

목 차

발간사

[일반논문]

- 피후견인에 대한 결격조항의 위헌성과 입법과제 박준모
 판단능력이 부족한 범죄피해자를 위한 의사결정지원모델 배광열·허정훈
 모색

[번역논문]

- Erwachsenenschutzrecht und Verfassungsrecht Volker Lipp
 독일의 성년자보호와 헌법-성년후견, 유숙 및 강제치료 폴커 립

[현장기고]

- 우리가 우리에게 손을 내밀어 끌어주는 것에 대해 정지영
 꿈꾸는 삶 박현진

발간사

제 철 응

(한국후견·신탁연구센터장/
한양대학교 법학전문대학원 교수)

후견·신탁연구센터는 2016년 발족하였지만, 소속 연구원들은 2013년부터 치매, 발달장애, 정신장애 등으로 의사결정에 장애가 있는 성인들이 우리 사회에 통합되어 같이 살아갈 수 있게 사회제도와 실무를 개혁하기 위해 2013년부터 연구, 현장활동가 지원, 법령이 정비 및 정책 제언, 대국민홍보 활동을 수행해 왔다. 그동안의 연구와 실무가 지원 활동을 통해 우리 센터는 의사결정능력에 장애가 있더라도 활동지원을 받으면서 시민사회에 통합되어 지역사회에서 독립생활을 영위하는 것을 지향하면서, 핵심 수단이 장애인의 자기결정권 존중, 의사결정지원이라는 점을 알리려고 애써 왔다. 연구자들 사이에서, 활동가들 사이에서, 정책입안자들 사이에서, 시민들 사이에서 이런 인식이 확산될 수 있도록 하고, 상호 의견을 교환할 수 있는 공론의 장으로 우리 센터는 2018년 “후견과 신탁” 학술지를 발간하였고, 어느덧 2년이 지나 이제 5호를 발간하게 되었다. 감회가 새롭지 않을 수 없다. 학계와 실무계에서 의사결정능력 장애인의 사회통합과 지역사회 독립생활의 지원, 자기결정권의 존중과 의사결정지원의 중요성에 대한 인식이 확산되어 가고 있는 것에 우리 후견·신탁연구센터와 이 잡지의 기여가 적지 않다고 자부한다.

이번 호에는 후견개시를 원인으로 한 결격조항의 문제점, 의사결정지원의 항 유형으로서 범죄피해자 지원 등을 다룬 두 편의 논문을 게재하게 되었다. 또한 정신병원에 비자의입원한 정신장애인의 의사결정을 지원하기 위한 절차보조사업에 참여하고 있는 동료활동가들의 목소리를 전달하기 위해 그들의 글을 싣게 되었다. 그리고 판단능력의 행사에 장애가 있는 성인의 보호를 둘러싼 헌법상의 쟁점을 다룬 독일 Volker Lipp 교수님의 독일 논문을 번역하여 해외자료로 소개한다. 귀한 원고를 보내주신 여러분들께 감사

4 「후견과 신탁」 제3권 제1호

드리고 앞으로 우리 학술지가 학술논문 만이 아니라 현장의 목소리, 나아가 국내외의 정보제공의 플랫폼이 될 수 있도록 더 많은 성원과 관심을 베풀어 주시기를 바라면서 제5호의 발간사에 갈음하고자 한다.

피후견인에 대한 결격조항의 위헌성과 입법과제*

박준모 **

[목 차]

- | | |
|--|----------------------------------|
| I. 들어가며 | IV. 국회에서의 심사 및 범정부차원의 논의 |
| II. 피후견인에 대한 결격조항의 현황 및 문제점 | V. 최근 일본의 입법동향과 향후 입법에 있어서의 고려사항 |
| III. 결격조항 폐지에 대한 우려의 시각 및 이에 대한 실증적 고찰 | VI. 나오며 |

[요 약]

피후견인 결격조항의 원조인 일본에서는 187개의 법률에 산재해 있는 결격조항을 2019년 6월 일괄법률로써 폐지하였다. 후견선고 개시만으로 피후견인을 기계적·영구적으로 결격시키는 법률조항은 후견선고와 결격 간의 부당 결부로서 행정편의적 발상의 산물이다. 성년후견제도는 그 도입목적이 피후견인 보호 및 지원에 있을 뿐, 사회안전망 구축에 있지 않은바, 피후견인 결격 제도는 성년후견제의 본질에서 벗어나 직업선택 자유·평등권을 침해하는 위헌적 제도이므로 속히 폐지할 필요가 있다. 최근 국회에서는 이러한 문제를 인식하고 입법개선을 위한 적극적 시도를 하고 있고, 그 결과 이제는 문제에 대한 공감대가 범정부 차원으로 확산되었다. 법률의 개정이라는 가시적 성과가 나오기 위해서는 향후 법안 발의 및 심사에 있어, 결격조항 폐지 시 사회적 위험 증대의 우려는 증명되지 않아 막연하며 사회안전망 관점에서 결격보다 후견인의 역할 강조가 필요하다는 점이 충분히 음미될 필요가 있다. 본 논문에서는 피후견인 결격조항의 현황 및 문제점에 대해서 먼저 살핀 후, 결격조항 폐지에 대한 일각의 우려에 대하여 검토하고, 제도개선을 위해 그간 국회에서 이루어진 심사 경과 및 이에 따른 범정부차원의 개선작업에 대해 소개함과 아울러, 피후견인에 대한 결격조항의 원조라 할 수 있는 일본의 결격조항 일괄폐지 동향 및 시사점에 대해서도 고찰함으로써, 향후 이루어질 입법적 개선에 있어서 일정한 방향성과 고려사항을 제시하고자 한다.

주제어: 성년후견제, 피후견인, 결격조항, 인권, 직업의 자유, 평등권, 입법과제

* 이 글은 국회입법조사처 2019. 12. 27. 발간 「NARS 현안분석(제93호) “피후견인 결격조항 폐지의 필요성과 입법과제”」를 기초로 하여 일부 수정한 것이다.

** 변호사, 국회입법조사처 정치행정조사실 입법조사관(서기관), june8230@naver.com

I. 들어가며

1990년부터 검찰청에서 약 25년간 근무하다가 2015년 11월경 불의의 사고로 혼수상태에 빠진 한 법무부 소속 수사 공무원이 있었다. 입원이 장기화되자 그의 배우자는 병원비를 조달하기 위해 남편 명의의 주택을 매각할 필요를 느꼈고, 적법한 대리권을 얻기 위해 성년후견신청을 하여 2016년 12월경 후견개시 결정을 받았다. 이후 약 2년간의 질병휴직에도 나아질 기미가 보이지 않자 위 공무원의 배우자는 2018년 3월경 명예퇴직을 신청하였다. 그러나 법무부로부터 받은 회신은 명예퇴직이 아니라, 2016년 12월경 후견개시 결정 시점에 이미 공무원 신분이 당연히 박탈되었으므로 그 이후 수령하였던 급여 약 2,600만원과 공무원 단체보험으로 받은 보험금 약 1,000만원을 반환하라는 통지서였다.¹⁾

이는 피후견인에 대한 결격조항(이하 “피후견인 결격조항”, 위 사안에서는 「국가공무원법」 제33조2)제1호)의 폐해를 단적으로 드러내는 사례이다. 피후견

1) 전해철 국회의원·김승희 국회의원·국가인권위원회·한국후견신탁연구센터 공동주최 「정신적 장애인에 대한 제도적 차별 개선을 위한 토론회」(2018. 12. 19.) 자료집 14면 이하(성년후견 및 결격조항 피해자 가족의 사례 발표), 연합뉴스 2018. 4. 9.자 「의식불명 검찰직원 ‘명퇴’ 신청 최종 거부... 가족 반발」 기사

2) 「국가공무원법」 제33조(결격사유) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 공무원으로 임용될 수 없다.

1. 피성년후견인 또는 피한정후견인

2. 파산선고를 받고 복권되지 아니한 자

3. 금고 이상의 실형을 선고받고 그 집행이 종료되거나 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 5년이 지나지 아니한 자

4. 금고 이상의 형을 선고받고 그 집행유예 기간이 끝난 날부터 2년이 지나지 아니한 자

5. 금고 이상의 형의 선고유예를 받은 경우에 그 선고유예 기간 중에 있는 자

6. 법원의 판결 또는 다른 법률에 따라 자격이 상실되거나 정지된 자

6의2. 공무원으로 재직기간 중 직무와 관련하여 「형법」 제355조 및 제356조에 규정된 죄를 범한 자로서 300만원 이상의 벌금형을 선고받고 그 형이 확정된 후 2년이 지나지 아니한 자

6의3. 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제2조에 규정된 죄를 범한 사람으로서 100만원 이상의 벌금형을 선고받고 그 형이 확정된 후 3년이 지나지 아니한 사람

6의4. 미성년자에 대한 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 죄를 저질러 파면·해임되거나 형 또는 치료감호를 선고받아 그 형 또는 치료감호가 확정된 사람(집행유예를 선

인 결격조항은 후견선고를 받았다는 사실만으로 피후견인에 대해 공무담임, 각종 공인자격, 또는 각종 법인·단체 임직원 등의 지위를 기계적·영구적으로 박탈시킨다. 후견선고를 받았다는 사실만으로 결격하는 방식은 종래 금치산·한정치산제도에 있어서 행위무능력을 전제로 한 접근³⁾이었는데, 이는 현존능력의 최대한의 활용과 이를 전제로 하는 자기결정권의 존중 그리고 이를 통한 사회 참여의 촉진(정상화)이라는 성년후견제도(2013. 7. 1. 시행)의 이념 및 도입취지와 모순된다.

피후견인 결격조항은 일정한 직역에 대한 “진입”에 있어서 피후견인의 능력에 관하여 실질적 심사 없이 피후견인을 배제하는 결과를 초래한다. 정신적 제약으로 사무처리능력 부족한 경우 개시되는 한정후견의 경우 피후견인의 직업의 자유가 심대히 침해될 수 있다. 한편, 정신적 제약으로 사무처리능력이 지속적으로 결여되는 경우 개시되는 성년후견의 경우에 있어서는 일정한 직역으로부터의 “퇴출”에 있어서 피후견인 스스로 휴직·휴업·명예퇴직 신청 등의 기회를 박탈하는 문제를 야기한다.

이는 명백한 평등권 침해이기도 하다. 정신적 제약이 있는 모든 경우에 후견을 개시하는 것이 아니고 실제로 약 1% 미만의 경우에 후견을 개시하는데, 이러한 경우에만 기계적·영구적으로 결격이라는 제재를 가하는 결과를 초래한다. 한편 결격의 다른 유형(범죄전과·파산 등)과 달리 피후견인에게 어떠한 귀책사유가 없음에도, 일정한 사유(예: 형확정 후 5년 도과, 파산선고 후 복권)에 따라 결격이 해제되는 다른 유형보다 가혹하게 영구적 결격이라는 제재를 가하는 것이기 때문이다.

고받은 후 그 집행유예기간이 경과한 사람을 포함한다)

가. 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제2조에 따른 성폭력범죄

나. 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제2조제2호에 따른 아동·청소년대상 성범죄

7. 징계로 파면처분을 받은 때부터 5년이 지나지 아니한 자

8. 징계로 해임처분을 받은 때부터 3년이 지나지 아니한 자

3) 금치산, 한정치산 제도는 행위무능력자를 사회활동에서 배제하여 그를 보호함과 동시에 그가 사회에 끼칠 위험을 방어하기 위한 제도였다고 할 수 있는 데 반하여, 성년후견제도는 피후견인에 대한 지원을 통하여 사회 참여, 정상화가 가능하게 함으로써 피후견인을 보호하기 위한 제도이다.

이러한 위헌성의 문제 이외에도 결격조항은 그 자체로 정신적 장애인에 대한 낙인·배제라는 사회문화적 현상을 확산시킨다. 피후견인 결격은 비교법적 유래를 찾기 어려운 일본의 독특한 제도인데, 별다른 비판 없이 우리 행정법령에 계수되어 법률 이외에 조례 등 자치법규, 회사의 정관, 심지어 아르바이트 모집공고에까지 확대재생산되었다. 정작 피후견인 결격조항의 원조인 일본에서는 2019년 6월 187개 법률에 산재해 있는 결격조항을 일괄 폐지한 상태이다. 그럼에도 일부 행정부처에서 결격조항 폐지로 인한 사회적 해악에 대하여 검증되지 않은 막연한 우려의 시각을 가지고 있어 결격조항 폐지가 차일피일 미뤄지고 있다.

이 글에서는 피후견인 결격조항의 현황 및 문제점에 대해서 먼저 살핀 후, 결격조항 폐지에 대한 일각의 우려에 대하여 검토하고, 제도개선을 위해 그간 국회에서 이루어진 심사 경과 및 이에 따른 범정부차원의 개선작업에 대해 소개함과 아울러, 피후견인에 대한 결격조항의 원조라 할 수 있는 일본의 결격조항 일괄폐지 동향 및 시사점에 대해서도 고찰함으로써, 향후 이루어질 입법적 개선에 있어서 일정한 방향성과 고려사항을 제시하고자 한다.

II. 피후견인에 대한 결격조항의 현황 및 위헌성

1. 피후견인 결격조항의 유래와 현황

1) 피후견인 결격조항의 유래

피후견인 결격조항은 우리나라와 일본 외에는 비교법적 유래를 찾기 어려운 것으로서, 과거 우리 입법에 큰 영향을 미쳤던 일본의 관계 법률을 계수하는 과정에서 일본법에 있던 결격조항이 진지한 검토와 평가, 입법적 결단 없이 우리의 법률로 수용되고 그 후 유사 분야의 법률 제정 과정에서 별다른 문제의식 없이 복제된 결과로 이해된다.⁴⁾⁵⁾

4) 박인환, 「새로운 성년후견제도의 시행과 결격조항 정비의 과제」, 비교사법 제21권3호, 2014, 1227면 이하

5) 현소혜, 「성년후견제도 도입에 따른 관계법령의 개선방안 - 특히 결격조항의 정비를

일본에 있어서 최초의 결격조항은 障害者에 대한 것으로서 1878년 「부현회 규칙(府縣會規則)」(太政官布告 제18호) 제13조에 지적·정신장애자(瘋癲白痴の者)는 의원(議員)이 될 수 없다고 규정한 것으로 알려져 있다. 비슷한 시기 1884년 「화약류단속규칙(火藥類取締規則)」(太政官布告 제31호) 제9조에서는 16세 미만의 자와 함께 지적·정신장애자(白痴瘋癲者)에게 화약류 매도를 금지하였고, 1896년 「선박직원법(船舶職員法)」(법률 제68호) 제6조에서는 지적·정신장애자(白痴瘋癲者)와 신체불구인 자는 직무에 부적당한 자로 규정하였다. 그 후 1906년 제정된 「의사법(醫師法)」에서 미성년자, 금치산자, 준금치산자, 농자·아자 및 농아자에게는 면허를 부여하지 않는다고 규정하였다. 제2차세계대전 이전에는, 일본에서 장애와 피후견 등을 이유로 하는 결격조항의 수는 그다지 많지 않았으나, 전후(戰後) 일본헌법 제정에 따른 법령의 일제 정비과정에서 권리 제한의 법률적 근거 마련 차원에서 같은 분야의 법령에 결격조항이 나란히 삽입되는 경우가 많아지고 나중에 생긴 법률에까지 결격조항의 복제가 당연시 되면서 그 수가 크게 늘어나게 된 것으로 알려져 있다.⁶⁾

일본의 행정관계법률을 계수하는 과정에서 금치산자·한정치산자에 대한 일본법의 결격조항이 그대로 우리법에 들어왔고, 약 300개의 법률(국가공무원법을 준용하는 법령까지 포함하면 약 450개)에 규정되기에 이르렀다. 행위능력에 관하여 금치산 및 한정치산 제도를 폐지하고 성년후견·한정후견 등의 새로운 제도(성년후견제)를 도입하는 내용으로 민법이 개정(2013. 7. 1. 시행)되었는데, 기존 행위무능력자 제도 하의 금치산자·한정치산자에 대한 대부분의 결격조항이 피성년후견인·피한정후견인에 대한 결격조항으로 1:1 치환 개정되었다.

중심으로」, 가족법연구 제23권3호, 2011, 19면 이하, 귀속재산처리법 제9조는 귀속재산의 매수인에 대한 결격사유로서 그 제1호에서 “금치산자 또는 준금치산자”를 규정하고 있는바, 우리나라 법체계에 전혀 존재하지 않는 “준금치산”이라는 용어를 사용한 것 자체가 결격조항을 일본법으로부터 무분별하게 이식해 온 것이 아닌가 하는 의심을 강하게 불러일으킨다고 지적하고 있다.

6) 白井久美子編, 「障害者の缺格条項」, 明石書店, 2002, 38-41면(박인환, 전게서, 1227면 각주7에서 재인용)

2) 피후견인 결격조항의 현황 및 파급력

결격조항은 그 유형에 따라, ① 공무담임의 제한 또는 금지(예: 「국가공무원법」⁷⁾), ② 각종 전문자격 취득의 제한 또는 금지(예: 「변호사법」⁸⁾), ③ 각종 법인·기관·단체의 대표·임원·직원·사원·조합원, 각종 위원회의 위원 등으로서의 자격의 제한 또는 금지(예: 「공익법인의 설립 및 운영에 관한 법률」⁹⁾), ④ 각종 영업의 허가·면허·지정 또는 등록·신고의 제한 또는 금지(예: 「담배사업법」¹⁰⁾)로 대별(大別)할 수 있다.

법제처¹¹⁾에 따르면, 피후견인 결격조항이 있는 법령이 295개이며, 「국가공무원법」의 피후견인 결격조항을 준용하고 있는 법령이 158개로서, 총 453개의 결격조항이 존재하고 있다(2019. 4. 25. 기준).

〈표 1〉 피후견인 결격조항을 직접 규정하고 있는 법령 현황

(단위: 건)

결격대상	법령	합계	법률	시행령	시행규칙
피성년·피한정후견인 대상		237	227	6	4
피성년후견인 대상		58	57	1	

7) 각주2의 「국가공무원법」 제33조(결격사유) 참조

8) 「변호사법」 제5조(변호사의 결격사유) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 변호사가 될 수 없다.

8. 피성년후견인 또는 피한정후견인

9) 「공익법인의 설립 및 운영에 관한 법률」 제5조(임원 등) ⑥ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 공익법인의 임원이 될 수 없다.

2. 피성년후견인 또는 피한정후견인

10) 「담배사업법」 제14조(담배판매업 등록의 결격사유) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 제13조제1항에 따른 담배수입판매업 또는 담배도매업의 등록을 할 수 없다.

1. 미성년자 또는 피성년후견인·피한정후견인

제16조(소매인의 지정) ② 시장·군수·구청장은 제1항에 따른 소매인의 지정을 받으려는 자가 지정을 신청한 때에는 소매인 지정을 하여야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 자인 경우

가. 미성년자 또는 피성년후견인·피한정후견인

11) 법제처·법무부, 「피후견인을 불합리하게 차별하는 결격조항 정비방안」(2019. 7. 9. 국무회의 보고자료), 12면 이하

〈표 2〉 「국가공무원법」의 피후견인 결격조항을 준용하고 있는 법령 현황

(단위: 건)

결격대상 \ 법령	합계	법률	시행령	시행규칙
피성년·피한정후견인 대상	158	128	22	8

행정안전부¹²⁾에 따르면, 기존 행위무능력자(금치산자·한정치산자)에 대한 결격조항이 있는 조례 등 자치법규가 총 689건이고, 피성년후견·피한정후견으로 1:1 치환한 사례가 391건이었다(2017. 4. 기준). 행정안전부는 성년후견제도 안착에 박차를 가한다는 취지로 일제정비를 시도하였는데, 조례 등에서 정하는 결격대상은 공공기관 임직원 외에 이·통·반장, 징수대행인, 환경미화원 등이 포함되어 있다. 행정안전부는 조례 등의 정비가 되지 않는 경우 결격의 공백사태가 발생하다고 하면서, 정비에 있어 혼란이 발생하지 않도록 상위 법률의 정비사례를 제공하였다. 상위 법률의 결격조항은 자치법규의 모델이 되는 측면이 있고, 실무에 있어 자치법규 제정·개정에 지대한 영향력을 미치고 있으므로, 법률의 제정·개정에 더욱 신중을 기할 필요가 있다.

「국가공무원법」 등의 법률에 정한 피후견인 결격조항은 조례 등 자치법규에 그치지 않고, 회사 기타 법인의 정관, 사기업의 직원모집공고, 아르바이트 채용 공고에서도 그대로 활용되고 있는 실정이다.¹³⁾ 피후견인 결격조항은 장애계를 대표하는 단체들이나 인권단체들의 정관에서도 쉽게 찾아 볼 수 있다. 결국 이들 기관·단체들조차 관계 법률들에서 결격사유로 삼고 있는 조항을 관례적으로 인용하고 기계적으로 사용하고 있는 것을 알 수 있다.

‘피후견인=무능력자’라는 낙인은 우리사회의 다양한 영역과 일상생활 곳곳에 전파되어 차별과 인권침해를 확산하고 있다. 장애인의 권익을 대변하는 장애인 단체의 직원 모집공고에서조차 “사회복지사업법 제11조제2항의 결격사유에 해당하지 않는 자”, “국가공무원법 제33조 준용” 등을 응시자격 기준으로 제시하고

12) 행정안전부, 「행자부, 자치법규 일제정비로 성년후견제도 안착에 박차」(2017. 4. 5.)

13) 은종균, 국회입법조사처 주최 “성년후견제 도입에 따른 결격조항의 정비 현황과 개선과제” 심포지움 (2018. 4. 6.) 자료집 105면

있어 금치산자·한정치산자(1:1 치환 후에는 피성년후견인, 피한정후견인)을 결격 사유로 명시하고 있다. 또 장애인일자리사업에 참여할 구직자를 모집하는 사업 체들 역시도 마찬가지이다.

2. 피후견인 결격조항의 문제점

1) 결격의 정당성 결여 - 후견선고와 결격 간 부당결부의 문제

후견선고만으로 결격시키는 조항은 실질적 자격검증을 하지 않겠다는 행정 편의적 발상이다. 결격조항은 자격에 따른 직무 수행에 필요한 정신능력을 갖추고 있는지에 관한 객관적 판단 또는 증명이 곤란하거나, 이를 각 개별법령에 절차나 방법을 규정하여 처리하는 것이 절차상 번거롭기 때문에, 후견선고 자체를 기준으로 일률적으로 자격을 제한·박탈하는 것이다.

후견심판에서 평가대상이 되는 의사결정능력은 시간의 흐름에 따라 유동적이고, 의사결정대상별로 달리 판단될 수 있으며, 치료 등으로 상태가 호전될 수도 있음에도 일률적으로 자격을 제한·박탈하고 이를 다시 회복할 수 없게 하고 있다. 후견선고라는 사실 자체에서 직무부적격이 당연히 증명되는 것이 아님에도 이를 의제하고 있어 결격에 정당성이 부여되지 않기 때문에 피후견인에 대한 차별·인권침해의 결과가 발생한다.

결격조항은 「장애인의 권리에 관한 협약」 제5조¹⁴⁾ 또는 제12조¹⁵⁾ 등과 조화

14) 제5조(평등 및 차별) 1. 당사국은 모든 인간은 법 앞에서 그리고 법 아래 평등하며, 법이 인정한 동등한 보호 및 동등한 혜택을 차별 없이 받을 자격이 있다는 것을 인정한다.

2. 당사국은 장애를 이유로 한 모든 차별을 금지하고, 모든 이유에 근거한 차별에 대하여 장애인에게 평등하고 효과적인 법적 보호를 보장한다.

3. 당사국은 평등을 증진하고 차별을 철폐하기 위하여, 합리적인 편의 제공을 보장하기 위한 모든 적절한 절차를 취한다.

4. 장애인의 사실상 평등을 촉진하고 달성하기 위하여 필요한 구체적인 조치는 이 협약의 조건 하에서 차별로 간주되지 아니한다.

15) 제12조(법 앞의 동등한 인정) 1. 당사국은 장애인이 모든 영역에서 법 앞에 인간으로서 인정받을 권리가 있음을 재확인한다.

2. 당사국은 장애인이 모든 생활 영역에서 다른 사람들과 동등하게 법적 능력을 향유

되지 않을 뿐만 아니라, 같은 협약 제4조 1. (b)가 요구하는 “당사국은 장애인에 대한 차별을 구성하는 기존의 법률, 규정, 관습 및 관행을 개정 또는 폐지하기 위하여 입법을 포함한 모든 적절한 조치를 취할 것”과도 배치되는 것이다.¹⁶⁾

후견선고에 바로 연동되는 결격조치는 그 자체로 성년후견제 도입의 취지인 현존능력의 최대한의 활용·자기결정권의 존중과 배치되고, 사회참여의 촉진(정상화)과도 현저히 상치되어, 법체계적 모순이 지적될 수 있다.

2) 정신적 장애인의 분리·배제라는 사회문화적 현상으로 문제가 확산됨

결격조항은 성년후견제의 도입취지에 정면으로 배치되는 측면이 있다. 후견선고를 받았다는 사유만으로 어떤 자격이나 직무에의 접근가능성을 원천적으로 봉쇄하거나 그 동안 본인이 종사해 왔던 직무와 관련된 자격을 획일적으로 영구히 박탈하는 결격조항을 유지하는 것은 피후견인 지원·보호를 위하여 도입된 성년후견제도의 입법취지를 훼손한다. 정신적 장애인에 대한 심각한 낙인효과가 발생하여 정신적 장애인에 대한 분리·배제가 사회적 현상으로 고착되는 측면이 있다.

결격조항이 장애인의 지역사회 정착·자립을 막는 사회구조적 요인이 되고

함을 인정한다.

3. 당사국은 장애인이 법적 능력을 행사하기 위하여 필요한 지원에 접근할 수 있도록 적절한 조치를 취한다.

4. 당사국은 법적 능력의 행사와 관련된 조치를 취할 때 이것이 남용되지 아니하도록 국제인권법에 따라 적절하고 효과적인 안전장치를 제공하도록 보장한다. 그러한 안전장치는 법적 능력 행사와 관련된 조치가 개인의 권리, 의지 및 선호도를 존중하고, 이익의 충돌 및 부당한 영향이 없고, 개인이 처한 환경에 비례하고 적합하며, 가능한 빠른 시일 내에 적용되고, 권한 있고 독립적이며 공정한 당국 또는 사법기관의 정기적인 검토를 받도록 보장한다. 안전장치는 그러한 조치들이 개인의 권리와 이익에 영향을 미치는 정도에 비례한다.

5. 이 조항 규정에 따라, 당사국은 장애인이 재산을 소유 또는 상속할 수 있는 동등한 권리를 보장하고, 자신의 재정 상황을 관리하고, 은행대출, 담보 및 다른 형태의 재무신용에 대하여 동등하게 접근할 수 있도록 모든 적절하고 효과적인 조치를 취하며, 장애인의 재산이 임의적으로 박탈당하지 아니하도록 보장한다.

16) 자기결정권 존중을 위한 성년후견제 내실화 방안 마련에 대한 권고(국가인권위원회 결정, 2013. 5. 16.) 「국가인권위원회 결정례집」 제6권, 22면 이하

피후견인을 사회적으로 무능·열등한 존재로 낙인찍는 측면이 있는바, 이는 피후견인의 직무부적격성 논의와는 다른 차원으로서 일종의 사회적 현상의 문제이다.

결격조항의 확대재생산 문제로서, 개별 법률뿐만 아니라 회사 기타 법인의 정관, 사기업의 직원모집공고, 아르바이트 채용공고에서도 「국가공무원법」 결격조항이 활용되어 정식적 장애인에 대한 분리·배제가 하나의 사회적 현상으로 확산·고착되는 문제가 발생하는 면이 있다.

3) 영구적 결격조항의 기계적 적용으로 인하여 발생하는 예기치 않은 부작용·폐해¹⁷⁾

변호사·의사 등 전문자격의 영구박탈과 관련하여, 회복 시 재취득의 어려움으로 후견신청을 주저하게 되고, 휴직과 휴업보상의 기회가 상실될 수 있다. 성년후견 또는 한정후견의 개시를 자격취득의 결격사유로 삼게 되면, 힘들게 취득한 자격을 상실하게 될 것인바, 추후에 성년후견 또는 한정후견이 종료되었다 하더라도 이미 상실한 자격을 다시 취득해야 하는 어려움이 있게 된다. 한편, 자격증을 근거로 임용 또는 고용된 경우 임용관계 또는 근로관계에 기반한 휴직과 휴업보상 등을 얻을 기회를 상실하게 된다.

공무원 등 결격과 관련하여, 후견선고 즉시 결격으로 휴직신청·휴직수당의 이익이 상실될 수 있다. 결격사유의 존재를 알지 못하고 채용되거나 계속 근무한 경우 임용관계 또는 근로관계가 당연무효여서 연금 등의 혜택을 받지 못하게 되고, 사후결격인 경우에는 질병을 원인으로 한 휴직과 휴직수당을 받지 못하게 되는 불이익, 의료보험급여에서의 불이익 등이 수반된다. 만약 일정기간 동안 회복되지 않아서 더 이상 근무하기 어려운 경우 후견인이 본인을 대리하여 사직신청서를 제출하거나 고용주가 해임 또는 해고할 수 있는데, 그 기회가 박탈되는 것이다.

허가·등록 등을 필요로 하는 사업과 관련하여, 휴업 후 영업양도의 기회를 상실하게 할 수 있다. 질병, 장애 등으로 성년후견이나 한정후견이 개시된 경우에는 대부분 회복될 때까지 그 사업을 휴업하게 될 것이다. 휴업하는 기간이 길어

17) 제철웅, 「피성년후견 및 피한정후견을 이유로 한 결격조항의 폐지」, 외법논집(제42권제2호), 2018, 271면 이하

지거나 회복될 가능성이 없다면 그 사업을 다른 적당한 사람이나 기업에 양도할 수 있을 것인바, 후견 개시 시 허가나 등록을 필수적으로 취소하도록 할 경우 이러한 영업양도의 기회를 상실하게 된다. 결과적으로 사업을 양도하지 못한 채, 설비만을 양도할 수밖에 없다.

불의의 사고 시 치료 동의를 위한 후견과 관련하여, 부동의 치료라는 탈법을 조장할 수 있다. 의료나 요양을 위해 의사결정능력이 없거나 부족한 사람의 신체 자유 박탈, 신체 접촉과 침습에 대한 동의가 요구되는 때 본인을 대신하여 동의 권을 행사하는 것이 필요한 상황이 발생할 수 있다. 갑작스럽게 닥친 질병이나 장애 등¹⁸⁾으로 본인의 동의를 얻기 불가능하거나 어려운 경우, 의료나 요양서비스를 적법하게 받기 위해서는 법정후견인의 동의가 필요함에도 결격조항으로 인하여 후견개시 신청을 주저하게 되는 결과, 동의 없는 치료의 진행이라는 탈법이 조장되는 측면이 있다.

3. 피후견인 결격조항의 위헌성 검토- 피후견인의 기본권 침해 가능성

피후견인 결격조항으로 인하여 침해되는 피후견인의 헌법상 기본권으로는 기본적으로 직업선택의 자유, 평등권 침해가 문제될 수 있다.

1) 직업의 자유 침해 문제

직업의 자유 침해에 대한 판단기준으로서 우리 헌법재판소는 독일 연방헌법 재판소에 의하여 정립된 “단계이론”을 수용하고 있는바, 아래에서 “단계이론”의 내용을 소개하고 피후견인 결격조항에 적용하고자 한다.

단계 이론에 따르면, 직업의 자유에 대한 법적 규율이 직업수행에 대한 규율로부터 “직업선택”에 대한 규율로 가면 갈수록 자유제약의 정도가 상대적으로 강해져 입법재량의 폭이 좁아지게 되고, 직업선택의 자유에 대한 제한이 문제되는

18) 예를 들어, 교통사고 발생 직후와 같은 응급상황에서는 「응급의료에 관한 법률」에 따라 환자의 동의 없이 응급의료 지원이 가능하나, 응급처치 단계가 지났음에도 이른바 코마 상태에서 벗어나지 못하고 장기화 되는 경우에는 적법한 대리권 확보를 위해서 후견개시가 필요함

경우에 있어서도 일정한 “주관적 사유”를 직업의 개시 또는 계속수행의 전제조건으로 삼아 직업선택의 자유를 제한하는 경우보다는 직업의 선택을 “객관적 허가조건”에 걸리게 하는 방법으로 제한하는 경우에 침해의 심각성이 더 크므로 보다 엄밀한 정당화가 요구된다.¹⁹⁾

“주관적 사유”에 의한 제한의 경우, 주관적 요건을 갖추도록 요구하는 것이 누구에게나 제한 없이 그 직업에 종사하도록 방임함으로써 발생할 우려가 있는 공공의 손실과 위험을 방지하기 위한 적절한 수단이고, 그 직업을 희망하는 모든 사람에게 동일하게 적용되어야 하며, 주관적 요건 자체가 그 제한목적과 합리적인 관계가 있어야 한다는 비례의 원칙이 적용되어야 한다.²⁰⁾

“객관적 사유”에 의한 제한의 경우, 당사자의 능력·자격과 상관없는 제한이므로 월등하게 중요한 공익을 위하여 명백하고 확실한 위험을 방지하기 위한 경우에만 정당화될 수 있는바, 즉 엄격한 비례의 원칙이 그 심사척도가 된다.²¹⁾

결격조항은 자격의 박탈을 야기하므로 “직업선택”의 자유를 제한하는 것인데, 해당 직종에 필요한 능력이나 자질에 대하여 실질적으로 심사하는 것이 아니라, 「민법」상 후견요건에 해당함을 전제로 하여 후견선고, 즉 가정법원의 재판 결과에 기계적·획일적으로 연동되도록 하는 것이므로, 객관적 사유에 의한 제한²²⁾으로 볼 수 있다는 주장이 가능하다.

따라서, 결격조항의 존재 이유에 대해 “월등하게 중요한 공익”을 위하여 “명백하고 확실한 위험”을 방지하기 위한 것임이 증명되어야 함. 아울러, 객관적 사유에 의한 직업선택의 제한이 자유권적 기본권에 대한 중대하고 예외적인 제한

19) 헌법재판소 2003. 9. 25. 선고 2002헌마519 결정 등

20) 헌법재판소 2003. 6. 26. 선고 2002헌마677 결정 등

21) 헌법재판소 2002. 4. 25. 선고 2001헌마614 결정 등

22) 후견개시에 대한 법원의 심판 결과가 아니라 피후견인의 정신적 제약의 측면에 주목하는 관점에서는 “주관적 사유”에 의한 제한이라고 볼 수도 있으나, 피후견인 결격조항은 직무부적격자 모두에 대한 결격이 아니라 후견선고를 받은 피후견인에게만 후견선고를 받았다는 이유만으로 결격조치하는 것이어서, 헌법재판소 2003. 6. 26. 선고 2002헌마677 결정에서 제시하는 주관적 사유에 의한 직업선택의 자유 제한 요건 중 “그 직업을 희망하는 모든 사람에게 동일하게 적용되어야 한다”는 요건에 배치되고, 이하에서 검토하는 과잉제한금지의 원칙에 반하는 측면이 있다.

인 동시에 국가에게 기본권보장의무가 부과되어 있다²³⁾는 것을 고려할 때, “월등하게 중요한 공익”과 “명백하고 확실한 위험”에 대해서는 해당 직역을 관리·감독하는 국가기관이 이를 증명하여야 한다.

과잉제한금지 원칙은 세부심사척도로서 수단의 적합성, 침해의 최소성, 법익의 균형성을 모두 충족시킬 것을 요청하는바, 객관적 사유에 의한 직업선택의 자유 제한에 있어서는 엄격한 비례의 원칙이 적용된다.

후견선고에 바로 기계적·자동적으로 연동되는 결격조치는 그 자체로 성년후견제 도입의 취지인 현존능력의 최대한의 활용·자기결정권의 존중과 배치된다. 한편 결격조항으로 인하여 야기되는 정신적 장애인에 대한 낙인효과 및 이에 따른 피후견인에 대한 분리·배제라는 사회문화적 현상 등을 감안할 때 성년후견제의 또다른 도입 취지인 사회참여의 촉진(정상화)과도 현저히 모순되어, 일반적으로 수단의 적합성에서 검토하는 목적에 대한 기여도를 따지기 이전에, 수단 그 자체가 과연 규범적으로 타당성을 지니는 것인지, 법체계모순적 수단이 아닌지에 대한 심각한 의문을 제기하게 한다.

규제의 행정편의적 효율성을 위해 영구적 효력을 가지는 결격조항을 기계적으로 적용함으로써 피후견인 입장에서 불의타에 해당하는 부작용·폐해(휴직·휴업·명예퇴직 신청, 휴직수당·명예퇴직금 수령의 기회 상실 등)가 실제로 발생하고 있다. 예를 들어 필요한 기간만큼 휴직·휴업 등을 하도록 하여 직무를 정지함으로써 결격조항의 목적을 달성할 수 있기 때문에, 침해의 최소성 원칙에 반하는 측면이 있다.

결격조항이 부존재하는 경우 예상되는 위험이 실제로 발생하는지, 위험이 있다면 이를 방어하기 위한 방법으로서 결격이 어느 정도의 효과가 있는지 등에 대한 검증이 없어 막연한 반면 결격조항으로 인하여 성년후견이 필요함에도 후견신청을 기피하게 하여 제도가 활성화되지 못하고, 영구적 결격조항의 기계적 적용으로 인하여 발생하는 예기치 않은 부작용·폐해는 실제로 발생하고 있으므로 법익의 균형성 관점에 반하는 측면이 있다.

23) 「대한민국헌법」 제10조 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.

2) 평등권 침해 문제

평등위반 여부를 심사함에 있어, 피후견인 결격조항이 직업선택의 자유에 중대한 제한을 초래하고 있다는 점에 주목하여 비례성 원칙에 따라 검토하고자 한다. 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라, 엄격한 심사척도(비례성 원칙에 따른 심사)에 의할 것인지, 완화된 심사척도(자의금지 내지 합리성 심사)에 의할 것인지는 달라지게 될 것이다. 즉, “헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우”와 차별적 취급으로 인하여 “관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래”하게 된다면 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도 즉, 비례성 원칙에 따른 심사(목적과 수단 간의 엄격한 비례성이 준수되는지 심사)를 함이 타당하다.²⁴⁾

피후견인 결격조항으로 인하여 피후견인의 직업 선택의 자유라는 기본권에 중대한 제한이 초래되는 경우로 볼 수 있으므로 차별 목적과 차별 수단 간에 엄격한 비례성이 준수되는지 심사하여야 한다. 직업 선택의 자유에 대한 중대한 제한과 관련하여, 직무부적격자 배제의 차별목적은 직무 능력에 대한 실질 심사라는 수단으로 확보될 수 있는 것이다. 후견선고라는 재판결과에 결격을 기계적으로 연동시킨다면 정신적 제약의 정도가 중대하더라도 성년후견 제도를 이용하지 않은 자는 직무에서 배제되지 않는 경우, 정신적 제약의 정도가 비교적 경미하여 해당 직무를 수행할 수 있는데도 직무에서 배제되는 경우 등 차별적 상황이 발생한다. 실제로 2018. 12. 31. 현재, 정신적 장애인 중 등록 정신장애인만 약 60만 명(아래 [표3] 보건복지부 통계)인데 반하여, 법원행정처에 따르면 피성년·피한정후견인은 약 9,000명(피성년후견인 7,744건, 피한정후견인 1,392건)에 불과한 실정이다.

〈표 3〉 장애인복지법」상 등록 정신장애인 현황

(2018. 12. 31. 현재)

뇌병변	뇌전증	지적장애	자폐성장애	정신장애	합 계
253,083	7,021	206,917	26,703	102,140	595,864

자료 : 보건복지부²⁵⁾

24) 헌법재판소 2003. 9. 25. 선고 2003헌마30 결정, 헌법재판소 1999. 12. 23. 선고 98헌마363 결정 등

다른 관점에서, 결격조항은 대개 정형적 순서에 따라 1호로 피후견인, 2호로 파산선고 후 복권되지 않은 자, 3호 이하에서 형사처벌 또는 징계를 받고 일정기간이 지나지 않은 자²⁶⁾를 규정하고 있는바, 2호 이하의 결격사유는 피결격자에게 일정한 귀책사유가 있고 일정기간이 도과하면 자격이 회복된다는 점에서 피후견인에 대한 결격사유(1호)와 근본적 차이가 있으므로, 피후견인에 대한 차별적 상황이 발생하는 측면이 있다.

정신적 제약이라는 후견개시 사유는 파산이나 형사처벌, 징계와 달리 피후견인에게 어떠한 책임 사유를 물을 수 없는 성질임에도, 일단 후견이 개시되면 향후 정신적 능력의 회복 여부와 관계없이 기계적·영구적으로 자격이 박탈된다. 2호 이하의 결격사유와 비교하였을 때, 애초에 기본권 제한의 정당화 근거가 부족한 1호 결격사유에 대해 더욱 가혹한 정도의 제한을 하는 불합리한 차별 결과가 야기되는 것이다.

Ⅲ. 결격조항 폐지에 대한 우려의 시각 및 이에 대한 실증적 고찰

1. 결격조항 폐지에 대한 우려의 시각 및 이에 대한 검증의 필요성

각 상임위원회 법안 심사의 실제에 있어서, 개정법률안 소관 정부부처의 반대 입장이 확고하고 그 장·차관이 전체회의나 소위원회에서 이를 강하게 피력하는 경우 그것이 일정한 의미를 가지는 경우가 있는데, 특히 행정부처의 해당 영역에 대한 전문성이나 관리경험이 축적되어 있는 경우에 실무부처의 의견을 쉽사리 배척하기 어렵기 때문이다. 피후견인 결격조항 폐지의 경우 소관부처에서 반대하는 이유는 그것이 가지는 부작용, 사회적 해악의 관점인바, 결격조항 폐지의 사회적 해악이 실제로 존재하는지에 대한 “증명”의 문제가 발생하고, 증명책임이 누구에게 있는지, 또 어느 정도의 증명을 해야 하는지의 문제로 이어진다.

종래 행위무능력자 제도와 달리, 성년후견제는 그 제도적 목적이 피후견인의 보호에 있을 뿐, 거래안전이나 사회안전에 있지 아니하다.²⁷⁾ 따라서, 행정부처

25) <https://www.mohw.go.kr/react/jb/sjb030301vw.jsp>

26) 각주 2 「국가공무원법」 제33조 각호 참조

일부에서 주장하는 피후견인 결격조항 폐지 시 발생할 수 있다는 사회적 해악의 문제는 성년후견제도의 규범적 목적과 취지를 벗어나는 것이어서 주장 자체로 정당하지 아니한 것이다.

다만, 법안 심사²⁸⁾에 있어서 행정부처 일각의 반대가 사실적으로 이루어지는 상황에서, 성년후견제도의 취지에 대한 설명만으로는 관련 행정부처를 사실상 설득하기 쉽지 않은 측면이 있고, 결격조항 폐지에 대한 우려에 관하여 비판적으로 고찰하는 것 자체가 성년후견제 및 피후견인 결격조항에 대한 이해를 깊게 하는 측면도 있으므로, 이하의 논의가 의미를 가진다.

앞서 살핀 바와 같이, 피후견인 결격조항이 직업선택의 자유에 대하여 중대한 기본권 제한을 야기하는바, 국가에게 기본권보장의무가 있다는 관점에서 결격조항 폐지로 인한 사회적 해악에 대한 증명은 해당 직역을 관리·감독하는 국가기관이 함이 상당하고, 결격조항 폐지의 사회적 해악으로 인한 위험이 “명백”하고 “확실”한 단계에 있는지까지 객관적이고 합리적인 설명이 가능하여야 할 것이다.

결격조항 유지가 폐지보다 오히려 사회안전의 관점에서 우월하지 못하거나 이에 대하여 진지한 의문이 제기된다면, 또한 성년후견제도를 도입한 선진 외국에서 결격조항이 부재함에도 결격조항 도입에 대한 문제제기가 없다면, 사회적

27) 성년후견제도 도입 이전 행위무능력자(금치산자·한정치산자) 제도 하에서, 행위무능력자는 사회에 위험이 될 수 있다고 판단하여 후견인으로 하여금 행위무능력자를 요양하고 감호할 주의의무를 부과하였다(2011년 법률 제10429호 법률로 개정 전 민법 제947조). 여기서 말하는 감호의무는 제3자에게 해를 끼치지 않도록 감시하거나 활동의 자유를 제한하는 조치를 취하는 것 등을 포함하는 주의의무였다. 이 의무의 이행으로 후견인이 사택이나 정신병원 기타 다른 장소에 감금하고자 할 경우에는 가정법원의 허가를 얻도록 하였다(개정 전 민법 제947조). 금치산, 한정치산 제도는 행위무능력자를 사회활동에서 배제하여 그를 보호하고자 하였고, 동시에 그가 사회에 끼칠 위험을 방어하기 위한 제도였다고 할 수 있다. 후견인에게 감호의무를 부과하여 민법 제755조의 감독의무자의 책임을 지도록 한 것이 이런 사상의 표출이었고, 공법의 영역에서는 이런 사상에 근거하여 행위무능력자로부터 사회를 보호하기 위해 광범위한 결격조항을 두었던 것이다(제철웅, 2019.11.15.자 국회입법조사처 간담회 「피후견인 결격조항 폐지에 대한 우려에 관한 법적 고찰」 발표자료).

28) 정부안의 경우 법제처가 법안을 성안하는 과정에서 각 행정부처의 의견을 수렴하는데, 관련 행정부처가 반대하면 정부안 성안 단계에서부터 장애가 발생한다.

해악으로 인한 위협에 대한 국가의 증명은 더욱 진지해져야 하며, 구체적 근거 제시에 기한 설득에 실패한다면, 결격조항 폐지에 동의하는 것이 국가기관으로서의 헌법합치적 의무가 된다.

2. 피후견인 결격조항의 존재가 그 부존재에 비해 사회안전의 관점에서 더 우월한 규범 상황인지 여부²⁹⁾

피후견인이 여전히 직무를 수행한다면, 아래 3가지 경우의 수가 존재하며, 행정부처에서 우려하는 경우는 세 번째 경우이다.

- 첫째, 후견개시에도 불구하고 제한능력자가 아니고 또 직무수행에 아무 영향을 받지 않는 경우(예를 들어, 법률행위의 독자적 수행이 가능한 피한정 후견인)
- 둘째, 제한능력자이지만 직무수행에 영향을 받지 않는 경우(당해 직무에 법률행위를 할 필요가 없거나 직무에 요구되는 법률행위가 제한능력으로 인하여 취소되지 않는 범위에 있는 경우)
- 셋째, 직무수행을 할 행위능력이나 역량이 없음에도 불구하고 그 직무를 수행하려고 하는 경우

위의 세 번째의 경우가 발생하였을 때 그로 인한 피해를 줄일 수 있는 좋은 방법 중의 하나는, 정신적 제약이 있어 후견의 필요성이 있는 경우 바로 후견을 개시하여 후견인이 피후견인을 지원하고 있다는 전제 하에, 상황과 필요에 따라 후견인이 본인을 대신하여 휴업 또는 휴직을 신청하는 것이다. 관할관청, 관할협회, 소속기관 등이 직권으로 휴업 또는 휴직을 명하는 방법도 있으나, 피후견인과의 밀착성 측면에서 후견인이 피후견인의 부적절한 직무 수행 가능성을 파악하기 쉽다는 점에서, 이와 병행하여 또는 이를 대체하여 후견인의 역할을 강조할 필요가 있다.

후견인은 피후견인의 자기결정권을 존중하여야 하지만, 동시에 피후견인에게 손해가 발생하지 않도록 주의하여야 할 의무도 부담하기 때문에, 피후견인의

29) 제철웅, 「피성년후견 및 피한정후견을 이유로 한 결격조항의 폐지」, 외법논집 (제42권제2호), 2018, 275면 이하 참조

행위로 인해 제3자가 손해를 입을 위험성이 상당하다고 판단될 경우에는 휴직 또는 휴업을 대리신청³⁰⁾하여야 할 것이고, 후견인이 선관주의의무를 위반할 경우 경우에 따라 불법행위책임을 부담할 수 있을 것이다.³¹⁾

기계적·영구적 결격에 대한 우려로 후견이 필요함에도 후견 개시를 주저함으로써 부적절한 직무 수행이 발생할 수 있음을 감안하면, 결격조항 폐지를 통하여 후견의 적시 개시를 유도함으로써 후견인이 피후견인의 부적절한 직무 수행을 예방하도록 하는 것이 타당하다.

3. 피후견인 결격조항이 폐지되는 경우 사회안전의 관점에서 문제가 발생할지에 대한 시뮬레이션 - 결격조항이 부존재하는 외국의 입법상황 고찰

결격조항이 부존재하는 외국의 상황을 고찰하면, 결격조항 폐지로 사회안전의 관점에서 향후 문제가 발생할지에 대하여 미리 예측할 수 있는 측면이 있다.

우리 성년후견제 도입에 있어 지대한 영향을 미쳤으며 이미 오래전 성년후견

30) 후견인은 관할관청에 대한 휴업신청과 같은 공법상의 신청행위를 대리할 권한이 있을 뿐 아니라, 관할 협회에 휴업을 신청할 단체법상의 신청행위를 대리할 권한을 부여받을 수 있을 것이다. 특히 자격증이나 허가나 등록, 인증을 받아 사업을 수행하고 있는 의사결정능력 장애인을 위해 후견개시를 신청하는 경우에는 신청인은 위와 같은 권한을 부여받도록 신청하는 것이 필요하다. 동시에 가정법원 역시 자격증을 갖고 활동하는 전문직, 허가, 등록 등을 통해 사업을 하는 피후견인의 경우 직권조사를 통해 후견인의 권한에 위와 같은 신청행위를 대리할 권한을 부여할 수도 있을 것이다.

31) 독일법에서는 후견인에게 생활조직의무(Lebensorganisationspflicht)가 부과된다고 해석하는바, 이에 따라 후견인은 피후견인이 불법행위책임 또는 형사처벌의 위험에 노출되지 않도록 그의 생활을 조직할 책임이 있다. 이를 위반할 경우 후견인이 일반 불법행위책임을 질 수도 있다(MünchKomm/Schwab, § 1896, Rn. 103 f.). 후견인이 이처럼 피후견인이 제3자에게 손해를 가하여 불법행위책임에 노출되지 않도록 그의 생활이 안전하고 안정적으로 진행될 수 있게 조직할 권한을 부여받는다면, 반사적으로 사회의 안전도 보호될 수 있을 것이다. 독일법의 생활조직의무는 우리나라에도 그대로 적용될 수 있다. 특히 성년후견인은 포괄적 권한을 보유하고 있고, 그 권한 행사에서 피성년후견인의 복리를 최우선으로 해야 하기 때문에(민법 제947조), 피성년후견인이 불법행위책임에 노출되는 일이 줄어들 수 있도록 그의 생활을 안전하게 관리해야 하기 때문이다(제철웅, 2019.11.15.자 국회입법조사처 간담회 「피후견인 결격조항 폐지에 대한 우려에 관한 법적 고찰」 발표자료).

