

# 의료분야의 퍼터널리즘(paternalism)에 대한 민사법적 강제

- 대법원 2005. 1. 28. 선고 2003다14119 판결에 대한 평석을 곁하여 -

류 화 신\*

- I. 들어가며
- II. 대상판결
- III. 의무의 충돌 : 자기결정권 존중의무와 생명보호의무
- IV. 의료행위에서 의사의 온정적 간섭주의(paternalism)
  - 1. 온정적 간섭주의 개관
  - 2. 의사와 환자의 관계
  - 3. 의료분야의 퍼터널리즘에 대한 민사법적 강제
- V. 나오며

## I. 들어가며

의료행위만큼 윤리적 딜레마 속에서 법의 평가를 받아야 하는 분야도 많지 않다. 본 논문의 대상이 된 판결은 환자 사망에 대한 손해배상사건이다. 자살을 시도하고 응급실에 실려와 치료를 거부한 환자의 사망에 대해 의사는 무엇을 잘못했으며, 얼마만큼 책임을 져야 하는가의 문제이다. 이 사건에서 의사는 환자의 생명을 보호해야 할 의무와 환자의 자율성을 존중해 주어야 하는 의무 사이에 놓여진다. 그리고 당위적(이념적)으로는

\* 법학박사, 대한의사협회 의료정책연구소 책임연구원

1) 퍼터널리즘은 이 외에도 생명연장치료의 거부 및 환자의 의사에 반하는 시설 수용과 관련하여서도 문제가 되지만, 본고에서는 언급하지 않는다. 본고에서는 퍼터널리즘을 온정적 간섭주의라는 번역과 함께 사용하기로 한다.

환자의 생명을 구하여나 하나, 현실적(물리적)으로 치료거부를 위한 환자의 반항이 쉽게 제압되지 않는다. 이는 윤리학에서의 퍼터널리즘(paternalism, 온정적 간섭주의)<sup>1)</sup>이 법적으로 어떻게 평가되어야 하는가에 대한 물음으로 귀착된다.

아래에서는, 이러한 배경에서 대상판결을 간략히 소개하고 법원의 판단을 검토한 다음, 법원 판단의 밑바탕에 흐르고 있는 의료행위의 온정적 간섭주의에 대해 개관하고, 오늘날 의사와 환자와의 관계에서 그 법적 한계에 관해 논구하기로 한다.

## Ⅱ. 대상판결

### 1. 사건의 개요

(1) 망인(亡人)은 사건당일 술에 취한 상태에서 처(妻)와 다투다가 유기인제 살충제(리바이지드)를 음독하고, 1시간 후 피고의 병원 응급실에 후송되었다.

(2) 위 응급실에서 의사, 간호사, 간호조무사 등이 망인의 몸을 잡고 위세척을 실시하려 하였다.

(3) 망인은 ‘농약을 먹었으니 죽게 내버려 두라’고 고함을 지르며 완강히 치료를 거부하였다.

(4) 망인의 고함소리를 듣고 원무과 직원까지 가세하여 환자의 두 손을 결박하였다. 결박이 안 된 부분은 손으로 잡고 수차례에 걸쳐 세척튜브를 식도까지 삽입하였다.

(5) 그러나 망인은 결박을 풀고 고개를 돌리거나 얼굴을 마구 흔들면서 세척튜브를 빼내어 위세척은 다시 실패로 돌아갔다.

(6) 의사는 중독증상이 나타날 경우를 대비하여 환자를 상급병원으로 전원 지시하였다.

(7) 전원 대기 중 망인에게 “위세척과 결박을 하지 않을 테니 제발 링겔만이라도 맞으라”고 설득하여, 해독제인 아트로핀(0.5mg짜리 1개)을 정

맥주사하였다.

(8) 전원된 병원에서 망인의 위세척이 실시되었으나, 망인은 음독 3일 후 사망하였다.

## 2. 당사자의 주장

원고는, 망인의 치료를 담당한 의사가 망인에게 필요한 조치를 취하지 않은 잘못이 있고 망인은 이로 인해 사망하였으므로 위 의사의 사용자인 피고들로서는 망인의 사망에 따른 손해를 배상할 의무가 있다고 주장하였다.

반면, 피고들은 의사가 망인에게 위세척을 권고하고 또 수차례에 걸쳐 시도하였으나 망인의 완강한 거부로 인하여 이를 실시하지 못한 것이고, 망인의 사망은 이러한 치료거부에 기인한 것이므로 의사의 진료행위와 망인의 사망 사이에는 인과관계가 없다고 주장하였다.

## 3. 대법원의 판단

망인의 치료를 담당한 의사로서는 약물중독에 대한 일반적인 처치절차에 따라 망인에게 위세척을 실시하여야 하고 망인의 거부로 위세척을 실시할 수 없었다면 망인을 결박하는 등으로 반항을 억압한 후 위세척을 실시하여야 한다. 그리고 전원도중에라도 아트로핀 2~4mg을 5~10분(15~20분) 간격으로 아트로핀화에 의한 증상이 나타날 때까지 계속 투여하여야 한다. 이러한 조치들을 취하지 아니한 의사측의 과실을 40%로 인정한 원심판단은 정당하다(상고기각).

