

생전유언의 법리와 제도 연구

A Study on the Legal Principles & System of the
Living Will

연세대학교 대학원
의료법윤리학협동과정
의료법학전공
박 동 섭

생전유언의 법리와 제도 연구

A Study on the Legal Principles & System of the
Living Will

지도교수 손 명 세

이 논문을 박사 학위논문으로 제출함

2012년 12월 일

연세대학교 대학원
의료법윤리학협동과정
의료법학전공
박 동 섭

박동섭의 박사 학위논문을 인준함

심 사 위 원 _____ 인

심 사 위 원 _____ 인

심 사 위 원 _____ 인

심 사 위 원 _____ 인

심 사 위 원 _____ 인

연세대학교 대학원

2012년 12월

감사의 글

먼저 박길준 교수님께 감사하게 생각합니다. 제가 2008년 2학기 연세대학교 대학원 의료법윤리학 협동과정에 입학하는 것부터 시작하여 졸업하기까지의 모든 과정을 지도하여 주시고, 마지막으로 이 논문의 심사도 맡아주시는 등 저를 계속 이끌어주신 박 교수님의 은혜는 너무 커서 정말 어떻게 갚을 수 있을지 모를 정도입니다. 이 학위논문 심사과정에서는 선생님의 지도가 없었다면, 저는 아마도 중도에 포기하고 말았을 것입니다. 학문의 자세와 인생의 자세를 동시에 몸소 보여주시고 가르쳐 주시었습니다. 다음 손명세 교수님의 고마움을 잊을 수 없습니다. 학위취득에 필요한 필수과목을 알려주시고 또 대학원과정에서 직접 강의도 하시고, 저의 발표를 강평하여 주셨을 뿐만 아니라, 제가 논문제목 선정에서 헤매고 있을 때, 도표를 그려서까지 지도하여 주신 것을 깊이 감사하고 있습니다. 국제적인 감각과 더 넓은 시각을 가지도록 지도하여 주신 것을 감사합니다. 김형철 교수님은 논문 심사과정에서 철학에 관한 저의 질문들을 하나하나 친절하게 설명하여 주시었고, 논문작성의 요령을 꼼꼼히 지도하여 주셔서 감사합니다. 법과대학의 김정오 교수님은 법학을 전공한 동료 내지 선후배로서 더욱 친근하게 머리를 맞대고 논문제목 선정이나 학위논문의 목적, 범위, 작성방법 등을 자세하게 의논하고 2회에 걸쳐 저의 논문을 직접 강평하고 지적하여 주셔서 저의 앞으로의 학문연구에 중요한 지침을 주셨습니다. 감사합니다. 김소운 교수님은 대학원과정에서 토요일 이른 아침 수업시간에 항상 맛있는 빵과 음료수를 마련하여 주셔서, 저희들을 그야말로 영육(靈肉)간에 양육하여 주셨습니다. 정말로 행복하고 보람된 시간의 연속이었습니다. 그리고 이 논문의 주제 선정에서 지침을 주시고 귀중한 문헌 자료를 빌려주시며 논문의 내용을 세밀하게 지도하여 주셔서 고맙습니다. 그리고 서울대학교 치의학대학원 강명신 교수님께 감사를 드리지 않을 수 없습니다. 강 교수님은 저를 새로운 학문의 장(場)으로, 지성(知性)과 도덕의 장으로 인도하여 주셔서 아리스토텔레스가 말하는 행복(eudamonia)을 맛볼 수 있게 하였습니다. 그리고 신현호 박사님은 참고판례와 자료를 서슴지 않고 열람 보내주신 그 후의와 도움에 깊이 감사드립니다. 의료법윤리학과 연구실의 윤국희 선생은 논문의 심사과정에 시간과 장소 지정 등 준비를 꼼꼼히 하여 주신 것을 매우 고맙게 생각합니다. 유엔에서 일하는 권지영 변호사님은 미국의

판례를 찾는 방법을 알려주고 직접 중요한 판례를 찾아주기까지 하여 너무 고맙습니다.

끝으로 우리 가족들에게 감사하지 않을 수 없습니다. 우선 아내 한순자님은 “사무실에 이젠 일도 그리 많지 않을 터이니, 공부나 하시는 것이 어때요?”하고 권유하여 대학원에 진학하게 되었고 항상 “당신은 할 수 있어요!”하고 격려하여 주어, 지금 여기까지 오게 된 것을 고맙게 생각합니다. 맏사위 박인섭 박사과 딸이 은경이는 이 논문 작성에 여러 가지 조언을 하여 주었고 둘째 사위 담서휘는 이 논문의 영문초록작성을 도와주는가 하면, 둘째 현경이는 캐나다에서 참고도서를 구하여 보내주었다. 막내 사위 김영호 박사는 논문초고를 인쇄하여 묶어서 보내 주고, 막내 보경이는 연세대학교 외국어학당 교수로서 토플 시험 준비공부를 하는 길을 알려주었다. 이처럼 사랑하는 가족들의 격려와 도움이 없었다면 나는 도저히 공부를 할 수 없었을 것이다. 모두 모두에게 감사드립니다.

무엇보다도 생명과 건강을 주신 하나님께 감사드리고, 이 작은 논문이 세상에 선(善)을 이루는 데 도움이 되기를 기도한다.

2012. 12.

박 동 섭

차 례

국문요약	v
제1장 서론	1
1.1 연구의 배경과 필요성	1
1.2 연구의 목적	4
1.3 연구의 방법과 내용	4
제2장 생전유언의 의의	5
2.1 생전유언의 정의	5
2.1.1 생전유언의 개념	5
2.1.2 생전유언의 유사개념과 용어의 구별	8
2.2 생전유언의 근거	19
2.2.1 의학적 근거	19
2.2.2 생명윤리학적 근거	30
2.2.3 법적 근거	34
2.2.4 소결	37
제3장 미국 생전유언의 기원과 발전	41
3.1 생전유언의 연혁	41
3.1.1 생전유언의 효시	41
3.1.2 생전유언형성의 사회적 배경	41
3.2 생전유언의 발전 단계	44
3.2.1 1980년대 말의 상황	44
3.2.2 제2세대 사전의료의향서	45
3.2.3 제3세대 사전의료의향서	46
3.2.4 다섯 가지 소원	48
3.2.5 삶의 질의 평가 기준	50

3.2.6 소결	52
제4장 우리나라의 생전유언제도	53
4.1 생전유언의 관행	53
4.1.1 연명치료중단에 관한 주요사례분석	53
4.1.2 생전유언(사전의료의향서)운동의 전개과정과 현황	5
4.1.3 사전의료의향서	55
4.2 성년후견제도와 생전유언	59
4.3 소결	60
제5장 생전유언의 작성·제시·보관·철회	62
5.1 개관	62
5.2 생전유언의 작성	62
5.2.1 생전유언의 작성능력	62
5.2.2 생전유언의 작성시기(미국, 한국의 공통요건)	70
5.2.3 생전유언의 기재사항과 기재방법	72
5.2.4 미국생전유언의 예시	86
5.3 생전유언의 제시와 보관	92
5.3.1 제시와 교부	92
5.3.2 가족과 의논	92
5.3.3 생전유언서의 보관 장소(미국, 한국 공통)	93
5.4 생전유언의 철회	94
5.4.1 미국의 경우	94
5.4.2 우리나라의 경우	95
제6장 생전유언의 성립과 효력요건 및 입증	96
6.1 개관	96

6.2	생전유언의 성립	96
6.2.1	법률행위의 성질과의 관계	96
6.2.2	생전유언의 성립의 특수성	97
6.2.3	생전유언과 의료계약	98
6.3	생전유언의 효력요건	99
6.3.1	작성자의 요건(성년자, 의사능력자)	99
6.3.2	충분한 설명에 근거한 동의	99
6.3.3	생전유언의 작성일자의 기재	100
6.3.4	생전유언의 작성자의 서명과 증인	100
6.3.5	우리나라의 경우	101
6.4	생전유언의 입증	102
6.4.1	의사 등 의료인의 의무	102
6.4.2	생전유언의 입증방법	103
6.4.3	생전유언의 분쟁과 치료중단	104
6.4.4	소결	105
제7장 생전유언의 효력발생과 집행		106
7.1	개관	106
7.2	생전유언과 일반유언의 비교	106
7.3	생전유언의 효력발생과 그 시기	108
7.3.1	유효시기·효력발생시기·집행시기의 구분	108
7.3.2	사망에 관한 학설과의 관계	113
7.3.3	의료실무상 생전유언의 발효시기	117
7.3.4	판례에 나타난 생전유언의 발효시기	119
7.3.5	소결	126
7.4	생전유언의 집행과 그 결정권자	126
7.4.1	환자본인과 가족	127
7.4.2	보건의료대리인	129

7.4.3 의사 등 의료인	131
7.4.4 법원	134
7.5 퇴원의 자유와 생전유언	134
7.5.1 의료계약, 입원계약과 퇴원	134
7.5.2 생전유언 또는 연명치료중단과 퇴원	135
제8장 결 론	138
참 고 문 헌	140
영 문 요 약	145

생전유언의 법리와 제도 연구

A Study on the Legal Principles & System of the Living Will

2009년 5월 21일 우리나라 대법원은 무의미한 연명치료 중단과 관련하여 최초의 획기적이고 중요한 판결을 선고하였다. 연세대학교 세브란스병원에 입원하고 있던 식물인간상태의 환자(속칭 김 할머니)와 그 가족들이 병원에 대하여 연명치료 장치인 인공호흡기를 제거하여 달라고 요청하였으나, 병원 측에서는 이를 거절하였다. 종전의 판례에 따르면 아무리 환자나 그 가족이 간청하더라도 무단히 이러한 치료를 중단하거나 환자를 퇴원시켰다가는 살인방조 등의 형사책임을 질 것을 두려워한 나머지, 그 요청을 거절하였던 것이다. 드디어 법정소송으로 비화되어 대법원은 우리나라의 법률에 명문규정이 없는데도, 헌법 제10조(인간의 존엄성과 기본적 인권의 보장)의 규정을 적용하여 환자가 죽음에 임박한 상태에서 인간으로서의 존엄과 가치를 지키기 위하여 무의미한 연명치료의 거부 또는 중단을 결정할 수 있다고 하고, 이 결정은 헌법상 기본권인 자기결정권의 한 내용으로서 보장된다고 선언하였다. 환자의 자율권을 처음으로 인정한 것이다.

건강의 회복이 불가능한 환자에 대한 연명치료 중단에 대한 활발한 논의가 이루어진 가운데 「환자 본인의 결정과 의사의 의학적 판단에 따라 환자나 가족의 동의를 얻어 무의미한 연명치료를 중지할 수 있다」는 내용의 의료계의 지침이 2009년 8월 25일 처음으로 발표되었다. 이 지침은 대한의사협회와 대한의학회, 대한병원협회 등 의료계 전문가들로 구성된 「연명치료 중지에 관한 지침제정 특별위원회」에서 만들었다. 그러나 이 지침은 법률적 효력이 없으므로, 의료계와 일반인들은 적절하고 유효한 법률이 없어서 애로를 겪고 있다.

앞에서 본 대법원 판결을 구체적 사건에 적용할 수 있는가? 그 판결의 취지는 이해할 수 있으나 추상적이고 원론적이어서 실제 사건에 적용하기는 곤란하다. 말기 환자에 대한 무의미한 연명치료의 중단 문제를 미국에서는 생전유언(living will)이나 사전의료의향서(advance directives) 제도로 해결하고 있다. 그 밖에 호스피스(hospice) 등도 이 문제의 대안으로 활용되고 있다.

이 논문에서는 미국의 생전유언제도의 진정한 의미를 알아보고, 이를 대법원 판결에 비추어 우리나라에도 적용할 수 있는지를 탐구하려고 한다. 미국의 생전유언이 생성되어 발달되어 나온 과정, 그 이론적, 생명윤리학적 근거, 입법과정에서 문제되었던 점들, 생전유언의 적용을 둘러싸고, 각 이해당사자들(환자, 그 가족, 의사, 병원 등)의 대립과 충돌 등을 검토하여 보려고 한다. 생전유언의 법률적 성질, 그 성립과 존재의 입증문제, 그 효력발생시기와 집행문제 등을 미국의 선례

[카렌 안 퀴란(Karen Ann Quinlan), 낸시 크루잔(Nancy Kruzan), 테리 샤이보(Terri Schiavo)]들과 우리나라의 김 할머니 사건 판례를 중심으로 하여 해설하고 생전유언에 관한 하나의 법적, 규범적 기준을 정립하려고 시도하였다. 대법원 판례의 취지를 살린, 새로운 생전유언법이 제정되어 있다면 문제는 없으나, 지금은 총론만 있고, 각론은 없는 형상이라, 이 문제가 조금 막연한 상태에 있다. 그래서 이 논문에서는 생전유언법이 있다면 아마도 이렇게 해석되어야 할 것이라는 것을 설명함과 동시에 입법론으로는 이런 조항이 생전유언법에 규정되어야 할 것이라는 주장도 하고 있다.

한편 근본적으로는 인간의 죽음의 문제를 근저에 두고, 과연 인간이 최신의 의학기술을 이용하여 무조건 오래 살기만을 바랄 것이냐? 아니면 인격을 상실한 식물인간 상태라면 그런 상태를 종결하고 자연적인 죽음을 맞이하는 것이 인간의 존엄성을 유지하며 인생의 마지막을 엄숙하고 고상하게 그리고 의미 있게 장식하는 것이냐? 이런 문제를 깊이 고심하면서, 각자의 자유선택의 문제이긴 하지만, 선진국에서 이미 시행하고 있는 이 생전유언제도, 특히 미국의 생전유언을 중심으로 말기질 환과 연명치료, 그리고 죽음의 문제를 탐구하는 것이 이 논문의 요지이다.

노령인구가 점차 늘어나고 있는 우리나라의 현실여건에서는 더욱 이 문제를 학자들, 의료실무자들, 입법자들, 정부의 당국자들이 모두 고민하고 연구하여 좋은 제도를 만들어 내야 할 것이다.

핵심 되는 말 : 생전유언, 연명치료 중단, 식물인간상태, 인공호흡기, 자기결정권, 인간존엄성, 노령인구, 호스피스

제1장 서론

1.1 연구의 배경과 필요성

인간에게 불가피한 죽음을 어떻게 현명하게 대처하고 안락하게 맞이할 것인가 하는 문제는 우리 모두의 관심사이다. “웰빙(well being; 행복한 삶) 못지않게 웰다잉(well dying; 행복한 죽음)도 중요하다”¹⁾는 인식이 점점 확산되고 고양(高揚)되어 왔다.²⁾ 철학자 겸 문학가인 톨스토이는 1910년 돌아가시기 전 2년 동안에 쓴 마지막 책에서 Memento Mori!(죽음을 기억하라!)라는 제목으로 이렇게 기록하고 있다.

우리 모두 언젠가는 죽게 된다는 사실을 기억한다면 삶은 전혀 다른 의미를 가지리라. 30분 후에 죽을 거라고 생각하는 사람은 어리석은 행동을 하지 않는다. 탄생에서 죽음에 이르는 인간의 삶을 보면 아침에 일어나서 저녁에 잠자리에 드는 하루 일과와 같다. 생각은 우리를 자유롭게 한다. 하지만 다시 생각해보니 우리를 가장 자유롭게 하는 것은 죽음이다. 죽어가는 사람의 행동은 깊은 인상을 남긴다. 그러니 잘 사는 것도 중요하지만 잘 죽는 것은 더욱 중요하다(Leo Tolstoy, 1908, 『Wise Thoughts for Every Day』, 26).³⁾

사실 인간은 누구나 태어날 자유는 없지만, 태어난 이후에는 자유가 있다. 자기가 어떻게 태어나고 언제 태어날지를 선택할 자유는 없지만 일단 태어난 후에는 자신의 인생을 설계하고 살아갈 자유, 나아가 어떠한 종말을 맞이할 것인지 어느 정도 스스로 선택할 자유가 있는 것이다. 신(神)은 항상 선하므로 선택할 필요가 없지만, 인간은 자유의 대가로 늘 선택을 고민하고 결정하여야 하는 존재이다.⁴⁾ 요컨대 각자의 죽음을 어떻게 맞이할 것인가, 어떤 죽음을 선택할 것인가는 각자의 선택의 자유에 맡겨져 있는 것이다.⁵⁾

1) 김인선. 2011. 내게 단 하루만 남아있다면. 서울: 서울문화사 : 239.

2) 김인선. 16. 인간답게 살아보자는 “웰빙”의 시대에 접어든 지 10여년이 지났다. 이제는 웰빙이 아니라 웰다잉을 고민해야 되는 시대로 접어들고 있다. 스스로 미리 준비하지 않으면 그 누구도 지켜보아주지 않는 고독한 죽음을 맞을 확률이 점점 높아지고 있기 때문이다.: 'dying well'이라는 말은 Dr. Arthur J. Dyck와 Dr. William Reichel의 문헌에서 사용되었다고 한다[Doukas, D. J., Reichel, W. 2007. Planning For Uncertainty. 2nd ed, Baltimore: Johns Hopkins University Press:106(이하 Doukas & Reichel로 인용)].

3) Tolstoy, L. 2005. 살아갈 날들을 위한 공부. 이상원 역. 서울 : 조화로운 삶: 26.

4) 도성달. 2011. 윤리학, 그 주제와 논점. 서울: 한국학중앙연구원출판부 : 49.

5) 이경직 2007. “안락사의 주요사례분석 : 쾨란, 케보키언, 시아보” 수록처: 소극적 안락사 무엇이 문제인가? 서울 : 예영커뮤니케이션(이하 안락사로 인용) : 128: 모든 사람에게서 자신의 운명을 스스로 결정할 수 있는 권리가 있다는 주장에 대하여, 생명의 주인이 하나님임을 고백하는 기독교인은 그렇게 단순하게 주장할 수 없다고 한다.

코끼리는 아무데서나 죽지 않는다. 죽을 때가 되면 자신이 잘 다니던 길이나 물가의 깊은 숲속으로 들어가 아무도 몰래 죽는다고 한다. 만물의 영장(靈長)이라고 하는 인간이 코끼리만 못하여서야 되겠는가? 우리의 옛날 어른들은 죽음을 두려워하기보다 오히려 때가 되면 손수 수의(壽衣)를 미리 장만하고 밋자리를 보아 두곤 하였다고⁶⁾ 한다. 이 시대를 살아가는 우리들에게도 시사(示唆)하는 바가 크다고 생각된다. 오늘날 우리는 주위에서 인공호흡기를 장착하고, 튜브로 영양과 물을 공급받으며 오래 연명(延命)하고 있는 식물상태(植物狀態)의 환자를 더러 볼 수 있다. 이렇게 부자연스러운 모습으로 목숨을 이어가다가 결국 죽음으로 가고 마는 현실에 직면하여, 우리는 인간 본연의 모습을 유지하면서 존엄하게 그리고 가치 있게 인생의 마지막을 장식할 수 있는 방법은 없을까를 생각하게 된다.

인간의 생명은 인간 존엄의 생물학적 기초이자 모든 개별적 기본권의 주체인 인간의 지위를 유지시켜 주는 핵심적인 가치요 법익(法益)이다. 그러므로 인간의 생명은 최대한 존중받아야 하고, 어떠한 침해로부터도 보호 받아야 한다. 인간 생명이 이처럼 존중받고 보호받아야 하는 것은 치료나 회생(回生)의 가능성이 희박한 경우에도 마찬가지이다. 비록 현재의 의료수준으로 치료나 회생의 가망이 없다고 판단되는 경우라 하더라도 생명이 유지되는 한, 향후 의료기술의 발달에 따라 그 치료가 가능하게 될 수도 있고, 인간 생명 그 자체가 하나의 기적인데다가 다른 기적이 일어날 가능성은 희박하나마 언제나 열려 있기 때문이다.⁷⁾ 따라서 환자의 치료를 맡고 있는 의사(醫師)는 환자의 생명을 보호·유지하기 위한 최선의 조치를 다할 의무가 있다.

그러나 이처럼 인간의 생명이 최대한 보호받아야 하고, 의사에게 환자의 생명을 보호·유지하기 위한 최선의 조치를 다할 의무가 있다고 하여, 항상 가능한 모든 의술이나 의약을 사용해 보아야 한다거나 꺼져가는 인간 생명을 어떠한 수단을 동원해서라도 살리고 연장시켜야 한다고 말할 수는 없다.⁸⁾ 인간은 생물학적인 의미의 생명 그 자체만은 아니며, 인간의 생명 역시 인간으로서의 존엄성이라는 인간 존재의 근원적인 가치에 부합하는 방식으로 보호받아야 하기 때문이다. 그리고 환자에게 의학적으로 무용(無用)한 치료를 계속 받도록 하거나 의사로 하여금 그러한 치료를 계속하도록 강제하는 경우, 환자의 인간으로서의 존엄성이 훼손될 수 있는 것이다(속칭 김 할머니 사건의 항소심 판결문⁹⁾ 참조).

2009년 우리나라 대법원은 무의미한 연명치료 중단과 관련하여 최초의 획기적

6) 김인선. 275.

7) 이경직. 129. 1984. 7. 13. 자동차사고로 식물상태에 빠졌다가 2003. 6. 11. 약 19년 만에 의식을 회복한 Terry Wallis(1964. 4. 7. Arkansas 출생)도 있다.

8) 문도호. 2007. “의미 없는 치료의 중단과 대안” 수록처 : 안락사: 147.: 1%의 호전가능성이 있다고 하여도 어떤 회생을 감수하고서라도 끝까지 치료를 요구하는 경우도 있다.; 강영안. 2007. “안락사 무엇이 문제인가”, 수록처: 안락사:196. 미국의사협회(AMA)는 모든 경우 환자의 생명을 유지하여야 할 도덕적 의무는 없다는 의견을 표명하고 있다. 박성관. 2007. “안락사법 개정에 대한 국회동향” 수록처 : 안락사: 428(무조건 생명을 살려내야 한다는 생명 지상주의를 배제한다).

9) 서울고등법원 2009. 2. 10. 선고, 2008나116869 판결

이고 중요한 판결을 선고하였다. 연세대학 세브란스병원에 입원하고 있던 식물상태 환자(속칭 김 할머니)와 그 가족들이 병원에 대하여 연명장치인 인공호흡기를 제거하여 달라고 요청하였으나, 병원 측에서는 이전의 판례에 따라 아무리 환자나 그 가족이 요구하고 간청하더라도 무단히 이러한 치료를 중단하거나 퇴원시켰다가는 살인방조 등 형사책임을 질 것을 두려워한 나머지¹⁰⁾, 그 요청을 거절하였다. 드디어 법정소송으로 비화되어 대법원은 우리나라의 법률에 명문규정이 없는데도, 헌법 제 10조(인간의 존엄성과 기본적 인권의 보장)의 규정을 적용하여 환자가 죽음에 임박한 상태에서 인간으로서의 존엄과 가치를 지키기 위하여 무의미한 연명치료의 거부 또는 중단을 결정할 수 있다고 하고, 이 결정은 헌법상 기본권인 자기결정권의 한 내용으로 보장된다고 선언하였다.¹¹⁾ 환자의 자율권을 처음으로 인정한 것이다.

이러한 대법원 판결과 잇따른 헌법재판소의 결정에 따라 무의미한 연명치료 중단에 관한 기준은 일단 성립되었다고도 볼 수 있으나, 그 판결이나 결정이 상당히 추상적이고 개괄적이며 원론적인 면이 많아서 임상현장에서 구체적으로 이를 적용·실시하기가 어렵다. 국가는 헌법에 의하여 인정되는 국민의 기본권을 보장하여야 할 의무가 있고, 이를 위하여 구체적인 입법을 통하여 기본권을 구체화할 필요가 있는바, 연명치료 중단 등의 문제를 아무런 기준의 제시 없이 담당 의사나 환자 본인, 가족들의 판단에만 맡겨두는 상황이 지속되는 것은 바람직하지 않다. 또한 이들 개개의 사례들을 모두 소송사건 화하여 일일이 법원의 판단을 받게 하는 것도 비현실적이다.

모두(冒頭)에서 언급한 것처럼 인간이 세상에서 살아가는 동안 인간답게 잘 살아야 하는 것도 중요하지만 임종을 맞이할 때도 존엄하게 인간답게 잘 마무리하여야 한다. 이 임종을 잘 하기 위한 제도로 안락사, 존엄사, 자비살, 의사조력자살, 생전유언 또는 사전의료의향서, 호스피스 등 여러 가지 제도가 고안되어 시행되고 있다. 그 중에서 우리는 과연 어느 것을 선택할 것인가? 이것이 문제다.

10) 대법원 2004. 6. 24. 선고, 2002도995 판결(소위 보라매 병원 사건)

11) 대법원 2009. 5. 21. 선고, 2009다17417 판결(속칭 김 할머니 사건) ; 헌법재판소 2009.

11. 26. 고지, 2008헌마385 결정에서도 동일한 판단을 하고 있다. 동 결정은 나아가 입법과 관련하여 판시하고 있다. 즉 죽음에 임박한 환자에 대한 연명치료 중단에 관한 다툼은 법원의 재판을 통하여 해결될 수 있고, 법원의 재판에서 나타난 연명치료 중단에 대한 허용요건이나 절차 등에 관한 기준에 의하여 연명치료 중단에 관한 자기결정권은 충분하지 않음이나 모르나 효율적으로 보호될 수 있으며, 자기결정권을 행사하여 연명치료를 중단하고 자연스런 죽음을 맞이하는 문제는 생명권 보호라는 헌법적 가치질서와 관련된 것으로 법학과 의학만의 문제가 아니라 종교, 윤리, 나아가 인간의 실존에 관한 철학적 문제까지도 연결되는 중대한 문제이므로 충분한 사회적 합의가 필요한 사항이다. 따라서 이에 관한 입법은 사회적 논의가 성숙되고 공론화 과정을 거친 후 비로소 국회가 그 필요성을 인정하여 이를 추진할 사항이다. 또한 연명치료 중단에 관한 자기결정권을 보장하는 방법으로서 법원의 재판을 통한 규범의 제시와 '입법' 중 어느 것이 바람직한가는 입법정책의 문제로서 국회의 재량에 속한다 할 것이다. 그렇다면 헌법해석상 '연명치료 중단 등에 관한 법률'을 제정할 국가의 입법 의무가 명백하다고 볼 수 없다. 결국 환자 본인이 제기한 연명치료 중단 등에 관한 법률의 입법부작위의 위헌확인에 관한 헌법소원 심판청구는 국가의 입법 의무가 없는 사항을 대상으로 한 것으로서 헌법재판소법 제68조 제1항 소정의 공권력의 불행사에 대한 것이 아니므로 부적법하다.

1.2 연구의 목적

이 논문은 미국의 생전유언(living will) 또는 사전의료의향서(advance health care directives) 제도와 우리나라의 생전유언제도를 서로 비교분석하여 그 중에 더 좋은 것이 무엇인지 탐구하고 우리나라의 생전유언법을 만들 경우, 생전유언의 법적 구성요건을 하나하나 검토하여 해석하고 제시하려는 것이 그 목적이다.

1.3 연구의 방법과 그 내용

연구의 방법은 문헌분석 방법을 사용하여 미국의 생전유언제도를 주로 고찰하면서 미국 이외의 나라(일본 등)의 제도도 일부 살펴보고, 제도의 진정한 의미가 무엇인지 탐구하였다. 이를 위하여 우리나라의 문헌은 물론, 다른 나라의 문헌도 가능한 널리 참고하였다. 우리나라의 판례로는 앞에서 본 대법원판례와 동 판례의 해설들, 일본의 판례시보와 판례타임즈 등을 주로 검토하여 참고하고 생전유언에 관한 미국과 일본의 단행본들, 미국의사협회잡지(J.A.M.A.) 위키피디아(Wikipedia) 사전, 그리고 미국 각 주(州)의 법령 웹사이트를 검색하여 생전유언의 내용을 포괄적으로 검토하였다. 미국의 생전유언과 우리나라의 생전유언(대법원판례와 의료계의 지침으로 인정되는 것)의 비교 제도적 분석방법을 통하여 어떤 문제점이 있는지를 고찰하였다.

이 연구의 내용은 제1장에서 이 연구의 배경과 필요성, 목적 등을 설명하고, 제2장은 생전유언의 개념을 유사개념과 구별하면서 혼동되기 쉬운 용어와 제도를 명확하게 구분하고 설명하여 공연한 오해를 불식시키려고 노력하였다. 제3장은 미국 생전유언의 기원과 발전을 검토하고 제4장은 우리나라 생전유언의 현황을 해설하였다. 제5장은 생전유언의 작성, 제시와 보관, 철회의 문제를, 제6장은 생전유언의 성립과 유효요건, 입증의 문제를, 각각 미국과 한국의 제도를 서로 비교하면서, 연구 검토하고, 제7장은 생전유언의 집행과 효력발생 시기를 탐구하였다. 제8장에서는 결론으로 생전유언의 장래의 과제를 제시하면서 생전유언입법의 필요성을 강조하였다.

제2장 생전유언의 의의

2.1 생전유언의 정의

2.1.1 생전유언의 개념

2.1.1.1 정의

생전유언은, 사람이 치유될 수 없고 돌이킬 수 없는 질병에 걸려 있고, 그것이 말기상태이며, 연명치료 없이는 죽음이 임박하다고 의사(醫師)가 진단하였다면, 죽음의 과정만을 연기할 뿐인 그러한 치료를 중단할 것을 지시하고, 안락간호(comfort care)와 함께 약, 물, 음식 등을 제공 받으며 자연스럽게 죽도록 허용하여 달라고 지시하는 내용의 문서이다.¹²⁾ 다시 말하면, 사람이 말기질환¹³⁾이나 말기 상처로, 의학적인 식물상태(P.V.S; 영구 무의식상태)에 빠져 있든지 스스로 의료결정을 할 수 없게 될 때를 대비하여, 만일 그런 상태가 되면 생명유지 치료를 보류하거나 중지할 것¹⁴⁾을 지시하는 법적 선언서이다.¹⁵⁾ 생전유언에서 유언자는 일정한 조건이 충족되면, 어떤 치료는 계속하지 말 것을 특정적으로 구두(口頭)나

12) 일리노이 주(州) 생전유언 법(Illinois Living Will Act)의 일부에서 발췌한 것(III. Rev. Stat. 1989, Chapter 110 1/2, par.703; 755ILCS 35/3, Sec.3); Menikoff, J. 2001. Law and Bioethics. Washington D.C: Georgetown University Press:269. 일리노이 주(州) 웹사이트는 <http://www.ilga.gov/>. 죽음의 연장·지연 절차를 중단하는 문서를 작성·실행할 수 있다.

13) Doukas & Reichel. 2007, 55; 말기질환(terminal illness)은 일반적으로 치료를 하더라도, 6개월 이내의 죽음이 불가피한 질병이라고 이해되고 있다. 치료로 그 사람의 생명을 연장할지 모르나 질병의 진행은 계속되므로, 치료는 사람의 죽음도 연장할 수 있다. Menikoff, 269; 식물상태라는 것이 말기질환의 전제조건은 아니다. 왜냐하면 식물상태에 빠진 환자라도 6개월 안에 사망하는 것이 아니고, 5년 이상 10년까지도 연명할 수 있기 때문이다. Stamford Hospital v. Vega, 236 Conn. 646(1996); 한걸음 더 나아가 반드시 말기환자뿐만 아니라, 목숨이 위급하지만 단순하고 비교적 일상적 치료(예, 수혈)로 치유될 수 있는 환자도 그 치료를 거부할 권리를 가진다. 29 Conn. L. Rev. 945(1996-1997).

14) Kuczewski, M. G. Pinkus, R. L. 2012. 병원윤리 딜레마 31. 강명신 역. 서울: 청년의사 (이하 Kuczewski & Pinkus, 강명신으로 인용): 40. 치료의 보류·중지는 영어로 withholding 혹은 withdrawing인데 앞의 것은 아예 치료를 시작하지 않는 것이고, 뒤의 것은 이미 시작하여 시행하고 있던 치료행위를 중단·철회하는 것을 말한다. 이들 2가지 사이에 윤리적·법적 구별은 없다.

15) 문국진. 290; Johnson, D. 1994. The Consumer's Guide to Understanding and Using the Law. Ohio: Betterway Books: 182. Mirarchi, F. L. 2006. Understanding Your Living Will. Nebraska: Addicus Books, (이하 Mirarchi로 인용): 5; Doukas & Reichel. 2007. 앞의 책:10. Whitman, W. A., Glisson, S. D. 2007. Wants, Wishes, and Wills. NJ: FT Press:119(이하 Whitman & Glisson으로 인용). 이에 대하여 living will의 개념을 조금 달리 해석하는 견해로는 Alexander, G. J. 1988. Writing a Living Will. N.Y.: PRAEGER: 49. 즉, 많은 학자들은 생전유언을, 특별한 간호를 원하지 않는 말기환자의 의사(醫師)에 대한 끝장내는 지시(pull-the-plug directive)를 표시하기 위하여 사용하고 있으나, Alexander교수는 오직 죽음을 용이하게 하기를 바라는 단순한 소망이라기보다는 사람의 모든 소망을 표현하는 문서로서 생전유언이 더욱 적절하게 사용되는 용어라고 주장하고 있다.

문서로 요구한다. 이 문서는 죽음이 불가피하게 되었을 때, 인공적인 방법으로 생명을 연장하는 치료를 할 것인지 혹은 말 것인지에 관한 요청서이다. 그러나 우리나라 의료법(2011.12.31. 법률 제11141호) 제15조(진료거부 금지 등)는 ① 의료인은 진료나 조산 요청을 받으면 정당한 사유 없이 거부하지 못한다. ② 의료인은 응급환자에게 「응급의료에 관한 법률」에서 정하는 바에 따라 최선의 처치를 하여야 한다고 규정하고 있다. 따라서 의사는 당연히 사람의 생명의 구조(救助)와 연장을 그 사명으로 삼고 있기 때문에 환자가 ‘모든 치료를 다 하여 달라’(이른바 full code)는 내용의 생전유언은 하나하나한 유언이고 굳이 문서로 작성할 필요가 없는 유언이다. 질병으로부터 인간의 고통을 구제하는 것은 히포크라테스(Hippocrates;그리스) 이후 모든 의사(醫師)들의 본연의 임무이자 소명(召命)이므로, 환자에게서 특별한 희망이나 소원의 표시가 없더라도, 의사는 당연히 환자를 치료할 것이기 때문이다.

그래서 생전유언은 사람이 식물상태에 빠지거나 돌이킬 수 없는 질병에 걸려서 스스로 의사표시를 할 수 없을 경우 어떤 치료를 하지 말아달라고 미리 요청하는 유언이라고 정의하는 것이 온당할 것이다. 생전유언의 중요한 핵심은 무의미한 연명치료를 중단하고 유언자가 인생의 말기에 존엄하게 생을 마칠 수 있도록 하는 방법을 연구하는 것이다. 따라서 의사는 대개 환자의 생명을 유지하거나 연장하는 처치를 하지 말아달라는 지시를 받는 경우가 많다.¹⁶⁾

2.1.1.2 용어 문제

일반적인 유언은 유언자의 사망 시에 비로소 효력이 생기지만, 생전유언은 유언자의 생전에 효력이 발생하기 때문에 이는 생전유언 또는 ‘생전유서’라고 부른다.¹⁷⁾ 사람에게 의사표시능력이 있는 동안에, 장래의 상황에 대비하여 자기에게 시행될 의료처치에 대하여, 사전(事前)에 자기의 희망을 제시하는 것이다. 비록 의료처치로 생명이 연장되거나 일시 죽음이 방지될 수 있는 경우라고 할지라도,

16) Eisendrath, S. J. & Jonsen, A. R. 1983. “The Living Will: Help or Hindrance?” J.A.M.A. 249(15): 2054; 이태희, 임흥근. 2007. 법률영어사전. 서울: 법문사: 1162; 심각한 사고나 질병을 당하여 사용될 치료의 방법을 그 사람이 통제할 수 있도록 허용하는 문서라고 하고, 생전의 유언이라고도 한다고 해설하고 있다.

17) living will은 우리말로 사망선택유언, 생전유서(허대석. 2008. 앞의 논문: 3), 생전유효유언(문국진.1999. 앞의 책: 290), 생존유언(박철. 2010. “연명치료 중단의 허용기준”, 수록처: 서울: 민사판례연구32: 84), 생전의 유언(이태희 외. 2007. 앞의 책:1162), 사전유언(노태헌. 2009. “연명치료중단의 허부 및 허용요건”, 수록처: 서울:사법 제9호.), 생전에 작성한 유언장(원경림. 2007. “한국에서의 안락사 논쟁고찰: 보라매 사건을 중심으로” 수록처: 안락사: 81), 생전의사(신현호. 2006. 삶과 죽음 권리인가 의무인가? 서울: 육법사: 160) 등으로 번역되고 있다. 일본에서는 살기 위한 유서(生きる爲の遺書)(鶴切光子. 生きる爲の遺書.일본: 新風舎), 생전발효(生前發効)의 유언서(福本博文. 2002.リビング・ウイルと尊嚴死. 일본: 集英社新書:12)를 사용하고 있다. 이 논문에서는 생전유언이라고 부르기로 한다.; Kuczewski & Pinkus, 강명신, 115.

이러한 연명치료를 받지 않겠다고 거절하는 의사표시가 생전유언이다.

생전유언에서 유언자가 치료거절을 요구하는 것이 아니라, 자신에게 이익이 되지 아닐 치료, 불리한 치료를 요구하면 의사는 이를 허용하지 아니하고 응하지 아닐 것이다.¹⁸⁾ 왜냐하면 생전유언은 유언자가 「더 이상의 무익한 치료는 이제 중단하여 달라」고 요구하는 것이 그 핵심이기 때문이다.

이 연구에서는 무의미한 연명치료의 중단을 원하는 뜻을 문서나 구두(口頭)로 표시하는 것이 생전유언이고, 생전유언의 주된 내용이 그러한 치료의 중단이므로 이 논문에서는 이 2가지를 거의 동일선(同一線) 상에 놓고 설명하려고 한다.

2.1.1.3 의료관행과 생전유언

치료과정에서 처방전이나 치료지침서는 대개 의사가 만들어서 간호사 또는 환자에게 전달하는 것이 일반적인 의료관행이지만, 생전유언의 경우는 거꾸로 환자가 지침서를 미리 만들어서 의사에게 전달하는 것¹⁹⁾이므로, 의료관행으로서는 주객전도(主客顛倒)의 감이 없지 않다. 그러나 생전유언은 환자의 인격과 자율성(autonomy)을 최대한 존중하고 보장하여 주어야 한다는 인간존중 사상에서 나온 제도이고, 정보에 근거한 치료거절(informed refusal) 즉, 담당의사에게서 질병의 치료방법과 그 효과에 관한 충분한 설명을 듣고, 환자가 그러한 치료를 받지 않겠다고 거절하는 것과 그 취지를 같이 하는 것이므로, 선진국 특히 미국에서는 이것이 새로운 의료관행으로 정립되어 있다.

2.1.1.4 응급의료와의 관계

응급의료에 관한 법률 제6조(응급의료의 거부금지 등) 제2항은, 응급의료종사자는 업무 중에 응급医료를 요청받거나 응급환자를 발견하면 즉시 응급医료를 하여야 하며 정당한 사유 없이²⁰⁾ 이를 거부하거나 기피하지 못한다고 규정하고 있다. 이 규정과 관련하여 응급환자에 대한 응급의료의무를 이유로 연명치료를 중단할 수 없다는 견해도 있을 수 있다.

18) Doukas & Reichel. 2007. 앞의 책: 10.

19) Eisendrath & Jonsen. 1983. 앞의 논문. 2054: 의사들은 환자에게서 어떻게 의료기술을 하거나 하지 말라고 기재된 환자의 지침서를 받는 데 익숙하지 않다.

20) 노태현. 2009. 앞의 논문 2: 김 할머니 사건의 제1심 판결문(서울서부지방법원 2008. 11. 28. 선고 2008가합6977 판결)은 이 법률조항에서 말하는 정당한 사유가 있다고 보고, 환자의 치료거부권을 인정하고 있다. 의식불명의 식물상태로 인공호흡기에 의존하여 생명을 유지하고 있는 환자가 회복가능성이 없어 치료가 의학적으로 무의미하고, 환자의 치료중단 의사가 추정되는 경우에는 응급의료에 관한 법률에서 정하는 '정당한 사유'에 해당하므로 자기 결정권에 기한 치료중단 요구가 국가의 생명보호 의무에 의해 제한되지 않는다는 전제 하에, 원고는 위 요건을 모두 충족한다고 하여 원고의 청구를 인용하였다.

그러나 생전유언에서 말하는 회복 불가능한 환자에 대한 연명치료는, 생명의 위험에서 환자를 회복시킬 수 없는 상태에서 이루어지는 것이므로, 동 법률의 적용을 받는 응급의료라고 볼 수는 없을 것이다. 동 법률에서 응급의료란 응급환자가 발생한 때부터 생명의 위험에서 회복되거나 심신상의 중대한 위해(危害)가 제거되기까지의 과정에서 응급환자를 위하여 하는 상담·구조(救助)·이송·응급처치 및 진료 등의 조치를 말한다(동 법률 제2조 2호)고 규정하고 있기 때문이다. 초기 환자(예, 응급환자)와 말기환자(예, 연명치료환자)에 대한 치료의 적절성에 관하여 윤리적으로 서로 다르게 평가하는 학설이 있다.²¹⁾ 응급치료와 연명치료는 서로 명확히 구분된다.

2.1.2 생전유언의 유사개념과 용어의 구별

2.1.2.1 자살 또는 의사(醫師)조력자살과 구별

무의미한 연명치료를 중단하면 환자는 조만간 사망에 이르게 되리라는 사실은 불문가지(不問可知)이다. 따라서 연명치료중단행위는 자살(自殺) 또는 의사조력자살(physician-assisted suicide ; PAS)이 아닌가? 이에 관하여 역사적으로 학자들, 의료전문가들 사이에 격렬한 논란이 계속되어 왔다.

자살은 정당한가? 중세의 영국 법률 하에서 자살은 중죄(felony)로 간주되었다.²²⁾ 그리하여 보통법(common law)에 따라 초기 식민지 미국법원은 죽은 자의 재산을 몰수하는 방법으로 자살을 처벌하였다.²³⁾ 그러나 후기 식민지시대에는 법원과 입법부에서 죽은 자의 잘못을 이유로 그 유족을 처벌하는 것이 불공평하다는 인식을 하게 되어, 자살은 범죄가 아니고 중대한 공적 비행(public wrong)이라고 규정하였다. 현재는 미국의 어느 곳에서도 자살이나 자살시도를 범죄로 인정하는 주(州)는 없다.

그러나 자기 자신이 자살을 하는 것이 아니라, 자기가 타인의 자살을 도와주는 것은 전혀 별개의 문제이다. 자살방조나 조력(助力)자살(남의 도움을 받아 하는 자살)은 보통법이나 제정법에 따라 식민지 미국법원이나 법률에서 모두 금지되었다. 환자의 승낙여부, 극심한 고통, 질병이나 상해로 인한 사망의 임박 여부,

21) 문도호. 2007, 140. 말기환자에 대한 치료목표를 완치목표나 생명연장목표로 한다는 것은 의료집착적인 것이고, 초기 환자나 진행기 환자에 대한 치료목표를 편안목표로 한다면 이것 역시 비윤리적이라고 한다.