을 도입한 독일(1990년 도입)과 영국(2007년 시행)의 경우,³²⁾ 후견을 선고받았다는 이유만으로 결격을 시키는 기계적·획일적 조항이 없다. 그럼에도 후견을 선고받은 피후견인이 자신의 능력을 초과하거나 무리하게 직무를 수행한 결과 어떠한 사회적 위험이나 물의를 일으켜 사회문제로 대두되었다는 사실은 보고된 바 없고, 이러한 문제를 해결하기 위하여 결격조항을 도입하자는 이슈는 학계나 실무계에서 논의되지 않은 것으로 보인다.³³⁾

독일에 있어서는, 성년후견제는 피후견인이 스스로 의사결정을 할 수 없는 상황에서 그의 법적 권한 행사를 지원함으로써 피후견인을 보호하기 위한 제도

32) - 2011년 「민법」 개정을 통해 성년후견제도를 도입하기 이전에 국내에는 금치산, 한정치산 제도를 개혁하기 위한 다양한 입법안이 제안되었다. 그중 주요한 입법안으로는, 대법원 산하 성년후견제도연구회가 제안한 입법안과 법무부 연구용역보고서에서 제안한 입법안이 있었다. 전자는 2000년에 시행된 일본의 이원화된 성년후견제도를 모델로 한 “민법 개정안 및 임의후견계약에 관한 법률 제정안”이었고, 후자는 2007년 법무부 연구용역보고서(“행위무능력제도의 재검토-성년후견 도입을 중심으로)에서 제안된 것으로서, 위 보고서에 따르면 내용적으로는 독일, 영국의 후견제도를 수용하되(피후견인의 인권보호, 단기간의 후견 또는 특정명령제도, 신상보호기능의 확대, 예방적 대리권제도 등), 형식의 면에서는 우리에게 익숙한 다수 유형의 후견제도(임의후견, 법정후견을 후견, 한정후견, 후원의 형태로 하는 것을 기본으로 하되 특정명령을 추가하는 것)를 도입하자는 것이었다.

- 법무부가 주도한 민법개정과정에서는 형식의 면에서는 일본의 성년후견제도와 유사하게 다수 유형의 후견(피성년후견·피한정후견·특정후견)을 채택하면서도, 내용면에서는 영국법과 독일법의 영향을 많이 받았다고 할 수 있다. 먼저 영국법상의 특정명령, 후원(특정후견으로 명칭이 바뀜) 제도가 도입되었고, 피성년후견인이라 하더라도 일상생활에 필요한 대가가 과다하지 않은 법률행위를 단독으로 할 수 있게 한 것(「민법」 제10조 제4항), 신상에 관하여는 피성년후견인 스스로 결정하게 한 것(「민법」 제947조의2 제1항), 성년후견인이 신상에 관하여 결정권을 행사하더라도 그것은 본인의 권리를 대신 행사하는 것임을 전제한 것(「민법」 제938조 제3항) 등은 독일법의 영향을 받은 것이다. 이점에서 보면 법무부 민법개정위원회에서 마련한 성년후견제도는 어느 한 나라를 모델로 하여 이를 모방한 것이라고 할 수 없다 (제철용, 2019.11.15.자 국회입법조사처 간담회 「피후견인 결격조항 폐지에 대한 우려에 관한 법적 고찰」 발표자료).

33) 독일 괴팅겐 대학의 Volker Lipp 교수(독일연방후견대회 부회장, 독일중앙생명윤리위원회 위원)의 2019. 12. 6.자 전문가 의견서 및 영국 Adrian Ward 변호사(Council of Europe의 「지속적 대리권 활용을 위한 권고안 작성 위원회」 자문위원)의 2019. 11. 30.자 전문가 의견서

이지, 제3자나 일반대중의 이익을 위한 제도가 아니므로, 독일법에 있어 법원의 후견선고에 따라 피후견인을 법률적으로 또는 사실상 결격시키는 조항은 없다. 또한, 피후견인이 사회적 해악을 발생시킨 실제 사례는 찾을 수 없다. 심각한 정신적 문제가 있는 저먼웁스 항공사 부기장이 비행기를 갑자기 하강시켜 프랑스 알프스에 추락시킨 사례가 있으나 당해 부기장은 후견선고를 받은 경우가 아니었다.

영국에 있어서는, 법정후견(deputy) 보다 지속적 대리권(the lasting power of attorney)의 이용을 더 권장하는데, 법정후견의 지속기간은 통상 3년에서 5년인데 이를 이용하는 사람은 약 59,000 여명 정도에 불과하나, 지속적 대리권이 등록된 사람은 314만 여명에 달함(영국 공공후견청 Annual Report 2017/2018). 양자를 차별하는 것은 상상할 수 없고, 후견은 애초부터 ‘사회보호’와는 무관하므로, 결격에 관한 논의를 찾아 볼 수가 없다.

IV. 국회에서의 심사 및 범정부차원의 논의

1. 국회에서의 심사 경과³⁴⁾

1) 국회 정무위원회에서의 이슈 제기 및 국회의장에 대한 건의문 채택

성년후견제도를 담은 민법 개정안이 2011. 2. 18.에 통과된 후 2013. 7. 1. 시행 예정이었던 상황에서, 국가공무원법 제33조에 정한 기존 “금치산자·한정치산자” 결격조항을 “피성년후견인·피한정후견인”에 대한 결격조항으로 1:1 치환하는 내용의 국가공무원법 개정안(정부안)이 2013. 5. 9.에 제출되어 2013. 6. 20.에 본회의를 통과하였고, 이후 이를 모델로 하여 대부분의 결격조항이 1:1 치환

34) 이하 내용은 필자가 국회정무위원회 입법조사관(2016. 8. ~ 2018. 1.), 국회입법조사처 입법조사관(2018. 1.~현재)으로 근무하면서, 피후견인 결격조항의 문제점에 관한 법률안 검토보고를 통한 이슈제기, 정무위원회 법안심사 지원, 국회의장실 대면보고, 국회입법조사처 심포지움·전문가간담회 기획, 외국입법 동향 분석, 국정감사정책보고서 작성 등 관련 업무를 수행하면서 취득한 자료 및 정보에 기반하여 요약·정리한 것이다.

되기에 이르렀다.

국가공무원법 제33조상의 결격조항은 회사 기타 법인의 정관, 사기업의 직원 모집공고에까지 인용되어 전국가적인 파급효과를 내는 것임에도, 국가공무원 개정안이 별다른 고민 없이 정부안으로 제출되어 불과 2개월도 심사하지 않고 통과된 것이다.

성년후견제를 담당하는 법무부에서는 성년후견제 도입에 따른 결격조항에 대한 개정의 구체적 내용과 관련하여 해당 법률 소관 부처의 자율적 판단에 맡겼는바,³⁵⁾ 이러한 법무부의 애매한 입장과 성년후견제도 및 그 도입취지에 대한 홍보 부족으로 말미암아, “금치산자·한정치산자” 결격조항의 “피성년후견인·피한정후견인”으로의 1:1 전환이라는 첫 번째 도미노가 성년후견제도가 시행되기도 전에 쓰러짐으로써 일파만파로 확산되어 도리어 성년후견제의 활성화를 막는 역설이 발생한 것이다.

한편, 국회에서는, 보험업법상 보험설계사와 관련하여 기존 “금치산자·한정치산자” 결격조항을 “피성년후견인·피한정후인”에 대한 결격조항으로 1:1 치환하는 내용의 보험업법 개정안이 2016. 11. 14.에 정무위원회에 회부되었는바, 이에 대해 정무위원회 수석전문위원실의 검토보고를 통하여 결격조항의 위헌성, 인권침해 등에 대한 문제제기가 이루어졌고, 이를 바탕으로 한 법안소위원회 심사를 통하여 결격조항의 문제에 대한 정무위원회 차원의 공감대가 형성된 결과, 결격조항 1:1 치환 문제는 보험업법만의 문제가 아니라 약 300개의 개별법 전체를 다시 검토해야 하는 심각한 문제이며 18개 대부분의 상임위원회에 소관 법률이 산재해 있어 국회 차원의 심사가 필요가 있다는 데 정무위원회 위원들 간의 의견 일치를 보았다. 이에 국회 정무위원장은 ‘국회의장실에서 위 결격조항 문제에 대해 약 300개의 개별법에 걸쳐 전반적으로 검토할 필요가 있다’는 취지의 건의문

35) 법무부에서 2012. 3.경 해당법률의 각 소관부처에 보낸 공문(“개정 민법상 성년후견제 시행에 따른 결격조항 정비의 기본방향”)에서, 각 결격조항의 ‘금치산자’는 ‘피성년후견인’으로 개정함이 상당하나, ‘한정치산자’를 일괄하여 ‘피한정후견인’으로 개정하는 것은 신중한 검토가 필요하다고 지적하였으며, 결격규정에 대한 구체적인 판단은 법률의 목적·취지에 따라 상이할 것이므로 소관부처가 자율적으로 판단하여 결정하라는 취지임(류준모, “한정후견·성년후견 제도 도입에 따른 결격사유 규정 개정 방안 연구”, 법제처, 2012)

을 정무위원회 전체의결(2017. 12. 22.)로 채택하여 국회의장실에 송부하였다.

결격조항의 1:1 치환 입법트렌드가 정신장애인 등 피후견인의 기본권과 인권을 심대하게 침해하고 후견이 반드시 필요한 장애인들로 하여금 후견신청을 주저하게 하는 낙인장치로 작동하고 있음에도, 이에 대한 문제인식도 없이 1:1 치환 입법 작업이 마무리를 향해 달려가는 상황에서, 정무위원회는 인권침해적인 입법트렌드의 일대 전환점을 만들기 위하여, 전반적으로 법안심사 시간상의 여유가 없음에도 불구하고 위 1:1 치환 문제에 대해 3차례에 걸쳐 심도 있는 심사(2017. 2. 22., 2017. 12. 6., 2017. 12. 22.)를 하였으며, 그 과정에서 한국성년후견학회와 법원행정처 사법지원실 등 위 이슈에 대해 충분히 공감하고 있는 전문가와 관계기관으로부터 진술을 듣는 과정을 거쳤다.

2) 국회입법조사처의 공론화 과정

국회의장실에서는 피후견인 결격조항 문제에 대해 국회입법조사처로 하여금 보고를 하도록 하였고, 국회입법조사처는 2017년 12월경부터 2018년 2월경까지 결격조항의 위헌성·인권침해요소·UN장애인권리협약위반 문제에 대해 수차례 대면보고를 하였으며, 그 결과 국회 주최로 “성년후견제 도입에 따른 결격조항의 정비 현황과 개선과제” 심포지움을 개최(2018. 4. 6.)하여 이슈를 공론화하기에 이르렀다.

학계(제철웅·박인환 교수), 실무계(서울가정법원 김수정 부장판사·이진수 법무부 법무심의관·국가인권위원회 장애인차별조사과 박광우 과장·중앙장애인권익옹호기관 은종균 관장 등)의 전문가 발표와 토론을 통하여 결격조항 1:1 치환의 문제점에 대한 공감대가 형성되었다.

3) 국회의장의 대통령에 대한 공문 발송에 따른 이슈의 확산

위 2018. 4. 6.자 세미나 결과 및 성과를 보고받은 국회의장은, “국회 주도로 특별위원회나 TF를 구성하여 결격조항 문제 개선을 추진하는 방안”과 “관계 행정부처의 재논의 및 공감대 형성을 통한 개선 방안” 중, 해당 법률이 거의 모든 정부부처에 관계되어 있는 사안이므로 범정부 차원의 검토가 선행되는 것이 타

당한 측면이 있음에 주목하여 후자의 방안으로하기로 하고, 장애인의 날인 2018. 4. 20. 대통령(참조 : 이낙연 국무총리)에 대하여 피후견인 결격조항의 문제에 대해 범정부 차원의 검토를 요청하는 취지의 건의문(위 2018. 4. 6.자 심포지움 결과 요약 첨부)을 발송하고 이 문제에 대한 관심과 전 부처 차원의 검토를 촉구하였다.

2. 범정부 차원의 논의 및 결과 보고

1) 국무총리실의 주무부처 지정 및 법제처 주도의 실무작업 진행

2018. 4. 20.자 국회의장 건의문은 2018. 6. 12. 국무회의에 보고되었으며, 국무총리실에서 주무부처를 법제처·법무부로 정하였다. 법제처는 국회의장 건의문에 나타난 문제의식에 공감하면서, 각 부처와 협의하고, 학계·법원·의료계 등과 결격조항 폐지에 관하여 실무적 관점에서의 실현가능성, 타당성 등을 검증하는 등 실무작업을 약 1년 간 수행하였다.

2) 최근 2019. 7. 9.자 국무회의 보고 및 2019. 9. 6.자 국회의장에 대한 결과 보고

법제처·법무부는 아래와 같은 내용의 국무회의 보고를 통하여 하반기 정부 입법 계획³⁶⁾을 밝혔고, 법제처장은 2019. 9. 6. 국회의장에 대하여 2018. 4. 20.자 공문에 대한 결과 보고를 하였다.

<p>〈정비 필요성〉</p> <ul style="list-style-type: none"> ○ 제도 간 충돌 및 체계 부조화 방지의 측면 <ul style="list-style-type: none"> - 피후견인을 각종 영업 등의 결격사유로 규정하는 것은 피후견인의 잔존 행위능력을 인정하는 성년후견 제도의 취지와 모순(결격사유로 인해 후견 이용 기피) - 민법상 행위능력과 개별법상 직무수행능력은 구분됨에도 가정법원의 피후견인 결정으로 공법상 직무수행능력의 판단을 같음하도록 하는 것은 체계상 부적합 ○ 결격조항의 위헌성 및 위법성 해소 <ul style="list-style-type: none"> - 피후견인의 정신적 제약 정도나 행위능력 제한 범위와 상관없이 피후견인 여부만을 기준
--

36) 법제처·법무부 보도자료 「피후견인 차별 법령 정비 추진」, 2019. 7. 9.

으로 획일적·포괄적으로 규율하여 헌법상 과잉금지의 원칙 등 위배 소지

< 정비 방향 >

○ 기본 원칙

- 개별법상 결격사유에서 피성년·피한정후견인을 전면 삭제(직무부적합자 진입 규제를 위한 보완책이 필요한 직역에 대해서는 별도 직무수행능력 심사조항을 대체 결격사유로 도입)
- 다만, 제도의 급격한 전환 시 부작용 발생 가능성 및 정신장애인에 대한 사회의 인식 수준 등을 고려해 단계적으로 정비를 추진

○ 구체적 정비방안

- (유형1) 개별법에 이미 규정되어 있는 자격시험, 인허가 요건, 그 밖의 검증수단을 통해 직무수행능력 판단이 충분히 가능한 경우 : 결격사유 삭제 조치만 시행
- (유형2) 검증수단이 규정되어 있지 않거나 부족한 경우 : 피후견인 결격사유 삭제 및 보완 조치(대체 결격사유 도입) 후 시행

○ 단계적 정비 추진

- (1단계) 피한정후견인 결격조항에 대해 선추진 : 정비대상 법령 총 395건(피한정후견인 직접 규정 법령 237건, 국가공무원법상 피한정후견인 준용 규정 법령 158건)
- (2단계) 피한정후견인 결격조항 정비법안의 시행 경과를 모니터링한 후 공론화 절차 등을 거쳐 피성년후견인 결격조항까지 정비 확대할지 검토[피성년후견인 직접 규정 법령 295건(피성년후견인만 규정 58건 + 피한정후견인도 규정 237건), 국가공무원법상 피성년후견인 준용 규정 법령 158건]

< 향후 계획 >

- 1단계 정비대상 법령 중 소관 부처에서 정비 수용의견(일부수용 포함)을 회신한 275건(피한정후견인 직접 규정 법령 138건, 국가공무원법상 피한정후견인 준용 규정 법령 137건)에 대해서는 2019년 하반기에 일괄정비 추진
- 법제처는 신속한 정비를 위해 통합 입법예고 및 사전 법제심사 등 입법 지원 : 유사 자격·영업 간 부처의 정비의견이 상이한바, 규정의 통일성과 직역 간 형평성 확보를 위해 입안 가이드라인 마련 및 각 부처 개정안 검토·조정 실시, 정비 불수용의견을 회신한 법령에 대해서는 정비 필요성 재검토 및 신속한 정비 협조 요청
- 국회·법원·헌법재판소·중앙선거관리위원회 소관 법령에 대해서는 해당 기관이 자체 정비할 수 있도록 정비대상 법령 목록 통보

V. 최근 일본의 입법동향과 향후 입법에 있어서의 고려사항³⁷⁾

1. 피후견인 결격조항의 원조인 일본에서의 결격조항 폐지

현재 우리나라의 법률에 광범위하게 결격조항이 산재되어 있는 것은 앞서 살핀 바와 같이 우리가 일본의 관계 법률을 계수하는 과정에서 진지한 검토와 평가, 입법적 결단 없이 수용하고 확대재생산하였기 때문이었다.

그런데, 최근 피후견인 결격조항의 종주국인 일본에서는 결격조항의 일괄폐지를 내용으로 하는 「성년피후견인등의 권리에 관한 조치의 적정화 등을 도모하기 위한 관계법률의 정비에 관한 법률」(이하 “결격조항 일괄폐지 법률”)이 일본 국회를 통과(2019. 6. 7.)하였다.³⁸⁾

2. 일본의 결격조항 일괄폐지 법률의 주요 내용³⁹⁾

1) 개요

일본의 결격조항 일괄폐지 법률은 성년피후견인·피보좌인⁴⁰⁾에 대해 자격·직

37) 박준모, 「외국입법 동향과 분석(일본의 피후견인에 대한 결격조항 일괄폐지 입법동향)」, 국회입법조사처, 2019 참조

38) 중의원·참의원 각 만장일치로 가결되었으며, 2019년 6월 14일 공포되었는데, 같은 법 부칙 제1조에 따르면, 결격조항을 단순 삭제하는 유형의 경우 공포 즉시 시행되고, 府省令 등 하위행정입법이 필요한 경우 공포일로부터 3개월 후에 시행된다.

39) 일본 내각부 홈페이지(<https://www.cao.go.jp/>)에 게재된 법률안 개요 및 일본 중의원 홈페이지 (<http://www.shugiin.go.jp/>)에 게재된 입법정보 참조, 유형별 대표 사례는 박인환, 국회입법조사처 주최 “성년후견제 도입에 따른 결격조항의 정비 현황과 개선과제” 심포지움 (2018. 4. 6.) 발제 자료 22면 이하 참조

40) 일본은 성년후견제를 2000년에 도입하였는데, “정신상의 장애로 인하여 사리를 변식할 능력”의 정도에 따라 後見(후견)·保佐(보좌)·補助(보조)로 유형을 나누어 규율하고 있다(일본민법 제7조 이하). 위 능력을 결한 상황에 있는 경우 後見, 위 능력이 현저히 부족한 경우 保佐, 위 능력이 부족한 경우 補助를 각 개시할 수 있다. 우리 민법은 제9조 이하에서, 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 지속적으로 결여된 경우에는 “성년후견”, 위 능력이 부족한 경우에는 “한정후견”을 개시할 수 있도록 하고 있는바, 후견개시의 요건 등을 비교할 때, 일본의 後見은 우리 성년후견제에 있어서의 “성년

종·업무 등으로부터 배제하는 “결격조항”을 두고 있는 법률 187개를 대상으로 하여, 후견선고만으로 자격 등을 박탈하던 기존 방식에서 개별적·실질적으로 각 영역·제도에 필요한 능력의 유무를 판단·심사하는 방식으로 전환하도록 하는 것으로서, 개별심사규정을 두는 한편 이에 필요한 절차규정을 정비하는 법률이다.

〈 법률안을 제출한 일본정부 측 문제의식⁴¹⁾ 〉

- 정상화(normalization)등을 기본이념으로 하는 성년후견제도를 이용함으로써 도리어 자격 등에서 배제되는 결과가 아닌가
- 성년후견제도는 재산관리능력에 주목한 제도로, 각 자격 등에 요구되는 능력과 질적인 차이가 있는 것은 아닌가
- 비슷한 판단능력이더라도 성년후견제도 이용자만 자격 등에서 일률적으로 배제되어 오히려 능력 발휘 기회가 없어지는 것 아닌가
- 결격조항이 많이 존재하고 있는 것이 성년후견제도의 이용을 주저하게 만드는 요인이 되고 있지 않은가

2) 결격조항 유형 및 유형별 대표 사례

법안을 제출한 일본 내각부는 이해의 편의를 위하여 결격조항을 아래와 같이 4개의 그룹(공무원·전문자격사·법인임원·영업허가)으로 유형화하여 해당 법률의 개정 방향 및 구체적 지침을 제시하고 있다.

○ 공무원 (「국가공무원법」, 「자위대법」 등) : 원칙적으로 현행의 결격조항을 단순 삭제함. 현행 제도 하의 채용에 있어서 시험·면접 등으로 적격성을 판단하고 있고, 그 후 심신장애 등에 의하여 직무를 수행하는 것이 어려운 경우에도 질병휴직 등의 규정이 이미 정비되어 있음.

후견”, 일본의 補助는 우리의 “한정후견”, 일본의 保佐는 우리의 성년후견과 한정후견 사이에 위치하는 유형으로 볼 수 있다. 일본에서는 後見을 받는 자를 成年被後見人(성년피후견인), 保佐를 받는 자를 被保佐人(피보좌인)으로 칭하고 있다.

41) 일본 국회(중의원) 소관 상임위원회(內閣委員會)에서의 일본정부 측 참고인 宮腰光寬 특명대신의 입법취지 설명

결격조항 일괄폐지 법률 제1조 국가공무원법의 일부를 다음과 같이 개정한다.
 … 제38조 가운데 … 동조 제1호를 삭제하고 …
 <기존 국가공무원법 및 결격조항 일괄폐지 법률에 따른 개정 결과>
 국가공무원법 제38조 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 자는 인사원규칙이 정하는 경우를 제외하고 관직에
 취임할 능력이 없다.
 1. 성년피후견인 또는 피보좌인 < 삭 제 >
 <참고조문 : 기존 국가공무원법상 심사조항>
 국가공무원법 제78조 직원이 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 때는 인사원규칙이 정하는 바에 따라 그
 의사에 반하여 이를 강직(降職)하거나 면직(免職)할 수 있다.
 2. 심신상의 고장(故障)으로 직무 수행에 지장이 있거나 직무를 감당할 수 없을 때

○ 전문자격사 (「변호사법」, 「의사법」 등) : 원칙적으로 현행 결격조항을 삭제,
 아울러 개별심사규정 정비함. 자격취득 시 시험·개별심사규정에 의해 적격성을
 판단하고 있고, 그후 심신장애 등에 의해 직무를 수행하는 것이 어려운 경우에
 있어 등록취소 등의 규정이 이미 정비되어 있는 경우 현행 결격조항을 단순 삭제
 함

결격조항 일괄폐지 법률 제50조 변호사법의 일부를 다음과 같이 개정한다.
 제7조 제1호 가운데에 … 동조 제4호를 삭제 …
 <현행법 및 결격조항 일괄폐지 법률에 따른 개정 결과>
 변호사법 제7조 다음에 열거한 자는 제4조, 제5조 및 전조의 규정에도 불구하고 변호사의 자격을 갖
 지 못한다.
 4. 성년피후견인 또는 피보좌인 < 삭 제 >
 <참고조문 : 변호사법상 심사 조항>
 제13조 ① 변호사회는 변호사가 … 허위신고가 있을 때 또는 심신의 고장으로 변호사의 직무를 수행
 하는 것이 그 적정하지 못할 우려가 있을 때에는 자격심사회의 의결에 따라 일본변호사연합회에 등록
 취소의 청구를 할 수 있다.

○ 법인임원 (「특정비영리활동촉진법」, 「신용금고법」 등) : 원칙적으로 임원의
 결격사유로부터 피성년후견인·피보좌인을 삭제하고, 아울러 개별심사규정을 정
 비함. 개별심사규정이 이미 정비되어 있는 경우 피성년후견인·피보좌인을 단순
 삭제함

결격조항 일괄폐지 법률 제3조 특정비영리활동촉진법의 일부를 다음과 같이 개정한다.
제20조 제1호를 다음과 같이 수정한다. ...

〈현행법〉

제20조 다음 각호에 해당하는 자는 특정비영리활동법인의 임원이 될 수 없다.

2. 성년피후견인 또는 피보좌인 〈삭제〉

3. 파산자로 복권되지 않은 자

〈결격조항 일괄폐지 법률에 따른 개정 결과〉

2. 파산자로 복권되지 않은 자

6. 심신의 고장으로 직무를 적정히 집행할 수 없는 자로서 내각부령에서 정한 자 〈신설〉

○ 영업허가 (「보험업법」, 「금융상품거래법」 등) : 원칙적으로 현행의 결격조항을 삭제하고, 아울러 개별심사규정을 정비함. 개별심사규정이 이미 정비되어 있는 경우 현행 결격조항을 단순 삭제함

결격조항 일괄폐지 법률 제31조 보험업법의 일부를 다음과 같이 개정한다.

제289조 제1항 제1호 가운데에 ... 동항 제5호를 다음과 같이 고친다. ...

〈현행법〉

보험업법 제289조 내각총리대신은 (보험중개인) 등록신청자가 다음 어느 하나에 해당하는 때 또는 등록신청서 혹은 첨부서류 가운데에 중요한 사항에 대하여 허위의 기재가 있거나 중요한 사실의 기재가 빠져 있는 때에는 그 등록을 거부하여야 한다.

5. 성년피후견인 혹은 피보좌인 또는 외국의 법령상 이와 마찬가지로 취급되는 자

〈결격조항 일괄폐지 법률에 따른 개정 결과〉

5. 심신의 고장으로 보험모집에 관한 업무를 적정하게 수행할 수 없는 자로서 내각부령에서 정한 자 〈수정〉

3. 일본의 결격조항 일괄폐지 법률의 시사점 및 향후 입법에 있어서의 고려사항

일본의 최근 입법 동향은 일본이 피후견인 결격조항의 원조라는 점에서 우리의 피후견인에 대한 결격조항의 정비에 있어서도 큰 의미를 가진다고 할 것이다.

입법내용의 측면에서, ① 대체심사조항이 이미 있는 경우 결격조항을 단순 삭제하고, ② 대체심사조항이 없는 경우에는 대체심사조항을 신설하면서 결격조항을 삭제하는 방안은 기본적으로 참고할 만하다.

다만 위 ②의 경우, (i) 마치 공식과 같이 대체심사조항을 기계적으로 신설하기 보다는, 기존에 대체심사조항 없이 운용되어 왔던 영역에서 대체심사조항을

신설하는 것 자체가 필요한 것인지, 결격조항 폐지 및 대체심사조항의 신설로 규율 상황이 심신의 제약이 있는 자에게 더 악화되는 것은 아닌지 깊이 검토할 필요가 있으며, 대체심사조항을 신설하는 경우에 있어서도 행정재량이 지나치게 확대되지 않도록 요건 설정에 있어 엄격히 할 필요가 있는 한편, 불복절차에 대한 설계가 있어야 할 것이다.

또한, (ii) 대체심사조항을 통한 실질적 능력 심사에 있어, “피후견인”이나 “장애인”에 대한 차별이 이루어지지 않도록 하위법규를 제정·개정함에 있어 신중을 기할 필요가 있으며, 이러한 맥락에서 대체심사조항의 구체적 요건으로 “피후견”이나 “장애”와 같이 특정의 그룹에 대한 차별을 암시하는 문구는 피하고, 예를 들어 “제약”이나 “부족”과 같은 중립적인 접근이 가능한 문구를 사용하는 등 법제에 있어 세심한 배려가 필요하다.⁴²⁾ 아울러, (iii) 대체심사조항을 통한 실질적 능력 심사의 결과와 관련하여, “결격” 이외에도 직무의 정지나 중지라는 선택지가 가능하도록 하여 구체적 타당성 있는 처분이 가능하도록 하여야 한다.

입법방식의 측면에서, 일본의 경우 결격조항 폐지를 일괄개정의 방식으로 처리하였는바, 이는 일본 외에 프랑스·독일 등에서도 활용되고 있는 입법방식⁴³⁾으로, 결격조항 폐지 대상이 약 300개의 개별법인 것을 감안할 때, 심사의 효율성 및 집중력 제고, 규율 영역 간 형평의 고려, 시행시기의 통일을 통한 혼란의 방지 및 기본권 제한에 있어 영역 간 불균형의 예방 등을 위하여 일괄입법 방식으로 입법하는 것을 고려해 볼 필요가 있다.

다만, 대체심사조항의 신설 등 규율영역의 특성을 충분히 고려하여 개별 소관 상임위원회에서 심의·의결하도록 하는 것이 필요한 경우라면 일괄입법의 장·단점을 검토하여 개별입법으로 접근하는 방안도 가능할 것이다.

절충적 형태로서, ① 상임위원회 별로 1개씩의 일괄입법안을 제출하는 방안이나, ② 개별심사조항이 이미 존재하여 결격조항 일괄폐지가 가능한 군(群)과 그

42) 박인환, 국회입법조사처 주최 “성년후견제 도입에 따른 결격조항의 정비 현황과 개선 과제” 심포지움 (2018. 4. 6.) 발제 자료 25면 참조

43) 박성진, 「입법방식 중 일괄개정 방식의 타당성 검토」, 『입법학연구』 제16집1호, 2019.2., pp.185-187, 일괄개정 방식의 법률안은 국내에서도 현재까지 17건 제출된 바 있다(원안가결 1건, 수정가결 4건, 폐기된 법률안 11건, 현재 심사진행 중인 법률안 1건).

령지 아니하여 개별심사조항의 신설 여부 및 (신설이 필요한 경우) 조항 내용에 대한 검토가 필요한 군으로 나누어 전자에 대해서만 일괄입법하는 방안 등을 고려할 수 있다.

VI. 나오며

피후견인 결격조항이 가지는 심각한 문제에도 불구하고, 성년후견제 도입 이후에도 이에 대한 문제제기나 폐지에 대한 법개정 시도가 부족하였고 관련 이슈가 사각지대에 방치되어 있었던 것은, 역설적으로 대부분의 정부부처가 관련 법률을 소관하고 있기 때문인 측면이 있다. 이는 “모두의 일은 어느 누구의 일도 아니다.”라는 서양속담을 연상하게 하는 대목이다. 성년후견제도 자체가 민법에 규정되어 있으므로 민법의 소관부서인 법무부가 성년후견제도 홍보 및 활성화 등 주무부서의 역할을 하고 있으나, 피후견인 결격조항은 민법이 아니라 개별 행정 법령에 산재되어 있고 그 각각의 소관 부처가 제각각이다 보니, 결격조항 폐지를 주관할 컨트롤타워가 없었던 것이다. 애초에 행정편의적 접근에 따라 탄생한 피후견인 결격조항은 그 존속·유지의 측면에서도 행정편의적으로 방치된 데 기인한 측면이 있다.

이러한 상황에서, 국회 정무위원회의 「보험업법」 개정안(보험설계사 결격조항 관련)에 대한 심사를 통한 문제제기 및 정무위원장의 국회의장에 대한 건의를 통한 국회 차원의 공론화, 국회의장의 대통령에 대한 정책 공문 발송을 통한 범정부 차원으로의 이슈 확산은 “모두의 이슈는 어느 누구의 이슈도 아닐 수 있는” 사각지대에 방치된 법개정 문제의 해결에 대한 새로운 접근이자 시도이다. 행정부 차원에서 국회의장의 위 정책 공문에 대해 주무부처를 법제처로 정하여 약 1년여 동안 의견 수렴 및 법제 작업을 통하여 일단(一團)의 개정안을 정부안으로 제출함으로써 화답한 것은 입법부·행정부 간 협업의 새로운 모델을 제시하고 있다.

그간 국회와 행정부의 노력으로 입법을 위한 공감대가 형성되었고, 행정부 내 주무부처에서 이전 없는 부분(약 79개의 법률에 대하여 주로 “피한정후견인”에 대한 결격조항 폐지)에 대하여 2019년 12월 2일 1차 개정안이 제출되었는바,

이러한 무쟁점 법안에 대해서는 속히 후속 입법절차가 진행될 필요가 있고, 향후 빠른 시일 내에 일본과 같이 “피성년후견인”에 대한 결격조항 폐지(필요한 경우 개별심사조항 신설)로 나아가야 할 필요가 있다.

피후견인 결격조항은 직업선택의 자유라는 국민의 기본권을 객관적 사유(민사상 후견선고라는 가정법원의 재판 결과)에 기계적으로 연동하여 박탈함으로써 중대하게 제한하는 것이고, 다른 결격사유⁴⁴⁾의 경우 피결격자에게 일정한 귀책사유가 있고 일정기간 도과 등으로 자격 회복의 여지가 있는 반면 피후견인 결격은 피후견인에게 잘못이 없음에도 영구히 자격을 박탈하므로 평등권 침해의 측면이 있다.

「대한민국헌법」 제10조에서는 국가의 기본권보장의무를 규정하고 있는바, 소관 행정부처에서는 막연한 우려를 제기할 것이 아니라, 실증적 근거와 사례에 기반하여, 결격조항 폐지 시 우려되는 위험이 명백하고 확실한지, 만약 위험이 실존한다면 그 해소 방안으로서 결격조항이 어느 정도의 효과가 있는지, 결격조항으로 인하여 후견이 필요함에도 그 신청을 주저하게 되어 오히려 위험이 증가하는 요소는 없는지, 후견제도 활성화에 장애가 되는 것은 아닌지 등의 사항에 대하여 증명을 할 필요가 있다. 만약 소관 행정부처가 이에 대해 실효적인 수준의 입증과 설명을 하지 않거나 실패한다면 속히 결격조항은 폐지하여야 할 것이다.

한편으로는, 피후견인 결격조항 폐지에 대하여 우려 또는 반대하는 일부 행정부처를 실효적으로 설득하기 위한 방안으로, 후견이 개시된 상황에서의 후견인의 역할이 오히려 사회안전망에 기여하는 측면에 대한 이해도를 제고할 필요가 있다. 또한, 이미 오래 전 성년후견제도를 도입하였고 우리 성년후견제도의 설계에 지대한 영향을 미친 독일(1990년 시행)·영국(2007년 시행) 등에 있어서, 일부 행정부처에서 우려하는 피후견인의 사회적 해악이 실제로 발생한 사례보고가 없으며, 피후견인 보호를 위한 성년후견제의 본질상 결격조항 도입에 대한 논의가 시도된 적이 없었다는 사실도 충분히 홍보할 필요가 있다.

투고일: 2019. 12. 30. 심사일: 2020. 1. 13. 게재확정일: 2020. 1. 20.

44) 파산선고 후 복권되지 않은 자, 형사처벌 또는 징계를 받고 일정기간이 지나지 않은 자 등

■ 참고 문헌 ■

- 법제처·법무부(2019). 「피후견인을 불합리하게 차별하는 결격조항 정비방안」(2019. 7. 9. 국무회의 보고자료)
- 박준모(2019). 일본의 피후견인에 대한 결격조항 일괄폐지 입법동향, 「외국입법 동향과 분석」, 9. 국회입법조사처.
- 제철웅(2018). 피성년후견 및 피한정후견을 이유로 한 결격조항의 폐지, 「외법논집」 42(2), 한국외국어대학교 법학연구소. pp.257-279.
- 국회입법조사처(2018) “성년후견제 도입에 따른 결격조항의 정비 현황과 개선과제” 심포지움 (2018. 4. 6.) 자료집
- 행정안전부, 「행자부, 자치법규 일제정비로 성년후견제도 안착에 박차」 (2017. 4. 5. 보도자료)
- 박인환(2014). 새로운 성년후견제도의 시행과 결격조항 정비의 과제, 「비교사법」 21(3), 한국비교사법학회, pp.1221-1254.
- 류준모(2012). 한정후견·성년후견 제도 도입에 따른 결격사유 규정 개정 방안 연구, 법령입안심사기준.
- 현소혜(2011). 성년후견제도 도입에 따른 관계법령의 개선방안 - 특히 결격조항의 정비를 중심으로, 「가족법연구」, 23(3), 한국가족법학회, pp.143-184.
- 白井久美子編, 「障害者の缺格条項」, 明石書店, 2002

[Abstract]

Unconstitutionality of Disqualifying Legal Provisions on Wards and Legislative tasks

Joonmo Park
(National Assembly Service)

The legal provisions that physically and permanently disqualifies the wards with just the commencement of guardianship is a Koppelverbot between the commencement of guardianship and the disqualification, and that is a product of administrative expediency. Since the purpose of introducing the adult guardian system is only to protect and support the wards and not to establish a social safety net, the disqualifying legal provision against the wards is unconstitutional system that infringes the freedom of occupation choice and the right of equality. Therefore, these disqualifying legal provisions need to be abolished quickly. Recently, the National Assembly recognized these problems and has made active attempts to improve legislation. As a result, consensus on the issue has now spread to the pan-government level. In order for the tangible results of the revision of the law to be made, it is necessary to fully appreciate that the increase of social risk through Abolition of Disqualifying Legal Provisions is unproven and that the role of guardian is more important than disqualification from the perspective of the social safety net. In this paper, the current status and problems of the disqualifying legal provisions for wards are examined first, and then some concerns about the Abolition of Disqualifying Legal Provisions are examined. In addition, the progress of the screening process made in the National Assembly to improve the system and the consequent improvement of the pan-government level were introduced. Finally, by discussion of the trends and implications of Japan's abolition of the articles of disqualification, it is suggested a certain direction and considerations for the legislative improvement to be made in the future.

keywords: Adult Guardianship, wards, disqualifying legal provision, human rights, the freedom of occupation choice, right of equality, legislative tasks

판단능력이 부족한 범죄 피해자를 위한 의사결정지원모델 모색

배광열*·허정훈**

[목 차]

- | | |
|--|----------------------------------|
| I. 들어가며 | IV. 국회에서의 심사 및 범정부차원의 논의 |
| II. 피후견인에 대한 결격조항의 현황 및 문제점 | V. 최근 일본의 입법동향과 향후 입법에 있어서의 고려사항 |
| III. 결격조항 폐지에 대한 우려의 시각 및 이에 대한 실증적 고찰 | VI. 나오며 |

[요 약]

헌법은 타인의 범죄행위로 인하여 생명 신체에 대한 피해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 따라 국가로부터 구조를 받을 수 있다고 규정하고 있고(제30조), 그에 따라 범죄피해자 보호법에서 피해자에게 구조금을 지급하거나 상담지원, 의료비지원, 법률구조 등을 할 수 있다고 정하고 있다. 그러나 비장애 범죄피해자와는 달리 특성과 상황을 감안한 보다 세밀한 지원이 필요한 발달장애, 정신장애, 치매 등을 이유로 판단능력이 부족한 범죄피해자에 대하여 아직까지 진지한 고민이 이루어지지 않고 있다. 그런 상황에서 2019년 2월 필자를 포함한 여러 기관에서 지적장애 범죄피해자에 대하여 특정후견을 개시하고, 후견인이 그가 받은 범죄피해구조금을 신탁함으로써 범죄피해자가 피해를 회복하고, 사회에 통합될 수 있도록 지원하는 모델이 시도되었다. 이 모델은 불가피하게 법정후견제도를 이용했다는 점에서 일정부분 한계를 지니고 있다. 이에 필자는 본고에서 범죄피해자가 그의 판단능력이 허락하는 범위 안에서 자신의 의사대로 신뢰할 수 있는 사람에게 자신의 사무를 위임하도록 하는 것이 자립을 위해서도 더 도움이 될 것이라는 가정아래 판단능력이 부족한 범죄피해자를 위한 새로운 의사결정지원모델을 제안했다. 이 모델은 범죄피해자 보호법 개정을 통해 판단능력이 부족한 범죄피해자에 대해 구조금 지급결정을 할 때에는 이를 일정 요건을 지닌 수탁자에게 신탁할 수 있게 하여, 후견인의 존재유무와 관계없이 구조금이 안전하게 관리될 수 있도록 하였고, 범죄피해자의 지원자는 수탁자가 지급하는 수익금이 피해자를 위해 활용될 수 있도록 지원하는 역할을 맡도록 하고 있다.

주제어: 범죄피해자, 후견제도, 신탁, 지속적 대리권, 발달장애인, 치매고령자

* 교신저자, 사단법인 온울 변호사, amosba@naver.com

** 사단법인 온울 사회복지사

I. 들어가며

2018년 10월 조현병이 있는 가해자가 어머니와 여동생이 뱀파이어로 보인다는 이유로 어머니를 살해하고, 여동생은 살인미수에 그친 사건이 세상을 떠들썩하게 만들었다. 수사당국은 지적장애를 갖고 있는 생존 여동생이 피해를 회복하고 안전한 자립생활을 지원하기 위한 방안을 고심하기 시작했다. 지적장애로 판단능력이 부족한 피해자에게 지원을 하더라도 본인이 무분별하게 구조금을 소비해버리거나, 다른 사람으로부터 다시금 재산상 피해를 입는 등 본래 범죄피해자 보호제도의 취지에 반하는 결과가 발생할 위험이 있기 때문이었다.

우리 헌법은 타인의 범죄행위로 인하여 생명 신체에 대한 피해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 따라 국가로부터 구조를 받을 수 있다고 규정하고 있고(제30조), 그에 따라 범죄피해자 보호법에서 피해자에게 구조금을 지급하거나 상담지원, 의료비지원, 법률구조 등을 할 수 있다고 정하고 있다. 그러나 비장애 범죄피해자와는 달리 그들의 특성과 상황을 감안한 보다 세밀한 지원이 필요한 발달장애, 정신장애, 치매 등을 이유로 판단능력이 부족한 범죄피해자에 대하여 아직까지 진지한 고민이 이루어지지 않고 있다.

이에 본고에서는 판단능력이 부족한 범죄피해자 현황을 소개하고, 범죄피해자 보호법을 개관한 뒤, 필자들이 수행하고 있는 위 사례의 지적장애 피해자에 대한 지원모델을 소개하려고 한다. 마지막으로 이와 같이 판단능력이 부족한 범죄피해자들도 피해회복을 통해 평온하고 안전한 삶을 영위할 수 있는 범죄피해자를 위한 의사결정지원모델을 제안하려고 한다.

II. 판단능력이 부족한 범죄 피해자 지원의 문제점

1. 판단능력이 부족한 범죄피해자 현황

우리나라 범죄피해자와 관련한 통계로 대검찰청에서 매년 발표하는 범죄분석 통계정도가 있다. 그러나 위 통계는 피해자의 성별, 연령, 가해자와의

관계 정도만이 기재되어 있어 판단능력이 부족한 범죄피해자의 현황을 참고하기에는 부족하다. 그 외에 장애인, 노인, 아동에 대한 권익옹호기관들이 매년 발간하는 학대 현황보고서가 있으나, 이는 모든 범죄를 담고 있지 않고, 각 기관에 신고 된 사례들을 기준으로 삼고 있다는 점에서 정확한 현황을 담고 있지는 않다는 한계가 있다. 위와 같은 한계에도 불구하고, 범죄피해자 현황과 각 기관에서 발간한 학대 현황보고서상 통계자료를 참고하는 것만으로도 판단능력이 부족한 범죄피해자 현황 파악에 도움이 될 것으로 보이는 바, 이하에서는 이를 간략히 소개하고자 한다.

1) 범죄분석 통계

대검찰청에서 발표한 2019 범죄분석을 보면 성별, 연령별 범죄피해자 정도를 확인할 수 있다. 다만, 성별과 연령만 가지고 범죄피해자의 특성을 분석하기에는 부족한데다가, 성별, 연령마저도 확인할 수 없는 경우가 전체의 1/3에 육박하는바, 이 통계 자체는 그리 유의미하다고 보기는 어렵다. 다만, 전체 범죄 피해자 중 미성년자로 확인된 경우는 95,708건(5.5%)을 차지한다는 점은 참고할 만하다.

〈표 1〉 성별, 연령별 범죄피해자 통계¹⁾

(단위: 명)

범죄	계	남			여			미상
		미성년	성년	합계	미성년	성년	합계	
총범죄	1,738,190	736,048	56,759	679,289	434,933	38,949	395,984	567,209
형법범	988,398	538,028	42,320	495,708	330,411	29,375	301,036	119,959
특별법범	749,792	198,020	14,439	183,581	104,522	9,574	94,948	447,250

2) 장애인 학대 통계

1) 대검찰청, 『2019 범죄분석』, p.576 이하 참조

2018년 1월 1일부터 2018년 12월 31일까지 전국 장애인권익옹호기관에 들어온 신고사례 중 학대사례로 판정한 것은 889건이다. 그 중 지적장애, 자폐성장애, 정신장애를 가진 장애인의 학대 현황을 보면 659건으로서, 전체의 74%로 다수를 차지하고 있다. 또한, 학대가해자 중 70%는 친족, 시설 종사자 등 피해자와 비교적 가까운 관계에 있는 자인바, 피해자 지원에 있어 보다 세심한 주의가 필요하다는 점을 보여준다.

〈표 2〉 성별, 연령별 범죄피해자 통계²⁾

(단위: 명)

총계	성별		장애유형			장애정도 (파악불가 1건)	
	남	여	지적장애	자폐성장애	정신장애	중증	경증
889	488	401	587	22	50	790	37
	거주유형		수급여부			가해자와 관계	
	재가	시설	기초생활수급	차상위	비수급	친족	그 외
	644	245	460	25	404	271	618
	가해자와의 관계 상세						
	배우자	부모	그외친족	거주시설종사자	이용시설종사자	그 외 기관종사자	타인
	52	115	104	205	74	70	269
	학대유형						
	신체	정서	성	경제	유기	방임	중복
	166	70	69	186	5	130	263

3) 노인 학대 통계

노인학대통계에서 특이한 점은 전체 학대 판정 사례 중 피해자가 치매진단을 받았거나, 치매가 의심되는 경우, 지적장애, 정신장애 등이 있는 경우

2) 중앙장애인권익옹호기관, 『2018 장애인학대 현황보고서』, p.85 이하 참조

가 1,379건으로 전체의 약 26%만을 차지한다는 점이다. 전술한 장애인학대 통계에서 전체 피해자의 74%가 판단능력이 부족한 장애인이었다는 점과 비교하면 노인 학대 피해자 중 판단능력이 부족한 노인의 비율이 낮다는 점은 특이하다고 할 수 있다.³⁾ 또한, 노인학대 역시 가해자 중 92%가 친족, 기관 종사자 등 피해자와 비교적 가까운 관계에 있는 자라는 점을 알 수 있다.

〈표 3〉 성별, 연령별 범죄피해자 통계⁴⁾⁵⁾

(단위: 명)

구분	성별		치매 여부			학대발생장소	
	남	여	치매의심	치매진단	정신적 장애	그 외	재가
계	1,353	3,835	507	700	172	3,809	4,616
학대유형							
계	신체	정서	성	경제	자기방임	방임	유기
8,176	3,046	4,508	228	381	240	718	55
피해자와 가해자의 관계							
계	본인	배우자	자녀	며느리,사위	그외 친족	타인	기관
5,665	240	1,557	2,542	177	193	168	788

4) 소결

판단능력이 부족한 자에 대한 학대는 전체 범죄피해의 일부에 해당하고, 분류기준도 차이가 있으나, 본고에서 다루는 지원이 필요한 범죄피해자 중

- 3) 치매 또는 정신적장애가 있는 고령자의 경우 스스로 피해사실을 알리기 어려운데다가 노인 학대 가해자의 80%가까이가 피해자의 친족이라는 점을 감안하면, 발견되지 않은(숨겨진) 노인 학대피해자의 수가 상당히 많을 것으로 추정된다.
- 4) 중앙노인보호전문기관, 『2018 노인학대 현황보고서』, p.47 이하 참조,
- 5) 각 항목별 총계가 다른 것은 각 사안별로 중복산정된 것들이 있기 때문이다. 예를 들어 피해자 1인이 신체적 학대와 정서적 학대를 중복해서 입은 경우, 각 1건으로 산정되기 때문이다.

상당수를 차지할 가능성이 높다. 그런 점에서 각 기관에서 분류한 장애인, 노인 등 판단능력이 부족한 학대 피해자의 현황은 이들의 특성을 이해하고, 이들의 피해회복과 안전한 삶 영위를 위한 지원모델을 개발하는데 중요한 참고자료라 할 수 있다.

특히 학대가해자의 절대 다수가 친족 또는 기관(시설) 관계자라는 점은 피해자가 가해자로부터 자유로워지기 어렵고, 자칫하면 다시 가해자의 통제 아래 놓임으로써 피해가 반복될 위험이 높으며, 피해자의 지원자도 가해자의 친족이거나 직장동료 등일 가능성이 높다는 점에서 피해자 지원에 세밀한 주의가 필요하다는 점을 보여준다. 그런 상황에서 판단능력이 부족한 피해자 지원이 단순한 의료지원, 경제지원 등에 그친다면, 피해회복 및 안전한 삶 영위라는 범죄피해자 지원의 목적은 달성하기 어려울 것이다.

2. 범죄피해자 보호법상 범죄피해자 지원제도 개요

1) 목적 및 범죄피해자의 정의

범죄피해자 보호법은 범죄피해자 보호·지원의 기본 정책 등을 정하고 타인의 범죄행위로 인하여 생명·신체에 피해를 받은 사람을 구조함으로써 범죄피해자의 복지 증진에 기여함을 목적으로 한다(범죄피해자 보호법 제1조, 이하에서는 법률명 생략). 여기에서 “범죄피해자”라 함은 타인의 범죄행위로 인해 피해를 당한 사람과 그 배우자(사실상의 혼인관계를 포함), 직계 친족 및 형제자매를 말한다(제2조 제1항 제1호). “구조대상 범죄피해”란 “대한민국의 영역 안에서 또는 대한민국의 영역 밖에 있는 대한민국의 선박이나 항공기 안에서 행하여진 사람의 생명 또는 신체를 해치는 죄에 해당하는 행위(「형법」 제9조, 제10조제1항, 제12조, 제22조제1항에 따라 처벌되지 아니하는 행위를 포함하며, 같은 법 제20조 또는 제21조제1항에 따라 처벌되지 아니하는 행위 및 과실에 의한 행위는 제외한다)로 인하여 사망하거나 장애 또는 중상해를 입은 것”을 말한다.⁶⁾

6) 2010. 8. 15. 범죄피해자 보호법에 통합되고 폐지된 범죄피해자구조법(법률 제7766호,

2) 범죄피해자 보호·지원의 기본 정책

국가 및 지방자치단체는 범죄피해자의 피해정도 및 보호·지원의 필요성 등에 따라 상담, 의료제공(치료비 지원을 포함한다), 구조금 지급, 법률구조, 취업 관련 지원, 주거지원, 그밖에 범죄피해자의 보호에 필요한 대책을 마련해야 한다(제7조 제1항). 국가는 범죄피해자와 그 가족에게 신체적·정신적 안정을 제공하고 사회복귀를 돕기 위하여 일시적 보호시설을 설치·운영하여야 하며(동조 제2항), 이들의 정신적 회복을 위한 상담 및 치료프로그램을 운영하여야 한다(동조 제3항).

나아가 법무부장관은 범죄피해자 보호위원회의 심의를 거쳐 5년마다 범죄피해자 보호 지원에 관한 기본계획을 수립해야 하고, 관계 중앙행정기관의 장, 광역 지방자치단체의 장과 기본계획에 따른 연도별 시행계획을 수립하고 시행해야 한다(법 제12조, 제13조).

3) 구조대상 범죄피해에 대한 구조

(1) 범죄피해 구조 개요

범죄피해자 보호법상 범죄피해 구조는 크게 “범죄피해 구조금”제도와 “보호시설” 및 범죄피해자 지원 법인을 통한 범죄피해자 지원, 형사절차 참여 보장 및 정보제공, 형사조정으로 분류된다. 이하에서 간략하게 해당 내용들을 소개한다.

(2) 범죄피해 구조금

범죄피해자 보호법은 구조대상 범죄피해를 입은 사람(이하 ‘구조피해자’)이 피해의 전부 또는 일부를 배상받지 못하거나, 자기 또는 타인의 형사사건에서 수사단서를 제공하거나 자료제출을 하다가 구조피해자가 된 경우에

2005. 12. 29. 일부개정된 것)에서는 피해자를 범죄피해자 본인만으로 한정한데 반해(제3조 제1항), 범죄피해자 보호법에서는 범죄피해자의 범위를 본인 및 가족까지 확대하였다.

