

# 보건의료관련 법령의 동의에 관한 민법적 검토

이 재 경\*

## I. 들어가는 말

### II. 의료행위에 관한 동의

1. 민법에서 의료행위에 관한 동의
2. 연명의료결정법 상 연명의료중단에 관한 동의
3. 정신건강복지법 상 보호의무자의 동의와 보호의무자의 감독자책임
4. 장기이식법 및 인체조직법 상 장기적출 및 조직채취에 관한 동의
5. 약사법 상 임상시험에 관한 동의

### III. 개인정보를 포함하는 통지의 상대방

1. 민법의 개인정보 보호
2. 에이즈예방법
3. 결핵예방법
4. 감염병예방법

## IV. 결론

## I. 들어가는 말

이 글에서는 지난 호<sup>1)</sup>에 이어 보건의료 관련 법령 조문을 「민법」에 기초하여 검토하고자 한다. 검토의 대상은 「호스피스·완화의료 및 임종과정에 있는 환자의 연명의료결정에 관한 법률(이하 “연명의료결정법”）」, 「정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률(이하 “정신건강복지법”）」, 「장기

\* 논문접수: 2022. 12. 14. \* 심사개시: 2022. 12. 16. \* 게재확정: 2022. 12. 28.

\* 법학박사, 원광대학교 법학전문대학원 교수.

1) 이재경, “민법에 기초한 보건의료관련 법령 조문의 검토와 해석-의료법, 응급의료에 관한 법률, 의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률-”, 의료법학(제23권 3호), 대한의료법학회, 2022, 89-115면.

등 이식에 관한 법률(이하 “장기이식법”), 「인체조직안전 및 관리 등에 관한 법률(이하 “인체조직법”), 「약사법, 「후천성면역결핍증 예방법(이하 “에이즈예방법”), 「결핵예방법, 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률(이하 “감염병예방법”)이다.

이들 법령은 특히 의료와 관련한 환자의 동의에 관한 규정을 두고 있고, 그 구체적 내용은 의료행위에 대한 동의와 의료와 관련한 개인정보에 관한 동의로 구별할 수 있다. 이 중 특히 의료와 관련한 환자의 동의는 환자의 자기결정권 및 환자의 의사대행과 관련된다. 이 점에서 단지 이들 법령 용어 및 표현의 적절성에 관한 검토에 그치지 않고, 「민법」상 가족 및 부양의무자와 이들 법령의 의사결정대행자의 관계를 정리하고자 한다. 또한 「민법」의 성년후견제도가 「연명의료결정법」 및 「정신건강복지법」 등 보건의료관련 법령에 어떻게 반영되어 운용되고 있는지도 중요한 검토 요소가 될 것이다.

## II. 의료행위에 관한 동의

### 1. 민법에서 의료행위에 관한 동의

의료행위에서 환자에 대한 침습적 의료행위의 위법성을 조각시키는 한편 환자의 자기결정권 보호에 기여하는 동의는 사실행위인 의료행위의 수용여부를 결정하는 것으로 법률행위가 아니다.<sup>2)</sup> 그리고 의료행위에 대한 동의는 일신전속적 성질을 가지기 때문에 대리가 불가능하다.<sup>3)</sup> 의료행위에 관한 동의를 위해서는 법률행위능력과는 구별되는 동의능력이 요구되는데, 이와 관련하여 「민법」에서 특히 문제가 되는 것은 성년인 환자가 제한능력자인 경우와

2) 이재경, “한국과 독일에 있어서 환자의 동의능력에 관한 비교법적 연구”, 민사법학(제50호), 한국민사법학회, 2010, 524면.

3) 김천수, 『진료에 대한 설명과 동의의 법리』, 대구대학교 출판부, 1999, 53면; 윤석찬, “의료행위에 대한 미성년자의 동의능력에 관한 고찰”, 법학논총(제28집 1호), 전남대학교법률행정연구소, 2008, 294면.

환자가 미성년자인 경우이다.

환자가 제한능력자인 성년자 즉 그가 피성년후견인이거나 피한정후견인인 경우에 법정대리인이 항상 의료행위에 관한 동의권을 갖는 것은 아니다.<sup>4)</sup> 피성년후견인이라고 하더라도 자신의 신상에 관해서는 그의 상태가 허락하는 범위에서 단독으로 결정하는 것이 원칙이다(「민법」 제947조의 2 제1항). 다만 피성년후견인의 신체를 침해하는 의료행위에 대하여 피성년후견인이 동의할 수 없는 경우 성년후견인이 그를 대신하여 동의할 수 있을 뿐이다(「민법」 제947조의 2 제3항). 주의할 것은 이 때에도 의료행위에 대한 후견인의 동의가 피성년후견인의 의사와는 구별되는 후견인 고유의 의사결정을 의미하는 것은 아니라는 점이다. 성년후견인의 의료행위에 대한 동의는 어디까지나 피성년후견인 자신의 결정에 대한 대행을 의미하는 것이다.<sup>5)</sup> 따라서 성년후견인은 피성년후견인의 자기결정권을 존중하기 위하여 그의 잔존능력을 최대한 활용하고, 그의 의사를 탐구하는 등 그의 의사를 존중하기 위하여 노력하여야 한다.

한편 성년후견인이 피성년후견인을 대신하여 동의할 수 있는 경우에도 의료행위의 직접적인 결과로 피성년후견인이 사망하거나 상당한 장애를 입을 위험이 있을 때에는 가정법원의 허가를 받아야 한다(「민법」 제947조의 2 제4항). 성년후견인이 피성년후견인을 치료 등의 목적으로 정신병원이나 그 밖의 다른 장소에 격리하려는 경우에도 가정법원의 허가를 받아야 한다(「민법」 제947조의 2 제1항).

「민법」 상 성년후견제도의 의료행위에 관한 동의대행과 가정법원의 허가는 보건의료법령 중 「연명의료결정법」과 관련이 있지만, 「민법」 제947조의 2 제3항의 의료행위에 연명의료의 중단 내지 거부는 포함되지 않는다.<sup>6)</sup> 피성년후

4) 김수정, “의료행위에 대한 동의에서 환자 보호자의 법적 지위와 역할”, 의료법학(제20권 2호), 대한의료법학회, 2019, 46면.

5) 이재경, “성년후견제도에 있어서 정신질환자에 대한 의료행위와 후견인의 동의권에 관한 연구”, 가족법연구(제26권 3호), 한국가족법학회, 2012, 431면.

6) 김형석, “민법 개정안에 따른 성년후견법제”, 가족법연구(제24권 2호), 한국가족법학회, 2010, 140면; 현소혜, “의료행위 동의권자의 결정”, 홍익법학(제13권 2호), 홍익대학교 법학연구소, 2012, 191면.

견인의 정신병원 격리를 위한 가정법원의 허가는 「정신건강복지법」 상 보호의 무자에 의한 입원과 관련된다. 성년후견인은 「정신건강복지법」 제39조 보호 의무자로 같은 법 제43조에 의하여 정신질환자를 입원시킬 수 있지만, 「민법」 상 성년후견인의 권한으로 정신병원에 격리하는 경우와는 달리 법원의 허가를 필요로 하지 않는다.<sup>7)</sup>

## 2. 연명의료결정법 상 연명의료중단에 관한 동의

소위 “김할머니 사건<sup>8)</sup>”은 회복 불가능한 사망의 단계에 있는 환자의 자기결정권에 관한 논의를 촉발시켰고, 이를 계기로 「연명의료결정법」이 제정되어 2017. 8. 4.부터 시행되고 있다.<sup>9)10)</sup> 이 법은 연명의료의 중단을 결정하여야 하는 시점에 의사를 결정하거나 표시할 수 있는 능력이 없는 환자의 자기결정권을 보호하기 위한 사전의사결정의 방식과 그 대행에 관하여 정하고 있어 「민법」 제947조의 2에 의하여 의료행위에 관한 환자의 의사결정을 대행하는 성년후견제도와 관련한 민법적 검토가 요구된다.

### 가. 연명의료중단에 관한 환자의 사전의사표시

「연명의료결정법」은 연명의료를 허용하기 위한 요건으로 임종 과정에 있는 환자나 말기환자와 같이 의학적 적응성이 없는 환자일 것 과 연명의료 중단에 관한 환자의 의사결정을 요구한다. 그리고 환자의 의사결정 방법으로 연명의료계획서와 사전연명의료의향서 외에 환자의 가족 등을 통한 의사확인에 관하여 규정하고 있다.

