

## 한국 의료법에서 후견주의 이념의 수용, 변형 그리고 거부 - 치료중단에 대한 법원 판결을 중심으로 -

김나경<sup>1,\*</sup> · Shawn H. E. Harmon<sup>2</sup>

<sup>1</sup>성신여자대학교 법학과, <sup>2</sup>Edinburgh 대학교 SCRIPT/InnoGen 연구소 / 변호사 (Nova Scotia Bar)

### Acceptance, Modification and Rejection of Paternalism in Korean Medical Law

Na-Kyoung Kim<sup>1,\*</sup> and Shawn H. E. Harmon<sup>2</sup>

<sup>1</sup>Dept. of Law, Sungshin Women's University, Seoul 136-742, Korea

<sup>2</sup>Research Fellow, SCRIPT and InnoGen, University of Edinburgh, Edinburgh, United Kingdoms /  
Lawyer (Member of the Nova Scotia Bar)

**ABSTRACT** : This article analyzes two leading Korean cases which led to opposite conclusions: the Boramae Hospital Case (Korean Supreme Court 2002 Do 995) and the Shinchon Severance Hospital Case (Korean Supreme Court 2009 Da 17471). In doing so, it pays particular attention to the acceptance, modification, and rejection of paternalism, specifically 'physician paternalism' and 'familial paternalism', both of which have long and strongly influenced the Korean medical environment. In Boramae Hospital, the Court emphasized the obligation of the physician in terms of the life of the patient (eg: protecting and preserving the life and welfare of the patient). Its position seemed to be based on the traditional physician paternalism which presupposes the ability of physicians to identify right and wrong choices according to natural laws. However, the Court saw itself as the final arbiter of who identifies and determines the real world content and consequences of that natural law. In short, the Court elevated itself to the supreme guardian of the patient, and held that its decision cannot be overruled by that of the patient's family. So without specifically referring to the importance of the family and the role of familial decisions, both long-observed traditions in medical decision-making in Korea, the Court shifted away from familial paternalism. In Shinchon Severance Hospital, the Court explained the meaning of the patient's powers of self-rule more concretely, explaining its scope and substance in greater detail. The Court held that one can exercise the right of self-rule, even over issues such as death, in the form of 'previous medical directions'. However, this case does not represent a wholesale acceptance of medical autonomy (ie: it does not accept self-rule unconditionally). Rather, the Court accepted the importance of the opinions and decision of physicians and of the Hospital Ethics Commission, and the Court still retained to itself the authority to review and make alterations to 'material' decision. The Court did not overlook the importance of the decision of the patient's family, but it also did not relinquish its status as supreme guardian, emphasizing the 'objective' nature of a decision from the court.

**Key words** : Physician paternalism, Familial decisions, Medical autonomy, Powers of self-rule, Hospital Ethics Commission.

**요약** : 이 글은 연명치료의 중단에 관해 서로 상반된 결론을 내렸던 보라매병원 판결(대법원 2002도995)과 신촌세브란스 병원 판결(대법원 2009다17471)이 전통적으로 의료사회를 지배했던 의사후견주의 혹은 가족주의적 후견주의의 이념을 어떠한 방식으로 수용하거나 변형 또는 거부하고 있는지를 분석한다. 보라매병원 사건에서 법원이 '의사'의 자연법적 의무를 강조한 것은 의사가 자연법 발견의 능력이 있음을 전제하는 전통적인 의사후견주의적 인식에서 출발한 것이긴 하다. 하지만 법원은 종국적으로는 자연법 발견의 최종적 주체를 '법원'으로 상징함으로써 스스로를 환자에 대한 독자적 후견인

으로 규정한 셈이 되었다. 뿐만 아니라 법원은 환자 가족의 결정 역시 법원의 자연법적 결정 뒤로 물러나게 함으로써 가족주의적 후견주의로부터 탈피했지만, 법원의 우월성을 드러낼 뿐 가족의 결정이 가질 수 있는 의미를 충

\* 교신저자: 서울특별시 성북구 동선동 3가 성신여자대학교 법학대학 법학과. (우) 136-742, (전) 02-920-7459, E-mail: nakyoungkim@sungshin.ac.kr

분히 존중하지는 못했다. 신촌세브란스병원 사건에서는 이와는 달리 환자의 자기결정권이 갖는 의미가 무엇인지를 좀더 명확히 언급한다. 뿐만 아니라 자기결정권의 행사범위는 ‘내용적’으로, 그리고 ‘시간적’으로도 확대된다. 하지만 이 판결 역시 진정한 의미에서의 의료적 자율성에 대한 인식을 충분히 보여주진 못했다. 법원은 의사나 병원윤리위원회의 결정의 중요성을 인식하면서도 행위에 대한 실제적인 판단의 권한을 여전히 유지하고 있는 듯하며, 환자가족의 결정을 중시하긴 하지만 여전히 정황에 대한 (법원의) ‘객관적’ 판단을 강조함으로써 결정주체로서의 권위를 포기하지 않는다.

## 들어가며

1990년대 의료의 영역에서 가장 뜨거운 논란을 불러일으킨 판결 중의 하나는 이른바 ‘보라매병원 사건’에 대한 판결(2002도995)일 것이다. 환자가족의 요구에 따라 인공호흡기를 제거한 후 환자가 사망에 이르게 된 이 사안에서 법원은 의사의 행위가 ‘살인방조죄’에 해당한다는 결정을 내렸다. 이후 많은 병원들과 의사들은 의료현실과 법적 요청 사이의 간극으로 인해 심각한 공황상태에 빠지게 되었다. 이어 2000년대에는 어쨌든 결론만 놓고 보면 이 사안과 ‘상반된’ 결정을 내린(두 판결 사이에 논리적 일관성이 결여되어 있다는 지적으로는 김, 2009) ‘신촌세브란스병원 사건’(2009다17471)에 대한 판결이 다시 한 번 사회적 이슈가 되었다. 이 사안에서 의사는 인공호흡기를 제거해 달라는 환자가족의 치료중단 요청을 거부했는데, 이러한 거부는 보라매병원 사건 이후 위촉된 의료 현장의 분위기를 보여주는 것이라 해도 과언은 아닐 것이다. 어쨌든 피고인 학교법인 연세대학교는 “환자에 대한 생명보호의무가 우선”이라는 이유를 들어 치료를 중단할 수 없다는 입장을 고수했고, 이에 환자가족은 인공호흡기를 제거해달라는 가처분 신청을 하는 소송을 제기하였다. 이에 대해 법원은 의사의 생명유지의무를 역설했던 보라매병원 사건과는 달리 ‘죽음의 존엄성’을 이야기하며, 피고 병원에 대해 환자에 대한 인공호흡기를 제거하라는 결정을 내렸다(보라매병원 사건에서는 정황상 ‘죽음의 존엄성’이 논점으로 부각되지 않았다).

