

延命治療中止에 대한 意思決定의 代行

-미국판례를 중심으로-

이 덕 환*

| | |
|--------------------------|------------------------------|
| I. 序 說 | 2. 未成年者에 대한 意思決定의 代行 |
| II. 治療拒否權의 根據 | 3. 意識不明患者에 대한 意思決定의 代行 |
| 1. 普通法上の 自己決定權 | 4. 意識있는 意思無能力患者에 대한 意思決定의 代行 |
| 2. 憲法上の 私生活에 대한 權利 | |
| 3. 法令上の 治療拒否權 | IV. 結 語 |
| III. 延命治療中止에 대한 意思決定의 代行 | |
| 1. 概 觀 | |

I. 序 說

일반적으로 회복될 가능성이 없는 환자에 대하여 무익한 생명유지치료를 중지하고 환자로 하여금 품위 있는 죽음을 맞이하게 하는 것을 존엄사라고 한다. 세계적으로 크게 주목받은 바 있던 미국의 'Quinlan사례'¹⁾ 이래, 치료가능성 이나 소생가능성이 없어 죽음에 직면한 환자가 품위 있는 죽음을 맞이할 수 있게 하고 가족과 의사의 치료의무를 해방시켜 준다는 의미에서 존엄사는 위법성을 조각한다는 견해가 주장되고 있다.²⁾ 의사능력이 있는 환자가 자기의 건강이 회복될 가능성이 없음을 알고서 예외적인 방법을 통하여 자기의 생명을 인공적으로 연장하는 것을 원하지 않는

* 한양대 법대 교수

1) In re Quinlan, Supreme court of New Jersey, 1976, 70 N. J. 10, 355, A.zd. 647

2) 우리나라에서도 이러한 見解가 多數의 지지를 받고 있다: 李在祥, 刑法各論, 博英社, 1992, 23면

다면 환자의 자기결정권을 존중하여 그의 결정에 따라야 하는 것은 당연한 것이다. 의사의 환자에 대한 연명조치도 진료계약의 내용에 포함되는 것이므로 환자는 자신의 연명조치에 대하여 동의 또는 거부할 수 있는 自己決定權을 가지게 된다. 또한 응급의료등 긴급상태에서 진료가 행해질 경우에는 환자 자신이 연명조치를 거부한다면, 그 의사에 반하여 이를 행할 수 없는 것이다.³⁾ 그러나 존엄사가 문제로 되는 대부분의 경우는 환자 자신이 의사능력이 없는 의식불명이든지, 혹은 미성년자나 정신장애자이기 때문에 연명조치를 계속할 것인가의 여부를 환자 자신의 의사에 따라 결정할 수 없는 것이다. 이와 같은 경우에 의사결정대행자에 의하여 연명조치를 중지하는 의사결정에 따른 존엄사의 인정여부가 문제된다. 미국법원들은 주로 연명치료중지에 관한 의사결정에 있어서의 표준을 확립하는데 역점을 두어 이 문제를 다루어 왔다. 그리고 이에 관한 법원들의 접근방법이 문제시되었을 때에 각주의 입법기관들은 사망선택유언법(living wills)과 건강보호대리법(HCPA)과 같은 선행된 의사표시의 법령화로 대처하여 왔다.⁴⁾ 의사무능력환자의 죽을 권리를 인정함에 있어서 제기되는 근본적인 문제는 의사결정대행자가 치료대안을 결정함에 있어서 적용하여야 하는 적합한 표준과 누가 그 환자를 대신하여 연명치료에 대한 의사결정을 하여야 되는가에 관한 것이다. 본고에서는 우리나라뿐만 아니라 세계 각국에서 중요한 문제로 대두되고 있는 의사무능력환자의 연명치료 중지에 대한 의사결정에 관하여 미국판례를 중심으로 고찰하여 본다.

3) 大谷實, 刑法にねける腦死問題, 法律のひろば, 38卷 8號(1985), 288면

4) ABA Comm'n on Legal Problem of the Elderly, Citations of State Health Care Decisions Legislation, Bioethics Bull., Winter/Spring 1997, at 1, 24-25. 그러나 미국인의 18%만이 이러한 법령에 의하여 事前 의사표시를 하였다. 결과적으로 법령에 의하여 사전 의사표시를 하지 않은 나머지 82%의 미국인 중 어느 개인이 의사무능력자로 된다면 친지들이 그 개인의 운명을 결정하기 위해 법적 시스템에 의존하여야 한다. 더구나 미국인의 70%가량이 그들의 삶의 어떤 시점에서 연명치료의 중지여부를 결정하게 될 것으로 평가되기 때문에 이 문제는 더 심각하게 다루어져야만 한다.

II. 治療拒否權의 根據

대다수의 미국법원들은 의사능력이 있는 환자나, 의사능력이 없는 환자 모두가 연명치료를 중지시킬 권리를 가지고 있다는 것을 인정하고 있다. 미국에서의 개인의 죽을 권리는 보통법상의 신체에 대한 자기결정권⁵⁾과 헌법상의 사생활에 대한 권리⁶⁾에 의하여 인정되고 있으며, 그밖에도 다수의 州에서는 이 원리를 성문화한 법령을 채용하고 있다.

1. 普通法上の 自己決定權

보통법은 의료처치 그 자체를 금지하거나 강요하지 않고, 자기결정권에 기하여 설명이 전제된 의사결정을 하게 함으로써 인간의 존엄성을 존중하고 있다. 1세기 전쯤에 미국연방대법원은 Union Pacific Railway Co. v. Botsford사건의 판결⁷⁾에서 보통법에 의하여 타인의 간섭과 억압으로부터 자유로울 개인의 自律과 소유에 대한 개인의 권리보다 더 신성시되고 두텁게 보호되는 권리는 없다고 판시함으로써 동의 없이 전단적으로 행하여지는 신체침해를 방지할 수 있는 개인의 권리를 인정하였다. 또한 일찍이 Cardozo판사는 성년의 건전한 정신을 가진 모든 인간은 그 자신의 신체에 행하여지게 될 것을 결정할 권리를 가진다고 선언함으로써 개인의 자기결정권을 인정하였다.⁸⁾ 의료에 대한 의사결정과 관련해서는 설명이 전제된 동의의 법리가 이러한 자기결정권을 보호하고 있다.⁹⁾ 즉 이 법리에 의하여 의료에 대한 의사결정에 있어서 환자의 자기결정권이 확립되는 것이다. 따라서 환자는 치료에 내포된 모든 위험과 代案에 관하여 의사로부터 적절한 설명을 들어야 하며,¹⁰⁾ 또한 설명을 들은 환자는 자기

5) 141 U.S. 250 (1891).

6) In re Storar, 52 N.Y.2d 363, 422 N.E.2d 64, 438 N.Y.S.2d 266, cert. denied, 454 U.S. 858 (1981); In re Quinlan, 70 N.J. 10, 355 A.2d 647, cert. denied, 429 U.S. 922 (1976).

7) 141 U.S. 250 (1891).

8) Schlendorff v. Society of N.Y. Hosp., 211 N.Y. 125, 129 (1924).

9) W. PROSSER & W. KEETON, THE LAW OF TORTS 18 (5th ed 1984).

10) Canterbury v. Spence, 464 F.2d 772, 780 (D.C. Cir), cert. denied, 409 U.S. 1064 (1972).

