

미성년자에 대한 의료행위와 부모의 권한

— 종교상의 신념에 기한 수혈거부를 중심으로 —

김 민 중*

- I. 서론
- II. 여호와의 증인과 수혈거부의 종교적 이유
 - 1. 여호와의 증인에 대한 이해
 - 2. 여호와의 증인이 수혈을 거부하는 이유
- III. 수혈거부에 대한 법적 판단
 - 1. 서설
 - 2. 환자의 의료적 자기결정권
- IV. 미성년자의 수혈에 대한 부모의 권한
 - 1. 서설
 - 2. 수혈에 대한 부모의 동의
- V. 부모의 수혈거부에 대한 조치
 - 1. 서설
 - 2. 의사의 '고양된 설명의무'의 부담
 - 3. 「병원윤리위원회」에 의한 심사
 - 4. 소송상 진료행위방해금지의 청구
 - 5. 친권제한·상실의 청구
 - 6. 의료계약의 해지
- VI. 결어

* 논문접수: 2012.10.30. * 심사개시: 2012.11.10. * 수정일: 2012.12.4. * 게재확정: 2012.12.10.

* 전북대학교 법학전문대학원 교수

* 이 논문은 2012년도 전북대학교 연구기반 조성비 지원에 의하여 연구되었음.

I. 서론

부모가 종교상의 이유로 치료에 필요한 수혈을 거부하는 경우가 흔히 있다. 언론을 보면 일 년에 한두 번 정도 수혈거부에 관한 소식이 꼭 올라오고 있다. 수혈을 받으면 살 수 있는데도 불구하고 수혈을 거부하다가 죽는 경우도 적지 않다. 의사나 병원에게 수혈거부는 쉽게 해결하기 어려운 딜레마이다.

최근에는 수혈을 하느냐 마느냐의 문제로 병원 측과 환자, 혹은 그 부모 사이에 소송이 제기되기도 한다. 예컨대 여호와의 증인 부부가 2011년 9월 낳은 딸이 대동맥판막선천협착 등의 진단을 받고 병원의 신생아중환자실에서 집중 치료를 받고 있는 상황에서 신생아를 치료하기 위하여 수술이 긴급하다고 부모에게 알리자 부모는 종교적 신념과 가치관에 따라서 수술 시 타인으로부터의 수혈이 곤란하다고 밝히며 수술을 반대하여 결국 병원 측이 법원에 진료행위에 대한 방해배제청구를 한 사건,¹⁾ 여호와의 증인 신도인 환자가 의사에게 무수혈 고관절치환수술을 의뢰하여 의사가 수술을 하던 중 환자에게 수혈이 필요한데도 불구하고 수혈을 하지 못하여 환자가 사망하고, 의사에게 업무상 과실치사를 물은 사건²⁾ 등을 비롯하여 종교적 신념과 가치관에 따른 수혈거부가 법적 문제로까지 비화된 경우가 몇 건 있다.

종교상의 신념에 기한 수혈거부나 무단수혈에 따른 법적 문제로는 여러 가지를 생각할 수 있다. 우선 환자가 한사코 수혈거부를 하여 의사가 수혈을 하지 못하고, 결국은 환자가 제때에 수혈을 받지 못하여 사망한 경우에 의사가 환자의 사망에 대하여 책임(형사책임은 물론 민사책임)을 지는가 하는 문제가 생길 수 있다. 또한 환자의 수혈거부에도 불구하고 의사가 무단히 수혈을 한 경우에도 법적 문제가 야기될 수 있다. 그러나 종교상의 신념에 따른 수혈거부에서 가장 법적 논란이 되는 테마는 누가 수혈에 대한 동의 여부를 결정할 수 있는가 하는 문제라고 할 수 있다. 특히 환자가 미성년자인 경우(혹은 식물

1) 서울동부지방법원 2010.10.21. 선고 2010카합2341 판결.

2) 광주지방법원 2009.6.26. 선고 2008고단2679 판결.

인간상태 등 환자의 의식이 또렷하지 아니한 경우도 마찬가지이다)와 같이 환자 스스로 수혈에 대한 동의 여부를 결정할 수 없는 경우도 많고, 환자가 미성년자인 경우에는 부모가 수혈 여부를 결정할 수 있는 권한이 있는가 하는 문제가 야기된다. 물론 부모가 미성년자에게 요구되는 수혈에 동의하는 경우에는 별로 문제가 없으나, 미성년자에게 긴급히 요구되는 수혈을 특히 종교상의 신념에 의하여 거부하는 경우에는 미성년자에 대한 의료행위에 대하여 과연 부모에게 어디까지 권한이 인정되는가, 수혈거부도 부모의 종교의 자유에 해당하는가 하는 복잡한 문제가 생길 수 있다.

II. 여호와의 증인과 수혈거부의 종교적 이유

1. 여호와의 증인에 대한 이해

여호와의 증인(Jehovah's Witnesses)은 기독교 교단의 하나로, 성경을 진리로 믿고 여호와를 하나님으로 숭배하며, 예수 그리스도의 가르침을 따르는 종교이다. 다만 여호와의 증인은 주류의 기독교가 믿고 있는 하나님의 삼위일체론과 영혼불멸사상, 지옥불사상 등의 교리는 받아들이지 않으므로, 주류의 기독교와는 뚜렷이 구별된다. 2010년을 기준으로 전 세계 236개 나라에 750만여 명의 여호와의 증인 신도가 활동하고 있다. 국내에는 1912년에 내한한 선교사 홀리스터(R. R. Hurister) 부부에 의하여 여호와의 증인이 전파되기 시작했고,³⁾ 현재는 10만여 명의 신도와 1,408개의 회중(교회성원 단위)이 있다고 알려져 있다.⁴⁾

여호와의 증인이라는 명칭은 성서 이사야 43:10에 나오는 “나 여호와가 말

3) 자세한 내용은 윤용복, “여호와의 증인’의 역사와 특징”, 『종교연구』, 2007, 제296면 참조.

4) 여호와의 증인의 조직을 보면 17명의 지도자로 구성된 통치체(governing body)가 있고, 그 밑에 몇몇 국가를 함께 권장하는 지구(zone), 그 밑에 몇 나라를 관장하는 지부(branch), 그 밑에 지역(district), 그 밑에 순회구(circuit), 그 밑에 최소단위인 회중(congregation)이 있다(강돈구, “여호와의 증인’의 특징과 전개”, 『종교연구』, 2006, 제56면).

하노라 너희는 나의 증인 나의 종으로 택함을 입었느니라”고 하는 내용 등에 근거하여 1931년에 공식적으로 채택되어 현재까지 그 종교와 신도를 일컫는 이름으로 사용되고 있다. 여호와의 증인의 활동을 이끄는 핵심기구로 3개 단체가 있다. 여호와의 증인을 이끄는 3개 단체 중 가장 주된 단체는 1884년 찰스 테이즈 러셀(Charles Taze Russell)이 세운 「펜실베이니아워치타워성서책자협회」(Watch Tower Bible and Tract Society of Pennsylvania)이고,⁵⁾ 「뉴욕워치타워성서책자협회」(Watch tower Bible and Tract Society of New York)와 「국제성서연구회」(International Bible Students Association)라고 하는 다른 두 단체가 있다.

여호와의 증인에는 각 지역에 종교시설(교회)로 「왕국회관」(Kingdom Hall)을 두고 있다. 왕국회관이란 여호와의 증인 신도가 집회하는 곳을 가리킨다. 여호와의 증인은 일주일에 세 차례 모임을 갖는데, 두 번은 왕국회관에서 한 번은 일반가정에서 모임을 갖는다.⁶⁾ 여호와의 증인은 성서 전체의 주제가 ‘하나님의 왕국’에 대한 내용이라 하여 왕국회관이라는 명칭을 사용하고 있고, 십자가나 종교적 형상을 사용하지 않는 특징이 있다. 여호와의 증인 신도는 각자 다양한 개인생업에 종사하면서 모두가 자원하여 무보수·비영리의 성서교육활동에 참여하는데, 가정을 방문하여 「파수대」(The Watchtower)나 「깨어라」(Awake!) 등과 같은 인쇄물을 나누어주며 여호와의 증인을 전파하는 전도행위를 행하고 있다.

여호와의 증인은 특히 수혈거부로 인하여 여러 국가에서 사회적 문제를 야기하고 있다.⁷⁾ 국내에서는 수혈거부에 따른 문제 이외에도 병역거부⁸⁾나 애

5) 워치타워(Watch Tower)는 여호와의 증인이 매월 2회 발행하는 출판물(잡지)인 『파수대』의 영어표기이다.

6) 강돈구, “여호와의 증인의 특징과 전개”, 『종교연구』, 2006, 제58면.

7) 수혈거부에 관한 법적 문제는 세계 많은 국가에서 일어나고 있고, 미국에 관하여는 J. H. Letsoalo, Law, Blood Transfusion and Jehovah's Witnesses, 17 MEDLAW 633; Karen L. Diaz, Refusal of Medical Treatment Based on Religious Beliefs: Jehovah's Witness Patents, 16 JCLI 85; 윤진수, “미국법상 부모의 자녀에 대한 치료 거부에 따르는 법적 문제”, 『가족법연구』, 제18권 제1호, 2004. 3, 제9면, 독일에 관하여는 Albrecht W Bender, Zeugen

국가와 국민의례의 거부, 윗어른께 하는 큰절이나 조상에 대한 배례의 금지 등으로 인하여 사회적 비난을 받고 있기도 하다.

2. 여호와의 증인이 수혈을 거부하는 이유

성경을 보면 피와 관련하여 많은 구절이 나온다. 구약성서에 의하면 노아의 홍수 후에 인간에게 동물의 고기를 먹도록 허락하나, 피는 먹지 말도록 금지하고 있다. 예컨대 창세기 9:4는 “다만 생명 곧 피가 들어 있는 살코기를 먹어서는 안 된다”고 적고 있다. 또한 신명기 12:23은 “다만 크게 삼가서 그 피는 먹지 말라 피는 그 생명인즉 네가 그 생명을 고기와 함께 먹지 못하리니”, 신명기 12:25는 “너는 피를 먹지 말라 네가 이같이 여호와께서 의롭게 여기시는 일을 행하면 너와 네 후손이 복을 누리리라”고 일컫고 있다. 그리고 사도행전 15:29는 “우상의 제물과 피와 목매어 죽인 것과 음행을 멀리 할지니라”고 한다. 특히 레위기 17:10-14는 “무릇 이스라엘 집 사람이나 그들 중에 우거하는 타국인 중에 어떤 피든지 먹는 자가 있으면 내가 그 피 먹는 사람에게 진노하여 그를 백성 중에서 끊으리니”, “육체의 생명은 피에 있음이라 내가 이 피를 너희에게 주어 단에 뿌려 너희의 생명을 위하여 속하게 하였나니 생명이 피에 있으므로 피가 죄를 속하느니라”, “그러므로 내가 이스라엘 자손에게 말하기를 너희 중에 아무도 피를 먹지 말며 너희 중에 우거하는 타국인이라도 피를 먹지 말라 하였나니”, “무릇 이스라엘 자손이나 그들 중에 우거하는 타국인이 먹을 만한

Jehovas und Bluttransfusionen, MedR 1999, 260; Karl Otto Bergmann, Bluttransfusionen bei Zeugen Jehovas, KH 1999, 315; Weissauer/G. Hirsch, Bluttransfusion und Einwilligung des Patienten, DMW 1978, 1770, 일본에 관하여는 山田卓生, 「信仰上の輸血拒否と医療」, JURIST No.843(1985.9.1), p.86; 新美育文, 《「エホバの証人」輸血拒否事件》生命か信仰か——患者の自己決定権の意義とその限界(平成12.2.29最高三小判), 法学教室 248(2001.5), p.11-15, 프랑스에 관하여는 中島 宏, 治療拒否と生命の尊重: フランスにおける患者の権利に関する覚書, 一橋法学 5(3)(2006.11), p. 993 참조.

- 8) 판례는 ‘양심적 병역거부자의 양심의 자유가 또 다른 헌법적 범익인 국방의 의무보다 우월한 가치라고 할 수 없다’고 보고 있고(대법원 2004.7.15. 선고 2004도2965 전원합의체 판결), 지금까지 병역거부나 예비군훈련거부로 인하여 징역형 혹은 벌금형의 처벌을 받은 여호와의 증인 신도가 적지 않다.

짐승이나 새를 사냥하여 잡거든 그 피를 흘리고 흙으로 덮을찌니라”, “모든 생물은 그 피가 생명과 일체라 그러므로 내가 이스라엘 자손에게 이르기를 너희는 어느 육체의 피든지 먹지 말라 하였나니 모든 육체의 생명은 그 피인즉 무릇 피를 먹는 자는 끊쳐지리라”라고 하여 피에 관한 많은 말씀을 신고 있다. 여호와의 증인은 특히 레위기 17:10-14에 나오는 “피를 멀리하라, 피채 먹지 말라, 피를 먹지 말라”는 말씀을 수혈금지와 연결한다.

여호와의 증인은 입으로 피를 먹는 경우나 바늘을 통하여 사람의 몸 속으로 피를 받아들이는 경우나 똑같이 하나님의 말씀을 어기는 행위라고 하는 이유로 수혈까지를 거부한다.⁹⁾ 구약성서에 나오는 피를 먹지 말라고 하는 계율은 원시시대에 동물의 피나 사람의 피를 받아먹으면 질병을 낫게 한다고 강하게 믿는 종족이 있으므로, 그 관습을 끊기 위한 율법이라고 해석되고 있다. 그러나 여호와의 증인은 성서상의 피를 먹지 말라는 계율을 수혈까지를 금지한다고 해석하고 있다. 그러므로 여호와의 증인은 여호와께서 누구에게나 피를 멀리하기를 요구하신다고 본다. 어떤 방법으로든 즉 다른 사람의 피이거나 심지어 저장하여 둔 자기 자신의 피까지도 결코 몸 안으로 주입하여서는 아니되므로,¹⁰⁾ 수혈을 받지 않아야 한다고 생각한다. 여호와의 증인 신도는 비혈액제제를 주입하는 경우와 같은 다른 치료방법을 받아들여 살기를 원하지만,¹¹⁾ 하느님의 법을 어기면서까지 자기의 생명을 구하려고 하지는 아니하여 수혈을 거부하고 있다. 또한 여호와의 증인 신도는 수혈을 하지 않으면 하나님의 말씀을 그대로 지킨 경우로 되어 부활의 때에 몸이 다시 살아난다고 믿고, 반대로 수혈을 한 사람은 멸망당하게 된다고 여긴다.

