

환자의 동의능력과 실질적 자기결정권 보장에 대한 고찰

(대법원 2014. 6. 26. 선고 2009도14407 판결¹⁾을 중심으로)

부산지방법원 판사 강윤진

- 목 차 -

[사건의 개요 및 소송경과]

[연구]

I. 서론

II. 의사의 업무상 주의의무와 설명의무

1. 의사의 주의의무 판단기준
2. 의사의 설명의무

III. 환자의 자기결정권 작동방식

1. 진료의 선택 및 거부
2. 환자의 동의능력
3. 환자 본인의 자기결정권의 한계
4. 환자의 실질적인 자기결정권 보장을 위한 공동의사결정

IV. 대상판결의 검토

1. 종래의 논의
2. 피해자의 승낙과 환자의 동의
3. 환자의 실질적 자기결정권 보장 여부

V. 결론

1) 공2014하, 1504

[논문요지]

의료분쟁에서 공통적으로 문제되고 있는 ‘의료진과 환자 측 사이의 의사소통의 부재’는 의사의 설명의무가 이행되지 않거나 환자의 실질적인 자기결정권이 제대로 보장되지 않는 것으로 나타난다. 그렇다면 의사는 누구에게 설명의무를 어떻게 이행해야 하고, 환자의 자기결정권과 관련하여 고려해야 할 요소는 무엇인가.

의사의 업무상 주의의무의 하나인 설명의무의 핵심은 환자의 주체성을 전제로 한 자기결정권 보장에 있다. 자기결정적 설명의무는 학설과 판례상 널리 인정되어 왔고 2016년 개정된 현행 의료법 제24조의2에도 명시적으로 규정되어 있다. 다만 설명의무의 상대방과 관련하여 ‘환자 본인에게 의사결정능력이 없는 경우’ 그 법정대리인이 동의할 권리를 가지는데, 위 의사결정능력에 대해서는 학계나 실무상 명확한 기준이 없다. 필자의 견해로는 환자의 자기결정권의 전제조건인 환자의 ‘동의능력’을 위 의사결정능력이나 민법상 의사능력, 행위능력과 동일한 개념으로 볼 수 없고, 환자의 평소 신체적·정신적 상황과 치료 과정에서 나타난 태도, 수술의 복잡성 및 위험성에 따라 동의능력을 달리 판단해야 한다.

현재까지의 대법원 판례 중 환자의 동의능력을 명시적으로 다룬 사례는 없으나, 원론적 관점에서 환자 본인의 동의가 전제되어야 하고 환자가 아닌 친족에게만 설명한 경우 설명의무를 이행하지 않은 것으로 보고 있다. 그러나 환자의 동의능력이 상당히 의심스러운 상황(특히 의학적 정보를 이해하기 어렵고 경제적 능력도 없는 고령의 환자인 경우)에서 환자 본인의 자기결정권만을 강조하는 것은 현실적인 한계가 있다. 의료현장에서 환자의 동의능력 상실을 대비하여 환자 보호자의 대리결정이나 공동의사결정의 가능성 또는 환자 본인의 의사가 보호자에 의해 형해화된 상황인지 여부를 판단할 만한 기준을 세우고 그 의사소통 과정을 중요하게 여길 필요가 있다. 일응의 기준으로 ① 수술 등 침습행위가 설명의무를 생략해야 할 정도로 긴급하게 시행되었어야 했는가, ② 수술동의서 등에 서명한 보호자는 환자와 어떤 관계인가, ③ 환자가 동의능력을 상실한 상태였다면 보호자의 대리행사 또는 환자와 보호자의 공동의사결정이 어떻게 이루어졌는가, ④ 환자에게 동의능력이 있었다면 문제된 의료행위의 위험성과 관련하여 어떤 의사소통이 이루어졌는가 등을 고려해야 한다.

대사판결의 사례에서 피고인을 비롯한 의료진이 환자의 신체상태에서 무수혈수술 치료방식이 나쁜 결과를 초래할 가능성이 높은 점, 그럼에도 다른 병원의 치료방식과의 차별성·전문성을 바탕으로 수술의 필요성을 제대로 설명했거나 환자와 보호자에게 상대적 무수혈 치료의 가능성을 숙고하는 절차를 거치는 등의 적극적인 노력을 했다고 볼 수 있는지 의문이다. 실무적으로 의료진과 환자 측의 의사소통 과정을 기록화하는 절차가 세부적인 지침으로 마련될 필요가 있고, 그러한 절차의 보장이 곧 환자의 자기결정권을 보장하는 길이다.

검색어: 의사의 설명의무, 설명의무의 상대방, 의료행위의 위험성, 환자의 동의능력, 자기결정권 보장, 보호자, 대리결정, 공동의사결정, 의료적 소통, 의료적 대화

[사건의 개요 및 소송경과]

1. 사건의 개요

피해자 A(1945년 12월생 여성, 당시 62세)는 1975년경 우측 고관절 부위에 결핵성 관절염을 앓아 골반과 대퇴골의 유합수술을 받았다. 그 후 골반과 대퇴골의 유착된 부위에서 통증 등이 있자, 우측 고관절을 인공고관절로 치환하는 수술을 받기를 원했다.

A는 '여호와 증인' 신도로 다른 사람의 피를 받지 않아야 한다는 교리를 생명보다 소중한 신념을 가지고 있었기 때문에, 다른 사람의 혈액을 수혈(이하 이를 '타가수혈'이라 한다)받지 않는 방식(이하 이를 '무수혈 방식'이라 한다)으로 시술되는 수술을 받고자 했으나 2007년 11월경 3곳의 큰 병원 등에 들러 문의했는데, 위 병원들은 다음과 같은 이유로 무수혈 방식에 의한 수술을 거부했다.

① 인천 H병원: 고관절 유합술 후 상태에서 인공고관절 치환술을 시행하는 경우 일반적인 인공고관절 전 치환술과는 달리 지혈이 어렵기 때문에 출혈량이 많아서 수혈처치가 불가피한데 이를 거부할 경우 사망가능성이 높다. 무수혈 수술의 경우 철분과 적혈구 생성 유도제를 수술 전에 투여한 후 이를 통해 수혈 없이 출혈량을 보전하게 되는데, 환자의 나이가 66세로 임상적으로 이러한 무수혈 수술로는 한계가 있을 것으로 판단하여 수혈이 반드시 필요하다.

② 서울 K병원: 우측 고관절 파괴가 심하고, 하지 단축과 연부조직 구축이 되어 통상적인 고관절의 관절치환술보다는 시간이 더 소요되는 어려운 수술이 될 것으로 판단했다.

③ 부산 D대학병원: 우측 고관절이 상당히 많이 파괴된 상태로 인공고관절 전치환술이 필요하나, 수혈을 거부하면 수술이 불가능하다.

A는 2007. 12. 초순경 J대학병원에 와서 위 병원 소속 정형외과 의사인 피고인에게 문의했는데, 피고인은 전반적인 검사와 혈액종양내과의 답변을 확인한 후 A에 대하여 무수혈 방식에 의해 수술이 가능하다고 판단했고, A에게 무수혈 방식의 수술이 가능하지만 수술 상황에 따라서는 수혈을 하지 아니하면 출혈로 인하여 사망에 이를 위험성이 있음을 설명했다.

A는 자신의 종교적 신념에 따라 어떠한 상황에서도 수혈을 하지 말 것을 피고인에게 요구했고, 2007. 12. 17. 위 병원에, “치료에 있어 전혈수혈이나 성분수혈을 전적으로 금해 주실 것을 본 각서를 통해 알려드립니다. ... 담당 의료진은 치료 도중 전혈이나 혈액성분의 수혈이 필요하다고 느낄지 모르지만, 그렇더라도 수혈을 원치 않는다는 본인의 의지는 확고하며, 설사 환자가 무의식이 되더라도 이 방침은 변하지 않습니다. 본인은 여호와

증인 신분으로, 관련된 문제를 심사숙고한 후 본 의료적/종교적 각서를 작성합니다. 본인의 이러한 방침을 따름으로 인하여 야기되는 모든 피해에 대하여 본인은 병(의)원 및 담당 의료진에게 민·형사상의 어떠한 책임도 묻지 않겠습니다.”라고 기재된 책임면제각서를 제출함으로써, 타가수혈을 거부하겠다는 명확한 의사를 표시했다.

J대학병원 마취통증의학과 의사인 이○○은, 수술 전날인 2007. 12. 19. A와 그의 딸 B를 만나 수술 도중 대량출혈이 발생할 가능성이 있고 그러한 경우 타가수혈을 하지 않으면 장기손상 및 부전에 의한 사망가능성이 매우 높다는 설명을 했으나, B는 위 의사를 복도로 따라 나와 A가 듣지 못하는 상태에서 A에게 수혈이 필요하면 타가수혈을 해 달라고 이야기했다. 위 의사는 2007. 12. 20. 수술 시작 직전에 다시 A에게 타가수혈을 거부하는 의사가 유효한지 확인했으나, A는 여전히 타가수혈을 강력하게 거부했다.

피고인은 A의 요구에 따라 무수혈 방식으로 수술하던 도중 과다출혈로 인하여 범발성 응고장애가 발생하여 지혈이 되지 않고 타가수혈이 필요한 상황이 발생하자, 정형외과 전문의 김○○로 하여금 수술실 밖으로 나가 A의 가족들에게 A의 상태를 설명한 후 타가수혈을 할 것인지 여부를 묻도록 했는데, A의 남편은 '여호와의 증인' 신도였으므로 타가수혈을 거부한 반면 A의 자녀들은 타가수혈을 강력히 원하는 등 가족들 사이에 의견이 나뉘어 확실한 대답을 얻지 못했다. 이에 피고인은 타가수혈 여부를 결정하지 못하고 의료진을 통해 '여호와의 증인' 교섭위원회에 이 사건과 관련된 자문을 급하게 요청했으나 별다른 답신을 받지 못했다. 그러는 중에도 A의 출혈이 계속되어 피고인은 수술을 중단한 후 A를 중환자실로 옮겼다. 그 후 A의 남편도 타가수혈에 동의함으로써 가족들 전부가 타가수혈을 원했으나, 당시는 폐울혈 및 범발성 응고장애가 발생하고 있는 상태라 타가수혈이 증상을 악화시킬 가능성이 있어 병원 측에서는 환자에게 타가수혈을 시행하지 아니했고, A는 결국 다량 실혈로 인한 폐부종으로 사망했다.

2. 1심과 항소심의 판단

가. 1심(광주지방법원 2009. 6. 26. 선고 2008고단2679 판결, 무죄) 및 항소심(광주지방법원 2009. 12. 2. 선고 2009노1622 판결, 검사항소 기각)

1) 피고인이 A에 대하여 무수혈 방식에 의한 수술이 가능하다고 판단한 과실이 있는지 여부

① A가 이전에 내원한 3곳의 병원에서 A에 대하여 무수혈 방식에 의한 수술이 어

렵다고 판단했다는 사정만으로 그러한 수술이 A에 대하여 객관적으로 불가능했다고 단정할 수 없는 점, ② 피고인은 통상적인 방법에 의한 인공고관절 치환술을 매달 10회 이상 시술했고, 각종 무수혈 방식에 의한 수술 경험도 풍부한 점, ③ 무수혈 방식에 의한 인공고관절 치환술은 타가수혈을 하지 않는다는 것만을 제외하고는 통상적인 수혈을 통한 인공고관절 수술법과 어떠한 차이도 없고, 국내에서도 무수혈 방식에 의한 인공고관절 치환술이 여러 차례 성공한 사례가 있는 점(I대학교병원장의 사실조회회신서에는 A와 같은 상태에서도 무수혈 방식에 의한 수술이 가능하고, 병원 측에서도 그러한 환자를 여러 번 수술하여 성공한 적이 있다고 되어 있는 점), ④ A의 고관절 주위의 근육이나 혈관의 유착 정도는 어느 정도는 예상이 되었으나 실제로 수술에 들어가기 전에는 정확하게 알 수는 없었던 것으로 보이는 점, ⑤ 인공고관절 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, ⑥ 피고인은 수술에 들어가기 전 수술의 가능성을 확인하기 위해 피해자에 대한 각종 검사를 했고, 그 검사결과를 갖고 피고인이 근무하는 대학병원의 내과, 마취통증의학과 등 타과의 의료진들과 협진을 통하여 이 사건 수술이 가능하다고 판단했던 점, ⑦ 피고인이 대량출혈에 대비하여 셀 세이버를 비롯하여 지혈제, 항응고제 등을 준비했고, 수술 중 혈관 손상에 대비하여 혈관외과 전문의도 대기하고 있었던 점, ⑧ 대학병원 의사인 피고인이 사적인 이익, 즉 경제적인 목적이나 명성을 얻기 위해 이 사건 수술을 결정했다고 볼 어떠한 정황도 엿보이지 않는 점 등에 비추어 보면, 피고인의 판단에 과실이 있다는 점이 증명되었다고 보기 어렵다.

2) 피고인이 수혈을 하지 않은 행위의 위법성 조각 여부

① 피해자는 '여호와의 증인' 신도로서 타인의 피를 받는 행위를 종교적인 신념에 따라 명백하게 거부하고 있었던 점, ② J대학교병원에서 수술을 받기 전 다른 3개의 병원에서 진료를 받았는데, 그 과정에서도 수술 도중 상당한 출혈이 발생할 수 있어 무수혈 수술은 위험하다는 사실을 고지받았던 점, ③ 그러던 중 J대학교병원에서 무수혈 수술이 가능하다는 얘기를 전해 듣고 위 병원에 찾아갔는데, 피고인으로부터 진료를 받는 과정 및 수술을 준비하는 과정에서도 수술 도중 출혈 발생 가능성 및 그로 인한 위험성 등에 대해 충분한 설명과 고지를 받았던 점, ④ A의 딸은 A가 무수혈 수술을 받는 것을 반대하여 A를 설득하기도 했던 것으로 보이나 A는 결국 자신의 종교적인 신념에 따라 무수

혈 수술을 결정했던 점, ⑤ 이 사건 수술 과정에서 심각한 출혈이 발생한 것을 제외하고는 피고인이 예상하지 못한 상황이 발생했다거나 A가 미리 고려하지 못한 상황이 발생했다고 보기는 어려운 점, ⑥ 어떤 의미에서는 심각한 출혈 자체와 그로 인한 사망의 결과도 A가 이 사건 수술과정에서 발생할 수 있는 최악의 상황으로 가정하고 있었고, 이를 종교적인 이유에서 전부 감내할 의사를 갖고 있었다고 볼 수 있는 점 등에 비추어 보면 피고인이 피해자의 치료방법 선택에 따라 수술과정에서 자가수혈만을 시행하고 타가수혈을 하지 않은 행위는 형법 제24조 소정의 피해자의 승낙에 의한 행위에 해당한다. 설령 급격한 출혈로 인한 응고장애가 위 승낙의 전제사실이 아니라 하더라도, 그 상황 발생 당시 A는 의식이 없었고 피고인은 원래의 A의 의사를 존중하는 틀에서 벗어나지 않으면서 승낙의 철회(타가수혈을 배제한 수술의사의 철회)에 대한 유족들의 의사를 확인했고 여호와의 증인 교섭위원회에까지 자문을 구한 점, 유족들이 타가수혈을 해달라는 통일된 의사를 가져왔을 때는 이미 수혈이 의미가 없는 시점이었던 점 등을 종합하면, 피고인이 타가수혈을 하지 않은 행위는 형법 제20조의 정당행위에 해당하여 위법성이 없다.

