

아동의 치료에 관한 분쟁 해결을 위한 친권행사의 제한가능성 -일본의 개정 친권법과 영국의 사례를 중심으로-

박기주*

차 례

I. 서론

II. 개정 일본 친권법

1. 친권법 개정의 논의과정
2. 개정 친권법의 내용과 의미
3. 판례의 검토

III. 영국의 아동법(Children Act 1989)과 관련사례

1. 아동법(Children Act 1989)의 기능과 역할
2. 아동의 치료에 관한 판례의 태도

IV. 부모와 의료전문가의 갈등 해결을 위한 친권행사의 제한가능성

1. 서울동부지방법원 2010. 10. 21.자 2010카합 2341결정
2. 영국과 일본의 사례와의 비교

V. 결론

* 법학박사, 선문대학교 강사

접수일자 : 2012. 4. 30 / 심사일자 : 2012. 6. 18 / 게재확정일자 : 2012. 6. 22

I. 서론

우리나라에서 친권의 행사는 오랜 유교전통의 존중과 가부장적 권위의 복종이라는 측면을 동시에 가지고 있었다. 따라서 친권의 행사에 국가나 지역사회 혹은 제3의 전문기관이 개입하는 것에 대한 반감을 일정부분 가지고 있다.¹⁾ 부모가 자식의 이익을 가장 잘 대변하고 그 이익의 내용을 가장 잘 알 수 있다는 전제는 지금도 유효하지만 그것이 항상 옳다고 확신할 수는 없다.²⁾ 특히 현대 의학이 발달함에 따라 의료기술은 나날이 발전하고 있고 의료전문가들의 영향력은 증대되고 있는 실정이다. 여기서 부모와 의료전문가인 의사는 아동의 최선의 이익을 두고 대립하게 된다. 그리고 대부분 이들의 갈등은 해결될 수 없다. 왜냐하면 두 당사자 모두 아동의 최선의 이익에 대한 전문가적 판단과 친권자로서의 친권행사가 대립하면서 갈등하고 있기 때문이다.³⁾ 이에 따라 필연적으로 국가 특히 법원의 개입이 필수적으로 나타나게 되는데 세계 각국은 지금 부모의 친권에 기한 판단을 믿기 보단 법원 혹은 전문가들의 견해를 더 중시하는 경향을 보이고 있다. 본 연구는 우리 법제와 유사한 친권법 규정을 가지고 있고 같은 아시아 문화권인 일본의 친권법 개정예 주목하면서 우리와 가족법 문화가 전혀 다르면서 아동법이 발달된 영국의 사례를 대척점으로 우리법이 아동의 치료를 둘러싼 갈등 상황을 어떻게 효과적으로 해

1) 친권은 역사적으로는 부의 자녀에 대한 지배권을 의미했으나, 현대에 와서는 친권은 부모의 권리인 동시에 의무라고 이해된다(김주수·김상용, 「친족·상속법(제9판)」, 법문사, 2008, 363쪽; 현대의 친권법은 자의 복리를 기준으로 전면적으로 재편성되고 있다).

2) 부모의 친권을 상실하는 극단적인 판결은 예외적인 경우에만 발생하고 있다. 친권상실에 관한 판례의 분석으로는 하승수/이혜원, “아동권리보장을 위한 친권상실관련 판례분석”, 「아동권리연구」 제11권 제2호, 아동권리학회, 2007, 149쪽 이하 참고.

3) 갈등이 격화되는 원인의 하나로 부모가 자녀의 수혈을 거부하는 경우 종교의 자유 침해가 문제되기 때문이다. 미국의 경우 Prince v. Commonwealth of Massachusetts 321 U.S. 158, 64 S.Ct. 438 (1944) 판결에서 ‘종교의 자유를 행사할 권리는 자녀를 죽음에 이르게 하는 권리를 포함하지 않고, 부모는 그 자신이 순교자(martyrs)가 될 자유가 있으나, 그 자녀가 스스로 선택할 수 있는 능력을 갖춘 나이에 도달하기 전에 그 자녀를 순교자로 만들 권리를 포함하지 않는다’고 판시했다(다음의 판결 참고; People ex rel. Wallace et al. v. Labrenz et al. 411 Ill. 618, 104 N.E.2d 769 (Ill. 1952); In re Clark 185 N.E.2d 128 (Ohio Com. Pl. 1962))

결할 수 있을지에 대해 논의하고자 한다. 우선 비교법적 시각에서 본 친권행사의 제한가능성을 검토하고 부모와 의료전문가의 갈등 해결을 위한 친권행사의 제한가능성을 다루고자 한다. 특히 부모와 의료전문가의 대립을 법원이 어떻게 효과적으로 다루어야 하는지의 문제 및 이들의 갈등구조의 분석과 해결방안으로서 친권이 존중받으면서도 제한될 수 있는 가능성에 대해 논하고자 한다.⁴⁾

II. 개정 일본 친권법

1. 친권법 개정의 논의과정

2007년에 성립되어, 2008년 4월 일본에서 시행된 ‘아동학대방지 등에 관한 법률 및 아동복지법의 일부를 개정하는 법률’의 부칙에 의해서 일본 정부는 아동학대의 방지 등을 도모하여, 아동의 권리 이익을 옹호하는 관점에서 친권과 관계되는 제도의 재검토를 실시하여 필요한 조치를 강구하였다.⁵⁾ 법무성 및 후생 노동성에서는 이 부칙의 취지를 근거로 하고 검토를 실시해 그 검토의 일환으로 2009년 6월부터 12월까지 학자, 법률 실무자, 아동상담소 관계자, 관계성 담당관 등으로 구성되는 아동학대 방지를 위한 친권제도 연구회(단장: 大村敦志 도쿄대학교 교수)를 개최했다. 이 연구회서는 아동학대방지 등의 관점으로부터 친권에 관계되는 제도에 대해서 민법, 아동복지법 및 아동학대방지법의 전체를 통해서 검토 과제

4) 다른 외국의 법제에 대해서는 다음의 선행 연구들이 있다. 윤진수, “미국법상 부모의 자녀에 대한 치료 거부에 따르는 법적 문제”, 「가족법연구」 18권 1호, 한국가족법학회, 2004; 윤진수, “영국 항소법원의 삼 쌍둥이 분리수술 사건 판결”, 「아세아여성법학」 5호, 아세아여성법학연구소, 2002; 윤석찬, “의료행위에 있어 미성년자의 동의능력에 관한 고찰 - 독일에서의 논의를 중심으로”, 「법학논총」 28집 1호, 전남대학교 법률행정연구소, 2008 참조.

5) 아동학대방지법(児童虐待の防止等に関する法律)은 2000. 5. 24.에 제정(법률 제82호)된 후에, 2007. 6. 1.에 개정(법률 제73호)되어 현재에 이르고 있다. 이 법은 아동에 대한 학대금지, 아동학대의 예방 및 조기발견 기타 아동학대의 방지에 관한 국가 및 지방자치단체의 책무, 학대받은 아동의 보호 및 자립 지원을 위한 조치 등에 대해 규정함으로써 아동학대의 방지 등에 관한 정책을 추진하고, 아동의 권리이익의 옹호에 이바지하는 것을 목적으로 한다(제1조).

의 조사나 논점 정리를 실시하여 2010년 1월에 보고서가 정리되었다.⁶⁾

이 보고서의 내용을 근거로 2010년 2월, 법무성 장관으로부터 법제심의회에 대해 아동학대 방지를 위한 친권에 관한 규정의 재검토에 대해서 요강을 제시하는 것을 요구하는 자문이 이루어져⁷⁾, 동 심의회에 아동학대 방지 관련 친권제도부회(부회장 · 野村豊弘 가쿠슈인대학교 교수)가 설치되었다. 동 부회는 동년 3월부터 조사 심의를 개시하고 심의를 거듭해⁸⁾, 동년 7월에는 “아동학대 방지를 위한 친권에 관한 제도의 재검토에 관한 중간 시안”을 정리했다.⁹⁾ 그 후 동 부회에서는 중간 시안에 대한 퍼블릭 · 코멘트 절차의 결과를 근거로 삼고 더 깊이 조사 심의를 진행시켜, 동년 12월에는 “아동학대 방지를 위한 친권에 관한 제도의 재검토에 관한 요강안”을 결정하여, 이것이 2011년 2월에 개최된 법제심의회에서 요강으로 결정되어 법무성 장관에게 답신되었다.

또 후생노동성에서는 2010년 2월에 사회보장심의회 아동부회에 아동학대 방지를 위한 친권의 본연의 자세에 관한 전문 위원회(위원장: 才村純 칸사이학원대학교 교수)가 설치되었다. 동 위원회에서는 동년 3월부터 논의가 이루어지고¹⁰⁾, 2011년 1월에 “아동의 권리 이익을 옹호하기 위한 방책에 대해서”라고 제목을 붙인 보고서를 정리했다. 법제심의회의 답신 및 사회보장심의회의 보고서를 근거로 하여 법무성 및 후생노동성에서 입안 작업이 진행되어, 민법 등의 일부를 개정하는 법률안이 동년 3월 4일의 각의 결정을 거치고, 같은 날에 제177회 일본 중의원에 제출되었다. 이

6) 兒童虐待防止のための親權制度研究會, 報告書(2010. 1).

7) 자문 제90호는 “아동학대의 방지 등을 도모하여, 아동의 권리 이익을 옹호하는 관점에서 민법의 친권에 관한 규정에 대해서 재검토를 실시할 필요가 있다고 생각되므로, 이 요강을 제시하기 바란다.”라는 것이다.

8) 법제 심의회 아동학대 방지 관련 친권제도부회는 2010년 3월부터 12월까지 합계 10회에 걸친 회의를 개최한 것 외에 아동양호시설 방문을 실시했다. 또한 회의에서는 아동양호시설의 기관장, 아동과 가정복지론의 전문가(대학교수), 소아과의사(대학교수) 및 미성년 후견인 등으로부터 공청회를 실시했다(飛澤知行, 一問一答 平成23年 民法等改正-兒童虐待防止に向けた親權制度の見直し-, 商事法務(2011年), 4面).

9) 이에 대해서는 박주영, “최근 일본의 친권제한에 관한 개정 논의의 소개 및 그 시사점”, 「가족법연구」, 한국가족법학회, 제24권 제3호 참고.

10) 사회보장심의회 아동부회의 ‘아동학대 방지를 위한 친권의 본연의 자세에 관한 전문 위원회’는 2010년 3월부터 2011년 1월까지 합계 8회에 걸친 회의를 개최했다.

