

# 환자 자기결정권과 충분한 정보에 근거한 치료거부(informed refusal): 판례 연구

배 현 아\*

I. 들어가며: 환자 자기결정권과 의료적 의사결정
II. 자기결정권에 기인한 치료거부 사례: 의사의 생명보호의무와의 충돌
1. 환자의 자기결정권보다 의사의 생명보호의무가 우선시 되는 경우
2. 환자의 자기결정권을 존중한 치료 중단
3. 환자의 자기결정권이 생명과 대등한 가치가 있는 경우
III. 충분한 정보에 근거한 치료거부(informed refusal)와 법적 책임
1. 충분한 정보에 근거한 치료거부와 의사의 설명의무
2. 충분한 정보에 근거한 치료거부와 동의 능력
IV. 결론

## I. 들어가며: 환자 자기결정권과 의료적 의사결정

우리 헌법은 인간의 존엄과 가치, 행복을 추구할 권리를 최고의 이념으로 하고 있다. 인간으로서의 존엄과 가치, 행복을 추구할 권리는 자기의 문제에 대하여 자신의 고유한 가치관에 따라 결정하고 행동할 수 있을 때만이 실현될 수 있다. 자기결정권은 인간의 존엄과 가치, 행복을 추구할 권리의 실현을 위한 불가침의 기본적 인권으로서 보장된다.<sup>1)</sup> 그런데 사람들마다 ‘고유한’ 신념, 가치관, 종교, 행복의 기준 등은 서로 다를 수밖에 없으므로 그에 바탕을 둔 자기결

\* 논문접수: 2017. 12. 10. \* 심사개시: 2017. 12. 13. \* 게재확정: 2017. 12. 29.

\* 이화여자대학교 법학전문대학원 부교수.

\* 이 논문은 2015년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임(NRF-2015S1A3A2046566).

1) 김강운, “헌법상 자기결정권의 의의”, 법학연구(제20집), 2005, 161면 이하.

정권의 행사는 간혹 다수의 입장이나 객관적으로 보면 합리적이지 않다고 여겨지는 경우도 있다. 그러나 그 결정이 합리적이냐 합리적이지 않느냐의 문제는 다수의 사람들이 그렇게 여기는 바에 따라 달라지는 것으로 시대와 상황이 바뀌면 언제든지 합리성의 기준 역시 바뀔 수 있다. 따라서 자기결정권의 행사는 합리적인지 여부보다 인간으로서의 존엄과 가치, 행복을 추구할 권리의 실현이 중심이 되어야 한다. 누구도 자기의 문제에 대하여 객관적으로 모든 사람들이 합리적이라고 평가할 수 있는 결정을 내려야 할 의무는 없으며, 마찬가지로 누구도 타인의 문제에 대하여 객관적으로 합리적이지 않다는 이유로 타인의 자기결정권을 침해하거나 그 결정을 무시해서는 안 된다.

자기결정권 중에서 가장 중요한 것 중의 하나가 생명과 신체에 대한 자기결정권이라고 할 것이다. 사람은 누구나 자신의 생명과 신체의 기능을 어떻게 유지하고 발전시킬 것인지에 대하여 스스로 결정할 수 있어야 한다. 따라서 자기결정권 행사의 주체는 환자가 될 수도 있고 건강한 일반인이 될 수도 있다. 특히 의료적 의사결정과정에서 환자는 헌법 제10조 인간으로서의 존엄과 가치, 행복을 추구할 권리에 근거하여 생명과 신체의 기능을 어떻게 유지할 것인지에 대하여 스스로 결정하고 의료행위를 선택할 권리를 보유하고 있고 이것이 보장되어야 한다.<sup>2)</sup> 따라서 의학적인 견지에서 생명과 신체의 보호를 위해 치료가 필요하다고 하더라도 그러한 이유만으로 국가나 의사가 환자 의사에 반하여 치료를 강제할 수는 없다.

의사와 환자의 법률적 관계를 고려하더라도<sup>3)</sup> 의료계약이 체결된 후 특별한 사정이 없는 한 환자는 자유로이 의료계약을 해지할 수 있는 것이 일반적이다. 의료계약은 환자와 의사 사이에 계약 체결 이후 질병의 진행과 환자 상태의 변화에 대응하여 이루어지는 가변적인 의료의 성질로 인하여 계약 당시에는 진

2) 최민수, “의료행위에 있어 환자의 진료거부와 의사의 설명의무”, 한국의료법학회지(제21권 제1호), 2013, 130면.

3) 의사의 환자에 대한 의료행위에 의하여 성립하는 법률관계는 계약관계이고, 흔히 ‘의료계약’ 또는 ‘진료계약’이라고 부른다. 김민중, 『의료의 법률학』, 신론사, 2011, 470면.

료의 내용 및 범위가 개괄적이고 추상적이지만, 이후 질병의 확인, 환자의 상태와 자연적 변화, 진료 행위에 의한 생체반응 등에 따라 제공되는 진료의 내용이 구체화되는 특성을 가진다.<sup>4)</sup> 이 과정에서 의사와 환자 사이에 의료계약에 따른 사법상의 권리와 의무가 발생하고 이러한 계약상의 의무 중 하나로 의사가 설명의무가 부과된다. 환자는 자신의 상태와 진료방법, 예상되는 위험 등에 관하여 의사로부터 충분한 설명을 들은 상태에서 진지하게 고려하여 선택 가능한 여러 치료방법 중 하나의 치료방법을 선택한 경우 의사는 환자의 결정을 따라야 한다. 의료계약의 주된 급부의무 또는 치료 의무에 부수하는 부가적 의무에<sup>5)</sup> 근거하여 의사는 설령 환자가 선택한 치료방법이 의사나 일반인의 입장에서 보아 최선의 치료방법이라고 생각되지 않거나 비합리적인 것으로 보이더라도 의사는 환자의 결정에 따라야 하고, 환자의 '최선의 이익'에 부합된다는 이유로 환자가 선택하지 않은 다른 치료방법에 의하여 진료를 해서는 안 된다.<sup>6)</sup> 환자에게 의료행위에 대한 자기결정권이 있는 이상 의사의 진료에 있어서의 재량권은 환자의 자기결정권에 반하지 않는 범위 내에서만 인정된다.

「보건의료기본법」은 모든 국민은 보건의료인으로부터 자신의 질병에 대한 치료 방법, 의학적 연구 대상 여부, 장기이식 여부 등에 관하여 충분한 설명을 들은 후 이에 관한 동의 여부를 결정할 권리를 가진다고 하여 보건의료서비스

---

4) 대법원 2009. 5. 21. 선고 2009다17471 전원합의체 판결.

5) 계약상 성립하는 의사의 설명의무가 의료계약의 주된 의무인지 아니면 부수의무인지는 계약내용, 구체적 상황, 계약의 목적 등에 따라 결정되므로, 일률적으로 단언할 수는 없으나, 본질적으로 질병의 치료 혹은 병고의 해소를 목적으로 하는 의료계약의 내용을 고려할 때 의사의 설명이 의료계약의 본질적 내용이라고 하기는 곤란하며 의사의 설명은 단지 주된 급부의무인 치료의무에 부수하는 부가적 의무로서의 성질을 가진다고 본다. 김민중, 『의료의 법률학』, 신문사, 2011, 470면.

6) 여기서 환자에게 '최선의 이익'이란 대법원 전원합의체 판결에서도 언급된 것으로 환자의 직접적인 이익이나 삶의 질과 같은 환자의 이익을 의미하는데, 이는 상당히 의학적인 견지에서 객관적으로 파악되는 이익으로 자기결정권의 존중은 객관적으로 파악된 환자의 최선의 이익과 일치하지 않을 수 있다. 그러나 자기결정권의 존중 역시 환자의 최선의 이익을 위한 것으로 보고, 환자 스스로 판단하여 결정할 수 있을 때는 최선의 이익 역시 판단할 수 있으므로 대리판단이 아닌 경우 환자 자기결정권에 따른 판단을 수용해주어야 한다. 최경석, "김 할머니 사건에 대한 대법원 판결의 논거 분석과 비판", 생명윤리정책연구(제8권 제2호), 2014, 239~240면.

에 관한 자기결정권에 대하여 규정하고 있다(제12조). 법적인 개념 뿐 아니라 자기결정권은 의료윤리에서도 매우 중요한 의미를 갖는데, 환자의 자기결정권은 자연스럽게 의사에게 자율성 존중의무를 부과하게 된다.<sup>7)</sup> 반대로 의사에 의한 환자 자기결정권의 제한을 정당화하는 태도는 의료영역에 있어서 의사의 온정적 간섭주의 내지는 파터널리즘(paternalism)에<sup>8)</sup> 근거한 행위로 여겨진다.<sup>9)</sup> 이러한 태도는 전통적인 의사-환자 관계 모델 중 가부장적 모델에<sup>10)</sup> 해당하는 것으로 사실 현대의학의 방향에는 역행하는 것일 수 있다. 오히려 진정한 환자의 자기결정권 존중은 환자가 의사결정능력 여기서는 동의능력이 있는 의학적 상태에서 진정한 의사에 기인하여 치료를 거부할 경우에는 설사 그 치료중단이 환자의 생명권을 침해한다 하더라도 더 나아가 일반적으로 여겨지는 환자의 최선의 이익이 고려되지 않은 것처럼 보이더라도 외부적인 개입이 없다는 전제 하에서는 존중받아야만 하고 그것이 현대의학의 방향성이기도 하다. 환자의 생명권 보호라는 이익을 고려한 간섭이라 하더라도 최근 보건의료환경을 고려한 사회 전반의 분위기에서 의사에 의한 가부장적인 환자의 자기결정권 제한은 윤리적이지 않을 뿐 아니라 적법하지도 않다. 실제로 이러한 의사의 온정적 간섭은 여러 이유에 근거하여 비판받고 있어 의료현장에서는 원래 의도했던 대로 환자에게 실현되기에는 많은 어려움이 있다.<sup>11)</sup> 오히려 강제적인 치료는 그 자체로서 의학적·윤리적 한계가 있으므로 지극히 제한적으로 적용되어야 하는 것이 사실이다.<sup>12)</sup>

7) 류화신, “의료분야의 파터널리즘에 대한 민사법적 강제-대법원 2005.1.28. 선고 2003다 14119 판결에 대한 평석을 겸하여-”, 한국의료윤리학회지(제8권 제1호), 2005, 178면.

