

성년책임무능력자의 불법행위에 대한 감독자책임*

- 감독의무를 중심으로 -

이 재 경**

《차 례》

I. 서 론 II. 민법 제755조 감독자책임의 법적 성격과 감독의무 III. 민법에 근거한 감독의무의 인정가능성	IV. 정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률에 근거한 감독의무의 인정가능성 V. 결 론
---	---

I. 서 론

정상적인 판단능력이 없는 상태로 법률상의 책임을 변식할 수 없음은 물론 사리판단조차 할 수 없는 책임무능력자는 민법 제753조 및 제754조에 의하여 불법행위에 따른 손해배상책임이 면제된다. 행위자에 대한 가벌이 문제가 되는 형사책임에서는 여기서 법적책임의 문제가 종료된다. 그러나 민사책임에

* 이 논문은 2016년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임.
(NRF-2016S1A5A8020566)

** 법학박사, 원광대학교 법학전문대학원 부교수.

서는 여기서부터 민법 제755조 감독의무자의 책임이 시작된다.

민법 제755조 감독자책임은 책임능력이 없는 미성년자와 성년심신상실자를 구분하지 않는다. 미성년책임무능력자의 경우에는 책임능력은 있지만 변제자력이 없는 경우가 주로 문제된다. 이에 반하여 성년책임무능력자의 경우에는 변제자력은 있지만 책임능력은 없는 경우가 주로 문제된다. 정신질환자나 치매환자와 같이 성년책임무능력자의 경우에는 독립적인 경제생활이 가능한 혹은 가능했던 경우가 많기 때문이다.

미성년책임무능력자의 경우에는 연령을 가장 중요하게 고려하기 때문에 책임무능력을 판단하는 것이나 친권자인 부모에게 법정감독의무를 인정하는 것에 큰 어려움이 없다. 그러나 성년책임무능력자의 경우에는 불법행위 당시 책임무능력인 심신상실 상태에 있었는지, 민법 제755조 법정감독의무자가 누구인지를 판단하는 것이 그리 쉬운 일이 아니다. 보다 근본적으로는 법정감독의무자가 책임무능력자를 감독하는 것이 가능한지도 의문이다.

성년책임무능력자의 불법행위와 그 감독자책임이 문제되는 구체적 사례를 살펴보자. 발달장애가 있는 성년자가 갓난아기를 3층 높이 난간에서 바깥으로 던져 숨지게 했다면, 그에게 불법행위에 따른 손해배상책임을 물을 수 있는가? 그의 책임무능력으로 손해배상책임이 부정된다면 피해자는 누구에게 손해배상책임을 물을 수 있는가?¹⁾

정신질환자가 타인의 생명·신체를 침해한 경우, 그의 행위는 언제나 그의 질환에 기인한 것인가? 타인의 생명·신체 침해행위가 있을 후 그의 행위가 질환에 기인한 것으로 밝혀졌다고 하여, 질환에 의한 타해(他害)행위를 사전에 예상할 수 있었다고 평가할 수 있는가? 그의 타해행위를 사전에 예상할 수 있었다고 하더라도, 그의 타해행위를 어떻게 예방 내지 감독할 수 있는가?²⁾ 정신질환자와 생활을 같이하는 가족, 치료를 담당하는 의료인은 감독의

1) 이와 유사한 사례로 발달장애 1급인 청소년(18세)이 한 살 아이를 들어올려 3층 아래로 던져 숨지게 사건에서 부산지법은 피고인의 발달장애와 심한 자폐증세로 인한 정신상태에서 생긴 범행으로 처벌할 수 없다고 판단하였다(부산지방법원 2015.5.15. 2014고합863 판결). 그러나 이는 형사재판으로 동일한 사안에 대하여 손해배상책임을 묻는 민사재판이 진행되고 있는지는 알 수 없다. 다만, 형사재판에서 심신장애를 이유로 한 면책이 인정된 만큼 민사책임에서도 심신상실을 이유로 한 면책을 예상하는 것은 그리 어려운 일이 아니다. 또한 이 사안은 가해자가 미성년자이지만, 만약 가해자가 성년자였다면 어떠했을까 하는 의문을 가지게 하기에 충분하다.

무자인가, 잠재적 피해자인가?)

순간적으로 정신을 잃는 뇌질환, 저혈당 쇼크⁴⁾와 같이 특정 질환으로 인한 일시적 의식장애 상태에서 교통사고를 일으킨 운전자의 경우 감독자책임에 관한 민법 제755조를 적용할 수 있는가?

치매환자가 선로 내로 들어가서 열차와 충돌하여 열차들이 지연된 경우 철도회사는 치매환자의 가족에게 열차지연에 따른 손해배상을 청구할 수 있는가? 치매환자라면 통상 그 배우자도 고령인 경우가 많을 것인데, 고령의 배우자에게 치매환자에 대한 감독의무를 인정할 수 있는가?⁵⁾ 만약 치매환자가 타인의 생명·신체를 침해하였고, 치매환자는 상당한 재력가인데 반하여 피해자는 무자력의 상태에 있는 경우에도 치매환자의 손해배상책임을 부정하는 것이 손해의 공평타당한 분담에 부합하는가?⁶⁾

이러한 사례들을 민법 제755조 감독자책임 규정을 통해 해결할 수 있다면,

- 2) 2018년 치료를 담당하던 정신질환자에 의하여 정신과의사가 살해당하는 사건이 발생하자, 정신질환자 관리를 강화하는 내용의 이른바 ‘입세원법’(정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률 일부개정법률안: 2019. 1. 25. 윤일규 의원 대표발의, 의안번호 18323)이 발의되었다, 이에 대해 인권위원회는 개정 법률안이 퇴원 환자의 인권을 침해할 소지가 있다는 의견을 제출한 바 있다(“입세원법”에 계동 권 인권위 “정신질환자 통보는 차별”, 한국일보, 2019. 3. 20).
- 3) 실제 정신질환자에 의한 범죄는 그 가족을 대상으로 하는 경우가 적지 않고, 이른바 ‘입세원법’의 계기가 된 사건의 경우에는 그 담당의사를 대상으로 하고 있다. 그럼에도 정신질환자의 치료 및 관리에 대한 책임은 전적으로 가족에게 전가되고 있어, 정신질환자 특히 성년자인 정신질환자의 경우 불법행위와 관련하여서도 그들은 책임의 주체인가 아니면 잠재적 피해자로 보호받아야 하는 대상인가에 대하여 생각해 볼 필요가 있다.
- 4) 2016년 17명의 사상자를 낸 교통사고 가해자가 의식장애를 일으키는 뇌전증을 앓고 있었던 것으로 밝혀져 문제가 된 사건이 있었다(“해운대 교통사고 운전자 ‘뇌전증’의심... 허술한 정신질환자 면허 제한”, 서울신문, 2016. 8. 1). 또 저혈당 쇼크로 교통사고를 낸 피해자를 사망케 한 버스운전기사 사건(“버스기사 ‘저혈당 쇼크’ 운전엔 1명 숨져”, 경향신문, 2016. 12. 1)과 같이 일시적 의식장애로 교통사고를 유발한 운전자의 책임이 종종 문제되고 있다.
- 5) 日本名古屋地裁平成25年8月9日判決(判例時報2202號 2202面) 사안으로 치매환자와 동거하고 있는 배우자에 대해서는 치매환자에 대한 주시 의무 태만을 이유로 일본민법 제709조에 의한 일반불법행위 책임을, 그와 동거하지 않으면서 개호방침을 사실상 주도한 장남에 대해서는 사실상 감독자책임을 이유로 일본민법 제714조에 의한 감독자책임을 인정하였다.
- 6) 위에서 언급한 일본의 나고야지방법판소 사안에서도 장남의 감독자책임을 판단할 때에 예견가능성과 적절한 개호를 통한 회피가능성을 검토하면서, 치매환자 본인의 경제상태가 민간개호시설을 이용하기에 충분하였고, 자녀들이 환자 본인으로부터 다액의 상속을 받고 있었다는 점에 비추어 회피가능성이 인정된다고 하였다. 결국 대법원에서 환자와 동거하지 않으면서 개호방침을 주도한 장남을 사실상 감독자로 보고, 사실상 감독자책임을 인정한 때에는 가해자인 치매환자 본인이 다수의 부동산과 다액의 금액자산을 가지고 있었고, 장남을 포함한 그 자녀들이 다액의 상속을 받고 있었던 점 등도 고려의 대상이 된 것으로 보인다.

더 이상의 논의는 필요치 않다. 그러나 이러한 사례들을 민법 제755조 감독자 책임으로 해결할 수 없다면, 책임무능력자를 완전히 면책시키는 것이 타당한지, 그로 인한 리스크를 오로지 피해자가 부담하도록 하는 것이 불법행위법의 목적에 부합하는 것인지, 성년책임무능력자의 감독자 책임을 미성년책임무능력자와 같은 조문에서 정하는 것이 타당한지 등에 관한 논의로 이어지게 된다. 이하에서는 성년책임무능력자의 불법행위에 대해 감독자 책임에 관한 민법 제755조가 적용될 수 있는지에 관한 논의의 첫 단계로 타인의 행위에 대하여 감독의무자에게 법적 책임을 지우기 위한 감독의무의 법적 근거에 대해 살펴보고자 한다. 이를 바탕으로 본래는 책임능력자였으나, 후에 정신질환 등을 이유로 책임능력이 부정된 성년책임무능력자에 대하여 법정감독의무가 인정될 수 있는지 검토하고자 한다.

