

연명의료의 중단

—대법원 2009.5.21. 선고 2009다17417 판결과 관련하여—

석 희 태*

- I. 서 론
- II. 사실개요
- III. 대법원 판결 중 다수견해의 요지와 논리
 - 1. 다수 견해의 요지
 - 2. 다수 견해의 논리
- IV. 대법원 판결 중 소수견해의 요지와 논리
 - 1. 연명의료 중단의 요건이 미비하다는 의견(소수견해 I)
 - 2. 연명의료의 적극적 중단을 반대하는 의견(소수견해 II)
- V. 대법원 판결의 타당성 (관견)
 - 1. 인간의 존엄성과 의료 부작용의 허용성
 - 2. 연명의료 부작용의 적법성 근거
 - 3. 판단의 주체
- VI. 외국의 입법례
- VII. 결 론

I. 서 론

오늘날 고령사회화·의학기술의 발달·행복한 삶(well-being)과 행복한 죽음(well-dying)에 대한 높은 관심·많은 의료비용의 문제 등으로 인해 우리 사회에서 연명의료 및 그 중단이 매우 중요한 논의의 주제로 되어 있다.

* 논문접수: 2009. 4. 30. * 심사개시: 2009. 5. 10. * 게재확정: 2009. 6. 10.

* 경기대학교 법과대학 교수, 법학박사

외국의 입법례와 달리 우리의 경우 아직 이에 관한 특별법이 제정된 바가 없고, 대법원 판례도 나온 바가 없었다. 그것은 이 문제에 대하여 국민적 합의가 형성되지 못하였다는 뜻일 수도 있는 것으로 이해된다.

최근에 드디어 연명의료 중단¹⁾에 관한 대법원 판결이 내려졌는데, 그 주요 과제는, 기본적으로 연명의료의 중단은 법적으로 허용되는 것인가, 허용된다면 그 근거는 무엇인가, 허용하기 위해서는 어떤 요건의 충족이 필요한가, 허용하는 경우의 법적 논리구성은 어떤 것인가 등이다.

아래에서 우선 판례를 분석한 뒤, 지난 4월 30일 대법원 전원합의회 공개변론에서 필자가 행한 전문가 진술의 내용을 중심으로 하여 판례의 타당성에 관한 관견과 입법례를 기술하고자 한다.

II. 사실개요

① 환자(원고)는 사고 당시 만 75세의 여성으로서 2008년 2월 18일에 폐암 발병 여부를 확인하기 위해 S병원(피고)에서 기관지내시경을 이용한

1) 대법원이 지칭하는 ‘연명치료 중단’에 대하여 주요 언론과 학계에서는 이를 ‘존엄사’라고 확인하다시피하고, 가끔 혹자는 ‘안락사’로 표현하기도 하고 있다. 사실 뒤의 두 가지 용어는 너무도 그 내포 의미가 다양하며, 학자들 간에 논쟁이 종식되지 않았음이 현실이다. 특히 우리말로 ‘존엄사법’이라고 번역할 수 있는 미국 오리건 주와 워싱턴 주의 ‘Death with Dignity Act’에서 말하는 ‘존엄사’는, 말기에 처한 환자 자신이 의사에게 요구하면 의사가 치명적인 극약 주사를 시행하여 환자의 사기를 앞당길 수 있는 것을 가리키는 바, 이는 우리나라에서 근래에 사용하는 존엄사의 의미와 판연히 다른 것이다. 미국에서 연명치료 중단과 같은 조치를 허용하는 캘리포니아 등 대부분의 주법(州法-‘Natural Death Act’-)에서는 그것을 ‘natural death’ 즉, ‘자연사’로 부르고 있다. 한편 ‘연명치료’에서 ‘치료’는 질병의 제거와 건강의 회복을 의미하는 것이며 단지 ‘연명’ 즉 생명유지의 목적만을 갖는 산소호흡기부착·인공영양공급 등의 처치와는 다른 것이므로 정확한 표현이라고는 할 수 없다고 하겠다. ‘의료’라는 말 또한 본래는 치료와 동의어이나, 오늘날 우리 사회에서는 그것을 치료와 정상분만 처치·성형수술 등을 포함한 넓은 의미의 ‘의학의 임상적 적용’이라는 뜻으로 사용하고 있는 실정이라도, ‘연명의료 중단’이라고 표현하는 것이 더 바람직하다고 생각한다. 존엄사·안락사 등의 개념 정의에 관하여는 김천수, “안락사 내지 치료중단과 불법행위책임”, 『의료법학』, 제6권 제1호, 2005, 제15~26면; 이상용, “안락사, 그 용어의 재음미”, 『비교형사법연구』, 제5권 제2호, 2003, 제146면~171면 참조.

폐종양 조직검사를 받던 중 과다출혈 등으로 인해 심정지가 발생하였다.

이로 인해 환자는 저산소성 뇌손상을 입었으며, 이후 대법원 판결 시까지 지속적 식물상태(persistent vegetative state, PVS)에 있으며, 인공호흡기를 부착한 상태로 항생제 투여·인공영양 공급·수액 공급 등의 의료처치를 받고 있는데, 인공호흡기를 제거하면 곧 사망에 이르게 되는 상황이다.

② 환자는 자발호흡이 거의 없어서 인공호흡기의 도움 없이는 호흡을 유지할 수 없다.

동공은 대광반응이 없고 안구의 시선은 양쪽이 모두 우측 상향으로 치우쳐져 있으며 바빈스키 징후(Babinski Sign)²⁾도 비정상이다.

2008년 10월 16일 시행한 뇌 MRI 검사에 의하면 뇌는 전반적으로 심한 위축을 보이고 있고, 대뇌피질이 파괴되어 있으며 기저핵 및 시상의 구조가 보이지 않는다.

뇌간 및 소뇌도 심한 손상으로 위축되어 있다.

다만 뇌간 기능의 일부가 살아 있으므로 인해 자발적인 눈뜨기와 팔다리의 반사적인 운동은 나타난다.

뇌간 기능의 일부가 유지되고, 뇌파의 평탄화현상이 없으므로 뇌사상태라고는 할 수 없으나; 식물상태의 야기 원인이 외상이나 대사장애가 아니라 그 보다 예후가 나쁜 심호흡정지이기 때문에 통상의 지속적 식물인간 상태보다 더 심각하며, 뇌사에 가까운 상태이다.

식물상태 발생 후 제2심 재판 변론종결 때(2009.1.20)까지 11개월이 경과하였음에도 불구하고 의학적으로 의미 있는 개선의 변화는 보이지 않는다.

③ 의학문헌(Plum and Posner's Diagnosis of Stupor and Coma 4th Edition, 2007)에 의하면 통상적인 지속적 식물상태의 환자는 상태 발생 후

2) 대뇌피질에서 시작되는 피질척수로(皮質脊髓路)로서 운동의지를 전신근육에 전달하는 기능을 가진 추체로(錐體路)에 장애가 있을 때 나타나는 병적 반사(서울고등법원 2009.2.10.선고 2008나116869판결문 참고함)

3개월 내지 6개월이 경과한 시점의 의식회복 확률이 0% 내지 8%라고 되어 있다. 다만 이는 환자의 상태와 뇌손상의 범위에 따라 달라질 수 있는 일반적인 추정치이며 뇌영상 촬영이 없는 신경과적 검진을 토대로 한 것이다.

환자의 주치의는 의식회복의 가능성을 5% 미만으로 보고 있다.

진료기록 감정의는 의식회복의 가능성은 거의 없다고 하고 있다.

신체 감정의는 환자의 대뇌피질이 파괴되어 있으므로 의식회복의 가능성과 자발호흡 회복가능성이 모두 거의 없으며, 최선의 회복을 한다고 하여도 의식의 회복과 자발적 움직임의 회복은 불가능하고, 호흡과 눈 깜박임 정도로 누워 있는 식물상태의 지속을 상정할 수 있다고 보고 있다.

④ 원고가 독실한 기독교 신자로서 15년 전 교통사고로 팔에 상처가 남게 된 후부터는 이를 남에게 보이기 싫어하여 여름에도 긴 팔 옷과 치마를 입고 다닐 정도로 항상 정갈한 모습을 유지하고자 하였던 사실; 텔레비전을 통해 병석에 누워 간호를 받으며 살아가는 사람의 모습을 보고 “나는 저렇게까지 남에게 누를 끼치며 살고 싶지 않고 깨끗이 이생을 떠나고 싶다”라고 말하였던 사실; 3년 전 남편의 임종 당시 며칠 더 생명을 연장할 수 있는 기관절개술을 거부하고 그대로 임종을 맞게 하면서 “내가 병원에서 안 좋은 일이 생겨 소생하기 힘들 때 호흡기는 끼우지 말라. 기계에 의하여 연명하는 것은 바라지 않는다”고 말한 사실 등이 있다.

⑤ 환자의 가족 중 1인이 특별대리인의 자격으로 피고 병원을 상대로 원고 환자에게 부착한 인공호흡기를 제거하라는 청구를 하였다.

III. 대법원 판결 중 다수견해의 요지와 논리

1. 다수 견해의 요지

대법원 전원합의부의 다수 견해(13인 중 9인)는 연명의료 중단을 요구하는 원고의 청구취지를 인용한 원심판결을 지지하여, 피고의 상고를 기각

하였다.³⁾ 그 내용 요지는 아래와 같다(아래의 글 중에서 꺾따옴표 안의 것은 판결문을 그대로 옮긴 것이며, 그 이외의 것은 필자가 판결문의 내용을 요약한 것이다. 그리고 내용상 당해 항목의 주제에 맞추어 단락별로 판결문의 원문 순서와 다르게 적절히 인용한 부분도 있다. 그리고 각 항의 제목은 필자가 붙인 것이다).

가. 생명과 관련된 진료의 거부 또는 중단의 허용성

“...환자의 동의는 헌법 제10조에서 규정한 개인의 인격권과 행복추구권에 의하여 보호되는 자기결정권을 보장하기 위한 것으로서...”, “...자기결정권 및 신뢰관계를 기초로 하는 의료계약의 본질에 비추어 강제진료를 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 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 것인지 여부는 극히 제한적으로 신중하게 판단하여야 한다.”

“...생명권이 가장 중요한 기본권이라고 하더라도 인간의 생명 역시 인간

3) 다수견해를 형성한 대법관은: 이용훈 대법원장, 김영란 대법관, 양승태 대법관, 박시환 대법관, 김지형 대법관, 박일환 대법관, 전수안 대법관, 차한성 대법관, 신영철 대법관이다.