이 글은 이러한 법원의 결정을 법도그마틱적으로 분석하는 것에는 많은 관심을 두지 않는다(치료중단에 대한 법도그마틱적 분석에 대해서는 예시적으로 이, 2002; 김, 2003). 여기서는 다만 전통적으로 의료사회를 지배했던 의사후견주의 혹은 가족적 후견주의의 이념이 패러다임의 변화를 맞고 있는 시점에서 법원의 결정들이 이러한 이념들을 어떠한 방식으로 수용하거나 변형시키고 또는 거부하고 있는지를 분석해 보고자 한다. 이러한 논의의 단초는 보라매병원 사건에

대한 판결에서 법원의 결정은 환자가족의 결정을 중요하게 생각하는 유교적 가족주의의 전통에서 ‘국가적’ 규제에 관심이 전환되었음을 보여준다고 분석한 글쓴이들의 공동논문에서 발견할 수 있다(Harmon & Kim, 2008). 물론 후견주의라는 이념의 내포가 매우 광범위하며, 다양한 스펙트럼을 지닌다는 점에서 이러한 분석은 다소간의 논리적 비약이나 결함을 피할 수 없을지도 모른다. 하지만 법원의 태도가 갖는 의미를 ‘진정한 의미에서 의료적 자율성을 확보하고 있는 것인가’라는 비판적 관점에서 바라봄으로써 앞으로의 입법 그리고 사법 정책 논의에 하나의 착안점을 제공해 보려고 한다.

## 의료에서 후견주의

서구적 개인주의의 성장 그리고 의료기술의 발전에 따른 의료환경의 변화를 배경으로 의료윤리에 있어서는 말하자면 ‘패러다임의 변화’가 있었다(김, 2007). 의료사회를 지배하던 ‘후견주의’적 이념이 점차 사라지고 ‘환자주권주의’ 혹은 ‘계약주의’적 이념이 그 위상을 높여가면서, 의료행위의 결정 주체가 과연 누구여야 하는가에 대한 인식의 변화가 있게 된 것이다.

### 1. 의사후견주의적 전통

#### 1) 직업윤리에 대한 높은 기대와 환자의 맹목적 신뢰

의료에 있어서 후견주의는 우선, 환자에 대한 ‘의사의’ 후견적 역할을 인정하는 이념으로 이해할 수 있다. 서구에 있어서도 전통적으로 의사-환자 관계는, 의사는 어떠한 경우에도 - 의사 자신의 이익을 뛰어넘어 - 환자의 최선의 이익(best interests)을 위해 행동할 의무를 부담하며, 환자는 의사가 그 의무를 준수할 것이라는 신뢰에 기초한 관계로 파악되었다(O'Neill, 2002). 이와 같은 패러다임 하에서는 환자는 의사의 ‘직업윤리’적 의무준수에 대한 높은 기대를 가지고 있으며, 의사가 하는 행위에 대해 - 소통을 통해 그 의미를

이해하려 하기보다는 - “맹목적으로”(O'Neill, 2002) 신뢰하는 태도를 보인다.

## 2) 의사후견주의의 변형

### (1) 의사의 광범위한 재량권의 인정

이와 같은 관계 속에서는 특히 의사가 ‘환자의’ 최선의 이익이 무엇인지를 가장 잘 알 수 있다고 믿는다. 여기서 환자의 최선의 이익이 무엇인지를 의사가 결정한다는 것은 우선 의사가 지니는 재량의 범위를 매우 광범위하게 인정함을 의미할 수 있다. 즉, 의사후견주의적 패러다임이 지배하는 사회에서는 환자가 의사에 대해 ‘맹목적으로 신뢰’하므로 - ‘객관적 선’이 존재하는지 그리고 의사의 결정이 이에 부합하는지의 여부와 상관없이 - 대부분 의사의 결정에 이의를 제기하지 않고 이를 수긍하는 경향을 보일 수 있을 것이다. 의사의 결정이 곧 ‘선’인 것이다. 뿐만 아니라 이와 같은 원형적인 의사후견주의 하에서는 법원 역시 의사가 자신에게 기대되는 고도의 직업윤리를 준수했는지의 여부를 감시하려는 경향보다는 의사의 재량을 인정하려는 경향을 보일 수 있다. 즉, 법원은 판결에서도 ‘의사의 결정이라면’ 그것이 어떠한 것이든 수긍하는 경향을 보일 수 있다.

### (2) ‘객관적 선’이라는 자연법적 믿음과의 결합

다른 한편 의사후견주의가 ‘객관적 선’이 존재한다는 자연법적 믿음과 결합되면, 법원은 위와는 반대로 오히려 법적 결정에 있어서 의사에게 과중한 책임을 부과하게 될 수도 있다. 이러한 결합은 국가가 의료적 결정에 대한 책임을 - 의사후견주의라는 이념의 힘을 빌어 - 온전히 의사의 몫으로 남겨두는 좋은 기초가 될 수 있기 때문이다. 국가는 의사에 대한 강한 직업윤리적 기대와 자연법적 믿음을 결합시켜 의사에게 자연법적 정의를 발견하고, 존중하라는 의무를 부과할 수 있다. 국가(혹은 법원)가 이와 같은 방식으로 개입하는 경우, 자연법적 정의가 어떠한 것인지 그것이 과연 발견가능한 것인지의 여부는 모두 실질적으로는 ‘국가’에 의해 결정된다고 볼 수 있다. 달리 말하면 이는 의사후견주의가 자연법이념에 기초해 왜곡된 형태라 할 수 있다. 이를 보여주는 예로 아래에서 이야기하는 보라매병원 사건을 들 수 있다.

### (3) 의사의 결정의 우월성

의사후견주의는 의사 결정의 우월성을 크게는 다음과 같은 여러 가지 측면에서 인정한다. 첫 번째, 의사에 의해 발견된 의료적 ‘선’은 환자의 의사능력과 상관없이 환자의 결정보다 우위에 있게 된다(환자의 결정에 대한 우위). 두 번째, 이러한 사고에 따른다면 환자가 아니라 환자 가족이 의료행위에 대해 내리는 결정에 대해서도 그것이 의사의 판단에 부합하지 않는다면 의사는 이를 존중할 필요가 없다(환자가족의 결정에 대한 우위). 더 나아가 의사후견주의는 원칙적으로는 법원도 의사의 종교적 결정에 대한 전폭적 신뢰를 보이면서 의료행위에 대한 법적 간섭을 자제한다(법원의 불간섭의 원칙). 하지만 앞에서 언급한 바와 같이 법원은 의사후견주의를 자연법적 사고와 결합시키면서 의사의 결정의 옳고 그름의 여부를 법원이 판단할 수 있도록 하기도 한다. 이 경우에는 의사의 결정은 법원의 결정보다 한 발 뒤로 물러서 있게 된다.

## 2. 가족주의적 후견주의의 전통

### 1) 유교적 전통과 가족주의

‘후견주의’적 이념의 또다른 모습은 이른바 ‘가족주의적’ 후견주의이다. 이와 같은 가족주의적 후견주의는 한국에서는 특히 오랜 문화적 전통에 힘입어 강화되어온 측면이 있다. 한국은 무엇보다도 “유교” 사상의 영향을 받은 국가이다. 유교사상의 기반을 이루는 것은 인, 의, 예, 지, 신이라는 다섯 가지 덕목이다. 이 덕목들을 통해 강조되는 것은 자비심, 이타주의, 휴머니티, 통합, 예의, 도덕적 이해 그리고 정직과 신의 등의 가치이다(Harmon & Kim, 2008). 이러한 가치를 추구하는 체계의 중심을 이루는 것은 무엇보다 가족의 화합과 지속으로 이를 통해 더 나아가서는 공동체와 국가가 유지되는 힘이 마련된다. 이러한 사회적(혹은 윤리적) 구조는 - 한국뿐만 아니라 아시아에서 전반적으로 - 분명 의료의 수행방식과 그 발전에 특별한 영향을 미쳤다고 볼 수 있다(Hattori, 2003). 특히 지속적으로 강한 영향력을 행사한 것은, 가족구성원이 함께 생활하면서 성과 나이에 따른 책임감과 지위를 갖는 이른바 대가족적 삶의 방식이다. 이러한 생활방식은 가족의 유대성과 위계질서에 따른 후견주의적 사고의 체화라는 특징을 갖는 전통적인 ‘가족주의’를 성장시켜왔다(Chau & Yu, 2005; Ahn & Lee, 2005). 그리고 이러한 이념은 의료적 결정에 있어서도 가족구성원들간의 조화와 의존을 중요시하면서 - 환자의 결정을 넘어서는 - 가족의 결

정을 요구하거나 중요시하는 경향을 가져왔다. 덧붙여, 특히 이와 같은 결정 구조 하에서는 모든 행위자는 다른 관련된 사람들과의 협력 속에서 조화롭게 자신의 결정을 내리고 행위를 해야만 한다(Fan, 1997).