### Ⅲ. 의무의 충돌 : 자기결정권존중의무와 생명보호의무

#### 1. 환자의 자기결정권과 의사의 환자결정권존중의무

##### (1) 자기결정권(동의)의 법적 의미

자기결정권(自己決定權)이란 개념은 의료윤리에서 매우 중요한 위치를 차지하고 있으며 의료문제가 법학의 대상이 된 진원지라고도 할 수 있다. 일반적으로 자기결정권이란 자기의 사적(私的)인 문제를 스스로의 의사에 따라 결정(決定)하고 그 결정에 따라 자유롭게 행동(行動)할 수 있는 권리를 말한다. 이는 국민의 인권감각의 변용이라고도 볼 수 있다. 국민의 인권감각은 생명권 · 건강권이라는 형태로 구체화되고 생명 · 신체에 대한 개인의 권리는 그 전제로서 인간의 존엄성 · 주체성을 예정하고 존중하는 정신의 발로이기 때문이다. 한편, 이 권리는 개인의 자유로운 인격형성에 의한 행복추구권을 의미한다.<sup>2)3)</sup> 그리하여 환자의 자기결정권은 의사에게 자율성 존중의무를 부담하게 하며, 의료행위에서 의사의 설명의무 및 환자의 동의는 환자의 자기결정권의 확보를 위해 진료계약의 요건이 되고 있다. 다만, 문제는 환자의 자율성이 예외적으로 간섭 내지 제한되는 상황에 대한 윤리적 · 법적 평가이며, 자살 시도 환자에 대한 본 판결 또한 이러한 문제에 대해 언급하고 있다.

##### (2) 환자의 의사에 반(反)하는 전단적 치료행위와 의사의 책임

2) 자기결정권의 헌법적 근거는 헌법 제10조 제1항 후문의 행복추구권에서 찾을 수 있다. 헌법재판소 1991. 6. 3. 선고 89헌마204 결정에 의하면, “이른바 계약자유 원칙이란 계약을 체결할 것인가의 여부, 체결한다면 어떠한 내용의, 어떠한 상대방과의 관계에서, 어떠한 방식으로 계약을 체결하느냐 하는 것도 당사자 자신이 자기의사로 결정하는 자유뿐만 아니라, 원칙 앞으면 계약을 체결하지 않을 자유를 말하며, 이는 헌법상의 행복추구권 속에 함축된 일반적 행동자유권으로부터 파생되는 것이라 할 것이다”라고 한다. 여기서 일반적 행동자유권은 위 자기결정권과 동일한 용어로 사용되고 있다.

3) 자기결정권이 법률에 명시된 경우로는 「생명윤리 및 안전에 관한 법률」 제5조와 「보건의료기본법」 제12조가 있다.

환자의 자기결정권에 기한 동의가 없다면 의사의 치료가 비록 환자에게 아무 해를 입히지 않았다고 하더라도 위법한 신체침해가 된다. 이 문제는 환자의 의사를 무시한 의료행위라는 의미에서 전단적(專斷的) 치료행위라고 불리어진다. 이에 대해 법률적으로 어떠한 효과를 부여할 것인가에 대해서는 이른바 상해·살인설, 전단적 치료행위설, 민사재판설, 행정규제설 등이 논의될 수 있다<sup>4)</sup> 생각건대, 민사책임법상 위자료의 대상이 된다고 본다.<sup>5)</sup>

## 2. 자살시도 환자의 치료거부와 의사의 생명보호의무

### (1) 판결이유

대법원이 인정한 이 사건 원심판단(서울고등법원 2003. 1. 30. 선고 2001나73741 판결)은 다음과 같은 입장을 분명히 하고 있다.

첫째, 응급환자가 정상적이고 합리적인 의사결정을 하기 어려운 상태

4) 첫째, 상해·살인설은 독일 판례의 입장이며, 신체에 대한 침습을 상해죄의 구성요건에 해당하는 것으로 보기 때문에 환자의 동의가 없는 의료적 침습행위는 위법하다고 한다. 둘째, 전단적 치료행위설은 독일 통설의 입장으로, 전단적 치료행위를 입법에 의해 범죄로 하고 형벌에 의해 환자의 자기결정권을 확보하고자 한다. 셋째, 행정규제설은 설명의무의 범위 및 내용, 동의의 요건 등을 명확히 유형화해서 행정법규로 규정하고자 하는 입장이다. 넷째, 민사재판설은 의사의 행위가 의료상 적정한 것이고 의료준칙에 따르고 있는 한 의료행위 자체는 적법한 것으로 해석할 수 있으나 단지 환자의 자기결정권의 침해에 있어서는 위법이라고 볼 수 있으며, 이는 민사상 제재에 맡기는 것으로 족하다고 본다. 구체적으로 정신적 손해배상인 위자료의 대상이 된다(大谷 實, 醫療行爲の法, 東京: 弘文堂, 平成11年: 80-84).

5) 외국의 판례이지만, 민사재판설의 입장을 취한 판결로는 日本의 秋田地方裁判所 大曲支部의 昭和 48. 3. 27. 판결이 있다. 본 사안에 의하면, 환자 X는 혀의 이상을 호소하여 진찰받은 결과 악성설암이라는 진단이 내려졌다. 의사는 병명을 알리지 않고 혀의 절제(切除)가 필요하다고 설명하였으나 X가 수술에 동의하지 않자 환자의 가족이 다른 병원에 X를 데리고 갔다. 거기서도 같은 진단이 내려져 혀의 절제를 권하였으나 X가 이를 듣지 않자 의사 Y는 ‘궤양이므로 그 부분을 소작(燒灼)한다’라고 X에게 설명하고 X의 동의를 받아 혀의 약 1/3을 절제하였다. X가 Y를 상대로 혀의 절제에는 승낙하지 않았다는 이유로 100만엔의 위자료를 청구하자, 재판소는 “환자가 거부하고 있는 것이 명백한 경우에까지 …… 의학상의 입장을 강조해서는 안 된다”라고 하면서, Y에게 30만엔의 위자료 지급을 명하였다.