법률안은 동년 4월 28일에 중의원(본회의)에서, 또한 동년 5월 27일에 참의원(본회의)에서 각각 전회 일치로 가결되어 법률로서 성립하게 되었다.

2. 개정 친권법의 내용과 의미

(1) 개관

일본민법 제4편 제4장 제3절의 친권의 상실 제도에 관한 주된 개정 내용은 ① 친권정지 제도의 창설, ② 친권 상실의 원인의 재검토, ③ 관리권 상실의 원인의 재검토, ④ 친권상실 등의 심판의 청구권자의 재검토이다.

1) 친권정지 제도의 창설

개정 전의 일본민법에는 기한을 정하지 않고 친권 또는 관리권을 실시하지 못하게 하는 친권상실 제도(일본민법 제834조)와 관리권 상실제도(일본민법 제835조)가 있을 뿐, 미리 기한을 정해 친권을 행사하지 못하게 하는 제도는 없었지만, 개정법에서는 새롭게 가정재판소의 심판에 의해서 2년 이내의 기간을 정해 친권을 행사하지 못하게 하는 친권 정지 제도를 마련해(일본민법 제834조의 2), 사안에 따라 적절히 친권을 제한할 수 있도록 했다.

2) 친권 상실의 원인의 재검토

개정 전의 일본민법 제834조는 친권 상실의 원인을 “부 또는 모가 친권을 남용해 또는 현저히 행실에 잘못이 있을 때”라고 하였지만¹¹⁾, 개정법에서는 이것을 “부 또는 모에 의한 학대 또는 악의의 유기가 있을 때나 그 외에 부 또는 모에 의한 친권 행사가 현저히 어렵거나 부적당함으로써 아이의 이익을 현저히 방해할 때”라고 개정하여, 친권 상실의 원인을 명확하게 했다.

11) 이 규정은 우리 민법의 제924조 ‘부 또는 모가 친권을 남용하거나 현저한 비행 기타 친권을 행사시킬 수 없는 중대한 사유가 있는 때에는 법원은 제777조의 규정에 의한 자의 친족 또는 검사의 청구에 의하여 그 친권의 상실을 선고할 수 있다.’는 규정과 거의 일치한다.

3) 관리권 상실 원인의 재검토

개정 전의 일본민법 제835조는 관리권 상실의 원인을 “친권을 행사하는 부 또는 모의 관리가 부당함으로 그 아이의 재산을 위태롭게 했을 때”라고 정하고 있었지만,¹²⁾ 개정법에서는 이것을 “부 또는 모에 의한 관리권의 행사가 곤란 또는 부적당한 것에 따라 아이의 이익을 방해할 때”라고 고쳐, 관리권 상실의 대상을 확대해서 사안에 따라 적절히 관리권을 제한할 수 있도록 했다.

4) 친권상실 등의 심판의 청구권의 재검토

개정 전의 일본민법은 가정재판소에 친권 또는 관리권 상실의 선고를 청구할 수 있는 사람(청구권자)을 아동의 친족 또는 검찰관이라고 정하고 있었지만, 개정법에서는 청구권자를 확대하여 아동, 미성년 후견인 및 미성년 후견감독인도 친권 상실의 심판, 친권정지의 심판 및 관리권 상실의 심판¹³⁾을 청구할 수 있는 것으로 했다(일본민법 제834조, 제834조의 2, 제835조).

또 개정 전의 아동복지법은 친권상실의 선고에 대해서만, 아동상담소장에게 가정재판소에의 청구권을 인정하고 있었지만, 개정법에서는 친권상실의 심판 외에 친권 정지의 심판, 관리권 상실의 심판 및 이러한 심판의 취소에 대해서도 아동상담소장에 청구권을 인정했다(일본 아동복지법 제33조의 7).

(2) 친권정지 제도의 창설

아동학대와 같이 친권 행사가 부적당한 경우에 대응하기 위한 제도로서 개정 전의 민법에도 친권상실 제도(일본민법 제834조)가 있었다. 그러나 이 제도에 대해서는 ① 요건이 엄격하기 때문에 그 요건을 충족시키는 어렵고 비교적 정도가 가벼운 사안에 있어서 필요한 친권 제한을 할 수 없다, ②

12) 우리민법의 제925조 ‘법정대리인인 친권자가 부적당한 관리로 인하여 자의 재산을 위태하게 한 때에는 법원은 제777조의 규정에 의한 자의 친족의 청구에 의하여 그 법률행위의 대리권과 재산관리권의 상실을 선고할 수 있다’고 규정하고 있다.

13) 본 연구에서는 “친권상실 등의 심판”이라고 총칭하는 경우도 있다.

효과가 크기 때문에 부모가 개선의 의욕을 잃어 친권상실 후 부모와 자식의 재통합에 지장을 초래할 우려가 있다, ③ 친권자가 합리적인 이유도 없이 아이에 대한 필요한 치료에 동의하지 않는 이른바 의료거부사안 등, 일정기간 친권을 제한하면 충분한 경우에 과도한 제한이 될 우려가 있다는 등의 문제점이 지적받았고, 또 이것이 친권 상실의 선고를 가정재판소에 청구하는 것을 주저하게 하는 한 요인이 되고 있다는 지적도 있었다.¹⁴⁾

그래서 개정법에서는 친권을 상실시키기는 어려운 비교적 정도가 가벼운 사안이나, 의료거부사안 등 일정기간의 친권 제한으로 충분한 사안에 있어서 필요에 따라 적절히 친권을 제한할 수 있게 하기 위해 2년 이내의 기간에 한해서 친권을 행사할 수 없게 하는 친권정지 제도를 창설했다. 친권상실 제도는 친권 행사의 부적당함이나 아이의 이익을 방해하는 정도가 현저하고 그 개선의 전망이 없거나 개선을 하는데 장기간이 필요하다고 예상되는 사안을 대상으로 하는데 대해, 친권정지 제도는 친권 상실의 대상이 되지 않는 비교적 정도가 심하지 않고 일정한 기간 내에 개선이 예상되는 사안을 대상으로 하고 있다. 그래서 양자 사이에는 요건이나 효과의 면에서 다음과 같은 차이가 마련되어 있다.

우선 친권상실의 원인은 “부 또는 모에 의한 학대 또는 악의의 유기가 있을 때와 그 외에 부 또는 모에 의한 친권 행사가 현저히 곤란 또는 부적당함으로 아동의 이익을 현저히 방해할 때”인데 대해, 친권 정지의 원인은 “부 또는 모에 의한 친권 행사가 곤란 또는 부적당함으로 아동의 이익을 방해할 때”이며, 친권 행사의 곤란함 또는 부적당함의 정도 및 아동의 이익을 방해하는 정도에 차이가 마련되고 있다. 덧붙여 친권 상실의 원인이 있는 경우에도 2년 이내에 그 원인이 소멸될 전망이 있을 때는 친권 상실의 심판을 할 수 없다(개정 후의 제834조 단서). 다음으로 친권

14) 우리의 경우도 친권을 제한하는 방법으로서 친권상실 제도가 부족하다는 비판이 있다; 제철웅, “친권과 자녀의 권리의 충돌과 그 조정방향: 子の 인권을 중심으로”, 『아세아여성법학』 9호, 아세아여성법학연구소, 2006 : 인권과 법Ⅱ, 124~125, 136쪽; 최진섭, “미국의 친권상실제도”, 현대민사법연구 : 일현 최병욱 교수정년기념, 법문사, 2002, 394쪽; 기타 민법상 친권상실제도에 대한 비판으로는 박주영, “독일과 프랑스의 친권제한제도에 관한 고찰 : 부모에 의한 아동학대사례를 중심으로”, 『안암법학』 33호, 고려대학교, 2010, 145~148쪽.

상실의 심판이 이루어진 경우도 친권 정지의 심판이 이루어진 경우도, 부 또는 모는 친권을 행사할 수 없게 된다고 하는 점에서 양자의 효과는 같지만, 전자는 그 심판이 취소되지 않으면 친권이 회복하지 않는데 대해, 후자는 그 심판에서 정해진 기간이 경과하면 친권이 회복한다고 하는 점에 차이가 있다. 그 외에 친권이 정지된 부모는 15세 미만의 아이를 양자로 하는 결연에 대한 동의권을 가지나(개정 후의 제797조 제2항 후단), 친권을 상실한 부모에게는 이러한 동의권은 인정되지 않는다.¹⁵⁾

3. 판례의 검토

(1) 사건의 배경과 경과¹⁶⁾

2008년 7월 16일, 사이타마 가정재판소는 미성년의 친권자가 종교적인 이유로부터 수혈을 거부했다고 해서, 친권자의 직무집행정지 및 직무대행자의 선임을 인정하는 심판을 했다¹⁷⁾. 신청인은 의사로부터 통고를 받은 아동상담소장이며, 변호사가 직무대행자로 선임되었다.¹⁸⁾ 2008년 7월 12일 밤, 13개월인 아동이 열이 나서, 13일 저녁부터 설사, 구토의 증상을 나타냈다. 아이 어머니는 14일과 15일의 두 번에 걸쳐 근처 진료소에서 진찰받았지만 감기라는 진단이었다. 그러나 증상이 더 악화되었기 때문에 15일 오후 3시 24분, 시립병원에서 진찰받았는데 (Hb수치 8.4) 충분한 설비가 없다는 이유로 오후 4시 50분 종합병원에 이송되었다 (Hb수치 6.7). 오후 6시 28분 담당의사가 부모님의 수혈 거부를 이유로 학대 통보 다이얼에 통고했다. 그러나 오후 9시 경에는 Hb수치는 안정되어 있었다. 16일 오후 아동상담소장이 가정재판소에 본건 제기를 실시해, 오후 4시 아동상담소 담당자 및 직무대행자 후보자만이 출두해서 제1회 기일이 열렸다. 그 날 밤에 가정재판소가 본건 심판을 실시했다.

15) 보다 자세한 사항은 飛澤知行, 前掲書, 21頁 이하 참고.

16) 본 사건의 자세한 사항은 伊藤暢章, “未成年者に對する輸血強制と親權者の職務執行停止”, 法律時報82卷 4號, 84頁 이하 참고.

17) 일본 가사심판법 15조의 3, 가사심판규칙 74조.

18) 平成20年(家)第911号、親權喪失宣告申立事件、平成20年(家口)第1024号、審判前の保全處分(親權者の職務執行停止および職務代行者選任)申立事件.