8) 온정적 간섭주의, 의료부권주의 등으로 해석되는 Paternalism 은 어원적으로 자식의 이익을 부모가 더 잘 안다는 전제하에 자식의 생활에 부모의 간섭이 정당화되는 것으로 말하는데, 일반적으로는 타인에게 선을 베풀기 위해 타인의 자율성에 대한 간섭이 정당화되는 것으로 정의된다.

9) 류화신, 앞의 논문, 173면.

10) 능동수동형으로도 불리며 의사가 앞장서 환자를 이끌어가는 관계로, 역사적으로 보아 가장 오래된 유형으로 외과수술 시, 마취 상태, 응급의료와 같은 경우가 이에 해당한다. 의학교육연수원, 『임상윤리학』, 서울대학교출판부, 2005, 99면.

11) 류화신, 앞의 논문, 183면.

12) 위세척의 경우 위에서부터 물질들을 제거할 수는 있으나 이미 흡수된 독성물질에 대해서

이 글은 의료영역에 환자의 자기결정권에 기인한 치료거부와 관련된 판례들을 검토하였고, 환자의 자기결정권 존중과 의사의 생명보호의무 내지는 치료의 무가 충돌하는 상황에서 어떻게 판단하여야 하는지에 대하여 그간 법원의 입장이 어떻게 사회변화를 반영해 왔고, 우리 사회의 구성원 스스로 자기결정권에 대한 인식이 어떻게 달라져서 보건의료법제에 반영되어왔는지 연구하였다.

## II. 자기결정권에 기인한 치료거부 사례: 의사의 생명보호 의무와의 충돌

대법원은 과거 음주상태에서 농약을 음독하여 자살을 시도한 환자가 치료를 거부하자 치료를 포기한 의료진에게 특정 의학적 상황에서 의사의 생명보호의무가 환자의 자기결정권 존중보다 우선한다고 판단하여 의료과실을 인정한 예가 있다.<sup>13)</sup> 이후 대법원은 가족들의 요청에 의해 지속적 식물인간 상태인 환자에게 해당 환자의 의학적 상태(회복불가능한 사망의 단계 등)를 고려하고 환자의 의사를 추정하여 연명의료를 중단하게 하였다.<sup>14)</sup>

최근에는 특정 종교적 신념과 관련하여 수혈과 같은 필수적인 치료를 거부한 환자에 대하여 이에 최근 대법원은 의사들이 수혈을 거부하는 환자의 자기결정권이 생명과 대등한 가치가 있다고 평가될 것인지 판단하는 기준을 제시하였다.<sup>15)</sup>

---

는 작용하지 못하는 한계가 있고, 음독 한 시간 이내의 환자들의 경우 분해나 흡수가 서서히 일어나는 서방정과 같은 알약이나 음독한 물질이 위장관 운동을 느리게 하여 시간이 지난 후 증상이 발현될 수 있는 경우, 계속해서 독작용을 유발시킬 수 있는 물질들을 줄이는데 도움이 된다. 결국 위세척이 환자의 예후에 도움을 주는 경우 자체가 제한적이고 오히려 무리한 삽관 및 세척시도 과정에서 기도 흡인, 위파열, 술기동안 산소공급 저하 등 합병증 발생 위험이 높고 특히 의식이 저하된 환자의 경우 금기시되기도 한다. 배현아, “급성약물중독 환자에서 위세척의 의료법학적 고찰”, 대한임상독성학회지(제3권 제1호), 2005, 3~4면.

13) 대법원 2005.1.28. 선고 2003다14119 판결.

14) 대법원 2009.5.21. 선고, 2009다17417, 전원합의체 판결.

15) 대법원 2014.6.26. 선고 2009도14407 판결.

이후에서는 위 세 판례들을 중심으로 환자의 자기결정권과 의사의 생명보호의무가 충돌하는 상황에 대하여 연혁적으로 판례 검토를 통해 법원의 입장이 환자의 주체적 역할과 자율성 존중의 방향성을 반영하여 함께 변화되어 왔는지 살펴보겠다.

### 1. 환자의 자기결정권보다 의사의 생명보호의무가 우선시 되는 경우

대법원은 술에 취한 상태에서 차와 다투다가 자살 목적으로 유기인제 살충제를 음독하고 응급실에 실려와 치료를 거부한 환자의 사망 사건에서 의사로서는 약물중독에 대한 일반적인 처치절차에 따라 환자에게 위세척을 거부하는 환자에 대하여 ‘결박하는 등’으로 반항을 억압한 후 위세척을 실시하여야 한다고 판시한 바 있다.<sup>16)</sup> 이 사건에서 강제 치료 여기서는 침습적인 치료인 위세척에 대하여 일반적으로 침습적인 의료행위 시행 전에 전제되어야 하는 환자의 동의 없이 시행이 가능한 것은 ‘환자의 자기결정권보다 생명권이 우선시되어야 한다’는 근거였다. 의사가 환자의 생명권을 우선시하여 치료를 거부하는 환자의 자기결정권을 제한하는 것을 의미한다. 이처럼 실제 의료현장에서는 치료를 거부하는 환자의 자기결정권을 존중하여 즉 환자의 결정을 전적으로 수용하여 그 결과로 환자가 사망할 경우에 의사는 업무상과실치사죄로 처벌될 수도 있고 반대로 환자의 자기결정권 행사에 반하여 강제적인 치료를 시행하는 경우에는 오히려 의사는 상해죄 내지 강요죄로 처벌될 수도 있는 갈등상황에 직면할 수도 있다.<sup>17)</sup>

이 사건에서 우리 법원은 환자의 자기결정권 제한에 대하여 환자의 진정한 의사(意思)에 대한 고려 이전에 생명권, 의사의 생명보호의무가 우선되는 의학적 상황에 대하여 더욱 우선적으로 고려하여 판단하였다. 이 때 그 대상이 되는 치료는 응급상황을 고려한 환자에게 이익이 되는 치료이다.

16) 대법원 2005.1.28. 선고 2003다14119 판결.

17) 이석우, 『환자의 권리와 무수혈치료』, 학영사, 2005, 123면.

물론 이 사건에서 법원은 ‘술에 만취, 우발적, 흥분된 상태’ 등 환자의 의학적 상태 등이 소위 의사능력의 결함이 있다고 보아 즉 위세척과 같은 치료 거부가 진정한 의사에 기인한 것이라고 보지 않았다. 그러나 이 사건에 대한 대법원의 입장을 고려할 때 환자가 의식이 명료한 상태 즉 치료 거부가 진정한 의사에서 기인하였다고 하더라도 같은 판단을 하였을 것으로 생각된다. 대법원이 인정한 이 사건 원심판단에 의하면<sup>18)</sup> 환자의 자기결정권보다 의사의 환자의 생명을 보호할 의무를 우선시하여야 하는 경우에 대하여 ‘응급환자의 경우’라는 것과 ‘의사의 의료행위 중지가 환자의 실명(失命)을 가져올 가능성이 있는 경우’라는 두 요건을 제시하기는 했다. 법원은 이 두 가지 요건이 모두 충족할 때 환자의 자기결정권 제한에 대한 정당화가 가능하다고 보았다. 즉 응급환자 중에서도 필요로 하는 응급처치의 중단이 환자의 생명을 침해할 가능성이 있는 경우에 해당할 때 환자의 자기결정권을 제한할 수 있다는 것이다.

관련하여 응급의료법은 응급환자에 대하여 정의하면서 질병, 분만, 각종 사고 및 재해로 인한 부상이나 그 밖의 위급한 상태로 인하여 ‘즉시’ 필요한 응급처치를 받지 아니하면 ‘생명을 보존할 수 없거나 심신에 중대한 위해(危害)가 발생할 가능성’이 있는 환자 또는 이에 준하는 사람으로서 보건복지부령으로 정하는 사람으로 규정하고 있다.<sup>19)</sup> 이에 대하여 같은 법 제11조는 응급의료종사자는 정당한 사유가 없으면 응급환자에 대한 응급의료를 중단하여서는 아니 된다고 하여 응급의료 중단 금지의무를 응급의료종사자에게 부과하고 있는데, 여기서 환자의 치료거부 여부와 같은 의사(意思)는 고려되지 않는다. 오히려 응급의료법은 제9조를 통해 일반적인 설명·동의 범리에 대한 예외 즉 환자의 의사결정능력 결여와 긴급성을 근거로 응급의료의 설명·동의 면제의 법적 근거를 명시적으로 둠으로써,<sup>20)</sup> 예기치 못한 상황에서 갑작스럽게 발생하는

18) 서울고등법원 2003.1.30. 선고 2001나73741 판결.

19) 응급의료에 관한 법률 제2조 제1호.

20) 제9조(응급의료의 설명·동의) ① 응급의료종사자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 제외하고는 응급환자에게 응급의료에 관하여 설명하고 그 동의를 받아야 한다.  
1. 응급환자가 의사결정능력이 없는 경우

응급환자의 특성을 고려하여 응급의료제공의무를 강조하고 있다. 결국 환자의 동의가 없더라도 의사의 응급처치 내지 응급진료는 유효한 승낙이 없는 전단적 의료행위에 해당되지 않는다는 점을 입법적으로 해결하고자 한 것이다.<sup>21)</sup> 그러나 응급의료법의 적용과 해석과정에서 환자의 의사결정능력 판단 과정 등은 환자의 자기결정권 존중 측면에서는 오히려 환자의 의사가 반영되지 않거나 침해가 발생할 가능성도 적지 않다. 같은 방식으로 응급환자 전원 시진료정보 공유와 관련하여 의료기관의 장은 응급환자를 이송할 때 응급환자를 이송 받는 의료기관에 진료에 필요한 의무기록을 ‘제공하여야 한다’고 하여<sup>22)</sup> 일반적인 보건의료법체계에서 진료정보공유 시에 필수적인 환자의 의사나 동의 절차를 그 요건으로 하지 않는다. 물론 이 역시 응급환자의 특성인 긴급성, 진료정보교류의 중요성 등을 고려한 조치이긴 하다. 그러나 이러한 의사결정능력이 결여된 환자는 전체 응급환자 중 극히 일부에 해당한다. 또한 응급의료법은 의사결정능력이 결여된 환자에 대하여 이러한 의사능력을 보완할 수 있는 동의절차를 마련하고 있지 않은 채 응급의료제공의무만을 강조하고 있다. 또한 이러한 의사결정능력 평가 주체가 응급의료 제공당사자인 응급의료종사자 등이 된다. 따라서 응급의료종사자는 스스로 환자의 의사결정능력을 평가하고 스스로 그 결과를 적용하여 자신들의 응급의료에 관한 설명의무를 면제할 수 있다. 따라서 이 과정에서 응급의료종사자는 스스로에게 설명의무를 부과하게 되는 방향으로 즉 경계에 있는 환자의 의사능력을 인정하여 주거나 자기결정권을 존중해주는 방향으로 평가하기 어려울 수도 있을 것이다. 반대로 환자가 의사결정능력이 없다고 평가하고 그에 따라 스스로의 설명의무를 면제

---

2. 설명 및 동의 절차로 인하여 응급의료가 지체되면 환자의 생명이 위협하여지거나 심신상의 중대한 장애를 가져오는 경우.

