

의료행위와 환자의 자기결정권에 관한 고찰

– 대법원 2014. 6. 26. 선고 2009도14407 판결을 중심으로 –

김 영 태*

I. 들어가며

II. 사건의 개요 및 재판진행상황

1. 사실관계의 요지 및 쟁점
2. 1심 법원의 판단
3. 항소심 법원의 판단
4. 대상판결의 요지

III. 환자의 자기결정권과 피해자 승낙

1. 의료행위와 환자의 자기결정권
2. 환자의 자기결정권의 의의와 근거
3. 환자의 자기결정권과 알 권리
4. 환자의 자기결정권과 피해자 승낙
5. 환자의 자기결정권과 피해자 승낙의 요건
6. 환자의 자기결정권과 피해자 승낙의 한계

IV. 대상판결에 대한 검토

1. 환자의 자기결정권과 의사의 진료의무
2. 피해자의 자기결정권 행사 및 승낙의 유효 여부

V. 마치며

I. 들어가며

2010년 10월 22일 ‘종교의 자유보다 생명권이 우선이라는 법원의 첫 판단이 나왔다’는 언론보도가 있었던 바 그 내용은 종교적 이유로 갓난아이에 대한

* 논문접수: 2014. 10. 28. * 심사개시: 2014. 11. 10. * 수정일: 2014. 12. 10. * 게재확정: 2014. 12. 20.
* 서울중앙지방법검찰청 검사.

4 김 영 태

수혈을 거부하는 부모를 상대로 병원이 제기한 진료업무방해금지가처분신청을 법원이 받아들였다는 것이다.¹⁾²⁾ 법원이 병원의 신청을 받아들인 이유는 여러 가지가 있었겠지만 사망의 위험이 예견되는 딸에 대하여 수혈이 최선의 치료방법이라는 의사의 권유를 자신의 종교적 신념이나 후유증 발생의 염려만을 이유로 완강하게 거부하고 방해하였다는 생모를 유기치사죄로 처벌할 수 있다는 1980년 9월 24일 선고 대법원 79도1387 판결도 그 이유 중 하나가 아니었을까 생각된다.

그런데, 이와 배치되는 듯한 대법원 판결이 2014년 6월 26일 선고되었으며 ‘수혈 거부 환자 수술하다 숨지게 한 의사 무죄’³⁾, ‘대법원, ‘수술거부’ 각서 쓴 환자 수술 중 사망 - 의사 책임 못 물어’⁴⁾라는 언론보도도 있었다.

그렇다면 위 2014년 6월 26일 대법원 판결(이하 ‘대상판결’이라 한다)은 과연 어떠한 사실관계와 법리에 근거하여 이루어졌으며 또한 대상판결의 결론은 타당한 것인지를 검토하는 것은 향후 법학계와 의료계뿐만 아니라 수혈문제에 대하여 깊은 관심을 가지고 있는 사람들에게도 큰 의미가 있을 것이다.

따라서, 이하에서는 이러한 문제의식을 가지고 대상판결의 사실관계 및 재판진행상황 등을 상세히 살펴본 후 대상판결의 핵심 쟁점으로 생각되는 의료행위와 환자의 자기결정권, 피해자 승낙의 법리 및 관련 문제를 살펴보도록 하겠다.

1) 2010. 10. 22.자 연합뉴스, 인터넷 기사.

2) 그러나, 아이의 부모는 법원의 가처분결정을 받아들이지 아니하고 법원의 가처분결정이 미치지 않는 병원으로 딸을 옮겼는데 딸은 일주일도 지나지 않아 숨지고 말았다고 한다. 2010. 12. 12.자 국민일보 ‘생후 2개월 아기, 수술 막은 ‘여호와의 증인’ 부모 방치로 숨져’라는 제하의 인터넷 기사.

3) 2014. 6. 26.자 중앙일보 인터넷 기사.

4) 2014. 7. 6.자 로이슈 인터넷 기사.

II. 사건의 개요 및 재판진행상황

1. 사실관계의 요지 및 쟁점

가. 사실관계의 요지⁵⁾

(1) 피해자 “갑”(1945.생 여자, 이하 ‘피해자’라 한다)은 1975년경 우측 고관절 부위에 결핵성 관절염을 앓아 골반과 대퇴골의 유합수술을 받았는데, 골반과 대퇴골의 유합된 부위에서 통증이 있자 우측 고관절을 인공 고관절로 바꾸는 수술을 원하였다.

(2) 피해자는 다른 사람의 혈액(이하 ‘타가수혈’이라 한다)을 수혈받지 않는 방식(이하 ‘무수혈 방식’이라 한다)으로 시술되는 수술을 받고자 2007년 11월경 ×× 등 3개 병원 등에 들러 문의를 하였으나 동 병원들은 ‘환자의 나이가 66세로 임상적으로 무수혈 수술로는 한계가 있다’는 등의 이유로 무수혈 방식에 의한 수술을 모두 거부하였다.⁶⁾⁷⁾

(3) 피해자는 2007년 12월 4일경 ○○ 병원에 와서 위 병원 소속 정형외과 의사인 피고인에게 문의하였다.

(4) 피고인은 전반적인 검사와 혈액종양내과의 답변을 확인한 후 피해자에 대하여 무수혈 방식에 의해 수술이 가능하다고 판단하였고, 피해자에게 무수혈 방식의 수술이 가능하지만 수술 상황에 따라서는 수혈을 하지 아니하면 출혈로 인하여 사망에 이를 위험성이 있음을 설명하였다.

(5) 피해자는 ‘여호와의 증인’ 신도로서 다른 사람의 피를 받지 않아야 한다는 교리를 생명보다 소중히 하는 신념을 가지고 있었고, 이는 피해자가 속한 중

5) 대상판결에서 인정한 이 사건 수술 전 상황 및 수술의 진행경과에 관한 사실의 요지를 중심으로 정리하였다.

6) 1심과 항소심 판결과는 달리 대상판결에서는 이와 같은 내용에 대하여는 설시가 되어 있지 않다.

7) 피해자에 대하여 무수혈 방식에 의한 수술을 거부한 병원 중에는 ‘무수혈 센터가 설립되어 무수혈 방식의 수술을 1년에 20~30례 정도 시행하는 병원도 포함되어 있다’, 허일태, “무수혈과 관련된 의료과실치사죄”, 『형사판례연구』, 제21권, 형사판례연구회, 2013, 제114면 및 각주10).

교단체에서 역사적으로 인정되어 온 교리이다. 피해자는 자신의 종교적 신념에 따라 어떠한 상황에서도 수혈을 하지 말 것을 피고인에게 요구하였고, 2007년 12월 17일 위 병원에 ‘병(의)원 및 담당 의료진에게 민·형사상의 어떠한 책임도 묻지 않겠다’는 취지의 책임면제각서⁸⁾를 제출함으로써, 타가수혈을 거부하겠다는 명확한 의사를 표시하였다.

(6) 위 병원 마취통증의학과 의사 “A”는, 수술 전날인 2007년 12월 19일 피해자와 피해자의 딸을 만나 수술 도중 대량출혈이 발생할 가능성이 있고 그러한 경우 타가수혈을 하지 않으면 장기손상 및 부전에 의한 사망가능성이 매우 높다는 설명을 하였고, 2007년 12월 20일 이 사건 수술 직전에 다시 피해자에게 타가수혈 거부 의사 유효한지 확인하였으나, 피해자는 여전히 타가수혈을 강력하게 거부하였다.⁹⁾

(7) 피고인은 피해자의 요구에 따라 무수혈 방식으로 수술하던 도중¹⁰⁾ 과다출혈로 인하여 범발성 응고장애가 발생하여 지혈이 되지 않고 타가수혈이 필요한 상황이 발생하자, 정형외과 전문의 “B”로 하여금 수술실 밖으로 나가 피해자의 가족들에게 피해자의 상태를 설명한 후 타가수혈을 할 것인지 여부를 묻도록 하였는데, 피해자의 남편 “을”은 ‘여호와의 증인’으로서 타가수혈을 거부한 반면 피해자의 자녀들은 타가수혈을 강력히 원하는 등 가족들 사이에 의견이 나뉘어 확실한 대답을 얻지 못하였다.

