

의사능력에 기반한 후견제도와 정신건강복지법의 융합

– 북아일랜드 정신능력법[Mental Capacity Act (Northern Ireland) 2016]의 제정 과정과 그 의의를 중심으로 –

유 기 훈*

I. 들어가며: 성년후견제도와 정신건강복지법의 충돌

1. 성년후견제도와 정신건강복지법 충돌에 대한 대응 (1)
: 후견인의 유무에 따른 구분
2. 성년후견제도와 정신건강복지법 충돌에 대한 대응 (2)
: 공법적/사법적 비자의 입원의 구분
3. 성년후견제도와 정신건강복지법 충돌에 대한 대응 (3)
: 융합 법제의 설계

II. 의사능력에 기반한 융합 법제의 제정 배경

– England&Wales의 Mental Capacity Act 2005를 중심으로

1. MCA 2005의 제정
2. 정신능력법상 자유박탈(Deprivation of Liberty) 규정의 도입과
정신보건법과의 충돌
3. ‘능력 기반 접근(capacity-based approach)’과 MCA(NI) 2016

III. 정신능력 법제와 정신보건 법제의 융합: MCA(NI) 2016

1. MCA (NI) 2016의 기본원칙과 절차적 보호
2. MCA (NI) 2016에서의 비자의 입원
3. MCA (NI) 2016 제정의 함의

IV. 나가며: MCA (NI) 2016의 국내 법제에의 함의와 향후 개정방향

* 논문접수: 2023. 9. 11. * 심사개시: 2023. 9. 12. * 게재확정: 2023. 9. 22.

* 본 논문은 2023년 8월 11일 후견신탁연구센터·인권법학회·사회복지법제학회·전국정신장애인의용호기관·한양대학교 법학연구소가 주최한 공동학술대회에서 발표되었던 원고 초안을 수정·발전시킨 글임을 밝힙니다.

* 서울대학교병원 정신건강의학과 전공의, 서울대학교 의과대학 인문외과학실 박사과정.

I. 들어가며: 성년후견제도와 정신건강복지법의 충돌

인간은 생로병사의 과정을 거치며 어떠한 결정을 내릴 수 있는 정신적 능력의 변화를 경험한다. 특히 질병, 장애, 노령 등으로 한 개인의 의사능력(mental capacity)¹⁾²⁾이 저하된 경우, 해당 개인의 독립적 대응·결정만으로는 삶을 살아가며 맞닥뜨리는 복잡한 문제에 대해 스스로의 복리를 적절하게 보호하지 못하는 상황이 발생한다.

이처럼 의사능력이 저하된 개인을 보호하기 위해 근대 국가에서는 여러 제도를 개발하여 왔다. 대표적으로, 정신적 능력이 충분히 성숙하지 않은 어린 나이의 개인을 보호하기 위해 한국을 포함한 대부분의 국가에서는 “미성년자” 제

1) 대법원 판례에서는 의사능력을 “자신의 행위의 의미나 결과를 정상적인 인식력과 예기력을 바탕으로 합리적으로 판단할 수 있는 정신적 능력 내지는 지능을 말하는 것”이라 정의하고, “의사능력의 유무는 구체적인 법률행위와 관련하여 개별적으로 판단되어야” 한다고 규정하고 있다(대법원 2002. 10. 11 선고 2001다10113 판결, 대법원 2022. 12. 1. 선고 2022다261237 판결 등). 이때, 의사무능력을 이유로 법률행위의 무효를 주장하는 경우, 그에 대한 증명책임의 소재는 무효를 주장하는 측에 있다(대법원 2014. 3. 13. 선고 2009다53093, 2009다53109 판결 등 참조).

2) 한편, 영국법의 ‘mental capacity’에 대한 번역의 문제가 존재한다. 통상 mental capacity는 ‘능력’ 혹은 ‘정신능력’, ‘의사결정능력’, ‘의사능력’ 등으로 번역되어왔다. 그러나 ‘능력(capacity)’이라는 용어는 UN 장애인권리협약 등에서 구분하고 있는 legal capacity와 mental capacity를 포괄하는 것으로, mental capacity를 포함하는 보다 넓은 의미를 지칭하기에 번역어로 적절하지 않다. ‘정신능력’은 가장 직접적인 번역에 해당하나, 한국어로 잘 쓰이지 않는 표현이며 국내 판결이나 법조문상에서 사용되지 않아 비교법적 맥락을 살피기에 부족함이 있다. mental capacity를 의사결정능력(혹은 ‘결정능력’)으로 번역하는 경우, (일반적으로 ‘의사결정능력’으로 번역되는) decision-making capacity와 같은 별도의 용어와 번역어가 겹치는 문제가 발생하며, mental capacity가 실제적으로 국내의 ‘의사능력’과 유사한 맥락에 자리하고 있음에도 용어가 달라 둘 사이의 비교법적 비교가 모호해진다는 한계가 있다. 이에 본 논문에서는 일반적 의미에서의 mental capacity가 쓰일 때에는 ‘의사능력’으로 번역하고자 한다.

물론 ‘의사능력(意思能力)’과 (“의사능력의 유무를 외부에서 객관적·회일적으로 판단할 수 있도록 획일화한 능력”으로서의) ‘행위능력(行爲能力)’을 구분하고 있는 국내 법체계상의 방식에 비추어 볼 때(양창수 편, 『민법주해 I-총칙 (1)』, 박영사, 2022, 460면), 획일화된 능력 판단을 거부하는 영국법상의 mental capacity을 의사능력으로 번역하여 설명하는 과정에서 낯설게 읽히는 부분이 있을 것으로 보인다. 그러나 그러한 비교적 관점에서 발생하는 생경함 자체가 국내 법에서 의사능력의 정교화와 후견제도의 개선 가능성에 대한 새로운 시각을 줄 수 있을 것이라 생각된다. 다만 예외적으로, Mental Capacity Act와 같은 구체적 법령을 지칭하는 경우에는 이에 대해 통상적으로 ‘정신능력법’이라는 번역어가 사용되어 왔으므로 해당 번역례를 따를 것이다.

도를 도입하고 있다(민법 제3조, 제4조).³⁾ 또한 설사 성인이더라도 “질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 지속적으로 결여”(민법 제9조) 혹은 “부족”(민법 제12조)한 경우, 민법에서는 후견인을 선임하여 피후견인을 보호한다. 나아가, 개인이 정신질환으로 인하여 “독립적으로 일상생활을 영위하는 데 중대한 제약이 있는” 경우에는⁴⁾ 정신건강복지법을 통해 정신질환자의 “재활·복지·권리”를 보장한다.⁵⁾

한편 이러한 보호조치의 일환으로 의사능력이 저하된 개인에게 특정 서비스를 제공할 때, 대상자가 해당 서비스를 거부하거나, (의사능력의 저하로 인해) 서비스에 대한 대상자의 동의 여부를 명확히 확인하기 어려운 경우 법 집행 과정에서의 규범적 문제가 발생한다. 대상자의 최선의 이익을 보장하려는 서비스 제공자의 후견주의적(paternalistic) 결정과, 의사능력이 저하된 개인의 자기결정(self-determination) 사이에서 어떠한 결정을 우선하여야 하는지에 대한 판단이 필요해지는 것이다. 특히 관련한 서비스가 신체에 대한 침습적 행위를 동반하는 의료적 처치이거나,⁶⁾ 격리나 강박과 같이 신체의 자유가 제한되는 조치에 해당하는 경우, 의사능력이 저하된 개인을 둘러싼 후견주의와 자기결정 사이의 갈등은 더욱 첨예해진다.

이러한 갈등의 대표적인 사례가 치매, 발달장애, 조현병, 양극성 장애와 같은 정신적 장애를 지닌 개인에 대한 비자의 입원 및 치료의 문제이다. 일반적 상황에서의 정신적 장애에 대한 의료서비스 제공은 다른 신체질환과 크게 다르지 않으며, 정신질환의 치료를 위한 약물 투약 및 시술 등의 침습적 의료행위

3) Grisso와 Appelbaum은 미성년자의 예와 같이 특정 집단(class)에 속한다는 이유만으로 의사 무능력자로 판단하는 경우를 “법률상의 무능력(*de jure incompetence*)”으로, 의사능력 보유에 핵심적인 인지기능의 결여를 근거로 의사무능력자로 판단하는 경우를 “사실상의 무능력(*de facto incompetence*)”로 구분한다(Grisso, T. & Appelbaum, P.S., *Assessing Competence to Consent to Treatment - a Guide for Physicians and Other Health Professionals*, Oxford University Press, 1998, 10면).

4) 정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률(이하 ‘정신건강복지법’) 제3조 제1항.

5) 정신건강복지법 제1조.

6) 민법상 성년후견제도 개정과정에서도 의료적 침습 행위의 결정에 있어서 자기결정 권한과 후견주의적 개입 간의 충돌이 논쟁의 대상이 되었던 바 있다. 관련하여서는 김형석, “민법 개정안에 따른 성년후견법제”, 가족법연구(제24권 2호), 2010, 137-139면 참조.

는 ‘충분한 정보에 의한 동의(informed consent)’를 환자에게 획득함으로써 성립된다.⁷⁾ 그러나 정신적 장애가 악화되어 의학적으로는 입원 치료가 필요한 상황임에도 개인이 이에 동의하지 않거나 동의능력(capacity to consent)이 상실된 것으로 추정되는 경우 판단의 어려움이 발생한다.

인지기능이 저하된 당사자에 대한 침습적 의료행위의 경우, 의료법에서는 당사자가 해당 처치에 “동의할 수 없는 경우”에는 원칙적으로 후견인과 같은 법정대리인을 선임하여 피후견인을 대신하여 동의할 수 있도록 하고,⁸⁾ 후견인이 피후견인을 정신병원이나 그 밖의 다른 장소에 격리하려는 경우에는 별도로 가정법원의 허가를 받도록 규정하고 있다.⁹⁾ 또한 입원환자의 안전에 위해가 발생할 우려가 있어 신체보호대를 적용할 필요가 있는 경우 환자에게 신체보호대 사용에 대해 충분히 설명하고 동의를 얻어야 하나, “환자가 의식이 없는 등 환자의 동의를 얻을 수 없는 경우”에는 보호자의 동의로 환자의 동의를 대신할 수 있도록 규정하고 있다.¹⁰⁾ 이러한 조항들에서 볼 수 있듯이, 당사

7) 보건의료기본법 제12조에서는 “모든 국민은 보건의료인으로부터 자신의 질병에 대한 치료 방법 (…) 등에 관하여 충분한 설명을 들은 후 이에 관한 동의 여부를 결정할 권리를 가진다”고 실시하며 충분한 정보에 의한 동의를 법적 권리로 규정하고 있다. 판례에서는 이러한 환자의 동의가 “헌법 제10조에서 규정한 개인의 인격권과 행복추구권에 의하여 보호되는 자기결정권을 보장하기 위한 것”이라 판단한다(대법원 2009. 5. 21. 선고, 2009다17417 판결). 또한 이러한 환자의 권리 대응하여, 의사는 충분한 설명 제공의 의무를 지닌다(대법원 1994. 4. 15. 선고, 92다25885 판결).

8) 의료법 제24조의2 제1항에서는 “의사·치과의사 또는 한의사는 사람의 생명 또는 신체에 중대한 위해를 발생할 우려가 있는 수술 등을 하는 경우 제2항에 따른 사항을 환자(환자가 의사결정능력이 없는 경우 환자의 법정대리인을 말한다. 이하 이 조에서 같다)에게 설명하고 서면으로 그 동의를 받아야 한다”고 규정한다. 즉 환자 본인에게 의사결정능력이 있는 경우 환자 본인에게, 의사결정능력이 상실된 경우 법정대리인에게 동의를 자격이 부여되는 것이다. 한편하여 민법 제947조의2 제3항에서는 “피성년후견인의 신체를 침해하는 의료행위에 대하여 피성년후견인이 동의할 수 없는 경우에는 성년후견인이 그를 대신하여 동의할 수 있다”고 규정하고 있으며, 피한정후견인의 경우에도 이를 준용하고 있다(민법 제949조의6). 그러나 실제 의료 실무에서는 환자의 동의능력이 저하된 경우 ‘환자 보호자’라는 자격 하에 법률상 배우자나 친족관계에 있는 사람에게 침습적 의료행위의 동의를 받는 관행이 널리 퍼져있다. 그러나 의료 실무에서의 ‘보호자’라는 개념은 법률상 근거가 명확하지 않으며, 이로 인해 다양한 문제 제기와 비판이 이어지고 있다. 관련하여서는 김수정, “의료행위에 대한 동의에서 환자 보호자의 법적 지위와 역할-대행결정권과 공동의사결정을 중심으로”, 의료법학(제20권 2호), 2019, 43-82면 참조.

9) 민법 제947조의2 제2항.

10) 의료법 시행규칙 [별표 7] 의료기관의 신체보호대 사용 기준. 나아가 해당 기준에서는

자의 의사와 무관하게 치료와 관련한 후견주의적 개입이 허용되는 경우는 입원 및 치료와 관련한 개인의 '동의능력'이 일정 수준 이하로 저하된 경우로 제한된다. 이러한 법리 구성의 기저에는, 입원 및 치료를 결정할 충분한 의사능력이 있는 경우에는 타인의 결정보다 본인의 판단에 따른 결정이 스스로의 최선의 이익에 부합하지만, 의사능력이 일정 문턱값(threshold) 이하로 저하된 경우 당사자의 판단으로는 본인의 최선의 이익을 확보할 수 없어 타인의 '대리의사결정(substitute decision making)'이 요청된다는 생각이 자리하고 있다. 이러한 '최선의 이익'에 근거한 대리의사결정의 법리는 정신질환자에 한정된 것이 아니며, 신체질환이나 사고 등의 비정신질환적 사유로 초래된 의사능력 저하에 대해서도 공통적으로 적용된다.

반면 조현병·양극성 장애와 같은 정신질환을 지닌 자에 대한 비자의 입원의 경우, 정신건강복지법에서는 개인의 정신질환을 치료하기 위한 비자의 입원 요건으로 '① 정신질환자'일 것과, '② 자신의 건강 또는 안전이나 다른 사람에게 해를 끼칠 위험'을 제시하며, 두 요건이 만족되는 경우 정신건강의학과 전문의의 진단·신청 절차를 통해 비자의 입원을 할 수 있도록 규정하고 있다.¹¹⁾ 이러한 정신건강복지법상 비자의 입원은, 앞서 살펴본 '의사능력 저하' 요건과는 전혀 다른 내용적 요건을 요구한다.¹²⁾ 당사자의 의사능력이 저하된 경우 자신의 최선의 이익을 확보할 수 없다는 근거로부터 출발한 후견의 정당화 근거와는 달리, 정신건강복지법상 비자의 입원 요건은 '자타해 위험'을 주된 요건으로 하는 사회방위적·공법적 성격을 지니고 있기 때문이다.¹³⁾

“신체보호대를 대신할 다른 방법이 없는 경우에만 신체보호대를 사용”하여야 하며, “최소한의 시간 동안 사용”해야 함을 명시하며 신체보호대 적용을 최소화할 것을 규정하고 있다.

- 11) 본문에서는 정신건강복지법 제44조에 기술된 '행정입원의 사례를 중심으로 서술하였으나, 그 밖의 보호의무자에 의한 입원(제43조), 응급입원(제50조) 또한 '정신질환자'라는 지위와 '자타해 위험'을 그 요건으로 필요로 한다는 점에서 동일한 양상을 나타낸다.
- 12) 단, 정신건강복지법상 비자의 입원은 그 첫 번째 요건으로 '정신질환자'일 것을 요구하고 있으며, 정신질환자의 경우 의사능력 저하의 가능성이 비장애 인구에 비해 높으므로, 의사능력 저하자에 대한 최선의 이익을 보호한다는 개입의 정당성과 간접적인 연관성은 지닐 수 있다.
- 13) 이처럼 정신건강복지법은 국가가 당사자의 복리 증진에 개입하고 보호하겠다는 '국친사상(parens patriae)'과, 정신질환자의 위험으로부터 사회를 보호한다는 국가의 '치안관한

그러나 2011년 민법 개정으로 2013년부터 성년후견제도가 도입되어 신상 영역에까지 대리 권한이 확대되며, 민법상 ‘최선의 이익-대리의사결정’ 패러다임과 정신건강복지법상의 ‘사회방위-예방적 구금’ 패러다임이 정신장애인에 대한 법적 규율 영역에서 충돌하는 현상이 발생하기 시작하였다. 2013년 성년후견제도의 도입으로 민법 제947조의2에서는 피성년후견인에 대한 입원과 침습적 의료행위와 같은 신상 결정에 대한 동의권한을 성년후견인이 대리할 수 있도록 하였는데,¹⁴⁾ 이로써 정신장애 당사자의 비자의 입원 및 치료의 과정을 민법상의 성년후견제도를 통해 규율할 것인지, 정신건강복지법을 통해 규율할 것인지 모호한 상황이 발생하였던 것이다.