17일 오전 10시경 아이는 대학병원으로 옮겼다. 18일 오후 1시부터 무수혈로 내시경 검사를 실시한 결과 십이지장 궤양이라고 진단되어 투약 치료를 실시했다. 22일 다시 무수혈로 내시경 검사를 실시했다(28일 시점에서 Hb수치 8.5). 29일 아동의 부모가 즉시 항고했지만, 31일 아동은 회복하여 퇴원했기 때문에 아동상담소가 본건 제기를 취하였다.

(2) 법원의 판단

미성년자는 소화관 출혈 때문에 병원에 입원하여, 헤모글로빈치가 저하해 빈혈 상태이며, 주치의의 의견으로는 우선 수혈을 하고 내시경 검사를 실시해 원인을 밝혀낸 다음 치료를 실시할 필요가 있고, 수혈을 하지 않고 보완적 치료 밖에 실시하지 않으면 사망 혹은 매우 심한 후유증이 생길 가능성이 있어, 뇌에 대한 손상 및 향후 성장 장애가 일어날 가능성이 있는데 미성년자의 친권자인 사건 본인 등은 종교상의 이유로부터 수혈을 거부하고 있는 것이 인정되어, 따라서 사건 본인 등은 미성년자에 대한 친권을 남용하고 미성년자의 복지를 현저히 해치고 있는 것이 인정된다.

이상에 의하면, 본안심판제기 사건의 심판이 효력을 발생할 때까지의 기간 동안 사건 본인 등의 미성년자에 대한 친권자로서의 직무집행을 정지해, 주문 기재로 변호사를 그 직무대행자로 선임하는 것이 상당하다.¹⁹⁾

(3) 평가

직무집행정지·직무대행자 선임의 보전처분의 실질적 요건으로서 “아이의 이익을 위해 필요가 있다”(규칙 74조 1항)라는 요건과 함께 본안인 친

19) 수혈거부와 관련하여 日最高裁 2000(平成 12)年 2月 29日 判決은 63세의 여성 환자가 수술 중 어떠한 경우에도 수혈을 받지 않겠다고 하였는데, 의사가 환자의 생명을 구하기 위한 목적으로 수술 중 수혈을 한 사안에서, ‘환자가 수혈을 받는 것은 종교상의 신념에 반한다고 하여 수혈을 동반하는 의료행위를 거부한다는 명확한 의사를 가진 경우, 그러한 의사결정을 하는 권리는 인격권의 한 내용으로서 존중되어야 한다’고 하여 의사 측의 환자에 대한 정신적 고통에 따른 손해배상책임을 인정하였다. 이 판결은 의사의 재량보다 환자의 자기결정권을 우선하는 것으로서 사망에 이를 수 있는 긴급한 경우라도 환자의 자기결정권은 존중되어야 한다는 것을 명확히 했다는 데 의의가 있다고 한다. 野口勇, 專斷的輸血訴訟における最高裁判決の意義, (年報)醫事法學 16(2001), 日本評論社, 143~144頁.

권상실 선고의 심판이 인정될 개연성이 필요하다.²⁰⁾ 구 일본민법 제834조는 친권상실이 인정되는 하나의 유형으로서 “친권의 남용”을 들고 있고, 친권자가 “친권이 인정되고 있는 그 사회적 목적으로부터 일탈하여 그것을 사실상 혹은 법률상 행사하는 것 또는 행사하지 않는 것으로 아이의 복지를 현저히 해치는 것”이라고 이해되고 있다.²¹⁾

일본에서 의료거부사안에 있어서 “친권의 남용”을 어떻게 평가해야할 것인지에 대한 견해를 소개하고자 한다. 이 점에 대해 “친권자가 의사가 권한하는 의료행위에 동의하지 않는다고 해서 즉시 친권의 남용이라고 평가할 수는 없다. 예를 들어, 어느 질환에 대한 치료법으로서 복수의 선택 사항을 생각할 수 있고, 각각 같은 정도의 효과와 위험성이 인정되는 경우라면 환자인 미성년자의 최선의 이익은 무엇인가를 생각해서, 어느 치료 방법을 선택할지의 판단은 제1 차적으로는 친권자에게 맡겨진다고 생각할 수 있기 때문이다. ① 미성년자의 질환 및 현재의 증상, ② 예정되는 의료행위 및 그 효과와 위험성, ③ 예정되는 의료행위를 실시하지 않는 경우의 위험성, ④ 긴급성의 정도, ⑤ 친권자가 미성년자에 대한 의료행위를 거부하는 이유 및 그 합리성의 유무를 종합적으로 고려해, 친권자가 합리적인 이유 없이 미성년자에 대한 의료행위를 거부하고 있고, 그것으로 미성년자의 생명·신체에 중대한 위험이 생기는 것이 분명하다고 인정되는 경우에는 ‘친권의 남용’에 해당한다고 해야 할 것이다”라는 분석이 있다.²²⁾

이 기준에 비추어 보면, ② 수혈의 위험성을 고려할 필요가 있는데다가 무수혈로 하는 대체 요법이 있으면 그 효과성을 충분히 참작하면서, ⑤ 무수혈 치료를 바라는 친권자의 판단에 합리성이 있는지를 과학적인 의견에 근거해서 객관적이고 신중하게 판단하지 않으면 안 된다. 이러한 판단을 할 때 “수혈 거부가 치료 방법의 선택으로 생각되는 범위에서는 친권자의 권한 내라고 생각할 수 있다. 자기혈 수혈 수술의 의료 수준이 충

20) 吉田彩, “医療ネグレクト事案における親権者の職務執行停止・職務代行者選任の保全處分に關する裁判例の分析”, 家庭裁判月報 60卷7号(2008년), 10頁.

21) 於保不二雄ら「新版注釋民法 (25)199面 [辻朗] (有斐閣)

22) 吉田彩, 前掲論文, 16頁.

분히 협의의 의료 수준에 있는 현재, 소아의 외과 수술에서도 부모님의 친권 행사를 인정해도 좋다고 생각한다. 그리고 이 행위는 일본 구민법 834조의 친권의 남용에 해당하지 않는다.”라는 지적이 있다.²³⁾

무수혈 치료의 선택을 불합리적이라고 결정짓는 것은 타당하지 않고²⁴⁾, 무수혈 치료에 의해 상당한 대응이 가능하다면 “어떤 질환에 대한 치료법으로서 복수의 선택사항을 생각할 수 있고, 각각 동일한 정도의 효과와 위험성이 인정되는 경우”에 해당한다. 그 경우 친권자의 무수혈 치료의 선택은 아이의 복지를 현저히 해치는 행위가 안 되기 때문에 “친권의 남용”에는 해당하지 않는다.²⁵⁾ 재판소로서는 무수혈 치료가 가능할지 여부를 객관적으로 과학적으로 판단해야 한다.²⁶⁾²⁷⁾

일본의 사례에서 얻을 수 있는 시사점은 치료의 선택에 있어 다양한 가능성을 상정하고 그것이 전제된 뒤 부모의 특정 치료행위의 거부가 친권의 남용에 해당하는지에 대해 판단한다는 점이다. 현대 의학에서는 의료행위를 다양하게 선택할 수 있기 때문에 그 가능성을 검토한 후에 부모의 친권남용 여부를 판단하는 접근법은 바람직한 것으로 판단된다.

(4) 개정 친권법에 의한 대응

중전에 미성년의 아이에게 수혈이나 수술 등의 치료가 필요함에도 불

23) 小林公夫 「未成年者の輸血拒否の許容性—自己輸血手術が医療水準に達している現在両親による輸血拒否は親權の濫用に該当しない」, ばんふう 2003년1月号 87頁.

24) 前田巖 최고재판소 조사관은 “수혈도 에이즈나 간염 등 역시 치사적인 결과를 부르는 위험을 수반하는 감염증에 걸리는 리스크를 수반하는 것이고, 이것을 거부한다고 하는 판단도 전연 합리성을 갖추지 않는 것은 아니다”라고 지적하고 있다(最高裁判所 判例解説 刑事篇(2004年), 152頁;).

25) “중고상의 이유로 수혈을 거부하고 있는 부모는 스스로의 신앙에 비추어 자신의 아이를 보다 좋게 기르기 위해서 아이의 수혈을 거부하는 것이기 때문에, 원칙으로서 친권을 존중해서 부모가 바라는 의료를 할 필요가 있다.” (도쿄도립병원 윤리위원회, “중고상의 이유에 의한 수혈 거부 대응에 대해” (1994년); 伊藤暢章, 前掲書, 89頁 참고)

26) 유사 사안으로서 나고야 가정재판소 2006년(家口) 제1026호 및 오사카 가정재판소 키시와다 지부 2005년(家口) 제13호의 심판 예가 있지만, 모두 친권자 등이 수술 자체를 거부했던 사안이며(家庭裁判月報 59卷 4號 127~141頁), 본건과 똑같이 논할 수 없다.

27) 뒤에서 살펴볼 서울동부지방법원 결정에서도 무수혈 치료가 가능한지에 관한 보다 심도 있는 판단이 없었다는 비판이 가능하다.

구하고, 친권자가 정당한 이유도 없이 이것을 거부하는 이른바 의료거부 사안에 있어서는 가사심판법에 따르는 심판전의 보전처분 제도가 이용되어 왔다. 즉 친권 상실의 신고를 본안 사건으로 한 친권자의 직무집행정지 및 직무대행자 선임의 보전처분(가사심판법 제15조의 3, 가사심판규칙 제74조, 가사사건수속법 시행 후에는 동법 제174조)의 제기에 의해 가정재판소가 선임한 직무대행자의 동의에 의해서 의료 행위가 이루어지고 이것이 종료되면 본안 사건의 제기가 취하되는 운영이 있어 왔다. 이러한 운용은 사안에 따른 유연한 대응이었다고 말할 수 있는 한편으로, 일시적으로 친권을 제한하는 목적으로 친권상실 제도나 심판전의 보전처분의 제도를 이용하는 것이고, 반드시 본래 제도의 취지나 목적에 따르지 않는 것이라는 지적도 있었다.²⁸⁾

개정법에 의해 새로 친권정지 제도가 설치되는(일본민법 제834조의 2) 것과 함께, 친권 상실의 원인이 있는 경우에서도 2년 이내에 그 원인이 소멸할 전망이 있을 때는 친권 상실의 심판은 할 수 없게 됨으로(일본민법 제834조 단서), 향후 의료거부사안에서는 친권 정지의 심판이 이용될 것이라 예상된다. 다만 친권 정지의 심판이 확정되는 것을 기다리다가 적당한 시기에 필요한 치료를 실시할 수 없는 경우도 생각할 수 있기 때문에, 친권 정지의 심판을 이용한다고 해도 사안에 따라서는 친권자의 직무집행정지 등의 보전처분이 필요하게 된다고 생각할 수 있다. 또 개정 후의 아동복지법에 의해서 아동상담소장은 일시 보호를 한 아동의 생명 또는 신체의 안전을 확보하기 위해 긴급의 필요가 있다고 인정할 때는, 그 친권자 등의 뜻에 반해도 해당 아동의 복지를 위해 필요한 조치를 취할 수 있다고 했다(아동복지법 제33조의 2 제4항).²⁹⁾ 따라서 긴급히 수술 등

28) 이와 같은 비판은 뒤에 살펴 볼 서울동부지방법원 2010. 10. 21. 자 2010카합2341결정에도 적용될 수 있다.

