²⁹⁾ 일부 장기입원치료가 이루어지는 경우를 제외한 대부분의 급성기(急性期) 치료(acute care)는 4개월 이내에 끝나리라고 추측된다. 더 단축할 여력이 있기는 하나, 국제적으로 반드시 아주 긴 편이라고 할 수는 없다. 재원기간의 장기화를 주도하고 있는 것은 정신의학적 치료가 아닌 요양·간호, 즉 돌봄을 위하여 수용되어있는 고령자인 셈이다.

III. 개정 정신건강복지법 및 민법 제947조의2에 대한 입법론적 비판과 그 대안

1. 개정 정신건강복지법에 대한 입법론적 비판

가. 정신건강복지법에 이르기까지의 법 개정과 그 한계

보호입원의 악용 문제는 1995년 정신보건법 제정 이후 지속적으로 지적되어왔고, 이후의 개정도 주로 이에 대응하기 위한 것이었다. 1995년 정신보건법의 주요 개정으로는 1998년, 2000년, 2004년, 2008년 개정과 2016년의 전면개정이 있다. 위 기간 중 자의입원과³⁰⁾ 응급입원에는 소소한 변화가 있었을

29) 보건복지부·국립정신건강센터 편(주 15), 126면.

30) 자의입원은 2000년 개정으로 72시간 내 비자의입원으로 전환하는 것이 금지되었다가 2016년 전면 개정으로 보호의무자 1인의 동의를 요건으로 그 보호의무자의 동의 없는 퇴원신청에 대하여 72시간 내 퇴원을 거부하고 비자의입원으로 전환하는 것을 허용하는

뿐이고,³¹⁾ 행정입원은 앞서 언급한 명칭 변화 이외에는 전혀 변동이 없었다. 반면 보호입원에 관하여는 2004년 개정으로 정신의료기관의 장에게 입원동의를 한 사람이 보호의무자임을 확인할 수 있는 일정한 서류를 징구할 의무를 지우고, 2008년 개정으로 위 서류를 징구하지 아니한 경우 정신의료기관의 장에게 형사처벌을 과하는 한편, 종래 보호의무자 1인의 동의를 요구하였던 것을 보호의무자 2인의 동의를 요구하는 것으로 변경하였다. 가장 큰 변화는 2016년 개정이었는데, 종래 치료의 필요성 ‘또는’ 자·타해 위험을 요구하였던 것을 치료의 필요성 ‘과’ 자·타해 위험을 동시에 요구하는 것으로 변경하고, 6개월의 입원기간을 행정입원에 맞추어 진단 목적의 2주와 치료 목적의 (위 2주를 포함한) 3개월로 단축·분리하여, 진단 목적의 2주 이내의 입원은 정신건강의학과전문의 1인의 진단만으로 가능하나, 치료 목적의 계속 입원을 위해서는 2인의 정신건강의학과전문의의 일치한 진단이 필요하고, 이때 2인의 정신건강의학과전문의는 서로 다른 정신의료기관에 소속되어 있어야 하며, 그중 적어도 1인은 국·공립정신병원에 소속되어 있어야 하는 것으로 하였다(제43조).³²⁾ 그밖에 비자의입원에 공통적으로 영향을 미치는 것으로 2016년 정신건강복지법은 정신질환자를 “망상, 환각, 사고(思考)나 기분의 장애 등으로 인하여 독립적으로 일상생활을 영위하는 데 중대한 제약이 있는 사람”으로 재규정하였다(제3조 제1호). “독립적으로 일상생활을 영위하는 데 중대한 제약”이라는 요건이 부가된 것이다.

그러나 그 개정의 방향에는 선뜻 납득하기 어려운 점이 있다.

‘동의입원’이 추가되었고, 2008년 개정으로 연 1회 퇴원의사를 확인하게 하였다가 2016년 개정으로 매 2월마다 퇴원의사를 확인하게 한 이외에는 별 변화가 없었다.

31) 응급입원에 관하여는 2000년 개정으로 호송주체에 구급대원이 추가된 이외에 별 변화가 없었다.

32) 그 이외에 종래 보호의무자의 ‘동의’로 되어 있던 것을 보호의무자의 ‘신청’으로 변경하고 ‘동의입원’이라는 표제를 ‘보호의무자에 의한 입원’으로 변경하였다. 이는 용어의 변경에 불과하고 법적 실질에는 아무런 영향도 미치지 아니한다. 그러나 동시에 보호입원이 실질적으로 보호의무자에 의하여 주도되고 있다는 입법자의 인식이 이러한 용어와 표제 변경에 드러나고 있다는 점 또한 부정할 수 없다.

첫째, 일련의 개정은 대체로 보호의무자의 자격과 권한을 강조하는 방향으로 이루어졌다. 보호의무자의 순위를 정하여 이를 법정하고, 보호의무자인지 여부를 확인하게 하는 한편 확인에 필요한 서류를 징구하는 규정까지 두었으며, 권한의 남용을 견제하여야 할 필요가 생기자 동의하여야 할 보호의무자의 수를 1인에서 2인으로 늘렸다. 판례도 보호의무자의 동의가 없는 보호입원은 부적법하다고 한다.³³⁾ 그러나 보호의무자에게 정신질환자의 신상(身上)에 관하여 어떠한 배타적 또는 공동의 권한이 없는 이상, 그의 자격과 권한을 엄격하게 따져야 할 실체적 근거가 무엇인지 의문이고, 보호입원의 부당한 강제구금으로의 악용은 대부분 보호의무자에 의하여 주도되었다는 점에서도 타당한 방향이었는지 의구심을 가지지 않을 수 없다. 악용의 대부분은 정신질환자 본인과 이익이 충돌하는 보호의무자가 입원을 주도한 데서 비롯한다. 그런데 이들 개정 중 이러한 유인을 차단하는 데 다소라도 도움이 되는 것은 동의하여야 할 보호의무자의 수를 2인으로 늘린 것뿐이고, 그나마도 2명이 정신질환자 본인과는 충돌하나 그들 사이에는 공통되는 이해관계를 가지기는 어려울 것이라는 전제 아래 간접적으로 이에 기여할 뿐이다. 직접적이고 효과적인 해결은 보호의무자의 영향을 축소하는 것인데, 일련의 개정은 오히려 이를 강화하였다. 그밖에 보호의무자인지 여부를 확인하게 하는 것은 보호의무자가 아닌 사람이 보호의무자인 것처럼 보호입원을 시키는 것을 막기 위함인데, 이러한 악용의 예는 드물 뿐 아니라, 그로 인한 위험 또한 입원절차에서 보호의무자의 영향력을 축소함으로써 적절히 대응할 수 있다. 반면 보호의무자 2인 이상의 동의 요건은, 현실적으로 보호의무자 중 동거 중인 1인이 정신질환자를 정신의료기관에 데려오게 마련이고, 이때 다른 1인과 연락이 어렵거나 입원결정 전 그의 서

33) 대법원 2016. 4. 28. 선고 2014다205584 판결. 이 경우 그러한 사실을 알았다면 감금죄가 성립할 수 있음은 물론이다. 다만, 입원 여부의 결정은 정신의료기관의 장이 하므로, 감금죄의 정범(正犯)이 될 수 있는 자가 정신의료기관의 장으로 제한되는 것은 아닌가 하는 문제가 있다. 광주고등법원 2013. 10. 15. 선고 2013노112 판결 및 그에 대한 평석인 변종필, “정신질환자 격리강박과 강제입원에 대한 감금, 감금치사죄의 성부”, 비교형사법연구(제18권 1호), 2016, 267면 이하 참조.

면동의(제43조 제1항 제2문 참조)를 받을 수 없는 경우가 제법 있다는 점에서, 보호의무자임을 확인할 수 있는 서류의 청구 요건은 보호의무자가 관련 규제를 알지 못하여 또는 주말 등으로 서류를 발급받을 수 없어 지참하지 못한 경우 실질적 요건이 충족되었을 때에도 적법한 입원이 불가능하다는 점에서,³⁴⁾ 적지 아니한 비용을 초래한다.

