

# 무의미한 연명치료 중단 등의 기준에 관한 재고

- 대법원 2009.5.21 선고 2009다17417사건 판결을 중심으로 -

문 성 제\*

- |  |
|--|
| <p>I. 들어가는 글</p> <p>II. 대법원 2009다17417 판결의 주요 내용</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 사건의 개요</li> <li>2. 대법원의 판단</li> </ol> <p>III. 무의미한 연명치료 중단 등에 관한 대상판결의 검토</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 우리나라 말기환자의 치료 현황</li> <li>2. 생명의 보호와 치료 중단의 갈등</li> <li>3. 회생 가능성과 의학적 적응에 대한 판단상의 문제</li> <li>4. 치료중단이 가능한 의료의 범위</li> <li>5. 치료중단을 구하는 환자 의사의 추정</li> </ol> <p>IV. 맺는 글</p> |
|--|

## I. 들어가는 글

대법원 2009다17417사건 판결<sup>1)</sup>에서 환자가 회생가능성이 없는 회복 불가능한 사망과정에 진입한 경우 환자의 진지하고 합리적인 치료중단 의사

\* 논문접수: 2009. 09. 12. \* 심사개시: 2009. 11. 10. \* 게재확정: 2009. 12. 10.

\* 선문대학교 법과대학 교수, 법학박사

\* 본고는 저자의 선행연구인 서울서부지방법원 2008가합6977사건 판결에 대한 “무의미한 연명치료의 중단과 존엄사의 제 문제”, 『법조』, Vol. 633, 2009.; “무의미한 연명치료 중단을 위한 제 요건-서울고등법원 2009.2.10. 2008나116869판결을 중심으로”, 『한국의료법학회지』, 제17권 제1호, 2009.에 이어 대법원 2009.5.21 선고 2009다17417사건 판결에 대한 평석으로서, 선행연구에서 주장된 내용이 부분적으로 재인용되었음을 밝힙니다.

1) 2009.5.21. 2009다17417 판결.

를 추정할 수 있다면 사망과정의 연장에 불과한 진료행위를 중단할 수 있다는 원심판결<sup>2)</sup>에 대하여 “연명치료 중단에 관한 법리와 같은 취지이므로 정당하며, 연명치료 중단에 관한 법리를 오해한 위법이 없다”고 하였다. 이에 따라서 환자의 연명치료 장치 등을 제거하였으나, 환자가 안정적으로 자가 호흡으로 연명을 함으로서 ‘무의미한 연명치료의 중단’에 관한 문제를 둘러싸고 예상하지 못하였던 새로운 논의가 이어질 것으로 예상된다. 본 판결은 특히 고령자 기타 말기환자들에 대한 의료와 관련하여 나타나고 있는 연명치료 중단 여부에 대한 가능성과 그 기준을 제시함으로써 이제까지 논의에 그쳤던 문제에 대하여 해결을 위한 방향성을 제시하였다는 점에서 매우 중요한 의미를 갖는 판결이라 할 수 있다. 지금까지 우리는 이 같은 문제와 관련하여 “구체적으로 어떤 경우에 환자의 자기결정으로 연명치료의 중단이 가능한지 불분명하였으며, 사안에 따라서는 법률 등에서 구체적인 근거도 마련되어 있지 않으므로, 이 같은 문제에 대하여 법적인 청구가 가능한지의 여부도 아직 명확하지 않으며, 특히 무의미한 연명치료를 중단한다는 명목으로 회생가능성이 있는 환자에 대하여 고의 또는 과실 등으로 치료를 중단하여 사망을 초래할 수 있는 위험성을 배제할 수 없는 실정”<sup>3)</sup>이다.

의사의 치료행위는 질병의 치유를 통하여 환자의 생명을 유지하고 건강을 회복시키기 위한 것이며, 이 같은 목적의 실현을 위하여 필요한 상당한 범위의 치료가 의사가 행하여야 할 의무가 된다. 따라서 치료가 의학적 적응(Indikation)을 결하는 경우<sup>4)</sup>에는 진료를 개시하거나 치료를 계속할 의무는 없을 것이다. 따라서 치료를 개시하거나 계속하더라도 죽음이 임박하거나 피할 수 없는 경우, 나아가 치료가 환자에게 이익이 되지 않을 때, 의

2) 서울고등법원 2009.2.10. 2008나116869판결.

3) 대법원 2009.5.21. 선고 2009다17417사건 판결.

4) 의학적 적응성은 치료행위의 범위를 객관적으로 한정하는 역할을 한다.

사는 의학적 판단에 의하여 치료를 개시하지 않거나 치료를 중단하는 것을 허용하지 않으면 안 된다고 본다. 그러나 무의미한 연명의료의 중단과 관련하여 다음과 같은 문제가 제기될 수 있다. 즉 회생가능성이 없는 비가역적 사망과정의 진입과 관련하여 식물인간의 상태에 있는 환자도 갑자기 의식을 회복할 수 있으며, 새로운 치료법의 개발 등으로 회복의 가능성이 있다는 점이다. 따라서 현대의학에 의한 회생가능성 유무에 대한 판단도 전적으로 신뢰할 수 없는 문제가 있다. 또 치료중단에 대한 의사표시와 관련하여 환자가 의식이 있을 때에는 자기결정권의 행사로서 치료중단이 가능하다고 할 수 있겠으나, 환자가 의식을 상실한 상태에 있는 경우에는 환자의 진정한 의사를 어떻게 파악할 것인가 하는 문제가 나타난다. 특히 환자의 의사결정도 상황에 따라 변할 수 있다는 점에서 한계가 있을 수 있으며, 권리는 권리 주체의 존재를 그 전제로 하므로 권리주체를 소멸시키는 권리를 인정하는 것은 모순이 될 수도 있다. 마지막으로 연명치료의 중단은 의사에 의하여 행하도록 하고 있는데, 의사가 종교적 신념 등으로 연명치료의 중단을 거부할 경우에 대한 문제 등이다.

이 같은 문제의식을 반영하듯 2009년 9월 28일 한국보건 의료연구원은 「사회적 합의에 근거한 무의미한 연명치료 중단 원칙」을 발표하였다. 이 원칙의 내용 가운데에 “연명치료의 주된 대상인 말기에 있는 만성질환자의 경우, 단순히 임종 과정만을 연장하는 무의미한 연명치료로서 중단할 수 있다”<sup>5)</sup>는 입장을 밝히면서, 임상적으로 뇌사 상태, 지속적 식물인간 상태 등으로 판정되었음에도 연명치료가 계속되고 있는 환자 등에 대한 관련 법규의 정비 필요하다고 밝히고 있다. 나아가 지속적 식물상태 환자의 경우 다양한 의학적 상황을 내포하고 있으므로 이에 대하여 일률적인 규정에 의하여 이를 인정하거나 금지를 명시하는 것은 혼란을 야기할 수 있다고 하면서, 연명치료 중단의 결정은 2명 이상 의사의 의학적 판단과 환자의 자기

5) 한국보건 의료연구원, 보도자료, 2009, 9.28.

결정권이 존중된 의사 결정이 중요한 근간이나 의사결정 과정에서 의견이 일치하지 않을 경우에는 병원윤리위원회가 조정역할을 할 수 있도록 하고, 사전의료 지시서를 통한 환자의 의사 표현은 추천되나, 말기 환자의 사전의료 지시서의 공중의무화에 반대한다는 등의 견해를 표명하였다.

이에 대하여 대한의사협회, 대한의학회, 대한병원협회의(이하 대한의사협회 등) 연명치료 중지에 관한 지침 제정 특별위원회에서는 2009년 9월 「연명치료 중지에 관한 지침」을 발표하였는데, “회복가능성이 없는 환자의 품위 있는 삶을 위하여 연명치료를 적용하거나 중지할 상황에 있는 의료인에게 행위의 범위와 기준을 제시하기 위한 목적”<sup>6)</sup>으로 연명치료 중지 결정의 원칙을 발표 하였다. 본 지침에서 회복가능성이 없는 환자 본인의 결정과 의사의 의학적 판단, 의사로부터 병상에 대한 정보의 제공에 따른 환자의 결정, 연명치료에 관한 의학적 판단은 반드시 다른 전문 의사 또는 병원윤리위원회의 자문을 받아야 하며, 의사의 통증완화 의료등의 권유 및 의도적으로 환자의 생명을 단축하거나 자살을 돕는 행위를 금지<sup>7)</sup>하는 것을 포함하는 내용의 지침을 발표하였다. 이와 같이 무의미한 연명치료의 중단에 대한 사회적 관심과 문제해결을 위한 연구와 노력은 향후 말기환자의 연명의료와 관련하여 야기될 수 있는 사회적 갈등을 해결할 수 있다는 점에서 바람직하다 할 수 있겠으나, 이 같은 주장과 노력이 보다 설득력을 얻기 위해서는 무의미한 연명치료의 중단을 위한 환자의 자기결정권을 의료현장에서 어떻게 조화롭게 반영시킬 것인가 하는 것이 더 중요하다고 본다.

