

‘무의미한 연명치료의 중단’에 관한 소고*

이 세 화

한국국제대학교 전임강사

< 목 차 >

- I. 논점에 대한 이해
- II. 무의미한 연명치료중단의 의의 및 정당화 근거
- III. 무의미한 연명치료중단의 허용기준
- IV. 치료중단 의사 존부의 판단기준
- V. 현실적 해결책 모색 (절차적 정당화)

대상판결 : 대법원 2009.5.21. 선고 2009다17417 전원합의체 판결

가. 【사건개요】

원고 김○○은 2008.2.18. 만76세의 나이로 폐암발병 여부를 확인하기 위하여 피고 병원에서 기관지내시경을 이용한 폐종양 조직검사를 받던 중 과다출혈 등으로 인하여 심정지가 발생하였다. 이에 피고 병원의 주치의 등은 심장마사지 등을 시행하여 심박동기능을 회복시키고 인공호흡기를 부착하였으나 원고 김○○은 저산소성 뇌손상을 입고 중환자실로 이송되었다. 이때부터 현재까지 원고 김○○은 지속적 식물인간상태에 있으며, 자발적으로 눈을 뜨는 정도의 개안반응과 목적 없이 팔을 펴는 정도의 비정상적인 굴곡반응은 있으나, 동공 및 각막의 반사반응과 언어반응은 전혀 없는 상태이다. 원고 김○○은 피고 병원의 중

* 심사위원 : 이정원, 정낙현, 한인달

투고일자 : 2009. 8. 31 심사일자 : 2009. 9. 12 게재확정일자 : 2009. 9. 25

환자실에서 인공호흡기를 부착한 상태에서 항생제투여, 인공영양공급, 수액공급 등의 치료를 받고 있으며, 인공호흡기를 제거하면 곧 사망에 이를 것이라 판단되는 상태이다.

나. 【당사자의 주장】

1. 원고 김○○의 주장

현재 원고 김○○은 의식이 회복불가능한 상태이고, 이 사건 치료는 원고 김○○의 건강을 증진시키는 것이 아니라 생명정후만을 단순히 연장시키는 것에 불과하여 의학적으로 의미가 없다. 원고 김○○은 헌법이 보장하고 있는 자기결정권에 기초하여 치료의 중단을 결정할 수 있으며, 평소 무의미한 생명연장을 거부하고 자연스러운 사망을 원한다는 의사를 표시한 바 있어 이 사건 치료의 중단으로서 인공호흡기를 제거할 의사가 있다고 할 것이므로, 원고 김○○에 대하여 인공호흡기를 제거하여 줄 것을 요구한다.

2. 피고의 주장

원고 김○○은 현재 의식불명상태에 있으므로 그 의사를 확인할 수 없고, 치료의 중단은 곧 원고 김○○의 사망을 초래하므로 환자에 대한 생명보호의무가 우선하는 피고 병원은 치료를 중단할 수 없다고 주장한다.

다. 【판결요지】

1. 의료계약에 따른 진료의무의 내용

환자가 의료인에게 진료를 의뢰하고 의료인이 그 요청에 응하여 치료행위를 개시하는 경우에 의료인과 환자 사이에는 의료계약이 성립된다. 이에 따라 의료인은 환자를 치료할 의무를 부담하며, 환자는 보수를 지급할 의무를 부담한다. 질병의 진행과 환자 상태의 변화에 대응하여 이루어지는 가변적인 의료의 성질상 의료인은 환자의 건강상태 등과 당시의 의료수준 그리고 자기의 지식경험에

따라 적절하다고 판단되는 진료방법을 선택할 수 있다.¹⁾ 그러나 환자의 수술과 같이 신체를 침해하는 진료행위를 하는 경우에는 질병의 증상, 치료방법의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 위험 등에 관하여 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 생각되는 사항을 설명하여, 당해 환자가 그 필요성이나 위험성을 충분히 비교해 보고 그 진료행위를 받을 것인지의 여부를 선택하도록 함으로써 그 진료행위에 대한 동의를 받아야 한다.²⁾

2. 연명치료중단의 허용기준

① 회복불가능한 사망의 단계와 자기결정권

회복불가능한 사망의 단계에 이른 후에 환자가 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권에 기초하여 자기결정권을 행사하는 것으로 인정되는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 연명치료의 중단을 허용하는 것이 사회상규 및 헌법정신에 부합된다. 환자가 회복불가능한 사망의 단계에 이르렀는지 여부는 주치의의 소견뿐 아니라 사실조회, 진료기록 감정 등에 나타난 다른 전문의사 등으로 구성된 위원회 등의 의학적 소견을 종합하여 신중하게 판단해야 한다.

② 사전의료지시의 효력

사전의료지시란 환자가 회복불가능한 사망의 단계에 이를 경우에 대비하여 미리 의료인에게 자신의 연명치료 거부 내지 중단에 관한 의사를 밝히는 것으로서, 이후 환자의 의사가 바뀌었다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 사전의료지시에 의하여 자기결정권을 행사한 것으로 인정할 수 있다. 다만, 의사결정능력이 있는 환자가 의료인으로부터 충분한 의학적 정보를 제공받은 후 그것을 바탕으로 자신의 가치관에 따라 구체적으로 진료행위에 관하여 의사표시를 한 것이어야 한다.

③ 환자의사의 추정

1) 대법원 1992.5.12, 91다23707 판결; 대법원 2007.5.31, 2005다5867 판결 등 참조.

2) 대법원 1994.4.15, 92다25885 판결; 대법원 2002.10.25, 2002다48443 판결 등 참조.

환자의 사전의료지시가 없는 상태에서 회복불가능한 사망의 단계에 진입한 경우에는 환자의 평소 가치관이나 신념 등에 비추어 연명치료를 중단하는 것이 객관적으로 환자의 최선의 이익에 부합한다고 인정되고, 환자에게 자기결정권을 행사할 수 있는 기회가 주어지더라도 연명치료를 중단을 선택하였을 것이라고 볼 수 있는 경우에 한하여, 그 연명치료중단에 관한 환자의 의사를 추정할 수 있다.

3. 결론

담당 주치의, 진료기록 감정의, 신체 감정의 등의 견해에 따르면 환자는 현재 지속적 식물인간상태로서 자발호흡이 없어 인공호흡기에 의하여 생명이 유지되는 상태로서 회복불가능한 사망의 단계에 진입하였고, 환자의 일상생활에서의 대화 및 현 상태 등에 비추어 볼 때 환자가 현재의 상황에 관한 정보를 충분히 제공받았을 경우 현재 시행되고 있는 연명치료를 중단하고자 하는 의사를 추정할 수 있다.

라. 【재판진행경과】

1. 인공호흡기의 제거를 위해 2008.5.9 가족들이 서울서부지법에 제기한 '무의미한 연명치료중지의 가치분신청'에 대해, 2008.7.10 서울서부지법 민사21부는 다음과 같은 요지로 기각결정³⁾을 내렸다.

① 환자의 자기결정권

의료행위에 있어서 환자의 자기결정권은 최대한 존중되어야 한다. 그러나 생명권은 인간존엄성의 기초를 의미하는 절대적 기본권으로서 결코 포기할 수 없는 법익이다. 따라서 의료행위에 있어서 환자의 자기결정권이 인정되어 이미 진행되고 있는 치료를 중단한다 하더라도, 그것은 치료를 계속하지 아니하는 경우 단지 환자의 건강이 회복되는 속도가 늦어진다거나 생명에 위협이 없는 정도로

3) 서울서부지방법원 2008.7.10, 자2008카합822 결정.

상태가 악화될 것이 예측되는 것에 그치는 것이어야 한다. 그렇지 않고 환자가 사망하거나 환자의 생명이 단축될 가능성이 상당히 높아지게 되는 것이라면, 그것은 결국 생명에 대한 포기권 또는 처분권을 인정하는 것이 된다. 우리 헌법의 절대적 생명보호의 원칙상 이와 같은 경우에까지 환자의 자기결정권이 무제한적으로 인정된다고 볼 수 없다.

② 환자의사의 추정

‘추정적 의사’라 함은 일반적·추상적 의사가 아니고, 특정한 상황에서의 구체적이고 명확한 의사를 의미하는 것이다. 따라서 환자가 의식을 회복할 가능성, 치료를 계속할 경우 환자의 상태변화, 환자가 받게 될 통증, 후유증 등도 종합하여 객관적 관점에서 신중하게 그 의사를 추정하여야 한다. 본 사안에서 치료 중단에 대한 환자 본인의 명시적 또는 추정적 의사를 인정할 수 없다.

③ 연명치료의 ‘무의미성’에 대한 판단기준

자발적으로 눈을 뜨는 정도의 개안반응이나 비정상적인 굴곡반응만 할 수 있고, 동공 및 각막의 반사반응과 언어반응 등이 전혀 없는 상태라는 사정만으로는, 환자의 의식 등이 회복될 가능성이 없다거나 혹은 환자에 대한 치료가 의학적으로 의미 없는 것이라고 단정할 수 없다.

2. 가족들이 병원을 상대로 서울서부지법에 제기한 민사소송에 대해 제1심은 2008.11.28 다음과 같이 가족측 승소판결⁴⁾을 내렸다.

회복가능성 없이 의식불명의 식물상태로 인공호흡기에 의존하여 생명을 유지하는 것은 환자에게 육체적·정신적 고통의 무의미한 연장을 강요하는 결과를 가져오게 되어 오히려 인간의 존엄과 인격적 가치를 해하게 된다. 따라서 ① 치료가 계속되더라도 회복가능성이 없어 치료가 의학적으로 무의미하고, ② 환자의 치료중단 의사가 추정되는 경우에는, 자연스러운 죽음을 맞게 하는 것이 인간의 존엄과 가치에 더욱 부합한다. 또한 생명연장을 원치 않고 인공호흡기 제거를

4) 서울서부지방법원 2008.11.28, 2008가합6977 판결.

요구하는 환자의 자기결정권 행사는 제한되지 아니하고 의사는 이를 거부할 수 없으며, 이에 따른 인공호흡기 제거행위는 응급의료중단의 정당한 사유가 있는 것으로서 의사는 민·형사상 책임을 부담하지 않는다.

3. 2009.2.10 제2심 서울고법 민사9부와 2009.5.21 대법원 전원합의체에서도 가족 측 승소판결을 내린다.

【연구】

I. 논점에 대한 이해

치료행위에 있어서는 의사의 전문지식에 기초한 치료권의 보호와 환자의 자기결정권의 보호라는 이익이 상호 대립하게 된다. 우리나라에서는 소위 보라매 사건 이후 의사들이 형사책임을 면하기 위해 방어적으로 의료행위를 하고 있다. 그런데 최근 회생불가능한 환자의 연명치료를 중단하고 존엄하게 죽을 권리를 인정해야 한다는 국내 첫 판결이 나오면서 논란이 되고 있다. 본 사안은 소위 '식물인간' 상태에서 인공호흡기를 부착하고 항생제투여 등의 치료를 받고 있던 환자에 대하여 그 가족들이 무의미한 연명치료의 중지를 요구하였고, 병원 측은 이를 거부하여 문제가 된 경우이다. 이에 인공호흡기제거를 위해 가족들이 제기한 '무의미한 연명치료중지의 가처분신청'에 대해 기각결정이 내려지면서 법정 공방이 벌어지기 시작하였고, 대법원은 원고 김○○가 회복불가능한 사망의 단계에 이르렀다고 보아 치료중단의 판결을 내렸다. 그러나 무의미한 연명치료중단이 공식 시행된 후 원고 김○○가 현재 2개월 넘게 생존하고 있어 사망임박이 아님에도 연명치료가 중단된 것으로서 대법원의 판단이 잘못됐다는 비판이 제기되고 있다. 예기치 못한 상황에 환자가족은 물론 의료계·법조계 뿐만 아니라 일반 시민들도 혼란에 빠졌다. 의학기술의 발달로 의료장치에 의한 생명의 연장이 가능해진 오늘날에는 의사의 생명연장 치료의무와 환자의 치료거부 및 중단에 대한 자기결정권이 충돌하는 경우가 더욱 많아질 것이다. 이에 무의미한

연명치료의 중단과 관련하여 분명한 기준의 확정이 필요한 시점이 되었다.