둘째, 2016년 개정 정신건강복지법은 치료의 필요성과 자·타해 위험 중 어느 하나만 갖추면 되었던 것을 둘 다 갖추어야 하는 것으로 바꾸었다. 나아가 ‘정신질환자’의 개념요소에 “독립적으로 일상생활을 영위하는 데 중대한 제약”이라는 요건을 부가하였다. 그러나 마지막 요건, 즉 “독립적으로 일상생활을 영위하는 데 중대한 제약”은 장애인 복지서비스 제공의 요건이 될 수는 있을지 인정³⁵⁾ 비자의입원 및 치료의 대상을 규정하기에는 적당하지 아니하다. 정신질환의 치료 또한 가급적 조기에 할 때 효과적이고, 치료나 위험 방지가 필요한 이상 그 사람이 독립적으로 일상생활을 영위할 수 있는지는 중요하지 아니하기 때문이다.³⁶⁾ 독립적 일상생활 영위의 어려움은 시설 내 돌봄을 필요로 하는 독자적인 사유가 될 수는 있으나[미국 상당수의 주에서 ‘일상생활에 중대한 장애 grave disability’를 비자의입원의 독자적 사유로 인정한다], 중첩적인 요건이 될 수는 없다. 반면 치료의 필요성과 자·타해 위험을 중첩적으로 충족

34) 응급입원이 연간 100건도 이용되지 아니하여 사문화(死文化)되어 있는 상황에서[보건복지부·국립정신건강센터 편(주 15), 133면] 이는 어렵사리 정신의료기관까지 정신질환자를 데려와 진단을 마친 가족에게 사실상 입원기회를 잃거나 매우 힘들게 그 과정을 반복하여야 함을 뜻할 수 있다. 병원실무상 위 서류의 추후보완을 전제로 일단 입원시키는 일이 종종 발생하였던 까닭이다. 이미 2007. 11. 9. 제17대 국회에서 신상진 의원이 대표 발의한 정신보건법 일부개정법률안(의안번호 제7762호)이 이러한 경우 서류의 추후보완을 허용함으로써 병원실무상 이러한 수요가 존재하였음을 보여주고 있다.

35) 실제로 장애인복지법 시행령 제2조 별표 1 제8호는 ‘지속적 정신분열병, 분열형 정동장애, 양극성 정동장애 및 반복성 우울장애에 따른 감정조절, 행동, 사고 기능 및 능력의 장애로 인하여 일상생활이나 사회생활에 상당한 제약을 받아 다른 사람의 도움을 필요로 하는 사람’을 ‘정신장애인’으로 규정한다. 정신질환 이외에 지속성과 일상생활 등에 상당한 제약 요건이 추가되어 있는 것이다.

36) 같은 취지에서 위 개정에 비판적인 것으로, 박인환, “정신장애인의 인권과 지역사회통합의 관점에서 본 2016년 정신건강증진법의 평가와 과제”, 의료법학(제17권 1호), 2016, 246-248면.

하도록 한 점은 좀 더 검토를 요한다. 양자를 선택적 요건으로 규정하면 자·타해 위험이 없어도 치료의 필요성이 있는 한 비자의입원이 가능하다. 그러나 양자를 중첩적 요건으로 규정하면 이러한 가능성이 사라진다. 이 개정이 문언 그대로 적용되는 한 근본적인 개정이 될 수밖에 없는 이유이다. 그러나 이 개정이 필요하고 또 타당한지는 비자의입원의 전체 체계를 고려하여야 결론을 내릴 수 있다. 이에 관하여는 아래 2.에서 보기로 한다.

셋째, 2016년 개정 정신건강복지법은 치료 목적의 계속 입원을 위해서는 2인 이상의 정신건강의학과전문의의 일치한 진단이 필요하고 그중 적어도 1인은 국·공립정신병원에 소속되어 있어야 한다고 규정한다. 약물치료 등 상당수의 치료가 2주 이내에 끝날 수 없어 2인 진단이 실제로 필요한 반면, 보건복지부 스스로도 인정한 바와 같이(제43조 제11항 참조) 국·공립정신병원 소속 정신건강의학과전문의가 위 수요에 비하여 크게 부족한 상황에서 이는 심각한 제약으로 작용할 것이다. 그러나 이처럼 막대한 비용을 초래하는 데 비하여 기대되는 이익은 크지 아니하다. 앞서 본 바와 같이 비자의입원, 특히 보호입원의 악용은 보호의무자에 의하여 주도된다. 보호의무자는, 특히 초기에는, 의사를 오도(誤導)할 수 있다. 진단의를 2인으로 늘린다 하여 이를 막기는 어렵다. 진단의를 2인으로 늘리고, 특히 그 2인 이상이 서로 다른 정신의료기관 소속으로, 그중 적어도 1인이 국·공립정신병원 소속일 것을 요구하는 근거(rationale)는 다른 데 있다. 이는 정신질환자와 병원 사이의 이익충돌을 통제하거나,³⁷⁾ 정신의학적 판단에 상당한 불확실성이 있음을 전제로 비자의입원 요건판단에 있어서 위양성(false positive; Type 1 error)보다 위음성(false negative; Type 2 error)을 감수하는 쪽으로 편향시키기 위함(‘의심스러울 때는 자유의 이익으로; in dubio pro libertate’)인 것이다.³⁸⁾ 정신의료기관에 입

37) 헌법재판소 2016. 9. 29. 선고 2014헌가9 결정은 이러한 점을 명시적으로 지적한다.

38) 1991. 12. 17. 국제연합(United Nations) 총회의 결의 ‘정신장애인의 보호와 정신의료의 증진’으로 채택된 ‘정신질환자의 보호와 정신의료의 증진을 위한 원칙들(Principles for the Protection of Persons with Mental Illness and for the Improvement of Mental Health Care; MI Principle)’ 제16조는 자·타해 위험과 치료의 필요성 중 어느 하나가 충족되었을

원 중인 정신질환자 중 상당수가 의료급여대상이어서³⁹⁾ 병원이 비자의입원으로 병상을 채움으로써 수익할 수 있음은 분명하고,⁴⁰⁾ 정신의학적 판단에 상당한 편차가 있을 수 있음도 부정할 수 없다. 그러나 그러한 유인으로 인하여 입원결정을 하거나 의사마다 의견이 갈리는 사안은 대체로 이미 경계선에 있는 사안일 것이다. 이러한 상황에서 이미 더 긴 시간 환자를 관찰해온⁴¹⁾ 제1진단 의사가 계속 입원이 필요하다고 결정하여 제2진단 의사의 진단을 요청하였는데, 제2진단 의사가 사후심사에서 독자적 기준을 관철하기는 어렵다. 제2진단 의사는 제1진단 의사의 판단이 합리적 재량 범위 내에 있다고 보이는 한 일치하는 진단을 하게 마련이다.⁴²⁾ 결국 2인 진단은 다른 소견이 제출되어 작동한다기보다는 그러한 가능성을 염두에 두고 처음부터 제1진단 의사가 자기검열을 하게 함으로써 작동하게 될 것이다. 고작 그 정도의 이익을 위하여 굳이 큰 비용을 감수하고 다른 의료기관과 국·공립정신의료기관 소속을 둘 필요가 있는지 의문이다.

때 비자의입원이 허용된다고 정하면서, 후자에 대하여는 ‘가능하다면(where possible)’ 제1의 정신의료인과 독립적(independent)인 제2의 정신의료인의 의견을 구하여야 한다고 규정하는데, 그 배후에 있는 고려가 바로 이것이다.

- 39) 2015년 현재 전체 입원·입소자의 62.1%인 50,385명이 의료급여1종 환자이다. 보건복지부·국립정신건강센터 편(주 15), 130면.
- 40) 이 점에 대한 지적으로 김나경(주 25), 39면 이하; 신은주(주 19), 34-35면; 정규원, “정신질환자의 비자의입원에 대한 검토”, 한양대 법학논총(제25집 4호), 2008, 97면. 참고로 입원한 의료급여 정신질환자의 수가(酬價)는 정액제로, 기본적으로 입원환자의 수에 따라 수익이 달라진다. 이것이 급성기 환자의 효과적 치료를 막고 장기입원을 유도하는 측면이 있다는 점에 대하여는 최지숙 외, 의료급여 정신질환 수가체계 개선방안 연구(보건복지부 2015년 연구용역보고서) 참조.
- 41) 제1진단 의에 대하여는 별다른 규제가 없으므로, 당해 환자가 입원한 정신의료기관 소속의 정신건강의학과전문의가 할 수 있고, 또 그것이 통례이다. 이에 대하여 구 정신보건법 상으로도 다른 정신의료기관 소속이어야 한다는 견해로, 하명호(주 12), 77면.
- 42) 박인환(주 36), 255-256면도 대체로 같은 취지에서 “아마도 짧은 시간 동안 환자를 대면하게 될 두 번째 진단 의사가 의료계의 강력한 동업자 카르텔을 무시하거나 혹은 입원치료의 필요성을 부인했을 때 발생할 수 있는 불리와 위험을 무릅쓰면서 치료를 담당하는 주치의(첫 번째 진단 의)와 다른 소견을 제출할 가능성은 크지 않을 것”이라면서, 이는 사실상 입원 필요성이 전혀 없는 사람이 부당한 목적으로 강제입원 당하는 경우를 배제하는 데 기여하는 데 그칠 것이고, 이것이 자의입원이나 동의입원의 활용과 보호입원의 억제에 기여한다면 주로는 두 번째 진단 의의 왕진이나 환자의 이송이 필요해져 강제입원이 과거와 비교할 수 없을 정도로 번거로워지기 때문일 것이라고 한다.