## 2) 가족 결정의 우월성

이념형적인 가족주의적 후견주의 하에서는 극단적으로 환자의 결정보다도 가족의 결정을 더 우선하는 경향을 보일 수 있다(환자의 결정에 대한 우위). 아울러, 법원 역시 환자 가족의 결정이 있다면 이를 환자의 결정으로 쉽게 대체하는 경향을 띠게 될 것이다. 하지만, 환자가 의사결정능력을 지니고 있거나 환자의 의사가 무엇인지를 확실하게 추정할 수 있는 때에도 환자와 가족 간의 합의가 이루어지지 않는다는 이유로 가족의 의사를 우선시해야 한다는 결정을 내린다면 환자의 자율성을 지나치게 해 할 수 있다.

한국 사회에서 가족주의는 개인의 자율성이 부각되면서 최근에는 외면 당하게 된 서구에서의 후견주의와 마찬가지로 개인주의적 사고보다 더 우월적 권위를 지녀왔다. 이러한 이념은 특히 임상 영역에서 의료행위에 대한 동의를 얻는 절차와 방법들에 영향을 미치게 되었는데, 가족의 결정에 환자의 결정보다 더 중점을 두는 예로 <뇌사 및 장기이식에 관한 법률>을 이야기할 수 있다(Harmon & Kim, 2008). 동법 제 18조 제3항에 따르면, 뇌사자와 사망한 자가 의사능력이 있는 동안 장기 등의 적출에 동의한 경우라 할지라도 그 가족이나 유족이 장기 등의 적출을 명시적으로 거부하는 경우에는 이를 적출할 수 없다. 역으로, 본인이 뇌사 또는 사망 전에 장기 등의 적출에 동의 또는 반대하였다는 사실이 확인되지 아니한 경우로서 그 가족 또는 유족이 장기 등의 적출에 동의한 경우에는 이를 적출할 수 있다. 동법 제3조는 “가족 또는 유족”을 배우자, 직계비속, 직계존속, 형제자매 그리고 만일 이와 같은 가족이나 유족이 없는 경우에는 4촌 이내의 친족이라 규정한다. 뿐만 아니라, 아래에서 자세히 언급할 보라매병원 사건에 대한 항소심의 판결에서는 우리나라에서는 가족주의에 기반해 의료행위에 대한 결정이 전통적으로 환자보호자에 의해 종종 이루어졌음을 보여주기도 한다:

“우리나라의 경우 환자가 개인이 아닌 가족의 일원으로서 의료현장에서 의료행위를 결정함에 있어 때때로 보호자가 환자의 의사를 대신하는 것을 자연스럽게 받아들여 왔다”(서

울고등법원 98노1310).

아울러, 이념형적인 가족주의적 후견주의에 기초하면 가족의 결정이 의사의 결정보다 더 앞서는 것이라고 보게 될 수 있다(의사의 결정에 대한 우위). 가족의 결정이 의사의 결정보다 환자의 이익에 한발 더 다가서 있다거나 더 합리적인 것이라고 단정하기는 어렵다. 가족은 의사에 비해 환자의 실제 의사(意思)가 어떠한지를 더 잘 추정할 수 있는 경우도 많지만, 다른 한편 환자의 가족은 경제적 이익 등을 고려하면서 의사에 비해 이기적 결정을 내리기 쉽기 때문이다. 다른 한편, 환자의 결정권 행사를 기대하기 어려운 상황에서 환자 가족의 판단은 - 특히 국가가 치료비에 대한 충분한 재정적 지원을 해줄 수 없다면 - 법원의 판단보다 더 적합한 것일 수도 있다(이, 1998)(법원의 간섭 자제).

## 3) 가족간의 협의의 요청

가족의 결정이 환자의 결정이나 의사의 결정보다 항상 더 우위에 있다고 보지는 않더라도 가족간의 협의를 도외시한 환자의 독단적 결정만으로는 의사의 의료행위의 정당성을 근거 지을 수 없다는 경향은 서구에서도 등장한다:

환자가 관련된 가족 구성원이 반대 의견을 고수함에도 불구하고 치료를 지속하거나 중단할 것을 요청하는 경우, 서구에서는, 설령 환자가 분명히 의사능력이 있다고(competent) 할지라도 일반적으로 의사는 환자의 요청을 단순히 따라서는 안된다. 대신에, 의사는 의료적 행위를 하기 전에 환자와 그 가족들에게 협상을 하고 의사에게 동의를 표하라고 이야기해야만 한다(Fan, 1997).

‘완화된’ 가족주의적 후견주의의 이념이 환자의 결정이 ‘독단적’일 것이 아니라 ‘가족간의 합의’를 거친 것이어야 한다고 요청할 때에 이는 경우에 따라서는 환자의 독단적 결정에서 결여된 진지한 ‘성찰’을 회복시켜 주는 기능을 수행할 수도 있다.

## 보라매병원 사건 :

### 의사의 자연법적 의무와 법원의 자연법적 권위

앞서 언급했듯 의사가 직업적 권위를 지니되, 그러한 권위와 ‘객관적 선’의 발견이라는 의무가 강하게 결합되어 있다

고 본다면, 의사가 객관적으로 정의라고 받아들여지는 기준에 부합하는 행동을 취하지 않고 환자나 환자가족의 결정에 따르는 경우, 이에 대한 ‘법적’인 제재를 감수해야 한다는 사고로까지 이어질 수 있다. 한국에서 이러한 경향을 드러내는 판결로 우선 생각해볼 수 있는 것은 이른바 ‘보라매병원 사건’이다(98고합9; 98노1310; 2002도995). 판례가 인정한 사실관계를 기초로(98고합9; 98노1310) 이 사건의 개요를 개략적으로 정리해 보면 다음과 같다:

① 응급후송된 환자가 경막외출혈로 인한 혈중제거수술을 받았으며 수술은 성공적으로 이루어졌다. ② 환자는 수술 후 중환자실로 옮겨졌으며, 자가호흡을 할 수 없어 산소호흡기를 부착한 채 후유증 등에 대한 치료를 계속 받았다. ③ 그 사이 환자의 부인은 - 환자가 그간 가족에 대해 폭행을 일삼으며 무위도식해왔다는 사정 하에 - 수술에 참여한 신경외과 전문의(A)와 레지던트(B)에게 치료비 부담을 이유로 지속적으로 퇴원을 요구하였고, 이들은 퇴원을 거부하였으나 환자 부인이 퇴원 요구를 계속하자 결국 전문의는 레지던트에게 환자의 퇴원을 지시하였다. ④ 환자 부인은 퇴원 후 환자의 사망에 대해 법적 이의를 제기하지 않겠다는 귀가서약서에 서명을 받은 후 퇴원수속을 마쳤다. ⑤ 퇴원 당시 환자의 인공호흡기에 의한 호흡횟수와 산소농도는 호전되었지만, 운동반응은 ‘아무 반응이 없는 상태’(글라스고우 혼수척도 M1)으로 약화되었고, 환자는 급성호흡부전, 급성신부전, 파중성혈관내 응고증 등의 상태를 보였다. ⑥ 레지던트의 지시를 받아 인턴(C)이 환자를 퇴원시켰으며 구급차에서는 인공호흡기 대신 인공호흡보조장치를 통하여 호흡하게 한 후 환자의 집에 도착하자 인공호흡보조장치를 제거하였다. ⑦ 환자는 이후 뇌간압박에 의한 호흡곤란으로 사망하였다.