(8) 피고인은 타가수혈 여부를 결정하지 못하고 의료진을 통해 ‘여호와의 증인’ 교섭위원회에 이 사건과 관련된 자문을 급하게 요청하였으나 별다른 답

8) 이와 같은 취지의 문서를 ‘의료지침 및 위임장’이라고도 한다. 노상엽, “의료행위 자기결정권과 그 한계”, 『법학연구』, 제5권 제1호, 가톨릭대학교 법학연구소, 2010, 제62~63면.

9) 다만, 피해자는 ‘셀 세이버(cell saver, 실혈된 환자의 혈액을 회수하는 혈액회수장치)’나 대량출혈이 있을 때 저혈량성 쇼크가 일어났을 때 혈액대용제로 사용되는 ‘인공혈장’의 사용에는 동의하였다.

10) 대상판결에서는 수술의 진행 경과와 관련하여 이와 같이 간단하게 적시하고 있지만, 1심 판결과 항소심 판결에서는 “피고인이 피해자에 대하여 수술 개시 후 우측 대퇴골부와 피사된 대퇴골부 사이를 절단하였는 바, 대퇴골부와 주변의 근육조직이 엑스레이 사진으로 볼 때보다 훨씬 더 심하게 유착된 것을 확인하였다”고 상세하게 적시하고 있다.

신을 받지 못하였다.

(9) 그러는 중에도 피해자의 출혈이 계속되어 피고인은 수술을 중단한 후 피해자를 중환자실로 옮겼다.

(10) 그 후 피해자의 남편도 타가수혈에 동의함으로써 가족들 전부가 타가수혈을 원하였으나, 당시는 폐울혈 및 범발성 응고장애가 발생하고 있는 상태라 타가수혈이 피해자의 증상을 악화시킬 가능성이 있어 병원 측에서는 피해자에게 타가수혈을 시행하지 아니하였다.

(11) 피해자는 결국 다량 실혈로 인한 폐부종으로 2007년 12월 20일 21:35경 사망하였다.

나. 대상사건의 쟁점

대상사건의 쟁점은 먼저, 피고인이 무수혈 방식에 의하여 수술할 수 있다고 잘못 판단한 과실이 있는지 여부인 바, 이는 주로 사실관계의 문제로서 대법판결에서는 깊게 살펴본 것 같지 않다. 다음으로, 피고인이 수혈을 하지 않은 행위가 피해자의 승낙에 의한 행위(또는 정당행위)로서 위법성이 조각되는지 여부인 바, 이와 관련하여 의사의 의료행위와 환자의 자기결정권의 관계, 환자의 자기결정권의 행사의 범위와 한계는 어떠한지, 국가의 생명보호의무와 환자의 자기결정권의 관계는 어떠한지 이에 대한 법익 비교형량이 가능한지, 가능하다면 어떠한 법익을 우선적으로 고려하여야 하는지 살펴보아야 할 것이다.

2. 1심 법원의 판단¹¹⁾

가. 피고인이 무수혈 방식에 의하여 수술할 수 있다고 잘못 판단한 과실이 있는지 여부에 대한 판단

1심 법원에서는 위와 같은 사실관계 등에 비추어 피고인이 자신의 일반적인

11) 광주지방법원 2009. 6. 26. 선고 2008고단2679 판결.

인공 고관절 수술 경험만을 믿고 무수혈 방식에 의한 수술이 가능한지 여부에 관한 검토를 게을리 한 채 만연히 무수혈 방식에 의한 수술이 가능한 것으로 판단한 것이 아닌가 하는 의심이 들기는 한다고 판단하였다.

그러나, 1심 법원은 ① ×× 병원을 비롯한 3개의 병원에서 피해자에 대하여 무수혈 방식에 의한 수술이 어렵다고 판단하였다는 사정만으로 그러한 수술이 객관적으로 불가능하였다고 단정할 수 없는 점, ② ☆☆ 병원에서의 사실조회 회신서에는 피해자가 고령이고 우측 고관절 파괴가 심하고 주위 조직과의 유착이 심한 상태라고 하더라도 무수혈 방식에 의한 수술이 가능하고, 위 병원에서 그러한 환자를 여러 번 수술하여 성공한 적이 있다고 되어 있는 점, ③ 피해자의 고관절 주위의 근육이나 혈관의 유착 정도는 어느 정도는 예상이 되었으나 실제로 수술에 들어가기 전에는 정확하게 알 수는 없었던 것으로 보이는 점, ④ 피고인이 피해자의 상태에 비추어 수술하는 경우 대량출혈이 있을 것으로 예상하고 그에 대비하여 셀 세이버를 비롯하여 지혈제, 항응고제 등을 준비한 점 등의 사정을 종합하면 검사 제출 증거들만으로는 합리적인 의심이 없을 정도로 피고인의 과실이 증명되었다고 보기 어렵다고 판단하였다.

나. 피고인이 수혈을 하지 않은 행위가 피해자의 승낙에 의한 행위로서 위법성이 조각되는지 여부에 대한 판단

1심 법원에서는 피해자는 수술 직전에 의사들로부터 직접 무수혈 방식에 의하여 수술하는 경우 대량출혈로 인하여 사망할 수도 있다는 점을 비롯하여 수술의 위험성 등에 관하여 충분한 의학적 정보를 제공받은 후 자신의 종교적 신념에 따라 진지하게 판단하여 타가수혈을 거부하고 자가수혈만을 받기로 결정하였다고 할 것이므로, 피고인이 그와 같은 피해자의 결정을 존중하여 타가수혈을 하지 않은 행위는 형법 제24조¹²⁾ 소정의 피해자의 승낙에 의한 행위에

12) 형법 제24조는 “처분할 수 있는 자의 승낙에 의하여 그 법익을 훼손한 행위는 법률에 특별한 규정이 없는 한 별하지 아니한다”고 규정하고 있다.

해당한다고 판단하였다.

3. 항소심 법원의 판단¹³⁾

가. 검사의 사실오인 주장 즉, 무수혈 방식에 의한 수술이 가능하였다고 피고인은 잘못 판단하였다는 주장에 대한 판단

항소심에서도 1심 판결과 마찬가지로 피고인이 만연히 자신의 능력과 경험만을 과신하여 오판을 한 것은 아닌가 하는 의심이 들기는 한다고 판단하였다.

그러나, 항소심에서도 ① 피고인은 통상적인 방법에 의한 인공 고관절 치환술을 매달 10회 이상 시술하였으며, 각종 무수혈 방식에 의한 수술 경험도 풍부한 점, ② 무수혈 방식에 의한 인공 고관절 치환술은 타가수혈을 하지 않는다는 것만을 제외하고는 통상적인 수혈을 통한 인공 고관절 수술법과 어떠한 차이도 없고, 국내에서도 무수혈 방식에 의한 인공 고관절 치환술이 여러차례 성공한 사례가 있는 점, ③ 인공 고관절 수술의 경우 수술 중 출혈의 양은 각 환자에 따라 큰 차이가 있으며, 그 차이를 수술 전에 정확하게 예측할 수 있는 정밀한 검사방법이 없어 그 예측이 사실상 매우 어렵고, 그렇다고 의사들이 최악의 상황만을 고려하여 수술 여부를 결정해야 한다고 보기 어려운 점,¹⁴⁾ ④ 피고인은 수술에 들어가기 전 수술의 가능성을 확인하기 위해 피해자에 대한 각종 검사를 하였고, 그 검사결과를 가지고 피고인이 근무하는 병원의 내과, 마취통증의학과 등 타과의 의료진들과 협진을 통하여 이 사건 수술이 가능하다고 판단을 하였던 점, ⑤ 피고인이 수술에 들어가기 전 수술 중 발생할 수 있는 출혈에 대비하여 가능한 모든 의료기구 등을 준비를 해두었으며, 수술 중 혈관의 손상에 대비하여 혈관외과 전문의도 대기하고 있었던 것으로 보이는 점, ⑥ 병원

13) 광주지방법원 2009. 12. 2. 선고 2009노1622 판결.