7) 구 「정신보건법」과 민법 상 성년후견제도에서 성년후견인에 의한 입원의 모순되는 상황에 관해서는 이재경, 앞의 글(각주 5), 428-439면 참조.

8) 대법원 2009. 5. 21. 선고 2009다17417 판결.

9) 「연명의료결정법」 제정경과에 관한 자세한 소개는 이석배, “인간의 존엄, 생명권 그리고 연명의료”, 형사법연구(제31권 3호), 형사법학회, 2019, 121-123면 참조.

10) 「연명의료결정법」 제정의 함의에 대해서는 주호노, “현행법상 존엄사의 허용요건과 과제”, 한국의료법학회지(제26권 1호), 한국의료법학회, 2018, 14면 참조.

(1) 연명의료계획서

연명의료계획서는 말기환자 등의 의사에 따라 담당의사가 환자에 대한 연명의료중단 등 결정 및 호스피스에 관한 사항을 계획하여 문서로 작성한 것을 말한다. 연명의료계획서의 작성 주체는 담당의사이다(제10조 제3항). 말기환자 또는 임종과정에 있는 환자<sup>11)</sup>는 담당의사에게 연명의료계획서의 작성을 요청할 수 있을 뿐이다(제10조 제2항).

환자로부터 요청을 받은 담당의사는 연명의료계획서를 작성하기 전에 「연명의료결정법」 제10조 제3항 제1호 내지 제6호에서 정하고 있는 사항을 설명하여야 하고, 환자로부터 내용을 이해하였음을 확인받아야 한다(제10조 제3항). 그리고 환자가 연명의료계획서의 변경 또는 철회를 요청하면, 담당의사는 이를 반영하여야 한다(제10조 제5항).

이러한 절차에 따라 작성된 연명의료계획서는 연명의료 중단 등 결정을 원하는 의사로 인정된다는 점에서(제17조), 비록 작성주체가 환자 본인이 아닌 의사라고 하더라도 환자의 의사능력 내지는 동의능력이 전제되어야 할 것이지만, 「연명의료결정법」은 환자의 능력에 관한 아무런 규정을 두고 있지 않다.

물론 작성자의 자발적 의사에 따라 작성되지 아니한 경우 또는 작성자가 연명의료계획서 작성에 관하여 이 법이 정하고 있는 사항의 설명에 관하여 작성자의 확인을 받지 아니한 경우에 그 효과를 부인하고 있어 작성자에게 자발적 의사를 정하고 밝힐 수 있을 정도의 능력은 요구하는 것으로 볼 수 있다. 다만 그럼에도 불구하고 사전연명의료의향서의 경우와는 달리 연명의료계획서의 경우에는 환자의 의사가 자발적이지 않거나, 의사능력이 없는 자의 의사였다고 하더라도 연명의료계획서의 효력을 부인할 수 있는 규정이 없다.

또한 미성년자인 말기환자 등은 연명의료계획서의 작성을 요청할 수는 있지만, 작성 전 담당의사의 설명을 듣고 확인하는 것은 단독으로 할 수 없다. 이 때에는 환자뿐만 아니라 법정대리인도 설명의 상대방이 되고, 확인의 주체가

---

11) 이하 “말기환자등”이라 함.

된다(제10조 제3항). 그런데 연명의료계획서를 변경 또는 철회하고자 할 때에는, 작성의 경우처럼 미성년자인 환자를 달리 취급하지 않는다(제10조 제5항). 변경 또는 철회는 미성년자 단독으로 할 수 있다는 것인지, 이때에도 법정 대리인에게 설명하고 확인을 받아야 하는 것인지를 분명히 할 필요가 있다.

## (2) 사전연명의료의향서

사전연명의료의향서는 자신의 연명의료중단 등 결정 및 호스피스에 관한 의사를 문서로 작성한 것으로 작성자는 사전연명의료의향서를 자발적 의사에 따라 직접 작성하여야 한다(제12조 제1항, 제8항 제1호 및 제2호). 본인이 자발적 의사에 따라 직접 작성하지 않은 사전연명의료의향서는 무효이다(제12조 제8항 제1호 및 제2호). 여기서 작성자가 직접 작성하여야 한다는 것이 작성행위 자체를 작성자가 스스로 하여야 한다는 의미라면, 신체장애 등의 이유로 작성행위를 할 수 없는 자는 사전연명의료의향서를 활용할 수 없다. 작성자가 직접 작성하여야 한다는 것이 자발적 의사로 하여야 한다는 의미라면, 무효 사유로 본인이 직접 작성하지 아니한 경우와 본인의 자발적 의사에 따라 작성되지 아니한 경우를 별개의 조항으로 각각 규정할 필요가 없다.<sup>12)</sup>

「민법」은 대리행위의 효력이 “직접” 본인에게 대하여 효력이 생긴다거나(제114조), 제삼자를 위한 계약에서 제삼자는 채무자에게 “직접” 그 이행을 청구할 수 있다(제539조)는 등 당사자에게 발생하는 법률행위의 효과를 중심으로 “직접”이라는 용어를 사용하며, 행위의 실행을 스스로 해야 한다는 의미에서 “직접”이라는 용어를 사용하지는 않는다. 그렇다면 사전연명의료의향서를 “직접”작성하여야 한다는 것 역시 행위의 실행 그 자체를 “직접”해야 한다는 것으로 볼 필요는 없을 것이다. 의료인이 작성주체가 되는 연명의료계획서와 달리 사전연명의료의향서는 환자가 작성 주체가 되어야 한다는 의미로, 구체적 작성

12) 연명의료결정법 제12조 제8항은 사전연명의료의향서의 효력이 부정되는 사유를 각 호에서 정하고 있는데, 제1호 본인이 직접 작성하지 아니한 경우와 제2호 본인의 자발적 의사에 따라 작성되지 아니한 경우를 구별한다.

에 있어서 타인을 도구로 사용하는 것을 금지하는 것으로 이해할 것은 아니다.

환자가 작성주체가 된다는 것은 그가 사전연명의료의향서를 자발적 의사로 작성할 수 있는 능력이 있음을 전제로 한다. 그런데 「연명의료결정법」은 사전연명의료의향서의 작성주체를 19세 이상으로 한정하고 있을 뿐(제2조 제9호), 작성능력에 관하여 아무런 언급이 없다. 다만 「연명의료결정법」 제12조에 따르면 등록기관은 사전에 연명의료, 호스피스 및 사전연명의료의향서에 관하여 설명하고, 작성자가 내용을 이해하였음을 확인받아야 하고(제2항), 등록기관의 설명이 없었거나 등록기관이 작성자로부터 확인을 받지 않은 경우에는 연명의료의향서의 효력이 부정된다(제8항)고 하여, 사전연명의료의향서의 유효성을 인정하기 위해서는 그 내용을 이해할 수 있는 능력을 요구하는 것으로 이해할 수 있다.

한편 이 법이 19세 미만의 미성년자는 사전연명의료의향서의 작성주체에서 배제시키고 있는 것을 보면, 19세 이상의 사람은 당연히 이 법에 따라 사전연명의료의향서를 작성할 수 있는 능력이 있다고 보는 것이 아닌가 생각할 수 있다. 만약 입법자의 의도가 그러하다면 이 법의 입법자는 법률행위능력과 의사능력 내지는 동의능력을 오해하였다고 할 것이다.<sup>13)</sup> 이와는 달리 사전연명의료의향서의 작성을 위한 결정에는 오롯이 작성자만이 관여할 수 있는데, 그 결과가 죽음으로 연결되는 연명의료중단이나 호스피스의료의 경우에는 미성년자 본인 이외에 자를 보호하여야 할 의무가 있는 친권자도 고유의 권리로 그에 관한 결정을 할 수 있기 때문에 19세 미만의 자는 작성주체로 두지 않은 것으로 이해할 수도 있다. 그렇다 하더라도 「연명의료결정법」이 연명의료중단이나 호스피스의 결정에 관하여 말기환자 등이 아닌 미성년자 본인이 관여할 수 있는 아무런 규정을 두고 있지 않은 것은 문제이다.<sup>14)</sup> 오히려 「연명의료결정법」은 의사표현을 할 수 없는 의학적 상태에 있는 임종 과정의 미성년 환자에 대한

13) 김천수, “연명의료결정법의 문제점과 개정방향”, 성균관법학(제31권 4호), 2019, 272면.