이 사안에서, 제1심법원은 치료중단을 행한 의사 A와 B에 대해 살인죄의 죄책을 인정했으며, 뒤이어 제2심법원은 제1심 판결을 파기하고 A와 B를 살인방조죄로 처단하였고, 대법원은 제2심법원의 결론을 확정지었다(다만, 이 사건 의사들 중 또다른 피고인이었던 C에 대해서는 의사 A, B의 지시에 따라 그들의 의료행위를 보조하는 역할을 담당할 뿐이며, 환자의 치료의 중단 여부를 독자적으로 결정하거나 결정에 관여할 수 있는 지위에 있지는 않다는 점에서 일관되게 무죄를 인정하였다. 이 사안에서 제1심법원과 제2심 그리고

대법원이 인정한 피고 의사들의 죄책에는 차이가 있지만, 아래에서 다루게 되는 논점들에 대해서는 큰 차이가 없으므로 아래에서는 논리적으로 이를 따로 구별하여 기술하지는 않을 것이다). 이 사안과 관련된 수많은 논점들이 있지만, 이 글에서 초점을 맞추는 것은, 법원은 인공호흡기를 제거함으로써 치료를 중단할 것인지의 여부(혹은, 관점을 달리 하면, 치료를 계속할 것인가의 여부)를 최종적으로 결정하는 주체를 누구로 보았는가라는 점이다.

### 1. 의사의 ‘양심적 결정’

법원은 이 사건 피고 의사들 A, B에게 살인죄 혹은 살인방조죄의 죄책을 지우면서 치료의 계속 여부에 대한 그릇된 결정을 내렸다는 점을 비난한다. 이와 같은 법원의 비난은 첫째, 의사들이 치료에 대한 최종적인 결정권을 지니고 있다는 생각에 기초한다. 이 사안에서 환자가족의 결정은 물론 환자의 진정한 의사에 대한 추정에서 비롯된 것이 아니라는 결함을 안고 있다(이에 대해서는 아래의 III.1.에서 더 상세히 이야기할 것이다). 하지만 우리 법원은 이 사안에서는 환자의 진정한 의사가 추정되거나 더 나아가 환자의 진지한 요구가 있다고 할지라도 그것에만 기초해서는 치료의 중단이 가능하지 않으며, 치료의 중단이 의사의 진지한(객관적 선에 대한) 양심적 결정에 따른 것이어야 함을 강조한다. 이를 보여주는 것은 법원의 다음과 같은 기술이다:

“(…) 가사 피고인 △△△, ○○○가 치료행위를 중지하고 환자를 퇴원시키게 되면 환자가 곧 사망에 이르게 되는 경우에도 환자나 보호자의 퇴원요구가 있으면 이에 따라야 하고 이러한 것이 (…) 의료계의 관행으로 허용되어 죄가 되지 아니한다고 오인하였다고 하더라도, (…) 환자가 (…) 퇴원한 후 그것이 직접적인 원인이 되어 사망에 이를 수 있다는 점에 대하여 위 피고인들로서는 이미 그러한 행위가 자신들의 양심에 반하는 것임을 알았을 것 (…)” (98고합9)

“(…) 인간의 생명과 직결되는 치료행위의 중지는 환자가 불치의 병에 걸려 있고 죽음을 피할 수 없는 말기의 상태에서 단지 생명을 연장하는 의미밖에 없는 치료행위를 환자의 자기결정권에 기한 진지한 치료중지 요구에 응하여 의사의 양심적 결단에 따라 이루어질 경우에만 제한적으로 허용될 수 있을 뿐이고, (…)” (98노1310)

## 2. 환자의 생명이라는 ‘객관적 선’

### 1) 의사의 발견의무

둘째, 법원의 결정은 이 사안에서는(치료의 중단이 곧 사망으로 연결되므로) 치료를 중단해서는 안된다는 객관적 선이 존재한다는 생각에서 비롯된다. 앞에서 언급한 의사의 “양심적 결단”에 대한 요청은 바로 의사가 ‘객관적 선’에 대해 성찰하고 자신의 행위를 이에 부합하게 하여야 한다는 요청이다.

특히 제1심 법원은 설명 환자의 퇴원요구가 있다고 할지라도 의사는 의료행위의 중지가 사망의 결과를 초래하는 경우에는 환자의 치료 중단 결정과는 상관없이 치료를 계속해야 할 ‘법적’ 의무를 부담한다는 점을 분명히 한다:

“(…) 의료행위의 중지가 곧바로 환자의 사망이라는 중대한 결과를 초래하는 경우에 있어서는 의료행위의 중지, 즉 퇴원요구를 받은 의사로서는 환자의 생명을 보호하기 위하여 의료행위를 계속하여야 할 의무와 환자의 요구에 따라 환자를 퇴원시킬 의무와의 충돌이 일어나게 되는 바, 그러한 의무의 충돌이 있는 경우 의사로서는 더 높은 가치인 환자의 생명을 보호할 의무가 우선하여 환자의 퇴원요구에도 불구하고 환자를 보호하여야 할 지위나 의무가 종료되지는 아니한다고 할 것이다. (…)”

다만, 항소심은 의사인 피고인들에 대해 ‘부작위에 의한 살인’이 아니라 ‘작위에 의한 살인의 방조’의 죄책을 인정하며, 대법원은 이에 대한 상고를 기각한다. 대법원은 “피해자가 실제로 인공호흡장치를 제거한지 5분 정도 후에 사망하였다는 것만으로” 사망의 결과가 “사전에 당연히 예견되는 것이었다고 단정하기는 어렵다”라고 하면서, 의사들이 “인공호흡장치의 제거만으로 즉시 사망의 결과가 발생할 것으로 생각하지는 아니하였다”고 말한다. 더 나아가 그렇기 때문에 퇴원 이후에는 피고 의사 A, B가 생명유지의무를 직접적으로 부담하는 “제1차적” 보증인 지위에 있는 것은 아니며, 그러한 의무는 피해자의 처가 부담하는 것이라고 본다. 하지만 항소심과 대법원이 이와 같이 태도를 변화시킨 것은 피고 의사들의 행위를 형법상 ‘부작위’로 구성하는 경우 안게 되는 ‘더 큰 논증의 의무’를 피하기 위한 것이지(이, 2002) 피고 의사들(A, B)을 피해자에 대한 생명유지의무로

