

연구총서 10-30

K O R E A N I N S T I T U T E O F C R I M I N O L O G Y

연명치료중단에 있어서 환자의 자기결정권과 사전의료지시서에 관한 연구

A Study on a Patient's Self-determination Right and Advance
Directive in Withdrawal of Life Sustaining Treatment

이석배 · 이원상

■ 이석배

단국대학교 법과대학 교수

■ 이원상

한국형사정책연구원 부연구위원, 법학박사

삶과 죽음의 문제는 인류의 가장 원초적이고 중요한 문제라고 할 수 있습니다. 그래서 아주 오랜 시간동안 다양한 학문분야의 중요한 연구주제였습니다. 과거에는 과학과 의학이 발달하고, 학문의 깊이가 깊어지게 되면 명확한 결론에 이를 것이라고 기대되었지만, 무인 우주선이 태양계를 벗어나고, 인간의 유전자를 임의적으로 다룰 수 있는 현재에도 이 문제는 여전히 어려운 문제로 남아 있습니다. 어쩌면 삶과 죽음의 문제는 인간의 지혜로는 풀기 힘든 숙제일런지 모르겠습니다.

이제까지 두 주제 가운데 보다 중요한 주제는 삶에 대한 것이었습니다. 그래서 사람들은 인간으로서 존중을 받으며, 자유를 누리고, 꿈을 가꾸어 나갈 수 있도록 법과 제도를 만들고, 사회 인프라를 구축하며, 경제를 활성화시키기 위해서 많은 노력을 기울였습니다. 이에 반해 죽음의 문제는 주로 철학이나 종교와 같은 형이상학적 차원에서 많은 논의가 있어왔습니다. 하지만 최근 들어 자연적인 죽음 이외에 죽음에 대해서 인간의 개입이 빈번하게 나타나면서 죽음에 대한 연구는 전 학문분야의 주요 관심사가 되었습니다. 무엇보다 의료기술의 발달로 죽을 수밖에 없는 사람의 생명을 연장할 수 있게 되면서 법제도적인 측면에서도 많은 논란이 일어나고 있습니다. 그 동안에는 연명치료중단에 대한 사안이 주로 의사들의 윤리에 의존하여 해결되었지만, 점차로 관련 문제들이 법의 영역에서 다루어지기 시작하면서 다양한 법적 논의들이 진행되고 있습니다.

이런 가운데 최근 발생한 소위 ‘김할머니 사건’은 많은 사회적인 파장을 일으켰습니다. 아직 우리사회에서 적극적으로 수용되고 있지 않는 환자의 자기결정권이나 사전의료지시와 같은 문제들이 급부상했기 때문입니다. 따라서 본 연구는 이런 문제점들에 대해서 우리보다 먼저 제도를 시행하고 있는 나라들의 상황을 살펴보고, 우리나라에 적절하게 적용할 수 있는 방안을 모색하기 위해서 행해졌습니다. 비록 본 연구가 환자의 자기결정권이나 사전의료지시에 대한 중국

적인 결론을 내리는 것은 아니지만, 합리적인 결론을 내릴 수 있는 밑거름을 제공해 줄 수 있을 것으로 생각합니다.

아울러 본 연구를 수행하신 독일에서 관련 문제로 박사학위를 받고, 현재 단국대학교 교수로 재직중이신 이석배 교수님과 한국형사정책연구원 부연구위원인 이원상 박사, 그 외 본 연구에 참여한 연구인턴 및 연구보조원의 노고를 치하하는 바입니다.

2010년 12월

한국형사정책연구원

원장 김 일 수

CONTENTS

국문요약	9
제1장 서론	15
제2장 자기결정권과 사전의료지시	21
제1절 자기결정권과 생명권	23
I. 환자의 자기결정권과 생명보호	25
1. 법의 관점에서 자기결정권과 생명권	25
2. 의료윤리의 관점에서 자기결정권과 생명권	32
3. 말기환자에 대한 의사의 임무	34
II. 환자의 자기결정권과 의사의 치료의무	35
제2절 결정무능력 환자의 결정 모델	40
I. 가족의 대리	40
II. 법원을 통한 결정	43
III. 사전의료지시제도	44
IV. 절차주의의 문제	45
제3장 사전의료지시의 의의와 외국의 법제	47
제1절 개요	49
제2절 사전의료지시서의 법적 성격	51
제3절 오스트리아 사전의료지시법(PatVG)	52
I. 이 법률에 따른 환자사전의료지시	53
1. 대상의료행위	53

2. 사전의료지시의 한계	54
3. 안락사 문제	55
II. 환자사전의료지시의 유효성	56
III. 구속력 있는 환자사전의료지시	56
1. 이해능력과 판단능력	57
2. 서면성	59
3. 의사의 역할	60
4. 법률가의 역할	63
5. 갱신과 변경	66
6. 의학의 발전	67
IV. 고려대상으로서 환자사전의료지시	68
1. 인식능력과 판단능력	69
2. 의사의 설명	69
3. 단계적 고려	70
V. 법원의 결정	71
제4절 독일 후견법 제3차 개정법	72
I. 후견법 제3차 개정법의 주요내용	73
1. 환자의사의 중요성과 적용범위	73
2. 징후의 확정을 통한 의사의 근본적인 책임	75
3. 후견인과 임의대리인의 동일한 취급	76
4. 오·남용의 통제	77
II. 개정민법에 따른 결정모델	78
1. 환자의 명시적 의사에 따른 의료행위	79
2. 환자 사전의료지시에 따른 의료행위	80
3. ‘추정적 의사’에 따른 의료행위	81
4. 환자의 복리에 따른 의료행위	82
5. 요약	83

제5절 중화민국(타이완) 호스피스법	86
1. 개념정의	86
2. 말기환자의 호스피스 의료와 심폐소생술거부 신청서 작성	88
3. 대리인의 지정	90
4. 의사의 의무	90
5. 처벌규정	91
 제4장 우리나라의 입법안에 대한 분석	93
제1절 존엄사법안	95
I. 제안이유	95
II. 기본이념 및 책무	96
III. 의료윤리심의위원회의 설치	96
1. 국가의료윤리심의위원회의 설치	96
2. 기관의료윤리심의위원회의 설치 및 운영	97
IV. 연명치료의 의사표시	98
V. 연명치료 보류·중단의 이행 및 효과	101
VI. 기록·보고 및 감독의무	103
VII. 적극적 안락사의 처벌	103
VIII. 소결	104
제2절 삶의 마지막 단계에서 자연스러운 죽음을 맞이할 권리에 관한 법률안	106
I. 서론	106
II. 총칙 검토	107
III. 생명연장조치 중단조치	109
1. 요건 및 절차	109
2. 생명연장조치거부 사전결정서	109
3. 사전결정서의 효력	110
IV. 책임면제 및 기타	111

V. 소결	111
제5장 사전의료지시제도 도입을 위한 전제조건	113
제1절 환자의 의료행위에 대한 거부권과 사전의료지시	115
I. 사전의료지시의 전제로서 환자의 의료행위 거부권	115
II. 사전의료지시서의 법적 의미	119
III. 환자 본인의 작성	121
제2절 의학적 판단의 존중	123
제3절 기타문제	125
제6장 결 론	129
참고문헌	135
Abstract	147
참고자료 1	153
참고자료 2	158
참고자료 3	162

우리 모두는 언젠가 죽는다. 사람들은 시대와 상관없이 죽음을 두려워했고 고통 없는 죽음을 원했다. 문제는 어떻게 죽을 것인가에 있다. 과거 의사의 직업적 소명은 가능한 한 환자의 생명을 연장·유지시키는 것이었다. 이는 국가 법질서가 인간의 생명을 상대화가 금지된 최고위치에서 보호되는 법익으로 간주했기 때문이었다. 아직까지도 우리 주위에는 많은 불치의 병이 존재한다. 그러나 나날이 발전하고 있는 의학기술은 과거에는 생각지 못했던 여러 가지 새로운 형태로 인간의 삶을 연장시키고 있다. 인간의 생명이 인공적으로 유지될 수 있는 가능성이 높아지면 높아질수록 그것이 과연 환자의 의사에 합치되는가에 관한 의문역시 커질 수밖에 없다. 최근 생명의 종기에서 환자의 자기결정권이 생명만큼이나 소중하다는 점에 대체로 긍정하고 있는 추세인 것 같다. 나아가 환자의 의사에 반하는 무의미한 연명치료에 대한 거부권 역시 자기결정권의 중요한 내용으로 인정하고자 노력하고 있다. 그렇다면 의사에게 무조건적인 생명유지의무를 부과하거나 강조하는 것은 더 이상 유의미하다고 할 수 없다. 연명치료와 관련한 자기결정권의 문제는 어떻게 죽을 것인가에 대한 문제라고 볼 수 있기 때문이다.

2001년 네덜란드와 2002년 벨기에가 적극적 안락사를 허용하는 법안을 통과시키면서 촉발된 적극적 안락사의 논쟁은 환자가 명확히 의사를 표시할 수 있는 경우에 한한다. 따라서 소생가능성 없고 의식이 없는 중환자에 대한 연명치료중단은 이와는 다른 차원의 문제라 할 것이다. 환자가 자기 결정권을 실제로 행사할 수 있는 경우라면 표시된 의사와의 정합성 여부에 따른 논의가 가능하지만 의식이 없는 환자의 경우 환자의 의식자체를 밝히는 것이 어렵기 때문이다. 환자의 의사를 밝힐 수 없다면 환자의 자기 결정권은 그저 속빈 껍데기일 뿐이다.

우리나라의 경우 가족의 강력한 요구로 치료의 포기·유보·중단하여야 하는지는 임상에서 수없이 부딪히는 문제이다. 그럴 때마다 의사들은 자신의 치료의무가 어디까지인지, 환자의 연명치료를 어느 시점까지 유지해야 하는지에 대한 어려운 문제 위에 놓여진다.

2009년 5월 21일 우리나라에서는 최초로 연명치료중단에 관한 대법원의 판결이 내려졌다. 환자사전의료지시제도의 필요성에 관한 집중적인 논의의 계기가 된 이 사건의 판결문에는 “환자가 회복 불가능한 사망의 단계에 이르렀을 경우에 대비하여 미리 의료인에게 자신의 연명치료 거부 내지 중단에 관한 의사를 밝힌 경우”를 ‘사전의료지시’라고 칭하고, 환자의 의사가 바뀌었다고 할 특별한 사정이 없는 한 자기결정권의 행사로 인정할 수 있다”고 하여 사전의료지시제도에 대한 입장을 직접 밝히고 있다. 사전의료지시제도에 대한 논의가 중요한 이유는 환자의 자기결정권 보장과 관련되기 때문이다.

보건복지가족부 암정책팀은 환자의 존엄사에 대한 사전의사결정 근거를 담은 ‘호스피스 완화 의료에 관한 법률’ 입법을 추진 중이며 국회에서는 신상진의원외과 대표 발의한 소위 ‘존엄사 법안’과 김세연의원외과 대표 발의한 ‘삶의 마지막 단계에서 자연스러운 죽음을 맞이할 권리에 관한 법률안’등이 상정되어 국회 및 시민단체에서 여러 차례 토론회가 열렸다. 아울러 대한의사협회도 연명치료중지에 관한 지침 제정 특별위원회를 구성하여 “연명치료 중지에 관한 지침(안)”으로 대한변호사협회와 함께 공동세미나를 개최하였다. 세브란스병원은 판결이 나오기 직전에 환자의 상태를 3단계로 구별한 소위 “존엄사 가이드라인”을 만들었다. 또 서울대학교병원은 “말기 암환자의 심폐소생술 및 연명치료 여부에 대한 사전의료지시서”를 공식적으로 시행하기로 하였다.

이와 같은 일련의 움직임들이 환자사전의료지시제도 또는 사전의료지시제도만을 주제로 삼고 있는 것만은 아니지만 논의의 핵심부분임은 분명하다. 그리고 이는 우리보다 먼저 환자사전의료지시제도를 시행하고 있는 외국의 법제에 대한 검토가 필요함을 보여주는 것이라 할 수 있을 것이다.

이런 문제의식을 가지고 연구한 결과 다음과 같은 결론에 이르게 되었다.

1) 2009년 5월 21일 세브란스병원사건에 대한 대법원 전원합의체가 판결문에 직접 “환자가 회복 불가능한 사망의 단계에 이르렀을 경우에 대비하여 미리 의료인에게 자신의 연명치료 거부 내지 중단에 관한 의사를 밝힌 경우”를 ‘사전의료지시’라고 칭하고, 환자의 의사가 바뀌었다고 할 특별한 사정이 없는 한 자기 결정권의 행사로 인정할 수 있다는 입장을 밝힌 이후, 환자사전의료지시제도의 필요성에 관한 집중적인 논의가 이루어지고 있다. 사전의료지시제도가 우리 사회에서 연명치료의 중단상황에 일어나는 여러 가지 복합적인 문제점을 해결하는데 현실적으로 기여할 수는 있다. 하지만 이러한 제도의 시행에는 여러 가지 전제가 필요하다.

2) 우선 치료거부권을 제도적으로 인정해야 한다. 사전의료지시는 대부분 특정 치료에 대한 거부를 내용을 담을 가능성이 높다. 미국에서는 치료에 대한 위임(durable power of attorney)제도를, 오스트리아와 독일에서는 사전의료지시(Patientenverfügung)제도를 시행하고 있다. 이러한 법제도의 시행에는 치료거부권의 인정이 중요한 전제가 된다. 치료에 대한 위임(durable power of attorney)제도의 경우는 환자의 의사를 가장 잘 알 수 있는 대리인이 의료행위에 대한 결정을 하는 것인데, 이러한 제도의 전제에는 DAMA(discharge against medical advice)를 인정한다는 것이다. 치료에 대한 위임(durable power of attorney)제도 자체는 대리인의 의사에 따라 의료행위 지속의 문제를 결정하는 것이기 때문에, 대리인이 의료행위를 거부하는 것도 DAMA에 포함될 수 있다. 이 경우 발생하는 결과에 대하여 의사는 법적 책임을 지지 않는다.

오스트리아와 독일의 경우도 마찬가지로 환자의 치료거부권이 인정되고 있다. 치료거부권의 행사를 통하여 소극적으로 환자는 죽을 권리를 갖는다. 이 경우 환자는 권리를 행사하는 것이고 의사는 환자의 권리를 존중해야 한다. 따라서 사전의료지시에 특정된 상황에 치료거부 의사를 밝히면 의사는 환자의 의사를 존중해야 한다. 그리고 그로부터 발생하는 결과에 대하여 의사는 민형사상 책임을 지지 않는다. 정확하게 말하자면 환자가 치료거부의 의사를 밝힌 경우에 의사의 보증인 의무, 즉 치료의무가 탈락하므로 정당화되는 행위이다. 이 경우 치료행위를 지속한다면 독일의 경우는 형법 제223조의 상해죄로 오스트리아의 경우는 형법 제110조 진단적 의료행위죄로 처벌된다.

이러한 전제가 있기 때문에 사전의료지시가 있는 경우에 의사는 환자의 의사를 존중하여 연명치료중단이 가능한 것이다. 그러나 우리나라의 경우 의사결정능력을 지닌 환자의 경우에서도 치료거부권을 법적으로 보장하고 있는지는 의문이다. 세브란스병원사건은 물론이고 보라매병원사건에서도 생명에 위협을 초래할 수 있는 경우는 비록 환자가 치료를 거부하더라도 의사에게 보증인 의무를 인정하고 있다. 이와 같은 상황에서 우려되는 것은 의사들의 태도이다. 보라매병원사건의 경우 연명치료중단의 문제로 간주될 수는 없는 사건이었지만, 결과적으로 의사들에게 보수적인 입장을 강화시키는 계기가 되었다. 결국 치료거부권에 대한 제도적 장치가 명시적으로 마련되어 있지 않은 한, 의사들은 사전의료지시가 있더라도 환자의 입장에서보다는 의사의 입장에서 최선의 치료를 다하고 있었는지를 기준으로 문제를 해결하고자 할 가능성이 높다. 따라서 사전의료지시제도를 입법화하는 경우에는 그 전제로 환자의 치료거부권을 제도적으로 보장하여야 한다.

3) 오스트리아나 독일과는 달리 우리나라의 경우 의료현실에서 환자의 보호자 역할이 비교적 크다. 대한의사협회의 의사윤리지침 제17조 제2항도 “의식불명인 환자 또는 스스로 의사표시를 할 수 없는 생명이 위급한 환자의 가족 등 보호자에 대하여 의사가 필요하고도 충분한 설명을 하고 계속적인 의료를 받을 것을 설득하였음에도 그 보호자가 환자의 생명유지 치료를 비롯한 의료행위의 중단 또는 퇴원을 서면으로 요구하고, 그 이후 반복적으로 퇴원을 요구하면서 진료를 거부하거나 방해하는 등의 행위를 하는 경우, 의사는 환자가 의식이 있다면 그 환자가 가질 수 있는 의사와 이익을 신중히 고려하여 보호자의 의사 및 요구와 환자의 추정적 의사 등이 의학적, 사회통념적으로 수용될 수 있다고 판단되면 보호자의 의사를 존중하여 의료를 중단할 수 있다”고 규정하여 이러한 점을 대표적으로 보여주고 있다.

이러한 내용은 장기등이식에관한법률이 “뇌사자와 사망한 자의 장기등은 본인이 뇌사 또는 사망하기 전에 장기등의 기증에 동의한 경우로서 가족 또는 유족이 장기등의 기증을 명시적으로 거부하지 아니하는 경우와 본인이 뇌사 또는 사망하기 전에 장기등의 적출에 동의 또는 반대하였다는 사실이 확인되지 아니하는 경우로서 그 가족 또는 유족이 동의하는 경우에 한하여 적출할 수 있도록(제

22조제3항”하여 장기기증자의 의사도 아니고 보호자의 의사도 아닌 애매한 입장을 취하고 있는 점도 같은 맥락에서 이해할 수 있다.

위의 예들은 우리나라의 경우 환자의 사전의사표시가 있는 경우라도 결국 사전의료지시의 구속력은 보호자의 의사에 따를 수밖에 없게 된다는 점을 보여준다. 그렇다면 환자의 자기결정권 존중을 위해 도입을 시도하는 환자의 사전의료지시의 의미가 상실된다. 따라서 만약 환자의 사전의료지시제도를 도입하고자 한다면, 그 내용을 가능한 한 구체적으로 규정하고 그 사전의료지시에 표시된 구체적인 상황에 대하여는 환자보호자의 의사와 관계없이 의사가 판단할 수 있도록 하는 제도적 장치를 마련하는 것이 바람직할 것이다. 제도적 장치의 하나의 대안으로 민법 또는 의료법에서 현재 민법의 해석에 상충하지 않는 범위 내에서 독일의 민법상 관련부분을 참고할만한 가치가 있을 것이다.

4) 아울러 보호자 등이 특정한 의료행위를 요구하더라도 우선 의사가 의학적 판단에 따라 행동할 수 있어야 한다는 점도 전제조건이다. 지금과 같은 상황에서는 의사가 무의미하다고 판단하는 의료행위를 보호자가 요구한다면 거절하기가 쉽지 않다.

5) 2009년 9월 15일 대한변호사협회와 대한의사협회 공동세미나에서 대한변호사협회는 사전의료지시서의 확실성을 담보하기 위하여 공증을 요건으로 하자는 제안을 하였다. 하지만 환자의 가변적인 의사를 반영하기에 공증제도는 타당하지 못하다. 우리나라의 경우는 공증제도를 도입하고 있는 오스트리아와 비교해볼 때, 특히 비용문제로 공증인, 변호사에 대한 접근성이 떨어진다.

그리고 사전의료지시는 환자가 결정능력이 있는 상태에서 미래에 자신이 결정능력이 없을 때를 대비하여 이루어지는 의사표시이므로, 표시되기만 하면 족하다. 따라서 사전의료지시의 방법은 제한이 없다고 보는 것이 타당하다. 구두로도 가능하고 문서로도 가능하다. 다만 실제 환자사전의료지시가 필요한 상황에서 증명력의 차이는 부정할 수 없다. 이에 따라 가급적 문서로 작성할 것이 추천되기는 한다.

6) 사전의료지시서는 환자가 자기 자신의 자기결정권을 보장받기 위해서 작성하는 것이다. 사전의료지시서를 작성하지 않는 것도 환자의 권리라고 할 수 있다. 따라서 사전의료지시가 의료행위를 개시하거나 유지하는 조건이 되어서는

안된다. 독일 개정민법 제1901a조 제4항과 오스트리아 사전의료지시법 제10조와 제15조에서 이러한 규정을 두고 있다.

7) 우리나라에서도 두 법안이 발의 되었다. 하지만 이 법안에서 얼마나 합리적이고 타당한지에 관해서는 의문이 든다. 따라서 우리보다 먼저 제도를 시행하고 있는 외국의 사례를 좀 더 자세히 살펴보고, 사전의료지시서가 실질적으로 작동할 수 있는 법이 만들어져야 할 것이다.

제1장

서론

01 서론

우리 모두는 언젠가 죽는다. 사람들은 시대와 상관없이 죽음을 두려워했고 고통 없는 죽음을 원했다. 문제는 어떻게 죽을 것인가에 있다. 과거 의사의 직업적 소명은 가능한 한 환자의 생명을 연장·유지시키는 것이었다.¹⁾ 이는 국가 법질서가 인간의 생명을 상대화가 금지된 최고위치에서 보호되는 법익으로 간주했기 때문이었다. 아직까지도 우리 주위에는 많은 불치의 병이 존재한다. 그러나 나날이 발전하고 있는 의학기술은 과거에는 생각지 못했던 여러 가지 새로운 형태로 인간의 삶을 연장시키고 있다. 인간의 생명이 인공적으로 유지될 수 있는 가능성이 높아지면 높아질수록 그것이 과연 환자의 의사에 합치되는가에 관한 의문역시 커질 수밖에 없다. 최근 생명의 종기에서 환자의 자기결정권이 생명만큼이나 소중하다는 점에 대체로 긍정하고 있는 추세인 것 같다. 나아가 환자의 의사에 반하는 무의미한 연명치료에 대한 거부권 역시 자기결정권의 중요한 내용으로 인정하고자 노력하고 있다. 그렇다면 의사에게 무조건인 생명유지의무를 부과하거나 강조하는 것은 더 이상 유의미하다고 할 수 없다. 연명치료와 관련한 자기결정권의 문제는 어떻게 죽을 것인가에 대한 문제라고 볼 수 있기 때문이다.

2001년 네덜란드와 2002년 벨기에가 적극적 안락사를 허용하는 법안을 통과

1) 예컨대 LK⁹-Lange, §212 Rn. 10.

시키면서 촉발된 적극적 안락사의 논쟁은 환자가 명확히 의사를 표시할 수 있는 경우에 한한다.²⁾ 따라서 소생가능성 없고 의식이 없는 중환자에 대한 연명치료 중단은 이와는 다른 차원의 문제라 할 것이다. 환자가 자기 결정권을 실제로 행사할 수 있는 경우라면 표시된 의사와의 정합성 여부에 따른 논의가 가능하지만 의식이 없는 환자의 경우 환자의 의식자체를 밝히는 것이 어렵기 때문이다. 환자의 의사를 밝힐 수 없다면 환자의 자기 결정권은 그저 속빈 껍데기일 뿐이다. 우리나라의 경우 가족의 강력한 요구로 치료의 포기·유보·중단하여야 하는지는 임상에서 수없이 부딪히는 문제이다. 그럴 때마다 의사들은 자신의 치료의무가 어디까지인지, 환자의 연명치료를 어느 시점까지 유지해야 하는지에 대한 어려운 문제 위에 놓여진다.

2009년 5월 21일 우리나라에서는 최초로 연명치료중단에 관한 대법원의 판결이 내려졌다.³⁾ 환자사전의료지시제도의 필요성에 관한 집중적인 논의의 계기가 된 이 사건의 판결문에는 “환자가 회복 불가능한 사망의 단계에 이르렀을 경우에 대비하여 미리 의료인에게 자신의 연명치료 거부 내지 중단에 관한 의사를 밝힌 경우”를 ‘사전의료지시’라고 칭하고, 환자의 의사가 바뀌었다고 할 특별한 사정이 없는 한 자기결정권의 행사로 인정할 수 있다”고 하여 사전의료지시제도에 대한 입장을 직접 밝히고 있다.⁴⁾ 사전의료지시제도에 대한 논의가 중요한 이유는 환자의 자기결정권 보장과 관련되기 때문이다.

보건복지가족부 암정책팀은 환자의 존엄사에 대한 사전의사결정 근거를 담은 ‘호스피스 완화 의료에 관한 법률’ 입법을 추진 중이며 국회에서는 김충환의원이 대표 발의한 ‘호스피스·완화의료에 관한 법률안’,⁵⁾ 신상진의원원이 대표 발의한 소위 ‘존엄사 법안’⁶⁾과 김세연의원이 대표 발의한 ‘삶의 마지막 단계에서 자연스러

2) 우리나라에도 적극적 안락사를 허용하지는 견해가 있으나 이 보고서에서는 논하지 않는다. 적극적 안락사를 허용하지는 견해로는 임웅, 안락사 허용론, 형사법연구 제16호 특집호 (2001), 216쪽 이하; 제한적인 허용론은 정현미, 안락사의 형법적 허용한계, 형사법연구 제16호 특집호(2001), 240쪽 이하 참고

3) 대법원 2009. 5. 21. 선고 2009다17417 판결. 이 판결에 관한 자세한 분석은 이석배, 연명치료중단의 기준과 절차, 형사법연구 제21권 제2호 (2009), 147쪽 이하.

4) 대법원 2009. 5. 21. 선고 2009다17417 판결, 판결문 4쪽 이하.

5) 2008년 12월 9일 의안번호 1802935. 2010년 4월 28일 암관리법 전부개정법률안으로 대안폐기.

운 죽음을 맞이할 권리에 관한 법률안⁷⁾ 등이 상정되어 국회 및 시민단체에서 여러 차례 토론회가 열렸고,⁸⁾ 2010년 4월 28일 압관리법이 전면 개정되었다. 아울러 대한의사협회는 연명치료중지에 관한 지침 제정 특별위원회를 구성하여 “연명치료 중지에 관한 지침(안)”으로 대한변호사협회와 함께 공동세미나를 개최하였다.⁹⁾ 세브란스병원은 판결이 나오기 직전에 환자의 상태를 3단계로 구별한 소위 “존엄사 가이드라인”을 만들었다.¹⁰⁾ 또 서울대학교병원은 “말기 암환자의 심폐소생술 및 연명치료 여부에 대한 사전의료지시서”를 공식적으로 시행하기로 하였다.¹¹⁾

이와 같은 일련의 움직임들이 환자사전의료지시제도 또는 사전의료지시제도만을 주제로 삼고 있는 것만은 아니지만 논의의 핵심부분임은 분명하다. 그리고 이는 우리보다 먼저 환자사전의료지시제도를 시행하고 있는 외국의 법제에 대한 검토가 필요함을 보여주는 것이라 할 수 있을 것이다.

6) 2009년 2월 5일 의안번호 1803730.

7) 2009년 6월 22일 의안번호 1805232.

8) 대표적으로 전현희 의원과 변용전 의원이 각각 2008년 12월 19일 ‘존엄사 허용, 입법적 해결 가능한가?’로, 같은 달 22일 ‘존엄사와 안락사’라는 주제로 국회에서 토론회를 개최하였고, 2008년 10월 2일 경실련, 홍익대학교 법학연구소, 한림대학교 법학연구소 공동으로 ‘말기환자의 자기결정권 존중을 위한 입법제안 심포지엄’에서 토론회가 있었다.

9) 연명치료중지에 관한 지침 제정 특별위원회, 연명치료 중지에 관한 지침(안), 연명치료중지 관련 입법 가이드라인 제시, 대한변호사협회·대한의사협회 공동세미나 자료집 (2009. 9. 15.), 13쪽 이하; 고윤석, 의료현장에서의 삶의 마무리 - 규범을 중심으로, 삶의 마무리 - ‘존엄사’ 논의를 넘어서, 아산재단 창립 33주년 기념 심포지엄 자료집 (2010. 6. 24.), 63쪽 이하. 이에 대한 형법적 관점에서 개략적인 분석으로는 김성룡, 연명치료중단의 기준에 관한 법적 논의의 쟁점과 과제, 형사법연구 제 22권 1호 (2010), 23, 35쪽 이하 참고.

10) 2009년 5월 18일 경향신문 등 각 일간지 참조

11) 2009년 5월 21일 YTN 12시 정오뉴스 및 각종 일간지 참고

제2장

자기결정권과 사전의료지시

자기결정권과 사전의료지시

제1절 자기결정권과 생명권

인권의 국제화경향에 따라 국제연합헌장, 세계인권선언, 유럽인권협정, 국제연합인권선언, 국제연합인권규약 등은 인간의 존엄성에 관한 규정을 명시하고 있다.

대다수의 근대적 의미의 헌법에서는 국가가 인간의 존엄성과 생명을 존중하고 보호할 것을 규정하고 있다.¹²⁾ 우리 헌법 제10조에 역시 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”고 하여, 모든 인간은 존엄권의 주체로 자신의 존엄에 대해 존중을 받을 권리가 있음을 천명하고 있다. 이로부터 헌법을 근거지우는 여러 가지 원칙들, 예컨대 입법·사법·행정 등 모든 국가권력의 기본권 보호의무 등이 자연법이 아닌 실정법상의 원칙으로 도출된다. 다시 말해 모든 인간은 특정한 목적을 위한 수단으로 활용되거나 타인의 결정이나 행위로 인한 침해를 받지 않을 불가침의 권리를 갖는다.¹³⁾

12) 이에 대한 연혁은 정재황, 한국에서의 인간존엄성의 보장, 세계헌법연구 제7호 (2002), 98쪽 이하 참고

13) 이 규정이 없다고 하더라도, 인간이 스스로 존엄성을 가진다는 것은 자연법(천부인권)으로서 인정될 수도 있다. 하지만, 이미 인간의 존엄이 실정화되고, 과잉입법금지의 원칙과 마찬가지로 과소입법(입법부작위)금지까지 인정되는 법이론적 현실에서 자연법적 논증은 너무 멀리 있어 보인다. 따

인간의 존엄은 다른 기본권들과는 달리 어떠한 제한도 가해질 수 없는, 국가에 의해서 절대적으로 보호되는 권리로 이해된다.¹⁴⁾ 바꾸어 말하면 헌법 제37조 제2항이 말하는 기본권의 본질적인 내용으로서 법률로도 제한할 수 없는 불가침의 권리인 것이다.¹⁵⁾ 따라서 인간은 국가와 모든 타인에 의한 침해에 대하여 안전이 보장되어야 하고, 어떠한 타인이나 국가의 이익과도 비교형량 될 수 없는 권리로서 국가의 규범목적은 인간의 존엄을 지향해야 한다.¹⁶⁾

이를 위한 핵심적 전제조건은 개개인이 자신의 존엄성을 스스로 결정할 수 있어야 한다는 것이다. 그리고 이것이 행복추구권, 즉 자신의 법익에 대해 타인의 부당한 간섭을 받지 않고 스스로 결정할 수 있는 자기결정권이라는 형태로 나타난다. 아울러 이러한 인간존엄의 가장 기초가 되는 것으로서 생명권은 모든 개별 기본권의 전제가 되는 인간으로서의 지위를 유지시켜주는 생물학적 기초로 헌법상 모든 기본권의 전제로서 기능하는 기본권 중의 기본권으로 이해된다.¹⁷⁾

이처럼 존엄한 인간으로서 지위를 유지시키기 위한 생명권과 존엄권을 실현하는 자기결정권은 기본권 중에 가장 핵심적인 기본권으로 생명권과 자기결정권의 보호는 국가의 최우선 과제라고 볼 수 있다. 그러나 분명히 해야 할 것은 생명권과 자기결정권이 인간존엄을 보장하기 위한 가장 핵심적인 기본권이기는 하지만, 생명권 또는 자기결정권에 대한 침해가 바로 인간존엄에 대한 침해를 의미하는 것은 아니라는 점이다. 모든 기본권은 인간의 존엄을 구체화 한 것이다. 만약 인간의 존엄에서 파생된 기본권의 침해나 제한이 모두 인간의 존엄을 침해하는 것이라고 이해한다면, 모든 기본권의 제한은 인간의 존엄을 제한하는 것이 된다. 그렇다면 기본권 제한을 인정하기 위해서는 인간의 존엄도 제한이 가능한 기본권이라고 하던지,¹⁸⁾ 아니면 기본권의 제한을 예정하고 있는 헌법 제37조 제

라서 이 글에서는 인간의 존엄을 실정화된 인간의 가치의 창설로 이해한다. 같은 입장으로 장영수, 헌법학 (2007), 565쪽.

14) 장영수, 헌법학 (2007), 569쪽; 정종섭, 헌법학원론 (2007), 357쪽; 허영, 한국헌법론 (2006), 326쪽.

15) 제37조 제2항에 의하여 법률로써 제한이 가능하다는 견해로는 이준일, 헌법학 강의 (2007), 437쪽.

16) BVerfGE 61, 126, 137; Il-Su Kim/이석배 역, 착상이전 단계에서 배아보호, 형사법연구 제16호 특집호 (2002), 17쪽. 같은 취지로 헌법재판소 2001. 7. 19, 2000헌마546 결정.

17) 헌법재판소 1996. 11. 28, 95헌바1 결정; 계희열, 헌법학 [중] (2005), 238쪽.

18) 인간의 존엄도 그 단계에 따라서 보호의 등급화가 가능하다는 주장이 있다. Lorenz, Die

2항의 조항 자체가 위헌이라고 하여야 할 것이다. 모든 규범과 국가의 정책이 인간의 존엄을 보장해야 한다는 점은 너무나도 당연한 것이지만, 인간의 존엄을 생명윤리에 직접적인 논거로 사용하는 것은 논증에서 오히려 동전의 양면처럼 사용되어 혼란을 일으킬 수 있기 때문에 배제함이 바람직하다.¹⁹⁾ 따라서 이 연구에서는 ‘인간의 존엄’을 논증의 도구로 사용하는 것을 포기하고 인간의 존엄을 실현하는 구체적인 기본권으로 인정되고, 생명의료윤리에서도 가장 핵심적인 내용으로 인정되는 자기결정권과 생명권을 논증의 도구로 사용한다. 여기서 강조하고 싶은 점은 ‘인간존엄 논증의 포기’를 ‘인간존엄의 포기’로 오해해서는 안 된다는 점이다.²⁰⁾

1. 환자의 자기결정권과 생명보호

1. 법의 관점에서 자기결정권과 생명권

헌법상 생명권은 타인으로부터 자신의 생명·신체에 부당한 침해를 받지 않을 권리인 소극적 의미의 생명·신체에 대한 자기결정권으로 이해할 수 있다.²¹⁾ 인간에 대한 살해행위 및 신체침해의 금지는 모든 근대헌법의 기본권 중에서도 가장 보편적이고 핵심적인 것이다. 생명권은 국가에 대한 소극적인 방어권일 뿐만 아니라, 제3자의 침해에 대해 국가기관이 형법을 통해 보장해 주어야 하는 기본권의 보호 의무를 부과한다.²²⁾

verfassungsrechtliche Garantie der Menschenwürde und ihre Bedeutung für den Schutz menschlichen Lebens vor der Geburt, ZfL 2001, 38, 44 f. 참고

19) 이에 대한 자세한 논거는 이석배, 형법상 절대적 생명보호원칙의 범위와 한계, 한국형법학의 새로운 지평 - 심온김일수교수화갑기념논문집 (2006), 673쪽 이하 참고

20) 이석배, 생명윤리에 대한 형법적 보호의 범위와 한계, 동아법학 제42호 (2008), 117, 119쪽 이하.

21) 독일 기본법은 제2조 제2항에서 생명권에 대하여 규정하고 있다. 따라서 독일 기본법은 이 조항의 해석으로 생명권이 소극적 권리임을 논증할 수 있다. 하지만 이에 대한 규정을 두고 있지 않은 우리 헌법에서도 이러한 생명권의 이러한 특성은 권리의 성격으로부터 도출할 수 있다.

22) BVerfGE 77, 170, 214; Hörmle, Menschenwürde und Lebensschutz, ARSP 89 (2003), 318; Starck, Menschenwürde als Verfassungsgarantie im modernen Staat, JZ 1981, 459.

이에 대하여 촉탁살인죄, 자살교사·방조죄를 처벌하는 규정이 다른 법익과는 달리 생명권의 절대적 보호를 의미하는 것이라는 견해가 있다.²³⁾ 이 견해에 의하면 모든 개개인은 사회에 대한 생명유지의 의무가 있으므로 자살도 타살과 동일한 불법을 가지는 것이다. 그리고 자살이 처벌되지 않는 이유를 입법의 불비 또는 (당벌성은 있으나) 사실상의 처벌이 불가능한 것으로 본다.²⁴⁾ 결국 자신의 생명과 신체에 대한 타인의 침해는 물론, 스스로가 직접 생명신체를 위태롭게 할 권리 역시 인정할 수 없다는 것이다.²⁵⁾ 즉 생명은 타인과 관계속에서 형성되는 관계법익으로서, 개인은 처분권을 가지지 않는다는 점을 논거로 한다.²⁶⁾

생명권이라는 헌법상의 권리로부터 개인의 생명처분권은 나오지 않는다는 점은 받아들일 수 있다. 생명권은 국가 또는 제3자에 대한 시민의 방어권 및 국가에 대한 보호요구권을 포함하고 있지만, 생명권 자체가 권리의 객체인 “생명·신체”의 자유로운 처분권까지 포함하는 것은 아니다. 생명권은 자신의 생명에 대한 부당한 침해를 방어하고 국가에 그 보호를 요구할 수 있는 권리에 대하여 말할 뿐, 그 처분권에 대하여는 침묵하기 때문이다.²⁷⁾ 즉 생명권은 그 자체로 개인의 생명에 대한 처분을 허용하지도 금지하지도 않는다. 또한 촉탁살인죄와 자살관계죄의 규정은 타인의 생명이라는 법익에 관여하지 말 것을 요구할 뿐, 그 자체가 자신의 법익에 대하여는 침묵하는 것으로 보아야 한다. 따라서 생명권에서 생명에 대한 처분권이 나오지 않는다고 해서 바로 생명유지의무를 법적으로

23) Rengier, BT II (2002), §6 Rn. 2; 신동일, 존엄사에 대한 형법적 물음, 형사정책연구 제20권 제1호 (2009), 325, 333쪽; 최민영, 존엄사와 생명처분권 제51회 안암법학회 2010년 추계학술발표회 자료집, 47, 52쪽 이하.

24) 최민영, 존엄사와 생명처분권 제51회 안암법학회 2010년 추계학술발표회 자료집, 47, 52쪽 이하; Schmidhäuser, Selbstmord und Beteiligung am Selbstmord, FS-Welzel, 801, 819; Klinkenberg, Die Rechtspflicht zum Weiterleben und ihre Grenze, JR 1978, 441 ff.; Die Pflicht, den Suizid zu unterlassen, ein unerträglicher Verlust an Freiheit?, JR 1979, 183 ff.

25) 계희열, 헌법학 [증] (2005), 241쪽; 장영수, 헌법학 (2007), 604쪽. 상해죄의 경우 피해자승낙이 있는 경우라도 사회상규에 반하는 경우에는 정당화를 인정할 수 없다는 다수설의 견해도 같은 맥락으로 여겨진다. 대표적으로 김일수, 한국형법 III (1996), 149쪽.

26) 신동일, 존엄사에 대한 형법적 물음, 형사정책연구 제20권 제1호 (2009), 325, 333쪽.

27) 대표적으로 Bottke, 김성돈 역, 촉탁살인과 안락사, 형사법연구 제16권 특집호 (2002), 207쪽; Hirsch, Behandlungsabbruch und Sterbehilfe, FS-Lackner (1987), 597, 601.

근거지을 수 있는 것은 아니다. 이것은 기본권주체가 스스로 자신의 생명을 처분할 수 없다는 것은 아니라, 개인의 생명처분권의 인정여부는 논의의 차원이 다르다는 것을 의미할 뿐이다.

비록 생명권에서 자신의 생명에 대한 적극적 자기결정권을 도출하기 어렵다 할지라도, 인간의 존엄과 인격권의 핵심인 자기결정권을 자신이 가지고 있는 모든 법익에 대해 스스로 결정하는 자유로 이해하게 되면, 생명에 대하여도 스스로 결정할 수 있는 권리를 가진다고 해석할 수 있다.²⁸⁾ 물론 이에 대한 제한도 역시 가능할 수는 있다. 그러나 이는 생명권과 마찬가지로 아주 예외적인 경우로만 한정되며,²⁹⁾ 그 예외적인 경우는 타인의 권리를 침해하는 경우로 이해하여야 한다. 법적인 관계에서 권리와 의무는 상호 대칭적으로 법적으로 보장되는 자유의 기본적인 영역에 속하는 것으로 그러한 권리의 향유자에게 의무는 자신의 권리를 포기하지 않는 것이 아니라, 타인의 권리를 침해하지 않는 것이기 때문이다. 즉 의무의 내용은 타인의 권리를 행사할 수 있도록 존중하는 것이며, 의무에 부합하는 권리는 자신의 권리를 침해하지 말라는 것으로 다른 권리의 주체에게 부가되어야 하기 때문이다.³⁰⁾

또 자신의 생명·신체에 대한 적극적 자기결정권을 인정하지 않고 앞서 언급한 생명권의 소극적 방어권만으로도 자기결정권의 소극적 측면에 대한 설명이 가능하다. 생명권은 적극적으로 자신의 생명을 처분할 권리를 담고 있지는 않지만, 자신의 의사에 반하는 생명·신체에 대한 침해를 방어할 권리를 가진다. 이에 따라 생명을 유지하는 처치나 치료를 거부할 수 있다. 이러한 의미에서 생명에 대한 자기결정권의 소극적 측면은 절대적으로 보장되어야 한다.³¹⁾ 이러한 소극적

28) Arth. Kaufmann, Euthanasie - Selbsttötung - Tötung auf Verlangen, in: Strafrecht zwischen Gestern und Morgen (1983), 137, 144; Klug, Das Rechts auf einen menschenwürdigen Tod, in: Rechtsphilosophie Menschenrechte Strafrecht (1994), 186, 187.

29) 신동일, 사전의료지시서: 법이론과 현실, 안암법학 제28호 (2009), 229, 236쪽은 생명권은 헌법 제37조 제2항의 법률유보조항에도 불구하고 제한이 불가능한 불가침의 권리로 이해한다.

30) Jakobs, Zum Unrecht der Selbsttötung und der Tötung auf Verlangen, FS-Kaufmann (1993), 459, 460; Merkel, Früheuthanasie (2002), 397f.; 이 점에 관하여 자세히는 이석배, 형법상 절대적 생명보호원칙의 범위와 한계, 한국형법학의 새로운 지평 - 심온김일수교수화갑기념논문집 (2006), 673쪽 이하 참고.

의미의 자기결정권은 생명권에서 직접 도출되는 것으로 자신의 생명·신체에 대한 침습을 거부할 수 있는 권리이며 적극적 자기결정권과는 논의의 차원이 다르다. 그러므로 소극적인 의미로 죽을 권리는 생명권에서 직접 도출될 수 있다. 오해해서는 안되는 것은 여기서 인정되는 권리는 죽을 권리가 아니라, 치료행위를 거부할 수 있는 권리이다. 죽음의 결과는 치료를 거부함으로써 나타나는 반사적 효과라고 볼 수 있다. 이러한 권리는 환자의 선택이 의학적인 관점에서 그리고 객관적인 일반인의 관점에서 비합리적이라고 할지라도 변함없이 인정되며 독일의 연방대법원, 국가윤리위원회, 연방의사협회의 통일적인 입장이기도 하다.³²⁾

적극적 안락사 논의에서 자기결정권과 소극적 안락사 내지 연명치료중단에서 자기결정권은 그 성격에 차이가 있다. 이것이 서구의 많은 국가들과 유럽인권법원이 환자의 추정적 의사가 인정되면 연명치료의 중단을 허용하면서도, 더욱 강력한 자기결정권의 행사인 명시적 의사가 있는 경우임에도 불구하고 적극적 안락사를 금지하는 이유이기도 하다.³³⁾ 이러한 관점에서 보면 소극적 안락사는 잠재적이긴 하지만 이성적인 결정이고, 적극적 안락사는 현실적이긴 하지만 충동적이고 비이성적인 것으로 보기 때문에 자기결정권을 더 명확히 행사하는 적극적 안락사를 금지하는 것이라는 주장³⁴⁾ 역시 자기결정권의 적극적 측면과 소극적 측면을 구별하지 않는에서 오는 오류를 범한 것으로 볼 수 있다.

결국 촉탁살인죄 규정이 가지는 의미는 타인의 생명침해에 대한 절대적 금지를 규정한 것이며, 형법상 보호법익으로서 타인의 생명에 대한 침해가 피해자의 승낙에 의해서는 정당화 될 수 없다는 것을 보여주는 것일 뿐 자신의 생명·신체에 대하여 처분을 금지한 규정이라고 보기는 어렵다.³⁵⁾ 이러한 의미에서 환자의

31) Bottke, 김성돈 역, 촉탁살인과 안락사, 형사법연구 제16권 특집호 (2002), 207쪽.

32) Nationaler Ethikrat, Patientenverfügung (2005), 10; Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung, DÄBl. 101 (2004), A-1298, 1299; Schroth, Sterbehilfe als strafrechtliches Problem - Selbstbestimmung und Schutzwürdigkeit des tödlich Kranken, GA 2006, 549, 555.