연명치료와 관련하여 의사의 의료행위의 한계가 어디까지인가의 문제에 대한 판단에 있어서는 우선적으로 그러한 의료행위의 개념 및 범위의 정립이 전제되어야 한다. 이에 현재 혼용되고 있는 '연명치료중단', '소극적 안락사', '존엄사' 등의 개념을 정리하고, 특히 인공호흡기에 의존한 지속적 식물상태의 환자를 연명치료중단의 대상에 포함시킬지 여부를 살펴본다. 용어의 혼용은 연명치료중단이나 소극적 안락사를 확대해석할 개연성을 안고 있기 때문이다. 그 다음 그러한 의료행위가 의료법칙에 합치하는가라는 요소와 환자의 의사가 무엇인가라는 요소를 고려하여야 한다. 즉 치료중단을 결정함에 있어서 가장 중요한 요소는 객관적으로는 회복불가능성이고, 주관적으로는 환자의 자발적인 의사이다. 이에 치료의 무의미성에 대한 판단기준과 치료중단의 자기결정권에 대한 인정 여부의 문제 및 인정을 전제할 때 환자의 의사를 확인하는 절차, 결정권 행사의 주체에 대한 한정, 즉 환자나 가족의 중단요구를 제한 없이 수용할 것인가 등의 문제에 대해 살펴본다.

II. 무의미한 연명치료중단의 의의 및 정당화 근거

1. 무의미한 연명치료중단의 의의

'연명치료'란 의학적으로 '회복불가능한 사망의 단계'에 이루어지는 진료행위이다.⁶⁾ 즉 환자가 의식의 회복가능성이 없고 신체상태에 비추어 짧은 시간 내에 사망에 이를 수 있음이 명백한 경우에 주된 병적 상태를 바꿀 수는 없으면서 생명을 연장하는 치료를 의미한다. 연명치료기술의 발달로 인하여 과거에는 사망할 수밖에 없었던 환자의 생명을 일정기간동안 지속시켜 죽음의 시기를 인

5) 환자나 가족의 의사결정에 의한 치료중지의 경우는 크게 두 가지로 나눌 수 있다. 첫째, 의학적으로 달리 치료방법이 없고, 죽음을 목전에 두고 있으며, 연명치료에 의해 생명을 유지하는 환자가 자신 또는 가족의 결정에 의해 치료를 중단하는 '가망 없는 치료중단'의 경우이다. 둘째, 조금이라도 치료의 가망 있음을 전제로 하는 '의사의 충고에 반하는 치료중단'이다. 소위 '보라매병원사건'이 이에 해당한다.

6) 대법원 2009.5.21, 2009다17417 전원합의체 판결.

위적으로 연장할 수 있게 되었지만, 이러한 치료는 의학적 관점에서 무의미한 경우에 해당한다. 이와 같은 경우 의사가 환자에 대하여 이미 개시한 연명치료를 중지하는 것을 '무의미한 연명치료의 중단'⁷⁾이라 한다. '무의미한 연명치료'라는 영역이 문제되기 전에는 일반적으로 안락사와 존엄사에 대한 논의가 있었다. 그러나 '무의미한 연명치료'라는 개념의 등장으로 인해 '소극적 안락사'⁸⁾ 및 '존엄사', '의사조력자살' 등 관련된 각종 용어가 혼용되고 있다. 이는 '무의미한 연명치료중단'의 허용 여부 및 절차적 조건 등 일련의 문제해결에 있어 혼란을 가중하는 원인이 되고 있으므로 관련 개념을 재정립해야 할 필요가 있다. 일반적으로 소극적 안락사의 대상은 불치나 난치의 병으로 死期가 임박하여 고통스러운 상태에 있는 환자이다. 그런데 '식물인간' 상태에 있는 환자가 소극적 안락사의 대상에 포함되는지 아니면 또 다른 영역을 구성하는지가 문제되며, 이는 '무의미한 연명치료중단'의 범위를 한정하는 문제와도 관련된다.⁹⁾ 이에 대해서는 다음과 같은 견해의 대립이 있다.

(1) 소극적 안락사 ≠ 존엄사

- 7) 한국보건의료연구원은 2009년 7월 3회에 걸쳐 의료계와 종교계, 법조계, 사회단체인사들이 참석한 토론회를 개최하고, '존엄사'대신 '무의미한 연명치료의 중단'으로 용어를 통일했다.
- 8) 안락사 중에서 간접적 안락사란 환자의 승낙 하에 환자의 고통완화를 목적으로 행한 일정한 처치(예컨대 물핀주사량의 증대 등)의 부작용으로서 死期가 단축되는 경우이다. 직접적·적극적 안락사란 死期가 임박한 환자의 고통을 제거하기 위하여 환자의 승낙 하에 적극적으로 환자의 생명을 단절시키는 경우이다. 따라서 '무의미한 연명치료의 중단'과 관련하여서는 '소극적 안락사'만이 문제된다.
- 9) 무의미한 연명치료중단의 범위와 관련하여 사회 각계는 최근 '연명치료중단에 관한 지침' 합의안을 마련하였다. 2009년 7월 29일 한국보건의료연구원이 의료계·법조계·종교계·언론계·사회단체 등 전문가들과의 토론회를 거쳐 '무의미한 연명치료중단 기본원칙'을 발표했고, 2009년 7월 30일 국립암센터 주최로 열린 '품위 있는 죽음'을 위한 사회적 합의 마련 토론회에서 대한의사회, 대한병원협회, 대한의학회가 구성한 특별 제정위원회는 '연명치료 중지에 관한 지침'제정 방안을 발표하였다. 이에 따르면 죽음이 임박한 말기 환자이면서 치료가 무의미하다고 판단되는 경우 인공호흡기와 심폐소생술에 한해 연명치료를 중단한다는데 의견을 모았다. 그러나 원고 김○○와 같이 인공호흡기에 의존하는 지속적 식물인간을 연명치료중단 대상에 포함할지에 대해서는 여전히 합의를 도출하지 못했다. 일반적으로 종교계에서는 지속적인 자발호흡이 있고 영양공급을 소화시킬 수 있는 능력이 있는 식물환자라면 말기환자로 볼 수 없기 때문에 연명치료 대상 환자에 들어가는 안 된다는 입장이다. 반면 의료계는 지속적 식물인간의 경우 법적인 가능성을 열어놓되 구체적인 범위에 대한 결정은 병원윤리위원회에 맡겨야 한다는 입장이다.

① 소극적 안락사에서 의식불명의 상태(식물인간상태)를 배제하는 입장

이 견해에 의하면 소극적 안락사란 ‘빈사상태에 빠진 고통스러운 환자’의 죽음에 이르는 고통을 빨리 없애기 위하여 환자의 승낙 하에 적극적인 생명연장 조치를 취하지 않음으로써 死期가 단축되는 경우를 말한다. 반면 존엄사는 육체적 고통도 느끼지 못하고 의식회복의 가망이 없는 ‘식물인간’ 상태에서 인공적인 생명연장장치에 의해 무의미하게 연명하고 있는 환자에게 생명연장장치를 제거하거나 치료를 중단하여 인간으로서의 존엄을 유지하면서 품위 있게 죽음을 맞을 수 있도록 하는 것¹⁰⁾이라 한다. 이에 따르면 소극적 안락사는 육체적 고통이 극심한 자에 대한 고통완화가 목적인 반면, 존엄사는 환자의 생리적 고통이 수반되지 않고 의식이 없거나 판단능력을 상실하고 있으므로 환자 자신이 자기결정권을 행사할 수 없으며 적극적 작위에 의한다는 점(생명연장장치의 제거) 등에서 소극적 안락사와 구별된다¹¹⁾고 한다. 또한 안락사는 죽음에 이르는 고통을 완화·제거한다는 환자의 객관적 이익이 존재하지만, 존엄사는 환자에게 고통이 없으므로 환자 자신의 이익보다도 오히려 환자의 가족이나 병원의 재정 등 부담경감이 객관적 이익이라는 점에서 차이가 있다는 견해¹²⁾도 있다.

② 소극적 안락사에 의식불명의 상태(식물인간상태)를 포함하는 입장

이는 소극적 안락사의 개념이 반드시 의식불명상태의 환자를 배제하는 것은 아니라는 것을 전제하고, 소극적 안락사와 존엄사를 또 다른 기준으로 구별한다. 먼저 존엄사는 미리 소정의 절차로 제출되었던 본인의 의사(living will)에 의거하여 연명만이 목적인 적극적인 의료행위를 중단하는 것이라는 견해¹³⁾가 있다. 또한 AIDS나 암의 말기환자와 같이 임박한 죽음의 고통에 시달리는 불치 또는 난치의 환자가 생명연장을 위한 고통스러운 싸움을 포기하고 차라리 품위

10) 김성돈, 형법각론, 성균관대학교출판부, 2008, 39면; 정웅석/백승민, 형법강의, 대명출판사, 2008, 763, 765면.

11) 김일수, 한국형법 I, 박영사, 1992, 706면; 정웅석/백승민, 형법강의, 765면.

12) 정성근/박광민, 형법총론, 제4판, 삼지원, 2008, 288-289면.

13) 박상기, 형법총론, 제7판, 박영사, 2007, 161면.

있게 죽기를 바랄 경우에 치명적인 의약품을 제공함으로써 환자 스스로 고통 없는 방법으로 사망에 이르게 하는 자살원조행위를 존엄사라 하는 견해¹⁴⁾도 있다.

(2) 소극적 안락사 = 존엄사

이에 따르면 소극적 안락사는 죽음에 직면한 불치의 병에 걸린 환자가 말기 상태가 되어 식물인간상태로 의식이 없거나 혹은 지적·정신적 판단능력이 상실된 경우에 품위 있는 죽음을 맞도록 하기 위하여 인공적인 생명연장장치를 제거하거나 응급조치를 하지 않음으로써 사망하게 하는 것이며, 이를 존엄사라고도 하므로 굳이 구별되는 용어를 사용할 필요가 없다¹⁵⁾고 한다. 특히 소극적 안락사에서는 식물인간과 같이 육체적 고통에 시달리지 않는 환자의 안락사까지도 허용하고자 하므로 환자의 고통제거 목적이라는 요소는 안락사의 개념정의에 그다지 적합하지 않게 되었다고 한다. 즉 육체적 고통제거에 중점을 두었던 과거의 안락사와 달리 오늘날 논의되는 안락사는 '존엄하게 죽을 권리'에 초점을 두고 있으므로 시대변화에 따라 안락사를 보는 시각도 달라져야 하며, 이러한 관점에서 기존의 안락사라는 명칭도 '존엄사'로 명명하는 것이 적절하다¹⁶⁾고 한다.

