모(母)의 후견인 지위를 박탈한 재판에 대한 헌법소원[1)]

1. 사건개요

심판청구인의 딸(이하 ‘당사자’라 함)은 1992년 생으로 편집-환각성 조현병(paranoid-halluzinatorische Schizophrenie)을 앓고 있다. 2014년 당사자에게 직업후견인[2)]이 선임되었고, 2018년 후견이 연장되면서 심판청구인이 후견인으로 지정되었다. 2018년과 2019년에 당사자는 심판청구인의 신청으로 여러 차례 정신병원의 폐쇄병동에 수용되었다. 그 사유는 극도의 흥분을, 때로는 강력한 자살충동을 동반한 재발성 정신병의 급성 악화였다.

이에 당사자의 후견 관할 지방법원은 당사자의 폐쇄병동의 수용과 의사의 치료가 필요한지에 관한 감정을 의뢰하였다. 감정인은 치료를 위하여, 그리고 자해방지를 위하여 계속 수용할 필요가 있다고 하며, 6개월의 폐쇄시설 수용을 권고하였다. 이와 더불어 당사자의 체류장소나 후견인의 교체에는 무리가 있다고 하였다. 이에 반하여 후견 관할 행정청은 이전에는 관계에 문제가 없었던, 가족이 아닌 후견인을 추천하였다. 당사자를 담당하는 의사 역시 가족 간의 역학관계가 당사자에게 결코 유익하지 않다고 하면서 후견인의 교체를 권고하였다.

이에 따라 지방법원은 후견인을 심판청구인에서 직업적 후견인으로 교체하였는데, 그 전에 지역 정신병원의 의료부장에게 추가적인 감정서를 의뢰하였고, 그는 감정서에서 당사자를 1년 동안 수용할 것을 권고하면서 심판청구인과 딸의 공생적 관계 때문에 이보다 완화된 조치로는 성과가 없을 것이라는

1) 2021년 3월 31일자 사건번호 1 BVR 413/20.
2) 독일의 성년후견인제도에 관하여 자세히는 조성혜, 독일의 성년후견인 제도와 자기결정권, 법과 정책연구 제16집 제1호(2016), 127면 이하.

의견을 제시하였다. 이에 근거하여 지방법원이 새로운 직업적 후견인의 신청을 받아들여 당사자를 정신병원의 폐쇄병동에 수용하였다가 이어서 정신요양원의 폐쇄시설에 수용할 것을 허가하였다. 이 결정에 따라 당사자는 2019년 9월부터 2020년 4월까지 심판청구인의 거주지에서 120킬로미터 떨어진 정신병 시설에 머물렀다.

심판청구인이 자신의 후견인 지위 박탈에 대하여 항고소송을 제기하였으나 주법원은 이를 기각하였다(이하 심판대상 결정이라 함). 동 법원은 그 논거로 민법 제1908b조[3]에서 규정한 해임의 요건이 충족되며, 모성에 따른 돌봄과 법적인 후견을 분별하는 것이 타당하다는 것을 들었다. 당사자에게는 안정적인 치료가 필요하지만, 과거 후견인인 심판청구인이 헌신적이었다 할지라도 이를 감당하지 못하였는데, 한편으로 당사자와 정서적인 유대가 강한 어머니의 역할과 다른 한편으로 법적인 대리인으로서의 역할이 충돌하여, 당사자에 대하여 이질적인 동기와 일관되지 않는 의무를 동시에 갖게 되었다는 것이다. 어머니가 후견인이면 좋겠다는 당사자의 희망이 그 자신의 복리에 반하기 때문에 이 희망은 들어줄 수 없다고 하였다.

심판청구인은 헌법소원을 제기하면서, 심판대상 결정이 자의금지로 표현되는 기본법 제3조 제1항[4] 및 제6조 제1항,[5] 제19조 제4항[6]에서 도출되는 기본권을 침해한다고 주장하였다. 또한 주 법원이 공평절차의 원칙을 고려하지도, 가족 보호의 가치를 충분히 인정하지도 않았다고 하였다.[7] 지방법원에서부터 치료의사의 의견만을 취하여 당사자의 치료에 개입하지 않았던 감정인의 감정결과를 무시하였으며, 법적으로 수긍할 수 없는 이 지방법원의 판단

---

3) 독일 민법 제1908b조 후견인의 해임
(1) 후견법원은 후견인이 피후견인의 사무 처리에 더 이상 적합하지 않거나, 기타 해임할 중대한 사유가 있는 경우 후견인을 해임할 수 있다. (이하 생략)
4) “모든 사람은 법 앞에 평등하다.”
5) “혼인과 가족은 국가질서의 특별한 보호를 받는다.”
6) “공권력에 의하여 권리를 침해당한 자에게는 권리구제 절차가 열려 있다...”
7) 연방헌법재판소는 기본법 제5조 제1항의 침해 주장만 적법하다 하고(Rn. 14), 이에 관하여서만 본안 설시를 한다.