나. 헌법재판소 2016. 9. 29. 선고 2014헌가9 결정

다른 한편 헌법재판소는 구 정신보건법 제24조에 대하여 헌법불합치를 선언하면서 비자의입원에 관하여 여러 중요한 헌법적 원칙을 밝혔다.⁴³⁾

첫째, 헌법재판소는 보호입원의 목적이 ‘정신질환자를 신속·적정하게 치료하고, 정신질환자 본인과 사회의 안전을 지키기 위한 것으로 그 입법목적은 정당’하다고 하여, 치료의 필요성 또는 자·타해 위험을 요건으로 하는 비자의입원을 원칙적으로 승인하였다. 헌법재판소가 구 정신보건법 제24조의 위헌성을 인정하면서도 단순위헌결정을 하지 아니하고 헌법불합치결정을 한 것도 이와 같은 관점에서 이해할 수 있다.

둘째, 헌법재판소는 ‘강제입원은 기본적으로 신체의 자유를 제한 내지 박탈하는 인신구속의 성질을 가진다면서, ‘부당한 강제입원으로부터 환자의 권리를 보호할 수 있는 절차의 마련이 필요하다’고 한다(적법절차의 원칙, due process of law). 그리고 구체적으로 사전고지, 청문 및 진술의 기회, 강제입원에 대한 불복, 부당한 강제입원에 대한 사법(司法)심사, 국가 또는 공적기관에서 제공하는 절차보조인의 조력이 요구되는데, 구 정신보건법상 기초정신보건심의위원회가 그와 같은 기능을 하지 못함은 물론, 인신보호법상 구제청구도 사후적 구제에 불과할 뿐 아니라 중간에 퇴원 또는 전원시키는 등의 방법으로 무력화할 수 있어, 그러한 기능을 하지 못한다고 한다. 확실히 구 정신보건법상 기초정신보건심의위원회와 2016년 정신건강복지법상 기초정신건강심의위원회의 심사절차에는 위와 같은 절차적 보장이 결여되어 있다. 인신보호법상 구제청구에 헌법재판소가 지적한 바와 같은 한계가 있다는 점도 부정할 수 없다.⁴⁴⁾ 나아가 이 점은 2016년 개정 정신건강복지법이 새로 도입한 최초의 입원 후 1개월 내에 하는 입원적합성심사(제47조)에 대하여도 그대로 타당하다. 입원적합성심사는 입원 후 1개월 내에 이루어지는 필수적 심사라는 점

43) 헌법재판소 2016. 9. 29. 선고 2014헌가9 결정.

44) 상세는 신권철, “정신질환자의 강제입원과 퇴원: 인신보호법상 구제요건을 중심으로”, 저스티스(통권 제113호), 2009. 참조.

에서 나름의 의미가 있지만, 원칙적으로 서류심사이고, 예외적으로 면담조사를 하는 경우에도 청문 및 진술이 아닌 조사원에 의한 조사에 그친다는 한계가 있다. 적법절차의 핵심으로서 사전고지 및 청문(notice and hearing)은 이해관계인을 절차의 대상이 아닌 주체로 삼아 결정권자가 직접 그의 목소리를 듣는 것을 뜻하는데, 조사원에 의한 면담조사는 전혀 그러한 것이 아니다. 위 규정이 독립적인 절차보조인을 배려하고 있지 아니하다는 점도 빼놓을 수 없다. 현행 법도 적법절차의 원칙에 반하여 위헌이다. 다시 헌법재판소의 판단을 받을 기회가 온다면 현행법도 헌법불합치 결정을 받으리라고 예상된다.⁴⁵⁾ 그러나 하나 주목할 점은 헌법재판소가 입원에 대한 불복과 부당한 강제입원에 대한 사법심사를 언급하면서도, 처음부터 청문이 사법적(司法的)으로 이루어져야 한다고 하지는 아니하고 있다는 것이다. 이는 헌법학계의 지배적인 학설에⁴⁶⁾ 배치되나, 법원이 아닌 독립위원회의 심사도 허용하는 유연한 접근으로 긍정적으로 평가할 측면이 있다.

헌법재판소는 그 이외에도 위헌사유로 몇 가지를 더 지적하였다. 먼저 정신질환자의 개념 규정이 광범위하고 구체적인 기준을 제시하지 아니하고 있으며 비자의입원의 요건인 치료의 필요성과 자·타해 위험도 그러하다고 한다. 또한, 보호의무자와 정신질환자 사이에 이익충돌이 있는 경우 보호의무자의 동의권이 부정되어야 하고, 부양의무자보다는 좀 더 객관성이 있는 후견인이 우선적으로 보호의무자가 됨이 바람직하며, 정신과전문의 1인 진단 요건으로는 자의적 판단 또는 권한의 남용 가능성, 특히 경제적 이익을 위한 남용 가능성을 통제할 수 없다고 한다. 이러한 지적은 2016년 개정 정신건강복지법에도 적용된다. 개념정의와 요건이 바뀌기는 하였으나 그 추상성이 해소된 것은 아니고, 이익충돌 가능성이 있는 보호의무자의 동의권을 제한하는 장치는 여전히 불비

45) 헌법재판소는 2016. 9. 29. 선고 2014헌가9 결정에서 당시 이미 국회를 통과하여 공포된 정신건강복지법과 관련하여 “개정법률의 내용이나 개정법률에서 심판대상조항의 문제점을 해소하였는지 여부에 대하여는 나아가 판단하지 아니한다”고 하였다.

46) 정태호, “보호의무자에 의한 정신질환자 강제입원·치료제도의 위헌성”, 경희법학(제51권 2호), 2016, 143면 이하; 정중섭, 헌법학원론(제11판), 2016, 532-533면.

(不備)하기 때문이다.⁴⁷⁾ 그러나 이러한 비판이 타당한지는 의문이다. 이들 규정은 그 성질상 상당히 복잡한 의학적, 규범적 및 정책적 판단을 포함한다. 의학적으로 치료가능성과 장래의 위험성에 대한 예측은 본질적으로 불확실하고,⁴⁸⁾ 규범적으로는 정신질환자의 인권과 사회방위, 후견적 개입 사이의 형량이 필요하며, 그 증명도와 증명책임의 문제도 상관적으로 고려되어야 한다.⁴⁹⁾ 이러한 규범적 판단의 뒤에는 사회복지의 기반이 얼마나 잘 구축되어 있는가, 아직 탈수용화가 충분히 진행되지 아니하였다면 얼마나 빠르게 진행하여야 하는가와 같은 정책적 결정도 있다. 이러한 평가를 담는 법률요건은 일반·추상적일 수밖에 없다.⁵⁰⁾ 비교법적으로도 이들 요건은 추상적으로 규정되고 있고, 정신질환의 개념 규정은 아예 포기되는 경향이 뚜렷하다. 미연방대법원도 비자의입원에 대한 헌법상 규율에 관한 리딩케이스(leading case)인 *Lessard v. Schmidt* 사건 판결에서⁵¹⁾ 적법절차의 개별 요청을 대부분 수용하면서도, 비자의입원 요건이 모호하여 무효(*invalid for vagueness*)라는 주장은 단호하게 배척하였다. 보호의무자의 동의권 문제도 마찬가지이다. 물론 정신질환자와 보호의무자 사이에 이익충돌이 있다는 점은 비자의입원 결정에 어떤 형태로든 고려되어야 한다. 그러나 이익충돌을 고려하는 방법에는 여러 가지가 있다.⁵²⁾ 동의권 배제에 의하여 이를 고려하여야 한다는 지적은 안 그래도 문제가 있는 보호의무자의 동의권을 당연한 것으로 전제할 때 비로소 도출되는 결론이다. 이들 설시는 독자적 위헌사유라기보다는 다른 사정과 결합하여 위헌성을 뒷받

47) 다만, 이익충돌 상황이 있는 경우 보호의무자의 동의가 해석상-가령 권리남용(민법 제2조 제2항) 등으로-효력이 없다고 할 수는 있을 것이다.

48) 신은주(주 19), 32-33면; Melton, Petrila, Poythress, and Slobogin, *Psychological Evaluations for the Courts: A Handbook for Mental Health Professionals and Lawyers*, 3rd ed., 2007, pp. 354 ff.

49) 우선 Less, *Die Unterbringung von Geisteskranken: Eine rechtsvergleichende Kritik der Zwangseweisung in psychiatrische Krankenhäuser in den USA und der Bundesrepublik Deutschland*, 1989, S. 149 ff.

50) 신은주(주 19), 31면.

51) 349 F.Supp. 108 (Wis. 1972).

52) Lönig, *Treuhand: Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte*, 2006.

침하는 개별 논소(論素)이고, 다른 사유가 해소됨으로써 위헌성이 제거되면 따로 문제되지 아니하며, 따라서 장래의 입법을 구속하지 아니한다고 봄이 옳을 것이다.