에 있을 경우 의사는 진정으로 환자에게 의료행위의 중지를 요구할 뜻이 있는지 여부를 신중하게 판단해서 대처하여야 한다. 둘째, 일반적으로 의사의 의료행위에서 환자의 자기결정권은 존중되어야 하므로 환자가 의사의 의료행위를 거절한다면 의사로서는 그 의료행위를 할 수 없다. 그러나 응급환자의 경우에는 의사의 의료행위의 중지가 곧 환자의 실명(失命)을 가져올 가능성이 있으므로 환자의 자기결정권보다는 의사의 환자의 생명을 보호할 의무를 우선시하여야 한다.

법원은 이 사건의 경우에 진정한 치료거부의 의사가 있었다고 볼 수 있는가, 이 상황이 환자의 자율성에 간섭해야 할 정당한 선의의 간섭주의적 근거가 있는가 하는 점에 주목하고 있다. 이러한 입장에서 법원은, 중등의 중독상태로서 위세척을 하지 않으면 생명이 위독한 이 사건 망인의 경우 환자의 자기결정권보다 생명권이 우선시되어야 하고 의사로서는 진정제를 투여하여서라도 망인을 진정시키고 위세척을 실시하였어야 한다고 보았다. 그리고 당시 망인은 술에 만취한 상태에서 처와 다투던 중 우발적으로 농약을 마셨고 피고병원에 도착하였을 당시에도 매우 흥분된 상태에서 위세척을 거부하며 난동을 부리는 등 정상적이고 합리적인 의사결정을 하기 어려운 상태에 있었으므로, 이러한 상태에서 망인이 위세척을 거부한 것이 진정한 의사에 기한 것이라고는 볼 수 없다고 판단하였다.

그 외에도, 법원은 전원 지시 후 기준량에 못 미치는 아트로핀 투여를 환자 사망에 대한 원인으로 연결짓고 있다. 즉, 망인을 결박해서라도 실시하였어야 할 위세척과 위 아트로핀 투여가 제대로 '적절한 치료'로서 이행되지 못한 의사 과실을 이 사건 손해배상책임의 근거로 삼고 있다.<sup>6)</sup>

6) 이 사건에서 의사가 계속적인 필요조치를 취하지 아니한 과실이 인정되고 있다. 법원은 사실조회 결과, 해독제로서 중등 이상의 중독증상을 보이는 이 사건 환자의 경우에는 2-4mg의 아트로핀을 5-10분(15-20분) 간격으로 아트로핀화에 의한 증상이 나타날 때까지 계속 투여하여야 하되, 어느 경우에도 팜에이(PARM-A) 1-2g을 식염수에 섞어 환자의 임상적 증상이 좋아질 때까지 24-48시간 동안 6-8시간마다 30분에 걸쳐 투여하여야 하며, 이러한 일련의 치료를 적절히 받는다면 농약중독의 경우 사망률은 매우 낮다는 사실을 인정하였다. 그리고, 전원 도중에도 이와 같은 투여를 계속할 수 있도록 필요한 조치를 취하여야 함에도 아트로핀 0.5mg짜리 앰플 한 개와 팜

다만, 망인의 위세척 거부가 사망 원인의 일부가 된 점, 망인이 적절한 치료를 받았다고 하더라도 다발성 신경병증과 같은 신경학적 후유증이 없으리라고 단정할 수는 없다는 점 등을 인정하여 피고들의 책임범위를 40%로 제한하고 있다.

## (2) 판결 검토

먼저, 법원이 망인의 위세척 거부가 진정한 의사에서 나온 것으로 볼 수 없다고 판단한 데에는 당시 술에 취하여 몹시 흥분상태였다는 점 등이 고려되었다. 일반적으로 자살을 이유로 한 치료거부의사에 있어서는 환자의 진의(眞意) 여부가 잘 판별되지 않는 면이 있다. 더욱이 환자의 정신상태가 온전하지 않은 경우, 표면상으로는 치료를 거부하였으나 실질적으로는 진정한 의사가 아닐 수 있다는 점에 주의하여야 한다. 이 사건의 경우에도 망인이 당시의 흥분상태가 가라앉고 나면 자살을 하지 않으리라는 점, 전원 대기 중 아트로핀 정맥주사에는 동의하였던 점 등이 추가로 고려될 수 있을 것이다.

그리고 법원이 판결을 통해 응급환자의 경우 환자의 자기결정권보다 생명권이 우선된다는 법원의 입장을 밝힌 것은 큰 의미가 있다. 일반적으로 생명권은 실정법상 보호되는 법익개념을 초월하여 자연법의 실질적 내용을 이룬다. 이와 관련한 실정법상 규정을 살펴보면, 「응급의료에 관한 법률」 제9조 제1항 제2호를 들 수 있다. 이에 의하면, 환자의 생명을 지키기 위한 응급의료상황에서는 의사의 설명이나 환자의 동의 없이도 치료할 수 있도록 하고 있다. 그러나 이 규정은 설명 및 동의절차로 인하여 응급의료이 지체되어 환자의 생명에 위험 또는 심신상의 중대한 장애를 초래하는 경우 그 설명 및 동의절차를 요구하지 않겠다는 취지일 뿐이다.

에이(PARM-A) 0.5mg짜리 앰플 두 개를 1회 투여하는 데 그친 잘못이 있다고 판단하였다. 따라서 이 사건의 경우 위세척을 제외한 나머지 차선의 조치나마 적절히 행하였다면 병원의 책임이 인정된다고 하더라도 책임비율을 현재(40%)보다 낮출 수 있었던 것으로 보인다.

이는 환자 동의가 없더라도 의사의 응급처치 내지 응급진료는 유효한 승낙이 없는 전단적 의료행위에 해당되지 않는다는 점을 입법적으로 해결하고 있을 뿐, 이 사건에서와 같이 환자의 치료거부의사가 현출된 경우를 상정하고 있는 것은 아니다. 따라서 이번 대법원 판결을 통해 (비록 진의는 아니었으나<sup>7)</sup>) 응급환자의 치료거부의사에도 불구하고 생명권의 우위성을 인정하는 것이 법원의 입장이라는 점이 표명된 것으로 볼 수 있다.

