대한의료법학회
『의료법학』 제20권 제2호
https://doi.org/10.29291/kslm.2019.20.2.043


# 의료행위에 대한 동의에서 환자 보호자의 법적 지위와 역할
## – 대행결정권과 공동의사결정을 중심으로–

김 수 정*

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 민법상 대리인과 의료법상 보호자의 비교
1. 민법상 의료행위에 대한 동의권자
2. 의료법상 보호자 개념
Ⅲ. 환자에게 의사결정능력이 없는 경우 의료행위 동의권 대행
1. 가족이나 지인을 법정 대행결정권자로 정한 입법례
2. 가족이나 지인에게 대행결정권을 인정하지 않는 입법례
3. 소결
Ⅳ. 환자에게 의사결정능력이 있는 경우 환자 가족의 의료행위 동의 결정에 참여
Ⅴ. 결론

## I. 서론

치료행위 등 의료적 침습행위가 이루어지는 경우 환자의 동의가 필요하다. 단지 환자의 동의만 있으면 의료행위가 정당화되는 것이 아니라, 환자의 의료

---

* 논문접수: 2019. 9. 10. * 심사개시: 2019. 9. 10. * 게재확정: 2019. 9. 26.
* 명지대학교 조교수.
* 이 논문은 2019년 3월 16일 연세대학교 법학전문대학원에서 개최된 대한의료법학회 2019년 3월 월례학술발표회에서 중간 발표된 바 있다. 학술발표회에서 유익한 지적을 해 주신 많은 참석자 분들과 익명의 심사위원들께 감사드린다.

행위에 대한 부족한 지식을 보완하여 실질적인 자기결정권이 보장될 수 있도록, 의사가 환자에게 질병의 증상, 치료방법의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 위험 등에 관해 설명을 한 뒤 동의를 받아야 한다. 설명에 의한 동의(informed consent)는 환자의 자기결정권의 핵심에 해당하므로, 환자 본인이 설명을 듣고 스스로 의료행위를 받을지 여부를 결정해야 한다. 의료법 제24조의2 제1항 또한 "의사·치과의사 또는 한의사는 사람의 생명 또는 신체에 중대한 위해를 발생하게 할 우려가 있는 수술 등을 하는 경우 제2항에 따른 사항을 환자(환자가 의사결정능력이 없는 경우 환자의 법정대리인을 말한다. 이하 이 조에서 같다)에게 설명하고 서면으로 그 동의를 받아야 한다. 다만, 설명 및 동의 절차로 인하여 수술 등이 지체되면 환자의 생명이 위험하여지거나 심신상의 중대한 장애를 가져오는 경우에는 그러하지 아니하다."라고 규정하고 있다. 즉 환자 본인에게 의사결정능력이 있는 경우에는 환자 본인만이, 본인에게 의사결정능력이 없는 경우에는 환자의 법정대리인만이 수술 등 의료적 침습행위에 대해 설명을 듣고 동의할 자격이 있다.

문제는 의료 실무에서는 환자의 보호자에게 의료행위에 대해 설명하고 그로부터 동의를 받는 일이 매우 빈번하다는 것이다. 이 보호자 개념은 의료법에서 다양하게 등장하지만, 정작 보호자의 자격이나 범위는 명확하게 규정되어 있지 않다. 병원에서 사용하는 수술동의서 등에서도 어느 범위의 사람을 보호자로 포섭할 것인지는 정의하고 있지 않다. 그렇지만 수술동의서의 보호자 자격에 문제가 있음을 지적하는 기사나 환자의 동의 여부가 문제된 판결의 사실관계로부터, 환자의 법률상 배우자[1]나 친족관계에 있는 사람[2]을 의료기관이

---

1) 법률상 배우자가 아닌 사실혼 배우자나 동거하는 동성 동반자에게는 보호자로서의 자격을 인정하지 않는 의료기관의 실무에 대해 이의를 제기하는 기사로 http://www.asiae.co.kr/news/view.htm?idxno=2018101913545068652. http://star.ohmynews.com/NWS_Web/Mobile/at_pg.aspx?CNTN_CD;=A0002485752#cb.

2) 환자의 시숙이 수술동의서에 서명날인한 사건으로 대법원 1994. 11. 25. 선고 94다35671 판결, 환자의 아들이 설명을 듣고 동의한 사건으로 대법원 2015. 10. 29. 선고 2015다13843 판결이 있다. 2018년 서울고등법원은 환자의 동생이 설명을 듣고 수술마취검사동의서에 서명을 한 것은 유효한 설명의무 이행이 아니라고 판단하였다. http://www.doctorsnews.co.kr/news/articleView.html?idxno=127119.

보호자로 인정하고 있음을 짐작할 수 있다. 그런데 민법상으로 미성년자의 경우 친권자가 당연히 그 법정대리인이 되지만(민법 제911조), 성년자의 경우 당연히 그를 위한 법정대리인이 존재하는 것이 아니다. 즉 환자의 배우자나 친족이라고 해서 민법상 당연히 환자의 대리인이 되어 의료행위에 대해 대행결정권을 갖는 것이 아니다. 그렇다면 성년자인 환자의 경우, 실무에서 말하는 보호자 개념을 대리인과 같이 이해할 다른 법적인 근거가 있을까? 만일 법률에 근거가 없다면 보호자를 실제로 대리인으로 취급하는 실무는 부정되어야 할 것인가 아니면 그럼에도 불구하고 인정할 필요가 있을까? 이하에서는 이 문제에 대해 논의하기로 한다.

## II. 민법상 대리인과 의료법상 보호자의 비교

### 1. 민법상 의료행위에 대한 동의권자

#### 가. 환자의 동의능력 또는 의사결정능력

성년자인 환자는 당연히 행위능력이 제한되는 것이 아니라 성년후견, 경우에 따라서는 한정후견 개시심판을 받아야 행위능력이 제한된다. 또한 환자의 의료행위에 대한 동의는 의사표시가 아니라 준법률행위에 해당한다고 일반적으로 받아들여지고 있다.[3] 의료행위에 대한 동의가 의사표시가 아니기 때문에, 동의할 수 있는 능력도 행위능력과는 구별된다고 한다. 따라서 행위능력과 별도의 기준으로 동의능력을 판단해야 하는데, 행위능력이 아니기 때문에 객관적인 기준에 따라 획일적으로 결정될 수는 없다. 때문에 제한능력자라고 해서 당연히 동의능력이 부정되는 것이 아니며, 반대로 제한능력자가 아닌 성년

---

3) 김천수, “의료행위에 대한 동의능력과 동의권자”, 민사법학(제13·14호), 1996. 5., 234면; 김민중, “성년후견제도의 도입에 관한 논의에서 의료행위와 관련한 과제”, 저스티스(제112호), 2009. 8., 212면; 이영준, 민법총칙, 2007, 168면; 이재경, “한국과 독일에 있어서 환자의 동의능력에 관한 비교법적 연구”, 민사법학(제50호), 2010, 524면.

자라고 해서 당연히 동의능력을 갖는 것도 아니다. 행위능력과 동의능력의 유무에 따라 환자가 처한 상황을 구별하면 다음과 같은 4가지 경우를 상정할 수 있다.

| | 제한능력자 | 행위능력자 |
|---|---|---|
| 동의능력 결여 | ① | ③ |
| 동의능력 인정 | ② | ④ |

### 나. 환자가 제한능력자인 성년자인 경우

①의 경우, 환자가 제한능력자인 성년자라는 것은, 그가 피성년후견인 또는 피한정후견인임을 의미한다. 환자에 대해 성년후견이나 한정후견이 개시되면 후견인이 환자의 법정대리인이 된다. 그렇다고 해서 성년후견인이나 한정후견인이 항상 의료행위 동의권을 갖는 것은 아니다. 가정법원은 성년후견인이 피성년후견인의 신상에 관하여 결정할 수 있는 권한의 범위를 정할 수 있는데(민법 제938조 제3항), 이 신상에 관한 결정권에는 의료행위 동의권도 포함되기 때문이다. 한정후견인의 권한 범위에 대해서도 민법 제938조 제3항이 준용되기 때문에(민법 제959조의4 제2항) 마찬가지이다. 제한능력자인 환자의 법정대리인이 의료행위에 대한 동의결정권이 없지만 환자 스스로도 동의능력이 없는 경우, 가정법원이 후견인의 권한범위를 변경하여(민법 제938조 제4항, 제959조의4 제2항) 의료행위에 대한 동의권을 수여해야 할 것이다. 다만 임의후견이 법정후견에 우선하는 것이 원칙이므로(민법 제959조의20), 본인이 의료행위 동의권에 관해 후견계약을 체결한 바 있다면 임의후견인이 본인을 위해 의료행위를 결정하게 될 것이다.

제한능력자의 후견인이 의료행위 동의권을 행사할 수 있는 경우에도 민법은 피성년후견인이나 피한정후견인이 의료행위의 직접적인 결과로 사망하거나 상당한 장애를 입을 위험이 있을 때에는 가정법원의 허가를 받도록 규정하고 있다(민법 제947조의2 제4항, 제959조의6). 다만 허가절차로 의료행위가

지체되어 피성년후견인의 생명에 위험을 초래하거나 심신상의 중대한 장애를 초래할 때에는 사후에 허가를 청구할 수 있을 뿐이다. 이는 성년후견인이나 한정후견인이 의무에 위반하여 불필요한 모험적인 수술을 시도할 위험에 대비하기 위해,[4] 가정법원이 후견인의 권한을 통제하기 위한 규정이다.

②의 경우에는 법정대리인이 있지만, 환자가 스스로 의사의 설명을 듣고 동의 여부를 결정해야 한다. 민법 제947조의2 제1항은 "피성년후견인은 자신의 신상에 관하여 그의 상태가 허락하는 범위에서 단독으로 결정한다."고 규정하고 있으므로, 피성년후견인이라 하더라도 의사결정능력이 있다면 본인이 받게 될 의료행위에 대한 동의권을 스스로 행사해야 함은 명백하다.[5] 피한정후견인의 경우도 마찬가지이다(민법 제959조의6).

### 다. 환자가 제한능력자가 아닌 성년자인 경우

③의 경우 환자에게 성년후견 등이 개시되지 않은 이상 완전한 행위능력자이지만, 실제로는 동의능력이 없는 경우이다. 이러한 상황은 여러 가지 이유에서 발생할 수 있을 것이다. 환자가 사무처리능력이 지속적으로 결여 또는 부족한 상황이지만, 평소에는 가족의 도움으로 일상생활을 무리 없이 영위하고 있고 특히 그의 재산이 많지 않아 후견인을 선임할 재산이 없는 경우 성년후견이나 한정후견이 개시되지 않는 경우가 많다.[6] 또는 평소에는 사무처리능력이 전혀 부족하지 않은 성년자가 사고 등으로 의식을 잃은 상태에서 병원에 입원하게 된 경우도 가능하다.[7] 어떠한 이유이든 간에 ③의 경우 환자는 의료행위를 받아야 하는 시점에 동의능력도 없지만, 그를 위해 대신 결정해줄 성년후견인이나 한정후견인도 없는 상황이다. 만일 환자가 미리 사전에 의료행위 동의

---

4) 현소혜, "의료행위 동의권자의 결정-성년후견제 시행에 대비하여", 홍익법학(제13권 2호), 203면; 이석배, "의료행위와 대리 승낙", 의료법학(제15권 1호), 318면.
5) 이석배, 의료법학(제15권 제1호), 2014, 319면.
6) 김성우, 성년후견실무, 2018, 9면 참조.
7) 다만 이 경우에는 응급 제9조 제1항 제1호에 따라 법정대리인이나 동행인에게 설명하고 응급진료를 하는 것이 가능할 것이다.

에 관하여 수권하는 후견계약을 체결하였다면 그 후견계약에서 정한 임의후견인이 환자를 위해 의료행위 동의권을 대행하게 될 것이고,[8] 이 경우 동의권을 대행할 법정대리인은 없지만 임의대리인은 존재하게 된다. 다만 우리나라에서 임의후견의 이용률은 아직은 매우 저조하므로 제한능력자 아닌 성년자가 의료행위에 동의해야 할 시점에 동의능력은 없지만 임의후견인에게 미리 수권해둔 경우는 거의 없을 것으로 예상된다. 임의후견인이 없는 경우, 특정후견인을 선임하여 의사능력이 결여된 본인을 대신해 의료행위 동의권을 대행하도록 할 수 있을 것이나,[9] 특정후견인이 선임되지 않는다면 본인에게 대리인이 없으면서 본인 스스로도 동의할 수 없어, 법률적 공백이 발생하게 된다.