② 응급의료종사자는 응급환자가 의사결정능력이 없는 경우 법정대리인이 동행하였을 때에는 그 법정대리인에게 응급의료에 관하여 설명하고 그 동의를 받아야 하며, 법정대리인이 동행하지 아니한 경우에는 동행한 사람에게 설명한 후 응급처치를 하고 의사의 의학적 판단에 따라 응급진료를 할 수 있다.

21) 류화신, 앞의 논문, 177면.

22) 응급의료에 관한 법률 제11조 제2항.



하기가 더 쉬울 수 있다.

또한 우리 법원은 하급심 판결에서 자칫 사망에 이를 수 있는 응급환자의 경우에는 의사의 의료행위의 중지 내지 주저함이 곧 환자의 사망을 가져올 가능성이 있으므로, 환자의 생명이 위중하여 의사가 환자의 생명을 보호할 의무가 우선시되는 긴급한 상황에서 진료 방법이 합리적인 범위 내에 있었고, 환자가 진료 과정에서 입은 손실이 진료가 없었을 때 입었을 중한 손해에 비하여 현저하게 가볍다고 인정된다면, 응급환자의 생명을 구하는 치료 과정에서 환자의 신체를 완벽하게 보존할 주의의무는 다소 경감될 수 있고, 의사가 환자에게 상해를 입힌 진료행위에 의료과실이 있다고 평가할 수 없다고 판시하면서, 자살하기 위하여 다량의 수면제를 복용한 환자의 생명을 구하기 위하여 의사가 위세척 조치를 하던 중 환자 어깨에 골절상이 생긴 사안에서, 환자의 생명이 위태로운 응급상황에서는 의사의 과실로 환자가 상해를 입었다 하더라도 의사의 환자에 대한 신체보존 주의의무가 다소 경감되고 그러한 상해가 사회상규 상 비난받을 정도에 이르지 않는다고 할 수 있는 점 등에 비추어 의사의 진료행위에 의료과실이 없다고 보았다.<sup>23)</sup>

이 사건은 의사로 하여금 강제적인 치료의 정당성을 부여할 수 있는 정도의 기준을 제시한 것으로도 볼 수 있는데 이 역시 치료 과정 중 일부에 해당하는 ‘위세척’이라는 치료의 효과를 고려하고 해당 치료가 환자의 생명을 구하는데 직접적이고 유일한 방법인지 등에 대한 비교형량의 필요성은 검토되지 않았다. 위 사건에서도 법원은 ‘환자의 생명이 위태로운 응급상황’이라는 전제 하에서 의사의 과실로 환자가 상해를 입었다는 인과관계가 인정된다 하더라도 그러한 상해가 사회상규 상 비난받을 정도에 이르지 않는다고 할 수 있는 점이라는 상해 결과에 정도를 검토하여, (여기서는 어깨 골절 상) 의료과실이 없다는 결론에 이르게 되었다. 즉 ‘응급환자’의 경우 생명을 구하는 치료과정에서 환자의 신체를 완벽하게 보존할 주의의무가 다소 경감 된다고 본 것이다. 이 사

---

23) 대구지법 2009.11.25, 선고, 2008가단46958, 판결.

건에서도 환자의 자기결정권의 제한에 대해서는 이미 의사의 생명보호의무가 우선되는 상황을 전제하였고, 환자의 자기결정권에 우선하는 의사의 생명보호의무 내지는 치료의무 뿐 아니라 그 과정에서 의사의 주의의무를 다소 경감시킬 수 있는 요건도 제시한 것으로 볼 수 있다. 그러나 이 경우 의사의 주의의무는 다소 경감될 뿐 응급상황 내지는 환자의 자기결정권에 근거하여 치료를 거부한다하더라도 의사에게는 그에 따른 주의의무가 요구됨은 당연하다. 예를 들어 만약 환자가 수혈하지 않는 방식으로 수술하는 경우라 하더라도 의사는 해당 치료방법의 선택에 따라 의사에게 요구되는 주의의무가 있다.<sup>24)</sup> 구체적으로 수술 중 수혈 대체 의료 방법과 함께 당시의 의료 수준에 따라 출혈로 인한 위험을 최대한 줄일 수 있는 사전준비나 시술방법을 시행함으로써 위와 같은 위험 발생 가능성을 줄이도록 노력하여야 하며, 또한 수술 과정에서 예상과 달리 다량의 출혈이 발생할 수 있는 사정이 드러남으로써 위와 같은 위험 발생 가능성이 현실화되었다면 과연 위험을 무릅쓰고 수술을 계속하는 것이 환자를 위한 최선의 진료방법인지 다시 판단하여야 한다.<sup>25)</sup>

그러나 이러한 환자의 자기결정권이 제한되는 의학적 응급상황에 대한 판단은 생각만큼 명확하지 않다. 즉 수술 중 발생한 출혈이나 분만과정에서 예기치 못한 응급상황의 발생처럼 환자가 수혈과 같은 치료거부에 대한 설명을 듣고 동의한 시점과 다른 상황에 급작스럽게 마주할 수 있다. 이 때 그러한 상황에 대한 예견가능성 판단과 실제 수혈하지 않는 것이 환자에게 직접적이고 유

24) 이 과정에서 의사의 주의의무에 대하여 법원은 구체적으로 의사는 수술과정 등에서 발생하는 출혈로 인하여 환자의 생명이 위험에 빠지지 않도록 하기 위하여 환자에게 수혈하는 것이 통상적인 진료방법이고 또한 수혈을 통하여 출혈로 인한 사망의 위험을 상당한 정도로 낮출 수 있음에도 환자의 의사결정에 따라 수혈을 포기하고 이를 대체할 수 있는 수술 방법을 택하는 것인데, 그 대체 수술 방법이 수혈을 완전히 대체할 수 있을 정도의 출혈 방지 효과를 가지지 못한다면 그만큼 수술과정에서 환자가 과다출혈로 인한 사망에 이를 위험이 증가할 수 있으므로, 그럼에도 불구하고 수술을 할 필요성이 있는지에 관하여 통상적인 경우보다 더욱 세심하게 주의를 기울임으로써, 과연 수술을 하는 것이 환자를 위한 최선의 진료방법인지 신중히 판단할 주의의무가 있다고 보았다. [대법원 2014.6.26. 선고 2009도14407 판결].

25) 대법원 2014.6.26. 선고 2009도14407판결.

일한 사망의 원인이 될 것인지, 수술을 한다면 환자를 살릴 수 있을 것인지, 대체적 치료를 지속할 경우 생명을 보호할 수 있을지 등에 대한 판단은 생각보다 명확하지 않고 모호한 영역이 존재하고, 사후적 법적 평가 역시 예측하기 힘들 수 있다. 실제로 수술거부나 무수혈치료와 관련된 사전의료지시와 유사한 문서를 작성할 시점 이후 가정적 상황이 현실화 되었다 하더라도 수술거부가 직접적으로 사망의 원인이 되는 경우는 많지 않고 반대로 종교적 신념에 근거한 환자의 자기결정권을 존중하여 일관되게 무수혈 치료를 하여 성공한 예들도 있다.<sup>26)</sup> 의사들 스스로도 의학적 판단이 명확하지 않을 때 방어적으로 행동하거나 반대로 환자의 종교적 신념을 지켜주기 위해 갈등 상황을 경험하게 된다. 그 결과 환자의 종교적 신념을 지켜준 것에 대해 보람을 느끼거나 환자로부터 깊은 감사를 받기도 하지만, 앞서 말한 대로 나쁜 결과가 발생한 경우 그에 대하여 법적 책임을 묻기도 한다. 따라서 이러한 상황에서 의사는 환자의 종교적 신념에 근거한 자기결정권을 존중할 것인지 자신에게 부과된 생명보호의무로서의 치료를 제공하는 것 사이에 비교형량을 해야 하고 이 역시 쉽지 않은 결정이다. 그러나 이후 검토할 판례들을 포함하여 적어도 우리 법원이 생명권이 라는 최고의 가치만을 환자의 의사보다 더욱 우선하여 판단해오다가 적어도 명시적인 환자의 의사 또는 그렇지 못할 경우에 추정적 의사까지도 고려한 치료의 유보나 중단에 대하여 고려하기 시작했다는 것과 종교적 신념에 근거한 자기결정권의 행사로서의 수술거부와 같은 치료거부에 대하여 몇 가지 적법한 요건들을 고려하기 시작했다는 것은 의료현장에서 의료행위를 하는 의사들에게도 직·간접적인 지침이 될 것이다.

## 2. 환자의 자기결정권을 존중한 치료 중단

앞서 대법원은 환자의 자기결정권보다 의사의 환자의 생명을 보호할 의무

---

26) 오두진, “의료상의 자기결정권 행사와 의사의 진료업무 조화의 법적인 문제”, 생명윤리정책연구(제4권 제2호), 2010, 129~130면.

를 우선시하여야 하는 경우에 대하여 응급환자와 같이 의사의 의료행위 중지가 환자의 실명(失命)을 가져올 가능성이 있는 경우 환자의 자기결정권 침해에 대한 정당화가 가능하다고 보았다.<sup>27)</sup> 이러한 대법원의 입장에 따르면 인공호흡기의 제거와 같은 연명의료 중단은 치료의 중단이 환자의 생명을 침해할 가능성이 높은 치료이므로 이 경우 환자의 자기결정권보다 의사의 생명보호 의무가 우선시 된다고 판단할 가능성이 높다.