II. 민법 제755조 감독자책임의 법적 성격과 감독의무

1. 감독자 책임을 과실 책임으로 보는 견해

타인에게 손해를 가한 미성년자가 행위의 책임을 변식할 능력이 없는 때에는 민법 제753조에 의하여, 심신상실 중에 타인에게 손해를 가한 때에는 민법 제754조에 의하여 행위자의 손해배상책임이 면제된다. 이때 민법 제755조에 의하여 그들을 감독할 법정 의무 있는 자에게 손해배상책임이 인정된다. 다만, 법정감독의무자가 감독의무를 게을리하지 아니하였음을 증명한다면 그의 손해배상책임은 부정된다.

민법 제755조 감독자 책임은 책임무능력자가 법률상 책임을 부담하지 않는 경우에 보충적으로 생기는 책임이면서, 타인의 가해행위에 대한 책임이다. 이처럼 감독의무자 본인이 가해행위를 한 데 대한 책임이 아니라는 점 때문에 감독자 책임이 과실 책임인가, 무과실 책임인가 하는 법적 성격에 관한 논의 혹은 감독자의 감독의무 위반에 대한 책임인가, 생활공동체로서의 책임인가 하

는 민법 제755조의 취지 내지는 실질적 근거에 관한 논의가 이루어져 왔다. 비록 감독의무자 본인의 가해행위에 대한 책임은 아니지만, 감독의무자가 책임무능력자의 행위에 대한 감독의무를 게을리 하였다⁷⁾는 점에서 감독의무자의 책임이 인정된다고 보면,⁷⁾ 민법 제755조 감독자책임은 과실책임을 근간으로 한다. 다만 민법 제755조 제2문에 의하여 감독의무 이행에 관한 증명책임이 전환되어 있고, 여기서 감독의무는 개별적 구체적 행위에 대한 감독이 아니라 일반적 감독의무를 의미하기 때문에 책임무능력자가 위법한 가해행위를 한 때에 감독의무자는 그 결과로부터 일응 감독의무를 다하지 않았다는 비난을 받게 되는 것이다. 그리하여 감독자책임이 감독의무 해태라는 과실로부터 출발하고, 의무이행에 대한 증명을 통한 면책가능성이 열려 있다고 하더라도 사실상 민법 제755조의 운용에 있어서는 무과실책임과 같이 취급되고 있는 것이다. 이러한 특성 때문에 감독자책임의 법적 성격을 과실책임과 무과실책임의 중간에 위치하는 중간책임이라고 부르는 것이 현재 우리 학설의 다수설이다.⁸⁾

2. 감독자책임을 무과실책임으로 보는 견해

이에 반하여 감독자책임을 위험책임, 즉 무과실책임으로 보는 견해⁹⁾는 무능력자의 위험성을 관리할 가능성이 있는 감독자 등에게 책임을 묻는 것이 감독자 책임이며, 그 가능성이 전무한 경우에 책임을 묻지 않겠다는 것이 면책사유 규정의 취지라고 한다.¹⁰⁾¹¹⁾ 그러면서 이 견해는 고의·과실이라는 것

7) 김승표(김용담 편), 『주석민법 (채권각칙 8)』, 한국사법행정학회, 2016, 433면.

8) 김승표, 위의 글, 433면; 안병하, “미성년자 감독자의 책임구조 - 민법 제755조의 개정논의에 부쳐”, 법학연구 제24권 제1호, 연세대학교 법학연구원, 2014, 101면 이하.

9) 김천수, “한국 불법행위법에 관한 최근 입법논의”, 민사법학 제57호, 한국민사법학회, 2011, 5면.

10) 이 견해는 제750조의 과실은 당해 손해발생에 관한 예견 및 회피의무 위반을 의미하므로, 제755조 제2문이 무과실행위의 허용이나 과실 증명책임의 전환이라고 보기 어렵다고 한다.

11) 이 견해는 감독의무 위반과 예견가능성 및 회피가능성을 내용으로 하는 과실을 구별한다. 감독자책임을 과실책임으로 보는 견해(안병하, 위의 글, 113면)에서도 감독의무 위반과 과실을 구별하고 있는 견해가 있다. 다만 전자는 제755조 제2문이 과실증명책임의 전환을 의미하는 것이 아니라 위험성 관리의 가능성이 전무한 경우를 의미하는 것이라고 한다면, 후자는 제2문이 감독의무위반, 과실, 위반과 손해발생 사이의 인과관계에 대해서까지 증명책임이 전환되어 있음을 의미하는 것이라고 한다.

을 계기로 손해를 전가하는 것에 그치지 않고, 특정인의 손해를 과실을 불문하고 가해자에게 귀속시켜 가해자가 배상액을 책임보험 등을 통해 사회적으로 분산시키는 분산론이 타당한 영역이 명백하게 존재한다고 한다.

3. 감독자책임의 법적 성격에 관한 논의의 의의와 감독의무

생각건대, 감독자책임이 감독자 본인의 가해행위에 대한 결과가 아니라 타인의 가해행위에 대한 결과로부터 인정되는 것이라는 점에 주목한다면, 감독자책임이 과실책임인가 무과실책임인가 하는 논의는 별로 중요한 문제가 아니다. 감독자책임의 연혁에 비추어 본다면 더욱 그러하다.

감독자책임은 가족관계에 있어서 가족구성원이 제3자에게 가한 손해에 대하여 가장 책임을 지도록 하는 게르만법의 단체주의적 책임이론에 기초한 무과실책임에서 출발하여, 로마법의 계수와 더불어 도입된 과책주의에 의해 개인주의적 책임형태로 수정된 것이다.¹²⁾ 요컨대 감독자책임은 처음부터 감독자의 과실에서 출발하여 감독자의 손해배상책임이라는 결과를 도출해 낸 것이 아니라, 감독자의 손해배상책임이라는 결과에서 출발하여 거꾸로 그 인정근거를 어떻게 설명할 것인가 하는 논리적 구성이 문제가 된 것이다. 따라서 감독자책임에 관한 논의에서 특히, 성년책임무능력자에 관한 감독자책임에서 의미가 있는 것은 그것이 과실책임인가 무과실책임인가 하는 법적 성격에 관한 논의가 아니다.

오히려 여기서 중요하게 다루어야 하는 것은 감독의무자가 누구인가 즉, 누구에게 감독의무가 인정되는가 하는 감독의무의 존재 그 자체이다. 결국 과실책임론과 무과실책임론의 가장 큰 차이 역시 감독자책임의 인정근거가 감독의무위반이라는 감독의무자의 과실에 근거하는 것인지 아니면 감독의무가 인정되는 감독자와 피감독자의 일정한 관계로부터 인정되는 것인지에 있기 때문이다. 더구나 다수설과 같이 감독자책임을 감독자의 감독의무 위반이라는 과실에 기초하는 것으로 본다면, 성년책임무능력자에 대한 감독이 처음부

12) 감독자책임의 연혁에 대해서는 정상현, “책임능력있는 미성년자의 불법행위와 감독자책임”, 영남법학 제7권 제1·2호, 영남대학교 법학연구소, 2001, 170~172면 이하 참조

터 불가능하거나, 특정인에게 그러한 감독을 부담시킬 법적 근거가 없는 경우, 애초에 감독자의 과실은 문제되지 않을 것이다.

Ⅲ. 민법에 근거한 감독의무의 인정가능성

1. 민법 제974조 친족간 부양의무

민법 제974조 및 제975조에 의하여 부양을 받을 자가 자기의 자력 또는 근로에 의하여 생활을 유지할 수 없다면, 직계혈족 및 그 배우자간, 기타 생계를 같이 하는 친족이 부양의무를 이행할 책임이 있다. 부양의 정도 또는 방법에 관해서는 민법 제977조에서 정하고 있는 바, 당사자간에 협정이 있다면 그에 따르고, 그러한 협정이 없다면 당사자의 청구에 의하여 법원이 정한다. 이때 법원은 부양받을 자의 생활정도와 부양의무자의 자력 기타 제반사정을 참작하여야 한다. 이와 같은 내용의 민법상 부양의무에 근거하여 심신상실 상태에 있는 직계혈족, 배우자, 기타 생계를 같이하는 친족에 대해 감독의무를 인정할 수 있는가?

민법 상 부양의무는 경제적 부양에 한정된다.¹³⁾ 자기의 생활을 유지할 수 없을 정도로 자력이 부족한 심신상실자에 대해 부양의무자는 경제적 부양을 하여야 하지만, 심신상실자라고 하더라도 그가 자기의 생활을 유지할 수 있을 정도의 자력이 있거나 근로할 수 있는 능력이 있다면 부양의무를 이행할 책임이 없다. 그런데 정신질환자나 치매환자의 경우 성년이 된 후 상당기간이 지난 후 질환을 앓게 된 경우가 많기 때문에 현재 그러한 질환을 앓고 있다고 하여 당연히 무자력이라고 할 수 없다. 더구나 정신질환자의 경우, 더 나아가 발달장애인의 경우에도 질환을 가지고 있는 채로 근로에 종사하는 경우가 적지 않고, 공적 부조를 통해 경제적 지원을 받기도 한다.