2. 바람직한 개선방향의 제안

가. 절차와 유인(誘引)체계에 의한 통제

2016년 개정의 목적이 비자의입원, 특히 보호입원을 억제하는 데 있었다면 위 개정법은 그 목적을 달성하였다. 무엇보다도 비자의입원, 특히 보호입원의 수가 크게 감소하였기 때문이다. 그러나 그러한 결과가 입원의 기준을 엄격히 하여 반드시 입원이 필요한 경우에 입원시키고 그렇지 아니한 경우에는 입원을 거부함으로써 이루어진 것인지는 의문이다. 2016년 개정 정신건강복지법 까지 일련의 개정은 대부분 경계선에 있는 사안 중 입원이 반드시 필요한 사안을 직접 가려내기보다는, 간접적으로 비자의입원의 부담(hurdle)을 높이는 것이었다. 보호입원을 주도하는 보호의무자로서는 입원시켜 얻는 이득이 비자의입원의 부담보다 클 때 보호입원을 시도하게 마련이므로, 비자의입원의 부담을 높이면 보호입원이 감소할 수밖에 없다. 그러나 반드시 정신질환자에게 입원치료가 덜 필요한 경우부터 비자의입원이 감소되는 것은 아니다. 보호의무자가 비자의입원 절차를 얼마나 (주관적으로) 부담스러워하는지가 결정적이다.

나아가 일련의 개정을 통하여 보호입원의 부담만 높인 결과 보호입원의 감소 중 상당부분이 입원 자체의 감소가 아닌 자의입원으로의 대체가 될 우려가 있다. 자의입원, 특히 보호의무자 중 1인의 동의를 요하는 동의입원의 경우 비자의입원으로 전환할 수 있어 사실상 비자의입원의 대체제(substitute)로 쓸 수 있다. 문제는 정신질환자 본인이 입원신청을 하여야 하므로,⁵³⁾ 보호의무자

53) 그러므로 이른바 동의능력이 필요하다.

나 의사가 정신질환자에게 입원의 필요성을 설명하고 설득하여야 한다는 점이다. 이는 그 자체 무형적 비용에 해당하나, 동의입원이 까다로워지면 질수록 점점 더 감수할 만한 비용이 된다. 실제로 개정법 시행 1년만에 자의입원과 비자의입원의 비율은 38:62에서 63:37로 크게 변화하였으나, 전체 입원환자 수는 4% 감소하는 데 그쳤다.⁵⁴⁾ 이는 비자의입원에서 자의입원으로의 대체효과가 매우 큰 반면, 입원 자체의 감소효과는 별로 크지 아니함을 보여준다.

자의입원이 가능한 환자의 자의입원으로의 전환은 원칙적으로 바람직한 현상이고, 정신건강복지법이 명하는 바이기도 하다(제2조 제5항). 그러나 보호입원의 유·무형적 부담이 커질수록 보호의무자가 정신질환자를 강하게 압박할 가능성이, 그리고 정신의료기관이 그러한 사정을 짐작하고도 이를 묵인할 가능성이 커진다. 이는 정신질환자의 실질적 자기결정의 존중과 적법절차에 대한 위협이다. 빠른 자의입원 전환과 큰 전환 폭에 마냥 기뻐할 수는 없는 까닭이다.

비자의입원의 비용을 전체적으로 올리기보다는 필요한 비자의입원과 그렇지 아니한 비자의입원을 신중하게 가리도록 하여야 한다. 궁극적 목표는 단지 비자의입원의 수를 줄이는 것이 아니라, 또는 입원의 수를 줄이는 것이 아니라, 필요한 경우에는 조기 개입하여 치료하고, 불필요한 경우에는 입원을 억제하는 것이기 때문이다. 이러한 선별은 2016년 개정 정신건강복지법이 특히 ‘정신질환자’ 개념과 관련하여 한 것과 같은 실체적 요건 한정에 의하여 달성되기 어렵다.⁵⁵⁾ 어떻게 한정하여도 비자의입원의 요건은 여전히 불확정개념으로 가득하다. 그 해석·적용에 있어 가치충전(價値充塡)이 필요하고 또 불가피하다. 특히 요건의 핵심부분에 정신의학적 판단이 포함될 수밖에 없는데, 이는 매우 전문적이고, 재량성, 불확실성과 편차를 내포하고 있어, 명백한 악용이 아

54) http://www.kormedi.com/news/news/stat/1227676_2898.html (2018. 9. 7. 최종방문).

55) 물론 중대한(severe), 즉각적인(immediate) 등의 한정이 결정권자의 결정에 대하여 일정한 수행적(performative) 지시로서 기능할 수 있다는 점을 부정할 수는 없다. 근래 미국 각주를 비롯한 다른 나라의 입법에도 그러한 한정이 자주 보인다. 그러나 일상생활의 중대한 제약은 합리적인 한정이라고 할 수 없다.

닌 한, 판단이 실제적으로 제대로 이루어졌는지 법원 등은 물론 정신건강의학과전문의조차도 관찰할 수 없거나 제3자에게 증명해 보일 수 없다(un-observable and unverifiable). 비자의입원 판단을 어느 한 사람에게 맡기고 필요하다면 사후에 그 당부를 실제적으로 가리는 접근은 실패할 수밖에 없다. 이러한 경우 제도적 대안(代案)은 절차적 통제 도입이다. 가급적 조기에 정신질환자 본인과 독립적 지위에서 그를 지원할 절차보조인,⁵⁶⁾ 진단의 및 필요한 경우 본인이나 절차보조인의 신청에 의하여 제2의 감정인이 참여하여 입원이 필요한지에 대하여 각자의 의견·입장과 그 근거를 제시하고 다룬 다음 독립적인 제3의 결정권자가 (계속)입원 여부를 결정하는 과정이 필요하다. 이를 통하여 입원의 필요성을 납득하여 자의입원으로 절차를 종결할 수도 있고,⁵⁷⁾ 외래치료에 협조하기로 하고 입원을 포기할 수도 있다. 적어도 비자의입원이 어떻게 결정되었는지를 보고 납득할 가능성이 높아진다. 이것이 적법절차의 요청에 따르는 유일한 길임은 물론이다.

이미 (제한적인 범위에서) 공개된 법정(法庭; forum)에서의⁵⁸⁾ 심사만으로도 참여자가 불법적인 동기를 갖고 결론에 영향을 미치려고 시도할 가능성은 낮아진다. 어느 한 참여자가 결론에 영향을 미치는 데 한계가 있기 때문이다. 그러나 실제적 판단의 당부를 제3자가 관찰하고 검증하기 어려운 이상, 나아가 관여자의 유인체계(誘引體系; incentive system)를 조정하여 정신질환자의 장기적인 복리(wellbeing)에 일치하도록 적극적으로 조치하는 것이 더 바람직함은 말할 필요도 없다. 그 한 모범적인 예가 보호입원의 기간을 6개월에서 2주 + (2주 포함) 3개월로 단축시킨 것이다.⁵⁹⁾ 보호입원을 악용하는 보호의무자로서는 정신질환자가 퇴원한 뒤 감금죄로 처벌될 위험을 고려하지 아니

56) 제철웅, “정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률의 시행과 치료, 입원, 퇴원 절차에서의 정신장애인 지원 방안”, 서울법학(제25권 3호), 2017, 227면 이하.

57) 미국 일부 주에서는 입법적으로 비자의입원을 위한 재판절차 중 언제든지 자의입원에 동의하는 것을 장려하고 그로써 절차가 종료되게 하고 있다.

58) 반드시 법원(court) 내지 사법부의 것이어야 할 필요는 없다.

59) 이러한 단축의 필요성은 헌법재판소 2016. 9. 29. 선고 2014헌가9 결정도 지적하고 있다.