그러나 이후 대법원은 연명의료 결정과 관련하여 소위 김할머니 사건 판결에서는 ‘특정한 의학적 상황’에서는 의학적으로 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 헌법정신에도 어긋나지 아니한다고 하여 ‘회복불가능한 사망의 단계’라는 특정한 의학적 상황에 이른 후에 환자가 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권에 기초하여 자기결정권을 행사하는 것으로 인정되는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 연명치료를 중단이 허용될 수 있다고 판시하였다.<sup>28)</sup> 이러한 특정한 의학적 상황은 앞서 검토한 판례의 ‘응급환자’와는 구분되지만 의학적 상황과 함께 인간의 존엄성에 근거한 환자의 의사결정 존중이라는 조건을 우선적으로 고려하게 되었다는 것에 의의가 있다. 이에 따라 입법과정에서도 역시 이를 반영하여 ‘말기 또는 임종기라는 의학적 판단’과 ‘환자의 의사 확인 절차’를 핵심적이고 필수적인 요건으로 연명의료에 관한 결정절차를 마련하게 되었다.<sup>29)</sup> 이 사건판결을 앞선 판결과 비교할 때 생명권에 근거하여 인공호흡기의 제거와 같은 ‘환자의 생명과 직결되는 진료행위’에 대하여 의사의 생명보호의무가 우선된다는 입장에서 ‘극히 제한적으로 신중

27) 서울고등법원 2003.1.30. 선고 2001나73741 판결; 대법원 2005.1.28. 선고 2003다14119 판결.

28) 대법원 2009.5.21. 선고, 2009다17417, 전원합의체 판결.

29) 호스피스·완화의료 및 임종과정에 있는 환자의 연명의료결정에 관한 법률(약칭: 연명의료결정법) [법률 제14013호, 2016.2.3., 제정].

하게 판단하여야' 한다고 하면서 연명의료 중단의 요건을 제시하고자 한 것은 앞서 의학적 상황을 고려할 때 환자의 자기결정권보다 의사의 생명보호의무가 우선됨을 명시적으로 밝힌 대법원의 입장에서 한 발짝 물러나 환자의 생명과 직결되는 진료행위라 하더라도 환자의 자기결정권을 고려한 판단의 필요성과 그 요건에 관한 여지를 두고 이를 제시하였다고 볼 수 있다.

### 3. 환자의 자기결정권이 생명과 대등한 가치가 있는 경우

최근 대법원은 의사들이 수혈을 거부하는 환자의 자기결정권이 생명과 대등한 가치가 있다고 평가될 것인지 판단하는 기준을 제시하였다. 즉 대법원은 환자의 명시적인 수혈 거부 의사가 존재하여 수혈하지 아니함을 전제로 환자의 승낙(동의)을 받아 수술하였는데 수술 과정에서 수혈을 하지 않으면 생명에 위험이 발생할 수 있는 응급상태에 이른 경우에, 환자의 생명을 보존하기 위해 불가피한 수혈 방법의 선택을 고려함이 원칙이라 할 수 있지만, 한편으로 환자의 생명 보호에 못지않게 환자의 자기결정권을 존중하여야 할 의무가 대등한 가치를 가지는 것으로 평가되는 때에는 이를 고려하여 진료행위를 하여야 한다고 하면서 그 판단기준을 제시하였다.<sup>30)</sup> 구체적으로 어느 경우에 수혈을 거부하는 환자의 자기결정권이 생명과 대등한 가치가 있다고 평가될 것인지는 환자의 나이, 지적 능력, 가족관계, 수혈 거부라는 자기결정권을 행사하게 된 배경과 경위 및 목적, 수혈 거부 의사가 일시적인 것인지 아니면 상당한 기간 동안 지속되어 온 확고한 종교적 또는 양심적 신념에 기초한 것인지, 환자가 수혈을 거부하는 것이 실질적으로 자살을 목적으로 하는 것으로 평가될 수 있는지 및 수혈을 거부하는 것이 다른 제3자의 이익을 침해할 여지는 없는 것인지 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다고 하였다.<sup>31)</sup> 이에 따라 환자의 생명과 자기결정권을 비교衡量하기 어려운 특별한 사정이 있다고 인정

---

30) 대법원 2014.6.26. 선고, 2009도14407, 판결.

31) 대법원 2014.6.26. 선고, 2009도14407, 판결.

되는 경우에 의사가 자신의 직업적 양심에 따라 환자의 양립할 수 없는 두 개의 가치 중 어느 하나를 존중하는 방향으로 행위 하였다면, 이러한 행위는 처벌할 수 없다.<sup>32)</sup>

이 사건에서 법원은 종교적 신념에 의해 수술 직전에 의사들로부터 직접 무수혈방식에 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 자가 수혈만을 받기로 결정한 것에 대하여 의사가 환자의 결정을 존중하여 타가수혈을 하지 않은 행위는 형법 제24조 소정의 피해자의 승낙에 의한 행위에 해당한다고 판단하였다.<sup>33)</sup> 이러한 판결 이전에 이미 환자의 의료적 자기결정권과 의사의 치료 의무를 상호대립 내지 충돌하는 관계로 보는 것보다 여호와의 증인과 같은 특정 종교적 신념에 기인한 수혈거부는 치료거부가 아니라 치료방법에 대한 선택권의 행사 즉 무수혈 치료와 같이 생명권 보호를 위한 다른 치료방법의 선택으로 보아 이것이 환자의 자기결정권의 행사와 의사의 치료권 사이의 조화문제로 볼 수도 있다는 주장들이 있어왔다.<sup>34)</sup> 마찬가지로 이러한 종교적 신념에 근거한 자기결정권의 행사는 생명의 포기가 아니라 생명에 대한 위험성의 감수이며, 이 경우 성년인 환자가 치료거부에 따른 위험에 대해 충분히 인식하고 이성적으로 판단할 수 있는 능력이 인정되는 상태에서의 결정에 근거하여 이루어진 의료진의 치료행위는 그 결과와는 별도로 의사의 업무상과실치사상죄에 대하여 피해자의 승낙에 근거하여<sup>35)</sup> 위법성이 조각된다고 주장해왔다.<sup>36)</sup> 법원 역시 환자가 자신의 생명이나 신체의 치료를 위해 특정한 치료

32) 대법원 2014.6.26. 선고, 2009도14407, 판결.

33) 위 사건 대법원 2014. 6. 26. 선고 2009도14407 판결1심 법원에서는 광주지방법원 2009. 6. 26. 선고 2008고단2679 판결.

34) 오두진, “의료상의 자기결정권 행사와 의사의 진료업무 조화의 법적인 문제”, 생명윤리정책연구(제4권 제2호), 2010, 122면.

35) 오두진, 여호와의 증인 환자의 자기결정권 행사와 의사의 형사책임-응급상황을 전제로, 2010, 한국의료법학회 춘계학술대회 자료집, 36면.

36) 김재윤, “여호와의 증인의 자기결정권에 따른 수혈거부와 의사의 형사책임”, 법학논집(제

방법을 선택한 경우라면, 그 치료방법이 선택 가능한 다른 치료방법에 비하여 환자의 생명에 대한 위험성을 증대시킨다고 하더라도, 이는 환자가 자살을 의도하기 위하여 특정한 치료방법을 선택한 경우와 동등하게 평가해서는 안 된다고 판시하면서, 후자가 죽음을 목표로 하면서 그에 이르기 위한 수단으로서 특정한 치료방법을 선택한 것임에 반해, 전자는 생명과 신체의 건강한 회복을 목표로 하되 그 수단으로 자신의 신념이나 종교의 가르침에 반하지 않는 치료방법을 ‘선택’하면서 그에 따른 치료과정에서 발생할 수 있는 ‘생명에의 위험까지 감수하겠다는 것’으로 보았다.<sup>37)</sup> 즉 수혈을 거부하고 무수혈치료를 선택하는 것이 과거 대법원이 아무리 생명권의 주체라 하더라도 자살의 경우와 같이 자기의 생명을 자유롭게 처분하는 행위는 헌법상 자기결정권의 한계를 벗어나고 사회상규에 반하므로 허용될 수 없다는 판결에서<sup>38)</sup> 언급한 ‘자기의 생명을 자유롭게 처분하는 행위’가 아니라는 것이다.

따라서 대법원 역시 피해자와 행위자 즉 환자와 의사의 행위에 대해서 환자의 의사표시는 피해자의 승낙에 해당하고 이러한 피해자의 승낙으로 인해 수술 도중 위험에 처한 환자에 대해 타기수혈을 하지 않은 행위의 위법성이 조각된다고 판단하였다.<sup>39)</sup>

그러나 이 때 환자의 자기결정권 행사와 피해자의 승낙을 구분하면서 환자의 자기결정권이 의사의 치료행위 또는 치료방법을 적극적으로 요구 또는 선

---

33권 제3호), 2013, 210면.

37) 형법은 피해자의 승낙에 있어 처분 가능한 법적으로는 자유권, 재산권 등의 개인적 법익에 국한되나, 생명은 피해자의 승낙의 대상이 되지 않는다고 본다. 즉 생명은 인간에게 본질적인 가치이자 비대체적인 절대성을 가진 법익이기 때문에 자살의 경우를 제외하고 그 주체도 처분할 수 없는 법익이기 때문이다. 따라서 피해자의 승낙을 통해 위법성 조각시키기 위해서는 종교적 신념에 따라 죽음의 위험도 감수하고 무수혈수술의 방법을 선택한 자기결정권의 행사로써 이는 생명의 포기가 아닌 생명에 대한 위험성의 감수로 보아야 하는 것이다.

38) 대법원 2009.5.21. 2009다17417 전원합의체.

39) 이에 대해 대법원 판결 참조 조문에 형법 제24조가 언급되었고, 원심 판결에서 형법 제24조 소정의 피해자의 승낙에 의한 행위에 해당하여 범죄로 되지 않는다고 판단한 것을 그 근거로 제시하고 있다. 이상문 “과실치사죄에서 피해자의 승낙-2014.6.26. 선고 2009도14407 판결을 대상으로-” 비교형사법연구(제19권 제1호), 2017, 33면.