9) 여호와의 증인 이외에 유태교나 이슬람교에도 수혈을 금지하는 계파가 있다고 한다.

10) 레위기 17:13과 신명기 12:24에 피는 반드시 흙으로 덮어야 한다, 땅에 쏟아야 한다는 말씀이 있으므로, 피는 보관하거나 저장할 수 없다고 해석한다.

11) 여호와의 증인이 금지하는 혈액은 전혈과 적혈구, 혈장, 백혈구, 혈소판 등이고, 혈장분획인 알부민, 글로블린 등은 사용이 가능하다고 본다.

III. 수혈거부에 대한 법적 판단

1. 서설

본래 수혈 자체도 본질상으로는 신체에 대한 일종의 침습행위에 해당한다. 그러므로 수혈은 단지 환자의 동의(혹은 승낙)를 통하여만 그 위법성이 조각되고 정당화될 수 있다. 그리고 환자는 수혈의 목적, 방법, 위험이나 수혈 이외의 대체적 조치 등에 관하여 의사로부터 올바른 설명을 받고 그 내용을 이해한 후에 자주적으로 수혈을 동의하거나 거부할 수 있다.¹²⁾

수혈과 관련하여 법적으로 요구되는 의사의 설명의무와 환자의 동의 혹은 거부는 헌법 제10조에 규정된 ‘인간으로서의 존엄과 가치’에서 파생하는 자기결정권에 그 근거가 있다. 물론 헌법 제10조가 수혈에 필요한 설명과 동의·거부 혹은 환자의 의료적 자기결정권을 직접적으로 규율하고 있지는 않다. 그러나 환자도 당연히 인간으로서의 존엄과 가치를 향유한다. 그러므로 환자는 수혈의 단순한 대상 혹은 객체가 아니라 자신의 신체와 건강에 대한 주인(master of his own body)으로서 설명에 따른 적합한 정보에 기초하여 수혈을 받을지 여부, 만일 받는다면 구체적으로 누구로부터, 어떤 목적을 위하여, 어떤 내용으로, 어느 범위까지 받을지에 대하여 스스로 결정할 권리가 있다고 하지 않을 수 없다. 그리고 환자는 인간으로서의 존엄과 가치의 실현을 위하여 수혈을 거부할 권리, 경우에 따라서는 자신에게 필요하고 유익한 수혈일지라도 거절할 수 있는 권리까지도 향유한다고 할 수 있다.

2. 환자의 의료적 자기결정권

가. 서언

헌법은 인간의 존엄과 가치 및 행복을 추구할 권리(행복추구권)를 최고이

12) 대법원 2011.11.24. 선고 2009다70906 판결(환자는 스스로의 결정에 따라 의료진이 권유하는 진료를 동의 또는 거절할 권리가 있다).

념으로 하고 있다(헌법 제10조). 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복을 추구할 권리는 자기의 문제에 대하여는 자신의 고유한 가치관에 따라서 결정하고 행동할 수 있을 때에만 실현될 수 있다. 그러므로 자기의 문제를 자기의 고유한 가치관에 의하여 자유롭게 결정할 수 있는 자기결정권은 인간의 존엄과 가치 및 행복을 추구할 권리의 실현을 위한 불가침의 기본적 인권으로서 최대한 보장되어야 마땅하다.

헌법상 보장되는 자기결정권에는 여러 가지가 있으나, 가장 중요한 자기결정권 중의 하나가 생명과 신체에 대한 자기결정권이라고 할 수 있다.¹³⁾ 사람은 누구나 스스로 자신의 생명과 신체의 기능을 어떤 방법과 수단을 통하여 유지하고 발달시킬지에 대하여 스스로 결정할 수 있어야 한다. 그러므로 의학적인 견지에서 생명과 신체의 보호를 위하여 치료가 필요하다고 하더라도 그 이유만으로 누구도(특히 국가는 물론 의사도 마찬가지이다) 환자에 대하여 치료를 강제할 수는 없다.¹⁴⁾ 비록 의사가 진료를 행할 때에 환자의 상황과 당시의 임상의학의 실천에 의한 의료수준, 자기의 지식경험에 따라서 적절하다고 판단되는 진료방법을 선택할 수 있는 상당한 범위의 재량을 가지고 있다고 할지라도,¹⁵⁾ 환자에게 의료행위에 대한 의료적 자기결정권이 있는 이상 의사의 의료상의 재량은 환자의 의료적 자기결정권에 반하지 않는 범위 내에서만 인정될 뿐이다.

13) 예컨대 죽음에 임박한 환자에게 연명치료의 중단에 관한 자기결정권이 헌법상 보장된 기본권의 한 내용으로 인정되고(헌법재판소 2009.11.26. 선고 2008헌마385 전원재판부; 역시 대법원 2009.5.21. 선고 2009다17417 전원합의체 판결 참조), 의사의 설명을 받은 후 치료를 받을지 아닌지, 어떤 내용의 의료처치를 받을지에 대한 의료적 자기결정권(대법원 2011.3.10. 선고 2010다72410 판결; 대법원 2010.6.24. 선고 2007다62505 판결; 대법원 2010.5.27. 선고 2007다25971 판결), 개인의 사생활영역에 속하는 내밀한 성적 문제에 대한 개입은 필요 최소한의 범위 내로 제한하여야 한다고 보는 성적 자기결정권(대법원 2009.2.26. 선고 2008다89712 판결; 대법원 2008.6.12. 선고 2008도76 판결) 등이 인정된다.

14) 물론 법령상 의료처치를 강제할 수 있는 경우도 있다(예컨대 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률, 후천성면역결핍증예방법 등 참조).

15) 관례도 치료의 결과를 달성하기 위한 의료기법은 의사의 재량에 달려 있다고 본다(대법원 2005.9.30. 선고 2004다52576 판결).

나. 의료적 자기결정권의 내용

(1) 의사의 설명을 통한 동의

의료행위는 환자의 건강증진 및 질병의 진단·치료·예방을 목적으로 실시되는 필요하고 유익한 행위이므로, 비록 의료행위로 인하여 인체에 어떤 침해가 야기된다고 하더라도 위법하다고 할 수는 없다. 형법상으로도 법령에 의한 행위 또는 업무로 인한 행위 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위는 정당행위로 인정되므로(형법 제20조), 의료행위는 원칙적으로 업무로 인한 행위로서 정당행위로 보장되고 있다.¹⁶⁾ 그러나 의료행위가 모두 정당행위라고 할 수는 없다. 의료행위는 본질적으로 환자의 인체에 대한 침습이 수반되므로, 원칙적으로 신체침습의 위법성을 조각하는 적법화사유가 요구되고, 바로 환자의 동의가 신체침습으로서의 의료행위에 대한 위법성조각사유가 된다.

환자의 동의는 헌법 제10조에서 규정한 개인의 인간으로서의 존엄과 가치와 행복추구권에 의하여 보호되는 의료적 자기결정권을 보장하기 위하여 필요하다. 다만 환자에게서 의료적 자기결정권이 실현되기 위하여는 환자의 동의에 앞서 우선 의사의 설명이 필요하다.¹⁷⁾ 의사는 수술과 같이 신체를 침해하는 의료행위를 하는 경우에는 환자로 하여금 그 필요성이나 위험성을 충분히 비교해 보고 그 의료행위를 받을지의 여부를 선택하도록 하여야 함으로, 병명을 비롯하여 필요한 의료처치와 그 경과, 위험 등에 대하여 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 생각되는 사항을 환자에게 설명하여야 한다.¹⁸⁾

환자는 의사의 설명을 통하여 비로소 어떤 의료처치를 받는지, 그 의료처치의 내용, 범위, 위험 등을 알고 자기에게 닥칠 의료행위를 동의할 수 있으므로,

16) 대법원 2007.6.28. 선고 2005도8317 판결 등 참조.

17) 의사의 설명의무와 관련한 문헌은 매우 많으나, 대표적으로 석희태, “의사의 설명의무와 환자의 자기결정권”, 『연세행정논집』, 제7호, 1981. 12, 제287면; 김천수, “의사의 설명의무”, 『민사법학』, 제7호, 1988. 6, 제231면; 박일환, “의사의 설명의무와 환자의 승낙”, 『의료사고에 관한 제문제』, 재판자료 제27집, 1985, 제149면; 김민중, “의사의 설명의무에 관한 몇 가지 특수문제”, 『의료법학』, 제4권 제2호, 2003. 12, 제249면 등 참조.

18) 대법원 2009.5.21. 선고 2009다17417 전원합의체 판결 등 참조.

환자가 의사로부터 진단의 결과나 의료행위의 내용과 과정, 치료행위에 따른 위험성에 대하여 충분한 정보를 받은 후에 동의를 하지 아니한 한, 그 의료행위는 전단적 의료행위로 되며 적법한 의료행위가 되지 못한다. 어떤 의료행위가 전단적 의료행위가 아니라, 적법한 의료행위로 되기 위하여는 환자가 의사로부터 적절한 설명을 들은 후 동의하여야 그 동의가 유효하다고 보는 설명동의(informed consent)의 원칙이 준수되어야 한다. 그리고 의료행위에서의 설명동의의 원칙은 역시 수혈(수혈도 일종의 의료침습으로 볼 수 있으므로, 의료행위에 해당한다¹⁹⁾)의 경우에도 그대로 적용된다.

(2) 진료거부

의사의 설명을 통한 동의에 대한 논의는 많으나, 진료거부에 관하여는 아직 별로 논의가 많지 않다.²⁰⁾ 이른바 설명동의가 의료행위에 대한 환자의 동의는 의사로부터 충분한 설명을 받은 후에 이루어진 경우에 한하여 위법성조각 사유가 된다고 하는 문제라고 한다면, 진료거부(informed refusal)는 환자에 대한 의료행위에 분명한 의학적 적응성이 있으나, 환자가 의사의 분명한 설명을 듣고도 필요한 의료처치를 거부하는 경우를 총칭하여 말한다.

환자가 필요한 의료처치를 거부하는 경우에 의사는 진료거부를 존중하고 따라야 하는가 하는 문제가 있다. 환자는 헌법상 보장되는 의료적 자기결정권을 누리므로, 비록 환자의 의료적 자기결정권이 의사의 입장이나 일반적으로 보아 생명의 유지에 이익이 되는 방향으로 행사되지 않는다고 할지라도, 환자 자신의 고유한 신념이나 가치관 내지 종교관에 의한 경우라면 그 결정은 인간으로서의 존엄성이라는 인간존재의 근원적인 가치에 부합한다고 보지 않을 수 없다. 진료거부도 환자의 의료적 자기결정권의 한 내용으로 이해할 수 있다.²¹⁾ 그러므로 원칙적으로 환자의 동의 내지 승낙 없이는 의료행위를 할 수

19) 대법원 1998.2.13. 선고 96다7854 판결 참조.

20) 미국문헌으로 Martha Swartz, The Patient Who Refuses Medical Treatment: A Dilemma for Hospitals and Physicians, 11 Am. J. L. and Med. 147.

없고, 의사에게 환자의 명시적 반대의사를 무시하고 신체의 완전성에 대한 침습행위를 할 권한이 인정된다고 보기는 어렵다. 다만 의사가 모든 진료거부를 그대로 따라야 하지는 아니한다. 환자가 필요한 의료행위를 거절한 경우(혹은 다른 치료방법에 비하여 환자의 생명에 대한 위험성을 증대시키는 치료방법을 선택한 경우)에 그 진료거부가 환자의 진정한 의료적 자기결정권의 행사로 되기 위하여는 동의능력 있는 환자가 의사로부터 직접 의료상의 정보에 대한 설명을 충분히 들어야 하고, 그 의료상의 정보를 바탕으로 진지하게 심사숙고한 후에 구체적인 진료행위에 관하여 진료거부가 행하여져야 한다.²²⁾

다. 종교적 신념에 의한 수혈거부와 의료적 자기결정권

(1) 서언

사람마다 신념, 가치관이나 인생관, 종교나 신앙, 행복의 기준 등이 서로 다를 수밖에 없다. 누구나 각자 자신의 고유한 신념, 가치관이나 인생관, 종교나 신앙, 행복의 기준 등에 바탕을 두고 자기결정권을 실현할 수 있다. 비록 어떤 사람이 어떤 이유로 다수의 사람의 입장이나 일반적, 객관적으로 보아 합리적이지 않다고 여겨질 수 있는 내용으로 자기결정권을 행사한다고 할지라도 그 이유만으로 무시되어서는 안된다. 어떤 자기결정권의 행사가 합리적이냐 합리적이지 않느냐의 문제는 다수의 사람이 생각하는 사상에 따라서 달라질 수 있으므로, 시대와 상황이 바뀌면 언제든지 합리성의 기준도 바뀔 수 있을 뿐만 아니라, 또한 자기결정권의 행사에서는 합리적이냐 아니냐 여부가 중요하지 아니하고 오로지 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복을 추구할 권리를 보장하는가가 문제될 뿐이다.²³⁾ 그러므로 누구도 자기의 문제에 대하여 객관적으로 합리적이거나 다수의 사람의 입장에 따른 결정을 내려야 할 법적 의무는 없다.

21) 대법원 2009.5.21. 선고 2009다17417 전원합의체 판결도 환자는 의료적 자기결정권에 기하여 신체에 대한 침해적인 요소를 포함하는 의료행위를 거부할 수 있다고 본다.

22) 대법원 2009.5.21. 선고 2009다17417 전원합의체 판결 참조.

23) 광주지방법원 2009.6.2.6. 선고 2008고단2679 판결 참조.

반대로 누구도 다른 사람의 문제에 대하여 객관적으로 합리적이지 않거나 자기의 입장과 다르다는 이유로 그 다른 사람의 자기결정권을 침해하여서도 안 된다.

(2) 의료적 자기결정으로서의 수혈거부

어떤 신앙이나 성서의 해석이 정통인가 이단인가 하는 문제와 상관없이, 수혈의 금지나 의료상의 수혈거부를 지켜야 할 율법으로 믿는 사람의 신앙이나 종교를 누구도 비난할 수는 없다고 본다. 물론 어떤 신앙이나 종교를 믿는 행위가 다른 사람의 생명·신체나 권리를 침해하는 경우, 공공의 이익 및 사회의 안전을 위협하는 경우와 같이 구체적인 위험이 있는 경우에는 별개의 문제이나, 다른 사람의 생명·신체나 권리에 대한 침해, 공공의 이익 및 사회의 안전에 대한 위협이 없는 한 종교의 자유로 보호되어야 한다(헌법 제20조). 역시 종교상의 신념에 따른 결정은 원칙적으로 의료에서도 일종의 자기결정권의 행사로 존중되어야 한다.