3. 대상판결의 요지: 상고 기각

자기결정권의 행사가 유효하다고 하더라도 특별한 사정이 있는 예외적인 경우에 한하여 생명과 대등한 가치를 가지는 것으로 평가될 수 있으므로, 원심의 판단 중에서 환자의 자기결정권 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 적절하지 않다. 그러나 이 사건의 제반 사정을 종합적으로 고려하면, A의 생명과 자기결정권을 비교형량하기 어려운 특별한 사정이 있으므로, 타가수혈하지 아니한 사정만을 가지고 피고인이 의사로서 진료상의 주의의무를 다하지 아니했다고 할 수 없다[대법원은 피고인이 무수혈 방식에 의하여 망인을 수술할 수 있다고 판단한 것에 과실이 있는지 여부에 대해서는 상고이유서 제출기간 도과 후에 제출된 상고이유로서 적법한 상고이유가 될 수 없다고 하여 그에 대해 판단하지 않았다].

[연구]

I. 서론

대부분의 성인들은 자신의 몸에 대해서만큼은 자신이 결정권을 갖고 있다고 생각한다. 그런데 불의의 사고로 다치거나 몸에 심각한 질병이 있음을 발견하여 병원 수술대 위에 누워 마취주사를 맞게 되었을 때에도 그렇게 생각하는 사람은 드물 것이다. 일반적으로 환자는 본인의 신체에 대하여 의학적으로 어떠한 상태에 있는지, 누구로부터 어떠한 처치를 받아야 하는지, 예상되는 결과는 어떤지에 대하여 알고 싶어 한다. 그런데 이러한 알 권리가 충족되지 못한다면 의료행위의 현실적 특수성 즉, 전문성, 밀실성(비공개성), 정보의 편중성, 폐쇄성(집단이기성), 독점성²⁾ 등으로 인해 환자나 그 보호자는 의료행위를 받는 과정에서 불안감, 두려움을 느끼고, 나쁜 결과가 발생하면 뭔가 억울하게 당한 것 같아 피해의식을 갖고 살아가거나 법적인 분쟁에 나서기도 한다.

20세기 초까지만 하더라도 의사와 환자의 관계는 시혜자와 수혜자의 수직적 불평등관계에 있었고, 의사의 환자에 대한 전단적인 의료행위³⁾는 의사의 재량행위라는 명목으로 당연한 것으로 받아들여졌다. 이는 의료윤리의 원칙 중 온정적 간섭주의 또는 선행의 원칙에서 기인하는 경우가 많은데 의사가 환자의 병에 대하여 가장 잘 알고 있는 반면, 환자는 자신의 병에 대한 정보가 거의 없다는 전제에서 시작된다⁴⁾.

이와 같이 의사와 환자간의 인식에 있어서 상당한 차이를 보이고 환자나 보호자가 자기결정권의 상실감과 불신으로 인해 의사를 상대로 형사 고소하거나 민사상 손해배상을 청구하는 사례가 점점 증가하고 있다. 그와 같은 의료분쟁에서 공통적으로 문제된 ‘의료진과 환자 측 사이의 의사소통의 어려움’은, 단적으로 의사들 사이에서는 환자를 직접 마주하지 않는 영상의학과 선호 현상으로, 환자들 사이에서는 자신의 취향에 따라 병원을 비교하면서 찾아다니는 의사쇼핑(doctor shopping) 현상으로 나타나기도 한다.

의료진과 환자 측 사이의 의사소통의 부재는 곧 의료 현실에서 의사의 설명의무가 제대로 이행되지 않거나 환자의 실질적인 자기결정권이 제대로 보장되지 않는 것으로 종종 나타난다. 의사가 중대한 수술을 앞두고 환자보다 보호자에게 설명하여 동의를 받는 경우가 더 많고, 동의서나 서약서에도 보호자만 서명하는 경우가 드물지 않은 현실에서, 오히려 대상판결의 사례가 예외적으로 다가온다. 이는 환자가 보호자들의 반대에도 불구하고

2) 신현호·백경희, 「의료분쟁 조정·소송 총론」, 육법사, 2011, 79면.

3) 의사가 의료행위를 함에 있어서 요구되는 질병이나 의료적 개입의 방식 등에 관한 충분한 설명을 하지 않음으로써 환자의 유효한 승낙이 결여되었거나 혹은 의사가 명시적인 치료거부의사에도 불구하고 치료를 감행한 경우를 지칭한다.

4) 임명호, “임상에서 정신건강의학과 의료윤리의 실제”, 한국의료윤리학회지(제18권), 2015, 36-45면

‘여호와와 증인의 교리에 따른 타가수혈거부’를 명시적으로 표시했던 경우였기 때문이다.

대상판결은 환자의 상태에 대해 무수혈 방식에 의한 인공고관절 수술이 가능하다고 판단한 의사의 주의의무, 환자 본인의 종교적인 신념에 터잡은 자기결정권과 승낙의 효력, 환자의 사망이라는 악결과가 결합된 사례를 다룬 것으로서, 환자의 자기결정권 행사에 따른 의사의 진료의무에 관한 법리를 세우고, 의료진과 환자 측 사이의 어떠한 의사소통이 있었는지를 고려하여 의사의 주의의무위반 여부를 판단했다는 점에서 그 의의를 찾을 수 있다. 이하에서는 의료의 본질이 치료적 대화⁵⁾라는 점을 전제로 의사의 주의의무에 대한 실무상 판단기준과 설명의무의 내용과 범위를 살피고(Ⅱ), 설명의무의 원칙적 상대방인 환자의 진료 선택과 거부, 자기결정권의 전제조건으로서 동의능력의 판단기준과 자기결정권의 한계를 고찰한 다음 판례에서 도출할 수 있는 환자의 실질적 자기결정권 보장을 위한 판단기준을 분석(Ⅲ)할 것이다. 마지막으로 대상판결에 대한 종전 논의를 소개하고 위 판단기준을 적용한 필자의 견해를 밝히고자(Ⅳ) 한다.

Ⅱ. 의사의 업무상 주의의무와 설명의무

1. 의사의 주의의무 판단기준

가. 판례

인간의 생명과 건강을 담당하는 의사에게는 그의 업무의 성질에 비추어 보아 위험방지를 위하여 필요한 최선의 주의의무가 요구되고, 따라서 의사로서는 환자의 상태에 충분히 주의하고 진료 당시의 의학적 지식에 입각하여 그 치료방법의 효과와 부작용 등 모든 사정을 고려하여 최선의 조치를 취하여야 할 주의의무가 있고⁶⁾, 그러한 주의의무를 위반하는 경우에 과실이 있다.

의사가 결과발생을 예견할 수 있었음에도 그 결과발생을 예견하지 못했고 그 결과발생을 회피할 수 있었음에도 불구하고 그 결과발생을 회피하지 못한 과실이 검토되어야 하고, 그 과실의 유무를 판단함에도 같은 업무와 직무에 종사하는 일반적 보통인의 주의 정도를 표준으로 하여야 하며, 이에는 사고 당시의 일반적인 의학의 수준과 의료환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등이 고려되어야 한다⁷⁾. 의사의 주의의무는 의료행위를 할 당시

5) 이상돈·김나경, 「의료법강의」 3판, 법문사, 2017, 7면

6) 대법원 1997. 2. 11. 선고 96다5933, 1998. 2. 27. 선고 97다38442, 1998. 7. 24. 선고 98다12270 판결 등.

7) 대법원 1977. 9. 13. 선고 77도951, 1996. 11. 8. 선고 95도2710, 2006. 10. 26. 선고 2004도486 판결.

의료기관 등 임상의학 분야에서 실천되어 있는 의료행위의 수준을 기준으로 판단해야 하나⁸⁾, 그 의료수준은 통상의 의사에게 의료행위 당시 일반적으로 알려져 있고 또 시인되고 있는 이른바 의학상식을 뜻하므로 진료환경 및 조건·의료환경의 특수성 등을 고려하여 규범적인 수준으로 파악되어야 한다⁹⁾. 또한 의사가 선택한 치료방법이 합리적인 재량의 범위를 벗어난 것이 아닌 한 그 방법을 선택한 것에 과실이 있다고 할 수 없다¹⁰⁾

나. 실무상 판단방식

의료사고에 대한 분쟁에서 사실의 확정을 비롯하여 의료과실과 인과관계에 대한 판단의 기초가 되는 것은 의료기관에서 작성한 진료기록이다. 의료민사소송에 있어서는 진료기록 감정을 비롯하여 감정촉탁, 사실조회의 절차가, 형사소송에 있어서는 진료기록 감정 외에 부검감정서와 같은 법의학 감정 절차가 법관에게 의료에 관한 전문적 지식을 통하여 의료사고의 이해를 돕고 의료과실과 인과관계 등을 판단하기 위한 증거조사절차로 활용되고 있다.

의료과소송에서는 실질적으로 위와 같은 절차를 통해 이루어지는 사실확정이 제일 중요하고 이 단계에서 해당 의사가 어떤 진단을 했고 어떤 행동을 취했는지를 확정한다. 의사는 처음 환자나 그 보호자를 대면했을 때부터 치료 종료 시점까지 자신의 의학 상식과 임상경험을 바탕으로 끊임없이 환자의 상태를 진단하고 그에 맞는 치료계획을 수립·수정해 나간다[다만 소송실무에서 당해 의료과정에서 실시된 행위나 조치가 의학적으로나 의료기술적으로 평가하여 잘못되었다고 할 수 있는지(의료기술상의 과오 판단, 의사의 판단 착오)가 명백하지 않은 경우가 많다]. 그와 동시에 의사는 아래에서 보는 바와 같이 자신의 진단과 치료과정, 부작용 등에 대해 환자와 보호자에게 설명하고 그들의 의견을 듣고 때로는 설득하기 위해 노력해야 한다.

2. 의사의 설명의무

가. 의의: 사전동의(informed consent)

의사의 설명의무는 그 근저에 사전동의(informed consent)라는 관념이 깔려 있다. 이는 환자가 자기의 질병상태, 의료행위의 목적, 방법, 위험성, 대체적 치료법 등에 관하여

8) 대법원 1994. 4. 26. 선고 93다59304, 1999. 3. 26. 선고 98다45379·45386 판결 등.

9) 대법원 2005. 10. 28. 선고 2004다13045, 2010. 6. 24. 선고 2007다62505, 2011. 7. 14. 2009다65416 판결 등.

10) 대법원 1984. 6. 12. 선고 82도3199, 1999. 3. 26. 선고 98다45379·45386, 2012. 6. 14. 선고 2010다95635 판결 등.

바른 설명을 받고 이해한 후에 자주적으로 선택·동의 또는 거부할 수 있는 것을 말하고, 그 핵심은 환자의 주체성을 전제로 한 환자의 자기결정권 보장에 있다¹¹⁾. 설명의무는 침습적인 의료행위로 나아가는 과정에서 의사에게 필수적으로 요구되는 절차상의 조치로서, 특별한 사정이 없는 한 의사 측에 설명의무를 이행한 데 대한 증명책임이 있다고 해석하는 것이 공평·타당한 분담을 그 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상 및 법체계의 통일적 해석의 요구에 부합한다¹²⁾.

나. 자기 결정적 설명의무

1) 내용과 범위

자기결정설명이란 의사가 의료행위에 대한 환자의 동의를 얻기 위한 설명으로써 환자가 자신의 질병의 종류나 상태 등을 바르게 인식하여 자신의 치료와 관련된 침습에 대하여 합리적인 자기결정을 할 수 있도록 필요한 정보를 제공하기 위한 설명을 의미한다. 이러한 자기결정설명에는 진단설명, 경과설명, 위험설명이 있다¹³⁾.

진단설명(Diagnoseaufklärung)은 의사가 각종 검사의 결과를 알아내어 알아낸 병명과 병상에 대하여 환자에게 설명하는 것을 말한다. 진단설명은 환자가 자신의 병명과 병상을 이해하도록 하는 것으로 환자가 자기결정을 하기 위한 제일 중요한 요건으로 보고 있으며, 환자가 병명과 병상을 파악하여 예상되는 의료행위를 준비하는데 필요한 정도로 설명하면 충분하다고 한다¹⁴⁾. 경과설명(Verlaufsaufklärung)은 의사가 시행할 예정의 의료행위와 그 내용인 필요한 의료적 침습의 종류·방법·범위에 관하여 환자에게 설명하는 것을 말한다. 이는 환자가 일정한 치료를 받은 경우 환자의 건강상태가 어떻게 되는가에 관한 정보를 환자에게 제공하여, 환자가 진료를 받을 것인지를 합리적으로 판단해 결정할 수 있도록 도와주는 것이다. 따라서 의사는 의료행위에 기대되는 성과나 필요한 의료행위를 당장 받지 않았을 경우에 예견되는 환자의 건강상태에 대한 경과나 의료행위를 시행함에 있어 확실하거나 가능한 결과(가령 의료적 침습행위를 통하여 절단된 사지, 남게 될 흉터, 지속되는 통증 및 그 밖에 장래의 생활에 있어서 겪게 될 어려움 등에 대한 설명을 말함)를 설명해야 한다¹⁵⁾. 이러한 경과설명에는 환자가 의료행위를 거부할 경우 가능한

11) 박종훈, 의료소송실무, 박영사, 2021, 108면

12) 대법원 2007. 5. 31. 선고 2005다5867 판결, 2010. 8. 19. 선고 2007다41904 판결 등

13) 이덕환, 「의료행위와 법」, 현문사, 2010, 94-96면, 최행식, “의사의 설명의무와 환자의 자기결정권”, 법학연구 제17집(2004.12.), 342면, Wussow, Umfang und Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht, VersR 2002, 1337, 1338.

14) 주호노, 「의사법총론」, 법문사(2012), 564면.

질병의 경과와 그로 인하여 실현 가능한 위험에 대한 설명도 포함한다. 여기에는 진료를 받지 않았을 경우에 발생할 수 있는 위험의 고지도 포함된다. 따라서 환자가 상당한 이유 없이 경솔하게 진료행위에 대해 거절을 하는 경우 의사는 의료조치를 취하지 않고 방치할 경우에 생길 수 있는 결과에 대하여 상세히 언급해 주어야 한다¹⁶⁾. 위험설명(Risikoaufklärung)은 의사가 의료행위를 하는 데 있어서 의료과오가 없는 경우에도 확실히 배제할 수 없는 발생 가능한 후유증이나 부작용, 의료행위와 결부된 위험, 불가피하게 발생하는 후속결과에 관한 정보를 환자에게 설명하는 것이다. 의사의 설명의무는 그 의료행위에 따르는 후유증이나 부작용 등의 위험 발생 가능성이 희소하다는 사정만으로 면제될 수 없으며, 그 후유증이나 부작용이 당해 치료행위에 전형적으로 발생하는 위험이거나 회복할 수 없는 중대한 것인 경우에는 그 발생 가능성의 희소성에도 불구하고 설명의 대상이 된다¹⁷⁾.

2) 법규정

현행 의료법 제24조의2(2016. 12. 20. 개정)는 의사 등에게 사람의 생명 또는 신체에 중대한 위해를 발생하게 할 우려가 있는 수술, 수혈, 전신마취 등을 하는 경우 진단명, 수술 등의 필요성, 방법 및 내용, 참여하는 의사의 성명, 전형적으로 발생이 예상되는 후유증 또는 부작용, 수술 후 준수하여야 할 사항 등을 설명하고 서면으로 동의를 받아야 하며, 그 위반이 있으면 과태료에 처하도록 하고 있다.

다. 설명의무의 상대방

의료법 제24조의2 제1항에 의하면 환자 본인에게 의사결정능력이 있는 경우에는 환자 본인만이, 본인에게 의사결정능력이 없는 경우에는 환자의 법정대리인만이 수술 등 의료적 침습행위에 대해 설명을 듣고 동의할 자격이 있다. 설명의 수령자는 원칙적으로 환자 자신이므로 환자만이 동의할 권리가 있다. 그런데 의료 실무에서는 환자의 보호자에게 의료행위에 대해 설명하고 그로부터 동의를 받는 일이 빈번하다. 이하 별항에서 환자의 자기결정권의 전제조건인 환자의 동의능력과 보호자가 그에 미치는 영향을 검토해보고자 한다.

III. 환자의 자기결정권 작동 방식

15) 최민수, “의료행위에 있어 환자의 진료거부와 의사의 설명의무”, 한국의료법학회지 제21권 제1호(2013), 135면, Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 2002, § 63 Rn. 16.

