



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

김 나 경 교수지도
석사학위 청구논문

정신보건법의 이념에 비추어 본
정신질환자 강제입원의 법정책적 문제

2012

성신여자대학교 대학원

법 학 과

김 은 빈

정신보건법의 이념에 비추어 본
정신질환자 강제입원의 법정책적 문제

김 나 경 교수지도

이 논문을 석사학위논문으로 제출함

2011년 11월

성신여자대학교 대학원

법 학 과

김 은 빈

인 준 서

김은빈의 석사학위 논문으로 인준함.

심사위원 _____인

심사위원 _____인

심사위원 _____인

성신여자대학교 대학원

논문개요

정신질환자의 강제입원 병상의 수는 선진국을 중심으로 감소하는 추세에 들어섰다. 그러나 우리나라의 정신질환자 강제입원은 매해 늘어나고 있으며 이러한 경향은 비단 실제 정신질환자의 수가 늘어나는 데서 기인한다고만 할 수는 없을 것이다. 본 논문에서는 우리나라 정신질환자에 대한 강제입원의 문제점을 고찰하고 이를 정신보건법상의 이념으로 해결할 수 있는 정책적 방향을 제시하고자 한다.

일반적인 의료영역에서 의료행위의 목적은 환자의 치유에 있으나 정신보건영역에서는 정신질환의 특성상 치유와 사회통제가 그 목적이 된다. 이러한 담론의 이념적 구조에 따라 각 정신질환자들은 치유 또는 사회통제의 이념에 따라 질환을 치료하여야 할 것이다. 그러나 현재 우리나라의 강제입원은 치유와 사회통제의 이념과 관계없이 무분별하게 일어나고 있어 병상 수가 늘어만 가는 것이며, 이러한 현실 개선을 위해서는 법정정책 개선이 반드시 필요하다.

본 논문은 강제입원의 문제를 해결하기 위한 법정정책적 방향을 설정하기 위하여 먼저 정신보건법상의 이념적 구조를 정리하였다. 다음으로 정신질환자에 대한 강제입원에서 문제되는 것이 무엇인지를 파악하기 위해 강제입원과 관련된 사례를 분석하였고 그러한 문제점들을 해결할 수 있는 정책적 방안을 제시하였다. 이러한 방안들을 제시하기 위한 하나의 쉼은 정신질환자에 대한 처우가 각자에게 필요한 것으로 이루어져야 한다는 것이다. 정신질환자가 무의미한 강제입원으로 인하여 진정한 치유에 이르지 못하는 것은 정신질환자에 대한 구분없이 하나의 이념에 치우쳤기 때문이다. 따라서 본 논문에서는 정신질환자 개인의 필요에 따른 처우의 이념이 적용될 수 있는 방안을 중심으로 제도 개선의 필요성을 역설한다.

목 차

논문개요

I. 머리말	1
II. 정신질환자에 대한 담론의 이념적 구조	4
1. 치유의 이념	4
(1) 의료행위의 본질로서의 치유	4
(2) 정신보건영역에서의 치유의 의미	5
(3) 치유를 위한 성공적인 의료행위—의사소통적 의료행위	6
(4) 치유를 위한 의사소통의 보장 - 설명에 기초한 동의(informed consent)	8
1) ‘설명에 기초한 동의’의 시작	9
2) 전달중심의 ‘설명에 기초한 동의’	13
3) ‘설명에 기초한 동의’ 논의의 재설정	14
4) 이해중심의 ‘설명에 기초한 동의’	15
2. 사회통제의 이념	17
(1) 일반적 사회통제의 시작 및 성질	18
(2) 사회통제의 근거의 변화	19
(3) 사회통제의 권력적 특성	21
3. 치유와 사회통제 이념의 충돌	22
(1) 양 이념의 갈등	22

(2) 원칙으로서의 치유, 예외로서의 사회통제	23
(3) 치유와 사회통제 이념의 조화	25
4. 정신보건영역에서의 자율성 실현의 문제	26
(1) 정신보건영역의 특수성	26
1) 정신질환자에 대한 자율성 적용의 어려움	26
2) 의사소통의 문제	29
(2) 정신보건영역에서 의사소통의 구조	30
1) 의사소통이론의 이해	31
2) 정신보건영역에서의 의사소통	32
(3) 정신보건법의 역할 - 대립 이념의 조화	36
Ⅲ. 정신보건법상의 강제입원	38
1. 정신질환자의 강제입원과 정신보건법의 제개정	38
2. 정신보건법상의 이념적 대립	39
(1) 치유이념의 실현	41
(2) 사회통제이념의 실현	42
1) 보호의무자에 의한 입원	43
2) 시장·군수·구청장에 의한 입원	44
3) 응급입원	45
(3) 치유와 사회통제 이념의 사이	47
1) 임시퇴원	48
2) 외래치료명령	48
Ⅳ. 정신보건법에 대한 규범평가적 비판	50
1. 실체적 요건의 문제	50

(1) ‘입원이 필요한 정신질환’ 진단의 모호성	50
(2) 위험성 적용의 문제	54
1) 입원이 필요한 정도의 위험성	54
2) 위험성요건의 필요성	56
① 비례성의 측면	56
② 공정성의 측면	57
3) 위험성 기준의 정확성 문제	59
4) 위험성 요건의 방향성	61
(3) 정신질환자의 능력에 대한 문제	62
1) 정신보건영역에서의 능력	63
2) 현행 정신보건법상의 동의결정능력	63
① 능력의 강제입원 한계 설정 기능	64
② 결정능력기준의 필요성	65
2. 절차상의 문제	67
(1) 입원의 남용에 대한 견제장치의 부재	67
(2) 사전진단 없는 입원	69
1) 보호의무자에 대한 신뢰에 기초한 진단	70
2) 의증진단의 인정 여부	73
3) 필수적 사전진단 제도 도입의 필요성	75

V. 정신보건법에 대한 입법론적 고찰.....77

1. 정신보건법 구체화 (입원절차의 엄격화).....	77
(1) 정신질환 범위의 재설정	77
1) 현재 정신질환의 범위	77
2) 광범위한 정신질환의 법제	78

3) 범조항의 구체화	79
(2) 강제입원 절차의 엄격성 강화	80
1) 사전진단제도의 도입	80
① 진단을 위한 시간 확보의 수단으로서의 사전진단	80
② 견제장치의 개입을 위한 사전진단	81
2. 환자의 세분화 - 입원결정능력과 치료결정능력	83
(1) 능력평가의 의의	83
(2) 능력평가의 기준	83
3. 현재 입원체계의 조정	87
(1) 입원의뢰인 중심의 입원체계	87
(2) 외국의 강제입원 체계	88
1) Mental Health Act 1983	88
2) Baker Act	90
(3) 환자중심의 입원체계의 필요성	91
4. 강제입원의 견제장치 - 정신보건심의위원회	92
(1) ‘제3의 견제장치’에 대한 요구	92
(2) 정신보건심의위원회	93
1) 인적구성을 통한 견제	93
2) 심사권한을 통한 견제	95
5. 새로운 패러다임 - 외래치료명령제도의 도입	96
(1) 시설내치료에서 사회내치료로의 이동	96
(2) 시설내치료와 사회내치료의 병행적 구조	97
(3) 사회치료명령제도 (Community Treatment Order)	98
(4) 우리나라의 외래치료명령제도	101
1) 외래치료명령제도의 도입	101
2) 사회내치료로서의 외래치료명령제도	104

3) 여전한 강제입원의 문제 105

VI. 결론 106

참 고 문 헌

ABSTRACT

I. 머리말

의료영역에서의 대원칙은 모든 환자들이 의료행위와 관련하여 직접 결정을 내릴 권리를 가진다는 것이다. 이러한 전제에 따라 의사들은 환자가 결정을 내릴 수 있도록 관련 사항들을 알려주고 환자는 그 정보들을 기반으로 하여 결정을 내리는 것이며, 의사의 설명 그리고 환자의 결정으로 이어지는 시퀀스는 일반적인 의료영역에서 당연하게 보이는 과정이다.

그러나 정신보건영역에서의 의료행위와 관련한 시퀀스¹⁾는 이와 다른 형태를 띠고 있다. 다른 질환의 환자들이 의료행위결정과정에서 적극적으로 참여하여 결정의 주도권을 행사하는 것과 달리, 정신질환자의 경우 환자 본인이 직접 치료와 입원을 결정하기 보다는 환자 대신 환자의 보호의무자, 또는 국가가 환자의 의료행위결정에 당사자로서 참여한다. 이와 같은 차이에 따라 의료의 기본원칙인 환자의 자기결정권이 인정되지 않는 정신보건영역에서는 다른 의료영역에서 나타나지 않는 폐해들이 일어난다. 이러한 폐해들은 주로 정신질환자의 동의 없이 일어나는 강제입원에서 발생하며 강제입원의 문제는 정신보건영역에서의 가장 큰 이슈이다.

1995년 제정된 정신보건법은 한편으로 정신질환의 예방을 목적으로 하지만 다른 한편으로는 이러한 차이점으로 인해 발생하는 정신보건영역에서의 폐해를 해결하기 위하여 도입된 것이다. 정신보건법의 제정목적에 대하여는 여러 논의가 있지만²⁾ 근본적으로 정신보건법이 필요한 이유가 정신보건영

1) '의료행위의 시퀀스'를 말하는 김나경, 의사의 설명의무의 법적이해, 한국의료법학회지, 한국의료법학회, 2007, p.15
2) 정신보건법 제정논의가 있던 당시 정신질환자를 국가 차원에서 통제하기 위하여 제정하는 것이 아니냐며 정신보건법이 사회를 통제하는 치안의 수단이 되는 것을 경계한 박은정, 정신보건법-정신질환자의 권리장전이나 격리수용이냐?, 법과사회, 법과사회이론학회, 1992, p.58-75

역에서 의사능력이 인정되지 않아 무분별하게 입원과 치료가 강제되는 환자를 보호하기 위함이라는 점을 고려한다면 정신보건법이 어떤 목적으로 존재하여야 하는지는 명확해진다.

그러나 현재 우리나라에서 시행되고 있는 정신보건법이 과연 정신질환자의 보호에 효율적으로 기여하고 있다고는 보기 어려울 것이다. 정신질환자에 대한 부당한 강제입원과 보호의무자들의 강제입원 악용사례는 미디어 매체에서도 흔하게 접할 수 있을 정도이다. 따라서 본 논문에서는 정신질환자의 보호를 위하여 정신보건법이 추구하여야 할 이념이 무엇인지 그리고 그 이념에 따라 정신보건법의 여러규정들이 정책적으로 어떻게 수정·보완 될 수 있는지를 살펴본다.

이 글은 일단 의료의 한 영역으로서 정신보건에 요구되는 이념을 살펴보는 데에서 시작하여 우리나라의 정신보건법 제도하에서 정신질환자의 강제입원과 관련하여 구체적으로 문제가 되고 있는 것은 무엇인지를 알아본 뒤 이를 개선하기 위한 정신보건법의 정책적 방향은 무엇인지 논하는 구조로 이루어져 있다.

II에서는 정신보건영역에서 이루어지는 담론이 어떤 이념에 따른 논의로 구성되어 있는지를 알아본다. 그리고 일반적인 의료영역에서와 달리 정신보건영역에서 치유와 사회통제의 이념간에 충돌이 발생하는 이유로부터 정신질환자에 대한 문제해결을 위한 법정정책적 방향을 도출해낸다.

III에서는 우리나라의 정신보건법의 내용을 살펴봄으로써 현행 법제도상 치유의 이념과 사회통제의 이념이 어떻게 실현되고 있는지를 분석한다. 환자에 대한 처우를 중심으로 각 이념을 실현하는 조항들—치유의 경우 자의입원, 사회통제의 경우 강제입원, 그리고 치유와 사회통제 그 사이에 위치하는 임시퇴원과 외래치료명령—을 살펴봄으로써 현재의 정신보건법을 적용하

는 과정에서의 문제점을 비판할 수 있는 기반을 마련하는 것이다.

그리고 IV에서는 이를 토대로 정신보건법이 적용되는 과정에서 환자에게 발생하는 강제입원의 문제를 성찰적으로 비판한다. 구체적으로는, 강제입원의 실제적 요건의 측면에서는 정신질환자에게 입원이 필요한 것인지를 평가하기 위해 적용되는 ‘정신질환에 대한 진단’, ‘위험성’, ‘능력’과 관련된 문제들이 다뤄지고 절차적 측면에서는 환자가 의사 또는 보호의무자에 의해 입원되는 과정에서 발생하는 문제들, 즉 강제입원에 대한 견제장치의 부재, 사전진단의 부재에 대한 문제들을 살펴볼 것이다.

마지막으로 V에서는 IV에서 나타난 문제들을 해결하기 위하여 정신보건법 내에서 치유와 사회통제 이념이 조화로울 수 있는 정책적 제안을 제시한다. 입원이 필요한 정신질환자에 대한 확정을 위해 정신보건법을 보다 구체화할 필요가 있고, 환자를 현재보다 세분화하여 강제입원의 대상이 될 환자를 구분해 내는 것이 정밀하게 이루어질 필요가 있다는 것을 제안한다. 또한 현재 강제입원의 체계를 환자 중심의 입원체계로 재편하고, 견제장치로서의 정신보건심의위원회 역할의 강화와 사회내 치료라는 새로운 정신보건의 패러다임에 대한 정책적 제안을 할 것이다.

Ⅱ. 정신질환자에 대한 담론의 이념적 구조

정신질환자에 대한 담론은 역사적으로 치유의 이념을 사용하는 논의와 사회통제의 이념을 사용하는 논의로 구성되어 있다³⁾. 여기서 ‘치유’의 이념은 의료의 측면에서의 접근을 의미하는 이념이고, ‘사회통제’는 국가에 의한 감금뿐만 아니라 의료의 명분으로 행해지는 감금 등이 필요하다고 보는 이념이다. ‘치유’와 ‘의료적 감금’ 사이의 차이는 특히 자율성과 강제성이라는 서로 다른 이념적 목표에서 드러나는데, 이에 대해서는 아래에서 보다 자세히 살펴볼 것이다.

1. 치유의 이념

정신질환자에 대한 치유의 개념을 논하기 전에 먼저 의료가 가지는 본질적 내용을 살펴볼 필요가 있다. 환자가 의료행위를 통해 이루고자 하는 것, 그리고 의사가 의료행위를 통해 이루고자 하는 것이 무엇인지를 논한 뒤 의료적 관계에서 원하는 것을 달성하기 위해 필요한 것을 논한다.

(1) 의료행위의 본질로서의 치유

인간의 삶이 생(生)에서 사(死)로 나아가는 것⁴⁾이라고 볼 때 인간은 필연

3) ‘치유’와 ‘사회통제’ 이념을 정신보건법을 이해하는 두 가지 기초적 이념으로 바라보는 김나경, ‘정신질환자 강제입원’의 법적문제, 인권과정의, 대한변호사협회, 2011 참조; 아울러 본 연구에서는 논문<정신질환자 강제입원의 법적 문제>의 기본 구상을 빌어 치유와 사회통제의 이념을 구체화하였으며, 이후 강제입원 문제에 대한 분석 역시 이 논문의 기본 구상에 많은 부분 힘입고 있음을 밝혀둔다.

적으로 몸이 시들어가는 존재다. 몸에 나이가 들면서 신체적으로 변화가 일어나는 것은 당연한 일이며 신체적 기능으로 봤을 때 어느 정도의 시점에서부터는 몸의 상태가 상대적으로 내리막이라는 것을 부정할 수는 없다. 인간이 병드는 것을 필연적으로 인정하는 가운데 의료의 역할을 어떻게 상정할 것인가는 의료행위가 어떤 방향으로 행해져야 하며 개인이 의료에 기대하는 것이 무엇인지와 관계가 있다.

인간이 삶을 지나오면서 겪게 되는 위험요소인 질병은 인간의 삶을 위협하기도 하는데 이때에 개인은 가능한 한 풍요로운 삶을 누리기 위하여 위험요소를 제거 혹은 억제하는데 이를 실현시키기 위한 수단이 바로 의료이다. 즉 인간이 의료를 통해 병을 고친다는 것은 환자가 당면한 질병의 요소를 제거(혹은 일시적으로 억제)함으로써 환자의 복지를 증진시킨다는 데에 그 의의가 있는 것이며 좀 더 거시적으로는 의료의 목적이 환자의 통증을 없애(거나 경감시키)는 것을 넘어서서 신체적 통증을 포함한 고통⁵⁾을 제거하는 데에 있다고 할 수 있다. 이는 치료라는 개념보다는 ‘치유’라는 의미의 개념이며, 의료가 궁극적으로 지향해야 할 목적이다⁶⁾.

(2) 정신보건영역에서의 치유의 의미

의료에서의 궁극적인 목적이 치료를 넘어선 치유라면, 정신보건영역에서의 치유는 보다 직접적인 목적으로 설정되어야 한다⁷⁾. 여기서 의료의 직접적인 목적은 질환의 제거를 의미하는 것이고, 궁극적인 목적은 질환의 제거 이상의 환자 복지를 의미한다. 일반의료영역과 정신보건영역 사이에 목적상

4) 김나경, 의료 개념의 다층적 이해와 법, 의료법학, 대한의료법학회, 2010, p.13

5) 여기서 고통의 의미는 신체적 통증뿐만 아니라 환자의 삶의 맥락에서 발견될 수 있는 ‘물리적, 정신적 감각의 일체’이다. 김나경, 의료의 철학과 법정책, 법철학연구, 한국법철학회, 2010, p.178

6) 김나경, ‘정신질환자 강제입원’의 법적 문제, p.30

7) 김나경, ‘정신질환자 강제입원’의 법적 문제, p.30

차이가 나타나는 이유에 대한 이해는 일반의료영역에서의 신체적 질환과 정신보건영역에서의 정신적 질환의 원인을 먼저 이해함으로써 가능할 것이다.

신체적 질환의 경우 그 질환 자체의 원인은 신체에 있는 것이고, 그 질환으로 인해 환자의 심리적 상태가 불안정해지는 것이다. 따라서 일반의료영역에서의 의료는 치료를 통한 질환의 원인 제거가 바로 직접적인 목적, 그리고 의사가 환자의 복지를 증진시키기 위한 ‘치유’는 궁극적인 목적이 되는 것이다. 그러나 정신적 질환의 경우 질환의 원인이 ‘정신의 영역’에 있기 때문에 환자의 질환을 제거하는 것 자체가 환자의 복지를 증진시키는 치유이며, 이에 따라 정신보건영역에서의 의료는 치료가 아닌 치유를 직접적인 목적으로 둘 수밖에 없게 된다⁸⁾. 이러한 관점에서 논의를 진행한다면 의료에서의 ‘치유’라는 이념은 일반의료영역에 비해 정신보건영역에서 현실적이고 구체적인 의미를 가지기 때문에 정신보건영역의 안에서 형성되는 담론은 치유의 이념 사용에 보다 적극적일 필요가 있다.

(3) 치유를 위한 성공적인 의료행위—의사소통적 의료행위

의료의 목적이 환자의 삶의 질적 향상이라면 의료행위는 어떠한 방식으로 행해져야 하는가? 의료행위 또한 환자와 의사가 만나 행하게 되는 사회적 행위라는 점에서—의료행위에 대한 이해에 있어서는 특히—하버마스의 의사소통행위이론을 적용해 볼 수 있다⁹⁾.

하버마스는 사회에서 행위를 조정하는 두 가지 방식으로 “영향”과 “동의”를 상징하고, 전자는 이유를 제시하여 상대방을 이해시키기 보다는 목적을 이룰 수 있도록 상대방을 유인하는 “전략적 행위”에 해당하며, 후자는 상대방을 이해시킴으로써 서로간의 합의를 통해 행위를 조정하는 “의사소통행위”에 해당한다.

8) 김나경, ‘정신질환자 강제입원’의 법적 문제, p.30-31

9) 이러한 시도는 이상돈, 의료체계와 법, 고려대학교출판부, 2000, p.5 참조

위”에 해당한다¹⁰⁾.

전략적 행위는 타인에게 자신의 의도와 목적을 관철하기 위한 행동으로 상대방을 자신의 목적을 달성하기 위한 수단으로 보기 때문에 이 경우 의사와 환자는 수직적인 형태를 띠며 서로 의심하는 관계에 있게 된다. 이에 반해 의사소통행위는 행위 상호간의 이해 도달을 목표로 하는 행위이기 때문에 타인은 목적을 위한 수단이 아니라 원만한 합의를 이루기 위한 동등한 지위의 협력자가 된다. 이와 같이 의사소통 행위는 상호 신뢰를 바탕으로 하기 때문에 의료에서의 의사소통 행위는 의사와 환자 간의 관계를 비교적 수평적으로 만든다.

위에서 본 것처럼 의료의 목적이 치료에서 그치지 않고 치유를 통해 환자의 고통을 제거하는 것이라고 한다면 의료행위의 행위자 중 일방인 의사는 환자를 의료행위의 수단으로 볼 것이 아니라 의료행위의 다른 주체로 보고 환자가 자신의 몸에 대한 이해를 통해 고통을 치유할 수 있도록 해야 한다. 이는 곧 의료행위가 가진 본질적인 목적을 위해서는 의료행위가 전략적 행위가 아닌 의사소통행위로 이루어져야 한다는 것을 의미하며, 이러한 의사와 환자간의 ‘대화적 과정’을 통해서 진정한 의미의 치유가 가능하다고 할 수 있다¹¹⁾. 즉 성공적인 의사소통이 성공적인 의료의 결과를 가져오는 것이다.

성공적인 의사소통은 행위자들이 상호이해에 도달했을 때 비로소 이루어진 것이라 할 수 있다. 상호이해에 도달하기 위해서는 의사와 환자의 관계가 신뢰를 전제로 하는 ‘평등관계’에 있어야 한다. 의사가 환자의 위에서 환자에게 필요하다고 여겨지는 치료를 제안하고 그것을 환자가 받아들이는 것에 불과한 일방적인 과정은 의사가 환자를 이해하지 못하고 환자 또한 자신의 몸 상태에 대하여 제대로 인지하지 못한 상황에서 이루어지는 것이기 때

10) John Sitten, 김원식 역, 하버마스와 현대사회, 동과서, 2007, p.102

11) 이상돈, 전계서, p.5

문에 진정한 의미의 치유가 이루어지는 것이라고 볼 수 없다¹²⁾. 의사와 환자 사이의 상호적인 의사소통이라는 것—의사가 환자에게 전하는 치료방법이나 부작용 등의 내용뿐만 아니라 환자가 의사에게 말하는 개인적인 삶의 맥락을 포함하는—은 단순히 어떤 수로를 통해 물이 흘러가는 것처럼 전해지는 것이 아니라 물이 땅속에 스며들 듯이 받아들여져야 하는 것이기 때문에 의사소통의 행위자들이 상대방을 받아들일 준비가 되어있어야 한다¹³⁾. 즉, 상호간의 신뢰가 쌓이지 않은 상태에서의 의사소통은 성공적일 수 없으며 그러한 의사소통에 기한 의료행위는 의료의 궁극적 목표인 치유에 다다를 수 없다.

(4) 치유를 위한 의사소통의 보장 - 설명에 기초한 동의(informed consent)

환자에게 진정한 치유가 가능하도록 하는 의사소통이 유지되기 위해서는, 단순히 의사소통의 과정이 있는 것만으로는 충분치 않고 구체적으로 어떠한 의사소통이 이루어져야 하는지에 대한 고민이 필요하다.

치유를 위한 의사소통이 환자와 의사간의 상호이해가 전제되어야 하며 이러한 상호이해는 당사자 간의 존중을 필요로 한다. 의사소통을 함에 있어서 서로를 존중한다는 것은 당사자가 각자의 자율성의 영역을 인정함으로써 가능해지는데, 의료영역에서는 환자와 의사간 나타나는 관계의 특수성-힘의

12) 환자가 질병으로부터 통증만을 느끼는 것이 아니라 고통까지 당한다는 것은 ‘정서적’인 부분까지 의료이 커버할 수 있어야 한다는 것이고, 고통의 ‘정서적’요소를 극복하기 위해 환자는 의사와의 ‘교감’을 통해 자신의 질병과 몸에 대한 이해뿐만 아니라 삶에 대한 이해가 필요하다(김나경, 의료의 철학과 법정책, p.178).

13) 성공적인 의사소통을 위해서는 화자(의사)가 청자(환자)의 이해능력을 기준으로 하였을 때 가능하며, 청자가 이해가능한 단어들을 사용하고 청자가 제대로 이해하고 이야기를 잘 따라오고 있는지를 확인하며 의사소통을 해야 한다는 Neil C. Manson/ Onora O’neill, Rethinking of Informed Consent, Cambridge University Press, 2007, p.85

불균형-으로 인해 환자의 자율성이 깨지기 쉬워진다. 의사와의 관계에서 취약한 위치에 있는 환자의 자율성을 끌어올려 의사와의 대등한 의사소통을 하도록 하는 이념이 바로 “설명에 기초한 동의”이다.

설명에 기초한 동의(informed consent 또는 informed choice¹⁴⁾¹⁵⁾)는 의사의 의료행위가 있을 시에는 환자가 의사로부터 충분한 설명을 듣고 (informed) 스스로 의료행위에 동의(consent)할 것인지를 결정하여야 함을 의미한다. 즉 설명에 기초한 동의는 환자의 자율성을 전제로 한다. 의사가 환자에게 필요한 의료적 지식을 제공하고 환자가 의사에게 결정한 내용을 전달함으로써 상호적인 의사소통이 가능하기는 하지만 설명에 기초한 동의가 이루어졌다는 것만으로 곧 치유를 위한 의사소통이라고 할 수 있는지의 문제에 대답하기 위해서는 설명에 기초한 동의에 대한 통찰이 필요하다.

1) ‘설명에 기초한 동의’의 시작

자율성이 등장하기 이전 의료영역을 지배하는 윤리적 개념은 히포크라테스 선서(Hippocratic Oath)에서부터 시작한 “후견주의”였다. 후견주의에 입각하여 이행되는 의료행위에서 의사는 환자를 ‘돌보는’ ‘객체’로 인식하고, 환자 또한 자신을 ‘돌봄’을 당하는 객체로 인식하게 된다¹⁶⁾. 즉, 후견주의의 이념에서 의료행위를 하는 의사는 환자의 이익을 위해 ‘선을 베푸는 사람’

14) informed consent 법리에 따른 환자의 권리는 의사가 제안하는 의료행위에 자율적으로 동의할 권리뿐만 아니라 ‘거부’할 권리까지 포함하는 이유로 보다 정확한 용어는 informed consent가 아닌 ‘informed choice’가 맞다고 할 수 있다. 그러나 informed consent라는 용어가 이미 학계에서 인정되고 있으며 이러한 용어사용이 ‘치료거부’를 부정하는 이론으로 이어지지 않는다는 점에서 이 논문에서는 informed consent를 사용한다.

15) 아직 우리나라에서는 informed consent를 일정하게 부르는 표현이 없으며, 김나경, 논문 ‘의사의 설명의무의 법적이해’에서는 “정보를 제공받은 동의”라는 표현을 사용하고, 이덕환, 저서 ‘의료행위와 법’에서는 “설명이 전제된 동의”라는 표현을 사용한다.

16) 김나경, 의사의 설명의무의 법적 이해, p. 10

이기 때문에 그가 행하는 일련의 의료행위가 환자의 신체에 대한 침습적인 행위라 하여도 그것은 시혜적인 행위이며 그렇다면 이는 일반적으로 불법을 구성하지 않는다고 보게 된다. 이러한 의료의 개념은 세기를 거듭하다 19세기 말에서 20세기 초에 들면서 환자의 자기결정권(self-determination)을 강조하는 자율성이념이 등장하기 시작하면서 점차 후퇴하였고, 1767년 영국에서 처음으로 환자의 자기결정권을 인정한 판례¹⁷⁾가 등장, 1947년 뉘른베르크 강령(Nuremberg Code) 이후 자율성 이념이 의료윤리로서 자리매김하게 되었다¹⁸⁾. 특히 뉘른베르크 강령의 ‘강제 없는 자발적인 동의서’의 요구는 의료 윤리의 가장 핵심적인 내용이 되었으며 이는 ‘설명에 기초한 동의’의 시작이었다.

뉘른베르크 강령에서 환자의 자발적 동의를 요구하는 것은 18세기의 계몽주의(Enlightenment)¹⁹⁾에서 출발한 사회계약론의 시민의 ‘자유로운 계약(또는 동의)’을 통해 시민의 의무를 정당화하는 정치적 철학에 근거한다²⁰⁾. 이러한 자유주의적 사고를 통해 의료행위는 더 이상 후견주의가 아닌 계약주의(contractualism)의 이념하에서 파악되었다. 계약주의는 환자의 자유로운 의사에 따라 의료행위를 시작할 것인지, 어떤 의료행위를 할 것인지가 결정

17) Slater v. Baker & Stapleton, 95 Eng. 860, 2 Wils. KB 359 (1767), 독일에서는 1894년 독일제국재판소에서 가족의 부동의에 반하여 수술을 감행한 의사에 대하여 유죄를 선고한 판례(RGSt 25. 375)가 있다(김나경, “전단적 의료행위의 형법이론 구성”, 형사법연구, 한국형사법학회, 2007, p.103)

18) Gärän Hermeran, Informed Consent from an Ethical Point of View, Lotta Westerhäll/Charles Phillips(edit), Patient's Rights - Informed Consent, access and equality, Nerenius&Santêrus Publishers, 1994, p.43-44; Sheila A. M. McLean, Autonomy, Consent and the Law, Routledge-Cavendish, 2010, p.57; Jessica W. Berg/Paul S. Appelbaum/Charles w. Lids/Lisa S. Parker, Informed Consent : Legal Theory and Clinical Practice, Oxford University Press, 2001 , p.250-253

19) 자기결정권의 출발을 계몽주의에서부터 설명하는 Onora Oneil, 전게서, p.1; Ruth R. Faden/Tom L. Beauchamp, A History of Informed Consent, Oxford University Press, 1986, p.64-67; Jessica W. Berg/Paul S. Appelbaum/Charles w. Lids/Lisa S. Parker, 전게서, p.21

20) Neil C. Manson/ Onora O'neill, 전게서, p.3

되는 것을 의미한다. 여기서 의사와 환자의 관계는 돌보는 관계가 아니라 일종의 채권·채무의 관계로 서로 “동등한 위치”에서 서로의 계약내용—환자는 급부를 제공하고 의사는 의료행위를 하는—을 이행하는 관계로 파악된다. 이와 같은 환자의 자기결정권에 기초하여 의사-환자의 관계는 주체-객체의 관계에서 주체-주체 관계로 전환되었고²¹⁾, 환자와 의사간의 대등한 의사소통이 요구되었다.

계몽주의로 인해 환자들의 권리의식은 높아졌지만 의사들의 의료행위를 고권적으로 이해하는 경향은, 1767년 Slater v. Baker 사건²²⁾에서 이미 환자들의 자율적 권리에 대한 판결이 있음에도 불구하고, 전문성이라는 울타리 안에서 변하지 않았다. 특히 근대의료에서 현대의료로 넘어오면서 의료영역이 급격하게 발전함에 따라 의료행위는 일반인의 상식으로는 접근하는 것이 불가능해지면서 일반인과 의료인간의 괴리가 깊어졌고 의료인은 엘리트적 권력자로서 환자들의 생명을 좌지우지하는 ‘삶과 죽음의 문지기²³⁾’가 되었다. 의료영역이 끊임없이 진일보함에 따라 환자들은 의료행위의 과정에서 완전히 배제되고, 환자로서 가지는 참여적 권리를 상실한 채 의료행위의 수동적 객체로서만 존재하게 되었다. 이러한 의료현실에서 결정적인 면제가 발생한다. 의료행위란 인간의 실존에 가장 기본적인 육체를 타인-의사라 할지라도-에게 맡기는 것이기 때문에 환자는 자신에 대하여 제대로 알고 있는, 자신이 신뢰하는 사람에게 처치를 맡길 수 있어야 한다. 그

21) 의사-환자 관계의 패러다임의 변화에 대하여는 김나경, 의사의 설명의무와 법적 이해, p.10-11

22) Slater v. Baker and Stapleton(95 Eng Rep 860 [KB 1767])판례는 영국에서 발생한 사건으로 1767년 최초로 환자의 자기결정권을 인정한 판례이다. 이와 관련하여 독일에서 1894년 독일제국재판소에서 가족의 부동의에 반하여 수술을 감행한 의사에 대하여 유죄를 선고한 판례(RGSt 25. 375)가 있다(김나경, 진단적 의료행위의 형법이론 구성, 형사법연구, 한국형사법학회, 2007, p.103).