14) 오히려, 피해자가 피고인이 소속된 병원으로 오게 된 과정을 살펴보면 피고인으로는 최악의 상황을 고려하였어야만 하는 것이 상당할 것으로 보인다. 대법판결의 요지도 '수술을 할 필요성이 있는지에 관하여 통상적인 경우보다 더욱 세심하게 주의를 기울임으로써, 과연 수술을 하는 것이 환자를 위한 최선의 진료방법인지 신중히 판단할 주의의무가 있다'는 취지이기 때문이다.

의사인 피고인이 사적인 이익, 즉 경제적인 목적이나 명성을 얻기 위해 이 사건 수술을 결정하였다고 볼 어떠한 정도도 엿보이지 아니하는 점 등을 덧붙여 종합해 보면, 검사 제출 증거들만으로는 피고인이 피해자에 대하여 무수혈 방식에 의하여 수술하는 것이 가능하였다고 판단한 것에 과실이 있다는 점이 증명되었다고 보기 어렵다고 판단하였다.

나. 검사의 법리오해 주장 즉, 피고인이 수혈을 하지 아니한 행위는 위법성을 조각하지 않는다는 주장에 대한 판단

항소심에서도 ① 피해자는 ‘여호와의 증인’ 신도로서 타인의 피를 받는 행위를 종교적인 신념에 따라 명백하게 거부하고 있었던 점, ② 피해자는 오래전 받은 골반과 대퇴골의 유합 수술로 인한 후유증으로 상당한 통증을 느끼고 있었으며 일상생활에도 상당한 지장을 겪고 있었기에 인공 고관절 치환술을 받기를 원하고 있었던 점, ③ ○○ 병원에서 수술을 받기 전 다른 3개의 병원에서 진료를 받았는데, 그 과정에서도 수술 도중 상당한 출혈이 발생할 수 있어 무수혈 수술은 위험하다는 사실을 고지 받았던 점, ④ 그러던 중 ○○ 병원에서 무수혈 수술이 가능하다는 얘기를 전해 듣고 병원에 찾아갔는데, 피고인으로부터 진료를 받는 과정 및 수술을 준비하는 과정에서도 수술도중 출혈 발생 가능성 및 그로 인한 위험성 등에 대해 충분한 설명과 고지를 받았던 점, ⑤ 피해자의 딸은 피해자가 무수혈 수술을 받는 것을 반대하여 피해자를 설득하기도 하였던 것으로 보이나, 피해자는 결국 자신의 종교적인 신념에 따라 무수혈 수술을 결정하였던 점(피해자의 딸이 수술전 의료진에게 위급한 상황이 발생하면 타가 수혈을 해달라고 요청하였더라도 이미 피해자의 의사가 명확하였고, 자기결정권의 취지와 그 일신전속적인 성격을 고려할 때 피해자의 의사가 번복된다고 보기 어렵다), ⑥ 이 사건 수술과정에서 심각한 출혈이 발생한 것을 제외하고는¹⁵⁾ 피고인이 예상하지 못한 상황이 발생하였다거나 피해자가 미리 고려

15) 이 부분이 가장 중요한 사정변경으로 판단된다.

하지 못한 상황이 발생하였다고 보기는 어려운 점, ⑦ 어떤 의미에서는 심각한 출혈 자체와 그로 인한 사망의 결과도 피해자가 이 사건 수술과정에서 발생할 수 있는 최악의 상황으로 가정하고 있었고, 이를 종교적인 이유에서 전부 감내할 의사를 가지고 있었다고 볼 수 있는 점 등에 비추어 보면, 피고인이 피해자의 치료방법 선택에 따라 수술과정에서 자가수혈만을 시행하고 타가수혈을 하지 않은 행위는 피해자의 승낙에 해당한다고 판단하였다.

더 나아가 항소심은 위와 같은 대량, 급격한 출혈 및 그로 인한 응고장애가 위 승낙의 전제사실이 아니어서 예상치 못한 상황이 발생한 것으로 본다 하더라도, 그 상황 발생 당시 피해자는 의식이 없었고, 이에 피고인은 기본적으로 원래의 피해자의 의사를 존중하는 틀에서 벗어나지 않으면서 승낙의 철회에 대한 유족들의 의사를 물어보기도 한 점, 피고인을 비롯한 의료진이 피해자의 진정한 추정적 의사를 알아내기 위해 수술실 밖에 있는 유족들의 의사를 확인 하였으나 유족들로부터 통일된 의사를 얻어내지 못한 점, 그리하여 ‘여호와의 증인’ 교섭위원회에까지 자문을 구하였으나 답신을 받지 못한 점, 이후 유족들이 타가수혈을 해달라는 통일된 의사를 가져왔을 때는 이미 수혈이 의미가 없는 시점이었던 점 등을 종합해보면, 결국 피고인이 타가수혈을 하지 않은 행위는 형법 제20조¹⁶⁾에 의하여 위법성이 없다고 판단하였다.

4. 대상판결의 요지

대상판결은 먼저, 환자의 자기결정권의 행사와 국가의 생명보호의무와 관련하여, 자기결정권의 행사가 유효하다고 하더라도 특별한 사정이 있는 예외적인 경우에 한하여 생명과 대등한 가치를 가지는 것으로 평가될 수 있으므로, 항소심의 판단 이유 중에서, 환자의 자기결정권 행사가 의사의 일반적인 의무, 즉 국가의 생명권 보호의무에 기초를 두고 있는 환자의 생명을 구할 의무 등과

16) 형법 제20조는 “법령에 의한 행위 또는 업무로 인한 행위 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위는 벌하지 아니한다”라고 규정하고 있다.

직접 충돌하는 상황이 발생할 경우에는 원칙적으로 자기결정권의 행사를 의사의 의무보다 우위에 두어야 한다는 취지로 실시한 점은 적절하다고 할 수 없다고 판단하였다.

그러나, 대상판결은 다음과 같은 점을 근거로 항소심 판단은 수긍할 수 있다고 판단하였다. 즉, 항소심 판단의 논거는 수혈 거부에 대한 환자의 자기결정권 행사에 따른 의사의 진료의무에 관한 법리에 상응하는 것으로 수긍할 수 있고, 또한 항소심이 인정한 피고인의 무수혈 방식 수술 및 그 위험성에 관한 수술 전의 설명내용, 피해자의 나이, 가족관계, 피해자가 이 사건 수술에 이르게 된 경위, 피해자가 타가수혈 거부라는 자기결정권을 행사하게 된 배경, 수혈 거부에 대한 피해자의 확고한 종교적 신념, 책임면제각서를 통한 피해자의 진지한 의사결정, 수술도중 타가수혈이 필요한 상황에서의 가족 등의 의사 재확인 등에 관한 사정들을 종합적으로 고려하여 보면, 이 사건에서는 피해자의 생명과 자기결정권을 비교형량하기 어려운 특별한 사정에 있으므로, 타가수혈하지 아니한 사정만을 가지고 피고인이 의사로서 진료상의 주의의무를 다하지 아니하였다고 할 수 없다.

결국, 대상판결은 피고인이 자신의 직업적 양심에 따라 피해자의 자기결정권을 존중하여 피해자에게 타가수혈을 하지 아니하고 이 사건 인공 고관절 치환수술을 시행한 행위에 대하여 업무상과실치사에 관한 범죄의 증거가 없는 경우에 해당한다는 1심 판결을 그대로 유지한 항소심의 결론은 수긍할 수 있다고 판단하였다.

III. 환자의 자기결정권과 피해자 승낙

1. 의료행위와 환자의 자기결정권

의료행위 특히 의사의 치료행위는 본질적으로 환자나 제3자의 신체에 대한 침습을 수반하게 된다. 외과수술과 같은 의료행위는 환자나 제3자의 신체의

완전성 내지 생리적 기능에 침습을 가하게 되므로 상해죄와 유사한 구조이다.¹⁷⁾ 그러나, 의료행위는 사람을 해치려는 것이 아니라 생명의 유지, 건강회복 등을 목표로 하기 때문에 그것으로 인하여 환자의 신체를 상하게 하는 경우에도 상해죄의 구성요건에는 해당하지만 형법 제20조 소정의 정당행위(그중 업무로 인한 행위)로서 위법성을 조각한다는 것이 종래 우리나라의 통설¹⁸⁾과 판례¹⁹⁾의 태도였지만, 최근에는 환자의 자기결정권에 기한 피해자 승낙의 법리에 의하여 의료행위의 정당화 근거를 찾고 있다.²⁰⁾

의료행위는 전통적으로 “온정적 간섭주의”²¹⁾에 기초하여 이루어져 왔는데, 온정적 간섭주의란 개인의 선을 증진시키거나 개인에 대한 해악을 예방하기 위한 목적으로 타인의 자율성이나 자유에 대하여 간섭하는 것을 말한다.²²⁾ 즉, 의료행위는 의료인의 특권적 영역으로서 의료인은 자신의 전문가적 지식과 경험에 근거한 판단에 기초하여 환자에 대하여 처치를 행하면 그 의무를 다한 것으로 생각하였다.