이 같은 문제의식을 가지고 본고는 대법원 2009.5.21. 2009다17417 사건의 무의미한 연명치료 장치 등의 제거에 대한 판결 내용을 중심으로 한국보건 의료연구원의 「사회적 합의에 근거한 무의미한 연명치료 중단 원칙」과 대한의사협회 등이 제시한 「연명치료 중지에 관한 지침」의 내용을 비교 분

6) 대한의사협회·대한의학회·대한병원협회의, 「연명치료 중지에 관한 지침」의 목적, 2009. 9.

7) 「연명치료 중지에 관한 지침」, 2009.

석하여, 향후 연명치료의 중단에 대한 문제 해결을 위한 방향성을 고찰하는 데 그 목적이 있다.

## II. 대법원 2009다17417 판결의 주요 내용<sup>8)</sup>

### 1. 사건의 개요

#### 가. 원고의 주장

원고 ○○○는 2008년 2월 18일, 폐암발병 여부를 확인하기 위하여 피고 병원에서 기관지내시경을 이용한 폐종양 조직 검사를 받던 중, 과다 출혈 등으로 인하여 심정지가 발생하였다. 이에 피고 병원의 주치의 등은 심장 마사지 등을 시행하여 심박동기능을 회복시키고 인공호흡기를 부착하였으나 원고 ○○○는 저산소성 뇌손상을 입고 중환자실로 이송 되었다. 이때부터 현재까지 원고 ○○○는 지속적 식물인간상태(persistent vegetative state)에 있으며, 피고 병원의 중환자실에서 인공호흡기를 부착한 상태로 항생제 투여, 인공영양 공급, 수액 공급 등의 치료를 받아오고 있으며 호흡기를 제거하면 곧 사망에 이르게 된다.

원고들은 헌법이 보장하고 있는 자기결정권에 기초하여 치료의 중단을 결정할 수 있는 바, 원고 ○○○는 이미 의식이 회복 불가능한 상태로서 현재 원고 ○○○에 대하여 이루어지고 있는 이 사건 치료는 원고 ○○○의 건강을 증진시키는 것이 아니라, 생명의 징후만을 단순히 연장시키는 것에 불과하여 의학적으로 의미가 없으며, 원고 ○○○는 독실한 기독교 신자로서 15년 전 교통사고로 팔에 상처가 남게 된 후부터는 이를 남에게 보이기 싫어하여 여름에도 긴소매의 옷과 치마를 입고 다닐 정도로 항상 정갈한 모습을 유지하고자 하였고, 텔레비전을 통해 병석에 누워 간호를 받으며 살아가는 사람의

---

8) 이하의 내용은 2009.5.21. 2009다17417사건 판결의 내용을 요약한 것임.

모습을 보고 “나는 저렇게까지 남에게 누를 끼치며 살고 싶지 않고 깨끗이 이생을 떠나고 싶다”라고 말하는 등 신체적 건강을 잃고 타인의 도움 등에 의하여 연명되는 삶보다 자연스러운 죽음을 원한다는 취지의 견해를 밝혀왔으며, 특히 3년 전 남편의 임종 당시 며칠 더 생명을 연장할 수 있는 기관지절개술을 거부하고 그대로 임종을 맞게 하면서 “내가 병원에서 안 좋은 일이 생겨 소생하기 힘들 때 호흡기는 끼우지 말라, 기계에 의하여 연명하는 것은 바라지 않는다”고 말하는 등 이 사건과 유사한 실제 상황에서 남편에 대하여 연명치료의 시행을 거부하는 한편, 자신에 대하여도 그러한 연명치료를 바라지 않는다는 명시적인 의사를 표명한바 있으므로, 이 사건 치료의 중단으로 인공호흡기를 제거할 의사가 있다고 할 것이므로, 피고는 원고 ○○○에 대하여 인공호흡기를 제거하여야 한다고 주장하였다.

#### 나. 피고의 주장

이 같은 주장에 대하여 피고는 헌법 제10조는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”고 규정하여 모든 기본권의 궁극적 목적이자 기본이념이라 할 수 있는 인간의 본질이자 고유한 가치인 개인의 인격권과 행복추구권을 보장하고 있다. 그리고 개인의 인격권·행복 추구권에는 개인의 자기운명결정권이 전제되어 있으며, 이 자기운명결정권에는 환자가 자기의 생명과 신체의 기능을 어떻게 유지하는가에 대하여 스스로 결정할 수 있는 권리 또한 포함되어 있다. 의사의 진단 또는 치료를 위한 의료행위는 환자가 위와 같이 결정권을 가지는 신체 및 기능에 대한 침해행위를 필수적으로 수반하게 되므로 환자는 자신의 질병에 대하여 치료를 받을 것인지 여부 및 치료의 범위에 관하여 스스로 결정할 권리를 갖는다. 그러므로 환자는 치료를 받지 않으면 질병이 계속 진행되어 장차 시간이 지나면 사망에 이르게 될 상황이라 하여도 자기결

정권에 기초하여 치료를 시작하지 아니하거나 계속되어 온 치료를 중단하는 의사결정을 할 수 있으며, 의사는 환자가 치료에 관한 자기결정권을 유효하게 행사할 수 있도록 환자의 질병 및 치료에 관한 상세한 정보를 제공하여야 하고 이에 기초한 환자의 의사결정에 반하는 치료행위를 하여서는 아니 된다고 할 것이므로, 환자의 자기결정에 기한 치료중단의 요구가 있는 경우 특별한 사정이 없는 한 의사는 이에 응하여야 할 의무가 있다.

그러나 생명권은 비록 헌법에 명문의 규정이 없다 하더라도 인간의 생존 본능과 존재목적에 바탕을 두고 인간 존엄성의 기초를 이루는 선형적이고 자연법적인 권리로서 헌법에 규정된 모든 기본권의 전제로서 기능하는 기본권 중의 기본권으로, 국가는 헌법 제10조에 따라 생명을 보호할 의무가 있으며, 어느 누구도 타인의 생명을 침해하여서는 아니 될 의무가 있다. 따라서 치료에 관한 환자의 자기결정권의 행사는 생명권과 충돌하는 경우 생명의 보호를 위해 그 제한이 불가피하며 헌법 제37조 제2항에 따라 자기결정권의 본질적 내용을 침해하지 않는 한도에서 법률로서 제한된다”는 입장이다.

## 2. 대법원의 판단

### 가. 의료계약에 따른 진료의무의 내용

환자가 의사 또는 의료기관에 진료를 의뢰하고, 의료인이 그 요청에 응하여 치료행위를 개시하는 경우에 의료인과 환자 사이에는 의료계약이 성립된다. 의료계약에 따라 의료인은 질병의 치료 등을 위하여 모든 의료지식과 의료기술을 동원하여 환자를 진찰하고 치료할 의무를 부담하며 이에 대하여 환자 측은 보수를 지급할 의무를 부담한다.

질병의 진행과 환자 상태의 변화에 대응하여 이루어지는 가변적인 의료의 성질로 인하여 계약 당시에는 진료의 내용 및 범위가 개괄적이고 추상적이지만, 이후 질병의 확인, 환자의 상태와 자연적 변화, 진료행위에 의한 생체반

응 등에 따라 제공되는 진료의 내용이 구체화되므로, 의료인은 환자의 건강 상태 등과 당시의 의료수준 그리고 자기의 지식경험에 따라 적절하다고 판단되는 진료방법을 선택할 수 있는 상당한 범위의 재량성을 가진다(대법원 1992.5.12. 선고 91다23707 판결, 대법원 2007.5.31. 선고 2005다5867판결). 그렇지만 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 것 인지의 여부를 선택하도록 함으로서 그 진료행위에 대한 동의를 받아야 한다(대법원 1994.4.15. 선고 92다25885판결, 대법원 2002.10.25. 선고 2002다48443판결). 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, 의료계약에 의하여 제공되는 진료의 내용은 의료인의 설명과 환자의 동의에 의하여 구체화된다.

### 나. 생명과 관련된 진료의 거부 또는 중단

자기결정권 및 신뢰관계를 기초로 하는 의료계약의 본질에 비추어 강제 진료를 받아야 하는 등의 특별한 사정이 없는 한 환자는 자유로이 의료계약을 해지할 수 있다 할 것이며(민법 제689조 제1항), 의료계약을 유지하는 경우에도 환자의 자기결정권이 보장되는 범위 내에서는 제공되는 진료행위의 내용 변경을 요구할 수 있을 것이다.

