

중국 사전지시(advance directive)의 현황과 쟁점

저자 (Authors)	리사, 최영춘
출처 (Source)	후견과 신탁 1(2) , 2018.7, 69-84(16 pages) JOURNAL OF GUARDIANSHIP AND TRUSTS 1(2) , 2018.7, 69-84(16 pages)
발행처 (Publisher)	한국후견·신탁연구센터
URL	http://www.dbpia.co.kr/journal/articleDetail?nodeId=NODE07520793
APA Style	리사, 최영춘 (2018). 중국 사전지시(advance directive)의 현황과 쟁점. 후견과 신탁 , 1(2), 69-84
이용정보 (Accessed)	한양대학교 166.***.182.218 2020/04/25 03:34 (KST)

저작권 안내

DBpia에서 제공되는 모든 저작물의 저작권은 원저작자에게 있으며, 누리미디어는 각 저작물의 내용을 보증하거나 책임을 지지 않습니다. 그리고 DBpia에서 제공되는 저작물은 DBpia와 구독계약을 체결한 기관소속 이용자 혹은 해당 저작물의 개별 구매자가 비영리적으로만 이용할 수 있습니다. 그러므로 이에 위반하여 DBpia에서 제공되는 저작물을 복제, 전송 등의 방법으로 무단 이용하는 경우 관련 법령에 따라 민, 형사상의 책임을 질 수 있습니다.

Copyright Information

Copyright of all literary works provided by DBpia belongs to the copyright holder(s) and Nurimedia does not guarantee contents of the literary work or assume responsibility for the same. In addition, the literary works provided by DBpia may only be used by the users affiliated to the institutions which executed a subscription agreement with DBpia or the individual purchasers of the literary work(s) for non-commercial purposes. Therefore, any person who illegally uses the literary works provided by DBpia by means of reproduction or transmission shall assume civil and criminal responsibility according to applicable laws and regulations.

중국 사전지시(advance directive)의 현황과 쟁점

리 샤(李霞) 저*
최영춘 역**

[목 차]

- I. 사전지시의 정당성 기초
- II. 중국에서의 사전지시의 현황 및 학설
- III. 선진국들의 관련 규정 개관

[요약]

사전지시란 의사능력을 갖춘 환자가 자신이 의사능력을 상실할 때 의료사무를 미리 미리 정해놓는 법적도구이다. 사전지시제도는 환자가 앞으로 의사능력을 상실하더라도 여전히 자신의 의료사무를 주도하기 위한 경로를 제공하고, 이 제도를 통하여 의사능력이 없는 환자의 자기결정권도 최대로 확장될 것이다. 사전지시는 지시형(instruction directive)과 대리형(proxy directive) 두 가지 유형이 있다. 지시형 사전지시는 환자의 의료의사를 직접 표시하는 것이고, 대리형 사전지시는 영미법상 지속적인 위임제도, 즉 의료대리위임장(power of attorney for health care)에서 유래되었다. 대리형 사전지시를 통하여 환자는 자신의 의사에 따라 사전에 한명의 의료대리인(healthcare proxy/healthcare agent)을 지정하고, 환자가 의사능력을 상실하면 그 대리인이 환자를 대신하여 의료 결정을 내린다. 대리형 사전지시는 다음과 같은 장점이 있다. 첫째, 보통 지시형 사전지시는 해석이 필요하고, 앞으로 발생하게 되는 모든 의료상황을 포함할 수 없다. 반면 의료대리인은 환자의 의료의사를 이해하고 미래의 예측 불가능한 상황도 대응할 수 있다. 둘째, 의료대리인은 의사능력을 갖춘 환자와 복잡한 의료 결정에 참여하면서 질문하고 위험과 대가를 평가하며, 환자의 가족 또는 친구와 교류하고 일련의 의료선택을 고려하고 의사의 의견을 받아 환자의 신체상황과 회복가능성을 평가할 수 있다. 셋째, 일반적으로 법률상으로는 한 명의 의료대리인만 지정할 수 있기 때문에, 여러 의료결정자들 간의 이익충돌을 피할 수 있다. 의료대리인은 환자의 위임을 받았기 때문에 의료대리인의 의료결정은 환자의 의사에 부합되고, 기타 친척 또는 친구는 법원에 의료대리인의 권리남용 소송을 제기하지 않는 한 결정을 내릴 권리가 없다. 넷째, 의료대리인에게 의료결정권을 부여함으로써 의사는 대리인의 지시에 따라 의료행위만 하면 됨으로써, 의사가 환자를 위한 결정을 내려야 되는 부담을 덜어주

* 화동정법대학 혼인가사법연구중심주임

** 인하대학교 법학연구소 연구원

고, 아울러 의사가 결정으로 인한 환자의 손해에 대한 민사 및 형사책임을 부담하지 않을 수도 있다. 대리형 사전지시의 단점은 먼저 의료대리인은 보통 환자의 친척 또는 친구가 담당하는바, 많은 환자들은 자신의 친척 또는 친구가 “어려운 선택”을 하여 막중한 책임을 부담하는 것을 원하지 않고, 의료대리인은 환자의 의사를 완전히 반영할 수 없을 수도 있다. 예컨대 대리인이 혼자 결정에 대한 압박을 부담하기 때문에 압력으로 인해 비이성적인 의료결정을 내릴 수도 있다.

주제어: 사전지시, 지시형, 대리형, 의료대리인, 자기결정권.