22) Alesandro, J. A. 1994. "Physician-Assisted Suicide and New York Law". New York: 57 Alb. L. Rev.: 819. Selkin, S. G. and Sanbar, S. S. 2007. "Physician-Assisted Suicide and Palliative Sedation", In *Legal Medicine, 7th ed.*. Philadelphia: MOSBY : 245-246(이하 Legal Medicine 7th ed. 로 인용).

23) Glucksberg, 521 U. S. at 711[citing Marzen, O'Dowd, Crone & Balch, *Suicide: A constitutional right?* Pa: 24, Duquesne L. Rev.1: 17-56(1985)].:스베덴보리. 2012. 스베덴보리의 위대한 선물. 서울: 다산북스: 235. 종교계에서는, 자살은 인간이 저지를 수 있는 최대의 죄, 즉 자기살인이라고 하면서 살인은 하나님의 법도 중 가장 무거운 죄라고 한다.

배심(jury)에 의한 유죄평결의 존부 등 어느 것이 있든 없든, 조력자살에 대한 형사책임은 면할 수 없다.²⁴⁾ 현재 미국의 44개 주(州)와 컬럼비아 특별구(Washington D.C.)는 조력자살을 범죄로 규정하고 있다. 오리건 주(州)는 존엄사법(Death with Dignity Act)에 따라 조력자살을 허용하고 있는 유일한 주(州)이다.²⁵⁾ 오리건 주법(州法)은 특별하고도 명백한 처방과 엄밀하게 모니터하는 조건 하에 의사(醫師)에 의하여서만 조력자살을 허용하고 있다.²⁶⁾

이 문제에 관하여 일반적으로 확립된 미국의 학설과 판례, 각 주(州)의 성문법은 치료의 거부를 자살과는 명백히 구별하고 있다.²⁷⁾ 생전유언이나 사전의료의향서의 실시나 집행은 자살 또는 살인은 아니라는 것이 정설로 확립되어 있다.²⁸⁾ 의사가 환자의 생전유언에 따라 예컨대 인공호흡기(이는 단지 환자의 생명연장 역할만 수행)를 제거하고, 그로 인하여 환자가 사망하더라도 그 사망의 원인은 환자의 기왕증(既往症)과 그의 상태(condition)로 인한 자연적인 질병의 경과로 인한 것이지, 환자와 의사(醫師)에 의한 고의적인 생명단축행위(=자살, 또는 의사조력자살)는 아니기 때문이다. 이는 피보험자가 자살하면 보험금이 지급될 수 없다는 조항²⁹⁾을 두고 있는 보험법과 관련하여 매우 중요한 해석이다. 사망보험에

24) Sanbar. et al. 2007. 앞의 논문: 246, 주)18; Williams, G. L. 1973. *Learning the Law* .9th ed. London: Stevens: 29-30; Blackburn v. State, 23 Ohio St. 146(1872); Commonwealth v. Bowen, 13 Mass.356(1816), Washington v. Glucksberg, 521 U.S.702(1997)자살을 도와줄 권리는 적법절차조항의 보호를 받을 수 없다.; 노영상. 2007. “안락사의 개념정의” 수록처: 안락사. 240; 조력자살은 조력자가 자살자에게 치사량의 약물, 자살기계 등을 제공하는 데 그치고, 그 약물을 실제 투여하거나 복용하는 것은 자살자 자신이 한다. 의사(醫師)조력자살(PAS)의 경우도 동일하다. Committee on Medical Ethics, Episcopal Diocese of Washington, Episcopal Church House, Mount Saint Alban. 1997. “Assisted Suicide and Euthanasia: Christian Moral Perspectives.”, Washington Report: Harrisburg Morehouse Publishing: 11-12.

25) Sanbar et al. 2007. 앞의 논문: 246; 네덜란드는 2001. 4. 안락사법을 제정, 시행하고 있다. 법 시행 이전부터 안락사 내지 의사조력자살이 허용되고 있었다(Robert Pool, 2000, *Negotiating a Good Death: Euthanasia in the Netherlands*. New York: Haworth Press: 235, 신현호. 2006. 앞의 책: 168).; 지금은 미국 워싱턴 주와 몬태나 주가 뒤따르고 있다.

26) Sanbar, et al. 2007. 앞의 논문: 250. Codified at ORS. §§127.800-127.897(2001) 2006년 3월에 발표된 오리건 제8차 연례보고서에 따르면 1998년 24건, 1999년 33건, 2000년 39건, 2001년 44건, 2002년 58건, 2003년 68건, 2004년 60건, 2005년 39명의 의사가 64건의 자살처방전을 발행하였다. 2004년에 800건의 사망자 중 1명 정도가 의사조력자살을 하고 있다고 한다 <http://egov.oregon.gov/DHS/ph/pas/>. 참조

27) Vacco v. Quill, 521 U. S. 793(1997).; Menikoff. 2001. 앞의 책: 347. 이 판례의 요지는 자살조력과 생명유지 치료의 중단은 서로 구별되고, 그 구별은 의료전문직과 우리의 법률전통에서 널리 인정되고 확인된 것이며, 그 구별은 중요하고 논리적이고 확실히 합리적이다.

28) Doukas & Reichel. 2007. 앞의 책: 28. 의사가 식물상태의 환자에게서 인공호흡기를 제거하도록 허용한 최초의 판례가 *In re Quinlan* 사건이다. Rosenblum, V.G. "Assisted Suicide in the United States", in *The 'Compassion' and 'Quill' Decisions*. Uhlmann, M.M.ed., *Last Rights: Assisted Suicide and Euthanasia Debated*(Grand Rapids: Eerdmans, 1998, 541-42. 박성관. 앞의 논문. 447에서 재인용. 치료의 중단은 살인을 의도한 행위는 아닌 반면(omission;부작위), 의사조력자살은 살인의 의도로 수행된 행위이므로(commission;작위), 형법상 살인행위가 된다. 박성관, 431.

29) 한국상법 제732조의2(중과실로 인한 보험사고) 사망을 보험사고로 한 보험계약에는 사고가 보험계약자 또는 피보험자나 보험수익자의 중대한 과실로 인하여 생긴 경우에도 보험자는 보험금액을 지급할 책임을 면하지 못한다. 이 조항의 반대해석으로 자살의 경우는 사망

가입한 사람이 생전유언으로 사망하더라도 이는 보험사고로 인정되어 보험금이 지급된다. 생전유언은 자살과는 현실적·법률적으로 명백히 다른 것이다.

2.1.2.2 진정(鎮靜)치료와 생전유언

완화진정치료(palliative sedation)는 생전유언의 발효에 따라 환자에 대한 후속조치로 시행될 수 있다. 이러한 완화진정은 미국의 각 주(州)에서 합법적으로 인정³⁰⁾되고 있다. 문제는 그것이 환자의 고통을 완화할 뿐만 아니라, 환자의 죽음을 촉진·재촉할 수 있다는 점이다. 이 완화진정은 말기진정(*terminal sedation*)이라고 부르던 것이고, 의사가 환자의 극심한 통증·흥분·광란(*delirium*)·호흡곤란을 구조하기 위하여 죽어가는 환자를 무의식 상태로 진정시키는 것이다. 무의식(혼수)상태로 진정된 환자는 단지 며칠(*within only a few days*)안에 죽게 된다.³¹⁾ 과연 어떤 사람이 “내가 만일 식물상태에 빠지면 일체의 치료를 중단하기를 바란다. 다만 완화치료는 받기를 원한다.”고 생전유언을 하여 놓았다면, 그리고 그가 식물상태에 빠졌다면(의사의 진단결과), 그는 생전유언대로 바로 모든 치료를 받을 수 없고, 오직 통증완화치료만 받을 것인가? 생전유언의 취지가 명백하다면 그렇게 될 수밖에 없다. 역시 논점은 죽음의 문제다.

어떤 선(*good*)을 증진하는 데 따르는 하나의 부작용으로 죽음과 같은 심각한 해악(*害惡*)을 야기하는 행위를 허용하는 것은, 고래(*古來*)의 2중 효과의 원칙(*doctrine of double-effect*)을 적용한 것이다.³²⁾ 토마스 아퀴나스(*Thomas Aquinas*)에 따르면, 사람이 어떤 선(*善*)을 증진하기 위하여 고의는 아니지만 해악을 야기할 수도 있다는 것이 2중 효과의 원칙이라고 한다.³³⁾ 그래서 사람은 비록 심각한 부작용이 예견되더라도, 어떤 선을 증진할 수도 있다. 그리하여 의사는 말기환자의 고통·흥분·정신착란·호흡곤란 등을 구조하기 위한 통제물질(모르핀;*morphine*)을 처방할 수 있다. 비록 그러한 처방이 환자의 죽음을 재촉하리라

이 고의(故意)로 인한 것이므로 보험금이 지급되지 아니한다.: 오리건 주(州) 존엄사법도 생전유언의 실행이나 의사(醫師)조력에 의한 자살이 보험과는 관련이 없다고 규정하고 있다 (ORS Vol.3. Chapter127 ; 사전의료의향서, 존엄사 등 ; 2011년판 오리건 개정법률 (ORS=Oregon Revised Statutes). 127.565:Independent medical judgment of provider; effect of advance directive on insurance;(c) No existing or future policy of insurance shall be legally impaired or invalidated in any manner by actions taken under ORS 127.505 to 127.660 and 127.995 www.leg.state.or.us/ors/127.html 참조

30) Sanbar et al. 2007. *Legal Medicine* 7th ed: 246.

31) Quill, T. E. & Byock, I. R. 2000, "*Responding to Intractable Terminal Suffering: The Role of Terminal Sedation and Voluntary Refusal of Food and Fluids*", Pa: 132 *Annals of Internal Medicine*(2000. Oct 3): 408.

32) Gostin, L. O. 1997. "Deciding Life and Death in the Courtroom", Chicago: *J.A.M.A.* 278(18)(Nov.12. 1997): 1523-28.

33) St. Thomas Aquinas(1225-1274,Italy) *Summa Theologica*(II-II, Qu. 64, Art.6), 1265-72; Sanbar et al. 2007. 앞의 책: 246. Endnotes 28) 참조.

고 예견될지라도 마찬가지이다. 이 원칙은 도덕철학, 의료윤리학, 그리고 법률학 분야에서 오랜 세월 논쟁거리가 되어 왔다.

그러나 결국 미국 법무부, 의회, 그리고 최고법원은 2중 효과의 원칙을 합법적인 실무라고 선언하였다.³⁴⁾ 그 결과 이 원칙은 호스피스, 오늘날은 병원들까지 말기환자의 심각한 고통을 진정·관리·치료하는 근본원리가 되어 있다. 그런데 만일 의사가 살인의 고의로 환자에게 모르핀을 주사하였다면 그는 살인죄의 책임을 져야 할 것이고, 반면 환자의 극심한 고통을 완화시킬 목적으로 주사하였다면 그는 아무런 책임을 지지 않는다. 이를 어떻게 구별할 수 있는가에 대하여 논란이 많다. 2중 효과의 원칙 하에서 의사(醫師)의 행위의 도덕성이나 합법성은 행위자의 의도(意圖 ; intent)에 달려있다.³⁵⁾ 이 의도라는 것이 주관적인 것이므로 과연 행위 당시 행위자는 어떠한 의도로 행위를 하였는지 객관적으로 판단하기는 매우 어렵다. 그래서 이 2중 효과의 원칙은 사실상 안락사를 합리화하는 것이 아닌가라는 주장이 제기되고 있다. 여기에서 의료계는 윤리적, 법적 근경에 직면하게 된다.³⁶⁾ 임상현장에서는 통증치료의 목적으로 이 2중 효과의 원칙을 적용하고 있음은 앞에서 본 바이다. ³⁷⁾

34) Pain Relief Promotion Act(PRPA), H. R.(하원) 4006, 105th Cong.(1998), 2260 106th Cong.(1999); S(상원) 1272, 106th Cong.(1999); Oregon 주(州) 의사조력자살법(pas)을 폐기하고 다른 주도 그러한 법을 제정하지 못하게 하려고 만든 법이다. 환자의 죽음을 야기할 수 있는 연방통제물질(약품)을 의사가 환자에게 사용하면 처벌하는 법: 이 법에 대하여 반대하는 학설[Orentlicher D. & Caplan A. "A Serious Threat to Palliative Care". JAMA 2000. 283(2):255-58]이 있다. 즉 의사는 고통구제와 의사조력자살 사이의 경계 침범을 우려하고 형사기소를 겁내어, 미국 완화치료의 질은 떨어지고, 완화치료와 그 개선에 종사하는 의사들을 좌절하게 할 우려가 있다고 지적한다. 더구나 의료전문지식이 없는 연방 약물 집행행정관(Drug Enforcement Administration Officials)을 의료결정자의 지위에 앉히는 것은 부당하다고 주장하고 있다. 이러한 집행관이 의사의 형사책임여부를 결정할 수 있는가?

35) 기본적인 사법제도 하에서 고의(intent)는 행위(conduct)에서 추론될 수 있다. 그러나 2중 효과의 원칙 하에서는 의사(醫師)들의 행위(do)보다는, 그들의 말(say)이 더욱 중요하게 된다. 그들의 처방과 실무에 대한 민사·형사·행정상 처벌을 피하기 위하여 의사는 '환자의 죽음을 원하는 환자본인과 그 가족들의 요청을 존중하였다'는 것을 결코 인정하여서는 안 된다. 그 대신 '환자의 고통을 구제하기 위하여서만 처방하였다'고 주장하여야 한다. 의사의 처방 의도나 고의를 누가 판단하는가가 문제이다. 미국의 경우 연방법률 집행자가 이를 판단하게 될 것인데--그들은 의료전문가에 대하여 믿을만한 판단을 할 능력이 없을 것 같다 (Sanbar, et al. 2007. 앞의 논문:246). 생각건대 의사의 선의(善意)를 믿고 기대할 수밖에 없을 것이다.

36) Orentlicher, D. 1997. "The Supreme Court and Terminal Sedation: Rejecting Assisted Suicide, Embracing Euthanasia", CA: Hastings Const.L.Q.24: 947-968. 법철학자 David Orentlicher 박사(AMA의 일반자문, 윤리법제위원회 의장)는 "2중 효과의 원칙은 치료의 중단과 안락사 사이의 구분을 흐리게 만들었다. 진정(sedation)은 안락사의 한 가지 형태이고", "최고법원 대법관들은 안락사만 포용(연명치료거절 권리만 인정)함으로써 의사조력자살을 거절·기각하였다."고 기록하였다. 이경직.2007.앞의 논문: 129; 노영상. 2004. 기독교생명윤리개론. 서울: 장로회신학대학교출판부: 273. '인위적인 생명제거인 안락사'와 '환자에게 쓸데없는 고통을 주는 무의미한 치료강행' 중 선택 가능 대안은 호스피스라고 한다.

37) Jonsen. A. R. Siegler, M. Winslade, W. J. 2006. Clinical Ethics. 6th ed. N.Y.: McGraw-Hill(이하 Jonsen et al.로 인용):129; Beauchamp, T. L. Childress, J. F. 2001. "Intended Effects v. Merely Foreseen Effects." In Principles of Biomedical Ethics. 5th. ed. N.Y.: Oxford University Press: 128-32 ; 이 원칙의 적용조건은 ① 행위 그 자체는 윤리적으로 좋지도 나쁘지도 아니할 것(예: 투약은 상황과 의도를 떠나 좋지도, 나쁘지도 않

2.1.2.3 일반유언과 생전유언

생전유언이라는 말은, 종래의 법률용어에 익숙하던 사람들에게는 어색하고 모순된 말처럼 들릴 것이다. 일반적으로 유언은 유언자가 자기의 재산을 상속인들에게 어떻게 나누어줄 것인가, 미성년자녀를 위한 후견인은 누구로 지정할 것인가 등을 결정하여 그 뜻을 문서로 기재하거나 말(녹음)하는 것이다. 이에 비하여 생전유언은 재산에 관련된 것이 아니고³⁸⁾, 유언자가 자신의 질병치료와 관련하여 어떤 치료를 받을 것인가 또는 거절할 것인가에 관한 유언이다. 그러므로 그 목적이 서로 다르다. 형식의 면에서도 일반유언은 자필증서·녹음·공정증서·비밀증서·구수증서(한국민법 제1066조~제1070조) 등 5가지로 엄격하게 법정(法定)되어 있다. 이에 비하여 생전유언은 그 방식이 엄격하게 제한되어 있지 않고, 그 대신 작성자의 진의(眞意)가 분명하게 나타나있기만 하면 족한 것이다(최소한의 요건은 법정). 그 효력발생시기의 점에서도 일반 유언은 유언자가 사망한 후에 비로소 효력이 발생하는 것(한국민법 제997조, 제1005조)인데 비하여 생전유언은 유언자의 생존 중에 효력이 생긴다. 다시 말하면 유언자의 사망 전에 유언자가 의식을 상실하는 경우 등에 인공적인 생명연장을 위한 무익한 치료의 중지를 지시하는 점이 특이하다.³⁹⁾

그리고 유언의 효력과 관련하여 일반 유언은 유언자의 생명과는 관계가 없고, 어디까지나 유언자의 상속재산문제에 주로 관련되어 있지만, 생전유언은 이로 인하여 유언자의 생명은 인공적으로 연장되지 않고, 자연적인 죽음이 따라올 수 있다는 점에 그 본질적인 차이와 특색이 있다. 우리나라에는 무의미한 치료중단을 소극적 안락사로 잘못 받아들여 오해하고 있어 문제라고 지적되고 있다.⁴⁰⁾ 끝으로 이 2가지 유언을 혼합하여서는 아니 된다. 생전유언으로써 환자의 보건의료와 상속재산간의 어떤 관계를 창설하여서는 아니 된다. 왜냐하면, 성질이 전혀 다른 2가지 문서(보건의료에 관한 결정인 생전유언과 개인재산의 처분결정인 유언)가 결부되어 있으면 상속인 그 밖의 이해관계인들 사이에 분쟁이 발생할 수 있기 때문이다. 예

다) ② 행위자는 비록 나쁜 결과가 예견되더라도, 좋은 결과를 의도하여야 한다(예: 의사는 환자의 통증구제의 의도를 가져야 하고, 의식을 우울하게 하는 등의 의도를 가져서는 안 된다), ③ 도덕적으로 이익할 수 있는 결과는 도덕적으로 용인할 수 있는 결과에 대한 수단이 될 수 없다(예: 환자의 호흡기손상은 고통구제의 수단이 될 수 없다).

38) Mirarchi. 2006. 5. 생전유언은 상속재산 또는 그 분배와는 전혀 관계가 없다.

39) 이 점은 제5장에서 집중적으로 검토한다. Eisendrath & Jonsen. 1983. 앞의 논문, 2055. living will이 처음 나타났을 때, 그 성질과 지위는 무엇인지 의문투성이였다. 그것이 특수한 종류의 유언이었을 뿐만 아니라, 법률적이라고 해석될 수 있는 어떤 행동을 지시하고 있고, 비상(非常)하고 과감한(extraordinary & heroic)과 같은 말을 포함하고 있어서 living will의 언어는 모호하였다. 생전유언의 진정성에 대하여 의문이 제기될지 모르고, 그것이 집행될 시점(효력발생시점)에도 유언자의 진의(眞意)가 지속되는 것인지도 의문이었다.

40) 문도호. 2007. 앞의 논문. 154.

컨대, 상속인 중 1명이 유언자의 보건의료대리인으로 지명되어 있다면 그는 상속 재산을 속히 받을 목적으로 생명유지치료를 중단하여 달라고 담당의사에게 요구 할 수도 있을 것이다. 이를 다른 상속인들이 알면 크게 분쟁이 생길 수도 있기 때문이다.

2.1.2.4 충분한 설명에 근거한 동의와 거절

환자의 자율성을 존중하기 위하여 의사는 환자에게 질병의 증상과 그에 대한 치료방법, 어떤 치료방법을 선택하여 치료를 실시할 경우의 예후(prognosis; 예측) 등을 자세하게 설명하고 그에 관한 정보를 제공하여야 한다. 그러한 정보를 제공받은 다음 환자는 스스로 그 치료를 받는 데 동의하거나 거절할 수 있다. 이것이 바로 충분한 설명에 근거한 동의(informed consent) 또는 설명에 근거한 거절(informed refusal)이다. 그런데 생전유언은 치료거절의 한 가지 방식이지만, 그 제출시기, 작성시점, 목적 등이 한정되어 있어서, 일반적인 환자의 치료거절보다는 범위가 좁다고 할 수 있다. 또는 병에 걸리기 이전이라도 건강한 사람이 이를 작성하여 소지하고 다닐 수 있는 점에서도 생전유언의 특색이 있다. 요컨대 생전유언은 설명에 근거한 치료거절의 한 가지 종류 겸 특수한 형태의 거절에 불과하다.

2.1.2.5 사전의료의향서와 보건의료 위임장

생전유언과 의료위임장(medical power of attorney), 이 2가지를 합하여 사전의료의향서(advance directive, advance health care directive)라고⁴¹⁾ 부른다. 따라서 사전의료의향서는 생전유언보다는 넓은 개념이다. 그러나 그 중에서도 생전유언이 더 중요한 위치를 차지하고 있다. 왜냐하면 의료위임장은 환자가 스스로 자신이 받을 치료방법의 결정 능력을 잃었을 때 자신을 위한 결정을 대신할 사람을 지명하는 문서이기 때문이다. 그러나 실제로는 생전유언과 사전의료의향서는 서로 동일한 것으로 혼용(混用)되고 있고, 생전유언은 문서화된 사전의료의향서의

41) advance directives의 우리말 번역어로는 사전의료지시(대한의학회), 사전의료지시서(김건열, 가톨릭생명윤리연구소), 사전동의서·사전신청서·사전요청서·사전의사결정·사전의사표시·사전지시·사전지시서·사전치료거부사(신현호), 사전고지(가톨릭생명연구소), 사전의사결정서(김충환 의원, 2008. 발의 호스피스-완화의료에 관한 법률안) 등이 있으나(허대석, 2008. 앞의 논문3), 보건복지부는 2010. 7. 15. “연명치료 중단 제도화 관련 사회적 협의체 논의결과 발표”에서 사전의료의향서로 통일한다고 밝혔다. 이은영, 2011. “삶의 마감 시 공동의사결정과 관계적 자율성”. 박사학위논문, 연세대학교 대학원, 의료법윤리학협동과정. : 1 주1). 대법원 2009. 5. 21., 선고 2009다17417 판결문에서는 사전의료지시라는 용어를 사용하고 있다. 즉, 환자가 회복 불가능한 사망의 단계에 이르렀을 경우에 대비하여 미리 의료인에게 자신의 연명치료 거부 내지 중단에 관한 의사를 밝힌 경우(이하 ‘사전의료지시’라 한다)라고 설명하고 있다(대법원. 법원공보 2009상,849).

한 가지 형태라고도 일컬어지고 있다. 42) 미국 내의 각 주(州)에서는 이 2가지 용어를 모두 사용하고 있어서 구별의 실익은 없다. 비공식적이거나 비법률적인 형태(less formal, less legalistic fashion)로 의로지시를 의사(醫師), 가족, 그리고 친구에게 전달할 수 있고, 그것이 생전유언이라고 해설하는 학자도 있다.43)

지속적 보건의료위임장(durable power of attorney for health care)은 어떤 사람(본인;principal)이 특별히 보건의료에 관한 결정을 하도록 타인(대리인;proxy, agent, attorney-in-fact)에게 권한을 위임하는 문서이다. 본인은 스스로가 선택하거나 지명하는44) 사람이 누구이든지 그 사람에게 대리권한을 부여할 수 있다. 대리인은, 본인이 의사무능력상태에 빠졌을 때, 본인이 어떤 의료처치를 받을 것인지 거부할 것인지를 결정할 수 있고, 치료방법 중 본인이 좋아하는 것을 선택하여 요청할 수 있다.

이러한 보건의료위임장은 일반적인 위임장들과는 달라, 본인의 보건의료 문제만을 다루고 있고, 본인의 재산관리나 재정적 결정 권한은 없다. 미국의 거의 모든 주(州)에서 생전유언, 사전의료의향서, 보건의료위임장을 성문법으로 규정하여 이를 인정하고 있다.45)

2.1.2.6 안락사

1) 분류기준의 다양성

안락사(Euthanasia)는 46)여러 가지 기준으로 분류되는바, 행위주체를 기준으로 적극적·능동적 안락사(active euthanasia)와 소극적·수동적 안락사(passive euthanasia)가 있고, 행위동기를 기준으로 자비적(beneficent)·존엄적(with dignity)·도태적(selective) 안락사가 있으며, 환자의 자율성(동의여부)을 기준으로 다시 자의적(voluntary)·비자의적(nonvoluntary)·반자의적(involuntary)안락사로 나누어진다. 끝으로 생명단축 여부를 기준으로 직접적 안락사와 간접적 안락

42) Mirarchi, 2006, 5,16; A living will can also be called an advance directive for health care.; A living will is a type of advance directive.; Doukas & Reichel, 10.

43) Jonsen et al. 85-86. living will이라는 용어가 성문법상의 사전지시를 포함하여, 모든 사전치료문서를 지칭하는 데 사용되기도 한다고 인정하고 있다.

44) Jonsen et al. 84. 문서로 위임하는 것이 원칙이고, 유일하게 일정기간 대리인의 구두지명(oral designation)을 인정하는 곳이 캘리포니아 주(州)이다.

45) Doukas & Reichel, 12. 영업문제에 관한 위임장은 보건의료에 관한 위임장과는 다른 별개의 문서로 요구하는 주(州)도 있다.

46) 안락사는 고대 그리스와 로마에서도 실시되었다고 한다. 그리스 Kea 섬에서는 hemlock라는 독초가 사용되었고 마르세유(Marseilles)에서는 다른 방법이 사용되었다. Socrates, Plato, Seneca the Elder는 안락사를 지지하였고, Hippocrates는 반대한 것으로 보인다."I will not prescribe a deadly drug to please someone, nor give advice that may cause his death": Mystakidou, K.; Parpa, E.; Tsilika, E.; Katsouda, E.; Vlahos, L. 2005. "The Evolution of Euthanasia and Its Perceptions in Greek Culture and Civilization". Perspectives in Biology and Medicine 48(1): 97-98.

사로 나누어진다.

2) 적극적 안락사와 소극적 안락사

적극적 안락사는 직접적·적극적으로 다른 사람의 생명을 박탈하여 죽음을 초래하는 행위 예컨대, 약물의 주사 기타 의도적·고의적인 행위를 하는 것을 말하고 이는 미국은 물론 세계 어느 곳에서나 금지되어 살인죄로 처벌되고 있다.⁴⁷⁾ 인간적인 동기는 항변이 될 수 없다. “제발 나를 죽여 달라. 고통을 끝내 달라.”고 의사(醫師)나 친구에게 애원하는 것은 자유이고, 그 요구가 반드시 무시되는 것은 아니라 할지라도, 그러한 애원에 따라 정작 그 요구를 들어주면 그것은 범죄행위가 된다.⁴⁸⁾ 소극적 안락사는 말기질환 혹은 지속적 식물상태의 환자에게 제공되는 치료를 의사(醫師)가 중단하는 것을 말한다.⁴⁹⁾ 환자 측으로서는 치료거부권의 행사로 생을 마감하는 것이 소극적 안락사이다.⁵⁰⁾

47) Hughes, T. E. & Klein, D. 2001. A Family Guide to Wills, Funerals & Probate. 2nd ed. NY: Checkmark Books: 72. Oregon주(州)의 법은 일정한 조건 하에서 의사의 도움을 받는 자살(physician-assisted suicide)을 허용하고 있다.

안락사에 관한 국제적 선언문: 1987.10. Spain Madrid, 제39차 W.M.A.(세계의사회) 총회에서 안락사, 즉 환자의 생명을 고의적으로 종결짓는 행위는 환자 자신의 요구이건, 가까운 친척의 요구이건 비윤리적이다. 이것은 질병의 마지막 과정에서 자연적 사망에 이르고자하는 희망을 저버리는 것이 된다.; 문국진. 1999. 앞의 책 : 315.

대한의사협회의 의사윤리지침(2001.4.19.제정,2002.11.15.공포) 제58조는 제1항에서 안락사를 정의하고, 제2항에서 의사는 안락사에 관여하여서는 아니 된다고 정하고 있다. ‘안락사’라 함은 환자가 감내할 수 없고, 치료와 조절이 불가능한 고통을 없애기 위한 목적으로 환자 본인 이외의 사람이 환자에게 죽음을 초래할 물질을 투여하는 등 인위적·적극적 방법으로 자연적인 사망시기보다 앞서 환자를 사망에 이르게 하는 행위를 말한다고 규정; 동지 福本博文. 2002. 앞의 책 : 29.

48) 안락사라는 말, euthanasia의 어원은 그리스어 eu(well, good) + thanatos(death)로서, 좋은 죽음, 편안한 죽음이라는 의미로서, well-dying와 같은 의미이다. 그러나 역사적 관점에서 안락사라는 용어에 대하여 많은 사람들은 거부감을 갖고 있다. 나치(Nazis) 독일은 히틀러의 1939. 9. 1.자 비밀메모에 의하여 1939.10~1941.8.까지 Action T4라는 프로그램을 시행하여 70,273명의 사람을 불치병환자로 분류하여 안락사(安樂死)시켰고, 1941. 8. 이후에도 위 프로그램은 계속 실시되어 275,000명이 살해되었다고 한다(Proctor, R. N. 1988. "Racial Hygiene" Medicine under the Nazis, Harvard.:191,171; Ryan D. F., Schuchman, J. S. 2002. Deaf People in Hitler's Europe, Washington D.C.: Gallaudet University Press: 62, 박 철. 2010. “연명치료 중단의 허용기준”, 수록처: 민사판례연구 [XXXII], 서울: 박영사.60에서 재인용); 1999년 Dr. Jack Kevorkian은 2급 살인죄로 기소되었다(법정형:10~25년) 다른 사례에서 그가 행동하던 것과 달리, 130명의 환자에게, 그 자신이 직접 치사약물을 주사하였기 때문이다(People v. Kevorkian, 639 N.W.2d 291(Mich.App,2001). 그는 미시간교도소에서 8년간 복역하고 2007년 79세에 출소하였다(마이클 샌델.2007.105).

49) Doukas & Reichel.2007. 앞의 책:105; 간접적 안락사도 있는바, 그것은 고통을 완화하려고 사용한 약이 결과적으로 생명을 단축시킨 경우인바, 소극적 안락사와 같이 의료의 윤리에 크게 반(反)하는 것은 아니라는 공통인식이 있다(동지, 福本博文. 2002. 앞의 책: 50).

50) Tallis, R. 2011. The Kingdom of Infinite Space.: A Fantastical Journey Around Your Head. Bloomsbury, London: Atlantic Books. 이은주 역. 무한공간의 왕국. 서울: 동녘사이언스. 276; 일부 문화권에서는 불치의 중병에 따른 고통이, 기꺼이 감당할 수 있는 수준을 넘어설 때, 안락사를 요청함으로써 생명을 없앨 수 있다.; 유효종,손명세,이경환. 2002. 의료문제에 대한 윤리와 법의 통합적 접근: 의료법윤리학 서설. 서울: 동림사: 253-56; 문도호. 2007. 앞의 논문. 141에서는 연명치료 중단을 소극적 안락사라고 부르는 것은 옳지 않다고 한다. 소극적 안락사라는 용어를 사용하면서 은근히 암시하는 것은 이와 같은 치료중단이 인간의 삶을 단축시킨다는 것이고, 그런 의미를 함축하는 것이라면 말기환자나 임종환자의 치료중단을 소극적 안락사라고 불러서는 안 된다고 한다. 정확한 지적이라고 생각된다.

적극적 안락사에는 자발적인 것(환자가 그 죽음을 초래할 조치에 자유롭게 승낙)과 비자발적인 것(가족이나 의사 등 다른 사람이 결정하는 것)이 있다. 어느 경우이든, 적극적 안락사는 의사-환자관계의 의미심장한 변화를 나타내고 있다. 자비살인(慈悲殺人)에 관여하고 있는 의사(醫師)는 도덕적, 법률적 문제에 직면하게 되는바, 이는 소극적 안락사에서 환자가 치료를 거부하면 그것은 죽음이 초래될 것임을 알고 환자의 치료거부를 허용하는 의사가 직면하는 문제점들과는 그 성질이 확연하게 다르다.

적극적 안락사에서 행위자의 의도는 단 하나의 행동에서 생의 중지와 함께 죽음을 가져오는 것이고, 소극적 안락사에서는 환자가 자의적으로 생명유지 장치의 중단을 원하면 질병 그 자체가 원인이 되어 환자가 죽게 된다.⁵¹⁾ 뒤의 것은 오늘날 일종의 자연사(自然死)로 분류되고 있다.⁵²⁾ 또 다른 구분방법은 앞의 것은 죽음을 초래하는 약(drug)을 주는 것이고, 뒤의 것은 통증을 완화시킬 약물(medication)을 사용하는 것이다(투약이 생명단축의 부작용을 가져올지라도). 대개의 사람들은 뒤의 것이 자비살인(慈悲殺人)⁵³⁾ 혹은 조력자살(assisted suicide)과는 완전히 다르다는 데 동의하고 있다.

생전유언은⁵⁴⁾ 앞에서 이미 언급하였지만 그 실시나 집행으로 인하여 유언자의 죽음이 초래되더라도 그것은 자살(自殺)이나 살인(殺人)으로 해석될 수 없다. 그것은 자연사에 가깝기 때문이다.

3) 소극적 안락사 또는 생전유언에 대한 반대의견

생명유지치료 특히 영양·수분 공급의 중단 ⁵⁵⁾ 시도는 매우 나쁘다고 믿는 사람들이 있다. 생명유지치료의 중단 시도는 자살을 감행하려는 것이고, 혹은 다른 사람을 위하여 그러한 치료 중단을 요구한다면 그것은 어떤 형태의 살인에 가담하는 것이라고 생각하는 사람들이 그들이다. 또 생전유언이나 사전의료의향서는 적극적 안락사 혹은 조력자살로 인도하는 위험한 비탈길(slippery slope)이 될지

51) Doukas & Reichel. 2007,105-6; 福本博文. 2002, 29; 적극적 안락사와 소극적 안락사를 통속적으로 표현하면, 앞의 것은 사람의 손을 써서 고통을 느끼지 않게 숨통을 끊는 것이고, 뒤의 것은 자연 상태에서 죽도록 연명수단을 중지하는 것이라고 한다.

52) 노영상. 2007. “안락사의 개념정의”. 수록처: 안락사. 27.

53) Whitman & Glisson. 2007, 108..자비살(Mercy killings)은 보통의 안락사와 다르다. 이는 가족의 고통을 끝내기 위하여 부모나 자식 사이와 같이 의사(醫師) 아닌 사람에 의하여 이루어지는 안락사의 한 가지 형태이다

54) Hughes & Klein.2001,73; Mirarchi.2006, 9. 통일말기환자권리법(Uniform Rights of the Terminally Ill Act,1989)은 미국의 모든 주(州)에서 통과된 법률인바 이 법은 개인으로 하여금 만일 말기질환이나 영구혼수상태에 빠지면 생명유지 장치를 통하여 살아있기를 원하지 아니한다는 것을 명기하는 생전유언을 할 수 있도록 허용한다. 약물로 죽음을 연장하거나 괴롭게 하지 않고, 죽음이 발생하도록 허용한다. 이러한 형태의 죽음이 소극적 안락사라고 알려져 있다.

55) Whitman & Glisson. 2007, 90. 물 없이는 3일 이상 살기가 어려우므로, 수분은 매우 중요하다. 그러나 음식 없이는 더 오래 살 수 있다.; Pence, G. E. 2000. 의료윤리 I-고전적 사례들(Classic Cases in Medical Ethics).3rd ed. Boston: McGraw-Hill.: 95-96. 신현호. 2006, 213~217. 영양·수분 공급이 생전유언에서 말하는 무의미한 연명치료(치료중지 대상)에 해당되는가? 이를 긍정하는 것이 미국·영국·일본 등의 의료계와 판례의 대세이다.

모른다고 우려하는 사람도 있을 수 있다.⁵⁶⁾

이러한 생각이나 주장은 윤리적으로나 법적으로 모두 정당하지 않다. 생전유언이나 보건의료위임장, 게다가 가치관(values history)을 추가한 사전의료의향서는 안락사나 자살을 부추기는 것은 아니고, 무익(無益)한 치료를 중단시키려는 개인의 자유의사에 따른 자율적 결정 혹은 자율성을 존중하고 증진하는 것이라고 많은 사람들이 확고하게 믿고 있기 때문이다.⁵⁷⁾ 미국의 많은 법원과 주(州) 입법부가 언명한 바와 같이, 말기질환을 앓고 있는 사람을 위한 치료를 보류하거나 중단하는 것은, 그 질병상태를 자연스럽게 놓아두어 그 사람의 삶이 끝나도록 허용하는 것이다.⁵⁸⁾ 그것을 자살이나 조력자살이라고 말할 수는 없다.

적극적 안락사나 조력자살은 생명의 종단을 야기하는 고의적인 치료거절 또는 치료시술인데 비하여, 생전유언은 개인이 의료에 관한 자세한 설명을 들음과 동시에 사전(事前)에 어떤 결정을⁵⁹⁾ 내리는 것이고 그렇게 함으로써 부담스럽고, 몸을 침해하고(invasive), 게다가 무익한 연명치료를 거절하는 제도이다. 생전유언은 그 제도의 취지가 자살과는 근본적으로 다르다는 것을 특히 주목하여야 할 것이다. 생전유언 제도 그 자체에 대한 반대자는 스스로 생전유언서를 만들지 아니할 자유가 있는 것이고, 타인의 강요에 의하여 생전유언서에 서명할 의무도 없다. 그렇다고 하여 이러한 반대자가 타인에게 생전유언을 하지 말라거나 생전유언서에 서명하지 못하게 방해할 권리를 가지는 것도 아님을 특별히 강조하고자 한다.

생전유언은 안락사와 다르지만, 굳이 안락사의 범주에 넣는다면, 자의적, 소극적 안락사에 해당되지만 안락사 그 자체를 의미하는 것은 아니므로, 서로 관련성을 가지고 있다는 점만 지적하여 둔다. 안락사라는 용어 그 자체에 대하여 상당한 거부감을 가지고 있는 사람들이 많이 있다는 것은 사실이다.⁶⁰⁾ 문도호 선생은 무의미한 치료중단행위를 안락사에 포함시키지 말 것을 특별히 강조하고 있다.⁶¹⁾ 생전유언(무의미한 연명치료의 중단)과 안락사의 차이⁶²⁾ 설명하면 아래와 같다.

목적의 면에서 생전유언은 치료의 이득과 손해를 고려하여 환자의 불필요한 고통을 줄이는 것이고, 안락사는 죽음을 목적으로 치료를 중단하는 것이며, 권리의 면에서 생전유언은 자기의 신체에 대한 타인의 치료결정에 대한 소극적 거부권의 행사이고, 안락사는 자신의 임종상황에 대한 의사의 적극적 개입요청이고, 철회의 면에서 생전유언은 언제든지 철회하여 치료계속을 요구할 수 있으나, 안락사의 경

56) Doukas & Reichel, 107.

57) Doukas & Reichel, 107.

58) Doukas & Reichel, 28.

59) Doukas & Reichel, 107. 이러한 결정들을 놓고 믿음의 상담자와 의논하는 것은 자신의 마음을 편안하게 할 것이고, 그러한 의논은 환자자신의 선택에 관한 정신적, 영적 문제를 공개적으로 숙고하고 묵상할 수 있는 기회가 될 것이다.

60) 유효종, 손명세, 이경환. 2002, 253. 이하

61) 문도호. 2007, 152.

62) 문도호, 141-2; 허대석. 2004. “무의미한 치료의 종단의 절차” 한국호스피스·완화의료학회지(2004.7.): 320-324.

우는 시술 즉시 환자의 죽음을 초래하므로 철회를 할 수 없다. 의사(醫師)의 역할 면에서 보면 생전유언은 환자의 의미 있는 삶의 연장이나 중단에 관여하는 데 비하여, 안락사에서는 환자의 죽음에 직접 관여하는 것이다. 적극적 안락사는 살인죄로 인정되어 처벌된다.

2.1.2.7 존엄사

존엄사는 불치(不治) 또는 말기(末期) 상태의 질병에 걸려 의식불명으로 고통을 받고 있는 환자의 고통을 경감하여 주기 위하여 의사(醫師)가 생명유지 장치를 제거하고 통증의 제거·완화 처치만을 하면서 사람을 죽도록 내버려두는 행위를 말한다. 환자는 인간으로서의 존엄을 간직하면서 자연스럽게 수명을 다하고 죽는다. 요컨대 무익한 연명치료를 중단하고 자연사를 하는 것이다. 이러한 자연사를 할 권리는 환자가 지적(知的)·정신적(精神的) 판단력(判斷力)이 있을 동안에 생전유언을 작성하여 존엄사를 희망하는 의사표시를 하여 두면, 말기에 환자가 의식불명 상황에 빠지더라도, 그 의사표시는 유효하게 인정된다. 다만, 일본이나 우리나라에서는, 판례만 있지 미국처럼 법제화되어 있지 않기 때문에 법적으로 보장 받지 못하는 못한다.⁶³⁾ 이 존엄사라는 말은 생전유언이나 사전의료의향서에 따른 연명치료 중단의 결과 초래되는 죽음과 그 취지가 동일하다고 말할 수 있다.

2.1.2.8 연명치료중단과 생전유언

무의미한 연명치료중단과 생전유언은 서로 밀접한 관련을 갖고 있으나, 동일한 것은 아니고, 연명치료중단 결정에 필수적인 조건들 중 하나가 생전유언이라고 말할 수 있다. 명시적인 생전유언이나 사전의료의향서가 없는 경우에도 환자의 의사를 추정하여 연명치료를 중단하여도 좋다는 판결⁶⁴⁾이 선고되는 것을 보아도, 연명치료 중단이 생전유언보다는 넓은 개념이라고 할 수 있다.

한편 생전유언은 그 주요(主要)내용으로 무의미한 연명치료의 중단을 다루고 있을 뿐만 아니라 치료의 계속, 장기(臟器:Organ)의 기증 등도 포함하고 있어서, 연명치료 중단보다는 그 내포(內包)가 넓다. 그러나 이 두 가지는 서로 밀접불가분의 관계에 있음은 앞에서 말한 바와 같다.

63) 福本博文. 2002, 29.