(3) 소극적 안락사 > 존엄사

소극적 안락사란 회복이 불가능한 환자에게 적극적인 생명연장의 조치를 하지 않고 환자가 그대로 사망하도록 방치하는 경우를 말하며, 소극적 안락사와 관련하여 환자에게 '의식이 없고' 인공심폐기에 의해 생명이 연장되고 있는 경우에 생명연장조치를 중단할 수 있는가 하는 것이 존엄사의 문제라는 견해¹⁷⁾이

14) 김일수/서보학, 새로 쓴 형법각론, 박영사, 2007, 26-27면.

15) 김학태, 안락사 허용여부에 관한 법철학적 고찰, 외법논집 제29집, 2008, 330면 이하 참조; 배종대, 형법각론, 제6전정판, 홍문사, 2007, 69면; 박상기, 형법총론, 161면; 이영란, 형법학(각론강의), 형설출판사, 2008, 30면; 이재상, 형법각론, 제5판, 박영사, 2007, 22면; 임웅, 형법각론, 법문사, 2006, 27면.

16) 임웅, 형법각론, 23-24면.

17) 이형국, 형법각론, 법문사, 2007, 21면.

다.

(4) 존엄사 > 소극적 안락사

환자의 육체적 고통 여부에 관계없는 안락사를 ‘광의의 안락사’, 환자의 육체적 고통을 제거하기 위한 안락사를 ‘협의의 안락사’로 정의하고, 이 중 광의의 안락사를 존엄사라 하는 견해¹⁸⁾가 있다.

생각건대 무의미한 연명치료는 의학적인 관점에서 볼 때 환자에게 의료행위를 시행하는 것이 더 이상 의미가 없다고 판단되는 경우를 말한다. 또한 안락사란 심한 고통에 시달리며 死期가 임박한 불치 또는 난치 환자의 촉탁·승낙을 받아 그 고통을 제거하거나 완화하기 위한 의료적 조치가 생명의 단축을 가져오는 경우를 말한다. 형법학계에서 정의하고 있는 안락사의 전제가 되는 경우는 당연히 무의미한 치료의 영역에 포함되고, 안락사의 개념에 포함되지 않는 경우, 즉 식물인간상태의 환자도 무의미한 치료의 영역에 포함될 수 있다. 또한 시간적 범위도 무의미한 치료가 정당화되는 안락사보다 더 넓다고 할 수 있다. 즉 死期가 임박했을 것이라는 안락사의 기준을 보다 시기적으로 앞당기는 효과가 있다. 따라서 무의미한 치료에 해당하는 사례는 안락사의 경우보다 광범위하다.¹⁹⁾ 한편 존엄사는 말 그대로 품위 있는 죽음을 말한다. 인간적 삶을 살 수 있도록 최선의 의학적인 치료를 다했음에도 돌이킬 수 없는 죽음이 임박했을 때 의학적으로 무의미한 연명치료를 중단함으로써 질병에 의한 자연적인 죽음을 받아들이는 것이다. 따라서 무의미한 연명치료의 중단은 존엄사와 동일한 의미로 이해하더라도 무리가 없다. 또한 본 사안과 관련하여 실질적 핵심이라 할 수 있는 후술할 치료중단에 대한 환자의 ‘추정적 의사’ 인정 여부에 관한 논의는 환자 스스로 의식이 있는 말기환자 보다는 오히려 의사소통이 전혀 되지 않는 식물인간상태의 경우에 더욱 그 실익이 있다고 하겠다. 즉 본 사안 자체가 식물인간상태의 환자 김○○의 치료중단으로부터 문제되어진 것이고, 이러한 논의 자체의 많은 부분이 식물인간상태의 환자를 전제하고 있다하여도 과언이 아

18) 허일태, 안락사에 관한 연구, 형법연구(1), 세종출판사, 1997, 391-393면.

19) 정규원, 무의미한 치료에 대한 형법적 판단, 법학논총 제23집 제2호, 한양대학교, 2006, 197면.

니다. 식물인간상태의 환자에 대해서는 현재도 관련법이 없어 음성적으로 치료를 중단하고 묵인하는 사례들이 있는데, 무의미한 연명치료의 범위에 포섭시키지 않으면 더욱 음성화될 우려가 있고, 식물인간상태라 하여 '무의미한 연명치료중단' 문제의 범위에서 배제시킬 현실적·법적·의학적 구별점이 무엇인지 뚜렷하지 않으므로 굳이 달리 볼 것은 아니라 하겠다. 따라서 “무의미한 연명치료중단(=존엄사) > 소극적 안락사”로 표현할 수 있을 것이다.

2. 무의미한 연명치료중단의 정당화 근거

(1) 응급의료 중단의 정당한 사유가 있다는 견해

생명권은 비록 헌법에 명문의 규정이 없다 하더라도 인간 존엄성의 기초를 이루는 기본권 중의 기본권이고, 국가는 헌법 제10조에 따라 생명을 보호할 의무가 있으며, 어느 누구도 타인의 생명을 침해하여서는 아니 될 의무가 있다. 따라서 치료에 관한 환자의 자기결정권 행사가 생명권과 충돌하는 경우 생명의 보호를 위해 제한이 불가피하며, 헌법 제37조 제2항에 따라 자기결정권의 본질적 내용을 침해하지 않는 한도에서 의료법,²⁰⁾ 응급의료에 관한 법률,²¹⁾ 형법²²⁾은 법률로써 제한규정을 두고 있다. 이러한 법률에 따라 어떠한 치료를 중단함으로써 환자가 곧바로 사망에 이르게 되는 경우 특별한 사정이 없는 한 그 환자는 '응급환자'라 할 수 있고, 의식불명의 식물상태로 인공호흡기에 의존하여 생명을 유지하고 있는 환자의 인공호흡기를 제거하기 위해서는 ① 치료의 의학적 무의미성 및 ② 환자의 치료중단 의사가 추정되는 경우라는 요건이 충족되

20) 의료법 제15조 ② 의료인은 응급환자에게 '응급의료에 관한 법률'에서 정하는 바에 따라 최선의 처치를 하여야 한다.

21) 응급의료에 관한 법률 제6조 ② 응급의료종사자는 업무 중에 응급의료를 요청 받거나 응급환자를 발견한 때에는 즉시 응급의료를 행하여야 하며 정당한 사유 없이 이를 거부하거나 기피하지 못한다. 제9조 ① 응급의료종사자는 다음 각 호의 1에 해당하는 경우를 제외하고는 응급환자에게 응급의료에 관하여 설명하고 그 동의를 얻어야 한다. 1. 응급환자가 의사결정능력이 없는 경우, 2. 설명 및 동의절차로 인하여 응급의료가 지체되어 환자의 생명에 위험 또는 심신상의 중대한 장애를 초래하는 경우. 제10조 응급의료종사자는 정당한 사유가 없는 한 응급환자에 대한 응급의료를 중단하여서는 아니 된다.

22) 형법 제252조 ① 사람의 촉탁 또는 승낙을 받아 그를 살해한 자는 1년 이상 10년 이하의 징역에 처한다. ② 사람을 교사 또는 방조하여 자살하게 한 자도 전항의 형과 같다.

어야 하며, 이에 따른 인공호흡기 제거행위는 응급의료중단의 정당한 사유가 있는 것으로서 의사에게 환자의 인공호흡기를 제거할 의무가 있고, 의사는 민·형사상 책임을 부담하지 않는다는 견해²³⁾이다.

(2) 위법성이 조각된다는 견해

환자가 인공호흡기 등을 장착하여 도움을 받는 상태에서도 사망에 극히 근접해 있는 경우라면, 이때의 인공호흡기 등의 제거는 생명을 침해하는 것으로 평가할 수 없고 사회상규에도 반하지 않는다는 견해²⁴⁾이다. 특히 존엄사는 촉탁·승낙살인으로 인정될 수 있지만, 형법의 태도는 생명의 본질에 접근한 태도라기 보다는 오히려 생명경시풍조를 사전에 봉쇄하자는 전략적 태도에 지나지 않으므로 존엄사도 안락사와 마찬가지로 사회상규에 위배되지 아니하는 것으로서 허용하는 것이 합리적이라는 견해²⁵⁾도 있다.

(3) 구성요건해당성이 없다는 견해

환자의 의사에 따라 무의미한 생명유지장치를 제거하거나 기타 치료행위를 중단하는 경우는 의사에게 생명연장조치를 취할 작위의무가 없기 때문에 살인죄의 구성요건해당성이 부정되고, 환자의 의사에 반하는 경우는 위법하고 가벌적인 행위라는 견해²⁶⁾이다. 반면 환자의 진지한 요구가 없더라도 死期에 임박하

23) 서울서부지방법원 2008.11.28, 2008가합6977 판결.

24) 대법원 2009.5.21, 2009다17417판결 이흥훈, 김능환의 반대의견. '소극적 안락사'에 대해 일정한 요건이 충족되면 사회상규에 위배되지 아니하는 행위로서 위법성이 조각될 수 있다는 견해가 있다. 소극적 안락사에 대한 입장이지만, 필자는 '무의미한 연명치료중단'의 경우에도 이러한 해석의 적용이 가능함을 전제로 서술한다. 김성돈, 형법각론, 성균관대학교출판부, 2008, 39면; 김성돈, 형법총론, 성균관대학교출판부, 2008, 329면; 김성천/김형준, 형법총론, 동현출판사, 2005, 300면; 이영란, 형법학(각론강의), 형설출판사, 2008, 30면; 임웅, 형법총론, 법문사, 2006, 209면; 진제호/이존걸, 형법총론, 제8판, 대왕사, 2007, 330면.

25) 김성돈, 형법각론, 40면.

26) 김일수/서보학, 새로 쓴 형법각론, 26면; 이정원, 형법각론, 제3판, 법지사, 2003, 47-48면; 이형국, 형법각론, 21면; 정규원, 무의미한 치료에 대한 형법적 판단, 198-199면. 반면 김일수/서보학, 새로 쓴 형법각론, 26-27면은 존엄사의 의미를 일반적인 견해와 달리 보면서, 이러한 존엄사는 위법성이 조각되지 않는다고 한다.

고 회복불가능한 것이 명백하다면 의사가 본인의 소견에 따라 생명연장조치를 취하지 않더라도 이는 치료행위를 위임받은 의사의 의무에 반하지 않는 것이므로 구성요건해당성이 없다는 견해²⁷⁾도 있다.

생각건대 응급의료에 관한 법률 제2조는 응급환자란 “질병, 분만, 각종 사고 및 재해로 인한 부상이나 기타 위급한 상태로 인하여 즉시 필요한 응급처치를 받지 아니하면 생명을 보존할 수 없거나 심신상의 중대한 위해가 초래될 가능성이 있는 환자 또는 이에 준하는 자”라고 규정한다. 또한 응급의료란 “응급환자의 발생부터 생명의 위험에서 회복되거나 심신상의 중대한 위해가 제거되기까지의 과정에서 응급환자를 위하여 행하여지는 상담·구조·이송·응급처치 및 진료 등의 조치”라고 정의한다. 따라서 ‘회복불가능한 사망의 단계’에 이른 환자에 대한 연명치료는 응급의료라고 할 수 없으므로 응급의료중단의 정당한 사유가 있는 것으로서 의사에게 환자의 인공호흡기를 제거할 의무가 있다고 볼 수는 없다.

