

## 사전의료지시제도 도입의 전제조건\*

이 석 배

단국대학교 법과대학

### I. 서론

최근 사전의료지시제도의 도입을 위한 노력이 각계에서 이루어지고 있다. 특히 세브란스병원사건 이후 이 주제에 대한 논의는 더욱 활발하다. 하지만 스스로 의사표시를 할 수 없을 때를 대비한 일정한 의료행위에 대한 사전적인 의사표시를 할 수 있는 환자의 권리, 환자의 사전의료지시가 어떠한 조건 하에서 구속력을 가질 수 있는 것인지, 그리고 그 범위는 어디까지인지는 아직까지 논란이 계속되고 있다. 즉 환자의 사전의료지시를 회생 불가능한 환자의 연명치료의 중단에만 적용할 것인지, 특정한 의료행위를 거부하는 데에만 유효하다고 할 것인지 그리고 이러한 사전의료지시는 질병의 상태나 소생 가능성, 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 의사를 충분한 설명을 통한 동의(informed consent)와 동일한 것으로 인정할 수 있는지는 아직 풀어야 할 숙제이다.<sup>1)</sup>

현재 오스트리아와 독일은 각각 2006년과 2009년에 사전의료지시의 구속력을 인정하는 법률을 시행하고 있고, 우리나라도 지난 18대 국회에서 이와 관련된 법률안들이 발의되었으나 성과는 없었다. 아마도 이 법률안들이 여러 가지 논란이 되는 내용을 포함하고 있었기 때문이 아닌가 생각한다. 앞으로도 사전의료지시제도의 도입을 위한 시도는 계속 이루어질 것을 짐작할 수 있다. 그렇다면 현재 우리나라의 상황에 비추어 이러한 사전의료지시의 구속

\* 이 글은 기존에 필자가 발표했던 논문, 보고서 등의 내용과 중복되는 내용들이 포함되어 있다.

1) Wallner, Die Patientenverfügung als Ausdruck der Achtung der Autonomie am Lebensende, ([http://www.patientenanwalt.com/pdf/0702upatzent\\_MagDrWallner.pdf](http://www.patientenanwalt.com/pdf/0702upatzent_MagDrWallner.pdf)), 3.

력을 인정할 수 있는 전제조건이 무엇인지를 검토할 필요가 있다.

## II. 의학적 판단의 존중

본래 사전의료지시제도를 인정하고 있는 독일과 오스트리아의 경우 환자가 가지는 자기결정권의 의미는 환자가 특정 의료행위를 요청할 수 있는 것이 아니라, 의사의 의학적 판단에 따라 필요하다고 여겨지는 의료행위를 환자가 받아들일 것인지 아닌지를 선택할 수 있는 권리이다. 즉 특정 의료행위를 할 것인지 아닌지의 일차적 판단권은 의사에게 있다. 이 점은 독일과 오스트리아의 사전의료지시제도에서 명백히 드러난다.

