

의료행위와 대리승낙

이 석 배*

- I. 서론
- II. 의료행위에서 법정대리인 승낙의 보충성
 - 1. 환자 본인 승낙의 원칙과 승낙능력
 - 2. 미성년자
 - 3. 피성년후견인
 - 4. 응급환자 또는 의식이 없는 환자
- III. 대리인 승낙의 예외
 - 1. 환자의 사전의료지시
 - 2. 정신병원 등 격리
 - 3. 모험적 의료행위
- IV. 현실에서 적용의 문제
 - 1. 미성년자·피성년후견인의 승낙능력 판단
 - 2. 부모와 미성년자, 성년후견인과 피성년후견인의 의견 충돌
 - 3. 의료인의 비밀유지의무
 - 4. 가정법원의 허가 기준
 - 5. 『민법』 제947조의2 제4항의 연명치료중단 적용가능성
- V. 결론: 의료행위에서 후견과 자기결정권 사이의 괴리

I. 서론

최근 들어 세계적으로 의사에게 충분한 설명을 통한 환자의 승낙을 확보할 의무를 부과하는 것이 의료윤리의 핵심적 요소로 등장하였다.¹⁾ 이것은 우리

* 논문접수: 2014. 5.2. * 심사개시: 2014. 5. 10. * 수정일: 2014. 6. 10. * 게재확정: 2014. 6. 14.

* 단국대학교 법과대학 법학과 부교수, 법학박사(Dr. iur.).

* Herrn Prof. Dr. *Hans Lilie* mit den besten Glückwünschen zum 65. Geburtstag gewidmet.

나라의 경우도 예외는 아니며, 환자의 충분한 이해를 바탕으로 한 동의를 확보해야 할 의사의 설명의무는 생명권과 그로부터 도출되는 소극적 자기결정권으로서 헌법상 권리로 이해할 수 있다.

의사의 설명의무는 『세계의사회 윤리지침』,²⁾ 유네스코 『생명윤리와 인권 보편선언』 제6조, 『의사윤리지침(2006. 4. 22. 개정)』 제9조 등에 규정을 두고 있다. 독일의 경우 2013년 2월 『환자의 권리 개선을 위한 법률』을 통해 『독일민법』에 전형계약으로 의료계약을 도입하면서 일반적인 설명의무 조항을 두고 있지만,³⁾ 우리나라의 경우 『생명윤리 및 안전에 관한 법률』, 『장기등 이식에 관한 법률』, 『응급의료등에 관한 법률』, 2015년 시행예정인 『인체조직안전 및 관리 등에 관한 법률』 등 개별법에서 설명의무를 규정하고 있기는 하지만, 『민법』, 『의료법』 등 의료행위와 관련된 기본법에서는 일반적인 의료행위에 관한 설명의무 규정을 두고 있지 않다. 하지만 의사의 설명의무는 의료법상 일반적인 법원칙에 의하여 받아들여지고 있다. 대법원도 “일반적으로 의사는 환자에게 수술 등 침습을 가하는 과정 및 그 후에 나쁜 결과 발생의 개연성이 있는 의료행위를 하는 경우 또는 사망 등의 중대한 결과 발생이 예측되는 의료행위를 하는 경우에 있어서 응급환자의 경우나 그 밖에 특단의 사정이 없는 한 진료계약상의 의무 내지 침습 등에 대한 승낙을 얻기 위한 전제로서 당해 환자나 그 법정대리인에게 질병의 증상, 치료방법의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 위험 등에 관하여 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 생각되는 사항을 설명하여 당해 환자가 그 필요성이나 위험성을 충분히 비교해 보고 그 의료행위를 받을 것인가의 여부를 선택할 수 있도록 할 의무가 있다.”고 하여 의사의 설명의무를 인정하고 있다.⁴⁾

1) 이 글에서 승낙은 본인이 결정권을 가지고 주체로서 행하는 것으로, 동의는 피후견인의 승낙에 보조적으로 동의하는 것으로 구별하여 사용한다.

2) 세계의사회(대한의사협회 역), 『의료윤리지침』, 2005, 제23면.

3) 이 법률(Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten)의 번역문은 안법영·김상중, “외국입법자료-독일민법전의 진료계약”, 『의료법학』, 제14권 제1호, 제203면 이하 참고.

4) 대법원 2004. 10. 28. 선고 2002다45185 판결; 대법원 2002. 10. 25. 선고 2002다48443 판결; 대법원 1999. 9. 3. 선고 99다10479 판결; 대법원 1995. 2. 10. 선고 93다52402 판결;

이에 따라 침습적인 의사의 치료행위가 적법한 의료행위가 되기 위해서 원칙적으로 의사는 환자에게 해당 의료행위에 따른 위험성에 대하여 충분한 정보를 제공한 후 승낙을 받아야 한다(informed consent).⁵⁾ 승낙은 법률에 특별한 규정이 없으면 - 또는 차후 입증의 문제를 고려하지 않으면 - 어떠한 형식으로도 가능하다.

그러나 미성년 환자, 피성년후견인 환자, 의식 없는 환자 등의 경우에는 위에서 언급한 환자 본인의 승낙이 언제나 가능하다고 보기는 어렵다. 여기서 환자 본인이 스스로 승낙할 수 있는지, 있다면 어떤 조건하에서 가능한 것인지, 또 본인이 승낙할 수 없다면 어떠한 절차에 의하여 누가 승낙할 수 있는지에 대하여는 의문이 있다.

따라서 아래에서 우선 환자의 승낙능력 여부의 판단기준은 무엇인지, 어떠한 상황에서 미성년자, 피성년후견인 등이 스스로 결정할 수 있는지 등을 살펴보고(II), 미성년자, 피성년후견인 등이 스스로 결정할 수 없는 경우 부모, 친권자, 미성년후견인 또는 성년후견인(이하에서 통칭하여 ‘법정대리인’으로도 사용한다)의 대리승낙⁶⁾이 이루어지지만 그 예외의 경우(III)와 실제문제가 될 수 있는 상황의 해결방법(IV)을 살펴본다.

II. 의료행위에서 법정대리인의 승낙의 보충성

1. 환자 본인 승낙의 원칙과 승낙능력

원칙적으로 모든 의료행위는 의사의 충분한 설명을 바탕으로 한 환자의 승

대법원 1995. 1. 20. 선고 94다3421 판결; 대법원 1994. 4. 15. 선고 93다60953 판결; 대법원 1993. 7. 27. 선고 92도2345 판결 등.

5) 2007년 5월 16일 정부의 『의료법전면개정안』 제3조 제2항과 제3항에서 의료행위에 대한 일반적인 설명의무를 명시하고 있었으나, 임기만으로 폐기되었다.

6) 여기서 대리승낙의 의미는 본래 의미의 대리와 달리 ‘대신하여 승낙’한다는 의미로 사용한다. 따라서 ‘승낙의 대행’이라고 표현할 수도 있을 것이다.

낙을 필수적 요건으로 한다. 의사가 환자에게 충분한 설명을 하고 치료에 대한 승낙을 받는 데에 중요한 조건으로 크게 세 가지 본질적 요소를 들 수 있다. 첫째, 환자는 승낙능력이 있어야 하며 그 승낙은 자유로운 의사에 따른 것이어야 한다. 둘째, 의사는 환자에게 현재 환자의 상태, 치료의 목적, 방법, 결과, 치료로 인해 나타날 수 있는 효과와 위험, 예후, 다른 치료방법 등을 설명해야 하며,⁷⁾ 설명내용에 대한 환자의 충분한 이해가 필요하다. 또한 환자가 언제나 자신의 승낙의사표시를 철회할 수 있다는 점을 고지해야 한다.⁸⁾ 마지막으로 환자의 결정과 의사에 대한 위임을 그 요소로 들 수 있다.⁹⁾ 여기서 의사는 환자의 가치관을 의료행위의 계획에 반영함으로써 환자를 의료행위의 객체가 아닌 인격체로서 존중해야 할 의무를 부담한다. 이런 의미에서 의사는 의학적 지식 이외에도 인간애(Humanität)를 갖출 것이 요구된다.¹⁰⁾

그러나 첫 번째 조건인 승낙능력에 대하여 피성년후견인, 미성년자, 의식없는 환자에 대하여는 이러한 원칙을 그대로 관철하기에 어려운 상황이 존재한다. 여기서 환자의 승낙이 어떠한 법적 성격을 갖는지에 따라서 문제상황에 대한 해석이 달라진다. 즉 환자의 승낙이 법률행위인지 아니면 준법률행위 또는 사실행위인지에 따라 승낙능력의 인정기준이 달라진다.

의료행위에 대한 승낙능력은 의사의 설명을 듣고 이해할 수 있는 능력을 말하며, 침습에 의하여 발생할 수 있는 결과를 예견하고 판단할 수 있는 자연적 의미의 능력을 말한다. 즉 이해능력, 판단능력, 조정능력이 있는 경우¹¹⁾ 환자

7) 대법원 2004. 10. 28. 선고 2002다45185 판결 등.

8) 대표적으로 우리나라의 『장기등 이식에 관한 법률』도 제18조 제3항에서 “제1항 또는 제2항의 규정에 의한 동의를 한 자는 장기등의 적출을 위한 수술이 시작되기 전까지는 언제든지 장기등의 적출에 관한 동의를 의사표시를 철회할 수 있다”고 규정하고 있다.

9) Beauchamp/Childress, Principles of Biomedical Ethics (2001), p. 59. 하지만 여기서 위임이라는 표현이 의료계약의 성격을 위임계약으로 보는 것과는 관련이 없다.

10) Jaspers, Der Arzt im technischen Zeitalter, Technik und Medizin – Arzt und Patient · Kritik der Psychotherapie², S. 7; Laufs/Uhlenbruck3-Ulsenheimer, Handbuch des Arztrechts, § 1 Rn. 1.