그런데, 본 사건에서 유념해야 할 점이 있다. 그것은 의사가 망인의 치료거부에 대한 완력행사에도 불구하고 치료거부 의사표시에 반(反)하여 결박하면서까지 위세척을 수회 실시하려 했으나 환자의 지나친 방해로 위세척이 실패했다는 점이다. 즉, 환자의 자기결정권 존중의 원칙이 고수되어야 할지 생명권이 우선시되어야 할지를 형량하는 것만이 본 사안의 쟁점은 아니라는 것이다. 이미 본 바와 같이, 이 사건은 ① 망인의 음독(자살시도), ② 위세척 시도(치료의무의 수행), ③ “죽게 내버려 두라”(치료거부에 대한 의사표시), ④ 망인을 결박하고 세척튜브 삽입(계속된 치료의무의 수행), ⑤ 망인이 결박을 풀고 세척튜브 제거(치료거부를 위한 완력행사), ⑥ 결박 실패(치료 실패), ⑦ 전원 지시의 순서로 진행되었다. 만일 의사가 환자의 자기결정권을 만연히 존중하여 치료의무를 이행하지 않았다면 위 ④단계 이후의 노력은 존재하지 않았을 것이다. 본 사안에서

7) 설령 진정한 치료거부의사가 있었다고 하더라도 의사의 생명보호의무에는 영향이 없다고 본다. 예컨대, 여호와의 증인이 자신의 종교적 신념을 이유로 수혈을 거부하는 경우 의사는 여전히 치료의무가 있다고 본다. 과거, 의사에 대한 책임은 아니었으나 여호와의 증인의 교리에 어긋난다는 이유로 최선의 치료방법인 수술을 거부함으로써 땅을 사망케 한 부모에게 법원이 유기치사죄로 처단한 사건이 있었다(대법원 1980. 9. 24. 79도1387 판결). 이 사건의 경우 의사에 대한 고소 등이 없었기에 기소되지 않았을 뿐 만약 의사에 대해 기소가 이루어졌다면 당해 의사는 유죄가 성립되었을지도 모른다. 이에 대해 미성년자인 본인이 수혈을 원하더라도 또는 본인이 의식 불명상태에 있더라도 그 법정대리인인 부모가 수혈을 반대한 경우 의사는 도덕적인 책임은 별론으로 하고 법적인 책임을 지지 않는다는 견해가 있다(범경찰, 의료분쟁 소송, 서울: 법률정보센터, 2003: 85). 그러나 이러한 경우에도 의사는 도덕적으로나 법적으로 책임을 져야 하며, 만일 의사가 부모의 의사에 반해 수혈을 강행함에 있어서 극복할 수 없을 정도의 방해로 실패한 사정이 있다면 형사상으로나 민사상으로나 책임을 지지 않는다고 생각되며, 이 점에 있어서는 본 논문의 취지와 동일하다.



의사는 환자의 생명권을 우선시하여 치료를 거부하는 환자의 자기결정권을 제한하였다는 의미이다.

문제는, 이러한 경우 의사에게 통상 요구되는 환자에 대한 설명의 의무, 더 나아가 설득의 의무에서 새롭게 결박의 의무까지 지울 수 있는가(설명<설득<결박), 그리하여 환자를 결박하는데 실패하여 위세척이 이루어지지 않은데 대한 결과책임을 의사에게 돌리는 것이 과연 법적으로나 사실적으로나 타당한가 하는 물음으로 귀착되어야 한다고 본다. 이 사건의 경우 성인 몇 사람이 달려들어 망인을 결박하였어도 재차 결박이 풀리는 등 환자 한 사람의 난동행위를 물리적으로 제압할 수 없었던 당시 응급실 상황에 대하여, 결박해서라도<sup>8)</sup> 위세척을 실시하였어야 했다는 법원의 판단은 사후평가적 차원에서 규범적 견지에 입각한 나머지 비합리적이며, 다소 의료현장의 실태를 도외시한 느낌마저 든다.

요컨대, 법원의 판단은 개인의 자율성에 대한 반성이라는 맥락에서 논의되고 있는 의료행위에서의 '온정적 간섭주의'에 기초하고 있다. 아래에서는 이러한 온정적 간섭주의의 이론적 배경과 관련하여 본 사건의 문제점을 검토하기로 한다.

#### Ⅳ. 의료행위에서 의사의 온정적 간섭주의(paternalism)

##### 1. 온정적 간섭주의 개관

###### (1) 개념

온정적 간섭주의(paternalism)란, 어원적으로 자식의 이익을 '부모가 더

8) 이 외에도 법원은 망인이 위세척을 실시할 수 없었다면 진정제를 투여하여서라도 망인을 진정시킨 후 위세척을 실시하고 활성탄을 투여하였어야 했다고 실시하고 있다. 그러나 의료기관에서 환자 제압을 위한 진정제 투여는 정신병원에서 주로 이루어지는 것이지, 환자인권 차원에서 강제적으로 일반적으로 행해질 수 있는 것은 아니다. 그리고 의학적으로도 위세척을 실시해야 할 환자에게 진정제를 투여하는 것은 위세척을 잘 할 수 있는 것이 아니라 오히려 환자의 자발적 신체반응이 작동되지 않음으로 인해 의료인이 환자병증의 진행상태를 파악함에 있어서 장애가 될 수 있다. 이 점에 있어서도 법원은 사후평가적 차원에서 '의학상의 입장'을 간과하고 있다.