그러나 서구를 중심으로 발달한 의사의 설명과 환자의 동의라는 개념은 의료행위가 환자의 자율성을 존중하는 방향으로 나아가야 함을 강조하고 있다.²³⁾

17) 신현호·백경희 공저, 『의료분쟁 조정·소송 총론』, 육법사, 2011, 제402면.

18) 배중대, 『형법총론』, 홍문사, 2013, 제322면.

19) 대법원 1976. 6. 8. 선고 76도144 판결; 대법원 1978. 11. 14. 선고 78도2388 판결 등

20) 김일수·서보학 공저, 『새로 쓴(제11판) 형법총론』, 박영사, 2006, 제346면(다만, 통상적인 치료행위는 행위받기까지의 흠결로 구성요건해당성이 배제되어야 한다고 주장한다); 김혁돈, “무수혈수술과 자기결정권에 관한 소고 - 대법원 2014. 6. 26. 선고 2009도14407 판결을 중심으로-”, 『법학논고』, 제47집, 경북대학교 법학연구원, 2014, 제239면; 노상엽, “의료행위 자기결정권과 그 한계”, 제65면; 오두진, “의료상의 자기결정권 행사와 의사의 진료업무 조화의 법적인 문제 - 종교적인 이유로 수혈을 거부하는 경우를 중심으로”, 생명윤리정책연구, 제4권 제2호, 이화여자대학교 생명의료법연구소, 2010, 제121~122면; 오중권, “수혈에 관한 법적 문제”, 『의료법학』 제2권 제1호, 대한의료법학회, 2001, 제448면; 이재상, 『형법총론』, 박영사, 2011, 제49면(다만, 의사의 치료행위는 구성요건해당성의 문제이며 업무로 인한 행위로 위법성이 조각되는 것은 아니라고 주장한다); 최재천·박영호·홍영균 공저, 『의료형법』, 육법사, 2003, 제42면(다만, 원칙적으로 치료의사로 의술의 법칙에 따른 치료행위는 성공여부와 상관없이 상해죄의 구성요건에 해당하지 않는다고 주장한다).

21) “부권주의” 또는 “후견주의”라고도 한다.

22) 정규원, “의료행위에서의 온정적 간섭주의와 자율성 존중”, 『생명윤리와 법』, 세창출판사, 2013, 제410면.

2. 환자의 자기결정권의 의의와 근거

가. 자기결정권의 의의와 근거

자기결정권이라 함은 ‘개인이 자신의 삶에 관한 중대한 사항에 대하여 스스로 자유롭게 결정하고 그 결정에 따라 행동할 수 있는 권리’²⁴⁾, ‘개인의 인격 발현에 관한 사항을 공권력의 개입 없이 각자가 자율적으로 선택하고 결정할 권리’²⁵⁾, ‘개인이 자유의지에 의하여 자유롭게 자기의 운명을 결정할 수 있는 권리’²⁶⁾, ‘개인은 그 사적 영역에 있어서 국가나 사회로부터 간섭이나 침해받지 아니하고 사적 사항을 스스로 결정하여 자신의 생활영역을 자유로이 형성할 수 있는 권리’²⁷⁾라고 정의되고 있는 바, 이를 인격적 자율권이라고도 한다.²⁸⁾ 자기결정권은 본질적인 자유권으로서 원칙적으로 공권력에 대한 부작위 청구권이지만 국가에 대한 소극적, 방어적 성격을 넘어서서 사인에 대하여도 간접적인 효력을 가진다.²⁹⁾

자기결정권의 근거와 관련하여 우리 헌법상 명문으로 규정하고 있지는 않지만, 자기결정권의 존재를 부정하는 견해는 없다. 다만, 자기결정권의 근거에 대하여 여러 가지 견해가 있는 바, 헌법 제10조³⁰⁾에서 보장하는 인간의 존엄성과 행복추구권에서 그 법적 근거를 찾을 수 있다는 견해,³¹⁾ 헌법 제10조와

23) 정규원, “의료행위에서의 온정적 간섭주의와 자율성 존중”, 제405면.

24) 성낙인, 『헌법학』, 법문사, 2011, 제422면.

25) 양건, 『헌법강의』, 법문사, 2012, 제299면.

26) 정종섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2011, 제410면.

27) 김강운, “헌법상 자기결정권의 의의”, 『법학연구』, 제20집, 한국법학회, 2005, 제161면.

28) 김철수, 『헌법학신론』, 박영사, 2010, 제415면.

29) 유승룡, “생명권과 자기결정권, 그리고 의사의 진료의무”, 『의료법학』, 제9권 제2호, 대한의료법학회, 2008, 제23면.

30) 헌법 제10조는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”고 규정하고 있다.

31) 김철수, 「환자의 자기결정권과 의사의 설명의무」, 서울대학교 대학원 법학박사 학위논문, 1994, 제34~35면; 김철수, 『헌법학신론』, 제414~415면; 이석배, “생명윤리에서 생명권과 자기결정권”, 『생명윤리정책연구』, 제1권 제1호, 이화여자대학교 생명의료법연구소, 2007, 제82면.

제37조³²⁾에서 그 근거를 찾을 수 있다는 견해,³³⁾ 자기결정권은 보충적 기본권으로서 헌법 제10조 제1문 후단의 행복추구권에서 구할 수 있다는 견해,³⁴⁾ 등이 있으며, 헌법재판소³⁵⁾는 개인의 존엄과 행복추구권 특히 행복추구권에서 자기결정권이 파생된다고 판단하였다.

생각건대, 자기결정권의 행사를 통하여 인간의 존엄과 가치를 더욱 높이고 행복을 추구할 수 있으므로 헌법 제10조에서 보장하는 인간의 존엄과 가치, 행복추구권에서 그 근거를 찾음이 타당하다 할 것이다.

한편, 자기결정권의 내용에 관하여 여러 가지 견해가 있다. ‘자기의 생명·신체의 처분에 대한 결정권, 생활스타일에 대한 결정권, 가족의 형성·유지에 관한 결정권과 성행위 여부 및 그 상대방을 결정할 수 있는 성적 자기결정권이 포함되어 있다’는 견해³⁶⁾, ‘생활양식의 자기결정 뿐만 아니라 낙태를 비롯한 출산 여부, 치료거부, 존엄사의 권리 등을 포함한다’는 견해,³⁷⁾ ‘자기의 생명·신체의 처분에 대한 결정권(예를 들면, 존엄권, 장기이식, 치료거부 등과 같이 생명·신체의 처분과 직결되는 자기결정권), 성적 자기결정권(예를 들면, 성생활을 할 것인가, 아이를 가질 것인가, 결혼을 할 것인가, 가족생활을 어떻게 할 것인가를 결정하는 자기결정권), 생활스타일의 자기결정권(예를 들면, 생활스타일 즉 복장과 두발형을 어떻게 할 것인가 등을 결정하는 자기결정권), 자기정보통제에 관한 자기결정권(예를 들면, 자기정보를 공개할 것인가, 데이터베이스에 있는 자기정보의 공개정정을 요구할 수 있는 정보에 관한 자기결정권)과 기타의 자기결정권으로 구성된다’는 견해³⁸⁾ 등이 있다.

32) 헌법 제37조 제1항은 “국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다”라고 규정하고 있다.

33) 정중섭, 『헌법학원론』, 제410면.

34) 성낙인, 『헌법학』, 제423면.

35) 헌법재판소 1996. 12. 26.자 96헌가18 결정.

36) 정중섭, 『헌법학원론』, 제410면.

37) 양건, 『헌법강의』, 제299면.