14) 말기환자인 미성년자는 담당의사, 법정대리인의 관여하에 연명의료계획서를 작성할 수 있다(제10조).

연명의료중단 등을 친권자가 단독으로 할 수 있다고 하여(제18조 제1항), 연명의료중단에 관하여 본인의 의사결정을 배제한 친권자의 단독결정을 인정하는 것처럼 보이기도 한다. 이때 친권자가 고유의 권한으로 자에 대한 연명의료중단결정을 할 수 있도록 한 것이 아니고, 친권자가 미성년 환자의 결정을 대신 행사할 수 있도록 하는 것이라면, 피성년후견인의 신상결정 등에 관한 「민법」 제947조의 2 제2항과 같이 친권자가 미성년자를 대신하여 결정할 수 있다고 표현하여야 한다. 다만, ‘대신하여 행사할 수 있다’고 한다면, 연명의료중단등 결정 역시 일반적인 의료행위에서와 마찬가지로 동의능력이 있는 미성년자도 단독으로 그러한 결정을 할 수 있다는 것이 전제되어야 하고, 그렇다면 애초에 미성년자는 왜 사전연명의료의향서의 작성주체에서 배제되는가 하는 질문으로 돌아오게 된다.

생각건대 미성년자라 하더라도 동의능력이 있는 한 그를 사전연명의료의향서의 작성주체에서 배제시켜서는 안 될 것이다. 미성년자라고 하여 자신의 생명·신체에 관한 결정권이 당연히 배제되는 것은 아니기 때문이다. 다만 미성년자의 경우에는 친권자도 고유의 권리로 미성년자의 연명의료중단에 대한 동의권을 갖는다고 할 것이다. 그리하여 미성년자가 동의능력이 있다고 하더라도 그의 단독결정이 아닌 친권자의 결정이 함께 작동할 수 있는 절차를 마련할 필요가 있다. 또한 친권자와 미성년자의 의사가 합치하지 않는 경우, 즉 친권자가 미성년자의 연명의료중단 결정에 반대하는 의사를 표시한 경우 연명의료중단을 위한 절차를 마련할 필요가 있다.

### (3) 환자가 사전에 밝혀둔 의사에 대한 환자가족의 진술

자신의 의사를 표현할 수 없는 의학적 상태에 있는 19세 이상의 환자가 연명의료계획서와 사전연명의료의향서를 작성해 두지 않은 경우, 환자가 충분한 기간 동안 일관하여 연명의료중단등에 관하여 의사를 밝혔음을 환자 가족 2명이 일치하여 진술한다면 담당의사와 해당 분야의 전문의 1명의 확인을 거쳐 그러한 진술에 따른 환자의 의사를 인정한다(제17조). 「연명의료결정법」은 이



때에 “환자의 의사로 본다”는 것과 관련하여 그 법률효과가 문제된다.

「민법」상 본다는 것은 간주된다는 것 즉, 그 법률효과가 확정적으로 발생함을 의미한다. 추정의 경우에는 반증을 통해 그 효과를 번복시킬 수 있지만, 간주의 경우에는 반증을 들어 그 효과를 다투지 못하고 소송을 통해 법원의 판결을 받아 그 효과를 저지시킬 수 있다.<sup>15)</sup> 그런데 「연명의료결정법」 제17조는 환자의 의사로 본다고 규정하면서도 배우자, 직계비속, 직계존속 혹은 형제자매의 반대되는 진술이 있으면 환자의 의사로 보지 않는다고 하여 반대진술로 추정을 깨뜨릴 수 있는 것으로 규정하고 있다. 가족 2인의 진술과 배치되는 진술이나 객관적인 증거가 있는 경우에도 연명의료중단등에 관하여 법원의 판단을 받아야 비로소 그와는 다른 결정을 할 수 있는 것이 아니다. 그리하여 「연명의료결정법」 제17조에 따라 환자 가족의 진술로 인정되는 환자의 의사는 추정된 의사라고 할 것이다.<sup>16)</sup> 그렇게 본다면 환자 가족의 진술을 통한 추정뿐만 아니라 연명의료계획서나 사전연명의료의향서의 경우에도 그것이 환자의 의사가 아니라는 가족의 진술 등을 통해 환자의 의사추정을 깨뜨릴 수 있어야 한다.

한편 본인이 향후 결정능력이 결여되었을 때를 대비하여 「민법」상 임의후견제도를 활용하여 임의후견인에게 연명의료중단등결정에 관한 결정을 대행하게 할 수도 있을 것인데, 환자의 의사를 추정하여 결정을 대행하는 주체, 즉 「연명의료결정법」의 환자 의사 확인의 방법에 임의후견제도는 전혀 고려되고 있지 않은 것은 문제이다<sup>17)</sup>.

15) 김용덕 편, 『주석 민법 [민법총칙]』, 한국사법행정학회, 2019, 제28조, 487면.

16) 박형욱, “환자연명의료결정법의 제정과 과제”, 저스티스(통권 제158-3호), 한국법학원, 2017, 683면; 김천수.

17) 안병하, “소위 ‘연명의료결정법’에 대한 법리적 검토-환자 인격권의 관점에서-”, 민사법학(제84호), 2018, 143면 이하에서도 민법이 예정하고 있는 후견제도를 철저히 무시하고 있는 연명의료결정법은 법체계적 관점에서 옳지 못하다고 지적하고 있다.

## 나. 환자의 의사를 확인할 수 없는 경우에 환자가족의 연명의료중단등결정

### (1) 환자를 위한 환자가족의 연명의료중단등결정

「연명의료결정법」 제18조에 따르면 연명의료중단등결정이 문제되는 시점에 환자가 의사표현을 할 수 없는 의학적 상태에 있고, 연명의료계획서, 사전연명의료의향서, 환자 가족의 진술을 통해서도 환자의 의사를 확인할 수 없는 경우에, 미성년자인 환자의 친권자인 법정대리인, 환자의 배우자, 1촌 이내의 직계 존속·비속, 이들이 없는 경우 2촌 이내의 직계 존속·비속, 이들도 없는 경우에는 형제자매 전원의 합의와 담당의사 및 해당 분야 전문의 1명의 확인으로 환자를 위한 연명의료중단등결정이 있는 것으로 본다.

이때 연명의료결정은 제17조의 추정된 의사에 따른 결정과는 다르다. 제17조에 따른 연명의료결정은 그것이 비록 추정된 의사라 하더라도 환자의 의사에 따른 것이다. 그러나 제18조 연명의료결정은 환자가족의 “환자를 위한 연명의료중단등결정”으로 환자 본인의 결정이 아니다.<sup>18)</sup>

문제는 사망의 결과를 가져오는 연명의료중단등의 결정을 환자 본인이 아닌 타인이 할 수 있는가 하는 점이다. 「민법」 제947조의 2에 따르면 의료행위와 관련하여 본인이 스스로 결정하는 것이 원칙이지만, 본인이 동의할 수 없는 경우에는 성년후견인이 그를 대신하여 동의할 수 있다. 「민법」에서도 신체를 침해하는 의료행위에 대하여 본인의 동의능력이 없는 경우에 타인을 통한 동의대행을 인정한다. 그러나 「민법」에서 성년후견인의 동의대행은 어디까지나 대행일 뿐이지 그를 위하여 혹은 그를 대신하여 후견인 고유의 권한으로 혹은 후견인이 독자적으로 결정할 수 있음을 의미하지 않는다.<sup>19)</sup>

한편 연명의료의 중단은 성년후견에 관한 「민법」 제947조의 2에 의하여 후견인이 환자를 대신하여 동의할 수 있는 의료행위에 포함되지 않는다.<sup>20)</sup> 그런

18) 박형욱, 앞의 글, 683면.

19) 이재경, 앞의 글(각주 5), 431면.