환자가 종교상의 신념에 의하여 수혈을 거부하는 경우에 비록 환자의 결정이 다른 다수의 사람의 관점에서는 비합리적으로 보이더라도 원칙적으로 의사는 환자의 결정에 따라야 한다. 의사가 일반적인 가치평가를 이유로 환자의 의료적 자기결정에 따른 명시적인 수혈거부에 후견적으로 간섭하거나 개입하여서는 안 된다.²⁴⁾ 그리고 수혈거부라고 하는 환자의 의료적 자기결정권의 행사가 있는 경우에 특별한 사정이 없는 한, 의사에게는 의료법상의 진료 또는 응급의료에 관한 법률상의 응급의료를 행하지 아니할 정당한 사유가 있는 때에 해당한다고 볼 수 있다.²⁵⁾

24) 대법원 2009.5.21. 선고 2009다17417 전원합의체 판결 참조.

25) 대법원 2009.5.21. 선고 2009다17417 전원합의체 판결. 역시 김민중, 『의료의 법률학』, 신론사, 2011, 제94면 이하 참조.

(3) 의료적 자기결정으로서의 수혈거부의 한계

헌법상 보장되는 의료적 자기결정권도 구체적인 권리의 하나이므로, 다른 사람의 권리를 침해할 수 없다.²⁶⁾ 또한 환자의 의료적 자기결정권도 헌법질서에 위반되지 않는 범위에서만 보호받을 수 있을 뿐이다.

환자가 자신의 생명이나 신체의 치료를 위하여 특정한 치료방법을 선택한 경우라면 그 치료방법이 선택가능한 다른 치료방법에 비하여 환자의 생명에 대한 위험성을 증대시킨다고 하더라도, 그 선택을 환자가 오로지 죽음을 위하여 특정한 치료방법을 선택한 경우와 동등하게 평가하여서는 안 된다. 예를 들어 무수혈수술과 같은 특정한 치료방법의 선택은 생명과 신체의 건강한 회복을 목표로 하되 그 수단으로 자신의 신념이나 종교의 가르침에 반하지 않는 치료방법을 선택하면서 그에 따른 치료과정에서 발생할 수 있는 생명에의 위험까지 감수한다는 의미를 가지므로, 원칙적으로 의료적 자기결정권의 행사로 받아들일 수 있다.²⁷⁾ 그러나 환자가 선택한 치료방법으로서의 무수혈수술이 직접적으로 죽음을 목표로 하고 있다고 볼 수 있는 때에는 아무리 종교상의 신념에 기한 수혈거부라고 할지라도 ‘인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권의 보장’이라는 헌법상의 최고이념에 반한다고 보지 않을 수 없다. 예컨대 환자가 단순히 죽기 위하여 특정한 치료방법을 선택한 경우에는 인간생명의 보호와 존중이라는 헌법질서에 반하여 의료적 자기결정권의 한계를 벗어나므로,²⁸⁾ 의사가 그 환자의 뜻에 따라서는 안 된다.²⁹⁾

26) 광주지방법원 2009.6.26. 선고 2008고단2679 판결.

27) 김민중, 『의료의 법률학』, 신론사, 2011, 제290면 이하; 大村敦志, 「エホバの証人」 輸血拒否事件——医療と自己決定(1) (平成12.2.29最高三小判), 法学教室 361(2010.10), p. 103~109 참조.

28) 아무리 생명권의 주체라고 하더라도 자살의 경우와 같이 자기의 생명을 자유롭게 처분하는 행위는 헌법상 자기결정권의 한계를 벗어나고 사회상규에 반하므로 허용될 수 없다 (대법원 2009.5.21. 선고 2009다17417 전원합의체 판결). 역시 같은 취지로 박정수, “의사가 환자의 뜻에 따라 수혈을 하지 않음으로써 사망에 이르게 한 경우 업무상과실치사죄가 성립하는지 여부”, 『재판실무연구』, 2009, 제385면.

29) 수혈을 하지 말라는 환자의 요구가 자살로 평가될 수 있는 때에는 환자의 요구에 응하여 수혈을 하지 않는 행위는 자살에 관여하는 경우로 될 수 있고, 형법상 자살교사, 자살방조로 처벌될 수 있다(형법 제252조 제2항). 역시 小林公夫, 信仰上の理由による輸血拒否と

라. 무수혈의료와 절대적 무수혈특약

(1) 무수혈의료의 현황

수혈에 의하여는 C형 간염 등 병균이나 에이즈(AIDS)³⁰⁾에 감염될 위험이 크므로,³¹⁾ 환자는 일반적으로 수혈받기를 꺼린다. 특히 여호와의 증인은 종교적 이유로 수혈을 거부한다. 결국 무수혈의료를 원하는 환자가 많으므로, 이미 여러 병원에서 「무수혈센터」와 무수혈치료프로그램을 운영하면서 무수혈의료를 실시하고 있다.³²⁾ 의료현장을 보면 무수혈방식에 의한 수술이 모든 분야에서 광범위하게 시행되고 있고, 무수혈수술 등에 관한 임상레도 지속적으로 증가하고 있다.

세계적으로 종교적 이유로 수혈을 거부하는 환자로 인하여, 또는 수혈을 통한 간염이나 에이즈(AIDS) 등의 감염의 우려를 이유로 수혈을 하지 않고도 안전하게 수술을 할 수 있는 무수혈의료에 대한 기술이 지속적으로 개발되고 있다. 본래 수혈은 수술 중 발생하는 출혈을 보충하기 위하여 불가피하게 시행되어야 하나, 최근에는 최신의 수술기법과 장비, 약물의 발달 등으로 인하여 수혈 없이 수술 및 치료가 가능하다고 한다. 예컨대 수술 전에 혈색소를 정상범위로 높이고, 수술중에 가급적 출혈을 줄이면서 자가혈액회수기(Cell Saver),³³⁾ 아르곤레이저응고기, 전기소작기, 초음파흡입수술기(CUSA)³⁴⁾

不作為の同意殺人罪の成否, 法律時報 82-1(2010.1), p. 63~68 참조.

30) 에이즈에 감염된 혈액의 수혈을 통하여 감염될 확률은 95~100% 정도로 대단히 높으나, 최근에는 수혈에 사용되는 혈액에 대하여 철저하게 감염의 여부를 검사(HIV선별검사 및 핵산증폭검사)하고 있으므로, 수혈로 인한 에이즈감염은 거의 없다(현재 에이즈에 감염된 혈액으로 감염될 빈도수는 200만 명당 한 건 정도로 아주 미미하다고 한다). 1985년부터 2009년까지 수혈에 의하여 에이즈에 감염된 내국인의 수는 29명이다(질병관리본부의 홈페이지(<http://www.cdc.go.kr/>) 참조).

31) 수혈을 받은 환자가 C형 간염에 감염된 사건으로 대법원 2007.5.10. 선고 2006도6178 판결; 에이즈에 감염되어 법적 문제가 야기된 경우로 대법원 1998.2.13. 선고 96다7854 판결; 대법원 1995.8.25. 선고 94다47803 판결 등 참조.

32) 현재 많은 병원에서 「무수혈센터」를 운영하고 있고, 특히 세종병원을 효시로 순천향대병원, 백병원, 단국대병원, 동아대병원, 영남대병원, 을지대병원, 충남대병원, 조선대병원 등이 활발하게 무수혈센터를 운영하고 있다고 알려져 있다.

33) 셀 세이버란 환자의 몸에서 빠져나간 혈액을 다시 모아 수혈하게 하는 자가수혈장치를 가리키며, 셀 세이버를 이용하여 자신의 혈액을 재활용하는 수술을 「무수혈수술」이라

등 장비를 갖추고 유도저혈압, 급성동량혈액희석법 등 무수혈수술의 기법을 사용하면 무수혈방식에 의하여 복잡한 수술까지도 실시할 수 있다고 한다.

(2) 절대적 무수혈특약

(가) 서언

계약자유 원칙상 의사와 환자는 특별한 약정을 통하여 전형적인 의료계약과는 다른 특수한 내용으로 의료계약을 성립시킬 수 있다. 물론 계약자유 원칙에 따른 의료계약의 내용결정자유는 한계가 있다. 예컨대 약관을 통한 의료계약의 경우에는 의사와 환자 사이의 특별약정이 신의성실의 원칙에 반하여 공정을 잃은 약관조항으로서 무효로 될 수 있다(약관의 규제에 관한 법률 제6조), 그리고 의사와 환자 사이의 특별한 약정에 의하여 성립하는 의료계약은 선량한 풍속 기타 사회질서(민법 제103조)에 반하거나 불공정한 법률행위(민법 제104조)에 해당하는 경우, 위법한 약정인 경우(민법 제105조 참조)에는 그 효력이 인정되지 아니한다.

환자가 진료방법에 대한 제한을 붙여 의료처치를 구한 경우에 그 제한을 따르면 적절한 진료효과가 기대될 수 없는 때에도 진료방법제한의 특약이 유효한가 하는 문제가 있다. 진료방법제한의 특약은 해당되는 진료를 받을 권리를 포기한 경우로 볼 수도 있고, 혹은 의료계약에 의하여 의료행위를 하는 경우라고 하더라도 의료행위는 사람의 생명 및 건강이라고 하는 사회적 가치와 관계되므로, 국민의 건강한 생활을 확보하고 환자를 지켜야 할 의사의 진료의무나 의료윤리와의 관계를 고려하여 의사는 필요한 의료처치를 행하지 않으면 안 된다고 볼 수 있는 경우도 있다. 물론 진료방법제한을 구하는 환자의 의사가 진지한 종교상의 신념이나 신조에 기한 경우에는 그 의료적 자기결정이 통상의 치료보다 우선한다고 볼 수도 있다.

부른다.

34) 초음파흡입수술기란 초음파로 병변을 갈아내고 바로 흡입을 하는 기기를 가리킨다.

(나) 절대적 무수혈특약의 효력

의료계약에서 환자가 “어떤 사태가 발생하더라도 수혈을 받고 싶지 않다”고 하는 의사표시를 하고, 의사가 환자의 청약을 승낙하면 「절대적 무수혈특약」이 성립한다.³⁵⁾ 다만 절대적 무수혈특약은 수혈 이외에 다른 구명수단이 없는 경우에도 의사는 수혈을 할 수 없으므로, 의사의 치료의무 내지 구명의무와 충돌하는 문제가 발생하게 된다.

(i) 의사의 치료의무 내지 구명의무와 충돌하는 절대적 무수혈특약은 민법 제103조가 정한 ‘선량한 풍속 기타 사회질서’에 위반하여 무효로 되는가 하는 문제가 있다. 학설상 수혈 이외의 다른 구명수단이 없는데도 절대적 무수혈특약을 한다고 하면 고의적으로 죽음 내지 자살을 선택한 경우로 되어 공서양속의 위반이 되므로, 법률상의 보호를 받을 수 없다는 견해, 또는 의사와의 사이에 수혈을 받지 아니하고 죽음을 선택한다는 특약이 성립되어 있더라도 수혈 이외에 다른 구명수단이 없는 때에는 그 약정을 원칙적으로 상대적 무수혈특약으로 해석하여야 한다고 보는 견해 등과 같이 절대적 무수혈특약의 효력을 제한하려는 견해가 있다.³⁶⁾ 또한 환자의 사적 자치 내지 자기결정권은 생명·신체·건강의 유지라는 자신의 복지에 이익이 되는 방향으로 행사되어야 하고 누구나 자신의 생명·신체·건강의 선량한 관리인이어야 하며, 본질적으로 생명과 신체의 근원은 인간 자신이 아닐 뿐만 아니라, 개인은 자신의 생명과 신체에 대하여 이해관계를 갖는 유일한 존재가 아니고, 가족과 사회 및 국가 등과 같이 개인의 생명과 신체에 대하여 공적인 이익을 갖는 존재가 있으므로, 자기의 생명과 신체를 포기하는 절대적 무수혈특약은 허용될 수 없다고 보는

35) 예컨대 환자가 여호와의 증인 신도로서 치료에 따른 전혈수혈이나 성분수혈을 전적으로 금지하고, 치료 도중 전혈이나 혈액성분의 수혈이 필요하다더라도 수혈을 원치 않는다는 자신의 의지는 확고하며, 설사 자신이 무의식이 되더라도 그 의사는 변하지 않는다는 의료적, 종교적 각서를 작성하여 병원에 제출하여 다른 사람의 혈액을 수혈받는 타가수혈을 거부한다는 명확한 의사를 표시하고, 병원이 환자에 대하여 무수혈방식에 의한 수술이 가능하다고 판단하여 환자를 입원시킨 경우에 절대적 무수혈특약이 성립한 경우로 인정될 수 있다(광주지방법원 2009.6.26. 선고 2008고단2679 판결 참조).

36) 전체적인 논의에 대하여는 平野哲郎, 新しい時代の患者の自己決定権と医師の最善義務——エホバの証人輸血事件判決がもたらすもの, 判例タイムズ 1066(2001.10), p. 19~49 참조.

견해도 있다.³⁷⁾ 그러나 신앙의 자유 혹은 의료적 자기결정권의 우선을 주장하여 절대적 무수혈특약도 유효하다고 보는 견해도 있을 수 있다.³⁸⁾ 절대적 무수혈특약을 유효로 보는 이유에 관하여는 다시 (i) 종교상의 신념에 관한 문제는 가치관이나 인생관의 문제이며,³⁹⁾ 특정한 가치관이나 인생관을 가지고 있다는 사실에 대하여는 어떤 사회적 비난도 정당화될 수 없고, 환자는 극히 자유롭게 어떤 사상을 가지는가를 스스로 결정할 수 있는 자기결정권을 가지므로, 그 자기결정권에는 자기의 사상이나 생활태도에 맞지 않는 의료처치를 거절하고 차라리 죽음을 선택할 수 있는 권리도 포함된다고 보는 견해, (ii) 본인의 진정한 의사에 의한 연명치료의 중단이 인정되다시피⁴⁰⁾ 죽음으로 이어질 가능성이 있는 수혈의 거부도 단순한 부작위를 구하는 경우에 불과하므로, 절대적 무수혈특약은 인정되어야 하고, 공서약속에 반한다고 볼 수 없다는 견해, (iii) 여호와의 증인을 믿는 사람이 종교적인 이유로 죽음을 무릅쓰고 무수혈의 수술과 치료를 감행하고 그 결과 무수혈의 수술과 치료가 발전하는 등 여호와 증인을 믿는 사람의 수혈거부는 공공의 이익에 기여하므로 절대적 무수혈특약도 받아들여져야 한다는 견해⁴¹⁾ 등이 있을 수 있다.