피해자 본인 또는 유족에게 범죄피해 구조금을 지급한다고 정하고 있다(제16조). 종래 범죄피해자구조법(법률 제7766호, 2005. 12. 29. 개정된 것)에서는 가해자의 불명 또는 무자력을 요건으로 두고 있었으나(舊 범죄피해자구조법 제3조 제1항), 범죄피해자 보호법에서는 이를 삭제하여 구조피해자의 범위를 확대하였다.

범죄피해구조금은 구조피해자가 사망한 경우 유족에게 지급하는 유족구조금과 구조피해자 본인에게 지급하는 장해구조금 및 중상해구조금으로 분류된다(제17조).

유족의 순위는 배우자 및 구조피해자 사망 당시 그의 수입으로 생계를 유지하던 자녀, 구조피해자 사망 당시 그의 수입으로 생계를 유지하던 그의 부모, 손자녀, 조부모, 형제자매, 그 밖의 구조피해자의 자녀, 부모, 손자녀, 조부모, 형제자매로 나뉘고(제18조 제1항, 제3항), 태아는 구조피해자 사망할 때 출생한 것으로 간주한다(동조 제2항). 다만, 고의로 구조피해자 또는 유족이 될 사람을 사망하게 한 사람은 유족으로 보지 않는다(동조 제4항).

유족의 순위는 배우자 및 구조피해자 사망 당시 그의 수입으로 생계를 유지하던 자녀, 구조피해자 사망 당시 그의 수입으로 생계를 유지하던 그의 부모, 손자녀, 조부모, 형제자매, 그 밖의 구조피해자의 자녀, 부모, 손자녀, 조부모, 형제자매로 나뉘고(제18조 제1항, 제3항), 태아는 구조피해자 사망할 때 출생한 것으로 간주한다(동조 제2항). 다만, 고의로 구조피해자 또는 유족이 될 사람을 사망하게 한 사람은 유족으로 보지 않는다(동조 제4항).

만약 범죄피해 당시 구조피해자와 가해자가 부부, 직계혈족, 4촌이내 친족, 동거친족인 경우 구조금을 지급하지 않는다(제19조 제1항).⁷⁾ 이와 같은 경우, 구조금이 결국 피해자가 아닌 가해자에게 귀속될 위험이 있기 때문이다. 따라서 그럴 위험이 없거나, 그 밖에 구조금을 지급하지 않는 것이 사회통념에 위배된다고 인정할만한 특별한 사정이 있는 경우에는 구조금의 일

7) 그 밖에도 가해자와 본문에 기재한 것 이외의 친족관계가 있는 경우, 구조피해자가 범죄행위를 교사, 방조하였거나 과도한 폭행 등으로 해당 범죄행위를 유발하였거나, 해당 범죄행위와 관련한 현저하게 부정한 행위, 해당 범죄행위를 용인하는 행위, 범죄행위에 대한 보복행위, 범죄 조직에 속하는 행위 등을 한 경우에는 구조금을 지급하지 않거나, 일부만 지급할 수 있다(제19조 제2항 내지 4항).

부 또는 전부를 지급할 수 있다(동조 제7항).⁸⁾

구조피해자나 유족이 범죄피해를 원인으로 손해배상을 받았거나, 국가배상법 기타 법령에 따른 급여를 받았을 경우에는 그 범위에서 구조금을 지급하지 않는다(제20조, 제21조). 이미 다른 수단으로 피해가 회복되었으므로 구조금을 지급하지 않는 것이다. 나아가 구조피해자나 유족이 구조금을 받은 경우, 국가는 그가 갖는 범죄피해를 원인으로 한 손해배상청구권을 대위하여 가해자에게 구상권을 행사할 수 있으며, 가해자가 수형자나 보호감호대상자인 경우, 그가 받는 작업장려금 또는 근로보상금에서 손해배상금을 받을 수도 있다(제21조 제2항, 제3항).

구조금 지급에 관한 사항을 심의하기 위해 각 지방검찰청에 범죄피해구조심의회를 두고, 범부부에 범죄피해구조본부심의회를 둔다(제24조 제1항).

(3) 보호시설, 범죄피해자 지원 법인을 통한 지원

국가 및 지방자치단체는 범죄피해자에게 상담, 의료제공, 법률구조, 취업 관련 지원, 주거지원 등의 대책을 마련하여야 하고(제7조 제1항), 범죄피해자와 그 가족에게 신체적·정신적 안정을 제공하고 사회복지를 돕기 위하여 일시적 보호시설을 설치, 운영해야 하며(동조 제2항), 정신적 회복을 위한 상담 및 치료 프로그램을 운영해야 한다(동조 제3항).

그리고 이와 같은 범죄피해자 지원을 목적으로 범죄피해자 보호법, 동 시행령에서 정하는 요건을 갖추고 등록한 범죄피해자 지원법인에 대하여 국가는 운영 또는 사업에 필요한 경비를 보조할 수 있다.⁹⁾

8) 가해자와 피해자가 친족인 경우 이외에 제19조 제1항 내지 4항의 사유 모두 해당된다.

9) 범죄피해자 지원법인으로 등록하기 위해서는 다음 중 세 종류 이상의 활동을 법인의 목적으로 해야 한다(시행령 제41조 제1항 제1호). 범죄피해자에 대한 법률·심리상담 등 각종 상담, 범죄피해로 인하여 정상적인 가정생활이나 사회생활이 어려운 사람들에 대한 경제적 지원, 수사기관 및 법정에 범죄피해자와 동행, 범죄피해자의 병원후송·응급진료 및 치료, 이 법 및 이 영에 따른 구조금 신청과 「법률구조법」에 따른 법률구조법인의 구조 신청에 대한 안내 등 법률구조 지원, 범죄피해자 보호·지원을 위한 조사·연구 및 교육·홍보, 범죄피해자를 위한 대피시설 또는 보호시설 등의 운영, 그 밖에 범죄피해자 보호·지원과 관련된 활동

(4) 형사절차 참여보장, 정보제공 등

국가는 수사 및 재판과정에서 범죄피해자가 수사담당자와 상담하거나, 재판절차에 참여하여 진술하는 등 형사절차상 권리를 행사할 수 있도록 보장해야 하고, 가해자에 대한 수사 결과, 재판결과 등 형사절차 관련 정보를 제공해야 한다(제8조). 또한, 형사절차상 범죄피해자의 권리 지원 그 밖의 권리보호 및 복지증진을 위하여 필요한 정보를 제공해야 하고(제8조의2), 범죄피해자의 명예와 사생활의 평온을 보호하기 위하여 필요한 조치를 취해야 하며(제9조 제1항), 범죄피해자가 형사절차에서 한 진술이나 증언과 관련하여 보복을 당할 우려가 있는 등 보호할 필요가 있을 경우 적절한 조치를 마련해야 한다(동조 제2항).

(5) 형사조정

검사는 범죄피해자와 피의자 사이에 형사분쟁을 공정하고 원만하게 해결하여 범죄피해자가 입은 피해를 실질적으로 회복하는데 필요하다고 인정하면 수사 중인 형사사건을 형사조정에 회부할 수 있다(제41조 제1항).¹⁰⁾

4) 제3차 범죄피해자 보호·지원 기본계획

법무부를 비롯한 관련 정부부처, 지방자치단체는 2016. 9. 30. 제3차(2017~2021) 범죄피해자 보호 지원 기본계획을 발표했다. 기본계획의 주된 내용은 범죄피해자의 회복, 참여, 안전을 목표로 피해회복 지원, 피해에 대한 배상과 보상, 형사절차 참여권리 보장, 피해자의 정보 신변보호 및 2차 피해방지, 정책추진체계 정비 및 강화라는 5대 정책영역의 13개 정책과제,

10) 단, 이 때 형사조정에 회부할 수 있는 형사사건은 차용금, 공사대금, 투자금 등 개인 간 금전거래로 인하여 발생한 분쟁으로서 사기, 횡령, 배임 등으로 고소된 재산범죄 사건, 개인 간의 명예훼손·모욕, 경계 침범, 지식재산권 침해, 임금체불 등 사적 분쟁에 대한 고소사건, 제1호 및 제2호에서 규정한 사항 외에 형사조정에 회부하는 것이 분쟁 해결에 적합하다고 판단되는 고소사건, 고소사건 외에 일반 형사사건 중 제1호부터 제3호까지에 준하는 사건에 한한다(시행령 제46조).

68개 세부추진과제를 설정하고 추진한다는 것이다. 단계별 통합지원 역량강화를 통해 형사절차상 피해자의 권리를 강화하고, 피해자 정보보호를 강화하겠다는 각오도 밝혔다.¹¹⁾

이 중 본고의 문제의식과 관련된, 판단능력이 부족한 범죄피해자에 대한 내용은 세 가지 정도이다. 먼저 노인과 같은 인권취약계층에 대한 맞춤형 지원체계를 마련하기 위해 노인 범죄피해자의 특수성에 따른 취약 요인 파악을 위한 실태조사 및 효과적인 지원방안 마련을 위한 관련 연구 실시하겠다고 밝혔고¹²⁾ 피해자에 대한 국가 구조를 강화하기 위해 미성년자, 성년후견자 등에 대하여 분할지급 및 **신탁제도를 활용한 지급** 등 범죄피해구조금 지급방식 다양화로 피해자별 맞춤형 지급방식을 마련하겠다고 밝혔다.¹³⁾ 나아가 기존 성폭력 및 아동학대 범죄에 한해 제공되던 의사소통이 어려운 아동·장애인 피해자에 대한 진술조력인 지원범위를 확대하여 추진하겠다고 밝혔다.¹⁴⁾

3. 문제점

범죄피해자 지원제도의 문제점을 지적한 여러 연구 중 필자가 지적하는 것과 같은 판단능력이 부족한 범죄피해자에 대한 지원제도의 문제점을 지적하는 것은 찾을 수 없었다. 그 외에 많은 논문들은 주로 우리나라 범죄피해자 지원제도의 문제점으로 주로 검찰단계를 중심으로 지원이 이루어짐에 따라 가장 적극적인 지원이 필요한 경찰단계에서의 지원이 부족하다는 점,¹⁵⁾ 중앙정부, 특히 법무부, 검찰 주도의 범죄피해자 지원체계, 민간지원 단체가 지나치게 관 의존적이라는 점, 지방자치단체의 역할이 미비한 점,¹⁶⁾ 피해자

11) 법무부외, 『제3차(17~21) 범죄피해자 보호 지원 기본계획』

12) 기본계획 p.19

13) 기본계획 p.25

14) 기본계획 p.31

15) 최영승, 「범죄피해자보호법상 피해자보호 지원에 대한 평가 및 발전방향」, 『피해자학연구』 제24권 제2호, 한국피해자학회, 2016.8., p.120이하

가 아닌 공급자 중심으로 지원제도가 운영된다는 점,¹⁷⁾ 구조대상 피해자의 범위가 협소하다는 점¹⁸⁾을 주로 지적하고 있다.¹⁹⁾

그밖에도 현재 범죄피해자 지원제도는 피해자의 특성을 반영한 지원이 부족하다는 점에서 한계가 있다. 동법은 전술한 것과 같이 판단능력이 부족한 범죄피해자에 대한 고민을 하고 있지 않고, 다른 법률에서 장애인 학대(장애인복지법), 노인 학대(노인복지법), 아동 학대(아동복지법 등)에 대한 지원을 두고 있는 것에 의존하고 있다. 그러나 전술한 다른 법률들에서는 범죄피해자 보호법과는 달리 구조금 지급 등의 제도를 두고 있지 않기 때문에 판단능력이 부족한 피해자들이 신속히 피해를 회복하고, 평온하고 안전한 삶을 보장받기 위하여 범죄피해자 보호법에 호소해야 하는 상황이 발생한다. 이 때 피해자의 특성을 고려하지 않은채, 단순히 법에서 정하고 있는 구조금을 집행하기만 하거나, 상담 및 치료프로그램만을 정해진 기간 동안 제공한다면, 범죄피해자 보호법이 추구하는 목적과는 정반대의 결과가 발생할 위험이 있다. 피해자가 받은 구조금을 노린 제3자에 의한 2차 피해가 발생하는 경우, 피해자가 가해자 및 가해자와 친족관계에 있는 자에게 생계를 의존하고 있다는 이유만으로 범죄피해 지원을 단절하는 경우 등이 그 것이다.

그런 점에서 제3차 기본계획에서 미진하나마 노인 범죄피해자의 특수성을 반영한 지원방안을 연구하고, 미성년자, 성년후견자²⁰⁾에 대한 국가구조

16) 김동률, 박노섭, 「범죄피해자 보호 지원정책에 관한 연구 - 바람직한 개선방향과 입법 제도적 준비를 중심으로-」, 『비교형사법연구』제20권 제1호, 한국비교형사법학회, 2018.4., p.237 이하

17) 김동률, 박노섭, 전개논문 p.240 이하, 정의롭, 「범죄피해자보호기금 운용상 문제점 및 개선방안」, 『한국경찰학회보』21권1호, 한국경찰학회, 2019, p.105이하

18) 원혜옥, 「범죄피해자 보호 지원제도의 개선방안」, 『피해자학연구』제25권 제3호, 한국피해자학회, 2017. 12., p.82 이하, 황태정, 「헌법정신과 범죄피해자 보호」, 『피해자학연구』제27권 제2호, 한국피해자학회, 2019. 8., p.153 이하

19) 그 외 범죄피해자 지원제도의 문제점과 개선방안과 관련한 것으로는 김혜경, 「통합적 범죄피해자 보호를 위한 기본이념 정립과 개선방향」, 『피해자학연구』 25권 3호, 한국피해자학회, 2017.12., 김순석, 「범죄피해자보호 관련 법제에 관한 소고」, 『한국경찰학회보』. 한국경찰학회, 2017, 이주일, 「범죄피해자 인권과 치료적 사법에 대한 연구」, 『인문사회21』, 아시아문화학술원, 2018 등 참조

20) 학계와 실무계에서는 “성년후견자”라는 단어는 거의 사용하지 않고, 그런 단어를 사용하는

를 강화하기 위해 신탁제도를 활용한 지급 등을 검토하겠다고 밝힌 것은 고무적이다. 그러나 무엇보다 판단능력이 부족한 범죄피해자에게 필요한 것은 피해자의 곁에서 피해회복과 사회통합을 지원할 지원자를 비롯한 튼튼한 안전망을 구축하는 것이라 할 수 있다. 그런 안전망이 있어야만 피해자가 받는 구조금이 그를 위하여 오롯이 사용될 수 있고, 그에게 제공되는 상담 및 각종 프로그램들이 시너지를 발휘하여 피해회복을 도울 것이기 때문이다.

Ⅲ. 판단능력이 부족한 범죄 피해자 후견신탁 모델

1. 사안의 개요

조현병이 있는 B는 뱀파이어로 보인다고 지적장애를 가진 피해자 여동생 A와 어머니 C를 칼로 찔러 어머니 C는 사망케하고, A에게는 상해를 입혔다. A에게 다른 가족으로는 10여년 전 이혼한 아버지 D와 이모들이 있었다. 이 사건을 담당하던 인천지방검찰청은 범죄피해구조심의회에 이 사건을 회부하여 어머니 C의 유족인 A에게 유족구조금을 지급할 것인지 심의하였다.

당시 A는 장애인 재활근로활동을 통해 월 60만 원 정도의 수익을 올린 바 있으나, C와 동거하며 그에게 생계를 전적으로 의존하고 있었는데, 범죄피해자 보호법상 유족구조금을 수령할 수 있는 대상자에 해당하였다.

다만, 인천지방검찰청은 지적장애를 가진 A에게 유족구조금을 지급할 경우, 그 돈이 아버지 D에 의해 A에게 귀속될 우려가 있거나, A가 아닌 D 또는 제3자를 위해 유용될 위험이 있는바, 이를 예방하고, 구조금이 오롯이 A를 위해 사용될 수 있는 방법을 모색하기 시작했다.

이에 인천지방검찰청 인권감독관실 법무관은 KEB하나은행에 A에게 지급될 유족구조금을 신탁하여 안전하게 관리방안을 문의하였고, KEB하나은행측

법률도 없다. 기본계획에서 사용한 “성년후견자”는 성년후견이 개시된 자라는 뜻에서 “피성년후견인”을 뜻하는 것으로 보이고, 보다 본질적으로는 판단능력이 부족한 피해자를 일컫기 위해 사용한 것으로 보인다.

은 필자가 근무하는 사단법인 온울에 신탁 및 후견을 활용하여 A가 구조금을 바탕으로 안전하게 살아갈 수 있는 기반을 마련할 모델을 제안해왔다.

인천지방검찰청, KEB하나은행, 사단법인 온울(이하 이들을 통칭하여 ‘지원기관들’)은 2019. 2.경 수 차례 회의 끝에 이하에서 후술하는 것과 같이 A에 대해 단기간의 특정후견을 개시하고, 후견인이 유족구조금을 신탁하며, 인천지방검찰청 범죄피해구조심의회가 신탁관리인(신탁법 제67조)을 맡아 후견이 종료된 뒤에도 신탁재산이 A를 위하여 계속 안전하게 관리될 수 있게 한 모델을 개발하였다(이하 ‘후견신탁 모델’)

2. 후견신탁 모델의 목표

후견신탁 모델의 목표는 단기간의 후견기간 동안 후견인의 지원 아래 A가 피해를 회복하고, 어머니 C의 공백에도 불구하고 사회에서 자립할 수 있는 훈련을 하여 후견이 종료된 뒤에도 스스로 사회에 통합되어 안전하게 살아갈 수 있게 하는 것이다. 이를 위해서 무엇보다도 후견이 종료된 뒤에도 신탁한 유족구조금에서 발생하는 수익이 A를 위해 사용될 수 있도록 관리·감시할 수 있는 시스템을 마련하는 것이 관건이었다.

3. 후견기간 중 모델

1) 특정후견개시

지원기관들은 A에 대해 성년후견, 한정후견이 아닌 특정후견을 신청하기로 하였다. A가 20대 중반에 불과한데 장기간 후견에 따른 제한을 받도록 하는 것은 적절하지 않다는 점, 후견신탁 모델의 목적은 후견인이 없이도 A가 자립할 수 있는 기반을 마련해주는 것이라는 점, A의 인지기능이 지적장애인 중에서는 상당히 좋은 편이라는 점, A본인의 자립에 대한 의지가 높은 점, 범죄피해 구조금을 신탁하고, 지원체계가 구축되고 난 뒤에는 후견인이 특별히 할 임무가 많지 않을 것이라는 점 등을 감안할 때 특정후견이 더 적

절하다고 판단하였기 때문이다. 이에 2019. 4. A에 대한 특정후견을 3년 동안 개시하고, 특정후견인으로 사단법인 온울을 선임한다는 심판이 확정되었다.

특정후견은 특정한 사무의 후원을 위해 단기간, 한정적인 범위 내에서 후견인이 피후견인에 대한 대리권을 보유하는 후견유형으로서(민법 제14조의2), 법정후견 유형 중 피후견인 본인의 권리를 최소한으로 제한하는 유형이다. 특정후견인은 본인에 대한 대리권을 보유할 뿐 법률행위에 대한 취소권이 없고, 본인은 특정후견 개시에도 불구하고 법적 능력에 제한이 없다. 그에 반해 성년후견, 한정후견의 경우 후견인이 광범위한 권한²¹⁾을 지니고, 그 범위에서 피후견인의 법적 능력이 제한되며, 사실상 피후견인이 사망하기 전에는 종료되지 않고, 여러 법률에서 성년후견, 한정후견이 개시된 피후견인에 대해 자격을 박탈하는 결격조항을 두고 있으며, 상당수 회사들도 취업규칙 등에서 취업을 제한하고 있는 등 특정후견에 비해 여러 중대한 단점을 지니고 있다. 따라서 A와 같은 젊은 지적장애인이 성년후견 또는 한정후견유형을 이용할 경우, 결격조항으로 취업이 어려워지고, 후견인이 보유하는 권한 범위 안에서는 법적 능력이 제한되어 후견인에게 상당부분 의존하지 않을 수 없게 되며, A가 사망하기 전까지 최소 40년 이상 지속된다는 점에서 사실상 자립이 불가능해진다는 문제가 발생한다.

그에 반해 특정후견을 이용할 경우, 후견이 지속되는 기간 동안 후견인의 도움 아래 A가 안정적인 직장에 취업하고, 월급과 신탁재산에서 발생하는 수익을 잘 관리하는 방법 및 일상생활 훈련 등 자립할 수 있는 기반을 마련할 수 있으며, 후견기간이 만료되면 후견을 종료할 수 있다는 장점이 있다. 그리고 후견이 종료되더라도 후술하는 것과 같이 후견인을 비롯한 지원기관들이 계속 지원자로 남아 A의 자립을 지원하고, 향후 후견이 필요한 상황이 발생했을 때 다시 특정후견개시 심판청구를 할 수 있으므로 혹시 모를 보호의 공백도 충분히 대비할 수 있다.

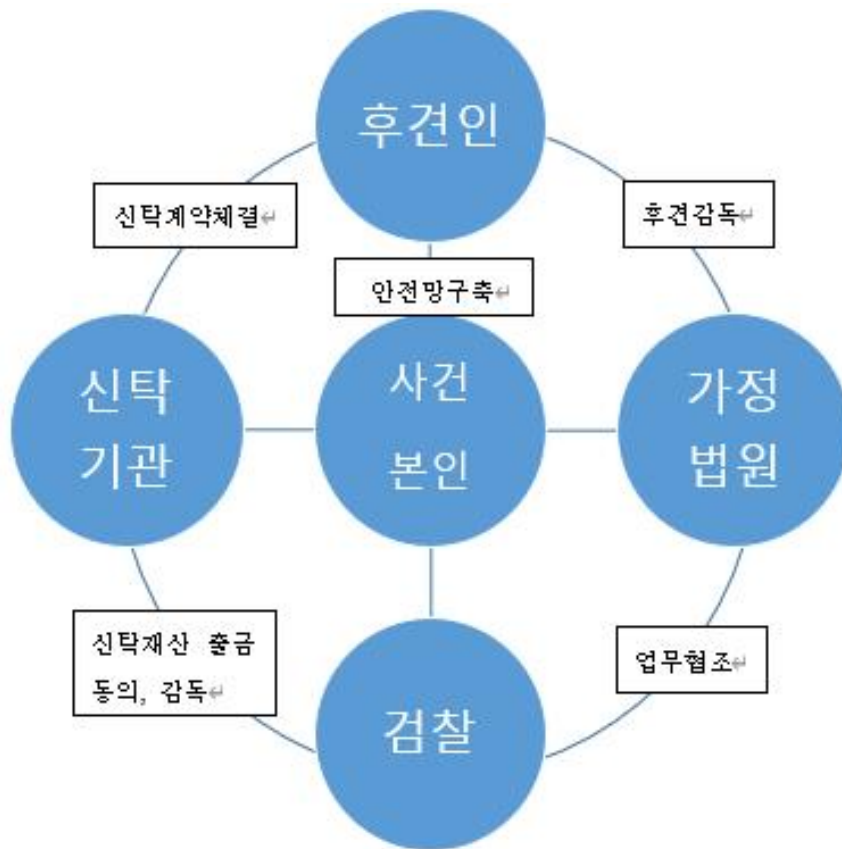
21) 여기에서 권한이라 함은 성년후견인의 취소권, 한정후견인의 동의권 및 취소권, 양자가 보유하는 법정대리권을 의미한다. 이하에서도 동일하다.

2) 신탁계약 체결

후견이 개시된 이후 후견인 사단법인 온울은 A를 대리하여 그가 받은 유족구조금을 KEB하나은행에 신탁하였다. 위탁자와 수익자가 A로 동일한 자익신탁으로 신탁재산에서 매월 50만원은 별도 증빙 없이 A명의 계좌로 이체하고, 그 외 A의 의료비용, 주거비용, 혼인비용 기타 A의 복리를 위해 필요하다고 후견인 또는 신탁관리인이 인정하는 경우, 증빙서류를 붙여 청구하면 그 비용을 지급(이하 '특별지급')해주기로 정하였다. 그리고 신탁재산에서 지급되는 돈이 A를 위해 안전하게 사용되는지 관리, 지원하기 위해 인천지방검찰청 범죄피해구조심의회 위원장이 지정하는 자를 신탁관리인으로 정하고, 그로 하여금 신탁계약에 따른 사무를 처리하도록 하였다. 이 때 신탁관리인이 처리해야 하는 대표적인 사무는 후견인으로부터 정기적으로 신탁재산 사용내역 등에 대한 보고서를 수령하고 검토하는 사무, 후견인이 신탁계약을 해지하거나 변경할 경우, 이에 대한 검토 및 승인 사무, 후견이 종료된 이후 특별지급에 대한 사무, 후견이 종료된 이후 신탁계약을 해지하거나 변경할 경우, 이에 대한 검토 및 승인 사무, 후견이 종료된 이후 수탁자로부터 신탁재산을 운용한 내역을 수령하고, 운용방법을 지시하는 사무 등이 있다.

3) 소결

이상과 같이 지원기관들은 A에 대해 필요 최소한의 범위 내에서만 이용이 가능한 특정후견유형을 이용하였고, 후견이 진행되는 동안 그가 자립할 수 있는 역량을 기를 수 있도록 지원하기로 하였으며, 후견이 종료된 뒤에도 그가 받는 유족구조금이 안정적으로 관리되고, A를 위해서만 사용될 수 있도록 신탁계약을 체결하는 등 필요한 조치를 취하였다. 이를 도표로 표현하면 아래와 같다.



[그림 1] 후견개시 중 후견신탁모델

4. 후견종료 후 예상 모델

1) 후견종료 후 지원자

(1) 지원자의 정의 및 후보

사단법인 온옴은 후견이 종료되더라도 A의 곁에서 그를 지원해줄 여러 지원자들과 A를 연결하는 것이 주요 목표이다. A를 지원해줄 지원자는 A가 어려움을 겪을 때 그에게 힘이 되어줄 사람이나, 후견인과는 달리 법원으로부터 부여 받은 A에 대한 대리권은 갖지 않는다. 쉽게 설명하면, 지원자의 지위는 A가 믿을 수 있는 이웃인 것이다.

이 때 A의 지원자가 될 수 있는 가장 첫번째 후보는 후견인이었던 사단법인 온울이다. 사단법인 온울 역시 후견이 종료되었다고 A와의 관계를 끝내지 않고, 가능한 한 오랫동안 지원자로서 필요한 지원을 다 할 예정이다. 다음으로 A의 지원자로 유력한 것은 신탁계약상 신탁관리인이다. 신탁재산이 그를 위해 잘 활용되는지 관리 감독하는 신탁관리인은 A의 주요한 지원자 중 하나로 활동할 것이다. 그밖에도 A의 유력한 지원자는 A 주소지 관할 지방자치단체 사회복지담당자, 인근 사회복지기관, A의 아버지, A가 근무하게 될 직장의 동료, A의 이웃, 친구 등이 있을 것이다. 나아가 A가 사랑하는 사람을 만나 결혼을 하게 되면 배우자가 그의 가장 중요한 지원자가 될 것이다.

이런 지원자는 반드시 1명만 있을 필요는 없고 많은 사람이 있을수록 A가 두텁게 보호받는 것이고, 지원자의 부담이 덜어지게 되므로, 최대한 많이 확보하는 것이 필요할 것으로 예상하고 있다.

(2) 지원자의 역할

전술한 것과 같이 지원자는 기본적으로 A가 자립하여 안전하게 살아갈 수 있도록 그의 곁에서 그를 지원하는 역할을 담당한다. 나아가 지원자는 A가 필요한 경우, A의 위임에 의해 A의 사무를 대리하여 처리하거나, A가 스스로 이해하고 판단하기 어려운 복잡한 사무에 대한 지원이 필요해졌을 때 A의 아버지, 지방자치단체의 장, 검사 등에게 특정후견개시청구를 다시 한 번 요청하는 역할 등을 담당할 것이다.

지원자가 A로부터 권한을 위임받을 수 있는 사무는 물론 A가 스스로 이해하고, 판단할 수 있는 일상생활 영역에서 발생하는 범위 안의 것이어야 할 것이다. 예를 들어, 현재 A는 후견인의 도움 없이도 인터넷뱅킹 등을 이용하여 자신의 재산을 관리하고, 필요한 공과금을 납부하며, 수입과 지출내역을 비교하여 주 단위, 월 단위의 비교적 짧은 기간의 경제계획을 세울 수 있는바, 그런 범위 안에서는 후견이 종료된 뒤 A가 지원자에게 사무를 적법하게 위임할 수 있을 것이다. 또한, A는 스스로 병원에 가서 자신이 불편한

곳을 설명하고, 후견인 및 의료진과 논의아래 적절한 치료를 받을 것인지 여부를 판단할 수 있는바, 후견이 종료된 이후 지원자는 후견인과 같이 A와 적절한 건강관리를 하는 방안에 대해 함께 고민해주는 역할을 수행할 것이다.

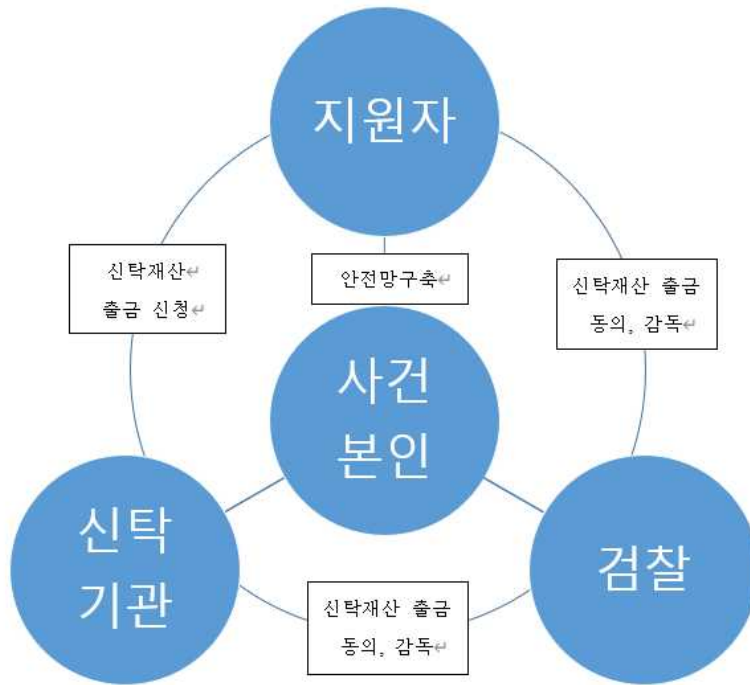
2) 신탁계약 작동

신탁계약은 후견이 종료되더라도 계속된다. 신탁계약은 해지, 위탁자의 사망, 신탁관리인이 종료를 요청하는 경우, 신탁재산의 소진, 기타 신탁목적 달성 또는 달성불가능한 경우에만 종료하도록 규정하고 있기 때문이다. 다만, 후견이 작동할 때에는 위탁자 겸 수익자인 A를 지원하는 역할을 후견인이 담당하였으나, 후견이 종료된 뒤에는 후견인의 역할을 할 사람이 사라지게 된다. 그렇다고 A의 지원자가 임의로 신탁계약에 따른 A의 권리 의무를 지원하게 할 수도 없고, 설사 그렇게 하더라도 지원자가 A를 위해 적절히 사무처리를 하는지 감독하는 자가 필요할 것이다. 이에 지원기관들은 신탁계약을 체결하면서 신탁관리인으로 인천지방검찰청 범죄피해구조심의회 위원장이 지정하는 자를 선임하고, 그로 하여금 전술한 것과 같은 사무들을 처리하도록 위임하여 두었다.

이에 따라 후견이 종료되더라도 신탁관리인이 신탁재산이 A를 위해 적정히 사용되는지 관리 감독할 것이고, 만약 불법이 발견되거나 지원자가 부적절하게 사무를 수행한 것이 발견될 경우, A에 대한 후견개시심판청구, 지원자에 대한 형사고발 등의 조치를 취할 것이다.

3) 소결

이상과 같이 후견이 종료된 이후 A를 둘러싼 지원모델을 도표로 표현하면 아래와 같다.



[그림 2] 후견종료 후 후견신탁모델

5. 발달장애인 특별수요신탁모델과 비교

이상과 같은 후견신탁 모델은 단기간 후견이 진행 중일 때 후견이 종료된 뒤에도 판단능력이 부족한 범죄피해자가 피해를 덜고 안전하게 생활할 수 있는 기반을 마련하는데 목적을 두고 있다. 그런 점에서 현재 정부에서 시행하고 있는 발달장애인을 위한 공공후견사업과 그 목적이 유사하다.²²⁾ 나아가 지적장애를 가진 A가 가진 재산을 믿을 수 있는 기관에 신탁하고, 그에게 필요한 곳에 그 재산을 활용할 수 있게 한다는 점에서 사단법인 한국자폐인사랑협회(이하 ‘자폐협회’)에서 시행하고 있는 발달장애인 신탁 사업과도 유사한 면이 있다. 자폐협회에서 시행하고 있는 발달장애인 신탁은 발달장애인 본인 또는 부모와 자폐협회가 신탁계약을 체결하고, 수익자를

22) 발달장애인 공공후견사업의 목적은 “성인 발달장애인에게 공공후견서비스를 제공하여 궁극적으로 발달장애인의 자립생활 지원을 도모함”이다(보건복지부, 『2019년 발달장애인 지원사업 안내』, p.26

발달장애인 본인으로 지정하며, 자폐협회가 본인의 희망, 특성을 고려한 맞춤형 설계를 통해 신탁배분금을 집행하고, 수익자의 지원자가 그 배분금이 본인을 위해 사용될 수 있도록 지원하는 구도를 띄고 있다.²³⁾ 즉, 발달장애인 신탁은 부모, 가족, 본인, 자폐협회 등 민간영역 주도로 이루어지는 것과 달리, 후견신탁모델은 판단능력이 부족한 범죄피해자에 대해 검찰청 범죄피해구조심의회에서 범죄피해 구조금 지급을 결정하면서 부모와 같은 후견적 지위에서 이를 안전하게 관리하기 위해 신탁을 하도록 하였고, 금융기관이 수탁자가 되고, 법원에서 선임한 후견인이 개입한다는 점에서, 공적 영역에서 주도하는 것이라는 차이가 있다고 할 수 있다.

〈표 4〉 발달장애인 신탁과 범죄피해자 후견신탁모델 비교

구분	발달장애인 신탁	범죄피해자 후견신탁모델
신탁 활용 결정 주체	(민간)부모, 가족, 본인	(공적기관)검찰, 법원, 후견인, 금융기관
위탁자	▪ 부모 또는 발달장애인 본인	▪ 범죄피해자 본인
수탁자	▪ 비영리법인(자폐협회)	▪ 금융기관(KEB하나은행)
계약체결 시 후견인 필요유무	▪ 원칙적 불필요	▪ 최초 계약 시 필요
개별지원자 유무	▪ 존재	▪ 후견인, 후견종료 후 개별지원자
개별지원자의 권한	▪ 위탁자가 정함	▪ 후견개시 중 : 후견인의 권한과 동일 ▪ 후견종료 후 : 위탁자가 정함
개별지원자에 대한 통제	▪ 수탁자의 통제 ²⁴⁾ ▪ 신탁관리위원회 통제 ²⁵⁾	▪ 후견개시 중 : 법원, 신탁관리인의 통제 ▪ 후견종료 후 : 신탁관리인의 통제

23) 전창훈, 「한국의 발달장애인신탁제도의 운영 현황과 과제」, 『고령자-장애인을 위한 특별수요 신탁제도 도입을 위한 국제포럼』(2018.2.23.개최), 한국후견 신탁연구센터, 한국자폐인 사랑협회, 자료집 p.53이하

24) 발달장애인신탁은 모두 자폐협회가 수탁자가 되고, 수탁자가 개별지원자가 신탁재산에서

6. 실제 지원 경험에서 본 개선방안

1) 공적부조 박탈 문제

A는 종래 기초생활수급자로 지정되어 수급비로 월 31만 원과 장애인연금 월 37만 원을 받고 있었다. 여기에 직업재활시설에서 근로활동을 통해 얻는 월급 70여만 원을 합하여 매월 약 130만 원의 수익을 올리고 있었다.

그런데 A가 범죄피해구조금을 수령하게 되자, 해당 구조금이 기초생활수급비 산정을 위한 기초재산에 포함되었고, 기초생활수급자 자격이 박탈되었으며, 차상위계층으로 분류되기 시작했다. 이는 국민기초생활보장법 및 시행령에서는 기초생활수급비 산정을 위한 기초재산에서 제외되는 항목들을 열거하고, 그 외에는 모두 기초재산에 포함되도록 정하고 있는 데에서 기인한 것이다.²⁶⁾ 여기에서 수급비 산정을 위한 기초재산에서 제외하고 있는 것들 중 대표적인 것은 퇴직금, 보육료, 학자금, 국민기초생활보장법 제43조 제5항에 따라 지방자치단체가 지급하는 금품²⁷⁾, 장애인연금, 장애수당, 장애아동수당, 아동양육비, 장애인이 직업재활사업에 참가하여 받은 소득의 100분의 50에 해당하는 금액²⁸⁾ 등이다. 그런데 위 법 및 시행령에서는 범죄피해자가 범죄피해자 보호법에 따라 받는 구조금은 기초재산을 산정하는데 제외하고 있지 않기 때문에 기초재산을 산정하는데 포함되게 된 것이다.

더욱이 현행법상 발달장애인이 신탁을 설정할 경우, 신탁재산의 소유권은 수탁자에게 이전됨에도 불구하고, 공적부조를 산정하는 기초재산에는 신탁재산이 그대로 산입되게 하고 있는 바²⁹⁾, 범죄피해구조금을 금융기관에

지급되는 돈이 발달장애인을 위해 사용되는지 관리 감독한다(전창훈, 전계 발표문 p.53).

25) 신탁관리위원회는 신탁설계과정부터 계약체결 이후 개별 사례 지원까지 자문과 감독을 하는 자폐협회 내의 기관으로서, 복지분야 종사 공무원, 사회복지학 및 법학 교수, 회계사, 변호사, 발달장애인 자녀를 둔 부모 등으로 구성되어 있다(전창훈, 전계 발표문 p.53).

26) 국민기초생활보장법(법률 제16367호, 2019. 4. 23. 일부개정된 것) 제6조의3, 시행령(대통령령 제30258호, 2019. 12. 24. 일부개정된 것) 제5조, 제5조의2

27) 국민기초생활보장법 시행령 제5조 제2항

28) 위 시행령 제5조의2

29) 위 시행령 제5조의3 제1항 제2호 가목, 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률(법률

신탁하였다는 사실은 A가 기초생활수급자로서의 자격이 있는지를 산정하는데 아무런 장애가 되지 않았고, 갑자기 큰 규모의 금융자산이 생긴 A는 수급자 자격을 박탈당하게 된 것이었다.

이는 발달장애인 신탁에서도 동일하게 발생하는 문제인데, 우리보다 먼저 발달장애인에 대한 신탁제도를 운영하는 국가들은 특정한 조건 아래에서 발달장애인을 수익자로 하는 신탁이 설정되면, 그 재산은 공적부조를 산정하는 기초재산에서 제외하고 있다. 예를 들면, 미국의 특별수요신탁[Special Needs Trusts(SNT)]은 신탁재산에서 수익자인 장애인이 수익을 받더라도, 공적부조 자격을 유지하는데 영향이 없고,³⁰⁾ 홍콩의 SNT도 마찬가지로 신탁재산이 공적부조를 산정하는 기초재산에서 제외된다.³¹⁾ 아울러 영국의 장애인신탁도 특별한 조건 아래에서는 공적부조 자격을 산정하는 기초재산에서 제외되고, 신탁재산에서 장애인에게 지급된 이익에 대하여 상속세, 증여세가 면제된다.³²⁾³³⁾

그런데 전술한 것과 같이 범죄피해자 보호법상 범죄피해구조금은 신속하고 실질적인 범죄피해 회복을 통해 피해자의 평온하고 안전한 삶을 도모함으로써 범죄피해자의 인권존중 및 인간다운 삶의 보장을 실현하기 위해 마련된 것이라는 점에서 단순히 범죄피해자의 재산이 증가한 것과 마찬가지로 평가하여서는 안 된다. 특히, 범죄피해구조금은 범죄피해자의 피해회복을 위

제16651호, 2019. 11. 26. 일부개정된 것) 제2조 제2호

30) 권종호, 이중기, 곽관훈, 보건복지부 연구용역 보고서 『장애인신탁의 활성화 및 발전방안에 관한 연구』, 2013. 10., p.67이하

31) LEE, Rebecca, 「Recent Developments of the Special Needs Trusts in Hong Kong」, 『고령자-장애인을 위한 특별수요신탁제도 도입을 위한 국제포럼』(2018.2.23. 개최), 한국후견 신탁연구센터, 한국자폐인사랑협회, 자료집 p.39이하

32) 전계 보고서(주30), p.52이하

33) 발달장애인 특별수요신탁에 대한 상세한 내용은 이번 논문에서는 생략한다. 자세한 내용은 전계 보고서(주30), 전계 자료집(주23, 주31), 제철웅 최윤영, 「중증발달장애인의 보호를 위한 특별수요신탁제도의 도입 필요성」, 『비교사법』제21권 3호(통권66호), 2014.8., p.1139이하, 제철웅, 「발달장애인 신탁의 필요성과 활용방안」, 『법학논집』제32권 제4호, 2015. 12., p.425이하, 제철웅 김원태 김소희 「미국의 특별수요신탁에 관한 일고찰」 『원광법학』제32권 2호, 2016.6., p.153이하 등 다수의 논문 참조

해 공적 자금이 투여되는 것이라는 점에서 기초생활수급비, 장애인연금 등과 그 성격이 유사하다는 점도 고려되어야 한다. 그렇다면 국민기초생활보장법에서 장애인연금 등 공적부조는 기초재산 산정에서 제외하고 있다는 점을 감안할 때, 범죄피해자보호법상 범죄피해구조금 역시 기초재산 산정에서 제외하는 것이 타당하다고 사료된다.³⁴⁾

2) 범죄피해자 피해회복을 위한 실제 지원에서의 고민

(1) 통합사례관리사업 개선사항

후견인이 선임되기 전까지 A는 거소지 관할 구청의 통합사례관리대상자로 분류되어 안전, 건강, 일상생활 유지, 가족관계, 경제, 교육, 직업 등에 이르기까지 통합적인 욕구상담을 통해 적절한 사회복지 서비스가 제공될 수 있도록 지속적인 모니터링을 제공받고 있었다. 그런데 A에 대해 후견인이 선임된 이후부터 관할 구청은 A가 사회안전망이 확보되었고, 위기상황이 어느 정도 해소되었다고 판단하여 사례를 종결하였다. A에 대한 후견의 목표 중 하나가 후견기간 동안 지자체의 사회복지서비스 등 안전망을 구축하는 것이었는데, 모순적이게도 후견개시를 이유로 안전망 중 하나를 상실한 것이다.

우리나라에서는 사회보장급여의 이용 제공 및 수급권자 발굴에 관한 법률 제42조의2에 따라 각 지방자치단체마다 통합사례관리사업을 실시하고 있다. 복합적 욕구를 가진 대상자에게 통합사례관리를 제공하고, 지역 내 자원 및 방문형 서비스사업 등을 총괄 관리함으로써 지역단위 통합서비스 제공의 증추적 역할을 수행하고 있다. 이 사업에 대한 지침으로 매년 보건복지부에서는 ‘희망복지지원단 업무안내’ 라는 업무매뉴얼을 배포하고 있는데, 여기에서 대상자 선정과 종결기준에 ‘위기도 조사지’를 활용할 것을 권고하고 있다.³⁵⁾

34) 필자와 같은 취지의 문제제기를 한 기사로 법률신문 2019. 11. 21.자 “저소득층 ‘구조’ 못하는 범죄피해구조금” 참조

위기도 조사지의 질문들은 ‘가족구성원 또는 외부인과의 관계에서 기초적 신변보호상의 위기정도’, ‘대상자 및 가족구성원의 신체적 정신적 건강문제로 인한 생활상의 위기정도’, ‘기능적 및 수단적 일상생활유지상의 위기정도’ 등으로 구성되어 있는데, 이에 따를 경우 일상생활에 문제가 없거나, 후견인이 지정되면 위기가 해소되어 사례관리를 지속할 필요가 없다고 평가될 가능성이 높다. 따라서, 대다수 관할 구청의 담당자들은 후견인이 지정되면 대상자에 대한 위기가 해결되었다고 보고, 사례를 종결하는 것이다.

이처럼 판단능력이 부족한 자에 대해 후견이 개시되면 통합사례관리서비스를 제공받지 못하게 되는 바, 한정적인 사회복지자원의 효율적인 전달체계 구축을 위하여 불가피한 면도 있겠으나, 판단능력이 부족한 범죄피해자의 특성상 단기간의 개입만으로 모든 문제가 해결되기 어렵다는 점에서 후견의 개시를 이유로 사례관리를 종결하는 것은 바람직하지 않다고 사료된다.

오히려 A와 같이 판단능력이 부족한 자에게 사회복지서비스가 제공될 때에는 예외적으로 사후관리가 세밀히 진행될 필요가 있다. 예를 들어, 2019년 ‘희망복지지원단 업무안내’에 따르면 사례종결 후 6개월 1회 모니터링 하도록 되어있는데, 이보다 세밀한 월 1회 모니터링으로 사후관리를 강화하는 등의 구체적인 보완이 필요하다. 다만, 한정적인 사회복지자원을 감안하였을 때, 대면 모니터링보다는 유선 등 비대면 모니터링으로 대체하는 것도 고려해볼 수 있을 것이다. 아울러, 후견종료 후 사후관리 과정에서 문제 상황 발생 시 통합사례관리를 연계함과 동시에 지방자치단체의 장의 권한으로 후견개시청구도 가능할 것이다.

(2) 발달장애인의 특성상 관계설정의 어려움

발달장애인의 의존적 경향, 부정적 자아 개념 등과 같은 심리적 특성³⁵⁾ 상 후견인과 A와의 라포 형성 과정에서 정도(正度)와 심도(深度)에 대한 문제가 어려움으로 대두되었다. 일반적인 사회복지시설 등에서는 이용시설 프

35) 보건복지부, 『2019 희망복지지원단 업무안내』, p.182

36) 서울시복지재단, 『발달장애인의 행동 이해와 지원을 위한 가이드북』, 2016, p.17

로그렘담당자와 참여자, 또는 생활시설 종사자와 거주자라는 비교적 정해진 관계 안에서 라포를 형성할 수 있지만, 필자의 경우 A와 후견인이라는 지위에서 라포를 형성하다보니 어떤 형태로, 어느 정도 A와 관계를 형성해야 할지에 대해 고민하지 않을 수 없었다.

먼저, 부친 D가 A를 돌보는 상황에서 후견인인 필자가 어떻게 접근할 것인지부터 문제되었다. 나아가 A는 사건발생 후유증으로 정신과 진료를 받고 있었고, 남자에 대한 거부감까지 있었던 바, 필자가 개입 초기 라포를 형성하기 어려웠다. 특히 A에게 후견인이라는 자격을 설명하고 이해시키는 데에 오랜 시간이 걸렸다. 처음 A는 후견인을 ‘엄마친구’ 혹은 ‘판사님이 보내주신 분’ 정도로 이해하다가, ‘엄마의 보물을 찾는 사회복지사’라고 이해하기 시작했다. 필자와 모친 C의 상속재산을 찾는 과정에서 후견인을 가장 친분이 두터웠던 모친 C의 특수 관계인으로 이해하기 시작한 것이다. 이에 필자 역시 A가 들려준 모친 C가 생전에 하였던 이야기들을 경청하면서 후견인을 편안한 존재로 인식할 수 있게 하였다. 현재는 A는 후견인을 “자신을 도와주고 지켜주는 선생님”이라고 깊게 신뢰할 정도로 라포가 발전하게 되었다.

막상 A가 필자를 깊게 신뢰하기 시작하자, 후견이 종료된 뒤에도 지금과 같은 수준으로 라포가 지속되는 것이 맞는지에 대한 새로운 문제가 발생했다.

필자는 A가 후견인을 자신이 자립한 뒤에도 필요할 때 도움을 받을 수 있는 조력자, 지원자로 인식할 수 있도록 하는 것이 목표였으나, 후견개시 후 1년이 지난 지금 A는 필자에게 필요 이상으로 의존하는 모습이 발견되는 것이다.

즉, 깊은 관계가 형성됨에 따라 후견이 종료되고, 필자가 A의 이웃, 관계인 등과 같은 여러 지원자 중 하나로 돌아갈 경우, A에게 오히려 혼란을 주고 자립에 부정적인 영향을 미치지 않을까 우려하고 있다.

이에 남은 후견기간동안 필자는 A의 전폭적인 지원자이기보다는 한발자국 뒤에서 지켜보는 관찰자로서 관계를 신중히 설정할 예정이다.

Ⅲ. 판단능력이 부족한 범죄피해자를 위한 의사결정지원 모델 제안

1. 개요

전술한 범죄피해자 후견신탁 모델은 후견 및 신탁이라는 현행 제도 아래에서 판단능력이 부족한 범죄피해자의 인권을 존중하면서 그가 안전하게 자립할 수 있는 방법을 도모한 비교적 최선의 모델이라고 생각한다. 그러나 이 모델 역시 최초 구조금 신탁, 피해자 회복 지원, 자립지원이 필요한 단계에서 피후견인의 권리를 일부 제한하는 법정후견을 불가피하게 사용한다는 점에서 한계가 있다. 그런데 중증 발달장애인, 중증의 치매고령자와 같이 의사결정능력이 현저히 부족하여 후견인의 도움을 받는 것 이외에 다른 선택지가 없는 경우가 아닌 이상, 가능하면 최초 단계부터 후견이 아닌 본인의 의사를 반영할 수 있는 다른 수단을 사용하는 것이 타당할 것이다. 특히 후견제도는 이미 본인의 판단능력이 부족해진 뒤에 법원에 의해 개시되고, 후견인 및 본인에 대한 권한 역시 법원이 결정한다는 점에서 본인의 의사가 그리 존중되지 못하고, 타인에 의해 본인에 대한 중요한 결정이 일방적으로 이루어지는, 의사결정대행제도라는 한계가 있기 때문이다.

그런데 영국, 싱가포르, 독일, 캐나다 등에서는 판단능력이 부족해질 때를 대비하여 미리 자신의 뜻대로 자신이 믿을 수 있는 자에게 자신의 사무를 위탁하는 소위 “지속적 대리권”제도를 운영하고 있다. 이 제도는 본인이 모든 절차에서 주체가 된다는 점에서 자기결정권이 실현되는 의사결정지원 제도로 분류되고 있다.

만약 이와 같은 의사결정지원제도를 활용한 범죄피해자를 지원하는 모델이 가능하다면, 판단능력이 부족한 범죄피해자가 자신의 뜻대로 자립하여 살아가는데 기본적인 지원체계로 자리잡을 수 있을 것이다. 이하에서는 각국의 지속적 대리권제도를 간략하게 소개하고, 이를 참고한 판단능력이 부족한 범죄피해자를 위한 의사결정지원모델을 제안하고자 한다.