20) 김천수, “성년후견과 의료행위의 결정”, 가족법연구(제21권 2호), 한국가족법학회, 2007, 21면; 이재경, “의료분야에서 성년후견제도의 활용에 관한 연구”, 성균관법학(제21권 3호), 성균관대학교 법학연구소, 2009, 275~276면; 현소혜, “의료행위 동의권자의 결정”, 홍익법

데 의료행위를 통해 환자의 생명·신체에 이익을 가져다주는 경우에도 사망이나 상당한 장애와 같이 침습에 수반되는 위험이 큰 경우에는 가정법원의 허가와 같이 후견인의 동의대행을 제한하는 조치가 따르는데 그 결과가 필연적으로 사망으로 이어지는 연명의료중단을 타인이 그의 의사로 결정할 수 있도록 하고, 법원의 허가와 같은 조치를 요구하지 않는 것은 균형이 맞지 않는다. 그렇다고 법원의 허가와 같은 감독조치를 추가해야 한다는 것은 아니다. 오히려 환자의 자기결정권 존중을 위하여 연명의료중단에 관한 환자의 의사를 최대한 탐구하여야 하지만, 그러한 절차를 통해서도 환자의 의사를 확인할 수 없다면 그 때에는 의사의 의학적 판단에 따라 연명의료 중단여부를 결정할 수 있도록 하는 것이 타당하다.<sup>21)</sup> 그리고 의료기관 내 윤리위원회 등을 통하여 전문가의 그러한 결정을 도울 수 있도록 하는 것이 바람직한 것이다.

## 다. 호스피스·완화의료<sup>22)</sup>에 관한 의사결정

### (1) 호스피스 신청

호스피스란 암, 후천성면역결핍증, 만성 폐쇄성 호흡기질환, 만성 간경화, 그 밖에 보건복지부령으로 정하는 질환으로 말기환자 진단을 받은 자 또는 임종과정에 있는 자와 그 가족에게 통증과 증상의 완화 등을 포함한 신체적, 심리 사회적, 영적 영역에 대한 종합적인 평가와 치료를 목적으로 하는 의료를 말한다(제2조 제6호). 호스피스 대상 환자는 호스피스의 이용을 신청할 수 있다(제28조 제1항). 환자가 의사결정능력이 없을 때에는 미리 지정한 지정대리인이 신청할 수 있고, 지정대리인이 없을 때에는 배우자, 직계비속, 직계존속, 이들이 없는 경우 형제자매가 신청할 수 있다(제28조 제2항). 직계비속, 직계

학(제13권 2호), 2012, 182면; 김형석, “민법 개정안에 따른 성년후견법제”, 가족법연구(제24권 2호), 2010, 140면 각주 37.

21) 환자가 회복불가능하고 짧은 시간 내에 사망할 것이 확실하다면 의사는 자신의 의학적 판단에 따라 환자의 의사와는 독립적으로 연명치료를 거부하거나 중단할 수 있다고 보아야 한다: 이석배, 앞의 글, 143면.

22) 이하 “호스피스”라 함.

존속의 존수제한은 없다. 그리고 환자는 언제든지 직접 또는 대리인을 통하여 호스피스의 신청을 철회할 수 있다(제28조 제3항).

「연명의료결정법」은 말기환자를 대상으로 하는 호스피스와 임종단계에 있는 환자에 대한 연명의료를 구분한다. 말기환자와 임종과정에 있는 환자는 죽음의 단계에 진입이 예정되어 있는가, 죽음의 단계에 진입하였는가 하는 점에서 이론적으로 구분될 뿐 임상현장에서 이 둘을 구별하는 것은 쉽지 않다. 또 연명의료는 심폐소생술, 혈액 투석, 항암제 투여, 인공호흡기 착용 등 의학적 시술로서 치료효과 없이 임종과정의 기간만을 연장하는 것이고(제2조 제4호), 호스피스는 근본적인 치료행위를 중단하고 통증과 증상완화를 목적으로 하는 의료만을 시행하는 것으로 이 역시 개념적으로는 구별되지만 무의미한 치료행위를 거부한다는 점에서 이 둘은 일정정도 중복된다. 그럼에도 불구하고 「연명의료결정법」은 이 둘을 구별하여 연명의료중단에 대한 결정과 호스피스에 대한 결정을 달리 취급하고 있다.

먼저 19세 이상의 환자만을 대상으로 하는 연명의료중단등결정과는 달리 말기환자에 대한 호스피스의 신청과 철회에는 환자의 연령에 따른 제한이 없다. 따라서 미성년환자도 단독으로 치료적 행위를 거부하는 결정을 할 수 있다. 환자가 의사결정능력이 없을 때에는 환자가 사전에 지정해 둔 대리인이나 19세 이상의 가족 중 일정 범위의 사람이 호스피스를 결정할 수 있어, 호스피스에 대한 신청에 연명의료중단에 대한 결정이 포함되는 것인가 하는 점도 문제된다.

환자가 미리 지정한 지정대리인이 호스피스를 신청할 수 있도록 하고, 지정대리인의 결정이 일정범위의 환자 가족의 결정보다도 우선한다는 점에서 환자의 의사가 불분명한 경우에 환자 가족을 통해 환자의 의사를 추정하거나, 환자 가족에게 결정권한을 인정하고 있는 연명의료중단등결정과의 관계도 문제된다. 호스피스의 신청은 지정대리인 제도를 활용하고 있는 사망보험금청구나 치매노인의 치매보험 청구와는 달리 환자의 생명·신체에 대한 결정이라는 점에서 그러한 결정을 지정대리인이 할 수 있는 것인지, 지정대리인에게 그러한 권한을 인정한다면 대리인의 결정은 환자의 의사를 대신 행사하는 것인지 환자를

위하여 단독으로 결정하는 것인지, 후견계약에 따른 임의후견인이 존재하는 경우 임의후견인과 지정대리인의 관계는 어떻게 되는 것인지도 불분명하다.

## (2) 호스피스 신청 철회

호스피스대상 환자는 언제든지 직접 또는 대리인을 통하여 호스피스의 신청을 철회할 수 있다는 조문 역시 그 의미가 분명하지 않다. 환자가 호스피스의 신청행위를 직접 할 수 있다는 것은 그의 결정능력을 전제로 하는 것이기 때문에 「연명의료결정법」이 대리인을 통하여 할 수 있다고 규정하지 않더라도, 결정능력이 있는 환자는 그러한 행위를 스스로 할 수도 있고 대리인을 선임하여 할 수도 있다. 여기서 대리인이 법정대리인을 포함하는 것이라면, 결정능력이 없는 경우에 신청행위는 지정대리인이나 가족만이 할 수 있음에도 그것을 철회하여 치료적 행위를 계속하거나 보존적 치료조차 거절하는 행위는 법정대리인이 할 수 있게 된다. 대리인을 통하여 철회한다는 것이 대리인이 단독으로 결정하는 것이 아니라 대리인이 환자의 결정을 대행하는 것을 의미한다면, 다시 신청자인 지정대리인이나 가족이 환자의 의사결정을 대행한 것인지의 문제로 돌아가게 된다. 지정대리인이나 가족이 독자적인 권리를 행사한 것이라면 환자의 의사결정 대행권한을 갖는 대리인의 신청으로 호스피스는 철회되어야 하지만, 그렇다면 호스피스 신청자에 지정대리인이나 가족보다도 앞서 환자의 대리인이 포함되어야 할 것이다. 반대로 지정대리인이나 가족이 환자의 의사결정을 대행하여 호스피스를 신청한 것이라면 철회 역시 결정대행의 권리를 가지고 호스피스를 대신하여 신청한 지정대리인이나 가족만이 할 수 있어야 한다.<sup>23)</sup>

23) 이러한 점에서 본다면 호스피스에 관한 연명의료결정법의 태도는 의학적으로 볼 때 더 이상 치료가 의미없는 의식불명의 환자에 대해서도 치료행위의 중단을 결정하기 어려운 의료계의 곤란함을 덜어주고자 하는 것이 아닌가 하는 의심을 가질 수 밖에 없다. 의식불명의 환자에 대한 의학적 판단과 가족의 결정으로 치료행위를 중단할 수 있도록 하고 있을 뿐 연명의료 중단에서도 존중되는 결정능력이 결여된 환자의 자기결정이 호스피스에서는 전혀 고려되고 있지 않기 때문이다. 호스피스의 활성화를 위해서는 오히려 환자가 결정능력이 있을 때에 스스로 호스피스를 신청할 수 있는 절차를 제도화하거나, 의사결정능력이

### (3) 호스피스에 대한 설명

호스피스전문기관의 의사 또는 한의사는 호스피스를 시행하기 전에 환자나 그 가족 등에게 치료 방침을 설명하여야 하고, 환자나 그 가족이 질병의 상태에 대하여 알고자 할 때에는 이를 설명하여야 한다(제27조). 호스피스도 의료행위라는 점에서 그 설명의 대상은 환자 본인이어야 한다. 환자 본인이 설명을 듣고, 이해하고, 결정할 수 있는 능력이 없는 경우에 한하여 환자의 가족이 설명의 상대방이 될 수 있다. 환자에 대한 치료, 특히 말기환자에 대한 치료에서 가족을 완전히 배제할 수 없다는 의료행위에서 우리의 가족문화를 고려한다고 하더라도 설명의 상대방에서 환자 본인을 제외시킬 수는 없다. 호스피스에서 설명의 상대방은 환자나 그 가족이 아니라 환자 및 그 가족이어야 한다.