④의 경우 환자는 행위능력자이고 의료행위를 받을 당시 동의능력도 갖추고 있으므로 스스로 의사로부터 설명을 듣고 동의할 수 있다. 따라서 법률적 관점에서 볼 때 ④의 경우에 타인이 개입해야 할 이유는 없다. 그렇지만 실제로 ④의 경우에도 환자 대신 또는 환자와 함께 그 가족이 의료행위의 동의 여부 결정에 참여하는 경우가 많다고 알려져 있다.

## 2. 의료법상 보호자 개념

이미 언급한 것처럼 의료법 제24조의2는 설명에 의한 동의를 의료적 침습행위에 대한 동의권을 환자 본인, 본인에게 의사결정능력이 없을 경우 그의 법정대리인에게서 받을 것을 명시하고 있다. 그런데 같은 의료법 내에서도 의료적 침습행위에 대한 동의권은 아니지만, 진료와 관련하여, 환자의 보호자에게도

---

8) 임의후견인에 의한 보충적 신상결정의 경우에도 가정법원의 감독에 관한 민법 제947조의2가 적용될 것인지에 대해서 이익상황이 동일하므로 유추 적용해야 한다는 견해로 김형석, “민법 개정안에 따른 성년후견법제”, 가족법연구(제24권 2호), 2010, 157면.

9) 피성년후견인의 치료 등 신상결정에 관한 특별한 규정인 제947조의2가 한정후견에 관해서는 준용되나(제959조의6), 특정후견에 관해서는 준용되지 않으므로 특정후견인이 본인을 대신해 의료행위 동의권을 대행할 수 있는지 논란이 될 수 있으나, 대체로 이는 긍정되고 있다. 김형석, 가족법연구(제24권 2호), 2010, 150면 이하; 제철웅, “요보호성인의 인권존중의 관점에서 본 새로운 성년후견제도: 그 특징, 문제점 그리고 개선방안”, 민사법학(제56호), 2011, 제298면 이하; 현소혜, 홍익법학(제13권 2호), 193면 이하.

환자 본인에 준(準)하는 동의권을 인정하는 또는 동의권을 전제로 한 규정들이 존재한다. 예컨대 의료법 제47조의2에 따르면 의료기관의 장은 입원환자를 긴급히 전원(轉院)시키지 않으면 입원환자의 생명·건강에 중대한 위험이 발생할 수 있음에도 환자나 보호자의 동의를 받을 수 없는 등 불가피한 사유가 있는 경우에는 시장·군수·구청장의 승인을 받아 입원환자를 다른 의료기관으로 전원시킬 수 있다고 규정하고 있는데, 이는 긴급한 경우에 한정된 것이기는 하지만, 의료법이 환자의 전원에 대해 환자뿐만 아니라 보호자도 동의권을 가질 수 있음을 전제로 한 것이다. 그 외에도 의료법 제21조의2 제1항에 따르면 의료인 또는 의료기관의 장은 다른 의료인 또는 의료기관의 장으로부터 진료기록의 내용 확인이나 진료기록의 사본 및 환자의 진료경과에 대한 소견 등을 송부 또는 전송할 것을 요청받은 경우 해당 환자나 환자 보호자의 동의를 받아 그 요청에 응하여야 한다고 규정하고 있는데, 의료행위 자체에 대한 동의권은 아니지만, 환자의 자기정보결정권에 대한 처분권을 환자의 보호자에게도 인정하고 있다고 할 수 있다.

1.에서 본 것처럼 대리인의 자격과 권한은 민법이 규정하고 있으나, 보호자의 자격과 권한은 의료법이 규정하고 있지 않다. 그렇다면 의료법상 보호자 개념을 대리인과 같은 의미로 이해하는 것이 가능할까? 그러나 그렇게 해석하기에는, 의료법 자체가 이미 법정대리인과 보호자 개념을 구별하여 사용하고 있다. 그럼에도 불구하고 의료법이 보호자에게, 그가 법정대리인인지 여부에 상관없이 의료행위 동의를 위한 대행결정권을 부여하기를 원했다면, 정신건강복지법이 보호의무자에 대해 규정한 것처럼, 보호의무자의 범위(제39조), 그의 의무(제40조), 정신질환자의 입원신청권 및 보호의무자 사이의 견해가 일치하지 않는 경우 해결기준(제43조) 등을 명시했어야 할 것이다.

그렇지만 보호자를 법률적 권한이 없이 사실적으로 환자를 간호하는 자라고만 이해하기에는, 위에서 본 것처럼 의료법에서 보호자에게 환자에 준하는 일정한 동의권을 부여하는 경우가 있어 체계에 부합하지 않는다. 더하여 서론에서 언급한 것처럼, 환자가 동의능력 있는 성인임에도 불구하고 의료행위에

대해 환자가 아닌 보호자에게 설명하는 관행[10]이 의료계에 존재하는 문제가 있다. 이러한 관행을 잘 보여주는 예 중의 하나가 대한의사협회의 의사윤리지침(2017. 4. 23 개정)으로, 이 지침의 제15조에 따르면 의사는 환자 진료 중에 예상하지 못한 문제나 결과가 발생했을 경우 이를 환자나 보호자에게 설명해야 하고, 이러한 설명을 환자에게 하는 것으로 인해 환자의 불안감을 가중하는 등의 정서적 문제를 일으킬 수 있고 이로 인해 향후 치료진행이나 건강 회복에 나쁜 영향이 미칠 수 있다고 판단되는 경우에는 가족 등 대리인에게 설명할 수 있다고 한다. 결국 환자의 보호자라는, 그 범위가 불분명하며 대리권이 있는지 불분명한 사람들에게, 환자의 자기결정권이라는 매우 중대한 법익행사에 관여하도록 하고 있는 것이다.

## III. 환자에게 의사결정능력이 없는 경우 의료행위 동의권 대행

현행법 하에서 환자 본인에게 의사결정능력이 없는 경우 임의후견인이나 법정후견인이 정해져 있다면 그 후견인이 본인을 위해 의료행위 동의권을 대행한다. 그런데 외국의 입법례 중 상당수는, 후견인이 정해져 있지 않은 경우 환자의 가족, 경우에 따라서는 지인에게 동의권의 대행을 인정하는 법률의 규정을 두고 있다(의료행위 동의권의 법정 대행결정권자, 이하에서는 간단하게 의료행위 법정 대행결정권자 또는 법정 대행결정권자라고 한다). 또 동의권의 대행을 긍정하지는 않지만 일정 범위 내에서 가족 등의 참여를 인정하는 입법례도 존재한다. 비록 법률에 그 범위가 명시되어 있지는 않으나, 환자의 가족 등이 통상 실무에서 말하는 보호자의 역할을 담당하게 될 것이므로, 환자의 가족 등이 법정 대행결정권자로 어떤 법적인 지위를 갖는지 명확하게 규정한 외국의 입법례를 살펴보는 것은 장차 우리나라에서 관련 규정을 입법하는데 참고가 될 것이다.

---

10) 대한내과학회, 내과전공의 의료윤리 사례집, 2015, 15면.

## 1. 가족이나 지인을 법정 대행결정권자로 정한 입법례

### 가. 오스트리아

노령인구는 늘어나는 반면 성년후견인 선임은 제한되어 있다는 문제를 해결하기 위해[11] 오스트리아에서는 일상적 사무에 관해 근친에게 법정대리권을 인정하는 민법 개정이 2006년에 있었다. 2006년 개정에서 오스트리아민법은 정신적 질병이나 장애가 있는 성년자에게 성년후견인이나 그 외 법정 또는 임의대리인이 없는 경우, 일상적 법률행위나 보호의 필요를 충족하기 위해서나 사회보험상 청구권 행사를 위해서 근친(nächste Angehörige) 중 한 명이 성년자를 대리할 수 있다는 규정을 신설하였다(제284조의b 제1항). 그리고 이러한 근친의 대리권은 또한 통상 신체적 완전성이나 인격을 중대하고 지속적으로 침해하지 않는 의료행위에 대해서 본인이 필요한 인식 및 판단능력을 갖지 못한 경우에 동의할 권한을 포함한다(제284b조 제3항). 즉 근친의 대리권은 재산보호와 마찬가지로 신상보호에서도 일상적인 사항에 한정된다. 만일 본인의 판단능력이 없는 상태에서 신체적 완전성이나 인격을 중대하고 지속적으로 침해하는 의료행위에 대해 동의할 필요가 있으면 근친은 이에 동의하지 못하고 성년후견이 개시되어야 한다.[12]

여기서 말하는 근친은 성년자 본인의 부모, 그의 성년인 자녀, 본인과 3년 이상 가사를 같이 하고 있는 생존 배우자 및 동반자이다(제284조의c 제1항). 근친 사이의 순위는 규정되어 있지 않다. 대행권 있는 근친이 여러 명인 경우 1인의 의사표시만으로 충분하다. 그리고 입법 이유서는, 예컨대 본인과 더 가까운 관계에 있는 근친의 의사표시가 요구된다고 하면, 의사와 같은 의사표시 수령자 입장에서 통상 이를 인식하기 어렵다는 이유로, 이 또한 요건으로 하지 않았다. 다만 의사표시의 수령자가 모순되는 다수의 의사표시를 수령한 경우에는 어느 의사표시도 효력이 없다(제284조의c 제2항). 따라서 근친 중 일부는 의

---

11) Bydlinski, Bürgerliches Recht I Allgemeiner Teil (2007), 2/29a.
12) 1420 der Beilagen XXII. GP-Regierungsvorlage-Materialien, S. 24.

료행위에 동의하고 일부는 반대한다면, 의사는 그 의료행위를 할 수 없고, 성년후견인 선임절차가 개시되어야 한다. 다만 모순되는 의사표시가 너무 늦게 도달하면 이는 효력이 없다고 한다.[13)]

그렇지만 위 규정은 2017년 2차 성년후견법 개정에 폐지되고 오스트리아 민법 제268조 이하로 통합되었다. 현행 민법 제268조에 따르면 성년자는 제269조에 규정된 사무에 대해 정신적 질병 또는 그와 유사한 판단능력의 손상으로 인해 불이익을 입을 위험 없이 스스로 사무를 처리하는 것이 불가능하고, 그를 위한 대리인이 없으며, 대리인을 선택할 수 없거나 하기를 원하지 않고, 법정 성년자대리에 대해 예전에 반대하였으며 이를 오스트리아 중앙 대리인등록부에 등기하지 않은 경우, 한 명 또는 여러 명의 근친에 의해 대리될 수 있다.

제269조 제1항은 근친이 법정대리권을 갖는 여러 사무를 규정하고 있는데 제5호에 의료행위에 관한 결정 및 그에 관한 계약의 체결이 규정되어 있다. 의료행위 대행결정 외에는, 행정절차 및 행정소송에서의 절차에서의 대리(제1호), 소송절차에서의 대리(제2호), 수입, 재산, 채무의 관리(제3호), 보호의 필요를 충족하기 위한 법률행위의 체결(제4호), 거소의 변경 및 양로원계약의 체결(제6호), 제5호와 제6호에 규정되지 않은 개인적 사무에서의 대리(제7호) 및 제4호 내지 제6호에 규정되지 않은 법률행위의 체결(제8호)가 포함된다. 이처럼 가족의 법정 대리권을 확장한 것은 구법 제284조의b가 규정하는 범위가 지나치게 협소하여 실무에서 종종 문제가 되었기 때문이다.[14)] 이러한 가족의 성년자 법정대리권은 본인이나 대리인이 오스트리아 중앙 대리등록부(Österreichisches Zentrales Vertretungsverzeichnis[15)])에 이의를 등록함

---

13) 1420 der Beilagen XXII. GP-Regierungsvorlage-Materialien, S. 24.

