치료를 거부하는 피후견인에게
강제적 의료조치를 취할 국가의 보호의무[1)]

1. 사실관계

구체적 규범통제의 대상이 된 소송의 당사자는 사망하였다. 그녀는 정신분열증세로 인해 2014년 4월부터 후견인의 조력 하에 생활하였다. 2014년 9월에 당사자는 일시적으로 요양시설에 수용되었으나 그곳에서 자가면역질환 치료를 위한 약물투여를 거부하고, 음식물 섭취를 하지 않았으며, 자살의지를 내비쳤다. 당사자는 관할 법원의 허가 하에 폐쇄 치매병동으로 이송되었으며, 법원의 결정에 따라 강제적 의료조치로서 약물치료를 받게 되었다. 이후 검진에서 당사자가 유방암에 걸렸다는 사실이 밝혀졌다. 이 시점에서 그녀는 육체적으로 이미 쇠약해져서 걷거나 스스로 휠체어를 움직일 수도 없는 상황이었지만 정신적으로는 자신의 의사를 피력할 수 있는 상태에 있었다. 치료를 받을 의지가 있는지를 묻는 담당 판사의 질문에 당사자는 암 치료를 받지 않겠다고 거듭 답변했다.

당사자의 후견인은 2015년 1월에 폐쇄 치매병동에서의 입원 기간을 연장하고 유방암 치료를 비롯한 강제적 의료조치를 허용해 달라는 신청을 내었으나 관할 법원은 이를 기각하였다. 당사자가 정신 질환을 앓고 있어서 의료조치의 필요성을 인지하지 못하고 있기는 하지만 후견인이 신청한 치료 및 의료조치는 폐쇄병동에 입원하지 않고도 가능하여 법률상의 요건이 충족되지 않았으므로 민법전 제1906조[2)] 제1항에 따라 당사자의 자유를 박탈하여

1) 2016년 7월 26일자 사건번호 1 BvL 8/15.

2) [민법전 제1906조: 입원에 대한 관할법원의 허가]
(1) 후견인이 피후견인을 입원시키는 것이 자유의 박탈과 관련된다면 이는 다음의 이유로 인해 피후견인의 복지를 위해 필요한 경우에만 허용된다.
1. 정신질환이나 정신적·심적 장애로 인해 피후견인이 자살하거나 건강에 심각한 위해를 가할 위험이 있는 경우, 또는
2. 긴급하고 심각한 건강상의 위해를 방지하기 위해 건강상태에 대한 진찰, 치료 또는 의료시술이 필요하며 이는 피후견인의 입원 없이는 시행될 수 없을 때 그리고 피후견인이 정신질환이나 정신적·심적 장애로 인해 입원의 필요성을 인식하지 못하거나 그러한 인지에 따라 행동하지 못하는 경

수용시킬 수 없고, 그러므로 민법전 제1906조 제3항에 따라 강제 치료를 받게 할 수 없다는 것이다. 이에 대한 이의제기도 기각되자 후견인은 연방민사법원에 항고하였다. 연방민사법원은 절차를 정지하고 민법전 제1906조 제3항이 기본법 제3조 제1항[3]에 합치되는지 여부를 연방헌법재판소에 제청하였다(기본법 제100조 제1항 제1문[4]).

2. 주문

(1) 건강상 중대한 침해가 예견되고, 시급한 의료조치의 필요성을 인지하지 못하거나 이러한 인지에 따라 행동할 수 없는 피후견인에 대해 폐쇄 병동에 입원해 있지 않은 한 그의 자유의지에 반해서는 의료조치를 취할 수 없도록 한 것은 기본법 제2조 제2항 제1문[5]에서 도출되는 국가의 보호의무에 합치되지 아니한다.

(2) 입법자는 이러한 경우에 대해 지체 없이 규정을 마련할 의무를 진다.

(3) 그러한 규정이 마련될 때까지 폐쇄 병동이 아닌 곳에서 입원치료 중인 피후견인에 대해서도 민법전 제1906조 제3항이 적용된다.

우
(2) (...)
(3) 제1항 제2호에 따른 의료조치가 피후견인의 자유의지에 반하는 경우(강제적 의료조치)에는 후견인은 이러한 조치에 대해 다음의 경우에 한하여 동의할 수 있다.
1. 피후견인이 정신질환 또는 정신적·심적 장애로 인해 의료조치의 필요성을 인지하지 못하거나 그러한 인지에 따라 행동하지 못하는 경우
2. 사전에 피후견인에게 의료조치의 필요성을 납득시키려는 시도를 한 경우
3. 긴급하고 심각한 건강상의 위해를 방지하기 위한 제1항에 따른 입원 시에 강제적 의료조치가 피후견인의 복지를 위해 필요한 경우
4. 심각한 건강상의 위해가 피후견인에게 기대 가능한 다른 조치를 통해서는 방지될 수 없는 경우, 그리고
5. 강제적 의료조치로 예상되는 효용성이 그로 인해 예상되는 피해보다 확연히 크다고 여겨지는 경우.
(...)