1. 성년후견제도와 정신건강복지법 충돌에 대한 대응 (1)

: 후견인의 유무에 따른 구분

이에 대한 한 가지 대응 방안으로, 정신장애 당사자에게 후견인이 있는 경우에는 후견제도를 이용하여 민법 제947조의2 제2항에 근거한 입원을 진행하고, 후견인이 없는 경우에는 정신건강복지법상의 비자의 입원을 진행하는 방법이 제안될 수 있다. 그러나 이러한 대응에는 크게 두 가지 문제점이 있다. 첫 번째로, 어떠한 정신장애 당사자를 규율하는 법률이 명확한 법적 요건이나 의학적 근거에 의해 결정되는 것이 아닌, 단지 ‘후견인 지정 여부’라는 우연적 요소에 근거하여 좌우된다는 것은 법적 안정성을 훼손한다는 점이다. 동일한 정신적 상태에 놓여 있는 두 사람이 있을 때, 한 사람에게는 후견인이 지정되어 있다는 사실만으로 민법 제947조의2를, 다른 사람에게는 후견인이 부재한다는 이유만

(police power)’의 교차점에 놓여 있는 복잡한 특성을 갖는다. 관련한 보다 상세한 논의로는 신권철, 『정신건강복지법 해설(입원편)』, 법문사, 2018, 109-111면 참조.

14) 민법 제947조의2 제2항에서는 “성년후견인이 피성년후견인을 치료 등의 목적으로 정신병원이나 그 밖의 다른 장소에 격리하려는 경우에는 가정법원의 허가를 받아야 한다”고 규정하고 있으며, 제3항에서는 “피성년후견인의 신체를 침해하는 의료행위에 대하여 피성년후견인이 동의할 수 없는 경우에는 성년후견인이 그를 대신하여 동의할 수 있다”고 명시하고 있다.

으로 정신건강복지법을 적용하여 비자의 입원을 진행하는 것은 타당하지 않다.

두 번째 문제점은 두 법률이 정신장애 당사자에게 제공하는 절차적 보호의 내용이 상이하다는 점이다. 민법 제947조의2 제2항에서는 후견인이 피후견인을 치료 등의 목적으로 정신병원에 입원시키는 경우에 가정법원의 사전 허가를 받도록 규정하고 있는 반면, 정신건강복지법의 보호의무자에 의한 입원(제43조)이나 행정입원(제44조)의 경우에는 입원적합성심사위원회(제46조) 및 정신건강심의위원회(제53)를 통한 사후적 심사만을 거치게 된다. 이는 대상자의 상황이 동일하더라도 단지 후견인의 지정 여부에 의해서 비자의 입원 과정 중 당사자에게 보장되는 법적 보호절차가 달라지는 것으로, 형평성 및 법적 안정성의 문제가 발생할 수 있다.¹⁵⁾

2. 성년후견제도와 정신건강복지법 충돌에 대한 대응 (2)

: 공법적/사법적 비자의 입원의 구분

이러한 문제점에 대하여, 민법 제947조의2를 이용한 비자의 입원은 사법적(私法的) 입원 형태로, 정신건강복지법 제43조 및 제44조를 이용한 비자의 입원은 공법적(公法的) 입원 형태로 구분하여 이해·적용하려는 방안이 제안되었다.¹⁶⁾¹⁷⁾ 민법 제947조의2 제2항을 통한 사법적 비자의 입원은 본인의 최선의 이익을 목적으로 “자기결정권 행사를 근거로 하되, 본인이 자기결정권을 행사할 수 없을 때 대리권을 가진 후견인으로 하여금(...) 대리권 행사를 허가하는 것”이며,¹⁸⁾ 정신건강복지법에 의한 공법적 비자의 입원은 사회보호를 위

15) 유사한 문제제기로는 하명호, “정신보건법상 보호의무자에 의한 입원”, 안암법학(제36호), 2011, 74면 참조.

16) 대표적으로 제철웅, “정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률의 시행과 치료, 입원, 퇴원 절차에서의 정신장애인 지원 방안”, 서울법학(제25권 3호), 2017, 242면; 제철웅 외, 『정신건강과 법』, 홍문사, 2022, 66면 이하 참조.

17) 이는 독일법에서의 비자의 입원의 구분과 유사한 것이다. 관련하여서는 이재경, “정신질환자의 비자발적 입원에 관한 비교법적 검토 - 독일법을 중심으로”, 의료법학(제10권 2호), 2009, 191면 이하; 제철웅, 앞의 논문, 259면 이하 참고.

18) 제철웅, 앞의 논문, 246면.

하여 정신질환자의 중대하거나 급박한 자타해 위험(혹은 위험의 개연성)¹⁹⁾을 근거로 비자의 입원을 강제하는 조치라는 것이다. 따라서 이러한 적용 방식을 따르는 경우, 자타해 위험이 있는 정신질환자의 경우는 정신건강복지법을, 자타해 위험은 없으나 동의능력이 저하된 자의 경우에는 민법 제947조의2 제2항을 적용하게 된다.²⁰⁾

그러나 이러한 공법적 유형/사법적 유형의 구분을 통해 정신장애인에 대한 비자의 입원의 적용 법령을 정하는 시도 또한 여러 한계에 부딪힌다. 공법적 비자의 입원은 정신건강복지법이, 사법적 입원은 민법상의 후견제도를 통해 이원화하여 관할하려는 시도는, 후견법제와 정신건강복지법의 경계(interface)에서의 여러 혼란을 야기하기 때문이다. 그 문제점은 다음과 같이 네 가지로 나누어 검토할 수 있다.

첫 번째 문제는, ‘자신에 대한 해악의 위험’을 근거로 한 비자의 입원은 여전히 ‘공법적 비자의 입원(정신건강복지법)’과 ‘사법적 비자의 입원(민법 제947조의2)’ 중 어떤 법률의 적용대상이 되는지 이론적으로 설명해내기 어렵다는 점이다. 사법적 비자의 입원은 동의능력이 저하된 개인의 ‘최선의 이익’을 위해 동의를 후견인이 대신 제공함으로써 입원 서비스가 제공되고, 공법적 비자의 입원은 자타해 위험으로부터 사회 구성원을 보호하기 위해 예방적 구금이 이루어진다. 그러나 정신장애 당사자가 ‘자해의 위험’이 있는 경우, 이는 사회

19) 정신건강복지법 시행규칙 제34조 제2항에서는 보호입원에서의 ‘자타해 위험’의 구체적 판단 기준을 다음과 같이 제시하고 있다.

1. 본인 또는 타인의 건강 또는 안전에 중대하거나 직접적인 위해를 가하는 경우
2. 본인 또는 타인의 건강 또는 안전에 중대하거나 직접적인 위해를 가할 개연성이 높다고 인정되는 경우
3. 본인 또는 타인의 건강 또는 안전에 상습적인 위해를 가하는 경우
4. 본인의 건강이나 안전에 중대하거나 급박한 위험이 있는 경우
5. 본인의 건강이나 안전에 중대하거나 급박한 위험의 개연성이 높다고 인정되는 경우

20) 단, 이 경우 사법적(私法的) 입원으로 진행함에 있어 대상자가 사전에 후견인을 선임하지 않은 경우 입원 및 치료가 지체된다는 비판이 제기될 수 있다. 이러한 비판에 대한 응답으로 하명호는 “정신질환자에게 자상타해의 위험이 있는 경우에는 정신보건법상의 응급입원이나 시장·군수·구청장에 의한 진단을 위한 입원으로 충분히 대체할 수 있고, 자상타해의 위험이 없고 단순히 정신질환자의 치료를 목적으로 하는 경우에는 후견인의 선임을 기다려도 아무런 문제가 없을 것”이라고 주장한다(하명호, 앞의 논문, 74면).

구성원으로서의 당사자를 보호한다는 ‘사회방위적’ 속성도 지니지만, 당사자의 최선의 이익을 보호한다는 ‘최선의 이익 보장적’ 속성 또한 지닌다. 사회를 보호한다는 근거가 명확한 ‘타해의 위험’과는 달리, ‘자해의 위험’은 사실상 당사자의 ‘최선의 이익’ 증진이라는 스펙트럼에 있으므로 인하여 민법 제947조의2 제2항의 적용 대상에 놓일 여지가 높다는 것이다. 실제로 의료 실무에서는 만성 조현병을 지닌 개인의 경우 자신의 신상보호가 제대로 이루어지지 않는다는 이유로 ‘자해의 위험’을 인정하여 정신건강복지법상의 비자의 입원이 이루어지는 경우가 빈번하며, 이러한 경우는 통상적으로 이루어지는 후견제도를 통한 비자의 입원의 대상자와 정황상 큰 차이가 없음에도 정신건강복지법의 적용이 이루어지고 있다. 이는 앞서 언급하였듯이 법적 안정성 및 법 적용의 형평성 측면에서 적절하지 않으며, 서비스 제공자의 행정적 편의에 맞추어 제도를 선택하는 등의 자의적 법률적용의 우려를 발생시킨다.²¹⁾

두 번째 문제는, 대상자에게 신체질환과 정신질환이 공존한 경우의 서비스 제공 상의 난점이다. 국내에서도 고령화가 진행되고 노인 인구가 급증하며, 정신질환자의 연령 또한 고령화되었으며 치매와 같은 노인성 정신질환의 비중도 급격히 증가하고 있다. 이에 따라 정신건강복지법의 대상이 되는 정신질환자가 당뇨병, 고혈압 등과 같은 만성질환 혹은 암과 같은 중증 신체질환을 지닌 경우의 서비스 제공의 문제가 대두되고 있다. 그러나 현행 정신건강복지법상의 비자의 입원이 시행된 경우, 시행 이후에 신체질환을 치료할 수 있는 동법상의 근거는 전무하며, 따라서 정신질환자가 동의능력이 저하된 상황에서 치료를 거부하거나 의사확인을 하기 어려운 경우 민법 제947조의2 제3항에 따라 별도의 후견심판과 법원의 허가를 구해야 한다.²²⁾ 즉, 현행 법체계에 따르면 대상자의 ‘정신질환 치료’에는 정신건강복지법을, ‘신체질환 치료’에 대해서는

21) 따라서 만약 공법적/사법적 비자의 입원이라는 구분을 유지하고자 한다면, 정신건강복지법상을 통한 공법적 비자의 입원은 오직 ‘타해의 위험’에 대해서만 적용하고, ‘자해의 위험’을 포함한 개인의 최선의 이익을 위한 경우는 후견제도를 통한 사법적 비자의 입원으로 통일하는 것이 법리상 보다 정합적일 것으로 보인다.

22) 민법 제947조의2 제3항은 “피성년후견인의 신체를 침해하는 의료행위에 대하여 피성년후견인이 동의할 수 없는 경우에는 성년후견인이 그를 대신하여 동의할 수 있다”고 규정한다.

민법상의 후견제도를 적용하여 이원적으로 운영하여야만 하는 것이다. 이러한 정신/신체질환에 대한 이원적 법체계는, 개인의 최선의 이익 보장이라는 동일한 목적하에 약제 투약 등의 유사한 서비스를 제공함에도 이를 서로 다른 법률하의 서로 다른 감독기관으로 운용한다는 점에서 개선의 필요성이 있다. 의사능력이 저하된 개인에 대한 정신질환 치료와 신체질환 치료의 적절성을 검토·감독하기 위해, 정신건강복지법상의 입원적합성심사위원회/정신건강심의위원회의 감독과 후견제도상의 후견개시 심판 및 비자의 입원에 대한 법원의 사전 허가 등²³⁾의 보호절차가 서로 상이한 기준으로, 중복하여 이루어지게 된다는 비정합성과 비효율의 문제가 발생한다는 것이다.

공법적/사법적 비자의 입원의 이원화 체제가 지니는 세 번째 문제점은, 치매나 섬망과 같은 노인성 정신질환에서는 ‘신체질환’과 ‘정신질환’을 뚜렷하게 구분하기 어렵다는 점이다. 치매란 “퇴행성 뇌질환 또는 뇌혈관계 질환 등으로 인하여 기억력, 언어능력, 지남력(指南力), 판단력 및 수행능력 등의 기능이 저하됨으로써 일상생활에서 지장을 초래하는 후천적인 다발성 장애”로 정의된다(치매관리법 제2조). 이처럼 치매는 뇌졸중과 같은 혈관성 질환이나 파킨슨병과 같은 뇌 내 단백질 축적 질환 등으로 인해 발생·악화될 수 있다는 특성을 지니며, 따라서 정신질환과 신체질환의 상호작용 속에서 발생하는 경우가 많다.²⁴⁾ 예를 들어, 뇌졸중을 예방하기 위한 고혈압 치료, 당뇨 치료, 식단 조절 등의 일반적인 비정신질환 영역의 서비스 제공이 ‘혈관성 치매(vascular dementia)’라는 정신질환의 치료·예방에 직결된다. 반대로 치매로 인해 신체질환 약제의 복용을 거부하고 정맥주사 등의 장치를 몸에서 제거하는 경우, 신체질환의 치료를 위해서는 정신질환의 치료가 반드시 동반되어야 한다. 따라서 노인성 정신질환의 경우 정신질환의 치료와 신체질환의 치료는 긴밀히 얽혀있으며, 정신건강복지법에 근거한 서비스 제공과 후견제도에 근거한 서비스 제공 사이의 단절은 질병

23) 예를 들어, 법원의 사전허가 이외에도 피후견인에게 후견감독인이 선임된 경우 민법 제940조의6에 따라 비자의 입원 과정에 대한 후견감독인의 감독이 이루어질 수 있다.

24) Sadock, B.J. et al., Kaplan&Sadock's, *Synopsis of Psychiatry: Behavioral Sciences/Clinical Psychiatry*, Wolters Kluwer, 2015, 694-741면.

의 복합성을 적절히 반영해 내지 못한다는 한계를 갖는다.

마지막으로, 정신건강복지법에서 ‘정신질환’에 근거하여 비자의 입원을 부과하는 것은 장애를 근거로 한 부당한 차별이며,²⁵⁾ 따라서 정신질환 요건은 폐지되어야 한다는 근본적 비판이 제기되어 왔다.²⁶⁾ 정신건강복지법에서는 개인의 정신질환을 치료하기 위해 ‘① 정신질환자’ 중 ‘② 자신의 건강 또는 안전이나 다른 사람에게 해를 끼칠 위험이 있는 경우’ 정신건강의학과 전문의의 진단·신청 절차를 통해 비자의 입원을 할 수 있도록 규정하고 있다.²⁷⁾ 이러한 정신건강복지법상 비자의 입원은 ‘정신질환자’라는, 진단에 입각한 특정한 ‘지위’를 근거로 예방적 구금을 허용하는 특별한 제도이다. 즉, 해당 개인에게 ‘정신질환자’라는 특정한 지위가 없는 경우, 설사 개인이 높은 수준의 자타해 위험을 지니고 있더라도 해당 조항은 적용되지 않아 비자의 입원의 대상이 되지 않는다. 다음의 도식을 통해 이를 보다 직관적으로 파악할 수 있다.

아래의 [그림 1]에서 볼 수 있듯이, 정신건강복지법의 장애에 근거한 부당한 차별을 지적하는 사람들은 ‘타해 위험’을 지닌 다수의 사람들 중, 오직 ‘정신질환’을 지닌 사람만을 대상으로 예방적 구금을 시행하는 것에 대해 문제를 제기한다.²⁸⁾ 좌측의 큰 원에 속하는, 타인에 대한 위험을 지니는 비장애인에 대해서

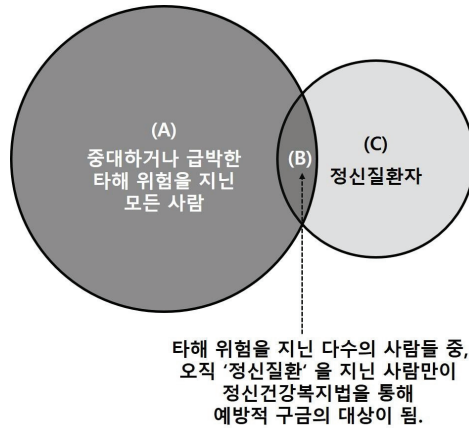
25) Harding, R., “Challenging Capacity: Shifting Paradigms of Intellectual Disability across Law, Medicine and Society”, in Jacob, M. & Kirkland, A. eds., *Research Handbook on Socio-Legal Studies of Medicine and Health*, Edward Elgar Publishing, 2020, 61–64면.