을 불복대상인 주 법원의 재판에서 수용하였다는 것이다.

2. 결정주문

(1) 노이브란덴부르크(Neubrandenburg) 주 법원의 2019년 12월 5일자 - 2 T 134/19 - 결정은 기본법 제6조 제1항에서 도출되는 심판청구인의 기본권을 침해한다.

(2) 노이브란덴부르크 주 법원의 2019년 12월 5일자 - 2 T 134/19 - 결정을 파기한다. 사건을 노이브란덴부르크 주 법원으로 환송한다.

3. 결정이유

(1) 기본법 제6조 제1항은 가족에 관한 사적인 권리 전반에 관한 근본적 가치 결단 규범이다. 가족에 관한 기본권은 특히 가족 구성원의 공동생활과 그 공동생활의 형성방식을 스스로 결정할 자유를 보장한다. 여기서 헌법이 보호하는 가족의 책임은 부모와 자녀가 부양하고 배려하는 상호 의무가 핵심이다. 가족에 관한 기본권에는 부모와 성년인 자녀의 관계 역시 포함된다. 자녀의 행동 및 결정능력이 성장하면서 부모의 책임과 친권이 후퇴하기는 하지만, 이와 관계없이 가족의 결합이 통상 매우 중요한 의미를 갖는다는 것은 개개인에게 자명하며, 가족구성원의 일상생활에 특별한 현실적 관련성을 갖기 마련이다. 이 가족의 결합은 숙명적으로 주어진 여건을 통해 나타나고, 각별한 친밀함과 애정, 책임의식, 그리고 부양하려는 자세가 그 특징이 될 수 있다. 후견인을 선임하는 경우에도 역시 가족의 보호를 고려하여야 한다. 기본법 제6조 제1항은 가족의 정이 두드러질 정도로 그 관계가 밀접한 경우라면 어쨌든 그 (가까운) 가족 구성원을 먼저 고려하도록 하고 있는 것이다.

(2) 심판대상인 주 법원의 결정은 기본법 제6조 제1항에서 도출되는 심판청구인의 기본권을 침해한다.

a) 민법 제1908b조 제1항 제1문에 따라 피후견인의 사무 처리에 더 이상 적합하지 않거나, 기타 해임할 중대한 사유가 있는 경우 후견인을 해임할 수 있다. 특정 후견인의 후견이 피후견인의 복리에 반하는 경우에도 그 후견인은 적합하지 않다. 적합성의 결여가 증명되어야 하는 것은 아니고, 구체적 사실을 근거로 정당한 의심이 있는 것으로 충분하다. 문제의 인물이 구체적인 후견에서 전개되는 임무를 앞으로 이행할 수 있을지를 기준으로 예측적 판단을 할 필요가 있다. 후견인은 민법 제1901조 제2항 제1문[8]에 따라 특히 - 후견인의 입장에서 "객관적으로" 피후견인에게 유의미하게 보이는 희망과 의견을 제쳐두고 - 피후견인의 주관적 복리에 맞추어 결정을 하고, 피후견인의 능력범위 안에서 자신의 희망과 의견을 발전시키고 실현하도록 뒷받침할 수 있어야 한다.

b) 하지만 심판대상인 재판에서는 주 법원이 당사자의 자기결정권을 배려하여 헌법이 명한 가족의 보호를 충실히 고려하였다는 사실이 나타나지 않는다. 심판청구인을 자기 딸의 후견인에서 해임하는 조치에 관해 후견인이 적합하지 않고, 당사자의 복지와 충돌한다는 이유를 제시하였다. 피후견인의 질병에 맞는 유익한 치료가 이전에 있었는지가 불분명하다는 것이다. 주 법원은 그 이유를 일차적으로 심판청구인이 처한 역할의 충돌에 있다고 보았다. 심판청구인이 "정서적으로 매인 기본 상황에서 벗어나" 피후견인의 복리를 위하여 후견을 할 수 없고, 따라서 자기 딸의 후견인으로 적합하지 않다는 것이다.

8) "후견인은 피후견인의 복리에 맞추어 그의 사무를 처리하여야 한다."