33) The European Court of Human Rights, PRETTY v. United Kingdom (N°2346/02), Judgment 29. 4. 2002 [Section IV].

34) 이상돈, 치료중단과 형사책임 (2003), 29쪽 이하.

명시적인 치료의 거부기가 있다고 하더라도, 생명에 위험을 초래할 수 있는 경우에는 의사가 환자의 의사에 반하여 치료해야 한다는 의무를 부과할 수 있다고 하는 것은³⁶⁾ 환자의 신체에 대한 불가침권, 즉 신체에 대한 소극적 자기결정권에 대한 침해가 된다. 따라서 타인의 권리에 대한 침해가 없음에도 불구하고 이러한 기본권을 제한하는 것은 다원주의 국가에서 받아들이기 어려운 지나치게 후견적인 관점이라고 볼 수 있다.³⁷⁾ 개개인은 권리를 가지고 “살아있는 동안 사회에 의무를 지는 것이지, 살아야 할 의무를 지는 것은 아니”³⁸⁾라는 점을 상기해야 할 것이다.

모든 의료행위는 원칙적으로 의사와 환자의 자기결정권에 따라 이루어져야 하는 것이며 이것이 바로 의료윤리의 핵심이다. 하지만 현실에서는 이를 제한하는 규정이 많다. 헌법 제37조 제2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다”고 하

35) 이러한 입장도 촉탁살인죄 규정은 직접적으로 자기결정권을 제한하는 것으로 후견주의 이외에는 아무런 근거도 없는 것이며, 폐지되어야 한다고 하는 견해와 (Marx, Zur Definition des Begriffs »Rechtsgut« (1972), 64 ff.; Schmitt, Strafrechtlicher Schutz des Opfers vor sich selbst? Gleichzeitig ein Beitrag zur Reform des Opiumgesetzes, FS-Maurach (1972), 412, 415; ders., Das Recht auf den eigenen Tod, MDR 1986, 617, 620), 합리적인 이유를 인정할 수 있는 경우에는 적용을 배제해야 한다는 견해로 (Herzberg, Der Fall Hackethal: Strafbare Tötung auf Verlangen, NJW 1986, 1635, 1641 f.; Jakobs, Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem (1998), 14 ff.; Arth. Kaufmann, Euthanasie-Selbsttötung-Tötung auf Verlangen, Strafrecht zwischen Gestern und Morgen (1983), 137, 145 f.; Klug, Das Rechts auf einen menschenwürdigen Tod, in: Rechtsphilosophie Menschenrechte Strafrecht (1994), 186, 188; Merkel, Früheuthanasie (2002), 401; Wolfslast, EG-Brauneck, 473 ff.) 나뉜다.

36) 대법원 2009. 5. 21. 선고 2009다17417 판결, 판결문 3-4쪽, 서울지법 남부지원 1998. 5. 15. 선고 98고합9 판결; 최민영, 존엄사와 생명처분권 제51회 안암법학회 2010년 추계학술발표회 자료집, 47, 52쪽 이하.

37) 자세한 논거는 Feinberg, Legal Paternalism, in: Right, Justice and the Bounds of Liberty (1980), pp. 110-129; Harm to Self, The Moral Limits of the Criminal Law Vol. 3 (1986), pp. 12-16 참고.

38) Arth. Kaufmann, Euthanasie-Selbsttötung-Tötung auf Verlangen, Strafrecht zwischen Gestern und Morgen (1983), 137, 144. 같은 맥락으로 Duttge, Preis der Freiheit: Zum Abschlussbericht der Arbeitsgruppe »Patientenautonomie am Lebensende«, ZfL 2004, 30, 32.

여 명시적으로 헌법에 그 요건을 두고 있다. 이 규정의 본 취지는 국가의 자의적인 기본권 제한을 방지하는 것이었지만, 현대국가에서 국가의 후견적 입장을 제한하는 데에도 동일하게 적용될 필요가 있다고 할 수 있을 것이다. 신체에 대한 불가침권, 소극적 자기결정권을 헌법상 보장된 핵심적인 기본적이라고 이해하면 그에 대한 제한이 비록 후견적인 입장에서 국민을 위한 것이라고 하더라도 합리적인 이유가 있어야 한다. 또한 그러한 합리적인 국가의 제안을 국민이 받아들이지 않는 경우, 타인의 권리에 대한 침해가 없다면 그 결정은 존중되어야 한다. 다원주의 국가에서는 국가와 사회일반인의 옳을 개인이 무조건적으로 받아들이야 하는 옳이라고 단정 지을 수 없다. 결국 이러한 후견적인 관점이 관철될 수 있는 근거는 “사는 것이 죽는 것보다는 낫다”는 것 이외에는 근거가 없다.³⁹⁾

우리 법원도 “의사의 진단 또는 치료를 위한 의료행위는 환자가 위와 같이 결정권을 가지는 신체 및 기능에 대한 침해행위를 필수적으로 수반하게 되므로 환자는 자신의 질병에 대하여 치료를 받을 것인지 여부 및 치료의 범위에 관하여 스스로 결정할 권리를 가지게 된다. 그러므로 환자는 치료를 받지 않으면 질병이 계속 진행되어 장차 시간이 지나면 사망에 이르게 될 상황이라고 하여도 자기결정권에 기초하여 치료를 시작하지 아니하거나 계속되어 온 치료를 중단하는 의사결정을 할 수 있으며, 의사는 환자가 치료에 관한 자기결정권을 유효하게 행사할 수 있도록 환자의 질병 및 치료에 관한 상세한 정보를 제공하여야 하고 이에 기초한 환자의 의사결정에 반하는 치료행위를 하여서는 아니 된다 할 것이므로, 환자의 자기결정에 기초한 치료 중단이 요구가 있는 경우 특별한 사정이 없는 한 의사는 이에 응해야 할 의무가 있다”고 원칙상 이를 인정한다.⁴⁰⁾

하지만 대법원은 “환자의 동의는 헌법 제10조에서 규정한 개인의 인격권과 행복추구권에 의하여 보호되는 자기결정권을 보장하기 위한 것으로서, 환자가 생명과 신체의 기능을 어떻게 유지할 것인지에 대하여 스스로 결정하고 진료행위

39) 같은 생각으로 Merkel, Früheuthanasie (2002), 407쪽 이하.

40) 대법원 2009. 5. 21. 선고 2009다17417 판결. 세브란스병원사건에서 대법원 다수의견 역시 원칙적으로는 이 점을 인정하였다. 서울서부지방법원 2008. 11. 28. 선고 2008가합6977 판결. 서울지방법원 남부지원 1998. 5. 15. 선고 98고합9 판결도 같은 입장이다.

를 선택하게 되므로, … … 환자가 그 진료행위의 중단을 요구할 경우에 원칙적으로 의료인은 이를 받아들이고 다른 적절한 진료방법이 있는지를 강구하여야 할 것”이며 다만 “인간의 생명은 고귀하고 생명권은 헌법에 규정된 모든 기본권의 전제로서 기능하는 기본권 중의 기본권이라 할 것이므로, 환자의 생명과 직결되는 진료행위를 중단할 것인지 여부는 극히 제한적으로 신중하게 판단하여야 한다”고 한다.⁴¹⁾ 법원판단과 같은 입장에서 자율성은 타인의 삶과 관련되는 자율성이고, 그 자율성은 공통체가 용인한 자율성으로 보기도 한다.⁴²⁾

그러나 여기에서 오해하지 말아야 할 것은 생명의 보호와 생명권의 보호가 동일한 것은 아니라는 점이다. 여기서 생명권의 보호는 환자가 원하지 않는 치료를 받지 않을 권리를 보호하는 것이고, 그러한 권리를 인정하면 생명의 보호는 어려워진다. 따라서 이러한 상황에서는 생명보호와 자율성의 보호가 언제나 같은 방향에서 보호되는 것이 아니다.⁴³⁾ 대법원의 판결문에 나타난 입장은 생명보호와 생명권의 보호를 동일하게 여긴 오해에서 발생한 것이라 생각한다.⁴⁴⁾ 예컨대 말기환자에 대한 심폐소생술 (Cardiopulmonary Resuscitation; CPR)은 환자의 명백한 생전 거부 의사표시(do not resuscitate; DNR)가 있으면 허용되지 않는다. 국가가 생명의 보호를 마지막까지 하지는 못하였지만 생명·신체에 대한 부당한 침해 받지 않을 권리인 소극적 의미의 생명·신체에 대한 자기결정권인 생명권을 보호한 것이기 때문이다. 치료중단과 관련된 생명권이 타인으로부터 생명·신체에 대한 부당한 침해를 받지 않을 권리로, 자기결정권도 소극적 의미의 생명·신체에 대한 자기결정권으로 이해한다면, 치료행위의 거부는 절대적으로 보장되어야 하고 이러한 법원의 입장은 지나치게 후견적이라고 볼 수 있다.⁴⁵⁾

41) 대법원 2009. 5. 21. 선고 2009다17417 판결, 판결문 3-4쪽.

42) 김현철, 현대 한국사회에서 죽음 문화의 지평, 삶의 마무리 - ‘존엄사’ 논의를 넘어서, 아산재단 창립 33주년 기념 심포지엄 자료집 (2010. 6. 24.), 31, 42쪽.

43) 이에 대하여는 Hufen, In dubio pro dignitate. Selbstbestimmung und Grundrechts- schutz am Ende des Lebens, NJW 2001, 849 ff. 참고.

44) 이 점에 관하여 자세하게는 이석배, 연명치료중단의 기준과 절차, 형사법연구 제21권 제2호 (2009), 147쪽 이하 참고.

45) 이석배, 연명치료중단의 기준과 절차, 형사법연구 제21권 제2호 (2009), 147, 167쪽.

2. 의료윤리의 관점에서 자기결정권과 생명권

법적 구속력은 없지만 실제로는 의사들에게 가이드라인 역할을 하고 있는 대한의사협회(이하 의협)의 의사윤리강령과 의사윤리지침을 살펴볼 필요가 있을 것이다.

2006년 4월 22일 개정된 의사윤리강령 제1조는 “의사는 인간의 존엄과 가치를 존중하며……”라고 하여 인간의 존엄과 가치를 최고과제로 규정하고 있다. 이는 우리 헌법상의 요구를 반영한 규정으로 볼 수 있다. 하지만 이것이 언제나 환자의 생명을 유지해야 하는 것을 의미하는 것으로 보이지는 않는다.

같은 날 개정된 의사윤리지침 제17조는 “생명이 위험한 환자의 의료중단 및 퇴원요구시 조치”에 관한 규정을 두고 있다.⁴⁶⁾ 제1항은 “의료행위가 중단되면 생명에 위험이 초래되거나 또는 생명이 위급한 환자에 대하여 의사가 필요하고도 충분한 설명을 하고 계속적인 치료를 받을 것을 설득하였음에도 그 환자가 심신이 안정적인 상태에서 자유로운 의사에 따라 생명유지 치료 등 의료행위의 중단 또는 퇴원을 서면으로 요구하고, 그 이후 반복적으로 퇴원을 요구하면서 진료를 거부하거나 방해하는 등의 행위를 하는 경우, 의사는 인격권, 행복추구권과 의료선택권 등을 갖는 환자의 그 요구를 의학적으로 회피할 수 없다고 판단되면 의료를 중단할 수 있다.”고 규정하고 있다. 환자의 명시적 진료거부가 있는 경우 의사가 치료를 중단할 수 있음을 나타낸 것이다. 이는 의료윤리적으로 환자의 명시적 의사표시에 의하여 생명에 위험을 초래할 수 있는 환자에 대하여

46) 구 의사윤리지침 제28조 (진료 중단과 퇴원 요구시 유의사항): ① 의사는 생명이 위급한 환자, 또는 가족 등 그러한 환자의 대리인이 의사의 의학적 판단과 충고에 반하여 생명유지치료를 비롯한 진료의 중단이나 퇴원을 요구하는 경우 신중하고 적절하게 대처하여야 한다.

② 의사의 충분한 설명과 설득 이후에도 생명이 위급한 환자가 자신의 자율적 결정에 의하여 생명유지치료를 비롯한 진료의 중단이나 퇴원을 문서에 의하여 요구하는 경우 의사가 불가피하게 그러한 요구를 받아들이는 것은 허용된다. 의사는 그러한 경우에도 환자가 심리적으로 안정된 상태에서 그와 같은 결정을 하였는지 면밀히 확인하여야 한다.

③ 의사는 환자가 의식불명에 빠지는 등 자율적 결정을 내릴 수 없는 상황에서 생명이 위급한 환자를 대신하여 가족 등 환자 대리인이 의사의 충분한 설명과 설득 이후에도 생명유지치료를 비롯한 진료의 중단이나 퇴원을 문서에 의하여 요구하는 경우 그러한 요구가 환자의 이익과 의사에 부합하는지 신중히 고려하여야 한다. 환자 대리인의 요구가 환자의 이익과 의사를 충실히 반영한다고 판단되는 경우 의사가 불가피하게 그러한 요구를 받아들이는 것은 허용된다.

치료를 중단하더라도 그것이 인간의 존엄과 가치를 부정하는 것은 아니라는 점에서 타당한 규정이라고 볼 수 있다. 환자의 진료거부 의사표시의 형식은 본래 특별한 제한이 없지만 서면으로 요구하는 이유는 환자의 명시적 의사표시를 사후에 증명하기 위한 증명수단으로 이해할 수 있다. 위에서 언급한 소극적 의미에서 자기결정권의 행사는 절대적으로 보호되어야 한다는 점에서 타당한 규정이라고 생각한다.⁴⁷⁾

하지만 제2항의 “의식불명인 환자 또는 스스로 의사표시를 할 수 없는 생명이 위급한 환자의 가족 등 보호자에 대하여 의사가 필요하고도 충분한 설명을 하고 계속적인 의료를 받을 것을 설득하였음에도 그 보호자가 환자의 생명유지 치료를 비롯한 의료행위의 중단 또는 퇴원을 서면으로 요구하고, 그 이후 반복적으로 퇴원을 요구하면서 진료를 거부하거나 방해하는 등의 행위를 하는 경우, 의사는 환자가 의식이 있다면 그 환자가 가질 수 있는 의사와 이익을 신중히 고려하여 보호자의 의사 및 요구와 환자의 추정적 의사 등이 의학적, 사회통념적으로 수용될 수 있다고 판단되면 보호자의 의사를 존중하여 의료를 중단할 수 있다”는 규정처럼 환자의 의사가 아니고 보호자의 의사에 따라 치료를 중단할 수 있다는 점은 다시 고려할 필요가 있다. 생명과 같이 일신전속적이고 아주 사적인 문제를 타인이 자신의 의사에 따라 결정한다는 것은 인정하기 어렵다. 보라매병원 사건과 종교적인 이유로 부모가 수혈을 거부한 경우가 대표적인 사례이다.

일반적인 의료계약관계의 경우는 대리가 가능하지만 그 범위가 죽음을 야기하는 치료의 중단과 같이 직접적으로 생명·신체와 관련된 경우에도 대리가 가능한지에 대하여는 의문이다. 또한 대리가 가능하다고 하더라도 대리인의 이해상반 행위를 금지하는 민법규정(제124조, 제921조)에 비추어보면 대부분의 경우 보호자는 당해환자가 사망하는 경우 상속인으로서의 지위에 서게 되기 때문에 대리인의 가능성에는 여전히 의문을 지을 수 없다. 보호자의 동의는 환자의 최선의 이익을 위해서만 가능하다고 보아야 하므로, 부당한 동의는 동의로서의 요건을 충족하지 못한다고 해야 한다.⁴⁸⁾

47) 이석배, 생명윤리에서 생명권과 자기결정권 생명윤리정책연구 창간호 (2007), 81, 86쪽 이하.

48) 이석배, 연명치료중단의 기준과 절차, 형사법연구 제21권 제2호 (2009), 147, 167쪽; 한삼인, 설명

3. 말기환자에 대한 의사의 임무

모든 수단을 동원해서라도 말기환자의 생명을 유지시키고 연장시킬 것을 의사에게 의무지울 수는 없다. 만약 아무런 희망 없는 환자의 생명연장이 단지 식물과 같은 상태의 생명연장만을 의미한다면 오히려 그것이 의사의 직업윤리에 반할 수 있을 것이다. 2006년 4월 개정된 의협 의사윤리지침 제16조 제2항의 “의사는 죽음을 앞둔 환자가 자신의 죽음을 긍정적으로 받아들여 품위 있는 죽음을 맞이할 수 있도록 노력하여야 한다” 규정은 이러한 내용을 명백하게 보여준다.⁴⁹⁾ 이 규정은 생명을 유지하고 치료하는 것이 의사의 최우선 과제지만 치료와 소생이 불가능하다고 판단되는 경우에는 고통의 감경과 환자의 인격을 존중하는 것 역시 우선적인 과제가 된다고 보는 것이다.

의협의 의사윤리지침 제18조 “의학적으로 의미 없는 의료행위의 중단”에서도 “의사는 의료행위가 의학적으로 무익, 무용하다고 판단된 회생가능성이 없는 환자에 대하여 환자 또는 그 보호자가 적극적이고 확실한 의사표시에 의하여 환자의 생명유지치료 등 의료행위의 중단 또는 퇴원을 요구하는 경우에 의사는 의학적, 사회 통념적으로 수용될 수 있다고 판단되면 그들에게 충분한 설명을 하고 법령이 정하는 절차와 방법에 따라 그 의료행위를 보류, 철회, 중단할 수 있다”고 규정한다.

이 규정은 개정 전 구지침 제60조, 제30조 제2항과 비교해 보았을 때 ‘설명 의무’와 ‘법령이 정하는 절차에 따라’를 추가한 점은 긍정적으로 평가할 수 있을 것이다.⁵⁰⁾ 하지만 여론에 휩쓸려 사라져버린 의학적으로 무용한 연명치료의 중

의무론과 자기결정권의 법적 평가, 비교사법 제2권 제1호 (1995), 247, 262쪽.

49) 구 의사윤리지침도 제57조 제2항에서 “의사는 죽음을 앞둔 환자가 자신의 죽음을 긍정적으로 받아들여 품위 있는 죽음을 맞이할 수 있도록 필요한 도움을 줄 수 있다”는 규정을 두고 있었다.

50) 구 의료윤리지침 제60조 (의학적으로 의미 없는 치료): 의사가 회생 불가능한 환자에게 의학적으로 무익하고 무용한 치료를 보류하거나 철회하는 것은 허용된다.

구 의료윤리지침 제30조 (회복 불능 환자의 진료 중단): ① 의사는 의학적으로 회생의 가능성이 없는 환자의 경우라도 생명유지치료를 비롯한 진료의 중단이나 퇴원을 결정하는 데 신중하여야 한다. ② 의학적으로 회생의 가능성이 없는 환자의 자율적 결정이나 그것에 준하는 가족 등 환자 대리인의 판단에 의하여 환자나 그 대리인이 생명유지치료를 비롯한 진료의 중단이나 퇴원을 문서로 요구하는 경우, 의사가 그러한 요구를 받아들이는 것은 허용된다.

단을 의사의 재량에 속하는 것으로 파악한 구 지침 제30조 제3항이 오히려 의료 윤리와 합치되는 것이 아닌가 하는 생각을 한다. 의사가 의학적 관점으로 볼 때 더 이상의 조치가 무의미하다 것이 확실하다면 그러한(무용한 연명치료) 요구를 거절할 수 있는 권리를 의사에게 인정해 주어야 할 것이다.⁵¹⁾ 아무런 희망 없는 여러 가지 처치가 환자에게 단지 고통만을 연장시켜 주는 것이라면 이는 말기환자에 대한 의료윤리에 반하는 행위라 할 것이므로 이러한 경우의 연명치료에 대한 결정권은 의사가 갖는 것이 타당하다고 생각한다.⁵²⁾

II. 환자의 자기결정권과 의사의 치료의무

자신의 신체에 대한 침습 또는 연구를 인정할 것인가는 전적으로 환자의 의사에 달려있다. 의료행위의 경우에는 후견주의적 관점이 지배했었지만, 최근 들어 세계적으로 의사에게 충분한 설명을 통한 환자의 승낙을 확보할 의무를 부과하는 것이 의료윤리의 핵심적 요소로 등장하였고, 이것은 우리나라의 경우도 예외는 아니다.⁵³⁾

이에 따라 원칙적으로 모든 의료행위는 의사의 충분한 설명을 바탕으로 한 환자의 승낙을 필수적 요건으로 한다.⁵⁴⁾ 법적으로도 일반적인 의료법적 원칙으로

③ 의사의 충분한 설명과 설득 이후에도 환자, 또는 가족 등 환자 대리인이 회생의 가능성이 없는 환자에 대하여 의학적으로 무익하거나 무용한 진료를 요구하는 경우, 의사는 그것을 받아들이지 않을 수 있다.

51) 정현미, 의료법상 진료거부금지와 응급조치의무, 형사판례연구 [5] (1997), 460, 477쪽.

52) 이석배, 생명윤리에서 생명권과 자기결정권, 생명윤리정책연구 창간호 (2007), 81, 90쪽.

53) 세계의사회(대한의사협회 역), 의료윤리지침 (2005), 23쪽; 유네스코(유네스코한국위원회), 유네스코 ‘생명윤리와 인권 보편선언’ (2006), 제6조 의협윤리지침 제9조(환자의 자율성 존중)는 제1항에서 “의사는 환자에게 질병상태와 예후, 시행하려는 의료행위의 내용 및 효과와 위험성, 후유증, 진료비 등에 대하여 설명하여야 한다”고 명시하고 있다. 또한 의료행위 이외에 피험자에 대하여도 마찬가지로 제26조(피험자에 대한 설명 및 서면동의 등) 제1항은 “의사는 인체를 대상으로 연구를 하는 경우 사전에 그 목적, 방법, 내용, 위험성과 윤리성 등을 피험자 또는 그 보호자에게 충분히 설명하고 서면 동의를 받아야 한다”고 규정하고 있다.

54) 생명윤리의 영역에서 인정되는 원칙 중 가장 중요한 것 중 하나로 인정되는 자율성존중의 원칙과 관련하여서 의사의 설명의무의 상세한 내용은 기존의 연구에서 반영이 되었으므로 상세한 논의는

이해되는 설명의무는 현행 의료법에는 규정이 없지만, 응급의료에관한법률 제9조, 생명윤리및안전에관한법률 제5조, 제15조, 제26조 등 몇몇 개별법에서 의사의 설명의무와 동의의무를 규정하고 있다.⁵⁵⁾ 이에 따라 의사의 설명의무는 윤리적 의무인 동시에 법적 의무가 된다. 따라서 설명의무위반은 윤리규범의 위반인 동시에 법규범의 위반이 된다. 설명의무가 충실히 이행된 경우에는 비록 그 의료행위가 실패하였더라도 하더라도 의료행위 자체에 과실이 없다면 법적으로 문제가 되지 않는다.

형법에서 설명의무위반을 규율하는 방식은 그 초점이 의료행위의 적합성에 맞추어 진 것인지, 환자의 자기결정권에 맞추어 진 것인지에 따라 크게 두 가지 입장으로 나누어 볼 수 있다.⁵⁶⁾

우리 대법원은 의료행위의 적합성을 기준으로 판단하는 관점에서, 설명의무위반의 경우 아무런 논증 없이 고의범의 성립을 부정하고 ‘업무상 과실’을 인정하고 있다.⁵⁷⁾ 이 판결의 경우는 피해자의 승낙에 의해서 정당화되는 것으로 볼 여지도 있으나, 그 이외의 판결들은 고의에 의한 상해행위 부분은 의료행위 업무로 인한 행위이므로 ‘당연히’ 형법 제20조에 의해서 정당화된다고 보는 것으로 판단된다.⁵⁸⁾ 이러한 입장은 ‘국가가 의사에게 의료행위를 허가했다면 의사는 직업에 당연히 의료행위에 대한 권리를 부여한 것’이라는 관점에서 의료행위는 당연히 정당화된다고 보는 것이다.⁵⁹⁾ 하지만 이러한 방식은 최근에 세계적으로 환자의 자기결정권이 생명의료윤리의 핵심으로 인정되고 있는 점에서 받아들이기 곤란하다. 또한 환자의 의사에 반하더라도 의술의 법칙에 합치하는 의료행위는 형법적으로 처벌될 수 없기 때문에 환자를 “전단적 의료행위”로부터 보호

생략한다. 이에 대하여는 이석배, 의료후견주의와 환자의 자기결정권 -의사의 설명의무를 중심으로-, 고려법학 제49호, 935쪽 이하 참고

55) 2007년 5월 16일 정부의 의료법전면개정안 제3조 제2항과 제3항은 설명의무를 명시하고 있다.

56) 이러한 두 입장에 대한 상세한 설명은 김영환, 의료행위의 형법해석학적 문제점, 형사판례연구 [2] (1994), 46, 54쪽 이하 참고

57) 대법원 1993. 7. 27. 선고 92도2345 판결

58) 대법원 1978. 11. 14. 선고 78도2388 판결; 대법원 1976. 6. 8. 선고 76도144 판결; 강구진 형법강의 각론 I (1983), 62쪽

59) Heimberger, Strafrecht und Medizin (1899: Nachdr. 1996), 6.

할 수 없다.⁶⁰⁾ 의술의 법칙이 적합하기 위해서는 충분한 설명을 통한 동의확보가 전제가 되기 때문이다. 따라서 의료관련 인프라가 제대로 구축되기 전 의료서비스를 받는 것만으로도 감사해야했던 후견적인 의료체계에서는 의술의 적합성이 중요했을지 모르지만, 환자의 자기결정권에 침해가 되는 설명의무위반은 의료행위의 적합성 기준에 중요한 내용으로 포함되어야 하므로 받아들일 수 없다.⁶¹⁾ 이러한 관점에서 충분한 설명을 통한 유효한 승낙이 있는 경우에만 형법 제20조의 정당한 업무행위가 될 수 있다. 이 경우는 피해자 승낙과 형법 제20조의 업무행위로 정당화가 모두 가능하다. 정당화사유는 언제나 경합하지만, 이 경우 업무로 인한 행위보다는 행위자에게 유리한 피해자의 승낙으로 정당화된다고 보는 것이 타당하다.⁶²⁾

또 치료목적의 의료행위는 승낙이 있고 의술에 합치한다면 그 결과와 상관없이 모두 상해죄의 구성요건에서 배제시키는 견해도 있다.⁶³⁾ 이 견해에 따르면 성공한 의료행위는 전체 건강의 증진을 가져왔으므로 객관적 구성요건해당성을 부정하고, 실패한 의료행위는 고의가 없는 것으로 보는 것 같다.⁶⁴⁾ 이러한 주장은 상해범과 치료행위를 하는 의사를 동일시한다는 생각을 기초로 하고 있지만,⁶⁵⁾ 도그마틱적으로 상해의 개념을 재구성하지 않는 한 받아들이기 어려운 주

60) 이러한 해결방식에 대한 비판은 김영환, 의료행위의 형법해석학적 문제점, 형사판례연구 [2] (1994), 46, 55쪽 이하; 이상돈, 의료행위의 법제화와 형법, 형사정책연구 제8권 제1호 (1997), 153, 156쪽 이하 참고.

61) 이석배, 생명윤리에 대한 형법적 보호의 범위와 한계, 동아법학 제42호 (2008), 117, 129쪽 이하. 유사한 입장으로 신동일, 형법상 의료행위와 설명의무, 형사정책연구 제14권 제1호 (2003), 221, 227쪽 이하.

62) 정당화사유의 경합에 관하여는 홍영기, 위법성조각사유의 경합, 고려법학 제50호 (2008), 297쪽 이하 참고.

63) 김일수/서보하, 형법각론 (2007), 66쪽; 이재상, 형법각론 (2007), §3-19. 이 견해는 독일의 다수설이기도 하다. Bockelmann, Ärztlicher Eingriff - Einwilligung des Patienten - Aufklärungspflicht des Arztes, Strafrecht des Arztes (1968), 50, 67ff; Sch/Sch²⁷-Eser, §223 Rn. 30; Arth. Kaufmann, Die eigenmächtige Heilbehandlung, in: Schuld und Strafe² (1983), 190ff.; LK¹¹-Lilie, Vor §223 Rn. 3, 6; Eb. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht (1939), 69ff.; Welzel, Das deutsche Strafrecht (1969), 289.

64) 대표적으로 이재상, 형법각론 (2007), §3-19.

65) 이러한 주장에 대하여는 김나경, 전단적 의료행위의 형법이론 구성, 형사법연구 제19권 제2호

장이며, 치료의 목적은 상해의 고의와는 구별된다는 점에서도 받아들이기 곤란하다. 그리고 의사의 적합한 의료행위가 언제나 치료를 목적으로 하지는 않는다. 상황에 따라 달라지는 의료행위를 치료행위와 치료유사행위로 구별하는 것은 타당하지 않다. 더욱이 상해죄에서 중점은 신체에 대한 침습에 있기 때문에 그 행위가 의학적으로 어떤 의미인지는 상해죄 구성요건해당성 검토에서 의미를 가진다고 보기 어렵다. 또한 승낙과 양해의 구별이론을 따르더라도 의료행위에 대한 동의가 구성요건해당성을 배제하는 양해로 해석되기에는 어려움이 있다.⁶⁶⁾ 다만 상황에 따라 정당화상황에 대한 착오(위법성조각사유의 객관적 전제사실에 관한 착오)로 고의가 조각될 여지는 남아있다.⁶⁷⁾ 이 견해에 의하면 의사의 치료행위의 실질적인 의미를 중심으로 문제해결을 피함으로써 대부분의 의료행위는 상해죄와는 무관하게 되므로, 의사로부터 환자의 자기결정권을 충분히 보호할 수 없다는 형법상의 흠결이 생긴다.

환자의 자기결정권을 고려하는 견해는 의사의 치료행위가 상해죄의 구성요건에 해당하지만 ‘피해자의 승낙’에 의해 정당화되는 것이라는 이론구성을 펼친다.⁶⁸⁾ 이 견해는 환자의 자기결정권을 광범위하게 보호할 수 있다는 장점이 있다. 하지만 상해죄의 보호법익은 자유가 아닌 신체의 완전성 또는 건강이므로 비록 환자의 의사에 반하여 이루어진 치료행위라 하더라도 치료목적을 달성한 경우에도 상해죄의 성립을 인정하는 것은 의사의 치료행위를 너무 형식적으로 파악하는 것이라는 비판이 제기되고 있다.⁶⁹⁾ 비록 환자의 자기결정권을 침해하였다 하더라도 치료행위를 한 경우 과연 신체침해를 인정할 수 있느냐는 것이다.

(2007), 87, 89쪽; 김영환, 의료행위의 형법해석학적 문제점, 형사판례연구 [2] (1994), 46, 55쪽 참고

66) 이석배, 생명윤리에 대한 형법적 보호의 범위와 한계, 동아법학 제42호 (2008), 117, 130쪽.

67) 판례가 설명의무위반을 과실범으로 처벌하는 근거에 대하여 김영환, 의료행위의 형법해석학적 문제점, 형사판례연구 [2] (1994), 46, 60쪽은 이것을 숨겨진 판결이유로 본다.

68) 박상기, 형법각론 (2008), 48쪽; 오영근, 형법각론, §3-21; 이정원, 형법각론 (2003), 80쪽; 이형국, 형법각론 (2007), 62쪽; 정성근/박광민, 형법각론 (2006), 50쪽; 정영일, 형법각론 (2008), 34쪽. 이 견해는 독일판례의 입장이기도 하다(RG 25, 375; BGHSt 11, 111; 12, 379, 383; 16, 309; 43, 306, 308; 45, 221; BGH NStZ 1996, 34, 35 등).

69) 이형국, 형법총론 (2007), 141쪽.

때문에 이러한 해석은 도그마틱적 당위성을 가지는 것이 아니라, 법질서 내에서 의사의 전단성으로부터 환자를 보호하기 위한 형법정책적 고려라고 한다.⁷⁰⁾

하지만 반대로 설명의무 위반을 오스트리아 형법 제110조처럼 ‘전단적 의료행위’로 처벌한다면, 성공한 의료행위를 상해죄로 처벌하지 않겠다는 입법자의 결단으로 볼 수 있기 때문에 형법의 체계적 해석상 의료행위에 대해 이러한 주장이 가능할 수 있다. 오히려 도그마틱적 관점에서 상해죄의 해석상 의사의 치료행위가 다른 시민의 행위와 달리 취급되어야 할 이유에 대해 생각해보아야 할 것이다. 오히려 이러한 이론구성이 도그마틱적으로 문제가 있다고 하는 것이야말로 이미 의료행위의 특수성을 인정하고, 전단적 의료행위를 상해죄가 아니라 별도의 범죄로 처벌해야 한다는 형법정책적 고려를 전제로 하는 주장이라 할 수 있다.

또한 의사의 침습에 대한 기본적 정당화사유가 피해자의 승낙이라는 것이지, 피해자 승낙만이 유일한 정당화사유라는 것은 아니다. 모든 정당화사유는 경합하기 때문에, 응급상황에서 승낙 없는 의료행위는 응급의료에관한법률 제9조에 따라 형법 제20조의 법령에 의한 행위가 되며, 전단적 의료행위로 생명을 구한 경우에는 형법 제22조의 긴급피난으로 정당화가 가능하다. 즉, 신체에 대한 승낙이 없는 침습이 정당화되지 않는다고 함으로써 자기결정권을 보호하는 것이 아니라, 승낙이 있으면 정당화된다는 것이 자기결정권을 존중하는 것이다.⁷¹⁾

또한 통일적으로 해석을 위해 채혈, 미용성형수술, 장기적출, 불임수술, 실험을 위한 난자채취 등의 치료유사의료행위도 기본적으로 피해자의 승낙에 따라 정당화된다고 보는 것이 타당하다.⁷²⁾

70) 김나경, 전단적 의료행위의 형법이론 구성, 형사법연구 제19권 제2호 (2007), 87, 104쪽.

71) 이석배, 생명윤리에 대한 형법적 보호의 범위와 한계, 동아법학 제42호 (2008), 117, 131쪽.

72) 치료행위는 구성요건해당성을 배제하는 견해도 치료목적 없는 의료행위는 구성요건에 해당하고 피해자 승낙에 의해서 정당화된다고 본다. 김일수/서보학, 형법각론 (2007), 67쪽; 이재상, 형법각론 (2007), §3-20. 이러한 주장이 스스로 상해의 고의와 치료의 목적을 혼동하고 있다는 점을 보여준다.

제2절 결정무능력 환자의 결정 모델

앞서 살펴 본 바와 같이 환자의 자기결정권은 자신의 생명, 신체에 대한 불가침권, 즉 생명, 신체에 대한 소극적 자기결정권을 이론적 배경의 전제로 한다. 그런데 실제로 연명치료중단에서 문제가 되는 대부분의 사안들은 환자가 직접 의사를 표시할 수 없는 결정무능력 환자인 경우이다. 이러한 상황에서 문제를 해결할 수 있는 결정 모델로는 가족의 대리, 법원의 개입, 사전의료지시제도가 있다.

1. 가족의 대리

2006년 4월 개정된 의사윤리지침 제17조 제2항의 “의식불명인 환자 또는 스스로 의사표시를 할 수 없는 생명이 위급한 환자의 가족 등 보호자에 대하여 의사가 필요하고도 충분한 설명을 하고 계속적인 의료를 받을 것을 설득하였음에도 그 보호자가 환자의 생명유지 치료를 비롯한 의료행위의 중단 또는 퇴원을 서면으로 요구하고, 그 이후 반복적으로 퇴원을 요구하면서 진료를 거부하거나 방해하는 등의 행위를 하는 경우, 의사는 환자가 의식이 있다면 그 환자가 가질 수 있는 의사와 이익을 신중히 고려하여 보호자의 의사 및 요구와 환자의 추정적 의사 등이 의학적, 사회통념적으로 수용될 수 있다고 판단되면 보호자의 의사를 존중하여 의료를 중단할 수 있다”는 규정처럼 의식이 없는 환자뿐 아니라 의식이 있는 환자 역시 환자의 의사가 아닌 보호자의 의사로 치료를 중단할 수 있음을 일반적으로 받아들이고 있는 것처럼 보인다.⁷³⁾

미국은 현재 모든 주에서 대리인을 지정하는 치료에 대한 영속적 위임(durable power of attorney)⁷⁴⁾제도를 운영하고 있다고 한다.⁷⁵⁾ 치료에 대한 위

73) 이석배, 결정무능력환자와 자기결정권, 한국의료법학회지 제18권 제1호 (2010), 7, 17쪽.

74) 오세혁/정화성, 사전의료지시의 한계, 의료법학 제11권 제2호 (2010), 239, 247쪽은 대리인을 지정하여 영속적 위임권을 부여하는 것도 사전의료지시의 유형으로 포함하여 설명하고 있다.

75) 치료에 대한 위임(durable power of attorney)에 대한 자세한 내용은 최경석, 생전유언 및 사전의

임(durable power of attorney)제도는 환자가 결정무능력 상태에 대비하여 자신의 가치관을 가장 잘 알고 있다고 생각되는 사람을 대리인으로 지정하여 변화하는 상황에 즉각적으로 대응하면서 대리인과 의사가 의료적 결정을 내릴 수 있으며 의사는 환자의 상태에 대한 상의의 대상이 명확하기 때문에 의사결정의 혼선을 방지할 수 있다는 장점을 갖고 있다.⁷⁶⁾ 대리인은 환자가 의사결정능력을 지녔더라면 그 환자가 지녔을 권한과 동일한 권한을 지닌다. 이러한 권한을 대리인이 행사하는 방식은 다음과 같다. 첫째, 대리인은 환자의 소망이 알려져 있다면 그것과 합치된 결정을 내려야 한다. 둘째, 알려져 있지 않다면 환자의 최선의 이익과 합치된 결정을 내려야 한다.⁷⁷⁾

예컨대 미국 미시간 주의 치료에 대한 위임(durable power of attorney)의 지정 양식의 경우 3명 대리인을 순차적으로 지정하여, 첫 번째 대리인에게 문제가 발생하였을 시 두 번째, 세 번째 대리인이 순차적으로 그 임무를 수행하도록 하는 방식으로 운영된다.⁷⁸⁾ 물론 특별히 사전의료지시를 기록하는 방식도 병용하고 있어 대리인을 지정하면서 본인의 의사를 문서로 기록해 둘 수 있다. 치료에 대한 위임(durable power of attorney)에서 발생하는 현실적인 문제는 첫째, 대리인 지정에 유효기간이 필요한 것인가에 관한 문제이다. 즉 지정된 대리인을 정기적으로 확인해 대리인 지위를 유지하는 것이 필요한지 여부이다. 이에 관하여 (1)한 번 대리인으로 지정되었더라도 지정한 사람과의 관계 변화 가능성 등을 이유로 정기적으로 지정된 대리인 유지에 대한 확인이 제도적으로 필요하다는 의견 (2)이런 방식의 확인이 실질적으로 잘 시행되기 어렵다는 회의론 (3)결국 아쉬운 사람이 물을 낚는다고 대리인 지정 변경 사유가 발생했다면 그것을 변경해야 하는 것은 당사자의 몫이라는 의견 등이 있다.⁷⁹⁾ 둘째, 치료에 대한 위임

로지시 제도의 윤리적·사회적 함의, 경실련·홍익대학교 법학연구소·한림대학교 법학연구소 공동주최 말기환자의 자기결정권 존중을 위한 입법제안 심포지엄 자료집 (2008.10.), 16쪽 이하 참고

76) 오세혁/정화성, 사전의료지시의 한계, 의료법학 제11권 제2호 (2010), 239, 247쪽.

77) Ethical Issues in Modern Medicine, p. 389.

78) 최경석, 생전유언 및 사전의료지시 제도의 윤리적·사회적 함의, 경실련·홍익대학교 법학연구소·한림대학교 법학연구소 공동주최 말기환자의 자기결정권 존중을 위한 입법제안 심포지엄 자료집 (2008.10.), 16, 21쪽 이하

79) 최경석, 생전유언 및 사전의료지시 제도의 윤리적·사회적 함의, 경실련·홍익대학교 법학연구소·한

(durable power of attorney)이 사전의료지시와 비교하여 긍정적 효과를 얻기 위해서는 대리인이 환자의 의사를 최대한 잘 반영하여 결정한 것이어야 하고 이는 대리인에게 전권을 위임한다는 것을 의미한다. 하지만 대리인이 항상 사실에 입각하여 환자의 의사를 반영하고 있다고 확신하기 어렵다. 그럼에도(설사 사실상 괴리가 발생하더라도) 대리인의 판단에 모든 것을 맡길 수밖에 없다는 문제가 발생한다.

가족이 의료현실에서 중요한 역할을 한다는 점은 독일의 경우도 크게 달라 보이지는 않는다. 독일의 경우도 보호자의 역할은 중요한 의미를 갖는다. 다만 보호자가 의료행위에 대하여 승낙할 때 우리나라와는 달리 전적으로 보호자의 의사에 종속되지 않는다는 점이다. 보호자의 의사가 환자의 보호에 반한다고 여겨질 수 있는 경우에 독일민법은 대표적으로 제1904조는 “환자의 상태에 대한 검사나 치료행위가 그 처치로 인하여 죽음 혹은 중대한 건강의 악화를 야기할 수 있는 경우”에도 후견법원의 동의를 구하도록 하고 있다.⁸⁰⁾ 아울러 독일연방대법원은 이 조문을 입법취지에 비추어 치료중단의 경우에 유추적용하고 있다.⁸¹⁾ 이러한 바탕에서 이루어지는 의사와 환자보호자의 합의를 중심으로 하는 독일의 입법안들은 독일에서도 보호자 역할이 중요하다고 하는 점을 보여준다.⁸²⁾ 우리나라의 경우는 독일민법과는 달리 이러한 상황에 대한 규정을 두고 있지 않다. 결국 학설에 의하여 해결하는 방법밖에는 없는데, 환자에게 불이익이 되는 대리권의 행사는 이해상반행위로 보아 그 제한이 가능할 것으로 여겨진다.

림대학교 법학연구소 공동주최 말기환자의 자기결정권 존중을 위한 입법제안 심포지엄 자료집 (2008.10.), 16, 21쪽.

80) 이와 관련하여서는 이석배, 독일의 치료중단기준과 입법론, 형사정책 제19권 제1호 (2007), 229, 236쪽 이하 참고.

81) BGHSt 40, 257; BGHZ 154, 205; BGHZ 163, 195.

82) 2009년 민법(후견법) 개정을 통해 해결되기 이전의 입법제안들에 대하여는 이석배, 독일의 치료중단기준과 입법론, 형사정책 제19권 제1호 (2007), 229, 240쪽 이하 참고.

II. 법원을 통한 결정

결국 의식이 없는 환자의 경우 대리권자가 대리권을 수행함에 제약을 받게되는 딜레마에 빠지는 상황이 나타날 수 있다. 독일은 민법 제1904조에서 “환자의 상태에 대한 검사나 치료행위가 그 처치로 인하여 죽음 혹은 중대한 건강의 악화를 야기할 수 있는 경우” 법정대리인이 단독으로 결정할 수 없고, 후견법원의 결정을 통해서만 이루어지도록 규정하고 있다. 사망의 위험성이 있는 경우에 후견법원의 결정이 필수적인 것에 대한 학설의 다툼이 있기는 하지만, 연방대법원은 연명치료의 중단처럼 사망의 야기가 확실한 경우에도 독일민법 제1904조를 유추적용하여 후견법원의 결정을 통해서 이루어져야 한다고 판시하였다.⁸³⁾ 민법상 대리의 법리를 다르게 구성하지 않는 이상 이러한 독일의 입법자는 생명에 위험을 초래할 수 있는 경우를 법정대리인의 대리권범위를 넘어서는 것으로 본 것이고, 법원은 연명치료의 중단도 당연히 이 규정의 범위 안에 있는 것으로 판단한 것이다.⁸⁴⁾

하지만 법원이 연명치료의 중단을 결정하는 것은 국가에 의한 살인이라는 국가의 도덕성에 대한 비판이 있다.⁸⁵⁾

83) BGHSt 40, 257, 261; BGHZ 154, 205; BGHZ 163, 195; MittBayNot 2006, 49; OLG Frankfurt a. M., NJW 1998, 2747; NJW 2002, 689; OLG Karlsruhe FamRZ 2002, 488; ZfL 2004, 83; LG Duisburg, ZPR 2000, 65; OLG Düsseldorf, NJW 2001, 2807; Beschluss des AG Ingolstadt vom 24. 9. 1998, XVII 538/98, in: Schell, Sterbebegleitung und Sterbehilfe (2002), 119. 하지만 보수적 성향을 가지는 바이에른州의 법원들은 사망을 야기하는 경우에 법원이 관할을 가질 수 없다는 반대입장에 서 있는 것으로 보인다. 이러한 입장의 판례로는 OLG München ZfL 2003, 20; LG Augsburg, NJW 2000, 2363; LG München I, NJW 1999, 1788.

84) 이석배, 연명치료중단의 기준과 절차, 형사법연구 제21권 제2호 (2009), 147, 166쪽.

85) Alberts, Sterbehilfe, Vormundschaftsgericht und Verfassung, NJW 1999, 835; Seitz, Das OLG Frankfurt a. M. und die Sterbehilfe, ZRP 1998, 417, 420.