한편 환자에 대한 의사의 생명유지의무는 인체의 생물학적 기능유지에 있는 것이 아니라 인간다운 생명의 연장을 그 내용으로 한다. 따라서 어디까지나 치료가능성이 있는 범위 내에서 환자의 의사에 반하지 않을 때에만 타당한 것이고, 더 이상 치료가능성이 없는 상태에서 죽음의 단계로 들어선 환자의 의사에 반해서까지 의사에게 환자의 생명을 연장해야 할 의무가 있다고 하기는 어렵다. 이미 돌아올 수 없는 죽음의 과정에 들어선 환자의 생명연장은 무의미한 고통의 연장에 불과하기 때문이다. 따라서 회복불가능한 사망의 단계에 이른 후에 환자가 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권에 기초하여 자기결정권을 행사하는 것으로 인정되는 경우에는 의사에게 생명연장조치를 취할 작위의무가 없기 때문에 살인죄의 구성요건해당성이 부정되며, 특별한 사정이 없는 한 연명치료의 중단이 허용된다고 보아야 한다.

III. 무의미한 연명치료중단의 허용기준

27) 정웅석/백승민, 형법강의, 763면.

1. 치료의 무의미성 판단기준

치료가 무의미한 회복불가능한 사망의 단계란, 의식의 회복가능성이 없고, 생명과 관련된 중요한 생체기능의 상실을 회복할 수 없으며, 환자의 신체 상태에 비추어 짧은 시간 내에 사망에 이를 수 있음이 명백한 경우를 의미한다.²⁸⁾ 이에 대해 사망과 시간적으로 근접하고 있다는 사정만으로 진료가 의학적으로 무의미하다거나 진료의 중단을 정당화시키는 것은 아니며, 사망과의 시간적 근접성보다는 중단을 요구하는 대상인 진료행위 자체의 특성을 고려하여 사망의 단계에 진입하였고 그 단계에서 회복될 수 없는 환자에게 신체를 침해하면서 행하여지는 진료는 의학적으로 무의미하다는 견해²⁹⁾가 있다. 즉 호흡 기능, 혈액순환 기능, 뇌간의 기능이 순차적으로 상실되는 과정은 사망이라는 일련의 과정 중에서도 가장 핵심적인 과정이고, 호흡기능을 영구적으로 상실한 경우에는 회복불가능한 사망의 단계에 진입한 것으로 보아야 한다는 것이다. 그러나 사망의 단계에 진입할 것을 전제한다는 자체는 사망과의 시간적 근접성을 의미하는 것과 별반 다를 것이 없으며, ‘무의미한 연명치료중단’의 판단에 있어서 ‘사망과의 시간적 근접성’은 중요한 기준이 될 수 있다.

한편 무의미한 치료행위라 하기 위해서는 의학적으로 가능한 방법은 모두 사용한 이후여야 할 것이 아니라 환자 가족의 인간적인 면을 전부 고려하여 가능한 방법을 모두 사용한 이후이어야 한다는 견해³⁰⁾가 있다. 그러나 건강회복의 작은 희망이라도 있는 경우라면 그러한 경우의 치료는 무의미한 치료행위가 될 수 없다. 더군다나 건강회복의 희망이 있는데도 불구하고 환자나 특히 환자가족의 면면을 고려하여 가능하지 않은 것이라면 무의미한 치료행위로 보는 것은

28) 대법원 2009.5.21, 2009다17417 전원합의체 판결. 한편, 돌이킬 수 없는 사망과정에서의 진입이란 생명유지장치가 삽입·장착되어 있는 상태에서도 환자가 몇 시간 또는 며칠 내와 같이 비교적 아주 짧은 기간 내에 사망할 것으로 예측·판단되는 경우이고, 이때 생명유지장치에 의한 치료는 더 이상 의학적으로 의미가 없다는 견해(대법원 2009.5.21, 2009다17417판결 이홍훈, 김능환의 반대의견)가 있다. 또한 일반적으로 죽음이 불가피하고 병상에 누워 3~6개월 이내에 사망할 것이 확실한 경우로서 생명연장치료를 행하여도 죽음을 조금 연기할 뿐인 경우라는 견해(신현호, 중환자 의학에서 의료법의 적용, 대한중환자의학지 제14권 제2호, 1999, 105면; 박연옥, 말기암환자의 연명치료중단의 생명윤리적 고찰, 간호학탐구 제13권 제1호, 2004, 106면)도 있다.

29) 대법원 2009.5.21, 2009다17417판결 김지형, 차한성의 보충의견.

30) 김학태, 무의미한 생명연장치료 중단에 관한 법 윤리적 고찰, 외법논집 제33권 제1호, 한국외국어대학교, 2009.2, 322-323면.

의학적 기준 이외의 것, 특히 경제적인 면을 '생명회복'에 대한 판단의 잣대로 할 수 있는 아주 위험한 해석이라 하지 않을 수 없다.

본 사안과 관련하여 2008.7.10 서울서부지방법원의 결정³¹⁾은 “의학기술의 진보가능성 등을 고려하면 식물인간상태에 있는 환자라고 하더라도 일률적으로 의식 등이 회복될 가능성이 없다거나 현재의 치료가 단지 생명을 연장시킬 뿐인 것으로서 의학적으로 의미가 없는 치료라고 단정할 수 없다. 오히려 원고 김○○의 주치의는 일반적으로 식물인간상태가 3개월 내지 6개월 동안 지속되는 경우에도 의식이 돌아올 가능성이 8% 정도 있으므로 원고 김○○도 그 의식이 돌아올 가능성이 있으며, 이 사건 치료를 계속하는 경우 12개월 내지 29개월 정도 생존할 수 있을 것으로 추정되므로 사망이 임박한 것도 아니라고 주장한다. 따라서 원고 김○○의 의식 등이 회복될 가능성이 없으며 이 사건 치료가 의학적으로 의미 없는 치료라고 단정하기 부족하고, 이를 인정할 만한 증거도 없다.”고 판단한다. 같은 입장으로 대법원 판결에 대한 반대의견³²⁾도 “실제로 그 판단을 함에 있어서 환자를 계속적으로 진료하여 옴으로써 환자의 상태를 가장 잘 알고 있을 담당 주치의의 의견은, 비록 그가 소송당사자의 일방에 속하는 경우라고 하더라도, 단지 의료기록만을 통하여 환자의 상태에 접근한 다른 전문가의 견해에 비해 무게를 두지 않을 수 없다. 담당의사가 원고의 의식회복가능성이 5% 미만으로라도 남아 있고 원고의 현재 상태를 기준으로 하더라도 그 기대여명이 적어도 4개월 이상이라고 판단하고 있는 점 등에 비추어, 원고가 회복불가능한 사망의 단계에 있다고 쉽사리 단정할 수 없다.”고 한다. 반면 2008.11.28 서울서부지방법원 판결³³⁾은 “담당 주치의는 원고 김○○의 의식 회복가능성을 5% 미만이라 하고, 진료기록을 감정한 서울대학교병원 의사는 의식 회복가능성이 거의 없다고 하며, 신체를 감정한 서울대학교병원 의사 역시 의식 회복가능성이 없다고 하고, 신체를 감정한 서울아산병원 의사 또한 이미 대뇌 피질이 파괴되었으므로 의식회복 및 자발호흡 가능성이 없으며, 최선의 회복을 한다 하더라도 식물상태로의 회복만을 상정할 수 있다고 한다. 또한 통상적인 지속적 식물인간상태의 경우 기대생존기간은 2년 내지 5년이나, 원고 김○○은 자발호흡

31) 서울서부지방법원 2008.7.10. 자 2008카합822 결정.

32) 대법원 2009.5.21. 2009다17417판결 안대희, 양창수의 반대의견.

33) 서울서부지방법원 2008.11.28. 2008가합6977 판결.

이 불가능하고 뇌손상의 범위가 커 통상적 식물상태보다 더 심각하므로 기대생존기간을 식물상태가 발생한 날로부터 1년 이내, 현재로부터 3내지 4개월 이내로 보고 있다. 이에 따라 현재 시행되고 있는 인공호흡기 부착의 치료행위는 원고 김○○의 상태회복 및 개선에 영향을 미치지 못하는 치료로서 의학적으로 무의미하다.”고 판단한다. 2009.5.21 대법원의 판결³⁴⁾도 같은 취지이다.

생각건대 치료의 ‘무의미성’이라는 개념은 애초에 인간이 확정하기 어려운 영역이다. 예컨대 지속적 식물상태에서 10여 년 이상 지난 후에 의식이 회복된 사례나 자발호흡에 의한 생존이 불가능하다고 판정되어 인공호흡기를 제거하고도 수년간 자발호흡에 의하여 생존하였던 사례도 지적³⁵⁾된다. 그러나 이에 대해서 지속적 식물상태 환자의 사례는 회복불가능한 사망의 단계에 진입한 경우를 벗어난 논의이고, 나머지 사례는 인공호흡기의 장착 자체가 오히려 불필요한 신체 침해였던 사안이므로 이를 이유로 연명치료중단을 비판하는 것은 적절하지 않다는 반론³⁶⁾도 있다. 그러나 지속적 식물인간의 경우는 본 사안과 관련하여 주된 사례가 될 수 있음은 앞에서 지적한 바와 같고, 후자의 사례를 인공호흡기의 장착 자체가 오히려 불필요한 신체침해였던 것으로 치부하는 것은 타당한 반론은 아니라 생각된다. 인공호흡기를 제거한 후 빠른 시일 내에 사망한다면 연명치료중단의 판단이 적절한 것이고, 만약에 비교적 오랜 시간 사망하지 않는다면 불필요한 인공호흡기 장착이었다고 판단하는 것은 아전인수격인 해석태도일 뿐이다. 이와 같이 해석한다면 인공호흡기 제거는 언제나 불필요한 치료행위에 대한 법적·경제적·도의적 책임부담의 문제를 내포하게 되는 결과가 초래된다. 무의미한 치료행위의 평가에 있어서 건강회복 가능성이 전혀 없다는 것을 확정하는 자체가 쉽지 않다는 것을 별론으로 하더라도, 생명권보호와 직결되는 연명치료중단의 첫 번째 요건으로서의 ‘무의미성’에 대한 판단을 소홀히 할 수는 없다. 따라서 판단의 실질적·절차적인 정당성 확보를 위해 환자의 치료를 담당한 주치의 및 병원의 판단뿐만 아니라 의학적 지식을 갖춘 객관적이고 중립적인 제3의 기관³⁷⁾에 의한 판단을 토대로 하여 치료의 의학적 의미에 대한 규범적인 판단

34) 대법원 2009.5.21, 2009다17417 전원합의체 판결.

35) 대법원 2009.5.21, 2009다17417판결 이흥훈, 김능환의 반대의견.

36) 대법원 2009.5.21, 2009다17417판결 김지형, 차한성의 보충의견.

37) 예컨대 장기 등 이식에 관한 법률에서도 신중한 뇌사판정을 위한 절차적 규정을 두고 있다.

이 이루어져야 한다. 본 사안은 이러한 절차적 정당성이 확보되지 아니한 상태이므로 주치의의 판단을 가장 중시하지 않을 수 없고, 이에 따라 치료가 무의미한 경우라고 보는 것은 설부를 판단이다. 의학적 지식이 미흡한 필자 개인의 의견보다는 사회적 합의가 필요한 부분이겠으나, 생명의 절대적 존중 및 생명경시 풍조 만연 등 모든 사항을 고려하여 신중히 판단해야 할 부분이다.

2. 환자의 자기결정권의 효력범위

환자의 자기결정권이란 의사결정능력이 있는 환자가 의사로부터 직접 설명을 듣고 충분한 정보를 제공받은 상태에서 자유로운 의사에 기초하여 의료행위를 선택 또는 거부할 수 있는 권리이다. 환자의 '자기결정권'으로부터 무의미한 연명치료의 중단이 정당화될 수 있는지에 대해서는 다음과 같은 견해의 대립이 있다.