또한 부양의 정도를 고려할 때에는 부양받을 자의 생활정도, 부양의무자의

13) 윤진수 편, 『주해친족법 제2권』, 박영사, 2015, 1468면.

자력, 기타 부양권리자의 직업과 사회적 지위, 부양의무자들의 상속관계, 부양권리자와 부양의무자의 유대관계 등 제반사정을 고려할 뿐, 부양권리자가 심신상실 상태에 있는지는 고려대상이 아니다. 심신상실에 대한 판단은 불법행위 후 그에 따른 손해배상책임의 판단과정에서 이루어지는 것이지, 그것과 별개로 보호의무나 부양의무 이행의 책임을 묻기 위하여 이루어지는 것이 아니다. 따라서 보호의무나 부양의무를 부담한다고 하더라도 그것으로부터 심신상실자에 대한 어떠한 의무를 도출해 내기에는 무리가 있다.

부양의 방법으로는 일반적으로 금전부양이 인정되기 때문에 부양권리자는 부양의무를 이행하지 않은 부양의무자에게 부양료의 지급을 청구할 수 있다. 보살핌 부양 역시 부양의 방법으로 인정할 수 있지만, 보살핌 부양은 부양의무자의 인격적 자유와 관련이 있기 때문에 부양의무자와 부양권리자의 합의에 의하는 것이 바람직하다고 한다.¹⁴⁾ 따라서 그러한 합의가 없는 한 보살핌 부양을 강제할 수 없고, 설사 보살핌 부양이 인정된다고 하더라도 보살핌 부양에 심신상실 상태에 있는 부양권리자의 치료, 입원 및 그의 생활 전반에 대한 개입까지 포함되는 것은 아니다.

특히 정신질환자, 치매환자인 부양권리자의 치료, 입원에 관한 것은 부양의무자라고 하더라도 임의로 결정할 수 없다. 근본적으로 치료나 입원은 민법 제913조 미성년자에 대한 친권자의 보호의무로부터 인정되는 것이지, 민법 제974조 이하 부양의무로부터 인정되는 것이 아니기 때문이다. 설사 보살핌 부양의 내용으로 치료나 입원에 관한 것이 인정된다고 하더라도 그러한 결정은 환자 본인이 스스로 하는 것이 원칙이고, 그의 의사에 반하여 부양의무자가 임의로 결정할 수 없기 때문에 부양의무자의 역할은 그가 치료를 받거나 입원하도록 설득하는 데 그치게 된다.¹⁵⁾

마지막으로 부양의무자가 수인 있는 경우에 부양의무의 이행과 관련하여 살펴본다. 부양의무자가 수인 있는 경우 부양의무의 이행에 관한 결정은 당사

14) 윤진수 편, 앞의 책, 1507면.

15) 정신건강복지법 상 보호의무자의 지위에 있는 부양의무자라 하더라도 보호의무자에 의한 입원을 신청하고, 자상태해의 위험이 높은 환자에 대해 입원동의를 할 수 있을 뿐 그를 강제로 입원시켜야 할 의무까지 부담하는 것은 아니다.

자간의 협정에 의하거나 법원의 결정에 의하는데, 그러한 협정이나 결정이 없다면 부양의무자 중 부양의무자 중 누구도 부양의무 이행의 책임을 지지 않는다. 그렇다면 부양권리자가 불법행위를 하였고, 그의 심신상실이 인정되는 경우에, 현재 부양의무 이행의 책임이 없는 부양의무자에게 부양의무에 근거하여 감독자책임을 물을 수 있는가?

불법행위 후 감독자책임을 묻는 때에 부양의무자를 결정하게 된다면, 부양의무 이행에 대한 책임이 없는 상태에서 부양의무를 부담하고 있는 자체만으로 감독자책임을 인정하는 것이다. 물론 일정한 가족관계, 그러한 관계로부터 발생하는 의무의 존재만으로 의무이행의 가능성과 상관없이 감독자책임을 인정할 수도 있다. 그러나 그렇게 된다면 민법 제755조 제1항 제2문 감독의무를 게을리하지 아니하였음에 대한 항변은 처음부터 불가능한 것이 된다. 따라서 민법 제975조 및 제976조에 의하여 구체적으로 부양의무 이행의 책임이 인정되지 않는 한 부양의무에 근거하여 감독자책임을 인정할 수 없다. 물론 부양의무 이행의 책임이 인정되는 경우에도 경제적 부양을 내용으로 하는 부양의무의 특성상 감독책임을 인정하기는 어렵다. 결국 부양의무는 정신질환자, 발달장애인, 치매환자 등 심신상실자에 대한 감독자책임을 근거가 될 수 없다.¹⁶⁾

3. 민법 제947조 후견인의 신상보호의무

민법에서 신상보호에 관하여 정하고 있는 조문으로는 제913조 친권자의 미성년자녀에 대한 보호, 제947조 성년후견인의 피성년후견인에 대한 신상보호가 있다. 민법 제913조 미성년자녀에 대한 보호의 정도와 방법에 관하여 친권자인 부모는 자율적으로 결정하고 판단할 수 있다. 이때 고려하여야 하는 것은 자의 복리일 뿐 미성년 자녀의 의사는 별도로 고려하지 않는다.

감독자책임과 관련하여 살펴본다. 미성년자녀가 정신질환을 앓고 있다면 그에 대한 감독은 성년자의 경우와 마찬가지로 교육보다는 치료나 입원의 방법으로 이루어질 것이다. 이때 치료의 필요성이 인정된다면 미성년자녀가 치

16) 부양의무에 근거한 감독자책임을 부정하는 견해로 고명식, 앞의 글, 153면; 제철웅, 앞의 글, 42면.

료를 거절한다고 하더라도 친권자는 민법 제912조 및 제913조에 따라 자녀의 복리를 위하여 치료나 입원에 동의할 수 있다.¹⁷⁾ 그러나 성년자의 경우에는 민법 제947조에 의하여 신상보호를 할 때에 그의 복리에 부합하는 방법으로 하여야 하며, 복리에 반하지 아니하면 피성년후견인의 의사를 존중하여야 한다.¹⁸⁾

민법 제947조의 2 제1항에 따르면 신상결정은 단독결정이 원칙이다. 따라서 정신질환 등을 이유로 한 피성년후견인이라 하더라도 그의 의사에 대한 고려 없이 후견인이 “보호” 그 자체를 목적으로 정신질환의 치료나 입원을 결정할 수 없다. 이는 사무처리 능력이 부족하다고 하더라도 제3자에 의한 간섭이나 착취 등으로부터 자유로운 상태에서 스스로 자신의 의사를 충분히 실현시킬 수 있도록 조력 내지 지원하고자 하는 후견제도의 목적¹⁹⁾에 비추어 볼 때에도 그러하다.

더구나 본인의 생명과 신체에 대한 권한은 본래 본인의 고유한 권한이기 때문에 정신질환으로 인한 폭력성이 발현될 가능성이 있어 보인다고 하여, 또는 정신질환자가 자신의 질환에 대한 병식이 없다고 하여 후견인이 그의 의

17) 이와 관련하여 동의능력 여부에 대한 판단을 전제로 동의능력 있는 미성년자의 결정이 친권자의 결정을 배척한다는 견해(윤석찬, “의료행위에 대한 미성년자의 동의능력에 관한 고찰”, 법학논총 제28집 제1호, 전남대학교 법률행정연구소, 2008, 294면)와 역시 동의능력을 전제로 양자의 결정은 병존하며, 합리성에 근거하여 치료나 입원 여부를 결정할 수 있다는 견해가 대립한다(김진수, 『진료에 대한 설명과 동의의 법리』, 대구대학교 출판부, 1999, 58면). 그 밖에 동의능력이 있는 환자의 경우 그의 동의권이 법정대리인의 동의를 배척하는 것이 원칙이지만, 동의능력 자체에 대한 판단을 법률행위 이전에 결정할 것이 아니라 동의라는 일련의 과정에서 판단하도록 하고, 지나치게 비합리적인 결정을 하고 있다면 그의 동의능력 자체를 의심하여야 한다는 견해(이재경, “한국과 독일에 있어서 환자의 동의능력에 관한 비교법적 연구”, 민사법학 제50권, 한국민사법학회, 2010, 527면)도 있다. 이 견해에 따르면, 정신질환의 치료를 거절하는 미성년자녀의 동의능력 자체에 대한 의심에서 친권자의 결정이 존중될 수 있다.

18) 복리에 반하지 아니하면 그의 의사를 존중하여야 한다는 민법 제947조 후문의 문구를 그대로 해석하면 환자의 의사는 환자의 복리에 부합하는 범위 내에서만 존중되어야 한다는 것처럼 보인다. 그러나 성년후견제도에서 후견인의 동의는 후견인 고유의 의사결정이 아니라 피후견인의 동의를 대행하는 것이고, 피성년후견인의 복리 자체가 합리성 기준에 의해 결정되는 것이 아니라 피성년후견인의 평소의 생활관계, 가치관, 그의 희망 등을 종합적으로 고려하여 결정되는 것이므로 피성년후견인의 의사에 부합하는 사무처리가 그의 복리에 부합하는 사무처리라고 추정할 수 있을 것이다. 요컨대 민법 제947조의 ‘복리를 위한 한도’는 의사존중의 범위가 아닌 의사존중을 위한 의사해석의 기준으로 보는 것이 타당하다(이재경, “성년후견제도에 있어서 정신질환자에 대한 의료행위와 후견인의 동의권에 관한 연구”, 가족법연구 제26권 제3호, 한국가족법학회, 2012, 432면; 윤진수 편, 앞의 책, 1282면).