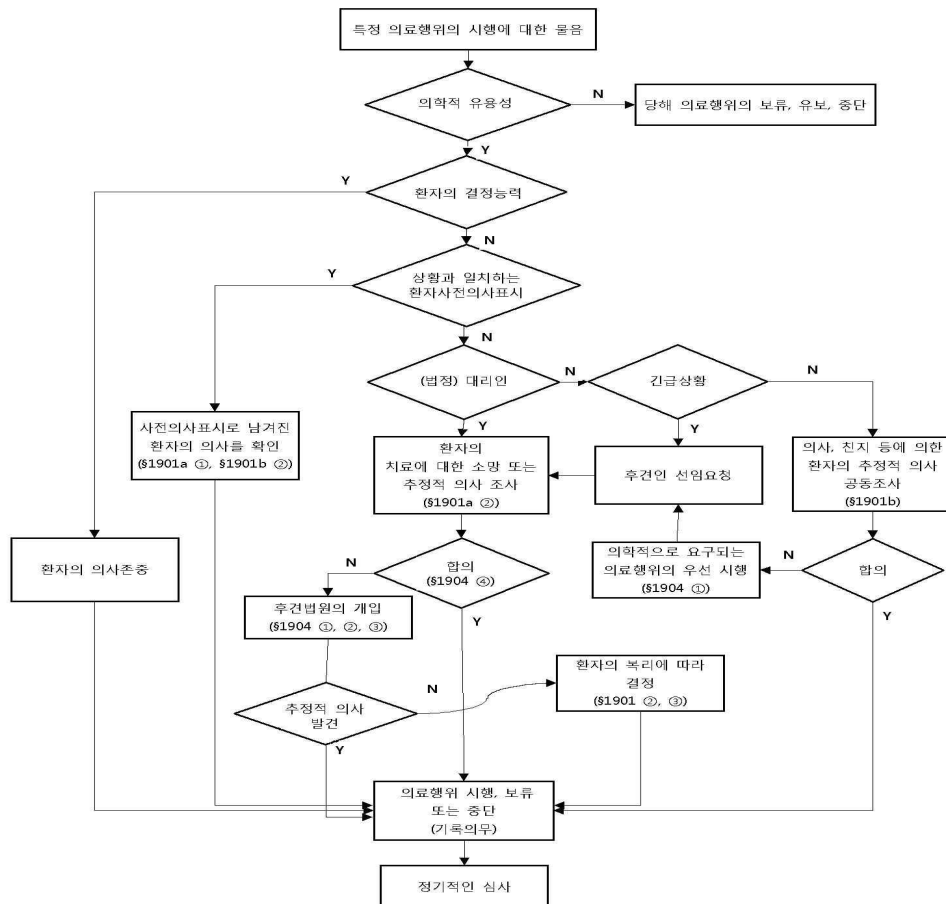


그림 1 독일의 2009년 개정 민법에 따른 연명치료중단 절차

환자의 자기결정권에 대한 잘못된 이해로 환자의 과도한 요구나 환자의 진료권에 대한 무시 그리고 의사의 보호의무에 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.<sup>2)</sup>

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.<sup>3)</sup> 하지만 이러한 치료와 인간생명의 유지 또는 연장만이 유일한 의사의 임무는 아니다. 치료와 생명의 연장이 불가능하다면 의료행위의 목적은 고통을 감경하고 제거하는 것에 맞추어져야 한다.<sup>4)</sup> 따라서 의사의 소명은 확일적인 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.<sup>5)</sup>

만약 이러한 환자의 자기결정권의 행사로 의사에게 치료의무를 부과하는 것을 허용한다면, 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 전원할 것을 권유할 수 있다.<sup>6)</sup> 이러한 상황에서 의사의 진료거부는 의료윤리와 의사의 직업적 소명에 합치하는 것으로,

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

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

4) 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.

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

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

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.<sup>7)</sup> 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.<sup>8)</sup>

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.<sup>9)</sup> 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.<sup>10)</sup> 특히 응급의료의 경우도 환자의 명시적 치료거부의 의사 표시가 있었던 경우에는 “정당한 이유”에 포함되는 것으로 해석하여야 한다. 환자의 자기결정권은 응급·비응급에 따라 달라지지 않는다.<sup>11)</sup>

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.<sup>12)</sup> 이와 관련하여 보호자가 적절하다고 판단되는 의료행위를 거부하는 경

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

8) 정현미, 의료법상 진료거부금지과 응급조치의무, 형사판례연구 [5] (1997), 460, 477쪽.

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

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

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

우에는 응급상황이라면 응급의료에관한법률 제9조에 따른 시행규칙 제3조 제3항에 따라 응급의료를 할 수 있다는 점을 고려할 수 있을 것이다.<sup>13)</sup>

### Ⅲ. 환자의 의료행위에 대한 거부권과 사전의료지시

#### 1. 사전의료지시의 전제로서 환자의 의료행위 거부권

사전의료지시의 핵심은 환자의 자기결정권 보장이고, 특정한 의료행위를 거부할 수 있는 권리를 보장하는 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 인간의 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.<sup>14)</sup> 또한 생명권은 자신의 생명·신체의 불가침에 대한 권리로, 헌법에 규정된 모든 기본권의 전제로서 기능하는 기본권 중의 기본권으로 우리 헌법상 최고의 기본권으로 인정된다.<sup>15)</sup> 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.<sup>16)</sup> 이에 따라 환자는 자신의 생명과 신체의 불가침성에 대한 포괄적

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

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

14) 헌법재판소 2009. 11. 26. 선고 2008헌마385 전원재판부 결정.