23) Dieter Giesen, From Paternalism to Self-Determination to Shared Decision Making, Lotta Westerhäll/Charles Phillips(edit), Patient's Rights - Informed Consent, access and equality, Nerenius&Santêrus Publishers, 1994, p.20

러나 의료 현실에서 환자는 의사가 아닌 의료기기에 의해 의료행위를 경험하기 때문에²⁴⁾, 자신의 육체를 ‘다루는(treating)’ 사람이 어떤 사람인지, 때로는 심지어 자신의 몸이 어떻게 다루어지는 것인지조차 모른 채 자신의 가장 소중한 것을 내맡겨 버리는 상황에 직면하게 된다. 이렇듯 현대의료영역에서, 관계가 형성되지 않은 채 자신의 가장 소중한 것을 내맡겨야 한다는 데에서 필연적으로 발생하는 환자의 심리적 불안감은 환자들로 하여금 의사들에게 의무를 요구하고 자신들의 권리를 주장하는 위치에 서도록 하였다.

이러한 시민의식에 맞는 제도적 장치의 필요성은 더욱 높아졌다. 1914년 *Schloendorff v. Society of New York Hospital* 판결은 그러한 요구의 시작이라고 볼 수 있다. 이 판례의 재판관인 카도조는 “성인으로서 온전한 사고를 하는 모든 인간들은 자신의 몸에 무엇이 행해져야 하는지를 결정할 권리를 가지며, 환자의 동의가 없는 한 의사의 수술행위는 폭행행위로서 의사는 그 상해에 대하여 책임을 져야 한다”라고 하였다²⁵⁾. 이 판결문은 ‘설명에 기초한 동의’의 초석과 같은 역할을 하였고 이후 환자의 몸에 어떤 형식으로든 영향을 끼치는 의료행위가 있을 때에는 반드시 동의를 받아야 한다는 원칙이 세워졌다²⁶⁾. 즉 이 판결은 환자의 자기결정권을 명시적으로 인정하는 하였으나 의사의 설명의무에 대한 판결은 아니었다. “informed consent”라는 용어가 처음으로 사용된 것은 1957년 *Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees* 판례²⁷⁾로 의사의 설명의무는 이 판례에서 인

24) 김나경, 의사의 설명의무의 법적이해, p.10

25) *Schloendorff v. The Society of the New York Hospital* (105 N.E. 92) 1914

26) Derek Kroft, *Informed consent: A Comparative Analysis*, Int'l L. & Prac, 1997, p.458

27) *Salgo v. Leland Stanford Junior University Board of Trustees*, 154 Cal. App. 2d 560, 317 P.2d 170 (1957); 이 판례는 informed consent의 개념이 처음으로 사용되었다는 점에서 1950년대 중반의 중요한 판례로 평가하지만, 실제로 이 판례는 동의라는 환자의 권리를 강조한 것이 아니라 환자에게 정보를 제공하지 않을 수 있는 의사의 재량권을 강조한 판례이다. (Jessica W. Berg/Paul S. Appelbaum/Charles w. Lids/Lisa S. Parker, 전게서, p.44-45; Daniel Finkelstein/Melanie Karsh Smith/Ruth Faden, *Informed Consent and Medical*

정되었다. 법원은 환자가 이해에 기반한 결정을 할 수 있도록 의사에게 관련된 필요한 정보를 제공할 것을 의무로 정하였다²⁸⁾. 이 판결은 Schloendorff v. Society of New York Hospital 판결에서 인정되었던 동의 (consent)에 처음으로 환자가 정보를 고지받아야 한다는(informed) 것을 인정한 최초의 판례이며, 설명에 기초한 동의는 이 판례를 계기로 발전하였다.

2) 전달중심의 ‘설명에 기초한 동의’

‘설명에 기초한 동의’가 하나의 법리로 자리잡아 의료인의 과실을 결정짓는 중요한 증거로 작용하자 의료인들은 ‘설명에 기초한 동의’에 대한 과실이 없다는 증거를 확보하기 위해 동의서에 환자의 서명을 받는 것에만 집중하기 시작했다. 사례를 통해 의료인들이 ‘설명에 기초한 동의’를 이행하여야 한다는 의무는 설정되었으나 누가 누구에게 어떤 정보를 어떻게 제공하여야 하는지에 대한 가이드라인이 모호하여 의료인들로서는 사후 문제가 발생하는 경우 법적 공방에서 자신을 보호할 수 있는 수단을 확보하려 하였고 이러한 경향에 따라 의료인들은 환자의 선택을 돕기 위해 구체적으로 정보를 제공하고 이해시키기 보다는 정보를 전달하는 행위만을 중요하게 생각하는 등 설명의 의무를 형식적으로 이행하려는 모습을 보인다²⁹⁾. 이러한 경향으로 의료인들은 환자가 문서에 사인을 하는 것에 관심을 두고 환자가 어떤 결정을 어떻게 내리는지는 중요하게 생각하지 않는다. 즉 환자에게 자유로운 선택권을 주기 위한 하나의 방편으로 도입된 제도가 환자를 선택에 있어

Ethics, Archives Ophthalmology, American Medical Association, 1993, p.325)

28) Derek Kroft, 전계논문, p.458-459

29) Barbara L. Atwell, The Modern Age of Informed Consent, University of Richmond Law Review, University of Richmond Law Review Association, 2006, p.608; 설명과 동의의 맥락에서 보통법 내의 상해(battery)와 태만(negligence)간의 구분이 명확하지 않아 결과적으로 많은 의사들이 형식적인 동의절차를 거치게 되었다고 말하는 Dieter Giesen, 전계논문, p.30-31

서 고립시키는 것과 마찬가지로 되었으며 ‘설명에 기초한 동의’를 형식적으로 적용하는 것은 다음과 같은 세 가지의 측면에서 환자의 자율성을 담보하기 위한 방법으로 불충분하다. 먼저 환자와 의사간의 짧은 대화만으로 동의서가 작성된다는 점, 의료인들은 환자에게 정보를 제공하고자 하는 것만큼 동의서를 법적 증거로 사용하기 위한 수단으로 본다는 점, 그리고 이러한 점에서 의사들은 환자의 이익보다 자신의 이익을 위해 ‘설명에 기초한 동의’를 이행하는 것이라는 점이 그것이다.³⁰⁾ 이는 ‘설명에 기초한 동의’를 윤리적·법적 규범의 회피수단으로 이용하는 것에 지나지 않을 뿐이다. 환자의 자율성을 구현할 수 있으려면 환자의 동의는 규범의 회피수단이 아닌 의사소통의 수단이 되어야 한다.

3) ‘설명에 기초한 동의’ 논의의 재설정

의사들이 설명의무를 전달하는 행위에 초점을 맞춰 이행하는 것을 보고 오노라 오닐은 전달모델(conduit/container model)이라 하였다³¹⁾. 이러한 모델에 따르면 정보는 단지 의사로부터 환자에게 흘러가 고이는 것에 지나지 않는 것이다. 이 모델에서 환자들은 의사로부터 진단내용과 환자에게 가능한 치료, 그에 따른 부작용 등의 설명을 듣고 스스로 결정한다. 의사는 내용을 전달하는 것을 그 의무를 다한 것이며 환자들이 정보를 이해하였는지는 고려사항이 아닌 것이다. 과거의 의료는 방법이 간단하고 선택가능 범위가 좁았으나 현대 의료는 더 복잡해지고 선택할 수 있는 범위도 넓어졌다³²⁾.

30) Barbara L. Atwell, 전계논문, p.597. 원문에서 Barbara는 의사들이 보험대상이 되지 않는 효율적 치료를 환자들이 선택하도록 설득하는 것에 실패함으로써 잠재적으로 환자에게 도움이 될 수 있는 치료를 결과적으로 선택하지 못하는 경우를 포함시켜 총 네 가지로 문제점을 제기하였으나 이는 의료보험 혜택의 폭이 좁은 미국의 경우로, 우리나라의 의료실정에 맞추어 보험관련 문제는 배제하였다.

31) Neil C. Manson/Onora O'Neill, 전계서, p.35

32) Barbara L. Atwell, 전계논문, p.598

따라서 전문자의 언어로 전달되는 의학적 정보를 일반인인 환자가 받아들일 수 있을 것이라는 것은 의료인들의 허상일 수 있다³³⁾. 게다가 환자는 이미 질병으로부터 고통을 받고 있기 때문에 의사의 진단내용이라든지 앞으로 행하게 될 의료행위에 대한 내용을 모두 받아들이기엔 정신적·육체적으로 취약할 가능성이 매우 높다. 그렇게 되면 환자들은 주어진 정보를 제대로 판단할 수 없고 공포로 인해 일반적으로 이해 가능한 정보에 있어서도 잘못 결정할 수 있다³⁴⁾. 다시 말해 형식에 집중하는 ‘설명에 기초한 동의’는 환자에게 최대한의 자율성을 보장해 주지만 환자는 자신이 무엇을 선택하는지도 알지 못한 채 선택을 강요받는 것에 다름없으며 이러한 선택은 결코 자율에 의한 선택이 아니다. 이러한 관점에서 본다면 진정한 자율에 의한 선택이 무엇인지 그리고 어떻게 이루어져야 하는지에 대해서는 다시 논의될 필요가 있다.

4) 이해중심의 ‘설명에 기초한 동의’

전달중심의 ‘설명에 기초한 동의’가 내포하는 자율성의 개념은 환자의 자율을 최대한으로 보장한다는 점에서 유의미하나, 개인을 사회와 단절된 존재로 보기 때문에 환자가 그 의사결정 과정에서 고립된 상태로 결정해야 하는 상황이 발생한다는 문제점을 안고 있다. 개인으로서의 개인만을 강조했을 때 과연 그 개인은 진정으로 자율성을 누리고 있는 것인가에 대한 의문이 생긴다. 셰일라는 개인주의적 모델만으로는 개인을 자율적인 존재라 할

33) 이러한 맥락에서 “informed consent의 차용과 관련하여 의사들에게 필요한 조언은 의료영역은 거의 모든 환자들에게 ‘새로운 것(new neighborhood)’이라는 점을 깨닫는 것이다”라는 말은 유의미하다. (Ruth B. Purtilo, Applying the Principles of Informed Consent to Patient Care - Legal and ethical considerations for physical therapy, Physical Therapy. American Physical Therapy Association, 1984, p.936)

34) Neil C. Manson/ Onora O’neill, 전게서, p.5

수 없고, 자율적인 사람이란 단지 선택능력을 가진 사람이 아니라 자신과 사회와의 상호관계를 이해하고 자신의 선택이 사회와 유기적으로 연결되어 있다는 것을 이해하는 사람이라고 하였다³⁵⁾. 즉 자율성을 존중한다는 의미는 단순히 개인주의적 개념에서 자율성을 해석할 것이 아니라 상호관계 속에서의 자율성을 이해해야 한다는 것이다. 개인의 자율성은 사회적 상호작용을 통해 가능해지는 것이며, 의료영역에서 환자에게 적용되는 자율성의 이념은 바로 환자와 의사와의 상호작용을 통해 가능한 것이기 때문이다. 오노라 오닐은 자율성만으로 ‘설명에 기초한 동의’의 정당성을 설명한다는 것에 대한 회의적 시각에서 출발하여, 전달이 아닌 ‘이해’를 전제로 하는 ‘설명에 기초한 동의’의 수용능력모델(agency model)을 설명한다³⁶⁾³⁷⁾.

의료영역에서의 설명에 기초한 동의는 환자의 ‘단순한 선택’³⁸⁾이 아니라 의사가 환자에게 설명하는 것에서 그치는 것이 아니라 의사의 설명을 환자가 이해하고 그 이해에 기반하여 내리는 자율적인 결정이어야 한다³⁹⁾. 그러나 환자는 의료적 정보에 쉽게 접근할 수 없고 의사로부터 정보를 전달받았다 하더라도 그 정보를 활용하는 방법에 있어 취약하다. 따라서 환자에게 일방적인 전달모델의 방식으로 환자에게 선택만을 강요하기 보다는 환자가 전달받은 정보를 활용하여 환자 자신의 판단에 따라 결정을 내릴 수 있도록 해야 한다. 그런 점에서 의사는 환자가 자기결정권을 행사함에 있어, 적절한

35) Sheila A. M. McLean, p.22

36) Neil C. Manson/ Onora O’neill, 전제서, p.50

37) agency model을 ‘수용능력모델’로 번역한 것은 이 모델에 따라 설명에 기초한 동의를 해석할 경우 중요한 것은 행위 자체가 아니라 콘텐츠(정보)이며, 이는 곧 그 콘텐츠가 환자에게 수용가능한 정도의 것이어야 함을 의미하기 때문이다. 오노라 오닐은 앞의 전달모델(conduit/container model)을 비판하면서 전달행위만을 강조해서는 환자가 정보를 인식하였는지의 여부를 보장하지 못한다는 점을 강조하였고, 따라서 ‘설명에 기초한 동의는 환자 개인의 정보 수용 가능성에 초점을 두고 이루어져야 한다’는 것이 agency model의 핵심이라는 점에서 수용능력모델로 번역하였다.

38) Neil C. Manson/ Onora O’neill, 전제서, p.70

39) 환자의 동의가 진실로 자율적이기 위해서는 충분한 정보와 이해가 전제될 것을 말하는 Shaun D. Pattinson, Medical Law and Ethics, Thompson, 2006, p.98

설명을 함으로써 환자의 적절한 선택을 “용이하게 하는 사람(facilitator)”⁴⁰⁾으로서, 단순히 정보를 던져주는 것으로 의사의 역할이 끝났다 할 수 없고 환자의 선택이 목적적으로 실현가능한 것인지 함께 논의를 하고, 그렇지 않은 선택이라면 올바른 선택을 할 수 있도록 도와주어야 한다.

환자에게 있어 질병의 발견에서 치료에까지 이르는 의료적 절차들은 환자에게는 하나의 중대한 사건이다. 이러한 점에서 의사에게 인정되는 설명의무는 환자의 중대한 결정을 도와줄 수 있어야 하는 것이며, 이에 따라 의사의 설명의무가 환자에게 의료행위에 대한 동의를 요구하는 것 이상의 의미를 가지는 것이다. 즉 의사가 환자에게 설명과 제안을 하고 환자가 의사의 제안에 동의를 하는 메커니즘이 환자의 삶을 포괄할 수 있으려면 ‘설명에 기초한 동의’ 자체가 환자의 삶을 이해하는 과정을 담고 있어야 한다. 이를 위해서는 환자와 의사가 지속적인 의사소통을 통해 관계의 시퀀스를 형성하여야 하며, 상호 주체가 이해에 도달하는 시점에서 생겨나는 상호 신뢰는 환자가 의료행위에 대한 결정을 내리는 데 주요한 동인이 될 것이다. 이러한 환자-의사간의 상호작용을 통한 환자의 성찰적 선택(reflective choice)⁴¹⁾이 전제되지 않는 한 환자는 자율적으로 의료적 결정을 내린 것이라 볼 수 없기 때문에 환자의 자율성 실현을 위해서는 환자-의사간의 신뢰에 기반한 주체적인 의사소통과정이 필수적이다. 따라서 ‘관계중심적’으로 이해하는 ‘설명에 기초한 동의’는 환자의 치유를 위한 성공적인 의사소통을 보장하는 하나의 수단으로서 기능할 수 있을 것이다.

40) Sheila A. M. McLean, 전게서, p.43

41) Neil C. Manson/ Onora O’neill, 전게서, p.70

2. 사회통제의 이념

정신질환자에 대한 담론에서 사용되는 다른 이념은 사회통제이다. 사회통제는 정신질환자에 대한 강제입원과 강제치료에 대한 이념으로 정신질환자에 대한 국가 또는 의료인의 강제적 개입을 나타낸다. 사회통제의 의미가 강제성에서 비롯되는 것이기 때문에 아무리 의료인 또는 국가가 환자에게 치유를 목적으로 행하는 의료행위라 하더라도 그것이 환자의 동의에 의하지 않는 의료행위라면 의료인 또는 국가의 행위는 사회통제일 수밖에 없다⁴²⁾. 여기서 치유와 의료적 감금의 차이가 있다. 치유의 이념과 의료적 감금은 둘 다 환자의 치유를 위해 행해지는 의료행위를 기저에 두고 있으나 치유가 환자의 자율적인 의사에 의한 의료행위인 반면 의료적 감금은 환자가 원하지 않는 혹은 —환자의 결정능력이 사전에 있었으나 치료결정 순간에 결정할 수 없는 경우에는—원하지 않았던 의료행위이기 때문에 사회통제의 역할을 한다는 점에 양자의 근본적인 차이점이 있다.

(1) 일반적 사회통제의 시작 및 성질

역사적으로 개인에 대한 사회통제는 17세기 중반부터 시작되었다고 볼 수 있다⁴³⁾. 가난을 하나의 신앙적 징벌의 표시로 보았던 교회에서는 구빈원을 설립하여 가난한 자들을 위한 자선활동을 하기 시작했고 이것이 종교개혁을 거치면서 국가의 의무로 넘어가게 되었다⁴⁴⁾. 여기서 구빈원에 수용되는 가난한 자에는 정신질환자뿐만 아니라 경범죄자까지 포함하고 있었으며 이들

42) Peter Bartlett, *The Test of Compulsion in Mental Health Law: Capacity, Therapeutic Benefit and Dangerousness as Possible Criteria*, *Medical Law Review*, Oxford University Press, 2003, p.328

43) 미셸 푸코, 이규현 역, *광기의 역사*, 나남, 2010, p.117

44) 미셸 푸코, *전개서*, p.117-118

은 서로 구분 없이 수용되었다. 이들이 수용되는 것은 마치 “한 가장이 안락한 집에서 어떤 식구에게 불품없이 벌거벗고 있거나 누더기를 걸치고 있도록 허용하는 것은 부적절”한 것처럼 도시의 시민들이 굶주리고 궁핍한 생활을 내버려두는 것도 부적절하다는 의미를 가지고 있다⁴⁵⁾. 국가의 차원에서 빈곤을 ‘제거’하기 시작하자 점차 빈곤의 의미는 종교적인 신성성을 잃고 도덕적 평가의 대상이 되었고 국가에 의한 빈민 구제는 자선의 의미를 지니는 동시에 탄압의 의미를 지니게 되었다. 선량한 빈민의 경우 선량하기 때문에 국가에서 제공되는 것들을 감사하게 받아들이기 때문에 반발하지 않고 수용된다는 점에서 국가 수용 자체에 자선의 의미가 있으며, 악한 빈민의 경우 구빈원에 수용되는 것에 반발심을 가지고 수용하려는 국가에 공격적으로 행동하기 때문에 수용된다는 점에서 ‘탄압’의 의미가 있는 것이다⁴⁶⁾. 여기에서 ‘수용의 이중성’이 발견된다. 국가가 사회의 빈곤을 해결한다는 선의의 의지를 가지고 빈민을 수용하여 생계와 직업을 제공한다하더라도 그것이 강제성을 띠는 한 국가에 의한 수용은 필연적으로 징벌적 특성을 지울 수 없을 것이다.

(2) 사회통제의 근거의 변화

개인에 대한 사회통제를 정당화시키기 위해 논의를 큰 틀과 작은 틀로 나누자면, 일단 강제입원 자체가 왜 이루어져야 하는지에 대한 논의와 그렇다면 그 강제입원을 어떤 사람을 상대로 이루어져야 하는가의 논의가 있을 수 있다.

사회통제를 역사적인 측면에서 바라보면, 국가의 차원에서 수용이 시작된

45) 미셸 푸코, 전계서, p.136

46) 미셸 푸코, 전계서, p.138

이래 지금까지의 정신질환자에 대해 일관된 수용의 근거가 적용되었던 것은 아니다.

17세기에 이루어진 빈곤에 대한 수용은 가난이 가지고 있던 신성성이 견히면서 더 이상 자선이 아닌 ‘통치’가 되었다. 수용된 사람들에게는 통치의 의미에서 노동이 강제되었는데 이는 경제적인 동시에 윤리적인 관점에서 출발한 것이다. 수용소는 일정한 사업장과의 교류를 맺고 수용자들의 작업을 통해 이루어진 제품을 시장에 통용함으로써 사업자의 입장에서는 값싼 노동력을 확보할 수 있었고, 이는 수용소 노동이 사회 경제에 미치는 부정적 영향이 드러나기 전까지 계속되었다. 윤리적인 측면에서 노동이 강제된 배경은, 무위도식은 신이 부여한 자연을 경작하지 않고 신에게 호의를 기대하고 강요하고 싶어하는 태도에서 비롯하는 것이기 때문에⁴⁷⁾, 노동은 인간에게 주어진 윤리적 의무라는 생각이다⁴⁸⁾. 수용된 사람들은 이 윤리적 의무를 수행하기 위해 노동을 강요받았다. 이전까지는 빈민, 정신질환자, 경범죄자, 성범죄자 등이 구별없이 함께 수용되었지만, 노동이 불가하다고 여겨진 정신질환자들은 노동이 가능한 다른 사람들과 별도로 취급되기 시작한다. 이에 따라 정신질환은 윤리적인 문제로써 정신질환자의 수용문제는 사회질서 내 비윤리성의 제거라는 이유로 그 강제성의 정당화가 가능해졌다. 모든 수용소에서 정신질환자에 대한 단순격리가 있었던 것은 아니고 일부에서는 의사가 배치되고 정신질환자에게 특별한 지위를 부여하기도 하였으나⁴⁹⁾, 치유의 목적을 띠고 있는 것은 아니었다. 즉 이러한 사회통제는 국가가 사회의 무질서를 해결하기 위한 치안상의 조치이자 윤리적 탄압으로 기능하였다.

47) 미셸 푸코, 전계서, p.155

48) 권혁장, 정신장애 소수자에 대한 격리와 감금, 그 사회학적 상상, 한국사회학회 2009 전기사회학대회 논문집, 한국사회학회, 2009, p.997

49) 파리의 어느 구빈원에서는 정신질환자를 특별하게 취급하여 병원에 입원시키기도 하였고 런던의 베들리헴 구빈원은 정신질환자를 따로 격리하여 수용한 데서 출발하여 점차 정신질환자만을 위한 시설로 변모하였다. 그러나 실제로 시설에서 정신질환자들이 특별하게-의학적으로- 취급되었다 하더라도 그들 중 대부분은 거의 경범죄자들과 같이 생활하였다(미셸 푸코, 전계서, p.213-216)

이러한 정당화의 근거는 정신질환 문제를 지배하는 권력의 변화로 함께 변화하기 시작한다. 19세기로 넘어가면서 의학적 이해방식이 생겨남에 따라, 사회보호를 위해 수용소로 파견되었던 의사는 점차 수용소의 새로운 지배권력으로 떠올랐다⁵⁰⁾. 과거의 수용소는 이제 정신병원으로 변하면서 정신질환자를 의료행위의 대상으로 보기 시작한다. 그러나 이 시기의 정신병원이 치유를 목적으로 하는 것이 아니라, 정신질환자와 사회와의 단절을 유도하는 것이었다. 따라서 이러한 변화—즉, 사회적 감금에서 치료적 감금으로의 변화—가 바로 현재 정신의학에서 말하는 의미의 치료를 위한 강제수용이라고 볼 수는 없으나, 피수용자인 정신질환자의 수용을 관장하고 지배하는 권력이 국가에서 의료인으로 넘어갔다는 점, 수용의 근거를 징벌적 관점에서 찾는 것에서 징벌과 치료의 복합적 관점⁵¹⁾으로 변화하였다는 점 등은 정신질환자에 대한 강제입원의 정당화 방식이 변화하였음을 증명하기에 충분하다.

정신질환자에 대한 사회통제(강제성)는 ① 국가가 사회를 보호한다는 의미의 국가적 후견주의와 ② 의료인에 의해 치료를 받아야 한다는 의미의 의료적 후견주의를 통해 정당화되고 있다.

(3) 사회통제의 권력적 특성

사회통제는 국가에 의하든 의료인에 의하든 관계없이 그 주체만 변화하였을 뿐 권력에 의한 강제를 나타내는 것이다. 물론 국가에 의한 사회통제와 의료인에 의한 사회통제는 그 목적이 다르기 때문에 온전히 같은 것이라고 말할 수는 없다. 전자가 사회를 위하여 개인의 자유를 희생시키는 것과 달리 후자는 개인의 의료를 위하여 개인의 자유를 억압하는 것이다. 의료인의 강제입원은 ‘선의’에 의해 이루어지는 시혜적인 강제라 하여 국가에 의한 사

50) 권혁장, 전계논문, p.997

51) 치료와 징벌의 병행에 대하여는 미셸 푸코, 전계서, p.233

회통제 보다 강제성의 정도를 낮게 보는 경향이 있다. 그러나 사회질서 및 안정을 위해 그리고 치료를 위해 개인이 강제로 수용되어야 한다는 것은 그 목적이 선하다 할지라도 수용이 강제성을 띠고 있는 한 권력에 의한 개인의 희생이라는 틀을 벗어날 수는 없으며, 정신질환자들이 강제입원되는 방식을 보면 의료인에 의한 강제성이라 하더라도 사회통제로서의 권력임을 부정할 수는 없다. 피터 바틀렛은 정신보건시설에 입원된 정신질환자의 입원요건에 정신질환의 요건은 있었으나 치료가능성의 요건은 없었다는 점에 기초하여 의료인들의 사회통제를 설명한다⁵²⁾. 또한 그는 정신질환자들의 입원은 정신질환자들의 행동이 사회적으로 받아들여지지 않는 경우에 이루어지는 경향이 있다고 하면서 그러한 행동적 특성에 따라 입원이 이루어지는 경우 의료인들은 마치 국가가 하는 사회통제의 대리인처럼 행동하는 것이라고 말한다⁵³⁾. 즉 의료인이 의료를 목적으로 하는 강제입원 또한 국가의 사회통제와 같은 모습을 띠고 있기 때문에 그 또한 국가의 사회통제와 비슷한 정도의 강제성을 가지는 것이다. 따라서 의료에 기대는 사회통제 또한 정신질환자의 자율적 의사에 반하는 것인 한 국가에 의한 사회통제와 마찬가지로 의사의 재량이 아닌 법적 제도에 기초하여 이루어질 필요가 있다⁵⁴⁾. 강제입원이 근본적으로 가지는 사회통제적 성격은 의료인의 정신질환자에 대한 강제입원도 의료의 차원에 가들 것이 아니라 법적 차원에서 규제되어야 하는 대상임을 확인하는 것이며, 의료관행만으로 정신질환자에 대한 강제입원에 대한 규정을 대신하기 보다는 법령을 통해 명확하게 규율되어야 한다는 점을 의미하는 것이다.

52) Peter Bartlett, 전계논문, p.328

53) Peter Bartlett, 전계논문, p.328

54) Peter Bartlett, 전계논문, p.329

3. 치유와 사회통제 이념의 충돌

(1) 양 이념의 갈등

위에서 살펴본 것처럼 정신보건영역에는 치유의 이념과 사회통제의 이념이 작동하고 있다. 여기서 치유의 이념은 '설명에 기초한 동의'의 법리에 따라 자율성이 보장되는 영역이고, 사회통제의 이념은 후견주의(국가후견주의와 의료후견주의)에 따라 강제성이 요구되는 영역이다. 즉 정신보건영역은 크게 자율성과 후견주의라는 두 가지 틀에 의해 움직이는데 이 각각의 이념이 정신보건영역에서 상반되게 작용함으로써 갈등이 발생한다⁵⁵⁾. 따라서 사회통제의 이념은 정신질환자의 '자율성'의 영역을 축소시킴으로써, 이와 반대로 치유의 이념은 '강제성'의 영역을 축소시킴으로써 가능할 것이다⁵⁶⁾.

치유의 이념이 지향하는 '고통의 제거를 통한 풍요로운 삶의 회복'을 위해서는 환자와 의사간에 자유로운 의사소통이 보장되어야 하며 이를 위해서는 양자가 의료행위의 주체로서 대등한 대화를 할 수 있도록 의료의 기본원칙인 '설명에 기초한 동의'를 따를 것이 필요하다. 진정한 '설명에 기초한 동의'는 온전히 환자와 의사의 신뢰관계에서 이루어졌을 때 달성되는 것이므로, 그 신뢰관계를 구축할 수 있는 자율적인 환경이 만들어져야 한다는 것이 가장 중요하다고 할 수 있다. 그러나 정신질환자에게 가해지는 사회통제는 정신질환자가 입원 또는 치료를 원하지 않는다 하더라도 강제적으로 입원과 치료를 해야 한다는 것으로, 이러한 강제성의 정당화는 사회의 안전 및 환자의 건강을 위한다는 명목으로 가능해진다.

(2) 원칙으로서의 치유, 예외로서의 사회통제

55) 김나경, '정신질환자 강제입원'의 법적 문제, p.31

56) 김나경, '정신질환자 강제입원'의 법적 문제, p.31-32

그러나 만약 정신보건영역이 아닌 일반 의료의 영역이라면 치유의 이념과 사회통제의 이념간의 갈등이 발생할 가능성은 매우 낮다. 근대 자유주의 이념이 발달하기 시작하면서 18세기 후반부터 의료윤리를 지배하는 이념은 ‘환자의 자기결정(self-determination)’이 되었고⁵⁷⁾, 의료행위에 내포되어 있는 ‘몸에 대한 침습적 특성’이 환자의 자기결정으로 인해 위법성이 없는 행위로 인정됨으로써⁵⁸⁾ 환자의 의지에 반하는 의료행위는—후견주의에 따라 환자의 이익을 위한 것이라 하더라도—위법한 의료행위가 되었다⁵⁹⁾. 즉 일반의료영역에서의 자율성과 후견주의의 갈등 문제는 의문의 여지없이 자율성의 우세로 결론이 날 수 있다.

결국 자율성과 후견주의 간의 갈등은 정신보건영역에서만 발생하는 것이며⁶⁰⁾, 갈등의 원인은 일반의료와 정신의료의 차이에서 비롯되는 것이라고 할 수 있다. 일반의료의 경우에는 ‘설명에 기초한 동의’를 적용함에 있어, 환자에게 자율적으로 선택할 권한을 부여하는 한 환자가 의사의 설명을 듣고 치료여부를 결정할 수 있기 때문에 문제될 것은 없다. 그러나 정신질환자의 경우 의사의 설명을 듣고 치료 또는 입원에 대한 자기결정을 내리는 것이

57) 물론, 이러한 변화에 대하여, 후견주의에 뿌리 깊게 자리하고 있는 의료의 전통적인 입장은 의료적 결정에 환자가 참여하는 것과 관련하여 그 결정이 의료적으로 최고의 결정일 수 없다는 점을 지적함으로써 일견 적대적인 것처럼 보이기는 한다. 그러나 의사들 또한 변하였으며 환자나 사법판단 또한 더 이상 의료원칙으로 후견주의를 차용하지는 않는다(Sheila A. M. McLean, *Talking to Patients - Information Disclosure as "Good" Medical Practice*, p.171).

58) 의료행위가 위법성을 지니는 행위로서 환자의 동의로 그 위법성이 조각되는 것인지, 또는 의료행위에 위법의 의도가 없었다는 점에 따라 처음부터 위법성이 인정되지 않는 것인지의 여부는 여기서는 별도로 논하지 않는다. 궁극적으로 환자의 동의에 따라 이루어진 의료행위에 위법성이 없다는 결론이 나오는 것은 공통적이므로 그 결론을 차용하여 논의를 이어갈 것이다.

59) 환자의 동의와 의료행위의 위법성의 연관성에 대한 자세한 논의는 Shaun D. Pattinson, 전게서, p.98-100

60) 자율성과 후견주의의 갈등은 정신보건영역뿐만 아니라 연명치료와 같이 환자 스스로 결정할 수 없는 의료의 영역에서도 발생하는 문제이나, 본 논문에서는 논의의 영역을 일반의료와 정신의료로 한정하였다는 점을 밝혀둔다.

어렵기 때문에 일반적으로 정신질환자는 ‘설명에 기초한 동의’의 예외로 여겨진다⁶¹⁾. 즉 정신질환자에게 자율성이 인정되기 어렵다는 특수한 상황에 따라 정신보건영역에서의 치료 결정은 자율성이 축소되고 강제성이 확대된 형태로 이루어진다.