26) 이에 대한 선구적인 작업으로는 Dawson, J. & Szmukler, G., “Fusion of Mental Health and Incapacity Legislation”, *The British Journal of Psychiatry*, 188.6, 2006, 504–509면 참조.

27) 정신건강복지법 제44조. 본문에서는 제44조에 기술된 ‘행정입원’의 사례를 중심으로 서술하였으나, 그 밖의 보호의무자에 의한 입원(제43조), 응급입원(제50조) 또한 ‘정신질환자’라는 지위를 요구한다는 점에서 동일한 양상을 지닌다.

28) 2022년에 발표된 유엔 장애인권리위원회의 대한민국 제2,3차 병합 국가보고서에 대한 최종견해에서도, “장애인, 특히 심리사회적 및/또는 지적 장애인이 여전히 손상에 근거하여 자유를 박탈하는 법의 적용을 받으며, 감금을 포함한 임의적 대우를 받지 않도록 보장하는 조치들에 대한 정보가 충분하지 않은 것에 여전히 우려한다”고 지적하고 있다(“Concluding observations on the combined 2nd and 3rd periodic reports of the Republic of Korea”, UN Committee on the Rights of Persons with Disabilities, CRPD/C/KOR/CO/2–3, 27th session 2022, para 31).

유사한 논리로, 국가인권위원회도 절차적 준수 및 최소침해적 대안에 대한 탐색 없이 신체 보호대와 같은 신체의 자유를 침해하는 조치를 시행하는 경우, ‘장애에 근거한 차별’일 수 있다는 결정을 내렸던 바 있다(국가인권위원회 2014. 7. 7.자 13-진정-0733200 결정).



[그림 1] 정신질환자에 대한 예방적 구금의 차별적 적용³⁰⁾

는 비자의 입원을 적용하지 않으면서, 두 원이 겹치는 영역의 정신장애 당사자에 대해서만 비자의 입원을 적용하는 것은 장애에 근거한 부당한 차별이라는 것이다. 이러한 네 번째 비판에 근거하면, ‘정신질환’의 유무와 ‘자타해 위험’을 기준으로 한 정신건강복지법의 비자의 입원의 요건은 명백한 장애 차별이며, 따라서 비자의 입원의 근거는 다른 내용으로 반드시 대체되어야만 한다. 그러나 이에 대한 대안이 국내에서는 뚜렷하게 제시되지 못해왔으며, 이에 이제까지의 정신건강복지법상 비자의 입원 개정의 논의는 ‘① 정신질환’과 ‘② 자타해 위험’이라는 큰 틀은 그대로 유지한 채, 비자의 입원의 두 요건이 동시에 만족되어야 하는지(and), 아니면 두 요건 중 하나만 만족되면 되는지(or)의 논쟁에 함몰되었거나(2016년 정신건강복지법 개정 시의 논쟁),²⁹⁾ 비자의 입원 요건에

29) 관련하여, 헌법재판소는 2016년 구(舊) 정신보건법 제24조 제1항의 보호입원에 대한 헌법 불합치 결정에서 “입원치료·요양을 받을 정도의 정신질환을 앓고 있는지 또는 환자 자신의 건강·안전이나 타인의 안전을 위하여 입원이 필요한지 여부에 대한 판단권한을 정신과 전문의 1인에게 전적으로 부여함으로써, 그의 자의적 판단 및 권한의 남용 가능성을 배제하지 못하고 있다”고 지적한다. 그러나 해당 결정은 그 대안이 ‘정신질환 진단’과 ‘자타해 위험’이라는 기준을 보다 엄밀히 판단하여 “남용가능성을 방지”하려는 것에 그쳐, 그 기저에 놓인 ‘정신질환 진단’과 ‘자타해 위험’이라는 요건 자체의 타당성에 대해서는 주의를 기울이지 않고 있다. 이러한 헌법재판소의 판결과 유사하게, 2016년 5월 29일 정신건강복지법으로의 전부개정에서도 두 요건은 근본적 변화 없이 유지되어 현재에 이르고 있다.

대한 근본적 문제는 제기하지 않은 채 입원 이후의 사후적 모니터링을 어떻게 보완할 것인지의 논의에 관심이 집중되었던 것이 사실이다.

3. 성년후견제도와 정신건강복지법 충돌에 대한 대응 (3)

: 융합 법제의 설계

이러한 문제점들은 단지 한국에서만 문제가 아니었으며, 해외에서도 정신 장애인에 대한 후견제도-정신보건제도의 이원화 체계를 둘러싼 다양한 비판이 지속되었다. 대표적으로 영국에서는 이미 2000년대 초부터 후견제도와 정신보건 법제를 분절적으로 규정하는 것에 대한 문제가 제기되었으며, 이러한 논쟁은 2005년 제정된 England&Wales의 정신능력법(Mental Capacity Act 2005, 이하 ‘MCA 2005’)에 의해 의사능력에 기반한 자유박탈(Deprivation of Liberty, 이하 ‘DoL’)이 제도화되며 더욱 첨예화되었다. 기존에 시행되던 정신보건법(Mental Health Act 1983, 이하 ‘MHA 1983’)에서의 비자의 입원과 MCA 2005상의 DoL에 의한 비자의 입원 사이에 실무상의 혼란이 있을 뿐만 아니라, 양자 간의 이념과 적용요건이 크게 달라 법리적 정합성이 없고 대상자 간의 형평성이 확보되기 어렵다는 지적이 이어졌던 것이다. 이러한 맥락 속에서, 후견제도를 포함하는 정신능력 법제와 정신보건 법제가 하나의 ‘융합 법제 (fusion legislation)’로 근본적으로 변화되어야 한다는 주장이 제기되었다.³¹⁾

이러한 사회적 논의 끝에, 2016년 영국 북아일랜드에서는 전 세계 최초로 ‘정신능력 법제’와 ‘정신보건 법제’를 통합적으로 규율하는 융합 법제인 ‘북아일랜드 정신능력법[Mental Capacity Act (Northern Ireland) 2016]’을 제정하였다. 더욱 중요한 점은, 해당 법제는 단순히 두 법제를 하나의 법의 테두리

30) Szmukler, G., *Men in White Coats: Treatment under Coercion*, Oxford University Press, 2018, 74면의 도식을 필자가 번역·수정하여 인용함.

31) Dawson, J. & Szmukler, G., 앞의 논문. 이를 발전시킨 저자들의 최근의 논의로는 Dawson, J. & Szmukler, G., “The Fusion Law Proposal and the CRPD”, in Ashley Stein, M. et al. eds, *Mental Health, Legal Capacity, and Human Rights*, Cambridge University Press, 2021, 95-108면 참조.

안에 규정한 ‘형식상의 통합’을 이뤄낸 것이 아니라, 양 법률 간 적용되는 법리를 하나의 원리하에 체계적으로 재구성하여 ‘내용상의 융합’을 이뤄냈다는 점이다. 북아일랜드 법제의 구체적 내용과 이원화된 제도와의 차이를 구체적으로 살펴보기 전에, 이하의 II장에서는 영국 정신능력법제의 발전 과정과 2016년 북아일랜드 법제가 제정되기까지의 배경을 간략히 검토하고자 한다.

II. 의사능력에 기반한 융합 법제의 제정 배경³²⁾

- England&Wales의 Mental Capacity Act 2005를 중심으로

1. MCA 2005의 제정

영국에서 ‘의사능력’에 독립적 법제의 필요성이 구체적으로 제기되었던 것은 1990년대 Law Commission의 활동으로부터 시작되었다. 1991년 Law Commission이 발표한 Consultation Paper No. 119³³⁾에서는 의사능력 저하자를 둘러싼 법체계가 (정신질환 진단과 같은) “지위(status)”에 기반한 접근으로부터 (의사능력 평가를 통한) “기능(function)”에 기반한 접근으로 변화해야 한다는 선구적 주장을 제기하였다.³⁴⁾ Law Commission은 1993년에는 이러한 제안을 더욱 구체화하여 세 개의 세부 보고서를 발간하고,³⁵⁾ 1995년에는 이전까지의 의사능력 판단과 관련하여 판례법(case law)에서 확립되었던 기준을 구체화하여 정신능력법 제정의 구체적 제안을 담은 최종보고서를 발간하였다.³⁶⁾ 이후 1995년 보고서를 기반으로 여러 검토와 수정을 거쳐

32) 영국법에서 정신능력 법제는 한국의 후견제도에 대응되는 범주를 관장하는 것을 넘어, 연명의료 결정이나 형법상 책임능력과 치료감호, 성적 동의능력 등의 방대한 분야를 포괄하고 있다. 이에 본 논문에서는 정신능력 법제와 정신보건 법제의 융합, 그중에도 비자의 입원 제도에 초점을 맞추어 논의를 전개하고자 한다.

33) The Law Commission, *Mentally incapacitated Adults and Decision-Making: An Overview*, Consultation Paper No. 119, 1991.

34) The Law Commission, 앞의 보고서, para 2.44. 한편, 해당 보고서에서는 의사능력 저하자 보호를 위한 법제의 원칙으로, “능력의 추정(presumption of competence)”, “최소침해적 대안(the least restrictive alternative)” 등의 요소를 제안하였는데(para 4.18-4.27), 이는 훗날 제정되는 MCA 2005의 원형을 이루는 것이었다.

35) The Law Commission, *Mentally incapacitated Adults and Decision-Making: A New Jurisdiction*, Consultation Paper No. 128, 1993; The Law Commission, *Mentally incapacitated Adults and Decision-Making: Medical Treatment and Research*, Consultation Paper No. 129, 1993; The Law Commission, *Mentally incapacitated Adults and Decision-Making: Public Law Protection*, Consultation Paper No. 130, 1993.

36) The Law Commission, *Mental Incapacity*, Consultation Paper No. 231, 1995. 1995년 보고서는 내용면에서 매우 구체적이고 혁신적인 것이었다. 보고서에서는 정신능력법의 기반을 이루는 두 개념을 “능력의 상실(lack of capacity)” 평가와 “최선의 이익(best interests)” 보장으로 정리하며 의사능력 평가원칙과 기준을 구체적으로 제안하였고(Part III), 의사능력 평가에서 ‘기능적 평가(functional test)’와 ‘진단적 평가(diagnostic threshold)’의 구분(para 3.1-3.13), 의사능력을 평가할 때의 4가지 판단기준(para 3.14-3.21)과 같은,

2005년 4월 7일, 마침내 MCA 2005가 통과되었다.

2. 정신능력법상 자유박탈(Deprivation of Liberty) 규정의 도입과 정신보건법과의 충돌

2005년 법 제정 이후에도 MCA 2005에는 여전히 법 적용의 사각지대와 해석상의 여러 모호한 지점이 존재했다. 이후의 여러 중요 판결을 거치며 MCA 2005는 내용상의 개정과 적용 영역의 확장을 이루어갔는데, 그중 특히 주목할 만한 변화는 ‘자유박탈(DoL)’과 관련한 방대한 보호조치가 MCA 2005에 추가되었다는 점이다.

가. Bournewood gap: 자유박탈 안전장치(Deprivation of Liberty Safeguards)³⁷⁾의 법적 정비

첫 번째로 MCA 2005의 큰 변화를 이끄는 계기가 되었던 사건은 유럽인권 재판소의 HL v. UK [2004] 판결이었다.³⁸⁾ HL은 중증 자폐성장애와 지적장애를 지닌 40대 남성으로, 탈원화하여 지역사회에서 생활하던 중 다시 시작된 자해 문제로 병원 직원에 의해 Bournewood 병원에 입원되었다.³⁹⁾ 당시 HL은 판례법에 근거하여 비공식 입원(informal admission)된 상태였고, 병동의 정

향후 MCA 2005에서 대부분 반영되는 핵심적 개념들을 제안하였다. 또한 1995년 보고서에서는 정신능력법의 적용 범위를 재산과 신상에서의 후견이나 후견계약(Part VIII, Part VII)은 물론, 의료 분야에서의 치료와 연구(Part VI), 사전의료의향서(Part V)에까지 확장하여 구체적으로 제안하였다.

37) 영국의 정신능력법에서 흔히 사용되는 ‘Safeguards’는 흔히 ‘안전장치’, ‘안전조치’, ‘보호조치’, ‘보호절차’ 등으로 번역되어왔다. 이때 ‘보호조치’ 혹은 ‘보호절차’와 같은 번역어는 이후 제정되는 ‘Liberty Protection Safeguards’와 같은 규정에서 볼 수 있듯이 protection과의 번역어가 중첩되는 문제가 있다. 이에 본 논문에서는 제철웅·정민아의 번역례를 따라 Safeguards를 ‘안전장치’로 번역하고자 한다(제철웅·정민아, “신상보호 영역에서의 지원의 사결정 제도—영국 정신능력법상의 제도를 중심으로”, 의생명과학과법(제23권), 2020).

38) H.L. v. United Kingdom 45508/99 [2004] ECHR 720.

39) 이하의 H.L. 판결에서의 사실관계에 대한 내용은 [2004] ECHR 720, para 9–49의 내용을 요약한 것이다. Bournewood 판결에 대한 개괄적 소개로는 Diamond, B., *Legal Aspects of Mental Capacity: a Practical Guide for Health and Social Care Professionals*, 2nd eds., Blackwell Publishing, 2016, 254면 참조.

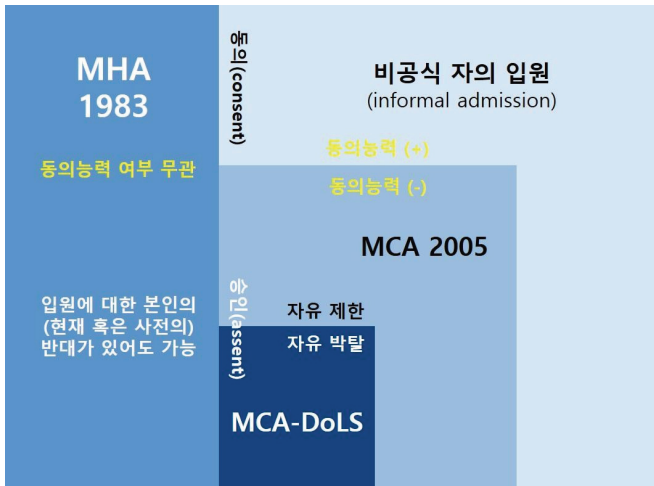
책으로 외출이나 보호자의 면회가 차단되었다. 이에 당시 HL를 돌보고 있던 신청인은 단지 HL 스스로가 입원에 반대하고 있지 않다는 사실만으로 어떠한 법적 보호조치 없이 이러한 구금이 이루어졌다는 사실이 유럽인권협약 제5조(신체의 자유와 안전에 대한 권리) 위반에 해당한다며 소를 제기하였다. 당시 최고법원 역할을 수행하던 상원(House of Lord)이 병원의 손을 들어주자 신청인은 유럽인권재판소에 소를 제기하였고, 영국 상원의 판단과는 반대로 유럽인권재판소는 HL은 자유박탈(DoL) 상태에 놓여 있었으며, 이러한 자유의 박탈이 “법률로 정한 절차”가 아닌 비공식적 입원의 방식으로 이루어졌다는 점에서 유럽인권협약 제5조를 위반하였다고 판결하였다.⁴⁰⁾ 이는 자유의 박탈에 대한 당사자로부터의 ‘반대의 부재’가 ‘동의를 성립’과 동등한 것으로 여겨져서는 안 된다는 것을 명확히 선언한 것이었다.⁴¹⁾

판결의 파급력은 매우 컸다. HL의 판결 이전까지는 의사능력이 저하된 환자가 병원에 비공식 입원(informal admission)을 한 경우, 설사 해당 개인이 감금에 준하는 상태에 놓여 있더라도 본인의 명시적 반대가 없으면 MCA 2005의 적용과 보호조치의 대상이 되지 않아 왔다. 그러나 유럽인권재판소의 HL v. UK [2004] 판결을 통해 의사능력 저하자의 입원에 있어서 법적 보호의 공백이 있다는 것이 지적되었고, 영국 인권법(Human Rights Act 1998)에 따라 판결과 관행 사이의 간극(gap)이 법적 정비를 통해 해소되어야만 했다(이러한 간극은 당시 HL이 입원하여 있던 법원의 명칭을 따서 “Bournewood gap”이라 칭해졌다). Bournewood gap 해소에 관한 여러 논의 끝에, 결국 2007년 법 개정을 통해 자유의 박탈이 존재하는 상황에 대한 법적 보호조치를 명시한 ‘자유 박탈 안전장치(Deprivation of Liberty Safeguards, 이하 ‘DoLS’)' 규정이 MCA 2005에 추가되기에 이른다.