택할 수도 있다는 점에서 단순히 의사의 치료행위를 소극적으로 받아들이는 피해자의 승낙과 구별되며, 생명단축에 관한 자기결정권의 행사가 피해자의 처분할 수 있는 법익과 관련하여 피해자의 승낙 법리가 잘못 적용된 것이 아닌지에 대한 비판도 존재한다.<sup>40)</sup> 또한 촉탁살인죄 등의 규정이 가지는 의미에 대하여 형법상 보호법익으로서 생명에 대한 침해가 타인의 생명에 대한 절대적 금지를 규정한 것이고, 타인의 생명침해가 피해자의 승낙에 의해서는 정당화될 수 없다는 것을 보여줄 뿐이며, 자신의 생명신체에 대하여 처분을 금지한 규정이라고 보기 어렵다는 견해도 있다.<sup>41)</sup> 이에 따라 인간의 존엄과 인격권의 핵심인 자기결정권을 자신이 가지고 있는 모든 법익에 대해 스스로 결정하는 자유로 이해하게 되면, 생명에 대하여도 스스로 결정할 수 있는 권리를 가진다고 해석하는 것이다. 물론 이러한 자기결정권 역시 제한될 수 있고, 생명권과 마찬가지로 아주 예외적인 경우 엄격한 요건을 갖추어 타인의 권리를 침해하지 않는 범위에서만 가능할 것이다.

### III. 충분한 정보에 근거한 치료거부(informed refusal)와 법적 책임

#### 1. 충분한 정보에 근거한 치료거부와 의사의 설명의무

의사에게는 의료법과 응급의료법 등에 의하여 공법상 진료의무가 강제된다.<sup>42)</sup> 이는 의사에게 의료업무의 독점성을 인정하는 의사면허제도의 반사적

40) 김영태, “의료행위와 환자의 자기결정권에 관한 고찰—대법원 2014. 6. 26. 선고 2009도14407 판결을 중심으로—” 의로법학(제15권 제2호), 2014, 18, 20면.

41) 이석배, “결정무능력환자와 자기결정권”, 한국의료법학회지(제18권 제1호), 2010, 10~11면.

42) 의료법 제15조 제1항 의료인 또는 의료기관 개설자는 진료나 조산 요청을 받으면 정당한 사유 없이 거부하지 못한다; 응급의료에 관한 법률 제6조 제2항 응급의료종사자는 업무 중에 응급의료를 요청받거나 응급환자를 발견하면 즉시 응급의료를 하여야 하며 정당한 사유 없이 이를 거부하거나 기피하지 못한다.



효과로부터 나온 것으로 의사의 국가에 대한 의무로 볼 수 있다.<sup>43)</sup> 이를 위반할 경우 의사 등은 형사 처벌이나 면허 또는 자격 정지의 행정벌을 받을 수도 있다. 의사에게 부과된 공법상 진료의무 외에도 민사법상 계약관계에 기초한 의료계약에 따라 의료인은 질병의 치료 등을 위하여 모든 의료지식과 의료기술을 동원하여 환자를 진찰하고 치료할 의무를 부담한다.<sup>44)</sup> 의사에게 부과된 진료의무에도 불구하고 환자는 스스로의 결정에 따라 의료진이 권유하는 진료를 동의 또는 거절할 권리가 있다. 그러나 의학지식이 미비한 상태에서는 실질적인 자기결정을 하기 어려우므로, 의료진은 환자의 증상, 진료의 내용 및 필요성, 예상되는 위험성 등 합리적인 사람이 진료의 동의 또는 거절 여부를 판단하는데 중요하다고 생각되는 사항을 설명할 의무가 있다.<sup>45)</sup> 이러한 의료진의 설명은 의료정보의 불균형 즉 설명을 듣는 환자의 의학지식 미비 등을 보완하여 실질적인 자기결정권을 보장하기 위한 것이므로 환자가 이미 알고 있거나 상식적인 내용까지 설명할 필요는 없다.<sup>46)</sup> 이 경우 환자가 이미 알고 있는 내용인지 여부를 판단하기 위하여 해당 의학지식의 전문성, 환자의 기존 경험, 환자의 교육수준 등을 종합하여 판단하여야 한다. 통상 환자가 위험성을 알면서도 스스로의 결정에 따라 진료를 거부한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 위와 같은 설명을 하지 아니한데 대하여 의료진의 책임을 물을 수는 없다. 그러나 이때 환자가 거부한 진료가 무엇인지에 따라 의사에게 부과된 설명의무의 내용에 일반적인 진료의 내용을 설명해주는 것 이외에 해당 치료의 위험성 등에 대하여 좀 더 구체적이고 실제적인 정보가 포함되어야 할 수 있다.

이러바 충분한 정보에 근거한 치료거부(informed refusal)란 충분한 정보에 근거한 동의(informed consent)에서 파생되어 온 개념으로 평행하게 일치하지는 않지만,<sup>47)</sup> 의학적 적응증에 따라 의사가 환자에게 진단 상 또는 치료

43) 류화신, 앞의 논문, 181면.

44) 김민중, 앞의 책, 57면.

45) 최민수, 앞의 논문, 130면.

46) 대법원 2011.11.24. 선고 2009다70906 판결.

47) Ridley, Donald T. "Informed consent, informed refusal, informed choice—What is it that

상의 조치를 권유하였음에도 불구하고, 환자가 그 의료조치를 거부하는 경우(48) 진료에 대하여 환자가 동의하는 경우뿐 아니라 거절하는 경우에도 치료하지 않음에 따른 위험에 대하여 의사에게 설명할 의무가 있다는 것이다.<sup>49)</sup> 환자가 제안된 치료를 거부하기 위해서는 관련된 정보 전달이 전제되어야 하므로, 환자가 의료진의 처치나 권유를 거절하는 경우에는 의사의 설명이 선행되어야 함은 당연하다. 일반적으로 설명·동의를 의사가 설명을 하고 환자의 유효한 동의를 획득하는 것으로 완성되지만, 충분한 정보에 근거한 치료거부는 동의를 획득하여 특정 의료행위를 제공하는 것으로 연결되지 않는다. 다만 의사는 그 치료거부가 의사의 적절한 설명을 기초로 한 거부가 되도록 할 의무가 있고 이것이 의사의 설명의무에 포함된다. 유사하게 임상현장에서는 문서화된 동의서와 유사한 ‘의학적 권고에 반하는’ 퇴원이나 전원 등과 관련하여 일종의 ‘동의서’를 두고 있다. 이런 경우에도 환자의 동의가 유효하기 위해서는 환자 자신이 어떠한 의료행위에 동의하는지 또는 거부하는지 거부하였을 때 어떠한 결과가 예상되는지 등에 대하여 정확하게 인지하고 있어야 한다. 즉 충분한 정보에 근거한 치료거부에 선행되는 설명의 내용에는 일반적인 의사의 설명의 내용 외에 해당 치료를 받지 않았을 때-의사의 의학적 권고에 반하여 의료인이 권유하는 치료를 받지 않았을 경우에 발생할 수 있는 위험성에 대한 설명이 추가되어야 한다. 이에 대한 법적 책임에 대한 판단은 환자가 의료행위를 받지 않아 사전에 정보가 제공되었던 위험이 실현되었다는 점에서 위에서 언급한 일반적인 설명의무나 의사의 주의의무 위반에 따른 법적 책임 판단 시와 차이가 있다. 의사는 치료를 거부하는 환자에게 정보를 제공함에 있어 단순히 위 일반적 설명의무와 같이 정보의 제공차원이 아닌 의사가 환자의 위협적인 건강손상을 방지하기 위하여 일정한 의료적 조치가 필요하다는 것을 알고

---

makes a patient's medical treatment decisions informed." Med. & L. 205(20):2013 p3.

48) 최민수, 앞의 논문, 132면.

49) 김천수, “의사의 설명 해태와 환자의 가정적 동의-대법원 1999. 12. 21. 선고. 98다29261 판결을 중심으로-”, 대구법학(제5호), 2002, 239면.

있는 경우, 치료의 필요성에 대하여 ‘적극적으로 고지’하여야 하며, 환자가 자신의 거부를 포기하고 필수적인 의료적 침습을 위한 환자의 승낙을 얻도록 상황에 따른 모든 것을 시도하여야 한다.<sup>50)</sup> 의사에게 이러한 환자의 합리적이지 않은 결정에 대하여 ‘설득하여야 할 의무’가 있는지에 대하여 환자는 의료에 있어서 전문적인 지식이 부족하고, 자신의 생명이나 신체가 위협을 받는 경우에 객관적이고 이성적인 판단을 하기가 쉽지 아니하므로 전문가인 의사는 환자가 올바른 자기결정을 할 수 있도록 도와주어야 하기 때문에,<sup>51)</sup> 의사가 적절한 설명을 하였음에도 불구하고 환자가 잘못된 자기결정권을 행사하려하면서 의사의 지시나 치료방법에 따르지 않는 경우 즉 협력하지 않는 경우에<sup>52)</sup> 의사는 생명을 다루는 전문가의 입장에서 환자를 적극적이고 능동적으로 설득하여야 의무가 있다고 보기도 한다.<sup>53)</sup> 시간적 측면에서 의사의 설명의무가 전제되고 수행되어야만 진정한 환자의 자기결정권에 기인한 충분한 정보에 근거한 치료 거부가 가능하고, 이후 추가적으로 그 결정이나 선택이 합리적이지 않다고 판단되면 설득할 필요성 또는 그 의무가 고려되어야 한다.<sup>54)</sup> 한편 이러한 의료진의 설명은 의학지식의 미비 등을 보완하여 실질적인 자기결정권을 보장하기 위한 것이므로, 환자가 이미 알고 있거나 상식적인 내용까지 설명할 필요는 없고, 환자가 위험성을 알면서도 즉 의료진이 구명을 위하여 행한 설득에도 환자의 지식과 경험에 근거하여<sup>55)</sup> 충분히 그 부분까지 인지하였음에도 불구하고

50) 최민수, 앞의 논문, 138면.

51) 백경희, “환자의 진료협력의무와 의사의 의료과실”, 의료법학(제13권 제1호), 2012, 112면.

52) 우리 법원은 환자의 치료거부에 대하여 환자의 자기결정권에 기인한 이른바 충분한 정보에 근거한 거부뿐 아니라 물리적으로 불가능하게 하는 소위 의료계약의 목적의 달성을 위하여 환자 측에 부과된 고지의무와 의사가 진료 상 행하는 지시를 충실히 따라야 하는 협력의무를 고려하여 환자 측의 책임 또는 의사 측의 책임제한 사유로서 고려하고 있다.

53) 백경희, 앞의 논문, 113~114면.

54) 백경희, “의사의 구명의무와 환자의 자기결정권의 관계에 관한 민법적 고찰”, 한양법학(제25권 제3집), 2014, 20면.