으로서의 존엄성이라는 인간 존재의 근원적인 가치에 부합하는 방식으로 보호되어야 할 것이다. 따라서... 더 이상 인격체로서의 활동을 기대할 수 없고 자연적으로는 이미 죽음의 과정이 시작되었다고 볼 수 있는 회복불가능한 사망의 단계에 이른 후에는, ...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 사회 상규에 부합되고 헌법 정신에도 어긋나지 아니한다고 할 것이다.

그러므로 회복불가능한 사망의 단계에 이른 후에 환자가 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권에 기초하여 자기결정권을 행사하는 것으로 인정되는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 연명치료의 중단이 허용될 수 있다.”

나. 진료중단의 허용요건

(1) 회복불가능한 사망의 단계에 진입했을 것

회복불가능한 사망의 단계란 “...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...”를 가리킨다.

이 상황에서 이루어지는 진료행위를 ‘연명치료’라고 하며, 이는 “...원인이 되는 질병의 호전을 목적으로 하는 것이 아니라 질병의 호전을 사실상 포기한 상태에서 오로지 현 상태를 유지하기 위해 이루어지는 치료에 불과하므로, 그에 이르지 아니한 경우와는 다른 기준으로 진료중단 허용 가능성을 판단하여야 한다...” 그리고 “...이는 죽음의 과정이 시작되는 것을 막는 것이 아니라 자연적으로는 이미 시작된 죽음의 과정에서 종기를 인위적으로 연장시키는 것으로 볼 수 있다.

...그러므로, 회복불가능한 사망의 단계에 이른 후에 환자가 인간으로서

의 존엄과 가치 및 행복추구권에 기초하여 자기결정권을 행사하는 것으로 인정되는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 연명의료의 중단이 허용될 수 있다.”

(2) 환자의 의사표시를 인정할 만한 사유가 있을 것

(가) 사전의료지시가 있는 경우

“환자가 회복불가능한 사망의 단계에 이르렀을 경우에 대비하여 미리 의료인에게 자신의 연명의료 거부 내지 중단에 관한 의사를 밝힌 경우(이하 ‘사전의료지시’라 한다)에는 비록 진료 중단 시점에서 자기결정권을 행사한 것은 아니지만 사전의료지시를 한 후 환자의 의사가 바뀌었다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 사전의료지시에 의하여 자기결정권을 행사할 것으로 인정할 수 있다.”

다만 이러한 사전의료지시가 진정한 자기결정권 행사로 인정되기 위해서는 다음과 같은 요건을 갖추어야 한다.

첫째, 환자에게 의사결정능력이 있을 것,

둘째, 환자가 의사로부터 직접 충분한 의학적 정보를 제공 받은 후 구체적인 진료행위에 관한 의사를 결정할 것,

셋째, 위의 의사결정 과정이, 환자 자신이 의사를 상대로 직접 작성한 서면이나 의사가 진료과정에서 작성한 진료기록 등에 의해 진료중단 시점에서 명확하게 입증될 수 있을 것 등이 요구된다.

(나) 사전의료지시가 없는 경우 -의사(意思)의 추정-

환자가 사전의료지시를 하지 않고 회복불가능한 사망의 단계에 진입한 경우에는 환자의 의사를 추정하여 의사표시에 갈음한다. 즉 “...환자의 평소 가치관이나 신념 등에 비추어 연명의료를 중단하는 것이 객관적으로 환자의 최선의 이익에 부합한다고 인정되어 환자에게 자기결정권을 행사할 수 있는 기회가 주어지더라도 연명의료의 중단을 선택하였을 것이라고

볼 수 있는 경우에는 그 연명치료 중단에 관한 환자의 의사를 추정할 수 있다고 인정하는 것이 합리적이고 사회상규에 부합된다.

이러한 환자의 의사 추정은 객관적으로 이루어져야 한다. 따라서 환자의 의사를 확인할 수 있는 객관적인 자료가 있는 경우에는 반드시 이를 참고하여야 하고, 환자가 평소 일상생활을 통하여 가족, 친구 등에 대하여 한 의사표현, 타인에 대한 치료를 보고 환자가 보인 반응, 환자의 종교, 평소의 생활 태도 등을 환자의 나이, 치료의 부작용, 환자가 고통을 겪을 가능성, 회복불가능한 사망의 단계에 이르기까지의 치료 과정, 질병의 정도, 현재의 환자 상태 등 객관적인 사정과 종합하여 환자가 현재의 신체상태에서 의학적으로 충분한 정보를 제공받는 경우 연명치료 중단을 선택하였을 것이라고 인정되는 경우라야 그 의사를 추정할 수 있을 것이다.”

(3) 법원의 판결 또는 위원회 등의 판단이 있을 것

환자 측이 연명의료 중단에 관하여 직접 법원에 소 제기를 하거나, 혹은 전문의사 등으로 구성된 위원회 등의 판단을 거치는 것이 바람직하다.

다. 이 사건의 요건 충족성

(1) 회복불가능한 사망의 단계 진입

환자가 회복불가능한 사망의 단계에 진입했는지 여부는 주치의의 소견 뿐만 아니라 사실조회·진료기록 감정 등에 나타난 다른 전문의사의 의학 적 소견을 종합하여 신중하게 판단해야 되는 바, 이 사건 원심이 위에 따라 원고 환자의 사실상태가 ‘회복불가능한 사망의 단계에 진입하였다’고 한 것은 수긍할 수 있다.

(2) 진료중단 요구 - 의사(意思)의 추정

원심이 환자의 일상생활에서의 대화, 현 상태 및 장래 전망 등 여러 사

정을 종합하여, 본인이 현재의 상황에 관한 정보를 충분히 제공받았을 경우에 자신에게 현재 시행되고 있는 연명치료를 중단할 것을 원하는 의사가 있었을 것으로 추정된 것은 환자의 자기결정권 및 환자 의사 추정에 관한 법리에 부합되는 것으로서 수긍할 수 있다.

2. 다수 견해의 논리

가. 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권의 중시

인간의 생명권이 기본권 중 가장 중요한 것이지만, 이 역시 인간으로서의 존엄성이라는 인간 존재의 근원적인 가치에 부합하는 방식으로 보호되어야 할 것이라고 하여, 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권을 생명권보다 상위의 가치 내지 이념으로 전제하고 있다.

이는 인간으로서의 존엄을 지키기 위해서는 생명권의 포기 또는 침해가 허용될 수 있어야 한다는 논리이다.

나. 환자 상태의 말기성

환자가 ‘회복불가능한 사망의 단계에 진입한 때’에 한하여 연명치료를 중단할 수 있다고 한다.

판례는; 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 경우를 ‘회복불가능한 사망의 단계’라고 한다. 그리고 다툼 없는 사실 인정에 따르면 현재 환자는 통상적인 지속적 식물상태이면서 아직은 뇌사상태라고는 할 수 없는 단계에 있는데, 판례는 이 경우를 ‘회복불가능한 사망의 단계’에 포함시키고 있다.

환자가 호전불가능·회복불가능은 분명하나 아직 의식불명의 혼수에는 빠지지 않은 말기상태인 경우에 관하여는 그것이 이 사건에서 판단의 대상이 아니므로 언급이 없으나, 판결문의 해석상 이 경우가 ‘회복불가능한

사망의 단계'에 포함되지 않으며 따라서 연명치료의 중단이 허용되지 않는다고는 반드시 말할 수는 없다.

다. 해지에 의한 의료계약의 종료

판결문에서는 연명치료의 중단을 위한 '계약해지'를 명시적으로 언급하고 있지는 않지만, 그것을 전제로 하는 논리를 전개하고 있다. 즉 환자가 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권에 기초한 자기결정권 행사의 내용으로서 스스로 의료중단을 요구하는 과정이 필요하다는 것이다.

의료계약 목적달성 불가능의 확정을 원인으로 하는 계약의 종료 내지 단순한 이익형량에 의한 계약의 종료라는 관념은 취하지 않는다.

라. 계약해지를 위한 환자 본인의 의사(意思) 요구

연명치료 중단을 목적으로 하는 계약해지를 위해서는 환자 본인의 의사가 있어야 한다고 한다.

환자의 존엄성과 행복추구권을 구현하기 위해서이지만, 외국의 입법례에서와 같이 환자의 가족이나 의료인 쪽의 결단으로 계약을 해지하는 것은 허용되지 않는다는 것이다.

마. 추정적 의사(意思)의 대응

환자 본인의 의사표시가 없는 경우에 의사를 추정하여 그 추정된 의사를 본인의 의사표시에 갈음할 수 있다고 한다.

의사절대사상의 귀결로서 계약 종료를 이끌기 위해서는 추정적 의사라도 인정되어야 한다는 관념이다. 이는 사실상으로는 존재하지 않는 의사를 존재하는 것으로 의제하는 것이다.

바. 가언판단(假言判斷)을 통한 의사(意思)의 추정

환자의 연명의료 중단의 의사는 일반적·추상적 여건 아래에서 추정되는 것이 아니라, 환자의 평소 언행·가치관, 환자의 현재 상태, 미래의 전망 등 여러 가지 사정을 종합한 개별적·구체적 여건 아래에서 만약 당해 환자가 의식이 있어서 자기결정권을 행사할 수 있다고 한다면 연명치료 중단을 선택하였을 것이라는 가언판단이 성립하는 경우에 한하여 그 추정이 가능하다고 한다.

그러므로 이러한 가언판단을 시인할 수 있는 자료가 없는 경우에는 의사의 추정이 인정되지 않는다.

사. 위원회 등의 신중한 판단 필요

환자가 회복불가능한 단계에 이르렀는지 여부에 관한 판단은 신중성을 기하기 위해 법원 혹은 전문 의사 등으로 구성된 다수의 위원회와 같은 기구의 전문적 평가를 거쳐야 한다고 한다.

이는 주치의와 2인 정도의 전문가 참여를 요구하는 미국과 타이완 등 국가의 입법례에서 초래할 가능성이 있는 위험성을 방지하기 위한 대책이다.