(3) 치유와 사회통제 이념의 조화

정신질환 영역에서 자율성이 축소될 수밖에 없는 이유는 자율성과 후견주의의 의의를 살펴봄으로써 알 수 있다. 각 이념의 그 의의를 살펴보면, 먼저 자율성(autonomy)은 곧 ‘자기결정’을 의미한다. 결정되어야 하는 의료행위는 환자 본인에게 행해지는 것이기 때문에 의료행위를 할 것인지 혹은 행해져야 하는 의료행위가 무엇인지는 환자 스스로 자신이 추구하는 “가치(values)” 및 신념(beliefs)”에 따라 따져 결정해야 한다는 이념이다⁶²⁾. 후견주의(paternalism)는 환자가 아닌 다른 사람들(의사 또는 보호의무자 등)이 환자의 최선의 이익을 고려하여 치료를 하도록 해야 하는 것인지 아닌지를 대신하여 결정하는 것을 말하는데, 여기서 “환자의 최선의 이익”은 환자 본인의 가치 가운데 가장 우선하는 것을 의미하는 것이므로 환자가 스스로 결정할 수 있는 경우라면 선택하였을 가치인 것이다.

따라서 자율성과 강제성(후견주의)이 원칙적으로 지향하는 바를 보면 환자 본인의 가치(*own value*), 즉 환자의 최선의 이익(*best interests*)이다. 즉 자율성과 사회통제의 이념이 반드시 배타적이거나 양립불가능한 것만은 아니며, 두 이념이 환자의 치유에 도달하기까지의 접근방법에 있어서의 차이

61) 여기서 ‘설명에 기초한 동의’를 성공적으로 수행하는 데 필요한 능력은 의사능력이며, 이 능력을 판단하는 것에 대한 논의는 뒤에서 하도록 한다.

62) Eric Matthews, Paternalism, Care and Mental Illness, Lidz CW/ Meisel A/ Roth LH(edit), Decision-Making and Problems of Incompetence, Wiley, John & Sons. 1997, p.105

가 있을 뿐 양 이념이 목적으로 하는 것까지 갈등관계에 있는 것은 아니다. 외형상 충돌관계에 있는 것처럼 보이는 두 이념이 조화를 이룰 수 있을 때 정신질환자의 진정한 치유를 이룰 수 있을 것이다.

4. 정신보건영역에서의 자율성 실현의 문제

(1) 정신보건영역의 특수성

1) 정신질환자에 대한 자율성 적용의 어려움

정신보건영역에서 자율성과 후견주의를 두고 논란이 많은 것은 위에서 말한 것처럼 정신보건영역이 일반의료 영역에 비해 특수성을 가지고 있기 때문이다. 보통의 경우에 정신보건영역에서의 환자들은 일반환자들에 비해 의사결정 할 능력을 가지고 있지 않은 것으로 여겨져 자기결정권이 인정되지 않는다. 모든 인간에게 평등하게 주어지는 자기결정권(자율성)이 인정되지 않는 이유는 바로 자율성의 의의에서 찾을 수 있을 것이다. 에릭매튜에 따르면 자신의 문제에 대하여 자기 스스로 결정한다는 것은 자기 자신이 가지고 있는 가치에 따라 결정하는 것을 의미한다. 그렇다면 본인의 가치(*own values*)는 어떤 것을 말하는가? 정신질환자들에게 ‘비합리성(irrationality)’이라는 굴레는 어떻게 씌워지는 것일까?

정신질환은 다른 질환과는 다르게 그 원인이나 증상 등이 의학적으로 명백히 밝혀지지 않았기 때문에 우리가 정신질환자라고 부르는 사람들은 그 사람이 속한 사회에서 ‘정상’이라고 여겨지는 것에서 ‘일탈’한 사람들인 경향이 있다⁶³). 그런데 이러한 사회의 일탈성을 가진 사람들을 다수와 다르다는 이유만으로 비합리적이라고 말하는 것은 정당화될 수 없으며 나아가 자율성

에 대한 존중이라는 의미의 자기결정권을 박탈하는 것 또한 정당화될 수 없다. 역사적으로 보아도 사회에서 비정상이라고 여겨지는 사람들이 정신질환자로 분류되었고 사회에서 비정상이라고 불리는 사람들의 범주 또한 변해왔다⁶⁴⁾. 즉 정상과 비정상을 나눈다는 기준은 절대적인 것이 아니라 상대적인 것이며 정신질환자들을 비합리적이라고 말하기 위해서는 단순히 그들이 남들과 다르다는 상대적 기준 외에 왜 그들의 자율성을 침해하면서까지 그들의 결정권에 압력을 가해야 하는지에 대한 근거가 필요하다.

위에서 보았듯이 자율성은 자기결정권을 의미하며 사람이 자기결정을 한다는 것은 본인의 가치 및 신념에 따라 결정을 내릴 수 있어야 함을 의미한다. 즉 자신의 가치 및 신념에 따라 자기결정을 내릴 수 있는 사람이라면 아무리 정신질환을 겪고 있는 사람이라 하더라도 자율성을 가질 수 있는 것이다. 그러나 문제는 가치에 따라 결정을 내리는 것을 어떤 기준으로 인정할 것인가이다.

에릭매튜는 이 문제를 개인에게 가치가 형성되는 과정을 통해 이야기한다. 가치는 사람이 삶을 살아가는 동안에 경험을 통해 형성되는 것이고 자율적 결정이 가능한가의 여부는 이러한 경험으로부터 가치를 획득하는 것이 가능한 것인가에서 비롯된다⁶⁵⁾. 그는 정신질환자에게 적용되는 비합리성을

63) 정신질환자라는 것은 집단 또는 사회에서 주를 이루는 상식의 범위에서 벗어남으로써 ‘비정상’으로 간주되는 소수자라고 말하는 권력장, 정신장애 소수자에 대한 격리와 감금, 그 사회학적 상상, 한국사회학회 2009 전기사회학대회 논문집, 한국사회학회, 2009, p.991

64) 이와 비슷하게 사람들의 시각의 변화에 따라 비정상의 범주에서 정상의 범주로, 정상의 범주에서 비정상의 범주로 이동한 사례들이 있다. 예를 들어 후천성면역결핍증(AIDS)의 경우 발병원인을 ‘인간 행동 양식의 변화’로 인식함으로써 AIDS의 문제는 윤리화, 정치화되었고, 일반인들 사이에서는 AIDS의 발병원인이 명확하지 않아 AIDS환자와 공동생활을 하는 것만으로도 감염이 된다는 잘못된 인식이 만연했다. 그러나 후일 의·과학의 발전으로 AIDS가 일상생활만으로는 감염이 되지 않는다는 것이 밝혀져 AIDS환자와의 공존에 대하여 인식하기 시작하였다.(김나경, 후천성면역결핍증(AIDS)의 문제구조와 법정책, 저스티스, 한국법학원, 2009, P.317-320)

65) Eric Matthews, 전개논문, p.109

여호와의 증인의 비합리성과 비교하였는데 여호와의 증인인 환자와 정신질환을 겪는 환자는 의학적으로 반드시 치료가 필요하다고 여겨지는 경우에 치료를 거부한다는 점에서 비합리적이라고 보이지만 각각 치료거부에까지 이르는 신념이 다르기 때문에 비합리성의 의미 또한 다르다고 한다⁶⁶⁾. 여호와의 증인은 종교적 신념에 따라 수혈을 거부하는데 수혈거부가 수술을 하는 경우에는 치명적인 결과로 이어질 수 있기 때문에 일반인의 시각에서 그들은 비합리적인 것처럼 보인다⁶⁷⁾. 그러나 그들의 입장에서 는 치료거부행위는 자신들이 종교라는 경험을 통해 축적한 신념에 따르는 것이기 때문에 비합리적인 행위가 아니며 오히려 치료거부를 비합리적이라 하는 일반인들을 비합리적이라 볼 것이다⁶⁸⁾. 결국 여호와의 증인의 수혈 거부는 다름의 문제, 상대성의 문제이고 그들이 거부라는 결과에 이르기까지는 경험을 통해 체득한 자신의 신념이 이용되어 그들의 입장에서 는 합리적인 사고를 거쳐 나온 결정이라는 점, 그것이 바로 그들의 결정에 자율성이 부여되는 이유이다.

이와 다르게 정신질환자가 -반드시 치료 또는 입원이 필요함에도 불구하고- 치료 또는 입원을 거부하는 것은 경험에 의한 가치에서 비롯되는 것이 아니라 잘못된 신념에 의하였기 때문에 그의 결정에는 자율성이 인정되지 않는 것이다⁶⁹⁾. 예를 들어 의사가 순수하게 치료를 위해 처방하는 약물을 ‘의사가 약물을 이용해 자신을 해할 것’이라는 잘못된 신념으로 치료거부한다면, 그 환자가 치료를 원하지 않기 때문이 아니라 그가 그 약물을 치료로 보지 않기 때문이므로 그러한 그릇된 신념에 의한 치료결정은 가치에 의

66) Eric Matthews, 전계논문, p.109-111

67) Eric Matthews, 전계논문, p.109-110

68) 이는 환자 본인이 여호와의 증인으로서 수혈을 거부하는 것으로 부모가 여호와의 증인으로서 아직 가치 정립이 되지 않은 자식의 수혈을 거부하는 사례와는 다른 것이다. 여호와의 증인인 부모가 자신의 신념에 따라 자식의 수혈 거부를 할 수는 있으나 그 결정으로 인해 자식의 몸에 위협을 초래할 정도에 이르는 경우라면 의사 또는 검사는 부모의 결정을 뛰어넘는 결정을 내릴 수 있어야 한다.

69) Eric Matthews, 전계논문, p.110-111

한 결정이라고도, 환자가 자신의 최선의 이익을 고려한 결정이라고도 보기 어렵다. 즉 개인의 결정이 자율적 결정이라고 인정되기 위해서는 개인이 경험을 통해 얻어낸 가치를 바탕으로 맥락있는 결정을 내려야 하는데 그렇지 못한 정신질환자의 결정의 경우 자율적 결정으로 인정될 수 없는 것이다. 이러한 견지에서 인간이라면 누구에게나 자신의 몸에 대하여 자유로운 결정을 내릴 수 있다고 하는 자율성이 정신질환자의 경우에 인정되어야 할 것인가라는 문제가 발생하는 것이다.

2) 의사소통의 문제

그러나 의료영역에서 환자 개인에게 자율성이 인정되는 것은 환자가 스스로 결정한다는 것을 의미하는 동시에 성공적인의료를 위한 의사소통 과정에서 자신의 최선의 이익을 반영시킬 수 있다는 점에서 의미가 있는 것이다. 위와 같은 정신보건영역의 특수성은 정신질환자는 의사소통에 참여할 기회를 잃음으로써 자신의 최선의 이익을 의료결정에 포함시키지 못하게 되는 중요한 요인으로 작용한다. 즉 정신보건영역에서의 문제는 1차적으로, 이것이 정신질환자 본인의 문제임에도 불구하고, 정작 그 논의에서는 당사자인 정신질환자의 참여가 거의 없다는 점이며, 이것은 정신질환자의 자율성과 사회통제를 이야기함에 있어 근본적인 어려움이 되고 있다⁷⁰⁾. 정신질환자가 주체가 되어 자신의 의료에 대한 의사소통에 참여할 수 없기 때문에 정신질환자는 자신의 우선하는 가치에 따라 결정을 할 수 없고 다른 사람에 의해 추정되는 가치에 따라 내려진 의료결정을 따를 수밖에 없다. 그렇다면 환자

70) 정신질환자 당사자의 목소리가 없기 때문에 관련 문제를 논의함에 어려움이 있다는 점은 법제에서의 어려움으로 대변된다. 소비자보호법이나 장애인복지, 남녀고용관계 법률의 경우에는 당사자들이 직접 목소리를 내어 정당성을 입증했기 때문에 비교적 수월하게 입법이 가능했으나 정신보건법이 제정되는 데에 많은 시간이 소요되고 많은 논란이 있었던 것은 정신질환자를 위한 입법에 정신질환자 당사자 집단의 참여가 없었던(혹은 불가능했던) 까닭이라고 보는 박은정, 전계논문, p.61

를 대신하여 결정을 내리는 사람들(의료인 또는 보호의무자 등)은 환자가 최우선으로 하는 가치를 추정하여 정신질환자 개인의 최선의 이익을 보장할 수 있을까?

에릭매튜가 말하는 정신보건영역에서 후견주의와 자율성 논의에 혼란을 야기하는 요인은 두가지이다. 하나는 환자가 아닌 타인을 보호하기 위해 환자를 비자발적으로 입원시키는 것이고, 다른 하나는 의사가 자신의 이익을 위해(자신을 어떤 해로부터 보호하기 위해) 환자가 원하는 것-치료결정یدن 그 반대이든-을 넘어서서 결정하는 것이 정당화되는 것이다⁷¹⁾⁷²⁾. 이에 더하여 보호의무자 또한 환자의 가족으로서 환자의 최선의 이익을 위한다는 명목으로 자신들의 이익과 편의를 위해 환자로 하여금 강제치료를 받도록 하거나 강제입원을 시키기도 한다. 이와 같이 정신질환자를 위한 의료결정에 타인이 개입하여 결정에 영향을 미치거나 타인이 대신 결정을 내리게 되면 그 결정은 온전히 정신질환자를 위한 것이기 어려우며 당사자인 환자의 목소리가 빠져있으므로 결정적으로 정당성에 결함을 가질 수밖에 없다.

정신질환자의 자율성과 사회통제를 논함에 있어 가장 최우선 되어야 할 것은 ‘환자의 최선의 이익’이다. 따라서 환자의 치유에 개입하는 국가, 의료인, 그리고 보호의무자는 환자의 치유를 위한 의사소통이 환자의 최선의 이익을 향하고 있어야 한다는 점을 확실히 해야 한다.

71) Eric Matthews, 전제논문, p.106-107

72) 에릭 매튜는 자율성과 후견주의 논의에 방해가 되는 요인 중 두 번째, 의료인이 환자가 원하는 것을 뛰어넘는 결정을 내리는 것을 정당화하는 것은 의사 스스로 환자로부터의 신체적 공격을 당할 것을 방지하기 위해서 또는 도덕적으로 결함이 없다는 것을 보증하기 위한, 즉 자신을 보호하기 위해서라고 보고 있다. 이 글에서는 이러한 의료인의 자기방어를 위해 환자의 결정을 뛰어넘는 것을 의료인의 이익으로 보고 있다.

(2) 정신보건영역에서 의사소통의 구조

이상의 논의를 종합해 보면, 근본적으로 자율성과 사회통제(의료적 후견주의와 국가적 후견주의를 포함한) 사이에 갈등이 발생하는 이유는 정신질환자가 직접 의료적 결정에 참여할 수 있는 길이 막혀있기 때문이다. 따라서 환자를 대신하여 내려지는 의료적 결정은 무엇보다 환자의 이익을 최우선으로 하여야 한다. 그러나 정신보건의료의 담론에서 종종 환자의 ‘최선의 이익’이라는 기본성이 상실되는 이유는 환자의 ‘치유’를 가능하게 하는 의료적 의사소통에 오류가 발생하기 때문이다. 정신보건의료영역은 위에서 본 것처럼 상호이해를 기반으로 하는, 환자의 ‘치유’를 위한 상호간의 의사소통이 필요한데 이 의사소통은 ‘정신질환자’와 ‘의료인’, 그리고 ‘정신질환자를 둘러싼 세계’간에 이루어진다.

1) 의사소통이론의 이해

이러한 의사소통은 하버마스의 의사소통이론에 입각하여 설명할 수 있다. 하버마스는 베버가 인간의 유의미한 행동을 사회적 행위라 하고 그 가운데 목적 합리적 행위를 합리성의 기준으로 삼는 도구적 합리화의 시점을 비판하는 데서 출발하여⁷³⁾, “근대 이후의 문명사에서 이성의 도구화는 어쩔 수 없는 필연적 과정이므로 이성 자체가 폐기되어야 한다”는 비관적 결론⁷⁴⁾을 경계함으로써⁷⁵⁾ 베버가 사회적 합리화를 합목적적 행위의 측면에서 바라본

73) 베버가 사회적 행위를 “주관적”으로 해석하고 타인의 행동에 지향되는 행위로 본다는 점에서 행위 주체간의 상호작용이 없더라도 “주관적”인 의미를 가진 행위까지 사회적 행위로 볼 수 있게 된다는 점을 한계로 보는 윤진숙, 베버와 하버마스의 합리성이론, 법학논총, 제18집, 숭실대학교 법학연구소, 2007, p.173-174

74) 호르크하이머와 아도르노의 비판이론. (양화식, 생활세계, 체계 그리고 법, 법철학연구, 한국법철학회, 2008, p.334)

75) 양화식, 전개논문, p.334

것에 반하여, 전략적 행위와 의사소통적 행위를 구별하였다⁷⁶⁾. 이 행위들은 각각 도구적 합리성과 의사소통적 합리성을 추구하며, 체계와 생활세계에서 작용한다. 위에서 하버마스의 의사소통적 행위이론을 언급하면서도 보았지만, 전략적 행위에서의 상대방은 목적달성의 수단인 반면, 의사소통적 행위에서의 상대방은 합의를 도출하기 위한 협력자이다. 즉 전자는 상대에 대한 기능적인 통제를 가하고, 후자는 담론을 통한 상호이해를 시도한다.

하버마스에 따르면 본래 전근대 사회는 생활세계와 체계가 결합된 형태였으나 ‘시장경제’와 ‘관료국가’가 발전함으로써 현대 자본주의 사회는 ‘생활세계’, ‘경제’, ‘행정’으로 분화되었다⁷⁷⁾. 현대사회가 점차 발달함에 따라 경제와 국가행정의 하부체계는 비대화되었고 의사소통적 합리성이 작동하는 생활세계에까지 침투하게 되어 의사소통적 행위가 아닌 화폐와 권력으로 생활세계가 식민화되기에 이른다. 즉 하버마스는 시대가 발전할수록 생활세계가 하부체계에 의해 지배되어 “생활세계의 물화, 사회통합의 장애, 그리고 문화적 전승의 단절에 기인한 문화적 빈곤화”와 같은 사회적 병폐가 발생한다고 보는 것이다. 이러한 하버마스의 생활세계-체계이론은 의료이념에서도 적용이 가능하다.

의료생활세계에서 환자는 의사와의 의사소통을 통해 치료적 대화를 함으로써 병을 치료한다. 의료생활세계와 의료체계는 각각 의료인격 · 의료행위 규범 · 의료문화와 행정권력 · 의료기관 · 시민사회로 구성되어 있다⁷⁸⁾. 그러나 의료체계를 구성하는 요소들이 “권력과 금전의 교환관계”에 따라 기능적으로 왜곡되면서 의료생활세계의 식민지화가 일어난다⁷⁹⁾. 이러한 의료생활세계의 식민지화는 의료행위에서 주체적 역할을 해야 하는 의료인과 환자의 소통을 왜곡시킴으로써 결국 구조적인 문제만이 아니라 의료의 궁극적

76) 양화식, 전계논문, p.334

77) 양화식, 전계논문, p.341

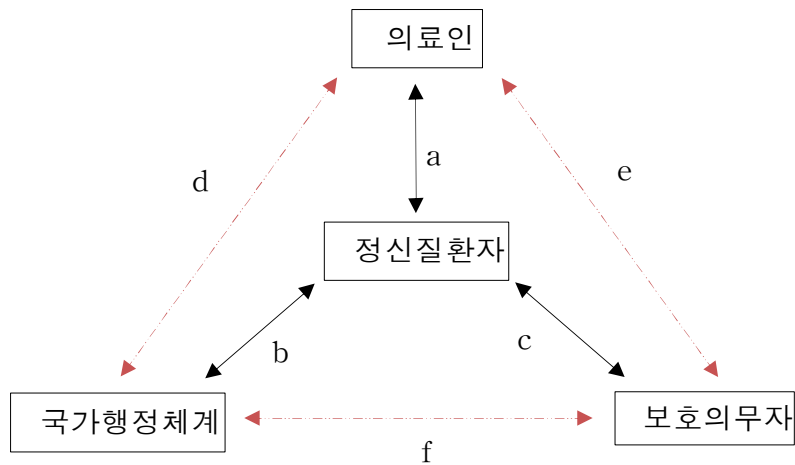
78) 이상돈/김나경, 의료법강의, 법문사, 2009, p.8-10

79) 이상돈/김나경, 전계서, p.11

인 목적인 환자의 치유까지 위협한다.

2) 정신보건영역에서의 의사소통

정신질환 강제입원의 영역에서 또한 ‘소통의 왜곡’이 일어난다⁸⁰⁾. 정신보건 의료에서 정신질환자의 치유를 위한 의사소통구조를 모형으로 나타내면 다음과 같다.



환자의 치유를 지향하는 의사소통은 원칙적으로 당사자인 환자를 중심으로 이루어져야 한다. 환자의 자율성에 따라 환자가 원하는 의료행위를 선택할 수 있는 환경이 만들어져야 환자는 자신의 목소리로 자신의 몸에 대한 결정을 내리는 것이 가능해진다. 따라서 위에서 본 것처럼 환자가 진정한

80) 김나경, ‘정신질환자 강제입원’의 법적 문제, p.32

의미의 치유에 이르기까지 요구되는 의사소통적 의료행위는 어느 주체 간에 이루어져야 하는지가 중요한 문제이며 이러한 의사소통의 구조는 가능한 한 정신질환자를 중심으로 이루어져야 한다.

정신질환자의 치유를 위해 의사소통구조가 형성되는 경우에 그 대화의 참여자는 정신질환자, 의료인, 국가권력, 보호의무자가 될 수 있다. 기본적으로 의료행위가 정신질환자의 몸에 대하여 행해지는 것이라는 점에서 모든 의사소통에서 정신질환자는 중심에 있어야 한다. 정신질환자를 위한 의사소통은 크게 두 가지로 구분된다. 하나는 정신질환자가 참여할 수 있는 경우의 의사소통, 다른 하나는 정신질환자가 참여할 수 없는 경우의 의사소통이다. 정신보건영역은 위에서 본 것처럼 일반의료영역과는 다른 특수성으로 정신질환자가 참여할 수 없는 의사소통이 발생하는데 강제입원 및 강제치료의 경우가 대부분 여기에 속한다.

먼저 그림 상 a, b, c는 정신질환자가 의사소통에 참여하는 경우이다. 여기서 정신질환자는 원칙적으로는 의사소통이 이루어지는 과정을 알고 있어야 하며 그 의사소통은 정신질환자를 향해 직접적으로 이루어져야 한다. 뿐만 아니라 그 커뮤니케이션에서 정신질환자는 ‘주체적인 행위자’로서 적극적으로 참여할 수 있어야 하는데 의료인과의 관계에 있어서도 환자는 -‘설명에 기초한 동의’의 원칙에 따라- 자신의 질병에 대한 내용 및 치료 방법, 부작용 등의 설명을 듣기만 하는 청자의 입장에 있을 것이 아니라 구체적으로 자신의 삶의 맥락을 의사에게 이해시키는 커뮤니케이션을 해야 한다. 물론, 정신질환자의 자율성의 한계를 고려한다면 적어도 그들의 이익이 합리적으로 대변될 수 있어야 한다.

위 그림의 d, e, f는 정신질환자가 의사소통에 참여하지 못하는 경우이다. 정신질환자에게 입원이 결정되는 대부분의 경우가 이와 같은 의사소통에 의한 것이다⁸¹⁾. 이러한 경우에는 정신질환자가 자신의 가치에 대하여 자신의

81) 정신질환자들이 입원되는 비율은 강제입원이 절대적으로 다수를 차지하고 있으며

목소리를 낼 수 없어 과연 환자의 가치 또는 최선의 이익이 무엇인가가 명확하지 않다. 당사자를 배제하고 이루어지는 담화에서는 의료인, 국가기관, 보호의무자가 각각 자신들의 이해관계를 형성하는 것이 가능해지기 때문에 상호간의 견제가 없거나, 제3의 견제세력이 없는 경우 의사소통이 왜곡될 가능성이 높아진다. 정신질환자의 입원으로 인해 의료인이 얻을 수 있는 이익은 에릭매튜가 지적했던 것처럼 자신이 신체적으로 공격당할 것을 예단하여 방지하기 위해 또는 입원시키지 않음으로 인해 발생할 수 있는 도덕성 논란을 피하기 위해서 정신질환자의 입원을 보다 쉽게 할 수도 있을 것이다. 또한 정신질환자에 대한 치료 및 보호비용 또는 치료와 수용보호서비스가 민간 의료시장에서 상품화되어있기 때문에⁸²⁾ 의료기관의 입장에서는 입원으로 발생하는 경제적 이익과 정부로부터 수용자 1인당 지원금을 받을 수 있어 입원환자의 수를 늘려 병원의 수익을 증대시키고자 할 것이다⁸³⁾. 이와 맞물려 보호의무자는 정신질환자를 입원시킴으로 환자를 직접 보호해야하는 번거로움을 해결할 수 있다는 이익을 얻을 수 있을 것이다. 뿐만 아니라 정신질환자가 권리행사에 취약하다는 점을 악용하여 강제입원을 통해 정신질환자의 자율성을 침해하여 재산을 탈취하려는 사례⁸⁴⁾는 보호의무자가 오히려 강제입원 제도를 악용할 수 있는 가능성이 있다는 점을 환기시킨다. 국가행정기구의 경우에는 정신질환자의 입원을 통해 자신의 권력을 공고히 하려는 의도를 가지기도 한다. 사회의 틀에서 벗어난 사람들을 경찰권의 이름으로 사회와 격리시킴으로써 권력을 강화하려는 경향이 있는데⁸⁵⁾⁸⁶⁾. 즉 국

(권혁장, 전개논문, p994-995.), 강제입원이 정신질환자 본인의 의사를 배제하고 이루어지는 의사소통에 의한 것이라는 점에서 정신질환자에 대한 의사소통 과정에서 배제는 곧 강제입원으로 이어진다고 볼 수 있다.

82) 김문근, 정신보건법상의 강제입원 조항과 인권침해기체에 관한 질적사례연구, 사회복지연구, 한국사회복지연구회, 2007, p.128

83) 김나경, '정신질환자 강제입원'의 법적 문제, p.32

84) 대법원 2001.2.23. 선고 2000도4415 판결. 이 사건에서 보호의무자인 피고인은 정신질환자인 피해자에게 재산을 이전하라는 요구에 응하지 아니하면 정신의료기관에서 퇴원시켜주지 않겠다고 협박하여 그 공갈의 죄가 인정되었다.

가행정체계는 경찰권을 바탕으로 명료한 질병적 구분이 불가능한 정신질환자를 사회에 위협이 된다는 이유로 손쉽게 사회와 격리시킴으로써 권력을 재생산한다.

이러한 각자의 이익들이 의사소통과정에서 맞물리게 되면 정신질환자의 강제입원은 그들의 입장에서 보다 쉽게 이루어진다. 따라서 정신질환자의 강제입원을 다루는 의사소통에서 정신질환자의 이익이 아닌 다른 주체들의 이익이 개입되지 않도록 서로가 또는 제3자가 견제하는 시스템이 필요하다. 이러한 견제가 제대로 작동하는 경우야 정신질환자의 가치를 고려하는 치유를 위한 최선의 결정이 나올 수 있을 것이다.

(3) 정신보건법의 역할 - 대립 이념의 조화

정신질환자의 치유를 위한 결정이 성공적일 수 있는 제도적 장치는 어떤 것이 되어야 하는가? 가장 중요한 것은 강제입원에서 나타나는 자율성과 사회통제의 이념적 대립을 조화롭게 할 수 있어야 한다는 점이다. 정신보건영역 전반을 아우르는 정신보건법의 경우 두 이념이 충돌하는 지점에서 우선적으로 고려해야 할 이념이 자신의 몸에 대하여 자신이 선택을 할 수 있는 자율성인만큼 정신보건법은 정신질환자가 최대한 자신의 결정을 내릴 수 있는 환경을 만들어주는 것이 필요하다. 따라서 환자의 자율적 결정을 위해 환자가 과연 의사결정을 내릴 수 있는 능력을 갖추었느냐의 문제를 따져 능

85) 김나경, '정신질환자 강제입원'의 법적 문제, p.32

86) 실제로 우리나라에서 1985년 처음 정신보건법 제정작업이 추진되던 때에 대한신경정신의학회, 법조계, 재야에서 강하게 반발하였던 이유는 바로 인권침해와 정권안보에의 악용가능성이었다. 법안 가운데 “공공질서유지에 중대한 위해를 줄 우려”라는 표현은 정신질환자의 입원 요건을 치유가 아닌 안보를 기반으로 하고 있었다는 것을 반증하는 것이며, 시·도지사 등 행정기관이 정신과외사의 의견을 들어 정신질환자를 강제로 입원시킬 수 있었던 조항이 있었다는 점, 그리고 퇴원에 대한 어떠한 절차도 없었다는 점은 정신질환자의 강제입원을 이용하여 행정권력이 사회통제를 하려하였다는 비난을 피할 수 없을 것이다(박은정, 전개논문, p.63~64).

력을 갖춘 것으로 판단된 정신질환자라면 자율성 이념의 침해 없이 자신의 결정을 내릴 수 있도록 해야 한다. 그러나 그러한 능력을 갖추지 못한 것으로 판단을 받은 정신질환자의 경우 사회통제의 이념에 따라 치료결정이 내려질 것인데, 여기서 환자의 치유를 위한 결정이 의사소통에 개입하는 이익주체들의 이익다툼으로부터 보호받을 수 있고, 환자 본인의 가치가 반영될 수 있는 시스템이 필요하다. 이러한 점에서 정신보건법은 그 보호이익이 정신질환자를 향하고 있어야 하며 강제입원에 대하여도 정신질환자의 강제입원 그 자체를 위한 것이 아닌 정신질환자를 강제입원으로부터 보호하는 내용이 되어야 한다.

정신보건법이 부당한 강제입원을 막기 위한 보호장치로 기능하기 위해서는 강제입원의 대상이 되는 정신질환자의 범위와 관련된, 즉 일종의 강제입원의 사전요건으로서 해당 정신질환자가 강제입원의 대상이 되느냐 마느냐의 문제를 다루는 ‘거름장치’와 일단 강제입원의 대상이 된 이후 과연 그 강제입원 합당한 강제입원인가를 문제삼는 ‘견제장치’-상호견제장치 및 제3의 견제장치-가 필요하다. 이익주체 간 상호견제를 위해서는, 마치 2중, 3중으로 잠긴 문처럼, 의료인 · 국가행정체계 · 보호의무자가 정신질환자의 강제입원이라는 최종 결정에 다다르기까지는 여러 절차를 거치도록 하는 ‘절차적 장치’가 있어야 한다. 이에 따라 의료인이 해당 정신질환자의 강제입원이 필요하다 판단하였다 하더라도 보호의무자 또는 국가행정체계가 견제할 수 있는 절차가 필요하고 이는 입원절차에서 뿐만 아니라 입원 중 또는 퇴원절차에서도 필요하다.

Ⅲ. 정신보건법상의 강제입원

1. 정신질환자의 강제입원과 정신보건법의 제개정

정신보건법은 정신질환자의 처우 문제가 1984년 국가의 중요한 정책으로 떠오르고, 1985년 11월 처음으로 법안이 만들어짐으로써 그 성격과 내용에 대하여 본격적으로 논의되기 시작했다. 그 이전까지는 1953년 시행된 생활보호법에 의해 정신질환자들이 민간이나 종교단체에 의해 운영된 시설에서 관리되었고 1970년 사회복지사업법이 제정되면서 정신질환자의 문제는 국가에 의해 관리·감독되기 시작하였다⁸⁷⁾. 정신질환자에 대한 별도의 제정법이 마련되어 있지 않은 현실에 대하여 정신보건 전문가들은 계속적으로 법의 제정을 촉구하였으나 정작 1985년 만들어진 법안에 대하여는 법안통과를 강하게 반대하였다. 1984년 시사 고발 프로그램에서 방영된 기도원 사건을 계기로 정신질환자의 인권보호를 위한 법제정의 필요성이 강구되던 되던 때에, 1985년 법안에서 문제되었던 것은 정신질환자의 보건을 위해 제정된 정신보건법이 오히려 정신질환자를 잠재적 위험인물로 보고 그들을 억압하는데 초점을 맞추었다는 점이다⁸⁸⁾. 이후 1991년 11월 범죄예방 차원에서 정신보건법의 제정 필요성이 다시 제기되었고⁸⁹⁾, 수많은 논의를 거쳐 1995년 12월 19일 국회 통과로 1997년 1월 정신보건법이 시행되었다.