잘 안다'는 전제하에 자식의 생활에 부모의 간섭이 정당화되는 것을 말한다. 일반적으로는 타인에게 선을 베풀기 위해 타인의 자율성에 대한 간섭이 정당화되는 것으로 정의할 수 있다.<sup>9)</sup> 원래 온정적 간섭주의는 도덕적 차원인 의무론적 입장에서 타인에 대한 불완전한 의무<sup>10)</sup>일 뿐이다. 그러나 법에서 이 윤리적 개념을 도입함으로써 개념내재적인 부모와 자식의 관계에 국가와 국민의 관계<sup>11)</sup> 혹은 의사와 환자의 관계 등을 대입하여 고찰하는 하나의 방법론이 성립하게 되었다.

## (2) 정당성의 근거 및 한계

온정적 간섭주의는 보호자로서의 가부장적 우려가 반영된 것이므로 피간섭자의 자율성에 대한 요구와 근본적으로 상충할 수밖에 없다. 그럼에도 의료행위에서 온정적 개입이 정당화되는 이유는, 삶과 죽음의 문제와 같이 간섭하지 않을 때 발생할 수 있는 나쁜 결과가 불가역적(不可逆的)

9) 온정적 간섭주의는 국가적 온정주의와 개인적 온정주의로 나눌 수 있다. 국가적 온정주의는 공공정책과 관련하여 정부, 입법부 등이 특정한 행위나 절차를 통제하는 것이다. 예컨대, 국민의 건강권을 수호하기 위해 국가가 의사면허제도를 통해 의사 아닌 자의 의료업 종사를 제한하는 것이다. 반면에, 개인의 도덕적 결정과 관련한 개인적 온정주의는 어떤 개인이 자신의 원칙이나 가치기준에 따라 어느 것이 타인에게 가장 최선인가를 알고 타인의 선택을 간섭하는 행위이다(R. Munson, 의료문제의 윤리적 성찰, 박석건·정유석 외 7 역, 서울: 단국대학교출판부, 2005: 229). 그 외에도 온정적 간섭주의는 상대방의 반대의사가 없는 한 개입이 정당화된다는 약한 형태와 상대방이 반대하더라도 개입이 정당화된다는 강한 형태로 구분할 수 있다. 응급의료에 관한 법률 제9조 제1항 제2호는 이러한 약한 의미의 온정적 간섭이 정당화되는 규정인 반면, 본 사건은 강한 형태의 온정적 간섭주의의무를 의사가 부담하는가의 물음이라고 할 수 있다.

10) 임마누엘 칸트, 실천이성비판-도덕철학시론, 최재희 역, 서울: 박영사, 1997: 214

11) 여기서 온정적 간섭주의는 국민 자신에게 해를 끼칠 위험이 있는 행위에 대해 국가 공권력이 개입할 수 있다는 자해금지의 원리(自害禁止의 原理)이기도 하며, 타인에게 해를 끼칠 위험이 있는 행위(이른바 타해금지의 원리), 도덕률을 침해하는 행위에 대한 국가 관여와 더불어 국민의 자기결정권이 공권력에 의해 침해될 수 있는 정당화사유가 된다(김주현, 자기결정권과 그 한계 - 좌석안전띠 및 승차용안전모 착용의무와 paternalism, 헌법논총 제7집, 서울: 헌법재판소, 1996: 61-73 참조). 특히, 안전벨트 등의 착용강제와 온정적 간섭주의에 관한 논의는 유명한 헌법논쟁 중의 하나이다.

인 경우, 혹은 일시적으로 개인의 자유를 제한하는 것이 오히려 거시적으로 혹은 영속적으로 개인의 자율성이 보장되는 결과를 낳는 경우<sup>12)</sup> 등이다. 이를 한정적 간섭주의라고도 할 수 있다.

본 사건을 위 정당화 사유에 적용해 볼 때, 이 사건 망인은 응급환자이므로 의사의 의료행위 중지가 곧 돌이킬 수 없는 망인의 실명으로 이어질 위험이 있었고, 망인이 당시의 만취·홍분상태에서 벗어나면 다시 자살을 하지는 않을 것으로 추정되므로 오히려 그 당시 망인의 치료거부의사를 무시하는 것이 망인의 인생 전반에 미칠 포괄적 자율성을 보장할 수 있게 된다. 따라서 의사의 온정적 간섭주의의 법적 발로인 생명보호의무가 환자결정권 존중의무보다 우선시된 것은 정당하다.

이러한 온정적 간섭주의가 의료행위에 도입된 배경에는 ‘환자 자신의 생명과 관련된 진료 결정을 환자 자신에게 맡기는 것은 너무나 위험한 발상’<sup>13)</sup>이며, ‘의료결정 자체가 단순한 기술적 메커니즘에 의해 기계적으로 이루어지는 것이 아니라 그 자체가 하나의 가치판단’<sup>14)</sup>이라는 사고가 깔려있다. 이 말은 달리 말하면, 생명권과 관련하여 환자는 자기결정권을 존중받을 만큼 결정능력이 불완전하다는 의미이기도 하다.<sup>15)</sup> 그래서 의사는 환자가 정보를 이해하고 결정할 수 있는 능력이 없음을 믿고 온정적으로 간섭해야 하는데, 여기서 중요한 것은 환자가 그러한 의사의 권위에 복종할 것이 전제된다는<sup>16)</sup> 점이다.

그렇다면 의료행위에서 온정적 간섭주의는 한계를 맞을 수밖에 없다. 의사와 환자와의 관계가 권위와 복종의 관계일 수 없다는 점은 이미 너무나 자

12) 철학자 드워킨(G. Dworkin)에 의하면, 어느 개인의 일시적인 자율성에 대한 침해가 역설적으로 궁극적으로는 그 개인의 자율성에 합당한 행위이거나 진정한 자율성을 보호하는 행위일 수 있다고 한다(정규원, 의료행위에서의 온정적 간섭주의와 자율성 존중, 법철학연구 제5권 제1호, 서울: 세창출판사, 2002: 239).