11) BVerfGE 10, 309; BGHSt 4, 90; BGHSt 12, 382; LK11-Hirsch, § 228 StGB, Rn. 16; Laufs/Uhlenbruck3-Ulsenheimer, Handbuch des Arztrechts, § 139, Rn. 27 ff.

의 승낙능력을 인정할 수 있다. 반면, 행위능력이 있다고 하더라도 “의료행위의 종류, 의미, 절박성과 효과 또한 위험을 파악할 수 없고 자신의 의사를 결정할 수 없는 사람”은 승낙능력이 없는 것이다.¹²⁾ 즉 승낙능력은 의료행위와 그에 대한 승낙의 의미와 범위를 파악할 수 있는 환자의 능력이라고 볼 수 있다.¹³⁾ 승낙은 의사표시로서 법률행위의 특성이 없으므로 『민법』의 의미에서 행위능력 혹은 형법적 의미에서 책임능력이 전제조건은 아니다.¹⁴⁾

따라서 의료계약의 체결은 법률행위에 해당하지만, 개개의 의료행위에 대한 승낙 또는 거절의 표시는 침습행위인 의료행위의 여부와 방법 등에 대한 자신의 의사결정을 전달하는 의사의 통지로 본다.¹⁵⁾ 피성년후견인이나 미성년자라고 하더라도 본인이 승낙능력이 있다고 볼 수 있는 상황도 존재하며, 반면에 의식이 있는 환자라고 하더라도 극심한 고통에 시달려 승낙능력의 경계선상에 있는 상황에서 환자가 아닌 제3자에게 설명하고 그 제3자가 결정할 수밖에 없는 상황도 존재한다. 이러한 개별적인 상황에서 승낙능력은 획일적으로 판단할 수 없다. 물론 대리승낙이 이루어지는 경우에는 환자에게 설명하였는지 여부는 고려하지 않는다.

2. 미성년자

미성년자 역시 헌법상 기본권의 주체로서 생명권의 주체일 뿐 아니라, 인식

12) BT-Drucks. 11/4528, 71; OLG Hamm, FGPrax 1997, 64, 65; Damrau/Zimmermann, *Betreuungsrecht*, § 1904 BGB, Rn. 3 ff.

13) 김민중, “미성년자에 대한 의료행위와 부모의 권한”, 『의료법학』, 제13권 제2호, 2012, 제217면, 제238~239면은 승낙능력을 구체적으로 ‘(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 능력’을 의미한다고 한다.

14) BGHZ 29, 33, 36; Sch/Sch27-Eser, § 223 StGB, Rn. 38.

15) 김민중, “의사책임 및 의사법 발전에 관한 최근의 동향”, 『민사법학』, 제9·10호, 1993, 제339면; 김천수, 「환자의 자기결정권과 의사의 설명의무」, 박사학위논문, 서울대학교 대학원, 1994, 제40~41면; 이재경, “한국과 독일에 있어서 환자의 동의능력에 관한 비교법적 연구”, 『민사법학』, 제50호, 2010, 제517면, 제524~525면.

능력과 판단능력이 인정되는 한에서는 본인이 스스로 자신의 권리를 행사할 수 있는 기본권의 향유자이다. 의료행위와 관련하여 본인 승낙의 원칙을 규정하고 보충적으로 성년후견인의 승낙권을 인정하고 있는 피성년후견인의 경우와 달리, 미성년자의 경우에는 명문의 규정을 두고 있지 않다. 미성년자의 경우 친권자 또는 미성년후견인의 신상에 관한 권한이 좀 더 강하기는 하지만,¹⁶⁾ 다르게 해석할 필요는 없다. 즉 미성년자라고 하더라도 정신적으로 인식능력과 판단능력이 인정된다면 원칙적으로는 본인 스스로 결정할 수 있어야 한다.¹⁷⁾

이점은 『UN 아동권리협약(United Nations Convention on the Rights of the Child, UNCRC)』에서도 명문으로 참여의 권리(Right To Participation)를 규정하고 있다. 제6조는 미성년자(여기서는 18세 미만)의 생명권을 보장하고 있고, 제12조와 제13조에서도 자신의 견해를 자유롭게 형성하고 표현할 수 있다고 규정하고 있으며, 이를 위해서는 자신과 관련된 정보의 자유도 보장되어야 한다. 즉 미성년자도 자신에 관한 정보의 자유를 가지며 이 정보를 가지고 스스로 자신의 신상 등의 결정에 스스로 참여할 권리(Right To Participation)를 갖는다.

여기서 의사가 미성년자의 승낙능력에 의심이 없는 경우에도 미성년자의 승낙 이외에 법정대리인의 동의를 필수적으로 받아야 하는지 하는 문제가 있다. 이는 미성년자가 단독으로 의료행위에 대한 승낙이 가능한가의 문제와 관련된다.

승낙을 법률행위로 보는 경우에는 『민법』 제5조에 따라 미성년자 본인의 승낙이외에 친권자 또는 미성년후견인의 동의를 받아야 한다. 준법률행위(의사의 통지)로 보는 경우에도 『민법』 제5조가 유추적용된다는 견해가 있으나,¹⁸⁾ 의료행위의 승낙은 다르게 보아야 한다. 의료행위에 대한 승낙은 자신의 신체

16) 이는 『민법』뿐 아니라 『장기등 이식에 관한 법률』 등 다른 개별법에서도 마찬가지이다.

17) Köch/Fegert, Patientenautonomie - Minderjährige als Patienten, FPR 2007, 76, 77.

18) 곽윤직, 『민법총칙(민법강의 I)』, 2013, 제115면.

에 대한 침습을 허용하는 최고의 인격권을 갖는다. 미성년자라고 하여 판단능력이 있음에도 불구하고, 이러한 인격권을 독립적으로 행사하지 못하고 법정 대리인의 동의를 얻어야한다고 해석하는 것은 받아들이기 곤란하다.¹⁹⁾ 성년에 가까운 미성년자의 경우 자신의 사생활 등 초인격적인 부분에 대하여 법정 대리인에게 의무적으로 알려야 한다는 것이 타당하지 않으며, 오히려 법정대리인에게도 알리지 말 것(의사의 비밀유지의무)을 요구할 수 있는 권리가 있다고 보아야 할 것이다.

성년에 가까울수록, 승낙능력이 인정될 가능성이 높아지기는 하지만, 의료행위에 대한 승낙능력의 판단에서 예컨대 『민법』상 미성년자인 19세, 형사미성년자인 14세, 『형법』상 의제강간죄의 기준인 13세, 소송법상 선서능력과 장기기증 관련된 생체이식의 기준인 16세 등 획일적인 연령을 정하는 것은 무의미하다.²⁰⁾ 이러한 획일적인 기준을 비판하고 16세 이상 미성년자의 승낙능력을 인정하면서도, 다시 16-18세, 18-19세의 미성년자를 나누어 승낙의 범위에 차등을 두는 견해가 있다.²¹⁾ 위에서 본 것처럼 성년에 가까울수록 승낙능력이 인정될 가능성이 높아질 뿐이지, 절대적 기준은 아니다. 이 견해도 미성년자의 단독 승낙을 인정하기는 하지만 획일적인 기준을 제시한다는 점에서 큰 차이가 없다.

여기서 중요한 것은 예정된 의료행위에 따른 침습의 종류, 범위, 위험이다.

19) 김민중, “미성년자에 대한 의료행위와 부모의 권한”, 『의료법학』, 제13권 제2호, 2012, 제217면, 제243면; 김천수, 「환자의 자기결정권과 의사의 설명의무」, 박사학위논문, 서울대학교 대학원, 1994, 제73~74면.

20) 특히 수혈과 관련하여 다른 법령들과 영국의 ‘길릭사건(Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority [1985] UKHL 7)’을 기초로 16세를 기준으로 보는 견해로는 김민중, “미성년자에 대한 의료행위와 부모의 권한”, 『의료법학』, 제13권 제2호, 2012, 제217면, 제240~241면.

이 점은 UN 인권과 생의학에 관한 협약(The Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine = the Convention on Human Rights and Biomedicine = the Oviedo Convention) 제6조에도 명시하고 있다.

21) 김민중, “미성년자에 대한 의료행위와 부모의 권한”, 『의료법학』, 제13권 제2호, 2012, 제217면, 제242~243면.

예컨대 감기나 비염 등에 대한 간단한 의료행위에 대한 승낙능력을 인정할 수 있는 중학생이 중대하고 위험하며, 오랜 시간을 필요로 하는 의료행위에 대하여 바로 승낙능력이 있다고 인정할 수는 없을 것이다. 이러한 관점에서 보면 승낙능력은 의사능력과 동일한 것도 아니다.²²⁾

독일의 경우 1980년 개정된 『독일민법』 제1626조에 의하여 친권자는 “스스로 책임의식에 따른 행위에 대한 자녀의 커가는 능력과 욕구”를 고려해서 판단하여야 한다고 규정하고 있다. 이 규정에 따라 미성년자라고 하더라도 승낙능력이 인정되면 단독으로 승낙이 가능하며, 그 한에서 법정대리인의 동의권은 인정되지 않는다.²³⁾

의사가 미성년자의 승낙능력이 없다고 판단하거나 그 능력에 확신을 가질 수 없는 경우, 통상적으로 법정대리인에게 의료행위에 대한 충분한 정보를 제공하고 승낙을 받아야 한다.²⁴⁾ 『민법』 제947조의2 제3항은 성년후견인에 대하여 의료행위에 대한 대리승낙에 관한 명문의 규정을 두고 있으나, 미성년자에 대하여는 명문의 규정이 없다. 그러나 『민법』 제913조가 ‘친권자는 자를 보호하고 교양할 권리의무가 있다’고 규정하고 있으므로, 미성년자가 승낙능력이 없는 경우에 한하여 신상을 보호하는 권리에 의료행위에 대한 대리승낙권이 포함된다고 볼 수 있다. 제909조 제1항과 제2항에 따라 원칙적으로 혼인 중에는 부모 모두 친권자이고, 친권은 부모가 공동으로 행사하므로, 부모 쌍방이 친권을 공동 행사하는 경우에는 양친의 승낙을 모두 받아야 할 것이다. 하지만

22) 김민중, “미성년자에 대한 의료행위와 부모의 권한”, 『의료법학』, 제13권 제2호, 2012, 제217면, 제238면.