III. 사전의료지시제도

사전의료지시제도는 환자가 스스로 사전에 자신이 의식이 없을 경우를 대비하여 의료지시서를 작성하여 환자의 자기결정권을 보장하고, 의사나 의료인이 환자의 사전의료지시에 따랐을 경우 그들의 행위를 정당화하는 제도이다. 1991년까지 미국에서는 40개 이상의 주가 사전의료지시에 대한 법률을 시행하여 왔고,⁸⁶⁾ 현재 오스트리아와 독일에서 사전의료지시 법률이 시행중이다.

사전의료지시제도는 의사에 대한 환자의 자기결정권을 보장하는 동시에 환자의 사전의료지시가 의료인에게 어떠한 의미를 갖는지를 명확하게 파악할 수 있다는 점에서는 긍정적으로 평가할 수 있다.⁸⁷⁾ 그러나 사전의료지시제도는 다음과 같은 문제점이 있다. 첫째, 해석상 불명확성의 문제이다.⁸⁸⁾ 사전의료지시는 구체적인 상황을 예측하지 못한 채 상황에 대한 추상적 진술로 진행될 가능성이 높다. 때문에 대체적으로 연명치료중단을 포함한 사전의료지시의 내용은 회복가능하면 치료를 하고, 회복불가능하다면 치료하지 말아달라는 애매한 내용을 띄게 되므로 이를 해석하는데 문제가 발생할 수 있다. 이처럼 미리 판단되어 작성된 내용으로 현재의 문제를 판단하기란 어려움이 따를 수밖에 없는 것이다. 더욱이 의료행위의 정합성 판단에서 충분한 설명을 통한 동의를 전제로 한다면, 사전의료지시는 정확한 상황에 대한 이해가 없는 상태에서 이루어진다.⁸⁹⁾ 설사 사전의료지시제도가 상당히 구체적인 내용을 담고 있는 것일지라도 예측하고 있는 상황이 현실적으로 전개된 상황과 동일한 것인지에 대해서 의문이 남게 된다.

이러한 사전의료지시의 불명확성을 해결하기 위한 방안으로 환자들이 어떠한 치료를 원하는지 원하지 않는지 정확하게 표시하는 상세한 체크리스트가 제안될 수도 있다.⁹⁰⁾ 그러나 인간이 상상할 수 있는 것보다 의료현장에서 미래에 일어

86) Ethical Issues in Modern Medicine, p. 388.

87) Gepart, Das neue osterreichische Patientenverfügungsrecht, Notfall Rettungsmed 2007, 289, 292.

88) 오세혁/정화성, 사전의료지시의 한계, 의료법학 제11권 제2호 (2010), 239, 252쪽.

89) 오세혁/정화성, 사전의료지시의 한계, 의료법학 제11권 제2호 (2010), 239, 253쪽.

90) Emanuel L./Emanuel E., The medical directive: a new comprehensive advance care document, Journal of the American Medical Association 261 (1989), 3288.

날 수 있는 경우의 수를 모두 인식한다는 것은 불가능하기 때문이다.⁹¹⁾

다음은 사전의료지시의 구속력에 대한 문제이다. 사전지시서에 정해진 내용을 의사는 반드시 수용해야 하느냐는 문제이다. 뒤에서 검토할 오스트리아의 경우 구속력을 가지는 사전지시서와 고려대상으로서 사전지시서로 나누고 있지만 구속력을 가지는 사전의료지시의 경우는 아주 까다로운 요건을 필요로 한다. 또 유럽의 논의상황이나 의료보험체계 등을 고려한다면 일단 오스트리아의 사전의료지시법은 긍정적으로 평가할 수 있다. 독일이나 오스트리아의 경우는 비록 환자의 결정이 비합리적이고 그 결과로 환자가 사망에 이를 위험이 있는 경우에도 환자의 의사는 존중되어야 한다는 점을 학계와 판례에서 일반적으로 받아들이는⁹²⁾ 상황에서 의식이 없는 환자의 경우 연명치료의 중단을 위한 환자의 추정적 의사를 찾아내는 것이 의사에게 중요한 임무이고, 추정적 의사를 알 수 없는 경우에는 일반인의 가치관에 따라 판단한다는 것이 일반적이다.⁹³⁾ 이러한 불확실한 상황에서 환자와 의사 모두에게 좀 더 확실성을 준다는 점에서는 긍정적이다. 하지만 의식이 없는 환자의 의사는 특별한 경우를 제외하고는 의사에 의한 질병에 대한 예후에 의해 달라지므로 이 역시 확실하다고 보기는 어렵다.⁹⁴⁾

IV. 절차주의의 문제

위에서 언급한 환자의 사전의료지시가 아무리 구체적으로 작성되었다 할지라도 환자의 사전의료지시가 실제 임상에서 발생하는 모든 상황을 상정하기란 불가능하다. 그리고 의학의 영역에서 현재의 상황이 구체적으로 환자의 사전의료지시가 예정하고 있는 것인지는 법학자들이 일반적으로 생각하는 것과는 달리 해석의 문제이다. 따라서 사전의료지시제도의 도입이 모든 문제를 해결해 줄 수

91) 오세현/정화성, 사전의료지시의 한계, 의료법학 제11권 제2호 (2010), 239, 254쪽.

92) 대표적으로 BGHS 11, 111.

93) 대표적으로 BGHS 40, 257.

94) 이 문제점에 대한 지적은 이석배, 생명의 종기에서 형법상 생명보호, 형사법연구 제19권 제3호 (2007), 445쪽 이하, 특히 455쪽 이하 참고.

는 없다.

독일의 논의들도 말기환자의 사전의료지시를 중심으로 하기는 하지만, 결국은 법원의 개입을 가급적 자제시키고 의사와 환자보호자 사이의 합의를 중심으로 놓고 있다. 이러한 방식에 대하여 이미 우리나라에서도 치료중단의 절차적 정당화의 문제로 다루는 견해가 있다. 이 견해에 따르면 결국 치료중단에서 의사나 보호자가 다양한 관점의 교류를 통해 그들이 윤리적 의무를 스스로 최대한 실현하도록 하는 절차를 마련하고 의사와 보호자를 결정의 주체로 하자는 것이다.⁹⁵⁾ 최근에 나오고 있는 독일의 입법론들과 유사한 입장이다. 우리나라에서도 2006년 2월 24일 안명옥 의원 등 10인에 의해 발의된 법률안 내용에 “의료인은 환자 등의 치료중단 요구 또는 의학적 기준에 따른 치료 중단 등이 필요하다고 판단되는 경우 의료법 제54조의2의 규정에 따른 중앙의료심사조정위원회 및 지방의료심사조정위원회에 심의·결정을 요청할 수 있다”고 규정하고 있다.⁹⁶⁾

하지만 우리나라의 경우 위에서 언급한 것처럼 보호자가 경제적인 이유로 치료중단을 요구할 수 있는 가능성이 존재하고, 의사윤리지침이 보여주는 것처럼 의사도 보호자의 의사에 종속되는 것을 당연한 것으로 여기고 있는 현실을 고려한다면, 보라매병원사건과 유사한 사건이 발생할 가능성은 상당히 높다고 볼 수 있다. 결국 이러한 입법론들이 우리나라에 그대로 적용된다면 보호자와 의사에게 면죄부를 주는 역할 이외에 환자의 자기결정권 실현이나 존엄하게 죽을 권리와는 동떨어진 제도가 될 가능성이 높을 것이다.⁹⁷⁾

따라서 환자의 자기결정권을 보장하면서 문제를 해결할 수 있는 방안을 모색하기 위하여 아래에서 최근에 입법된 독일과 오스트리아의 사전의료지시법에 대해서 검토해 보기로 한다.

95) 이상돈, 치료중단과 형사책임(2003), 46쪽 이하.

96) 이 법안은 17대 국회의 임기가 끝남에 따라 폐기되었다.

97) 이석배, 독일의 치료중단기준과 입법론, 형사정책 제19권 제1호 (2007), 229, 247쪽.

제3장

사전의료지시의 의의와 외국의 법제

사전의료지시의 의의와 외국의 법제

제1절 개요

1980년대부터 환자의 유언장(Patiententestament)이라는 주제로 시작된 사전의료지시제도에 관한 논의는,⁹⁸⁾ 독일에서 1994년 연방대법원 형사1부의 Kemptener 판결,⁹⁹⁾ 1998년과 2002년 프랑크푸르트 州최고법원¹⁰⁰⁾ 2003년과 2005년 연방대법원 민사12부의 결정¹⁰¹⁾ 이후 특히 활발하게 이루어져 수많은 입법안들로 이어졌다.¹⁰²⁾ 하지만 생명보호와 자율성의 관계를 어떻게 설정하고 해결할 것인지에

98) 초기의 논의는 Rickmann, Zur Wirksamkeit von Patiententestamenten im Bereich des Strafrechts (Diss. Uni-Göttingen 1987) 참고

99) BGHSt 40, 257. 이 판결에 대한 자세한 내용은 이석배, 독일 캄프테너 판결에 대한 비판적 검토, 의료법학 제9권 제1호 (2008), 259쪽 이하 참고

100) OLG Frankfurt a. M., NJW 1998, 2747; NJW 2002, 689. 이 판결이후 민법 제1904조의 유추적용에 대한 논란이 있다. 더욱이 München의 州최고법원(OLG)이 다른 입장을 보이면서 문제가 되었다. 이에 대하여는 OLG München ZfL 2003, 20 참고

101) BGHZ 154, 205; BGHZ 163, 195.

102) 독일의 후견법 3차 개정법 이전 입법논의에 대하여는 이석배, 독일의 치료중단기준과 입법론, 형사정책 제19권 제1호 (2007), 229쪽 이하 참고

대한 논쟁이 거세지면서 입법의 과정으로 발전하지는 못했다.¹⁰³⁾ 독일에서 이러한 입법안들이 제시되고 격렬하게 논의되는 동안 오스트리아 의회는 2006년 3월 환자사전의료지시법(PatVG)¹⁰⁴⁾을 통과시켜 2006년 6월 1일부터 시행하고 있다.¹⁰⁵⁾ 이후 독일은 2009년 7월 29일 후견법 3차 개정법¹⁰⁶⁾에서 수년간 집중적으로 논의해왔던(오스트리아 법률까지 포함 한) 사전의료지시의 범위와 법적인 구속력에 대한 잠정적인 결론을 도출하였다. 현재 독일에서도 2009년 9월 1일부터 사전의료지시와 관련된 민법 제1901a조, 1901b조, 1904조를 시행하고 있다.

스스로 의사표시를 할 수 없을 때를 대비한 일정한 의료행위에 대한 사전적인 의사표시를 할 수 있는 환자의 권리, 환자의 사전의료지시가 어떠한 조건하에서 구속력을 가질 수 있는 것인지, 그리고 그 범위는 어디까지인지는 아직까지 논란이 계속되고 있다. 즉 환자의 사전의료지시를 희생 불가능한 환자의 연명치료의 중단에만 적용할 것인지, 특정한 의료행위를 거부하는 데에만 유효하다고 할 것인지 그리고 이러한 사전의료지시는 질병의 상태나 소생가능성, 진단, 예후 등에 종속되는지에 대해서는 아직까지 결론이 내려지지 못하였다. 법적으로 또한 의료 윤리적으로 환자의 자기결정권과 의사의 직업적 소명은 법적·의료 윤리적으로 어떤 관계에 있는지 그리고 그 양자가 충돌하는 경우에는 어떻게 할 것인지는 중요한 문제이며, 사전의료지시서상 환자의 의사와 충분한 설명을 통한 동의(informed consent)를 동일한 효과로 볼 수 있는 것인가 역시 아직 풀어야 할 숙제이다.¹⁰⁷⁾

103) Aigner, Das Österreichische Patientenverfügungsgesetz(PatVG), J.Neurol.Neurochir. Psychiatr. 4/2007, 29; Lee, S-B, Formen der straflosen Sterbehilfe in Deutschland und Korea (2007), 79ff.

104) Patientenverfügungs-Gesetz: PatVG (NR: GP XXII RV 1299 AB 1381 S. 142. BR: AB 7518 S.733.), Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich Nr. 55, am 8. Mai 2006. 이 법률의 개괄적인 설명은 이석배, 오스트리아 환자사전의사표시법, 한국의료법학회지 제12권 제2호 (2007), 111쪽 이하.

105) 이 법률(PatVG)의 명칭은 환자처분법 또는 환자지시법으로 직역할 수 있다. 하지만 그 내용이 의식이 없는 환자가 사전에 의식이 있을 당시에 자신이 의사표시를 할 수 없게 되는 경우를 대비하는 사전의료지시를 의미한다. 또한 법률의 번역에서는 내용에 따라서 환자사전의사표시와 환자의료지시를 같이 사용한다.

106) Drittes Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts, BGBl. I, 2286.

제2절 사전의료지시서의 법적 성격

사전의료지시서의 법적 성격을 어떻게 볼 것인지도 논란이 된다. 이 사전의료지시서의 법적 성격을 어떻게 보는지에 따라 구속력을 가지는 근거와 효력발생요건이 달라지기 때문이다. 이에 대하여는 법률행위설, 준법률행위설, 사실적 의사표시설이 대립한다.

법률행위설¹⁰⁸⁾에 따르면 민법상 법률행위에 관한 규정이 적용되기 때문에 사전의료지시 당시에 의사능력이 있으므로, 장래에 의사능력이 없다고 하더라도 그 구속력을 인정할 수 있는지를 쉽게 설명할 수 있다. 법률행위의 방식은 자유이며 제한이 없기 때문에 각종 효력발생요건을 필요로 하지 않는다고 해석이 가능하다.

반대로 사실적 의사표시설¹⁰⁹⁾에 따르면 민법상 법률행위 규정이 적용되지 않기 때문에 환자의 자기결정권 보장이라는 관점에서 구속력과 효력발생을 인정할 것인지를 다시 한번 검토해야 한다.

사전의료지시는 의료행위에 대한 승낙의 성격을 갖는다. 다시 말하면 특정한 의료행위를 요구하는 내용이 아니라 특정한 의료행위에 대한 거부를 내용으로 한다. 이러한 의료행위에 대한 승낙은 법익의 주체가 법률을 통해 보호하는 자신의 법익에 대하여 침습을 허용하는, 즉 법적 보호의 효력을 스스로 제거하는 역할을 한다. 따라서 승낙의 법적 성격은 새로운 법적 효과를 구성하는 것이 아니라 규제를 제거하는 성격을 갖는다. 이러한 점에서 법률행위가 구성하는 성격

107) Wallner, Die Patientenverfügung als Ausdruck der Achtung der Autonomie am Lebensende, (http://www.patientenanwalt.com/pdf/0702upatzent_MagDrWallner.pdf), 3.

108) BGHZ 154, 205; Lipp, Sterbehilfe und Patientenverfügung, FamRZ 2004, 317, 320; Milzer, Die Patientenverfügung, NJW 2004, 2277; Schaffer, Patientenautonomie am Ende des Lebens, BtPrax 2003, 143, 146; MK-Schwab, BGB § 1904 Rn. 4; Wüstenberg, Die Patientenverfügung und andere Vorsorgeregungen in der anwaltlichen Beratung, JA 2006, 64, 65.

109) Berger, Privatrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten zur Sicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens, JZ 2000, 797, 801; Holzhauer, Von Verfassung wegen, ZRP 2004, 41, 42; Roth, Die Verbindlichkeit der Patientenverfügung und der Schutz des Selbstbestimmungsrechts, JZ 2004, 494, 496.

을 갖는 것과는 차이가 있다.

이것은 형법상 여러 규정에서도 나타난다. 대표적으로 성적 자기결정권에 관한 죄의 경우, 미성년자라고 하더라도 피해자의 동의가 있는 경우 형법 제305조는 성행위에 대한 승낙능력은 위계나 위력이 없다는 것을 전제로 13세로 규정하고 있다. 승낙의 성격이 법률행위라면 이러한 규정은 존재할 수 없다. 즉 승낙은 법률행위의 특성이 없으므로 민법의 의미에서 행위능력도 아니며, 형법의 의미에서 책임능력이 조건도 아니라는 것을 의미한다.¹¹⁰⁾ 따라서 의료행위에 대한 승낙을 거부하는 사전의료지시서는 처치의 종류, 의미, 필요성과 효과 또한 위험 등을 파악할 수 있고 자신의 의사를 결정할 수 있는 환자는 승낙능력이 있다.¹¹¹⁾

이러한 관점에서는 사전의사표시의 구속력이나 효력발생요건이 민법의 법률행위에 관한 도그마틱에 의해 결정되는 것이 아니라 환자의 자기결정권에 따른 자신의 법익(신체)에 대한 통제라는 관점에서 이루어져야 한다.¹¹²⁾ 결국 자발적으로 사전의료지시의 의사표시를 한 것인지가 가장 중요한 요건이 된다.¹¹³⁾

제3절 오스트리아 사전의료지시법(PatVG)¹¹⁴⁾

오스트리아는 1980년대부터 사전의료지시법에 대한 논의가 있었으나 본격적인 논의는 독일과 거의 같은 시기에 이루어졌다. 독일에서 수많은 입법안들이 제시되고 격렬하게 논의되는 동안 2001년 5월 29일 오스트리아 의회에서는 “우리의

110) BGHZ 29, 33, 36; Sch/Sch²⁷-Eser, § 223, Rn. 38.

111) OLG Hamm, FGPrax 1997, 64, 65; Damrau/Zimmermann, Betreuung und Vormundschaft, §1904 BGB Rn. 3 이하; MK-Schwab, §1904 BGB, Rn. 6 이하; OLG Frankfurt, MedR 1984, 194, 196.

112) 최성진, 치료중단에 있어서 사전의사표시서의 의미, 형사법연구 제22권 제2호 (2010), 109, 118쪽.

113) 여기서 검토하는 독일, 오스트리아, 타이완 이외의 연명치료중단 법제에 관한 개략적 소개로는 박영호, 소극적 안락사의 허용여부에 대한 소고, 저스티스 제65호 (2002), 205쪽 이하; 석희태, 연명치료의 중단, 의료법학 제10권 제1호 (2009), 263, 295쪽 이하.

114) 이 절의 내용은 공동저자인 이석배, 오스트리아 환자사전의사표시법(PatVG), 한국의료법학회지 제15권 제2호 (2007), 111쪽 이하의 내용을 기초로 한다.

말기환자들과 연대성 - 오스트리아에서 인간적인 죽음의 동행의 관점(Solidarität mit unseren Sterbenden - Aspekte einer humanen Sterbebegleitung in Österreich)”이라는 주제로 전문가위원회를 개최하여 실정법적 관점에서 서로 모순되는 것으로 보이는 문제 해결을 위한 보건·여성부에 전문가 그룹을 구성하였다. 전문가 그룹에 의해서 제안된 지침서는 오스트리아의 의사협회와 합의를 도출하지 못한 채 좌초되었다. 이후 전문가 위원회는 2004년 가을 보건·여성부법률안으로 제시, 수정·보완을 거쳐 2006년 2월 정부안으로 결정되어 의회에 상정되었고, 2006년 3월 29일 의회에 의해 가결되어 4월 23일 상원을 거쳐 5월 8일 공포되었으며, 2006년 6월 1일부터 시행되고 있다.¹¹⁵⁾

1. 이 법률에 따른 환자사전의료지시

1. 대상의료행위

이 법 제2조는 환자가 의료행위에 대하여 거부 의사표시를 할 수 있고 이러한 거부의 의사표시를 존중하면 환자가 죽음에 이르게 되더라도 언제나 유효하다고 규정하고 있다.¹¹⁶⁾ 환자가 사전의료지시를 통해 거부할 수 있는 것은 ‘의료행위’이며, 의료행위는 치료, 진단, 예방, 통증을 줄이기 위한 침습행위들이 포함된다. 따라서 기본적 보살핌, 간호, 호스피스의 영역은 의료행위에 포함되지 않는다.

의료행위에서 특히 문제시되는 삽관을 통한 영양공급이 말기환자에 대한 호스피스의 영역에서 필요한 기본적 보호조치인지 의료행위인지에 대한 논란이 있었으나,¹¹⁷⁾ “건강 및 간호에 관한 법률(Gesundheits- und Krankenpflegegesetz)” 제

115) Patientenverfügungs-Gesetz: PatVG (NR: GP XXII RV 1299 AB 1381 S. 142. BR: AB 7518 S.733.), Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich Nr. 55, am 8. Mai 2006.

116) 독일판례도 환자가 의사의 입장에서 비합리적인 결정을 내린다고 하더라도 그 결정은 존중되어야 한다는 입장을 취하고 있다. BGHSt 11, 111 참고

117) 이 점에 관하여는 AG Freising v. 18. 10. 2000 - XVII 9097/95; Dörner, Halt der BGH die »Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens« wieder für diskutabel?, ZRP 1996,

84조 제4항 제4호에서 삽관을 통한 영양공급을 의료행위에 포함시킴으로써 입법적으로 해결하였다.¹¹⁸⁾ 따라서 오스트리아의 실정법에 따르면 이러한 인공영양 공급은 의료행위로 본다.

2. 사전의료지시의 한계

이 법률에서 환자사전의료지시의 요건과 유효범위는 규정되어 있는 반면 그 한계에 대한 규정이 없다. 이에 대하여 의학적 예후에 따라 의료행위를 지속하는 것이 타당하고 치료를 하지 않으면 죽음에 이르게 됨에도 불구하고 치료중단을 요구 또는 치료를 거부하는 환자의 사전의료지시는 제한해야 한다는 주장도 있다.¹¹⁹⁾ 그러나 이러한 제한을 인정한다면 환자의 자율성을 강조한다는 이 법률의 취지와는 상반될 수 있다. 또한 오스트리아 형법 제110조의 “전단적 의료행위” 규정과도 상반될 수 있다.¹²⁰⁾ 전단적 의료행위죄는 일반적 의료행위뿐만 아니라 말기환자에 대한 의료행위에도 당연히 유효하다.

환자의 의사는 의료행위를 거부하는 경우에만 절대적으로 유효하다. 이 점에서 환자의 자기결정권은 한계를 가진다. 오스트리아 의사법(ÄrzteG) 제49조는 ‘의사는 환자를 양심에 따라 보살피고 의학적 지식과 경험에 따라 환자의 복리

93, 95; Merkel, Tödlicher Behandlungsabbruch und mutmaßliche Einwilligung bei Patienten im apallischen Syndrom. Zugleich eine Besprechung von BGH NJW 1995, 204, ZStW 107 (1995), 545, 561f. 특히 각주 41; Tolmein, Der Entwurf der Richtlinien zur Sterbehilfe der Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Leben?, MedR 1997, 534, 537; Todliches Mitleid. Kritische Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofes im » Kemptener Fall« (NJW 1995, 204), KJ 1996, 510, 517f.; Weißauer/Opderbecke, Behandlungsabbruch bei unheilbarer Krankheit aus medikolegaler Sicht, MedR 1995, 456, 461 등 참고 이 점에 관하여 독일연방대법원은 위에서 언급한 Kemptener 판결에서 삽관을 통한 영양공급을 “기본적 보살핌(Grundversorgung)”이라고 하면서도 본질적인 의미에서 의료행위로 평가하였다. BGHSt 40, 257, 266.

118) Kopetzki, Einleitung und Abbruch der medizinischen Behandlung beim einwilligungsunfähigen Patienten, iFamZ 2007, 197.

119) Aigner, Das Österreichische Patientenverfügungsgesetz(PatVG), J.Neurol.Neurochir. Psychiatr. 2007, 29, 30, 32 참고

120) 전단적 의료행위에 대하여는 김나경, 전단적 의료행위의 형법이론 구성, 형사법연구 제19권 제2호 (2007), 47쪽 이하 참고

를 보장해야 한다'는 의무를 부과하고 있다. 따라서 이러한 환자의 적극적 요구가 가능하기 위해서는 의학적 적응과 의술에 합치해야 한다. 환자의 의료행위에 대한 승낙은 의사가 의료행위를 할 수 있는 수많은 전제조건들 중에 하나에 불과하기 때문에, 환자는 자신이 원하는 특정한 의료행위나 치료방법을 의사에게 강요할 수 없다.¹²¹⁾

이 법률 제11조는 소극적 의미의 자기결정권, 즉 치료를 거부하는 것 이외에도 다른 내용을 포함하는 것을 완전히 배제하지 않고 있다. 따라서 특정한 치료방법이나 충분한 진통처치 등을 요구하는 것은 가능하다. 하지만 이러한 요구의 유효성 여부는 사전의료지시법에 따라 판단되는 것이 아니라 법질서의 일반적 기준에 따라 판단된다.¹²²⁾

이에 따라 실무에서는 어떻게 의사를 표현하는지에 대한 형식이 문제가 될 수 있다. 예컨대 환자가 가능한 두 가지 치료방법 중에서 하나를 선택한다면 엄격한 의미에서 그것은 이 법률에서 말하는 사전의료지시는 아니다. 이 법률에서 사전의료지시는 모든 혹은 특정한 치료방법을 거부하는 경우에만 유효하기 때문이다. 이와는 반대로 이 두 가지 치료방법 중 하나를 거부한다면 나머지 하나의 방법이 유일한 치료방법이 되고 이러한 경우에는 이 법률이 예정하고 있는 구속력 있는 사전의료지시가 된다.¹²³⁾

3. 안락사 문제

이 법률은 다른 실정법의 개정 없이 환자의 사전의료지시를 규율함으로써 법적 안정성을 해치지 않는 범위 안에서 법률의 제정이 이루어졌다고 볼 수 있다.

121) 독일의 경우도 판례에 의해서 이러한 내용이 인정되고 있다. BGH, NJW 1978, 1206; LG Karlsruhe, NJW 1992, 756.

122) Kathrein, Das Patientenverfügungs-Gesetz, ÖJZ 2006, 555, 560; Memmer, Das Patientenverfügungs-Gesetz 2006, iFamZ 2006, 69. 정부의 입법제안서에도 이러한 내용의 환자사전의료지시가 절대적인 구속력을 가지는지 아니면 의사에게 재량의 여지가 있는지는 명확하지 않다고 보고 있다. ErläutRV 1299 PatVG BlgNR 22. GP 2.

123) Kathrein, Das Patientenverfügungs-Gesetz, ÖJZ 2006, 555, 560. Memmer Das Patientenverfügungs-Gesetz 2006, RdM 2006, 163, 165.

이 법률 제2조 제1항은 환자의 사전의료지시를 의료행위의 거부에 국한하였고, 제10조 제1항 제2호는 사전의료지시의 내용이 형법적으로 허용되지 않는 경우에는 효력이 없는 것으로 규정하고 있다.

따라서 기존의 촉탁살인죄(오스트리아형법 제77조)와 자살방조죄(동법 제78조)의 가벌성은 그대로 유지하고 있으며 이와 관련된 적극적 안락사나 의사조력자 살에 대한 환자의 의사표시는 효력이 없다.¹²⁴⁾

II. 환자사전의료지시의 유효성

이 법률은 환자사전의료지시의 요건과 효력을 규정하고 있으며(법률 제1조 제1항) 수범자와 법적용자가 보다 쉽게 이해할 수 있도록 구속력 있는 환자의 사전의료지시와 고려대상으로서 환자사전의료지시를 도입부에서부터 구별하고 있다(법률 제1조 제2항).

구속력 있는 사전의료지시서의 모든 요건을 충족하지 못한 경우 사전의료지시서는 고려대상으로서 사전의료지시서로 의미가 있기 때문이다. 요건을 충족하지 못한 사전의료지시서도 일정부분 환자의 의사에 대한 정보를 담당의사에게 제공할 수 있다. 또 환자가 다른 조건을 충족시켜 작성한 구속력 있는 사전의료지시서가 현재의 상황이 발생할 것을 예상하지 못했거나 정확하게 맞지 않는 경우가 발생할 수 있다는 점에서 의미가 있다.

III. 구속력 있는 환자사전의료지시

이 법률은 언제 어떠한 조건에서 사전의료지시서에 구속력을 부여할 것인지 하는 논쟁을 입법적으로 해결하였다¹²⁵⁾

124) 이는 정부의 입법제안서에서도 나타나는데, “오스트리아에서 적극적 직접적 안락사는 금지된다. 이 점은 그대로 유지되어야 한다. 그래서 환자의 사전의료지시에 표명된 적극적 직접적 안락사에 대한 요구에는 구속되지 않는다.” ErläutRV 1299 PatVG BlgNR 22. GP 9.

1. 이해능력과 판단능력

사전의료지시서의 작성과 관련된 자기결정능력은 이해능력과 판단능력으로 구성된다(법률 제5조). 환자 스스로 의학적 처치와 유보, 처방의 이유와 효과를 파악할 수 있고(지적 요소) 이러한 이해에 따라 자신의 의사를 결정할 수 있는 상태에 있다면(의적 요소) 환자의 자기결정능력은 있는 것으로 본다. 만약 환자가 자신의 복리와 건강을 위하여 필요하다고 판단되는 의료행위를 거부하는 것이 객관적인 관점에서 비합리적으로 비춰진다고 하더라도 그것만으로 환자의 이해능력과 판단능력이 부정되는 것은 아니다.¹²⁶⁾¹²⁷⁾

구속력 있는 사전의료지시서의 경우 담당의사는 사전의료지시서의 작성시점에서 환자의 자기결정능력을 기준으로 판단해야 한다. 자기결정능력의 전제조건은 이미 작성된 사전의료지시의 철회에도 동일하게 적용된다. 이 법률 제10조 제2항은 환자의 이해능력과 판단능력을 철회의 유효조건으로 규정하고 있지만, 철회의 경우 환자의 이해능력과 판단능력이 불필요하다는 의미는 아니다. 일반적으로 치료에 대한 승낙이나 거부하는 법률행위의 의사표시 특성을 가진다고 보기 어렵기 때문에 완전한 행위능력을 가질 필요는 없다.¹²⁸⁾ 따라서 이 경우 행위능력까지 필요하다고 보기는 어렵지만, 의사표시와 동일한 정도의 의사능력을 가지고 있어야 한다.¹²⁹⁾ 입법제안서는 이점에 관하여 사전의료지시 철회의 경우 “환자가 의료지시의 일반규정에 따르는 정도의 이해능력과 판단능력을 가질 필요는 없다”고 하고 있다.¹³⁰⁾ 하지만 이론의 여지가 있는 내용을 입법제안

125) 이러한 논쟁에 관하여는 Rauch-Kallat, StProt NR 22 GP 142. Sitzung/89 참고

126) 이에 대하여 비이성적이라는 표현은 잘못된 것으로 보는 견해로는 Körtner, Das Österreichische Patientenverfügungsgesetz, - Entscheidungsgeschichte, Inhalt, Bewertung, ZEE 2006, 221, 227 각주 7. 예컨대 수혈을 거부하는 여호와의 증인은 자신의 세계관에 비추어 볼 때 자신의 기준에서 이성적으로 행동하는 것이라고 볼 수 있다고 한다.

127) 입법제안서는 “의료행위가 환자의 복리에 합치하는지 아닌지 객관적인 관점에서만 측정되는 것이 아니다. 오히려 주관적인 요인이 더 중요한 역할을 한다”고 한다. ErläutRV 1299 PatVG BlgNR 22. GP 8.

128) BGHZ 29, 33, 36; Sch/Sch²⁷-Eser, § 223, Rn. 38.

129) Memmer, Das Patientenverfügungs-Gesetz 2006, RdM 2006, 163, 166. 이와 다른 견해로는 Kathrein, Das Patientenverfügungs-Gesetz, ÖJZ 2006, 555, 563.

서에 기술하는 것이 타당한 것인지는 의문이다. 이것이 정말 정당하다고 생각했다면 법문언에 명시했어야 했고, 그렇지 않다면 논란의 여지가 있는 내용의 해석은 학설과 판례에 맡기는 것이 타당하다.¹³¹⁾

이러한 판단은 개별사안에서 개별적으로 심사될 수 있기 때문에, 철회와 관련된 자기결정능력의 한계는 아주 드물게 나타난다. 이러한 상황에서 환자가 인식능력과 의사능력을 어느 정도 가지고 있다고 판단되면, 그 환자가 기존의 사전의료지시서 철회에 관하여는 의사능력과 판단능력이 있다고 보는 것이 타당하다.¹³²⁾ 즉 환자는 자신의 연명의지를 표현할 수 있다. 이와는 반대로 더 이상 인식능력과 판단능력이 존재하지 않는다면, 이 법률의 목적과 제7조 제3항에 따라 사전의료지시서는 유효하고 구속적이라고 보아야 한다.¹³³⁾ 이러한 점에서 입법제안서에 따를 때 철회하려고 하는 자연적 의사와 의료적 침습에 대한 반사행동과 같은 자동화된 신체의 방어행위를 구별하기 어렵다고 하는 점¹³⁴⁾ 역시 같은 맥락에서 개념의 불명확성을 통해 창출된 커다란 문제점으로 지적할 수 있다. 만약 개별사례에서 철회와 관련하여 자기결정능력의 존재에 대하여 불확실성이 남는다면 ‘의심스러운 때는 생명의 이익으로(in dubio pro vita)’의 원칙에 따라 결정해야 한다.¹³⁵⁾

법률 제10조 제2항에 따르면 환자가 스스로 철회한 경우가 아니라도 사전의료지시서가 더 이상 유효하지 않다고 드러난 경우에는 철회와 동일하게 취급되어

130) ErläutRV 1299 PatVG BlgNR 22. GP 9.

131) 이석배, 오스트리아 환자사전의사표시법(PatVG), 한국의료법학회지 제15권 제2호 (2007), 111, 118쪽.

132) 이석배, 오스트리아 환자사전의사표시법(PatVG), 한국의료법학회지 제15권 제2호 (2007), 111, 118쪽.

133) 이와 관련하여 보건·여성부 장관인 Maria Rauch-Kallat은 2006년 4월 21일 연방 상원(Bundesrat)에서 “나는 내가 의사표현을 할 수 있는 한에서만 ‘구속력 있는 사전의료지시서’를 무효로 할 수 있다”는 표현으로 이러한 입장을 보여주었다. Rauch-Kallat, StProt BR 733. Sitzung/79.

134) ErläutRV 1299 PatVG BlgNR 22. GP 9 참고

135) 이석배, 독일의 치료중단기준과 입법론, 형사정책 제19권 제1호 (2007), 229, 239쪽; 최성진, 치료중단에 있어서 사전의사표시의 의미, 형사법연구 제22권 제2호 (2010), 109, 113쪽. 이러한 원칙에 따라 오스트리아의 2004년 보건·여성부 법률안 제8조 제2항에 의심스러운 경우에는 철회를 인정하는 취지의 규정을 두고 있었다.

그 효력이 없다. 하지만 이 규정에 따르면 더 이상 인식능력과 판단능력이 없는 환자가 인식할 수 있도록 하는 것이 가능한지는 의문이다.¹³⁶⁾ 이러한 규정은 의사능력 없는 환자의 의사가 사전의료지시서를 작성할 시점에서 명백하게 표시된 환자의 의사를 대체하는 결과가 된다. 특히 환자의 사전의료지시서에서 정해놓은 치료의 조건을 충족하여 더 이상 치료중단의 사전의료지시가 관계없다는 것을 쉽게 알 수 있는 경우에도 환자를 죽도록 치료를 제한하는 것은 타당할 수 없다.

2. 서면성

이 법률 제6조 제1항은 환자의 사전의료지시가 서면으로 작성될 것을 요구하고 있다. 이 경우 환자에게 공증인, 변호사 또는 ‘병원 및 요양원법(KAKuG BGBl. Nr.1/1957)’ 제11e조에 의한 환자의 대리인은 사전의료지시서의 효과와 언제든지 철회할 수 있다는 점을 알려야 하고 사전의료지시서에 자신이 알린 내용을 기록하고 성명, 주소를 기록한 후 자필서명 하여야 한다. 만약 환자가 직접 서명하는 것이 불가능한 경우에는 공증인, 변호사 또는 환자의 대리인은 다른 증인의 입회하에 서명대신의 표시(Handzeichen)를 통해서 유효하게 서명을 대체할 수 있다. 다만 환자가 직접 서명할 수 있는 경우에는 허용되지 않는다. 또한 환자가 병세로 인하여 사전의료지시서에 서명할 수 있는 상황으로 돌아올 수 없다면, 공증인법 제52조 이하에 따라 공증인을 통해서만 가능하다고 보아야 한다.

이러한 형식의 요청은 병원 밖에서 작성된 사전의료지시의 형식은 법률에 규정된 형태로만 가능하다. 이와는 달리 입원환자의 사전의료지시와 관해서는 이 법률 시행으로 달라졌다. 이전에는 환자가 의사와 상담을 통해서 이러한 내용을 요구하고 의사는 이것을 ‘병원 및 요양원법’ 제10조 제1항 제7호에 따라 기록할 의무를 졌다. 이에 따라 환자의 치료에 대해 의사는 법적인 적용을 받으며 구속

136) Kathrein, Das Patientenverfügungs-Gesetz, ÖJZ 2006, 555, 567 각주 29 참고; Peintinger, Michael, Zum Stellenwert und zu den Aufgaben ärztlicher Aufklärung - Medizinische Beratung vor Errichtung einer Patientenverfügung, iFamZ 2006, 78, 80.

적이었다. 하지만 사전의료지시법 시행 이후 입원환자의 경우도 구속력 있는 사전의료지시를 위해서는 이 법률에 따라 사전의료지시서를 작성하여야 한다. 입원환자의 경우에 공증인, 변호사 또는 ‘병원 및 요양원법’ 제11e조에 의한 환자의 대리인에게 병원으로 방문하도록 하는 것은 입원환자에게는 커다란 부담이다.¹³⁷⁾ 따라서 의식이 있는 상태에서 의사에게 사전의료지시를 한 이후에 공증인, 변호사 또는 환자의 대리인에 의해 사전의료지시서가 작성되기 전에 환자가 자기결정능력을 상실한다면 구속력 있는 환자의 사전의료지시는 불가능해진다. 이러한 경우에는 고려대상으로서 사전의료지시의 효력을 가질 수는 있다.

3. 의사의 역할

1) 이 법률 제5조에 따르면 환자는 사전의료지시에 언급된 결정의 의학적 결과에 대하여 “방대한(umfassend)” 설명을 받아야 한다. 이러한 의사와의 대화에서 다루어져야 할 내용으로는 연명장치의 연결, 투석, 소생술, 예후가 좋지 않은 경우 또는 아주 작은 호전을 위한 수술, 순수하게 징후에 대처하기 위한 치료행위, 인공영양공급, 알츠하이머와 같은 정신과 질환이 발생하는 경우 또는 항구적 식물인간상태(PVS: persistent vegetative state) 등이다.¹³⁸⁾ 이러한 주제에 대하여 사전의료지시서는 큰 의미가 있다. 법적으로 “방대한” 설명의 의미는 각각의 상황에 대한 의사표시의 기회와 거부하는 처치가 어떤 것인지에 대한 총체적인 설명으로 이해할 수 있을 것이다. 의사의 설명은 설명의무의 일반원칙이 적용된다고 볼 수 있다. 이러한 사전의료지시의 경우 대부분 긴급성이 없는 경우이고 치료거부의 결과는 아주 중요하기 때문에 의사는 모든 내용에 대하여 설명의무를 진다.¹³⁹⁾

그러나 설명은 환자의 권리이고 일반적으로 권리의 주체는 권리를 포기할 수

137) Memmer, Das Patientenverfügungs-Gesetz 2006, RdM 2006, 163, 167. 우리나라보다는 변호사 비용이 훨씬 저렴하긴 하지만 어쨌든 추가적인 비용을 지불해야 한다는 점은 부정할 수 없다.

138) Peintinger, Zum Stellenwert und zu den Aufgaben ärztlicher Aufklärung - Medizinische Beratung vor Errichtung einer Patientenverfügung, iFamZ 2006, 78.

139) 이석배, 오스트리아 환자사전의사표시법(PatVG), 한국의료법학회지 제15권 제2호 (2007), 111, 120쪽.

있다. 하지만 이 법률 제5조의 규정은 이러한 권리의 포기를 배제하고 있다. 입법자는 설명에 대한 환자의 권리를 설명을 들어야 하는 의무로 변화시켰다. 입법자가 이러한 설명을 강제하는 것은 사전의료지시서의 결과가 중대하기 때문에 이러한 정보를 이해하고 결정하는 것이 중요하다는 점 그리고 경솔한 환자사전의료지시를 통해 나타나는 부작용을 막기 위한 근거를 가진 것이기는 하다. 그러나 이러한 입법자의 결정은 환자의 자기결정권의 핵심인 설명을 요구하고 들을 권리를 의무화했다는 비판을 피할 수 없을 것이다.¹⁴⁰⁾ 환자의 자기결정권은 이러한 설명의 강제를 통하여 보장되는 것이 아니라, 원할 때 요구하고 들을 수 있다는 가능성을 통해서 보장될 수 있기 때문이다. 이것이 오스트리아의 환자권리장전(Patientencharta) 제16조 제4항에도 합치한다.¹⁴¹⁾

2) 설명의무 이외에도 설명하는 의사는 환자가 자신의 사전의료지시가 가지는 결과를 적절하게 평가했는지를 심사해야 한다. 환자의 사전의료지시에는 치료거부의 의학적 결과를 정확하게 알고 있다는 점이 명확해야 한다. 이것은 환자가 의사의 설명을 통해서 정확하게 이해했는지에 따라 달라진다. 구속력 있는 사전의료지시서를 작성하고자 하는 환자의 소망은 사전의료지시의 내용과 효과에 대한 집중적인 논의에 달려있다. 어떠한 처치를 특정한 상황에서 하지 말아달라는 치료거부의 사전의료지시는 본인, 가족, 친구 등을 통한 간접경험에서 나타난다. 만약 만성질환자라면 규칙적인 내원과 지속적인 설명의 대화를 통해 치료거부의 결과에 대한 적절한 평가가 이루어 질 수 있을 것이다.

입법자는 이러한 유효조건을 통해서 최대한 적절한 평가를 보장하고 즉흥적인 결정이 내려지는 것을 방지하고 이에 따라 환자의 생명을 보호하고자 했다. 하지만 이러한 입법자의 고려는 환자의 자기결정권을 침해하는 결과를 낳았다. 환

140) 이러한 설명을 ‘들을’ 의무화에 대한 비판으로는 Barta, Zur Sorge um sich am Lebensende, in: Memmer/Kern(Hrsg), Patientenverfügungs-Gesetz(2006), 51, 53f.; Kern, Die religiös motivierte Patientenverfügung, in: Memmer/Kern(Hrsg.), Patientenverfügungs-Gesetz(2006), 67. 77ff.

141) 제16조 제4항: 설명은 환자에 의해서 포기될 수 있다. 환자는 포기에 영향을 받아서는 안된다. [Artikel 16 4) Auf die Aufklärung kann von den Patienten und Patientinnen verzichtet werden; sie dürfen zu einem Verzicht nicht beeinflusst werden.] (<http://www.wien.gv.at/recht/landesrecht-wien/rechtsvorschriften/html/s0050800.htm> 참고).

자는 자신의 의사에 따라 자의적인 결정을 내릴 수 있고, 이러한 결정이 바로 환자 자기결정권의 핵심이다.¹⁴²⁾ 이러한 결정권은 비록 환자의 치료거부 또는 치료중단이 생명의 위험을 초래하는 결과를 낳는다고 하더라도 달라지지 않는다.¹⁴³⁾ 특히 형법에 전단적 의료행위 처벌규정을 가진 오스트리아의 경우에는 이론적으로나 기존의 판례에 대하여도 모순되는 입법이라고 볼 수 있다.

또한 이 법률 제5조에 따르면 의사가 환자의 사전의료지시를 어떠한 근거로 적절하다는 “평가”했는지를 기술해야 한다. 그렇다면 어느 정도로 기술해야 하는 가하는 문제가 중요하다. 오스트리아의 입법자가 선택한 “평가(einschätzen)”라는 단어가 문제이다. 입법제안서에 따르면 의사는 이러한 확인을 한 경우 사전의료지시서에 기술된 내용과 환자의 의사가 일치하는지를 심사하여야 한다고 한다.¹⁴⁴⁾ 하지만 이것만으로 문제를 해결할 수는 없다. 실제 의사가 환자의 종교적 신념이나 가치관, 세계관에 의해 작성된 사전의료지시서에 반응할 수 있을지는 의심스럽다.¹⁴⁵⁾ 특히 이러한 사전의료지시서의 내용이 의학적 관점에서 비합리적인 경우, 사전의료지시서를 적절하지 않다고 평가할 수 있는 것인지 의문이다.

3) 이 법률 제5조에 따르면 의사는 이러한 사전의료지시서에 주소를 기록하고 서명날인 함으로써 확인하고 왜 당해 사전의료지시서를 적절하다고 평가했는지 이유를 기록해야 한다. 그리고 그 이유가 과거 혹은 현재 환자 또는 가까운 가족의 질병과 관련된 치료와 관계가 있는지도 기술하여야 한다.¹⁴⁶⁾ 이러한 규정은 대표적으로 여호와의 증인은 수혈에 의한 의료행위에 대하여 승낙을 배제할 수 있는지에 대한 논란을 고려한 것으로 보인다.¹⁴⁷⁾

142) Kopetzki, Einleitung und Abbruch der kunstlichen Ernährung beim einwilligungs- unfähigen Patienten - Die Österreichische Rechtslage, Ethik Med 2004, 275, 278.

143) 물론 우리나라의 경우는 판례의 입장이 환자의 자기결정에 따르는 것이 생명에 위험을 초래한다면 결정권을 제한할 수 있는 것으로 보고 있다는 점은 위에서 언급하였다.

144) ErläutRV 1299 PatVG BlgNR 22. GP 6.