I. 사전지시의 정당성 기초

첫째, 사전자기결정권이론.¹⁾ 드워킨은 의료자기결정권의 효력을 개인의 무능력 단계까지 확대하여 완전한 자기결정권 및 사전자기결정권이론을 형성하였다. 동 이론에 따르면 개인의 자기결정권은 존중 받아야 할 뿐만 아니라 본인이 행위능력을 상실한 경우에도 과거에 제기한 요구는 존중을 받아야 한다. 행위능력이 있는 자가 앞으로 치매상황에서의 치료를 위해 사전에 당부하였다면, 완전한 자기결정권 관점에서 볼 때 그 결정은 자기결정권으로 가장 존중 받아야 할 결정이다. 왜냐면 그의 결정은 사실상 자신의 인생 전반과 관련되었기 때문이다. 행위능력이 있는 자의 자기결정권은 과거의 결정이 존중을 받아야 하는데서 구축되고, 자신이 앞으로 치매가 되면 다른 사람들이 어떻게 자신을 대해야 하는지에 관한 여러 결정과도 관련되어야 한다. 가령 자신의 재산법익에 대해 과거에 내린 결정과 훗날의 염원이나 생각이 충돌되더라도 그러한 결정 역시 존중받아야 한다.²⁾

둘째, 의료결정 대리불가원칙 및 그 예외. 재산법익의 침해에 대해 원칙적으로 타인이 피해자를 대리하여 동의할 수 있다. 반면 신분행위에 대해서는 대리불가를 원칙으로 하는데, 그 이유는 신분행위는 당사자의 인격과 밀접히 관련되어

1) Dworkin, Ronald, “Judicial Discretion”, The Journal of Philosophy, Vol. 60, No. 21, American Philosophical Association, 1963, p.627.

2) Dworkin, Ronald, The Theory and Practice of Autonomy (Cambridge University Press, 1988, p.20.

있기 때문에 의료결정도 대리인이 대신하여 동의할 수 없도록 하는 것이 원칙이다.³⁾ 의료결정은 인신과 직접적으로 관계되고 심지어 신분행위보다 더 관련되어 있기 때문에 신분이 의료급부 침해의 손해를 받는데 대한 동의는 환자에게 전속된 권리이므로 동의권은 본인에게 전속된다. 즉 “환자자기결정권”이다. 그러나 신분행위 대리불가에도 예외가 있다. 예컨대 중국 “입양법” 제11조는 양친의 입양과 친생부모 또는 후견인의 입양의뢰에 있어 쌍방이 자주적으로 결정하도록 규정함으로써, 10세 이하의 미성년자의 입양 및 파양 행위는 친생부모 또는 후견인이 대리할 수 있도록 하였다. 신분행위 대리불가의 예외는 의료결정에도 유추 적용될 수 있다. 즉 의료결정에 특별한 규정이 있으면 대리인이 대리할 수 있는데, 다만 이는 본인이 의사능력이 없는 경우에만 한한다. 예컨대 “의료기구관리조례” 제33조⁴⁾에 의하면 의료기구가 수술을 진행할 때 반드시 환자의 동의를 받아야 하고, 환자의 의견을 받을 수 없으면 가족 또는 관계인의 동의와 서명을 받아야 한다. “환자동의원칙의 근간이 되는 환자자기결정권의 동의권자는 환자 본인에 한하고, 동의능력이 부족한 자에 대해서만 예외적으로 그 법정대리인이 대신하여 동의권을 행사할 수 있다”, “한정의정대리인은 환자가 의견을 효과적으로 표시할 수 없는 경우에만 대리하여 동의할 수 있는 권한이 있는데, 예컨대 환자가 수술을 받기 전에 대리인에게 환자가 마취상태에 있는 동안에 필요한 경우 동의권을 행사할 수 있다고 위임한 경우이다.” “의료결정은 대리할 수 없는 행위이나, 환자가 무능력상태에 있으면 의료결정을 대리하는 것은 불가피한 것이다. 그러므로 주요문제는 환자가 대리인을 선택하여 의료결정을 내리도록 할 수 있는지 여부 및 그 방식에 있고, 환자가 자신의 의료결정을 통제할 수 있는 권리에는 지정대리인이 환자가 무능력상태에 있을 때 그러한 결정을 내릴 수 있는 권리도 포함된다.”

3) Tom L. Beauchamp·James F. Childress, Principles of Biomedical Ethics [6th Edition](Oxford University Press, 2008, p.191.

4) 「医疗机构管理条例」第三十三条 医疗机构施行手术、特殊检查或者特殊治疗时，必须征得患者同意，并应当取得其家属或者关系人同意并签字；无法取得患者意见时，应当取得家属或者关系人同意并签字；无法取得患者意见又无家属或者关系人在场，或者遇到其他特殊情况时，经治医师应当提出医疗处置方案，在取得医疗机构负责人或者被授权负责人员的批准后实施。