스스로 치료에 대한 동의여부를 결정하여야만 한다. 동의에 의한 신체상의 완전성을 조절할 환자의 권리는 묵시적으로 설명이 전제된 거부권도 포함하고 있다. Kansas주 대법원은 Natanson v. Kline사건의 판결¹¹⁾에서 의사능력자는 연명치료나, 다른 의료처치를 분명하게 거부할 수 있다고 판시하였다. 또한 미국의 다른 州의 대법원들도 마찬가지로 치료거부권을 포함하는 신체적 자율에 대한 권리를 인정하였다.¹²⁾ 치료거부권은 단지 고난도의侵襲이나, 매우 위험한 처치를 거부할 권리만을 포함하는 것이 아니고, 양분이나 수분의 공급을 거부할 권리도 포함한다.¹³⁾ 비록 의사무능력환자가 스스로 치료대안을 평가할 수 없을지라도 그 환자의 의사결정대행자는 의사능력이 있는 환자가 그러한 상황에서 제공받을 수 있는 것과 같은 내용의 설명을 들어야 한다. 요컨대 의료처치가 개인의 신체상의 완전성을 침해할 수 있기 때문에 의사무능력환자도 역시 의사능력이 있는 환자와 동일한 내용의 설명을 들을 권리가 있는 것이다.¹⁴⁾

2. 憲法上の私生活에 대한 權利

신체적 완전성은 헌법상의 사생활에 대한 권리에 의하여 보호된다. 미

11) 350 P.2d 1093, 1104 (Kan, 1960).

12) In re Browning, 568 So.2d 4, 9-13 (Fla, 1990) (의사무능력환자는 치료를 거부할 권리를 가진다고 판시하였음); In re Congeway, 549 N.E.2d 292, 297 (Ill,1989) (Illinois주 보통법은 치료를 거부할 환자의 권리를 인정한다고 판시하였음); Leach v. Akron Gen. Medical Ctr., 426 N.E.2d 809, 814 (Ohio 1980) (말기환자는 치료를 거부할 권리를 가진다고 판시하였음).

13) Bouvia v. Superior Court, 225 Cal. Rptr. 297, 300 (1986) (환자는 치료나, 의료서비스뿐만 아니라 양분이나 수분의 공급도 거부할 수 있다고 판시하였음); Longway, 549 N.E.2d 297 (Illinois주에서는 보통법상 인공적으로 양분이나 수분을 공급하는 의료처치를 거부할 수 있는 권리를 가진다고 판시하였음.); In re Lawrance, 579 N.E.2d 32, 39 (Ind, 1981) (양분이나 수분의 인공적 공급은 거부될 수 있는 의료처치라고 판시하였음).

14) Superintendent of Belchertown State School v. Saikewicz, 373 Mass. 728, 370 N.E.2d 417 (1977). (의사능력이 있는 환자뿐만 아니라 의사능력이 없는 환자도 역시 인간의 존엄과 가치를 가지므로 이들 모두에게 설명을 들을 권리가 인정되어야만 한다...州는 의사무능력자를 보호하기 위하여 그 州의 권한 내에서 그러한 개인의 존엄과 가치를 인정해야만 하고, 의사능력자에게 인정되는 것과 동일한 선택권을 그 의사무능력자에 대해서도 인정해야만 된다고 판시하였음).

국연방헌법은 비록 사생활에 대한 권리를 명확하게 규정하지는 않지만, 미국연방대법원은 사생활에 대한 권리가 존재하고 헌법에 의하여 보호되고 있다는 사실을 인정하고 있다.¹⁵⁾ 동법원은 *Griswold v. Connecticut* 사건의 판결¹⁶⁾에서 처음으로 既婚의 부부는 피임기구를 사용할 헌법상의 권리를 가진다고 판시하면서 연방헌법상의 사생활에 대한 권리를 인정하였다. 동법원의 사생활에 대한 권리의 인정은 후에 획기적인 *Roe v. Wade* 사건의 판결¹⁷⁾에서 낙태와 관련하여 극적으로 확장되었다. 동법원은 수정헌법 제14조에 의하여 보장되고 있는 자유권의 일부로서 이 사생활에 대한 권리는 여성의 임신중절의 여부에 대한 의사결정권도 포함하는 것으로 보았다. 또한 사생활에 대한 권리는 개인의 비밀을 보호하는데 있어서의 개인의 이익과 독자적으로 어떠한 중대한 결정을 함에 있어서의 개인의 이익을 모두 포함하고 있다.¹⁸⁾ 그러나 미국연방대법원은 기본적으로 보호되는 독립된 이익으로서 치료거부권을 명확하게 확립하지는 않았다. 그럼에도 불구하고 New Jersey주 대법원은 *Quinlan* 사건에서 그에 대한 획기적인 판결을 함으로써 사생활에 대한 연방헌법상의 권리는 연명치료를 거부할 권리를 포함한다는 사실을 처음으로 주장하였다.¹⁹⁾ 동법원은 사생활에 대한 권리는 어떤 상황에서 치료를 거부할 수 있는 환자의 권리를 포함하는데 충분히 광범위하다고 판단하였다. 미국의 다른 여러 주의 법원들도 이 법원의 선례를 따랐다.²⁰⁾ 1990년 미국연방대법원은 *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health* 사건의 판결²¹⁾에서 환자에게 연명치

15) *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) (낙태를 인정); *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965) (결혼한 부부에 대한 피임을 인정); *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986) (사생활에 대한 권리에 동성애적 권리는 포함되지 않음).

16) 410 U.S. 479 (1965).

17) 410 U.S. 113 (1973).

18) *Whalen v. Roe*, 429 U.S. 589, 599-600 (1977).

19) 70 N.J. 10, 355 A.2d 647, cert. denied, 429 U.S. 922 (1976).

20) *Superintendent of Belchertown State School v. Saikewicz*, 373 Mass. 728, 742, 370 N.E.2d 417, 426 (1977); *Rasmussen v. Fleming*, 154 Ariz. 207, 215, 741 P.2d 674, 682 (1987); *Bouvia v. Superior Court*, 179 Cal. App. 3d 1127, 1141, 225 Cal. Rptr. 297, 304 (1986).

21) 497 U.S. 261. 이 사례는 환자의 후견인이 환자가 연명치료의 중지를 원했다는 명백하고 신뢰할 수 있는 사실을 입증해야 하는 Missouri주의 절차적 요건에 관한 것이었다. Nancy Cruzan의 부모는 그녀가 연명치료를 거부할 것을 요구하는 명백하고 신뢰할 수

료의 거부를 승인하는 것은 수정헌법의 제14조에 기한 헌법상의 자유권을 인정하는 것이라고 하였다. 동법원은 수정헌법 제14조의 자유권을 인정하면서 치료거부권은 절대적인 것이 아니기 때문에 개인의 이익은 관련된 州의 이익과 균형을 이루어야 된다고 하였다.²²⁾ 이러한 州의 이익에는 ① 생명의 유지, ② 자살의 방지, ③ 醫業의 倫理的 廉潔性의 보호, ④ 환자에 의존하는 제3자의 보호의 네 가지가 포함되어 있다.²³⁾ 미국법원들은 일반적으로 생명의 유지를 가장 중요한 州의 이익으로 고려하고 있다. 그럼에도 불구하고 통상적으로 매우 중요한 환자의 사생활에 대한 권리는 특징이 없는 이 추상적인 州의 이익에 우선하는 것으로 간주하고 있다.²⁴⁾ 미국법원들은 환자의 사망원인은 연명치료의 거부에 있는 것이 아니라 오히려 근원적인 질병에 있는 것으로 보아 자살을 방지하는 州의 이익을 교묘하게 회피하여 왔다.²⁵⁾ 이러한 접근방법에 의하여 대다수의 미국법원들은 연명치료의 거부는 자살과는 다른 것이라고 판단하였다. 이와 유사하게 의사능력이 있는 환자가 연명치료를 거부할 수 있도록 하는 것은 醫業의 윤리적 廉潔性을 보호함에 있어서 州의 이익을 위협하는 것이 아니며, 또한 醫業 그 자체는 현재 더 이상 모든 상황에서 치료를 해야 할 의무가 있는 것도 아니라고 하였다.²⁶⁾ 또한 대다수의 미국법원들은 설명을 들은 의사능력이 있는 환자가 연명치료를 거부함으로써 건강보호표준이 침해되는 것은 아니라는 사실을 인정하고 있다.²⁷⁾ 미국법원들이 의사능력이 있는 환자의 연명치료거부권을 인정하지 않을 때에는 일반적으로

있는 사실을 입증할 수 없었기 때문에 Missouri주 대법원은 그들이 요청한 그녀의 급식 튜브의 제거를 부인하였다.