55) 이 사건에서 법원은 환자가 이미 알고 있는 내용인지는 해당 의학지식의 전문성, 환자의 기존 경험, 환자의 교육수준 등을 종합하여 판단할 수 있다고 하였고, 이 사건에서 환자(산모)는 호흡곤란 등의 원인을 진단하기 위한 기초검사인 흉부 방사선촬영부터 거절하였으나, 위와 같은 검사를 하지 못하여 호흡곤란에 적절하게 대처하지 못할 경우 산모

스스로의 결정에 따라 진료를 거부한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 위와 같은 설명을 하지 아니한 데 대하여 의료진의 책임을 물을 수는 없다.<sup>56)</sup>

대법원도 구체적으로 충분한 정보에 근거한 거부가 되기 위해서는 환자가 거부하는 치료방법, 즉 수혈 및 이를 대체할 수 있는 치료방법의 가능성과 안전성 등에 관한 의사의 설명의무 이행과 이에 따른 환자의 자기결정권 행사에 어떠한 하자도 개입되지 않아야 한다는 점이 전제되어야 한다고 밝히고 있다.<sup>57)</sup> 즉 환자는 치료행위 과정에서의 수혈의 필요성 내지 수혈을 하지 아니할 경우에 야기될 수 있는 생명 등에 대한 위험성, 수혈을 대체할 수 있는 의료 방법의 효용성 및 한계 등에 관하여 의사로부터 충분한 설명을 듣고, 이러한 의사의 설명을 이해한 후 진지한 의사결정을 하여야 하고, 그 설명 및 자기결정권 행사 과정에서 예상한 범위 내의 상황이 발생되어야 하며, 또한 의사는 실제로 발생된 상황 아래에서 환자가 수혈 거부를 철회할 의사가 없는지 재확인하여야 한다.<sup>58)</sup> 다만, 이 때 주관적 또는 객관적으로 거부의 이유가 무엇인지 검토되어야 하는데, 이는 유효한 동의 여부를 판단하기 위한 전제라기보다는 윤리적 이유로서 포함된다. 앞서 말한 대로 ‘진정한 의사’에 기인한 동의 또는 거부가 되기 위해서는 치료비 부담이나 사회적 관계 등과 같은 외부적인 요인의 개입이 없어야 한다. 종교적 신념 역시도 자신 스스로의 진정한 의사가 아닌 교섭단체와 같이 해당 종교를 함께 하는 공동체에서의 위치나 행태 등이 배제되어야 한다. 또한 과거 보라매 사건에서와 같이 ‘경제적 사유’에 의한 치료거부 역시 표면적으로 드러나지는 않더라도 현실적으로 매우 중요하게 고려되어야 하는 문제이다. 한 연명의료중단결정과 관련된 연구에서 한국과 중국, 일본 모두 무의미한 연명의료의 중단에 대하여 그 필요성에 동의하고 있지만, 중국과 한국에

---

및 태아의 상태가 나빠질 수 있다는 것은 기본적인 의학지식을 갖추고 있는 경력 10년의 간호사인 원고 1로서는 상당한 정도로 이해하고 있었을 것으로 보았다.[대법원 2011. 11.24. 선고, 2009다70906, 판결].

56) 대법원 2011.11.24. 선고, 2009다70906, 판결.

57) 대법원 2014.6.26. 선고, 2009도14407, 판결.

58) 대법원 2014.6.26. 선고, 2009도14407, 판결.

서는 상당부분 가족의 경제적 부담을 고려하고 있고, 심지어 국가가 치료비를 부담한다면이라는 가정적 질문에 대하여 상당수의 중국의 응답자들과 우리나라 응답자들이 기존 연명의료 중단 의사를 변경하여 치료를 지속하겠다고 응답하였다는 것을 눈여겨 보아야 한다.<sup>59)</sup>

이처럼 경제적 사유나 다른 외부적 요인이 개입하지 않은 오로지 환자의 자기결정권에 기인한 충분한 정보에 근거한 치료거부가 되기 위해서는 의사가 진료거부의 위험성에 대하여 설명을 하였고, 그럼에도 불구하고 의사결정능력이 있는 환자가 진정한 의사에 기인하여 계속 의료행위를 거부하는 경우에 환자에게 비록 나쁜 결과가 발생하였을지라도 의사는 면책된다고 보는 것이 타당하다. 이는 영미법상 충분한 정보에 근거한 치료거부 원칙(informed refusal doctrine)으로서 의사에게 어떠한 책임도 지울 수 없고,<sup>60)</sup> 독일에서도 적절하고 충분한 설명 후에도 환자 진료를 거부하는 경우에는 의사는 이러한 결정에 기속된다고 보고 있다.<sup>61)</sup> 우리나라도 환자가 치료를 거부하는 경우 환자에게 치료의 필요성과 해당 치료를 받지 않았을 경우 향후 환자에게 예상되는 결과와 위험성 등을 설명하였음에도 환자가 계속하여 진료를 거부하는 경우에는 의사의 책임을 물을 수 없을 것이다.<sup>62)</sup> 더 나아가 환자의 명시적인 치료의 거부가 있는 상황에서 해당 치료 거부가 생명에 위험을 초래할 수 있는 경우에 의사에게 치료 의무를 부과할 수 있다는 것까지도 환자의 신체에 대한 소극적 자기결정권에 대한 침해가 되고, 이 경우 타인의 권리에 대한 침해가 없음에도 불구하고 이러한 기본권의 제한을 인정하는 것은 다원주의 국가에서 받아들이기 어려운 지나치게 후견적인 관점이라고 보고 비판하기도 한다.<sup>63)</sup>

---

59) Ivo, Kwon, et al. "A survey of the perspectives of patients who are seriously ill regarding end-of-life decisions in some medical institutions of Korea, China and Japan." *Journal of Medical Ethics*, 38(5):2012:310~316.

60) Ridley, Donald T. "Informed consent, informed refusal, informed choice—What is it that makes a patient's medical treatment decisions informed." *Med. & L.* 205(20):2013 p3.

61) 최민수, 앞의 논문, 139면.

62) 김천수, 앞의 논문, 241면.

63) 이석배, 앞의 논문, 11면.

이에 우리 법원도 환자가 선택한 치료방법이 선택 가능한 다른 치료방법에 비하여 환자의 생명에 대한 위험성을 증대시킨다고 하더라도 그것이 직접적으로 죽음을 목표로 하고 있다고 볼 수 없는 한, 그러한 결정이 ‘인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권의 보장’이라는 우리 헌법의 최고의 이념에 반하는 것이라고 볼 수 없고, 환자의 자기결정권이 의사나 일반인의 입장에 보아 생명의 유지에 이익이 되는 방향으로 행사되지 않았다고 하더라도 환자 자신의 고유한 신념이나 가치관에 의한 것이라면 그러한 결정이 인간으로서의 존엄성이라는 인간 존재의 근원적인 가치에 부합하지 않는다고 볼 수 없다고 보아, 환자가 종교적 신념이나 가치관에 따라 자기의 혈액에 의한 수혈(자가 수혈)만 허용하고 다른 사람의 혈액에 의한 수혈(타가 수혈)을 허용하지 않는 치료방식, 즉 무수혈 치료를 선택하였다면, 설령 그러한 선택으로 생명에 위험이 발생할 가능성이 생긴다고 하더라도, 그와 같은 환자의 결정이 헌법상 허용되는 자기결정권의 한계를 벗어났다고 볼 수는 없으며, 다른 사람의 신체조직의 일부인 혈액을 자신의 몸에 받아들일 것인지 여부는 기본적으로 환자가 자신의 가치관이나 종교관 등에 따라 결정할 문제일 뿐만 아니라 생명의 위험을 감수하고서라도 타인의 혈액을 수혈하지 않기로 하는 결정이 의사나 일반인의 입장에서 보아 합리적이지 않은 것이라고 하더라도 인간의 존엄성의 실현이라는 우리 헌법의 최고 가치에 반한다고 볼 수 없다고 판시하였다.<sup>64)</sup>

## 2. 충분한 정보에 근거한 치료거부와 동의 능력

사전의료지시를 포함하여 의료적 결정과정에는 의사결정을 할 수 있는 동의능력에 대한 평가가 필요하다. 형법적으로도 피해자의 승낙에 따른 위법성 조각이 되기 위해서도 환자가 승낙의 의미를 이해할 능력이 있는 상태로 자유로운 의사에 의하여 이루어져야 한다. 피해자가 될 수 있는 환자로서는 법익의 의미와 그 침해의 결과를 인식하고 이성적으로 판단할 수 있는 자연적 통찰능

64) 대법원 2014.6.26. 선고 2009도14407 판결.

력과 판단능력을 가지고 있어야 한다. 진정한 의사에 기인한 자기결정권을 행사 여기서는 충분한 정보에 근거한 치료거부로 평가되기 위해서는 환자가 의사결정능력이 있는 자 여기서는 ‘동의능력’이 있는 자이어야 한다. 통상 설명의 상대방을 ‘분별력 있는 환자’를 기준으로 그 설명의 내용 즉 설명의 범위에 대한 기준을 설정하는 것이 일반적이다.<sup>65)</sup> 동의능력이란 환자 자신이 정신적 내지 신체적 성숙에 의하여 의료침습이나 그 의료침습에 대한 동의를 의미 및 위험을 판단할 수 있는 능력, 즉 자연적인 인식능력과 통제능력을 말한다.<sup>66)</sup> 동의능력에 필요한 연령은 일률적으로 정할 수는 없다. 또한 동의능력은 의료의 전 과정에 걸쳐 지속적으로 유지되지 않을 수도 있다. 따라서 사전에 의료진과 환자가 충분한 정보 제공과 이에 근거한 동의 내지 치료거부를 하였어도 실제 미처 예상하지 못한 응급상황이 발생한 경우, 즉 사전에 정보 제공과정에서 가정했던 상황이 현실화 되었을 때 의료진은 환자가 의식이 여전히 있는 경우라면 그 의사를 다시 확인할 수 있지만, 전신마취 하 수술 중인 환자처럼 의식이 없는 경우라면 환자의 추정적 의사를 객관적으로 파악하거나 가족과 같은 보증인적 지위에 있는 자의 의사를 참고하여 그에 따른 치료방법을 결정해야 하는 경우가 발생한다. 이런 상황에 대비하여 종교적 신념에 근거하여 수술 전에 환자 본인이 작성한 수혈을 원치 않는다는 종교적/의료적 각서 등 이러한 상황에 제시될 수 있는 명시적인 문서를 작성하는데 이러한 문서들이 일종의 ‘사전의료지시’에 해당한다.<sup>67)</sup> 이러한 사전의료지시는 진정한 자기결정권 행사로 볼 수 있을 정도의 요건을 갖추기 위해서는 ‘의사결정능력이 있는 환자’가 의료인으로부터 직접 충분한 의학적 정보를 제공받은 후 그 의학적 정보를 바탕으로 자신의 고유한 가치관에 따라 진지하게 구체적인 진료행위에 관한 의

65) 문현호, “환자의 진료거부와 의사의 설명의무” 대법원판례해설(제89호), 2011, 183면.