## 3. 정신건강복지법 상 보호의무자의 동의와 보호의무자의 감독자책임

### 가. 정신질환자의 입원에 대한 보호의무자의 동의 및 입원결정

보호의무자는 정신질환자의 입원 및 퇴원에 동의할 수 있다(제42조 제1항). 이 때 보호의무자의 동의는 정신질환자의 의사결정을 대행하는 것이 아니다. 환자가 입원을 원하는 때에 그의 의사결정능력과는 상관없이 보호의무자의 동의를 받아 입원할 수 있고, 보호의무자의 동의 하에 입원한 환자는 퇴원과 관련하여서도 일정한 권한을 행사할 수 있기 때문이다. 그리고 보호의무자 2명의 신청으로 정신질환자를 그의 의사와 상관없이 입원시킬 수도 있다(제43조). 성년후견인이 수인인 경우, 성년후견인만으로 보호의무자 2명의 요건이 충족될 수 있는데, 「민법」 제947조의 2 제2항은 성년후견인이 피성년후견인을 치료 등의 목적으로 정신병원이나 그 밖의 다른 장소에 격리하려는 경우에는 가정법원의 허가를 받아야 한다고 규정하고 있어 「정신건강복지법」 제43조가 「민법」 제947조 제2항의 적용을 배척하는 것인지 문제된다.

---

없을 때를 대비하여 사전에 의사를 밝혀두거나 임의후견제도를 활용할 수 있도록 하는 것이 바람직할 것으로 생각된다.

## 나. 보호의무자와 민법 제755조 감독자책임의 관계

이 법의 적용대상인 정신질환자는 망상, 환각, 사고나 기분의 장애 등으로 인하여 독립적으로 일상생활을 영위하는 데 중대한 제약이 있는 사람을 말한다(제3조 제1호). 「민법」에 따른 후견인 또는 부양의무자는 정신질환자의 보호의무자가 되는데(제39조 제1항), 보호의무자가 여럿인 경우에는 후견인·부양의무자의 순위에 따라 보호의무를 부담하며, 부양의무자가 2명 이상인 경우에는 「민법」 제976조에 따라 보호의무를 부담한다(제39조 제2항).

보호의무자의 순위에 따라 보호의무를 부담하게 된 보호의무자는 보호하고 있는 정신질환자가 적절한 치료 및 요양과 사회적응 훈련을 받을 수 있도록 노력하고(제40조 제1항), 입원의 필요가 있는 경우 환자 본인의 의사를 최대한 존중하며, 퇴원등에 적극 협조하여야 한다(제40조 제2항). 보호의무자는 정신질환자를 유기하여서도 안되고(제40조 제4항), 자신이 보호하고 있는 정신질환자가 환자 본인이나 다른 사람을 해치지 아니하도록 유의하여야 하며, 정신질환자의 재산상의 이익 등 권리보호를 위하여 노력하여야 한다(제40조 제3항). 보호의무자는 정신질환자가 입원을 원하는 경우 그에 동의할 수 있고(제42조), 정신질환자의 입원을 신청할 수도 있다(제43조).

정신질환으로 책임능력이 결여된 자의 보호의무자에 대하여 「민법」 제755조 감독자책임을 물을 수 있는가 하는 점과 관련하여 문제가 되는 조항은 보호의무자에게 정신질환자의 자해·타해 방지를 위하여 유의하여야 할 의무를 지우고 있는 「정신건강복지법」 제40조 제3항이다. 보호의무자에게 감독의무를 인정할 것인지에 대해서는 찬반의 입장이 대립한다. 찬성하는 입장은 후견인은 법정감독의무자가 된다면, 「정신건강복지법」이 보호의무자에게 자해·타해 방지의무를 지우고 있는 한 보호의무자의 감독자책임을 부정할 수 없다는 점을 근거로 든다.<sup>24)</sup> 반대하는 입장은 책임능력이 결여된 정신질환자, 발

24) 방재호, “정신질환자의 불법행위에 대한 감독자책임-책임주체에 관한 논의를 중심으로-”, 의생명과학과 법(제20권), 2018, 185-186면; 최성경, “성년책임무능력자의 감독자의 책임”, 아주법학(제11권 1호), 2017, 81면 등.

달장애인, 치매환자 중 「정신건강복지법」의 적용을 받는 정신질환자에 대해서만 보호의무를 부담하는 후견인이나 부양의무자의 감독자책임을 인정하는 것은 형평에 맞지 않고, 보호의무자는 정신질환자의 자해·타해를 방지할 의무가 아니라 방지를 위하여 유의하여야 할 의무만을 부담하며, 정신질환은 미성년자와 같이 교육으로 질환의 발현에 따른 불법행위를 예방할 수 있는 것이 아니기 때문에 정신질환자의 불법행위를 방지하기 위한 조치는 결국 정신질환자의 행위를 통제하거나, 정신질환자를 입원시키는 등의 행위로 연결될 수 밖에 없다는 점에서 정신질환자에 대해서는 감독의무가 인정되지 않는다고 한다.<sup>25)</sup>

이러한 견해 대립이 있는 상황에서 대법원은 정신질환자의 보호의무자인 부양의무자에게 피보호자인 정신질환자에 대한 법률상 감독의무 위반에 따른 배상책임을 인정하였는 바<sup>26)</sup>, 보호의무로부터 감독의무가 인정되는지를 분명하게 정리할 필요가 있다. 그리고 이 때에 정신질환으로 피성년후견인이 된 자도 그의 자기결정을 존중하고, 의사결정을 지원하는 방향으로 후견제도가 변화하고 있는 「민법」의 상황이 고려되어야 할 것이다.

#### 4. 장기이식법 및 인체조직법 상 장기적출 및 조직채취에 관한 동의

「장기이식법」은 사람의 내장이나 그 밖에 손상되거나 정지된 기능을 회복하기 위하여 이식이 필요한 조직으로서 신장·간장·췌장·심장·폐, 조혈모세포를 이식할 목적으로 채취하는 말초혈·골수·안구, 뼈·피부·근육·신경·혈관 등으로 구성된 복합조직으로서의 손·팔 또는 발·다리, 장기등이식윤리위원회의 심의를 거쳐 보건복지부장관이 결정·고시한 것, 그 밖에 사람의 내장 또는 조직 등 기능회복을 위하여 적출·이식할 수 있는 것으로서 대통령령으로

25) 이재경, “성년책임무능력자의 불법행위에 대한 감독자책임”, 동아법학(제83호), 2019, 187면 이하; 제철웅, “성년후견인의 민법 제755조의 책임-그 정당성에 대한 비판적 검토-”, 법조(통권 제670호), 2012, 42면 이하.

26) 대법원 2021. 7. 29. 선고 2018다228486 판결; 이에 관한 구체적 검토에 관해서는 이재경, “정신질환자의 불법행위에 대한 구 정신보건법상 보호의무자의 감독자책임-대법원 2021. 7. 29. 선고 2018다228486 판결-”, 법학연구(통권 제69집), 전북대학교 법학연구소, 2022, 301면 이하 참조.