22) Cruzan, 497 U.S. 279.

23) Fleming, 154 Ariz. 216-17, 741 P.2d 683-85; Brophy, 398 Mass. 431, 497 N.E.2d 634; In re Conservatorship of Torres, 357 N.W.2d 332, 339 (Minn. 1984).

24) In re Quinlan, 70 N.J. 10, 40-41, 355 A.2d 647, 664, cert. denied, 429 U.S. 922 (1976).

25) Satz v. Perlmitter, 362 So.2d 160, 162 (Fla. Dist. Ct. App. 1978), approved, 397 So.2d 359 (Fla. 1980); Conroy, 98 N.J. 355, 486 A.2d 1224.

26) In re Storar, 52 N.Y.2d 363, 385-86 n.3, 420 N.E.2d 64, 75-76 N.3, 438 N.Y.S.2d 266, 277-78 n.3, cert. denied, 454 U.S. 858 (1981).

27) Fleming, 154 Ariz. 217,741 P.2d 684-85; In re Farrell, 108 N.J. 335, 351-52, 529 A.2d 404,411-12 91987); In re Conroy, 98 N.J. 321, 351-52, 486 A.2d 1209, 1224-25 (1985).

환자에 의존하는 제3자를 보호하는 州의 이익은 촉진된다. 그러나 이 문제에 직면한 대다수의 미국법원들은 자기결정권은 통상적으로 어떤 상반되는 이익보다 가치가 있으며, 의사능력이 있는 환자는 통상적으로 비록 사망할 위험성이 있을지라도 치료를 거부할 수 있다는 것을 인정하고 있다.²⁸⁾

3. 法令上の 治療拒否權

다수의 미국의 州들은 보통법상의 법리와 연명치료거부권에 관한 헌법상의 이론을 성문화한 법령을 채용하고 있다. 예컨대 미국의 38개 주와 Columbia지역은 의사무능력자로 될 가능성이 있는 말기의 환자가 더 이상 의료처치에 관한 의사결정을 할 수 없게 될 경우에 연명치료에 대하여 자신이 서면에 표시한 의사를 실행할 수 있는 사망선택유언법(living will)을 제정하였다.²⁹⁾ 그밖에도 건강보호에 대한 지속적 대리권을 통하여 개인이 의사무능환자가 될 경우에는 그들의 건강보호에 관한 의사결정자를 임명할 수 있다. 따라서 미국의 대다수의 州에서는 지속적 대리법(DPAHC)을 제정하거나, 심리 중에 있으며,³⁰⁾ 또한 환자의 이익을 더욱 명백히 보호하기 위하여 환자의 권리에 관한 각종의 법령을 제정하였다.³¹⁾

28) In re Conroy, 98 N.J. 321, 353, 486 A.2d 1209, 1225 (1985); Bouvia v. Superior Court, 179 Cal. App. 3d 1127, 25 Cal. Rptr. 297 (1986); In re Osborne, 294 A.2d 372 (D.C.1972); Satz v. Perlmutter, 362 So. 2d 160 (Fla. Dist. Ct. App. 1978).

29) ALA. CODE §§22-8A-1 to 22-8A-10 (1984) 등. 사망선택유언법은 의사무능력자가 사전에 의사를 표시한 문서가 유효하게 되는 요건을 정의하고 있으며, 전형적으로 환자가 말기 상태에 있거나, 또는 죽음이 임박한 환자에게만 제한적으로 적용된다.

30) 지속적 대리권법은 의사능력이 의사무능력환자로 되었을 때 연명치료에 대한 의사결정을 대신하는 타인을 임명하는 것을 허용하고 있다. 이 법령들은 사실상 다음의 네 가지 입법을 모델로 하고 있다: (1) VA. CODE ANN. §§11-9.1 to 11-9.2 (1950), (2) MODEL SPECIAL POWER OF SMALL PROPERTY INTERESTS ACT (Uniform Law Commissioners 1964); (3) UNIF PROBATE CODE §§5-501 to 5-502 (1969); (4) UNIF DURABLE POWER OF ATTORNEY ACT §§1-10, 8 U.L.A. 74 (1982).

31) 설명이 전제된 동의법령- FLA. STAT. ANN. 768, 46 (West 1986); N.Y. MENTAL HYG. LAW 2850-d.1 (McKinney 1985 & Supp. 1988); 진료기록의 비밀유지와 열람권을 다룬 법령- MASS. ANN. LAWS ch. 111, 70, ch. 112, 12G (Law. Co-op 1985 & Supp. 1988); N.Y.

Ⅲ. 延命治療中止에 대한 意思決定의 代行

1. 概 觀

사전에 의사표시를 하지 않은 의사무능력환자의 죽을 권리를 다른 판례들은 주로 연명치료중지에 대한 의사결정대행자에 관한 문제에 초점을 맞추어 왔다. 미국연방대법원은 다음과 같은 경우에 헌법상 타인의 권리를 행사할 수 있는 지위에 있는 제3자를 인정하였다. 즉, ① 청구자와 제3자 사이에 본질적인 관계가 존재할 때, ② 청구자가 헌법상의 권리를 주장할 수 없을 때, ③ 제3자가 청구자의 헌법상의 권리의 감소를 방지할 때이다.³²⁾ 의사무능력환자의 운명이 달려있는 의사결정과정은 가족·의사 그리고 법원의 세 당사자에게 관계될 수 있다.³³⁾ 특정의 의사무능력환자에 초점을 맞춘 최상의 이익표준은 연명치료거부의 문제를 다루는데 있어서 가장 적합한 분석의 토대가 된다. 따라서 그 환자의 최상의 이익을 위한 의사결정권은 가족이나, 의사와 같은 대행자들에게 주어질 수밖에 없다. 연명치료의 중지예 관련되는 사례에 대한 법원의 재심리는 비용이 많이 들고, 시간이 많이 소요되는 애매한 과정으로 증명되었다.³⁴⁾ 또한 대

MENTAL HYG. LAW 33, 13 (Consol. 1979 & Supp. 1987). 환자의 권리를 일반적으로 집행하는 법령- MASS. ANN. LAWS ch. 11, 70E (Law. Co-op 1985 & Supp. 1988).