-
- 37) 김천수, 「환자의 자기결정권과 의사의 설명의무」, 박사학위논문, 서울대대학원, 1994, 제 29면 참조.
- 38) 전체적인 설명은 平野哲郎, 新しい時代の患者の自己決定権と医師の最善義務——エホバの証人輸血事件判決がもたらすもの, 判例タイムズ 1066(2001.10), p. 19~49; 裴慶淑, “生命と信仰の選擇に關わる醫師の最善の義務: 親の信仰による輸血拒否と醫師のジレンマ”, 亞細亞女性法學 第6號, 2003. 9, 第55面 참조.
- 39) 수혈을 영적 순결을 빼앗기는 행위로 받아들이는 환자로서는 수혈이라는 정신적인 성폭행을 당한 때에 설사 목숨을 구더라도 평생에 걸쳐 감정적, 영적 고통을 느끼며 살게 된다는 사실을 의사는 간과해서는 안 되므로, 그 사실을 무시한 채 결과적으로 환자의 영적, 정신적 생명을 아랑곳하지 않은 의사의 처사야말로 의사로서 궁극적인 실패라고 하지 않을 수 없다는 견해가 있다(백승우, “미성년자의 수혈거부”, 『환자의 권리와 무수혈 치료』, 학영사, 2005, 제98면 참조).
- 40) 죽음에 임박한 환자에게 ‘연명치료중단에 관한 자기결정권’이 헌법상 보장된 기본권이라고 본 헌법재판소 2009.11.26. 선고 2008헌마385 전원재판부; 생명유지장치가 삽입·장착되어 있는 상태에서 환자가 몇 시간 또는 며칠 내와 같이 비교적 아주 짧은 기간 내에 사망하리라고 예측·판단되는 경우에는 환자가 이미 돌이킬 수 없는 사망의 과정에 진입하고 생명유지장치에 의한 치료는 더 이상 의학적으로 의미가 없으며 생명의 유지·보전에 아무런 도움도 주지 못하므로, 그 때에는 생명유지장치를 제거하고 치료를 중단하는 조치가 허용된다고 본 대법원 2009.5.21. 선고 2009다17417 전원합의체 판결 등 참조.

의료적 자기결정권이나 종교의 자유 양자는 모두 헌법이 정한 기본적 인권(헌법 제10조, 제20조)에 해당하고, 인간의 인격에 고유한 권리로서 최대한 존중되어야 한다는 사실에는 이견이 없다. 다만 의료적 자기결정권도 반사회적 목적을 가지거나 현저히 반사회적인 방법으로 행사되는 경우에는 일정한 제한을 받지 않을 수 없다. 예를 들어 아무리 자기의 생명·신체에 대한 행위라고 할지라도 공서양속(公序良俗)에 반하는 의료적 자기결정, 즉 모든 국민이 지켜야 할 최소한의 도덕을 내지 윤리적 최소한, 사회이익이나 공공의 복지를 저해하는 의료적 자기결정은 허용되지 아니한다.

(ii) 종교상의 신념에 의한 절대적 무수혈특약은 자기과괴행위에 해당한다고 보아야 하는가가 문제된다. 절대적 무수혈특약은 결과적으로는 생명을 위협하게 할 수는 있으나, 항상 환자 자신의 신체에 대한 상해나 사망을 의도하고 있지는 않고 오직 자기의 인생관이나 종교관의 관철을 위하여 절대적으로 수혈을 거부하고 있을 뿐이다. 또한 절대적 무수혈특약을 원하지만, 일반적으로 다른 한편 치료를 통하여 살려고 하는 의지는 여전히 가지고 있다고 보아야 하고, 수혈을 제외한 다른 의료행위는 받을 수 있으므로, 절대적 무수혈특약 그 자체가 항상 자기과괴행위라고 할 수는 없다. 예를 들어 환자가 절대적으로 수혈을 거부하기는 하지만, 수혈 이외에 절단수술을 포함한 기타 모든 치료를 받아 완치나 생명유지에 대한 강한 희망을 나타내고 있는 경우라고 하면 절대적 무수혈특약을 무조건 생명의 존엄이나 가치에 배치되는 자기과괴행위라고 볼 수 없다. 다만 수혈 이외의 다른 구명처치를 할 수 없고, 수혈을 하지 아니하면 환자가 대량출혈로 인하여 곧 사망에 이를 수 있는 상황에서 신앙상의 이유로 절대적 무수혈수술을 원하여 병원이 절대적 무수혈수술을 약정한 때에는 그 절대적 무수혈특약은 인간의 생명이 가지는 숭고한 가치, 의료목적, 의사의 구명 의무 등에 반하므로, 그 절대적 무수혈특약이 비록 환자의 종교적 신조에 기한 경우라고 하더라도 자기과괴행위로서 무효라고 볼 여지가 충분히 있

41) 이남석, “사회적 소수자의 집단적 권리보장을 위한 일 시론”, 『환자의 권리와 무수혈 치료』, 학영사 2005, 제241면.

다.⁴²⁾

마. 동의 없는 수혈과 종교의 자유와의 충돌

환자에 대한 수혈과 관련하여 동의 없는 수혈의 경우는 우선 두 가지로 구분할 수 있다. 먼저 환자에게 동의능력이 있고, 환자가 수혈을 거부하는데도 불구하고 의사가 일방적으로 수혈을 하는 무단수혈이 있을 수 있고, 또한 동의능력 없는 환자에 대한 수혈에 관하여 부모가 수혈을 거부하는데도 불구하고 의사가 부모의 수혈거부를 무시하고 수혈하여야 하는 경우도 있을 수 있다.

동의능력 있는 환자의 수혈거부에도 불구하고 의사가 수혈을 강행한 경우에는 신교의 자유 혹은 종교적 신념 및 인간의 존엄과 가치에 따른 의료적 자기결정권의 침해가 된다. 그러므로 환자에게 동의능력이 있는 한 수혈거부에 대한 환자의 확고한 의사를 무시하고 의사가 무단수혈을 한 때에는 환자에 대한 관계에서 불법행위(특별히 무수혈수술의 특약이 있는 경우에는 채무불이행책임이 문제될 수도 있다)가 될 수 있다.⁴³⁾

동의능력 없는 환자의 경우에는 원칙적으로는 부모의 동의가 요구되나, 만약 부모가 종교상의 신념에 의하여 수혈에 동의하지 아니하는 경우에 의사가 무단수혈을 한다고 하면 종교의 자유와 충돌하는 문제가 발생한다. 물론 부모는 자신의 신앙에 반하는 행위를 강요받지 아니할 종교의 자유를 가지고 있다(헌법 제20조). 그러나 비록 부모에게 자신이 믿는 종교의 교리에 반하는 수혈에 대한 동의를 강제할 수는 없다 할지라도, 각 개인이 가지는 생명에 대한 권리(생명권)는 인간의 생존본능과 존재목적에 바탕을 둔 선형적이고 자연법

42) 자세한 논의에 대하여는 John Alan Cohan, *Judicial Enforcement of Lifesaving Treatment for Unwilling Patients*, 39 *Creighton L. Rev.* 849.

43) 대표적으로 植木哲, 宗教上の理由から輸血拒否の意思が固い患者に輸血した医師の不法行為責任(平成12.2.29最高三小判), 『私法判例リマークス[23]<2001[下] [平成12年度判例評論]>[法律時報別冊]』所収, 2001. 7, p. 58~61; 山田卓生, 宗教上の理由による輸血拒否患者への無断輸血と医師の責任(平成12.2.29最高三小判), 医事法学 16(2001.7), p. 291~296; 山田卓生, 輸血拒否患者への無断輸血と不法行為責任(平成9.3.12東京地判), 法学教室 2020(1997.7), p. 122~123 등 참조.

적인 권리이고, 헌법에 규정된 모든 기본권의 전제로 기능하는 기본권질서의 가치적인 핵으로서 다른 기본권보다 우선되어야 한다.⁴⁴⁾ 그러므로 환자에게 수혈을 통한 수술이 시행되어야 할 필요성이 절실하고 긴급하다는 등의 사정이 있고,⁴⁵⁾ ‘자의 최선의 복리’(the best interest of the child)⁴⁶⁾나 생명을 지키려고 하는 환자의 추정적 의사 등을 종합적으로 고려하여 본다면 의사는 부모의 수혈거부에도 불구하고 환자에 대하여 수혈을 시행할 수 있다고 보아야 한다. 아무리 부모라 할지라도, 아무리 종교상의 신념에 따른다고 할지라도 동의능력 없는 환자에 대한 수혈거부는 친권남용으로서 법적 효력이 인정될 수 없다.⁴⁷⁾ 생각하면 부모는 자기 자신을 순교자(martyr)로 만들 종교의 자유는 가질 수 있으나, ‘자기의 자녀를 순교자로 만드는 경우’에까지 부모의 종교의 자유를 보장하여야 한다고 할 수는 없다.^{48), 49)} 그러므로 동의능력 없는 환자

44) 헌법재판소 1996.11.28. 선고 95헌바1 전원재판부.

45) 동의능력 없는 환자에 대한 수혈이 긴급하지 아니한 때에는 별로 문제가 야기되지 않으리라고 생각되나, 굳이 생각하자면 장차 그 환자가 부모와 같은 종교적 신념을 가진다고 하는 사정을 고려하면 수혈을 거부하는 부모의 종교적 태도가 친권남용 여부를 결정할 때에 하나의 요소로 작용할 수 있다고 여겨진다(이봉민, “자녀에 대한 의료행위에 관한 친권남용 통제 - 서울동부지방법원 2010.10.21. 자 2010카합2341 결정 -”, 『법조』, 제 668호, 2012. 5, 제262면 참조).

46) 민법 제912조 제1항은 분명히 “친권을 행사함에 있어서는 자의 복리를 우선적으로 고려하여야 한다”고 규정하고 있으므로, 부모가 동의능력 없는 환자의 수혈 여부에 대하여 결정할 때에는 ‘자의 복리’가 최우선적으로 고려되어야 한다.

47) 친권남용의 경우에는 법적 효력이 인정되지 아니한다(대법원 1997.1.24. 선고 96다43928 판결; 대법원 1964.8.31. 선고 63다547 판결; 서울고등법원 1981.2.23. 선고 80나487 판결 등 참조).

48) 수혈거부에 관한 사건은 아니나, 자기의 후견 아래 있는 9세의 조카딸에게 공공장소에서 여호와의 증인이 발행하는 간행물을 배포하게 한 혐의로 기소된 여호와의 증인 신도와 관련한 사건인 Prince v. Massachusetts, 321 U.S. 158 (1944)는 다음과 같이 표현하고 있다: “Parents may be free to become martyrs themselves. But it does not follow they are free, in identical circumstances, to make martyrs of their children before they have reached the age of full and legal discretion when they can make that choice for themselves”.

49) 관례도 아무리 생모라고 할지라도 자신의 종교적 신념을 이유로 환자인 딸에 대하여 의사가 하고자 하는 수혈을 거부하여 결과적으로 딸로 하여금 의학상 필요한 치료도 제대로 받지 못한 채 사망에 이르게 할 수 있는 정당한 권리가 있다고는 할 수 없고, 생모의 수혈거부는 결과적으로 요부조자를 위협한 장소에 두고 떠난 경우나 다름이 없다고 할 수 있으므로, 그 행위의 성질로 보아 유기치사에 해당한다고 본 경우가 있다(대법원 1980.9.24. 선고 79도1387 판결).

의 생명이 경각에 달려있는 경우에는 종교상의 이유에 의한 부모의 수혈거부에도 불구하고 의사가 수혈을 하더라도 부모의 종교의 자유에 대한 침해가 되지 아니한다고 여겨진다.⁵⁰⁾

IV. 미성년자의 수혈에 대한 부모의 권한

1. 서설

원칙적으로 수혈에는 환자 본인의 동의가 필요하다. 미성년자에 대한 수혈을 위하여도 미성년자 본인의 동의가 요구된다.⁵¹⁾ 비록 미성년자라고 할지라도 수혈의 내용을 제대로 판단할 수 있는 정상적인 판단능력을 지니고 있는 미성년자라고 하면 스스로 수혈에 대하여 동의할 수 있다.⁵²⁾ 미성년자에게 의료행위에 대한 충분한 동의능력이 있는 때에는 미성년자 자신의 의사를 존중하지 않으면 안된다. 그러나 미성년자가 전혀 동의능력 없는 경우, 예컨대 유아의 경우에는 스스로 수혈에 대한 동의를 할 수 없다.

동의능력 없는 미성년자의 수혈에서는 미성년자 스스로가 동의를 할 수는 없으므로, 누군가가 동의를 대신하지 않으면 안 된다. 민법 제947조의2 제3항

50) 같은 취지로 이봉민, “자녀에 대한 의료행위에 관한 친권남용 통제—서울동부지방법원 2010.10.21. 2010카합2341 결정—”, 『법조』, 제668호, 2012. 5, 제262면. 달리 자녀에 대한 수혈거부가 부모의 종교의 자유에 포함된다는 취지의 견해로 오종권, “종교적 양심과 수혈 거부—대법원 1980.9.24. 선고 79도1387판결—”, 『부산법조』, 제17호, 2000. 1, 제 79~80면 참조.

51) Michael Kölch/Jörg M. Fegert, Patientenautonomie—Minderjährige als Patienten, MedR 2009, 197.

52) 영국에서는 부모의 동의 없는 14세 소녀의 임신중절과 관련하여 미성년자도 스스로 의료행위에 대한 동의능력이 있는가 하는 문제를 다룬 유명한 「길릭사건」(Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority [1985] 3 All ER 402)의 판결에 따라서 부모의 동의나 허락 없이 스스로 의료행위를 승낙할 수 있는 16세 미만의 미성년자를 가리켜 「Gillick competent child」라고 부른다(Jonathan Herring, 『medical law and ethics』, 2nd ed. Oxford 2008, p. 166 참조). 참고문헌으로는 家永登, 未成年者の輸血拒否をめぐるイギリス判例法——E事件判決とギリック能力の關係を中心にして, 専修法学論集 83(2001.12), p. 81~126.