14) 1461 der Beilagen XXV. GP-Regierungsvorlage-Erläuterungen, S. 41; Österreichische Notariatskammer의 2016년 9월 12일 법무부 의견서, S. 7 (https://www.notar.at/download_file/force/1387/238/).

15) 이번 2차 성년후견법 개정으로 오스트리아에의 요보호성년을 위한 대리는 장래임의대리(Vorsorgevollmacht), 선정 성년자대리(Gewählte Erwachsenenvertretung), 법정 성년자대리(Gesetzliche Erwachsenenvertretung), 법원이 선임한 성년자대리(Gerichtliche Erwachsenenvertretung)로 총 4가지로 나뉜다. 이들 네 가지 대리 중 법원이 선임한 성년자대리를

으로써, 또는 그 전에 새로 등록되지 않으면 3년의 기간이 경과함으로써 소멸한다(오스트리아민법 제246조 제1항 제5호). 여기서 말하는 근친에는 본인의 부모, 조부모, 성년인 자녀와 손자녀, 형제자매, 조카, 배우자 및 등록된 동반자, 3년 이상 가사를 같이 한 사실혼배우자가 포함된다. 근친 사이의 순위는 역시 규정되어 있지 않다.[16]

### 나. 스위스

스위스민법은 성년자보호(Erwachsenenschutz)와 관련해 판단능력 없는 자를 위해 그의 배우자나 등록된 배우자가 부양의 필요를 충족하기 위한 법률행위를 대리하거나 재산을 관리할 권한을 갖는다고 규정한 외에(제374조 이하), 의료적 조치에서의 대행권을 별도로 규정하였다(제377조 이하).[17] 특히 제378조가 대행결정권자(vertretungsberechtigte Person)를 규정하는데, 오스트리아와 달리 스위스 민법 제378조 제1항은 대행결정권자의 순위를 규정하고 있다. 그 순위는 다음과 같다: ① 사전의료지시 또는 장래임의대리권에서 정해진 자 ② 대행결정권을 갖는 보조인(Beistand) ③ 판단능력이 없는 자와 가사를 같이 하거나 그에게 정기적으로 개인적인 보조를 하는 배우자 또는 등록된 동반자(eingetragene Partnerin oder eingetragener Partner)[18] ④ 판단능력이 없는 자와 가사를 같이 하고 그에게 정기적으로 개인적인 보조를 하는 자 ⑤ 판단능력이 없는 자에게 정기적으로 개인적인 보조를 하는 비속 ⑥판단

---

제외하고는 오스트리아 중앙 대리등록부에 등록되어야 효력이 발생한다(오스트리아민법 제245조). 2차 성년후견법 개정에 대한 내용 개관으로는 lexisneix의 Rechtsnews Nr. 23481 vom 26.04.2017 참조.
https://www.justiz.gv.at/web2013/home/justiz/erwachsenenschutz/a-z-des-erwachsenenschutzrechts/oesterreichisches-zentrales-vertretungsverzeichnis-oezvv~3a.de.html

16) 1461 der Beilagen XXV. GP - Regierungsvorlage - Erläuterungen, S. 41.

17) 이하의 스위스법에 관한 설명은 모두 Bundesrat, Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) 2.1.4 (2006. 6. 28)에 따른 것이다.

18) 스위스에서는 동성혼은 인정되지 않으나 2004년 법률인 Partnerschaftsgesetz에 의해 등록된 동반자로서의 결합은 인정된다.

능력이 없는 자에게 정기적으로 개인적인 보조를 하는 존속 ⑦ 판단능력이 없는 자에게 정기적으로 개인적인 보조를 하는 비속을 하는 형제자매.

이와 같이 순위를 정한 것은 법적 안정성과 실행가능성을 위한 것이라고 한다. 위 규정을 좀 더 자세히 살펴보면 다음과 같은 점을 알 수 있다. 당사자의 자기결정권이 다른 대리권에 우선하기 때문에, 1순위로 사전의료지시 또는 장래 임의대리권에서 정해진 자가 우선적으로 의료적 조치에 대한 대행결정권을 갖게 된다. 성년자보호청(Erwachsenenschutzbehörde)이 보조인에게 의료적 조치에서의 대행결정권을 이전하였다면 그가 2순위로 대리권을 갖는다. 1, 2순위 이후에는 친족 등에게 대리권이 인정되는데, 스위스민법은 본인과의 관계가 가장 긴밀한 사람에게 대리권이 귀속되도록 친족 사이의 순위도 정하고 있다. 친족 중에서는 배우자나 등록된 동반자가 우선적으로 의료적 조치에 대한 대행결정권을 갖는다. 그 다음 순위인 '가사를 같이 하고 그에게 정기적으로 개인적인 보조를 하는 자'에는 사실혼 배우자가 당연히 포함되지만 그에 한정되지 않고 장기간 같이 가사를 같이 한 친구도 포함된다.

의료행위 대행결정권가 다수인 경우 원칙적으로 공동으로 결정해야 한다. 그러나 제378조 제2항은, 공동친권에 관한 규정(스위스민법 제304조 제2항)을 본떠, 善意의 醫師(gutgläubiger Arzt)는 각각의 대행권자가 다른 대행권자와 합의 하에 행위한다고 전제할 수 있다고 규정하고 있다. 사전의료지시에 별도의 지시가 없는 경우, 대행결정권자는, 판단능력 없는 자의 추정적 의사와 이익에 따라 결정한다(제3항). 법률에 따로 규정이 없기 때문에, 대행결정권의 행사는 특별한 형식을 요하지 않으며 따라서 묵시적으로도 이루어질 수 있다.

### 다. 미국

미국은 이 문제를 각 주마다 달리 규정하고 있다. 그 중에서 몇 개 주가 채택하고 있으며[19] 상당히 상세한 규정을 둔, 통일주법위원회(National Con-

---

19) 현재까지 Alabama, Delaware, Hawaii, Maine, Mississippi, New Mexico 주(州)가 채택하였다.

ference of Commissioners on Uniform State Laws)가 마련한 의료행위 결정에 관한 통일법(Uniform Health Care Decision Act, UHCDA)의 규정(Section 5)을 먼저 소개하고, 이어서 주목할 가치가 있는 몇몇 주의 입법례를 소개하도록 한다.

(a) 성년으로 선언된 미성년자(emancipated minor)나 성년자인 환자가 제안된 의료행위에 대한 주요 이익, 위험, 대안을 이해하고 의료행위 결정을 할 능력(capacity)[20]이 결여되어 있다고 주치의가 결정했고, 위임장(power of attorney)에서 대리인으로 지명된 자(agent)나 후견인이 없거나 또는 합리적으로 보았을 때 대리인으로서 행위할 여유가 없다면, 법정 대행결정권자(surrogate)가 환자를 위한 의료행위 결정을 할 수 있다.

(b) 성년자 또는 성년으로 선언된 미성년자는, 주된 의료서비스 제공자(supervising health care provider)[21]에게 개인적으로 고지함으로써, 의료행위 대행결정권자로서 활동할 사람을 지명할 수 있다. 지명된 자가 없거나 지명된 자가 의료행위 대행결정권자로 행위할 수 있는 상황이 아니라면, 다음의 순서대로, 환자의 친척에 속하는 가족구성원 누구라도 의료행위 대행결정권자가 된다: ① 법적으로 별거하지 않은 배우자 ② 성년인 자녀 ③ 부모 ④ 성년인 형제·자매.

(c) 만일 (b) 중에서 의료행위 대행결정권자로 행위할 수 있는 사람이 없다면, 환자에 대해 특별한 관심과 염려를 보였고 환자의 개인적 가치에 익숙하며 합리적으로 보아 대리인으로서 행위할 수 있는 사람이 의료행위 대행결정권자가 될 수 있다.

(d) 의료행위 대행결정권자는 자신이 권한을 인수하였음을, (b)에 규정된 환자의 가족으로서 쉽게 연락할 수 있는 사람들에게 가능한 한 빨리 전달해야

---

https://healthcare.uslegal.com/patient-rights/state-provisions/.

20) 능력(capacity)의 정의에 대해서는 Section 1 (3)에서 규정.

21) 주된 의료서비스 제공자(supervising health care provider)의 정의에 대해서는 Section 1 (16)에서 규정.

한다.

(e) 여러 명이 의료행위 대행결정권자로서 행위할 권한을 인수하였고 이들이 의료행위 결정에 합의하지 않고 주된 의료서비스 제공자에게 고지한 경우, 주된 의료서비스 제공자는 자신의 견해를 의료서비스 제공자에게 전달한 구성원 다수의 견해에 따른다. 찬반이 동수인 경우, 낮은 순위에 속하는 분류 또는 개인들은 결정할 자격이 없다.

(f) 환자 본인의 지시가 있다면 의료행위 대행결정권자는 그 지시 및 자기가 알고 있는 환자의 다른 소망에 따라 의료행위 결정을 해야 한다. 그렇지 않은 경우, 의료행위 대행결정권자는 환자의 최선의 이익이 무엇인지 의료행위 대행결정권자가 판단한 바에 따라 결정을 해야 한다. 환자의 최선의 이익을 판단함에 있어 의료행위 대행결정권자는 자신이 알고 있는 한도에서 환자의 개인적 가치를 고려해야 한다.

(g) 의료행위 대행결정권자가 환자를 위해 한 의료행위 결정은 법원의 승인 없이도 유효하다.[22)]

(h) 각 사람은 언제든지, 서명한 서면으로 또는 주된 의료서비스 제공자에게 개인적으로 실격에 대해 고지함으로써, 자신의 가족구성원을 포함하여 다른 사람이 자신이 대리인이 되지 못하도록 실격시킬 수 있다.

(i) 환자의 자연혈족, 법정혈족, 인척이 아니라면 환자가 의료서비스를 받고 있는 장기 거주 의료기관의 소유자, 운영자, 직원은 대리인이 될 수 없다.

(j) 환자의 대리인으로 행위할 권리를 주장하는 사람에게 주된 의료서비스 제공자는, 위증죄로 처벌될 수 있다는 전제 하에, 그 권한을 입증하기에 합리적으로 보아 충분한 사실과 상황을 포함하는 서면 진술을 요구할 수 있다.[23)]

통일법은 임의규정으로서 의료행위 대행결정권자가 될 수 있을 자의 순위를 정해놓는다. 순위를 정한 기준에 대해 해설서는 자세히 서술하고 있지는 않

---

22) 후견인(guardian)과 대리인(agent)의 의료행위 결정에서도 법원의 승인은 필요 없다. Section 2(f), Section 6(c).

23) 대리인(agent)의 실격의 경우에도 같은 규정이 있다. Section 2(b).

으나, 이와 같은 상황에 처한 사람들 대다수가 원하는 바를 추정하여 위와 같이 규정한 것이라고 한다.[24] 여기서 말하는 친척에는 부계 또는 모계 한쪽으로만 혈족이 되는 경우나 입양에 의해 혈족이 되는 경우가 포함된다. (b)에서 정한 근친보다 먼 친척이나 심지어 친척이 아닌 자도 환자와 밀접한 관계가 있을 것을 전제로 대행결정권자가 될 수 있지만, 다만 이를 위해서는 (b)에서 정한 중에 의료행위 대행결정권자가 될 수 있는 자가 없거나 대행결정권자가 되기를 모두 거부할 것이 전제되어야 한다. 따라서 비전통적이지 않은 관계를 유지하는 자가 반드시 자신의 동반자가 대행결정권자가 되기를 원한다면 위임장에 대리인으로 지명하거나 의료행위 대행결정권자로 지명해놓는 편이 확실하다.[25]

위에서 의료행위 대행결정권자가 될 자의 순위를 정해놓았으나, 동순위의 자가 여러 명 있을 수 있다. 이들 사이의 견해가 일치하지 않으면 과반수 원칙에 따라 해결한다. 찬반이 동수인 경우에는 그들은 물론, 그들보다 낮은 순위의 대행결정권자도 환자의 의료행위 결정권이 없다. 이 경우에는 법원이 Section 14에 따라 결정하게 된다고 해설서는 설명하고 있다.[26]

의료행위 결정에 관한 통일법을 채택하지 않은 주(州)도 대체로 의료행위 대행결정에 대해 주법(州法)에 규정하고 있다. 이하에서는 지면 관계상 그 중에서 몇 가지 주목해야 할 특징들에 대해서만 검토하기로 한다.