32) Eisenstadt v. Baird, 405 U. S. 483, 443-46 (1972) (Baird는 피임수단이 부정되는 미혼자의 권리를 주장하는데 합당한 이유를 가졌던 것이다); Griswold v. Connecticut, 381 U. S. 479, 481 (1965) (기혼자의 권리는 그들과 주장할 수 있는 신뢰관계를 가진 자에 의한 요청을 고려하지 않으면 부정된다.); NAACP v. Alabama, 357 U.S. 449, 458-59 (1958) (협회와 그 회원은 실질적으로 동일한 것이었기 때문에 같은 입장을 가진다.).

33) Note, Decisionmaking for the Incompetent Terminally Ill Patient: A compromise in a Solution Eliminates a Compromise of Patient's Rights, 57 IND. L.J. 325 (1982).

34) PRESIDENT'S COMMISSION FOR THE STUDY OF ETHICAL IN MEDICINE AND BIOMEDICAL AND BEHAVIORAL RESEARCH, DECIDING TO FOREGO LIFE SUSTAINING TREATMENT: ETHICAL, MEDICAL AND LEGAL ISSUES IN TREATMENT DECISIONS 1, 159 (U.S.G.P.O., March, 1983) [hereinafter PRESIDENT'S COMMISSION]. 동 보고서는 법원의 재심리에 의한 의사결정과정의 긍정적인 점은 ① 그 과정이 공공적인 것이고, ② 법원의 의사결정은 절조가 있으며, ③ 법원의 과정은 공평을 추구할 뿐만 아니라, ④ 의사결정에 반대되는 제안을 고무토록 하는 것이라고 한다. 그리고 부정적인 점은 ① 그 과정은 비용이 많이 들고, 시간이 많이 소요되고, ② 의사결정대행자와 타인 사이에 불필요한 분쟁을 야기할 수 있으며, ③ 내용이 공개되어 개인의 사적 사실이 폭로되는 것이라고 한다.

다수의 사례에서 환자들은 사실상 사건의 최종판결이 있기 전에 이미 사망하였다. 따라서 미국법원들은 그들의 적극적인 관여에 의하여 초래된 문제점을 인정하고, 죽을 권리를 창출하기 위한 입법을 요청하였다.³⁵⁾ New Jersey주 대법원은 Jobses사건의 판결에서 가족은 가장 적합한 당사자로서 의사무능력환자를 대신하여 치료에 대한 의사결정을 할 수 있다고 판시하였다.³⁶⁾ 동법원은 가족은 의사무능력환자의 삶의 접근방법을 특유하게 파악할 수 있을 뿐만 아니라 그 환자와 특수한 紐帶를 맺고 있기 때문에 대행결정을 하는데 가장 적격자라고 하였다. 또한 가족은 일반적으로 환자의 복리를 가장 잘 배려할 수 있고 환자를 안락하게 간호할 수 있으므로 최상의 이익을 제공한다고 하였다.³⁷⁾ 즉 가족은 서로 사랑하고 부양하며 염려함으로써 진심으로 환자에 대한 최상의 이익을 가지고 있으며, 개인적인 신념·환자의 종교나 도덕에 더 친숙하기 때문에 치료에 대한 의사결정에 있어서 가장 적격자라는 사실은 자명한 것이다.³⁸⁾ 다만 연명치료의 거부에 관여할 수 있는 가족은 직계혈족이나, 또는 最近親만이 포함되어야만 한다.³⁹⁾ 이러한 가족은 법원과는 달리 시종일관 환자와 苦樂을 함께 하여 온 것이다. 그러나 가족이 그 구성원의 운명을 지배할 수 없다고 하는 법원의 관여로 인하여 환자에 대한 가족의 중요성을 평가절하시킬 수도 있다.⁴⁰⁾ 또한 진료를 담당하는 의사는 가족과 마찬가지로 환자에 대하여 특수한 관계를 유지하고 있다. 의사는 가능한 치료대안

35) Rasmussen v. Fleming, 154 Ariz. 207, 741 P.2d 674, 692 (1987); In re Conroy, 98 N.J. 321, 343-46, 486 A.2d 1209, 1220-21 (1985); In re Hamlin, 102 Wash. 2d 810, 822, 689 P.2d 1372, 1379 (1984).

36) In re Jobses, 108 N.J. 394, 415-20, 529 A.2d 444-47 (1987).

37) Id, 416, 529 A.2d 445; In re Farrell, 108 N.J. 335, 529 A.2d 404, 414 (1987) (의사무능력환자의 의료에 대한 의사결정에 있어서 가족의 중요성을 인정함); Rhoden, Litigating Life and Death, 102 Harv. L.REV. 375, 437-45 (1988) (의사무능력환자에 대한 가족의 의사결정과 적용할 수 있는 지침의 설정을 지지함).

38) In re Farrell, 529 A.2d 404, 414 (N.J. 1987).

39) Comment, Withholding Life-Sustaining Treatment from the Incompetent Patient: The Need for Statutory Guideline, 17 LOY. U. CHI. L. J. 427, 445 (1986).

40) Mooney, Deciding not to Resuscitate Hospital Patients: Medical and Legal Perspectives, 1986 U. Ill. L. REV. 1025, 1107.(1986)

과 특정의 의사무능력환자에 대한 발생가능한 결과를 판단하는데 있어서 전문적인 지식을 가지고 있다.⁴¹⁾ 따라서 가족과 의사는 의사무능력환자가 치료에 대한 사전 의사표시를 하지 않았을 경우에 중요한 역할을 하여야 하는 반면에 그들의 책임과 법원의 관여의 정도가 모든 사례에서 획일화 되지 않아야만 한다. 진실로 환자의 최상의 이익을 보호하기 위해서는 영속적인 의식불명환자와, 의식이 있는 의사무능력환자에게 주어지는 豫後와 이익에 따라 의사결정대행자의 방침이 달라져야만 한다.

2. 未成年者에 대한 意思決定의 代行

일반적으로 의사능력이 없는 미성년자의 의료에 대한 결정권은 친권자·후견인 등의 법정대리인이나 법원이 선임한 특별대리인에게 있다. 미국법원들도 일반적으로 미성년자의 치료에 관하여 부모·법정후견인 또는 법원이 임명한 대리인이 결정토록 하고 있다.⁴²⁾ 그러나 최근에 몇개의 미국법원들은 미성년의 말기 환자가 신체에 대한 자기결정권과 연명의료 거부권을 행사할 것을 인정하기 시작하였다.⁴³⁾ 또한 「성숙한 미성년자의 법리」의 적용에 의하여 미성년자에게 설명이 전제된 동의권을 인정하여 왔는바, 이 법리는 미성년자의 치료에 대한 부모의 동의를 필요로 하는 일반적인 원칙에 대한 예외라고 할 수 있다.⁴⁴⁾ 이 보통법상의 법리는 미성년자가 치료의 성질이나 결과를 알 수 있다면 특정치료에 대한 동의 내지 거부권을 미성년자에게 인정하고 있다.⁴⁵⁾ 미국법원들은 일반적으로 건강배려를 위한 치료에 관하여 결정한 권리는 연령에 의하여 결정되는

41) Note, Sustituted Judgement in Medical Decisionmaking for Incompetent Persons: In re Stoar, 1982 WIS. L REV. 1173, 1192(authored by Suzanne E. Williams). (의사는 환자를 치료할 至上의 의무를 부담하고 있다. 그밖에도 문외한이 완전히 평가하고 이해할 수 없는 고도의 기술적인 성질의 의료문제가 발생할 수 있다).

42) In re severns, 425 A.2nd 156, 159(Del. ch. 1980).

43) Christine Gorman, A Sick Boy Says "Enough" TIME, June 27, 1994, at 65.