2. 각국의 지속적 대리권 소개

1) 영국

영국은 2005년 정신능력법(Mental Capacity Act 2005, 이하 “MCA”)에서 지속적 대리권제도(Lasting Power of Attorney, 이하 ‘LPA’)를 도입했다. LPA는 위임인이 향후 판단능력이 부족해질 때를 대비하여 믿을 수 있는 자에게 재산관리 및 신상보호에 대한 결정권한을 위임하는 것을 의미한다.³⁷⁾ LPA가 작성되면, 위임인은 이를 반드시 영국 공공후견청(Office of the Public Guardian, 이하 ‘OPG’)에 등록해야 한다.³⁸⁾

위임인은 대리인을 1인 또는 여러 명을 선임할 수 있고, 그들 사이의 권한 분장도 자유롭게 할 수 있으며, 일단 선임한 대리인이 역할을 다하지 못할 때를 대비하여 예비적 대리인을 둘 수도 있다.³⁹⁾ 재산관리에 대한 대리인의 경우 신탁회사를 선임할 수도 있다. 다만, 대리인은 만 18세 이상이어야 하고,⁴⁰⁾ 충분한 판단능력이 있어야 하며, 재산관리에 대한 대리인의 경우 파산선고 등을 받지 않았어야 한다.⁴¹⁾ 대리인에게 부여하는 권한의 범위 및 권한이 발생하는 시기도 자유롭게 지정할 수 있다.⁴²⁾ 예를 들어 LPA를 등록한 즉시 대리인이 권한을 행사하게 할 수 있고, 자신의 판단능력이 부족해진 뒤부터 권한을 행사하게 할 수도 있다. 대리인은 LPA에 따른 권한을 행사할 때 위임인의 의사를 존중해야 하고, 위임인이 스스로 신상에 대한 결정을 할 수 있는 경우라면, 신상결정권한을 행사할 수 없다.⁴³⁾

37) Office of the Public Guardian(‘OPG’), 『Make and register your lasting power of attorney a guide』, 2017.7., p.3 참조

38) MCA(2015.1.4.개정된 것) section 9 (2) (b), Schedule 1

39) OPG, 전계 가이드북(주35), p.10이하 참조

40) MCA section 10 (1) (a)

41) MCA section 10 (2)

42) OPG, 전계 가이드북(주35), p.22이하 참조

43) MCA section 11 (7)

LPA가 등록되고, 위임인이 판단능력이 부족해지면 대리인의 임무수행이 적정한지는 OPG가 감독한다. 다만, 이 때 OPG의 감독은 적극적인 의미가 아닌 소극적인 형태의 감독에 그친다. 구체적으로 OPG는 보호법원상담자로 하여금 대리인을 방문하도록 지시할 수 있고,⁴⁴⁾ 대리인으로부터 보고서를 수령하며,⁴⁵⁾ 대리인의 적정한 사무처리 방식에 대한 민원⁴⁶⁾을 처리할 권한도 있다.⁴⁷⁾ 영국은 2019. 3. 기준 LPA 누적등록건수는 3,847,008건이고, 2018년 한 해 동안 등록된 LPA는 총 835,950건이라고 한다.⁴⁸⁾⁴⁹⁾

2) 싱가포르

싱가포르 역시 정신능력법(Mental Capacity Act)에서 영국과 비슷한 형태의 LPA를 운영하고 있다. 21세 이상의 위임인은 자신이 판단능력이 부족해졌을 때 재산관리와 신상보호를 지원하고 대리할 대리인을 선임할 수 있다. 이 때 대리인은 한 명 또는 복수일 수 있고, 예비적 대리인을 선임할 수 있다. 싱가포르 역시 LPA를 Office of Public Guardian(이하 “OPG 싱가포르”)에 등록해야 한다.⁵¹⁾

44) MCA section 58 (1) (d) (i),(iii)

45) MCA section 58 (1) (e)

46) 누구든지 대리인의 권한남용 등이 의심되는 경우, OPG에 그 사실을 통보하고 조사를 요청할 수 있다.

47) MCA section 58 (1) (h)

48) OPG, “Office of the Public Guardian Annual Report and Accounts 2018/19”, 2019.7. p.14

49) 영국의 LPA와 관련한 더 자세한 내용은 제철웅, 「영국법에서 의사결정무능력 성인의 보호제도의 역사적 전개와 2005년의 정신능력법의 특징」, 『비교사법』제17권 4호(통권51호), 2010.12., p.215이하, 제철웅, 「성년후견과 지속적대리 - 의사결정능력 장애인의 보호에서 인권존중으로 -」, 『법조』66권 2호, 2017.4. p.76이하, 영국 공공후견청(OPG) 홈페이지 <https://www.gov.uk/government/organisations/office-of-the-public-guardian>, 등 참조

50) OPG 싱가포르, 『A GUIDE TO : The Lasting Power of Attorney』, 2016.10., 참조

51) 자세한 내용은 OPG 싱가포르 홈페이지(<https://www.msf.gov.sg/opg/Pages/Home.aspx>.)

3) 독일

독일도 본인이 판단능력이 부족해질 때를 대비하여 미리 신뢰할 수 있는 자에게 자신의 사무를 위탁하는 “장래대리(Vorsorgevollmacht, 이하 ‘장래대리’)”을 운영하고 있다. 독일의 장래대리는 위임인의 재산에 관한 사무는 포괄적으로 위임할 수 있으나, 신상에 대한 결정은 포괄적인 위임이 불가능하고, 침습적 의료행위, 연명치료 중단에 대한 결정, 격리행위 등 구체적인 사안에 대한 개별적인 위임이 필요하다. 대리권의 수여방식에는 제한이 없으나, 향후 대리권의 유효여부에 대한 다툼을 예방하기 위해 공증을 받고, 중앙등록소(Vorsorgeregister)에 등록하는 것을 권고하고 있다. 나아가 장래대리권이 수여되어 있는 경우, 법정후견이 개시될 수 없는데, 장래대리가 등록되어 있지 않으면 법정후견 심리과정에서 그 사실이 드러날 수 없다는 문제가 있기도 하다.⁵²⁾

앞서 살펴본 영국과는 달리 독일은 장래대리인에 대한 특별한 통제수단을 두고 있지 않다. 장래대리인은 법원 또는 그 외 공적 기관으로부터 감독을 받지 않는다. 독일이 장래대리인에 대한 특별한 통제수단을 두고 있지 않은 이유에 대하여는 ① 위임인의 능력은 상황에 따라 차이가 있으므로 그가 장래대리인의 도움이 필요한 상황에 있더라도 대리인을 통제할 수 있을 수도 있고, ② 장래대리는 주로 가족들 사이에서 이용되는바, 다양한 비정형적인 방식의 통제가 더 효과적이기도 하다는 점이 제시된다. 아울러, 장래대리인의 권한남용 등은 일반 민사법, 형사법에 따라 규율되면 되므로 별도의 감독을 두지 않는다고 한다. 다만, 그럼에도 불구하고 별도의 개입이 필요한 경우, 법원은 장래대리인을 통제하는 감독후견인(monitoring custodian)을 선임한다.⁵³⁾ 그밖에 장래대리인은 침습적 의료행위, 격리행위, 본인의 의사에 반하는 의료적 필수조치에 대한 동의, 구속대 착용 등 본인의 자유를 박

52) 안경희, 「독일법상 신상보호를 위한 장래대리」, 『법학논집』제35권 제1호, 2018.3., p.323 내지 p.326 참조

53) Volker Lipp, 「The German “Vorsorgevollmacht” as an Alternative to Legal Guardianship」, 3rdWorldCongressonAdultGuardianship2014발표문 참조

탈하는 행위에 대하여는 위임인으로부터 권한을 수여받았더라도 이를 행사하기 위해 법원의 허가를 받아야 한다.⁵⁴⁾

3) 캐나다 브리티시 컬럼비아 주

캐나다 브리티시 컬럼비아주(British Columbia)는 지속적 대리권과 유사한 제도로 Representation Agreement Act(대리합의법, 이하 'RA')를 두고 있다. 이 법은 크게 RA Section9와 RA Section7(이하 'RA7')으로 분류되고, 전자는 본인이 판단능력이 온전할 때, 그렇지 않을 때를 대비하여 작성하는 것이고, 후자는 판단능력이 부족한 성인이 작성하는 것이라는 점에서 본질적인 차이가 있다. 특히, 본인이 판단능력이 부족할 때도 작성할 수 있는 RA7에 대해 간단하게 살펴보겠다. RA7은 기존의 법정후견을 대체하기 위해 도입되었다고 한다. 따라서 RA7에서는 위임인의 재산관리뿐만 아니라 신상에 대한 사항까지 위임할 수 있다.

위임인은 RA를 설정하기 위해서는 1인 이상의 대리인을 반드시 두어야 하고, 필요에 따라서 예비적 대리인, 감독인을 추가로 둘 수 있다. 다만, RA7의 경우, 위임인이 1명의 대리인만 선임하면서 일상적인 재정지출에 대한 권한을 부여할 경우, 그 대리인이 본인의 배우자가 아니라면 감독인을 선임해야 한다. 감독인을 선임하길 희망하지 않는다면, 대리인을 추가로 선임하여 이들이 공동으로 권한을 행사하게 해야 한다.⁵⁵⁾ RA7 아래에서 대리인은 비치료목적의 불임수술에 대한 동의 또는 정신건강법(the Mental Health Act)에 따른 비자의입원을 거부할 권한이 없다.⁵⁶⁾ RA는 캐나다 브리티시 컬럼비아주의 비영리법인인 Nidus에 등록하고 있다.⁵⁷⁾

54) 안경희, 전계논문, p.330, Volker Lipp, 전계 발표문 각 참조

55) Nidus, 『Fact Sheet RA Section 7』, p.5

56) Nidus, 전계 자료집 p.6

57) 캐나다의 RA에 대한 자세한 내용은 Nidus 홈페이지(<https://www.nidus.ca/>), 제철웅, 「캐나다 브리티시 컬럼비아주의 의사결정능력장애인의 사법상의 권리 실현 보장체계에 관한 연구」, 『비교사법』제21권 제4호(통권67호), 2014.12., p.1561 이하 참조

3. 판단능력이 부족한 범죄피해자를 위한 의사결정지원제도 모델 제안

1) 개요

아직까지 지속적 대리권을 도입하지 않은 우리나라 법제에서도 앞의 사례와 같은 대리권 위임계약이 불가능한 것은 아니다. 대리권을 수여한 뒤 위임인이 사후적으로 행위능력을 상실하더라도, 그 대리권 수여계약은 유효한 우리 법제 아래에서 판단능력이 온전할 때 미리 미래를 대비하여 대리권을 수여하는 것이 불가능한 것은 아니기 때문이다. 물론, 그렇다고 하더라도 위임인이 판단능력이 부족해진 뒤에 대리인에 대한 적절한 통제방안, 거래 상대방과의 대리권 유효 여부에 대한 다툼의 가능성, 본인에 대해 후견이 개시된 경우 후견인과 대리인 사이의 관계 등이 문제된다. 현재로서는 민법의 일반원칙에 따라 해결하는 수밖에 없겠으나, 향후 지속적 대리권 도입에 대한 논의가 시작되면, 앞서 살펴본 나라들의 사례를 통해 여러 가지 방안이 논의될 것이다.

이하에서는 현행 우리나라 제도 아래에서 판단능력이 부족한 범죄피해자가 신뢰할 수 있는 지원자와 지속적 대리권과 유사한 형태의 위임계약을 통해 지원을 받는 모델이 가능할 것인지 검토하고자 한다. 이 때 위임계약을 체결할 수 있는 능력이 있는지 여부는 본인의 장애 여부에 따라 일괄적이고 포괄적으로 판단되어서는 안 되고, 본인이 위임계약의 내용을 이해하고 결정할 수 있는지 여부에 따라 판단해야 할 것이다. 이런 판단기준 아래에서 의사소통이 불가능한 중증의 발달장애인, 중증의 치매고령자의 경우에는 이와 같은 모델을 이용하기 어려울 것이다. 결국 일상생활영역의 상당수를 스스로 수행할 수 있는 정도의 판단능력을 갖춘 경증의 발달장애인, 경도인지장애 또는 경증치매 고령자 중 일부정도가 이 모델을 이용할 수 있을 것이다.

2) 경증 발달장애인, 경증 치매고령자

후견신탁 모델에서의 A와 같이 일상생활영역 중 상당부분에 대하여 스스로 이해하고 결정할 수 있는 발달장애 범죄피해자 또는 치매 범죄피해자라면 그 범위 안에서 유효하게 신뢰할 수 있는 사람과 위임계약을 체결할 수 있을 것이다. 대리인은 위임인이 받은 범죄피해구조금을 그가 희망하는 곳에 사용될 수 있도록 관리 지원할 것이다. 이 때 대리인이 권한을 남용하는지 여부는 위임인의 가족, 이웃, 범죄피해구조금을 지급을 결정한 범죄피해구조심의회, 위임인 본인이 이용하는 사회복지서비스 제공기관, 지방자치단체 사회복지담당자 등이 간접적으로 감독할 수 있을 것이다. 대리인에 의한 권한남용, 범죄가 발견된다면 위임인은 위임계약을 종료하고, 대리인에 대한 형사고소 및 손해배상청구가 가능하다. 아울러 위임인이 이와 같은 법적 절차를 진행하는데 어려움이 있다면 이를 지원받기 위한 후견개시도 고려해볼 수 있을 것이다.

3) 중증 발달장애인, 치매고령자 등

의사소통이 거의 불가능하고, 일상생활영역의 상당부분을 타인에게 의존해야 하는 중증이상의 발달장애 또는 치매를 가진 범죄피해자의 경우 위와 같은 위임계약을 체결하기 어려울 것이다. 이 경우에는 앞서 소개한 후견신탁 모델을 활용하는 수밖에 없을 것이다. 이때도 일단 특정후견을 통해 단기간 후견인의 지원 아래 안전망을 구축함으로써, 후견이 종료된 뒤에는 지원자들의 도움 아래 피해자가 편안한 삶을 살아갈 수 있는 것을 목표로 삼아야 할 것이다. 그리고 피해자에게 다시 후견이 필요한 상황이 발생하면 후견을 개시하면 될 것이다.

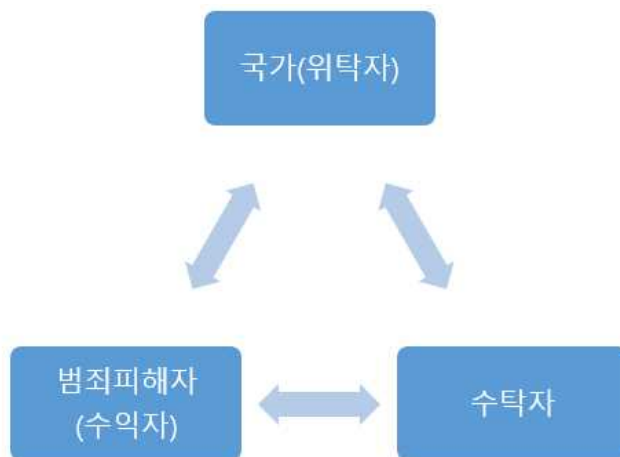
4) 새로운 신탁모델의 제안

후견신탁 모델에서 A에 대해 일단 특정후견을 개시한 것은 A가 범죄피해를 회복할 수 있도록 단기간 동안 후견인이 그의 자립을 도와주기 위함도 있었으나, A의 인지기능으로는 신탁계약의 구조를 이해하기 힘들어 그가 직

접 자신이 받은 범죄피해구조금에 대한 신탁계약을 체결할 수 없다는 점도 고려되었다. 즉, A가 받은 범죄피해구조금을 신탁하기 위해 후견을 이용한 면도 있다는 것이다.

앞에서 제안한 경증의 발달장애 또는 치매를 가진 범죄피해자에 대한 지원모델 역시 피해자가 받은 범죄피해구조금의 관리를 판단능력이 부족한 피해자가 선임한 대리인에게 맡기는 것은 그로 인한 2차 피해가 발생할 수 있다는 점에서 신탁과 같은 안전장치가 요구된다. 전술한 여러 지원자들에 의한 통제가 이루어질 수도 있으나, 보다 본질적인 안전망이 마련된다면 피해자 본인의 보호에 보다 충실할 수 있을 것이다. 그런데 단지 안전장치를 마련하기 위해 범죄피해자 본인의 의사와는 무관하게 법정후견을 개시하는 것은 그의 자립이라는 측면에서 적절하지 않을 수도 있다.

이에 필자는 본고에서 국가가 범죄피해구조금을 지급할 때 필요한 경우 이를 곧바로 신탁할 수 있도록 하는 모델을 제안하려고 한다. 즉, 국가가 위탁자로서 범죄피해구조금을 수탁자에게 신탁하고, 범죄피해자를 수익자로 지정하는 것이다. 그렇게 된다면 범죄피해구조금을 신탁하기 위해 구태여 후견을 이용할 필요가 없고, 범죄피해구조금은 수탁자에 의해 안전하게 관리될 것이며, 수탁자가 간접적으로 범죄피해자가 선임한 대리인의 권한남용 등을 통제할 수 있다는 점에서 보다 두텁게 범죄피해자를 보호할 수 있을 것이다.



[그림 3] 새로운 범죄피해자 지원 신탁모델

이 모델을 도입하기 위해서는 아래와 같이 범죄피해자 보호법에 범죄피해 구조심의회가 구조금 지급 결정을 할 때 구조금을 신탁하도록 한다는 결정을 할 수 있다는 규정이 필요하다. 범죄피해 구조금을 신탁하는 신탁자는 자본시장법상 인가를 받은 신탁업자에 국한하지 않고, 범죄피해자 지원법인, 기타 범죄피해자 지원을 법인의 목적사업으로 하는 비영리법인도 될 수 있게 하는 것이 적절할 것이다. 이 때 전자의 경우 적당한 신탁보수를 구조금에서 지급받을 수 있을 것이나, 후자는 신탁보수를 받을 수 없는바, 적절한 수준의 지원이 필요할 것이다. 그 재원은 범죄피해자보호기금법에 따라 조성되는 기금에서 충당할 수 있을 것이다. 이를 위한 범죄피해자 보호법, 범죄피해자보호기금법 개정안은 아래 표와 같다.

〈표 5〉 범죄피해자 보호법, 범죄피해자보호기금법 개정안

현행	개정안
(신설)	범죄피해자보호법 제26조의2 (구조금의 신탁) 지구심의회는 제26조에 따라 구조금을 지급한다는 결정을 할 경우, 구조피해자의 지적능력 정신적 장애의 정도 등을 감안하여 그의 피해회복 및 안전한 삶의 지원을 위해 필요하다고 인정될 경우, 그 구조금을 대통령령으로 정하는 신탁자에게 신탁한다는 결정을 할 수 있다.
(신설)	범죄피해자보호법 시행령 제36조의2(구조금 신탁자의 자격)법 제26조의2에서 구조금을 신탁받는 신탁자는 다음 각 호의 자로 한다. 1. 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제8조 제7항에 따른 신탁업자 2. 법 제33조에 따라 법무부장관에게 등록된 범죄피해자 지원법인 3. 제41조 제1항 제1호 각 목의 활동 중 한 종류 이상의 활동을 법인의 목적으로 하는 비영리법인
범죄피해자보호기금법 시행령(대통령령 제25904호, 2014.12.30., 일부개정된 것) 제5조(기금의 용도) ① 법 제6조제3호에서	범죄피해자보호기금법 시행령 제5조(기금의 용도) ① 법 제6조제3호에서 "대통령령

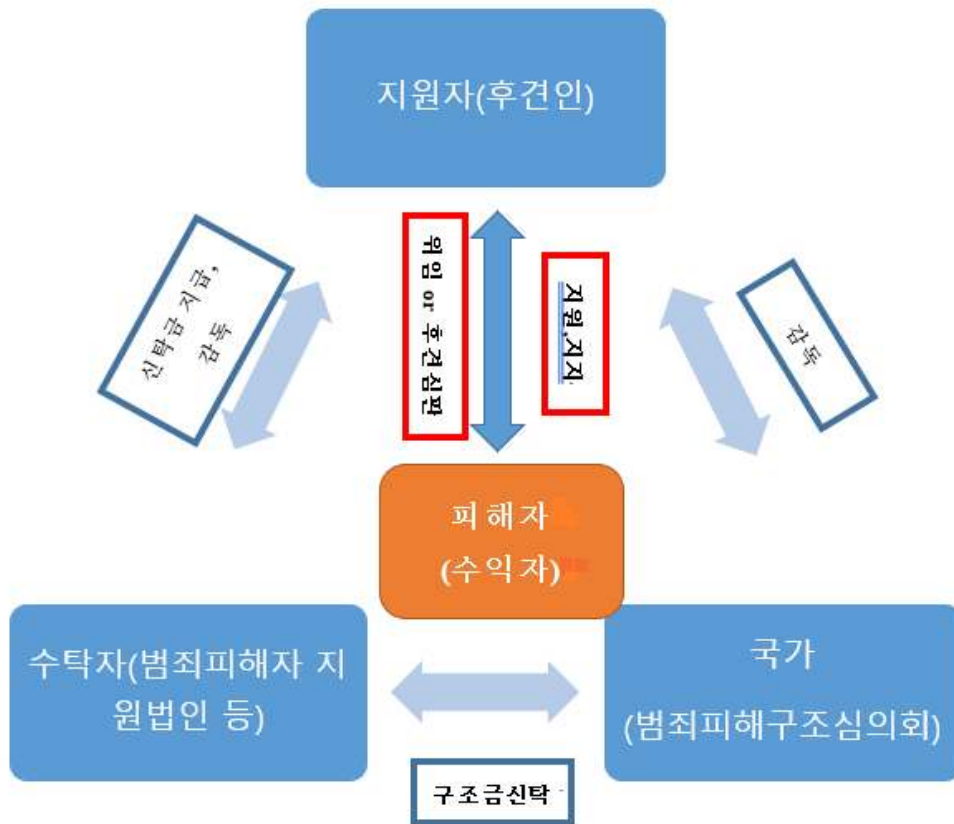
<p>"대통령령으로 정하는 것"이란 다음 각 호의 어느 하나를 말한다. <개정 2012. 8. 3.> 1. - 8. (생략)</p>	<p>으로 정하는 것"이란 다음 각 호의 어느 하나를 말한다. <개정 2012. 8. 3.> 1. - 8. (생략) 9. 「범죄피해자 보호법」 제26조의2에 따라 범죄피해구조금을 신탁받는 수탁자가 신탁보수를 받을 수 없는 경우, 신탁재산을 관리하기 위해 필요한 비용의 지급</p>
---	--

5) 소결

후견이상과 같이 필자가 제안한 판단능력이 부족한 범죄피해자를 위한 의사결정지원모델을 정리하면 다음과 같다. 우선 국가는 범죄피해자에게 구조금 지급 결정을 함에 있어 범죄피해자가 판단능력이 부족하여 구조금을 안전하게 본인의 피해회복을 위해 사용하기 어려운 경우라면 구조금을 신탁하도록 한다. 신탁된 범죄피해구조금은 수탁자가 피해자의 피해회복 및 안전한 삶의 영위를 위해 사용될 수 있도록 안전하게 관리할 것이다.

그러나 단순히 구조금을 신탁했다고만 해서 피해자가 안전하고 평온한 삶을 누릴 수 있는 것은 아니다. 그의 곁에서 그를 지원하고, 지지하는 지원자가 반드시 필요하다. 특히 지원자는 신탁재산에서 지급되는 급여가 본인을 위해 사용될 수 있도록 지원해야 할 것이다. 이 때 경증의 발달장애 또는 치매를 가진 범죄피해자라면 그가 신뢰할 수 있는 자에게 자신의 재산 관리 등을 위탁할 수 있을 것이다.

만약 본인이 직접 자신이 신뢰할 수 있는 사람과 위임계약을 체결하기 어려운 정도의 중증의 발달장애 또는 치매를 가진 범죄피해자라면 피해를 회복하고, 안전망을 구축할 때까지 부득이하게 단기간의 후견을 이용하는 것도 고려해볼 수 있을 것이다. 어느 정도 안전망이 구축되고, 후견인이 구태여 권한을 갖고 활동할 사무가 없어진다면 후견기간 만료로 후견을 종료하고, 그 후 후견이 필요한 상황이 발생했을 때 다시 후견제도를 이용하면 될 것이다.



[그림 4] 판단능력이 부족한 범죄피해자를 위한 의사결정지원모델

V. 결론

발달장애, 치매 등과 같은 정신적 제약을 원인으로 판단능력이 부족한 자들은 그렇지 않은 사람들보다 범죄피해에 노출될 위험이 높고, 피해를 회복하고 안전하고 평안한 삶을 되찾는데 그렇지 않은 사람들보다 어려움이 많다. 그럼에도 불구하고 현재 이와 같은 판단능력이 부족한 범죄피해자에 대한 제대로 된 통계도 없고, 범죄피해자 보호법 역시 이들의 특성에 맞춘 피해회복을 위한 고민이 부족한 상황이다.

그런 상황에서 지원기관들이 새롭게 시도한 지적장애 범죄피해자에 대한 후견신탁모델은 판단능력이 부족한 범죄피해자가 범죄피해자 보호법상 범죄

피해 구조금을 받는데 그치지 않고, 이를 바탕으로 후견인과 지원자의 도움 아래 피해를 회복하고, 사회에 통합될 수 있도록 지원하고 있다는 점에서 의미가 있다. 그러나 후견신탁 모델 역시 법정후견제도를 원칙적으로 활용해야 한다는 한계를 지니고 있다. 특히 A의 사례와 같이 비교적 경증의 발달장애인의 경우 반드시 후견이 필요한 것은 아님에도 불구하고 신탁계약을 체결하기 위해 부득이하게 법정후견을 이용하였다는 점에서 이를 개선할 수 있는 모델을 구상해보았다.

즉, 범죄피해자가 그의 판단능력이 허락하는 범위 안에서 자신의 의사대로 신뢰할 수 있는 사람에게 자신의 사무를 위임하도록 하는 것이 자립을 위해서도 더 도움이 될 것이라는 가정아래 현재 자폐협회에서 시행하는 발달장애인 신탁과 후견신탁모델을 비교하고, 영국, 싱가포르, 독일, 캐나다 브리티시 컬럼비아 주에서 활용하고 있는 지속적 대리권 제도의 개략적인 모습을 살펴보았다.

이를 통해 필자는 판단능력이 부족한 범죄피해자를 위한 새로운 의사결정 지원모델을 제안했다. 이 모델은 범죄피해자 보호법 개정을 통해 판단능력이 부족한 범죄피해자에 대해 구조금 지급결정을 할 때에는 이를 일정 요건을 지닌 수탁자에게 신탁할 수 있게 하여, 후견인의 존재유무와 관계없이 구조금이 안전하게 관리될 수 있도록 하였고, 범죄피해자의 지원자는 수탁자가 지급하는 수익금이 피해자를 위해 활용될 수 있도록 지원하는 역할을 맡도록 하고 있다. 이 때 범죄피해자는 자신이 신뢰할 수 있는 자를 지원자로 선임하고, 자신의 판단능력이 허락하는 범위 내에서 필요한 권한을 위임할 수도 있을 것이다. 그리고 지원자가 피해자를 위해 위임받은 권한을 적정히 행사하는지 여부는 수탁자를 비롯한 다른 여러 지원자들이 감독할 것이다. 만약 중증의 판단능력이 부족한 범죄피해자에 대해 구조금을 신탁한 뒤에도 단기간 사회안전망을 구축하기 위해 부득이하게 후견이 필요하다면, 그에 대해서는 후견제도를 이용할 수 있을 것이다.

이와 같은 모델이 정착하기 위해서는 아직 부족한 점이 많이 있다. 먼저 공적부조의 성격을 띠고 있는 범죄피해구조금이 국민기초생활보장법상 수급자격을 산정하는 기초재산에 포함됨으로써 역으로 범죄피해자가 받고 있던

공적부조가 박탈되는 문제점은 비슷한 성격의 장애인 연금 등과 같이 기초 재산 산정에서 제외하는 것으로 개선될 필요가 있다. 후견인을 비롯한 지원자가 있다는 이유만으로 개입을 종결하는 기존의 사회복지 전달체계도 다양한 지원자를 통한 두터운 보호야 말로 판단능력이 부족한 범죄피해자의 사회복지권을 위한 필수조건이라는 점에서 개선되어야 한다. 후견인과 같은 지원자의 존재 때문에 여러 사회복지전달체계가 중단됨으로써 오히려 피해자는 더욱 소수의 지원자에게 의존하게 된다는 점도 함께 고려되어야 한다. 여러 나라들이 두고 있는 지속적 대리권 제도를 참고하여 경증의 판단능력이 부족한 범죄피해자가 신뢰할 수 있는 자에게 자신의 권한을 위임하는 제도에 대한 논의도 시작될 필요가 있다. 이는 비단 범죄피해자만의 문제가 아니라 판단능력이 부족한 사람의 자기결정권 실현과도 연결되는 문제이기도 하다.

투고일: 2019. 12. 29. 심사일: 2020. 1. 15. 게재확정일: 2020. 1. 25.

■ 참고 문헌 ■

- 권종호·이증기·곽관훈(2013). 『장애인신탁의 활성화 및 발전방안에 관한 연구』. 보건복지부 연구용역 보고서
- 김동률·박노섭(2018). 범죄피해자 보호 지원정책에 관한 연구 - 바람직한 개선 방향과 입법 제도적 준비를 중심으로-, 『비교형사법연구』, 20(1), 한국비교형사법학회, pp.231-260.
- 김순석(2017). 범죄피해자보호 관련 법제에 관한 소고, 『한국경찰학회보』, 19(6), 한국경찰학회, pp.73~101.
- 김혜경(2017). 통합적 범죄피해자 보호를 위한 기본이념 정립과 개선방향, 『피해자학연구』, 25(3), 한국피해자학회, pp.141-175.
- 안경희(2018). 독일법상 신상보호를 위한 장래대리, 『법학논총』, 35(1), 한양대학교 법학연구소, pp.319-348.
- 원혜욱(2017). 범죄피해자 보호 지원제도의 개선방안, 『피해자학연구』, 25(3), 한국피해자학회, pp.57~88.
- 이주일(2018), 범죄피해자 인권과 치료적 사법에 대한 연구, 『인문사회 21』, 9(3), 사단법인 아시아문화학술원, pp.757~770.
- 전창훈(2018). 한국의 발달장애인신탁제도의 운영 현황과 과제, 『고령자-장애인을 위한 특별수요신탁제도 도입을 위한 국제포럼』(2018.2.23.개최) 자료집, 한국후견·신탁연구센터, 한국자폐인사랑협회 공동개최.
- 정의롬(2019), 범죄피해자보호기금 운용상 문제점 및 개선방안, 『한국경찰학회보』, 21(1), 한국경찰학회, pp.91~118.
- 제철웅·김원태·김소희(2016). 미국의 특별수요신탁에 관한 일고찰, 『원광법학』, 32(2), 원광대학교 법학연구소, pp.153-175.
- 제철웅(2015). 발달장애인 신탁의 필요성과 활용방안, 『법학논집』, 32(4), 한양대학교 법학연구소, pp.425-454.
- 제철웅(2017). 성년후견과 지속적 대리-의사결정능력 장애인의 보호에서 인권준중으로-, 『법조』, 66(2), 법조협회, pp.76-122.

- 제철웅(2010). 영국법에서 의사결정무능력 성인의 보호제도의 역사적 전개와 2005년의 정신능력법의 특징, 『비교사법』, 17(4), 한국비교사법학회, pp.215-278.
- 제철웅·최윤영(2014). 중증발달장애인의 보호를 위한 특별수요신탁제도의 도입 필요성, 『비교사법』, 21(3), 한국비교사법학회, pp.1139-1184.
- 제철웅(2014). 캐나다 브리티시 콜롬비아주의 의사결정능력 장애인의 사법상의 권리 실현 보장체계에 관한 연구, 『비교사법』, 21(4), 한국비교사법학회, pp.1561-1602.
- 최영승(2016). 범죄피해자보호법상 피해자보호 지원에 대한 평가 및 발전방향, 『피해자학연구』, 24(2), 한국피해자학회, pp.109-138.
- 황태정(2019). 헌법정신과 범죄피해자 보호, 『피해자학연구』, 27(2), 한국피해자학회, pp.137-157.
- LEE, Rebecca(2018). Recent Developments of the Special Needs Trusts in Hong Kong, 『고령자-장애인을 위한 특별수요신탁제도 도입을 위한 국제포럼』(2018.2.23.개최), 한국후견·신탁연구센터, 한국자폐인사랑협회 공동개최.
- Nidus, 『Fact Sheet RA Section 7』 Office of the Public Guardian, 『Make and register your lasting power of attorney a guide』, <https://www.nidus.ca/representation-agreement/ra-7-fact-sheet/>
- Office of the Public Guardian Singapore, 『A GUIDE TO : The Lasting Power of Attorney』, <https://singaporelegaladvice.com/law-articles/what-is-a-lasting-power-of-attorney/>
- Volker Lipp, 『The German “Vorsorgevollmacht” as an Alternative to Legal Guardianship』, 3rdWorld Congress on Adult Guardianship 2014 발표문
- 영국 공공후견청(OPG) 홈페이지 <https://www.gov.uk/government/organisations/office-of-the-public-guardian>
- OPG 싱가포르 홈페이지 <https://www.msf.gov.sg/opg>
- Nidus 홈페이지 <https://www.nidus.ca>

대검찰청, 『2019 범죄분석』

서울시복지재단(2016). 『발달장애인의 행동 이해와 지원을 위한 가이드북』

중앙장애인권익옹호기관, 『2018 장애인학대 현황보고서』

중앙노인보호전문기관, 『2018 노인학대 현황보고서』

법무부 외, 『제3차(17~21) 범죄피해자 보호 지원 기본계획』

보건복지부, 『2019년 발달장애인 지원사업 안내』

보건복지부, 『2019 희망복지지원단 업무안내』

Abstract

A Research for Decision Support Model for Victims of Criminology who lack judgment ability

Kwang Youl Bae

(Lawyer, Corporation Onyul)

Jung Hoon Huh

(Social Worker, Corporation Onyul)

Constitution of the Republic of Korea stipulate that “Citizens who have suffered bodily injury or death due to criminal acts of others may receive aid from the State under the conditions as prescribed by Act.”(Article 30). Follow this article Crime Victim Protection Act stipulates that the government can provide relief funds to victims, provide counseling support, medical support and legal aid. Unlike non-disabilities crime victims, however, no serious concern has been made yet for those who lack decision-making abilities due to developmental disabilities, mental disabilities and elderly dementia, which require more detailed support considering their characteristics and circumstances. In such a situation, a model was attempted in February 2019 by various agencies, to launch a specific guardianship for victims of developmental disabilities, and to help victims recover their damages and integrate into society by setting trust the crime damage relief that the victims received. This model has some limitations in the inevitable use of the legal guardian system. In response, I proposed a new support decision making model for victims of crimes who lack decision-making abilities on the assumption that allowing them to delegate their affairs to someone they can trust will be more helpful for self-reliance as well, within the scope of their ability to making decision. This model enables settle the trust to a trustee who has certain requirement when making a decision on the payment of relief funds to a victim through the revision of the Crime Victim Protection Act, so that the relief fund can be safely managed, regardless of the existence of the guardian, and that the supporter of the criminal victim is responsible for helping the proceeds paid by the trustee be utilized for the victims.

*key words : criminal victim, guardianship, trust, lasting power of attorney, developmental disabilities, elderly with dementia

Erwachsenenschutzrecht und Verfassung

Volker Lipp*

[목 차]

- | | |
|--|--|
| I. Einführung | III. Staatlich organisierter Erwachsenen-
schutz : Rechtliche Betreuung |
| II. Verfassungsrechtliche Vorgaben | IV. Privatisierter Erwachsenenenschutz:
Vorsorgevollmacht |
| 1. Der Textbefund | V. Unterbringung und Zwangsbehandlung |
| 2. Entwicklungslinien der Recht-
sprechung des BVerfG | 1. Maßregelvollzug und öffentlich-
rechtliche Unterbringung |
| 3. Die verfassungsrechtliche Stellung
der Vorsorgevollmacht | 2. Betreuungsrechtliche Unterbringung |
| 4. Verfassungsrechtliche Grundlagen
des Erwachsenenschutzes | 3. Betreuungsrechtliche Zwangs-
behandlung |
| 5. Betreuer und Bevollmächtigte als
„Organestaatlicher Gewalt“? | VI. Perspektiven |

[Zusammenfassung]

Der freiheitliche Staat hat die Würde und Autonomie des Menschen auch im Alter, im Falle einer Krankheit oder Behinderung zu achten und zu schützen. Einerseits soll das Erwachsenenschutzrecht, d. h. vor allem die rechtliche Betreuung, die Vorsorgevollmacht und die Unterbringungs- und Psychisch-Kranken-Gesetze der Bundesländer, die Rechte der Betroffenen schützen und verwirklichen, nicht zuletzt ihren Anspruch auf eine gute und angemessene ärztliche Behandlung und gesundheitliche Versorgung. Deutlich wird das bei der Bestellung eines Betreuers gegen den Willen des Betroffenen, bei der Unterbringung und bei Zwangsbehandlung. Der Bund hat die Zwangsbehandlung im Betreuungsrecht inzwischen gesetzlich geregelt und sehr restriktiv ausgestaltet.¹ In den Bundesländern, die für die Psychisch-Kranken-Gesetze und den Maßregelvollzug zuständig sind, gibt es demgegenüber bislang nur erste Entwürfe. Im Folgenden sind zunächst die verfassungsrechtlichen Vorgaben (II.) und ihre Konsequenzen für die Betreuung (III.) und die Vorsorgevollmacht (IV.) zu skizzieren. Vor diesem Hintergrund können dann die Unterbringung und die neu geregelte Zwangsbehandlung näher beleuchtet (V.) und abschließend ein kurzer Blick auf die Perspektiven des Erwachsenenschutzes geworfen werden (VI.).

주제어: Erwachsenenschutzrecht, Verfassung, Subsidiarität der Betreuung

* Prof. Dr. Dr. h.c., Universität Göttingen, lehrstuhl.lipp@jura.uni-goettingen.de

I. Einführung

Der freiheitliche Staat hat die Würde und Autonomie des Menschen auch im Alter, im Falle einer Krankheit oder Behinderung zu achten und zu schützen. Allerdings bedürfen kranke, behinderte und alte Menschen oft eines besonderen Schutzes. Einerseits soll das Erwachsenenschutzrecht, d. h. vor allem die rechtliche Betreuung, die Vorsorgevollmacht und die Unterbringungs- und Psychisch- Kranken- Gesetze der Bundesländer, die Rechte der Betroffenen schützen und verwirklichen, nicht zuletzt ihren Anspruch auf eine gute und angemessene ärztliche Behandlung und gesundheitliche Versorgung. Andererseits ist dies jedoch mit einer Einschränkung der Rechte des Betroffenen verbunden. Deutlich wird das bei der Bestellung eines Betreuers gegen den Willen des Betroffenen, bei der Unterbringung und bei der Zwangsbehandlung.

Das Spannungsverhältnis von Freiheit und Fürsorge hat den Erwachsenenschutz seit jeher geprägt.¹⁾ Er ist daher stets auch Gegenstand grund- und menschenrechtlicher Diskussionen gewesen. Hier stand seit geraumer Zeit die UN-Behindertenrechtskonvention im Vordergrund.²⁾ Durch die jüngsten Entscheidungen des *BVerfG*³⁾ und des

1) Zur Geschichte und zur Entwicklung des Erwachsenenschutzes vgl. *Holzhauser*, Gutachten B für den 57. DJT: Empfiehlt es sich, das Entmündigungsrecht, das Recht der Vormundschaft und der Pflegschaft über Erwachsene sowie das Unterbringungsrecht neu zu ordnen?, in: Verhandlungen des 57. Deutschen Juristentags, Band I, 1988, und jüngst *Heider*, Die Geschichte der Vormund - schaft seit der Aufklärung, 2011.

2) Ober einkommen über die Rechte von Menschen mit Behin - derungen, BGBl 2008 II 1420; zur Bedeutung der UN-BRK für das Erwachsenenschutzrecht vgl. *Aichele/v. Bernstorff*, BtPrax 2010, 199 ff.; *Lipp*, FamRZ 2012, 669 ff.; *Rosenow*, BtPrax 2013, 39 ff.; sowie die Beiträge von *Schmahl*, *Ganser* und *Arm*; in: *Coester-Walt - jen/Lipp/Schumann/Veit* (Hg.), Perspektiven und Reform des Erwachsenenschutzes, 2013, S. 11 ff., 41 ff., 63 ff.

3) *BVerfGE* 128, 282 FamRZ 2011, 1128 ff. = BtPrax 2011, 112ff.; *BVerfGE* 129, 269 ff. = FamRZ 2011, 1927 ff. = BtPrax 2011, 253 ff.; *BVerfG*,

BGH⁴⁾ zur Zwangsbehandlung ist die verfassungsrechtliche Dimension wieder besonders deutlich geworden. Der Bund hat die Zwangsbehandlung im Betreuungsrecht inzwischen gesetzlich geregelt und sehr restriktiv ausgestaltet.⁵⁾ In den Bundesländern, die für die Psychisch-Kranken-Gesetze und den Maßregelvollzug zuständig sind, gibt es demgegenüber bislang nur erste Entwürfe.

Im Folgenden sind zunächst die verfassungsrechtlichen Vorgaben (II.) und ihre Konsequenzen für die Betreuung (III.) und die Vorsorgevollmacht (IV.) zu skizzieren. Vor diesem Hintergrund können dann die Unterbringung und die neu geregelte Zwangsbehandlung näher beleuchtet (V.) und abschließend ein kurzer Blick auf die Perspektiven des Erwachsenenschutzes geworfen werden (VI.).

II. Verfassungsrechtliche Vorgaben

1. Der Textbefund

Das Grundgesetz garantiert die Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG) und schützt das Selbstbestimmungsrecht des Menschen durch die Freiheitsgrundrechte.⁶⁾ Allerdings ist die Fähigkeit, tatsächlich eigenverantwortlich zu entscheiden und zu handeln, sehr unterschiedlich

FamRZ 2013, 767 = BtPrax 2013, 61 ff.

4) *BGHZ* 193, 337 ff. = *FamRZ* 2012, 1366 ff., m. Anm. *Bienwald* und *Sonnenfeld* = *JZ* 2012, 1182 ff., m. Anm. *Lipp* = *NJW* 2012, 2967 fr., m. Anm. *Dodegge*, *NJW* 2012, 3694 ff.; übereinstimmend *BGH*, Beschluss v. 20.6.2012 – XII ZB 130/12 –, *BtPrax* 2012, 218 [LSI diese Entscheidung ist im Volltext abrufbar unter www.bundesgerichtshof.de.

5) Dazu unten V.3.c).

6) *BVerfG.* 65, 1, 41; *Dreier*, in: *Dreier* (Hg.), *Grundgesetz. Kommentar*, 2. Aufl. 2004, Art. 1 GG Rz. 137, 157.

ausgeprägt. Manche Menschen haben diese Fähigkeit sogar ganz verloren, wie z. B. diejenigen, die unter einer schweren Demenz leiden, sich in der akuten Phase einer schweren psychischen Erkrankung befinden oder im Wachkoma liegen. Wenn das Grundgesetz dessen ungeachtet jedem Menschen die Menschenwürde und die Grundrechte garantiert, liegt darin eine verfassungsrechtliche Aussage von großer Bedeutung: Die Menschenwürde und die Grundrechte stehen jedem Menschen zu - von dem Augenblick seiner Geburt an bis zum letzten Atemzug und ganz unabhängig davon, ob und in welchem Umfang er in der Lage ist, diese Rechte selbst auszuüben.⁷⁾

2. Entwicklungslinien der Rechtsprechung des BVerfG

Das *BVerfG* zog hieraus bereits 1951 erste Konsequenzen für die Verfassungsbeschwerde eines Entmündigten. Er sei nicht bereits deshalb verfahrensunfähig, weil er entmündigt worden sei, sondern nur, wenn sein Zustand seine Fähigkeit ausschließe, das konkrete Verfahren zu führen.⁸⁾ Daraus entwickelte die Rechtsprechung den Grundsatz, dass der Geschäfts- bzw. Prozessunfähige als prozessfähig anzusehen sei, wenn er sich gegen die gerichtliche Feststellung seiner Geschäfts- bzw. Prozessunfähigkeit wende. Dies folge aus seiner Menschenwürde.⁹⁾

Im Jahre 1960 leitete das *BVerfG* aus Art. 104 Abs. 2 GG ab, dass die zivilrechtliche Unterbringung eines Entmündigten durch seinen Vormund nur mit einer gerichtlichen Genehmigung zulässig sei. Das Grundrecht der Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG) stehe auch dem Geisteskranken zu. Wenn der Staat ihn nicht selbst unterbringe (wie

7) Vgl. *Starck*, in: *Mangoldt/KleM/Starck*, 6. Aufl. 2010, Art. 1 GG Rz. 18

8) *BVerfGE* 1, 87, 89; vgl. auch *BVerfGE* 19, 93, 100 = *FamRZ* 1965, 547.

9) Vgl. *BGHZ* 35, 1, 9 f.; *MünchKamm/Limiacker*, ZPO, 4. Aufl. 2012, §§ 51, 52 Rz. 45.

bei der öffentlich-rechtlichen Unterbringung nach den landesrechtlichen Unterbringungs- oder Psychisch- Kranken- Gesetzen), sondern dem Vormund die Befugnis dazu verleihe und dieser dann die Unterbringung veranlasse, sei dafür nach Art. 104 Abs. 2 GG ebenfalls eine gerichtliche Genehmigung erforderlich.¹⁰⁾

Entmündigung und Vormundschaft hielt das *BVerfG* indes für zulässig. Weitaus problematischer war die Zwangspflegschaft, d. h. die Bestellung eines Pflegers als gesetzlicher Vertreter gegen den Willen des Betroffenen. Das Gesetz kannte sie nicht. Die Rechtsprechung hatte sie vielmehr *praeter iurem* als Alternative zur Entmündigung aus der Gebrechlichkeitspflegschaft entwickelt. Das *BVerfG* hielt die Zwangspflegschaft dennoch für verfassungsgemäß, weil sie gegenüber der Entmündigung das mildere Mittel darstelle. Voraussetzung sei freilich ein rechtsstaatliches Verfahren, in dem insbesondere die Geschäftsunfähigkeit und der Fürsorgebedarf festgestellt werden.¹¹⁾

Mit den materiellen Anforderungen an den staatlichen Erwachsenenschutz befasste sich das *BVerfG* erstmals 1981 in seiner Entscheidung zur öffentlich-rechtlichen Unterbringung. Ausgangspunkt war wieder die Feststellung, dass die Grundrechte jedem Menschen zustehen. Daher habe auch der psychisch Kranke die „Freiheit zur Krankheit“. Ein staatlicher Eingriff zum Schutz des Betroffenen vor sich selbst sei jedoch möglich, wenn dessen Fähigkeit zur Selbstbestimmung beeinträchtigt und die jeweilige Maßnahme zu seinem Schutz erforderlich sei. In solchen Fällen sei dem Staat fürsorgerisches Eingreifen auch dort erlaubt, wo beim Gesunden Halt geboten sei.¹²⁾

10) *BVerfGE* 10, 302, 327 = FamRZ 1960, 186 [LS.]; vgl. auch *BVerfGE* 54, 251, 268 f. = FamRZ 1980, 765 [LSe]; *BVerfGE* 75, 318, 327; *Starck*, in: v. Mangoldt /Kein/ *Starck* [Fn. 7], Art. 1 GG Rz. 232.

11) *BVerfGE* 19, 93, 99.

Das ist bis heute die zentrale Aussage zum staatlichen Erwachsenenschutz. In den späteren Entscheidungen hat das Gericht insbesondere die Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, des rechtsstaatlichen Verfahrens und der ausreichenden Sachverhaltsermittlung sowie die Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage betont.¹³⁾

Der Gesetzgeber griff diese Rechtsprechung bei seiner grundlegenden Reform des Erwachsenenschutzrechts durch das Betreuungsgesetz auf. Damit wurden zum 1.1.1992 die Entmündigung und die Vormundschaft über Erwachsene und die Gebrechlichkeits- pflegschaft abgeschafft und durch das Rechtsinstitut der rechtlichen Betreuung abgelöst.

Die Bestellung eines Betreuers hat das *BVerfG* in drei Kammerentscheidungen beschäftigt. Im ersten Fall war der Ehemann einer Zeugin Jehovas zum Betreuer bestellt worden. Dieser stimmte einer Bluttransfusion bei der bewusstlosen Patientin zu. Allerdings hatte sie zuvor gegenüber den Ärzten erklärt, dass sie eine Bluttransfusion ablehne, und ihnen auch eine Vollmacht für ein Mitglied ihrer Glaubensgemeinschaft vorgelegt. Das *BVerfG* sah in der Bestellung des Ehemanns zum Betreuer zwar einen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit der Patientin. Da das Gericht die Vollmacht nicht kannte, seien die Grundrechte der Patientin aber nicht verletzt worden. Ob die Zustimmung des Betreuers zur Bluttransfusion ihrerseits einen Grundrechtseingriff darstelle, ließ das *BVerfG* dahingestellt.¹⁴⁾

Im zweiten Fall hatte der Betroffene zwei Vorsorgevollmachten erteilt.

12) *BVerfGE* 58, 208, 225 f. FamRZ 1982, 141.

13) *BVerfG* (K), FamRZ 1998, 895 f. = NJW 1998, 1774 ff.; vgl. auch *BVerfGE* 70, 297 ff. (strafrechtliche Unterbringung); sowie die Entscheidungen zur Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug [Fn. 3] *BVerfGE* 128, 282 ff. = FamRZ 2011, 1128; *BVerfGE* 129, 269 ff. = FamRZ 2011, 1927; *BVerfG*, FamRZ 2013, 767 = BtPrax 2013, 61 ff.; und schon *BVerfG* (K), FamRZ 2009, 1475 ff. = NJW 2009, 2804 f.

14) *BVerfG* (K), FamRZ 2009, 945 ff. = NJW 2002, 206 ff

Auf Anregung aus der Verwandtschaft bestellte das Vormundschaftsgericht einen Kontrollbetreuer, der beide Vollmachten sogleich widerrief. Das *BVerfG* sah in der Bestellung des Kontrollbetreuers einen Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG), und zwar in zweifacher Hinsicht. Zum einen beschränke dies den Betreuten per se in seiner Entscheidungsfreiheit, da der Betreuer unter Umständen gegen den Willen des Betreuten handeln kann und darf (5 1901 Abs. 3 S. 1 BGB). Zum anderen habe der Betroffene sein Selbstbestimmungsrecht ausgeübt, indem er die Vorsorgevollmachten erteilt habe. Hierin werde eingegriffen, wenn der Kontrollbetreuer die Befugnis zum Widerruf der Vollmachten erhalte. Deshalb, so das *BVerfG*, müsse dem Betroffenen hiergegen eine effektive Rechtsschutzmöglichkeit eröffnet werden.¹⁵⁾

Im dritten Fall ging es um die Pflicht des Vorsorgebevollmächtigten, für die Einwilligung in freiheitsentziehende Maßnahmen eine Genehmigung des Gerichts einzuholen. Das *BVerfG* stellte klar, dass die gerichtliche Genehmigung dem Schutz des Vollmachtgebers durch die gerichtliche Kontrolle bei der Ausübung der Vollmacht diene und daher keinen Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht des Vollmachtgebers darstelle.¹⁶⁾

In den letzten Jahren hatte das *BVerfG* dann gleich dreimal über die Zwangsbehandlung zu entscheiden.¹⁷⁾ In allen Fällen waren die Patienten aufgrund einer strafgerichtlichen Entscheidung im Maßregelvollzug untergebracht. Das *BVerfG* hielt die Zwangsbehandlung zur Herbeiführung der Entlassungsfähigkeit im Maßregelvollzug nicht generell

15) *BVerfG*(K), FamRZ 2008, 2260 ff.