16) 김천수, 「진료에 대한 설명과 동의의 법리」, 대구대학교출판부(1999), 135면.

17) 대법원 2007. 9. 7. 선고 2005다69540 판결

1. 진료의 선택 및 거부

자기결정권은 인간의 존엄과 가치, 행복을 추구할 권리의 실현을 위한 불가침의 기본적인 권으로서 보장된다. 그런데 환자가 자기결정권을 행사한다는 것은 의사가 앞에서 본 설명의무를 제대로 이행했다는 것을 전제로 한다. 특히 환자의 수술과 같이 신체를 침해하는 진료행위를 하는 경우 의사는 질병의 증상, 치료방법의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 위험 등에 관하여 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 생각되는 사항을 설명하여 당해 환자가 그 필요성이나 위험성을 충분히 비교해 보고 그 진료행위를 받을 것인지 여부를 선택하도록 함으로써 그 진료행위에 대한 동의를 받아야 한다¹⁸⁾. 보건의료기본법도 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 보건의료서비스에 관한 자기결정권에 대하여 규정하고 있다(제12조). 자기결정권은 의료윤리에서도 매우 중요한 의미를 갖는데, 환자의 자기결정권은 의사에게 자율성 존중의무를 부과한다¹⁹⁾.

환자는 의사의 설명을 듣고 자기결정권의 범위 내에서 진료의 선택과 거부를 할 수 있다. 대상판결도 자기결정권 및 신뢰관계를 기초로 하는 진료계약의 본질에 비추어 강제진료를 받아야 하는 등의 특별한 사정이 없는 한 환자는 자유로이 진료 여부를 결정할 수 있고 체결된 진료계약을 해지할 수 있다고 하면서, 환자가 진료행위 내용을 선택하고 변경을 요구하는 경우 원칙적으로 의사는 이를 받아들이고 환자의 요구에 상응한 다른 적절한 진료방법이 있는지를 강구해야 한다고 판시했다.

2. 환자의 동의능력: 자기결정권의 전제조건

가. 문제 제기

위와 같은 자기결정권을 환자가 제대로 행사하기 위해서 전제되어야 할 것이 바로 환자의 동의능력이다. 현행법에서는 환자에게 의사결정능력이 없는 경우 임의후견인이나 법정후견인이 정해져 있다면 그 후견인이 본인을 위해 의료행위 동의권을 대행한다. 그런데 환자에게 성년후견 등이 개시되지 않은 이상 완전한 행위능력자이지만, 실제로는 동의능력이 없는 경우(예를 들어, 환자가 사무처리능력이 지속적으로 결여 또는 부족한 상황

18) 대법원 1994. 4. 15. 선고 92다25885 판결, 2002. 10. 25. 선고 2002다48443 판결 등 참조

19) 류화신, “의료분야의 퍼터널리즘에 대한 민사법적 강제-대법원 2005. 1. 28. 선고 2003다14119 판결에 대한 평석을 겸하여-”, 한국의료윤리학회지(제8권 제1호), 2005, 178면

이지만 평소에는 가족의 도움으로 일상생활을 무리 없이 영위하고 있는 경우, 환자가 해당 질병으로 인해 육체적, 심리적으로 무기력 증상을 보이고 모든 결정권한을 사실상 가족에게 맡기 경우, 이러한 경우 외관상으로는 동의능력이 있는 것처럼 보이기도 한다), 또는 평소 동의능력이 있어도 의사의 설명을 제대로 이해하지 못하거나, 고령으로 은퇴하고 경제적인 능력이 없어 그 자녀가 치료에 대한 결정권한을 행사하는 경우가 의료현실에서 비일비재함에도 우리 법제에서 딱히 규정된 바가 없다²⁰⁾.

환자의 동의능력이 의심되는 경우에도, 의사가 환자 본인에게만 설명하고 환자 본인이 진료를 선택하거나 거부했다는 것만으로 환자의 동의나 승낙이 있었다고 볼 수 있는지 의문이다. 반대로, 의사가 환자 본인이 받을 충격을 우려하여 환자 보호자에게만 설명 의무를 이행하고 그에 따른 치료를 행할 경우 환자의 자기결정권을 침해했다고 볼 수 있는 것인가. 환자의 보호자는 예상치 못한 돌발 상황에서 환자의 자기결정권과 관련하여 어떤 지위에 놓여 있는가.

나. 의료법 제24조의2 신설 경위 및 보호자 등 관련 규정

1951년 제정된 '국민의료법'은 1963년 '의료법'으로 그 명칭이 변경되었고, 2007년 의료법 개정안 발의 당시 의료인의 집단적인 반발을 불러일으킨 사항 중 하나가 의사의 설명의무 조항의 신설이었다. 2007년 개정의료법안 제3조 제2항은 “의료인은 환자나 환자의 보호자에게 질병 및 그 치료방법 등을 설명해야 한다”고 규정함으로써 그동안 판례와 이론에 의해 인정되어 왔고, 응급의료에 관한 법률(이하 응급의료법)과 보건의료기본법에 이미 언급된 바 있는 의사의 설명의무를 명시화했다²¹⁾. 그러나 이 규정은 여러 논란 끝에 입법되지 않았고(의료법 제24조만 존재)²²⁾, 2016년 개정 의료법에 와서야 설명의무 위반 자체에 대한 제재와 함께 위 제24조의2 규정이 신설되었다.

환자의 보호자가 설명의 상대방이 되는 경우에 대해, 응급의료법 제9조 제2항은 응급 환자가 의사결정능력이 없는 경우 '법정대리인'에게, 법정대리인이 동행하지 아니한 경우에는 '동행한 사람'에 대한 설명도 가능하도록 규정해 왔다. 의료법에서는 진료와 관련하

20) 같은 취지의 문제제기로서 김수정, “의료행위에 대한 동의에서 환자 보호자의 법적 지위와 역할”, 의료법학 제20권(2019), 45-50면. 외국의 입법례 중 상당수는, 환자의 의사결정능력이 없으나 후견인이 정해져 있지 않은 경우 환자의 가족, 경우에 따라서는 지인에게 동의권의 대행을 인정하는 법률의 규정을 두고 있다. 또 동의권의 대행을 긍정하지는 않지만 일정 범위 내에서 가족 등의 참여를 인정하는 입법례도 존재한다. 더 상세한 사항은 김수정, 같은 논문, 51-71면 참조.

21) 김나경, “의사의 설명의무의 법적 이해”, 한국의료법학회지 제15권 제1호(2007), 8면 이하.

22) 의료법 제24조(요양방법 지도) 의료인은 환자나 환자의 보호자에게 요양방법이나 그 밖에 건강관리에 필요한 사항을 지도하여야 한다.

여 환자의 '보호자'에게 환자 본인에 준하는 동의권을 인정하는 규정들이 존재한다. 예컨대 의료법 제47조의2에 따르면 의료기관의 장은 입원환자를 긴급히 전원(轉院)시키지 않으면 입원환자의 생명·건강에 중대한 위험이 발생할 수 있음에도 환자나 보호자의 동의를 받을 수 없는 등 불가피한 사유가 있는 경우에는 시장·군수·구청장의 승인을 받아 입원환자를 다른 의료기관으로 전원시킬 수 있다고 규정하고 있고, 의료법 제21조의2 제1항에 따르면 의료인 또는 의료기관의 장은 다른 의료인 또는 의료기관의 장으로부터 진료기록의 내용 확인이나 진료기록의 사본 및 환자의 진료경과에 대한 소견 등을 송부 또는 전송할 것을 요청받은 경우 해당 환자나 환자 보호자의 동의를 받아 그 요청에 응하여야 한다고 규정하고 있어 환자 보호자에게 일정한 동의권한을 인정하고 있다.

다. 동의능력의 판단기준 등: 의사결정능력, 행위능력과 구별

의료법 제24조의2와 응급의료법 제9조 제2항에서 공통적으로 나오는 환자의 '의사결정능력'은 실정법상 명문규정이 없는 환자의 '동의능력'과 같은 뜻이 아니다. 의료법 제24조의2가 신설되기 전부터 있었던 응급의료법에 이미 '환자의 의사결정능력'이라는 표현이 존재해 왔는데, 응급상황에서 환자의 의사결정능력 존부는 응급의료자의 관점에서 직관적으로 파악할 수 있는 명확한 표지로 기능해야 하기 때문이다. 따라서 의사결정능력은 민법상의 '의사능력'이라 봐야 하고, 형법상 책임무능력자의 '의사결정능력'과도 유사하다. 민법상 의사능력은 자신의 행위의 의미나 결과를 정상적인 인식력과 예기력을 바탕으로 합리적으로 판단할 수 있는 정신적 능력 내지는 지능을 말하는 것으로서, 의사능력의 유무는 구체적인 법률행위와 관련하여 개별적으로 판단되어야 할 것이다²³⁾. 의사무능력자의 예로 7세 미만의 유아, 정신질환자, 만취자, 의식불명에 준하는 환자 등을 들 수 있다. 그렇다면 의사무능력자의 경우 동의능력이 없음은 이론의 여지가 별로 없으나, 위와 같은 규정만으로 환자의 동의능력을 설명할 수는 없다.

또한 환자의 의료행위에 대한 동의의 법적 성질은 법률행위(의사표시)가 아니라 의사의 통지로서 준법률행위로 보는 게 일반적이다²⁴⁾. 즉 의사의 통지를 한 환자의 내심의 의사와는 관계없이 그 효과가 결정되므로 의료행위의 동의능력은 행위능력과 구별된다. 예를 들어 행위무능력자인 미성년자²⁵⁾, 피성년후견인 또는 피한정후견인도 동의능력이 인정

23) 대법원 2002. 10. 11. 2001다10113 판결.

24) 더 상세한 논의에 대해서는, 동의의 법적성질과 인정기준에 대한 미국, 독일, 일본의 논의를 소개한 김천수, "의료행위에 대한 동의능력과 동의권자", 민사법학 제13·14호(1996) 참조.

25) 동의능력의 기준에 관하여, 김민중, 「의료의 법률학」, 신론사, 2013, 504면(만 16세 이상으로 보는 견해), 김재윤, "여호와의 증인의 자기결정권에 따른 수혈거부와 의사의 형사책임", 법학논집(제33권

되는 경우가 있다. 민법 제947조의2 제1항은 피성년후견인은 자신의 신상에 관하여 그의 상태가 허락하는 범위에서 단독으로 결정한다“고 규정하고 피한정후견인도 마찬가지다(민법 제959조의6).

그동안 국내 학계와 실무에서는 주로 의사의 설명의무를 중심으로, 설명의무의 상대방으로서 원칙적으로 환자 본인의 동의가 필요하다는 점을 강조해 왔다. 한편 독일에서는 성인의 동의능력을 판단하기 위해서는 구체적인 상황을 고려해야 하며 심리학이나 정신의학의 실제적인 지식에 기초하여 판단될 수 있다고 하면서 환자의 자율권과 의사의 후견적 개입을 어느 정도로 인정할지 여부에 따라 견해가 대립한다고 한다²⁶⁾. 우리나라에서는 주로 미성년 환자의 동의능력에 대해 논의하면서, 의료행위의 동의능력이란 환자 자신이 정신적 내지 신체적 성숙에 의하여 의료침습이나 그 의료침습에 대한 동의의 의미 및 위험을 판단할 수 있는 능력, 즉 자연적인 인식능력과 통제능력을 말하고, 구체적으로 ① 단순한 설명을 통하여 치료의 내용이나 성질, 목적, 왜 그 치료가 필요한가에 대하여 이해할 수 있고, ② 치료의 주된 효과, 위험성 및 치료방법을 이해할 수 있으며 ③ 치료를 받지 아니하면 어떤 결과가 야기되는가를 이해할 수 있고, ④ 이해한 정보를 계속 기억하며, 또한 그 정보를 이용하거나 비교형량하여 의사결정에 도달할 수 있는 능력²⁷⁾으로 보기도 한다.

동의능력의 판단기준과 관련하여, ① 설명의 사실적 내용을 이해하고 이를 동의 여부를 결정하는 기초로 할 수 있는 구체적인 환자의 정신능력이라고 정의하면서 동의능력은 객관적인 기준에 의해 획일적으로 결정할 수 없고, 환자의 연령과 당해 수술의 복잡성 및 위험성의 정도를 고려하여 결정해야 한다는 견해²⁸⁾, ② 동의능력은 일반적인 자기의 행위의 의미를 이해할 수 있는 의사능력보다는 고도의 능력이라고 하는 견해²⁹⁾, ③ 개인의 정신적인 성숙도와 개인에게 행해지는 의료행위로 발생할 수 있는 위험-이익관계를 함께 고려하는 것이 타당하다는 견해³⁰⁾, ④ 재산거래에서만만큼의 높은 정도의 판단능력일 필요는 없고, 스스로 정신적 유체적 고통과 손상 및 위험을 수인할 것을 결정할 수 있을 정도

제3호), 2013, 205면, 이재경, ‘한국과 독일에 있어서 환자의 동의능력에 관한 비교법적 연구’, 민사법학(제50호), 2010, 538-539면(만 14세 이상으로 보는 견해)

26) 이재경, 앞의 논문(주25), 533-535면

27) 김민중, 앞의 책(주25), 504면, “미성년자에 대한 의료행위와 부모의 권한-종교상의 신념에 기한 수혈거부를 중심으로”, 의료법학 제13권 제2호, 2012, 227-228면.

28) 김천수, 앞의 논문(주24), 230면

29) 윤석찬, “의료행위에 대한 미성년자의 동의능력에 관한 고찰”, 법학논총 제28집 제1호(2008), 287면

30) 이재경, 앞의 논문(주25), 537-541면.

의 능력이라는 견해³¹⁾가 있다³²⁾.

필자는 기본적으로 개인의 정신적인 성숙도와 의료행위로 인해 발생할 수 있는 위험-이익관계를 고려하여 환자의 동의능력을 판단한다는 위 ③견해에 동의하나, 이와 더불어 해당 의료행위가 생명이나 신체에 미치는 영향이 중대하다면, 그 중대성과 관련한 보호자(보호자가 없는 경우 특정후견인이나 위원회 등 사회적 후견제도)의 역할이 보완되어야 한다고 본다³³⁾. 즉 상대적으로 위험성이 큰 의료행위에 대해서는 환자 본인이 그 위험에 동의했다 해도 이를 보호자 등 다른 주체가 논의하는 의사소통 절차를 거칠 필요가 있다는 것이다. 개인적 법익 중에서도 생명, 신체에 대한 처분은 다른 개인적 법익처럼 개인의 의사에 완전히 맡길 수 없는 특별한 성격을 가지고 있기 때문이다. 물론 환자의 동의능력을 엄격하게 요구하는 것이 환자의 자기결정권의 존중에 반하는 것일 수 있으나, 환자 본인의 동의능력 자체를 이상화하여 형식적으로 환자 본인에게만 설명하고 그 동의를 받았으니 환자의 자기결정권을 보장한 것이라는 입장은 중대한 침습행위에 있어서 의사의 책임회피사유로 기능할 위험성이 있다. 의료행위로 위험이 발생할 가능성이 큰 중대한 수술의 경우에 그러한 의료행위로 얻을 수 있는 이익이 위험보다 더 큰 경우, 이익이 위험보다 훨씬 적은 경우, 이익과 위험의 정도가 비슷한 경우 등에 있어서 본인에게 요구되는 능력은 각기 다르다고 할 것이다. 따라서 의사무능력자, 행위무능력자와 같이 정형화된 기준이 동의능력에 적용되는 것은 아니고 환자의 평소 신체적·정신적 상황과 치료 과정에 나타난 태도, 수술의 복잡성 및 위험성에 따라 동의능력이 달라질 수 있다.