64) 대법원 2009. 5. 21. 선고, 2009다17417 판결(이 판결에 대한 평석은 박 철. 2010. 앞의 논문: 53). 연명치료 중단의 기준은 ① 환자의 즉각적인 결정(immediate self-determination) → ② 이전에 이루어진 환자의 결정(self-determination exercised earlier) → ③ 환자의 최선의 이익(best interests of the patient) 순서로 되어 있다(In re Helga Wanglie): Angell M. 1991. "The Case of Helga Wanglie: A New Kind of "Right to Die" Case. Mass.: Massachusetts Medical Society: N. Engl. J. Med.: 409

2.2 생전유언의 근거

생전유언은 말기질환에 걸린 환자 또는 건강한 사람이 앞으로 그러한 질환에 걸릴 경우를 대비하여 스스로 생명유지 치료 등을 받지 않겠다고 미리 그 뜻을 글로 써 놓거나 구두로 의사표시를 하는 것이고, 그 문서에 적힌 뜻을 존중하여 주치의나 간호사 등 의료인이 그 문서에 기록된 대로 시행(연명치료 중단 결정)할 수 있다는 것이 그 제도의 취지이다. 이 제도의 근거는 과연 무엇일까? 회복 불가능한 질환에 걸린 환자의 생명을 연장시키기 위한 노력이 과연 합당한 일인가? 회생가능이 없다고 진단된 환자에게 단순히 생명유지만을 위한 의료기술⁶⁵⁾을 사용하여 계속 치료하는 것이 그 환자에게 의미 있는 삶의 연장인가? 아니면 고통 받는 기간의 연장인가? 무의미한 노력인가? 이런 문제는 우리들이 모두 고민하여야 할 문제점이다. 이런 문제에 대한 하나의 해결방법으로 나온 것이 생전유언인바 그 근거는 과연 무엇인가?

2.2.1 의학적 근거

임상의료 현장에서 연명치료의 중단 결정에 가장 중요한 것은 첫째 환자를 더 치료하더라도 치료의 효과가 없다는 회복불가능 상태에 대한 판단, 또는 무의미한 치료란 무엇인가, 둘째 어떤 치료를 중단할 것인가 하는 점이다.

2.2.1.1 무의미한 치료

1) 무의미한 치료 여부에 관한 분쟁의 발생원인

우리나라에는 국가가 제공하는 진료비보조제도, 공공간호서비스 제도, 불우 환자에 대한 공적 부조(公的 扶助)가 거의 없으므로, 진료비 부담이 무의미한 치료 논쟁의 실제적인 원인이고, 또 퇴원 후의 환자간호의 어려움 등이 분쟁발생의 원인이 된다. 환자의 가족들은 치료의 종단을 요구하면서 “더 이상의 치료는 무의미하다.”고 주장하기도 한다. ⁶⁶⁾ 미국에서도 영구 무의식 환자에 대한 치료에서 무의미한 치료여부의 논쟁이 생길 수 있다고 한다.

2) 무의미한 치료의 개념

65) 이인경. 2007. "죽음의 정의와 안락사 문제" 수록처, 안락사: 62 ; Shannon, T. A. 2009. 기초생명윤리학(An Introduction to Bioethics. 1997.NY). 구미정, 양재섭 역. 대구: 대구대학교출판부:148; 우리는 기술의 포로가 되는 것을 정말로 두려워하기 때문에, 죽음을 연장시키는 기술적 개입이 당연히 두렵고, 버려지는 것도 당연히 두려우며, 인생의 마지막 기간을 지탱해 줄 돈이 떨어지는 것도 당연히 두렵다.

66) 정원범. 2007. “안락사 문제에 관한 대한의사협회의 윤리지침과 기독교”, 서울: 안락사: 388-89

가) 손명세 박사의 견해 : 무의미한 치료(futile treatment)는 “생명의 연장도 삶의 질의 향상도 달성하지 못할 것으로 예상되거나, 설혹 생명의 연장이나 삶의 질 향상에 도움을 줄 가능성도 있으나 그런 가능성보다는 오히려 해를 끼칠 가능성이 큰 치료, 이미 생명의 연장 효과도 삶의 질 향상 효과도 없음이 확인된 치료”를 의미한다. 이는 대한의학회의 의료윤리지침 중 용어의 정의 (3) 의미 없는 치료와 거의 동일하다. 환자가 그 치료를 통하여 더 이상의 효과나 이익을 얻을 가능성이 없는 치료를 말한다.⁶⁷⁾ 다만 위 손박사의 견해는 삶의 질을 거론하고 있으므로, 아래에서 보는 객관적 무의미와 주관적 무의미를 통합한 무의미를 주장하는 것으로 보인다.

나) 생리학적 무의미나? 가치관적(정신적) 무의미나?

무의미한 치료를 분류하면서 생리학적으로 무의미한 치료만을 의미하는 것인가? 아니면 환자에게 정신적으로 무의미한 치료도 포함되는가? 가 문제된다. 환자 자신이 도저히 받아들일 수 없는 삶의 질로 떨어질 경우의 치료에도 무의미가 적용되어야 한다고 주장하는 학설도 있으나, ⁶⁸⁾ 다수학설은 생리학적으로 무의미한 치료만을 무의미한 치료로 인정하고 있다. ⁶⁹⁾

다) 객관적 무의미나? 주관적 무의미나?

두 사람 이상의 서로 다른 의사가 진단하거나 판단하여 어떤 치료를 무의미한 치료라고 판정한 것만을 무익한 치료로 볼 것이냐? 아니면 환자가 스스로 이런 치료는 나에게 무의미한 것이라고 판단하거나 생각하면 그것이 무익한 치료가 되는가?

생전유언이나 연명치료중단과 관련하여, 의사의 가치관에 비추어 혹은 환자 가족의 견지에서 무의미하다는 판단으로 무의미한 치료라고 하여 치료를 중단하는 것은 정당화될 수 없고, 반면 환자 자신의 입장에서 그 치료가 무의미하다면 그러한 치료를 중단하는 것은 정당화될 수 있을 것이다(손명세. 2002, 47). 객관적, 의학적으로 무의미한 치료와 의학적 효과가 현저하지 않으며 동시에 환자의 관점에서 무의미한 치료를 무의미한 치료라고 해석한다(손명세.2002. 47; 정원범. 2007. 395-96). 객관적, 주관적 무의미를 통합한 무의미가 진정한 무의미라고 해석하고 있는 것이다. 이를 통합적 무의미설이라고 명명할 수 있을 것이다.

라) 미국의 경우

미국의학계에서도 의학적으로 무의미한 치료(medical futility)의 개념 정의를 시도하였으나, 그렇게 하여 나온 결과 그 자체가 무의미하다는 것이었다. 무의

67) 문도호, 2007. 139; 손명세. 2002. “안락사, 존엄사, 무의미한 치료중단의 구분”, 수록처: 대한의학회, 임종환자의 연명치료 중단에 관한 대한의학회 의료윤리지침 제1보: 47. 정원범.396

68) Shneiderman, L.J. Jecker, N. S., Jonsen, A.R. 1990."Medical Futility: It's Meaning and Implications." Annals of Internal Medicine 112(12):949-54. Shneiderman,L.J., Jecker,N.S. 1995. "Wrong Medicine: Doctors, Patients, and Futile Treatment" Baltimore, Md.: Johns Hopkins University Press 등

69) Truog,R.D., Brett,A.S., Frader, J. 1992. "The Problem with Utility." Boston: New England Journal of Medicine(NEJM) 326(23):304-8); Kuczewski & Pinkus, 강명신, 97. 생리학적 무의미로 국한시켜야 한다.

미(futile)라는 형용사의 설명이나 경험은 치료영역에서는 정말 있을 수 없는 말이고, 체계적으로 제시될 수 없다.⁷⁰⁾ 미국의학협회(A.M.A.)의 윤리·법제위원회는 무의미의 개념정립 혹은 무의미의 기준설정을 위한 어떠한 노력도 하지 않고 스스로 삼가왔다. 그러나 윤리법제위원회는 “영구적 무의식상태이거나 실지 죽어가고 있는 환자들에 대한 생명유지 치료의 제공과 관련하여서는 그 치료의 무의미 여부, 그 치료의 적법성여부 쟁점이 생길 수 있다”고 지적하였다. 그래서 의사와 환자 사이의 이런 무의미한 치료여부의 분쟁을 처리하는 다중-제도적 정책(multi-institutional policies)과 절차 쪽으로 패러다임이 옮겨지고 있다. 즉, 분쟁 해결절차로 무의미여부가 판정되게 된 것이다.⁷¹⁾ 어떤 의사와 환자 사이의 구체적인 어떤 치료가 정말 무의미한 것이었는지 여부는 조정이나 중재, 나아가 법원의 판결로 판정되게 된 것이다.

마) 소결

환자가 생전유언에서 “만일 내가 식물인간상태에 빠지면 심폐소생술 같은 치료는 하지 말아 달라.”고 기재하였다면, 실제로 유언자가 식물인간상태에 빠졌는가의 여부가 중요한 쟁점이지, 나아가 생전유언에서 유언자가 거절한 심폐소생술이 과연 유언자에게 무익(無益)한 것인지, 유익(有益)한 것인지는 크게 문제되지 않을 것 같다. 따라서 생전유언과 거절 대상치료의 무의미 여부는 엄밀한 의미에서 서로 관련성이 없다고 할 것이다. 주치의나 환자의 가족은 특정의 치료를 환자에게 유익하다고 생각하는데, 환자의 생전유언은 그 치료를 거절할 경우, 어떻게 할 것인가? 생전유언제도가 환자의 자율성을 존중하는 것을 최고의 가치로 여기고 있으므로 ⁷²⁾생전유언에 따라야 할 것이다. 생전유언 제도의 본래의 취지를 살리려면 주관적 무의미설이 타당할 것으로 생각한다.

2.2.1.2 학자들의 주장

다기관손상(multiple organ failure)을 입은 환자들 중 골수이식 수술을 받고 게다가 인공호흡기를 장착하고 있던 환자 398명을 추적 검토한 학자들에 의하면, 그 중 1명의 생존자도 없었다는 결론에 도달하였다고 한다. 그리고 생명을 구할 수 있는 가능성이 희박할 때는 어떤 치료를 보류할 것인가를 결정하는 것이 쉽지는 아니하나, 그래도 ‘398’이라는 숫자는 치료중단에 동의할 충분한 근거가 되는 숫자라고 주장하였다.⁷³⁾ 이에 대하여 치료결과 살아나지 못한 환자의 비율만으로는

70) Rich, B.A., 2007. “The Process of Dying”, in Legal Medicine 7th ed, 240. Shneiderman, L. J. et al. ibid. 949,951.

71) 참고판례: In re Baby K; In Gilgun v. Massachusetts General Hospital(Legal Medicine. 7th ed. 240); 허대석. 2008. 앞의 논문: 2. 무의미한 치료여부의 판단기준은 가치관(values)의 차이에 따라 현저히 달라질 수 있다. 담당의사가 환자에 대한 연명치료(지속적 투석)를 무의미하다고 판단하고 제거하여 환자의 유족에게서 제소를 당하였으나, 의사의 치료중단행위는 정당하다고 한 사례도 있다[Causey v. St. Francis Medical Center 719 So 2d 1072(La. Ct. App. 2d Cir. Aug.26.1998)].

72) 판사의 결정마저도 환자의 자율결정에 침해(inimical)가 될 수 있다(Angell, M. ibid, 407).

73) 박연옥. 2008, 22. Rubenfeld, G. D., & Crawford, S. W. 1996. “Withdrawing life

그 치료의 무의미여부나 치료중단을 결정하기는 어렵다는 학자도 있다.⁷⁴⁾ 인공호흡기를 장착한 채 오래 생존한다 하여도, 그러한 생존이 과연 그 환자의 인간다운 삶의 계속인지, 환자 자신의 인격권의 침해는 아닌지 고려할 때 이 학설도 의미가 있다고 생각된다.

루벤펠드(Rubinfeld) 등은 100명 정도의 사례를 검토한 후, 그러한 치료가 무의미하다는 결론을 얻었다면, 나머지 298명의 환자들은 그들이 죽을 때까지 지속적으로 받아야 하였던 중환자치료에 따른 고통과 부담을 감수하지는 않았을 것인데도 무의미한 치료를 계속한 셈이 된다. 또한 기꺼이 살린다는 희망을 가지고 적극적인 치료를 하였으나, 1명도 살리지 못하였다면, 이는 “악행금지 원칙”에 위배되는 것은 아닌지 숙고하여 보아야 한다고 주장하기도 한다.⁷⁵⁾

슈나이더만(Schneiderman)은 어떤 환자에게 어떤 치료가 무의미하다고 할지라도, 그 환자에게 가장 적절한 완화적 치료, 체력유지를 위한 돌봄(supportive care)은 계속하여야 한다고 강조하고 있다. 또 어떤 치료가 무의미하다는 판정을 받을 수는 있지만, 돌봄(Care)은 결코 무의미하다고 말할 수 없다고 주장하고 있다.

말기로 진행되는 질병을 앓고 있는 환자의 경우 그에 대한 치료 개입이 더 이상 합리적인 것도 아니고, 적절하지도 아닐 때는 치료를 중단하여야 하지만, 그 중단시점이 언제인지를 알아내야 하고 이를 규명하여야 한다고 주장하고 있다. 치료되지 않는 환자의 치료는 무의미할 뿐만 아니라, 감당할 수 없는 고통이 될 수도 있기 때문이라고 한다.⁷⁶⁾ 뇌사설이 점차 사망시점 판정에 정설로 되어 가고 있는 것은 이 점을 해결하기 위한 노력의 일환이라고 생각된다.

한편, 의학적으로 무의미하다고 생각할 수도 있는 연명치료의 중단은 잠재적 학대를 초래할 수도 있다는 점에서 신중히 하여야 한다. 노인이나 그 가족, 또는 사회적 약자들에게 “연명치료는 무의미하다”고 인식시키고, 무익하다고 이름 붙은 치료를 거부하도록 압력을 줄 수도 있기 때문이라고 한다. 따라서 의사나 간호사는 무익한 치료는 무엇인지 그 정의(定義)를 잘 알고 환자나 그 가족에게 갈등을 토로할 기회를 주고, 감정적 충격을 완화·감소시킬 수 있도록 노력하여야 한다고 강조하는 학자도 있다.⁷⁷⁾ 그러나 사회적 약자나 강자나에 따라 치료의 의미유무, 연명치료 중단의 가부 판정이 달라질 수는 없는 것이므로, 이 학자의 주장은 본질에서

support from mechanically ventilated recipients of bone marrow transplants”: A case for evidence-based guidelines. Fla: Annals of Internal Medicine, 15, 125(8):625-33.

74) McGee, D. C., Weinacker, A. B., & Raffin, T. A. 2000. “The Patient’s Response to Medical Futility.” Chicago(AMA): Archives of Internal Medicine. 160.: 1565-66.

75) Schneiderman, Jecker & Jonsen의 주장: 이 주장에 대하여, 필자는 환자에 대한 적극적, 공격적 치료로 환자를 살리지 못하였다고 하여 그 치료를 ‘악행’이라고 단정할 수는 없으므로, 이 주장이 옳은지는 의문이다.

76) Ewer, M. S. 2001. Guest Editorial. “The definition of medical futility: Are we trying to define the wrong term?” Chicago: Heart & Lung: The Journal of Acute & Critical Care, Jan. 2001. Mosby: 30(1): 3-4.

77) Cogliano, J. F. 1999. “The Medical Futility Controversy: bioethical implications for the critical care nurse.” Critical Care Nursing Quarterly. 22(3): 81-88. 박연옥. 2008, 23.

좀 벗어난 것이 아닌가 하는 생각이 든다.

존슨(Jonsen)은 의학적 무의미를 사람들이 잘못 이해하면 잠재적 간호를 제한할 수도 있으며, 실패나 좌절감은 환자를 포기하게 한다고 주장하였다. 무기력의 공포는 환자에게, 죽음을 앞둔 마지막 며칠 동안에 적극적, 공격적 치료 혹은 부담스러운 과잉치료를 제공할 수도 있다. 따라서 주의 깊은 연명치료나 치료중단의 판단이 필요하다고 주장하였다.⁷⁸⁾

끝으로 어떤 학자는 무의미한 치료를 중지하더라도, 환자의 통증을 제거하거나 완화하고 체온을 유지하며, 수분과 영양을 공급하는 등의 보살핌(care)은 계속하여야 한다고 주장하였다.⁷⁹⁾ 이는 완화의료의 실시 문제로서 병을 치유하려는 치료와는 좀 다르다고 생각되고, 무의미한 연명치료를 중지하여야 한다는 원칙에는 동의하는 견해로 보인다.

2.2.1.3 의학적 지표

1) 아파치 II, III.

아파치 III은 크나우스(Knaus) 등이 아파치 II를 보완하여 환자의 사망률을 예측할 수 있는 지표로 제시한 것이다. 생리학 점수, 신경학 점수, 나이, 만성질환을 점수화하여 점수가 높을수록 환자의 상태가 위독함을 나타내는 것이다. 이 점수는 무의미한 치료를 판단하는 데 도움을 주어 DNR(소생술 금지) 결정도구로서 유용하다는 평가를 받고 있다.⁸⁰⁾

2) MOF 점수

MOF 점수는 1985년 고리스(Goris) 등이 만든 도구이다. 환자들이 패혈증, 다발성 외상, 혹은 다른 원인에 의한 장기(organ)의 기능부전으로 사망하는 것을 관찰하고, 장기의 기능부전과 사망률과의 관계를 밝히고자 만든 방법이다. 7개의 장기 즉, 호흡기·순환기·신장·간·혈액·위장관(胃腸管)·중추신경계의 손상 수(數)와 기능부전 점수로 해당 환자의 사망률을 예측할 수 있다고 한다.⁸¹⁾

78) 박연옥. 2008, 23(Jonsen의 주장).

79) 이윤성. 2001. "한국에서 안락사, 존엄사의 현황과 대책." 대한의학회 2001년 임상의학 심포지엄-안락사, 존엄사에 대한 의학적 접근: 87-110.

80) 구미지, 김명희. 2002. "중환자실 환자의 사망관련 요인에 관한 연구"-APACHE III 도구를 중심으로-성인간호학회지, 14(1): 93-101; 방은치, 고신옥, 정재원. 1997. "중환자의 사망률 예측인자로서 APACHE III 점수와 다발성 장기부전 점수에 대한 평가" 서울: 대한마취과학회지. 32(5):754-760; Goris, R.J.A., Boekhorst,T.P.A., Nuytinck,J.K.S. & Gimbriere,J.S.F. "Multiple-Organ Failure : Generalized Auto-destructive Inflammation?" Chicago: Archives of Surgery.1985.120(10):1109-15

81) 김선옥. 1999. 중환자실에서 치료중단 특성분석. 석사학위논문, 연세대학교 보건대학원; 방은치 외. 1997. 앞의 논문; 754-760; Knaus et al. 1996. "A Prospective Study of the Impact of Patient Preferences on Life-sustaining Treatment and Hospital Cost."Ill.: Crit. Care Med. 24(11): 1811-7.

2.2.1.4 연명치료의 분류

연명치료는 여러 가지가 있으나⁸²⁾, 치료의 내용에 따라 그 행위에 대한 도덕적, 윤리적 의미나 평가가 달라질 수 있으므로, 여러 가지 방식으로 분류될 수 있다.

1) 통상치료와 비상치료

치료를 통상(通常)치료, 비상(非常)치료로 분류하는 것은 비상치료의 거부 혹은 중단은 도덕적으로 타당하다고 하는 데 의미가 있다.⁸³⁾ 통상치료와 비상치료라는 어휘는 가톨릭에서 오랜 역사를 가지고 있다. 가톨릭 윤리신학의 말기환자 치료중단 지침 내용은 1957. 11. 24. 교황 비오 12세(Pope Pius XII)가 의사들과 담화하면서 언급("allocutio"; address)한 내용에 그 기초를 두고 있다.

정상적인 간호행위, 영양공급 등 일반적인 치료수단을 사용하는 것은 의무적이지만, 특수한 수단을 사용하는 것은 비록 정당하기는 하지만 의무적인 것은 아니라는 것이다⁸⁴⁾. 비상치료는 비용이 많이 든다든지, 통증이 따르거나, 환자나 그 밖의 사람들에게 부담을 크게 지우는 데 비하여 치료가 성공할 것이라는 데에 대한 합리적인 희망이 없는 경우를 말한다.⁸⁵⁾ 통상치료에는 인공영양, 수액(水液)치료, 항생제·진통제·안정제 투여가 포함되고, 비상치료에는 인공호흡기, 신장투석, 혈압상승제 투여 등이 포함된다. 그러나 통상적 치료는 시대와 장소에 따라 그 내용이 달라질 수 있다.⁸⁶⁾ 비상치료가 나중에는 통상치료로 일반화될 수 있기 때문이다.

2) 의무적·완화적 치료와 선택적·적극적 치료

치료의 목적과 환자의 부담, 안위(安危)에 따라 구분하는 방법인데, 증상 완화적 치료(대증요법;對症療法, 보존요법;symptomatic therapy)는 대부분 통상적이며 의무적인 치료이고, 적극적 치료, 비상치료는 대개 비정상적이며, 도덕적으로 선택적인 치료를 의미한다. ⁸⁷⁾

82) 박연옥. 2008.24.말기환자에게 시행되는 연명치료에는 인공호흡기, 신장투석, 혈압상승제 투여, 인공영양과 수액치료, 항생제치료, 진통제, 안정제 투여 등이 있다.

83) Evance, S. A.1991. "Critical Care Nursing: the Ordinary is Extraordinary." PMID:2032857: Heart & Lung: the journal of critical care. 20(3): 21-31. www.ncbi.nlm.nih.gov. 참조

84) 이동익. 1999. "말기환자의 치료중단-가톨릭 윤리신학의 측면" 한국호스피스·완화의료학회지 2(2): 172-178.

85) Harris, J. 1987. "Qualifying the Value of Life." London: J. Med. Ethics. 13:117-123.

86) 엄영란. 1994. 말기환자 간호에서 간호사가 경험하는 윤리문제에 관한 연구: 사례분석적 접근. 박사학위논문, 서울대학교 대학원, 간호학과; 통상치료도 연명치료이고, 이것도 무의미하다면 중단의 대상이 된다는 것은 앞에서 보았다.

87) Beauchamp, T. L. & Childress, J. F. 2001. Principles of Biomedical Ethics.(5th ed). N.Y. : Oxford University Press.

2.2.1.5 연명치료 중단 시점

「무의미한 연명치료는 중단되어야 한다.」고 할 때, 과연 그 무의미는 무엇을 의미하며,⁸⁸⁾ 어느 시점부터 그러한 치료를 중단할 것인지, 그 시기를 정하는 기준은 무엇인지가 문제된다. 이는 장기이식(臟器移植)을 애타게 기다리는 사람들의⁸⁹⁾ 생명 구제와 관련하여 매우 중요한 문제로 등장하고 있다(장기 등 이식에 관한 법률, 법률 제11005호). 생명을 둘러싼 첨예한 이해충돌이 예상되기 때문이다.

1) 식물상태(PVS)의 시작

가) 영구식물상태의 정의

인체는 주기적으로 자고 깨는 것을 반복하여야 하는데, 이러한 반복이 정상적으로 일어나지 않고, 행동대사(行動代謝)나 뇌(腦)대사 작용에 인식작용(반응·의사소통)이 나타나지 않는 경우 다시 말하면 외부자극에 대한 정상적인 반응이 나타나지 않는 경우를 식물상태라고 부른다. 사람이 그 대뇌에 외상이나 산소부족 등으로 치명적 손상을 입으면 만성적 무의식 상태에 빠진다. 이러한 의식상실이 몇 주(週) 이상 지속될 경우, 사람의 신체가 식물처럼 그 생존유지에 필요한 기능(호흡 등)만 유지할 수 있기 때문에 그 상태를 영구식물상태라고 말한다.⁹⁰⁾

나) 회복가능성

식물상태로부터의 회복은, 그 상태가 시작된 지 처음 2~3일이나 몇 주(州) 동안에는 가능하나, 1~3개월 이상 지속되면 지속적 식물상태가 되고 회복의 가능성은 매우 낮아진다고 한다. 드물게 예외가 발생할 수 있지만 잠시 후 다시 무의식 상태로 빠지는 경우가 대부분이라고 한다. 식물상태에 빠진 많은 사람들이 수개월이나 수년간 영양과 치료를 계속 받아야만 살아갈 수 있다는 현실은 참으로 슬픈 일이다.

6개월 이상 무의식 상태가 계속된다는 것은 뇌손상과는 상관없이 회복불가 또는 치명적인 불구가 확실하다는 것을 의미한다. 영구식물상태 여부의 진단을 위한 전통적인 기준은 6개월이고, 그 이후의 의식회복은 매우 희박하다.⁹¹⁾

88) 앞의 2.2.1.1과 2.2.1.2 에서 무의미한 치료를 검토하였다.

89) 보건복지부와 국립장기이식관리센터에서 2008년에 발표한 내용: 뇌사 장기기증자는 1999-162명, 2000-52명, 2001-52명, 2003-68명, 2004-86명, 2005-91명, 2006-141명, 2007-148명, 2008-250명이고, 이식 대기자는 2008년말 현재 10,683명(동아일보 2008.12.26. 자 제27190호, 사회A, 10면). 대기자가 기증자보다 40배 이상 많다. 그러나 다른 나라에 비하여 기증자 숫자가 낮다는 여론조사결과도 나와 있다(2012.1.19.복지부발표 '생명 나눔 인식도 조사결과' : 현혈은 조사대상 국민의 40.6%, 장기는 29.2%, 조혈모세포(골수)는 14.3%만이 향후 기증의사를 표명. 이는 2006년 EU 조사결과 장기기증 의향을 표시한 비율이 평균 56%인 것과 비교할 때 아직 낮은 수준이라 할 수 있다).

90) Doukas & Reichel. 2007. 앞의 책: 56. 돌이킬 수 없는 신경학적 상태에 있는 사람은 숨을 쉬고 있을 뿐, 생각하고, 느끼고, 논리적으로 생각하고, 의사소통을 할 수 없게 된다. 영구적인 무의식 상태 혹은 실제로 죽어가고 있는 환자에 대한 생명유지 처치의 제공과 관련하여 법적으로 무익(futility)의 문제가 생긴다[Council on Ethical and Judicial Affairs, A.M.A., *Medical Futility in End-of-Life Care*, 281 J.A.M.A. 937(1999)].

다) 생명유지치료의 중단

영구식물상태 여부의 판정이 이루어진 다음, 비로소 그 환자의 생명유지치료의 제거·유보의 문제가 제기된다. 의사가 환자의 예후(prognosis:예측)에 대한 의견발표를 할 때까지는 일반적으로 치료유보 문제는 거론되지 아니한다. 생명유지 치료의 제거 또는 유보 질문이 나올 때, 의사(醫師) 등 의료인은 이 질문에 대하여 법적·윤리적 차원에서 심사숙고하여야 한다. 지속적 식물상태의 환자는 특별한 이유가 없는 한, 중환자실에 입실시켜 진료하여서는 아니 된다(정원범, 2007.389).

2.2.1.6 뇌사(腦死)의 개념과 시점

인간의 죽음을 둘러싸고 많은 법적, 의학적, 사회적 문제가 제기되고 있다. 특히 연명치료의 중단, 장기이식 등과 관련하여서는 이것이 심각하고도 중대한 문제점으로 떠오르고 있다. 그래서 사람의 사망시점은 언제인지를 종래의 학설과 새로운 학설을 중심으로 살펴보기로 한다(다만 제5장에서 생전유언의 발효시점과 관련하여 다시 거론하므로 여기서는 간단하게 언급한다).

1) 죽음의 판단과 판정

인간의 죽음은 하나의 과정(process)이지 사건(event)은 아니다. 이는 의학, 생명의료윤리학 등의 전문가들 사이에 완전한 의견일치를 보이고 있는 점이다.⁹²⁾

죽음의 판단(determination)과 판정(decision)은 엄격히 구분되어야 한다. 앞의 것은 죽음에 대한 의학적 결정(판단)이며, 뒤의 것은 이러한 의학적 판단을 근거로 내린 법률적 결정이다. 우리나라 민법 제3조(권리능력의 존속기간)는 사람은 생존한 동안 권리와 의무의 주체가 된다고 규정하고 있다.

그러므로 생존하는 동안만 사람은 권리의 주체가 될 수 있으므로, 사망시점부터는 권리의 주체가 아니라 권리의 객체가 되어 버린다. 사망시점 이후에는 그 사망자의 신체처리는 완전히 가족이나 다른 사람의 수중(手中)에 맡겨지게 된다. 여기에서 사람은 자기 자신의 몸에 대한 치료나 치료 중단은 물론이고 자기 몸의 처리에 대하여도 미리 생전유언서를 작성하여 둘 필요성이 절실하다는 것을 우리는 알 수 있다.

2) 죽음의 정의에 관한 학설

사람이 죽었다는 판정이 내려지면, 그러한 사람 이미 사람이 아니라 물건(物件)이 되어 버린다. 따라서 그러한 물건에 대한 치료는 그야말로 무의미한 치료가

91) 이경직, 2007. 앞의 논문:129. 1984년 식물상태에 빠졌다가 19년만인 2003년 의식을 회복한 테리 월리스(Terry Wallis:1964년생) 같은 환자도 있다. 의사의 진단이 100% 정확하다고 믿을 수는 없다.

92) Rich, B. A. 2007. "The Process of Dying". In Legal Medicine. 7th ed 237(S. Sandy Sanbar et al, Philadelphia, Pa: MOSBY, 2007); Plum, E. "Clinical Standards and Technological Confirmatory Tests in Diagnosing Brain Death." in The Determination of Death. 54(Youngner, S. J. Arnold, R. M. & Shapiro, R. eds., Johns Hopkins University Press, 1999).

된다. 그래서 죽음의 정의와 시점이 중요한 문제가 된다.

가) 세포사설(cellular death: 細胞死說)

인체의 기본구조는 세포이며, 세포가 모여 조직, 장기(臟器), 그리고 개체(個體)를 구성한다. 순전히 생물학적인 견지에서 본다면 인간의 참된 죽음은 개체가 지닌 모든 세포가 사멸(死滅)한 것을 의미한다.

나) 개체사설(somatic death: 個體死說)

이는 실용주의적 입장에서 심폐기능설(心肺機能說: Cardiopulmonary formulation)에 입각하여 인간의 죽음은 심장(心臟:heart)이나 폐(肺:lung)가 정지되는 것이라고 정의하는 학설이다. 그 중 맥박(심장)정지설이 통설로 자리 잡고 있었다. 이 설은 생물학적 면에서는 불안정하지만, 사회적·법적인 문제에 적용하기에는 합리적인 것으로 평가되어, 오랫동안 죽음 판정에 이용되어 왔고 아무런 불편이 없었다.⁹³⁾

그런데 현대에 이르러 소생술과 연명(延命)술의 발달로 인하여 호흡과 심장박동을 인공적으로 연장시킬 수 있게 되었고,⁹⁴⁾ 장기이식 수술의 발달로 인하여 다른 사람의 심장 등을 이식받아서까지 생명을 연장할 수 있게 되었다. 이에 따라 연명치료 중단 시기와 결정과 사후(死後) 이식용 장기의 공급이라는 중대한 문제가 대두됨에 따라 죽음에 관한 새로운 학설(1970년대~1980년대 초 뇌사설)이 나오기 시작하였다.

다) 뇌사설(腦死說:Brain Death Formulation)

(1) 뇌사의 개념

대뇌기능⁹⁵⁾ 전체의 영구적 기능상실을 뇌사라고 한다. 뇌사상태에 빠지면 이어서 호흡과 심장박동도 정지되어 결국 심장사(心臟死)에 이르게 된다.

의료기술의 발달에 따라 뇌의 기능이 돌이킬 수 없을 정도로 정지된 후에도 발달된 현대의료기술을 사용하여 그 심장의 박동은 5분부터 길게는 5년 이상 계속시킬 수 있게 되었다.⁹⁶⁾ 이에 따라 뇌사와 심장사 사이에 시간적 간격이 벌어지게 되었다.⁹⁷⁾ 뇌사상태에 빠져 연명치료로 살아있는 환자에게 시행되는 무익한 치료는 중단되어야 한다는 소리가 높아짐에 따라 뇌사를 개체사로 인정하여야 한다는 주장⁹⁸⁾이 강력하게 나오고 있다.⁹⁹⁾ 그래서 심장이 움직이더라도, 뇌의 기능이 영구

93) 이은영. 1996. 민법총칙. 서울: 박영사: 141. 장기이식의 필요가 있을 경우는 뇌사설로, 그 이외의 경우는 심장정지설로 하는 것이 좋다고 주장하고 있다.

94) 문국진. 1999. 앞의 책: 154. 의학기술의 발달로 심장수술을 위하여 심장박동을 일정한 시간 정지시켰다가 다시 박동시키는 것이 가능하게 되었다.

95) 문국진. 1999. 163. 대뇌기능은 지각·인식·추리·관념형성·기억 등과 같은 고차원의 기능을 수행하고, 언어·수의적 운동·안면표정 등과 같은 응답에 관한 통합기전에 관계한다.

96) Whitman & Glisson. 2007. ibid.: 106.

97) 문국진. 1999. 156. 이 시간차를 이용하여 아직 죽지 아니한 장기, 살아있는 장기를 적출하여 이식하려는 노력이, 장기이식기술의 발전과 더불어 노골화되었다.

Whitman & Glisson.: 104. 뇌가 사망한 사람으로부터 심장을 제거하여, 그 심장을 '뇌는 살아있지만 심장이 사망한 사람'에게 이식하는 것이 가능하게 되면서 1960년대 미국에서 사망의 개념이 변화하기 시작한 것이다.

98) Rich, B. A. 2007. ibid.:237. 환자가 뇌사라고 선언된 시점은, 그 때부터 생명유지장치의 중

적으로 정지된 때를 사망의 시기로 보는 뇌사설이 정설(定說)로 되어가고 있다.¹⁰⁰⁾

(2) 뇌의 기능장애, 기능소실의 시기는 언제인가?

이론적으로 대뇌(大腦)가 파괴되어도 심장과 폐의 기능은 계속 유지될 수 있다. 그 이유는 호흡중추는 뇌간(腦幹;brain stem)에 있고, 심장박동의 중추는 1차적으로 심장(心臟) 그 자체에 있기 때문이다. 그러므로 뇌간의 기능상실을 나타내는 증상은 뇌기능 장애 여부 판정에 중요한 의미가 있다.

2.2.1.7 우리나라의 뇌사 판단 기준

대한의사협회의 뇌사판정기준이 있고,「장기 등 이식에 관한 법률」제18조 제2항,동 시행령 제21조(별표1)¹⁰¹⁾에서도 뇌사판정 기준을 규정하고 있다. 요약하면 원인질환이 확실하고 치료가능성이 없을 것, 자발호흡이 없고 인공호흡으로 유지되고 있을 것, 쇼크 상태가 아닐 것 등이 선행조건이고, 판정기준으로는 외부의 자극에 전혀 반응이 없는 깊은 혼수상태일 것, 자발호흡이 되살아날 수 없는 상태일 것, 두 눈의 동공(瞳孔)이 확대 고정되어 있을 것, 저체온상태[직장온도(直腸溫度)가 섭씨 32° 이하인 상태]가 아닐 것 등이다.

뇌사의 판단기준은 기본적으로 대뇌 및 뇌간(숨골, 뇌줄기)부의 활동이 정지되었고 그것이 돌이킬 수 없는 상태라는 데 있다. 뇌의 활동정지상태의 증거로는 운동반응, 지각(知覺)반응이 상실되어 있는 상태로서 일반적인 말로는 ‘혼수(昏睡;coma)’라고 표현된다. 뇌간반사의 정지가 뇌사판단에 필수조건이라는 데는 이론이 없다.¹⁰²⁾ 뇌사판단기준에서 중요한 자발호흡의 정지 판단은 단순한 흉곽운동의

단에 관한 협상을, 환자의 가족들(이들은 협상을 꺼린다)과 시작하는 시점이 되는 경우가 더러 있다.

99) 문국진. 1999. 앞의 책: 311. North Carolina, Idaho, Montana 주(州) 의회에서는 뇌사설을 인정하고 뇌사상태의 환자의 호흡, 혈액순환을 유지하는 장치를 언제 정지시킬 것인가를 결정하는 기준을 법률로 정하였다고 한다. Whitman & Glisson. 2007. 앞의 책: 106. 현재 미국 전체 주(州)의 과반수가 성문법이나 판례로 뇌사설을 채택하고 있다. 그러나 뇌기능 상실이 어느 정도에 이르러야 하는지는 언급하지 않고 있다.

100) 이영준.2007. 민법총칙(개정증보판). 서울: 박영사: 854.장기이식수술이나 인공심장이 실용화 되기까지는 종전의 맥박중지설(심장정지설)을 적용하는 것이 타당하다.: 미국의 경우는 1970년 Kansas 주(州)를 시작으로, 뇌사법률이 놀라운 속도로 논란의 여지없이 많은 주(州)들에 의하여 채택되었다. 그 법률들은 죽음에 관한 양자택일의 공식을 인정하였다. 즉 심폐정지, 혹은 뇌사(뇌간을 포함한 뇌 전체기능의 정지) 중 어느 하나를 택하여 의사들이 죽음의 판단을 내릴 수 있게 하였다. 1996년 통일사망판정법(UDDA)이 미국의 모든 주(州)에서 채택되어 지금은 뇌사가 사망판정기준으로 승인·시행되고 있다(Rich, B. A. 2007. 앞의 논문:238). 이와 달리 과반수의 주(州)들은 뇌사기준을 채택하고 있고, 나머지는 전통적 기준 즉, 모든 생체기능 정지를 사망으로 보는 기준을 택하고 있다고 주장하는 견해가 있다(Whitman & Glisson.2007. 앞의 책:106).

101) 같은 법률 제16조는 뇌사판정의료기관과 뇌사판정위원회의 설치를 규정하고 있다.

102) Beecher, H. K. 1968. "A Definition of Irreversible Coma: Report of the Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain

정지여부로 하여서는 안 되고, PaO₂(동맥 내의 산소압력)를 안전한 수준으로 유지하면서 PaCO₂(동맥 내의 탄산가스압력)는 올려 호흡중추의 반응을 검사하는 방식으로 하여야 한다(학자들이나 의사들의 의견이 일치). 따라서 뇌사판정에 따른 도덕적 갈등은 그다지 크지 않다고 평가되고 있다.¹⁰³⁾

그러나 뇌사와 지속적 식물인간상태는 서로 구분하여야 한다.¹⁰⁴⁾ 이 구분을 설명하면 뇌기능의 정지정도를 보면 뇌사에서는 대뇌, 뇌간까지, 즉 뇌 전부의 기능이 정지된 경우이고, 지속적 식물인간상태는 대뇌의 일부가 손상된 경우이다. 뇌사에서는 자발호흡이 불가능하지만, 식물상태에서는 뇌간의 작용으로 자발호흡이 가능하다. 뇌사자의 장기이식은 법으로 허용되지만, 식물상태 인간의 장기이식은 법으로 금지되어 있다. 뇌사상태의 환자에게 인공호흡기를 장착하지 아니하면 환자는 곧바로 사망(심폐사)하고, 인공호흡기를 장착하더라도 최단 2시간에서 최장 14일이 지나면 뇌사자의 90% 이상이 사망에 이른다고 한다.¹⁰⁵⁾

뇌사판정위원회에서 뇌사판정이 내려지면 그때부터 그 환자는 사망한 사람이 되는 것¹⁰⁶⁾이고, 그 사람에 대하여 연명치료를 계속한다는 것은 그야말로 무의미한 치료가 된다. 그러므로 뇌사자에 대한 치료는 중단되어야 한다.¹⁰⁷⁾ 뇌사판정은 장기이식과 관련되어 있다. 생전유언이나 사전의료의향서로 환자 본인이 분명하게 장기이식의 뜻을 남겨두면 그것에 따라서, 그런 것이 없다면, 그의 가족이 동의하면¹⁰⁸⁾ 장기적출이나 장기이식은 가능하게 된다. 환자의 가족은 선의(善意)의 결정을¹⁰⁹⁾ 내

Death”, Chicago: J.A.M.A. 205(6): 337~40.; 미국 하버드 의과대학 특별분과위원회의 사망판정 기준(1968)은 회복 불가능한 혼수상태를 새로운 사망, 즉 뇌사(brain death)의 기준으로 정의(이를 Harvard Criteria라고 명명)하고, ① 무수용성과 무반응성 ② 무동작 내지 무호흡 ③ 무반사 ④ 평탄뇌파 등을 환자의 사망판단 기준으로 제시하고 있다(동지 박철. 2010. 앞의 논문: 76, 주24); Rich, B. A. 2007. 앞의 논문: 237).

103) 박철. 2010. 앞의 논문. 77.

104) 대법원 2009. 5.21.선고, 2009다17417(전원합의체 판결)의 소수의견 : 환자가 아직 뇌사 상태에는 이르지 아니한 지속적 식물인간 상태이고 기대여명이 적어도 4개월 이상이므로, 이러한 경우 환자가 돌이킬 수 없는 사망의 과정에 진입하였다고 할 수는 없다고 하면서, 인공호흡기의 제거에 반대하였다. 서울대학교 병원에서 제공한 네이버백과사전 정보: 식물인간상태(PVS)는 뇌중에서 ‘대뇌’의 전반적인 손상으로 발생하고, 뇌사는 대뇌, ‘뇌간’까지 손상되어 발생한다. PVS 상태의 사람은 뇌간의 기능유지로 자발호흡도 할 수 있다. PVS환자의 장기적출은 법으로 금지되어 있다(박철. 2010. 앞의 논문. 77).

105) 이인경. 2007. “죽음의 정의와 안락사”. 수록처: 안락사: 59-60; 김상득.2000. 생명의료윤리학.서울; 철학과현실사: 331; 문시영. 2001. 생명복제에서 생명윤리. 서울: 대한기독교서회: 109.

106) 서광민. 2012. “뇌사자의 사망 시기”. 법률신문 2012.7.19. 「장기 등 이식에 관한 법률」, 제21조 제2항: 이 조항에 대하여 아직 사망하지 아니한 사람에 대하여도 뇌사판정위원회에서 뇌사자로 판정되면(본인 또는 가족의 동의 등 일정한 조건 충족), 장기적출이 가능하므로, 뇌사판정시를 뇌사자의 사망시각으로 볼 필요는 없는 것이고 위 법률이 뇌사설을 채택한 것이라고 볼 수도 없다고 주장한다.

107) 정원범. 2007. “안락사 문제에 대한 대한의사협회의 윤리지침과 기독교”, 서울: 안락사:388-89

108) 장기 등 이식에 관한 법률 제12조 제1항 2호

109) 여기서 선의(善意)는 적어도 환자가 남긴 재산의 상속과 관련된 어떤 저의(底意)나 숨은 의도가 없어야 함을 의미한다.

이경직. 2007. 앞의 논문. 128; 노르만 가이슬러. 2003. 기독교윤리학개론. 서울: 기독교문서선교회. ; 장기이식을 통하여 한 생명을 살릴 수 있는 길과 소생가능성이 없는 식물상태의

릴 수밖에 없을 것이다.