66) 김재윤, 앞의 논문, 204면; 김민중, 앞의 책, 504면.

67) 이러한 사전의료지시에 대하여 대법원은 환자가 회복불가능한 사망의 단계에 이르렀을 경우에 대비하여 미리 의료인에게 자신의 연명치료 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 행사한 것으로 인정할 수 있다고 보고 있다.

사를 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 효력이 인정된다.<sup>68)</sup> 그러나 위 수술 중인 환자처럼 해당 시점에 환자 자신이 자기결정권을 행사하여 진료행위의 내용 변경이나 중단을 요구하는 의사를 표시할 것을 기대할 수 없는 경우에는 환자의 의사를 '추정'하여야 한다. 이러한 경우 법원은 환자의 평소 가치관이나 신념 등에 비추어 치료를 중단하는 것이 객관적으로 환자의 최선의 이익에 부합한다고 인정되어 환자에게 자기결정권을 행사할 수 있는 기회가 주어지더라도 치료의 중단이나 거부를 선택하였을 것이라고 볼 수 있는 경우에는, 그 치료 중단에 관한 환자의 의사를 추정할 수 있다고 하였는데, 이러한 환자의 의사 추정을 하기 위해서는 환자의 의사를 확인할 수 있는 객관적인 자료의 예로 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, 현재 상태에 이르기까지의 치료 과정, 질병의 정도, 현재의 환자 상태 등 객관적인 사정과 종합하여, 환자가 현재의 신체 상태에서 의학적으로 충분한 정보를 제공받는 경우라 하더라도 해당 치료 거부를 선택하였을 것이라고 인정되는 경우라야 그 의사를 추정할 수 있다고 판시하고 있으므로<sup>69)</sup> 종교적 신념에 근거한 치료 거부 역시 당시 제시되고 입증될 수 있는 이러한 객관적인 자료들을 필요로 할 것이다. 따라서 여호와의 증인의 수혈거부의 의사표시 역시 경제적·감정적 사정에 비롯된 충동적이거나 단발적, 비지속적인 것이 아닌 장기간의 교육을 통하여 형성된 종교적 양심에 바탕을 둔 것으로 진지하고 심각하며 지속적이고 건전한 결단의 표시인지 여부가 객관적으로 검토되어야 한다.<sup>70)</sup>

68) 대법원 2009.5.21, 선고, 2009다17417, 전원합의체 판결.

69) 대법원 2009.5.21, 선고, 2009다17417, 전원합의체 판결.

70) 김재윤, 앞의 논문, 203면.



그런데 이러한 자기결정권의 행사 능력이 없고 동의능력이 없는 미성년자를 대신하여 부모가 치료를 거부하는 것이 가능할지, 즉 여호와의 증인이 부모가 자신의 종교적 신념에 따라 수혈을 거부할 경우 이러한 충분한 정보에 근거한 치료거부의 하나로 부모의 수혈거부가 가능할지 또는 필수적인 치료에 대하여 부모가 동의해주지 않을 때 의사는 어떻게 할 수 있을지에 대한 검토가 필요하다. 민법 제912조 제1항은 친권을 행사함에 있어서는 자의 복리를 우선적으로 고려하여야 한다고 하여 자의 복리가 친권행사의 기준임과 민법 제913조에서 친권자는 자를 보호하고 교양할 권리의무가 있다는 규정에 근거하여 친권자의 치료 또는 치료거부에 대한 동의권은 미성년자를 보호하고 그의 객관적 이익을 위해서만 행사될 수 있다. 따라서 부모의 수혈 거부는 미성년자의 생명과 신체의 유지, 발전이라는 이익과 상반되는 것으로 친권의 남용으로 간주되어 인정될 수 없다.<sup>71)</sup>

실제 우리 법원도 신생아 자녀의 수술에 수반되는 수혈을 부모가 자신들의 종교적 신념에 기초하여 거부한 사안에서 신생아는 자기결정권을 가지고 있으나 문제되는 진료행위를 받을 것인지 여부를 판단하고 그러한 의사를 표시할 수 있는 능력이 없으므로,<sup>72)</sup> 이러한 경우 친권자가 자녀를 대신하여 진료행위에 대한 동의를 하게 되는데, 이러한 친권자의 동의는 자기결정권이 일신전속적인 성격을 갖고 있음을 고려할 때 자녀의 자기결정권을 대리하여 행사하는 것이 아니라 자신의 친권에서 파생되는 것이라고 볼 수 있다고 하면서, 민법 제912조의 친권은 자녀를 양육, 보호 및 감호하여 자녀의 복리를 실현하도록 하기 위한 친권자의 권리이자 의무의 성격을 가지므로 친권자의 친권 행사가 자녀의 생명·신체의 유지, 발전에 부합하는 것이 아니라면 그러한 내용의 친권의 행사는 존중되어서는 아니 되고, 이는 민법에서 친권의 상실을 허용하고 있는 점에 비추어 보더라도 명백하다고 밝히고 있다.<sup>73)</sup> 심지어 의사능력이 없는

71) 김재윤, 앞의 논문, 206면.

72) 신생아에게도 자기결정권이 존재함은 인정하였지만, 현재 의사 표시를 할 수 있는 능력이 없으므로 친권자의 대리 동의를 필요한 것이다.

자녀에 대한 진료행위가 긴급하고 필수적으로 이루어져야 하는 상황에서 친권자가 존재하지 아니하거나 친권자가 친권을 남용하여 그러한 진료행위를 거부하는 경우에는 예외적으로, 의료인은 객관적이고 합리적인 자료에 기초하여 의사능력이 없는 자녀의 진료행위에 대한 의사를 추정하여 제한적이고 필수적인 범위에 한하여 필요한 진료행위를 할 수 있다고 보아 강제적인 치료의 가능성을 열어 두고 정당화 하고 있음을 알 수 있다. 더 나아가 법원은 부모가 자신들의 종교적 신념에 기초하여 신생아 자녀의 수술에 수반되는 수혈을 거부한 사안에서, 위 환자의 생명을 유지하기 위하여 현재 시행될 수 있는 가장 적절하고도 필수적인 치료방법은 수혈을 수반하는 수술임에도, 친권자들이 자신들이 믿고 있는 종교의 교리에 반한다는 이유로 수혈을 거부하는 행위는 부모를 자녀의 친권자로 지정한 취지 및 친권 행사의 기준에 비추어 볼 때 정당한 친권 행사의 범위를 넘어서는 것이므로 그 수혈 거부의 의사는 효력을 인정할 수 없고, 수혈을 통한 수술이 시행되어야 할 필요성이 절실하고 긴급하므로 병원 측은 환자에 대하여 수혈을 시행할 수 있고, 친권자들이 이에 동의하지 않는 경우 이러한 진료행위에 대한 방해의 배제를 구할 수 있다고 하였다.<sup>74)</sup>

이러한 법원의 태도는 자기결정권을 행사할 수 없는 미성년자에 대하여 부모와 의사의 생명보호의무를 강조한 것이며, 타당하다. 그러나 앞으로 자녀의 종교적 신념을 존중해주는 것이 자의 복리를 위해 우선적으로 고려되어야 하거나 자녀의 추정적 의사를 입증할 수 있게 된다면 이러한 부모의 친권 또는 자기결정권의 대리 행사에 의한 치료거부가 어찌면 가능해질 수도 있다. 현재도 이러한 아동에 대한 친권자인 부모의 의료적 결정과정에서 종교적 신념에 근거한 수혈 거부가 가능하다는 주장 근거에는 친밀한 가족 간 유대를 근거로 종교적 신념을 같이 하는 경우, 감정적·영적 고통도 고려하는 전인적 치료의 중요성, 치료 이후 환아가 가족의 품에서 보호와 돌봄을 받고 살아야하는 과정에서 아동과 가족들이 겪는 심리적 충격 등을 그 근거로 내세우고 있다.<sup>75)</sup> 물론

73) 서울동부지법 2010.10.21. 자, 2010카합2341, 결정.

74) 서울동부지법 2010.10.21. 자, 2010카합2341, 결정.

이러한 주장들이 받아들여지기 위해서는 종교적 신념에 근거한 자기결정권 행사에 대한 인식이 변화하고 그것을 법원을 포함한 우리 사회가 수용할 수 있을 정도의 합의가 필요할 것이다.

#### IV. 결론

일반적으로는 의사의 의료행위에서 환자의 자기결정권은 존중되어야 하고 환자가 의사의 의료행위를 거절한다면 의사로서는 그 의료행위를 할 수 없다. 그러나 대법원은 과거 응급환자의 경우처럼 특정 의학적 상태에서 의사의 의료행위의 중지가 곧 환자의 실명(失命)을 가져올 가능성이 있는 경우에는 환자의 자기결정권보다는 의사의 생명보호의무가 우선된다고 밝힌 바 있다.<sup>76)77)</sup> 물론 이 사건에서는 ‘생명이 위급한 응급환자’라는 환자의 의학적 상태와 음주 등으로 인해 정상적이고 합리적인 의사결정을 하기 어려운 상태로 인하여 충분한 정보에 근거한 치료거부의 요건인 동의능력을 갖추지 못한 것으로 보았다.

이후 소위 김할머니 사건에서는 의료계약에 근거한 의사-환자의 법률적 관계에 기초하여 강제진료를 받아야 하는 등의 특별한 사정이 없는 한 환자는 자유로이 의료계약을 해지할 수 있고, 의료계약을 유지하는 경우에도 환자의 자기결정권이 보장되는 범위 내에서는 제공되는 진료행위의 내용 변경을 요구할 수 있음을 명시적으로 인정하면서, 일반적으로는 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 한다고 하였다.<sup>78)</sup> 이

75) 오두진, 앞의 논문, 126면.