44) Carolyn O'Connor, Illinois Adolescents' Right to Confidential Health care, 82 ILL. B. J. 24, 28(1994).

45) Id.

것이 아니기 때문에 성숙한 미성년자의 법리가 필요한 것으로 판단하였다.⁴⁶⁾ 그리고 이 법리를 적용하는 대다수의 미국법원들은 미성년자가 그 자신의 결정의 결과를 평가하는데 있어서 충분히 성숙하다는 것과 성년자와 같은 판단을 할 수 있다는 사실을 증명하여야 된다고 하였다.⁴⁷⁾ 그러나 미국법원들은 이 법리의 적용에 필요한 증명의 표준을 달리하고 있다. 몇개의 미국법원들은 미성년자의 성숙성에 대한 분명하고 신뢰할 수 있는 증명을 요구하고 있다.⁴⁸⁾ 한편 다른 법원들은 보통법상의 「Rule of Sevens」이 성숙한 미성년자 법리를 고려할 때 적절한 표준으로 판단하고 있다.⁴⁹⁾ 미국법원들은 14세 이상의 미성년자는 판단능력을 가지므로 의료에 대한 설명이 전제된 동의를 할 수 있는 능력이 있다는 가정을 지지하여 왔다.⁵⁰⁾ 미성년자는 대략 12세가 되면 공적으로 인정되는 구체적인 상황에 따라 적절하게 판단할 수 있는 지적 능력이 생긴다는 증거도 이 법칙을 과학적으로 뒷받침하고 있다.⁵¹⁾ 그러나 「Rule of Sevens」에 의하여 창출된 가정을 인정하는 미국법원들조차도 미성년자가 설명이 전제된 동의능력과 성숙성을 가지는가의 여부에 초점을 맞추고 있으며, 미성년자의 능력에 관한 실체적·절차적 지침은 확립되어 있지는 않다. 우리나라에서는 아직 학설·판례상 이 문제가 논의되고 있지 않으나, 외국에서는 대체로 15세 내지 18세를 의사결정능력의 한계로 하고 있다.⁵²⁾ 우리 가족법에서도 15세 이상의 자에게 입양여부를 결정할 수 있는 능력을 부여하

46) *Hodgson v. Minnesota*, 497 U.S. 434(1990).

47) *Bellotti v. Baird* 443 U.S. 632(1979).

48) *In re E.G.*, 549 N. E. 2d. 327-28(Ill. 1989).

49) *Cardwell v. Bechtol*, 724 S. W. 2d 739, 745 (tenn. 1987).

50) O'Connor, *supra* note 44, at 29.

51) *Id.*

52) 英國에서는 1969년의 가족법개정법(Family Law Reform Act 1969) 제8조에 의료의 동의에 관하여 未成年者의 개념을 일반의 그것과는 달리 16세 이상의 자를 成年者와 같이 취급한다는 것을 특별히 규정하고 있다. 프랑스에서는 이에 관한 법규는 없으며, 학설상 여성의 婚姻年齡, 見習工으로 계약을 체결할 수 있는 연령인 만 15세가 그 한계로 고려하고 있다. 日本에서도 養子에 대한 子の 同意權을 인정하는 15세를 한계로 한다는 說과 의학의 발달에 수반하는 고도화 전문화 복잡화를 고려하여 고등학교 졸업정도의 18세를 한계로 하는 說이 있다. 獨逸의 연방대법원판례에서는 갑상선 수술시 16세의 환자에게 동의권을 인정하고 있다(BGHZ 29, 36).

고 있으며(제869조), 16세 이상을 여자의 혼인연령으로 규정하고 있는 점(제809조)에 비추어 볼 때 적어도 15세 정도의 연령이 되면 자기의 생명·신체 등에 대한 판단능력이 법률상 인정되고 있는 것으로 해석할 수 있다.

3. 意識不明患者에 대한 意思決定의 代行

영속적인 의식불명환자는 그 자신이나, 환경에 대한 사념·감정·욕망·감각·감동·자각과 같은 정신적 기능을 모두 상실하고 있다.⁵³⁾ 의사는 명확하게 의학적으로 평가를 한 후에 환자를 영속적인 의식불명환자로 판정하게 될 것이다. 영속적인 의식불명환자로 판정되었을 경우에는 연명치료는 환자에게 최상의 이익을 제공하지 않는다.⁵⁴⁾ 이러한 상태에서 연명치료는 근본적으로 역효과를 초래할 뿐이다. 즉 ① 실제로 의식을 회복한 대다수의 환자에게 중대한 장애가 발생한 사실이 입증되었으며, ② 의사결정과정에서 환자의 親知들이 경제적·정서적으로 중대한 영향을 받았던 것이다.⁵⁵⁾ 몇 개의 미국판례는 법원의 관여 없이 의사무능력 환자의 가족과 담당의사를 연명치료에 대한 의사결정대행자로 인정하고 있다.⁵⁶⁾ 한편 다른 미국판례에서는 법원이 임명한 후견인을 의사무능력환자의 의사결정대행자로 인정하고 있다.⁵⁷⁾

(1) Quinlan사례-後見人

New Jersey주 대법원은 Quinlan사건의 판결에서 법원의 작용을 강조하는 영속적인 의식불명환자들에 대한 의사결정방책을 說示하였다. 동법원은 법원의 사전 승인을 받게 하는 것은 의업에 대한 과잉간섭으로 판명

53) PRESIDENT'S COMMISSION, supra note 34, 174-75.

54) Id, 181-82.

55) Id, 182-83.

56) John F. Kennedy Memorial Hospital v. Bludworth, 452 So. 2d 921 (Fla, 1984); In re Hamlin, 102 Wash, 2d 818, 689 P.2d 1377; Colyer, 99 Wash, 127-28, 660 P.2d 746.

57) Quinlan, 70 N.J. 55,355 A.2d 664-666; Colyer, 99 Wash, 128-29, 660 P.2d 746-47.

되었기 때문에 오히려 치료에 관한 의사결정은 환자·의사·가족관계 내에서 이루어져야만 된다고 판시하였다.⁵⁸⁾ 동법원은 후견인으로서 딸의 연명치료의 중지를 주장하는之父의 권리를 승인한 반면에 다음과 같은 절차상의 보장규약을 공표하였다. 즉, ① 담당의사는 환자가 의식이 회복할 가능성이 없다고 판단하여야 하며, ② 연명치료의 중지에 대한 가족과 후견인의 의견이 일치되어야 하며, ③ 의사의 판정에 대한 병원윤리조사위원회의 견해가 그 판정과 일치되어야 한다. 이 병원윤리조사위원회는 의사·사회노동자·변호사와 신학자로 구성되어 있다.⁵⁹⁾

(2) Colyer·Hamlin사례-家族·醫師

대다수의 미국법원들은 치료에 대하여 사전에 의사를 표시하지 않은 영속적인 의식불명환자의 최상의 이익을 위해서는 치료거부에 대한 법원의 사전 승인이 필요하지 않다고 한다.⁶⁰⁾ 예컨대, Washington주 대법원은 Colyer사건의 판결⁶¹⁾과 Hamlin사건의 판결⁶²⁾에서 법원의 관여를 배제할 것을 명령하였다. 심장병을 앓은 후 영속적인 식물인간상태에 있는 69세의 환자인 Coley는 생존의 의미가 없는 豫後와 함께 산소호흡기에 의하여 延命되고 있었다.⁶³⁾ 동법원은 그녀의 남편에 의한 산소호흡기의 제거의 요청을 승인한 사실심법원의 명령을 확정하였다. 동법원은 이전에 의사능력이 있었던 환자에 관한 사례를 분석하면서 법원의 사전 승인은 치료거부에 필요한 조건이 아니라고 하였다. 법원의 관여는 ① 의사무능력 환자의 치료에 대한 가족 사이의 의견불일치, ② 진단에 대한 의사들 사이의 의견불일치, ③ 환자가 장기간 의사무능력인 때, ④ 不法의 動機나,

58) 70 N.J. 10, 50, 355 A.2d 647, 669 (1976).