3) [기본법 제3조 제1항]
모든 사람은 법률 앞에 평등하다.

4) [기본법 제100조 제1항 제1문]
법원이 유효 여부가 재판에 중요한 법률을 위헌으로 판단하는 때에는 절차를 중지하고 주헌법의 침해가 문제될 때에는 헌법쟁송을 관할하는 주법원에 심판을 제청하여야 하고, 기본법의 침해가 문제될 때에는 연방헌법재판소에 심판을 제청하여야 한다.

5) [기본법 제2조 제2항 제1문]
모든 사람은 생명과 신체를 훼손당하지 않을 권리를 갖는다.

3. 이유

(1) 제청은 적법하다.

1) 기본법 제100조 제1항에 따른 제청절차는 구체적 사건에서 입법자의 결정이 기본법에 합치되는지를 통제하는 역할을 한다.[6] 입법자의 전적인 부작위는 구체적 규범통제의 대상이 될 수 없다.[7] 이 원칙은 하지만 문제되는 규범이 특정 상황 또는 특정 인적 집단을 포함하지 않음으로 인해 평등의 원리에 위배된다고 제청법원이 주장하는 경우에는 적용되지 않는다. 연방헌법재판소는 이와 같은 상황에서 규범을 위헌으로 선언하여 해당 규범의 적용 범위에 포함되지 않는 자에게 입법자로 하여금 그를 포함하는 새로운 규정을 제정하도록 하는 기회를 열어주는 것이 가능하다고 보고 있다.[8] 제청법원이 문제 삼은 규범이 규정하고 있지 않은 상황에 대해 구체적인 헌법상 보호의무가 요구되는 경우 역시 마찬가지다.

연방민사법원은 제청 규범이 특정 상황 또는 특정 인적 집단을 포함하지 않음으로 인해 기본법 제3조 제1항을 위반하고 있다는 위헌성에 대한 확신을 설득력 있게 제시하였다.

2) 문제된 소송절차의 당사자가 제청절차 중에 사망하였다고 해서 제청이 부적법해지는 것은 아니다.

---

6) BVerfGE 86, 71 <77>; 138, 64 <90 f. Rn. 78> 참조.
7) 1 BvR 2004/10, NJW 2013, S. 1148 <1149 Rn. 21>; E. Klein, in: Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 2012, § 24 Rn. 790; Dollinger, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG, 2015, § 80 Rn. 49; Zuck, in: Lechner/Zuck, BVerfGG, 7. Aufl. 2015, § 80 Rn. 11; Lenz/Hansel, BVerfGG, 2. Aufl. 2015, § 80 Rn. 61.
8) BVerfGE 22, 349 <363>; 61, 138 <146>; 71, 224 <228>; 74, 182 <195>; 93, 386 <395>; 115, 259 <275>; 121, 108 <115 f.>; 130, 131 <140>; 138, 136 <175 Rn. 104> 참조.

특정 사건으로 인해 본안 종결이 되는 경우에는 일반적으로 그에 대한 제청 절차도 함께 종료된다.[9] 구체적 규범통제는 특정 사법절차 내에서 헌법에 합치되는 결정이 내려지도록 하는 기능을 수행하기 때문에 해당 절차의 존부와 목적에 영향을 받는다.[10] 하지만 구체적 규범통제는 헌법의 본질적인 문제들에 대한 일반적 구속력이 있는 해석을 통해 법원들의 결정이 분화되거나 법안정성이 저해되고 법이 분열되는 것을 방지하는 기능 또한 수행한다.[11] 이러한 연유로 연방헌법재판소는 구체적 규범통제 절차의 대상이 된 소송절차의 결정에 직접 영향을 미치지 않더라도 문제된 규범과 밀접한 연관이 있는 규범에 대해서도 함께 판단을 해왔다.[12] 이러한 규범통제의 기능은 - 본 결정에서의 당사자 사망처럼 - 본안 종료를 초래하는 사건이 있더라도 제청 규범의 유효 여부에 대한 충분히 중요하고 근본적인 해결의 필요성이 존재한다면 이에 대해서 판단하는 것을 예외적으로 정당화할 수 있다. 헌법소원절차에서는 청구인이 사망하는 경우에도 권리보호의 필요성이 존속된다.[13] 구체적 규범통제절차의 제청이 법해명(Rechtsklärung)의 의무를 지는 연방법원에 의해 이루어진다는 점을 감안한다면 헌법소원절차에서의 권리보호 필요성은 구체적 규범통제절차에서도 준용되어야 할 것이다. 권리보호 이익이 어떠한 요건 하에 존속되는지는 개별 사건의 정황에 달려 있다.[14]