따라서 환자의 신체 침해를 수반하는 구체적인 진료행위가 환자의 동의를 받아 제공될 수 있는 것과 마찬가지로, 그 진료행위를 계속할 것인지 여부에 관한 환자의 결정권 역시 존중되어야 하며, 환자가 그 진료행위의 중단을 요구할 경우에 원칙적으로 의료인은 이를 받아들이고 다른 적절한 진

료방법이 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 것인지 여부는 극히 제한적으로 신중하게 판단하여야 한다.

### 다. 진료중단의 허용요건

의학적으로 환자가 의식의 회복가능성이 없고 생명과 관련된 중요한 생체기능의 상실을 회복할 수 없으며 환자의 신체 상태에 비추어 짧은 시간 내에 사망에 이를 수 있음이 명백한 경우(이하 회복 불가능한 사망의 단계)에 이루어지는 진료행위(이하 연명치료)는 원인이 되는 질병의 호전을 목적으로 하는 것이 아니라 질병의 호전을 사실상 포기한 상태에서 오로지 현 상태를 유지하기 위하여 이루어지는 치료에 불과하므로, 그에 이르지 아니한 경우와는 다른 기준으로 진료중단 허용 가능성을 판단하여야 한다.

환자가 회복 불가능한 사망의 단계에 진입한 경우, 환자는 전적으로 기계적인 장치에 의존하여 연명하게 되고, 전혀 회복 가능성이 없는 상태에서 결국 신체의 다른 기능까지 상실되어 기계적인 장치에 의하여서도 연명할 수 없는 상태에 이르기를 기다리고 있을 뿐이므로, 의학적인 의미에서 치료의 목적을 상실한 신체침해 행위가 계속적으로 이루어지는 것이라 할 수 있으며, 이는 죽음의 과정이 시작되는 것을 막는 것이 아니라 자연적으로는 이미 시작된 죽음의 과정에서의 종기를 인위적으로 연장시키는 것으로 볼 수 있다.

생명권이 가장 중요한 기본권이라고 하더라도 인간의 생명 역시 인간으로서의 존엄성이라는 인간 존재의 근원적인 가치에 부합하는 방식으로 보호되어야 할 것이다. 따라서 이미 의식의 회복 가능성을 상실하여 더 이상 인격체로서의 활동을 기대할 수 없고 자연적으로는 이미 죽음의 과정이 시작되었다고 볼 수 있는 회복 불가능한 사망의 단계에 이른 후에는, 의학적

으로 무의미한 신체 침해 행위에 해당하는 연명치료를 환자에게 강요하는 것이 오히려 인간의 존엄과 가치를 해하게 되므로, 이와 같은 예외적인 상황에서 죽음을 맞이하려는 환자의 의사결정을 존중하여 환자의 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권을 보호하는 것이 사회상규에 부합되고 헌법 정신에도 어긋나지 않는다.

그러므로 회복 불가능한 사망의 단계에 이른 후에 환자가 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복 추구권에 기초하여 자기결정권을 행사하는 것으로 인정되는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 연명치료의 중단이 허용될 수 있다.

환자가 회복 불가능한 사망의 단계에 이르렀을 경우에 대비하여 미리 의료인에게 자신의 연명치료거부 내지 중단에 관한 의사를 밝힌 경우(이하 사전의료지시서)에는 비록 진료 중단 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. 다만, 이러한 사전의료지시는 진정한 자기결정권의 행사로 볼 수 있을 정도의 요건을 갖추어야 한다. 따라서 의사결정능력이 있는 환자가 의료인으로부터 직접 충분한 의학적 정보를 제공받은 후 그 의학적 정보를 바탕으로 자신의 고유한 가치관에 따라 진지하게 구체적인 진료행위에 관한 의사를 결정하여야 하며, 이와 같은 의사결정 과정이 환자 자신이 직접 의료인을 상대방으로 하여 작성한 서면이나 의료인이 환자를 진료하는 과정에서 위와 같은 의사결정 내용을 기재한 진료기록 등에 의하여 진료 중단 시점에서 명확하게 입증될 수 있어야 비로소 사전의료지시로서의 효력을 인정할 수 있다.

환자 본인의 의사에 의하여 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 구

속력을 인정할 수 없고, 환자의 의사를 추정할 수 있을 뿐이다.

### III. 무의미한 연명치료 중단 등에 관한 대상판결의 검토

#### 1. 우리나라 말기환자의 치료 현황

우선 무의미한 연명치료의 중단에 관한 내용을 살펴보기 이전에 우리나라에서 말기환자들에 대한 치료의 모습을 살펴 볼 필요가 있을 것 같다. 2008년 7월 현재 우리나라는 인구 10명 중 1명이 65세 이상의 고령자로서 2000년에 고령화 사회에 진입해 있는 가운데, 2018년에는 고령사회, 2026년에는 초 고령사회에 이를 것으로 전망하고 있다.<sup>9)</sup> 특히 2008년 우리나라의 노령화 지수는 59,3으로 유소년인구 100명당 노인인구가 59명으로 2016년에는 노령화 지수가 100,7로서 노인인구가 유소년인구를 초과할 것으로 예상되고 있는 가운데<sup>10)</sup> 우리나라의 경우 다른 국가들과 비교할 때 인구의 노령화가 급속하게 진전되고 있는 것으로 나타나고 있다.

〈표 1〉 고령화속도

	도달연도			증가소요 년수	
	7% (고령화)	14% (고령)	20% (초고령)	7%→14%	14%→20%
일 본	1970	1994	2006	24	12
프랑스	1864	1979	2018	115	39
영 국	1929	1976	2026	47	50
미 국	1942	2015	2036	73	21
한 국	2000	2018	2026	18	8

자료: 일본 국립사회보장, 인구문제연구소, 『인구통계자료집』, 2005.

그 가운데 2007년 65세 이상 인구의 사망원인으로 1위는 암(악성신생물)으로 밝혀지고 있으며, 인구 10만 명당 897,7명이 암으로 사망하고 있으

9) 통계청, 『2008 고령자 통계』, 2008.

10) 통계청, 『2008 고령자 통계』, 2008. 제2면.

며, 뇌혈관질환(508,0명), 심장질환(346,8명), 당뇨병(180,9명), 만성하기도 질환(146,0명) 등으로 나타나고 있다.<sup>11)</sup> 이에 따라서 2007년 65세 이상 노인의료비는 9조 813억 원으로 지난해에 비하여 22,8% 증가하여 전체 의료비 증가율 13,0%를 상회하고 있는 실정이다.<sup>12)</sup>

연명을 위한 치료의 정확한 통계는 아직 확인할 수 없는 상황이나, 2009년 한국보건의료연구원에서 중환자실 운영 의료기관 308개소를 대상으로 행한 실태조사와 2007년 사망자에 대한 의료보험심사평가원의 진료기록에 대한 분석을 하여 「무의미한 연명치료 중단 관련, 실태 및 쟁점 조사결과」의 보도 자료를 발표한 것이 있어 본고에서도 이 보도 자료를 바탕으로 언급하도록 하겠다. 이 보도 자료에 의하면 2007년 만성질환으로 사망한 182,307명에 대한 1개월 전의 의료이용 실태를 조사한 결과, 임종과정에서 인공호흡기를 적용한 비율이 16,5%, 심폐소생술은 17,6%만 행한 것으로 밝혀지고 있다.<sup>13)</sup> 질환별로 살펴보면 말기 암 환자의 경우 인공호흡기를 사용한 비율이 9,7%, 심폐소생술은 8,4%만 행한 것으로 나타나고 있으며, 순환기계 말기환자의 경우 인공호흡기를 적용한 비율은 22,9%, 심폐소생술은 28,6% 행하여진 것으로 나타나고 있다.<sup>14)</sup>

또 중환자실을 운영하고 있는 전국 308개의 의료기관을 대상으로 연명 치료를 받고 있는 환자의 수를 살펴보면, 조사에 응한 256개 의료기관의 전체 입원환자의 1,64%에 해당하는 1,555명이 연명치료를 받고 있는 것으로 파악되고 있다. 환자 질환의 유형별로 살펴보면 말기 암 환자가 42,4% (659명), 지속적 식물상태에 있는 환자 18,4%(286명), 뇌질환 환자 12,3% (192명), 뇌사환자의 경우도 5%(77명)로 나타나고 있는 것으로 파악하고 있는데<sup>15)</sup>, 그 통계는 다음과 같다.

11) 통계청, 『2008 고령자 통계』, 2008, 제9면 이하.

12) 건강보험심사평가원, 『2005~2007년 건강보험통계지표』.

13) 한국보건의료연구원, 「무의미한 연명치료 중단 관련, 실태 및 쟁점 조사결과」, 보도자료, 2009, 9.22.