2.2.2 생명윤리학적 근거

1970년에 등장한 생명윤리학과 더불어, 의료현장에서 좀 더 실제적으로 무의미한 연명치료 중단 문제를 해결하기 위한 방법으로 생명윤리원칙이 고안되어 나왔다. 1970년대 중반 미국에서 처음으로 공식화된 4개의 생명윤리의 원칙들이 바로 그것이고, 가장 보편적으로 취급되는 뷰챔프(Beauchamp, T. L.)와 차일드레스(Childress, J. F.)의 4가지 원칙들이다.¹¹⁰⁾ 그 중 자율성의 원칙이 가장 중요하고, 생전유언의 직접적인 근거가 되는 원칙이므로 이 원칙을 주로 설명하고 나머지 원칙들은 자율성 원칙의 설명에 필요한 범위에서만 보기로 한다.

2.2.2.1 자율성(自律性) 존중의 원칙

1) 개념

자율성(Autonomy)이라는 말은, 그리스 말 *auto nomos*, 혹은 자기(self-rule)에서 나왔다. 이는 본질상 개인적인 자유선택 혹은 서구 민주주의 사회의 시민들이 가끔 자유(freedom or liberty)라고 부르는 것이다.¹¹¹⁾ 의료의 견지에서 자율성 존중의 원칙(Principle of Respect for Autonomy)은, 환자는 자유의지와 자유선택권의 행사로 의학적으로 자신에게 일어날 일을 결정하고 통제할 수 있어야 한다는 원칙이다. 이는 인격존중의 원칙(Respect for Persons)이라고도 한다.

일찍이 1914년 미국 카도조(Cardozo) 판사는 이 원칙에 관한 가장 유명하고 영구불변하는 성명서를 발표하였다. 즉 “성년에 달한 건전한 정신능력을 가진 모든 인간은 그 자신의 신체에 관하여 일어날 일을 결정할 권리를 가진다.”고 언명하였던 것이다.¹¹²⁾ 신체의 완전성(integrity)을 보존하려는 보통법 상의 권리에 따라 의사결정능력을 가진 능력자인 어른은 치료를 거부할 수 있다.¹¹³⁾

요컨대, 자율성의 원칙은 자기 결정의 권리를 설명하는 윤리원칙이다. 그것은 혼자 있을 권리 그리고 타인의 간섭 없이 스스로 결정을 할 수 있는 권리를

환자에게 막대한 치료비를 들이면서 생명을 연장하는 길 사이에서 앞의 것을 선택하는 것은 작은 악(evil)을 택하는 것이지만 잘못된 것은 아니다.

110) Beauchamp & Childress. 2001. *ibid.* 이 논문 110)

111) Carlisle, J. R. 2007. *ibid.* 167.

112) Schloendorff v. Society of New York Hospital, 105 N.E. 92,93(NY. App.1914).: 이어서 그는 환자의 승낙 없이 수술을 하면, 그 의사는 환자에게 폭행죄를 범한 것이고 손해를 배상할 책임이 있다고 판결하였다(Menikoff. 2001. *ibid.*:156).

113) Cruzan v. Director, Mo. Dept of Health, 497 U.S. 291(1990); Black's Law Dictionary (8th ed. 2004): 302

포함한다. 또 이 원칙은 의사(醫師)가 환자를 한 사람의 인격자로서 대우하고, 치료에 관한 그 결정의 권리를 존중하고 그리고 그의 비밀을 존중할 책임의 기초가 된다. 이 원칙은 인격존중(respect for persons)의 원칙과 같고, 근본적으로는 자유주의철학에 기초를 두고 있다. 미국의 경우 자율성의 원칙은 개인적 자유에 관한 사회적 신념, 자유와 프라이버시(특히 Quinlan Case)에 관한 헌법상 권리, 그리고 지난 수 십 년간 쌓여온 미국 법원의 판결들에 뿌리를 박고 있다.¹¹⁴⁾

환자는 의료에 관하여 문외한이므로 의사로부터 의료에 관하여 설명을 듣고 그러한 설명과 정보에 근거하여 비로소 의료에 관한 자기스스로의 결정을 하거나 치료에 동의할 수 있다. 치료뿐만 아니라, 치료의 중단은 더욱 중요하므로, 의사는 치료나 치료중단을 하기 전에 환자에게 정보를 제공하고 그의 동의를 받아야 하고, 그의 자율적 의사가 무엇인지를 확인하여야 한다. 자율성에 근거한 의사의 의무는 환자의 선택과 선호(選好)의 결정을 그대로 따라야 하는 것이다. 여기서 연명치료 중단도 환자에게 충분한 설명을 하고, 환자가 자율적으로 그것을 결정한 경우(그 결정은 문서로 만든 것이 생전유언) 그것은 윤리적으로 정당하다. 이것이 자율성 존중의 원칙이고, 이제는 일반적으로 승인되고 있는 세계적인 원칙이라고 말할 수 있다.

2) 자율성원칙에 대한 제한

자율성은 법률의 제한을 받는다. 개인 자신의 권리와 이익에만 영향을 미치는 문제라면 각 개인이 마음대로 자율적 결정을 할 수 있겠지만, 다른 사람들의 권리와 이익에 영향을 미칠 때는 순수한 자율적 결정(마음대로 결정)을 할 수는 없고 거기에 제한이 따른다. 대중적인 속담을 사용한다면, 「당신의 자유는 나의 코가 시작하는 곳에서 끝난다(Your freedom ends where my nose begins)」¹¹⁵⁾ 가용(可用) 의료자원이 부족한 경우, 그 이용자의 순위와 할당비율을 정하여야 하는바, 그런 것은 개인의 자율적 의사결정에 대한 하나의 제한이 된다.

자율성의 원칙이 의료윤리의 하나의 근본적 원칙으로 존중되어야 함은 명백할지라도, 그 원칙의 존중이라는 것이, 환자의 소원들이 모든 경우에 받아들여지고 용납되어야 함을 의미하지는 않는다는 것 또한 명백하다. 의료윤리에서 불법적이고, 부정하고(illicit) 혹은 자멸적인(self-destructive) 환자의 요구들을 의사(醫師)가 받아주라고 요구하지는 않는다.¹¹⁶⁾ 예컨대, 환자가 불법적으로 처방된 약품을 요구하거나, 자멸적인 활동을 하는 데 도와달라고 요구하는 것은 의사가 적절하게 무시할 수 있다. 건강에 나쁘거나 혹은 어리석은 결정, 그렇다고 부적절하다고까지는 할 수 없는 환자의 결정에 대하여 의사가 어떻게 적절하게 대응할 것이냐를 생각하고 분석하는 것은 더욱 어렵다. 그럼에도 불구하고 명백한 사실은 이 선택의 자유에는 어리석은 선택도 할 수 있는 자유, 매우 해로운 결정들까지 할 수 있는 자유가 포함되고, 약물, 알코올, 담배 기타 건강에 나쁜 생활스타일 선택의 자유까지도 보

114) Doukas & Reichel. 2007, 3.

115) Carlisle, J. R. 2007. "Ethics and Bioethics". in Legal Medicine 7th ed.: 167.

116) Carlisle, J. R., 169.

장된다.

환자가 나의 생명을 끝내 달라, 내가 그렇게 하는 것을 도와달라고 의사에게 요구할 때 의사는 특별한 걱정거리를 만나게 된다. 이는 자살이나 자살방조의 문제로 금지되는 것이고 앞에서 이미 언급하였다.

3) 자율성의 거절

장기(長期)질병 혹은 만성(慢性)질병을 앓고 있는 환자들은 여러 가지 점에서 남의 신세를 지고 있어서, 스스로 선택을 한다든지 질병에 관한 정보 수집을 원하지 아니한다. 이런 상태의 환자들은 의사에게 최선의 이익이 되는 치료를 하여 주기만 바란다(모성적인 방법;maternalistic way). 자율성의 원칙은 이러한 환자들에게 치료방법의 선택이나 결정을 하라고 요구하거나 강요하는 것은 결코 아니다. 117)

2.2.2.2 자율성의 원칙과 악행금지의 원칙

자율성은 「환자가 소원하는 것을 가능하다면 언제든지 들어주도록」 의사에게 지시하는 것이고, 환자의 소원은 요컨대 고통을 없애주고 치료를 받는 것이다. 악행금지 즉, 환자를 해치지 말 것(Doing no harm)은 모든 의사들이 중요하게 교육받아서 맘속에 깊이 심어진 기본가치이다. 임상현장에서 더 이상의 치료를 하더라도 그것이 궁극적이고 불가피한 결과를 바꿀 수 없기 때문에 그런 치료는 필요 없는 상황(예; 말기)에 직면하여, 당초 좋은 효과를 기도하여 만든 치료 방법이지만 이를 불합리하게 고집하는 것(무의미한 연명치료의 계속; 온정주의)은 선행이 아니라, 악행이 될 수도 있다는 점을 알아야 한다. 이를 인정하기가 어렵다고 생각하는 의사도 더러 있다.118)

어쨌든 악행금지의 원칙에 의하면 의사는 치료과정에서 환자의 유익을 시도하다가도 그것이 아무 소용이 없다면, 어떤 치료를 불합리하게 고집하는 것이 선행(善行)이 되지 않고, 도리어 악행(惡行)이 되는 그러한 상황이 발생하지 않도록 특별히 경계하고 조심하여야 한다.119) 이는 생전유언의 실행에도 중요한 요소가 될 것이다. 환자에게 아무런 소용이 없는 치료, 무익한 치료를 계속하는 것은 환자의 본래의 뜻에도 반대되는 행위가 될 것이기 때문이다.

2.2.2.3 정의(공평)의 원칙

117) Carlisle, J. R. 169.

118) Carlisle, J. R. 171.

119) Carlisle, J. R. 171.

1) 정의의 원칙과 분배의 문제

정의(正義)의 원칙(Principle of Justice)은 사람들을 공정하고 공평하게 대우하는 원칙이다. 의료와 관련하여 이 원칙은 환자의 권리를 존중하고 환자는 누구나 공정한 치료를 받을 수 있도록 하여야 한다는 원칙이다.

이것은 한정된 의료자원의 할당과 관련되는 원칙이다. 부족한 자원의 할당과 분배를 논의할 때 분배의 정의에 따라야 한다. 넓게 해석한다면, 어떤 제도를 고려하더라도, 그 제도 하에서 사람들을 공정하고 공평하게 대우하는 것을 포함하고 있다. 사람들이 합의를 하여 일단 어떤 규칙을 만들고 그 규칙에 따라 공정한 기회를 부여한다면 그 결과는 모두 정의롭다는 것이 그 내용이다.

2) 정의의 원칙과 의료현장

이 정의의 원칙은, 보건의료를 위한 가용자금(money available)이 사람들의 의료수요를 충족시키기에 부족한 것처럼 보임에 따라 의료에서 점차 중요한 원칙이 되어 왔다. 그 결과 미국정부는 보건의료에 소비되는 자금의 액수를 억제하기 위하여 병원들에 제한을 가하여 왔다. 의료처치의 절차와 시행을 위하여 환자가 병원에 머물 수 있는 기간(length)을 규제하기 시작한 것이다.¹²⁰⁾ 정부는 더 많은 사람들의 보건수요를 제공하기 위하여 병원들에게 자금을 더욱 공평하게 배분하려는 시도에서 이들 정책을 실시하고 있다.

3) 정의의 원칙과 분배의 우선 원칙

치료중단의 경우에도 한정된 의료장비나 인력, 의료비용을 어떻게 분배하여야 할 것인가 하는 문제가 발생할 수 있고, 이것이 공평의 원칙에 따라 분배되어야 한다는 것이다. 예컨대, 전염병이 유행할 경우 65세 이상의 노인이나 몇 살 이하의 어린이, 부녀자 순으로 우선적으로 치료를 하는 것과 같다.¹²¹⁾ 말기질환에 걸린 환자와 교통사고를 당한 젊은 청년이 한꺼번에 어떤 병원에 들어온 경우 병원 당국에서 과연 어느 쪽을 먼저 치료할 것인가는 바로 이 정의의 원칙에 따라 치료순서를 정할 수 있다는 것이다. 생전유언서를 가진 환자는 대개 치료의 거부를 원하는 환자이므로(개중에는 기본적인 수분, 영양 등은 희망할 수도 있음), 그 치료나 처리 순서에서도 뒤로 밀리는 등 보건의료당국이나 해당 병원에서 합리적인 규칙을 만들 수 있을 것이다.

4) 다른 원칙과 충돌문제

보건의료비용을 더욱 공평하게 나누려는 시도에 관한 공평-제도(justice-based concerns)가, 만일 어떤 환자를 입원시키려는 의사나 병원의 결정에 영향을 미친다면 그것은 다른 윤리원칙과 충돌할 수 있다. 환자의 자율성이나 이익보다는 순수한 경제적 재정적 고려에 의한 치료결정을 한다면 그것은 윤리적으로 매우 의

120) Doukas & Reichel. 2007, 44.

121) Gostin, L. O. 2008. Public Health Law. California: University of California Press: 455-56, 희귀한 의료자원의 윤리적 할당; 과학적, 전염병학적으로 취약집단을 판단하여 할당 순위를 정한다. 계절적 인플루엔자는 특히 어린이들과 노인들을 괴롭히고, 고도로 병원균적인 독감은 스페인 독감처럼, 젊은이들에게 심하게 고통을 준다.

심스럽고 비난받을 수 있다.

다른 한편, 때로는 최신의 고도 기술(high tech)이나, 고비용 요법이 의학적으로 정당하다고 할 수 없는 경우도 있다. 왜냐하면 그것을 이용할 기회란 지극히 희박하기 때문이다. 예를 들면 환자가 긴장 등으로 두통에 걸릴 때마다, 의사가 뇌의 컴퓨터 스캔을 하자고 환자에게 요구하거나 환자가 이를 요구해서도 안 될 것이다. 만일 그렇게 한다면, 멀쩡한 사람을 방사선에 노출시키면서 아무런 이상(異常)도 발견할 수 없는 채로, 치료비용만 낭비하게 될 것이기 때문이다.

5) 환자의 권리

환자는 자신의 권리를 존중받아야 한다. 환자는 건전한 의학적 치료를 받을 권리와 그 치료를 거부할 권리를 동시에 가지고 있다. 나아가 「개별적인 개업 의사나 보건의료시설에 대하여 의료의 제공에 있어 환자들에게 불리하게 영향을 미치는 방법으로 의료실무를 변경하라고 강요할 사람은 아무도 없다」고 기대할 권리를 가지고 있다. 보건의료제도 안에서, 누구나 자신의 권리를 보호받을 소비자로서의 권리를 가지고 있기 때문이다.

6) 의료자원의 배분기준

미국의학협회(A.M.A.)의 윤리·법제담당 위원회의 의견에 따르면, 환자에게 이익이 될 가능성, 환자의 삶의 질(質) 개선, 유익의 지속, 환자의 컨디션의 응급성, 성공적인 치료를 위하여 요구되는 자원의 분량 등 5가지를 종합·고려하는 것이 의료자원 배분의 기준이다.¹²²⁾ 공정한 의료자원배분을 위한 4개의 이상(理想)은 ① 건강 개선 ② 공정한 희생 ③ 신뢰 ④ 자기결정이고, 최근의 연구에서는 이들 이상을 실현하기 위한 5가지 절차적 원칙들을 제시하고 있다.¹²³⁾

2.2.3 법적 근거

2.2.3.1 성문법

각국의 입법례는 연명치료 중단이나 생전유언의 법적 근거가 된다. 미국의 대표적이고 통일적인 법률로는 「통일말기환자권리법(Uniform Rights of the Terminally Ill Act, 1989)」¹²⁴⁾, 「환자자기결정법」(Patient Self-Determination Act;

122) Carlisle, J. R. 2007. *ibid.*: 172.

123) <http://www.bioethics.nih.gov/research/ehgpolicy/justice>(① 공정한 고려: 정책입안에서 개개인의 이익을 고려할 것, ② 개방성: 정책은 누구나 이용 가능할 것, ③ 능력부여: 개인은 정책입안에 참여할 기회를 가질 것, ④ 이익: 개인은 정책과 그 시행에 대하여 이익을 할 수 있는 길이 있을 것, ⑤ 공정: 정책개발자나 시행자들은 서로의 이익이 충돌되지 않을 것)

124) 미국의 통일법률(Uniform Acts)은 그 명칭이 법률로 되어 있지만, 사실은 미국 내의 50개 주(州)와 District of Columbia(Washington D.C.)의 법률들을 조정하고 통일하기 위하여 나온, 각 주 입법부에 대한 권고적 선언문이다. 통일법 중 하나인 말기환자권리법도 각 주(州)의 생전유언이나 사전의료의향서를 통일하기 위하여 1985년 미국 통일법률위원회(Uniform Law

PSDA,1990)』¹²⁵⁾이 있고 이에 따라 각 주(州)에서 제정한 개별 법률들이 ¹²⁶⁾ 있다. 성문법을 가지지 아니한 나라들은 생전유언을 제도화하는 법률을 제정하려고 시도하고 있다.¹²⁷⁾ 호주의 북부준주(北部準州; Northern Territory)의 경우는 그 독자적인 법(Rights of the Terminally Ill Act,1995)을 제정하여 시행하다가 연방 정부의 저지(Euthanasia Laws Act, 1997)로 중단되었다.¹²⁸⁾

2.2.3.2 판례

성문법이 나오기 전에는 여러 나라 법원의 판례에서 무의미한 연명치료의 중단(인공호흡기의 제거 등)을 명령하고 있다. 당시는 그 판례들이 환자의 생전유언이 없는데도, 환자의 의사(意思)를 추정하거나 환자의 의사의 존재를 다른 증거로 인정하여 치료중단을 명령하고 있다. 생전유언에 관한 유명한 미국의 사례(판례)를 표로 정리하면 아래와 같다.¹²⁹⁾(필자가 Schiavo Case와 한국의 사례를 추가)

Commission: ULC가 기초하고 미국 통일주법위원 협의회(National Conference of Commissioners on Uniform State Laws :NCCUSL)에서 승인하여 각 주에 이 법률을 제정할 것을 권고한 것이다. 연방제도 하에서 각 주(州)는 완전한 독립국가·주권국가이므로, 입법권은 연방정부에 있는 것이 아니고 각 주에 일임되어 있기 때문이다.

125) 이 법은 Omnibus Budget Reconciliation Act,1990에 대한 개정안이고 이에 의하면 성인 환자가 병원 등(연방정부로부터 보수를 수령하는 의료시설)에 입원할 때 병원 등은 환자에게 생전유언이나 사전지시에 관한 정보를 제공하여야 한다. 다만 개인 병원에는 적용되지 않는다. 이 법도 연방의 권고안으로서 각 주의 구체적인 입법을 통하여 실시되는 것이다.

126) 미국의 50개 주(앨라배마에서 와이오밍까지)와 워싱턴 D.C.는 모두 통일말기환자권리법에 따라 생전유언이나 사전지시에 관한 개별적인 법률들을 제정하여 시행하고 있다. 예컨대 캘리포니아 주는 Probate Code Section 4700-4701에서 이를 규정하고 있다. Website는 www.leginfo.ca.gov/이다. 앨라배마 주(州)는 Living Will Section 22-8A-4 www.legislature.state.al.us/CodeofAlabama 에서 규정하고 있다.

127) 우리나라의 보건의료기본법 제12조는 모든 국민은 보건의료인으로부터 자신의 질병에 대한 치료방법, 의학적 연구 대상 여부, 장기이식 등에 관하여 충분한 설명을 들은 후 이에 관한 동의 여부를 결정할 권리를 가진다고 규정하여 환자의 치료에 관한 자기결정권을 보장하고 있다. 그러나 자기결정권을 실행할 제도 즉, 생전유언이나 사전의료의향서 관련 제도가 없다고 해설하고 있다(김신미, 홍영선, 김현숙, 2010. “사전의사결정제도의 국내외 현황”. 수록처: 한국의료윤리학회지 13(3): 202-203)

중국의 경우 노인인구의 증가, 의료비의 양등 등으로 안락사에 대한 관심이 높아지고 있다. 1995년 3월 전국인민대표대회에서 안락사의 법제화를 구하는 청원서가 제출되었으나 다수의 지지를 얻지 못하였다. 1996년 북경의 사회조사기관에서 북경(北京), 상해(上海 등 도시 지역에 거주하는 3,000명 이상의 사람(20세부터 45세까지의 사람)을 대상으로 조사를 실시한 바, 그 중 78%가 편안한 죽음을 맞이하는 안락사를 찬성하고 있었다. 그러나 인구의 약 3/4이 살고 있는 지방에서는 의료시설이 미비된 지역이 많고, '죽음의 시기를 앞당기는 생각'에는 친숙하지 않기 때문에 반대의견이 강하다고 한다(福本博文,2002, 115). 인도에 안락사협회가 있고, 아시아에서 안락사에 가장 관심이 높은 곳이 일본이다. 일본에는 1976년 안락사협회가 설립되어 있다.

128) 福本博文. 2002, 107.

129) 박연옥. 2008, 33.

표 1 생전유언에 관한 역사적인 사례

구 분	Quinlan ('75)	Cruzan ('83)	Bouvia ('83)	Wanglie('90)	Schiavo('05)	김할머니('09)
환자의 상태	PVS	PVS	의식명료. 전신마비	PVS	PVS	PVS
치료중단 요구자	부 모	아버지	환자	의사	남편	본인과 가족
중단대상 치료	호흡기	영양튜브	영양 공급	호흡기	영양	호흡기
요구거절자	주치의	주치의	주치의	가족	병원	병원
판결(치료중단 인용여부)	0	0	x(치료 계속)	x(치료 계속)	0	0
판결의 근거	가족의 판단(프라이버시)존중	자기결정권 존중	의사의 치료의무	후견인의 결정존중	자기결정권존중	가족의 결정존중
생전유언존부	x	x	x	x	x	x

* 이 표는 박연옥, 2008. 앞의 책, 33면에서 인용하고 일부 추가하였음

위 판결례들은 환자 본인의 생전유언이나 사전의료의향서가 없는데도, 치료중단의 결정을 내리고 있다. 사전의료의향서에 관한 성문법(Law, Act, Rule 등)이 나오기 전이라도 당사자들이 법원에 어떤 권리의 확인이나 권리의 존재를 주장하는 청구를 하면 법원으로서 법률이 없다고 판단을 보류하거나, 거절할 수 없고(한국 민법 제1조), 이러한 사법부의 판단이 누적되어 판례가 형성되면 그것은 법률제정 기관인 의회에 영향을 미쳐서 의회는 새로운 성문법을 제정하기도 하고 기존의 법을 개정·수정·보완하기도 한다.

치료중단의 가장 중요한 근거, 근본적인 근거는 환자본인의 자율적인 의사(意思)표시이고, 그것이 명확하게 나타나지 아니하면 환자의 가족이나 친구 등의 증언으로 환자본인의 의사를 추정하여 청구를 인용하고 있다.

2.2.3.3 관습법

우리나라 민법 제1조(법원:法源)는 민사에 관하여 법률에 규정이 없으면 관습법에 의하고 관습법이 없으면 조리에 의한다고 규정하고 있다. 예컨대, 말기질환에 걸려 오래 병원에서 무의식 상태로 누워 있는 환자가 병원을 상대로 인공호흡기를

떼고 병원에서 퇴원하겠다고 청구하고, 병원 측은 이에 반대할 경우 환자는 부득이 법원에 이러한 청구를 하면서 소장을 제출할 수 있다. 이 경우 법원은 우선 사건과 관련된 성문법을 찾아보고, 그것이 없으면 관습법을 탐구한다. 마침 관습법이 있다면 그것에 따라 판단을 할 수 있다. 그러나 관습법도 없다면 결국 판사는 조리(條理)와 경험법칙에 따라 그 사건에 대한 판단을 내릴 수밖에 없다. 김 할머니 사건에 대한 대법원 판결도 결국 그러한 판단과정을 거친 것이라고 볼 수 있다. 이 경우 담당 판사는 우리나라의 성문법, 관습법, 조리뿐만 아니라, 다른 나라의 판례나 법률도 참고할 수 있는 것이다.

판례나 성문법규가 없는데도 정부당국의 방침이나 각 나라의 의료협회의 내규나 방침으로 생전유언을 시행하는 나라도¹³⁰⁾ 있는 것 같다. 예컨대, 일본의 후생노동성에서는 2006년 4월 회복의 가망이 없는 말기 환자에 대하여 사실상의 소극적 안락사 내지 존엄사를 허용하는 지침(가이드라인)을 제정하여 생전유언제도를 수용하고 있다. 그 지침에 따르면 환자의 의사(意思)를 가장 중요한 원칙과 근거로 삼고 있다. 구체적으로는 환자의 의사를 알 수 있는 경우에는 그 의사(意思)를 토대로 하고, 환자의 의사를 알 수 없는 경우 그 가족의 의사를 존중하여 치료 중단 여부를 결정하고, 가족이 없으면 결국 의료팀이 종합적으로 판단하여 중단결정을 하도록 하고 있다.¹³¹⁾

2.2.4 소결

2.2.4.1 법적인 근거(대법원 판례)

앞에서 이미 언급한 바이지만, 2009년 5월 대법원은 국내 최초로 무의미한 연명치료를 중단하라는(존엄사를 인정 ; 신문 기사에서 사용한 용어) 첫 판결(대법원 2009.5.21.선고 2009다17417 판결)을 내렸다. 한 달 뒤인 2009년 6월 23일 그 판결에 따라 병원 측은 환자에게서 인공호흡기를 떼었지만 그 환자는 자발호흡으로 더 살다가 2010년 1월 10일 사망하였다. 위 판결이 선고된 이후 우리나라 국회(18대)에서는 ‘존엄사법’ 등의 입법(구체적으로는 의료법 일부개정 법률안)을 발의한 바 있다. 그러나 당시 일부 의원이 남용의 우려가 있다고 반대하는 바람에 본회의에 상정되지 못하고 회기종료로 자동 폐기되었다.

130) 일본 후생노동성은 2006년 4월 말기환자에 대하여 사실상 소극적 안락사를 허용하는 가이드라인을 제정하여 시행하고 있다.

131) Angell, M. 1991. The Case of Helga Wanglie: A New Kind of "Right to Die" Case. Mass.: Mass. Med. Society: N. Engl. J. Med.409: 치료중단 근거의 우선순위는 환자의 즉각적인 결정 → 이전에 이루어진 결정 → 환자의 최선의 이익이라고 한다.

2.2.4.2 윤리적 근거(대한의협 윤리지침 등)

우리나라에는 생전유언에 관한 성문법적 근거는 없다. 회복 불가능한 환자에 대한 치료중단은 정당한가? 이에 대하여 우리나라 사회의 다수 의견은¹³²⁾ 경우에 따라 정당화될 수 있다고 한다. 대한의사협회의 의사윤리지침이나 대한의학회의 지침안의 규정도 생전유언의 정당성의 근거가 된다.¹³³⁾ 「의사가 회생 불가능한 환자에게 의학적으로 무익하고 무용한 치료를 보류하거나 철회하는 것은 허용된다.」(의사윤리지침 제60조)고 정하고 있다. 한편 의사가 충분히 설명과 설득을 하였는데도, 환자 측에서 무익하거나 무용한 진료를 요구하는 경우 의사는 그것을 받아들이지 않을 수 있다(동 지침 제30조, 제3항).¹³⁴⁾

이에 대하여 환자에 대한 치료중단은 있을 수 없다고 하면서 회복불능의 환자라고 할지라도 그에 대한 치료중단은 어떤 경우에도 정당화될 수 없다는 견해도 있다. 생각건대 다수 의견이 타당하다고 할 것이다. 왜냐하면 무의미한 연명치료의 계속은 대개의 경우 그러한 환자와 그 가족의 고통을 연장시키고 환자를 괴롭게 만든다. 게다가 건강상태가 극히 악화된 환자에 대하여 치료를 계속함으로써 오히려 그 환자를 자연 상태 두는 것보다 죽음의 시기를 더 단축시키는 경우도 적지 않기 때문이다.¹³⁵⁾

2.2.4.3 철학적 근거(공리주의나 자유주의나)

생전유언은 그 생성발달과정을 검토하여 보아서 알 수 있듯이, 인생말기치료에

132) 사전의료의향서(advance directives)에 대한 우리나라의 국가적 여론조사 결과를 보면, 찬성하는 사람은 721명/1,018명 70.8%, 반대하는 사람은 258명/1,018명 25.3%, 무응답은 39명/1,018명 3.8%로 나왔다(이인영, 2005. 존엄사에 대한 고찰, 소극적 안락사 논란, 어떻게 해야 하는가? 밝은 죽음을 준비하는 포럼(2005.4.2.)); 또 다른 조사(2011.3.~12. 19세 이상 성인남녀 1,000명 개별면접, 보건복지부 R&R, '생명나눔인식도 조사')에 의하면 무의미한 생명연장치료에 대하여 찬성하는 사람이 72.3%, 반대하는 사람이 27.7%(고윤석, 2012. '자기 죽음에 선택권을 가져야 한다.', 동아일보, 2012.10.12.; 허대석, 앞의 논문: 13.)로 나와 있다.

133) 신현호, 2006, 90-91.

134) 대한의사협회의 의사윤리지침(2001.4.19.제정, 2002.11.15.공포) 제28조 제2항: 말기환자나 그 대리인이 생명유지치료의 중단이나 퇴원을 문서로 요구할 경우 의사가 그러한 요구를 받아들이는 것은 허용된다. 박 철, 앞의 책, 74. 정원범, "안락사문제에 관한 대한의사협회의 윤리지침과 기독교", 서울 : 안락사, 374-376; Causey v. St. Francis Medical Center, Court of Appeal of Louisiana 719 so.2d 1072,1076(La.Ct. App. 2d Cir. 1998): 환자가족의 반대에도 불구하고 담당의사가 연명치료중단조치를 한 것이 정당하다고 판결

135) 신현호, 91. 단순한 생명의 길이라는 측면에서 연명치료의 계속이 정당화될 수는 없을 것이다. '연명치료로 힘겹게 생존기간을 늘리는 것보다 좀 짧더라도 편안하게 삶을 마무리 하는 것이 환자에게 더 낫지 않겠는가?'고 반문하고 있다.: 미국에서 시행된 한 조사보고서에 따르면, 5대 대학의료시설의 ICU에 있는 사람들 중 최첨단기술로 최고의 기술과 경험을 가진 의사의 판단에 따르면 사망 전 2개월의 생존가능성이 있는 환자는 17%, 1주일 정도의 생존가능성 있는 환자는 51%라고 보고하고 있다(Rich, B. A. 2007, 239).

대한 환자의 자기결정권(자율성)의 보장과 강화, 삶과 죽음에 있어 인간의 존엄성의 유지를 도모하기 위하여 나온 제도이다.

그런데 일부 공리(功利)주의 주장자는, 생전유언이 환자에게 마음의 평화를¹³⁶⁾ 보장하여 주고, 또 쓸데없는 고통과 괴로움을 줄일 수 있다. 나아가 생전유언은 치료비용¹³⁷⁾의 경감과 국가의 의료자원의 낭비¹³⁸⁾ 방지에 기여하고, 응급 상황 속에서 환자에 대한 치료방법 중 어느 것을 선택할 것인가 당황하고 고민하는 가족의 심리적 충격과 정신적 부담,¹³⁹⁾ 동시에 담당의사의 부담을 결정적으로 감소시킬 수 있다고 한다. 그러나 이러한 결과물들은 생전유언을 실시한 후에 나타나는 하나의 부차적 산물이지, 그것들이 생전유언의 출발점이나 그 근거 또는 목적이 될 수는 없다.

한편 자유지상(自由至上)주의 견해에서는 안락사를 찬성하고 온정적 간섭주의(paternalism)에 반대한다. 사람들의 선(good)을 보호한다는 명목으로 사람들의 자유를 제한하는 법에 반대한다. 예컨대 오토바이의 헬멧(helmet)착용을 의무로 규정한 법은 사람의 목숨을 구하고 심각한 부상을 예방할지라도, 그러한 법은 어떤 위험을 감수할지를 결정할 개인의 자유와 권리를 침해한다. 제3자에게 해를 입히지 않는 한, 부상의 치료비를 개인이 스스로 부담하는 이상, 국가는 개인의 목숨이나 신체와 관련하여 이래라 저래라 할 권한이 없다고 주장하는 것이다.¹⁴⁰⁾

생각건대, 생전유언에 공리주의를 적용하면, 개인의 자율권, 프라이버시, 존

136) Mirarchi. 2006. 앞의 책: 5.

137) Covinsky, KE; Goldman, L; Cook, EF; et al. 1994. "The Impact of Serious Illness on Patient's Families." J.A.M.A.272(23):1839-44[미국의 전국적 조사: 사례 중 21%는 가족 구성원 중 1인이 사직, 31%는 예금의 전부나 대부분 상실(96%는 보험에 가입하고 있지만), 20%는 주된 수입원을 상실하였다.]; 한국의 경우 2008년도 사망자와 일반 환자 각각 23만 6,000명의 의료기관 진료비(원외 처방 약품비 제외) 분석 자료가 나왔고, 그 자료에 따르면 말기환자의 사망 직전 1년간 진료비와 일반 환자의 1년간 진료비를 비교할 때, 말기 환자는 일반 환자에 비해 입원진료비는 13.9배, 외래진료비는 2.9배를 더 많이 지출하는 것으로 나타났다[건강보험심사평가원 심사평가연구소(소장 최병호)의 2012. 4. 11. 발표내용.]; 오도연 등이 발표한 논문에 의하면 말기암환자 중 83%(137명/165명; 보라매병원)의 환자에게 임종 2일 전까지 정맥주사를 통한 영양공급이 이루어지고 있었다(허대석. 2008. 앞의 대한의사협회지 51(6): 8,10,주13)고 한다.; 한 사람의 평생 의료비 중 약 25%가 임종 전의 마지막 1년, 그리고 20%가 사망 직전에 쓰인다는 보고도 나와 있다(고윤석. 2012. "자기 죽음에 선택권을 가져야 한다." 동아일보 2012.10.12. 존엄사 찬반).

138) 이경석. 2006. 배상과 보상의 의학적 판단(개정4판). 서울: 중앙문화사: 234-35, 박 철. 앞의 논문. 72(1990년대 미국의 자료에 의하면 미국 내 PVS 환자는 15,000~20,000명 정도로 추산되며, 이들의 생명유지에 연간 1조~7조 달러(1인당 4,000~4,500달러)가 소요된다). 가족, 의료진, 사회에 부담을 주므로 인위적 생명연장은 막아야 한다는 주장은 매우 실용주의적이며, 인간의 존엄한 생명보다 경제적 이익을 우선시하는 태도라며 반대하는 견해도 있다(이경석. 2007. 앞의 논문.126).

139) Mirarchi. 2006. 앞의 책:6.생전유언을 가지지 아니한 환자를 보면, 생명을 위협하는 응급 상황에서, 그들의 가족들은 이미, 엄청난 정신적 충격을 받고 이를 느끼면서, 치료결정을 급히 할 것을 강요당하고 있다.; 김성영. 2012. 앞의 책: 27, 66. 사랑하는 사람의 죽음은 살아있는 사람들을 죄스럽게 만드는 것이며 고통의 극한까지 몰고 간다.--사랑하는 사람을 잃었다는 것은 타인이 아무리 이해한다고 해도 그 당사자 이외에는 누구도 그와 같은 심정이 될 수 없다.--그것은 온전히 그 사람이 감당해야 할 슬픔이고 시간인 것이다.

140) 마이클 샌델. 2011. 정의란 무엇인가. 이창신 옮김. 서울: 김영사. 원전 Justice: What's the right thing to do? Sandel, M. J. 90.

엄성이 침해될 우려가 있고, 자유지상주의를 적용하면, 소극적 안락사는 물론 적극적 안락사도 허용하게 되고, 장기(organ)판매의 자유, 타인의 도움을 받아서 하는 자살의 자유 등이 무제한으로 허용되어, 인간의 공동생활 나아가 국가의 존립도 필요 없다고 주장할 우려가 있다. 이런 논리는 인간은 사회적 동물이라는 명제에도¹⁴¹⁾ 정면으로 충돌되는 주장이라서 채용할 수 없다.

요컨대 생전유언이나 사전의료의향서는 개인의 자율성을 존중하고 보장하여 무의미한 생명연장 치료를 보류하거나 중단하여 달라는 소원을 표시하는 것이므로, 이는 온건한 자유주의, 특히 근래에 타나난 생명의료윤리 중 자율성 존중의 원칙을 그 근거로 삼고 있다고 말할 수 있다.

141) Arendt, H. 1958. *The Human Condition*. Chicago: University of Chicago Press.1998; Aristotle이 처음에 인간은 정치적 동물(political animal)이라고 한 말을 Seneca와 중세의 학자들이 인간은 사회적 동물(social animal)이라고 번역하였다고 한다.

제3장 미국 생전유언의 기원과 발전

3.1 생전유언의 연혁

3.1.1 생전유언의 효시

생전유언이라는 용어는 미국 일리노이 주(州)의 변호사 루스 쿠트너(Luis Kutner)가 1969년 법률잡지에서 처음 사용하였다.¹⁴²⁾ 그는 ‘죽을 권리’ 단체(right-to-die organization)의 회원인바, 개인이 사후(死後)의 재산문제를 관리할 수 있는 재산법 상의 생전신탁(living trust)의 개념에 착안하여, 개인이 현재의 보건의료(health care) 소망을 더 이상 스스로 표현할 수 없게 되었을 때, 그의 보건의료 요구를 표시할 수 있는 방법을 고안하였다. 이러한 형식의 유언은 개인이 아직 살아있을 동안(死前), 그러나 의사무능력 등으로 스스로 의사표시를 할 수 없을 때 사용될 것이기 때문에 그것은 생전유언이라고 명명하였다고 한다.¹⁴³⁾ 이것이 널리 유포된 것은 미국 안락사교육협의회의 공로로 알려져 있다.¹⁴⁴⁾

3.1.2 생전유언형성의 사회적 배경

3.1.2.1 충분한 설명에 근거한 동의(Informed Consent)의 확립

142) Kutner, L. 1969. "Due Process of Euthanasia: The Living Will, A Proposal," *Indiana Law Journal*, Vol.44(Iss.4, Art.2): 539-554. 생전유언이 advance directives 중 가장 오래된 것이고, 대표적인 것이다. 환자가 의사에게 자신이 지속적 식물상태에 빠진 경우 연명치료를 중단하고 죽을 수 있도록 하여 달라고 지시하는 것이 생전유언이라고 한다. Kutner가 Living Will의 개념, 공식 그리고 적용을 처음 제안한 것은 1930년이고 그는 1967년 *The Living Will*이라는 책을 저술하였다. Kutner, L. "The Living Will: The Epitome of Human Dignity in Coping With the Historical Event of Death." 64 U. Det. L. Rev. (1986-1987). 661 이하. www.repository.law.indiana.edu/ilj 참조

143) Eisendrath & Jonson. 1983. 앞의 논문: 2054; 塩野寛.清水恵子. 2007. 生命倫理への招待.:日本: 南山堂: 112; 신현호. 2006. 앞의 책. 160. 주 237). Louis Kutner은 생전신탁(living trust)과 유언(will)이라는 두 개의 용어를 조합하여 'Living Will'이라는 말을 만들었다고 한다.

144) 문국진. 1999. 앞의 책: 290에 의하면 생전유언은 미국의 안락사교육협의회(Euthanasia Educational Council)에 의하여 처음 발의·기안되어 선언된 것으로서, 죽을 권리의 선언(Concern for Dying)이라고 한다. 이 선언문은 '사람은 인공적이거나 극단적(heroic) 처치로 살아 있지 아니하고 그냥 죽을 권리가 있다는 신념에 대한 단순하고 합리적인 선언'이 될 것을 의도한 것이었다. 이 선언문이 나타난 지 6년 안에 50만부 이상의 사본이 배포되었던 바, 때로는 교회 중심으로 혹은 노령자 그룹에 의하여 이루어졌다고 한다.

1950년대에서 1960년대에 걸쳐 미국에서는 여러 가지의 인권운동이 일어나고 있었다. 시민인권운동, 여성해방운동, 소비자운동 등이 그것이다. 이러한 추세에 따라, 1960년대 초부터 의료분야에서도 ‘환자의 권리운동’이 고조(高調)되었다. 질병의 치료에 관하여 의사가 전권을 행사하고, 환자는 그것에 따르던 의료관행이 1960년대에 들어오면서, 점차 심각한 도전을 받게 되어 환자들이 의사에게 불만을 호소하기 시작하였던 것이다. 일반병원의 입원환자에 대하여 인체실험(人體實驗)과 구분하기 어려운 의료가 행하여지고 있다는 조사결과가 하버드대학 의과대학교수에 의하여 잡지에 발표되고,¹⁴⁵⁾ 미국 남부 앨라배마 주(州)의 투스게기(Tuskegee)라는 마을에서 장기간(1932-1972) 매독환자인 아프리카 출신 미국 남성들 합계 약 600명이 스스로는 알지 못한 채, 인체실험의 대상이 되어 왔다. 즉, 치료하지 아니한 매독(syphilis)은 자연 상태에서 어떻게 발전하는가를 조사하는 객체가 되어왔다는 사실이 발각되었다. ¹⁴⁶⁾ 그 이후 의료나 생명과학 분야의 연구자들의 피험자(被驗者)에 대한 태도를 사람들이 의문시하는 현상이 나타나고 의료과오소송사건의 숫자도 급격히 증가하였다. ¹⁴⁷⁾

그 결과 1960년대 중반부터 1970년대 초에 걸쳐 생명의료윤리학(Bioethics)이라는 새로운 학문분야가 생성·발전되어 왔다. 이 윤리학에 따르면 의사는 환자를 한사람의 인격체로 인정·대우하고, 그 의사(意思)를 존중하며, 환자의 자유와 권리를 우선시키는 것이 제일 중요하다고 생각한다. 따라서 환자를 치료하려면 먼저 그 환자의 동의가 필요하고, 그의 의사결정을 존중하지 않으면 안 된다. 그 후의 의료재판과정에서 법원은 치료에 대한 동의와 자기결정을 하기 위하여 환자는 필요한 의료정보를 개시(開示)·제공·설명 받아야 한다고 선언하였다.¹⁴⁸⁾ 여기서 비로소 Informed Consent(충분한 설명에 근거한 동의)라는 말이¹⁴⁹⁾ 등장하였다. 그 이후 의료 현장에서 의사는 치료의 내용과 특징, 장단점, 위험성, 예후 등을 비롯하여, 필요한 모든 정보를 환자에게 설명하여야 한다는 원칙이 정립되었다. 이것이 새로 등장한 생명윤리학의 핵심적인 가치기준이 된 것이다.¹⁵⁰⁾

145) 日本尊嚴死協會. 2009. 自分らしい 終末, 尊嚴死. 도쿄 : 法研 : 136.