II. 중국에서의 사전지시 현황 및 학설

중국에는 아직 사전지시에 관한 명확한 입법이 마련되어 있지 않고, 의료자기결정권 입법도 선진국가(지역)와 큰 차이를 보이고 있다. 또한 현행 중국의 민사입법과 의료입법은 환자의 의료자기결정권과 존엄위험에 대한 지지와 승인이 부족한데, 의료자기결정권은 사전지시제도를 구축하고 발전하는 필수적인 법적 기초이고, 존엄위험과 자기결정지원제도의 기능은 사전지시제도가 발전하는 중요한 추진요소이다. 중국의 환자의료결정에 관한 법규범은 아직 가족중심의 통제를 벗어나지 못했고, 장기간 입법은 의료개인주의와 가족주의 사이에서 흔들리고 있고, 태도도 애매모호하다. 성격상 의료가족주의가 점차 우세에 있고 새롭게 결정규칙을 대체하는 가부장주의가 형성되고 있다. 이는 사전지시제도의 구축에 불확정 요소로 작용하고, 앞으로 입법에서 반드시 해결해야 되는 문제이기도 하다. 이밖에 중국 의료입법에는 “의료결정능력”이라는 환자가 자주적인 자격을 가지고 있는지 여부를 공정하고 정확하게 반영하고, 그 의료자기결정권의 실제상태 및 당연상태와 상응하는 법적 개념은 없으며, 행위능력의 기준을 그대로 적용하고 있다. 행위능력 고유의 전체성, 간이성과 노령화사회에 대한 예견이 부족한 폐단은 행위능력으로 환자의 의료자주를 보장할 수 없고, 심지어 그 주체자격을 취득하는 가장 큰 걸림돌로 작용할 수도 있다. 마지막으로 “민법총칙”상의 정감호제도의 맹아는 줄곧 자기결정제도를 지원하는 증임을 짊어졌고 결정제도의 독점 국면을 대항할 것을 기대하였으나, 현재 그 효력요건이나 감호인의 직책요구 등 면에서 볼 때 여전히 전통 법정감호의 범주를 이탈하지 못했고 의료결정과정에서 법정감호인/가족의 관여를 효과적으로 대항하는 역할을 하지 못하고 있다. 요컨대, 중국 사전의료지시 입법 - “민법총칙”상의 의정감호제도는 앞으로 가야할 길이 멀다.

의료자기결정권과 관련하여, 의료개인주의는 개인의 자주가 가정의 완전성과 전체 이익에 우선한다고 보는데, 이는 전통 유가 “가족중심”의 문화 분위기와 어울리지 않는다. 중국사회에서 개체는 “자신을 자제하는 것”을 강조하여 자신의 욕망을 표현하는 것을 제한하는데, 이는 입법에도 반영되었다. 그렇다면 의료개인주의를 중국 법률에 포함시키면서 권리주체에 대해 중국 상황에 부합하는 확

대해석을 해야 한다. 다시 말하자면 환자와 가족을 모두 포함시켜 의사가 의료정보를 전체 가정에 고지하고 전체 가정의 토론을 거쳐 결정하며, 가정은 갈라놓을 수 없는 집합적인 자기결정권주체로서 당연히 개체 구성원의 의료결정과정에 참여하고 환자의 의료결정 방향에 영향 주고 최종적으로 결정하는 권리가 있다. 이러한 가족 중심의 입법을 기초로 사전의료지시를 도입하면, 동 제도는 가정의 틀에서 생존할 수밖에 없고, 의료결정능력을 상실한 환자를 보호하는 효과는 떨어질 것이다. 전통사회와 달리, 오늘날의 가족구조와 입법모델에서는 더 이상 단순히 가족의 일방적인 봉사 의무, 특히 자녀의 “효도” 의무를 강조하지 않고, 가족의 권리의식이 점차 제고됨에 따라 권리와 의무간의 균형을 요구한다. 노인환자의 의료간호를 예로 들면, 비록 자녀 등 가정 구성원이 대부분의 부양과 간호의무를 부담하였다면 그들은 의료결정과정에 참여할 것을 요구하고 자신의 의무를 사전에 아는 것은 지나친 것은 아니고, 심지어 여러 방식을 통하여 잠재적인 의무 내용에 영향을 주거나 변경하는 것 또한 비난 받을 일은 아니다.

의사와 환자 관계 이익의 분석과 관련하여, 최근 중국사회에서 의사와 환자간의 모순이 갈수록 많아지고 의사와 환자간의 관계도 점점 긴장되고 있으며 의사와 환자간의 분쟁도 많아지고 있다. 통계에 의하면 2015년 중국에 11.5만 건의 의사와 환자간의 분쟁이 발생하였고, 많은 의사와 환자간의 충돌은 단순한 분쟁을 넘어 “의사를 습격하고”, “병원에 압력을 가하며”, 인신을 공격하는 정도에 이르렀다. 환자 가족이 불만을 품고 있는 이유 중에서 가족이 의료결정과정에 참여하지 못하고 수술 등 치료를 진행한 것이 가장 많다. 이러한 불신을 고려하면 의사와 관련 인원들도 상응한 인신보호체제가 필요하고, 현재 이러한 방어체제는 의사와 환자 간 분쟁의 예방을 중심으로 구축되고 있다. 즉 가능한 많은 가족 구성원이 의료결정과정에 참여하고 의사와 소통하며 가정의 의사를 표현할 수 있도록 하는 것이다. 비록 충돌, 불만 심지어 의료결정 효율이 저하되는 등 문제는 피할 수 없으나, 환자가족이 소송을 제기하는 것과 비교할 때 의사가 사전에 전체 가정 구성원과 소통하고 교류하면서 그들의 동의를 받는 시간은 더 효율적일 것이다. 의사와 가족의 입장에서 양자가 합의하면 쌍방은 서로 만족하지만, 이러한 합의는 환자 자기결정권의 박탈을 기초로 하는 것이다. 특히 환자의 의사가 가족과 일치하지 않을 경우 의사는 자신의 이익을 위해 가족의 결정을 선택할 것