145) 특히 이 점에 관하여는 Kern, Die religiös motivierte Patientenverfügung, in: Memmer/Kern(Hrsg.), Patientenverfügungs-Gesetz (2006), 67, 80 참고

146) ErläutRV 1299 PatVG BlgNR 22. GP 7.

147) 이에 대하여는 Aigner, Das Österreichische Patientenverfügungsgesetz(PatVG), J.Neurol. Neurochir.Psychiatr. 2007, 29, 30; Körtner, ZEE 2006, 221, 224 참고

또한 이 법률 제5조에 설명하는 의사는 대화의 과정에서 환자의 인식능력과 판단능력을 확인해야 한다고 규정하고 있다.¹⁴⁸⁾ 그러나 이는 고려대상으로서 사전의료지시서의 효력을 갖는다고 보는 제8조의 법률규정과 일치하지 않는다. 이 경우 기록에 의사가 환자에게 설명을 했고 환자가 이를 받아들였다는 내용이 있다면, 특단의 사정이 없는 한 환자는 인식능력과 판단능력이 있다고 보아야 한다. 설명과정에서 일정한 치료방법의 승인이나 거절에 대한 의사표시가 있어야 하기 때문에, 인식능력과 판단능력이 없는 환자에게 이해할 수 있도록 설명한다는 것은 불가능하기 때문이다.¹⁴⁹⁾

4. 법률가의 역할

1) 이 법률 제6조에 의하면 구속력 있는 사전의료지시서는 공증인 또는 변호사 입회하에 작성되어야 한다. 즉, 사전의료지시서에 공증인 또는 변호사는 날짜와 주소를 기입하고 서명날인 해야 한다. 물론 이러한 비용은 사전의료지시서 작성자의 부담이다. 입법자는 이에 대한 대안으로 ‘병원 및 요양원법(KAKuG)’ 제11e조에 의한 환자의 대리인의 입회하에서도 사전의료지시서를 작성할 수 있도록 하고 있다. 이것은 공증인이나 변호사를 고용함으로써 발생할 수 있는 비용부담 없이 사전의료지시서 작성의 가능성을 열어 놓은 것이다.

하지만 이러한 규정은 ‘대리인법 개정 법률(SWRÄG)’과 일치하지 않는다.¹⁵⁰⁾ ‘대리인법 개정 법률’에 따르면 중요한 의료행위에 대한 대리권수여는 민법 제284f조 제3항에 따라 변호사, 공증인의 입회하에 또는 법원에서만 가능하도록 하고 있다. 입법자는 이 규정을 사전의료지시법과 함께 필수적인 법적 장치로 보는 것 같다.¹⁵¹⁾ 이 점에서 이 두 법률은 차이가 있다. 사전의료지시서 작성과

148) 입법제안서에서도 명백하게 “만약 의사의 입장에서 환자의 인식능력과 판단능력이 확실하다면 이것이 사전의료지시서에 반드시 기록되어야 하는 것은 아니다. 따라서 사전의료지시서에 인식능력과 판단능력에 대한 언급이 없다면 사전의료지시서의 작성시점에서 인식능력과 판단능력은 있었던 것으로 볼 수 있다”고 서술하고 있다. ErläutRV 1299 PatVG BlgNR 22. GP 10.

149) Memmer, Das Patientenverfügungs-Gesetz 2006, RdM 2006, 163, 169.

150) 이점에 관하여는 Kopetzki, Einleitung und Abbruch der medizinischen Behandlung beim einwilligungsunfähigen Patienten, iFamZ 2007, 197 참고.

대리권 수여에서 부분적으로만 같은 형식을 규정하고 있다. 예컨대 환자가 사전 의료지시서 작성과 대리권수여행위를 동시에 하고자 한다면 변호사와 공증인의 입회하에서만 가능하다. 이러한 규정의 모순은 법질서의 통일성 측면에서 자의적인 것으로 평가된다. 이 점은 대리인개정법률 입법제안서를 보면 더욱 명확해진다. 입법제안서는 “대리권수여와 사전의료지시서는 상호 결합될 수 있고 상호 결합되는 것이 가치 있는 방법”이라고 하고 있다.¹⁵²⁾ 이러한 입법자의 의도를 실현하고자 한다면 이 두 법률의 통일을 위해서 개정이 필요하다.¹⁵³⁾

2) 사전의료지시서의 작성은 가장 사적인 영역의 행동이기 때문에, 공증인, 변호사 또는 법적 권한 있는 환자의 대리인의 중요한 의무는 환자의 확실한 의사를 확인하는 것이다. 즉 환자가 인식능력과 판단능력이 있는지, 환자의 사전의료지시서가 착오나 기망, 강요 등이 없이 자유롭고 진지하게 이루어지는지를 확인하는 것이다.¹⁵⁴⁾ 또한 환자에 의해서 작성된 사전의료지시서가 모든 형식적·실질적 요건을 충족하는지를 검토하는 역할을 수행한다. 법률가는 이러한 과정에서 가능한 한 명확하게 기술할 것을 요구할 수 있다. 이러한 확인을 통해서 의사와 의료인은 작성된 사전의료지시서에 표시된 환자의 의사에 구속된다.¹⁵⁵⁾

3) 법률 제5조와 제6조는 설명과 작성의 시간적인 순서는 두 가지 시나리오를 허용한다. 즉 의사의 설명이 사전의료지시서의 작성 이전 혹은 작성과정에서 이루어져야 한다.

사전의료지시서 작성 이전에 설명이 이루어지는 경우 환자는 의사에 의해서 작성되고 서명 날인된 문서를 공증인, 변호사 또는 법적 권한 있는 환자의 대리인에게 제시해야 한다. 하지만 의사의 서명 날인된 확인서가 제시된다고 하더라도

151) ErläutRV 1420 SWRÄG BlgNR 22. GP 28.

152) ErläutRV 1420 SWRÄG BlgNR 22. GP 30.

153) 이석배, 오스트리아 환자사전의사표시법(PatVG), 한국의료법학회지 제15권 제2호 (2007), 111, 123쪽.

154) 이에 대하여 Bernat, Planungssicherheit am Lebensende? Anmerkung zum BG uber Patientenverfügungen sowie zur Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten (Teil 1), EF-Z 2006, 42, 46은 법률가에게 환자의 인식능력과 판단능력을 확인하고 심사할 것을 요구하지는 않는다고 본다.

155) ErläutRV 1299 PatVG BlgNR 22. GP 9.

도 공증인, 변호사 또는 법적 권한 있는 환자의 대리인이 작성시점에 환자의 인식능력과 판단능력에 의심을 갖는다면 어떠한 태도를 취해야 하는지는 의문이다.¹⁵⁶⁾ 의사의 확인서는 결국 공증인, 변호사 또는 법적 권한 있는 환자의 대리인의 입회하에 사전의료지시서 작성과 시간적으로 아주 밀접하게 연결된 경우에만 조건 없이 유효하다고 볼 수 있다. 공증인, 변호사 또는 법적 권한 있는 환자의 대리인이 의사의 의견서를 특별한 이유 없이 무시하는 것은 허용되지 않으며, 의심스러운 경우에 법률가는 사전의료지시서 작성자에게 다시 확인하는 것으로 충분하다. 법률가에게 증거를 제시해야 할 의무는 없기 때문에 이것을 조사해야 하는 것은 아니다. 반면 더 이상 의사결정이 불가능한 환자의 경우에는 사전의료지시서가 유효하지 않다고 판단할 수도 있을 것이고, 유효성을 인정하면서도 의심스러운 점을 기록할 수는 있을 것이다.

환자가 의사에 의해서 작성된 확인서를 가지고 법률가를 찾았을 경우 그리고 그 시점에 처음으로 사전의료지시서를 작성하려고 하는 경우, 설명확인서와 실제 이루어진 설명 사이에 문제가 있을 수 있다.¹⁵⁷⁾ 왜냐하면 제5조에 의하면 의사는 설명을 했다는 점만 확인하면 되고, 설명과 대화의 내용을 모두 기록할 필요는 없기 때문이다. 이 경우 법률가는 환자가 사전의료지시서에 기록하고자 하는 모든 내용에 대한 설명이 실제로 환자에게 이루어졌는지 의심스러울 수 있다.

결국 가장 확실한 방법은 의사와 법률가가 동시에 입회한 가운데 사전의료지시서를 작성하는 것이다. 입법제안서가 병원에서 작성하도록 권유하고 있는 것은¹⁵⁸⁾ 같은 이유로 볼 수 있다. 이러한 방식이 법적으로 가장 확실하게 사전의료지시서를 작성하는 방법이고, 마지막 결정의 상황에서 판단해야 하는 의사의 입장에서도 환자의 확실한 의사를 알 수 있는 방법이라고 볼 수 있다.

156) Kunz/Gepart, Aufgaben der bei der Errichtung einer Patientenverfügung mitwirkenden Juristen, iFamZ 2006, 81, 85.

157) ErläutRV 1299 PatVG BlgNR 22. GP 7.

158) ErläutRV 1299 PatVG BlgNR 22. GP 7f.

5. 갱신과 변경

1) 모든 구속력 있는 환자의 사전의료지시서는 적어도 5년 이내에 갱신되어야 한다. 제7조 제1항은 이러한 갱신이 5년경과 이전에 이루어질 것을 요구하지 않기 때문에, 5년의 기간이 지난 다음에 갱신하는 것도 가능하다. 다만, 5년이 지나고 갱신되기 전까지 기간에는 구속력 있는 사전의료지시서가 아니라 고려대상으로서 사전의료지시서가 된다.

환자가 인식능력과 판단능력을 상실하고 의사소통이 불가능한 경우에는 갱신이 불가능하다. 이리함께 더 이상 환자에 의해서 갱신이 불가능한 경우에는 제7조 제3항에 따라 사전의료지시서는 구속력을 잃지 않는다. 하지만 언제 환자가 인식능력과 판단능력을 상실했는지를 명확하게 판단하는 것은 쉬운 일이 아니다. 예컨대 5년이 지나기 직전에 의사소통이 불가능해진다면 이 조항은 효력이 있지만, 5년이 지나기 전 사전의료지시서의 갱신절차를 진행하던 환자가 5년이 지나는 시점에 의사소통이 불가능해지는 경우에는 이 법률에 따르면 구속력 있는 사전의료지시서는 사라지게 된다. 결국 사전의료지시서가 실질적 내용과 관계없이 시간의 기준으로 구속력을 판단받게 되는 불합리가 발생할 위험이 있다.¹⁵⁹⁾

이러한 상황에서 구속력은 환자가 다시 인식능력과 판단능력을 회복하고 자신의 사전의료지시서를 갱신하는 경우에만 갱신이 인정된다. 하지만 자기결정능력과 의사소통능력을 그 상실의 경우와 마찬가지로 회복의 경우도 정확하게 확정하는 것은 어려운 일이다. 결국 제7조 제3항에 따라 구속력이 유지되던 사전의료지시서가 환자의 의식회복이 되는 순간 그 효력을 상실하는 것인지 그리고 얼마나 빠른 기간 내에 사전의료지시서가 갱신되어야 하는지 의문이 있지만, 이 법률은 이러한 내용에 대하여는 침묵하고 있다. 결국 이 법률에 이러한 중간기간에 대한 명확한 규정이 결여되어 있고 이에 대한 해결이 필요하다.

2) 법률 제7조 제2항에 따라 사전의료지시서 변경의 경우도 갱신의 경우와 동일하다. 변경의 경우도 법률에 규정한 요건을 모두 충족해야 구속력이 부여되므

159) 이석배, *오스트리아 환자사전의사표시법(PatVG)*, 한국의료법학회지 제15권 제2호 (2007), 111, 125쪽.

로, 사전의료지시서가 현재의 의사와 일치하지 않더라도 구속력을 위한 조건에 드는 비용을 절감하기 위해서 자신의 변화된 의사를 바로 변경하는 것이 아니라 다음 갱신 때 그것을 반영하려고 하는 경향이 나타날 수 있다.¹⁶⁰⁾ 결국 현실적인 환자의 의사가 변경을 통해 사전의료지시서에 반영되는 것을 의도했던¹⁶¹⁾ 입법자의 의사와는 달리 변경의 엄격한 요건 때문에 오히려 환자의 현실적 의사가 반영되기 어려운 방향으로 흐를 위험을 내포하고 있다고 볼 수 있다.¹⁶²⁾

6. 의학의 발전

이 규정은 “일반규정(Gemeinsame Bestimmungen)”의 장에 들어 있기는 하지만, 전체적인 맥락에서 구속력 있는 사전의료지시서의 경우에만 의미가 있다고 볼 수 있다.

법률 제10조 제1항 제3호는 사전의료지시서 작성이후 중요내용에 대하여 의학 적 상황의 중대한 변화가 있는 경우 사전의료지시서가 효력을 잃는다고 규정하고 있다. 의학 적 상황의 변화는 오스트리아에서 발전된 의학 적 지식과 의술이 사용될 수 있는 것으로 현실적으로 의미가 있는 것이어야 한다. 기존에 이루어진 의사의 설명에 새롭게 변화한 의학 적 지식에 관한 내용이 포함되지 않았기 때문에, 이러한 중요부분에 대한 설명이 결여된 상태에서 환자의 승낙은 유효한 것으로 볼 수 없다.¹⁶³⁾ 따라서 이러한 경우 환자의 치료에 대한 거부 의사표시는 효력을 잃게 된다. 하지만 환자가 이러한 의학 적 발전에 대하여 명백하게 자신의 사전의료지시서에서 고려하고도 거부의 의사표시를 했다면 의학의 발전에도 불구하고 환자의 거부 의사표시는 유효하다고 보는 것이 타당할 것이다.¹⁶⁴⁾

160) Kalchschmid, Was bringt das Patientenverfügungs-Gesetz Patienten, Ärzten und Juristen?, in Memmer/Kern(Hrsg.), Patientenverfügungs-Gesetz (2006), 87, 91; Kern, D-ie religiös motivierte Patientenverfügung, in: Memmer/Kern(Hrsg.), Patientenverfügungs-Gesetz (2006), 67, 82.

161) ErläutRV 1299 PatVG BlgNR 22. GP 4.

162) 이석배, 오스트리아 환자사전의사표시법(PatVG), 한국의료법학회지 제15권 제2호 (2007), 111, 125쪽.

163) 이석배, 오스트리아 환자사전의사표시법(PatVG), 한국의료법학회지 제15권 제2호 (2007), 111, 126쪽.

갱신에 따르는 비용의 문제가 남기는 하지만 일반적으로 제7조의 갱신 규정에 따라서 환자는 의학적 지식과 의술의 발전에 대한 정보를 받을 수 있기 때문에, 제10조 제1항 제3호는 의학의 발전으로 상황이 환자의 사전의료지시와 명백히 반하거나 오랜 기간 의사소통이 불가능한 상태에 있는 환자의 경우에 의미가 있다. 왜냐하면 고려대상으로서 사전의료지시서의 경우는 제9조에서 “환자가 사전의료지시서와 관련된 질병의 상태, 그 결과에 대하여 얼마나 평가할 수 있었는지”가 고려되기 때문에, 제10조 제1항 제3호 이전에 제9조에 의해서 환자의 사전의료지시는 효력이 없다고 볼 수 있기 때문이다. 하지만 환자가 이러한 의학적 발전에 대하여 명백하게 자신의 사전의료지시서에서 고려하고도 거부 의사 표시를 했다면 의학의 발전에도 불구하고 환자의 거부 의사 표시는 유효하다고 보는 것이 타당할 것이다.¹⁶⁵⁾

IV. 고려대상으로서 환자사전의료지시

법률 제8조에 따라 사전의료지시서가 구속력 있는 사전의료지시서의 요건인 제4조 내지 제7조의 모든 요건을 충족하지 못하는 경우 환자의 의사를 조사할 때 고려대상으로서 사전의료지시서로서 역할을 한다.

164) Kathrein, Das Patientenverfügungs-Gesetz, ÖJZ 2006, 555, 562. 이에 대하여 어떠한 변화가 있는지 정확하게 인식하지 못하고 판단하는 것으로, 제5조가 설명을 포기할 수 없다고 규정하고 있기 때문에 비록 사전의료지시서에 제10조 제1항 제3호를 배제하는 내용이 들어 있다고 하더라도 무효라고 보아야 한다는 반대의 견해가 있다. 이에 대하여는 Memmer, Das Patientenverfügungs-Gesetz 2006, RdM 2006, 163, 172 참고

165) Kathrein, Das Patientenverfügungs-Gesetz, ÖJZ 2006, 555, 562. 이에 대하여 어떠한 변화가 있는지 정확하게 인식하지 못하고 판단하는 것으로, 제5조가 설명을 포기할 수 없다고 규정하고 있기 때문에 비록 사전의료지시서에 제10조 제1항 제3호를 배제하는 내용이 들어 있다고 하더라도 무효라고 보아야 한다는 반대의 견해가 있다. 이에 대하여는 Memmer, Das Patientenverfügungs-Gesetz 2006, RdM 2006, 163, 172 참고

1. 인식능력과 판단능력

성인의 경우에는 정신박약, 알코올중독, 마약중독 등 특단의 사정이 없는 한 인식능력과 판단능력이 있다는 점에서 출발한다. 하지만 사전의료지시서 작성 당시에 환자가 자기결정능력이 있었는지는 명확하지 않은 경우가 빈번하다.

이 법률에 따르면 성인뿐만 아니라 미성년자의 경우도 사전의료지시서를 작성할 수 있다. 사전의료지시서에 이에 대한 의사의 기록이 없다면 민법 제146c조의 일반규정에 따라 인식능력과 판단능력을 판단한다. 민법의 일반규정에 따를 때 중요한 것은 판단능력이 인정되는 미성년자의 사전의료지시는 고도의 인격권 행사로 그 부모나 법정대리인의 의사에 의해 대체될 수 없다는 점이다.¹⁶⁶⁾ 판단능력이 있는 미성년자의 경우도 민법 제154b조에 의해 정신병이나 심신장애 등의 경우에 부모 또는 법정대리인의 신청에 의해 법원으로부터 인식능력과 판단능력이 없다는 결정을 받을 수 있지만, 이미 이루어진 사전의료지시서의 작성에는 효력이 미치지 않는다.¹⁶⁷⁾

2. 의사의 설명

환자가 치료지속에 관한 결정에서 중요한 요소들을 인식하지 못했다면 자기결정권의 행사는 불가능하다. 이것은 치료를 승낙하는 결정이건 거부하는 결정이건 동일하다. 그래서 고려대상으로서 사전의료지시서에 직면한 의사는 환자가 작성 당시 충분한 정보를 제공받았는지에 대하여 의문을 가질 수밖에 없다. 결국 의사는 치료거부의 근거, 설명과 기록의 상대적 정확성 등을 기초로 판단하게 된다.

그 밖에도 고려대상으로서 사전의료지시서에는 설명의 포기가 가능하기 때문에, 비록 사전의료지시서에 설명의 포기가 확인된다고 하더라도 의사의 입장에서 치료의 거부가 합리적이라고 판단되면, 그 의사는 존중될 수 있다. 반면에

166) Kathrein, Das Patientenverfügungs-Gesetz, ÖJZ 2006, 555, 561.

167) Memmer, Das Patientenverfügungs-Gesetz 2006, RdM 2006, 163, 172; 이석배, 오스트리아 환자사전의사표시법(PatVG), 한국의료법학회지 제15권 제2호 (2007), 111, 127쪽.

치료거부가 비합리적이고 근거가 없다고 판단되면 의사는 중요한 정보제공의 불이행으로 사전의료지시서가 유효하지 않다고 판단할 수도 있다.

3. 단계적 고려

의사의 입장에서는 개별사례마다 고려대상으로서 사전의료지시서를 검토해야 하기 때문에 가장 큰 문제는 그것을 어느 정도로 고려할 것이냐이다. 제9조에 따르면 고려대상으로서 사전의료지시서는 구속력 있는 사전의료지시서의 요건을 많이 충족할수록 더 많이 고려된다고 기준을 제시하고 있다. 특히 환자가 질병의 상태에 대한 평가, 거부하는 치료의 구체성, 제6조가 규정한 형식적 요건의 충족정도, 사전의료지시서의 갱신빈도, 마지막 갱신 시점부터 경과시간 등을 고려하여 판단한다.

고려대상으로서 사전의료지시서의 의미는 이런 형식적인 기준 이외에 환자 개인에 대한 정보를 제공한다는 점이다. 사전의료지시서에 나타나는 환자의 두려움과 치료를 거부하는 이유 등은 의사에게 환자의 중요한 결정근거를 제공한다. 의사는 사전의료지시서에서 환자의 가치관과 소망을 알 수 있으며, 의사소통이 불가능한 환자의 의사를 찾을 수 있다.

이러한 과정을 통해서 고려대상으로서 사전의료지시서는 아주 낮은 단계부터 아주 높은 단계까지 고려의 대상이 된다.¹⁶⁸⁾ 높은 단계의 고려대상이 된 사전의료지시서는 그 내용이 비록 객관적으로 환자의 복리에 상반되더라도 그에 따를 수 있다. 예컨대 환자가 의식이 있는 상태에서 특정한 치료방법에 대한 거부의 사표시를 의사에게 한 후 공중인 등의 입회를 통한 갱신절차 사이에 의식을 상실한 경우를 들 수 있다. 결국 중요한 것은 어느 정도 그 사전의료지시서의 내용을 신뢰할 수 있는가이다.

그 밖에 고려대상으로서 사전의료지시서는 의사의 치료에 대한 환자의 추정적 의사를 조사하는데 사용될 수 있다. 대리인이 선정되지 않거나 처치의 긴급성 때문에 대리인을 소환하는 것이 불가능한 경우 의사는 개개상황의 모든 요소를

168) Rauch-Kallat, StProt NR 22 GP 142 Sitzung/90

주의 깊게 이익형량하여 환자가 그 상황에서 어떠한 결정을 내렸을 것인지 판단해야 한다.¹⁶⁹⁾

V. 법원의 결정

만약 제4조 내지 제7조의 구속력 있는 사전의료지시서의 요건이나 제10조 제1항 제3호의 의학의 발전에 대하여 의심스러운 경우에 의사는 민법 제273조 제1항에 따라 법원에 대리인의 선임을 요구해야 한다. 이 경우 법원은 사전의료지시서에 구속력을 부여할 것인지 그리고 대리인을 선임할 것인지를 결정한다. 만약 대리인이 선임되어 있다면, 민법 제282조 제3항에 따라 치료의 유보가 환자의 신체와 건강에 중대하고 불리한 영향을 미칠 것이라고 판단되는 경우는 법원의 허가를 받아야 한다.¹⁷⁰⁾ 법원의 허가과정에서도 물론 사전의료지시서의 성격에 따라 판단해야 한다.¹⁷¹⁾ 입법제안서는 고려대상으로서 사전의료지시서의 경우에 대리인이 선임되어야 한다고 하고 있지만,¹⁷²⁾ 의사가 환자의 추정적 의사를 사전의료지시서를 통해서 명확하게 알 수 있고 의학적 상황의 변화가 없다면 아주 높은 단계의 고려대상으로서 사전의료지시서로서 대리인의 선임은 무의미한 것으로 볼 수도 있을 것이다.¹⁷³⁾ 따라서 대리인의 선임은 사전의료지시서의 내용에 따라서 명확한 판단이 불가능한 경우에 한하여 의미가 있다.

169) 이석배, *오스트리아 환자사전의사표시법(PatVG)*, *한국의료법학회지* 제15권 제2호 (2007), 111, 120쪽.

170) 독일도 민법 제1904조에 이와 같은 규정을 두고 있다.

171) Barth, *Die Patientenverfügung und ihre praktischen Folgen für den behandelnden Arzt*, *FamZ* 2006, 72, 74f.

172) ErläutRV 1299 PatVG B1gNR 22. GP 8.

173) 이석배, *오스트리아 환자사전의사표시법(PatVG)*, *한국의료법학회지* 제15권 제2호 (2007), 111, 128쪽.

제4절 독일 후견법 제3차 개정법¹⁷⁴⁾

1980년대 ‘환자의 유언’이라는 표제로 시작된 환자의 사전의료지시에 관한 논의는 1994년 ‘Kemptener 사건’에 대한 형사1부의 판결,¹⁷⁵⁾ 1998년과 2002년 프랑크푸르트 州최고법원의 결정,¹⁷⁶⁾ 2003년 ‘Lübecker 사건’¹⁷⁷⁾과 2005년 ‘Peter K.’ 사건¹⁷⁸⁾에 대한 연방대법원 민사12부의 결정, 2004년 5월 7일 개정 독일연방의사협회 ‘안락사에 관한 연방의사협회 기본지침’,¹⁷⁹⁾ 2007년 사전의료지시 관련 지침,¹⁸⁰⁾ 2004년 4월 23일 라인란트-팔츠州 법무부 생명윤리위원회(Bioethik-Kommission Rheinland-Pfalz) “안락사와 죽음의 동행(Sterbehilfe und Sterbebegleitung)”,¹⁸¹⁾ 2004년 9월 13일 연방의회 전문가위원회(Enquete-Kommission) 민법개정안¹⁸²⁾, 2004년 11월 법무부의 민법 개정안¹⁸³⁾, 2005년 10월 독일 형법 교수 20인을 중

174) 이 절의 내용은 공동저자인 이석배, 독일의 환자사전의사표시법, 원광법학 제26권 제4호 (2010), 337쪽 이하의 내용을 기초로 한다. 이 법률에 대한 개괄적 설명은 이은영, 연명치료중단의 입법화 방안에 관한 연구, 의료법학 제10권 제2호 (2009), 203쪽 이하.

175) BGHSt. 40, 257. 이 판결에 대한 자세한 내용은 이석배, 독일 켐프테너 판결에 대한 비판적 검토, 의료법학 제9권 제1호 (2008), 259쪽 이하 참고.

176) OLG Frankfurt a. M., NJW 1998, 2747; NJW 2002, 689. 이 판결이후 민법 제1904조의 유추적용에 대한 논란이 있다. 더욱이 München의 州최고법원(OLG)이 다른 입장을 보이면서 문제가 되었다. 이에 대하여는 OLG München ZfL 2003, 20 참고.

177) BGHZ 154, 205. 이 판결에 대한 자세한 내용은 정문식, 독일에서의 안락사 논의와 입법방향, 법과 정책연구 제5집 제1호 (2005), 477, 479쪽 이하 참고.

178) BGHZ 163, 195. 이 판결의 사실관계에 대하여는 최성진, 치료중단에 있어서 사전의사표시의 의미, 형사법연구 제22권 제2호 (2010), 109, 112쪽 각주 13 참고.

179) Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung, Deutsches Ärzteblatt 101 (2004), A-1298f.

180) Empfehlungen der Bundesärztekammer und der Zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis, DÄBl. 104 (2007), A-891ff.

181) Bioethik-Kommission Rheinland-Pfalz, Sterbehilfe und Sterbebegleitung. Ethische, rechtliche und medizinische Bewertung des Spannungsverhältnisses zwischen ärztlicher Lebenserhaltungspflicht und Selbstbestimmung des Patienten. Ministerium der Justiz Rheinland-Pfalz (Bericht vom 23. 04. 2004).

182) Enquete-Kommission “Recht und Ethik der modernen Medizin” des Bundestags, Zwischenbericht “Patientenverfügungen” vom 13. 09. 2004, BT-Drucks. 15/3700.

심으로 만들어진 형법의 개정안(AE-StB)¹⁸⁴⁾ 등 수많은 입법안들을 낳았다.¹⁸⁵⁾ 여기서 물론 3년 먼저 시행되고 있는 오스트리아 사전의료지시법에 대한 상세한 검토도 이루어졌다. 이러한 논의과정을 통해 2009년 6월 18일 사민당(SPD) 요아킴 스텐커(Joachim Stünker) 의원이 발의한 법률안이 2009년 7월 29일 후견법 3차 개정법으로¹⁸⁶⁾ 통과되어 2009년 9월 1일부터 시행되면서 수년간 집중적으로 논의되어 오던 사전의료지시의 범위와 법적인 구속력에 대한 잠정적인 결론을 도출했다.

I. 후견법 제3차 개정법의 주요내용

1. 환자의사의 중요성과 적용범위

독일에서는 인간 생명·신체의 불가침성(기본법 제2조 제2항)에 따라 의사의 의료행위는 일반적으로 치료를 목적으로 하더라도 우선은 상해죄의 구성요건에 해당하는 것으로 평가된다.¹⁸⁷⁾ 따라서 사람의 신체에 대한 침습으로 설명되는 의사의 의료행위가 정당화되기 위해서는 (충분한 설명을 통한) 환자의 승낙을 요구한다.¹⁸⁸⁾

183) <http://www.skm.bistum-trier.de/reform/betraend3.pdf> 이에 대한 자세한 설명은 정문식, 독일에서의 안락사 논의와 입법방향, 법과 정책연구 제5집 제1호 (2005), 477, 487쪽 이하 참고

184) Schöch/Verrel u.a., Alternativ-Entwurf Sterbebegleitung, GA 2005, 553ff.

185) 독일의 후견법 3차 개정법 이전 입법논의에 대하여 자세한 내용은 이석배, 독일의 치료중단기준과 입법론, 형사정책 제19권 제1호 (2007), 229쪽 이하 참고

186) Drittes Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts, BGBl. I, 2286.

187) RGSt 25, 375, 378f.; BGHSt 11, 111; BVerfGE 52, 131, 174f. 독일은 폭행죄 규정을 따로 두고 있지 않으므로 상해죄가 우리나라의 상해죄와 폭행죄를 포함하는 것으로 볼 수 있다. 판례의 확고한 입장이기는 하지만 치료목적으로 환자의 승낙을 받은 의료행위의 경우 구성요건해당성 자체를 부정하는 견해도 많이 존재한다. Bockelmann, Arztlicher Eingriff - Einwilligung des Patienten - Aufklärungspflicht des Arztes, in: Strafrecht des Arztes (1968), 50, 67ff; Sch/Sch²⁷-Eser, §223 Rn. 30; Arth. Kaufmann, Die eigenmächtige Heilbehandlung, in: Schuld und Strafe² (1983), 190ff.; LK¹¹-Lilie, Vor §223 Rn. 3, 6; Eb. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht (1939), 69ff.; Welzel, Das deutsche Strafrecht (1969), 289.

사전의료지시의 인정은 법적인 관점에서 의료행위에 결정적인 역할을 하는 환자의 승낙이 여러 가지 형태로 나타날 수 있다는 점을 기초로 한다. 즉 명시적이고 현실적인 의사, 환자 사전의료지시, 추정적 의사의 형태로 나타날 수 있다고 본다. 새로운 개정 후견법(민법) 규정은 환자 사전의료지시(개정민법 제1901a조 제1항)와 환자의 치료행위에 대한 소망이나 추정적 의사(개정민법 제1901a조 제2항)에 대해 규정하고 있다. 하지만 오스트리아의 환자사전의료지시법 제4조 이하에서 규정한 것과는 달리 공증인의 공증을 요건으로 하지는 않는다.¹⁸⁹⁾

개정민법 제1901a조 제2항과 제3항은 환자 사전의료지시가 없거나 환자 사전의료지시가 특정한 환자의 상황이나 의료행위의 상황과 일치하지 않는 경우에 대하여 의사의 전문적인 지식보다는 후견인이 확정한 환자의 의사에 더 무게를 두고 있다.

독일의 입법자는 치료거부에 대한 사전의료지시에 대하여 과거의 입법안이나 정책연구들에서 논쟁이 되던 부분인 “환자가 비가역적으로 사망으로 진행되는 원인질환에 의해 고통 받을 것”이라는 제한을 두지 않았다.¹⁹⁰⁾ 오히려 개정민법 제1901a조 제3항에서 사전의료지시와 추정적 의사를 근거로 하는 치료지속여부의 결정은, 과거에 연방대법원의 판례가¹⁹¹⁾ 연명치료에 국한해서 언급했던 것과는 달리, “질병의 종류나 상태와는 무관”하다고 규정하여 사전의료지시의 적용범위에 제한을 두고 있지 않다.¹⁹²⁾

188) BGHZ 154, 205, 210; 163, 195, 197.

189) 이석배, 오스트리아 환자사전의사표시법, 한국의료법학회지 제12권 제2호 (2007), 111쪽 이하.

190) 이러한 조건이 필요하다고 본 견해는 BGHZ 154, 205, 215; Enquete-Kommission “Recht und Ethik der modernen Medizin” des Bundestags, Zwischenbericht “Patientenverfügungen” vom 13. 09. 2004, BT-Drucks. 15/3700. 38; Dewitz/Kirchner, Der Entwurf eines 3. Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechtes vom 1. November 2004 und das Grundgesetz, MedR 2005, 134, 138f. 이에 반대하는 견해로는 Nationaler Ethikrat, Patientenverfügung - Ein Instrument der Selbstbestimmung (2005), 18f.; Kübler/Kübler, Selbstbestimmung am Lebensende - Die Patientenverfügung im Gesetzgebungsverfahren; ZRP 2008, 236, 239f.; Albers, Zur rechtlichen Ausgestaltung von Patientenverfügungen, MedR 2009, 138, 141f.

191) BGHZ 154, 205.

192) 2010년 6월 25일 독일연방대법원 형사2부는 뇌출혈로 PVS상태에 빠진 환자에 대하여 환자의 변호인과 후견인인 딸, 의사가 합의하고 문서로 환자사전의료지시를 남긴 환자의 의사에 따라 위 삽관을 제거하여 사망에 이르게 한 사건에 대하여 살인죄로 유죄 판결한 원심(LG Fulda)을 파기

2. 징후의 확정을 통한 의사의 근본적인 책임

논란이 되었던 의사의 생명유지의무가 어디까지인지에 대하여 2009년 7월 29일 개정후견법(민법), 소위 환자사전의료지시법에서 직접적으로 도출할 수 있다. 개정민법 제1901b조에 따르면 담당의사는 환자의 전체적인 상태와 예후와 관련하여 어떠한 의료적 처치가 필요한지를 심사해야한다. 개정후견법에서 의사의 책임은 의학적 징후의 판단이 중심이고 필요한 의료행위를 환자나 환자의 후견인과 승낙할 것인지 거부할 것인지에 대하여 논의하면 된다(개정민법 제1901b조 제1항).

이 개정 법률에 따르면 결정은 2단계, 즉 의학적 판단 단계와 환자의 의사를 판단하는 단계로 나누어진다고 볼 수 있다. 치료지속여부 결정에서 가장 기본적인 근거는 환자의 명시적 의사도, 환자 사전의료지시도, 추정적 의사도 아니고 의학적 필요성이다. 만약 담당의사의 관점에서 특정한 의료행위가 무의미하다고 판단된다면, 후견인은 물론 환자 본인이 특정한 의료행위를 요구하더라도 의사는 거부할 수 있다.¹⁹³⁾ 의학적으로 무용한 의료행위의 경우 이론적으로는 설명, 승낙, 후견인과 합의도출, 기록 또는 후견법원의 개입은 불필요하다.¹⁹⁴⁾ 물론 이 경우 담당의사는 자신의 결정에 대하여 법적인 책임을 진다는 점을 항상 고려하여야 한다.¹⁹⁵⁾

의학적으로 필요하다고 판단된 특정한 의료행위에 대하여는 환자에게 장점과 단점을 이해하고 결정할 능력이 남아있다면 환자의 의사에 따른다. 이 점은 사전의료지시나 후견인과는 무관하다. 반대로 환자가 결정능력이 없다면 의사는

하였다. 재판부는 “만약 환자가 문서로 인공영양공급을 거부하는 의사표시를 하였다면, 원인질병이 비가역적으로 사망의 과정으로 진행하는지의 여부는 중요하지 않고, 의사나 후견인은 환자의 의사를 관찰해야 한다”고 판시하였다. BGH Urteil v. 25. Juni 2010 - 2 StR 454/09.

193) Kutzer, Ärztliche Pflicht zur Lebenserhaltung unter besonderer Berücksichtigung des neuen Patientenverfügungsgesetzes, MedR 2010, 531.

194) BGHZ 154, 205, 225는 “의사의 관점에서 연명치료가 필요하다고 판단되는 경우에 한해서만 후견인의 승낙이 요구된다”고 판시하고 있다.

195) 여기서 판단이 잘못된 경우에는 민·형사상 법적인 문제가 발생할 수 있기 때문에, 실제로 실무에서 의사가 이론에서 말하는 것처럼 후견인의 동의나 후견법원의 승인없이 단독으로 의료행위를 중단할 가능성은 희박하다.

환자를 대신해 결정할 대리인이 있는지를 검토하여야 한다. 물론 대리인은 후견 법원에 의해 선임된 후견인일 수도 있고, 환자 본인에 의해서 선임된 임의대리인일 수도 있다. 결정능력 없는 환자에게 대리인이 있다면, 비록 환자사전의료지시가 있고 의사가 환자의 의사를 알 수 있다고 믿는 상황이라고 하더라도, 의사는 그 대리인과 자신의 결정에 대하여 논의해야 한다.

개정후견법(민법)에 명확한 규정을 두고 있지는 않지만, 사전의료지시와 상황이 일치하는 경우에는 개정민법 제1901a조 제1항에 따라 후견인은 재량없이 피후견인의 의사에 구속되기 때문에, 후견인이 없이도 결정할 수 있다는 해석이 가능하다.¹⁹⁶⁾ 물론 이 경우 사전의료지시가 철회되었는지가 검토되어야 한다. 개정민법 제1901a조 제1항에 따르면 사전의료지시는 문서로 하도록 규정하고 있지만 그에 대한 철회는 형식과 관계없이(즉 구두나 묵시적인 행위로도) 가능하기 때문에 철회의 의사가 있었는지에 대한 검토가 실제로는 가장 중요하다고 볼 수 있다.

위에서 본 것처럼 개정민법 제1901a조 제2항과 제3항은 환자 사전의료지시가 없거나 사전의료지시가 특정한 환자의 상황이나 의료행위의 상황과 일치하지 않는 경우에 대하여 의사의 전문적인 지식보다는 후견인이 확정한 환자의 의사에 더 무게를 두고 있다. 하지만 대부분의 경우는 사전의료지시가 정확하게 특정한 상황에 일치할 수 없기 때문에 직접적으로 이 규정들은 후견인에 대한 것이다. 그러나 간접적으로는 의사에게도 유효하다.

3. 후견인과 임의대리인의 동일한 취급

이 법률이 개정되기 이전에 환자가 사전에 직접 선임한 임의대리인과 후견인의 결정권의 범위가 동일한지에 대하여 논의가 있었다. 후견인은 법원에 의해서 선임되지만 임의대리인은 본인의 의사에 따라 직접 선임되기 때문에 임의대리인이 환자 본인의 더 큰 신뢰를 받는다고 보기 때문이다.¹⁹⁷⁾ 하지만 입법자는 모

196) BT-Dr. 16/8442, 11, 14; Kutzer, Ärztliche Pflicht zur Lebenserhaltung unter besonderer Berücksichtigung des neuen Patientenverfügungsgesetzes, MedR 2010, 531, 532.

197) Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums für ein 3. Gesetz zur Änderung des

든 점에서 임의대리인과 후견인에게 동일한 지위를 부여하였다(개정민법 제1901a조 제5항, 제1901b조 제3항, 제1904조 제5항 제1문). 대부분의 경우에 임의대리인과 후견인은 동일한 범위의 사람들이라는 점을 고려한다면, 이러한 입법자의 결정은 타당하다고 볼 수 있다.¹⁹⁸⁾ 일반적으로 밀접한 신뢰관계에 있는 사람, 즉 가까운 친족, 경우에 따라서 특별한 신뢰관계에 있는 사람이 임의대리인으로 선임된다. 아울러 민법 제1897조에 따라 선임되는 후견인도 거의 대부분 동일한 범위 안에서 선임된다. 특히 민법 제1897조 제4항 제1문은 환자가 추천한 사람이 있다면, 환자의 복리에 반하지 않는 한 그 사람을 후견인으로 선임하도록 규정하고 있다. 또한 제1897조 제5항은 미리 후견인을 추천하지 않은 경우에는 가족 관계, 즉 부모자식관계, 부부(Ehegatten) 또는 반려자(Lebenspartner) 또는 특별한 개인적 신뢰관계에 있는 사람을 후견인으로 선임하도록 하고 있다.

4. 오·남용의 통제

후견인이나 임의대리인의 행위에는 원칙적으로 오·남용의 위험이 존재한다. 따라서 대리인의 더 이상 자신이 스스로 결정할 수 없는 상황에 다다른다면 법원이나 사회적 통제를 받는 것이 타당하다.¹⁹⁹⁾

개정민법 제1901b조 제2항에서 요구되는 가까운 친지와 특별 신뢰관계인과의 대화는 사회적 통제의 구성요소로 받아들일 수 있고 실무와도 일치한다. 개정민법 제1901b조 제2항에서 말하는 결정이 지연될만한, 즉 관계인과 대화없이 진행될 수도 있는 중대한 위험은 특히 긴급한 의료행위의 경우에만 발생한다. 하지만 사전의료지시가 문제되는 연명치료중단 사안들은 대부분 시간상 지연을 이유로 친지나 특별 신뢰관계인에 대한 청문을 포기해야 하는 경우는 생각하기 어렵다.

이 점에 대하여 입법이유서는 “만약 치료행위의 지속, 유보, 중단에 대한 피후

Betreuungsrechts (2004. 11. 1.), 13, 21; Nationaler Ethikrat, Patientenverfügung - Ein Instrument der Selbstbestimmung (2005), 32.

198) 이석배, 독일의 환자사전의사표시법, 원광법학 제26권 제4호 (2010), 337, 343쪽

199) Beckmann, Patientenverfügungen: Entscheidungswege nach der gesetzlichen Regelung, MedR 2009, 582, 583.

견인(환자)의 의사가 모든 가능한 방법을 통해서 확인될 수 없다면, 환자의 복리에 맞추어 결정되어야 하고 생명의 보호가 우선순위에 서게 되므로 최고의 법익인 생명을 유지하는 방향으로 결정해야 한다”고 하고 있다.²⁰⁰⁾ 이 원칙은 항구적 식물인간 상태(PVS)환자의 경우도 동일하다.²⁰¹⁾ 따라서 환자의 의사가 확인될 수 없는 경우에는 의사가 단독으로 결정하는 것이 아니라, 환자의 복리에 대하여 모든 관계인과 대화를 통해서 결정해야 한다.

치료지속의 여부에 대한 법원의 통제는 개정민법 제1904조 제4항에 의한다. 특정한 의료행위를 환자가 승낙할지 거부할 것인지 혹은 승낙을 철회할 것인지에 대하여 의사와 환자의 대리인 사이에서 의견이 일치하지 않는 경우에 한하여 법원의 통제가 이루어진다.²⁰²⁾

공식적으로 환자의 복리에 합치하는지에 대한 법원의 권한은 개정후견법에는 들어있지 않다. 그러나 실무에서 법원의 개입은 제3자를 통해 상황의 진행이 문제가 있다고 인식하느냐에 달려있다. 이러한 경우에 법원은 의심스러운 대리인에 대하여 감시 또는 통제를 위한 후견인(Überwachungs- oder Kontrollbetreuer)을 선임하거나(민법 제1896조 제3항) 부적합하다고 판단되는 후견인을 해임할 수 있다(민법 제1908b조 제1항).

II. 개정민법에 따른 결정모델

개정후견법에 따르면 결정능력이 없는 환자에 대한 의료행위는 환자의 의사를

200) BT-Dr. 16/8442, 16.

201) Kutzer, Ärztliche Pflicht zur Lebenserhaltung unter besonderer Berücksichtigung des neuen Patientenverfügungsgesetzes, MedR 2010, 531, 532. 이 점에 대하여 독일연방의사협회의 지침은 “Wachkoma환자도 다른 모든 환자들과 마찬가지로 치료, 간호, 관심에 대한 권리를 갖는다. 인공영양공급을 포함하는 연명치료는 환자의 표명된 의사 또는 추정적 의사를 고려하여 시행한다”고 한다. Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung, DÄBl. 2004, B-1076.

202) 이 점에 대한 비판적인 시각으로는 Dewitz/Kirchner, Der Entwurf eines 3. Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechtes vom 1. November 2004 und das Grundgesetz, MedR 2005, 134, 141.

고려하는 방향에 따라 달라진다. 물론 이러한 모든 결정은 당해 의료행위가 의학적으로 요구된다는 담당의사의 판단에서 출발한다. 만약 의학적으로 의료행위가 필요하다면 환자가 스스로 결정할 수 있는 상황인지가 문제이다. 만약 환자가 스스로 결정할 수 있는 상황이라면 환자의 명시적 의사에 따른다.

이와는 달리 사전의료지시가 현재 의료상황을 구체적으로 포함한다는 환자의 의사를 명확하고 오해의 여지없이 알 수 있다면, 의사는 사전의료지시에 따라야 한다. 하지만 환자가 스스로 결정할 수 있는 상황이 아니라면 사전의료지시가 있는지와 관계없이 환자의 대리인(임의대리인 또는 후견인)과 대화가 필요하다. 왜냐하면 단순한 사전의료지시서의 존재로는 현재의 상황과 정확하게 일치한다는 결론에 도달할 수는 없는 경우가 대부분이기 때문이다. 그리고 현재의 상황과 사전의료지시가 일치하는지를 심사할 권한은 의사가 아니라 대리인(임의대리인 또는 후견인)에게 있다. 따라서 특별한 경우가 아니라면 담당의사는 대리인이 없는 경우 대리인 선임이 필요하다. 하지만 긴급한 치료의 결정에서는 후견인의 선임이나 후견법원의 결정을 기다릴 수 없는 경우는 후견인의 선임 없이 치료행위를 할 수 있다.