라. 판례의 태도

현재까지의 대법원 판례 중 환자의 동의능력을 명시적으로 다룬 사례는 없고, 원론적 관점에서 수술 등 침습적 의료행위를 하는 경우 반드시 환자 본인의 동의가 전제되어야 하고 환자가 아닌 친족에게만 설명한 경우 설명의무를 이행하지 않은 것이며 환자의 동의를 얻은 것이 아니라고 보고 있다. 한편 위자료 청구와 관련하여 환자의 가족들에게는

31) 석희태, “의료과오 민사책임에 관한 연구”, 연세대학교 대학원 박사학위논문(1988), 37면

32) 참고로, 미국의 통일주법위원회(National Conference of Commissioners on Uniform State Laws)가 마련한 의료행위 결정에 관한 통일법(Uniform Health-Care Decisions Act, UHCDA)의 정의규정(Section 1. Definitions in this Act)에는 동의능력(Capacity)에 대해, 제안된 의료행위에 대한 중요한 이익, 위험, 대안을 이해하고 의료행위 결정을 하고 소통할 수 있는 능력(an individual's ability to understand the significant benefits, risks, and alternative to proposed health care and to make and communicate a health-care decision)으로 정의하고 있다.

33) 앞의 논문(주25)에서는 의료행위의 중대성은 고려의 요소가 되지 않는다고 봤다.

조언설명의무를 부담하지 않는다고 판시하기도 했다.

(1) 사례 1: 시숙의 동의(대법원 1994. 11. 25. 선고 94다35671 판결)

피고 병원에서 환자(여성)가 교통사고로 좌측 상완골 간부 분쇄골절에 대한 수술을 하기로 했는데, 그 전날 환자의 시숙 갑이 '이 사건 수술을 함에 있어 의사의 병내용 설명을 숙지하고 자유의사로 승낙하며 수술중 및 수술후 경과에 대하여 의사와 병원 당국에 하등 민·형사상의 책임을 묻지 아니하기로 하고 수술시행을 승인한다'는 내용의 부동문자로 인쇄된 수술승인서 용지에 서명날인한 사실은 인정되나, 그 인정사실만으로는 환자에 대한 수술 및 그 준비로서의 마취를 함에 있어서 피고 병원 의료진이 환자나 그 가족에게 이 사건 수술, 특히 전신마취가 초래할 수 있는 위험성이나 부작용에 대하여 설명의무를 다했다고 볼 수 없으며, 환자가 성인으로서의 판단능력을 갖고 있는 이상 인척에 불과한 갑의 승낙으로써 환자의 승낙에 갈음하는 것은 허용되지 아니한다고 할 것이므로, 이는 환자에 대한 설명의무를 다하지 아니함과 아울러 환자의 승낙권을 침해하여 이루어진 위법한 행위다.

(2) 형제의 동의

(가) 사례 2: 대법원 1997. 7. 22. 선고 96다37682 판결

환자(만 24세 여성)는 고혈압 등 심장 질환을 치료하기 위해 피고 병원에 내원했고, 피고 병원 의사는 환자의 오빠인 갑에게 환자의 심장질환에 대한 진단소견, 병의 상태, 수술의 필요성 및 합병증을 설명한 다음 이 사건 심장수술에 대한 승낙을 받았으나, 환자에 대해서는 사전에 수술에 대해 아무런 설명을 하지 않고 승낙을 받지도 않았다. 그런데 환자에 대하여 긴급하게 개심수술을 요하는 경우가 아니어서 환자의 승낙을 받는 것이 가능했고 원고의 승낙을 요하지 않는 특별한 사정이 있는 경우에 해당하지 않았으며 원고가 성인으로서 판단능력을 갖고 있는 이상 친족인 환자의 오빠의 승낙으로써 환자의 승낙에 갈음하는 것은 허용되지 않으므로, 설명의무를 다하지 아니함과 아울러 환자의 승낙권을 침해하여 이루어진 위법한 행위다.

(나) 사례 3: 서울고등법원 2018. 7. 12. 선고 2017나2037919(확정)

환자는 피고 병원에 오기 전부터 뇌기저부 종양(척삭종)의 악화로 급격하게 시력과 청력이 저하되고 있었고, 피고 병원에 처음 내원했을 당시(만 40세 남성) 주관적으로 좌측 시력과 청력이 완전히 상실된 상태였는데, 피고 병원 의료진은 시력과 청력의 보존

을 위해 위 종양을 제거하는 수술을하기로 결정했다. 그런데 이 사건 수술 전에 환자의 동생인 원고 갑에게 이 사건 수술의 필요성과 목적 및 효과, 수술 과정, 방법 및 성공가능성, 수술 과정 중 발생할 수 있는 문제점, 이 사건 수술 부위의 종양이 신경과 동맥에 인접해 있어서 위 수술 과정에서 신경 또는 동맥의 손상으로 환자가 사망할 가능성에 대해 설명한 사실, 원고 갑은 이 사건 수술 및 마취에 관한 동의서에 대리인으로 서명했는데 위 동의서 중 수술동의서에는 환자 본인이 서명하지 않은 이유에 대한 아무런 기록이 없는 반면, 마취동의서에는 원고 갑이 대리인으로 서명하게 된 이유로 '환자가 의사결정을 하기 힘든 신체적, 정신적 장애가 있는 경우'라고 기록되어 있는 사실을 각 인정할 수 있다.

그러나 ① 원고 갑이 피고 병원에 내원하여 환자의 상태에 대해 피고 병원 의료진에게 설명했는데, 당시 환자는 사지마비 상태였으나 의식은 명료했던 점, ② 성인이었던 환자가 위 설명 당시 판단능력을 상실하여 의사결정을 하기 힘든 상태에 있었다거나, 환자가 원고 갑과 함께 이 사건 수술에 대한 설명을 듣고 사지마비 상태에 있어 동의서상 서명만 원고 갑이 하도록 했다거나 또는 피고 병원 의료진에게서 설명을 들은 원고 갑으로부터 다시 의료진의 설명 내용을 충실해 전해 듣고 자기결정권을 행사했음을 인정할 아무런 증거가 없는 점, ③ 원고 갑은 환자의 부모인 원고 을, 병을 대신하여 환자의 법정대리인의 지위에 있지도 않았고, 피고 병원 의료진이 환자의 법정대리인 지위에 있는 원고 을, 병에게 이 사건 수술에 관하여 설명하고 그에 대한 동의를 받아야 할 것임에도 그와 같은 조치를 취했음을 인정할 아무런 증거가 없는 점, ④ 환자의 가족인 원고들이 피고 병원 이전에 내원했던 4개 병원의 의료진은 수술적 치료가 아닌 보존적 치료를 권유하는 등 치료방법에 관한 의견이 달랐고, 환자가 이 사건 수술을 받는 경우 사망의 위험성이 다른 척삭종 환자에 비해 더 높은 상황이었던 점, ⑤ 환자와 원고들이 피고 병원에 내원하기 전부터 척삭종에 관한 치료방법의 종류, 각 치료법의 장·단점, 척삭종 절제술의 위험성 등에 대해 충분히 알고 있었다고 볼 만한 증거가 없는 점 등에 비추어 보면, 피고 병원 의료진이 환자에게 이 사건 수술에 대한 설명의무를 이행했다고 보기 어렵고, 피고 병원 의료진은 이 사건 수술을 함에 있어서 설명의무를 위반하여 망인의 자기결정권을 침해했다고 할 것이다.

(3) 아들(장남)의 동의

(가) 사례 4: 대법원 2015. 10. 29. 선고 2015다13843 판결

피고 병원에서 직장암 수술을 받게 된 환자(망인, 당시 76세 남성)가 직접 의사의 설명을 듣고 수술에 동의할 수 없었던 특별한 사정이 없는 한 환자 본인인 망인이 아니라 그 아들에게 망인의 상태, 이 사건 수술의 내용과 그로 인한 후유증을 설명했다는 것만으로는 피고(의사)가 환자에 대한 설명의무를 다했다고 볼 수 없으므로, 망인이 그 아들을 통하여 피고의 위와 같은 설명 내용을 전달받아 파악했는지 여부를 심리하지 아니한 채 피고가 환자 본인이 아닌 그 아들에게 설명한 것만으로 설명의무를 이행했다고 단정할 수 없다.

(나) 사례 5: 서울고등법원 2018. 9. 20. 선고 2016나20212389 판결(확정)

피고병원에서 심장 승모판 협착 등의 진단을 받고 1차 수술을 받기 전날 환자(당시 만 71세 남성)의 아들인 갑에게 이 사건 수술 과정 및 방법, 수술 후 발생 가능한 합병증, 후유증 및 기능장애, 수술 및 마취과정에서 발생할 수 있는 문제점, 수혈과 관련된 문제 등에 대해 설명한 사실, 갑은 위와 같은 설명을 모두 들었다는 취지로 수술동의서에 환자의 대리인 자격으로 서명했는데, 위 동의서에 환자 본인이 서명하지 않고 대리인이 서명한 사유에 대하여는 아무런 기재가 없는 사실을 인정할 수 있다. 한편, ① 수술 직전 간호진행기록과 수술 3일전 간호정보조사지 등에 의하면 당시 환자의 의식은 명료했던 것으로 보이는 점, ② 환자가 피고병원 의료진의 수술에 대한 설명 당시 판단능력을 상실하여 의사결정을 하기 힘든 상태에 있었다거나, 수술동의서를 직접 작성할 수 없었던 정황을 추단할 만한 자료를 발견할 수 없고, 아들인 갑으로부터 피고 병원 의료진의 설명 내용을 다시 충실히 전해 듣고 자기결정권을 행사했음을 인정할 아무런 증거가 없는 점, ③ 이 사건 수술이 설명의무를 생략해야 할 정도로 긴급하게 시행되어야 할 응급수술이라고 볼 수 없는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 수술을 시행함에 있어서 설명의무를 위반하여 환자의 자기결정권을 침해했다고 봄이 상당하다.

(4) 사례 6: 가족에 대한 설명의무 부정(대법원 2014. 12. 24. 선고 2013다28629 판결)

피고 병원에서 위암으로 인한 위절제 수술을 받게 된 환자 본인에게 의사가 그 수술의 위험성에 대해 설명의무를 제대로 이행하지 않았다는 점은 인정할 수 있다. 그러나 환자의 수술청약서에 당해 환자와 더불어 그 배우자도 서명했다거나 의사가 당해 수술에 관하여 그 배우자의 동의가 필요하다고 인식하고 있었다는 사정만으로 의사가 당해 환자 외에 그 배우자에 대하여도 수술을 받을 것인지의 선택을 위한 조언설명 의무를 부담하는

것은 아니라고 할 것이다. 따라서 피고 병원 의료진이 환자의 배우자에게 설명의무 불이행에 따른 위자료 등 손해를 배상할 의무는 인정되지 않는다.

사례 1과 2의 경우는 2000년대 이전 사건으로서 환자 본인에게 설명하지 않은 것은 물론, 사례 1은 환자의 보호자인지 의심스러운 먼 친척(시숙)의 수술 동의서 서명만으로, 사례 2는 환자가 24세의 성인으로서 응급 상태에 있지 않았음에도 환자의 오빠에게만 설명하고 수술을 시행한 것으로서 수술 직전 환자의 판단능력이 당연히 있었음을 전제로 했다. 그에 비해 사례 3, 4, 5의 경우는 환자가 수술 이전부터 신체적으로나 경제적으로 보호자에게 의지하고 있었던 상황이었고 동의능력 존부가 상당히 의심스러운 상황이었던 것으로 보인다. 사례 3은 피고 병원에 오기 이전부터 이미 정상적인 의사소통이 힘든 상황(사지마비에다가 시력과 청력이 저하된 상황)이었는바, 환자 본인의 자기결정권 행사를 위해서는 보호자들의 도움이 절실했다. 사례 4와 5의 경우도 마찬가지로 70대 환자로서 이미 기저질환으로 심신이 쇠약해져 있었고 아들이 보호자로서 의료진과의 의사소통 창구 역할을 하고 있었던 것이다.

3. 환자 본인의 자기결정권의 한계

환자의 동의능력 판단은, 형사에서는 위법성을 조각하는 피해자의 승낙 또는 정당행위가 있었는지 여부를, 민사에서는 의사의 설명의무 위반과 악결과 사이에 인과관계가 있는지 여부를 판단함에 있어 중요한 전제사실이다. 다만 앞서 보았듯이 동의라는 것은 내심의 의사와 달라도 효력을 발휘하기 때문에 단순히 환자의 진의와 달랐다고 하여 그 동의가 무효가 되진 않을 것이다. 그렇다면 환자가 동의를 하기까지의 과정을 실질적으로 살펴봐야 한다.

그런데 의료진이 환자의 건강을 유지하고 회복하기 위해 치료를 제대로 하는 것에만 집중해도 인력과 시간이 부족한 의료현장에서 환자의 동의능력 존부를 의사가 단번에 판단하기는 쉽지 않다. 현실적으로, 환자 개인이 온전히 자기결정권을 행사할 수 있다는 명제, 즉 '분별력 있는 환자'를 전제로 한 의사의 설명의무가 제대로 실현되는 게 오히려 드물 수 있다. 오히려 그런 분별력 있는 환자의 동의는 대부분 환자의 자기결정권이 문제될 만큼의 침습행위나 나쁜 결과가 발생할 수 있는 의료행위가 아닌 경우에 대한 것이 더 많다³⁴⁾. 또한 우리나라를 비롯한 동아시아 국가에서는 의료행위 결정이 환자의 절대적 사적

34) 의사의 설명은 모든 의료과정 전반을 대상으로 하는 것이 아니라 수술 등 침습을 가하는 과정 및 그 후에 나쁜 결과 발생의 개연성이 있는 의료행위를 하는 경우 또는 사망 등의 중대한 결과발생이 예

자치 영역에 속한다기보다 가족 구성원과 의사를 함께 결정하는 경향이 있어 왔고, 위 판례에서 보듯이 여성 환자의 경우 의료진 사이에서는 그 보호자에게 설명하고 동의를 받는 것으로 충분하다는 인식이 있었던 게 현실이다.

환자의 자기결정권은 일반적인 개인의 자기결정권과 같은 선상에 놓을 수 없는 특수성이 있다. 원래 자율성은 언제나 충분히 발현될 수 있는 것이 아니고 자율성에 대한 제약이 허용될 수밖에 없는 사정들-개인이 처한 상황, 정보의 빈약, 공동체로부터의 영향, 전통으로부터의 영향-이 존재한다. 그런데 자칭, 타칭 '환자'인 사람들은 이미 객관적으로 또는 주관적으로 아프거나 외상을 입은 상태에 처해 있고, 신체적·정신적인 고통으로 자율성이나 의지가 상실되어 있다(그 정도의 차이가 있을 뿐이다). 게다가 환자는 의료서비스를 받는 사람으로서 그에 대한 경제적인 대가를 어떤 방식으로든 부담해야 하는 사람들이고 실제로 그와 같은 부담으로 인해 보험에 가입하여 경제적 손해를 최소화하거나, 아예 병원에 가지 않는 사례도 적지 않다. 그와 같은 상황에서 의사가 수술 등의 과정과 부작용을 남김없이 설명하는 등 충분한 정보를 환자 본인에게 제공한다고 해서, 평소에 이성적이었던 환자 본인이 의사의 설명을 들을 당시에 의사의 설명을 충분히 이해하고 합리적인 동의를 하리라는 보장이 없다. 심지어 의학적 정보를 이해하기 어렵고 경제적 능력도 없는 고령의 환자인 경우, 본인에게만 의사가 설명하여 동의를 받는 것은 진정한 환자 본인의 동의였다고 보기 힘든 경우가 많을 것이다.