16) *BVerfG* (K), FamRZ 2009, 1803 = NJW 2009, 1803

17) *BVerfGE* 128, 282 ff. FamRZ 2011, 1128; *BVerfGE* 129, 269 ff. = FamRZ 2011, 1927; *BVerfG*, FamRZ 2013, 767 = BtPrax 2013, 61 ff.; weitere Nachweise in Fn. 3.

für unzulässig, sondern machte deutlich, dass es sich bei der staatlichen Anordnung der Zwangsbehandlung um schwerwiegende Grundrechtseingriffe handelt, die einer gesetzlichen Grundlage bedürfen. Ziel einer Zwangsbehandlung muss die Wiederherstellung der Fähigkeit zur Selbstbestimmung sein. Als letztes Mittel entspricht sie sowohl den Vorgaben des Grundgesetzes wie denen der UN-Behindertenrechtskonvention. Sie darf in jedem Fall nur erfolgen, wenn der Patient einwilligungsunfähig ist. Eine strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung ist erforderlich. Dazu gehört u. a., dass der Patient über die beabsichtigte Behandlung in verständlicher Weise informiert und versucht worden ist, eine auf Vertrauen gegründete Zustimmung zu erreichen. Diese materiellen Anforderungen sind verfahrensrechtlich zu sichern, etwa durch einen Arztvorbehalt und das Erfordernis einer Dokumentation, durch eine unabhängige Prüfung der Voraussetzungen der Zwangsbehandlung und dadurch, dass der Patient vor der Durchführung der Zwangsbehandlung die Möglichkeit hat, gerichtlichen Rechtsschutz zu erlangen.

Diesen Anforderungen genügte keines der Landesgesetze. Das gilt auch für Sachsen, weil das dortige Gesetz nicht die notwendigen materiell- und verfahrensrechtlichen Regelungen enthält, sondern stattdessen schlicht auf die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters verweist. Die Einschaltung des Betreuers ist jedoch kein tauglicher Ersatz für eine gesetzliche Regelung.

Das *BVerfG* hat diese verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug entwickelt. Dort ging es jeweils um eine Zwangsbehandlung zur Erreichung des Vollzugsziels, d. h. um die Entlassungsfähigkeit.¹⁸⁾ Das wirft die Frage auf, in wieweit diese

18) *BVerfG*, FamRZ 2013, 767 = BtPrax 2013, 61, 63.

Anforderungen auch im Rahmen des Erwachsenenschutzes zu beachten sind, denn dort dient die Zwangsbehandlung einem anderen Ziel: dem Schutz vor einer Selbstgefährdung. Eine erste Antwort lässt sich der Entscheidung zur öffentlichrechtlichen Unterbringung entnehmen.¹⁹⁾ Dort ging es um den Schutz vor einer Selbstgefährdung durch die Unterbringung zum Zweck der Behandlung. Das *BVerfG* sah darin einen Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen und seine „Freiheit zur Krankheit“. Er sei jedoch zulässig, wenn die Fähigkeit zur Selbstbestimmung erheblich beeinträchtigt und die geplante Maßnahme unumgänglich und verhältnismäßig sei. Der Schutz vor einer Selbstgefährdung vermag daher nicht nur die Unterbringung, sondern auch die Behandlung gegen den Willen des Betroffenen verfassungsrechtlich zu rechtfertigen, vorausgesetzt der Betroffene ist einwilligungsunfähig und die Zwangsbehandlung ist zu seinem Schutz geeignet, erforderlich und verhältnismäßig. Für die Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug hat das *BVerfG* diese Anforderungen weiter konkretisiert. Es hat aber in seiner jüngsten Entscheidung ausdrücklich offen gelassen, ob die für den Maßregelvollzug entwickelten Vorgaben in vollem Umfang auch dann gelten, wenn die Zwangsbehandlung mit einer anderen Zielsetzung erfolgt, z. B. um den Untergebrachten vor einer schweren Lebens- oder Gesundheitsgefahr zu retten.²⁰⁾ Hier auf ist noch zurückzukommen.²¹⁾

3. Die verfassungsrechtliche Stellung der Vorsorgevollmacht

19) Vgl. oben Fn. 12.

20) *BVerfG*, FarnR.Z. 2013, 767 = BtPrax 2013, 61, 63.

21) Unten V.l.

Die eben dargestellten Aspekte ergeben jedoch noch kein vollständiges Bild der verfassungsrechtlichen Vorgaben für den Erwachsenenschutz. Das betrifft zunächst die Vorsorgevollmacht. Sie erscheint in der Rechtsprechung bislang als Ausübung des Selbstbestimmungsrechts, die Betreuung hingegen als Eingriff. Allerdings kann auch der Betreuer auf Antrag und Wunsch des Betroffenen bestellt werden (vgl. §1896 Abs. 1 S. 1 und 2 BGB). Der Unterschied zwischen Bevollmächtigung und Betreuung reduziert sich dann auf den formalen Akt der Bestellung. Das *BVerfG* stellt daher für den Eingriffscharakter der gerichtlichen Bestellung zu Recht darauf ab, dass der Betreuer bei seiner Tätigkeit zwar grundsätzlich an die Wünsche des Betreuten gebunden ist, aber ggf. auch gegen dessen Willen handeln kann und muss.²²⁾

Das gilt freilich auch für den Bevollmächtigten. Er kann den Betroffenen ebenfalls gegen dessen Willen in einer geschlossenen Einrichtung unterbringen und dort einer Zwangsbehandlung zustimmen, und zwar unter genau denselben Voraussetzungen (§1906 Abs. 5 BGB). Das zeigt, dass die Vorsorgevollmacht ebenso zu Eingriffen in das Selbstbestimmungsrecht führen kann wie die Betreuung.²³⁾ Es greift daher zu kurz, wenn man diese “dunkle Seite” der Vorsorgevollmacht ausblendet. Die Vorsorgevollmacht ist daher nicht bloß Ausdruck der Selbstbestimmung. Wie die Betreuung kann auch sie zu einer gravierenden Einschränkung der Selbstbestimmung führen. Sie lässt sich indes nicht als staatlicher Eingriff qualifizieren.

22) *BVerfG* (K), NJW 2002, 206 = FamRZ 2002, 312 [LSel]; *BVerfG* (K), FamRZ 2008, 2260, 2261.

23) Vgl. auch *BVerfG* (K), FamRZ 2009, 945, 946 = NJW 2009, 1803, 1804.

4. Verfassungsrechtliche Grundlagen des Erwachsenenschutzes

Ungeklärt sind bislang auch die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Erwachsenenschutzes. Die Rechtsprechung des *BVerfG* zeigt zwar auf, unter welchen Bedingungen die Betreuung mit dem Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen vereinbar ist. Ihr lässt sich jedoch nicht entnehmen, warum der Staat verpflichtet ist, einen Menschen, der nicht in der Lage ist, eine selbstbestimmte und eigenverantwortliche Entscheidung zu treffen, vor sich selbst zu schützen.²⁴⁾

Diese Schutzpflicht des Staates folgt aus dem Zusammenspiel zwischen der Menschenwürdegarantie und dem Gleichheitssatz des Grundgesetzes. Das Grundgesetz schützt das Selbstbestimmungsrecht nicht nur durch die verschiedenen Freiheitsgrundrechte.²⁵⁾ Das Selbstbestimmungsrecht bildet vielmehr den Kern der durch Art. 1 GG geschützten Menschenwürde." Menschenwürde und Selbstbestimmungsrecht stehen jedem Menschen in gleicher Weise zu, auch den durch Alter, Krankheit oder Behinderung in ihrer Eigenverantwortlichkeit eingeschränkten Menschen (Art. 1 Abs. 1, 3 Abs. 1 GG).²⁶⁾ Dieses Selbstbestimmungsrecht hat der Staat nach Art. 1 Abs. 1 GG zu achten und zu schützen.

Damit ist zweierlei ausgesagt:²⁷⁾ Zum einen darf der Staat das Selbstbestimmungsrecht des Bürgers nicht missachten (Achtungsgebot). Zum anderen muss er für dessen Verwirklichung sorgen (Schutzgebot). Aus dem Achtungsgebot folgt, dass die Bestellung eines

24) Vgl. nur *BVerfGE* 58, 208, 225 = *FamRZ* 1982, 141.

25) Oben II.1.

26) *Starck*, in: *Mangoldt/Kiehn/Starck* [Fn. 7], Art. 1 GG Rz. 18 ff.

27) Zum Folgenden ausführlich Lipp, *Freiheit und Fürsorge*, 2000, S. 118ff, 141

Betreuers verfassungsrechtlich erst dann zulässig ist, wenn dem Betroffenen die Fähigkeit zur eigenverantwortlichen, freien Entscheidung fehlt und er selbst keine Vorsorge getroffen hat. Das Schutzgebot verpflichtet den Staat andererseits dazu, diesem Menschen ein Instrument zur Verfügung zu stellen, mit dessen Hilfe er sein Recht zur Selbstbestimmung trotz seiner Krankheit oder Behinderung tatsächlich in gleicher Weise wie alle anderen Menschen verwirklichen kann.

Die Schutzpflicht und der Gleichheitssatz bilden demnach die verfassungsrechtliche Grundlage für die rechtliche Betreuung. Demgegenüber begrenzt das Achtungsgebot sie auf die Fälle, in denen der Betroffene wegen seiner Krankheit oder Behinderung tatsächlich nicht eigenverantwortlich entscheiden kann und selbst keine Vorsorge getroffen hat.

Dieser Ansatz entspricht dem modernen Verständnis des internationalen Menschenrechtsschutzes. So enthält etwa Art. 12 UN-BRK mit der Gewährleistung gleicher Rechts- und Handlungsfähigkeit sowohl das Verbot der Diskriminierung Behinderter als auch die Anerkennung ihres Selbstbestimmungsrechts. Die Staaten müssen diese Rechte achten, vor Eingriffen Dritter schützen und für ihre Verwirklichung sorgen. Diese Trias bildet die menschenrechtliche Grundlage des Erwachsenenschutzes.²⁸⁾

Das deutsche Erwachsenenschutzrecht setzt neben der rechtlichen Betreuung insbesondere auf die Vorsorgevollmacht und verleiht ihr sogar den Vorrang. Beides, sowohl die Möglichkeit als auch der Vorrang privater Vorsorge beruhen auf der Anerkennung und dem Schutz der Autonomie durch das Grundgesetz. Die

28) Näher dazu *Lipp*, FamRZ 2012, 669, 671 ff.; vgl. auch *Schmahl* [Fn. 2], S. 16 ff.; jeweils m. w. N. auch zu abweichenden Auffassungen

Erteilung einer Vorsorgevollmacht ist allerdings nicht nur ein Akt der Selbstbestimmung, sondern dient darüber hinaus — wie die Betreuung — auch dem Schutz des Betroffenen vor sich selbst.²⁹⁾ Die Vorsorgevollmacht beruht daher letztlich ebenfalls auf der Schutzpflicht des Staates, der seinen Bürgern mit ihr ein Instrument zur privaten Organisation der Rechtsfürsorge zur Verfügung stellt.

5. Betreuer und Bevollmächtigte als „Organstaatlicher Gewalt“?

Das *BVerfG* hat bisher offen gelassen, inwieweit die einzelnen Maßnahmen des Betreuers selbst einen staatlichen Grundrechtseingriff darstellen.³⁰⁾ Der *BGH* hat dies dagegen in seinen früheren Entscheidungen zur Zwangsbehandlung bejaht³¹⁾ und argumentiert, nicht nur das Betreuungsgericht, sondern auch der Betreuer sei ein Organ staatlicher Gewalt. Seine Maßnahmen gegen den Willen des Betreuten seien daher staatliche Eingriffe. Deshalb sei eine ausdrückliche gesetzliche Regelung der Zwangsbehandlung erforderlich. Ähnlich drückte er sich in seinen jüngsten Entscheidungen vom Juni 2012 aus. Da der Staat den Betreuer bestellt, könne er sich dadurch nicht von seiner Bindung an die Grundrechte befreien. Allerdings leitete der *BGH* hieraus keine

29) Ebenso, trotz der Betonung des privatrechtlichen Charakters, *LM-raig*, in: *Löhnig/Schwah/Hetarich/Gottivaid/Kroppenbeig* (Hg.), *Vorsorgevollmacht und Erwachsenenschutz in Europa*, 2011, S. 16, 18 f., 22 f.

30) Oben 11.2. bei Fn. 20.

31) Erstmals *BGHZ* 145, 297 ff., *FamRZ* 2001, 149 ff. *JZ* 2001, 821 ff., m. Anm. *Lipp*, *JZ* 2001, 825 ff.; *BGHZ* 166, 141 ff. *FamRZ* 2006, 615 = *JZ* 2006, 685 ft., m. Anm. *Lipp*, *JZ* 2006, 661 ff.; zurückhaltender jetzt *BGHZ* 193, 337 Rz. 27 ff. = *FamRZ* 2012, 1366 [Fn. 4]; für ein „Eingriffsmodell“ der Betreuung zuletzt *Schmidt-Recia*, *MedR.* 2013, 6

Anforderungen an die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage für den Betreuer, sondern vielmehr an dessen Kontrolle ab.

Das ist für die Zwangsbehandlung im Ergebnis durchaus richtig und der Gesetzgeber hat inzwischen bereits in begrüßenswerter Geschwindigkeit reagiert und die nötigen gesetzlichen Regelungen im Betreuungsrecht geschaffen. Der Ansatz, der Betreuer sei ein Organ staatlicher Gewalt, muss aber weiterhin deutlich kritisiert werden, denn er führt konzeptionell in die Irre. Denkt man diesen Ansatz konsequent zu Ende, würde es nie genügen, dass das Gesetz den Betreuer berechtigt und verpflichtet, unter Umständen auch gegen den aktuellen Wunsch des Betreuten zu handeln (§1901 Abs. 3 S. 1 BGB). Vielmehr müsste es für jede Maßnahme des Betreuen gegen den Willen des Betroffenen eine besondere und spezielle Ermächtigungsgrundlage vorsehen, z. B. wenn er dessen Wohnung betreten möchte.³²⁾

Demgegenüber ist zu betonen, dass der Betreuer kein Organ staatlicher Gewalt ist. Er wird nicht im öffentlichen Interesse tätig, sondern allein im Interesse und zum Schutz des Betreuten. Er wird zwar vom Gericht bestellt und unterliegt gerichtlicher Kontrolle. Dadurch wird er jedoch nicht zu einem Organ staatlicher Gewalt. Die Rechtsfürsorge für Erwachsene ist zwar eine öffentliche Aufgabe, sie wird jedoch mit den Mitteln und den Formen des Privatrechts erfüllt. Wie der Vormund eines Kindes übt auch der Betreuer keine Staatsgewalt aus, sondern ein privates Amt.³³⁾ Das wird besonders deutlich, wenn man nicht nur die Betreuung in den Blick nimmt, sondern auch die Vorsorgevollmacht. Betreuer und Vorsorgevollmächtigte erfüllen dieselbe öffentliche Aufgabe, nämlich die

32) So etwa LG *Berlin*, FamRZ 1996, 821, 823.

33) *MünchKommB/Schwab*, BGB, 6. Aufl. 2012, § 1896 Rz. 78.

Rechtsfürsorge für Erwachsene. Sie üben aber weder unmittelbar noch mittelbar staatliche Gewalt aus.

Aufgaben und Kompetenzen des Betreuers müssen gleichwohl zum Schutz der Selbstbestimmung des Betreuten gesetzlich geregelt und gebunden sein, denn der Staat hat dessen Würde und Autonomie zu achten.³⁴⁾ Sie ergeben sich aus der Bestellung des Betreuers durch das 'Betreuungsgericht und der Zuweisung seines Aufgabenkreises (d. h. aus §1896 BGB) einerseits und aus §1901 BGB andererseits, der ihn verpflichtet und berechtigt, seine Befugnisse zum Wohl des Betreuten auszuüben.³⁵⁾ Die gesetzliche Vertretungsmacht in §1902 BGB verleiht ihm dann das Mittel, diese Aufgabe zu erfüllen, indem er z. 13. in die entsprechenden Eingriffe in die Fortbewegungsfreiheit und die körperliche Integrität des Betreuten einwilligt. Darüber hinaus benötigt der Betreuer aber keine spezielle gesetzliche Ermächtigung.

Hiergegen wird meist die Entscheidung des *BVerfG* v. 10.2.1960³⁶⁾ zur gerichtlichen Genehmigung der Unterbringung eines Entmündigten durch den Vormundins Feld geführt, aus der sich der öffentlichrechtliche Charakter der Betreuung und das Erfordernis einer gesetzlichen Ermächtigung für den Betreuer ergeben sollen.³⁷⁾ Die genaue Lektüre der Entscheidung zeigt jedoch, dass diese Ansicht unzutreffend ist. Das *BVerfG* äußerte sich allein zur Frage, ob die verfahrensrechtliche Garantie des Art. 104 Abs. 2 GG auch diesen Fall erfasse. Das *BVerfG* bejahte diese Frage und wies zur

34) Vgl. oben 11.4. Betreuung ist Unterstützung und Eingriff zugleich. Die zuspitzende Gegenüberstellung von „Eingriffsmodell“ und „Aufbaumodell“ der Betreuung (vgl. *Schmidt-Recla*, MedR 2013, 6 ff.) greift daher zu kurz.

35) Lipp, JZ 2001, 825, 828; *MünchKomm/Schwab* [Fn. 33], § 1896 Rz. 78.

36) *BVerfGE* 10, 302, 323 ff. = FamRZ 1960, 186 [LS.].

37) Vgl. nur *Marschner*, R&P 2005, 47, 48.

Begründung sowohl auf den Eingriffscharakter der Unterbringung als auch auf die objektive Wertentscheidung des Art. 104 Abs. 2 GG hin.³⁸⁾ Den privatrechtlichen Charakter der Personensorge durch den Vormund erkannte es ausdrücklich an. Da sie aber dem Schutz und Wohl des Mündels diene, müsse der Staat bei einer Freiheitsentziehung zum Schutz des Mündels vor Missbrauch dieser personalen Gewalt den Rechtsschutz nach Art. 104 Abs. 2 GG gewährleisten. Das *BVerfG* ließ damit den verfassungsrechtlichen Grund für die Geltung des Art. 104 Abs. 2 GG letztlich offen.³⁹⁾ Auch in der neueren Rechtsprechung des *BVerfG*⁴⁰⁾ ist dies ausdrücklich offen geblieben.⁴¹⁾

Sowohl für die Unterbringung wie für die Zwangsbehandlung gilt daher, dass sich die Befugnis des Betreuers grundsätzlich aus der Zuweisung eines entsprechenden Aufgabenkreises durch das Betreuungsgericht auf der Grundlage des §1896 BGB einerseits und aus §§1901, 1902 BGB andererseits ergibt. Wie bei der Unterbringung ist allerdings auch bei der Zwangsbehandlung ein präventiver Schutz vor einem gravierenden Grundrechtseingriff verfassungsrechtlich geboten. Für die Unterbringung hat dies das *BVerfG* bereits 1960 entschieden;⁴²⁾ für die Zwangsbehandlung hat dies der *BGH* in seinen Entscheidungen vom Juni 2012 überzeugend dargelegt.⁴³⁾ Insoweit ist ihm ausdrücklich zuzustimmen.⁴⁴⁾

38) *BVerfGE* 10, 302, 322 f., 326 f.

39) *Schwabe*, AöR. 100 (1975), 442, 456 f.; *Windel*, BtPrax 1999, 46, 48.

40) *BVerfG*, FamRZ 1999, 985, 987; *BVerfG*, FamRZ 1998, 895 f. = BtPrax 1998, 144, 145 f.

41) Vgl. oben bei Fn. 20.

42) *BVerfGE* 10, 302 ff

43) *BGHZ* 193, 337 Rz. 30 = FamRZ 2012, 1366 [Fn. 4].

44) Lipp, IZ 2012, 1186, 1188.

Die Richtigkeit dieses Ansatzes zeigt sich letztlich darin, dass er sich ohne Weiteres auf die Unterbringung und Zwangsbehandlung durch den Vorsorgebevollmächtigten übertragen lässt. Der Bevollmächtigte ist zweifellos keine Vertrauensperson des fürsorgenden Staates, sondern des Betroffenen selbst. Trotzdem unterliegt der Bevollmächtigte bei Freiheitsentziehung, Zwangsbehandlung und bestimmten ärztlichen Maßnahmen denselben Bindungen und Kontrollen wie ein Betreuer (§§1906 Abs. 5, 1904 Abs. 5 BGB). Da es hier an einem staatlichen Eingriff fehlt, lässt sich das nur mit dem Gebot staatlicher Kontrolle vor einem Missbrauch personaler Gewalt durch den Bevollmächtigten begründen.

Gerichtliche Kontrolle und materielle Vorgaben beruhen deshalb sowohl beim Bevollmächtigten wie beim Betreuer auf der staatlichen Schutzpflicht für die Grundrechte des Betroffenen. Das ist auch bei einem Bevollmächtigten verfassungsrechtlich unbedenklich, weil dadurch nicht die Grundrechte des Betroffenen, sondern die Befugnisse des Bevollmächtigten eingeschränkt werden und dies gerade dem Schutz der Autonomie und der Grundrechte des Betroffenen dient. Das haben BGI/⁴⁵⁾ und BVerfG⁴⁶⁾ ausdrücklich anerkannt.

III. Staatlich organisierter Erwachsenenschutz : Rechtliche Betreuung

Ein Betreuer wird vom Betreuungsgericht bestellt, wenn jemand infolge einer psychischen Krankheit oder einer körperlichen,

45) Vgl. BGHZ 154, 205 Rz. 51 = FamRZ. 2003, 748.

46) BVerfG(K), FamRZ 2009, 945 ff.; dazu oben 11,2.

geistigen oder seelischen Behinderung nicht mehr in der Lage ist, seine eigenen rechtlichen Angelegenheiten zu besorgen (§1896 Abs. 1 S. 1 BGB) und ein Betreuer als gesetzlicher Vertreter (§§1896 Abs. 2 S. 2, 1902 BGB) erforderlich ist. Der Betreuer wird in dem jeweils erforderlichen Umfang für bestimmte Aufgabenkreise bestellt (§1896 Abs. 2 S. 1 BGB). Er muss dabei den Wünschen des Betreuten entsprechen, soweit dies dessen Wohl nicht zuwiderläuft und dem Betreuer zuzumuten ist (§1901 Abs. 3 S. 1 BGB). Die Bestellung des Betreuers kann notfalls gegen den Willen des Betroffenen erfolgen, der Betreuer kann gegen den Willen des Betreuten handeln, wenn dies zu dessen Schutz erforderlich ist. In besonders gelagerten Fällen kann das Betreuungsgericht die Geschäftsfähigkeit durch einen Einwilligungsvorbehalt einschränken (§1903 BGB) und der Betreuer kann den Betreuten gegen dessen Willen unterbringen oder in andere freiheitsentziehende Maßnahmen einwilligen (§1906 BGB).

Aufgabe der Betreuung als staatliche Rechtsfürsorge ist die Sicherung und Verwirklichung des Selbstbestimmungsrechts des Betreuten.⁴⁷⁾ Sie dient nicht dazu, den Betreuten zu erziehen oder zu bessern.⁴⁸⁾ Sie ist auch kein Instrument zum Schutz Dritter; sie schützt weder die Familienangehörigen noch das soziale Umfeld oder gar die Allgemeinheit vor dem Betreuten, sondern dient ausschließlich seinem Schutz. Die Betreuung als Rechtsfürsorge für Erwachsene umfasst die Unterstützung bei der Ausübung der rechtlichen Handlungsfähigkeit und den Schutz des Betroffenen vor einer Selbstschädigung. Betreuung ist daher mehr als gesetzliche Vertretung. Die gesetzliche Vertretung (§1902 BGB) ist nur ein Mittel,

47) Lipp, BtPrax 2005, 6, 9; ausführlich ders. [Fn. 27], S. 75 ff.

48) Vgl, nur BVerfGE 58, 208, 225 = FamRZ 1982, 141; BVerfG, FamRZ 1998, 895, 896 = BtPrax 1998, 144, 145.

das dem Betreuer zur Erfüllung seiner Aufgabe zur Verfügung steht. Sie ist nicht Aufgabe der Betreuung.

Die Aufgabe der Betreuung, d. h. die Rechtsfürsorge für den betreuten Menschen, den Grundsatz der Erforderlichkeit und den Vorrang der Selbstbestimmung hat auch der Betreuer bei seiner Tätigkeit und insbesondere bei der Wahl der Mittel zu beachten, mit denen er seine Aufgaben im konkreten Einzelfall erfüllt. Nach §1901 Abs. 1 BGB hat er zunächst zu fragen, ob sein Handeln zur Rechtsfürsorge gehört, ob es erforderlich ist und, wenn ja, mit welchem Mittel diese Aufgabe zu erfüllen ist. Als Mittel stehen die Beratung und Unterstützung des Betreuten zur Verfügung mit dem Ziel, diesen zu eigenem Handeln zu aktivieren. Erst wenn diese schwachen Formen der Rechtsfürsorge nicht genügen und die Stellvertretung erforderlich wird, darf der Betreuer in Stellvertretung tätig werden.⁴⁹⁾ Den Vorrang der Selbstbestimmung normiert §1901 Abs. 3 BGB. Er verpflichtet den Betreuer, die Wünsche des betreuten Menschen unabhängig von einer etwaigen Geschäfts- oder Einwilligungsunfähigkeit zu befolgen, sofern sie nicht seinem Wohl zuwiderlaufen, d. h. Ausdruck seiner Erkrankung sind und ihm schaden würden.⁵⁰⁾

Die Grundsatznorm des §1901 BGB für die Tätigkeit des Betreuers mit dem Erforderlichkeitsgrundsatz und dem Primat der Selbst-

49) *Lipp*, BtPrax 2008, 51, 53; vgl. auch BT-Drucks. 11/4528, S. 122. Das wird freilich häufig übersehen, vgl. z. B. die Kommentierungen von *I. Götz*, in: *Palandt*, 72. Aufl. 2013, zu § 1901 und § 1902 BGB; *Kieß Jurgeleit* (Hg.), *Betreuungsrecht. Handkommentar*, 2. Aufl. 2010, §1902 BGB Rz.2f.; wie hier dagegen, jedoch ohne daraus rechtliche Vorgaben für die Ausübung der Vertretungsmacht ab zu - leiten, *Münch Komm/Schwab* [Fri. 33], § 1901 Rz. 5, § 1902 Rz. 1; *Erman/ A. Rath*, BGB, 13. Aufl. 2011, § 1902 Rz. 2.

50) *BGHZ* 182, 116 Rz. 18 = *FamRZ* 2009, 1656 = *BtPrax* 2009, 290, m. Anm. von *Thar* und *Brose*, *BtPrax* 2010, 12 ff. bzw. 16 ff.; *MünchKomm / Schwab* [Fn. 33], § 1901 Rz. 11, 14; ebenso schon *Lipp* [Fra. 27], S. 149 ff.

bestimmung gelten für jede Tätigkeit des Betreuers, also beispielsweise auch im Rahmen des Einwilligungsvorbehaltes und bei der Unterbringung bzw. bei freiheitsentziehenden Maßnahmen. Das ergibt sich zwar eindeutig aus dem Gesetz, wird aber gerade bei der Unterbringung in der Praxis wie in der Literatur vielfach übersehen.⁵¹⁾

Besondere Vorschriften für die Gesundheitsorge enthält das Gesetz seit dem 3. BtÄndG 2009. Die §§ 1901a, 1901b BGB weichen jedoch weder inhaltlich von der Grundnorm des §1901 BGB ab noch sind sie regelungstechnisch als abschließende Sondernormen zu verstehen. Sie konkretisieren vielmehr die Grundnorm des §1901 BGB, indem sie den Betreuer an die Patientenverfügung, die Behandlungswünsche und den mutmaßlichen Patientenwillen binden (§1901a BGB) und die Ermittlung des Patientenwillens regeln (§1901b BGB).⁵²⁾ Sie sind ihrerseits maßgeblich für jede Tätigkeit des Betreuers im Rahmen der Gesundheitsorge. Sie gelten deshalb auch bei der Entscheidung des Betreuers über eine etwaige Zwangsbehandlung nach dem neuen §1906 Abs. 3 BGB. Das ergibt sich aus der Systematik des Gesetzes und entspricht dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers.⁵³⁾

51) Vgl. z. B. die Kommentierungen zu § 1903 und § 1906 BGB von *Knittel*, *Betreuungsrecht. Kommentar*, Stand: Juni 2012; *Bienwald und Hoffmann*, in: *Bienwald/ Sonnenfeld/ Hoffmann*, *Betreuungsrecht. Kommentar*, 5. Aufl. 2011; *Bauer/Walther und Rin.k*, in: *Bauer/Klie/Lütgens* (Hg.), *Heidelberger Kommentar zum Betreuungs- und Unterbringungsrecht (HK-BUR)*, Stand: Februar 2013; *Palandt/I. Götz* [Fn. 49]; *Jurgeleit/Kieß* [Fn. 49]; *Ennantzt Roth* [Frl. 49]; wie hier dagegen für den Einwilligungsvorbehalt *MWich - Kamin/Schwab* [Fn. 33], § 1903 Rz. 1, im Ansatz auch für die Freiheitsentziehung, a. a. O., § 1906 Rz. 2, 13; ausführlich *Brosey*, *Wunsch und Wille des Betreuten bei Einwilligungsvorbehalt und Aufenthaltsbestimmungsrecht*, 2009.

52) BT-Drucks. 16/13314, S. 20; *Lipp*, in: *Lipp* (Hg.), *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, 2009, § 17 Rz. 124 ff., 5 18 Rz. 115 ff., 118 ff.; ähnlich *Hoffmann*, in: *Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann* [Fn. 51], 5 1904 BGB Rz. 52 ff.

53) BT-Drucks. 17/11513, S. 5, 7; *Dodegge*, *NJW* 2013, 1265 f.; *Grot - kapp*, *BtPrax* 2013, 83, 85 f.; vgl. auch 7: *Götz*, *Die rechtlichen Grenzen der Patientenautonomie bei*

IV. Privatisierter Erwachsenenenschutz: Vorsorgevollmacht

Soweit der Betroffene selbst Vorsorge getroffen hat, muss diese als Ausdruck seines verfassungsrechtlich geschützten Selbstbestimmungsrechts Vorrang genießen. Das ordnet das Gesetz ausdrücklich an (§1896 Abs. 2 S. 2 BGB). Da sie auf dem Selbstbestimmungsrecht beruht, kann eine Vollmacht grundsätzlich für alle Angelegenheiten erteilt werden. Eine Vollmacht ist aber auch in den personalen Angelegenheiten grundsätzlich zulässig, wie z. B. für die Einwilligung in eine ärztliche Maßnahme oder eine Freiheitsentziehung, wie das Gesetz ausdrücklich klarstellt (§§1904 Abs. 5, 1906 Abs. 5 BGB).

Die Vorsorgevollmacht kann und soll die Betreuung ersetzen. Sie ist daher funktionell gesehen nicht allein Ausübung der Selbstbestimmung mit Hilfe eines Agenten, sondern eine privatisierte Form der Rechtsftirsorge. Wie die Betreuung soll auch sie den Schutz des Betroffenen gewährleisten, notfalls sogar gegen dessen Willen. Insofern müssen daher auch dieselben Sicherungen gegen Fremdbestimmung und Missbrauch eingreifen wie bei der Betreuung.⁵⁴⁾ Dazu ist der Gesetzgeber verfassungsrechtlich nicht nur berechtigt, sondern zum Schutz der Autonomie des Betroffenen auch verpflichtet.⁵⁵⁾ Deshalb unterwirft das Gesetz den Bevollmächtigten sowohl bei der Freiheitsentziehung als auch bei ärztlichen Maßnahmen der vorbeugenden Kontrolle des Betreuungsgerichts in demselben Maße wie einen Betreuer (§§ 1904 Abs. 5, 1906 Abs. 5 BGB).

psychischen Erkrankungen, 2013, S. 90 ff., 137

54) Anders wohl *Löhnig* [Fn. 29], S. 22 f.

55) Vgl. oben 11.5.

V. Unterbringung und Zwangsbehandlung

Unterbringung und Zwangsbehandlung eines untergebrachten Patienten geschehen heute in drei verschiedenen Kontexten: im Rahmen des strafrechtlichen Maßregelvollzugs, im Rahmen der öffentlich-rechtlichen Unterbringung und im Rahmen der betreuungsrechtlichen Unterbringung. Sie dienen jeweils ganz unterschiedlichen Zielen: Der Maßregelvollzug ist strafrechtliche Sanktion, die öffentlich-rechtliche Unterbringung ist polizeirechtlichen Ursprungs und dient dem Schutz Dritter. Nur die betreuungsrechtliche Unterbringung dient allein dem Schutz des Betroffenen vor sich selbst.

1. Maßregelvollzug und öffentlich-rechtliche Unterbringung

Das heißt freilich nicht, dass es im Maßregelvollzug oder in der öffentlich-rechtlichen Unterbringung nicht auch um den Untergebrachten und seine Behandlung geht. Der Maßregelvollzug soll nicht nur verwahren, sondern muss auf die Entlassungsfähigkeit hinarbeiten.⁵⁶⁾ Die öffentlich-rechtliche Unterbringung ist heute Teil der öffentlichen Gesundheitsfürsorge für psychisch kranke Menschen und soll ihnen Hilfe und Schutz bieten.⁵⁷⁾ Konsequenterweise erlauben die einschlägigen Landesgesetze die öffentlich-rechtliche Unterbringung deshalb nicht nur zum Schutz Dritter, sondern auch zum Schutz des Kranken insbesondere in akuten Krisen. Diese Form der Unterbringung ist daher insoweit Teil des Erwachsenen- schutzrechts, weil sie ihrem

56) *BVerfGE* 128, 282, 303 = *FamRZ* 2011, 1128 Rz. 45 = *BtPrax* 2011, 112, 114.

57) *Marschner*, in: *Marschner/Vockart/Lesting*, *Freiheitsentziehung und Unterbringung*, 5. Aufl. 2010, Teil A Rz. 10 f., Teil B Rz. 1 ff.

Ziel nach den Kranken vor einer Selbstgefährdung schützen soll. Ausschließlich um den Kranken und dessen Schutz geht es freilich nur ins Betreuungsrecht. Hier spielen Drittinteressen überhaupt keine Rolle (vgl. §§ 1896, 1901, 1901a, 1906 BGB).

Unterschiedlich sind nicht nur die Ziele der Unterbringung und Behandlung, sondern auch die jeweiligen Grundlagen. Im Maßregelvollzug vollstreckt die Staatsanwaltschaft das Strafurteil (§§ 451 Abs. 1, 463 Abs. 1 StPO). Die öffentlich-rechtliche Unterbringung wird im Eilfall von der zuständigen Behörde veranlasst, im Regelfall ordnet sie das Unterbringungsgericht auf ihren Antrag hin an.⁵⁸⁾

Die ärztliche Behandlung bedarf nach allgemeinen Grundsätzen der Einwilligung des gehörig aufgeklärten Patienten. Das gilt auch, wenn der Patient sich im Maßregelvollzug befindet oder öffentlich-rechtlich untergebracht ist. Eine zwangsweise Behandlung aufgrund einer Anordnung des Anstaltsarztes, der Anstaltsleitung oder eines hierfür zuständigen Gerichts stellt daher einen unmittelbaren staatlichen Eingriff in die grundrechtlich geschützte körperliche Integrität und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten (Art. 2 Abs. 2 GG) dar. Das gilt unabhängig davon, welches Ziel damit verfolgt wird, also auch etwa, wenn der Untergebrachte durch eine Zwangsbehandlung im Rahmen der öffentlich-rechtlichen Unterbringung vor einer schweren Lebens- und Gesundheitsgefahr oder einer erheblichen Selbstgefährdung geschützt werden soll. Dass die Zwangsbehandlung hier ein anderes Ziel verfolgt als im Maßregelvollzug, mag situationsbezogene Unterschiede bei der Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und bei den verfahrensrechtlichen Absicherungen rechtfertigen; im Grundsatz sind jedoch auch bei der Zwangs-

58) *Marschner*, in: *Marschner/Vockart/Lesting* [En. 57], Teil B Rz. 94 ff.

behandlung im Rahmen der öffentlich-rechtlichen Unterbringung die vom *BVerfG* formulierten Anforderungen an eine staatlich angeordnete Zwangsbehandlung zu erfüllen. Das einschlägige Gesetz muss daher eine Ermächtigungsgrundlage enthalten, die materiellen Voraussetzungen der Zwangsbehandlung im Einzelnen festlegen und verfahrensrechtliche Sicherungen vorsehen.⁵⁹⁾ Daher sind alle Bundesländer dazu aufgerufen, nicht nur ihre Gesetze zum Maßregelvollzug, sondern auch ihre Psychisch- Kranken- bzw. Unterbringungsgesetze zu überarbeiten und auch dort eine verfassungskonforme Regelung der Zwangsbehandlung zu schaffen.

Etwas anders liegt die Sache bei der Unterbringung und Zwangsbehandlung durch Betreuer oder Vorsorgebevollmächtigte.

2. Betreuungsrechtliche Unterbringung

Grundlage für die Unterbringung des Betreuten durch den Betreuer ist seine Befugnis, den Aufenthalt des Betreuten zu bestimmen, d. h. der ihm vom Betreuungsgericht auf der Grundlage des §1896 BGB zugewiesene Aufgabenkreis.⁶⁰⁾ Die Ausübung dieser Befugnis durch den Betreuer unterliegt den Vorgaben des §1901 BGB. Danach muss das Handeln des Betreuers im Einzelfall erforderlich sein (§1901 Abs. 1 BGB) und grundsätzlich den Wünschen des Betreuten entsprechen (§1901 Abs. 3 S. 1 BGB). Deshalb muss der Betreuer diese Wünsche in Erfahrung bringen (§1901 Abs. 3 S. 3 BGB) und die Betreuung im persönlichen Kontakt mit dem Betreuten führen (Grundsatz der persönlichen Betreuung, §1897 Abs. 1 BGB).

59) *BVerfGE* 128, 282 ff. = FamRZ 2011, 1128; *BVerfGE* 129, 269 ff. = FamRZ 2011, 1927; *BVerfG*, FamRZ 2013, 767 = BtPrax 2013, 61 ff.; weitere Nachweise in Fn. 3.

60) *MünchKomm/Schwab* [Fn. 33], § 1896 Rz. 76.

Falls der aktuelle Wunsch des Betreuten gegen sein Wohl verstößt, d. h. krankheitsbedingt und schädlich für ihn ist,⁶¹⁾ oder falls die Wünsche nicht bekannt oder ermittelbar sind, hat sich der Betreuer nach den früheren Wünschen des Betreuten zu richten (§1901 Abs. 3 S. 2 BGB) bzw. nach dem subjektiven Wohl, d. h. nach dem mutmaßlichen Willen des Betreuten (§1901 Abs. 2 BGB).⁶²⁾

Diese Grundsätze gelten für die gesamte Tätigkeit des Betreuers, d. h. auch bei der Entscheidung über die Unterbringung. Das hat der Gesetzgeber bei der jüngsten Neuregelung des §1906 BGB ausdrücklich betont.⁶³⁾ Für die Unterbringung und andere freiheitsentziehende Maßnahmen konkretisiert §1906 BGB die allgemeinen betreuungsrechtlichen Vorgaben durch bestimmte tatbestandlich ausgeformte materiell-rechtliche Voraussetzungen und -fordert darüber hinaus eine gerichtliche Genehmigung.⁶⁴⁾ Durch sie wird der Betreuer der von der Verfassung (Art. 104 Abs. 2 GG)⁶⁵⁾ geforderten präventiven Kontrolle des Betreuungsgerichts unterworfen.

Eine Freiheitsentziehung ist danach das letzte Mittel zum Schutz des Betroffenen. Häufig verkannt wird allerdings, dass ein Betreuer hierbei nicht nur an §1906 BGB, sondern auch an §1901 BGB gebunden ist.⁶⁶⁾ Deshalb sind hier nicht nur die Voraussetzungen des §1906 Abs. 1 und 4 BGB als Konkretisierungen des Erforderlichkeits-

61) Vgl. die Nachweise oben in Fn. 50.

62) *Lipp* [Fn. 52], § 18 Rz. 117, 119.

63) Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der betreuungsrechtlichen Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme v. 19.11.2012, BT-Drucks. 17/11513, S. 6.

64) *Hoffmann*, in: *Bienwald /Sonnenfeld/Hoffmann* [Fn. 51], § 1906 BGB Rz. 28 f.; *MünchKomm / Schwab* [Fn. 33], §1906 Rz. 14

65) *BVerfGE* 10, 302 ff. = *FamRZ* 1960, 186 [LS.]; dazu oben 11.5.

66) Vgl. nur *Palandt/i. Götz* [Fn. 49], § 1906 Rz. 2, 9 ff.; dagegen zutreffend *Brose* [Fn. 51], S. 30 ff., 44 ff.; vgl. auch *Knittel* [Fn. 51], § 1901 BGB Anm. 43.45.

grundsatzes (§1901 Abs. 1 BGB) und der Wohlschranke (§1901 Abs. 3 S. 1 BGB) zu prüfen. Sind sie erfüllt, steht zwar fest, dass der aktuelle Widerspruch des Betreuten gegen die Maßnahme unbeachtlich und diese grundsätzlich gerechtfertigt ist. Damit ist jedoch noch nicht positiv gesagt, ob der Betreuer der Freiheitsentziehung zustimmen darf oder muss. Das richtet sich nach der allgemeinen Vorschrift des §1901 BGB, also nach den früher geäußerten Wünschen (§1901 Abs. 3 S. 2 BGB) bzw. nach dem subjektiven Wohl des Betreuten (§1901 Abs. 2 BGB). Entscheidend ist daher, ob der Betreute selbst der Freiheitsentziehung für solche Fälle früher zugestimmt hat oder ihr jetzt zustimmen würde, wenn er aktuell nicht in seiner freien Willensbildung eingeschränkt wäre. Dieser Maßstab gilt für den Betreuer, für das Betreuungsgericht bei der Genehmigung und dementsprechend auch für den Verfahrenspfleger.

Was vorher zur Betreuung im Allgemeinen gesagt wurde, gilt daher auch für die Unterbringung durch den Betreuer. Sie ist kein Eingriffsrecht im Interesse der Angehörigen, des Lebensumfelds oder zum Schutz der Allgemeinheit. Sie hat vielmehr die Aufgabe, den Anspruch des Betroffenen auf Schutz und Behandlung umzusetzen, wenn er krankheitsbedingt keinen freien Willen bilden kann und sich dadurch erheblich schädigen würde. Der Betreuer verwirklicht die Rechte des Betreuten auf Leben und Gesundheit und auf gleichen Zugang zur ärztlichen Behandlung auch bei der Unterbringung. Ihr Zweck ist nicht das Wegsperrern zum Schutz Dritter. Die Unterbringung dient allein dem Schutz des Betreuten und seiner medizinischen Versorgung.

Für die Freiheitsentziehung durch den Bevollmächtigten muss von Verfassungs wegen Entsprechendes gelten.⁶⁷⁾ §1906 Abs. 5 BGB unterwirft die Befugnis zur Freiheitsentziehung deshalb denselben

Anforderungen, wie sie für einen Betreuer gelten: Sie muss sich ausdrücklich aus der Vollmachtsurkunde ergeben⁶⁸⁾ und kann nur mit gerichtlicher Genehmigung ausgeübt werden.

3. Betreuungsrechtliche Zwangsbehandlung

1) Die Entwicklung der Rechtslage bis 2012

Der Gesetzgeber des Betreuungsgesetzes hielt die Zwangsbehandlung des Betreuten auf der Grundlage einer entsprechenden Einwilligung des Betreuers für zulässig, wenn der Betreute einwilligungsunfähig und die Zwangsbehandlung verhältnismäßig ist.⁶⁹⁾

Der *BGH* hat demgegenüber die Ansicht vertreten, dass eine Zwangsmaßnahme nur aufgrund einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung zulässig sei. Diese Grundlage sah er bis Juni 2012 in § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB.⁷⁰⁾ Dessen restriktiven Voraussetzungen waren danach auch für eine Zwangsbehandlung einzuhalten; die Genehmigung musste auch die Zwangsbehandlung umfassen und sie nach Art und Umfang festlegen.

67) Oben 113. und 5.

68) Das Betreuungsgericht muss dem Betreuer die Befugnis zur Freiheitsentziehung ausdrücklich zugewiesen haben. Das ist beim Aufgabenkreis „Aufenthaltsbestimmung“ der Fall. Hingegen genügt der allgemeine Aufgabenkreis „Personensorge“ dem Ausschließlichkeitserfordernis nicht, vgl. *MünchKomm/Schwab* [Rz. 33], § 1906 Rz. 5; *Marschner*, in: *Jürgens*, *Betreuungsrecht*, 4. Aufl. 2010, § 1906 BGB Re. 2; *Knittel* [Fn. 51], § 1906 BGB Rz. 17; a. A. *Hoffmann*, in: *Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann* [Fn. 51], § 1906 BGB Rz. 83; offen gelassen von *Erman/A. Roth* [Fn. 49], § 1906 Rz. 9; *Meyer/Jingeleit* [Fn. 49], § 1906 BGB Re. 5.

69) BT-Drucks. 11/4528, S. 72, 140 f.; ebenso noch BT-Drucks. 16/8442, S. 10.

70) *BGHZ* 145, 297 ff. = *FamRZ* 2001, 149 ff. = *BtPrax* 2001, 32 ff.; *BGHZ* 166, 141 ff. = *FamRZ* 2006, 615 ff. = *BtPrax* 2006, 145 ff.; *BGH*, *FamRZ* 2008, 866 = *BtPrax* 2008, 115 ff.

Legt man dies zugrunde, genügte das Betreuungsrecht den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Zwangsbehandlung in materieller und in verfahrensrechtlicher Hinsicht — bis auf eine, allerdings entscheidende, Ausnahme: §1906 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 BGB a. F. waren keine gesetzliche Ermächtigung für die Einwilligung des Betreuers in eine Zwangsbehandlung. Erstens regelten sie nur die Freiheitsentziehung, nicht die Zwangsbehandlung, und zweitens beschränkten sie die Rechtsmacht des Betreuers, begründeten sie aber nicht.

2) Die Entscheidungen des BGH v. 20. 6. 2012

Der *BGH* gab diese Rechtsprechung deshalb in zwei Entscheidungen v. 20.6.2012 auf.⁷¹⁾ Die Befugnis des Betreuers, den Betreuten unterzubringen und in eine Zwangsbehandlung des Betreuten einzuwilligen, leitete er dort nicht mehr aus §1906 BGB, sondern zutreffend aus §§1901, 1902 BGB ab. Die Kompetenz des Betreuers findet hierin ihre gesetzliche Grundlage. Insoweit sieht der *BGH* auch keine verfassungsrechtlichen Bedenken.

Den Schwerpunkt der Entscheidungen bildet eine andere Frage: Genügt die Kontrolle des Betreuers bei der Einwilligung in die Zwangsbehandlung den vom *BVerfG* aufgestellten Maßstäben?⁷²⁾ Eine solche Kontrolle hält der *BGH* zu Recht für verfassungsrechtlich geboten. Sie müsse jedoch ausdrücklich im Gesetz geregelt sein. §1906 BGB a. E und die verfahrensrechtlichen Regelungen der §§312 ff. FamFG a. F. regelten nur die Freiheitsentziehung, nicht die

71) *BGHZ* 193, 337 ff. = *FamRZ* 2012, 1366 ff.; übereinstimmend *BGH*, Beschluss v. 20.6.2012 - XII ZB 130/12 *BtPrax* 2012, 218 [LS.]; weitere Nachweise in Fn. 4.

72) *BGHZ* 193, 337 Rz. 30 ff. = *FamRZ* 2012, 1366 [Fn. 4].

Zwangsbehandlung. Ihre entsprechende Anwendung auf die Zwangsbehandlung hielt der *BGH* nicht für ausreichend. Da es damit an der verfassungsrechtlich geforderten Kontrolle fehlte, gab es auch keine ausreichende Basis für eine Einwilligung des Betreuers in eine Zwangsbehandlung.⁷³⁾

3) Die neue gesetzliche Regelung

Der Bundesgesetzgeber hat inzwischen die betreuungsrechtliche Zwangsbehandlung eingehend geregelt. Das „Gesetz zur Regelung der betreuungsrechtlichen Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme“ v. 18. 2. 2013 ist im Wesentlichen am 26.2.2013 in Kraft getreten.⁷⁴⁾ Auch aus Sicht des Gesetzgebers begründen die Vorschriften der §§1901, 1901a, 1901b, 1902 BGB grundsätzlich die Kompetenz des Betreuers zur Einwilligung in eine zwangsweise ärztliche Maßnahme. Die Neuregelung soll die bislang fehlende, aber verfassungsrechtlich gebotene Kontrolle einführen.⁷⁵⁾ Dabei hat sich der Gesetzgeber an der Rechtsprechung des *BGH* und des *BVerfG* orientiert.⁷⁶⁾

Das Gesetz erlaubt die Zwangsbehandlung nur im Rahmen der Unterbringung des Betreuten nach §1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB (vgl. §1906 Abs. 3 BGB “ärztliche Maßnahme nach Abs. 1 Nr. 2”). Damit bleibt der Gesetzgeber bei der im Rahmen des 2. BtÄndG verfolgten Linie. Bereits damals wurde ein entsprechender Vorschlag abgelehnt, die

73) *BGHZ* 193, 337 Re. 43 = *FamRZ* 2012, 1366 [Fn. 4].

74) *BGBI* 2013 I 266 v. 25.2.2013; vgl. dazu den Gesetzentwurf v. 19.11.2012 (BT-Drucks. 17/11513) und die Beschlussempfehlung und den Bericht des Rechtsausschusses v. 16.1.2013 (BT - Drucks. 17/12086); *Lindemann*, *BtPrax* 2013, 44 ff.; *Dodegge*, *NJW* 2013, 1265 ff.; sowie *Grotkopp*, *BtPrax* 2013, 83 ff.; *Thar*, *BtPrax* 2013, 91 ff.

75) Gesetzentwurf [Fn. 74], S. 5.

76) Gesetzentwurf [Fn. 74], S. 1; Rechtsausschuss [Fn. 74], S. 1.

ambulante Zwangsbehandlung zuzulassen.⁷⁷⁾ Auch jetzt griff er entsprechende Vorschläge nicht auf.⁷⁸⁾ Eine analoge Anwendung der neuen Vorschriften auf andere Konstellationen ist dadurch ausgeschlossen.

Wegen dieses Zusammenhangs mit der Unterbringung regelt das Gesetz die Befugnis des Betreuers, in eine ärztliche Zwangsmaßnahme einzuwilligen, im Rahmen des §1906 BGB und das Verfahren im Rahmen der §§312 ff. FamFG. Der Regelungsstandort darf aber nicht den Blick dafür verstellen, dass für ärztliche Maßnahmen selbstverständlich zunächst die allgemeinen Vorschriften über die ärztliche Behandlung in §§630a ff. BGB⁷⁹⁾ sowie die Vorschriften über die Gesundheitsorge in §1901a und §1901b BGB und die Grundnorm des §1901 BGB gelten.⁸⁰⁾

Nach allgemeinem Arztrecht hat der Arzt dem Patienten die wesentlichen Umstände der Behandlung in verständlicher Weise zu erläutern, insbesondere die Diagnose, die voraussichtliche gesundheitliche Entwicklung, die Therapie und die zu ergreifenden Maßnahmen (§630c Abs. 2 S. 1 BGB). Diese Pflicht besteht gegenüber jedem Patienten, und zwar auch dann, wenn der Patient einwilligungsunfähig ist, denn er ist Subjekt, nicht Objekt der Behandlung.⁸¹⁾ Das gilt auch bei einer zwangsweisen Durchführung der Behandlung.⁸²⁾

77) Der Vorschlag war im Gesetzentwurf des Bundesrates als § 1906a BGB-E enthalten, wurde aber im Rechtsausschuss des Bundes - tages abgelehnt (vgl. BT-Drucks. 15/2494, S. 30 und BT-Drucks. 15/4874, S. 27).