인데, 이는 오히려 진짜 의사와 환자간의 긴장 관계를 초래하기 때문에, 이러한 “합의”는 의사와 환자간의 표면적인 조화를 유지할 뿐이다.⁵⁾

입법이념: 의료부권주의에서 의료가족주의까지. 1982년 중국정부 위생부가 공포한 “병원업무제도” 제40조에 첨부된 “수술을 진행하는 몇가지 규칙” 제6조 규정에 의하면 인체표면이 아닌 수술을 진행하기 전에는 반드시 환자(원문은 “병원(病员)”) 가족 또는 직장의 서명 동의를 받아야 하고, 긴급한 상황에서 즉시 가족 또는 기관의 동의를 받을 수 없으면 주치의사가 서명해야 한다. 이는 중국에서 처음으로 명확하게 의료부권주의에 도전하는 시도였는데, 서방국가가 직접 의료개인주의를 확립한 것과 달리, 동 규정은 결정권을 환자 본인이 아닌 환자 가족 또는 직장에 부여하였기 때문에, 의료가족주의가 의료부권주의를 대체한 것에 불과했다. 1994년 국무원이 공포한 “의료기구관리조례” 제33조, 위생부의 “의료기구관리조례실시세칙” 제62조를 통하여 처음으로 환자가 자주적으로 의료결정을 내릴 수 있는 권리를 법률에 규정하였는데, 이는 중국 의료개인주의가 초보적으로 확립되었음을 의미한다. 1998년 전국인민대표대회 상무위원회가 제정한 “집업의사법(执业医师法)”은 의료개인주의에 대한 태도가 어느 정도 후퇴하였다. 2010년부터 시행된 전국인민대표대회 상무위원회가 제정한 “침권책임법(侵权责任法)” 제55조는 반가우면서도 아쉬움이 남는다. 반가운 점은 환자의 의료결정권을 정식으로 민사입법의 조정범위에 포함시킴으로써 과거 위생법 및 문건을 통하여 규범화하던 국면을 개변하였다. 이로 인해 환자의 절대자기결정권과 자주적인 지위가 명확해졌는바, 환자는 첫 번째 의료결정주체이고, 가족은 “근친속” 및 질병상황이 “환자에게 설명하는 것이 부적합”한 경우에만 결정권이 있는데, 이는 대체성적인 권리이다. 아쉬운 점은 규범상의 간단하고 추상적인 “환자에게 설명하는 것이 부적합”한 조건으로 인해 근친속들이 쉽게 환자의 결정권을 대체할 수 있다는 것이다. 이러한 입법이념하에 침해정도가 크고 인체에 영향이 큰 의료 관여일수록 환자의 병세가 더 심각하고 나이가 더 많으며 개인이 더 자주적으로 결정할 수 없게 된다. 개인의 생명, 건강, 신체, 프라이버시와 인격

5) Kathleen C. Glass, “Refining Definitions and Devising Instruments: Two Decades of Assessing Mental Competence”(International Journal of Law and Psychiatry vol.20 no.1, 1997, p.5.

존엄과 관련된 모든 의료결정은 모두 가정의지의 표현이지, 개인의 자주적인 결과가 아니다. 이처럼 가족주의를 중요시하는 입법모델은 당연히 사전의료지시의 이념에 저촉된다. 가족이 독립적인 법률주체로써 사정을 알고 동의하는 전반 과정에 참여하는 방식은 또 다른 심각한 문제를 초래하게 된다. 즉 가족이 의료결정에서 대다수 권리를 행사함으로써 심지어 환자 본인이 의료결정주체로서의 권리의식과 자치, 주도적 지위를 약화시킨다. 이는 과거의 의료부권주의시대의 모델과 본질적인 차이가 없다.

의료결정능력과 관련하여, 중국의 의료결정에 관한 모든 법률법규 등 규범성 문건에서 환자 자신의 의료결정능력에 따라 의료자기결정권의 행사요건 만족 여부를 결정하는 규정은 없다. 특히 상위법인 “집업의사법”과 “침권책임법”에도 환자가 의료결정능력이 없음을 기준으로 의료결정권을 가족에게 이전하여 행사하는지 여부를 판단하는 규정은 없고, 오히려 의료결정능력과 직접적인 관계가 없는 기준을 사용하고 있다. 2000년 위생부의 “임상수혈기술규범” 제6조, 2010년 위생부의 “병력작성기본규범” 제10조 등 하위 규범성 문건에 “자기의사”와 “완전 행위능력”과 같은 의료결정능력과는 현저히 다르지만 적어도 어느 정도 관련성이 있는 개념을 사용했다. 따라서 환자의 의료자기결정권은 진실한 정신건강상태, 심신건강정도와 이탈하게 되었다.

개념 혼동도 또 하나의 중요한 폐단이다. 중국의 전반 민사법률체계에서 행위능력이라는 하나의 개념만이 환자가 의료결정을 내릴 당시 심신, 건강상태의 참조기준이 된다. 그러나 임상의학연구 결과에 따르면 법률상의 행위능력은 임상에서의 의료결정능력을 대체할 수 없고, 양자는 본질적으로 구별되고 혼용할 수 없다. 행위능력은 유언이나 계약을 작성하거나 약혼을 하거나 의료결정을 내리는 등 모든 의사능력(capacity)의 집중적인 표현이다. 그러므로 영어로 “legal competence(행위능력)”은 “global competency(전체능력)”이라 부르기도 한다. 즉 행위능력은 여러 의사능력의 총합(의료결정능력도 포함)인데, 이는 과학적이지 않다. 행위능력은 법적 개념으로써 행위능력이 있는지 여부는 최종적으로 판사가 정하는 것이기 때문에 이는 법률문제이다. 그러나 구체적인 의료결정능력에 관한 신경학과 테스트결과(decisional capacity)는 사실문제으로써 법률개념인 “행위능력”과 완전히 일치한 것은 아니고, 완전히 다른 것이다. 즉 하나는 임상진