우선 대부분의 주가 의료행위에 관해 결정권을 갖는 대리인(agent)나 후견인(guardian)이 없는 경우 대행결정권자를 법률상 정해놓고 있다. 그 순위는 대체로 배우자 - 성년인 자녀 - 부모 - 성년인 형제자매 순서이다. 그 외에도 주에 따라, 성년인 손자녀[27]나 성년인 친척(adult relative)[28]을 대행결정권자

---

24) National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, Uniform Health-Care Decisions Act with prefatory note and comments (1994. 12), p. 24.

25) Ibid, p. 24.

26) National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, Uniform Health-Care Decisions Act with prefatory note and comments (1994. 12), p. 25.

27) Del. Code Ann. 16 § 2507; Ga. Code Ann. § 31-9-2; 755 ILCS 40/25; Me. Rev. Stat. Ann tit. 18-A, § 5-805; S.C. Code Ann. § 44-66-30 등.

에 포함시킨 주도 있다. 그리고 친척은 아니지만 환자에 대해 특별한 관심과 염려를 보였고 환자의 개인적 가치에 익숙하며 합리적으로 보아 대리인으로서 행위할 수 있는 사람이나 가까운 친구(close friend)를 대행결정권자로 포함시킨 주[29]가 상당히 많다는 것도 주목할 만하다. 이는 의료행위에 대한 법정 대행결정권자가 될 후보자 범위를 넓힘으로써, 대행결정권자가 될 자를 보다 쉽게 찾기 위한 것이다.[30]

법정 대행결정권자의 후보군의 범위를 확장하는 대신, 다른 주에서는 의료서비스 제공자에게 대행결정권자를 선택할 수 있는 재량을 부여하는 방법을 택하기도 한다. 예를 들어 테네시 주는 배우자 - 성년인 자녀 - 성년인 형제자매 - 성년인 친척과 같은 순위를 정해놓고는 있으나, 이 순위에 따라 자동적으로 법정 대행결정권자가 결정되는 것이 아니라 주된 의료서비스 제공자(supervising health care provider)가 대행결정권자를 결정한다.[31] 웨스트버지니아 주에서도 환자의 배우자, 성년인 자녀, 부모, 성년인 형제자매, 성년인 손자녀, 가까운 친구 등의 후보군 중에서 주치의가, 필요하다면 다른 의료서비스 제공자의 지원을 받아, 대행결정권자를 선택하도록 규정되어 있다.[32]

법정 대행결정권자로 규정된 범위의 자 중에 대행결정을 할 만한 사람이 없는 경우도 문제가 될 수 있다. 이에 대해 사우스캐롤라이나 주에서는, 주치의나 환자에 대해 책임이 있는 다른 의료서비스 전문가의 판단에 따라 의료행위가 필요하다면 동의 없이도 의료행위를 하는 것이 가능하다고 한다.[33] 반면 주치의가 단독으로 의료행위 필요 여부를 결정하지 못하도록 하는 주법들도 존재

---

28) Ark. Code Ann. § 20-6-105 (4) (E); Fla. Stat Ann. § 765.401; Ky. Rev. Stat. § 311.631; Me. Rev. Stat. Ann tit. 18-A, § 5-805 등.

29) Alaska Stat. § 13.52.030; Ariz. Rev. Stat. Ann. § 36-3231; Del. Code Ann. 16 § 2507; DC Code § 21-2210; Fla. Stat Ann. § 765.401; 755 ILCS 40/25; Me. Rev. Stat. Ann tit. 18-A, § 5-805 등.

30) Pope, 33 Ga. St. U. L. Rev. 923, 965.

31) TENN. CODE ANN. § 68-11-1806(c).

32) W. VA. CODE § 16-30-8.

33) S.C. Code Ann. § 44-66-50.

한다. 예를 들어 텍사스 주의 경우 법정후견인이 없고 법정 대행결정권자가 될 자도 없는 환자를 위해 의료행위를 하기 위해서는, 해당 의료행위에 참여하지 않는 다른 의사가 의견을 같이 해야 한다.[34]

법정 대행결정권자로 규정된 범위의 자 중에 대행결정을 할 만한 사람이 없는 경우 의료행위의 경중을 나누어 의사의 단독판단으로 충분한지 아니면 외부기관의 동의를 필요로 할지 구별하는 입법례도 존재한다. 뉴욕 주에서는 배우자 — 성년인 자녀 — 부모 — 형제자매 — 가까운 친구 순으로 대행결정권자가 될 사람들의 순위를 정해두고, 이 범위의 사람들 중 대행결정권자가 될 사람이 없으면, 통상적인 치료는 주치의가 그 필요 여부를 판단하고, 마취제나 향정신성 약물의 사용, 침습적 의료행위나 상당한 위험을 수반하는 행위의 경우에 주치의는, 간호사나 사회복지사 등 환자를 돌보는데 직접적인 책임이 있는 사람과 협의해야 하고, 다른 의사가 의견을 같이 해야 한다.[35] 콜로라도 주에서는 여러 이해관계인을 정해놓았으나, 그들이 당연히 대행결정권자가 되는 것이 아니라 그들 사이에 누가 대행결정권자가 될지 협의해야 한다. 주치의는 가능한 한 많은 이해관계인을 찾기 위해 합리적인 노력을 기울여야 하지만, 만일 찾을 수 없거나 이해관계인 중에 대행결정권자가 되기를 원하는 사람이 없으면, 다른 의사를 대행결정권자(proxy decision-maker)로 지정할 수 있다. 그리고 이 경우 위험도가 낮은 통상적인 치료(routine treatment)의 경우 주치의는 단독으로 치료를 할 수 있으나, 마취제 사용이나 침습적 의료행위나 합병증이 발생할 상당한 위험이 있는 치료 등을 하기 위해서는 대행결정권자인 의사와 의학윤리위원회(medical ethics committee)의 서면 동의를 받아야 한다.[36]

### 라. 오스트레일리아

오스트레일리아의 대부분의 주는 의료행위에 관한 법정 대행결정권자를 인

---

34) TEX. HEALTH & SAFETY CODE ANN. § 166.039(e).
35) http://wnylc.com/health/entry/142/.
36) Colo. Rev. Stat. Ann. § 15-18.5-103(4)(c).

정한다.

1) Victoria 주는 Medical Treatment Planning and Decisions Act 2016의 제55조에서 성년인 환자의 의료행위 대행결정권자의 순위를 다음과 같이 정하고 있다. (1) 환자 본인이 지명한 의료행위 대행결정권자(medical treatment decision maker), (2) 환자 본인이 지명한 자가 없고, 빅토리아주 민사행정법원(VCAT)이 선임한 후견인이 의료행위에 관해 환자를 대리해 의료행위 결정을 할 권한을 가진 경우 그 후견인, (3) 본인이 지명한 자나 후견인이 없는 경우 이하의 순서대로 의료행위 대행결정권자가 된다. (a) 환자의 배우자나 사실혼 배우자(domestic partner), (b) 환자의 주된 간병인, (c) 이하의 순서대로 우선순위를 가지며 해당하는 자가 여러 명인 경우 그 중 나이가 가장 많은 사람 i) 성년인 자녀, ii) 환자의 부모, iii) 환자의 성년인 형제자매. 다만 환자가 정신질환자인 경우에는 동 규정이 적용되지 않는다.[37]

2) Queensland 주는 Powers of Attorney Act 1998 제62조에서 성년자가 자신의 건강에 대해 스스로 결정할 수 없는 경우 법정 의료대리인(statutory health attorney)에게 대신해서 결정할 권한을 수여한다. 법정 의료대리인은 ① 환자와의 관계가 가깝고 지속적인 환자의 배우자, ② 18세 이상으로 환자를 무상으로 돌보고 있는 자, ③ 18세 이상으로 환자의 친구이거나 가까운 관계를 가진 자로서 유상으로 환자를 돌보는 자가 아닌 자의 순서로 자격이 인정된다(제63조 제1항). 목록에 기재되고 법정 의료대리인으로 적합한 자가 2명 이상이고 그들 사이에 의견이 불일치하면 성년후견인(adult guardian)이 결정하게 된다(Guardianship and Administration Act 2000 제42조). 만일 이 목록에 기재된 사람 중에 권한을 행사하기에 적합한 자가 없으면 공공후견인(public guardian)이 법정 의료대리인이 된다(제63조 제2항).

3) South Australia 주는 Consent to Medical Treatment and Palliative Care Act 1995에서 환자 본인의 의사결정능력이 손상되어 의료행위를 할 수

---

37) 환자가 정신질환자인 경우 이 규정에 따르지 않고 정신건강법(Mental Health Act 2014) 제75조에 따른 순서대로 동의권자를 결정한다(제55조 제5항).

없는 경우 의료행위 대행결정권자(person responsible)가 한 동의를 환자가 한 동의로 본다고 규정한다(제14조의B). 그리고 제14조에 따르면 (a) 후견인(단 의료행위에 관한 동의권이 제한되지 않았을 것) (b) 환자의 가깝고 지속적인 관계를 유지하고 있는 환자의 친족 (c) 환자의 가깝고 지속적인 관계를 유지하고 있는 친구 (d) 환자의 복지와 돌봄, 진행 중인 매일 매일의 감독을 담당하는 자의 순서로 의료행위 대행결정권자가 될 수 있다. 위의 순서에 따라 의료행위 대행결정권자가 될 자가 없으면 가족이나 의사의 신청에 따라 법원이 결정한다.

4) West Australia 주는 Guardianship and Administration Act 1990의 Part 9C에서 의료행위 대행결정권자(person responsible for patients)를 정하고 있는데 그 순위는 다음과 같다(제110ZD조): (a) 18세 이상으로 환자와 같이 살고 있는 배우자 또는 사실혼 배우자 (b) 환자와 친밀한 관계를 유지하고 있는 환자의 가장 가까운 친족 (c) 18세 이상으로 환자를 주로 돌보고 지원하는 자로서 그 돌봄과 지원에 대해 보수를 받지 않는 자 (d) 누구라도 18세 이상으로 환자와 친밀한 개인적 관계를 유지하는 자. 친밀한 개인적 관계를 유지한다고 하려면 자주 개인적인, 즉 직업적이지 않은 만남을 환자와 가지고 환자의 복리에 대해 진지한 관심을 가져야 한다. 의료행위 대행결정권자라 해도 불임수술에는 동의할 수 없다(제7항).

5) New South Wales 주는 Guardianship Act 1987의 의료 및 치과진료(Medical and dental treatment)에 관한 Part 5에서 환자의 동의에 관하여 규정하고 있다. 이에 따르면 (a) 지정된 후견인, (b) 가장 최근의 배우자(사실혼 배우자 포함), (c) 환자를 돌보고 있는 자, (d) 환자의 가까운 친구나 친척의 순서로 의료행위 대행결정권자(person responsible)가 된다. 의료행위 대행결정권자가 될 자가 서면으로 이를 거부하면 다음 순위에 있는 사람이 의료행위 대행결정권자가 된다(제33조의A).

다만 의료행위 대행결정권자라고 해서 모든 의료행위에 대하여 동의권을 가지는 것은 아니다. 동법은 치료행위를 응급 의료행위(urgent treatment), 경

미한 의료행위(minor treatment), 중대한 의료행위(major treatment), 특별한 치료행위(special treatment)로 분류한다. 응급행위의 경우 동의가 필요 없다(제37조 제1항). 경미한 치료행위는 중대한 또는 특별한 치료행위가 아닌 모든 치료행위를 포함하며(제33조 제1항(g)), 의료행위 대행결정권자(person responsible)가 있으면 그의 동의를 받으면 되지만 의료행위 대행결정권자가 없거나 있더라도 연락할 수 없거나 그가 대행 결정할 수 없거나 하기 원치 않는 상황이라면 그의 동의 없이도 의료행위를 할 수 있다. 이 경우 의사는 의료행위가 필요하며 그 의료행위의 방식이 환자의 건강을 가장 성공적으로 회복시킬 것이라는 것, 환자가 그 의료행위에 반대하지 않는다는 것을 서면으로 인증해야 한다(제37조 제2항, 제3항).