14) 상계 보도자료.

〈표 2〉 연명치료를 받고 있는 환자에 관한 통계

(단위: 명, %)

유 형	전체병원		대학병원		기타병원		
	환자 수	비율(%)	환자 수	비율(%)	환자 수	비율(%)	
뇌사(뇌사판정을 받지 않았으나 임상적으로 뇌사로 판정된 자)	77	5.0	48	6.1	29	3.8	
3개월 이상 지속적 식물상태를 보이는 환자	286	18.4	125	15.8	161	21.0	
기저 질병이 치료에 반응을 보이지 않는 말기 환자로 연명 치료로 생명을 유지하고 있으나 6개월 이내에 사망이 예상되는 환자 군으로 2주 이상 병원에서 입원 중인 환자	말기암 환자(여러 항암제 치료에 반응이 없음)로 합병증 동반	659	42.4	393	49.8	266	34.8
	말기 호흡부전환자(인공호흡기 치료로 연명하고 있거나, 산소요법 치료 중)로 합병증 동반	157	10.1	62	7.8	95	12.4
	말기 신부전 환자(신장이식 대상자 아님)로서 합병증 동반	83	5.3	43	5.4	40	5.2
	말기 심부전환자(심장이식의 대상자가 아님)로서 합병증 동반	24	1.5	12	1.5	12	1.6
	뇌졸중과 같은 심각한 뇌질환 환자로서 합병증 동반	192	12.3	60	7.6	132	17.3
	말기 간부전환자(간이식부전의 대상이 아닌 환자)로 사망이 임박한 환자	54	3.5	36	4.6	18	2.3
	기 타	23	1.5	11	1.4	12	1.6
합 계	1,555	100.0	790	100.0	765	100.0	

자료: 한국보건 의료원, 2009. 9, 「무의미한 연명치료 중단 관련, 실태 및 쟁점 조사결과」

사망 전 6개월 내 총 입원 평균 일수는 39.6일, 중환자실 입원 평균 일수는 12.4일로 전체 사망자의 13.7%가 중환자실에서 1주일 이상 입원한 것으로 나타나고 있으며, 중환자실 이용자의 56.4%가 인공호흡기를 부착하였고, 30.3%가 심폐소생술을 받았으며, 인공호흡기와 심폐소생술을 같이 받은 경우도 22.8%인 것으로 파악하고 있다.<sup>16)</sup> 말기 암환자의 경우 마약

15) 전계 보도자료.

16) 전계 보도자료, 제4면.

진통제의 사용은 62.7%로 WHO에서 권장하고 있는 90%보다 낮은 수준인 반면에 항암제 투여는 27.6%로 나타나고 있는 것이 우리나라에서의 말기 의료와 관련한 내용이다.

## 2. 생명의 보호와 치료 중단의 갈등

대법원 2009다17417 사건 판결에서 ‘환자의 생명과 직결되는 진료행위를 중단할 것인가의 여부는 극히 제한적으로 신중하게 판단하여야 한다’고 밝히고 있다. 그러나 “생명권이 가장 중요한 기본권이라 하더라도 인간의 생명은 인간 존재의 근원적인 가치에 부합하는 방식으로 보호되어야 하며, 이미 의식의 회복가능성을 상실하여 인격체로서 활동을 기대할 수 없는 자연적 죽음의 과정이 시작되었다고 볼 수 있는 상태에서 의학적으로 무의미한 신체 침해에 해당하는 연명치료를 환자에게 강요하는 것은 오히려 인간의 존엄과 가치를 해하게 되므로 이 같은 경우 예외적으로 치료중단에 의하여 죽음을 맞이하려는 환자의 자기결정권을 존중하는 것이 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권을 보호하는 것이 되며, 사회상규에 부합되고 헌법정신에도 어긋나지 않는다”는 것이 법원의 판단이다.

이 같은 시각에 대하여 대한의사협회 등의 연명치료 중지에 관한 지침에서는 ‘회복 가능성이 없는 환자 본인의 결정과 의사의 의학적 판단에 의하여 무의미한 연명치료를 중지할 수 있다’고 하면서, “환자는 담당 의사로부터 자신의 병상에 대한 적절한 정보와 설명을 제공받고 협의를 통하여 자기 스스로 치료를 중단할 것인가의 여부를 결정하여야 하며, 담당의사는 연명치료의 적용 여부 및 치료의 범위, 의료 내용의 변경 등을 환자와 가족에게 설명하고 협의하여야 하며, 연명치료에 관한 의학적 판단은 반드시 다른 전문 의사 또는 병원윤리위원회에 자문하여야 한다”는 입장이다. 이 경우에도 “담당 의료진은 환자의 통증완화를 위하여 노력하여야 하며, 환자와 그의 가족의 정신적·사회 경제적 도움을 포함하여 종합적인 의료를 실시하여야 하고, 의도적으로 환자의 생명을 단축하거나 자살을 돕는 행위를 허용

해서는 안 된다”<sup>17)</sup>는 입장이다.

이에 대하여 한국보건의료연구원의 「말기 환자의 무의미한 연명치료 중단 원칙」에서는 “회생 가능성이 없는 말기 환자에서 단순히 임종 과정만을 연장하는 무의미한 연명치료는 중단될 수 있다”고 하면서, 말기 상태의 판정은 “담당 주치의와 해당 분야 전문의 등 2인 이상이 수행하여야 하고, 의사는 말기 환자에게 호스피스, 완화의료의 선택과 사전의료지시서 작성 등에 대하여 설명 및 상담하여야 하나, 말기 환자의 사전 의료지시서에 대한 공증을 의무화하는 것에 대해서는 반대의 입장”을 표명하고 있다.<sup>18)</sup>

그러나 말기환자에 대한 치료중단의 문제를 논하기에 앞서 의사의 치료 의무의 내용과 한계에 대하여 명확하게 하여야 할 필요가 있다고 본다. 대 상판결에서도 언급한 바와 같이 “의사는 의료계약의 본지에 따라 선량한 관리자의 주의로서 위임된 사무를 처해야 할 의무가 있다(민법 제681조).” 따라서 의사는 환자의 진료요구에 대하여 최고의 의료지식과 수준으로 환자에게 이익이 되도록 적절한 방법으로 진료해야 할 의무가 있으며, 환자의 질환에 타당하다고 생각되는 방법을 선택하여 시술해야 할 의무, 고도의 주의로서 진료해야 할 의무, 환자의 이익에 반하지 않도록 진료의 내용을 설명하고 환자의 결정을 존중해야 할 의무 등이 있다.

의사의 주의의무는 진료의 시작과 동시에 발생하며, 의사는 전문인으로서 환자의 후견인 내지 보호자적 지위에 있게 되므로 치료가 의학적 적응(Indikation)을 결하는 경우, 즉 질병이 없거나 환자가 회복할 가능성이 없어 치료가 환자에게 이익을 가져오지 못하는 경우에는 진료를 개시하거나 치료를 계속할 의무는 없다고 본다. 왜냐하면 의사의 치료행위는 질병의 치유를 통하여 환자의 생명을 유지하고 건강을 회복하기 위한 것이며, 그 목적의 실현을 위하여 필요한 상당한 범위의 치료가 의사가 행하여야 할 의

17) 대한의사협회·대한약학회·대한병원협의회·연명치료 중지에 관한 지침 제정 특별위원회, 2009, 9.

18) 한국보건의료연구원, 「무의미한 연명치료 중단 관련, 실태 및 쟁점 조사결과」, 보도자료, 2009, 9.22.

무이기 때문이다. 따라서 치료를 개시하거나 계속하더라도 죽음이 임박하거나 피할 수 없을 경우, 나아가 치료가 환자에게 도움이 되지 않을 경우 의사에게 의학적 판단에 의하여 치료를 개시하지 않거나 치료를 중단하는 것을 허용하지 않으면 안 된다고 본다.<sup>19)</sup>

### 3. 회생 가능성과 의학적 적응에 대한 판단상의 문제

환자의 추정적 의사로서 무의미한 연명치료 중단의 허용 요건인 회복 불가능한 사망의 단계라 함은, “의식의 회복가능성이 없고 생명과 관련된 중요한 생체기능의 상실을 회복할 수 없으며 환자의 신체 상태에 비추어 짧은 시간 내에 사망에 이를 수 있음이 명백한 경우를 말하는데 이에 대한 판단은 주치의의 소견뿐만 아니라 사실조회, 진료기록 감정 등에 나타난 다른 전문의사의 의학적 소견을 종합하여 신중하게 판단해야 한다”는 것이 법원<sup>20)</sup>의 입장이다.