은 “피성년후견인의 신체를 침해하는 의료행위에 대하여 피성년후견인이 동의할 수 없는 경우에는 성년후견인이 그를 대신하여 동의할 수 있다”고 규정하고 있으나, 미성년자에 대하여는 누가 동의를 대신할 수 있는가를 일반적으로 정하고 있는 명문규정이 없다.⁵³⁾ 미성년자가 동의능력이 없는 경우에는 부모가 대신하여 수혈에 대한 동의를 할 수밖에 없다. 그러나 미성년자에 대하여 수혈 여부를 무조건 부모의 동의에 맡기기 어려운 경우도 있고, 혹은 무조건 부모의 동의에 그대로 효력을 인정할 수 없는 경우도 있다.

2. 수혈에 대한 부모의 동의

가. 의료행위에 대한 동의능력

의료행위에 대한 동의능력이라고 할 때에 「동의능력」은 분명히 행위능력⁵⁴⁾과는 구별되고,⁵⁵⁾ 또한 의사능력⁵⁶⁾을 가리키지도 아니한다. 환자에게 의사능력이 있다고 하여 모두 동의능력을 가진다고 볼 수는 없다. 의료행위의 동의능력이란 환자 자신이 정신적 내지 신체적 성숙에 의하여 의료침습이나 그 의료

53) 일본에서는 「의료동의능력이 없는 자의 의료동의대행에 관한 법률」(医療同意能力がない者の医療同意代行に関する法律)의 제정에 관한 논의가 있다(http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/opinion/report/data/111215_6.pdf). 국내에서는 예컨대 장기 등 이식에 관한 법률 제12조가 장기 등의 기증에 관한 가족·유족의 동의에 대하여 규정하고 있다.

54) 행위능력이란 법률행위를 단독으로 완전·유효하게 할 수 있는 법률상의 지위 혹은 자격을 가리키고, 연령상으로는 19세가 되어야 행위능력을 취득한다(민법 제4조).

55) 의료행위에 대한 동의의 법적 성질은 민법상의 의사표시(민법 제1편 총칙 제5장 법률행위 제2절 의사표시) 혹은 법률행위가 아니라, 준법률행위로 보며, 특히 「의사의 통지」로 본다(환자가 의사로부터 제안받은 의료행위에 대하여 자기의 의사를 통지하면 그 의사의 통지를 한 환자의 내심의 의사와는 관계없이 그 효과가 결정된다).

56) 나이, 지능, 지적 수준, 발달성숙도 및 사회적응력 등에 비추어 어떤 행위가 가지는 의미·내용·효과를 이해하고 알아차릴 수 있는 능력을 「의사능력」이라고 한다(예컨대 대법원 2006.9.22. 선고 2006다29358 판결; 대법원 2002.10.11. 선고 2001다10113 판결은 의사능력이란 ‘자신의 행위의 의미나 결과를 정상적인 인식력과 예기력을 바탕으로 합리적으로 판단할 수 있는 정신적 능력 내지는 지능’을 말한다고 본다). 법률상 의사능력의 유무에 관한 기준에 대하여는 아무런 규정도 두고 있지 않다. 의사능력의 유무는 획일적·형식적으로 판단할 수 없고, 개개의 구체적인 행위에 대하여 개별적으로 지능, 정신상태 및 행위의 성질을 고려하여 판단하여야 한다(보통 7세부터 10세 정도이면 의사능력을 갖춘다고 볼 수 있다).

침습에 대한 동의의 의미 및 위험을 판단할 수 있는 능력, 즉 자연적인 인식능력과 통제능력을 가리킨다고 볼 수 있다. 구체적으로 생각하면 (i) 단순한 설명을 통하여 치료의 내용이나 성질, 목적, 왜 그 치료가 필요한가에 대하여 이해할 수 있고, (ii) 치료의 주된 효과, 위험성 및 치료방법을 이해할 수 있고, (iii) 치료를 받지 아니하면 어떤 결과가 야기되는가를 이해할 수 있고, (iv) 이해한 정보를 계속 기억하며, 또한 그 정보를 이용하거나 비교형량하여 의사결정에 도달할 수 있는 능력을 의료행위에 대한 동의능력이라고 할 수 있다.

의료행위에 대한 동의능력에 관하여 일률적인 기준을 제시하기는 어렵다. 일반적으로 환자의 동의능력 유무에 대한 판단은 고려되는 의료침습이 어떤 유형의 의료행위인가 하는 개별적인 사정에 따라서(예컨대 경미한 의료행위의 경우에는 보다 낮은 연령에 상당하는 능력이라도 동의능력으로 인정할 수 있다) 환자의 연령 및 의식의 혼탁 유무나 정도, 자신의 생명·신체에 대한 판단능력의 유무 등에 의하여 달라질 수 있다. 그러므로 환자의 동의능력이 행위 능력과 일치하지는 아니하고, 각 검사, 각 의료행위 혹은 각 의료침습에 따라서 구체적으로 동의능력은 차이가 있을 수 있다(예컨대 수혈을 위한 동의능력과 중대한 수술을 위한 동의능력이 동일하지 않다). 다만 의료행위의 동의능력에 대하여 요구되는 능력의 정도는 일반적으로 행위능력보다 낮다고 보므로, 제한행위능력자인 미성년자(혹은 피성년후견인)라고 하더라도 경우에 따라서는 동의능력을 가질 수 있다.

나. 부모의 동의권한

(1) 미성년자에게 동의능력이 없는 경우

본래 유아의 경우(역시 만취자·정신병자의 경우에도 마찬가지이다)와 같은 의사무능력자가 한 행위는 법률상 무효이다.⁵⁷⁾ 역시 의료행위에 대한 동

57) 법률상 의사무능력자의 행위를 무효로 보는 규정은 없으나(독일민법 제105조 제2항은 무의식 혹은 심각한 정신적 장애의 상태에서 행한 의사표시는 무효라는 명문규정을 두고 있다), 판례는 한결 같이 어떤 행위의 법률적 의미나 효과를 이해할 수 있는 의사능력이

의에서도 동의무능력자가 한 동의는 법률상 효력이 없다고 보아야 한다.

동의능력이 없는 미성년자를 위하여는 부모가 의료행위에 대한 동의 여부를 결정하여야 한다. 민법상 부모 쌍방이 친권을 행사하므로(민법 제909조 제2항 본문), 원칙적으로 부모 쌍방이 설명을 듣고, 함께(왜냐하면 의료행위에 대한 동의권한은 친권에서 파생하므로) 동의를 하여야 한다. 수혈과 같이 중요한 의료침습 혹은 중대한 결과가 초래될 수 있는 의료침습에 대하여 만약 부모 쌍방의 의사가 일치하지 아니하면 당사자의 청구에 의하여 수혈에 대한 동의 여부를 가정법원이 결정한다(민법 제909조 제2항 단서).

수혈의 경우에 구체적으로 몇 세 정도를 기준으로 동의능력 여부를 판단할 수 있는가가 문제된다. 동의능력에 필요한 연령은 일률적으로 정할 수 없으나, 수혈에 대하여는 16세 정도면 동의능력을 갖춘다고 판단된다.⁵⁸⁾ 16세 미만 환자의 경우(혹은 16세 이상이라고 하더라도 의료에 대한 판단능력이 없는 경우에도 마찬가지이다)에는 수혈에 대한 동의능력이 없다고 보아야 한다. 그러므로 수혈 여부를 판단할 때에 16세 미만 환자의 의사는 반영될 수 없다.⁵⁹⁾

만약 16세 미만 환자에 대한 수혈에 관하여 부모가 바로 동의하는 경우에는 별로 문제가 없다. 그러나 종교상의 신념에 의하여 수혈거부를 하는 경우에는

있어야 법적 효력이 인정된다고 본다(대법원 2009.1.15. 선고 2008다58367 판결; 대법원 2006.9.22. 선고 2006다29358 판결; 대법원 1993.7.27. 선고 93다8986 판결 등 참조).

58) 16세 이상이면 법적 판단능력이나 의료행위에 대한 동의능력이 있다고 정하고 있는 법률은 없으나, 개정 전에 여성의 혼인적령을 만16세로 정한 민법 제807조(현재는 여자도 18세이다), 유언능력을 만17세로 정하고 있는 민법 제1061조, 입양대락의 기준을 15세로 정하고 있는 민법 제869조 및 14세 미만을 형사미성년자로 정하고 있는 형법 제9조, 소송법상 선서능력자를 16세로 정하고 있는 민사소송법 제322조 및 형사소송법 제159조, 원동기장치자전거의 운전면허를 받을 수 있는 연령을 16세로 정하고 있는 도로교통법 제82조 등을 고려하면 16세 정도가 되면 의료행위에 대한 동의능력을 갖춘다고 보아도 무방하다고 판단된다.

59) 예컨대 수혈 당시 11세 남짓의 환자는 동의능력, 즉 사리를 변식할 지능이 없다고 보아야 마땅하므로, 환자 본인이 비록 부모와 마찬가지로 수혈을 거부한 일이 있다고 하여도 부모의 수혈거부가 위법하다고 하는 판단에 어떤 영향을 미칠만한 사유가 된다고 볼 수는 없다(대법원 1980.9.24. 선고 79도1387 판결). 참고문헌으로 家永登, 輸血を拒否している少女に対する外科手術が許可された事例—Re L (medical treatment: Gillick competency)[1999] 2 FCR 524 <外国判例研究>, 専修法学論集 84(2002.3), p. 137~147.

과연 부모의 수혈거부를 따라야 하는가, 수혈거부에도 불구하고 수혈을 할 수 있는가 하는 문제가 생긴다. 우선 16세 미만 환자에 대하여는 부모가 수혈을 희망하는 경우는 물론, 부모가 수혈을 거부하더라도 수혈을 수반하는 수술이 긴급히 요구되고, 수혈을 통하여 동의능력 없는 환자의 생명을 지킬 필요가 있는 한, 수혈을 하여야 한다고 판단된다. 어떤 근거로 부모의 수혈거부에도 불구하고 동의능력 없는 16세 미만 환자에 대한 수혈이 가능한가 하는 문제가 있으나, 그 이유로는 (i) ‘자의 복리’(민법 제912조 제1항) 내지 ‘자녀의 최선의 이익’(the best interests of the child),⁶⁰⁾ (ii) 환자의 추정적 의사(혹은 가정적 의사) 두 가지를 생각할 수 있다.

민법 제912조는 “친권을 행사함에 있어서는 자의 복리를 우선적으로 고려하여야 한다”고 하여 ‘자의 복리’가 친권행사의 기준이라는 사실을 명시하고 있고, 다시 민법 제913조는 “친권자는 자를 보호하고 교양할 권리의무가 있다”고 정하고 있다. 그러므로 부모가 가지는 친권은 미성년인 자를 양육, 보호 및 감호하여 자의 복리를 실현하도록 하기 위한 권리이자 의무로서의 성격을 갖는다. 부모의 친권행사가 미성년인 자의 생명·신체의 유지·발전에 부합하는 경우가 아니라면 그 친권의 행사는 존중되어서는 아니되고,⁶¹⁾ 법적 효력을 인정할 수조차 없다. 예컨대 동의능력이 없는 미성년자에 대한 수혈이 긴급하고 필수적으로 이루어져야 하는 상황에서 부모가 친권을 남용하여 그 수혈을 거부하는 경우에는 예외적으로 의사는 객관적이고 합리적인 자료에 기초하여 동의능력 없는 미성년자의 수혈에 대한 의사를 추정 내지 가정하여(왜냐하면 인간생명의 존엄성과 그 가치의 무한성에 비추어 볼 때 누구나 생존본능을 가지며, 본능적으로 살려고 하는 의지 혹은 치유에 대한 희망을 가지고 있다고 보아야 하므로, 혹은 ‘의심스러운 때에는 생명을 존중한다’(in dubio pro vita)

60) 여호와의 증인과 관련한 ‘자의 최선의 이익’에 관한 문제는 L H Letsoalo, Law, Blood Transfusion and Jehovah's Witnesses, 17 MEDLAW 633; Karen L. Diaz, Refusal of Medical Treatment Based on Religious Beliefs: Jehovah's Witness Patents, 16 JCLI 85 참조.

61) 서울동부지방법원 2010.10.21. 자 2010카합2341 결정.

는 원칙을 적용하여야 하므로) 제한적이고 필수적인 범위에 한하여 필요한 의료행위, 예를 들어 수혈을 할 수 있다고 보아야 한다.⁶²⁾

(2) 미성년자에게 동의능력이 있는 경우

i) 수혈을 받아야 할 환자가 미성년자라고 할지라도 그에게 동의능력이 있는 때에는 원칙적으로 그의 동의만으로 수혈을 할 수 있다. 다만 일반적으로 16세 이상의 환자에게 수혈 여부에 대한 동의능력이 있다고 본다면 16세부터 19세까지에 해당하는 미성년자의 동의능력의 정도는 다시 차이가 있다고 보지 않을 수 없다. 그러므로 미성년자에게 동의능력이 있는 경우에 부모가 어떤 범위에서 동의권한을 행사할 수 있는가는 16세 이상 18세 미만의 환자와 18세 이상의 환자로 구분하여 살펴볼 필요가 있다.

ii) 환자가 16세 이상 18세 미만의 경우에는 환자 스스로 판단능력이나 동의능력을 가지고 있다고 볼 수 있으나, 환자 자신의 의사뿐만 아니라 부모의 의사도 함께 고려할 필요가 있다고 판단된다. 그러므로 의사는 16세 이상 18세 미만 환자의 의사와 부모의 의사를 모두 고려하여 수혈 여부를 판단하여야 한다. 다만 수혈 여부와 관련하여 16세 이상 18세 미만 환자의 의사와 부모의 의사를 모두 참작할 때에는 (i) 환자·부모가 모두 수혈 거부하는 경우, (ii) 환자는 수혈 거부, 부모는 수혈 희망하는 경우, (iii) 환자는 수혈 희망, 부모는 수혈 거부하는 경우, (iv) 환자와 부모가 모두 수혈 희망하는 경우와 같은 네 가지 상황이 생길 수 있다. 각 상황에 따라서 의사가 수혈을 하여야 하는지 아닌지 여부를 달리 결정하여야 한다. 우선 16세 이상 18세 미만 환자와 부모가 모두 수혈 거부를 하는 때에는 18세 이상의 경우와 마찬가지로 환자 자신과 부모의 의사를 존중하여 수혈을 하여서는 안 된다고 보아야 한다. 그러나 16세 이상 18세 미만 환자와 부모가 모두 수혈 희망하는 경우는 물론, 환자만이 수혈 희망하는 경우(비록 부모의 수혈 거부가 있더라도)나 부모만이 수혈 희망

62) 서울동부지방법원 2010.10.21. 자 2010카합2341 결정.