정신보건법은 제정법이 실시된 이후 1998년 전부개정과 2000년, 2004년,

87) 이동명, 정신보건법상의 강제입원에 관한 연구, 형사정책, 한국형사학회, 2010, p.146-147

88) 각주 86 참조

89) 1991년 10월 대구나이트클럽 방화사건과 여의도 광장 차량질주사건으로 법무부에서는 “범죄예방의 차원”에서 정신보건법의 필요성이 인식되었으며, 이에 따라 당시의 제정논의는 정신질환자들의 사회격리가 필요하다는 것이 강조되었다(박은정, 전개논문, p.64)

2008년 3번의 부분개정을 통해 지금의 정신보건법이 되었다. 정신보건법 제1조에서 보듯 법의 내용이 ‘정신질환의 예방과 정신질환자의 의료 및 사회복귀’를 함께 규정하고 있다는 점에 비추어 봤을 때 우리나라의 정신보건법은 정신질환자를 치료하는 데서 법적 보장이 그치는 것이 아니라 나아가 정신질환자의 사회 복귀가 가능하기까지의 보장을 목표로 하고 있다는 점을 알 수 있다. 이러한 목적에 따라 정신보건법은 개정을 통해 환자의 예방과 치료 및 재활을 위하여 정신보건센터와 정신보건시설을 연계하는 정신보건서비스전달체계의 확립하여야 한다는 조항과(2008년 개정법, 제4조 제2항) 정신보건센터를 설치하여 사회내에서 정신보건사업이 보다 효율적으로 이루어질 수 있도록 하는 조항(2008년 개정법, 제13조의2)을 신설하고 외래치료 명령제도를 도입하였다(2008년 개정법, 제37조의2). 그러나,—인적·물적 인프라 부족으로 인해 정신보건사업에 어려움이 있다는 점은 차치하고라도—이러한 정신보건사업의 확장이 정신질환자의 강제입원의 문제들을 본질적으로 해결할 수 없다는 점, 따라서 정신보건영역의 고질적 문제인 강제입원의 장기화와 강제입원 병상 수의 증가는 여전히 정신보건영역의 주요 난제로 남아있다. 즉 여러 차례의 정신보건법 개정이 있었지만 그 내용이 치유의 이념을 확장하는 것에만 중점을 두고 사회통제가 이루어지는 현실을 개선하는 것에는 실패함으로써, 비격리치료가 제도적으로 정립되기는 하였으나 동시에 강제입원은 여전히 증가하는 이율배반적인 현상이 발생하고 있다. 이러한 현실적 문제들을 해결할 수 있는 방법을 알아보기 위해 먼저 정신보건법에서의 이념적 대립을 알아본 뒤 다음 장에서 문제점을 분석해 보도록 한다.

2. 정신보건법상의 이념적 대립

의료행위가 의사에 의해 행해지는 환자에 대한 행위라는 점을 고려했을

때 행위자는 의사이지만 그 행위로 인해 영향을 받는 것은 환자이므로, 의료행위의 결정권자는 궁극적으로 환자이어야 하며 이는 곧 ‘설명에 기초한 동의’의 법리로 설정될 수 있다. 의료행위의 목적인 ‘치유’는 환자의 자율성을 필연적으로 수반하는 의사소통의 과정이 제대로 작동하는 경우에만 가능할 것이기 때문에 의료영역에서의 자율성은 무엇보다 중요하다. 그러나 정신보건영역은 일반의료영역과는 달리 정신질환에 필연적으로 부여된 자율성에 대한 흠결 때문에 ‘설명에 기초한 동의’라는 의사소통 과정이 무시되어 치유의 이념과 사회통제의 이념이 끊임없이 대립하고 있다. 이러한 대립은 정신보건법에서도 나타나고 있다.

정신보건법은 기본이념으로, 동법 제2조에서 보듯이 ‘인간으로서의 존엄과 가치(제1항)’, ‘자발적 입원의 원칙(제5항)’, ‘환자의 자유로운 환경 보장(제6항)’을 두고 있으며, 목적으로는 ‘정신질환자의 예방과 정신질환자의 의료 및 사회복귀(제1조)’를 규정하고 있어, 법의 기본원칙이 전적으로 치유의 이념에 기대고 있음을 알 수 있다. 이러한 법의 목적으로부터 국가등의 의무(제4조)와 국민들의 의무(제5조)가 파생되었고, 정신보건시설의 설치·운영자의 의무(제6조)는 기본이념의 제1항과 제6항에서 파생되었다. 정신보건법상 환자의 자율적인 의사에 의한 치유를 직접적으로 다루는 기본이념의 제5항은 동법 제23조의 자의입원으로 이어진다. 위에서 보았듯이 정신보건영역에서 치유와 사회통제의 이념적 대립이 발견되지만 정신질환자에 대한 의료행위 또한 환자의 몸에 영향을 미치는 행위이기 때문에 치유의 이념을 정신보건법의 기본이념으로 하는 것은 필연적이다. 치유를 원칙으로 하는 정신보건법에서 치유의 이념과 사회통제의 이념의 대립은 정신질환자에 대한—의료의 차원이든 안전확보의 차원이든—무엇보다도 강제입원에 대한 규정에서 나타난다. 정신보건법 제24조 내지 제26조에서는 정신질환자의 자율적인 의사와 관계없이 입원이 이루어질 수 있도록 하는 규정을 둬으로써 정신보건법의 기본이념인 치유와 대립하는 사회통제의 이념을 강하게 드러내고 있

다.

정신보건법상에서 나타나는 치유와 사회통제의 이념적 대립은 각 조항마다 조금씩 다른 양상을 띠고 있다. 정신보건법 59개의 조항(벌칙 포함) 가운데 행정적·절차적 성격의 조항을 제외하고 정신질환자에 대한 처우와 관련한 조항들은 제23조 자의입원, 제24조 보호의무자에 의한 입원, 제25조 시장·군수·구청장에 의한 입원, 제26조 응급입원, 제37조 임시퇴원, 제37조의2 외래치료명령이라고 할 수 있다. 각 조항들은 치유의 이념 또는 사회통제의 이념 사이에 위치하고 있다. 그러나, 치유의 이념과 사회통제의 이념을 각 극단으로 두고 이 조항들을 나누어보면, 우선 치유의 이념의 극단에는 자의입원이, 사회통제의 이념에는 강제입원이 존재한다. 강제입원 가운데에서도 3종류의 강제입원이 모두 일률적으로 같은 이념적 특성을 지니는 것은 아니며 그 입원의 성격이나 내용에 따라 위치가 달라지는데 각 입원이 어느 이념에 가까운 것인지의 문제는 먼저 정신보건법상의 치유와 사회통제의 극단을 살펴본 뒤 아래에서 살펴보도록 한다.

(1) 치유이념의 실현

정신보건법 내에서 치유의 이념을 상징적으로 나타낸다고 할 수 있는 조항은 바로 제2조의 기본이념이다. 정신보건법은 제2조의 기본이념을 원칙으로 하여 정신보건에 관한 사항을 규정하고 있는 것이며 정신질환자의 처우에 관한 조항 가운데 가장 기본이념에 가까운 내용을 가진 조항이 제23조 자의입원이다. 자의입원은 치유의 이념에 따라 정신질환자에 대한 입원의 원칙을 제시하고 있는데 정신질환자에게 입원치료가 필요한 경우 ‘항상 자발적 입원’이 우선적으로 고려되어야 한다는 것이 그 내용이다. 치유는 의료의 가장 궁극적인 목적으로, 의사와 환자간의 자율적인 의사소통을 통해 ‘풍요로운 삶의 회복’을 지향한다. 정신보건영역에서 정신과전문의와 정신질환

자가 자율적인 의사소통을 한다는 것은 환자의 치료와 입원에 대하여 그 결정권이 환자에게 있다는 것을 의미하며, 제2조에서의 ‘자발적 입원을 우선적으로 고려한다’의 문구는 환자는 자발적 입원에 동의를 하는 것이 아니라 치료와 입원을 선택하는 것을 의미한다. 따라서 환자가 동법 제23조의 자의 입원에 따라 입원하는 때에는 보호의무자나 정신과전문의의 영향으로 입원되어서는 안 되며, 의사와 보호의무자는 환자가 스스로 최선의 선택을 할 수 있도록 해야 한다. 정신보건법상에서 자의입원은 치유의 극단에서 정신질환자의 자율적 결정을 담보하는 역할을 한다. 그러나 2008년 조사에 의하면⁹⁰⁾ 자의입원을 한 환자 가운데 자신의 의견에 따라 입원한 환자는 79%, 가족의 의견에 따르거나 가족과 치료진이 속여 입원한 환자는 18%로, 모든 자의입원 환자가 순수 자신의 의사로 입원한 것은 아님을 알 수 있다. 자의입원은 동의능력이 있는 환자의 동의로 이루어지는 입원으로 강제입원과는 달리 환자가 주도적으로 진행하는 입원이다. 따라서 자의입원으로 입원하려는 자는 의사와의 충분한 상담을 통해 자신에 대한 진단 내용과 입원치료에 대한 내용을 설명받은 뒤 결정하는 식의 ‘설명에 기초한 동의’ 법리에 따라 이루어져야 한다. 그러나 위와 같은 통계는 강제입원뿐만 아니라 자의입원 과정에서도 정신질환자와 의사간의 의사소통이 의료의 원칙인 ‘설명에 기초한 동의’를 통해 이루어지는 것이 아니라 일방적인 의사소통에 의한 결정이 이루어지는 것으로 볼 수 있다.

(2) 사회통제이념의 실현

정신보건법상의 사회통제의 이념의 극단에 위치하는 것은 위에서 언급한 것처럼 강제입원이다. 강제입원은 자의입원 원칙의 예외로서 사회통제의 이념에 속한다고 하는 것은, 강제입원이 치유의 이념이 작동할 수 없는 경

90) 정인원 외, 정신보건시설 재원자 및 시설 실태조사, 국가인권위원회, 2009, p.17

우, 즉 당해 정신질환자에 대하여 자율성이 인정되지 않는 경우에 한하여 적용되기 때문에, 강제입원이 자율성이 최소화되는 사회통제의 이념에 해당하는 까닭이다. 그러나 같은 강제입원이라는 틀에 있다 하더라도 입원의 목적과 절차에 따라 3종류의 강제입원이 이념적으로 위치가 달라진다. 어떤 강제입원이 치유의 이념과 사회통제의 이념의 대립관계에서 어디에 위치하느냐를 결정하는 요소는 강제입원이 이루어지는 절차적 용이성과 입원기간 등을 종합하여 고려해야 하며, 입원의 절차적 용이성에는 입원 필요성 기준이나 입원신청의 주체 등이 포함된다.

1) 보호의무자에 의한 입원

먼저 보호의무자에 의한 입원(§24)의 경우 입원여부를 판단함에 있어 그 요건은 ① 환자가 정신의료기관등에서 입원등 치료 또는 요양을 받을만한 정도 또는 성질의 정신질환에 걸려 있는 경우(치료의 필요성), ② 환자 자신의 건강 또는 안전이나 타인의 안전을 위하여 입원등을 할 필요가 있는 경우(위험성)이며, 둘 중 어느 하나에만 해당하면 입원으로서의 요건에 해당하게 된다. 즉 보호의무자에 의한 입원으로 인해 입원되는 정신질환자는 자타해의 위험이 없더라도 입원이 가능하기 때문에 정신보건법상 이루어지는 강제입원 가운데 유일하게 위험성 없이도 입원이 가능한 조항이다. 강제입원이 시설등에 입원할 정도의 정신질환만으로 가능하다는 것은 자타해의 위험성을 요구하는 다른 입원에 비해 사회통제의 성격이 강하게 나타나는 것이라고 볼 수 있으며 정신질환자의 자율성에 반하여 사회통제적인 입원이 이루어질 가능성이 높아진다. 강제입원 전체에서 보호의무자에 의한 입원이 차지하는 비율이 압도적으로 높다는 사실은 보호의무자에 의한 입원이 다른 입원형태에 비해 사회통제적 성격이 가장 강하다는 명제를 반증하는 것이기도 하다. 2008년 전체 입원환자 수에서 시장·군수·구청장에 의한 입원이

16%, 감호치료대상자 포함 응급입원이 1.1%로 낮은 비율인 데 비해 보호의무자에 의한 입원의 경우는 69.8%로 강제입원의 대부분의 경우에 해당한다⁹¹⁾).

또한 보호의무자에 의한 입원의 입원기간은 최초입원의 경우 6개월이고, 환자에게 6개월 이후에도 계속 입원할 필요가 있는 경우에는 보호의무자의 동의와 정신과전문의의 판단으로 시장·군수·구청장에 계속입원에 대한 심사를 청구하여야 한다. 여기서 최초입원의 경우 1인의 정신과전문의로부터 일단 정신질환이 있다고, 혹은 자타해의 위험이 있다고 진단되면 다른 절차를 거치지 않고 바로 6개월의 입원이 가능하다는 점에서 정신질환자의 자율성이 축소되는 범위가 매우 크다.

2) 시장·군수·구청장에 의한 입원

동법 제25조의 시장·군수·구청장에 의한 입원은 보호의무자에 의한 입원보다는 사회통제의 이념이 적게 반영되는 강제입원이다. 시장·군수·구청장에 의한 입원의 대상은 ‘자신 또는 타인을 해할 위험이 있다고 의심되는 자’로 되어 있어, 시장·군수·구청장에 의한 입원이 위험하지 않은 환자에 대하여 이루어지는 사회통제를 제한하고 있음을 알 수 있다.

보호의무자에 의한 입원이 치료를 목적으로 입원한 날부터 6개월의 기간을 정하고 있는 것에 비해 시장·군수·구청장에 의한 입원은 진단을 목적으로 하여 2주 이내의 기간을 입원기간으로 정하고 있다. 위험한 환자를 발견한 정신과전문의 또는 정신보건전문요원이 입원신청을 하면, 신청을 받은 시장·군수·구청장은 즉시 정신과전문의에게 당해 정신질환자로 의심되는 자의 진단을 의뢰하여야 하며 당해 정신질환자는 진단을 위해 2주 이내의 기간을 정하여 정신의료기관 또는 종합병원에 입원할 수 있다. 제25조에 의한

91) 국가인권위원회, 정신장애인 인권보호와 증진을 위한 국가보고서, p.63

입원이 치료입원이 아닌 진단입원이라는 점은 진단을 위해 입원한 환자에 대하여 의사는 진단에 필요한 조치만을 취할 수 있을 뿐 환자에 대하여 강제적인 치료를 진행할 수 없다는 것을 의미하며, 치료를 전제하지 않는다는 점에서 보호의무자에 의한 입원에 비해 사회통제의 성격이 약하게 반영되어 있는 것이다.

2주간의 진단 이후 당해 정신질환자의 계속입원이 필요하다고 판단된 경우에는 정신과전문의 2인 이상의 일치된 소견이 있으면 국가나 지방자치단체가 운영하는 정신의료기관에 입원을 의뢰할 수 있다. 계속입원이 필요한 경우에 정신과전문의 2인 이상의 일치된 소견을 요구하기 때문에 정신과전문의 1인만의 진단으로 입원이 이루어지는 보호의무자에 의한 입원에 비해 사회통제의 가능성은 작아진다.

시장·군수·구청장에 의한 입원한 환자의 퇴원에 관하여 동법 제36조는 제25조에 따라 계속입원된 환자의 경우 3개월이 지나면 즉시 입원조치를 해제하여야 하나 정신보건심판위원회의 심사결과 당해 정신질환자에게 자신 또는 타인을 해할 위험이 있다고 명백히 인정되는 경우 시장·군수·구청장은 해당 환자를 다시 입원시킬 수 있다. 정신보건법 시행령에 따르면 진단의뢰결과 입원이 필요하다고 인정되는 경우에는 먼저 우선적으로 자의입원을 신청하도록 하고 여의치 않은 경우 보호의무자에 의한 입원의 절차를 밟도록 한다. 보호의무자가 이를 거부할 경우 정신보건법 제25조 제3항에 따라 국·공립 정신의료기관 또는 종합병원에 입원조치를 의뢰하는데, 이 경우 입원시킨 국·공립 정신의료기관의 장 또는 종합병원의 장은 의뢰받은 환자를 2명 이상의 정신과전문의로부터 진단을 받도록 하여 진단 결과를 시장·군수·구청장에게 서면 또는 전자문서로 통보하여야 한다(시행령 제7조 제3항, 제4항).

3) 응급입원

정신보건법의 강제입원 조항 가운데 사회통제의 성격이 가장 약하게 나타나는 조항은 동법 제26조의 응급입원이다. 응급입원은 동법 제26조에 규정된 내용으로 시장·군수·구청장에 의한 입원과 마찬가지로 ‘정신질환자로 추정되는 자’인 동시에 위험성이 있는 자를 대상으로 하지만 그 위험성의 정도에 있어서 ‘자신 또는 타인을 해할 위험이 큰 자’여야 한다.

응급입원은 입원기간이 72시간으로 세 종류의 강제입원 가운데 가장 짧은 환자의 자율성이 축소되는 기간의 측면에서 가장 사회통제의 이념에서 멀다고 할 수 있다. 그러나 다른 입원과 달리 응급입원의 경우 정신과전문의의 사전 판단 없이 바로 입원이 이루어진다는 점에서 사회통제의 이념이 전혀 구현되지 않고 있는 것은 아니다. 그러나 어쨌든 앞선 보호의무자에 의한 입원이나 시장·군수·구청장에 의한 입원과 달리 응급입원이 가능하려면 반드시 ‘현실적인 위험’이 있을 것을 요건에 해당해야 하기 때문에 이러한 요건을 만족시키지 못하는 정신질환자에 대하여는 입원이 불가능하다. 결국, 높은 입원요건의 벽으로 인해 입원되는 정신질환자의 수가 다른 강제입원에 비해 가장 낮다.

		동의입원 (§24)	평가입원 (§25-3)	응급입원 (§26-1)
입원 절차		보호의무자 2인 동의, 전문의의 소견(진단)	정신과 전문의 또는 전문요원이 시장, 군수, 구청장(행정기관장)에게 요청	정신의료기관의 장
기간		6개월	2주 이내	72시간 이내
입	치료	(中1)	X	X

원 요 건	필요성			
	위험성 (자신/ 타인)		O	O
	급박성	X	X	O
계속 입원 절차	최초입원과 같은 방법으로 연장(6개월)	2인 이상의 전문의의 일치된 소견/ 정신보건심판위원회 의 심사, 3개월씩	자의입원 또는 시장·군수·구청장에 의한 입원의 방법으로	
퇴원 절차	6개월마다 시장, 군수, 구청장에 심사 청구	계속입원조치가 없는 경우 즉시퇴원	계속입원이 없는 한 즉시퇴원	

(3) 치유와 사회통제 이념의 사이

자의입원과 강제입원 3개의 조항이 치유 및 사회통제 이념의 각 극단에 있는 것이라면 정신질환자에 대한 처우를 다루는 다른 조항인 동법 제37조의 임시퇴원과 제37조의 2의 외래치료명령은 치유의 이념과 사회통제의 이념 그 사이에 있는 조항들이다. 임시퇴원과 외래치료명령은 병원 등의 시설에서 치료 또는 격리되는 것이 아니라 사회에서 정신질환을 회복할 수 있도록 하는 명령이라는 점에서 다소의 공통점을 가지고 있다. 환자를 신체적으로 구속하는 시설에서의 치료가 아니기 때문에 정신질환자에게는 어느 정도 운신의 자유가 생기고 입원중의 치료보다 여유로운 치료가 가능해질 것이다. 이는 정신질환자로 하여금 자율성에 기반하는 치유에 이르도록 할 것이다. 그럼에도 불구하고 이 두 조항이 치유와 사회통제의 사이에 위치하는

까닭은 환자의 자율적인 결정에 따라 이러한 명령이 내려지는 것이 아니기 때문이다.

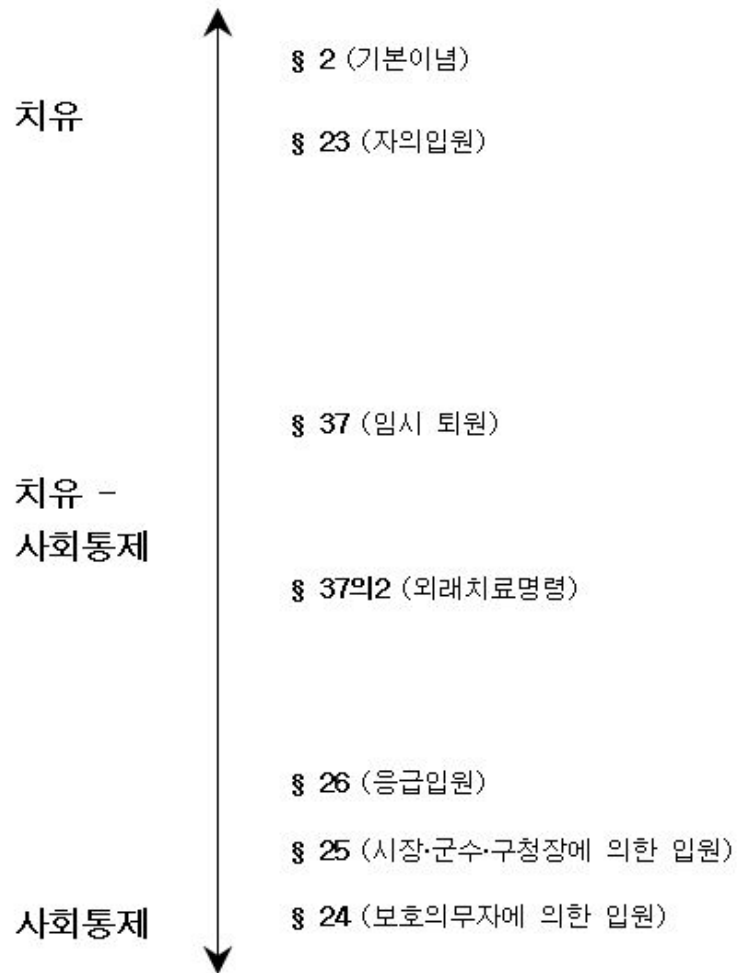
1) 임시퇴원

먼저 임시퇴원의 경우 입원중인 정신질환자에 대하여 퇴원후의 경과를 살펴볼 필요가 있을 때 일시적으로 퇴원시키고 이를 입원의뢰인(§24 입원의 경우 보호의무자, §25 입원의 경우 시장·군수·구청장)에게 통보하는 것으로 이 과정에서 정신질환자의 자율적인 의사는 전혀 개입되지 않는다. 정신질환자는 정신과 의사에게 자발적으로 임시퇴원을 요청하거나 할 수 없고 이와 반대로 정신과 의사가 임시퇴원이 필요하다고 하여 명령한 임시퇴원에 대하여 이의를 제기할 수 없다. 즉 이미 입원하고 있는 환자에 대하여 자율적인 결정을 할 수 있는 기회를 차단하였다는 점에서 임시퇴원 조항은 소극적으로 환자의 자유를 침해하고 있는 것이다(소극적 침해).

2) 외래치료명령

외래치료명령은 위에서 언급한 것처럼 정신질환자가 사회 속에서 치료를 받을 수 있도록 하는 명령이라는 점에서 임시퇴원과 공통점을 가지지만 임시퇴원보다는 강한 사회통제의 성격을 가지고 있다. 각 조항의 입법목적을 보면, 임시퇴원은 입원치료를 통해 상태가 호전된 환자에 대하여 퇴원후의 경과를 살펴보기 위해 내리는 명령인 데 반해 외래치료명령은 입원 전에 자신 또는 타인을 해하는 행위를 한 자에 대하여 퇴원 뒤에 추가적으로 치료를 명령하는 것이다. 다시 말해 임시퇴원은 입원치료의 일환으로 임시퇴원 중의 치료도 입원치료에 기간에 포함되는 것이고, 외래치료명령은 입원치료가 끝났음에도 입원 전의 행적을 고려하여 추가 치료가 필요하다고 여겨지

는 환자에게 내려지는 명령으로 입원치료가 끝나고 환자에게 주어지는 자유를 적극적으로 침해하고 있어, 임시퇴원보다 외래치료명령이 사회통제로서의 성격이 강한 것이다(적극적 침해).



IV. 정신보건법에 대한 규범평가적 비판

정신보건영역에서 정신보건법이 담당해야 하는 역할은 대립관계에 있는 치유의 이념과 사회통제 이념을 조화롭게 하는 것이다. 치유의 이념과 사회통제의 이념은 서로 다른 방향으로 가고 있는 것처럼 보이지만 그것은 방법의 차이일 뿐 두 이념이 목적으로 하는 바는 정신질환자의 최선의 이익을 구현하는 것이라는 점에서 양자가 조화를 이룰 수 있는 가능성은 충분하다. 따라서 정신보건법은 정신보건영역에서 대립하는 두 이념이 정신질환자의 최선의 이익을 위해 조화롭게 작동할 수 있도록 규정하여야 한다. 그러나 현재 정신보건법을 실제의 영역에서 적용함에 있어 여러 인권침해적인 문제들이 발견되는데 이는 정신보건법이 대립이념들의 조화를 고려하지 못해 정신질환자의 최선의 이익 실현에 실패한 것이라고 할 수 있다. 우리나라의 정신보건영역에서 치유의 이념과 사회통제의 이념이 가장 극력하게 부딪히는 영역은 강제입원 가운데에서도 보호의무자에 의한 입원이다. 보호의무자에 의한 입원은 전체입원 가운데 절대적으로 높은 입원율을 나타내고 있는 동시에 판례 또는 국가인권위원회 진정사례에서 입원의 정당성을 가장 많이 다투는 입원이다. 아래에서는 정신보건법상의 문제로 인해 발생하는 정신질환자의 강제입원의 문제점들을 사례를 통해 분석하고 정신보건법상의 강제입원이 나아가야 하는 방향을 제시하고자 한다.

1. 실체적 요건의 문제

(1) ‘입원이 필요한 정신질환’ 진단의 모호성

정신질환자에 대한 강제입원은 보호의무자에 의해 의뢰가 이루어졌든 시

장·군수·구청장에 의해 의뢰되었든 간에 결정되기까지는 강제입원에 있어서는 정신과전문의가 내리는 환자의 정신질환에 대한 진단이 절대적으로 작용한다. 정신질환에 대한 진단과 관련하여 보호의무자에 의한 입원의 경우 정신질환자는 ‘환자가 정신의료기관등에서 입원등 치료 또는 요양을 받을 만한 정도 또는 성질의 정신질환에 걸려’ 있을 것이 필요하다. 그러나 문제는 입원등이 필요한 정신질환의 정도가 구체적으로 어느 정도여야 하는지에 대한 가이드라인이 없어 오로지 정신과 전문의의 임상적 판단만을 기준으로 하고 있다는 점이다⁹²⁾. 이로 인해 정신과 전문의의 ‘입원이 필요한’ 정신질환에 대한 진단이 불확실성 속에서 광범위하게 이루어져 입원이 필요하지 않은 정신질환자 혹은 정신질환자가 아닌 자를 모호한 진단으로 강제입원이 가능해지는 경우가 발생하고 있다.

< 사례 1 >

모호한 정신보건법 규정으로 인해 정신질환자의 강제입원의 정당성이 의심되는 사례로는 대법원 2009. 7. 23 선고 2007도5383 판결⁹³⁾이 있다. 이 사례에서 환자의 입원당시에 있었던 정신과전문의의 진단은 “망상장애, 상세 불명의 신경증장애, 적응장애가 의심”된다는 것이었으며, 보호의무자에 의한 입원 후 한 달 뒤에는 이 진단 중 망상장애와 적응장애를 배제하였다. 그러나 이러한 의증진단이 과연 정신질환자의 신체적 자유를 박탈하는 강제입원을 허용하기에 합당한 것인지에 대한 의문이 발생한다. 위 사례의 2심 심리에서 가장 중요한 논점이 되었던 것도 바로 ‘환자에 대한 정신과전문의 진단의 입원필요성 충족 여부’이다⁹⁴⁾. 당해 사건의 피고인인 의사는 2심 심리

92) 국가인권위원회, 전게서, p.81

93) 이하 본문 또는 각주에서 판례 또는 국가인권위원회의 진정사례를 인용하여 설명하는 경우, 예를 들어 ‘대법원 2009. 7. 23 선고 2007도5383 판결’이라면 ‘대법2007도5383’으로, 또는 ‘국가인권위원회 07진인667이’라면 ‘인권위07진인667’로 표기한다.

94) 김문근, 전게논문, p.139

에서 의증진단은 통상적으로 병은 있지만 확정이 되지 않은 경우에 내리는 진단이라고 하면서 입원을 통해 정확한 진단을 하고 치료를 하기 위해 의증진단으로 강제입원 결정을 내렸다고 하였다⁹⁵⁾. 즉 환자에게 6개월이라는 장기간의 강제입원을 명령하면서 의사는 그 근거를 반드시 입원과 치료가 필요하다는 명확한 진단이 아닌 ‘질환이 있을 것’이라는 추정적 진단에 두고 있었다는 것이다. 이 사건에서 의사가 주장하는 것처럼 정확한 진단이 필요한 ‘의증’이 강제입원 조항의 ‘입원등 치료 또는 요양을 받을만한 정도 또는 심질의 정신질환’에 포함된다고 보아야 하는가?

법원은 이와 관련하여 질환의 유무에 대한 의심만으로 내린 강제입원 명령의 부당성을 정면으로 논하지는 않았으나, 적어도 망상장애와 적응장애가 배제된 이후에는 퇴원시켰어야 한다하여 그 이후의 강제입원에 대하여 부당성을 인정하였다. 이 판결은 결과적으로 정신과전문의의 입원이 필요하지 않은 환자에 대한 부당한 입원을 인정한 첫 사례라는 점에서 그 자체로 의미를 가진다 할 것이다. 그러나 의증에 의한 강제입원의 정당성을 논하지 않아 정신보건법에서 말하는 ‘입원등 치료 또는 요양을 받을만한 정도의 정신질환’이 의증진단까지 포함하는 것에 대한 논란은 여전히 남게 되었다.

이러한 논란이 제기되는 이유는 정신보건법이 ‘입원에 필요한 정신질환의 정도’에 대하여 구체적인 내용을 정하고 있지 않다는 데서 기인한다. 우리나라에서는 정신보건영역이 특히 다른 의료영역에 비해 뒤늦게 발달하였고 이에 대한 논의의 움직임이 크지 않아, 범조항이 다소 추상적인 경향이 있으며 이로 인해 법을 적용하는 정신과전문의에게 보다 넓은 범위의 재량적 판단이 인정되고 있다. 정신과전문의들이 ‘입원에 필요한 정도’라는 요건을 ‘의증’으로 충족시키는 것이 가능했던 것도 법을 구체화하는 시행령이나 시행규칙이 존재하지 않은 상태에서 법원의 구체적인 판단이 없기 때문이다. 정

95) 김문근, 전계논문, p.140

신보건법의 추상적 요건으로 인한 정신과전문의의 광범위한 재량이 문제가 되는 것은 정신보건영역의 특수성으로 더욱 심각한 문제로 발전할 소지가 있다.

< 사례 2 >

국가인권위원회에 2007년 진정된 사건은 그 심각한 문제를 단적으로 드러내었다. 이 사건에서 피해자인 환자는 우울증 및 상세불명의 정신병 증상이 의심된다는 의사⁹⁶⁾의 진단에 따라 입원당일 2시간, 이후 3일간 병원 내 독방에 격리되어 있었으나, 국가인권위원회에 의해 의사의 그러한 진단은 입원 신청자인 환자부모의 의견에 따라 이루어진 것이라는 사실이 확인되었다. 즉 정신과전문의는 당해 환자의 입원에 필요한 정도의 정신질환을 진단하면서 환자의 정신과적 상태가 아닌 입원의뢰자의 주장을 고려하였던 것이다.

정신과 진단이 다른 의학적 진단과 달리 입원의뢰자의 주장에 따라 좌지우지 될 수 있는 것은 바로 정신질환이 특수성을 가지고 있기 때문이다. 신체질환이 질병의 원인에 따라 진단되는 것에 비해 정신질환은 원인이 불분명하여 ‘증상’으로 진단이 이루어진다⁹⁷⁾. 그러나 의사가 판단에 사용하는 증상에는 환자가 외관상으로 보이는 행동이나 상담을 통한 의견뿐만 아니라 가족이나 친구와 같은 환자의 주변인들의 진술 또한 포함이 되기 때문에 정신질환에 대한 의사의 진단은 명확히 환자의 질환에 대한 진단이라고 보기 어려운 측면이 있다⁹⁸⁾. 이와 관련한 정신의학자들의 의증 진단에 대한 진

96) 이 사건은 진단의 모호성의 문제뿐만 아니라 진단의 주체가 정신과전문의가 아닌 일반예방의학과 의사였다는 점이 문제가 되어 절차적인 오류가 지적되었는데, 이와 관련해서는 아래 절차상문제에서 다루도록 한다.