38) 김철수, 『헌법학신론』, 제415~416면; 정중섭, 『헌법학원론』, 제411면(다만, 출산에 관련된 결정에 관해서는 자기만의 결정영역인지 아니면 배우자의 권한도 포함되어 있는지에 대하여 논란이 있다고 한다).

나. 환자의 자기결정권의 의의와 근거

자기결정권은 환자에게 특히 중요한 의미가 있다. 이에 따르면 환자는 의료 행위를 받을 것인가를 결정함에 있어서 객체가 아니라 주체이며, 의사는 그 결정에 필요한 정보를 제공하는 지위를 갖는다고 할 것이다.³⁹⁾ 의사의 치료를 받을 것인가 여부에 대한 결정은 의사가 아니라 환자가 하여야 하며 더 나아가 의사는 원칙적으로 환자의 건강보다 환자의 의사를 중시하여야 할 것이다.⁴⁰⁾ 또한, 그 결정은 당해 의료가 필요한 당시에 할 수도 있고, 장래의 필요에 대비하여 미리 사전에 할 수도 있다.⁴¹⁾

이러한 환자의 자기결정권에 관하여 의료법 입법 초기에는 아무런 근거를 규정하고 있지 아니하였다. 즉, 1951년 9월 25일 제정된 국민의료법과 그 이후 1962년 3월 20일 전부개정된 의료법, 1994년 1월 7일 제정된 응급의료에 관한법률은 의료업자,⁴²⁾ 의료에 종사하는 의사 등⁴³⁾ 또는 응급의료종사자⁴⁴⁾의 진료의무 또는 응급의료의무에 대하여만 규정하였을 뿐이었다.

그런데, 2000년 1월 12일 전면 개정된 응급의료에관한법률 제9조는 응급의료의 설명 동의를 규정하였는 바, 제1항은 “응급의료종사자는 첫째 응급환자가 의사결정능력이 없는 경우, 둘째 설명 및 동의절차로 인하여 응급의료가 지체되어 환자의 생명에 위협 또는 심신상의 중대한 장애를 초래하는 경우를 제

39) 김천수, “환자의 자기결정권과 의사의 설명의무”, 제25면; 유승룡, “생명권과 자기결정권, 그리고 의사의 진료의무”, 제20면.

40) 김천수, “환자의 자기결정권과 의사의 설명의무”, 제25~27면.

41) 석희태, “중화민국(타이완) 「안녕완화의료조례(安寧緩和醫療條例)」의 연혁과 내용”, 『의료법학』, 제9권 제2호, 대한의료법학회, 2008, 제87면.

42) 국민의료법 제22조는 “의료업자는 진찰 또는 치료의 요구가 있을 때에는 정당한 이유 없이 거절하지 못한다”라고 규정하였다.

43) 의료법 제30조는 “의료에 종사하는 의사, 치과의료에 종사하는 치과의사, 한방의료에 종사하는 한의사 또는 조산업에 종사하는 조산원은 구급진료 또는 조산의 요구가 있을 때에는 정당한 이유 없이 이를 거부하지 못한다.”라고 규정하였다.

44) 응급의료에 관한 법률 제4조는 “응급의료종사자는 업무 중에 응급의료를 요청받거나 응급환자를 발견한 때에는 즉시 응급의료(자신의 면허 또는 자격의 범위 안에서 행함을 말한다)를 행하여야 하며 정당한 사유 없이 이를 거부하거나 기피하지 못한다”라고 규정하였다.

외하고는 응급환자에게 응급의료에 관하여 설명하고 그 동의를 얻어야 한다”고 규정하였으며, 2000년 1월 12일 제정된 보건의료기본법제12조는 보건의료서비스에 관한 자기결정권을 규정하였는 바, “모든 국민은 보건의료인으로부터 자신의 질병에 대한 치료방법, 의학적 연구대상 여부, 장기이식 여부 등에 관하여 충분한 설명을 들은 후 이에 관한 동의 여부를 결정할 권리를 가진다”라고 규정하였다.

환자의 자율성을 존중하는 방향으로 입법이 이루어지고 있는 것으로서 바람직한 입법이라 판단된다.

3. 환자의 자기결정권과 알 권리

환자의 자기결정권을 보장하기 위하여는 환자의 알 권리도 기본적으로 보장하여야 할 것이다. 환자는 기본적으로 자신의 질병 상태와 자신에게 행하여질 의료행위에 대하여 알 권리가 있으며, 환자의 자기결정권은 알 권리와 구분되는 것으로서 자기결정권보다 알 권리가 더 기본적인 권리이다.⁴⁵⁾

대상판결도 환자가 거부하는 치료방법, 즉 수혈 및 이를 대체할 수 있는 치료방법의 가능성과 안정성 등에 관한 의사의 설명의무 이행과 이에 따른 환자의 자기결정권의 행사에 어떠한 하자도 개입되지 않아야 한다는 점이 전제되어야 한다고 판시하고 있다.

4. 환자의 자기결정권과 피해자 승낙

일반적으로 환자의 자기결정권의 행사에 의하여 피해자 승낙은 이루어진다. 환자의 자기결정권과 피해자 승낙은 의사의 치료행위를 받아들이는 것을 동의한다는 점에서 동일한 의미로 보인다.

45) 김천수, “환자의 자기결정권과 의사의 설명의무”, 제1~2면, 제21면; 이영환, “의료와 인권”, 『법학연구』, 제32권 제1호(통권 제40호), 부산대학교 법학연구소, 1991, 제77~78, 제81면.

그러나, 환자의 자기결정권은 의사의 치료행위를 소극적으로 받아들이는 것뿐만 아니라 의사의 치료행위 또는 치료방법을 적극적으로 요구 또는 선택할 수도 있다는 점에서 단순히 의사의 치료행위를 소극적으로 받아들이는 피해자의 승낙과는 구별된다. 즉, 피해자의 승낙이란 ‘피해자가 가해자에 대하여 자기의 법익을 침해하는 것을 허락하는 것’,⁴⁶⁾ ‘법익의 처분권한을 가진 사람이 자기의 법익침해에 동의하는 것’⁴⁷⁾ 또는 ‘법익침해를 받아들이겠다는 법익주체의 의사표시’⁴⁸⁾로서 헌법상 보장된 승낙자의 자기결정권의 하나이다.⁴⁹⁾ 형법 제24조는 “처분할 수 있는 자의 승낙에 의하여 그 법익을 훼손한 행위는 법률에 특별한 규정이 없는 한 벌하지 아니한다”고 규정하여 피해자의 승낙을 위법성조각사유의 하나로 규정하고 있다.⁵⁰⁾ 형법 제24조의 이면에는 “원하는 자에게는 불법이 행해지지 않는다”는 법원칙이 작용하고 있으며 피해자가 포기하기를 원하는 법익은 처음부터 피해자로부터 박탈할 수 없기 때문이다.⁵¹⁾

한편, 대상판결에서는 피고인이 피해자에게 타가수혈을 하지 아니한 행위와 관련하여 피해자의 승낙 이외에 정당행위에도 해당한다는 취지로 판시하고 있는 바, 이는 대상판결의 사실관계를 살펴보면 피해자가 의사인 피고인의 타가수혈을 거부하는 소극적인 측면이 있기도 하지만 피고인에게 무수혈 방식으로 인공 고관절 치환수술을 하여줄 것을 적극적으로 요청하고 피고인이 이를 받아들인 것이므로 피해자의 승낙 이외의 다른 정당화 사유가 필요하였기 때문이 아닌가 생각된다.

46) 이재상, 『형법총론』, 제262면.

47) 박상기, 『형법총론』, 박영사, 2012, 제220면; 배중대, 『형법총론』, 제409면.

48) 신동운, 『형법총론』, 법문사, 2011, 제314면.

49) 허일태, “무수혈과 관련된 의료과실치사죄”, 제123면.

50) 이에 반하여 피해자의 승낙은 위법성조각사유가 아니라 구성요건배제사유의 하나에 해당한다는 견해도 있다(김일수·서보화 공저, 『새로 쓴(제11판) 형법총론』, 제253면).

51) 신동운, 『형법총론』, 제315면.