29) 아동상담소장에 의한 친권상실의 신고에 대해서는 吉田恒雄, “兒童相談所長の申立てによる親權喪失の宣告”, 別冊ジュリスト(No.193), 96頁 이하의 東京家裁八王子支部昭和54年5月16日審判(昭和54年(家)第1109号:親權喪失宣告申立事件)의 해설을 참고. 관련 판례로는 長崎家佐世保支審平成12.2.23 家月52卷8号 55頁, 松本タミ·民商124卷6号 893頁, 名古屋家岡崎支審平成16.12.9 家月57卷12号 82頁, 山田美枝子·民商135卷2号 447頁. 동 심판의 항고심으로 名古屋高決平成17.3.25 家月57卷12号 87면. 미성년자에 관한 수술 동의 거부가 친권남용에 해당한다고 해서, 친권상실신고

의 치료가 필요하고, 가정재판소에서 심리를 실시할 만한 시간적 여유가 없는 사안에서는 친권 정지의 심판 등 가정재판소에서의 절차를 거치는 일 없이 아동상담소장이 해당 아동에 대해 일시 보호를 가한 다음 치료에 동의할 수 있게 될 것이다.³⁰⁾

일본의 개정 친권법에 따른 친권정지 제도가 시행되더라도 가처분 제도가 이용될 가능성은 높다. 친권정지 제도가 실체법상의 접근이라면 가처분 제도는 절차법상의 접근이라고 볼 수 있기 때문이다. 효과적인 사법적 대응을 위해서는 절차적 측면과 실체적 측면이 동시에 이루어져야 한다. 이것은 아동의 치료가 신속하게 이루어져야 하는 측면과 부모의 친권이 제한되는 측면을 동시에 고려해야 하기 때문이다.

Ⅲ. 영국의 아동법(Children Act 1989)과 관련사례

1. 아동법(Children Act 1989)의 기능과 역할

1989년 아동법은 이전의 아동복지법에서 규정하고 있는 아동복지 서비스의 내용을 대부분 계승하고 있다. 아동학대 보호조항은 1933년과 1969년 아동청소년법(Children and Young Persons Acts)에 뿌리를 두고 있는데, 학대를 하는 친생부모로부터 아동을 분리하여 구축하려는 강제적인 지도 및 보호명령³¹⁾(Supervision and Care Orders)제도를 도입하여 아동학대 보호가 아동복지법의 최전선임을 증명하였다.³²⁾

제기사건을 본안으로 하는 친권자의 직무집행정지·직무대행자의 선임이 인정된 사례로서 名古屋家審平成18.7.25 家月59卷4号 127頁, 神谷遊·判夕1249号 58頁 유사한 사례로는 大阪家岸和田支審平成17.2.15 家月59卷4号 135頁 참고.

30) 일시 보호는 18세 미만의 사람이 대상이 되기 때문에 18세 이상의 미성년자의 경우에는 일시 보호에 의한 대응은 할 수 없다. 다만 실무적으로는 본인이 18세 이상이면 본인의 동의 외에 친권자의 동의가 필요하게 되는 일은 별로 없는 것 같고, 18세 이상의 미성년자에 대해 의료거부의 문제가 생기는 일은 별로 없다고 생각된다. 18세 이상에서도 본인에게 의사능력이 없는 경우에는 친권자의 의사가 문제로 여겨지는 경우가 있어, 이 경우에는 친권정지 제도의 이용을 생각할 수 있다(伊藤暢章, 前掲書, 25頁).

31) 보호명령제도에 대해서는 박주영, “법원의 개입을 통한 강제적 친자분리제도에 관한 고찰— 일본과 영국을 중심으로 —”, 家族法研究 第22卷 第1號 참고.

아동법의 내용을 요약하면 다음과 같다. 우선, 친권(parental right and duty)의 개념이 부모책임(parental responsibility)³³⁾란 개념으로 대체되었다. 부모는 입양을 제외하고 이 책임을 박탈당하지 않으며 부모는 자녀가 보호를 필요로 하는 아동이 된 제한된 기간에는 지방정부로부터 서비스를 획득하는 소비자로서 간주될 수 있다. 지방정부는 아동을 부모에게 되돌려 보내기 위해서 부모를 반대하는 것이 아니라 부모를 파트너로 간주하고 아동을 보호하게 되었다. 이전에 예방이라는 제한적인 개념은 가족지원이라는 보다 넓은 개념으로 대체되었다. 파트너십이란 단어는 동법에서 보이지 않으나 보호를 필요로 하는 아동의 보호활동에 관한 지침 등을 포함하여 지침 속에는 반복적으로 나타나고 있다. 이 지침은 부모와 다른 가족구성원 혹은 가족보호자 간의 파트너십으로 활동하는 전문가의 중요성과 부모책임 개념의 중요성을 강조하고 있다. 또한 법률주의(legalism)의 원칙으로서 아동양육에 관한 부모의 법적 권한과 책임을 지방정부로 이전할 때에는 법적 절차에 따라 법원의 심판을 거치도록 하였다. 이러한 이전은 적절한 부모의 보호를 받지 못한다거나 부모의 통제를 벗어난 아동에게 위해가 있으면 법원의 명령이 아동의 이익을 보호하는데 최선의 방법이라는 것을 전제한다. 따라서 부모도 아동법상에서 욕구를 가진 한 개인으로 간주된다. 아동양육과 직간접으로 관련된 민사상의 분쟁에서 우리나라의 친권제한상실과 유사한 제도가 아동법 제8조의 명령이다. 이 명령에는 거주명령, 면접교섭명령, 특정행위금지조치명령, 특정쟁점명령 등이 있으며, 부모나 아동과 밀접한 관련이 있는 이들은 이 명령을 신청할 권리가 있고, 나머지는 법원의 허가를 통해 이 명령을 신청한다(제10조)³⁴⁾.

32) 2005년 케어 명령 등의 공법사건(지방당국으로부터 제기된 사건)의 인용건수는 케어 명령 7051건, 슈퍼비전 명령 2641건, 거처명령 2580건, 교류명령 1562건, 금지명령 219건, 특정사항명령 145건 등에 이른다(久保野惠美子, 海外制度調査報告書(イギリス及フランス) 22頁. 이 보고서는 “兒童虐待防止のための親權制度の見直しの必要性及びその内容に関する調査研究報告書”에 수록.

33) Andrew Bainham, *Children—the Modern Law, Family Law* (3rd ed., 2005), pp.30-31. ‘부모 책임(Parental Responsibility)’은 자녀에 대한 부모의 법적 지위를 나타내는 것이며 1989년 아동법에 의해 새롭게 채용된 것으로서, 동법의 핵심개념이다.

34) 영국 아동법에 대해서는 다음의 책 참고; Mary Ryan, *The Children Act 1989 : putting*

2. 아동의 치료에 관한 판례의 태도

영국에서 아동의 치료에 대한 갈등상황은 부모와 의사 및 아동 보호를 위한 정부기관 간의 대립이 중심이 된다. 1957년 2월 26일 선고된 Bolam v. Friern Hospital Management Committee 판결³⁵⁾에서 “Bolam test³⁶⁾”라고 불리는 의사와 전문직들의 주의의무에 대한 기준이 성립된 이후로 아동의 치료를 둘러싼 갈등은 부모와 의사간에 직접적으로 발생하게 되었다. 1981년 8월 7일 판결³⁷⁾은 영국에서 비교적 초기의 아동의 치료에 관한 판결이다. 이 사건의 아동은 다운증후군과 장폐색(intestinal blockage)으로 장폐색의 치료를 위해 수술이 필요한 상태였다. 수술을 해도 그 아이는 몇 개월 내로 죽을 가능성이 있었으나 기대수명은 20-30년 정도는 되었다. 부모는 육체적, 정신적으로 장애를 가지고 사느니 소녀를 죽도록 내버려 두는 것이 낫다고 판단했다. 그러나 지방정부기관(Hammersmith and Fulham London Borough Council)은 1981년 7월 31일 의사가 부모의 의견을 존중하자 소녀를 법원의 보호를 받게 했고 다른 의사로 하여금 수술을 하도록 명령을 내렸다. 이에 대해 1심 법원은 1981년 8월 7일 부모의 의견을 존중하여 명령을 거부하도록 했고 지방정부가 이에 항소하였다. 이에 항소법원(Court of Appeal)은 이를 파기하였다. 이 사안에서 소녀가 태어난 병원의 의사는 부모의 의견을 존중했고 지방정부기관에 의한 다른 의사는 수술이 필요하다는 다른 의견을 내었다. 소녀는 수술을 하지

it into practice, 2nd ed. Ashgate, 1999; Felicity Kaganas, Michael King and Christine Piper., Legislating for harmony : partnership under the children act 1989, Jessica Kingsley, 1995.

35) [1957] 1 W.L.R. 582; [1957] 2 All E.R. 118; [1955-95] P.N.L.R. 7; (1957) 101 S.J. 35

36) 의사가 특정한 형태의 치료에 대해 보통의 전문가로서 적절하게 행위 했다면 negligence(과실 혹은 주의의무 위반)에 대한 책임을 지지 않으며 단순히 다른 의료기 술을 사용했다는 사실에 대해서도 마찬가지이다. 특정한 치료에 대한 위험을 환자에게 알리지 않아 과실(negligence)이 성립하는 경우는 치료 전에 환자에게 설명이 이루어지지 않거나 의사가 그 치료를 선택하게 된 이유에 대한 설명이 이루어지지 않은 경우이다. 의사가 그 치료 행위의 위험이 사소하다고 생각하여 설명을 하지 않은 경우 환자들이 그에 대해 묻지 않았다고 하더라도 의사의 과실은 성립된다. 그러나 의사는 환자의 최선의 이익이 아니라고 생각되는 치료를 강요당하지 않을 권리가 있다 (R (on the application of Burke) v GMC [2005] EWCA Civ 1003 at [31], [50-52]).