97) 신은주, 정신질환자의 강제입원제도에 대한 문제점과 그 개선방안, 한국의료법학회지, 한국의료법학회, 2009, p.30

98) 정신질환자에 대하여 내려지는 강제명령이 기초로 하는 진단은 환자의 ‘행동과학 (behavioral science)’에 의하는 것이기 때문에 불확실하다고 말하는 Susan S. Septimus, Involuntary Commitment, Houston Lawyer, Houston Bar Association,

술⁹⁹⁾에 의하면, 의증진단은 ‘보호의무자가 입원을 요청하는 맥락에서 정신질환자로 주장된 자에게 어떠한 광의의 정신질환이 있을 것으로 추정되는 상태’라고 볼 수 있는데¹⁰⁰⁾, 이러한 광의의 정신질환에 대한 의증까지 입원에 필요한 정도의 정신질환에 포함시킴으로써 인권위07진인667사건과 같이 정신질환이 없음에도 입원이 가능하게 되는 상황이 발생한다. 이는 분명 기본권침해를 위해서는 명확한 법규정에 근거를 두어야 한다는 헌법상의 원칙을 위배하는 것이며 이에 대하여 국가인권위원회는 보다 명시적인 조항으로 법개정을 하여야 한다는 내용으로 정책적 제언을 하면서 모호한 법규정으로 인한 인권침해를 인정하였다¹⁰¹⁾.

(2) 위험성 적용의 문제

정신보건법상의 강제입원을 결정함에 있어서 위험성을 적용하는 것에 대한 문제는 두 가지로 제기될 수 있다. 하나는 위험성이 어느 정도가 되어야 법조항을 충족시키는지라는 문제이며, 다른 하나는 강제입원에 있어서 위험성 요건이 필수적으로 요청되는 것인지라는 문제이다.

1) 입원이 필요한 정도의 위험성

위험성은 정신질환의 정도와 함께 정신보건법상 강제입원 요건의 한 축을 이루고 있는 요소이다. 정신보건법 제24조에서는 제2항 2호에서 ‘환자 자신의 건강 또는 안전이나 타인의 안전을 위하여 입원등을 할 필요가 있는 경우’, 즉 위험이 필요한 정도의 위험성을, 동법 제25조 제1항은 ‘자신 또는 타

p.40

99) ‘의정부지법 2007. 6. 8. 선고 2006노536판결’의 심리에서 증언된 것이다.

100) 김문근, 전계논문, p.141

101) 국가인권위원회, 전계서, p.82

인을 해할 위험이 있다고 의심'되는 정도의 위험성, 동법 제26조 제1항은 '자신 또는 타인을 해할 위험이 큰' 정도를 요건으로 하고 있다. 제24조에서는 위험성이 필수요건은 아니지만 제25조와 제26조에서는 이를 필수요건으로 하고 있다. 세 조항이 요건으로 하는 위험성의 정도를 비교하면 제24조 보호의무자에 의한 입원이 다소 포괄적인 용어를 사용함으로써 그 정도가 가장 낮은 것으로 여겨지며, 제25조 시장·군수·구청장에 의한 입원, 제26조 응급입원의 순서로 위험성의 정도가 높아진다. 그러나 이러한 위험성에 대하여 구체적으로 어떤 종류의 어느 정도의 위험이 있어야 입원이 가능한 것인지에 대한 내용은 법상으로는 없고, 제25조의 시장·군수·구청장에 의한 입원만이 '자신 또는 타인을 해할 위험의 기준'을 중앙정신보건심의위원회의 심의를 거쳐 보건복지부장관이 정하도록 하고 있다. 그 위험의 기준은 보건복지부 고시 제97-18호에서 규정하고 있다¹⁰²⁾. 특히 보호의무자에 의한 입원에서 사용하는 '안전'이라는 용어는 그 의미가 불분명하여 이를 적용하는 자에 의하여 자의적으로 해석될 여지가 있다¹⁰³⁾. 강제입원이 '안전'이라는 추상적인 용어로 허용되는 것은 개인의 자율적 권리가 중대하게 제한되는 경우 이를 정하고 있는 법의 내용이 구체적이어야 한다는 헌법적 원칙을 위배하는 것이므로 이에 대한 시정이 필요한 상황이다.

강제입원이 필요한 위험성에 대하여 법원은 이러한 추상적인 법의 내용을 구체적으로 해석하는 판결을 내리고 있다. 대법2007도5383 판결의 2심에서 피고인인 정신과전문의 측은 입원 한 달 뒤 망상장애 및 적응장애의 의증이 배제된 이후의 강제입원에 대하여 피해자 환자에게 '재산상의 위험 또는 이혼당할 위험 등'을 이유로 하는 입원이기 때문에 정당하다고 주장하였다. 그러나 재판부는 정신보건법 제24조에서 말하는 "환자 자신의 건강 또는 안

102) 정신보건법 제25조 제4항의 위험성 기준은 개인의 자율적 권리를 제한하는 권리 제한 기준이기 때문에 이를 입법기관이 아닌 보건복지부장관이 정하는 것은 위 입법이며 위헌적이라고 보는 신은주, 전제논문, p.32

103) 국가인권위원회, 전제서, p.82

전이나 타인의 안전을 위하여 입원할 필요가 있는 경우란 자해 또는 타해의 위험성을 의미하는 것”이며, 강제입원은 “환자의 신체적 활동의 자유를 침해하는 결과를 가져오므로 이를 정당화할 수 있는 자신 또는 타인의 생명, 신체 등에 대한 직접적, 구체적 위험에 한정해야”한다고 함으로써 제24조에서의 위험성을 동법 제25조의 위험성과 동일시하는 내용의 판결을 내렸다. 즉 제24조에서의 ‘안전’이라는 단어를 ‘위험’이라는 표현으로 바꾸어 보다 강화된 위험성의 기준이 적용될 수 있도록 한 것이다. 이와 관련하여 국가인권위원회에서는 보호의무자에 의한 입원에서의 위험성 기준을 법원의 판결과 같이 상향하는 방향으로, 즉 시장·군수·구청장에 의한 입원의 위험성과 동일한 내용으로 하는 법개정이 이루어져야 한다고 2009년 보고서를 제출하였으나 2010년 평가보고에서는 진척사항이 없는 채로 이해되지 않고 있음이 보고되었다.

2) 위험성요건의 필요성

① 비례성의 측면

위험성 기준에 대한 두 번째 이슈는 정신질환자에 대한 강제입원에 있어 반드시 당해 환자가 입원이 필요한 정도로 위험할 것을 요구해야 하는지에 대한 것으로, 현재 우리나라 제도상으로는 위험성을 필수적으로 요구하지 않는 보호의무자에 의한 입원에 위험성을 필수요건으로 넣어야 하는지에 대한 문제이다. 위에서 본 것처럼 보호의무자에 의한 입원은 정신질환자에게 입원이 필요하다는 정신과전문의의 판단이 내려지게 되면 즉시 6개월 입원이 시작된다는 것이 특징이다. 만약 정신질환자를 보호의무자에 의한 입원을 통하여 강제입원을 하는 과정에서 위험성을 고려하지 않고 정신보건법 제24조 제2항의 제1호, 즉 ‘입원에 필요한 정도의 정신질환’만을 요구한다면,

정신질환자는 위에서 보았던 것처럼 정신보건관행이라는 이유로 인정되는 정신질환에 대한 의증만으로 6개월 입원이 이루어지게 되는 것이다¹⁰⁴⁾. 그러나 강제입원이 환자에 대한 중대한 신체적 자유의 침해를 가져오는 것에 비하여 의증을 진단하기 위해서라는 목적은 기본권 침해에 대한 비례성의 원칙을 충족시키지 못하여 정당한 입원이라 보기 어렵다. 따라서 보호의무자에 의한 입원의 경우에도 기본권 침해의 정당성을 확보할 수 있는 정도의 위험성 요건은 필요하다.

② 공정성의 측면

또한 보호의무자에 의한 입원이 위험성을 선택적 요건으로 두고 있는 반면 시장·군수·구청장에 의한 입원과 응급입원이 반드시 위험성이 인정되는 경우에만 입원이 가능하도록 하고 있는 것은 공정성에 대한 문제가 될 수 있다. 입원기간과 입원절차를 고려했을 때 보호의무자에 의한 입원은 진단기간 없이 바로 시작되는 장기입원이며, 시장·군수·구청장에 의한 입원과 응급입원은 진단을 위한 단기입원이다. 즉 후자의 입원들은 정신질환자를 진단하기 위한 단기입원이라도 위험성의 요건이 필요하다는 것이고 전자의 입원은 위험성의 여부와 관계없이 장기입원이 가능하다는 것인데, 이러한 위험성요건의 차이는 바로 ‘입원의뢰인의 신분’의 차이에서 비롯된다.

104) 보호의무자에 의해 강제입원된 환자라도 정신질환이 없는 것으로 진단된다면 환자의 신청과 의사의 판단에 의해 입원 중 퇴원이 가능하다. 정신보건법 제24조 제6항에서는 “환자 또는 보호의무자로부터 퇴원등의 신청이 있는 경우에는 지체 없이 당해 환자를 퇴원시켜야 한다”고 규정하고 있으나, 실제 사례에서 정신질환자가 입원된 이후에 퇴원을 요구하였음에도 받아들여지지 않은 경우가 상당수이다(대법원 2009. 7. 23. 선고 2007도5383 판결 및 국가인권위원회 07진인70/09진인4438/10진정 0199000). 2009년 국가인권위원회의 조사에 의하면, 입퇴원과정에 대한 정보를 전혀 제공받지 못한 환자 전체 가운데 약 2/3의 비율이 퇴원청구권리를 모르고 있었던 환자들로 퇴원이 청구권리임을 모르고 있는 환자의 경우에 오히려 입퇴원과정에 대한 설명을 고지받지 못하는 경향이 있다(정인원 외, 전게서, p.22).

위험성 요건이 선택적이냐 필수적이냐를 기준으로 정신보건법상 세 종류의 입원을 구분하면 ①제24조의 입원 파트 ②제25조·제26조의 입원 파트로 나누어지는데 입원절차상 ①과 ②의 가장 큰 차이는 해당 정신질환자의 입원 결정에 참여하는 자의 구성이다. ①의 경우 환자의 보호의무자에 의해 입원이 의뢰되고 보호의무자 2인의 동의와 정신과전문의 1인의 동의로 입원이 결정된다. 이에 반해 ②의 경우 입원의 의뢰는 행정기관의 장 또는 의사와 경찰관에 의해 이루어지고 입원 결정은 정신과전문의 또는 정신의료기관의 장에 의해 이루어진다. 다시 말해 ①파트의 입원 절차에는 전반적으로 당해 정신질환자와 밀접한 관계를 맺고 있는 보호의무자의 개입이 존재하고 ②파트의 입원 절차에는 제3자, 즉 정신질환자와 관계가 없는 자들이 개입하는 것이다. 이러한 상황에서 ①파트의 입원 기준이 ②파트의 것과 비교하여 엄격하지 않다는 것은 외부인이 참여하는 입원보다 보호의무자가 개입하는 입원이 보다 용이하다는 것을 의미한다. 이는 다른 두 개의 입원과 달리 보호의무자에 의한 입원이 위험성을 필수요건으로 하지 않을 정도로 외부인에 의한 입원보다 특별하다는 인정하는 것이며¹⁰⁵⁾, 결국 보호의무자에게 ‘특별한 지위’를 인정하는 것과 같다. 여기서 법적으로 보호의무자를 특별하게 인정하는 것이 정당한가의 문제는 일반적으로 보호의무자를 바라보는 사회의 시선에 대한 회의적 고찰이 필요하다.

보호의무자를 다른 입원의 의뢰인과 다르게 취급하는 것은 보호의무자(일반적으로 가족)가 환자에게 해가 되는 행위는 하지 않을 것이라는 식의 ‘선의’를 인정함으로써 비롯되며 보호의무자의 이해와 환자의 이해가 상충되지 않을 것이라는 후견주의적 가정에 근거하는 것이다¹⁰⁶⁾. 그러나 국가인권위

105) 보호의무자에 의한 입원이 시장·군수·구청장에 의한 입원과 응급입원에 비해 불충분한 입원요건을 가지고 있다고 말하는 서경석, 정신질환자의 기본권을 위한 법제의 변화, 헌법학연구, 한국헌법학회, 2008, p.343-344

106) 서경석, 전제논문, p.344

원회에 강제입원을 이유로 진정된 사례 가운데 상당수가 보호의무자에 의한 입원이라는 사실은 이러한 가정이 하나의 환상과도 같다는 것을 반증한다. 대법2007도5383의 사건 또한 환자의 이해는 자신의 종교에 대한 인정이었으나 보호의무자의 이해는 개종을 위한 격리로, 양자 간의 이해의 상충이 발생하면서 의증만으로 환자가 입원되었다. 다시 말해 보호의무자라 하여도 반드시 환자의 최선의 이익에 따라 결정내리는 것은 아니며 오히려 이러한 제도적 결함을 악용하여 정신질환자에 대한 강제입원이 수월하게 이루어지고 있다는 점은 제도적 변화가 필요함을 시사한다. 따라서 보호의무자에 의한 입원에서 위험성 요건을 선택적으로 하고 있는 것을 필수적 요건으로 개정하여야 하며 동시에 애매한 단어로 남아있는 ‘자신과 타인의 안전’이라는 부분을 ‘자신과 타인의 위험’으로 개정할 것이 필요하다¹⁰⁷⁾.

3) 위험성 기준의 정확성 문제

그러나 문제는 위험성을 예측하거나 판단하는 것과 관련한 기준이 규정되어 있다 하더라도 그러한 판단의 정확도가 35%에 불과하여 오히려 실제로 위험한 정신질환자가 입원되는 비율보다 잘못된 위험성 판단으로 입원되는 경우가 두 배 가까이 많다는 점이다¹⁰⁸⁾. 입원 전에 위험성을 판단한다는 것은 -실질적 위험을 요건으로 하는- 응급입원을 제외하고는 현실화되지 않은 잠재적 위험을 ‘예측’하는 것에 불과하기 때문에 아무리 시스템을 정비한다 하더라도 명확하지 않다는 비판이 있다¹⁰⁹⁾. 따라서 정신질환자에 대한

107) 후자의 개정필요성에 대하여는 국가인권위원회에서 2009년 보고서에서 개정의 요구가 있었으나 2010년 평가에서는 아직 이행되지 않은 채로 남았다(배대섭, 정신장애인 인권 보호와 증진을 위한 국가보고서 이행상황, 정신장애인 인권보호와 증진을 위한 토론회, 국가인권위원회, 2010, p.10)

108) 노용우, 정신질환자의 책임능력과 인신구속의 관계에 대한 법률적 이해, 정신건강연구, 제14집, 한양대학교 정신건강연구소, 1995, p.35

109) Peter Bartlett, 전계논문, p.347-348

강제입원에 있어서 위험성의 적용은 가능한 예측의 재량성을 줄일 수 있는 방식으로 이루어져야 하며, 이는 곧 실질적 위험성에 가까운 정도의 위험성을 측정할 수 있을 정도로 문구의 정확성이 확보되어야 한다는 것을 의미한다.

위험성 기준이 강제입원을 결정짓는 하나의 요소로서, 사회통제의 성격을 강하게 드러낸다는 점을 고려하면, 그에 대한 판단은 ‘입원이 필요한 정도의 정신질환’을 진단하는 것보다 엄격해야 한다. 이와 관련하여 보건복지부에서는 정신보건법상의 ‘자신 또는 타인을 해할 위험의 기준’¹¹⁰⁾을 정하고 있는데, 주로 그 기준을 정신질환의 증상 또는 상태와 결부시켜 정하고 있다. 이 기준의 “가~다”에서는 ‘의식장애가 심한 상태’, ‘망상에 의해 행동이 지배당하는 상태’, ‘환각에 의해 행동이 지배당하는 상태’를 위험성의 기준으로 두고 있으나 이는 ‘정신질환’에 대한 판단의 기준이 될 수 있을 뿐 이러한 증상만으로 환자에게 위험성이 인정된다고 볼 수는 없다. “라”와 “마”에 해당하는 ‘정신병으로 현실 판단 능력이 심하게 손상되어 예측 불가능한 행동을 할 가능성이 높은 상태’, ‘심한 우울증으로 삶의 의욕을 상실하여 자해의 가능성이 높은 상태’의 경우 환자의 위험성을 체크할 수 있는 항목에 해당하기는 하나, 그 내용들이 모두 위험성의 ‘가능성’을 예측하는 것에 불과하다는 점에서 위에서 말한 의사의 예측에 대한 재량성을 줄일 수 없다. 자타해 기준의 “바”에 해당하는 ‘정신병의 증상으로 극도로 흥분하여 난폭한 행동을 하는 상태’는 현실적인 위험을 그 기준으로 하고 있다는 점에서 예측에 대한 재량성이 제로에 가깝게 축소되기는 하나 다른 기준과는 반대로 위험을 내포하고 있는 정신질환자를 통제할 수 없다는 점에서, 즉 위험한 정신질환자의 범위를 지나치게 축소시킨다는 점에서 문제가 되지 않을 수 없다¹¹¹⁾.

110) 보건복지부 고시 제97-18호 (「정신보건법」 제 25조 제 4항의 규정에 의한 자신 또는 타인을 해할 위험의 기준)

4) 위험성 요건의 방향성

이상의 내용을 종합하면 위험성기준에 대한 담론에서 중요한 것은 그 기준이 정신과전문의가 위험성을 평가하기에, 재량의 여지를 남길 정도로 포괄적인 단어로 서술된 것이 아닌 동시에 지나치게 좁은 범위로 인해 충분히 위험이 예견되는 환자를 놓치지 않는 정도의 서술이어야 한다. 이러한 기준을 설정함에 있어서는 캐나다 온타리오 주의 정신보건법에서 참고할 수 있을 것이다¹¹²⁾.

[제15조 제1항]

의사가 사람을 검사하고 그 사람이 다음과 같다고 판단하는 데에 합당한 이유가 있는 경우 :

(a) 그 또는 그녀 스스로 신체적 해를 야기하려고 위협했거나 시도했던 경우 혹은 위협 또는 시도하는 경우

(b) 다른 사람을 향해 난폭하게 행동했거나 행동하는 경우 또는 그 또는 그녀로 하여금 다른 사람에게 신체적 해의 위협을 야기했거나 야기하는 경우

(c) 그 또는 그녀 스스로 치유하는 데에 충분해 보이지 않았거나 않는 경우¹¹³⁾

그리고 추가적으로 의사가 그 사람이 명백히 다음과 같은

111) Peter Bartlett은 정신질환자를 불명확한 위험성의 요건으로 사회통제의 범주에 두는 것을 비판하는 동시에 분명히 위험을 가진 환자를 “자유롭게 두는 것” 또한 “실망스러운” 결론이라고 한다. (Peter Bartlett, 전계논문, p.350)

112) Peter Bartlett, 전계논문, p.350

113) 온타리오 정신보건법의 이 조항은 정신질환자의 강제입원 요건에 대한 조항으로 위험성에 대한 요건과 치료필요성에 대한 요건이 함께 들어있다. (c)는 치료필요성에 대한 내용으로 여기서는 논하지 않는다.

결과를 낼 만큼의 성질과 질의 정신 질환(disorder)을 겪고 있다는 견해를 표명할 때

- (d) 그 사람에 대한 심각한 신체적 해
- (e) 다른 사람에 대한 심각한 신체적 해
- (f) 그 사람의 심각한 신체적 손상

그 의사는 처방전에 따라 그 사람의 정신적 평가를 적용할 수 있을 것이다.

위의 기준은, 우리나라의 위험성 기준과는 달리, 환자에게 실제로 위험이 존재하는가에 중점을 둔 기준이라고 볼 수 있다. 온타리오의 기준에서는 아직 현실적인 위험이 인정되지 않는 환자를 위험하다고 판단하는 것을 경계하며 실제로 환자가 위험한 행동을 하였는지가 위험성 판단의 가장 큰 요소인 것이다. 전적으로 의사의 추상적 판단에 맡기는 우리나라와 같은 기준은 추가 판단으로 되어 있어, (d),(e),(f)에 대한 의사의 판단만으로는 강제입원시킬 수 없도록 하고 있다. 위험성에 대한 의사의 판단이 그 정확성의 측면에서 설득력이 떨어진다는 점을 감안하면 온타리오의 법과 같이 실제적인 위험 또는 위협이 있었던 환자에 대하여만 위험성을 인정하는 것이 바람직해 보인다.

(3) 정신질환자의 능력에 대한 문제

1) 정신보건영역에서의 능력

어떤 정신질환자의 치료에 대한 결정을 하는 데 있어서 의사가 후견주의적으로 환자에게 접근해야 하는지에 대한 결정은 환자가 치료에 대한 결정

을 함에 있어 합리성(이성)이 존재에 달려있다¹¹⁴⁾. 에릭매튜는 자신의 논문에서 결정에서의 합리성 존재 여부를 결정함에 있어 그 결정이 환자의 일반적인 방법으로 형성된 신념에서 나온 것인지 또는 일반적인 방법으로 형성되지 않은 신념에서 나온 것인지를 기준으로 삼고 있다¹¹⁵⁾. 앞의 ‘치유와 사회 통제 이념의 조화(Ⅱ-4-(3))’에서 설명했듯, 정신질환자의 결정이 비합리적이라고 주장하는 것은 정신질환자의 결정에 포함된 정신질환자의 신념의 존재자체를 부정하기 때문도 아니며 그 신념이 사회적으로 ‘다르기’ 때문도 아니다. 정신질환자가 결정을 내리는 데 사용된 그 신념이 정신질환자 스스로의 경험에 의해 형성된 신념이 아니기 때문에 정신질환자의 결정은 비합리적이라는 것이며¹¹⁶⁾, 합리성에 대한 이러한 기준을 적용한다면 정신질환자 가운데 일반적인 사고방식을 거쳐 신념을 형성한 경우, 그의 동의능력을 인정할 수 있을 것이다. 다시 말해 동의능력은 정신질환을 겪는다는 이유로 배제되는 것이 아니라 신념형성과정에서 오류가 있는 경우에 배제되는 것이므로, 정신질환을 겪고 있는 환자라 하더라도 신념형성과정에서 문제가 없다면 그의 동의능력을 인정하여 자신의 입원과 치료와 관련하여 직접 결정을 할 수 있어야 한다.

2) 현행 정신보건법상의 동의결정능력

① 능력의 강제입원 한계 설정 기능

그러나 현재 정신보건법상의 강제입원 절차는 환자의 정신질환의 정도와 위험성을 정신과전문의가 판단하고 결정함으로써 환자의 입장에서는 ‘수동

114) 결정을 내릴 권한(competence)이라는 개념이 이성적 사고에 대한 능력을 전제한다고 보는 Shnun D. Pattinson, 전계서, p.132

115) Eric Matthew, 전계논문, p.109

116) Eric Matthew, 전계논문, p.110

적'인 방식으로 진행되고 있다. 정신보건법에서 자의입원을 원칙으로 하고 있는 것은 동의능력이 있는 환자라면 자의입원을 해야 한다는 전제에 의한 것이며 이는 예외의 경우인 강제입원의 한계를 설정하는 것과 같다¹¹⁷⁾. 그러나 자의입원을 동의능력의 기준으로 삼고 있는 것은 정신질환자들이 실제로 어떻게 결정을 내리는지와는 관계없이 정신질환자가 아닌 사람들을 기준으로 정해진 것에 불과하다. 다시 말해 입원이 필요한 것으로 여겨지는 환자가 자의입원을 거부한다면 의사 또는 보호의무자는 강제입원을 시킬 것이므로, 결과론적으로 보면 자의입원에 동의한 환자는 결정능력이 있는 환자, 자의입원을 거부하여 강제입원된 환자는 결정능력이 없는 환자로 구분된다는 것이다. 이는 환자가 입원을 거부하더라도 입원치료 외 통원치료를 포함한 다른 치료를 받을 수 있는 대안을 부정하는 것이다. 따라서 정신질환자의 동의능력을 자의입원에 대한 선택여부로 나누는 것은 입원을 거부하는 모든 정신질환자를 동의능력이 없는 것으로 간주하는 오류를 범할 수 있어 위험하다.

강제입원은 자의입원이 불가능한 그러나 입원은 필요한 환자에 대하여 이루어지는 조치이므로 이러한 조치가 정당하기 위해서는 강제입원되는 환자에게는 동의능력이 없다는 것이 증명되어야 한다. 그러나 우리나라의 법제하에서는 정신과전문의에게 환자의 동의능력(의사능력)을 평가해야 할 의무를 부여하지 않고 있으며 강제입원이 의뢰된 환자에 대하여는 응당 의사결정능력이 없는 것으로 간주되는 것이 정신의료계의 일반적인 경향이다¹¹⁸⁾. 이러한 정신의료계의 경향과 관계없이 강제입원이 된 정신질환자에게 동의능력이 분명 존재하는 사례가 있다. 대법원2007도5383의 사례에서도 알 수 있듯이 입원이 의뢰되었거나 전문의의 판단에 따라 입원이 결정된 환자라도 충분히 자신의 신변에 대하여 결정을 내릴 수 있는 능력을 갖추고 있는 경

117) 김나경, 정신질환자 강제입원의 법적 문제, p.37

118) 김문근, 전계논문, p.147

우가 존재한다. 2심판결에서 공개된 당해 정신과전문의의 환자에 대한 경과 기록지의 내용에서도 알 수 있듯이, 환자가 “종교적 갈등”에 의한 것이라는 일관된 주장을 하고 있는 바, 자기의사를 표현하는 것이 가능하였고, 의사는 그러한 환자의 능력을 평가하였어야 하나 기록지 내 능력에 관한 내용은 기재되어있지 않았다.

② 결정능력기준의 필요성

정신보건법에서는 동의입원을 원칙으로 한다는 규정을 두고 있으나 동의 능력에 대한 평가가 없는 한 자의입원 원칙 규정은 무용지물이 될 수밖에 없다. 법 제2조 제5항에서 말하는 “항상 자발적 입원이 권장되어야 한다”의 의미는 입원이 필요한 정신질환자에 대하여 자발적 입원을 권장하고 그 환자가 이를 거절할 경우 강제입원이 가능하다는 것을 뜻하는 것이 아니다. 동의능력이 있는 환자에 대하여는 자의입원을 권장하고 환자가 입원권고를 받아들여지지 않더라도 이는 능력있는 환자의 결정이기 때문에 존중되어야 하며, 동의능력을 갖추지 않은 환자의 경우에만 강제입원이 가능하도록 입원절차가 진행되어야 한다. 그러나 처음부터 능력평가가 전제되지 않은 상태에서는 특정 환자에게 능력이 있는지조차 확인이 불가능하기 때문에 어떤 환자에게 어떤 환자에게 자의입원에 대한 권리 또는 입원을 거부할 권리를 인정해야 하는지가 불명확해진다. 이러한 상황을 위에서 언급한 것처럼 입원이 의뢰된 환자에 대하여 정신과전문의가 능력이 없는 것으로 간주하는 우리나라의 정신보건 실정에 비추어본다면 자의입원 원칙, 강제입원 예외라는 규정은 그 반대로 강제입원 원칙 자의입원 예외로 변질될 가능성이 있다. 따라서 동의능력을 평가할 수 있는 시스템의 보완이 필요하며, 일단 동의능력이 있는 것으로 인정된 환자에게는 자의입원을 거부하였다 하여 강제입원을 강요할 수 없도록 하여야 한다.

동의능력평가가 도입된다하더라도 어느 시점에서 능력평가를 해야 하는 것이며, 능력평가를 통해 인정된 능력으로 어디까지 동의를 할 수 있는 것이냐는 문제는 여전히 남는다. 자의입원의 원칙인 현행 정신보건법 제2조 제5항에서는 “항상”이라는 단어를 사용하여, 환자의 능력유무와 관계없이 자의입원이 우선시 되어야 한다는 점을 분명히 하고 있다. 동의능력에 의해 능력평가가 이루어진 이후에도 모든 환자에 대하여 자의입원이 고려되어야 한다는 점은 WHO의 “정신보건에 관한 자료집”을 통해 이해할 수 있을 것이다. WHO는 이 자료집에서 환자의 역량¹¹⁹⁾과 능력을 이야기 하면서 “능력에 영향을 주는 질환의 존재에도 불구하고 개인(환자)은 여전히 특정한 의사결정 기능들을 수행할 능력을 가질 수도 있다”¹²⁰⁾라고 하여 의사결정이 필요한 사안에 따라 환자에게 요구되는 능력이 다르다는 점을 적시하고 있다. 이러한 WHO의 시각에 따라 우리나라 국가인권위원회에서도 환자의 능력에 대하여 “정신장애인이라고 하여 바로 의사결정능력이 없는 자로 전제하여 당사자의 의사를 전혀 고려하지 않고 정신보건시설에의 입원 여부를 전적으로 보호자나 전문의의 의사에 기초하여 판단하는 것은 당사자의 자기 결정권을 침해할 우려가 있다”¹²¹⁾라고 하고 있다. 즉 정신질환자의 능력에 대한 평가는 특정사안이 발생하는 시점에서, 특정 사안을 판단할 수 있는 지각능력에 대한 평가가 각각 이루어져야 하는 것이며 이는 과거에 이미 능력이 존재하지 않는 것으로 평가되었다 하더라도 재평가를 통해 환자의 자율적 결정을 존중해야 할 필요가 있다. 따라서 정신질환자에 대한 능력판단의 기준은 세부적으로 규정하여 동의능력의 단계에 따라 환자가 동의능력을 행사할 수 있는 틀을 설정해야 한다.

119) 본문의 표기는 competence로 되어 있으나 번역과정에서 국가인권위원회의 「정신장애인 인권보호와 증진을 위한 국가보고서」를 참고하였다.

120) WHO Resource Book On Mental Health, Human Rights And Legislation, WHO, 2005, p. 42

121) 국가인권위원회, 전게서, p.77

2. 절차상의 문제

(1) 입원의 남용에 대한 견제장치의 부재

보호의무자에 의한 입원은 보호의무자 2인의 동의와 정신과전문의1인의 진단으로 결정된다. 위 위험성 요건의 ‘공정성 측면(I-1-(2)-2)-②)’에서 본 것처럼 보호의무자에 의한 입원은 정신질환자에 대하여 객관적 판단이 가능한 외부인에 의해 이루어지는 것이 아니라 철저하게 내부인, 그리고 입원으로 인해 경제적 이익을 얻을 정신과전문의에 의해 결정되는 것이기 때문에 이 입원이 과연 정당한 입원인지를 평가하는 외부 기관이 필요하다.

강제입원과 관련하여 국가인권위원회에 진정된 사례 가운데 가장 큰 비중을 차지하고 있는 입원이 보호의무자에 의한 입원이며, 그 가운데에서도 입원의 요건을 충족시키지 못하는 강제입원으로 인한 인권침해사례가 대부분이다. 보호의무자에 의한 입원에서 요구하는 것은 ‘보호의무자 2인의 동의’이며 정신보건법 제21조 제1항에 의하면 보호의무자는 “정신질환자의 민법상의 부양의무자 또는 후견인”이고, 민법상이 부양의무자는 민법 제974조에 의하면 “직계혈족 및 그 배우자”와 “생계를 같이하는 친족”이다. 입원에 동의하는 보호의무자는 입원 시에 입원 동의 동의서 및 보호의무자임을 확인할 수 있는 서류를 제출해야 한다. 따라서 특정 정신질환자에 대하여 행해진 보호의무자에 의한 입원이 절차상으로 정당한 것인가를 판단하는 기준은 입원에 동의하는 보호의무자가 민법상의 부양의무자에 해당하는지, 그리고 해당여부에 대한 증빙자료를 제출하였는지, 입원에 동의한 보호의무자가 2인인지이다. 국가인권위원회에 진정된 사례는 주로 이 세 가지 기준 가운데 하나 이상을 결하고 있는 것이다.

