

신상영역에서의 의사결정능력

- 영국법을 중심으로 -

이 지 민* · 제 철 응**

《目 次》

- | | |
|-----------|--------------|
| I. 서 | IV. 영국법의 시사점 |
| II. 사적관계 | V. 결론 |
| III. 의료관계 | |
-

〈국문요약〉

일반적으로 치매, 발달장애, 정신적 질환 등으로 스스로 결정을 내리는데 어려움이 있는 보호성인들은 학대되거나 방임될 위험이 높다. 그러므로 이들의 자율과 자유를 침해하지 않으면서 법적으로 이들을 보호할 필요가 있다. 이것이 금치산 및 한정치산 제도를 폐지하고 2011년 민법 개정을 통해 성년후견제도를 도입한 이유이다. 예컨대, 개정된 제도는 행위능력이 없거나 제한된 피성년후견인 또는 동의유보 하의 피한정후견인도 자신의 신상에 관하여는 그의 상태가 허락하는 범위에서 단독으로 결정할 수 있도록 하였다. 그러나 어떠한 상태일 때 위의 제한능력자가 단독으로 결정할 수 있다고 볼 수 있을지, 언제를 기준으로 판단할 것인지, 그리고 이러한 상태판단이 모든 신상에 관한 결정에서 공통적으로 적용될 것인지 아니면 각각의 신상결정 사안에 따라 별도로 판단할 것인지, 행위능력에 아무런 제한이 없는 경우에도 개정 민법 제947조의2가 유추적용되어야 하는지 등에 관해서는 자세히 규정하지 않아 개정법이 시행된다 하더라도 개정취지에 부합하게 위 제947조의2를 해석할 수 있을지는 미지수이다. 이러한 점에서 영국의 정신능력법과 그 실무는 우리나라가 나아가야 할 바를 가늠해 볼 수 있는

* 성균관대학교 초빙교수, 경희대학교 강사, 미국 Washington D.C. 변호사(주거자).

** 한양대학교 법학전문대학원 교수 (교신저자, cuje@hanyang.ac.kr).

하나의 비교치가 될 수 있을 것이다.

영국의 정신능력법은 모든 사람은 의사결정능력이 없다고 평가되지 않는 한, 의사결정능력이 있다고 전제한다. 의사를 결정할 시점에 결정에 관련된 정보를 이해할 수 없거나, 그러한 정보를 유지할 수 없거나, 의사결정과정에서 그 정보를 사용하거나 형량할 수 없거나, 그 결정을 전달할 수 없는 경우, 그 사람은 그 사안에 관하여 의사결정능력이 없다고 판단된다. 능력 판단에 있어서 중요한 것은 능력의 존부의 평가는, 그 사람의 전반적인 능력에 대한 평가가 아니라, 특정한 각각의 결정에 대하여, 결정을 내리는 그 당시를 기준으로 이루어져야 한다는 것이다.

또한 성년후견에 관한 결정을 내리는 법원은 어떠한 권한을 법정후견인에 수여할지를 결정하거나 요보호성인을 위하여 어떤 결정을 내려야 할 경우에 최소개입의 원칙에 따라야 한다. 이런 최소개입의 원칙은 법원에 의해 선임된 모든 법정후견인의 활동에도 적용되어야만 한다. 법원에 의해 선임된 법정후견인은 피후견인의 의사결정능력이 없다는 점에 대해 합리적인 의심이 들지 않을 때에만 피후견인을 대신하여 의사결정을 해야 한다.

정신능력법의 원칙과 규정을 고려해 볼 때, 정신능력법은 기능 접근법에 따라 의사결정능력을 평가하는 것으로 보인다. 기능 접근법은 평가자가 그 사람이 특정한 결정을 내릴 당시에 그 성격과 효과를 이해할 수 있는가를 평가하는 방법이다. 이는 의사결정의 시기와 사안에 따른 의사결정능력의 변동가능성을 전제한다. 그러나 현재의 금치산 및 한정치산 제도와 개정된 법상의 성년후견제도는 여전히 상대적 접근법에 따라 피후견인의 의사결정능력을 평가하고 있다. 이는 UN 장애인권리협약 등 국제적 기준에 부합하지 않을 뿐 아니라, 인권침해적 요소로 과잉되었던 행위무능력자제도의 잔재가 새로운 성년후견제도 하에서도 유지됨을 의미한다. 그러므로 그 폐단을 막기 위한 대비책이 시급히 논의되어야 할 것이다.

I. 서

일반적으로 치매, 발달장애, 정신적 질환 등으로 스스로 결정을 내리는데 어려움이 있는 성인들(이하 요보호성인이라고 한다)은 학대되거나 방임될 위험이 높다. 그러므로 약자보호라는 관점에서 법적으로 이들을 보호할 필요가 있으며, 이러한 보호

의 필요성을 반영한 민법상의 제도가 금지산 및 한정치산 제도이다. 이 제도는 이들의 보호를 위해 이들의 자유로운 의사표시 및 권리행사를 제한하는 것을 내용으로 한다. 그러나 개인의 자유와 권리를 침해하지 않으면서도, 이들을 보호할 수 있는 방법을 찾는 것이 중요하다. 2011년 민법 개정을 통한 성년후견제도의 도입은 이런 맥락에서 이해할 수 있다. 개정된 제도는 특히 피후견인(여기에는 피성년후견인, 피한정후견인, 피특정후견인, 임의후견에서의 본인 등을 망라하여 표현한다)의 법률행위를 획일적으로 규율하는 데서 벗어나 후견인의 선임과 더불어 피후견인의 개별적 상황을 고려하여 행위능력을 제한하기도 하고, 행위능력의 제한 없이 후견인을 선임할 수도 있게 하였다. 후자의 경우 개개 사안별로 피후견인의 의사결정의 효력을 검토해야 할 것이다. 또한 법적 규율의 대상인 의사결정의 범위도 종래의 재산관리에서 벗어나 신상보호의 영역까지 확대되었다.

특히 행위능력이 없거나 제한된 피성년후견인 또는 동의유보 하의 피한정후견인도 자신의 신상에 관하여는 그의 상태가 허락하는 범위에서 단독으로 결정할 수 있도록 하였다.¹⁾ 그러나 어떠한 상태일 때 위의 제한능력이 단독으로 결정할 수 있다고 볼 것인지, 언제를 기준으로 판단할 것인지, 그리고 그 판단이 모든 신상에 관한 결정에 공통적으로 적용될 것인지 아니면 각각의 신상결정 사안에 따라 별도로 판단할 것인지, 나아가 행위능력에 아무런 제한이 없는 피특정후견인, 임의후견에서의 본인에 대해서도 개정 민법 제947조의2가 유추적용되어야 하는지 등에 관해서는 자세히 규정하지 않아 개정법이 시행된다 하더라도 개정취지에 부합하게 위 제947조의2를 해석할 수 있을지는 미지수이다. 신상보호영역에서 구체적인 의사결정능력 평가기준을 제시하기 위한 논의가 필요한 이유가 여기에 있다. 여기서는 2005년 정신능력에 관한 법(Mental Capacity Act 2005)(이하 ‘정신능력법’)이 제정된 영국법을 중심으로 신상보호영역에서 의사결정능력의 평가에 대해서 살펴보고자 한다.

www.kci.go.kr

1) 개정 민법 제947조의2 제1항 및 제959조의6.

II. 사적관계

1. 일반원칙

(1) 인간은 사회적 동물이라는 말이 있듯이 사람들은 혼자서는 살아갈 수 없다. 그러한 점에서 사람에게 있어서 가장 근본적인 사회인 가족과의 관계는 신상과 관련하여 중요한 영역이라 할 수 있다. 가족관계는 여러 측면으로 세분화될 수 있는데, 가장 먼저 생각해볼 수 있는 것이 요보호성인의 면접교섭권(접촉권)이다. 영국법에서는 미성년자의 부모 또는 미성년자를 직접 양육하지 않는 부모에게 면접교섭권을 인정하기도 한다.²⁾ 그러나 성년자는 가족들과의 접촉을 원하지 않는 경우, 이를 거

2) 혈연상의 부모에게는 전통적으로 면접교섭권이 인정되어 왔다. Nigel Lowe & Gillian Douglas, *Bromley's Family Law*, Oxford, 2007, 379쪽. 'As a general proposition a natural parent has a claim to access to his or her child to which the court will pay regard and it would not I think be inappropriate to describe such a claim as a "right." ... a normal assumption is ... that a child will benefit from continued contact with his natural parent. But both the "right" and the assumption will always be displaced if the interests of the child indicate otherwise.' Re KD (A Minor) (Ward: Termination of Access) [1988] AC 806 at 827; See also M v. M [1973] 2 All E.R. 81. 또한 Children Act 1989 제10조 제1항은, 법원은 신청권자의 신청 또는 법원의 허가를 얻은 자의 신청이 있거나 법원이 직권으로 동법 제8조 상의 면접교섭명령(contact order)을 내릴 수 있다고 한다. 동법 제10조 제5항에서는 부모, 후견인 등 친권(parental responsibility)이 있는 자, 아이가 3년 이상의 기간 동안 동거한 사람 등을 신청권자로 규정하고 있다. 최근에는 Human Fertilisation and Embryology Act 2008상 법적관계가 없는 알려진 정자기증자의 경우에도 제8조의 면접교섭명령을 내려달라고 청구할 수 있다는 판결도 있다. Re Z (A Minor) [2013] EWHC 134 (Fam). 심지어 아이가 그 존재를 모르던 아이의 이부형제가 아이와 접촉하게 해달라고 청구한 경우에도, 법원은 아이 자신의 가족에 대해 알 권리의 존중과 그로인해 다양한 가족 구성원들과 관계를 가지게 될 가능성을 근거로 하여, 6개월간의 간접접촉을 통해 이부형제가 소개될 것을 명령하였다. Re H [2010] EWCA Civ 1200. 예를 들어, 조부모와 같이 부모 외의 가족들도 접촉명령을 청구할 수 있도록 허가해

부할 수 있다. 그렇지만, 의사결정능력에 장애가 있는 성인³⁾도 면접교섭을 거부할 권리가 있는지가 문제될 수 있다. 가령 중증의 치매환자의 친족 중 환자가 평소 싫어 하던 사람이 방문할 경우 환자의 의사를 사전에 확인해서 방문허용 여부를 결정해야 하는지, 치매환자를 직접 돌보는 부양의무자 또는 후견인이 친족 등의 방문을 거절할 권한이 있는지 등이 그 예이다. 동일한 문제가 의사결정능력에 장애가 있는 성인의 거주지 결정에서도 문제된다. 만약 요보호성인이 이들 사안들에 관해 결정할 능력이 충분하지 않거나 없다고 판단된다면, 이를 다른 사람이 대신 결정할 수 있는지가 문제된다.