40) 유럽인권협약 제5조(신체의 자유와 안전에 대한 권리)의 제1항은 다음과 같다.
 “모든 사람은 신체의 자유와 안전에 대한 권리를 가진다. 어느 누구도 다음의 경우에 있어서 법률로 정한 절차를 따르지 아니하고는 자유를 박탈당하지 아니한다.”

41) Welsh, S. F., “Deprivation of Liberty Safeguards: Past, Present and Future”, in Jacob R. et al. eds., *Mental Capacity Legislation: Principles and Practice*, Cambridge University Press, 2019, 56면.

이로써 비자의 입원과 관련한 대상자에 대한 개입은 ① MCA-DoLS (해당 입원에 대한 동의능력이 없고, 명시적 입원 거부 없음, 비자의 입원의 내용이 자유의 박탈에 준하는 경우), ② MCA 2005 (해당 입원에 대한 동의능력이 없고, 명시적 입원 거부 없음, 비자의 입원의 내용이 자유의 박탈에 이르지 않는 경우), ③ MHA 1983 (평가·치료가 필요한 정신질환을 겪고 있고, 그 자신의 건강 또는 안전의 이익을 위하여 또는 다른 사람의 보호를 위해 수용이 필요한 경우)⁴²⁾으로 나누어지게 되었다([그림 2]).⁴³⁾



[그림 2] 의사능력 저하자에 대한 비자의 입원에서 MHA 1983, MCA 2005, MCA-DoLS의 적용⁴⁴⁾

이에 따라 정신장애인에 대한 입원 절차를 세 개의 법적 근거 중 어떠한 법제에 따라 진행할지에 대한 판단 기준이 문제로 떠올랐다. 특히 쟁점이 되었던 점 두 가지는 (1) 자유박탈(DoL)의 기준을 어떻게 잡을 것인지 (즉, MCA 2005

42) Mental Health Act 1983 ss. 2, 3 참조.

43) Szmukler, 앞의 책, 96면.

44) Clare, I.C.H. et al., *Understanding the Interface between the Mental Capacity Act's Deprivation of Liberty Safeguards (MCA-DOLS) and the Mental Health Act (MHA)*, July, 2013, 3면의 도식을 필자가 번역 및 일부 수정하여 수록함.

와 MCA-DoLS의 경계 확정의 문제), (2) 정신장애인의 입원이 MHA 1983과 MCA 2005(혹은 MCA-DoLS) 모두에 의거해 가능한 경우 어떠한 법제를 따를 것인지의 문제였다. 첫 번째 문제에 대한 고민은 다음에 소개될 2014년 Cheshire West 판결을 통해 해소되었고, 이는 다시 MCA 2005의 큰 변화를 이끌었다.

나. “금칠한 새장도 여전히 새장이다”

: Cheshire West 판결과 자유박탈 판단의 구체적 기준

Bournemouth gap을 해소하기 위해 도입된 DoLS 규정은 의사능력 저하자에 대한 다양한 절차적 보호를 제공하였으나, 정작 정확히 어떠한 상황이 ‘자유박탈’인지에 대한 논란은 끊이지 않았다.

이에 대한 해답으로, 2014년의 영국 최고법원(Supreme Court)에서 내려진 이른바 ‘Cheshire West 판결’⁴⁵⁾에서는 자유박탈의 기준을 판단하는 간결하고도 명확한 기준을 제시하였다. 판결의 개요는 다음과 같다. 뇌성마비와 다운증후군을 갖고 있던 38세 남성 P는 24시간 활동지원 서비스를 받으며 어머니의 돌봄하에 자택에서 지내왔다. 그러나 그의 어머니가 연로하여 P에 대한 충분한 돌봄을 지원하는 것이 제한되자, 지방당국은 P가 시설에서 지내는 것이 본인의 최선의 이익에 부합되는 것이라 판단, 넓고 쾌적한 독채 형태의 공동생활가정에 수용하였다. P에게는 다양한 활동지원 서비스와 수치료(hydrotherapy), 클럽 활동, 외출 프로그램이 제공되었고, 정기적으로 쇼핑을 가고 그의 본가에 방문할 수 있도록 계획되었다. 이처럼 다양한 사회복지 서비스가 제공되는 가운데, 그럼에도 불구하고 P의 상황이 ‘자유박탈’에 해당하는지가 문제가 되었다.

항소법원(the Court of Appeal)은 P에게 주어진 서비스와 자유제한의 정도는 P가 가진 장애와 의사능력 저하의 특성을 고려하였을 때 “상대적 정상성(relative normality)”을 지니며, 따라서 P의 상황은 자유의 박탈이 아니라고

45) P v Cheshire West & Chester Council; P & Q v Surrey County Council [2014] UKSC 19.

판단하였다. P의 특성을 고려하면 자유제한은 불가피한 측면이 있기에, “현재 사건에서 P가 놓인 상황을 건강과 의사능력이 손상되지 않은 동일 연령의 사람의 상황과 비교하는 것은 의미가 없다”는 것이었다.⁴⁶⁾

그러나 최고법원(the Supreme Court)은 항소법원의 결정을 뒤집어, P의 상황은 자유의 박탈에 해당한다고 판결하였다. 대법관 브렌다 헤일(Brenda Hale)은 항소법원에서 제기한 “상대적 정상성” 개념을 비판하며, “자유박탈이 무엇을 의미하는지는 그가 신체적 혹은 정신적 장애를 가지고 있는지와 관계 없이 모두에게 동일해야”하고, “내가 생활하고 있는 서비스 환경(arrangements)이 안락하다는 사실이, 그리고 그것이 나의 삶을 가능한 한 실로 행복하게 만든다는 사실이, [모두에게 자유박탈이 동일한 의미를 지녀야 하는 데에] 차이를 만들어서는 안 된다”고 판단하였다.⁴⁷⁾ 판결문에서 헤일 대법관이 비유적으로 언급했던 것처럼, “금칠한 새장도 여전히 새장일 뿐(a gilded case is still a cage)”이라는 것이다.⁴⁸⁾

이에 Cheshire West 판결에서 영국 최고법원은 “신체적 혹은 정신적 장애를 가지고 있는지와 관계없이 모두에게 동일”⁴⁹⁾하게 적용될 수 있을 것을 염두에 두고, ‘자유박탈 여부’ 판단의 새로운 기준을 다음과 같이 설정하였다.

- (1) 지속적 감독과 통제하에 있을 것(under continuous supervision and control)
- (2) 자유롭게 떠날 수 없을 것(not free to leave)⁵⁰⁾

이른바 “acid test”⁵¹⁾라 불리는 위의 두 자유박탈 판단기준의 확립은 사회

46) P (by his litigation friend, the Official Solicitor) v Cheshire West and Chester Council and another [2011] EWCA Civ 1257 [2012] PTSR 1447.

47) [2014] UKSC 19, para 46.

48) [2014] UKSC 19, para 46.

49) [2014] UKSC 19, para 46.

50) [2014] UKSC 19, para 49.

51) [2014] UKSC 19, para 48. 이러한 acid test는 앞서 살펴본 유럽인권재판소의 Bournemouth 판결문에서의 언급을 헤일 대법관이 Cheshire West 판결에서 인용하며 구체화된 것이다. Bournemouth 판결에서 acid test의 두 조건이 선구적으로 언급된 부분으로는 H.L. v. United

서비스 현장에 큰 변화를 가져왔다. Cheshire West 판결에 따라 대상자의 신체적·정신적 장애, 자유제한이 일어나는 장소, 서비스 제공의 질, 서비스 제공자의 의도나 당사자의 의사 등과 무관하게, 위의 두 acid test를 만족하는 경우 자유박탈에 해당하며 따라서 반드시 MCA-DoLS의 광범위한 보호절차를 거쳐야 했던 것이다. 2014년 Cheshire West 판결로 자유박탈의 성립 범위는 크게 확장되었고, 그 여파로 DoLS 신청이 이전에 비해 수십 배 가량 급격히 늘어났다.⁵²⁾ 이에 따라 돌봄서비스 현장에서 DoLS 신청은 점차 일상적인 것이 되어갔다.⁵³⁾

다. MCA-DoLS와 MHA 1983 사이의 충돌

이처럼 DoLS로 포섭되는 영역이 점차 확대됨에 따라, MHA와 MCA-DoLS 법제의 이중적 운영의 문제가 다시 대두되었다. 대표적으로, 지역사회에 사는 당사자가 이미 MCA-DoLS에 의거하여 자유박탈에 대한 절차적 보호를 받고 있는 상황임에도, 기저의 정신질환이 악화되어 정신병원에 입원하게 되면 MHA에 의한 감독 체계로 이행을 하여야 하는 비효율의 문제가 제기되었다. 또한 정신장애 당사자가 MHA 1983에 따라 지역사회 치료명령(Community Treatment Order, CTO)을 받고 지역사회에서 살아갈 때, 당사자의 서비스 제공 형태가 위 acid test를 만족한다면 해당 당사자는 치료명령은 MHA 1983의 통제를, 기타 서비스는 MCA-DoLS의 규제를 받는 불합리한 상황도 벌어졌다.⁵⁴⁾ 나아가 대상자가 신체질환과 정신질환을 모두 가지고 있는 경우, (통상

Kingdom 45508/99 [2004] ECHR 720, para 91 참조.

52) 영국 공식 통계에 따르면, 2014년 Cheshire West 판결 직전인 2013년에 비하여 2020년 자유박탈 신청은 약 30배가량 증가하였다.

<https://www.gov.uk/government/statistics/family-court-statistics-quarterly-october-to-december-2020/family-court-statistics-quarterly-october-to-december-2020> (마지막 접속일: 2023년 8월 31일.).

53) Cheshire West 판결 이후의 DoLS 신청의 폭증 속에서 DoLS 신청 후 승인까지의 소요 시간이 크게 늘어나는 등의 행정 문제가 불거졌다. 이에 England&Wales에서는 DoLS 절차의 간소화 방안을 검토하였고, 2019년 Mental Capacity Act (Amendment) 2019를 통해 DoLS를 대체하는 LPS(Liberty Protection Safeguards) 제도를 도입하였다.

적으로는 MCA의 영역인) ‘신체질환 치료를 위한 입원’과 (통상적으로는 MHA의 영역인) ‘정신질환 치료를 위한 입원’을 어떻게 조율할지에 대한 문제 제기도 이어졌다.⁵⁵⁾

이처럼 이원화된 법체계는 “어디서 MHA가 끝나고, 어디서 MCA가 시작하는지” 알기 힘들며,⁵⁶⁾ 따라서 “두 법제를 함께 다루는” 실행지침(Code of Practice)이나 통일 법제의 필요성이 점차 대두되기 시작하였다. 이러한 정신능력법 발전의 역사적 배경 속에서 정신능력법과 정신보건법이 하나의 ‘융합 법제(fusion legislation)’로 근본적으로 변화되어야 한다는 주장이 힘을 얻기 시작하였다.

3. ‘능력 기반 접근(capacity-based approach)’ 과 MCA (NI) 2016

이러한 현장에서의 필요성과 정신보건 법제에 내재한 부당한 차별([그림 1] 참고)에 대한 문제 제기에 응답하여, 본격적인 융합 법제 제정의 움직임이 2000년대 중반 북아일랜드로부터 시작되었다. 북아일랜드의 정신능력법 제정을 추진하는 과정에서 작성된 2007년 Bamford report에서는, “북아일랜드는 분리된 두 개의 법제 접근으로부터 초래되는 차별, 혼란, 격차를 피해야만 하며, 진정으로 비차별적인, 원칙에 기반한 통합적 법체계(comprehensive legislative framework)로 나아가야 한다”고 천명하였다. “신체질환에 관한 결정을 위해 하나의 법제를, 정신질환에 관한 결정을 위해 또 하나의 법제를 지니

54) AG (by her litigation friend the Official Solicitor) v BMBC & SNH [2016] EWCOP 37.

55) 이처럼 정신장애인에 대한 자유박탈과 관련한 보호 체계가 이원화된 상황 속에서, MHA와 MCA-DoLS 중 어느 법제를 선택하여야 하며 둘 사이의 관계는 무엇인지에 대한 혼란을 해소하기 위해 여러 판례와 원칙들이 도출되기도 하였다. GJ v. The Foundation Trust [2009] EWHC 2972 (Fam) 판결에서는 ‘but for’ test를 도입하여 신체질환과 정신질환을 동시에 지닌 정신장애 당사자에 대한 MCA-DoLS/MHA interface의 문제를 해결하고자 하였으며(para 86), AM v. South London and Maudsley NHS Foundation Trust and the Secretary of State for Health [2013] UKUT 0365 (AAC) 판결에서는 MHA와 MCA 적용이 모두 가능하다면 서비스 제공자는 당사자를 돌봄에 있어서 최소침해성을 보장하는 방식을 선택하여야 한다는 원칙을 수립하였다.

56) Clare, I.C.H. et al., 앞의 보고서, 32-33면.

는 것은 일관성이 없으며, 혼란스럽고, 불공정(unjust)하다”는 것이다.⁵⁷⁾

이어서 해당 보고서에서는 “개인의 자율성에 개입하는 근거는 해당 개인의 의사결정능력의 손상에 기반하여야만 한다”고 말하며,⁵⁸⁾ 전통적 정신보건 법제의 대안으로 “능력 기반 접근(capacity-based approach)”을 제안한다.⁵⁹⁾ 이러한 제안에 대한 수년간의 논쟁과 구체적 법안 작성 끝에, 2016년 마침내 전 세계 최초로 의사능력 법제와 정신보건 법제를 통합한 융합법제인 Mental Capacity Act (Northern Ireland) 2016 (이하 ‘MCA(NI) 2016’)이 탄생하게 되었다.

III. 정신능력 법제와 정신보건 법제의 융합 : MCA (NI) 2016

1. MCA (NI) 2016의 기본원칙과 절차적 보호

MCA (NI) 2016은 15개 편(part)의 308개 조(section)와 11개 부칙(sched-ule)로 이루어져 있으며, 통상적으로 후견 법제 및 정신보건 법제가 규율하는 영역은 물론, 연명의료 법제, 형법상 책임능력 및 치료감호 법제, 의사능력이 저하된 개인에 대한 연구의 영역까지도 포괄하는 방대한 법체계이다(<표 1>). 이때 중요한 것은 이러한 다양한 분야의 법제가 모두 동일한 기본원칙과 절차적 보호에 기반하여 설계되었다는 점이다.⁶⁰⁾ 이처럼 MCA (NI) 2016은 의사능력이 저하된 개인에 대한 평가 및 대리결정의 기본원칙에서 시작하여, 의사능력이 쟁점이 되는 다양한 영역의 문제에 대하여 일관되고 정합적인 해결을 시도하고 있다.⁶¹⁾

57) The Bamford Review of Mental Health and Learning Disability (Northern Ireland), *A Comprehensive Legislative Framework*, Aug. 2007 (이하 ‘The Bamford Review 2007’).

58) The Bamford Review 2007, 6면.

59) The Bamford Review 2007, 8면.

60) MCA(NI) 2016, part 1-2 참조.