부터 완전히 벗어날 수 있게 하기 위함이 아니다. 대법원은 의사들이 피해자의 생사를 피해자의 처의 생명유지의무의 이행에 맡겼다는 점에 대해 여전히 비난을 가하면서 “피해자를 집으로 후송하고 호흡보조장치를 제거할 것을 지시하는 등의 적극적 행위”에 대해 ‘작위에 의한 살인방조’의 이에 대한 책임을 묻는다. 대법원은 피고 의사들에게 피해자의 처가 ‘생명유지의무’를 이행하지 않을 것이라는 점을 알았다는 - 방조범 성립요건인 - ‘정범의 고의’(즉, 정범의 실행행위가 살인죄라는 구성요건에 해당되는 결과를 발생하는 것에 대한 인식)(김과 서, 2004; 배, 2005; 이, 2008; 임, 2009), 즉 “피해자의 사망이라는 결과발생에 대한 미필적 인식 내지 예견”이 있었음을 확정할 수 있다고 분명히 인정하는데(또는 항소심은, 피고인 의사들은 공동피고인인 환자의 처가 “피해자를 퇴원시켜 치료행위를 중단하고 인공호흡기 또는 인공호흡보조장치를 제거하여 사망에 이르게 하는 행위를 인식”하고 이에 협조하였다는 점에서 피고인 의사들에게 방조범에게 요구되는 정범의 고의를 인정한다), 이는 피고 의사들에게도 일종의 생명유지의무가 있었음을 결코 부인하지 않는 것이다.

### 2) 법원의 중국적 판단

셋째, 앞에서 이미 드러났듯이, 그러한 회복가능성/생존가능성에 대한 판단은 중국적으로는 법원에 의해 이루어진다. 법원은 의사의 생명유지의무는 특히 환자의 회복가능성 또는 생존가능성이 높을수록 더 강하게 존재하는 것이라고 본다. 제1심법원은 “환자가 불치의 병에 걸려 회복을 예상할 수 없고, 사망이 시기가 임박한 상태”에 있다면 의사의 치료 중단 행위는 위법성이 조각될 수 없다고 보면서 이 사안은 “환자의 회복가능성의 측면에서도 (…) 의료행위의 중지에 있어서 요구되는 법적 허용요건을 충족하지 못한 것”이라 하는데, 제2심법원과 대법원도 동일한 판단을 내린다.

아울러 제1심법원은 - 물론 피고 의사들과 증인인 의사의 진술에 기초하기는 하지만 - 어쨌든 “피해자는 혈중제거수술이 성공적으로 이루어졌고, 시간이 경과함에 따라 대광반사와 충격에 대한 반응의 속도가 점점 빨라지고 이름을 부르면서 스스로 눈까지 뜨려고 하는 등 그 상태가 호전되었던 점 등”에 비추어 “피해자는 계속적으로 치료를 받을 경우 회복될 가능성이 많았음”을 다시 한 번 ‘스스로’ 확정하는 모습을

보인다. 아울러 항소심도 같은 취지에서, “피해자는 (...) 인공호흡기를 부착하고 경막외혈중 제거수술 후 합병증 및 후유증에 대한 치료를 계속하였다면 생존가능성이 있었던 것으로 보인다”는 점을 이야기했다. 법원의 이와 같은 기술 태도는 어쨌든 언급한 바와 같이 담당의사 혹은 환자를 담당하고 있는 병원의 구성원들에 의한 자율적 결정의 중요성을 도외시한 것으로 볼 수 있다. 덧붙여, 가족의 결정이 법원의 결정 뒤로 물러남으로써 가족주의적 후견주의적 이념이 포기되긴 했지만, 여전히 법원은 자연법 발견자로서의 자신의 최종적 지위를 드러냈을 뿐 가족 결정이 갖는 의료적 자율성을 확보함에 있어 가질 수 있는 긍정적 의미(이, 1998)를 이야기하진 못했다.

### 신촌세브란스병원 사건: 환자의 자율성 인식

언급한 보라매병원 사건 이후 치료중단의 합법화에 관한 많은 논의가 있어 왔다. 특히, 그 사건 이후 병원들은 쉽게 치료 중단의 결정을 내리지 못한 채 연명치료를 계속하는 경향을 보였으며, 이로 인해 병원 경영에서의 합리성을 확보하기 어렵게 되는 경우가 많았다. 그러던 중 지난 2009년 대법원은 보라매병원 사건과는 - 어쨌든 그 결론만 놓고 보자면 - 정반대의 결정을 내렸다(2009다17471). 연명치료장치를 통해 생명을 연장하고 있던 환자의 가족들이 장치의 제거를 통해 치료를 중단해 달라고 병원에 요청했고, 병원측에서는 “환자에 대한 생명보호의무가 우선한다”는 이유로 치료중단의 요청을 거부했었던 이른바 ‘신촌세브란스병원’ 사건에서 제1심법원은 피고 병원이 원고에 대하여 인공호흡기를 제거하라는 결정을 내렸고(2008가합6977), 뒤이은 항소와 상고는 모두 기각되었다(2008나116869; 2009다1741). 이 사건의 개요를 개략적으로 정리해 보면 다음과 같다:

① 환자가 병원에서 폐종양 조직 검사를 받던 중 과다출혈로 인한 심정지가 발생하였다. ② 이에 병원의 주치의 등은 심장마사지 등을 시행하여 심박동기능을 회복시키고 인공호흡기를 부착하였으나 환자는 저산소성 뇌손상을 입고 중환자실로 이송되었다. ③ 환자는 ‘지속적 식물인간상태(persistent vegetative state)’에 있으면서 치료를 받게 되었다. ④ 이에 환자의 가족들은 환자의 치료가 단순한 생명의 연장에 불과한 것이므로 환자 역시 인공호흡기를 제거할 의사가 있을 것

이라고 주장하며, 환자에 대해 인공호흡기를 제거할 것을 요청하였다. ⑤ 이에 대해 병원은 치료를 중단할 수 없다며 가족의 요청을 거부하였다.

#### 1. 이전 판결: (환자의) 자기결정에 앞서는 (의사의) 생명보호의무 강조

보라매병원 사건에서 항소심은 치료중단행위가 담당의사들의 양심적 결단에 따른 것이라 볼 수 없다고 하면서 그 근거로 의사가 치료중단을 하게 한 보호자의 퇴원요구가 “피해자의 추정적 의사에 반하는” 것이라는 점을 말한다. 아울러 제1심법원은 “환자의 추정적 의사가 있는지 여부를 신중하게 판단”하여야 하며, 그 존재 여부가 의심스러운 경우에는 환자의 생명을 보호하고 유지하여야 할 의무를 우선시켜야 한다고 이야기한다. 이러한 점은 보라매병원 사건의 담당법원이 환자의 자기결정의 중요성에 대해서도 인식하고 있음을 이야기한다. 하지만, 이 사안에서 법원은 - 앞서서도 언급했듯 - 환자의 자기결정권이 항상 ‘원칙적으로’ 우선 고려되어야 한다고 보지 않는다. 제1심법원은 “의료행위의 중지가 곧바로 환자의 사망이라는 중대한 결과를 초래하는 경우에 있어서는 (...) 의사로서는 더 높은 가치인 환자의 생명을 보호할 의무가 우선(...)”한다고 이야기한다. 뿐만 아니라 환자의 가족 역시 ‘환자의 생존가능성’이 있으면 어떠한 경우에도 “생명의 존엄성을 최우선적 가치로 고려하여야 한다”(98고합9).