이에 대하여 대한의사협회 등의 연명치료 중지에 관한 지침에서는 “연명 치료를 적용해야 하는 대상은 2명 이상의 의사가 회복 가능성이 없다고 판단한 말기 환자 또는 지속적 식물상태(PVS: persistent vegetative state)<sup>21)</sup>의 환자로서, 심한 뇌 손상 등으로 지각능력이 완전히 소실되어 외부 자극에 대하여 의미 있는 반응이 없는 상태가 지속되는 경우에 가능하며, 말기환자란 원인 상병이 중증이고 회복할 수 없는 환자로서, 말기환자에 대한 의료는 주로 대증적(對症的) 연명치료로서, 원인에 대한 치료는 현재의 의료수준에 비추어 불가능하거나 미약한” 경우라는 입장을 밝히고 있다. 나아가 한국보건연구원의 말기환자의 무의미한 연명치료 중단의 원칙에서는 “말기상태의 판정은 담당주치의와 해당 분야 전문의 등 2인 이상의 수행

19) 문성제, “무의미한 연명치료의 중단과 존엄사의 제 문제”, 『법조』, 제633호, 2009, 제8면.

20) 서울고등법원 2009.2.10 2008나116869판결.

21) 심한 뇌손상 등으로 지각 능력이 완전히 소실되어 외부 자극에 대하여 의미 있는 반응이 없는 상태가 지속되는 경우를 말한다.

을 요하고, 의사는 말기환자에게 호스피스, 완화의료의 선택과 사전의료지시서 작성 등에 대하여 설명 및 상담 하여야 한다고 하면서, 특히 “의학적 판단 및 가치 등에서 불확실성으로 인한 문제를 최소화하기 위한 안전장치로 병원윤리위원회 역할의 중요성”을 강조하고 있다.

그러나 회생가능이 없다는 의학적 무의미성에 대한 판단은 환자의 치료를 담당하는 병원 및 제3의 중립적 의료기관에 의한 의학적 진단을 기초로 하여 환자의 생명회복과 의식회복의 가능성 나아가 의학적 의미에 관한 규범적인 판단이어야 하며, 이때 의학적 무의미성이란 말기환자의 경우 연명 치료를 하더라도 회복이 불가능하여 죽음이 불가피하고, 잔여수명이 얼마 남지 않았음이 확실시되는 경우라 할 수 있겠으나 판단상의 문제가 남는다. 특히 회생가능성이 없는 사망과정의 진입에 대하여 식물인간 상태에 있는 환자도 갑자기 의식을 회복할 수 있는 가능성이 있으며, 새로운 치료법의 개발 등에 의하여 회복할 수도 있다는 점에서 현대의학에 의한 회생가능성 유무에 대한 판단을 전적으로 신뢰할 수 없다는 데 문제가 있다. 따라서 이에 대한 판단은 환자에 대하여 ‘상당한 기간 동안의 신중한 관찰과 진단의 결과를 토대로 전문적인 의료인에 의하여 이루어져야 하며, 이때에도 의학의 발전에 따른 치료방법의 발견 가능성 등을 고려해야 하겠으나<sup>22)</sup>, 판단의 기준을 ‘죽음이 임박했음’으로 할 경우에는 회복 가능성이 없이 장기간에 걸쳐 지속적 식물인간 상태에 있는 사람의 경우에는 죽음이 임박한 것이 아니므로 치료중단의 대상에서 제외되는 문제가 발생한다. 반면에 연명치료 장치와 같은 생명연장을 위한 보조 장치에 의존하여 연명을 하는 환자의 경우에는 인간의 존엄이 없는 상태라 할 수 있으므로 치료중단의 대상이 될 수도 있다. 또 치료중단이 가능하려면, 환자의 상태가 회생 불가능한 사망과정에 진입하여야 하는데, 이 같은 요건으로 할 경우 어느 정도 여명이 남아 있어야 죽음이 임박했다고 할 수 있는가 하는 문제가 남는다. 이와 관

22) 대법원 2009.5.21. 2009다17417판결.

련하여 직접적인 관련성은 없겠으나, 미국 오리건 주에서의 존엄사법(The death with dignity act)에서는 잔여수명이 6개월 미만인 경우를 말기환자로 규정하고 있어 참고할 수 있으며, 또 환자의 잔여수명에 대한 평가는 순수 의학적 기준에 따라 평가되어야 하며, 환자의 사망을 예측할 수 있는 객관적 지표(APACHE II, APACHE III 점수와 다기관 손상점수)에 의하여 판단해야 한다는 견해도 있다.<sup>23)</sup>

나아가 환자가 희생가능성 없는 사망과정에 진입하였다고 하는 상태에 대한 판단은 연명치료를 시행하면서 환자를 진료·관찰하여 온 담당의사의 의견이 존중되어야 하며, 이 때 신중하고 객관적 판단이어야 하나, 환자가 그러한 상태에 이르게 된 주요 원인이 담당 의료진의 과실에 의한 경우, 의사와 환자 간에는 신뢰관계가 존재할 수 없다는 점을 고려하여 담당의사의 견해만으로 이를 판단해서는 안 되며, 어떤 형태이든지 제3의 중립적 의료기관에 의한 판단을 고려하지 않으면 안 된다고 본다. 이 같은 조치는 의사의 오진과 오판을 방지하기 위한 최소한의 요건이 될 수도 있으며, 이를 위하여 오랜 기간 동안 환자의 진료를 담당했던 의사가 담당의가 되는 것이 바람직하다고도 할 수 있겠으나, 의사에 대한 신뢰가 없음에도 담당의사에게 판단을 위임한다는 것은 향후 더욱 심각한 문제를 야기할 수 있다는 점에서 신중을 요해야 한다고 본다. 나아가 담당의사의 진단을 받은 환자는 다시 전문성과 경험을 갖춘 전문의(consulting physician)의 진단을 받도록 해야 하며, 연명의료 중단의 요건을 충족하고 있는지의 여부도 재확인할 필요가 있다. 이는 의사 한 사람의 부적절한 판단으로 행하게 되는 연명치료의 중단을 막기 위한 최소한의 조치로서 향후 관련제도를 마련할 때에는 담당의사와 전문의가 독립적으로 진단을 내릴 수 있는 환경의 확보도 필요하다고 본다.

23) 박연옥, “말기환자의 연명치료 중단의 생명윤리적 고찰”, 『간호학탐구』, 제13집 제1호, 2004. 제106면.

#### 4. 치료중단이 가능한 의료의 범위

의사는 환자의 생명을 보호·유지하기 위하여 최선의 조치를 다해야 할 의무가 있다고 하여 항상 가능한 모든 의술 기타 의약품을 사용하여 꺼져가는 인간의 생명을 그 어떤 수단을 동원해서라도 연장시켜야 한다고 말할 수 없다. 인간은 생물학적 의미 그 자체만이 아니며 인간으로서의 존엄이라고 하는 인간 존재의 근원적 가치에 부합하도록 보호하지 않으면 안 된다. 따라서 환자에게 의학적으로 무의미한 처치를 계속 받게 하거나 의사에게 그 같은 치료를 계속하도록 강제하는 경우에는 인간으로서의 존엄이 훼손될 수도 있다.<sup>24)</sup> 그러나 의사가 환자의 상태에 대하여 가족 등에게 고지하였음에도 불구하고 가족 등이 모든 의료기술을 동원하여 소생술을 의사에게 요구하는 경우에 의사는 이 같은 요구에 따라 진료상의 의무를 부담하는가 하는 문제가 남는다. 이 경우에도 환자의 회복불가능성이 판명되었다면 이는 의학적 적응을 결한 것이 되므로 연명을 위한 상당한 범위를 일탈하여 소생술을 해야 할 의무는 없다고 본다.

대한의사협회 등의 연명치료 중지에 관한 지침에서는 “연명치료 중단 대상이 되는 환자는 말기 암 환자, 말기 후천성면역결핍증 환자, 만성 질환의 말기 상태 환자, 뇌사 상태 환자, 임종 환자, 지속적 식물상태 환자 등으로서, 연명치료의 적용 또는 중지를 결정하기 위하여 말기 환자와 지속적 식물상태 환자를 제4수준으로 구별하고 있다. 그 내용으로서 제1수준은 환자가 말기상태이나 의사결정능력이 있는 경우(암, 후천성면역결핍증후군을 비롯하여 만성 심부전, 만성 폐쇄성 폐질환, 간성훈수, 만성 신장질환, 진행성 신경 근육계통 질환 등의 말기 상태 환자로서 의사결정 능력이 있는 환자), 제2수준, 의사결정 능력은 없으나 특수 연명치료 없이 생존할 수 있는 환자(제1수준의 말기환자 또는 지속적 식물상태의 환자로서 의사결정 능력은 없지만 특수 연명치료 없이 생존할 수 있는 환자), 제3수준, 의사결정

24) 서울고등법원 2009.2.10. 선고 2008나116869판결.