그래서 생명 유지와 연결되는 또는 중대한 위험이 초래될 수 있는 침습 치료를 앞둔 경우 현재까지의 의료관행에서는 환자보다 더 상황을 이성적으로 볼 수 있는 위치에 있고 경제적 부담능력이 있는 보호자에게 설명의무를 다 하고 환자에게는 따로 요구가 있거나 처치에 필요한 경우에만 설명을 하는 사례가 더 많았다고 볼 수도 있을 것이다. 위에서 든 사례의 의료진들도 환자 본인에게 설명을 해봤자 이를 받아들이기 어려운 상태에 있거나 오히려 악영향을 미칠 것 같으니, 보호자에게 설명하는 방법을 택했다고 볼 수 있다.

측되는 의료행위를 하는 경우 등과 같이 환자에게 자기결정에 의한 선택이 요구되는 경우만을 대상으로 하여야 하고, 환자에게 발생한 중대한 결과가 의사의 침습행위로 인한 것이 아니거나 환자의 자기결정권이 문제되지 아니하는 사항에 관한 것은 위자료 지급대상으로서의 설명의무위반이 문제될 여지는 없다. 또한 즉시 추가검사 등 의료행위를 시행하지 않고 경과관찰을 선택한 의사의 판단이 합리적인 범위에 있다면, 환자의 상태가 당시의 의료수준에서 예상할 수 있는 통상의 예후와는 달리 갑자기 악화될 예외적 가능성까지 고려하여 환자의 상태가 갑자기 악화될 수 있다거나 그에 대비한 추가검사를 받을 것인지에 관한 설명을 하지 않았다고 하더라도, 의사가 설명의무를 위반하여 환자의 치료기회를 상실시켰다거나 자기결정권을 침해했다고 할 수 없다(대법원 2013. 2. 28. 선고 2011다36848 판결 등 참조).

한편 이와 반대의 경우도 생각해 볼 수 있다. 환자가 가족들에게 쉽게 좌지우지되거나 가족들의 신념에 못이겨 특정한 종교를 믿게 된 상황에서(대상판결의 사례와 반대의 경우). '가족들의 결정에 따르겠다'는 것이 환자의 자기결정권의 행사이자 동의로 표현된 경우, 환자의 자기결정권이 제대로 보장된 것인지도 의문이다. 위와 같은 경우는 여호와의 증인 신자를 부모로 둔 미성년 환자의 사례에서 문제된 적이 있는데(대법원 1980. 4. 24. 선고 79도1387 판결), 당시 환자의 나이가 만 11세 정도로 사리를 변식할 능력이 없다고 보아 동의능력이 부정되어 환자의 수혈거부를 진정한 자기결정권의 행사로 보지 않았다. 그러나 만약 환자가 만14세 이상의 의사결정능력 있는 미성년자였거나 성인이고, 환자의 권리의식이 높아진 현재 그러한 사례가 법원에 온다면 환자의 동의능력을 단순히 부인하기란 쉽지 않을 것이다.

4. 환자의 실질적인 자기결정권 보장을 위한 공동의사결정

환자 본인의 자기결정권 행사는 어떠한 경우에서든 가족과 가까운 지인들의 영향을 크게 받을 수밖에 없다. 또는 환자 본인이 크게 의지하는 공동체나 종교적 신념일 수도 있겠다. 그렇다면 설명의무를 이행한 데 대한 증명책임이 있는 의료진의 입장에서도 그동안의 관행을 단순히 반성하고 환자 본인에 대한 설명의무를 강화하는 것을 넘어서 환자의 동의능력 상실시 환자 보호자의 대리결정이나 공동의사결정의 가능성 또는 환자 본인의 의사가 보호자에 의해 형해화된 상황인지 여부를 판단할 만한 기준을 세우고 그 의사소통 과정을 중요하게 여길 필요가 있다. 현재 의료현장에서 사용되는 수술 또는 시술동의서에는 설명의사, 환자, 보호자(법정대리인)가 서명하는 란이 각각 존재하나, 어느 범위의 사람을 보호자로 포섭할 것인지에 대해서 따로 정해진 지침은 없다. 다만 위 동의서에 '환자 이외 대리인이 서명하게 된 사유'는 크게 4가지로서, "① 환자의 신체·정신적 장애로 인하여 약정 내용에 대해서 이해하지 못함, ② 미성년자로 약정 내용에 대하여 이해하지 못함, ③ 설명하는 것이 환자의 심신에 중대한 나쁜 영향을 미칠 것이 명백함, ④ [위임계약서 □유] 환자 본인이 승낙에 관한 권한을 특정인에게 위임"을 들고 있다. 위 동의서에 대리인이 서명하게 된다는 것은 곧 의사의 설명 당시 환자의 동의능력이 상실되어 보호자가 환자의 동의권을 대리행사한다는 중요한 의미를 갖고 있음에도, 실제로는 따로 환자의 포괄적 위임이 있음을 표시하지 않고도 위와 같은 동의서에 형식적으로 환자가 아닌 보호자만 서명하는 경우가 많다.

그렇다면 실무상 환자의 자기결정권이 보장되었는지 여부를 어떻게 판단해야 할까. 위

제2의 라.항에서 든 판례의 사실 인정과 판단에서 환자의 보호자가 환자와 함께 또는 환자를 대신하여 설명을 듣고 중대한 침습행위에 동의한(보통 서명으로 표시됨) 경우 환자의 자기결정권이 실질적으로 보장됐는지 여부와 관련한 일응의 기준을 도출할 수 있다. **우선 수술 등 침습행위가 설명의무를 생략해야 할 정도로 긴급하게 시행되어야 할 처치였는가.** 응급의료법 제9조 제1항도 설명의무가 배제되는 경우로 “설명 및 동의 절차로 인하여 응급의료가 지체되면 환자의 생명이 위험해지거나 심신상의 중대한 장애를 가져오는 경우”를 들고 있다. 사례 1의 경우 교통사고로 중한 상해를 입은 환자에게 신속한 응급수술이 필요한 상황이었다면 설명의무가 면제될 수도 있었다고 보이는 반면, 사례 2 내지 6에서는 모두 긴급을 요하는 응급수술은 아니었던 것으로 보인다. **둘째로, 수술동의서에 서명한 보호자는 환자와 어떤 관계인가.** 의료 현실에서는 법적으로 인정되는 환자의 직계 가족인지, 동거 친족인지 여부가 중요하다³⁵⁾. 사례 1은 환자의 직계 가족·형제나 동거친족에 해당하지 않음에도 환자의 자기결정권을 대리행사했다는 점에서 환자의 자기결정권이 형해화된 것으로 봤으나, 이는 수술의 긴급성에 따라 달라질 수도 있는 문제다.

셋째로, 환자가 의사의 설명 당시 동의능력을 상실한 상태였다면 보호자의 대리행사 또는 환자와 보호자의 공동의사결정이 어떻게 이루어졌는가. 환자에게 동의능력은 의료행위 전 과정에 걸쳐 지속적으로 유지되지 않을 수 있다. 그래서 진료기록만으로 설명 당시 환자에게 동의능력이 있었는지 여부를 사후에 판단하기란 쉽지 않은 일이다. 사례 3의 경우가 대표적인데, 수술 및 마취동의서의 기재내용(환자가 의사결정을 하기 힘든 신체적, 정신적 장애가 있는 경우, 보호자 대리서명)과 환자의 상태를 기재한 다른 경과기록지의 기재내용이 달라서 문제가 된 사안이다. 결국 사례 3 판결에서는 ‘환자가 사지마비 상태였으나 의식은 명료했다는 기록이 있고, 환자가 설명 당시 판단능력을 상실하여 의사결정을 하기 힘든 상태에 있었다거나 동의서상 대리서명을 하게 된 경위나 피고 병원 의료진으로부터 설명을 들은 보호자로부터 다시 설명 내용을 전해들었다는 아무런 증거가 없어’ 자기결정권을 제대로 행사한 것이라 보지 않았다. 이로써 수술동의서에 보호자의 대리서명과 그 사유가 기재된 사실만으로는 환자의 동의능력이 없었음을 증명하기 부족하고, ‘설명 당시 환자의 동의능력이 상실되어 보호자가 이를 대리행사한 경위’ 또는 ‘환자의 보호자를 통해 환자에게 더 편하고 완화된 방식으로 전달될 것을 기대하여 의사가 환자

35) 법률상 배우자가 아닌 사실혼 배우자나 동거하는 동반자에게 보호자로서의 자격 인정 여부에 대해서는 위 판례의 사례에서 문제된 바 없으므로 여기서는 논하지 않는다.

의 보호자에게 설명했고, 보호자가 이를 환자에게 충실히 전달했다는 사정(환자와 보호자의 공동의사결정)‘에 대하여 의사 측에게 증명책임을 부과한 것이다. 같은 취지로 사례 4와 5에서도 환자의 보호자가 환자를 대신하여 동의권을 행사하게 된 경위에 대해 의사 측의 입증이 부족하다고 판단했다. 그런데 사례 3의 판결대로 단순히 환자의 의식이 명료하다는 기록이 있었다는 것만으로 환자가 동의능력을 상실하지 않았다고 볼 수는 없다. 사례 3의 환자는 판결에서도 나오듯이 시력과 청력이 급격히 저하되어 있었고 사지마비 상태였다. 그러한 상황에서 ‘의식이 명료하다’는 것이 치료 도중 오가는 간단한 질문에 예/아니오로 대답할 수 있다는 의미인지, 의료진의 설명을 다 이해하고 자신의 의사를 몇 마디 문장으로 표시할 수 있었다는 것인지 알 길이 없다. 그동안 의료 현장에서 환자의 동의능력에 대한 큰 고려 없이 관행적으로 환자 대신 보호자에게 설명해 왔기 때문에 소송 과정에서도 그러한 증명을 다하지 못한 것으로 보인다.

마지막으로, 환자에게 동의능력이 있었다면 당시 의료진이 환자와 보호자에게 문제된 의료행위의 위험성과 관련하여 어떻게 의사소통을 했는가(동의의 대상 확정). 해당 수술방식의 위험이 높을수록 환자와 보호자가 가지는 편견(치명적인 부작용은 제쳐두고 막연히 희망을 갖거나 반대로 불안과 두려움에 동의권을 행사하기 주저하는 상황)이 나타날 수 있다. 따라서 의사의 설명의무 이행 여부를 더 엄격한 관점에서 바라봐야 한다. 사례 3과 대상판결 모두 환자가 이전에 내원한 다른 병원들과 피고 병원의 치료 의견이 달랐다. 이전에 내원한 다른 병원들은 안전한 방식을 택한 것이고, 피고 병원은 환자 본인 또는 그 가족이 원하는 모험적 의료행위(환자의 생명에 위험을 초래하거나 심신상의 중대한 장애를 초래할 가능성이 높은 치료행위)의 가능성을 제시하고 실행에 옮겼다고 볼 수 있다. 이는 의사의 진단상의 과실과도 결부되는 것으로서 다른 병원들의 치료의견에도 불구하고 피고 병원이 모험적 의료행위를 선택하게 된 경위와 의학적 소견, 모험적 의료행위에 수반되는 부작용과 최악의 상황 등 위험설명 의무가 한층 가중될 것이다. 그러나 정보를 제공하는 의료진도 어디까지나 특정한 가치체계에서 자신의 지식과 경험에 근거하여 설명하는 것이므로 완전히 중립적인 정보 제공을 기대할 수는 없다. 사례 3에서는 환자와 그 보호자가 의료진으로부터 그러한 위험설명을 제대로 듣지 못한 것으로 판단했다.

반면 사례 6은 단순히 환자가 성인이어서 판단능력을 보유하고 있음을 전제로 환자의 동의능력 여부에 대한 특별한 판단 없이 보호자의 지위에 있었던 환자의 배우자에게 수술을 받을 것인지를 선택을 위한 조연설명 의무가 없다는 취지로 실시한 것이어서 부적절

한 측면이 있다. 환자의 동의능력이나 수술의 위험성 유무에 따라 의료진이 보호자에게도 충분히 수술에 대한 설명을 해야만 환자의 자기결정권이 실질적으로 보장되는 측면을 간과한 것으로 보이기 때문이다. 그러나 사례 6 판결에서 의료진이 환자의 배우자에게 설명 의무 불이행에 따른 위자료 등 손해배상의무가 없다는 결론 자체는 수긍할 수 있다. 환자의 실질적인 자기결정권 보장을 위해 보호자의 역할이 중요하다는 것이지 보호자가 자기결정권을 행사하는 것으로 볼 수는 없기 때문이다³⁶⁾.

IV. 대상판결의 검토

1. 종래의 논의

대상판결은 업무상과실치사죄의 성부를 다룬 형사 판결로서, 수술과정에서의 수혈 거부에 관한 환자의 자기결정권과 의사의 진료상의 주의의무에 대한 법리를 설시한 다음, 원칙적으로 자기결정권의 행사를 의사의 의무보다 우위에 둘 순 없으나, 이 사건의 여러 사정들을 종합적으로 고려하면, 환자의 생명과 자기결정권을 비교형량하기 어려운 특별한 사정이 있으므로, 타가수혈하지 아니한 사정만을 가지고 피고인이 의사로서 진료상의 주의의무를 다하지 아니한 것이라 할 수 없다고 판시했다.

대상판결을 평석한 선행논문들은 주로 업무상과실치사죄의 성립 여부³⁷⁾를 쟁점으로 삼아 환자의 자기결정권과 의사의 환자의 생명보호의무가 대립하는 상황에서 어떤 가치가 더 우선시되는가, 피해자의 승낙(또는 추정적 승낙)이나 정당행위에 해당하는가에 대한 논의를 해 왔다.

이하에서는 유·무죄 여부에 집중하기보다는 환자의 자기결정권 또는 환자의 동의(승낙)가 형사법에서 어떤 법적 성질을 가지는지 살피고, 앞서의 논의를 바탕으로 대상판결의 사례에서 환자의 실질적인 자기결정권 보장을 위한 전제조건이 충족되었는지 분석한다.

2. 피해자의 승낙과 환자의 동의

36) 환자 가족의 독자적 위자료 청구권에 대한 더 상세한 논의로는, 박영호, “설명의무위반 및 치료기회 상실을 근거로 한 가족들의 독자적 위자료 청구권”, 법조(2009년 통권 629호).

37) **업무상과실치사죄를 긍정하는 취지의 입장:** 김영태, “의료행위와 환자의 자기결정권에 관한 고찰-대법원 2014. 6. 26. 선고 2009도14407 판결을 중심으로”, 의료법학(제15권 제2호); 2014, 허일태, “무수혈과 관련된 의료과실치사죄”, 형사판례연구(21), 한국형사판례연구회, 2013; 조현옥, “환자의 자기결정권을 존중할 의무와 환자의 생명을 보호할 의무의 충돌”, 홍익법학 제15권 제4호, 2014
업무상과실치사죄를 부정하는 취지의 입장: 김재운, “여호와와 증인의 자기결정권에 따른 수혈거부와 의사의 형사책임”, 법학논총 제33집 제3호, 2013; 김혁돈, “무수혈과 자기결정권에 관한 소고”, 법학논고 제47집, 2014; 선종수, “종교적 신념에 따른 수혈거부와 의사의 형사적 책임”, 홍익법학 제15권 제3호, 2014; 오두진, “의료상의 자기결정권 행사와 의사의 진료업무 조화의 법적인 문제, 생명윤리정책연구 제4권 제2호, 2010.

형법 제24조의 피해자의 승낙이란 처분가능한 법익침해행위에 대해 위법성을 조각시키는 피해자의 동의를 말한다. 승낙은 승낙의 의미를 이해할 수 있는 피해자의 자유로운 의사에 의하여야 하는데 환자의 경우 앞서 논의한 동의능력과 같은 개념으로 봐도 될 것이다. 환자의 승낙은 의료침습 그 자체에 대한 승낙을 의미할 뿐만 아니라 부작용과 같은 의료침습으로 인한 결과까지 승낙한다는 의미를 갖고 있다. 즉 위험의 발생에 승낙하는 것뿐만 아니라 발생한 위험에 대한 책임을 포기하는 의미를 가질 수 있다³⁸⁾. 승낙자가 당해 법익침해의 범위와 태양 및 그와 결부된 위험성에 관한 착오를 일으킨 경우에도 유효한 승낙이 될 수 없다. 대법원은 그 승낙이 윤리적, 도덕적으로 사회상규에 반하는 것이 아니어야 한다는 '사회상규 불위배성'도 추가적으로 요구³⁹⁾하고 있다.