(1) 환자의 자기결정권 긍정설

헌법상 자기결정권에 관한 명문의 규정은 없다. 단지 헌법 제10조는 모든 기본권의 기본이념이라 할 수 있는 개인의 인격권과 행복추구권을 보장하고 있고, 개인의 인격권과 행복추구권에는 개인의 자기운명결정권이 전제되는 것이고, 이 자기운명결정권에는 일체의 의료행위에 관한 환자의 자기결정권이 포함되어 있다.³⁸⁾ 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 있고, 환자의 자기결정에 기한 치료중단의 요구가 있는 경우 특별한 사정이 없는 한 의사는 이에 응하여야 할 의무가 있다.³⁹⁾ 환자가 아무리 고통스럽더라도 무조건 생을 연장하기만 해야 한다고 법이 강제할 수 없기 때문이다. 따라서 환자의 의사에 반하는 의사의 생명연장시술은 환자가 갖는 신체와 인격적 존엄성에 대한

38) 헌법재판소 1990.9.10, 89헌마82 결정; 서울북부지법 2007.7.16, 2007고단1516 위헌제청 결정; 대법원 2008.11.20, 2007다27670 전원합의체 판결.

39) 서울서부지방법원 2008.11.28, 2008가합6977 판결; 대법원 2009.5.21, 2009다17417 전원합의체 판결; BGHSt 35, 246; 정성근/박광민, 형법총론, 289면.; 정용석/백승민, 형법강의, 765면

자기결정권을 침해하는 것이다.⁴⁰⁾ 그러나 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.⁴¹⁾

(2) 이분설

생명유지장치의 삽입 또는 장착을 거부하는 경우와 이미 생명유지장치가 삽입 또는 장착되어 있는 환자로부터 생명유지장치를 제거하고 그 장치에 의한 치료를 중단하는 경우를 달리 보는 견해⁴²⁾이다. 먼저 환자가 인위적으로 생명을 유지·연장하기 위한 생명유지장치의 삽입 또는 장착을 거부하는 경우, 특별한 사정이 없는 한 비록 환자의 결정이 일반인의 관점에서는 비합리적인 것이더라도 의료인은 환자의 결정에 따라야 하고, 일반적인 가치평가를 이유로 환자의 자기결정에 따른 선택에 후견적으로 간섭하거나 개입해서는 안 된다고 한다. 이러한 경우는 의료인이 의료법상의 진료 또는 응급의료에 관한 법률상의 응급의료를 행하지 아니할 정당한 사유가 있는 경우에 해당하기 때문이라 한다. 그러나 이미 생명유지장치가 삽입 또는 장착되어 있는 환자로부터 생명유지장치를 제거하고 그 장치에 의한 치료를 중단하는 것은 환자의 현재 상태에 인위적인 변경을 가하여 사망을 초래하거나 사망시간을 앞당기는 것이므로, 환자의 생명유지장치 제거요구는 특별한 사정이 없는 한 자살로 평가되어야 하고, 이와 같은 환자의 요구에 응하여 생명유지장치를 제거하고 치료를 중단하는 것은 자살에 관여하는 것으로서 원칙적으로 허용되지 않는다고 한다. 생명권의 주체라고 하더라도 자살의 경우와 같이 자기생명을 자유롭게 처분하는 것은 헌법상 '자기결정권'의 한계를 벗어나는 것으로서 사회상규에 반하므로 허용되지 않기 때문이라 한다. 다만, 생명유지장치가 삽입·장착되어 있는 상태에서도 환자가 몇 시간 또는 며칠 내와 같이 비교적 아주 짧은 기간 내에 사망할 것으로 예측·판단되는 경우에는, 환자가 이미 돌이킬 수 없는 사망의 과정에 진입하였고 생명유지장치에 의한 치료는 더 이상 의학적으로 의미가 없으므로, 이때에는 생명유지

40) BGHSt 37, 378.

41) 대법원 2009.5.21, 2009다17417 전원합의체 판결.

42) 대법원 2009.5.21, 2009다17417판결 이홍훈, 김능환의 반대의견.

장치를 제거하고 치료를 중단하는 것이 허용된다고 한다.

생각건대 생명유지장치의 삽입 또는 장착을 거부하는 경우와 달리 이미 삽입 또는 장착되어 있는 생명유지장치 제거 또는 치료중단의 경우만 자살로 보아야 하는 이유를 알 수 없으며, 결국 '사망의 과정에 진입'한 경우 치료중단이 허용된다는 논리는 일맥상통한다. 다만, 언제를 '사망의 과정에 진입'한 것으로 볼 것인가에 대해 견해의 차이가 있을 뿐이다.

(3) 환자의 자기결정권 부정설

인간이 스스로 생명을 포기한다는 것은 사회공동체의 생명에 대한 존중을 침해하고 생명경시풍조를 만연시킬 위험이 있으므로 개인의 자율성의 영역에 포함되지 않는다는 견해⁴³⁾이다. 이에 따르면 극심한 고통에 시달리는 환자들의 결정은 비정상적인 정신상태에서 나온 극단적인 결정일 수 있고, 자율성 존중의 원칙에 따라 환자의 의사에 절대적인 의미가 인정된다면 남용될 위험성이 커져서 결국 안락사가 구분별하게 시행될 수 있으며, 생명은 어떠한 비용과 희생을 치르더라도 보존되어야 할 절대적인 가치가 있으므로 자의적이거나 비자의적이냐를 불문하고 인위적으로 생명을 종결하는 어떤 시도도 정당화되어질 수 없다고 한다. 또한 우리 사회의 전통적 생명경외사상 등에 비추어 볼 때 죽음의 선택이나 생명의 단축을 가져오는 치료중단에 대한 자기결정권의 인정에 대하여 사회적 합의 또는 승인이 있다고 보기 어렵고, 촉탁·승낙에 의한 살인 및 자살방조를 처벌하고 있는 형법이나, 응급의료종사자에게 응급환자에 대한 응급의료라는 공법상의 의무를 정당한 사유 없이 거부하거나 중단하지 못하도록 하고 있는 응급의료에 관한 법률 및 아직 뇌사 상태에 이르지 아니한 환자의 경우에는 가족이 동의하는 경우에도 장기를 적출하는 등의 행위를 할 수 없도록 한 장기 등 이식에 관한 법률 등의 입법취지를 근거⁴⁴⁾로 든다.

생각건대 치료의 가능성이 없는 상태에서 오직 생명의 연장만을 위하여 치료를 계속하는 것이 과연 인간생명보호의 전제가 되는 인간의 존엄성에 일치하는

43) 김학태, 무의미한 생명연장치료 중단에 관한 법 윤리적 고찰, 320면.

44) 서울서부지방법원 2008.7.10. 자 2008카합822 결정.

가에 대해 재고할 필요가 있다. 특히 의료기술이 지속적으로 발전함에 따라 인위적으로 생존의 기간이 연장되는 점을 고려할 때, 환자 자신의 의사에 반해서 사회일반의 생명경시 가능성 때문에 연명치료를 계속해야 한다는 것은 구체적인 인간을 사회일반의 도덕감을 위하여 수단으로 이용하는 행위가 되어 오히려 인간의 존엄에 반하는 역설적인 경우가 될 수 있다.⁴⁵⁾ 또한 보라매병원사건으로부터 시작하여 본 사건까지 '환자의 자기결정권'에 대한 지속적인 사회적 논의가 있어왔고, 특히 무의미한 연명치료의 중단에 관한 환자 본인의 자기결정권 행사에 대해서는 사회일반인의 인식이 긍정적이라고 할 수 있다. 또한 본 논의는 형법과는 보호법익의 추구방향이 다르다. 형법은 처벌할 수 없는 법익인 사람의 생명을 보호법익으로 하지만, 소위 '사망의 단계'에 진입한 경우는 존엄한 삶보다는 선택의 여지없이 자신에게 가까이 다가와 있는 존엄한 죽음을 선택할 권리가 스스로에게 주어지고, 그 선택을 존중해주어야 한다는 것이다. 단, '사망의 단계'에 진입한 경우라 하여 그렇지 않은 생명보다 덜 중요하다는 의미는 아니라는 것에 주의할 필요가 있다. 즉 환자의 의사에 기한 무의미한 연명치료중단은 무고한 인간의 생명을 박탈하는 행위와 동가치적으로 평가되지 않는다. 같은 맥락에서, 응급의료에 관한 법률의 취지는 생명권 존중과 함께 응급환자의 살고자 하는 의사가 추정됨을 전제하는 것이다. 장기 등 이식에 관한 법률은 환자 스스로가 아닌 가족의 동의로 인해 환자가 죽음의 길로 들어서는 것을 막고자 하는 것이다. 자기결정권에 의한 치료중단과 성격을 달리한다. 원칙적으로 존엄한 삶은 존엄한 죽음보다 우선하는 가치이다. 단지 더 이상 존엄한 삶을 영위하기 어려운 '사망의 단계'에 진입한 환자의 경우, 그 자신의 존엄한 죽음에 대한 의사는 존중되어야 하고, 무의미한 치료를 중단함으로써 자연스럽게 죽도록 하는 것이 인간으로서의 존엄과 가치를 보호하는 길이다.

IV. 치료중단의사 존부의 판단기준

환자가 치료중단과 관련하여 어떠한 의사를 가지고 자기결정을 하고 있는지 판단하기 위한 기준으로 다음의 것들이 제시된다.

45) 정규원, 무의미한 치료에 대한 형법적 판단, 193면 이하 참조.

1. 사전의사표시

사전의사표시(Patientenverfügung) 또는 생전유언(Living will)이란 자유로운 의사결정능력을 가지고 상황을 착오 없이 인식한 상태에서 주로 의료행위로 인하여 자신의 죽음이 연장되는 경우에 지속적으로 치료를 받을 것인지를 내용으로 하는 환자의 의사표시이다. 치료의 중단에 관한 의사를 생전유언 또는 사전지시 등의 객관적 자료에 의해 추정할 수 있는 경우에는 자기결정권을 존중하여 무의미한 연명치료의 중단이 정당화될 수 있다.⁴⁶⁾ 즉 '사전의료지시'가 있었던 경우에는 비록 진료중단 시점에서 자기결정권을 행사한 것은 아니지만 사전의료지시를 한 후 환자의 의사가 바뀌었다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 사전의료지시에 의하여 자기결정권을 행사한 것으로 인정할 수 있다. 사전의료지시로서의 효력을 인정하기 위해서는 다음의 요건을 갖추어야 한다. 먼저 의사결정능력이 있는 환자가 의료인으로부터 직접 충분한 의학적 정보를 제공받은 후 그 의학적 정보를 바탕으로 자신의 고유한 가치관에 따라 진지하게 구체적인 진료행위에 관한 의사를 결정하여야 한다. 그 다음 이와 같은 의사결정 과정이 환자 자신이 직접 의료인을 상대방으로 하여 작성한 서면이나 의료인이 환자를 진료하는 과정에서 위와 같은 의사결정 내용을 기재한 진료기록 등에 의하여 진료중단 시점에서 명확하게 입증될 수 있어야 한다. 환자 본인의 의사에 따라 작성된 문서라는 점이 인정된다고 하더라도, 의료인을 직접 상대방으로 하여 작성하거나 의료인이 참여한 가운데 작성된 것이 아니라면, 환자의 의사결정능력이나 충분한 의학적 정보의 제공, 진지한 의사에 따른 의사표시 등의 요건을 갖추어 작성된 서면이라는 점이 객관적으로 확인되지 않으므로 사전의료지시로서의 구속력을 인정할 수 없고, 환자의 의사를 추정할 수 있는 객관적인 자료의 하나로 취급할 수 있을 뿐이다.⁴⁷⁾

그런데 우리나라 현 실정에서 '사전의료지시서'는 인식과 실제 행동상 존재하는 괴리로 인하여 극소수의 환자만 작성⁴⁸⁾하고 있을 뿐이고, 아직 그 실효를 거

46) 김학태, 무의미한 생명연장치료 중단에 관한 법 윤리적 고찰, 327면; 박상기, 형법총론, 163면; 전영주, 환자의 연명치료중단에 대한 자기결정권, 법학연구 제33집, 한국법학회, 2009.2, 464면; 정현미, 안락사와 형법, 형사정책연구 제5권 제4호, 한국형사정책연구원, 1994, 247면.

