

〈논문〉

## 연명치료중단 판결의 헌법적 검토<sup>\*</sup>

- 대법원 2009. 5. 21. 선고 2009다17417판결 -

丁 哲<sup>\*\*</sup>

### 요 약

말기환자의 연명치료의 중단에 관한 이번 대법원결정은 입법이 없는 상황에서 의식이 없는 말기 성인환자에 대한 연명치료의 중단이 허용될 수 있고 이를 위한 허용기준을 명시적으로 밝힌 최초의 판결이라는 점에 의의가 있다. 특히 환자의 의사가 명확히 사전에 표시되지 않은 상황에서 의사추정의 방식에 의해서도 환자의 의도는 확인될 수 있다는 점을 밝힌 점도 중요한 판단 부분이다. 사전 의사표시를 하지 않은 경우에도 말기환자의 인간의 존엄과 가치를 존중하여야 한다는 헌법적 요구에 근거하여 자기결정권을 실현할 수 있어야 한다는 점 그리고 이런 경우 환자의 연명치료의 중단에 대한 자기결정권은 추정적 의사의 방식으로만 확인될 수밖에 없다는 점에서 이를 허용한 것은 타당하다. 그렇지만 대법원이 환자의 추정적 의사를 확인하는 과정에 있어 발생할 수 있는 문제점에 대해 아무런 절차적 보장장치를 제시하지 않은 점은 수긍하기 어렵다. 연명치료의 중단을 구하는 민사소송에서 의사추정을 위한 증거의 부정확성과 오염 가능성을 차단하기 위해서 법관의 직권강화보다는 입증수준을 제고하는 방식이 적합하다. 이와 같은 절차적 안전장치를 통해 환자의 의사를 추정할 수 있는 정확하고 폭넓은 증거가 제출될 수 있어 환자의 의사를 추정하는 절차가 정당화될 수 있게 된다. 그런데 대상판결은 이런 측면을 고려하지 않았다. 특히 추정적 의사를 객관적인 제3자의 입장에서 가정적으로 파악할 수밖에 없다는 사실도 받아들여야 하겠지만, 추정의 자료에 말기환자의 의사와 관련성이 약한 자료들이 포함되어 구체적인 추정과정에서 중시되면 환자의 자기결정권은 허무화될 수밖에 없다. 이와 관련하여 ‘의료자원의 균형적 배분’이라는 요소까지 고려한 원심 판단은 이런 가능성을 현실적으로 보여준다. 이런 요소는 이 사건과 관련성이 없고 다른 차원에서 해결되어야 할 사항이다.

주제어: 연명치료의 중단, 소극적 안락사, 존엄사, 자기결정권, 병원윤리위원회

\* 이 논문은 2009년도 국민대학교 교내연구비를 지원받아 수행된 연구임.

\*\* 국민대 법과대학 조교수, 법학박사.

## I. 서 론

### 1. 개념의 정리

헌법상 존엄사는 안락사와 구별되는 개념으로 인식하기도 하지만 통상적인 언어의 사용에서는 혼용되는 모습을 보이기도 한다. 일반적으로 안락사는 고통완화를 위한 처치가 생명단축의 부수적 효과를 가져오는 간접적 안락사(indirect euthanasia), 적극적인 행위를 통해 생명을 단절시키는 직접적·적극적 안락사(direct euthanasia), 그리고 생명연장조치를 중단하여 사망에 이르게 하는 소극적 안락사(passive euthanasia)로 나뉜다. 이 중에서 존엄사(death with dignity)라고 불리는 것은 희생의 가망이 없는 불치의 질병으로 빈사상태에 빠진 환자에 대하여 그의 의사에 따라 인간다운 죽음을 맞이할 수 있도록 인위적인 생명연장장치를 제거하거나 연장행위를 중단하는 행위를 말한다.<sup>1)</sup> 이는 소극적 안락사를 지칭하는 것으로 여겨진다.<sup>2)</sup> 그렇지만 안락사라는 표현은 형사책임의 유무의 관점에서 정립된 형법학계의 개념이라고 할 수 있다. 위에서 살핀 안락사의 유형은 행위태양과 결과의 측면에서 형사책임의 가능성을 고찰하기 위한 개념구성으로 여겨진다. 필자는 환자의 자기결정권의 행사와 이에 따른 치료의 중단이라는 요소가 헌법적으로 중요한 관심사라는 점에서 존엄사라는 개념이 더 적합한 표현이라고 생각한다.<sup>3)</sup> 그렇지만 현재 대 상관결에서 다루어지고 있는 문제영역은 연명치료(life-sustaining care)의 중단이라는 점에서 존엄사를 연명치료의 중단으로 표현하는 방식이 가능하다고 보아 여기서는 연명치료의 중단을 존엄사와 같이 사용하기로 한다. 이런

1) 권영성, **헌법학원론**, 개정판, 법문사, 2009, 410면; 김철수, **헌법학개론**, 제19전정신판, 박영사, 2007, 517면; 성낙인, **헌법학**, 제9판, 법문사, 2009, 441-442면; 정중섭, **헌법학원론**, 제4판, 박영사, 2009, 481면.

2) 이인영 외, **생명인권보호를 위한 법정책**, 삼우사, 2004, 374면; 배종대, **형법각론**, 제5판, 홍문사, 2003, 66면. 박영호, “소극적 안락사의 허용여부에 대한 소고”, **저스티스** 제35권 제1호 통권 65호(2002.2), 한국법학원, 210면.

3) 의사조력자살을 허용하고 있는 미국 오레곤주의 법률 역시 오레곤 존엄사법(The Oregon Death with Dignity Act)로 인용되고 있어 존엄사가 적극적인 안락사까지 포함하는 개념으로 확대될 가능성이 존재한다. 종교계는 이에 대한 우려를 표명한 바 있다(2009. 7.8. 천주교 주교회의 생명윤리위원회의 성명서 참조 <http://www.cbck.or.kr> 주교회의 보도자료 No. 278). 이와 같은 종교계의 우려는 이해되지만 우리 헌법학계에서 사용하는 존엄사의 범주에 위와 같은 적극적인 안락사는 포함되지 않는다는 점에서 존엄사 개념 자체를 포기할 정도는 아니라고 본다.

연명장치의 중단을 통한 사망은 뇌사와 구별된다. 뇌사자라 함은 장기등 이식에 관한 법률에 의한 뇌사판정기준 및 뇌사판정절차에 따라 뇌 전체의 기능이 되살아 날 수 없는 상태로 정지되었다고 판정된 자를 말한다(동법 제3조 제4호). 존엄사가 주로 문제되는 경우는 뇌사단계에는 진입하지 못하고 식물상태에 있는 회복가능성이 없는 환자들이다.

## 2. 연구의 범위

여기서는 존엄사의 한 유형인 연명치료의 중단에 논의를 한정하여 검토하기로 한다. 2009.5.21. 대법원은 환자 가족이 제기한 무의미한 연명치료장치의 제거를 청구한 사건에서 한정적 요건 하에서 연명치료의 중단을 인정하는 판례를 내놓았다. 소위 ‘보라매병원사건’<sup>4)</sup>으로 의료인이 형사처벌을 받게 되자 종전 의료계에서는 무의미한 연명치료의 거부에 대해 매우 소극적이었다.

그런데 이번 대법원의 판결로 인해 연명치료의 중단에 관한 논의가 일단락이 된 것으로 보기에 검토해 봐야 할 법적 쟁점들이 상당히 존재한다고 여겨진다. 위 대법원판결까지의 과정 그리고 그 이후의 논의과정을 통해 우리 사회는 비로소 연명치료의 중단문제에 대한 논의를 시작하였다고 볼 수 있다. 이 글에서는 먼저 위에서 언급한 대법원 판례를 살펴본 후 여기서 드러난 연명치료의 중단에 관한 법적 쟁점들을 중심으로 헌법적 측면에서 이를 논의해 보고자 한다.

## II. 대법원 2009.5.21. 선고 2009다17417판결의 요지

### 1. 사실관계 및 원고의 청구원인

원고 김○○(이하 ‘원고’라 부름)는 2008.2.18. 폐암발병여부를 확인하기 위해 피고 학교법인 연세대학교 산하 세브란스병원<sup>5)</sup>(이하 ‘피고’라 부름)에서 기관지

4) 보라매병원사건(서울남부지방법원 1998.5.15. 선고 98고합9 판결; 서울고등법원 2002.2.7. 선고 98노1310판결; 대법원 2004.6.24. 선고 2002도995판결).

5) 이 사건의 피고 역시 담당주치의 박△△ 등 의사가 되어야 하는지 의문이 드나 판례는 이 사건의 성격을 원고의 방해배제청구권의 행사로 이해하여 병원을 개설하여 담당주치의를 고용하여 의료업을 영위하고 있는 학교법인이 방해하는 사정을 지배하는 지위에 있는 자로 보았다(대법원 1966.1.31. 선고 65다218).

내시경을 이용한 폐종양 조직검사를 받던 중 과다출혈 등으로 심정지가 발생하였다. 이에 피고 병원의 주치의 등은 원고에게 심장마사지 등을 시행하여 심박동 기능을 회복시키고 인공호흡기를 부착하였으나 원고는 저산소성 뇌손상을 입고 중환자실로 이송되었다. 이때부터 이 사건 대법원 판결선고시까지 원고는 지속적 식물상태(PVS; persistent vegetative state)에 있으며, 인공호흡기를 부착한 상태로 항생제투여, 인공영양 공급, 수액 공급 등의 치료를 받아오고 있고 인공호흡기를 제거하면 곧 사망에 이르게 되는 상태이다.

이런 상태에서 원고의 특별대리인<sup>6)</sup>은 피고를 상대로 원고가 가지는 헌법 제10조가 보장하고 있는 자기결정권에 근거하여, 그 자녀들(공동원고)은 인간의 존엄권, 평등권, 건강권, 재산권과 피고와 체결한 진료계약의 해지에 각 근거하여 무의한 연명치료장치를 제거해 달라는 청구를 각각 하였다.

## 2. 대법원의 판단

### (1) 다수의견

환자는 위임계약의 성격을 지닌 진료계약을 의료인과 체결하고 치료를 받는 것인데 이 경우 의료인은 진료방법의 선택에 있어 상당한 재량을 가지지만 수술과 같은 환자의 신체를 침해하는 진료행위에 대해서는 환자의 동의를 받아야 한다. 이는 헌법 제10조에 근거하는 자기결정권에 근거하는 것이다. 마찬가지로 환자는 진료계약을 자유로이 해지함으로써 진료행위의 중단을 요구할 수 있다. 그렇지만 환자의 생명권은 헌법에 규정된 모든 기본권의 전제가 되므로 환자의 생명과 직결되는 진료행위를 중단할 것인지 여부는 극히 제한적으로 신중하게 판단하여야 한다. 우선 ① 회복 불가능한 사망 단계에 진입할 것, ② 환자가 회복 불가능한 사망의 단계에 이르기 전에 사전의료지시를 한 경우에는 의사변경의 특별한 사정이 없는 한 자기결정권을 행사할 것, ③ 사전의료지시가 없는 상태에서 회복 불가능한 사망의 단계에 진입한 경우에는 평소 일상생활에서 지인에게 한 의사

<sup>6)</sup> 원고는 심신상실의 상태에 있는 자이므로 원칙적으로 금치산선고(민법 제12조)를 받아 그 후견인이 금치산자의 법정대리인이 된다(민법 제938조). 그런데 제1심 판결문에는 특별대리인(민사소송법 제62조)이라고 표기되어 있다. 사실 원고는 금치산선고를 받지 않았지만, 제1심 법원은 사실상 의사능력 상실상태에 있는 사람에 대하여 소를 제기하는 경우에도 특별대리인(구 민사소송법 제58조)을 신청할 수 있다는 판례(대법원 1993.7.27. 선고 93다8986판결)를 근거로 원고가 특별대리인을 선임해 달라고 청구한 경우에도 이를 긍정하여 원고의 막내 아들을 특별대리인으로 선임하여 소송을 진행하였다.