19) 윤진수 편, 앞의 책, 1172면.

사에 대한 고려없이 일방적으로 그를 입원시키거나 치료를 강제할 수 없다. 이 점에서 민법 제913조 보호의무에 기초한 미성년자에 대한 신상보호와 민법 제947조에 기초한 피성년후견인에 대한 신상보호는 구별된다. 요컨대 미성년자녀의 친권자가 갖는 보호의무는 자의 복리만을 목적으로 하지만, 성년자의 후견인이 갖는 보호의무는 후견인의 복리와 의사존중을 목적으로 하기 때문에 감독자책임과 관련하여서도 미성년자녀의 친권자와 달리 성년후견인은 민법 제947조 신상보호에 근거하여 피성년후견인을 입원시키거나 치료시키는 방법으로 그를 감독할 수 없다.²⁰⁾

설사 성년후견인의 보호의무에 근거하여 피성년후견인을 입원시키거나 치료를 강제할 수 있다고 하더라도 성년후견인의 피후견인에 대한 보호의무가 제3자에 대한 보호의무로까지 확대되는 것은 아니다. 어디까지나 후견인의 업무는 피성년후견인을 지원하고 조력하는 데 있는 것이지, 피성년후견인의 불법행위로부터 제3자를 보호하는 데에 있지 않다.

이와는 달리 피후견인의 불법행위에 대해 후견인의 손해배상책임을 긍정하는 견해도 있다.²¹⁾ 이 견해는 후견사무를 이행함에 있어 고의 또는 과실로 피후견인에게 입힌 재산상의 손해를 담보하기 위하여 서울가정법원이 2014년부터 시행하고 있는 후견인보증보험제도를 피후견인의 불법행위책임 내지는 후견인의 감독자책임과 연결시킨다.

이 견해가 주장하는 바와 같이 후견인보증보험제도가 후견인 감독자책임의 근거가 된다면, 책임무능력으로 면책된 피후견인은 손해배상책임을 지지 않아 재산적 손해가 없음에도 불구하고 후견인이 후견인보증보험제도를 활용할 수 있다는 결론에 이르게 된다. 그러나 후견인보증보험제도는 어디까지나 후견인이 피후견인에게 입힌 손해를 담보하기 위한 것이지, 피후견인이 제3자에게 입힌 손해를 담보하기 위한 것이 아니라는 점에서 이는 타당하지 않다.²²⁾

20) 반면 후견인의 피후견인에 대한 감독의무 이행의 구체적 방법으로 피후견인의 현재 상황을 수시로 파악하고, 피후견인에 의해 불법행위가 행하여질 급박한 위험이 발생한 경우 신속히 의료나 복지 전문가에게 상담하는 이외에 구체적 위험방지책으로 입원이나 입소를 제시하고 있는 견해도 있다 (김은효 편, 앞의 책, 281면).

21) 김은효 편, 앞의 책, 282~283면.

Ⅲ. 정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률에 근거한 감독의무의 인정가능성

1. 적용범위

가. 발달장애인, 치매환자에 대한 적용여부

성년책임무능력자로 흔히 떠올리는 것은 정신질환자이다. 이들의 재활·복지·권리보장, 정신질환의 예방·치료에 관해서는 『정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률²³⁾』이 정하고 있다. 정신건강복지법 제39조²⁴⁾ 및 제40조²⁵⁾에 따르면 보호의무자는 정신질환자가 자신이나 다른 사람을 해

22) 한편 피후견인에게 책임능력이 인정되어 그가 제3자에게 손해배상을 해주게 됨으로써 재산적 손해가 발생하였고, 이를 후견인보증보험제도를 통해 전보할 수 있다고 한다면 불법행위를 한 피후견인이 자신의 행위로 인한 손실을 후견인에게 구상할 수 있게 된다는 것으로 이 역시 타당하지 않다. 더구나 피후견인에게 책임능력이 인정된다면, 애초에 후견인은 그를 감독할 아무런 의무가 없기 때문에 피후견인에게 제3자에 대한 손해전보로 인한 재산적 손실은 후견인의 후견사무 불이행과 아무런 관련이 없다.

23) 이하 “정신건강복지법”이라 함.

24) 제39조(보호의무자) ① 『민법』에 따른 후견인 또는 부양의무자는 정신질환자의 보호의무자가 된다. 다만, 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 사람은 보호의무자가 될 수 없다.

1. 피성년후견인 및 피한정후견인
2. 파산선고를 받고 복권되지 아니한 사람
3. 해당 정신질환자를 상대로 한 소송이 계속 중인 사람 또는 소송한 사실이 있었던 사람과 그 배우자
4. 미성년자
5. 행방불명자
6. 그 밖에 보건복지부령으로 정하는 부득이한 사유로 보호의무자로서의 의무를 이행할 수 없는 사람

② 제1항에 따른 보호의무자 사이의 보호의무의 순위는 후견인·부양의무자의 순위에 따르며 부양의무자가 2명 이상인 경우에는 『민법』제976조에 따른다.

25) 제40조(보호의무자의 의무) ① 보호의무자는 보호하고 있는 정신질환자가 적절한 치료 및 요양과 사회적응 훈련을 받을 수 있도록 노력하여야 한다.

② 보호의무자는 보호하고 있는 정신질환자가 정신의료기관 또는 정신요양시설에 입원등을 할 필요가 있는 경우에는 정신질환자 본인의 의사를 최대한 존중하여야 하며, 정신건강의학과전문의가 정신의료기관등에서 정신질환자의 퇴원등이 가능하다고 진단할 경우에는 퇴원등에 적극 협조하여야 한다.

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

④ 보호의무자는 보호하고 있는 정신질환자를 유기하여서는 아니 된다.

치지 아니하도록 유의하여야 할 의무가 있다. 문제는 이와 같은 내용의 보호 의무에 근거하여 성년책임무능력자에 대한 감독의무를 인정할 수 있는가이다.

성년책임무능력자는 정신질환자만을 의미하지 않는다. 앞서 서론에서도 살펴본 바와 같이 성년책임무능력자는 발달장애인, 치매환자, 기타 신체질환으로 인한 뇌기능 장애 등 그 병변이 매우 다양하다. 그런데 정신건강복지법은 동법 제3조 제1호²⁶⁾에서 정하고 있는 정신질환자만을 대상으로 한다. 지적 장애인, 자폐성장애인과 같은 발달장애인²⁷⁾, 치매환자의 경우에는 이 법의 적용을 받지 않고, 각각 『발달장애인 권리보장 및 지원에 관한 법률(이하 “발달장애인법”이라 함)』과 『치매관리법』의 적용을 받는다.

발달장애인법과 치매관리법이 발달장애인과 치매환자의 보호자를 대하는 태도는 정신건강복지법의 그것과 사뭇 다르다. 먼저 발달장애인법 제8조에 따르면 발달장애인의 보호자는 발달장애인이 스스로 의사를 결정할 능력이 충분하지 않은 경우 그의 의사결정을 지원하는 역할을 한다. 그 외 발달장애인을 대신하여 복지서비스를 신청할 수 있도록 하는 등 보호자의 역할은 발달장애인 지원에 집중되어 있다. 또한 발달장애인법 제30조 이하에서 발달장애인 보호자에 대한 정보제공, 교육, 상담지원, 휴식지원 등 가족 및 보호자에 대한 지원에 관하여 정하고 있다. 그 밖에 발달장애인 자체에 대해서도 제14조 내지 제17조에서 발달장애인 대상 범죄 방지 및 유기에 대한 신고의무, 현장조사, 보호조치 등에 대하여 정하고 있다. 요컨대 발달장애인법은 발달장애인을 범죄의 주체가 아닌 보호의 필요가 있는 범죄피해의 대상으로, 발달장애인의 보호자 역시 일정한 지원을 필요로 하는 자로 인식하고 있다.

치매관리법은 어떠한가? 치매관리법 제2조 제1호에 의하면 치매란 퇴행성

26) 제3조 (정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

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

27) 발달장애인의 경우에는 『발달장애인 권리보장 및 지원에 관한 법률』이 적용된다. 동법 제2조 제2호 나목 내지 라목에서 성년인 발달장애인의 후견인, 민법 제779조에 따른 가족 또는 민법 제974조에 따른 부양의무자로서 사실상 해당 발달장애인을 보호하는 사람, 나목 및 다목의 보호자가 없는 경우 지방자치단체의 장이 발달장애인의 보호자로 지명하는 사람을 성년 발달장애인의 보호자로 정의한다.

뇌질환 또는 뇌혈관계 질환 등으로 인하여 기억력, 언어능력, 지남력(指南力), 판단력 및 수행능력 등의 기능이 저하됨으로써 일상생활에서 지장을 초래하는 후천적인 다발성 장애를 의미한다. 동법 동조 제2호에 의하면 치매환자는 치매로 인한 임상적 특징이 나타나는 사람으로서 의사 또는 한의사로부터 치매로 진단받은 사람을 의미한다.