< 사례 1 >

국가인권위원회에서 2005년 12월에 결정된 04진인2935사건은 아예 보호의무자의 동의가 없는 보호의무자에 의한 입원을 병원 측에서 자의적으로 이행함으로써 - 실질적 요건은 차치하고라도- 위에서 말한 세 가지의 기준을 모두 결하고 있다. 이 사건에서 진정인은 결핵치료를 위해 입원하던 중 음주 행위를 하였고 피진정인들(일반병원과 정신병원의 병원장)에 의해 일반병원에서 정신병원으로 강제이송되었다. 병원 측에서는 선의에서 강제입원하였다고 주장하나 인권위는 이러한 병원의 조치에 대해 “정신병원 폐쇄병동에의 입원절차를 규정한 정신보건법의 취지를 숙지하지 못한 데서 비롯된 처사로 경찰을 지원을 받아 응급입원하도록 하거나 진정인의 주소지 관할 시장이 보호의무자가 되어 입원하도록 하는 등의 조치를 취했어야”한다고 하였다¹²²⁾. 2010년 8월사건¹²³⁾에서는 보호의무자에 의한 입원에 필요한 기준들 중 보호의무자에 해당하는지와 보호의무자 2인이라는 요건은 충족하였으나, 그 2의 보호의무자가 환자의 동생과 동생의 처이기 때문에 민법상 부양의무자의 “생계를 같이하는 친족”에 해당하여 생계를 같이한다는 것을 입증하는 서류를 제출하여야 하나 이를 제출하지 않았다. 따라서 이 사건 환자는 보호의무자가 아닌 보호의무자에 의하여 입원된 것으로 이 입원은 위법한 강제입원에 해당한다.

< 사례 2 >

2010년 6월사건¹²⁴⁾은 병원 측이 환자의 가족관계를 확인하지 않고 보호의무자가 1인이라는 보호의무자 처의 진술만으로 정신보건법 제24조 제1항의 예외에 따라 1인의 동의만으로 입원을 허용한 사건이다. 이 사건에서 국가

122) 그러나 이 사건에서 응급입원이나 시장군수구청장에 의한 입원을 적용한다 하더라도 환자에게서 입원 당시 실질적인 위험이 없었다는 점에서 인정될 수는 없다.

123) 국가인권위원회 10진정074200

124) 국가인권위원회 10진인214

인권위원회는 병원 측이 환자의 “가족관계에 대한 확인을 소홀히 하여” 보호의무자 처의 동의만으로 환자를 입원시킨 것은 정신보건법 제24조 제1항을 위반한 것이라고 판단하였다. 즉 국가인권위원회는 병원 측에 보호의무자에 대한 확인뿐만 아니라 환자의 가족관계를 확인하여야 할 의무까지 인정하는 것이다.

위와 같은 사례들에서 확인할 수 있는 점은 강제입원이 “구금시설 수용자 못지않게 신체의 자유를 제한 받고 있고 … 이윤 추구를 목적으로 환자들을 입원시키는 시설들이 적지 않으므로” 법조항의 준수를 통해 환자를 위법한 입원으로부터 보호해야¹²⁵⁾ 한다는 것이다. 그러나 문제는 사례에서도 보듯이 병원 측의 입원절차에 대한 견제장치가 없다면 환자들은 법의 보호를 받지 못한 채 강제입원 남용의 위험에 노출되어 있을 것이기 때문에 이에 대한 제도적 개선이 필요하다.

(2) 사전진단 없는 입원

정신보건법 제24조는 입원가능한 환자에 대한 진단과 관련하여 ‘정신의료기관 내 입원치료를 받을 만한 정도 또는 성질의 정신질환에 걸려 있’는 경우라고 명시하고 있다. 그런데 위에서 강제입원의 실체적요건 상의 문제점을 논하였던 것처럼, 정신과전문의의 정신질환자에 대한 진단과 위험성 판단은 모호할 수밖에 없다. 따라서 정신질환자의 입원을 결정하는 데에 필요한 정확한 진단에 따라 입원시키기 위해서는 진단기간을 거쳐 입원을 결정하는 것이 필요한 것이며, 시장·군수·구청장에 의한 입원과 응급입원의 경우 2주 혹은 72시간동안 환자를 진단하여 이후 장기입원을 결정하고 있다.

125) 국가인권위원회 04진인2935

1) 보호의무자에 대한 신뢰에 기초한 진단

그러나 보호의무자에 의한 입원의 경우 그러한 진단기간을 별도로 거치지 않기 때문에 입원을 결정할 정신과전문의가 환자에 대하여 정확한 진단을 내릴 수 있는 시간적 여유가 확보되지 않는다. 보호의무자에 의한 입원에 한하여 정신과전문의는 짧은 시간 안에 환자에 대한 정보를 취득하여야 하고, 이러한 이유로 최대한 환자에 대한 정보를 확보하기 위해 보호의무자의 진술에 기댈 수밖에 없는 것이다¹²⁶⁾. 이러한 신뢰는 앞에서 언급했던 환자와의 내부적 관계성에서 기인하는 것으로 “보호의무자가 가족이므로 환자의 치료를 위해 노력할 것이라는 가정”¹²⁷⁾에서 나오는 것이다. 즉 정신과전문의의 보호의무자에 대한 신뢰는 보호의무자가 환자의 가장 가까운 관계에 있는 사람이기 때문에 입원을 결정함에 있어 환자의 최선의 이익을 대변할 것이라는 **막연한 부권주의**에 의하는 것이다.

< 사례 1 >

보호의무자가 환자를 이익을 대변할 것이라는 정신과전문의의 가정은 그동안 법원이나 국가인권위원회에서 문제되었던 사건들의 측면에서 보면 인정하기 어려운 부분들이 존재한다. 2001년 2월의 대법2000도4415 사건¹²⁸⁾은 위와 같은 정신과전문의들의 가정을 뒤엎는 중요한 사례이다. 이 사건에서 보호의무자는 환자를 정신병원에 입원시키기 위해 정신과전문의와 상담을 하였고, 당해 정신과전문의는 이 상담을 한 뒤 병원장의 입원결정인 없는 상태에서 원무과장에게 당해 환자의 강제입원을 부탁하였다. 이에 따라 원무과장이 환자를 강제로 구급차에 실어 병원에 데려와 강제입원조치를 한 사실이 인정되었다. 입원절차의 위반으로 이미 입원자체는 위법하지만¹²⁹⁾

126) 김나경, ‘정신질환자 강제입원’의 법적문제, p.40; 김문근, 전계논문, p.145

127) 김문근, 전계논문, p.146

128) 대법원 2001. 2. 23. 선고 2000도4415 판결

여기서 문제되는 것은 과연 이 사건의 보호의무자가 환자의 최선의 이익으로 입원을 의뢰한 것이냐는 점인데 보호의무자의 진정성에 대하여 의심하는 것은 입원 뒤에 보호의무자가 환자에 대하여 공갈의 죄를 범했다는 점에서 근거한다. 이 사건에서 환자의 처는 자신을 보호의무자로 하여 환자를 입원시키고 난 뒤 환자에게 부동산 등의 재산을 넘겨주지 않으면 퇴원시켜주지 않겠다는 협박을 하였고 법원은 실질적으로 퇴원의 결정권이 보호의무자에게 있다는 사실을 인정하여 이러한 협박은 해악의 고지이며, 공갈죄에 해당한다고 보았다. 법원에서 인정한 사실에 기초하여 이 사건 보호의무자가 과연 환자의 최선의 이익에 따라 행위한 것인지를 살펴보면¹³⁰⁾, 보호의무자가 환자와 협의이혼을 마치고 이혼신고만을 앞두고 있어 실질적으로는 전처의 입장에서 환자에게 퇴원을 조건으로 부동산 등의 이전을 요구하는 것은 환자의 정신과적 치료와 관계없는 조치로 보호의무자가 입원환자의 재산을 탈취하기 위해 의도적으로 입원조치를 계속한 것이라고 볼 수 있다. 즉 이 사건은 보호의무자는 환자의 최선의 이익을 위하여 강제입원을 지속한 것이 아니라 자신의 재산적 이득을 위해 강제입원제도를 악용한 사례라고 볼 수

129) 이에 대해 보호의무자 측은 입원 뒤에 정신과전문의로부터 편집성 인격장애 및 알콜의존증의 치료를 위한 입원이 필요하다는 진단을 받았다고 주장하나, 입원을 위해서는 일단 정신과전문의의 진단이 있어야 하기 때문에 절차위반이며, 정신과전문의에 의한 입원이 아니라 원무과장에 의한 입원이기 때문에 이 입원 자체가 무효가 된다.

130) 보호의무자에 의한 입원이 오로지 보호의무자의 동의만으로 이루어지는 것이 아니라 이 입원의 책임을 보호의무자에게만 묻는 것은 한계가 있어 본문에서는 보호의무자의 입원의뢰를 포함한 행위를 다루도록 한다. 환자가 소체기를 하면서 피고인을 보호의무자로 하여 ‘폭력행위등처벌에관한법률위반·사인위조·위조사인행사·공갈’의 죄를 물었기 때문에 법원에서는 입원절차와는 별도로 정신과전문의의 진단내용의 문제를 논하지는 않았으나 법원은 이 문제에 대하여 환자에게 위협성이 없는 상태에서 자발적 정신과치료를 권하지도 않았으며 정신과전문의와의 상담을 통해 제25조의 입원을 시도하지 않았다는 점, 경찰공무원을 통한 응급입원을 요청하지 않았다는 점 등으로 미루어 환자에 대한 강제입원조치는 위법성이 조각되지 않는다고 하였다. 이러한 법원의 판결은 입원자체의 절차적, 실질적 요건의 흠결을 인정함으로써 입원의 결정권자인 정신과전문의의 입원결정의 오류를 지적한 것이라고도 볼 수 있다.

있다.

< 사례 2 >

또 다른 사례인 대법2007도5383에서 강제입원된 환자는 정신과전문의에게 남편이 자신과의 종교적 갈등으로 입원을 의뢰한 것이라며 퇴원을 요구하였으나 보호의무자인 남편은 입원 당시 및 초기에 환자가 ‘하나님의 ○○○’라는 종교단체에 나가는 것을 막기 위해서 입원시킨 것이라고 주지하였고 환자의 입원 중에도 환자가 개종할 수 있도록 각종 조치를 취하는 등 환자의 정신과적 치료를 위해 입원을 의뢰하고 지속한 것이 아니라 보호의무자의 뜻에 따라 환자의 종교적 입장을 바꾸려 하였다. 보호의무자가 자신의 의도에 따라 환자의 입원을 의뢰하고 의도적으로 퇴원을 방해한 것은 결코 환자의 최선의 이익을 위한 것이라고 볼 수 없다¹³¹⁾.

위 사례와 같이 정신질환자의 이익과 보호의무자의 이익이 상충되는 지점에서 보호의무자가 언제나 환자의 최선의 이익을 고려하는 것이 아니며, 보호의무자 자신의 이익을 위한 부정한 입원의뢰가 있을 수도 있다는 것을 인지하면서 정신과전문의가 보호의무자에 대하여 믿음으로 일관하는 것은 위법한 입원을 방조하는 것이다¹³²⁾. 입원을 의뢰받은 의사들은 보호의무자의 진술보다는 입원으로 직접 영향을 받게 될 환자의 진술을 고려하여 진단을 내릴 필요가 있다. 그러나 의사들의 보호의무자에 대한 관행과 같은 믿음들은 그 저변에 입원이 의뢰된 정신질환자의 주장은 진단에 고려될 만큼 진정성 있는 주장으로 받아들이지 않는 정신의학자들의 관점이 있는 것이다. 정

131) 이와 같이 환자의 취약한 지위를 이용하여 보호의무자가 자신의 의도대로 환자의 의지를 꺾고자 하는 유사한 사례는 결혼을 반대하는 부모가 딸을 “남자친구로부터의 격리가 필요하다”는 이유로 정신병동에 강제입원시킨 사건. 국가인권위원회 07진인667 (권미진, 전계논문, p.96)

132) 김문근, 전계논문, p.146

신과전문의들은 보호의무자에 의한 입원이 의뢰된 환자들이 입원을 거부하면서 정신질환의 증상을 거부하는 것은 정신질환자에게 나타나는 ‘매우 흔하고 일반적인 일’이라는 표현을 사용하면서 그들의 주장보다 보호의무자들의 주장을 받아들일 수밖에 없다고 한다¹³³⁾. 이러한 인식을 단적으로 보여주는 것은 “대한민국 정신병원 먼저 잡아넣는 게 임자”¹³⁴⁾라는 표현이다. 환자를 불신하는 것이 마치 당연한 것처럼 여겨지는 정신보건의 현실은 능력 평가의 부재에서 그 원인을 찾을 수 있다. 정신질환자에 대한 능력이 제대로 평가되고 있지 않기 때문에 정신과전문의는 환자가 아무리 사고능력을 가지고 주장을 한다 하더라도 그 환자의 능력 자체를 의심함으로써 환자의 주장을 진단에서 배제하는 것이다.

2) 의증진단의 인정 여부

보호의무자에 대한 신뢰를 기초로 한 진단이 가질 수 있는 위험성은 그것이 반드시 환자의 이익을 대변하지 않는다는 것에도 있지만, 비전문가의 진술에 기댈으로써 진단 자체의 정확도가 떨어진다는 데에도 있다. 즉 정신질환자는 정신과전문의의 불확실한 진단에 의해 강제입원이 되는 불합리한 상황에 처하게 되는 것이다. 이와 관련하여 법원에서는 ‘위 법조(정신보건법) 소정의 ‘정신질환자’는 의학적으로 정신병 또는 정신장애의 진단을 받은 경우뿐만 아니라 그러한 정신장애의 의심이 있는 사람도 포함된다고 볼 것’¹³⁵⁾이라고 하면서 ‘의심’에 따라 정신질환자를 입원시킬 것인지는 정신과전문의의 재량문제로 보고 있다¹³⁶⁾. 정신보건법이 규정하고 있는 “입원등 치료 또는 요양을 받을만한 정도의 정신질환”이 해석상 의증까지 포함하면서

133) 김문근, 전계논문, p.147

134) 뉴스한국 2006년 12월호 기사의 제목, (김문근, 전계논문, p.147에서 재인용)

135) 대법원 2001. 12. 24. 선고 2001도5222 판결

136) 의정부지법 2006. 4. 6. 선고 2004고단421 판결

정신질환자에 대한 ‘무분별한 강제입원’의 가능성은 더욱 높아졌다. 정신과 전문의들은 이러한 의증진단의 위험성을 정신질환의 모호성으로 인한 진단의 특수성으로 방어하고 있다¹³⁷⁾. 그러나 정신의료상의 관행이라는 이유로 입원이 필요하지 않은 환자를 진단이라는 명목 하에 강제입원시키는 것은 환자에 대한 중대한 신체적 자유 침해, 즉 인신구속에 해당한다. 따라서 정신과전문의는 환자의 강제입원을 결정할 때 기본권 침해에 대한 헌법상의 원리인 과잉금지의 원칙에 따라 적합성의 원칙, 최소침해의 원칙, 비례의 원칙을 존중하는 결정을 내리는 것이 필요하다¹³⁸⁾¹³⁹⁾. 의증이라는 진단이 내릴 정도로 가벼운 정신질환을 앓고 있는 환자에게 진단이 필요하다 하여 입원을 강제하는 것은 정신질환자의 신체의 자유를 과도하게 침해하는 것으로 과잉금지의 원칙에 위배되는 결정이다.

보호의무자에 의한 입원이 치료를 위한 입원이라기보다 진단을 위한 입원이라는 점은 사례에서도 드러난다. 대법2007도5383의 사례에서 담당 정신과전문의는 의증만으로 이루어진 강제입원의 정당성이 “구체적인 진단”의 필요성에 있다고 주장하였고, 재판부는 환자의 정신질환의 정도가 입원이 필요한 정도인지에 초점이 맞춰지면서 정신과전문의의 입원결정의 정당성을 논하였다. 이 재판의 원심인 의정부지법2004고단421 재판이 진행되는 동안 재판부에서는 정신과전문의가 환자에 대하여 진단하였던 ‘망상장애(의증)’과 ‘적응장애(의증)’이 각각 4주 후, 6주 후 배제되었다는 사실에 기인하여 “다른 검사나 심리학적 평가는 입원하기 전에 통원치료의 방법으로 행해야” 했으며 입원 이전의 검사를 통해 초기진단에서 입원의 근거가 되었던 망상장

137) 김문근, 진계논문, p.143

138) 허영, 한국헌법론, 박영사, 2005, p.283

139) 대법2000도4415 판결에서는 강제입원이 형법 제20조 소정의 ‘사회상규에 위배되지 아니하는 행위’에 해당하지 않기 위해서는 행위의 동기나 목적의 정당성, 수단이나 방법의 상당성, 보호이익과 침해이익과의 법익권형성, 긴급성, 최후의 수단으로서의 보충성 등의 요건이 필요하다고 하였다.

에의증과 적응장애 의증이 배제되었다면 당해 환자는 강제입원까지 필요하지 않았을 것이라고 하였다¹⁴⁰). 즉 이 사건에서 정신과전문의가 환자를 강제입원시킨 것은 환자의 정신질환의 정도에 비하여 과도한 결정이었으며 이러한 입원의 남용을 피하기 위해 의사는 사전에 검사를 통해 입원에 필요한 정도의 정신질환인지를 확인하였어야 한다는 의미로 볼 수 있다.

3) 필수적 사전진단 제도 도입의 필요성

보호의무자에 의한 입원에서 유난히 입원의 남용이 발생하는 이유는 다른 입원에 비해 간소한 절차가 적용되기 때문이다. 정신질환은 다른 일반의료영역과 달리 진단이 어렵고 단기간의 평가만으로 확정짓는 것이 불가능하다¹⁴¹). 그럼에도 보호의무자에 의한 입원의 경우 별도의 진단을 위한 기간이 보장되지 않기 때문에 정신과전문의로서는 빠른 진단을 위해 보호의무자를 절대적으로 신뢰하고 정신질환자의 능력을 평가하지 못한 채 의증진단을 내리는 것이다. 빠른 시간 안에 진단을 내릴 수 없는 환자에 대하여 정신과전문의는 시장·군수·구청장에 의한 입원을 통해 2주간의 진단을 할 수 있는 절차를 거치는 것이 적당하다고 보는 사법부의 입장도 있었으나, 어떤 환자에게 진단기간이 필요한가 하는 판단을 정신과전문의의 재량으로 두는 것은 여전히 입원의 남용을 피할 수는 없을 것이다. 따라서 보호의무자에 의한

140) 의정부지방법원 2006. 4. 6. 선고 2004고단421 판결의 심리속기록(김문근, 전계논문, p.143). 그러나 입원에 앞서 사전 진단 및 검사가 필요하다는 재판부의 입장은 판결문까지 이어지지는 않으며, “일정기간 평가 관찰을 하여 확정할 만한 정신질환이 없고, 단지 지나친 종교적 집착으로 인하여 발생하는 가정불화 정도라고 판단하였다면, … 남편과 같이 상담하거나 통원치료를 통하여 … 설득하는 등 적절한 방법을 사용하는 것이 합리적”이라고 하여, 진단을 위한 보호의무자에 의한 입원을 인정하는 내용으로 판결을 하였다.

141) 김문근, 전계논문, p.141 (의정부지법 2004고단421 재판의 1심에서 환자를 담당했던 의사와 정신의학전문가들은 정신과의 진단은 오랫동안 관찰을 하고 다양한 정보수집을 통하여야 확진이 가능하다는 것을 분명히 진술하였다.)

입원이라는 별도의 입원제도가 존재하는 한 이 입원을 통하더라도 진단기간을 통해 정신과전문의로 하여금 확실한 진단을 내릴 수 있도록 하는 보호의무자에 의한 입원을 위한 ‘사전진단절차’가 필요하다. 사전진단절차가 어떤 방식으로 이루어져야 하는지에 대한 정책적 문제는 아래에서 다룰 것이다.

V. 정신보건법에 대한 입법론적 고찰

1. 정신보건법 구체화 (입원절차의 엄격화)

(1) 정신질환 범위의 재설정

1) 현재 정신질환의 범위

정신보건법에서 정신질환이 구체적으로 어느 경우에 해당하느냐에 대한 문제가 중요한 것은, 정신질환의 범위를 확정이 결국 강제입원의 대상을 확정하는 것이기 때문이다. 현재 정신보건법에서 사용하고 있는 정신질환자의 개념은 “정신병(기질적 정신병 포함)”, “인격장애”, “알코올 및 약물중독 기타 비정신병적정신장애”를 가진 자를 말하며 법조항에 따르면 정신질환은 정신병뿐만 아니라 정신병이 아닌 정신장애까지 정신질환으로 인정하고 있다¹⁴²⁾. 영국 정신보건법은 정신장애를 “정신적 장애 또는 무능력”으로 규정하고 있으며¹⁴³⁾, 호주의 정신보건법에서는 정신질환을 “사고나 인지의 심각한 왜곡”, “이성적 사고능력의 심각한 손상 또는 장애”. “심각한 기분장애”, “비자발적 행동 또는 행동을 조절하기 위한 수용력의 심각한 손상”이라

142) WHO의 자료집에 의하면, 학자들은 정신질환(mental illness)이나 정신질환자(mental patient)라는 표현이 의학적 모델의 우월성을 강조하는 근거로 사용되기 때문에 그보다는 정신장애(mental disorder)라는 표현을 선호한다(WHO, WHO Resource Book on mental health, human rights, and legislation, p.21). 그러나 우리나라 정신보건법에서는 정신질환자라는 표현을 사용하고 장애인 복지법에서는 정신장애인이라는 표현을 사용하고 있다. —장애인복지법과 정신보건법에서의 범위에 대한 논의는 차치하고—이 논문에서는 정신보건법을 다루는 내용이므로 정신질환이라는 표현을 사용하였다.

143) Mental Health Act 2007, section 1 (2)

고 규정하고 있다¹⁴⁴⁾. 미국에서 정신과전문의들이 정신장애를 규정하는 데 사용하는 ‘정신장애에 관한 진단 및 통계편람(Diagnostic and Statistical Resource Book on Mental Disorders, DSM IV)’에서는 정신장애를 “한 개인에게 일어나는 임상적으로 유의미한 행동적·심리적 증후군 또는 패턴”이라고 하여 “한 개인의 행동학적·정신적 또는 생물학적 기능부전”이라 한다. 이러한 외국의 법제 및 제도와 비교하면 우리나라의 정신질환은 정신적 질환뿐만 아니라 알코올 및 약물중독과 같이 일반적으로 정신병에 포함되지 않는 비정신병적정신장애를 법적인 정신질환의 범주에 포함시킴으로써 비교적 넓은 범위의 정신질환을 규정하고 있음을 알 수 있다.

2) 광범위한 정신질환의 법제

정신질환의 범위를 넓게 설정하고 있다는 것은 정신질환자의 범주에 포함되는 환자의 숫자가 늘어나는 것을 의미한다. 그러나 단순히 정신질환의 범위가 넓어진다는 것을 부정적으로만 볼 수는 없다¹⁴⁵⁾. 정신질환자이기 때문에 사회통제의 이념에 영향을 받을 것이라는 해석은 정신보건영역을 지나치게 단순화한 해석이다. 개념적 정의를 포괄적으로 규정하는 경우에, 이 개념을 적용하는 데 근거가 되는 조항은 상세해질 수밖에 없고 그 과정에서 정신보건에서의 기본원칙과 그에 기반한 적용요건들이 마련될 것이다¹⁴⁶⁾. 즉 정신질환자에 대한 범위가 넓어질수록 구체적인 조항의 삽입을 통해 의료의 원칙 실현이 가능해질 수도 있는 것이다. 위에서 보았던 것처럼 정신보건영역에서 작동하는 치유의 이념과 사회통제의 이념은 정신보건법의 구체적인 하위조항을 통해 조화를 이룰 수 있기 때문에, 오히려 넓은 개념의 정신질환은 어떠한 경우에 치유의 이념이 작동하고 사회통제의 이념이 작동하는지

144) Tasmania Mental Health Act, section 4 (1)

145) 김나경, ‘정신질환자 강제입원’의 법적 문제, p.35-36

146) 김나경, ‘정신질환자 강제입원’의 법적 문제, p.36

를 분명하게 하여 법제도를 통한 이념적 조화가 가능해질 수 있다.

3) 법조항의 구체화

그러나 우리나라에서는 구체적인 조항을 통한 치유 및 사회통제 이념 간의 조화가 이루어지지 않기 때문에 정신질환에 대한 넓은 범위는 우려의 대상이 된다. 정신질환에 대한 범위가 넓은 만큼 적용조항에서 구체적인 규정을 통해 정신질환자에 대한 법조의 적용을 세분화하여야 하나, 현재의 정신보건법은 추상적인 법조항으로 이루어져 있으며 정신질환자에 대하여 이루어지는 사회통제를 “방어할 수 있는 기제”가 마련되어있지 않다¹⁴⁷⁾. 포괄적인 정신질환의 범위 안에서 이를 구체화하는 조항이 없어 일단 정신질환자로 인정되고 나면 모든 법규의 적용이 가능해지는 상황이 발생한다. 위에서 보았던 사례 가운데, 정신질환자에 대한 구체적인 조항이 없어 정신질환에 대한 확실한 진단이 아닌 의증만으로 강제입원조치가 이루어진 대법 2007도 5383판례의 사건과 인권위 07진인667의 사건이 그와 같은 상황이라고 볼 수 있다. 이러한 방식으로 정신질환자의 처우를 획일화하는 것은 마치 정신질환을 하나의 굵은 체로만 걸러 내는 것과 같다. 정신질환에 대한 거름장치가 부족할 경우 그 나머지 판단들-어떤 치료가 필요한지 또는 입원이 필요한지의 여부-은 전적으로 정신과전문의의 판단에 맡겨지게 되므로 의사의 자의적 판단에 의한 결정을 피할 수 없다. 물론 입원결정이 이루어지고 난 뒤의 견제장치를 통하여 환자는 자신의 입원의 부당성을 주장할 수 있으나 일단 입원이 되고나면 환자의 신체적 자유가 훼손된다는 점에서 견제장치에 우선하여 거름장치가 필요하다. 이러한 거름장치가 작동하지 않는 상태에서 정신질환 자체의 범위를 넓게 정하는 것은 사회통제의 영향력만을 키워 정신보건법 상의 치유 및 사회통제의 이념적 조화를 달성할 수 없다.

147) 김나경, ‘정신질환자 강제입원’의 법적문제, p.36

(2) 강제입원 절차의 엄격성 강화

1) 사전진단제도의 도입

정신질환자에 대한 강제입원에서의 거름장치가 가지는 목적은 강제입원의 대상이 되는 환자에 대한 치유적 관리이다. 즉 어떤 환자에게 입원이 필요한지를 정하여 입원이 필요하지 않은 환자에 대하여 부당하게 남용되는 강제입원을 줄이는 데 그 의의가 있다. 그러나 현재 우리나라에서 정신질환자에게 강제입원이 필요한 경우와 필요하지 않은 경우를 걸러내는 장치는 제도적으로 불완전한 까닭에, 위에서 본 것처럼 치유와 사회통제 이념이 조화를 이루지 못하고 강제입원의 남용이 발생하는 것은 사례로도 명확히 드러나고 있다.

강제입원을 위한 거름장치의 불완전성은 정신질환 자체가 가지는 특성에서 기인한다. 정신질환에 대한 진단이 증상으로 이루어진다는 점에서 보다 정확한 진단을 위해서는 두 가지의 시스템이 필요하다. 일단 정신과전문의가 환자의 증상을 파악할 수 있는 시간적 여유가 확보되어야 하고 다음으로 보호의무자에 의한 입원의 경우 진단의 확실성을 보증할 수 있는 이차적 진단이 필요하다. 이 두 가지의 거름장치는 사전진단제도를 통해 구현될 수 있다.

① 진단을 위한 시간 확보의 수단으로서의 사전진단

사전진단제도는 정신과전문의가 입원이 의뢰된 정신질환자에 대하여 진단을 할 수 있는 기간을 확보하는 제도이다. 의정부지법 2006노536 심리과정에서 재판부에서 밝혔듯이 당장 입원의 필요가 없는 경우 바로 입원하기보다는 통원치료의 방법을 통하여 정확한 진단을 하는 것은 현재의 제도만으로

로 충분히 가능하다. 정신과전문의는 환자에 대한 입원의뢰가 있다 하더라도 자의적 판단에 따라 일정 기간을 두고 환자를 진단하면서 입원을 결정할 수 있으나, 문제는 이러한 사전진단의 여부가 의사의 임의적 판단에 맡겨져 있다는 점이다. 정신과전문가에게 당장 입원이 필요하지 않은, 응급입원으로 인한 환자가 아닌 경우 환자에 대한 사전진단이라는 제도를 통해 절차적으로 제한을 하지 않는 것은 입원이 의뢰된 환자에게 바로 입원이 필요한지 아닌지에 대하여 전적으로 의사의 자의적 판단에 맡기는 것이며, 이는 의사의 윤리적 판단에 맡기는 것에 다름 아니다. 위에서 언급하였던 각종 판례와 국가인권위원회 진정사례에 비추었을 때 그러한 방식으로 의사의 윤리성에 전적으로 맡기는 것은 정신질환자에게 입원이 필요한 경우를 제대로 거를 수 있는 장치라고 볼 수 없다. 따라서 정신과전문의가 환자의 입원여부를 판단함에 있어 일정한 기간을 두어 진단하는 것을 필수적으로 제도화할 것이 필요하다.

② 견제장치의 개입을 위한 사전진단

또한 보호의무자에 의한 입원에서 유난히 부당한 강제입원을 이유로 하는 국가인권위원회 진정사례가 많은 것은 입원절차상 정신과전문의 1인의 진단만으로 입원이 결정되는 것과 연관이 있다. 이와 대조적으로 평가를 목적으로 이루어지는 시장·군수·구청장에 의한 입원은 우선 정신과전문의의 신청을 하고, 시장·군수·구청장의 의뢰를 거쳐 다시 정신과전문의의 진단이 이루어진다는 점에서 총 두 번의 전문의의 평가가 이루어지는 것이며, 2주간의 평가입원이 끝나고 계속입원이 필요한 경우는 2인의 정신과전문의의 진단을 필요로 한다. 그러나 보호의무자에 의한 입원의 경우 정신과전문의의 판단이 작용한다 하더라도 1인의 정신과전문의만의 의견을 바탕으로 강제입원을 결정하는 것이므로 객관성이 떨어져 이를 정당한 강제입원이라고 하기

어려운 점이 있다. 이와 관련한 통계에 따르면 한 명의 환자에 대하여 전문가들이 내린 진단이 일치할 확률은 약 40%라고 한다¹⁴⁸⁾. 즉 동일한 환자라 하더라도 전문가들 사이에서 일치된 의견을 내놓을 확률이 매우 적기 때문에 1인의 정신과전문의의 진단만으로 신체 구금이 이루어진다는 것은 정당성을 얻기 어렵다. 현재 우리나라에서 규정된 강제입원 가운데 정신과전문의 1인의 진단으로 입원이 가능한 입원은 보호의무자에 의한 입원이 유일하다¹⁴⁹⁾.

보호의무자에 의한 입원의 비율이 전체 입원의 비율에서 따져보아도 압도적으로 높은 비율을 차지하고 있다는 통계는 바로 이러한 점에서 해석가능하다¹⁵⁰⁾. 일각에서는, 보호의무자에 의한 입원으로 입원중인 환자라 하더라도 그 가운데 본인이 스스로 입원에 동의한 경우가 58.6%로 절반 이상을 차지한다는 점으로 미루어, 자의입원으로 입원할 경우 환자의 의사에 따른 퇴원이 발생할 것을 경계하여 입원환자 스스로 퇴원을 결정할 수 없도록 하는 보호의무자에 의한 입원으로 유도하였을 것이라고 추정한다¹⁵¹⁾. 그러한 입원 유도의 부당성을 논하는 것은 차치하고라도, 그만큼 보호의무자에 의한 입원이 용이하다는 것은 입원절차가 간단한 데서 나오는 문제점이다. 사전진단제도는 입원의 가능성을 최소한도로 줄여 환자에게 부당하게 가해지는 입원을 걸러내자는 것으로 정신보건법에서 정하는 광범위한 정신질환자에 대하여 치유와 사회통제의 조화가 이루어질 수 있도록 하는 거름장치가 될 수 있을 것이다.

148) 노용우, 전계논문, p.33

149) 하물며 72시간의 응급입원의 경우에도 의사와 경찰관에 의해 위험성과 입원필요성에 대한 동의가 있어야 입원이 가능하다는 점에서 보호의무자에 의한 입원에서 정신과전문의 1인의 진단만을 요구하는 것은 절차상 형평에 맞지 않다.

150) 국가인권위원회의 2008년 보고서에 따르면 보호의무자에 의한 입원은 전체입원 가운데 74%를 차지한다(국가인권위원회, 전계서, p.63).