환자의 사전의료지시도 없는 경우라면 환자의 치료행위에 대한 요구나 “추정적 의사”에 따라 의료행위의 지속여부가 결정된다. 환자가 과거에 치료행위에 대한 소망이나 “추정적 의사”에 따라 결정되어야 한다. 만약 환자가 치료행위에 대한 소망을 표명한 적이 없거나 “추정적 의사”도 알 수 없다면, 환자의 복리가 중요한 기준이 된다. 명문의 규정은 없지만 이런 모든 과정에 대하여 담당의사에게는 기록의무가 부과된다.²⁰³⁾

1. 환자의 명시적 의사에 따른 의료행위

의사결정능력이 있는 환자의 경우에는 환자 스스로가 결정한다. 환자가 의사의 충분한 설명에 따라 특정한 의료행위를 거부한다면, 이러한 환자의 의사는 존중되어야 한다.²⁰⁴⁾ 의료행위에 대한 정당화사유인 환자의 승낙이 존재하지 않

203) 기록의무는 개정민법에 명문의 규정은 없지만 실제로 문제가 될 경우에 의사에게 입증책임의 부담을 완화할 수 있다.

는다면, 비록 그 의료행위가 의학적으로 필수적이라고 하더라도 의사는 그 의료행위를 중단해야 한다.²⁰⁵⁾ 이러한 원칙은 응급의료나 연명치료의 경우에도, 환자의 거부가 객관적으로 비합리적이라고 하더라도 마찬가지이다.²⁰⁶⁾ 하지만 이러한 환자의 의사는 신체의 침습으로 볼 수 있는 의료행위의 거부의 경우에만 구속력이 있다. 그래서 환자는 의학적 관점에서 적절치 못한 것으로 여겨지는 치료를 의사에게 강요할 수 없다.²⁰⁷⁾

2. 환자 사전의료지시에 따른 의료행위

결정능력이 없는 환자가 문서화된 사전의료지시를 남겼다면, 의사는 우선 환자가 사전의료지시서에 기술한 내용을 철회하는 의사를 표시한 적이 있는지를 검토해야 한다. 위에서 본 것처럼 사전의료지시에 대한 철회는 구두나 묵시적인 행위로도 가능하기 때문에(개정민법 제1901a조 제1항), 철회의 의사가 있었는지에 대한 검토가 실제로는 가장 중요하다. 만약 철회의 의사를 표시한 적이 없다면 환자의 대리인과 의사는 대화를 통해서 환자의 의사를 확인하고, 환자의 결정이 현재 환자의 상황과 의료행위의 상황이 일치하는지에 대하여 심사해야 한다. 여기서 중대한 지연 없이도 가능한 한에서는 가까운 친지나 특별 신뢰관계인에게 의사표명의 기회가 주어져야 한다(개정민법 제1901b조 제2항).

사전의료지시가 지시하는 환자의 의사가 현재 환자의 상황과 의료행위의 상황이 일치한다고 의사와 환자의 대리인 사이에 의견이 일치하는 경우에는, 법원의

204) BVerfGE 32, 98, 110.

205) Beckmann, Patientenverfügungen: Entscheidungswege nach der gesetzlichen Regelung, MedR 2009, 582, 583; Hillgruber, Die Würde des Menschen am Ende seines Lebens, ZfL 2006, 70, 77; Lipp, Patientenautonomie, Sterbehilfe und Betreuung, DRiZ 2000, 231, 233; Steffen, Noch einmal: Selbstverantwortetes Sterben?, NJW 1996, 1581; Verrel, Mehr Fragen als Antworten, NStZ 2003, 449, 451.

206) BGHSt 11, 111, 113; BGHZ 90, 103, 111; Beckmann, Patientenverfügungen: Entscheidungswege nach der gesetzlichen Regelung, MedR 2009, 582, 584; Hufen, Verfassungsrechtliche Grenzen des Richterrechts. Zum neuen Sterbehilfe - Beschluss des BGH, ZRP 2003, 248, 250; Verrel, Mehr Fragen als Antworten, NStZ 2003, 449, 451.

207) BGH, NJW 1978, 1206; LG Karlsruhe, NJW 1992, 756.

승인 없이도 환자의 사전의료지시내용에 따라 의료행위를 지속, 보류, 중단 할 수 있다(개정민법 1904조 제4항). 만약 의사와 환자의 대리인 사이에 의견이 일치하지 않는 경우에는 후견인의 승낙, 거부 또는 승낙의 철회가 피후견인의 의사와 일치하는지에 대하여 후견법원이 판단한다(개정민법 제1904조 제3항).

하지만 사전의료지시가 주어진 상황에 들어맞지 않는다면, 개정민법 제1901a조 제1항과 제2항에서 규정한 것처럼 사전의료지시의 구속력은 없다.²⁰⁸⁾ 따라서 이러한 경우에 사전의료지시는 환자의 치료행위에 대한 소망 또는 추정적 의사의 범위 안에서 고려될 수 있다(개정민법 제1901a조 제2항 제1문).

의사의 설명의무는 환자가 의사결정능력이 있는 경우에는 필수적으로 요구되지만, 사전의료지시의 경우에는 필수적이라고 보기는 어렵다. 사전의료지시의 경우에는 환자가 사전의료지시서를 작성하기 전에 정보를 제공받을 것인지는 환자 스스로의 책임영역에 속한다. 입법자는 사전의료지시작성 이전에 의사의 조언과 설명이 커다란 의미가 있고 추천한다고 했지만, 효력의 전제조건으로 보지 않았다.²⁰⁹⁾

3. ‘추정적 의사’에 따른 의료행위

결정능력이 없는 환자가 사전의료지시를 남기지 않았거나, 남겼더라도 개정민법 제1901a조 제1항에 따라 직접적으로 적용할 수 없는 경우에, 대리인은 환자의 치료행위에 대한 소망이나 “추정적 의사”를 확인하고, 확인된 의사를 기초로 차후의 의료행위를 승낙할 것인지 여부를 결정해야 한다(개정민법 제1901a조 제2항 제1문). 여기서 “추정적 의사”의 조사는 구체적인 근거를 기초로 이루어져야

208) 이 점에 관하여 입법이유서는 “환자사전의료지시가 현재 생명의 상황과 의료행위의 상황에 들어맞는 지는 문제가 될 수 있다. 특히 생명의 상황과 의료행위의 상황이 변화되는 경우에는 이것은 문제가 된다”고 한다(BT-Dr. 16/13314, 20).

209) 입법이유서는 “일반적인 경우에는 사전의료지시를 작성하기 전에 의사에게 조언을 구하는 것이 중요하고 또 의미가 있다”고 한다(BT-Dr. 16/13314, 19). 이에 반해 오스트리아 환자사전의료지시법의 경우는 제5조에서 사전의료지시를 작성할 때 의사의 설명을 포기할 수 없다고 규정하고 있다. 이 점에 대한 비판은 이석배, 오스트리아 환자사전의사표시법, 한국의료법학회지 제12권 제2호 (2007), 111, 120쪽.

한다(개정민법 제1901a조 제2항 제2문). 이러한 내용은 기존의 판례와 다수설의 입장을 받아들인 것으로 볼 수 있다.²¹⁰⁾

입법자가 의도했던 구속력이 어느 정도 타당하다고 하려면, 그 전제조건은 “추정적 의사”가 설명과는 무관하게 이루어지는 것이 아니라, 현재의 모든 상황에 대하여 대리인이 의사로부터 모든 설명을 들은 후에, 과거에 했던 진술, 윤리적 종교적 신념, 개인적 가치관을 종합적으로 고려하여 환자가 이 모든 현재의 상황에 대한 모든 정보를 알고 있다면 어떻게 결정했을지를 심사숙고하여 결정하여야 한다.²¹¹⁾ 하지만 이것은 가정적 고려로 “추정적 의사”와는 구별되는 것이다.²¹²⁾ 모든 고려를 통해서도 명확하게 가정적 의사를 알 수 없다면, “추정적 의사”는 결정의 기초로는 고려되지 않는다.

환자의 대리인과 의사 사이에 “추정적 의사”에 대해 의견이 일치한다면, 차후의 의료행위는 후견법원의 승인이 요구되지 않으므로 이 “추정적 의사”에 따라 진행된다(개정민법 제1904조 제3항). 만약 의사와 대리인 사이에 의견이 일치하지 않는다면, 후견법원의 승인을 받아야 한다(개정민법 제1904조 제1항, 제2항).

4. 환자의 복리에 따른 의료행위

개정후견법(민법)에도 불구하고 의사결정능력이 없는 환자가 사전의료지시를 작성하지 않았거나 추정적 의사를 알아내기 위해 충분하고 구체적인 근거를 찾

210) BGHSt 40, 257, 260이하; OLG Frankfurt a.M., NJW 1998, 2747, 2749; OLG Frankfurt a. M. NJW 2002, 689; Nagel, Passive Sterbehilfe. Probleme beim Behandlungsabbruch bei Patienten mit apallischem Syndrom (2002), 64ff.; NK²-Neumann, Vor § 211 Rn. 109f.; Saliger, Sterbehilfe nach Verfahren. Betreuungs- und strafrechtliche Überlegungen im Anschluss an BGHSt 40, 257, KritV 1998, 118, 137f.; Schroth, Sterbehilfe als strafrechtliches Problem - Selbstbestimmung und Schutzwürdigkeit des tödlich Kranken, GA 2006, 549, 552ff.; Taupitz, Empfehlen sich zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens?, Gutachten A zum 63. Deutschen Juristentag (2000), A-105ff.; Uhlenbruck, Recht auf den eigenen Tod?, ZRP 1986, 209, 215.

211) 이석배, 독일의 환자사전의사표시법, 원광법학 제26권 제4호 (2010), 337, 349쪽.

212) 추측컨대 세브란스병원 사건에서 대법관 안대희, 대법관 양창수의 반대의견도 이러한 취지에서 추정적 의사와 가정적 의사를 구별하는 것으로 보인다. 대법원 2009. 5. 21. 선고 2009다17417 판결, 판결문 9쪽 이하 참고

을 수 없는 사례들은 실무에서 빈번하게 나타날 것으로 보인다.²¹³⁾ 입법자는 이러한 사안의 특징을 받아들이지 않았기 때문에, 이제까지 판례와 학설에 의해서 발전된 원칙들에 머물러 있다. 일찍이 1994년 Kemptener 사례에서 독일연방대법원 형사1부에 따르면, “일반인의 가치관(die allgemeine Wertvorstellung)에 일치하는 기준을 사용해야 한다. 즉 일반인의 가치관에 따라 존엄한 인간의 삶으로 회복이 어려우면 어려울수록, 죽음에 가까우면 가까울수록, 치료의 중단은 좀 더 받아들일 수 있는 것으로 보인다”고 한다.²¹⁴⁾ 하지만 독일연방대법원 민사12부는 “일반인의 가치관”이라는 기준을 의심스러운 것으로 판단하였고, 대신에 당사자의 “복리” 또는 “객관적으로 추정되는 意思”를 지향하였다.²¹⁵⁾ 환자의 복리를 지향하는 것은 후견법의 일반적이고 기본적인 결정원칙과도 일치한다(민법 제1901조 제2항, 제3항). 따라서 환자의 소망이나 “추정적 의사”를 알 수 없다면, 특정한 의료행위가 환자의 복리에 대하여 미치는 이익과 손해를 형량하여야 할 것이다. 다만 이 경우 “의심스러울 때는 생명의 이익으로(in dubio pro vita)”의 원칙이 적용되어야 할 것이다.²¹⁶⁾

5. 요약

사전의료지시에 대한 이러한 법률규정은 수많은 규제모델에 대한 정책적 논의를 잠정적으로 매듭지었다. 의사들은 이 법률에 의해서 물론 조금은 더 명확하게 행동할 수 있게 되었고, 그에 따라 치료중단과 관련해 의사들의 책임에 대한

213) 독일 Halle-Wittenberg 대학교의 교수이면서 연방대법원 가사사건 관할인 12부 연방대법관인 Thomas Wagenitz는 민법이 개정되기 이전에 이미 “충분히 구체적인 근거를 갖는 추정적 의사는 조사하기가 아주 어려울 것”이라는 입장을 밝혔다. Wagenitz, Patientenverfügung im geltenden und künftigen Recht, FamRZ 2005, 669, 672 참고.

214) BGHSt 40, 257, 263.

215) BGHZ 154, 205, 219.

216) 이석배, 독일의 환자사전의사표시법, 원광법학 제26권 제4호 (2010), 337, 350쪽; Lee, S-B, Formen der straflosen Sterbehilfe in Deutschland und Korea (2007), 91; Hufen, In dubio pro dignitate. Selbstbestimmung und Grundrechtsschutz am Ende des Lebens, NJW 2001, 849, 853f.; Knopp, Aktive Sterbehilfe - Europäische Entwicklungen und »Selbstbestimmungsrecht« des Patienten aus verfassungsrechtlicher Sicht, MedR 2003, 379, 387.

부담을 조금은 덜 수 있을 것이다. 그리고 사전의료지시의 형식, 적용범위 그리고 어떤 경우에 법원의 통제를 받는지는 명확해졌다.

형식적으로는 모두 환자의 의사에 따라 결정되는 것으로 규정하고 있지만, 실제로는 그에 대한 모든 결정은 대리인(후견인 또는 임의대리인)에게 달렸다. 그리고 의사는 자신의 의학적 판단에 대하여 책임진다. 그리고 이 법 시행 이전과 동일하게 의학적 유용성(징후)에 대한 판단과 대리인의 의견에 이의를 제기함으로써 후견법원의 통제로 가져갈 수 있는 권한을 통해서(개정민법 제1904조 제4항), 결정능력 없는 환자에 대한 치료중단과 관련하여 중요한 위치에 선다.

이 내용을 도식화 하면 다음과 같다.²¹⁷⁾

217) 그림은 이석배, 독일의 환자사전의사표시법, 원광법학 제26권 제4호 (2010), 337, 352쪽.



〈독일 후견법 제3차 개정법에 따른 연명치료중단의 절차〉

제5절 중화민국(타이완) 호스피스법²¹⁸⁾

2000년 6월 제정되고 2002년 개정되어 시행되고 있는 타이완의 안녕완화의료법(호스피스법)은 치유불가능한 말기환자의 의료에 관한 환자의 의사를 존중하고 그 권익을 보장하기 위하여 특별히 제정된 법이다. 이 법에 규정되지 않은 것은 관련된 다른 법의 규정을 적용한다(법 제1조).

이 호스피스법의 제정목적은 우선 전통적인 적극의료의 관점에서 탈피하여 생명에 대한 자기결정권을 환자에게 되돌려 줌으로써, 말기환자의 평화롭고 존엄하게 죽을 권리를 보호하기 위한 것이다.²¹⁹⁾ 하지만 궁극적인 목적은 말기환자에게 이러한 의료행위를 시행하지 않음으로써 의료자원의 효율적 분배를 위한 것이 배후에 있다고 볼 수 있다.

이러한 목적에 따라 이 법은 호스피스(안녕완화) 의료의 개념정의, 신청절차 및 요건, 심폐소생술 거부 요건, 호스피스 의료에 대한 의사의 사전고지 의무와 기록의무에 대한 규정을 두고 있다. 그리고 말기환자가 될 경우에 호스피스 의료를 요청할 것인지에 대한 사전신청제도를 규정하고 있다.

1. 개념정의

1) 이 법이 의미하는 안녕완화의료는 “말기환자의 고통을 감경하거나 없애기 위하여 안녕의료를 실시하거나 심폐소생술을 실시하지 않는 것”을 의미한다(법 제3조 제1호). 즉 안녕완화는 ‘완화의료’, ‘Palliative Care’ 혹은 ‘Hospice Palliative Care’를 의미한다.

그리고 안녕완화의 의의는 “적극적 의료작위를 행하여 환자의 육체적 정신적 고통을 해소, 환자로 하여금 평안하게 여생을 누리는 것” 혹은 “말기환자의 고통을 경감·해소시켜 주기 위해 완해성·지지성 의료 보살핌을 행하는 것이며, 이

218) 이 법에 대한 자세한 내용은 석희태, 중화민국(타인완) 안녕완화의료조례의 연혁과 내용, 의료법학 제9권 제2호 (2008), 77쪽 이하 참고. 간단한 소개로는 이인영, 생전유언, 의료지시서, 자연사법 입법의 사회적 함의, 의료법학 제9권 제1호 (2008), 413, 428쪽 이하.

219) 석희태, 중화민국(타인완) 안녕완화의료조례의 연혁과 내용, 의료법학 제9권 제2호 (2008), 77, 80쪽.

로써 임종시에 환자가 생활품격 유지하고 고통 없이 평화로운 죽음을 맞도록 도우는 것”이라고 한다.²²⁰⁾ 또한 “치유의 희망이 없는 자에 대해 적극적이고 전면적인 보살핌을 행하는 것으로서 통증 기타 증상을 해소하고 심리적·사회적·영적 문제를 해결하는 것이 가장 중요하며, 그 목표는 환자와 가족의 생활품격을 고양하는 것이다. 그리고 이것은 말기환자에게만 국한되지 않고 질병진단의 초기부터 치료 전 과정에서도 적용될 수 있다”고 한다.²²¹⁾ 결국 이 법에서 의미하는 안녕완화의료는 일반적으로 사용하는 호스피스와 큰 차이는 없다고 볼 수 있다.

2) 본 법에서 말기환자는 “중대한 부상을 당하거나 질병에 이환된 자로서, 의사의 진단을 통해 치유불가로 여겨지고 이에 대해 의학상의 증거가 있으며, 가까운 시기 내에 병증이 진행하여 사망에 이르는 것을 이미 피할 수 없게 된 자”를 의미한다(법 제3조 제2호). 말기환자는 “의학적으로 확인된 치유 불가능·회복 불가능의 질병으로 합리적 의학판단으로써 6개월 이내에 사망하게 될 질병 중에 있는 경우”²²²⁾ 혹은 “부상 질병 등에 의해 야기된 치유 불가능·회복 불가능의 상황으로서, 합리적인 의학적 판단 내에서 용인된 의료표준에 부합하는 합리적 기간 내에 사망을 초래하며, 생명유지 처치의 적용이 오직 사망과정의 연장에만 기여하게 되는 상황 아래에 있는 경우”를 의미한다.²²³⁾

말기환자는 반드시 혼수상태 등 결정무능력 상태에 빠진 경우에 한하는 것은 아니다. 이 법에서도 말기환자 본인의 의사능력이 있는 경우와 없는 경우를 나누어 규정하고 있다.

3) 본 법 제3조 3호에서는 “임종, 빈사(瀕死) 혹은 생명징후가 없는 환자에 대

220) 陳榮基, “DNR不等於安寧緩和醫療”, 『臺灣醫界』 2008. Vol.51, No.4, 36, 37쪽(석희태, 중화민국(타인완) 안녕완화의료조례의 연혁과 내용, 의료법학 제9권 제2호 (2008), 77, 82쪽 각주 15에서 재인용).

221) 黃瑞峰, “安寧緩和醫療條例簡介”, www.ohayoo.com.tw/安寧緩和醫療條例簡介.htm(석희태, 중화민국(타인완) 안녕완화의료조례의 연혁과 내용, 의료법학 제9권 제2호 (2008), 77, 82쪽 각주 16에서 재인용)

222) 이 점은 미국 위싱턴주 존엄사법도 6개월 이내에 사망한다는 의사의 진단을 요건으로 하고 있다. 이 법률에 대한 개략적 내용은 이인영, 생전유언, 의료지시서, 자연사법 입법의 사회적 함의, 의료법학 제9권 제1호 (2008), 413, 424쪽 이하.

223) 석희태, 중화민국(타인완) 안녕완화의료조례의 연혁과 내용, 의료법학 제9권 제2호 (2008), 77, 85쪽.

해여 기관 내 삽관이나 체외의 심장마사지, 구급 약물주사, 심장 전기충격, 심장 인공 격동, 인공호흡 기타 구조치료 행위를 실행하는 것을 가리킨다”고 심폐소생술을 규정하고 있다. 이를 시행하지 않으면 가족으로서의 ‘不孝’ 또는 ‘無愛’가 되지 않을까라는 우려와 의사로서 최선을 다하지 않았다는 비난이나 추후분쟁에 대한 고려로 거의 습관적으로 시행되고 있다고 한다.²²⁴⁾

2. 말기환자의 호스피스 의료와 심폐소생술거부 신청서 작성

1) 말기환자는 의원서를 작성하여 안녕완화의료를 선택할 수 있다(제4조 제1항). 의원서에는 최소한 작성자(의원인)의 i) 성명, 국민신분증번호 및 주소 또는 거소, ii) 작성자가 안녕완화의료를 수용한다는 의향과 내용, iii) 의원서를 작성한 날짜가 명기되어있어야 하며 또한 작성자가 서명하여야 한다(제4조 제2항). 여기서 작성자는 의원서를 작성하여 안녕완화의료의 전부 혹은 일부를 선택한 사람을 가리킨다(제3조 제4항).

의원인에는 행위무능력자가 포함될 수 있다. 다만, 심폐소생술 거부의 경우 제7조 제1항 규정에 따라 법정대리인의 동의를 얻어야 한다. 행위무능력자의 사전의원서 작성여부에 관하여는 아직 논쟁이 있으나, 20세 이상 행위능력자는 사전의원서를 작성할 수 있다고 하는 제5조 제1항의 반대해석상 부인된다고 보는 것이 타당할 것이다.²²⁵⁾ 말기환자인 행위무능력자가 안녕완화의료를 선택하고 의원서를 단독으로 작성할 수 있는지에 관하여는 명문의 규정이 없지만 심폐소생술거부 이외의 완화·유지 의료만을 원하는 경우 본인의 존엄과 권익을 위해 인정해 주어야 할 것이다.

행위무능력자도 미성년자와 마찬가지로 법정대리인의 동의를 받아 안녕완화의료를 작성할 수 있다(제4조 3항). 위생부 공표 서식에 의하면, 환자는 이 하나

224) 陳榮基, “DNR不等於安寧緩和醫療”, 『臺灣醫界』 2008. Vol.51, No.4, 36, 37쪽(석희태, 중화민국(타인완) 안녕완화의료조례의 연혁과 내용, 의료법학 제9권 제2호(2008), 77, 86쪽 각주 22에서 재인용).

225) 석희태, 중화민국(타인완) 안녕완화의료조례의 연혁과 내용, 의료법학 제9권 제2호(2008), 77, 87쪽.

의 서면으로 완화·지지(지원·보조·위로 등) 호스피스를 요청하고 심폐소생술을 거부할 수 있으며, 본인, 현장증인 2인, 법정대리인(본인이 미성년자인 경우)의 서명이 필요하다. 만약 본인이 의사무능력이며 사전에 선임된 의료위임 대리인이 있으면 그 대리인이 본인에 대신하여 서명하는 것으로 되어있다.²²⁶⁾ 위생부 서식에는 증인 2인의 서명란이 있다. 한편 완화의료를 실시하는 의사는 그 치료 방침을 환자와 가족에게 고지하여야 하고(이 경우 가족은 의료기관에서 완화의료를 실시하는 때에 그 현장에 있는 가족을 의미한다. 시행세칙 제2조), 아울러 말기환자가 자신의 병명을 알기를 원하면 이를 고지하여야 한다(제8조).

2) 환자가 심폐소생술을 거부하는 경우에 관한 규정은 법 제7조에 규정되어 있다.²²⁷⁾ 환자가 심폐소생술의 시행을 원치 않는 경우에는 환자본인의 의원서가

226) 석희태, 중화민국(타인완) 안락완화의료조례의 연혁과 내용, 의료법학 제9권 제2호 (2008), 77, 87쪽.

227) 제7조 ① 심폐소생술을 시행하지 않는 것은, 아래의 규정에 부합하여야 한다.

1. 2인의 의사가 말기환자로 진단 확정할 것
2. 의원이 서명한 의원서가 있을 것. 다만 미성년자가 의원서에 서명할 때에는 그 법정대리인의 동의서를 얻을 것
 - ② 전항 제1호 소정의 의사 중 1인은 관련 전문 과목의 의사자격을 갖추어야 한다.
 - ③ 말기환자가 의식이 혼미하거나 그 의향을 분명하게 표현할 수 없는 때에는, 제1항 제2호의 의원서는 최근친이 동의서를 작성하여 이를 대체한다. 다만 말기환자가 의식혼미 혹은 그 의향을 분명하게 표현할 수 없게 되기 이전에 명시한 의사에 반할 수 없다.
 - ④ 전항의 최근친의 범위는 아래와 같다.
 1. 배우자
 2. 혈친인 직계비속인 성인
 3. 부모
 4. 형제자매
 5. 증조부
 6. 증조부모 혹은 3촌인 방계혈족
 7. 1촌인 직계인척
 - ⑤ 제3항의 최근친이 동의서를 작성함에는 1인이 이를 행하여야 하는 바, 최근친의 의사표시가 서로 일치하지 않는 때에는 전항 각호의 선후에 의거하여 그 순서를 정한다. 후순위자가 이미 동의서를 제출한 때에, 만약 선순위자에게 다른 의사가 있는 경우에는 심폐소생술 불 시행 결정 이전에 서면으로써 이를 표시하여야 한다.
 - ⑥ 말기환자가 제1항과 제2항에 규정된 심폐소생술 불시행의 정황에 부합하는 때에는 원래 실시한 심폐소생술을 중단하거나 관련 장치를 철거하여야 한다.

있어야 함은 물론, 1인의 관련 전문의가 포함된 2인의 의사로부터 말기환자 진단확정이 있어야 한다(제7조 제1항, 제2항). 이 경우 2인의 의사는 동일시기에 진단하거나 동일의료기관에 소속된 의사일 필요는 없다(시행세칙 제3조). 또한 관련전문의는 말기환자로 진단 될 중대한 상병에 관련되는 전문영역 범위의 전문의여야 한다(시행세칙 제4조). 이 요건이 충족된 경우라면 의료진은 심폐소생술 일체를 시행해서는 안되며, 지금까지 시행해온 심폐소생술의 경우 이를 중단하거나 관련 장치를 제거하여야 한다(제7조 제6항).

3. 대리인의 지정

환자는 장래 자신이 코마 등으로 의료에 관한 의사표시를 할 수 없을 것에 대비하여 사전에 미리 대리인을 선임할 수 있다(제5조 제2항). 이것은 20세 이상 행위능력자에 한하여 허용되는 것으로 대리권 수여의 의사표시는 서면으로 해야 한다.

의원인은 언제나 스스로 또는 대리를 통하여 서면으로 그 의사표시를 철회할 수 있다(제6조). 이 경우 그 형식은 언제나 서면으로 해야 한다. 즉 환자는 당면 또는 사전 안녕완화의료선택의원서, 사전 심폐소생불시행의원서, 의료위임대리인 사전위임서에 나타난 자신의 의사를 새로운 서면을 통해 철회할 수 있다.

4. 의사의 의무

의사가 말기환자를 위하여 안녕완화의료를 실시할 때에는 치료방침을 환자 혹은 그 가족에게 고지하여야 한다. 다만 환자가 명확한 의사표시으로써 질병의 상황을 알고자 하는 때에는 그것을 환자에게 고지하여야 한다(제8조). 또한 의사는 말기환자에게 안녕완화를 실시한 때는 제4조(말기환자의 안녕완화의료선택의원서 작성), 제6조(의원인의 의사표시 철회), 제7조(심폐소생술 불시행의 요건, 시행중인 소생술의 중단), 제8조(안녕완화의료 실시시 의사의 치료방침고지의무)에 규정한 사항을 병력서에 상세히 기재하여야 한다. 이외에도 환자 측이 제출한 의원서 혹은 동의서 또한 병력서와 함께 보존하여야 한다(제9조). 이 의원서 또

는 동의서는 정본이어야 한다. 다만 환자를 전원하게 되면 원래의 진단·치료를 맡은 의료기관은 복사본을 보존하고 정본은 환자와 함께 전원 하여야 한다(시행세칙 제7조). 그리고 보존될 병력서에는 i) 치료과정 ii) 당해질병에 관한 진단, iii) 진단 당시 병환의 상황, 생명징후 및 치료불가능의 이유가 기재되어야 한다(시행세칙 제2조).

5. 처벌규정

본 법은 제10조부터 13조에 걸쳐 의사가 제7조 심폐소생술 불시행의 규정을 위반하면, 신타이완 화폐 6만위엔 이상 30만위엔 이하의 벌금에 처하고, 아울러 1월 이상 1년 이하의 자격정지 혹은 면허취소에 처할 수 있다(제10조). 또한 의사가 제9조 기록의무 규정을 위반하면, 신타이완화폐 3만위엔 이상 15만위엔 이하의 벌금에 처한다(제11조). 이 법에 규정된 벌금, 자격정지 및 면허취소는 직할시와 현(시) 주관기관이 처분한다(제12조). 이 법에 의해 처분된 벌금을 납입 기한 내에 납입하지 않은 자는 법원에 이송하여 강제 집행한다(제13조).

제4장

우리나라의 입법안에 대한 분석

우리나라의 입법안에 대한 분석

제1절 존엄사법안

1. 제안이유

우리나라에서 연명치료중단과 관련해서 발의된 대표적인 법안 중 하나는 신상진 의원이 발의한 “존엄사법안”이다.

입법안의 제안이유에 따르면 “존엄사는 안락사와는 명확히 구분되는 것으로 현대 의학으로 회복가능성이 거의 없고 치료할 수 없는 환자에 한정하여, 단지 인위적으로 생명만 연장하는데 불과한 생명유지 장치를 환자 스스로가 보류하거나 중단할 수 있도록 자기결정권을 행사할 수 있게 하고, 이러한 의사결정을 존중하고 보호할 수 있도록 하는데 그 목적”이 있다고 한다. 또한 “변화된 우리 사회의 실정과 인식을 반영하여 말기환자에 대한 인권의 차원에서 존엄한 죽음과 관련된 말기환자의 자기결정권을 존중하기 위해 존엄사에 대한 개념, 절차, 요건 등을 법제화하려는 것”이라고 한다.²²⁸⁾

228) 2009년 6월 22일 의안번호 1805232. 제안이유.

이 법안은 존엄사와 안락사가 명확하게 구별된다는 점을 전제로, 인위적인 생명연장에 대하여 환자의 자기결정권에 따른 연명치료의 중단을 인정하고자 하는 것이 주요목적이라고 볼 수 있다.

II. 기본이념 및 책무

동 법안 제3조에서는 법안의 기본이념에 대해서 명확히 하고 있다. 이에 따르면 “누구든지 말기상태에서 연명치료의 시술을 포함하여 자신에게 행하는 응급 의료처치에 대하여 시술여부를 선택하여 결정할 권리가 있고(제1항), 말기환자가 행한 말기상태에서의 연명치료의 거부 및 중단에 관한 자발적인 의사표시는 존중되어야 하며(제2항), 말기환자의 의사결정에 따른 의료처치는 경제적·친족적 이해관계가 아닌 인도적 차원에서 이루어져야 한다”고 명시하고 있다(제3항).

또한 동 법안에서는 여러 가지 책무에 대해서도 규정하고 있다. 제5조에 따르면 “국가 및 지방자치단체는 말기환자의 삶의 질을 향상하기 위하여 의료지원 등 필요한 시책을 마련하여야 하고(제1항), 국가 및 지방자치단체는 말기상태에서 말기환자의 자기결정권을 존중하고 이를 효율적으로 보호할 수 있도록 필요한 시책을 마련하여야 하며(제2항), 의료인 또는 의료기관은 말기환자의 의료에 관한 자기결정을 존중하고 그의 권익을 보장할 수 있도록 조치하여야 하고(제3항), 의료인 또는 의료기관은 말기상태이거나 말기상태가 추정되는 환자에게 사전의료지시서에 관하여 충분하고 자세히 설명하여야 한다.”고 밝히고 있다.

III. 의료윤리심의위원회의 설치

1. 국가의료윤리심의위원회의 설치

동 법안 제6조 이하에서는 국가의료윤리심의위원회의 설치 및 기능에 관하여 규정되어 있다. 이에 따르면 말기환자의 자기결정권 보호와 의료지원에 관해서

i) 말기환자의 의료지원 및 권익보호를 위한 정책 목표 및 추진시책에 관한 사항, ii) 연명치료 중단 내지 보류의 대상, 기준, 절차 등에 관한 사항, iii) 응급의료처치 중단 내지 보류의 대상, 기준, 절차 등에 관한 사항, iv) 그 밖에 국가윤리위원회 위원장이 부의하는 사항을 심의하기 위하여 보건복지가족부장관 소속하에 국가의료윤리심의위원회(이하 ‘국가윤리위원회’라고 함)를 설치하도록 하고 있다.

국가윤리위원회는 위원장 1인, 부위원장 1인을 포함한 9인 이상 15인 이하의 위원으로 구성하며(제7조 제1항), 위원장은 위원 중에서 관련분야의 학식과 경험을 겸비하고 의료윤리에 대한 인식이 확고한 자 중에서 보건복지가족부장관이 임명 또는 위촉하며, 부위원장은 위원 중에서 호선하도록 하고 있다(동조 제2항). 위원이 될 수 있는 사람은 i) 보건복지가족부차관, ii) 의료윤리·생명철학 분야의 학식과 경험이 풍부한 전문가, iii) 종교계를 대표하는 자, iv) 사회과학계, 법조계를 대표하는 자, v) 시민단체를 대표하는 자, vi) 의료인이며(동조 제3항), 위원의 임기는 3년으로 하되, 연임할 수 있도록 되어 있다(동조 제4항).

그 밖에 국가윤리위원회는 효율적 운영을 위하여 분야별로 전문위원회를 둘 수 있도록 하고 있으며(제8조 제1항), 회의는 재적위원 과반수의 출석으로 개의(開議)하고, 출석위원 과반수의 찬성으로 의결하도록 하고(동조 제2항), 그 밖의 필요한 사항은 보건복지가족부령으로 정하도록 하고 있다(동조 제3항).

2. 기관의료윤리심의위원회의 설치 및 운영

동 법안에는 국가윤리위원회 이외에 기관의료윤리심의위원회의 설치 및 운영에 관한 규정이 포함되어 있다. 이에 따르면 연명치료를 실시하는 의료기관은 해당기관에 기관의료윤리심의위원회(이하 “기관윤리위원회”라고 함)를 두어야 한다(제9조 제1항). 기관윤리위원회는 해당 의료기관에서 발생하는 i) 말기환자의 연명치료의 중단 내지 보류의 의사표시의 확인에 관한 사항, ii) 의사능력이 없는 말기환자의 의사표시의 추정 및 대리 의사표시에 관한 사항, iii) 말기환자의 자기결정권 행사를 위한 설명방법과 의료지시서 서식의 작성에 관한 절차에 관한 사항 iv) 연명치료의 중단 내지 보류의 이행에 관한 의료진 또는 말기환자

측의 요청이 있는 사항, v) 그 밖에 기관윤리위원회 위원장이 부의하는 사항을 심의하도록 하고 있다(동조 제2항). 필요한 사항은 보건복지가족부령으로 규정하며(동조 제3항), 제1항의 의료기관 중에서 기관윤리위원회를 구성하지 못한 의료기관이 보건복지가족부령으로 정하는 기준에 따라 기관윤리위원회를 설치한 다른 의료기관과 제2항에 따른 심의에 관한 협약을 체결한 경우에는 제1항에도 불구하고 기관윤리위원회를 설치한 것으로 간주하고 있다(동조 제4항).

기관위원회는 위원장 1인을 포함하여 5인 이상의 위원으로 구성되 의료윤리 또는 생명철학 분야 전문가와 해당 의료기관에 종사하지 아니하는 자 1인 이상이 각각 포함되도록 하고 있다(제10조 제1항). 위원은 제9조 제1항 각 호의 의료기관의 장이 위촉하며, 위원장은 위원 중에서 호선한다(동조 제2항). 그리고 필요한 사항은 보건복지가족부령으로 정하도록 하고 있다(동조 제3항).

Ⅳ. 연명치료의 의사표시

동 법안 제11조에서는 환자의 연명치료의 선택권에 대해서 규정하고 있다. 따라서 말기환자는 연명치료 시술 여부에 대한 선택권이 있으며, 이에 대해 충분한 설명을 받을 권리가 있으며(동조 제1항), 말기상태에서 연명치료가 행해지는 경우를 예상하여 사전에 연명치료를 거부하는 의사결정을 할 수 있고(동조 제2항), 연명치료가 이미 행해지고 있는 경우에는 연명치료의 중단을 요구하는 의사결정을 할 수 있다(동조 제3항). 또한 말기환자는 향후 응급의료처치가 행해지는 경우를 예상하여 사전에 이를 거부하는 의사결정을 할 수 있다(제12조).

이처럼 말기환자의 선택권을 확인할 수 있는 사전의료지시서에 대한 규정은 제13조 이하에 있다. 이에 따르면 말기환자는 제11조 및 제12조의 의사결정을 하는 경우 민법 제1065조에 의한 유언이나 이 법에 의한 의료지시서를 작성하여 자기결정의 의사표시를 할 수 있다. 다만, 말기환자는 본인이 지정하는 의료기관에 이를 제출하여야 한다(동조 제1항). 또한 제15조 제1항에 따른 상담절차를 거친 후 적어도 2주간의 숙려기간이 경과한 후에 전항의 의료지시서를 작성할 수 있으며, 담당의사가 필요하다고 인정되는 때에는 숙려기간 이내에도 작성할

수 있다(동조 제2항). 다만, 말기환자는 의료지시서상의 의사표시를 언제든지 철회할 수 있으며(동조 제3항), 철회의 의사표시를 담당의사에게 표시한 경우에는 담당의사는 해당 의료기관에 철회의 의사표시를 전달하여야 하며, 해당 의료기관의 장은 즉시 전항의 의료지시서를 말소하여야 한다(동조 제4항). 의료지시서의 서식에 관한 필요한 사항은 보건복지가족부령으로 정하도록 하고 있다(동조 제5항).

의료지시서에는 i) 작성자의 성명, 주소 또는 거소, ii) 말기상태에서의 의료처치에 관한 작성자의 의사표시, iii) 작성자의 서명 날인, iv) 의료지시서의 작성연월일, v) 담당의사의 서명 날인, vi) 증인 2인의 서명 날인 등의 기재사항이 포함되어 있어야 한다(제17조 제1항). 의료지시서를 작성하는 때에는 말기환자의 의사표시를 증명할 증인 두 명이 입회하여야 하고, 증인 두 명의 서명날인이 있어야 하며(동조 제2항), 이 때 증인은 19세 이상의 성인이어야 하고, 말기환자의 사망으로 인한 상속인이 되거나 말기환자의 치료비의 재정적 부담을 지는 자 또는 해당 의료기관에서 고용한 자는 증인이 될 수 없다(동조 제3항). 다만, 제3항에 따라 증인이 될 수 없는 자라 하더라도 말기환자의 신청에 의하여 기관윤리위원회에서 필요하다고 인정되는 때에는 증인이 될 수 있다(동조 제4항). 말기환자의 동의 없이 환자의 의료지시서를 손괴·은닉하거나 위조·변조한 자는 5년 이하의 징역에 처해진다(제31조 제1항).

동 법안에서는 사전의료지시서의 작성대상을 말기환자에 국한하고 있지는 않다. 따라서 의사능력을 가진 성인은 말기상태로 진단되는 경우를 예상하여 사전의료지시서를 제15조 제1항에 따른 상담절차를 거친 후 작성할 수 있다(제14조 제1항). 이렇게 작성된 의료지시서는 보건복지가족부령으로 정하는 바에 따라 지정된 의료기관에 제출하여야 한다(동조 제2항). 다만, 지정된 등록기관에 의료지시서를 제출한 경우에도 언제든지 의료지시서상의 의사표시를 철회할 수 있으며, 의사표시를 철회한 때에는 즉시 지정된 의료기관은 전항의 의료지시서를 말소하여야 한다(동조 제3항). 성인의 의료지시서의 서식 및 등록절차에 관한 필요한 사항은 보건복지가족부령으로 정하도록 하고 있다(동조 제4항). 그리고 작성과 관련된 사항은 제17조 제1항부터 제4항까지의 규정이 준용된다(제17조 제5항).

동 법안에서는 지정된 의료기관의 장은 말기환자가 의료지시서를 작성할 경우

의료지시서를 작성하기 전에 연명치료 및 응급의료처치의 거부·중단과 관련된 충분한 설명을 포함하는 상담절차를 거치도록 하고 있다(제15조 제1항). 이는 성인이 제14조에 따라 의료지시서의 작성을 요청하는 경우에도 보건복지가족부령으로 정하는 바에 따라 등록기관의 장은 상담절차를 거치도록 하고 있다(동조 제2항). 상담절차에 관한 필요한 사항은 보건복지가족부령으로 정하도록 하고 있다(동조 제3항). 제15조를 위반하여 말기환자의 상담절차의 개시 요청을 무시하거나 의도적으로 상담절차의 이행을 거부하는 해당 의료기관의 장은 1천만원 이하의 벌금에 처해진다(제32조 제1항).

말기환자의 의사표시도 중요하지만, 이에 못지않게 의사표시의 진위를 확인하는 절차도 매우 중요하다. 따라서 상담절차에 참여하는 담당의사는 말기환자가 의사능력을 구비하였는지 여부 및 자발적인 의사결정이었는지 여부에 대하여 확인하여야 하고(제16조 제1항), 말기환자의 의사능력이 의심스러울 때에는 정신과 의사 등의 협진을 받도록 하고 있다(동조 제2항). 또한 담당의사는 말기환자의 의사표시의 진정성이 의심스러울 때에는 제9조에 의해 설치된 기관윤리위원회의 심의를 거쳐 의사표시의 진정성을 확인하여야 하며(동조 제3항), 심의 결과 의사표시의 진정성이 확인되지 않는 경우 해당 의료기관의 장은 말기환자의 의료지시서의 작성을 중단하거나 의료지시서의 접수를 거부할 수 있도록 하고 있다(동조 제4항). 제16조 제3항을 위반하여 말기환자의 의사표시의 성립의 진정성을 확인하기 위한 기관생명윤리심의위원회의 심의절차의 이행을 거부한 해당 의료기관의 장은 1천만원 이하의 벌금에 처한다(제32조 제2항). 또한 제1항과 제2항을 위반한 경우 해당 의료기관의 장만 처벌할 뿐 아니라 해당 의료기관도 제1항과 제2항의 벌금형을 과한다(동조 제3항).

의사표시에 있어서 문제가 되는 부분은 의사표시가 명확하지 않을 경우 이를 추정하여 연명치료중단을 할 수 있는지와 의사표시를 대리할 수 있는지 여부이다. 의사표시의 추정에 있어서 「민법」 제1065조에 의한 유언이나 이 법에 의한 의료지시서를 작성하지 않은 말기환자가 연명치료 중단여부에 대한 의사표시를 할 수 없는 때에는 말기환자의 직계친족이 말기환자가 이전에 연명치료 중단 여부에 대한 진술 등 이러한 의사표시를 한 바가 있다는 증거를 제출하는 때에는 담당의사는 해당 의료기관의 기관위원회에 말기환자의 이전의 의사표시의 진정

성을 확인하기 위해 심의를 요청하도록 하고 있다(제18조 제1항). 이 경우 해당 의료기관의 기관윤리위원회는 말기환자의 의사표시의 성립 여부에 대한 조사를 행할 수 있고, 필요하다고 인정하면 말기환자의 직계친족 등의 의견을 들을 수 있다(동조 제2항). 기관윤리위원회가 심의 결과 말기환자의 의사표시를 추정한다는 의결을 하는 경우에는 말기환자가 연명치료의 중단 내지 보류의 의사표시를 한 것으로 간주하고 있다(동조 제3항). 만일 말기환자의 직계친족이 제18조에 따른 증거를 제출하는 경우 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 증거를 제출한 자는 5년 이하의 징역에 처해진다(제31조 제2항). 또한 말기환자의 의료지시서를 위조 변조하여 말기환자의 의사에 반하여 연명치료를 보류 중단하게 함으로써 말기환자를 사망에 이르게 한 경우에는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다(동조 제3항).

의사표시의 대리의 경우 말기상태의 미성년자가 연명치료의 중단 또는 보류의 의사표시를 하고 법정대리인이 이에 동의하는 경우 기관윤리위원회의 심의를 거쳐 그 의사표시의 진정성을 확인한 때에는 연명치료의 중단 또는 보류의 의사표시를 한 것으로 간주한다(제19조 제1항). 특히 말기상태의 미성년자나 신생아가 연명치료 중단여부에 대한 의사표시를 할 수 없는 때에는 미성년자나 신생아의 법정대리인이 이에 대한 의사표시를 대리할 수 있지만, 기관윤리심의위원회의 심의를 거쳐 인정된 경우에 한해서 연명치료를 중단 또는 보류할 수 있도록 하고 있다(동조 제2항).

V. 연명치료 보류·중단의 이행 및 효과

말기환자의 의료지시서상의 의사표시를 존중하여 연명치료를 보류하거나 중단하는 경우에는 i) 담당의사를 포함한 2인의 의사가 말기상태임을 진단하였는지, 그리고 ii) 제13조 제1항과 제14조 제1항에 따라 의료지시서가 작성되었음을 확인하였는지를 살펴보아야 한다(제21조 제1항). 만일 말기환자의 직계친족 또는 이해관계인이 말기환자의 의료지시서상의 의사표시에 대해 의문을 제기하는 경우에는 해당 의료기관의 장은 연명치료를 보류하거나 중단하기 전에 기관위원회

의 심의를 거쳐서 그 성립의 진정성이 확인되어야 한다(동조 제2항).