한편 추정적 승낙이란 피해자의 승낙이 현실적으로 없지만 행위 당시의 모든 객관적인 사정을 피해자가 알았더라면 당연히 승낙했을 것이라고 추정되는 경우를 말한다. 피해자의 승낙과 구별되는 점은 현실적 승낙을 얻는 것이 불가능한 경우여야 하고, 승낙이 객관적으로 추정될 수 있는 경우여야 한다는 것이다.

대상 판례의 사례에서 환자 A는 수술 전 사전의사표시로서 '어떠한 상황에서도 타가수혈을 하지 말 것과 환자가 무의식이 되더라도 이 방침은 변하지 않는다. 본인은 여호와의 증인 신분으로 관련된 문제를 심사숙고한 후 각서를 작성하고 이러한 방침을 따름으로 인하여 야기되는 모든 피해에 대하여 민·형사상 어떠한 책임도 묻지 않겠다'는 절대적 무수혈특약이 담긴 책임면제각서를 의료진에게 제출했다. 위 문언상 환자는 타가수혈을 받지 않음으로 인한 위험의 발생에 승낙하고 그 책임을 포기한 것으로 볼 수 있다.

3. 환자의 실질적 자기결정권 보장 여부

그런데 위와 같은 환자 본인의 명확한 의사표시(타가수혈 거부)가 있었음에도 환자의 자녀들은 환자와 다른 견해를 갖고 있는(타가수혈 허용) 상황이었는바, 단순히 '수술 직전 환자 본인의 사전의사표시'의 존재만으로 환자의 자기결정권이 온전히 행사된 것이라고 단정할 수는 없다. 우선 의료진이 환자 본인과 보호자에게 모두 이 사건 수술의 위험성에 대해 어느 정도 설명했고 환자 본인이 책임면제각서를 제출하고 마취 직전까지 타가수혈을 거부한 점, 이 사건 수술이 긴급히 시행되어야 할 응급수술이 아니었고 환자의 보호자가 환자의 배우자와 자녀들로 구성되어 직계가족이었던 점은 명백하다. 그렇다면 환자의

38) 주호노, 앞의 책(주14), 527면.

39) 대법원 1985. 12. 10. 선고 85도1892 판결.

동의능력 존부와 환자와 보호자가 문제된 의료행위의 위험성을 정확히 인지하고 동의에 이른 것인가 하는 문제가 남는다.

가. 환자의 동의능력 존부(동의의 유효성)

대상판결과 하급심 판결에서는 환자의 동의능력이 당연히 있었음을 전제로 했다. 그런데 환자(만 62세)가 당시 고령의 나이는 아니었지만 1975년경 골반과 대퇴골의 유합술을 받은 이후로 계속 치료를 받았음에도 상태가 계속 악화되어 인공고관절로 치환하는 수술 밖에 방법이 없는 상황이었고, J대학교병원에서 촬영된 엑스레이 영상에도 골반의 유착 정도가 굉장히 심하여 뼈가 녹아있는 상태였는바, 평상시 통증이 극심했던 것으로 보인다. 그럼에도 환자는 종교적 교리를 지키기 위해 타가수혈을 강력하게 거부하여, 환자의 가족들은 피고인 병원에 오기 직전까지 환자를 전국의 유명 병원에 모시고 다니며 무수혈 방식의 인공고관절 수술 가능 여부를 문의해 왔던 것이다. 물론 판결에 드러난 사실 관계만으로 함부로 판단할 수는 없겠으나, 환자에게 중요한 것은 오직 무수혈 방식으로 이루어지는 치료인지 여부였고, 자신의 신체상태에서 그러한 무수혈 시술이 어느 정도 위험한지에 대해서는 제대로 인식하지 못했거나 알고 싶은 의사조차 없었을 수 있다. 그렇다면 이러한 환자에게 의사결정능력이 있는 것은 명백하지만 중대한 위험을 초래할 수 있는 수술행위에 대한 온전한 동의능력이 있었다고 볼 수 있을지는 의문이다. 앞서 본 환자의 동의능력을 판단하는 필자의 견해에 의하면, 환자 본인이 생명 침해의 위험성이 있는 의료행위에 대해 적극 동의한 경우라 할지라도 환자의 동의능력 판단(동의의 유효성 판단)에 있어 신중을 기해야 한다. 환자의 평소 가치관과 행동양식, 의사소통능력, 의료행위에 대한 이해수준에 비추어 볼 때 생명단축의 가능성을 숙고하고 모험적 의료행위를 받아들이는 것인지 살펴야 하고 이는 환자가 의식불명 상태에 있을 때 추정적 승낙을 판단하는 기준으로도 작동할 수 있을 것이다. 필연적으로 환자의 동의능력은 환자 본인의 의사로만 설명될 수 없고, 보호자, 환자가 의지하는 특정 단체, 정신과 전문의 등 동료의료진의 견해를 총동원하여 판단할 수밖에 없다.

여호와와 증인의 수혈거부는 여타 환자들의 수혈거부와 다른 특수성을 가진다. 여호와와 증인의 수혈거부의 의사표시는 경제적·감정적 사정에 비롯된 충동적이거나 단발적, 비지속적인 것이 아니고 장기간의 성경교육을 통하여 형성된 종교적 양심에 바탕을 둔 것으로 진지하고 심각하며 지속적인 결단의 표시라고 한다. 이들은 뇌나 심장의 수술까지도 무수혈수술이 성공적으로 이루어지는 경우가 많고 무수혈수술이 오히려 부작용이 적

으며 경과가 좋다고 믿고 무수혈수술이 가능한 병원을 찾아다닌다⁴⁰⁾. 또한 여호와의 증인은 생명의 원천인 여호와와 뜻대로 살기 위해 결코 자살을 택하지 않고 생존하기를 간절히 원하여 수혈만을 거부한 채 가능한 한 모든 치료방법의 시행을 원한다는 것이다⁴¹⁾. 그렇다면 환자의 진지한 의사를 판단하기 위한 수단으로 의료진이 수술 이전에 여호와의 증인 교섭위원회에 환자의 사례와 관련된 자문을 요청하거나 환자가 신도로서 교육받은 기간 및 그 내용 등을 확인할 수도 있었을 것이다(그러나 이 사건에서는 수술을 개시하여 환자에게 대량출혈 등 응급상황이 발생하자 그제서야 급하게 위 교섭위원회에 자문을 요청했고 결국 환자의 사망 당시까지 답신을 받지 못했다).

나. 의사의 고양된 설명의무와 의료적 소통의 필요성

나아가 환자의 동의능력이 있다고 판단했다면, 의사는 어떠한 위험 판단을 했고 환자와 보호자에게 그러한 위험 발생 가능성을 제대로 인지시키기 위해 어떠한 노력을 기울였는가.

당시 피고인은 환자의 주치의로서, 환자와 보호자로부터 3곳의 병원으로부터 환자의 상태에서는 무수혈 수술 방식이 위험하다며 수술을 거부당했다는 얘기를 들었고, 엑스레이 촬영상 나타난 환자의 객관적인 상태로 볼 때 수술을 할 경우 통상의 경우보다 다량의 출혈이 예상되는 상황이었다. 피고인이 그와 같은 위험을 판단하고도 취한 조치는 환자에 대해 수술에 필요한 전반적인 검사를 한 후 혈액종양내과 등 타과의 의료진들과 협의했다는 점이다. 게다가 피고인이 당시 통상적인 방법으로 하는 인공고관절 치환술과 각종 무수혈 방식에 의한 수술을 많이 한 적이 있다는 것은 위와 같이 수술을 거부한 다른 병원의 의료진과 크게 다르지 않았던 것으로 보이는바, 그렇다면 다른 유수의 병원은 수술을 거절했음에도 피고인은 왜 거부하지 않고 승낙했는가, 또 그와 같은 사유를 환자나 환자의 보호자에게 어떻게 설명했는지에 대해서는 판결문상 전혀 드러난 게 없다.

일반적으로 환자가 무수혈수술을 원하여 무수혈방식에 의하여 수술하는 때에는 의사는 대량출혈로 인하여 사망할 수도 있다는 사정 등을 비롯하여 불치료에 대한 설명의무, 특히 미수혈의 위험에 대하여 한층 가중되고 고양된 설명의무를 부담한다. 만약 환자가 절대적 무수혈을 희망하는데도 불구하고 의사가 상대적 무수혈치료(수혈 이외에 목숨을 구할 수단이 없는 상황이 되면 수혈하는 것)를 채택하고자 하는 때에는 그 상대적 무수혈

40) 김재윤, 앞의 논문(주26), 203면.

41) 이석우, 환자의 권리와 무수혈치료, 학영사, 2005, 55-56면.

치료의 방침에 따라서 치료를 받을지, 또는 절대적 무수혈로 치료를 받기 위해 다른 병원을 찾아 전원을 요구하는지를 선택할 수 있는 기회를 부여해야 한다⁴²⁾. 그런데 이 사건의 경우 의료진이 환자나 환자의 보호자들에게 '수혈 이외에 목숨을 구할 수단이 없는 상황'이 되는 경우 타가수혈 여부'에 대해 진지하게 설명하거나 환자와 보호자의 의견이 대립되는 상황에 대해 충분히 고민하지는 않은 것 같다. 단지 이 사건 수술 전날에 마취통증의학, 정형외과 전공의들이 함께 환자의 병실로 가서 환자와 환자의 딸을 만나, 수술 도중 대량출혈이 발생할 가능성이 있고 그러한 경우 타가수혈을 하지 않으면 장기손상 및 부전에 의한 사망가능성이 매우 높다는 설명을 하면서 마취서약서에 동의를 받았을 뿐이다. 당시 환자의 딸이 보호자로서 마취서약서에 서명하면서 복도로 의사들을 따라 나와 환자가 듣지 못하는 상태에서 '환자에게 수혈이 필요하면 타가수혈을 해 달라'는 의사를 표시했음에도 이에 대해 의료진이 어떻게 대답하거나 설명했는지에 대해서는 나타나 있지 않다. 환자가 의식불명이 되고 응급상황이 발생할 경우에 대비하여 환자의 보호자에게 설명하고 수술동의서와 서약서에 보호자의 서명까지 받는 것임에도 정작 보호자의 치료 의사(수혈거부의사)는 전혀 고려되지 않았다.

어떤 의료처치가 윤리적, 사회적 문제를 야기할 수 있는 경우 미리 윤리적, 사회적 타당성을 검토·심의하기 위하여 병원윤리위원회(또는 의료기관윤리위원회, Institutional Review Board)가 설치되어 운영되고 있다. 현재는 '호스피스·완화의료 및 임종과정에 있는 환자의 연명의료결정에 관한 법률(이하 연명의료결정법, 2017. 8. 4. 시행되었으나 그 중 연명의료중단결정에 관한 사항은 2018. 2. 4.부터 시행)'에 의해 주로 연명의료중단결정을 위해 활용되고 있는데, 위 법 시행 이전에도 수혈을 거부하는 환자에 대한 수혈 여부는 병원윤리위원회에서 다룰 수 있는 문제였다. 이 사건의 경우처럼 응급을 요하는 수술이 아닌 상황에서 만약 환자나 보호자가 타가수혈을 종교상의 신념에 의하여 거부하기는 하지만 환자의 생명이 위독한 상황에서도 수혈거부의 의사를 계속 가지고 있는지를 확인할 수 없거나 의견이 대립하는 경우라면 우선 병원윤리위원회를 열어야 한다. 병원윤리위원회에 환자나 보호자 등을 참석시켜 환자의 증상과 치료방법, 수혈을 하지 않는 경우 예상되는 위험 등을 자세하게 설명한 후에 환자나 그 보호자들로부터 의견을 청취하고, 병원윤리위원회에 참여하는 위원의 전문의견 등을 참고하여 수혈 여부에 관한 문제를 충분한 대화·논의를 통해 타협적으로 해결할 필요가 있다⁴³⁾. 그러나 이 사건에서는 환자에게

42) 김민중, 앞의 논문(주27), 244면.

대량 출혈이 발생하는 응급 상황이 발생하고 나서야 피고인과 의료진이 환자의 보호자에게 수혈거부 철회의사를 타진하는 등 뒤늦은 수습을 함으로써 결국 환자를 살릴 수 있는 골든타임을 놓쳤거나 환자의 보호자들이 환자의 사망 이후 피고인을 수사기관에 고소하는 사태에 이른 것이다.

다. 소결론

대상판결의 사례에서 피고인을 비롯한 의료진이 환자의 신체상태에서 이 사건 수술 방식이 나쁜 결과를 초래할 가능성이 높은 점, 그럼에도 다른 병원의 치료방식과의 차별성·전문성을 바탕으로 한 이 사건 수술의 필요성 등을 제대로 설명했거나, 환자와 그 보호자에게 상대적 무수혈 치료의 가능성을 숙고하는 절차를 거치는 등의 적극적인 노력을 했다고 볼 수 있는지 의문이다. 그렇다면 대상판결이 실시한 법리대로 '환자가 거부하는 치료방법, 즉 수혈 및 이를 대체할 수 있는 치료방법의 가능성과 안정성 등에 관한 의사의 설명의무 이행과 이에 따른 환자의 자기결정권 행사에 어떠한 하자도 개입되지 않아야 한다는 점'이 충족되었다고 보기 어렵다. 다만 대상판결에서 타가수혈을 즉시 하지 않은 것과 환자의 사망 사이의 인과관계(당시 셀 세이버를 이용하여 환자에게 다시 투여한 환자 본인의 혈액량만 3,000cc가 넘었는데 수혈의 효용이 없는 단계인 범발성 응고장애가 발생하기 이전에 타가수혈을 했다면 환자가 살 수 있었던 것인지 여부)가 제대로 증명되어 있지 않고, 이미 환자 본인의 수혈거부 의사 자체가 명확히 드러난 상황에서 의료진이 그와 같은 환자의 의사에 따라 행동한 점, 의료진과 환자 및 그 보호자의 의료적 대화절차가 부재한 의료관행 등에 비추어 볼 때 피고인에게 유죄판결을 하는 것이 쉽지는 않을 것으로 판단된다.

V. 결론

의료행위의 목표는, 의사 입장에서는 환자가 처한 상황과 입장을 이해하고 환자 입장에서는 질병의 치유를 위해 이를 알아나가고 의사와 협력해나가는 과정에 있는 것이지, 의사의 고권을 일방적으로 강조하거나 환자에게 절대적인 자기결정권을 부여함으로써 실현 가능한 것이 아니다. 의사의 설명의무는 환자의 의사에 대한 일방적인 신뢰를 복원한다는 의미를 갖는 것이 아니라 변화된 의료관계에서 새로운 형태의 “상호적인 신뢰”를 형성해 나가는 역할을 할 수 있어야 한다. 결국 의사의 설명의무는 환자의 동의나 이해와 맞물리

43) 김민중, 앞의 논문(주27), 245면.

는 의사소통의 행위로서 한편으로는 환자가 유효한 동의를 할 수 있는 기초를 제공해주고 다른 한편으로는 의사가 환자에 대해 감정을 이입하고 진지한 태도를 보이는 행위다⁴⁴⁾. 그러한 의료관행이 정착되어 있지 않고 여전히 주치의가 환자 또는 보호자에게 일방적으로 설명하는 것을 넘어서 진지하게 치료적 대화를 하는 경우는 많지 않다. 의료진과 환자 측 사이의 분쟁이 발생했을 때 사후에 이를 검증하는 방법은 환자나 보호자가 서명만 한 책임면제각서·동의서와 의료진이 진료기록에 간단하게 부기한 내용 밖에 없는 것이 현실이다. 그렇다면 환자와 보호자가 형식적으로 서명을 하는 것에 그치지 않고, 환자의 동의능력 판단 및 서명을 하는 보호자가 해당 의료행위의 대행결정권자의 지위에 있는 것인지 등에 대한 구체적인 협의 및 결정의 내용을 기록화하는 절차가 입법적으로 마련되는 것이 필요하다.