정하는 것을 장기등이라 한다(제4조 제1호). 「인체조직법」은 「장기이식법」의 장기등에 속하지 않는 뼈·연골·근막·피부·양막·인대·건, 심장판막·혈관, 신체의 일부로서 사람의 건강, 신체회복 및 장애예방을 위하여 채취하여 이식될 수 있는 것으로 대통령이 정하는 것을 인을 인체조직이라 한다(「인체조직법」 제3조 제1호). 이들 장기와 조직은 다른 사람의 기능회복을 위하여 대가 없이 제공될 수 있는데, 장기의 기증을 위해서는 본인 및 가족 또는 유족의 동의가 있어야 하고(「장기이식법」 제12조), 「인체조직법」은 「장기이식법」의 동의에 관한 규정을 준용하고 있어(「인체조직법」 제7조) 인체조직의 기증에도 「장기이식법」과 동일한 동의의 원칙이 적용된다.

「장기이식법」에 따르면 장기기증은 일반적인 의료행위에서와 달리 본인의 의사만으로 할 수 없다. 장기기증을 위해서는 가족 또는 유족의 동의가 있어야 하고, 본인이 뇌사 또는 사망 전에 장기기증 및 적출에 동의하였다도 가족 또는 유족이 장기적출을 명시적으로 거부하는 경우에는 본인의 의사와 상관없이 장기기증 및 적출은 거부된다(「장기이식법」 제22조 제3항 제1호). 본인이 뇌사 또는 사망하기 전에 장기 등의 적출에 동의하거나 반대한 사실이 확인되지 아니한 경우에는 그 가족 또는 유족이 장기 등의 적출에 동의하면 장기를 적출할 수 있다(「장기이식법」 제22조 제3항 제2호). 인체조직 채취의 경우에도 동일한 동의의 법리가 적용된다(「인체조직법」 제8조 제1항 제1호 내지 제2호).

이처럼 「장기이식법」과 「인체조직법」은 뇌사자 또는 사망자의 장기적출과 인체조직 채취를 일반적인 의료행위와 달리 취급한다. 장기적출과 인체조직 채취에서는 기증자의 기증의사는 적극적으로 존중되어야 할 대상이 아니라 기증을 원치 않는 경우에 그 의사에 반하여 기증할 수 없다는 소극적 의미를 가질 뿐이다. 뇌사자나 사망자는 장기적출 및 인체조직 채취 시점에 현실의사를 표시할 수 없다는 점을 고려하더라도 사전연명의료의향서나 연명의료계획서를 통하여 결정능력을 상실하기 전에 밝혀둔 환자의 의사로 현실의사를 추정하고, 그에 따라 연명의료중단결정을 하도록 한 「연명의료결정법」과도 차이를 보인다. 더구나 「연명의료결정법」의 사전연명의료의향서와는 달리 의사결정

능력이 있는 자가 장기를 기증하고자 하는 때에도 본인의 동의 외에 가족 및 유가족의 동의를 요구한다. 이 때문에 「장기이식법」과 「인체조직법」에서 기증자의 자기결정권이 좀 더 적극적으로 실현되어야 한다는 지적도 늘 있어 왔다.

그런데 「장기이식법」과 「인체조직법」이 대상으로 하는 뇌사자와 사망자의 장기적출과 인체조직 채취는 법적인 의미에서 사망 후의 문제로 사망한 사람은 더 이상 아무런 권리가 없다. 자기결정은 어디까지나 생존하고 있을 때의 문제이다. 사망 후 시신에 대한 권리는 그 유가족에게 인정된다. 그 권리가 시신 그 자체에 대한 것이든, 시신을 통해 갖게 되는 유가족의 감정에 관한 것이든 마찬가지이다. 이 점에서 사망 전에 밝혀둔 기증자의 의사는 어디까지나 소극적으로 고려될 수밖에 없고, 그러한 의사를 실현하는 것도 장기적출이나 인체조직 채취를 거부하는 것도 유가족의 고유한 권리이다. 이 점에서 「장기이식법」과 「인체조직법」은 보건의료에 관한 기타 다른 법령과 차이가 있고, 그것이 동의에 관한 조항에 반영되어 동의 및 동의권자 역시 다른 법령과 차별된다. 장기 의 이식을 적정하게 하고, 인체조직의 적정한 수급과 안정성을 도모하여 국민 보건 향상에 이바지 하고자 하는 목적을 가지고 이 두 법을 적용하고 운용할 때에 의료행위에 대한 자기결정권, 민사법상 권리의 주체에 관한 개념 등을 이해할 필요가 있다.

## 5. 약사법 상 임상시험에 관한 동의

「약사법」 제34조 제1항에 따라 의약품등으로 임상시험을 하려는 자는 제3항 제3호에 의하여 임상시험을 실시하기 위한 대상자의 모집 공고 시 임상시험의 명칭, 목적, 방법, 대상자 자격과 선정기준, 의뢰자와 책임자의 성명·주소·연락처 및 예측가능한 부작용에 관한 사항을 알려야 한다. 또한 제34조 제1항에 따라 임상시험계획의 승인을 받으려는 자는 「의약품 등의 안전에 관한 규칙」<sup>27)</sup> 제24조 제1항에 의하여 임상계획 승인 신청서를 제출하여야 하는데, 신청서에

27) 이하 “의약품안전규칙”이라 함.

는 시험대상자 동의서 서식이 포함되어야 한다. 임상시험실시기관은 임상시험의 내용, 임상시험으로 인하여 그 대상자에게 발생할 가능성이 예상되는 건강상의 피해 정도와 보상 내용 및 보상 신청 절차 등을 임상시험의 대상자에게 사전에 설명하고 서면 동의를 받아야 하는데(제34조의 2 제3항 제2호), 대상자의 이해능력·의사표현능력 결여 등의 사유로 동의를 받을 수 없는 경우에는 법정대리인의 동의를, 법정대리인이 없는 경우에는 배우자, 직계존속·직계비속의 순으로, 직계존속 또는 직계비속이 여러 명인 경우에는 협의하여, 협의가 되지 않으면 연장자의 동의를 받아야 한다(제34조의 2 제3항 제3호). 다만 이 때에도 의약품 임상시험 관리기준에 따라 임상시험 책임자 및 담당자는 대상자에게 대상자 자신이 이해할 수 있는 정도까지 임상시험에 관한 정보를 주어야 하고, 가능하면 동의서에 자필로 서명하고 날짜를 적도록 하여야 한다.

그런데 임상시험은 비치료적 임상시험이든 치료적 임상시험이든 의약품의 안전성과 유효성이 증명되지 않았다는 점에서 의약품을 사용하는 의료행위에 대한 동의에서보다 더 엄격한 기준의 동의능력 판단이 요구된다. 또 미성년자를 보호하기 위한 조치 예컨대, 미성년자의 거부권, 미성년자의 의사 혹은 복리에 반하는 결정을 한 친권자의 친권박탈, 의사결정능력이 절대적으로 부정되는 영유아에 대한 임상시험의 기준 등을 행정규칙이나 지침이 아닌 법률로 규정할 필요가 있다.

### III. 개인정보를 포함하는 통지의 상대방

#### 1. 민법의 개인정보 보호

「민법」은 개인정보 및 개인정보보호에 관하여 별도의 규정을 두고 있지 않지만, 일반적으로 개인정보는 사인의 인격적 가치에 관한 것으로 「민법」의 기본원리를 통해 규율된다. 우리의 경우 「개인정보보호법」을 통해 개인정보의 보호를 구체화 하고 있고, 이 점에서 「민법」과 「개인정보보호법」은 일반법과

특별법의 관계에 있다.<sup>28)</sup>

개인정보는 정보주체의 추출된 인격권으로 정보주체에게 귀속된다.<sup>29)</sup> 정보주체는 「개인정보보호법」 제4조에 의하여 자신의 개인정보를 제공받고, 개인정보 처리에 관한 동의 여부 및 동의 범위 등을 선택하고 결정할 권리 등을 갖는다. 특히 의료정보는 개인의 민감정보를 포함하고 있어 그 보호의 필요성은 더욱 강조되고 있다.

한편 개인정보에 관한 「민법」의 접근이 주로 개인정보의 보호와 그 활용에 있다면, 보건의료의 영역에서는 개인정보의 활용을 통한 환자 치료 및 공중보건상 이익도 중요한 가치 평가의 대상이 된다. 그리하여 보건의료관련 법령 중 특히 바이러스 전파나 감염의 우려가 높은 질병과 관련하여서는 환자의 민감정보를 포함하는 의료정보를 일정 범위의 환자 이외의 자에게 제공하여 치료를 독려할 수 있도록 하고 있다.