15) 대법원 2009. 5. 21. 선고 2009다17417 전원합의체 판결; 신동일, 사전의료지시서: 법이론과 현실, 안암법학 제28호 (2009), 229, 236쪽

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

인 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 도입 하고 있는 오스트리아나 독일과 일치한다고 볼 수 있다. 하지만 치료거부가 환자의 생명에 위험을 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 것이므로, 환자의 생명과 직결되는 진료행위를 중단할 것인지는 여부는 극히 제한적으로 신중하게 판단하여야 한다”고 하였다.<sup>17)</sup> 결국 우리 법원은 환자의 치료거부가 생명에 위험을 초래한다면 의사는 이러한 환자의 요구를 거부할 수 있다는 취지로 이해된다.<sup>18)</sup>

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,<sup>19)</sup> 오스트리아에서는 환자의 유효한 승낙없는 의료행위를 형법 제110조에서 전단적 의료행위로 처벌한다. 사전의료지시의 논의는 환자의 결정이 비록 객관적·의학적 관점에서 비합리적이라고 판단되더라도 환자의 치료거부권을 존중하여야 한다는 전제가 없이는 불가능하다.<sup>20)</sup> “환자의 의사는 최고의 법률이다(Voluntas

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

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

19) 대표적으로 BGHSt 11, 111.

20) 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.

aegroti suprema lex)”이라는 법언은 환자의 자신에 대한 질병치료의 동의나 거절에 대한 권리로부터 소극적인 죽음에 대한 권리까지 모두 보장되어야 함을 의미한다. 이러한 환자의 자기결정권은 생명권에서 기인하는 것이다.<sup>21)</sup>

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 있다. 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.<sup>22)</sup> 생명권을 이렇게 이해한다면 치료중단이 생명에 위험을 초래할 수도 있더라도 자신이 스스로 치료거부를 요구하는 경우는 우리 대법원이 생각했던 것처럼 생명에 위험이 있을지는 모르지만 생명권은 침해되는 것이 아니라 보장되는 것이다. 국가의 생명보호의무는 자신의 생명·신체에 대한 침습을 거부할 수 있는 권리인 생명권을 행사하는 시민을 강제로 생명을 유지하도록 하는 것을 내용으로 하지는 않는다.

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 위험발생은 법적인 효과가 아니고 생명·신체의 불가침권의 행사에 따른 부수 효과이다. 일반적인 의료행위는 물론 생명을 유지하는 처치나 치료도 거부할 수 있으며, 이러한 의미에서 환자는 소극적인 의미로 죽을 권리를 갖는다.<sup>23)</sup> 이러한 자기결정의 자유는 객관적으로 비합리적이거나 생명에 위험을 초래하는 경우라도 제한되어서는 안된다.<sup>24)</sup> 타인의 객관적이고 합리적인 시각이나

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

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

23) Bortke, 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.

24) BGHSt 11, 111; Nationaler Ethikrat, Patientenverfügung (2005), 10; Grundsätze der

전문가의 시각에서 우호적이고 후견적인 의도로 환자의 의사결정을 변경하거나 대체할 수 없다.

이러한 의료행위에 대한 환자의 거부권을 인정하지 않으면, 사전의료지시가 있다고 하더라도 생명에 위험을 초래할 연명치료중단을 인정할 수 있는 법적 근거는 존재할 수 없다.<sup>25)</sup> 더구나 독일과 달리 자살관여죄 처벌규정을 두고 있는 우리나라의 경우는 최소한 자살관여죄의 문제가 발생할 수 있다.<sup>26)</sup>

## 2. 사전의료지시서의 법적 의미

세브란스병원사건에서 대법원 다수의견은 “사전의료지시는 …… 의사결정 능력이 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 사전의료지시로서의 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.<sup>27)</sup> 최근의 존엄사법안도 이러한 환자사전의료지시의 구속력을 인정하고 있다.<sup>28)</sup>

---

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.

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

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

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



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 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.<sup>29)</sup> 또한 환자의 사전의료지시서를 명시적 의사와 추정적 의사의 중간에 위치한 것으로 보자는 견해도 있다.<sup>30)</sup>

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.<sup>31)</sup> 따라서 환자의 사전의료지시가 있는 경우라도 바로 그 구속력을 인정하는 데에는 여러 가지 문제

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

29) 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.

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

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

가 존재한다. 그러므로 법적으로 사전의료지시를 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.<sup>32)</sup>

2009년 9월 15일 대한변호사협회와 대한의사협회 공동세미나에서 대한변호사협회는 사전의료지시서의 확실성을 담보하기 위하여 공증을 요건으로 하는 제안을 하였다.<sup>33)</sup> 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 고려한다면 오히려 환자의 의사를 확실히 증명하기 위한 공증제도가 오히려 환자의 의사를 왜곡시키는 문제가 발생할 위험이 크다.<sup>34)</sup>

### 3. 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 예

32) 사전의료지시에서 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.