중대한 치료행위에는 피임이나 월경조절 목적으로 장기간 지속되는 주입가능 호르몬제 투여가 관련되는 치료, 중독성 약물이나 마취제, 진정제, 중추신경계에 영향을 미치는 제한물질 투여가 관련되는 치료, 환자에게 사망, 뇌손상, 마비, 신체기관이나 사지의 영구적 기능상실, 영구적인 흉터, 치료상황의 악화, 회복 기간이 비정상적으로 연장, 인격의 변화, 고수위의 고통이나 스트레스를 줄 상당한 위험을 수반하는 치료 등이 포함된다(Guardianship Regulation 2016 제10조). 이러한 치료행위에도 의료행위 대행결정권자가 동의할 수 있으나(제36조 제1항), 경미한 치료행위의 경우와 달리 서면동의가 필요하다(Guardianship Regulation 2016 제13조 제3항).

특별한 의료행위(special treatment)는 영구적 불임시술, 상당수의 전문의의 지지를 아직 받지 못하는 새로운 치료(제33조), 그 외에 임신중절수술, 정관절제술, 그리고 기계적, 화학적, 물리적 그 외 어떤 방법이든 혐오자극(aversive stimulus)을 사용하는 의료행위를 포함한다(Guardianship Regulation 2016 제9조). 특별한 의료행위에는 법원만 동의할 수 있다. 다만 법원이 예전에 특별 치료를 동의했었고 이 치료를 계속하는데 대한 동의권을 후견인에게 수여했다면 후견인도 동의할 수 있다(제36조).

## 2. 가족이나 지인에게 대행결정권을 인정하지 않는 입법례

### 가. 프랑스

프랑스민법 제16-3조는 "(1) 본인을 위해서 또는 예외적인 경우 타인의 치료상 이익을 위한 의학적 필요가 있는 경우를 제외하고는 신체의 완전성을 침해할 수 없다. (2) 이해관계인의 동의는, 그가 동의할 수 없는 치료가 그의 상태로 인해 필요한 경우를 제외하고는, 사전에 이루어져야 한다."고 규정하고 있다. 이를 받아서 공중보건법(Code de la santé publique) 제L.1111-4조는 다음과 같이 규정한다: 우선 환자의 설명을 듣고 자유롭게 이루어진 동의 없이는 어떤 의료행위도 이루어져서는 안 된다(제4항). 환자가 자신의 의사를 표현할 수 없는 경우, 긴급하거나 불가능한 경우를 제외하고는, 환자가 지정한 대리인(personne de confiance)[38]이나 가족, 만일 존재하지 않는 경우에는 환자의 지인과 상담하지 않으면 어떠한 처치나 검사도 이루어질 수 없다(제5항). 제R4127-36조는 위 규정을 다시 더 구체화하여, 환자가 의사를 표현할 수 없는 경우 긴급하거나 불가능한 경우가 아니라면 환자가 지정한 대리인, 만일 없다면 가족이나 지인 중 한 명이 설명을 듣지 않으면 치료할 수 없다고 규정하고 있다(제3항). 즉 제L.1111-4조는 치료를 위해 환자의 지인 등과 상담하고 그에게 설명할 것을 요구하지 그의 동의를 받을 것은 요구하지 않는 것이다. 다만 긴급한 경우나 상담이 불가능한 경우에는 의사는 상담 없이 의료행위를 할 수 있다.[39] 그 외에도 중요한 진단이나 예측의 경우 환자 측의 반대가 없으면 환자가 지명한 대리인이나 환자의 가족이나 지인이 환자를 직접적으로 지원하기 위해 필요한 정보를 지득하는 것은 의사의 비밀유지의무에 반하지

---

38) 이에 대해서는 공중보건법 제L.1111-6조가 규정하고 있는데, 성년자는 자신이 의사를 표현하거나 필요한 정보를 받을 수 없을 경우를 대비하여 대리인을 지명할 수 있고, 지정 환자의 부모, 지인 또는 주치의가 이러한 대리인이 될 수 있다. 대리인으로 지정된 자는 환자 본인의 의사를 고려한다. 대리인으로 지정된 자에 의해 날인, 작성 및 보관된다. 대리인의 지정은 언제든지 수정 및 취소될 수 있다.

39) Penneau, Répertoire de droit civil – Médecine : réparation des conséquences des risques sanitaires, nº 108.

않는다(공중보건법 제L. 1110-4조 V).

여러 번 개정되긴 하였으나, 환자가 의사를 표현할 수 없는 경우 긴급하거나 불가능한 경우를 제외하고 환자의 지인(proche)이 설명을 들어야 한다는 규정 자체는 원래 의사직업윤리법(Code de déontologie médicale) 제36조에 규정되어 있다가 2004년 데크레(Décret 2004-802 2004-07-29 art. 5 A JORF 8 août 2004)에 의해 삭제되고 공중보건법에 삽입된 것으로 보인다. 이러한 내용의 규정이 처음 의사직업윤리법에 명문으로 규정된 것은 1979년 데크레(Décret 79-506 1979-06-28 JORF 30 juin 1979)[40]에 의한 것인데, 왜 상담을 해야 하는 사람의 범위가 가족에 한정되지 않고 지인과 같이 넓은 범위의 사람에게 인정되었는지, 그리고 왜 지인이 동의를 할 것을 요구하지 않고 그와 상담만 하면 되는 것인지 규명하는 입법 자료는 찾을 수 없다.

### 나. 영국

영국의 2005년 정신능력법(Mental Capacity Act 2005)에 따르면 의사결정능력이 없는 성인의 보호를 담당하는 자는 특정 보호 및 치료가 필요한 시점에서 본인의 의사결정능력이 있는지를 조사한 후(제3조), 의사결정능력이 없다고 판단되면, 본인의 최선의 이익에 부합하는 보호 및 치료를 할 수 있다. 이때 결정을 하는 자는, 본인의 과거와 현재의 감정과 소망, 본인이 능력이 있었더라면 그의 결정에 영향을 미쳤을 신념과 가치 기타 본인이 고려했을 다른 요소들이 무엇인지 고려해야 하며(제4조 제6항), 이 사항에 관해 일정한 범위의 사람의 자문을 얻도록 합리적으로 노력해야 한다. 이 일정한 범위의 사람에는, 본인이 자문을 구하도록 지명한 사람, 본인을 돌보는 사람, 본인이 지속적 대리권(lasting power of attorney)을 수여한 사람, 법원이 지명한 법정대리인(deputy)이 포함된다(제4조 제7항). 그런데 이 규정에 관한 공식설명

---

40) https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006072664&idArticle=LEGIARTI000006685643&categorieLien=id.

(explanatory notes)은 자문을 얻기 위해 합리적 노력을 기울여야 하는 사람의 범위에 친구와 가족을 포함시키고 있다(2005 c. 9 Explanatory Notes 33).[41]

본인에게 중대한 의료시술이나 거소 변경을 해야 하는데 그에게 지속적 대리인이나 법정대리인이 없고 또한 그의 최선의 이익을 판단할 때 참조할 비전문가인 친구나 가족이 없다고 판단하게 되면 국가보건서비스(NHS)는 독립정신능력대변자(Independent Mental Capacity Advocate=IMCA)를 선임해야 한다(제35조 이하). 다른 경우에도 독립적인 정신능력대변자를 두는 것이 바람직하다는 것을 정부도 인식하였으나, 비용과 실현가능성의 문제로 이 두 가지 경우에만 인정된 것이다.[42] 가족구성원이 특정치료에 반대하고 그 반대가 이익 상충에 해당하거나 본인의 최선의 이익이 아니라 자기나 가족의 이익을 우선하거나 의사결정능력에 의문이 있을 때에도 독립정신능력자를 활용할 수 있다고 한다. 다만 독립정신능력대변자는 친구나 가족이 의사결정에 개입하는 것이 부적절하다고 판단될 경우에만 그 역할을 수임해야 한다고 한다.[43]

### 다. 독일

독일은 2003년부터 의료행위에 관한 법정 대행결정권을 인정하는 법안을 마련한 바 있다. 이 입법안은 성년후견법에 관한 연방-주-연구조사단(Bund-Länder-Arbeitsgruppe “Betreuungsrecht”)이 제안한 것으로, 이 연구조사단은 처음에는 배우자와 생활동반자에게 혼인 또는 생활동반자 관계성립시부터 자동적으로, 그리고 본인의 행위능력 유무에 상관없이, 의료행위에 대한 대리권을 인정하는 것을 제안하였다. 이후 중간보고를 통해, 본인이 사고

---

41) 정신능력법에 대한 실무지침(Code of Practice) 4.49도 같다. 다만 가족이나 친구의 개인적 견해와 소망이, 평가에 영향을 미쳐서는 안 된다고 한다.

42) Redley, Luke and Holland, Mental Capacity Act (England and Wales) 2005: The Emergent Independent Mental Capacity Advocate (IMCA)Service, British Journal of Social Work (2009) 40, 1812, 1814.

43) 제철웅, “영국법에서 의사결정무능력 성인의 보호제도의 역사적 전개와 2005년의 정신능력법의 특징”, 비교사법(제17권 4호), 2010. 12, 252면.

나 질병 등으로 인해 자신의 권리의무를 스스로 행사할 수 없을 때 배우자와 생활동반자, 그리고 그 후순위로 부모와 자녀에게 의료행위에 대한 대행결정권[44]을 인정할 것을 제안하였다.[45] 이 내용은 입법안[46] 민법 제1358조의a와 제1618조의b로 구체화되었다.

제1358조의a는 (1)항에서 장애가 있는 배우자의 의료행위에 대한 대행결정권을 인정하였는데, 이 권한이 있으려면 의사에게 서면으로 ① 장애가 있는 배우자와 혼인 상태라는 것, ② 별거 중이 아니라는 것, ③ 임의대리권이나 성년후견(Betreuung)의 존재를 알지 못한다는 것, ④ 배우자의 반대의사를 알지 못한다는 것을 표시해야 한다. 제1618의b조는 환자에게 배우자나 생활동반자가 없는 한 위 규정을 환자의 부모와 성년인 자녀에게 준용하면서 성년의 자녀가 부모보다 우선적으로 표시권한을 가진다고 규정하였다. 동순위의 친족이 여러 명인 경우 그 중 한 명의 표시만으로 충분하지만, 그들 사이에 의견이 다르면 고려되어야 한다. 적정한 시간 안에 선순위 친족에게 연락할 수 없으면, 연락 가능한 후순위친족의 표시로도 충분하다. 친족 역시 의사에게 서면으로 ① 선순위 또는 적어도 동순위의 친족에 해당한다는 것, ② 임의대리권이나 성년후견의 존재를 알지 못한다는 것, ③ 본인의 반대의사나 동순위의 친족의 반대의사를 알지 못한다는 것을 표시해야 한다.

그러나 이 법률안은 결국 연방의회에서 통과되지 못했다. 의회는 법정 대행결정권을 도입하는 경우 남용의 위험이 있다는 것, 규정이 너무 복잡하다는 점, 본인에게 장래임의대리의 가능성을 지적해주는 편이 나을 것이라는 것을 거부 이유로 들었다.[47] 본인에게 동의능력이 없고 의료행위를 위한 임의대리인이나 법정후견인이 선임되어 있지 않은 경우, 현재로서는 의료행위에 대한 동의

---

44) 법률안이 제출되기 전에 이미, 가족에게 환자의 의료행위에 대한 법정대리권을 입법화하자는 견해로 Probst/Knittel, Gesetzliche Vertretung durch Angehörige – Alternative zur Betreuung?, ZRP 2001, 55.

45) 연구조사단의 제안 경과에 대해서는 Diekmann, Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten – Modell eines dreigliedrigen Vertretungssystem (2009), S. 109 f. 참조.

46) Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechts (BT-Drs. 15/2494), S. 6.

47) BT-Drs. 15/4874, S. 26.

능력이 결여된 자에 대해 의료행위 동의를 받기 위해서는 후견인 선임절차를 거쳐 후견인을 선임한 후 그로부터 동의를 받거나, 이러한 절차를 거칠 시간적 여유가 없는 경우에는 의사가 사무관리(Geschäftsführung ohne Auftrag)의 법리[48] 또는 본인의 추정적 의사(mutmaßlicher Willen)의 법리[49]에 따라 의료행위를 해야 한다.