146) Gostin, L. O. 2008. Public Health Law, 2nd ed. Berkeley & Los Angeles: University of California Press: 315. 미국 공중보건 조사의 역사에서 하나의 오점으로 남아 있다. 미국 역사상 인체를 대상으로 한 정부보조 조사에서 가장 비윤리적인 사례로 평가된다. 이 실험의 부작용으로 심한 두통, 드물게는 마비나 죽음까지 야기되었다.; Bayer, R., Gostin, L.O., Jennings, B., Steinbock, B. 2007. Public Health Ethics. New York: Oxford University Press: 21-22; 이 사례는 informed consent의 원칙을 침해한 가장 놀라운 사례 중의 하나로 기록되어 있다. Kant의 이론에 따르면 이는 사람을 목적으로 취급한 것이 아니고 단지 하나의 수단으로 취급한 것이다. 1997. 5. 16. 미국 클린턴 대통령은 국가를 대표하여 Herman Shaw(94: 이 조사의 희생자)에게 공식적인 사과를 하였다(Gostin, L.O. 2002. Public Health Law and Ethics. California: Univ. of Cal. Press: 294).

147) 日本尊嚴死協會. 2009. 137.

148) 日本尊嚴死協會., 137.

149) Kuczewski & Pinkus, 강명신, 34. 대한의학회에서는 이를 ‘충분한 설명에 근거한 동의’로 옮기고 이를 쓸 것을 권장하고 있다.

150) 日本尊嚴死協會, 137-138

3.1.2.2 충분한 설명에 근거한 동의의 대원칙

충분한 설명에 근거한 동의는 기본적으로 환자의 권리와 의사의 의무라는 형태로 구성되어 있다. 의사는 환자의 권리를 실현할 의무를 진다. 이 설명에 근거한 동의의 원칙 하에서는 환자에게 실시될 의료에 관한 모든 결정권이 환자 자신의 손에 장악되어 있다. 그러므로 이 원칙에 어긋나게 만약 의사가 환자에게 충분한 설명¹⁵¹⁾을 하지 않았다든지, 고의로 정보를 누락시켰다든지, 허위의 정보를 제공하거나 환자의 동의를 얻지 않고 마음대로 판단·치료하는 경우 환자에게서 제소를 당하여, 의사는 민사책임은 물론, 형사책임을 질 수도 있다. 의사가 환자에게 무단히 항암제를 투여하여 그 유족에게서 제소를 당한 사례도 있었다.¹⁵²⁾ 충분한 설명에 근거한 동의는 이제 의료소송에서 중요한 판단기준이 되었다.

3.1.2.3 충분한 설명에 근거한 동의의 내용

환자들은 치료거부에 대한 코먼로(common law)상의 뿌리 깊은 권리를 가지고 있는바 그것은 충분한 설명에 근거한 동의라는 개념으로 구체화되었다.¹⁵³⁾ 생명의료윤리학은 치료거절 권리의 근거를 개인의 자율과 자기결정권에서 찾고 있다. 치료를 실시할 성문법상의 권리가 없을 경우, 의사(醫師)는 의사(意思)능력 있는 환자들의 소원을 존중하여야 한다. 충분한 설명에 근거한 동의의 원리는 전통적으로 아래의 구성요소들을 포함하고 있다.¹⁵⁴⁾

- 1) 정보 ; 의사는 어떤 치료의 실질적인 이익(benefits), 위험 그리고 대안들을 환자에게 설명하여 주어야 한다.¹⁵⁵⁾

151) 日本尊嚴死協會, 140. 충분한 설명은 '당신의 질병은 어떤 것인데, 무엇이라고 부르는 것이고, 지금 현재 어떠한 치료법이 있고, 우리 병원은 이 치료법을 선택하고 있으나, 그 치료법에는 이러한 장점·단점·위험성이 있어서 이 정도의 육체적 부담이 따를 것이다. 또 치료에 걸리는 시간, 경제적 부담 등을' 설명하는 정도이어야 하고, 의사와 의논하여 환자가 충분히 이해하고 동의하여야 한다. 이러한 과정을 의사는 기록으로 남겨두어야 한다.

152) 日本新潟大病院의 골수 이형성(異形成) 증후군(MDS)에 걸린 남성(66세)에 대한 항암제 투여 사건(일본존엄사협회, 2009. 앞의 책: 67); Doukas & Reichel, 2007. 앞의 책: 39(수술에 따를 위험성을 미리 설명하지 아니한 것은 환자의 자율성 침해로서 불법행위 구성); 여호와증인인 환자에게 수혈을 하여 생명을 구하여 놓았더니, 그 환자가 의사를 상대로 동의 없는 치료라고 주장하며 손해배상청구를 하고 캐나다 법원에서 이를 인용하여 2만 불을 지급하라고 한 사례도 있다[Malette v. Shulman, 630,R,2d, 243,720, R. 2nd, 417(O.C.A.); Carlisle, J. R. 2007. 앞의 논문: 168.]

153) Gostin, L. O., 411.; Hales v. Pitman, 576 P.2d, 493(1978): 의사는 환자의 동의 전에 환자에게 어떤 치료의 위험성에 대하여 공개하고 설명하여야 한다.

154) Doukas & Reichel, 2007. 앞의 책: 40; 만일 동의가 전혀 없을 경우(예, 어떤 사람이 X 절차에 동의하였는데, 의사는 Y절차를 실시) 충분한 설명에 근거한 동의의 원칙에 따라 보통 불법행위보다는 과실(過失) 책임을 묻는다.

155) 미국 내의 거의 절반 정도의 주(州)에서 '환자중심' 공개기준을 채택(합리적인 환자라면 알기를 원하는 정보를 공개; Canterbury v. Spence, 464 F.2d 772(D. C.

- 2) 능력 ; 개인은 의사의 설명을 이해할 수 있어야 한다.¹⁵⁶⁾ 모르거나 선택이나 거절을 할 수 없기 때문이다.
- 3) 자발성; 환자는 부당한 영향력·사기·강박을 당함이 없이 자유로운 선택을 하여야 한다.¹⁵⁷⁾
- 4) 한정성 ; 환자는 자신이 제공받고 있는 실제의 치료방법에 동의하여야 한다.

3.2 생전유언의 발전 단계

미국의 생전유언은 다음의 3단계를 걸쳐 발달되어 왔다. 미국에서는 대부분의 주(州)가 생전유언과 보건의료대리인의 지명 제도를 인정하고 있다. 캘리포니아 주(州)에서는 생전유언이라는 용어를, 사전의료의향서(advance health care directive)의 1부로 사용하고 있다(제5장 제2절 미국 생전유언의 예시 참조). 생전유언은 매우 인기 있는 것으로 판명되었고, 2007년 현재 미국인의 약 41%가 이를 작성하여 가지고 있다고 한다.¹⁵⁸⁾

3.2.1 1980년대 말의 상황

이론상 사전의료의향서 혹은 생전유언은 구두(口頭:orally)로, 혹은 문서(文書:writing)로 이루어질 수 있다. 그러나 많은 환자들은 구두지시로 충분하다고 잘못 알고 있고, 그래서 문서지시는 하지 않고 있었다. 구두지시가 치료에 관한 결정에 영향을 미칠 것인가는 사건에 따라 지역에 따라 다르고 매우 다양하다.¹⁵⁹⁾ 어떤 주(州)에서는 환자의 이전의 구두진술을 그들의 가치관이나 우선순위들뿐만 아니라, 환자의 최선의 이익을 위하여도 지침이 된다고 생각하는 반면, 또 다른 주(州)에서는 환자가 인공호흡장치나 인공영양·수분 공급을 거절할 경우 이에 관한 「명백하고도 믿을 만한 증거」를 요구하기도 한다.¹⁶⁰⁾

Cir,1972),411,n.224; denied, 409 U.S. 1064(1972); 우리나라 대법원 2011.11.24.,선고 2009다70906 판결: 의료진은 환자가 이미 알고 있거나 상식적인 내용까지 설명할 필요는 없다. 환자가 위험성을 알면서도 스스로의 결정에 따라 진료를 거부한 경우에는 특별한 사정이 없는 한, 위와 같은 설명의무 불이행에 대하여 의료진의 책임을 물을 수는 없다. 그리고 이 경우 환자가 이미 알고 있는 내용인지 여부는, 해당 의학지식의 전문성, 환자의 기존 경험, 환자의 교육수준 등을 종합하여 판단할 수 있다(문현호, 2011. “환자의 진료거부와 의사의 설명의무”. 서울 : 대법원판례해설 제89호: 175).

156) Beauchamp, T. L. 2003. "Methods and Principles in Biomedical Ethics", London: BMJ Group: J. Med. Ethics 29(5) : 269-274.

157) Restatement(Second) of Torts §892 B(1965)(착오, 허위진술, 혹은 강박에 의한 승낙에 관한 것).

158) Crain Communication 회사에서 발행하는 Crain's Cleveland Business 신문, 2007. 8. 20. 자 보도내용

159) Rich, B. A. 2007. ibid: 241.

성문법으로 인정된 최초의 사전의료의향서 형태는 생전유언이었다. 그러나 생전유언의 모든 규정이 아래와 같은 요건을 정하고 있었다. 환자는 생전유언서를 이용하려면 1명이나 2명 이상의 의사들에게서 자신이 말기상태에 있다는 증명을 받아야 하고, 영구 혼수(昏睡), 영구식물상태와 같은 매우 중요한 상황에서는 생전유언을 사용할 수 없도록 제외시켰다.¹⁶¹⁾ 한편 생전유언에 따르더라도 인공적 영양·수분 공급을 중단시킬 수 없었다. 실제로 인공적인 영양·수분공급은 영구 무의식환자의 생명을 유지하는 유일한 치료방법이다. 환자가 생전유언으로 모든 치료를 중단하여 달라고 명시하였는데도, 물과 영양의 공급은 중단시킬 수 없다면 생전유언의 목적은 달성할 수 없게 된다. 무의미한 연명치료(영양공급 등)는 계속 하여야 하기 때문이다.

3.2.2 제2세대 사전의료의향서

생전유언이 더욱 널리 인식되기 시작하면서, 곧 근본적인 결점이 발견되었다. 앞에서 본 것처럼 대부분의 생전유언들이 그 범위가 너무 한정적이고, 현재의 문제점들과 필요를 충분히 해결하거나 충족시키지 못하였다. 이리하여 제2세대 사전의료의향서, 즉 지속적 보건의료 위임장이 개발되었다. 지속적 보건의료위임장(Durable Health Care Power of Attorney) 그리고 보건의료대리인임명장(Appointment of Health Care Agent and Proxy) 같은 문서들이¹⁶²⁾ 개발되었고 법률조문에 명문화되었다.

이 제도에 의하면, 일단 환자가 의사능력을 상실하면, 지명된 대리인은 앞에서 본 바와 같은 제한을 받지 않고 환자를 위한 모든 결정을 할 권한을 부여받게 된다. 대리인은 환자가 문서에 구체적으로 명시한 소원이 있으면 그것에 따라서, 그러한 것이 없으면 생명유지치료의 보류나 중단을 포함하여 환자의 의료처치에 관한 모든 결정을 할 수 있게 되었다.¹⁶³⁾ 보건의료대리인은 본질적으로, 본인이 만일 의사표시를 할 수 있었더라면 선택하리라고 생각되는 의료처치를 승낙하거나 거절할 수 있다. 대리인은 본인과 동일한 권리를 가지고 있다. 제2세대 사전의료의향서의 가장 중요한 장점은, 대리인이 가상적(假想的)인 상황에서 구성된 생전유언과는 달리, 실제 상황에서 생전유언에 기록된 대로, 바로 실시간 결정(real-time decisions)을 할 수 있다는 점이다. 이 새로운 사전의료의향서는 미국 사회의 진정한 환영을 받았고, 이를 지지하는 입법이 모든 주(州)에서 곧 잇따랐다.

160) Cruzan v. Director, Missouri Department of Health, 497 U.S. 261(1990).

161) Rich, B. A., 241.

162) Sitarz, D. 2008. Simplified Living Will Kit. Ill.: Nova Publishing:13

163) Rich, B. A., 241.

그러나 제2세대 사전의료의향서에도 결점이 나타났다. 근본적으로는, 개인들이 장애자의 생전유언에서 보는 바와 같은 유사한 문제점에 직면하고 있다. 즉 의미 있는 방법으로 각자의 소망에 관하여 대리인에게 무엇을 말할 것인가를 아는 문제, 대리인이 본인에게서 듣는 말은 대부분, 의미 있는 해석을 하기에는 너무 막연하고 애매하다는 것이 연구결과에서 나타났다. 의미 있는 내용이 없는 경우에는, 가족과 의사(醫師)가 환자본인의 진정한 의사가 무엇인지를 추정하거나 어렵 짐작하는 작업(guesswork)을 하여야 하고 그것이 전체 생전유언의 76%나 될 정도로,¹⁶⁴⁾ 생전유언들이 매우 부정확한 것으로 드러났다. 이러한 문제로 인하여 제3세대 사전의료의향서가 고안되어 나타났다.

3.2.3 제3세대 사전의료의향서

3.2.3.1 개념과 효시

제3세대 사전의료의향서는 환자 개인과 그 대리인, 가족, 그리고 의사가 환자의 소망을 더 잘 이해하고 더 존중하는 것을 목적으로 하여, 이에 필요한 풍부한 내용을 포함하도록 고안된 사전의료의향서이다. 이는 가치관 지시서(The Values History)라고도 부른다. 가치관 지시서의 효시는 조지타운대학교 의과대학에서 만들어진 닷 도우카스 박사(Dr. David Doukas)와 로렌스 맥클러 박사(Dr. Laurence McCullough)의 가치관이였다. 1988년 처음으로 이것이 공표되었고¹⁶⁵⁾, 1991년 에는 더욱 널리 인용되었다. 가치관은 말기의료처치와 요법에 대하여, 환자가 어떠한 희망이나 지시를 할 때, 그것이 환자의 가치관과 어떤 관계에 있는지를 이끌어내는 장치이다. 이 사전의료의향서의 목표는 이전의 생전유언이 치료방법과 의료절차에 중점을 두던 것을 바꾸어, 환자의 가치관과 개인적인 인생의 목표나 인생관에 초점을 맞추는 것이다.

3.2.3.2 도우카스(Doukas)와 맥클러(McCullough)의 가치관지시서

164) Emanuel LL; Emanuel EJ, 1993. "Decisions at the End of Life": guided by Communities of Patients. New York: Hastings Center Report, 23(5): 6-14(요지: To guide treatment decisions for incompetent patients who have no advance directives, health care institutions should look to the preferences of their own communities of patients. That is the best way to ensure that incompetent patients' wishes will be followed).

165) Doukas & Reichel. 2007. 앞의 책: 69. Dr. Edmund Pellegrino가 1980년대 초 가치관(Values History)이라는 용어를 새로 만들어냈다. 그것은, 환자의 보건의료결정에 중요한 가치들을 의사가 도출할 수 있는 방안에 대한 토론을 설명하기 위한 용어였다. Values History라는 말은 Dr. Pellegrino의 개척자적인 노력의 덕분이고, 그에 대한 불후의 찬사가 이어지고 있다.

이 가치관지시서는, 환자가 어떤 의료처치(예컨대, 인공호흡기의 장착)의 가치에 대하여 생각하도록 하고, 말기질환의 경우나 식물상태에 빠졌을 때 그들에게 중요하다고 생각하는 가치에 관하여 진술하도록 유도함으로써, 생전유언이나 지속적 위임장의 내용을 보충하려고 하는 것이다. 나아가 가치관지시서는 여러 가지 치료방법에¹⁶⁶⁾ 관하여 명백한 선택이나 선호를 기록하도록 한다. 이 지시서는 개인이 누구나 완성할 수 있다. 일단 체크나 진술이 완성되면 그것은 가족과 의사(醫師)에게 자신의 소원을 문서로 명백히 표명한 것이고, 의사는 이를 존중한다.

1) 시험치료(trial of intervention)---제3의 선택

종래의 생전유언에서는 주로 환자가 어떤 치료를 승낙하거나 거절하는 의사표시만을 할 수 있었으나, 여기서는 제3의 방법 즉, 시험적 치료를 선택할 수 있다. 그러한 시험치료는 일정기간만 실시할 수도 있고, 그 치료의 효과가 나타나는지에 대한 판단이 내려질 때까지 오래 실시할 수도 있다.

2) 장단점

가) 장점

의료가치에 관하여 환자의 의견을 의미심장하게 반영하도록 그를 자극하고, 특정(specific) 사전지시들을 공식화함으로써, 이 ‘가치관’은 다른 문서들에 비하여 더욱 의미 있게 그리고 더욱 특정적으로 환자의 가치관을 표현할 수 있게 한다. 이 문서는 일련의 질문과 답변을 통하여 환자의 중요한 가치관이나 인생관을 쉽게 표시하고 반영할 수 있게 한다. 환자는 자신의 가치관과 선호(選好)를 대리인, 가족, 그리고 사랑하는 사람들(장래의 의료결정에서 어떤 역할을 하기를 환자가 바라는 사람)과 의논하게 되고, 이러한 고양(高揚)된 의견교환을 통하여 환자의 자율성, 자기결정권은 한층 더 존중받을 수 있게 된다. 이러한 가치관 대화는 인생말기 치료에 중심 기준이 될 것이다.

나) 단점

이 가치관지시서는 환자에게 의사표시 능력이 있을 동안 이용될 수 있지만, 임상의료현장 특히 응급상황에서는 환자가 무의식 상태에 빠져 있는 경우가 많아 이를 이용하기가 곤란하다. 더구나 환자가 가치관이나 인생관에 관한 여러 가지 질문지(質問紙)를 보고서, 아 이제 나는 더 이상 살 수 없구나, 죽을 수밖에 없구나 하면서 절망한다면 질병과의 투쟁의지(鬪爭意志)를 상실하게 하여 투병을 어렵게 할 수도 있다. 실제로는 가치관지시서의 내용이 반드시 최악의 상황만을 예상하고 만든 것은 아닌데도, 환자가 오해하여 자신의 진정한 가치관을 제대로 표시할 수 없게 되는 경우도 생길 수 있다.

3) 가치관의 질문

가치관은 첫째로 인생의 마지막 단계에 이르러, 환자에게 생명의 단축과 관계없이 양질(良質)의 삶(good quality of life)을 살기를 원하느냐? ¹⁶⁷⁾ 혹은 삶

166) 이 부분은 아래 제4장에서 검토한다.

167) 신현호. 2006. 앞의 책: 96. 연명치료의 지속이 삶을 억지로 연장시키는 것이라면, 이런

의 질(質)과 관계없이 더 오래 살기(longer life)를 원하느냐? 중 어느 것이 더욱 중요하냐고 질문한다. 이 선택은 의료가치의 관점에서 매우 근본적인 것이다. 예컨대, 인공호흡기를 장착하고 의식이 없더라도 오래 오래 살기를 바라는지? 아니면 식물인간상태가 되면 치료를 즉각 중단하기를 바라는지를 명백히 밝힐 수 있다.

가치관의 질문 리스트에는 환자의 의사소통능력, 담당의사(醫師)로 하여금 자신의 소원을 완수하게 할 스스로의 욕구, 질병으로 인하여 가족에게 여러 가지 부담을 지우고 싶지 아니한 자신의 소원들과, 그 밖의 관련된 많은 가치관들이 포함될 수 있다. 가치관은 그런 것들 중 자신에게 가장 의미 있는 가치들을 동그라미로 그리라고 요구한다. 이러한 가치들이 무능력, 치매, 영구식물상태, 그리고 돌이킬 수 없는 혼수상태로 인한 말기질환의 경우 어떻게 왜 자신에게 그것이 그렇게 중요하고 가치 있는 것인지를 말할 수 있다.

4) 의료처치

가치관은 말기질환의 경우 가능한 일련의 의료처치 방법을 조사하고, 그 처치에 대한 환자의 선호를 평가한다. 이때 고려되는 것은 급성치료(acute interventions)로서 예컨대 심폐소생술(CPR)과 인공호흡기 사용 등이 있고, 만성치료로서 급식튜브와 투석(透析) 등이 있다. 이러한 치료방법이 환자자신에게 얼마나 중요한지를 환자가 담당의사와 진지하게 논의하는 것은 결정적으로 중요하다고 생각된다.

3.2.4 다섯 가지 소원(Five Wishes)

3.2.4.1 개념과 그 내용

5가지 소원(Five Wishes)은 “존엄하게 늙기(Aging with Dignity)”라는 비영리단체가 만든 중요한 생전유언(또는 사전의료의향서)이다. 그것은 “마음과 정신의 생전유언”이라고 일컬어져 왔고 ‘가치관’지시서의 일종이다. 5가지 소원은 안락한 보살핌과 영성(靈性:spirituality)의 문제를 해결하고 있을 뿐만 아니라, 생전유언과 보건의위임장의 조항도 포함하고 있어서 생전유언의 역할도 겸하여 하고 있다. 미국변호사협회의 ‘법과 노화’ 위원회와 지도적인 의학전문가들의 도움으로, 1998년 국가 전체적으로 통일된 5가지 소원이 도입되었다. 2011년 4월부터는 사람들이 온라인 접속장치를 사용하여 공란으로 된 양식을 출력하여 이를 쉽게 완성할 수 있게 되었다.¹⁶⁸⁾ 그리고 우리나라의 한글판도 나와 있다. ¹⁶⁹⁾ 5가지 소원의 내용은 아래에서

치료를 중단하는 것은 각자에게 주어진 만큼의 마땅한 삶을 살게 하는 것이지, 삶을 단축시키는 것이 아니다. 따라서 치료를 중단하는 것은 도덕적으로 정당화될 수 있다.

168) <http://www.agingwithdignity.org/>

보는 바와 같다. 소원 1과 2는 법적 내용을 표시하고 있다. 일단 서명하면, 그 문서는 미국 내의 42개 주(州)와 컬럼비아 특별구에서 생전유언(사전의료의향서)의 법적 요건들을 충족하게 되므로 생전유언으로 사용할 수도 있다. 소원 3,4,5는 5가지 소원에만 있는 독특한 것들이고, 거기에서는 안락한 보살핌, 영성(靈性), 용서 그리고 인생의 최후 소망을 언급하고 있다. 사실 이 부분이 매우 중요하다.

소원 1 : 내가 치료결정을 할 수 없을 때 나 대신 결정을 내려주는 사람(The Person I Want To Make Health Care Decisions For Me When I Can't Make Them For Myself). 이것은 보건의료대리인[또한 대리인(proxy), 대행자(surrogate), 대변인, 혹은 보건의료수임인이라고도 부름]에 관한 부분이다. 여기에 지명된 대리인은, 유언자가 스스로 자신의 의사표시를 할 수 없을 때, 유언자를 대리하여 의료결정을 할 수 있게 된다. 이는 상당히 막강하고 중요한 권한이다.

소원 2 : 내가 원하거나 원하지 아니하는 종류의 치료에 대한 소원(My Wish For The Kind Of Medical Treatment I Want or Don't Want). 이 부분은 생전유언이다. 생명유지치료는 유언자(환자)에게 무엇을 의미하는지, 환자가 그것을 원하는지 여부, 원하지 아니한다면 그 시점은 언제인지를 표시한다.

소원 3 : 내가 원하는 편안함의 정도에 대한 소원(My Wish For How Comfortable I Want To Be). 이 부분은 안락한 보살핌의 문제를 다룬다. 환자에게 고통이 다가올 때 이에 대한 처치 방법 중에서, 어떤 형태의 고통완화치료와 관리(pain management)를 원하는지, 몸치장과 목욕에 관한 소원과 지시들, 그리고 호스피스 케어(hospice care) 중의 어떤 것을 환자가 선택하고 이에 관하여 무엇을 알고 싶어 하는지를 다룬다.

소원 4 : 원하는 배려의 방식에 대한 소원(My Wish For How I want People To Treat Me). 이 부분은 개인적인 문제들, 즉 여러 가지 중에서 환자가 집에 있기를 좋아하는지 여부, 유언자의 침대 옆에서 누군가가 기도하여 주기를 바라는지를 의미한다. 말기상태에서 자신이 남으로부터 어떤 처우나 대우를 받고 싶은지는 중요한 문제다.

소원 5 : 사랑하는 가족에게 알리고 싶은 사항에 대한 소원(My Wish for What I Want My Loved Ones to Know). 이 부분은 용서의 문제들을 다룬다. 유언자가 어떻게 기억되기를 바라는지, 장례나 추모계획에 관한 최종 소원은 무엇인지를 다룬다. 나의 가족이 이것만은 알아주었으면 하고 바라는 것을 기록한다.

3.2.4.2 성립요건(서명과 증인요건)

169) 연세대학교 생명윤리정책연구센터. 2011. 아름다운 마무리, 당하는 죽음에서 맞이하는 죽음으로(2011년 특별세미나 자료집). 서울: 연세대학교: 137; 미국건강재단의 도움으로 5가지 소원은 26개의 언어와 점자로도 만들어져 1,400만개 이상이 전 세계 23,000개 이상의 파트너 기관의 네트워크에 의하여 배포되어 왔다.

5가지 소원 문서의 마지막 부분은 서명과 증인 란이다. 미국 내 몇몇 주(州)¹⁷⁰⁾는 공증을 요구하고 있지만, 대개의 주는 공증을 요구하지 아니한다. 앞서 본 것처럼 미국 내 42개 주에서는 이를 생전유언으로 인정하고 있지만, 나머지 8개 주(Alabama, Indiana, Kansas, New Hampshire, Ohio, Oregon, Texas, and Utah)는 5가지 소원을 공식적으로 인정하지 않고 주(州) 자체에서 규정한 성문법적인 생전유언양식을 요구하고 있다. 만일 개인이 5개 소원을 생전유언으로 사용하기를 원하면 자기가 거주하고 있는 주(州)에서 이를 인정하는지를 알아보고,¹⁷¹⁾ 그 주(州)의 문서를 첨부하여야 한다.

3.2.5 삶의 질(質)의 평가 기준

우리는 주위에서 사람들이 “저렇게 사느니 차라리 죽는 게 낫다”고 말하는 것을 종종 들을 수 있다.¹⁷²⁾ 사실 삶의 질에 대한 평가는 개인적인 입장이든, 제3자의 입장이든, 주관적인 것이라고 말할 수 있다. 평가자의 개인적 신념, 가치, 호·불호(好·不好)를 반영하고 있기 때문이다. 그러면 삶의 질에 대한 어떤 객관적 평가 기준은 없는가? 이와 같은 질문에 대하여 앨버트 존슨(Albert R. Jonsen) 외 2명의 학자들은 아래와 같은 평가기준을 제시하고 있다.¹⁷³⁾

3.2.5.1 제한된 삶

제한된 삶(Restricted quality of life)은 신체적·정신적 건강의 심각한 결손으로 인하여 보통 사람들보다 기능적 능력(functional abilities)이 떨어진 삶을 사는 경우이다. 이 경우는 보통의 인간으로 활동할 수 있는 능력이 제한되어 있다. 이러한 삶에 대한 가치평가는 그러한 삶을 살고 있는 그 사람 자신이 하느냐 제3자인 옵서버(observer)가 하느냐에 따라 달라질 수 있다.¹⁷⁴⁾

170) Missouri, North Carolina, South Carolina 및 West Virginia의 4개 주: 미주리 주(州)의 경우는 본인의 서명만은 공증 받아야 하고, 나머지 3개 주에서는 본인의 서명과 증인의 서명을 모두 공증 받아야 한다. 즉 공증인 앞에서 서명하여야 한다는 말이다.

171) 이들 8개 주(州)는 주 자체의 특정 양식을 요구하거나 생전유언을 만든 사람에게는 의무적인 통지 혹은 경고를 하도록 요구한다. 이들 주의 거주자들은 그 소원을 나타내는 형식으로 5개 소원을 사용하거나, 가족과 의사에게 그 소원을 표시하는 데 사용할 수 있다. 대부분의 의사는 환자의 소원이 어떤 형식으로 표현되었든지, 그 환자의 소원을 들을 의무가 있음을 알고 있다. (<http://www.agingwithdignity.org> 에서).

172) Jonsen, A. R., Siegler, M., Winslade, W. J. 2006. Clinical Ethics. 6th ed. (이하에서는 Jonsen et al.로 인용) New York: McGraw-Hill: 131.

173) Jonsen et al. 131.

174) Jonsen et al. 131. 예컨대, 복합적인 의학적 문제들, 즉 합병증을 앓고 있는 당뇨병환자는 스스로 그의 삶이 제한적이긴 하지만 살 가치가 있다고 생각하고 있지만, 제3자(관찰자)는 그렇게 평가하지 않을 수도 있다.

3.2.5.2 최소한의 삶

최소한의 삶(Minimal quality of life)은, 사람의 일반적인 신체적인 컨디션이 심각하게 그리고 돌이킬 수 없을 정도로 악화되었고, 인간적 활동의 범위가 크게 제한되며, 타인과의 의사소통능력이 심각하게 제한되어 있어서, 불편과 고통을 겪고 있는 형태의 삶이고, 그러한 삶에 대한 적절한 객관적인 설명이 최소한의 삶이다.¹⁷⁵⁾

3.2.5.3 최소한 이하의 삶

최소 이하의 삶(Quality of life below minimal)은 매우 심각한 육체적 쇠약과 함께, 감각능력과 지적 활동능력을 완전히 상실하고 그것이 돌이킬 수 없는 상황에서 사는 삶을 의미한다. 이 설명은 영구식물상태(PVS)에 빠져있는 사람에게 적용된다.

존슨(Jonsen)은 삶의 질을 위와 같이 1) 내지 3)으로 분류한 것은 그 중 어느 것도 도덕적 가치가 없다는 것을 암시할 의도는 없다고 한다. 오히려 단순히 대부분의 사람들이 위 2),3)의 삶을 바람직스럽다고 생각하지는 않을 것이라고 가정하고 있다. 연구결과에 의하면 그러한 상태에 대한 의견을 물으면, 거의 모든 사람들이 「살 가치가 없는 삶(life not worth living)」 또는 「죽음보다 못한 삶(life worse than living)」이라고 여기고 있다고 한다.¹⁷⁶⁾ 그렇다면 위 2), 3)의 삶은 주관적으로가 아니라 객관적으로도 바람직하지 않다고 판단하더라도 그 판단이 불합리하지는 않을 것이다. 조사나 설문에 응한 사람 자신이 실제로 그러한 상황에 빠진다면 과연 동일하게 대답할지는 알 수 없다.¹⁷⁷⁾

그러므로 위와 같은 삶의 질(質)의 기준은 어떤 의료결정에 하나의 참고자료로 활용할 수 있을 뿐이고 그것이 치료의 계속이나 중단결정(환자를 죽음으로 인도할지도 모를 결정)에 유일한 요소 또는 결정적 요소가 될 수는 없다는 것을 특히

175) Jonsen et al. 132. 예컨대, 85세의 노인이 심각한 치매에 걸려있고 게다가 심한 관절염, 지속적인 욕창으로 침대에 누워있고, 호흡능력도 감소되어 있다. 그는 튜브급식을 받으며, 진통치료를 받아야 한다. 이 경우는 최소한의 삶이라고 할 것이다.

176) Jonsen et al. 132.

177) 우리나라도 상황은 비슷하다. 생각과 행동의 괴리(허대석, 2008. 앞의 논문: 7)
표 2 생각과 행동의 괴리

구 분	생 각 (인식도 조사)	행 동 (진료현장의 실제상황)
불치병환자에게 병의 상태를 제대로 알리기	환자(96% 찬성) 가족(78% 찬성)	말기단계임을 스스로 알고 있는 환자(26%)
무의미한 연명치료에 대한 환자의 사전의사결정(혹은 생전유언)	국민(71~81%찬성)	사전의사결정에 서명한 환자(0.002%=1/479)

주의하여야 한다.

3.2.6 소 결

이전의 생전유언이 단지 연명치료 중단만을 중심으로 접근하였으나, 가치관지시서는 좀 더 문제의 실체에 접근하여 인간의 죽음의 문제에 대처하려고 시도하는 것이다. 연명치료를 중단하면 결과적으로 죽음이 따라오는 것은 명백하므로 이 문제에 대하여 생전유언자 자신에게 충분히 알려주어 숙고하게 하고, 그 가족들에게도 마음의 준비를 하게 하여 인생의 종말을 존엄하게 좀 더 가치 있게, 인간답게 맞이하는 것이 가치관 지시서이다. 의료를 바라보는 사람들의 가치관도 점차 달라져 이제는 아래 도표에서 보는 바와 같이 크게 변화되었다.

표 3 의료가치관의 변천

구 분	이전의 의료가치관	새로운 의료가치관
의료의 목표	생명의 연장, 고통의 감소(치료계속)	생명연장, 고통감소에 삶의 질을 추가 (의학적으로 무의미한 연명치료는 중단, 집착적 의료행위를 범죄시)
죽음에 대한 접근방향:태도	죽음의 부정(否定)(죽음=생의 종말)	죽음의 긍정, 적극적 대처(죽음=삶의 한 과정, 삶의 일부분)
의료 방법	안락사와 치료중단의 위법성 논쟁	호스피스, 완화의료의 합법성(말기치료에 대한 새로운 접근)
의사(醫師)의 의무	의사(醫師)의 보증인적 의무강조(의사가 주도)	환자의 자기결정권보장, 의료윤리의 4대원칙 강조(환자의 결정권에 의한 의료행위의 제한)

*. 이 표는 신현호. 2006, 134에서 인용한 것임

요컨대 ‘사람들이 당하는 죽음에서 맞이하는 죽음으로’라는 새로운 패러다임(paradigm)을 내세우고 인생의 마지막을 정말 인간답게, 존엄하게 맞이할 수 있도록 하자는 것이 바로 제3세대 사전지시 내지 가치관(Values History) 지시서라고 할 수 있다. 의료에는 인간의 생명, 재정(財政)문제, 심리적 부담감, 인생관, 종교관 등 복합적인 문제들이 얽혀 있다. 생전유언제도도 이러한 문제들에 대한 해결방안의 하나로 불가피하게 개발·창안된 제도이고 지금으로서는 최선의 제도라도 보아야 할 것이다. 결코 우연히 생긴 제도는 아니라고 평가된다.

제4장 우리나라의 생전유언제도

4.1 생전유언의 관행

4.1.1 연명치료 중단에 관한 주요사례 분석

4.1.1.1 보라매병원 사건(1997)

1) 사건의 개요

1997. 12. 4. 14:30경 술에 취한 피해자가 화장실에 가다가 중심을 잃어 기둥에 머리를 부딪치고 시멘트바닥에 넘어지면서 다시 머리를 바닥에 짚어 경막 외 출혈상을 입고 급히 병원응급실로 옮겨졌다. 피해자는 의료진에 의하여 수술을 받고 중환자실로 들어가 의식이 회복되고 있었으나, 뇌수술에 따른 뇌부종으로 자발호흡을 할 수 없는 상태라 호흡보조장치를 부착한 채, 계속 치료를 받고 있었다. 수술 다음날 피해자의 처는 수술비를 감당할 수 없다는 경제적 이유¹⁷⁸⁾와 희생가능성이 보이지 않는다는 등의 이유로 여러 차례 치료를 계속 받을 수 없다면서, 집으로 퇴원시키겠다고 요구하였다. 담당 전문의는 피해자의 상태에 비추어 인공호흡장치가 없는 집으로 퇴원하게 되면 호흡을 제대로 못하여 환자가 사망하게 될 것이라고 여러 차례 설명하였다. 그럼에도 불구하고 피해자의 처는 퇴원을 지속적으로 요구하여, 의료진은 퇴원 시 사망가능성을 재차 설명한 후, “퇴원 후 환자의 사망에 대하여 법적인 이의를 제기하지 않겠다.”는 귀가서약서에 서명을 받은 후 퇴원시켰다. 퇴원 후 환자는 인공호흡기를 제거한 후 5분 만에 사망하였다. 검찰은 피해자의 처를 포함하여 담당의사 3년차 수련의 등을 살인죄 등으로 기소하였다.

2) 법원의 판결

제1심인 서울지방법원 남부지원은 담당의사 등에 대하여 살인죄를 인정하였다.¹⁷⁹⁾ 제2심인 서울고등법원은 공소장 변경절차 없이 재판부 직권으로 살인죄 대신 살인방조죄를 인정하였으며, 대법원은 2심판결을 확정하였다. 담당의사 등이

178) 원경림. 앞의 논문. 76. DAMA의 경우 특히 말기환자의 치료와 관련하여 그 환자가족의 치료비 등 부담을 제도적으로 지원하는 정책을 국가에서 마련하여야 한다는 견해도 있다.

179) 서울지방법원남부지원 1998.5.15. 선고 98고합9 판결

환자가 퇴원할 경우 사망할 수도 있다고 생각하였지만, 환자의 부인이 환자를 집으로 이송하고, 호흡보조 장치를 제거하는 것을 도운 점이 인정되므로 원심의 판단은 정당하다고 밝혔다. 법원에서는 담당의사와 수련의에게 살인방조죄(징역 1년 6개월, 집행유예 2년), 그 처에게는 살인죄(징역 3년, 집행유예 4년: 처는 상고포기)의 책임을 물었다.¹⁸⁰⁾ 대법원에서는 담당 전문의와 주치의에게 환자의 사망이라는 결과 발생에 대한 정범(正犯)의 고의는 인정되나 환자의 사망이라는 결과나 그에 이르는 사태의 핵심적 경과를 계획적으로 조종하거나 저지·촉진하는 등으로 지배하고 있었다고 보기는 어려워, 공동정범의 객관적 요건인 이른바 기능적 행위지배가 흠결되어 있다는 이유로 작위에 의한 살인방조죄만 성립한다고 판결하였다. ¹⁸¹⁾ 보건복지부는 이러한 유죄판결에도 불구하고 이 사건 주치의와 수련의의 의사면허를 취소하지 않고 유지하도록 조치하였다.¹⁸²⁾ 이 판결에 대한 의료계의 반발은 매우 강력하였다.

4.1.1.2 세브란스 병원의 “김 할머니” 사건(2009)

1) 사건의 개요

속칭 김 할머니(1932년생)는 2008. 2. 18. 연세대학교 세브란스 병원에 입원하여 폐암발생 여부를 확인받기 위하여 기관지 내시경을 이용한 폐종양조직 검사를 받던 중, 과다출혈 등으로 인하여 심장정지가 발생하였다. 환자는 저산소증에 의한 뇌손상을 입고 같은 병원 중환자실에서 인공호흡기를 장착하고 치료를 받고 있었다. 이때부터 환자는 식물인간상태에 빠져있었던바, 자녀들이 병원을 상대로 어머니의 평소의 뜻에 따라 자연스러운 사망을 위하여 인공호흡기를 제거하여 달라는 소를 제기하였다.

2) 법원의 판결

제1심 법원인 서울서부지방법원 제12 민사부는 인공호흡기를 제거하라는 판결을 선고하였다. 제2심 법원인 서울고등법원은 1심판결과 동일하게 원고 승소판결을 선고하면서, 인간의 존엄과 가치에 근거한 자기결정권에 의하여 연명치료의 중단이 가능한 경우가 있을 수 있다고 판시하였다. 그 요건으로 첫째, 환자가 회

180) 대법원 2004.6.24.선고 2002도995 판결(서울고등법원 2002.2.7.선고98노1310 판결).

181) 이에 대하여 의료계는, 당시 환자는 의식불명이었고, 응급치료의 필요성에 따라 보호자를 못 찾아 그 동의 없이 수술을 시행한 점, 의사는 의학적인 이유를 들어 퇴원을 만류하였음에도 불구하고 그 부인이 강력하게 요청하여 퇴원시킨 점 등을 종합하면 의사는 고의로 환자의 죽음을 야기하지 않았다고 주장하면서 강하게 반발함(원경림, 전개 논문, 76).

182) 원경림, 앞의 논문, 94.

생가능성이 없는 비가역적(非可逆的)인 사망의 과정에 진입하여 있어야 한다. 둘째, 환자에게 진지하고 합리적인 치료중단 의사가 있어야 한다. 셋째, 중단을 구하는 치료행위의 내용은 환자의 연명 즉, 사망과정의 연장으로서 현재상태의 유지에 관한 것에 한정되고, 환자의 고통을 완화하기 위한 치료나 일상적인 진료는 중단할 수 없다. 넷째, 치료중단은 반드시 의사(醫師)에 의하여 시행되어야 한다는 점을 판시하였다.¹⁸³⁾ 2심 판결은 연명치료 중단에 관한 입법론도 개진한 셈이다. 상고심인 대법원은 이 사건의 경우 연명치료 중단의 요건으로서 환자가 회복 불가능한 사망의 단계에 진입하였고, 연명치료 중단을 바라는 환자의 의사(意思)를 추정(推定)할 수 있다고 하면서 피고 병원 측의 상고를 기각하였다.

대법원은 우리나라의 법률에 명문의 규정이 없는데도, 헌법 제10조(인간의 존엄성과 기본적 인권의 보장)의 규정을 적용하여 환자가 죽음에 임박한 상태에서 인간으로서의 존엄과 가치를 지키기 위하여 무의미한 연명치료의 거부 또는 중단을 결정할 수 있다고 하고, 이 결정은 헌법상 기본권인 자기결정권의 한 내용으로서 보장된다고 선언하였다. ¹⁸⁴⁾ 환자의 자율권을 처음으로 인정한 것이다.

4.1.2. 생전유언(사전의료의향서) 운동의 전개과정과 현황

생전유언 또는 사전의료의향서의 필요성에 대한 우리나라 사람들의 인식은 1990년대 중반 이후 대두되어 꾸준히 확대되어 왔다. 특히 2009년 5월의 위 김 할머니 사건 판결 이후 무의미한 연명치료의 중단 문제, 이를 위한 생전유언의 가치와 작성필요성에 대한 시민들의 관심이 높아졌다.

2010년 11월 보건복지부 지정 연세대학교 생명윤리정책연구센터(센터장 손명세 박사), 사회복지법인 각당복지재단(www.kakdang.or.kr; 이사장 김옥라 박사; 1986년 각당 라익진 박사가 설립; 전화 736-1928), 삶과 죽음을 생각하는 회(회장 홍양희), 한국골든에이지포럼(www.goldenageforum.org; 회장 김일순 박사) 등이 주축이 되어 사전의료의향서 쓰기 운동이 시작되었다. 특히 위 연구센터에서는 2011년 3월부터 10월까지 전국 주요도시(서울, 부산, 대구, 광주, 대전 등)를 순회하며 사전의료의향서 작성 세미나를 열고 동시에 지역 활동가 교육을 실시하였다. 그리고 매월 넷째 주 월요일(14:00-16:00) 생전유언 작성교육을 연세대학교 보건대학원에서 실시하여 왔다.

그 동안의 주요성과를 보면, 아래에서 보는 바와 같은 사전의료의향서 서식을 개발하여 누구나 알기 쉽게 하고, 본인의 의사(意思)를 더욱 분명하게 반영할 수 있도록 하였다. 그리고 www.사전의료의향서.kr 라는 웹사이트를 개발하여 오

183) 서울고등법원 2009. 2. 10., 선고 2008나116869 판결

184) 대법원 2009. 6. 24., 선고 2009다17417 판결

늘날의 사이버(cyber) 시대에 발 빠르게 부응하여 널리 이 제도를 홍보하고 이용할 수 있게 하였다. 그리고 사전의료의향서 쓰기 특별강연을 몇 차례 실시하고 강연이 종료된 후 강연 참가자들이 현장에서 사전의료의향서를 작성하는 것을 도와 주기도 하였다. 2012. 6. 12. 현재 사전의료의향서 서식을 발송한 것이 30,000부에 이르고, 실제로 작성한 의향서의 사본 3,600여부를 동 센터에서 보관하고 있다. 185) 그리고 작성자의 가족이 센터로 전화하여 그 사본을 찾고 있는 경우도 생기고 있다. 앞으로 작성자의 숫자는 더욱 늘어날 것으로 전망된다.