할 수 없다. 보호입원의 악용이 쉬웠던 것은 한 번에 6개월까지 입원시킬 수 있고, 그 뒤에도 기본적으로 서류심사에 의하여 갱신이 가능하여, 입원에 성공하
기만 하면 정신질환자를 무력화함으로써 이득을 얻고 감금죄 처벌의 가능성도
크게 낮출 수 있기 때문이었다. 기간이 2주로 단축되기만 해도, 그리고 그 시점
에 다른 누군가(제2진단의)가 정신질환자를 만나게만 해도, 이러한 계획은 현
실성을 잃고, 보호의무자로서도 이를 시도하기 어려워진다. 그러한 유인체계
는 의사에 대하여도 도입할 필요가 있다. 특히 입원이 필요한 경우의 선별과 치
료집중, 재원기간의 단축은 정신의학전문가인 정신건강의학과전문의에 의하
여 이루어질 수밖에 없고, 제3의 기관에서 입원의 당부와 필요성을 심사하는
방식으로 이를 통제하는 데는 한계가 있기 때문이다. 전체적으로 정신병원의
병상(病床) 수를 꼭 필요한 수준으로 감축하고,⁶⁰⁾ 이를 위하여 기존의 병상을
개방된 낮 병동 등으로 전환하도록 재정적·비재정적 지원을 하며, 외래치료에
대한 수가(酬價)를 높이는 방안을 생각할 수 있다.⁶¹⁾ 또한, 정신질환자가 입
원한 뒤 초기 집중치료의 수가(酬價)를 더 높여 조기 퇴원시키고 다른 환자를
입원시키는 쪽이 이익이 되게 하여야 한다. 반면 현재의 제도 중에는 잘못된 유
인체계에 해당하는 것도 있다. 제1진단의가 이미 계속입원이 필요하다고 결정
한 다음에 제2진단의로 하여금 왕진하게 하는 것은, 어차피 명백히 부당한 입
원이 아닌 한 제2진단의가 실질적 통제를 하기 어렵다는 점에서, 국립정신병
원 단위의, 그 구성과 활동이 공개되지 아니하여 책임성(accountability)이 확
보되지 아니한 입원적합성심사(소)위원회가 모든 비자의입원을 통제하게 하
는 것은 개개의 사안의 특수성과 어느 정도 공개적으로 논의된 판단기준보다

60) 전세계에서 탈수용화가 가장 많이 진전된 이탈리아의 정신보건법 개혁(1978년 Legge Basaglia, Legge 180)은 거의 전적으로 정신병원(병상)의 감소를 내용으로 하였다. 물론 이러한 정책은 대부분의 정신병원이 공공병원일 때 가능하고, 그렇지 아닐 때에는 좀 더 복잡한 이행전략이 필요하다. 우리나라의 1995년 이래 정신병원 병상수의 지속적인 증가도 그 자체 정부정책의 산물이다.

61) 미국에서 탈수용화는 특히 연방정부의 외래치료에 대한 과감한 재정지원에 의하여 이루어졌다. Slobogin, Hafemeister, Mossman, and Reisner, Law and The Mental Health System. Civil and Criminal Aspects, 6th ed., 2014, p. 810 및 그곳에 소개된 문헌 참조.

숨은 입원통계에 대한 관료적 이해관계와 이념적 지향에 휘둘릴 가능성이 높다는 점에서 각각 문제가 있다. 2인 진단은, 굳이 필요하다면, 적어도 동시에 상호 독립적으로 이루어져야 하고,⁶²⁾ 사전고지 및 청문절차가 도입되는 한 옥상옥(屋上屋)일 수밖에 없는 입원적합성심사는 폐지함이 옳다.

나. 이른바 보호의무자제도의 폐기

현실적인 필요나 효용과는 무관한 이른바 보호의무자 제도 또한 폐기되어야 한다.

이 제도는 일본에서 유래한다.⁶³⁾ 일본 최초의 정신보건법인 1900년(메이지 30년) 정신병자감호법(精神病者監護法)은 소마(相馬) 가문의 적자(嫡子)가 정신적으로 불안정하다는 이유로 가족에 의하여 사택(私宅)감치를 당하자 가신(家臣) 중 하나가 지속적으로 문제를 제기한 것이 계기가 되어 제정되었다.⁶⁴⁾ 이 법은 기본적으로 민법상 후견은 재산(家産)보호에 관한 제도로 신상(身上)과는 무관하다는 전제하에, 후견인, 배우자, 친권자, 호주, 4촌 이내의 친족 중 친족회가 선임한 사람 순으로 정신질환자에 대하여 책임을 질 감호의무를 지우고, 그에게 감치권을 부여하면서, 특히 사택감치에 대하여는 원칙적으로 행정청의 허가를 받게 하였다. 이 제도는 이후 1950년(쇼와 25년) 정신위생법(精神衛生法)에서 보호의무자 제도로 변경되었는데, 그 사이 정신병원이 확충되고 정신질환자에 대한 통제가 경찰통제에서 의료로 전환된 것을 고려하여⁶⁵⁾ 사택감치를 전면 폐지하고 정신병원 입원(보호입원)으로 일원화하는 한편, 후순위 보호의무자로 부양의무자 중 가정법원이 선임하는 자(精神衛

62) 실제 2인 진단을 입법한 나라는 대부분 이러한 방식으로 규정한다.

63) 1995년 제정 정신보건법은 일본의 1987년 정신보건법(精神保健法)을 크게 참조하였고, 보호의무자제도와 보호입원제도는 그 핵심에 속하였다. 박은정, “정신보건법 - 정신질환자의 권리장전이나 격리수용이냐”, 법과 사회(제6호), 1992, 64-65면.

64) 大谷實, 精神保健福祉法講義 第3版, 2017, 15頁 以下.

65) 이러한 전환은 이미 1919년(다이쇼 8년) 정신병원법(精神病院法)의 제정으로 정신병원 설치와 국가 보조를 법정하면서 이루어지기 시작하였다고 평가된다.

生法 第20條 참조)를 추가하였다.

이상에서도 알 수 있듯 일본과 우리나라에서 보호의무자를 그 순위를 정하여 법정(法定)한 까닭은 무엇보다도 이들이 말 그대로 보호‘의무’를 졌기 때문이다. 보호의무자는 정신질환자로 하여금 적절한 치료를 받게 하고, 자신 또는 타인을 해치지 아니하도록 감독하며, 정신질환자의 재산상이익을 보호하고, 정확한 진단이 이루어지도록 의사에게 협력할 의무를 졌다. 법적 의무를 지우는 이상 그 의무의 주체가 누구인지 분명히 하여야 했고, 그 대신 그에게 그러한 의무를 다할 수 있도록 권한도 부여되었던 것이다. 그러나 가족이라는 이유만으로 위와 같은 의무를 부과하는 것은 과도한 가족주의의 발로(發露)로써 오늘날의 법 관념에 부합하지 아니한다. 일본에서 오래 전부터 보호의무자가 정말 자상타해(自傷他害)에 대하여 책임을 지는지 등이 논란이 되어온 것이나,⁶⁶⁾ 우리 정신건강복지법이 대부분의 의무를 법적으로 큰 의미가 없는 “노력”할 의무로 축소하고 있는 것(제40조 제1항, 제3항)도 그 때문이다. 그런데 이처럼 보호의무자의 의무가 형해화(形骸化)되면, 그에게 순위까지 법정해가면서 특별한 권한을 부여하는 근거가 무엇인지 진지한 의문이 제기될 수밖에 없다. 나아가 우리 법은 일본법과 순위가 달라 부양의무자가 보호의무자가 되는 경우가 많은데, 민법상 부양의무자는 - 다른 서구제국과 달리 - 법정되어 있지 아니하고 추상적 부양의무자 중 누가 구체적 부양의무자인지 협의 또는 가정법원의 심판으로, 제3자로서는 알 수 없는 개별 요건을 따져, 형성하여야 한다.⁶⁷⁾ 그러므로 이 제도는 실제로 작동할 수도 없었던 것이다. 그 결과가 법적

66) 가령 星野茂, “精神保健法上の保護義務者制度をめぐる諸問題(下)-後見制度の再検討をふまえて-”, 明治大 法律論叢(第65卷1号), 1991, 124頁 以下.

67) 민법 제976조. 최근 배우자의 부양의무가 부모의 부양의무보다 선순위라는 판례(대법원 2012. 12. 27. 선고 2011다96932 판결)가 선고되면서, 병원실무상 이러한 순위를 존중하여야 하는가 하는 논란이 생겼다. 이 논란은 그동안 이 제도가 민법 제976조에 속하는 추상적 부양의무자 중 어느 누구든 부양의무자로 취급해왔음을 드러낸다. 보호의무자인지 여부를 가족관계등록부등본 등으로 확인하게 한 규정도 이러한 병원실무를 전제한다. 그러나 이는 보호의무자의 순위가 누가 책임을 져야 하는지 책임자 한 사람을 가리기 위한 장치라는 점에 비추어볼 때 매우 기이하다. 일본법에는 후견인 지위, 가족관계 등에 따라 순위가 법정되어 있을 뿐 아니라, 부양의무자의 경우 가정재판소의 심판을 받아

으로 권한을 부여받고 행사한 특정 부양의무자(물론 실제로 부양을 하고 있는 가족이었을 가능성이 높다)에게 실제적 근거 없이 과도한 권한을 주어도·남용의 기회를 제공한 것이었음은 이미 본 바와 같다.

가족에게 부양의무 이외에 정신질환자를 직접 돌볼 법적 책임까지 지울 수는 없다. 가족 중 정신질환자가 생기는 것은 누구에게나 그 자신의 책임과 관계 없이 일어날 수 있는 불행이다. 경우에 따라서는 매우 고통스러운 불행이다. 이러한 누구에게나 생길 수 있는, 그러나 개인이 감당하기에는 지나치게 무거운 불운은 국가·사회가 인수함이 옳다(사회적 연대성). 일정 범위의 친족이라는 이유만으로 그에게 정신질환자를 인수하여 직접 돌볼 법적 의무를 지울 수는 없다.⁶⁸⁾ 그러한 책임이 없거나 현실적으로 형해화되어 있는 자에게 특별한 권한을 부여하는 것 또한 부당하다. 이 제도는 폐기함이 옳다. 역사적·비교법적으로도 이와 같은 제도는 일본 특유의 것으로, 다른 나라에서는 찾아볼 수 없는 데, 일본도 1999년 법 개정으로 자상타해방지의무를 포함한 보호의무를 대폭 축소하였고, 마침내 2016. 6. 19. 개정으로 전면 폐기하였다.