61) MCA(NI) 2016은 법 시행 과정에서 혼란을 막기 위해, 조문별 발효시기를 달리하여 단계적인 법 적용을 예정하였다. 현재는 법 시행 후의 3년간에 해당하는 Phase 1 시기이며,

<표 1> MCA (NI) 2016의 체계와 한국 법제와의 비교

북아일랜드		통상적 관할법제	한국
MCA (NI) 2016	Part 1 기본원칙	후견 법제, 정신보건 법제, 연명의료 법제, 일부 의료법	없음
	Part 2 능력의 결여 : 면책조항과 안전장치		성년후견제도 정신건강복지법 연명의료결정법
	Part 3 지명인		없음
	Part 4 독립적 정신능력 옹호인		없음 62)
	Part 5 영속적 대리인		성년후견제도 (후견계약)
	Part 6 법원의 특정명령 및 법정대리인 선임		성년후견제도 (법정후견)
	Part 7 공공후견인과 법원 상담자 63)		후견감독인이 일부 기능 수행
	Part 8 연구	인간대상연구 법제	생명윤리법
	Part 9 경찰력을 통한 안전한 장소로의 이송	-	-
	Part 10 형법	치료감호 법제	형법 제10조, 치료감호법
	Part 11 구성국 법제 간 이관	-	-
	Part 12 아동	후견 법제	성년후견제도 (미성년후견)
	Part 13 벌칙	-	-
	Part 14 기타 규정		
	Part 15 부칙		

MCA (NI) 2016은 의사능력이 저하된 개인의 자율성을 존중하고 본인의

Phase 1 중에는 기존의 Mental Health Order 1986과 같은 정신보건법제와 MCA(NI) 2016이 병존하는 이중적 법체계를 따른다. 즉, 현재 시점(Phase 1)에 북아일랜드는 England&Wales의 MCA 2005와 MHA 1983이 병존하는 것과 유사한 이중적 법체계를 따르고 있으나, 본 논문에서는 Phase 1이 경과한 이후 향후 발표되어 시행될 통합 법제를 기준으로 논의를 진행하였다.

62) 현재 영국법제의 독립적 정신능력 옹호인에 일부 대응하는 제도로 국내에서는 ‘절차보호 시범사업’이 시행되고 있다.

63) 법원 상담자(Court visitor)의 역사적 연혁과 관련하여서는 제철용, “영국법에서 의사결정무능력 성인의 보호제도의 역사적 전개와 2005년의 정신능력법의 특징”, 『비교사법』 제17권 4호, 2010, 267면 참조. ‘법원 상담자’라는 번역 또한 해당 문헌을 따랐다.

최선의 이익을 보호하기 위해 다양한 기본원칙들을 제시하고 있으며, 이는 기본적으로 England&Wales의 MCA 2005를 기반으로 설계되었다. MCA (NI) 2016의 의사능력에 관한 기본적 원칙들에 대한 규정을 개략적으로 요약하면 다음과 같다.

가. 의사능력 기본원칙⁶⁴⁾

[원칙 ①] 의사능력의 추정 (s.1(2))

: 개인은 의사능력이 결여되어 있다고 확정되지 않는 한 의사능력이 추정된다.

[원칙 ②] 특정 상태 혹은 특성에 근거한 판단 금지 (s.1(3)(b))

: 개인이 놓인 어떠한 상태(condition) 혹은 다른 특성(characteristic)에 근거하여 결정능력이 없다고 판단되지 않는다.

[원칙 ③] 모든 실행 가능한 도움과 지원하에서의 의사능력 판단 (s.1(4))

: 개인이 특정 결정을 내리는 것을 가능케 하는 모든 실행 가능한 도움과 지원(all practicable help and support)의 제공 없이는 해당 개인은 결정을 내릴 능력이 없다고 간주되지 않는다.

[원칙 ④] '현명하지 못한 결정'에 근거한 판단 금지 (s.1(5))

: 개인이 단지 현명하지 못한 결정(unwise decision)을 내렸다는 것만으로 해당 문제에 대한 결정능력이 없다고 간주되지 않는다.

[원칙 ⑤] 최선의 이익 (s.2(2))

: P⁶⁵⁾를 대신하여 결정을 할 때, 모든 행위와 결정은 P의 최선의 이익에 부합하여야 한다. 이때의 최선의 이익 판단은 만일 P가 의사능력이 있을 경우 P가 내릴 결정이 무엇인지를 고려하는 것으로부터 출발한다.⁶⁶⁾

의사능력이 저하된 개인의 권리를 보호하기 위해, MCA (NI) 2016에서는 가장 먼저 의사능력 추정 조항을 두고 있다(s.1(2)). 즉, 개인은 해당 사안에

64) MCA (NI) 2016에 대한 Code of Practice에서 이처럼 5가지로 기본원칙을 정리하고 있다. Department of Health, *Mental Capacity Act (Northern Ireland) 2016: Deprivation of Liberty Safeguards Code of Practice*, Nov. 2019, 14면(이하 해당 문헌은 'DoLS-CoP 2019'로 표기).

65) 이때 'P'는 MCA (NI) 2016상에서 의사능력과 관련한 이슈가 있는 당사자를 의미하는 약어이다.

66) DoLS-CoP 2019, 27면.

대하여 ‘의사능력이 결여되어 있다’고 확정되지 않는 한 의사능력이 있다고 추정된다는 것이다. 이는 이후의 기본원칙과도 연결되는 것으로, MCA (NI) 2016은 개인의 특정한 “상태(condition)” 혹은 “특성(characteristics)”을 지닌다는 것만으로 의사능력이 없다고 결론 내리는 것은 “정당화될 수 없는 추론(unjustified assumption)”이라 말한다(s.1(3)(b)). 예를 들어, 단지 외견상의 장애가 심하다는 이유로, 혹은 언어능력이 저하되어 소통하기 어렵다는 것만으로 성급하게 의사능력 결여를 추정하여서는 안 된다.

따라서 MCA (NI) 2016에서의 의사능력 평가에는 당사자를 지원하기 위한 다양한 도움과 지원이 전제된다. Section 1(4)에서는 당사자가 결정을 내리는 것을 가능케 하는 모든 실행 가능한 도움과 지원(all practicable help and support) 없이는 해당 개인이 의사능력이 없다고 판단되지 않는다고 규정한다. 앞선 사례를 예로 들면, 언어능력이 저하되어 소통이 어려운 언어장애인에 대해서는 소통을 위해 필요한 의사소통 보조기구나 수어 등의 서비스가 충분히 적용된 것을 전제로 의사능력 평가를 진행하여야 한다는 것이다.⁶⁷⁾

나아가 당사자가 어떠한 사안에 대하여 (일반적 관점에서 볼 때) “현명하지 못한 결정(unwise decision)”을 내리더라도, 단지 이것만으로 의사능력이 없다고 추정되어서는 안 된다(s.1(5)). 개인은 자신의 삶에서 자율성을 가지고 사적 자치를 누릴 권리를 가지기에, 설사 타인이 보기에 어리석은 결정이라 할 지라도 당사자는 자신의 영역에서 결정 권한을 행사할 수 있다는 것이다. 이는 의사능력이 저하된 지적장애 당사자가 본인의 의사에 따라 타인과 착취적 관계를 맺거나, 치료 약제를 거부하는 상황에서도 동일하게 적용된다.⁶⁸⁾ MCA (NI) 2016의 Code of Practice에서는 당사자의 현명하지 못한 결정이 반복되어 개인의 복리가 훼손될 우려가 있다고 하더라도 이것만으로 의사능력의 결여를 판단할 수는 없고, 이는 단지 의사능력 평가를 ‘제안할 이유’가 될 뿐이라

67) DoLS-CoP 2019, 15-16면.

68) 관련한 판결로는 PC v NC v City of York Council [2013] EWCA Civ 478 참조. 해당 판결에서는 “사람은 결정할 능력이 있는 한, 현명하지 못한 결정을 할 자유가 있다(people are free to make unwise decisions, provided that they have the capacity to decide)”고 실시한다(para 64).

본다.⁶⁹⁾ 의사능력 평가를 통해 해당 사안에 대한 의사능력이 결여되어 있다고 최종적으로 판단되기 전까지는, 당사자는 (실사 현명하지 못한 것이라 할지라도) 외부의 개입 없이 본인 스스로 결정을 내릴 수 있다.

마지막으로 MCA (NI) 2016는 최선의 이익과 관련한 기본원칙을 제시하고 있다(s.7). 우선 Section 7에서는 최선의 이익 결정에 P는 가능한 최대도 참여할 수 있어야 한다고 규정한다. 나아가 P의 최선의 이익을 판단할 때는 모든 연관된 상황들을 고려하되, P의 과거와 현재의 소망·느낌·믿음·가치에 대하여는 보다 특별한 고려(special regard)를 하여야 한다. 또한 의사결정을 대리하는 사람은 P의 최선의 이익이 무엇인지와 관련하여 (실행가능하고 적절한 한도 내에서) P와 관련된 사람들과 상의하고 이를 고려하여야 하며, 같은 목적을 달성하면서도 보다 최소침해적(least restrictive) 대안이 있는지 검토하여야 한다.

그렇다면 이러한 의사능력 기본원칙을 바탕으로 한 ‘능력 결여(lack of capacity)’ 판단은 어떻게 내릴 수 있는 것일까? MCA (NI) 2016 제3조 및 제4조에서는 의사능력 평가의 요소와 관련하여 자세한 규정을 제시하고 있는데, 이는 다음에서 살펴보고자 한다.

나. ‘능력 결여(lacks capacity)’의 의미

먼저 MCA (NI) 2016에서는 결정할 수 있는 능력이 없다는 것은 오직 “특정한 사안(in relation to a matter)”에 대해서만 내려질 수 있다고 규정하고 있다(s.3(1)). 실사 개인이 특정 사무를 결정할 능력이 없다고 판단된다 할지라도, 이것이 다른 일련의 결정에까지 확대·유추 적용되어서는 안 된다는 것이다. 따라서 MCA (NI) 2016에서는 해당 사무의 특성과 당사자의 잔존능력의 특성, 주변의 지원과 당사자가 처한 상황 등을 종합적으로 고려하여, 각 사안별로 개별적으로 능력이 평가되어야 한다.⁷⁰⁾

69) DoLS-CoP 2019, 16면.

70) 이는 “의사능력의 유무는 구체적인 법률행위와 관련하여 개별적으로 판단되어야” 한다고 규정하는 국내 판례의 태도(대법원 2002. 10. 11 선고 2001다10113 판결 등) 및 획일적

16세 이상의 개인이

① 특정한 시점에

② 특정한 사안에 대하여

③ 기능 평가 : 결정을 내릴 수 없고 (unable to make a decision),

▶ ‘결정을 내릴 수 없다’는 것의 의미는 다음을 뜻한다. (s.4(1))

㉔ 이해(understand)⁷¹⁾ : 결정과 관련한 정보를 이해할 수 없거나,

㉕ 유지(retain) : 결정을 내리는 데에 필요한 시간 동안 정보를 유지할 수 없거나,

㉖ 정보의 평가(appreciate), 정보의 사용 및 저울질(use and weigh)
: 정보의 적절성을 평가하고 정보를 사용하고 정보의 경중을 저울질할 수 없거나

㉗ 소통(communicate)
: 발화, 수어 사용 혹은 어떠한 다른 방법으로도 본인의 결정을 소통할 수 없음.

④ 손상·장애 평가⁷²⁾

: 정신 혹은 뇌의 기능의 손상(impairment)·장애(disturbance)가 있으며,

▶ 손상·장애 평가의 주의사항

상기의 손상·장애가

㉔ 영구적인지 일시적인지 (s.3(2)(a))

㉕ 그 원인이 무엇인지, (s.3(2)(b))

는 문제가 되지 않는다.

[특히, 그 손상·장애가 질병(disorder) 혹은 장애(disability)로 인해 초래되었는
지 여부는 문제가 되지 않는다. (s.3(3))]

⑤ 인과관계 평가: ‘결정을 내릴 수 없음’이 손상·기능장애에 기인할 때, 해당 사안에 대하여
‘능력을 결여한다(lacks capacity)’고 한다. (s.3(1))

또한 MCA (NI) 2016에서는 의사능력 결여의 판단이 “특정한 시점(at the material time)”에 대해서만 이루어질 수 있다고 규정한다(s.3(1)). 개인의 의

행위능력 제한을 탈피하고 잔존능력에 따라 사안별로 당사자의 의사결정을 최대한 존중·보장하려는 한국의 성년후견제도의 이념적 지향과도 일치한다 [대한민국 민법 (2011. 5. 19. 법률 제 10645호로 개정되기 전의 것) 제개정문 참조].

71) 이때, 해당 개인의 상황에 적절한 방식(쉬운 언어, 시각적 보조 등의 방식을 사용)으로 정보의 설명이 제공되어야 한다(s.4(4)).

72) DoLS-CoP 2019, 19면.

사능력은 시간에 따라서 변화하며, 따라서 과거에 특정한 사안에 대해 의사능력이 없다고 판단되었을지라도 다른 시점에는 해당 사안을 결정할 능력이 회복되었을 수 있다는 것이다.⁷³⁾

특정 시점, 특정 사안에 대해 결정할 능력을 평가함에 있어, MCA (NI) 2016은 의사능력 결여의 판단을 세 단계로 나누어 파악하고 있다. 첫째는 ‘기능 평가(functional test)’이다. 기능 평가는 다시 네 부분으로 나뉘게 되는데, 기능 평가를 통과하기 위해서는 당사자가 정보를 ㉠ 이해하고 ㉡ 유지하며, 획득한 정보를 ㉢ 평가하여 예상 결과들을 저울질한 뒤 ㉣ 외부와 소통할 수 있어야 한다.⁷⁴⁾ 두 번째는 정신 혹은 뇌의 기능의 손상(impairment)·장해(dis-turbance) 유무를 파악하는 것이다. 이때, 상기의 손상과 장애가 영구적인지 일시적인지 여부, 그 원인이 질병 혹은 장애에 의한 것인지 여부는 문제가 되지 않는다(s.3(2)). 마지막으로, 손상·장애와 기능 저하와의 인과관계(causal link)가 성립하여야 한다(<표 2>).⁷⁵⁾

73) 이러한 의사무능력 판단에 있어서의 MCA (NI) 2016의 기본원칙은 후견인의 대리 권한의 범위가 가정법원에 의해 정해진 이후에 쉽게 변경되기 어려운 한국 후견실무에 있어서 많은 함의를 갖는다. 국내 민법상 법정대리인의 권한의 범위가 적절하지 않은 경우 민법 제938조 제4항에서는 가정법원이 청구에 의하여 그 범위를 변경할 수 있도록 하고 있으나, 절차가 복잡하고 오랜 시간이 소요되기에 빠르게 변화하는 피후견인의 의사능력의 변화에 적절히 대응하기 힘들다는 측면이 있다.

74) 구체적인 기능 평가의 방식과 관련하여서는 DoLS-CoP 2019, 19-22면 참조.

75) 이러한 인과관계가 성립하지 않는 경우로, DoLS-CoP에서는 협박과 같은 부적절한 영향 하에 놓인 개인의 사례를 들고 있다. 설사 개인이 기능의 저하가 있고, 기저에 정신이나 뇌의 손상·장애가 있다고 할지라도, 그러한 기능의 저하가 손상·장애에 의한 것이 아닌 외부의 부적절한 영향에 의한 것이었다면 ‘인과관계 평가’를 만족하지 않는다(DoLS-CoP 2019, 24면 참조). 기능 평가와 손상·장애 평가의 인과관계와 관련한 England & Wales MCA 2005에서의 해석론에 대해서는 PC v NC v City of York Council [2013] EWCA Civ 478, para 58 참조.

<표 2> MCA (NI) 2016에서의 의사능력 결여의 평가 단계

[1단계] 기능 평가			
이해	유지	평가, 사용 및 저울질	소통
↑ [3단계] 인과관계 평가			
[2단계] 손상·장애 평가			

이처럼 MCA (NI) 2016에서는 능력의 결여를 판단할 때 그것이 정신질환에 의한 것인지, 신체질환 혹은 노화에 의한 것인지 등을 구분하지 않고, 오직 특정 시점의 당사자가 지닌 기능 저하 여부만을 고려한다. 이러한 기능적 접근법(functional approach)은 ‘질환·장애 중립적’ 특성을 지니며, 전통적 정신보건 법제에 내재해 있는 ‘정신질환에 근거한 부당한 차별’을 해소하는 중요한 요소로 작용한다.

2. MCA (NI) 2016에서의 비자의 입원

그렇다면 이러한 ‘능력 기반 정신보건 법제(capacity-based mental health law)’는 전통적 정신보건 시스템을 어떻게 변화시키는 것일까? MCA (NI) 2016이 포괄하는 다양한 정신보건의 영역 중, 이하에서는 비자의 입원 제도를 중심으로 그 변화의 양상과 의의를 살펴보고자 한다. MCA (NI) 2016에서의 비자의 입원 요건과 절차적 보호를 이해하기 위해서는, 그 기저에 놓인 면책조항에 대하여 먼저 살펴볼 필요가 있다.