IV. 대법원 판결 중 소수견해의 요지와 논리

1. 연명의료 중단의 요건이 미비하다는 의견(소수견해 I)⁴⁾

가. 소수견해 I의 요지

“연명치료 중단 일반에 관하여, 환자가 회복불가능한 사망의 단계에 진입한 후에 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권에 기초하여 자기결정

4) 안대희 대법관, 양창수 대법관의 견해

권을 행사하는 것으로 인정되는 경우에는 연명 치료 중단이 허용될 수 있고, 이러한 자기결정권은 1차적으로 서면 등에 의한 사전의료지시의 방법으로 행사될 수 있으며, 그것이 없는 경우에는 환자의 ‘추정적 의사’에 의해서도 연명치료 중단이 허용될 수 있다는 점에 관하여는 다수의견과 견해를 같이 한다.”

“그러나 우선 이 사건에서 원고가 ‘회복불가능한 사망의 단계’에 이르렀다고 본 점에는 찬성할 수 없다.

나아가 여기서의 ‘추정적 의사’가 “환자에게 자기결정권을 행사할 수 있는 기회가 주어진다면 연명치료의 중단을 선택하였을 것이라고 볼 수 있는 경우”에는 긍정된다고 하는 점도 수긍할 수 없다. 연명치료의 중단을 환자의 자기결정권에 의하여 정당화하는 한, 그 ‘추정적 의사’란 환자가 현실적으로 가지는 의사가 객관적인 정황으로부터 추단될 수 있는 경우에만 긍정될 수 있으며, 다수의견이 말하는 바와 같은 ‘가정적 의사’ 그 자체만으로 이를 인정할 수 없다고 할 것이다...”

“...추정적 의사는 가정적 의사 또는 의제된 의사와는 기본적으로 구별되어야 할 것이다. 추정적 의이란 일반적으로 어떠한 표현행위를 하는 사람이 현실적으로 가진 의사를 제반 정황으로부터 추단하여 그의 의사표시로 인정하는 것을 의미하고, 이렇게 행하여진 의사표시는 ‘묵시적 의사표시’라고도 불린다. 예를 들어 어떤 사람이 정류장에서 버스를 기다리다가 아무 말 없이 자신이 원하는 버스에 올라타는 경우에, 그가 버스회사와의 사이에 운송계약을 체결하려는 의사표시는 ‘묵시적 의사표시’인 것이다. 한편 민법 등에서 예를 들면 매매계약과 관련하여 “추정한다”고 정하는 경우가 있다(우선 민법 제579조, 제585조 참조). 그러나 이들 규정은 어디까지나 엄밀한 의미의 의사표시 해석작업에서의 지침 또는 기준을 제시하는 것, 보다 정확하게 말하면 소송에서 계약의 내용에 관한 입증책임을 분배하는 것에 불과하다.

그러나 그렇지 아니하고 만일 그가 제반 사정 아래서 문제되는 사항에

관하여 자신의 법적 의사를 표시하였다고 가정하는 경우에 이러저러한 의사표시를 하였으리라고 인정되는 경우에는 그러한 의사는 이른바 ‘가정적 의사’이다...”

“...다수의견이 환자의 연명의료의 중단청구를 그의 자기결정권으로써 정당화하면서, 그의 가정적 의사에 기해서도 연명의료의 중단을 인정하는 것이 과연 앞뒤가 맞는 것인지 지극히 의문이다.”

“통상 ‘보충적 해석’이라고도 불리는 가정적 의사의 탐색은 애초부터 방법적으로 표의자가 현실적으로 가지지 않는 의사를 법률행위의 내용으로 상감(象嵌)하는 것으로서, 일반적으로 그 성질은 엄밀하게 말하면 의사표시의 해석에 속하는 작업이라기보다는, 법관 등의 제3자가 당사자의 계약 등 법률관계의 처리를 위하여 그 법률관계의 내용을 보충적으로 형성하여 가는 일로서의 측면이 뚜렷하다. 그러므로 거기에서 일반적으로 표의자의 ‘자기결정’을 찾기가 쉽지 않다...”

“...물론 구체적으로 앞서 본 바와 같은 추정적 또는 묵시적 의사(이하에서는 혼동을 피하기 위하여 아예 ‘묵시적 의사’라는 표현을 쓰기로 한다)와 가정적 의사가 선명하게 구별되기 어려운 경우도 없지 않을 것이다. 특히 개별 사건에서 그와 관련되는 모든 사정을 종합적으로 검토·평가하여 어떠한 표현행위의 법적 의미를 이해하는 것을 내용으로 하는 의사표시의 해석인 만큼 더욱 그러하다. 그러나 그러한 현실적인 어려움이, 특히 연명의료의 중단이라는 한 사람의 실존적 운명의 중대한 결정과 관련하여 묵시적 의사와 가정적 의사라는 핵심에서는 서로 분명히 다른 탐색목표의 혼동을 정당화할 수는 없다...”

“...그러나 이 소수의견은 연명의료의 중단에 관한 환자 본인의 명시적 또는 묵시적 의사가 인정되지 않는 경우에도 엄격한 예외적인 요건 아래서 연명의료의 중단이 허용될 수 있다는 견해를 밝혀두고자 한다. 즉 이 소수의견은 연명의료의 중단은 반드시 환자의 자기결정권으로부터만 인정된다고 할 것은 아니고, 비록 예외적이기는 하지만, 법질서 일반의 관점에

서 정당화될 수 있는 경우도 있다는 것이다...

...여기서 문제되는 회복불가능한 사망의 단계에 오면, 의료기관은 의료계약의 앞서 본 ‘보충적 해석’에 기하여 연명장치를 중단하여야 할 의무를 부담하게 될 수 있다. 또는 이는 의료기관이 의료계약에 기하여 일반적으로 부담하는 “위임의 본지에 따라 선량한 관리자의 주의로써 위임사무를 처리할 의무”(민법 제681조)의 구체화로 설명하는 것도 전혀 불가능한 것은 아니다. 즉 의료계약에 기하여 의료기관은 원칙적으로 생명의 유지·연장과 건강의 증진을 도모하기 위하여 환자를 진단하고 치료할 의무를 부담하지만, 다수의견이 실시하는 대로 “의학적으로 무의미한 신체침해행위에 해당하는 연명치료를 환자에게 강요하는 것이 오히려 환자의 인간으로서의 존엄과 가치를 해하게 되는” 예외적인 경우에는 연명치료를 중단하는 것이야말로 자신에게 맡겨진 일을 ‘위임의 본지(本旨)에 따라’ 처리하는 것이 될 수 있다는 것이다...”

“...중요한 것은 여기서 환자의 ‘가정적 의사’는 연명치료 중단의 허용 여부를 판단하는 유일한 또는 결정적인 요소는 아니라는 점이다. 즉, 환자의 가정적 의사가 연명치료의 중단에 찬성하지 않는 것으로 밝혀지더라도, 그 의사를 존중하여 연명치료를 계속하는 것이 환자의 인간으로서의 존엄과 가치에 반한다고 말할 수 있는 경우가 상정될 수 있다. 요컨대 이 단계에서 연명치료의 중단 여부는 법질서 일반의 관점에서 행하여지는 당해 사안에 대한 객관적인 이익·형량 내지 가치평가의 문제인 것이다.

결국 원심이 원고가 이미 회복불가능한 사망의 단계에 이르렀다고 전제하고 나아가 연명치료 중단에 관한 원고의 ‘추정적’ 의사를 긍정하여 원고의 연명치료 중단 청구를 인용한 것은 결국 연명치료의 중단에 관한 법리 또는 그 의사의 해석에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 것이다. 그러므로 원심판결은 그대로 유지될 수 없고, 파기되어야 한다.”

나. 소수견해 I의 논리

(1) 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권의 존중

소수 견해도 역시 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권을 실현하기 위해, 연명 치료 중단을 허용한다는 기본에 입각하고 있다.

(2) 환자 상태의 말기성 요구

다수 견해와 마찬가지로 환자가 회복불가능한 사망의 단계에 진입해 있을 것을 요구한다.

그런데 이 사건의 환자는 회복불가능한 사망의 단계에 진입하였다고 할 수 없다고 보고 있다.

(3) 환자 본인의 의사에 의한 연명치료중단 허용

① 환자는 자기결정권 행사의 내용으로서 연명치료중단을 요구할 수 있다.

② 이 권리의 행사는 1차적으로 서면 등에 의한 사전의료지시의 방법으로 할 수 있다.

③ 사전의료지시가 없는 경우에는 환자의 추정적 의사에 의해서도 연명 치료 중단이 허용된다. 이 ‘추정적 의사’는 묵시적 의사를 가리키며, 가정적 의사 또는 의제된 의사와는 다른 것이다.

그런데 이 사건의 경우 환자의 추정적 내지 묵시적 의사는 인정되지 않는다.

④ 가정적 의사에서는 표의자의 ‘자기결정’을 찾기 어려운데, 연명치료 중단 요구를 자기결정권으로써 정당화하면서, 그 가정적 의사에 대해서도 연명치료 중단을 인정하는 것이 과연 전후 부합하는 논리인지는 의문이다.

(4) 법질서 일반의 관점에서의 연명치료중단 허용

환자 본인의 의사가 인정되지 않는 경우에도 엄격한 예외적 요건 아래에서 연명치료의 중단이 ‘법질서 일반의 관점’에서 정당화될 수 있다고 한다.

즉 환자의 의사는 연명치료중단의 허용 여부를 판단하는 유일한 또는 결정적인 요소인 것은 아니라는 것이다.

2. 연명의료의 적극적 중단을 반대하는 의견(소수견해 II)⁵⁾

가. 소수견해 II의 요지

“다수의견과는 달리, 생명에 직결되는 진료에 있어서 환자의 자기결정권은 소극적으로 그 진료 내지 치료를 거부하는 방법으로는 행사될 수 있어도 이미 환자의 신체에 삽입, 장착되어 있는 인공호흡기 등의 생명유지장치를 제거하는 방법으로 치료를 중단하는 것과 같이 적극적인 방법으로 행사되는 것은 허용되지 아니하며, 따라서 원고의 이 사건 청구는 인용될 수 없다고 본다...”

“...모든 사람은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 이에 터 잡아 신체의 불가침성과 완전성을 보전할 기본적인 권리를 가지므로 인체에 대한 어떤 형태의 침해일지라도 이를 거부하고 거절할 권리가 있다고 할 것이다. 따라서 의료행위가 신체에 대한 침해적인 요소를 포함하는 것인 때에는 환자의 동의 내지 승낙이 없이는 그 시술을 할 수 없고, 환자는 자기결정권에 기하여 이를 거부할 수 있으며, 이는 그 의료행위가 생명유지장치의 삽입, 장착과 같이 생명에 직결되는 것이라고 하더라도 마찬가지라고 할 것이다...”