(2) 영국의 정신능력법은 보호법원으로 하여금 사적복지(personal welfare)에 관해 직접 결정을 내리거나 이를 결정할 후견인을 선임하도록 하고 있다. 이러한 권한은 의사결정능력에 장애가 있는 성인의 거주지 결정이나 면접교섭 허용여부의 결정에도 확장된다.⁴⁾ 그러나 우리 가사비송절차에 따른 심판을 하는 가정법원과 달리,⁵⁾ 영국의 보호법원은 정신능력법 제1조의 구속 하에 면접교섭에 관한 결정을 내

달라고 청구할 수 있으나, 청구를 허가하였다고 하여 항상 접촉이 명령되는 것은 아니고 아이의 최선의 이익 등을 고려하여 접촉여부를 결정하게 된다. See, e.g., Re A (Section 8 Order: Grandparents' Application) [1995] 2 FLR 153, CA; Re W (Contact: Application by Grandparents) [1997] 1 FLR 793. 예컨대, 아버지의 딸의 거주지 변경청구에 있어서, 주말에 방문했던 아버지보다 출생 후 네 살인 현재까지 같이 거주한 외조모와 계속 거주하는 것이 낫다고 판결할 수도 있다. B (A Child) [2009] UKSC 5.

- 3) 행위능력에 제한이 있기도 한 우리 개정 민법과 달리, 영국 정신능력법 하에서는 후견인 또는 영속적대리인(우리의 임의후견인과 유사)이 선임되더라도 피후견인의 행위능력이 제한되지 않는다. 따라서 본문과 같이 표현하기로 한다.

4) Mental Capacity Act 2005 제16조 및 제17조.

- 5) 가령 대법원 2006. 4. 17. 자 2005스18, 19 결정 [공2006.5.15.(250),810] 등에서는 가사비송사건은 일반적으로 법원이 후견적 입장에서 합목적적인 재량에 의하여 사건을 처리한다고 한다. 성년후견사건에서 우리 가정법원이 행사할 재량권의 방법과 내용에 관하여는 김원태, “성년후견 등 심판절차에 관한 가사소송법 정비 방안에 대한 관

려야 한다.⁶⁾ 달리 말하면, 보호법원이 사적 복리에 관해 직접 결정을 해야 할 경우, 단순히 그 사람의 나이, 상태, 외관 또는 행동에 근거하여 그 사람이 의사결정능력이 없다고 추정해서는 안 된다.⁷⁾ 즉 모든 사람은 능력이 있다고 전제되므로, 먼저 그 사람의 의사결정능력을 평가해야 한다. 정신 또는 두뇌의 손상 또는 정신 또는 두뇌의 기능의 장애로 인하여, 결정할 시점에 결정에 관련된 정보를 이해할 수 없거나, 그러한 정보를 유지(retain)할 수 없거나, 의사결정과정에서 그 정보를 사용하거나 형량할 수 없거나, 그 결정을 전달할 수 없는 경우, 그 사람은 그 시안에 관하여 의사결정 능력이 없다고 판단된다.⁸⁾ 결정에 관련된 정보에는 결정하였을 때 또는 결정을 내리지 못한 경우 합리적으로 예상되는 결과에 대한 정보가 포함된다.⁹⁾ 의사결정능력판

견”, 「재산법연구」 제28권 제2호 (2011년 8월), 283쪽 이하 참조.

- 6) 정신능력법 제1조는 다음과 같다. ① 이 법에는 다음의 원칙이 적용된다. ② 의사결정 능력이 결여되었음이 증명되지 않는 한 어떤 사람도 의사결정능력이 있는 것으로 추정되어야 한다. ③ 모든 실현가능한 조치를 취해 스스로 의사결정을 하도록 노력하였으나 성공하지 못한 경우가 아니면 어떤 사람도 의사결정능력이 없는 것으로 취급되어서는 안된다. ④ 어떤 사람이 어리석은 결정을 내렸다는 이유만으로는, 그 사람을 의사결정능력이 없는 것으로 취급해서는 안된다. ⑤ 능력이 없는 사람을 대신하거나 그를 위하여 이 법에 따라 내려진 결정 또는 행해진 행동은 그에게 최선의 이익이 되게 수행되어야 한다. ⑥ 특정 행동을 하거나 결정을 내리기 전에, 그것을 필요하게 만든 목적이, 그 사람의 권리와 행동의 자유를 더 적게 제한하는 방법으로 효과적으로 달성할 수 있는지 여부에 대해 주의를 기울여야 한다.
- 7) Mental Capacity Act 2005 제2조 제3항.
- 8) 정신능력법 제3조 제1항의 원문은 다음과 같다.
- (1) For the purposes of section 2, a person is unable to make a decision for himself if he is unable-
- (a) to understand the information relevant to the decision,
- (b) to retain that information,
- (c) to use or weigh that information as part of the process of making the decision, or
- (d) to communicate his decision (whether by talking, using sign language or any other means).
- 9) Mental Capacity Act 2005 제3조 제4항.

단에 있어서 중요한 것은, 그 사람의 전반적인 의사결정능력에 대한 평가가 아니라, 특정한 각각의 결정에 대하여, 결정을 내리는 그 당시를 기준으로 의사결정능력의 존부를 평가해야 한다는 것이다. 왜냐하면, 각각의 결정대상에 따라 상황을 이해하고 결정을 내리는데 필요한 의사결정능력이 다를 것이고, 무엇보다도 사람의 의사결정능력이 향상되거나 새로운 기술이 개발될 수 있기 때문이다. 또한 쉬운 용어를 사용하거나 사진 등을 이용함으로써 선택대상을 이해하도록 하고, 편안한 장소에서 얘기하는 등 가능한 한 모든 방법으로 의사결정능력에 장애가 있는 성인이 의사결정에 참여할 수 있도록 해야만 한다. 이상의 방법에 따라 의사결정능력의 유무를 판단할 경우, 재산관리에서는 의사결정능력이 없더라도 신상보호의 영역에서 의사결정능력이 있다고 판단될 수도 있고, 재산관리 중 어떤 사안에서는 의사결정능력이 없더라도 다른 사안에서는 있다고 판단될 수도 있으며, 이 시점에서는 없지만 다른 시점에서는 있다고 판단될 수도 있다. 달리 말하면, 영국의 정신능력법은 재산에 관한 결정이든 신상에 관한 결정이든 요보호성인에게 그 결정을 할 능력이 있는지를 후견인의 선임 등과 같이 어떤 상태를 기준으로 하지 않고(status approach), 결정할 사안별, 시간 대별로 판단한다. 즉 기능적 접근(functional approach)을 채택하고 있다.

위와 같은 기준에 따라 판단한 결과, 의사결정능력이 없다고 평가된다면, 여러 요소를 고려하여 무엇이 그 사람에게 최선의 이익일지를 판단해야 한다. 이때 그 사람의 과거와 현재의 소망과 의도, 신념과 가치, 그 사람의 감호에 관련된 사람들의 의견, 그 사람의 권리와 자율을 더 적게 제한하면서도 감호의 필요성을 충분히 충족시키는 대안의 존부 등을 고려해야 한다.¹⁰⁾ 나아가 국가의 개입은 최소한에 그쳐야 하며, 따라서 국가는 의사결정능력에 장애가 있는 성인의 사적복리에 반하지 않는 한, 그의 가족생활에 개입하여서는 안 된다.¹¹⁾ 이런 최소개입의 원칙은 보호법원에

10) Mental Capacity Act 2005 제1조 & 제4조.

11) Re GC & Anor [2008] EWHC 3402 (Fam), paras 14-15. (Judiciary of England and Wales, *Court of Protection: 2009 Report*, Judiciary of England and Wales, 2010, 15쪽에서 재인용).

의해 선임된 모든 법정후견인(deputy)의 활동에 그대로 적용된다.¹²⁾ 즉 법정후견인의 관점에서 볼 때 피후견인의 의사결정능력이 없다는 점에 대해 합리적인 의심이 들지 않을 때에만 피후견인을 대신하여 의사결정을 해야 한다.¹³⁾

나아가 정신능력법은 요보호성인을 대신하여 법원이 결정을 내릴 수 없는 영역, 즉 일종의 절대적 자기결정 영역도 인정하고 있다. 보호법원은 요보호성인을 대신하여 혼인 또는 동성간 결합에 대한 동의, 성행위에 대한 동의, 2년간의 별거를 이유로 한 이혼 선언 또는 동성간 결합의 해소에 대한 동의, 부모의 자녀의 입양 동의, 자녀의 재산과 관련이 없는 사안에 있어서의 자녀에 대한 부모로서의 책임의 면제, 그리고 1990년 인간수정 및 배아발생에 관한 법률(Human Fertilisation and Embryology Act 1990)에 따른 동의를 할 수 없다.¹⁴⁾ 이들 영역은 일신전속적 결정이므로 본인 이외의 사람의 결정에 따르는 것은 부적절하기 때문이다. 결국 이들 영역은 요보호성인 스스로가 결정할 수 있는 고유한 영역이고, 따라서 이들 영역에 있어서는 요보호성인의 의사결정능력의 존부의 평가가 중요하다.

2. 혼인관계

(1) 먼저 혼인할 의사결정능력에 대해 살펴본다. 원칙적으로 모든 성인은 능력자라고 추정되므로 혼인할 의사결정능력에 있어서도 일단 의사결정능력자로 추정되며, 그 사람이 혼인할 의사결정능력이 없다고 주장하는 사람이 혼인할 의사결정능력이 없음을 입증해야 한다.¹⁵⁾ 혼인할 의사결정능력의 판단기준은, 혼인계약의 성격을 이

12) Mental Capacity Act 2005 제16조 제3항.

13) Mental Capacity Act 2005 제20조 제1항.

14) Mental Capacity Act 2005 제27조.

15) Sheffield City Council v. (1) E and (2) S [2004] EWHC 2808 (Fam), [2005] at para. 18. 이 판결은 2004년 12월 2일 판결된 것으로 정신능력법이 발효되기 전의 판결이나, 법 제정 전에 판례법으로 형성되었던 능력평가기준은 여전히 유효한 것으로 보인다. 정신능력법 실무규정에 따르면, 본법상의 능력에 대한 새로운

해할 수 있는지, 그리고 일반적으로 혼인에 따르는 의무와 책임을 이해하는지이다.¹⁶⁾ 혼인계약은 보통의 지능을 가진 사람이라면 누구나 손쉽게 이해할 수 있는 것으로 높은 지능을 요구하지 않으나,¹⁷⁾ 혼인할 의사결정능력의 평가에서 중요한 점은 혼인할 능력의 존부는 그 혼인의 상대방이 누구인지와 관계없이 그 사람이 혼인할 의사결정능력이 있는지 여부에 따라 결정되어야 한다는 것이다. 즉 당사자 자신이 혼인할 의사결정능력이 있는지 여부를 판단하면 되는 것이지, 그 사람이 혼인하고자 하는 사람이 A인지 B인지는 중요하지 않다.¹⁸⁾ 또한 일반적으로 혼인의 성격에 대해 이해하면 충분하지, 특정 결혼의 영향에 대해 이해할 능력이 있어야 하는 것은 아니다. 나아가 혼인할 의사결정능력과 관련하여 어떤 사람과 결혼하는 것이 의사결정능력에 장애가 있는 성인에게 최선의 이익인지, 현명한 선택인지 여부는 법원이 판단할 문제가 아니라는 점¹⁹⁾에서 다른 경우에 있어서의 의사결정능력의 판단과 다르다. 또한, 보통 혼인할 의사결정능력이 있기 위해서는 성행위에 동의할 의사결정능력도 있어야 한다는 점도 고려되어야 한다.²⁰⁾ 물론 일반적으로 혼인은 당사자들에게 남편과 아내란 지위를 부여하고, 서로 같이 살고, 사랑하기로 합의하는 계약으로 공동된 주거와 공동된 가정생활을 함께 하고 서로의 사고, 위안, 조력을 받을 권리를 포함하는 상호간의 의무관계를 형성하므로,²¹⁾ 높은 수준의 의사결정능력이 있어야 한다고 볼 여지

정의는 기존의 판례법과 일치하는 것으로 이를 대체하는 것이 아니라고 규정하고 있다. 물론 법관이 적절하다가 생각되는 경우에는 새로운 정의를 적용할 수도 있다. Department for Constitutional Affairs, *Mental Capacity Act 2005 Code of Practice*, TSO, 2007, 4.32 - 4.33.