37) Re B. (A Minor) (Wardship: Medical Treatment) [1981] 1 W.L.R. 1421.

않으면 몇 일내로 죽을 것이고 만약 수술을 한다고 해도 심장문제로 2-3개월 안에 죽을 확률이 있었다. 수술이 성공적이라면 소녀는 다운증후군을 앓으며 20-30년 정도를 더 살 수 있다. 이에 대해 법원은 의사와 부모의 견해를 모두 존중하지만 이 사건은 이제 법원의 판단을 받아야 함을 명백히 밝히고 있다. 법원은 아동의 최선의 이익은 수술을 받아야 하는 것으로 판단하고 최대의 고려사항(paramount consideration)은 소녀의 복지(welfare)임을 밝히고 있다.

1986년 길릭판결(The Gillick decision)³⁸⁾은 1989년 아동법(The Children Act 1989)의 제정에 영향을 미친 중요한 판결이다. 이 판결의 쟁점은 자녀의 의료행위에 대한 부모의 권리와 의무 즉 부모가 친권의 내용으로서 자녀의 의료행위에 동의할 권리가 있느냐는 점과 16세 이하의 소녀가 피임에 관한 조언을 받거나, 검사 그리고 처치를 받는데 동의할 법적인 능력이 있느냐 하는 점, 마지막으로 16세 이하의 소녀에게 부모의 동의없이 피임에 관한 조언이나 처치를 하는 의사는 형법상의 책임을 지느냐 하는 점이다. 최종심인 귀족원(House of Lords)의 판결은 16세 이하의 소녀에게 피임지도를 할 수 있다는 보건당국의 지침서가 불법적인 것은 아니라고 하면서도 그 내용에 제한적인 한계를 두고 있다. 이는 실제로 의사들이 16세 이하의 소녀에게 피임지도를 하는 것을 어렵게 만들고 있다. 본 판결에서는 ‘길릭 권능(Gillick competent)³⁹⁾’을 가지고 있는 미성년자는 부모의 동의 없이 의료처치를 받을 수 있다고 판시했다.

1996년 10월 24일 항소법원(Court of Appeal) 판결⁴⁰⁾의 경우 부모의 자녀의 수술에 대한 부동의를 대해 1심 법원은 이를 인정하지 않았으나 항소심은 부모의 손을 들어 주었다. 해당 아동은 1995년 4월에 태어났으나 간기능 이상으로 간 이식을 받아야 하는 상황에 처해있었고 의사들은 이식수술을 받지 않으면 2.5세 전에 사망할 것이란 의견을 공통적으로 피력했다. 부모들은 아이와 외국에서 살면서 그곳에서 일하고 있었는데 장애

38) Gillick v West Norfolk and Wisbech Health Authority [1986] AC 112.

39) 길릭판결에서 16세 이하의 아동이라고 할지라도 ‘제안된 치료에 관하여 그 성질이나 함축적인 의미를 이해할 정도로 충분히 성숙하고 지능이 있는 경우’를 의미한다.

40) Re T (A Minor) (Wardship: Medical Treatment) [1997] 1 WLR 242.

아동을 다루는 전문가들이었다. 항소법원은 1심법원이 어머니와 아동의 관계 등에 대한 특수한 상황(특별한 애착관계)을 고려하지 않았고 아동이 외국에서 돌아와 치료를 받게 하는 것이 어렵다는 이유로 부모에게 아동의 장애의 치료를 맡기는 것이 아동의 최선의 이익을 위해 바람직하다고 판단했다.⁴¹⁾ 이러한 법원의 판단은 아동의 최선의 이익을 고려할 때 삶의 질(quality of life)도 고려해야 함을 보여준다.

이러한 삶의 질의 고려는 삼쌍둥이 분리수술 판결⁴²⁾, Charlotte Wyatt⁴³⁾, Baby OT⁴⁴⁾판결에서도 나타나고 있다. 우선 살피볼 판결은 2000년 9월 22일의 항소법원의 삼쌍둥이 분리수술 판결이다. 보통 메어리(Mary)와 조디(Jodie)로 불리는 이 삼쌍둥이는 이들의 대동맥이 연결되어 있었기 때문에 메어리의 생명은 조디의 심장과 폐의 의하여 유지될 수 있었다. 그러나 이 상태는 심장의 무리로 인해 두 쌍둥이가 길어야 6개월 안에 사망하게 되므로 분리수술을 하는 것이 최선의 선택이었고 세인트 메어리 병원의 의사들은 부모에게 분리수술을 권하였다. 그러나 독실한 카톨릭 신자인 부모는 이를 거부하였다. 이에 대해 고등법원 가사부(Family Division)는 병원측의 분리수술신청을 받아들였고 존슨 판사는 영국법상 아동의 최선의 이익(The best interest of the child)은 고려하여야 할 사항 중의 한 가지가 아니라 최우선(paramount)이라고 하면서⁴⁵⁾ 자신은 이 사건에서 메어리의 이익에만 초점을 맞춘다고 하였다. 항소법원에서도 분리수술이 적법하다고 법관들의 의견은 일치하였으나 그 이유에는 상당한 차이가 있다. 여기서는 판결문의 상세한 측면을 검토하기보다는 생명의 보존(preservation of life)과 삶의 질(quality of life)의 측면에서 검토하기로 한다. 부모는 분리수술로 인해 조디가 불구가 되고 걷지 못하게 되며 여러가지 장애를 입을 가능성이 있기 때

41) 이 판결은 의료전문가에 대해 부모의 우위를 인정한 영국법원의 판결 중 이례적인 판결이다.

42) Re A (Children) (Conjoined Twins: Surgical Separation) [2001] Fam 147.

43) Re Wyatt (A Child) (Medical Treatment: Parent's Consent) [2004] EWHC 2247; [2005] All ER (D) 294; [2005] EWHC 693 (Fam).

44) Re OT [2009] EWHC 633 (Fam); [2009] EWCA Civ 409.

45) 1989년 아동법 제1조 제1항은 법원이 아동의 양육이나 아동의 재산의 관리 또는 그로부터 발생하는 수입의 사용에 관한 모든 문제를 결정함에 있어서 아동의 복리를 법원이 최우선적으로 고려하여야 한다고 규정하고 있다.

문에 그녀의 삶의 질이 저하될 수 있다고 주장했지만 항소법원은 분리수술이 그녀의 최선의 이익에 부합하고 적절한 삶의 질에 대한 가능성을 보장한다고 판시했다.⁴⁶⁾ 이러한 항소법원의 판단은 삶의 질의 고려가 생명의 보존 여부를 결정하는데 있어 필수적이라는 결론을 이끌어내게 된다.

Wyatt 판결⁴⁷⁾의 경우 아기가 생명을 연장하기 위해서는 집중적인 의학적 치료를 받아야 하지만 아기는 태어 난지 얼마 되지 않았고 몸무게도 1파운드 밖에 나가지 않았다. 아기는 호흡과 신장에 장애가 있었고 뇌도 손상되어 시력도 상실되어 있었다. 또한 청각도 상실되어 어떤 반응도 할 수 없었다. 그러나 고통은 느낄 수 있었다. 이러한 모든 의학적 판단을 고려할 때 그 아기는 죽느냐 사느냐의 문제가 아닌 어떻게 언제 죽어야 하는지의 문제만이 남아 있었다. 이에 대해 항소법원 가사부(Family Division)는 아기에게 집중적인 치료를 하여 생명을 연장시키는 것은 아기의 최선의 이익이 아니라고 판시했다. 본 판결에서 의사들은 치료를 원하는 부모들과 의견이 불일치하는 경우에 집중적이고 고도의 치료를 받는 것을 거부할 수 있을 뿐이며 다른 완화된 치료는 가능하다고 판시하고 있다. 이 판결에서 법원은 생명의 보존이 무의미 할 경우 자의 최선의 이익의 관점에서 아기에게 오히려 고통을 주는 집중적인 치료는 그러한 이익에 부합하지 않는다고 판시했다. 헤들리 판사(Hedley J)는 이 사건에서 생명을 보존할 수 있는 가능성이 있다고 하더라도 생명을 유지시키는 치료가 실질적으로는 아동에게 해가 되는 것이 충분히 밝혀진다면 생명 유지는 절대적인 것이 아니고 반박될 수 있다고 하고 있다.⁴⁸⁾

Baby OT 사건⁴⁹⁾은 태어난지 3주 밖에 안 되어 유전적 요인으로 인해

46) Re A (Children) (Conjoined Twins: Surgical Separation) [2001] Fam 147 at 182-183.

47) Re Wyatt (A Child) (Medical Treatment: Parent's Consent) [2004] EWHC 2247; [2005] All ER (D) 294; [2005] EWHC 693 (Fam); 적용된 선례로는 A (Mental Patient: Sterilisation), Re [2000] 1 F.L.R. 549; J (A Minor) (Wardship: Medical Treatment), Re [1991] Fam. 33.

48) Re Wyatt (A Child) (Medical Treatment: Parent's Consent) [2004] EWHC 2247 at [38]-[39].

49) 본 사건에서는 환자의 최선의 이익이 되지 못하는 의료행위의 철회가 유럽인권협약 (European Convention on Human Rights 1950) 제2조, 제8조에 위반되지 않는다고 판시하고 있다(다음의 선례를 참조; Glass v United Kingdom (61827/00) [2004] 1 F.L.R.

미토콘드리아 장애를 가지고 있는 아기에 관한 사건이었다. 이러한 장애로 인해 아기는 치명적인 뇌손상을 일으켜 혼자 숨을 쉴 수 없었다. 이에 따라 병원측에서는 생명을 유지하는 장치가 무의미하고 이것이 아기에게 큰 고통을 초래해 한다고 주장하였다. 파커 판사(Parker J)는 이러한 치료의 계속이 분명히 아기에게 고통이 되고 아기의 뇌손상과 생명의 연장을 위한 치료가 자연스럽지 않다는 점에 동의하면서도 아기에 대한 부모의 사랑에 대해서도 언급하고 있다. 아기와 부모의 감정적 교류와 아이로부터의 행복감으로 인해 부모는 지속적인 치료를 원하고 있다고 판단하고 있다.⁵⁰⁾ 이 판결에서 법원이 다양한 사회적, 감정적 요소들을 아동의 최선의 이익을 판단할 때 고려하고 있다는 것을 보여주고 있다.