23) Kern, Fremdbestimmung bei der Einwilligung in ärztliche Eingriffe, NJW 1994, 753, 756. 대표적인 판결로는 ‘인식능력과 판단능력이 인정되는 17세 환자의 단독승낙에 의하여 시행된 의료행위는 정당하다’는 판결(OLG Schleswig, VersR 1989, 810)과 ‘낙태기술과 관련하여 승낙능력이 인정되는 16세 환자의 임신중절에 대한 승낙은 유효하며, 친권자의 추가적인 승낙은 필요하지 않다’는 판결(AG Schlüchtern, NJW 1987, 2306 = VersR 1988, 163)이 있다.

이에 반대하는 견해로는 대표적으로 *Belling*, Die Entscheidungskompetenz für ärztliche Eingriffe bei Minderjährigen, FuR 1990, 68~77 참고. 이 입장에서는 아주 간단한 의료행위의 경우에만 예외적으로 미성년자 단독으로 승낙할 수 있다고 한다.

24) BGHZ 29, 33, 36; Kern/Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht (1983), 29.

일방만 동석한 경우에는 제3항에 따라 동석한 일방이 이를 행사할 수 있다. 또한 제920조의2를 유추적용하여, 부모의 일방이 공동명의로 의료행위에 승낙한 때에는 의사가 다른 일방이 반대한다는 사실을 알지 못하는 한, 다른 일방의 의사에 반하는 때에도 그 효력이 있다고 보아야 할 것이다.

다만, 미성년환자에 대한 의료행위가 중대한 위험을 내포하는 경우, 예컨대 성년후견에서 『민법』 제947조의2 제4항에 규정된 것처럼 의료행위의 결과로 사망하거나 상당한 장애를 입을 위험이 있는 경우에는 『민법』 제920조의2 규정에도 불구하고 부모 중 일방의 승낙을 신뢰했다는 것만으로 정당화 될 수는 없을 것이다. 오히려 의사는 부재중인 부모일방도 승낙했다는 점에 확신을 가질 수 있어야 한다. 이는 부재중인 부모일방이 미성년환자의 치료를 위해 적극적으로 노력한 경우에는 더욱 그러하다. 특히 부모 쌍방이 합의한 치료계획에서 크게 벗어나는 경우에는 부모 일방만의 승낙으로는 충분하다고 볼 수 없다.²⁵⁾

응급상황의 경우는 미성년자도 응급환자에 관한 규정이 적용되므로, 경우에 따라 친권자 일방의 승낙, 친권자 아닌 동행자의 승낙 또는 승낙이 없는 경우에도 정당한 의료행위가 될 수 있다.

친권자 또는 미성년후견인이 부재중이며 연락이 불가능한 경우라면 의사는 - 소위 추정적 승낙의 법리에 따라 - 미성년 환자의 나이, 의료행위의 종류, 긴급성 등을 종합하여 의료행위의 시행 여부를 결정하여야 할 것이다.

『민법』 제912조 제1항이 ‘친권을 행사함에 있어서는 자의 복리를 우선적으로 고려하여야 한다.’고 규정하고 있으므로, 친권자의 승낙은 의학적 판단과 일치해야 할 것이다. 여기서 두 가지 관련 문제가 제기된다. 우선 의학적으로 필요한 처지의 경우에는 복리에 합치하므로 대리승낙이 가능하며, 이는 친권자의 의무이기도 하다. 반면, 미성년환자에게 부담을 주는 비합리적인 결정은 허용되지 않는다고 보아야 한다. 예컨대 여호와의 증인인 친권자가 자신의 신

25) 같은 견해로 BGH, NJW 1988, 2946 = MedR 1989, 81.

념에 따라 수혈을 거부한다고 하더라도 의학적으로 필수적이라고 판단되는 수혈을 거부하는 것은 허용되지 않는다고 하여야 한다.²⁶⁾ 이러한 상황에서 의사는 부모의 의사에 반하더라도 의학적으로 필수적인 조치는 시행할 수 있다. 따라서 부모의 결정권 행사는 의학적으로 동일한 효과를 가지는 다른 치료방법이 대안으로 존재할 때에만 가능하다.²⁷⁾

3. 피성년후견인

가. 개정민법에서 성년후견

『개정 전(2013. 7. 1. 시행 『민법』 이전) 민법』 (이하 『舊민법』) 제947조는 원칙적으로 재산관리와 법률행위의 대리에 관하여 후견인의 임무를 규정한 것으로, 사실상 인정되던 신상보호와 관련되는 사무를 이 규정에서 인정하고 그에 관한 결정권한이나 의무를 부여하는 해석이 가능한지에 대하여는 의문이 있었다. 그러나 『민법』 제947조는 개정이유서에서도 밝히고 있듯이 명문으로 신상보호 규정의 도입하여, 피후견인의 복리, 치료행위, 주거의 자유 등 재산관리행위로는 환원될 수 없는 일신전속적 의사결정에도 후견인의 폭넓은 조력이 가능하도록 하였다.²⁸⁾

이에 따라 『민법』 제947조에서 ‘성년후견인은 피성년후견인의 재산관리와 신상보호를 할 때 여러 사정을 고려하여 그의 복리에 부합하는 방법으로 사무를 처리하여야 한다. 이 경우 성년후견인은 피성년후견인의 복리에 반하지 아니하면 피성년후견인의 의사를 존중하여야 한다’고 규정하고 있다. 의안에 따르면 후견인의 임무 수행에 있어서 피후견인의 의사 존중 의무를 명시하여 피후견인의 복리를 실질적으로 보장할 수 있도록 하였다고 한다.²⁹⁾ 물론 후견법

26) 특히 여호와의 증인 수혈거부 문제와 관련된 미성년자환자의 부모의 승낙 범위에 관한 집중적인 논의로는 김민중, “미성년자에 대한 의료행위와 부모의 권한”, 『의료법학』, 제 13권 제2호, 2012, 제217면 이하 참고.

27) Kern/Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht (1983), 30ff.

28) 의안번호 18-10526 『민법 일부개정법률안(대안)』 (2010. 12. 31.), 의안원문 3. 라.

의 관점에서 피후견인의 복리를 보장이 후견인의 최우선 사무라는 점은 부인할 수 없다. 이 점은 『민법』 제940조가 성년후견인이 임무수행이 피성년후견인의 복리에 부합하지 않는다고 판단되면 가정법원이 직권 또는 이해관계인의 신청에 의하여 개입할 수 있도록 규정하고 있는 점에서도 알 수 있다.

나. 신상보호에 관한 성년후견의 보충성

『민법』 제947조는 ‘성년후견인은 피성년후견인의 재산관리와 신상보호를 할 때 여러 사정을 고려하여 그의 복리에 부합하는 방법으로 사무를 처리하여야 한다. 이 경우 성년후견인은 피성년후견인의 복리에 반하지 아니하면 피성년후견인의 의사를 존중하여야 한다.’고 규정하여, 성년후견인의 임무는 복리배려의무를 기준으로 하고, 피성년후견인의 의사를 존중할 의무는 보충적인 것으로 규정하고 있다.³⁰⁾

반면에 『민법』 제947조2는 제1항에서 ‘피성년후견인은 자신의 신상에 관하여 그의 상태가 허락하는 범위에서 단독으로 결정한다.’, 제3항은 ‘피성년후견인의 신체를 침해하는 의료행위에 대하여 피성년후견인이 동의할 수 없는 경우에는 성년후견인이 그를 대신하여 동의할 수 있다.’고 규정하고 있다. 이들 규정들은 신상에 관하여 원칙적으로 피성년후견인이 스스로 결정을 내릴 수 있는 상태에 있는 한 피성년후견인의 의사가 가장 중요한 요소이며, 성년후견인의 신상결정에 대한 권한은 보충적이라는 점을 명시하고 있다. 또한 피성년후견인이 신상결정을 할 수 없는 경우라도 성년후견인이 언제나 결정할 수 있는 것은 아니고, 『민법』 제938조 제3항에 따라 가정법원이 성년후견인을 선임할 때 신상에 관한 결정권한의 범위에 의료행위에 관한 동의권을 부여 받은 경우에만 가능하다.³¹⁾

29) 의안번호 18-10526 『민법 일부개정법률안(대안)』 (2010. 12. 31.), 의안원문 3. 라.

30) 윤진수·현소혜, 『법무부 2013년 개정민법 해설 5』, 2013, 제110면.

31) 김형석, “민법개정안에 따른 성년후견법제”, 『가족법연구』, 제24권 제2호, 2010, 제111면, 제138면; 윤진수·현소혜, 『법무부 2013년 개정민법 해설 5』, 2013, 제114면.

이 규정들을 함께 고려하여 보면, 여기서 의료행위에 대한 승낙은 ‘신상’에 관한 대표적인 사항이고,³²⁾ 신상에 관한 결정, 특히 의료행위에 대한 승낙은 일신전속적 권리에 해당하며 대부분은 법률행위에도 해당하지 않는다. 게다가 『민법』 제947조는 피성년후견인의 의사보다는 복리 우선의 원칙을 규정하고, 제947조의2는 피성년후견인이 결정가능한 범위 안에서, 특히 의료행위와 관련하여는 피성년후견인 스스로 결정하도록 규정하고 있다. 이 두 조문을 함께 고려하면 제947조 제2문은 재산관리에는 적용이 가능하고 의미가 있지만, 신상에 관하여는 피성년후견인의 의사를 알 수 있을 경우에는 제947조의2가 적용되므로 특별한 의미를 가진다고 보기는 어렵다.