가. 의사무능력자의 최선의 이익에 부합한 행위에 대한 면책(protection from liability)

16세 이상의 사람 P에 대한 케어, 치료, 개인적 복리에 관한 행위⁷⁶⁾를 타인 D가 행할 때,

- ① 행위 전에 D는 P가 해당 사안에 대한 능력을 결여하였는지 확인하기 위한 합당한 단계(reasonable steps)를 거쳐야 한다. (s.9(1)(c))
- ② 행위 시에는 D는 다음의 사항을 합당하게 믿어야 한다.⁷⁷⁾ (s.9(1)(d))
 - ㉠ P는 해당 사안에 대한 능력을 결여했다.
 - ㉡ 행해질 행위가 P의 최선의 이익에 부합한다.
- ③ 상기 조건들을 만족하는 상황에서, 만약 P가 해당 사안에 대한 능력을 지녔고 P가 해당 행위에 대해 동의를 제공했다면 D가 책임지지 않았을 상기 행위에 대해, D는 책임을 지지 않는다.⁷⁸⁾⁷⁹⁾

앞서 기본원칙에서 살펴보았듯이 ‘의사능력 결여’의 판단은 결정이 필요한 각 사안의 특성, 그리고 시간에 따라 변동하는 개인의 의사능력을 고려하여 매

76) 단, 정신과적 뇌신경수술(psychosurgery) 및 기타 정부에서 정하는 행위는 상기 조항 적용에서 배제된다(s.10(2), s.10(5)).

77) 믿음이 합당한지 여부를 결정하는 것에는, 앞서 소개한 기본원칙들(특정 상태 혹은 특성에 근거한 판단 금지, 모든 실행 가능한 도움과 지원하에서의 의사능력 판단, 최선에 이익에 따른 판단 등)이 적용된다(s.9(5)).

78) MCA (NI) 2016 s.9(2). 단, 해당 조문에 비하여 이에 상응하는 MCA 2005 s.5(2)의 조문이 보다 의미 파악에 용이하여 본문의 번역은 MCA 2005 s.5(2)를 기준으로 작성하였다.

79) 단, 이러한 면책 조항에 대한 몇 가지 예외가 존재한다.

- ① 다음의 책임은 상기 면책조항 적용에서 배제된다. (s.10(1))
 - ㉠ 행위에서의 D의 과실(negligence)로 초래된 손실 및 손해에 대한 민사책임(civil liability)
 - ㉡ 행위에서의 D의 과실(negligence)로 초래된 형사책임(criminal liability)
- ② P가 지정한 영속적 대리인(lasting power of attorney) 혹은 P를 위해 지정된 법정대리인(deputy)이 그의 권한부여 범위 내에서 본 법령에 따라 내린 결정과 D의 상기 행위가 상충하는 경우는 상기 면책조항 적용에서 배제된다. (s.10(3)(a))
- ③ P가 작성한 ‘치료거부에 관한 유효한 사전결정(effective advance decision to refuse treatment)’과 상충하는 경우는 상기 면책조항 적용에서 배제된다. (s.11(1)) 단, 그럼에도 D의 행위가 연명치료를 제공하는 것이거나, P의 상태의 중대한 악화를 예방하는데에 필요한 것이라고 합리적으로 믿음만한 것이라면,
 - ㉠ 영속적 대리인 혹은 법정대리인의 결정과 상충하거나
 - ㉡ 치료거부에 관한 유효한 사전결정과 상충하더라도, D의 행위에 대해서 면책조항이 적용된다. (s.10(4))

시점·매 사안에 대해 개별적으로 평가되어야 한다. 그러나 전통적 후견제도에 서는 이러한 개별적 평가를 실현하기 힘들다. 예를 들어 대한민국 구(舊) 민법상 금치산 제도에서는 사무 일반에 대해 포괄적 ‘행위무능력’을 부여하여, 각 사안에 특이적인 의사능력 판단을 근본적으로 차단하였다. 이러한 한계로 민법 개정을 통해 현행 성년후견제가 도입되었지만, 이 또한 법정대리권의 범위를 후견 심판 시점에 결정해놓도록 하여,⁸⁰⁾ 여전히 매 시점·매 사안에 대한 개별 평가를 당사자에게 제공하는 데에는 한계가 있는 상황이다. 이처럼 정해진 시점에, 일정 범위의 사무에 대해 포괄적으로 의사능력의 결여를 규정하는 전통적 후견제도의 방식은, 개인의 자율성과 잔존능력에 대한 충분한 존중을 실현시키는 데에 장애물로 작용하고 있다.

이에 MCA (NI) 2016에서는 타인 D가 P에 대한 돌봄, 치료, 개인적 복리에 관한 행위를 행할 때, D가 ① P는 해당 사안에 대한 능력을 결여하였고, ② 행해지는 행위가 P의 최선의 이익에 부합한다고 합당하게 믿었다면, D는 해당 행위에 대해 면책(protection from liability)될 수 있음을 규정하고 있다. 이러한 광범위한 면책조항은 개인의 자율성과 잔존능력을 최대한 존중하려는 입법 목적으로부터 도출된 매우 특수한 조항이다. 일상에서 타인 D가 의사능력이 저하된 개인 P에게 서비스를 제공함에 있어서, 위 두 요소에 대한 합당한 믿음(reasonable belief)이 있다면 별도의 법원의 판단 없이도 P와 관련한 행위에 대한 동의를 대리할 수 있는 권한이 D에게 부여되는 것이기 때문이다. 이러한 광범위한 면책조항은 매 순간 법원의 판단을 구하지 않고도 특정 시점·특정 사안에 대해 서비스 제공자가 개별적으로 P의 의사능력을 평가하고 잔존능력을 최대한 존중하여 개입 여부를 결정할 수 있다는 장점을 갖는다.

80) 민법 제938조 제2항, 제3항. 다만, 동조 제4항에서는 “법정대리인의 권한의 범위가 적절하지 아니하게 된 경우에 가정법원은 (...) 그 범위를 변경할 수 있다”고 규정하여 대리의 범위를 피후견인의 잔존능력의 변화에 맞추어 수정할 수 있는 여지를 남겨놓고 있다. 그러나 이는 법원의 결정이라는 수단을 통해서 가능하기에, 매 순간·매 사안마다 개별적으로 판단되어야 하는 MCA (NI) 2016의 기본원칙을 충분히 반영하기 힘들다. 유사한 지적으로는 제철웅, “요보호성인의 인권존중의 관점에서 본 새로운 성년후견제도”, 민사법학(제56호), 2011, 310면 참조.

그러나 이러한 광범위한 면책조항은 우리로 하여금 곧바로 다음의 의문이 떠오르게 만든다. 개인을 비자의 입원 시키거나 강제로 약물을 투약하는 등의 침습적 행위 또한 단지 'P가 능력을 결여하였고', '해당 행위가 P의 최선의 이익에 부합한다'는 서비스 제공자의 합당한 믿음만으로 면책될 수 있는 것일까? 이에 대한 별도의 보호가 필요한 것은 아닌가? 이러한 우려 지점과 관련하여, MCA (NI) 2016에서는 다음과 같은 추가적 안전장치(additional safeguard)들을 상세히 규정하고 있다.⁸¹⁾

나. 특정 행위에 대한 추가적 안전장치(additional safeguards)⁸²⁾

(1) 공식적 능력 평가(formal capacity assessment)⁸³⁾

첫 번째 안전장치로 MCA (NI) 2016에서는 자유박탈, 주요 수술과 같은 “중대한 개입(serious intervention)”⁸⁴⁾의 경우, 행위 이전의 충분히 가까운 시점(recently enough)에 ‘공식적 능력 평가’가 이루어질 것을 요한다(ss.13(1), (2), (3)). 서비스 제공자의 비공식적 의사능력 평가와 최선의 이익 판단에 기대는 일상적 결정과는 다르게, 중대한 개입에 해당하는 경우 훈련된 전문가에 의한 공식적 ‘의사무능력 평가서(statement of incapacity)’가 작성되어야만 하는 것이다.

따라서 ‘자유박탈’에 해당하는 비자의 입원의 경우에도 상기의 ‘공식적 능력 평가’라는 안전장치가 반드시 확보되어야만 하며, 이러한 과정이 당사자의 비자의 입원 과정에서의 첫 번째 안전장치로 작용한다.

81) 이때, MCA(NI) 2016에서는 정신질환 여부에 근거한 별도의 비자의 입원 제도를 규정하지 않고 있다는 점에 유의할 필요가 있다. 북아일랜드에서는 해당 개인의 정신질환 및 신체질환 여부와는 관계없이 오직 ‘의사능력’의 평가와 최선의 이익에 근거하여 자유박탈조치를 규율하고 있으며, 따라서 이하에서 살펴볼 ‘추가적 안전장치’ 또한 질환·장애 여부에 근거하여 이루어지지 않는다.

82) 추가적 안전장치와 관련한 보다 자세한 기술로는 DoLS-CoP 2019, 35면 이하 참조.

83) 공식적 능력평가의 보다 구체적 내용과 관련하여서는 DoLS-CoP 2019, 44면 이하 참조.

84) 이때 ‘중대한 개입’에는 자유박탈 이외에도 주요 수술, P에게 중대한 통증/스트레스/부작용을 초래하는 행위, P의 일상생활에 중대한 영향을 미치거나 중대한 결과를 초래하는 행위, 지역사회 거주명령(community residence requirement)이 포함된다(ss.63(1), (2)).

(2) ‘중대한 해악 예방 조건(prevention of serious harm condition)’의 만족

P에게 자유박탈에 해당하는 행위를 하는 경우, 면책조항이 적용되기 위해서는 ‘중대한 해악 예방 조건(prevention of serious harm condition, 이하 ‘POSH’)’⁸⁵⁾을 만족하여야 한다. 해당 조건의 세부 내용은 다음과 같다.

중대한 해악 예방 조건(POSH)은 D가 행위 시점에 합당하게 하기의 내용을 믿을 수 있는 경우를 의미한다. (s.22(1))

- ① 해당 행위를 제공하지 않으면
 - ㉠ P에게 중대한 해악(serious harm)이 초래되거나
 - ㉡ 타인에게 중대한 신체적 해악(serious physical harm)이 초래되고,
- ② 해당 행위를 제공하는 것이 상기의 해악의
 - ㉠ 개연성(likelihood)과
 - ㉡ 중대성(seriousness)에 비례한 대응(proportionate response)이다.
- ③ 단, 상기의 조건은 해당 행위가 제공되지 않을 때는, 다른 대안적인 개입이 가능한 빨리 이루어진다는 것을 전제로 판단되어야 한다. (ss.22(3), 25(5))

따라서 자유박탈에 해당하는 비자의 입원의 경우에도 상기의 POSH를 만족하여야 한다. 이는 일견 한국 정신건강복지법의 제43조 혹은 제44조의 이른바 ‘자타해 위험’ 조항과 유사한 외형을 갖는다. 그러나 POSH에는 그 구성요소로 단지 ‘자타해 위험’만이 아니라, (1) 비례성(해악의 방지를 위한 개입이 해악의 개연성과 중대성에 비례한 대응이어야 함)과 (2) 최소침해성(다른 대안적 개입이 가능한 빨리 이루어짐을 전제로 판단)까지도 포괄하는 개념이라는 측면에 주목할 필요가 있다. 즉, 사소한 자타해 위험이 있어도 정신질환 당사자에게 개입하는 근거가 만족되는 국내 정신건강복지법과는 달리, MCA (NI) 2016에서 제시하는 POSH에서는 이미 해당 규정 속에 ‘비례성’과 ‘최소침해

85) POSH라는 약어의 사용은 DoLS-CoP 2019, 35면을 따랐다. POSH와 관련한 보다 상세한 내용은 DoLS-CoP 2019, 35면 이하 참조.

성'이라는 규범적 요소를 내포하고 있다는 것이다. 이러한 POSH 조건의 요구가 비자의 입원에의 두 번째 안전장치에 해당한다.

(3) 지명인(nominated person)⁸⁶⁾ 제도

자유박탈에 준하는 비자의 입원에 대한 세 번째 안전장치로, MCA (NI) 2016에서는 '지명인' 제도를 도입하고 있다. 중대한 개입행위가 이루어지는 경우 P는 (선임할 의사능력이 있는 경우) 자신에게 가장 적절한 사람을 지명인으로 임명할 수 있으며, 선임할 수 있는 의사능력이 결여된 경우 법에 명시된 기본리스트의 순서대로 지명인이 자동으로 선임된다.⁸⁷⁾

MCA (NI) 2016 제7조 및 제15조에 따르면, P에 대한 중대한 개입을 결정할 때 서비스 제공자는 실행가능하고 적절한 한도 내에서 지명인과 P의 최선의 이익이 무엇인지 상의하고 이를 고려하여야만 한다(ss.15(1), 15(2), 15(3), 7(7)). 이때, 지명인은 P에 대한 대리결정을 하는 것이 아닌, P의 최선의 이익을 보호하는 안전장치의 역할을 한다는 점⁸⁸⁾에서 국내 의료 실무에서의 '보호자' 혹은 '보호의무자'의 역할과 구분된다는 점에 유의할 필요가 있다.

(4) 승인(authorization)⁸⁹⁾

네 번째 안전장치로, P에게 자유박탈에 해당하는 행위를 하는 경우 MCA (NI) 2016의 부칙(Schedule)에 근거한 사전 승인이 필요하다. 이러한 승인과

86) 의사능력은 결정 특이적(decision-specific)이며, 따라서 자유박탈에 대한 동의능력은 결여되었지만 지명인을 선택할 능력은 남아있을 수 있다. 따라서 P가 16세 이상이고 지명인을 선택할 능력이 있는 경우, P가 선택한 사람을 지명인으로 우선하여 선정한다(DoLS-CoP 2019, 48면).

87) P가 지명인을 선택할 능력이 없는 경우 심사위원회(Review Tribunal)이 지명인을 선정하며, 심사위원회의 선정이 없는 경우 지명인은 MCA (NI) 2016 s.73에 제시된 기본목록(default list)에서 우선순위에 따라 지명된다(DoLS-CoP 2019, 51면).

88) DoLS-CoP 2019, 48면.

89) 단, 응급 상황에서는 s.19(2)(a) 및 s.20(2)(a), s.24(2)(b)의 '승인(authorization)'은 사후적으로 적용될 수 있다 (ss.19(3), 20(3), s24(3); DoLS-CoP 2019, 37-38면). 응급 상황의 정의와 관련하여서는 DoLS-CoP 2019, 53면 이하 참조.

정에서는 공식적 능력 평가(서식 1호), 손상·장해에 대한 의학적 평가(서식 6호), P의 최선의 이익 평가(서식 2호) 등이 MCA (NI) 2016의 기본원칙에 부합하여 타당하게 이루어졌는지 검토한다.

이때, 승인의 종류는 Short-term authorization과 Trust panel authorization으로 나뉜다. Short-term authorization은 평가 목적의 병원 입원에 대해서만 특수하게 적용되는 승인의 방법으로, 승인을 통해 14일간 자유박탈에 준하는 비자의 입원에 대한 면책이 허용되며, 이후 1차례 연장을 통해 총 28일간의 비자의 입원 지속이 가능하다. 이러한 Short-term authorization은 다른 전문가들이 수행·작성한 공식적 능력 평가, 의학적 평가, 최선의 이익 평가의 타당성과 기본원칙에의 부합 여부를 판단하여, 최종적으로 보건의료 전문가 1인의 승인을 통해 이루어진다.⁹⁰⁾

그밖의 모든 승인은 Trust panel에 의해 이루어진다. Trust panel은 HSC trust에 의해 지명된, 관련 교육을 수료한 세 명의 위원(의료 실무자, 승인된 사회복지사, 보건의료 전문가)으로 구성된다.⁹¹⁾ Trust panel의 승인을 통해 최대 6개월까지 면책 기간이 유지될 수 있고, 이후 재심사를 통해 1년 단위의 연장이 가능하다.⁹²⁾

단, 이때의 ‘승인’이란 P를 구금하는 권한의 부여라기보다, (D의 행위에 대한 면책을 가능케 하는 조건으로서의) 안전장치의 일부에 해당한다는 점에 유의하여야 한다. 구금 중 자유박탈의 요건 가운데 어떤 것이라도 더 이상 만족되지 않는다면 해당 구금은 즉시 종료되어야 하며,⁹³⁾ 나아가 어떠한 승인에 대해서도 심사위원회(Review Tribunal)에 이의가 제기될 수 있다.⁹⁴⁾

단, 응급 상황에서는 이러한 안전장치의 일부가 사후적으로 이루어질 수 있

90) DoLS-CoP 2019, 67면.