표현, 타인에 대한 치료를 보고 환자가 보인 반응, 환자의 종교, 평소의 생활태도, 환자의 나이, 치료의 부작용, 환자가 고통을 겪을 가능성, 그 동안의 치료과정, 질병의 정도, 현재의 환자 상태 등 객관적인 사정과 종합하여 환자의 연명치료 중단 의사를 추정할 수 있을 것을 들었다. 그리고 법원에 제소하지 않은 경우에는 환자가 회복 불가능한 사망의 단계에 도달하였는지는 전문의사 등으로 구성된 위원회 등의 판단을 거치는 것이 바람직할 것이라는 점을 지적하여 장차 입법화의 필요성을 피력하였다. 이런 관점에서 볼 때 원심의 각 요건에 대한 판단은 정당하고 위법이 없다고 보았다.

### (2) 반대의견1(대법관 안대희, 대법관 양창수)

반대의견1은 연명치료의 중단이 반드시 환자의 자기결정권으로부터만 인정된다고 보지 않고 예외적인 상황에서는 법질서 일반의 관점에서 정당화되는 경우도 있다는 점을 밝힌다.

그리고 자기결정권에 기초한, 연명치료중단에 관한 다수의견의 인정요건을 수용하였다. 그렇지만 이 사건의 경우는 ① 회복 불가능한 사망 단계에 진입할 것을 충족하지 못한다고 보았다. 즉 아직 환자의 뇌간기능의 일부가 유지되고 있고 가장 가까워서 살펴본 담당주치의 판단에 의하면 기대여명이 적어도 4개월 이상으로 판단된다는 점을 보면 원고가 회복 불가능한 사망의 단계에 있다고 쉽사리 단정할 수 없다고 보았다.

다음, 사전 의료지시가 없는 이 사건에서 원고의 추정적 의사가 존재한다는 다수의견에도 반대하였다. 환자의 자기결정권에 의해 생명의 소멸에 이르는 연명치료의 중단을 정당화하는 한 그런 의사는 원고가 현실적으로 가지는 의사가 객관적인 정황으로부터 추단될 수 있는 경우에만<sup>7)</sup> 긍정될 수 있을 뿐, 다수의견이 말하는 가정적 의사 그 자체만으로는 이를 인정할 수 없다는 입장이다.

### (3) 반대의견2(대법관 이홍훈, 대법관 김능환)

반대의견2는 다수의견과 달리, 생명에 직결되는 진료에 있어서 자기결정권은 소극적으로 그 진료 내지 치료를 거부하는 방법으로는 행사될 수 있어도 이미 환자의 신체에 삽입, 장착되어 있는 생명유지장치를 제거하는 방법으로 치료를 중단

7) 반대의견1은 이런 의사를 묵시적 의사표시와 같은 의미로 이해한다.

하는 것과 같은 적극적인 방법으로 행사되는 것은 허용될 수 없다고 보면서 이 사건 청구는 인용될 수 없다고 보았다.

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

### III. 의료계약에서 자기결정권의 실현과 그 한계

#### 1. 의료계약에서 자기결정권과 국가의 생명권 보장 의무

말기환자<sup>8)</sup>에 대한 자기결정권의 행사를 통한 연명치료의 중단 내지 거부권을 인정하는 것은 생명권에 대한 포기를 국가가 허용하는 것이어서 헌법이 보장하고 있는 생명에 대한 절대적인 보호원칙에 반한다고 볼 수 있다. 국가가 자살미수를 처벌하지는 않지만 자살관여죄를 처벌하는(형법 제250조, 제252조) 주된 이유는 국민의 생명권에 대한 국가의 보장 의무를 다하고 이로써 국민의 생명권을 보호하기 위한 것이다. 무의미한 연명장치의 제거가 헌법질서 아래서 정당화되기 위해서는 의학적으로 회복불가능한 단계에 진입하여 연명장치에만 의존해서 생존하고 있을 뿐인 국민이 자기의 진정한 결정을 통해 연명장치의 제거를 요구하는 경우 이를 ‘자살’로 파악하지 않을 것이 요구된다. 이럴 경우에만 동시에 연명장치의 제거와 관련된 관여자들을 자살관여죄로 처벌하지 않을 수 있게 된다. 이를 위해 우리 사회는 이제 그런 상태에 있는 말기환자의 진지한 결정을 통한 연명

8) ‘말기환자’는 생명과 관련된 중요한 생체기능의 상실을 회복할 수 없고 의식의 회복 가능성도 없어 환자의 신체상태에 비추어 짧은 시간에 사망에 이를 수 있음이 명백한 환자를 지칭하는 것으로 한다. 이는 대법원이 연명치료중단의 의학적 요건으로 제시한 ‘회복불가능한 사망의 단계’와 일치한다. 현재 국회에 제출되어 있는 신상진의원안의 ‘말기환자’와 김세연의원안의 ‘말기환자’와는 다소 개념의 폭이 다르다. 이는 연명치료의 대상환자의 범위에서 다시 상술하기로 한다.

장치의 제거를 자살로 보지 않아야 하고 이는 다른 측면에서 국가의 생명권 보장의무를 해소시켜주어야 한다. 한 개인의 사유와 인식의 기초인 생명권의 포기는 원칙적으로 인정될 수 없지만 예외적으로 말기상태에서 무의미한 치료가 계속되는 상황에서 그런 치료를 중단하겠다는 환자의 의사에 확인되는 경우 생명권의 포기는 허용되어야 한다.<sup>9)</sup> 이 경우 환자가 죽음의 방식에 관한 자기결정권을 이미 행사한 결과 환자의 생명권과의 경합은 이루어질 수 없다. 이 국면은 환자의 생명권이 직접적으로 가족의 기본권과 충돌되는 상황도 아니고<sup>10)</sup> 말기환자의, 자기의 죽음 방식에 대한 자기운명결정권의 행사가 국가의 생명권 보장의무의 한계를 어느 수준에서 규율할 수 있는지의 구도로 파악되어야 한다.<sup>11)</sup>

이렇다면 말기환자의 죽음의 시기와 방식에 대한 자기결정권의 행사는 역시 일정한 헌법적 한계를 수반할 수밖에 없다. 이런 한계로 인해 사법부는 말기환자의 자기결정권의 행사를 통한 연명치료의 중단여부와 그 해당요건을 충실히 판단하고<sup>12)</sup> 향후 입법부 역시 이런 점들을 진지하게 고려하여 입법할 것이 요구된

9) 같은 취지로 강태수, “기본권 포기론”, **공법연구** 제29집 제2호(2001.2.), 152면. 다만 위 논문의 필자가 생명권의 포기를 국공립병원의 환자에만 한정하는 태도에 대해서는 이해할 수 없다. 생명권의 포기를 반대하는 견해로는 권형준, “생명권의 보호에 관한 고찰”, **법학논총** 제5집(1988.2.), 한양대학교 법학연구소, 256-257면. 권형준, “자기결정권에 관한 헌법재판소의 관례분석”, **법학논총** 제17집(2000.10.), 한양대학교 법학연구소, 75-76면. 여기서 필자는 소극적 안락사 중 생명을 단축하지 않는 순수한 안락사를 허용되는 유일한 유형으로 제시한다.

10) ‘세브란스 병원사건’의 제1심(서울서부지방법원 2008.11.28. 선고 2008가합6977 판결) 역시 타당하게도 이 사건의 공동원고였던 환자가족들의 기본권(건강권, 재산권, 평등권 등)에 기한 독자적인 연명장치의 제거청구를 기각했다.

11) 한편 이 사건은 환자가 자신의 기본권을 사인인 피고 학교법인 연세대학교에 주장한 것이고 타당하게도 대법원은 헌법상의 자기결정권을 의료계약의 해지사유의 하나로 구체화하였다. 전형적인 헌법적 가치를 사법질서 즉 계약의 해석에서 구체화한 것으로서 타당한 입론이다. 대법원은 원심(서울고등법원 2009.2.10. 선고 2008나116869 판결)과 달리 사법질서에 자기결정권을 직접 적용한 것이 아니라 의료계약의 해지사유의 하나로써 구체화하였다는 점에서 우리 헌법학계의 다수설인 간접적 적용설을 적용한 것으로 여겨진다.

12) 국회가 국민적 합의를 거쳐 연명치료에 관한 입법을 먼저 하는 것이 올바른 순서였다. 입법이 없는 상황에서 말기환자가 연명치료의 중단을 구하고 이에 대해 법원이 연명치료중단의 요건을 제시한 것은 법률유보의 관점에서 문제가 있다는 지적이 가능할 수 있으나(이준일, “안락사에 관한 헌법이론적 논의”, 대법원 헌법연구회·한국헌법학회 주최 제56회 공동학술대회 ‘인간의 존엄·가치와 생명권’ 자료집, 2009.11.7. 13면, 16면) 당사자 특히 피고가 상고를 한 이유가 연명치료의 중단에 관한 지침을 요구한 것이었다는 점을 고려하면 법원이 ‘법률상의 생송’(법원조직법 제2조)에 대해 입법의 불비를

다. 국민의 생명권이 자기결정을 통해 처분되는 상황에서 국가의 기본권 보장의 무는 긴장되어야 한다.

## 2. 헌법상 적법절차원칙에 따른 연명치료중단의 절차

말기환자가 자기결정권의 행사를 통해 연명치료의 중단을 요구할 수 있음을 인정할 경우 자기결정권의 행사시점과 연명장치의 제거시점은 시간적 격차를 보이게 된다. 말기환자가 사전 의료지시서를 통해 연명치료와 응급의료처치에 대한 명확한 자기결정을 했다 하더라도 연명치료 등의 중단시점에도 그런 자기결정이 유지되고 있는지는 확실하지 않다. 더욱이 위와 같은 명시적인 자기결정이 없는 상황에서 사후에 말기환자의 가정적인 의사를 객관적으로 추정하는 것을 인정하는 경우 말기환자의 진의는 모호한 채로 시간적 이격을 보이게 된다.

이런 상황에서 자기의 생명에 대한 자기결정을 타인이 확인하는 경우 절차적 정의의 요구가 현저히 강화된 형태로 요구될 수밖에 없다. 특히 국가가 국가입법을 통해 국가의 후견적 기능이 미칠 수밖에 없는 형태로 병원내부에 판정기구(의료윤리위원회 등)를 설치하거나 법원이 재판절차를 통해 환자의 자기결정을 확인하는 경우 그런 절차는 완전한 대립 당사자구도를 보이지 못하는 상황이 발생하는데<sup>13)</sup> 이런 상황에서 적법절차의 요구<sup>14)</sup>는 다양한 기능적 보완을 요구할 것이다.