151) 정인원 외, 전계서, p.17

2. 환자의 세분화 - 입원결정능력과 치료결정능력

(1) 능력평가의 의의

능력평가는, 위에서도 주지하였듯이, 환자의 자율성을 확보하는 동시에 강제입원 또는 강제치료의 대상이 되는지를 결정짓는 한계선이 된다는 점에서 그 필요성은 인정된다. 즉 정신질환자에 대한 능력평가는 해당 환자에게 치유의 이념을 적용할 것인지 사회통제의 이념을 적용할 것인지를 결정짓는 가장 중요한 수단이라고 볼 수 있다. 일정한 능력평가를 통과하는 정신질환자의 경우 자율성을 보장받고 그에 기한 치유의 이념에 따라 자신의 치료 및 입원에 대한 결정을 내릴 수 있지만 그렇지 못한 환자의 경우 후견주의에 따라 보호의무자, 의사 또는 국가가 결정하는 최선의 이익에 맞는 치료와 입원이 강제된다. 따라서 능력평가는 환자에게 자율성을 인정할 수 있는 하나의 기준으로서 중요하게 받아들여져야 한다.

(2) 능력평가의 기준

일단 정신질환자에 대하여 치유의 이념으로 접근할 것인지 또는 사회통제의 이념으로 접근할 것인지를 결정하는 데 있어 ‘능력’이라는 요소를 성공적으로 포함시키기 위해서는 ‘능력’이 환자의 자율적 권리를 결정짓는 중요한 요소이며, 능력의 평가를 통해 능력이 있는 것으로 인정된 환자에 대하여는 자율적 권리를 존중하여야 한다는 기본원칙이 전제되어야 한다. 이러한 능력평가에 대한 기본원칙이 전제되지 않는 한, 다시 말해 환자의 자율적 권리를 결정지을 수 있는 또 다른 요소인 ‘치료의 필요성’과 ‘치료의 가능성’에 의한 자율성 침해를 방지하지 않는 한 환자에 대한 능력평가는 무의미할 수 밖에 없다¹⁵²⁾¹⁵³⁾.

그러나 능력평가는 존재 자체만으로 의미를 가질 수 없고 그 평가의 기준이 어떻게 되어있으며, 그 평가 결과에 따라 정신질환자의 자율성을 어느 정도까지 인정할 것인가에 따라 제도의 의미 자체가 달라진다. 결정능력평가와 관련하여 WHO는 “능력은 역량을 위한 평가이며 사람들은 오직 그들이 ‘특정한 시간’에 ‘특별한 종류’의 결정들을 내리지 못한다는 이유로 역량이 부족하다는 평가를 받아서는 안된다”¹⁵⁴⁾고 하여, 일회성의 단일한 능력평가가 가지는 부당성을 말하였다. 이는 정신질환자가 특정한 시간에 특별한 종류의 결정을 내리지 못한다 하여 다른 시간에 다른 종류의 결정을 내리지 못할 것이라고 볼 수 없음을 의미하며 따라서 정신질환자의 결정능력은 세분화되어야 하며 결정 사이에 시간적 차이가 있는 경우 다시 측정되어야 한다고까지 볼 수 있다.

이러한 결정능력의 세분화는 위에서 보았던 정신질환을 광범위하게 설정하고 구체적인 범조항을 통해 환자를 분류해내는 것과 유사하다. 즉 결정능력평가 또한 하나의 거름장치이기 때문에 입원이 필요한 환자와 필요하지 않은 환자를 보다 섬세하게 구분하기 위해 세분화가 필요한 것이다. ‘능력’이 세분화되지 않은 상태에서 이루어지는 능력평가는 환자에게 부담으로 작용할 것이다. 예를 들어, 미국의 Appelbaum과 Bateman은 1979년에 자신들의 논문에서 능력기준테스트를 보면, 정신질환자들은 입원결정을 내리는 데 필요한 이해뿐만 아니라 치료결정과 관련된 이해, 시설 내 환자의 자율적 권리에 대한 이해, 퇴원에 대한 권리, 자발적 입원에서 비자발적 입원으로서의

152) 김나경, ‘정신질환자 강제입원’의 법적문제, p.38

153) 강제입원을 결정하는 요소에는 ‘자타해의 위험성’ 또한 포함되지만, 여기서는 정신질환자의 입원결정능력이 위험성에 선재할 수는 없다는 의미에서 위험성은 다루지 않았다. 환자 본인에게 또는 타인에게 현실적인 해를 야기할 수 있는 정도의 위험성을 내포하는 환자에 대하여 능력에 따라 자율적 권리를 인정하는 것은 자율성의 마지노선이라고 할 수 있는 존 스튜어트 밀의 ‘Harm Principle’에 배치되는 것으로서 인정될 수 없다는 측면에서 접근하였다. (자율성과 밀의 harm principle에 대한 내용은 Sheila A. M. McLean, 전게서, p.16)

154) WHO, 전게서, p.43

변질 가능성(역효과)까지 이해할 것을 요구하고 있다¹⁵⁵⁾.

1. 환자가 자신의 상태의 성질에 대하여 제대로 인식하고 있는가?
 - a. 그가 자신이 정신질환을 가지고 있다는 것을 인정하는가?
 - b. 자신이 치료를 받아야 한다고 생각하는가?
 - c. 입원치료의 합리적인 대안을 알고 있는가?

2. 환자가 입원치료의 성격을 이해하고 있는가?
 - a. 담당의사의 역할을 이해하는가?
 - b. 약물이 지시된 경우 약의 성질을 이해하는가?
 - c. 입원처분의 성질을 이해하는가? 즉 병동이 닫히거나 열릴 수 있다는 것과 할 수 있는 활동과 프로그램에 대한 이해를 하고 있는가?

3. 환자가 입원에 관련된 의사의 권고와 관련한 기본적 내용을 이해할 수 있는가?

4. 환자가 의사의 권고와 협력하여 결정을 내릴 수 있는가?

5. 환자가 확실하게 병원의 환경 안에서 스스로를 보호하는 행동을 할 수 있는가? 예를 들어, 만약 그 환자가 악영향을 경험하는 경우 그가 스태프들에게 접근할 수 있는 방법을 아는가?

155) Peter Bartlett, 전계논문, p.337

6. 자발적 환자로서의 권리를 인지하고 있는가?

- a. 퇴원 요청에 대한 권리
- b. 약물을 거절할 권리
- c. 법정 대리인에 대한 권리
- d. 병원에서 인권 상담가에 대한 인식

7. 환자가 입원으로 인한 불리한 결과에 대해 알고 있는가? 이것이 퇴원요청 시 강제입원의 잠재성에 대한 인식을 포함할 수 있는가?

위와 같은 기준은 그 대상이 정신질환자라는 점을 고려했을 때—심지어 정신질환이 아닌 다른 질환의 환자라 하더라도—매우 엄격한 수준의 기준이다. 이 테스트에 따라 환자의 입원능력이 결정되어야 한다면 입원결정능력 뿐만 아니라 치료결정능력, 퇴원과 그 외의 권리에 대한 이해능력까지 갖추고 있는 소수의 환자에게만 자기결정권이 인정될 것이다. 이러한 능력평가의 경우 정신보건법상의 치유의 이념과 사회통제의 이념의 조화를 통해 이루고자 하는 정신보건법의 목적 즉, “반드시 입원의 강제가 필요한 환자에 대하여만 자율성이 축소되어야 한다” 원칙이 경시될 수 있다. 따라서 환자의 입원과 관련된 결정능력을 평가함에 있어 입원결정능력 이외에도 많은 능력을 갖추고 있을 것을 요구하는 Appelbaum과 Bateman의 위와 같은 평가기준은 보다 세분화될 필요가 있다.

정신질환자의 입원결정능력을 평가함에 있어 그 기준이 엄격한 경우와 비교적 엄격하지 않은 경우는 각각 다른 결과를 가져온다. 전자의 경우 이 엄격한 기준을 통과하기 위해서는 정신질환자 스스로가 상당히 높은 수준의 이해력을 가지고 있어야 하며, 자신의 상태와 입원에 대한 전반적인 사항에

대해 이해가 가능하여야 한다. 결국 이러한 평가를 통과할 수 있는 정신질환자의 수는 소수에 불과할 것이고 여기서 통과하지 못한 다수의 정신질환자는 모두 입원결정능력이 없는 것으로 판단되어 강제입원의 대상이 된다. 이와 반대로 비교적 엄격하지 않은 기준으로 환자의 능력을 평가하는 경우 환자는 입원에 대한 핵심적인 내용만을 이해한다면 최소한 입원결정능력을 갖춘 환자로 인정된다면 자신의 입원 여부를 결정할 수 있으며, 불필요하게 다른 사람의 결정으로 인해 환자 본인의 결정의사가 사라지지 않는 것이다. 이렇듯 결정능력 평가의 기준에 따라 환자에게 자율성이 결정된다는 것은 기준의 엄격성의 정도가 환자의 권리와 직접적으로 연결되어 있음을 나타낸다.

위의 내용에 따르면, 능력평가의 기준이 가지는 엄격성의 정도를 결정하는 것은 결국 평가에 어떤 내용이 포함되는지-입원의 전반 또는 핵심을 포함하는지-에 달려있는 것이다. 즉 환자를 세분화할 수 있는 기준을 만드는 것이 능력평가의 가능한 대안이라고 볼 수 있다. 따라서 만약 입원결정에 필요한 능력을 평가하려 한다면 입원에 관한 사항만으로, 치료에 관련된 결정을 위한 평가라면 치료에 관한 사항만으로 환자를 평가하여야 할 것이다.

3. 현재 입원체계의 조정

(1) 입원의뢰인 중심의 입원체계

현행의 정신보건법은 (응급입원을 제외하고¹⁵⁶) 강제입원의 성격에 따라 입

156) 이 섹션에서 입원체계를 논함에 있어 응급입원을 제외한 것은 응급입원이 다른 입원과는 다른 기준으로 나뉜 것이기 때문이다. 보호의무자에 의한 입원과 시장·군수·구청장에 의한 입원이 장애의 위험성으로 의뢰되는 것과 달리 응급입원은 급박성으로 의뢰되는 것으로, 응급입원은 일단 현재의 위험상황을 진정시키는 의미가 크다. 이러한 이유로 응급입원의 72시간이 지나면 정신질환자는 상태가 호전되지 않는 한 1차적으로는 자의입원, 2차적으로는 보호의무자에 의한 입원 또는 시장·군

원의 종류를 나누는 것이 아니라 강제입원을 시키는 주체에 따라 입원의 종류를 구분하고 있다. 이러한 입원체계는 강제입원으로 인해 실질적인 영향을 받는 정신질환자 중심의 체계가 아닌 '입원의뢰인 중심의 체계'이다. 입원체계가 의뢰인을 중심으로 구성되어 있을 때 이 법의 적용을 받는 환자의 입장에서는 강제입원의 수동성이 더욱 강조되는 양상을 띠게 된다. 말하자면 강제입원의 절대적 비율을 차지하는 보호의무자에 의한 입원과 시장·군수·구청장에 의한 입원이 그 입원을 주도하는 주체를 기준으로 나누고 있다는 것은 강제입원이 정신질환자보다 입원의뢰자의 입장을 고려하는 분류방법이다.

(2) 외국의 강제입원 체계

1) Mental Health Act 1983¹⁵⁷⁾

영국의 정신보건법에 따르면 강제입원은 진단을 위한 입원(admission for assessment)과 치료를 위한 입원(admission for treatment)으로 나누어져 있다¹⁵⁸⁾. 이러한 입원체계는 환자에게 필요한 조치에 따라 입원의 종류를 나누고 있는 것이다.

진단입원의 경우는 평가를 위해(또는 그에 따르는 치료를 위해) 병원에 감금될 것이 인정되는 정도 또는 성질의 정신질환(mental disorder)을 겪고 있거나, 환자 자신의 건강 또는 안전을 위해 또는 다른 사람들의 보호라는 측면에서 보호가 필요한 경우이다. 진단입원의 신청은 가까운 친족(Nearest

수·구청장에 의한 입원이 의뢰되는 것이다.

157) 이 논문에서의 Mental Health Act 1983은 2007년의 개정내용을 포함한다.

158) 영국의 입원체계 또한 응급입원(Admission for Emergency)을 포함한 3개의 입원으로 구성되어 있지만 응급입원을 제외한 것은 각주123에서의 내용과 같은 맥락이다.

Relatives, 우리나라의 경우 보호의무자) 또는 승인된 사회사업가(Approved Social worker)에 의해 이루어져야 하며 2인의 정신과전문의의 일치된 소견서에 따라 신청하여야 한다. 신청자는 신청이 끝나는 날의 14일 전에 환자를 만났어야 하며, 신청자는 환자가 정신과전문의에 의해 마지막으로 진단 받은 날 이후 14일 이내에 병원으로 데려가야 신청이 마무리 될 수 있다. 진단입원의 입원기간은 입원한 날을 포함하여 최장 28일이며 치료입원이라는 후속조치가 없는 한 환자는 즉시 퇴원하여야 한다.

치료입원은 진단입원에서의 요건-입원이 필요한 정도의 정신질환 또는 자타인의 보호- 외에 환자에게 적절한 치료가 가능하여야 한다. 즉 치료가 가능하지 않은 환자에 대한 치료입원은 불가능하다. 신청이 가장 가까운 친족과 승인된 사회사업가에 의해 이루어지는 것은 진단입원과 동일하나 치료입원의 경우 가장 가까운 친족이 원하지 않는다면 사회사업가가 신청할 수는 없다. 신청의 기반이 되는 의사의 소견서는 2인의 정신과전문의에 의해 작성되어야 하며, 내용으로 환자에게 입원이 필요한 정도의 정신질환을 앓고 있다는, 그리고 적절한 치료가 가능하다는 견해의 근거로 처방된 사항들이 포함되어야 하며 자타인의 보호를 위해 입원이 필요하다는 견해의 근거로 그에 관련한 진술과 치료입원이 최후의 수단인지가 구체적으로 적시되어야 한다. 치료입원의 기간은 입원한 날로부터 최장 6개월이며 최초 연장은 6개월, 이후부터는 12개월씩 연장 가능하다. 담당의사(Responsible Clinician)는 환자의 입원이 끝나기 2개월 이내에 환자에게 입원이 필요한 정도의 정신질환이 있는지 혹은 자타인의 보호를 위해 입원의 필요가 있는지, 환자에게 적절한 치료가 가능한지를 조사하여 매니저에게 제출하여야 한다. 이 보고서를 제출하기 전에 담당의사는 당해 환자의 치료와 관련을 맺고 있었던 1인 이상의 사람들과 상담을 하여야 한다.

영국의 Mental Health Act에서 입원체계를 진단입원과 치료입원으로 나누고 있는 것은 강제입원을 신청할 때에 환자의 상태에 따라 적절한 입원을

신청할 수 있도록 하기 위함이라고 볼 수 있다. 영국의 강제입원체계가 환자의 상태에 따라 분류된 것이라는 사실은 각 입원에서 환자의 요건을 통해 알 수 있다. 특정 환자에 대하여 치료입원을 신청하기 위해서는 당해 환자에게 진단입원에서 요구하는 요건 이외에 치료가능성이 입증 되어야 한다. 이러한 입원체계 하에서는, 치료여부가 불확실한 정도의 정신질환을 앓고 있어 보다 확실한 진단이 필요한 경우의 환자라면 입원의 신청자는 진단입원을 신청할 것이고 치료가 필요한 것이 확실한 환자에 대하여는 치료입원 신청이 이루어질 것이다. 즉 이러한 입원체계는 환자 위주의 입원체계로서 가능한 환자의 최선의 이익을 고려하는 것이 가능한 체계이다.

2) Baker Act

미국의 플로리다 주에서 적용되는 Mental Health Act(Baker Act)에서의 강제입원은 영국과 마찬가지로 진료입원과 치료입원으로 나뉘어져 있다. 그러나 법제상으로 나뉘어져 있는 것은 아니고 절차적으로 나뉜 것이기에 법령상으로 강제입원의 체계는 단일체계이다. 강제입원은 ‘자의입원을 거부하지만 입원이 필요하다고 여겨지는 환자’의 경우 경찰과 의사, 간호사, 정신보건전문가에 의해 강제적 검사가 제안됨으로써 이루어진다. 즉 강제입원의 대상이 되는 정신질환자는 1차적으로 경찰, 의사, 간호사, 정신보건전문가의 신청에 의한 진단을 위한 입원을 거친 뒤에 그 후속조치로서 치료입원을 하게 된다. 진단을 위한 입원 기간은 72시간이며, 이 기간 내에 2인의 정신과 의사들은 진단을 하여 법원에 입원 연장을 요청하여 법원의 판결이 있어야 강제입원의 계속이 가능하다. 법원이 정신질환자의 입원을 결정함에 있어 환자가 정신질환을 앓고 있으며 자의입원을 거부하였거나 결정이 어려운 상태인지, 환자가 혼자 생활하는 것이 불가능하고 치료를 하지 않으면 가까운 미래에 위협의 가능성이 있는지, 강제입원보다 강제성이 약한 치료가 없는

지 등을 고려하여야 하며 이 요건들을 충족하는 경우에 강제입원을 명령할 수 있다. 입원기간은 6개월로 6개월마다 입원심사에 따라 계속입원을 결정한다.

플로리다의 이러한 단일화체계에서는 아무리 환자의 상태가 다르다 하더라도 혹은 다른 의뢰인에 의해 강제입원 신청이 이루어지더라도 동일한 입원절차를 거친다. 따라서 입원체계가 환자위주인지 의뢰인 또는 의사위주인지는 다른 입원방식과의 비교에 의해서보다는 강제입원의 전체적 맥락을 통해 판단할 수 있다¹⁵⁹⁾. 우리나라의 경우 입원의뢰인에 따라 입원의 종류가 달라지기 때문에 의뢰인 중심의 입원체계라고 볼 수 있으며, 영국의 경우 환자의 질환의 정도에 따라 입원의 종류가 결정되기 때문에 환자 위주의 입원체계라고 보았다. 플로리다의 경우 입원의 결정 권한이 법원에 있다는 점이 입원체계의 성질을 파악할 수 있는 기초가 될 것이다. 72시간의 진단입원이 끝나고 일단 법원으로 환자의 입원결정이 넘어가게 되면 법원은 객관적인 입장에서 진정으로 환자에게 입원이 필요한 것인지를 판단하게 된다. 즉 법원이 판단의 근거로 삼는 것은 ‘환자에게 반드시 입원이 필요한가?’이지 애초에 입원을 의뢰한 자가 누구인가는 중요한 것이 아니다. 따라서 플로리다의 입원체계 또한 환자 위주의 입원체계라고 할 수 있다.

(3) 환자중심의 입원체계의 필요성

정신질환자의 상태에 따르기보다 입원을 의뢰하는 자에 따라 환자가 어떤 입원으로 입원하게 되는지가 결정된다는 것은 환자의 상태에 따른 절차보다

159) 플로리다의 입원체계가 법원에 의해 입원결정이 이루어진다 하여 ‘판사위주의 입원체계’라는 별도의 입원체계를 가진다고 할 수도 있겠으나 정신보건영역에서의 담론을 이끌어 나가는 주체는 ‘정신질환자-의사-보호의무자’일뿐 법원은 그 강제입원의 정당성을 확보하기 위한 객관성 보장 수단에 불과하기 때문에 입원체계에 대한 논의를 법원으로까지 확장하는 것은 정신질환자에 대한 담론의 본질을 흐리는 것이다.

입원의뢰인의 차이에 따른 절차를 중하게 본다는 것을 의미한다. 물론 강제 입원은 입원에 대한 의사결정이 없는 정신질환자가 수동적일 수밖에 없는 입원이다. 그러나 정신질환자에 대한 강제입원은 정신질환자에 대한 치유를 최우선의 목표로 두고 이루어져야 하는 것이기 때문에 입원을 결정함에 있어 우선시 되어야 하는 것은 입원의뢰인이 누구인가하는 것이 아니라 그 정신질환자에게 어떤 입원이 필요한가이다. 위에서 언급한 것처럼 우리나라의 제도상으로 정신질환자의 강제입원은 환자보다 입원의뢰인을 중심으로 제도화되어 있기 때문에 이를 환자 중심의 체계로 바꿀 필요가 있다. 우리나라의 입원체계 변화의 필요성은 다른 나라의 입원체계와 비교했을 때 확연히 드러난다.

영국에서의 강제입원이 각 환자들의 질환 정도에 따라 그 종류가 정해진다는 것은 환자 개인에게 필요한 입원이 이루어질 수 있다는 것을 의미한다. 정신질환자는 입원신청이 있기 전 정신과전문의에 의해 진단을 받음으로써 진단입원이 필요한지 치료입원이 필요한지가 결정되고 그 의사들의 소견에 따라 신청자는 환자에게 필요한 입원을 신청하는 것이다.

미국의 경우에는 법원에서 환자의 입원 필요성 여부를 결정하도록 함으로써 반드시 *입원이 필요한 환자*에게만 입원이 이루어질 수 있도록 한다. 즉 법원에서 입원필요성을 결정하는 과정은 입원이 필요한 환자를 골라내는 과정인 것이다.

4. 강제입원의 견제장치 - 정신보건심의위원회

(1) '제3의 견제장치'에 대한 요구

정신보건영역에서의 담론은 '정신질환자-의사-보호의무자-국가행정체계'가

주체가 되어 소통이 이루어지는 구조로, 이 네 주체들간의 의사소통이 제대로 이루어지는 경우에 상호견제가 작동하여 정신보건영역이 폐해없이 돌아갈 수 있다. 그러나 강제입원에서는 —챕터2에서 본 것처럼—의사소통의 왜곡이 일어나 상호견제 시스템이 제대로 작동하지 않음으로써 환자의 최선의 이익을 위해 결정되어야 할 강제입원이 다른 참여자들의 이익을 위해 결정되는 폐해가 발생한다. 정신보건심의위원회는 이러한 의사소통의 왜곡을 견제하여 정신질환자에 대한 강제입원이 정당하게 이루어질 수 있도록 감시하기 위한 제3의 견제장치이다.

(2) 정신보건심의위원회

1) 인적구성을 통한 견제

정신보건심의위원회는 정신보건영역 각 분야의 전문가들이 모여 정신보건에 대하여 주요 사항을 심의 결정하는 기구로서 소속과 역할에 따라 중앙·광역·기초정신보건심의위원회로 나눈다. 정신보건심의위원회 중 정신과전문의, 정신보건전문요원, 판사·검사 또는 변호사의 자격이 있는 자 중에서 각각 1인 이상을 포함하여 5인에서 10인 이내의 위원을 구성하는 정신보건심판위원회를 구성하고, 정신보건심판위원회에서는 퇴원, 재심사와 평가입원의 해제를 심사한다.

정신보건심의위원회는 중앙·광역의 경우 10인 이상 30인 이내, 기초의 경우 5인 이상 15인 이내로 하고 그 구성원은 정신과전문의, 판사·검사 또는 변호사, 정신보건전문요원, 정신질환자의 가족, 정신보건시설의 운영자/대학에서 심리학·간호학·사회복지학 또는 사회사업학의 전임강사 이상의 직/정신보건업무관계공무원/전문지식인 중 하나에 해당하는 자로 하고 있다. 그러나 정신질환자의 원인이 다양하고 신체질환과는 다르게 다양한 영역에서

치료가 가능하다는 점을 고려해 보면 보다 다양한 전문가들로 구성될 것이 필요하다.

예를 들어, 영국의 정신보건법위원회(Mental Health Act Commission)는 법조인, 간호사, 심리학자, 사회사업가, 시민, 정신과 의사 등이 반드시 포함되어야¹⁶⁰⁾ 하며, 우리나라가 구성비율을 별도로 규정하고 있지 않은 데에 반해, 영국에서는 정신과 의사 22명을 제외한 나머지 구성비율을 12명을 통일시켜 어느 한 분야가 소홀히 되지 않도록 균형을 맞추고 있다. 정신과의사의 인원이 다른 직종이 비해 많은 것은 위원회의 주요기능 중 하나가 “치료에 대한 동의에 관한 독립적인 의학적 견해를 제시”하는 것인데¹⁶¹⁾, 정신질환자에 대한 의학적 견해는 위원회에서 중요하게 여겨지는 것에 비하여 의사마다 각기 견해가 다른 경우가 많아 진단의 정확도가 떨어지는 경향이 있다¹⁶²⁾. 따라서 보다 이를 확실하게 하기 위해 다른 분야보다 많은 인원을 배치하여 일치율이 높은 견해를 채택할 수 있어야 한다¹⁶³⁾. 그러나 의학적 견해의 정확성을 높이는 것도 중요하지만 전체 비율에서 정신과의사의 비율이 절대적이어서는 안 된다는 점도 잊지 말아야 할 것이다. 정신질환의 문제는 그 원인부터 다양하며 의학적 접근뿐만 아니라 다양한 분야의 접근이 필요하다. 또한 강제입원과 관련하여 있는 가족이나 병원의 경우에는 정신질환자의 입원과 퇴원에 직접적인 영향을 받는 사람들로 객관적인 평가를 내리기 어렵기 때문에 다양한 구성원의 적당한 비율을 통해 위원회의 객관성을 유지할 필요가 있다.

우리나라의 경우 2008년 개정 이후 중앙·광역·기초 단위별로 정신보건심

160) 김연옥, 영국의 정신장애인 탈원화 경험에 관한 연구, 사회과학연구, 경성대학교, 2010, p.157 각주

161) 조홍식, 각국 정신보건법 내용연구, 사회복지연구, 한국사회복지연구회, 1992, p.224

162) 정신질환을 진단함에 있어서 같은 환자라 하더라도 전문가들이 의견일치를 보이는 확률은 약 40%에 불과하다(노용우, 전계논문, p.33/신은주, 전계논문, p.31).

163) 이 경우에도 다수 정신과전문의의 결정에 의해 소수의 정신과전문의들의 견해가 간과되지 않도록 위원회내의 충분한 논의가 필요하다.

의위원회가 설치되었는데 이에 따라 2009년 처음 설치된 기초정신보건심의위원회의 구성을 보면 겨우 정족수를 채우는 데 급급했다는 인상을 지울 수 없다. 김포시 정신보건심의위원회는 위원장을 보건소장으로 하고 정신과전문의 3인, 변호사 1인, 정신보건전문요원 1인, 가족대표 1인으로 총 7명의 위원으로 구성되어 있고, 파주시 정신보건심의위원회는 위원장 보건소장, 정신과전문의 2인, 변호사 1인, 정신보건요원 2인, 정신질환자의 가족대표 1인, 정신보건 업무담당자 1인으로 총 8명의 위원으로 구성되어 있다. 각 기초단체마다 심의건수가 다르기 때문에 법제상의 기초정신보건심의위원회의 정족수를 5인 이상 15인 이하로 두었다는 점을 감안하더라도 주로 그 구성원의 직위가 정신과전문의, 변호사, 정신보건전문요원, 정신질환자의 가족대표 등에 집중되어 있다는 점은 개선되어야 할 부분으로 보인다. 위원회에 보다 다양한 직군, 예를 들어 정신의료기관의 간호사 또는 교수들을 포함시킨 것이 비단 법조항에서만 의미를 가질 것이 아니라 실제 위원회에서도 의미를 가지기 위해서는 반드시 포함될 수 있어야 한다.

2) 심사권한을 통한 견제

또한 정신보건심의위원회에서 담당하고 있는 심사의 권한을 늘림으로서 강제입원에 대한 견제가 가능할 것이다. 현재 중앙정신보건심의위원회에서는 법령의 제·개정 및 정책에 관한 사항이나 각종 기준과 의학적 견해를 담당하고 있고 광역정신보건심의위원회에서는 정신보건시설에 대한 감독·평가·시정과 재심사 청구사건을 담당한다. 기초정신보건심의위원회의 경우에는, 환자의 입퇴원과 관련하여 보다 실무에 가까운 심사를 담당하는데, 이의제기된 치료행위와 처우개선, 퇴원 및 계속입원의 여부, 그리고 외래치료명령에 대한 심사를 한다.

그러나 우리나라 위원회에서 놓치고 있는 부분은 환자의 입원 및 퇴원에

대한 심사가 주로 이미 입원을 하여 정해진 입원기간을 채운 경우에 한한다는 점이다. 환자가 강제입원이 되고 난 후 그 입원이 적법한 절차와 필요성에 의해 이루어진 것인지를 감독할 외부기관이 없는 현 상황에서 다양한 직군의 전문가로 구성된 심사위원회는 환자의 입원의 정당성을 심사하기에 적합하다고 할 수 있다.

5. 새로운 패러다임 - 외래치료명령제도의 도입

(1) 시설내치료에서 사회내치료로의 이동

정신질환자에 대한 정책의 세계적 추세는 시설화에서 탈시설화(deinstitutionalization)로 넘어가고 있다¹⁶⁴). 탈시설화의 이유는 복합적으로 설명되는데, ① 약물학의 혁명¹⁶⁵), ② 정신병원 비용의 인플레이션, ③ 비수용적 복지시설의 발달, ④ 사회네트워크의 책임 공유를 강조하는 사회치료의 발달을 그 예로 들 수 있다¹⁶⁶). 그러나 무엇보다도 사회내치료가 각광받게 된 이유는 입원치료에 대한 ‘부정적평가의 축적’이라고 할 수 있다. 서구사회에서 16세기부터 시작된 시설수용은 19세기 대형정신병원을 거쳐 20세기 중반까지 계속되었으나, 장기입원으로 오히려 정신장애가 만성화되고 사회복귀가 어려워진다는 의료적 문제와 강제입원의 비인간적 처우로 인한 정

164) Jon Glasby/Helen Lester, On the Inside:A Narrative Review of Mental Health Inpatient Services, British Journal of Social Work, 2005, p.863-864; 김연옥, 영국의 정신장애인 탈원화 경험에 관한 연구, p.148

165) 약물의 발달로 사회에서 환자를 치료하는 것이 쉬워졌다고 말하는 Jeniffer Fischer, A Comparative Look at the Right to Refuse Treatment for Involuntarily Hospitalized Persons with a Mental Illness, Hasting International and Comparative Law Review, Hasting College of the Law, 2006, p.153

166) Jon Glasby/Helen Lester, 전제논문, p.864

신질환자의 인권 침해라는 사회적 문제가 대두되었고, 이에 대한 반사적 영향으로 정신보건전문가들은 사회내치료에 포커스를 맞추게 된 것이다¹⁶⁷⁾.

(2) 시설내치료와 사회내치료의 병행적 구조

그러나 사회내치료는 어디까지나 입원이 필요하지 않은 경우의 환자에게 적용될 수 있는 제도일뿐 정신질환자의 문제를 사회내치료에서 전적으로 다룬다는 것은 불가능하다.

정신보건영역에서의 ‘탈시설화’는 입원치료에 대한 부정적 평가로 인해 정신보건정책이 시설내치료에서 사회내치료로 이동하는 것처럼 보이지만, 이러한 패러다임의 변화가 입원치료의 문제점을 본질적으로 해결하는 것은 아니다. 사회내치료는 질환의 정도가 경미한 환자에 대하여 치유의 이념에 따른 치료를 함으로써 정신질환자의 상태가 악화되는 것을 ‘예방’하는 역할을 하면서 동시에 입원중인 환자가 입원이 필요하지 않은 정도로 호전되었으나 여전히 치료는 필요한 경우 ‘과도기적 치료’를 담당한다. 다시 말하자면 사회내치료는 시설내치료의 대체물이 아닌 보완재로서 시설내치료가 환자의 치유를 추구함에 있어 발생하는 틈을 메우기 위한 제도이다. 따라서 시설내치료와 사회내치료는 대치하는 치료개념이 아니라 결국 환자의 최선의 이익이라는 일치된 지향점을 가진 치료개념이며, 이러한 양상은 정신보건영역에서 치유(자율성)의 이념과 사회통제(후견주의)이념이 각각 다른 방법으로 상충되는 이념처럼 보이지만 궁극적으로는 환자의 최선의 이익이라는 공통된 목적의식을 지향한다는 구도와 유사하다¹⁶⁸⁾. 따라서 정신보건영역에서의 새

167) 김연옥, 전개논문, p.148

168) 양자가 대척점에 있는 것처럼 보이나 실질적으로는 지향점이 같다는 점에서 사회내치료-시설내치료의 구도가 의료의 기본이념인 자율성-후견주의 구도와 유사하다고 볼 수는 있으나 일치한다고 볼 수 없는데 그 이유는 후견주의를 대변하는 시설내치료에 비해 사회내치료는 -위에서 외래치료명령을 치유와 사회통제 이념의 사이에 두었듯이- 자율성을 대변하는 것이 아니기 때문이다.

로운 변화, 시설내치료에서 사회내치료로의 이동은 사회내치료로의 완전한 이동이 아닌, ‘시설내치료와 사회내치료의 병행’을 의미한다.