16) *Id.* at para. 85.

17) *Id.* at paras. 68, 141.

18) *Id.* at paras. 83, 85.

19) *Id.* at paras. 92, 102, 141.

20) *X City Council v MB & Ors* [2006] EWHC 168 (Fam) at paras. 83-85. 다만, 능력판단의 문제는 항상 각각의 쟁점에 대해서 판단되어야 하므로([q]uestions of capacity are always 'issue specific'), 어떤 사람이 혼인할 능력이 있는지의 평가와 성행위에 동의할 능력이 있는지의 평가는 서로 다르며, 따라서 이 두 능력평가는 따로 고려되어야만 한다고 한다. *Id.* at para. 85.

도 있을 것이다.²²⁾ 그러나 피후견인 또는 그 밖의 요보호성인도 혼인으로 인해 삶이 상당히 향상될 수 있으므로 정신적으로 장애가 있는 사람에 대해 불공정하고 불필요한 차별로 작용하지 않도록, 그리고 혼인의 유효성에 대한 이의 제기가 너무 쉽게 허용하지 않도록 혼인할 의사결정능력의 판단기준을 너무 높게 설정하는 것은 불합리하다고 판시하였다.²³⁾ 물론 비록 혼인할 의사결정능력이 있었다라도, 혼인시 어느 한 당사자가 혼인에 적합하지 않을 정도로 정신보건법(Mental Health Act 1983)상의 정신장애(mental disorder) 또는 혼인에 부적합한 정도의 정신장애(mental disorder)를 겪고 있었다면, 혼인을 취소할 수 있다(혼인관계에 관한 법(Matrimonial Causes Act 1973) 제12조).²⁴⁾ 여기서 혼인에 적합하지 않다는 것은 혼인에 따른 의무를 이행할 수 없다는 의미로 혼인의 취소되는 것이 그 사람의 통상적인 정신보건상태를 고려해 보았을 때 옳다고 생각되는 경우를 의미한다고 한다.²⁵⁾

(2) 이혼의 경우는 어떠한가?²⁶⁾ 만약 이혼을 할 만한 정당한 사유가 존재함에도

21) *Sheffield City Council v. (1) E and (2) S* [2004] EWHC 2808 (Fam), [2005] at para. 141.

22) 가령 프랑스 민법 제460조 제2항은 피후견인(une personne en tutelle)은 법관 또는 친족회의 허가, 장래 배우자를 청문한 뒤 필요하면 가족 또는 친지의 의견을 들어야 유효할 수 있다고 하고, 피보좌인(personne en curatelle)의 혼인은 보좌인 또는 법관(보좌인이 없을 경우)의 허가가 있어야 유효하다고 한다(동조 제1항).

23) *Sheffield City Council v. (1) E and (2) S* [2004] EWHC 2808 (Fam), [2005] at paras. 144-145.

24) *Matrimonial Causes Act 1973* 제12조 제d항. 정신보건법(Mental Health Act 1983)상의 정신장애(mental disorder)는 모든 정신상의 장애 또는 질환(any disorder or disability of the mind)으로 정의된다. *Mental Health Act 1983* 제1조 제2항. 2007년에 개정되기 전의 *Mental Health Act 1983* 제1조 제2항은 정신장애(mental disorder)를 정실질환(mental illness), 발달장애(arrested or incomplete development of mind), 사이코패시(psychopathic disorder) 기타 정신 장애(disorder or disability)로 정의하였다.

25) Nigel Lowe & Gillian Douglas, 상계서, 89쪽.

26) 가령 대법원 2010.4.8. 선고 2009므3652 판결은 의사무능력 상태에 있는 금치산자의

피후견인 기타 요보호성인의 이혼할 의사결정능력을 부정한다면 그것은 요보호성인과 그 배우자 양자 모두에게 가혹할 것이다. 특히, 고령화 사회가 되면서 처음 결혼했을 때와는 달리 혼인생활 중에 치매, 정신질환 등으로 피후견인 기타 요보호성인이 되는 경우가 증가하게 되고, 그에 따른 이혼도 증가할 수 있으므로 이혼할 의사결정 능력에 대한 평가도 중요하다. 그러나 아직까지 영국에서 이 쟁점에 대한 선례는 없다고 한다.²⁷⁾ 이혼에 관한 의사결정능력에 대한 것은 아니지만, *Mason v. Mason* 판결에서 Baker 판사는 정신질환을 앓고 있는 사람의 이혼에 동의할 의사결정능력에 대해 검토하였다. 이 판결에서 Mason부인은 2년간의 별거에 따라 혼인이 회복할 수 없을 정도로 파탄에 이르렀다는 이유로 이혼선언을 내려줄 것을 청구하면서 정신보건법상의 정신질환자에 해당하는 남편도 이혼에 동의하였다고 주장하였다.²⁸⁾ Baker 판사는 어떤 사람이 그의 의사표시의 성격 또는 동의를 이해하고 그런 동의를 표시의 효과를 인식할 수 있으면 그 사람은 유효한 동의를 할 수 있고, 따라서 이혼에 대한 동의는 혼인에 필요한 동의와 마찬가지로 하겠다.²⁹⁾ 그러므로 이혼에 동의할 의사결정능력에 대한 평가는 혼인에 동의할 의사결정능력에 대한 평가와 동일하다고 할 수 있다.³⁰⁾ 나아가, Baker 판사는 대리인이 2년간의 별거를 이유로 한 이혼사건에서 의사결정능력에 장애가 있는 성인을 대신하여 동의할 수 있는가에 대해서도 검토하였는데, 이에 대하여는 부정적이었다.³¹⁾ 앞서 살펴보았듯이 정신능력법 하에서는, 2년간의 별거를 이유로 한 이혼 선언 또는 동성간 결합의 해소에 대한 동의는 후견인이 이를 대신할 수도 없고, 보호법원도 의사결정능력이 없는 성인을 대신하여 결정할 수 없다.

후견인이 금치산자를 대리하여 이혼소송을 제기할 수 있다고 판단하였다.

27) The British Medical Association and the Law Society, *Assessment of Mental Capacity*, Law Society, 2010, 112쪽.

28) *Mason v. Mason* [1972] Fam. 302 at 303-304.

29) *Id.* at 305.

30) *Id.* at 306.

31) *Id.*

3. 성적관계

(1) 지적장애 여성에 대한 성폭행은 우리나라만이 아니라 영국에서도 매우 민감한 사회적 문제이다. 성적관계 역시 매우 사적인 영역이어서, 성적관계를 가질지의 여부는 당사자가 자발적으로 결정해야 한다. 어떤 사람이 성적관계에 동의할 의사결정능력이 있는지 여부의 판단은 매우 어렵고 민감한 문제이다. 왜냐하면 성적관계에 동의할 의사결정능력의 유무는 요보호성인과 그 간호자들에게 영향을 미칠 뿐만 아니라 요보호성인의 명시적인 동의 의사표시가 있었음에도 불구하고 그 동의를 무효로 할 경우, 영국법에 따르면 성적관계에 동의할 의사결정능력이 없다고 판단된 요보호성인과 성적관계를 가진 사람은 성범죄법(Sexual Offences Act 2003)에 따라 처벌되는 위험에 빠질 수 있기 때문이다.³²⁾ 성적관계에 동의할 의사결정능력은 앞서 살펴보았던 다른 의사결정능력과 달리 민사적 측면 외에 형사적 측면에서도 문제될 수 있다. 그러나 성적관계에 동의할 능력의 평가기준에 대하여는, 특히 민사적 측면에서, 여전히 논란이 있다.

(2) 형사적 측면에서는 영국 귀족원(House of Lords)의 판결이 있다. Hale 판사는 성적관계보다 더 상대방·상황에 따라 의미가 달라지는 행위는 없으므로, 사람은 일반적으로 성행위에 동의하는 것이 아니라, 어떤 사람과 어떤 시기에 어떤 장소에서 성행위를 하는데 동의하는 것이라고 한다.³³⁾ 성범죄법 제30조는 A의 고의적인 성적 접촉(touching)에 대해 B가 정신장애(mental disorder)로 인하여 거부할 수 없었고 A가 B의 정신장애의 사실과 그로 인해 B가 거부할 수 없을 수도 있다는 것을 알았거나 알았을 것이라고 합리적으로 기대될 수 있었던 경우에 A가 범죄를 저질렀다고 보며, 이때 B가 정신장애로 인하여, 접촉의 성격 또는 합리적으로 예견 가능한 결

32) A Local Authority v H [2012] EWHC 49 (COP) at para. 17.

33) R v C [2009] UKHL 42 at para. 27.

과에 대한 충분한 이해의 부족 또는 기타 이유로 인하여 접촉에 동의할지 여부를 선택할 능력이 없거나 그러한 선택을 A에게 표시할 수 없다면 B가 거부할 수 없다고 보았다. 여기서 Hale 판사는, 의사결정능력이 있다고 평가되기 위해서는, 그 사람이 의사결정에 관련된 정보를 이해할 수 있어야 할 뿐만 아니라, 선택에 있어서 그 정보를 형량할 수도 있어야 하므로, 요보호성인이 충분히 이해할 수 있는 성행위이지만, 신이 성행위를 하라고 자신에게 명령하였다는 망상으로 성행위를 한 경우에는, 그 망상은 요보호성인이 그에 관한 자기결정권 행사를 할 수 없게 한 것으로 볼 수 있다고 한다.³⁴⁾ 달리 말해, 성적관계에 대한 이해력이 있다고 하더라도, 가령 거식증환자가 음식을 거부하게 되는 충동, 정신분열증을 가진 사람이 자신이 무엇인가를 해야만 한다고 믿도록 만드는 망상, 목숨을 구할 수 있는 주사나 수혈을 거부하도록 하는 공포증 등과 같은 정신장애(mental disorder)로 인하여 자율적인 결정을 내릴 능력을 빼앗길 수도 있다.³⁵⁾

(3) 민사적 측면에서는 아직 통일된 기준이 없다.³⁶⁾ 위에서 살펴 본 R v C 판결은 성범죄법 제30조의 해석에 관한 것으로, 민사사건에 있어서의 성적관계에 동의할 의사결정능력에 대해서는 충분히 검토되지 않았고, 따라서 민사적 측면에서 성적관계에 동의할 의사결정능력의 평가기준을 결정하는데 있어서 Hale 판사의 판결은 부수적 의견(obiter dicta)에 불과하므로, 보호법원은 R v C 판결에 구속되지 않는

34) *Id.* at para. 24.

35) *Id.* at paras. 25-26.