따라서 피성년후견인의 경우에도 의료행위에 대한 승낙은 원칙적으로 『민법』 제947조2 제1항에 따라 피성년후견인 본인이 결정하고, 의료행위에 대한 본인이 결정할 수 없는 상황이라면 『민법』 제938조 제3항에 따라 가정법원이 의료행위에 대한 승낙권한을 부여한 경우에 한하여 『민법』 제947조2 제3항에 따라 성년후견인이 결정하되, 『민법』 제947조2는 제1항에 따라 피성년후견인의 복리와 부합하는 경우에 한하여 대리승낙이 가능하다고 볼 수 있다.

4. 응급환자 또는 의식이 없는 환자

응급환자의 경우는 『응급의료 등에 관한 법률』 제9조 제1항에서 ‘응급환자가 의사결정능력이 없는 경우’와 ‘설명 및 동의 절차로 인하여 응급의료가 지체되면 환자의 생명이 위협하여지거나 심신상의 중대한 장애를 가져오는 경우’에는 환자의 승낙없이 응급의료행위를 할 수 있다. 이 경우 의료인은 법정대리인이 동행한 경우에는 그 법정대리인에게, 법정대리인이 동행하지 않은 경우에는 동행한 사람에게 설명하고 동의를 받아야 한다.

통상적인 경우에 성인은 법정대리인이 없다. 따라서 동행인에게 동의를 받

32) 김형석, “민법개정안에 따른 성년후견법제”, 『가족법연구』, 제24권 제2호, 2010, 제111면, 제136면.

도록 한 이 규정의 의미는 응급의료가 필요한 환자에게는 환자의 복리에 당장 필요한 의료행위를 본인의 동의 없이도 시행할 수 있도록 한 것이다. 따라서 법정대리인 또는 동행인이 승낙하는 경우도 위에서 본 미성년자와 피성년후견인의 경우와 마찬가지로 환자의 복리에 부합하는 범위에서만 가능하다고 본다. 또한 동행인도 없는 경우도 응급환자에 대한 필수적인 의료행위의 시행은 긴급피난, 정당행위 또는 추정적 승낙의 법리에 의해서 정당화될 수 있다. 이 경우 의료인은 현재 상황에서 합리적인 환자라면 승낙할 것이라는 객관적인 관점에서 승낙할 것인지에 따라 결정하여야 한다. 즉 응급환자의 경우 본인이 결정하는 상황이 아니라면, 법정대리인, 동행인, 의료인 중 누가 결정을 하는가와 관계없이 본인의 가치관에 따른 판단을 인정하는 것은 아니며, 객관적인 관점에서 합리적으로 판단해야 한다. 여기서 객관적·합리적이라는 의미는 결국 통상적인 의학적 관점에 따르는 것이라고 볼 수 있다. 이러한 관점에서 동행인의 승낙에 큰 무게는 없다고 볼 수 있다. ‘보라매병원 사건’³³⁾의 경우처럼 의식 없는 환자에 대하여 의학적으로 필요한 의료행위를 보호자의 요구에 따라 중단하는 것은 허용되지 않는다고 보아야 하고, 의학적 판단에 반하는 보호자의 퇴원요구에 따른 행위는 정당화될 수 없다는 결론은 타당하다고 볼 수 있다. 또한 ‘김할머니 사건’³⁴⁾에서 세브란스 병원 측이 의학적으로 필요하다고 판단하고 가족의 중단 요청을 거부한 것도 마찬가지로 입장에서 이해할 수 있다.

만약 환자의 의식이 돌아오거나 응급상황을 벗어난 경우에는 환자 본인이 스스로 결정하여야 하며, 의식이 일정시간 이후에도 돌아오지 않는다면 법원에 성년후견 신청을 통하여 성년후견의 원칙에 따라 이루어져야 할 것이다.

33) 대법원 2004. 6. 24. 선고 2002도995 판결.

34) 대법원 2009. 5. 21. 선고 2009다17417 판결. 다만 법원은 감정을 통하여 의학적으로 무의미하다는 입장을 취하였고, 연명치료중단을 인용하였다. 물론 그 근거에서 가족의 의사가 아니라 본인의 의사에 따라 중단하는 것으로 보았다. 이 판결에 대하여는 이석배, “연명치료중단의 기준과 절차-대법원 2009. 5. 21. 선고 2009다17417 판결이 가지는 문제점을 중심으로-”, 『형사법연구』, 제21권 제2호, 2009, 제147면 이하.

III. 대리인 승낙의 예외

의사결정능력 없는 환자에 대한 의사의 의료행위는 그에 대한 충분한 정보를 제공받은 대리인의 승낙에 의해 정당화될 수 있다. 하지만 대리인의 승낙에 대한 예외가 존재한다.

1. 환자의 사전의료지시

최근 보건복지부에서 사전의료지시에 구속력을 부여하는 법률을 제정하려는 시도를 하고 있고, 각종 단체에서도 사전의료의향서라는 표제로 작성을 독려하고 있다. 하지만 이러한 입법의 노력과는 별개로 대법원이 제시한 조건에 따라라도 사전의료지시서의 효력은 일정한 범위에서 인정할 수 있다.

대법원은 소위 ‘김할머니 사건’에서 회복가능성이 없어 짧은 시간 내에 사망에 이를 것이 명백한 환자에 한정하여 사전의사표시를 남긴 경우에는 환자의 의사에 따른다는 입장을 취하였다.³⁵⁾ 물론 이 사건이 인공호흡기 적용에 국한하여 진행된 민사소송이기 때문에 환자의 사전의료지시가 무한한 구속력을 가진다고 보기는 어렵다. 그러나 환자가 직접 심폐소생술거부(DNR: Do Not Resuscitate) 또는 인공호흡기 적용거부의 사전의사를 남긴 경우에는 법정대리인의 동의와 관계없이 환자의 의사에 따른다고 해석할 수 있다.³⁶⁾ 물론 환자를 치료하는 의사가 대법원이 제시한 회복가능성이 없어 짧은 시간 내에 사망에 이를 것이 명백한 환자라는 전제조건을 충족하는 지에 대하여 의심이 없는 경우에만 가능하다.³⁷⁾

독일의 경우 2009년 『독일 후견법 제3차 개정법(Drittes Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts)』에 따라 환자 사전의료지시의 구속력을 인

35) 대법원 2009. 5. 21. 선고 2009다17417 전원합의체판결.

36) 대한의사협회의 「연명치료중지지침」도 같은 입장이다.

37) 이 판결의 치료중단기준에 대한 비판은 대표적으로 이석배, “연명치료중단의 기준과 절차-대법원 2009. 5. 21. 선고 2009다17417 판결이 가지는 문제점을 중심으로-”, 『형사법 연구』, 제21권 제2호, 2009, 제147면 이하 참고.

정하였고,³⁸⁾ 2013년 『환자의 권리 개선을 위한 법률(Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten)』에 따라 『독일민법』에 도입된 제630d조 제1항 제2문에서 의료행위 이전에 제1901a조 제1항 제2문에 따른 사전의료지시가 있는 경우를 제외하고는 대리인의 동의를 받아야 한다고 규정함으로써, 사전의료지시가 대리인 승낙의 예외에 해당한다는 명문의 규정을 두고 있다. 말기환자 또는 임종환자만을 대상으로 사전의료지시의 효력을 인정하는 우리나라와는 달리, 독일에서는 환자의 상태와 무관하게 “현재 환자상태와 의료상황이 유효하게 작성된 사전의료지시와 일치한다는 점에 의심의 여지가 없다고 판단한다면, 사전의료지시를 기초로 판단”한다는 점을 입법이유서에서도 인정한다.³⁹⁾

2. 정신병원 등 격리

『민법』 제947조의2 제2항과 제3항에 따라 ‘성년후견인이 피성년후견인을 치료 등의 목적으로 정신병원이나 그 밖의 다른 장소에 격리하려는 경우’와 ‘피성년후견인이 의료행위의 직접적인 결과로 사망하거나 상당한 장애를 입을 위험이 있을 때’에는 성년후견인 단독으로 결정할 수 없고 가정법원의 허가를 받아야 한다.⁴⁰⁾ 이는 『舊민법』 제947조 제2항의 내용을 수용한 것이지만, 기존에 있던 긴급을 요할 경우 사후 허가를 청구할 수 있다는 조항은 삭제되었다. 따라서 피성년후견인을 격리할 때에는 반드시 사전에 가정법원의 허가를 받아야 하며, 사전 허가 없이 격리 감금하는 경우에는 위법한 감금행위가 된다.⁴¹⁾

38) 2009년 독일 후견법 제3차 개정법(Drittes Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts)에 관한 자세한 설명은 이석배, “독일의 환자사전의사표시법”, 『원광법학』, 제26권 제4호, 2010, 제337면 이하 참고. 이 법률의 번역은 이석배·이원상, “연명치료중단에 있어서 환자의 자기결정권과 사전의료지시서에 관한 연구”, 『한국형사정책연구원 연구총서 10-30』, 제158~161면 [부록2] 참고.

39) BT-Drucks. 17/10488, 23.

40) 이 규정의 의미에 대하여 자세한 것은 후술한다.