단 또는 치료를 위해 진행되는 환자 정신상태 테스트이고, 다른 하나는 법률주체가 민사법률활동을 행하는 상응한 능력이 있는지 여부에 관한 종합평가인바, 후자가 포함하고 있는 부분이 훨씬 복잡하다. 구체적인 결정능력은 자연인이 특정 정보를 접수하고 그 정보를 이해하고 사고하여 선별하며 그 선택의 결과를 예견하는 능력을 말한다. 예컨대 환자가 의료결정을 내릴 때 질병과 치료에 관한 정보만 이해하면 스스로 판단하고 의료결과를 예견하는 것으로 충분하고, 이때 계약체결, 약혼 등 정보도 같이 이해할 필요는 없다. 행위능력에 대한 첫 번째 착오는 이를 모든 의사능력의 집합체(capacity in all domains)로 인식하고 서로 다른 의사능력간의 독립성을 인식하지 못한데 있다. 그러므로 한 사람의 특정 의사능력에 문제가 발생하면 그 사람의 행위능력도 전부 부정되는 결과가 발생한다. 행위능력의 전체성은 여러 구체적인 의사능력을 “하나의 면”으로부터 “하나의 선”으로 추상화시켰고, 행위능력의 전체성이 그 주권의 최대화를 제한하였다.

자기결정지원조치와 관련하여, 중국 민법에 신설된 의정감호제도는 자기결정을 지원하는 기능이 없다. (1) 총칙상의 의정감호는 전통 법정감호의 속성이 여전히 남아 있는바, 적어도 효력요건을 보면 여전히 행위능력을 기준으로 하여 법정감호와 구별되지 않고, 의료결정능력을 그 기준으로 하는 대리형 사전의료지시와 거리가 멀다. (2) 의정감호인의 직책기준에서 “최대이익”, “최대 존중”과 “최저 관여”가 무엇인지 명확하지 않다. 민법총칙 제35조 제1항은 결정지원제도가 요구하는 지원자가 지켜야 하는 최대이익, 최대 존중과 최저 관여의 원칙을 하나의 법조문에 규정하였다. 따라서 최대 존중 원칙이 강조하는 환자의 의료의사를 존중하고 결정능력을 충분히 발휘하여 환자가 자신의 의료운명을 장악하도록 하는 것과 큰 차이가 있다. (3) 의정감호는 피감호인의 “추정의사”를 무시한다. 환자의 의료자기결정권을 보호하는 측면에서 보면, 추정 의사의 발견 방식, 법적 지위와 효력 승인은 결정지원제도에서 무시할 수 없는 문제이다. 특히 환자가 명확한 의사가 없는 상황에서 추정 의사는 그들의 자기결정권리를 보호하는 마지노선이다. 그러나 이러한 요구는 의정감호제도에는 나타나지 않았다. 비록 제35조가 “최대한 피감호인의 진실된 의사를 존중해야 한다”고 규정하고 있으나, 이는 피감호인이 계약에서 명시한 의사만 가리킬 수 있고, 의정감호인이 환자가 명시하지 않은 의료의사를 발견하고 추정하는 의무를 이행하지 않을 경우에 대해 총칙

에는 효과적인 제약방식이 없다. (4) 환자의 의료자기결정권을 보장하기 위해 자신의 의사와 부합하지 않은 대리 결정을 대항할 수 있는 권리를 부여함으로써 의료대리인을 감독하는 역할을 할 수 있다. 또한, 사전의료지시는 어떠한 형식으로도 해지할 수 있도록 해야 하는데, 예컨대 일방적으로 찢어 버리거나, 낙서, 변경 등 간단한 방식은 의료결정능력을 상실한 환자도 여전히 할 수 있다.

III. 선진국들의 관련 규정 개관

1. 영미법계 국가의 학파 및 쟁점

기본원칙과 관련하여, 사전의료지시는 환자의 의료자기결정권을 존중하고 그 “존엄위험”의 실현을 보장하는 결정지원제도이다. 그러므로 그 기본원칙도 위의 가치를 추구하는 표현이기도 하다. 첫 번째 원칙은 최대존중원칙(*ut respect principle*), 즉 환자의 진실한 의료의사와 잔여 의료결정능력을 발휘하도록 보장하는 것이다. 두 번째 원칙은 최저관여원칙(*least restriction principle*)인데, 이는 최대존중원칙과 상호 보완하고, 심지어 최대존중원칙의 실현은 최저관여원칙의 실현정도에 의지하는데, 입법적으로 그 내용은 관여의 필요 요건과 관여 형식, 수단이 포함된다. 마지막 원칙은 최대이익원칙(*best interests principle*)이다.

요식형식을 취할 것인지 여부와 관련하여, 이에 대해 논란이 있다. 요식(*formality*)은 크게 두 가지 부분이 포함되는데, 하나는 서면성이고 다른 하나는 증명절차이다. 미국⁶⁾ 메릴랜드 주, 웨스트버지니아 주, 호주 등은 양자 모두 요구하는데 이는 그 입법상의 사전의료지시 개념에서 나타난다. 즉 사전의료지시는 “서면(*written*)”으로 된 성명 또는 계약이다. 반면 영국은 더 원활한 기준을 취하고 있는데, 예컨대 사전의료지시가 연명장비 포기 등 중요한 결정과 관련되면 엄격한 요식의 방식을 취하고, 만약에 일반적인 규정에 불과하면 완화된 구두형식

6) In the United States, use the following to express the desired treatment: Health Care Power of Attorney, Declaration of Mental Health Treatment, Living Will, Do Not Resuscitate Order.