36) 성적 관계에서 의사결정능력이 없을 경우, 의사결정무능력 성인을 보호하기 위해 보호법원에 대인 관계의 접촉에 있어서 일정한 제한을 가하는 조치를 취해 줄 것을 신청할 수 있다(정신능력법 제15조, 제17조). 이런 의미에서 여기에서 민사적 측면에서의 성적 관계 관련 의사결정능력이라고 한다. 정신능력법 이전에는 필요성의 법리를 통해 법원은 의사결정무능력 및 그 자의 보호에 필요한 조치의 적법성 여부를 판단해 왔다. 이에 대해서는 체칠용, 영국법에서 의사결정무능력 성인의 보호제도의 역사적 전개와 2005년의 정신능력법의 특징, 비교사법 51호(2010.12), 233면 이하 참조.

다.³⁷⁾ 또한 굳이 민사적 기준과 형사적 기준이 같을 필요는 없다.³⁸⁾ 그러나 민사법과 형사법 모두 학대나 착취로부터 요보호성인의 보호를 목적으로 한다는 점에서 성적관계에 동의할 의사결정능력 유무의 평가기준은 당해 사안이 민사인지 형사인지에 관계없이 근본적으로 동일하다고 보았었다.³⁹⁾

R v C 판결 및 정신능력법의 완전한 발효⁴⁰⁾ 이전에 성적관계에 동의할 의사결정능력에 대한 판결로는 Munby 판사의 *X City Council v MB, NB and MAB*⁴¹⁾ 판결과 *Local Authority X v MM*⁴²⁾ 판결이 있다. 이들 판결에서 Munby 판사는

37) *A Local Authority v H* [2012] EWHC 49 (COP) at para. 18; *D County Council v LS* [2010] EWHC 1544 (Fam) at paras. 20-22.

38) *Local Authority X v MM* [2007] EWHC 2003 (Fam) at para. 88.

39) *Local Authority X v MM* [2007] EWHC 2003 (Fam) at paras. 88-89, 90; *X City Council v MB, NB and MAB* [2006] 2 FLR 968 at para. 84; The British Medical Association and the Law Society, 전게서, 108쪽.

40) 2005년의 정신능력법은 동법의 독립정신능력지원인(Independent Mental Capacity Advocates) 제도는 2006년 11월 1일부터 시행되었고, 동법의 연구관련 규정(제 30-34조)은 2007년 2월 1일부터 시행되었으며(그 중 연구승인이 2007년 4월 1일 이전인 경우는 2008년 4월 1일), 나머지 대부분의 규정들은 2007년 4월 1일부터 시행되었고, 보호법원 관련 규정은 2007년 10월 1일부터 시행되었다. 상세한 것은, Dimond, *Legal Aspects of Mental Capacity*, pp. 386, Blackwell(2008) 참조.

41) 이 사건은 이슬람교도인 아버지가 자폐 스펙트럼 장애(autistic spectrum disorder)가 있는 25살 아들을 파키스탄에 있는 사촌과 결혼시키기 위해 파키스탄으로 데려가려 하자 지방행정당국에서 이를 저지하기 위해 소송을 제기한 것이다.

42) 이 사건은 망상형 정신분열병(paranoid schizophrenia)이 있고 지능지수가 56으로 학습장애(learning disability)가 있는 1968년생 여성에 관한 것이다. 1992년 그녀는 정신병리적 인격장애/사이코패스(psychopathic personality disorder)와 알콜남용(alcohol misuse) 진단을 받았고, 방랑생활을 하며, 폭력적인 애인이 있었다. 그녀는 2006년부터 시설에 거주하였는데, 애인이 시설에 오지 않고, 외출시에는 직원에게 통지해야하고, 오후 8시 30분까지 귀가해야한다는 등에 동의하였으나, 애인의 부추김으로 이를 수차례 지키지 않았고, 약을 복용하지 않았었다. 그런데 그녀의 애인이 다른 지역에 살고 있는 그의 형제와 지내기 위해 그녀를 데려가려 한다는 정보를 받아, 지방행정당국은 그녀가 애인을 만나기 위해 시설을 떠나는 것을 저지할 수 있도록, 그녀가 여러 사안들에 있어 의사결정능력이 없다고 신고해 줄 것을 법원에 청구하였다.

어떤 사람이 성행위의 성격·특징과 성행위로 인해 발생할 수 있는 합리적으로 예견되는 결과에 관하여 충분한 지식을 가지고 있고, 이를 이해할 수 있고, 그에 따라 성행위를 할 것인지 여부를 결정하고, 그 결정을 표시할 수 있다면, 성적관계에 동의할 의사결정능력이 있다고 하였다.⁴³⁾ 그러나 특정한 사람과의 성행위로 인한 결과까지 이해할 수 있어야 하는 것은 아니다.⁴⁴⁾ 또한 성적관계에 동의할 의사결정능력은 쟁점마다(issue specific), 즉 특정한 성적관계의 종류에 관하여 판단되어야 하는 것이지, 누가 상대방인지에 따라 달리 판단되는 것이 아니다.⁴⁵⁾ 즉, 어떤 사람이 Y와 어떤 성행위를 하는데 동의할 의사결정능력이 있다고 하면서, Z와 그와 같은 성행위를 하는데 동의할 의사결정능력은 없다고 할 수 없다는 것이다.

R v C 판결 및 정신능력법 발효 이후, D County Council v LS⁴⁶⁾ 판결에서 Wood판사는 R v C 판결과 Munby판사의 판결을 절충하려고 하였다. Wood 판사는 R v C 판결에서의 성적관계에 동의할 의사결정능력 판단의 기준은, 비록 성범죄법에 관한 것이지만, 의사결정능력에 관한 문제에 있어서 형사법 외에 민사법에서도 광범위하게 적용될 수 있다고 생각되며, 정신능력법 제3조 제1항⁴⁷⁾을 고려할 때, 민사

43) Local Authority X v MM [2007] EWHC 2003 (Fam) at para. 87; X City Council v MB, NB and MAB [2006] 2 FLR 968 at para. 84.

44) Local Authority X v MM [2007] EWHC 2003 (Fam) at para. 87.

45) *Id.* at paras. 86-87.

46) 이 사건은 시설에 거주하고 있던 학습장애(learning disability)가 있는 38세(1971년생) 여성이 시설의 양육환경에서 나왔을 때 의사결정능력이 감소되는지 여부와 관련하여 그녀의 소송능력, 거주지와 감호방법 및 접촉에 관해 결정을 내릴 능력, 성적관계에 동의할 능력, 혼인능력에 관하여 2009년에 판결이 있었으나, 그 이후 R v C 판결이 선고되면서, 지방행정당국이 R v C 판결이 2009년의 결정 중 성적관계에 동의할 능력과 혼인능력 부분에 대하여 어떠한 영향을 주는지를 명확히 해 줄 것을 법원에 청구하면서 2009년 판결을 다시 검토하게 된 것이다. D County Council v LS [2010] EWHC 1544 (Fam).

47) 의사결정에 관련된 정보의 이해능력, 그 정보의 보유능력, 그 정보를 의사결정과정에 동원하여 형성할 능력, 그 결정을 전달할 능력 중 어느 하나가 결여되면 의사결정능력이 없다고 한다는 내용이다. 원문은 위 주 8 참조.

상 성적관계에 동의할 의사결정능력 판단과 같다고 보았다.⁴⁸⁾ 여기서 중요한 것은 성적관계의 특정한 상대방이 요보호성인이 의사결정을 하는데 있어서 요보호성인의 정신적 기능을 방해하거나 저해하는데 영향을 미쳤는지이다.⁴⁹⁾ 앞서 R v C 판결에서 살펴보았듯이, 어떤 사람이 성적관계를 가질지를 결정하는데 필요한 충분한 정보와 이해력을 가지고 있다고 하더라도, 정신장애(mental disorder)로 인하여 자율적인 결정을 내리지 못할 수도 있으므로 단지 지적 이해여부만으로 의사결정능력의 유무를 판단할 수는 없다.⁵⁰⁾ 그러나 성관계에서의 특정한 상대방이 적합한지에 대한 다른 사람의 견해는 요보호성인의 의사결정능력 유무의 판단에 영향을 미치지 않는다.⁵¹⁾ 이와 같은 것은 자기결정권 존중의 원칙 및 요보호성인이 단지 어리석은 결정을 했다는 이유만으로 의사결정능력이 없다고 판단되지는 않는다는 정신능력법 제1조 제4항에 반하기 때문이다.⁵²⁾

하지만, 성적관계에 동의할 의사결정능력 평가기준은, 그 이후 *D Borough Council v AB*⁵³⁾ 판결과 *A Local Authority v H* 판결에서, 또 다시 쟁점이 되었다. *D Borough Council v AB* 판결에서 Mostyn 판사에 따르면, 성행위가 혼인의

48) *Id.* at paras. 35-39.

49) *Id.* at para. 40.

50) R v C [2009] UKHL 42 at paras. 25-26; *D County Council v LS* [2010] EWHC 1544 (Fam) at para. 41.

51) *D County Council v LS* [2010] EWHC 1544 (Fam) at para. 42.

52) *Id.* at paras. 41-42.

53) 이 사건은 학습장애가 있는 지능지수 48인 41세 남성A에 관한 것으로, 그는 지방정부가 제공하는 숙소를 남성B와 공동으로 사용하였었다. 그런데 남성A는 격심한 성충동을 가지고 있었고, 그로 인해 남성B와 성적관계로 발전하였다. 그리고 남성A가 성추행을 한 것으로 보이는 두 사건이 있었다. 지방행정당국은 남성A가 성적관계에 동의할 능력이 없다는 신고와 남성B와의 만남을 제한하는 명령을 해 줄 것을 법원에 청구하였고 법원은 이를 받아들였었다. 그 후, 남성A는 자신의 숙소를 가지게 되었고 남성A와 남성B와의 관계도 끝났다. 이에 남성A는 소송대리인을 통해 자신이 성적관계를 다시 가질 수 있도록 해 줄 것을 법원에 청구하였다. *D Borough Council v AB* [2011] EWHC 101 (COP).

필수적인 요소는 아니지만 일반적으로 혼인계약에 내포되는 것으로, 혼인할 의사결정능력보다 성적관계에 동의하는데 요구되는 의사결정능력이 더 높다면 이는 모순이며, 따라서 성적관계에 동의할 의사결정능력도 혼인할 의사결정능력과 마찬가지로 상대방이 누구인지에 관계없이 행위 그 자체에 대해 의사결정능력이 평가되어야 한다.⁵⁴⁾ 만약 상대방이 누구인지에 따라 의사결정능력의 존부가 달리 평가된다면, 어떤 사람이 성적관계를 갖고자 하는 모든 잠재적 상대방에 대하여 일일이 평가가 이루어져야하고, 이는 사실상 어렵다는 문제가 있다.⁵⁵⁾ 따라서 성적관계에 동의할 의사결정능력에 요구되는 능력수준은 요보호성인이 그 행위가 무엇으로 구성되어 있고, 그 성적 특성을 알고 동의할지 여부를 결정할 수 있도록 충분한 기본지식을 가지고 있는 지이며, 이는 혼인능력과 같이 매우 간단하고 낮은 정도이다.⁵⁶⁾ 결국 올바른 성적관계에 동의할 의사결정능력의 평가기준은 행위 전반에 대해 평가되어야 하며, 행위의 방법, 성관계로 인해 성병에 걸릴 수 있다는 등의 성관계에 수반되는 건강상 위험, 그리고 남녀의 성관계는 여성의 임신을 초래할 수 있다는 사실의 이해와 의식을 요구한다.⁵⁷⁾

*A Local Authority v H*⁵⁸⁾ 판결에서 Hedley 판사도 정신능력법 제3조 제1항을

54) *Id.* at paras. 14-15, 19-20.