하는 경우(비록 환자가 수혈을 거부하더라도)에도 의사는 수혈을 할 수 있다고 생각된다.⁶³⁾

iii) 18세 이상의 미성년자는 특별한 사정이 없는 한 의료에 관한 판단능력을 가지고 있다고 보아야 한다. 18세 이상의 미성년자에 대하여는 부모가 수혈 여부에 관하여 관여할 권한이 없고, 부모가 수혈을 희망하든 거부하든 부모의 의사는 전혀 반영되지 아니한다.⁶⁴⁾ 만약 18세 이상의 미성년자가 종교상의 신념을 이유로 수혈을 거부하는 때에는 의사로서는 원칙적으로 수혈을 하지 않더라도 무방하다고 생각된다.⁶⁵⁾ 그리고 의사로서 무수혈치료가 곤란하다고 판단한 경우에는 환자를 더 이상 치료할 수 없으므로, 의료계약을 해지하고 환자에게 전원을 권유하거나 퇴원시킬 수 있다고 생각된다.

V. 부모의 수혈거부에 대한 조치

1. 서설

환자에게 필요한 수혈을 부모가 한사코 거부하는 경우에 어떤 법적 효과가 생길 수 있는가 하는 문제가 있다. 물론 환자에게 동의능력이 있는 경우인가, 동의능력이 없는 경우인가에 따라서 부모의 수혈거부에 따른 법적 효력이 다를 수 있다. 다만 일반적으로 생각하면 부모가 환자에게 필요한 수혈을 거부하

63) 환자의 수혈 희망에 의하여 수혈하는 때에는 환자로부터 「수혈동의서면」을 받아야 한다. 환자와 부모가 모두 수혈 희망하는 때에는 환자 혹은 부모로부터 「수혈동의서면」을 받으면 된다.

64) 미국의 상황에 관하여는 Kristin M. Lomond, An adult patient's right to refuse medical treatment for religious reasons: the limitations imposed by parenthood, 31 U. of Louisville J. of Fam. L. 665.

65) 물론 의사가 환자의 진정한 의사에 따라서 무수혈진료를 계속하고자 하는 경우에는 환자 본인으로부터 예를 들어 「수혈거부와 면책에 관한 증서」를 어떤 형태로든 받아 놓을 필요가 있다(「수혈거부와 면책에 관한 증서」의 효력과 관련한 논의에 대하여는 塚本泰司, エホバの証人における輸血謝絶兼免責証書の有効性(平成17.1.28大阪地判), 医事法学 22, 2007. 7, p. 124~129.

는 경우에 (i) 수혈의 필요성이나 수혈을 하지 않는 경우에 야기될 위험 등에 대하여 의사는 더 가중된 설명의무를 부담하고, (ii) 「병원윤리위원회」에서 진단수혈의 가부에 대한 논의를 할 수 있고, (iii) 환자에 대한 진료가 시급히 이루어져야 하는 상황에서 부모가 수혈을 방해하는 경우에는 진료에 대한 방해의 배제를 청구할 수 있고, (iv) 부모의 수혈거부를 친권남용 혹은 아동학대 등으로 보아서 민법 제924조, 아동복지법 제18조 등에 의한 친권제한·상실을 청구할 수 있고, (v) 최종적으로는 의료계약을 해지하고 퇴원을 요구할 수 있다고 본다.

2. 의사의 ‘고양된 설명의무’의 부담

의사는 환자에게 수술에 대한 설명·동의와는 별개로 수혈로 인한 위험(예컨대 수혈에 의한 에이즈바이러스감염의 위험) 등을 설명하여야 한다. 또한 환자가 무수혈수술을 원하여 무수혈방식에 의하여 수술하는 때에는 의사는 대량출혈로 인하여 사망할 수도 있다는 사정 등을 비롯하여 불치료에 대한 설명의무, 특히 미수혈의 위험에 대하여 한층 가중되고 고양된 설명의무를 부담한다.⁶⁶⁾ 만약 환자가 절대적 무수혈을 희망하는데도 불구하고 의사가 상대적 무수혈치료를 채택하고자 하는 때에는 그 상대적 무수혈치료의 이유·내용 등을 환자에게 자세하게 설명하여야 하고, 그 상대적 무수혈치료의 방침에 따라서 치료를 받을지, 또는 절대적 무수혈로 치료를 받기 위하여 다른 병원을 찾아 전원을 요구하고자 하는지를 선택할 수 있는 기회를 부여하여야 한다.⁶⁷⁾

66) 참고문헌으로 鈴木伸智, 輸血拒否事件における医師の説明義務とケアの倫理, 愛知学院大学 宗教法制研究所紀要 49(2009.1), p. 75-91; 野澤正充, 宗教的理由による輸血拒否患者への医師の説明義務(平成12.2.29最高三小判), 法学セミナー 45-6(2000.6), p. 115; 関智文, 輸血拒否患者への輸血と医師の説明義務(平成10.2.9東京高判), ジュリスト 1153(1999.4.1), p. 120-123.

67) 김민중, “의료계약의 당사자로서의 「환자」와 관련한 문제에 대한 검토”, 『의료법학』, 제10권 제2호, 2009. 12, 제281면.

3. 「병원윤리위원회」에 의한 심사

어떤 의료처치가 윤리적, 사회적 문제를 야기할 수 있는 경우에 미리 윤리적, 사회적 타당성을 검토·심의하기 위하여 병원윤리위원회(Institutional Review Board)가 설치되어 운영되고 있다. 주로 의사, 법조인, 윤리학자, 목회자 등으로 구성되는 「병원윤리위원회」는 윤리적, 사회적 문제를 야기할 수 있는 의료처치(예컨대 산모의 생명을 구하기 위하여 행하는 인공유산, 소생가능성이 없는 환자에게 일시적인 생명연장만을 갖다 줄 뿐 더 이상 무의미한 치료의 중단, 유전공학연구나 인공임신을 위한 타인의 생식세포의 이용 등)에 대하여 그 윤리적 타당성 등에 관한 사항을 검토·심의한다. 역시 수혈을 거부하는 환자에 대한 수혈 여부도 병원윤리위원회에서 다루어야 할 문제이다.

만약 환자나 부모가 수술에 따른 수혈을 거부하는 경우, 특히 타인의 혈액을 자기의 몸에 넣는 타가수혈을 종교상의 신념에 의하여 거부하기는 하지만, 환자의 생명이 위독한 상황에서도 수혈거부의 의사를 계속 가지고 있는지를 확인할 수 없는 경우라고 하면 우선 병원윤리위원회를 열어야 한다. 병원윤리위원회에 환자나 부모 등을 참석시켜 환자의 증상과 치료방법, 수혈을 하지 않는 경우에 예상되는 위험 등을 자세하게 설명한 후에 환자나 그 부모로부터 의견을 청취하고, 병원윤리위원회에 참여하는 위원의 전문의견 등을 참고하여 법의 힘을 빌리기 전에 수혈 여부에 관한 문제를 충분한 대화·논의를 통하여 타협적으로 해결할 필요가 있다.

4. 소송상 진료행위방해금지의 청구

가. 서언

의사는 최선의 주의를 다하여 환자를 진료하여야 할 의무, 경우에 따라서는 환자를 구명(救命)하여야 할 의무를 부담하므로, 부모가 수혈을 거부하면 의사의 진료행위에 대한 방해행위로 될 수 있다. 예컨대 부모가 질병으로 인하여 보호를 요하는 미성년의 딸을 병원에 입원시켜 놓고 의사가 그 당시 의료기술

상 최선의 치료방법이라고 하면서 권유하는 수혈을 자신이 믿는 종교인 여호와와의 증인의 교리에 어긋난다는 이유로 시종일관 완강히 거부하는 한편, 의사가 수혈을 하려고 하자 의사의 앞을 가로막고 고함을 지르면서 소란을 피우고 항의하여 의사로 하여금 필요한 수혈을 못하게 한다고 하면 의사의 윤리적, 직업적 치료의무를 침해하는 경우라고 보지 않을 수 없다.⁶⁸⁾ 그러므로 환자가 의식불명상태나 동의능력 없는 상태에 있는 관계로 그 진정한 의사를 확인할 수 없는 상황에서 의사가 수술을 시행하기 위하여 부모에게 환자의 증상, 수혈이 수반되는 치료방법의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 위험 등을 설명하여 동의를 구하고, 부모가 여호와와의 증인 신도로서 수혈을 금하는 자신의 종교상의 신념에 기초하여 환자에 대하여 수술에 수반되는 수혈을 거부한다는 의사를 표시할 뿐만 아니라, 수혈을 한사코 방해하는 경우에 의사로서는 최종적으로 법원에 대하여 소송상 진료행위에 대한 방해배제청구를 하는 진료행위방해금지를 청구하거나 진료행위방해금지가처분을 받아 둘 수밖에 없다.

나. 부모의 수혈거부에 대하여 방해배제청구를 인용한 판례에 대한 검토

최근 국내에서도 최초로 부모가 종교상의 신념을 이유로 미성년자(신생아)에 대한 수혈을 거부하여 병원이 법원에 부모의 수혈거부에 대하여 진료방해금지를 청구하고, 법원이 진료방해금지청구를 인용한 경우가 있다.⁶⁹⁾ 판례에 나타난 사실관계를 정리하면 갓 태어난 신생아가 대동맥과 폐동맥이 심장 한쪽(우심실)으로 연결되는 선천성 심기형 등 심장질환을 가지고 출생하여 병원의 신생아중환자실에서 치료를 받게 되고, 그 신생아의 심장질환을 완전히 치료하기 위해서는 심장교정수술인 폰탄수술⁷⁰⁾을 받아야 하며, 폰탄수술은

68) 대법원 1980.9.24. 선고 79도1387 판결.

69) 판례평석에 대하여는 이봉민, “자녀에 대한 의료행위에 관한 친권남용 통제-서울동부지방법원 2010.10.21. 자 2010카합2341 결정-”, 『법조』, 제668호, 2012. 5, 제233면 참조.

70) 폰탄수술은 단심실형태를 가진 심장기형에 대하여 일반적으로 행하여지는 수술방법으로 칸막이 심장교정술을 가리킨다.

3단계에 거쳐 행하여지는데, 폰탄수술 중 수혈이 필수적인 1단계수술인 노우드(Norwood)수술을 시행할 경우에 회복가능성은 30% 내지 50%에 이르는 반면(1단계수술인 노우드수술이 성공할 경우에 나머지 수술은 약간의 위험을 감수한다면 수혈 없이도 가능하다), 무수혈수술이 시행될 경우의 회복가능성은 5% 미만으로 예상되는 상황(폰탄수술을 하지 않을 경우의 기대생존기간은 길게 잡아도 3개월에서 6개월 정도로 예상되고, 예상되는 생존기간 이전에 생명에 위해가 되는 응급상황이 발생될 가능성도 매우 높다)에서 부모가 여호와와의 증인 신도로서 수혈을 금하는 자신의 종교상의 신념에 기초하여 수술에 수반되는 수혈을 거부한다는 의사를 표시하자 병원이 법원에 진료행위방해금지가처분을 청구를 한 사건으로 요약할 수 있다.⁷¹⁾

사건을 보면 신생아에게 폰탄수술이 시행되지 않거나 무수혈방식에 의할 경우에 회복의 가능성이 희박하여 그 생명에 중대하고도 심각한 침해결과가 발생할 위험이 큰 반면, 수혈을 수반하는 폰탄수술이 시행될 경우에 그 회복가능성이 훨씬 높고, 현재 임상의학의 수준에서 동일한 수준의 결과를 가져올 수 있는 다른 대체적 진료방법이 없다고 할 수 있으므로, 그 신생아의 생명을 유지하기 위하여 현재 시행될 수 있는 가장 적절하고도 필수적인 치료방법은 수혈을 수반하는 폰탄수술이라고 할 수 있다. 그러므로 수혈을 수반하는 폰탄수술의 시행이 부모가 친권을 행사할 때에 요구되는 ‘자의 복리’에 부합한다. 그러나 사건에서는 부모가 자신이 믿고 있는 종교의 교리에 반한다는 이유로 환자에 대한 수혈을 거부하고 있다. 부모의 수혈거부는 민법상 부모를 미성년인 자의 친권자로 지정한 취지 및 친권행사의 기준으로서의 ‘자의 복리’의 이념에 비추어 볼 때 정당한 친권행사의 범위를 넘어 친권남용이라고 보아야 하며, 그 효력을 인정하기가 어렵다. 물론 사건에서 환자는 갓 태어나 1달 남짓 된 신생아로서 수혈에 대하여 동의하는지 아닌지 여부에 대한 의사를 정확하게 추정할 수 있는 객관적 자료는 없다. 그러나 환자가 앓고 있는 선천성 심기형 등 심

71) 자세한 사실관계는 서울동부지방법원 2010.10.21. 자 2010카합2341 결정 참조.

장질환의 병상과 폰탄수술의 치료과정(3단계로 시행되는 폰탄수술 중 1단계 수술인 노우드수술에서는 수혈이 필수적이다) 및 수혈을 받는 경우의 높은 회복가능성(수혈을 받지 않으면 회복가능성이 5% 미만이나, 수혈을 수반하는 폰탄수술을 시행하면 회복가능성이 30~50%로 높다), 수혈의 긴급성(사건에서 폰탄수술의 미시행시 기대생존기간이 길게 잡아도 3~6개월이다⁷²⁾)⁷³⁾ 등이 분명하고, ‘누구든지 생명을 유지하고자 하는 태도가 인간의 본성이라는 사실은 의심할 여지가 없으므로’, 모든 사실을 함께 생각한다면 환자는 수혈을 받는데 동의하는 의사를 가지고 있다고 보아도 무방하다고 생각된다. 그러므로 비록 환자가 신생아로서 판단능력이나 동의능력이 전혀 없다고 하더라도 그 스스로에게도 의료적 자기결정권이 인정되고, 환자에게 수혈을 통한 수술이 시행되어야 할 필요성이 절실하고 긴급하다는 등의 사정을 종합적으로 고려해 본다면 의사는 환자에 대하여 수혈을 시행할 수 있다고 보아야 한다. 결국 환자의 구명을 위하여 행하는 폰탄수술에 따른 수혈에 대한 부모의 수혈거부는 의사의 진료행위에 대한 방해행위가 되므로, 의사로서는 부모에 대하여 진료행위방해배제 내지 진료행위방해금지가처분을 구할 수 있다고 새겨야 하며, 판례가 ‘진료행위에 대한 방해의 배제를 구할 수 있다’고 본 태도⁷⁴⁾는 극히 타당하다고 여겨진다.