13) 김상득, 생명의료 윤리학, 서울: 철학과 현실사, 2001: 282

14) 김상득, 앞의 책, 같은 면

15) 온정적 간섭주의는 원래 19세기 자율적인 시민의식의 결손을 전제한 개념이므로 국가와 국민에 대한 관계에서도 국가의 후견적 기능이 강조되었고, 그 수명자(受命者)인 국민은 국가의 권위에 복종하였다.

16) 장동익, “의료에 있어서의 온정적 간섭주의”, 메디게이트뉴스 2004. 9. 6.자 칼럼

명하다. 본 사건에서와 같이 환자가 완력을 행사하며 의사의 온정적 간섭을 방해하고 거부하는 경우에는 오히려 의사가 환자에게 굴복하지 않을 수 없는 현실적인 상황이 발생할 수 있다. 이는 의사와 환자의 관계, 그 관계 변화에 대한 근본적인 물음을 수반케 한다.

## 2. 의사와 환자의 관계

의사는 공법상 진료의무가 강제된다.<sup>17)</sup> 이는 의사에게 의료업무의 독점성을 인정하는 의사면허제도의 반사적 효과로부터 나온 것이므로 의사의 국가에 대한 의무이다. 의사와 환자 개인과의 관계는 민사법상 계약관계를 기초로 발생한다. 따라서 의사측에서 진료를 행할 의무와 환자측에서의 보수지급의무는 모두 채권발생을 목적으로 하는 계약의 효과로서 대가적 관계에 선다(유상 쌍무계약). 단, 헌법상 복지국가이념의 제도적 실현으로서 국민건강보험제도가 시행됨으로 인해 위 당사자간에 진료계약의 본질적 대가성은 보험급여비용 등의 개념이 개입되면서 상당한 제한을 받게 되었다(사회법 영역).<sup>18)</sup> 한편, 의사와 환자의 관계는 분쟁이 발생하지 않는 한 다소 인간적인, 의존적인 신뢰관계(비계약적 관계)를 형성하기도 한다. 그러나 이러한 여지가 있다고 해서 의사의 온정적 간섭주의가 바로 환자의 이익(善)으로 실현될 수 있는 것은 아니다. 온정적 간섭주의는 상하의 관계, 권위와 복종의 수직적 관계에서 더 잘 실현되는 속성을 가진다. 예컨대, 국가는 공권력을 발동함으로써<sup>19)</sup> 공법상 국민에게 강

17) 의료법 제16조 제1항에 의하여 의사는 진료 요구를 받은 때에 정당한 이유 없이 이를 거부하지 못하며, 이를 위반한 경우 동법 제68조 의하여 1년 이하의 징역 또는 300만원 이하의 벌금에 처해진다.

18) 구체적으로는 국민건강보험법의 위임에 의하여 제정된 「국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙」에 근거하여 의료행위의 보수, 즉 요양급여의 비용이 산정·처리되고 있으며, 이에 관한 세부사항은 보건복지부장관이 정하여 고시한다.

19) 예컨대, 경찰관직무집행법 제4조 제1항에 의하여 경찰관은 정신착란 또는 술 취한 상태로 인하여 자기의 생명·신체에 위해를 미칠 우려가 있는 자와 자살을 기도하는 자에 대하여 적당한 보호조치(保護措置)를 할 수 있고, 동법 제10조의 2에 의하여 경찰관은 자기의 생명·신체에 대한 방호(防護)에 항거하는 자를 억제하기 위하여 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 경우 필요한 범위 내에서 경찰장구(警察裝具)를 사용할 수도 있다고 법이 명시하고 있다.

하게 간섭할 수 있는 반면, 의사와 환자의 관계는 사인 대 사인간의 사법상 법률관계만을 가질 뿐이다. 부모가 친권행사를 통해<sup>20)</sup> 미성년자인 자(子)를 강하게 통제할 수 있는 가족법상 법률관계를 가지는 반면, 의사와 환자의 관계는 타인과 타인간의 계약관계 혹은 사무관리(응급상황의 경우)라는 법률규정(민법 제734조 이하)에 의해 비로소 법률관계가 형성될 뿐이다.<sup>21)</sup> 이러한 차이는 매우 중요하다. 이를테면, 국가 공권력을 행사하는 경찰이 시민을 결박하는 것과 같은 정도로 의사가 환자를 결박할 수는 없으며, 부모가 친권을 행사하는 것과 같은 정도로 의사가 환자에게 간섭할 수는 없는 것이다. 더구나 현대의학은 의사와 환자가 최첨단 의료 기구에 둘러싸여 대화가 단절되고 신뢰가 붕괴되고 있으며, 질병의 존재론적 개념에 기반을 둔 의학지식을 배렬함으로써 의사와 환자의 '주체성'을 의도적으로 최소화시키는 특징이 있다.<sup>22)</sup> 의사와 환자의 관계를 설명하기 위하여 일반적으로 제시되는 4가지 의사모델[기술자모델(the Engineering Model), 성직자모델(the Priestly Model), 협조자모델(the Collegial Model), 계약자모델(the Contract Model)]<sup>23)</sup> 가운데에서 가장 주목을 끄는 것도 계약자모델이다.<sup>24)</sup> 현대 사회에서는 의사의 권위에 대한 전통적 믿음이 사라지고 환자의 권리의식이 양양되었다. 환자는 의사를 더 이상 우월적 지위를 가진 지성인이나 카리스마적 존재로 여기지 않

20) 민법 제909조 제1항 및 제913조에 의해 미성년자인 자는 부모의 친권에 복종하고 친권자는 자를 보호하고 교양할 권리의무가 있으며, 동법 제914조 및 제915조에 의하여 자는 친권자가 지정한 장소에 거주하여야 하며 친권자를 그 자를 보호하고 교양하기 위하여 필요한 징계를 할 수 있다.