다. 비자의입원 체계의 재정비: 민법 제947조의2의 재검토를 겸하여

그렇다면 새로운 비자의입원 체계는 어떠하여야 하는가. 크게 두 가지 논점이 있다. 하나는 어떠한 사유가 있을 때에 비자의입원이 허용되어야 하는가 하는 점이고, 다른 하나는 그때 그 절차를 누구의 손에 맡길 것인가 하는 점이다. 두 문제는 별개의 것이지만, 서로 밀접한 관련을 맺고 있다.

보호의무자를 지정하는 규정을 따로 두고 있어 이러한 문제가 없었다. 결국 우리 정신보건법은 일본 정신보건법(精神保健法)의 내적 구조를 제대로 이해하지 못한 채 이를 받아들이고, 병원실무상 운용에 터 잡아 이를 그때그때 보완해왔던 것이다.

68) 일반적으로 부양의무자라는 이유만으로 당연히 유기죄(형법 제271조)의 주체가 되는 것은 아니고(신동운, 형법각론, 2017, 595면), 현행법상 보호의무자의 의무 중 유일하게 법적으로 강제되는 의무인 유기금지의무(정신건강복지법 제40조 제4항, 제84조 제1호)도 ‘보호하고 있는 정신질환자’의 유기를 금지하므로 보호의무가 아닌 보호사실에 기초한다(실제 보호하고 있는 사람이 요보호자를 위험에 처하게 하는 경우에는 다른 사람이 개입할 기회마저 차단되어 위험이 구체화된다는 점에서 이러한 규율은 보호의무의 논리와는 다소 구별된다).

비교법적으로 승인된 비자의입원 사유는 치료의 필요성과 자·타해 위험이다. 미국의 경우 주(州; state)마다 다르지만 대부분의 주에서 자·타해 위험 또는 치료의 필요성/중대한 장애가 있을 때에 비자의입원을 허용한다.⁶⁹⁾ 초기에는 가족 등이 입원절차를 주도한 바 있으나 남북전쟁 이후 “탐욕스런 친척과 부도덕한 의사”에 의하여 강제입원이 이루어지고 있다는 비판에 직면하여, 그리고 연방대법원의 일련의 판결로, 사법(司法)절차가 도입되어⁷⁰⁾ 오늘날 대부분의 주에서는 일원적인 사법심사에 의하여 입원이 이루어진다. 이 절차는 대물적이므로(in rem), 일정한 범위의 사람(주마다 다르다)이면 누구나 비자의 입원청구(petition)를 할 수 있고, 이후 법원이 직권으로 심사하는 것이 보통이다. 대부분의 주에서 후견인(guardian)은 피후견인을 자의입원시킬 수 없고, 정신병원 등에 입원시키려면 통상의 비자의입원절차를 거쳐야 한다.⁷¹⁾ 다만 치료의 필요성을 이유로 하는 경우에는 명시적 또는 묵시적으로 병식(病識) 내지 판단력의 결여를 요구하고 있는 예가 많다. 독일의 경우 주(州; Land)법 소관인 경찰법에서 발전된 공법(주마다 명칭이 다르나 내용은 대동소이하다)상 비자의입원은 자·타해 위험을 요건으로 하는 반면, 민법(Bürgerliches Gesetzbuch) 제1906조에 터 잡은 비자의입원은 “정신질환 등으로 자살하거나, 현저한 건강상 손해를 초래할 위험이 있거나, 건강상태의 검사, 치료 기타 의료적 침습이 필요하고 입원 없이 이를 할 수 없으며 정신질환으로 인하여 입원의 필요성을 인식하지 못하거나 이러한 통찰에 따라 행위할 수 없는 경우”를

69) Treatment Advocacy Center, State Standards Charts for Assisted Treatment, Civil Commitment Criteria and Initiation Procedures by State, 2011; Washington State Institute for Public Policy, Involuntary Civil Commitments: Common Questions and a Review of State Practices, 2015. 역사적으로는 자·타해 위험으로의 강조와 치료의 필요성 기준의 폐기 이후 다시 중대한 장애 요건의 도입(4개 주를 제외하고 모든 주에서 채택되어 있다)에 의한 사실상 치료의 필요성 기준의 부활로 요약될 수 있다. 1969년 캘리포니아 주의 Lanterman-Petris-Short (LPS) Act가 그 효시(嚆矢)이다. Slobogin, Hafemeister, Mossman, and Reisner(주 61), pp. 804 ff.

70) Anfang and Appelbaum, “Civil Commitment - The American Experience”, *Isr. J. Psychiatry Relat. Sci.* Vol. 43, No. 3 (2006), pp. 210 f.

71) *Von Luce v. Rankin*, 267 Ark. 34, 588 S.W.2d 446 (1979); Slobogin, Hafemeister, Mossman, and Reisner(주 61), p. 886.

요건으로 한다. 치료의 필요성과 자·타해 위험을 모두 인정하되, 이원화한 것이다. 두 입원 모두 비송사건절차법(Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit; FGG)이 규율하므로 절차는 널리 통일되어 있고,⁷²⁾ 사법심사에 의한다.⁷³⁾ 그러나 공법상 비자의입원에서는 행정청이,⁷⁴⁾ 민법상 비자의입원은 부조인(Betreuer)이 신청권을 가진다는 차이가 있다. 어느 경우든 가족 등은 절차 내에서 의견을 진술할 기회를 보장받는다. 프랑스도 비슷하여 공중보건법전(Code de la santé publique)은 가족 기타 환자의 이익을 위하여 행위하리라고 여겨지는 사람 누구든 즉시 치료가 필요하고 치료에 동의할 능력이 없는 사람의 비자의입원을 신청할 수 있으나(hospitalisation sur demande d'un tiers), 자·타해 위험이 있는 경우에는 지방장관(知事; préfet)(만)이 직권 비자의입원을 시킬 수 있다(hospitalisation d'office). 일본의 「정신보건 및 정신장애자복지에 관한 법률(精神保健及び精神障害者福祉に関する法律)」상 도도부현(都道府縣)지사의 조치입원과 배우자, 친권자, 부양의무자, 후견인과 같은 ‘가족등’ 중 임의의 1인이 신청하는 의료보호입원의 구분도 대체로 이에 상응한다. 반면 영국 정신보건법(Mental Health Act 1983)은 자·타해 위험을 비자의입원 사유로 하되 정신보건전문요원(Approved Mental Health Professional; AMHP) 또는 환자의 가까운 가족/친지(the nearest relative) 중 누구든 이를 신청할 수 있고, 또한 정신능력법(Mental Capacity Act 2005)에 따라 본인의 최선의 이익(the best interest)에 부합하고 본인이 치료거부지시(advance directive)를 하지 아니한 경우 후견

72) 이러한 절차통일은 1992년 법 개정으로 이루어졌다. 다만, 공법상 비자의입원은 명령이지만, 민법상 비자의입원은 법원의 승인(허가)에 불과하다는 차이가 있다.

73) 독일에서는 기본법(Grundgesetz) 제104조상 행정적 자유박탈에도 법원의 심사가 필요하다고 본다.

74) 과거 바덴뷔르템부르크 주는 부모, 배우자, 자녀 등을 제1순위 신청권자로 정한 바 있으나, 당시에 이 비체계적일 뿐 아니라 이렇게 하는 경우 신청권자의 개인적 이해관계가 신청 여부에 영향을 줄 수 있고 신청 및 절차가 지연되어 정신질환이 악화될 수 있다는 비판이 있었다. Baumann, Unterbringungsrecht, 1966, S. 383 f. 오늘날은 모든 주에서 행정청만이 신청권자이다.

인이나 후견법원이 비자의입원을 시킬 수 있다.⁷⁵⁾ 요컨대 대체로 어느 나라에 서나 자·타해 위험과 치료의 필요성은 비자의입원 사유로 인정받고 있고, 정신 질환자 본인의 (동의능력이 전제된) 의사에 의하지 아니한, 가령 후견인에 의한 자의입원은 허용되지 아니하며 오히려 광범위한 절차통일이 이루어지고 있다. 다만, 자·타해 위험이 경찰권(police power)의 행사에 해당하는 반면,⁷⁶⁾ 치료의 필요성을 이유로 하는 비자의입원은 후견적 개입의 성격을 가지므로, 전자는 국가·지방자치단체 등이 주도하는 것이 보통이나 후자는 국가(parens patriae)에 앞서 가족·후견인 등에게 절차 개시권을 줄 수 있고, 나아가 정신질환자 본인의 동의능력이나 반대의사 등을 고려할 필요가 있는 것이다.