능력은 없으며 특수 연명치료를 적용해야 할 환자(말기환자 또는 지속적 식물상태의 환자로서 의사결정능력이 없고, 특수 연명치료를 적용해야만 생존할 수 있는 환자, 제4수준으로, 임종환자 또는 뇌사 상태 환자(본 지침에서 정한 임종환자 또는 뇌사 상태의 환자)” 등이 그것이다.<sup>25)</sup>

문제는 환자에 대한 치료중단의 범위로서, 한국보건의료연구원에서의 말기환자의 무의미한 연명치료 중단 원칙에서는 ‘영양, 수액 공급과 통증 조절 등 기본적인 의료행위는 유지되어야 한다’<sup>26)</sup>는 입장이며, 대한의사협회 등의 연명치료 중지에 관한 지침에서는 ‘심폐소생술과 인공호흡기는 시행하지 않거나 중지할 수 있으며, 다른 특수한 연명치료는 환자의 원인 상병과 상태를 고려하여 같은 절차에 따라 중지할 수 있다’<sup>27)</sup>는 입장을 밝히고 있다. 그러나 치료중단의 범위는 전술한 바와 같이 환자의 결정에 따라야 할 것으로 보이나, 대법원2009다17417사건 판결에서 나타난 바와 같이 환자의 인공호흡기를 제거하였음에도 환자가 안정적인 자기호흡으로 생명을 유지하게 되는 경우에는 연명중단과 관련하여 새로운 문제가 제기될 수 있다.

이 같은 문제점들에 대하여 다른 국가와 비교하는 것 자체가 문제가 될 수 있겠으나, 네덜란드에서는 안락사와 관련하여 말기환자들의 완화care의 일부로서 난치성(refractory symptoms) 증상을 가진 환자의 경우, 의사의 설명에 따른 환자의 동의로서 완화적 진정(sedation)의료를 시행하고 있다는 점에서 참고가 된다. 이는 말기환자의 연명중단을 위하여 연명을 위한 의료장치의 제거는 물론 수분과 영양의 공급을 중지시킴으로서 사망하게 하는 것으로 이를 의료행위로 이해하고 있으며, 안락사에 대한 심사

25) 대한의사협회·대한의학회·대한병원협의회·연명치료 중지에 관한 지침 제정 특별위원회, 2009. 9.

26) 한국보건의료연구원, 「무의미한 연명치료 중단 관련, 실태 및 쟁점 조사결과」, 보도자료, 2009. 9.22.

27) 대한의사협회·대한의학회·대한병원협의회·연명치료 중지에 관한 지침 제정 특별위원회, 2009. 9.

절차에 대한 최근의 평가조사 결과에서도 이 같은 의료가 자주 시행되고 있는 것으로 밝혀지고 있다.<sup>28)</sup> 특히 완화적 진정 의료에 대한 가이드라인이 네덜란드 왕립의학회(Royal Dutch Medical Association)에 의하여 발표된 2005년 12월 이후부터 연명중단에 대한 새로운 변화를 가져오고 있다는 점에서<sup>29)</sup>, 향후 우리나라에서도 연구되어야 할 과제 가운데 하나라고 본다. 물론 네덜란드의 경우 이미 오랜 기간에 걸쳐 의사와 환자의 관계는 신뢰관계로서 유지됨으로서 이와 같은 제도가 정착할 수 있었으나, 우리의 경우에는 그러하지 못하다는 점에서 많은 차이가 있다.

## 5. 치료중단을 구하는 환자 의사의 추정

치료중단을 구하는 환자의 의사는 원칙적으로 치료를 중단 할 당시 환자의 질병과 치료의 내용 등에 대하여 의사의 설명에 따른 환자의 명시적인 의사표시가 있어야 한다. 그러나 환자가 질병 등으로 의식을 상실한 경우에는 환자의 진정한 의사가 무엇인지를 둘러싸고 문제가 제기되는데, 대상 판결에서도 환자의 진정한 의사표시의 해석과 관련하여 많은 논의가 있었다.

대상판결은 “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 함으로서 그 진료행위에 대한 동의를 받아야 하며(대법원 1994.4.15. 선고 92다25885판결, 대법원 2002.10.25. 선

28) G. van der Wal, A van der Heide, B.D. Onwurteaka-Philipsen. Medische besluitvorming aan het einde van het leven. De praktijk en de toetsingsprocedure euthanasia(Medical decisions at the end of life. Practice and review procedure euthanasia), Utrecht, De Tijdstroom, 2003, pp. 75~101 and J.A.C. Rietjens, A. van der Heide, A.M. Vrakking et. al., Physicians report of terminal sedation without hydration or nutrition for patients nearing deaths in the Netherlands, *Annals of Internal Medicine*, no. 141, 2004, pp. 178~185.

29) Peter J. P. Tak. Palliative sedation and euthanasia, *Jurist*, no. 1308, 2006, pp. 174~179.

고 2002다48443판결), 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, 의료계약에 의하여 제공되는 진료의 내용은 의료인의 설명과 환자의 동의에 의하여 구체화 된다.”는 입장이다.

그러면서 “의학적으로 환자가 의식의 회복가능성이 없고 생명과 관련된 중요한 생체기능의 상실을 회복할 수 없으며 환자의 신체 상태에 비추어 짧은 시간 내에 사망에 이를 수 있음이 명백한 경우(이하 회복 불가능한 사망의 단계)에 이루어지는 진료행위(이하 연명치료)는 원인이 되는 질병의 호전을 목적으로 하는 것이 아니라 질병의 호전을 사실상 포기한 상태에서 오로지 현 상태를 유지하기 위하여 이루어지는 치료에 불과하므로, 그에 이르지 아니한 경우와는 다른 기준으로 진료중단 허용 가능성을 판단하여야 한다”는 입장이다.

이 같은 판단에 대하여 법원은 “원고는 독실한 기독교 신자로서 15년 전 교통사고로 팔에 상처가 남게 된 이후부터는 이를 남에게 보이기 싫어하여 여름에도 긴 팔 옷과 치마를 입고 다닐 정도로 항상 정갈한 모습을 유지하였으며, 텔레비전에서 병석에 누워 간호를 받으며 살아가는 사람의 모습 등을 보고 나는 저렇게까지 남에게 누를 끼치며 살고 싶지 않고 깨끗이 인생을 떠나고 싶다는 등 여러 사정을 종합하여 환자가 현재의 상황에 관한 정보를 충분히 제공받았을 경우 현재 시행되고 있는 연명치료를 중단하고자 하는 의사가 있었을 것이라 추정하였다.”<sup>30)</sup>

환자의 의사표시의 해석과 관련하여 대한의사협회 등의 연명치료 중지에 관한 지침은 “환자가 특수 연명치료를 받고 있거나 받아야만 생존할 수 있는 상태라면 환자가 기왕에 구체적이고 명시적으로 표시한 의사를 존중하

30) 대법원 2009.5.21. 선고 2009다17417사건 판결.

고, 만약 환자의 명시적 의사표시가 없으면 객관적인 의학적 판단과 환자의 추정적 의사 나아가 환자에 대한 최선의 이익을 고려하여 병원윤리위원회에서 특수 연명치료의 중지 여부를 결정한다”는 입장이다. 또 한국보건의료연구원의 말기환자의 무의미한 연명치료 중단의 원칙은, 말기환자가 사전 의료지시서를 통해 심폐소생술이나 인공호흡기 사용 거부 의사를 밝힌 경우에 중단할 수 있다고 하면서, 심폐소생술이나 인공호흡기 외의 연명치료에 대해서 말기환자는 사전 의료지시서를 통하여 본인이 의사를 피력할 수 있으며, 의료진의 의학적 판단과 환자의 가치관을 고려하여 결정하여야 한다는 입장이다. 나아가 말기환자의 사전 의료지시서에 대한 공증을 의무화하는 것에 반대하면서, 의학적 판단 및 가치 판단 등에서 불확실성으로 인한 문제를 최소화하기 위한 안전장치로 병원윤리위원회의 역할을 강조하고, 각 병원에서 의료윤리 및 생명 철학분야의 외부전문가 등이 포함된 병원윤리위원회가 이 같은 역할을 할 수 있도록 병원윤리위원회의 지원, 감독 및 제도적 지위부여를 요구하고 있다.