---

이유로 재판을 거부할 수 없는 이상 국회의 권한을 침해할 수 있다는 주장은 의미는 있지만 이 사안에는 적합하지 않은 것으로 보인다.

- 13) 즉 환자의 당사자권이 충실히 보장되지 못하는 상황이 발생한다는 것이다. ‘세브란스 병원사건’에서 제1심과 원심법원은 원고의 아들에게 환자의 자기결정권의 행사에 관한 민사소송법상 특별대리인의 지위를 긍정하였다.
- 14) 우리 헌법은 적법절차원칙을 수용하고 있는데(헌법 제12조 제1항, 제3항), 이런 적법절차원칙은 그 적용대상을 형사소송절차에 국한하지 않고 모든 국가작용 특히 입법작용 전반에 대하여 문제된 법률의 실체적 내용이 합리성과 정당성을 갖추고 있는지 여부를 판단하는 기준으로 적용되고 사법작용 즉 재판에도 이 원칙은 역시 적용된다(헌법재판소 1989.9.8. 선고 88헌가6결정; 헌법재판소 1990.11.19. 선고 90헌가48결정; 헌법재판소 1992.12.24. 선고 92헌가8결정 등).



## IV. 자기결정권에 기한 연명치료의 중단

### 1. 자기결정권에 의한 연명치료 중지가가능성

환자와 의료기관 사이에 체결된 의료계약에 의해 제공되는 연명치료를 환자가 중지할 수 있는 근거는 우선 의료계약의 해지권으로부터 발생할 수 있다. 제1심은 의료계약과는 별도로 헌법상 자기결정권에 기한 독자적인 해지권으로 구성하였으나 대법원은 환자의 자기결정권을 의료계약의 독립적인 해지권으로 인정하였다.

문제는 연명치료를 중단할 경우 조만간 죽음에 이를 수 있는 말기환자의 경우에도 연명치료를 거부할 헌법상의 권리가 발생하고 이에 기해 의료계약을 해지할 수 있느냐이다. 이는 응급환자에 대한 의사의 치료의무로 구체화되는 국가의 생명 보장 의무를 어떤 조건 하에서 면제할 수 있느냐의 문제로 파악할 수 있다. 대법원은 이 경우에도 회복불가능한 사망의 단계에 진입하였고 사전 의료지시나 환자의 의사를 추정할 수 있는 경우 자기결정권의 행사를 통해 무의미한 연명장치의 제거를 청구할 수 있음을 인정하였다.<sup>15)</sup>

종래 판례가 환자의 자기결정권을 통해 신체침해적 의료행위를 허용하였다는 점을 고려하면<sup>16)</sup> 프라이버시권<sup>17)</sup>을 근거로 한 이론구성보다 일관성을 유지할 수

15) 이 대상판결의 제1심 판결에 앞서 제기되었던 인공호흡기 제거를 내용으로 하는 무의미한 연명치료 중지등 가처분(서울서부지방법원 2008.7.10. 선고 2008가합822결정)에서는 연명치료의 중지와 같은 자기결정권을 인정하는 것은 결국 생명에 대한 포기권 또는 처분권을 인정하는 것과 같아질 수 있어 헌법이 보장하고 있는 절대적 생명보호원칙을 고려할 때 이와 같은 경우에까지 의료행위에 대한 환자의 자기결정권이 무제한적으로 인정될 수 없다고 보아 가처분결정을 기각하였다.

16) 대법원 1994.4.15. 선고 92다25885 판결; 대법원 2002.10.25. 선고 2002다48443 판결 등. 판례는 특히 환자의 설명의무의 근거를 헌법상의 인격권에 근거한 자기결정권에서 구하였다(대법원 1998.2.13. 선고 96다7854 판결).

17) 말기환자의 연명치료 중단과 관련하여 미국의 경우 연방대법원은 쿠루젠(Nancy Beth Cruzan) 사건에서 원하지 않는 의학치료를 거부할 헌법적인 근거를 적법절차원칙 하에서 보장되는 자유권(liberty interest)에 근거하여 인정하였다. 이미 뉴저지 주대법원은 켄란(Karen Quinlan) 사건에서 프라이버시권에 근거해서 연명치료장치의 제거를 허용하였다(In re Quinlan, 70 N.J. 10, 355 A.2d 647, 79 A.L.R.3d 205). 그리고 켄란 이후 대부분의 미국법원은 보통법상의 정보제공 하의 동의(informed consent)와 헌법상의 프라이버시권 혹은 위 양자를 근거로 환자의 치료거부권을 인정하였다. Superintendent of Belchertown State School v. Saikewicz, 373 Mass. 728, 370 N.E.2d 417(1977). 이를 근거로 국내에서도 헌법 제17조의 사생활의 자유를 통한 보호를 생각해 볼 수 있다. 그러나 우리의 경우 헌법재판

있을 것으로 여겨진다.

## 2. 자기결정권의 행사시 의사추정 방식의 허용여부와 고려사항

말기환자가 사전 의료지시(advanced medical directives) 없이 의사능력이 없는 상태에 빠져 자기결정권을 행사할 수 없는 경우 추정적 의사를 통해 환자의 의사를 확인할 수 있는지 논란의 중심이 되고 있다. 이를 제외하는 입장<sup>18)</sup>은 이해할 수 있으나 현실적으로 명시적 의사표시를 확인할 수 없는 경우 연명장치의 제거를 통한 품위 있는 죽음은 불가능할 것이다. 대부분의 중환자들은 이런 가능성까지 고려해 미리 자기결정을 남기지 않는다.<sup>19)</sup> 환자인 당사자의 직접적인 의사를 확인할 수 없는 경우 환자의 자기결정의사의 확인의 자료를 생전의 명시적인 의사로 한정해야 할 필연적인 이유는 없다. 먼저 예측할 수 없는 사고나 질병의 희생이 된 사람들 또는 의사결정능력이 부족한 노인들의 경우에도 자기결정권의 행사가능성을 누려야 한다. 이와 같은 상황에 처해 있다는 사실이 그 상황에 처해 있는 자의 헌법상의 권리의 의식적인 행사를 방해하고 있는 경우, 그 권리의 침해를 막을 유일하고 현실적인 방법(only practical way)은<sup>20)</sup> 그 환자를 가장 잘 이해하거나 대변할 수 있는 자로 하여금 그 환자의 의사를 추정하도록 허용하는 것

---

소가 자기결정권을 인격과 관련한 결정영역별로 구체화하고 있다는 점에서 자기결정권을 근거로 하는 것이 적합하다고 본다. 헌법재판소는 이미 성적자기결정권(헌법재판소 1990.9.10. 선고 89헌마82 결정), 혼인에서 상대방결정의 자기결정권(헌법재판소 1997.7.16. 선고 95헌가6등 결정), 소비자의 자기결정권(헌법재판소 1996.12.26. 선고 96헌가18 결정)을 인정하였다.

18) 현재 추정적 의사를 연명치료중단에서 배제하는 입법안으로 김세연의원안이 국회에 제출되어 있다(김세연의원 대표발의 2009.6.22. 『삶의 마지막 단계에서 자연스런 죽음을 맞이할 권리에 관한 법』 의안번호 1805232 국회의안정보시스템 참조, <http://likms.assembly.go.kr/bill/>).

19) 우리보다 훨씬 앞서 연명치료중단 논의가 있었고 법의식 역시 더 높다고 평가되는 미국의 경우에도 약 9%의 미국인만이 의식불명상태에서의 치료결정이 어떻게 다루어져야 하는지에 대해서 사전지시서(medical directive)를 작성한다는 지적이 있다. Emmanuel & Emmanuel, The Medical Directive: A New Comprehensive Advance Care Document, 261 JAMA 3288(1989). 1991년 연방차원에서 환자자기결정권(Patient Self-Determination Act)이 제정되어 의료지시서가 권장되고 있음에도 불구하고 심폐소생술 거부(DNR)는 51% 수준이나 사전 의료지시서의 작성은 여전히 16-26% 수준이라고 한다(2007년 미국 Department of Health and Human Services 보고). 허대석, “무의미한 연명치료의 중단에 대한 사회적 합의”, 국립암센터 심포지엄, “품위 있는 죽음”을 위한 사회적 합의 자료집(2009), 31면.

20) In re Quinlan, 70 N.J. 10(41), 355 A.2d 647(664).

이다. 연명치료의 중단에 대한 자기결정권은 본인의 의사결정이 절대적으로 필요한 행위이므로 원칙적으로 법의 주체가 아닌 자가 대리행사하는 방식은 허용될 수 없다고 본다. 말기환자가 금치산선고를 받거나 사실상 금치산상태로 인정되어 후견인(법정대리인)이나 특별대리인이 법원에 의해 임명된다고 하더라도<sup>21)</sup> 그런 대리인 역시 마찬가지라고 여겨진다.<sup>22)</sup> 그렇다면 추정방식을 허용하지 않는 경우 의사능력 상실 전에 연명치료의 중단여부에 관한 의사표시를 하지 못한 자는 이에 관한 자기결정권을 행사할 수 없다는 결론에 이른다.

그러므로 의사추정방식은 허용하면서 이에 대한 대응책을 마련할 필요가 있다. 이 경우 현저히 당사자권의 보장이 요구되는 상황임을 감안해 헌법상 적법절차의 요청에 의해 특히 의사확인절차의 적정화와 정당화가 요구된다. 이에 관한 분쟁이 소송으로 이어지는 경우 법원은 절차적 안전장치를 마련함으로써 의사추정 과정에서 발생할 수 있는 부정확성과 오염가능성을 차단할 필요가 있다.

#### (1) 의사추정시 판단자료

대상 대법원 판결은 환자의 의사추정은 객관적으로 이루어져야 한다고 전제하면서 환자의 의사에 관한 주관적 자료(환자가 평소 일상생활을 통하여 보인 반응, 환자의 종교, 평소의 생활태도 등) 외에 환자의 나이, 치료의 부작용, 환자가 고통을 겪을 가능성, 회복불가능한 사망의 단계에 이르기까지 치료 과정, 질병의 정도, 현재의 환자상태 등 객관적 사정을 의사추정의 판단자료로 포함하고 있다.<sup>23)</sup>

이렇게 연명치료 중단시점에 존재하는 주관적·객관적 자료들을 폭넓게 의사추정의 판단자료로 포함하는 태도는 타당하다고 여겨진다. 연명치료 중단에 관한 사전 의사표시가 없는 경우에는 환자가 연명치료의 중단시점에 존재하는 자신을 둘러싼 모든 상황에 대한 정보를 바탕으로 자기결정권을 행사할 것이기 때문에 의사추정의 과정에서도 주관적·객관적 사정을 전부 판단의 자료로 포함하는 것이 필요하기 때문이다. 한편 연명치료의 중단에 관한 사전의 의사표현이 있는 경우에도 어차피 연명치료의 중단시점과는 시간적인 이격이 존재하므로 의사추정

21) 위 각주6의 판례와 설명 참조.