다만 문제는 2011년 12월 생명윤리정책연구센터의 연구 사업이 종료됨에 따라 생전유언 운동의 실시주체가 소멸될 위기에 처하여 있다. 사전의료의향서 양식의 제작, 발송 및 그 사본 보관서비스나 상담기능을 누가 계속하여 실시할 것인가가 문제되고 있다. 2012년 6월 12일 사전의료의향서 실천모임이 태동하고 있는 바, 이는 순수한 민간단체로서, 앞으로의 진전과 발전이 기대된다.

그동안 무의미한 연명치료에 대하여 의료계, 법조계, 종교계 등 각계 인사와 일반시민들의 관심이 매우 높아졌다. 제18대 국회에서도 이에 관한 의료법 개정 법률안이 발의되어 심의되고 있었으나, 본회의에 상정되지 못하고 회기 종료로 무산되었다.

현재 우리나라의 연명치료 중단 또는 생전유언, 사전의료의향서는 대법원의 판결과 의료계의 지침을 근거로 사실상 용인되어 실시되고 있다. 그러나 환자와 병원 사이에 생전유언의 존부(存否)나 발효(發效)시기를 둘러싸고 또 다른 ‘김 할머니’ 사건이 발생할 소지는 여전히 남아 있다.

4.1.3 사전의료의향서

연세대학교 생명의료정책연구센터에서 제정하여 시행하고 있는¹⁸⁶⁾ 사전의료의향서의 표준 양식은 아래와 같다.

사전의료의향서(事前醫療意向書)

나(이름 :)는 맑은 정신을 가진 성인으로서 나 스스로의 뜻에 따라 이 사

185) 2010-2011년 사이에 진행된 생전유언(사전의료의향서) 쓰기 운동에 참여한 기관은 아래와 같다. 생명윤리정책연구센터, 한국보건의료연구원, 대한응급의학회, 대한중환자의학회, 한국의료윤리학회, 한국호스피스완화의료학회, 건강백세포럼, 대전웰다잉연구소, 강원웰다잉교육센터, 전북대학교병원, 아름다운중노년문화연구소, 평생교육사업단 희망공간, 행복한교육연구소, 행복한삶과죽음배움터, 그리고 후원기관으로 보건복지부, 연세대학교보건대학원, 연세대학교 의료법윤리학회, 한국골든에이지포럼, 각당복지재단, 한국호스피스협회, 한국노인종합복지관협회 등이다.

186) 그 동안의 실적을 보면, 2012. 2. 14. 현재 사전의료의향서 발송건수는 약 21,350건, 발송요청 건수 약 866건 2010.부터 2012년 2월까지 2,586건이 작성되고, 그 사본을 보관하고 확인증을 발송한 건수도 역시 2,586건이다. 홈페이지 <http://사전의료의향서.kr>

전의료의향서를 작성합니다. 나의 건강이 회복 불가능한 상태가 되어 치료에 대한 나의 의견을 제시할 수 없게 되면, 담당 의료진과 가족들이 이 사전의료의향서에 기록된 나의 뜻을 존중해 주기 바랍니다. 나는 언제라도 이 사전의료의향서를 변경하거나 철회할 수 있음을 알고 있습니다.

1. 무의미한 연명치료의 거절(중지) 지시(복수 선택 가능)

나의 건강이 회복 불가능한 상태에서 생명유지 장치를 사용한 연명치료가 신체적·정신적 고통만 증가시키며, 죽음의 과정을 무의미하게 연장한다면 다음 (II) 항목에서 선택한 시기에 아래와 같이 원합니다.

구 분	설 명	원합니다.	원하지 않습니다.
생명유지장치	생명유지장치의 사용		
	<생명유지장치 예시> 심폐소생술 시행 : 심장과 폐가 멈추었을 때 가슴을 눌러 피를 몸으로 보내고 공기를 불어넣는 방법 강심제 승압제 투여 : 심장의 박동기능과 혈압을 올리는 약물을 투여 인공호흡기 적용 : 기도에 관을 넣어 인공적으로 호흡할 수 있도록 도와주는 방법입니다.		
통증조절조치	신체적 정신적 고통을 줄이는 의학적 조치		
인위적인 영양공급	위나 장으로 삽입한 튜브나 혈관을 통한 영양공급		

II. 적용 시기 선택(복수 선택 가능)

나의 건강이 다음과 같은 상태에 이르면 위 (I) 항목의 선택에 따라 실행하여 주기 바랍니다.

구 분	설 명	시 기 선택
뇌기능의 심각한 장애	호흡과 체온유지 등을 담당하는 뇌의 기능에 심각한 장애가 있으며, 그 회복이 불가능하고, 단기간 내에 죽음을 맞이할 가능성이 높은 것으로 의료진이 판단한 경우	
질병 말기	질병의 말기상태로 건강회복이 불가능하고, 단기간 내에 죽음을 맞이할 가능성이 높은 것으로 의료진이 판단한 경우	
노화(老 化)로 인한 죽음 임박	특정질병 없이 노화로 단기간 내에 죽음을 맞이할 가능성이 높은 것으로 의료진이 판단한 경우	

III. 작성자의 서명

작성 자	성명 : 서명/인	주민등록번호 : -
	전화 :	
	주소 :	
증 인	성명 : 서명/인	
	주소 :	
작성일시	년 월 일 시 분	

IV. 선택항목(이 항목은 원하는 경우에만 기입하십시오)

1. 대리인 지정

나는 스스로 치료 결정을 할 수 없는 때를 대비하여, 나의 평소의 가치관과 인생관을 충분히 이해하고 있는 아래의 사람을 선(先) 순위 대리인으로 지정하고, 치료결정의 모든 권한을 위임합니다.

선(先)대리인	성명 :	성별 : <input type="checkbox"/> 남 <input type="checkbox"/> 여
	관계 :	전화 :

만약 선(先)순위 대리인이 의사결정을 내릴 수 없다면, 나의 치료 결정의 모든 권한을 아래 후(後)순위 대리인에게 위임합니다.

후(後)대리인	성명 :	성별 : <input type="checkbox"/> 남 <input type="checkbox"/> 여
	관계 :	전화 :

2. 사본의 보관

이 사전의료의향서의 원본은 본인이 보관하며, 사본은 다음 장소에서 보관합니다.

보건복지부 지정 <input type="checkbox"/> 연세대학교 생명윤리정책연구센터	주소 : (120-752) 서울 서대문구 연세로 50 연세의료원 종합관 334호
	전화 : 02-2228-2670. 2672 홈페이지 : 사전의료의향서.kr

※ 사본 보관을 원하는 경우 위 왼쪽 네모 칸에 표시한 후 사본을 동봉하여 위 오른쪽 주소로 보내 주십시오.

※. 사본을 보관시키는 경우 사본보관 확인증을 보내드립니다.

이 사전의료의향서는 우선 그 작성권자의 능력과 자격을 명시하고 있다. 정신능력, 의사능력이 있는 성년자(成年者)로서 작성권한이 있는 자가 작성하여야 함을 표시하고, 연명치료 등에 대하여 스스로 의사표시를 할 수 없을 경우를 대비하여, 이 사전의료의향서를 만든다는 것, 담당 의사나 가족들이 작성자의 뜻을 존중하여 주기 바란다는 것을 당부·지시하고, 이 지시서는 언제든지 변경할 수 있고

철회할 수 있음을 알고 있다는 것을 기록하고 있다. 이 논문의 제5장, 제6장에서 설명하고 있는 미국 생전유언의 법 이론이 요약, 반영되어 있다.

그리고 작성자가 질병에 걸려 건강의 회복이 불가능하고, 생명유지 장치를 사용한 연명치료가 작성자(환자)에게 신체적·정신적 고통만을 증가시키며, 죽음의 과정을 무의미하게 연장한다면 심폐소생술이나 인공호흡기 등을 장착하지 말 것을 지시할 수 있다. 유언자는 의료대리인을 선임할 수 있고 그것도 선(先)대리인, 후(後)대리인 등으로 지정할 수 있게 하여 만반의 대비를 하고 있다. 그리고 유언자의 평소의 가치관, 인생관을 충분히 이해하고 이를 표시할 수 있는 사람을 대리인으로 지정할 수 있게 하고 그에게 치료결정(치료승낙, 치료거절 포함)의 모든 권한을 위임할 수 있도록 하였다. 사전의료의향서의 분실을 방지하고 그 실효성을 확보하기 위하여 작성자의 원에 따라 사본을 생명윤리정책연구센터에서 보관하여 주는 제도를 마련하고 있다.

나아가 작성자의 편의를 위하여 실제로 작성자가 기록할 부분은 그리 많지 않고 체크만으로 지정이나 지시를 할 수 있게 하였고, 인생관 등을 잘 알고 있는 사람을 대리인으로 지정할 수 있게 한 것은 미국의 최신의 5개 소원과 같은 이른바 3세대 사전의료의향서의 취지를 함축하고 있다고 말할 수 있다. 우리나라의 사전의료의향서로는 가장 모범적인 표준양식이라고 평가된다. 게다가 오늘날의 발달된 전자시대에 발맞추어 홈페이지(웹사이트) www.사전의료의향서.kr를 개설하여 누구나 널리 이용할 수 있도록 하고 있다.

그런데 결정적으로 중요한 문제는 이러한 생전유언서나 사전의료의향서가 우리나라에서 아직 법적으로는 공인되어 있지 않다는 점이다. 그래서 이 논문에서는 생전유언 입법의 필요성을 특별히 강조하고자 하는 것이다.

4.2 성년후견제도와 생전유언

2013. 7. 1.부터 시행될 개정민법(2012. 2. 10.공포 법률 제11300호) 제4편 제5장, 제1절, 제947조의2(피성년후견인의 신상결정 등)에서는 성년후견제도를 새로 도입하고 있다. 즉 노인, 장애인, 기타 의사무능력자들의 신상(身上)에 관한 자기결정권을 존중하고(제947조의2, 1항), 성년후견인 등이 이러한 무능력자(성년자)를 정신병원 등에 입원시켜 격리치료를 받게 하려고 하는 경우에는 가정법원의 허가를 받아야 하고(동조 2항; 제959조의6), 그들의 신체를 침해하는 의료행위(예컨대, 뇌수술 등)에 대하여 성년후견인이 그를 대신하여 동의할 수 있으며(동조 3항), 무능력자들이 위의 의료행위의 직접적인 결과로 사망하거나 상당한 장애를 입을 위험이 있을 때에도 역시 가정법원의 허가를 받아야 한다(동조 4항). 다만 응급상황의 경우는 사후에 허가를 청구할 수 있다(동 조항 단서).

위 조항의 취지를 종합하면 성년후견개시 심판이나 한정후견개시 심판을 받은 사람이 자신의 신체에 침해를 가할 치료를 받을 때는 그 후견인이 그 치료에 동의할 수 있고, 생명이나 신체에 치명적인 손상이나 장애를 입힐 우려가 있는 치료에 동의하려면 가정법원의 허가를 받도록 되어 있다.

그러면 무능력자 등에 대한 무의미한 치료의 중단결정은 누가 어떻게 할 것인가? 위에서 본 것처럼 치료의 결과로 환자가 사망하거나 상당한 장애를 입을 위험이 있을 때에는 가정법원의 허가를 받아야 하므로, 치료중단의 경우는 중단 결과로 환자가 사망할 것은 더욱 확실히 예상되므로 이 경우 후견인이 당연히 가정법원의 허가를 받아야 한다고 해석할 수 있을 것이다.¹⁸⁷⁾

이러한 민법 규정으로 보아 개정민법이 생전유언을 허용한 것으로 볼 수 있는가? 미국식의 생전유언제도는 의사능력이 있는 성년자가 증인 2명의 참여하에 연명치료 중단의 의사표시를 명백하게 표시하여 두면, 그것은 의사(醫師)에게도 통용되어 그 유언대로 바로 실시될 수 있는 것이다. 그러나 우리나라의 개정민법의 조항대로 한다면 가령 환자가 의사능력을 가지고 있을 당시에 작성한 생전유언서가 있더라도, 정작 임상의로 현장에서 치료를 중단하려고 할 때는 환자가 의사무능력 상태에 빠져 있고, 후견인이 의사에게 그 생전유언서를 보여 주더라도 선뜻 이에 응하지 않을 것이다. 더구나 후견인은 유언서대로 치료중단결정을 하려면 미리 가정법원의 허가를 받아야 하므로, 개정민법이 생전유언을 허용한 것으로 보기도 어렵다. 물론 치료중단의 허가문제를 가정법원에서 심리할 경우 피성년후견인 본인의 자율적 결정이 가장 중요하게 고려될 것이고(제947조의2, ①항), 이러한 본인의 진의를 인정할 증거자료로는 사전의료의향서나 생전유언이 우선적으로 확인·채택·인용될 것이다.

개정민법의 성년후견 조항을 잘 해석하여 운용하면 굳이 새로운 입법의 필요성은 없다고 생각할 수도 있다. 그러나 의료문제는 응급상황에서 긴급을 요하는 경우도 있으므로, 법원의 허가절차를 생략하고 환자의 자율권과 인간의 존엄성을 보장하면서, 인생의 마지막을 개인이 스스로 신속히 결정할 수 있도록 독자적인 생전유언법(또는 사전의료의향서법)을 제정하는 것이 무엇보다도 중요하다고 생각된다.

4.3 소결

우리나라에는 생전유언이나 사전의료의향서 제도가 아직 제도로 정착되지 못하고 있다. 말기질환 환자에 대한 연명치료의 중지는, 종래의 의료관행대로 담당 의사나 간호사 등 의료진의 주도하에 환자 가족의 동의를 얻어 치료중단결정

187) 김은효. 2012. “민법개정 일반 및 성년후견제.”, 대한변호사협회 제65회 변호사연수회, 강의자료집(2012).: 236.

이 이루어지고 있다. 중단결정에 환자는 제외되어 환자본인의 의사는 전혀 고려되지 않고 있다(박연옥 2008, 77). 실제로 김 할머니 사건 이후 일반국민의 관심은 매우 높아졌고, 법률사무소나 공증사무실에 그러한 생전유언서 양식이 없느냐고 문의하는 사람들도 늘어나고 있다. 보건복지부에서는 이와 관련한 국민여론조사를 실시하고, 건강보험심사평가원에서는 말기환자의 의료비지출 현황을 보고하는 등 무엇인가 제도개선의 의지를 보이고는 있으나, 입법부에서 관심을 보이지 않고 있는 것이 문제라고 할 것이다. 일본의 경우는 성문법이 없지만, 민간단체인 일본 존엄사협회의 주도로 많은 병원과 의원이 동조하여 존엄사운동이 전개되고 실제로 존엄사가 시행되고 있다.¹⁸⁸⁾

생각건대 생전유언의 문제는 이제 민간인에게 맡겨놓을 문제는 아니고 하루 속히 법을 제정하여, 의사나 병원은 물론 환자개인이 마음 놓고 생의 마지막을 편안하고 자연스럽게 끝낼 수 있도록 정부, 국회 등이 협력하여 생전유언제도를 법률로 인정하고 규정하여야 할 것이다.

188) 이연곤. 2007. “연명치료중단을 위한 의료법 일부 개정 법률안에 대한 기독교 윤리적 고찰”: 서울: 소극적 안락사:404. 대부분의 선진국에서는 법적으로 또는 관습적으로 존엄사가 이미 마무리되고 수용되고 있는 것이 현실이다.

제5장 생전유언의 작성·제시·보관·철회

5.1. 개관

생전유언서를 작성할 때의 여러 가지 문제점들 즉 기재사항과 기재방법, 작성된 후의 제시와 보관, 그리고 생전유언의 철회문제를 미국의 주(州) 법률을 중심으로 검토하고 이를 우리나라에 도입할 수 있는지, 도입한다면 어떤 제도를 어떻게 도입할 것인지를 검토하기로 한다.

5.2 생전유언의 작성

5.2.1 생전유언의 작성능력

5.2.1.1 환자 본인

1) 미국의 경우

법률적으로 능력자만이 치료에 동의하거나 거절할 수 있다. 모든 성년자는 건강상태나 응급상황으로 인하여 법원에서 무능력자라는 판정을 받기 전에는 능력자로 추정된다. 이러한 능력자·성년자만이 생전유언이나 사전의료의향서를 작성할 수 있다. 그런데 법률에서 능력(能力)이라는 용어는 인식능력(cognitive capacity)이라는 말로 좁게 정의되고 있다.¹⁸⁹⁾ 환자의 능력 판단에 대한 확립된 기준이 없기 때문에, 몇몇 학자들은 단일한 환자능력기준의 탐색을, 성배(聖杯; Holy Grail)의 탐색에¹⁹⁰⁾ 비유하여 왔다. 아무리 기준이 없다고 하더라도, 의사(醫師)는 치료에 즈음하여 최소한 아래와 같은 능력이 환자에게 있는지 여부를 확인하여야 한다.¹⁹¹⁾

첫째, 지금 시행되고 있는 어떤 구체적인 특정의 치료를 환자가 이해하는 능력

189) Yahn v. Folse, 639 So.2nd 261(La.App.1993): 82세의 문맹이고 잘 듣지 못하는 부인이라고 할지라도 그녀는 충분히 기민하고(alert: 인식능력이 있고), 의료절차에 유효한 동의를 할 의사능력이 있다[Bisbing, S. B. 2007. "Competency and Capacity : Primer", In Legal Medicine. 7th ed. 333, 주)18 참조]고 한 사례이다.

190) Roth, L.H., Meisel, A. & Lidz, C.W. 1997. "Test of Competency to Consent to Treatment." Va.: 134 American Journal of Psychiatry: 279-284.; 성배는 그리스도가 최후의 만찬에서 사용한 술잔을 의미한다.

191) Jonsen et al. 61. 이러한 능력평가방법으로는 MacCAT-T(MacArthur Competence Assessment Tool for Treatment)가 일반적인 임상평가도구로 사용되고 있다.

둘째, 지금의 치료와 관련하여 어떤 방법으로든, 제3자가 식별할 수 있는 결정(discernible decision)을 환자 스스로 내릴 수 있는 능력

셋째, 그 결정에 관하여 구두(口頭;verbally)로나 다른 방법 즉, 눈짓, 몸짓, 손짓 등으로, 의사전달을 할 수 있는 능력이 있는지 여부를 확인하여야 한다.

요컨대 임상현장에서 의사(醫師)는 위와 같은 능력이 환자에게 있다고 판단되고, 그 환자가 생전유언으로 어떤 치료의 거부의사를 표시한다면, 그것은 유효한 생전유언으로 승인하고 받아들여야 할 것이다. 「의사능력이 있는 성인자만이 생전유언을 할 수 있다」는 것은 세계 여러 나라의 공통적인 요건이다. 192)

2) 우리나라의 경우

우리나라에서도 능력자인 성인자만이 그리고 그 본인만이 자신의 생전유언이나 사전의료의향서를 만들 수 있다고 일반적으로 인정하고 있다. 일반 유언은 만 17세이면 할 수 있지만(우리나라 민법 제1061조), 연명치료 중단을 내용으로 하는 생전유언은 성인자(2013. 7. 1. 이후는 만 19세)만이, 그리고 의사능력자만이 할 수 있다고 규정하여야 할 것이다. 이는 유언자의 생사(生死)에 관련된 중요한 사항의 결정이기 때문이다.

5.2.1.2 대리인

1) 미국의 경우

우선 누가 무능력자를 위한 대리인이 될 수 있는가? 전통적으로는 최근친(最近親: next of kin)이 법정대리인이 되었으나, 최근의 경향은 배우자 → 자녀 → 부모 → 형제자매 순으로 대리인의 순위를 정하고 있는 주(州)가 많다.¹⁹³⁾ 생전유언은 그 본질상 단독행위이므로, 이론상 다른 사람이 이를 대신 하거나 유언서를 대리로 작성할 수는 없다. 환자가 이전에 표시한 어떤 선호(選好)가 있다면, 대리인은 가능한 한, 그 환자의 선호들을 존중하고 그대로 실시하여야 한다. 실제로 대리인은 환자를 위하여 새로운 의료결정을 내리는 것이 아니라, 단지 환자 자신이 이미 만들어 놓은 결정에 효과를 부여할 뿐이다. 환자가 아무런 특별한 진술을 한 바가 없든지 그 진술이 알려진 바가 없다면, 대리인은 환자의 가치관과 신념을 알고 있는 대로 사용하여 환자에게 최선의 이익이 되는 결정(치료계속 또는 치료중단의 결정)

192) California Codes Health and Safety Code, Sec.7150.10.(a),(1): Oregon. ORS, Chapter127.510.(2)www.leg.state.or.us/ors/ : Sitarz, D. 2008. 앞의 책:6 Spain의 생전유언; 일본존엄사협회. 2005. Living Wills around the World: 東京: 日本尊嚴死協會: 115-118 등

193) Menikoff, J. 2001,273.일리노이 주(州) 보건의료 대리법(Illinois Health Care Surrogate Act) Sec.25에 따르면, 의료대리인의 순위는, 환자의 ① 현재의 개인(person) 후견인 ② 배우자 ③ 성년의 자녀 ④ 부모 ⑤ 성년의 형제자매 ⑥ 성년의 손자·손녀 ⑦ 가까운 친구 ⑧ 재산관리 후견인으로 되어 있다.

을 하여야 한다.¹⁹⁴⁾ 환자의 친구들 중 가장 친한 친구가 환자의 대리인이 되는 것이 바람직하다는 것은 바로 이런 이유 때문이다.

그러나 무의식상태의 환자 등 의사무능력자, 정신이상자, 정신장애자를 위하여 후견인 등 법정대리인이 연명치료의 거절을 할 수 있는가? 미국의 경우는 법에 따라 사전의료의향서나 생전유언에서 의료대리인(Health Care Proxy or Health Care Agent)을 지명하여 두면 그 대리인은 적법한 의료대리인으로서 이러한 환자를 위한 연명치료의 중단결정도 할 수 있다. 담당의사가 보기에 그러한 의료대리인이 선의로 행동하고 있다고 믿어지는 이상, 그러한 권한이 부여되어 있으므로 치료 중단 결정도 할 수 있도록 허용하여야 한다.¹⁹⁵⁾ 환자 자신의 선호(選好)나 선택이 알려져 있지 않거나, 명백하지 않을 때는 대리인은 환자의 최선의 이익(best interests)을 고려하여 결정하여야 한다. 결국 환자 본인의 복지를 증진하는 결정¹⁹⁶⁾을 내려야 한다는 말이다. 환자의 배우자나 그 밖의 가족도 그러한 대리인을 해임할 수 없고 대리인 스스로도 사임하려면 법원의 허가를 받아야 한다. 그러한 대리인이 지명되어 있을 경우, 환자의 배우자라도 환자의 대리(후견)인이 될 수 없다. 의료결정이나 그 집행에서도 대리인의 의견이 환자의 가족, 그 밖의 어느 누구의 의견보다 우선한다.¹⁹⁷⁾ 이러한 의료대리인은 융통성 있게 그때그때 신속한 의료결정을 내릴 수 있어서 환자에게나 의사 측에나 매우 유용한 제도라고 할 수 있다.

평소 건강하던 사람이 무슨 사고로 능력을 상실한 경우 그 사람이 생전유언이나 사전지시를 하지 않고 무의식 상태에 들어간 경우 그 환자의 치료거부권(연명치료 중단청구권)은 누구에게 있는가? 미국의 판례 중 퀴란(Quinlan)사건의 경우 환자 본인은 이미 아무런 의사표시도 할 수 없으니, 그에게 결정권을 줄 수는 없고, 환자의 이익과 소망을 가장 잘 대변할 수 있는 법정 대리인이 이를 결정할 수 있다고 하였다. 뉴저지 주(州) 대법원은 퀴란의 아버지 조셉 퀴란을 대리인으로 지명하고 그에게 연명치료 중단청구의 권리를 부여하였던 것이다.¹⁹⁸⁾

2) 우리나라의 경우

이 의료대리인 문제는 매우 미묘하고 곤란한 문제이다. 개정민법이 규정하고

194) Jonsen et al. 2006, 89-90.

195) Jonsen et al. 2006. 91. 많은 연구결과에 의하면, 대리인은 환자의 가족이 원하는 바를 자기가 알고 있다고 믿고 있지만, 실제로 그것은 잘못 믿고 있다는 사실이 나타났다.

196) Jonsen et al. 91. 복지의 의미는 고통의 구제, 신체기능의 보존과 회복, 비슷한 상황에 처하였을 때 보통 합리적인 사람이 선택할 정도의 삶의 질과 그 삶의 유지를 말한다.

197) 이하나. 2012. "환자의 자기결정권", 법률신문 2012. 6. 25. ; Jonsen et al.: 89. 후견인, 대리인 등 적법한 의료결정권자에 관하여 갈등이나 의심이 없다면, 의료대리인 문제로 일일이 법원에 의뢰할 필요도 없다.

198) 이경직. 2007. 앞의 논문: 106. In re Helga Wanglie, Fourth Judicial Dis.(Dist. Ct. Pobate Ct. Div.) PX-91-283, Minnesota, Hennepin County.에서는 법원의 판사가 남편을 대리인(후견인)으로 임명하고, 그 남편이 연명치료의 계속을 원하고 있으므로, 치료중단명령을 할 수 없다고 판결하였다.

있는 성년후견인을 미국식의 의료대리인으로 볼 수 있는가? 앞에서 본 바와 같이 개정민법이 새로 도입한 성년후견제도에 의하면, 질병, 장애, 노령 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무 처리능력이 지속적으로 결여되었거나 부족한 사람을 위하여 성년후견이나 한정후견의 개시심판을 할 수 있고, 이 경우 후견인을 두도록 되어 있다(동 개정법 제9조, 제12조, 제928조 이하). 이러한 후견인 중 성년후견인은, 피성년후견인의 신체를 침해하는 의료행위에 대하여 피성년후견인이 동의할 수 없는 경우에는 그를 대신하여 동의할 수 있다(동 개정법 947조의2, 제3항)고 하고, 그러한 치료행위로 사망이나 중대한 장애가 초래될 우려가 있을 때는 가정법원의 허가를 받아야 한다(동조 제47항)고 규정되어 있다.

이 조항의 의미를 확대해석하여 위와 같은 후견인은 무능력자를 대리하여 그러한 무능력자의 연명치료 중단을 결정할 수 있는가? 생전유언을 대신할 수 있는가? 위 조항의 의미를 문자 그대로 해석하면 무능력자의 치료행위 특히 수술과 같은 신체침해 치료에 대하여 무능력자 스스로 동의할 수 없으면 후견인이 그를 대신하여 동의할 수 있고, 특히 사망이나 중대한 장애의 위험이 따라올 수 있는 치료행위에 동의할 때는 가정법원의 허가를 얻도록 한 것이다. 후견인의 동의는 어디까지나 치료의 시작이나 계속에 관련된 것이고, 연명치료의 보류나 중단에 관한 것은 아니다. 그러므로 위 조항에서 바로 생전유언도 후견인이 대리하거나 치료중단 결정도 할 수 있다고 해석하는 것은 무리일 것이다.

성년자가 장애의 의식상실의 경우를 대비하여 미국처럼 의료대리인을 임명할 수 있도록 하는 제도를 도입하여야 할 것이다. 후견인에게 치료중단의 결정권한, 생전유언 작성 권한을 부여하려면 이에 관한 분명한 명문의 규정을 두는 입법을 하여야 할 것이다. 특별히 의료대리인을 지정하지 아니하였다면 그리고 지정된 대리인이 현재 필요한 현장에 없다면, 환자의 가족이 환자의 연명치료 중단여부를 결정할 수 있다.¹⁹⁹⁾ 이는 미국이나 한국의 거의 일치된 의견이요 학설이다.

5.2.1.3 미성년자

1) 미국의 경우

환자가 미성년자인 경우는 그 부모 기타 법정대리인이 미성년자를 위한 의료결정을 하는 것이 세계 공통의 법이다. 예외적으로 미국의 사법제도는 미성년자들이 스스로 승낙하거나 동의할 수 있는 치료의 종류를 규정하고 있고, 어떤 경우는 일반원칙에 대한 예외를 규정하고 있다.²⁰⁰⁾ 성병(性病)과 약물남용은 부모의 동의 없이(피임, 낙태, 그리고 정신질환은 경우에 따라 포함 또는 제외) 치료를 받을 수 있다.

199) In re Helga Wanglie, Fourth Judicial Dis.(Dis. Ct. Probate Ct. Div.) PX-91-283, Hennepin County, Minnesota.

200) Jonsen et al.: 93-94.

(1) 해방된 미성년자

미국의 모든 주(州)와 컬럼비아 특별구, 푸에르토리코(Puerto Rico)에서 '부권(父權)에서 해방된 미성년자(emancipated minors)' 조항을 가지고 있다(예컨대 앨라배마 주 법률 Title 26, Chapter 13). 이러한 미성년자는 신체적으로, 재정적으로, 그 부모에게서 독립하여 자신의 삶을 살아가고, 가족에게 부양을 의지하지 아니한다. 이들은 부모의 동의 없이 자신의 보건의료결정도 할 수 있다. 201) 미성년자가 해방되려면 가정법원에 신청을 하여 허가를 받아야 한다.

(2) 성숙한 미성년자

법정 성년 연령에 이르지 아니한 청소년으로서 성숙한 미성년자(mature minor)는 부모에게 의존하고 있지만, 어떤 상황, 치료방법, 치료의 결과에 대하여 이해할 수 있는 충분한 연령과 분별력을 가지고 있다. 이들은, 긴급한 치료가 필요한데 부모나 후견인이 동의할 수 없는 상황에서 치료결정을 할 권한이 부여된다. 202) 그 구체적인 조건은 ① 환자는 분별력을 가진 나이이고(15세 이상), 진정으로 '충분한 설명에 근거한 동의'(informed consent)를 할 만큼 치료와 그 위험성을 충분히 이해하는 것으로 보일 것 ② 환자 자신의 이익을 위하여서만 의료처치가 이루어질 것(예, 장기이식 혹은 연구대상이 아닐 것) ③ 그 조치는 의학적견지에서라도 필요한 것으로 인정될 수 있을 것 ④ 부모의 동의를 얻을 수 없는 정당한 이유가 있을 것(그 치료를 받는 데 부모의 동의를 받는 것을 그 미성년자가 단순히 거부하는 경우도 포함) ⑤ 의사는 치료비문제도 그 미성년자와 명백하게 합의해 놓아야 한다. 왜냐하면 치료비청구서가 부모에게 보내질 경우 미성년 환자와 사이의 비밀 준수 의무를 의사가 스스로 지킬 수 없기 때문이다.

이러한 제도는 성문법보다는 판례법으로 인정되고 있다. 성숙한 미성년자를 치료한 경우 나중에 부모의 항의가 따라올 수 있다. 그러나 법적으로 그러한 위험은 미미한 것으로 간주된다. 어쨌든 의사는 젊은이가 부모와의 의사소통을 꺼리는 이유를 물어보아야 하고, 만일 미성년자가 대화에 응한다면 상호 만족스러운 방법(비밀유지는 계속)으로 해결하는 절차를 밟아야 할 것이다. 돌이킬 수 없는 불임수술(sterilization: 일단 불임수술을 하여버리면 다시는 임신할 수 없게 되는 수술)은 대개 법으로 금지되어 있다. 의사는 미성년자에게서 불임수술요청을 받으면 특히 신중하게 고려하면서 그 이유를 알아보고, 그러한 수술은 피하고 피임방법이나 다른 대안(代案)을 제시하여야 할 것이다.

(3) 혼인하거나 임신한 미성년자

혼인하거나 임신한 미성년자(married or pregnant minors)는 그 부모의 동의나 부모에 대한 통지 없이, 산아제한이나 조산(助産)의 상담, 정신질환의 진단과 치료에 동의할 수 있다.

201) Jonsen 외. 2006. 앞의 책: 94. 군대에 복무하고 있는 결혼한 미성년자, 대학에 다니느라고 먼 곳에서 살고 있는 미성년자가 이에 해당된다.

202) Jonsen 외. 2006. 앞의 책: 94.

의사는 위와 같은 1)~3)의 미성년자들에게 모든 의료정보(그들의 부모 등에게 제공하였을 정보)를 알려주고 이해할 수 있도록 설명하여 주어야 한다. 의사는 부모나 후견인의 동의 없이, 그러한 설명을 하고 필요한 치료절차를 진행한 이유를 문서로 기록하여 두어야 한다. 만일 그 미성년자가 동의를 할 정도로 성숙하였는지의 점에 의문이 있으면 의사는 법원의 허가를 청구하여야 한다. 그러나 응급상황의 경우에는 예외가 인정된다.²⁰³⁾

2) 우리나라의 경우

미국의 각 주(州) 법에서는 이처럼 미성년자에 관한 자세한 예외규정과 제도를 두고 있다. 그러나 이 규정들은 어디까지나 미성년자에 대한 치료의 문제를 다루는 것이지, 치료의 보류나 중단의 문제를 다루고 있는 것은 아니다. 그러나 미성년자도 말기질환에 걸릴 수 있고, 치유불가능하고 돌이킬 수 없는 식물인간상태에 빠질 수도 있다. 그래서 생전유언제도가 필요한 것은 성년자의 경우와 차이가 없다. 그래서 우리나라에서는 원칙적으로 부모나 후견인(개정민법은 미성년후견인이라고²⁰⁴⁾ 명명) 등 법정대리인이 무의미한 연명치료의 중단 결정을 할 수 있다고 할 것이고, 다만 환자인 미성년자 자신이 의사표시를 할 수 있다면 그의 의사를 충분히 반영하여 ²⁰⁵⁾법정대리인이 결정하여야 할 것이다. 우리나라 민법에도 미성년자가 혼인하면 성년자로 간주되고 있으므로(민법제826조의2) 혼인한 미성년자 규정은 생전유언에도 적용된다고 해석할 것이다. 따라서 혼인한 미성년자는 생전유언을 할 수 있고 사전의료의향서를 작성할 수 있을 것이다. 이 문제도 생전유언법을 제정한다면 분명하게 명문으로 규정하여야 할 것이다.

5.2.1.4 임신부(妊産婦)

1) 미국의 경우

임신한 여자가 생전유언서를 작성하였거나 임신 전에 생전유언서를 작성하여 둔 후 나중에 임신한 경우, 그 내용 중에 만일, '내가 암에 걸리든지, 영구식물인간상태에 빠지면 인공호흡기 장착 등 일체의 연명치료를 중단하기 바란다.'고 기재한 경우 연명치료 중단조치를 실시할 수 있는가? 할 수 있다면 언제 실시할 수 있을까?

하나의 사례를 보면, 1987년 6월 미국 워싱턴 디 씨(D.C.) 법원의 판사는 임신 26주의 부인(암으로 인하여 죽음이 임박한 상태) 안젤라 카더(Angela

203) White, C., Rosoff, A. J., LeBlang, T.R. 2007. "Informed Consent to Medical and Surgical Treatment", In Legal Medicine. 7th ed. 341.

204) 개정민법 제932조는 미성년후견인 선임청구를 할 수 있는 사람으로 가정법원의 직권, 미성년자 본인, 친족, 이해관계인, 검사, 나아가 지방자치단체의 장을 열거하고 있다.

205) Doukas & Reichel. 2007, 43

Carder)라는 여성에게 제왕절개수술을 받으라고 명령하였다.²⁰⁶⁾ 그 여자는 임신 28주가 되면 아이의 생존가능성은 훨씬 좋아질 텐데 그때까지 생명이 연장될 수 있기를 바라는 희망을 담당의사와 이야기하고 있었다. 그녀의 죽음이 임박한 것으로 보였을 때, 병원에서는 환자나 그 가족에게서 수술에 관한 동의를 얻지 못하고, 태아의 즉각적인 분만명령을 법원에서 얻었고, 수술을 실시하였다. 아이는 2~3시간 안에 죽었고 산모는 2일 후 죽었다. 이 사례는 환자에게 의사능력이 없을 경우 법원은 대리판단(substituted judgement)을 하여야 한다고 한 것이었다.²⁰⁷⁾

생명의 발달과정을 볼 때, 아기의 생존가능성이 있으면 아기가 태어날 때(아가 자궁 밖에서 살 수 있을 때)까지 산모의 연명치료는 계속되어야 한다는 이 지적(理智的)이고 책임감 있는 주장²⁰⁸⁾도 있을 수 있다. 생전유언이나 연명치료 보류·중단의 권리는, 살아있는 태아를 임신하고 있는 산모에게는 적용되지 않는다고 규정하고 있는 주(州)들도 많이 있다.²⁰⁹⁾ 또 판례 중에는 생존가능 시점(the point of viability) 이후 태아의 생명에 대하여 국가는 강제적인 이익(compelling interest)을 가지고 있다. 산모의 종교 활동과 이를 이유로 한 수술거부의 권리와 태어나기 전의 아이의 생존의 권리를 비교할 때, 아이의 생존의 권리가 우선한다는 판결을 내리고 있다.²¹⁰⁾ 그러나 시간이 흐르면서, Roe v. Wade 판례의 재검토 의견이 나오고, 이 판례의 파기에 찬성하는 의견과 판례가 속속 나오고 있다.²¹¹⁾

임산부를 포함한 모든 환자는 인간으로서의 존엄성 또는 생명의 존엄성²¹²⁾과 신체의 완전성에 대한 권리, 그리고 고통스러운 치료에서 해방될 도덕적 권리를 가지고 있다. 이러한 도덕적인 권리가 임신에 직면하여 사라진다는 주장은 결코 옳지 않다. 앞의 사례에서처럼 암환자인 산모의 연명치료를 계속하였다고 태아가 생존할

206) In re A.C., 573 Atl. Rpt. 2d 1235,1237(D.C. Court of Appeals, April 26, 1990) (Legal Medicine 7th ed. 206, 주 41).

207) Lenow, J. L. 2007. "Legal Interests of the Fetal Patient" In Legal Medicine 7th ed. 203.

208) Dworkin, R. 1993. Life's Dominion: An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom, New York: Alfred A. Knopf.

209) 예컨대, 콜로라도 주(州) 개정법률 Section 15(Probate etc.)-18(Colorado Medical Decision Act)-104(2012)(2); 일리노이 주(州) 생전유언법(755 ILCS 35/3, Sec.3(c): 광의 자연사법 §91108. Self-Determination By Patient: Pregnant Patients. 신현호. 2006, 167.

210) Roe v. Wade, 410 U.S. 113(1973)(태아를 보호하기 위하여 산모의 권리침해를 허용); Jessie Mae Jefferson v. Griffin Spaulding County Hospital, 247 Ga. 86, 274. S.E.2d.457(1981)(임신 39주의 산모가 전치태반(placenta previa)으로 고생하고 있으나 종교적 이유로 수술을 반대, 의사는 법원에 제왕절개수술 허가신청을 하여 허가받음).

211) City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, 462 U.S. 416, 419~20(1983)(임신기간 동안 기준은 동일하여야 한다. Trimester Approach에 반대); Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists, 476 U.S. 747(1986); 태어나기 전의 태아의 권리와 산모의 권리 중, 산모의 권리를 더 중시하기 시작.

212) Kuczewski & Pinkus. 강명신, 154, 생명의 존엄성 원칙은 '자연에게 제 갈 길을 가도록' 하는 것이다.

확률이 높아질 것 같지도 않다. 환자의 치료거부행위의 결과 그 환자의 죽음이 초래 되는 것이 확실하더라도, 치료의 보류·중지를 요구할 권리를 환자가 가진다는 것은 미국의 정립된 법률이요²¹³⁾ 판례다.²¹⁴⁾ 동의능력이 있는 성인(成人;남녀)이 괴로운 치료, 원치 않는 치료에서 벗어날 권리는 이처럼 확립된 것인데, 이 권리에 '아직 태어나지 아니한 아이(태아)'의 권리가 우선할 수 있는가? 아마도 산모의 권리가 우선할 것이다.²¹⁵⁾ 가령 그 태아가 태어나더라도, 아마 만성적 질환[예컨대, 인체면역 결핍 바이러스(HIV) 양성; 후천성 면역결핍증(AIDS) 바이러스]을 유전적으로 가지고 태어날 터인데, 그러한 신생아의 양육과 치료에 따른 재정적 부담은 누가 질 것인가? 산모는 사망하고 아이만 태어난 경우 그러한 아이의 삶의 질(質)은 과연 어떻게 될 것인가? 이들은 모두 심각한 문제점들이다.²¹⁶⁾ 요컨대, 임신부가 생전유언에서 원하는 조건이 이루어졌다면 치료중단 내지 생전유언의 발효는 바로 이루어져야 한다고 해석할 것이다.

2) 우리나라의 경우

임산부에 관한 미국의 최신 판례는 태어나지 아니한 태아의 권리가 살아 있는 산모의 권리에 우선할 수 없다는 것이다. 인간의 생명을 보호하고 존중할 의무는 중요하지만, 산모가 중병에 걸려 있어서 연명치료를 중단하기를 원한다면, 살아 있는 사람의 권리가 우선되어야 할 것이다. 미국의 판례나 제도를 거의 그대로 도입하여도 무리가 없고, 좋을 것 같다.

5.2.1.5 기혼자나 미성년자녀가 딸린 환자

1) 미국의 경우

예컨대, 남편이 처자 등 권속(眷屬)을 거느린 가장(家長)으로서 마음대로 자신의 몸에 관한 치료결정 나아가 치료거부결정을 할 수 있는가? 그러한 환자의 자율결정권도 보호 받는가? 이 문제에 관하여 자녀의 양육의무보다는 부모의 자기 결정권이 우선한다는 판례가 많다.²¹⁷⁾ 플로리다 주(州) 최고법원은 In re

213) The Uniform Rights of the Terminally Ill Act, 1989; The Patient Self-Determination Act, 1990과 이에 따른 각 주(州)의 제정 법률들이 있다.

214) 플로리다 주(州) 최고법원의 판결 즉, Public Health Trust v. Wons, 541 So. 2d 96(Fla.1989) 등

215) Elizabeth C. Benton. 1990. "The Constitutionality of Pregnancy Clauses in Living Will Statutes." Tenn: Vanderbilt. L. Rev.43(6):1821-37; Timothy J. Burch. 1995. "Incubator of Individual? The Legal and Policy Deficiencies of Pregnancy Clauses in Living Will and Advance Health Care Directive Statutes." Md: Maryland L. Rev.54(2):528-70; Kuczewski & Pinkus, 강명신. 155.

216) Kuczewski & Pinkus, 강명신, 151-152.