## 2. 에이즈예방법

「에이즈예방법」 제8조의 2에 의하면 후천성면역결핍증에 관한 검진을 한 자는 검진 대상자 본인 외의 사람에게 검진 결과를 통보할 수 없다. 다만 검진 대상자가 군(軍), 교정시설 등 공동생활자인 경우에는 해당 기관의 장에게 통보하고, 미성년자, 심신미약자, 심신상실자인 경우에는 그 법정대리인에게 통보한다.

심신미약자와 심신상실자는 구 「민법」이 인정하여 온 행위무능력자 중 한정치산자와 금치산자의 개념과 일치한다. 그러나 2011. 3. 7. 법률 제10429호로 개정되어 2013. 7. 1.부터 시행되고 있는 현행 「민법」에서는 더 이상 한정치산, 금치산의 용어를 사용하지 않는다. 심신미약과 심신상실이라는 용어도 더 이상 사용하지 않는다. 구 「민법」의 한정치산제도와 금치산제도는 현행 「민법」

28) 오병철, “민법의 시각에서 바라본 개인정보 보호법의 의의와 과제”, 연세법학(제39호), 연세대학교 법학연구소, 2022, 448면.

29) 오병철, 앞의 글, 457면.

의 성년후견제도로 대체되었다. 따라서 「에이즈예방법」 제8조의 2 제1항 후단에서 정하고 있는 바, 심신미약이나 심신상실의 상태에 있지만 후견이 개시되지 않은 자의 법정대리인에 대한 통보는 불가능하다.

「에이즈예방법」 제8조의 2는 2013. 4. 5. 마지막으로 개정되었는데, 당시는 성년후견제도를 새롭게 규정한 현행 「민법」이 시행되기 전이었다. 따라서 당시 개정 작업에서 성년후견제도의 시행에 따른 새로운 행위무능력자의 개념이 담기지 못한 것으로 이해할 수 있다. 그럼에도 불구하고 법정대리인이 아닌 다른 사람에게 검진 결과를 통보한 자는 같은 법 제27조 제3호에 의하여 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처해진다는 점을 생각할 때, 심신상실자와 심신미약자에 대한 법정대리인을 통보의 대상자로 정하고 있는 이 조문은 시급히 개정될 필요가 있다. 피성년후견인, 피한정후견인의 경우에 법정대리인에게 통보하도록 하거나, 후천성면역결핍증에 대한 검진결과를 통보하는 것이 환자의 치료를 독려하기 위한 것이라면 환자의 신상에 관한 결정이 있는 후견인, 신상결정을 지원할 수 있는 특정후견인, 신상결정에 관한 권한을 위임 받은 임의후견인 등을 통보의 대상으로 정하여야 할 것이다.

### 3. 결핵예방법

「결핵예방법」 제15조에 따르면 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 결핵환자가 동거자 또는 제3자에게 결핵을 전염시킬 우려가 있다고 인정할 때에는 결핵의 예방을 위하여 결핵환자에게 일정 기간 동안 보건복지부령으로 정하는 의료기관에 입원할 것을 명할 수 있고, 입원을 명하는 경우 결핵환자 또는 그 보호자에게 입원명령을 통지하여야 한다. 입원명령을 받은 환자가 입원명령을 거부한 경우 같은 법 제15조의 2 제1항 제1호에 따라 질병관리청장이 지정하는 의료기관에 격리치료를 명할 수 있는데, 이 때에도 결핵환자 또는 그 보호자에게 격리치료명령을 통지하여야 한다(시행령 제4조 제1항).

입원명령이나 격리치료명령을 받은 경우 이에 응하여야 할 의무가 있는 자는 결핵환자 본인임에도 불구하고 결핵환자 ‘또는’ 그 보호자라고 규정하여 환

자에게 통지하지 않고, 보호자에게만 통지할 수 있다. 보호자는 법적개념이 아니고, 보호자의 범위에 대해서도 아무런 규정이 없지만, 실제로 환자를 보호하고 있는 자라면 환자가 이 법에 따라 입원조치 되거나 격리조치 되었다는 사실을 알아야 한다는 점에서 보호자도 통지의 대상으로 할 수는 있다. 그렇다 하더라도 환자를 통지의 대상에서 제외시킬 수는 없다. 환자 및 보호자로 개정하여야 한다.

#### 4. 감염병예방법

「감염병예방법」 제20조에 의하여 질병관리청장이 국민 건강에 중대한 위협을 미칠 우려가 있는 감염병으로 사망한 것으로 의심되어 감염병 여부의 진단과 사망의 원인 규명을 위해 시체해부를 명하는 경우에는 「장사 등에 관한 법률」 제2조 제16호에 따라 사망한 자의 배우자, 자녀, 부모, 자녀 외의 직계비속, 부모 외의 직계존속, 형제·자매의 순서로 연고자의 동의를 받아야 하고, 순위가 같은 자녀 또는 직계비속이 2명 이상이면 최근친의 연장자에게 동의를 받아야 한다. 감염병환자등이 사망한 경우 감염병 차단과 확산 방지 등을 위하여 필요한 범위에서 질병관리청장이 시신의 장사방법을 제한하는 경우에도 마찬가지로 연고자에게 해당 조치의 필요성과 구체적인 방법·절차 등을 미리 설명하여야 한다(제20조의 2 제1항 및 제2항).

같은 법 제24조 제1항 각호에서 정하는 질병에 대한 필수예방접종업무를 위탁받은 의료기관의 장은 예방접종을 하기 전에 예방접종을 받으려는 사람의 예방접종 내역을 확인하여야 하는데, 이 때 확인에 동의할 수 있는 자는 본인 또는 법정대리인이다. 미성년자의 경우에는 친권자나 부모, 미성년후견인 등이 미성년자에 대한 예방접종 여부를 결정하는 경우가 많기 때문에 미성년자의 법정대리인에게 예방접종 실시를 위한 접종확인의 권한을 인정할 수 있을 것이다. 그런데 성년자의 경우 법정대리인이 의사결정능력이 없어도 법정대리인이 선임되어 있는 경우가 있고, 법정대리인이 있어도 환자의 신상결정에 관한 권한은 인정되지 않는 경우도 있어 미성년자와의 구별이 필요하다.

「감염병예방법」에 따라 입원치료가 필요한 경우, 입원 또는 격리조치를 하는 경우에는 대상자와 그 보호자에게 통지하여야 한다(제43조 및 제43조의 2). 타인에게 전염시킬 우려가 있는 결핵환자의 입원 또는 격리조치의 경우에 결핵환자 또는 보호자에게 통지할 수 있다고 한 「결핵예방법」과 비교해 볼 필요가 있다.

## VI. 결론

이상으로 보건의료관련 법률 중 「연명의료결정법」, 「정신건강복지법」, 「장기이식법」, 「인체조직법」, 「약사법」, 「에이즈예방법」, 「결핵예방법」, 「감염병예방법」을 검토하였다.

이들 법률에 민법적 사고가 필요한 부분은 동의에 관한 부분으로 그 구체적 내용에 있어서는 환자의 자기결정권을 보호하기 위한 동의와 개인정보 보호를 위한 동의로 구분된다. 먼저 환자의 자기결정권을 위한 동의는 의료행위 혹은 그에 수반되는 입원 등에 대한 것으로 가장 대표적으로 「연명의료결정법」의 연명의료중단에 관한 동의와 「정신건강복지법」 상의 보호의무자에 의한 입원 규정을 검토하였다. 「민법」 상 의료행위에 대한 동의는 동의능력을 전제로 하는 환자 고유의 권한으로 타인이 이를 대신할 수 없다. 다만 「민법」이 성년후견인 등에게 동의에 관한 권한을 인정하는 것은 어디까지나 피성년후견인의 자기결정권을 실현하기 위한 것으로 그의 동의를 대행하는 것이지 성년후견인이 자신의 고유권한으로 동의여부를 결정하는 것이 아니다. 그런데 「연명의료결정법」은 환자가 사전연명의료의향서나 연명의료계획서 등을 통해 동의여부를 밝히지 않았거나 환자의 의사를 확인할 수 없는 경우에 환자 가족의 일치된 의사로 연명의료 중단을 결정할 수 있도록 하고 있다. 또 연명의료중단에 관한 결정에서 동의능력 여부와 상관없이 미성년자를 배제하여 미성년자 본인의 동의를 얻기 위한 노력을 소홀히 하고 있다. 이는 자신의 신상에 관한 결정은 스

스로 하는 것이 원칙이고, 성년제한능력자의 경우 성년후견인을 통해 그의 의사결정을 지원하고, 미성년자의 경우 친권자의 의사를 함께 고려하도록 하는 「민법」의 태도와 일치하지 않는다.