41) 윤진수·현소혜, 『법무부 2013년 개정민법 해설 5』, 2013, 제113면. 이와 관련하여 정신보건법과의 상호모순관계를 지적하는 문헌으로 박호균, “성년후견과 의료-개정 민법 제947

3. 모험적 의료행위

『민법』 제947조2 제1항에 따라 의료행위에 대하여는 원칙적으로 피성년후견인 본인이 결정하고, 의료행위에 대한 본인이 결정할 수 없는 상황에는 『민법』 제938조 제3항에 따라 가정법원이 의료행위에 대한 승낙권한을 부여한 경우에 한하여 『민법』 제947조2 제3항에 따라 성년후견인이 결정할 수 있다. 『민법』 제947조2 제3항에 따른 대리승낙의 경우에도 제4항에서 ‘피성년후견인이 의료행위의 직접적인 결과로 사망하거나 상당한 장애를 입을 위험이 있을 때에는 가정법원의 허가를 받아야 한다. 다만, 허가절차로 의료행위가 지체되어 피성년후견인의 생명에 위험을 초래하거나 심신상의 중대한 장애를 초래할 때에는 사후에 허가를 청구할 수 있다.’고 하여, 성년후견인 단독으로 모험적 의료행위에 대하여는 결정할 수 없도록 규정하고 있다.

『민법』 제947조2 제4항은 성년후견인에게 의료행위에 대한 동의권을 주지 않았던 일본과 비교하여 성년후견인에게 의료행위에 대한 승낙권한을 주되, 그에 대한 가정법원의 통제가 가능하도록 하였다는 점에서 진일보하였다는 평가가 지배적인 것으로 보인다.⁴²⁾

『독일민법』 제1904조 제1항을 모범으로 한 것으로 보이는 『민법』 제947조2 제4항은 성년후견인이 복지배려의무에 반하여 모험적인 의료행위를 시도하는 것을 사전에 방지하기 위한 것으로 보인다.⁴³⁾ 어떤 의료행위가 모험적인 것이냐에 대하여는 일률적으로 말할 수 없고, 의료행위 자체가 가지고 있는 위험성, 환자의 건강상태 등을 종합적으로 고려하여 판단할 수밖에 없다.

여기서 가정법원이 허가여부를 판단하는 기준이 무엇인지에 대하여 의학적 필요성을 판단하는 것이 아니라, 의료행위의 시행이 환자의 복리를 해할 우려

조의2를 중심으로-”, 『의료법학』, 제13권 제1호, 2012, 제125면, 제131면 이하; 신권철, “성년후견제도의 도입과 법원의 역할”, 『사법』, 제14호, 2010, 제3면, 제22면.

42) 박호균, “성년후견과 의료-개정 민법 제947조의2를 중심으로-”, 『의료법학』, 제13권 제1호, 2012, 제125면, 제136면; 오호철, “일본의 성년후견제도상 의료행위의 동의”, 『법학연구』, 제39집, 2010, 제85면, 제102면.

43) 현소혜, “의료행위 동의권자의 결정”, 『홍익법학』, 제13권 제2호, 2012, 제177면, 제203면.

가 있는지와 대행권한의 행사가 피성년후견인 본인의 의사에 합치하는지를 심리하는 것이라고 한다.⁴⁴⁾ 하지만 이러한 기준은 환자의 복리와 의사가 충돌하는 경우에 해결책을 줄 수 없다. 이에 대하여는 후술한다.

IV. 현실에서 적용의 문제

1. 미성년자·피성년후견인의 승낙능력 판단

앞에서 언급한 것처럼 미성년자 또는 피성년후견인이라고 하더라도 인식능력과 판단능력이 인정된다면 원칙적으로는 본인 단독으로 결정할 수 있다. 그러나 임상의 구체적 사례에서 미성년자 또는 피성년후견인의 승낙능력이 있는지 판단하는 것이 그리 쉬운 일은 아니다. 이에 대한 오판은 항상 법적인 문제가 제기될 수 있기 때문이다. 승낙능력이 없다고 잘못 판단하여 법정대리인의 승낙만을 받고 미성년자 또는 피성년후견인의 승낙을 받지 않은 경우도 문제가 될 수 있고, 반면에 미성년자 또는 피성년후견인의 승낙능력이 있다고 잘못 판단하여 미성년자 또는 피성년후견인의 승낙만을 받고 법정대리인의 승낙을 받지 않은 경우 모두 의료행위의 정당화 관점에서 문제가 될 수 있다.

이러한 난점에도 불구하고 환자의 승낙능력을 판단해야 하는 의사의 의무가 사라지는 것은 아니다. 의료인은 예정된 의료행위와 관련된 미성년자 또는 피성년후견인의 승낙능력이 있는지에 대하여 확인해야 할 의무를 부담한다.⁴⁵⁾ 물론 특정 나이를 기준으로 승낙능력을 인정한다면 임상의 의료인 입장에서는 훨씬 더 안정적인 지위에 설 수 있지만, 미성년자 또는 피성년후견인의 자기결정권에 대한 심각한 침해가 발생할 수 있기 때문에 이를 인정할 수는 없다. 의료인은 승낙능력에 대한 판단에 대하여 문제가 제기되면, 차후에 의료행

44) 김형석, “민법개정안에 따른 성년후견법제”, 『가족법연구』, 제24권 제2호, 2010, 제111면, 제139면; 윤진수·현소혜, 『법무부 2013년 개정민법 해설 5』, 2013, 제116면.

45) 현소혜, “의료행위 동의권자의 결정”, 『홍익법학』, 제13권 제2호, 2012, 제177면, 제196면.

위에 대한 설명과 승낙 당시에 미성년자 또는 피성년후견인이 승낙능력이 있었거나 없었다는 점에 대하여 입증해야 할 지위에 서게 된다.

위에서도 언급한 것처럼 우선 승낙능력의 판단은 시행예정인 의료행위의 종류, 범위, 위험이 중요하다. 의료행위의 시행 또는 불시행에 따른 위험이 크면 클수록 그에 따른 더 강한 승낙능력이 요구된다. 그러나 승낙능력은 항상 나이와 비례하는 것은 아니다.

둘째로 구체적인 의료행위에 대한 미성년자 또는 피성년후견인의 승낙능력을 의료인이 어느 정도 알고 있는지 문제이다. 환자와 의료인의 관계가 어느 정도 형성되어 있는지가 여기서는 중요한 척도가 된다. 예컨대 장기환자의 경우 의료인과 미성년자 또는 피성년후견인 환자 사이에 신뢰관계 형성이 인정될 수 있다면 그 만큼 의료인의 판단은 신뢰를 받을 수 있을 것이다. 물론 여기서 소아청소년과 또는 정신건강과 의사 등 전문적인 제3자의 도움도 하나의 판단 근거가 될 수 있을 것이다.

의료인의 관점에서 미성년자 또는 피성년후견인 환자의 승낙능력에 대한 판단이 이루어지면 이에 대하여는 차후에 확인할 수 있도록 자신의 판단과 그 근거를 차트에 정확하게 기록해 놓아야 할 것이다. 특히 성년에 가까운 나이의 미성년자 경우는 이미 판단능력이 있을 가능성이 높기 때문에 미성년자의 승낙을 받지 않고 친권자(부모)의 승낙만으로 의료행위가 이루어지는 경우 특히 중요하다.

이러한 위험을 줄이기 위해서 의심스러운 경우에는 우선 미성년자 또는 피성년후견인 환자의 승낙을 받은 후 추가적으로 친권자(부모)와 성년후견인의 승낙을 받을 것을 추천하기도 한다.⁴⁶⁾

다만 예방접종, 헌혈, 간단한 치과치료와 같은 일상적이고 간단한 의료행위의 경우에는 친권자(부모)와 성년후견인의 승낙은 필수적이지 않은 것으로 보

46) 김천수, “성년후견과 의료행위의 결정”, 『가족법연구』, 제21권 제1호, 2007, 제1면, 제12면; BGH, NJW 2007, 217, 218; Nebendahl, Selbstbestimmungsrecht und rechtfertigende Einwilligung des Minderjährigen bei medizinischen Eingriffen, MedR 2009, 197, 202.

아야 할 것이다.

2. 부모와 미성년자, 성년후견인과 피성년후견인의 의견 충돌

위에서 미성년자 또는 피성년후견인, 친권자(부모)와 성년후견인의 일방의 승낙만 받고 의료행위를 한 경우 차후에 문제가 될 수 있는 경우에 대비하여 미성년자 또는 피성년후견인, 친권자(부모)와 성년후견인 쌍방의 승낙을 받을 것을 추천하였다. 그와 달리 의학적으로 필요한 의료행위에 대하여 의료인이 승낙능력이 있다고 판단한 미성년자 또는 피성년후견인 환자가 설명을 듣고 승낙하였으나 친권자(부모)와 성년후견인이 이를 승낙하지 않는 경우도 있을 수 있고, 승낙능력이 없다고 판단한 미성년자 또는 피성년후견인의 친권자(부모)와 성년후견인 승낙을 받아 시행되는 의료행위를 미성년자 또는 피성년후견인이 거부하는 경우 문제가 된다. 이 경우 차후의 분쟁에 대비하여 의학적 판단에 반하는 결정을 내린 측에 대하여 설득을 위해 노력해야 할 것이다. 그러나 설득에 성공하지 못한 경우 문제가 된다.

이렇게 승낙능력 있는 미성년자 또는 피성년후견인의 의사와 친권자(부모)와 성년후견인의 의사가 충돌하는 경우에 환자 본인의 의사가 우선한다는 견해⁴⁷⁾와 환자의 의사결정이 합리적인 경우에만 제한적으로 환자 본인의 의사가 우선한다는 견해⁴⁸⁾가 대립한다. 이 경우 응급상황이라면 의학적 판단에 따른 의료행위가 이루어져야 하지만, 그렇지 않은 경우에는 위에서 검토한 우리 후견법의 원칙에 따라 결정하여야 한다.