을 취할 수 있다. 요식, 비요식 모두 고유한 장점과 결함이 있다. 60세 이상 노인의 20%, 80세 이상 노인의 10%가 치매로 인한 장기적인 정신장애가 있는 것을 감안할 때, 만약에 사전의료지시의 성립을 요식으로 규정하면 이러한 환자에게는 불리할 것이다. 보다 원활한 구두 방식으로 취해야만 이러한 부류의 사람들이 사전의료결정을 더 편하게 이용할 수 있고, 그들의 의료자기결정권과 존엄위험을 더 보장할 수 있다. 그러나 비요식 역시 양날의 검으로 사전의료지시, 특히 어떠한 경우에만 치료를 거부하는지 또 환자는 어떠한 유형의 치료를 거부하는지 등에 대한 해석상의 어려움이 있다.

주체요건과 관련하여, 성년 환자가 의료결정을 내릴 때 상응한 의료결정능력이 필요한 것과 같이, 사전의료지시서류를 작성할 때에도 상응한 문서작성 의사능력을 갖추어야 자신의 의료자기결정권을 장악할 수 있다. 그런데 사전의료지시의 의사능력 성격을 어떻게 파악할 것인가에 대해 여러 가지 이해가 있다. 하나는 의료결정능력과 같은 것으로 이해하는 것인데, 대표적으로 미국 메릴랜드주, 버지니아주, 뉴멕시코주, 웨스트버지니아주 등이 있다. 다른 하나는 하나의 특수한 계약체결 의사능력으로 이해하는 것인데, 대표적으로 사우스오스트레일리아주법이다. 또 하나는 일정한 행위능력기준에 부합해야 하는데, 이러한 행위능력조건을 설치하는 방식은 점차 탈락되고 있다. 중국법에는 이와 관련한 입법이 아직 없다.

의료대리인자격과 관련하여, (1) 대리인의 능력. 미국의 주법이나 연방법은 의료대리인의 기본자격으로 법정 성인연령에 도달하고, 의식이 명확하며, 계약체결 시 계약체결 의사능력을 가지고 있고, 대리관계 효력 발생 시 상응한 의료결정능력을 갖출 것을 규정하고 있다. (2) 소극적인 자격요건: 의료서비스제공자를 제외한다. 예컨대 매사추세츠 주 주법, 웨스트버지니아 주 “의료결정법”과 “통일의료결정법”에서 모두 의료대리인은 본인이 진료를 받는 병원 또는 의료간호 중인 의사, 행정책임자 또는 직원이 될 수 없고, 다만 본인과 혈연, 혼인 또는 입양 등 법적 친척관계에 있으면 제외한다고 규정하고 있다. 법인기관은 제외한다. 예컨대 영국 “정신능력법(Mental Capacity Act)”은 대리인을 18세 이상의 자연인 또는 조건에 부합되는 신탁기구로 규정하고 있는데, 다만 신탁기구는 대리인으로 재산사무만 대리 가능하다. 가정 폭력 행사자 또는 권리나 의무를 행사하지

않거나 이행하지 않은 사람은 제외한다. 예컨대 캐나다 유콘 준주의 “성인결정, 지지와 보호법” 제7조와 제32조의 규정에 의하면 “가정폭력예방법” 또는 본법 제4부분 “성인보호”를 위반하여 본인을 학대하거나 홀대하여 법원의 접근금지명령을 받은 자는 대리인이 될 수 없다고 규정하였다.

본인의 잔여 의료결정능력 존중과 관련하여, (1) 능력추정원칙. 미국은 일반적인 경우에 본인이 의료결정의사능력이 있다고 추정하고, 법률에 규정된 조치를 취한 후 상응한 결정능력이 없는 것으로 평가된 경우는 그렇지 않다. 이러한 입법을 “의사능력추정원칙”이라 한다.⁷⁾ (2) 잔여능력평가. 첫 번째 유형은 주치의사(attending physician)가 본인의 의료결정능력 상실여부를 판단하는 것이다. 플로리다 주 법전 제765.204조는 만약에 본인이 의료결정 및 동의 의사표시능력이 하자가 있음을 발견하면 그 주치의사는 본인의 결정능력을 평가하고, 본인의 의료결정능력이 하자가 있음이 확정되면 그 정보를 병력기록에 기록해야 한다. 두 번째 유형은 주치의사와 기타 자격을 갖춘 평가자가 공동으로 진행하는 것이다. 버지니아 주 “의료결정법(HealthCare Decisions Act)”은 본인 의료결정능력의 평가에 대해 더 신중하고 엄격한 태도를 취하고 있다. 동법 제54.1-2983.2조⁸⁾는 본인은 임상진단만 거치고 동의 의사능력이 부족하다고 판정될 수 없다고 규정하였다. 본인의 의료결정능력의 평가는 반드시 그 주치의사와 한명의 의사능력평가자(capacity reviewer)가 공동으로 해야 하고, 서면으로 된 검사평가보고서를 제출해야 한다. (3) 잔여능력발휘. 캐나다 유콘 준주 “성인 결정, 지지와 보호법”과 캔자스 주 “성인감호 및 공동 결정법(The Adult Guardianship and Co-decision-making Act)”의 규정에 의하면 모든 환자는 자신의 의료결정능력에 관한 정확한 평가를 알아야 하고, 자신 의사능력을 발휘할 수 있는 최대한도를

7) Mental Capacity Act 2005 PART 1. PERSONS WHO LACK CAPACITY

8) § 54.1-2983.2 Capacity; required determinations: A. Every adult shall be presumed to be capable of making an informed decision unless he is determined to be incapable of making an informed decision in accordance with this article. A determination that a patient is incapable of making an informed decision may apply to a particular health care decision, to a specified set of health care decisions, or to all health care decisions. No person shall be deemed incapable of making an informed decision based solely on a particular clinical diagnosis.