이 법은 치매환자의 가족이나 후견인의 의무에 대해서는 아무런 규정을 두고 있지 않다. 오히려 동법 제12조의 2 치매환자의 가족지원사업, 제17조 치매안심센터의 치매환자에 대한 가족지원사업, 제17조의 2 제2항 제3호 치매상담전화센터의 치매환자 가족 지원에 관한 정보제공, 제4호 치매환자의 가족에 대한 심리적 상담 등에 관하여 정하는 등 이 법 역시 치매환자의 가족을 보호 내지는 지원의 대상으로 보고 있다.

이에 반하여 정신건강복지법이 정신질환자의 보호의무자인 가족을 대하는 태도는 매우 이중적이다. 동법 제4조 제4항에 따르면 국가와 지방자치단체는 정신질환자뿐만 아니라 그 가족에 대한 모든 차별 및 편견을 해소하고, 차별 받은 정신질환자등과 가족의 권리를 구제할 책임이 있으며, 그들에 대한 차별 및 편견을 해소하기 위하여 적극적인 조치를 하여야 할 의무가 있다. 이를 통해 정신건강복지법도 정신질환자의 가족을 차별과 편견으로부터 보호받아야 하는 대상으로 인식하고 있음을 확인할 수 있다.

그러면서 정신건강복지법은 정신질환자의 보호의무자에게 정신건강복지법 제15조 제4항 정신질환자 관리에 관한 동의나, 동법 제43조에 따른 입원신청을 할 수 있는 권리를 인정한다. 또한 제30조 제3항 정신질환자에 대한 의료기록열람·사본발급, 제44조 행정입원, 제50조 응급인원의 경우 입원에 대한 통지의 대상으로 정하는 등 정신질환자를 대신하여 그의 권리를 행사하거나 보호할 수 있는 자로 정하고 있다.

그러나 한편으로는 정신질환자의 퇴원등에 협조하거나 정신질환자의 자해·타해 방지를 위하여 유의하거나 재산상 이익 등 권리보호를 위하여 노력하거나, 정신질환자를 유기하지 않아야 하는 등(제40조) 정신질환자에 대한 의무를 부과하고 있기도 하다.

정신건강복지법이 발달장애인법이나 치매관리법과 근본적으로 다른 점은

바로 여기에 있다. 발달장애인법이나 치매관리법은 민법상 부양의무로부터 인정되는 가족의 의무를 전제로 하면서도, 예컨대 자해·타해 방지의무와 같이 부양의무로부터 확장된 별도의 의무를 인정하지 않는다. 그런데 정신건강복지법은 정신질환자의 성년후견인이나 부양의무자에게 자해·타해 방지의무를 부과하고 있다. 더구나 성년후견인은 정신질환자에 대하여 당연히 부양의무를 부담하지 않음에도 불구하고 부양의무자와 동일한 자해·타해 방지의무를 부담하고 있는 것이다.

물론 정신질환자의 자해·타해가 있었다고 하여 보호의무자의 방지의무위반에 대하여 법적책임을 물을 수 있을지에 대해서는 논란의 여지가 있다. 왜냐하면 자해·타해 방지의무도 기본적으로 정신질환자의 자기결정권을 침해하지 않는 범위로 제한되고, 이들 의무를 위반한 경우에 별도의 벌칙 규정을 두고 있지도 않기 때문이다. 그럼에도 불구하고 정신건강복지법의 보호의무로부터 민법 제755조 법정감독의무가 인정된다면, 정신적 문제로 일상생활에 지장을 초래하여 보호를 필요로 하는 자 중 발달장애인이나 치매환자와는 달리 정신질환자의 보호자만이 감독자책임을 부담하게 될 것이다.²⁸⁾

나. 보호하고 있는 정신질환자

정신건강복지법 제40조 제3항은 보호하고 있는 정신질환자가 자해·타해를 하지 않도록 유의하여야 할 의무를 정하는 한편 제4조에서 보호하고 있는 정신질환자를 유기하여서는 아니된다고 규정하고 있다. 제40조 제3항의 보호의무 위반에 대해서는 별도의 벌칙규정을 두고 있지 않다. 정신질환자의 보호의무자가 정신질환자를 보호하여야 할 의무가 있는지에 대해서도 아무런 규정이 없다. 그러나 정신질환자를 유기한 자에 대해서는 제84조 제1호에서 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다.

동 조항을 문언 그대로 해석하자면, 정신질환자의 보호의무자는 그가 정신

28) 물론 정신건강복지법의 보호의무가 아니라 민법상의 부양의무로부터 감독자책임이 인정된다고 하면 발달장애인, 치매환자, 정신질환자의 부양의무자가 달리 취급되지 않는다. 그러나 적어도 감독자책임, 즉 감독의무의 법적근거를 정신건강복지법의 보호의무로부터 찾는다면 정신건강복지법이 적용되지 않는 정신장애인에 대해서는 감독의무가 인정되지 않게 된다.

질환자를 보호하기 시작한 이상 그를 유기하여서는 아니되고, 보호하고 있는 정신질환자에 대해서는 자해·타해 방지를 위한 유의의무가 인정되지만, 정신질환자를 보호하지 않고 있다면 자해·타해 방지를 위한 유의의무는 인정되지 않는다.

정신건강복지법이 규정하고 있는 보호는 형법 제271조 제1항 유기죄에서 의미하는 법률상 보호할 의무가 있는지와는 상관없다. 민법상 친족관계에 기한 부양의무가 있는지와도 상관없다. 실제로 정신질환자의 자해·타해 방지를 위한 유의의무가 인정되기 위해서는 정신건강복지법 제39조에 의한 선순위 보호의무자이면서, 실제로 정신질환자를 보호하고 있어야 한다. 선순위 보호의무자가 정신질환자를 보호하고 있지 않은 경우 혹은 후순위 보호의무자가 정신질환자를 실제 보호하고 있는 경우에는 적어도 정신건강복지법 상의 보호의무는 인정되지 않는다.

이와는 달리 정신건강복지법 제39조 보호의무자의 순위는 보호의무자에 의한 입원 등에 있어서 동의권자의 순서를 정한 것일 뿐이고, 보호의무자의 의무는 동법 제39조의 순위와는 상관없이 다수의 보호의무자에게 요구된다고 본다면, 동법 제40조 자해·타해 방지를 위한 유의의무를 부담하는 자는 보호의무의 순위와 상관없이 보호의무자 중 누가 요보호자를 사실상 보호하고 있는지에 따라 달라지게 된다.

문제는 여기서 말하는 ‘보호’가 무엇을 의미하는가 하는 점이다. 형법상 유기죄에서 보호의무는 노유, 질병 기타 사정으로 인하여 부조를 요하는 자에 대하여 일상생활을 하기 위한 동작을 조력하는 것을 의미한다.²⁹⁾ 정신질환자의 경우 일상생활을 하기 위한 동작에 타인의 조력을 필요로 하지 않는다. 오히려 일상생활을 하기 위한 동작에 타인의 조력이 필요한 경우는 발달장애인이거나 치매환자가 더욱 그러할 것이다.

민법상 부양의무는 경제적 곤궁을 겪고 있는 피부양자를 경제적으로 부양하는 것을 의미한다.³⁰⁾ 그런데 정신질환자는 질환에도 불구하고 일상생활을 영위하고 있는 경우가 적지 않아 그들이 당연히 경제적 곤궁상태에 있다고

29) 임웅, 『형법각론(제7정판)』, 법문사, 2016, 125~126면.

30) 윤진수 편, 앞의 책, 1468면.

단정할 수 없다. 설사 그가 경제적 곤궁상태에 있다고 하더라도 경제적 곤궁에 대한 부양으로부터 자해·타해 방지를 위한 유의의무를 이끌어내는 것은 무리하다. 정신질환자가 성년인 경우 가족과 공동생활을 하지 않는 경우가 많고, 특히나 후견인은 더더욱 그러하기 때문에 생활공동체로부터 보호의 의미를 끌어낼 수도 없다.

이처럼 정신건강복지법 상 보호의 의미가 매우 모호하기 때문에 자해·타해 방지를 위한 유의의무를 부담하는 ‘정신질환자를 보호하고 있는 보호의무자’를 특정하기가 매우 곤란하다. 그리하여 실제로 자해·타해 방지를 위한 유의의무에 근거하여 민법 제755조 감독자책임을 인정한다고 하더라도 실제로 감독의무를 부담하는 보호의무자의 범위는 매우 좁아지거나 존재하지 않게 된다.³¹⁾

2. 보호의무의 내용: 자해타해 방지를 위한 유의의무

정신건강복지법이 목적으로 하는 것은 국민의 정신건강증진과 정신질환자가 인간다운 삶을 영위하는 데 이바지하는 것이다. 이 법을 통해 정신질환자가 제3자에게 가하는 위해행위를 예방한다거나, 그러한 위험이 있는 정신질환자를 사회로부터 격리하는 것을 목적으로 하지 않는다. 문제는 그럼에도 불구하고 이 법 제39조 및 제40조에서 정하고 있는 보호의무자의 의무, 특히 제3항 자해·타해방지를 위하여 유의하여야 할 의무로부터 보호의무자의 피감독자에 대한 감독의무를 도출해 낼 수 있는가, 그리하여 제3자에 대한 감독의무자의 손해배상책임을 인정할 수 있는가 하는 것이다.