우선 승낙능력이 없다고 판단한 미성년자 또는 피성년후견인의 친권자(부모)와 성년후견인 승낙을 받아 시행되는 의학적으로 필요한 의료행위를 미성년자 또는 피성년후견인이 거부하는 경우에 미성년자 또는 피성년후견인의 승낙능력 존재여부는 의료인이 판단하여야 한다.⁴⁹⁾ 의료인이 미성년자 또는 피

47) 석희태, 「의료과오 민사책임에 관한 연구」, 박사학위논문, 연세대학교 대학원, 1988, 제37면.

48) 김천수, 「환자의 자기결정권과 의사의 설명의무」, 박사학위논문, 서울대학교 대학원, 1994, 제73면 이하.

성년후견인 환자에게 승낙능력이 없다고 판단한 경우에, 의료행위의 불시행이 환자의 생명 또는 신체에 중대한 위해를 가져오거나 회복 불가능한 장애 등의 발생 위험이 있는 경우라면 의학적 판단과 복리에 부합하는 친권자(부모)와 성년후견인의 승낙을 받아 의료행위가 가능하다고 생각한다.⁵⁰⁾ 하지만 시행과 불시행 사이에 또는 하나의 의료행위와 대안이 되는 의료행위 사이에 큰 차이가 없다면 미성년자 또는 피성년후견인의 의사를 존중하여야 할 것이다.⁵¹⁾ 이러한 해석이 후견법의 취지에도 부합한다고 생각한다. 독일연방대법원도 같은 취지에서 상대적인 의료행위에 대하여는 미성년자의 거부권을 인정하였지만, 긴급하게 요구되는 의료행위에 대하여는 미성년자의 거부권을 제한하였다.⁵²⁾

반면에 승낙능력이 있다고 판단한 미성년자 또는 피성년후견인 환자가 설명을 듣고 승낙하였으나 법정대리인이 이를 승낙하지 않는 경우에는 친권 또는 후견권의 기준으로써 ‘복리’에 비추어 정당한 친권 또는 후견권의 범위를 넘어서는 친권 또는 성년후견권의 남용에 해당하므로 법원에 진료방해금지가처분 등의 신청을 통하여 해결할 수 있을 것이다.⁵³⁾ 또한 성년후견인 등이 모험적인 의료행위에 경솔하게 승낙하는 이외에 반드시 필요한 의료행위에 대한 승낙을 거부하는 것도 마찬가지로 피후견인의 생명·신체에 직접적인 악영향을 야기할 수도 있으므로, 『민법』 제947조의2 제4항을 유추적용하여 승낙권자가 의료행위의 승낙을 거부하는 경우에도 가정법원의 허가를 받도록 하는 것도 생각해 볼 수 있을 것이다.⁵⁴⁾

49) 현소혜, “의료행위 동의권자의 결정”, 『홍익법학』, 제13권 제2호, 2012, 제177면, 제195면.

50) 같은 취지로 윤진수·현소혜, 『법무부 2013년 개정민법 해설 5』, 2013, 제110면.

51) 김천수, 「환자의 자기결정권과 의사의 설명의무」, 박사학위논문, 서울대학교 대학원, 1994, 제73면 이하.

52) BGH, NJW 2007, 217, 218.

53) 실제로 여호와의 증인이 의학적 판단에 따라 수혈이 필요한 자녀에 대하여 수혈을 거부한 사례에서 진료방해배제청구를 인용한 사례로 서울동부지방법원 2010. 10. 21.자 2010카합2341 결정.

54) 같은 취지로 현소혜, “의료행위 동의권자의 결정”, 『홍익법학』, 제13권 제2호, 2012, 제177면, 제205면.

3. 의료인의 비밀유지의무

미성년자 또는 피성년후견인이 법정대리인의 의사에 반하는 의료행위나 법정대리인에게 알리지 않고 의료행위의 시행을 요청하는 경우, 그 요청에 따라야 하는지 문제가 될 수 있다.

우선 미성년자 또는 피성년후견인이 의료행위에 대한 승낙능력이 없다고 인정되면, 위에서 본 것처럼 법정대리인에게 알려야 하고 이 한에서 의료인에게 비밀유지의무는 없다.

반면에 승낙능력 있다고 판단한 경우에 의료인은 비밀유지의무를 진다. 예컨대 미성년자가 친권자(부모)에게 알리지 않고 피임약 처방을 요청하는 경우 또는 미성년자가 성관계로 인한 질환이 발생했을 때 친권자(부모)에게 알리지 않을 것을 요구하는 경우, 13세미만의 경우 형법상 미성년자의제강간죄(『형법』 제305조)의 객체에 해당하므로 허용되지 않지만, 그 이외의 경우에는 원칙적으로 친권자(부모)의 동의없이 가능하다고 본다.

특히 『개인정보보호법』 제23조는 건강, 성생활 등에 관한 정보는 사생활을 현저히 침해할 우려가 있는 ‘민감정보’로 특별취급하며, 제38조 제2항은 14세 미만 아동의 법정대리인이 개인정보처리자에게 그 아동의 개인정보 열람 등을 요구할 수 있다고 규정하고 있다. 이 규정을 반대해석하면 14세 이상의 미성년자의 친권자는 본인의 동의없이 정보를 요청할 권한이 없으며, 오히려 의료정보를 법정대리인에게 알리는 행위가 금지되어 있다고 볼 수 있다. 즉 다른 법률에서 의료인에게 신고의무 등을 부과하고 있지 않은 한 의료인은 비밀유지의무를 부담한다.

4. 가정법원의 허가 기준

『민법』 제947조의2 제4항은 제3항에 따른 성년후견인의 대리승낙에 관하여 ‘피성년후견인이 의료행위의 직접적인 결과로 사망하거나 상당한 장애를 입을 위험이 있을 때에는 가정법원의 허가를 받아야 한다.’고 규정하고 있다.

이 규정의 취지는 성년후견인의 복리에 반하는 결정을 가정법원이 개입하여 사전에 방지하기 위한 것으로 이해된다.

허가여부를 판단하는 기준이 무엇인지에 대하여 의학적 필요성을 판단하는 것이 아니라, 의료행위의 시행이 환자의 복리를 해할 우려가 있는지와 대리승낙이 피성년후견인 본인의 의사에 합치하는지를 심리하는 것이라고 한다.⁵⁵⁾ 이러한 해석은 우리 『민법』 제947조 신설 당시 참고한 것으로 보이는 『독일민법』 제1901조 제2항이 제1문에서 피후견인 신상에 대해 후견인은 피후견인의 복리(Wohl)를 보호해야 한다고 하면서도, 제2문에서 명문으로 피성년후견인이 자신의 능력범위 안에서 자기 자신의 소망과 생각에 따라 자신을 형상화 할 가능성도 피후견인의 복리에 속한다는 점을 규정하고 있는 것에 영향을 받은 것으로 보인다.

그러나 피후견인의 복리와 확인가능한 의사가 항상 같은 내용은 아니며, 복리와 의사가 충돌할 시 가정법원의 허가기준이 무엇인지에 대하여는 『독일민법』은 물론 우리 『민법』도 침묵하고 있다. 『민법』 제947조의2 제3항과 제4항에 따라 성년후견인이 가정법원의 허가를 요청하는 상황은 피성년후견인 환자 본인이 단독으로 결정할 수 있다고 인정할 수 없는 상태에 있는 경우이다. 의료행위의 시행이 환자의 복리를 해할 우려가 있는지와 대행권한의 행사가 피성년후견인 본인의 의사에 합치하는지를 심리한다는 해석은 이 문제 해결에 아무런 도움이 되지 않는다. 왜냐하면 이 상황은 피성년후견인의 의미있는 의사를 확인할 수 없는 상황에서 피성년후견인의 의사에 합치하는지 검토한다는 것은 수사에 불과하기 때문이다.

『민법』 제947조의2 제1항, 제3항, 제4항을 체계적으로 보면, 성년후견인이 대신 승낙하는 ‘의료행위의 직접적인 결과로 사망하거나 상당한 장애를 입을 위험이 있을 때’에만 이루어지므로, 우선 가정법원은 피성년후견인이 스스로 자신에 대한 의료행위를 결정할 상태가 아닌지를 검토하여야 할 것이다. 왜냐

55) 김형석, “민법개정안에 따른 성년후견법제”, 『가족법연구』, 제24권 제2호, 2010, 제111면, 제139면; 윤진수·현소혜, 『법무부 2013년 개정민법 해설 5』, 2013, 제116면.

하면 피성년후견인이 스스로 결정할 수 있는 상태라면 제1항에 따라 성년후견인이나 가정법원이 개입할 여지는 없기 때문이다. 만약 피성년후견인이 스스로 결정할 상태가 아니라면, 가정법원은 우선 합리적인 제3자의 관점에서 성년후견인의 결정이 환자의 복리에 충실하게 이루어진 것인지를 판단하여야 한다.

이 경우 『민법』 제947조에 따라 확인 가능한 피성년후견인 환자의 의사가 동시에 고려되어야 하기는 하다. 하지만 『민법』 제947조의2 제1항에 따라 단독으로 결정이 불가능한 상황에서 피성년후견인의 의사는 단순한 참고사항에 불과하다고 보아야 하므로, 만약 환자의 의사가 복리와 모순되는 경우에는 인정되지 않는다.⁵⁶⁾ 즉 본인의 의사에 따르는 이익보다 법익의 위태화가 발생할 위험, 의료행위의 경우 생명 및 건강의 위태화 가능성이 더 크다면 본인의 의사는 존중될 수 없다.⁵⁷⁾

5. 『민법』 제947조의2 제4항의 연명치료중단 적용가능성

우리 『민법』 제947조의2 제4항의 모범이 된 것으로 보이는 『독일민법』 제1904조 제1항이 독일연방대법원의 켐프터너(Kemptener) 사건⁵⁸⁾ 이후 연명치료중단에 유추적용 된다는 입장이 지배적이었다.⁵⁹⁾ 물론 이 논란은 2009년

56) BT-Drucks. 11/4548, 141; Bienwald/Sonnenfeld/Hoffman, *Betreuungsrecht*, § 1904 BGB, Rn. 38 ff.; Damrau/Zimmermann, *Betreuungsrecht*, § 1901 BGB, Rn. 9 ff.