우리 법에서도 다른 나라처럼 자·타해 위험과 치료의 필요성 모두 비자의입원 사유로 유지함이 적절하다. 다만, 전자는 그것이 경찰개입에 해당하는 이상 특히 중대·현저하거나 임박한 위험이 있을 때로 제한하여야 하고, 후자는 후견적 개입에 해당하는 이상 정신질환자 본인의 (잔존)능력과 의사를 고려하여야 한다. 두 절차의 개시권자에 관하여서는 크게, 전자는 국가·지방자치단체, 후자는 가족 또는 후견인으로 나누는 방법과 양자의 부분적 중첩과 가족 등이 정신질환자의 상태를 가장 빨리 가장 잘 알 것이라는 점을 고려하여 양자 모두 국가·지방자치단체·가족 등 중 누구든 절차를 개시할 수 있게 하는 방법이 있다. 어느 것이든 가능하다.

다만, 이와 관련하여 민법 제947조의2 제2항은 재검토할 필요가 있다. 이 규정은 본래 거소지정권(민법 제914조)에서 유래하는데, 프랑스민법, 독일민

75) 2007년 개정으로 이에 대하여도 정신보건법에 상응하는 절차가 도입되었다. 고등법원(High Court)은 본인이 적극적으로 이의한 경우에는 이 규정에 의한 입원이 허용되지 아니한다고 본다. *GV v. The Foundation Trust* [2009] EWHC 2972. Clare, Redley, Keeling, Wagner, Wheeler, Gunn, and Holland, *Understanding the Interface between the Mental Capacity Act's Deprivation of Liberty Safeguards (MCA-DoLS) and the Mental Health Act (MHA)*, 2013; Jackson, *Medical Law. Text, Cases, and Materials*, 4th ed., 2016, pp. 340 ff.

76) 역사적으로 자·타해 위험을 이유로 한 비자의입원은 경찰권의 행사로 단순 구금을 하던 것을 치료로 전환한 데서 비롯한다. 지금도 경찰관 직무집행법 제4조 제1항은 보호조치의 대상으로 정신착란으로 인한 자·타해 위험과 자살 시도를 명시하고 있다.

법, 일본민법 모두 당초에는 친족회 등의 허가를 요구할 뿐 법원의 허가를 요구하지 아니하였으나, 독일 연방헌법재판소가 1960. 2. 10. 폐쇄병동 입원은 거소지정권에 터잡은 경우에도 독일 기본법 제104조 제2항에 따라 법관의 재판을 받아야 한다고 함에 따라⁷⁷⁾ 민법이 개정되어 가정법원의 허가를 요구하는 것이 되었고, 일본민법, 우리 민법도 이를 따랐다.⁷⁸⁾ 그러나 이 규정은 오늘날 자·타해 위험을 이유로 한 입원과 치료의 필요성을 이유로 한 입원 중 전자는 공법상 처분, 후자는 후견으로 이원화한 독일, 영국을 제외한 모든 나라에서 삭제되었고, 그 대신 정신보건법에 의한 입원이 그 역할을 맡고 있다. 미국이 그러한 태도임은 이미 본 바와 같다. 민법에 별도의 절차를 둔 까닭은 후견인의 최선의 복리(the best interest) 판단에는 일정한 재량이 있으므로, 그에게 제1차적 결정을 맡기되, 그의 의사결정의 남용 위험을 통제할 필요가 있고, 이는 엄격한 요건 충족 여부에 따라 달라지는 비자의입원이라는 강제조치와는 구별된다는 점에 있다. 그리하여 가령 독일에서는 공법상 비자의입원은 단기의 급성기 치료에, 민법상 비자의입원은 장기입원에 활용되어온 것이다. 그러나 특히 신상에 관한 결정에서 본인의 잔존능력과 의사가 강하게 존중되고, 그 결과 민법상 비자의입원의 요건이 크게 좁아진(주 14와 그 본문 참조) 오늘날 후견인에게 얼마나 재량이 남아 있는지 의문이다. 후견인에게 재량이 없다면 이 제도의 독자적 필요성도 인정하기 어렵다. 입원이 필요한 경우 중 상당수에서 후견이 개시되지 아니하여 실무상 별 활용이 없다는 점도 고려하여야 한다.⁷⁹⁾ 이를 민법상의 제도로 두면 임의후견인의 경우 별 통제 없이 피임의후견인을 자의입원시킬 수 있다는 문제도 있다.⁸⁰⁾ 민법 제947조의2를 대체 없이 삭제

77) BVerfG NJW 1960, 811.

78) 민의원 법제사법위원회 민법안심소위원회 편, 민법안심의록, 1957, 557-558면은 당시 독일민법 제1793조 초안 제942조와 그에 대응하여 개정된 일본민법 제858조를 외국입법례로 든다. 그 이외에 든 구 프랑스민법 제510조, 구 중화민국민법 제1112조는 모두 친족회의 허가를 요구하고 있었다.

79) 이와 관련하여서는 미국 몇몇 주나 프랑스에서처럼 거꾸로 비자의입원 중 (재산관리 등을 위하여) 필요하다면 후견을 개시하게 하는 것을 고려할 수는 있다.

80) 같은 이유에서 독일민법은 이후 제1904조를 개정하여 사전대리권(Vorsorgevollmacht)을

하고 정신건강복지법상 비자의입원의 절차개시권자 내지 절차관여인에 신상에 관한 권한이 있는 후견인을 포함시키는 것이 바람직하다.

IV. 결론

정신보건법은 1995년 제정 당시부터 이후 일련의 개정을 거쳐 2016년 전면 개정된 정신건강복지법에 이르기까지 일본 정신보건법(精神保健法)의 기본틀에 기초하였고, 그 핵심은 보호의무자 제도였다. 실제로 그동안 주로 문제 되어온 것도 보호입원의 악용이다. 문제는 제정 당시부터 보호의무자 제도의 빈약한 근거와 논리에 매여 오히려 보호의무자의 자격과 권한을 강화하는 방향으로 개정이 이루어져 왔다는 점이다. 2016년 개정은 보호입원의 전체적 부담을 대폭 확대하여 악용 수단으로서의 이점을 상당 부분 없앴다. 그 결과 이제 보호입원의 악용은 거의 문제 되지 아니할 것으로 보이나, 입원이 필요한 경우와 그렇지 아니한 경우를 최선을 다하여 선별하는 대신 입원 자체를 어렵게 하였다는 한계가 있다. 또한, 헌법재판소가 지적한 적법절차의 요청도 전혀 충족하지 못하고 있다. 재개정이 불가피하다.

재개정과 관련하여서는 그 요건이 고도로 불확정적일 수밖에 없음을 인정하고 실체적 통제보다 관계인이 참여하여 입원 필요성을 다투고 절차보조인과(필요하다면) 제2감정인의 의견 제출도 보장하는 절차에 의한 통제에 기대어야 한다. 그것이 적법절차의 원칙에 부합하는 길이기도 하다. 각 관계인이 정신질환자의 복리에 지향된 결정을 하도록 전반적인 유인체계를 재조정할 필요도 있다. 입원사유로는 여전히 자·타해 위험과 치료의 필요성을 모두 인정하되,

수여 받은 사람에 의한 입원 및 환자처분(Patientenverfügung)에 의한 입원에도 법원의 허가를 받게 하였다. 이러한 규정이 없는 우리의 경우 법무부 전자공증시스템(enotary.moj.go.kr)에서 제공하는 표준후견계약서가 임의후견감독인의 서면 동의를 요하는 행위로 '치료 등을 목적으로 정신병원이나 그 밖의 다른 장소에 격리하는 것에 대한 결정'을 열거하고 있다.

특히 후자에 대하여는 동의능력의 결여 등 일정한 제한을 부가하는 것이 비교법적으로도 널리 지지받고 있고, 또 무난한 방안이다. 양자를 중첩적으로 요구하는 현행법의 태도는 부당하다. 그리고 이와 관련하여 불필요하고 체계적으로 더는 설 자리가 없는 민법 제947조의2 제2항은 대체 없이 삭제함이 바람직하다. 신청권자는 국가·지방자치단체 및 가족이 고려될 수 있으나, 일본법에서 유래하였고 비교법적으로 유례가 없으며 이제는 일본도 폐기한 이른바 보호의무자 제도는 폐기함이 옳을 것이다.⁸¹⁾

이러한 개혁에도 불구하고 비자의입원의 전체 수가 급격하게 줄지는 않을 것이다. 장기재원 중인 정신질환자 상당수는 현실적으로 퇴원·퇴소하여 사회에 복귀하기 어렵기 때문이다. 개정 후 비자의입원·입소에서 자의입원·입소로 전환한 수용자 중 상당수가 이에 해당한다. 이들은 (이제는) 독립적 생활을 영위할 능력이 없어 사실상 돌봄을 받을 수 있는 시설생활을 자발적으로라도 선택할 수밖에 없다. 이는 비자의입원(소) 규제와는 직접 관계가 없는, (정신장애인) 복지서비스의 문제이다.