21) 그리하여 의사와 환자의 관계는 특별한 경우를 제외하고 거의 부모와 성인자녀의 관계로 설정하는 견해도 있다(장동익, 위 칼럼 내용 참조)

22) 진교훈, 현대사회윤리연구, 서울: 울력, 2003: 424-425

23) 로버트 비취(Rovert M. Veatch)가 제시한 위 4가지 모델에 관한 상세한 내용에 대해서는, 김상득, 앞의 책, 265-269

24) 위 4가지 모델 중 온정적 간섭주의를 포함할 수 있는 모델은 성직자모델이다. 최근 의사와 환자와의 관계를 계약적 관점에서 파악하고자 하더라도 환자의 생명권과 관련해서는 간섭의 성공 여부는 별론으로 하고 여전히 위 간섭주의의 개입을 허용할 수 있을 것이다.

며,<sup>25)</sup> 의사는 환자중심에서 방어진료를 하는 경향도 없지 않다. 그리고 몇몇 조사에 따르면 실제 의료결정과정에서 환자는 의사와의 대화보다는 가족 등 다른 사람들과의 대화에 더 많이 의지하며, 결국 중요한 결정은 가족의 지원을 받은 환자자신에 의해 이루어지고, 경우에 따라서는 의사를 유일한 전문가로 보지 않고, 환자 자신의 전문적 식견도 상당히 고려된다고 한다. 또 환자는 자신에게 가해질 의료의 장점이나 위험 중심으로만 판단하지 않고, 비의료적 이익 내지 부담(경제적 문제, 삶의 질에 대한 관심, 가족에게 미치는 영향 등)을 의료적 부담과 거의 같은 정도로, 혹은 더 크게 고려하는 것으로 지적되고 있다.<sup>26)</sup> 따라서 오늘날에는 과거보다 의사의 온정적 간섭이 원래 의도했던 대로 그대로 환자에게서 실현되기에는 많은 어려움이 있다. 이는 응급상황시에도 마찬가지이다. 앞서 본 바와 같이 의사와 환자의 관계를 법적·사실적으로 고려한다면, 결박에 실패했으나 생명보호의무를 게을리하였다는 이 사건 법원의 판단은 다소 문제가 있다. 특히, 치료행위 자체의 특성상 망인에게 신체적 침습이 직접 가해지고 또 망인의 협조가 필요한 위세척의 경우, 결박을 해도 간섭당하는 자가 치료를 거부하며 반항하는 때에는 더 이상 강행할 수 없는 것이 현실이다. 그리고 이 사건에서는 망인의 완력이라는 물리적 요인이 지대하여 의사와 원무과 직원, 간호사, 간호조무사 등이 합세한 결박조치 실패로 돌아갔다. 현실적으로 안전요원을 둔 정신병원이 아닌 일반 군소병원으로서는 이 경우에 더 이상 당해 환자의 치료를 강행할 수 없고 더 이상 법관의 이상대로 실현되기에는 역부족인 점이 있다. 일반적으로 당해 병원의 규모, 인력 상태, 발생시간 등은 사건의 정황을 이해하는데 도움이 될 것이다.

비록 환자에게 생명권 보호라는 이익을 주고자 한 간섭이라도 의료현실은 우리의 상식적 믿음과 다를 수 있다. 오히려 그 때에는 의사가 합법

25) 김상득, 앞의 책, 270

26) Carin E. Reust, Family Involvement in Medical Decision Making, *Familie Medicine*, 1996(28/1) : 44(박은정, 의료윤리와 법, 한국법학논문총서-법일반·법철학-제9집, 일신, 2001 : 71에서 재인용)

적으로 행사할 수 있는 온정주의의 한계는 어디까지인가가 법적으로 문제될 것이다. 강제로 결박하는 과정에서 환자의 팔이 부러지는 등 부상을 입는 경우, 환자의 난동으로 인해 주변 의료시설이 파손될 경우에는 또 다른 문제가 제기될 수 있다. 물론 환자 부상에 대해서는 긴급피난이라는 법리로, 응급실 기물 손괴에 대해서는 손해배상의 법리로 책임을 면제받거나 손해를 전보받는 방법이 있다고도 할 수 있으나 아직 이에 대한 통일되고 체계화된 법리가 정립된 바는 없다. 무엇보다 이는 법적으로 가능할 수 있는 차후 구제수단일 뿐, 의료현장에서 체감하는 의사로서의 심적 고통 및 물리적 한계, 병원으로서 타 환자를 치료할 기회의 상실과 같은 고충 내지 불이익에 대해서는 사회적 보호 장치가 아직 없다.

### 3. 의료분야의 퍼터널리즘에 대한 민사법적 강제

퍼터널리즘은 윤리이다. 그러나 앞서 본 바와 같이 이것이 법의 영역으로 들어오면 그 평가를 달리하게 된다. 그것은 윤리가 심증의 결단에 관한 것인 반면, 법은 결과의 책임에 관한 것이기 때문이다. 본 사건 또한 도덕적(道德的) 차원에서 당해 의사는 퍼터널리즘이라는 윤리적인 행위를 하였고 동기가 선하기 때문에 도덕성(道德性)을 갖는다고 할 수 있지만, 법적(法的) 차원에서는 적법성(適法性)을 인정받고 있지 않다. 즉, 의무론적 입장에서의 퍼터널리즘은 본 판결의 취지로 보아 우리 손해배상법체계에서 주의의무의 위반, 즉 과실의 존재로 인정되어 불법행위책임(민법 제750조)을 성립시키고 있다. 이는 의료분야의 퍼터널리즘을 민사법적으로 강제하고 있는 것이다.<sup>27)</sup>

그런데, 퍼터널리즘에 따른 결과를 도덕규범에 머무르지 않고 법규범

27) 강제의 방법에는 형벌권의 발동만 있는 것이 아니다. 위반시의 금전적 불이익, 즉 손해배상의 방법도 일종의 강제방법이라고 할 수 있다. 그런데, 본 사안의 경우 국가 형벌권을 발동하여 강제할 수는 없을 것이다. 왜냐하면 형벌권은 행위자의 사회윤리적 반(反)가치성을 표현함으로써 그 행위를 범죄화하는 것이므로 민사 손해배상책임을 성립시킬 때보다 더 엄격하게 적용하여야 하기 때문이다.