22) 같은 입장으로 대법원 2009.5.21. 선고 2009다17417판결의 별개의견(대법관 김지형, 대법관 박일환), 8. 다. 참조. 결국 법정대리인은 연명장치의 제거를 구하는 소송만을 대리할 수 있을 뿐 말기환자의 연명장치의 중단에 대한 자기결정권 자체는 대리행사할 수 없다고 본다.

23) 대법원 2009. 5. 21. 선고 2009다17417판결, 1. 다. (3) 참조.

이 필요하다는 전제에 서면 중단시점의 모든 자료를 판단의 자료로 포함해야 할 필요가 마찬가지로 존재하게 된다.

## (2) 의사추정시 판단의 관점

말기환자의 의사를 추정하는 방식에 의해 그 환자가 자기결정권을 행사할 수 있도록 허용하는 경우 환자의 의사추정시 판단의 관점은 자기결정권의 행사의 주체와 관련하여 중요한 형성영역이 된다. 말기환자의 연명치료의 중단을 환자의 자기결정권의 행사를 통해 정당화하고 이를 의사추정의 방식을 통해서도 허용하는 한, 말기환자가 의사추정을 위해 자신의 신체상태에 대한 의학정보를 포함한, 자신에 관한 주관적·객관적 사정들을 연명치료 중단 시점에서 이를 충분히 고려하였다면 그가 연명치료의 중단을 선택하였을 것이라고 인정되어야 의사추정은 이루어질 수 있다.

그런데 대상판결의 다수의견은 환자의 의사추정은 객관적으로 이루어져야 한다고 판시하고 있는데 이는 의사추정의 판단자료에 객관적인 사정이 포함될 수 있고 또한 의사추정의 관점은 환자의 입장에서 객관적으로 이루어져야 한다는 의미로 해석하여야 한다고 본다. 그렇지 않고 외부의 제3자가 말기환자 자신의 고유한 판단을 대체하여 의사추정의 수단을 통해 생명의 유지필요성을 객관적으로 판단하게 되면 이는 자기결정권의 주체가 외부의 제3자에게 이전되는 것이고 이는 우리 헌법상 허용될 수 없다고 생각한다. 이는 생명권의 주체가 아닌 제3자가 생명의 지속필요성 또는 생명의 질(quality of life)에 대한 객관적인 판단을 할 수 없다는 의미와 같다. 그러므로 대상판결의 원심이 피력한 ‘회생가능성의 정도가 매우 낮거나 장기간에 걸친 연명치료를 해온 경우 등이라면 환자의 의사를 다소 완화하여 추정할 수 있을 것’이라는 판시는<sup>24)</sup> 의사추정에 관한 판단의 시점에서 볼 때 문제가 있는 판단방법이다.

이런 관점에서 객관적 사정 또한 한정적으로 검토될 필요가 있다. 가족의 경제적 부담까지는 고려될 수 있다고 하더라도 의료자원의 균형적 배분이라는 사회적인 관점은<sup>25)</sup> 의사표시의 추정과정에서 동원될 수 있는 객관적인 사정으로 볼 수 없을 것이다. 대상 대법원 판결의 소수의견(대법관 안대희, 대법관 양창수)이 연명

<sup>24)</sup> 서울고등법원 2009. 2. 10. 선고 2008나116869 판결[3. 나. (3)].

<sup>25)</sup> 위 판결[3. 다]. 이 사건 총 치료비가 2008.2.16.부터 2009.1.6.까지 143,627,247원 소요되었다.

치료의 중단에 관한 환자의 의사추정을 가정적 의사탐구가 아닌 현실적으로 파악할 수 있는 묵시적 의사표시로 해석하려는 의도를 보이는 것 역시 가정적 의사가 지닌 객관적인 판단과정의 위험성을 지적한 것으로 보인다. 다만 이 소수의 견과 달리 여기의 의사추정은 현실적으로 가정적 판단구조가 될 수밖에 없다. 연명치료의 중단시점에 환자의 현실적 의사를 확인할 수 없고 환자 자신의 주관적 의사를 추측할 수 있는 진술이 나타난 시점은 연명치료 중단 시점과 시간적인 이격을 보이기 때문이다.

### (3) 적법절차원칙과 의사추정 입증의 수준

#### 1) 적법절차의 요구와 환자의 자기결정권 행사의 제한

대상 대법원판례는 환자가 의식의 회복가능성이 없어 의사능력이 없는 경우에 특별한 절차적 보장장치 없이 폭넓게 환자와 환자가족의 의사표현과 기타 객관적인 사정을 종합하여 환자의 의사를 추정할 수 있다고 판시하였다. 여기서 다수의 의견은 추정적 의사가 의사표시의 해석상 환자의 현실적 의사가 아니라 가정적 의사임을 밝히고 있는데<sup>26)</sup> 이는 사실상 특별대리인에 의한 대체적 의사결정구조로 파악된다.

그럼에도 불구하고 대상판결의 다수의견은 변론주의가 지배하는 민사소송의 판단구조에서 실질적으로 증거제출의 책임이 충실히 담보될 수 없는 상황, 다시 말해 당사자주의가 완전히 실현되기 어려운 구조임에도 불구하고<sup>27)</sup> 입증의 수준을 높이지 않는 판단방식을 보여준다. 이런 다수의견의 태도는 헌법상 적법절차의 관점에서 요구되는 절차적 정의의 요구를 충분히 고려한 것으로 보기 어렵다.

26) “환자에게 자기결정권을 행사할 수 있는 기회가 주어지더라도 연명치료의 중단을 선택하였을 것이라고 볼 수 있는 경우에는-”(대상판결 1.다.(3) 참조).

27) 완전히 당사자주의적 구조가 될 수 없다고 여겨지는 이유는 첫째, 대부분의 연명치료를 실시하는 병원은 국가병원이 아니라 사설병원이고 이들 병원이 연명치료장치 제거 청구의 피고가 되는데 이들 피고는 적극적으로 의사추정자료를 수집·제출하는데 있어 큰 열의와 능력을 보일 수 없는 상태에 있다. 또한 원고 역시 특별대리인에 의한 소송수행권을 받아들일 수밖에 없는 상황 하에 있는데 특별대리인은 환자의 가족과 연명치료의 유지에 대해 일치된 입장을 보이고 있어 원고는 실질적으로 자신의 권리를 실현하는데 소송법적인 한계를 가지고 있다. 연명장치의 중단을 요구하는 환자들끼리 사랑으로 결합되어 있는 가족관계를 유지하고 있다고 불행하게도 단언할 수 없다. 이런 상황에서 의사추정과 관련하여 이 사건 법원에 제출되는 환자 자신의 진술증거는 모두 **전문증거(hearsay)**일 수밖에 없다.

이런 결과는 대상판결이 생명권의 보장의무를 충실히 심려하였다고 보기 어렵게 한다. 특히 여기는 다루는 인간생명의 관련성과 같은 사안의 중요성을 고려할 때 잘못된 판단의 위험을 어떻게 분배할 것인지에 대한 합리적인 고려가 필요하다. 이와 같은 입증수준의 제고는 장래 의학의 발전과 잘못된 실수의 위험을 관계 당사자들에게 분배하는<sup>28)</sup> 역할을 수행할 수 있는데 대상판결은 이런 가능성을 봉쇄하게 된다.

이에 대해 의사능력이 없는 말기환자의 절차적 보장책은 입증의 부담을 높이는 방식이 아니라 공정하고 중립적일 수 있는 후견인(guardian ad litem)의 지명이나 법원절차를 요구함으로써 달성될 수 있다는 입장도 있다. 즉 이 후견인이 환자의 의사에 관한 증거를 수집하고 필요한 증거제출절차를 사용하여 가족의 다른 구성원들, 환자의 친구들, 목회자, 그리고 의사들과 상담하고 이들을 법원에서 진술하게 하여 다면적인 증거들을 탐색함으로써 절차적 균형을 이룰 수 있는데 굳이 입증부담의 강화를 통해 제출된 증거를 무시하는 것은 말기환자의 권리 실현에 장애를 만드는 것이라고 보면서 결국 연명치료의 중단을 거부한 잘못된 결정은 ‘생명의 유지’라는 주장과는 달리 환자의 원하지 않는 의료행위를 회피할 권리에 의해 보호되는 환자의 생명의 질(qualities of life)을 환자로부터 박탈하고 이로써 환자는 인간으로서 품위를 잃은 존재로 전락하고 만다는 것이다.<sup>29)</sup>

이런 비판은 상당히 설득력이 있지만, 실제 소송현실에서 그 적실성을 갖기 힘들다. 민사소송의 구조 속에서 독립적인 후견인(특별대리인)의 활동을 기대하는 것은 한계가 있다. 특별대리인이 임명된 대상판결에서도 특별대리인은 후견인의 지위에 있는 원고의 자녀가 선정되었다.<sup>30)</sup> 이 사건과 같이 민사소송의 형태로 진행된 사건에서 의료인의 감정의견 외에 환자를 둘러싼 관계인들의 진술이 법원에 다양하게 제출되기에는 구조적인 한계가 존재한다.<sup>31)</sup> 변론주의가 지배하는 민

28) 생명연장장치를 유지하는 잘못된 결론은 적어도 현상태의 유지(생명의 유지)에 기여하고 의학에서의 진보나 갑작스런 환자의 죽음으로 시정될 가능성이 있지만, 생명연장장치를 제거하는 잘못된 결정은 회복가능성이 없게 된다. *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*, 497 U.S. 261(1990), 283.

29) *Ibid.* pp. 315, 320, 325-326.

30) 서울서부지방법원 2008.11.28. 선고 2008가합6977 판결; 서울고등법원 2009.2.10. 선고 2008나116869 판결 참조. 다만, 대상판결인 대법원 2009다17417 판결의 원고 당사자 부분에는 특별대리인의 표시가 없다. 피고만이 상고한 관계로 원고 특별대리인의 표시가 나타나지 않은 것으로 추측된다.

31) 대상판결에서도 제1심 판결에 나타난 관계인의 진술 중 의료인을 제외하면 증인 심OO

사소송에서 법원의 직권증거조사에 기대하는 것 외에 이미 연명치료의 중단을 결정하고 소송에 나선 원고측에게 반대되는 입장에 대한 증거신청을 기대한다는 것은 구조적으로 어렵다.<sup>32)</sup> 이런 소송에서 피고 역시 그런 역할을 하기에는 이해관계의 밀접성이 약한 것이 사실이다. 이런 유형의 민사소송에 국가가 소송참가를 할 수 없는 이상,<sup>33)</sup> 국립병원에서 치료중인 환자를 제외하고 국가가 소송의 당사자로 참여할 수도 없다. 그렇다면 결국 심판자인 국가법원이 직권에 의한 증거조사활동을 강화하든지(민사소송법 제292조) 당사자의 입증의 수준을 강화하여 당사자가 소송절차에서 적극적이고 폭넓은 입증활동을 하도록 요구하는 방법 밖에 없다. 그런데 민사소송에서 진리발견의 효율성과 당사자의 사적자치를 보장하기 위해서는 법원의 직권강화보다는 당사자를 통해 변론주의를 조장하는 것이 더 바람직한 방향이므로 이 경우에도 법원의 직권조사의 강화보다는 당사자의 적극적인 입증활동을 촉진하는 입증수준의 제고를 통해 진실발견에 접근하는 방법이 보다 더 타당하다.