59) Id. 49-50, 355 A.2d 668-69.

60) Rasmussen v. Fleming, 154 Ariz. 207, 224, 741 P.2d 674, 691 (1987) (en banc); Barber v. Superior Court, 147 Cal. App. 3d 1006, 1022, 195 Cal. Rptr. 484, 493 (1983); In re Srorar, 52 N.Y.2d 363, 382-83, 420 N.E.2d 64, 74, 438 N.Y.S.2d 266, 276, cert. denied, 454 U.S. 858 (1981); In re Hamlin, 102 Wash. 2d 810, 689 P.2d 1372 (1984).

61) 99 Wash. 2d 114, 660 P.2d 738 (1983).

62) 102 Wash. 2d 116, 660 P.2d 1372 (1984).

63) 99 Wash. 2d 116, 660 P.2d 740.

의료과실이 존재할 때, ⑤ 환자의 후견인으로 행위 할 친족이 없을 때에 필요할 것이라고 하였다.⁶⁴⁾ 또한 동법원은 병원들로 하여금 세 사람 이상으로 구성된 豫後委員會를 설치할 것을 요청하였다. 이 위원회의 역할은 의학적으로 환자의 의식이 회복될 가능성이 없다는 것을 판정하는 것이다.⁶⁵⁾ Hamlin사건의 판결⁶⁶⁾에서 Washington주 대법원은 Bludworth사건의 판결⁶⁷⁾과 Barbar사건의 판결⁶⁸⁾을 引用하면서 평생을 의사무능력상태에서 생존한 자에 관한 사례에서 법원의 관여에 대한 배제를 확장하였다. Hamlin은 친족이 없었기 때문에 그의 최상의 이익을 보호하기 위하여 법원이 임명한 후견인이 필요하였다. 이와는 반대로 동법원은 입법상의 지침없이 의사·예후위원회와 후견인에 의한 생명의 종결은 환자의 최상의 이익을 증진시킬 것이라는 사실에 동의하였을 때, 법원의 관여는 실질적인 내용을 결정하는데 있어서는 필요하지 않다고 결론지었다.⁶⁹⁾ 만약 관여가 필요하다면 법원은 의사결정자들 사이에서 발생하는 분쟁만을 해결하게 될 것이라고 하였다.⁷⁰⁾

(3) 法院의 再審理

영속적인 의식불명환자의 사전 의사표시를 명확하게 입증하지 못한다면 병원윤리위원회는 그 환자의 최상의 이익을 보호하기 위하여 법원의 재심리에 대한 효과적인 대안을 마련하여야 한다.⁷¹⁾ 동위원회는 모든 사

64) Id. 136, 660 P.2d 750.

65) 99 Wash. 114, 660 P.2d 750.

66) 102 Wash. 2d 810, 689 P.2d 1372 (1984). 출생하면서부터 소경에다 심한 정신지체자이었던 42세의 Joseph Hamlin은 산소호흡기에 의하여 식물인간상태에서 생존하고 있었다.

67) 452 So. 2d 921 (Fla. 1984). 이 사건의 판결에서 幼兒의 자연적 후견인으로서의 부모는 형식적으로 법정후견인의 자격이 부여됨이 없이 말기질병의 혼수상태인 유아의 연명치료의 중지를 명령할 수 있다고 판결한 Guardianship of Barr사건에서의 Florida주 지방법원의 의견을 일부 수용하였다.

68) Barbar v. Superior Court, 147 Cal. App. 3d 1006, 195 Cal. Rptr. 484 (1983). 이 사건의 판결에서 치료중지에 대한 의사결정 전에 법원의 사전 승인이나, 법정후견인의 임명이 필요하다는 것은 법적 요건이 아니라고 하였다.

69) 102 Wash. 2d 820, 689 P.2d 1378.

70) Id. 821, 680 P.2d 1387-79.

71) PRESIDENT'S COMMISSION, supra note 34, 160-61.

례에서 연명을 선호하는 가정과 더불어 출발하고 있다. 동위원회의 위원은 특정환자의 최상의 이익에 대한 재심리에 의학적·법적·사회적 측면을 다양하게 합체시켜야만 한다. 만약 영속적인 의식불명환자가 친족이 없다면 법원은 그 환자의 최상의 이익을 보호하기 위하여 소송을 위한 후견인을 임명하여야 한다.⁷²⁾ 그러나 영속적인 의식불명자들의 복리를 근본적으로 악화시킨다면 소송을 위한 후견인의 임명을 위한 법원의 재심리는 의사들이 치료의 無益에 대하여 의사들 사이의 의견이 일치하는 한 법원의 자원만 낭비하게 될 것이다.⁷³⁾

4. 意識있는 意思無能力患者에 대한 意思決定의 代行

환자가 의식이 있을 경우에는 누가 그 의식 있는 의사무능력환자에게 최상의 이익표준을 적용할 수 있는가에 관한 문제는 더 어렵게 된다. 의사무능력환자에게 조금이라도 정신적 능력이 존재하는 것은 생명을 유지하는 卍의 이익을 증진시킨다. 의식이 있는 의사무능력환자로부터 치료를 거부하거나, 중지하는 것에 대한 법원의 권한의 정도는 환자의 예후가 종결되는 가의 여부에 달려 있다.

(1) 末期의 意思無能力患者

Massachusetts주 대법원은 말기의 의식 있는 의사무능력환자에 대하여 법원의 사전 승인 없이 연명치료의 중지를 승인하는 것을 거부하였다. 동법원은 Saikewicz사건의 판결에서 정신병환자에 대한 화학요법을 중지하는 의사결정은 환자의 후견인보다는 오히려 법원에 의하여 적절하게 이루어질 수 있다고 판시하였다.⁷⁴⁾ Washington주 대법원은 Grant사건의 판결⁷⁵⁾에서 Batten질병을 앓고 있는 餘命이 얼마 남지 않은 22세의 의식

72) Rasmussen v. Fleming, 154 Ariz. 207, 223, 741 P.2d 674, 690 (1987) (quoting In re Coley, 99 Wash. 2d 114, 133, 660 P.2d 738, 748-49 (1983)).

73) Mooney, supra note 40, 1117.

74) Superintendent of Belchertown State School v. Saikewicz, 373 Mass. 728, 370 N.E.2d, 417 (1977).

75) 109 Wash. 2d 545, 747 P.2d 445-47 (Wash. 1987).