55) *Id.* at para. 35.

56) *Id.* at para. 22.

57) *Id.* at paras. 34-35, 42. 그러나 성관계가 사람들과 관계를 갖는 것의 일환으로 감정적 결과를 가질 수 있다는 점, 16세 이상의 사람들만 할 수 있는 행위라는 점, 또는 당사자 모두가 성관계에 동의해야 한다는 점까지 이해할 수 있어야 성적관계에 동의할 능력이 인정되는 것은 아니다. *Id.* at paras. 46-50.

58) 이 사건은 학습장애와 비전형 자폐증(atypical autism)이 있는 지능지수 64인 29세 여성에 관한 것으로, 그녀는 상당히 성적이고, 심지어 낮은 사람의 성관계 요구에도 응하는 것이 자신의 의무라고 생각하였다. 그녀의 보호를 위해 이러한 상황이 행정당국에 신고 되었고, 2009년 11월 20일 정신보건법 제3조에 따라 강제로 병원에 입원 되었고, 2011년 8월에 병원에서 퇴원하였다. 이에 그녀가 성적관계에 대해 무엇을 이해하는지를 확인하고, 자기보호를 위한 교육을 제공하기 위해, 보호법원에 소송이 제기되었다.

근거로 하여 Mostyn 판사와 동일한 평가기준에 도달하였다.⁵⁹⁾ Hedley 판사는, 성적관계에 동의할 의사결정능력 평가에 있어서 형법과 민법에서 불필요한 불일치가 존재할 필요는 없지만, 이러한 평가가 형사법에서는 대개 단일 사건·특정인과의 관계에서 발생하는 반면에, 민사법에서는 의사결정능력 평가의 목적이 성적관계를 갖는 것을 저지하는 것을 정당화하는데 있으므로 형사법과는 달리 특정 상황과는 분리되어 결정되어야 한다고 보았다.⁶⁰⁾ 따라서 정신능력법 제3조 제1항의 관점에서 볼 때, 요보호성인은 ① 관련된 정보, 즉 성행위의 방법, 성관계에는 임신이 따를 수 있다는 점, 그리고 성관계는 상당한 건강악화를 초래할 수 있으며, 예방수단의 사용으로 그 위험을 감소시킬 수 있다는 점에 대해 기본적 이해가 있고 ② 자신에게 성관계에 대한 선택권이 있으며, 거부할 수도 있다는 것을 이해한다면 성적관계에 동의할 의사결정능력이 있다고 할 수 있다.⁶¹⁾ 이상의 판결들을 고려해 볼 때, 아마도 상급법원의 판결에 의해 하급법원들을 구속하는 선례가 확립되기 전까지는 여전히 민사상 성적관계에 동의할 의사결정능력의 평가기준에 대한 논란이 존재할 것이다.

III. 의료관계

1. 의학적 치료에 대해 동의 또는 거부할 의사결정능력

(1) 일반적으로, 환자가 치료나 검사를 받기 원하는지를 결정할 수 있는 의사결정능력이 있다면, 치료나 검사 전에 환자에게 치료방법의 성격, 목적, 영향 및 대안 등을 설명하고 그에 근거한 동의(informed consent)를 얻어야 한다. '모든 실현가능한 조치를 취해 스스로 의사결정을 하도록 조력하였으나 성공하지 못한 경우가 아니

59) A Local Authority v H [2012] EWHC 49 (COP) at paras. 23-26.

60) *Id.* at para. 22.

61) *Id.* at paras. 23-25.

면 어떤 사람도 의사결정능력이 없는 것으로 취급되어서는 안된다'는 것이 정신능력법 제1조 제3항에 나와 있는 정신능력법의 근본원칙이다. 따라서 제안된 치료와 관계있는 모든 정보를, 적절히 지원·전달하기 위해 도움을 주며, 환자가 이해할 수 있는 용어로 설명하기 위해 모든 노력을 다하여야 한다. 그러나 진단 또는 치료에 대한 상세한 설명을 듣지 않고도 치료받기로 결정하고 치료에 동의할 수도 있다. 이런 '설명 없는 동의'(uninformed consent)는 일반적으로 무효라 생각될 수 있지만, 환자가 자세한 내용을 알고 싶지 않을 수도 있기 때문에, 그 사람이 추가적인 정보를 받을 수 있었음에도 불구하고 받지 않기로 결정한 경우는 유효하다고 볼 것이다. 다만 정보를 제공받기 거부한 경우에도 여전히 몇 가지 기본적인 정보는 제공받아야 한다. 기본적인 정보조차 제공되지 않은 경우에는 그 사람이 치료 결정에 대한 책임을 의사에게 위임하기로 한 결정이 유효한 선택이라고 보기 어렵기 때문이다. 이때 요구되는 기본정보의 양은 개별상황, 병의 심각성, 그리고 치료와 연관된 위험성에 따라 다르다.⁶²⁾

(2) 치료방법은 가벼운 처치부터 생명을 위협하거나 논란이 있을 수 있는 방법까지 다양하다. 가령 의사결정능력의 유무의 경계선상에 있는 사람일지라도 복잡하고 논란이 있는 치료방법은 차치하더라도 간단하고 위험이 없는 치료는 이해할 수 있을 수 있다. 한편 결정의 결과가 중대할수록, 결정을 내리는데 요구되는 의사결정능력의 정도도 비례하여 커진다.⁶³⁾ 따라서 의학적 치료와 방법에 대해 동의할 능력과 거부할 능력의 평가는 결정을 내려야 하는 그 당시, 사안별로 판단되어야 한다.⁶⁴⁾ 경우에 따라서는 A 치료에 관해서는 의사결정능력이 부정되더라도, B 치료에 관해서는 의

62) The British Medical Association and the Law Society, 전게서, 123쪽.

63) Re MB [1997] EWCA Civ 3093 at para. 30; Re T [1992] EWCA Civ 18 at para. 28.

64) Re T [1992] EWCA Civ 18 at para. 28; The British Medical Association and the Law Society, 전게서, 124쪽.

사결정능력이 부정되지 않을 수 있다⁶⁵⁾는 점에서 전반적으로 모든 치료에 관해 의사결정능력을 평가하는 것이 아니라, 각각의 치료에 관해 개별적으로 의사결정능력이 평가되어야 한다는 것이다. 여기서도 출발점은, 모든 성인자는, 반대증거가 없는 한, 의료에 관하여 결정할 의사결정능력이 있다고 추정하는 것이다.⁶⁶⁾ 제안된 치료의 성격과 결과, 치료가 필요한 목적, 성공가능성 그리고 그 외의 대안 등이 환자가 가장 잘 이해할 수 있는 방법으로 설명되어야 하고, 환자 스스로 결정을 내릴 수 있도록 가능한 모든 조치가 취해져야만 한다. 또한 예상되는 부작용과 제안된 치료를 받았을 때와 받지 않았을 때 발생할 수 있는 결과도 환자에게 설명되어야 한다. 심지어 치료에 관한 동의를 대신할 권한이 있는 후견인이 있는 경우라도, 환자가 의학적 치료와 방법에 동의할 수 있는 의사결정능력을 가지고 있다면, 환자의 결정이 우선되며, 따라서 환자가 스스로 결정할 수 있도록 돕기 위해 모든 노력을 다하여야 한다.⁶⁷⁾ 나아가, 환자가 의사의 조언을 받아들이지 않았고, 그 때문에 환자가 현명하지 못한 결정을 내렸다고 생각하는 경우에도, 의사는 환자가 의학적 치료와 방법을 결정할 의사결정능력을 결여하였다고 추단해서는 안 된다.⁶⁸⁾

65) 심각한 거식증을 앓고 있는 환자의 경우, 영양과 수분공급 및 저혈당증 발생시 포도당 공급 등의 치료에 대해서는 의사결정능력이 결여된다고 판단되었지만, 항생제치료, 통각상실증과 욕창치료에 대해서는 의사결정능력이 있다고 판단되었다. The NHS Trust v L [2012] EWHC 2741 (COP) at para. 71.

66) Re MB [1997] EWCA Civ 3093 at para. 30; Mental Capacity Act 2005 제 1조.

67) 앞서 언급한 것처럼 법정후견인(deputy)은 의사결정대행의 권한이 있더라도 최소개입의 원칙이 적용되기 때문에 당연히 본문의 요건 하에서만 결정(가령 치료에 대한 동의)을 대행할 수 있다. 임의후견인격인 영속적 대리인(lasting power of attorney)으로서 이 영역에서의 의사결정을 대행할 권한이 있더라도 법정후견인과 마찬가지로 그 권한은 보충적으로 행사되어야 한다. 성인의 사적 영역에 대한 의사결정을 대행하는 것은 일신전속적이어서 원칙적으로 허용되지 않지만, 법률에 의해 예외적으로 허용될 수 있는데, 법률은 최소개입의 원칙을 준수하여야 하기 때문에 영속적 대리인의 이 영역에서의 권한 행사도 보충적이게 규정해야만 할 것이다. 정신능력법 제9조는 이런 취지에 부합하는 규정이다.

보호법원의 판결들은 의학적 치료와 방법에 동의할 의사결정능력의 평가를 정신 능력법 제1조, 제2조, 제3조의 적용 및 해석을 통해 판단하는 것으로 보인다.⁶⁸⁾ 환자가 결정을 내리는 데 중요한 정보, 특히 문제된 치료를 받거나 받지 않음으로써 나타날 수 있는 결과에 대한 정보를 유지하거나 이해하지 못하거나, 의사결정과정에서 그 정보를 사용하거나 형량할 수 없는 경우에는 환자는 치료에 동의하거나 거부할 의사결정능력이 없다고 본다.⁷⁰⁾

A Local Authority v A & Anor 판결에서 보호법원은 피임처치에 관한 결정을 내릴 의사결정능력에 관해 판단하였다. 지능지수 53인 A 부인과 지능지수 65인 A씨는 2008년 결혼하였는데, A 부인은 이미 2명의 아이들을 출산한 경험이 있으며, 아동법에 따라 그 아이들은 출산 직후 감호명령에 따라 A 부인과 떨어졌으며, 나중에 입양되었다. 지방행정당국은 A 부인이 피임할지 여부를 결정할 의사결정능력을 결여하였다는 선언을 해줄 것을 보호법원에 청구하였다. 이 사건에서는 특히 정신능력법 제3조 제1항의 '결정에 관련된 정보'의 범위에 대하여 의견의 다툼이 있었다.⁷¹⁾ Bodey 판사에 따르면, 피임처치에 관한 결정을 내릴 의사결정능력이 있는지 여부의 평가는 피임처치를 둘러싼 직접적인 의학적 사안을 이해하고 형량할 수 있는 의사결정능력을 확인하는 것으로서, ① 피임의 이유와 (성관계 중 사용하지 않을 경우의 임신가능성을 포함하여) 그 효과, ② 그 유형과 사용방법, ③ 각각의 유형의 장점과 단점, ④ 각각의 발생가능한 부작용과 그 치료법, ⑤ 각 유형이 얼마나 쉽게 변경될 수 있는지, 그리고 ⑥ 각 유형의 효율성에 대한 이해에 고 보았다.⁷²⁾ 그러나 피임에 관한 의사결정능력의 판단에는 아이의 양육이 무엇인지에 대한 이해, 그녀가 어떻게 지

68) The British Medical Association and the Law Society, 전계서, 124쪽.