### 3. 소결

현재 우리나라 실무에서는 의사결정능력이 없는 환자를 위해 보호자라는 성명으로 환자의 친족이 환자의 동의를 대리하는 것이 당연하게 받아들여지고 있다. 그렇지만 비교법적으로 보았을 때 이러한 실무의 태도가 늘 당연한 것은 아니다.

위에서 검토한 바를 정리하면 오스트리아, 스위스, 미국과 오스트레일리아의 대부분의 州에서는 의료행위 대행결정권자의 순위를 정하고 있다. 반면 영국, 프랑스, 독일의 경우 의료행위 대행결정권자를 정하지 않는다. 영국과 프랑스는 의사가 환자의 가족이나 지인과 상담하거나 그에게 환자에게 행하여질 의료행위에 대해 설명하도록 하고 있을 뿐 그의 동의를 받아야 의료행위를 할 수 있도록 정하고 있지 않다. 독일의 경우 의료행위 대행결정권자를 민법에 규정하려는 입법안이 제출된 바 있으나 폐기되었고, 현행법의 해석상 의사는 사무관리의 법리나 본인의 추정적 의사에 따라 치료하게 된다.

일견 의료행위 대행결정권자를 결정해 놓는 것이 환자를 위해서나 의사를 위해서나 예견가능성을 담보해줄 해법으로 보이기도 한다. 우선 의사 입장에서는, 의료행위 대행결정권자가 있어 해당 의료행위에 대해 동의해 주어야, 사

---

48) 개정 시도 이전의 설명이기는 하지만 Kern, Fremdbestimmung bei der Einwilligung in ärztliche Eingriffe, NJW 1994, 753, 756. 다만 이 견해에 의하더라도 사무관리에 의해 환자를 치료하는 의사는 환자의 추정적 의사를 기준으로 의료행위를 해야 하므로, 본인의 추정적 의사 법리에 따른 경우와 실질적인 차이는 없을 것이라고 생각된다.

49) Burchardt, Vertretung handlungsunfähiger volljähriger Patienten durch Angehörige (2010), S. 66; Diekmann, Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten (2009), S. 12.

후에 동의 없는 의료행위를 했음을 이유로 의사가 의료책임을 부담할 위험으로부터 확실히 면책된다고 할 수 있다. 이러한 의사의 면책에 대한 예견가능성은 환자 입장에서도 중요하다. 의사의 면책이 보장되지 않는다면, 의사가 환자에게 필요한 의료행위를 다하지 않을 위험이 존재하기 때문이다. 물론 의료행위 대행결정권자가 정해져 있지 않더라도 묵시적 동의나 사무관리 법리에 의해 의사가 면책될 가능성도 있으나, 대체로 이들 법리는 긴급한 의료행위에 한해 인정되기 때문에 면책을 담보하는 데 한계가 있다.

다만 각국의 입법례가 대행결정권자의 순위 및 범위를 구체적으로 어떻게 규정했는지 검토한다면 가족을 의료행위 대행결정권자로 결정하는 것이 과연 최선의 해결책인지 의문이 생긴다. 거의 모든 입법례가 배우자 – 성년인 자녀 – 부모 – 그 외의 친척이나 친구 등의 순위로 자동적으로 대행결정권자가 결정되도록 정하고 있다. 오스트리아, 그리고 입법이 되지는 않았으나 독일의 입법안은 대행결정권자를 친족에 한정하였으나, 스위스, 미국과 오스트레일리아의 대부분의 주는 대행결정권자를 친족에 한정하지 않는다. 그런데 가족을 법정 대행결정권자로 하는 취지가 예컨대, 그가 환자 본인의 소망이나 가치관에 대해 잘 알고 있다는 것이라면, 반드시 배우자 – 성년 자녀 – 부모 등의 순서로 본인의 소망을 잘 알고 있다고 단언할 수 없다. 오스트리아처럼 대행결정권자 사이에 순위를 정하지 않고 대행결정권자가 여러 명인 경우 그 중 한 명의 동의만으로도 충분하지만 근친 중 일부는 의료행위에 동의하고 일부는 반대한다면, 의사는 그 의료행위를 할 수 없고, 성년후견인 선임절차가 개시되어야 한다고 정하는 방법도 가능하다. 그렇지만 성년후견인 선임절차는 많은 시간과 비용이 들기 때문에, 긴급을 요하는 경우가 많은 의료행위 대행결정권자 문제에 있어 반드시 적합한 해결책이라고 할 수는 없다. 또한 가족이 없거나 가족을 발견할 수 없는 환자는 여전히 법정 대행결정권자가 없는 문제가 있다. 그리고 이러한 문제는 비혼(非婚)인구와 고령인구가 늘어날수록 더욱 증가할 것으로 예상된다.[50] 이 문제를 해결하기 위해 미국과 오스트레일리아 대부분의 주는 가족이 아닌 친구 등도 법정 대행결정권자 후보군에 포함시키고 있다. 그런데 법

률상 가족관계에 있는 자는 환자와의 관계를 증명하기 어렵지 않으나, 친구나 지인은 그 관계 자체를 단순하게 증명할 수 없으며 또 환자 본인과 얼마나 가까운 사이였는지 증명하는 것은 더 복잡할 것이다. 많은 경우 의료행위는 최대한 신속히 결정하고 처치되어야 한다. 의료행위 결정권자가 누구인지 확정하는 단계에서부터, 불명확한 요소가 개입하는 것은 적절하지 않다.

다른 한편 미국의 몇몇 주에서는, 법정 대행결정권자로 규정된 범위의 자 중에 대행결정을 할 만한 사람이 없는 경우에는 의료행위에 대한 동의가 없더라도 주치의가 의료행위를 하는 것이 가능하도록 규정하고 있다. 사우스캐롤라이나 주에서처럼 주치의가 단독으로 의료행위 필요 여부를 결정하는 것이 가능한 주도 있고, 텍사스 주처럼 주치의 외에, 해당 의료행위에 참여하지 않는 다른 의사의 동의 의견이 필요한 경우도 있다. 뉴욕 주처럼 의료행위의 경중을 나누어 의사의 단독판단으로 충분한지 아니면 외부기관의 동의를 필요로 할지 구별하는 입법례도 존재한다. 콜로라도 주처럼 다른 의사를 대행결정권자로 지정하되, 위험도가 낮은 통상적인 치료는 주치의가 단독으로, 마취제 사용이나 침습적 의료행위나 합병증이 발생할 상당한 위험이 있는 치료 등을 하기 위해서는 대행결정권자인 의사와 의학윤리위원회의 서면 동의를 받아야 하는 입법례도 있다. 의료행위의 위험도에 따라 의료행위 대행결정권의 행사방식을 달리하거나 대행결정권자를 달리 정하는 태도는 오스트레일리아의 New South Wales 주에서도 찾아볼 수 있다.

생각건대 의료행위 대행결정권자 문제에 대한 해답을 모색함에 있어, 환자 본인의 가족이나 친구가 대행결정권자로 고려되는 이유가 무엇인지부터 검토할 필요가 있다. 본인이 미리 의료행위에 대한 대행권한을 수여하였다면 본인의 의사에 의해, 본인이 스스로의 사무를 처리할 수 없어 법원에 의해 성년후견

---

50) 2012년의 한 조사에 따르면 집중치료 중인 환자의 16%, 요양원 환자의 3%가 의료행위를 대리 결정해줄 가까운 가족이나 친구가 없다고 한다. Barry D. Weiss, MD, Elena A. Berman, PhD, Carol L. Howe, MD, MLS, and Robert B. Fleming, JD, Medical Decision-Making for Older Adults without Family, Journal of the American Geriatrics Society, Vol. 60 (30 October 2012), 2144.

인 등이 선임되었다면 그 후견인이 본인을 대리해 의료행위 대행결정권을 갖는다는 데에는 의문의 여지가 없다. 문제는 본인의 대행권한 수여나 법원의 후견인 선임과 같은 실질적인 근거 없이, 단지 본인과 일정한 관계에 있다는 이유로 본인의 신상에 있어 매우 중대한 의료행위 대행결정권을 인정하는 것이 어떻게 정당화될 수 있는지이다. 그 근거는 아마도 본인의 가족이나 가까운 친구는 본인의 평소 사상이나 신념을 잘 알고 있고 따라서 해당 의료행위에 대한 동의 여부를 결정함에 있어 본인 스스로의 결정과 가장 유사한 결정을 내릴 수 있는 위치에 있으리라는 기대, 또한 본인에 대한 애정을 기반으로 본인에게 가장 최선의 이익이 되는 결정을 할 것이라는 기대에서 찾을 수 있을 것이다. 즉 대행결정권자는 객관적, 주관적으로 환자에게 가장 최선의 결정을 할 수 있으리라고 기대되는 것이다.

그런데 여기서 의료행위의 특수성에 대해 생각해 보게 된다. 특정 의료행위가 해당 환자에게 이익이 되는 것인지 판단하기 위해서는 고도의 전문적 지식이 필요하다. 환자 가족이나 친구 대부분은 특정 의료행위가 환자에게 객관적으로 이익이 되는 것인지 스스로 판단할 능력이 부족하다. 즉 환자 가족이나 친구를 대행결정권자로 규정해 놓는 경우, 그들이 객관적으로 환자에게 가장 유리한 결정을 할 수 있으리라고 기대하기가 어렵다. 물론 이러한 문제는 가족이나 친구가 의료행위 대행결정권자로서 판단할 때에만 발생하는 것이 아니라 환자 본인, 또는 환자의 법정대리인이나 환자로부터 수권을 받은 임의대리인이 의료행위 동의 여부를 판단할 때도 발생하는 문제이다. 그렇지만 환자 본인이 동의하는 경우에는 사적 자치와 자기책임 원리로부터, 환자의 임의대리인이 동의하는 경우 사적 자치와 자기책임 원리의 연장선상에서, 환자의 법정대리인이 동의하는 경우 환자의 이익을 가장 잘 보호해줄 수 있는 사람을 법원이 선임하였다는 데서, 설명을 들은 자가 환자에게 객관적, 주관적으로 가장 이익이 될 것으로 기대되는 조치를 하는 것이 정당화된다. 그런데 법정 의료행위 대행결정권자의 경우 임의대리인과 같이 환자의 사적 자치가 연장되는 것도 아니고, 법정대리인처럼 법원이 그의 적합성을 미리 심사한 것도 아니다. 그만큼

대행결정권자가 객관적, 주관적으로 환자에게 가장 유리한 결정을 할 수 있으리라는 기대는 약화되고, 그가 권한을 남용하거나 책임감 없이 경솔한 결정을 할 위험은 그만큼 높아진다.

환자에게 객관적, 주관적으로 최선의 이익이 되는 결정을 하기 위해서 다른 방법도 가능하다. 영국이나 프랑스의 입법례는 환자 스스로 의료행위에 대해 동의여부를 결정할 수 없을 때, 환자의 가족이나 지인에게 대행결정권을 부여하지는 않으나 의사가 그들과 상담하거나 그에게 설명할 것을 요구한다. 이를 통해 의사는 환자의 평소 사고나 신념에 대한 자료를 지득할 수 있고, 이를 통해 객관적으로뿐만 아니라 주관적으로도 환자에게 최선의 이익이 되는 결정을 할 수 있다. 의사나 위원회는 자신이 지득한 환자에 대한 자료를 참고로 할 뿐이므로, 환자 본인의 주관적 자기결정이 도외시될 위험도 여전히 존재하기는 한다. 그렇지만 평소부터 의료행위 동의 여부에 있어 현재의 의학지식에 따른 객관적인 최선의 결정뿐만 아니라 자신의 주관적 신념이 반드시 반영되기를 원하는 사람이라면, 이를 관철할 수 있는 간단한 방법이 있다. 미리 자신의 주관적 이익을 대변해 줄 의료행위에 관한 대행결정권자을 선임해 두는 것이다. 물론 주치의 혼자 결정하는 경우, 주치의가 성급한 결정을 하거나 잘못된 결정을 할 우려가 존재한다. 그러나 주치의 외에 다른 의사나 독립적인 위원회의 동의를 받도록 한다면, 주치의가 잘못된 결정을 할 위험은 그만큼 감소하게 될 것이다.