그러나 환자의 추정적 의사는 구체적으로 환자의 의사와 관련한 모든 정황을 고려하여 판단하여야 하며, 말기환자의 의사가 명확하거나 추정이 가능한 경우에 이를 인정하여 무의미한 연명치료의 중단을 결정할 수 있다는 점에 동의할 수 있겠으나, 가족 기타 제3자의 판단에 의하여 연명치료를 중단하는 것에는 동의할 수 없다. 왜냐하면 말기의 환자가 무의미한 연명치료를 중단할 수 있는 근거는 환자의 자기결정권이며 이는 헌법상 보호하는 인격권으로서 일신전속권이라는 점에서 이 같은 판단을 본인이 아닌 다른 사람이 판단하는 것은 인격권을 침해하는 결과가 되기 때문이다. 그렇다고 환자의 주관적인 의사의 확인을 지나치게 강조할 경우에는 헌법상요건을 요구하게 될 수 있는 위험성이 있다는 점에서 신중한 판단이 요구된다. 특히 환자의 단편적 언급이 있는 정도이거나, 구체적 상황을 상정하지 않은 추상적인 견해 표명인 경우에는 당해 환자에게 그가 처한 특정한 상황에서의 구체적이고 진지한 의사라 할 수 없을 것이다.<sup>31)</sup> 또 환자의 의사는 합

리적인 것이어야 하며, 연명치료에 관한 환자의 자기결정권의 행사는 인간의 생명에 직접 관련된 것이므로 사회적 타당성이 있어야 한다.

또 환자가 의사표시를 할 수 없는 경우에도 가능한 모든 방법을 동원하여 환자의 진정한 의사를 추정하는 것이 중요하며, 그럼에도 환자의 의사를 추정할 수 없을 경우에는 환자의 생전유언(Living will)과 사전처분(Patientenverfügung) 내지 사전의료지시에 따른 치료중단을 생각할 수 있을 것으로 본다.<sup>32)</sup> 그렇다면 환자가 사전에 유언으로서 치료 불가능한 질환에 이환되거나 기타 말기상태의 환자에 처하게 될 경우에 연명의료를 하지 말라는 의사를 문서로 작성하고 실제 본인이 이 같은 상황에 처하게 된 경우, 의사는 이에 따라 연명의료를 중단하더라도 면책 되는가. 이에 대하여 환자의 의사가 상술한 바의 요건을 갖추고 명시적인 것으로 명확하며, 환자의 생전유언, 사전처분이라 추정이 가능할 경우에는 이를 인정하여 치료를 중단하는 것이 타당하다고 본다.

생전유언은 환자가 건강했을 때 유언의 방식으로 본인이 치료 불가능한 질환에 이환되거나 회생 불가능한 식물인간상태에 처하게 될 경우, 연명을 위한 치료를 받지 않겠다는 의사표시를 문서로 작성하고, 실제 본인이 이 같은 상황에 처한 경우에 민법상 유언의 효력과 달리 사망하지 않았음에도 그에 대한 효력을 인정하려는 것으로서, 1969년 미국 안락사교육협회(Euthansia Education Council)에 의하여 발의되어 미국 캘리포니아 주의 자연사법(Natural Death Act, 1976)에서 생전유언에 대한 법적 효력을 인정<sup>33)</sup>하고 있으며, 오늘날 미국 대부분의 주에서는 이와 유사한 내용의 법률을 제정하였거나 제정하려 하고 있는 실정이다. 생전유언은 자신이 치료 행위에 동의할 수 없는 경우를 예상하여 그 희망을 표시하는 형태로 이루어지게 되는데, 생전유언이 유효하기 위해서는 외부의 사정을 배제하고 오직

31) 서울고등법원 2009.2.10 2008나116869판결.

32) 이에 대한 내용은 문성제, 전제논문, 제8면 이하 참조.

33) <http://www.law.uh.edu/healthlaw/perspectives/Bioethics/990608New.html>.

자기 자신의 운명에 대한 결정에 한해야 하며, 이때 의사표시는 자신의 자유의사로서 환자는 죽음에 임박한 말기상태에 있지 않으면 안 된다.

또 환자가 얻는 이익과 손실을 비교하여 치료중단여부를 결정할 수 있다고 하는 견해는 이익형량의 의미가 불명확하다는 점에서 문제가 있다고 보며, 특히 생명은 그 어떤 이익과 비교 형량 할 수 있는 것이 아니라는 점, 나아가 생명 이외의 법익을 생명보다 우선시할 수 없다는 점에서 그러하다.<sup>34)</sup> 그럼에도 회생이 불가능한 의식상실의 상태에 있는 환자의 고통과 존엄을 보장하기 위해서 치료중단이 불가피한 경우에는 환자에게 최선의 이익이 무엇인가를 객관적으로 판단하여 치료 중단여부를 결정하여야 하는데, 이때에는 상술한 내용의 조건을 고려하여 판단하여야 할 것이다.

#### IV. 맺는 글

대법원 2009.5.21. 선고 2009다17417사건 판결에서 ‘생명권은 헌법에 규정된 모든 기본권중의 기본권이라 할 것이므로, 환자의 생명과 직결되는 진료행위를 중단할 것인지 여부는 극히 제한적으로 신중하게 판단하여야 한다’고 하면서 ‘회복이 불가능한 질환 등에 이환되어 사망단계에 이른 환자가 인간으로서의 존엄과 가치 행복추구권에 기초하여 자기결정권을 행사하는 경우 특별한 사정이 없는 한 연명치료의 중단을 허용할 수 있다’는 입장을 밝혔다. 나아가 ‘환자가 치유 불가능한 질환에 이환되고 회생 불가능한 의식상실의 상태를 대비하여 사전에 의료인 등에게 자신의 연명치료 거부 내지 중단에 관한 의사를 밝힌 경우에는 사전의료지시를 한 후 환자의 의사가 바뀌었다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 사전의료 지시에 의하여 자기결정권을 행사한 것으로 인정할 수 있다’고 하면서 ‘환자가 사전의료지시서가 없는 상태에서 불가역적 의식상실 상태에 있는 경우에는 의사표시를

34) 이에 대하여 문성제, 전계논문, 제8면 이하 참조.

할 수 없으므로 환자의 평소 가치관이나 신념 등에 비추어 연명치료를 중단하는 것이 환자의 이익에 부합하고, 환자에게 자기결정권을 행사할 수 있는 기회가 주어지더라도 연명치료의 중단을 선택하였을 것이라고 볼 수 있는 경우에는 그 연명치료의 중단에 관한 환자의 의사를 추정할 수 있다고 인정하는 것이 합리적이고 사회상규에 부합한다'는 입장을 밝힘으로서 연명치료의 중단을 둘러싸고 나타나고 있는 문제의 해결을 위한 방향성을 제시하였다.

생명의 유지기술이 고도로 발전하고 있는 가운데 의료현실에서 인간의 생명이 기계장치에 의하여 연명하는 사례는 이후에도 많이 발생할 것으로 예상할 수 있으며, 이 경우 구체적으로 어떠한 경우에 환자의 자기결정권에 의하여 연명치료의 중단이 가능한지 분명하지 않은 것이 우리의 현실이다. 사안에 따라서는 법률 등에서 이에 대한 구체적인 근거가 마련되어 있지 않은 현실을 감안할 때, 이 같은 사안들에 대하여 법적인 청구가 가능한지 여부도 불분명 하므로 문제 해결을 위한 구체적 입법을 통하여 기본권을 구체화할 필요가 있다고 대상판결에서 언급함으로써 향후 무의미한 연명치료의 중단에 관한 관련 입법의 가능성을 열어 놓았다. 이 같은 사회적 관심과 요구를 반영하여 2009년 9월 한국의료보건의료연구원과 대한의사협회 등에서는 사회적 합의에 근거한 무의미한 연명치료 중단의 원칙 등을 발표 하였는데 그 주요 내용은 앞에서 살펴본 바와 같다.

말기치료와 관련하여 무의미한 연명치료의 장치 등의 제거 및 치료중단에 관한 문제는 환자가 의식이 있어 의사를 표시할 수 있는 경우에는 비교적 문제가 적으나, 환자가 회생 불가능한 의식상실의 상태에 있어 의사를 표시할 수 없는 경우에는 많은 문제가 나타나게 된다. 따라서 말기환자에 대한 의사의 진료의무의 범위와 한계 나아가 회생이 불가능한 의식 상실 상태에 있는 말기환자에 대하여 무의미한 치료를 중단하기 위한 환자의 의사를 추정할 수 있는 입법이 요구되고 있는 실정이다. 국가는 국민의 기본권을 보장해야 할 의무가 있으며 구체적 입법을 통하여 기본권 보장을 위한

제도를 마련해야 할 필요가 있다는 점에서, 이 같은 문제에 대한 아무런 기준과 대안에 대한 제시도 없이, 당해 의사나 환자 내지 가족들에게 판단을 위임하여 문제를 해결하라는 것은 국가 스스로 직무를 유기하는 결과가 된다. 그렇다고 단순히 입법을 통하여 해결할 수 있다고 단정할 수 없으며, 입법 이전에 본 제도가 우리사회에 정착되기 위해서는 사회적 문제의식에 대한 공감대의 형성이 필요하며, 이를 위한 다양한 논의가 있어야 할 것으로 본다. 나아가 의사의 면책을 위한 제도적 보완과 의사의 설명의무와 환자의 결정권으로부터 파생되는 제반 문제들을 어떻게 조화롭게 반영하여 운행할 것인가에 대한 연구와 대책의 수립을 통하여 본 제도의 입법과 방향성이 정해져야 한다고 본다.