으로 강제함이 법감정상 혹은 사회통념상 허용된다 할지라도 이를 강(強)한 책임주의로는 볼 수 없다 할 것이다. 의사가 선의의 원칙에 입각하여 망인을 결박하면서까지 온정적인 간섭을 하였으나 환자가 이와 같은 간섭을 ‘더 강하게’ 간섭하였기 때문이다. 퍼터널리즘이 의료분야에 도입되어 법과 재판에 의해 흡사 윤리적 차원에서의 완전의무로 작동하기 위해서는 이러한 현실적인 동적 요인이 충분히 감안될 수 있을 때 타당할 수 있다. 앞서 의사와 환자간의 관계가 변화되었음을 언급한 것도 바로 이러한 이유 때문이다.

따라서 본 사안의 경우 법원으로서의 의사가 환자의 생명을 보호하기 위해 강제로 위세척을 실시함에 있어서 환자가 의사의 온정적 간섭을 ‘방해한 정도’가 의사가 그 방해를 ‘극복하기 힘들 정도’로 심각하였는지 여부에 심리가 집중되었어야 했다. 왜냐하면 환자의 방해를 극복할 수 있을 때 사회의 도덕관념이 그 의사에게 치료목적에 상당한 수단을 ‘기대’할 수 있기 때문이다. 그리하여 환자가 의사의 온정적 간섭을 ‘방해한 정도’가 의사가 그 방해를 극복하기 힘들 정도로 심각하였다고 판단된 경우에는 실패한 퍼터널리즘이라 하더라도 의사의 진료행위와 환자의 사망 사이에는 인과관계가 없어서 당해 의사에게 책임을 물을 수는 없다고 본다.<sup>28)</sup>

## V. 나오며

본 판결은 퍼터널리즘이라는 응용윤리 내지 의료윤리적 차원에서의 가치판단의 문제를 법적으로 평가한 의미 있는 판결이라고 할 수 있다. 환자의 생명권 내지 생존가능성을 보호하기 위하여 환자가 만에 하나라도 잘못된 판단에 근거하여 자신에게 불이익을 가하는 것에 대해 의사는 무관심할 수 없다. 그리하여 의료의 침습이 생명유지에 필수불가결한 경우

28) 같은 취지로 허일태, 법과 의사, 한국법학논문총서-법일반·법철학 제9권, 서울: 일신, 2001: 226가 있다.



이를 위한 온정적 간섭이 생명보호의무로서 의사에게 인정되는 것은 적절하다 할 것이다. 다만, 이에 기초하더라도 이 사건 위세척 실패가 곧 주의의무 위반이 되어 의사의 환자에 대한 무조건적인 책임 근거로 인정될 수는 없다고 본다. 온정적 간섭이 민사법상 강제될 경우에는 의사와 환자와의 관계, 환자 방해에 대한 의사의 극복 가능성 등이 중요한 판단요소로서 작용하여야 할 것이다. 본 사건의 경우, 의사는 환자의 치료거부의사를 믿지 않고 선(온정주의적 의무)을 이행하려 하였으나 환자가 결박된 손을 풀고, 머리를 흔들며 호스를 빼버리는 상황을 반복하는 등 물리적으로 완강하게 거부함으로써 의사의 간섭이 실패하게 되는 장애요소가 개입하였기 때문이다.

본 논문은 이러한 ‘극심한 방해를 받고 실패한 사정’을 중시하여 퍼터널리즘을 법적으로 평가하는 한계점으로 삼고자 한다. 의사는 항상 환자의 이익을 위해 치료거부로 인한 인적·물적인 고통과 불쾌감을 스스로 감수함이 마땅한 이타적인 사람일 수 없으며, 손해의 공평·타당한 분담이라는 손해배상법의 기본원칙에 의하더라도 단지 환자가 경제적 약자라는 이유만으로 손해배상제도의 시혜자가 되어서는 안 된다. 따라서 변론시에 의사측은 의사의 생명보호의무가 이를 거부하는 환자에게 굴복할 수밖에 없었던 상황(사실)을 주장하고 입증하는데 주력하여야 하며, 법원은 이를 심리하거나 이를 심리함에 미진함이 없는지를 판단하는데 주의를 기울여야 할 것이다. 그렇다면 본 사건에서 과실 판단은, 결박해서라도 위세척을 실시하지 아니한 부분이 제외된, 의사가 ‘조치할 수 있는 모든 의무’를 다하지 아니한 아트로핀 투여와 관련된 부분<sup>29)</sup>에 한정되어야 할 것이다.

29) 본고 각주 6) 참조. 법원은 아트로핀 투여와 관련한 일련의 치료를 적절히 받았다면 사망에는 이르지 아니하였을 것이라는 전제하에, 위세척을 실시하지 아니한 과실과 기준량에 미달하는 1회의 아트로핀만을 투여한 과실을 합하여 총 40%에 이르는 과실비율을 인정하였다.