이와 관련한 학설을 검토하기로 한다. 먼저 정신건강복지법상 보호의무자가 민법 제755조 법정감독의무자가 된다고 하면서 구체적 근거를 밝히지 않아 법정감독의무가 정신건강복지법상 자해·타해방지를 위하여 유의하여야 할

31) 정신건강복지법 상 자해·타해 방지를 위한 유의의무에 근거하여 감독의무가 인정됨을 전제로 하는 경우 정신건강복지법 제39조의 보호의무자 순위에 따라 보호의무가 인정되고, 그 순위에 따라 민법 제755조 감독자책임을 부담하는 법정감독의무자의 순위도 결정된다는 견해로는 방재호, “정신질환자의 불법행위에 대한 감독자책임 - 책임주체에 관한 논의를 중심으로 -”, 의생명과학과 법, 제20권, 원광대학교 법학연구소, 2018, 191면.

의무에 의한 것인지 분명하지 않은 경우가 있다.³²⁾ 후견인이 민법 제755조의 법정감독의무자가 된다고 하면서 그것이 정신보건복지법 상 보호의무자의 지위에서 인정되는 것인지 아니면 민법 상 신상보호의무를 부담하는 후견인의 지위에서 인정되는 것인지 분명하지 않은 경우도 있다.³³⁾

반면 정신건강복지법 상 자해·타해방지를 위한 유의의무가 감독의무의 근거가 됨을 분명히 밝히고 있는 견해도 있다.³⁴⁾ 이 견해는 우선 성년후견인의 신상보호의무는 정신질환자의 감호까지 포함하지 않으므로, 민법 제755조 제1항의 법정감독의무자가 될 수 없음을 전제로 한다.³⁵⁾ 결국 정신건강복지법 상 자해·타해방지를 위하여 유의하여야 할 의무는 피해자에게 발생한 손해전보의 곤란을 해결하기 위한 차선책이며, 정신건강복지법 시행규칙 제34조에서 정신질환자가 자신의 건강 또는 안전이나 다른 사람에게 해를 끼칠 위험에 대하여 구체적으로 정하고 있기 때문에 정신건강복지법 상 단순한 주의적 규정이 아니라는 것이다.³⁶⁾

그러나 정신질환자의 자해·타해방지를 위하여 유의하여야 할 의무로부터 정신질환자에 대한 감독의무, 더 나아가 제3자에 대한 손해배상책임을 인정할 수는 있을 것인지는 상당히 의문이다. 먼저 정신건강복지법 상의 문구만 보더라도 ‘자해·타해를 방지하여야 할 의무’가 아니라 ‘자해·타해를 방지하기 위하여 유의하여야 할 의무’에 지나지 않는다.³⁷⁾ 정신질환자가 갖는 자해·타

32) 김승표(김용담 편), 앞의 책, 452면.

33) 김준호, 『민법강의(제22판)』, 법문사, 2015, 1885면.

34) 방재호, 앞의 글, 185~186면; 최성경, “성년 책임무능력자의 감독자의 책임”, 아주법학 제11권 제1호, 아주대학교 법학연구소, 2017, 81면.

35) 이와는 달리 민법 제947조 성년후견인의 신상보호의무에 근거하여 성년후견인에게 민법 제755조 법정감독의무자의 지위를 인정하는 견해도 있다: 김은효, 『성년후견제도의 이론과 실무』, 진원사, 2016, 277~278면.

36) 이 견해에 따르면이라도 결과적으로 심신상실자에 대해서는 후견인이 민법 제755조 법정감독의무자가 된다. 다만 그 근거는 후견인의 신상보호의무가 아니라 정신건강복지법 상 자상타해방지의무에 있다는 것이다.

37) 제철웅, “성년후견인의 민법 제755조의 책임 - 그 정당성에 대한 비판적 검토-”, 법조, 통권 제670호, 2012, 42면 이하 역시 성인인 정신질환자가 제3자에게 가해하는 것을 예방할 법률상의 의무를 이들에게 지운다는 것은 아무 대가 또는 반대적 이익제공 없이 공익을 위한 특별한 희생을 요구하는 것이라고 하면서, (구) 정신보건법 제22조 자상타해방지를 위하여 유의하여야 할 의무를 단순한 책무 예컨대 보호의무자가 우연히 그와 같은 위험성을 발견하였다면 정신질환자로 하여금 치료받도록 도움을 제공하기 위하여 노력하여야 한다는 의미에 지나지 않는다고 하여 같은 입장을 취한다.

해의 위험은 질환의 발현이다. 따라서 정신질환자의 보호의무자가 정신질환자의 자해·타해방지를 위하여 유의하여 한다는 것 역시 정신질환이 악화되는 것을 예방하거나 정신질환을 치료하기 위한 것이지 질환으로 인한 위험으로부터 타인을 보호하고자 함이 아니다. 이는 정신질환의 예방·치료, 정신질환자의 재활·복지·권리보장이라는 정신건강복지법의 목적을 통해서도 확인할 수 있다.³⁸⁾ 또한 정신건강복지법 시행규칙 제31조 제3호에 의하여 정신질환자의 보호의무자 중 부양의무자는 그의 부양의무 이행을 서면으로 거부하거나 포기할 수 있어 보호의무자의 지위 또한 매우 빈약하다.

그러나 민법 제755조 감독자책임과 관련하여 보다 근본적으로 문제가 되는 것은 정신질환자가 심신상실 중에 타해행위를 하는 것을 예방하는 것이 가능한가 하는 점이다. 미성년자에 대한 감독은 교육 혹은 교양을 통해 이루어지게 될 것인데, 질환을 앓고 있는 성년자에 대한 감독은 교육이나 교양으로 가능하지 않다. 감독자책임이 문제되는 경우에 그들의 타해위험은 질환에서 비롯된 혹은 질환으로 인하여 심신상실에 빠진 상태에서 이루어진 것이기 때문에 그들에 대한 감독은 질환을 치료하거나 그가 타해행위를 하지 못하도록 행동을 제약하는 방법으로 이루어질 수 밖에 없다. 그러나 치료는 개인의 자기결정권과 관련된 것으로 심신상실의 가능성이 인정되거나 타해위험이 인정된다고 하더라도 그러한 잠재적 위험만으로 그에게 치료를 강제할 수는 없다. 그렇다면 남은 방법은 감금과 같이 질환자의 행동의 자유를 제한하는 것 뿐인데, 타해위험의 가능성만으로 그것이 허용되지 않음은 당연하다. 그렇다면 정신질환을 앓고 있는 자가 불법행위로 타인에게 손해를 가하는 것을 특정인의 일반적이고 포괄적인 감독을 통해 예방하는 것은 불가능하다고 할 것이다.

또한 연령을 기준으로 포괄적 일반적 감독의무가 인정되는 미성년자와 달리 성년자의 경우 그가 정신질환을 앓고 있다는 이유만으로 그가 당연히 심신상실 상태에 있다거나 그의 가해행위가 당연히 그의 질환으로부터 비롯된 것이라고 단정할 수 없다. 더 나아가 그가 앓고 있는 질환의 특성상 의식장애가 예상되거나 타해위험이 인정된다고 하더라도 그러한 위험만으로 미성년자

38) 고명식, 앞의 글, 150면에서도 정신건강복지법의 목적에 비추어 볼 때 성년후견인이 보호의무자라고 하여 정신질환자의 법정 감독의무자가 될 수 없다고 한다.

의 경우처럼 자기 행위의 책임을 변식할 정도의 정신능력이 결여된 상태라고 할 수는 없다. 심신상실 중에 있었는지의 판단은 의학적 개념과 반드시 일치하지 않으며, 책임능력 유무를 결정하기 위한 요건으로 요구되는 법률적 개념이기 때문이다. 그렇기 때문에 누군가 정신질환을 앓고 있다고 하여 그가 심신상실 상태에 있는지 여부를 판단하지 않는다. 심신상실에 대한 판단은 정신질환자의 불법행위가 있는 후에 이루어진다. 요컨대 정신질환자의 불법행위 후 판단해 보니 정신질환자의 자해·타해를 방지하기 위하여 유의하였어야 하는 의무가 감독자의 손해배상책임을 발생시키는 감독의무였을 수도, 그렇지 않을 수도 있게 되는 것이다.

그렇다면 정신질환자의 심신상실을 사전에 알 수도 없고, 타해를 예방하는 것도 불가능한 보호의무자가 감독자책임의 위험에서 벗어날 수 있는 방법은 제755조 제1항 제2문 감독의무를 게을리하지 아니하였다는 항변을 적극적으로 활용하는 방법 밖에 없을 것이다.³⁹⁾ 그런데 보호의무자는 무엇을 통해 감독의무를 게을리하지 아니하였다고 항변할 수 있을까? 일상생활에서 성년인 정신질환자에 대해 미성년자의 경우처럼 교육이나 교양의 의무가 없음은 이미 밝힌 바 있다. 이것은 그에게 타해의 징조가 보인다고 하더라도 마찬가지이다. 타해의 징조가 질환에 의한 것이라면 교육이나 교양을 통한 개선은 사실상 불가능하고, 그것이 질환에 의한 것이 아니라면 애초에 성년자에 대해 교육이나 교양의 의무는 발생하지 않기 때문이다. 그렇다면 보호의무자의 감독으로 생각할 수 있는 방법은 정신질환의 치료, 입원, 정신질환자의 타해위험을 제3자에게 통지하는 것, 그리고 위험행위가 발현될 때에 그것을 통제하는 것 등이 있다. 이들 각각의 타당성에 대해 살펴보기로 한다.