또한 강화된 입증부담으로 인해 발생할 수 있는, 연명치료를 중단하지 않은 잘못된 결정은 사후에 변경의 가능성이 남아 있으므로 환자의 자기결정권의 행사를 통한 원하지 않는 진료를 거부할 권리를 영구히 제한하지는 않는다.<sup>34)</sup> 이런 점에서 위에서 살펴본 입증수준의 강화가 바로 환자의 권리실현을 제한한다는 주장은 타당하지 않다. 오히려 이런 입증의 부담을 통해 다시 한 번 관계인들에게 숙고의 기회가 주어지고 연명치료 중단을 위한 소송절차에서 적법절차의 요

의 증언이 유일하다. 서울서부지방법원 2008.11.28. 선고 2008가합6977 판결 참조.

32) 대상사건에서 원고의 자녀들은 모두 의견의 일치를 이루었다. 이런 점을 의식하여 대 상판결의 별개의견(대법관 김지형, 대법관 박일환)은 민사소송절차가 아닌 민사비송사 건절차에 의한 해결을 제시하고 있다. 그 외에 관계인들(자녀들의 입장이거나 배우자나 부모의 입장)이 나뉘는 경우를 상정할 수도 있지만 대상판결에서는 나타나지 않았지만 가능성은 존재하나 일반적으로 높지 않을 것으로 보인다. 미국의 경우 Terri Schiavo 사건의 경우에 사건초기 후견인이었던 남편과 환자부모의 의견은 일치되었으나 나중에 환자의 남편의 연명치료 중단요구와 환자 부모의 연명장치유지요구가 대립되었다. In re The Guardianship of Theresa Marie Schiavo, 2000 WL 34546715(Fla.Cir.Ct.) 참조.

33) 미국의 Quinlan사건에서는 Quinlan의 아버지가 후견인으로 지명해 달라는 소송이었는데 카운티의 검사(the Prosecutor of Morris County)와 뉴저지의 법무장관(the Attorney of New Jersey)이 참여하였고 Cruzan사건은 피고가 미조리 보건당국(Director, Missouri Department of Health)이었다.

34) 실제 Cruzan 사건에서 원고는 패소하였지만, 그 후 다시 환자의 의사를 추정할 수 있는 자료를 보강하여 결국 연명치료장치의 제거에 성공하였다.

구는 더욱 완성될 수 있다.

## 2) 비교판례에 따른 분석

아래에서는 대상판례와 자주 비교되는 미국의 Cruzan 사건과 최근의 Schiavo 사건에서 환자의 의사추정을 위해 소송과정에서 제시된 의사추정자료와 이에 대한 법원의 판단과 평가를 대비해 본다.

### ① 이 사건 대상판례의 의사추정의 판단자료와 그 결론

의사추정 제출자료	대법원 다수의견의 평가	대법원 소수의견
① 독실한 기독교 신자로서 3년 전 남편이 심장질환으로 임종을 맞이할 무렵 생명연장수술을 거부하여 그대로 임종을 맞이하게 한 사실, ② 당시 가족들에게 내가 소생하기 힘들게 된 때에 기계에 의해 연명하는 것을 바라지 않는다고 말한 사실, ③ 환자간호 장면이 텔레비전에 나올 때 저렇게까지 누를 끼치며 살고 싶지 않다는 말을 한 사실, ④ 15년 전 교통사고로 팔에 난 상처를 타인에게 보이기 싫어 여름에도 긴 팔 옷을 입고 다닌 사실	평소 일상생활에서 지인에게 한 의사표현, 타인에 대한 치료를 보고 환자가 보인 반응, 환자의 종교, 평소의 생활태도, 환자의 나이, 치료의 부작용, 환자가 고통을 겪을 가능성, 그 동안의 치료과정, 질병의 정도, 현재의 환자 상태 등 객관적인 사정과 종합하여 환자의 연명치료 중단의사를 추정한다고 하면서, 자신과 유사한 남편의 상황에서 연명치료를 바라지 않는다는 명시적인 의사를 표시한 점과 제1심의 ③과 ④(정당한 성격을 추정)의 상황이 존재한 점을 가족들이 일치하여 진술하고 있고 그 사이 원고의 이런 의사는 계속 유지된 것으로 보인다는 점. ⑤ 원고의 현재 상태 및 회복가능성에 대한 사정, ⑦ 원고의 기대생존기간이 3 내지 4개월인 점, ⑧ 원고의 나이가 현재 76세인 점(제1심 판단)을 들어 원심의 판단을 수용하였다.	③과 ④는 누구라도 건강한 상태에서 흔히 할 수 있는 말이나 태도에 지나지 않고, ①은 비록 남편이라고 하더라도 역시 타인이 처한 상황에 대응하여 나온 것으로서 자신의 운명에 관한 진지한 숙고하의 지속적인 의사에 기한 것으로 볼 자료는 없다고 보았다(엄격한 입증을 요구한 것으로 사료됨).



② Cruzan 사건의 경우 제출자료와 판단결과<sup>35)</sup>

의사추정제출자료	미조리 대법원판단	연방대법원판단
<p>① 1심법원은 오랜 친구였고 동료이자 수개월 동안 집을 같이 사용했던 Athena Comer의 진술에 의존했다. Nancy Cruzan이 그녀의 현재와 같은 상황 아래서 의료치료로부터 자유로워지기를 바랬을 것이라는 것을 보여주는 것으로 그녀의 진술은 충분한 것으로 보았다. ② Ms. Comer는 그녀와 Nancy가 같이 살던 동안 가졌던 대화를 기술하였다. 그 대화는 Ms. Comer의 여동생에 관한 것이었는데 그녀는 갑자기 아팠고 그 밤에 죽었다. Comer 가족은 만약 그녀가 그 밤을 지나 살았다고 하더라도 그녀는 식물인간 상태로 빠졌을 것이라고 들었다. ③ Nancy는 Ms. Comer가 증언하기 몇 개월 전에 할머니를 잃었다: “Nancy는 그녀가 정상이거나 아니면 반정상이거나 또는 자기 스스로 일을 할 수 없다면 그녀가 식물상태로는 살기를 원하지 않았을 것이라고 말했다. 왜냐하면 Nancy는 그녀는 그렇게 살기를 원하지 않을 것이라고 항상 말했기 때문이다.” 그녀는 그런 식으로는 살고 싶지 않다고 몇 번이나 말했다. 그 대화는 Nancy의 사고가 일어나기 약 1년 전에 일어났고 약 1시간 30분 동안 중단 없이 진지한 상태에서 이루어졌다고 Ms. Comer에 의해 진술되었다. ④ 그 이외에 사고 1년 반전에 있었던 Nancy의 조카 유산시 그녀의 여동생 Chirsty와 나눴던 대화가 있었다. 여기서 Nancy는 아마도 그 아기가 유산된 것이 존재가 직면해야 하는 삶을 필요 없게 하는 위대한 계획(great plan)의 일부라면 이라고 말했다. 그 외 Nancy의 어머니의 진술과 그 여동생의 진술이 있었다.</p>	<p>미조리 대법원은 Nancy의 진술을 그것이 다른 사람의 의학적 상태에 대해 비공식적으로 표현된 반응이었음을 이유로 믿을 수 없는 것(unreliable)이거나 치료나 영양의 중단을 직접 다루지 않았다는 점을 들어 이를 거부하였다. 이는 우리 대법원의 소수의견(양창수)과 유사하다.</p>	<p>주대법원이 명백하고 확신할 수 있는 증거기준(clear and convincing evidence standard)을 채택한 것은 연방헌법 하에서 허용될 수 있다고 판시하였다.</p>

<sup>35)</sup> Cruzan v. Director, Missouri Department of Health, 497 U.S. 261(1990), 323, Fn 19.

③ Terri Schiavo 사건의 경우 제출자료와 판단결과<sup>36)</sup>

의사추정 제출자료	플로리다 순회법원	의학적 상태
<p>① Schiavo가 11살 내지 12살 무렵 Karen Ann Quinlan 사건에 대해 보인 반응(어머니인 Mrs. Schindler와 다른 증인의 증언)</p> <p>② 남편 시동생과 시누이(Scott Schiavo와 Joan Schiavo)에 했던 진술(독립이라는 가치의 중요성, 생명의 질, 부담이 되지 않는 것 등), ③ Joan Schiavo(시누이)의 친구의 어린 아이에 관한 진술 ④ Schiavo의 할머니가 집중치료를 받고 있었을 때 자신은 부담이 된다면 그와 같이 살지는 않을 것이라고 남편(Michael Schiavo)에게 한 진술, ⑤ 텔레비전에서 생명유지장치를 장착한 사람을 보고 자신은 그렇게 살지 않겠다고 남편에게 말했던 사실, ⑥ 그녀의 할머니의 장례식장에서 시동생(Scott Schiavo)에게 “내가 만약 그렇게 되면, 그냥 내버려 두, 나를 그곳(병원)에 남겨두지 마세요, 나는 기계에 의지해서 살고 싶지는 않아요”라고 말했다는 진술, ⑦ 시누이(Joan Schiavo)에게 텔레비전 영화에서 사고를 당하고 혼수상태에 있던 남자를 보고 그녀에게 그런 일이 발생한다면 그녀의 유언장에서 자신은 그런 튜브와 모든 것이 제거되기를 바란다고 기술되기를 원했다는 시누이(Joan Schiavo)의 진술.</p>	<p>①의 진술은 지금과 같은 상황에서 그녀(Schiavo)의 의도를 진정으로 반영하는 것으로 볼 수 없고 ③의 경우도 법원은 그녀의 진술이 다른 사람과 관련된 상황을 향하고 있는데 그녀가 그런 상황에 처할 경우와 같은 정도의 중요성을 그 진술에 둘 수 없다고 보았다. ④⑤의 경우는 이런 특정한 상황에서 그녀의 의도를 반영하는 것으로 보았고, ⑥⑦ 역시 그녀의 의도를 같은 방법으로 보여준다고 보았다. 이런 구두 진술들은 그녀가 현재와 같은 상황 아래서 바랬을 것에 관한 그녀의 의도에 관한 구두 표명으로 명백하고 확실할 수 있는 증거의 수준(the level of clear and convincing evidence)에 도달했다고 보았다.</p>	<p>구조적인 뇌손상을 입어 10년 동안 전적으로 무반응의 상태로 지속적인 식물 상태로 있었다. 의식을 회복할 가능성은 없었고 영양관을 제거하면 7일이나 14일 이내에 사망할 것으로 예측되었다.</p>

평면적으로 세 판례의 입장을 비교할 수는 없지만, 입증수준의 강화를 통해서 환자의 의사에 관한 다양한 증거방법이 소송에 현출되는 가능성이 더 많아진다는 점을 볼 때 대상판결의 소수의견(대법관 안대희, 대법관 양창수)의 입장과 같이 연명치료의 중단은 생명의 유지·소멸에 관한 최종적인 결정인 점을 고려하여 강화된 절차적 요청을 충족할 필요가 있고 그것은 현실적으로 입증수준의 제고의 방식이 될 수 있다.