33) 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.

34) 이 점에 관하여는 현재 사전의료지시서의 공증제도를 시행하고 있는 오스트리아에서도 커다란 논란이 있다. 이석배, 오스트리아 환자사전의사표시법, 한국의료법학회지 제12권 제2호 (2007), 111쪽 이하 참고.

들은 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.<sup>35)</sup> 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. 실제로 독일의 연방대법원도 환자의 추정적 의사를 판단함에 가족, 친지 등에 의해서 환자의 추정적 의사가 왜곡될 수 있는 위험성에 대하여 인정하고 경고하였다.<sup>36)</sup>

실제 우리나라도 이러한 위험은 존재한다. 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.<sup>37)</sup>

이와 관련하여 서울대학병원이 시행하겠다고 밝힌 사전의료지시제도는 그 대상을 말기암환자로 제한하고 있고, 거부할 수 있는 의료행위의 대상도 심폐소생술, 혈액투석, 인공호흡으로 한정하고 있다.<sup>38)</sup> 말기암환자라는 단서를 붙이고 심정지나 혈액투석, 인공호흡 등이 필요한 상태가 된다면, 환자의 의사에 반하여 연명치료를 계속하는 것은 의사의 직업적 소명에 반한다.<sup>39)</sup> 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.<sup>40)</sup>

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

36) BGHSt. 40, 257. 판결요지 참고.

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

38) 2009년 5월 18일 경향신문 등 각 일간지 참고.

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

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

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 의식회복가능성이 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.<sup>41)</sup>

#### IV. 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, 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.<sup>42)</sup>

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.<sup>43)</sup> 물론 경제적인 이유로 치료를 거부하는 것도 자기결정

41) 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.

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

권의 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 비용을 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 거부의 사전의료지시서를 작성할 것인지를 고민하지 않는다. 의료비부담의 문제에 대한 고민없는 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.<sup>44)</sup> 대법원도 세브란스 병원사건 판결에서 사전의료지시서가 없는 경우 추정적 의사에 의한다고 하고 있다. 그런데 “추정적 의사”에 대하여는 그 개념은 물론이고 그 기준에 대해서도 기본적인 의문이 존재한다.<sup>45)</sup> 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.

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

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

45) 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.;

“추정적 의사”의 “조사”라는 기준은 당사자가 만약 결정할 수 있었다면 아마도 특정한 의료행위의 선택 또는 포기를 결정했을 것이라는 개연성을 말해 줄 수 는 있다. 하지만 개연적 의사는 특히 치료중단의 경우에 의사로서 충분하다고 볼 수 없다.<sup>46)</sup> 이러한 관점에서 “추정적 의사”라는 범형상에 대하여 Taupitz는 “허구적인 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.<sup>47)</sup> 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 밝혔다.<sup>48)</sup>

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.<sup>49)</sup>

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

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

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

49) 이러한 점을 포함하여 사전의료지시서의 윤리적 문제점에 대한 고찰과 아주 제한적인 활용만을 인정하는 문헌으로는 이동익, 사전의료지시서 논의와 내용에 관한 윤리적 고찰, 가톨릭철학 제10호

## V. 결론

사전의료지시는 환자가 원하지 않는 의료행위를 거부하는 환자의 자기결정권 보장을 위하여 고안된 것이다. 정확하게 말하면 독일과 오스트리아의 사전의료지시제도의 유용성이 인정되는 대상은 PVS환자에 국한된다. 독일과 오스트리아에서 환자는 사전의료지시서를 작성할 때 의료비문제를 고려하지 않고 환자의 입장에서 결정할 수 있다. 그러나 특히 고비용<sup>50)</sup> 의료행위인 PVS환자에 대한 연명치료의 경우 우리나라 현실에서 의료비를 고려하지 않고 결정하는 것은 거의 불가능한 일이다. 앞에서 사전의료지시제도의 도입을 위한 여러 가지 윤리적, 법적 전제조건들을 검토해 보았지만, 그 이전에 의료행위를 받고 싶지만 경제적인 문제로 거부하는 문제에 대하여 더 많은 고민을 해야 하는 것은 아닌지 하는 생각이 든다.

---

(2008), 409쪽 이하.

50) 예컨대 세브란스병원사건에서 김할머니가 의식을 잃은 후 대법원 공개변론이 있을 당시까지 약 14개월동안 약 1억 7천만원의 자기부담금이 발생하였다.