담당의사 및 해당 의료기관의 종사자는 말기환자의 의료지시서 상에 명시되어 있는 연명치료의 보류 또는 중단의 의사표시에 반하여 연명치료를 하여서는 안 된다(제20조 제1항). 하지만 만일 담당의사 또는 해당 의료기관의 종사자가 정당한 이유 없이 연명치료의 보류 또는 중단을 거부하는 때에는 해당 의료기관의 장은 즉시 담당의사 등을 교체하여 연명치료를 보류하거나 중단하도록 하고 있다(동조 제2항). 만일 제20조 제1항과 제2항에 위반하여 말기환자의 의사에 반하는 연명치료를 하는 담당의사와 의료기관의 장은 3년 이하의 징역 또는 1,000만원 이하의 벌금에 처해지며(제30조 제1항), 말기환자의 자기결정에 따른 연명치료의 중단을 방해하는 자는 3년 이하의 징역 또는 1,000만원 이하의 벌금에 처해진다(동조 제2항).

응급의료처치의 경우에도 제13조에 따라 의료지시서를 작성한 말기환자에 대하여 응급의료처치를 하는 의사는 해당 말기환자의 의료지시서가 진정하게 성립한 것으로 확인한 후에 말기환자에 대한 응급의료처치를 보류 또는 중단하여야 한다(제22조).

말기환자의 의료지시서에 따라 연명치료를 보류 중단하거나 응급의료처치의 보류에 참여한 의사 또는 의료기관의 종사자에게 민사·형사적 책임을 물을 수 없도록 하고 있다(제23조). 또한 이 법에 따라 연명치료중단으로 사망한 경우 그 원인이 된 상해, 질병으로 인해 사망한 것으로 간주하고, 누구라도 환자가 연명치료중단으로 사기가 앞당겨졌거나 부작용·합병증 등이 발생하였다는 이유로 담당의사나 의료기관을 고소하거나 손해배상청구, 행정기관에의 이의신청 등을 할 수 없도록 규정하고 있다(제24조).

그리고 말기환자의 사전의료지시서에 따라 연명치료를 보류하거나 중단하여 말기환자가 사망한 경우 법률상으로 이를 자살로 평가하지 않도록 하고 있으며, 이로 인해서 말기환자에게 보험, 연금상 불이익하게 취급해서는 안된다고 규정하고 있다(제25조).

Ⅵ. 기록·보고 및 감독의무

의료기관의 장은 해당 말기환자의 말기상태에 대한 진단 및 연명치료의 보류 중단의 처리과정을 보건복지가족부령으로 정하는 바에 따라 기록하고 이를 보존하여야 한다(제26조 제1항). 또한 말기환자의 의료지시서의 경우에도 제1항의 기록에 첨부하여 보건복지가족부령으로 정하는 바에 따라 보존하여야 한다(동조 제2항). 제26조를 위반하여 기록 또는 보존하지 아니한 의료기관의 장은 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처해진다(제33조 제1항).

이 법에 따라 연명치료를 중단한 담당의사 혹은 의료기관은 말기환자가 사망한 후 1달 이내에 서면으로 작성하여 기관윤리위원회에 보고하도록 하고 있다(제27조 제1항). 그리고 기관윤리위원회는 제1항의 보고사항을 분기별로 정리하여 국가윤리위원회에 보고하여야 하고, 국가윤리위원장은 이를 보건복지가족부장관에게 보고하도록 하고 있다(동조 제2항). 제27조에 의한 보고의무를 위반한 의료인 또는 의료기관의 장은 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처해진다(제33조 제2항). 또한 제1항과 제2항을 위반한 경우 해당 의료기관의 장만 처벌할 뿐 아니라 해당 의료기관도 제1항과 제2항의 벌금형이 부과된다(동조 제3항).

보건복지가족부장관 또는 지방자치단체의 장은 연명치료 등과 관련하여 필요하다고 인정하는 경우에는 연명치료 시행 의료기관의 장 및 그 종사자, 기관윤리위원회에 대하여 그 업무에 관하여 필요한 명령을 하거나, 보고 또는 관계서류의 제출을 명할 수 있도록 규정하고 있다(제28조 제1항). 또한 보건복지가족부장관은 연명치료중단의 시행에 관하여 관계 공무원으로 하여금 조사하게 할 수 있으며, 이 경우 조사를 담당하는 관계공무원은 그 권한을 증명하는 증표를 내보이도록 하고 있다(동조 제2항).

Ⅶ. 적극적 안락사의 처벌

말기환자의 자살을 조력하거나 말기환자의 의사에 반하여 연명치료를 중단하

거나 보류한 자는 3년 이상의 징역에 처하도록 하고 있다(제29조). 다만 본 규정이 필요한지에 관해서는 의문이 든다. 자살 조력의 경우 이미 형법에서 촉탁에 의한 살인죄로 처벌하고 있으며, 말기환자의 의사에 반하여 연명치료를 중단한 경우에는 살인죄로 처벌될 수 있기 때문이다.

VIII. 소결

1) 먼저 문제가 제기될 수 있는 것은 법안명이다. 존엄사라는 것은 자칫하면 인위적인 생명 단절을 미화시킬 수 있으며, 다른 의미로는 ‘의사 조력 자살’과도 같은 뉘앙스를 줄 수 있다. 실제 미국의 오레곤주 존엄사법은 그 실질적 내용이 의사조력자살을 규정하고 있다.²²⁹⁾ 따라서 존엄사라는 용어대신 ‘연명치료중단’이라는 용어를 사용하는 것이 보다 타당하다는 합의도 있었다.²³⁰⁾ 법원 또한 존엄사라는 용어를 사용하는 것에 부담을 가지고 있다. 따라서 판결문에 있어서도 연명치료중단이라는 용어를 사용하였다. 이에 반해 일각에서는 미국 워싱턴주에서는 존엄사라는 용어를 사용하고 있으며, 이로 인해서 적극적 안락사가 조장되는 것도 아니므로 존엄사라는 용어의 사용을 긍정하기도 한다.²³¹⁾ 하지만 이에 대해서 미국의 ‘존엄사법’이라는 용어는 의사조력자살을 허용하는 법률명칭이자 연명치료 거부 권리를 구체화시키는 법률명칭이고, 무엇보다도 연혁적으로 적극적 안락사 등을 미화시키려는 정치적 의도 등에 의해 개념 확장이나 전용이 이루어지고 있었다는 점을 고려할 때, 미국에서 사용하고 있는 ‘존엄사법’의 용어와 개념을 예로 드는 것은 적절치 못하다는 재반론도 제기된다.²³²⁾ 언론은 여

229) 미국 오레곤주의 존엄사법에 관하여 자세한 내용은 김장한, 존엄사에 대한 미국의 법제, 의료법학 제9권 제2호 (2008), 53, 69쪽 이하.

230) <http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=102&oid=001&aid=0002788055>. 대한의사협회의 ‘연명치료 중지 지침(안)’도 같은 맥락이다.

231) <http://www.mdtoday.co.kr/mdtoday/index.html?no=90916>. 대표적으로 이인영, 말기환자의 자기결정권 존중을 위한 입법제안, 경실련·홍익대학교 법학연구소·한림대학교 법학연구소 공동주최 말기환자의 자기결정권 존중을 위한 입법제안 심포지엄 자료집 (2008.10.), 25, 30쪽 이하.

232) 김명식, 미국헌법상 안락사와 존엄사에 관한 연구, 헌법학연구 제19권 제1호 (2010), 37쪽 이하.

전히 존엄사라는 용어를 연명치료중단과 혼재하여 사용하고 있다.

용어 사용에 대한 문제가 크게 중요하지 않다고 생각될 수 있으나, 용어의 사용에 따라서 연명치료중단에 대한 개념설정이 다르게 이루어 질 수 있다. 앞선 논의를 살펴보건대 추후 우리 국민이 죽음에 대한 권리를 보다 적극적으로 수용하는 것에 합의할 경우에는 존엄사라는 용어를 사용할 필요가 있지만, 현재 시점에서는 연명치료중단이라는 소극적인 부분에 대한 합의가 문제시되는 것이므로 ‘연명치료중단’이라는 용어의 사용이 적절할 것으로 여겨진다.²³³⁾ 이는 존엄사법에도 간접적으로 나타나고 있다. 법률명은 ‘존엄사법’이지만, 용어의 정의에 있어서 존엄사에 대한 정의는 없으며 연명치료에 대한 정의만이 있다.

2) 또한 본 법안에서는 지속적 식물상태(PVS; persistent vegetative state)의 환자가 말기환자에 속하게 되는 지에 관해서 언급되지 않고 있다. 이번 김할머니 사례에서 보는 것과 같이 법률적인 문제가 될 수 있는 것은 지속적 식물상태와 같이 민감한 부분에서이다.

3) 본 법안에서 또 다른 문제가 될 수 있는 것은 말기환자를 판단함에 있어서 단지 의사 2인의 소견에 따른다는 것이다. 어떤 객관적인 표징이 없이 의사 2인의 주관적인 판단에 의해서 말기환자를 판단하도록 한 것은 남용의 여지를 남기게 된다. 또한 단순히 의사 2인의 소견만을 상정해 놓고 있기 때문에, 문헌상으로 보면 여기에 포함되는 의사는 질병에 대한 전문성이 없는 경우도 말기환자를 판단하는 것이 가능하게 된다. 따라서 말기환자를 판단하는 것에 있어서는 좀 더 객관적이고 구체적인 기준을 정의할 필요가 있다.

4) 법안에서 좀 더 고려해야 할 것으로는 최근 보건복지부가 구성해서 운영해 온 ‘사회적 협의체’가 발표한 논의 내용이다. 논의 내용은 다음과 같다.²³⁴⁾

참고

233) 같은 입장으로 이상용, 안락사, 그 용어의 재음미, 비교형사법연구 제5권 제2호 (2003), 141쪽 이하.

234) http://korea.kr/newsWeb/pages/brief/partNews2/view.do?dataId=155595172&call_from=extlink
&call_from=extlink

합의여부	구분		주요내용
합의	대상환자		○ 말기환자(지속적 식물상태 환자도 말기 상태이면 포함)
	중단가능한 연명치료 범위		○ 인공호흡기, 심폐소생술 등 특수연명치료
	사전의료의향서 작성조건 및 절차		○ 말기환자가 사전의료의향서 작성을 원칙 - 서면에 의한 의사표시 원칙, 구두에 의한 의사표시도 입증가능 하면 인정 ○ 민법상 성인이 작성 전 담당의사와 상담 후 2주간 숙려기간을 거쳐 작성
	의사결정기구		○ 연명치료 중단 정책심의기구로 중앙에 ‘국가말기의료윤리심의위원회’ 설치 ○ 의료기관에 ‘병원윤리위원회’ 설치
이견 확인	추정, 대리에 의한 의사표시	추정 여부	○ 추정이사 확인절차(병원윤리위원회에서 확인)를 강화한다는 전제하에서 추정에 의한 의사표시 인정하였으나 3명 위원 이견 지속제기
		대리	○ 미성년자, 지적장애인에 대한 대리제도는 추정과 동일한 절차하에 인정 ○ 성인에 대한 대리인제도 도입여부에 대해서는 여전히 찬반 이견이 대립하고 있음
	입법여부		○ 현재 합의수준을 전제로 한 입법의 대해 - 별도 법률 제정 필요(6명), 불필요(9명)

* 이와 더불어 사회적 합의체는 본인이 건강할 때 죽음을 대비하여 “사전의료의향서”를 직접작성하는 문화를 조성하기 위해 정부가 적극적으로 노력해야 한다고 합의하였음.

5) 또한 실질적으로 중요한 것은 비용에 대한 문제이다. 사전의료지시서는 자칫하면 합법적인 자살지시서가 될 수 있다. 이는 사전의료지시서가 경제적인 이유로 인해서 본인 스스로, 또는 가족들의 보이지 않는 동의와 압박에 의한 작성이 가능하기 때문이다.²³⁵⁾ 또한 김할머니 사례에서처럼 연명치료중단이 결정된 이후 기대하지 않은 생존으로 인한 비용부담을 누가 져야 할지에 대해서도 법률적인 규정을 둘 필요가 있다.

제2절 삶의 마지막 단계에서 자연스러운 죽음을 맞이할 권리에 관한 법률안

1. 서론

연명치료중단과 관련된 또 하나의 법안으로 김세연의원이 발의한 “삶의 마지

235) 신동일, 사전의료지시서: 법이론과 현실, 안암법학 제28호 (2009), 229, 245쪽 이하.

막 단계에서 자연스러운 죽음을 맞이할 권리에 관한 법률안”이 있다. 본 법안의 제안 이유는 의학기술의 발전이 질병의 치유를 통해 인류에게 건강한 삶을 제공함으로써 인류의 번영에 기여하였지만, 반면에 생명연장조치 및 시술들의 발전으로 인해 회복가능성이나 치료가능성이 없는 환자들에게 본인의 의지와는 무관하게 무의미한 생명 연장만을 가능하게 하여 오히려 자연스럽게 죽음을 맞이할 수 있는 기본적인 권리마저 침해하고 있다는 인식에서이다. 따라서 환자가 삶의 마지막 단계에서 자신의 의지대로 자연스럽게 죽음을 맞이할 수 있는 권리를 보장하기 위해 환자 본인에게 행하는 의학적 치료방법 및 생명연장조치 등을 대리인의 본인의사 추정가능성을 배제한 상태에서 스스로 수용·선택 또는 거부하는데 필요한 사항을 정함으로써 환자의 인간으로서의 존엄성을 보호하지만, ‘안락사(euthanasia)’나 안락사를 미화한 용어인 ‘존엄사(death with dignity)’의 사용을 배제하여 적극적 안락사는 물론 수분이나 영양공급 중단에 의한 소극적 안락사도 금지시키고자 한다고 밝히고 있다.

II. 총칙 검토

본 법안의 경우 앞에서 살펴본 존엄사법에 비해서 말기환자에 대한 정의가 보다 구체적이라고 할 수 있다. 존엄사법에서는 말기환자를 “의학적 기준에 따라 2인 이상의 의사에 의하여 말기상태임을 진단받은 환자를 말한다”라고 정의하고 있다. 이 경우 말기환자 여부는 단지 2인의 의사의 판단에 의해서 결정될 수 있다. 즉 2인의 의사의 주관적인 판단에 의해서 말기환자의 여부가 결정되는 것이다. 또한 단순히 ‘의사’라고만 표현이 되어 있기 때문에 그럴 가능성은 거의 없지만 질병과 관련 없는 분야의 의사도 여기에 포함될 수 있다. 이에 반해 동 법안에서는 말기환자를 “현대의학적 지식 및 의료기술 측면에서 수술, 방사선치료 및 약물요법 등 가능한 치료를 모두 시행하여도 환자의 질병경과에 더 이상 도움을 줄 수 없고, 회복가능성이 없어 점차 전신(全身) 상태가 악화되어 수개월 이내에 사망할 것으로 예상되는 상태로 담당의사와 해당 질병의 전문의사에 의하여 진단받은 환자”라고 정의하여 말기환자를 판단하는 것에 있어서 객관적인

요건과 감정인의 전문성을 구체화시키고 있다.

동 법안 제3조에 따르면 모든 말기환자에게 장래에 발생할 수 있는 의학적 사건에 대비하기 위하여 담당의사로부터 충분한 설명을 들은 후 본인에게 행하는 치료방법을 선택할 수 있고 생명연장조치의 중단 또는 보류를 스스로 결정할 수 있다고 규정하여 환자의 자기결정권을 명확히 하고 있다.

동 법안 제4조에서는 의료인이 환자에게 의도적으로 약물의 주사 등 물리적 또는 화학적 방법을 사용하여 환자의 생명을 정지하게 하거나, 환자가 자살하도록 도와서는 안되고(제1항), 환자는 이런 행위를 제9조의 생명연장조치거부 사전결정서를 통하더라도 의사에게 요구할 수 없다고 규정하고 있다(제2항). 이는 적극적인 안락사를 방지하기 위한 규정이다. 하지만 이런 규정이 없다고 하더라도 이미 형법 규정에 의해서 이러한 행위는 금지되어 있다. 또한 의료인은 대뇌의 손상으로 의식과 운동기능은 상실하였으나 호흡, 순환, 흡수 및 소화 등의 기능을 유지하고 있는 환자에게 생명연장조치를 중단하여서는 안 된다고 하고 있다(제3항).

동 법안 제6조 이하에서는 국가생명윤리심의위원회에 대해서 규정해 놓고 있다. 이에 따르면 i) 생명연장조치거부 사전결정서의 작성절차 등에 관한 사항, ii) 생명연장조치의 범위 및 생명연장조치 중단 등의 시행절차, iii) 생명연장조치 중단 등의 요청을 심의하고 이행하는 의료기관에 관한 사항, iv) 생명연장조치 중단 등 이행에 따른 분쟁의 조정에 관한 사항, v) 그 밖에 생명연장조치 중단 등에 관하여 보건복지가족부장관이 회의에 부치는 사항은 「생명윤리 및 안전에 관한 법률」에 따라 설치된 국가생명윤리심의위원회에서 심의하도록 하고 있다.

또한 동 법안 제7조에서는 의료기관윤리위원회에 대해서 규정하고 있다. 이에 따르면 「의료법」 제3조에 따른 의료기관 중 생명연장조치를 시행하는 의료기관은 i) 제8조 제1항 각 호의 판단에 관한 사항(다만 기관위원회가 이를 판단하기 어렵거나 이의가 있는 경우에는 제6조에 따른 국가생명윤리심의위원회 또는 법원에 그 판단을 요청할 수 있음), ii) 의료인의 설명·상담절차 등에 관한 사항, iii) 생명연장조치 중단 등의 이행에 관한 사항, iv) 그 밖에 생명연장조치 중단 등 요청에 따른 심의에 필요한 사항 등을 심의하기 위하여 의료기관윤리위원회(이하 “기관위원회”라고 함)를 두어야 한다(제1항). 기관위원회는 사회복지사, 중

교인, 법조인 등이 포함되도록 구성되어야 하며 그 밖에 기관위원회의 설치기준 및 구성·운영에 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 하고 있다(제5항). 만일 의료기관이 기관위원회를 구성할 수 없는 경우에는 기관위원회를 설치한 다른 의료기관과 협약을 체결하여야 한다(제2항). 기관위원회는 말기환자의 요청에 따른 생명연장조치 중단 등의 이행에 관한 기록을 보건복지가족부령으로 정하는 바에 따라 작성하고 이를 5년간 보존하여야 하고(제3항), 생명연장조치 중단 등의 이행 및 그 결과를 분기별로 보건복지가족부장관에게 보고하여야 한다(제4항).

Ⅲ. 생명연장조치 중단조치

1. 요건 및 절차

동 법안 제8조에 따르면 말기환자가 i) 제9조에 따라 생명연장조치거부 사전결정서를 작성하였고, ii) 의학적 판단으로 회복가능성이 없고 치료가 불가능한 것이 명백하며, iii) 환자가 회생가능성 없는 비가역적(非可逆的)인 사망과정에 진입하였을 경우 생명연장조치 중단 등을 요청할 수 있다(제1항). 환자에 대한 생명연장조치 중단 등의 이행은 해당 환자의 담당의사가 하여야 하며, 의사가 아닌 자가 하여서는 안된다(제2항). 다만, 담당의사가 기관위원회의 결정에 의한 생명연장조치 중단 등을 양심상의 이유 등으로 이행할 수 없을 경우 기관위원회는 다른 담당의사를 지정하여 이행할 수 있다(제4항).

생명연장조치를 하더라도 모든 의학적 조치를 중단하는 것은 아니다. 담당의사 및 의료기관의 장은 생명연장조치를 중단하더라도 영양공급, 수분공급, 통증 조절, 정신적 상담, 영적 지원 등과 같은 기본적인 의료서비스는 계속하여 제공하도록 하고 있다(제3항). 그 밖에 생명연장조치 중단 등에 관한 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 하고 있다(제5항).

2. 생명연장조치거부 사전결정서

생명연장조치거부 사전결정서(이하 ‘사전결정서’라고 함)는 18세 이상의 의사

능력이 있는 말기환자가 죽음이 임박한 시기에 생명연장조치 중단 등에 대비하기 위하여 작성하며, 이 경우 담당의사에게 상담을 요청하여야 한다(제9조 제1항). 상담의 요청이 있을 경우 담당의사는 말기환자에게 i) 환자의 질병의 상태 및 치료방법에 관한 사항, ii) 심폐소생술과 인공호흡기 사용의 거부 등 생명연장조치 중단 등에 관한 사항, iii) 사전결정서의 작성 및 절차 등에 관한 사항, iv) 제8조에 따른 생명연장조치 중단 등의 이행요건에 관한 사항, v) 호스피스·완화의료의 선택과 이용절차에 관한 사항 등을 충분히 설명하여야 한다(동조 제2항). 이 때, 말기환자는 제2항에 따른 상담을 받은 후 적어도 15일의 숙려기간이 경과한 후에 사전결정서를 확정할 수 있다. 다만, 말기환자의 질병상태가 보전복지가족부령으로 정하는 심각한 상태에 있다고 담당의사 및 전문의사가 인정하는 경우는 예외로 앞당겨 질 수 있다(동조 제3항).

말기환자가 아닌 18세 이상의 의사능력을 가진 성인도 동 법안에서 정한 절차에 따라 사전결정서를 작성할 수 있다(제10조 제1항). 이에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 하고 있다(동조 제2항).

사전결정서에는 i) 작성자의 성명, 주소 또는 거주, ii) 작성자의 서명 및 날인, iii) 생명연장조치 중단 등에 관한 의사표시, iv) 작성 연월일, v) 담당의사의 서명 및 날인, vi) 증인 2명의 서명 및 날인 등이 포함되어야 한다(동조 제4항). 이 때, 증인은 18세 이상의 성인이어야 하지만, i) 말기환자의 사망으로 인하여 상속 등 직접적인 이익이 있는 자, ii) 말기환자의 치료비를 부담하는 자, iii) 해당 의료기관에 종사하는 자 등은 증인이 될 수 없다(동조 제5항). 또한 사전결정서의 작성은 공증인의 면전에서 그 정확함을 승인한 후 각자 서명 또는 기명날인하여야 한다(동조 제6항).

상담내용 및 상담절차, 사전결정서의 작성절차 및 보관 등에 필요한 그 밖의 사항들에 대해서는 대통령령으로 정하도록 하고 있다(동조 제7항).

3. 사전결정서의 효력

사전결정서가 i) 환자 본인이 진지하고 지속적으로 자신의 질환에 관하여 충분한 이해를 한 상태에서 의사표시를 하지 아니한 경우(다만 제10조에 따라 일

반성인이 작성한 사전결정서에는 적용되지 않음), ii) 착오, 사기 또는 신체적·정신적·경제적 강요에 따른 경우, iii) 의사표시 당시의 의학적 지식 및 기술의 상태가 본질적으로 변경된 경우, iv) 작성 후 2년이 경과한 경우, v) 그 밖에 대통령령으로 정하는 경우 등에 포함되면 효력을 상실하게 된다(제11조).

Ⅳ. 책임면제 및 기타

이 법에 따라 생명연장조치 중단 등의 이행과정에 참여한 의료인 또는 의료기관에 대하여 고의 또는 과실이 없는 한 민사 또는 형사상 책임으로부터 면제된다(제13조 제1항). 또한 말기환자에 대한 생명연장조치 중단 등의 이행을 이유로 담당의사나 의료기관을 고소하거나 손해배상청구 또는 행정기관에 이의신청 등을 할 수 없다(동조 제2항).

생명연장조치 중단 등의 이행을 요청하였거나 생명연장조치 중단 등이 이행된 말기환자에 대하여 적용되는 보험 및 연금의 지급은 불이익하게 취급되어서는 안된다(제14조).

이 법에 규정된 것 외에 생명연장조치 중단 등의 이행에 관한 절차·분쟁, 그 밖에 업무의 처리에 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 하고 있다(제12조).

Ⅴ. 소결

1) 본 법안에서도 법안명에 대한 문제가 나타날 수 있다. 본 법안이 비록 적극 안락사나 존엄사를 배제한다고 하고 있지만, 죽음을 맞이할 수 있는 권리의 차원에서 접근한 것은 연명치료중단의 본질에서 좀 더 나아간 것으로 여겨진다. 비록 용어는 어찌되었던 간에 연명치료중단을 소극적인 입장에서 벗어나 권리적인 차원에서 접근할 경우에는 큰 차이가 없게 된다. 법안명이 주는 또 하나의 문제점으로 연명치료중단 시점이 반드시 삶의 마지막 단계에 속하는지가 의문이다. 비록 의사나 감정인의 판단은 삶의 마지막 단계에 속한다고 하더라도

100% 정확하지 않은 상태에서 삶의 마지막 단계라고 명명하고 자연스러운 죽음을 맞이하는 것이 권리인 것처럼 표현한 것은 마치 살아있을 권리를 포기하고 죽을 권리를 택하라는 것과 같은 뉘앙스를 줄 수도 있을 것이다. 따라서 본래의 취지와는 다른 감정을 만들어 낼 수 있을 우려가 있다.

2) 본 법안의 제9조 제6항에서는 사전결정서 작성 이후에 공증절차를 요구하고 있다. 이는 공증절차를 통해서 보다 명확하고 의사의 왜곡이 발생하지 않게 하려는 의도로 해석된다. 하지만 사전결정서에 대해서 공증을 받는 것에 관하여는 회의적이다.²³⁶⁾ 이미 사전결정서를 작성하는 것에 있어서 의사가 왜곡될 가능성을 배제하고 있음에도 공증을 통해서 비용부담이나 번거로운 절차를 요구하는 것은 적절하지 않기 때문이다. 대한병원협회 역시 이와 같은 우려를 표시하였다.²³⁷⁾ 환자의 의사결정이 객관화 되었고, 이를 보장할 수 있는 절차가 있는 경우에는 구태여 추가적인 공증절차를 요구할 필요는 없을 것으로 여겨진다.

3) 무엇보다 본 법안에서 문제점으로 지적될 수 있는 것은 추정적 의사에 관한 내용을 담고 있지 않는 것이다. 실질적으로 연명치료중단에 있어서 문제의 소지가 될 수 있는 것은 본인의 의사를 명확하게 판단할 수 없는 경우이다. 따라서 본 법안에서 이런 규정을 제외한 것은 중대한 입법의 불비가 될 수 있다. 대법원 판례에 따르면 사전의료지시서가 없는 경우 환자의 의사를 추정하는 것은 자료, 의사표현, 타인의 치료에 대한 반응, 종교, 생활태도 등에 비추어서 객관적으로 판단하고, 구체적인 사안의 경우 환자의 의사표시 인정여부는 가정법원이 결정하도록 하고 있다. 따라서 적어도 대법원에서 판시한 내용적인 부분이 반영될 필요가 있다.

236) 이 점은 구속력 있는 사전의료지시서의 요건으로 공증을 규정한 오스트리아의 사전의료지시법에 대한 비판이 그대로 타당하다. 특히 변호사에 대하여 비용의 문제로 접근성이 떨어지는 우리나라의 경우는 더욱 심각하다.

237) 대한병원협회 의견, 대법원기조 제2009-185호(2009.7.17) “삶의 마지막 단계에서 자연스러운 죽음을 맞이할 권리에 관한 법률안”(김세연의원 대표발의) 및 “존엄사법안”(신상진의원 대표발의)에 대한 의견제출.

제5장

사전의료지시제도 도입을 위한 전제조건

사전의료지시제도 도입을 위한 전제조건

유럽의 논의상황이나 의료보험체계 등을 고려한다면 일단 오스트리아와 독일의 환자사전의료지시법은 긍정적으로 평가할 수 있다. 또한 적극적 안락사 허용 법제 보다는 실제 임상에서 더 많이 문제가 되는 연명치료중단과 관련한 입법이라는 점에서 실용적인 법이라고 볼 수 있다. 현재 우리나라의 상황에 비추어 이러한 사전의료지시의 구속력을 인정할 수 있는 전제조건이 무엇인지를 검토할 필요가 있다.

제1절 환자의 의료행위에 대한 거부권과 사전의료지시

1. 사전의료지시의 전제로서 환자의 의료행위 거부권

사전의료지시의 핵심적인 내용은 특정한 의료행위를 거부하는 데에 있다. 따라서 사전의료지시를 제도화하기 위한 전제조건으로 가장 중요한 것은 환자의 의료행위에 대한 거부권의 절대적 보장이다.

우리 법질서는 자유로운 의사결정을 기초로 한다. 우리 헌법도 제10조에서 인

간의 존엄과 행복추구권을 규정하고 있고, 그로부터 자기결정권을 도출할 수 있다. 이러한 자기결정권은 인격권의 중요한 요소로 자율을 핵심적 요소로 하며, 그 자율은 자신이 선택 가능한 것들의 의미를 이해할 수 있고 그 선택 가능한 것들 중에서 선택을 할 수 있는 개인을 전제로 한다.²³⁸⁾ 또한 생명권은 자신의 생명·신체의 불가침에 대한 권리로, 헌법에 규정된 모든 기본권의 전제로서 기능하는 기본권 중의 기본권으로 우리 헌법상 최고의 기본권으로 인정된다.²³⁹⁾ 이러한 자기결정권과 생명권은 한편으로 인간의 존엄을 실현해주고, 다른 한편으로 존엄권의 주체가 될 수 있는 인간의 지위를 유지해줌으로써 인간의 존엄을 보장하는 양대 축으로 헌법상 가장 중요한 기본권이 된다. 그리고 죽음의 문턱에 다가선 환자도 당연히 이러한 기본권의 주체가 된다.²⁴⁰⁾ 이에 따라 환자는 자신의 생명과 신체의 불가침성에 대한 포괄적인 자기결정권을 갖는다. 헌법적 관점에서 환자는 자신의 신체에 대하여 치료를 받을 것인지를 자신의 기준에 따라 스스로 선택하고 결정할 수 있다. 환자가 자신의 의사에 반하는 신체적 침해를 소극적으로 방어할 권리를 갖는다는 우리의 해석은 사전의료지시제도를 도입하고 있는 오스트리아나 독일과 일치한다고 볼 수 있다. 하지만 치료거부가 환자의 생명에 위협을 초래하는 경우 그 해석의 기준은 동일하지 않다.

세브란스병원사건에서 대법원 다수의견은 “환자의 동의는 헌법 제10조에서 규정한 개인의 인격권과 행복추구권에 의하여 보호되는 자기결정권을 보장하기 위한 것으로서, 환자가 생명과 신체의 기능을 어떻게 유지할 것인지에 대하여 스스로 결정하고 진료행위를 선택하게 되므로, … … 환자가 그 진료행위의 중단을 요구할 경우에 원칙적으로 의료인은 이를 받아들이고 다른 적절한 진료방법이 있는지를 강구하여야 할 것이다. 그러나 인간의 생명은 고귀하고 생명권은 헌법에 규정된 모든 기본권의 전제로서 기능하는 기본권 중의 기본권이라 할 것임

238) 헌법재판소 2009. 11. 26. 선고2008헌마385 전원재판부 결정.

239) 대법원 2009. 5. 21. 선고2009다17417 전원합의체 판결; 신동일, 사전의료지시서: 법이론과 현실, 안암법학 제28호 (2009), 229, 236쪽

240) 독일의 경우는 헌법 제2조 제2항에서 생명권을 규정하면서 환자의 의료선택권과 관련하여 이 규정을 인용하고 있다. BVerfGE 52, 131, 171; Nationaler Ethikrat, Selbstbestimmung und Fürsorge am Lebensende -Stellungnahme- (2006), 19.

로, 환자의 생명과 직결되는 진료행위를 중단할 것인지 여부는 극히 제한적으로 신중하게 판단하여야 한다”고 하였다.²⁴¹⁾ 결국 우리 법원은 환자의 치료거부가 생명에 위협을 초래한다면 의사는 이러한 환자의 요구를 거부할 수 있다는 취지로 이해된다.²⁴²⁾

독일과 오스트리아에서는 비록 환자의 결정이 객관적인 관점에서 비합리적이어서 그 결과로 환자가 사망에 이를 위험이 있다 할지라도 의사는 환자의 의사를 존중해야 한다. 독일에서는 환자의 치료거부 결정에 반하여 환자를 치료한 경우에 (우리나라의 형법 규정에 따른다면 폭행과 상해를 동시에 규정한) 상해죄에 해당한다는 것이 확고한 판례의 입장이고,²⁴³⁾ 오스트리아에서는 환자의 유효한 승낙 없는 의료행위를 형법 제110조에서 전단적 의료행위로 처벌한다. 사전의료지시의 논의는 환자의 결정이 비록 객관적·의학적 관점에서 비합리적이라고 판단되더라도 환자의 치료거부권을 존중하여야 한다는 전제가 없이는 불가능하다.²⁴⁴⁾ “환자의 의사는 최고의 법률이다(Voluntas aegroti suprema lex)”이라는 법언은 환자의 자신에 대한 질병치료의 동의나 거절에 대한 권리로부터 소극적인 죽음에 대한 권리까지 모두 보장되어야 함을 의미한다. 이러한 환자의 권리는 자기결정권에서 기인하는 것이 아니라 생명권에서 기인하는 것이다.²⁴⁵⁾

이러한 관점에서 “인간의 생명은 고귀하고 생명권은 헌법에 규정된 모든 기본권의 전제로서 기능하는 기본권 중의 기본권이라 할 것이므로, 환자의 생명과 직결되는 진료행위를 중단할 것인지 여부는 극히 제한적으로 신중하게 판단하여야 한다”는 대법원의 입장은 생명과 생명권의 개념을 혼동한 것이라 볼 수 있을

241) 대법원 2009. 5. 21. 선고 2009다17417 판결, 판결문 3-4쪽.

242) 이 점에 대한 자세한 비판은 이석배, 연명치료중단의 기준과 절차, 형사법연구 제21권 제2호 (2009), 147, 156쪽 이하 참고.

243) 대표적으로 BGHSt 11, 111.

244) 같은 입장으로 최경석, 생전유언 및 사전의료지시 제도의 윤리적·사회적 함의, 경실련·홍익대학교 법학연구소·한림대학교 법학연구소 공동주최 말기환자의 자기결정권 존중을 위한 입법제안 심포지엄 자료집 (2008.10.), 16쪽 이하; 신동일, 사전의료지시서: 법이론과 현실, 안암법학 제28호 (2009), 229, 235쪽도 유사한 입장이다.

245) 이석배, 형법상 절대적 생명보호원칙의 범위와 한계, 한국형법학의 새로운 지평 - 심온김일수교수 화갑기념논문집 (2006), 673쪽 이하 참고.

것이다. 생명권은 생명·신체에 대한 불가침권이다. 따라서 모든 기본권의 (환자를 포함한) 주체는 자신의 생명·신체에 대해 원치 않는 침습을 거부할 권리를 갖는다. 이점은 우리 대법원도 인정하는 것처럼 보인다.²⁴⁶⁾ 생명권을 이렇게 이해한다면 치료중단이 생명에 위협을 초래할 수도 있더라도 자신이 스스로 치료 거부를 요구하는 경우는 우리 대법원이 생각했던 것처럼 생명에 위협이 있을지는 모르지만 생명권은 침해되는 것이 아니라 보장되는 것이다.

대법원은 나아가 “연명치료를 중단하는 것이 객관적으로 환자의 최선의 이익에 부합한다고 인정”되어야만 연명치료중단이 가능하다고 한다. 하지만 환자가 진정으로 연명치료의 중단을 원하는 것이라면 연명치료를 유지하는 것 자체가 생명·신체의 불가침권에 대한 침해가 된다. 여기서 생명·신체에 위협발생은 법적인 효과가 아니고 생명·신체의 불가침권의 행사에 따른 부수효과이다. 일반적인 의료행위는 물론 생명을 유지하는 처치나 치료도 거부할 수 있으며, 이러한 의미에서 환자는 소극적인 의미로 죽을 권리를 갖는다.²⁴⁷⁾ 이러한 자기결정의 자유는 객관적으로 비합리적이거나 생명에 위협을 초래하는 경우라도 제한되어서는 안된다.²⁴⁸⁾ 타인의 객관적이고 합리적인 시각이나 전문가의 시각에서 우호적이고 후견적인 의도로 환자의 의사결정을 변경하거나 대체할 수 없다.

이러한 의료행위에 대한 환자의 거부권을 인정하지 않으면, 사전의료지시가 있다고 하더라도 생명에 위협을 초래할 연명치료중단을 인정할 수 있는 법적 근거는 존재할 수 없다.²⁴⁹⁾ 더구나 독일과 달리 자살관여죄 처벌규정을 두고 있는

246) 대법원 2009. 5. 21. 선고 2009다17417 판결.

247) *Bottke*, 김성돈 역, 촉탁살인과 안락사, 형사법연구 제16권 특집호 (2002), 197, 207쪽; *Hirsch*, Einwilligung und Selbstbestimmung, FS-Welzel, 775, 777; *Laber*, Der Schutz des Lebens im Strafrecht (1997), 116; *Otto*, Recht auf den eigenen Tod? Strafrecht im Spannungsverhältnis zwischen Lebenserhaltungspflicht und Selbstbestimmung, Gutachten zum 56. D-11f.; *Uhlenbruck*, Recht auf den eigenen Tod?, ZRP 1986, 209, 214.

248) BGHSt 11, 111; Nationaler Ethikrat, Patientenverfügung (2005), 10; Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung, DÄBl. 101 (2004), A-1298, 1299; Schroth, Sterbehilfe als strafrechtliches Problem - Selbstbestimmung und Schutzwürdigkeit des tödlich Kranken, GA 2006, 549, 555.

249) 이러한 대법원 입장에 대한 상세한 비판은 이석배, 연명치료중단의 기준과 절차, 형사법연구 제21권 제2호 (2009), 147쪽 이하 참고.

우리나라의 경우는 최소한 자살관여죄의 문제가 발생할 수 있다.²⁵⁰⁾

II. 사전의료지시서의 법적 의미

세브란스병원사건에서 대법원 다수의견은 “사전의료지시는 …… 의사결정능력이 있는 환자가 의료인으로부터 직접 충분한 의학적 정보를 제공받은 후 그 의학적 정보를 바탕으로 자신의 고유한 가치관에 따라 진지하게 구체적인 진료행위에 관한 의사를 결정하여야 하며, 이와 같은 의사결정 과정이 환자 자신이 직접 의료인을 상대방으로 하여 작성한 서면이나 의료인이 환자를 진료하는 과정에서 위와 같은 의사결정 내용을 기재한 진료기록 등에 의하여 진료 중단 시점에서 명확하게 입증될 수 있어야 비로소 사전의료지시서로서의 효력을 인정할 수 있다”고 하여 일정한 경우 사전의료지시서의 구속력을 인정할 수 있는 것으로 보고 있다. 또 “환자 본인의 의사에 따라 작성된 문서라는 점이 인정된다고 하더라도, 의료인을 직접 상대방으로 하여 작성하거나 의료인이 참여한 가운데 작성된 것이 아니라면, 환자의 의사결정능력, 충분한 의학적 정보의 제공, 진지한 의사에 따른 의사표시 등의 요건을 갖추어 작성된 서면이라는 점이 문서 자체에 의하여 객관적으로 확인되지 않으므로 위 사전의료지시와 같은 구속력을 인정할 수 없고, 아래에서 보는 바와 같이 환자의 의사를 추정할 수 있는 객관적인 자료의 하나로 취급할 수 있을 뿐”이라고 하여 구속력 있는 사전의료지시서의 요건까지 제시하고 있다.²⁵¹⁾ 최근의 존엄사법안도 이러한 환자사전의료지시의 구속력을 인정하고 있다.²⁵²⁾

사전의료지시는 미래의 특정한 상황에서 특정한 의료행위를 원한다는 또는 원하지 않는다는 장래에 대한 사전의사를 표시이다. 여기서 특정한 상황은 환자가 의식이 없거나 승낙능력이 없게 되어 자신의 의사를 표현하거나 자신이 과거에

250) Hirsch, *Behandlungsabbuch und Sterbehilfe*, FS-Lackner (1987), 597, 602는 환자의 의사에 따른 치료중단으로 환자가 사망하는 경우를 자살방조로 본다.

251) 대법원 2009. 5. 21. 선고 2009다17417 판결. 판결문 5-6쪽.

252) 이 법안 제13조 이하는 이러한 사전의료지시의 구속력을 위한 요건들이 기술되어 있다.

표현했던 의사의 변경을 할 수 없는 경우, 즉 자기 책임 하에 스스로 자유롭게 결정할 수 없는 경우를 말한다. 이러한 상황에서 사전의료지시서를 환자가 미래의 상황에 대비하여 사전에 자기결정권을 행사하는 명시적 의사표시로 보아 그것을 실제 환자의 의사표시와 마찬가지로 존중하자는 것이 사전의료지시제도를 도입하고자 하는 측의 입장이다.²⁵³⁾ 또한 환자의 사전의료지시서를 명시적 의사와 추정적 의사의 중간에 위치한 것으로 보자는 견해도 있다.²⁵⁴⁾

하지만 의료행위, 특히 연명치료중단은 과거가 아니라 현재(연명치료중단)시점의 환자의 의사를 묻는 것이다. 과거에 의사표시를 하였다는 것이 현재의 의사를 대체할 수는 없다. 또한 사전의료지시제도의 도입이 환자의 자기결정권을 강화하기 위한 것이라면, 환자는 의사의 설명을 충실하게 들은 후 결정할 수 있어야 한다. 의료행위에서 자기결정권이 중요한 것은 환자가 자신이 처한 상황을 정확하게 이해하고 스스로 자신의 신체에 대한 의료행위를 승낙할 것인지 아닌지에 대한 것이기 때문이다. 하지만 사전의료지시는 그 특성상 구체적으로 환자가 처한 상황에 대하여 승낙 혹은 거부의 결정을 내리는 것이 불가능하다. 예컨대 환자가 “나는 연명치료를 원하지 않는다”고 사전의료지시를 했다고 하더라도 그 유효성에 대하여는 의문이 있다. 이것은 기계적 인공호흡과 주사를 통한 영양공급을 거부한 경우도 마찬가지이다. 왜냐하면 환자가 자신의 현재 상황에 대하여 정확하게 알고 있지 못하고, 의사에게 설명도 듣지 않고 결정한 내용이기 때문이다.²⁵⁵⁾ 따라서 환자의 사전의료지시가 있는 경우라도 바로 그 구속력을 인정하는 데에는 여러 가지 문제가 존재한다. 그러므로 법적으로 사전의료지시

253) 우리나라에서 대표적인 입장으로 이인영, 말기환자의 자기결정권 존중을 위한 입법제안, 경실련·홍익대학교 법학연구소·한림대학교 법학연구소 공동주최 말기환자의 자기결정권 존중을 위한 입법제안 심포지엄 자료집 (2008.10.), 25, 특히 45쪽 이하; BGH NJW 2003, 1588, 1591; Becker-Schwarze, Möglichkeiten der rechtlichen Regulierung einer selbstbestimmten Entscheidung am Lebensende, in: Brüggemeier (hrsg.), Liber Amicorum Eike Schmidt (2005), 1, 18; Eisenbart, Patienten-Testament und Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten (1998), 126; Uhlenbruck, Selbstbestimmtes Sterben durch Patienten-Testament (1997), 308ff.

254) Schöch/Verrel u.a., Alternativ-Entwurf Sterbebegleitung, GA 2005, 553, 565.

255) 이석배, 연명치료중단의 기준과 절차, 형사법연구 제21권 제2호 (2009), 147, 156쪽 이하 참고

를 인정한다고 하더라도 그 자체만으로 구속력을 인정하는 데에는 문제가 있고, 명시적 의사와 추정적 의사의 중간에 위치한 것으로 보는 것이 타당하다. 따라서 구속력을 인정하기 위한 엄격한 요건들을 제시할 필요가 있다. 다만, 공증을 요건으로 한다면 오히려 복잡한 문제를 야기할 가능성이 높으므로 이는 배제하는 것이 바람직하다.²⁵⁶⁾ 사전의료지시서를 작성하여 공증절차를 마친 환자가 결정을 바꾼 경우, 주변 사람과 담당의사에게는 의사를 전달하여 새로운 사전의료지시서를 작성하였으나 아직 공증 받지 못한 상태에서 결정능력을 상실하게 된 경우가 그러한 예에 해당한다고 볼 수 있다.

Ⅲ. 환자 본인의 작성

사전의료지시제도가 도입된다고 하더라도, 우리나라처럼 가족주의적 색채가 강한 국가에서 얼마나 환자의 자기결정권에 기여할 수 있을지도 의문이다. 대한의사협회의 의사윤리지침은 물론이고 장기등이식에관한법률도 환자의 의사와 관계없는 보호자의 의사에 따르는 규정을 두고 있다. 나아가 이러한 예들은 환자의 사전의료지시가 있는 경우라도 의사의 입장에서 보호자의 의사에 반하는 결정을 내리기가 어렵다는 점을 보여준다. 2009년 9월 대한의사협회가 제시한 ‘연명치료 중지에 관한 지침(안)’도 환자가 스스로 결정할 수 없을 때에는 대리인 또는 후견인이 대신할 수 있다고 규정하고 있다.²⁵⁷⁾ 만약 사전의료지시제도도 이렇게 가족의 영향을 벗어나지 못한다면, 환자의 자기결정권 존중을 위해 도입을 시도하는 제도의 의미가 상실된다. 따라서 가족 등의 의사와 독립적으로 연명치료중단을 결정할 수 있는 제도가 마련되지 않는 한 이러한 제도는 오히려 보호자 등에 의한 환자의 자기결정권 침해의 위험성이 더 크다.