<sup>36)</sup> In re The Guardianship of Theresa Marie Schiavo, 2000 WL 34546715(Fla.Cir.Ct.).

## V. 연명치료중단의 범위와 사전 사법절차의 필요성

### 1. 연명치료중단 대상환자의 범위

다수의견은 환자가 회복불가능한 사망의 단계에 진입한 경우에 일정한 환자의 자기결정권의 행사를 통해 연명치료를 중단할 수 있다고 판단하였다. 그런데 회복불가능성을 의학적으로 판단할 수 있느냐의 문제가 먼저 제기된다. 이런 문제가 제기되는 이유는 지속적 식물상태에서 10여 년 이상의 장기간이 지난 후에 의식이 회복된 사례와 자발호흡에 의한 생존이 불가능하다고 판정되었으나 이후 인공호흡기를 제거하고도 수년간 자발호흡에 의하여 생존이 가능하였던 사례가 존재하였기 때문이다.<sup>37)</sup>

더욱이 회복불가능성에 대한 다수의견의 판단이 자칫 자발호흡을 완전히 회복하지 못한 모든 환자가 회복불가능한 사망의 단계에 이른 것으로 분류, 평가될 위험이 있다는 지적이 있다. 다수의견이 인공호흡기 등 생명유지장치가 장착되어 있는 환자의 경우 그 장치가 장착되지 않은 신체상태를 기준으로 하여 비교적 짧은 시간 내에 사망에 이를 것인지 여부를 판단하는 기준을 받아들이면 이런 우려는 현실화될 수 있다. 이런 우려를 불식시키기 위해 대법원의 반대의견(대법관 이흥훈)은 돌이킬 수 없는 사망의 단계라는 사망과의 시간적 밀접성을 강조하는 새로운 기준을 제시하였다.

이에 대해 다수의견은 회복불가능성에 대한 판단자료로 생명유지에 필수적인 기능으로서 그 기능을 상실하는 경우 짧은 시간 내에 사망에 이를 수 있는 생체 기능으로 제한하고 있지만 여전히 진료행위 자체의 특성으로부터 회복불가능성이 분명히 판단될 수 있는 성질의 것인지 불명확성이 남아 있다. 회복불가능한 사망의 단계라는 같은 기준을 공유하면서 반대의견1(대법관 양창수)은 이 사건의 경우를 회복 불가능한 사망의 단계로 보지 않았다. 이는 이 기준이 그렇게 분명한 기준이 되지 못함을 보여주는 것이고 이런 이유로 이 부분에 대한 분명한 기준의 제시가 필요하다는 주장이 제기될 수 있다.

<sup>37)</sup> 대표적인 사례가 미국의 Karen Quinlan양의 경우인데 법원에 의해 그녀로부터 인공호흡기(respirator)가 제거되었음에도 그녀는 자발호흡에 의해 이후 10년 정도 생존하였다. 이 인영 외, **생명인권보호를 위한 법정책**, 삼우사, 2004, 368면 각주27, 참조. 대상판결의 원고 역시 현재까지 자발호흡에 의해 생존하고 있는 상황이다. 또한 원고의 가족들은 같은 병원을 상대로 의료과오소송을 진행 중에 있다.

그럼에도 연명치료 중단 대상환자의 범위에 대한 대상판결의 다수의견은 여러 이유에서 타당하다고 여겨진다. 우선 반대의견<sup>2</sup>(대법관 이홍훈 등)가 들고 있는 돌이킬 수 없는 사망의 단계로 연명치료의 중단에 있어 자기결정권을 행사할 수 있는 대상환자를 한정하면 사실상 연명치료의 중단이 가능한 범주를 너무 한정하여 연명치료의 중단을 통한 말기환자의 인간다운 죽음에 대한 자기결정권을 과도하게 제한하게 된다. 남용의 가능성을 들어 말기환자의 헌법상의 권리실현의 가능범주를 한정하는 것은 타당한 방법론이 아니다. 제도의 남용가능성은 적법절차 원칙에 따른 절차적 안전판의 확보를 통해 차단되어야 할 문제이다.

다수의견이 제시하는 회복불가능한 사망의 단계가 불명확하다는 비판은 경청할 필요가 있지만, 다수의견의 회복불가능성 개념은 이런 염려를 고려한 것으로 볼 수 있다. 우선 환자가 의식의 회복가능성이 없을 것을 요구하고 생명과 관련한 중요한 생체기능의 상실의 회복불가능성을 함께 구비해야 한다는 점에서 소수의견이 우려하는 것과 같이 단순히 영양이나 수액의 공급 등 기본적인 보살핌만으로도 생존이 가능한 경우까지 회복불가능한 사망의 단계로 포함될 수는 없다고 하겠다. 여기서 중요한 생체기능의 상실이란 호흡기능-혈액순환기능-뇌간의 기능으로 유기적으로 이어지는 생명현상의 핵심적인 기능 중의 하나를 상실하는 것을 의미한다.<sup>38)</sup> 또한 이에 해당하는지의 판단은 의학적인 전문판단의 영역이므로 의학적 불확실성의 문제를 별론으로 하면<sup>39)</sup> 사법적 판단과정은 의료진의 판단을 존중해서 이루어지면 될 것이다.

그러므로 시간적인 제한을 통해 사실상 연명치료의 허용범주를 제한하기보다는 의료행위의 특성을 고려하여 회복불가능한 사망의 단계를 기준으로 연명치료중단의 의학적 요건으로 삼고 이에 해당여부를 의학적인 전문판단에 맡기는 방식이 더 타당하다.

## 2. 중단할 수 있는 연명치료의 범위

대상판결에서 청구된 사항은 인공호흡관(respirator)의 제거청구였고 대상판결

<sup>38)</sup> 대상판결(대법원 2009.5.21. 선고 2009다17417 판결)의 보충의견 7. 마 참조.

<sup>39)</sup> 이 경우 ‘회복불가능성’에 대한 의학적 판단의 불확실성의 문제는 생명과 관련한 의학적 판단 일반이 가지는 불확실성의 문제이고 여기에서만 특별히 부각될 필요는 없다고 본다. 이 부분에 대해서는 전문가인 의사의 전문판단에 대한 공동체의 신뢰가 바탕이 되어야 한다고 본다.

역시 이 부분에 대해서만 판단하였다. 그렇지만 대상판결이 회복불가능한 사망의 단계에 해당하는 경우를 생명유지에 필수적인 기능으로서 그 기능을 상실하는 경우 짧은 시간 내에 사망에 이를 수 있는 생체기능으로 제한하고 환자의 신체 상태에 비추어 짧은 시간 내에 사망에 이를 수 있음이 명백한 경우를 들고 있는 것은 영양공급만으로 생존할 수 있는 상태의 지속적 식물상태의 환자에 대해서는 연명치료의 중단이 어렵다는 점을 간접적으로 밝힌 것으로 볼 수 있다.

인공호흡관과 영양관(feeding tube)은 음식이 갖는 정서적인 중요성과 달리 의학적인 관점 및 환자의 자기결정을 중시한다는 측면에서 질적인 차이를 인정할 수는 없으나<sup>40)</sup> 영양공급장치에 의한 신체침해는 호흡관에 비해 적다는 점과 외부의 영양공급에 대해 환자가 소화기능을 통해 반응하고 있다는 점에서 생명연명장치의 제거에 영양관의 제거를 포함하는 것은 환자의 현실적 고통을 감안하면 문제가 있다. 이런 점에서 대상판결의 결론은 타당하다고 본다.

또한 연명치료의 시작과 관련하여 이를 거부하는 것과 이미 진행 중인 연명치료를 중단하는 것 사이의 구별이 가능할 수 있는지 문제된다. 대상판결의 반대의견<sup>2</sup>(대법관 이홍훈)는 연명치료를 거부하는 것은 그것이 비합리적이라고 보일지라도 환자의 자기결정권의 행사를 존중할 수 있지만, 이미 연명치료장치가 장착되어 있는 환자로부터 이를 제거함으로써 연명치료를 중단하는 것은 현재 상태에 인위적인 변경을 가하여 사망을 초래하거나 사망시간을 앞당기는 것이므로 이는 허용될 수 없다고 보았다.<sup>41)</sup> 이미 연명치료장치에 의존해서 생명을 유지하고 있는 자로부터 연명장치를 중단하는 행위는 연명치료장치의 장착이라는 선행행위에 의해 조성된 생명유지 상태를 교란시켜 생명에 위험을 가중시켰다는 점에서 처음부터 연명치료장치를 거부한 경우와 구조상의 차이는 있으나 생명유지장치를 가동시켜야 할 의무가 있는가라는 측면에서 볼 때 본질적인 차이는 있을 수 없으므로 규범적으로는 동일하게 평가되어야 한다. 이 점 대상판결의 다수의견이 타당하다고 하겠다.

### 3. 연명치료중단결정시 사전 사법절차의 필요성

대상판결의 별개의견은 환자가 회복불가능한 사망의 단계에 이르렀는지 여부에

<sup>40)</sup> In re Conroy, 98 N.J. 321(373), 486 A.2d 1209(1236)(1985).

<sup>41)</sup> 대상 대법원판결 6. 가. 참조.

관하여는 전문의사 등으로 구성된 위원회 등의 판단을 거치는 것이 바람직하다고 보았다. 연명치료장치의 제거와 관련된 청구는 회복불가능성이라는 의학적 판단과 환자의 의사의 확인을 포함하는 규범적 판단과정이 포함되어 있으므로 의학적 판단과정만을 병원진단위원회(medical prognosis board)나 병원윤리위원회(hospital ethics committee)와 같은 병원 내의 자율적 심의기구를 통해 심사할 수 있으나 그 판단이 있는 후에도 의료인의 면책의 가능성을 부정할 수 있음을 긍정함으로써 별개의견은 이같은 자율심의기구의 결정의 효력을 임의적인 것으로 보았다.