47) 대법원 2009.5.21, 2009다17417 전원합의체 판결.

두기가 어려운 상황이다. 왜냐하면 우리나라는 아직 죽음의 문제를 환자와 직접 의논하지 않는 정서적인 문제를 안고 있기 때문이다. 대개 중증환자 가족들은 환자가 의식불명인 상태가 될 때까지도 병의 상태를 환자에게 알리기 꺼려하기 때문에 환자가 스스로 연명치료중단을 선택할 수 있는 기회가 사전에 차단되고 있다. 또한 사전의사표시의 구속력이 보호자의 의사에 좌우될 수 있다는 것도 문제이다. 이러한 문제의 내재성은 '장기등이식에 관한 법률' 제18조 제3항⁴⁹⁾의 규정을 보더라도 알 수 있다. 따라서 죽음의 문제에 대해 폭넓게 수용할 수 있는 인식의 전환과 사회적 분위기 조성을 위해 노력해야 한다. 즉 환자가 자신의 의사를 표현할 수 있는 시기에 자연스럽게 가족 및 의료진과 죽음의 문제에 대해 진지하게 논의하는 문화의 정착이 우선되어야 하며, 사회적 합의를 통한 합리적이고 체계적인 법제정비가 이루어져야 한다. 사회적 합의는 한순간에 이루어질 수 없으므로 지속적인 개선의 노력이 필요하다.

2. 환자가 의사표시를 할 수 없는 상태일 때

환자가 의사표시를 할 수 없다하여 무의미한 치료를 중단할 수 없다고 한다면 의사에게 의학적으로 무의미한 행위를 강제하는 것이 되므로 중간적 입장에서 다음과 같은 추정이 필요하다는 입장이다.

(1) 환자 의사의 추정

환자의 사전의료지시가 없는 상태에서 회복불가능한 사망의 단계에 진입한

48) 2008 국립암센터 조사에 의하면 존엄사찬성 비율은 87.5%이지만, 2008 내과학회 조사에 의하면 말기판정 환자중 실제 연명치료거부서약을 한 자는 479명중 1명이고, 사전의사결정제도가 필요하다는 의견은 92.8%이지만, 환자 본인이 사전의료지시서를 쓰겠다고 수락한 경우는 7.9%(서울대병원)이다. 또한 말기암환자114명의 보호자에게 사전의료지시서를 전달하자 97명의 보호자만이 이를 받아 갖고, 14명이 환자에게 전달하였으며, 5명의 환자만 수용하였다(2004 서울대병원). (kbs스페셜 2009.8.2.방송참조.)

49) 장기등 이식에 관한 법률 제18조 ③ 뇌사자와 사망한 자의 장기등은 다음 각호의 1에 해당하는 경우에 한하여 이를 적출할 수 있다. 1. 본인이 뇌사 또는 사망전에 장기등의 적출에 동의한 경우. 다만, 그 가족 또는 유족이 장기등의 적출을 명시적으로 거부하는 경우를 제외한다. 2. 본인이 뇌사 또는 사망전에 장기등의 적출에 동의 또는 반대하였다는 사실이 확인되지 아니한 경우로서 그 가족 또는 유족이 장기등의 적출에 동의한 경우.

경우에는 더 이상 환자 자신이 자기결정권을 행사하여 진료행위의 내용변경이나 중단을 요구하는 의사를 표시할 것을 기대할 수 없다. 이에 환자의 의사를 추정하는 것을 허용할 것인지 논란이 된다.

① 긍정설

환자의 의사가 서면에 의하여 명확히 표시될 것을 요구하는 입법이 없는 이상, 그러한 서면이 없다고 하여 바로 환자의 의사를 추정할 수 없다고 배척한다면 건강할 때 자신의 희망을 명확히 작성해 둔 자만이 원치 않는 치료를 거부할 권리를 행사할 수 있는 결과가 되므로 이와 같이 볼 것은 아니고,⁵⁰⁾ 진료가의 학적으로 무의미하고 오히려 진료에 의하여 인간으로서의 존엄과 가치가 침해될 때에는 환자의 성향을 알 수 있는 모든 정황으로부터 객관적으로 환자의 추정적 의사가 인정되면 의료인은 연명치료를 중단해야 한다는 견해⁵¹⁾이다. 이에 따르면 연명치료를 중단하는 것이 객관적으로 환자의 최선의 이익에 부합하고, 환자에게 자기결정권을 행사할 수 있는 기회가 주어지더라도 연명치료의 중단을 선택하였을 것이라고 볼 수 있는 경우에 연명치료중단에 관한 환자의 의사를 추정할 수 있으며, 추정적 의사 확인에 대한 결정은 법원이나 병원윤리위원회 같은 제3의 기관에서 이루어져야 한다⁵²⁾고 한다.

본 사안과 관련하여 대법원⁵³⁾은, 원고가 15년 전 교통사고로 팔에 상처가 남은 후부터는 이를 남에게 보이기 싫어하여 여름에도 긴 팔 옷과 치마를 입고 다닐 정도로 항상 정갈한 모습을 유지하고자 하였던 사실, 텔레비전을 통해 병석에 누워 간호를 받으며 살아가는 사람의 모습을 보고 “나는 저렇게까지 남에게 누를 끼치며 살고 싶지 않고 깨끗이 이생을 떠나고 싶다”라고 말하였던 사실, 3년 전 남편의 임종 당시 며칠 더 생명을 연장할 수 있는 기관절개술을 거부하고 그대로 임종을 맞게 하면서 “내가 병원에서 안 좋은 일이 생겨 소생하

50) 서울서부지방법원 2008.11.28, 2008가합6977 판결.

51) 대법원 2009.5.21, 2009다17417 전원합의체 판결; 대법원 2009.5.21, 2009다17417판결 김지형, 차한성의 보충의견; 전지연, 안락사에 대한 형법적 고찰, 한림법학 제4권, 한림대학교 법학연구소, 1999, 151면; 정웅석/백승민, 형법강의, 765면; 허일태, 안락사에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1994, 126면.

52) 정규원, 무의미한 치료에 대한 형법적 판단, 199면.

53) 대법원 2009.5.21, 2009다17417 전원합의체 판결.

기 힘들 때 호흡기는 끼우지 말라. 기계에 의하여 연명하는 것은 바라지 않는다.”고 말한 사실 등 일상생활에서의 대화 및 원고의 현 상태 등 여러 사정을 종합하여, 원고가 현재의 상황에 관한 정보를 충분히 제공받았을 경우 원고에게 현재 시행되고 있는 연명치료를 중단하고자 하는 의사가 있었을 것으로 추정한다. 반면 환자의 의사추정 자체는 긍정하지만 본 사안에서 환자의 추정적 의사 존재를 부정하는 견해⁵⁴⁾도 있다. 이에 따르면 ‘추정적 의사’는 일반적·추상적 의사가 아니고, 특정한 상황에서의 구체적이고 명확한 의사를 의미하는 것이므로 환자 가족들의 개인적인 판단기준에 따라 환자의 진정한 의사와 관계없이 함부로 그 의사를 추단하거나, 환자 본인의 의사가 아닌 환자의 가족 등 주변 사람들의 의사를 추정하는 것에 그치는 오류를 범해서는 안 된다고 한다. 따라서 본 사안에서 원고 김○○가 사전에 구두로 의사를 표시하였다는 것 등은 가족들이 작성한 진술서로서 객관적인 증거라고 보기 어려우며, 설령 원고 김○○가 평소에 기계 등에 의한 연명치료에 대하여 거부감을 가지고 있었다는 사실을 인정하더라도, 이는 일반적인 상황에서 장래의 상황을 가상으로 예측하여 추상적이고 막연하게 형성된 의사일 뿐이므로 현재와 같은 상황에서의 구체적이고 진정한 의사와 곧바로 합치한다고 보기 어렵다는 것이다. 즉 원고 김○○가 사전에 의사로부터 충분한 정보를 얻고 정확하게 인식한 경우에도 치료의 중단을 결정하였을 것이라고 볼 수 있는 자료 없이 가족들의 주장만으로 치료를 거부할 것이라는 의사를 추정하거나 가족들의 의사가 원고 김○○의 의사와 부합한다고 인정하기에는 부족하다는 것이다.

② ‘가정적 의사’와 구별설

추정적 의사와 가정적 의사는 구별되어야 한다. 추정적 의사란 일반적으로 어떠한 표현행위를 하는 사람이 현실적으로 가진 의사를 제반 정황으로부터 추단하여 그의 의사표시로 인정하는 것을 의미하고, 이렇게 행하여진 의사표시는 ‘묵시적 의사표시’라고도 한다. 그렇지 않고 만일 그가 제반 사정 아래서 문제되는 사항에 관하여 자신의 법적 의사를 표시하였다고 가정하는 경우에 이러저러한 의사표시를 하였으리라고 인정되는 경우에는 그러한 의사는 이른바 ‘가정적 의사’이다. 그러므로 거기에서는 일반적으로 표의자의 ‘자기결정’을 찾기가 쉽지

54) 서울서부지방법원 2008.7.10. 자 2008카합822 결정.

않다. 또한 가정적 의사에 기한 연명장치의 중단을 인정한다면, 환자의 보호자가 자신의 편의나 이익을 위하여 그 가정적 의사의 존재를 뒷받침하는 사정들만을 제시함으로써 환자의 '자기결정'을 왜곡하여 의료기관의 연명치료중단을 구하는 일이 쉽사리 일어날 수 있음을 우려하지 않을 수 없다. 따라서 연명치료의 중단을 환자의 자기결정권에 의하여 정당화하는 한, 그 '추정적 의사'란 환자가 현실적으로 가지는 의사가 객관적인 상황으로부터 추단될 수 있는 경우에만 긍정될 수 있으며, 다수의견이 말하는 바와 같은 '가정적 의사' 자체만으로 이를 인정할 수는 없다는 견해⁵⁵⁾가 있다.

생각건대 이로써도 환자 본인을 비롯한 가족의 진정한 의사를 입증할 기준이 모호하다. 따라서 이러한 문제점을 해결하기 위해 환자가 의식을 회복할 가능성, 치료를 계속할 경우 환자의 상태변화 등을 종합하여 객관적 관점에서 신중하게 그 의사를 추정하여야 한다는 견해⁵⁶⁾가 있다. 그러나 이러한 견해는 다시 환자에 대한 치료의 '무의미성'이라는 기준을 강조하는 것에 지나지 않는다. 한편 추정적 또는 묵시적 의사와 가정적 의사가 선명하게 구별되기 어려운 경우도 없지 않을 것이다. 그러한 현실적 어려움이 있을수록 생명권이라는 기본권 중의 기본권을 우선 보호하는 방향으로의 해석이 필요하다고 생각된다. 생명을 놓고 제3자가 '추정'을 한다는 것은 아주 위험한 일이며, '가정'은 더욱이 있을 수 없는 일이다. 또한 의사의 추정을 허용하게 되면 비교적 용이하게 제3자의 이익을 위해 오용될 수 있기 때문에 우리나라에서는 아직 환자의 추정적 의사를 인정하기는 이르다. 즉 환자가족의 치료비 부담이 큰 현재의 의료현실에서 삶과 죽음에 대한 인간의 존엄과 가치라는 요소는 명목에 지나지 않고, 결국은 경제적 부담에 의한 치료중단이 남용될 위험성이 항상 존재함을 결코 부인할 수 없다. 이러한 문제들로부터 자유롭기 위해서는 현실적으로 사전의료지시서를 작성한 경우가 아니라면 의사를 추정할 수 없도록 해야 한다.