#### 2. 환자의 자기결정권의 ‘구체화’

신촌세브란스병원 사안에서 법원은 환자의 자기결정권의 내용을 좀더 구체화한다. 첫째, 법원은 우선 치료행위 전반에 대한 환자의 자기결정을 헌법의 최고이념인 “인간으로서의 존엄과 가치 및 행복을 추구할 권리”, 즉, “개인의 인격권과 행복추구권”으로부터 비롯되는 “개인의 자기운명결정권”이라는 ‘헌법적’ 권리라고 설명한다(이러한 근거지움은 ‘적극적’인 자기결정권을 도출해내는 것으로 연명치료 중단에서 이야기해야 하는 ‘소극적’인 자기결정권을 설명하지 못한다는 비판이 있다. 그러한 비판으로는 이, 2009). 둘째, 환자는 이와 같은 결정권을 “치료를 받지 않으면 질병이 계속 진행되어 장차 시간이 지나면 사망에 이르게 될 상황이라고 하여도”, “특별한 사정이 없는 한” 제한을 받지 않고 행사할 수 있다. 즉, 이러한 상황에서 환자가 치료중단을 요구하는 경

우 “의사는 이에 응하여야” 한다. 이러한 점에 대해서는 제1심법원과 제2심법원 그리고 대법원이 견해를 같이 한다.

### 3. 자기결정의 ‘내용적 범위’ 확대

그렇다면, “치료행위를 중단함으로써 환자가 ‘곧바로’ 사망에 이르게 되는 경우”(여기서 ‘곧바로’를 강조한 것은 바로 앞의 단락에서 “장차 시간이 지나면 사망에 이르게 될 상황”과 구별하기 위해 강조한 것이다) 치료중단이라는 환자의 자기결정이 여전히 보장될 수 있는 것인가.

#### 1) 논증의 변화: 자연법이 아니라 환자 결정의 원칙적 우위

제1심법원은 이러한 상황에 있는 환자는 응급환자에 해당되며, 그렇기 때문에 의사는 응급의료법 제10조의 적용을 받는다고 본다. 즉, 의사는 이 경우 응급의료를 중단할 수 없으며, 다만 응급의료법 제10조의 ‘정당한 사유’가 있는 한에서 - 즉, ‘예외적으로’ - 치료를 중단할 수 있다.

“인공호흡기의 도움으로 생명을 유지하는 것이 가능하지만 인공호흡기를 제거하면 곧바로 사망에 이르게 되는 상황에 있는 환자의 경우에도, 의사는 치료중단의 방법으로서 인공호흡기를 제거하라는 환자의 요구에 원칙적으로 응할 의무가 없다 (…)”

하지만, 제2심법원은 - 연명치료를 장악하면 환자는 일단 생명의 급박한 위험에서 벗어나 더 이상 응급환자의 지위에 있지 않으므로 - 연명치료 중단의 정당성은 응급의료법 제10조의 ‘정당한 사유’의 존재로부터 도출되는 것이 아니라 헌법상 보장되는 인간의 존엄과 가치에 의거한 자기결정권에 의해 ‘직접’ 근거지어지는 것이라고 본다.

“인간의 생명이 희생가능성도 없는 상태에서 별다른 인간성의 지표 없이 단지 기계장치 등에 의하여 연명되고 있는 경우라면 헌법이 보장하는 자기결정권에 근거하여 구체적인 사정에 따라 더 이상 연명치료의 중단을 요구할 수 있고, 그 경우 연명치료를 행하는 의사는 환자의 자기결정권에 근거한 치료중단 요구에 응할 의무가 있다 (…)”

물론, 아래에서 보는 바와 같이 두 법원이 내리는 연명치료장치제거의 가능성과 방법에 대한 결론은 거의 동일하다.

하지만, 이와 같은 항소심에서의 논증의 변화는 분명 연명치료의 중단에 대한 환자의 자기결정에 의사가 응하는 것을 ‘예외적’인 것으로 바라보는 것이 아니라 ‘원칙적’인 것으로 바라본다는 법원의 태도 변화가 있음을 말해준다. 제1심법원은 의사에게 환자의 치료중단결정과는 상관없이 환자의 생명을 유지할 의무가 있다는 - 보라매병원 사건에서 강조되었던 - 태도로부터 변화하는 것을 어느 정도 주저했지만, 항소심법원은 조금 더 과감히 환자의 주권을 강조하는 방향으로 태도를 바꾸었다고 할 수 있는 것이다. 특히 이를 분명히 보여주는 것은 항소심법원의 다음과 같은 언급이다.

“의사에게 환자의 생명을 보호, 유지하기 위한 최선의 조치를 다할 의무가 있다고 해서, 항상 가능한 모든 의술이나 의약을 사용해 보아야 한다거나 꺼져가는 인간 생명을 어떤 수단을 동원해서라도 연장시켜야 한다고 할 수는 없다.”

#### 2) ‘죽음의 존엄성’

제1심법원과 항소심법원 사이에 이와 같은 논증방식의 차이가 존재하기는 하지만, 이들 모두는 회복가능성이 없는 환자에 대해 생명연장 치료가 이루어지는 경우, 환자의 생명권 뿐만 아니라 존엄한 죽음에 대한 권리도 고려되어야 한다고 본다. 법원은 “인간의 존엄성은 (…) 그 생을 다하여 죽음을 맞이하는 과정과 죽음의 순간에도 구현되어야 하는 궁극적 가치”라는 점을 간과해서는 안된다고 하면서, 경우에 따라서는 환자가 인공적 장치에 의존하지 않고 “자연스러운 죽음”을 맞이하는 것이 생명연장치료를 하는 것보다 더 인간의 존엄과 가치에 부합한다고 본다.

“생명연장치료가 회복가능성이 없는 환자에게 육체적 고통뿐만 아니라 식물상태로 의식 없이 생명을 연장하여야 하는 정신적 고통의 무의미한 연장을 강요하는 결과를 가져오게 되어 오히려 인간의 존엄과 인격적 가치를 해할 수 있는 바, 이와 같은 경우에는 환자가 삶과 죽음의 경계에서 자연스러운 죽음을 맞이하는 것이 인간의 존엄과 가치에 더 부합하게 되어 죽음을 맞이할 이익이 생명을 유지할 이익보다 더 크게 된다 (…)” (2008가합6977)

“인간의 생명이 희생가능성도 없는 상태에서 별다른 인간성의 지표없이 단지 기계장치 등에 의하여 연명되고 있는 경

우라면 (...) 기계에 대한 의존상태를 벗어나 자연스러운 죽음에 이르는 편이 인간으로서의 존엄과 가치를 회복하는 길 이 될 수 있는 것이다.”(2008나116869)

이는 항소심법원 뿐만 아니라 제1심법원도 보라매병원 사건에 비해 환자의 자율적 결정에 대한 더 많은 관심을 보이고 있음을 보여준다(물론 보라매병원 사건의 경우에는 앞서서도 언급한 바와 같이 그 사건의 특성상 죽음의 존엄성은 쟁점이 될 여지가 별로 없었다. 신촌세브란스병원 사건은 이러한 맥락에서 종종 “존엄사” 판결이라 불리운다. 그러한 예로는 김, 2009 그리고 ‘존엄사’라는 용어를 사용하는 것이 (형)법적으로 갖는 의미에 대한 (비판적) 언급으로는 이, 2009).