69) A Local Authority v A & Anor [2010] EWHC 1549 (Fam) at paras. 55-56; Re E [2012] EWHC 1639 (COP) at para. 11; The NHS Trust v L [2012] EWHC 2741 (COP) at para. 16.

70) Re MB [1997] EWCA Civ 3093 at para. 30

71) A Local Authority v A & Anor [2010] EWHC 1549 (Fam) at para. 56.

72) *Id.* at para. 64.

별지에 대한 의견 또는 아이가 그녀에게서 양육되지 않을 가능성 등은 고려되지 않았다.⁷³⁾ 나아가, A 부인이 피임에 관한 결정을 내릴 능력이 있다고 보기 위해서는, 의학적 측면에 대해 충분히 이해할 수 있는 것만으로는 부족하고, 그 정보를 사용하고 형량할 수 있는 의사결정능력도 있어야만 한다.⁷⁴⁾ 이때 다른 사람의 강한 설득이 있더라도, 환자가 결정하는데 있어서 환자의 독립성을 제압한 것이 아니라면 문제되지 않으며, 따라서 환자가 스스로의 자유의지에 따라 결정한 것인지가 중요하다.⁷⁵⁾ 또한 환자가 강박장애나 공포증으로 그에게 제시된 정보에 대해 억압된 생각을 하거나 공포로 공황에 빠지는 경우에도 진정한 의사결정이 아니라는 이유로 의사결정능력이 부정될 수 있다.⁷⁶⁾ 예를 들어, Re E에서, E는 체중증가에 대한 강박적인 공포를 가지고 있었고, 따라서 먹는 것에 대한 장점과 단점을 형량하지 못하게 하고, 체중이 증가되어서는 안 된다는 생각이 모든 다른 생각을 제압하기 때문에, 의사결정능력이 결여되었다고 평가되었다.⁷⁷⁾

(3) 성년자는 그 이유가 무엇이든 의학적 진단 및 치료를 거부할 권리가 있다.⁷⁸⁾ 응급상황을 제외하고는, 성년자를 치료하기 위해서는 그의 동의가 필요하고, 대개의 경우, 의사는 다양한 치료방법 중 환자가 원하는 치료방법을 선택하면 그에 따라 치료하면 되므로 별로 문제되지 않는다. 그러나 담당의사의 임상적 판단으로는 환자의 건강에 회복할 수 없는 손상을 피하기 위해서, 심지어 생명의 위협을 피하기 위해서

73) *Id.*

74) *Id.* at para. 66.

75) *Id.* at paras. 66, 73.

76) Re MB [1997] EWCA Civ 3093 at para. 30

77) Re E [2012] EWHC 1639 (COP) at para. 49; Re T [1992] EWCA Civ 18 at 30.

78) Sidaway v. Board of Governors of the Bethlem Royal Hospital and Maudsley Hospital [1985] AC 871, 904-905; Re T [1992] EWCA Civ 18 at 37.

꼭 필요하다고 생각되는 치료를 환자가 거부하는 경우가 문제될 수 있다. 이러한 상황에서는, 본인이 원하는 대로 살 수 있는 환자의 자기결정권과 모든 사람의 생명은 존귀한 것으로 가능한 한 보존되어야 한다는 사회의 이익 간에 충돌이 생길 수 있다.⁷⁹⁾ 궁극적으로는 개인의 권리가 최상위에 있으므로, 치료를 거부하는 것이 대부분의 사람들의 의견에 반한다 할지라도, 환자의 의사결정능력이 의심되지 않는 한, 환자가 적절한 설명을 듣고 스스로의 가치관에 따라 자유로이 선택하고 이를 명시적으로 표시하였다면, 그 환자의 의사는 존중되어야 한다.⁸⁰⁾ 따라서 환자가 의사결정능력을 가지고 있다면 그 결정에 따라야 한다. 그렇지 않다면 환자의 최선의 이익을 위한 조치가 있어야 한다.⁸¹⁾

Re T 판결은 임신 34주째에 교통사고로 부상을 입은 20세 여성에 관한 것이었는데, 그 환자는 여호와의 증인으로 양육되었고, 병원에 입원한 뒤 여호와의 증인 신도인 어머니와 따로 시간을 보낸 후에 수혈을 거부하였다.⁸²⁾ 환자는 아이를 사산하였고, 그 후 그녀의 상태가 위태로워지자 그녀의 아버지와 남자친구는 그녀의 동의 없이도 수혈을 할 수 있게 명하는 법원의 판결을 청구하였다.⁸³⁾ 법원은 환자의 치료거부결정이 유효하기 위해서는 환자의 의사결정능력이 질병, 약물, 잘못된 가정 또는 잘못된 정보에 의해 약화되지 않았고, 환자의 의사가 다른 사람의 영향으로 제압되지 않았어야 한다고 하였다.⁸⁴⁾ *T*의 경우, 잘못된 정보와 그녀의 어머니의 영향으로 인해 *T*의 치료거부의 의사결정은 그 효력이 없다고 판단하였다.⁸⁵⁾

극심한 바늘공포증을 가진 임신부가 제왕절개수술을 거부할 의사결정능력이 있었는가에 관한 *Re MB* 판결에서, 법원은 의사결정능력이 있는 사람은, 심지어 그 결과

79) *Re T* [1992] EWCA Civ 18 at para. 26.

80) *Id.* at paras. 26, 30, 37.

81) *Id.* at para. 28.

82) *Id.* at paras. 7, 9, 13-14.

83) *Id.* at paras. 16-17.

84) *Id.* at paras. 37, 41.

85) *Id.* at paras. 19, 21.

가 뱃속에 있는 아이의 사망 또는 중대한 장애나 그녀 자신의 사망일지라도, 종교적 이유든, 합리적인 이유든, 불합리한 이유든 또는 전혀 이유가 없더라도 치료를 거부할 수 있으나, 환자가 결정에 중요한 정보를 이해하거나 유지할 수 없거나, 환자가 의사결정과정에서 그 정보를 사용하거나 형량할 수 없다면 환자의 의사결정능력이 부정되었고, 혼란, 충격, 피로, 고통 또는 약물과 같은 일시적인 요소도 의사결정능력이 없는 정도로 작용된다면 의사결정능력이 부정될 수 있으며, 공포로 인하여도 의지가 마비된 경우에도 의사결정능력이 없어질 수 있다고 하였다.⁸⁶⁾

환자에게 의사결정능력이 없다고 판단되면, 본인의 최선의 이익에 따라 필요한 조치를 내릴 수 있다(정신능력법 제1조 제5항, 제4조).

(4) 정신능력법은 혁신적인 치료에 대해서는 언급이 없다. 혁신적인 치료는 보통 통상적 치료의 연장선상에 있지만 이미 확립된 통상적 치료방법보다 그 위험성이 클 수 있다. 예를 들어, 경험이 많은 외과 의사가 자신의 경험을 토대로 특정한 수술방법을 개별 환자에 맞다고 생각되는 방법으로 변형하는 경우를 들 수 있다. 이 경우, 어떤 점에서, 그리고 왜 제안된 치료가 통상의 치료와 다른지, 그리고 알려지거나 발생할 가능성이 있는 위험은 무엇인지, 치료 성공률은 어떠한지 등을 가능한 환자가 이해할 수 있도록 설명하려고 노력해야 한다. 그러나 환자가 의사결정능력이 없다면 정신능력법의 기본원리에 의해 규율될 필요가 있고, 경우에 따라서는 법원에 치료의 허가를 신청해야 할 수도 있다.⁸⁷⁾ *Simms v An NHS Trust* 판결이 그러한 예이다. *Simms v An NHS Trust* 사건에서는 변종 크로이츠펠트야콥병으로 고통 받는 것으로 보이는 두 어린 환자들에게 아직 인체실험을 거치지 않은 방법으로 치료하는 것이 합법적인지 여부를 판단하였다. 그 치료방법은 일본에서 설치위와 개에만 실험되었으나, 곧 의인성 크로이츠펠트야콥병이 있는 일본인 환자들에게 사용될 것이

86) *Re MB* [1997] EWCA Civ 3093 at 30.

87) *The British Medical Association and the Law Society*, 전거서, 148쪽.

었다.⁸⁸⁾ 이 치료로 환자가 치유될 것이라고는 기대되지 않지만, 환자의 삶은 향상될 수 있을 것이라 기대되었고, 법원은 이 치료가 환자에게 최선의 이익이라 판단하였고, 치료를 허용하였다.⁸⁹⁾

2. 연구 참여에 동의할 의사결정능력

(1) 어떤 사람이 연구 참여에 동의할 의사결정능력이 있는지 여부는 앞서 살펴본 의학적 치료에 동의할 능력과 같이 정신능력법 제1조를 기초로 제2조와 제3조에 따라 평가된다.⁹⁰⁾ 내용을 잘 알고 결정을 내릴 수 있도록 충분한 정보가 주어져서, 그 사람이 그 연구에 수반되는 것이 무엇인지를 이해할 수 있다면 연구에 참여하는데 유효한 동의 또는 거부를 할 의사결정능력이 있다고 볼 수 있다. 이때 필요한 정보의 정도는 각 환자의 필요, 관련된 절차의 복잡성에 따라 다를 것이다.⁹¹⁾ 특히, 연구참여에서 발생할 위험에 관한 평가는 모든 의료에 관한 의사결정에서와 마찬가지로 가장 중요한 부분이라 할 수 있다. 결국 어떤 사람이 연구 참여에 동의할 의사결정능력이 있는지는 앞서 다른 능력들의 평가와 마찬가지로 정신능력법에 따라, 그 사람이 결정에 관계된 정보를 이해하고, 그 정보를 기억 등을 통해 보유하고, 결정을 내리는 과정에서 그 정보를 사용하고 형량할 수 있는지, 마지막으로 그 결정을 전달·표시할 수 있는지 여부로 결정된다고 할 수 있다.

(2) 이상적으로 보면, 모든 연구의 피험자는 충분한 설명을 듣고 숙고한 끝에 참여에 동의한 경우에만 연구에 참여해야 할 것이다. 그렇지만, 그러한 동기가 있는 경우에만 연구참여가 가능하다면, 특히 동의할 의사결정능력을 결여한 사람에게 영향

88) *Simms v An NHS Trust* [2002] EWHC 2734 (Fam) at paras. 1, 13-21.

89) *Id.* at paras. 57, 73.

90) *The British Medical Association and the Law Society*, 전제서, 142쪽.