이렇듯 사회내치료를 촉발시킨 시설내치료에 대한 부정적 평가는 사회내치료를 강조한다 하여 사라지는 것은 아니다. 이와 관련하여 Jon Glasby와 Helen Lester는 입원치료의 부정적 평가를 해결하지 못한 채 외래치료로 눈을 돌리는 것은 입원치료와 외래치료가 양극화되는 결과를 가져오게 되어 점차 입원치료는 부정적인 것으로 외래치료는 긍정적인 것으로 평가하는 간극이 커지게 될 것이라고 한다¹⁶⁹⁾. 따라서 그들은 환자들을 -상태가 호전되었다 하더라도- 지속적으로 케어하고 입원치료와 외래치료가 좋고 나쁜 것을 떠나 각자의 상태에 따라 주어지는 ‘다른’ 치료방법일 뿐이라는 것을 강조함으로써 그 간극을 줄일 수 있다고 한다¹⁷⁰⁾. 치료방법의 ‘다름’을 인정함으로써 정신질환자에 대한 치료를 이원화된 구조로 프레이밍하는 것은 단순히 양자를 분리해낸다는 것을 의미하지 않는다. 시설내치료와 사회내치료는 이원화된 구조 속에서도 지향하는 바가 같다는 것은 양자간의 ‘유기적인 연계’를 통해 보다 효율적인 방법으로 공통된 목적-환자의 치유-을 달성할 수 있다는 것을 의미한다.

(3) 사회치료명령제도 (Community Treatment Order)

시설내치료와 사회내치료의 유기적 연계는 예방차원의 사회내치료를 받던 환자의 상태가 악화되어 입원치료가 필요한 경우에 환자에게 필요한 입원서비스를 받을 수 있도록 하는 경우에도 중요하지만, 보다 중요한 것은 입원치료를 통해 상태가 호전된 환자에게 효율적인 사회서비스를 제공하여 퇴원할 수 있도록 하는 경우이다. 입원이라는 치료가 환자의 자율적 권한을 제

169) Jon Glasby/Helen Lester, 전제논문, p.873

170) Jon Glasby/Helen Lester, 전제논문, p.873

한한다는 특성을 가지는 한 환자는 더 이상 입원이 필요하지 않은 때에 바로 퇴원이 가능해야 한다. 이러한 경우에 입원이 필요하지 않으면서 치료는 필요한 환자에게는 별도의 적절한 처우가 필요한 것이고, 영국의 사회치료 명령제도는 이러한 치료간의 유기적 연계를 통한 과도기적 치료를 위해 시작되었다.

영국의 사회치료명령제도가 처음으로 도입된 것은 2007년 개정법이었다. 이전에는 ‘감독하의 사후관리제도(after-care under supervision)’가 퇴원한 환자의 사회내치료를 담당하였으나 사회치료명령제도가 도입되면서 감독하의 사후관리는 삭제되었다¹⁷¹⁾. 사회치료명령은 입원환자에게 사회서비스를 연계하여 준다는 점에서 사후관리와 유사하고 입원중인 환자에게—치료의 여부는 차치하고—퇴원을 허가한다는 점에서 임시퇴원과 유사하다. 그러나 사회치료명령이 전자와 다른 점은 사회치료중인 환자를 병원으로 소환할 수 있는 권력이 수반된다는 점, 그리고 후자와의 차이점은 임시퇴원이 7일 이하의 퇴원으로 제한된다는 점이다¹⁷²⁾¹⁷³⁾. 이러한 공통점과 차이점을 통해 사회치료명령이 가지는 특성을 살펴보면 ‘입원중인 환자’에게 ‘병원 밖’에서 ‘장기간’동안 ‘사회서비스를 제공’받을 수 있도록 하면서 담당의사는 필요한 경우 그를 병원으로 ‘소환’할 수 있다는 점이다.

사회치료명령은 해당 정신질환자의 담당의사(Responsible Clinician)에 의해 이루어지지만 ‘승인된 정신보건전문가(Approved Mental Health Professional)’의 서면동의가 있어야 한다. 여기서 중요한 것은 명령을 내리는 데 중요한 역할을 하는 승인된 정신보건전문가는 의사가 포함될 수 없다는 점이다. 즉 사회치료명령이 의사의 견해뿐만 아니라 다양한 직군에서 정

171) Mental Health Act, 제36조 제2항

172) William Bingley, The Mental Health Act 2007, Archbold News, Sweet&Maxwell Limited and Contributors, 2007, p. 7

173) 사회치료명령의 기간은 시작한 날로부터 6개월이며, 이후 1차 갱신은 6개월에 한하여 가능하고, 2차갱신부터는 1년단위로 가능하다(Mental Health Act, 제20A조 제3항).

신보건을 위해 활동하는 전문가의 견해를 반영함으로써 정신질환자의 치유 문제를 의학적 관점에서만 바라보기보다 여러 각도에서 환자의 치유를 고려하는 것은 하나의 특징이다.

담당의사가 환자에게 사회치료명령을 내릴 때에 고려해야 할 것들은,

- 환자는 ‘치료를 위한 입원’중이어야 한다는 점,
- 환자에게 ‘치료’ 또는 ‘안전’을 위해 치료가 필요해야한다는 점,
- 치료는 병원 밖에서 제공될 수 있으나 소환의 가능성이 있으며,
- 그 소환은 RC에 의해 이루어져야 한다는 점,
- 명령의 대상이 되는 환자에게는 적절한 치료가 가능해야 한다는 점

이다¹⁷⁴⁾.

의사가 환자에게 사회치료명령을 하기 위해서는 환자의 상태가 치료를 받아야 하는 상황이거나 환자 자신의 건강과 안전을 위해 치료가 필요해야 하거나 타인의 안전을 위해 치료가 필요한 상황이어야 한다. 사회치료명령의 대상이 되는 환자는 이 가운데 하나 이상에 속해야 하는 것이며 의사가 사회치료명령을 내림에 있어 환자의 상태에 이러한 전제가 필요하다는 것은 사회치료명령이 입원치료에 비하여 치유이념 성격을 띤다는 것이지 이것이 결코 환자의 완전한 자율을 뜻하는 것이 아님을 의미한다. 환자는 사회치료명령 안에서 강제적으로 치료를 받아야 하기 때문에 의사는 입원이 필요하지 않은 환자에 대하여 무조건적으로 사회치료명령을 내릴 수는 없다. 이러한 강제적 성격과 관련하여 사회치료명령에서 주목해야 할 점은 사회치료명령이 환자가 반드시 치료받을 것을 전제로 한다 하더라도 그 치료가 환자의 의사에 반하여서까지 이루어질 수 없다는 점이다. 따라서 사회치료명령을 받은 환자는 원하는 경우 정신보건심의위원회에 이에 대한 이의를 제기할 수 있으며 그 결정에 이의가 있는 의사는 다시 위원회에 사건을 회부할 수 있다.

174) Mental Health Act 1983, 제17조 제5항

사회치료명령 중인 환자에 대하여 담당의사가 소환을 하거나 철회를 하는 경우는 환자에게 ‘병원 내에서의 치료’가 필요한 경우 또는 자신과 타인의 안전을 위해 입원이 필요한 경우이다. 소환은 의사가 작성하는 서면으로 바로 효력이 발생하나, 철회는 승인된 정신보건전문가의 동의가 반드시 필요하다.

입원치료중인 환자에 대하여 사회치료를 명령하고 다시 소환하는 것은 마치 환자에게 임시퇴원을 명령하였다가 다시 이를 거두는 것과 유사하게 보일 수 있다. 그러나 사회치료명령을 받은 환자에게는 임시퇴원과 달리 당연히 병원으로 돌아와야 할 의무가 없다. 의사가 사회치료 중인 환자에 대하여 소환을 결정하는 것은 의사의 권한일 뿐 의사에게 당연히 주어지는 의무는 아닌 것이다. 즉 의사가 환자를 소환한다는 것은 환자를 다시 강제로 입원시키는 것과 같은 정도의 사회통제이기 때문에 소환 이후—응급입원의 경우와 마찬가지로—72시간 이내에 사회치료명령의 철회가 없다면 환자는 바로 퇴원이 가능하다.

(4) 우리나라의 외래치료명령제도

1) 외래치료명령제도의 도입

우리나라에서 또한 ‘외래치료명령제도’를 통하여 퇴원환자에 대한 사회내 치료를 시도하고 있다. 2008년 도입된 이 정신보건법 제37조의2는 정신의료기관의 장으로 하여금 보호자에 의해 입원한 환자와 시장·군수·구청장에 의해 입원한 환자 중 정신병적 증상으로 인하여 입원등을 하기 전 “자신 또는 타인을 해한 행동을 한 자”이면서 “보호의무자의 동의를 받”은 환자의 경우에 시장·군수·구청장에 외래치료명령을 청구할 수 있도록 하고 있다.

그러나 일반적으로 사회내치료가 사회통제보다는 치유의 이념을 향하고

있는 것에 비해 우리나라의 외래치료명령은 다음과 같은 점에서 진정한 의미의 사회내치료라고 보기 어려울 것 같다.

일단, 위에서 보았던 것처럼, 사회내치료가 정신질환자의 치유를 위해 예방적 치료와 과도기적 치료를 담당하기 위해서는 입원이 불필요한 정도의 정신질환에서 입원이 필요한 정도의 사이에 있는 환자(예방적 치료 대상), 그리고 입원이 필요한 정도의 정신질환에서 입원이 불필요해지기까지의 정도 사이에 있는 환자(과도기적 치료 대상)에게 적절한 치료를 제공할 수 있어야 한다. 강제입원과 관련하여 정신보건법에서 중점을 두어야 할 사회내치료는, 환자에게 불필요한 입원의 가능성을 줄일 수 있도록, 후자의 범주에 있는 환자에 대한 치료이며, 영국의 사회치료명령의 경우 그 역할을 담당하고 있는 것이다. 그러나 우리나라의 외래치료명령이 치료입원중인 전체 환자가 아닌 ‘입원 전 자타해의 전적이 있는 환자’를 대상으로 한다는 것은 과거 위험한 행동을 통해 위험성이 인정되는 자에 한하여 치료를 강제함으로써 위험한 환자를 사회 속에서도 통제하고자 하는 목적이 있는 것이다. 물론 위험한 환자들 가운데 과도기적 치료가 필요한 환자에게 외래치료명령을 통해 사회내에서 신체적 감금없이 치료를 받을 수 있도록 한다는 점은 사회내치료상의 과도기적 치료를 위한 것으로서 의미를 가질 수 있을 것이다. 그러나 만약 외래치료명령이 진정으로 환자의 치유를 목적으로 두고 있다면 입원이 필요하지 않은 정도로 상태가 호전된 환자 전체에게 적용되어야 할 것이다. 대상이 위험한 환자에 한정되어 있는 외래치료명령에 따르면 위험하지 않은 환자의 경우 더 이상 입원이 필요하지 않은 경우 별도의 강제적인 치료명령 없이 퇴원이 가능하다. 그러나 자타해의 행동을 했던 환자의 경우 다른 환자들과 달리 강제치료를 받음으로써 여전히 사회적인 통제에 놓이게 되는 것이다¹⁷⁵⁾.

175) 외래치료명령제도가 그 대상을 위험이 입증된 환자로 한정하고 있다는 것은 원칙적으로는 입원이 필요하지 않은 환자에게는 더 이상의 강제치료가 필요하지는

외래치료명령의 사회통제적 성격은 외래치료명령이 반드시 보호의무자의 동의가 있어야 할 것을 전제로 한다는 점에서도 나타난다. 외래치료명령이 아무리 치료를 강제하는 통제적 성격을 지니고 있다 하더라도 그 대상은 입원이 더 이상 필요하지 않은 환자들이다. 즉 정신과전문의가 특정 환자에 대하여 외래치료명령을 제안한다는 것은 이미 그 환자에게 더 이상 입원이 필요하지 않다는 것을 의미한다. 그러나 그러한 의사의 제안에 대하여 보호의무자가 반대하는 경우 환자에게는 외래치료명령없이 퇴원하거나 외래치료명령을 통해 받을 치료를 받기 위해 입원을 계속하는 등의 두 가지 경우의 수가 발생한다. 문제는 입원은 필요하지 않으면서 치료는 필요한 환자를 퇴원시킴으로써 의료적으로 방임의 상태에 두는 것은 의사의 입장에서 쉽게 할 수 있는 결정이 아니다. 따라서 이러한 제도 하에서 외래치료명령에 대하여 보호의무자의 동의를 받지 못한 환자는 계속해서 입원상태에 남을 수 밖에 없다.

정신질환자를 입원이 필요하지 않은 경우에도 입원의 상태에 머물도록 하는 보호의무자의 동의여부는 경제적인 여건에 의해서도 영향을 받기도 한다. 정신보건법 시행령 제17조의2에서는 외래치료명령의 청구대상을 규정하면서 그 대상의 요건을 의료급여 수급권자, 국가, 지방자치단체 또는 그 밖에 기관이나 단체 등으로부터 진료비 지원을 받을 수 있는 사람 또는 보호의무자가 외래치료비용을 지급하기로 한 사람으로 규정하고 있다. 이는 외래치료명령의 여부가 경제적 요건에 따라 달라질 수 있다는 것을 의미한다. 만약 의료급여 수급권자도 아니며 국가나 지자체 또는 기타 단체로부터 진료비를 지원받지 못하는 환자의 경우 외래치료에 대한 부담이 온전히 보호

않으나 위험한 환자의 경우에는 환자 자신과 타인의 안전을 위해 강제성을 띠더라도 일정시점까지는 지속적인 케어가 필요하다는 의미이다. 즉 입원중인 전체 환자에 대하여 외래치료명령을 실시함으로써 입원필요-입원불필요의 과도기에 있는 환자에게 효율적인 치료를 제공한다는 치유목적의 사회내치료와는 거리가 있는 것이다.

의무자에게 지워지는 것이며 그러한 경제적 부담을 감당하지 못하는 보호의무자는 환자의 외래치료명령에 반대할 수밖에 없을 것이다. 즉 환자와 보호의무자의 경제적 여건에 따라 환자가 불필요한 강제입원을 계속할 수도 있으며 이러한 가능성이 제도에 내재되어 있는 한 외래치료명령제도는 합리적인 제도로 인정되기는 어려울 것이다¹⁷⁶⁾.

2) 사회내치료로서의 외래치료명령제도

그렇다면 우리나라의 외래치료명령제도가 사회내치료로서 정신질환자의 치유를 담보할 수 있는 정도의 제도가 되려면 어떻게 변화하여야 하는가? 먼저 제도 자체의 성격을 사회통제에서 치유로 변화시킬 수 있도록 외래치료명령의 대상을 ‘치료입원중인 위험한 환자’에서 ‘치료입원중인 환자’로 확장시킬 필요가 있다. 외래치료명령의 대상을 위험한 환자에서 전체환자로 확장하는 것은 외래치료명령의 성격을 변화시키는 동시에 입원과 치료를 분리해냄으로써 정신질환자의 강제입원에서 문제가 되었던 불필요한 입원이 상당부분 해결되는 경향이 있을 것이다.

또한 현재의 경제성에 의해 외래치료명령이 좌지우지되는 불합리한 차별을 해소하기 위해서는, 외래치료가 필요한 환자들에게 언제든지 경제적 여건에 관계없이 적용될 수 있도록 국가 또는 지방자치단체의 일률적인 지원이 필요하다.

그러나 무엇보다도 외래치료명령제도의 정착을 위해 가장 필요한 것은 환자가 사회내에서 치료를 받을 수 있는 ‘시설의 확충’이다. 사회서비스 인프

176) 이와 관련하여, 자신 또는 타인에게 해를 가한 행위를 한 자에 대한 외래치료명령과 같은 강제치료는 국가의 경찰권 사상에 따른 사회방위를 목적으로 하기 때문에, 그 치료는 국가에서 일정부분 책임을 지는 것이 합당하며 비용을 개인에게 전적으로 부담시키는 것은 환자를 ‘이중적으로 속박’하는 것이라는 의견이 있다(신은주, 정신질환자에 대한 외래치료명령제도, 한국의료법학회지, 한국의료법학회, 2010, p.65).

라의 부족은 자칫 퇴원한 환자들이 다시 입원이 되는 ‘회전문현상(revolving door system)’으로 이어질 수 있으며 적당한 시설이 없어 더 이상 입원치료가 필요 없는 환자의 퇴원이 미뤄지는 현상으로 나타날 수 있다¹⁷⁷⁾.

3) 여전히 강제입원의 문제

외래치료명령제도의 정착은 퇴원한 환자의 재입원률을 낮출 수 있으며 과도기적 치료과정이 필요한 환자에 대하여 적절한 치료를 제공할 수도 있을 것이다. 그러나 이러한 여러 장점에도 불구하고 외래치료명령제도가 본질적으로 강제입원의 대체제는 될 수 없다. 위에서 보았던 강제입원에서의 문제점들, 환자-의사-보호의무자 간의 소통의 문제와 강제입원의 요건의 문제 및 기타 절차적 문제들이 해결되지 않는 한 현재의 부당한 강제입원과 입원의 장기화 등의 문제들은 해결될 수 없을 것이다. 즉 예방적 치료와 과도기적 치료가 필요한 환자들에게 적절한 치료를 제공하기 위하여 치료가 다양화되는 것은 제도적으로 긍정적일 수 있으나 그 제도가 존재에만 그쳐서는 안 되고 효과적인 실행을 위해 제도 사이에 있는 걸림을 메울 수 있도록 하는 노력이 필요하다.

177) Jon Glasby/Helen Lester, 전제논문, p.871

VI. 결 론

지금까지 논하였던 것처럼 본 논문은 정신보건영역에서 하나의 큰 쟁점인 정신질환자의 강제입원을 논하기 위하여 의료의 기본이념에서 출발하여 정신보건영역의 기반을 이루고 있는 이념이 무엇인지를 알아보았다. 그리고 실제로 정신질환자의 강제입원이 어떤 식으로 문제가 되고 있는지를 사례를 통해 알아본 뒤 정신보건법에서 이념적으로 나아가야 할 방향과 정신질환자의 강제입원에 있어서 발생하는 문제들을 해결할 수 있는 정책적 방향을 제시하였다.

역사적으로 정신질환자에 대한 담론은 사회적 통제로부터 시작하였다. 환자에 대한 후견주의적 관점이 정신질환자의 사회통제로 이어졌고 의료에서의 환자의 자기결정 원칙으로 정신질환자의 치유의 이념이 생겨난 것이다. 따라서 이 글에서는 정신질환자에 대한 담론의 이념적 구조를 치유와 사회통제로 보고 이 구조에 따라 정신보건법의 방향을 모색하였다.

의료의 목적은 환자의 신체적 고통뿐만 아니라 정신적 고통까지 제거 혹은 완화함으로써 본질적으로는 환자의 삶의 맥락에서의 질적 향상을 의미한다. 이는 치료라기보다는 ‘치유’에 가까운 이념이며 의료행위는 이 목적을 달성하기 위한 수단이 되는 것이다.

하버마스의 행위이론에 따르면, 의료행위 또한 환자와 의사간의 하나의 사회적 행위이다. 이 사회적 행위가 ‘치유’의 목적에 적합하려면 행위의 주체인 환자와 의사가 이해를 기반으로 한 의사소통행위를 하여야 한다. 이에 따라 의료영역에서의 대원칙은 이해중심의 ‘설명에 기초한 동의’이며 이는

환자의 권리인 동시에 의사의 의무이다.

그러나 정신질환자의 경우 다른 질환으로 고통받는 환자들과 달리 자신의 경험에서 나오는 신념에 따라 결정할 수 없는 환자들이 있어 자율성이 인정되지 않는 경우가 있다. 정신질환자의 강제입원의 문제는 여기서부터 발생한다. 환자의 입원과 관련하여 스스로 결정할 수 없는 환자들을 대신하여 보호의무자 또는 의료인 국가 행정체계가 개입함으로써 환자와 의사의 의사소통적 행위를 통해 이루어지는 의료행위의 이상적 구조가 깨지게 되는 것이다. 근본적으로는 환자 본인이 자신의 최선의 이익을 위해 결정하는 것과 보호의무자를 위시한 다른 참여자들이 환자의 최선의 이익을 위해 결정하는 것은 같아야 하지만 이 결정과정이 다른 참여자들의 개인적 이익에 영향을 받음으로써 결과가 달라진다는 것이 강제입원 이슈의 시작점이다.

정신보건영역의 담론에서 다른 축에 해당하는 사회통제의 이념은 정신질환자의 문제에 있어서 지배적인 이념이었다. 정신질환자를 사회통제의 대상으로 규정하는 정당화의 근거는 시대에 따라 변화하였으나, 사회통제 자체가 강제적이라는 점에서 치료를 이유로 하는 것이더라도 권력적 특성을 지울 수는 없는 것이다. 따라서 사회통제에 따라 이루어지는 강제입원은 권력의 견제를 위해 철저히 법적 차원에서 규제되어야 한다.

치유의 이념과 사회통제의 이념은 자율성과 강제성이라는 이름으로 부딪히는 것처럼 보이지만, 두 이념이 모두 환자의 최선의 이익을 추구한다는 점에서 조화의 가능성은 남아있다. 따라서 치유의 이념과 사회통제의 이념 사이의 갈등을 해소하기 위해서는 정신질환자에 대한 의료적 결정에 있어서 환자의 이익이 최대한 반영될 수 있는 의사소통의 구조를 형성하는 것이 필요한 것이다.

본 논문에서는 현행 정신보건법상 강제입원의 문제점들을 실체적 요건의 측면과 절차적 요건의 측면으로 나누어 보았다. 정신질환자 강제입원의 실

체적 요건상 발생하는 문제들은 정신질환 자체의 특징으로 진단이 어려운 문제, 그리고 강제입원의 요건 중 하나로서 위험성 요건을 적용하는 것에 대한 문제와 정신질환자의 능력이 인정되어야 하는지에 대한 문제가 있다는 것을 사례를 통해 확인하였다. 또한 절차와 관련하여서는 견제장치의 부재로 인한 강제입원의 남용 문제와 -강제입원이 절대적으로 환자에게 영향을 미침에도 불구하고- 입원과정에서 환자를 배제하고 보호의무자만을 신뢰하는 문제, 정신질환의 특성상 정확한 진단이 어려움에도 사전진단 없이 입원이 가능하다는 문제를 인식할 수 있었다.

이러한 강제입원의 문제를 해결하기 위하여 정신보건법이 앞으로 나아가야 할 방향은 치유와 사회통제의 이념이 사안에 따라 필요한 경우에 적용될 수 있도록 하는 방향을 기본으로 하여 제시하였다.

포괄적인 입법으로 사회통제의 대상이 넓어진 현행 정신보건법을 보다 구체적으로 하여 입원절차를 엄격하게 하는 방안과 강제입원의 대상이 되는 환자를 능력에 따라 구분할 수 있도록 능력평가제도의 도입하는 방안은 무분별하게 이루어지고 있는 강제입원을 해결하기 위함이다. 또한 입원과정에 있는 그리고 입원중에 있는 환자의 강제입원을 입원결정 당사자들 외에 다른 기관을 통해 정당한지를 견제해야 할 필요성에서 정신보건심의위원회는 보다 활성화되어야 한다.

그러나 보다 근본적으로 현재 강제입원의 체계가 환자 중심으로 구성된 것이 아니라 입원의뢰인을 중심으로 구성되어 있다는 점에서 환자에게 적절한 치료가 어려울 수 있으므로, 이를 외국의 법제와 마찬가지로 환자 중심으로 변경할 것을 제안하였다. 그리고 강제입원의 폐해를 사회내치료를 통해 해결하려는 현재의 움직임보다는 위와 같은 문제점들을 근원적으로 해결하지 않는 이상 강제입원은 해결될 수 없다는 점에서 지나치게 사회내치료를 강요하는 것을 경계하여야 한다.

의료의 대원칙에 따른다면 정신질환자 또한 의료영역에서의 환자와 마찬가지로 자신의 치료와 입원과정에 적극적으로 참여하여야 한다. 그러한 능력이 인정되는 환자에게는 치유의 이념에 따라 자율적 결정을 할 수 있는 의사소통 구조가 형성되어야 하고, 자기결정의 능력이 없는 환자에 대하여서만 사회통제의 이념에 따라 환자를 대신하여 보호의무자, 국가, 의료인이 결정하여야 하는 것이다. 정신질환자의 강제입원 병상 수를 줄이는 것은 단순히 환자를 병원에서 나가도록 하는 것이 아니라 병원에 있어야 하는 환자와 병원에 있을 필요가 없는 환자를 가려내는 것에서부터 시작하여야 한다. 본 논문의 전체적인 그림을 그리는 데 있어 사용된 치유와 사회통제의 이념이 조화적으로 사용된다면 환자의 불필요한 입원을 제거하는 데 도움이 될 것이다.

참 고 문 헌

[국 문]

- 논문

- 권미진, 정신보건시설 강제입원과정에서의 인권침해와 개선방안, 인권법 평론, 전남대학교 법률행정연구소 공익인권법센터, 2010
- 권혁장, 정신장애 소수자에 대한 격리와 감금, 그 사회학적 상상, 한국사회학회 2009 전기사회학대회 논문집, 한국사회학회, 2009
- 김나경, 의료 개념의 다층적 이해와 법, 의료법학, 대한의료법학회, 2010
- _____, 의사의 설명의무의 법적 이해, 한국의료법학회지, 한국의료법학회, 2007
- _____, 의료의 철학과 법정책, 법철학연구, 한국법철학회, 2010
- _____, 진단적 의료행위의 형법이론 구성, 형사법연구, 한국형사법학회, 2007
- _____, ‘정신질환자 강제입원’의 법적 문제, 인권과정의, 대한변호사협회, 2011
- _____, 후천성면역결핍증(AIDS)의 문제구조와 법정책, 저스티스, 한국법학원, 2009
- 김문근, 정신보건법상의 강제입원 조항과 인권침해기제에 관한 질적사례 연구, 사회복지연구, 한국사회복지연구회, 2007
- 김연옥, 영국의 정신장애인 탈원화 경험에 관한 연구, 사회과학연구, 경성대학교, 2010

- 노용우, 정신질환자의 책임능력과 인신구속의 관계에 대한 법률적 이해, 정신건강연구, 한양대학교 정신건강연구소, 1995
- 박은정, 정신보건법-정신질환자의 권리장전이나 격리수용이냐?, 법과사회, 법과사회이론학회, 1992
- 배대섭, 정신장애인 인권 보호와 증진을 위한 국가보고서 이행상황, 정신장애인 인권보호와 증진을 위한 토론회, 국가인권위원회, 2010
- 서경석, 정신질환자의 기본권을 위한 법제의 변화, 헌법학연구, 한국헌법학회, 2008
- 신은주, 정신질환자의 강제입원제도에 대한 문제점과 그 개선방안, 한국의료법학회지, 한국의료법학회, 2009
- _____, 정신질환자에 대한 외래치료명령제도, 한국의료법학회지, 한국의료법학회, 2010
- 양화식, 생활세계, 체계 그리고 법, 법철학연구, 한국법철학회, 2008
- 윤진숙, 배버와 하버마스의 합리성이론, 법학논총, 제18집, 숭실대학교 법학연구소, 2007
- 이동명, 정신보건법상의 강제입원에 관한 연구, 형사정책, 한국형사학회, 2010
- 이영환, 환자의 승낙, 법학연구, 부산대학교 법학연구소, 1984
- 조홍식, 각국 정신보건법 내용연구, 사회복지연구, 한국사회복지연구회, 1992

- 단행본

- 국가인권위원회, 정신장애인 인권보호와 증진을 위한 국가 보고서, 국가인권위원회, 2009

- 미셸 푸코, 이규현 역, 광기의 역사, 나남, 2010
- 이상돈, 의료체계와 법, 고려대학교출판부, 2000
- _____/김나경, 의료법강의, 법문사, 2009,
- 정인원 외, 정신보건시설 재원자 및 시설 실태조사, 국가인권위원회, 2009
- John Sitten, 김원식 역, 하버마스와 현대사회, 동과서, 2007
- 허영, 한국헌법론, 박영사, 2005

[영 문]

- 논문

- Barbara L. Atwell, The Modern Age of Informed Consent, University of Richmond Law Review, University of Richmond Law Review Association, 2006
- Daniel Finkelstein/Melanie Karsh Smith/Ruth Faden, Informed Consent and Medical Ethics, Archives Ophthalmology, American Medical Association, 1993
- Derek Kroft, Informed consent: A Comparative Analysis, Int'l L. & Prac, 1997
- Dieter Giesen, From Paternalism to Self-Determination to Shared Decision Making, Lotta Westerhäll/Charles Phillips, Patient's Rights - Informed Consent, access and equality, Nerenius&Santêrus Publishers, 1994

- Eric Matthews, Paternalism, Care and Mental Illness, Lidz CW/ Meisel A/ Roth LH, Decision-Making and Problems of Incompetence, Wiley, John & Sons. 1997
- Gáran Hermeran, Informed Consent from an Ethical Point of View, Lotta Westerhäll/Charles Phillips, Patient's Rights - Informed Consent, access and equality, Nerenius&Santêrus Publishers, 1994
- Jeniffer Fischer, A Comparative Look at the Right to Refuse Treatment for Involuntarily Hospitalized Persons with a Mental Illness, Hasting International and Comparative Law Review, Hasting College of the Law, 2006
- Jon Glasby/Helen Lester, On the Inside : A Narrative Review of Mental Health Inpatient Services, British Journal of Social Work, Oxford University Press, 2005
- Peter Bartlett, The Test of Compulsion in Mental Health Law: Capacity, Therapeutic Benefit and Dangerousness as Possible Criteria, Medical Law Review, Oxford University Press, 2003
- Ruth B. Purtilo, Applying the Principles of Informed Consent to Patient Care - Legal and Ethical Considerations for Physical Therapy, Physical Therapy, American Physical Therapy Association, 1984
- Susan S. Septimus, Involuntary Commitment, Houston Lawyer, Houston Bar Association, 1991
- William Bingley, The Mental Health Act 2007, Archbold News, Sweet&Maxwell Limited and Contributors, 2007

- 단행본

- Jessica W. Berg/Paul S. Appelbaum/Charles w. Lids/Lisa S. Parker, Informed Consent : Legal Theory and Clinical Practice, Oxford University Press, 2001
- Shaun D. Pattinson, Medical Law and Ethics, Thompson, 2006
- Sheila A. M. McLean, Autonomy, Consent and the Law, Routledge-Cavendish, 2010
- Neil C. Manson/Onora O'neill, Rethinking of Informed Consent, Cambridge University Press, 2007
- Ruth R. Faden/Tom L. Beauchamp, A History of Informed Consent, Oxford University Press, 1986
- WHO, WHO Resource Book On Mental Health, Human Rights And Legislation, WHO, 2005

ABSTRACT

A Legal Analysis of an Involuntary Admission of Mental Disordered Patients in Mental Health Act

Kim Eunbin

Department of Law

Graduate School of

Sungshin Women's University

Advisor : Professor Kim Na kyung

For a mental health care, an involuntary admission of mentally disordered patients to a mental hospital is the most problematic part. Because the patients in mental hospital compulsorily are violated their own right of personal liberty without their consent.

In fact, the important matter is that the number of residents in mental health asylums is continuously reduced all over the world for the decades. In South Korea, however, involuntary admissions are gradually increasing but it might not mean that the population of mentally disordered patients is growing yearly. Also, although there tends to be a short-term admission overall, another issue of mental health care in South Korea is that the long-stay patients who don't need to be detained in hospital are quite common. In this thesis, I study the problem of involuntary admission in South Korea, and then suggest the

direction of policy in the light of an ideology of Mental Health Act.

When it says the mental health problem, there are two main ideologies: the ideology of healing and that of social control. For the first 'healing' means that alleviate patient's sufferings through medical care consented by that patient; it called informed consent. According to informed consent, every patient is autonomy and has a right to decide what shall be done to his or her own body. In other words, healing is involved in patient's autonomous decision.

On the other hand, 'social control' is that patients who cannot have autonomy are forcibly treated or admitted by professionals or their relatives. It is called paternalism, when applied to mental health care, patients who have mental illness are considered that they are incompetent for self-determination, so it is not allowed them to decide their own treatment or admission.

Since being increased involuntary admissions is caused by indiscreet application of those ideologies, there has been a lot of inpatients but most of them have no need to be admitted to psychiatric hospitals. There are some factors of that overused admissions, and the factors are divided into two parts; substantive factors and procedural factors. First, there are three substantive factors, that is, vagueness of diagnosis, application of dangerousness and a matter of capacity of mental patients. And the absence of checking system for misapplication of admission and admission without advance diagnosis are included in procedural factors.

For harmony between the ideologies of Mental Health Act, it is needed for each patient to receive proper medical care. For this reason, Mental Health Act is required to reorganize provisions of involuntary admission

to settle the problems mentioned above.