...그러나 자기결정권도 구체적인 권리의 하나이므로 타인의 권리를 침해할 수 없고 헌법질서에 위반되지 않는 범위에서만 보호받을 수 있는 내

5) 이흥훈 대법관, 김능환 대법관의 견해

재적 한계가 있으며, 생명권의 주체라고 하더라도 자살의 경우와 같이 자기 생명을 자유롭게 처분하는 것은 헌법상 자기결정권의 한계를 벗어나는 것으로서 사회상규에 반하므로 허용될 수 없다.”

“그러므로 환자가 인위적으로 생명을 유지, 연장하기 위한 생명유지장치의 삽입 또는 장착을 거부하는 경우, 특별한 사정이 없는 한, 비록 환자의 결정이 일반인의 관점에서는 비합리적인 것으로 보이더라도 의료인은 환자의 결정에 따라야 하고 일반적인 가치평가를 이유로 환자의 자기결정에 따른 명시적인 선택에 후견적으로 간섭하거나 개입하여서는 아니 된다. 환자의 이러한 자기결정권 행사가 있는 때에는 의료인이 의료법상의 진료 또는 응급의료에 관한 법률상의 응급의료를 행하지 아니할 정당한 이유가 있는 경우에 해당한다고 할 것이다.

그러나 이와는 달리, 이미 생명유지장치가 삽입 또는 장착되어 있는 환자로부터 생명유지장치를 제거하고 그 장치에 의한 치료를 중단하는 것은 환자의 현재 상태에 인위적인 변경을 가하여 사망을 초래하거나 사망시간을 앞당기는 것이므로, 이미 삽입 또는 장착되어 있는 생명유지장치를 제거하거나 그 장치에 의한 치료를 중단하라는 환자의 요구는 특별한 사정이 없는 한 자살로 평가되어야 하고, 이와 같은 환자의 요구에 응하여 생명유지장치를 제거하고 치료를 중단하는 것은 자살에 관여하는 것으로서 원칙적으로 허용되지 않는다고 할 것이다.

다만, 생명유지장치가 삽입, 장착되어 있는 상태에서도 환자가 몇 시간 또는 며칠 내와 같이 비교적 아주 짧은 기간 내에 사망할 것으로 예측, 판단되는 경우에는, 환자가 이미 돌이킬 수 없는 사망의 과정에 진입하였고 생명유지장치에 의한 치료는 더 이상 의학적으로 의미가 없으며 생명의 유지, 보전에 아무런 도움도 주지 못하는 것이므로, 이때에는 생명유지장치를 제거하고 치료를 중단하는 것이 허용된다고 할 것이다. 이 경우의 치료중단은 사망을 초래하거나 사망시간을 앞당기는 것으로 평가할 것이 아니다...”

“...사망에 근접하였는지 여부를 인공호흡기 등이 장착된 상태가 아니라 그 장치가 제거된 상태를 기준으로 하여 판단하고 인공호흡기 등의 제거가 허용된다고 보는 것은 현행법상 용인될 수 없고, 그 정당성의 근거를 찾을 수도 없다...”

“...이러한 법리에 따라 이 사건을 검토하여 보면, 원고는 생명유지장치인 인공호흡기가 이미 삽입, 장착되어 있는 상태에서 그 장치의 제거를 구하고 있으므로 그 청구가 정당하려면 원고가 앞에서 본 바와 같이 생명유지장치가 삽입, 장착되어 있는 상태에서도 원고가 비교적 아주 짧은 기간 내에 사망할 것으로 예측, 판단되는 돌이킬 수 없는 사망의 과정에 진입하였다는 점이 전제되어야 할 것이다...”

... 이 사건 소 제기 당시 및 제1심 변론종결 당시 원고의 기대여명은 1년 내지 2년이라는 것이었고, 현재에 있어서도 적어도 4개월 이상이라는 것이므로, 원고를 가리켜 앞에서 본 바와 같은 의미에서의 이른바 돌이킬 수 없는 사망의 과정에 진입하였다고는 도저히 말할 수 없다.

그렇다면 이 사건은 환자에게 장착된 인공호흡기의 제거가 정당화될 수 있는 경우에 해당한다고 볼 수 없으므로, 원고의 이 사건 청구는 다른 요건을 나아가 따져 볼 것도 없이 인용될 수 없다.”

나. 소수견해 II의 논리

- ① 모든 사람은 인간으로서의 존엄과 가치에 기초해서 신체불가침성과 완전성을 보전할 기본권을 갖는다.
- ② 그러므로 환자는 생명유지 처치를 포함한 일체의 신체침해적 의료행위를 거부할 자기결정권을 갖는다. 즉 환자는 생명유지 장치의 삽입·장착을 소극적으로 거부할 수 있고, 의사(醫師)는 이에 따라야 한다.
- ③ 그러나 환자의 자기결정권에도 내재적 한계가 있는 바, 그것은 헌법 질서에 위반되지 않는 범위 내에서 보호된다.

따라서 환자가 기이 삽입·장착된 생명유지장치의 제거를 요구할 때, 의사(醫師)가 이에 응하는 것은 응급의료에 관한 법률 위반이 될 뿐 아니라 자살에 관여하는 것으로서, 이는 원칙적으로 허용되지 않는다.

- ④ 다만 환자가 몇 시간 또는 며칠 내와 같은 아주 짧은 기간 내에 사망할 것으로 판단되는 경우에는 생명유지 장치의 제거와 치료중단이 허용된다. 이 경우는 사망을 초래하거나 사기를 앞당기는 것으로 평가할 것이 아니다.
- ⑤ 사망에 근접했는지 여부는 연명장치가 장착된 상태에서 평가해야 한다.
- ⑥ 이 사건의 환자는 사망에 근접해 있다고 볼 수 없다.

V. 대법원 판결의 타당성 (관견)

1. 인간의 존엄성과 의료 부작위의 허용성

인간으로서의 존엄과 가치는 국가와 법 나아가서 모든 신념체계가 존중하고 옹호해야 할 궁극의 이념이자 판단기준이며, 모든 권리의 시원(始源)이다.

한 개인이 헌법상 갖게 되는 행복추구권·자유권·생명권·평등권·생활권 등은 모두 인간의 존엄과 가치를 구현하기 위해 고안된 도구 개념이다. 이 권리들의 구체적 내용은 역사적 투쟁과정과 문화적 풍토에 의해 형성된 것이므로 그 내용 및 한계는 관찰자의 철학과 사상에 따라 변용되어 논쟁적일 수밖에 없으나, 논쟁에서 최후의 판단기준은 결국 인간으로서의 존엄과 가치가 된다. 그리고 그 의미와 내용은 인류 보편적 관념에 의해 규명되어 있다.

무엇이 행복인가, 자유의 허용은 어디까지인가, 생명권은 어떤 경우에

제한되는가, 어떤 형태의 평등을 지향하는가, 최소한 어느 정도의 생활을 보장해야 하는가 등이 인간의 존엄성과 가치에 부합하는지 모순되는지에 따라 판단되는 것이다.

생명과 건강에 관하여 말하자면, 삶과 죽음 그리고 건강에 대한 생명주체의 자유결정이 허용되지만 다만 인간존엄과 가치의 이념에 부합하는 한도 내로 제한되며, 아울러 생사와 건강에 대한 법과 의료의 개입 또한 생명주체의 존엄과 가치의 이념에 부합하는 범위 내로 한정된다.

요컨대, 인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권, 자기결정권, 생명권은 순차로 상위 가치에 의해 제약을 받아 그 상위 가치에 부합하는 범위 내에서 규범적 타당성을 인정받고 보장된다. 의료의 부작용 곧 그 거부나 중단에 따른 건강권·생명권의 포기 내지 침해가 법적으로 허용될 가능성이 있는 것은 바로 그것이 최상위 가치인 인간의 존엄성에 부합하는 경우가 있기 때문이다.

대법원이 회복불가능한 사망의 단계에 진입한 환자의 연명의료 거부를 인간의 존엄과 가치이념에 기초를 둔 자기결정으로서 허용한 것은 위와 같은 논지에서이며, 이는 타당한 태도이다.

2. 연명의료 부작용의 적법성 근거

의료 부작용은 의료행위를 처음부터 개시하지 않는 것과 기왕 시행 중인 의료행위를 중단하는 것 양자를 포함한다.

부작용의 문제는 일반적으로 작위의무 귀속자의 부작용 용태의 적법성을 논하기 위한 개념인 바, 다만 여기서는 부작용 결과 자체의 적법성 유무를 평가한다는 관점에서 부작용 상대방(환자)의 작위 거절(즉, 의료행위 개시 거절) 및 부작용 요구(즉, 의료행위 중단 요구)와도 연결시켜 논하고자 한다.

의료 부작용이 법적으로 문제되는 경우는 비단 연명의료에서만이 아니라, 모든 의료관계에서 공통적이다. 회복이 가능한 상황에서 의식 있는 환

자의 의료거부(수혈거부 등), 회복불가능한 상황에서 의식 있는 환자의 의료거부(투약거부 등) 등에 따른 의료부작위의 적법성 평가도 문제이지만, 여기서는 위 사건의 과제인 연명의료 상황에서의 부작위 용태에 한정하여 그 적법성 근거를 고찰하고자 한다.

가. 환자 상태의 말기성

환자가 말기상태에 있다고 할 때, 그 취지는; 첫째 더 이상의 치료방법이 존재하지 않는다는 점, 둘째 향후의 치료 내지 의료 처치는 생명의 유지 또는 사망과정의 연장이라는 의미만 지닐 뿐 그 이상의 의학적 의미는 없는 이른바 ‘연명의료’에 불과하다는 점, 셋째 이제는 이 상태가 진행하여 일정기간 이내에 사망에 이르는 것을 피할 수 없게 되었다는 점 등을 표현·지적하기 위해서이다.