91) *Id.*

을 줄 수 있는 상태나 질병에 대해서는 연구가 이루어질 수 없고, 결국 연구 참여에 동의할 의사결정능력이 없는 사람에 대한 치료방법 등을 찾아낼 수 없는 불합리한 결과가 발생할 수 있다. 따라서 정신장애(mental disorder or disability)의 존재 자체로 그 사람이 동의할 능력을 결여하였다고 평가되기 보다는 그 방법과 위험성을 쉬운 말로 설명하는 등 가능한 스스로 결정을 내릴 수 있도록 노력해볼 필요가 있다. 그러나 이런 시도에도 불구하고 여전히 동의할 의사결정능력이 없는 사람들이 존재하며, 여전히 그들을 피험자로 필요로 하는 연구가 존재한다.

인체용 의약품 (임상실험) 규정(Medicines of Human Use (Clinical Trials) Regulations 2004)에 의해 규율되는 인체용 의약품의 임상실험과 익명화된 의학적 데이터나 조직에 관한 연구를 제외하고, 요보호성인이 참여하는 연구는 정신능력법에 의해 규율된다.⁹²⁾ 요보호성인을 피험자로 포함하는 연구는, 먼저 ‘적절한 기구’ (승인된 연구윤리위원회)로부터 허가를 받아야 한다.⁹³⁾ 연구윤리위원회의 승인을 받기 위해서는 ① 연구가 피험자에게 영향을 주는 손상적 상태 또는 그런 상태의 치료와 관련된 것이고(정신능력법 제31조 제2항), ② 연구참여에 동의할 의사결정능력이 있는 사람들만을 피험자로 국한할 경우, 비슷한 성과의 연구가 수행될 수 없다고 믿을 만한 합리적인 근거가 있으며(동조 제4항), ③ 잠재적 이익과 비교할 때 균형이

92) Explanatory Notes on Mental Capacity Act 2005 at para. 97; Mental Capacity Act Code of Practice 11.7. 유의할 점은 정신능력법은 침습적인 연구(intrusive research)일 경우만을 그 규율대상으로 하며, 따라서 침습적인 연구가 아니라면 의사결정능력이 없는 성인의 동의가 없더라도 연구가 가능할 것으로 보인다. 정신능력법상 침습적 연구란 동의할 능력이 있는 사람이 피험자일 경우, 그의 동의 없이 연구가 수행되면 불법일 연구를 의미한다. Mental Capacity Act 2005 제30조 참조.

93) Mental Capacity Act 2005 제30조 제1항. 잉글랜드의 경우, ‘적절한 기구’는 국무장관(Secretary of State)의 승인을 받은 연구윤리위원회(Research Ethics Committee)와 같은 기구이고, 웨일즈의 경우는 웨일즈 정부(Welsh Assembly Government)가 승인권한을 가지고 있다. Explanatory Notes on Mental Capacity Act 2005 at para. 98.

맞지 않는 부담을 지우지 않고, 그 피험자에게 이익을 줄 잠재성이 있거나, 또는 동일한 또는 비슷한 상태의 원인 또는 치료나 그런 상태에 의해 영향을 받는 사람들의 신상보호에 대한 지식을 제공할 의도로 수행되는 것이어야 한다(동조 제5항). 만약 연구가 동일한 또는 비슷한 상태의 원인 또는 치료나 그 상태에 의해 영향을 받은 사람들의 신상보호에 대한 지식을 제공하고자 했으나 그 잠재적 이익과 부담 간에 균형이 맞지 않는 경우에는, ① 피험자에 대한 위험이 사소하고, ② 피험자에 대해 행해지거나 피험자에 관련된 어떤 것이 피험자의 사생활 또는 활동의 자유를 현저히 간섭하는 것이 아니거나, 또는 부당하게 침습적이거나 제약적이지 않다고 믿을 합리적 근거가 있어야만 한다(동조 제6항). 또한 정신능력법은 의사결정능력에 장애가 있는 성인을 보호하기 위해 다른 안전장치⁹⁴⁾도 규정하고 있다. 유의할 점은, 피험자가 동의할 수 있는 의사결정능력이 없는 경우, 누군가 피험자를 대신하여 피험자가 연구에 참여하는데 동의할 수는 없다는 점이다. 연구자는 피험자의 소망이나 감정 등에 대해 요양보호자 등에게 조언을 구할 수 있지만, 이는 조언에 불과할 뿐 동의로 인정되지 않으며, 피험자의 사전 동의도 고려사항에 불과하다.⁹⁵⁾ 결국 동의할 수 있는 능력이 없는 피험자가 연구에 참여하는 것에 대한 책임은 연구자에게 있고, 따라서 연구자는 정신능력법상의 요건을 충족하고 적절한 기구로부터 연구 허가를 받아야 하는 것이다.

(3) 사람의 의사결정능력의 정도는 계속 일정하게 유지되는 것이 아니라 변동될 수도 있다. 따라서 일단 피험자의 동의를 받아 연구를 시작하였으나, 연구가 진행되는 동안 피험자가 의사결정능력을 상실할 수 있다. 이전의 동의는 의사결정능력을 상

94) 정신능력법 제32조와 제33조의 요건들로 예컨대, 피험자가 거부하는 것처럼 보이는 행위나 사전지시에 반대되는 행위는 할 수 없으며, 그 피험자의 이익이 과학 및 사회의 이익보다 크다고 평가되어야만 한다.

95) National Research Ethics Service, *Questions and Answers Mental Capacity Act 2005*, 2009, 11쪽, available at http://www.nres.nhs.uk/applications/guidance/consent-guidance-and-forms/?1307963_entryid62=66948.

실함으로써 그 효력을 잃는다는 점에서 연구가 진행되는 동안 의사결정능력을 상실한 경우에 대해 살펴볼 필요가 있다. 정신능력법은 제34조에 연구가 진행되는 동안 의사결정능력이 상실한 경우를 규율하고 있다. 그런데 이 규정은 피험자가 2008년 3월 31일 전에 프로젝트에 참여하기로 동의하였고, 2007년 10월 1일 전에 개시된 연구프로젝트에만 적용되며, 그 사람이 의사결정능력을 상실하기 전에 수집된 조직과 정보에만 한정되어 적용되는 것으로 정신능력법 발효 전의 연구를 대상으로 하는 경과규정에 불과하다. 따라서 연구 중 의사결정능력을 상실한 피험자가 계속 연구에 참여하기 위해서는 정신능력법 제30조에 따른 허가를 받아야 하며, 피험자가 계속 연구에 참여해야 하는지에 대해 조언을 구해야만 한다.⁹⁶⁾ 그러나 피험자가 연구에서 제외되고 이미 수집된 샘플이나 데이터를 파괴하였거나, 익명화하였다면, 정신능력법 제30조에 따른 허가를 받지 않아도 된다.⁹⁷⁾ 나아가 피험자가 연구 중 의사결정능력을 회복한 경우에는, 피험자에게 연구에 대해 충분히 설명하고, 계속 참여하는데 대한 동의를 얻어야만 하며, 수집 및 분석된 샘플과 데이터도 피험자의 동의가 없는 한 파괴되어야 한다.⁹⁸⁾

IV. 영국법의 시사점

1. 의사결정능력의 평가기준

(1) 의사결정능력을 평가하는 기준으로는 상태(status), 결과(outcome), 그리고 기능(functional)에 따른 접근법이 있다. 상태 접근법은 그 당시 그 사람의 실제 의사결정능력과 상관없이, 특정 특징을 가진 모든 사람들을 특정한 의사결정으로부터 배제하는 것으로, 예컨대 성범죄법(Sexual Offences Act 1956)이 정신적으로 결합

96) *Id.* at 12쪽.

97) *Id.*

98) *Id.* at 13쪽.

이 있는 사람과의 성행위에 대해 규율하는 것이나, 18세 이하인 사람은 선거권을 가지지 못하는 것 등이 그 예이다.⁹⁹⁾ 그러나 이러한 상태 접근법은 정상화, 자기결정의 존중, 잔존능력의 극대화 등의 원칙에는 맞지 않는다.¹⁰⁰⁾ 결과 접근법은 결정의 최종 내용을 기준으로 평가한다. 만약 그 결정의 최종 내용이 관습적인 가치와 모순되거나, 평가자가 동의할 수 없는 것이라면, 의사결정능력이 없다고 평가될 수 있다.¹⁰¹⁾ 예를 들어, 의사가 환자의 결정이 자신의 권고와 일치하면 의사결정능력이 있다고 보고, 그렇지 않다면 의사결정능력이 없다고 평가하는 경우라 할 수 있다. 그러나 이러한 결과 접근법은 개인의 개성을 무시하고, 자율성을 희생하여 순응을 요구하는 것이라 할 수 있다.¹⁰²⁾ 이에 반해 기능 접근법은 평가자가 그 사람이 특정한 결정을 내릴 당시에 그 성격과 효과를 이해할 수 있는가를 평가하는 방법으로, 부분적 의사결정능력과 의사결정능력의 변동가능성을 인정한다는 점이 그 특색이다.¹⁰³⁾ 나아가, 기능 접근법은 그 성격과 효과를 이해하는데 그치는 것이 아니라, 그 정보를 사용하여 결정을 내리고, 그 결정을 표시·전달할 수도 있어야 한다.¹⁰⁴⁾

결국 영국은 신상보호영역에서 의사결정능력을 평가하는데 있어서 정신능력법 제1조의 기본원칙을 따르면서 제3조 제1항의 기준으로 평가하며, 의사결정능력이 없다고 판단된다면 제4조에 따라 최선의 이익을 고려하여 보호법원이 결정을 내리게 되는 것으로 보인다. 의사결정능력이 있는 자는, 심지어 그 결정이 그의 죽음에 이를 수 있다하더라도, 무엇을 할지에 대해 스스로 결정을 내릴 수 있으며, 보호법원은 사

99) R v C [2009] UKHL 42 at para. 12; Law Com No 231, [1995] EWLC 231(Report) at para 3.3.

100) Law Com No 231, [1995] EWLC 231(Report) at para 3.3.

101) R v C [2009] UKHL 42 at para. 13; Law Com No 231, [1995] EWLC 231(Report) at para 3.4.

102) Law Com No 231, [1995] EWLC 231(Report) at para 3.4.

103) R v C [2009] UKHL 42 at para. 13; Law Com No 231, [1995] EWLC 231(Report) at para 3.5.

104) Law Com No 231, [1995] EWLC 231(Report) at paras. 3.6, 3.17, 3.20-3.21.

람이 스스로 결정을 내릴 수 없는 경우에만 개입할 수 있다.¹⁰⁵⁾ 나아가 보호법원이 그 사람이 의사결정능력을 결여하였다고 판단한다면, 보호법원은 그 사람에게 최선의 이익이 되도록 결정할 의무가 있다.¹⁰⁶⁾ 다만 사안에 따라서 전반적으로 그 행위 자체에 대해 의사결정능력을 평가할 것인지, 아니면 그 대상에 따라 의사결정능력을 평가할 것인지는 차이가 있다.

(2) 의사결정능력을 평가하는 방법 중 기능적 접근법이 요보호성인의 인권을 존중하는 것임에는 의문의 여지가 없다. 이런 방법론이 UN 장애인권리협약 제12조의 원칙에 부합할 뿐 아니라,¹⁰⁷⁾ 피후견인의 권리보호와 관련된 2010년의 요코하마 선언에도 부합한다.¹⁰⁸⁾ 그러나 우리 개정민법상의 성년후견제도는 여전히 상태적 접근법에 따라 피후견인의 의사결정능력을 평가하고 있다. 이 점은 국제적 기준에 부합하지 않을 뿐 아니라, 인권침해적 요소로 과잉되었던 행위무능력자제도의 잔재가 새로운 성년후견제도 하에서도 유지됨을 의미한다. 그 폐단을 막기 위한 대비책이 시급히 논의되어야 할 것이다.