256) 사전의료지시서에서 구속력을 위해 공증제도 도입을 주장하는 입장으로는 안원모, ‘백경희 - 환자의 치료중단 의사의 진실성 담보를 위한 방안에 대하여’에 대한 토론문, 연명치료중지 관련 입법 가이드라인 제시, 대한변호사협회·대한의사협회 공동세미나 자료집 (2009. 9. 15.), 77쪽 이하.

257) 연명치료중지에 관한 지침 제정 특별위원회, 연명치료 중지에 관한 지침(안), 연명치료중지 관련 입법 가이드라인 제시, 대한변호사협회·대한의사협회 공동세미나 자료집 (2009. 9. 15.), 13, 17쪽.

실제로도 오도연 등의 연구에 따르면 보라매병원에서 2003년 1월부터 2004년 4월까지 143명의 환자에게 DNR동의서를 받았지만 이 중 본인이 직접 동의서를 작성한 경우는 단 1명에 불과했고, 나머지는 대부분 가족에 의해서 작성되었다고 한다. 또한 김도연 등의 연구에 따르면 대학병원에서 받은 296건의 DNR 동의서 중 본인이 작성한 것은 한 건도 없었다고 한다.²⁵⁸⁾

이와 관련하여 서울대학병원이 시행하겠다고 밝힌 사전의료지시제도는 그 대상을 말기암환자로 제한하고 있고, 거부할 수 있는 의료행위의 대상도 심폐소생술, 혈액투석, 인공호흡으로 한정하고 있다.²⁵⁹⁾ 말기암환자라는 단서를 붙이고 심정지나 혈액투석, 인공호흡 등이 필요한 상태가 된다면, 환자의 의사에 반하여 연명치료를 계속하는 것은 의사의 직업적 소명에 반한다.²⁶⁰⁾ 다만 위에서 언급한 위험성을 피하기 위해서 이제까지 본인 이외의 자에게 DNR(Do Not Resuscitation)동의서를 받던 관행을 깨고 의식 있는 환자가 직접 설명을 듣고 작성한 경우라면 사전의료지시서의 활용은 당연히 허용될 수 있을 것이다.²⁶¹⁾

하지만 PVS환자는 말기암환자와는 다르다. 위에서 본 것처럼 PVS 자체는 질병이 아니다. 또한 말기암환자와는 달리 PVS환자의 경우는 긴급한 처치를 요하는 경우가 많지 않고, 치료중단이 고려될 시점은 이미 의식을 상실하고 긴 시간이 지난 후가 대부분이다. 따라서 PVS환자는 그 판단 기준이 그 상태에서 의식 회복가능성이 아니라, 기저질환에 따라 평가해야 한다. 결국 PVS에 있는 환자는 말기암환자와는 달리 PVS에 있는 기간이 문제가 아니라, 의사에 의한 질병에 대한 예후에 의해 상태가 달라지므로, 단순히 PVS에 대비한 연명치료중단의 사전의료지시서는 인정할 수는 없다.²⁶²⁾

258) 통계는 허대석, 사전의사결정에 관한 국내 동향, 2008년 한국의료윤리교육학회 추계학술대회 발제문에서 재인용. 물론 이러한 사실을 가족이 대리결정할 수 있다는 근거로 사용하기도 한다.

259) 2009년 5월 18일 경향신문 등 각 일간지 참고

260) Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung, DÄBl. 101 (2004), A-1298.

261) 이석배, 연명치료중단의 기준과 절차, 형사법연구 제21권 제2호 (2009), 147, 159쪽.

262) 이 문제점에 대한 지적은 이석배, 생명의 종기에서 형법상 생명보호, 형사법연구 제19권 제3호 (2007), 445쪽 이하, 특히 455쪽 이하; 연명치료중단의 기준과 절차, 형사법연구 제21권 제2호 (2009), 147, 156쪽 이하 참고

제2절 의학적 판단의 존중

환자의 자기결정권에 대한 잘못된 이해로 환자의 과도한 요구나 환자의 진료권에 대한 무시 그리고 의사의 보호 의무에 대한 침해를 야기할 수 있는 위험이 존재한다. 환자는 자신이 가지고 있는 정보를 가지고 치료여부는 물론, 치료방법 등을 결정할 수 있다. 그리고 의사는 환자의 결정을 존중해야 한다. 환자의 결정이 일반인의 관점에서는 물론 의사의 관점에서 비합리적이라고 판단되더라도 존중되어야 한다. 하지만 그것이 환자가 요구하는 모든 치료방법을 의사가 따라야 한다는 것을 의미하는 것은 아니다.²⁶³⁾

직업적 소명에 따르는 의사의 임무는 환자의 의사에 합치할 것을 전제로, 환자를 치료하고 건강한 상태로 회복시키는 것을 목표로 한다. 이것이 불가능하다면 생명의 유지와 연장을 목적으로 한다.²⁶⁴⁾ 하지만 이러한 치료와 인간생명의 유지 또는 연장만이 유일한 의사의 임무는 아니다. 치료와 생명의 연장이 불가능하다면 의료행위의 목적은 고통을 감경하고 제거하는 것에 맞추어져야 한다.²⁶⁵⁾ 따라서 의사의 소명은 획일적인 것이 아니라 주어진 상황에 따라 달라진다. 예컨대, 말기암환자가 적극적 안락사를 요구하거나, 간접적 안락사 상황에서 생명의 연장을 요구하면서 동시에 고통의 감경을 요구하는 경우처럼 의사의 직업적 소명에 반하거나 불가능하다고 판단하는 치료를 의사에게 강제할 수는 없다. 따라서 환자의 자기결정권은 소극적으로 자신이 원하지 않는 신체에 대한 침습을 거부할 수 있다는 의미로만 보장된다.²⁶⁶⁾

만약 이러한 환자의 자기결정권의 행사로 의사에게 치료의무를 부과한다면,

263) BGH, NJW 1978, 1206; LG Karlsruhe, NJW 1992, 756.

264) 이석배, 독일의 치료중단 기준과 입법론, 형사정책 제19권 제1호 (2007), 229, 232쪽.

265) 대한의사협회의 의사윤리지침 제16조 제1항도 ‘의사는 죽음을 앞둔 환자의 신체적, 정신적 고통을 줄이는데 최선의 노력을 다하여야 한다’고 하여 말기환자에 대하여는 고통의 감경을 의사의 중요한 임무로 규정하고 있다. 이것은 독일의 의사협회지침도 마찬가지이다. Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung, DÄBl. 95 (1998), A-2366; DÄBl. 101 (2004), A-1298.

266) Reiter-Theil/Hiddemann, Patientenautonomie statt Paternalismus, Onkologie 6 (2000), 190, 196.

이것은 자기결정권을 제한할 수 있는 사유인 “타인의 권리”에 대한 침해가 된다. 이러한 의무의 부과는 법질서의 불쾌한 요청이 될 것이다. 이 경우 의사는 당해 환자의 치료를 거부할 수 있으며, 다른 의사에게 위임하거나 다른 병원으로 전원 할 것을 권유할 수 있다.²⁶⁷⁾ 이러한 상황에서 의사의 진료거부는 의료윤리와 의사의 직업적 소명에 합치하는 것으로, 의료법 제16조 제1항과 제68조에 따른 진료거부죄에 해당하지 않는다고 해석하여야 한다. 왜냐하면 의사는 의사로서 직업적 소명을 지킬 권리가 있다고 보아야 하고, 의사의 직업적 소명과 의료윤리에 합치하는 진료의 거부는 의료법 제16조 제1항에서 예정하고 있는 ‘정당한 이유’에 해당하는 것으로 보아야 하기 때문이다.²⁶⁸⁾ 환자가 의사를 자유롭게 선택하고 치료방법 등을 결정할 권리를 가지는 것과 상응하게, 의사도 신뢰관계의 형성이 가능하고 자신의 의료인으로서의 양심과 의료윤리에 적합한 의료행위를 할 수 있는 권리를 가진다고 인정해야 한다.²⁶⁹⁾

응급의료에관한법률 제6조 제2항의 “응급의료종사자는 업무 중에 응급의료를 요청 받거나 응급환자를 발견한 때에는 즉시 응급의료를 행하여야 하며 정당한 사유 없이 이를 거부하거나 기피하지 못한다”는 규정을 응급환자에 대하여는 의사의 선택권에 대한 한계를 규정한 것으로 볼 수도 있다.²⁷⁰⁾ 응급환자에 대하여, 특히 환자의 생명이나 신체의 위해를 제거하는 것은 의사의 직업적 소명에서 최우선의 과제이다. 따라서 응급환자의 경우 응급상황을 벗어나도록 응급의료행위를 하는 것은 의사의 직업윤리에서 핵심적인 것으로 볼 수 있다. 하지만 응급의료에관한법률 제6조 제2항의 “정당한 이유”에는 응급환자의 경우에도 의사에게 의학적 관점에서 불가능한 의료행위를 요구하거나 의료윤리에 반하는 요구를 하는 경우에는 이를 거부할 수 있는 것으로 해석하여야 한다.²⁷¹⁾ 특히 응급의료의 경우도 환자의 명시적 치료거부의 의사표시가 있었던 경우에는 “정당한 이유”에

267) 이석배, 생명윤리에서 생명권과 자기결정권, 생명윤리정책연구 창간호 (2007), 81, 91쪽

268) 이상돈, 진료인수와 응급의료의 의무, 의료형법 (1998), 53, 70쪽.

269) 정현미, 의료법상 진료거부금지와 응급조치의무, 형사판례연구 [5] (1997), 460, 477쪽.

270) 이상돈, 진료인수와 응급의료의 의무, 의료형법 (1998), 53, 70쪽.

271) 응급의료거부죄에 대한 자세한 내용은 이석배, 응급의료거부죄의 해석과 정책, 형사정책 제21권 제1호 (2009), 263쪽 이하 참고

포함되는 것으로 해석하여야 한다. 환자의 자기결정권은 응급·비응급에 따라 달라지지 않는다.²⁷²⁾

이러한 맥락에서 의학적 판단의 존중은 독일과 오스트리아의 사전의료지시법에서 나타나는 것처럼 사전의료지시서에 효력을 부여하기 위한 전제조건이다. 이에 대한 확실성을 보장하기 위해 위에서 언급한 제도적 장치의 하나의 대안으로 민법 또는 의료법에서 현재 민법의 해석에 상충하지 않는 범위 안에서 독일의 민법상 관련부분을 수용하는 것을 검토할만한 가치가 있을 것이다.²⁷³⁾ 이와 관련하여 보호자가 적절하다고 판단되는 의료행위를 거부하는 경우에는 응급상황이라면 응급의료에관한법률 제9조에 따른 시행규칙 제3조 제3항에 따라 응급의료를 할 수 있다는 점을 고려할 수 있을 것이다.²⁷⁴⁾

제3절 기타문제

1) 사전의료지시서는 환자가 자신의 자기결정권을 보장받기 위해서 작성하는 것이다. 사전의료지시서를 작성하지 않는 것도 환자의 권리라고 할 수 있다. 따라서 사전의료지시가 의료행위를 개시하거나 유지하는 조건이 되어서는 안된다. 이러한 관점에서 사전의료지시서의 작성을 강요하는 것이 허용되어서는 안된다. 독일 개정민법 제1901a조 제4항과 오스트리아 사전의료지시법 제10조와 제15조에서 이러한 규정을 두고 있다.

2) 사전의료지시는 환자가 결정능력이 있는 상태에서 미래에 자신이 결정능력이 없을 때를 대비하여 이루어지는 의사표시이므로, 표시되기만 하면 족하다. 따라서 사전의료지시의 방법은 제한이 없다고 보는 것이 타당하다. 구두로도 가능하고 문서로도 가능하다. 다만 실제 환자사전의료지시가 필요한 상황에서 증

272) 이석배, 생명윤리에서 생명권과 자기결정권, 생명윤리정책연구 창간호 (2007), 81, 92쪽

273) 연명치료중단의 문제를 성년후견제도를 통해 해결하려는 견해로는 이은영, 연명치료중단의 입법화 방안에 관한 연구, 의료법학 제10권 제2호 (2009), 203쪽 이하.

274) 응급의료에관한법률시행규칙 제3조 제3항 “응급의료종사자가 의사결정능력이 없는 응급환자의 법정대리인으로부터 제1항의 규정에 의한 동의를 얻지 못하였으나 응급환자에게 반드시 응급의료화 필요하다고 판단되는 때에는 의료인 2인 이상의 동의를 얻어 응급의료를 할 수 있다.”

명력의 차이는 부정할 수 없다. 이에 따라 가급적 문서로 작성할 것이 추천되기는 한다.²⁷⁵⁾

2009년 9월 15일 대한변호사협회와 대한의사협회 공동세미나에서 대한변호사협회는 사전의료지시서의 확실성을 담보하기 위하여 공증을 요건으로 하자는 제안을 하였다.²⁷⁶⁾ 하지만 환자의 가변적인 의사를 반영하기에 공증제도는 타당하지 못하다. 예컨대 사전의료지시서를 공증받은 환자가 생각이 바뀌어 당시 함께 있던 보호자에게 이러한 의사를 전달하여 변호사를 불러달라고 요구하고, 변호사가 도착하기 전에 결정무능력 상태가 된 경우 이론적으로 사후의 의사가 중요하다고 볼 수 있지만, 변호사가 보관중인 공증문서의 효력을 부정하는 것은 현실적으로 어려움이 있다. 아울러 우리나라의 경우는 공증제도를 도입하고 있는 오스트리아와 비교해볼 때, 특히 고비용의 문제로 공증인, 변호사에 대한 접근성이 떨어진다는 점도 고려해야 할 것이다.

3) 사전의료지시제도를 도입하고 있는 오스트리아나 독일에서는 건강보험이 모든 의료비를 부담한다. 이와는 달리 우리나라에서 의료비의 일부를 환자가, 더 정확하게는 환자를 포함한 가족이 부담하는 현실을 고려해야 한다. 이러한 현실은 경제적인 이유로 환자가 치료거부의 사전의료지시를 작성할 위험성을 드러낸다.²⁷⁷⁾ 물론 경제적인 이유로 치료를 거부하는 것도 자기결정권의 표현이라고 생각한다. 예컨대 아주 많은 비용을 지불해야 하지만 가능성이 크지는 않은 유일한 치료방법에 대하여, 환자는 자신의 가족에게 짐이 된다고 생각하여 거절하는 경우를 생각해 볼 수 있다. 사전의료지시제도는 객관적으로 합리적인 의료행위를 거부하는 것도 유효하다는 것을 전제로 한다. 어떠한 이유라도 환자는 의료행위를 거부할 수 있다. 하지만 이러한 사례는 독일이나 오스트리아에서는 발생하지 않을 것이다. 왜냐하면 오스트리아와 독일은 국가건강보험이 모든 비

275) 독일에서 2009년 사전의료지시법이 시행되기 이전의 대부분 입법안들은 문서로 작성할 것을 그 내용으로 하고 있다.

276) 안원모, ‘백경희 - 환자의 치료중단 의사의 진실성 담보를 위한 방안에 대하여’에 대한 토론회, 연명치료중지 관련 입법 가이드라인 제시, 대한변호사협회·대한의사협회 공동세미나 자료집 (2009. 9. 15.), 77쪽 이하.

277) 이러한 위험성에 대하여 자세하게는 신동일, 사전의료지시서: 법이론과 현실, 안암법학 제28호 (2009), 229, 245쪽 이하 참고.

용을 부담하기 때문에, 최소한 의료행위지속에 관한 결정에 의료비는 고려되지 않기 때문이다. 이론적으로는 경제적인 이유로 사전의료지시서를 작성하는 환자의 자기결정권도 존중되어야 하지만, 국가적인 차원에서는 불행한 사건이 될 것이다. 오스트리아와 독일의 논의에서 국가적인 차원의 의료비분배의 효율성을 고민하는 것은 행정담당자 이외에는 없다. 그리고 그 밖에 사람들은 경제적인 이유로 의료행위 거부와 사전의료지시서를 작성할 것인지를 고민하지 않는다. 의료비부담의 문제에 대한 고민 없는 사전의료지시제도의 도입은 투병중인 환자가 자신의 상태 이외에 경제적인 이유로 자신의 생명을 포기하는 상황이 발생할 수 있고, 이는 우리 국민을 오스트리아나 독일의 국민보다 불행한 국민으로 만들 수 있다.

4) 사전의료지시제도를 도입한다고 하더라도 대부분의 환자는 이러한 의료지시서를 작성하지 않을 것이라는 점도 예측 가능하다.²⁷⁸⁾ 대법원도 세브란스병원 판결에서 사전의료지시서가 없는 경우 추정적 의사에 의한다고 하고 있다. 그런데 “추정적 의사”에 대하여는 그 개념은 물론이고 그 기준에 대해서도 기본적인 의문이 존재한다.²⁷⁹⁾ 意思是 ‘의사형성’을 전제로 하기 때문에 더 이상 의사결정능력이 없는 사람에게서 “(추정적) 意思”를 인정한다는 것은 설득력이 없다. 질병에 의해서 이러한 의사형성이 더 이상 불가능하다면, 조사될 수 있는 의사도 존재할 수 없다.

“추정적 의사”의 “조사”라는 기준은 당사자가 만약 결정할 수 있었다면 아마도 특정한 의료행위의 선택 또는 포기를 결정했을 것이라는 개연성을 말해줄 수 는 있다. 하지만 개연적 의사는 특히 치료중단의 경우에 의사로서 충분하다고 볼 수 없다.²⁸⁰⁾ 이러한 관점에서 “추정적 의사”라는 법형상에 대하여 Taupitz는 “허

278) 이 점에 관하여는 오세혁/정화성, 사전의료지시의 한계, 의료법학 제11권 제2호 (2010), 239, 262쪽 이하.

279) Beckmann, Patientenverfügungen: Entscheidungswege nach der gesetzlichen Regelung, MedR 2009, 582, 584; Dewitz/Kirchner, Der Entwurf eines 3. Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechtes vom 1. November 2004 und das Grundgesetz, MedR 2005, 134, 141f.; Duttge, Preis der Freiheit: Zum Abschlussbericht der Arbeitsgruppe »Patientenautonomie am Lebensende« (2004), 53ff.; Höffling, Gesetz zur Sicherung der Autonomie und Integrität von Patienten am Lebensende, MedR 2006, 25, 30ff.;

구적인 추정적 의사는 쉽게 인정될 것이고, 그에 따른 결정을 가장 적합한 결정으로서 환자의 추정적 의사에 일치하는 것으로 그리고 그에 따라 최고의 가치를 가지는 자기결정권에 의해서 정당화되는 것으로 설명하는 실용적인 도구가 될 것”이라는 우려를 나타냈다.²⁸¹⁾ 게다가 재판실무에서 “추정적 의사”의 적용에 대한 불확실성이 팽배해있다. Höfling에 따르면 독일의 경우 후견법원의 법관들을 대상으로 한 설문조사에서 44%가 치료중단에 대한 결정에서 “추정적 의사”를 근거로 할 수는 없다는 입장을 밝혔다고 한다.²⁸²⁾

여기서 의사의 설명도 문제가 된다. “추정적 의사”에 따라 결정이 이루어지는 한에서, 환자는 구체적인 현재의 의료행위 상황에 대하여 명백한 결정의사와 구속의사가 없다. 그래서 그와 관련된 의사의 설명도 요구되지 않았다. 따라서 환자는 설명을 들은 바 없고 의사의 설명은 기껏해야 환자의 대리인에게 전달될 뿐임에도 불구하고, 차후에 “추정적 의사”는 치료행위 또는 치료행위의 포기를 포함해야 한다. 대리인은 자신이 자신의 의사로 결정하는 것이 아니라 환자의 의사에 따른 결정을 해야 한다. 환자의 사전의료지시가 있는 경우에는 의사가 설명의무를 이행하지 않았더라도, 정보를 제공받지 않고 사전의료지시를 작성한 환자가 묵시적으로 설명에 대한 권리를 포기했다고 추정하고 그에 따라 정당화될 수 있다. 하지만 환자가 구속적인 표현을 할 생각이 없었고 따라서 의사의 설명에 대해서 생각해보지도 않았다면 이러한 사고는 공허하다. 그래서 “추정적 의사”는 설명에 의한 의사가 아니므로 일반적인 의료윤리와 의료법상 원칙인 ‘충분한 설명에 의한 동의(informed consent)’와는 무관하다고 볼 수 있다.²⁸³⁾

280) 이석배, 독일의 환자사전의사표시법, 원광법학 제26권 제4호 (2010), 337, 349쪽; Beckmann, Patientenverfügungen: Entscheidungswege nach der gesetzlichen Regelung, MedR 2009, 582, 584.

281) Taupitz, Empfehlen sich zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens?, Gutachten A zum 63. Deutschen Juristentag (2000), A-38.

282) Höfling, Antizipative Selbstbestimmung - eine kritische Analyse der Entwürfe zu einem Patientenverfügungsgesetz, GesR 2009, 181, 185.

283) 이러한 점을 포함하여 사전의료지시서의 윤리적 문제점에 대한 고찰과 아 주 제한적인 활용만을 인정하는 문헌으로는 이동익, 사전의료지시서 논의와 내용에 관한 윤리적 고찰, 가톨릭철학 제10호 (2008), 409쪽 이하.

제6장

결론

1) 2009년 5월 21일 세브란스병원사건에 대한 대법원 전원합의체가 판결문에 직접 “환자가 회복 불가능한 사망의 단계에 이르렀을 경우에 대비하여 미리 의료인에게 자신의 연명치료 거부 내지 중단에 관한 의사를 밝힌 경우”를 ‘사전의료지시’라고 칭하고, 환자의 의사가 바뀌었다고 할 특별한 사정이 없는 한 자기 결정권의 행사로 인정할 수 있다는 입장을 밝힌 이후,²⁸⁴⁾ 환자사전의료지시제도의 필요성에 관한 집중적인 논의가 이루어지고 있다. 사전의료지시제도가 우리 사회에서 연명치료의 중단상황에 일어나는 여러 가지 복합적인 문제점을 해결하는 데에 현실적으로 기여할 수는 있다. 하지만 이러한 제도의 시행에는 여러 가지 전제가 필요하다.

2) 우선 치료거부권을 제도적으로 인정해야 한다. 사전의료지시는 대부분 특정 치료에 대한 거부를 내용으로 담을 가능성이 높다. 미국에서는 치료에 대한 위임(durable power of attorney)제도를, 오스트리아와 독일에서는 사전의료지시(Patientenverfügung)제도를 시행하고 있다. 이러한 법제도의 시행에는 치료거부권의 인정이 중요한 전제가 된다. 치료에 대한 위임(durable power of attorney)제도의 경우는 환자의 의사를 가장 잘 알 수 있는 대리인이 의료행위에 대한 결

284) 대법원 2009. 5. 21. 선고 2009다17417 판결, 판결문 4쪽 이하.

정을 하는 것인데, 이러한 제도의 전제에는 DAMA(discharge against medical advice)를 인정한다는 것이다. 치료에 대한 위임(durable power of attorney)제도 자체는 대리인의 의사에 따라 의료행위 지속의 문제를 결정하는 것이기 때문에, 대리인이 의료행위를 거부하는 것도 DAMA에 포함될 수 있다. 이 경우 발생하는 결과에 대하여 의사는 법적 책임을 지지 않는다.

오스트리아와 독일의 경우도 마찬가지로 환자의 치료거부권이 인정되고 있다. 치료거부권의 행사를 통하여 소극적으로 환자는 죽을 권리를 갖는다. 이 경우 환자는 권리행사를 하는 것이고 의사는 환자의 권리를 존중해야 한다. 따라서 사전의료지시에 특정된 상황에 치료거부 의사를 밝히면 의사는 환자의 의사를 존중해야 한다. 따라서 그로부터 발생하는 결과에 대하여 의사는 민·형사상 책임을 지지 않는다. 정확하게 말하자면 환자가 치료거부의 의사를 밝힌 경우에 의사의 보증인 의무, 즉 치료의무가 탈락하므로 정당화되는 행위이다. 이 경우 의료행위를 지속한다면 독일의 경우는 형법 제223조의 상해죄로, 오스트리아의 경우는 형법 제110조 전단적 의료행위죄로 처벌된다.

이러한 전제가 있기 때문에 사전의료지시가 있는 경우에 의사는 환자의 의사를 존중하여 연명치료중단이 가능한 것이다. 그러나 우리나라의 경우 의사결정능력을 지닌 환자의 경우에서도 치료거부권을 법적으로 보장하고 있는지는 의문이다. 세브란스병원 사건은 물론이고 보라매병원사건에서도 생명에 위험을 초래할 수 있는 경우는 비록 환자가 치료를 거부하더라도 의사에게 보증인 의무를 인정하고 있다. 이와 같은 상황에서 우려되는 것은 의사들의 태도이다. 보라매병원사건의 경우 연명치료중단의 문제로 간주될 수는 없는 사건이었지만, 결과적으로 의사들에게 보수적인 입장을 강화시키는 계기가 되었다. 결국 치료거부권에 대한 제도적 장치가 명시적으로 마련되어 있지 않은 한, 의사들은 사전의료지시가 있더라도 환자의 입장에서보다는 의사의 입장에서 최선의 치료를 다하고 있었는지에 대한 기준으로 문제를 해결하고자 할 가능성이 높다. 따라서 사전의료지시제도를 입법화하는 경우에는 그 전제로 환자의 치료거부권을 제도적으로 보장하여야 한다.

3) 오스트리아나 독일과는 달리 우리나라의 경우 의료현실에서 환자의 보호자

역할이 비교적 크다. 대한의사협회의 의사윤리지침 제17조 제2항도 “의식불명인 환자 또는 스스로 의사표시를 할 수 없는 생명이 위급한 환자의 가족 등 보호자에 대하여 의사가 필요하고도 충분한 설명을 하고 지속적인 의료를 받을 것을 설득하였음에도 그 보호자가 환자의 생명유지 치료를 비롯한 의료행위의 중단 또는 퇴원을 서면으로 요구하고, 그 이후 반복적으로 퇴원을 요구하면서 진료를 거부하거나 방해하는 등의 행위를 하는 경우, 의사는 환자가 의식이 있다면 그 환자가 가질 수 있는 의사와 이익을 신중히 고려하여 보호자의 의사 및 요구와 환자의 추정적 의사 등이 의학적, 사회통념적으로 수용될 수 있다고 판단되면 보호자의 의사를 존중하여 의료를 중단할 수 있다”고 규정하여 이러한 점을 대표적으로 보여주고 있다.

이러한 내용은 장기등이식에관한법률이 “뇌사자와 사망한 자의 장기등은 본인이 뇌사 또는 사망하기 전에 장기등의 기증에 동의한 경우로서 가족 또는 유족이 장기등의 기증을 명시적으로 거부하지 아니하는 경우와 본인이 뇌사 또는 사망하기 전에 장기등의 적출에 동의 또는 반대하였다는 사실이 확인되지 아니하는 경우로서 그 가족 또는 유족이 동의하는 경우에 한하여 적출할 수 있도록(제22조제3항)”하여 장기기증자의 의사도 아니고 보호자의 의사도 아닌 애매한 입장을 취하고 있는 점도 같은 맥락에서 이해할 수 있다.

위의 예들은 우리나라의 경우 환자의 사전의사표시가 있는 경우라도 결국 사전의료지시의 구속력은 보호자의 의사에 따를 수밖에 없게 된다는 점을 보여준다. 그렇다면 환자의 자기결정권 존중을 위해 도입을 시도하는 환자의 사전의료지시의 의미가 상실된다. 따라서 만약 환자의 사전의료지시제도를 도입하고자 한다면, 그 내용을 가능한 한 구체적으로 규정하고 그 사전의료지시에 표시된 구체적인 상황에 대하여는 환자보호자의 의사와 관계없이 의사가 판단할 수 있도록 하는 제도적 장치를 마련하는 것이 바람직할 것이다.²⁸⁵⁾ 제도적 장치의 하나의 대안으로 민법 또는 의료법에서 현재 민법의 해석에 상충하지 않는 범위 안에서 독일의 민법상 관련부분을 참고할만한 가치가 있을 것이다.

285) 현재 의료계에서 인정되는 대표적인 예로서, 의식이 명확한 상태에서 심폐소생술거부의 의사표시를 한 환자에 대한 심폐소생술의 시행금지를 들 수 있다.

4) 아울러 보호자 등이 특정한 의료행위를 요구하더라도 우선 의사가 의학적 판단에 따라 행동할 수 있어야 한다는 점도 전제조건이다. 지금과 같은 상황에서는 의사가 무의미하다고 판단하는 의료행위를 보호자가 요구한다면 거절하기가 쉽지 않다.

5) 2009년 9월 15일 대한변호사협회와 대한의사협회 공동세미나에서 대한변호사협회는 사전의료지시서의 확실성을 담보하기 위하여 공증을 요건으로 하자는 제안을 하였다. 하지만 환자의 가변적인 의사를 반영하기에 공증제도는 타당하지 못하다. 공증제도를 도입하고 있는 오스트리아와 비교해볼 때, 특히 우리나라의 경우는 비용문제로 인해 공증인, 변호사에 대한 접근성이 떨어진다.

그리고 사전의료지시는 환자가 결정능력이 있는 상태에서 미래에 자신이 결정능력이 없을 때를 대비하여 이루어지는 의사표시이므로, 표시되지만 하면 족하다. 따라서 사전의료지시의 방법은 제한이 없다고 보는 것이 타당하다. 구두로도 가능하고 문서로도 가능하다. 다만 실제 환자사전의료지시가 필요한 상황에서 증명력의 차이는 부정할 수 없다. 이에 따라 가급적 문서로 작성할 것이 추천되기는 한다.²⁸⁶⁾

6) 사전의료지시서는 환자가 자기 자신의 자기결정권을 보장받기 위해서 작성하는 것이다. 사전의료지시서를 작성하지 않는 것도 환자의 권리라고 할 수 있다. 따라서 사전의료지시가 의료행위를 개시하거나 유지하는 조건이 되어서는 안된다. 독일 개정민법 제1901a조 제4항과 오스트리아 사전의료지시법 제10조와 제15조에서 이러한 규정을 두고 있다.

7) 우리나라에서도 두 법안이 발의 되었다. 하지만 이 법안에서 얼마나 합리적이고 타당한지에 관해서는 의문이 든다. 따라서 우리보다 먼저 제도를 시행하고 있는 외국의 사례를 좀 더 자세히 살펴보고, 사전의료지시서가 실질적으로 작동할 수 있는 법이 만들어져야 할 것이다.

286) 독일에서 2009년 사전의료지시법이 시행되기 이전의 대부분 입법안들은 문서로 작성할 것을 그 내용으로 하고 있다.

■ 국내문헌

- 강구진, 형법강의 각론 I, 1983.
- 계희열, 헌법학 [중], 2005.
- 고윤석, 의료현장에서의 삶의 마무리 - 규범을 중심으로, 삶의 마무리 - '존엄사' 논의를 넘어서, 아산재단 창립 33주년 기념 심포지엄 자료집 (2010. 6. 24.), 63쪽 이하.
- 김나경, 전단적 의료행위의 형법이론 구성, 형사법연구 제19권 제2호 (2007), 47쪽 이하.
- 김명식, 미국헌법상 안락사와 존엄사에 관한 연구, 헌법학연구 제19권 제1호 (2010), 37쪽 이하.
- 김성룡, 연명치료중단의 기준에 관한 법적 논의의 쟁점과 과제, 형사법연구 제22권 1호 (2010), 23쪽 이하.
- 김영환, 의료행위의 형법해석학적 문제점, 형사판례연구2 (1994), 46쪽 이하.
- 김일수, 한국형법 III, 1996.
- _____. 서보학, 형법각론, 2007.
- 김장한, 존엄사에 대한 미국의 법제, 의료법학 제9권 제2호 (2008), 53쪽 이하.
- 김현철, 현대 한국사회에서 죽음 문화의 지평, 삶의 마무리 - '존엄사' 논의를 넘어서, 아산재단 창립 33주년 기념 심포지엄 자료집 (2010. 6. 24.), 31쪽 이하.
- 대한병원협회, 대병협기조 제2009-185호(2009.7.17) “삶의 마지막 단계에서 자연스러운 죽음을 맞이할 권리에 관한 법률안”(김세연의원 대표발의) 및 “존엄사법안”(신상진의원 대표발의)에 대한 의견서.
- 박상기, 형법각론, 2008.
- 박영호, 소극적 안락사의 허용여부에 대한 소고, 저스티스 제65호 (2002), 205쪽

이하.

배종대, 형법각론, 2007.

백승흠, 독일 민법에서 피성년후견인의 절차능력과 절차감호인에 관한 고찰,
한·독사회과학논총 제17권 제3호 (2007), 407쪽 이하.

석희태, 중화민국(타인완) 안녕완화의료조례의 연혁과 내용, 의료법학 제9권 제2
호 (2008), 77쪽 이하.

_____, 연명의료의 중단, 의료법학 제10권 제1호 (2009), 263쪽 이하.

세계의사회(대한의사협회 역), 의료윤리지침, 2005.

신동일, 형법상 의료행위와 설명의무, 형사정책연구 제14권 제1호 (2003).

_____, 사전의료지시서: 법이론과 현실, 안암법학 제28호 (2009), 229쪽 이하.

안원모, ‘백경희 - 환자의 치료중단 의사의 진실성 담보를 위한 방안에 대하여’
에 대한 토론문, 연명치료중지 관련 입법 가이드라인 제시, 대한변호
사협회·대한의사협회 공동세미나 자료집 (2009. 9. 15.), 77쪽 이하.

연명치료중지에 관한 지침 제정 특별위원회, 연명치료 중지에 관한 지침(안), 연
명치료중지 관련 입법 가이드라인 제시, 대한변호사협회·대한의사협회
공동세미나 자료집 (2009. 9. 15.), 13쪽 이하.

오세혁·정화성, 사전의료지시의 한계, 의료법학 제11권 제2호 (2010), 239쪽 이하.

오영근, 형법각론, 2005.

유네스코(유네스코한국위원회), 유네스코 ‘생명윤리와 인권 보편선언’, 2006.

이동익, 사전의료지시서 논의와 내용에 관한 윤리적 고찰, 가톨릭철학 제10호
(2008), 409쪽 이하.

이상돈, 치료중단과 형사책임, 2003.

_____, 진료인수와 응급의료의 의무, 의료형법, 1998, 53쪽 이하.

_____, 의료행위의 법제화와 형법, 형사정책연구 제8권 제1호 (1997), 153쪽 이하.

이상용, 안락사, 그 용어의 재음미, 비교형사법연구 제5권 제2호 (2003), 141쪽
이하.

이석배, 형법상 절대적 생명보호원칙의 범위와 한계, 한국형법학의 새로운 지평
- 심은김일수교수화갑기념논문집, 2006, 673쪽 이하.

_____, 독일의 치료중단기준과 입법론, 형사정책 제19권 제1호 (2007), 229쪽
이하.

- _____, 오스트리아 환자사전의사표시법, 한국의료법학회지 제12권 제2호 (2007), 111쪽 이하.
- _____, 의료후견주의와 환자의 자기결정권 -의사의 설명의무를 중심으로-, 고려 법학 제49호, 2007.
- _____, 생명의 종기에서 형법상 생명보호, 형사법연구 제19권 제3호 (2007), 445쪽 이하.
- _____, 생명윤리에서 생명권과 자기결정권, 생명윤리정책연구 창간호 (2007), 81쪽 이하.
- _____, 오스트리아 환자사전의사표시법, 한국의료법학회지 제12권 제2호 (2007), 111쪽 이하.
- _____, 독일 캠프테너 판결에 대한 비판적 검토, 의료법학 제9권 제1호 (2008), 259쪽 이하.
- _____, 생명윤리에 대한 형법적 보호의 범위와 한계, 동아법학 제42호 (2008), 117쪽 이하.
- _____, 응급의료거부죄의 해석과 정책, 형사정책 제21권 제1호 (2009), 263쪽 이하.
- _____, 연명치료중단의 기준과 절차, 형사법연구 제21권 제2호 (2009), 147쪽 이하.
- _____, 결정무능력환자와 자기결정권, 한국의료법학회지 제18권 제1호 (2010), 7쪽 이하.
- _____, 독일의 환자사전의사표시법, 원광법학 제26권 제4호 (2010), 337쪽 이하.
- 이은영, 연명치료중단의 입법화 방안에 관한 연구, 의료법학 제10권 제2호 (2009), 203쪽 이하.
- 이인영, 말기환자의 자기결정권 존중을 위한 입법제안, 경실련·홍익대학교 법학 연구소·한림대학교 법학연구소 공동주최 말기환자의 자기결정권 존중을 위한 입법제안 심포지엄 자료집 (2008. 10.), 25쪽 이하.
- _____, 생전유언, 의료지시서, 자연사법 입법의 사회적 함의, 의료법학 제9권 제1호 (2008), 413쪽 이하.
- 이재상, 형법각론, 2007.
- 이정원, 형법각론, 2003.

- 이준일, 헌법학 강의, 2007.
- 이형국, 형법총론, 2007.
- _____, 형법각론, 2007.
- 임 응, 안락사 허용론, 형사법연구 제16호 특집호 (2001), 216쪽 이하.
- 장영수, 헌법학, 2007.
- 정문식, 독일에서의 안락사 논의와 입법방향, 법과 정책연구 제5집 제1호 (2005), 477쪽 이하.
- 정성근/박광민, 형법각론, 2006.
- 정영일, 형법각론, 2008.
- 정재황, 한국에서의 인간존엄성의 보장, 세계헌법연구 제7호, 2002, 98쪽 이하.
- 정종섭, 헌법학원론, 2007.
- 정현미, 의료법상 진료거부금지와 응급조치의무, 형사판례연구51 (1997), 460쪽 이하.
- _____, 안락사의 형법적 허용한계, 형사법연구 제16호 특집호(2001), 240쪽 이하.
- 최경석, 생전유언 및 사전의료지시 제도의 윤리적·사회적 함의, 경실련·홍익대학교 법학연구소·한림대학교 법학연구소 공동주최 말기환자의 자기결정권 존중을 위한 입법제안 심포지엄 자료집 (2008. 10.), 16쪽 이하.
- 최민영, 존엄사와 생명처분권, 제51회 안암법학회 2010년 추계학술발표회 자료집, 2010, 47쪽 이하.
- 최성진, 치료중단에 있어서 사전의사표시의 의미, 형사법연구 제22권 제2호 (2010), 109쪽 이하.
- 허대석, 사전의사결정에 관한 국내 동향, 2008년 한국의료윤리교육학회 추계학술대회 발제문, 2008.
- 허영, 한국헌법론, 2006.
- 홍영기, 위법성조각사유의 경합, 고려법학 제50호 (2008), 297쪽 이하.
- 한삼인, 설명의무론과 자기결정권의 법적 평가, 비교사법 제2권 제1호 (1995), 247쪽 이하.
- Bottke, 김성돈 역, 촉탁살인죄와 안락사, 형사법연구 제16권 특집호 (2002), 197쪽 이하.
- Il-Su Kim, 이석배 역, 착상이전 단계에서 배아보호, 형사법연구 제16호 특집호 (2002), 17쪽 이하.

■ 외국문헌

- Aigner, Gerhard, Das Österreichische Patientenverfügungsgesetz (PatVG), J.Neurol. Neurochir.Psychiatr. 4/2007, 29.
- Albers, Marion, Zur rechtlichen Ausgestaltung von Patienten- verfügungen, MedR 2009, 138.
- _____, Sterbehilfe, Vormundschaftsgericht und Verfassung, NJW 1999, 835.
- Barta, Peter, Zur Sorge um sich am Lebensende, in: Memmer/Kern(Hrsg), Patientenverfügungs-Gesetz, 2006, 51.
- _____, Das Sachwalterrechts-Änderungsgesetz 2006 im Überblick, FamZ, 2006.
- Barth, Peter, Die Patientenverfügung und ihre praktischen Folgen für den behandelnden Arzt, iFamZ 2006, 72.
- Becker-Schwarze, Kathrin, Möglichkeiten der rechtlichen Regulierung einer selbstbestimmten Entscheidung am Lebensende, in: Brüggemeier (hrsg.), Liber Amicorum Eike Schmidt, 2005, 1.
- Beckmann, Rainer, Patientenverfügungen: Entscheidungswege nach der gesetzlichen Regelung, MedR 2009, 582.
- Berger, Christian, Privatrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten zur Sicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens, JZ 2000, 797.
- Bernat, Erwin, Planungssicherheit am Lebensende? Anmerkung zum BG über Patientenverfügungen sowie zur Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten (Teil 1), EF-Z 2006, 42.
- Bioethik-Kommission Rheinland-Pfalz, Sterbehilfe und Sterbebegleitung. Ethische, rechtliche und medizinische Bewertung des Spannungsverhältnisses zwischen ärztlicher Lebenserhaltungspflicht und Selbstbestimmung des Patienten. Ministerium der Justiz Rheinland-Pfalz (Bericht vom 23.04.2004).
- Bockelmann, Paul, Ärztlicher Eingriff - Einwilligung des Patienten - Aufklärungspflicht des Arztes, in: Strafrecht des Arztes, 1968, 50.
- Bundesärztekammer, Präambel der Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen

- Sterbebegleitung, Deutsches Ärzteblatt 95 (1998), A-2366.
- _____, Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung, Deutsches Ärzteblatt 101 (2004), A-1298
- _____, Empfehlungen der Bundesärztekammer und der Zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis, DÄBl. 104 (2007), A-891.
- _____, Empfehlungen der Bundesärztekammer und der Zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis, DÄBl. 107 (2010), A-877.
- Damrau/Zimmermann, Betreuung und Vormundschaft, §1904.
- Dewitz/Kirchner, Der Entwurf eines 3. Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechtes vom 1. November 2004 und das Grundgesetz, MedR 2005, 134.
- Dörner, Heinrich, Hält der BGH die »Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens« wieder für diskutabel?, ZRP 1996, 93.
- Duttge, Gunnar, Preis der Freiheit: Zum Abschlussbericht der Arbeitsgruppe »Patientenautonomie am Lebensende«, ZfL 2004, 53.
- Eisenbart, Bettina, Patienten-Testament und Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten, 1998.
- Emanuel L./Emanuel E., The medical directive: a new comprehensive advance care document, Journal of the American Medical Association 261 (1989), 3288.
- Enquete-Kommission "Recht und Ethik der modernen Medizin" des Bundestags, Zwischenbericht "Patientenverfügungen" vom 13. 09. 2004.
- Eser, Albin, Schönke/Schröder(Hrsg.), Strafgesetzbuch, 27.Aufl. 2006, §223.
- Feinberg, Joel, Legal Paternalism, in: Right, Justice and the Bounds of Liberty, 1980, 110.
- _____, Harm to Self, The Moral Limits of the Criminal Law Vol. 3, 1986.
- Gepart, Christian, Das neue österreichische Patientenverfügungsrecht, Notfall Rettungsmed, 2007, 289.
- Heimberger, Joseph, Strafrecht und Medizin, 1899 (Nachdr. 1996).