#### 4. 자기결정의 ‘시간적 범위’ 확대

##### 1) 사전의료지시의 효력 인정

그런데 연명치료중단이 문제되는 시점에서 많은 경우 환자는 자신의 의사를 표시할 수 있는 능력이 결여되어 있다. 이러한 경우 법원은 이른바 ‘사전의료지시’를 통해 환자가 자신의 의사를 표명할 수 있다고 본다:

“환자가 회복불가능한 사망의 단계에 이르렀을 경우에 대비하여 미리 의료인에게 자신의 연명치료 거부 내지 중단에 관한 의사를 밝힌 경우에는, 비록 진료 중단 시점에서 자기 결정권을 행사한 것은 아니지만 사전의료지시를 한 후 환자의 의사가 바뀌었다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 사전의료지시에 의하여 자기결정권을 행사한 것으로 인정할 수 있다”(2009다17471)

특히 대법원은 사전의료지시를 환자의 진정한 자기결정권 행사로 볼 수 있기 위한 요건을 다음과 같이 제시한다:

① 의사결정능력이 있는 환자가 ② 의료인으로부터 직접 충분한 의학적 정보를 제공받은 후 ③ 그 의학적 정보를 바탕으로 자신의 고유한 가치관에 따라 진지하게 구체적인 진료행위에 관한 의사를 결정하며 ④ 의사결정과정이 (...)의 사결정 내용을 기재한 진료기록 등에 의하여 진료중단 시점에서 명확하게 입증될 수 있어야 비로소 사전의료지시로서의 효력을 인정할 수 있다.

이와 같이 ‘사전의료지시’의 효력을 인정하게 되면 환자의 자기결정권의 ‘시간적’ 범위를 확대함으로써 의사나 가족이 후견주의적으로 개입할 여지가 줄어들게 된다. 그러한 점에서 법원이 사전의료지시가 환자가 치료에 관한 결정을 내리는 하나의 방법이 될 수 있다고 인정한 것은 후견주의적 이념으로부터 벗어나 ‘환자주권주의’적 이념을 적극 수용하려는 태도의 변화를 보여주는 것이라 할 수 있다.

##### 2) 환자 의사의 ‘객관적’ 추정

법원은 더 나아가 회복불가능한 사망의 단계에 진입한 환자의 사전의료지시가 없었던 경우에도 경우에 따라서는 환자의 치료중단 의사를 “추정”하여 연명치료를 중단할 수 있다고 본다:

“환자의 평소 가치관이나 신념 등에 비추어 연명치료를 중단하는 것이 객관적으로 환자의 최선의 이익에 부합한다고 인정되어 환자에게 자기결정권을 행사할 수 있는 기회가 주어지더라도 연명치료의 중단을 선택하였을 것이라고 볼 수 있는 경우에는, 그 연명치료 중단에 관한 환자의 의사를 추정할 수 있다고 인정하는 것이 합리적이고 사회상규에 부합된다.”

이 경우, 법원은 “환자의 의사를 확인할 수 있는 객관적 자료”와 “객관적인 사정”에 기초하여 “객관적으로” 환자의 의사를 추정하게 된다(독일 판례에서도 환자가 자신의 의사를 표현할 수 없는 상태에 있는 경우 이를 “추정하여” 치료중단의 기준으로 삼을 수 있다고 본다(이, 2007).

“(…) 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 생활태도 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 있다.”

이와 같은 법원의 ‘추정’이 과연 환자의 자율성에 부합하는 것인지는 다시 한 번 생각해볼 필요가 있다. 이를 상세히 다루는 것은 이 글에서는 가능하지 않다(김, 2009). 다만, 이와 같은 판단에서 ‘객관성’을 유지하는 기준이 무엇인지 그리고 법원이 객관성의 존재 여부에 대한 ‘실체적’인 판단을 할 수 있는 것인지에 대해서는 다시금 생각해볼 필요가 있다.

### 5. 회복불가능성의 판단: 전문가 결정의 존중

신촌세브란스병원 사안에서도 법원은 연명치료의 중단을 인정하는 기준으로 여전히 - 앞서서도 언급했듯 - ‘회복가능성(또는 회생가능성)’을 제시한다. 다만, 이 사안에서 법원은 보라매병원사건과 비교해볼 때에 회복가능성에 대한 판단에 있어서 담당의사와 병원의 판단의 자율성을 조금은 더 강조하는 모습이 엿보이긴 한다. 보라매병원 사건에서는 법원이 감정 의사들을 고용함으로써 회복가능성에 대한 판단이 ‘전문성’을 잃지 않으려는 노력을 보이긴 했다. 이 사안에서도 마찬가지로 대법원은 회복불가능의 상태에 이르렀는지의 여부는 “주치의의 소견 뿐만 아니라 사실조회, 진료기록 감정 등에 나타난 다른 전문의사의 의학적 소견을 종합”하여 (법원이) 신중하게 판단해야 한다고 한다.

하지만 항소심 법원은 환자의 회생가능성에 대한 판단에서 “담당의사”를 비롯하여 해당 병원의 “병원윤리위원회와 같은 기구의 심의”가 필요함을 명시적으로 이야기한다. 이는 결정에 있어 환자와 직접적 교류가 있었던 의사와 병원의 전문적 판단을 존중할 필요가 있음을 좀 더 분명히 이야기하는 것이라 할 수 있다:

“환자가 회생가능성 없는 비가역적인 사망과정에 진입한 상태인지를 판단할 주체가 누구인지에 관하여 보건대, 당해 연명치료를 시행하면서 환자를 진료·관찰하여온 담당의사의 의견이 존중되어야 함은 당연하고, (...) 병원윤리위원회와 같은 기구의 심의 등으로 이를 보완할 필요도 있다 (...)”

대법원도 마찬가지로 “위원회”의 작동가능성에 대해 언급함으로써, 결정의 ‘자율성’에 대한 인식을 보여준다:

“환자측이 직접 법원에 소를 제기한 경우가 아니라면, 환

자가 회복불가능한 사망의 단계에 이르렀는지 여부에 관하여는 전문가 등으로 구성된 위원회 등의 판단을 거치는 것이 바람직하다.”

아울러, 항소심은 “담당의사의 견해만으로 이를 판단할 수 있다고 하여서는 곤란하다”는 점을 이야기한다. 물론 이를 부인할 수는 없지만, 이러한 언급에 뒤이어 판단의 ‘객관성’을 강조하면서 객관성을 보장하는 방안으로 “제3의 중립적인 의료기관”에 의한 판단을 강조하는 것이 바람직한 것인지는 다시 생각해볼 필요가 있다. ‘객관성’의 강조는 의사의 권위(주: 여기서는 ‘담당’의사의 권위를 의미하는 것이 아니라 전문직으로서의 의사가 지니는 일반적 권위를 의미)를 인정하되 중국적인 결정을 여전히 법원의 권한으로 둘 수 있는 문을 열어놓은 것이라 볼 수 있다.