217) 이하나. 2012. 앞의 논설, 12(Public Health Trust v. Wons, 541 So. 2d 96(Fla.1989): 양친에 의한 자녀양육도 중요하지만 그것이 어머니의 근본적인 헌법상 권리를 번복할 만큼 중

Dubreuil(1993)사건에서,²¹⁸⁾ ① 부모로서의 책임 때문에 그 부모(환자)의 권리가 약화되거나 자신의 신념에 따라 살아갈 권리를 박탈당하지 않으며 한 부모 가정의 환자(부나 모)의 자기결정권행사는 자녀 유기(遺棄)가 되지 않고, ²¹⁹⁾ ② 결혼은 헌법상 권리인 사적자치권을 파괴하지 아니하므로 배우자가 환자의 결정을 반대한다고 하여 병원이 환자본인의 의사(意思)에 반하는 치료를 할 수 없으며, ③ 병원의 역할은 환자의 뜻과 이익에 부합하는 치료를 제공하는 것이므로, 병원은 환자의 적대자(敵對者)가 되어서는 안 된다고 판시하고 있다.²²⁰⁾ 이런 경우 환자가 배우자나 자녀의 부양과 관계없이 스스로 치료중단 결정을 하여 의사 측에 통고하면 바로 생전유언은 효력이 발생한다고 해석할 것이다.

2) 우리나라의 경우

혼인한 남자(또는 여자)가 병에 걸려, 연명치료를 중단할 것이냐 계속할 것이냐 하는 경우, 그 처자(妻子) 등 가족을 생각할 수 있고 걱정하는 것은 인간의 도리상 당연하겠지만, 생전유언의 본래의 취지대로 무의미한 연명치료를 중단하고 존엄하게 삶을 마치려고 하는 경우라면, 유언자 개인으로서는 절체절명의 순간에 이른 것이므로 딸린 가족의 부양의무 등을 생각할 겨를이 없을 것이다. 미국 판례의 취지를 우리나라 입법에 반영할 수 있을 것이다. 다만, 죽어가는 사람에게 생존자의 부양의무를 거론하는 것 그 자체가 너무 가혹하다고 할 것이다.

5.2.2 생전유언의 작성시기(미국, 한국의 공통요건)

누구나 자신의 생전유언서를 작성하기로 결정하였다면,²²¹⁾ 언제 작성할 것인가

요하지는 않다. 그 어떤 것도 개인의 종교(예, 여호와증인)와 삶에 대한 신념보다 더 사적(private)이고 신성한 것은 없다. 자신의 양심에 따라 자신의 삶에 중대한 영향을 미치는 결정(예, 수혈거부결정)을 내릴 권리는 과장(誇張)해서 말하기는 어렵다. 왜냐하면 과장 없이 사실 그대로 말하여, 그 권리가 바로 기반(bedrock)이고 그 기반 위에 이 나라가 창설된 것이기 때문이다.

218) 이 판례에 대한 평석 : In re Dubreuil : Is an Individual's Right to Refuse a Blood Transfusion Contingent on Parental Status(수혈을 거부할 개인의 권리는 부모의 지위에 부수하는가?) Bamonte J.L. Bierman, C.. Fla : 17 Nova L. Rev.:517(1992-1993).

219) Norwood Hospital v. Munoz, 409 Mass.116, 564 N. E.2d 1017(1991); 어른의 치료 거부 권리는, 그 거부로 인한 어른의 사망이 어린이의 유기(遺棄)를 초래하지 아니한다면, 어린이의 복지(well-being) 보호보다 우선한다.

220) Fosmire v. Nicoleau, 75 N. Y. 2d 218,222, 551 N. E. 2d 77, 551 N. Y. S. 2d 876(1990); 시민은 자신의 신체 상태나 부모로서의 지위 여부와 상관없이 자신의 의료처치에 대하여 선택할 권리(예, 수혈거부 권리)를 확실하고도 공고하게 가진다. 자녀의 이익이 더 우선할 수는 없다. Stamford Hospital v. Vega, 236 Conn.646(1996.4.16.); 반드시 말기환자뿐만 아니라, 목숨이 위급하지만 단순하고 비교적 일상적 치료(예, 수혈)로 치유될 수 있는 환자도 그 치료를 거부할 권리를 가진다. Conn: 29 Conn. L. Rev.: 945(1996-1997).

221) Tolstoy. 이상원 역. 2005. 앞의 책: 80. 인생의 가장 중요한 문제들은 홀로 결정할 수밖에

가 중요하다. 결론은 지금 당장 작성하는 것이 최선이라는 것이다.²²²⁾ 사람이 언제 갑자기 자기 스스로 의사표시를 할 수 없게 될지 누구도 알 수 없기 때문이다. 그리고 생전유언서는 사람이 일시적으로라도 무능력상태가 된다면 그 사람 대신 대리인이 결정을 할 수 있도록 허용하고 있다. 자신의 가치관(values)을 반영하여 생전유언서에 서명하는 일을 지금 처리함으로써, 현재의 제도 중에서 다른 어떤 장치(mechanism)나 방법으로도 할 수 없는 방법으로 보건의료에 관한 자신의 몸에 대한 스스로의 관리·통제권을 지킬 수 있다. 이와 같은 방식은, 환자 자신이 무의식상태가 되었을 때라도, 어떤 치료를 시작하라고 하고 혹은 중단하라고 지시할 수 있는 환자 자신의 능력을 실현시키고, 그 능력을 촉진하거나 연장하고 강화시켜 줄 것이다.

절대 다수의 사람들이 죽을 때는 병원에 입원하여 인생의 종말을 맞이하고 있고,²²³⁾ 병원에 입원할 당시에는 ²²⁴⁾, 이미 자신의 가치관을 반영한다든지 생전유언을 할 능력이나 시간은 없다. 병원 등 의료시설에 입원할 때까지 기다리는 것보다, 지금 바로 생전유언서에 서명하는 것이 자신에게 최선의 이익이 된다.²²⁵⁾ 우리가 현재 아프지 않고, 아직 완전한 능력이 있을 때 그러한 결정을 하기는 매우 어렵다는 것을 우리는 모두 알고 있다. 우리들이 자신의 의료결정을 할 능력을 상실하리라는 것을 상상하기는 어렵다. 우리는 모두 이러한 일을 기분 나쁘게 생각하여 거부하고, 꾸물거리며, 우유부단한 태도를 취한다. 인간에게는 이러한 타성이나 약점이 있음을 이해하는 것은 보통 죄의식을 덜 느끼게 할 것이다. 그러나 그럼에도 불구하고, 지금 바로 시작하여 행동하는 것이 중요하다는 것²²⁶⁾을 깨달아야 한다. 이는 학자들의 공통된 의견이다. 환자의 의식이 소실되기 1주일 전이면 다소 늦다는 의견도 나와 있다. ²²⁷⁾ 요컨대 명료한 의식이 있는 동안에 생전유언서에 서명하여 두는 것이 최선의 길이다.

생전유언서 작성을 언제 할 것이냐 하는 문제는 개인적인 문제이지만 미국이나 우리나라나 학자들이 공통적으로 주장하는 것은 지금 바로 하라는 것이다. 그렇다고 생전유언법에 이러한 유언의 작성 시기까지 정하여 놓을 수는 없다. 생

없다. 자신 외에는 누구도 내 인생을 이해하지 못하기 때문이다.

222) 이 점에 관한 우리나라 여론조사 결과를 보면, 응답자의 다수가 누구나 죽기 때문에 죽음은 당연하지만 공개적으로 이야기를 나누지는 않는다.(49.4%)거나 생각해 본 적 없다(29.8%)고 하였으며, 죽음 준비에 대해서도 죽음은 피할 수 없지만 굳이 준비할 필요는 없다(36.8%)거나 생각해 본 적 없다(34.4%)고 답하고 있다(보건복지부 2012.1.19. 발표 '생명나눔 인식도 조사').

223) 신현호. 2006, 88

224) Doukas & Reichel. 2007, 58. 그 때쯤에는 당신이 무의식상태이거나 너무 아픈 고통 속에 있어서, 생전유언서나 사전의료의향서에 기입할 수 없을지도 모르기 때문이다.

225) Doukas & Reichel, 103.

226) Tolstoy. 이상원 역. 2005. 앞의 책: 16. 당신에게 가장 중요한 때는 언제인가? 당신에게 가장 중요한 일은 무엇인가? 당신에게 가장 중요한 사람은 누구인가? 당신에게 가장 중요한 때는 현재이며, 당신에게 가장 중요한 일은 지금 하고 있는 일이며, 당신에게 가장 중요한 사람은 지금 만나고 있는 사람이다.

227) 이경환. 2011. 생명윤리정책연구센터 2011년 특별 세미나 「아름다운 마무리, 당하는 죽음에서 맞이하는 죽음으로」. 서울: 동 세미나자료집:38.

전유언 제도 자체의 취지가 인간으로 하여금 그 임종을 인간답게 존엄하게 그리고 자연스럽게 맞이하게 하자는 것이므로, 이는 어디까지나 개인의 자율에 맡겨질 문제이기 때문이다.

5.2.3 생전유언의 기재사항과 기재방법

5.2.3.1 개관

1) 통일말기환자권리법

앞에서 이미 언급한 통일말기환자권리법의 권고에 따라 미국 내의 각 주(州)에서 채택한 생전유언 법률이나 사전의료의향서법들에 따르면 사람이 만일 말기질환에 걸리거나 영구적인 혼수상태에 빠지면, 그는 생명유지 장치로 살아있기를 원하지 아니한다는 것을 구체적으로 기입한 생전유언을 할 수 있다. 환자는 의약품 등으로 괴로움을 당하지 않고 자연스럽게 죽을 수 있도록 허용된다.²²⁸⁾

미국은 각 주(州)가 독립된 행정·입법·사법권을 행사하는 하나의 완전한 국가이므로 주(州)마다 법률이 다를 수 있다. 그래서 연방정부에서 관심을 가지고 어떤 문제에 관한 통일법률이 필요하면, 통일법을 선언하여 각 주가 이에 따른 구체적인 법률을 제정하도록 유도하고 있다. 생전유언법, 사전의료의향서법도 마찬가지로 입법하고 있다. 우리나라는 단일 독립 국가이므로 이러한 통일법은 필요하지 않다.

2) 생전유언서에 기재할 일반적인 내용

생전유언은, 장차 죽음이 임박하면, 받게 될 의료처치를 받지 않겠다고 미리 거절하는 의사(意思)표시이다. 비록 의료처치로 죽음이 연장되거나 일시 방지될 수 있는 경우라 할지라도 무익한 치료를²²⁹⁾ 거절한다는 의사표시이다. 일반적으로 사용되는 생전유언 문서에는

「나는 정상적인 정신과 자유의사로 다음과 같이 지시한다. 만일 내가 신체적·정신적 무능력으로 나의 치료에 관한 결정을 할 수 없게 된다면, 이 문서가 그와 같은 모든 결정에 필요한 지침과 권한을 부여할 것이다. 만일 내가 영구적 무의식상태에 빠지거나, 혹은 심각한 치명적 질병이나 상태에서 회복될 가망이 없다면, 나는 인공적 장치로 살아있기를 원하지 않는다. 또는 약물과 간호만으로 내가

228) Mirarchi. 2006, 9. 日本尊嚴死協會, 荒川迪生 책임편집. 2005. Living Wills around the World, 世界のリビング・ウィル. 東京: 일본존엄사협회: 177-195.

229) Doukas & Reichel. 2007, 31-32. 무익한 치료가 무엇인가? 그 치료방법의 사용을 뒷받침할 의학적 증거가 없고, 환자를 유익하게 할 생리학적인 이유가 없으며, 완화적 이점도 없는 치료이다. 말기질환의 최종단계에 있는 환자에게 치유적(curative) 치료는 무익하다고 생각될 것이고, 완화적 안락(comfort) 치료가 가장 가치 있는 치료가 될 것이다(무익에 관하여는 앞의 제2장 제1절 참조).

죽음을 자연스럽게 맞이할 수 있도록 하여 주기 바란다.」고 하는 정형화된 문구가 들어 있는 것이 보통이다.²³⁰⁾ 어떤 종교그룹(예컨대, 로마가톨릭, 전통적 유대교 등)에서는 그들 자신의 종교적 신조(信條)를 반영하는 양식을 사용하고 있다. 5대 소원(5 Wishes)이라고 불리는 생전유언 양식은 최근의 생전유언 형식으로서 유언자의 가치관을 가장 잘 반영하는 것으로 평가되고 있다.²³¹⁾

3) 우리나라의 경우

우리나라는 앞에서 본 생명의료윤리정책연구센터에서 개발한 표준 사전의료의향서 양식을 사용하면 무난할 것으로 보인다. 생전유언서에 기재할 사항은 미국이나 우리나라나 별로 차이가 나지 않을 것 같다.

5.2.3.2 생전유언서의 기재사항

환자가 생전유언에서 어떤 치료는 승낙하고 어떤 치료는 거절하기로 결정하려면 치료의 종류와 내용을 어느 정도는 알고 있어야 할 것이다. 그래서 가장 기본적인 치료의 명칭과 방법을 아래에서 간략히 설명한다. 생전유언에서 연명치료의 중단을 원할 때, 중단 대상이 될 치료에는 어떤 것이 있는가에 대한 대답이 될 수도 있다. 생전유언서에는 치료의 중단이나 거절뿐만 아니라, 환자의 희망, 가치관, 그 밖의 지시사항들을 기록할 수도 있다. 전술한 바와 같이 이 부분은 세계적으로 거의 동일한 내용이고 환자 개개인이 스스로 알아서 선택할 문제이다.

1) 심폐소생술(CPR)

심폐소생술(cardiopulmonary resuscitation)은, 심장과 폐가 정지되어 맥박이 멈추거나 숨을 쉬지 않는 환자의 심장박동과 호흡을 재개(再開; restart)시키는 의료절차이다. 일반적으로 소생술(CPR)을 ‘입으로 불어넣는 식(mouth-to-mouth)’의 인공호흡으로 생각할 수 있으나, 그것은 응급기술자가 사용하는 방법이다. 병원의 소생술은 기관 튜브(endotracheal tube)를 목구멍 안으로 넣고, 가슴을 눌러서 하는 방법이다. 산소가 환자의 허파 속으로 들어가고, 그로 인하여 피(血)가 몸 전체, 특히 심장과 뇌를 통하여 순환되도록 한다. 이것은 다양한 약물이 혈류를 따라 적절하게 온 몸에 순환되게 하는 데도 필요하다. 소생술은 가장 기본적인 생명구조 절차인바, 여기서 환자는 전혀 기억을 하지 못하고 고통을 느끼지도 못한다. 소생술에는 바람직스럽지 못한 결과로 갈비뼈 골절, 전기(電氣)화상, 혹은 폐와 가슴 벽 사이의 공기유입(pneumothorax)이 부수적으로 따를 수 있고, 튜브 삽입 시 통증을 유발하기도 한다.²³²⁾ 이는 환자의 이익을 위한 것이지만, 환자는 불쾌감을 느낄 수도 있다.

230) Jonsen et al. 2006, 86.

231) 연세대학교 생명윤리정책연구센터. 2011. 앞의 세미나 자료: 137.

232) Duokas & Reichel. 2007, 77.

2) 고급 심장생명유지법

고급심장생명유지법(Advanced Cardiac Life Support Protocols)은 혈압을 정상화하고, 심장의 리듬을 교정하거나 회복시키는 기술과 약물 처방 요법이다. 일정한 약을 사용하고, 소생술과 함께 시술하여 그 약이 몸 전체에 순환되도록 하는 것이다. 만일 환자가 생전유언에서 심폐소생술을 선택한다면, 이 절차도 함께 선택하여야 한다. 왜냐하면 그 기술들은 서로 보완작용을 하기 때문이다. 심장박동이 완전히 정지할 때까지 환자는 이 치료방법을 선택할 수 있다.

3) 기관삽관법

기관(氣管)삽관법(Endotracheal Intubation)은 의사가 환자의 호흡을 도와주기 위하여 인공호흡기를 장착하는 하나의 방법이다. 플라스틱 튜브를 환자의 입 속으로 넣어 기관 속으로 내려가게 하고 그 튜브가 호흡기에 연결되게 한다. 이 방법은 일반적인 절차이고, 전신마비 상태에서 환자가 수술을 받는 동안 호흡을 하도록 도와주기 위하여 사용된다. 생명을 위협하는 응급상황의 경우 인공호흡기의 장착은 일시적인 것이다. 환자의 상태가 개선되어 자발호흡을 할 수 있으면 튜브는 제거된다. 그 이전의 몇 시간이나 며칠 동안만 인공호흡기가 장착될 수 있다.

4) 인공호흡기

인공호흡기(Ventilator; Respirator)는 환자가 자발호흡을 할 수 없을 때 인공적인 호흡을 제공하는 의료절차이다.²³³⁾

응급 시 일시적(一時的)인 호흡기 장착을 원한다면, 생전유언에 그렇게 기록하면 된다. 비록 환자가 숨을 완전히 멈추지 않았을지라도, 그는 호흡기를 선택할 수 있다. 장기적(長期的)으로 호흡기를 장착하고 있는 환자들은 자발호흡 능력을 회복할 수도 있고, 그때는 호흡기가 제거될 수 있다. 그러나 환자의 상태가 나빠지면, 호흡기는 계속 사용될 것이다. 환자들이 오해하는 부분은 '일단 호흡기를 장착하면 평생호흡기를 써야 한다.'는 고정관념이다. 자발호흡의 가능성 여부에 따라 의사와 상담하여 융통성 있게 처리할 수 있다. 그때그때 환자의 소원에 따라 호흡기장착을 계속하거나, 제거하는 결정을 할 수 있는 것이다.²³⁴⁾

인공호흡기의 장착방법은 기관절개수술(tracheotomy; 장기적 인공호흡의 경우)과 기관튜브(endotracheal tube)²³⁵⁾삽입이다. 앞의 것은 기관(Wind-Pipe) 속으로 튜브를 직접 삽입할 수 있도록 목에 작은 절개(切開)수술을 하는 것이고, 뒤의 것은 수술을 하지 않고 튜브를 입으로 넣어 목구멍 속으로 내려가게 하여 그것이 기관에 이르도록 한다. 앞의 3)의 기관삽관법이 바로 그것이다.

5) 전기충격

233) Doukas & Reichel. 2007, 77-78. 호흡기는 사람이 1분에 쉬는 호흡의 횟수, 호흡의 양, 1회에 쉬는 숨의 산소(O₂)퍼센티지를 체크하고 통제한다.

234) Mirarchi. 2006, 51.

235) Duokas & Reichel, 78. 기관튜브에 대하여 사람들 특히 만성 폐질환을 앓고 있는 사람은 자기나 가족의 경험을 근거로 싫은 감정, 부정적 느낌을 가지고 있다.

전기충격(Defibrillation)은 심장박동의 리듬을 회복시키기 위하여 전기충격(electric shock)을 사용하는 방법이다. 환자의 가슴 위에 놓인 패들(paddle) 혹은 패드를 통하여 충격이 전달된다. 의사는 충격을 주기 위하여 한 세트의 패드를 사용할 수도 있다. 이 요법은 심장의 정상적인 박동을 회복시키는 데 효과가 있고, 가치 있는 것으로 증명된 유일한 방법이다.²³⁶⁾ 만일 환자가 생전유언에서 안락간호나 호스피스를 선택하였다면, 환자는 이 전기충격요법마저 거절한 것으로 취급된다. 만일 심장 박동이 완전히 멈추었다면, 무수축(無收縮;asystole)의 단계에 돌입한 것이므로 이 요법을 사용하지 아니할 것이다. 이 단계에서는 심장이 전기(電氣)활동을 하지 못하고, 혈액을 펌프(pump)하지 못하여, 전기충격에 반응할 수 없기 때문이다.

심장박동기(pacemaker; 혹은 인공페이스메이커)는 작은 배터리 동력의 장치이고, 가슴 상부의 피부 안에 설치된다. 그 조정전선(pacing wires)이 심장에 연결된다. 이 전선은 맥박을 측정하고 심장리듬을 교정한다. 장착된 전기충격기(implanted defibrillator)는 조금 큰 장치로서 페이스메이커와 비슷하다. 그것은 갑작스런 심장마비를 일으킬 수 있는 불규칙 심장리듬이 나오는 가를 관찰하면서 심장을 계속 모니터한다. 심장이 비정상적인 리듬을 나타내면, 그 충격기는 전기맥박으로 그 리듬을 회복시키기 위하여 켜지고, 그리고 심장박동기가 심장을 계속 뛰도록 지원하여 준다. 전기충격기는 심장이 비정상적인 리듬을 나타낼 때만 작동하고, 그 이전에는 완전히 멈추어 있다. 이 2가지 장치는 최소한의 침해적 수술(invasive surgery)로 장착할 수 있다. 그리고 침해적 절차가 포함되지 아니하는 컴퓨터나 전자적 장치를 사용하여 언제든지 끌 수 있다.

6) 신체를 침해하는 절차

신체 침해적인 치료의 범주에는 수술시의 단순한 정맥 점적(點滴;drip)부터 시작하여 광범하고 다양한 치료들이 포함된다. 팔이나 다리에 하는 정맥점적은 구명(求命) 약물을 공급할 수 있다. 폐가 쇠약하여 지면, 그 폐를 회복시키기 위하여 환자의 가슴에 튜브를 삽입할 수 있다. 이러한 것들과 다른 많은 의료처치들은 침해적 절차의 사용 없이는 효과적으로 제공될 수 없다.²³⁷⁾ 수술을 할 경우 의사는 환자의 생전유언에 정하여 놓은 제한을 일시적으로 무시하기도 한다. 이는 환자가 수술을 받을 때는 그가 선택하거나 선택하지 아니한 여러 형태의 생명유지 절차를 이미 시작한 것이라는 것이 주된 이유이다. 예를 들면, 환자가 치료의 일부로 수술을 받고 있는 동안에 심장이 멎는다면, 의사는 심장박동을 회복시키려고 시도할 것이다. 일단 수술이 완료되면, 환자의 생전유언은 다시 우선적 효력을 갖게 된다.

가) 침해적 응급절차

236) Mirarchi, 2006, 52. TV에서 방영하는 전기충격 요법의 효과는 실제 상황과는 다르다. TV는 많은 응급절차를 묘사하면서 극적인 방법을 사용하기 때문이다.

237) Mirarchi, 53.

침해적 응급절차(Invasive Emergency Procedure)의 범주에는 응급수술, 가슴튜브삽입, 구명약품의 정맥주입 기타 생명을 구하기 위한 절차들이 포함된다. 생전유언에서 환자가 모든 치료를 원한다고 기록한 경우(이것이 완전코드), 이 절차를 선택한 셈이 된다.

나) 침해적 안락절차

침해적 안락절차(Invasive Comfort Procedure)는 환자의 고통과 불안을 제거하려고 시도하는 절차이다. 중심 정맥관(central intravenous line)의 사용까지도 안락절차가 될 수 있다. 왜냐하면 그것으로 의사는 계속적으로 주사바늘 상처(needle sticks)를 내지 않고도 혈액샘플을 채취할 수 있기 때문이다. 통증 완화 약물들도 정맥점적(intravenous drip)을 통하여 공급될 수 있고, 환자를 더욱 안락하게 하기 위하여 수술까지도 할 수 있다. 이런 절차에서 의사는 환자의 생명을 연장하거나 생명을 구하는 절차를 수행하지 않고 환자를 안락하게 치료하는 것이 허용된다. 만일 환자가 의사에게 침해적 절차로 고통과 불안을 없애달라고 원한다면, 의사는 이런 치료방법을 선택할 수 있다.²³⁸⁾

7) 정맥을 통한 공급

가) 유동체(流動體)

일시적인 조치로, 의사는 환자의 혈관(정맥)을 통하여 보통 식염수나 설탕을 혼합한 식염수를 공급한다. 환자가 물을 마실 수 없을 때 환자의 몸의 수분유지를 위하여 화학약품인 유동체를 공급한다. 통증완화제를 포함한 약물을 공급하는 데 편리한 방법이 바로 이 정맥을 통하는 것이다²³⁹⁾. 만일 '컨디션이 개선되지 않는다면, 그 치료중지를 선택한다.'고 생전유언에 기록할 수 있다. 만일 생전유언에 미리 안락간호나 호스피스를 선택한다고 기록하여 두고 또 정맥공급을 원하지 아니한다고 기재하였다면, 통증완화제 같은 약물이 공급될 것이고 그것도 정맥을 통한 방법이 아닌 다른 방법으로 공급될 것이다.

나) 항생제

항생제는 전염병균을 방지하거나 죽인다. 이것은 보통 입으로, 튜브로, 또는 정맥을 통하여 혈액 속으로 공급된다. 목이나 다리에 있는 대정맥에 삽입되는 특별한 라인(중양라인)을 통하여 그것이 투여될 수도 있다. 안락코드를 선택하였다면, 정맥 투여도 거절한 것으로 된다.

다) 영양공급

영양공급은 소화기(消化器) 계통을 통하여 영양과 유동체를 공급하지 않고, 정맥을 통하여 이를 공급하는 방법이다. 음식을 먹지 못하거나 음식소화에 곤란을 겪는 환자를 위하여 장기간 또는 몇 주(週) 혹은 몇 달만의 단기적인 용도로도 사용된다.²⁴⁰⁾ 환자의 건강상태가 나빠지거나 결정을 내릴 수 없을 경우는 가족과

238) Mirarchi, 54.

239) Doukas & Reichel, 79. 이 장치는 병원, 가정, 호스피스 그리고 장기(長期)치료에 적절한 치료방법이다.

대리인, 담당의사와 상담할 수 있을 것이다. 그 상담에서 이 절차의 계속이나 중단에 관하여 자신의 소원을 밝힐 수 있다.

8) 튜브 공급

환자가 음식을 입으로 씹거나 삼킬 능력을 상실한 경우 또는 그 능력을 회복할 가망이 없는 경우²⁴¹⁾ 수술로 튜브를 삽입하여 영양분·수분 등 유동체를 위(胃)로 바로 공급하는 방법이 튜브²⁴²⁾공급(feeding tube)이다. 이것도 일시적인 방법인데, 환자의 상태가 개선되지 아니한다면 그것을 중단하여 달라고 요청할 수 있다. 만일 환자가 식물상태에 빠진다면 튜브장치의 중단이나 제거 여부에 대하여 환자 자신은 알지 못하므로, 환자의 대리인이 결정하게 된다. 환자가 이점을 분명히 미리 생전유언에 기록하여 둔다면, 그 환자의 가족이나 담당 의사는 고민을 덜 하게 될 것이다. 환자에게 물과 영양분의 공급을 중단할 수 있는가? 기독교 전통이 강한 서구사회에서는 성경말씀(마태복음 25장 35절; 배고픈 사람에게 먹을 것을, 목마른 사람에게 물을 주라)을 근거로 법원은 퀴란(Quinlan)에게 물과 영양분의 공급하라. 이는 특별한 치료가 아니라, 일상적 치료라고 판결하였던 것이다.²⁴³⁾ 그 후 물과 영양분의 공급도 무의미한 연명치료에 속하므로 환자가 그 중단을 원할 수 있다고 하는 것이 판례(Cruzan Case)요²⁴⁴⁾ 학설이다.²⁴⁵⁾

9) 혈액 관련 처치

가) 혈전 약물치료와 혈관형성·확장 수술

이러한 치료방법은 심장·허파·뇌로 흘러가는 혈액의 유통을 방해하는 핏덩어리(血栓)를 용해하거나 치료하는 방법이다. 앞의 것은 약물치료이고 뒤의 것은 수술 방법이다. 수술방법은 혈관에 작은 풍선을 삽입하여 방해물을 제거하거나 열기 위하여 그것을 부풀게 한다. 혈관확장·형성 수술(Angioplasty)은 심장마비를 겪었거나 심장마비에서 회복되고 있는 환자를 위하여 생명구조 처치로 이용된다. 만일 환자가 안락간호나 호스피스를 선택하였다면, 이것을 원하지 아니한 것이다. 환자는 심장마비를 방지하기 위하여 생전유언에서 위 2가지를 모두 선택할 수도 있다.

나) 혈액과 혈액산물들

240) Doukas & Reichel, 79. 만일 장이 막혔다면, 막힌 것을 수술로 제거할 때까지 또 수술 후 위나 장이 좀 쉬고 낫을 수 있도록 이를 일시적으로 사용한다. 위나 장을 통과하지 않고 영양분이 바로 혈류를 통하여 공급되기 때문이다.

241) Doukas & Reichel, 78. 입에서 씹은 음식을 삼키는 과정에 우연히 잘못되어 그것이 허파로 들어가서, 기관지 폐렴이 생기는 경우에도 이 방법은 유용하다.

242) Doukas & Reichel, 78-79. 튜브에는 코로 삽입하여 → esophagus(식도) → 위로 연결되는 것(nasogastric tube), 위나 배에 장착하는 것(gastrostomy tube)이 있는바, 이들을 모두 enteral(창자) feeding tube라고 부른다.

243) Menikoff, 2001, 242. In Re Quinlan, 137 Supreme Court of New Jersey, 227,348A.2d 801(Ch.Div.1975); 355 A. 2d 647(N.J.1976).

244) Menikoff, 2001, 304. Cruzan v. Director, Missouri Department of Health, Supreme Court of the United States, 497 U.S. 261(1990).

245) Pence, G. E. 2003, 의료윤리I-고전적 사례들, 구영모 외 공역, 서울; 광연재: 95-96; 甲斐克則, 2004, 尊嚴死と刑法, 동경; 成文堂: 277; 영국의사회의 1999년의 연명치료유보 및 중단을 위한 가이드라인(Withholding and Withdrawing Life-prolonging Medical Treatment : Guidance for Decision Making); 신현호. 2006, 215.

수술을 하는 동안에는 수혈이 필요하다. 혈액과 그 구성성분은 그 용도가 다양하고, 여러 가지 치료에서 매우 유용하다. 백혈구는 전염병균과 싸우고, 혈소판은 출혈을 막아준다. 의사(醫師)는 절대적으로 필요한 경우가 아니면 환자에게 혈액을 공급하지 아니한다. 환자는 혈액이나 혈액산물을 사용하면 혹시 간염, 인체면역결핍 바이러스(HIV), 그 밖에 혈액관련 질병에 걸리지 않을까 걱정할 수 있다. 그러한 위험이 완전히 소멸된 것은 아니지만, 현대의료의 차단(遮斷)기술은 그러한 위험을 대폭 감소시켜왔다. 혈액에서 옮겨오는 어떤 질병보다는, 환자 자신의 의학적 상태의 합병증에서 오는 위험이 더욱 큰 것이 사실이다.

치료방법의 일부로 혈액 사용을 거부하는 것이 종교적 신념에 따른 것이라면, 환자는 그것을 사용하지 말아달라고 명시할 수 있다. 생전유언서를 읽을 사람, 즉 의사나 가족의 선택과 고민을 덜어주기 위하여, 환자 자신이 혈액을 받지 않겠다고 하는 종교적 신념²⁴⁶⁾을 자세히 기록하여야 할 것이다.

10) 투석기(透析機)

신장(콩팥)이 작동하지 아니하면, 혈류(blood stream)로부터 나오는 노폐물을 제거할 수 없다. 혈액투석(Hemodialysis)은 혈액속의 노폐물을 걸러준다. 몸에서 노폐물을 걸러내는 또 하나의 방법은 복막투석(Peritoneal Dialysis:PD)이다. 투석액을 배속에 넣어두면, 그 액체를 통과하여 혈액이 흘러서 혈액은 깨끗하게 된다. 복막투석은 ²⁴⁷⁾ 혈액투석기 대신 나온 것이다. 투석기는 단기치료 목적으로 사용하는 것이 보통이지만, 장기치료 목적으로도²⁴⁸⁾ 사용할 수 있다. 이를 사용하는 사람은 생활의 질(質)을 크게 손상시키지 않고 오래 살아갈 수도 있다.²⁴⁹⁾ 환자는 이 투석기치료를 언제든지 원하거나 중단시킬 수 있다.

11) 수술

외과수술(surgery)은 신체의 침해적 절차 혹은 수술이다. 수술은 정맥에 접근하기 위한 중심 정맥관에 카테테르(catheter) 장착(placement of central line) 같은 최소의 수술, 심장절개 수술 같은 대수술, 또는 그 사이의 크고 작은 수술들이 사용되고 있다.²⁵⁰⁾ 생전유언에서 이러한 수술을 일체 받지 않겠다고 기록할 수 있다.

12) 장기기증

가) 기증카드(donor card)와 운전면허증

246) Jonsen et al. 2006, 79. 부모가 종교적 이유(예, 여호와의 증인)로 그 미성년 자녀에 대한 치료(예, 수혈)를 거부하더라도, 그것은 아동학대나 유기의 책임을 지지 않도록 하는 법률을 제정한 주(州)들이 많다.

247) Grassmann, A; Gioberge S; Moeller S; Brown G. 2005. "ESRD Patients in 2004: Global overview of patient numbers, treatment modalities and associated trends". Nephrology Dialysis Transplantation 20(12): 2587-93. 2004년 말기신장질환(end stage renal disease) 환자에 대한 세계적인 조사 결과, 약 11%가 복막투석을 받고 있다. 영국, 멕시코(75%가 PD), 한국은 세계의 평균치보다 높고, 일본과 독일은 평균치보다 낮았다.

248) Doukas & Reichel. 2007, 80. 만성질환 등이 언제 회복될지 알 수 없을 경우.

249) Mirarchi. 2006, 60.

250) Whitman & Glisson. 2007, 121.

생전유언에 기재할 사항으로 장기(臟器)기증(Organ Donation)도 중요한 사항의 하나이다. 생전유언이나 사전의료의향서에 장기기증에 관한 아무런 기재를 하지 아니한 경우, 미국의 의사들은 환자의 기증카드나 운전면허증을 찾으려고 노력한다. 그 기증카드나 운전면허증에는 대개 불의의 사고로 사망할 경우 그 사망자의 장기를 어떻게 기증한다는 내용이 적혀있다. 만일 생전유언에 적힌 기증내용과 기증카드에 적힌 기증내용이 서로 다를 경우에는 가장 최근에 적힌 것을 기준으로 삼고, 그것이 불분명할 경우에는 작성자의 의도를 별도로 알아보아야 할 것이다.

나) 가족에 통보

가족들도 환자의 장기기증 결정에 대하여 알고 있어야 한다. 기증자가 되기를 원하는지 여부를 생전유언에 기재하면 된다. 이를 원하지 아니하면 자신의 가족들에게도 알려져 가족들이 아는지를 확인하여야 하고, 운전면허증에도 그대로 기록하였는지를 확인하여야 한다. 장기기증자가 되려고 한다면 어떤 장기를 기증할 것인지, 또는 자신의 가족들을 위하여서만 기증한다든지, 또는 생명구제의 경우에만 한한다든지 등의 특별한 조건을 정하여 기재할 수 있다.

환자가 사망한 후, 특별한 문서로 기재하여 남긴 것이 없는 경우라면 그 유족이 장기기증을 하기로 결정하거나 기증방법을 선택할 수도 있다.²⁵¹⁾ 장기기증자가 되는 것이 자신에게 맞는지 아직 결정하지 못하였다면, 이에 관한 많은 정보를 이용할 수 있다. 이 정보들은²⁵²⁾ 장기기증결정에 도움이 될 것이다.

장기기증의 대상은 심장·신장·간장(liver)·각막·뼈·골수(bone marrow)·힘줄(tendons)·인대·식피편(植皮片:grafts)·조직(tissue) 등이 있고, 이러한 장기들은, 이식을 기다리는 많은 사람들에게는 귀중한 생명구조의 선물이 될 수 있다. 장기기증은 그 이외에도 과학연구, 의료교육 등을 위하여 매우 소중하므로, 미국 50개 주(州)에서 모두 법으로 이를 인정하고 있다.²⁵³⁾

다) 장기기증 관련 의문들

첫째 만일 환자가 장기기증자가 된다면, 의사는 그 환자의 생명을 굳이 구하려고 애쓸 필요가 없을 것이니 그에 대한 치료를 열심히 하지 않고 등한히 하지 아니할까? 둘째, 나아가 의사가 장기를 얻기 위하여 환자의 죽음을 빨리 가져오게 할지도 모를 일이 아닌가? 또는 환자가 죽기도 전에 장기를 꺼내지 않을까? 셋째 장기기증자가 되기에는 너무 늙은 사람이 아닌가? 이 모든 질문들은 사실이 아니다. 장기기증자의 신분과 그가 받을 치료의 수준과는 관련이 없고, 환자의 승낙 없이 장기는 적출할 수 없고, 나이문제는 장기증과는 관계가 없으나, 기증자의 건

251) Mirarchi. 2006, 56.

252) 미국의 장기기증에 관한 웹사이트는 www.organdonor.gov

253) Sitarz, D. 2008. Simplified Living Will Kit, Illinois: Nova Publishing: 31; 예컨대, 캘리포니아 주(州)의 경우는 Anatomical Gift Act(Health and Safety Code, Sections 7150+), 콜로라도 주(州)에도 같은 명칭의 법률이 있다(Section 12-34-101). 50개의 주가 모두 이 법률을 가지고 있고 각 주의 웹 사이트가 마련되어 있다. www.leginfo.ca.gov/, www.leg.state.co.us/ 등에서 그 주(州)의 법률을 찾아볼 수 있다.

강상태, 기증자 적격여부는 의사가 진단하여 기증희망자에게 미리 알려 준다.²⁵⁴⁾ 환자의 장기기증 의사(意思)가 환자 사망 후 그 유족들에 의하여 반복될 수 있는가? 이는 불가능하다. 그러나 의사가 환자 사망 후 유족에게 물어보아, 유족의 뜻에 따라 당초의 환자의 기증의사(기증카드 기록)를 반복하는 사례가 가끔 있다. 그러나 이는 미국의 현행법에 어긋나므로, 담당 의사는 이 점을 특히 주의하여야 할 것이다.²⁵⁵⁾

다) 우리나라의 경우

우리나라의 장기기증에 관하여는 장기 등 이식에 관한 법률이 나와 있어서 특별히 미국의 제도를 도입할 필요는 없을 것 같다. 다만, 장기기증을 장려하기 위하여 각 개인의 운전면허증이나 주민등록증 뒷면에 항상 장기기증에 관한 사항을 기재할 수 있도록 하는 제도를 개발하여야 할 것이다.²⁵⁶⁾

13) 그 밖의 환자의 희망

생전유언서에 환자의 기타 소망으로 장례비 부담, 장례집행의 주관자, 장례의 형식 등 장례의 절차에 관한 내용을 기록하거나 가족, 친구에게 구술하는 것은 바람직하다.²⁵⁷⁾ 일반 유언서에 기록할 사항이 아니더라도 생전유언서에는 기록할 수 있다. 즉, 후손들에게 들려줄 가훈(家訓)이나 격언, 평소 자신이 좋아하는 말, 당부의 말 등도 기록할 수 있을 것이다.

5.2.3.3 생전유언의 작성방법

1) 서론

미국 생전유언의 작성방법은 주(州)에 따라 다양하다. 문제는 그것이 실제로 누구에게 읽혀지고 이해되고 적용될 것인가 하는 점이다. 작성자나 그 가족은 환자의 치료를 담당하지 않고, 대개는 의사가 이를 담당하고 있다.

254) Mirarchi, 56.

255) 예컨대, 캘리포니아 주(州)법률 중 Health and Safety Code 내의 Section 7150-7151.40: 이 장은 Uniform Anatomical Gift Act라고 알려지고 인용되고 있다. 그 중 7150.20.(d)는 기증자가 장기기증을 한 후 사망하면, 누구도 이를 무효로 만들 수 없다고 규정하고 있다; Doukas & Reichel, 82. 앞의 주 255)에 있는 웹사이트 www.leginfo.ca.gov/에 들어가면 동조항을 찾아 자세히 읽어볼 수 있다. 뇌사판정 기준에 따라 환자가 사망한 것으로 판정된 후, 모든 생명유지치료는 중단되어야 한다. 그러나 가족이 병원에 올 때까지, 이식에 필요한 장기가 적출될 때까지, 그리고 예외적인 경우 태아가 분만될 때까지는 생명유지치료를 계속하는 것이 적절할 것이다: Bernard Lo, 2005. Resolving Ethical Dilemmas. 3rd ed. Philadelphia: Lippincott Williams & Wilkins: 145.

256) 재단법인 사랑의장기기증운동본부(www.donor.or.kr)에서는 사람들이 장기기증신청을 하면 사랑의장기기증등록증 SAVE 9와 스티커(3종류)를 보내준다. 이 스티커를 떼어 신분증에 붙이고 다닐 수 있다. 장기기증의 신속성과 실효성을 보장하기 위한 것이다.

257) The American Bar Association.1996. FAMILY LAW. New York: Times Books, Random House: 11.

그러므로 생전유언을 작성할 때는 의사가 이해할 수 있도록, 다시 말하면 의사가 오해하지 않도록 작성하여야 한다. 생전유언에 작성자의 진정한 뜻을 어떻게 반영할 것인가도 중요하지만, 그것이 작성된 후 그 내용이 오해되어 작성자의 생사(生死)에 중대한 영향을 미치게 하여서는 아니 되기 때문이다. 그래서 개발된 것이 바로 코드지정(Code Status Designation)제도이다. 이것은 의사가 쉽게 알 수 있는 코드(code;암호)를 환자가 그의 생전유언에 기재하여 두면, 의사와 환자 사이에 그 코드의 해석 상 차이가 생길 수 없다. 따라서 오해를 방지하는 데 크게 도움이 된다.

2) 작성방법

이론적으로 생전유언이나 사전의료의향서에는 일정한 형식이나 방식이 없고 유언자가 문서(文書,in writing)로나 구두(口頭, Orally)로²⁵⁸⁾ 의사표시를 할 수 있다. 다만 미국의 많은 주(州)의 법률들은 최소한의 조건들을 규정하고 있다.²⁵⁹⁾

가) 문서로 작성하는 경우

문서로 ‘만일 내가 영구무의식 상태(pvs)에 빠져 회복의 가망이 없고, 더 이상의 치료는 무의미하며 단지 생명연장효과만 가져올 뿐이라면 그러한 치료는 중단하여 달라. 고통완화치료는 하여 달라’는 내용을 쓰고 본인의 주소와 성명을 기입하고 서명하여 문서를 만들면 된다. 참여한 증인이 있으면 같이 기명날인하면 좋을 것이고, 공정증서로 만들어 두면 더욱 확실할 것이다. 일단 만든 후에는 그것을 잘 찾을 수 있는 곳에 보관하여야 한다. 증인의 자격, 필요여부나 대리인 지정문제, 생전유언의 방법 등은 각 주(州)의 입법에 따라 약간의 차이는 있다.

나) 구두(口頭)로 하는 경우

건강한 사람이 평소에 생전유언을 하여 둔 후 의식을 상실한 경우, 예컨대, 50대의 남성이 평소 그 처나 자녀들, 또는 친구들에게 “나는 x암에 걸리면, 방사선치료는 받지 않겠다. 조용히 가겠다.”고 말하여 왔다든지, “나는 식물인간상태가 되면 인공호흡기나 인공영양공급은 받지 않겠다. 고통은 참을 수 없으니, 고통완화치료는 원한다.”고 말하는 방법이 있다. 그리고 시간이 흘러 유언자가 x암에 걸렸다든지, 혹은 식물인간상태가 되었을 경우, 혹시 그가 의식을 상실하여 의사표시를 할 수 없을 때 어떻게 할 것인가? 그의 말을 들어온 가족이 의사에게 유언자의 생전유언을 전달하고 치료중지를 요구할 경우, 의사가 이를 인정하여 그대로 따른다면 문제는 없을 것이다.