영국 법원은 다양한 요소를 가지고 아동의 최선의 이익을 판단하고 있지만 Wyatt사건과 Baby OT사건의 경우처럼 환자의 고통을 덜어주거나 환자의 회복에 중요한 영향을 미치지 않는 무익한 치료행위에 대해서는 의사들의 손을 들어주고 있다. 결국 삶과 죽음이 걸린 판결에서 아동의 최선의 이익을 판단하는 것은 여러 가지 어려운 문제가 발생되고 있다. 그러나 삶과 죽음에 관련되지 않은 의료행위의 문제에서도 이러한 문제점은 마찬가지이다. 예를 들면, Re Y 판결⁵¹⁾에서 정신적, 육체적인 장애자인 피고가 어머니와 다른 세 자매들과 긴밀한 가족관계를 유지하고 있다가 어머니의 건강악화 되었고 언니도 골수이식이 필요한 상황에 처하게 되었다. 피고는 의학적으로 적합한 기증자이고 가족이라 거부반응도 거의 없다고 볼 수 있었다. 그러나 피고는 그러한 병에 대한 인식능력이 없었고 동의를 할 수 있는 정신상태도 아니었다. 이에 원고는 혈액검사와 골수이식수술을 피고가 동의 능력이 없음에도 요구하는 신청을 법원에 제기하였다. 법원은 그러한 원고의 신청을 받아들이면서 어머니와 피고의 언니의 생명을 연장하는 것은 피고에게도 도움이 되고 관계도 증진시킨

1019; Portsmouth NHS Trust v Wyatt [2005] EWCA Civ 1181, [2005] 1 W.L.R. 3995). 또한 무익한 치료행위에 대해 NHS Trust A v M [2001] Fam. 348과 R. (on the application of Burke) v General Medical Council [2005] EWCA Civ 1003, [2006] Q.B. 273 판결을 인용하고 있다.

50) Re OT, 註44) at [136]-[145].

51) Re Y (Mental Patient: Bone Marrow Donation) [1997] Fam 110.

다고 판단했다. 피고는 그러한 수술동의 의제로부터 감정적, 심리적 그리고 사회적 이익을 받지만 그녀가 받는 고통은 미비하다고 판단하고 있다. 즉 이러한 혈액검사와 골수이식수술을 받아들이는 것이 피고의 최선의 이익(the best interests of the defendant)에 도움이 된다고 보는 것이다.

삼쌍둥이 판결이나 Re Y 판결에서와 같이 2인 이상 관련되어 있을 경우 두 사람의 이익이 충돌하는 경우가 발생한다. 법원이 단순히 한 당사자를 다른 당사자보다 우선시켜 문제를 해결하기 보다는 기증자가 앞으로 처할 상황과 가족관계 등을 포괄적으로 판단하여 최선의 이익을 실질적으로 평가한다고 보는 것이 타당할 것이다.

이상과 같이 영국에서 아동의 치료와 관련된 어려운 문제들(hard cases)이 법원에서 많이 해결되는 이유는 기본적으로 의사(의료기관, 담당행정기관)와 부모의 권리가 자녀의 최선의 이익이라는 명제아래 대립되기 때문이다.⁵²⁾ 영국 판례의 흐름은 비교적 초기에는 의사들의 전문성을 실질적으로 존중하는 것이 주류적 판단이었지만 현재는 부모의 이익도 좀 더 고려하려고 하고 있다. 특히 단순히 현재의 이익이 아닌 미래의 감정적, 심리적, 사회적 이익까지 고려하여 종합적이고 실질적으로 자의 최선의 이익을 판단하려는 경향이 강화되고 있다. 현대 영국에서 의학적 치료는 점점 의사와 부모의 파트너십(partnership) 혹은 의학적 판단의 공유(shared-decision making)를 강조하고 있다.⁵³⁾ 자의 최선의 이익에 관한 다양한 의학적 견해를 부모와 의료전문가들이 공유하고 그것을 통해 최대한의 타협과 협동을 이끌어내려는 것이 현재 영국의 아동의 치료를 둘러싼 주류적 흐름이라 할 수 있다.

52) 물론 영국의 아동법(Children Act 1989)의 발달과 판례(case law)의 축적이 바탕이 되었고 부모의 친권이 상대적으로 자의 최선의 이익(the best interests of the child)보다는 열등하다는 사회적, 문화적 합의가 있었기 때문에 가능한 것이다.

53) Rob Heywood, "Parents and medical professionals: conflict, cooperation, and best interests", *Medical Law Review* 2012, 20(1), p29-44.

IV. 부모와 의료전문가의 갈등 해결을 위한 친권행사의 제한가능성

1. 서울동부지방법원 2010. 10. 21.자 2010카합 2341 결정

(1) 사안의 개요⁵⁴⁾

채무자들(피신청인들)의 딸인 甲은 2010. 9. 6. 태어나 심장질환(대동맥 판막의 선천 협착, 양방단실 유입증, 심방심실중격결손증 등)이 있다는 진단을 받고, 채권자(신청인) 재단 산하 서울아산병원(이하 ‘채권자 병원’이라고 한다)의 신생아중환자실에서 치료를 받기 시작하였다. 채권자 병원은 2010. 9. 24. 甲에게 먼저 현상유지 목적의 보존적 치료인 ‘폐동맥밴딩술’(pulmonary artery banding)을 시행하였으나, 甲의 심장 질환을 완전히 치료하기 위해서는 심장교정 목적인 ‘폰탄 수술’⁵⁵⁾이 필요하다고 판단했다. 채권자 병원은 위 폰탄 수술 중 수혈이 필수적인 1단계 수술을 시행할 경우 甲의 회복가능성을 30%에서 50%로 예상하였으며, 1단계 수술이 성공할 경우 나머지 수술은 약간의 위험을 감수한다면 수혈 없이 시행하는 것도 가능하다고 판단했다. 1단계 수술은 무수혈 방법으로 시행될 수도 있으나, 채권자 병원은 甲의 체중, 혈액량 및 현재 증상에 비추어 볼 때 무수혈 수술이 시행될 경우의 회복가능성을 5% 미만으로 예상하였고, 그 수술을 하지 않을 경우 甲의 기대 생존기간은 길게 잡아도 3개월에서 6개월 정도로 예상하였으며, 예상되는 생존기간 이전에 생명이 위해가 되는 응급 상황이 발생할 가능성도 매우 큰 것으로 보았다. 채권자 병원은 폰탄 수술을 시행하기 위하여 채무자들에게 甲의 증상, 치료방법의 내용

54) 병원에서 적극적인 가처분을 실시한 이면에는 대법원 2004. 6. 24. 선고 2002도995 판결(공 2004. 8. 1.자, 1255, 소위 ‘보라매병원’ 판결)이 영향을 미친 것으로 생각된다. 본 사건에서 치료를 요하는 환자에 대하여 보호자의 간청에 따라 치료중단 및 퇴원을 허용하는 조치를 취함으로써 환자를 사망에 이르게 한 담당 전문의와 주치의에게 살인방조죄가 성립한다고 하였다.

55) 폰탄 수술은 甲과 같이 단심실 형태의 심장 기형에 대해 일반적으로 행해지는 수술 방법으로 3단계를 거쳐 행해진다. 대상결정 참조.

및 필요성, 발생이 예상되는 위험 등을 설명하고 동의를 구하였다. 그러나 채무자들은 ‘여호와의 증인’ 신도로서 수혈을 금하는 자신들의 종교적 신념에 기초하여 甲에 대하여 폰탄 수술에 수반되는 수혈을 거부한다는 의사를 표시하였다. 이에 채권자 병원은 윤리위원회를 개최하여 폰탄 수술과 수술과정에서의 수혈의 필요성을 설명하고 채무자들의 동의를 재차 구하였으나 채무자들은 이 역시 거부하였다.⁵⁶⁾

(2) 결정요지

1) 대상 결정의 일반론으로 다음과 같이 판시했다.

의료인은 진료행위를 하는 경우 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 생각되는 사항을 설명하여 당해 환자가 그 필요성이나 위험성을 충분히 비교해 보고 그 진료행위를 받을 것인지의 여부를 선택하도록 함으로써 그 진료행위에 대한 동의를 받아야 한다. 이때 환자의 동의는 헌법 제10조에서 규정한 개인의 인격권과 행복추구권에 의하여 보호되는 자기결정권을 보장하기 위한 것이므로 환자가 생명과 신체의 기능을 어떻게 유지할 것인지에 대하여 스스로 결정하고 진료행위를 선택하는 것이 원칙이다. 신생아는 자기결정권을 가지고 있으나 문제 되는 진료행위를 받을 것인지 여부를 판단하고 그러한 의사를 표시할 수 있는 능력이 없다. 이러한 경우 친권자가 자녀를 대신하여 진료행위에 대한 동의를 하게 되는데, 이러한 친권자의 동의는 자기결정권이 일신전속적인 성격을 갖고 있음을 고려할 때 자녀의 자기결정권을 대리하여 행사하는 것이 아니라 자신의 친권에서 파생되는 것이라고 봄이 상당하다. 친권은 자녀를 양육, 보호

56) 수혈거부와 관련하여 광주지방법원 2009. 12. 2. 선고 2009노1622 판결은 여호와의 증인 신도가 의사인 피고인에게 무수혈 인공고관절 치환 수술을 의뢰하였고, 피고인이 이를 승낙하여 그 수술을 하던 중 환자에게 수혈이 필요한 사태가 발생하였는데도, 피고인이 수혈을 하지 않아 그 환자가 사망한 사안에서, 피고인의 업무상과실치사 혐의에 대하여, 환자가 무수혈 치료행위를 선택한 것은 ‘피해자의 승낙’이라는 이유로 무죄를 선고하였다. 나아가, 피고인이 무수혈 수술을 승낙한 것이 과실이라 보기 어렵고, 예상치 못하게 수혈이 필요한 경우였다 하더라도 정당행위 법리에 의하여 위법성이 조각된다고 하였다. 위 판결에 대해서는 검사가 상고하여 현재 대법원(2009도14407)에 계속 중이다.