다만 주치의 외에 다른 의사나 독립적인 위원회의 동의를 받도록 하는 경우 의료행위 동의 절차에 투입되는 비용과 시간이 그만큼 증가하게 될 것이다. 주치의 외에 다른 의사나 위원회가 추가적으로 투입하게 될 비용과 시간을 어떻게 보상해줄 것인지에 대해서는 좀 더 고민이 필요할 것이다. 만일 우리 사회가 이 비용을 아직 감당할 수 없다면 차선책으로 의료행위 대행결정권자를 명문화하는 방법을 택할 수밖에 없을 것이다.

## IV. 환자에게 의사결정능력이 있는 경우 환자 가족의 의료행위 동의 결정에 참여

③ 유형에서는 임의후견인도 법정후견인도 없는 경우 동의권을 대행할 법정대리권을 인정할 것인지를 논의하였다. 반면 환자에게 동의능력이 있고 성년후견도 개시되지 않은 경우는 ④에 해당하는 유형으로, 법률상 당연히 환자 본인이 설명을 듣고 동의를 해야 한다. 따라서 환자 본인이 아니라 환자의 보호자에게 설명하고 보호자의 동의만 받아 수술 등 의료행위를 하는 관행은 법률상 근거가 없다. 두 번의 대법원 판결과 최근 서울고등법원 판결이 보여주듯이, 성인으로서 판단능력을 가지고 있는 환자를 제쳐두고 환자의 가족에게만 수술의 내용과 그 위험성 등을 설명하고 동의를 받은 것은 환자에 대한 적법한 설명의무 이행이라고 볼 수 없다.

그렇다면 환자 가족에게 설명하는 관행은 위법한 것으로서 앞으로 근절해야 할 관행이며 환자의 가족 등 보호자는 의료행위 결정에 참여할 수 없다고 결론지으면 될 것인가? 그와 같이 결론으로 비약하기에는 다음과 같은 문제가 있다. 환자가 의사능력을 완전히 상실하지 않았다 하더라도 요보호상태에 있는 환자, 특히 고령의 환자는 의학적 정보를 받아들이고 이해하는데 어려움을 느낄 수 있다. 환자의 동의가 온전한 자기결정권에 근거한 동의가 되기 위해서는, 의사로부터 충분한 설명을 듣고 한 동의(informed consent)여야 한다. 그런데 아무리 상세하게 설명하더라도 환자가 제대로 이해하지 못한다면 설명은 의미가 없다. 특히 환자는 질병으로 신체적, 정신적 능력이 떨어진 상태에 더하여 자신의 생명이 위태로울 수 있는 위기 상황에 위축되어 평소라면 이해할 수 있던 설명도 제대로 이해하지 못할 수 있다.[51] 물론 이런 경우 환자에게 의료행위 동의 여부를 결정할 의사능력이 결여되어 있다고 보아 특정후견인을 선임하는 방법도 가능할 것이나, 위에서도 언급한 것처럼 후견은 비용과 시간의 지

---

51) 유사한 지적으로 Kapp, Health Care Decision Making by the Elderly: I Get by with a Little Help from My Family, The Gerontologist Vol. 31, No. 5, 619, 620.

연을 수반한다. 더구나 의료행위 대행결정을 위해서도 아니라 환자의 이해를 돕기 위해 특정후견을 선임하는 것이, 과연 그로 인한 비용과 시간의 지연을 정당화할 수 있을까? 그런데 이때 의사와 환자 사이를 중개해 줄 수 있는 가족이 동석하면, 별다른 비용과 시간을 들이지 않고도, 환자에게 익숙한 단어와 어휘를 이용해 의사의 설명을 더 잘 전달할 수 있으며 환자도 심리적 안정감[52]을 느껴 이해력이 증가할 수 있다. 실제로 의사 쪽에서도 환자에게 단독으로 설명할 때보다 가족과 동석한 경우 더 많은 정보를 제공하게 된다는 연구결과도 존재한다.[53] 또한 환자의 의료행위에 관한 결정은 환자에게 뿐만 아니라 가족구성원에게도 상당한 감정적, 재정적, 육체적 부담을 줄 수 있는 만큼[54] 환자 구성원도 의사결정에 참여할 수 있다면 나중에 발생할 수 있는 가족 간의 분쟁을 미리 예방하는 효과도 있을 수 있을 것이다. 가족 간의 분쟁이 환자의 치료에 도움이 되지 않을 것임은 물론이다.

외국에서는 이러한 점에 주목하여, 환자와 환자의 가족 사이의 공동의사결정(shared decision making) 내지는 가족참여(family involvement)를 긍정하거나 어떤 요소가 이에 영향을 미치는지 분석하는 연구가 상당히 이루어지고 있다. 이러한 연구가 우리나라에서 이루어진 것이 아니라고 해서 우리나라에서 의미가 없다고 할 수 없으며, 오히려 실무가 보여주듯이 우리나라에서는 환자와 가족 사이의 공동의사결정이 보편적인 현상일 것으로 추정된다. 의료행위 결정에서 가족 참여에 관한 분석적 연구들은, 아시아계 가족에서 가족 참여도가 올라가는 두드러진 경향이 있음을 보고하고 있다.[55] 심지어 같은 아시아

---

52) 이미 1980년대 이루어진 실증적 연구에서도 의사능력 있는 나이든 환자들은 단독으로 결정하는 것보다 가족, 특히 딸이나 며느리에게 상당히 의지한다는 연구결과가 있었다. Collopy, Autonomy in Long Term Care: Some Crucial Distinctions, The Gerontologist Vol. 28 , Suppl., 1988, p. 10, 12.

53) Labreque, Blanchard, Ruckdeschel & Blanchard, The Impact of Family Presence on the Physician - Cancer Patient Interaction, Soc Sci Med. Vol. 33, No. 11, p. 1253, 1259 (1991).

54) 이를 지적하는 견해로 Hardwig, What about the Family?, The Hastings Center Report Vol. 20, No. 2 (1990), p. 5, 7.

55) Hobbs, Landrum, Arora, et al., The Role of Families in Decisions Regarding Cancer Treatments, Cancer (April 1. 2015), p. 1079.

인 싱가포르에서조차, 한국, 일본, 중국에서는 의료행위 결정이 환자의 절대적 사적 자치 영역에 속한다기보다 가족 구성원과 의사가 함께 결정하는 경향이 있다는 분석도 존재한다.[56]

다른 한편 환자가족의 의료결정에의 참여를 전면적으로 긍정하기에는 다음과 같은 부작용이 우려된다. 의료행위결정에서 공동결정 내지 가족참여를 옹호하는 견해의 논거를 압축하자면, 자기결정을 실질적으로 보장하기 위해서는 공동의사결정이 더 적합할 수 있다는 것인데, 환자가 - 설령 의사결정능력은 보유하고 있는 상황이라 하더라도 - 심리적, 육체적으로 약해진 상태에서 가족에게 쉽게 좌우될 수 있고 이는 결국 타인결정(Fremdbestimmung)으로 이어질 수 있다. 환자가족의 의료결정 참여를 긍정하는 견해는 이로 인해 환자의 이익이 더 잘 보호될 수 있으리라고 기대하지만, 항상 그런 것만은 아니다. 가족법적 분쟁에서 가족들이 다른 가족구성원의 이익을 언제나 충분히 배려하는 것은 아니며, 오히려 자신의 이익을 위해 다른 가족구성원의 이익을 희생시키는 사례가 많다는 것은 이미 잘 알려진 바이다.[57] 환자는 스스로의 이익을 보호하기 어려운 취약한 상태에 놓이기 쉬우며, 특히 고령의 환자의 경우 정보를 받아들이고 이해하는데 어려움을 느껴 가족에 의한 공동의사결정에서 완전히 배제될 가능성도 있다.[58]

그렇지만 이러한 부작용이 우려된다고 해서 환자와 보호자 사이의 공동의사결정을 처음부터 배제할 필요는 없을 것이다. 환자와 보호자 사이의 공동의사결정은, 기본적으로 환자 본인의 자기결정을 포함한다. 환자의 보호자에게 설명을 하고 동의를 받는 경우에 환자의 자기결정이 실질적으로 침해되는 경우는 1) 환자에게는 설명하지 않은 채로 전적으로 환자의 보호자에게만 설명

---

56) Chong JA, Quah YL, Yang GM, et al, Patient and family involvement in decision making for management of cancer patients at a centre in Singapore BMJ Supportive & Palliative Care 2015, p. 5.

57) 성년후견의 경우, 후견인의 권한남용을 방지하기 위해 법정후견의 경우 후견감독인을 선임하거나 가정법원이 후견인을 감독한다. 상세한 내용은 김성우, 성년후견실무, 2018, 145면 이하 참조.

58) Kapp, The Gerontologist Vol. 31, No. 5 (1991), 621.

하고 동의를 받는 경우, 2) 환자와 환자의 가족 모두에게 설명이 이루어졌고 그들이 형식적으로 의료행위 동의 여부 결정에 참여했으나, 환자의 가족이 실제로 환자의 이익보다 가족 자신의 이익만을 도모하는 경우이다. 1)의 경우는 이 節의 서두에서 언급한 것처럼 허용되지 않으며, 의료기관에서는 환자의 가족에게만 전적으로 설명하고 동의를 받을 것이 아니라 환자에게도 동의를 받아야 한다는 사실을 명심할 필요가 있다.

2)의 경우는 조금 더 미묘한 문제이다. 한편으로는 환자와 가족 사이의 공동의사결정이라는 美名 하에 환자의 실질적 의사결정이 침해될 우려가 존재한다. 환자, 특히 고령의 환자의 경우 행위능력이 있다 하더라도 의사능력의 존재와 부존재 사이의 경계에 머무르고 있거나 의사능력이 있기는 하지만 가족과 같은 가까운 사람의 의사결정에 좌우될 가능성이 높기 때문이다. 그렇지만 환자와 환자 가족의 공동의사결정이 늘 부정적으로만 작용하는 것이 아니라는 것은 이미 위에서 살펴본 바와 같다. 때문에 환자와 환자 가족 사이의 공동의사결정 자체를 배제하는 것은 타당하지 않으며, 환자의 의사결정이 형해화(形骸化)되는 경우에만 법이 개입해야 할 것이다. 환자의 실질적 의사결정이 침해된 경우, 해당 의료행위에 대한 환자의 동의능력이 결여되었다거나 환자가 강박상태에서 의사표시한 것(민법 제110조)으로 이론 구성할 수 있을 것이다. 그렇지만 이는 이론적으로 가능한 것일 뿐이며, 실제로 환자의 동의능력이 부정될 정도라는 것 내지는 환자의 의사표시 취소요건인 강박을 입증하는 것은 쉬운 일이 아니다. 그리고 설령 입증이 성공하여 환자의 동의 또는 동의거부를 법률상 무효로 하더라도, 이미 의료행위 내지 의료행위 중단의 결과는 불가역적으로 발생한 상태일 것이다. 그러므로 환자와 환자의 가족의 공동의사결정의 경우 해당 의료행위를 하거나 중단하기 전에 환자의 실질적 의사결정이 침해된 상태인지 확인하는 것이 중요하다. 그리고 환자의 실질적 의사결정이 침해되었는지를 일차적으로 인식할 수 있는 위치에 있는 자는 의료행위에 대한 동의를 받는 주치의일 것이므로, 환자뿐만 아니라 그의 가족도 의료행위에 대해 설명을 듣고 동의를 한 경우 의사는 환자가 분명히 해당 의료행위에 진심으로

동의하는 것인지 분명히 확인할 필요가 있다. 다만 환자의 眞意를 확인하는 것은 주치의에게도 쉽지 않은 일일 것이므로, 설령 환자의 의사결정이 환자 가족에 의해 형해화될 정도로 침해되었다는 것이 사후적으로 확인된 경우, 그에 대한 책임을 담당의사에게 물을 수 있을지는 의문이다.