91) DoLS-CoP 2019, 85면.

92) 이때, P가 Trust Panel에 이의를 제기할 능력이 결여된 경우, 추가적 안전장치로 ‘서식 7호’가 추가로 작성되어야만 한다.

93) DoLS-CoP 2019, 37면.

94) DoLS-CoP 2019, 36면.

다. 안전장치 확보로 인한 대응 지연으로 인해 P에게 초래되는 해악의 위험이 안전장치 없이 자유박탈이 부여됨으로써 P에게 초래되는 위험보다 크다면, 공식적 능력 평가와 지명인 상의, 최종적 승인의 과정은 사후적 처리가 가능하다는 것이다.⁹⁵⁾ (단, 응급 상황을 사유로 시행하지 않았던 안전장치들은, 자유박탈 이후 빠르게 사후적 확보가 이루어져야 한다.) 반면 다른 안전장치들과는 다르게, 설사 응급 상황이라 할지라도 POSH 조건은 반드시 만족되어야만 한다.

(5) 독립정신능력옹호인(Independent Mental Capacity Advocate, 이하 'IMCA')

IMCA는 MCA 2005에서 도입되어 England&Wales에서 시행되고 있는 당사자 옹호 서비스로, 이를 차용하여 MCA (NI) 2016에서도 유사한 형태로 도입되어 시행을 예정하고 있다.⁹⁶⁾ 기본적으로 IMCA는 (1) (자유박탈을 포함하여,) IMCA 지정이 필요한 행위⁹⁷⁾가 당사자 P에 대해 이루어지고, (2) P는 해당 행위를 결정할 의사능력이 없다고 판정되었으며, (3) P에게 본인의 최선의 이익과 관련하여 상의할 (서비스 제공자 이외의) 가족, 친구, 대리인⁹⁸⁾과 같은 주변의 적절한 사람이 없을 때⁹⁹⁾ 지정되어야만 한다.

95) DoLS-CoP 2019, 37면.

96) MCA (NI) 2016는 단계적으로 시행되며, Phase 1인 현시점 (2023년 8월 31일) 기준으로 IMCA 제도는 시행되지 않은 상태이다. 이에 본문에서의 설명은 England&Wales의 MCA 2005하에서의 IMCA 제도의 시행을 참고하여 기술하였다.

97) MCA (NI) 2016, s.36에서는 IMCA가 지정되어야 하는 “관련 행위(relevant act)”를 구체적으로 규정하고 있다. 여기에는 자유박탈에 준하는 행위, 중대한 결과를 초래하는 치료, 지역 사회 거주명령 등이 포함된다.

98) 단, 영속적 대리인(Lasting Power of Attorney)이나 법정대리인(deputy)에게 부여된 권한의 범위가 재산 사무 등에 제한되어 문제가 되는 행위에 미치지 못할 때에는 IMCA가 선임되어야 한다(Office of the Public Guardian, Making Decisions: The Independent Mental Capacity Advocate (IMCA) Service, 27 November 2007, 15면). 또한 가족이나 친구가 있더라도 그들이 P에 대한 상의를 거부하거나, P를 학대하는 등의 상황에서는 IMCA의 선임이 이루어져야만 한다(Office of the Public Guardian, 앞의 보고서, 16면).

99) Department for Constitutional Affairs, *Mental Capacity Act 2005 Code of Practice*, 2007, London: TSO, 178면. MCA 2005하의 IMCA 서비스의 구체적 양상에 대한 국내 문헌으로는 강대선·이명현, “복지서비스이용자의 자율과 최선의 이익을 위한 영국 독립적 의사대변인 조직(IMCA)의 의사결정지원활동에 관한 연구”, 민주주의와 인권(제16권 1호), 2016, 168면 이하 참조.

이때 IMCA는 P와 관련한 행위를 결정할 권한은 갖고 있지 않으며, P의 의사 표현을 지원하고 P의 입장을 대변하는 역할을 수행한다. 실제로 England& Wales에서의 IMCA 운영 경험에 따르면, 일반적인 서비스 제공자가 서비스 제공자 입장에서 관찰한 당사자의 복리 증진에 따라 결정하는 경향이 높은 것과 달리, IMCA는 당사자의 관점과 선호, 자기결정을 중시하는 결정을 내리는 경향이 있음이 보고된 바 있다.¹⁰⁰⁾

이렇게 IMCA가 지정된 경우, 대리의사결정자 D는 해당 행위에 대한 결정 시에 실행가능하고 적절한 한도 내에서 IMCA와 P의 최선의 이익이 무엇인지 상의하고 이를 고려하여야만 한다(s.35(3)(b)). 이처럼 서비스 제공과 보호·통제의 관점으로부터 독립하여 당사자의 의견을 대변하는 IMCA 제도가 자유 박탈에 준하는 비자의 입원에서의 다섯 번째 안전장치에 해당한다.

이제까지 살펴본 MCA (NI) 2016에서의 비자의 입원 요건과 안전장치를 한국의 법제와 비교하여 정리한 결과는 이하의 <표 3>과 같다.

100) Redley, M, et al., "Mental Capacity Act (England and Wales) 2005: The Emergent Independent Mental Capacity Advocate (IMCA) Service", *British Journal of Social Work*, 40.6, 2010, 1821-1823면.

<표 3> 비자의 입원 요건과 승인에 대한 북아일랜드와 한국의 법제 비교

	북아일랜드	한국	
	MCA(NI) 2016 DoLS	정신건강복지법	민법 제947조의2 제2항
대원칙	자기결정 존중 본인의 최선의 이익	사회보호	자기결정 존중 본인의 최선의 이익
비자의 입원 요건	① 의사능력 기본원칙 충족 ② (특정 시점 및 사안에 대한) 의사능력 결여 ③ 최선의 이익 기본원칙 충족 ④ 중대한 자타해 위험 조건 만족 ⑤ 비례성 및 최소침해성	① 정신질환자 ② 자타해 위험	① 의사능력 결여 ¹⁰¹⁾ ② 본인의 최선의 이익 (이익에 반하지 아니하면 본인의 의사 존중) ¹⁰²⁾
입원 결정자	① 자유박탈(DoL)에 대한 면책 승인 ② 병원 안의 단기 구금 승인 ¹⁰³⁾ : Short-term authorization (1) 공식적 능력평가(서식 1호) (2) 최선의 이익평가(서식 2호) (3) 의학적 평가(서식 6호) (4) 공인된 전문가의 평가 (서식 8호) ¹⁰⁴⁾ → 최대 28일까지 DoL 면책 승인 ¹⁰⁵⁾ ⑥ 이외의 경우 : Trust Panel authorization ¹⁰⁶⁾ (1) 공식적 능력평가(서식 1호) (2) 최선의 이익평가(서식 2호) (3) 의학적 평가(서식 6호) (4) Trust Panel에의 신청과 승인(서식 5호) ¹⁰⁷⁾ → 최초 6개월간의 DoL 면책 승인 ② 지명인과의 상의 및 의견 고려 ¹⁰⁸⁾ ③ IMCA과의 상의 및 의견 고려 ④ 이차적 판단 ¹⁰⁹⁾	① 보호의무자의 신청 ¹¹⁰⁾ ② 전문의 2인의 진단 ③ 입적심 사후 심사 → 최초 3개월간의 비자의 입원승인	① 후견인의 동의권 대리행사 ② 가정법원의 사전 허가 → 후견인이 가정법원의 허가를 받아 기간 결정

3. MCA (NI) 2016 제정의 함의

의사능력을 기반으로 ‘정신보건 법제’와 ‘후견 법제’의 융합을 시도한 전세계 최초의 사례인 MCA (NI) 2016의 제정은 여러 측면에서 중요한 의미를 갖는다.

첫째로, MCA (NI) 2016은 의사능력 저하자에 대한 행위에 있어서 정신보건 법제와 후견 법제의 관할 영역이 중복되어 비정합성·비효율성이 초래되는 상황을 해소하였다. 앞서 I장에서, 비자의 입원을 규율함에 있어 정신건강복지법과 후견 제도 사이에 충돌이 발생하고 있음을 살펴보았다. 이와 달리 MCA (NI) 2016에서는 두 제도를 융합하여 일관된 원칙하에 규율함으로써, 양 법제 간의 단절을 근본적으로 해소하여 일원적으로 비자의 입원을 규율하고 있음을 확인할 수 있었다. 이질적 뿌리로부터 출발한 정신보건 법제와 후견제도를 ‘의사능력’의 기본원칙 하에 일관되게 규율하고, 이를 통해 법리적 정합성과 법적 안정성을 구축할 수 있었다는 데에 MCA (NI) 2016 제정의 첫 번째 의의가 있다.

MCA (NI) 2016 제정의 두 번째 의의는, 후견 법제와 정신보건 법제 간의 융

101) 민법 제9조.

102) 민법 제947조. “성년후견인은 피성년후견인의 재산관리와 신상보호를 할 때 여러 사정을 고려하여 그의 복리에 부합하는 방식으로 사무를 처리하여야 한다. 이 경우 성년후견인은 피성년후견인의 복리에 반하지 아니하면 피성년후견인의 의사를 존중하여야 한다.”

103) 단기 구금은 처음 14일에 한정되며, 1회 연장을 통해 28일까지 이루어질 수 있다. 28일 이후의 구금 지속은 Trust Panel 승인을 통해 이루어져야만 한다.

104) 이때 P가 Trust Panel에 이의를 제기할 능력이 결여된 경우, 서식 7호가 추가로 작성되어야 한다.

105) 한편, 단기 구금 승인으로 입원한 직후에는 서식 11호를 작성하여야 하며, 14일간 승인된 입원을 28일까지 연장하기 위해 서식 13호를 작성하여야 한다(DoLS-CoP 2019, 77면).

106) Trust Panel은 HSC trust에 의해 지명된, 관련 교육을 수료한 세 명의 위원(의료 실무자, 승인된 사회복지사, 보건 의료 전문가)으로 이루어진다(DoLS-CoP 2019, 85면).

107) 단기 구금 승인에서와 마찬가지로, P가 Trust Panel에 이의를 제기할 능력이 결여된 경우 서식 7호가 추가로 작성되어야만 한다.

108) 지명인의 반대가 있는 경우, 자격 있는 사회복지사(ASW)를 통한 서식 9호의 작성이 이루어져야 한다.

109) 이차적 판단은 ‘중대한 결과를 초래하는 치료’가 동반되는 경우에 시행한다(ss.16-17).

110) 정신건강복지법 제43조에 의거한 보호의무자에 의한 입원의 경우를 기준으로 작성함.

합을 통해 신체질환과 정신질환에 대한 서비스의 장벽을 해소하여 통합적 돌봄의 법적 기틀을 확립하였다는 점이다. 고령화로 인해 신체질환과 정신질환을 중첩해서 지닌 인구가 급격히 늘어나고 있으며, 나아가 노인성 질환에서는 신체질환과 정신질환의 명확한 구분이 어려운 경우도 다수 존재함을 앞서 살펴본 바 있다. 이에 신체질환은 후견 법제를 통해, 정신질환은 정신보건 법제를 통해 당사자를 지원해왔던 전통적 법체계는 통합적 돌봄 패러다임에 맞추어 새로운 변화를 꾀하여야 했다. 이러한 상황 속에서, MCA (NI) 2016은 신체질환 혹은 정신질환이라는 구분 대신 ‘의사능력’에 기반한 기능적 접근(functional approach)을 통해 본인의 신상 관리에 어려움을 겪는 당사자를 통합적·연속적으로 돌볼 수 있는 법적 체계를 구축하였다는 중요한 의의를 갖는다.

마지막으로, 그리고 가장 근본적인 중요성으로, MCA (NI) 2016은 정신장애 당사자에 대한 차별을(일부나마) 해소하였다는 큰 의미를 갖는다. 기존의 정신보건 법제에서는 비자의 입원·치료의 요건으로 ‘정신질환자’일 것을 요구해왔으며, 이는 질병·장애에 근거한 차별이라는 지적이 오랫동안 이어져 왔다. 그러나 이에 대한 뚜렷한 대안이 없어, 비판을 받으면서도 이러한 차별적 구조가 오늘날까지 지속되어 왔던 것이 사실이다. MCA (NI) 2016에서는 ‘정신질환의 여부’에 따라 예방적 자유제한을 부여하는 차별적 태도를 없애고 의사능력에 기반한 일관적 법체계를 설계함으로써, 단지 정신질환자라는 이유만으로 동일한 상황의 비정신질환자와는 다른 대우를 받는 차별적 상황을 많은 부분 해소할 수 있었다. 나아가 의사능력의 기본원칙과 여러 안전장치들을 도입함으로써, 당사자가 ‘정신질환자’ 혹은 ‘의사무능력자’로 낙인찍혀 스스로의 삶 속에서의 선택권과 자율성을 박탈당하는 것을 방지하고, UN 장애인권리협약에서 말하는 ‘지원의사결정(supportive decision making)’ 이념에 보다 근접해가는 정신보건 법제의 가능성을 보여주었다.

IV. 나가며: MCA (NI) 2016의 국내 법제에의 함의와 향후 개정방향

그렇다면 전 세계 최초로 ‘능력 기반 정신보건 법제(capacity-based mental health law)’를 제정한 북아일랜드의 사례가 국내 법제에 갖는 함의는 무엇이며, 국내의 정신건강복지법은 앞으로 어떻게 변화해 나가야 하는 것일까? 먼저 의사능력에 기반한 정신건강복지법의 개혁 방안은, 다음과 같이 ‘근본적 개정 방안’과 ‘절충적 개정 방안’으로 나누어 생각해 볼 수 있다.

우선, 근본적 개정 방안은 MCA (NI) 2016과 같이 ‘의사능력’에 기반하여 현행의 후견 법제와 정신건강복지법을 완전히 융합하는 것이다. 그러나 북아일랜드가 후견 법제와 정신보건 법제를 통합하여 완전히 새로운 융합 법제를 제정할 수 있었던 배경에는, 인접한 England&Wales와 Scotland에서 정신능력법이 이미 2000년대 초부터 제정되어 안정적으로 시행되고 있었던 영향이 매우 크게 작용하였다. 즉 후견 법제가 ‘능력 법제(capacity law)’로 개혁되었던 10여 년간의 역사를 영국 내에서 공유하고 있었기에, 이미 정립되어있는 능력 법제를 도입하면서 정신보건법을 의사능력에 기반하여 통합시키는 단계만을 추가로 해결하면 되었던 것이다.

그러나 한국의 경우, 2013년 성년후견제도 시행 이후 아직 후견 법제상의 능력의 평가나 관련 원칙들의 정립이 법률 차원에서도, 실무 현장에서도 명확히 이루어져 있다고 보기 어렵다. 이에 현재의 상황에서 국내의 후견 제도와 정신건강복지법을 융합하려는 시도는 ‘① 후견 제도의 성숙 및 능력 개념의 정립’과 ‘② 능력 기반의 정신건강복지법 개혁’이라는 이중의 과제를 맞닥뜨리게 된다. 현재 국내의 상황에서 이러한 이중의 과제를 동시에 해결하는 것은 적절치 않을 수 있으며, 우선 능력에 기반한 서비스 제공의 기본원칙과 능력 평가 방식이 명확히 자리 잡은 이후 중장기적 관점에서 이러한 융합 법제의 가능성을 검토하는 것이 타당할 것으로 보인다.

그렇다면, 국내에서 실현 가능하면서도 앞서 살펴본 융합 법제의 장점을 반영하는, 정신건강복지법의 중단기적·절충적 개정 방안은 무엇일까? 의사능력

에 기반한 정신건강복지법 개혁을 위한 절충적 개정 방안은 두 단계로 나누어 검토하여 볼 수 있다. 우선 첫 번째 단계는, 의사결정능력 평가 및 의사결정지원에서의 기본원칙을 담고 있는 「(가칭) 의사결정능력 평가 및 의사결정지원에 관한 기본법안」(이하 「기본법안」)을 제정하는 단계이다. 두 번째 단계는, 「기본법안」을 통해 관련한 후견 실무, 정신건강복지법, 연명의료결정법 등의 법제를 일관된 원칙하에 작동할 수 있도록 정비해 나감으로써, 융합 법제가 추구하는 서비스 제공에서의 정합성과 정신장애에 대한 비차별 원칙을 점진적으로 달성해나가는 단계이다.