먼저 정신건강복지법 상 보호의무자의 주된 역할이 입원에 대한 동의에 있고, 동법 제43조 제2항 제2호 및 동법 시행규칙 제34조 제1항 제2호에서 타인의 건강 또는 안전에 중대하거나 직접적인 위해를 가하는 경우, 직접적인 위해를 가할 개연성이 높다고 인정되는 경우, 상습적인 위해를 가하는 경우에는 보호의무자에 의한 입원의 필요성을 인정하고 있다는 점에 비추어 볼 때 보

39) 미성년자의 경우에는 법정감독의무자의 포괄적 일반적 감독의무가 인정되어 민법 제755조 제1항 제2문의 항변이 거의 인정되지 않아 사실상 무과실책임으로 운용된다.

호의무자가 타해위험이 있는 정신질환자를 입원시켜 그의 감독의무 이행을 증명할 수 있는가, 반대로 보호의무자가 그러한 위험이 있는 환자를 입원시키지 않았다면 감독의무 이행에 대한 항변이 인정되지 않는가 하는 점이 문제된다.

정신건강복지법 제43조 보호의무자에 의한 입원의 경우 타인에 대한 위해의 판단은 보호의무자가 아니라 정신건강의학과 전문의에 의하여 이루어진다. 이 조항은 타해위험이 있는 정신질환자를 입원시키는 것을 목적으로 하지 않는다. 오히려 정신질환자의 의사와 상관없이 보호의무자에 의하여 환자가 입원조치 되는 것을 막기 위하여 입원 요건과 절차를 강화한 규정이다.⁴⁰⁾

정신건강복지법 제2조 제5항은 정신질환자의 입원을 최소화하고, 정신건강증진시설에 환자가 자신의 의지로 입원하는 것을 권장한다. 그 밖에 동법 제40조 제2항 역시 보호의무자는 보호하고 있는 정신질환자가 입원 등을 할 필요가 있는 경우 정신질환자 본인의 의사를 최대한 존중하여야 한다고 규정하고 있다. 따라서 보호의무자가 타해위험이 있는 환자에 대하여 입원신청을 하지 않았다고 해서 그에게 의무위반에 따른 손해배상책임을 물을 수는 없을 것이다.⁴¹⁾⁴²⁾ 또한 정신건강복지법은 보호의무자에게 정신질환자의 질환여부, 타해위험 등에 대하여 보고하고나 신고하여야 할 아무런 의무를 부과하고 있지 않으므로 보고나 신고를 통해 정신질환자에 대한 보호의무가 타인에 대한 불법행위 예방을 위한 감독의무로 연장된다고 할 수도 없다.

40) 2016년 5월 29일 공포하여 2017년 5월 30일부터 시행되고 있는 정신건강복지법(공포번호 제 14224호) 개정이유 참조.

41) 그렇지 않다면 정신질환자의 보호의무자는 적극적으로 그의 입원을 신청함으로써 감독자책임에서 벗어나고자 할 것이고, 이것은 보호의무자에 의한 정신질환자의 입원을 권장하는 결과를 낳게 된다.

42) 박인환, “정신장애인의 인권과 지역사회통합의 관점에서 본 2016년 정신건강증진법의 평가와 과제”, 의료법학 제17권 1호, 대한의료법학회, 2016, 249면에 따르면 부양의무자는 자상타해의 위험을 방지하기 위하여 입원에 동의할 수 있는데, 그 전제는 부양의무자가 정신장애인이 타인을 해하는 등 위험을 초래하지 않도록 방지할 의무를 부양의무자에게 부과하고 있다는 점에 있다고 한다. 그러면서 법원으로부터 신상결정권한을 부여받는 후견인의 경우와 비교하여 (구)정신보건법상 부양의무자라는 이유만으로 신상결정에 관한 권한이 너무 쉽게 인정된다고 비판하고 있다. 요컨대 부양의무자의 자상타해방지의무, 그 구체적 실현을 위한 입원에 대한 동의가 신상결정에 관한 권한으로부터 비롯된다고 보는 것이다. 그러나 여기서 더 나아가 부양의무자의 자상타해방지의무로부터 감독자책임을 인정할 수 있다고까지 보는 것인지에 대해서는 밝히고 있지 않다.

그럼 이제 남은 것은 타해위험의 개연성, 급박성, 직접성, 상습성 등이 인정되는 경우에 그의 행위를 직접적으로 통제하는 것뿐이다. 그러나 이러한 경우 정신건강복지법은 입원의 필요성을 인정할 뿐 보호의무자의 직접적인 행위통제를 인정하지 않는다. 보호의무자의 보호조치, 입원결정은 정신질환의 치료와 예방, 그리고 정신질환자의 자기결정권 존중이라는 큰 테두리 내에서 인정될 뿐이다. 다만 이러한 경우에 정신질환자의 보호의무자인 후견인의 업무로, 혹은 부양의무자의 부양의무로 그의 행위에 대한 통제가 가능한지는 별개의 문제이다.

결국 정신건강복지법 상 보호의무, 좀 더 구체적으로 자해타해 방지를 위한 유의의무를 단순한 책무를 넘어서 법적 의무로 인정한다고 하더라도 그러한 법적의무를 이행할 방법이 없다. 단순히 법적의무가 인정되는 관계로부터 감독자책임을 인정한다고 하더라도 보호의무자는 정신질환자에 대하여 포괄적, 일반적 감독이 불가능하기 때문에 정신질환자와 보호의무자의 관계를 통해 감독자책임을 구체적, 개별적으로 판단할 수 밖에 없다. 그러나 이 경우 감독자책임을 근거는 정신건강복지법 상의 보호의무가 아니라 보호의무자인 후견인이나 부양의무자의 민법 상 의무가 될 것이다.

V. 결 론

이상으로 민법 제755조 감독의무의 법적근거에 대하여 검토하였다. 결론적으로 감독의무의 근거로 제시되는 정신건강복지법상 보호의무, 민법 상 부양의무, 민법 상 후견인의 신상보호의무는 감독의무의 법적 근거가 될 수 없음을 확인하였다. 이들이 감독의무의 근거가 되지 못하는 한 민법 제755조 감독자책임을 감독의무위반에 따른 과실책임이라고 하든, 감독의무가 인정되는 관계에서 발생하는 무과실책임이라고 하든 후견인과 부양의무자의 감독자책임을 부정된다.⁴³⁾

이들의 감독의무가 부정되는 이유는 우선 질환으로 인한 타해위험을 교육

을 통해 예방할 수 없다는 데 있다. 이들의 타해위험은 연령이나 경험부족에 따른 미성숙에서 비롯된 것이 아니다. 이들의 타해위험은 이들이 가지고 있는 질환의 발현에 의한 것이다. 그러한 질환의 발현, 그리고 질환의 발현으로 인한 타해위험은 교육으로 예방할 수 없다.

이들의 타해위험을 예방할 수 있는 방법으로는 치료 및 입원을 생각할 수 있다. 그런데 치료, 입원과 같은 의료행위는 환자 본인의 의사에 반하여 이루어질 수 없다. 환자가 타해의 위험성이 높은 질환을 앓고 있다고 하더라도 동의능력이 있는 한 그의 의사에 반하여 입원이나 치료를 강제할 수 없다. 이는 후견인이나 부양의무자라고 하더라도 마찬가지이다. 따라서 이들에 대한 포괄적이고 일반적인 감독의무는 인정할 수 없다.

정신건강복지법 상 보호의무자는 정신질환자의 타해방지를 위하여 유의하여야 할 의무를 부담하지만, 이는 주의적 규정에 지나지 않는다. 이로부터 의무반에 대한 손해배상책임을 인정하기는 어렵다. 보다 근본적으로 정신건강복지법 상 보호의무, 민법 상 후견인의 신상보호의무, 부양의무자의 부양의무는 각각 보호의무자와 정신질환자, 후견인과 피후견인, 부양의무자와 부양권리자의 관계에서 문제되는 것이지 정신질환자, 피후견인, 부양권리자로부터 위해를 당한 제3자와의 관계에서 문제되는 것이 아니다. 따라서 이들 의무로부터 감독의무를 이끌어 내는 것은 타당하지 않다.

그렇다면 결국 성년책임무능력자의 불법행위로 손해를 입은 피해자는 아무에게도 배상을 받지 못하는 결과가 발생하게 된다. 그렇다고 하여 피해자 구제를 이유로 감독의무가 인정되지도 않는데 책임무능력자와 일정한 관계에 놓여져 있다는 이유만으로 억지로 감독의무를 지우고, 그에 따른 손해배상책임을 인정하는 것도 옳지 않다.⁴⁴⁾ 이러한 경우 사회보험을 통해 피해자를 구제하는 방법이 거론되기도 하지만⁴⁵⁾, 그보다는 민사법의 영역에서 이를 해결

43) 정신건강복지법상 보호의무자는 후견인, 부양의무자이며 민법 상 신상보호의무의 주체는 후견인, 부양의무의 주체는 부양의무자이다. 결국 정신건강복지법상 보호의무에 의하면, 민법 상 신상보호의무나 부양의무에 의하면 법정감독의무자가 될 수 있는 자는 후견인과 부양의무자이다.