연명치료장치의 제거와 관련된 판단과정이 규범적 판단영역을 포함하고 있다고 해서 법원 외의 판단구조를 배제할 수는 없다고 여겨진다. 연명치료장치의 제거는 개인의 사적 결정(personal decision) 영역에 속하는 문제이고 이런 결정은 다분히 그 환자와 가장 밀접하게 인간적인 교류를 하였고 그로 인해 그 환자를 가장 잘 이해할 수 있는 가족들과 실제 그 환자에 대한 의료활동에 관여해 온 의료진의 참여를 통해 해결하는 구조가 더욱 결정의 성격에 부합하는 절차형성일 수 있다.<sup>42)</sup>

그런데 이렇듯 의료재량과 사적 관련성이 지배하는 영역에서도 그 판단과정에 오류는 발생할 수 있고 이런 경우 법원의 개입은 환자의 생명권의 보호를 위해 요청된다. 연명치료의 중단과 관련한 판단과정에 회복불가능성 여부에 대한 의학적 판단은 의료인의 전문성에 일차적으로 맡겨야 되지만 그 판단과정이 의료재량의 한계를 벗어나고 환자의 의사여부에 대한 규범적 판단과 관련하여 환자 가족의 사적 관련성이 환자의 의사를 정확히 반영하지 못하거나 남용의 가능성을 지니게 되는 경우 공적인 존재의 개입은 정당화될 수밖에 없다. 이것은 기본권의 보장 의무를 지고 있는 국가의 임무에 속하는 것이다. 특히 현행법에 의해 말기환자가 금치산자로 선고되고 그를 위해 후견인이 선임되어 그가 연명치료의 중단을 구하는 소송을 대리하고 있다면<sup>43)</sup> 그 후견인은 민법상 후견인의 권한 제한의 취지를 준수하여야 한다. 즉 말기환자의 후견인이 법정대리인으로서 요양과 관련하여 연명치료의 중단에 관한 소송을 대리하는 권한을 행사한다면 이는 후견인이 금치산자의 가장 근본적인 생명법익을 제한할 가능성이 있기 때문에 이런 결정<sup>3</sup>

<sup>42)</sup> Dr. Karen Teel, "The Physician's Dilemma: A Doctor's View: What The Law Should Be", 27 *Baylor Law Review* 6, 8-9(1975). 이 문헌은 Quinlan 판결문에 그대로 인용되어 있다. 70 N.J. 10 at 49-50, 355 A.2d 647 pp. 668-669.

<sup>43)</sup> 금치산자의 후견인의 요양·감호에 관한 권한(민법 제947조 제1항)에 연명치료를 중단하는 소송을 대리할 권한이 포함된다는 것을 전제로 한다. 이 부분 현재 민법학계에서 논의되는 '성년후견제도'에 관한 논의는 여기서 생략한다.

을 위해서는 당연히 법원의 허가를 얻어야 할 것으로 판단된다. 금치산자의 후견인이 금치산자를 사택에 감금하거나 정신병원 기타 장소에 감치 치료하는 결정을 하는 경우 법원의 허가를 얻도록 요구하는 규정의 취지상(민법 제947조 제2항) 이보다 금치산자에게 더 침익적인 연명치료의 중단과 관련한 후견인의 행위는 당연히 법원의 허가를 받아야 한다고 해석된다.<sup>44)</sup> 이는 대상판결의 별개의견도 마찬가지다.<sup>45)</sup>

이와 같이 환자의 연명치료의 중단의사를 환자가족의 판단을 통해 확인하는 경우 그 절차가 병원 내에 설치된 자율적 위원회의 형태이든 법률에 근거와 효력을 지닌 병원윤리위원회의 형태로 설치되든 의료인과 환자가족만의 판단으로 말기 환자의 연명치료 중단의사를 확인하는 구조는 허용될 수 없다는 결론에 이른다.<sup>46)</sup>

44) In re Estate of Longeway, 133 Ill.2d 33, 51-52, 139 Ill.Dec. 780, 788-789, 549 N.E.2d 292, 300-301(1989). 이 사안은 자가호흡이 가능한 말기환자(Longeway)의 재산과 인격의 후견인인 그 딸이 생명유지장치(영양관)의 중단을 구한 사건에서 법원은 후견인이 의사능력이 없는 환자로부터 생명유지장치를 제거하기 위해서는 법원의 명령이 필요하다고 보았다. 그 이유로 ① 생명유지장치를 제거하기 위해서는 환자의 의도(intent)를 확인하는 것이 핵심적인 요소인데 이를 위해서는 명백하고 확신할 수 있는 증거(clear and convincing evidence)에 의해 이 요소를 증명할 것이 요구되고, ② 탐욕이 대체적 의사결정자의 판단을 오염시킬 수 있는, 미미하지만 현실적인 가능성에 대비하기 위해 법원의 개입은 필요하며, ③ 법원은 의사능력이 없는 사람의 재산과 인격을 보호하는 후견적 권한(parens patriae power)을 가지고 있는데 대체적 의사결정자가 법원에 의해 임명된 후견인일지라도, 생명의 박탈을 포함하는 절차적 적법절차문제는 발생할 수 있음을 근거로 제시하였다.

45) 다만, 대상 대법원 판결의 별개의견(대상판결 8. 다.)과 견해를 달리하는 부분이 있다. 즉 별개의견의 경우 연명치료를 중단하는 권한(진료행위의 변경권)을 후견인의 권한으로 보고 있는데 필자는 이렇게 피후견인의 자기결정권이 행사되어야 하는 영역에 대한 결정을 후견인이 대신 행사할 수는 없다고 본다. 그래서 말기환자의 사전의 의사표시가 없는 한 추정적 의사의 방식에 의해서만 환자의 의도는 실현될 수 있다고 보았다(IV. 2.). 그렇기 때문에 이 경우 민법 후견인에 대한 가정법원의 후견적 개입조항(민법 제947조 제2항)은 후견인이 본인의 의사를 실현하고자 하는 소송에 직접 유추적용될 수는 없다고 여겨진다. 후견인이 피후견인(말기환자인 원고)의 의사를 추정하는 방식의 소송에서 의사추정의 부정확성과 오염가능성 때문에 객관적인 외부기관의 판단과정이 필요하게 되고 이는 후견인의 후견권한이 이 사건에 특유한 구조와 결합되어 발생하는 후견권한의 내재적 한계라고 보는 것이 정확하다. 단지 민법의 후견조항이 밝히고 있는 후견인의 권한제한의 취지가 단지 이 사건의 구조에 적용될 수 있다는 의미이다. 이런 입장에 서 있기 때문에 의사추정을 통한 판단과정은 법원만이 아니라 외부의 객관적인 제3의 기관도 맡을 수 있다고 주장하는 것이다.

46) In re Hamlin, 102 Wash.2d 810(825-827), 689 P.2d 1372(1380-1381)(1984). 이 판결의 다수의견은 ① 말기환자가 가족이 없는 경우 후견인(guardian ad litem)이 임명되고 치료 의사와 진단위원회(prognosis committee)가 생명유지노력이 중단되어야 한다고 보고 후

물론 연명치료의 중단에 관한 새로운 법률을 통해 민법의 후견조항이 가지고 있는 입법취지를 변경시킬 수 있다고 하더라도 새 입법은 민법 후견조항이 기반하고 있는 헌법상의 국가의 기본권 보장 의무를 위반할 수는 없다. 민법의 후견조항의 취지는 금치산자와 같은 의사결정능력이 없는, 기본권의 보유주체가, 자신에게 현저히 기본권 제약적인 조치가 후견인에 의해 이루어지는 경우, 최소한의 절차적 안전장치를 후견인의 권한행사와 관련하여 마련하라는 헌법적 요구를 개별 후견조항에서 실현하는 데 있다. 이렇게 민법상의 후견조항을 해석한다면 대상판결의 별개의견과 같이 입법이 마련된다고 해서 이 부분에 민법과 다른 규율이 가능할 것으로 판단되지 않는다.

구체적으로 병원의 내부 위원회에서 의료인과 환자의 가족이 연명치료의 중단을 결정한다면 환자의 의사에 관한 영역은 사실상 환자의 가족의 판단이 최종적인 것이 될 가능성이 높다. 이 부분의 판단과정이 지니고 있는 사적 관련성(personhood)에 관한 판단은 의료인이 대체할 수 없는 영역이고 환자의 의사의 반영여부에 대해 의문이 들더라도 의료인이 이들을 심문하거나 질문하기에는 의료인의 직업상 생소한 영역이고 의료적 측면 외에는 의료인이 직접적으로 관여할 동기 역시 희박한 것이 사실이다. 이런 상황에서 환자의 모든 가족이 연명치료의 중단에 동의하였다는 사실이나 병원 내의 위원회가 연명치료의 중단결정에 일치하였다는 사실은 환자가족의 부적당한 동기나 환자의사의 부정확한 확인의 위험을 차단시켜 주지 못한다.<sup>47)</sup> 그렇다면 병원 내의 위원회가 법익의 주체가 아닌 자들이 말기환자의 생명과 관련한 자기결정권을 행사하는 구조를 허용하는 통로가 된다면 이는 우리 헌법정신상 허용될 수 없을 것이다.

병원 내의 위원회에 의한 연명치료의 중단결정이 헌법상 한계를 보인다면 이 위원회에 특히 환자의 의사를 확인하는 규범적 판단과정을 조력할 수 있도록 외부 법률가의 참여를 보장하여 이들이 병원, 의료진, 그리고 환자의 가족들로부터 독

---

견인이 여기에 찬성하면 이 결정에 대한 사법적 승인(judicial approval)은 불필요한데 만약 병원, 진단위원회, 주치의 또는 후견인 사이에 갈등이 있다면 1심 법원(trial court)에 의해 결정되어야 하고 ② 말기환자에게 직계가족(immediate family)이 있는 경우 치료 의사와 진단위원회와 상의 후에 모두 환자의 최선의 이익은 생명유지치료의 중단에 의해 실현될 수 있다는 결론에 동의하면 사전에 후견인(guardian)의 임명 없이 생명유지치료를 거부할 수 있다고 각각 유형화하여 사법절차의 필요성을 설명하였다. 이런 다수의견에 대해 법상 후견제도의 취지를 근거로 한 반대의견이 심도 있게 제시되었다. 이 판례의 이 부분을 인용한 것이다.

47) Ibid.



립성을 유지하면서 의식 없는 상태로 무능력한 환자의 진정한 의사를 확인하는 절차를 적절하게 유지할 수 있을지가 검토될 수 있다. 규범적 판단과정의 절차적 적정과 판단의 전문성을 위해 병원윤리위원회에 법률가가 참여하도록 할 필요가 있다는 주장이 있다.<sup>48)</sup> 그렇지만 이런 법률가의 단순한 참여만으로는 헌법상 요구되는 기본권의 보유주체의 기본권 행사의 위기를 극복할 수 없다고 본다. 우선 병원 내의 위원회는 병원에 설치되는 것으로 이는 병원 내의 사적 기구에 불과하다. 이런 기구에 외부의 법률가가 참여한다고 해서 이 기구의 성격이나 권한이 공적인 판단조직을 대체할 수는 없다. 기본권의 보유주체인 환자의 진정한 의사를 확인하는 과정은 지극히 규범적인 판단과정이다. 여기에는 환자를 둘러싼 관계인의 진술<sup>49)</sup>과 객관적인 증거들을 판단할 수 있는 절차적인 판단과정과 이를 위한 공간이 필요하고 여기에는 광범위한 사실조사 권한이 부여되고 이를 전문으로 하는 법률가가 필요하다. 사회의 법관이라고 하는 변호사의 참여만으로 병원 내의 위원회에서 이런 시스템을 실현하기에는 병원 내의 조직으로는 한계가 있다고 본다.