2. 신상 보호 영역에서의 의사결정능력

(1) 의사능력이 합리성을 기준으로 한 것이라면, 특히 신상보호 영역에서의 의사결정능력은 합리성보다는 개인적 선호도에 중점을 두었다고 할 수 있다. 설사 비합리

105) The NHS Trust v L [2012] EWHC 2741 (COP) at para. 13.

106) *Id.* at paras. 13-14.

107) 성년후견제도와 UN 장애인권리협약 및 요코하마선언과의 관련성은 제철웅, *요보호성인의 인권존중의 관점에서 본 새로운 성년후견제도*, 민사법학 57호(2011년 12월호), 279면 이하 참조.

108) 새로운 성년후견제도, 특히 의사결정능력의 판단 기준과 관련하여 요코하마 선언의 의미와 내용은, 제철웅/박인환/현소혜/곽민희, *성년후견제 시행을 위한 신상보호 관 계법령 정비를 위한 연구*, 보건복지부 연구용역보고서(2012년 4월), 19면 이하 참조.

적으로 보이더라도 스스로의 결정을 존중하는 것이 필요하다는 것이다. 영국의 정신 능력법과 동법 하에서의 실무관행은 이 점이 잘 관철되고 있다고 할 수 있다. 이에 비추어 보면 우리 법은 여러 가지 문제점을 안고 있다.

첫째, 개정 민법은 혼인, 이혼, 인지, 입양 등 피성년후견인의 신분행위의 영역에서 피후견인의 행위능력을 제한하고 있다. 이 부분은 UN 장애인권리협약 제23조에도 위반하는 것으로 법적 관점에서 재검토가 필수적이라 할 것이다.

둘째, 피후견인 및 의사결정능력에 장애가 있는 요보호성인의 치료에서의 동의, 그 동의를 갈음할 수 있는 법적 장치가 현재 매우 미흡하다. 개정 민법 제947조의2 제3항과 제4항, 응급의료에 관한 법률 제9조 제2항을 제외하고는 의사결정능력에 장애가 있는 성인의 의료행위에서의 동의에 관련된 규정이 없다. 먼저 응급의료행위의 경우 동의를 대신할 수 있는 자가 후견인 또는 동행자이기 때문에 그 범위가 한편에서는 지나치게 좁고, 다른 한편에서는 너무 넓다. 일반 의료행위의 경우 가정법원으로부터 신상에 관한 결정권한을 부여받은 후견인이 없는 사안이 허다할 것인데, 권한 있는 후견인이 없는 사안을 규율하는 법률이 의료법에 없는 것은 치명적 결함이라고 하지 않을 수 없다.

셋째, 임상실험 등과 관련해서도 약사법 제34조 제3항, 동법 시행규칙 제31조의4에서는 요보호성인을 대상으로 한 임상실험의 가능성은 없고, 생명윤리 및 안전에 관한 법률 제16조 제2항은 피실험자가 동의능력 없는 경우 대리인이 대신 동의할 수 있도록 하면서, 그 대리인의 범위에 대해 정하고 있다. 전자의 경우 요보호성인에게 유익한 실험의 가능성이 애초부터 부정되었다는 점에서 문제가 있고, 후자의 경우 대리인이 동의하기만 하면 요보호성인을 대상으로 한 실험에 다른 법적 제한이 없다는 점에서 지나치게 범위가 넓은 점이 있다. 이런 점을 어떻게 보완할 것인가에 관하여는 영국법이 참조가 될 수 있을 것이다.

V. 결론

대법원은 종래부터 “자신의 행위의 의미나 결과를 정상적인 인식력과 예기력을 바탕으로 합리적으로 판단할 수 있는 정신적 능력 내지는 지능”(강조는 인용자가 첨가)을 의사능력이라고 정의하면서, 그것의 유무는 “구체적인 법률행위와 관련하여 개별적으로 판단”되어야 한다는 입장이다. 가령 “어떤 법률행위가 그 일상적인 의미만을 이해하여서는 알기 어려운 특별한 법률적인 의미나 효과가 부여되어 있는 경우 의사능력이 인정되기 위해서는 그 행위의 일상적인 의미뿐만 아니라 법률적인 의미나 효과에 대하여도 이해”¹⁰⁹⁾ 할 수 있어야 한다는 것이다. 가령 지능이 64인 ‘정신지체’의 범주에 속하는 지적 능력을 가지고 있는 자가 근저당권설정계약을 체결한 것은 의사능력이 없는 상태에서 한 것이라고 하고,¹¹⁰⁾ 지능지수 58 정도의 성인(지적장애 3급)이 연대보증을 선 경우 의사능력이 없다고 판단한 것도 있었고,¹¹¹⁾ 지능지수 73, 사회연령은 6세 수준으로서 이름을 정확하게 쓰지 못하고 간단한 셈도 불가능한 자가 근저당권을 설정해 준 경우에도 의사능력이 없는 상태에서 한 것이라고 하였다.¹¹²⁾ 이런 대법원 판결의 기준에서 보면 지적장애 등급이 1에서 3등급 사이는 거의 대부분 재산거래에서 의사능력이 없다고 볼 여지가 있을 것이다. 제1등급은 지능지수 및 사회성숙지수가 34이하인 자, 제2등급은 35-49인 자, 제3등급은 50-70인 자를 의미하는데, 지능지수가 73인 자도 근저당권설정의 거래에서 의사능력이 없다고 판단하기 때문이다.

그러나 UN 장애인권리협약은 바로 이런 지적장애인들의 자기결정권도 존중하고(Preamble n), 그들의 의사결정을 지원할 의무가 국가에 있다고 규정하고 있다(제12조). 무엇보다도 존중되어야 할 이들(잠재적) 피후견인의 의사결정영역이 바로

109) 대법원 2009.1.15. 선고 2008다58367 판결 참조.

110) 대법원 2009.1.15. 선고 2008다58367 판결.

111) 대법원 2006.9.22. 선고 2006다29358 판결.

112) 대법원 2002. 10. 11. 선고 2001다10113 판결.

신상보호영역이다. 이 영역에서의 의사결정은 합리성이 아니라, 개인의 선호도를 존중해야 한다. 무엇보다도 시급한 것은 자기결정권이 존중받을 수 있는 환경을 조성하는 것이다. 이 점에서 영국의 정신능력법과 그 실무는 우리나라가 나아가야 할 바를 가늠해 볼 수 있는 하나의 비교치가 될 수 있을 것이다.

〈참고문헌〉

김원태, “성년후견 등 심판절차에 관한 가사소송법 정비 방안에 대한 관건”, 「재산법 연구」 제28권 제2호 (2011년 8월).

제철웅, 영국법에서 의사결정무능력 성인의 보호제도의 역사적 전개와 2005년의 정신능력법의 특징, 비교사법 51호(2010.12)

_____, “요보호성인의 인권존중의 관점에서 본 새로운 성년후견제도”, 「민사법학」 제 57호 (2011년 12월).

제철웅/박인환/현소혜/곽민희, 「성년후견제 시행을 위한 신상보호 관계법령 정비를 위한 연구」, 보건복지부 연구용역보고서 (2012년 4월).

Department for Constitutional Affairs, Mental Capacity Act 2005 Code of Practice, TSO, 2007.

Dimond, Legal Aspects of Mental Capacity, Blackwell(2008)

Judiciary of England and Wales, Court of Protection: 2009 Report, Judiciary of England and Wales, 2010.

Lowe, Nigel & Gillian Douglas, Bromley's Family Law, Oxford, 2007.

Parry, John, Civil Mental Disability Law, Evidence and Testimony, American Bar Association, 2010

The British Medical Association and the Law Society, Assessment of Mental Capacity, Law Society, 2010

Vartanian, P. H., Insanity as affecting right to divorce or separation on other grounds, 19 A.L.R.2d 144.

24 Am. Jur. 2d Divorce and Separation § 200.

Explanatory Notes on Mental Capacity Act 2005

National Research Ethics Service, Questions and Answers Mental Capacity Act 2005, 2009, available at http://www.nres.nhs.uk/applications/guidance/consent-guidance-and-forms/?1307963__entryid62=66948.

투 고 일 : 2013년 1월 15일

심 사 일 : 2013년 2월 12일

수 정 일 : 2013년 2월 21일

계 재 확 정 일 : 2013년 2월 22일

주제어 : 의사결정능력평가, 요보호성인, 신상보호, 정신능력법, 성년후견

<Abstract>

Mental Capacity to Make Decisions in Relation to Personal Care Matters - An England Law Perspective -

Rhee, Jee Min · Je, Cheolung

Generally, adults who have difficulties in making their own decision because of dementia, intellectual or developmental disabilities, or mental disabilities and so forth, are vulnerable to exploitation, neglect or abuse. It is consequently necessary to protect these vulnerable adults, which should however be attained without infringing their autonomy and freedoms. That is one of the major purpose of abolishing the current judicial declaration of legal incapacity regime and implementing the new “Adult Guardianship” system in Korea. The revised Korean Civil Code for instance dose not restrict adult wards’ right to make their own decision in the matters of personal care, as long as they have the capacity to do so. However, the revised Korean Civil Code does not provide for any guidance as to how the capacity of adult wards to make such decisions can be assessed. In this respect, the Mental Capacity Act 2005 of England and Wales and the practice based on it can be a good example which Korean lawyers can refer to.

Under the Act, adults must be assumed to have capacity unless it is established that they lack capacity. A person lacks a capacity to make his/her own decision if he/she is unable to understand the information relevant to the decision, to retain that information, to use or weigh that information as part of the process of making the decision, or to communicate his/her decision through any means. What is important is that the assessment of capacity should be time and issue specific.

Moreover, the court competent for adult guardianship cases should follow less restrictive principle in the cases where it decides to grant what authority on the deputy or where it has to decide anything on behalf of the protected persons. This

principle should also be applied to a court appointed deputy. A court appointed deputy should make a decision on behalf of ward only if he knows or has reasonable grounds for believing that the ward does not have a capacity to decide on that matter.

Taking into account principles and provisions of the Mental Capacity Act 2005, one can say that it is based on the “functional” approach of assessing mental capacity. Functional approach asks whether, at the time the decision had to be made, the person could understand its nature and effects. Its premise is that mental capacity of intellectually disabled persons tends to be fluctuating, depending on time and issues to be decided, while the same thing applies to demented adults with their capacity being gradually declined. This approach is in clear contrast with the status approach, on which the current “Judicial Declaration of Incapacity” regime is based, and which still remains in the new “Adult Guardianship System.” Without introducing the said functional approach into the interpretation of the revised Korean Civil Code and into the operation of the new adult guardianship system, the revised Korean Civil Code cannot meet the principles and provisions of UN Convention on the Rights of Persons With Disabilities, which Korea has already ratified in 2008.

Key Words : Assessment of Mental Capacity, Mentally Incapacitated Adults, Personal Care, Mental Capacity Act, Adult Guardianship