우선 첫 번째 단계로 제안한 입법안의 구체적 예시로, 지난 2019년 20대 국회에서 원혜영 의원 등 12인이 발의하였던 「후견 등 의사결정지원에 관한 기본법안」을 참고하여 볼 수 있다.¹¹¹⁾ “후견을 통한 의사결정 지원 제도의 활성화”를 목적으로 입안된 해당 의안에서는, 앞서 본 논문에서 소개하였던 의사결정을 지원함에 있어서의 ‘기본원칙’들을 유사한 방식으로 제안하고 있다.¹¹²⁾ 해당 의안이 다루는 범위에 ‘의사능력 평가’의 영역을 추가하여, 여러 법제에서 사용되는 의사능력을 공통적으로 규율하는 「기본법안」을 제정할 수 있을 것이다. 절충적 방안의 두 번째로 단계로, 이러한 기본법안을 기초로 하여 후견 제도, 정신건강복지법, 기타 의료 관련 법제를 ‘의사능력’에 기반한 일관된 원칙하에 작동하도록 점진적으로 정비하여 나갈 수 있을 것이다.

의사능력의 구체적 평가 방식과 의사능력에 따른 서비스 지원의 기본원칙이 체계적으로 자리 잡지 않은 상황에서, 그리고 의사능력이 쟁점이 되는 여러

111) 원혜영 의원 등 12인 발의, “후견 등 의사결정지원에 관한 기본법안”, 2020417(2019.05.14.) [임시만료폐기].

112) 해당 의안에서 제안된 기본원칙의 내용을 살펴보면, 상당 부분 영국의 MCA의 원칙이 반영되어 있음을 확인할 수 있다. 나아가 해당 의안에서는 ① “의사결정능력 부족 성인의 인권을 보장할 수 있도록 기본원칙”을 정립하고, ② “의사결정지원 종합계획을 5년마다 수립하도록” 하며, ③ “국무총리 소속으로 후견 등 의사결정지원제도 이용확산 위원회를 설치”하고, ④ “후견 등 의사결정지원, 공공후견제도 활성화 및 의사결정지원 종합계획을 수행하는 중추기관으로 <중앙공공후견·의사결정지원센터>를 설치”하는 것을 주요내용으로 하였다(원혜영 의원 등 12인 발의, “후견 등 의사결정지원에 관한 기본법안”, 2020417 (2019. 5. 14.) [임시만료폐기], 2면).

법제들 간의 정합적 연계가 이루어지지 않은 국내의 상황에서, 앞으로 의료와 후견 영역 제도 전반에서 다양한 논의와 변화가 필요할 것으로 보인다. 지금까지 살펴보았던 후견제도와 정신건강복지법 간의 단절을 해소하는 것이나 의사능력 평가와 서비스 지원의 기본원칙을 정립하는 과제를 넘어, 의사능력이 저하된 당사자에게는 어떠한 추가적 안전장치가 필요할지,¹¹³⁾ 현재 분절적으로 이루어지고 있는 의사능력 관련 법제 사이의 간극(예를 들어, 치료감호법-정신건강복지법-후견제도 사이의 간극¹¹⁴⁾ 등)을 어떻게 해소할지, 서비스 제공 과정에서 UN 장애인권리협약에 따른 의사결정지원(supportive decision making)을 어떠한 방식으로 도입할 수 있을지 등, 의사능력과 관련한 실로 다양한 과제가 우리 앞에 산적하여 있다. 이러한 변화의 출발에서, 의사능력을 중심으로 후견제도와 정신보건부터 연명의료, 치료감호에 이르기까지의 다양한 분야의 법제를 일관된 원칙으로 통합적으로 규정한 MCA (NI) 2016는 국내에도 중요한 참고가 될 수 있을 것이라 생각한다.

113) 예를 들어 MCA(NI) 2016에서 다양한 안전장치(safeguards)를 도입하였던 배경은 무엇이었으며, 한국의 현실을 반영하였을 때 의사능력이 저하된 당사자에 대한 보호절차가 국내에서 어떻게 이루어져야 하는지에 대한 추가적 논의가 필요하다.

114) 치료감호와 정신건강 및 정신사회복지의 영역의 분절적 운영의 문제와 관련하여서는 김도희, “정신질환 범죄자 치료적 사법모델과 복지인권 패러다임 결합의 제문제”, 정신질환 범죄자에 대한 바람직한 치료와 복지시스템 마련을 위한 정신질환 범죄자의 치료와 복지의 결합 토론회 자료집, 2019. 8. 29., 27면 이하 참조.

[참고 문 헌]

[단행본]

- 신권철, 『정신건강복지법 해설(입원편)』, 법문사, 2018.
- 양창수 편, 『민법주해 I-총칙 (1)』, 박영사, 2022.
- 제철웅 외, 『정신건강과 법』, 홍문사, 2022.
- Diamond, B., Legal Aspects of Mental Capacity: a Practical Guide for Health and Social Care Professionals, 2nd eds., Blackwell Publishing, 2016.
- Grisso, T. & Appelbaum, P.S., Assessing Competence to Consent to Treatment - a Guide for Physicians and Other Health Professionals, Oxford University Press, 1998.
- Sadock, B.J. et al., Kaplan&Sadock's Synopsis of Psychiatry: Behavioral Sciences/Clinical Psychiatry, Wolters Kluwer, 2015.
- Szmukler, G., Men in White Coats: Treatment under Coercion, Oxford University Press, 2018.

[논문]

- 강대선·이명현, “복지서비스이용자의 자율과 최선의 이익을 위한 영국 독립적 의사대변인조직(IMCA)의 의사결정지원활동에 관한 연구”, 『민주주의와 인권』 제16권 1호, 2016.
- 김도희, “정신질환 범죄자 치료적 사법모델과 복지인권 패러다임 결합의 제문제”, 정신질환 범죄자에 대한 바람직한 치료와 복지시스템 마련을 위한 정신질환 범죄자의 치료와 복지의 결합 토론회 자료집, 2019. 8. 29.
- 김수정, “의료행위에 대한 동의에서 환자 보호자의 법적 지위와 역할-대행결정권과 공동의사결정을 중심으로”, 『의료법학』 제20권 2호, 2019.
- 김형석, “민법 개정안에 따른 성년후견법제”, 『가족법연구』 제24권 2호, 2010.
- 이재경, “정신질환자의 비자발적 입원에 관한 비교법적 검토-독일법을 중심으로”, 『의료법학』 제10권 2호, 2009.
- 제철웅, “영국법에서 의사결정무능력 성인의 보호제도의 역사적 전개와 2005년의 정신능력법의 특징”, 『비교사법』 제17권 4호, 2010.

- _____, “요보호성인의 인권존중의 관점에서 본 새로운 성년후견제도”, 『민사법학』 제56호, 2011.
- _____, “정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률의 시행과 치료, 입원, 퇴원 절차에서의 정신장애인 지원 방안”, 『서울법학』 제25권 3호, 2017.
- 제철웅·정민아, “신상보호 영역에서의 지원의사결정 제도-영국 정신능력법상의 제도를 중심으로”, 『의생명과학과법』 제23권, 2020.
- 하명호, “정신보건법상 보호의무자에 의한 입원”, 『안암법학』 제36호, 2011.
- Andreasen, N.C., “The Core Dimensions of Schizophrenia”, in Geddes J.R. et al. eds, *The New Oxford Textbook of Psychiatry*, 3rd ed. Oxford University Press, 2020.
- Dawson, J. & Szmukler, G., “Fusion of Mental Health and Incapacity Legislation”, *The British Journal of Psychiatry* 188.6, 2006.
- Harding, R., “Challenging Capacity: Shifting Paradigms of Intellectual Disability across Law, Medicine and Society”, in Jacob, M. & Kirkland, A. eds., *Research Handbook on Socio-Legal Studies of Medicine and Health*. Edward Elgar Publishing, 2020.
- Redley, M, et al., “Mental Capacity Act (England and Wales) 2005: The Emergent Independent Mental Capacity Advocate (IMCA) Service”, *British Journal of Social Work* 40.6, 2010.
- Szmukler, G., “The Fusion Law Proposal and the CRPD”, in Ashley Stein, M. et al. eds, *Mental Health, Legal Capacity, and Human Rights*, Cambridge University Press, 2021.
- Welsh, S. F., “Deprivation of Liberty Safeguards: Past, Present and Future”, in Jacob R. et al. eds., *Mental Capacity Legislation: Principles and Practice*, Cambridge University Press, 2019.

[보고서]

- Clare, I.C.H. et al., *Understanding the Interface between the Mental Capacity Act’s Deprivation of Liberty Safeguards (MCA-DOLS) and the Mental Health Act (MHA)*, July, 2013.

Department for Constitutional Affairs, Mental Capacity Act 2005 Code of Practice, 2007, London: TSO.

Department of Health, Mental Capacity Act (Northern Ireland) 2016: Deprivation of Liberty Safeguards Code of Practice, Nov. 2019.

The Bamford Review of Mental Health and Learning Disability (Northern Ireland), A Comprehensive Legislative Framework, Aug. 2007.

The Law Commission, Mentally incapacitated Adults and Decision-Making: An Overview, Consultation Paper No. 119, 1991.

The Law Commission, Mentally incapacitated Adults and Decision-Making: A New Jurisdiction, Consultation Paper No. 128, 1993.

The Law Commission, Mentally incapacitated Adults and Decision-Making: Medical Treatment and Research, Consultation Paper No. 129, 1993.

The Law Commission, Mentally incapacitated Adults and Decision-Making: Public Law Protection, Consultation Paper No. 130, 1993.

The Law Commission, Mental Incapacity, Consultation Paper No. 231, 1995.

[판결 및 결정례]

헌법재판소 1991. 6. 3. 선고, 89헌마204 결정.

대법원 1994. 4. 15. 선고, 92다25885 판결.

대법원 2002. 10. 11 선고 2001다10113 판결.

대법원 2009. 5. 21. 선고, 2009다17417 판결.

대법원 2014. 3. 13. 선고 2009다53093, 2009다53109 판결.

대법원 2022. 12. 1. 선고 2022다261237 판결.

국가인권위원회 2014. 7. 7.자 13-진정-0733200 결정.

AG (by her litigation friend the Official Solicitor) v BMBC & SNH [2016] EWCOP 37.

AM v. South London and Maudsley NHS Foundation Trust and the Secretary of State for Health [2013] UKUT 0365 (AAC).

GJ v. The Foundation Trust [2009] EWHC 2972 (Fam).

H.L. v. United Kingdom 45508/99 [2004] ECHR 720.

P (by his litigation friend, the Official Solicitor) v Cheshire West and Chester Council and another [2011] EWCA Civ 1257 [2012] PTSR 1447.

P v Cheshire West & Chester Council; P & Q v Surrey County Council [2014] UKSC 19.

PC v NC v City of York Council [2013] EWCA Civ 478.

[기타 문헌]

“Concluding observations on the combined 2nd and 3rd periodic reports of the Republic of Korea”, UN Committee on the Rights of Persons with Disabilities, CRPD/C/KOR/CO/2-3, 27th session 2022.

[국문초록]

의사능력에 기반한 후견제도와 정신건강복지법의 융합
- 북아일랜드 정신능력법[Mental Capacity Act (Northern Ireland)
2016]의 제정 과정과 그 의의를 중심으로 -

유기훈

(서울대학교병원 정신건강의학과 전공의, 서울대학교 의과대학 인문의학교실 박사과정)

의사결정능력이 저하된 자가 필요한 의료서비스를 거부하거나 적절히 의사를 표현하지 못하는 경우, 외부로부터의 후견주의적·예방적 개입이 언제 정당화될 수 있는지에 대한 규범적 판단이 쟁점이 된다. 이러한 어려움은 정신의료에서의 비자의 입원의 경우 더욱 명확하게 드러나며, 국내에서는 전통적으로 ‘정신질환의 존재’와 ‘자타해 위험’을 주된 요건으로 하는 정신건강복지법에 근거하여 비자의 입원을 시행해 왔다.

그러나 2011년 민법 개정으로 민법상 후견제도를 통한 비자의 입원의 방식이 새롭게 도입되며, 국내의 비자의 입원은 형식상 이원화된 체계를 갖추게 되었다. 이때, 후견제도를 통한 비자의 입원은 당사자에게 ‘의사결정능력의 저하’가 있고, 개입이 ‘당사자의 복리 증진’에 부합할 것을 실행의 요건으로 한다는 점에서 정신건강복지법에 근거한 비자의 입원과 그 목적과 성질을 달리한다. 정신적 능력이 저하된 당사자에 대한 비자의 입원이 이처럼 정신보건법을 통한 방식과 후견제도를 통한 방식으로 이원화되는 양상은 해외에서도 유사한 양상으로 전개되었다.

그러나 대상자가 고령화되어 정신질환과 신체질환의 치료가 동시에 이루어지는 경우가 많아지고 정신질환과 신체질환의 구분이 모호한 노인성 정신질환의 문제가 대두됨에 따라, 민법상 ‘최선의 이익-대리의사결정’ 패러다임과 정신보건법상의 ‘사회방위-예방적 구금’ 패러다임이 정신장애인에 대한 법적 규율 영역에서 중첩되고 서로 충돌하는 현상이 발생하기 시작했다. 해외에서는 이러한 이원화된 체계가 비효율적이고 형평성에도 어긋난다는 지적이 이어졌으며, 나아가 ‘정신질환’이 있을 것을 근거로 하여 후견주의적·예방적 개입을 정당화하는 정신보건 법제의 비자의 입원 요건은 정신장애인에 대한 부당한 차별에 해당한다는 비판도 꾸준히 이루어졌다.

이에 해외에서는 ‘의사능력’을 기초로 후견제도와 정신보건 법제를 융합(fusion)하여, 능력이 저하된 개인에 대한 후견적·예방적 개입을 일관되게 규율하고자 하는 시도가 이루어졌다. 이는 의사능력 저하자의 신체질환과 정신질환에 대한 의료서비스 제공을

동일한 체계 속에서 할 수 있을 뿐만 아니라, 단지 ‘정신장애’를 지니고 있다는 것만으로 차별적으로 대우하는 정신보건법의 한계를 극복하는 것이기도 했다.

본 연구에서는 의사능력을 기반으로 후견제도와 정신보건법을 융합(fusion)하여 정신의료 서비스 체계를 새롭게 재구성한 전 세계 최초의 사례인 영국 북아일랜드 정신능력법(Mental Capacity Act 2016)의 제정 과정과 구체적 작동방식을 분석하였다. 후견제도와 정신보건 간의 충돌의 문제를 1990년대부터 고민하여 최근 2016년 ‘의사능력’이라는 단일하고 비차별적인 기준을 제시한 영국 북아일랜드의 사례를 분석함으로써, 국내 후견 및 정신보건 제도와의 함의와 앞으로 나아가야 할 방향에 대해 제언하고자 하였다.

주제어: 성년후견제도, 의사결정능력, 정신능력법, 정신건강복지법, 지원의사결정, 장애인권리협약, 자기결정권, 의사무능력자, 정신장애인, 정신질환자

**Fusion of the Guardianship System and Mental Health Law
Based on Mental Capacity**
– Focusing on the Enactment and the Application of the
Mental Capacity Act (Northern Ireland) 2016 –

Kihoon You

Seoul National University

=ABSTRACT=

When a person with diminished mental capacity refuses necessary medical care, normative judgments about when paternalistic intervention can be justified come into question. A typical example is involuntary hospitalization for people with mental disabilities, traditionally governed by mental health law.

However, Korean civil law reform in 2011 introduced a new form of involuntary hospitalization through guardianship legislation, leading to a dualized system to involuntary hospitalization. Consequently, a conflict has arisen between the ‘best interest and surrogate decision-making’ paradigm of civil law and the ‘social defense and preventive detention’ paradigm of mental health law. Many countries have criticized this dualized system as not only inefficient but also unfair. Moreover, the requirement for the presence of ‘mental illness’ for involuntary hospitalization under mental health law has faced criticism for unfairly discriminating against people with mental disabilities.

In response, attempts have been made to integrate guardianship legislation and mental health law based on mental capacity. This study examines the legislative process and framework of the Mental Capacity Act (Northern Ireland) 2016, which reorganized the mental health care system by fusing guardianship legislation with mental health law based on mental capacity. By analyzing the case of Northern Ireland, which has grappled with conflicts between guardianship legislation and mental health law since the 1990s and recently proposed mental capacity as a single, non-discriminatory standard, we aimed to offer insights for

the Korean guardianship and mental health systems.

Keyword : Adult guardianship, Decision-making capacity, Mental Capacity Act, Mental Health Act, Supported-decision making, UN CRPD, Self-determination, Incapacity, Mental disability, Mental disorder