있는 여환자로부터 화학적·인공적 연명치료의 중지를 승인하였다. 그렇게 함에 있어서 동법원은 법원의 승인의 필요성을 부정하는데 있어서 네 가지 요건을 제시하였다. 첫째, 환자의 담당의사는 다른 두 명의 의사와 함께 환자가 영속적인 정신적·신체적 쇠약으로 치료가 불가능하고 질병이 말기라는 것을 의학적으로 적합하게 판정하여야 한다.⁷⁶⁾ 둘째, 법정후견인은 가능하다면 의사무능력환자의 의사능력이 있었을 때의 의사표시를 반영하여야 하고, 또는 그 환자가 사전에 의사표시를 하지 않았다면 환자의 최상의 이익을 표준으로 하여 의사결정을 하여야 한다. 셋째, 의사무능력환자의 법률상의 가족이 치료중지에 동의하여야 한다. 넷째, 환자의 담당의사도 건강관리기관도 그러한 치료의 중지에 반대하지 않아야 한다.⁷⁷⁾ 말기의 의식 있는 의사무능력환자에 대한 최상의 이익표준은 영속적으로 의식이 없는 의사무능력환자와 같이 연명치료가 신체적 기능을 현저하게 개선하게 될 것인지, 또는 단지 사망의 과정만을 연장하는 것인지를 판정하여야 한다.⁷⁸⁾ 이러한 사례에서 가장 적절한 최상의 이익표준은 의사와 병원윤리위원회의 동의와 더불어 가족에 의하여 의사결정이 행하여 지는 것이다. 이 당사자들은 단지 추상적인 합리적인 인간의 표준에 의존하기보다는 오히려 특정환자에 초점을 맞추는데 있어서 더 적합한 것이다. 만약 이 당사자들의 의견이 일치하지 않는다면 법원의 관여는 환자의 최상의 이익을 도모하고, 보호하는데 필수적인 것으로 된다.

(2) 末期아닌 意思無能力患者

최상의 이익표준은 이러한 사례에 있어서 연명치료를 선호하는 것처럼 보이기 때문에 말기 아닌 의식 있는 의사무능력환자에 관한 의사결정에서 더 많은 문제가 제기되고 있다. Massachusetts주 대법원은 Spring사건의 판결⁷⁹⁾에서 의사무능력환자에 대한 연명나, 연명치료를 중지하는 모든 결

76) Id. 566, 747 P.2d 456.

77) Id. 567, 747 P.2d 456.

78) Mooney, supra note 40, 1097.

79) 380 Mass. 629, 405 N.E.2d 115 (1980).

정에 대한 법원의 사전 승인을 요구하는 이전의 입장을 변경한 것으로 보인다. 동법원은 의사무능력환자의 담당의사가 그 환자의 妻子와 함께 법원의 사전 승인 없이 혈액투석치료중지의 요청을 승인하지는 않았지만, 그것이 다른 방법으로 존재하지 않게 되는 법원의 사전 승인에 대한 어떤 요건을 설정하는 것은 아니라고 하였다.⁸⁰⁾ 동법원은 이 사건에서 대행 판단분석을 적용하였고, Spring의 妻子가 말기로 접어드는 환자의 萎縮腎에 대한 혈액투석치료중지의 요청을 승인하였다.⁸¹⁾ Spring은 노인성치매를 앓고 있었음에도 불구하고 血液透析에 의하여 몇 개월이나, 또는 잠재적으로 5년까지도 생존할 수 있을 것으로 보았다.⁸²⁾ 동법원은 Spring의 의사 결정책임을 추궁하는 최종판결에서 의사무능력환자의 치료에 관한 법원의 명령의 필요성을 안내하는 요건을 제시하였다. 즉, ① 환자의 정신적 능력에 대한 障礙의 정도, ② 환자가 州의 공공시설에 보호를 받고 있는지의 여부, ③ 지시된 치료를 하지 않을 때의 예후, ④ 지시된 치료의 복잡성·위험성과 새로움, ⑤ 치료의 효능, ⑥ 환자의 가능한 반응과 이해의 수준, ⑦ 의사결정의 긴급성, ⑧ 환자의 동의, ⑨ 배우자·후견인의 存否, ⑩ 의사결정에 관여하는 자들의 善意, ⑪ 통용되는 의료관행에 대한 전문가의 의견의 명확성, ⑫ 제3자의 이익과 관련기관의 행정적인 요건을 제시하였다.⁸³⁾ 그러나 동법원은 상황에 따라서는 법원의 사전 승인을 필요로 하게 될 수 있다는 사실을 부정하였다.⁸⁴⁾ 동법원은 개인의 의료처치에 대한 의사결정은 선의와 통용되는 의료관행에 따라서 행하여져야 하며, 만약 선의나, 적절한 치료가 차후의 소송에서 문제로 제기된다면 법원의 자세한 조사에 응하여야 된다고 하였다.⁸⁵⁾ 또한 연명치료에 대한 병원의 전문상담요원과 상담을 병행하는 것은 선의와 통용되는 의료관행의 문제에 대하여 더 설득력을 가지게 될 것이라고 하였다.⁸⁶⁾ 환자의 사전

80) Id. 646, 405 N.E.2d 120.

81) 380 Mass. 631-32, 405 N.E.2d 117-18.

82) Id. 632, 405 N.E.2d 118.

83) Id. 637, 405 N.E.2d 121.

84) Id.

85) Id. 639, 405 N.E.2d 122.

86) Id.

의사표시를 증명할 수 없다면 말기가 아닌 의식이 있는 환자에 대한 연명조치를 선호하여야만 한다. 연명치료는 그 치료가 환자의 최상의 이익에는 반한다는 사실이 명백하게 입증된 때에만 중지될 수 있다. 환자의 복리에 대한 州의 이익이 증진된 상태에서 법원의 사전 승인이 필요한 것으로 되어야 한다. 그리고 연명치료가 환자에게 현저한 이익을 제공함이 없이 단지 고통만 더 야기시키게 된다는 것을 분명하게 입증하여야 한다.

IV. 結 語

연명치료의 중지에 대한 의사결정문제는 인간의 생사에 관한 것으로 극히 신중을 기하여야 할 것이다. 周知하는 바와 같이 미국에서는 일찍이 판례법이나, 입법을 통하여 이 문제의 해결을 摸索하여 왔다. 미국법은 의사능력에 관계없이 모든 환자에게 의료처치에 관한 의사결정권을 위임하고 있다. 생각컨대 의사결정대행권은 환자의 이익을 보호하는데 있어서 필요한 한도에서만 행사될 수 있는 것이며, 환자 자신의 죽음을 초래할 수 있는 치료법의 선택이나, 치료거부 등을 대행 할 수는 없는 것이 원칙이다. 그러나 환자가 생명유지장치에 의하여 인간으로서의 존엄을 유지하고 있다고는 할 수 없으며, 또한 환자가 의사능력을 가지고 있다면 틀림없이 존엄사를 원하였을 것이라고 생각되는 경우에까지 의사결정대행자의 결정에 의한 존엄사를 부인하는 것도 문제가 되지 않을 수 없다. 따라서 환자에게 중요한 선택이며 侵襲의 정도도 통상의 치료에 비하여 높은 연명치료를 받을 것인가의 여부에 대하여 환자가 의사능력이 없기 때문에 치료를 거부할 수 없어서 그 치료를 계속받는 것도 부당하므로 의사결정대행자에 의한 존엄사는 인정되어야 할 것이다. 다만 의사무능력환자에 대한 연명장치의 제거는 소생가능성이 희박하다는 의학상의 판정을 전제로 하여 그 환자 내지 의사결정대행자의 동의가 있는 경우에만 인정하여야 할 것이다. 그러나 이를 인정하더라도 의사무능력환자에게 안락사의 경우와 같은 고통이 없으며, 인간으로서의 존엄을 침해당하고 있다는