「정신건강복지법」의 보호의무자이면서 「민법」상 후견인의 지위에 있는자는 정신질환자에 대한 입원에 동의할 수 있지만 「정신건강복지법」의 동의권한은 환자의 치료를 위한 입원필요성에 의하여 인정된다면, 「민법」의 동의권한은 환자의 의사존중에 있다는 점에서 차이가 있다. 후견인이 「정신건강복지법」에 따라 정신질환자인 피성년후견인을 입원시키고자 하는 때에는 법원의 허가가 필요없지만, 「민법」에 따라 그를 격리시키고자 하는 때에는 법원의 허가가 필요하다. 한편 「민법」상 부양의무자인 보호의무자가 책임능력이 없는 정신질환자의 불법행위에 대하여 감독자로 손해배상책임을 지는지와 관련하여 「민법」과 「정신건강복지법」의 관계를 분명히 할 필요가 있다.

「장기이식법」이나 「인체조직법」에서도 다른 보건의료관련 법령과 마찬가지로 환자 가족 등의 동의가 문제되지만, 이 두 법은 자기결정권의 주체인 환자가 이미 사망하여 환자의 장기나 인체에 대한 결정권을 행사할 수 있는 주체가 환자 가족이라는 점에서 다른 보건의료법령과 차이가 있다.

그 밖에 「에이즈예방법」, 「결핵예방법」, 「감염병예방법」에서도 역시 민법적 사고를 필요로 하는 것은 동의에 관한 부분이다. 다만 이들 법에서는 환자의 자기결정권 실현을 위한 동의 외에 감염병 전파의 차단이라는 공중보건상의 목적과 그 과정에서 발생할 수 있는 환자의 개인정보 보호의 문제를 어떻게 조화시킬 것인지가 중요한 과제로 다루어진다. 이처럼 보건의료관련 법령은 환자의 자기결정권과 그 실현을 위한 동의대행의 문제에서 「민법」과 깊게 연관되어 있음에도 불구하고 개개 법률의 관련 규정은 「민법」의 동의에 관한 원칙이나 성년후견제도와 별개로 규정되어 있음을 확인할 수 있다. 보건의료관련 법령의 일차적 목적이 환자의 자기결정권 실현에 있지 않다고 하더라도 의료관련 행정이 통일적으로 운영되기 위해서는 「민법」의 의사결정 및 그 대행에 관한 원칙을 이해할 필요가 있다.



[ 참고 문헌 ]

- 김수정, “의료행위에 대한 동의에서 환자 보호자의 법적 지위와 역할”, 『의료법학』 제20권 2호, 대한의료법학회, 2019.
- 김용덕 편, 『주석 민법 [민법총칙]』, 한국사법행정학회, 2019.
- 김천수, “성년후견과 의료행위의 결정”, 『가족법연구』 제21권 2호, 한국가족법학회, 2007.
- \_\_\_\_\_, “연명의료결정법의 문제점과 개정방향”, 『성균관법학』 제31권 4호, 2019.
- \_\_\_\_\_, 『진료에 대한 설명과 동의의 법리』, 대구대학교 출판부, 1999.
- 김형석, “민법 개정안에 따른 성년후견법제”, 『가족법연구』 제24권 2호, 2010.
- 박형욱, “환자연명의료결정법의 제정과 과제”, 『저스티스』 통권 제158-3호, 한국법학원, 2017.
- 방재호, “정신질환자의 불법행위에 대한 감독자책임-책임주체에 관한 논의를 중심으로-”, 『의생명과학과 법』 제20권, 2018.
- 안병하, “소위 ‘연명의료결정법’에 대한 법리적 검토-환자 인격권의 관점에서-”, 『민사법학』 제84호, 2018.
- 오병철, “민법의 시각에서 바라본 개인정보 보호법의 의의와 과제”, 『연세법학』 제39호, 연세대학교 법학연구소, 2022.
- 윤석찬, “의료행위에 대한 미성년자의 동의능력에 관한 고찰”, 『법학논총』 제28집 1호, 전남대학교법률행정연구소, 2008.
- 이석배, “인간의 존엄, 생명권 그리고 연명의료”, 『형사법연구』 제31권 3호, 형사법학회, 2019.
- 이재경, “성년책임무능력자의 불법행위에 대한 감독자책임”, 『동아법학』 제83호, 2019.
- \_\_\_\_\_, “성년후견제도에 있어서 정신질환자에 대한 의료행위와 후견인의 동의권에 관한 연구”, 『가족법연구』 제26권 3호, 한국가족법학회, 2012.
- \_\_\_\_\_, “의료분야에서 성년후견제도의 활용에 관한 연구”, 『성균관법학』 제21권 3호, 성균관대학교 법학연구소, 2009.
- \_\_\_\_\_, “정신질환자의 불법행위에 대한 구 정신보건법상 보호의무자의 감독자책임-대법원 2021. 7. 29. 선고 2018다228486 판결-”, 『법학연구』 통권 제69집,

전북대학교 법학연구소, 2022.

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

제철웅, “성년후견인의 민법 제755조의 책임 -그 정당성에 대한 비판적 검토-”, 『법조』 통권 제670호, 2012.

주호노, “현행법상 존엄사의 허용요건과 과제”, 『한국의료법학회지』 제26권 1호, 한국의료법학회, 2018.

최성경, “성년책임무능력자의 감독자의 책임”, 『아주법학』 제11권 1호, 2017.

현소혜, “의료행위 동의권자의 결정”, 『홍익법학』 제13권 2호, 2012.

[국문초록]

## 보건의료관련 법령의 동의에 관한 민법적 검토

이재경(법학박사, 원광대학교 법학전문대학원 교수)

본 글에서는 보건의료관련 법령 중 「연명의료결정법」, 「정신건강복지법」, 「장기이식법」, 「인체조직법」, 「약사법」, 「에이즈예방법」, 「결핵예방법」, 「감염병예방법」을 검토하였다. 이들 법률에 민법적 사고가 필요한 부분은 환자의 자기결정권과 동의에 관한 부분이다. 그리고 환자가족을 통한 의사결정이 환자의 의사결정을 대행하는 것인지 환자가족이 환자를 위하여 고유의 권한으로 의사를 결정하는 것인지와 관련하여 성년후견제도에서 후견인의 동의대행과 비교하여 이해할 필요가 있다.

보건의료관련 법령은 환자의 자기결정권과 그 실현을 위한 동의대행의 문제에서 민법과 깊게 연관되어 있음에도 불구하고 개개 법률의 관련 규정은 민법의 동의에 관한 원칙이나 성년후견제도와 별개로 규정되어 있음을 확인할 수 있다. 보건의료관련법령의 일차적 목적이 환자의 자기결정권 실현에 있지 않다고 하더라도 의료관련 행정이 통일적으로 운영되기 위해서는 민법의 의사결정 및 그 대행에 관한 원칙을 이해할 필요가 있다.

**주제어:** 자기결정권, 동의, 연명의료, 정신건강복지, 후견

## Review and Interpretation of Health Care Laws Based on Civil Law

Yi, Jae Kyeong

*School of law in Wonkwang University*

### =ABSTRACT=

In this article, 「Act on the hospice and palliative care and decisions on life-sustaining treatment for patients at the end of life」, 「Act On The Improvement Of Mental Health And The Support For Welfare Services For Mental Patients」, 「Organs Transplant Act」, 「Safety And Management Of Human Tissue Act」, 「Pharmaceutical Affairs Act」, 「Prevention Of Acquired Immunodeficiency Syndrome Act」, 「Tuberculosis Prevention Act」, 「Infectious Disease Control And Prevention Act」 were reviewed.

Patients' right to self-determination and consent in these laws are related to civil law. even though they are closely related to the civil law in relation to patients' right to self-determination and consent. In order to consistently operate medical administration, it is necessary to understand the principles of civil law decision-making.

Keyword : The informed consent, Act on life-sustaining treatment, Mental health and welfare Act, Organs transplant Act, Infectious Disease Control And Prevention Act, The guardianship