**주제어** : 식물인간상태, 의학적 적응, 존엄사법, 전문의, 난치성, 완화적 진정, 생전유언, 안락사교육협회, 자연사법

[ 참 고 문 헌 ]

1. 국내문헌

- 김수지, 『호스피스총론』, 한국호스피스협회, 2001.
- 김경화, “자의퇴원으로 인한 치료중단과 안락사”, 『형사법연구』, 제17권 2002.
- 김종원 외, 『新稿 刑法各論』, 司法行政, 1986.
- 김재봉, “치료중단과 소극적 안락사”, 『형사법연구』, 제12권, 한국형사법학회, 1999.
- 孔志允, “安樂死”, 『考試界』, 제12호(통권 제610호), 고시계사, 2007.
- 김혁돈, “환자의 자기결정권과 치료중단”, 『형사법연구』, 한국형사법학회, 2006.
- \_\_\_\_\_, “치료중단행위의 작위성에 관한 소고”, 『법학연구』, 제23집, 2006.
- 문성제, “호스피스의료와 간호윤리”, 『의료법학』, 제9권 제1호, 대한의료법학회, 2008.
- \_\_\_\_\_, “무의미한 연명의료의 중단과 존엄사의 제 문제”, 『법조』, 통권 제633호, 2009.
- \_\_\_\_\_, “무의미한 연명치료 중단을 위한 제 요건 -서울고등법원 2009.2.10, 2008나116869 판결을 중심으로-”, 『한국의료법학회지』, 한국의료법학회, 2009.
- 朴永浩, “소극적 안락사의 허용여부에 대한 소고”, 『저스티스』, 통권 제65호, 한국법학원, 2002.
- 박정일, 「형법적 측면에서의 안락사 및 존엄사에 관한 연구」, 박사학위논문, 연세대학교, 1987.
- 박연옥, “말기환자의 연명치료중단의 생명윤리적 고찰”, 『간호학탐구』, 제13권 1호, 2004.
- 이인영, “안락사 유형별 규범해석과 사회적 인식도”, 『형사법연구』, 제20권 2호, 한국형사법학회, 2008.
- 이상돈, 『의료형법』, 법문사, 1998.
- 장승일, “치료중단과 의사의 형사책임에 관한 고찰”, 『법학연구』, 제29집, 2008.
- 정현미, “안락사와 형법”, 『형사정책연구』, 1994. 겨울호.
- 李在祥, 『刑法各論』, 제5판, 박영사, 2006.

대한의사협회·대한의학회·대한병원협회, 「연명치료 중지에 관한 지침」, 2009.  
한국보건 의료 연구원, 보도자료, 2009, 9.28.  
통계청, 『2008 고령자 통계』, 2008, 10.

## 2. 외국문헌

金 川, “医療における説明と承諾の問題状況”, 『医事法學叢書3』, 日本評論社, 1986.  
唄孝一, “医師の説明と患者の承諾”, 『医事法學への歩み』, 岩波書店, 1970.  
甲斐克則, 『安樂死と刑法』, 成文堂, 2003.

加藤良夫, “實務医事法講義”, 『民事法研究會』, 平成 17年.

池永 満, 『患者の權利』, 九州大學出版會, 1994.

樋口範雄, “ガン(病名)を知る權利知らせる義務(判例紹介)”, 『年報医事法學五』,  
日本評論社, 1990.

Ann Alpers, Physician-Suicide in Oregon; A Bold Experiment, 274 JAMA 483,  
1995.

A, May, Ermittlung des Patientenwillens, in: Ärztliche Behandlung an der Grenze  
des Lebens, Herausgegeben von der Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte  
im Medizinrecht, Berlin, Springer, 2001.

Code of Medical Ethics; Current Opinions with Annotation, American Medical  
Association, 2002~2003.

Gribich, C., Parker, D., & Maddocks, I. The emotions and coping strategie of  
caregivers of family members with a terminal cancer. 2001. J Palliat  
Care, 17(1): 30-36.

Highfield, M.F., & Cason, C. Spiritual needs of patients: are they recognized?  
1983. Canser Nurs, 6, 187-192.

Kathleen M. Foley, Competent Care for Dying Instead of Physician-Assisted  
Suicide, 336 NEW ENGLAND. 1997.

Peter Singer, A Report from Australia : The Legalisation of Voluntary Euthanasia  
in the Northern Territory, Bioethics Vol. 9, No. 5, 1995.

Peter J. P. Tak, Palliative sedation and euthanasia, Jurist 2006, Volker Lipp,  
Patientenautonomie und Lebensschutz (Zur Diskussion um eine geset-

zliche Regelung der "Sterbehilfe", Universitätsdrucke Göttingen, 2005.

<http://www.law.uh.edu/healthlaw/perspectives/Bioethics/990608New.html>.

<http://www.dhs.state.or.us/publichealth/chs/pas/02>.

## **Review on the Justifiable Grounds for Withdrawal of Meaningless Life-sustaining Treatment**

**-Based on a case of Supreme Court's Sentence No. 2009DA17417  
(May 21, 2009)-**

Prof. Dr. Seong Jea Moon

*Sun Moon University, College of Law*

### **=ABSTRACT=**

According to a case of Supreme Court's Sentence No. 2009DA17417 (May 21, 2009), the Supreme Court judges that 'the right to life is the ultimate one of basic human rights stipulated in the Constitution, so it is required to very limitedly and conservatively determine whether to discontinue any medical practice on which patient's life depends directly.' In addition, the Supreme Court admits that 'only if a patient who comes to a fatal phase before death due to attack of any irreversible disease may execute his or her right of self-determination based on human respect and values and human right to pursue happiness, it is permissible to discontinue life-sustaining treatment for him or her, unless there is any special circumstance.' Furthermore, the Supreme Court finds that 'if a patient who is attacked by any irreversible disease informs medical personnel of his or her intention to agree on the refusal or discontinuance of life-sustaining treatment in advance of his or her potential irreversible loss of consciousness, it is justifiable that he or she already executes the right of self-determination according to prior medical instructions, unless there is any special circumstance where it is reasonably concluded that his or her physician is changed after prior medical instructions for him or her.' The Supreme Court also finds that 'if a patient remains at irreversible loss of consciousness without any prior medical instruction, he or she cannot express his or her in-

tentions at all, so it is rational and complying with social norms to admit possibility of estimating his or her own intentions on withdrawal of life-sustaining treatment, provided that such a withdrawal of life-sustaining treatment meets his or her interests in view of his or her usual sense of values or beliefs and it is reasonably concluded that he or she could likely choose to discontinue life-sustaining treatment, even if he or she were given any chance to execute his or her right of self-determination.’ This judgment is very significant in a sense that it suggests the reasonable orientation of solutions for issues posed concerning withdrawal of meaningless life-sustaining medical efforts.

The issues concerning removal of medical instruments for meaningless life-sustaining treatment and discontinuance of such treatment in regard to medical treatment for terminal cases don’t seem to be so much big deal when a patient has clear consciousness enough to express his or her intentions, but it counts that there is any issue regarding a patient who comes to irreversible loss of consciousness and cannot express his or her intentions. Therefore, it is required to develop an institutional instrument that allows relevant authority to estimate the scope of physician’s medical duties for terminal patients as well as a patient’s intentions to withdraw any meaningless treatment during his or her terminal phase involving loss of consciousness. However, Korean judicial authority has yet to clarify detailed cases where it is permissible to discontinue any life-sustaining treatment for a patient in accordance with his or her right of self-determination. In this context, it is inevitable and challenging to make better legislation to improve relevant systems concerning withdrawal of life-sustaining treatment. The State must assure the human basic rights for its citizens and needs to prepare a system to assure such basic rights through legislative efforts. In this sense, simply entrusting physician, patient or his or her family with any critical issue like the withdrawal of meaningless life-sustaining treatment, even without any reasonable standard established for such entrustment, means the neglect of official duties by the State. Nevertheless, this issue is not

a matter that can be resolved simply by legislative efforts. In order for our society to accept judicial system for withdrawal of life-sustaining treatment, it is important to form a social consensus about this issue and also make proactive discussions on it from a variety of standpoints.

Keywrds : Persistent vegetative state, Indication, The death with dignity act, Consulting physician, Refractory symptoms, Sedation, Living will, Euthansia Education Council, Natural death act.