환자의 어떤 상황이 이러한 ‘말기상태’에 해당하는지에 관해서는 견해가 다양하다고 할 수 있다. 우리 의료법학계에서는 종래 미국 각주의 「자연사법」(Natural Death Act)이 규정하는 「말기상태」(Terminal Condition)의 개념정의⁶⁾가 대체로 통용되어 왔다고 할 수 있다. 즉, 그것은 환자가 호전 불가능한 뇌사(an irreversible coma) 혹은 지속적 식물상태(a persistent vegetative state) 등 영구적인 무의식 상태(permanent unconscious condition)를 포함한 치유불가능·호전불가능의 상황(an incurable and irreversible condition)에서, 전문적인 의학적 판단에 따라 합리적 기간

6) 미국 워싱턴 주 Natural Death Act RCW 70.122.020 Definitions

… (6) “Permanent unconscious condition” means an incurable and irreversible judgment as having no reasonable probability of recovery from an irreversible coma or a persistent vegetative state. … (9) “Terminal condition” means an incurable and irreversible condition caused by injury, disease, or illness, that, within reasonable medical judgment, will cause death within a reasonable period of time in accordance with accepted medical standards, and where the application of life-sustaining treatment serves only to prolong the process of dying. [1992 c 98 § 2; 1979 c 112 §3]

이내에 사망에 이를 것으로 예측되는 상태를 가리킨다.

판례의 다수견해는 ‘말기상태’라는 표현을 사용하지 않은 채 그것에 해당하는 것으로 ‘회복불가능한 사망의 단계’라는 표현을 쓰고 있다. 즉 판례는 첫째, 의학적으로 환자가 의식의 회복가능성이 없고, 둘째, 생명과 관련된 중요한 생체기능의 상실을 회복할 수 없으며, 셋째, 환자의 신체 상태에 비추어 짧은 시간 내에 사망에 이를 수 있음이 명백한 경우를 ‘회복불가능한 사망의 단계’라고 하고, 이 상태에서 이루어지는 ‘진료행위’를 ‘연명치료’라고 하면서, 그 중단의 허용성을 판단하고 있다.

구체적으로는 호흡기능·혈액순환기능·이를 조율하는 뇌간기능 중 어느 하나의 영구적 상실이 인정되면, ‘회복불가능한 사망의 단계’에의 진입을 인정한다고 한다.⁷⁾

그리고 판례는 이 사건 환자와 같이 통상적인 지속적 식물상태이면서 아직은 뇌사상태라고는 할 수 없는 단계도 ‘회복불가능한 사망의 단계’에 포함시키고 있다.

한편 소수견해 II는 환자는 생명유지 장치의 삽입·장착을 소극적으로 거부할 수 있고 의사(醫師)는 이에 따라야 하지만, 환자가 기이 삽입·장착된 생명유지장치의 제거를 요구할 때, 의사(醫師)가 이에 응하는 것은 원칙적으로 허용되지 않는다고 하면서, 다만 “생명유지장치가 삽입, 장착되어 있는 상태에서도 환자가 몇 시간 또는 며칠 내외 같이 비교적 아주 짧은 기간 내에 사망할 것으로 예측, 판단되는 경우”에 한해서는 연명치료의 중단을 허용할 수 있다고 하여, 환자 상태의 말기성을 사망과의 시간적 근접성 여부와 엄격하게 관련시켜 판단하고 있다.

그러나 이러한 관점은 환자의 말기상태를 논하는 취지와 무관한 것이며, 나아가 인간으로서의 존엄과 가치 이념은 도외시한 단순한 생명권 존중 관념에 불과한 것이라고 하겠다. 인간존엄을 보전하기 위한 연명치료 중

7) 김지형 대법관과 차한성 대법관의 보충의견

단 여부 결정의 필요성은 단지 사망에 극히 가까워졌을 때에만 비로소 제기되는 문제는 아닌 것이다.

환자가 치유불가능·회복불가능은 분명하나 아직 완전한 의식불명의 깊은 혼수에는 빠지지 않아서 의사소통이 가능한 정도의 말기상태인 경우에 관하여는 판례에는 언급이 없으나, 이 경우도 ‘회복불가능한 사망의 단계’ 즉 말기상태에 해당한다고 본다. 그것은 환자에게 비록 의식이 있다고 하더라도, 판례에서도 언급하고 있는 바와 같이 “더 이상 인격체로서의 활동을 기대할 수 없고 자연적으로는 이미 죽음의 과정이 시작되었다고 볼 수 있는 회복불가능한 사망의 단계에 이른 후에는, ...연명치료를 환자에게 강요하는 것이 오히려 인간의 존엄과 가치를 해하게 되므로,...” 의식불명상태의 경우와 구별할 의미는 없다고 해야 하기 때문이다.

다수 견해가 앞에서 실시한 환자의 사실상태를 ‘회복불가능한 사망 단계’에의 진입으로 평가하여, 말기상태로 인정한 것은 타당한 태도라고 생각한다.

나. 인간존엄성의 구현

환자가 생명의 말기상태 내지 회복불가능한 사망의 단계에 진입한 경우에 연명의료의 불개시 또는 중단이 적법성을 인정받는 근거는, 그 연명의료가 의학적으로 무의미한 신체침해행위에 해당하며, 그것을 환자에게 실시하여 생명권을 보호하겠다는 것이 오히려 인간으로서의 존엄과 가치를 침해하는 결과를 초래하기 때문이다.

무의미한 연명의료가 인간존엄을 해치게 되는 이유는 그것이 평화로운 죽음(Peaceful Death, 入寂, 召天, 善終, 安祥往生, 穏やかな死)을 통한 삶의 존엄한 완성이라는 이익, 즉 「평안중생의 이익」을 침해하는 것이기 때문이다. 「평안중생의 이익」을 우리나라에서는 전통적으로 이른바, 「죽음 福」이라는 것으로 관념해 왔고 그것을 행복한 삶만큼이나 중시해 왔는데,

그것은 평안중생 이익의 중대성을 반영하는 것이라고 평할 수 있다.

일반적으로 사람이 생명을 보유하고 유지하는 것이 본인에게 절대적 이익이며 그것이 본인의 인간존엄성에 부합하는 것이란 사실은 논의의 여지가 없다. 하지만 말기상태의 환자에게서 그 이익이 반드시 절대적이라고 할 수 없다. 이때는 「생명유지의 이익」보다 「평안중생의 이익」이 더욱 중대해지며, 이러한 평안중생의 이익을 향유하는 것이야말로 인간으로서의 존엄과 가치를 구현하는 것이라고 해야 하는 것이다.

그러므로 이미 죽음의 과정이 시작되어 진행되고 있는 단계에서 인위적 의료처치 방법으로 그 생사의 자연적 경과를 방해하여 사망을 저지하는 것은 평안중생의 이익을 향유하지 못하게 함으로써 환자의 인간존엄성을 침해하는 것이 된다.

인간의 존엄과 가치는 상술한 바와 같이 하나의 보편적 이념으로서 그 내용이 규명되어 있다. 따라서 그 부합 여부는 말기 용태의 사망과의 시간적 근접성, 문제가 되는 의료가 새로운 처치의 소극적 불개시인가 기왕 처치의 적극적 중단인가 여부, 의료인 자신의 철학이나 신조, 당대 시정의 풍속 등에 따라 그 판단이 달라지는 것이 아니다.

다만 문제는 환자 본인의 의사(意思)와 사생관(死生觀)·가치관 등이다. 즉 환자 본인이 연명의료의 개시 혹은 계속을 희망하는 의사를 표명하였거나 평소의 언행 등을 통해 드러난 사생관·가치관에 의하면 연명의료 부작위를 의욕하지 않는 것으로 추측될 때, 연명의료의 인간존엄성 부합 여부를 어떻게 판단할 것인가이다.

개인의 의사결정자유는 분명히 인간으로서의 존엄과 가치보다 하위의 이념이다. 따라서 설령 환자 본인의 의사나 관념이 연명의료의 개시·계속을 지지하는 것으로 인정되더라도, 만약 그것이 인간존엄성을 침해할 우려가 있는 것이라면 인용될 수 없는 것이라고 할 것이다. 소수견해 I에서도 “...중요한 것은 여기서 환자의 ‘가정적 의사’는 연명치료 중단의 허용 여부를 판단하는 유일한 또는 결정적인 요소는 아니라는 점이다. 즉, 환자

의 가정적 의사가 연명치료의 중단에 찬성하지 않는 것으로 밝혀지더라도, 그 의사를 존중하여 연명치료를 계속하는 것이 환자의 인간으로서의 존엄과 가치에 반한다고 말할 수 있는 경우가 상정될 수 있다. 요컨대 이 단계에서 연명치료의 중단 여부는 법질서 일반의 관점에서 행하여지는 당해 사안에 대한 객관적인 이익형량 내지 가치평가의 문제인 것이다...”라고 하여 의사결정자유에 한계를 인정하고 있다. 그러나 본인의 의욕이나 관념이 명확하고 환자의 용태 등 여러 가지 사정을 종합하여 고려해 볼 때 인간존엄성을 현저히 저해하는 것이 아니라고 할 수 있는 때에는 그 주관적 입장을 존중해 주는 쪽이 타당하다고 할 것이다.

다. 계약의 종료

말기상태에 진입한 환자의 인간존엄성을 보전하기 위해서 새로운 연명의료 처치를 보류하고 기왕의 연명의료 처치를 중단하는 것이 현실적으로 요구되는데, 그러한 조치의 실행이 적법하게 이루어졌다고 하기 위해서는 일정한 법률상의 정당화 계기가 인정되어야 한다.

그것은 의사와 환자 사이에 존재하는 기존 법률관계 - 계약관계, 사실상의 계약관계, 제3자를 위한 계약관계, 사무관리관계(필자는 부인함) 등 의 환 간의 기초적 관계는 다양하다. 여기서 계약관계로 집약하여 고찰한다. -의 변경·종료이다. 이에 치료와 연명의료 및 완화의료(고통의 제거 내지 경감만을 목적으로 하는 의료처치) 모두의 전면적 종료의 형태도 있을 수 있고, 치료와 연명의료만 종료하고 완화의료는 지속하는 형태도 있을 수 있으며, 치료를 종료하면서 연명의료를 처음부터 보류한 채 완화의료만을 개시하는 형태도 있을 수 있다. 어떤 형태에서든 치료와 연명의료 부분에 대한 계약종료의 요소가 내재한다.

연명의료계약 종료의 원인으로 환자 측의 적법한 계약해지와 계약목적 달성의 불능확정 등 두 가지를 들 수 있다.

(1) 의료계약의 해지

(가) 계약해지의 의사표시

환자 측이 연명의료의 중단을 요구하는 의사표시를 하는 것은 의료계약의 해지를 의미한다. 의료계약은 기본적으로 환자 측의 자기결정을 존중하고 의사(醫師)와의 신뢰관계를 중시하는 법률관계이기 때문에 민법상 위임계약(제689조 제1항)에서와 같이 환자는 자유로이 계약해지를 할 수 있다.