5. 친권제한·상실의 청구

가. 서언

환자의 의료적 자기결정권이 일신전속적인 성격을 갖고 있다는 사실을 고

72) 실제로 신생아는 판결이 내려진 직후 수혈을 거부하는 부모에 의하여 처음 입원했던 병원에서 퇴원하여 다른 병원으로 옮긴 후 그 병원에서 일주일도 못 넘기고 태어난 때로부터 50여 일만에 사망했다고 한다.

73) 수혈의 긴급성(emergency)을 중시한 논의로 송상현, “종교적 신념에 의한 치료거부와 관련된 법적 제문제”, 『법학논집』, 제2권, 2007, 제792면 참조.

74) 서울동부지방법원 2010.10.21. 자 2010카합2341 결정.

려할 때 다른 누구가 의료적 자기결정권을 대리할 수는 없다. 부모의 동의는 동의능력 없는 환자에 갈음하는 의료적 자기결정권의 대리가 아니고, 부모로서 가지는 친권 자체에서 파생된다고 보아야 한다. 그리고 부모는 친권을 전적으로 자의 복리를 위하여 행사하여야 하며, 만일 부모가 자의 이익이나 심신의 건전한 발달을 해할 우려가 있는 방법으로 친권을 행사하는 경우에는 부모에게 그대로 친권을 보유·행사하게 하면 불합리하다. 만약 부모가 자의 복리에 어긋나는 방법으로 친권을 행사할 때에는 부모로부터 친권을 강제적으로 제한하거나 박탈할 필요가 있다.

법률상 친권제한·상실을 정하고 있는 규정으로는 두 가지 경우가 있다. 우선 민법상 부모가 친권을 남용하는 때에는 법원이 친권의 상실을 선고할 수 있다(민법 제924조). 그리고 아동에 대하여 부모가 친권을 남용한 경우에 아동의 복지를 위하여 필요하다고 인정할 때에는 법원에 친권행사의 제한 또는 친권상실의 선고를 청구하여야 한다(아동복지법 제18조).

나. 민법 제924조에 의한 친권상실의 청구

민법 제912조는 친권을 행사할 때에는 자의 복리를 우선적으로 고려하여야 한다고 규정하여 ‘자의 복리’가 친권행사의 기준이 된다는 사실을 명시하고 있다. 또한 민법 제913조는 “친권자는 자를 보호하고 교양할 권리의무가 있다”고 정하고 있으므로, 친권은 자녀를 양육, 보호 및 감호하여 자의 복리를 실현하도록 하기 위한 부모의 권리이자 의무의 성격을 갖는다. 그리고 민법 제924조는 “부 또는 모가 친권을 남용하거나 현저한 비행 기타 친권을 행사시킬 수 없는 중대한 사유가 있는 때에는 법원은 제777조의 규정에 의한 자의 친족 또는 검사의 청구에 의하여 그 친권의 상실을 선고할 수 있다”고 규정하여 친권 남용의 경우에 친권을 상실시키는 제도까지 두고 있다. 그러므로 부모의 친권행사가 자의 생명·신체의 유지, 발전에 부합하지 아니하면 그 친권행사는 존중되어서는 아니 된다.

부모의 수혈거부를 민법 제924조가 일컫는 ‘친권남용’으로 볼 수 있는가가 문제된다. 민법 제924는 어느 경우를 친권남용으로 보는가를 구체적으로 명시하고 있지 않다. 일반적으로는 친권의 내용인 권리를 과도하게 행사하거나 그 적당한 행사를 게을리하는 경우를 친권남용이라고 말할 수 있다. 미성년자에 대한 의료행위와 관련하여 생각하면 부모가 예컨대 미성년자에게 위험을 야기하는 치료방법을 선택하거나, 필요한 의료처치를 일부러 거절한다면 친권남용으로 될 수 있다. 물론 수혈거부를 한다고 하여 항상 친권남용으로 볼 수는 없다. 무수혈수술의 성공가능성이 의심 없이 보장되는 경우, 수혈을 지연하더라도 생명에 대한 위험이나 중대한 건강손상 등이 야기될 우려가 없는 경우라고 하면 부모의 수혈거부를 당장 친권남용이라고 보기는 어렵다(본래 친권남용을 선불리 인정하여서는 아니 된다). 그러므로 수혈거부가 친권남용인지 여부는 수혈이 생명유지를 위하여 얼마나 중요한지, 수혈 이외의 다른 대체 방법이 있는지 등의 여부에 따라서 판단되어야 한다. 예컨대 미성년자의 생명을 유지하기 위하여 혹은 질병의 치유를 위하여 응급히 수혈이 요구된다든지, 수혈과 수반하는 적절한 수술을 할 경우에는 생존가능성이 높고, 무수혈수술을 할 경우에는 생존가능성이 극히 낮다든지 하는 경우에 수혈에 대한 동의를 거부한다면 명백한 잘못이라고 보아야 할 뿐만 아니라, 친권에서 파생하는 동의권한 내지 승낙권한의 적당한 행사를 게을리하는 경우로서 명백히 친권남용에 해당한다고 보지 않을 수 없다.⁷⁵⁾

부모가 미성년자에 대하여 반드시 필요한 수혈을 자기의 종교적 신념을 이유로 거부하는 경우에는 친권의 남용이 된다고 보지 않을 수 없으므로, 친권상실선고가 필요하다. 수혈에 대한 동의권한은 실질적으로는 친권의 작용으로 보아야 하므로, 친권상실의 선고를 받으면 의료행위의 동의권한도 소멸한다. 부모의 일방만이 친권상실선고를 받은 때에는 다른 일방이 단독친권을 행사하나, 부모 쌍방이나 단독친권을 행사하는 부모의 일방이 친권상실선고를 받

75) 김민중, “의료계약의 당사자로서의 「환자」와 관련한 문제에 대한 검토”, 『의료법학』, 제10권 제2호, 2009. 12, 제280면.

은 때에는 미성년후견인을 선임하여야 한다(민법 제928조). 만약 친권상실로 인하여 미성년후견인이 선임되면 그 미성년후견인이 수혈에 대한 동의권한을 가진다.

수혈을 거부하는 부모에 대하여 친권남용을 이유로 친권상실선고를 청구하는 경우에는 몇 가지 불편이 있다. 우선 친권상실선고의 경우에는 장기간이 요구되므로, 친권상실선고로는 긴급한 상황에 적절히 대응하기가 곤란하다. 수혈이 당장 필요한 경우에는 부모의 수혈거부에 관하여 친권상실제도를 이용하기가 용이하지 않다. 수술에 수반하여 수혈을 하여야 하는가 아닌가는 대부분 시간을 다투는 문제이고, 예컨대 수혈을 수반하는 수술을 하지 않을 경우에 생존기간이 길게 잡아도 3개월 정도 예상되고, 예상되는 생존기간 이전에도 생명에 위해가 되는 응급상황이 발생할 수 있는 경우에는 한가하게 친권상실선고를 청구할 여유가 없다. 또한 비록 적당한 시기에 친권상실선고를 받는다고 하더라도 다시 미성년후견인을 선임하여야 하는 문제가 따른다(민법 제932조 제2항).⁷⁶⁾ 그리고 친권상실선고는 친족(민법 제777조) 또는 검사만이 청구할 수 있고(민법 제924조), 미성년자 자신이나 의사는 친권상실선고를 청구할 수 없으므로, 친족이나 검사가 청구를 하지 않으면 속수무책이다. 그러므로 부모의 수혈거부에 관하여는 친권상실선고가 적절하지 못한 경우가 있을 수 있고, 생각건대 부모의 수혈거부에 신속히 대응하기 위하여는 법원이 직접 의사에게 미성년자에 대하여 필요한 수혈을 하도록 명령하는 제도를 둘 필요가 있다고 여겨진다.

다. 아동복지법 제18조에 의한 친권상실의 청구

아동복지법은 아동(18세 미만인 사람을 말한다)의 복지를 보장하기 위하여 제정된 법률로서 아동복지법 제2조 제3항은 “아동에 관한 모든 활동에 있

76) 물론 부모의 일방이 친권상실선고를 받으면 다른 일방이 단독친권을 행사하면 되나, 부모 쌍방이나 단독친권을 행사하는 부모의 일방이 친권상실선고를 받으면 후견이 개시된다(민법 제928조).

어서 아동의 이익이 최우선적으로 고려되어야 한다”고 규정하고 있다. 그리고 아동복지법 제5조는 부모는 아동을 그의 성장시기에 맞추어 건강하게 양육하여야 한다고 규정하고, 한편 아동복지법 제18조는 아동의 부모가 그 친권을 남용하거나 아동학대를 한 사실을 발견한 경우에 아동의 복지를 위하여 필요하다고 인정할 때에는 법원에 ‘친권행사의 제한 또는 친권상실의 선고를 청구하여야 한다’고 규정하고 있다.

부모의 수혈거부는 역시 아동복지법상에서도 친권남용으로 평가될 수 있다. 아동보호법은 ‘친권남용’에 대하여 정의규정을 두고 있지 않으나, 민법 제924조에서의 친권남용과 마찬가지로 의미로 이해할 수 있다고 생각된다. 부모의 수혈거부는 친권의 내용인 권리의 적당한 행사를 게을리하는 경우로서 아동복지법 제18조가 말하는 친권남용에 해당한다고 할 수 있다. 아동보호법상 부모의 수혈거부를 통한 친권남용을 이유로 친권행사의 제한 또는 친권상실의 선고를 청구하는 경우에는 민법상의 친권상실선고의 경우보다 청구권자의 범위가 넓다. 민법 제924조에서는 미성년자의 친족과 검사만이 친권상실선고를 할 수 있으나, 아동복지법 제18조에 의하면 시·도지사, 시장·군수·구청장 또는 검사가 친권행사의 제한 또는 친권상실의 선고를 청구할 수 있다. 그러나 아동보호법상의 친권제한·상실선고의 경우에도 법원에 의한 최종결정까지 시간이 오래 걸리고, 다시 후견인을 선임하여야 하므로(아동복지법 제19조), 응급한 수혈을 필요로 하는 경우에는 적용하기가 부적절하다고 하는 문제가 있다.

6. 의료계약의 해지

(i) 의사가 수혈에 대한 동의를 거절하는 환자에 대하여 절대적 무수혈수술을 약정할 수 없는 경우에 의료계약을 해지하고, 진료를 거부할 수 있는가 하는 문제가 있다. 의료법 제15조는 의사는 진료를 요청받으면 정당한 사유 없이 거부하지 못한다고 규정하고 있다. 그러므로 의사는 원칙적으로 진료의무

를 부담하며, 의사의 진료의무는 히포크라테스이래 의사에게 적용되어 온 의료윤리일 뿐만 아니라, 법률상의 의무이다.

물론 정당한 사유가 있으면 의사는 환자의 진료요청을 거절하거나 퇴원을 요구할 수 있다.⁷⁷⁾ 의사와 환자 사이의 신뢰관계가 완전히 파괴된 경우에 의사로서는 즉시 의료계약을 해지할 수 있는 특별한 이유가 있다고 할 수 있으므로, 의료계약을 해지할 수 있고, 그 해지를 통하여 의료계약의 구속으로부터 벗어나 진료를 거부할 수 있다. 또한 환자(혹은 미성년자의 경우에는 부모)가 의사의 지시나 권고에 불응하여 치료의 효과를 더 이상 기대할 수 없다고 판단되고, 의사로부터 자세한 설명을 들은 후에도 계속하여 지시나 권고에 불응하는 경우에도 다른 병원으로 전원치료(轉院治療)를 권고하거나 퇴원을 요구할 수 있다.⁷⁸⁾ 예를 들어 수혈에 대한 의사의 지시와 권고에도 불구하고 부모가 종교상의 신념을 이유로 응급하게 필요한 수혈을 한사코 거부하는 경우에는 다른 병원으로의 전원을 권고하거나, 의료계약을 해지하고 바로 퇴원을 요구할 수 있다고 생각된다.

(ii) 의료계약이 체결된 후라도 특별한 사정이 없는 한 환자는 자유로이 의료계약을 해지할 수 있다.⁷⁹⁾ 다만 환자에 대한 진료의 중지가 곧바로 환자의 사망이라는 중대한 결과를 초래하는 경우에 환자나 그 부모로부터 의료행위의 중지, 즉 퇴원을 요구받은 의사에게 환자의 생명을 보호하기 위하여 진료를 계속하여야 할 의무와 환자나 그 부모의 요구에 따라서 환자를 퇴원시킬 의무와의 사이에 충돌이 일어나게 된다. 진료를 계속할 의무와 퇴원의무의 충돌이 있는 경우에 의사로서는 환자의 자기결정보다 더 높은 가치인 생명을 보호할 의무가 우선하므로, 환자나 그 부모의 퇴원요청에도 불구하고 환자를 보호하

77) 자기결정권 및 신뢰관계를 기초로 하는 의료계약의 본질에 비추어 강제진료를 받아야 하는 등의 특별한 사정이 없는 한 환자는 자유로이 의료계약을 해지할 수 있으나(민법 제689조 제1항), 의료법 제15조 제1항은 “의료인은 진료나 조산 요청을 받으면 정당한 사유 없이 거부하지 못한다”고 규정하고 있으므로, 결국 의사는 정당한 사유가 있어야 환자의 진료요청을 거부하고 퇴원을 요구할 수 있다.

78) 김민중, 『의료의 법률학』, 신론사, 2011, 제95면 참조.

79) 대법원 2009.5.21. 선고 2009다17417 전원합의체 판결.