57) MK4-Schwab, § 1901 BGB, Rn. 14; HK-BUR/Bauer, § 1901 BGB, Rn. 42.

58) BGHSt 40, 257.

59) BGHZ 154, 205; BGHZ 163, 195; OLG Düsseldorf, NJW 2001, 2807; OLG Frankfurt, NJW 1998, 2747, 2748 f.; OLG Frankfurt, NJW 2002, 689; OLG Karlsruhe, NJW 2002, 685; LG Duisburg, NJW 1999, 2744; Baumann/Hartmann, *Die zivilrechtliche Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens aus der Sicht der notariellen Praxis*, DNotZ 2000, 593, 600; Coepicus, *Behandlungsabbruch, mutmaßlicher Wille und Betreuungsrecht*, NJW 1998, 3381, 3384; Helgerth, *Anmerkung zum Urteil des BGH vom 13.9.1994 - 1 StR 357/94*, JR 1995, 338, 340; Schöch, *Beendigung lebenserhaltender Maßnahmen. Zugleich eine Besprechung der Sterbehilfeentscheidung des BGH vom 13.9.1994*, NStZ 1995, 153, 155; Verrel, *Selbstbestimmungsrecht contra Lebensschutz. Bringt der BGH Bewegung in die Sterbehilfediskussion?*, JZ 1996, 224, 229; Vogel, *Die versuchte Passive Sterbehilfe* nach BGH MDR 1995, 80, MDR 1995, 337, 338; Steffen, *Noch einmal: Selbstverantwortetes Sterben?*, NJW 1996, 1581; Zielinski, *Behandlungsabbruch bei entscheidungsunfähigen*

『독일 후견법 제3차 개정법』을 통하여 『독일민법』 제1904조 제2항에 치료중단도 후견인이 후견법원의 허가를 받아야 한다고 규정함으로써 입법적으로 해결되었다.

우리 『민법』은 제947조의2 제3항과 제4항에서 동일하게 의료행위라는 개념을 사용하고 있고, 그 의료행위로 인하여 직접적으로 ‘사망 또는 상당한 장애를 입을 위험이 있을 때’라고 하고 있으므로, 연명치료중단의 경우도 특별히 축소해석하지 않는 한 의료행위개념에 포함된다고 보아 『민법』은 제947조의2 제4항이 연명치료중단에 적용가능하다고 하는 견해도 있다.⁶⁰⁾ 하지만 후견법의 취지와 목적에 비추어 보면 특히 연명치료중단은 『민법』 제947조의2 제3항과 제4항의 의미에서 의료행위인 치료가 아니며, ‘건강보호’의 영역에 속하지도 않는다.⁶¹⁾

성년후견인은 자신에게 주어진 임무의 범위에서 피성년후견인의 법정대리인으로서 지위를 갖으며, 성년후견인이 의사의 치료행위에서 승낙할 권한을 갖고, ‘건강보호’가 성년후견인에게 주어진 임무의 범위에 포함된다는 점에는 의심이 없다. 여기서 연명치료중단이 의료행위에 포함되므로 그 시행여부는 가정법원의 결정을 받아야 한다고 보면, 치료중단을 통해 더 빨리 시작되는 죽음이 환자의 복리에 일치할 수 있다는 것을 의미하게 될 것이다. 왜냐하면 여기서 가정법원은 건강회복에 대한 좌절에 서있는 타인의 생명이 생존가치가 있는지 아니면 없는지의 판단해야 할 것이기 때문이다. 과연 우리 헌법질서가 이러한 타인의 생명에 대한 가치평가를 허용할 수 있는지는 의문이다.

Patienten - Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 13.9.1994 - 1 StR 357/94 -, ArztR 1995, 188, 193.

후견법의 취지상 연명치료중단에 적용할 수 없다는 반대견해는 OLG München ZfL 2003, 20; LG Augsburg, NJW 2000, 2363; LG München I, NJW 1999, 1788; *Alberts*, Sterbehilfe, Vormundschaftsgericht und Verfassung, NJW 1999, 835; *Seitz*, Das OLG Frankfurt a. M. und die Sterbehilfe, ZRP 1998, 417, 420.

60) 박호균, “성년후견과 의료-개정 민법 제947조의2를 중심으로-”, 『의료법학』, 제13권 제1호, 2012, 제125면, 제143면 이하.

61) Bienwald, Anmerkung zu OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 15. Juli 1998 - 20W242/98, FamRZ 1998, 1138.

또한 법원의 통제하에 놓인다고 하더라도 치료비의 부담·상속 등과 관련하여 대부분의 경우에 환자 본인과 이해관계가 충돌할 수 있는 성년후견인이 연명치료중단을 청구하는 것이 가능한지도 의문이다. 『민법』 제949조의3, 제940조의6 제3항에 따라 후견감독인이 후견인을 대리하고, 후견감독인이 없는 경우에는 이행상반행위의 경우 특별대리인을 선임하도록 하고 있으나, 제940조의5에 따라 특별대리인도 후견감독인과 마찬가지로 후견인과 가족관계에 있는 경우에는 선임이 불가능하다고 보아야 한다. 그렇다면 피후견인과 밀접한 관계에 있다고 볼 수 없는 사람이 후견인이나 후견감독인, 특별대리인이 되어 가정법원에 연명치료의 중단을 요구하는 청구를 하여야 한다. 이러한 결과가 가능한 것인지 생각해볼 필요가 있다.

소위 ‘김할머니 사건’에서 법원이 이 사건의 절차는 의사결정능력이 없는 환자 본인을 청구인으로(자녀를 특별대리인으로) 하여 절차를 진행한 것이며, 이 사건에서는 본인의 의사가 무엇인지 판단하는 것이 핵심내용이었다.⁶²⁾ 그러나 『민법』 제947조의2 제4항에 따른 청구는 본인의 의사를 알 수 없을 때 이루어지는 것으로, 오히려 이 사건의 대법원 판결보다는 1심 판결에 주목할 필요가 있다. 본래 1심에서 김할머니 본인 이외에 4명의 자녀가 공동청구인으로 참여하였으나, 법원은 “환자에 대한 생명연장치료로 인하여 경제적·정신적으로 고통받고 있다고 하더라도 그에 관한 입법이 없는 한 타인의 생명을 단축하는 결과를 가져오는 치료중단을 청구할 독자적인 권리를 가진다고 보기 어렵다”고 하여 가족들의 청구를 모두 기각하였다.⁶³⁾ 이러한 관점에서 보면, 성년후견인은 자신의 판단에 따라 타인인 피성년후견인에 대한 생명단축의 결과를 가져오는 연명치료중단과 관련하여 어떠한 유효한 결정·청구권한도 인정되지 않는다고 보아야 한다.⁶⁴⁾

62) 박호균, “성년후견과 의료-개정 민법 제947조의2를 중심으로-”, 『의료법학』, 제13권 제1호, 2012, 제125면, 제144~145면은 대법원 2009. 5. 21. 선고 2009다17417 전원합의체판결 대법관 김지형, 대법관 박일환의 별개의견을 근거로 연명치료의 중단에 법원의 허가가 필요하다는 취지로 해석한다.

63) 서울서부지방법원 2008. 11. 28. 선고 2008가합6977 판결.

치료중단의 청구를 그 일신전속적 특성 때문에 성년후견인이 유효하게 할 수 없다는 것이, “모든 의학적인 생명연장의 조치를 철저히 이용해서 장기간의 고통에 찬 비참한 삶을 살도록 하는 것”⁶⁵⁾을 의미하지는 않는다.

V. 결론: 의료행위에서 후견과 자기결정권 사이의 괴리

의료행위에 대한 승낙은 “나는 의사의 치료가 어떻게 이루어질 것인지 그리고 그에 따라 나타나는 나의 신체에 대한 침해행위를 승낙한다”라는 ‘어떻게’의 문제와 “치료를 받을 것인지 아닌지”라는 ‘여부’의 문제로 나누어 볼 수 있다.⁶⁶⁾ 문제는 성년후견인이 또는 가정법원이 ‘어떻게’의 문제와 ‘여부’의 문제를 모두 결정할 수 있는가에 있다.

질병의 진행과 환자 상태의 변화에 따른 의료의 가변적 성격에 따라 구체화되므로 의료인은 그 범위안에서 변화에 따른 진료방법을 선택할 재량을 가진다.⁶⁷⁾ 이러한 ‘어떻게’의 문제는 법정대리인이 대리결정 할 수 있다는 점에 납득할 수 있다.

그러나 시행 ‘여부’의 문제는 일신전속적 권리에 해당하기 때문에 대리결정이 가능한 것인지 의문이 있다. 이미 인간의 존엄과 행복추구권을 규정한 『헌법』 제10조와 제17조 사생활의 자유에서 나의 일신전속적 인격권을 타인이 행사하는 것은 허용될 수 없다. 이러한 금지는 예외적으로 다른 일신전속적 권리에 대하여도 후견이 가능하도록 하고 있는 다른 규정들(예컨대 『민법』 제947조의2 제2항)이 있다는 것은 결과적으로 아무것도 바꾸지 못한다. 비록 환자

64) OLG Brandenburg, NJW 2000, 2361 ff.

65) LG Duisburg, NJW 1999, 2744.