81) 이 글에서는 비자의입원에 대하여 비교적 단호하게 부정적인 CRPD, 특히 장애인권리위원회 의견(Guidelines on article 14 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, 2015, para. 6 and 10) 대하여는 직접 다루지 아니한다. 현재로서는 그와 같은 과격한 개혁은 쉽지 아니하고 국제적으로도 아직까지는 드물며, 법적으로도 CRPD 자체의 요청이라고 하기 어렵다는 점만을 지적하고, 별고(別稿)를 기약하기로 한다.

[참 고 문 헌]

- 김나경, “정신질환자 강제입원’의 법적 문제”, 『인권과 정의』 제418호, 2011.
- 김형석, “피후견인의 신상결정과 그 대항”, 『가족법연구』 제28권 2호, 2014.
- 문성제, “응급의료에서 의사의 주의의무와 법적 책임”, 『한국의료법학회지』 제19권 1호, 2010.
- 민의원 법제사법위원회 민법안심의소위원회 편, 『민법안심의록』, 1957.
- 박은정, “정신보건법 - 정신질환자의 권리장전이나 격리수용이나”, 『법과 사회』 제6호, 1992.
- 박인환, “새로운 성년후견제 시행에 따른 신상관계법령의 정비 - 의료행위에 대한 동의와 정신병원등 입원절차를 중심으로 -”, 『재산법연구』 제29권 3호, 2012.
- _____, “새로운 성년후견제도에 있어서 신상보호 - 신상결정의 대항과 그 한계 -”, 『가족법연구』 제25권 2호, 2011.
- _____, “정신장애인의 인권과 지역사회통합의 관점에서 본 2016년 정신건강증진법의 평가와 과제”, 『의료법학』 제17권 1호, 2016.
- 박호균, “성년후견과 의료 - 개정 민법 제947조의2를 중심으로 -”, 『의료법학』 제13권 1호, 2012.
- 변종필, “정신질환자 격리강박과 강제입원에 대한 감금, 감금치사죄의 성부”, 『비교형사법연구』 제18권 1호, 2016.
- 보건복지부·국립정신건강센터 편, 『2016년 국가 정신건강현황 2차 예비조사 결과보고서』, 2016.
- 손홍수, “정신질환자의 자살과 의료과오책임”, 『의료법학』 제7권 2호, 2006.
- 송호열, “성년후견법제의 도입에 따른 의료행위와 동의권”, 『의생명과학과 법』 제7권, 2012.
- 신권철, “시설수용과 감금의 모호한 경계 - 형제복지원 판결과 그 이후 -”, 『사회보장법연구』 제3권 1호, 2014.
- _____, “정신질환자의 강제입원과 퇴원: 인신보호법상 구제요건을 중심으로”, 『저스티스』 통권 제113호, 2009.
- 신동운, 『형법각론』, 2017.

- 신은주, “정신질환자의 강제입원제도에 대한 문제점과 그 개선방안”, 『한국의료법학회지』 제17권 1호, 2009.
- 이재경, “성년후견제도에 있어서 정신질환자에 대한 의료행위와 후견인의 동의권에 관한 연구”, 『가족법연구』 제26권 3호, 2012.
- 이지은, “신상 결정 대행에 대한 법원의 감독 - 개정 민법 제947조의2의 해석을 중심으로 -”, 『비교사법』 제19권 1호, 2012.
- 전병서, “정신질환자의 강제입원”, 『법률신문』 제2214호, 1993. 5. 6.
- 정규원, “정신질환자의 비자의입원에 대한 검토”, 『한양대 법학논총』 제25집 4호, 2008.
- 정종섭, 『헌법학원론』 제11판, 2016.
- 정태호, “보호의무자에 의한 정신질환자 강제입원·치료제도의 위헌성”, 『경희법학』 제51권 2호, 2016.
- 제철웅, “정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률 제43조 및 민법 제947조의2 제2항에 의한 비자의입원의 상호관계”, 『가족법연구』 제31권 1호, 2017.
- _____, “정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률의 시행과 치료, 입원, 퇴원 절차에서의 정신장애인 지원 방안”, 『서울법학』 제25권 3호, 2017.
- 최지숙 외, 의료급여 정신질환 수가체계 개선방안 연구 (보건복지부 2015년 연구용역보고서).
- 하명호, “정신보건법상 보호의무자에 의한 입원”, 『안암법학』 제36호, 2011.
- Anfang and Appelbaum, “Civil Commitment - The American Experience”, *Isr. J. Psychiatry Relat. Sci.* Vol. 43, No. 3 (2006).
- Baumann, *Unterbringungsrecht*, 1966.
- Committee on the Rights of Persons with Disabilities, *Concluding observations on the initial report of the Republic of Korea*, 2014.
- Clare, Redley, Keeling, Wagner, Wheeler, Gunn, and Holland, *Understanding the Interface between the Mental Capacity Act’s Deprivation of Liberty Safeguards (MCA-DoLS) and the Mental Health Act (MHA)*, 2013.
- Jackson, *Medical Law. Text, Cases, and Materials*, 4th ed., 2016.

Less, Die Unterbringung von Geisteskranken: Eine rechtsvergleichende Kritik der Zwangseiweisung in psychiatrische Krankenhause in den USA und der Bundesrepublik Deutschland, 1989.

Lönig, Treuhand: Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte, 2006.

Melton, Petrla, Poythress, and Slobogin, Psychological Evaluations for the Courts: A Handbook for Mental Health Professionals and Lawyers, 3rd ed., 2007.

Slobogin, Hafemeister, Mossman, and Reisner, Law and The Mental Health System. Civil and Criminal Aspects, 6th ed., 2014.

Treatment Advocacy Center, State Standards Charts for Assisted Treatment, Civil Commitment Criteria and Initiation Procedures by State, 2011.

Washington State Institute for Public Policy, Involuntary Civil Commitments: Common Questions and a Review of State Practices, 2015.

WHO Resource Book on Mental Health, Human Rights and Legislation. stop exclusion, dare to care, 2005.

大谷實, 精神保健福祉法講義 第3版, 2017.

佐々木良行, “精神上の障害のある者に対する監督義務者等の責任”, 『法務研究』第14号, 2017.

星野茂, “精神保健法上の保護義務者制度をめぐる諸問題(下) - 後見制度の再検討をふまえて -”, 『明治大 法律論叢』第65卷1号, 1991.

[국문초록]

개정 정신건강복지법상 비자의입원 규제에 대한 입법론적 고찰

이동진(서울대학교 법학전문대학원 교수)

정신보건법은 1995년 제정되어 2016년 정신건강복지법으로 전면개정되었다. 일련의 개정을 통하여 기왕에 제기되어온 문제 중 상당 부분이 해결되기는 하였으나, 기존의 틀을 유지한 채 대증요법으로 일관한 결과 문제 해결의 방법이 다소 거칠고, 그로 인한 부작용도 우려된다. 이 글에서는 이러한 관점에서 우리 법의 기본 틀이 어디에서 왔고, 그 근본적인 한계는 무엇이며, 비교법적 관점에서 대안과 바람직한 개선 방향은 어떠한지를 검토하였다. 나아가 이와 체계적으로 관련되어있는 민법상 피성년후견인 입원절차(제947조의2)에 관하여도 살펴보았다.

주제어 : 정신보건법, 비자의입원, 보호입원, 보호의무자, 민법 제947조의2

**A Reform Proposal of Involuntary Commitment Law Under
the Revised Mental Health Act of 2016
- as well as of Article 947-2 (2) of Civil Code -**

Dongjin Lee

Professor, Seoul National University School of Law

=ABSTRACT=

Under the Korean law, there are two routes of involuntary civil commitment of the mentally-ill: involuntary commitment process under the Mental Health Act (MHA) and the guardian's commitment backed up by family court approval under article 947-2 (2) of the Civil Code. Despite of the recent fundamental revision of MHA in 2016, the Korean involuntary commitment law has still serious flaws, especially the lack of due process like prior notice, hearing, and independent guardian ad litem for the mentally-ill, which has been pointed out also by the Korean Constitutional Court. Thus, a re-revision is inevitable, and this time, we should proceed to rebuild the underlying structure of involuntary commitment. In this regard, it is crucial to eliminate the old-fashioned and unjustifiable burden as well as power of the so-called responsible person to protect the mentally-ill and to readjust the causes and standings to petition of the various types of involuntary commitment process. Also it is necessary to repeal involuntary commitment by guardian under the Civil Code, article 947-2 (2), which can no longer harmonize with modern involuntary commitment system.

Keyword: Mental Health Act, involuntary commitment, the responsible person to protect the mentally ill, article 947-2 (2) of Civil Code