- Herzberg, Rolf Dietrich, Der Fall Hackethal: Strafbare Tötung auf Verlangen, NJW 1986, 1635.
- Hillgruber, Christian, Die Würde des Menschen am Ende seines Lebens, ZfL 2006, 70.
- Hirsch, Hans Joachim, Einwilligung und Selbstbestimmung, in: Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, 1974, 775.
- _____, Behandlungsabbruch und Sterbehilfe, in: Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag, 1987, 597.
- Höffling, Wolfram, Gesetz zur Sicherung der Autonomie und Integrität von Patienten am Lebensende, MedR 2006, 25.
- _____, Antizipative Selbstbestimmung - eine kritische Analyse der Entwürfe zu einem Patientenverfügungsgesetz, GesR 2009, 181.
- Holzhauser, Heinz, Von Verfassung wegen, ZRP 2004, 41.
- Hörnle, Tatiana, Menschenwürde und Lebensschutz, ARSP 89 (2003), 318.
- Hufen, Friedhelm, In dubio pro dignitate. Selbstbestimmung und Grundrechtsschutz am Ende des Lebens, NJW 2001, 849.
- _____, Verfassungsrechtliche Grenzen des Richterrechts. Zum neuen Sterbehilfe - Beschluss des BGH, ZRP 2003, 248.
- Jakobs, Günther, Zum Unrecht der Selbsttötung und der Tötung auf Verlangen - Zugleich zum Verhältnis von Rechtlichkeit und Sittlichkeit, in: Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, 1993, 459.
- _____, Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem, 1998.
- Kalchschmid, Gertrud, Was bringt das Patientenverfügungs-Gesetz Patienten, Ärzten und Juristen?, in Memmer/Kern(Hrsg), Patientenverfügungs- Gesetz, 2006, 87.
- Kathrein, Georg, Das Patientenverfügungs-Gesetz, ÖJZ 2006, 555.
- Kaufmann, Arthur, Die eigenmächtige Heilbehandlung, in: Schuld und Strafe, 2.Aufl., 1983, 190.
- _____, Euthanasie - Selbsttötung - Tötung auf Verlangen, in: ders., Strafrecht zwischen Gestern und Morgen, 1983, 137.
- Kern, Gerson, Die religiös motivierte Patientenverfügung, in: Memmer/ Kern(Hrsg.),

- Patientenverfügungs-Gesetz, 2006, 67.
- Klinkenberg, Henning, Die Rechtspflicht zum Weiterleben und ihre Grenze, JR 1978, 441.
- _____, Die Pflicht, den Suizid zu unterlassen, ein unerträglicher Verlust an Freiheit?, JR 1979, 183.
- Klug, Ulrich, Das Rechts auf einen menschenwürdigen Tod, in: ders., Rechtsphilosophie Menschenrechte Strafrecht, 1994.
- Knopp, Lothar, Aktive Sterbehilfe - Europäische Entwicklungen und »Selbstbestimmungsrecht« des Patienten aus verfassungsrechtlicher Sicht, MedR 2003, 379.
- Kopetzki, Christian, Einleitung und Abbruch der künstlichen Ernährung beim einwilligungsunfähigen Patienten - Die Österreichische Rechtslage, Ethik Med 2004, 275.
- _____, Einleitung und Abbruch der medizinischen Behandlung beim einwilligungsunfähigen Patienten, iFamZ 2007, 197.
- Körtner, Ulrich, Das Österreichische Patientenverfügungsgesetz, - Entscheidungsgeschichte, Inhalt, Bewertung, ZEE 2006.
- Kunz/Gepart, Aufgaben der bei der Errichtung einer Patientenverfügung mitwirkenden Juristen, iFamZ 2006.
- Kutzer, Klaus, Ärztliche Pflicht zur Lebenserhaltung unter besonderer Berücksichtigung des neuen Patientenverfügungsgesetzes, MedR 2010, 531.
- Kübler/Kübler, Selbstbestimmung am Lebensende - Die Patientenverfügung im Gesetzgebungsverfahren, ZRP 2008.
- Laber, Jörg, Der Schutz des Lebens im Strafrecht, 1997.
- Lange, Richard, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Großkommentar, 9.Aufl., 1974, § 212.
- Laufs/Ulenbruck, Handbuch des Arztrechts, 3.Aufl., 2002.
- Lee, Seok-Bae, Formen der straflosen Sterbehilfe in Deutschland und Korea, HR-24, 2007.
- Lilie, Hans, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Großkommentar, 11.Aufl., 2002,

- §§223 f.
- Lipp, Volker, Patientenautonomie, Sterbehilfe und Betreuung, DRiZ 2000, 231.
- _____, Sterbehilfe und Patientenverfügung, FamRZ 2004, 317.
- Lorenz, Dieter, Die verfassungsrechtliche Garantie der Menschenwürde und ihre Bedeutung für den Schutz menschlichen Lebens vor der Geburt, ZfL 2001, 38.
- Marx, Michael, Zur Definition des Begriffs »Rechtsgut«, 1972.
- Memmer, Michael, Patientenverfügungen - Rechtslage nach dem 1. Juni 2006, iFamZ 2006, 69.
- _____, Das Patientenverfügungs-Gesetz 2006, RdM 2006, 163.
- Merkel, Reinhard, Früheuthanasie, 2002.
- _____, Todlicher Behandlungsabbruch und mutmaßliche Einwilligung bei Patienten im apallischen Syndrom. Zugleich eine Besprechung von BGH NJW 1995, 204, ZStW 107, 1995.
- Milzer, Lutz, Die Patientenverfügung, NJW 2004, 2277.
- Nationaler Ethikrat, Selbstbestimmung und Fürsorge am Lebensende -Stellungnahme-, 2006
- _____, Patientenverfügung - Ein Instrument der Selbstbestimmung, 2005.
- Nagel, Matthias, Passive Sterbehilfe. Probleme beim Behandlungsabbruch bei Patienten mit apallischem Syndrom, 2002.
- Neuman, Ulfried, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2.Aufl., 2005, §§ 211 ff.
- Otto, Harro, Recht auf den eigenen Tod? Strafrecht im Spannungsverhältnis zwischen Lebenserhaltungspflicht und Selbstbestimmung, Gutachten D zum 56. Deutschen Juristentag, 1986.
- Peintinger, Michael, Zum Stellenwert und zu den Aufgaben ärztlicher Aufklärung - Medizinische Beratung vor Errichtung einer Patientenverfügung, iFamZ 2006, 78.
- Reiter-Theil/Hiddemann, Patientenautonomie statt Paternalismus, Onkologie 6 (2000), 190.
- Rengier, Rudolf, Strafrecht Besonderer Teil II, 2002.
- Rickmann, Sabine, Zur Wirksamkeit von Patiententestamenten im Bereich des Strafrechts,

- (Diss. Uni-Göttingen), 1987.
- Roth, Andreas, Die Verbindlichkeit der Patientenverfügung und der Schutz des Selbstbestimmungsrechts, JZ 2004, 494.
- Saliger, Frank, Sterbehilfe nach Verfahren. Betreuungs- und strafrechtliche Überlegungen im Anschluss an BGHSt 40, 257, KritV 1998, 118.
- Schaffer, Wolfgang, Patientenautonomie am Ende des Lebens, BtPrax 2003, 143.
- Schmidhäuser, Eberhard, Selbstmord und Beteiligung am Selbstmord, in: Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, 1974, 801.
- Schmidt, Eberhard, Der Arzt im Strafrecht, 1939.
- Schmitt, Rudolf, Strafrechtlicher Schutz des Opfers vor sich selbst? Gleichzeitig ein Beitrag zur Reform des Opiumgesetzes, in: Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, 1972, 113.
- _____, Das Recht auf den eigenen Tod, MDR 1986, 617.
- Schöch/Verrel u.a., Alternativ-Entwurf Sterbebegleitung, GA 2005, 553.
- Schroth, Ulrich, Sterbehilfe als strafrechtliches Problem - Selbstbestimmung und Schutzwürdigkeit des tödlich Kranken, GA 2006.
- Seitz, Walter, Das OLG Frankfurt a. M. und die Sterbehilfe, ZRP 1998, 417.
- Starck, Christian, Menschenwürde als Verfassungsgarantie im modernen Staat, JZ 1981, 459.
- Steffen, Erich, Noch einmal: Selbstverantwortetes Sterben?, NJW 1996, 1581.
- Schwab, Dieter, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 8 Familienrecht II, 4. Aufl., München 2002, §1904.
- Taupitz, Jochen, Empfehlen sich zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens?, Gutachten A zum 63. Deutschen Juristentag, 2000.
- Tolmein, Oliver, Todliches Mitleid. Kritische Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofes im »Kemptener Fall« (NJW 1995, 204), KJ 1996, 510.
- _____, Der Entwurf der Richtlinien zur Sterbehilfe der Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Leben?, MedR 1997, 534. MedR 1997, 534.

- Uhlenbruck, Wilhelm, Selbstbestimmtes Sterben durch Patienten-Testament, 1997.
_____, Recht auf den eigenen Tod?, ZRP 1986, 209.
- Verrel, Torsten, Mehr Fragen als Antworten, NStZ 2003, 449.
- Wagenitz, Thomas, Patientenverfügung im geltenden und künftigen Recht, FamRZ 2005, 669.
- Wallner, Jürgen, Die Patientenverfügung als Ausdruck der Achtung der Autonomie am Lebensende,
(http://www.patientenanwalt.com/pdf/0702upatzent_MagDrWallner.pdf).
- Weißauer/Opderbecke, Behandlungsabbruch bei unheilbarer Krankheit aus medikolegaler Sicht, MedR 1995, 456.
- Welzel, Hans, Das deutsche Strafrecht, 1969.
- Wüstenberg, Dirk, Die Patientenverfügung und andere Vorsorgeregelungen in der anwaltilichen Bertung, JA 2006, 64.

Abstract

A Study on a Patient's Self-determination Right and Advance Directive in Withdrawal of Life Sustaining Treatment

Lee, Seok-Bae · Lee, Won-Sang

Everyone shall die someday in the future. Men were fearful of death regardless of the era and wanted to die without pains. How to die was thought to be important. In the past, physicians had professionally asked to extend and maintain of life of a patient. This was because the government's legal order was thought to be legal interest that could be protected at the highest state that prohibited making comparison of men's lives. There still exist so many incurable diseases. Men can extend lives in various ways owing to medical science technology that has developed day by day. The more men can maintain life artificially, the more doubtful agreement with a patient's will. These days, a patient's self-determination right at the time of dying is largely admitted to be valuable as much as life. And, rejection against valueless withdrawal of life sustaining treatment that is inconsistent with a patient's will is also thought to be important at self-determination right. Physician's duty of unconditional keeping of life is thought not to be significant. This is because a patient's self-determination right concerning medical treatment of prolongation of life is related with how to die.

Netherlands passed a bill of active euthanasia in 2001, and Belgium did in 2002. The active euthanasia is admitted when a patient is able to express his or her idea clearly and definitely. The withdrawal of Life sustaining treatment of critical patient who has no possibility of recovery to be unconscious is said to have another kind of problem. When a patient is able to exercise self-determination right, conformity with his or her will can be discussed: But, unconscious patient may be difficult to disclose his or her consciousness itself. When a patient is unable to disclose his or her will, his or her self-determination right can be of no value. In Korea, upon strong request of family, physicians often give up, reserve and suspend medical treatment at clinical cases. The physicians may have difficulties at giving medical treatment until what time.

On May 21, 2009, the Supreme Court judged suspension of medical treatment for prolongation of life for the first time in Korea. The sentencing of the case was on dispute to discuss needs of advance directive of a patient intensively, and it said 'advance directive' that a patient told a physician his or her will of rejection and withdrawal of life sustaining treatment in advance in preparation for death. The sentencing also said that unless a patient made change of his or her will he or she could be admitted to exercise self-determination right, so that it expressed advance directive. The advance directive is thought to be important considering assurance of a patient's self-determination right.

The Ministry of Health, Welfare and Family's Cancer Policy Team made efforts to legislate 'the Act on Hospice Palliative Care, and legislator Shin Sang-jin submitted 'A bill of death with dignity' to the National Assembly and legislator Kim Se-yeon did 'A bill on the rights of natural death at last stage of his or her life' so that the National Assembly as well as NGO had meetings several times to discuss the subject. And, the Korean Medical Association organized the Special Committee of Enactment of Guidelines of withdrawal of

life sustaining treatment to open a seminar with the Korean Bar Association with a subject of 'a guideline (draft) on withdrawal of life sustaining treatment'. Immediately before the court judgment, Severance Hospital made so called 'A guideline of death with dignity' that classified status of a patient into three stages. And, the Seoul National University Hospital officially put 'CPR for terminal cancer patient and advance directive of withdrawal of life sustaining treatment' into practice.

The movement was not focused on a patient's advance directive or advance directive, and it was certain to be important at the discussion. The movement reflected needs of investigation of legal systems in foreign countries that put a patient's advance directive into practice earlier than Korea did.

The findings were as follow:

1) The Supreme Court's panel of judges released sentencing on the case of Severance Hospital on May 21, 2009 to call advance directive that a patient asked a physician to reject or withdrawal of life sustaining treatment in preparation for death at the stage of impossible recovery, and that a patient was admitted to exercise self-determination right unless he or she made change of will. Since then, a patient's advance directive was actively discussed. The advance directive can help solve various kinds of composite problems in withdrawal of life sustaining treatment in the society. However, the system requires some of preconditions before putting it into practice.

2) First of all, rejection to medial treatment shall be systematically admitted. The advance directive is much likely to include rejection against some of specific medical treatment. The United States put durable power of attorney into practice, and not only Germany but also Austria did Patientenverfügung. The rejection to medical treatment shall be admitted to put the legal system into practice. The durable power of attorney allows an agent who knows a

patient's ideas the best make decision of medical practice, and it admits of DAMA(discharge against medical advice). The durable power of attorney of medical treatment can decide upon continuity of medical practice according to an agent's will to include agent's rejection against medical practice into DAMA. Physicians are not legally responsible for the results.

Not only Germany but also Austria admits of a patient's rejection against medical treatment. A patient may exercise rights of rejection against medical treatment to have rights of dying passively. In the case, a patient can exercise rights, while a physician shall respect of patient's rights. When a patient expresses his or her rejection against medical treatment by advance directive under specific situation, physicians shall respect of patient's will. Therefore, physicians shall not be responsible for the results according to not only the Civil Code but also the Criminal Act. Strictly speaking, when a patient expresses rejection against medical treatment, physicians shall be free from obligations of the guarantor, in other words, duty of medical treatment. When physicians continue to give a patient medical treatment, they shall be punished according to Article 223 of the Criminal Act of injury crime and Article 110 of the Criminal Act of arbitrary medical treatment crime.

Therefore, with advance directive, physicians are allowed to withdrawal of life sustaining treatment according to a patient's will. However, in Korea, even patient who is able to make decision may be suspicious of assurance of rejection against medical treatment legally. The case of not only Severance Hospital but also SNU Boramae Medical Center admitted a guarantor's obligation of physicians despite a patient's rejection against medical treatment when life is jeopardized. Under the situation, physicians may have worrying attitude. The case of SNU Boramae Hospital that was not thought to have problem of withdrawal of life sustaining treatment could strengthen conservation of the physicians. Unless rejection against medical treatment is systematically made, physicians are likely to solve problems based on doing best to give

medical treatment from point of view of not patient but physician. The legislation of advance directive shall institutionally assure of a patient's rights of rejection of medical treatment.

3) Being different from Austria and Germany, a patient's guardian in Korea plays large role in medical services. Article 17-2 of the Physician Ethics Guideline of the Korean Medical Association says as follow: "Even if a physician explains enough either family or guardian of a patient who is unconscious or is unable to express his or her ideas and asks the family and guardian to be given medical services continuously, the family and guardian may ask in writing to suspend medical services including life-support treatment or to leave hospital, or to repeatedly ask for getting out of hospital and reject and hinder medical treatment. When the patient is conscious, the physician may consider patient's ideas and benefits carefully and suspend medical treatment if not only family or guardian's ideas and requests but also the patient's estimated ideas could be accepted from point of view of medical science and socially accepted idea."

Article 18-3 of the Organ Transplant Act says as follow: "The organs of brain-dead patient and the dead can be donated when patient himself or herself agrees with donation of the organs before either brain-dead or death subject to conditions as follow: 1) no explicit rejection against donation of the organs by either family or the bereaved. 2) Either family or the bereaved of the patient agrees with donation of the organ when either rejection or agreement with the patient's idea of donation is not evidenced before either brain-dead or the death.

In Korea, a patient's advance directive shall finally follow will of either family or guardian as mentioned at aforementioned cases. Therefore, the advance directive that has been introduced to respect of a patient's decision-making shall lose values. A patient's advance directive shall be introduced to regulate contents in detail and to allow physicians to decide upon situation of the advance directive regardless of will of a patient's family and guardian. The

Civil Code of Germany may be introduced if either the Civil Code or the Medical Treatment Law is not conflicting at interpretation each other.

4) Even if either family or guardian asks for specific medical treatment, physicians shall be allowed to take actions according to their own medical service decision. Under current situation, however, physicians may be difficult to reject requests of either family or guardian that is thought to be of no value.

5) On September 15, 2009, not only the Korean Bar Association but also the Korean Medical Association opened a seminar to suggest notarization that could assure of advance directive. But, notary system may not be good to reflect a patient's variable opinions. In Korea, patients are not easy to make use of either notary or lawyer because of high expenses compared with Austria that had already introduced notary system.

A patient makes advance directive in preparation for the future when he or she was unable to make decision. So, a patient's expression of will may be enough. And, the advance directive is thought to have no limitation of ways, in other words, verbal or in writing. But, when a patient's advance directive is needed, the probative force may vary depending upon situation. The advance directive had better be made in writing.

6) A patient shall prepare for advance directive to assure of his or her self-determination right. The patient is allowed not to prepare for advance directive. So, the advance directive shall not be precondition that can start medical service, for instance, Article 1901a-4 of revision of German Civil Code as well as Article 10 and Article 15 of the Advance Directive Act of Austria.

7) In Korea, legislators submitted two bills to the National Assembly. However, those bills are thought to be suspicious at reasonableness and appropriateness. Legislators had better investigate carefully cases in foreign countries that put the system into practice earlier than Korea did, and then they shall enact laws and regulations that can make advance directive become valid and effective actually.

참고자료 1

오스트리아 환자사전의료지시법 (Patientenverfügungs-Gesetz: PatVG)

제1장 일반규정

제1조 [적용범위] (1) 이 연방법률은 환자사전의료지시의 조건과 효력을 규정한다.
(2) 환자사전의료지시는 구속력을 갖거나 환자의 의사의 조사하는 데에 고려할 수 있다.

제2조 [개념]

- (1) 이 연방법률의 의미에서 환자사전의료지시는 환자가 의료행위를 거부하는 의사표시로서, 환자가 치료시점에서 이해능력, 판단능력 또는 표시능력이 없는 경우에 효력이 발생한다.
- (2) 이 연방법률의 의미에서 환자는 환자사전의료지시서를 작성한 사람이며, 당해 환자가 작성시점에서 질병이 있었는지는 무관하다

제3조 [최고의 인격적 권리, 개인의 능력] 환자사전의료지시는 최고로 인격적으로만 작성될 수 있다. 환자는 환자사전의료지시서 작성시에 이해능력과 판단능력이 있어야 한다.

제2장 구속력 있는 환자사전의료지시서

제4조 [내용] 구속력 있는 사전의료지시서에는 거부 대상인 의료행위가 구체적으로 기술되어 있거나, 지시의 전체적인 맥락에서 명확하게 드러나야 한다. 환자가 사전의료지시서의 결과를 적절히 평가하고 있다는 것도 사전의료지시서에 명확하게 드러나야 한다.

제5조 [설명] 구속력 있는 사전의료지시서의 작성은 당해 의료행위에 대한 사전의료지시서의 본질과 결과에 관한 정보를 포함한 의사의 포괄적인 설명이 선행되어야 한다. 설명하는 의사는 설명의 수행했다는 것과 환자가 이해능력과 판단능력이 존재했다는 것을 이름과 주소를 기재하고 자필 서명하여 기록해야 하며, 이 경우 환자가 사전의료지시서의 결과를 적절히 평가한 것인지 그리고 사전의료지시가 환자나 근처의 과거 또는 현재의 질병에 연관된 치료행위와 관련이 있는 것인지와 같이 어떠한 근거로 그렇게 평가한 것인지도 기록해야 한다.

제6조 [작성] (1) 환자사전의료지시서가 변호사, 공증인 또는 (병원 및 요양원법 KAKuG BGBI. Nr.1/1957 제11e조에 의한) 법적 권한 있는 조력자의 입회하에 일자를 기입하고 서면으로 작성되었고, 환자가 사전의료지시서의 결과와 언제라도 철회할 수 있는 기회가 있다는 점에 대하여 고지 받았다면, 환자사전의료지시서는 구속력을 갖는다.

(2) 변호사, 공증인 또는 법적 권한 있는 조력자는 고지하였음을 환자사전의료지시서에 이름과 주소를 기재하고 자필 서명하여 기록하여야 한다.

제7조 [갱신] (1) 환자사전의료지시서는 환자가 보다 짧은 기간을 정하지 않은 작성일로부터 5년이 경과하면 구속력을 상실한다. 환자사전의료지시서는 제6조 형식조건의 준수하에 적합한 의사의 설명 이후에 갱신될 수 있다. 이에 따라 5년의 기간이 새롭게 개시된다.

(2) 환자사전의료지시서의 개별내용이 사후에 변경 되는 경우는 갱신과 동일한

효력을 갖는다. 이 경우 구속력 있는 환자사전의료지시서의 작성에 관한 규정이 준용된다. 모든 사후변경이 있는 경우에는 전체 환자사전의료지시서에 새롭게 (1)에서 정한 기간이 개시된다.

(3) 환자가 이해능력, 판단능력 또는 표시능력의 부족으로 환자사전의료지시서를 갱신할 수 없다고 하더라도, 그 기간 내에는 사전의료지시서의 구속력은 유지된다.

제3장 고려대상으로서 환자사전의료지시서

제8조 [요건] 제4조에서 제7조까지 모든 요건을 충족시키지 못한 환자사전의료지시서는 환자의 의사 조사에서 고려된다.

제9조 [사전의료지시서의 고려] 고려대상으로서 사전의료지시서는 구속력 있는 사전의료지시서의 요건을 많이 충족시키면 그만큼 중요하게 고려하게 된다. 그 경우 특히 환자가 사전의료지시서에 관련된 질병의 상태와 그 결과를 작성 시점에 평가할 수 있었는지, 거부대상인 의료행위가 얼마나 구체적으로 기재되어 있는지, 작성이전 의사의 설명이 얼마나 포괄적이었는지, 환자의 사전의료지시가 구속력 있는 사전의료지시서의 형식요건규정에서 얼마나 차이가 있는지, 사전의료지시서가 어느 정도 빈번하게 갱신되었는지 그리고 마지막 갱신으로부터 얼마나 경과된 것인지 등이 고려되어야 한다.

제4장 공통규정

제10조 [무효] (1) 환자사전의료지시서는 다음 각 호에 해당하는 경우에는 효력이 없다.

1. 사전의료지시서가 자유롭지 못하거나 충분한 설명없이 작성된 경우 또는 착오, 책략, 기망, 육체적·심리적 강요에 의해 작성된 경우
2. 사전의료지시서의 내용이 형법적으로 허용되지 않는 경우
3. 사전의료지시서 작성이후 중요내용과 관련된 의학적 상황의 중요부분에 변

화가 있는 경우

(2) 환자가 스스로 사전의료지시를 철회하거나 사전의료지시서가 효력이 없다고 인식한 때에는 사전의료지시서는 효력을 상실한다.

제11조 [특별한 내용] 사전의료지시서에 환자가 기타의견을 더하는 것, 특히 예컨대 신뢰하는 구체적인 사람을 지명하는 것, 특정한 사람과의 접촉을 거부하는 것 또는 특정인물에게 알릴 의무를 포함하는 것 등은 사전의료지시서의 효력에 지장을 주지 않는다.

제12조 [응급상황] 이 연방법률은 사전의료지시서를 검토하는데 필요한 시간이 환자의 생명 또는 건강을 현저히 위험하게 하는 한에서, 응급조치에 영향을 미치지 않는다.

제13조 [환자의 의무] 환자는 특별한 법률규정에 의해 부과된 치료받을 의무를 사전의료지시서를 통해 제한할 수 없다.

제14조 [기록] (1) 설명한 의사와 치료를 담당하는 의사는 사전의료지시서를 병력기록 또는 사전의료지시서가 병원 이외의 장소에서 작성된 경우는 의료기록에 기재하여야 한다.

(2) 의사는 제5조에 따른 설명 당시 환자가 사전의료지시서 작성에 필요한 인식능력과 판단능력이 없다고 확인한 때에는, 경우에 따라서는 병력기록에 기재하여야 한다.

제15조 [납용방지를 위한 행정처벌 규정] 사전의료지시서 작성 또는 비작성을 의료행위, 간호 또는 간병의 개시 또는 유지의 필수적 조건으로 한 자는 그 행위가 다른 형벌규정에 의하여 처벌되지 않은 경우 한하여, 행정법규위반으로 25,000유로 이하, 재범의 경우 50,000유로 이하의 벌금에 처한다.

제5장 종결규정

제16조 [인간관련 용어] 이 법률에서 인간관련 용어는 남녀 양성에 유효하다.¹⁾

제17조 [인용] 이 연방법률에서 다른 연방법률이 인용된 한에서, 그 법률은 그 시점에서 유효한 규정이 적용된다.

제18조 [시행] 이 연방법률은 공포한 다음달 1일에 시행된다. 이 시점에서 벌써 작성된 환자사전의료지시서의 효력에 관하여는 이 연방법률에 의한다.

제19조 [집행] 연방법무부장관과의 합의에 따라 연방보건여성부장관에게 이 연방법률의 집행을 위임한다.

1) 이 법률에서 환자, 의사, 변호사, 공증인 등의 독일어 단어가 모두 남성형으로 기술되어 추가된 부수적 규정이다.

참고자료 2

독일 후견법 제3차 개정법 (Drittes Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts) 2009년 7월 29일

연방하원은 다음의 법률을 의결하였다.

제1장 민법 개정

2002년 1월 2일 공포되고, 2009년 7월 6일 법률 제1장을 통해 마지막으로 개정된 민법전은 다음과 같이 개정된다.

1. 목차에서 제1901a조에 관한 내용은 다음의 내용으로 대체한다.

제1901a조 [환자의 사전의료지시]

제1901b조 [환자의 의사 확정을 위한 대화]

제1901c조 [문서화된 피후견 요구, 사전 대리권 수여]

2. 제1901조 뒤에 다음의 제1901a조와 제1901b조를 추가한다.

제1901a조 [환자의 사전의료지시]

- (1) 승낙능력 있는 성인이 자신이 승낙능력 없을 경우에 대비하여 아직은 직접적으로 임박하지 않은 자신의 건강상태에 대한 특정한 검사, 치료행위 또는 의사의 침습을 특정시점에서 승낙하거나 거부할지에 대하여 문서로 작성하였

다면(환자의 사전의료지시), 후견인은 이러한 환자의 사전의료지시가 현재 환자 생명의 상태와 의료행위의 상황이 일치하는 지에 대하여 심사한다. 이것이 일치하는 경우에 후견인은 피후견인의 의사를 표시하고 그에 따라야 한다. 환자의 사전의료지시는 형식과 관계없이 철회할 수 있다.

(2) 환자의 사전의료지시가 없거나 환자 사전의료지시가 특정한 환자 생명의 상황 또는 의료행위의 상황이 일치하지 않는 경우에, 후견인은 피후견인의 치료행위에 대한 소망과 추정적 의사를 확정하고 그것을 기초로 제1항에 따른 의료적 처치를 승낙할 것인지 거절할 것인지를 결정해야 한다. 추정적 의사는 구체적인 근거를 기초로 조사되어야 한다. 특히 과거에 구두 또는 문서로 나타난 내용, 윤리적 또는 종교적 신념과 피후견인의 개인적인 가치관도 함께 고려되어야 한다.

(3) 제1항과 제2항은 피후견인의 질병의 종류, 상태와는 무관하게 유효하다.

(4) 누구도 환자사전의료지시의 작성 의무를 지지 않는다. 환자 사전의료지시의 작성 또는 제출이 (의료)계약체결의 조건이 되어서는 안 된다.

(5) 제1항에서 제3항은 임의대리인의 경우도 동일하게 적용된다.

제1901b조 [환자의 의사 확정을 위한 대화]

(1) 담당의사는 환자의 전체적인 상태와 예후와 관련하여 어떠한 의료적 처치가 필요한지를 심사한다. 담당의사와 후견인은 제1901a조에 따라 이루어진 결정에 대한 기초로 환자의 의사를 고려하여 이러한 처치에 대하여 논의한다.

(2) 제1901a조 제1항에 따라 환자의 의사를 확정하는 경우 또는 제1901a조 제2항에 따라 치료행위에 대한 요구나 추정적 의사를 확정하는 경우에는, 중대한 지연없이도 가능한 한에서는 가까운 친지나 특별 신뢰관계인에게 의사표명의 기회가 주어져야 한다.

(3) 제1항과 제2항은 임의대리인의 경우에도 동일하게 적용된다.

3. 과거의 제1901a조는 제1901c조로 한다.

4. 제1904조는 다음과 같이 개정된다.

제1904조 [의료행위에 대한 후견법원의 승인]

- (1) 환자의 건강상태에 대한 검사나 치료행위, 의사의 침습에 대한 후견인의 승낙은 피후견인이 그 처치로 인하여 사망하거나 중대한 또는 장기간의 건강악화를 야기할 수 있는 근거있는 위험이 존재하는 경우에는 후견법원의 승인을 필요로 한다. 단, 처치의 지연이 위험과 직결된 경우에 한하여 후견법원의 승인이 없는 경우도 시행할 수 있다.
- (2) 환자의 건강상태에 대한 검사나 치료행위, 의사의 침습에 대한 후견인의 거부나 승낙의 철회는 그 처치가 의학적으로 요구되거나 그 처치의 보류나 중단으로 피후견인이 사망하거나 중대한 또는 장기간의 건강악화를 야기할 수 있는 근거있는 위험이 존재하는 경우에는 후견법원의 승인을 필요로 한다.
- (3) 후견법원은 후견인의 승낙, 거부 또는 승낙의 철회가 피후견인의 의사와 일치하는 경우에만 제1항과 제2항에 따라 승인할 수 있다.
- (4) 승낙, 거부 또는 승낙의 철회가 제1901a조에 따라 확정된 피후견인의 의사와 일치한다고 후견인과 담당의사 간에 의견이 일치하는 경우에는 제1항과 제2항에 따른 후견법원의 승인은 필요하지 않다.
- (5) 제1항에서 제4항까지는 임의대리인의 경우에도 동일하게 적용된다. 단, 임의대리인은 이러한 처치들에 대하여 대리권이 문서로 수여되고 이러한 처치들이 대리권의 범위에 명백하게 포함된 경우에 한하여 제1항 제1문 또는 제2항에서 언급된 처치를 승낙하거나 거부하거나 승낙을 철회할 수 있다.

제2장 가사사건 및 비송사건 절차법의 개정

2008년 12월 17일 제정되고, 2009년 7월 29일 법률의 제4장 제8호에 의해 마지막으로 개정된 가사사건 및 비송사건절차법(Das Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit: FamFG)¹⁾은 다음과 같이 개정된다.

1) 2008년 12월 17일 이 법률이 제정과 동시에 과거에 같은 내용을 담고 있던 비송사건절차법(Das Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit: FFG)은 폐지되었다.

1. 제287조에 다음의 제3항을 추가한다.

(3) 민법 제1904조 제2항에 따른 승인을 소송물로 하는 결정은 결정일로부터 2주 후에 후견인, 임의대리인 또한 절차감호인(Verfahrenspfleger)²⁾에게 효력을 미친다.

2. 제298조는 다음과 같이 개정한다.

제298조 [민법 제1904조 사건의 절차]

(1) 법원은 환자의 건강상태에 대한 검사나 치료행위, 의사의 침습에 대한 후견인 또는 임의대리인의 승낙(민법 제1904조 제1항)은 사전에 당사자를 직접 청문한 경우에 한하여 승인할 수 있다. 법원은 특별관계인의 의견을 청취하여야 한다. 중대한 지연없이도 가능하다면, 법원은 당사자의 요청에 따라 당사자 주변인의 의견을 청취하여야 한다.

(2) 법원은 민법 제1904조 제2항에 따른 승인 이전에 특별관계인의 의견을 청취하여야 한다.

(3) 소송물이 민법 제1904조 제2항에 따른 승인인 경우에 소송대리인의 지정은 필수적이다.

(4) 승인 이전에 전문가의 감정서가 요청되어야 한다. 여기서 전문가는 담당의사는 제외하여야 한다.

제3장 시행

이 법률은 2009년 9월 1일부터 시행한다.

2) 절차감호인은 객관적으로 자신의 의사를 표명할 수 없는 사건 본인, 법원의 직접적인 審問이나 전문가인 鑑定人에 의한 검사가 그 건강에 현저하게 해롭다고 인정되는 사건 본인 혹은 재판이유에 고지가 그 건강을 현저히 해칠 것이라고 인정되는 사건 본인을 위해서 사건 본인을 위해 주관적·객관적으로 최적의 이익을 옹호하는 것을 주된 임무로 하는 감호인이다. 실체법상의 후견인(Betreuer)과 구별하기 위해서 특히 절차감호인(Verfahrenspfleger)이라는 용어가 선택되었다고 한다. 백승흠, 독일 민법에서 피성년후견인의 절차능력과 절차감호인에 관한 고찰, 한·독사회과학논총 제17권 제3호(2007), 407, 418쪽 각주 21) 참고

참고자료 3

독일연방의사협회의 죽음의 동행(소극적 안락사) 가이드라인 (Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung)¹⁾

머리말

의사의 임무는 환자의 자기결정권을 존중하면서 환자의 생명을 유지하고, 건강을 보호하고 회복시키며, 고통을 덜어주고, 죽어가는 환자일 경우에는 사망할 때 까지 곁에서 돕는 것이다. 따라서 의사의 생명유지의무는 상황을 가리지 않고 언제나 존재하는 것은 아니다.

그래서 더 이상 적절한 진단과 치료절차를 찾을 수 없고 치료의 한계를 그어야 하는 상황이 존재한다. 그러한 경우에는 진통의학적 처치가 문제시 된다. 진통처치에 관한 결정에는 경제적인 고려가 개입되어서는 안 된다.

의료행위의 여타 목적과 관계없이 의사는 어떤 경우든 기본적인 보살핌의 조치를 취해야 한다. 특히 다음과 같은 사항이 여기에 속한다. 즉 인간의 존엄에 부합하는 조치와 관심, 신체간호, 통증·호흡곤란·구역질 등의 감경 및 허기와 갈증의 해소 등이 바로 그것이다.

의료행위의 종류와 범위는 의학적 적응증에 따라 의사의 책임하에 정해져야 하고, 이는 인공적인 영양과 수분공급에도 유효하다. 의사는 이 경우에 환자의

1) Deutsches ärzteblatt 101 (2004), A-1298f. 이 이후에도 사전의료지시와 관련된 지침이 2007년과 2010년에 나왔다.

의사를 존중해야 한다. 사망으로의 진행이 분명한 경우에는 연명조치로 생명이 인공적으로 연장되어서는 안 된다. 의사가 사망에 이를 것이 분명한 지에 관하여 결정을 할 때는 동료 의사·간호사와 합의점을 찾아야 한다.

적극적 안락사는 허용되지 않으며 환자가 요청한 경우라 하더라도 적극적 안락사에는 형벌이 가해진다. 의사가 자살에 협력하는 것은 의사의 직업윤리에 반하며 처벌될 수도 있다.

이와 같은 원칙이 구체적인 상황에서 의사의 자기책임을 경감시킬 수는 없다. 모든 결정은 개별적으로 검토하여 내려져야 한다.

I. 죽음의 과정이 시작된 환자의 경우 의사의 의무

의사는 죽음의 과정이 시작된 환자, 즉 하나 또는 그 이상의 생명과 관련된 생체기능이 비가역적으로 정지된 상태이고 짧은 시간 내에 사망에 이를 것이 예상되는 경우에 해당 환자가 인간으로서 존엄하게 죽을 수 있도록 조력할 의무가 있다.

의사의 조력에는 진통처치와 기본적인 보살핌의 조치가 있다(역자: 호스피스). 영양공급과 수분공급은 죽어가는 환자에게 큰 부담으로 작용할 수도 있기 때문에 언제나 의사의 조력에 속하는 것은 아니다. 그러나 주관적 감각으로서의 배고픔과 갈증은 해소되어야 한다.

연명조치가 단지 죽음에 접어드는 것만을 지연시킬 뿐이고 병의 진행을 더 이상 막지 못한다면, 환자의 의사와 합치한다면 중단·포기·보류될 수 있고 환자에 의사에 반하여 지속 되어서는 안 된다. 죽음의 과정이 시작된 환자의 경우에는 진통처치가 최우선으로 이루어질 수 있고, 그에 따라 야기될 수 있는 필연적 생명단축은 감수할 수 있다.²⁾ 사망을 야기하거나 죽음을 가속화 시키는 조치를 통

2) 역자 주: 이러한 관점에서 불치·난치의 질병으로 극심한 고통에 시달리고 있는 환자에게 고통을 완화하기 위해 처치한 결과, 부수효과로 환자가 죽음에 이르게 되는 간접적 안락사는 독일, 일본의 학설, 판례와 우리나라의 학계에서 지배적인 견해가 인정되는 것으로 보고 있다. 나아가 생명윤리와 관련하여 가장 보수적인 윤리관의 하나로 볼 수 있는 카톨릭의 경우도 이미 교황 비오 12세가 1948년 9월 9일 로마에서 열렸던 “국제 신경-정신 약물학회(Kongress des Collegium

해 의도된 생명단축은 적극적 안락사로서 허용되지 않고 형벌이 부과된다.

죽음이 시작된 환자에게 그의 상태와 가능한 조치들에 관해 설명하는 것은 환자의 실제 상태에 부합해야 하지만, 이것은 죽어가는 환자의 상황과 그가 가지는 공포심을 고려하여 이루어져야 한다.

의사는 그것이 환자의 의사와 합치한다고 여겨지면, 환자의 가족, 친지 등에게 환자의 의사를 받아들일 수 있다는 점을 설명할 수 있다. 이러한 환자의 주변인들과 상담을 하는 것은 의사의 의무에 속한다.

II. 회복가능성이 없는 환자의 경우

아직 죽음이 시작된 상태는 아니지만 질병이 상당히 진행된 상태여서 멀지 않은 장래에 사망할 것이 예측되는 환자의 경우에는 연명조치가 단지 고통만을 연장할 뿐이고 의료행위의 목적을 바꾸는 것이 환자의 의사와 합치한다면 의료행위의 목적을 변경할 수 있다. 그러면 생명 연장과 유지 대신 (역자: 호스피스와 같은) 보호적 조치를 포함하는 통증완화 조치가 중심이 되게 된다. 의심스러운 경우에는 다른 의사·간호사와 상담을 하여야 한다.

기형이나 대사장애로 인하여 완쾌 또는 개선의 여지가 없는 중증 장애를 가진 신생아의 경우엔 충분한 진단 후 부모와의 협의를 거쳐 연명치료를 중단·포기·보류할 수 있다. 사망할 것이 불가피하다고 예상되는 극단적 미숙아와 매우 심각한 뇌손상을 입은 신생아에게도 동일한 내용이 적용된다. 이러한 정도에 이르지 않은 장애는 설령 부모의 요구가 있다고 해도 생명유지조치를 조기에 포기하거나 중단할 근거가 되지 못한다. 성인의 경우처럼 고통을 경감시키는 의료행위와 관심을 기울일 의무에는 예외가 없으며, 그것은 미숙아의 경우에도 마찬가지이다.

Internationale Neuro-Psycho-Pharmalogicum)”에서 “정신약물학과 그 윤리적 규범에 관하여(Über die Psycho-pharmakologie und ihre sittlichen Normen)”라는 연설에서 간접적 안락사가 윤리적으로 허용된다는 입장을 밝힌 것으로 알려져 있다. Laufs/Ulenbruck, Handbuch des Arztrechts (2002), §132 각주 14 참고

III. 극심한 뇌장애와 지속적인 의식상실 상태에 관한 치료

극심한 뇌장애로 지속적인 의식상실 상태인 환자들도 다른 여타의 환자들처럼 의료행위, 간호 및 관심을 받을 권리를 갖는다. 따라서 (경우에 따라선 인공적인) 영양공급을 포함한 연명치료는 원칙적으로 환자의 명시적 또는 추정적 의사를 존중하여 이루어질 것이 요구된다. 이러한 환자가 I, II에서 서술한 것과 같은 상태로 들어가면 위에서 말한 원칙이 동일하게 적용된다. 의식상실의 기간이 연명치료를 포기하기 위한 유일한 기준이 되어서는 안 된다. 환자에게 건강문제와 관련한 대리인이 없다면 통상 후견인의 선임이 필요하게 된다.

IV. 환자의 의사 조사

환자가 동의할 능력이 있는 경우 비록 의학적 관점에서 제시한 진단 또는 치료조치와 환자의 의사가 일치하지 않는다 하더라도 충분히 설명을 받은 환자가 치료거부 의사를 분명히 했다면 환자의 명시적인 치료거부의 의사에 따라야 한다. 이 원칙은 이미 시작한 연명치료의 중단에도 적용된다. 의사는 필수적인 조치를 거부하는 환자가 다시 한 번 숙고해 보도록 할 의무가 있다.

환자가 동의할 능력이 없는 경우에는 구체적인 상황이 환자가 사전의료지시서에 기술한 상황에 합치하고 사후에 환자의 의사가 바뀔만한 사정이 없다면 환자가 사전의료지시서에 명시적으로 표시해 둔 치료거부의 의사에 의사는 구속된다.

대리인(예컨대 부모, 후견인 또는 건강문제에 대한 대리인)이 있으면 대리인의 의사표시를 따른다. 대리인은 환자의 (경우에 따라선 추정적) 의사를 관철하고 환자의 이익을 위해 결정할 의무가 있다. 대리인이 의사가 내린 연명치료를 거부하면, 의사는 후견법원에 문의하여야 한다. 후견법원의 결정이 있을 때까지 의사는 치료를 계속해야 한다.

환자, 후견인 또는 대리인의 구속력 있는 의사표시가 없고 적절한 시간 안에 의사표시를 구할 수도 없을 때에는, 의사는 구체적인 상황에 따라 환자의 추정적 의사에 부합하게 행동해야 한다. 의사는 모든 상황을 총체적으로 고려해서 환자의 추정적 의사를 조사해야 한다. 환자가 이전에 표명한 인생관, 종교적 신

님, 환자가 여생동안 감수해야 할 고통과 장애에 대한 태도 등이 환자의 추정적 의사를 추론할 단서가 될 수 있다. 가족이나 친지가 증인으로 추정적 의사 조사에 참석하는 것이 환자의 의사에 부합할 것이라고 생각되면 그렇게 하여야 한다.

위에서 언급한 기준들을 근거로 환자의 추정적 의사가 파악되지 않으면, 의사는 환자를 위해 의학적 조치를 취해야 하고 의심스러운 경우에는 생명유지 결정을 내려야 한다. 이는 아팔리쉬 신드롬(apallischen Syndrom)³⁾에도 적용된다.

V. 환자 사전의료지시, 특별대리인, 후견인에 대한 의사표시

환자사전의료지시, 특별대리인, 후견인에 대한 의사표시를 통해서 환자는 자신의 자기결정권을 행사한다. 이러한 것들은 의사가 취할 행동을 결정하는데 커다란 도움이 된다.

환자 사전의료지시는 동의할 수 있는 환자가 의사를 표현하지 못하게 될 경우에 대비하여 미래의 치료에 관하여 서면이나 구두로 자신의 의사를 표시한 것이다. 이를 통해서 환자는 특정한 상황이 닥쳤을 때 그에게 의학적 조치를 취해야 할지 아닐지, 어떤 범위에서 취해야 할지에 관해 자신의 의사를 표시할 수 있다.

유언장과 달리 환자 사전의료지시는 특정한 형식을 요하지 않지만, 서면으로 작성되는 것이 바람직하다.

특별대리를 통해 환자는 자신의 의사를 표시하지 못할 상태에 놓일 것을 대비하여 단수 혹은 복수의 사람에게 환자 자신과 관련된 (특히 그의 건강문제와 관련해서) 구속력 있는 결정을 내릴 수 있도록 권한을 위임할 수 있다(독일민법 1904조 2항).

특별대리권은 서면으로 작성되어야 할 것이고 그것이 포괄하는 의학적 조치를 가능한 상세히 기술해야 할 것이다. 환자가 사망하거나 지속적인 중한 건강상 손해를 입을 위험이 있는 조치와 관련될 경우에 특별대리권은 반드시 서면으로

3) 역자 주: 이 병명은 1940년 Kretschmer에 의해서 처음으로 사용되고 의학적 기술이 이루어 졌다. 이 용어는 뇌의 뒷개라는 의미의 라틴어 *pallium*에서 나왔다. 증상으로는 정확한 의사표명의 결여 혹은 자극에 대한 반응의 결여 증상이 나타나는, 대뇌의 손상으로 인한 기능장애를 들 수 있다. 독일에서는 PVS라는 용어를 사용하지 않고 이 용어를 사용한다.

작성되어야 한다.⁴⁾ 위임된 권한이 연명치료의 포기와 관련될 경우에도 서면으로 작성될 것이 필수적이다.⁵⁾

환자가 사망하거나 지속적이고 심각한 건강의 손상을 입을 위험이 있는 처치에 대한 대리인의 동의는 그러한 위험이 지체(연기)와 관련이 없다면(민법 1904조 2항) 후견법원의 승인이 필요하다.⁶⁾ 연명치료 포기에도 같은 내용이 적용되는가에 관해서는 논쟁의 여지가 있다. 어찌됐든 권한위임자가 의사가 내린 연명 치료를 거부하면 의사는 후견법원에 문의하여야 한다. 후견법원의 결정이 있을 때까지 의사는 치료를 계속해야 한다.

후견에 대한 의사표시는 후견을 명할 경우를 대비한 후견법원에 대한 특정한 의사표시이다. 여기에는 후견인이 될 사람을 추천할 수 있고 그의 의무 수행에 관한 희망사항 등을 표시할 수 있다. 법원은 환자가 자신의 문제를 스스로 처리할 수 없는 상황에 있고 이에 대해 권한위임을 하지 않거나 권한위임이 충분치 않으면 특정한 영역에 대하여 후견인을 선임할 수 있다. 후견인은 자신의 의무 범위 내에서 피후견인을 위해 결정을 내릴 수 있다. 후견법원에 의한 승인의 필요성에 관해서는 위의 특별대리와 관련된 부분에서 설명한 것과 같다.

4) 이것은 독일민법 제1904조 제2항에 기술된 내용이다.

5) 이것은 BGHSt. 40, 257판결 이후에 법원의 입장에 따라 기술된 내용이다.

6) 내용적으로 독일민법 제1904조 제2항.

연구총서 10-30

**연명치료중단에 있어서 환자의 자기결정권과
사전의료지시서에 관한 연구**

발 행 / 2010년 12월

발행인 / 김일수

발행처 / 한국형사정책연구원

서울특별시 서초구 태봉로 114

(02)575-5285

등 록 / 1990. 3. 20. 제21-143호

인 쇄 / (주)현대아트컴

(02)2278-4482

보고서 내용의 무단복제를 금함

정가 7,000원

ISBN 978-89-7366-879-3 93360