### 맺음말 : 후견주의의 수용, 변형 그리고 거부

이상과 같이 보라매병원 사건과 신촌세브란스병원 사건에 대한 판결을 분석해보면 연명치료 중단에 관한 우리 법원의 태도가 변화했음을 부인할 수 없다. 보라매병원 사건에서 법원은 의사에게 자연법의 발견과 준수에 대한 의무를 부여하면서 환자나 환자 가족의 결정이 갖는 의미에 관심을 기울이지 않았다. 뿐만 아니라 의사에게도 자연법적 ‘의무’를 부담시킬 뿐 자연법의 확정에 대한 최종적 권위를 부여하지는 않았다. 환자에 대해 담당의사가 지니는 의료적 해석의 권한을 충분히 인정하지는 않은 것이다. 신촌세브란스병원 사건에서는 이와는 달리 환자의 자기결정권이 갖는 의미가 무엇인지를 좀더 명확히 언급한다. 뿐만 아니라 자기결정권의 행사 범위는 ‘내용적’으로 그리고 ‘시간적’으로도 확대된다. ‘죽음의 존엄성’을 위한 자기결정이 인정될 뿐만 아니라 ‘사전의료지시’를 통한 자기결정의 행사도 가능하다고 본 것이다. 더 나아가 이 사안에서 법원은 환자의 회복가능성에 대한 판단은 여전히 최종적으로는 법원의 몫으로 남겨두긴 했지만, 전문가로서의 의사의 역할을 강조하면서 ‘병원윤리위원회’의 심의가 필요함을 이야기했다. 회복가능성이라는 “해석”의 문제는 ‘의료전문가’에 의해 이루어지는 것이 바람직할 것이라는 점을 어느 정도 인정한 것이다. 하지만 이 사안에서 법원이 갖는 환자의 자기결정에 대한 이해는 아래에서 이야기하듯 여전히 온전하지는 못한 것 같다.

보라매병원 사건에서 법원이 ‘의사’의 자연법적 의무를 강조한 것은 의사가 자연법 발견의 능력이 있음을 전제하는 전통적인 의사후견주의적 인식에서 출발한 것이긴 하다. 하지만 법원은 중국적으로는 자연법 발견의 최종적 주체를 ‘법원’으로 상정함으로써 스스로를 환자에 대한 독자적 후견인으로 규정할 셈이 되었다. 뿐만 아니라 환자 가족의 결정 역시 법원의 자연법적 결정 뒤로 물러나게 함으로써 가족주의적 후견주의로부터 탈피했지만 법원의 우월성을 드러낼 뿐 가족의 결정이 가질 수 있는 의미를 충분히 존중하지는 못했다.

신촌세브란스병원 사건에서 법원은 환자의 자기결정을 강조함으로써 후견주의에서 벗어나는 모습을 보였지만, 진정한 의미에서의 의료적 자율성에 대한 인식을 충분히 보여주진 못했다. 법원은 주치의의 소견을 참조한다거나 병원윤리위원회의 심의가 필요하다는 점을 말하면서도 환자의 상태에 대해 가장 잘 알 수 있는 담당의사의 역할의 중요성을 이야기하지는 못했다. 법원은 단지 “제3의 중립적인 의료기관” (2008나116869)이 담당의사의 결정을 뛰어넘는 결정권한을 지녀야 한다고 언급했다. 병원의 ‘병원윤리위원회’는 담당의사가 다른 전문 의사들의 소견을 통해 자신의 결정을 성찰하고, 환자가족들은 이러한 과정을 통해 합의점에 이르도록 하는 기구가 되어야 한다. 법원은 이에 대한 충분한 인식에 이르지지는 못했고 따라서 법원은 윤리위원회의 결정이 있더라도 - 단지 절차적 정당성의 확보를 판단하는 주체가 아니라 - 여전히 그 실제적 내용에 대해 판단할 수 있는 주체의 지위를 고수하는 듯하다. 아울러, 법원은 환자가족의 결정을 중시하면서 오히려 가족주의적 후견주의로 돌아가는 듯한 모습을 보이기도 했지만 여전히 정황에 대한 (법원의) ‘객관적’ 판단을 강조함으로써 결정주체로서의 권위를 포기하지 않는다.

의료에서 자율성은 의사에게 자연법 발견의 의무를 부여하고 법원이 그 실제적 내용의 정당성을 판단함으로써 확보될 수 있는 것이 아니다. 오히려 이는 의료행위를 함에 있어 ‘의사’가 갖는 재량권 그리고 환자의 상황에 대한 해석의 권한을 충분히 존중해줄 때에 확보될 수 있다. 전통적인 후견주의 이념의 극복은 후견의 주체를 의사에서 법원으로 바꾼다고 해서 가능한 것이 아니다. 뿐만 아니라 가족의 결정이 환자의 결정에 무조건 앞서서도 안되겠지만 가족의 결정보다 법원의 결정을 앞세우는 것도 의료의 자율성을 확보하는

방안이라고 할 수 없다. 의사후견주의적 혹은 가족후견주의적 의사결정의 구조에서 충분하지 못했던 환자의 ‘삶’에 대한 고려가 충분히 이루어지고, 환자의 결정이 합리적일 수 있는 절차를 확보할 때에 비로소 의료적 자율성이 확보되고, 고전적인 후견주의 이념의 한계가 극복될 수 있다.

## 인용문헌

- 김나경 (2007) 의사의 설명의무의 법적 이해. *한국의료법학회지* 15:7-28.
- 김나경 (2007) 태아의 장애를 이유로 하는 임신중절. *형사법연구* 19:127-165.
- 김성룡 (2003) 조건설·미수론 및 죄수론 관점에서 본 작위와 부작위의 구별 - 보라매 병원 사건. *법학논고* 19:122-138.
- 김일수, 서보학 (2004) (새로쓴) 형법총론. 제10판. 박영사.
- 김학태 (2009) 무의미한 생명연장치료 중단에 관한 법 윤리적 고찰. *외법논집* 33:311-338.
- 배종대 (2005) 형법총론. 제8전정판. 홍문사.
- 이상돈 (1998) 치료중단과 살인. *의료형법*. 법문사.
- 이상돈 (2002) 치료중단과 형사책임. 법문사.
- 이석배 (2007) 독일의 치료중단 기준과 입법론. *형사정책* 19:229-251.
- 이석배 (2009) 연명치료 중단의 기준과 절차. *형사법연구* 21:147-170.
- 이재상 (2008) 형법총론. 제6판. 박영사.
- 임웅 (2009) 형법총론. 개정판 제2보정판. 법문사.
- Ahn SH, Lee SC (2005) The development of the South Korean welfare regime. Walker A, Wong CK (eds.), *East Asian Welfare Regimes in Transition: From Confucianism to Globalisation*, Bristol, Policy Press, pp. 165-186.
- Chau R, Yu WK (2005) Is welfare unAsian?, Walker A, Wong CK (eds.), *East Asian Welfare Regimes in Transition: From Confucianism to Globalisation*. Bristol. Policy Press. pp. 21-45.
- Fan R (1997) Self-Determination vs. Family-Determination: Two Incommensurable Principles of Autonomy. *Bioethics*. pp. 309-322.

Harmon Shawn HE, Kim NK (2008) A tale of two standards: Drift and inertia in modern Korean medical law. *Scripted* 5:269-271.

Hattori K (2003) East Asian family and biomedical ethics Song SY, Koo YM, Macer D (eds.), *Asian Bioethics in the 21st Century*, NZ: Eubios, pp. 229-231.

O'Neill Onora (2002) *Autonomy and Trust in Bioethics*. Cambridge University Press.

대법원 2004. 6.24. 선고 2002도995

대법원 2009.5.21. 선고 2009다17471

서울고등법원 2002.2.7. 선고 98노1310

서울고등법원 2009.2.10. 선고 2008나116869

서울남부지방법원 1998.5.15. 선고 98고합9

서울서부지방법원 2008.11.28. 선고 2008가합6977

---

(received 7 April 2010, received in revised form 15 May 2010, accepted 16 May 2010)