76) 대법원 2005.1.28. 선고. 2003다14119 판결.

77) 류화신, 앞의 논문, 175면.

78) 대법원 2009.5.21. 선고, 2009다17417, 전원합의체 판결.

사건에서 대법원은 일반적인 의료계약과 다른 특수성을 고려하여 충분한 정보에 근거한 치료거부가 되기 위하여 특정 의학적 상태 여기서는 ‘회복불가능한 사망의 단계’와 ‘환자의 의사’를 고려하였다. 그러나 앞선 판결과 비교할 때 생명권에 근거하여 ‘환자의 생명과 직결되는 진료행위’에 대해서는 절대적으로 의사의 생명보호의무가 우선된다는 입장에서 이후 이 사건 판결에서 극히 제한적으로 ‘신중하게 판단하여야’ 한다고 하면서 연명의료 중단의 요건을 제시하고자 하면서 앞서 의학적 상황을 고려할 때 환자의 자기결정권보다 의사의 생명보호의무가 우선됨을 명시적으로 밝힌 대법원의 입장에서 한 발짝 물러나 환자의 생명과 직결되는 진료행위라 하더라도 환자의 자기결정권을 고려한 판단의 필요성과 그 요건에 관한 여지를 두고 이를 제시하였다고 볼 수 있다.

마지막으로 환자의 사전의사표시와 응급상황이라는 특정 의학적 상태 두 요건을 모두 고려해야 하는 사건으로 종교적 신념에 의해 환자의 명시적인 수혈 거부 의사가 있었던 사건에서 대법원은 환자의 생명 보호에 못지않게 환자의 자기결정권을 존중하여야 할 의무가 대등한 가치를 가지는 것으로 평가되는 때에는 이를 고려하여 진료행위를 하여야 한다고 판시함으로써<sup>79)</sup> 대법원의 환자 자기결정권과 환자의 생명권 보호를 위한 의사의 치료 의무에 관한 인식과 그에 대한 판단이 조금씩 변화되어왔음을 알 수 있었다.

기본권 중 가장 우선되는 생명권 중시의 법원의 입장은 일관된다. 그러나 환자의 자기결정권이 더욱 중시되는 의료 환경과 의료현장에서의 인식 변화에 따라 의료행위에 있어서 환자는 대상이나 객체로서가 아닌 주체로서의 역할을 강조하는 방향으로 변화되어왔고 앞으로도 그러한 방향성은 예견된다. 대법원도 환자의 생명권과 자기결정권을 비교형량하거나 대등하다고 인정되는 경우가 있다는 것까지 이르렀다. 이러한 법적 판단은 이후 의료현장에서도 의사가 자신의 직업적 양심에 따라 환자의 양립할 수 없는 두 개의 가치 중 어느 하나를 존중하는 방향으로 행위 하는 것이 가능하고, 이 때 충분한 정보에 근거

79) 대법원 2014.6.26, 선고, 2009도14407, 판결.

한 치료거부에 해당하기 위한 요건들을 고려한 의료적 의사결정이 이루어진다면 앞으로는 환자의 자기결정권 더욱 강조하고 존중하는 방향으로 임상 의료가 시행될 것으로 예측되고 이에 대하여 저자 역시 긍정히는 바이다.

## [ 참 고 문 헌 ]

- 김강운, “헌법상 자기결정권의 의의”, 『법학연구』 제20집, 2005.
- 김민중, 『의료의 법률학』, 신론사, 2011
- 김영태, “의료행위와 환자의 자기결정권에 관한 고찰-대법원 2014. 6. 26. 선고 2009도14407 판결을 중심으로-”, 『의료법학』 제15권 제2호, 2014.
- 김재운, “여호와의 증인의 자기결정권에 따른 수혈거부와 의사의 형사책임”, 『법학논집』 제33권 제3호, 2013.
- 김천수, “의사의 설명 해태와 환자의 가정적 동의-대법원 1999. 12. 21. 선고 98다29261 판결을 중심으로-”, 『대구법학』 제5호, 2002.
- 류화신, “의료분야의 퍼터널리즘에 대한 민사법적 강제-대법원 2005.1.28. 선고 2003다14119 판결에 대한 평석을 겸하여-”, 『한국의료윤리학회지』 제8권 제1호, 2005.
- 문현호, “환자의 진료거부와 의사의 설명의무” 『대법원판례해설』 제89호, 2011.
- 배현아, “급성약물중독 환자에서 위세척의 의료법학적 고찰”, 『대한임상독성학회지』 제3권 제1호, 2005.
- 백경희, “의사의 구명의무와 환자의 자기결정권의 관계에 관한 민법적 고찰”, 『한양법학』 제25권 제3집, 2014.
- \_\_\_\_\_, “환자의 진료협력의무와 의사의 의료과실”, 『의료법학』 제13권 제1호, 2012.
- 오두진, “의료상의 자기결정권 행사와 의사의 진료업무 조화의 법적인 문제”, 『생명윤리정책연구』 제4권 제2호, 2010.
- 의학교육연수원, 『임상윤리학』, 서울대학교출판부, 2005.
- 이상문, “과실치사죄에서 피해자의 승낙-2014.6.26. 선고 2009도14407 판결을 대상으로-”, 『비교형사법연구』 제19권 제1호, 2017.
- 이석배, “결정무능력환자와 자기결정권”, 『한국의료법학회지』 제18권 제1호, 2010.
- 이석우, 『환자의 권리와 무수혈치료』, 학영사, 2005.
- 최경석, “김 할머니 사건에 대한 대법원 판결의 논거 분석과 비판”, 『생명윤리정책연구』 제8권 제2호, 2014.
- 최민수, “의료행위에 있어 환자의 진료거부와 의사의 설명의무”, 『한국의료법학

회지』 제21권 제1호, 2013.

Ivo, Kwon, et al. “A survey of the perspectives of patients who are seriously ill regarding end-of-life decisions in some medical institutions of Korea, China and Japan.” *Journal of Medical Ethics*, 38(5); 2012.

Ridley, Donald T. “Informed consent, informed refusal, informed choice-What is it that makes a patient's medical treatment decisions informed.” *Med. & L.* 205(20): 2013.

[국문초록]

## 환자 자기결정권과 충분한 정보에 근거한 치료거부(informed refusal): 판례 연구

배현아(이화여자대학교 법학전문대학원)

이 글은 환자의 자기결정권에 관한 몇몇 대표적인 판례들을 연혁적으로 검토한 논문이다. 대법원은 과거 음주상태에서 농약을 음독하여 자살을 시도한 환자가 치료를 거부하자 치료를 포기한 의료진에게 특정 의학적 상태(응급상황)에서 의사의 생명보호의무가 환자의 자기결정권 존중보다 우선한다고 판단하여 의료과실을 인정하였다. 이후 대법원은 가족들의 요청에 의해 지속적 식물인간 상태인 환자에게 해당 환자의 의학적 상태(회복불가능한 사망의 단계 등)를 고려하고 환자의 의사를 추정하여 연명의료를 중단하게 하였다.

최근 대법원은 종교적 신념과 관련하여 수혈과 같은 필수적인 치료를 거부한 환자에 대하여 대법원은 환자의 생명 보호에 못지않게 환자의 자기결정권을 존중하여야 할 의무가 대등한 가치를 가지는 것으로 평가할 수 있는 판단 기준을 제시하였다.

인간의 존엄성에 근거한 환자의 자기결정권과 의사의 생명보호의무가 충돌하는 상황에 대하여 연혁적 판례 검토를 통해 법원의 입장이 우리 사회에서 환자의 주체적 역할과 자율성을 존중하는 방향을 반영하여 함께 변화되어 왔음을 확인할 수 있었다.

법원이 생명권이라는 최고의 가치만을 환자의 의사보다 더욱 우선하여 판단해오다가 적어도 명시적인 환자의 의사 또는 그렇지 못할 경우에 추정적 의사까지도 고려한 치료의 유보나 중단에 대하여 고려하기 시작한 것, 종교적 신념에 근거한 자기결정권의 행사로서의 수혈거부와 같은 치료거부에 대하여 충분한 정보에 근거한 치료거부의 몇 가지 적법한 요건들을 인정하기 시작했다는 것은 이후 우리나라 의료 환경에 적잖은 영향을 줄 것이고 의료현장에서 의료행위를 하는 의사들에게도 직·간접적인 지침이 될 것이다.

주제어: 충분한 정보에 근거한 치료거부, 자기결정권, 설명의무, 동의능력



## **Patient's Right of Self-determination and Informed Refusal: Case Comments**

Bae Hyuna

*Ewha Womans University, School of Law*

### **=ABSTRACT=**

This is case comments of several representative legal cases regarding self-determination right of patient. In a case in which an intoxicated patient attempted suicide refusing treatment, the Supreme Court ruled that the medical team's respect for the patient's decision was an act of malpractice, and that in particular medical situations (medical emergencies) the physician's duty to preserve life supersedes the patient's rights to autonomy. Afterwards, at the request of the patient's family, and considering the patient's condition (irrecoverable death stage, etc.) consistent with a persistent vegetative state, the Supreme Court deduced the patient's intention and decide to withdraw life-sustaining treatment.

More recently, regarding patients who refuse blood transfusions or other necessary treatment due to religious beliefs, the Supreme Court established a standard of judgment that can be seen as conferring equal value to the physician's duty to respect patient autonomy and to preserve life.

An empirical study of legal precedent with regard to cases in which the physician's duty to preserve life conflicts with the patient's autonomy, grounded in respect for human dignity, can reveal how the Court's perspective has reflected the role of the patient as a decision-making subject and ways of respecting autonomy in Korean society, and how the Court's stance has changed alongside changing societal beliefs.

The Court has shifted from judging the right to life as the foremost value and prioritizing this over the patient's autonomy, to beginning to at least consider the patient's formally stated or deducible wishes when withholding or withdrawing

\* This work was supported by the Ministry of Education of the Republic of Korea and the National Research Foundation of Korea(NRF-2015S1A3A2046566).

treatment, and to considering exercises of self determination right based on religious belief or certain other justifications with informed refusal. This will have a substantial impact on medical community going forward, and provide implicit and explicit guidance for physicians who are practicing medicine within this environment.

Keyword: self-determination right, informed consent, informed refusal, capacity