5. 환자의 자기결정권과 피해자 승낙의 요건

가. 승낙의 주체

환자의 자기결정권과 피해자 승낙은 승낙권자(또는 동의권자)에 의하여 이루어져야 한다.⁵²⁾ 승낙은 승낙의 의미를 이해할 수 있는 피해자의 자유로운 의사에 의하여야 하며,⁵³⁾ 승낙은 법률행위인 의사표시가 아니며 승낙자의 권리범위를 침습하는 사실상의 행위를 행하게 하기 위한 허가 내지 수권이므로 이 승낙의 능력은 보통의 법률행위능력과 동일하다고 할 수 없다.⁵⁴⁾

나. 피해자의 처분할 수 있는 법익

환자의 동의는 자신의 생명과 건강을 의사의 의료행위에 맡기는 것으로서 사실상 법익 포기의 의미도 있으므로 그 포기되는 법익은 포기자가 처분할 수 있는 것이어야 한다.⁵⁵⁾ 따라서, 피해자가 승낙으로 처분할 수 있는 법익은 개인적 법익에 국한되며 국가적·사회적 법익은 개인이 처분할 수 없는 법익이기 때문에 승낙대상이 되지 아니한다.⁵⁶⁾⁵⁷⁾ 타인의 법익에 대하여는 원칙적으로 승낙할 수 없다.

그런데, 개인적 법익 중에서도 생명, 신체에 대한 처분은 다른 개인적 법익 처럼 피해자 개인의 의사에 완전히 맡길 수 없는 특별한 성격을 가지고 있다. 생명은 본질적인 가치와 비대체적인 절대성을 가진 법익으로서 처분할 수 있

52) 김천수, “환자의 자기결정권과 의사의 설명의무”, 제41면.

53) 하태훈, 『사례중심 형법총론』, 법원사, 2002, 제181면.

54) 석희태, “의사의 설명의무와 환자의 자기결정권”, 『연세행정논총』, 제7집, 연세대학교, 1980, 제296~297면.

55) 김천수, “환자의 자기결정권과 의사의 설명의무”, 제106면; 성낙현, 『형법총론』, 도서출판 동방문화사, 2010, 제291면.

56) 김일수·서보화 공저, 『새로 쓴(제11판) 형법총론』, 제258면; 배종대, 『형법총론』, 제409면; 성낙현, 『형법총론』, 제290면; 이재상, 『형법총론』, 제268면.

57) 이에 반하여 일부 사회적 법익의 경우에는 승낙에 의한 구성요건해당성의 배제가 가능하다고 볼 수 있다는 견해가 있다. 이에 따르면 개인의 승낙에 의하여 사회적 보호법익의 훼손위험성을 허용한다는 의미는 아니며 훼손위험성이 사라지기 때문에 구성요건해당성을 배제한다는 것이다. 박상기, 『형법총론』, 제223면.

는 법익이 될 수 없으며, 신체에 대한 처분도 사회상규적·윤리적인 한계에 의하여 제한된다고 할 것이다.⁵⁸⁾ 헌법재판소⁵⁹⁾도 연명치료 중단과 관련된 입법 부작위 위헌확인 청구사건에서 생명은 최대한 존중되어야 하고, 국가는 국민의 생명을 최대한 보호할 의무가 있으며, 생명권의 주체라도 자신의 생명을 임의로 처분하는 것은 정당화 될 수 없으므로 연명치료 중단에 관한 자기결정권의 인정여부가 문제되는 ‘죽음에 임박한 환자’란 ‘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’, 즉 회복 불가능한 사망의 단계’에 이른 경우를 의미한다고 판시하였다.

한편, 대상판결에서 피해자의 타가수혈 거부로 인하여 발생한 생명의 단축이라는 결과를 피해자의 자기결정권의 행사와 피해자의 승낙에 의하여 정당화를 하였다. 그러나, 피해자가 헌법재판소에서 판시하고 있는 ‘죽음에 임박한 환자’가 아님은 대상판결의 사실관계를 살펴보면 충분히 알 수 있다.

그렇다면, 대상판결은 생명단축에 관한 자기결정권의 행사 및 피해자의 승낙에 관한 법리를 잘못 적용한 것이 아닌가 판단된다.

다. 충분한 설명에 기인한 자유로운 동의

환자의 동의는 의사가 제안한 치료와 비치료를 포함한 치료방법의 성질과 그 결과에 대한 적절한 정보에 기초하여 자유롭게 주어져야 한다.⁶⁰⁾ 대법원도 수술승낙이 의사의 부정확 또는 불충분한 설명에 의한 것인 경우에는 수술의 위법성을 조각할 유효한 승낙이라고 볼 수 없다고 판결하였다.⁶¹⁾ 의료인이 환

58) 박상기, 『형법총론』, 제224면. 독일 형법 제228조는 “피해자의 승낙과 함께 상해를 가한 자는 승낙에도 불구하고 선량한 풍속에 반하는 행위인 경우에는 위법하게 행위한 것이다 (Wer eine Körperverletzung mit Einwilligung der verletzten Person vornimmt, handelt nur-dann rechtswidrig, wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt)”고 규정하고 있다. 『독일형법』, 법무부, 2008, 제172면, 제474면.

59) 헌법재판소 2009. 11. 26.자 2008마385 결정.

60) 김천수, “환자의 자기결정권과 의사의 설명의무”, 제41면.

61) 대법원 1993. 7. 27. 선고 92도2345 판결.

자에 대하여 의료행위를 하기 위하여는 환자의 '충분한 이해를 바탕으로 한 동의'⁶²⁾를 확보하여야 할 설명의무가 있는 바, 이러한 설명의무는 생명권과 그로부터 도출되는 소극적 자기결정권으로서 헌법상 권리로 이해될 수 있다.⁶³⁾

한편, 대상판결에서 피해자가 충분한 설명에 기인한 자유로운 동의를 하였는지 살펴본다. 위에서 설명한 사실관계 등에 비추어 보면 피해자는 무수혈 방식에 의한 인공 고관절 치환수술이 가능하다는 피고인의 잘못된 설명에 근거하여 이 사건 수술시행에 동의하였던 것으로 볼 수 있으며, 그렇다면 피고인은 피해자의 승낙 또는 환자의 자기결정권에서 요구하는 충분한 설명의무를 다하지 아니하였다고 할 것이다. 대상판결에서도 더욱 가중된 주의의무를 요구하고 있다.

검사는 상고이유보충서를 통하여 피고인의 과실에 대하여 항소심에서 잘못 판단하였음을 주장하였다. 그러나, 대상판결은 이에 대하여 아무런 판단을 하지 아니한 채 '검사가 상고이유서 제출기간이 지난 후에 제출된 상고이유보충서를 통하여 주장하고 있으나, 이는 상고이유에 포함되어 있는 법리오해와는 다른 사유로서 상고이유서 제출기간이 지난 후에 제출된 새로운 상고이유로 적법한 상고이유가 될 수 없고, 또한 직권으로 심판할 사유라고 볼 수도 없으므로 상고심의 심판 대상이 되지 못한다'고 판시하고 있으나, 이는 환자의 자기결정권과 피해자 승낙이 유효한지 여부를 규명하는 매우 중요한 전제 사실이었기 때문에 이에 대하여는 마땅히 대상판결의 판단이 있었어야 할 것이다.

라. 사회적 타당성

환자의 동의는 사회적 타당성의 범위 안에서 법적으로 유효하다.⁶⁴⁾ 의사의 의료행위가 사회적으로 용납될 수 없는 경우 예를 들면, 법의 허용범위를 초과하는 낙태수술, 살해, 공익에 관련된 기타의 불법행위에 대한 환자의 동의는 무

62) 이를 '설명된 동의'라고도 한다. 김천수, "환자의 자기결정권과 의사의 설명의무", 제18면.

63) 이석배, "의료행위와 대리 승낙", 『의료법학』, 제15권 제1호, 대한의료법학회, 2014, 제304면.

64) 김천수, "환자의 자기결정권과 의사의 설명의무", 제106면.