대상판결이 나온 이후 시행되고 있는 연명의료결정법은 사망이 임박한 임종과정에 있는 환자만을 연명의료중단 등의 대상으로 규정하고 있어 그 대상이 제한적이기는 하나, '사전연명의료의향서'를 미리 작성하고 무의미한 생명 연장 치료를 거부함으로써 환자의 자기결정권의 행사를 더 존중하는 방향으로 우리사회가 나아가고 있는 것만은 분명하다. 그런데 위 사전연명의료의향서를 미리 작성한 후에도 얼마든지 그 의향을 철회할 수 있고 다시 그 시점에서 환자의 동의능력과 자기결정권이 문제될 수 있다. 결국 환자의 의사를 확정하거나 환자의 명확한 동의 자체가 주 목적이 되는 것은 바람직하지 않다. 의료진과 환자의 보호자 등이 치료방법 선택에 관한 상호이해에 지향된 대화를 진지하게 전개하고, 그 대화의 끝에 신중한 결정을 하는 의료적 대화의 과정⁴⁵⁾에서 환자의 자기결정권이 실질적으로 보장될 수 있을 것이다.

44) 김나경, 앞의 논문(주21), 14면

45) 그와 같은 대화의 통로를 제도화하여 치료 과정상에 발생할 수 있는 위험을 법적으로 정당화하는 것을 '절차주의적 정당화'로 칭하기도 한다, 이상돈, 「치료중단과 형사책임」, 법문사, 2003, 47-50면.

참고문헌

1. 단행본 및 주석서

- 김민중, 의료의 법률학, 신론사(2013)
- 김천수, 진료에 대한 설명과 동의의 법리, 대구대학교출판부(1999)
- 곽중훈, 의료소송실무, 박영사(2021)
- 신현호·백경희, 의료분쟁 조정·소송 총론, 육법사(2011)
- 이덕환, 의료행위와 법, 현문사(2010)
- 이상돈, 치료중단과 형사책임, 법문사(2003)
- 이상돈·김나경, 의료법강의(제3판), 법문사(2017)
- 이석우, 환자의 권리와 무수혈치료, 학영사(2005)
- 주호노, 의사법총론, 법문사(2012)
- 최재천, 의료과실과 의료소송, 육법사(2001)

2. 논문

- 김나경, 의사의 설명의무의 법적 이해, 한국의료법학회지 제15권 제1호(2007)
- 김민중, 미성년자에 대한 의료행위와 부모의 권한-종교상의 신념에 기한 수혈거부를 중심으로, 의료법학 제13권 제2호(2012)
- 김수정, 의료행위에 대한 동의에서 환자 보호자의 법적 지위와 역할, 의료법학 제20권 (2019)
- 김영태, 의료행위와 환자의 자기결정권에 관한 고찰-대법원 2014. 6. 26. 선고 2009도 14407 판결을 중심으로, 의료법학 제15권 제2호(2014)
- 김재윤, 여호와의 증인의 자기결정권에 따른 수혈거부와 의사의 형사책임, 법학논집 제33 권 제3호(2013)
- 김천수, 의료행위에 대한 동의능력과 동의권자, 민사법학 제13·14호(1996)
- 김혁돈, 무수혈과 자기결정권에 관한 소고, 법학논고 제47집(2014)

류화신, 의료분야의 퍼터널리즘에 대한 민사법적 강제-대법원 2005. 1. 28. 선고 2003다 14119 판결에 대한 평석을 검하여-, 한국의료윤리학회지 제8권 제1호(2005)

박영호, 설명의무위반 및 치료기회상실을 근거로 한 가족들의 독자적 위자료 청구권, 법조 통권 629호(2009)

석희태, 의료과오 민사책임에 관한 연구, 연세대학교 대학원 박사학위논문(1988)

선종수, 종교적 신념에 따른 수혈거부와 의사의 형사적 책임, 홍익법학 제15권 제3호(2014)

윤석찬, 의료행위에 대한 미성년자의 동의능력에 관한 고찰, 법학논총 제28집 제1호(2008)

오두진, 의료상의 자기결정권 행사와 의사의 진료업무 조화의 법적인 문제, 생명윤리정책연구 제4권 제2호(2010)

이재경, 한국과 독일에 있어서 환자의 동의능력에 관한 비교법적 연구, 민사법학 제50호(2010)

임명호, 임상에서 정신건강의학과 의료윤리의 실제, 한국의료윤리학회지 제18권(2015)

조현욱, 환자의 자기결정권을 존중할 의무와 환자의 생명을 보호할 의무의 충돌, 홍익법학 제15권 제4호(2014)

최민수, 의료행위에 있어 환자의 진료거부와 의사의 설명의무, 한국의료법학회지 제21권 제1호(2013)

최행식, 의사의 설명의무와 환자의 자기결정권, 법학연구 제17집(2004)

허일태, 무수혈과 관련된 의료과실치사죄, 형사판례연구[21], 한국형사판례연구회(2013)

3. 외국문헌

National Conference of Commissioners on Uniform State of Laws, Uniform Health-Care Decisions Act with prefatory note and comments(1994. 12.)

[질의 및 답변]

1. 오영두 회원

연명의료결정법이 규정하고 있는 대상이 한정된 상황에서, 환자의 자기결정권과 의사의 진료의무가 충돌하는 사례에 관하여 의미 있는 판례 평석을 해 주셔서 감사드리고, 많은 도움이 되었습니다.

가. 우선 대상판결의 판시와 관련하여 몇 가지 의문점이 있어 질의를 드립니다.

원심은 피고인이 수혈을 하지 않은 행위에 대해 형법 제24조 소정의 피해자의 승낙에 의한 행위 또는 형법 제20조 소정의 정당행위로서 위법성이 없다고 판단한 반면, 대상판결은 의사로서의 주의의무를 다하지 아니하였다고 볼 수 없다고 판단하였습니다.

또한 원심은 의사의 충분한 설명의무 이행과 환자의 자발적이고 진지한 의사에 기한 결정의 요건이 충족될 경우 자기결정권의 행사를 의사의 진료의무보다 우위에 둘 수 있다는 취지로 읽히고, 한편 대상판결은 환자의 생명을 보존하기 위한 의사의 진료의무를 원칙으로 하되, 환자의 자기결정권을 비교형량하여 환자의 생명과 환자의 자기결정권이 대등한 가치를 가지는 것으로 평가되는 때에는 이를 고려하고, 비교형량하기 어려운 특별한 사정이 있다고 인정되는 경우에는 두 개의 가치 중 어느 하나를 존중하는 방향으로 행위하였다면 처벌할 수 없다는 취지로 보입니다.

[질의 1] 가. 발표자는 환자의 자기결정권이 작용하는 영역을 위법성 조각사유 또는 주의의무 위반 여부, 즉 구성요건 해당 여부 중 어떤 것으로 보는지 궁금하고,

[질의 2] 나. 혹시 대상판결에서 환자의 자기결정권이 작용하는 영역을 주의의무 위반 여부로 본 취지는, 환자가 자기결정권을 행사하여 동의하였더라도 의사의 생명권 존중의무와 비교형량을 해야 한다는 전제 아래 곧바로 형법 제24조 소정의 피해자 승낙으로 위법성이 조각된다고 보지 않겠다는 의미인지 궁금합니다.

[답변] 손태원 회원님의 질의사항 1항과도 관련이 있어 한꺼번에 답변드리겠습니다. 손태원 회원님께서 지적하신대로 “피해자의 동의와 자기결정권이 범죄체계론상 어떤 지위를 가지는가”와 관련하여 학설은 구성요건해당성이 부정된다고 보는 견해, 피해자의 승낙 또는 정당행위에 해당하여 위법성이 조각된다는 견해 등이 있습니다. 제1심과 항소심에서는 환자의 자기결정권의 영역을 일견 위법성조각사유에 해당함을

전제로 판시한 것으로 보이고, 대상판결은 위법성 조각여부에 대한 언급없이 ‘환자의 자기결정권 행사가 유효하다고 하더라도 특별한 사정이 있는 예외적인 경우에 한하여 생명과 대등한 가치를 가지는 것으로 평가될 수 있는데 이 사건에서는 이를 비교형량하기 어려운 특별한 사정이 있으므로 의사로서 진료상의 주의의무를 다하지 아니하였다고 할 수 없다’는 입장을 취했습니다.

대상판결에서는 이익형량적 판단을 하고 있는데, 그러한 이익형량적 판단이 범죄의 성립요건에 관한 3단계, 즉 구성요건해당성, 위법성, 책임 가운데 어느 단계에 위치해야 하는 것인가 하는 점은 실무적인 문제라기보다는 이론적-체계적 문제일 뿐이라고 생각합니다. 이익형량적 판단은 구성요건해당성 단계, 위법성조각단계, 책임의 양정 또는 양형의 단계 즉 모든 단계에서 이루어질 수 있기 때문입니다. 근데 사실 이러한 이익형량적 판단은 주로 부진정부작위범의 위법성조각사유인 ‘의무의 충돌’과 연관이 깊습니다. 의무의 충돌은 아시다시피 동일한 주체에게 동시에 이행할 수 없는 둘 이상의 법적 의무가 서로 경합하고 그 중 하나의 의무밖에 이행할 수 없는 긴급상황에서 이행하지 않은 의무가 부작위범의 구성요건에 해당하는 경우를 말합니다. 만약 이 사건이 부작위에 의한 살인으로 기소되었다 해도(처음부터 검사가 ‘의사는 처음부터 타가수혈을 하지 않는 것을 전제로 수술을 시작했고, 수술 도중 타가수혈이 필요하다는 것을 알았고 타가수혈을 하지 않으면 사망할 수 있음을 알면서도 타가수혈을 하지 않음으로써 환자를 살해하였다’는 공소사실로 기소했다면) 위와 같은 이익형량적 판단이 똑같이 문제됐을 것입니다. 그런데 대상판결에서는 환자의 유효한 동의 등 ‘특별한 사정’으로 인해 동가치한 의무(환자의 생명을 구할 의무=환자의 자기결정권을 존중할 의무)의 충돌이 있는 상황에서 피고인의 주의의무위반이 없다고 판단하고 있는 것으로 보이고, 형식논리적으로 보면 위법성조각사유에 의해 구성요건해당성을 검토하는 순환적인 논법이 될 수도 있다고 봅니다.

이는 대상판결에서 과실범의 구성요건요소에 관련된 문제 즉 객관적 주의의무위반으로서 주의의무위반관련성 문제(발생된 결과를 객관적으로 귀속하기 위해서 행위자가 주의의무를 준수했더라면 결과발생을 방지할 수 있었다고 인정할 수 있는지, 이 사건에서는 타가수혈을 했다고 해도 마찬가지로 결과가 발생했을 가능성)와 주관적 예견가능성으로서 인수과실의 문제(위험한 행위를 극복하기 위해 필요한 지식을 사전에 준비할 것을 내용으로 하는 주의의무, 환자의 구체적 상황에서 무수혈 방식에 의

한 수술이 가능하다고 판단하고 환자의 치료를 인수한 것에 대한 주의의무위반 여부)에 대해서 판단하지 않았기 때문에 발생한 것으로 보입니다. 대상판결의 말미에서 이를 언급하고 있는데 그와 같은 부분이 애초에 상고심의 심판대상이 되지 않았습니다.

따라서 저는 기본적으로 대상판결과 하급심 모두 환자의 자기결정권이 작용하는 영역을 위법성조각사유에 위치시키고 있다고 판단했고, 저도 이와 견해를 같이 합니다. 일단 과실범의 주의의무위반 여부를 구성요건해당성 단계에서 먼저 판단한 다음, 그러한 주의의무위반이 없음에도 악결과가 발생했다면 환자의 유효한 승낙 여부를 판단하는 순서로 가는 것이 타당하다고 생각합니다.

나. 다음으로 발표자는 대상판결에 대하여 ‘의사의 설명의무 이행과 이에 따른 자기결정권 행사에 어떠한 하자도 개입되지 않았다는 점’이 충족되었다고 보기 어렵다는 비판적 견해를 가지고 있는데, 이와 관련하여 몇 가지 질의를 드립니다.

발표자는 의료행위의 동의능력에 관하여 개인의 정신적 성숙도와 의료행위로 인해 발생할 수 있는 위험-이익관계를 고려하여 환자의 동의능력을 판단하여야 하고, 이와 더불어 해당 의료행위가 생명이나 신체에 미치는 영향이 중대하다면 보호자의 역할이 보완되어야 한다는 견해를 밝히고 있습니다.

그 전제에서 이 사건의 경우 환자에게 온전한 동의능력이 있었는지 의문이 있고, 환자의 자녀들이 환자와 다른 견해를 갖고 있는 상황이어서 수술 전 환자 본인의 의사표시만으로 환자의 자기결정권이 온전히 행사된 것이라고 단정할 수 없으며 환자 및 보호자가 문제된 의료행위의 위험성을 정확히 인지하고 동의하여야 하며, 나아가 환자가 의지하는 특정 단체, 정신과 전문의 등 동료 의료진의 견해를 총 동원하여 판단하여야 한다는 견해를 밝히고 있습니다.

또한 발표자는 이 사건에서 미수혈의 위험에 대하여 고양된 설명의무를 부담하므로, 환자와 보호자 간에 의견이 대립된 경우라면 병원윤리위원회를 열어 환자와 보호자를 참석시켜 예상되는 위험 등을 자세히 설명한 후 그들의 의견을 청취하고 병원윤리위원회에 참여한 위원의 전문의견도 참고하여야 한다는 견해를 밝히고 있습니다.

[질의3] 가. 발표자와 같이 동의능력에 관하여 환자의 정신적 성숙도 외에 의료행위로 인해 발생할 수 있는 위험-이익관계를 고려한다면, 동의능력 판단에 일정한 기준이 없게 되어 실무상 혼란을 초래할 우려는 없는지, 생명이나 신체에 미치는 영향이

중대하다는 이유로 보호자의 동의까지 요한다면 동의능력 있는 환자 본인의 의사가 오히려 존중받지 못하는 부당한 사례가 발생하지 않는지 견해를 듣고 싶습니다.

[답변] 현재 의료실무상 환자의 동의능력 판단에 대한 일정한 기준이 없고, 환자의 신체에 중대한 위험이 발생할 수 있는 수술을 앞두고 환자 본인보다는 보호자에게 주로 설명하고 동의를 받는 경우(수술동의서에 서명하는 경우)가 더 많은 게 현실입니다. 그래서 저는 환자의 동의능력을 판단하는 입법적인 또는 실무적인 기준을 마련하는 게 필요하다고 본 것입니다. 이때 의료행위로 인해 발생할 수 있는 위험과 이익관계를 고려해야 한다는 점은 개인적 법익 중에서도 생명·신체에 대한 처분은 다른 개인적 법익처럼 환자 개인의 의사에 완전히 맡길 수 없는 특별한 성격을 갖고 있기 때문입니다. 즉 환자가 아무리 위험한 수술을 원한다고 해도 의사는 그 위험한 수술이 환자에게 어떤 방식으로 이익이 될 수 있는지, 어떠한 위험이 내포되고 있는지 판단하여 이를 환자와 보호자에게 정확히 설명할 의무가 있다는 것입니다. 그렇다면 환자의 동의능력을 판단하는 기준의 한 요소로서 그러한 위험과 이익을 제대로 인지할 수 있는지에 대한 사정도 필요하다고 본 것입니다. 만약 동의능력이 없다고 판단될 경우 행위무능력자로서 후견인이 정해져 있지 않은 경우에도 환자의 가족, 경우에 따라서는 지인에게 동의권의 대행을 인정하는 법률의 규정을 두는 것도 고려해야 한다고 생각합니다. 설령 동의권의 행위를 긍정하지 않더라도 일정 범위 내에서 가족 등의 참여를 인정할 수도 있을 것입니다. 실제로 그러한 외국의 입법례가 있는 것으로 알고 있습니다.