및 감호하여 자녀의 복리를 실현하도록 하기 위한 친권자의 권리아자 의무의 성격을 갖는다. 따라서 친권자의 친권 행사가 자녀의 생명·신체의 유지, 발전에 부합하는 것이 아니라면 그러한 내용의 친권의 행사는 존중되어서는 아니 되고, 이는 민법에서 친권의 상실을 허용하고 있는 점에 비추어 보더라도 명백하다. 또한, 의사능력이 없는 자녀에 대한 진료행위가 긴급하고 필수적으로 이루어져야 하는 상황에서 친권자가 존재하지 아니하거나 친권자가 친권을 남용하여 그러한 진료행위를 거부하는 경우에는 예외적으로, 의료인은 객관적이고 합리적인 자료에 기초하여 의사능력이 없는 자녀의 진료행위에 대한 의사를 추정하여 제한적이고 필수적인 범위에 한하여 필요한 진료행위를 할 수 있다고 보아야 한다.

2) 일반론을 바탕으로 구체적으로 다음과 같이 판단하였다.

폰탄 수술이 시행되지 않거나 무수혈 방법에 의할 경우 회복의 가망성이 희박하여 甲의 생명에 중대하고도 심각한 침해결과가 발생할 가능성이 큰 반면, 수혈을 수반하여 폰탄 수술이 시행될 경우 그 회복가능성이 훨씬 높은 것으로 보이고, 현재 임상의학의 수준에서 이와 동일한 수준의 결과를 가져올 수 있는 다른 대체 진료방법이 없다는 점에서, 甲의 생명을 유지하기 위하여 현재 시행될 수 있는 가장 적절하고도 필수적인 치료방법은 수혈을 수반하는 폰탄 수술이라 할 것이므로, 이를 시행하는 것이 甲의 복리에 부합한다. 그럼에도 甲의 친권자인 채무자들은 자신들이 믿고 있는 종교의 교리에 반한다는 이유로 수혈을 거부하고 있는바, 채무자들의 이러한 행위는 부모를 자녀의 친권자로 지정한 취지 및 친권 행사의 기준에 비추어 볼 때 정당한 친권 행사의 범위를 넘어서는 것이므로 채무자들이 표시한 수혈에 대한 거부의 의사는 그 효력을 인정하기 어렵다. 甲의 현재 상태와 치료과정 및 회복가능성과 생명을 유지하고자 하는 것은 인간의 본성인 점을 함께 고려한다면, 진료행위의 긴급성이 충분히 인정되는 현재의 상황에서 甲은 수혈을 받는 데 동의하는 의사를 가지고 있다고 봄이 상당하다. 비록 채무자들은 자신의 신앙에 반하는 행위를 강요받지 아니할 종교의 자유를 가지고 있어 자신들이 믿는 종교의

교리에 반하는 수혈에 대한 동의를 강제할 수는 없다 할지라도, 생명권은 인간의 생존본능과 존재목적에 바탕을 둔 선형적이고 자연법적인 권리이고 헌법에 규정된 모든 기본권의 전제로 기능하는 기본권 질서의 가치적인 핵으로서 다른 기본권보다 우선되어야 할 것이다. 대상결정은 위와 같은 이유로 ‘채무자들은 채권자 산하 서울아산병원에서 甲에 대하여 구명(救命)을 위하여 행하는 수혈행위를 방해하여서는 아니 된다’라는 가처분을 발령하였다.⁵⁷⁾

3) 그 이후의 경과

대상결정 직후 채무자들은 채권자 병원과 그 주치의의 동의를 받고⁵⁸⁾, 무수혈 수술이 가능하다는 서울대병원⁵⁹⁾으로 甲을 옮겼으나, 이후 甲은 사망하였다.⁶⁰⁾

2. 영국과 일본의 사례와의 비교

앞서 살펴본 일본의 예와 우리 법원의 판단은 일정부분 유사성을 가지고 있다. 특히 가처분 제도를 이용하여 문제를 해결하는 방식은 우리와 일본의 법제 하에서는 최선의 방식임을 부정할 수 없다. 그러나 친권상실 제도를 본안요건으로 하는 가처분제도의 특성상 현실적인 문제와 함께 법적 문제가 제기되는 것이 사실이다. 이러한 문제점을 해결하기 위해 개정 일본 친권법이 선택한 방식은 친권정지 제도의 신설이다. 이는 친권상실이라는 극단적인 방식이 아닌 일시적인 친권정지 제도를 통하여 문제

57) 다만 그 가처분에서 명하는 내용을 집행관을 통하여 공시를 구하는 부분은 기각하였다.
58) 오두진, “의료상의 자기결정권 행사와 의사의 진료업무 조화의 법적인 문제 - 종교적인 이유로 수혈을 거부하는 경우를 중심으로”, 『생명윤리정책연구』 제4권 제2호, 생명의료법연구소, 2010, 127쪽, 註12에서 이렇게 밝히고 있다.
59) 2010. 12. 12.자 한겨레신문(http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/453361.html에서 검색, 2012. 4. 18. 최종 방문). 이에 따르면, 서울대병원은 2009년 부모의 종교적 신념에 따른 요청을 받고 생후 2주 된 아이의 무수혈 심장 수술을 성공한 경험이 있었다고 한다.
60) 또한, 경찰은 채무자들에 대한 유기치사 혐의를 조사한 결과, 이를 인정할 수 없다는 이유로 내사 종결했다고 한다.; 2011. 1. 5.자 동아일보(<http://news.donga.com/3/all/20110105/33713878/1>에서 검색, 2012. 4. 18. 최종 방문)

를 좀 더 유연하게 해결한다. 즉 부모의 친권이 아동의 치료를 중심으로 의료전문가와 대립되는 경우 그것을 일시적으로 제한하는 것을 주된 해결책으로 삼고 있는 것이다. 친권을 상실시키려는 의도를 처음부터 배제하고 특정 사안에 대해서 개별적인 접근을 가능하게 한다. 일시적인 친권의 제한가능성을 인정하고 그것을 바탕으로 의료전문가들의 의견을 흡수하는 방식인 것이다. 이와 같은 접근법은 친권이라는 실체법상의 권한을 정지시킬 수 있다는 점을 분명히 한다는 특징이 있다. 우리 친권법도 친권 상실이라는 극단적인 방법이 아닌 정지라는 유연한 입법적 접근이 가능하다고 생각된다.

일본의 개정법의 친권정지 제도는 영국의 판례법과 아동법의 방식보다는 친권을 보다 존중하는 것으로 볼 수 있다. 영국의 아동과 판례법의 경향은 자의 최선의 이익(the best interests of the child)이라는 기준만을 고려하지 부모의 친권에 대한 고려는 부수적인 대상이다.⁶¹⁾ 따라서 우리와 일본의 경우보다 법원의 개입이 활발하고 부모들의 경우도 자신들의 친권만을 절대적으로 고집할 수 없는 사회, 문화적 환경에 처해 있다. 따라서 의료전문가들은 거의 부모와 대등한 권한을 가지고 아동의 치료에 개입하고 사회도 그러한 개입을 당연시 하고 있다.

서울동부지방법원의 판결은 그 결론에 있어서 타당하다고 보이지만 일본에서도 문제가 제기되었던 가치분제도의 활용을 통해 문제를 해결한 점에서 앞으로 많은 법적 보완이 필요하다는 숙제를 남겼다.

V. 결 론

한국의 서울동부지방법원 판결과 일본의 개정 친권법 및 영국의 아동법과 판례를 통해서 부모의 친권과 의료전문가의 의견이 충돌할 경우 문제 해결을 위해 어떤 접근을 했는지 검토해 보았다. 아동의 치료를 둘러

61) 비슷한 견해로 윤진수, “미국법상 부모의 자녀에 대한 치료 거부에 따르는 법적 문제”, 「가족법연구」 18권 1호, 한국가족법학회, 2004, 60쪽; 김천수, “환자의 친권자·후견인의 동의권”, 「민법학논총」, 제1 : 후암곽윤직교수고회기념, 박영사, 1995, 460-461쪽.

싼 대립은 1차적으로는 의사와 부모와의 대립이며 그 대립이 해결되지 않으면 법원의 판결을 통해 해결될 수밖에 없다는 것이 아동치료 사례의 대체적 경향이다. 여기에는 부모의 친권이라는 개념과 의사의 환자 치료를 위한 개입이 충돌하고 대개의 경우 이 대립은 해결이 어렵다. 그 이유는 부모와 의사의 대립의 성격은 전문가로서의 사회적, 법적 책임 및 의무가 친권이라는 부모의 권한과 충돌하기 때문이다. 이러한 가치의 대립은 다른 가치의 우위를 일률적으로 정할 수 없기 때문에 더 문제가 된다. 여기서 자의 최선을 이익을 위해 부모의 친권을 일시적으로 제한하는 것이 가능하다는 것이 개정 일본 친권법의 태도이다. 영국은 아동법이 발달한 나라답게 의료전문가와 지역사회의 적극적 개입을 통해 문제를 해결하지만 부모와 의료전문가가 합의하지 못할 경우 법원의 판결을 통해서 문제를 해결한다. 영국의 경우도 부모의 권한에 대해 인정하고 있으며 아동의 최선의 이익을 가장 잘 아는 것은 부모라는 것을 일정부분 인정하고 있다.

우리의 경우 아동의 최선의 이익을 위한 법과 제도를 정비할 필요성과 함께 부모의 친권에 대한 사회적 합의가 있어야 문제 해결을 유연하게 할 수 있을 것이다. 부모의 친권에 대한 제한가능성을 인정하고 친권의 행사가 아동의 이익과 객관적으로 충돌하는 것이 명백한 경우 사회적, 법적 개입이 필요할 것이다. 아동의 치료와 관련해서는 의료전문가가 1차적인 개입자로서의 역할을 하게 된다. 아동의 최선의 이익을 위해서는 치료의 적절성과 신속성이 동시에 보장되어야 하며 이를 위해서는 부모와 의료전문가가 의사결정 과정을 공유해야 한다. 부모의 경우도 자신의 친권이 제한가능하다는 것을 인식하고 의사의 경우도 다양한 의료적 수단을 제시하여 의사결정을 공동으로 수행해야 한다. 대개의 경우 아동의 치료는 신속하게 이루어져야하며 의사와 부모가 즉각적인 결정을 하지 않으면 돌이킬 수 없는 아동의 생명권이 침해되게 된다. 이 경우 무엇보다도 중요한 것은 부모와 의료전문가가 의사결정과정을 합리적으로 합심하여 수행하기 위한 제도적, 법적 뒷받침이다. 우리의 경우 그 출발점은 부모의 제한적이고 일시적인 친권제한의 가능성을 열어두는 것이며 이를 바

탕으로 의료전문가와 합동하여 의사결정과정을 수행할 수 있는 제도적 장치가 중요하다고 할 것이다. 입법적으로는 가사소송법 등에 자의 긴급한 의료행위를 위한 가처분 제도의 신설을 생각해 볼 수 있을 것으로 보인다. 또한 친권이 남용되는 경우를 구체적으로 민법에 적시하고 그 중 하나의 요건을 부모의 부당한 치료거부로 적시하는 것도 가능하다고 본다. 그리고 그러한 친권 남용의 경우 친권의 상실과 함께 일시적 제한가능성 규정한다면 부모와 의료전문가의 갈등을 유연하게 해결할 수 있는 법적 근거가 마련될 수 있다고 본다.