78) Gesetzentwurf [Fn. 74], S. 1, 6; Rechtsausschuss [Fn. 74], S. 1.

79) Eingefügt durch das Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten v. 20.2.2013, BGBl 2013 I 277. Das Gesetz trat am 26.2.2013 in Kraft.

80) Für die §§ 1901, 1901a, 1901b BGB ebenso *Dodegge, NJW* 2013, 1265 f.

81) Begründung zum Patientenrechtegesetz [Fn. 79], BTDrucks. 17/10488, S. 53; i. E. ebenso *Dodegge, NJW* 2013, 1265, 2167.

Lehnt der Betreute daraufhin die ärztliche Maßnahme ab, handelt es sich um eine ärztliche Zwangsmaßnahme, für die der neue neue §1906 Abs. 3 BGB zusätzliche materielle Voraussetzungen aufstellt. Eine solche Zwangsmaßnahme liegt in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des *BVerfG*⁸³⁾ und des *BGH*⁸⁴⁾ immer dann vor, wenn der Betreute die Maßnahme mit „natürlichem Willen“, d. h. bewusst und nicht bloß reflexartig, ablehnt. Es ist nicht erforderlich, dass er die Bedeutung und Tragweite der Maßnahme versteht. Die Begründung betont zu Recht die Parallele zur Ablehnung einer Sterilisation durch den Betreuten (§1905 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB).⁸⁵⁾ Es genügt deshalb jeder bewusste und erkennbare Widerspruch; eine physische Gegenwehr ist nicht erforderlich.⁸⁶⁾ Das betont im Übrigen auch das *BVerfG*.⁸⁷⁾

§1906 Abs. 3 Nr. 1 BGB wiederholt ausdrücklich das sich bereits aus den allgemeinen Grundsätzen für die Gesundheitsorge ergebende Erfordernis, dass der Betreuer (auch) in eine ärztliche Zwangsmaßnahme nur einwilligen kann, wenn der Betreute einwilligungsunfähig ist. Die neue Vorschrift umschreibt dies parallel zu den Voraussetzungen der Unterbringung in §1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB damit, dass der Betreute aufgrund einer psychischen Krankheit oder einer geistigen oder seelischen Behinderung die Notwendigkeit der ärztlichen Maßnahme nicht erkennen oder nicht nach dieser Einsicht handeln kann. Es muss ihm also die für eine Einwilligung in die geplante

82) *BVerfGE* 128, 282, 310 = FamRZ 2011, 1128 Rz. 59 = BtPrax 2011, 112, 115 f.

83) Oben 11.2.

84) Oben V.3.

85) Gesetzentwurf [Fn. 74], S. 7.

86) Ebenso *Dodegge*, NJW 2013, 1265, 2166; vgl. auch *Erman/A. Roth* [Fn. 49], § 1905 Rz. 10.

87) *BVerfGE* 128, 282, 300 f. = FamRZ 2011, 1128 Rz. 41 = BtPrax 2011, 112 113; *BVerfGE* 129, 269, 280 = FamRZ 2011, 1927 Rz. 36 = BtPrax 2011, 253, 254.

Maßnahme erforderliche Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit fehlen.⁸⁸⁾

§1906 Abs. 3 Nr. 2 BGB lässt eine ärztliche Zwangsmaßnahme erst zu, wenn zuvor versucht worden ist, den Patienten von der Notwendigkeit der Maßnahme zu überzeugen. Das zeitgleich in Kraft getretene Patientenrechtegesetz stellt ausdrücklich klar, dass dies zu den Pflichten des behandelnden Arztes gehört (§ 630c Abs. 2 S. 1 BGB).⁸⁹⁾ Soll die Maßnahme zwangsweise durchgeführt werden, muss sich der Betreuer deshalb unter anderem vergewissern, ob der Arzt dieser Pflicht tatsächlich nachgekommen ist, da er sonst der Zwangsmaßnahme nicht zustimmen darf (§1906 Abs. 3 Nr. 2 BGB). Entsprechendes gilt für das Gericht, weil dies eine Voraussetzung seiner Genehmigung darstellt. Zugleich konkretisiert §1906 Abs. 3 Nr. 2 BGB die allgemeine Pflicht des Betreuers, wichtige Angelegenheiten mit dem Betreuten zu besprechen besprechen (§1901 Abs. 3 S. 3). Der Betreuer hat sich daher im Vorfeld einer ärztlichen Zwangsmaßnahme nicht nur zu vergewissern, dass der Arzt versucht hat, den Patienten für die freiwillige Durchführung der Maßnahmen zu gewinnen, sondern muss dies auch selbst versuchen.⁹⁰⁾

§1906 Abs. 3 Nr. 3-5 BGB konkretisieren schließlich das Gebot der Verhältnismäßigkeit mit dem Ziel, die zwangsweise Durchführung einer ärztlichen Maßnahme nur als letztes Mittel zu gestatten.⁹¹⁾ Das setzt eine sorgfältige Prüfung im jeweiligen Einzelfall voraus.⁹²⁾ Die Zumutbarkeit und die Angemessenheit sind dabei nicht objektiv zu

88) Gesetzentwurf [Fn. 74], S. 7; ebenso *Dodegge*, NJW 2013, 1265, 1266 f.

89) im Ergebnis ebenso, jedoch ohne das Patientenrechtegesetz zu berücksichtigen, *Dodegge*, NJW 2013, 1265, 1267.

90) Rechtsausschuss [Fn. 74], S. 11.

91) Gesetzentwurf [Fn. 74], S. 7; ausführlich dazu *Dodegge*, NJW 2013, 1265, 1267 f.

92) *Grotkopp*, BtPrax 2013, 83, 88.

bestimmen, sondern entsprechend der Grundsatznorm des §1901 Abs. 2 BGB aus der subjektiven Sicht des Betreuten. Das Gesetz stellt das für die Zumutbarkeit ausdrücklich klar (§1906 Abs. 3 Nr. 4 BGB); für die Angemessenheit muss dasselbe gelten.

Im Ergebnis konkretisiert die neue materiell-rechtliche Vorschrift des §1906 Abs. 3 BGB die hohen Anforderungen an die Einwilligung des Betreuers in eine ärztliche Zwangsmaßnahme, die sich im Wesentlichen bereits aus dem Erforderlichkeitsgrundsatz (§1901 Abs. 1 BGB) und der Wohlschranke (§1901 Abs. 3 S. 1 BGB) und ihrem Zusammenspiel mit dem Arztrecht, insbesondere mit den Pflichten des Arztes aus §630c Abs. 2 S. 1 BGB, ergeben. Wie bei der Unterbringung⁹³⁾ steht damit allerdings nur fest, dass der aktuelle Widerspruch gegen die ärztliche Maßnahme unbeachtlich und ihre zwangsweise Durchführung daher im Prinzip möglich ist. Ob ihr der Betreuer zustimmen darf, richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften über die Gesundheitsorge (§§1901, 1901a, 1901b BGB). Maßgebend ist der Patientenwille, den der Betreuer festzustellen hat. Der Betreuer darf deshalb in die geplante ärztliche (Zwangs-)Maßnahme nur einwilligen, wenn der Betreute ihr in einer Patientenverfügung zugestimmt (§1901a Abs. 1 BGB) oder einen dahingehenden Behandlungswunsch (§1901 Abs. 2 1. Alt. BGB) geäußert hat bzw. ihr jetzt zustimmen würde, wenn er aktuell nicht einwilligungsunfähig wäre (§1901 Abs. 2 2. Alt. BGB).⁹⁴⁾

Eine materiell-rechtliche Regelung hätte den verfassungsrechtlichen Erfordernissen jedoch nicht genügt. Es fehlte vor allem eine effektive Kontrolle, die sicherstellt, dass die materiell-rechtlichen Anforderungen im Einzelfall auch tatsächlich eingehalten werden. Zwar bieten bereits

93) Dazu oben V2.

94) Ebenso *Dodegge*, NJW 2013, 1265 f.; *Grotkopp*, BtPrax 2013, 83, 85 f.; zur psychiatrischen Patientenverfügung vgl. *T Götz* [Fn. 53], S. 212 ff.

die Einschaltung des Betreuers und das Erfordernis seiner Einwilligung einen gewissen Schutz, da der Arzt nicht alleine über die Zwangsbehandlung entscheiden kann. Das genügt jedoch für sich genommen nicht, wie *BVerfG*⁹⁵⁾ und BGH⁹⁶⁾ zu Recht betonen.

Das Gesetz verlangt jetzt daher zu Recht stets eine gerichtliche Genehmigung; eine Alleinentscheidung des Betreuers ist auch in Eilfällen nicht vorgesehen (§1906 Abs. 3a BGB). Die psychiatrische Krisenintervention soll danach auf der Grundlage der landesrechtlichen Psychisch-Kranken- bzw. Unterbringungsgesetze erfolgen.⁹⁷⁾ Umso bedauerlicher ist es, dass die Länder noch keine verfassungskonformen Regelungen geschaffen haben. Derzeit kommt daher nur eine Behandlung nach Notfallgrundsätzen in Betracht.⁹⁸⁾

Das Genehmigungsverfahren entspricht grundsätzlich demjenigen für eine Unterbringung (§312 S. 1 Nr. 1 und S. 2 FamFG). Allerdings ist stets ein Verfahrenspfleger zu bestellen (§312 S. 3 FamFG) und für den Sachverständigen gelten besondere Anforderungen (§§321 Abs. 1. S. 5, 329 Abs. 3, 331 S. 1 Nr. 2 FamFG). Damit kommt der Gesetzgeber den verfassungsrechtlichen Vorgaben nach. Das *BWG* hat nachdrücklich betont, dass die Voraussetzungen der Zwangsbehandlung unabhängig geprüft werden müssen und der Betreute effektiven vorbeugenden Rechtsschutz genießen muss.⁹⁹⁾

Gerichtliche Genehmigung, Verfahrenspfleger und neutraler Sachverständiger sichern den Charakter der Zwangsbehandlung als

95) *BVerfG*, FamRZ 2013, 767 = BtPrax 2013, 61, 64 f. (zur Zwangsbehandlung im sächsischen Maßregelvollzug).

96) *BGHZ* 193, 337 Rz. 39 = FamRZ 2012, 1366 [Fn. 4].

97) Gesetzentwurf [En. 74], S. 7.

98) LG *Kassel*, BtPrax 2012, 208; *Dodegge*, NJW 2013, 1265, 1268.

99) *BVerfGE* 128, 282, 311ff. = FamRZ 2011, 1128 Rz. 62 ff.= BtPrax 2011, 112, 116f.

ultima ratio. Sie stellen Kernelemente der verfassungsrechtlich gebotenen Kontrolle des Betreuers bei seiner Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme dar. Die gerichtliche Kontrolle wird allerdings nur dann effektiv sein, wenn das rechtliche Gehör des Betroffenen gewahrt ist und die tatsächlichen Grundlagen der Entscheidung einschließlich der maßgeblichen medizinischen Umstände sorgfältig und umfassend ermittelt werden. Deshalb ist zum einen stets ein Verfahrenspfleger zu bestellen - auch bei der Genehmigung im Wege einer einstweiligen Anordnung (vgl. § 312 S. 3 FamFG).¹⁰⁰⁾ Zum anderen gelten besondere Anforderungen an die Ermittlung der medizinischen Entscheidungsgrundlagen. Die bisherige Praxis bestellte nicht selten den behandelnden Arzt zum Sachverständigen,¹⁰¹⁾ der dann wenig überraschend nicht nur die Notwendigkeit der Behandlung, sondern auch die ihrer zwangsweisen Durchführung bestätigte. Bei der einstweiligen Anordnung genügte sogar ein ärztliches Zeugnis über den Zustand des Betroffenen (§ 331 Nr. 2 FamFG a. F.), das nach dem Gesetz im Prinzip jeder Arzt ausstellen konnte.¹⁰²⁾ In beiden Fällen ist die verfassungsrechtlich geforderte unabhängige Prüfung (auch) der medizinischen Voraussetzungen der Zwangsbehandlung nicht gesichert. Deshalb verlangt das Gesetz nunmehr, dass auch das ärztliche Zeugnis bei einer einstweiligen Anordnung von einem psychiatrisch qualifizierten Arzt erstellt werden muss (§ 331 S. 1 Nr. 2 FamFG),¹⁰³⁾ und untersagt, dass der behandelnde Arzt als Sachverständiger bestellt wird (§ 321 Abs. 1 S. 5 FamFG).¹⁰⁴⁾ Wird die Zwangsbehandlung über

100) Zur Aufgabe des Verfahrenspflegers vgl. *Leeb /Weber*, BtPrax 2013, 95 fr.

101) Zur Aufgabe des Verfahrenspflegers vgl. *Leeb /Weber*, BtPrax 2013, 95 fr.

102) Einschränkend jedoch *Lesting*, in: *Marschner/ Voickart/Lesting* [Fn. 57], Teil D § 331 FamFG Re. 11; *Jurgeteit/Diekmann* [Fn. 49], § 331 FamFG Rz. 4; jeweils m. w. N.

103) Rechtsausschuss [Fn. 74], S. 11.

die Dauer von zwölf Wochen hinaus verlängert, werden die Anforderungen an die Unabhängigkeit des Sachverständigen noch einmal verschärft: In diesem Fall soll ein externer Sachverständiger bestellt werden, der den Patienten weder behandelt noch vorher begutachtet hat und auch nicht in der Einrichtung beschäftigt ist, in der der Patient untergebracht ist (§ 329 Abs. 3 FamFG).¹⁰⁵⁾ Eine Abweichung von den neuen gesetzlichen Anforderungen an die Unabhängigkeit des Sachverständigen ist zwar nicht ganz ausgeschlossen, da es sich um Soll-Vorschriften handelt. Da eine unabhängige Überprüfung verfassungsrechtlich geboten ist¹⁰⁶⁾ und dies auch ihr die Überprüfung der medizinischen Voraussetzungen der Zwangsbehandlung gilt, darf das Betreuungsgericht von diesen gesetzlichen Anforderungen jedoch nur aus zwingenden Gründen abweichen und muss dies im Beschluss auch begründen.¹⁰⁷⁾ Die Bestellung des behandelnden Arztes bzw. eines anderen Arztes der Einrichtung kommt daher künftig nur dann in Betracht, wenn sich das Gericht um einen anderen Sachverständigen bemüht hat, er aber trotz dieser Bemühungen nicht zur Verfügung steht und das Gericht dies im Beschluss entsprechend darlegt.¹⁰⁸⁾

Für den Genehmigungsbeschluss gelten zunächst die allgemeinen Bestimmungen in §§ 318, 323 Abs. 1 FamFG. Danach ist die ärztliche Zwangsmaßnahme im Beschluss näher zu bezeichnen (§ 323 Abs. 1 Nr. 1 FamFG) und anzugeben, zu welchem Zeitpunkt sie spätestens endet (§ 323 Abs. 1 Nr. 2 FamFG). Das entspricht der früheren

104) Rechtsausschuss [Fn. 74], S. 12.

105) Rechtsausschuss [Fn. 74], S. 12.

106) Vgl. den Nachweis in Fn. 99.

107) Rechtsausschuss [Fn. 74], S. 11 (§ 321 Abs. 1 S. 5 FamFG), S. 12 (§ 329 Abs. 3 FamFG).

108) *Dodegge*, NJW 2013, 1265, 1269; *Grotkopp*, BtPrax 2013, 83, 89.

Rechtsprechung des BGH¹⁰⁹⁾ und wird die Diskussion darüber neu entfachen, wie konkret die ärztliche Zwangsmaßnahme zu bezeichnen ist und ob insbesondere das anzuwendende Medikament und seine Dosierung angegeben werden müssen.¹¹⁰⁾ Letzteres wird man freilich verneinen können, nachdem der Gesetzgeber entsprechende Vorschläge nicht übernommen hat. Entscheidend ist, dass die gerichtliche Genehmigung ihre Kontrollfunktion erfüllt. Medikament und Dosierung werden daher regelmäßig für die Begründung des Beschlusses bedeutsam sein; in die Beschlussformel brauchen sie jedoch nicht aufgenommen zu werden.¹¹¹⁾

Diese allgemeinen Bestimmungen ergänzt die besondere Vorschrift des §323 Abs. 2 FamFG, nach der der Beschluss auch Angaben zur Durchführung und Dokumentation dieser Maßnahmen in der Verantwortung eines Arztes zu enthalten hat.¹¹²⁾ Das hatte der *BGH* 2012 als verfassungsrechtliche Anforderung bezeichnet.¹¹³⁾ Sie wird indes bereits durch das allgemeine Arztrecht sichergestellt. Danach ist der Arzt zur Durchführung der Behandlung verpflichtet und dafür verantwortlich (§ 630a BGB) und muss sie dokumentieren (§ 630f BGB). Die Aufnahme einer entsprechenden Aussage in den Genehmigungsbeschluss ist daher rechtlich gesehen deklaratorischer Natur.¹¹⁴⁾ Da das Gesetz es so vorsieht, muss sie allerdings gleichwohl in den Beschluss aufgenommen werden. Das ist freilich praktisch

109) Gesetzentwurf [Fn. 74], S. 8; *BGHZ* 166, 141 Rz. 27 = *FamRZ* 2006, 615 = *BtPrax* 2006, 145.

110) Vgl. *Grotkopp*, *BtPrax* 2013, 83, 89, m. w. N. zur früheren Diskussion.

111) Ebenso *Dodegge*, *NJW* 2013, 1.265, 1270.

112) Gesetzentwurf [En. 74], S. 8.

113) *BGHZ* 193, 337 Re. 41, 42 = *FamRZ* 2012, 1365 [Fn. 4].

114) *Grotkopp*, *BtPrax* 2013, 83, 90; ähnlich *Dodegge*, *NJW* 2013, 1265, 1269 f.

durchaus sinnvoll. Sie erinnert nämlich den Arzt an seine originäre Verantwortung für die Behandlung und wirkt der häufig anzutreffenden Fehlvorstellung entgegen, mit der Genehmigung habe das Gericht diese Verantwortung übernommen.

Das Gesetz erstreckt die vorstehend genannten Regelungen auch auf einen Bevollmächtigten und verlangt, dass die Vollmacht schriftlich erteilt ist und ärztliche Zwangsmaßnahmen ausdrücklich umfasst (§ 1906 Abs. 5 BGB). Das entspricht sowohl der Systematik des Betreuungsrechts (vgl. §§ 1901a Abs. 5, 1901b Abs. 3, 1904 Abs. 5, 1906 Abs. 5 BGB) als auch der Schutzpflicht des Staates gegenüber dem Patienten. Eine Kontrolle des Gesundheitsbevollmächtigten ist bei ärztlichen Zwangsmaßnahmen in gleicher Weise geboten wie bei einem Betreuten.¹¹⁵⁾

VI. Perspektiven

Die Verfassung gebietet, Würde und Autonomie auch und gerade für kranke, behinderte und alte Menschen zu gewährleisten. Aus dem auf den ersten Blick sparsamen Text des Grundgesetzes hat die Rechtsprechung wichtige verfassungsrechtliche Vorgaben für den Erwachsenenschutz entwickelt. Der Gesetzgeber hat den verfassungsrechtlichen Auftrag angenommen und mit der rechtlichen Betreuung und der Vorsorgevollmacht ein freiheitliches, autonomiezentriertes Erwachsenenschutzrecht geschaffen.

Autonomie oder Fürsorge? So lautet die Grundfrage des Erwachsenenschutzes. Es ist kaum überraschend, dass die Antwort darauf heißt: Autonomie und Fürsorge. Überraschender ist vielleicht

115) *Dodegge*, NJW 2013, 1265, 1268.

die Einsicht, dass die Vorsorgevollmacht nicht reine Autonomie, die Betreuung nicht bloße Fürsorge ist. Vielmehr haben sie beide denselben Zweck, die Autonomie des Betroffenen zu verwirklichen und ihm den nötigen Schutz zu verschaffen.

Diese Zielsetzung teilen auch die Unterbringung und sogar die Zwangsbehandlung. Beide begreift das Betreuungsrecht primär als Mittel, den Anspruch des Betreuten auf eine angemessene ärztliche Behandlung und Versorgung zu gewährleisten und ihn vor den Folgen seiner psychischen Erkrankung zu schützen. Freilich bleiben nicht nur Unterbringung und Zwangsbehandlung, sondern auch die Betreuung und sogar die Vorsorgevollmacht janusköpfig. Alle Instrumente des Erwachsenenschutzes sind nicht nur Hilfe, sondern schränken stets zugleich auch die Rechte des Betroffenen ein. Das gilt auch für die Vorsorgevollmacht. Die Subsidiarität der Betreuung gegenüber der Vorsorgevollmacht darf darüber nicht hinwegtäuschen.

Welches Maß an Autonomie die Betroffenen letztlich genießen, hängt allerdings nicht allein von der Ausgestaltung des Erwachsenenschutzrechts ab, sondern in ganz erheblichem Maße von der Verfügbarkeit anderer, außerhalb des Erwachsenenschutzes angesiedelter Formen der Hilfe und Unterstützung. Der Vorrang anderer Hilfen vor den Instrumenten des Erwachsenenschutzes sollte deshalb durch strukturelle Reformen gestärkt und verfahrensrechtlich abgesichert werden. Ein entsprechender Gesetzentwurf der Bundesregierung liegt bereits vor. Er wurde vom Bundesrat positiv aufgenommen.¹¹⁶⁾ Es ist deshalb zu hoffen, dass er bald verabschiedet wird.¹¹⁷⁾

116) Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Funktionen der Betreuungsbehörde v. 22.3.2013, Anlage 1 zu BT-Drucks. 17/13419 v. 8.5.2013 = BR-Drucks. 220/13; zum Gesetzentwurf vgl. die Stellungnahmen in: *Coester-Waltjen/Lipp/Schgenann/Veit* [Fn. 2], S. 197 ff.

Unterbringung und Zwangsbehandlung müssen von Verfassungs wegen ultima ratio sein. Deshalb sollten die Unterbringungsgesetze der Länder zu wirklichen Gesetzen über Hilfe- und Schutzmaßnahmen bei psychischen Krankheiten fortentwickelt werden. Ihr Ziel muss es sein, Unterbringung und Zwangsbehandlung nicht nur verfassungskonform zu regeln, sondern diese effektiv zu vermeiden. Praktisch gehört dazu insbesondere der Ausbau ambulanter Hilfs- und Versorgungsangebote.

Bereits dieser Hinweis zeigt, dass der Schutz und die Unterstützung hilfsbedürftiger und in ihrer Fähigkeit zur Selbstbestimmung eingeschränkter Erwachsener nicht nur Aufgabe des Erwachsenenschutzrechts ist. Staat und Gesellschaft sind insgesamt aufgerufen, ihrer Verantwortung für vulnerable und schutzbedürftige Menschen nachzukommen.

117) Stellungnahme des Bundesrates v. 3.5.2013, Anlage 3 zu BT - Drucks, 17/13419 v. 8.5.2013 = BR-Drucks. 220/13(B); vgl. dazu die Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drucks. 17/13619 v. 22.5.2013.

독일의 성년자보호와 헌법-성년후견, 유숙 및 강제치료*

저 폴커 립**

역 위민기***

[목 차]

- | | |
|---------------------------|------------------------|
| I. 들어가는 말 | 법정후견 |
| II. 헌법상의 요건 | IV. 개인적인 성년자보호: 예방적대리권 |
| 1. 텍스트에 의한 조사 결과 | V. 유숙 및 강제치료 |
| 2. 연방헌법재판소 판례의 발전 | 1. 구금과 공법상 유숙조치 |
| 3. 예방적 대리권의 헌법상의 지위 | 2. 후견법적 유숙 |
| 4. 성년자보호의 헌법적 기초 | 3. 후견법적 강제치료 |
| 5. "국가권력기구"로서 후견인과 대리인인가? | VI. 전망 |
| III. 국가 조직적 성년자 보호 : | |

I. 들어가는 말

자유국가는 노년기나 질병에 걸린 경우 또는 장애상태인 경우에 인간의 존엄성과 자율성을 존중하고 보호해야 한다. 하지만 아픈 사람, 몸이 불편한 사람, 노인은 종종 특별한 보호가 필요하다. 한편으로는 성년자보호법은 특히나 법정후견, 예방적 대리권, 유숙(留宿)과 연방정신건강법은 무엇보다도 적절하고 우수한 의료적 처치 및 건전한 돌봄에 대한 본인 자신의 권리

* 이 논문은 2013. 5. 31. 괴팅겐대학교에서 개최된 가족법학회의 연례학술대회에서 강연한 내용의 확장 및 교정판(Fam Rz 2013. 12월호 등재)이다.

** 독일 괴팅겐대학교 법과대학 교수

***법무사, 독일 괴팅겐대학교 법과대학 연구원

를 보호하고 실현한다. 그런 반면에 이것은 본인의 권리 제한에 관련이 있다. 이것은 유숙조치 및 강제치료를 행할 때에 본인의 의사에 반하여 후견인을 선임할 경우에 명백하다.

자유와 돌봄 사이의 긴장관계는 항상 성년자보호에 영향을 미쳤다.¹⁾ 따라서 항상 기본적인 인권에 관한 논의의 대상이었다. 한동안 이것은 유엔장애인권리조약의 초점에 놓여 있었다.²⁾ 독일연방헌법재판소³⁾(이하 ‘헌법재판소’라 한다.)와 독일연방최고재판소⁴⁾(이하 ‘최고재판소’라 한다.)의 최근 강제치료에 관한 결정의 결과 헌법상 측면이 다시 명확하게 되었다.⁵⁾ 연방정부는 현재 성년후견법상의 강제치료를 법률로 규제하고 있으며 매우 제한적인 형태를 취하였다. 이와 대조적으로, 정신건강법과 구금을 담당하는 연방의 각 주들은 현재까지 그에 관한 첫 번째 초안만 가지고 있다.

다음은 헌법상의 요건(II.)과 그 성년후견에 미치는 영향(III.) 및 예방적 대리권(IV.)을 스케치한다. 이러한 배경 아래에서 유숙과 새로 규정된 강제치료를 더 자세히 살펴볼 수 있고(V.) 마지막으로 성년자보호의 전망을 간략하게 살펴 볼 수 있다(VI.).

1) 성인보호의 역사와 발전에 관하여는 *Holzauer*, Gutachten B für den 57. DJT; Empfiehlt es sich, das Entmündigungsrecht, das Recht der Vormundschaft und der Pflegschaft über Erwachsene sowie das Unterbringungsrecht neu zu ordnen?, in: Verhandlungen des 57. Deutschen Juristentags, Band I, 1988, 참조. 최근의 것으로 *Heider*, Die Geschichte der Vormundschaft seit der Aufklärung, 2011 참조.

2) Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, BGBl 2008 II 1420; 유엔 장애인권리협약과 성인보호의 관계에 관해서는 *Aichele/v. Bernstorff*, BtPrax 2010, 199 ff.; *Lipp*, FamRZ 2012, 669 ff.; *Rosenow*, BtPrax 2013, 39 ff.; Von *Schmahl*, *Ganser* und *Arm*; in: *Coester-Walt - jen/Lipp/Schumann/Veit* (Hg.), Perspektiven und Reform des Erwachsenenschutzes, 2013, S. 11 ff., 41 ff., 63 ff. 참조.

3) *BVerfGE* 128, 282 FamRZ 2011, 1128 ff. = BtPrax 2011, 112ff.; *BVerfGE* 129, 269 ff. = FamRZ 2011, 1927 ff. = BtPrax 2011, 253 ff.; *BVerfG*, FamRZ 2013, 767 = BtPrax 2013, 61 ff.

4) *BGHZ* 193, 337 ff. = FamRZ 2012, 1366 ff., m. Anm. *Bienwald* und *Sonnenfeld* = JZ 2012, 1182 ff., m. Anm. *Lipp* = NJW 2012, 2967 fr., m. Anm. *Dodegge*, NJW 2012, 3694 ff.; übereinstimmend *BGH*, Beschluss v. 20.6.2012 – XII ZB 130/12 –, BtPrax 2012, 218 [LSI 이 판결 전문은 아래 사이트에서 찾을 수 있다. www.bundesgerichtshof.de.

5) 이에 관해서는 아래 V.3.c) 참조.

II. 헌법상의 요건

1. 텍스트에 의한 조사결과

독일연방기본법에서는 국가는 인간의 존엄성을 보장하고(독일연방공화국 기본법 이하 ‘기본법’이라 한다. 제1조 제1항 제1문), 자유권적 기본권을 통해 사람들의 자기결정권을 보호한다.⁶⁾ 그러나 실제로 자기책임 아래에서 독립적으로 결정하고 행동하는 능력은 크게 다르다. 어떤 사람들은 이 능력을 완전히 잃었다. 예를 들어, 심한 치매를 앓고 있는 사람은 심한 정신질환의 급성기에 있거나 식물인간 상태에 있다. 그럼에도 불구하고 기본법이 모든 인간에 대한 인간의 존엄성과 기본권을 보장하는 경우 헌법상 보호는 커다란 의미가 있다. 인간의 존엄성과 기본권은 그의 탄생의 순간부터 마지막 숨을 쉴 때까지 완전히 독립적이고 그것에 관하여 그는 이러한 권리를 어느 곳이나 어느 때라도 위 권리를 얼마나 본인 스스로 행사할 수 있는 지 여부에 관계없이 모든 인간에 속한다.⁷⁾

2. 연방헌법재판소 판례의 발전

헌법재판소는 1951년에 금치산자의 헌법상의 불복신청에 대한 첫 번째 결과를 이미 이끌어 냈다. 그러므로 그는 자신이 거의가 행위무능력 상태이기 때문이 아니라 구체적인 절차를 수행할 수 없어서 능력을 배제하는 상태에서만 절차무능력이라 할 수 있다.⁸⁾ 판례는 만약 그가 그의 권리무능력 내지 절차무능력에 대한 법적인 결정에 대한 이의를 제기한다면 절차능력내지 권리능력자로서 실행 가능한 것으로 간주되어야 한다는 원칙을 발전시켰다. 이것은 그의 인간의 존엄성에서 비롯된다.⁹⁾

6) *BVerfG.* 65, 1, 41; *Dreier*, in: *Dreier* (Hg.), *Grundgesetz. Kommentar*, 2. Aufl. 2004, Art. 1 GG Rz. 137, 157.

7) Vgl. *Starck*, in: v. *Mangoldt/KleM/Starck*, 6. Aufl. 2010, Art. 1 GG Rz. 18

8) *BVerfGE* 1, 87, 89; vgl. auch *BVerfGE* 19, 93, 100 = *FamRZ* 1965, 547.

9) Vgl. *BGHZ* 35, 1, 9 f.; *MünchKamm/Limiacker*, ZPO, 4. Aufl. 2012, §§ 51, 52 Rz. 45.

헌법재판소는 1960년에 금치산자의 후견인에 의한 민사법에 의한 유숙 조치는 법원의 허가를 받은 경우에만 인정된다는 것을 기본법 제104조 제2항에서 이끌어 내었다. 개인의 자유권적 기본권(기본법 제2조 제2항 제2문)은 정신적 질병에 있어서도 마찬가지로 입장이기도 하다. 주 정부가 그 자체를 수용하지 않은 경우(각 주의 법에 따른 공법적인 유숙조치 또는 정신건강법의 경우와 같이) 후견인에게 그 피후견인의 처분에 관한 권한을 부여하고 있더라도 기본법 제104조 및 기본법 제2조에 따라 법원의 허가가 필요했다.¹⁰⁾

그러나 헌법재판소는 금치산제도와 후견인제도를 받아들일 수 있다고 선언했다. 훨씬 심각한 문제는 본인의 의사에 반해서 법률적인 대리인보다 보호인을 선임하는 강제보호제도이다. 법은 위 제도들을 제대로 알지 못했다. 오히려 판례는 법에 의하지 않고 법의 영역 밖에서 구하려는 시도로 장애인 보호제도에서 유래한 무능력자제도를 그 대안으로 발전시켰다. 그럼에도 헌법재판소는 강제보호제도가 헌법상 부합하며 무능력자제도에 비하여 더 온화한 방법이기 때문이라고 표명해 왔다. 물론 전제조건은 무능력과 돌봄의 필요성이 확정되어야 하는 법치국가적인 절차이다.¹¹⁾

헌법재판소는 1981년 처음으로 공법상 유숙에 관한 결정에서 국가의 성년자보호에 관한 실질적인 요구사항을 먼저 다뤘다. 다시 출발점은 기본권이 모든 인간에 속한다는 것을 선언했다. 따라서 정신장애인조차도 "질병에 대한 자유"를 가지고 있다. 그러나 자기결정능력을 손상시키고, 각각의 수단이 자신의 보호를 위해 필요한 경우에는 본인에 대한 국가적 개입이 가능하다. 그러한 경우에는 건강이 중단되는 어느 곳에서도나 국가의 보살핌적인 관여는 허용되어야 한다.¹²⁾

이것은 오늘날 국가의 성년자보호에 관한 핵심적인 공언이다. 이후 판결에서 법원은 특히 비례의 원칙, 적법절차, 충분한 사실조사 및 법률적 근거

10) *BVerfGE* 10, 302, 327 = *FamRZ* 1960, 186 [L.S.]; vgl. auch *BVerfGE* 54, 251, 268 f. = *FamRZ* 1980, 765 [LSe]; *BVerfGE* 75, 318, 327; *Starck*, in: v. *Mangoldt /Kein/ Starck* [Fn. 7], Art. 1 GG Rz. 232.

11) *BVerfGE* 19, 93, 99.

12) *BVerfGE* 58, 208, 225 f. *FamRZ* 1982, 141.

의 필요성을 강조했다.¹³⁾

입법자는 위 판례를 성년후견법에 의한 성년자보호의 근본적인 개혁에서 이 판례를 채택했다. 따라서 1992년 1월 1일에 그에 관한 성년을 위한 금치산제도, 후견제도(Vormundschaft) 및 장애인보호제도가 폐지되고 적법한 성년후견법(Betreuungrecht)이 법적 제도로 대체되었다.

헌법재판소는 후견인의 임명에 대하여 세 가지 결정을 내렸다. 첫 번째 경우는 여호와의 증인의 남편이 후견인으로 임명되었던 사례이다. 남편은 의식이 없는 환자의 수혈에 동의했다. 하지만 그녀는 이전에 의사들에게 수혈을 거부한다고 말했고 그녀 교단의 회원에게 위임장을 주었다. 헌법재판소는 피후견인에 대한 남편의 임명에 있어서, 환자의 일반적인 행동의 자유에 대한 개입이라고 보았다. 법원은 그 위임장의 존재를 몰랐기 때문에 환자의 기본권은 침해되지 않았다. 헌법재판소는 피후견인의 수혈에 대한 동의가 기본적인 권리의 개입인지 여부에 대한 판단을 보류하였다.¹⁴⁾

두 번째 경우에는 본인들은 2개의 예방적 대리권을 수여받은 사례이다. 친족의 제안에 의한 경우, 후견법원은 후견감독인을 선임하고 즉시 2개의 대리권을 즉시 취소한다. 헌법재판소는 감독관의 임명에 관해서 2가지 면에서 자기결정권(기본법 제1조 제1항 및 관련 기본법 제2조 제1항)을 침해하는 것으로 보았다. 한편, 어떠한 상황 아래에서는 후견인은 피후견인의 의지에 반하여 행동할 수 있고, 또한 행동할 가능성이 있기 때문에 피후견인 자신의 판단의 자유가 제한된다(독일민법 제1901조 제3항 제1문). 따라서 본인들은 예방적 대리권을 부여받음으로써 자기결정권을 행사했다. 이것은 후견감독관이 위 대리권의 취소권한을 받은 경우에 개입이 된다. 그 때문에 헌법재판소의 취지에 따라 본인들에게 효과적인 법적보호 가능성을 열어두어야 한다.¹⁵⁾

13) *BVerfG* (K), FamRZ 1998, 895 f. = NJW 1998, 1774 ff.; vgl. auch *BVerfGE* 70, 297 ff. (strafrechtliche Unterbringung); sowie die Entscheidungen zur Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug [Fn. 3] *BVerfGE* 128, 282 ff. = FamRZ 2011, 1128; *BVerfGE* 129, 269 ff. = FamRZ 2011, 1927; *BVerfG*, FamRZ 2013, 767 = BtPrax 2013, 61 ff.; und schon *BVerfG* (K), FamRZ 2009, 1475 ff. = NJW 2009, 2804 f.

14) *BVerfG* (K), FamRZ 2009, 945 ff. = NJW 2002, 206 ff

세 번째 경우는 자유침탈적인 구금조치에 대한 본인의 동의에 갈음하는 법원의 승인을 요구하는 예방적 대리인의 의무에 관한 것이다. 헌법재판소는 사법적 승인이 대리 행사에서 사법통제에 의해 예방적 대리권의 수여자(授與者)인 본인을 보호할 수 있기 때문에 본인의 자기결정능력을 침해하지 않는다는 것을 분명히 밝혔다.¹⁶⁾

모든 경우에 지난 몇 년 동안 헌법재판소는 강제치료를 세 번 결정해야 했다.¹⁷⁾ 모든 경우 환자들은 위 강제치료의 방법의 실행에 있어 형법적 판단에 근거하여 수용되었다. 헌법재판소는 일반적으로 형벌제도에서 수감자를 석방하기 위한 강제적 치료는 받아들일 수 없는 것으로 간주하지 않았지만, 헌법재판소는 강제치료가 기본적 권리를 심각하게 위반하는 것이며 법적 근거가 필요하다는 점을 분명히 했다. 강제치료의 목표는 자기결정능력의 회복이다. 최후의 수단으로 기본법은 유엔장애인권리조약과 같은 요구수준을 충족한다. 어쨌든 환자가 동의할 수 없는 경우에만 제공될 수 있다. 엄격한 비례성의 테스트가 필요하다. 그 밖에도 여기에는 환자가 의도한 치료에 대해 이해할 수 있는 방식으로 정보를 제공하였고 신뢰를 바탕으로 합의에 도달하려고 시도했다는 사실이 포함된다. 이러한 물질적 요건은 절차적법으로, 예를 들어 의사의 예약 및 서류요건, 강제적 치료를 위한 전제조건에 대한 독립적인 검사 및 강제적 치료가 수행되기 전에 사법(司法)적 보호를 받을 기회가 있다는 사실에 의해 확보되어야 한다.

이러한 요구사항은 연방의 어느 주법에도 적합하지 않다. 이것은 작센 주(Staat Sachsen)에도 마찬가지이다. 이것은 현지 법률에 필요한 실질적인 및 절차적 규제가 포함되어 있지 않고 단순히 법정대리인의 동의를 언급하고 있기 때문이다. 그러나 후견인들의 참여가 법적규제의 적절한 대안이 아니다.

헌법재판소는 방법의 실행에 있어 강제치료에 대한 헌법상의 요구사항을

15) (K), FamRZ 2008, 2260 ff.

16) BVerfG (K), FamRZ 2009, 1803 = NJW 2009, 1803

17) BVerfGE 128, 282 ff. FamRZ 2011, 1128; BVerfGE 129, 269 ff. = FamRZ 2011, 1927; BVerfG, FamRZ 2013, 767 = BtPrax 2013, 61 ff.; weitere Nachweise in Fn. 3.

발전시켰다. 두 경우 모두 이른바 퇴원능력 같은 시행목적 달성을 위해 강제치료를 실시했다.¹⁸⁾ 강제치료는 다른 목적, 즉 자기 위험으로부터 보호하는 데 도움이 되기 때문에 성년자보호의 맥락에서 이러한 요구사항을 어느 정도 준수해야 하는가에 관한 의문이 생긴다. 첫 번째 대답은 공법적인 유숙에 관한 판단을 도출해내는 것이다.¹⁹⁾ 치료를 목적으로 한 유숙조치에 의한 자상으로부터 보호가 문제된다. 헌법재판소는 이를 자기결정의 권리와 그의 “질병으로부터의 자유”를 침해하는 것으로 간주했지만, 자기결정능력이 심각하게 손상되어 계획된 조치가 불가피하고 비례하는 경우에는 그것을 허용하였다. 자해에 대한 보호는 유숙조치 뿐만 아니라 본인의 의사에 반한 치료가 헌법상 정당하여야 하고 본인들의 전제조건에 동의할 수 없고 강제조치가 본인의 보호에 적합하여야 하고 필요적이며 비례성이 있어야 한다. 유숙조치를 위한 치료도 헌법재판소는 이러한 요구사항을 더 구체화 하였다. 그러나 최근의 결정에서 비록 강제 치료가 다른 목적으로 이루어졌다 해도, 예를 들어 구금자를 생명이나 건강에 있어 심각한 위험에서 구하기 위해 수행하더라도 구금의 집행을 위해 개발된 조항이 완전히 적용 가능한지 여부는 명백히 공개적인 상황이다.²⁰⁾ 이것은 다시한번 살펴보아야 한다. ²¹⁾

3. 예방적 대리권의 헌법상의 지위

그러나 위에서 설명한 부분들은 성년자보호를 위한 헌법상 요건의 완전한 표상을 보여 주지 않고 있다. 이것은 마침내 예방적 대리권과 관계된다. 판례에서는 예방적 대리권이 개입과는 반대로서 성년후견이 자기결정권행사로 나타났다. 물론 후견인은 본인들의 신청과 요구로 임명되어진다(독일민법 제1896조 제1항 제1문 및 제2문 참조). 전권위임과 성년후견의 차이는 공식적인 후견인선임 행위로 축소된다. 따라서 헌법재판소는 후견인이 활동할

18) *BVerfG*, FamRZ 2013, 767 = BtPrax 2013, 61, 63.

19) 위 주. 12 참조.

20) *BVerfG*, FamRZ. 2013, 767 = BtPrax 2013, 61, 63.

21) 아래 V.1 참조.

때에 피후견인에게 근본적으로 구속되어 있지만, 경우에 따라서는 그의 의지에 반하여 행동할 수도 있거나 행동해야만 할 수도 있고 그것에 위 피후견인에 관한 후견인을 법률적으로 선임하는 것은 권리에 관한 성격이 개입이라고 본다.²²⁾

물론, 이것은 대리인에게도 적용된다. 그는 또한 본인 자신의 의지에 반하여 피후견인 본인을 강제유숙 시킬 수 있고 거기에서 동일한 조건하에 강제치료에 동의한다(독일민법 제1906조 제5항). 이것은 예방적 대리권이 성년후견과 같이 자기결정권의 간섭으로 이어질 수 있다는 것을 보여준다.²³⁾ 따라서 예방적 대리권은 "어두운 면"이 서서히 사라지는 것으로 이해된다. 그 때문에 예방적 대리권은 단지 자기결정권의 단순한 표현만은 아니다. 성년후견 역시 심각한 자기결정권제한으로 이어질 수 있다. 예방적 대리권은 결코 국가적 개입의 자격이 주어지는 것은 아니다.

4. 성년자보호의 헌법적 기초

지금까지 성년자보호법의 헌법적 근거도 명확하지 않았다. 헌법재판소의 판례는 어떤 조건하에서 성년후견과 본인의 자기결정권이 양립할 수 있는지를 보여준다. 그러나 국가가 스스로 결정을 내릴 수 없는 사람에 대하여 본인 스스로 결정하고 책임지지 않도록 자신을 보호해야 하는 의무가 있는가에 관한 이유는 여전히 밝혀지지 않았다.²⁴⁾

국가의 보호 의무는 인간의 존엄성보장과 기본법의 평등원칙과의 상호작용에서 발생한다. 기본법은 다양한 기본권적 자유에 대한 권리뿐만 아니라 자기결정권을 보호한다.²⁵⁾ 더구나 자기결정권은 기본법 제1조에서 보호되는 인간존엄의 핵심을 형성하고 있다. 인간의 존엄과 자기결정권은 나이, 질병

22) *BVerfG* (K), NJW 2002, 206 = FamRZ 2002, 312 [LSe]; *BVerfG* (K), FamRZ 2008, 2260, 2261.

23) Vgl. auch *BVerfG* (K), FamRZ 2009, 945, 946 = NJW 2009, 1803, 1804.

24) Vgl. nur *BVerfGE* 58, 208, 225 = FamRZ 1982, 141.

25) 위 II.1 참조.

또는 장애로 인해 책임이 제한되는 사람을 포함한 모든 인간에게 동일하게 적용 가능하다(기본법 제1조 제1항 및 제3항).²⁶⁾ 기본법 제1조 제1항에 따라 국가는 이 자결권을 존중하고 보호해야 한다.

이것은 다음의 두 가지를 미리 살펴볼 수 있다.²⁷⁾ 하나는 국가는 시민의 자결권(존중명령)을 무시해서는 안 된다. 다른 하나로는 국가는 그 실현(보호명령)을 보장해야 한다. 후견인의 임명은 본인이 독립적으로 결정하는 능력이 결여되어 스스로 돌볼 수 없을 경우에만 헌법상 허용된다는 신중한 규칙을 기반으로 한다. 다른 한편으로는 보호할 의무가 질병이나 장애에도 불구하고 다른 사람과 같이 자기결정권을 동일하게 실현할 수 있는 방법을 제공하는 것이다.

따라서 보호의무와 평등원칙은 법정후견에 대한 헌법적 기초를 구성한다. 그에 반해서 존중의무는 질병이나 장애로 인해 영향을 받는 사람이 실제로 자기책임 아래에서 결정할 수 없고, 그 스스로가 돌볼 수 없을 경우로 한정한다.

이러한 경향은 국제적 인권보호의 현대적 이해에 부합하고 있다. 예를 들어, 동등한 법적 능력을 확보함으로써 유엔장애인권리조약 제12조는 장애인에 대한 차별금지 뿐만 아니라 장애인에 관한 자결권의 승인을 모두 포함한다. 국가는 이러한 권리를 존중하고 타인에 의한 간섭으로부터 보호하고 그 실현을 확보해야 한다. 이 세 가지는 성년자보호의 인권적 기반을 형성한다.²⁸⁾

독일 성년자보호법은 특히 법정후견에 예방적 대리권을 부여하면서 거기에서 예방적 대리권에 우선권을 주고 있다. 사적 돌봄의 우선순위와 가능성은 기본법에 의한 자율성의 인식과 보호를 기반으로 한다. 그러나 예방적 대리권의 부여는 또한 자기결정행위 일뿐만 아니라 후견처럼 그 본인 스스로가 본인을 보호하는 역할도 한다.²⁹⁾ 최종적으로 예방적 대리권은 국가의

26) Starck, in: Mangoldt/Kiein/Starck [Fn. 7], Art. 1 GG Rz. 18 ff.

27) 상세한 것은 Lipp, Freiheit und Fürsorge, 2000, S. 118ff, 141 참조.

28) 이것에 관해 상세한 것은 Lipp, FamRZ 2012, 669, 671 ff.; vgl. auch Schmahl [Fn. 2], S. 16 ff. 참조. 그 밖의 다른 견해에 대해서도 언급하고 있다.

보호 의무에 기초한다. 이것은 시민들에게 법률적 돌봄에 대한 사적(私的)제도의 도구로서 법률에 자리매김한다.

5. "국가권력기구"로서 후견인과 대리인인가?

연방헌법재판소는 지금까지 후견인 자신의 개별 조치가 국가적인 기본권 침해를 구성하는 정도로 어느 정도까지 개방되어 있다고 밝혔다.³⁰⁾ 최고재판소는 강제치료에 대한 초기 결정에서 이것을 인정했다. 후견법원뿐만 아니라 후견인도 국가권력기구라고 주장했다.³¹⁾ 피후견인의 의지에 반한 그의 조치는 국가의 개입이라고 했다. 그 때문에 강제치료를 위한 명백한 법적 규정이 필요했다. 이와 유사하게 2012년 6월의 최근 결정에서 두드러졌다. 국가가 후견인을 임명했기에 그의 기본적인 속박에서 벗어날 수 없다. 그러나 최고재판소는 후견인을 위한 법률적 권한부여의 요구사항을 도출하지 못하고 오히려 그 통제에 대한 요구사항을 도출했다.

이것은 결과에 있어서 강제치료는 절대적으로 정당하며 입법자는 환영할 만한 속도로 대응했으며 성년후견법에 필요한 법적 규정을 만들었다. 후견인이 국가권력기관이라는 견해는 개념적인 오류를 범했기 때문에 강력하게 계속해서 비난 받아야 한다. 이러한 견해가 일관되게 결론을 내린다면, 특정 상황에서 법은 후견인이 현재 피후견인의 실제적인 의지에 반하여 행동하는 것을 정당화하고 강요하는 것만으로는 충분하지 않을 것이다(독일민법 제1901조 제3항 제1문). 예를 들어, 피후견인들이 그의 주거에 들어가고 싶어 하는 경우에는 본인의 의지에 반한 후견인의 각 조치는 특별하고

29) 민사법적 성격을 강조하지만, 동일한 것으로 *LM-raig*, in: *Löhnig/Schwah/Hetarich/Gottivaid/Kroppenbeig* (Hg.), *Vor-sorgevollmacht und Erwachsenenschutz in Europa*, 2011, S. 16, 18 f., 22 f.

30) 위 II. 2의 주 20 참조.

31) 최초의 판결로는 *BGHZ* 145, 297 ff. *FamRZ* 2001, 149 ff. *JZ* 2001, 821 ff., m. Anm. *Lipp*, *JZ* 2001, 825 ff.; *BGHZ* 166, 141 ff. *FamRZ* 2006, 615 = *JZ* 2006, 685 ff., m. Anm. *Lipp*, *JZ* 2006, 661 ff.; 소극적인 것으로는 *BGHZ* 193, 337 Rz. 27 ff. = *FamRZ* 2012, 1366 [Fn. 4]; 후견의 권리침해적 모델에 관해서는 무엇보다도 *Schmidt-Recia*, *MedR*. 2013, 6

구체적인 권한부여인 경우에 이를 사전에 고려하여야 한다.³²⁾

그러나 후견인은 국가권력기관이 아니라는 점을 강조해야 한다. 그는 공익을 위해 일하는 것이 아니라 단지 피후견인의 이익과 보호를 위해서만 일한다. 그는 실제로 법원이 임명하며 사법통제(司法統制)를 받는다. 그렇다고 하여 그가 국가권력기관이 되는 것은 아니다. 성년자들에 대한 법적 보살핌은 공공 업무이지만 사법(私法)의 수단과 형태로 이루어진다. 아동의 대리인과 같은 후견인 업무를 수행하는 국가권력이 아니라 사적인 직책에 불과하다.³³⁾ 이것은 성년후견 뿐만 아니라 예방적 대리권을 살펴보자면 특히 명백해진다. 성년후견인과 예방적 대리인은 그러한 공공적인 업무 즉 성년을 위한 법률적 돌봄서비스를 수행한다. 그러나 그들은 직접 또는 간접적으로 국가권력을 행사하지 않는다.

그럼에도 불구하고 국가는 그들의 존엄성과 자율성을 존중해야 하기 때문에 피후견인의 자기결정권을 보호하기 위해 후견인의 의무와 능력은 법에 의해 규제되고 구속되어야 한다.³⁴⁾ 이러한 결과는 후견법원의 후견인임명과 후견인의 업무범위의 지정 결과를 낳았다. 한편으로는 독일민법 제1896조에서, 다른 한편으로는 독일민법 제1901조에서 파생된 것으로서 피후견인의 이익을 위해 후견인 자신의 권한을 행사할 의무와 정당한 권리가 있다.³⁵⁾ 독일민법 제1902조의 법정 대리권을 그에게 수여한 다음 이 업무를 수행할 수 있는 수단을 제공한다. 예를 들어 적절한 간섭을 통해서 피후견인의 이동의 자유와 신체적 완결성에 동의하는 것이다. 그 이외에 후견인에게 특별한 법적 전권위임이 필요하지 않는다.