효이고, 대법원도 피해자의 승낙이 윤리적, 도덕적으로 사회 상규에 반하는 것이 아니어야 한다고 판결하였다.⁶⁵⁾

이와 관련하여, 대상사건에서 피고인이 피해자의 승낙을 자기의 정당화 사유로 원용하는 것이 사회적 타당성이 있는지 의문이다. 대상사건에서 발생한 피해자의 응급상황은 피고인의 과실에 의하여 야기된 것으로 판단된다. 그렇다면 이는 피고인의 자초위난으로서 이러한 경우에까지 피해자의 승낙을 원용하는 것은 신의칙에 반하는 것으로서 사회적 타당성이 없다고 할 것이다. 그럼에도 불구하고 대상판결은 피해자의 승낙을 피고인의 행위에 대한 정당화 요소로서 판단하여 피해자의 생명과 동일한 가치가 있는 것으로 판단하였다.

6. 환자의 자기결정권과 피해자 승낙의 한계

환자의 자기결정권과 피해자의 승낙의 한계에 대하여는 경우를 나누어 구분함이 상당하다. 즉, 환자의 자기결정권이 생명 신체의 처분과 관련된 경우 특히, 생명유지에 필수적인 경우와 그렇지 아니한 경우를 구분하여 검토하여야 할 것이다.

먼저, 생명유지에 필수적이지 아니한 경우 의사는 환자의 자기결정권을 존중하여 의료행위를 하여야 한다. 이를 위반한 경우에는 민사상으로는 손해배상의 책임을, 형사상으로는 상해죄 또는 다른 형사책임을 부담할 수도 있을 것이다.

다음으로, 생명유지에 필수적인 경우에 환자의 자기결정권은 그 행사에 제한을 받음이 상당할 것이다. 우리 헌법 제37조 제2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다”고 규정하고 있다. 이와 같은 실정헌법상의 명문 규정을 근거로 할 때 절대적 기본권은 인정될 수 없으므로 모든 기본권은 제한될 수 있

65) 대법원 1985. 12. 10. 선고 85도1892 판결; 대법원 2008. 12. 11. 선고 2008도9606 판결.

으며,⁶⁶⁾ 환자의 자기결정권도 그 제한에 따름이 상당하다.

IV. 대상판결에 대한 검토

1. 환자의 자기결정권과 의사의 진료의무

의료행위의 영역에서 환자의 자기결정권은 기본적으로 존중되어야 할 것이다. 어떠한 환자가 다수의 사람의 입장이나 일반적, 객관적으로 보아 합리적이지 않다고 여겨질 수 있는 내용으로 자기결정권을 행사한다고 할지라도 그 이유만으로 무시되어서는 안 된다.⁶⁷⁾ 왜냐하면 대다수의 사람이 믿는다고 하여 그것이 과학 또는 의학이라고 할 수는 없기 때문이다.⁶⁸⁾ 그러나, 이는 생명 또는 신체의 위험이 중대하지 아니한 일반적인 경우에 한한다고 해석함이 상당하다. 형법의 생명보호는 사람의 사망 시까지 지속되며, 다른 사람을 살해하지 말라는 금지규범은 의사뿐만 아니라 모든 사람에게 적용되고, 생명단축을 목적으로 하거나 생명단축을 촉진하는 어떠한 적극적 조치도 허용되지 않는다.⁶⁹⁾

대상판결에서도 자기결정권의 행사가 유효하다고 하더라도 “특별한 사정이 있는 예외적인 경우”에 한하여 생명과 대등한 가치를 가지는 것으로 평가될 수 있으므로, 항소심의 판단 이유 중에서, 환자의 자기결정권의 행사가 의사의 일반적인 의무, 즉 국가의 생명권 보호의무에 기초를 두고 있는 환자의 생명을 구할 의무 등과 직접 충돌하는 상황이 발생할 경우에는 원칙적으로 자기결정권의 행사를 의사의 의무보다 우위에 두어야 한다는 취지로 실시한 부분은 적절하다고 할 수 없다고 판시하였는 바, 이는 타당한 결론이라 생각된다.

66) 이준일, 『인권법, 사회적 이슈와 인권』, 홍문사, 2014, 제19면.

67) 김민중, “미성년자에 대한 의료행위와 부모의 권한-종교상의 신념에 기한 수혈거부를 중심으로-”, 『의료법학』, 제13권 제2호, 대한의료법학회, 2012, 제227~228면.

68) 박종훈, “다수가 믿으면 과학인가?”, 대한변협신문, 2013.

69) 하태훈, 『사례중심 형법총론』, 제204면.

그렇다면, 대상사건이 대상판결에서 판시하고 있는 “특별한 사정이 있는 예외적인 경우”에 해당하는지에 살펴보아야 할 것임에도, 대상판결에서는 피고인의 무수혈 방식의 수술 및 그 위험성에 관한 수술 전의 설명내용, 망인의 나이, 가족관계, 망인이 이 사건 수술에 이르게 된 경위, 망인이 타가수혈 거부라는 자기결정권을 행사하게 된 배경, 수혈거부에 대한 망인의 확고한 종교적 신념, 책임면제각서를 통한 망인의 진지한 의사결정, 수술도중 타가수혈이 필요한 상황에서의 가족 등의 의사 재확인 등에 관한 사정들을 종합적으로 고려하여 보면, 망인의 생명과 자기결정권을 비교형량하기 어려운 특별한 사정이 있으므로, 타가수혈하지 아니한 사정만을 가지고 피고인이 의사로서 진료상의 주의의무를 다하지 아니하였다고 할 수 없으며, 피고인이 자신의 직업적 양심에 따라 망인의 자기결정권을 존중하여 망인에게 타가수혈을 하지 아니하고 이 사건 인공고관절 수술을 시행한 행위에 대하여 업무상과실치사에 관한 범죄의 증거가 없는 경우에 해당한다는 제1심 판결을 그대로 유지한 항소심의 결론은 수긍할 수 있다고 판시하였으나, 이는 재검토함이 상당하다할 것이다. 왜냐하면, 대상판결의 판결요지와 같이 ‘환자가 수혈 대체 의료 방법을 선택하였다고 하더라도 이는 생명에 대한 위험이 현실화되지 아니할 것이라는 전제 내지 기대 아래에서의 결정일 가능성이 크므로, 위험 발생 가능성이 현실화된 상태에서 위험을 무릅쓰고 수술을 계속하는 것이 환자의 자기결정권에 기초한 진료라고 쉽게 단정하여서는 아니 되기’ 때문이다.

2. 피해자의 자기결정권 행사 및 승낙의 유효 여부

대상판결에서는 타가수혈을 받지 아니하고 인공 고관절 치환 수술을 받았다는 피해자의 자기결정권 행사 및 승낙이 유효하다는 전제 아래에서 피해자의 생명과 비교형량한 것으로 보인다.

그러나, 앞서 살펴보았듯이 환자의 자기결정권과 피해자 승낙이 유효하기 위하여는 승낙의 주체에 의하여, 피해자의 처분할 수 있는 법익에 대하여, 충분한 설명에 기인한 자유로운 동의에 의하여 사회적 타당성이 있어야 할 것이며,

그에 대하여도 일정한 한계가 있다. 대법원⁷⁰⁾은 연명치료 중단과 관련된 사건에서, 환자의 자기결정권의 범위와 이에 대한 의사의 진료의무에 대하여 “환자의 자기결정권은 자신의 생명과 신체의 기능을 어떻게 유지할 것인지에 대하여 스스로 결정하고 진료행위를 선택하는 것으로, 진료의 내용은 의사의 설명과 환자의 동의에 의하여 구체화되지만 이에 있어서도 의사는 환자의 생명과 직결되는 진료행위를 중단하거나 환자의 생명유지에 있어 필요한 진료방법을 제외할 것인지에 대하여는 극히 제한적으로 신중하게 판단하여야 한다”고 판시하였는 바, 과연 대상판결에서 피해자의 자기결정권 행사 및 승낙이 이러한 대법원 판결에 비추어도 유효한 것인지 의문이다.

또한, 대상판결에 있어서 피해자의 진정한 의사는 과연 무엇이었는지 궁금하다. 피해자는 피고인이 무수혈 방식에 의한 수술이 가능하다고 하여 이 사건 수술을 받기로 한 것이었음에도 불구하고 결국 무수혈 수술은 불가능한 것으로 확인되었다. 과연 피해자가 무수혈 방식에 의한 수술이 불가능함을 알면서도 이 사건 수술을 받음으로써 사망하는 결과까지를 용인하였다고 할 수는 없을 것이다.⁷¹⁾

이러한 해석이 “의심스러울 때에는 생명의 이익으로”라는 법원칙에도 부합되는 것이 아닌가 판단된다.