연명의료의 중단에 의해 사기를 앞당기는 결과를 초래하는 계약해지의 의사표시가 민법 제103조 위반으로서 무효로 되지 않는 것은, 바로 상술한 바와 같이 그 의사결정이 인간으로서의 존엄과 가치를 구현하기 위한 것이기 때문이다.

계약해지의 효과로서 의사는 계약상의 의료의무를 면하게 된다.

계약해지는 환자 자신(환자가 직접 계약당사자가 된 경우) 또는 진료의뢰인 즉 요약자(환자를 수익자로 하여 타인인 진료의뢰인과 의사 사이에 '제3자를 위한 계약'을 체결한 경우)의 명시적 및 묵시적 의사표시에 의한다.

(나) 의사의 추정

환자 자신이 직접 계약당사자로 된 경우에서 환자가 연명의료 개시 시점에 이미 의식을 상실한 경우에는 환자 본인의 의사표시는 존재할 수 없다.

이러한 경우에 만약 환자 자신이 사전에 장래의 연명의료 거부에 관한 의향 내지 지시를 서면·영상·음성 등의 방법으로 남겨 놓았다면, 그 사전 지시으로써 의사표시를 대체할 수 있는가가 문제로 된다.

한편 이러한 사전지시는 없으나 평소의 언행이나 사생관(死生觀)으로부터 연명의료 거부의 의향을 충분히 채취할 수 있다면, 그것을 통해 의사표시를 추정할 수 있는가도 문제로 된다.

우선 관례의 다수견해는 사전의료지시가 있는 경우에 “...비록 진료중단 시점에서 자기결정권을 행사한 것은 아니지만 사전의료지시를 한 후 환자의 의사가 바뀌었다고 볼만한 특별한 사정이 없는 한 사전의료지시에 의

하여 자기결정권을 행사한 것으로 인정할 수 있다”고 하고 있는 바, 일응 타당한 결론이라고 할 것이다. 그러나 그것은 의료중단을 검토하는 시점에서 의사 내지 자기결정권의 행사는 아니므로, 역시 의사 추정을 정당화할 수 있는 하나의 유력한 자료라고 평가함이 정확하다고 하겠다.

그리고 사전의료지시가 없는 경우의 의사추정에 관하여 다수견해는 환자가 만약 동일한 상황에서 의사표시를 할 수 있다면 연명의료의 거부를 선택하였을 것이라는 가정적 판단을 할 수 있을 만한 환자 자신의 언행·신념 등 주관적 요소와 환자의 현재 상태나 미래 전망 등 객관적 요소가 인정되는 때에 그 의사추정을 할 수 있다고 한다.

생각하건대, 사전의료지시서가 있는 경우에 연명의 중단의 검토 시점에서 그 의향이 불변임을 확신할 수 없는 점, 의료특별대리인이 있고 그 대리인이 검토 시점에서 어떤 결정을 대행할 때 그 내용이 반드시 본인의 의향과 일치할 것이라는 것을 보증할 수는 없는 점 등에서 살펴보자면, 본인 주변의 여러 가지 자료와 가족의 증언·전언에 따라 확인되는 본인의 추정 의사가 갖는 판단근거로서의 가치가 상대적으로 저열하다고는 할 수 없을 것이다.

한편 소수견해 I은 추정적 의사에 의한 연명의료중단 자체를 허용할 수 있다는 것을 전제로 하되, 다만 위 사건에서 그 추정적 의사의 존재를 인정할 수는 없다는 결론을 내리고 있다.

즉 이 견해는 이른바 ‘추정적 의사’란 일반적으로 어떠한 표현행위를 하는 사람이 현실적으로 가진 의사를 제반 정황으로부터 추단하여 그의 의사표시로 인정하는 것을 의미하고, 이렇게 행해진 의사표시는 ‘묵시적 의사표시’라고도 불린다고 하면서, 다수견해가 인정하는 ‘추정적 의사’는 가정적 의사에 불과하고 그 가정적 의사 자체만으로는 본래의 ‘추정적 의사’를 인정할 수 없다고 한다.

그러나 이 소수견해는 ‘추정’ 및 ‘추정적 의사’의 의미 그리고 추정적 의사와 ‘묵시적 의사’의 차이를 오해한 것이 아닌가 한다.

본래 추정이란 ‘어떤 사실’(A-추론의 전제가 되는 기성사실)이 존재할 때, ‘어떤 사실’(a: 법규·개연성·윤리성·목적성 등-추론의 근거가 되는 주변사실)을 근거로 추측하여, 존부(存否) 또는 진부(眞否)가 불명인 다른 ‘어떤 사실’(B-추론의 결과인 추정사실)을 일응 확정하는 것을 가리킨다.

예컨대 민법상 점유계속의 추정은, 전후 양시의 점유사실(A)이 존재할 때, 민법 제198조 규정 및 그 배후 취지인 사회생활상 개연성·윤리성·인간의 자연적 욕구 등의 사실(a)을 근거로 하여, 진부를 알 수 없는 ‘점유계속’이란 사실(B)을 일응 확정하는 것을 가리킨다.

또 예컨대 민법상 부의 친생자 추정은, 혼인 중 포태의 사실(A)이 존재할 때, 민법 제844조 규정 및 그 배후 취지인 윤리성·개연성 등의 사실(a)을 근거로 하여, 진부불명인 ‘부(夫)의 자’라는 사실(B)을 일응 확정하는 것을 가리킨다.⁸⁾

연명의료에서 중단의 의사를 추정한다고 할 때, 그것은 환자의 말기상태라는 사실(A)이 존재할 때, 환자 자신의 평소의 언행이나 관념 및 용태의 미래 전망이라는 사실(a)을 근거로 하여, 연명의료 거부·중단 의사의 존재라는 사실(B)을 일응 확정하는 것을 가리킨다.

여기서 사실(B)추정 결과의 타당도를 검증하기 위한 하나의 방편으로서, 일정한 조건을 가정하고 내리는 판단 즉 가언판단(假言判斷)의 논리를 부가동원해 볼 수 있는데, 그것은 추정논법 자체에 내재하는 당연한 논리요소는 아니다.

즉 A사실(말기상태)의 환자가, 만약 의사결정능력이 있다면(前件), B사

8) 앞의 두 가지 사례 이외에 민법상 추정에 관한 규정은 다음과 같다.

제30조 동일위난 동시사망의 추정 ; 제153조 기한의 채무자 이익 추정; 제197조 자주·선의·평온·공연 점유의 추정; 제200조 점유자의 권리 적법보유 추정; 제215조 수인 공용부분의 공유 추정; 제239조 경계표 등의 공유 추정; 제262조 공유지분 균등 추정; 제398조 위약금의 손해배상액 예정 추정; 제424조 연대채무자의 균등부담 추정; 제579조 채권매도인의 매매계약 당시 채무자자력 담보 추정 및 채권매도인의 변제기 채무자자력 담보 추정; 제585조 매매 의무이행의 동일기한 추정; 제709조 조합업무집행자의 대리권 추정; 제711조 손익분배 비율의 공통 추정; 제830조 귀속불명재산의 부부공유 추정; 제844조 혼인 중 포태 추정.

실(연명의료 거부·중단의 의사)을 실제 하였을 것이라는 판단(後件)이 성립하는지 여부를 따져 볼 수 있고, 그 가언적 논법의 결론으로서 B사실 즉 연명의료를 거부하는 의사를 표명하였을 것이라는 판단이 시인될 때, 본래의 과제인 ‘의사의 추정’이 타당시된다는 것이다.

다만 민법상의 추정과 연명의료 거부 중단 의사의 추정 사이에는 다음과 같은 차이점이 있다. 즉,

첫째 민법상의 추정에서는 추정에 의하여 일응 확정된 사실(B)이 실제로는 진실일 수도 있고 진실이 아닐 수도 있으며 또는 존재할 수도 있고 부존재할 수도 있는데 반하여, 의식불명 환자의 의사의 추정(이하 ‘의사의 추정’으로 칭함)에서는 추정에 의해 일응 확정된 계약해지 의사(B)가 실제로는 결코 진실 내지 존재할 수 없다.

둘째, 민법상의 추정은 법규에 의한 것이므로, 추정의 타당도가 문제로 되지 않으나, 의사의 추정에서는 그것이 항상 문제로 될 수 있다.

셋째, 민법상의 추정에서는 일응 확정된 사실(B)과 다른 진실이 밝혀져 주장·제시되면 그 효력이 번복되지만, 의사의 추정에서는 그러한 반증에 의한 효력 번복이 있을 수 없다(추후에 환자가 기적적으로 의식을 회복하여 반대의 의사를 표시한다면, 그것은 기왕의 추정적 의사의 무효 확인이 아니라 장래를 향한 새로운 의사표시를 하는 것이 된다).

(다) 추정적 의사표시와 묵시적 의사표시

앞에서 소개한 바와 같이 소수견해 I은 추정적 의사를 ‘묵시적 의사’와 동일한 것으로 표현(혹은 해석)하고 있는데, 우선 그것은 양자의 개념을 오해한 결과라고 생각한다. 그리고 만약 소수견해 I이 연명의료 중단의 허용근거로서(즉, 계약종료의 원인으로서) 환자의 묵시적 의사를 요구한다면, 그것은 다수견해와는 완전히 다른 입장이 되며, 나아가 의식불명의 환자에게 의사능력 혹은 최소한의 자연적 의사결정능력을 갖춘 자에게 기대할 수 있는 의사의 표현을 요구하는 것이어서 타당하지도 않은 판단이라

고 생각된다.

목시적 의사표시는 분명히 표의자에게 의사능력이 있음을 전제로 어떠한 효과의사가 내면에 존재하는데 다만 그것의 외부적 표시행위가 명시적이지 않은 것일 뿐이다. 그리고 그 표시행위 방법이 적극적이지 않아서 상대방이 그 외관을 통해 판단할 수 있는 내면적 의사내용의 탐구에 애로가 있을 뿐이다.

목시적 의사표시에서는 부득이 그 외관(A)과 종합적 사정(α)을 고려하여 실재하는 내면적 의사(B)를 파악하게 되는데, 이것이 어떤 상황(A)에서 어떤 사실(α)을 근거로 진부불명·존부불명 또는 부존재의 사실을 진실·존재의 어떤 사실(B)로 일응 확정하는 추정의 과정을 닳아 있기 때문에 양자를 같은 것으로 보는 것이 아닌가 한다.