하지만 모녀관계를 이렇게 고찰하는 것은 당사자에 대한 지금까지의 치료 과정만을 단편적으로 보는 관점의 결과이다. 이를 넘어서 가족관계와 가족 내부의 결합, 그리고 당사자의 보호공간으로서의 가족이 갖는 가치에 의미를 두었는지가 불분명한 것이다. 특히 법원에서 선임한 전문가가 후견인과 체류 장소의 변경에 명시적으로 반대한 감정서를 주 법원에서 무시하지 말아야 했다.

c) 그에 더하여 당사자가 자기 어머니를 후견인으로 하고 싶다는 의향을 명시적으로 밝힌 상황을 주 법원이 충분히 고려하지 않았다. 후견인을 선정할 때 피후견인의 의사를 우선한다는 것은 후견을 요하는 사람에게 기본권이 보장하는 포괄적인 자기결정권의 일환이다. 예외적으로 피후견인의 희망에 따르는 것이 그의 복리에 반하는 경우에만 민법 제1897조 제4항 제1문에 따라 피후견인이 원하는 인물과 다른 사람을 선임할 수 있다.[9] 피후견인이 원하는 사람이 민법 제1897조 제1항이 규정하는 의미에서 적합하지 않은 경우에는 피후견인의 의향을 따르지 않는다. 하지만 적합성이 결여되었다고 성급히 판단하여 법원의 관점에서 보아 더 적합하다고 여겨지는 다른 사람을 선임하지는 말아야 한다.

특히 피후견인이 후견인으로 원하는 사람과의 관계가 가족적인 것이고, 장기간에 걸쳐 발전하였다는 사실에서 적합성 결여의 사유를 찾는 경우라면, 기본법 제6조 제1항을 고려하여 면밀한 형량이 필요하다. 따라서 적합성이 결여되었다고 하려면, 이를 구체적으로 당면한 임무영역에 비추어 개별적인 사례의 상황을 근거로 제시하여야 하며, 피후견인의 의향도 같이 형량하여야 한다. 이와 더불어 피후견인이 원하는 사람을 지원한다든지 하는 다른 조치

9) 독일 민법 제1897조 자연인의 선임
(1) 법원이 결정한 임무영역에서 피후견인의 업무를 법적으로 처리하고, 이에 필요한 범위에서 피후견인을 개인적으로 후견하기에 적합한 자연인을 후견법원이 후견인으로 선임한다.
(4) 해당 성인이 후견인으로 선임될 수 있는 사람을 제안한 경우, 그 성인의 복리에 반하지 않는다면, 이에 따른다.

를 통하여 적합성에 대한 의심을 어느 정도 완화하고, 피후견인의 희망을 실현시켜줄 수 있겠는가를 검토하여야 한다. 하지만 구체적인 사례에서 적합성의 결여에도 불구하고 그 희망을 수용할 경우, 피후견인에게 중대한 위험이 발생할 수 있고, 피후견인이 질병이나 장애로 말미암아 이를 인식하지 못하거나 대응할 수 없다면, 피후견인이 원하는 사람과 다른 인물을 선임하여야 한다.

(3) 심판청구인을 자기 딸의 후견인에서 해임하는 결정에 관하여 새로이 재판을 할 때에 한편으로는 어머니를 후견인으로 유지하려는 피후견인의 희망과 더불어 심판청구인과 그의 딸 사이의 밀접한 가족관계를 유념하여야 한다. 다른 한편 또 다른 감정서가 당사자의 가족 측의 협력을 받더라도 전문적인 후견이 더 유익하다고 본다는 점도 고려하여야 한다.

4. 결정의 의의

성년후견제도는 재산관리를 주로 하던 금치산제도를 확장하여 신상보호에 관한 권한도 인정함으로써, 재산법적 제도를 넘어 사회복지제도의 성격을 갖는 한편, 이 사안에서 보듯이 피후견인의 의사에 불구하고 강제입원 및 수용이나 거주지를 결정하는 등 피후견인의 일상 및 신체를 사실상 지배할 수 있다는 점에서 위험성 역시 내포하고 있다. 따라서 성년후견제도를 두고 있는 대부분의 나라에서 장기간 형성된 기본적인 신뢰가 있고, 제3자가 후견인이 되는 경우 성년후견과 연결되는 부양의무를 갖는 가족구성원과 충돌할 수 있어, 가족이 후견인으로 선임되는 비율이 높다.

그럼에도 애증의 사슬로 엮인 가족관계에서 정신적인 문제가 결부된다면 경험칙상 객관적이고 상식적인 배려가 어려울 수 있다. 특히 전문적인 처치

가 필요한 경우라면 직업적인 후견이 바람직할 것이다. 하지만 이 사안에서와 같이 정신적인 취약성이 두드러져 자기방어가 어려운 사람이 가족에게서 분리되는 경우 심리적으로 느낄 (증강된) 공포와 실제 발생할 개연성이 높은 학대의 위험성을 고려한다면, 가족의 정서적 후견 역시 피후견인이 바랄 수 밖에 없고, 그것이 피후견인의 복리에 적절하다. 이러한 관점에서 연방헌법재판소가 직업적 후견의 전문성과 가족후견을 절충한 후견제도의 운영을 제안하는 결정은 한국의 성년후견제도의 운영에도 시사점을 준다고 할 것이다.