이것에 대해 1960. 2. 10.에³⁶⁾ 선고한 헌법재판소의 결정요지는 법정대리인에 의한 금치산자의 유숙에 대한 사법적 허가를 이 분야에서 이끌어 내었고, 성년후견의 공법적 성격과 법률적 권한부여의 필요성이 발생한다고

32) 가령 LG *Berlin*, FamRZ 1996, 821, 823도 그러하다.

33) *MünchKommRn / Schwab*, BGB, 6. Aufl. 2012, § 1896 Rz. 78.

34) 위 II 4. 참조. 후견은 지원이자 동시에 권리침해이다. 후견의 이런 “권리침해적 모델”과 “지원적 모델”의 상호대립에 관하여는 *Schmidt-Recla, Medi'*. 2013, 6 ff.에서 간단히 다룬다.

35) Lipp, JZ 2001, 825, 828; *MünchKomm / Schwab* [Fn. 33], § 1896 Rz. 78.

36) *BVerfGE* 10, 302, 323 ff. = FamRZ 1960, 186 [LS.].

선언했다.³⁷⁾ 그러나 위 결정을 자세히 읽으면 이 견해가 부정확하다는 것을 알 수 있다. 헌법재판소는 기본법 제104조 제2항에 따른 절차적 보장을 이 사건이 고려하였는지 여부에 대한 자체 의문을 제기했다.³⁸⁾ 헌법재판소는 이 질문에 답하고 유숙의 개입적 특성과 기본법 제104조의 제2항의 객관적인 가치결정에 대한 근거를 지적했다. 그러나 그것은 미성년자인 피후견인의 보호와 복지를 제공하기 때문에 이 개인권력의 남용으로부터 미성년자를 보호하기 위해 자유를 박탈할 경우, 기본법 제104조 및 기본법 제2항에 따라 법적 보호를 보장해야 한다. 이에 따라 헌법재판소는 기본법 제104조 제2항의 유효성에 대한 헌법적 이유가 궁극적으로 공개되었다.³⁹⁾ 최근의 헌법재판소⁴⁰⁾의 결정에도 불구하고, 이것은 명백히 공개된 상태이다.⁴¹⁾

따라서 강제치료와 같은 유숙조치뿐만 아니라 모두 원칙적으로 감독법원이 해당 업무를 독일민법 제1896조, 제1901조 및 제1902조에 근거하여 감독법원에 의해 할당함으로써 원칙적으로 후견인의 권한이 적용된다. 그러나 유숙과 마찬가지로 강제적 치료에는 기본권에 대한 심각한 침해에 대한 예방적보호가 헌법적으로 요구된다. 유숙은 헌법재판소가 이를 1960년에 이미 결정했다.⁴²⁾ 강제적인 치료에 대해서는 최고재판소가 이를 2012년 6월 판결에 설득력 있게 제시했다.⁴³⁾ 그러한 한도 내에서는 명백히 이 판결에 동의해야 한다.⁴⁴⁾

이 접근법의 정확성은 궁극적으로 예방적 대리인에 의한 유숙조치 및 강제치료로 쉽게 전환될 수 있다는 사실에서 알 수 있다. 대리인은 의심 할 여지없이 사회복지국가가 신뢰하는 사람이 아니라 본인 그 자신이다. 권한을 위임받은 대리인은 자유박탈, 강제치료 및 특정 의학적 조치(독일민법

37) *Marschner*, R&P 2005, 47, 48을 참조.

38) *BVerfGE* 10, 302, 322 f., 326 f.

39) *Schwabe*, AöR. 100 (1975), 442, 456 f.; *Windel*, BtPrax 1999, 46, 48.

40) *BVerfG*, FamRZ 1999, 985, 987; *BVerfG*, FamRZ 1998, 895 f. = BtPrax 1998, 144, 145 f.

41) 위 주 20 참조.

42) *BVerfGE* 10, 302 ff

43) *BGHZ* 193, 337 Rz. 30 = FamRZ 2012, 1366 [Fn. 4].

44) *Lipp*, IZ 2012, 1186, 1188.

제1906조 제5항, 제1904조 제5항)의 경우 후견인과 동일한 구속과 통제를 받는다. 여기에 국가의 개입이 없기 때문에 이것은 권한을 부여받은 대리인이 개인의 권력을 남용하는 것에 대한 국가통제의 요구에 의해서만 정당화될 수 있다.

따라서 사법적 통제 및 실체적인 원칙은 권한을 위임받은 대리인과 후견인 모두 본인들의 기본권을 위한 국가적 보호의무에 근거한다. 이는 대리인들에게는 헌법상 우려할 필요가 없다. 왜냐하면 이는 본인들의 기본권을 제한하는 것이 아니라 대리인들의 권한을 제한하기 때문이며 이는 전적으로 본인의 자율성과 기본권을 보호하는 역할을 한다. 최고재판소와⁴⁵⁾ 헌법재판소는⁴⁶⁾ 이를 분명히 인정했다.

III. 국가조직적 성년자 보호 : 법정후견

어떤 사람이 정신질환 또는 신체적, 정신적 또는 정서적 장애의 결과로 더 이상 자신의 법적 업무(독일민법 제1896조 제1항 제1문)를 돌볼 수 없고 법률적 대리인으로 성년후견인이 필요하다면 후견인은 후견법원에 의하여 임명한다(독일민법 제1896조 제2항 제2문, 제1902조).

후견인은 특정 업무영역에서 필요한 범위 내에서 임명된다(독일민법 제1896조 제2항 제1문). 그의 복지에 상충되지 않고 후견인에게 기대되는 한(독일민법 제1896조 제2항 제1문) 피후견인의 희망에 부응하여야 한다. 필요한 경우, 후견인의 임명은 피후견인의 의지에 반하여 이루어질 수 있으며 후견인은 그를 보호하기 위해 필요한 경우 피후견인 의지에 반하여 행동할 수 있다(독일민법 제1901조 제3항 제1문). 특별한 경우, 후견법원은 동의유보(독일민법 제1903조)에 의해서 권리능력을 제한 할 수 있으며 후견인은 자신의 의지에 반하는 사람을 유숙조치나 기타 자유박탈조치(독일민법 제1906조)에 동의할 수 있다.

국가의 법적 보살핌으로서 성년후견의 임무는 피후견인의 자기결정권보

45) BGHZ 154, 205 Rz. 51 = FamRZ. 2003, 748 참조.

46) BVerfG(K), FamRZ 2009, 945 ff.. 이 판결에 대해서는 위 II. 2 참조.

호 및 실현이다.⁴⁷⁾ 피후견인을 교육하거나 개선하기 위한 것이 아니다. 다른 사람을 보호하기 위한 제도도 아니다.⁴⁸⁾ 그것은 가족이나 사회환경, 일반대중 또는 피후견인의 일상적인 일을 보호하지 않지만 궁극적으로 피후견인의 보호를 위해서만 봉사한다. 성인을 위한 법적 돌봄으로서의 후견에는 법적 능력을 행사하고 피후견인을 자해로부터 보호하는 것이 포함된다. 그러므로 후견은 법정대리 그 이상의 것이다. 법정대리(독일민법 제1902조)는 후견인이 업무를 수행할 수 있는 수단일 뿐입니다. 그것은 후견인의 임무는 아니다.

성년후견의 업무 즉 피후견인들을 위한 법적 돌봄은 필요성의 원칙 및 자기결정의 우선순위는 후견인이 자신의 업무에서, 특히 구체적이고 개별적인 경우에 자신의 의무를 수행하는 수단을 선택할 때 고려해야 한다. 독일민법 제1901조 제1항에 따르면 그는 먼저 자신의 행동이 법적 돌봄의 일부인지, 필요한지 여부 및 만약에 필요하다면 이 업무를 수행해야 하는 방법을 물어보아야 한다. 피후견인의 상담 및 지원수단으로서 자신의 행동을 위해 이를 활성화시키기 위한 목적으로 이용할 수 있다. 이러한 약한 형태의 법적 돌봄이 충분하지 않고 대리인이 필요한 경우에만 후견인이 대리인 역할을 할 수 있다.⁴⁹⁾ 자기결정의 우위는 독일민법 제1901조 제3항에 일률적으로 명시되어 있다. 그는 피후견인의 복지에 위배되지 않는 경우, 즉 피후견인이 자신의 질병을 표현하고 후견인에게 해를 입히지 않는 한, 그는 피후견인에게 뜻밖의 일어나는 권리무능력 또는 동의무능력에 관계없이 피후견인의 복지와 상충되지 않는 한 피후견인들의 희망에 상응하여 행동할 의무가 있다.⁵⁰⁾

47) *Lipp*, BtPrax 2005, 6, 9; ausführlich *ders.* [Fn. 27], S. 75 ff.

48) 단지 *BVerfGE* 58, 208, 225 = *FamRZ* 1982, 141; *BVerfG*, *FamRZ* 1998, 895, 896 = *BtPrax* 1998, 144, 145 참조.

49) *Lipp*, BtPrax 2008, 51, 53; vgl. auch BT-Drucks. 11/4528, S. 122. 이것은 물론 자주 간과된다. 가령 *Götz*, in: *Palandt*, 72. Aufl. 2013, zu § 1901 und § 1902 BGB; *Kieß Jurgeleit* (Hg.), *Betreuungsrecht*. Handkommentar, 2. Aufl. 2010, §1902 BGB Rz.2f. 참조. 이 글과 마찬가지로 반대의 견해이지만, 그것으로부터 대리권 행사를 위한 법적 수단을 도출하지 않는 것으로는 *MünchKomm/Schwab* [Fri. 33], § 1901 Rz. 5, § 1902 Rz. 1; *Erman/A. Rath*, BGB, 13. Aufl. 2011, § 1902 Rz. 2 참조.

50) *BGHZ* 182, 116 Rz. 18 = *FamRZ* 2009, 1656 = *BtPrax* 2009, 290, m. Anm. von *Thar* und *Brose*, *BtPrax* 2010, 12 ff. bzw. 16 ff.; *MünchKomm / Schwab* [Fn. 33], § 1901

필요성의 원칙과 자기결정의 우위를 갖춘 후견인들의 활동에 관한 독일 민법 제1901조의 기본규정은 후견인의 각 활동에 적용된다. 예를 들어, 동의유보의 범위와 유숙 내지 자유박탈 조치에 적용된다. 이 법률에서 분명히 나타나지만 문헌에서와 같이 유숙조치의 실무에서도 여러 번 위 원칙이 간과된다.⁵¹⁾

2009년 제3회 성년후견법 개정 이후의 법률은 건강관리에 관한 특별규정이 포함되어 있다. 그러나 독일민법 제1901a조, 제1901b조의 내용은 독일민법 제1901조의 기본적인 규범에 포함하지 않고 결정적으로 특별한 기준으로 이해되는 것도 아니다. 오히려 그들은 후견인이 환자들에 대한 처분 권한, 치료희망과 환자의 추정적 의사(독일민법 제1901a조)에 구속되고 환자의 의지에 대한 조사를 규범화한다(독일민법 제 1901b조).⁵²⁾ 그들은 건강관리의 영역에서 후견인들의 모든 활동은 그들의 측면에서 결정적이다. 따라서 이들은 새로운 독일민법 제1906조 제3항에 따라 어찌면 발생하는 강제치료에 대한 후견인의 판단에 유용하게 적용된다. 이것은 법제도에 기인한 것이고 입법자의 명백한 의지에 부합한다.⁵³⁾

Rz. 11, 14; ebenso schon Lipp [Fra. 27], S. 149 ff.

51) 가령 독일 민법 제 1903, 제1906조의 다음 주석을 참조. *Knittel*, Betreuungsrecht. Kommentar, Stand: Juni 2012; *Bienwald und Hoffmann*, in: *Bienwald/Sonnenfeld/ Hoffmann*, Betreuungs - recht. Kommentar, 5. Aufl. 2011; *Bauer/Walther und Rin.k*, in: *Bauer/Klie/Lütgens* (Hg.), Heidelberger Kommentar zum Betreuungs- und Unterbringungsrecht (HK-BUR), Stand: Februar 2013; *Palandt/I. Götz* [Fn. 49]; *Jurgeleit/Kieß* [Fn. 49]; *Ennantzt Roth* [Fr. 49]; wie hier dagegen für den Einwilligungsvorbehalt *MWich - Kamin/Schwab* [Fn. 33], § 1903 Rz. 1, im Ansatz auch für die Freiheitsentziehung, a. a. O., § 1906 Rz. 2, 13; ausführlich *Brosey*, Wunsch und Wille des Betreuten bei Einwilligungsvorbehalt und Aufenthaltsbestimmungsrecht, 2009.

52) BT-Drucks. 16/13314, S. 20; *Lipp*, in: *Lipp* (Hg.), Handbuch der Vorsorgeverfügungen, 2009, § 17 Rz. 124 ff., 5 18 Rz. 115 ff., 118 ff.; ähnlich *Hoffmann*, in: *Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann* [Fn. 51], 5 1904 BGB Rz. 52 ff.

53) BT-Drucks. 17/11513, S. 5, 7; *Dodegge*, NJW 2013, 1265 f.; *Grot - kapp*, BtPrax 2013, 83, 85 f.; vgl. auch 7: *Götz*, Die rechtlichen Grenzen der Patientenautonomie bei psychischen Erkrankungen, 2013, S. 90 ff., 137

IV. 개인적인 성년자보호 : 예방적 대리권

돌봄을 받는 본인들이 예방조치를 강구하는 한 헌법에서 보호된 자기결정권의 우위를 누려야 한다. 이것은 법률에서 명시적으로 규정되어 있다(독일민법 제1896조 제2항 제2문). 자기결정권에 근거하고 있기 때문에 원칙적으로 모든 문제에 대해 대리권을 부여할 수 있다. 대리권은 원칙적으로 법률이 명시적으로 밝히고 있는 바와 같이 의학적 치료나 자유박탈에 대한 동의와 같은 개인문제도 기본적으로 허용된다(독일민법 제1904조 제5항, 제1906조 제5항).

예방적 대리권은 후견을 대체할 수 있고 대체하여야 마땅하다. 따라서 기능적인 관점에서 대리인의 도움으로 인한 자기결정의 유일한 행사가 아니라 민영화된 법적 돌봄이다. 돌봄만 아니라 필요에 따라 자신의 의지에 반하여 피후견인 본인의 보호도 확보해야 한다. 따라서 이 점에서 타인에 의한 의사결정과 남용은 같은 보호수단인 후견과 마찬가지로 개입되어야 한다.⁵⁴⁾ 이 목적을 위해 입법자는 헌법상 고려하여야 할 뿐만 아니라 본인의 자율권을 보호할 의무가 있다.⁵⁵⁾ 따라서 법은 권한을 위임받은 대리인에게 자유권박탈과 후견법원의 예방적통제하에 의학적 조치를 후견인과 같은 수준으로 적용한다(독일민법 제1904조 제5항, 제1906조 제5항).

V. 유숙조치 및 강제치료

수용된 환자의 유숙과 및 강제치료는 오늘날 세 가지 다른 상황에서 발생한다. : 형사법적 구금조치의 범위, 공법상 유숙조치의 범위 그리고 후견법적 유숙조치의 범위. 그들은 각각 완전히 다른 목적을 수행한다 : 피후견인의 구금집행은 형사법적인 재제이며, 공법상의 유숙조치는 경찰법이 근원

54) 다른 견해로는 *Löhnig* [Fn. 29], S. 22 f.

55) 위 II. 5 참조.

이고 제3자를 보호하기 위한 것이다. 성년후견법에 근거한 유숙만이 자신을 보호할 목적으로 제공된다.

1. 구금과 공법상 유숙조치

물론 이것은 구금 또는 공법상 유숙이 수용자와 그 취급에 관한 것이 아니라는 것을 의미하는 것은 아니다. 이 구금조치는 유지하는 것뿐만 아니라 퇴원능력에도 대처할 필요가 있다.⁵⁶⁾ 공법상 유숙은 현재 정신장애인의 공법적인 건강관리의 일부이며 그에게 도움과 보호를 제공해야 한다.⁵⁷⁾ 결과적으로 관련 연방의 각 주법은 공법적인 유숙조치는 제3자의 보호뿐만 아니라 환자의 보호, 특히 심각한 위기의 경우에 보호하기 위해 허용된다. 따라서 이러한 유숙조치의 형태는 환자를 자기위험으로부터 보호하는 것을 목표로 하는 한 성년자보호법의 일부이다. 물론 환자와 그의 보호는 성년자보호법에 관한 문제이다. 여기서 제3자의 이익은 아무런 역할을 하지 않는다(독일민법 제1896조, 제1901조, 제1901a조, 제1906조 참조).

유숙과 치료의 목적은 다를 뿐만 아니라 각각 기본원칙도 다르다. 검찰은 형사판결에 따라 구금을 강제집행 한다.(독일형사소송법 제451조 제1항, 463조 1항). 공법상 유숙은 비상시 관할 당국에 의해 개시되나, 일반적으로 신청에 의하여 유숙법원이 법원을 지정한다.⁵⁸⁾

일반적인 원칙에 따라 의사의 치료는 이에 대한 적절한 설명을 들은 환자의 동의를 필요로 한다. 또한 환자가 공공법에 의해 구금되거나 수용되는 경우에도 적용된다. 따라서 병원 의사, 병원 관리자 또는 관할 법원의 명령에 따른 강제조치는 환자의 신체적 완결성과 자기결정권에 관한 직접적인 국가개입을 의미한다(기본법 제2조 제2항). 예를 들어, 이전에 공법적인 유숙의 범위에서 수용자들은 강제처리에 의해 추구되는 목적과 상관없이 적용된다. 그것은 심각한 생명

56) *BVerfGE* 128, 282, 303 = *FamRZ* 2011, 1128 Rz. 45 = *BtPrax* 2011, 112, 114.

57) *Marschner*, in: *Marschner/Vockart/Lesting*, *Freiheitsentziehung und Unterbringung*, 5. Aufl. 2010, Teil A Rz. 10 f., Teil B Rz. 1 ff.

58) *Marschner*, in: *Marschner/Vockart/Lesting* [En. 57], Teil B Rz. 94 ff.

에 관한 위험이나 건강에 관한 위험 또는 상당한 자기위험을 보호하기 위한 것이다. 이것은 어떤 목표를 추구하든 관계없이 적용된다. 예를 들어, 심각한 생명과 건강 위험에 대한 공법적인 유숙의 맥락에서 강제치료에 의해 수용되거나 실질적인 자기 위험을 보호해야 하는 경우에도 적용된다. 강제치료의 목적은 구금과 달리 비례원칙의 구체화와 절차적 안전장치의 상황별 차이는 정당화될 수 있지만, 원칙적으로 강제치료의 경우에도 공공치료의 대상이 된다. 헌법재판소가 국가적으로 규정된 강제치료에 관하여 공식화된 요건을 충족한다. 따라서 관련 법률은 강제치료의 실질적 조건을 상세히 규정하고 절차적 안전장치를 예정하는 권한부여의 기반을 포함해야 한다.⁵⁹⁾ 따라서 연방 각 주들은 그들의 구금에 관한 법률뿐만 아니라 그들의 정신병 내지 유숙에 관한 법도 손질해야 하고 거기에 강제치료를 위한 헌법과 동일한 규정을 창조해야 한다.

후견인 또는 예방적 대리인에 의한 유숙 및 강제치료의 경우에는 상황이 다소 다르다.

2. 후견법적 유숙

후견인에 의한 피후견인의 유숙을 위한 근거는 피후견인의 거주지를 결정할 수 있는 그의 권한에 기초한다. 즉, 독일 민법 제1896조에 따라 후견법원이 그에게 할당한 직무영역이다.⁶⁰⁾ ‘후견인에 의한 이 권한의 행사’는 독일민법 제1901조의 규정에 따른다. 그런 다음 개별 사례(독일민법 제1901조 제1항)에 따라 후견인의 조치가 필요하며, 기본적으로 피후견인의 희망에 부합한다(독일민법 1901조 제1항). 따라서 후견인은 이러한 희망을 경험해야 하고(독일민법 1901조 제3항 제1문) 성년후견은 피후견인과 개인적 접촉을 해야 한다(개인후견의 기본원칙, 독일민법 제1897조 1항). 피후견인의 현재 실제적인 희망이 자신의 건강, 즉 병과 관련되어 있고 그에게 해가 되는 것을 위반하거나⁶¹⁾ 그 희망을

59) *BVerfGE* 128, 282 ff. = *FamRZ* 2011, 1128; *BVerfGE* 129, 269 ff. = *FamRZ* 2011, 1927; *BVerfGE*, *FamRZ* 2013, 767 = *BtPrax* 2013, 61 ff.; weitere Nachweise in Fn. 3.

60) *MünchKomm/Schwab* [Fn. 33], § 1896 Rz. 76.

61) 위 주 50의 참고문헌을 참조.

알 수 없거나 확인할 수 없는 경우, 후견인은 피후견인의 이전의 희망을 따르거나(독일민법 제1901조 제3항 제2문), 주관적인 복지 즉 피후견인의 추정된 의지에 따라야 한다(독일민법 제1901조 제2항).⁶²⁾ 이러한 원칙들은 후견인의 전체 활동에 적용된다. 이것은 또한 유숙에 대한 결정을 포함한다. 이것은 독일 민법 제1906조에 관한 최근 개정에서 입법자가 분명히 강조한 것이다.⁶³⁾ 독일민법 제1906조는 유숙 및 기타 자유침탈적 조치에 대해 구성요건적인 형식을 갖춘 실체법적인 전제조건과 그밖에 사법승인을 요구하는 특정조건을 명확히 하고 있다.⁶⁴⁾ 이를 통해 후견인은 헌법(기본법 제104조 제2항)⁶⁵⁾에 의해 요구되는 후견법원의 예방적 통제를 받는다.

그런 다음 자유를 박탈하는 것은 본인들을 보호하는 마지막 수단이다. 그러나 우리는 종종 후견인이 독일민법 제1906조뿐만 아니라 독일민법 제1901조에도 얽매어 있다는 사실을 무시한다.⁶⁶⁾ 이러한 이유로, 필요성의 원칙(독일민법 제1901조 제1항)과 복지장벽(독일민법 제1901조 제3항 제1문)의 구체화로서 독일민법 제1906조 제1항 및 제4항의 요구사항만이 검토되지 않았다. 그들이 충족된다면 조치에 대한 피후견인들의 현재 반대와는 관련이 없으며 이것은 원칙적으로 정당화된다는 것이 명백하다. 그러나 이것은 후견인이 자유박탈에 동의할 수 있는지 아니면 동의해야 하는지에 대한 여부는 긍정적으로 말하지 않고 있다. 이는 독일민법 제1901조의 일반조항에 따라 피후견인이 이전에 표명했던 희망(독일민법 1901조 제3항 제2문) 내지 주관적인 복지(독일민법 제1901조 제2항)에 따라 결정된다. 실제로 그가 그의 자유로운 의지의 형성이 축소되지 않는다면 피후견인 스스로의 자유침탈에 대하여 예전에 동의했는지 또는 현재 동의를 했는지가 중요하다. 이 기준은 후견법원의 허가는 허가를 할 당

62) *Lipp* [Fn. 52], § 18 Re. 117, 119.

63) Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der betreuungsrechtlichen Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme v. 19.11.2012, BT-Drucks. 17/11513, S. 6.

64) *Hoffmann*, in: *Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann* [Fn. 51], § 1906 BGB Rz. 28 f.; *MünchKomm/Schwab* [Fn. 33], §1906 Rz. 14

65) *BVerfGE* 10, 302 ff. = *FamRZ* 1960, 186 [LS.]; dazu oben 11.5.

66) 단지 *Palandt/i. Götz* [Fn. 49], § 1906 Re. 2, 9 ff. 참조. 타당하게도 이것에 반대하는 견해로는 *Brosey* [Fn. 51], S. 30 ff., 44 ff. 참조. 아울러 *Knittel* [Fn. 51], § 1901 BGB Anm. 43:45도 참조.

시에 후견인에게 유효하며 절차보조인에게서도 마찬가지로 적용된다.

일반적으로 후견에 관해 이전에 언급된 것은 후견인에 의한 유숙에도 적용된다. 그것은 가족, 생활환경 또는 대중의 보호를 위한 권리개입이 아니다. 오히려, 그것은 질병으로 인해 자유의지를 형성할 수 없고 그로 인해 심각하게 상해를 입을 경우 보호 및 치료에 관한 본인의 청구를 이행할 의무가 있다. 후견인은 피후견인의 삶과 건강에 대한 권리와 피후견인이 유숙되어 있을 때에도 편의를 포함한 의료서비스에 대한 동등한 접근을 실현시킨다. 그들의 목적은 제3자를 보호하기 위해 장벽을 세우는 것이 아니다. 유숙은 오로지 피후견인의 보호와 그의 의료서비스를 하기 위한 것이다. 대리인에 의한 자유의 박탈은 헌법에 의해 적용되어야 한다.⁶⁷⁾ 따라서 독일민법 제1906조 제5항은 자유침탈의 권한은 후견인에게 적용되는 것과 동일한 요건을 부과한다. 즉, 그들은 명백히 대리권한을 부여하여 주고⁶⁸⁾ 사법적 승인을 부여받아야 그 권한을 행사할 수 있다.

3. 후견법적 강제치료

1) 2012년까지 법률적 상황의 발전

성년후견법의 입법자들은 후견인의 동의에 근거하여, 피후견인의 동의와 강제치료가 비례하는 경우, 피후견인의 강제치료가 허용될 수 있다고 간주했다. 반면, 최고재판소는 강제조치가 특정한 법적 권한에 의해서만 허용될 수 있다고 주장했다.⁶⁹⁾

이러한 근거로는 독일민법 제1906조 제1항 제2호⁷⁰⁾로서 2012년 6월까지

67) 위 II 3과 5 참조.

68) 후견법원은 후견인에게 자유박탈조치권한을 부여할 때 상세하게 그 권한을 할당하여야 한다. 후견인의 임무범위에서의 거주지정권이 그러하다. “신상보호”라는 일반적인 임무의 부여는 법률준수요건을 충족하지 못한다. *MünchKomm/Schwab* [Rz. 33], § 1906 Rz. 5; *Marschner*, in: *Jürgens, Betreuungsrecht*, 4. Aufl. 2010, § 1906 BGB Re. 2; *Knittel* [Fn. 51], § 1906 BGB Rz. 17; a. A. *Hoffmann*, in: *Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann* [Fn. 51], § 1906 BGB Rz. 83 참조. *Erman/A. Roth* [Fn. 49], § 1906 Rz. 9; *Meyer/Jingeleit* [Fn. 49], § 1906 BGB Re. 5에서는 판단을 유보하고 있다.

69) BT-Drucks. 11/4528, S. 72, 140 f.; ebenso noch BT-Drucks. 16/8442, S. 10.

로 보았다. 그에 따른 강제적인 치료를 위해 제한조건은 지켜져야 했다. 사법적 허가는 강제치료를 포함하고 그 성격과 범위에 따라 결정해야 했다. 이를 바탕으로 성년후견법은 실제적, 절차적 측면에서 강제치료에 관한 헌법상의 요건을 충족시킨다. 물론 단 하나 결정적인 예외는 구 독일민법 1906조 제1항 제2호 및 제2항에서는 강제치료에 후견인의 동의를 위한 법적인 권한부여가 없었다. 첫째, 그들은 강제적인 치료가 아니라 자유를 박탈하는 것을 규제했고, 둘째, 그들은 후견인의 법률상 권한을 제한했지만 그들은 그것을 정당화하는 근거가 없었다.

2) 연방최고재판소의 2012.6.20. 결정

결국 최고재판소는 2012. 6. 20. 이 두 결정을 포기했다.⁷¹⁾ 그는 피후견인들을 유숙시키고 피후견인들의 강제치료에 동의할 수 있는 후견인의 권한은 독일민법 1906조에서 근거한 것이 아니고 독일민법 1901조 및 제1902조에서 근거하여 파생한 것이다. 후견인의 법적인 권능은 여기에 그 법적인 근거가 있다. 그런 점에서 최고재판소 역시 헌법상의 우려를 발견하지 못했다.

의사결정의 초점은 또 다른 문제이다: 강제치료를 수락할 때 후견인의 통제는 헌법재판소가 정한 기준에 부합하는가?⁷²⁾ 최고재판소의 그러한 통제가 헌법상 필요하다고 올바르게 생각한다. 그러나 그것은 법에 명시적으로 규정되어야 한다. 구 독일민법 제1906조 및 구 독일 가사소송 및 비송사건절차법 제3131¹⁾에 따라서 강제적인 치료가 아닌 자유를 박탈하는 것에 대해서만 규제했다. 최고재판소는 강제치료에 대한 그들의 적용이 불충분하다고 생각했다. 헌법상의 요구된 견제와 균형이 부족했기 때문에 강제치료에 대한 후견인들의 동의를 위한 충분한 근거가 없었다.⁷³⁾

70) *BGHZ* 145, 297 ff. = *FamRZ* 2001, 149 ff. = *BtPrax* 2001, 32 ff.; *BGHZ* 166, 141 ff. = *FamRZ* 2006, 615 ff. = *BtPrax* 2006, 145 ff.; *BGH*, *FamRZ* 2008, 866 = *BtPrax* 2008, 115 ff

71) *BGHZ* 193, 337 ff. = *FamRZ* 2012, 1366 ff.; übereinstimmend *BGH*, Beschluss v. 20.6.2012 - XII ZB 130/12 *BtPrax* 2012, 218 [LS.]; 그 밖의 상세한 것은 주 4 참조.

72) *BGHZ* 193, 337 Rz. 30 ff. = *FamRZ* 2012, 1366 [Fn. 4].

3) 새로운 법률 규정

연방입법부는 이제 강제치료의 권리에 대한 상세한 규칙을 정했다. "의사의 강제치료에서 후견법적 동의의 규제에 관한 법률"을 2013. 2. 18.에 공표하여 2013. 2. 26.에 본격적으로 시행하였다.⁷⁴⁾ 또한 입법자의 관점에서 보면, 독일 민법 제1901조, 제1901a조, 제1901b조, 제1902조의 각 규정은 원칙적으로 후견인의 권한에 관하여 강제적인 의사의 치료에 관한 동의권을 정당화 한다. 새로운 규정은 헌법상 존재하지만 누락된 통제권을 도입하기 위한 것이다.⁷⁵⁾ 그와 동시에 입법자는 최고재판소와 헌법재판소의 판례를 따랐다.⁷⁶⁾

이 법은 독일민법 제1906조 제1항 2문(제1906조 제3항 및 제1항 및 제2항에 따른 의료조치, 참조)에 따라 피후견인의 유숙시설의 영역 내에서만 강제 치료를 허용한다. 이것은 입법자가 성년후견법의 제2차 개정체제 범위 아래에서 그 절차를 계속하게 할 것이다. 그 당시 이미 외래환자의 강제치료를 허용하는 합당한 제안은 거부되었다.⁷⁷⁾ 이 문제에 관한 합당한 제안이 지금 역시나 관심을 끌고 있지 않고 있다.⁷⁸⁾ 새로운 규정이 다른 상황에서도 유사한 방식으로 적용 될 수 없다. 이러한 유숙과의 관련성 때문에, 법은 독일민법과 제1906조와 구 독일가사 및 비송사건절차법 제312조의 절차에 따라 의사의 강제조치에 동의할 수 있는 후견인들의 권한을 규제한다. 그러나 규제 장소는 물론 의료조치의 경우, 우선 독일민법 제630a조⁷⁹⁾ 이하 등등에서 의료조치에 관한 일반 조항은 독일민법 제1901a조 및 제1901b조의 건강관리조항 및 독일민법 제1901

73) BGHZ 193, 337 Re. 43 = FaniRZ 2012, 1366 [Fn. 4].

74) BGBl 2013 I 266 v. 25.2.2013; vgl. dazu den Gesetzentwurf v. 19.11.2012 (BT-Drucks. 17/11513) und die Beschlussempfehlung und den Bericht des Rechtsausschusses v. 16.1.2013 (BT - Drucks. 17/12086); Lindemann, BtPrax 2013, 44 ff.; Dodegge, NJW 2013, 1265 ff.; sowie Grotkopp, BtPrax 2013, 83 ff.; Thar, BtPrax 2013, 91 ff.

75) Gesetzentwurf [Fn. 74], S. 5.

76) Gesetzentwurf [Fn. 74], S. 1; Rechtsausschuss [Fn. 74], S. 1.

77) 독일 상원의 법 초안에서는 제안이 독일민법 제1906a에 포함되어 있었다. 그러나 독일 하원 법제사법위원회에서는 거부되었다. BT-Drucks. 15/2494, 5. 30, 그리고 BT-Drucks. 15/4874, 5. 27 참조.

78) Gesetzentwurf [Fn. 74], S. 1, 6; Rechtsausschuss [Fn. 74], S. 1.

79) Eingefügt durch das Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten v. 20.2.2013, BGBl 2013 I 277. Das Gesetz trat am 26.2.2013 in Kraft.

조와 같은 기본규정이 표준으로 적용된다는 것이다.⁸⁰⁾

일반적으로 의료법에 따르면 의사는 환자에게 관한 치료의 주요상황 특히 진단의 경우, 예상되는 건강에 관한 전개상황, 치료 및 효과적인 의료처치에 대해 이해할 수 있는 방식으로 환자에게 설명해야 한다(독일민법 제630c조 제2항 1문). 이러한 의무는 모든 환자에 해당하며, 환자가 치료대상이 아닌 주체이기 때문에 동의를 할 수 없는 경우에도 적용된다.⁸¹⁾ 또한 강제적 치료의 실행에서 역시 적용된다.⁸²⁾

그 점에 관해서는 피후견인이 의료조치를 거부하는 경우, 추가적으로 새 민법 제1903조 제3항을 실질적 전제조건을 설정한다. 헌법재판소⁸³⁾ 및 최고재판소⁸⁴⁾의 판례에 따라 이러한 강제조치는 항상 피후견인이 "자연적인 의사" 즉 의식만 있고 생리적으로 반사적이지 않는 경우 조치를 거부할 때 발생한다고 밝혔다. 그가 그 조치의 중요성과 범위를 이해할 필요는 없다. 근거는 피후견인들의 불임시술의 거부에 관한 법의 유사점을 강조한다(독일민법 제1905조 제1항 제1문)⁸⁵⁾. 모든 사람이 인식하고 인지할 수 있는 모순만 있으면 된다. 반드시 물리적인 저항이 필요한 것은 아니다.⁸⁶⁾ 헌법재판소 역시 그 점을 강조한다.⁸⁷⁾

독일민법 제1906조 제3항 제1문에서는 피후견인이 동의를 하지 않는 한 의사의 의료적 강제조치에 동의할 수 없다는 일반적인 건강관리원칙에서 이미 발생하는 요건을 명시적으로 반복한다. 새로운 규정은 이것을 독일민법 제1906조 제1항 제2문에 명시된 유숙조건과 병행하여 설명한다. 피후견인이 인격장애 등과 같은 정신질환이나 지능장애 질환 또는 정신쇠약 등과 같은 정신장애로

80) 독일민법 제1901, 1901a, 1901b에 관하여는 *Dodegge, NJW* 2013, 1265 f도 동일취지이다.

81) Begründung zum Patientenrechtgesetz [Fn. 79], BTDrucks. 17/10488, S. 53; i. E. ebenso *Dodegge, NJW* 2013, 1265, 2167.

82) *BVerfGE* 128, 282, 310 = *FamRZ* 2011, 1128 Rz. 59 = *BtPrax* 2011, 112, 115 f.

83) 위 II 2 참조.

84) 위 V.3 참조.

85) *Gesetzentwurf* [Fn. 74], S. 7.

86) *Dodegge, NJW* 2013, 1265, 2166; vgl. auch *Erman/A. Roth* [Fn. 49], § 1905 Rz. 10 도 동일하다.

87) *BVerfGE* 128, 282, 300 f. = *FamRZ* 2011, 1128 Rz. 41 = *BtPrax* 2011, 112 113; *BVerfGE* 129, 269, 280 = *FamRZ* 2011, 1927 Rz. 36 = *BtPrax* 2011, 253, 254.

인해 보호자가 의료 조치의 필요성을 인식하지 못하거나 이러한 통찰력에 따라 행동할 수 없다는 것을 의미한다. 따라서 그가 계획된 조치에 대한 동의에 필요한 통찰 또는 조정능력이 부족해야 한다.⁸⁸⁾

독일민법 제1906조 제3항 제2호는 의사의 강제조치는 환자에게 이 조치의 필요성을 납득시키려는 시도가 이루어진 후에만 허용된다. 동시에 시행된 환자 권리법은 이것이 의사의 치료의무(독일민법 제630조 제2항 제1문)⁸⁹⁾에 속한다는 것을 분명히 명시하고 있다. 이 조치가 강제적인 방식으로 이루어진다면 후견인은 의사가 실제로 이 의무를 이행했는지 확인해야 한다. 의사가 실제로 이 의무를 준수했는지 여부에 따라 제재에 동의하지 않을 수 있다(독일민법 제1906조 제3항 제2호). 이것은 법원의 승인에 대한 전제조건이기 때문에 동일한 사항이 적용된다. 동시에 독일민법 제1906조 제3항 제2호는 성년후견인이 피후견인과 중요한 문제에 관하여 논의하기 위한 후견인의 일반적인 의무를 명확히 규정한 것이다(독일민법 제1901조 제3항 제3문). 따라서 의료적인 강제조치를 취하기 전에, 후견인은 의사가 자발적으로 조치를 취하도록 환자에게 유도하려고 해야 할뿐만 아니라 스스로 시도해야 한다.⁹⁰⁾

독일민법 제1906조 제3항 제3호~제5호에서는 최후의 수단으로만 강제적 의료조치의 수행이 되도록 비례성의 요건을 구체화 한다.⁹¹⁾ 이것은 각각의 개별적인 사건에 관해서 사전에 면밀한 검토가 필요하다.⁹²⁾ 합리성과 적절성은 객관적으로 결정되는 것이 아니라 피후견인들의 주관적인 관점에서 독일민법 제1901조 제2항의 기본규범에 따라 결정된다. 법은 합리성과 적절성에 대해서도 동일한 사항이 적용되어야 한다고 분명히 밝히고 있다(독일민법 제1906조 제3항 제4호).

그 결과, 제1906조 제3항의 새로운 실체법적 규정은 의료적 강제조치에 있어서 피후견인들의 동의에 이미 기본적으로 필요성의 원칙과 복지장벽 그리고

88) Gesetzentwurf [Fn. 74], S. 7; ebenso *Dodegge*, NJW 2013, 1265, 1266 f.

89) 결과적으로 동일하지만, 환자의사결정법을 고려하지 않는 것으로는 *Dodegge*, NJW 2013, 1265, 1267 참조.

90) Rechtsausschuss [Fn. 74], S. 11.

91) Gesetzentwurf [Fn. 74], S. 7; ausführlich dazu *Dodegge*, NJW 2013, 1265, 1267 f.

92) *Grotkopp*, BtPrax 2013, 83, 88.

의료법과의 조화 내지 협력, 특히나 독일민법 제630c조 제2항 제1문에서 파생된 의료적 강제조치에 대한 피후견인들의 수준 높은 동의요건(독일민법 제1901조 제1항)을 구체화 하였다. 유숙과 마찬가지로⁹³⁾ 현재의 의료적 조치에 대한 실제적인 모순은 눈에 띄지 않으나 원칙적으로 그것을 강제적으로 이행하는 것이 가능하다. 후견인의 동의가 필요한 것인지 여부는 일반적인 건강관리규정(독일민법 제1901조, 제1901a조, 제1901b조)에 따라 결정된다. 중요한 것은 후견인이 결정해야 할 것은 환자들의 의지이다. 그러므로 후견인은 피후견인 그 자신이 환자처분권에 동의하거나(독일민법 제1901a조 제1항) 그와 반대로 치료요청(구 독일민법 1901조 제2항 제1문)을 외부에 표명하였거나 그가 현재 동의한 경우에는 그가 실제로 동의능력이 없더라도(구 독일민법 제1901조 제2항 제2문) 후견인은 계획된 강제적 의료조치에 동의해야만 한다.⁹⁴⁾

그러나 실제법적인 규제는 헌법상의 요구조건을 충족시키지 못했을 것이다. 가장 중요한 것은 개별 사례에서 실제법적인 요건이 실제로 준수되고 있는지 확인하는 효과적인 모니터링이 없었다는 점이다. 후견인의 개입과 그의 동의의 필요성은 이미 어느 정도 보호를 제공하고 있다. 왜냐하면 의사만이 강제치료를 결정할 수 없기 때문이다. 그러나 헌법재판소⁹⁵⁾와 최고재판소⁹⁶⁾가 강조했듯이 이것만으로 충분하지 않다.

따라서 이 법은 현재 항상 법원의 허가를 요구하고 있다: 긴급 상황(독일민법 제1906조 제3a항)에서도 후견인의 단독결정을 예상하지 않는다. 그 다음 정신 질환 내지 유숙조치에 관한 각 주의 법에 근거하여 심리적인 위기개입이 이루어질 것이다.⁹⁷⁾ 더욱 유감스러운 것은 연방의 각 주들이 아직 헌법에 순응하지 않는다는 것이다. 따라서 현재 비상원칙에 따른 치료만 고려되고 있다.⁹⁸⁾

93) 이것에 관하여는 위 V. 2 참조.

94) *Dodegge*, NJW 2013, 1265 f.; *Grotkopp*, BtPrax 2013, 83, 85 f.도 동일취지이다. 정신과적 사전의료지시에 관하여는 *T Götz* [Fn. 53], S. 212 ff. 참조.

95) *BVerfG*, FamRZ 2013, 767 = BtPrax 2013, 61, 64 f. (zur Zwangs -behandlung im sächsischen Maßregelvollzug).

96) *BGHZ* 193, 337 Rz. 39 = FamRZ 2012, 1366 [Fn. 4].

97) *Gesetzentwurf* [En. 74], S. 7.

98) *LG Kassel*, BtPrax 2012, 208; *Dodegge*, NJW 2013, 1265, 1268.

허가절차는 원칙적으로 유숙절차와 일치한다(구 독일가사소송 및 비송사건 절차법 제312조 제1문 제1호 및 제2문). 물론 절차보조인을 항상 임명해야 하고(구 독일가사소송 및 비송사건절차법 제312조 제3문) 전문가에 대한 특별요구사항(구 독일가사소송 및 비송사건절차법 제321조 제1항 5문, 제329조 제3항, 제331조 제1문 제2호)이 적용된다. 이것은 입법자가 헌법상의 요구조건을 준수하기 위한 것이다. 헌법재판소는 강제치료의 조건을 독립적으로 평가하고 피후견인은 효과적인 예방법적 보호를 받아야 한다고 강조했다.⁹⁹⁾

사법허가, 절차보조자 및 중립적인 전문가들은 최후의 수단으로서 강제적인 치료의 성격을 보장한다. 그것들은 강제적인 의료조치에 대한 그들의 동의와 관련하여 법적으로 요구되는 후견인에 대한 통제의 핵심 요소이다. 그러나 사법적 통제는 본인들의 의견을 들을 권리가 존중되고 관련 의학적 상태를 포함한 결정의 진정한 근거가 신중하고 포괄적으로 산정된 경우에만 효과적이다. 그러나 법원의 통제는 관련 의료상황을 포함한 결정의 실제 근거가 정확하고 완전히 확인되는 경우에만 효과적일 것이다. 따라서 항상 절차보조인을 임명해야 한다. 임시명령의 경우에도 법원의 승인이 필요하다(구 가사소송 및 비송사건절차법 제312조 제3항 참조).¹⁰⁰⁾ 한편, 의료적인 의사결정의 근거에는 특별한 요구사항이 적용된다. 드문 경우는 아니지만 이전에 환자를 치료한 의사가 전문가를 임명한 경우¹⁰¹⁾, 그는 치료의 필요성뿐만 아니라 치료의 강제적 이행방식도 확인했다. 임시명령을 내릴 때에, 환자 본인의 상태(구 독일가사소송 및 비송사건 절차법 제331조 제2호)에 관해서는 의사의 진단서로 충분했으며 원칙적으로 법에 따라 모든 의사가 발급 할 수 있다.¹⁰²⁾ 두 경우 모두 강제치료의 의학적 조건의 자주적인 검토에 대한 헌법상 요구조건과는 부합되지 않는다. 따라서 이 법 시행 이후부터 정신과 의사(구 독일가사소송 및 비송사건절차법 321조 제1항 2호)¹⁰³⁾ 임시명령을 내릴 때 의사의 건강증명서를 작성할 것을 요구해야

99) BVerfGE128,282,311ff.=FamRZ2011,1128Rz.62ff.BtPrax2011,112,116f.

100) 절차보좌인의 임무에 관하여는 *Leeb /Weber*, BtPrax 2013, 95 ff. 참조

101) 절차보좌인의 임무에 관하여는 *Leeb /Weber*, BtPrax 2013, 95 ff. 참조.

102) 그러나 제한적인 견해로는 *Lesting*, in: *Marschner/ Voickart/Lesting* [Fn. 57], Teil D § 331 FamFG Re. 11;*Jurgeteit/Diekmann* [Fn. 49], § 331 FamFG Rz. 4; jeweils m. w. N.

103) Rechtsausschuss [Fn. 74], S. 11.

한다(구 독일가사소송 및 비송사건절차법 제331조 제1항 제2호)¹⁰⁴⁾. 그리고 그 전에 환자를 치료했던 의사가 전문가(구 독일가사소송 및 비송사건절차법 제321조 제1항 5문)로 임명되는 것을 금지한다. 12주 이상 걸리는 강제치료를 연장하는 경우에는 독립전문가에게 위 요건사항을 다시 한 번 강화하는 것이 필요하다. 이러한 경우, 환자를 치료하였거나 평가하지 않았거나 환자가 유숙되어 있는 시설에서 근무하지 않는 외부전문가를 임명해야 한다(구 독일가사소송 및 비송사건절차법 제329조 제3항)¹⁰⁵⁾. 전문가의 독립성에 대한 새로운 법적 요건으로부터의 이탈은 목표조항이기 때문에 완전히 배제되지는 않는다. 그러나 강제적인 치료의 의학적 조건을 검토하는 것과 마찬가지로 독립적인 검사가¹⁰⁶⁾ 헌법상 요구되기 때문에, 성년후견법은 긴급한 이유로만 이러한 법적 요구 사항에서 벗어날 수 있으며, 이런 결정에는 역시나 정당한 근거가 있어야 한다.¹⁰⁷⁾ 전에 환자를 치료했던 의사이거나 환자가 유숙했던 시설에 근무했던 의사의 전문가로서의 임명은 장래에 고려될 수 있는 상황이다. 법원이 다른 전문가를 찾았지만 이러한 노력에도 불구하고 법원을 이용할 수 없다면 법원은 결정문에 이러한 이유를 설시한다.¹⁰⁸⁾

허가결정은 구 독일가사소송 및 비송사건절차법의 일반조항 제38조 및 제323조 제1항에 따라 결정된다. 그런 다음 결정에 있어서 의사의 강제치료에 대하여 좀 더 자세히 기술되어야 한다(구 독일가사소송 및 비송사건절차법 제323조 제1항 제1호). 그에 따라서 의사의 강제조치는 결정문에 좀 더 상세히 기술되어야 하고 명확히 지정되어야 하며 가장 최근에 종료되는 시점을 기준으로 명시되어야 한다(구 독일가사소송 및 비송사건절차법 제323조 제1항 제2호). 이는 최고재판소의¹⁰⁹⁾ 이전 판례와 부합하며 특히 의사의 강제조치를 구체적으로 명백히 명시하는 것과 같이 사용 중인 의약품과 그 복용량을 명시해야 할 것

104) Rechtsausschuss [Fn. 74], S. 12.

105) Rechtsausschuss [Fn. 74], S. 12.

106) 주 99의 문헌을 참조.

107) Rechtsausschuss [Fn. 74], S. 11 (§ 321 Abs. 1 S. 5 FamFG), S. 12 (§ 329 Abs. 3 FamFG).

108) *Dodegge*, NJW 2013, 1265, 1269; *Grotkopp*, BtPrax 2013, 83, 89.

109) Gesetzentwurf [Fn. 74], S. 8; *BGHZ* 166, 141 Rz. 27 = *FamRZ* 2006, 615 = *BtPrax* 2006, 145.

인가에 관한 논의를 재개할 것이다.¹¹⁰⁾ 물론, 후자는 입법자가 해당 제안을 수락하지 않은 후에 부정적인 것으로 대답 할 수 있다(구 독일가사소송 및 비송사건절차법 제323조 제2항). 중요한 것은 법원의 허가가 통제기능을 수행하는 것이다. 따라서 의약품과 복용량의 결정을 정당화하는 데 정기적으로 중요할 것이지만 결정공식에 포함될 필요는 없다.¹¹¹⁾

이러한 일반조항은 구 가사소송 및 비송사건절차법 제323조 제2항에 따른 특별규정을 보완한다. 의사에 의한 이러한 조치의 이행 및 문서화에 관한 세부 사항도 이 결정에 따라 제공해야 한다. 결정에는 의사의 책임 하에 이러한 조치의 구현 및 문서화에 대한 정보가 포함되어야 한다.¹¹²⁾ 이것은 2012년 최고재판소가 헌법적 요구사항으로 명시한 것이었다. 그러나 이미 일반적인 의료법으로 보장되어 있었다.¹¹³⁾ 그것에 따라 의사는 치료를 수행할 의무가 있으며(독일민법 제630a조) 그것에 대해서 책임을 지고 문서화 할 의무가 있다(독일민법 제630f조). 따라서 허가결정에 해당 진술을 포함시키는 것은 법적으로 선언의 성격이다.¹¹⁴⁾ 그러나 법률에 따라 결정에 포함되어야 한다. 하지만 그것은 사실상 전적으로 이치에 맞는 것이다. 그것은 의사에게 치료에 대한 그의 주요 책임을 상기시키고, 법원이 일반적으로 종종 발생하는 허가에 관한 책임을 떠맡는다는 오해를 막는다.

이 법은 또한 위에서 언급한 규정들을 대리인까지 확대하며, 의사의 강제조치(독일민법 제1906조 제5항)를 명시적으로 포함하며 서면으로 권한을 부여한다. 이는 성년후견법의 체계와 부합할 뿐만 아니라 환자들에 대한 국가의 보호 의무와 상응한다(독일민법 제1901a조 제5항, 제1901b조 제3항, 제1904조 제5항, 제1906조 제5항, 참조). 의료적 강제조치의 경우 피후견인들과 같이 건강 관련 대리인들의 통제가 필요하다.¹¹⁵⁾

110) *Grotkopp*, BtPrax 2013, 83, 89 참조. 거기에 그 밖의 상세한 논의가 있다.

111) *Dodegge*, NJW 2013, 1.265, 1270도 동일한 취지이다.

112) *Gesetzentwurf* [En. 74], S. 8.

113) *BGHZ* 193, 337 Re. 41, 42 = *FamRZ* 2012, 1365 [Fn. 4].

114) *Grotkopp*, BtPrax 2013, 83, 90. *Dodegge*, NJW 2013, 1265, 1269 f.도 유사하다.

115) *Dodegge*, NJW 2013, 1265, 1268.

VI. 전망

헌법은 특히 병든 사람, 장애인과 노인에 대한 존엄성과 자율성을 보장해야 한다. 판례는 얼핏 보기에 성년자보호를 위한 중요한 헌법상 요구사항을 기본법의 텍스트로 발전시켰다. 그 입법자는 헌법상의 명령을 받아들였고, 법정후견과 더불어 예방적 대리권에 의해 성년자보호에 관한 자유로우며 자율중심적인 성년자보호법을 만들었다.