그렇다면 이런 판단과정은 사법적 판단구조가 가능한 병원외부의 독립적인 위원회<sup>50)</sup>나 가정법원에서 처리하는 것이 타당하다고 본다. 병원 외부에 설치하는 것은 이해관계자일 수밖에 없는 병원의 영향으로부터 차단할 필요가 있고 독립성을 요구하는 것은 환자 가족의 이해관계로부터 중립적일 필요가 있기 때문이다. 장기등 이식에 관한 법률상 병원에 설치할 수 있는 뇌사판정위원회(동법 제14조)와 같은 형식은 말기환자의 연명치료를 중단하는 경우에 차용될 수 없는 구조라고

48) In re Quinlan, 70 N.J. 10(49), 355 A.2d 647(668). 여기서 병원윤리위원회는 의사(physicians), 사회사업가(social workers), 변호사(attorney), 신학자(theologians)로 구성될 수 있다고 밝히고 있다. 원래 병원윤리위원회는 의료인의 윤리적 판단(ethical judgements)과정에서 의료관계인들 사이의 대화구조를 도입함으로써 의료책임과 위험을 합리적으로 분산시키고자하는 취지에서 의사에 의해 제안되었다. 대표적으로 Dr. Karen Teel, "The Physician's Dilemma: A Doctor's View: What The Law Should Be", 27 *Baylor L.Rev.* 6, 8-9(1975).

49) 앞서도 살펴보았듯이 원진술자가 환자인 경우 관계인의 진술은 모두 전문증거(hearsay)이고 이는 엄격한 증거법칙 아래서 판단되어야 한다. 또한 입증의 수준을 적법절차원칙에 맞춰 높일 경우(clear and convincing evidence standard) 이런 판단과정은 고도의 법적인 판단인데 병원윤리위원회에서 법률가만이 이런 판단과정을 주도하지 않는 한 사실상 다수결적 구도(민주주의적 판단방식)에 함몰될 가능성이 높아 판단이 왜곡될 가능성이 높다. 이는 지극히 사법적 판단과정일 수밖에 없다.

50) 국회에 제출된 김세연의원안에는 기관위원회가 이를 판단하기 어렵거나 이의가 있는 경우에는 '국가생명윤리심의위원회' 또는 '법원'에 그 판단을 요청할 수 있다고 규정하여(동 의안 제7조 제1항 제1호) 임의적이기는 하지만 병원 외부의 위원회를 상정하고 있다.

생각한다. 뇌사판정은 순전히 의학적인 전문판단과정이지만 연명치료의 중단은 의학적 판단만이 아니라 기본권의 주체인 환자의 의사를 확인하는 과정에 이해충돌적 측면이 존재하는 규범적 절차가 핵심을 이루기 때문이다. 가정법원에서 말는 경우 별개의견과 같이 가사비송사건으로 분류해서 처리하는 것도 가능할 것이다.

## VI. 결 어

말기환자의 연명치료의 중단에 관한 이번 대법원결정은 입법이 없는 상황에서 의식이 없는 말기 성인환자에 대한 연명치료의 중단이 허용될 수 있고 이를 위한 허용기준을 명시적으로 밝힌 최초의 판결이라는 점에 의의가 있다. 특히 환자의 의사가 명확히 사전에 표시되지 않은 상황에서 의사추정의 방식에 의해서도 환자의 의도는 확인될 수 있다는 점을 밝힌 점도 중요한 판단 부분이다. 사전 의사 표시를 하지 않은 경우에도 말기환자의 인간의 존엄과 가치를 존중하여야 한다는 헌법적 요구에 근거하여 자기결정권을 실현할 수 있어야 한다는 점 그리고 이런 경우 환자의 연명치료의 중단에 대한 자기결정권은 추정적 의사의 방식으로만 확인될 수밖에 없다는 점에서 이를 허용한 것은 타당하다. 그렇지만 대법원이 환자의 추정적 의사를 확인하는 과정에 있어 발생할 수 있는 문제점에 대해 아무런 절차적 보장장치를 제시하지 않은 점은 수궁하기 어렵다. 특히 추정적 의사를 객관적인 제3자의 입장에서 가정적으로 파악할 수밖에 없다는 사실도 받아들여야 하겠지만, 추정의 자료에 말기환자의 의사와 관련성이 약한 자료들이 포함되어 구체적인 추정과정에서 중시되면 환자의 자기결정권은 허무화될 수밖에 없다. 이와 관련하여 ‘의료자원의 균형적 배분’이라는 요소까지 고려한 원심 판단은 이런 가능성을 현실적으로 보여준다. 이런 요소는 이 사건과 관련성이 없고 다른 차원에서 해결되어야 할 사항이다.

끝으로 우리 사회는 이번 판결을 통해 생명의 의미에 대해 더욱 성찰하는 계기를 갖게 될 것으로 보인다. 우리 헌법상의 생명권에서 말하는 ‘생명’의 의미에 대해 기존의 의료적 관점에서 바라본 생물학적 생명관으로부터 환자를 중심으로 본, 인생의 정점과 인생의 마지막을 통관하는 전체로서의 삶의 관점에서 바라본 생명관으로 의식의 전환이 앞으로 이루어질 것으로 여겨진다. 한편 이와 더불어 인간의 생명의 질에 대해 생명의 주체가 요구하는 형식을 빌리기는 하였지만 이를

환자 자신이 아닌 제3자가 객관적으로 환자의 최선의 이익에 부합한다는 점을 근거로 일정한 판단을 내릴 수 있는 가능성이 열린데 대해 우리 공동체가 어떻게 받아들여야 하는지 앞으로 고민해야 할 것으로 보인다.

투고일 2009. 11. 25	심사완료일 2009. 12. 11	게재확정일 2009. 12. 14
------------------	--------------------	--------------------

## 참고문헌

- 강태수, “기본권 포기론”, **공법연구** 제29집 제2호(2001.2), 한국공법학회.
- 권복규·김현철, **생명윤리와 법**, 이화여자대학교 출판부, 2005.
- 권영성, **헌법학원론**, 개정판, 법문사, 2009.
- 권창국, “종말기 환자에 대한 의료절차와 무의미한 연명치료중지”, **법률신문**, 2009. 10.15(제3785호).
- 권형준, “생명권의 보호에 관한 고찰”, **법학논총** 제5권(1988.2), 한양대학교 법학연구소.
- 권형준, “자기결정권에 관한 헌법재판소의 판례분석”, **법학논총** 제17집(2000.10), 한양대학교 법학연구소.
- 김상용, “성년후견법안의 문제점”, **법률신문**, 2009. 10. 22.(제3787호).
- 김재윤, “안락사 허용론에 대한 고찰”, **형사법연구** 26호 특집호(2006).
- 김친수, “연명치료 중단에 대한 대법원판결의 분석과 향후 논의과제”, **법률신문**, 2009.7.6.(제3759호).
- 김철수, **헌법학개론**, 제19전정신판, 박영사, 2007.
- 김혁돈, “환자의 자기결정권과 치료중단”, **형사법연구** 25호, 여름호(2006).
- 노태현, “연명치료 중단의 허부 및 허용요건”, **사법** 제9호(2009), 사법발전재단.
- 문성제, “무의미한 연명의료의 중단과 존엄사의 제 문제”, **법조** 통권 633호(2009.6), 법조협회.
- 박영호, “소극적 안락사의 허용여부에 대한 소고”, **저스티스** 제35권 제1호 통권 65호(2002.2), 한국법학원.
- 박은정, **생명공학시대의 법과 윤리**, 이화여자대학교 출판부, 2000.
- 박재현, “세브란스병원사건 판결 이후의 당면과제”, **대한변협신문**, 2009.6.1.(제274호).
- 배종대, **형법각론**, 제5판, 홍문사, 2003.
- 성낙인, **헌법학**, 제9판, 법문사, 2009.
- 신현호, “존엄사 판결의 의미”, **대한변협신문**, 2009. 6. 1.(제274호).
- 이영갑, “무의미한 연명치료의 중단(이른바 존엄사)에 대하여”, **판례연구** 20집 (2009.2), 부산판례연구회.
- 이인영 외, **생명인권보호를 위한 법정책**, 삼우사, 2004.
- 이준일, “안락사에 관한 헌법이론적 논의”, **대법원 헌법연구회·한국헌법학회 주**

- 최 제56회 공동학술대회 ‘인간의 존엄 · 가치와 생명권’ 자료집, (2009.11.7.).
- 장영철, “기본권의 제3자적 효력과 기본권보호의무”, *공법연구* 제29집 제2호(2001.2), 한국공법학회.
- 전영주, “환자의 연명치료 중단에 대한 자기결정권”, *법학연구* 제33집(2009.2), 한국법학회.
- 정종섭, *헌법학원론*, 제4판, 박영사, 2009.
- 허대석, “무의미한 연명치료의 중단에 대한 사회적 합의”, 국립암센터 심포지엄, “품위 있는 죽음”을 위한 사회적 합의 자료집(2009), 31면.
- 한상훈, “안락사의 허용성에 대한 비교법적 고찰”, *형사법연구* 제21호 여름호 (2004), 한국형사법학회.
- Ann Alpers, “Physician-Suicide in Oregon: A Bold Experiment”, 274 *JAMA* 483 (1995).
- David L. Sloss, “The Right to Choose to How to Die: A Constitutional Analysis of State Laws Prohibiting Physician-Assisted Suicide”, *Stanford Law Review* April(1996).
- Dr. Karen Teel, “The Physician’s Dilemma: A Doctor’s View: What The Law Should Be”, 27 *Baylor Law Review* 6, 8-9(1975).
- Emmanuel & Emmanuel, “The Medical Directive: A New Comprehensive Advance Care Document”, 261 *JAMA* 3288(1989).
- Melvin I. Urofsky, “Justifying Assisted Suicide: Comments On The Ongoing Debate”, 14 *Notre Dame J.L.Ethics & Pub.Pol’y* 893.
- Nurit Lev, “The Legalization of Euthanasia: The Right to Die or The Duty to Die?”, 19 *Suffolk Transnat’l L.Rev.* 297.
- Ute Angelique Joas, “Physician-Assisted Lethal Injection vs. The Plastic Bag: Will Euthanasia Legislation Ever Come? A Comparison Of Standards In The Netherlands And United Satates”, 6 *Temp.Int’l & Comp.L.J.* 365.

<Abstract>

## A Constitutional Analysis on the Supreme Court's Decision of the Withdrawal of Life-Sustaining Care

Jung Chul\*

This Supreme Court's decision of withdrawal of life-sustaining care in terminal patient is a first judgement about the possibility of withdrawal of life-sustaining care in mature, terminal patient in the absence of specific legislation on this matter.

Specifically, in the case of absence of advent medical directives of the patient, the Court allowed the substituted-judgement by guardian ad litem. The Court also omitted the procedure to determine who justly represent the terminal patient in the absence of legal guardian.

The court's decision is correct because we all respect the human dignity of the terminal patient although he did not write the advent medical directives. In addition, the substituted judgement is the only way to ascertain the patient's specific intent of whether he cease the life-sustaining treatment.

But the Court regrettably did not establish a procedural safeguard by due process of law to assure that the surrogate's action conforms to the wishes expressed by the patient while competent, for example of evidence rule like as clear and convincing evidence standard notwithstanding there being incorrectness and possible pollution in the process of ascertaining the patient intent.

In addition, the Court unjustly used the patient not related factors, for example; the reasonable distribution of medical resources, when he decided whether the patient have the intent of withdrawal of life sustaining care if he already would understand the whole situation surrounding him.

Key words: Withdrawal of life-sustaining care, passive euthanasia, death with dignity, self-determination right, hospital ethics committee

---

\* Professor of Law, Kookmin University.