알아야 한다. 대리인은 최대한 본인이 자신의 의료결정과정에 참여할 수 있도록 협조해야 하고, 최대한 자신 의사능력의 기능을 발휘할 수 있도록 격려해야 한다.

사전의료지시의 발효와 관련하여, (1) 생전 의사지시의 효력요건. 일반적으로 다음과 같은 내용이 포함된다. 본인이 치료할 수 없거나 호전될 수 없어 단기간 내에 사망하는 결과가 발생하는 질병상태인 경우, 본인이 이미 의식불명의 무의식 상태에 있고 또 높은 수준의 의료진단을 받아 다시 의식이 돌아올 수 없다고 확정된 경우, 본인이 심각한 정도의 치매(advanced dementia)에 시달리거나 기타 원인으로 인해 인지능력이 실질적으로 상실되고 높은 수준의 의료진단을 받아 거의 호전될 수 없다고 확정된 경우에 모든 치료, 특히 자신의 존엄을 무시하는 아무런 의의가 없는 의료관여를 포기한다고 반드시 명시해야 한다. 그러나 미국의 많은 주에서 특수한 신체조건 하에서, 예컨대 임신한 경우에는 다른 생명의 이익을 위해 사전의사지시 요건을 만족하더라도 발효 및 집행할 수 없다. (2) 의료대리의 효력요건은 의사지시의 효력요건보다 완화되어, 본인이 의료결정능력을 상실하였다는 조건만 부합하면 된다. 즉 단순한 의식 불명 또는 인지기능의 하자 등 조건으로는 의사지시의 효력이 발생하지 않을 수 있는데, 의료대리는 효력이 발생할 수도 있다. 아이다호 주 주법에 의하면 대리형 사전의료지시는 본인이 이성적으로 교류할 수 없을 때 효력이 발생한다. 알래스카 주, 버지니아 주, 웨스트버지니아 주, 메릴랜드 주 주법은 더 자세히 규정하고 있는데, 즉 서면으로 된 기타 약속이 있는 경우를 제외하고, 사전의료지시는 본인이 의료결정능력이 부족한 경우에 효력이 발생한다. 즉 성인환자가 더 이상 의료관여의 본질, 정도와 잠재적 결과를 이해할 수 있는 능력이 없고, 의료관여의 위험, 부담과 이익에 대해 이성적으로 평가할 수 없고 또 타인과 그 결정을 교류할 수 없는 경우이다.

사전의료지시의 해지와 관련하여, (1) 법정해지. 미국 “통일의료결정법”의 규정은 전부문서해지, 일부내용해지, 이혼과 별거 등 행위로 인한 배우자 의료대리권의 해지, 사전의료지시문서와 충돌된 구 문서 내용의 해지 등이 포함된다. (2) 본인해지. 예컨대 Bentley v. Maplewood Seniors Care Society 사건⁹⁾에서 본인은

9) Bentley v. Maplewood Seniors Care Society, 2015 BCCA 91.

언어능력이 없으나 침을 뱉거나 음식을 흘리는 방식으로 과거 자신의 연명장비를 포기하는 내용의 사전지시에 대한 반대의사를 표시하였고, 판사는 그 행위가 사전의료지시를 해지하는 의사표시로 볼 수 있다고 판시하였다. 의료대리인과 본인의 법정감호인도 해지권을 행사할 수 있다.

사전의료지시의 감독과 관련하여, (1) 사인감독방식. “통일의료결정법”에는 사전의료지시감독에 관한 명확한 규정은 없다. 그러나 세부 조항에 의료대리인의 권리를 구속할 수 있는 절차 규정을 두고 있는데, 감독권은 환자 본인, 의사, 증인과 같은 기타 이해관계자에게 속하고, 의료대리인은 자율적이어야 한다. 각 주의 주법도 이러한 방식을 취함으로써 공권력이 사전의료지시라는 사인의료배정에 대한 지나친 간섭을 방지한다. (2) 공권력감독방식. 영국의 “정신능력법”은 공권력의 감독효과에 의지한다. 우선, 공공감호사무실(Office of the Public Guardian)과 보호법원(Court of Protection) 등 두 개의 특별기구를 설치하였는데, 전자는 법정감호감독뿐만 아니라 의료대리권의 등기, 대리인의 권리행사, 의무이행상황을 감독한다. 후자는 결정능력을 상실한 사람들의 인신, 재산과 의료사무를 전문적으로 처리하는 기구로써, 의료대리의 효력을 확인하고 권한남용 또는 권리행사와 의무이행에 태만한 대리인의 자격을 면제할 수 있으며, “보호법원직원(court of protection visitors)”을 파견하여 대리인과 본인을 임의로 방문하여 권리행사와 의무이행상황을 고찰한다.