양자에는 다음과 같은 차이가 있다.

첫째, 목시적 의사표시에는 특정한 내면적 효과의사가 실재하지만 추정적 의사표시에는 당해 의사표시가 부존재하므로 어떤 효과의사가 실재할 수 없다.

둘째, 목시적 의사표시에서 효과의사 인식의 과정은 의사표시 해석의 문제인데, 추정적 의사표시에서는 의사표시 존부 인정 자체가 문제로 될 뿐 일응 인정된 의사표시의 효과의사에 대한 인식 및 해석의 문제는 생기지 않는다.

의사의 추정은 사실의 의제에 의한 확정이지 존재하는 사실의 해석에 의한 확정이 아니다.

셋째, 목시적 의사표시에서 효과의사 인식을 위한 해석의 기준이 당사자관계 및 당해 법규범공동체에서 대체로 합의되어 있는데 반해, 추정적 의사표시에서 그 존부 인정은 본인의 개별적·구체적 상황에 의존한다.

구체적인 예를 들자면, 소수견해 I에서 예시한 것처럼 “어떤 사람이 정류장에서 버스를 기다리다가 아무 말 없이 자신이 원하는 버스에 올라타는 경우”에 그것은 버스회사와의 사이에 운송계약을 체결하기 위한 목시적

의사표시를 한 것이 된다. 한편 매일 동일 정류장에서 동일 버스를 이용하던 한 사람이 하루는 같은 시간대에 동일 정류장의 의자에서 술에 만취하여 잠들어 있을 때 동일 버스의 운전자가 그 사람을 스스로 업어다 태우고 같은 하차장까지 간 경우에, 그것은 운전자가 승객의 의사를 추정하여 운송계약을 체결한 것이 된다.

요컨대 위 사건에서와 같은 의식불명 환자에 대한 연명의료 중단의 법적 근거 내지 계기로서의 본인의 의사를 탐구할 때에 우리가 채용 여부를 놓고 논쟁하는 것은 앞에서 설명한 그러한 의미의 ‘추정적 의사’이지 결코 소수견해 I이 설명하는 바의 추정적 의사 즉 묵시적 의사는 아니라고 하여야 할 것이다.

일정한 조건 아래에서 환자의 의사가 추정되고, 그 추정의사에 따라 연명의료행위를 중단할 수 있다고 판단한 다수견해의 태도가 타당하다고 본다.

(2) 계약목적 달성의 불능

계약은 그 목적의 달성이 불가능하게 된 경우에 일응 종료하고 그 효과로서 당사자 간에 불능에 대한 책임의 문제를 남기게 된다. 목적 달성의 불능을 당사자의 관점에서 파악하면, 그것은 이행불능과 본래 의무의 소멸을 의미하게 된다.

의료계약의 목적은 환자의 질병을 치료하여 건강을 회복시킴으로써 질병으로 인한 고통과 고통을 해소하는 것이며, 궁극적으로는 생명의 상실 즉 사망의 위험을 방지하는 것이다.

따라서 만약 환자의 상태가 악화되어 치료불가능·호전불가능이 되고 사망의 단계에 들게 되면, 치료·건강회복·생명상실 방지라는 계약의 목적은 달성 불가능이 되고 계약관계는 종료하게 된다고 하겠다. 계약이 종료되면 당사자의 의무, 즉 의사 쪽의 계약상 의료의무 및 의료법 제15조 소정의 진료의무(환자의 요청에 기초한 응수의무)와 환자 쪽의 계약상 의료순응의무 등은 소멸하는 것이 된다.

그러므로 환자 측은 지속되어 온 일련의 의료 처치를 거부하여 중단을 요구할 수 있고, 의사측은 그 처치를 스스로 중단할 수 있다.

생각건대, 이와 같은 계약목적론적 접근에 따르면, 인간존엄성의 구현이라는 가치판단과 자기결정권의 존중이라는 권리관념은 논의의 여지조차 없는 것으로 여겨진다. 그러나 현실적으로는 연명의료의 개시, 계약목적 달성 불능 여부의 판단, 연명의료의 실제적 중단 등 연명의 전 과정에서 그러한 가치판단과 환자 본인의 의사를 포함한 여러 가지 사정이 복합적으로 고려된다고 하겠다.

여하간 위 사건 판례의 다수견해는 이러한 계약목적론적 접근은 시도하지 않았던 것으로 해석된다. 그러나 소수견해 I에서는 “...중요한 것은 여기서 환자의 ‘가정적 의사’는 연명치료 중단의 허용 여부를 판단하는 유일한 또는 결정적인 요소는 아니라는 점이다. 즉, 환자의 가정적 의사가 연명치료의 중단에 찬성하지 않는 것으로 밝혀지더라도, 그 의사를 존중하여 연명치료를 계속하는 것이 환자의 인간으로서의 존엄과 가치에 반한다고 말할 수 있는 경우가 상정될 수 있다. 요컨대 이 단계에서 연명치료의 중단 여부는 법질서 일반의 관점에서 행하여지는 당해 사안에 대한 객관적인 이익형량 내지 가치평가의 문제인 것이다...”라고 하는바와 같이 그 법리의 단초를 제시하고 있다.

라. 응급의료에 관한 법률상 의무의 소멸

응급의료에 관한 법률은 제6조와 제10조에서 응급의료종사자에게 응급의료제공의무와 응급의료계속의무를 부과하고 있다. 이 의무는 의료계약상의 의무와는 별도의 공법상 의무이다.

응급의료는 “응급환자의 발생부터 생명의 위협에서 회복되거나 심신상의 중대한 위해가 제거되기까지의 과정에서 응급환자를 위하여 행하여지는 상담·구조·이송·응급처치 및 진료 등의 조치”(법 제2조 제2호)를 가리킨다.

연명의료의 경우 그 개시 전 단계에서는 응급의료의 범주에서 의료처치가 이루어져 왔겠으나, 일단 연명의료로 넘어가는 ‘회복불가능한 사망단계’에 진입한 이후에는 이미 모든 의료가 환자를 생명의 위협에서 회복시키거나 그 심신상의 중대한 위해를 제거할 수 없는 상태에서 이루어지는 것이므로, 이를 응급의료에 관한 법률의 적용을 받을 의료라고 할 수는 없을 것이다. 따라서 이때부터는 의료인이 위 법상의 제 의무를 면하게 된다고 할 수 있다.

그러므로 의료인이 기왕의 연명의료를 중단하더라도 응급의료에 관한 법률 위반은 되지 않는 것이 된다. 판례 다수견해에 대한 보충의견도 이와 같은 견해이다.

3. 판단의 주체

환자 상태의 말기성 판단은 다수견해가 권유하는 바와 같이, 다수의 전문가로 구성된 상설기구가 담당하는 것이 타당하다. 대규모 의료기관이 없는 지역에서는 기초 혹은 광역 지방자치단체 별로 전문 위원회를 조직해 두는 것이 요망된다.

VI. 외국의 입법례

아래에 주요 외국의 말기상태 환자에 대한 연명의료 중단에 관련된 법률 등 기준을 소개한다.

미국 오리건 주의 존엄사법(Death with Dignity Act 1994)과 워싱턴 주의 존엄사법(Death with Dignity Act 2009), 네덜란드의 안락사법(‘요청에 의한 생명의 종결 및 자살방조(십사절차)법’: The Termination of Life on Request and Assisted Suicide (Review Procedure) Act 2001), 벨기에의 안락사법(‘안락사에 관한 2002년 5월 28일의 법률’: Loi du 28

mai 2002 relative l'euthanasie) 등은 연명의료의 중단이 아니라 주사 등의 적극적 처치로 사망을 앞당기는 이른바 적극적 안락사에 관한 법규이므로, 여기서는 그 소개를 생략하기로 한다.

1. 일본 「종말기 의료의 결정 프로세스에 관한 지침」(2007. 5. 후생노동성)(개요)

가. 종말기 의료 및 케어의 바람직한 모습

- ① 의사(醫師) 등으로부터의 적절한 정보제공과 설명을 전제로 의사(醫師) 등과 상의한 뒤 환자 본인의 결정을 기본으로 하여 종말기 의료를 시행해야 한다.
- ② 의료행위의 개시·불개시, 내용변경, 중지 등을 다전문직종의 의료종사자로 구성된 「의료·케어 팀」에 의해 의학적 타당성과 적절성을 기본으로 신중하게 판단해야 한다.
- ③ 적극적 안락사는 대상이 아니다.

나. 종말기 의료 및 케어의 방침 결정절차

(1) 환자의 의사(意思) 확인이 가능한 경우

- ① 의사(醫師)의 설명과 환자의 의사(意思)결정을 기본으로 「의료·케어 팀」이 결정한다.
- ② 방침결정시 환자와 의료종사자가 충분히 상의한 뒤, 환자가 의사(意思)결정을 하며 그 합의 내용을 문서로 남긴다.
- ③ 이 과정에서 환자가 막지 않는 한 결정 내용을 가족에게도 알린다.

(2) 환자의 의사(意思)를 확인 할 수 없는 경우

- ① 가족이 환자의 의사(意思)를 추정할 수 있는 경우에는 그 추정 의사(意思)를 존중하되, 환자에게 최선인 치료방침을 취함을 기본으로 한다.

- ② 가족이 환자의 의사(意思)를 추정할 수 없는 경우에는 환자에게 무엇이 최선인가에 관해 가족과 충분히 상의하여, 환자에게 최선인 치료 방침을 취함을 기본으로 한다.
- ③ 가족이 없거나 가족이 그 판단을 「의료·케어 팀」에게 맡기는 경우에는, 환자에게 최선인 치료방침을 취함을 기본으로 한다.

다. 복수전문가로 구성되는 위원회의 설치

치료방침 결정이 여러 가지 이유로 곤란한 경우에 검토와 조언을 행할 위원회를 별도 설치할 필요가 있다.⁹⁾

2. 프랑스 「환자의 권리 및 삶의 종말에 관한 2005년 4월 22일의 법률 제2005-370호」(Loi n^o 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, J.O. du 23 avril)(개요)¹⁰⁾

환자의 용태에 따른 치료중단(존엄사 즉 소극적 안락사 및 간접적 안락사) 실행절차를 아래와 같이 정리할 수 있다.(필자 정리).