44) 제철웅, 앞의 글, 47면에서도 피해자 구제를 위하여 누군가에게 감독의무를 부과하여야 한다는 것은 본말이 전도된 것으로 수용하기 어렵다고 한다. 그러면서 불법행위 또는 채무불이행에 의한 채무자가 엄연히 있더라도 채권을 실현하지 못하는 일이 수다한데, 불법행위 피해자가 심신상실 상태의 가해라는 이유로 손해를 배상받지 못하는 경우도 이와 다를 바 없다고 한다.

하기 위해 노력할 필요가 있다. 구체적으로 책임능력 제도를 재검토하거나,⁴⁶⁾⁴⁷⁾ 책임능력제도에 기초한 과실책임주의 하에서 가해자와 피해자 중 누가 손해리스크를 감당하는 것이 형평에 부합하는지에 따라 책임무능력자의 배상책임을 인정하는 방법⁴⁸⁾ 등이 논의될 수 있다. 본 연구는 그러한 후속연구의 시발점으로서의 의미를 갖는다.

투고일 : 2019. 4. 29.	심사일 : 2019. 5. 21.	게재확정일 : 2019. 5. 21.
--------------------	--------------------	----------------------

45) 제철웅, 위의 글, 47면; 방재호, 앞의 글, 200면.

46) 가정준, “불법행위책임과 ‘형사책임’ 체계의 분별에 대한 필요성 연구 -‘책임능력’을 중심으로 -”, 재산법연구 제35권 2호, 한국재산법학회, 2018, 205면 이하에서 형사책임과 민사책임에서 책임능력 제도를 분별하고, 불법행위법 체계에서 책임능력제도와 관련하여 피해자 중심의 규정과 해석을 제시하여야 할 필요가 있다는 점을 지적하고 있다. 제철웅, 위의 글, 47면에서도 역시 책임무능력의 판단기준을 재정립하여야 할 필요가 있다고 한다.

47) 방재호, 앞의 글, 200면 이하에서는 타인에게 손해를 가하였다면 심신상실자라고 하더라도 손해배상책임을 부담하도록 미국과 프랑스의 입법례를 참고하여 심신상실상태에 있는 정신질환자 자신으로 하여금 손해배상책임을 부담하게 하는 방식의 제도설계를 제안하고 있다.

48) 독일민법 제829조 형평책임에서 그러한 내용을 규정하고 있다.

참고문헌

- 김승표(김용담 편), 『주석민법 (채권각칙 8)』, 한국사법행정학회, 2016.
- 김은효, 『성년후견제도의 이론과 실무』, 진원사, 2016.
- 김준호, 『민법강의(제22판)』, 법문사, 2015.
- 김천수, 『진료에 대한 설명과 동의의 법리』, 대구대학교 출판부, 1999.
- 윤진수 편, 『주해친족법 제2권』, 박영사, 2015.
- 임웅, 『형법각론(제7정판)』, 법문사, 2016.
- 지원림, 『민법강의(제9판)』, 홍문사, 2002.
- 가정준, “불법행위책임과 ‘형사책임’ 체계의 분별에 대한 필요성 연구 - ‘책임능력’을 중심으로 -”, 재산법연구 제35권 2호, 한국재산법학회, 2018.
- 고명식, “고령자의 불법행위에 대한 손해배상책임 -책임무능력자에 대한 감독자책임을 중심으로 -”, 재산법연구 제34권 제2호, 한국재산법학회, 2017.
- 김천수, “한국 불법행위법에 관한 최근 입법논의”, 민사법학 제57호, 한국민사법학회, 2011.
- 방재호, “정신질환자의 불법행위에 대한 감독자책임 - 책임주체에 관한 논의를 중심으로 -”, 의생명과학과 법, 제20권, 원광대학교 법학연구소, 2018.
- 안병하, “미성년자 감독자의 책임구조 - 민법 제755조의 개정논의에 부쳐”, 법학연구 제24권 제1호, 연세대학교 법학연구원, 2014.
- 정상현, “책임능력있는 미성년자의 불법행위와 감독자책임”, 영남법학 제7권 제1·2호, 영남대학교 법학연구소, 2001.
- 제철용, “성년후견인의 민법 제755조의 책임 -그 정당성에 대한 비판적 검토 -”, 법조, 통권 제670호, 법조협회, 2012.
- 최성경, “성년 책임무능력자의 감독자의 책임”, 아주법학 제11권 제1호, 아주대학교 법학연구소, 2017.
- 박인환, “정신장애인의 인권과 지역사회통합의 관점에서 본 2016년 정신건강

- 증진법의 평가와 과제”, 의료법학 제17권 제1호, 대한의료법학회, 2016.
- 윤석찬, “의료행위에 대한 미성년자의 동의능력에 관한 고찰”, 법학논총 제28집 제1호, 전남대학교 법률행정연구소, 2008.
- 이재경, “한국과 독일에 있어서 환자의 동의능력에 관한 비교법적 연구”, 민사법학 제50권, 한국민사법학회, 2010.
- 이재경, “성년후견제도에 있어서 정신질환자에 대한 의료행위와 후견인의 동의권에 관한 연구”, 가족법연구 제26권 제3호, 한국가족법학회, 2012.

<국문초록>

성년책임무능력자의 불법행위에 대한 감독자책임 - 감독의무를 중심으로 -

이재경

정신질환자에 대한 감독의무의 근거로 제시되는 정신건강복지법상 보호의무, 민법 상 부양의무, 민법 상 후견인의 신상보호의무는 정신질환자를 보호하기 위한 것이다. 그것은 정신질환자의 불법행위로부터 제3자를 보호하기 위한 것이 아니다.

또한 정신질환자의 타해위험은 교육을 통해 예방할 수 없다. 따라서 정신질환자에 대해서는 미성년자의 경우처럼 포괄적, 일반적 감독의무를 인정할 수 없다. 정신질환자를 감독할 수 있는 방법으로는 치료와 입원을 생각할 수 있다. 그런데 치료와 입원은 강제할 수 없다. 따라서 치료와 입원을 통한 감독도 불가능하다.

이처럼 성년책임무능력자에 대하여 법정감독의무가 인정되지 않기 때문에 성년책임무능력자의 법정감독의무자는 존재하지 않는다. 그 결과 성년책임무능력자의 불법행위로 손해를 입은 피해자는 누구로부터도 배상을 받지 못하는 결과가 초래된다. 그렇다고 하여 피해자 구제를 이유로 감독의무가 인정되지도 않는데 책임무능력자와 일정한 관계에 놓여져 있다는 이유만으로 억지로 감독의무를 지우고, 그에 따른 손해배상책임을 인정하는 것은 옳지 않다. 이를 보험을 통해 해결하는 방법이 제시되고 있기도 하지만, 민사법의 영역에서 이를 해결하기 위해 노력할 필요가 있다. 구체적으로 책임능력 제도를 재검토하거나, 책임능력제도에 기초한 과실책임주의 하에서 가해자와 피해자 중 누가 손해리스크를 감당하는 것이 형평에 부합하는지에 따라 책임무능력

자의 배상책임을 인정하는 방법 등이 논의될 수 있다. 본 연구는 그러한 후속 연구의 시발점으로서의 의미를 갖는다.

주제어: 감독의무, 감독자책임, 정신건강복지법 상 보호의무, 신상보호, 부양 의무

<Zusammenfassung>

Haftung des Aufsichtspflichtigen bei unerlaubter Handlung von schuldunfähiger Volljährigkeit

Yi, Jae-Kyeong

Die folgende gesetzliche Pflicht - Schutzpflicht im Seelische Gesundheit und Fürsorge Gesetz, Unterhaltspflicht des BGB und Gesundheitsorge des Betreuer aus BGB begründen die Aufsichtspflicht für Psychiatrie-Patienten und fungieren zum Schutz von solchen Patienten, nicht für die Dritten gegen die unerlaubte Handlungen.

Zudem ist die Gefahr der Fremdschädigung nicht durch die Erziehung vorzubeugen. Deshalb für die Psychiatrie ist die umfassende allgemeine Aufsichtspflicht wie bei Minderjährige nicht zu bejahen. Als Alternative sind die ärztliche Behandlung und die Unterbringung im Krankenhaus zu betrachten. Sie dürfen jedoch von Rechts wegen nicht gezwungen werden, d.h. die Aufsicht durch Behandlung und Unterbringung ist unzulässig.

Keine Annahme von gesetzlichen Aufsichtspflicht zum vollhährigen Schuldunfähige führt zu keinen Aufsichtspflichtigen. Der Schaden wegen widerrechtlicher Handlung von Schuldunfähigen kann völlig nicht ersetzt werden. Es ist auch nicht überzeugend, dass die Aufsichtspflicht aus einer gewissen Beziehung von Schuldunfähigen zu bejahen ist und damit die Schadensersatzpflicht einzuräumen ist. Eine Ansicht, durch Versicherung zu lösen, ist im Schrifttum vertreten, aber es ist m.E. vorzugwürdiger, im Bereich des BGB zu lösen, beispielweise Schuldfähigkeitsprinzipen des

BGB nachzudenken oder Billigkeitshaftung im BGB einzuführen. Dieser Beitrag liefert einen Ansatzpunkt für diesen Problematik.

Stichwörter: Aufsichtspflicht, Haftung des Aufsichtspflichtigen,
Schutzpflicht im Seelische Gesundheit und Fürsorge Gesetz,
Gesundheitssorge, Unterhaltspflicht