여야 할 지위나 의무가 바로 종료되지는 아니한다. 특히 수혈거부로 인한 진료의 중지가 곧바로 환자의 사망이라는 결과를 초래하는 경우에는 부작위에 의한 살인이라는 결과에 이를 수 있다(형법이 일반적인 살인행위뿐만 아니라 촉탁, 승낙에 의한 살인행위와 자살을 방조하는 행위에 대하여까지 처벌을 하고 있는 사실(형법 제252조 참조)에 비추어서도 그러하다).⁸⁰⁾ 그러므로 환자로부터 퇴원을 요구받은 경우에 의사로서는 진료를 중지할 시점에 환자의 의료적 자기결정권에 기한 진정한 진료중지의 요구가 있는지 여부뿐만 아니라, 환자의 상태, 회복가능성 등에 대하여 진지하게 고려하고, 그 진료중지가 법률상 허용되는가 여부에 대한 검토를 하여야 한다.⁸¹⁾ 만약 환자를 보호하여야 할 지위나 의무가 종료되지 아니한 상태에서 수혈을 거부한다는 이유로 환자에 대하여 환자의 의료적 자기결정권만을 존중하여 진료를 중지하거나, 수혈거부의 요구가 환자의 의료적 자기결정권에 기한 진정한 의사표시라고 보기 어려운 데도 불구하고 오인하여 진료를 즉각 중지하고, 그 진료중지가 직접적인 원인이 되어 환자를 사망케 한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 행위는 위법하다고 보지 않을 수 없다.⁸²⁾

VI. 결 어

환자는 근본적으로 어떤 의료처치를 받을지 여부를 스스로 결정할 수 있는

80) 예컨대 유명한 보라매병원사건에 관한 대법원 2004.6.24. 선고 2002도995 판결 참조. 역시 小林公夫, 信仰上の理由による輸血拒否と不作為の同意殺人罪の成否, 法律時報 82-1 (2010.1), p. 63~68. 그러나 환자의 요구에 따라서 무수혈치료를 하고 그에 의하여 위험이 발생, 증대되는 경우에는 환자의 자율적인 자기위태화에서 비롯되므로, 의사에게 그 책임을 귀속시킬 수 없다는 견해도 있다(이상돈, “수혈거부와 무수혈 치료의 법적 책임”, 『환자의 권리와 무수혈 치료』, 학영사, 2005, 제148면 참조).

81) 서울지방법원 남부지원 1998.5.15. 선고 98고합9 판결.

82) 박정수, “의사가 환자의 뜻에 따라 수혈을 하지 않음으로써 사망에 이르게 한 경우 업무상과실치사죄가 성립하는지 여부”, 『재판실무연구』, 2009, 제403면은 타가수혈을 거부하는 환자에 대하여 의사가 타가수혈을 하지 않은 행위는 형법 제24조 소정의 피해자의 승낙에 의한 행위에 해당하여 업무상과실치사죄가 성립하지 않는다고 본다.

의료적 자기결정권을 향유하므로, 당연히 무수혈치료를 받을 권리가 있다. 그러므로 수혈거부에 따른 딜레마는 환자에게 무수혈치료를 받을 권리가 있는가 아닌가의 문제가 아니라, 무수혈을 요구하는 종교상의 신념이 직접적으로 죽음을 선택하고 있는 경우에도 수혈거부를 의료적 자기결정권(혹은 종교의 자유)의 범위 속에 포함시켜 이해하여야 하는가 하는 문제라고 할 수 있다.

종교상의 신념을 이유로 한 수혈거부에서는 환자 본인에 대한 수혈거부가 문제되는 경우도 있지만, 특히 유아와 같이 스스로는 전혀 종교상의 신념을 가져본 적이 없거나 수혈거부의 의미를 제대로 판단할 수 없는 미성년자에게 요구되는 수혈을 부모가 거부하는 경우가 많다. 본래 미성년자에게 수혈에 대한 동의능력이 없는 때에는 부모가 수혈 여부에 대한 동의를 대신할 수밖에 없다. 다만 부모가 미성년자의 수혈에 대한 동의 여부를 결정할 때에는 자의 최선의 이익과 추정적 의사를 고려하여야 한다. 그러므로 미성년자에게 어떤 수술이 절대적으로 필요하고, 수혈을 수반하는 수술이 긴급히 요구되며 수혈을 받는 경우에 회복가능성이 훨씬 높다는 등의 사정이 있는 경우에는 부모의 수혈거부를 정당한 친권행사라고 해석하기가 곤란하므로, 또한 부모에게 자기의 자녀를 순교자(martyr)로 만들 권리까지 보장된다고 볼 수는 없으므로 부모의 수혈거부에도 불구하고 수혈을 실시할 필요가 있다고 본다.

부모의 수혈거부에 대하여는 몇 가지 조치를 생각할 수 있다. 우선 의사로서는 수혈거부를 하는 부모에 대하여 수혈의 필요성·긴박성, 미수혈의 위험성 등에 관하여 한층 고양된 설명의무를 부담한다. 그리고 부모가 환자의 생명을 구하기 위하여 수혈을 하고자 하는 의사의 진료행위를 방해하는 경우에는 진료방해배제청구를 할 수도 있고, 부모의 수혈거부가 친권남용으로 평가되는 경우에는 민법이나 아동복지법에 의하여 친권제한·상실선고를 청구하는 경우도 있을 수 있다. 그리고 부모가 한사코 수혈을 거부하거나 진료행위를 방해하여 환자와의 신뢰관계가 깨진 경우라면 의사는 의료계약을 해지하고 환자의 전원이나 퇴원을 요구할 수 있다. 다만 부모의 수혈거부에도 불구하고 수혈을 통하여 환자의 생명을 구하여야 하며, ‘의심스러운 때에는 생명을 존중한

다’(in dubio pro vita)고 하는 근본원칙을 고려할 때에 조속한 입법을 통하여 수혈을 지체할 수 없는 환자에 대하여는 의사가 직접 수혈을 할 수 있게 하는 방법을 찾아야 한다고 본다.

주제어 : 여호와의 증인, 무수혈의료, 수혈거부, 동의능력, 의료적 자기결정권,
절대적 무수혈특약

[참 고 문 헌]

- 강돈구, “여호와의 증인의 특징과 전개”, 『종교연구』, 2006.
- 김민중, “의료계약의 당사자로서의 「환자」와 관련한 문제에 대한 검토”, 『의료법학』, 제10권 제2호, 2009.
- _____, “의사의 설명의무에 관한 몇 가지 특수문제”, 『의료법학』, 제4권 제2호, 2003.
- _____, 『의료의 법률학』, 신론사, 2011.
- 김천수, “의사의 설명의무”, 『민사법학』, 제7호, 1988.
- _____, 「환자의 자기결정권과 의사의 설명의무」, 박사학위논문, 서울대대학원, 1994.
- 박일환, “의사의 설명의무와 환자의 승낙”, 『의료사고에 관한 제문제』, 재판자료 제27집, 1985.
- 박정수, “의사가 환자의 뜻에 따라 수혈을 하지 않음으로써 사망에 이르게 한 경우 업무상과실치사죄가 성립하는지 여부”, 『재판실무연구』, 2009.
- 석희태, “의사의 설명의무와 환자의 자기결정권”, 『연세행정논집』, 제7호, 1981.
- 송상현, “종교적 신념에 의한 치료거부와 관련된 법적 제문제”, 『법학논집』, 제2권, 2007.
- 오중권, “종교적 양심과 수혈거부-대법원 1980.9.24. 선고 79도1387판결-”, 『부산법조』, 제17호, 부산지방변호사회, 2000.
- 윤용복, ““여호와의 증인”의 역사와 특징”, 『종교연구』, 2007.
- 윤진수, “미국법상 부모의 자녀에 대한 치료 거부에 따르는 법적 문제”, 『가족법연구』, 제18권 제1호, 2004.
- 이봉민, “자녀에 대한 의료행위에 관한 친권남용 통제-서울동부지방법원 2010.10.21. 자 2010카합2341 결정-”, 『법조』, 제668호, 2012.
- 이석우, 『환자의 권리와 무수혈 치료』, 학영사, 2005.
- 家永登, 未成年者の輸血拒否をめぐるイギリス判例法——E事件判決とギリック能力の關係を中心にして, 専修法学論集 83, 2001.
- _____, 輸血を拒否している少女に対する外科手術が許可された事例——Re L (medical treatment: Gillick competency) [1999] 2 FCR 524 <外国判例

- 研究>, 専修法学論集 84, 2002.
- 大村敦志, 「エホバの証人」輸血拒否事件——医療と自己決定 (1) (平成12.2.29最高三小判), 法学教室 361, 2010.
- 鈴木伸智, 輸血拒否事件における医師の説明義務とケアの倫理, 愛知学院大学宗教法制研究所紀要 49, 2009.
- 裘慶淑, “生命と信仰の選擇に關わる醫師の最善の義務: 親の信仰による輸血拒否と醫師のジレンマ”, 亞細亞女性法學 第6號, 2003.
- 山田卓生, 「信仰上の輸血拒否と医療」, ジュリスト No.843, 1985.
- _____, 輸血拒否患者への無断輸血と不法行為責任(平成9.3.12東京地判), 法学教室 202, 1997.
- _____, 宗教上の理由による輸血拒否患者への無断輸血と医師の責任(平成12.2.29最高三小判), 医事法学 16, 2001.
- 小林公夫, 信仰上の理由による輸血拒否と不作為の同意殺人罪の成否, 法律時報 82-1, 2010.
- 植木哲, 宗教上の理由から輸血拒否の意思が固い患者に輸血した医師の不法行為責任(平成12.2.29最高三小判), 『私法判例リマークス [23] <2001 [下] [平成12年度判例評論]> [法律時報別冊]』. 所収, 2001.
- 新美育文, ≪「エホバの証人」輸血拒否事件≫ 生命か信仰か——患者の自己決定権の意義とその限界 (平成12.2.29最高三小判), 法学教室 248, 2001.
- 野澤正充, 宗教的理由による輸血拒否患者への医師の説明義務 (平成12.2.29最高三小判), 法学セミナー 45-6, 2000.
- 中島 宏, 治療拒否と生命の尊重: フランスにおける患者の権利に 關する覚書, 一橋法学 5(3), 2006.
- 塚本泰司, エホバの証人における輸血謝絶兼免責證書の有効性 (平成17.1.28大阪地判), 医事法学 22, 2007.
- 平野哲郎, 新しい時代の患者の自己決定権と医師の最善義務——エホバの証人輸血事件判決がもたらすもの, 判例タイムズ 1066, 2001.
- 関智文, 輸血拒否患者への輸血と医師の説明義務 (平成10.2.9東京高判), ジュリスト 1153, 1999.
- Bender, Albrecht W., Zeugen Jehovas und Bluttransfusionen, MedR 1999.

- Bergmann, Karl Otto, Bluttransfusionen bei Zeugen Jehovas, KH 1999.
- Cohan, John Alan, JUDICIAL ENFORCEMENT OF LIFESAVING TREATMENT FOR UNWILLING PATIENTS, 39 Creighton L. Rev. 849.
- Diaz, Karen L., Refusal of Medical Treatment Based on Religious Beliefs: Jehovah's Witness Patients, 16 JCLI 85.
- Herring, Jonathan, medical law and ethics, 2nd ed., Oxford 2008.
- Kölch/Fegert, Patientenautonomie - Minderjährige als Patienten, MedR 2009.
- Letsoalo, JL H., Law, Blood Transfusion and Jehovah's Witnesses, 17 MEDLAW 633.
- Lomond, Kristin M., AN ADULT PATIENT'S RIGHT TO REFUSE MEDICAL TREATMENT FOR RELIGIOUS REASONS: THE LIMITATIONS IMPOSED BY PARENTHOOD, 31 U. of Louisville J. of Fam. L. 665.
- Nebendahl, Mathias, Selbstbestimmungsrecht und rechtfertigende Einwilligung des Minderjährigen bei medizinischen Eingriffen, MedR 1999.
- Swartz, Martha, The Patient Who Refuses Medical Treatment: A Dilemma for Hospitals and Physicians, 11 Am. J. L. and Med. 147.
- Weissauer/Hirsch, Bluttransfusion und Einwilligung des Patienten, DMW 1978.

Behandlung von Minderjährigen und Bluttransfusionsverweigerung durch die Eltern

Kim, Min-Joong

Professor at Chonbuk University Law School

=Zusammenfassung (Abstract)=

Die Zeugen Jehovas lehnen Bluttransfusionen ab. Wiederholt haben Todesfälle unter Jehovas Zeugen, die mit der Ablehnung von Bluttransfusionen in Verbindung gebracht werden, in den Medien für Aufsehen gesorgt, da die Zeugen Jehovas die Übertragung von fremdem Blut aus religiösen Gründen entschieden ablehnen.

Medizinische Behandlungen, auch Bluttransfusionen bedürfen grundsätzlich der Einwilligung des Patienten. Wenn sich ein Zeuge Jehovas gegen eine Transfusion entscheidet, ist dies zu respektieren. Ist ein erwachsener Patient Mitglied der Zeugen Jehovas und trägt dieser eine Patientenverfügung bei sich, die eine Bluttransfusion ablehnt, weil es dadurch zu einer "Zerstörung der Persönlichkeit" des Menschen aus religiösen Gründen komme, so ist auch diese Verfügung verbindlich, sofern sie ernsthaft ist.

Bei Minderjährigen ist die Einwilligungsfähigkeit durch den Gesetzgeber bislang nicht geregelt. Minderjährige können grundsätzlich selbst zustimmen, wenn sie ihrer geistigen und sittlichen Reife nach einsichtsfähig sind. Bei Jugendlichen ab dem 16. Lebensjahr muss der Arzt ermitteln, wie einsichtsfähig sie sind und inwiefern sie selbst in die medizinische Behandlung einwilligen können. Einwilligung kann aber nicht eingeholt werden, wenn der Patient einwilligungsunfähig ist. Bei Kindern bis zum 16. Lebensjahr ersetzt die Einwilligung der Eltern in die medizinische Behandlung die Einwilligung der Kinder.

Ob die Entscheidungen der Eltern über ihre unmündigen Kinder im Fall lebensbedrohlicher Krankheitsverläufe von den behandelnden Ärzten akzeptiert

werden müssen, ist umstritten. Die Ablehnung einer Bluttransfusion für ein transfusionsbedürftiges Kind wäre eine Kindeswohlgefährdung. Bei Kindern ist der Weg über die Übernahme des Sorgerechts durch das Gericht unvermeidlich, falls die Eltern auf der Ablehnung einer lebensnotwendigen Transfusion beharren. Im Rahmen der objektiven Interessenabwägung ist der Grundsatz “in dubio pro vita” zu beachten. Bei erheblicher unmittelbarer Gefahr ist allerdings ein direktes Eingreifen nötig.

Schlüsselwörter: Zeugen Jehovas, Bluttransfusion, in dubio pro vita,
Einwilligungsfähigkeit, Behandlung, Sorgerecht