참 고 문 헌

- 김명숙, “자의 복리와 친권, 자의 권리”, 안암법학 28호, 고려대학교, 2009
- 김민중, “의료계약의 당사자로서의 환자와 관련한 문제에 대한 검토”, 의료법학 10권 2호, 한국사법행정학회, 2009
- 김상용, “2011년 가족법의 개정 동향 - 친권·후견을 중심으로”, 법조, 법조협회, 2011. 12.
- 김천수, “환자의 친권자·후견인의 동의권”, 민법학논총, 제이 : 후암곽윤직교수고회기념, 박영사, 1995
- 박주영, “최근 일본의 친권제한에 관한 개정 논의의 소개 및 그 시사점”, 가족법연구 제24권 제3호
- 박주영, “독일과 프랑스의 친권제한제도에 관한 고찰 : 부모에 의한 아동학대사례를 중심으로”, 안암법학 33호, 2010
- _____, “법원의 개입을 통한 강제적 친자분리제도에 관한 고찰— 일본과 영국을 중심으로 —”, 가족법연구 제22권 제1호
- 오두진, “의료상의 자기결정권 행사와 의사의 진료업무 조화의 법적인 문제 - 종교적인 이유로 수혈을 거부하는 경우를 중심으로”, 생명윤리정책연구 제4권 제2호, 생명의료법연구소, 2010
- 윤석찬, “의료행위에 있어 미성년자의 동의능력에 관한 고찰 - 독일에서의 논의를 중심으로”, 법학논총 28집 1호, 전남대학교 법률행정연구소, 2008
- 윤진수, “미국법상 부모의 자녀에 대한 치료 거부에 따르는 법적 문제”, 가족법연구 18권 1호, 한국가족법학회, 2004
- _____, “영국 항소법원의 삼 쌍둥이 분리수술 사건 판결”, 아세아여성법학 5호, 아세아여성법학연구소, 2002
- 제철웅, “친권과 자녀의 권리의 충돌과 그 조정방향: 자의 인권을 중심으로”, 아세아여성법학 9호 : 인권과 법Ⅱ, 아세아여성법학연구소, 2006
- 최진섭, “미국의 친권상실제도”, 현대민사법연구 : 일헌 최병욱 교수정년기념, 법문사, 2002
- 飛澤知行, 一問一答 平成23年 民法等改正-児童虐待防止に向けた親権制度の見直し-, 商事法務(2011年)

- 伊藤暢章, “未成年者に対する輸血強制と親權者の職務執行停止”, 法律時報 82卷 4號
- 野口勇, “專斷的輸血訴訟における最高裁判決の意義”, (年報)醫事法學 16(2001), 日本評論社
- 吉田彩, “医療ネグレクト事案における親權者の職務執行停止・職務代行者選任の保全處分に関する裁判例の分析”, 家庭裁判月報 60卷7号 (2008年)
- 小林公夫, “未成年者の輸血拒否の許容性—自己輸血手術が医療水準に達している現在兩親による輸血拒否は親權の濫用に該当しない”, ばんぶう 2003年1月号
- 吉田恒雄, “兒童相談所長の申立てによる親權喪失の宣告”, 別冊ジュリスト (No.193)
- Mary Ryan, *The Children Act 1989 : putting it into practice*, 2nd ed. Ashgate, 1999
- Felicity Kaganas, Michael King and Christine Piper., *Legislating for harmony : partnership under the children act 1989*, Jessica Kingsley, 1995
- Rob Heywood, ‘Parents and medical professionals: conflict, cooperation, and best interests’, *Medical Law Review* 2012, 20(1)
- JB Moore and MF Kordick, ‘Sources of Conflict Between Families and Health Care Professionals’ (2006) 23 *Journal of Paediatric Oncology Nursing* 82
- M Brazier, ‘An Intractable Dispute: When Parents and Professionals Disagree’ (2005) 13 *Med L Rev* 412
- A Pedain, ‘Doctors, Parents, and the Courts: Legitimising Restrictions on the Continued Provision of Lifespan Maximising Treatment for Severely Handicapped, Non-Dying Babies’ (2005) *CFLQ* 535
- R Heywood, ‘The Right of Terminally Ill Teenagers to Make End-of-Life Decisions’ (2009) 77 *Medico-Legal Journal* 30
- M Freeman, ‘The Right to Responsible Parents’ in J Bridgeman, H Keating and C Lind (eds), *Responsibility, Law and the Family* (Ashgate, London 2008)

M Donnelly and U Kilkelly, 'Child-Friendly Healthcare: Delivering on the Right to be Heard' (2011) 19 Med L Rev 27

M Weaver, 'Right-to-Die Teenager Hannah Jones Changes Mind About Heart Transplant' The Guardian (21 July 2009)

M Woolf, 'Coming of Age? - The Principle of 'The Best Interests of the Child' (2003) 2 EHRLR 205

M Donnelly, 'Best Interests, Patient Participation and the Mental Capacity Act 2005' (2009) 17 Med L Rev 1

M Brazier and E Cave, *Medicine, Patients and the Law* (Penguin, London 2011)

<국문초록>

아동의 치료를 둘러싼 분쟁의 문제는 단순히 부모의 친권 행사의 적절성만의 문제가 아닌 자녀의 생명권이 근본적으로 침해될 수 있는 심각한 문제라 할 수 있다. 여기서 아동의 치료를 중심으로 1차적으로 대립하는 주체는 부모와 아동을 치료하는 의료전문가라 할 수 있다. 특히 부모와 의사는 아동의 치료를 대상으로 직접적인 이해충돌이 생긴다. 아동의 치료 자체를 거부하거나 특정 의료행위(예를 들면 수혈거부가 대표적이다) 자체를 종교적 신념에 의해 거부하는 경우에 의사는 아동의 치료를 지속하거나 수술 등의 의료행위를 해야 하는지에 대해 고민에 빠질 수밖에 없다. 부모 역시 자의 이익을 최대한 잘 반영한다고 이해되고 있기 때문에 자의 치료 행위를 반대한다고 하여 친권상실 등의 절차를 취하는 것이 바람직한 것인지에 대한 의문이 있다. 이에 대한 해결책으로 의료전문가는 가처분 등의 절차를 통해 법원의 판단을 받아 의료행위를 진행할 수 있었다. 이것은 여러가지 법적 문제를 야기시키지만 우리법과 일본법에서 이용되어 왔던 방식이다.

일본의 경우 2011년 친권법이 개정되어 친권정지 제도가 도입되어 이러한 법적 문제에 대해 보다 유연하게 접근할 수 있게 되었다. 일본과 달리 아동법이 발달한 영국의 경우는 지방정부 기관과 법원이 적극적으로 아동의 최선의 이익을 위해 개입하게 되는데 이러한 법원의 적극적 개입의 결과가 항상 옳은 것은 아니다. 결국 아동의 치료에 관한 분쟁해결을 위한 최선의 해결책을 모색하기 위해서는 부모의 친권이 존중 받으면서도 일정부분 제한 받을 수 있다는 가능성을 인정하고 의료전문가와 부모가 서로의 견해를 존중하고 아동의 최선의 이익을 위한 의료 행위를 공동으로 협력하여 결정할 수 있는 절차와 가능성을 모색하는 것이라 할 수 있다. 의료전문가는 여러가지 대안적 해결책을 제시할 수 있어야 하고 부모는 그러한 의견에 대해 자신의 친권이 절대적인 것이 아닌 아동의 복리를 위해 존재한다는 인식에서 타협해 나가는 것이 필요하다. 이러한 타협이 필요한 가장 큰 이유는 법원의 개입은 신속하게 이루어진다고 해도 시간이 걸릴 수밖에 없으며 대부분의 경우 아동의 적절한 치료시기 이후에 결정이 이루어질 개연성이 크기 때문이다.

주제어 : 친권, 친권행사의 제한, 치료거부, 수혈거부, 자의 최선의 이익, 생명권, 친권정지 제도, 영국 아동법, 일본 친족법, 친권상실 제도

The Possible Resolution for Resolving Disputes Concerning Children's Medical Treatments

Park, Ki-Ju *

This paper begins with the ideas expressed by the revised Japanese family law in 2011 and the Children Act 1989 in England. The main purpose of this article is to develop contemporary analysis around parental right, notions of the best interests of the child and shared decision-making between parents and professionals.

Conflict between parents and healthcare professionals is not an infrequent occurrence in Korea. On 21 October, 2010, the Seoul Eastern District Court rendered a decision about the blood transfusion case. In medical Context, the potential for dispute between clinicians and parents over treatment for children is both apparent and real, arising whenever questions are raised about the welfare of a child what may or may not be in that child's best interests. In Korea, parental right is not only parent's right but also parent's duty. To solve the conflicts between parents and medical professionals, first of all, we should limit the power of parental right. We should also concern the concept of the best interests.

The article investigates the benefits of compromise, cooperate and shared decision-making as the most effective method for resolving disputes concerning children's medical treatment. Even though compromise is the best way to resolve disputes, sometimes it will not be possible and judicial input will be required. When this happens, perhaps one should not be too critical of any decision taken by the courts and recognize that they are faced with a thankless task of having to adjudicate in a forum which requires a more pragmatic than academic perspective. They can weigh up the advantages and disadvantages of each possible course of action, but in the end they have to make a decision. The best interests test is a flexible mechanism that has allowed them to do this, although it does not follow that the courts are immune from criticism for the manner in which they have approached the balancing exercise in the past.

Key Words : Refusal of blood transfusion, abuse of parental authority, consent, preliminary injunction, freedom of religion, the right to life, the best interests of the child, refusal of medical treatment

* Lecturer of SUN MOON UNIVERSITY, Ph.D in Law