## V. 결론

우리 의료실무에서는 명확한 법적 근거 없이 환자의 가족을 보호자라고 지칭하고, 보호자에게 의료행위에 대해 설명을 하고 의료행위에 대한 동의를 받는 일이 자주 일어나고 있다. 이 논문에서는, 환자의 가족이 보호자로서 환자의 의료행위 결정에 관여하는 경우, 환자에게 동의능력이 없는 경우와 있는 경우를 나누어 보호자에게 입법론적으로 어떤 법적 지위를 부여할 수 있는지 검토하였다. 환자 스스로 동의능력이 없어 의료행위에 대해 동의 여부를 결정할 능력이 결여되어 있는 경우, 비교법적으로 다양한 해결책이 제시되고 있지만 크게 환자와 일정한 관계에 있는 사람을 의료행위 대행결정권자로 법률에 규정하는 방법과 의료행위 대행결정권자를 규정하지 않고 의사가 의료행위 여부를 결정하되 환자의 가족이나 친구와 상담을 하거나 그에게 설명하는 방법이 있다. 본 글에서는 전자의 해법을 택하는 경우의 문제점을 논증하고, 후자의 접근에서는 주치의가 단독으로 결정함으로써 우려되는 권한 남용이나 경솔한 결정의 문제를 회피하기 위해 주치의 외의 다른 의사나 위원회의 동의를 얻는 해결책을 제시하였다. 그러나 이 해결책으로 인해 의료행위 결정단계에서 추가적으로 비용과 시간이 투자되어야 하는 또 다른 문제가 생길 수 있다는 것 역시 지적하였다. 만일 우리 사회가 이 비용을 아직 감당할 수 없다면 차선책으로 법정 의료행위 대행결정권자를 명문화하는 방법을 택할 수밖에 없을 것이다.

더 나아가 환자가 스스로 의료행위에 대해 동의 여부를 결정할 능력이 있음에도 불구하고 환자의 가족에게 환자의 상태를 설명하는 일도 실무에서 자주

일어난다. 환자의 가족에게만 설명하고 그에게서만 동의를 받는 것은 환자에게 의사능력이 있음에도 타인에게 환자의 신상에 관한 중요한 결정을 맡겨 버리는 것으로 자기결정권이라는 관점에서 허용될 수 없다. 그런데 환자와 가족 모두에게 설명하고 그로부터 동의를 받는 경우는 문제가 조금 더 복잡하다. 이 경우 환자의 가족이 심리적으로 약해진 환자의 이해능력을 보충해주고 그의 결정을 심리적으로 지지해주는 긍정적인 효과가 기대되지만, 반대로 가족 본인의 이익을 위해 환자에게 불리한 결정을 하도록 연약한 상태의 환자를 조종할 가능성도 배제할 수 없기 때문이다. 후자의 위험을 최대한 억제하기 위해서는 환자의 가족과 환자가 분리된 상태에서 환자의 의료행위에 대한 동의 여부를 다시 한 번 확인하는 방법을 생각해 볼 수 있다. 다만 이러한 절차를 거친다 하더라도 환자의 실질적 의사결정이 환자의 가족에 의해 침해되었는지 여부는 확인하기 쉽지 않기 때문에, 사후적으로 환자가 그 가족에 의해 의사결정의 자유가 침해되었음이 밝혀지더라도 의사에게 진실한 의사결정에 기초한 동의를 받지 않았음을 이유로 책임을 묻기에는 쉽지 않을 것으로 생각된다. 환자와 환자의 가족 사이의 공동의사결정에서, 환자의 자기결정권 의 실질적 보장 문제는 법학계에서는 다소 생소한 주제이기는 하나, 우리 사회처럼 의료행위 동의 여부 결정에 가족의 관여도가 높은 사회에서는 앞으로도 계속 고민해야 할 주제일 것이다.

## [ 참 고 문 헌 ]

1. 국내문헌

김민중, “성년후견제도의 도입에 관한 논의에서 의료행위와 관련한 과제”, 『저스티스』 제112호, 2009. 8.

김성우, 『성년후견실무』, 2018.

김천수, “의료행위에 대한 동의능력과 동의권자”, 『민사법학』 제13·14호, 1996. 5.

김형석, “민법 개정안에 따른 성년후견법제”, 『가족법연구』 제24권 2호, 2010.

대한내과학회, 『내과전공의 의료윤리 사례집』, 2015.

이영준, 『민법총칙』, 2007.

이석배, “의료행위와 대리 승낙”, 『의료법학』 제15권 1호, 2014.

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

제철웅, “영국법에서 의사결정무능력 성인의 보호제도의 역사적 전개와 2005년의 정신능력법의 특징”, 『비교사법』 제17권 4호, 2010. 12.

_____, “요보호성인의 인권존중의 관점에서 본 새로운 성년후견제도: 그 특징, 문제점 그리고 개선방안”, 『민사법학』 제56호, 2011.

현소혜, “의료행위 동의권자의 결정 - 성년후견제 시행에 대비하여”, 『홍익법학』 제13권 2호, 2012.

2. 국외문헌

Barry D. Weiss, Elena A. Berman, Carol L. Howe, MLS, and Robert B. Fleming, Medical Decision-Making for Older Adults without Family, Journal of the American Geriatrics Society, Vol. 60 (30 October 2012), 2144.

Bundesrat, Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) 2.1.4 (2006. 6. 28).

Burchardt, Monika, Vertretung handlungsunfähiger volljähriger Patienten durch Angehörige (2010).

Bydlinski, Peter, Bürgerliches Recht I Allgemeiner Teil (2007).

Chong JA, Quah YL, Yang GM, et al, Patient and family involvement in decision

making for management of cancer patients at a centre in Singapore BMJ Supportive & Palliative Care 2015, 5.

Collopy, Bart J., Autonomy in Long Term Care: Some Crucial Distinctions, The Gerontologist Vol. 28 , Suppl., 1988, 10.

Diekmann, Andrea, Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten – Modell eines dreigliedrigen Vertretungssystem (2009).

Gabriela S. Hobbs, Mary Beth Landrum, Neeraj K. Arora, Patricia A. Ganz, Michelle van Ryn, Jane C. Weeks, Jennifer W. Mack, and Nancy L. Keating, The Role of Families in Decisions Regarding Cancer Treatments, Cancer (April 1. 2015), 1079.

Hardwig, John, What about the Family?, The Hastings Center Report Vol. 20, No. 2 (1990), 5.

Kapp, Marshall B., Health Care Decision Making by the Elderly: I Get by with a Little Help from My Family, The Gerontologist Vol. 31, No. 5, 619.

Kern, Bernd-Rüdiger, Fremdbestimmung bei der Einwilligung in ärztliche Eingriffe, NJW 1994, 753.

Mark S. Labrecque, Christina G. Blanchard, John C. Ruckdeschel, Edward B. Blanchard, The Impact of Family Presence on the Physician – Cancer Patient Interaction, Soc Sci Med. Vol. 33, No. 11, 1253.

National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, Uniform Health-Care Decisions Act with prefatory note and comments (1994. 12).

Penneau, Jean, Répertoire de droit civil - Médecine : réparation des conséquences des risques sanitaires.

Pope, Thaddeus Mason, Unbefriended and Unrepresented: Better Medical Decision Making for Incapacitated Patients Without Healthcare Surrogates, 33 Ga. St. U. L. Rev. 923.

Probst, Martin und Knittel, Bernhard, Gesetzliche Vertretung durch Angehörige - Alternative zur Betreuung?, ZRP 2001, 55.

Redley, Luke and Holland, Mental Capacity Act (England and Wales) 2005: The Emergent Independent Mental Capacity Advocate (IMCA)Service, British Journal of Social Work (2009) 40, 1812.

[국문초록]

# 의료행위에 대한 동의에서 환자 보호자의 법적 지위와 역할
## -대행결정권과 공동의사결정을 중심으로-

김수정(명지대학교 조교수)

치료행위 등 의료적 침습행위가 이루어지는 경우 환자의 자기결정권이 보장될 수 있도록 설명에 의한 동의가 요구된다. 그런데 우리 의료 실무에서는 환자의 소위 '보호자'에게 의료행위에 대해 설명하고 동의를 받는 일이 매우 빈번하다. 보호자 개념은 의료법에서 여러 번 등장하지만, 정작 보호자의 자격이나 범위는 명확하게 규정하지 않으며, 병원에서 사용하는 수술동의서 등에서도 어느 범위의 사람을 보호자로 포섭할 것인지는 정의하고 있지 않다. 보호자가 문제된 사건들로부터, 환자의 법률상 배우자나 친족관계에 있는 사람을 의료기관이 보호자로 인정하고 있음은 짐작할 수 있으나, 설령 그렇다 하더라도 환자의 가족이 당연히 그를 위한 법정대리인이 되는 것은 아니다.

이 논문에서는, 환자의 소위 보호자가 환자의 의료행위 결정에 관여하는 경우, 환자에게 동의능력이 없는 경우와 있는 경우를 나누어 보호자에게 어떤 법적 지위를 부여할 수 있는지 검토하였다. 환자 스스로 동의능력이 없어 의료행위에 대해 동의 여부를 결정할 능력이 결여되어 있는 경우, 비교법적으로 다양한 해결책이 제시되고 있지만 크게 환자와 일정한 관계에 있는 사람을 법정 의료행위 대행결정권자로 규정하는 방법과 의료행위 대행결정권자를 규정하지 않고 의사가 의료행위 여부를 결정하되 환자의 가족이나 친구와 상담을 하거나 그에게 설명하는 방법이 있다. 본 글에서는 전자의 해법을 택하는 경우의 문제점을 논증하고, 후자의 접근에서는 주치의가 단독으로 결정함으로써 우려되는 권한 남용이나 경솔한 결정의 문제를 회피하기 위해 주치의 외의 다른 의사나 위원회의 동의를 얻는 해결책을 제시하였다.

더 나아가 환자가 스스로 의료행위에 대해 동의 여부를 결정할 능력이 있음에도 불구하고 환자의 가족에게 환자의 상태를 설명하는 일도 실무에서 자주 일어난다. 환자와 가족 모두에게 설명하고 그로부터 동의를 받는 경우는 환자의 가족이 심리적으로 약해진 환자의 이해능력을 보충해주고 그의 결정을 심리적으로 지지해주는 긍정적인 효과가 기대되지만, 반대로 가족 본인의 이익을 위해 환자에게 불리한 결정을 하도록 연약한 상태의 환자를 조종할 가능성도 배제할 수 없다. 후자의 위험을 최대한 억제하기 위해서는 환자의 가족과 환자가 분리된 상태에서 환자의 의료행위에 대한 동의 여부를 다시 한

번 확인하는 방법을 생각해 볼 수 있다. 환자와 환자의 가족 사이의 공동의사결정에서, 환자의 자기결정권의 실질적 보장 문제는 법학계에서는 다소 생소한 주제이기는 하나, 우리 사회처럼 의료행위 동의여부 결정에 가족의 관여도가 높은 사회에서는 앞으로도 계속 고민해야 할 주제일 것이다.

주제어 : 의료행위 동의권, 보호자, 성년후견, 동의능력, 의료행위 대행결정권자, 공동의사결정

# Surrogate and Shared Medical Decision Making for Unrepresented Patients

SooJeong Kim

*Myongji University, Assistant Professor*

**=ABSTRACT=**

In Korea surrogate medical decision makings happen without legal grounds. The purpose of this article is to research the issues in preparing policies for decisionmaking on behalf of unrepresented patients. As aspects of comparative law, there are two approaches. One of them is to regulate default surrogate list. If no agent or guardian has been appointed, some legislatures provide that members of patient's family who is reasonably available, in descending order of priority of not, may act as surrogate: (1) the spouse, unless legally separated; (2) an adult child; (3) a parent; or (4) an adult brother or sister. If none of them is eligible to act as surrogate, some legislatures allow close friends to make health-care decisions for adult individuals who lack capacity. On the other hand there are other legislatures which provide no surrogate decision maker list but oblige the responsible authority to determine with advice of family members or friends of the patient. In the end the first approach can not guarantee that the surrogate decision maker like family members or friends will determine in the best interest of the patient.

Keyword : Consent to medical treatment, guadianship, incapacitated und unrepresented patient, surrogate decision-maker