본 사안에서 원심이 원고의 진료중단을 구하는 의사가 추정되는 사유로 들고 있는 사정들을 보면, 원고 김○○가 한 말이나 태도 등은 누구라도 건강한 상태에서 흔히 할 수 있는 정도의 것에 지나지 않는다. 특히 남편의 임종 당시 "내가 병원에서 안 좋은 일이 생겨 소생하기 힘들 때 호흡기는 끼우지 말라."고 한

55) 대법원 2009.5.21. 2009다17417판결 안대희, 양창수의 반대의견.

56) 전영주, 환자의 연명치료중단에 대한 자기결정권, 471면.

것은 연명치료에 관하여 직접 언급한 것으로서 원고의 추정적 의사를 긍정하게 하는 결정적인 정황이 된 것으로 보인다. 그러나 비록 남편이라고 하여도 역시 타인이 처한 상황에 대응하여 나온 것으로서, 그것이 과연 자신의 운명에 관하여 숙고한 끝에 진지하고 지속적인 의사에 기하여 나온 것이라고 볼 자료가 없다. 또한 그 발언은 생명유지장치의 삽입·장착을 단순히 소극적으로 거부하는 것으로 볼 수는 있을지 몰라도, 거기에서 나아가 생명유지장치가 이미 장착되어 있을 때, 그것도 '자연스러운 죽음의 과정'과는 무관하게 인위적인 시술로 '억울하게도' 과다출혈로 심정지가 발생하였고 이로 인해 뇌기능 및 신체기능의 많은 부분을 상실한 경우에까지도 연명장치를 적극적으로 제거하기를 바라는 의미를 포함한다고 쉽사리 말할 수 없다.⁵⁷⁾

(2) 환자의 의사가 추정되지 않을 때

① 법질서 일반의 관점

연명치료의 중단은 반드시 환자의 '자기결정권'으로부터만 인정된다고 할 것은 아니고, 비록 예외적이기는 하지만 법질서 일반의 관점에서 정당화될 수 있다는 견해⁵⁸⁾이다. 환자 또는 그의 가족 등 제3자와 의료기관간의 진료계약의 내용으로서 치료중지의무의 발생요건을 제시한 경우가 그러하다고 한다. 의료계약에 기하여 의료기관은 원칙적으로 생명의 유지·연장과 건강증진을 도모하기 위하여 환자를 진단하고 치료할 의무를 부담하지만, 의학적으로 무의미한 신체침해행위에 해당하는 연명치료를 환자에게 강요하는 것이 오히려 환자의 인간으로서의 존엄과 가치를 해하게 되는 예외적인 경우에는 연명치료를 중단하는 것이야말로 자신에게 맡겨진 일을 '위임의 본지에 따라' 처리하는 것⁵⁹⁾이라 한다.

57) 대법원 2009.5.21, 2009다17417판결 안대희, 양창수의 반대의견.

58) 대법원 2009.5.21, 2009다17417판결 안대희, 양창수의 반대의견. 독일은 불가역적 죽음의 과정이 시작되지 않은 경우 치료중단을 위해서는 환자의 의사가 가장 중요하지만, 환자가 의사능력이 없는 경우 추정적 의사에 따르도록 하고, 추정적 의사도 알 수 없는 경우 후견법원의 결정을 통해서 일반인의 가치표상에 따르도록 한다.(BGHSt 40, 257, 260)

59) 통상 응급환자에 대한 응급의료를 거부할 수 없는 응급의료종사자라도 '정당한 사유'가 있으면 응급의료를 중단할 수 있다는 '응급의료에 관한 법률' 제10조와 의료계약에 통상

이에 따르면 연명치료의 중단에 관한 환자가족들의 동의 여부는 고려되어야 할 중요한 요소의 하나로서, 오히려 이는 독자적인 요건에 해당하며, 환자의 '가정적 의사'는 연명치료중단의 허용 여부를 판단하는 유일한 또는 결정적인 요소가 아니라 한다. 즉, 환자의 가정적 의사가 연명치료의 중단에 찬성하지 않는 것으로 밝혀지더라도, 그 의사를 존중하여 연명치료를 계속하는 것이 환자의 인간으로서의 존엄과 가치에 반한다고 말할 수 있는 경우에, 연명치료의 중단 여부는 법질서 일반의 관점에서 행하여지는 당해 사안에 대한 객관적인 이익형량⁶⁰⁾ 내지 가치평가의 문제라는 것이다. 이 때 고려되어야 할 관계이익은 환자의 고통 제거, 인간의 존엄성 보장, 치료가능성, 의식회복 가능성, 예상수명 정도, 치료기간 등이며, 특히 가족들이 치료로 인하여 경제적·정신적 고통을 받게 된다 하더라도, 사회보장 장치를 통하여 그와 같은 고통을 덜어 주어야 할 국가적·사회적 필요가 있음은 별론으로 하고, 가족들의 존엄과 가치·행복추구권·평등권·양심의 자유권·건강권·재산권 등의 법익과 생명권을 비교형량 할 수는 없다⁶¹⁾ 고 한다.

생각건대 환자와 의료기관간의 진료계약으로써 치료중지의무의 발생요건을 정한 경우라면, 이는 사전에 환자가 자기결정권을 행사한 경우에 해당하는 것이고, 치료중지와 관련하여 문제될 것이 없다. 그러나 환자의 의사가 배제된 상태에서 가족 등 제3자와 의료기관간에 체결된 진료계약의 내용에 따라 치료가 중지될 수 있고, 그것이 위임의 본지에 따르는 것이고 법질서 일반의 관점에서 정당화된다는 논리에는 수긍할 수 없다. 같은 맥락에서 환자의 '가정적 의사'가 그 자체로 판단에 대한 위험성을 내포하는 것이라 하더라도 그것은 결정적 요소가 아니며, 가족의 동의 여부는 독자적 요건이라는 것도 동의할 수 없다. 연명치료 중단 여부를 판단함에 있어 이익형량 가치판단의 주체는 본인이다. 개인의 생명에 대한 이익형량에 있어 제3자의 시각은 그 다음에 고려될 수 있을 뿐이다. '생명'은 인간 존엄의 근본 전제인 것이고, 심지어 '자살'에 대해서도 본인의 자

적용되는 민법의 위임에 관한 규정 중에서 상대방에게 불리한 시기에 계약을 해지하더라도 "부득이한 사유"가 있다면 손해배상 기타 법적 불이익을 입지 않는다고 정하는 민법 제689조를 참조조문으로 제시한다.

60) 환자가 얻는 이익과 손실을 향량하여 치료중단의 여부를 결정해야 한다는 견해로서, 김학태, 무의미한 생명연장치료 중단에 관한 법 윤리적 고찰, 329면; David W. Meyers, *The Human Body and Law*, Stanford Univ. Press, 1990, p.310.

61) 서울서부지방법원 2008.7.10. 자 2008카합822 결정.

기결정권이 인정되지 않는데, 본인이 아닌 제3자가 타인의 생명을 놓고 '이익형량'이라는 판단의 주체가 된다는 것은 어떠한 경우에도 정당화되기 어렵다.

② 의학적 사유

환자가 회복할 수 없는 의식불명의 상태에 빠져서 명시적인 진료거부 의사표시를 할 수 없는 경우에, 의학적으로 전혀 '소생가능성이 없다'고 판단될 경우에는 생명유지장치를 제거하는 것이 허용된다는 견해⁶²⁾이다. 의사의 생명유지의무는 환자가 어떤 치료가망도 없게 되면 끝난다고 보아야 하기 때문이라 한다. 단, 정당화의 요건으로 환자의 촉탁·승낙은 제외되지만 보호자의 동의를 요한다. 또한 환자가 '불가역적 의식상실의 상태'에 빠진 경우에 의사에게 생명유지의무가 없다는 견해⁶³⁾도 있다. 이에 따르면 불가역적 의식상실이라는 것은 의학적인 판단기준으로 결정하기 때문에 객관적으로 확정할 수 있는 장점이 있다고 한다. 이러한 기준에 따를 때에 뇌사상태의 경우에는 그러한 시점에 해당하는 것이 자명하나, 식물상태의 경우에는 그러한 환자가 모두 불가역적 의식상실에 있는 것은 아니므로 식물상태의 환자가 불가역적 의식상실에 이르렀는가를 확정하여 이에 해당하는 경우에만 의사의 치료중단이 가능하며, 그러한 상태에 이르지 않은 경우에는 의사는 생명유지의무를 지니므로 치료의 중단은 허용되지 않는다고 한다.

생각건대 환자의 의사와 무관하게 '회복불가능한 사망의 단계', '불가역적 의식상실의 상태'라는 의학적 사유만 있으면 의사에게 생명유지의무, 다시 말해 연명치료의무 조차 없으며 치료중단이 가능하다고 하여 의학적 적절성만을 근거로 치료중단 할 수 있다는 것은 지나친 해석이다. 회복불가능한 상태의 생명권도 충분히 존중되어야 하며, 환자의 동의에 상응하는 요건이 필요하다.

62) 배종대, 형법각론, 69-70면. 독일은 의사가 의료지식과 소신에 따라 불가역적 죽음의 과정이 시작되었다는 확신을 가지는 경우 의사의 권리로서 연명치료중단이 허용된다. 이른바 협의의 소극적 안락사이다.(Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung, DÄBl. 95(1998), A-2366; DÄBl. 101(2004); Albrecht, FS-Schreiber(2003), 551, 556.)

63) 정규진, 생명유지치료의 한계에 관한 형법적 고찰, 법학연구 제30집, 한국법학회, 2008.5, 358면; 전지연, 안락사에 대한 형법적 고찰, 154면; Albin Eser, Lebenserhaltungspflicht und Behandlungsabbruch aus rechtlicher Sicht, Suizid und Euthanasie, 1976, S. 131ff.

③ 환자가족 등 대리인의 결정

환자가 의식불명의 상태이기 때문에 승낙의사가 확인될 수 없다면, 가족과 같은 신뢰할 수 있는 주변인의 합리적인 판단에 의해 치료중단이 요구되고, 의사 또한 합리적으로 치료중단을 결정한 경우에는 치료중단에 대한 위법성이 조각된다는 견해⁶⁴⁾이다. 특히 대리인이 환자를 위해 무엇을 할 수 있는가 하는 결정을 내리는 것이 아니라 환자 자신이 이러한 상황에서 무엇을 원하는가를 대리인이 결정할 수 있다는 견해⁶⁵⁾도 있다. 반면 가족들에게 치료중단을 요구할 수 있는 독자적인 권리는 인정되지 않으며, 다만 가족들의 의사는 환자의 추정적인 의사를 추단함에 있어 고려의 대상이 될 수 있다는 견해⁶⁶⁾도 있다.