66) 이렇게 후견인의 대리승낙 문제를 ‘어떻게(Wie-Kategorie)’의 문제와 ‘여부(Ob-Kategorie)’의 문제로 나누어 분석하는 견해로는 D. Albrecht, Strafrechtliche Aspekte der ärztlich vorgenommenen Therapiebegrenzung, FS-Schreiber (2003), S. 553 ff.

67) 대법원, 2009. 5. 21. 선고 2009다17417 전원합의체판결; 대법원 2007. 5. 31. 선고 2005다5867 판결; 대법원 1992. 5. 12. 선고 91다23707 판결 등.

가 자신의 의사를 더 이상 표명할 수 없거나 혹은 다른 이유로 승낙능력이 없다고 하더라도, 의사의 치료행위 허용할 것인지 ‘여부’의 문제는 환자의 의사를 통해서 제한된다는 점은 이미 헌법 제10조, 제17조, 제37조 제1항에서 보장된 환자의 자기결정권과 인격권으로부터 나온다.⁶⁸⁾ 우리 『헌법』 제37조 제2항가 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.”고 하여 기본권 제한의 법률유보를 예정하고 있다. 특히 일신전속적 권리의 제한은 법률에 규정된 예외적인 경우에만 엄격한 조건하에서 후견인의 권한으로 인정될 수 있다. “건강보호(신상보호)”와 같은 일반적인 임무영역과 결합 혹은 인접하다는 점만으로는 충분하지 못하다.

『민법』 제947조가 후견법의 기본입장에서 환자의 의사보다 복리에 중점을 두고 있지만, 미성년자 또는 성년후견인의 경우에는 본인의 의사를 전혀 확인할 수 없는 경우가 아니라면, 의료행위 시행 ‘여부’의 문제에 관하여는 본인의 의사를 충실히 반영하는 방향으로 해석하지 않으면 오히려 헌법의 해석과 충돌하는 결과가 도출될 수도 있다.

민법상의 후견제도는 그 기본원칙이 피후견인을 후견적 관점에서 보호하는 것에 두고 있다. 하지만 후견제도가 건강보호, 특히 의료행위를 통한 건강보호가 인권의식의 성장으로 이제는 신체에 관한 일신전속적 인격권인 신체와 사생활에 관한 자기결정권과 충돌할 수 있다는 점은 인식하지 못한 것이 아닌가 한다. 앞으로 후견법에서도 일반적인 후견과 다른 의료행위의 특수성을 고려하는 해석이 필요한 시기라고 생각한다.

주제어: 의료행위, 의료행위와 승낙, 대리동의, 대행동의, 성년후견제도, 연명치료중단, 대리동의의 예외

68) BGHSt 40, 257, 260 ff.

[참 고 문 헌]

▶ 단행본

- 곽윤직, 『민법총칙(민법강의 I)』, 제9판, 2013.
- 김천수, 「환자의 자기결정권과 의사의 설명의무」, 박사학위논문, 서울대학교대학원, 1994.
- 세계의사회, 대한의사협회 역, 『의료윤리지침』, 2005.
- 석희태, 「의료과오 민사책임에 관한 연구」, 박사학위논문, 연세대학교대학원, 1988.
- 윤진수·현소혜, 『법무부 2013년 개정민법 해설 5』, 2013.
- 이석배·이원상, “연명치료중단에 있어서 환자의 자기결정권과 사전의료지시서에 관한 연구”, 『한국형사정책연구원 연구총서 10-30』, 2010.
- Bauer, Axel/Klie, Thomas/Lütgens, Kay* (Hrsg.), *Heidelberger Kommentar zum Betreuungs- und Unterbringungsrecht*, 2008.
- Beauchamp, Tom L./Childress, James F.*, *Principles of Biomedical Ethics*, 5.th Edition, 2001.
- Bienwald, Werner/Sonnenfeld, Susanne/Hoffmann Brigit*, *Betreuungsrecht Kommentar*, 5. Aufl., 2011.
- Damrau, Jürgen/Zimmermann, Walter*, *Betreuungsrecht - Kommentar zum materiellen und formellen Recht: Kommentar zum formellen und materiellen Recht*, 4. Aufl., 2010.
- Hirsch, Hans Joachim u.a.*, *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Großkommentar*, 11. Aufl. 37. Lieferung, §§223-233, 2001.
- Jaspers, Karl*, *Der Arzt im technischen Zeitalter, Technik und Medizin - Arzt und Patient · Kritik der Psychotherapie*, 2.Aufl., 1999.
- Kern, Bernd-Rüdiger/Laufs, Adolf*, *Die ärztliche Aufklärungspflicht*, 1983.
- Laufs, Adolf/Uhlenbruck, Wilhelm*(Hrsg.), *Handbuch des Arztrechts*, 3. Aufl., 2002.
- Schwab, Dieter u.a.*, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 8 Familienrecht II*, 4. Aufl., 2002.

Schönke, Adolf/Schröder, Horst(Hrsg.), *Strafgesetzbuch*, 27. Aufl., 2006.

▶ 논문

김민중, “의사책임 및 의사법 발전에 관한 최근의 동향”, 『민사법학』, 제9·10호, 1993.

_____, “미성년자에 대한 의료행위와 부모의 권한”, 『의료법학』, 제13권 제2호, 2012.

김천수, “성년후견과 의료행위의 결정”, 『가족법연구』, 제21권 제1호, 2007.

김형석, “민법개정안에 따른 성년후견법제”, 『가족법연구』, 제24권 제2호, 2010.

박호균, “성년후견과 의료-개정 민법 제947조의2를 중심으로-”, 『의료법학』, 제13권 제1호, 2012.

신권철, “성년후견제도의 도입과 법원의 역할”, 『사법』, 제14호, 2010.

안법영·김상중, “외국입법자료-독일민법전의 진료계약”, 『의료법학』, 제14권 제1호, 2013.

오호철, “일본의 성년후견제도상 의료행위의 동의”, 『법학연구』, 제39집, 한국법학회, 2010.

이석배, “연명치료중단의 기준과 절차-대법원 2009.5.21.선고 2009다17417판결이 가지는 문제점을 중심으로-”, 『형사법연구』, 제21권 제2호, 2009.

이석배, “독일의 환자사전의사표시법”, 『원광법학』, 제26권 제4호, 2010.

이재경, “한국과 독일에 있어서 환자의 동의능력에 관한 비교법적 연구”, 『민사법학』, 제50호, 2010.

현소혜, “의료행위 동의권자의 결정”, 『홍익법학』, 제13권 제2호, 2012.

Alberts, Hermann, *Sterbehilfe, Vormundschaftsgericht und Verfassung*, NJW 1999.

Albrecht, Ditlind, *Strafrechtliche Aspekte der ärztlich vorgenommenen Therapiebegrenzung*, in: *Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag*, 2003.

Baumann, Wolfgang/Hartmann, Christian, *Die zivilrechtliche Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens aus der Sicht der notariellen Praxis*, DNotZ 2000.

- Belling, Detlev W.*, Die Entscheidungskompetenz für ärztliche Eingriffe bei Minderjährigen, FuR 1990.
- Bienwald, Werner*, Anmerkung zu OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 15. Juli 1998 – 20W242/98, FamRZ 1998.
- Coepicus, Rolf*, Behandlungsabbruch, mutmaßlicher Wille und Betreuungsrecht, NJW 1998.
- Helgerth, Roland*, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 13.9.1994 – 1 StR 357/94, JR 1995.
- Kern, Bernd-Rüdiger*, Fremdbestimmung bei der Einwilligung in ärztliche Eingriffe, NJW 1994.
- Köch, Michael/Fegert, Jörg*, Patientenautonomie – Minderjährige als Patienten, FPR 2007.
- Nebendahl, Mathias*, Selbstbestimmungsrecht und rechtfertigende Einwilligung des Minderjährigen bei medizinischen Eingriffen, MedR 2009, 197.
- Schöch, Heinz*, Beendigung lebenserhaltender Maßnahmen. Zugleich eine Besprechung der Sterbehilfeentscheidung des BGH vom 13.9.1994, NStZ 1995.
- Seitz, Walter*, Das OLG Frankfurt a. M. und die Sterbehilfe, ZRP 1998.
- Steffen, Erich*, Noch einmal: Selbstverantwortetes Sterben?, NJW 1996.
- Verrel, Torsten*, Selbstbestimmungsrecht contra Lebensschutz. Bringt der BGH Bewegung in die Sterbehilfediskussion?, JZ 1996.
- Vogel, Joachim*, Die versuchte Passive Sterbehilfe« nach BGH MDR 1995, 80, MDR 1995.
- Zielinski, Diethart*, Behandlungsabbruch bei entscheidungsunfähigen Patienten – Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 13.9.1994 – 1 StR 357/94 –, ArztR 1995.

A Review on Consent to the Medical Treatment in the case of Foreign Determination

Lee, Seok-Bae

College of Law, Dankook University

=ABSTRACT=

The right to self-determination in regard to one's body is a key element of human dignity, privacy and freedom. It is constitutionally enshrined in the guarantee of human dignity, in the general right of personality and, most concretely of all, in the right to physical integrity. In principle No-one may trespass another person's body against his will, whether this act improves his physical condition or not. This right of self-determination applies equally to healthy and to sick people. Hence everyone has the right either to permit or to refuse a medical treatment, unless he can not make a rational decision.

If the person does not consent himself, for whatever reason, another one must do for him as guardian. Representation in consent to medical treatment is therefore the exception of self-determination rule.

This article explored, 1. who can consent to the medical treatment in the case of the mentally incapacitated adult and the infant, 2. what kind of consent to the medical treatment can the deputy determinate for the mentally incapacitated adult and the infant, 3. when the deputy can not determinate without permission of the court, and 4. what can the doctor do in the case of conflict between minors and guardians.

Keyword: Medical treatment, Inforemd consent, Mentally incapacitated adult, Infant, Consent of guardian to medical treatment, Adult guardianship system.