자율성이나 보살핌? 이것은 성년자보호의 기본질문이다. 놀랄 것도 없이 대답은 자치와 보살핌이다. 아마도 더 놀라운 것은 예방적 대리권이 단순한 보살핌이 아니라 통찰력이다. 오히려 그들은 둘 다 본인들의 자율성을 실현하고 필요한 보호를 제공하는 두 가지 동일한 목적을 가지고 있다.

이 목표는 또한 유숙 및 심지어 강제치료를 공유한다. 둘 다 성년후견법을 주요 수단으로서 피후견인들에게 적절한 의료적 치료와 돌봄에 대한 권리를 보장하고 그의 정신병의 결과로부터 그를 보호할 수 있는 주요한 수단으로 이해한다.

물론 유숙조치와 강제치료뿐만 아니라 성년후견 심지어 예방적 대리권도 양면성을 가지고 있다. 모든 성년자보호제도는 도움이 될 뿐만 아니라 항상 본인의 권리를 동시에 제한합니다. 이것은 예방적 대리권에도 적용됩니다. 예방적 대리권에 대한 성년후견의 보충성을 모호하게 해서는 안 된다.

그러나, 본인들이 궁극적으로 누리는 자율성의 정도는 성년자보호법의 설계에만 의존하는 것이 아니라, 성년자보호제도 이외의 다른 안정된 원조와 지원의 형태에 의하여 가용성이 크게 좌우된다. 따라서 구조개혁은 성년자보호법의 제도보다 다른 지원의 우선순위를 강화하고 절차의 적법성을 확보해야 한다. 연방 정부는 이미 그러한 효과에 대한 법안을 제출했다.¹¹⁶⁾ 연방 상원에서 호평을 받았다¹¹⁷⁾ 그러므로 그것이 곧 채택되기를 바란다.

116) Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Funktionen der Betreuungsbehörde v. 22.3.2013, Anlage 1 zu BT-Drucks. 17/13419 v. 8.5.2013 = BR-Drucks. 220/13; 법률초안에 관하여는 die Stellungnahmen in: *Coester-Waltjen/Lipp/Schgenann/Veit* [Fn. 2], S. 197 ff. 참조.

유숙 및 강제치료는 헌법의 최후수단으로 존재하여야 한다. 그러므로 각 국가의 유숙법은 정신병의 원조와 안전조치에 관한 법은 실질적으로 계속 발전하여야 한다. 그들의 목표는 헌법에 따라 유숙과 강제치료를 규제하는 것뿐만 아니라 그것을 효과적으로 회피하는 것이어야 한다. 이것은 특히 실질적인 측면에서 외래환자의 지원과 돌봄 서비스의 확대가 포함된다.

이미 이 조언은 지원이 필요한 성인과 자기결정능력이 제한된 성년자보호 및 지원이 성년자보호법의 임무가 아니라는 것을 보여준다. 국가와 사회 전체가 취약하고 보호를 필요로 하는 사람들에 대한 책임을 다하도록 요구 받는다.

역자 주1) 저자(Prof. Dr. Dr. h.c. Volker Lipp)가 위 논문을 작성할 당시에는 독일 가사소송 및 비송사건절차법을 개정하기 전이었으나 현재는 저자의 논문 요지처럼 거의 개혁되었다. 이 논문에서 언급된 당시의 해당 조문은 그 당시 기준으로는 존재하는 법조문이었으나 현재는 변경되었으므로 구 가사소송 및 비송사건절차법이라고 번역하였다.

117) 연방상원의 2013.5.3. 입장에 관하여는 Anlage 3 zu BT - Drucks, 17/13419 v. 8.5.2013 = BR-Drucks. 220/13(B); 연방정부의 반대견해에 관하여는 BT-Drucks. 17/13619 v. 22.5.2013. 참조.

우리에게 손을 내밀어 끌어주는 것에 대해

정 지 영*

절차보조 서비스 동료 지원가로 활동한 지 이제 일 년이 넘었습니다. 지난 한 해를 어떻게 보냈는지 돌아보면, 화살같이 시간이 흘렀다고 밖에 표현할 길이 없습니다.

참 많은 분들을 만났고, 많은 이야기를 들었습니다. 그분들의 사연을 여기 한자, 한자 옮기지는 못하지만, 마음에 오래 남아 계속 되새김질하게 만듭니다.

2018년 연구용역 단계를 지나, 2019년 시범사업에 들어가며 이제 2020년이 되었습니다. 그사이 많은 분을 뵈었고, 스쳐 가기도 했습니다. 또 어떤 분과 인연이 닿을까요. 기다림은 두근거림이 되어 미래를 기다리게 합니다.

저는 조울증 환자입니다. 2000년에 발병하여, 이제 2020년이 되었습니다. 20년이란 긴 시간을 환자로 보냈습니다. 우울하고, 좌절했으며, 고통스러운 나날이었습니다. 저는 전혀 아무 일도 못 했습니다.

긴 시간을 백수로 보냈고, 일을 한 날은 일 년에 한두 달에 불과했습니다. 터널처럼 어두운 시간이었습니다. 길고 긴 통로에서 나아가지도 못하고, 돌아서지도 못하면서 꼼짝도 못 하고 머물러 있는 시간이었습니다.

그 시간에서 저를 구해 준 것은 바로 ‘일’과 ‘가족’이었습니다.

허드렛일이었습니다. 건물 미화원이었으니까요. 월급은 최저시급이었고, 일은 고되었습니다. 그러나 6시 출근, 11시 퇴근이라는 시간은 저에게 매력으로 비쳤고, 저는 나머지 시간을 저를 위해 쓰기로 했습니다.

* 절차보조 서비스 동료지원가

그렇게 8년이라는 긴 기간을 저는 건물 미화원으로서 일하게 되었습니다. 구원은 그때부터 시작되었습니다. 저에게 특별한 능력이 없으니, 그저 꾸준히 일정하게 일을 유지하는 것을 목표로 삼았습니다.

아주 적은 돈이지만 적금도 부었고, 때때로 가족들과 동네 맛집에 가는 일도 있었습니다. 일을 시작하기 전까지는 생각도 못 했던 일이었습니다. 그런 평범함을 가진다는 것은 저에게 허락되지 않은 것 같았습니다. 저는 이 정도로 만족하며 살아야겠다고 생각했습니다.

하지만 언제부터인가 이대로 살아가도 좋은가, 하는 의문이 생겼습니다. 더 나은 미래가 있지 않을까? 더 발전할 수는 없는 걸까? 질문은 늘어갔고 저는 고민하게 되었습니다.

그때 저는 '정신장애와 인권 파도손'의 이정하 대표님에게 제안을 받았습니다. 바로 지금 제가 하는 '절차보조서비스 동료 지원가'를 해보지 않겠냐는 말씀이었습니다. 그리고 저의 인생은 크게 바뀌게 됩니다.

저는 일곱 번을 재발했고, 그때마다 병원에 입원하고는 했습니다. 폐쇄 병동에서의 생활이란 늘 똑같습니다. 그 안에서 하는 일은 한가지입니다. 바로 같은 병실 사람들과의 수다입니다. 저는 이야기하는 걸 좋아했고, 제 이야기를 들려드리는 것도 좋아했습니다.

'동료 지원가'는 궁극적으로 이야기를 경청하는 사람입니다. 당사자들의 마음속에는 의사는 물론 가족에게도 털어놓기 힘든 이야기들이 있습니다. 그것을 같은 당사자들은 서로 이해하고 수용합니다.

동료 지원가로 일하게 되면서 저에게 가장 큰 영향을 끼친 것은 불면증입니다. 저는 심각한 불면증이 있습니다. 약이 없으면 잠을 자지 못하고, 잠을 자더라도 중간에 몇 번씩 깨어 늘 가수면 상태였습니다.

이 일을 하면서 저는 불면증에서 많이 놓여났습니다. 여전히 약을 먹어야 하지만 수면의 질은 훨씬 좋아지게 되었습니다.

일터에서의 동료들과의 관계도 다른 어느 곳에서 일할 때보다 좋았습니

다. 소속감은 안정을 주어, 언제나 땅 위에 붕 떠있는 느낌이었던 저를 땅으로 끌어 내렸습니다.

제가 뵈었던 분들도 한 분, 한 분, 기억이 납니다. 이해받을 수 있다는 것에 서비스를 받는 당사자들은 기뻐하셨습니다. 그분들의 말을 믿어주고 들어주는 것만으로도 많은 것이 좋아졌습니다.

동료 지원가가 당사자를 만나고, 당사자는 동료 지원가로서 일하게 되는 선순환을 가지고 왔습니다.

이 일은 의사나 약물의 힘으로 이루어 낸 것이 아니라, 서로를 잘 이해하는 당사자 대 당사자끼리, 인간 대 인간끼리의 유대로 얻어진 것입니다.

우울했던 환자에서 동료 지원가가 된 저는 연대가 얼마나 중요한지 뼈저리게 깨달았습니다. 서로를 이해하고 신뢰하는 관계가 투병에 가장 커다란 무기가 됩니다. 우리는 서로의 당사자가 되고, 보호자가 됩니다.

저에게 일어난 변화는 저 하나로 끝나지 않았습니다. 한 사람의 변화는 다른 사람의 변화로 이어지고, 점점 더 영역은 넓어집니다.

다른 사람의 손을 잡아줄 수 없었을 것 같은 당사자도 어느새 다른 이의 손을 잡고 있습니다. 절차보조 서비스가 발휘하는 힘입니다.

해악만 가득한 전염병들(미움, 불신, 시기, 질투, 코로나……등등)이 창궐하는 세상에서 희망을 전파한다는 건 매력적입니다. 너와 나는 다르지 않다는 생각이 서로의 손을 잡고, 지금 빠져 있는 구렁텅이에서 끌어올립니다.

절차보조 서비스가 갖는 위력은 그만큼 중요하고 또한 소중한입니다. 우리가 우리를 구해주고 있으니깐 말입니다.

언젠가 더 많은 동료 지원가들이 세상에 퍼지는 그날까지. 함께 하도록 하겠습니다.

꿈 꾸는 삶

박 현 진*

작년 겨울인 1월 초에 성남에 있는 절차보조사업팀에 동료지원가로 면접을 보러 간 것이 생생하게 생각나는데 어느새 일하게 된 지 일 년이 조금 넘었다. 지금도 겨울이고 겨울은 춥기도 하지만, 한편으로는 다른 계절에 없는 차분함을 느끼게 하는 계절인 것 같다.

동료지원가로서 어떻게 지냈는지를 쓰기 전에 내가 왜 아팠고 어떻게 아파왔나를 쓰려고 한다. 그래야 내가 왜 동료지원가가 되었고 어떤 자세와 마음으로 이 일을 하고 있는지에 대해 말할 수 있기 때문이다.

나는 조울증을 오래 앓아 왔다. 초등학교 6학년 때 까지만 해도 집에서 제일 착하고 책을 많이 읽어 어렸을 때의 꿈이 커서 어려운 사람들을 돕고 그들을 위해 글을 쓰는 작가가 되는 것이었다. 그런데 중1때 집에 사랑이 너무 없다고 느껴 감성이 풍부했던 나는 견디지 못하고 가족이 배려 안하면 나도 배려를 안했다. 그렇게 한 이유는 일만 하시던 엄마가 나에게 대한 관심과 사랑이 생길 줄 알았기 때문이다. 그리고 내가 어려운 처지가 되더라도 그것이 나중에 어려운 사람들을 위하는 데에 쓰이길 바랐다.

30대 중반 때 가족이 정신과에 가서 상담을 받으라고 권유했지만 거절했다. 그러다가 너무 힘들었기 때문에 타의 반, 자의 반으로 상담을 받으러 다녔다. 상담 받고 초기엔 명랑해져서 조카들과 놀아주기도 했지만 그 후 병원에 가다 말다 하면서 다시 악화되었다. 40대에 죽고 싶은 마음이 생겨서 자의 입원을 한 달 조금 넘게 세 번 했다.

그러다가 3년 전, 초등학교 때 찍은 반 단체 사진을 보며 잃어버렸던 어

* 사회적협동조합 우리다움 프렌즈(절차보조사업팀) 동료지원가

렸을 때의 기억들이 하나 둘씩 떠올랐다. 내가 초등학생 때 착하고 똑똑했고 꿈이 있었던 것을 알고 기뻐했다. 그러나 곧 환청이 들리고 환시가 보여서 엄마와의 다툼도 생겼고 정신병원에 비자의 입원을 했다.

나는 퇴원을 하려는 강한 의지를 가족과 주치의에게 보였지만 가족은 전의 내 생활을 알기에 나를 믿지 못했고, 엄마는 입원 전 나와서 같이 살기로 했는데 퇴원 후 다시 입원을 하게 되었다. 퇴원이 안 되자 울기도 많이 했다. 그러다가 회원 정원이 4명인 공동생활가정이 있어서 그 곳으로 가면서 퇴원을 하게 되었다. 그 곳에 있으면서 오전부터 오후까지는 정신재활시설에 다니며 바로 복지 일자리 일을 1년 동안 했었다. 일을 안 하는 시간에는 정신재활시설에서 하는 여러 프로그램과 여가활동에 참여하였다. 그러다가 국가에서 절차보조사업을 서울, 경기, 부산 세 곳에서 하는데 경기도 성남에 위치한 이 곳 절차보조사업팀에서 일하게 된 것이다.

봄이 되기까지 몇 달 동안은 인천에 위치한 인재개발원에서 워크숍을 했고 서울에 있는 국립정신건강센터에서 1주일간 교육을 받는 등 필요한 교육을 받았다. 그리고 PPT를 의논하여 같이 만들고 병원에 찾아다니며 홍보를 하였다.

작년 봄에 처음으로 동료지원을 하러 병원에 팀장님과 같이 방문했다. 처음 나가는 것이기에 나는 긴장을 했다. 대상자는 필요한 정보를 받았으니 이제 안와도 된다는 것을 팀장님이 입원기간동안 불안할테니 우리의 도움이 필요하다고 설명하여 승낙을 받았다. 다음에 방문했을 때는 대상자가 어머니와의 갈등을 이야기 하셔서 나도 예전에 어머니와 갈등이 많았는데 이제 잘 지낸다고 말하며 어머니는 나만 잘 지내면 된다고 하신다고 이야기 했다. 그 다음 방문 이후로 대상자가 어머니와 갈등을 풀고 있다고 말했고 대상자와 내가 문학에 관심이 있어서 이야기가 통해서 즐거운 만남을 이어 갔다. 팀장님이 처음 몇 번 동행하시고 그 후에는 나와 다른 동료지원가가 방문했는데 편하게 이야기를 나누고 태블릿을 가지고 가서 영화도 보며 활짝 웃는 얼굴을 보여 주셨다. 또 공동생활시설에 안 가고 부모님 댁으로 가서 살게 되었다고 했다. 퇴원하기 전에 모 대학 교수님이 연구차 대상자와 인

터뷰를 하셨는데 절차보조에 대해서는 다소 미흡한 부분이 있다고 했지만 동료지원 등에 있어서는 만족도가 크셨고 전체적인 서비스에 만족도가 크셨다고 했다.

절차보조로 행정입원을 동의입원으로 전환한 다른 분의 사례도 있다. 퇴원을 금방하기 힘든 분이였다. 몇 달 동안 사회복지사님과 나와 다른 동료지원가가 일주일에 한 시간씩 방문하였다. 대상자가 원하던 퇴원을 하게 되어 기뻐다.

중복장애인이신데 교통사고를 당해 다리를 다쳐 걷는 것이 많이 불편하신 분도 계셨다. 입원을 오래 하셨기 때문에 퇴원을 많이 원하셨고 공동생활가정에 가기를 희망하셨는데 신체장애 때문에 입소가 거절되어 낙심을 하셨다. 나는 여러 공동생활가정에 전화를 하여 대상자의 입소를 받아들이는 곳을 찾았다.

이 분들 외에도 여러 분들을 동료지원 하였다. 최근 면담한 분은 피치 못할 사정 상 동료지원을 1회만 받고 퇴원을 하게 되었는데 절차보조서비스 만족도 조사에서 '동료지원을 통해 공감과 지지를 받았다'에 매우 그렇다고 대답하셨다. 힘들고 외로우셨기에 단 한 번 동료지원을 해 드린 것만으로도 그렇게 생각하셨다니 감동이고 더 못해드린 것이 아쉽다.

동료지원가가 병원에 가서만 지원을 해드리는 것은 아니다. 사무실에 와서는 상담일지를 쓰고 필요한 정보를 검색하고 서류를 정리하고 여러 보고서를 작성한다. 나는 최근에 회계업무도 보조하고 있다. 아직 미흡한 점이 있지만 이 모든 일들이 재미있고 나에게 맞는 일이라는 생각이 든다.

직장까지 출퇴근이 왕복 4시간이나 걸려서 처음 무렵과 중간 무렵엔 힘들었다. 하지만 전철에서 앉아서도 가고 핸드폰으로 성경을 읽거나 카톡을 하면 어느새 내려야 한다. 작년엔 주4~5일 근무를 했는데 올해는 주 3일을 근무하게 되어 쉬는 주 2일을 정신재활시설을 이용한다. 2월부터는 정신재활시설에서 하는 동료지원활동가로 활동할 예정이다.

지난 여름엔 직장에서 해운대로 워크숍을 가서 회도 맛있게 먹었고, 겨울엔 제주도로 워크숍을 가서 봐도봐도 당분간 계속 보고 싶은 바다를 보고 왔다. 직원들과도 친해져서 점심을 같이 먹고 가끔 퇴근길에 떡볶이를 먹거나 차를 마시며 이야기 나눈다.

위와 같은 일과 생활을 할 수 있는 것에 감사하다. 가족이 내가 이 일을 감당하고 지내는 것이 대견하다고 한다. 가족과의 사이도 좋아졌다. 동료지원가가 되기를 희망하는 당사자들이 많은데 절차보조사업이 법제화가 되어 여러 곳에 생기고 동료지원가가 많이 양성되어 본인의 자존감 회복뿐만 아니라 입원한 분들에게도 기쁨과 희망이 되기를 바란다.

「후견과 신탁」 투고규정

제정 2016. 09. 30.

일부개정 2017. 12. 31.

제1조 (목적)

이 규정은 후견·신탁연구센터에서 발간하는 「후견과 신탁」 투고원고에 대한 논문작성 및 투고절차에 관한 사항을 정함을 목적으로 한다. <2017. 12. 31 신설>

제2조 (투고자격 및 자격의 제한)

- ① 「후견과 신탁」에 원고를 투고할 수 있는 사람은 후견신탁연구센터 회원을 원칙으로 하되 공동논문의 경우, 주저자 또는 교신저자는 회원이어야 한다.
- ② 「후견과 신탁」에 게재된 원고는 다른 학술지에 다시 게재할 수 없고, 다른 학술지에 게재되었던 원고도 「후견과 신탁」에 게재할 수 없다.
- ③ 편집위원회는 제2항에 위반한 투고자에 대하여 결정으로 일정기간 투고자격을 제한할 수 있다.
- ④ 「후견과 신탁」에 게재된 원고에 대한 저작권은 후견·신탁연구센터가 갖는다.
- ⑤ 「후견과 신탁」에 게재된 원고는 전자출판할 수 있다.

제3조 (투고신청서등의 제출)

「후견과 신탁」에 원고를 투고하려는 사람은 투고신청서, 연구윤리 서약서 및 저작물 이용 동의서(이하 “투고신청서등”이라 한다)를 작성하여 후견·신탁연구센터 「후견과 신탁」 편집위원회에 제출하여야 한다.

제4조 (원고의 작성)

- ① 원고는 논문, 판례평석, 서평, 번역, 자료 등으로 구별하여 작성한다.
- ② 논문의 경우 영문요약문을 첨부한다.
- ③ 논문을 포함한 모든 원고는 핵심내용을 지칭하는 국문·영문 주제어를 첨부한다.

제5조 (논문작성 및 문헌인용방법)

논문작성방법은 “별첨1”의 「논문작성요강」에 따른다. <2017. 12. 31 개정>

제6조 (원고제출)

- ① 투고원고는 후견 및 신탁, 장애인·고령자의 권익옹호와 관련되는 분야의 이론적·경험적 연구논문, 조사 및 현장보고, 기타 연구논문, 후견 및 신탁에 관한 외국 저서 또는 논문의 편역 등이어야 한다.
- ② 투고원고는 (1월 31일, 7월 31일)발행일 전월 말일(12월 31일, 6월 30일)까지 홈페이지의 온라인논문투고 시스템을 통해 투고하거나 편집위원장에게 이메일로 제출하여야 한다.

각권호수	원고마감일	발행예정일
1호	12월 31일	1월 31일
2호	6월 30일	7월31일

- ③ 논문작성 및 문헌인용방법에 부합하지 않는 원고는 접수하지 않으며, 원고채택여부는 편집위원회와 심사위원이 결정한다.

제7조 (원고접수)

- ① 원고접수는 수시로 하되 원고마감일(12월 31일, 6월 30일)을 지난 것은 다음 호에 투고한 것으로 한다. 편집간사는 원고를 접수하고, 각 투고자에게 전화 또는 전자우편으로 접수결과를 통보한다.
- ② 편집간사는 원고접수 후 투고자에게 전화 또는 전자우편으로 접수결과를 통보하고, 투고자의 인적사항, 논문제목, 접수일자, 투고분야 등을 기재한 접수결과표를 작성하여 편집위원장에게 보고한다.

제8조 (개정)

이 규정은 후견·신탁연구센터 편집위원회에서 개정할 수 있다.

부 칙

이 규정은 2016년 10월 1일부터 시행한다.

부 칙

이 규정은 2017년 12월 31일부터 시행한다.

【별첨 1】 논문작성요강

- 1) 원고는 한글파일(hwp)로 작성하며 국문 또는 영문으로 쓰되 국문원고의 외래어는 첫 번에 한하여 한글 원문 옆에 괄호 하여 부기한다.
- 2) <편집용지> 용지종류: 폭 165.0mm, 길이 235.0mm, 여백주기: 위20mm, 머리말15mm, 아래16mm, 꼬리말11mm, 왼쪽24mm, 오른쪽 24mm 로 설정한다.
- 3) <문단모양> 줄 간격 : 글자에 따라, 170%, 들여쓰기: 15point 로 설정한다.
<글자모양> : 장평 97, 자간 -2로 설정한다.
- 4) 원고는 영문(국문)초록을 포함하여 총 30쪽을 원칙으로 한다.
- 5) <제목 및 초록>
제목(견고딕 17, 가운데 정렬)
저자명(고딕 10, 오른쪽 정렬)
국문초록(고딕 9, 양쪽정렬), 주제어(고딕 9, 양쪽정렬)
단, 저자나 사사는 투고 시에는 절대로 표시해서는 안 된다.
초록은 본문의 언어와 동일하게 작성하며, 국문초록의 경우 1000자 이내, 영문초록의 경우 200단어 이내로 작성함을 원칙으로 한다.
- 6) <본문> 은 다음의 순에 의한다.
I II III (견고딕 14, 진하게, 가운데 정렬)
1 2 3(견고딕 11, 양쪽 정렬),
1) 2) 3)(고딕 10, 양쪽 정렬)
(1) (2) (3)(명조 10),
① ② ③(명조 10),
가 나 다(명조 10).
본문의 글자는 명조 10으로 하며 각주는 명조 9로 한다.
- 7) <표> 표 제목은 “<표 번호> 표제목”으로 표기하고
표제목 글자는 견고딕 9(양쪽 정렬)로 한다.
모든 선은 단선으로 하되, 표 맨 위와 아래 횡선(가로선)은 진한 선으로, 가장자리 종선(세로선)은 선없음으로 하며 표 내용은 고딕 8로 한다.
그림 제목은 “[그림 번호] 그림제목”으로 표기하고 글자크기는 고딕 8(가운데 정렬)로 한다.
- 8) <참고문헌> 제목은 견고딕 11, 좌측정렬
문헌목록(명조 9, 내어쓰기 35point, 양쪽 정렬),

(1) 국내 및 동양문헌

- 학술잡지: 저자명(발행년도). 논문제목. **학술지명**, 권호수, (**학술지명과 권호수는 진한 글씨로**) 발행기관, 쪽수표시
예) 제철웅(2017). 민사소송법 제143조의2의 진술보조의 입법취지에 비추어 본 민사소송규칙 제30조의2에 대한 비판적 분석, 「**민사소송**」, 21(2), 한국민사소송법학회. pp.133~170.
- 저서: 저자(출판년도), 「**도서명**」, 출판사, 출판년도, 인용면.
- 학위논문: 저자(출판년도), 「**논문제목**」, ○○대학교 대학원 ○○학위논문.

(2) 영문 및 구미문헌

- 학술잡지: 저자명(출판년도), “논문제목”. *Journal명*, 권호수, 발행기관, 쪽수
- 저서: 저자명(출판년도), 「**도서명**」(이탤릭체), 출판사, 인용면

- 9) 논문 마지막 페이지의 <초록>은 본문이 국문일 경우 영문으로, 본문이 영문일 경우 국문으로 작성하되 단락구분을 하지 않음을 원칙으로 하며 다음의 순으로 작성한다.
제목(건고딕 14, 가운데 정렬),
저자명, 소속(명조 10, 가운데 정렬),
내용(명조 10, 양쪽 정렬),
주제어(명조 10, 양쪽 정렬) 순으로 작성한다.

□ 논문의 구성 □

- 1) 연구논문(영문논문 포함)의 형식은 제목, 국문(영문) 초록, 서론(문제의 제기, 목적, 필요성 등 포함), 이론적 배경(서론에 포함시켜도 됨), 연구방법, 연구결과, 논의(결론 및 제언의 내용 포함), 그리고 참고문헌, 영문(국문)초록의 순서로 구성되어야 한다.
- 2) 주제어(Key words)는 국문(영문)초록 다음에 기록하고, 그 하단에는 연구의 재정보조에 관한 사항과 주저자 및 교신저자(논문의 저자가 2인 이상인 경우)를 명시하여야 한다. 이에 대한 구분과 표시방법은 아래와 같다.
(1) 저자가 1인일 경우: 논문 첫 장에 각주로 이메일 연락처를 표기한다.

예) * OOOO@hanmail.net

- (2) 저자가 2인 이상일 경우 주저자 인정기준: 공동저자들 내부에서의 자체적인 선정 기준을 기준으로 한다.
- (3) 저자가 2인 이상일 경우 주저자 및 교신저자 표시방법: 주저자 및 교신저자는 논문 첫 장에 각주로 아래 예시와 같이 표기한다.
- 예) * 주저자
 ** 교신저자: OOOO@hanmail.net
- (4) 주저자와 교신저자가 동일한 경우에는 교신저자를 밝히지 않고 주저자만 표기한다. 이 경우 주저자를 교신저자로 인정한다.
- (5) 공동저자들 간에 주저자가 없이 공동작업을 했다고 자체적으로 인정한 경우에는 공동연구로 인정하여 주저자를 표기하지 않는다.
- 3) 자료(통계자료, 행정자료 포함)는 가장 중요한 부분만을 간결하게 제시하며, 본문에서는 자료수집의 목적, 방법 및 절차, 자료를 이용할 사람들이 알아야 할 사항들을 적는다.
- 통계부호 작성법: * $p < .05$. ** $p < .01$. *** $p < .001$.
- 4) 모든 그림(figure와 graph)이나 표(table)는 동판을 뜰 수 있거나, 쉽게 재작성할 수 있는 형태로(graph의 경우는 좌표 값을 명기할 것) 제시되어야 하고 그림의 제목은 그림 아래에, 표의 제목은 표의 위에 써넣는다. 그림의 제목순서는 [그림 1], [그림 2] 등으로, 표의 제목순서는 <표 1>, <표 2> 등으로 표시한다.
- 5) 문헌인용을 본문에서 할 때는 각주로 표시하며 참고문헌은 APA publication manual에 준하여 작성하고 본문에 인용 또는 언급된 문헌만을 제시한다.
- 6) 「후견과 신탁」에 투고된 논문 중 모든 인간 또는 인체유래물을 대상으로 하는 것은 "생명윤리 및 안전에 관한 법률(2013.2.2.개정)"에 따라 생명윤리심의위원회(IRB)의 사전심의 통과를 전제로 한다. 이에 투고자는 심의 통과, 면제 또는 해당사항 없음 여부를 표시한 '자가점검서식'을 제출하여야 한다. 단, 연구자의 소속기관에 IRB 체계가 구축되지 못한 경우에 한하여 생명윤리심의위원회의 심사과정에 준하는 윤리규정을 준수 (기관생명윤리위원회 정보포털<http://www.irb.or.kr/> 문의)하였을 경우 이를 인정할 수 있다.
- 7) 원고투고 문의 및 제출
- * E-mail : info.kcgat@gmail.com (“후견과 신탁“ 편집부)
- * 한국후견신탁연구센터 홈페이지 www.kcgat.org 온라인 논문투고 이용

「후견과 신탁」 심사규정

제정 2016. 09. 30.

일부개정 2017. 12. 31.

제1조 (목적)

이 규정은 정관 제2조에 의하여 후견·신탁연구센터가 발간하는 「후견과 신탁」에 게재할 논문의 심사절차와 기준을 정함을 목적으로 한다.

제2조 (심사위원의 선정)

- ① 편집위원회는 투고원고 한편 당 3인의 심사위원을 선정한다. 심사위원은 투고자와 다른 소속의 인사들로 선정한다.
- ② 심사위원을 선정함에 있어서는 해당 분야에 대한 심사위원의 전문성을 고려하고 관련 분야의 대학교원, 박사학위소지자 또는 편집위원회가 인정하는 전문가 중에서 공정하고 객관적으로 논문을 심사할 수 있다고 생각되는 자를 논문의 심사위원으로 위촉하여야 한다.
- ③ 심사위원에게 심사원고 송부 시 심사원고에 기재된 투고자의 인적사항을 삭제하여 송부하며 각 논문의 심사위원명은 공개하지 아니한다.

제3조 (심사기준 및 판정)

- ① 심사위원은 투고원고를 심사하고 심사평가서를 작성하여 편집위원회에 송부한다.
- ② 심사위원은 「게재가」, 「수정 후 게재」, 「수정 후 재심」, 「게재불가」 중의 하나로 논문심사 결과를 판정하여야 한다.
- ③ 심사위원은 투고원고를 심사함에 있어서는 다음 각 호의 사항을 기준으로 한다.
 1. 연구주제 및 내용의 학문적 가치, 제목과 내용의 일치성, 연구 목적의 명확성, 연구 방법의 타당성 및 신뢰성, 연구 결과분석 및 결론의 명확성과 합리성, 인용 문헌의 적합성, 영문 초록의 명확성 등
 2. 번역의 경우에는 번역의 필요성, 번역의 정확성 및 학문적 기여도
- ④ 논문이 표절, 위조, 변조 또는 타 학술지에 게재된 논문과 동일한 것으로 판명된 경우 게재불가로 확정한다.
- ⑤ 편집위원장은 심사의견을 종합하여 다음과 같이 심사결과를 판정한다.

1. 3인의 심사결과 중 2인 이상의 심사결과가 일치하는 경우에는 다수의견으로 정한다.
 2. 3인의 심사결과가 모두 다른 경우에는 중간결과로 정한다.
- ⑥ 동일인이 주저자(교신저자)로 2편 이상의 논문을 투고한 경우에는 모두 심사를 통과하였더라도 한호에는 1편만을 선택하여 게재하여야 한다. 단, 공동저자에 포함되는 경우에는 한호에 최대 2편까지 게재할 수 있다.

제4조 (심사결과의 통보)

심사결과의 판정 및 통보는 다음과 같은 절차로 이루어진다.

편집위원장은 논문심사가 완료된 후 최종 게재여부의 결정을 위한 편집회의를 개최한다.

편집위원장은 편집회의 후 즉시 각 투고자에게 심사결과 및 이유 그리고 사후절차를 내용으로 하는 심사결과서를 발송한다.

- ① “수정 없이 게재가” 판정을 받은 논문은 자구수정 등의 미미한 수정만이 허락된다.
- ② “수정 확인 후 게재가” 판정을 받은 논문은 수정사항을 통보하여, 수정사항의 반영 여부 및 정도는 편집위원장이 판단하여 게재하는 것을 원칙으로 하며, 필요시 해당 심사위원의 의견을 반영할 수 있다.
- ③ “수정 후 재심” 판정을 받은 논문은 수정사항을 통보하고, 수정된 논문을 본 심사 심사위원에게 재심사를 의뢰한다. 재심사는 “수정 없이 게재가”, “수정 확인 후 게재가”, “게재불가” 중 하나로 판정하며, “게재불가” 판정이 1인 이상인 경우 “게재불가”로 최종판정한다.
- ④ “게재불가” 판정을 받은 논문은 구체적인 심사의견을 명기하여 통보한다.
- ⑤ “게재가” 판정을 받은 논문이라도 투고규정을 준수하지 않는 경우 게재가 연기될 수 있다.
- ⑥ 논문심사 및 게재는 투고했던 다음 호에 한하여 이월 신청할 수 있다(1회).
 1. 심사진행과정에서 투고자의 사정으로 인하여 논문의 수정기한을 지키기 어려운 경우 또는 편집회의를 통해 투고자의 이월요청이 받아들여진 경우 1회에 한하여 다음 호로 이월 신청할 수 있다.
 2. 이월요청 없이 편집부에서 요청한 기한 안에 수정 논문을 제출하지 않는 경우, 해당 논문은 심사를 포기한 것으로 간주된다.
 3. 그 밖의 경우는 재투고를 원칙으로 한다.

제5조 (심사결과에 대한 이의신청)

- ① “게재불가”판정을 받은 저자가 그 결과가 부당하다고 판단하는 경우, 1회에 한하여 판정결과 통보일로부터 10일 이내에 이의신청을 할 수 있다. 이의신청시 저자는 이의신청서(학회 양식) 및 해당 논문(마지막 심사를 받은 상태로 제출)을 추가심사료와 함께 제출하여야 한다.
- ② 편집위원장은 이의신청이 이유 있다고 판단 될 경우, 먼저 해당 심사위원들에게 투고자의 이의신청 사실을 알리고 이의신청 심사를 의뢰하되, 이의신청 심사를 거부한 심사위원이 있을 경우에는 제 4의 심사위원을 위촉하여 이의신청 심사를 진행한다.
- ③ 이의신청 심사의 판정은 재심과 동일하게 “수정 없이 게재”, “수정 확인 후 게재”, “게재불가”의 세 가지 중 하나로 한다.
- ④ 심사결과에 관한 내용은 저자 이외의 사람에게 알리지 아니하며, 심사위원의 신상에 관해서는 어떤 경우라도 해당 저자에게 알리지 않는다.

제6조 (최종원고의 제출, 교정 및 편집)

- ① ‘게재가(수정 없이 게재, 수정 확인 후 게재)’의 결정을 통보받은 투고자는 정해진 기간 내에 최종원고를 작성하여 편집간사에게 제출한다.
- ② 최종원고에 대한 교정 및 편집에 관한 사항은 편집위원회가 결정하며, 필요한 때에는 교정쇄를 투고자에게 송부하여 교정을 하게 할 수 있다.

제7조 (논문게재예정증명서의 발급)

편집위원회는 「후견과 신탁」의 발행 이전에 최종적으로 게재가 결정된 원고에 대하여 투고자의 신청이 있는 경우에는 ‘논문게재예정증명서’를 발급할 수 있다.

제8조 (게재논문의 전자출판)

「후견과 신탁」에 게재된 논문의 전자출판과 관련된 사항은 편집위원회에서 결정한다.

제9조 (개정)

이 규정은 후견·신탁연구센터 편집위원회에서 개정할 수 있다.

부 칙

이 규정은 2016년 10월 1일부터 시행한다.

부 칙

이 규정은 2017년 12월 31일부터 시행한다.

「후견과 신탁」 편집위원회 규정

제정 2016. 09. 30.

일부개정 2017. 12. 31.

제1조 (목적)

이 규정은 후견·신탁연구센터(이하 “연구센터”라 한다)에서 간행하는 「후견과 신탁」의 학문적 질을 제고하여 전문성 있는 우수한 논문집으로 발전시키고, 「후견과 신탁」에 게재될 논문 등을 심사·발행하기 위한 편집위원회의 설치 및 운영에 관한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제2조 (편집위원회의 구성 및 임무)

- ① 투고원고의 심사 및 발간업무를 수행하기 위해 편집위원회를 둔다.
- ② 편집위원은 후견·신탁연구센터의 회원으로 박사학위를 소지하거나 대학의 조교수 이상이거나 연구원의 책임연구원 이상인 자로서, 지역별 분포를 감안하여 편집위원장이 선정한다.
- ③ 편집위원회의 임무는 다음과 같다.
 1. 원고작성요령, 논문심사규정의 제정 및 개정
 2. 논문심사위원의 선정 및 위촉
 3. 논문심사결과에 대한 최종 결정
 4. 편집체제 관련 논의 및 결정
 5. 학술지 발간 관련 제반사항의 논의 및 결정
- ④ 편집위원장 및 편집위원의 임기는 2년을 원칙으로 한다.

제3조 (편집회의)

- ① 편집회의는 반기당 1회 이상의 정기회의를 소집하되, 편집위원장이 필요하다고 판단하는 경우 임시회의를 소집할 수 있다.
- ② 편집위원장은 편집위원회를 대표하며 편집위원회를 주재한다. 편집위원장의 유고 시에는 편집위원장이 지명하는 편집위원, 선임편집위원의 순서로 그 직무를 대행한다.
- ③ 편집위원회의 의사결정은 편집위원 과반수 이상의 출석과 출석위원 과반수의 찬성으로 한다.

제4조 (간행)

- ① 「후견과 신탁」은 매년 1월 31일, 7월 31일 연 2회 발간하는 것을 원칙으로 한다.
- ② 「후견과 신탁」에 게재된 논문은 후견·신탁연구센터 홈페이지에 게시한다.
- ③ 논문의 게재가 결정된 투고자에게는 「후견과 신탁」 1부와 별쇄본 10부를 무상으로 제공한다.

제5조 (회의 운영)

- ① 편집위원회는 반기당 1회 이상의 정기회의를 소집하되, 편집위원장이 필요하다고 판단하는 경우 임시회의를 소집할 수 있다.
- ② 편집위원장은 편집위원회를 대표하며 편집위원회를 주재한다. 편집위원장의 유고 시에는 편집위원장이 지명하는 편집위원, 선임편집위원의 순서로 그 직무를 대행한다.
- ③ 편집위원회의 의사결정은 편집위원 과반수 이상의 출석과 출석위원 과반수의 찬성으로 한다.

제6조 (개정)

이 규정은 후견·신탁연구센터 편집위원회에서 개정할 수 있다.

부 칙

이 규정은 2016년 10월 1일부터 시행한다.

부 칙

이 규정은 2017년 12월 31일부터 시행한다.

제2조 (출판업적)

- ① 저자는 자신이 실제로 행하거나 공헌한 연구에 대해서만 저자로서의 책임을 지며, 또한 업적으로 인정받는다.
- ② 저자의 순서는 상대적 지위에 관계없이 연구에 실질적으로 기여한 정도에 따라 정확하게 반영하여야 한다. 연구에 대한 작은 기여는 가주, 서문, 사의 등에서 적절하게 고마움을 표시한다.

제3조 (연구부정행위)

- ① 투고논문은 독창성을 갖는 저작물이어야 하며, 다른 학술지나 저서 등에 이미 발표된 것이 아니어야 한다. 다만, 자신이 이미 발표한 저작물을 부분적으로 활용하여 새로운 학술적 논점을 추가시켜 연구한 것은 그러한 작성경과를 적시하는 경우에 수록될 수 있다.
- ② 이 규정에서 금지하는 투고자의 연구부정행위의 유형은 다음과 같다.
 1. 존재하지 않는 자료 또는 연구결과 등을 허위로 만들어 내는 “위조행위”
 2. 연구와 관련된 자료·장비·과정·결과 등을 임의로 사실과 다르게 조작·변경·누락·삭제함으로써 연구가 진실에 부합하지 않도록 하는 “변조행위”
 3. 타인의 아이디어, 연구내용 또는 결과 등을 정당한 승인 또는 인용없이 연구에 사용하는 “표절행위”
 4. 연구내용 또는 결과에 대하여 학술적 공헌 또는 기여를 한 사람에게 정당한 이유 없이 논문저자 자격을 부여하지 않거나 학술적 공헌 또는 기여를 하지 않은 자에게 감사의 표시 또는 예우 등을 이유로 저자 자격을 부여하는 “부당한 논문저자 표시행위”
 5. 국내외를 막론하고 자신이 이미 다른 학술지에 발표한 연구결과(심사 중인 연구를 포함)를 적절한 출처표시없이 부당하게 다시 발표하는 “부당한 중복게재행위”
 6. 본인 또는 타인의 부정행위 혐의에 대한 조사를 고의로 방해하거나 제보자에게 위해를 가하는 “조사방해행위”
 7. 그 밖에 연구와 관련하여 통상적으로 용인되는 범위를 심각하게 벗어난 부적절한 행위
- ④ 이미 학술지에 출판된 연구물을 사용하여 출판하고자 하는 경우에는 해당 편집위원회에 이전 출판에 대한 정보를 제공하여 중복 게재나 이중 출판여부를 확인받아야 한다.

제2절 편집위원의 연구윤리규정

제1조 (편집위원회 운영)

편집위원은 투고된 논문을 저자의 성별, 나이, 소속기관은 물론이고 어떤 선입견이나 사적인 친분과도 무관하게 오로지 저작물의 질적 수준과 투고규정 및 심사규정에 근거하여 공정하게 취급하여야 한다.

제2조 (심사위원 선정)

- ① 편집위원은 투고논문의 심사를 해당 분야의 전문적 지식과 공정한 판단능력을 지닌 심사자에게 의뢰하여야 한다.
- ② 심사위원은 투고논문의 저자와 지나치게 친분이 있거나 지나치게 적대적 관계에 있지 않은 자로서 가능한 한 객관적인 평가가 이루어질 수 있도록 선정하여야 한다.

제3조 (비밀엄수)

편집위원은 투고논문의 심사가 완료될 때까지 저자에 대한 사항이나 논문의 내용을 공개해서는 안 되고, 저자의 인격과 학문의 자유를 존중하여야 한다.

제3절 심사위원의 연구윤리규정

제1조 (심사위원의 심사윤리기준)

- ① 심사위원은 편집위원회가 의뢰받은 논문을 심사기준에 따라 정한 기간 내에 성실하게 심사하고, 심사결과를 편집위원회에 통지하여야 한다. 이 경우 자신이 해당 논문을 심사하는 데에 개인적인 이해관계가 있거나 책임자가 아니라고 판단하는 경우에는 그 사실을 편집위원회에 지체없이 통지하여야 한다.
- ② 심사위원은 개인적인 학술적 신념이나 저자와의 사적인 친분관계를 떠나 객관적이고 공정한 기준에 따라 논문을 심사하여야 한다. 심사자는 충분한 근거를 제시하지 않은 채 또는 심사자 본인의 관점이나 해석과 상충된다는 이유로 게재불가로 평가해서는 안 되며, 논문을 제대로 읽지 않은 채 평가해서도 안 된다.
- ③ 심사위원은 투고된 논문이 제3조(연구부정행위)에 위반되는 사실을 발견한 때에는 지체없이 그 사실을 편집위원회에 알려야 한다.

제2조 (저자에 대한 배려)

심사위원은 저자의 인격 및 독립성과 학문의 자유를 존중하여, 평가의견서 작성 시 자신의 판단을 밝히되, 보완이 필요하다고 생각되는 부분에 대해서는 그 명시적인 이유를 상세하게 서술하여야 한다. 또한 가급적 정중하고 부드러운 표현을 사용하여 저자를 비하하거나 모욕적인 표현은 삼간다.

제3조 (비밀엄수)

심사위원은 심사를 의뢰받은 사실, 심사논문에 관한 모든 사항을 누설하여서는 안 된다. 논문이 게재된 학술지가 출판되기 전에 저자의 동의없이 논문의 내용을 인용해서는 안 된다.

제3장 연구윤리위원회**제1조 (연구윤리위원회의 설치)**

연구윤리와 관련된 다음 각 호의 사항을 심의·의결하기 위하여 연구윤리위원회(이하 “위원회”라 한다)를 둔다.

1. 연구윤리기준의 제정 및 개정에 관한 사항
2. 연구부정행위의 예방과 조사에 관한 사항
3. 제보자의 보호 및 비밀유지에 관한 사항
4. 그 밖에 연구윤리의 확립을 위하여 위원장이 부의하는 사항

제2조 (위원회의 구성)

- ① 위원회는 위원장 1인, 위원 4인 이상으로 구성하며, 위원장은 센터장이 맡는다.
- ② 위원장 및 위원은 편집위원회의 추천을 받아 센터장이 임명한다.
- ③ 위원회 위원의 임기는 2년으로 하되 연임할 수 있다.
- ④ 위원장은 조사대상 사건과 이해관계 있는 자를 위원회에 포함시켜서는 안 된다.

제3조 (위원회의 소집)

- ① 위원장은 위원회의 회의를 소집하고 그 의장이 된다.
- ② 회의는 재적위원 1/2 이상의 출석과 출석위원 1/2 이상의 찬성으로 의결한다. 다만, 연구부정행위의 판정결과에 대한 의결은 1/2 이상의 출석 및 출석위원 2/3 이상의 찬성으로 의결한다.

③ 위원회의 운영은 비공개를 원칙으로 하되, 필요한 경우 관계자를 출석하도록 하여 의견을 청취할 수 있다.

제4조 (연구부정행위의 조사)

- ① 위원회는 구체적인 제보가 있거나 다른 기관의 조사의뢰 또는 상당한 의혹이 있는 경우에는 연구부정행위의 존재여부를 조사할 수 있다.
- ② 위원회는 연구윤리위반이 문제된 사안의 제보자·피조사자·증인·참고인 등에 대하여 진술을 위한 출석의 요구 및 증거자료의 제출 등 폭넓은 조사를 실시할 수 있다.
- ③ 연구윤리위반이 문제된 사안의 피조사자는 위원회의 조사에 협조하여야 하며, 협조하지 않는 경우 그 자체로 규정위반이 된다.
- ④ 연구윤리위반이 문제된 사안에 대해 위원회가 최종적으로 연구부정행위로 판정할 때까지 피조사자의 신원을 공개해서는 안 된다.

제5조 (소명기회의 보장)

위원회는 이 규정의 위반으로 보고된 피조사자 등에 대하여 충분한 소명의 기회를 주어야 하며, 관련 절차를 사전에 통보하여야 한다.

제6조 (연구부정행위에 대한 조치)

- ① 위원회가 연구부정행위로 최종 판정을 한 경우에는 다음 각 호의 제재를 가하거나 이를 병과할 수 있다.
 - 1. 연구부정행위자의 징계(경고, 자격정지, 자격박탈)
 - 2. 연구부정논문의 게재 거부 및 취소
 - 3. 향후 3년간 학술지 투고자격의 정지
 - 4. 연구부정행위의 사실을 홈페이지 및 학술지에 공지
 - 5. 연구부정행위의 사실을 한국연구재단 등 관계기관에 통보
 - 6. 그 밖에 연구윤리 확립을 위하여 필요한 조치로서 위원회가 정하는 제재사항
- ② 제1항 제5호의 공지에는 저자명, 논문명, 논문이 게재된 학술지의 권·호수, 취소일자, 취소이유 등이 포함되어야 한다.
- ③ 위원장은 조사결과에 대한 위원회의 결정 및 그 이유를 지체없이 서면으로 피조사자 또는 제보자 등 관련자에게 통지하여야 한다.

제7조 (개정)

- ① 이 규정은 후견·신탁연구센터 연구윤리위원회에서 개정할 수 있다.
- ② 연구윤리규정이 개정될 경우, 기존규정에 대한 서약의 효력은 개정 규정에 미친다.

부칙

이 규정은 2016년 10월 1일 부터 시행한다.

부칙

이 규정은 2017년 12월 31일부터 시행한다.

「후견과 신탁」 연구윤리규정

제정 2016. 09. 30.
일부개정 2017. 12. 31.

제1장 총칙

제1조 (목적)

이 규정은 후견·신탁연구센터가 발행하는 「후견과 신탁」에 게재되는 논문 그 밖의 저작물에 대한 연구윤리의 원칙과 기준의 세부사항을 정하는데 목적이 있다.

제2조 (연구윤리규정의 서약)

- ① 후견·신탁연구센터 회원은 연구윤리규정을 준수하기로 서약해야 한다.
- ② 후견·신탁연구센터 회원은 다른 회원의 연구윤리규정 위반을 인지할 경우 그 회원에게 연구윤리규정을 환기시킴으로써 연구윤리규정의 준수를 도와야 한다. 그럼에도 불구하고 명백한 연구부정행위가 드러날 경우에는 연구윤리위원회에 보고할 수 있다.

제2장 개별 연구윤리규정

제1절 저자의 연구윤리규정

제1조 (인용 및 참고표시)

- ① 공개된 학술자료를 인용할 경우에는 정확하게 기술하도록 노력해야 하고, 상식에 속하는 자료가 아닌 한 반드시 그 출처를 밝혀야 한다.
- ② 논문이나 연구계획서의 평가 등 비공개적으로 얻은 자료인 경우 그 자료를 제공한 연구자의 동의를 얻은 후 인용하여야 한다.
- ③ 다른 사람의 글뿐 아니라 도면, 도표, 사진 등을 인용하거나 아이디어를 차용하는 경우에도 각주(후주)를 통해 인용여부 및 참고여부를 밝혀야 한다.

2020. 01. 31. 인쇄

2020. 01. 31. 발행

발행인 : 제철웅

발행처 : 한국후견·신탁연구센터

주소 : 서울특별시 성동구 왕십리로 222, HIT 305호

전화 : 02-2220-2785

편집위원장 : 박인환(인하대학교 법학전문대학원)

편집위원 : 최윤영(백석대학교 사회복지학과)

김미옥(전북대학교 사회복지학과)

장영인(한라대학교 사회복지학과)

이명현(경북대학교 사회복지학과)

김원태(충북대학교 법학전문대학원)

이지은(송실대학교 법과대학)

강상경(서울대학교 사회복지학과)

김명식(전주대학교 상담심리학과)

편집·인쇄 : ㈜다인스케치

본 학술지는 대한민국 정부(교육부)와 한국연구재단의 지원을 받은 SSK “의사결정능력 장애인
의 사회통합: 의사결정지원을 위한 인적, 물적, 제도적 기반의 구축” 연구단 사업으로 수행된
연구임(NRF-2016S1A3A2924706)

Volume 3. Number 1. (Serial Number 5)

Journal of Guardianship and Trusts

Journal of Guardianship and Trusts is issued twice a year and publishes original research articles, theoretical reviews, case studies, and proceedings of academic meetings under the auspice of Korean Research Center for Guardianship and Trusts. Inquiries concerning the submission of manuscripts should be sent to :

Editor : Park, In-hwan (Ph. D.)

Inha University Law School

100 Inha-ro, Michuhol-gu, Incheon 22212, SOUTH KOREA

Publisher : Je, Cheolung (Ph. D.)

Hanyang University Law School,

222 Wangshipri-ro, Sungdong-gu, Seoul, SOUTH KOREA

Email: kcgat.info@gmail.com

Homepage: www.kcgat.org

Editorial Board Members :

Yunyoung Choi(Baekseok University, Dept. Social Welfare)

Miok Kim(Chunbuk National University, Dept. Social Welfare)

Youngin Jang(Halla University, Dept. Social Welfare)

Myoungyun Lee(Kyungpook National University, Dept. Social Welfare)

Wontae Kim(Chungbuk National University Law School)

Ji-eun Lee(Soongsil University, College of Law)

Sang-kyoung Kang(Seoul National University, Dept. Social Welfare)

Myoung-sik Kim(Jeonju University, College of Social Science)