본 사안에서는 당사자가 사망하였음에도 불구하고 연방민사법원이 제청한 헌법상의 의문을 해결해야 할 중대하고 객관적인 필요성이 존재한다. 해당 제청은 지금까지 해명되지 아니하였고 기본법상 근본적인 중요성을 갖는다. 이 문제는 개별 사건에만 국한되어 있지 않으며, 실제로도 빈번히 발생하고

9) BVerfGE 14, 140 <142>; 29, 325 <326 f.> 참조.
10) BVerfGE 42, 42 <49> 참조.
11) BVerfGE 1, 184 <199 f.>; 20, 350 <351>; 42, 42 <49 f.> 참조.
12) BVerfGE 27, 195 <200>; 44, 322 <337 f.>; 62, 354 <364>; 78, 132 <143>; 132, 302 <316>; 135, 1 <12> 참조.
13) BVerfGE 124, 300 <318 f.>; 81, 138 <140 f.>; 96, 288 <300>; 98, 218 <242 f.>; 119, 309 <317 f.> 참조.
14) BVerfGE 124, 300 <318> 참조.

있다. 또한 헌법재판소의 결정이 항상 시의적절하게 내려질 수 없는 구조적인 병폐를 감안해야 한다. 현재 이처럼 해명되지 않은 헌법상의 문제에 직면해 있는 당사자들에게 – 결정이 내려지기 전에 당사자가 다시금 사망할 위험이 있는 – 새로운 제청이 제기되기까지 기다리라고 하는 것은 납득될 수 없다.

(2) 자유의지를 형성할 능력이 없는 피후견인을 폐쇄 병동에 수용할 요건이 충족될 수 없기 때문에 그의 의지에 반하여서는 필요한 의료 행위를 완전히 배제하는 것은 기본법 제2조 제2항 제1문에서 도출되는 국가의 보호의무에 위배된다.

1) 생명권 및 신체를 훼손당하지 않을 권리는 국가의 제한에 대한 주관적인 방어권만을 보장하지 않는다. 상기 기본권은 국가의 보호의무를 뒷받침하는 헌법의 객관적인 가치결정이기도 하다. 보호의무를 정립하고 규범적으로 이행하는 것은 입법자의 관할 하에 있으며 법익 보호를 위한 조치를 취할 의무를 갖는 입법자에게는 원칙적으로 형량·평가 및 형성여지가 주어진다. 보호조치가 아예 행해지지 않은 경우, 이행한 규정과 조치가 명백히 부적절하거나 완전히 불충분한 경우 또는 보호목적에 미치지 못하는 경우에만 연방헌법재판소가 이러한 보호의무를 확정하는 것이 가능하다.

정신질환이나 정신적·심적 장애로 인해 의료조치의 필요성을 인지하지 못하거나 이러한 인지에 따라 행동할 수 없는 피후견인에 대해서는 일반적 보호의무가 엄격한 요건 하에 구체적 보호의무로 전환된다. 입법자는 심각한 질환의 예방이나 치료와 같은 의료조치의 필요성을 인지하지 못하거나 그에 따라 행동할 수 없는 피후견인에 대한 조력과 보호체계를 마련해야 한다. 중대한 경우에는 위와 같은 피후견인의 자유의지에 반해서도 의료 검진이나 치료 조치가 최종적 수단으로서 행해질 수 있어야 한다. 이러한 보호의무는

피후견인이 특수한 조력을 필요로 한다는 점에서 도출된다. 국가공동체는 조력이 필요한 이들을 홀로 내버려 두어서는 안 된다.

2) 피후견자의 자유의지에 반하여 이루어지는 의료조치는 그의 자기결정권과 신체를 훼손당하지 않을 권리와 충돌한다. 누구든 기본법에 따라 자신의 신체의 온전성에 관한 제한 및 건강관리를 자신의 판단에 따라 결정할 수 있는 자유를 가진다. 질병 진단과 치료를 받을지에 대한 여부 및 그 정도에 대해서는 객관적인 타당성의 척도에 따라 결정할 필요가 없다. 하지만 스스로를 보호할 능력이 없는 자에게 심각한 건강상의 위협이 있는 때에는 국가의 보호의무가 특별한 비중을 갖는다. 그러한 위험을 방지하기 위해 필요한 의료조치가 별다른 위험성을 내포하고 있지 않고, 피후견인의 치료거부가 본래의 의사에 합치한다는 근거가 없다면, 상충하는 기본권 간의 형량은 국가의 보호의무가 도움이 필요한 자의 자기결정권과 신체를 훼손당하지 않을 권리에 비해 보다 높은 비중을 가지며 관철되어야 한다.