V. 마치며

이상에서 대상판결의 사실관계 요지 및 쟁점, 재판진행상황, 의료행위와 환자의 자기결정권, 피해자 승낙의 법리를 상세히 살펴보고 대상판결에 대하여 고찰하였는 바, 대상판결에 의하면 환자의 생명과 자기결정권을 비교형량하기 어려운 특별한 사정이 있는 경우에는 의사의 직업적 양심에 따라 환자의 자

70) 대법원 2009. 5. 21. 선고 2009다17417 판결.

71) 허일태, “무수혈수술과 관련된 의료과실치사죄”, 제128면.

기결정권을 존중하여 환자의 생명을 살리기 위한 의료행위를 하지 아니하고, 그로 인하여 환자가 사망하여도 의사에 대하여 업무상과실치사의 책임을 물을 수 없게 되었다.

그렇다면, 무수혈 방식에 의한 수술이 불가능함에도 불구하고 무수혈 방식으로 수술해주겠다고 하면서 ‘여호와의 증인’ 신도들에 대하여 무수혈 방식에 의한 수술을 받도록 하는 경우 더 나아가 환자가 사망 또는 중대한 신체상의 위험이 야기되었을 경우에도 형사책임을 추궁할 수 없는 경우가 발생할 수도 있을 것인 바, 이것은 ‘여호와의 증인’ 신도들에 대한 국가의 생명보호의무를 방기하는 것이 아닌가 생각된다.

이러한 문제에 대하여 미국, 독일, 영국 등 국가에서는 제도적으로 해결하고 있다고 한다. 즉, 독일의 경우 후견재판소를 이용하여 이 문제를 해결하고 있으며, 미국의 경우 가정재판소의 소년부에 전화를 하여 법관에게 사실을 설명하고 일시적으로 친권을 양친으로부터 의사에게 넘겨줄 것을 요청하여 일시적 재판명령을 얻어서 수혈을 하며, 영국의 경우 청소년법 등에 의하여 환자가 16세 미만의 경우에는 일정한 자의 신청에 의하여 자식이 입원하고 있는 병원에서 소년법정을 즉시 열어서 치안판사가 감호권자를 임명하여 그 자의 동의로 수혈을 한다는 것이다.⁷²⁾

우리나라도 이러한 경우에 대비하여 관련 법제를 마련하여야겠지만, 대상판결에 따르면 이러한 경우에 환자의 생명을 의사의 직업적인 양심에 맡겨버린 결과를 가져왔다고 판단되므로 대상판결의 결론은 재검토되어야 함이 상당하다 할 것이다.

주제어 : 의료행위, 환자의 자기결정권, 수혈거부, 생명권, 국가의 생명보호의무

72) 이영환, 『의료와 인권』, 제82면 및 각주 15) 참조.

[참 고 문 헌]

<단행본>

- 김일수·서보학, 『새로 쓴(제11판) 형법총론』, 박영사, 2006.
김철수, 『헌법학신론』, 박영사, 2010.
박상기, 『형법총론』, 박영사, 2012.
배중대, 『형법총론』, 홍문사, 2013.
법무부, 『독일형법』, 2008.
성낙인, 『헌법학』, 법문사, 2011.
성낙현, 『형법총론』, 도서출판 동방문화사, 2010.
신동운, 『형법총론』, 법문사, 2011.
신현호·백경희, 『의료분쟁 조정·소송 총론』, 육법사, 2011.
양 건, 『헌법강의』, 법문사, 2012.
이재상, 『형법총론』, 박영사, 2011.
이준일, 『인권법, 사회적 이슈와 인권』, 홍문사, 2014.
정종섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2011.
최재천·박영호·홍영균, 『의료형법』, 육법사, 2006.
하태훈, 『사례중심 형법총론』, 법원사, 2002.

<논문>

- 김강운, “헌법상 자기결정권의 의의”, 한국법학회, 『법학연구』, 제20집, 2005.
김민중, “미성년자에 대한 의료행위와 부모의 권한 - 종교상의 신념에 기한 수혈 거부를 중심으로 -”, 대한의료법학회, 『의료법학』, 제13권 제2호, 2012.
김천수, 「환자의 자기결정권과 의사의 설명의무」, 서울대학교 대학원 법학박사 학위논문, 1994.
김혁돈, “무수혈 수술과 자기결정권에 관한 소고 - 대법원 2014. 6. 26. 선고 2009도14407 판결을 중심으로-”, 경북대학교 법학연구원, 『법학논고』, 제47집, 2014.
노상엽, “의료행위 자기결정권과 그 한계”, 가톨릭대학교 법학연구소, 『법학연구』, 제5권 제1호, 2010.

석희태, “의사의 설명의무와 환자의 자기결정권”, 연세대학교, 『연세행정논총』, 제7집, 1980.

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

오두진, “의료상의 자기결정권 행사와 의사의 진료업무 조화의 법적인 문제 - 종교적인 이유로 수혈을 거부하는 경우를 중심으로-”, 이화여자대학교 생명의료법연구소, 『생명윤리정책연구』, 제4권 제2호, 2010.

오종권, “수혈에 관한 법적 문제”, 대한의료법학회, 『의료법학』, 제2권 제1호, 2001.

유승룡, “생명권과 자기결정권, 그리고 의사의 진료의무”, 대한의료법학회, 『의료법학』, 제9권 제2호, 2008.

이석배, “생명윤리에서 생명권과 자기결정권”, 이화여자대학교 생명의료법연구소, 『생명윤리정책연구』, 제1권 제1호, 2007.

_____, “의료행위와 대리 승낙”, 대한의료법학회, 『의료법학』, 제15권 제1호, 2014.

이영환, “의료와 인권”, 부산대학교 법학연구소, 『법학연구』, 제32권 제1호(통권 제40호), 1991.

정규원, “의료행위에서의 온정적 간섭주의와 자율성 존중”, 『생명윤리와 법』, 세창출판사, 2013.

허일태, “무수혈과 관련된 의료과실치사죄”, 형사판례연구회, 『형사판례연구 21』, 2013.

<기타>

박종훈, “다수가 믿으면 과학인가?”, 대한변협신문, 2013.

연합뉴스, 2010. 10. 22.자 ‘종교의 자유보다 생명권이 우선이라는 법원의 첫 판단이 나왔다’, 인터넷 기사.

국민일보, 2010. 12. 12.자 ‘생후 2개월 아기, 수술 막은 ‘여호와의 증인’ 부모 방치로 숨져’, 인터넷 기사

중앙일보, 2014. 6. 26.자 ‘수혈거부 환자 수술하다 숨지게 한 의사 무죄’, 인터넷 기사.

로이슈, 2014. 7. 6.자 “대법원, ‘수혈 거부’ 각서 쓴 환자 수술 중 사망 - 의사 책임 못 물어”, 인터넷 기사.

**A Study of the Medical Practice and the Right of Patients
to Self-determination**
**- Focusing on Supreme Court Decision 2009DO14407 Delivered
on June 24, 2014 -**

Kim, Young-Tae

Prosecutor, Seoul Central District Prosecutor's Office

=ABSTRACT=

The Supreme Court made a decision that the doctor cannot be punished for not taking a blood transfusion to the patient, depending on the patient's will to refuse the blood transfusion on June 24, 2014.

The reason is that, in a special situation of conflict between the right of patients to self-determination and the duty of care, and when it was impossible to compare whether which has the superior value, if the doctor made a medical practice to respect either of those two values according to the professional sense, he cannot be punished.

In principle, the doctor should make medical practices according to the patient's will. However, if the patient's life was at stake, I think, the doctor is obliged to try his best to save the life of patient.

Yet to entrust the patient's life to the doctors professional sense, is to give up the obligation of the country to protect lives.

In this regard, I think that the Supreme Court Decision should be reviewed, and that an ongoing research is needed.

Keyword: Medical practice, The right of patients to self-determination, Refusing the blood transfusion, The right to live, The obligation of the country to protect lives