2. 대륙법계국가의 학파 및 쟁점

독일은 2009년 7월 29일에 “사전지시법”을 통과하였고, 동법은 2009년 9월 1일에 발효하였다. “사전지시법”은 “독일민법전” 제4편 제3장 제2절 “법류상의 간호”에 2개의 조문, 즉 제1907a조 “사전지시”(기존의 제1901a조를 제1901c조로 개정)와 제1901b조 “환자의 의사를 확인하기 위한 담화”를 신설하였고 제1904조를 개정하였다. 제1901a조 제1항은 지시형 사전지시와 간호인이 해당 지시를 준수할 것을 규정하였고, 제2항은 지시형 사전지시가 없는 경우에 간호인이 어떻게 환자의 의사를 확인하고 의료결정을 내리는지를 규정하였다. 제5항은 제1항부터 제3항의 규정이 의정대리인에게 적용된다고 규정함으로써 대리형 사전지

시를 인정했다. 또한 제1896조 제2항의 “보충성원칙”에 따라 의정대리인이 환자의 사무를 적절히 처리하면 간호가 필요 없어 간호인을 선임할 필요가 없다. 제1901a조 제3항은 사전지시는 질병의 성격과 단계와 관계없이 적용된다고 규정하였다. 즉 사전지시제도는 모든 의료정책에 적용되는바, 임종에 연명치료를 철회하는 정책도 포함되는데, 제1904조도 이를 입증했다. 제1904조는 특정 의료조치를 허락하거나 허락하지 않거나 허락을 철회하여 환자가 사망하거나 장기적인 심각한 건강파괴를 초래하게 되는 경우, 만약에 환자의 의사와 부합되면 해당조치는 반드시 비준해야 한다. 의정대리인이 연명치료를 철회할 수 있는 권리가 있는지 여부에 대해, 제1904조 제5항은 서면으로 명확하게 대리인에게 이러한 의료결정을 위임한 경우, 대리인은 해당 의료결정을 내릴 수 있다. 2010년 6월 25일 독일연방최고법원이 2009년 사전지시법 발효 이후 처음으로 사전지시의 법적 효력을 승인한 판결을 내린바 있다.

오스트리아의 사전지시에 관한 법률은 2개 부분으로 구성되었는데, 하나는 지시형 사전지시를 규제한 “생전지시법”이고, 다른 하나는 대리형 사전지시를 규제한 “오스트리아일반민법전” 제284f조, 제284g조, 제284h조이다. 2007년 7월 1일부터 환자는 “오스트리아일반민법전” 제284f조에 따라 예방성 대리권(Vorsorgevollmacht)을 설치할 수 있다. 이 예방성 대리권은 영미법상의 장기위임과 유사하기 때문에 이 조항은 대리형 사전지시를 확인한 것이다. 제284f조 제3항에 따라 만약에 예방성 대리권이 본법 제283조 제2항의 의료행위를 동의하는 것을 포함하려면 환자는 반드시 이러한 사무를 명시해야 하고 변호사 또는 공증인 앞에서 또는 법원에서 해당 위임장을 완성해야 한다. 제283조 제2항은 일반적으로 신체의 완전성 또는 개체에 심각하고 지속적인 부정적인 영향을 미치는 의료행위를 규정하였다. 독일법상의 “보충성원칙”처럼, “오스트리아일반민법전” 제268조 제2항도 대리인(특히 예방성 대리권) 또는 법적 구속력이 있는 사전지시를 통하여 사전에 환자의 처리사무를 배정하였으면, 관리인을 지정할 수 없다. 이는 의료사무에 있어서 환자의 사전지시가 법정감호에 우선함을 확인하였고, 환자의 자기결정권도 확대되었다. 제370조 제2항은 대리형 사전지시를 규정하였다. 즉 특정인이 한명의 자연인을 지정하여 자신이 판단능력을 상실하였을 때 주치의사와 의료절차를 토론하고 그 특정인의 이익에 따라 결정을 내리면 특정인

은 해당 자연인을 위한 지령을 설정할 수 있다. “스위스민법전”은 사전지시법률에 구속력을 부여하였는데, 제372조 제2항의 규정에 의하면 의사는 환자의 사전지시에 따라야 하고, 그 지시가 법에 위반되거나 환자의 자유의사에 의한 것인 지 여부 또는 환자 추정 의사 존재의 합리성에 대해 의심하는 경우는 제외한다. 아울러 “스위스민법전” 제377조부터 제381조까지는 사전지시가 없는 경우에 어떻게 판단능력이 없는 환자를 위한 의료정책을 제정할 것인지를 규정했다. 제378조 제1항은 대리결정자의 법정 순서를 나열했고, 제3항은 대리결정자가 환자의 추정 의사와 최대이익에 따라 의료결정을 내릴 것을 규정하였다.

투고일: 2018. 7. 1. 심사일: 2018. 7. 18. 게재확정일: 2018. 7. 20.

■ 참고 문헌 ■

Dworkin, Ronald, "Judicial Discretion", The Journal of Philosophy, Vol. 60, No. 21, American Philosophical Association, 1963.

Dworkin, Ronald, "The Theory and Practice of Autonomy" (Cambridge University Press, 1988,

Kathleen C. Glass, "Refining Definitions and Devising Instruments: Two Decades of Assessing Mental Competence"(International Journal of Law and Psychiatry vol.20 no.1, 1997,

Tom L. Beauchamp·James F. Childress, Principles of Biomedical Ethics [6th Edition](Oxford University Press, 2008,

<https://vacode.org>

www.moj.go.kr

<http://world.moleg.go.kr>