자각도 없을 것이므로 환자 자신에게 객관적인 이익이 있다는 것도 명백하지 않다. 오히려 환자 본인 이외의 가족, 병원재산 등의 부담경감이 객관적 이익으로 되고, 그로 인하여 환자의 생명이 경시될 우려가 크다고 아니할 수 없다. 또한 의사결정의 대행은 어디까지나 제3자에 불과한 의사결정대행자의 의사에 의한 것일 뿐 환자 본인의 의사에 기한 것이 아니므로 의제적 요소가 존재함은 부정할 수 없으며, 존엄사를 원하는 추정적 의사가 존재하는 경우에도 그것은 결국 제3자에 의한 객관적 일방적 추정에 불과한 것이어서 개인에게 가장 기본적이고 중요한 가치이자 또한 불가역적인 생명의 처분을 이러한 의사에 따라 결정하게 된다는 문제점이 없지 않다. 법적으로 치료에 대한 의사결정을 위임하는데 있어서 가장 적절한 사람들은 환자의 직계 혈족과 담당의사이다. 치료에 대한 의사결정에 있어서 법원이 관여하는 적절한 정도는 환자의 의식과 예후의 기능에 달려 있다. 따라서 법원은 의사결정자들 사이에 의견이 일치되지 않을 때에 오로지 마지막 수단으로 관여하여야만 될 것이다. 이미 네델란드에서는 이 문제에 관련된 안락사를 인정하는 입법이 통과되어 세계적으로 焦眉의 관심을 고조시키고 있다. 우리나라에서도 수년 전부터 연명치료의 중지가 사회적·법적 문제로 등장하여 斯界의 논쟁의 대상이 되고 있다. 이러한 시점에서 미국의 연명치료의 중지에 대한 의사결정법리는 우리나라가 이 문제에 관하여 나아갈 방향을 제시하는데 많은 도움을 주게 될 것으로 생각된다.

■ 지정토론문 — 최진욱*

앞 논문이 미국판례의 소개이기는 하나 그 논의의 쟁점 중 우리나라에서 논쟁적으로 문제되는 부분과 관련하여 문제있는 점들에 대해 토론하고자 한다.

1. 소생가능성에 대한 논의

가. 연명치료중단에 대한 논의는 소생가능성이 없고 단지 생명유지장치에 의한 치료로 생명이 유지되고 있을 따름일 때 그런 경우 더 이상의 무의미한 치료를 중단하고자 하는 것이 가능한가 하는 문제라면 첫 번째 소생가능성 여부에 대한 사실판단, 두 번째 그러한 치료중단결정의 결정권자, 세 번째 의사결정의 방법이 논의의 대상이라고 할 것입니다.

위 논문은 미국판례에 있어 생명유지치료의 중단의 가능여부와 그 기준에 대해 고찰하고 있습니다. 위 논문은 미국판례에 있어 생명유지치료가 무의미할 때에는 생명유지치료를 중단할 수 있으며 그 중단여부를 결정하는 것의 가장 중요한 근거는 당사자의 의사이며 그러한 당사자의 의사를 알수 없을 때 대리인의 의사에 의하는 것과 최상의 이익이 기준이 될 수 있다는 것을 설명하고 있습니다.

그런데 위 논문의 경우 소생가능성 여부에 대한 사실판단에 대한 논의가 없어 이에 대한 논의가 필요하다고 할 것입니다.

나. 소생가능성에 관하여 논의할 수 있는 것은 당사자의 의사가 명시적인 경우와 명시적이지 않은 경우 모두 문제 된다고 할 것입니다.

위 논문에 의할 때 영미법상 자기결정권과 사생활보호에 대한 원칙에 근거해 진료거부권이 인정된다는 논지에 비추어 보면 소생가능성여부와 관계 없이 연명치료중단이 당사자의 의사에 의해 가능한 것처럼 보여집니다.

* 변호사, 법학박사

그러나 당사자의 의사가 명백하지 않을 경우 대리인의 의사에 의한 연명 치료중단이 가능하거나 최상의 이익에 의해 연명치료중단이 가능한지가 문제될 때 소생가능성여부는 매우 중요한 기준일 수 밖에 없다고 할 것입니다.

다. 따라서 소생가능성여부가 어떻게 작용하는지에 대한 논의가 좀더 필요하지 않을까 싶습니다.

2. 대리 의사 판단에 대한 문제

가. 당사자의 의사가 명시적이지 않거나 또 당사자의 의사표시가 불가능할 때 대리인의 의사표시를 근거로 삼을 수 있다는 논의에 있어서도 역시 많은 쟁점들이 결여되어 있습니다.

나. 형사법상 승낙의 대리라는 개념이 인정되는 지가 우선 문제된다고 할 것입니다.

또한 대리 의사란 본인의 의사를 전제하는 것인데 본인의 의사가 없을 때 대리 의사가 가능한 것인지가 문제된다고 할 것입니다.(원래 민사상 대리제도는 본인의 활동영역을 확장하기 위한 것이기에 본인의 의사를 전제로 하는 것인데 이러한 본인의 의사를 알 수 없을 때 대리 의사를 표준으로 한다는 것은 그 출발이 모순이 아닌가 싶습니다.)

다. 만약 본인의 의사를 대신할 법정대리인을 미리 정해 놓고 그 법정대리인의 의사를 본인의 의사로 본다고 한다면 그러한 법정대리인의 지정을 어떻게 할 것인지 역시 쟁점이 된다고 할 것입니다.

그러나 이러한 법정대리인의 지정 문제는 왜 법정대리인이 본인의 의사를 대신할 수 있는 것인지에 대한 논거를 제시하여야만 하는 문제가 여전히 남는다고 할 것입니다.(법률로 그 근거를 명시하지 않았을 때 그 근거를 어떻게 제시할 것인가는 계속 문제된다고 할 것입니다.)

라. 결국 본인의 의사가 명백하지 않을 때 그 판단기준은 대리 의사가 아니라 최상의 이익 기준에 의해 모든 면을 고려하여 가장 타당한 결론이 무엇인가 하는 방식의 논의전개방식으로 귀결지어 지는 것이 아닌가 싶습니다.

3. 의사의 추정 문제

가. 의사의 대리 와 달리 본인의 의사가 무엇이었는지를 추정하는 것에 의해 당사자의 의사를 결정하는 것이 가능하다면 이는 의사의 대리와는 다른 문제라고 할 것입니다.

나. 따라서 의사의 추정과 대리 의사의 표시와는 구별되어야 할 것입니다. 그런데 연명치료를 중단하는 문제에 있어 명시적인 의사표시가 아닌 추정된 의사표시가 그 판단기준이 된다는 것은 의문이라고 할 것입니다.

다. 이러한 의사의 추정 역시 최상의 이익을 판단하는 기준 중의 하나로 거론될 때 의미가 있는 것이 아닌가 싶습니다.

4. 민사책임 및 형사책임

가. 연명치료 중단이 있었을 때 문제되는 법률적 문제점은 민사적으로 형사적으로 다 문제된다고 할 것입니다.

나. 그런데 치료중단의 동의가 있었을 때 그 동의로 인하여 민사적 책임 형사적 책임 모두가 문제되지 않는 것인지, 문제되지 않는다면 어떤 법리가 적용되는지에 대해 좀더 구체적인 논의가 필요할 것 같습니다.

5. 이상의 쟁점에 대해 국내법과 관련하여 의미있다고 생각되는 점들을 거론하였습니다.

그러나 위 논문은 우리나라에서 미국판례를 소개하는 최초의 논문인 만큼 그 자료적 가치가 매우 크다고 할 것입니다.