생각건대 ‘생명’에 대한 대리권 행사의 정당성을 인정할 근거가 모호하고, 대리권의 오용이나 남용의 위험성을 배제하기도 어렵다. 즉 환자와 대리인의 사이가 좋지 않거나 재산상속을 노린 경우 또는 과도한 치료비를 회피하려는 경우 등 대리인에 의해 환자의 생명이 일방적으로 희생당할 수 있는 문제점이 있다. 따라서 타인이 타인의 생명을 단축하는 결과를 가져오는 치료중단을 청구할 독자적 권리를 가진다는 것은 무리가 있으며, 치료의 중단은 환자의 자기결정권 행사에 의해서만 타당할 수 있다.

V. 현실적 해결책 모색 (절차적 정당화)

연명치료의 중단이 해결하기 어려운 문제로 인식되는 것은 치료의 ‘무의미성’ 확정과 함께 이미 환자 본인이 의사표시를 할 수 없는 정도에 이른 경우에 환자 본인의 의사를 확인하기 어렵다는 점 때문이다. 먼저, 치료의 ‘무의미성’ 확정을 위한 의학적 기준을 정하는 것은 현실적으로 매우 어렵거나 불가능하다. 다만 이에 대한 판단은 신의 판단을 기대할 수 없는 이상 의사들의 판단에 의

64) 손동권, 형법총론, 제2개정판, 을곡출판사, 2006, 246-247면.

65) 김일순·손명세·김상득, 의료윤리의 네원칙, 계축문화사, 1999, 42-46면 참조.

66) 서울서부지방법원 2008.7.10. 자 2008카합822 결정.

존할 수밖에 없고, 그것을 객관적인 판단이라 인정하지 않을 수 없다. 또한 환자 본인의 의사에 대한 객관적 판단을 위해서는 생전유언이나 사전의사표시제도 등 구체적인 기준의 마련이 필요하다. 이로써 판단의 정당성을 확보하고, 생명존중의식을 고양시킬 수 있기 때문이다. 잘못하면 우리 사회에 만연한 생명경시풍조를 더욱 부채질할 가능성이 있는 만큼 무의미한 연명치료중단의 모든 기준 자체에 대한 판단 및 그에 부합하는지의 판단은 엄격하고 신중하게 이루어져야 하고, 의심스러울 때는 환자의 생명보호를 우월한 이익으로 우선 보호하여야 한다.

한편 이러한 모든 문제점을 해결하기 위해서는 객관적이고 전문적인 기관의 판단을 통해 절차적 정당화를 꾀하는 수밖에 없다.⁶⁷⁾ 먼저 치료중단을 결정하는 주체는 의사와 변호사이여야 한다는 견해⁶⁸⁾가 있다. 이에 따르면 보호자는 의사에게 치료중단을 요구하기 위해서 의사의 환자상태에 대한 의학적 의견서를 바탕으로 관련 종교인과 사회상담원의 상담을 필수적으로 거쳐야 하며, 상담을 거친 후에도 치료중단을 요구하는 경우에 의사는 일정 수의 같은 전공의사와의 의학적 협의 및 병원경영진과의 경제적 협의를 거쳐야 하며, 의사는 협의 후에 치료중단에 대해서 자율적인 결정을 내릴 수 있다고 한다. 그러나 치료중단의 결정주체를 치료를 담당하는 의사로 정하는 것은 제3의 기관에 의한 관리·통제의 결여로 인해 공정성과 객관성을 담보할 수 없다. 제3의 기관에 의한 적절한 통제가 없다면 치료에 부담을 느끼는 환자의 보호자 및 병원 경영상의 어려움을 인식한 의사의 이익이 결합하여 자의적인 치료중단의 결정이 내려지고 환자의 생명권이 침해될 수 있기 때문이다. 따라서 치료중단의 절차를 공정하게 관리할 수 있도록 객관적인 제3의 주체로서, 가칭 '치료중단윤리위원회'를 통하여 결정하는 것이 바람직하다는 견해⁶⁹⁾가 있다. 또한 법원의 허가를 요하는 견해⁷⁰⁾도 있다. 이에 따르면 환자가 사전의료지시가 없는 상태에서 회복불가능한 사망의 단계에 진입한 경우, 이러한 환자는 법적으로 심신상실의 상태에 있는 자로서 민법상 금치산을 선고할 수 있고, 법정대리인인 후견인은 금치산자를 대리하

67) '장기등 이식에 관한 법률'이 뇌사 여부만을 판정하는 전문적 기관을 별도로 두어 그 판정 결과에 따르도록 하는 것(같은 법 제14조 이하)도 이러한 취지에서 나온 것이다.

68) 이상돈, 의료형법, 법문사, 1998, 260-261면 참조.

69) 김재윤, 안락사허용론에 대한 고찰, 형사법연구 제26호, 2006, 609면 이하 참조; 김학태, 무의미한 생명연장치료 중단에 관한 법 윤리적 고찰, 325면.

70) 대법원 2009.5.21. 2009다17417판결 김지형, 박일환의 별개의견.

여 의사와 의료계약을 체결하고, 필요하다고 인정되는 범위 내에서 진료의 중단 등 의료계약 내용의 변경을 요구할 수 있지만, 진료행위가 금치산자 본인의 생명과 직결되는 경우에는 후견인의 의사만으로 그 연명치료의 중단이 허용된다고 할 수는 없고, 민법 제947조 제2항을 유추적용하여 법원의 허가를 받아야 한다는 것이다. 이와 같이 연명치료중단의 허용 여부에 관하여 법원의 사전판단을 받게 하면, 법적 구속력 있는 판단을 받을 수 있고, 소송절차에 의하는 것보다 간이하고, 신속한 절차를 통하여 연명치료중단에 관한 당사자의 법적 불안정을 제거할 수 있다고 한다.

생각건대 생명유지 치료의 중단에 대한 판단을 의사 또는 제3의 기관 및 법원에 일임하는 것은 무리가 있다. 생명존중과 적정의료의 달성을 위해서는 전문의 등으로 구성된 제3의 기관에 의한 사전판단을 거친 후, 그러한 판단의 적정성과 환자의 의사가 제대로 반영이 되었는지 여부에 대한 판단이 다시 한 번 법원에 의해 이루어져야 할 것이다.

본 사건과 관련하여 살펴보면, 먼저 원고 김○○의 의식 등이 회복될 가능성이 없다거나 이 사건 치료가 의학적으로 의미가 없는 치료라고 하기 위해서는 좀 더 객관적이고 체계화된 기관에 의한 신중한 판단이 필요함에도 불구하고, 대법원은 사망에 근접한 경우로 볼 수 있는 범위를 지나치게 확장하여 인정하고 있어 부당하다. 설령 엄격한 요건이 갖추어진 경우 예외적으로 이 사건 치료의 무의미성을 인정할 수 있다고 하더라도, 원고 김○○의 명백한 치료중단의사가 인정되지 아니할 뿐만 아니라,⁷¹⁾ 가족들이 제출한 자료만으로는 치료중단 허용을 인정할 수 없다. 따라서 대법원의 판단은 앞으로 비슷한 사례에서 환자나 그 가족이 인간의 존엄과 의료행위의 본질에 반하여 치료중단을 요구할 수 있게 하는 위험을 내포하고 있다 하겠다.

주제어 : 무의미한 연명치료, 사전의사표시, 생전유언, 소극적 안락사, 존엄사.

71) 서울서부지방법원 2008.7.10. 자 2008카합822 결정.

참 고 문 헌

- 김성돈, 형법각론, 성균관대학교출판부, 2008.
- 김성돈, 형법총론, 성균관대학교출판부, 2008.
- 김성천·김형준, 형법총론, 동현출판사, 2005.
- 김일수, 한국형법 I, 박영사, 1992.
- 김일수·서보학, 새로 쓴 형법각론, 박영사, 2007.
- 김일수·서보학, 새로 쓴 형법총론, 박영사, 2006.
- 박상기, 형법총론, 제7판, 박영사, 2007.
- 배종대, 형법각론, 제6전정판, 홍문사, 2007.
- 손동권, 형법총론, 제2개정판, 을곡출판사, 2006.
- 이상돈, 의료형법, 법문사, 1998.
- 이영란, 형법학(각론강의), 형설출판사, 2008.
- 이재상, 형법각론, 제5판, 박영사, 2007.
- 이정원, 형법각론, 제3판, 법지사, 2003.
- 이형국, 형법각론, 법문사, 2007.
- 임웅, 형법각론, 법문사, 2006.
- 임웅, 형법총론, 법문사, 2006.
- 정성근·박광민, 형법총론, 제4판, 삼지원, 2008.
- 정용석·백승민, 형법강의, 대명출판사, 2008.
- 진계호·이존걸, 형법총론, 제8판, 대왕사, 2007.
-
- 김재윤, 안락사허용론에 대한 고찰, 형사법연구 제26호, 2006.
- 김학태, 무의미한 생명연장치료 중단에 관한 법 윤리적 고찰, 외법논집 제33권 제1호, 한국외국어대학교, 2009.2.
- 이상용, 치료중단과 안락사, 한국형사정책연구원, 2001.
- 임웅, 안락사허용론, 형사법연구 제16호, 2001.
- 전영주, 환자의 연명치료중단에 대한 자기결정권, 법학연구 제33집, 한국법학회, 2009.2.
- 전지연, 안락사에 대한 형법적 고찰, 한림법학 제4권, 한림대학교 법학연구소, 1999.

정규원, 무의미한 치료에 대한 형법적 판단, 법학논총 제23집 제2호, 한양대학교, 2006.

정규진, 생명유지치료의 한계에 관한 형법적 고찰, 법학연구 제30집, 한국법학회, 2008.5.

정현미, 안락사와 형법, 형사정책연구 제5권 제4호, 한국형사정책연구원, 1994.

허일태, 안락사에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1994.

Albin Eser, Lebenserhaltungspflicht und Behandlungsabbruch aus rechtlicher Sicht, Suizid und Euthanasie, 1976.

Albrecht, FS-Schreiber, 2003.

David W. Meyers, The Human Body and Law, Stanford Univ, Press, 1990.

Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung, DÄB1. 95(1998), A-2366; DÄBl. 101(2004).

[Abstract]

A Study on 'The Withdrawing of meaningless life-sustaining Treatment'

Lee, Se Hwa

Professor, International University

The reason why the issue of the withdrawing of life-sustaining treatment is difficult to solve is that it is difficult to define 'the meaninglessness' and to confirm the intention of the coma-patient who cannot say his mind by himself.

First, it is very difficult or impossible to decide the medical standard of the meaninglessness in actuality, so the standard is dependent on the judgement of the medical doctor constrainedly. Also, it is necessary to prepare the concrete standard of the objective judgement on potential intention of patient, and it is necessary to introduce the system of 'living will' of 'Patientenverfügung'. Especially in Korea, there is a sufficient possibility to request the withdrawing of treatment to escape from the financial burden. Therefore, the regulation of the law on 'the withdrawing of life-sustaining treatment must go side by side with the preparation of the social and economic measure. The law must emphasize the dignity of man, and the judgements of all the standards of the withdrawing of meaningless life-sustaining treatment must be interpreted in lockstep. Also, when there is a doubtful point, the life protection of the patient must be considered more than anything else.

As to former case, the decision is unreasonable because the Supreme Court expanded the range of regarding as good as death. And the decision is wrongful because there is the possibility that the patient or his family may demand a singular treatment from the medical doctor.

Key Words : meaningless life-sustaining Treatment,
Patientenverfügung, Living will, passive
Euthanasie, death with dignity