가. 환자가 의식이 있으며, 종말기에 있지 않은 경우 (동법 제4조)

환자가 치료중단을 요구하더라도, 원칙으로서 치료 속행을 설득하고, 생명 유지를 환자의 의사(意思)에 우선시킨다. 다만 육체적·정신적 고통으로 인해 존엄사를 계속 바라는 경우에는 다음의 조건 아래에서 존엄사

9) 일본 요코하마지방법원(横浜地方裁判所) 1995.3.28 판결(判例時報 1530호 제28면)(확정)은 말기환자의 사전 의사표시가 존재하지 않은 때에, 가족의 의사표시로부터 환자의 의사를 추정하여 존엄사(소극적 안락사 : 연명의료의 불개시 내지 중단)를 실시할 수 있다고 함.

10) 島岡まな, “安樂死・尊嚴死をめぐる日仏の法的對應について”, 『阪大法學』, 第58卷 第2号, 2008. 7, 제255~276면; 鈴木尊紘, “フランスにおける尊嚴死法制—患者の權利および生の終末に關する2005年法を中心として—”, 『外國の立法』, 第235号, 2008. 제77~95면 등에서 정리 인용함.

를 실행한다.

- ① 환자에게 치료중단의 결과를 고지한다.
- ② 환자 자신이 존엄사 실행 의향을 거듭 되풀이하여 표명한다.
- ③ 「의사단」의 합의를 거친다.

나. 환자가 의식이 있으며, 종말기에 있는 경우(동법 제6조)

환자가 치료중단을 요구하면, 의사(醫師)는 원칙적으로 환자의 의사(意思)를 존중하되 다음의 조건 아래에서 존엄사를 실행한다.

- ① 환자에게 치료중단의 결과를 고지한다.
- ② 환자 자신이 존엄사 실행 의향을 거듭 되풀이하여 표명한다.
- ③ 「의사단」의 합의를 거친다.

다. 환자가 의식이 없으며, 종말기에 있지 않은 경우(동법 제5조)

원칙으로서 환자의 생명유지가 환자의 의사(意思)에 우선한다. 다만, 다음의 조건 아래에서 존엄사를 실행한다.

- ① 신임인(personne de confiance: 환자의 부모, 근친자 또는 단골 의사(醫師) 등 중에서 환자가 지명한 사람), 가족, 근친자 등으로부터 존엄사 실행 의견이 있다.
- ② 환자의 사전지시서가 있으면 그것을 참조하여 환자의 존엄사 의향을 확인한다.
- ③ 「의사단」의 합의를 거친다.

라. 환자가 의식이 없으며, 종말기에 있는 경우(동법 제9조)

다음의 조건 아래서 원칙적으로 존엄사를 실행한다.

- ① 신임인, 가족, 근친자 등으로부터 존엄사 실행의 의견이 있다.
- ② 환자의 사전지시서가 있으면 그것을 참조하여 환자의 존엄사 의향을

확인한다.

- ③ 「의사단」의 합의를 거친다.

3. 중화민국(타이완) 「안녕완화의례조례」(2000.6 시행)(개요)¹¹⁾

가. 환자 본인의 결정

- ① 환자는 사전 내지 평소에 및 말기에 완화의료를 선택할 수 있다(법 제4조, 제5조).
- ② 환자는 특히 심폐소생술의 불시행을 선택할 수 있다(법 제7조).
- ③ 환자는 미리 말기의료에 관한 의료대리인을 선임해 둘 수 있다(법 제5조).

나. 근친의 대위 결정

말기환자가 의식이 혼미하거나 그 의향을 분명하게 표현할 수 없는 때에는, 법이 정한 순서에 따른 최근친이 심폐소생술 불시행을 요청할 수 있다(법 제7조 제3~5항).

4. 미국

가. 연방 환자자기결정법(Federal Patient Self-Determination Act 1990)

- ① 사전의료지시서(Advance Directives)의 하나인 생전유언장(Living will) 제도: 말기상황에서의 연명의료 거부·중단에 관한 의사(意思)를 미리 표명해 놓을 수 있다.
- ② 사전의료지시서의 하나인 건강관리대리권수여장(Durable Power of

11) 석희태, “중화민국(타이완) 「안녕완화의례조례(安寧緩和醫療條例)」의 연혁과 내용”, 『의료법학』, 제9권 제2호, 2008, 제77~107면에서 정리 인용함.

Attorney for Health Care) 제도: 누구나 사전에 의료특별대리인을 선임해 둘 수 있다.

나. 캘리포니아 주, 워싱턴 주 등의 자연사법(Natural Death Act 1976 등)

건강의료지시서(Health Care Directive) 또는 의료선언서(Declaration) 제도: 말기상황에서의 연명의료 거부·중단 의사(意思)를 미리 표명해 놓을 수 있다.

5. 아이스랜드 「환자의 권리에 관한 법률」(Lög um réttindi sjúklinga 1997 nr. 74 28. maí)¹²⁾

• 말기환자의 치료(제24조)

“말기환자는 존엄사에 관한 권리를 갖고 있다. 말기환자가 연명치료 또는 소생의 노력을 거부하는 것을 명확하게 표명하는 경우에, 의사(醫師)는 그 결정을 존중하지 않으면 안 된다.

말기환자의 정신적 및 육체적 증상이 중대하여 자신의 치료에 관하여 결정을 내릴 수 없는 경우에 의사는 치료의 계속 또는 중지를 결정하기 전에 환자의 친족 및 동료의 의견을 듣도록 노력하지 않으면 안 된다.”

6. 덴마크 「환자의 권리에 관한 법률」(Lov om patienters resstilling nr. 482 af 01/07/1998)¹³⁾

• 말기환자의 치료(제16조)

“① 말기환자는 사기의 연장만을 목적으로 하는 치료를 거부할 수 있다.

12) 林 かおる, “ヨーロッパにおける患者の權利法”, 『外國の立法』, 第227號, 2006, 第1~58면에서 인용함.

13) 위의 논문.

- ② 말기환자가 이미 자기결정권을 행사할 수 없게 된 경우, 보건종사자는 연명치료의 개시 또는 계속을 정지할 수 있다
- ③ 말기환자는 사기를 앞당기게 되더라도 그 증상을 완화시키기 위해 필요한 진통제, 정신안정제 또는 유사한 약제의 투여를 받을 수 있다.”

7. 노르웨이 「환자의 권리에 관한 법률」(Lov 1999-07-02 nr 63 om pasientrettingheter (pasientrettinghetsloven))¹⁴⁾

- 특별한 상황에서 보건 원조를 거부할 환자의 권리(제4~9조)

“...말기환자는 연명치료에 반대하는 권리를 갖는다.

말기환자가 치료에 관하여 의사(意思)를 전달할 수 없는 때에는 환자의 가장 가까운 친족이 보건 원조를 희망하지 않는다는 의사(意思)를 표명할 수 있다. 이 경우 보건종사자는 그 독립적 평가에 의해 그것이 환자의 의사(意思)이며 분명히 존중되어야 하는 것이라고 생각하는 때에는 보건원조의 제공을 보류·중지하지 않으면 안 된다...”

VII. 결 론

생각해 보자면 인생의 품위 있고 명예로우며 평화로운 마감을 위해서는 일정 단계에서 무의미한 의료처치의 지속을 과감하게 중단할 필요가 있다. 그런 점에서 법과 인륜과 철학과 종교신조와 히포크라테스 정신은 생명존중에 중용을 취할 것이 요구되는 것이다.

물론 인간존엄성 수호를 위한 이익형량과 본인 의사의 탐구는 최고도의 신중함으로 이루어져야 한다. 특히 경계해야 할 것은 본인의 명시적 의사 혹은 추정적 의사를 과도하게 존중하여 생명을 부당하게 단축하는 불행한

14) 위의 논문.

일이 발생하게 되는 일이다.

관련법의 정밀한 제정과 이를 위한 의료법학자의 연구 증진 그리고 국민 일반의 바르고 성숙한 의식 정립을 소망한다.

주제어 : 연명의료, 연명치료 중단, 존엄사, 안락사, 자연사, 추정적 의사, 묵시적 의사, 사전의료지시서

[참 고 문 헌]

1. 국내문헌

김천수, “안락사 내지 치료중단과 불법행위책임”, 『의료법학』, 제6권 제1호, 2005.

이상용, “안락사, 그 용어의 재음미”, 『비교형사법연구』, 제5권 제2호, 2003.

석희테, “중화민국(타이완), 「안녕완화의료조례(安寧緩和醫療條例)」의 연혁과 내용”, 『의료법학』, 제9권 제2호, 2008.

2. 외국문헌

島岡まな, “安樂死・尊嚴死をめぐる日仏の法的對應について”, 『阪大法學』, 第58卷 第2号, 2008.

鈴木尊紘, “フランスにおける尊嚴死法制—患者の權利および生の終末に關する2005年法を中心として—”, 『外國の立法』, 第235号, 2008.

林 かおる, “ヨーロッパにおける患者の權利法”, 『外國の立法』, 第227号, 2006.

Legal Grounds for Withholding or Withdrawal of Life-Sustaining Treatment

Heetae Suk Prof., Ph.D. in Law

College of Law, Kyonggi Universty

=ABSTRACT=

Is it lawful to withhold or withdraw life-sustaining treatment applied to a patient in a terminal condition or permanent unconscious condition?

In Korea, there are no such laws or regulations which control affairs related to the withholding or withdrawal life-support treatment and active euthanasia as the Natural Death Act or the Death with Dignity Act in the U. S. A. And in addition there has had no precedent of Supreme Court.

Recently Supreme Court has pronounced a historical judgment on a terminal care case.

The court allowed the withdrawal of life-sustaining treatment from a patient in a permanent unconscious state. Fundamentally the court judged that the continuation of that medical treatment would infringe dignity and value of a patient as a human being. And the court required some legal grounds to consider such withdrawal or withholding of medical care lawful.

The legal grounds are as follow.

First, the patient is in a incurable and irreversible condition and already entered a stage of death.

Second, the patient executed a directive, in advance, directing the withholding or withdrawal of life-support treatment in a incurable and irreversible condition or in a terminal condition. Otherwise, at least, the patient's will would be presumed through his/her character, view of value, philosophy, religious faith and career etc.

I regard if a patient is in a incurable and irreversible condition or in a terminal condition, the medical contract between a patient and a doctor would be terminated because of the actual impossibility of achievement of it's purpose. So I think the discontinuation of life-sustaining care would be legally allowed without depending on the patient's own will.

Keywords : withholding or withdrawal of life-sustaining treatment, euthanasia, death with dignity, natural death, health care directive, presumption of intention