오영두 회원님께서 지적하신 대로 환자가족의 의료결정에의 참여를 전면적으로 긍정하기에는 부작용이 있긴 합니다. 환자가 동의능력을 보유하고 있는 상황임에도 심리적, 육체적으로 약해진 상태에서 가족에게 쉽게 좌우될 수 있고 이는 결국 환자 자신의 결정이 아니라 타인결정으로 이어질 수 있습니다. 가족법적 분쟁에서도 보면 가족들이 다른 가족구성원의 이익을 언제나 충분히 배려하는 것은 아니며 오히려 자신의 이익을 위해 다른 가족구성원의 이익을 희생시키는 사례가 많습니다. 특히 고령의 환자의 경우 정보를 받아들이고 이해하는데 어려움을 느껴 가족에 의한 공동의사결정에서 완전히 배제될 가능성도 있습니다.

그런데 이러한 부작용이 우려된다고 하여 환자와 보호자 사이의 공동의사결정 또는 보호자의 대리결정을 아예 배제하는 것은 바람직하지 않다고 생각합니다. 환자의 보

호자에게 설명을 하고 동의를 받는 경우 환자의 자기결정이 실질적으로 침해되는 경우는 1) 환자에게는 설명하지 않은 채로 전적으로 환자의 보호자에게만 설명하고 동의를 받는 경우, 2) 환자와 환자의 가족 모두에게 설명이 이루어졌고 그들이 형식적으로 의료행위 동의 여부 결정에 참여했으나, 환자의 가족이 실제로 환자의 이익보다 가족 자신의 이익을 도모하는 경우입니다. 두 번째의 경우를 증명하는게 쉽지는 않겠으나 중요한 것은 환자의 동의능력 판단과 함께 이를 보강하는 보호자의 의견을 듣는 절차가 마련되어야 하고 해당 의료행위를 하거나 중단하기 전에 그러한 절차가 완료되어야 한다는 것입니다. 왜냐하면 의료행위가 이미 시작된 후에는 특히 수술의 경우 상황이 급박하거나 부지불식간에 계속 의료처치가 이어지는데 그러한 상황에서 보호자의 의견을 청취하고 숙고할 시간은 없다고 봐야 하기 때문입니다. 대상판결의 경우 응급수술이 아니었으므로 충분히 그러한 절차가 진행될 수 있었음에도 그러한 사전 절차가 거의 없었고, 환자의 보호자가 반대함에도 환자가 작성한 각서와 환자의 일관된 답변만으로 의료진이 절대적 무수혈시술을 강행했습니다. 그러한 점이 좀 아쉬웠고 개선되어야 할 부분이라고 생각합니다.

[질의 4] 나. 발표자와 같이 환자가 의지하는 특정 단체, 정신과 전문의 등의 견해를 듣고, 병원윤리위원회 절차를 거치는 것은 자기결정권의 요건, 즉 ‘의사의 충분한 설명의무 이행’과 ‘환자의 자발적이고 진지한 의사에 기한 결정’의 충족 여부에 관한 판단을 넘어, 의사의 생명권 존중의무와 환자의 자기결정권을 비교형량하는 것에 이르는 것은 아닌지 견해를 듣고 싶습니다.

[답변] 네 맞습니다. 저는 응급의 상황이 아니라면 중대한 수술 이전에 그와 같은 비교형량을 할 수 있는 절차나 기회가 충분히 마련되어야 한다고 봅니다. 이 사건은 보라매병원 사건과 달리 환자의 보호자가 환자의 생명을 존중하는 쪽의 의견을 갖고 있었고, 의사는 환자의 자기결정권을 더 중시하는 입장을 갖고 있었다고 보입니다. 그러한 상황에서 의사와 보호자가 이를 충분히 숙고하고 의견을 교환하는 절차가 수술 이전에는 없었고, 오히려 타가수술을 급박하게 시행해야 하는 시점에서 대상판결의 피고인은 여호와의 증인 교섭위원회에 문의하거나 환자 가족의 의견을 구한 것입니다. 이건 저의 추측이지만 그와 같은 의견을 다 듣고 타가수혈을 했더라도 골든타임을 놓쳐서 결국 환자가 사망하지 않았을까 하는 생각도 들었습니다.

2. 손태원 회원

해당 발표문을 통해 환자의 의사에 따라 무수혈 방식으로 수술을 하다가 사망했을 때 의사의 업무상과실치사죄의 성립 여부가 문제된 사건에서 환자의 동의능력과 자기결정권의 의미와 한계 등을 깊이 있게 생각해보게 되는 좋은 계기가 되었습니다. 무죄를 선고한 대상판결의 결론에 대해서는 찬반 의견이 갈리고 있는데, 개인적으로는 판결문으로 정리된 사실관계만 보더라도 피고인은 확고한 종교적 신념을 가지고 무수혈 수술을 받기 위해 자신을 찾아온 피해자가 수술 도중 위험에 처하자 피해자의 의사를 무시하고 수혈을 해서 피해자의 생명을 살릴 가능성을 높이는 조치를 취할 것인지 여부를 심각하게 고민했던 흔적을 느낄 수 있었고, 이에 대한 피고인의 대응 과정 등을 고려하면 원심의 무죄 판단을 유지한 결론을 충분히 수긍할 수 있다고 생각합니다.

[질의 1] 대상판결과 하급심 판결 및 발표문을 읽고 가장 먼저 드는 의문은, 이와 같은 의료사고로 인한 업무상과실치사 내지 업무상과실치상죄 사건에서 “피해자의 동의와 자기결정권이 범죄체계론상 어떤 지위를 가지는가”입니다. 이와 관련하여 학설은 구성요건해당성이 부정된다고 보는 견해, 피해자의 승낙에 해당하여 위법성이 조각된다는 견해, 정당행위에 해당하여 위법성이 조각된다는 견해 등이 있어 보입니다. 대상사건의 제1심은 결론 부분에서 범죄의 증명이 없는 때에 해당하거나 또는 범죄로 되지 않는 경우에 해당한다고 설시하였지만, 범죄의 증명이 없다고 한 것은 피고인이 무수혈 방식에 의하여 수술할 수 있다고 판단한 것에 과실이 있다고 보기 부족하다는 판단도 있었기 때문으로 보이고, 나아가 피고인이 타가수혈을 하지 않은 행위는 피해자의 승낙에 의한 행위로 범죄로 되지 않는다고 판시한 것으로 볼 때 피해자의 승낙에 해당하여 위법성이 조각된다는 견해를 취한 것으로 보입니다. 한편 항소심은 피해자의 승낙에 의하거나 정당행위에 해당하여 위법성이 조각된다고 판시함으로써 제1심과 같이 위법성 조각사유로 보면서도 정당행위를 그 근거로 추가하였습니다. 하지만 대법원은 대상판결에서 “피고인이 의사로서 진료상의 주의의무를 다하지 아니하였다고 할 수 없고, 따라서 업무상과실치사에 대한 범죄의 증명이 없는 경우에 해당한다는 원심의 결론을 수긍할 수 있다”고 설시하였을 뿐이고 피고인의 행위에 대하여 위법성이 조각된다는 언급은 전혀 하지 않았습니다. 그렇다면 대상판결은 구성요건해당성 단계에서 범죄의 성립을 부정하는 입장을 취한 것으로 짐작됩니다. 피해자의 동의

와 자기결정권의 범죄체계론상 지위에 관한 대상판결의 해석 문제 및 해당 쟁점에 대한 발표자의 의견이 궁금합니다.

[답변] 위 오영두 회원님의 [질의1,2]에 대한 답변과 동일합니다.

[질의 2] 대상판결은 원칙적으로는 환자의 생명을 보존하기 위해 불가피한 수혈 방법의 선택을 고려해야 하지만, 환자의 생명 보호에 못지않게 환자의 자기결정권을 존중하여야 할 의무가 대등한 가치를 가지는 것으로 평가되는 때에는 이를 고려하여 진료행위를 하여야 한다고 판시하고, 원심의 판단 이유 중 “환자의 자기결정권 행사가 의사의 일반적인 의무, 즉 국가의 생명권 보호 의무에 기초를 두고 있는 환자의 생명을 구할 의무 등과 직접 충돌하는 상황이 발생할 경우에는 원칙적으로 자기결정권의 행사를 의사의 의무보다 우위에 두어야 한다”는 취지로 실시한 부분은 적절하다고 할 수 없다고 판시하였습니다. 그리고 “환자의 생명과 자기결정권을 비교형량하기 어려운 특별한 사정이 있다고 인정되는 경우에 의사가 어느 하나를 존중하는 방향으로 행위하였다면 처벌할 수 없다”고 판시하였습니다. 이에 따르면, 대상사건에서 만약 피고인이 환자의 자기결정권보다 환자의 생명을 중시하여 타가수혈 치료를 하는 반대의 선택을 했다 하더라도 이를 위법한 것으로 평가할 수 없어 보입니다. 의사 입장에서는 환자의 의사를 존중해서 수혈을 하지 않고 사망사고가 발생하도록 내버려두었을 경우에는 사법절차에서 대상판결이 제시하는 “수혈을 거부하는 환자의 자기결정권이 생명과 대등한 가치가 있다고 평가될 수 있는 여러 사정들”의 존재를 밝혀야 하는 부담을 질 수밖에 없습니다. 반면 환자의 의사를 무시하고 “환자의 자기결정권보다 우위에 있거나 적어도 대등한 가치를 가지는 환자의 생명”을 살리기 위해 수혈을 한 경우에는 위와 같은 법적 부담이 존재하지 않습니다. 환자의 생명을 살리기 위해 어쩔 수 없었다고 한다면, 의사를 비난하기 어려워 보입니다. 그렇다면 의사들은 의식을 잃은 환자의 의사에 반하게 응급상황에서 수혈을 함으로써 사망사고의 발생 가능성을 줄이는 것이 더 안전하고 우월한 선택이라 생각하게 될 것입니다. 발표자의 지적처럼 치료에 집중해도 인력과 시간이 부족한 병원의 현실을 고려하면 더욱 그러할 것입니다. 그렇다면 대상판결은 의료현장에서 환자의 자기결정권을 위축시키는 방향으로 작용할 것 같다는 생각이 듭니다. 즉 의사는 소위 치료적 대화의 과정에서는 환자의 의사를 충분히 듣고 이를 존중할 것 같은 모습을 보이다가, 응급상황이 닥치면 최대한

법적 위험을 부담하지 않기 위해 환자의 의사를 무시하고 환자가 원하지 않는 치료행위를 하지 않을지 우려가 되는 측면이 있습니다. 이와 같은 우려에 대한 발표자의 의견이 궁금합니다.

[답변] 의사 입장에서는 당연히 생명을 구할 의무가 있어서 사망사고의 발생가능성을 줄이려고 할 것입니다. 그게 보통의 의사에게 우리가 바라는 것입니다. 다만 이 사건과 같이 생명의 위험성이 큰 수술을 앞두고 환자 본인이 위험한 방식을 원하는 경우는 의사의 생명을 구할 의무와 환자의 자기결정권이 충돌하는 상황이 벌어질 수 있고 대법판결에서도 밝히고 있듯이 이 충돌상황은 구체적인 사정을 들어 비교형량이 되어야 합니다. 이는 의사가 그 환자의 치료를 인수한 이상 필연적으로 받아들일 수밖에 없는 어려운 판단이고 절대적인 정답은 없습니다. 그래서 그 이전에 3개의 병원에서 환자가 원하는 수술방식을 거부했던 것입니다.

1997년에 있었던 보라매병원사건을 다들 기억하고 있으실 겁니다. 당시 보라매병원 신경외과 전담의사와 레지던트는 머리에 경막외 출혈상을 입고 응급후송되어 온 환자에 대해 경막외출혈로 인한 혈종제거수술을 성공적으로 실시했고, 그 환자는 중환자실에서 회복 중이었습니다. 그런데 환자의 가족들 특히 환자의 처가 치료비를 부담할 능력이 없고, 환자가 17년간 무위도식하면서 술만 마시고 가족들에 대한 구타를 일삼아 왔다고 하면서 환자의 퇴원을 원한다고 요청했습니다. 이에 의사들은 환자의 가족들에게 수차례에 걸쳐 환자가 지금 퇴원하면 죽게 된다면 퇴원을 만류했고, 치료비를 부담할 능력이 없으면 1주일 정도 기다렸다가 환자의 상태가 안정된 후 도망가라고까지 말했는데도 환자의 처는 계속 퇴원을 고집했습니다. 결국 의사들은 처의 퇴원요구를 받아 퇴원 지시를 했습니다. 위 의사들은 기소되어 1심에서 부작위에 의한 살인, 항소심에서는 살인방조죄를 선고받게 됩니다. 당시 의료계에서는 위와 같은 일이 심심치 않게 일어나는 관행이었던지라 의사들은 경악에 빠지게 되었고, 그 후로는 애매한 상황에서는 일단 처벌을 피하기 위해 의료소송에 휘말리지 않기 위해서라도 환자의 생명을 구할 의무를 우선시하게 되었습니다.

그 후 2008년경 김할머니 사건에서 존엄하게 죽을 권리와 생명을 구할 의무 사이의 충돌이 정면으로 대두되었습니다. 평소 스스로 호흡할 수 없게 되면 억지로 인공호흡기를 달지 말아 달라고 밝혀왔던 김할머니와 유족 측이 병원에 인공호흡기를 제거해달라고 청구한 이 소송은 환자와 의료계약을 맺은 의료인의 진료행위와 환자의

자기의사결정권의 한계가 어디인지가 문제된 사건입니다(당시 병원 측은 생명을 구할 의무를 더 우위에 두는 주장을 했습니다). 그러나 1심, 2심, 대법원 모두 김할머니에 대한 연명치료를 중지하는 것이 옳다고 판단했습니다. 그 후 2016년에 비로소 호스피스·완화의료 및 임종 과정에 있는 환자의 연명의료결정에 관한 법률(약칭 연명의료결정법)이 시행되었고, 우리 사회에 화두로 떠오르게 ‘존엄사’, ‘웰다잉’입니다. 그렇다고 하여 우리나라 법이 개인이 존엄하고 안락하게 죽을 권리를 무조건적으로 인정한 것은 아닙니다. 여전히 환자의 생명을 뺏는 적극적인 안락사는 인정되지 않고, 환자의 부탁에 따랐다 해도 자살방조죄가 되거나 (촉탁에 의한) 살인죄가 됩니다. 응급의료에 관한 법률 등에 따르면 의료인은 환자의 진료 요청이 없는 경우에도 응급환자의 생명을 보호하기 위한 최선의 처치를 해야 합니다. 만약 자살을 시도해 생명이 위급하게 되었으면 응급환자로 보고 치료를 서둘러야 하며, 본인이 아무리 치료를 거부해도 응급상태를 벗어나기까지는 치료를 강행해야 하는 것입니다. 반면 응급상태를 벗어난 환자 또는 응급상태에 이르지 않은 환자가 자기결정권을 행사해 생명과 직결되는 치료를 거부하여 의사가 치료를 중단하는 경우 결국 자기결정권의 행사의 유효성의 문제로 귀결됩니다. 그렇다면 (어디까지나 응급상황이 아닐 경우) 자기결정권의 행사가 유효한지에 대한 전제조건으로 의사의 위험설명의무와 환자의 동의능력이 문제되고, 과연 의사가 대상판결의 수술과 같은 모험적 의료행위에 대해 충분히 환자 측에게 설명했는지, 환자가 의학 정보를 충분히 이해한 상태인지, 환자와 보호자의 의견이 다른 이유는 무엇인지, 환자의 입장과 의료진의 입장을 절충시킬 방법은 없는지 충분히 숙고할 수 있는 절차와 기회가 필요하다고 생각합니다.