3) 이러한 보호의무를 이행하여 구체적인 보호조치를 형성함에 있어서 입법자는 여지를 갖는다. 특히 치료조치의 실질적 요건 형성과 당사자의 자기결정권 및 신체의 온전함을 보장할 절차적 규정을 형성함에 있어서 입법자는 여지를 갖는다. 구체적인 보호의무가 결과적으로 당사자의 자기결정권 및 신체의 온전성에 반해 관철되므로 입법자는 강제적 의료치료를 위해 내용상 엄격하고 충분히 세밀하게 규정된 요건을 제정함으로써 당사자의 자유권을 최대한 포괄적으로 고려해야 한다. 이와 더불어 입법자는 객관적인 타당성의 척도에서 의료조치를 통한 보호를 보장하는 것이 아니라 피후견인의 자유의지를 존중해야 한다는 점을 고려해야 한다. 피후견인에게 실제로 자유의지가 결여되어 있고, 그러한 상태 전이라도 그가 치료를 거부했으리라는 실체적 근거가 없으며, 강제적 치료에의 실질적 요건(위급하고 심각한 건강상의 위해가 예견되는 경우, 별다른 위험성이 내포되지 않은 치료, 높은 치료율)이

충족된 상황이 확인된다면 절차법적 규정을 통해 강제적 의료조치가 가능하도록 정해야 한다.

4) 자유의지를 형성할 능력이 없는 피후견인에게 조력이 필요한 때에 보호를 보장하고, 위급한 경우 상기 요건 하에서 강제적 의료조치를 취할 국가의 의무는 국제연합의 <장애인의 권리에 관한 협약> 및 유럽인권협약과 유럽인권재판소의 판례[15]에도 부합한다.

(3) 민법전상의 후견인법은 민법전 제1906조 제1항에 따라 폐쇄 (정신)병동에 수용(민법전 제1906조 제3항 제1문 제3호)된 피후견인에게만 그러한 강제적 의료조치를 허용하고 있다. 연방민사법원은 제청결정에서 입법자가 민법전 제1906조에서 폐쇄 병동에 수용된 피후견인만을 고려한 권리 근거를 제정할 의도를 가졌으며 이는 해당 조문의 문언에서 명시적으로 드러난다고 서술하였다. 따라서 자유박탈 없는 강제적 의료조치를 허용하도록 민법전 제1906조를 헌법합치적으로 해석할 방법은 차단되었다고 하였다.

입원 중이지만 스스로 그 공간을 벗어날 수 없는 피후견인은 민법전 제1906조 제1항 제2호에 따라 자유를 박탈하여 폐쇄 병동에 수용될 수 없으며 따라서 동법 제1906조 제3항에 따라 강제적 치료를 받게 할 수 없다. 이에 따라 헌법상 요구되는 보호의무의 요건이 충족된 자에게도 기본법 제2조 제2항 제1문상의 보호가 미치지 못하게 된다.

(4) 이처럼 법적 상황이 이미 기본법 제2조 제2항 제1문에서 도출되는 국가의 보호의무에 위배되므로 기본법 제3조와 관련된 문제에 관해 판단할 필요는 없다. 입법자는 심각한 건강상의 위해가 예견되며 의료 조치의 필요성

15) EGMR(GK), Lambert v. France, 2015. 6. 5. 결정, Nr. 46043/14, § 140; EGMR, Haas v. Switzerland, 2011. 1. 20. 결정, Nr. 31322/07, § 54; EGMR, Arskaya v. Ukraine, 2014. 12. 5. 결정, Nr. 45076/ 05, § 69 f.

을 인식하지 못하거나 그러한 인지에 따라 행동하지 못하는 피후견인에 관하여 확인된 보호공백을 지체 없이 메워야 한다. 현재의 법적 상황에서는 이러한 자들이 심각한 건강상의 위협이나 생명의 위협이 예견되는 경우에도 치료를 받을 기회가 완전히 배제되므로 민법전 제1906조 제3항을 새로운 규정이 발효될 때까지 한시적으로 준용하여 적용할 것을 명령해야 한다.