그러나 의사가 이를 무시(옛날의 유언이라 지금도 유효한지, 환자의 당초 뜻이 여전한지 의문제기)하고 연명치료를 계속할 경우 어떻게 할 것인가? 결국 법

258) 캘리포니아 주(州) 검인법(Probate Code) Dvi.4.7. §§4623(written or oral direction)

259) 워싱턴 주(州)의 자연사법(Death with Dignity Act, 제정 1979, 개정 2008; RCW 70.245), 70. 122. 030. Directive to withhold or withdraw life-sustaining treatment; 우리나라에는 아직 법률이 없으므로, 특히 요건이라고 할 만한 것이 없고, 앞으로 대법원판례의 취지에 따라 적절한 생전유언방식을 만들어야 할 것이다.

원으로 가서 「피고는 원고 000에 대하여 인공호흡기를 제거하라」는 등의 재판을 260) 청구하고, 변론절차를 거쳐 판결을 받아야 할 것이다.

이 경우, 미국의 판례나 우리나라 판례(김 할머니)는 모두 생전유언서가 없을 경우 가족들의 증언도 채택하여 유언자의 생전유언(사전의료의향서)의 존재를 추정하고 있다. 다만 판례 중에는 그 증인들의 증언이 “명백하고 믿을만한 신빙성을 가지고 있는 것(clear and convincing evidence)”이어야 한다고 판시한 예(Cruzan 사건)도 있다.

3) 작성방법-코드지정(code status designation)-

가) 완전코드

완전코드(Full Code)는 가장 광범한 치료과정이다. 만일 이러한 코드를 생전유언에 기재하면, 그것은 의사에게 환자의 생명을 살리기 위하여 그의 능력범위 안에서 모든 치료를 할 것을 지시하고 있는 것이다.²⁶¹⁾ 만일 심장이 멈춘다면 그 심장박동을 회복시키기 위하여 의사는 소생술²⁶²⁾까지도 동원할 것이다. 환자의 상태에 차도(差度)가 없거나 의사결정 불능상태에 이르지 아니한 동안, 그러한 치료는 계속하여야 한다.²⁶³⁾ 이때에, 의사는 생전유언서에 기록된 환자의 특별한 치료희망을 조사할 것이다. 미국의 개별적인 주법(州法)에 따르면, 생전유언은 ‘환자의 상태가 더 이상 개선될 수 없다’는 결정을 하기 위하여 2명의 의사 즉, 환자의 담당의사(주치의)와 또 한 사람의 전문 의사의 진단을 요구하고 있다.²⁶⁴⁾

이러한 완전코드는 전형적으로 젊은이와 일반적인 건강상태가 좋은 사람들이 생전유언에 포함시키는 올바른 코드지정이다. 만일 환자가 생전유언 없이 병원에 들어가면, 그 환자의 코드상태는 완전코드로 추정(推定)되고, 그 환자는 모든 가능한 생명구조 치료를 받게 된다. 치료를 위하여 모든 약을²⁶⁵⁾ 써달라고 하거나 혹은 모든 약을 거절한다고 기록할 수도 있다.

나) 심장마비 제외 완전코드(Full Code Except Cardiac Arrest): 권장할만함.

이 코드는 병원에서 일반적으로 사용하지 않는 코드이고, 의사들 사이에서 보통 사용하는 어휘는 아니다. 그러나 이 코드를 생전유언에 사용하면, 환자는 자신의 희망을 의사(醫師)에게 매우 명백하게 표현할 수 있다.

이 코드는 완전코드와 매우 비슷하나, 한 가지 중요한 예외가 있다. 즉, 환

260) 서울서부지방법원 2008. 11. 28. 선고 2008가합6977 판결의 주문(主文) 형식

261) Mirarchi. 2006. 23.

262) Whitman & Glisson. 2007 120. 심폐소생술은 심장마비로 심장박동이 멈추었다고 생각될 때 환자가 호흡을 다시 하도록 가슴을 압박하는 치료방법이다. 심장박동이 정상화되도록 ‘시간을 벌기’ 위하여 심장과 뇌에 적은 양의 피라도 흐르도록 도와준다.

263) 우리나라 의료법(2011.12.31.공포 법률 제11141호,2012.9.1. 시행) 제4조(의료인과 의료기관의 장의 의무), 제15조(진료거부 금지 등) 참조

264) 워싱턴 주(州)의 자연사법 규정 의료관리지시서 (a) 담당의사로부터 말기상태라는 진단을 받고 2명의 의사로부터 영구무의식 상태임을 진단받아야 한다. 신현호. 2006. 앞의 책: 200. 오리건 주 개정법률(ORS), §§127.800-127.987(2001)[1995c.3 §101; 199c.423 §1].

캘리포니아 주(州) 자연사법(1976) §§7187(e) 등

265) 약에는 먹는 약, 직장(直腸)좌약, 피하(皮下)주사약, 근육주사약, 혈관주사약 등이 포함된다.; Doukas & Reichel. 2007. 80. 모든 약을 거절하더라도 통증완화제는 선택할 수 있다.

자가 심장마비 상태로 들어가면 소생을 위한 치료는 받지 않겠다는 것이다. 이 코드상태는 실제로 소생술금지(DNR)코드보다는 더 안전한 선택이다. 심장이 정지하고 환자가 영구무의식 상태에 빠질 때까지는 환자는 적극적인 치료를 받을 수 있다. 만일 환자가 적극적으로 치료를 받고 있더라도, 환자의 상태가 개선되지 않을 것이라고 판정된다면 환자의 가족이나 대리인은 그때에 항상 그 치료를 멈추게 할 수 있다.

“심장마비 발생 시 소생술을 사용하지 말라.”고 하였는데도, 의사가 소생술을 쓸 수 있는가?²⁶⁶⁾ 어떤 시점의 환자의 건강상태에 따라서 의사는 심장박동을 회복시키기 위하여 이를 시도할 수도 있다. 예컨대 심부전을 겪은 환자가 심장마비상태로 들어간 것 같지만, 그러나 전기충격요법으로 반응을 나타내고 심장박동이 되돌아올 수도 있다. 심폐소생술을 받은 후 혼수상태에 그대로 있는 환자는 어떻게 되는가? 심장마비 후 소생술을 받은 대부분의 환자는 호흡을 시작하고 깨어나면 소생한다. 그러나 심장이 다시 작동한 후 며칠 안에 깨어나지 못하는 사람은, 대개 며칠 안에 사망한다. 물론, 어떤 경우는 생명유지 장치의 제거로 사망하기도 한다.

다) 안락 코드(Comfort Code)

만일 생전유언 코드로 안락간호나 호스피스 간호(Comfort/Hospice Care)를 선택한다면, 의사(醫師)는 본질적으로 환자를 안락하게 하여 준다. 이 코드는 환자가 느낄 수 있는 어떤 고통이나 불안에서 해방시켜 달라고 요구하는 것이고, 생명을 구하거나 연장하는 조치를 취하지는 말 것을 요구하는 것이다. 호스피스 간호는 환자가 병원을 완전히 떠나는 것을 의미하고 대개의 경우 환자는 집으로 돌아간다. 환자는 응급실에는 전혀 가지 않겠다고 선택할 수도 있고, 호스피스 간호 담당자들을 환자의 집으로 오게 할 수도 있다. 만일 환자가 호스피스 간호에 들어가면, 호스피스 종사자들은 환자가 죽음을 준비하도록 환자가 편안하고 고통과 불안에서 자유롭게 되도록 모든 노력을 다할 것이다.

어떤 병원과 의료시설은 안락코드(Comfort Code)를 가지고 있다. 그것은 환자가 생명구조 처치를 받지 않겠노라고 선택할 것을 허용한다. 이와 비슷하게 많은 요양소와 보조치료시설에서는 환자에게 이동금지(Do not Transfer)신청제도를 이용할 수 있게 한다. 그러한 신청을 하면 환자는 생명을 위협하는 응급상황이 발생하더라도, 응급실에는 가지 않겠다고 할 수 있다. 그러한 금지신청이 없으면, 비록 그들이 죽음에 임박하여 사랑하는 사람과 함께 머물고 싶어도, 타의로 응급실로 옮겨지고 만다.

생전유언에서 안락간호나 호스피스 간호를 선택하면 환자는 호스피스 종사자의 지속적인 지원을 받으면서, 고통이나 공포 없이, 친구들과 가족과 함께 인생의 마지막을 보낼 수 있게 될 것이다.

이 코드 아래에서는 만일 환자가 정신적으로 온전하다면, 어떠한 처치도 전혀 받지 않겠다고 거절할 권리도 포함되어 있다. 만일 그렇게 거절하면, 환자는

266) Mirarchi. 2006. 24.

반드시 호스피스 간호에도 들어가지 않을 수 있다. 생전유언서 중에 환자가 기록할 설명노트에는 어떤 상황이 발생하더라도, 병원에 감금되거나 어떤 성질의 치료도 받기를 원하지 아니한다는 소원을 가족과 의사 등에게 명백하게 표시하여야 한다. 이러한 명료성은 환자의 소원이 더욱 존중 받을 수 있도록 하는 가능성과 기회를 높이고, 병원과 의사를 의료책임에서 해방시키고 면제시켜준다.

생전유언에는 환자의 결정을 명백히 하고, 의사가 수행할 응급처치나 생명 연장 처치를 환자가 원하는지 여부를 분명하게 밝혀야 한다. 그것은 이미 시작된 치료를 의사가 중단하는 데 대하여 환자가 이를 허가한다는 의미도 들어있다.

라) DNR코드

이 코드는 심장박동이 멈추거나 숨을 쉬지 않을 때 심폐소생술 실시의 금지를 바라는 것이고,²⁶⁷⁾ 모든 치료를 거절하는 것은 아니다. 왜 생전유언에 DNR(Do Not Resuscitate)가 들어가서는 안 되는가? 이 코드는 가족, 친구뿐만 아니라, 의사에게도 혼란을 초래할 수 있다.

최악의 시나리오에서는, 어떤 환자는 적절한 치료로 회복될 수 있는 경우인데도 DNR이라는 이유로 그냥 죽도록 방치 당하는 결과가 발생할 수도 있다. 안전하게 하려면, 생전유언에 DNR코드가 포함되지 않도록 확인하는 일이다. 앞에서 설명한 바와 같이 ‘심장마비를 제외한 완전코드’가 환자에게 더 이로울 것이다.

어떤 병원에서는 DNR 환자를 집중치료실(ICU)에 수용하지 아니하는 곳도 있다는 것을 주의하여야 한다. 이러한 방침을 환자에게 이야기하지 아니할 가능성이 높고, 환자는 좀 더 낮은 수준의 간호를 받는 층(floor)이나 병실로 보내진다. 치료를 받기 위하여, 환자는 ICU에도 들어갈 수 있는 병원으로 옮겨 갈 필요가 생길 수도 있을 것이다. 환자의 거주지 병원의 방침은 어떤지 의사에게 물어 보아야 할 것이고, 생전유언에 DNR 코드 조항을 넣지 않도록 조심하여야 할 것이다.²⁶⁸⁾

마) 코드 없음

비록, 코드 없음(No code)은 기본적으로 DNR 주문(注文)과 동일할지라도, No code라는 용어는 너무 모호하여 쓸모가 없고, 의사에게 혼란을 줄 수 있다. 코드지정으로 DNR을 사용할 때 발생하는 것과 동일한 문제점이 No Code 지정에도 생길 것이다. 그래서 이 상태의 지정은 하지 않는 것이 최선이다. 아무것도 지정하지 아니하면 완전코드(full code)로 추정될 것임은 앞에서 보았다.

바) 삽관금지 코드

목구멍에 호흡튜브를 꽂는 것, 즉 삽관(插管)을 요구하지 아니하는 환자들은, 오랜 기간 인공호흡기를 사용하는 것을 원하지 아니하는 사람들이다. 불행하

267) Whitman & Glisson, 2007. 109. DNR명령은 원래 비상(非常)한 생명구조처치 사용금지, 가슴압박금지, 전기충격금지, 호흡기금지를 지시하는 것이었다. 오늘날은 이 명령이 주치의의 도움을 받아 환자의 소원을 반영하도록 맞추어 만들어질 수 있다.

268) Whitman & Glisson. 109-110. DNR을 선택하였다더라도, 통증치료약과 전염병 등의 치료는 계속 받을 수 있다. 원래 DNR 명령은 환자가 발의하거나 작성할 수 없고, 면허받은 의사(醫師)만이 이를 작성하고 실행할 수 있다. 환자나 간호사가 DNR명령을 요구하거나 제안할 수도 있으나, 이는 전문적인 정확한 용어사용법은 아니다.

계도, 의사들은 DNI(Do Not Intubate) 지정은, 환자가 이유여하를 불문하고, 삽관을 하지 않기로 선택한 것으로 믿을 수 있다. 생전유언의 초안을 만들 때, 삽관 혹은 인공호흡기 사용에 관한 선택에서 생길지 모르는 혼란을 알고 있어야 한다.

사실, 인공호흡기 사용에 관하여 사람들이 오해를 하는 경우가 많다. 일단 인공호흡기가 장착되면, 나머지 생애 동안 그것을 계속 장착한 채 살아가야 할 것으로 생각할 수 있다. 이것은 병원침상에 여러 해 동안 누워서, 인공적인 방법으로 생존을 유지하게 된다는 생각이다. 그러나 사실은, 인공호흡기가 장착된다고 하여, 그 환자는 평생 그것을 장착할 필요는 없다. 단지 며칠 동안만(only a matter of days) 호흡기가 필요할 수도 있고, 호흡기의 도움 없이 자발호흡을 할 수 있을 때는 그 튜브는 바로 제거된다.

가끔, 환자가 영원히 인공호흡기에 의지할지 모른다는 공포심으로 인하여, 혹은 환자에게서 인공호흡기를 떼어내기를 싫어하는 의사(醫師)가 많다는 것은 DNI(삽관금지)를 선택하는 원인이 될 것이다. 인공호흡기 장착은 잠시 동안만 할 수도 있다는 것을 일반인들이 알아야 한다. 만일 환자가 폐기종, 다년간의 천식, 울혈성 심부전 같은 만성 폐질환을 앓고 있다면, 그러한 환자에게서 인공호흡기를 제거하기는 어려울 수도 있다. 그러나 환자가 어떤 순간에 그것을 거절하는 것은 가능하다. 만일 인공호흡기의 장기(長期) 장착을 싫어한다면, 환자는 생전유언에 그렇게 명시할 수 있다. 환자가 이를 싫어하는데도 의사가 이를 강행한다면, 의사는 책임을 면할 수는 없을 것이다.

사) 화학 코드

화학코드(Chemical Code)는 환자가 약품만으로 치료받기를 원하는 것을 의미한다. 어떤 병원에서는 이것이 다른 모든 절차, 즉 CPR(Cardiopulmonary resuscitation; 심폐소생술), 튜브 삽입, 수술 등 침해적 절차, 혹은 다른 요법들을 일체 사용하지 아니한다는 것을 의미한다.²⁶⁹⁾

이 방법의 문제는 위의 절차를 사용하지 아니하면, 거의 모든 약품이 환자의 몸에 효과적으로 투여될 수 없다는 점이다. 예컨대, 일군(一群)의 약품은 심폐소생술 없이는 몸 전체에 순환될 수 없다. 더 많은 약품들이 정맥을 통하여서만, 환자에게 투여될 수 있으며, 정맥 삽입은 침해적인 절차로 간주된다. 왜냐하면 그것은 바늘로 정맥을 찌는 것을 포함하기 때문이다. 이 화학코드는 약품들의 유용성을 심각하게 제한하고 있고, 만일 약품의 사용을 요구하면서도 그 약을 투여하기에 필요한 모든 절차를 거부한다면, 그것은 하나의 갈등과 모순 나아가 충돌을 빚어낸다. 의사는 이러한 사정과 절차를 환자에게 충분히 설명하여야 할 것이다.

아) 느린 코드

느린 코드(Slow Code)라는 용어는, 환자가 어느 수준의 치료를 원하는지를 결정하는 것이 아니라, 치료를 연기하는 것이 더 좋고 더 용이한 경우를 말한다. 이 코드는 매우 고령인 환자, 몇 가지 심각한 합병증을 가진 환자, 만성 말기질환

269) Mirarchi. 2006, 27.

을 앓고 있는 환자 등 의료처치로 효과를 기대할 수 없는 환자들에게 적용된다. 의사는, 느린 코드지정 환자들에게서 의료 소원에 관한 질문을 받기 전에 그 환자는 죽을 것이라고 예측하면서, 가장 피상적인 수준으로 환자를 보살필 것이다. 생전유언에 매우 특정한 용어를 사용하는 것 그리고, 자신의 소원이 잘 알려지게 확실하게 하는 것은, 느린 코드의 희생자가 되지 않도록 막아줄 수 있다.²⁷⁰⁾

4) 우리나라의 경우

생전유언 작성방법으로 코드 지정 방법은 미국의 제도를 그대로 도입하여도 좋을 것 같다. 우리나라의 경우 의료계에서는 공지(公知)의 사실일지라도 일반인에게는 아직 생소하게 들릴 것이므로 홍보와 교육이 필요하다고 생각된다.

5.2.4 미국 생전유언서의 예시

5.2.4.1 Living Will의 보기[California 주(州)의 경우]

캘리포니아 주(州)의 경우 생전유언에 관한 양식은 Part 1~Part 4까지 4부분으로 구성되어 있는바, Part 1은 Living Will, Part 2는 보건의료대리인 지명, Part 3은 주치의 지명, Part 4는 장기기증(Organ Donation)에 관한 것이다. 여기서는 Living Will과 보건의료대리인 지명에 관한 Part 1, Part 2만 본다. ²⁷¹⁾

California Advance Health Care Directive

On this date of _____, I _____do hereby sign, execute, and adopt the following as my Advance Health Care Directive. I direct any and all persons or entities involved with my health care in any manner that these decisions are my wishes and were adopted without duress or force and of my own free will. ---중략---

Part 1 : Living Will(Instructions for Health Care)

If you fill out this part of the form, you may strike any wording you do not want.

END-OF-LIFE DECISIONS : I direct that my health care providers and others involved in my care provide, withhold, or withdraw treatment in

270) Mirarchi, 28.

271) Sitarz, D. 2009. The Will and Living Will Toolkit. Ill.:Nova Publishing: 179.240.; California Probate Code, Section 4701, 동 저서에 동봉된 CD-ROM

accordance with the choice I have marked below(initial only one of the following two boxes) :

[] Choice NOT To Prolong Life. I do NOT want my life to be prolonged if :

- (i) I have an incurable and irreversible condition that will result in my death within a relatively short time,
- (ii) I become unconscious and, to a reasonable degree of medical certainty, I will not regain consciousness, OR
- (iii) the likely risks and burdens of treatment would outweigh the expected benefits, OR

[] Choice To Prolong Life. I DO want my life to be prolonged as long as possible within the limits of generally-accepted health care standards.

RELIEF FROM PAIN(initial below if this is your choice) :

[] Except as I state in the following space, I direct that treatment for alleviation of pain or discomfort should be provided at all times even if it hastens my death.(add exceptions and additional sheets as needed) :

OTHER WISHES : (If you do not agree with any of the optional choices above and wish to write your own, or if you wish to add to the instructions you have given above, you may do so here. Add additional sheets if needed.)

I direct that :

=====

[한국어 번역]

1. 나,-----는---년 월 일 아래와 같이 나의 사전보건의료지시에 서명하고, 실행하고 채택하는 바이다. 나는 나의 보건의료에 어떤 형태로든 관여하는 모든 사람과 주체들에게 이 결정들이 나의 소원이고 그것이 협박이나 폭행 없이 나 자신의 자유의지로 채택되었음을 밝힌다.

만일 귀하가 이 양식의 부분을 기입할 때, 귀하는 원하지 아니하는 어떤 용어가 있으면 삭제할 수 있다.

인생말기의 결정 : 나는 나의 치료에 관여하는 보건의료인과 그 밖의 사람들에게 내가 아래에서 표시한 선택에 따라서 치료를 제공, 보류 혹은 중단할 것을 지시한다(아래의 2가지 공란 중 한 가지에만 서명하세요).

[] 생명연장을 원하지 아니하는 선택. 나는 만일 아래와 같은 경우라면 나의

생명이 연장되기를 원하지 않는다.

(i) 내가 비교적 단기간 안에 나의 사망을 초래할, 치유될 수 없고 돌이킬 수 없는 상태에 빠진 경우

(ii) 내가 의식이 없어지고, 합리적인 의학상의 진단결과 거의 확실하게 내가 의식을 회복할 수 없을 경우, 혹은

(iii) 그 치료의 위험성과 부담이, 치료에서 기대되는 이익을 초과할 경우, 혹은

[] 생명연장을 원하는 선택. 나는 일반적으로 승인된 보건의료기준의 한계 내에서 가능한 한, 오래 나의 생명이 연장되기를 원한다.

고통구제(아래의 것을 당신이 선택한다면 서명하세요).

[] 아래 공란에서 내가 진술하는 것을 제외하고 나는 언제든지 고통이나 불만을 완화하는 치료가 항상 제공되기를 지시한다. 비록 그것이 나의 죽음을 재촉할지라도 그러하다.(제외사유를 첨가하고 필요하다면 추가로 종이를 더 붙일 수 있다) :

다른 소원들 :(만일 위의 선택사항들 중 어떤 것에 동의하지 아니하고 귀하 자신의 소원을 쓰기를 원하든지, 혹은 위에서 지시한 것들에 추가하기를 바라면 그것을 여기에 쓸 수 있습니다. 필요하다면 추가로 종이를 첨부하십시오.)²⁷²⁾

나의 지시사항 :

증인:-----

주소-----

증인:-----

주소-----

보건의료위임장(Power of Attorney for Health Care)

PART 2 : Selection of Health Care Agent

(Power of Attorney for Health Care)

DESIGNATION OF AGENT : I designate the following individual as my agent to make health care decisions for me----- (name) of ----- (address).

AGENT'S AUTHORITY : My Agent is authorized to make all health care decisions for me, including decisions to provide, withhold, or withdraw artificial nutrition and hydration, and all other forms of healthcare to keep me alive, except as I state here(add additional sheets if needed) :

272) 게다가, 유언자(작성자가 “나의 소원에 따라 행위를 한 보건의료제공자가 제소를 당하지 아니할 것임”을 선언한다는 조항을 넣어야 한다(Whitman & Glisson. 2007,122).

WHEN AGENT'S AUTHORITY BECOMES EFFECTIVE : My agent's authority becomes effective when my primary physician determines that I am unable to make my own health care decisions unless I initial the following box. If I initial this box [], my agent's authority to make health care decisions for me takes effect immediately.

AGENT'S OBLIGATION : My agent shall make health care decisions for me in accordance with this power of attorney for health care, any instructions I give in Part 1 of this form, and my other wishes to the extent known to my agent. To the extent my wishes are unknown, my agent shall make health care decisions for me in accordance with what my agent determines to be in my best interest. In determining my best interest, my agent shall consider my personal values to the extent known to my agent.

AGENT'S POSTDEATH AUTHORITY : My agent is authorized to make anatomical gifts, authorize an autopsy, and direct disposition of my remains, except as I state here or in Part 4 of this form(insert exceptions and additional sheets if needed) :

=====

[한국어 번역]

2부분 : 보건의료대리인 지정(보건의료대리 위임장)

대리인 지명 : 나(성명, 주소)는 아래의 사람을 나의 보건의료결정을 할 대리인으로 지명한다.

성명-----주소-----

대리인의 권한 : 나의 대리인은 나를 위한 모든 보건의료결정을 할 권한이 부여된다. 내가 여기에서 진술하는 경우를 제외하고는 나를 살아있도록 하기 위하여 인공영양과 수분, 그리고 다른 모든 형태의 보건의료의 공급, 보류, 혹은 중단이 포함된다(필요하다면 추가 종이를 첨가할 수 있다):

대리인의 권한의 발효시기 : 나의 주치의가 진단하기를 '나는 스스로 나 자신의 보건의료결정을 할 수 없다'고 할 때 나의 대리인의 권한이 발효된다. 내가 아래의 []에 서명하기 전에는 그러하고, 만일 내가 이 []에 서명하면, 나의 대리인이 나를 위한 보건의료결정을 할 권한은 즉각적으로 효력이 발생한다.

대리인의 의무 : 나의 대리인은 이 보건의료위임장, 이 양식의 1부분에서 내가 제시한 지시들, 대리인에게 알려진 범위 내의 나의 여러 가지 소원들에 따라서 나를 위한

보건의료결정들을 하여야 할 것이다. 나의 소원들이 알려지지 아니한 경우 나의 대리인은 그가 판단하기에 나의 최선의 이익이 되는 바에 따라서 나를 위한 보건의료결정들을 할 것이다. 나의 최선의 이익을 판단함에 있어 나의 대리인은 그에게 알려진 범위 내에서 나의 개인적 가치기준들을 고려하여야 할 것이다.

대리인의 사후(死後)권한 : 나의 대리인은 내가 여기서 진술하는 것 혹은 이 양식의 4부분에서 진술하는 것을 제외하고는, 장기기증을 하거나, 부검을 허락하고 나의 유해의 처리를 지시할 권한을 가진다(필요하다면, 제외사항과 추가용지를 삽입하시오).

5.2.4.2 가치관지시서의 예시

가치관지시서(values history)는 중요한 역할을 한다. 이는 생전유언서나 보건의료 위임장 2가지 서류 모두에 매우 중요한 부속서류이다. 가치관지시서는 의료에 대한 작성자의 가치관, 작성자가 승낙하거나 거절할 어떤 특정의 치료방법을 확인할 수 있게 한다. 가치관지시서는 의미심장한 인생관 등에 관한 토론을 통하여 의사(醫師)·대리인·환자의 가족에게 작성자의 소망이나 선호에 관하여 의견교환을 할 수 있도록 한다.

사전의료의향서/생전유언의 부속서류로서 The Values History²⁷³⁾의 예시

가치관지시서(The Values History)

이 가치관지시서는 다양한 의료처치에 관한 나의 특수한 가치관에 따른 지시를 기록하고 있다. 내가 나의 선호를 표현할 수 없는 상황에서 이 가치관지시서가 사용될 것이다. 이들 지시는 나의 의료기록의 일부가 될 것이고, 만일 내가 말기질환에 걸리거나, 의사소통을 할 수 없거나, 돌이킬 수 없는 치매 혹은 영구식물상태(pvs)에 빠지거나, 혹은 말기단계의 치매 그리고 의사소통을 할 수 없다면, 이 문서가 생전유언/지속적 보건의료위임장에 대한 보충서로 사용되기를 바란다.

I. 가치관 부분

말기치료와 간호에 관한 결정에 몇 개의 중요한 가치들이 있다. 이 부분의 가치관지시서는 자신의 가장 중요한 가치관이 무엇인지 확인하여 달라고 요청한다.

A. 기본적 인생관(Basic Life Values)

이와 같은 관계에서 아마 가장 기본적 가치는 '삶의 길이(length of life)'냐? '삶의 질(quality of life)'이냐? 에 관한 것이다.

다음 2가지 진술 중 어느 것이 자신의 느낌이나 소원을 가장 정확하게 반영하는가? 자신이 선택한 번호에 자신의 성명의 첫 글자와 날짜를 쓰십시오.

- 1. 나는 내가 경험하는 삶의 질에 관계없이, 가능한 한 오래 살기를 원한다.
- 2. 나는 오래 살지 않을지라도, 나는 양질(良質)의 삶을 보존하기를 원한다.

B. 삶의 질(質) 가치(Quality-of-Life Values)

273) Dr. David Doukas와 Dr. Laurence McCullough에 의한 것

우리들이 원하는 삶의 질을 우리 스스로 정의(定義)하도록 도와주는 많은 가치들이 있다. 아래의 가치들은 삶의 질을 정의하는 데 가장 자주 사용되는 가치들로 보인다. 이 표를 정밀하게 살펴보고, 자신이 삶의 질을 정의하는 데 가장 중요한 가치들을 동그라미로 표시하십시오.

1. 나는 명료하게 생각할 수 있는 나의 능력을 유지하기를 원한다.
2. 나는 안전하고 위험이 없다고 느끼기를 원한다.
3. 나는 불필요한 고통과 괴로움을 피하기를 원한다.
4. 나는 존경심으로 대우받기를 원한다.
5. 나는 더 이상 스스로 의사표시를 할 수 없을 때 위엄 있게 대우받기를 원한다.
6. 나는 나의 가족에게 불필요한 부담이 되기를 원하지 않는다.
7. 나는 나 자신의 결정을 할 수 있기를 원한다.
8. 나는 안락한 죽음절차를 경험하기를 원한다.
9. 나는 내가 죽기 전에 나의 가족들과 함께 있기를 원한다.
10. 나는 나의 가족을 위하여 나에게 관한 좋은 추억을 남기기를 원한다.
11. 나는 나의 종교적 신념과 전통에 따라 처우되기를 원한다.
12. 나는 내가 죽은 후 나의 몸에 대하여 존경심을 보여주기를 원한다.
13. 나는 의학교육과 연구에 하나의 공헌을 함으로써 다른 사람을 돕기를 원한다.
14. 다른 가치들과 위의 가치들의 분류 :

II. 지시 부분

아래의 지시들은 환자가 말기질환 상태에 있거나---(중략)---할 때 그가 원하는 것과 원하지 아니하는 것을 명백하게 하려는 것이다. 여기서는 연명치료방법들을 나열하면서 원하면 ____Yes, 거절하면____No에 표시하게 하고, 그 이유를 기재한다.

나아가 이른바 제3의 선택이라고 할 수 있는 시험적 치료방법을 선택하고 그것을 실시할 수 있는 기간-----합리적인 의료판단을 하여 그 효과를 판단하기 위한 시험치료 등을 선택할 수 있다.

-----1.나는 심폐소생술(CPR)을 받기를 원한다.

-----YES(예)

-----NO(아니요)

WHY?(왜)

-----2. 나는 인공호흡기 장착을 원한다.

-----YES(예)

-----시험치료 기간 -----개월

-----합리적인 의학적 판단을 사용하여 효과를 판정하기 위한 시험치료

-----NO(아니요)

Why?(왜) 이하 생략²⁷⁴⁾

274) 전문을 참고하려면 Doukas & Reichel. 2007, 138-43.

5.2.4.3 우리나라의 생전유언 혹은 사전의료의향서 양식

우리나라의 생전유언 양식은 생명윤리정책연구센터에서 개발한 양식(제4장의 4.1.3 참조)을 사용할 수 있을 것이고, 이와 같은 양식 같은 것은 크게 문제되지 않는다. 전술한 바와 같이 코드 지정제도는 그대로 도입하는 것이 무난할 것이다.

5.3 생전유언의 제시와 보관

5.3.1 제시와 교부

환자가 아무리 정성껏 생전유언서를 작성하였다고 하더라도, 그 문서의 원본을 분실·훼손하여 그 내용을 알 수 없게 된다면 아무런 소용이 없다. 우리나라 대법원 판례도²⁷⁵⁾ 이와 같은 취지를 명백히 하고 있다. 즉 “환자 자신이 직접 의료인을 상대방으로 하여 작성한 서면이나 의료인이 환자를 진료하는 과정에서 위와 같은 의사결정 내용을 기재한 진료기록 등은 진료중단 여부 결정시점에서 명확하게 입증될 수 있어야 한다.”는 것이다. 임상 의료의 현장에서 또는 의료중단관련 소송에서 가장 필요하고 중요한 문서가 생전유언서 또는 사전의료의향서이기 때문이다.

대개의 미국병원에서는 환자의 입원 당시 대부분의 환자들에게 생전유언서에 서명할 것을 권유한다. 그리고 수술절차에서는 생전유언서의 서명이 일상적 과정으로 되어 있다. 어떤 경우이든 그 사본은 환자의 의무기록에 편철되도록 담당 의사에게 교부하여야 하고, 배우자 등 가족이나, 동거인(domestic partner), 그리고 친구에게도 교부하여야 할 것이다. 생전유언서의 원본은 그 사본 수령자 명단과 함께, 유언서, 기타 중요문서와 같이 잘 보관하여야 한다.

5.3.2 가족과 의논

5.3.2.1 미국의 경우

생전유언이 현재의 주(州) 법의 요건에 일치하는지를 확인하면서 서명하거나 수정한 다음, 유언서 작성자는 가족과 이에 관하여 의논할 필요가 있다. 이 의

275) 대법원 2009. 5. 21. 선고 2009다17417 전원합의체 판결.

논이 쉽지는 않지만, 가족이 작성자의 희망과 의사(意思)를 아는 것이 매우 중요하다. 환자 아닌 다른 사람들, 즉 가족이 작성자의 진정한 의사(意思)를 이해하는 것은, 의사(醫師) 등 의료인들이 질문할 때, 작성자의 진의를 제대로 정확하게 전달할 수 있기 때문이다. 생전유언서를 분실한 경우 또는 의사가 생전유언서 작성 당시 작성자가 과연 충분한 설명에 근거한 동의를 하였는지 여부를 판단할 때, 작성자의 의사(意思)를 아는 사람들이 얼마나 많은가를 판단자인 의사(醫師)가 고려한다는 사실도 유의하여야 할 점이다.²⁷⁶⁾ 이런 사람이 많을수록 의사는 안심하고 유언서대로 따를 수 있을 것이다.

5.3.2.2 우리나라의 경우

우리나라의 경우 환자가 그의 가족들과 생전유언에 관하여 의논하는 문제는 중요하므로 이것을 권장하는 의미에서 새로운 생전유언법에 임의조항(가족과 토론, 또는 의논할 수 있다는 식)으로 규정하는 것도 좋을 것이다. 강제적으로 의논을 하게 할 수는 없기 때문이다. 환자 자신이 생전유언에 관심을 가지고 있다면 그리고 의논하고 상의하자고 한다면, 이에 응하지 않을 가족이 어디 있겠는가?

5.3.3 생전유언서의 보관 장소(미국, 한국 공통)

생전유언서나 사전의료의향서는 그것이 필요할 때 바로 제시하고 사용할 수 있어야 한다. 이것이 중요하므로 생전유언서는 쉽게 찾을 수 있는 곳에 두어야 한다. 그래야 환자의 가족이 필요할 때 그것을 바로 손에 넣을 수 있기 때문이다. 가족 또는 사전의료의향서에 지정되어 있는 의료대리인, 주치의를 위하여 사본을 만들어 두어야 한다. 그런데 일반유언서나 재산신탁문서, 부동산등기문서와 같은 중요한 문서를 보관하는 금고나 은행대여금고에, 생전유언서까지도 찾아서 챙겨 넣어서는 안 된다.²⁷⁷⁾ 응급 시 이를 찾으려면 매우 어려울 것이기 때문이다.

생전유언서는 여분의 사본도 만들어 두어야 하며, 이는 분실 등에 대비하기 위한 것이다. 미국의 생전유언 등록소에 따르면, 생전유언서 중 35% 정도는 정작 필요할 때(예컨대, 응급실 의사에게 제시하여야 할 때 등) 이를 찾을 수 없었다고 한다.²⁷⁸⁾ 작성자가 그 가족과 생전유언을 토론할 때 그 사본을 어디에 두었는지를 확실히 말해 두어야 한다. 그리고 보건의료 대리인(health care proxy)에게도

276) Mirarchi. 71.

277) Doukas & Reichel. 2007, 13.

278) Mirarchi. 71; 일본존엄사협회. 123: 일본에서도 같은 상황은 벌어지고 있다. 생전유언서가 있는데도 제출할 시기를 놓치거나 잘못된 탓에 소망대로 존엄사를 맞이할 수 없었던 사례가 있다. 사랑하는 사람을 잃게 되는 가족은 생전유언서를 제시할 시기를 언제로 할 것인지를 고민한 경험을 한 사례도 있다.

사본을 건네주어야 한다. 실제사례에서는 이 점의 중요성이 잘 드러나고 있다.²⁷⁹⁾

5.4 생전유언의 철회

5.4.1 미국의 경우

생전유언제도를 두고 있는 미국의 주(州)에서는 이를 쉽게 철회할 수 있는 방법을 마련하고 있다. 왜냐하면 생전유언은 의료인에게 환자의 사망을 가져올지도 모르는 생명유지 장치의 중단 권한을 부여하는 것이므로, 환자의 의사(意思)의 변경, 다시 말하면 치료의 중단이 아니라 계속 치료를 받고 싶다고 하는지 주의를 기울여야 한다. 만일 생전유언의 취소가²⁸⁰⁾ 중요한 쟁점이라면, 해당 주(州)의 법률을 직접 참고하여야 한다. 생전유언을 취소하려면 아래의 어느 방법이라도 사용할 수 있고 그것은 일반적으로 승인되고 있다. ²⁸¹⁾

① 생전유언서의 파기 등 물리적 훼손

② 작성자 혹은 작성자의 대리인·수임인이 별도의 취소문서를 작성

작성자는 취소문서에 2명의 증인을 세울 수도 있으나, 대부분의 주(州)에서는 취소문서에는 증인의 서명을 요구하지 아니한다.

③ 구두취소(oral revocation)도 증인의 면전에서 할 수 있고, 그 증인은 취소서류를 작성하여 서명하고 날짜를 기입한다. 이 구두취소는 어떤 방법으로도 할 수 있다. 대부분의 주(州)에서는 신체적·정신적 컨디션과 관계없이 생전유언 취소의 의사(意思)를 언어적 방법이 아닌 어떠한 방법으로도 할 수 있게 하여 그러한 생전유언서의 취소를 허용하고 있다. 생전유언의 취소는 치료계속을 원하는 것이기 때문이다. 생전유언이나 사전의료지시서의 취소나 철회를 이처럼 매우 쉽게 허용하는 이유는, 그렇게 하지 아니한다면, 생전유언이나 사전의료의향서를 사망보증서로 만들 우려가 있기 때문이다.²⁸²⁾ 일단 성립된 생전유언은 취소할 수 없다고

279) Mirarchi, 74: 폐암말기에 있는 74세의 여성이 호스피스care에 등록하였고 생전유언서를 가지고 있었다. 그녀는 DNR(소생술금지)을 원하고 특히 튜브급식을 원하지 아니한다고 진술하였다. 어느 날 저녁 응급상황이 발생하여 긴급수술이 필요하였다. 가족들이 눈물을 흘리고 정신이 혼란한 이때 의사는 가족들로부터 정보를 얻으려고 시도하였다. 그러나 가족 중 어느 누구도 생전유언서가 어디 있는지 아는 사람이 없었다. 환자는 수술을 거절한다고 하고, 가족은 수술을 받아야 한다고 주장하였다. 가족은 의사가 수술을 하지 아니하면 의사와 병원을 상대로 소송을 제기하겠다고 위협까지 하였다. 이 때 생전유언서가 있다면 얼마나 유용하겠는가. 의사의 설명으로 수술은 시행되지 않았고, 환자의 아들이 소송을 걸었으나, 곧 취하하고 말았다.

280) 여기서 취소나 철회 중 어느 쪽의 용어가 정확한 표현이나? 이는 생전유언자의 뜻을 포괄하기 위하여 엄격한 법률용어에 얽매일 필요가 없고, 유언자가 어떤 말이나 동작으로 그 생전유언을 없애려고 하는 의사표시만 하면 되는 것이므로, 어느 쪽을 사용할 수도 있다. 그러므로 무효, 소멸 등의 말도 쓸 수 있다.

281) Sitarz, D. 2008. 10.

282) Kuczewski & Pinkus, 강명신. 39. California Probate Code. Div.4.7. §§4742, §§4743, 에 의하면 개인의 승낙 없이 그 개인의 생전유언이나 생전유언 취소서를 위조·은닉·손상

하면 치료는 항상 중단될 것이고, 그로 인하여 유언자는 확실히 사망할 것이므로, 그러한 생전유언은 사망보증서가 된다는 의미이다.

생전유언 취소서의 기재사항은

① 취소인의 성명, ② 당초의 생전유언의 일자, ③ 생전유언 취소 서명 일자 ④ 취소인의 정자(正字) 성명과 서명 ⑤ 취소 참여 증인 2명의 정자(正字) 성명과 서명 등으로 되어 있다.

생전유언 취소서의 양식은 아래와 같다.²⁸³⁾

Revocation of Living Will(생전유언의 취소서)

① I, _____, am the Declarant and maker of a Living Will and Directive to

② Physicians, dated _____, 20_____.

By this written revocation, I hereby entirely revoke such Living Will and Directive to Physicians and intend that it no longer have any force or effect whatsoever.((20---년 월 일자의 생전유언과 의사에 대한 지시서의 선언자 겸 작성자인 나 _____는 이 취소서로 생전유언과 의사에 대한 지시서를 완전히 취소하고 더 이상의 아무런 구속력과 효력이 없음을 선언한다).

③ Dated _____, 20_____(연 월 일)

④ Declarant's Signature(취소자의 서명) _____

Printed Name of Declarant(취소자의 정자체 성명)_____

⑤ Signature of Witness(증인의 서명)_____

Printed Name of Witness(증인의 정자체 성명)_____

Address of Witness(증인의 주소)_____

5.4.2 우리나라의 경우

생전유언이나 사전의료의향서의 철회나 취소를²⁸⁴⁾ 자유롭게 할 수 있게 하는 것은 환자의 자율권을 최대한 보장하려는 원칙에서 나온 것이므로, 우리나라에서 새로운 생전유언법을 만든다면 이 조항은 반드시 규정하여 두어야 할 것이다. 앞에서 본 미국의 현재 제도를 도입하여도 좋을 것 같다. 철회나 취소에는 증인의 참여도 필요하지 않고, 문서나 구두나 그 형식에 아무런 제약이 없다. 제4장에서 본 사전의료의향서에도 이 의향서의 변경·철회의 자유를 표시하고 있다.

· 말소시키는 사람은 1,000불 혹은 실제의 손해를 배상하여야 하고, 그러한 행위로 인하여 환자의 죽음을 재촉한 사람은 형법조항에 따라 살인죄로 기소된다.

283) Sitarz, D, 2008, 10.

284) 여기의 취소는 법률학에서 사용하는 정확한 용어로 말한다면, 취소가 아니고 철회이다. 사기나 강박으로 인하여 생전유언이 성립되었다면, 그것은 유효하고 정당한 유언서가 아니고 여기서 말하는 것은 정당하게 제대로 성립된 생전유언이라도 유언자가 마음대로 철회할 수 있기 때문이다.

제6장 생전유언의 성립과 효력요건 및 입증

6.1 개관

환자와 그 가족이 생전유언서를 작성하여 이를 의사나 간호사 등 의료인에게 제시하였으나, 의료인이 이를 인정하지 아니하여 결과적으로 생전유언서가 무용지물이 되는 경우도 있다. 생전유언의 성립 문제는 이러한 경우 생전유언이 과연 유효하게 존재한다고 볼 것이냐의 문제로서 생전유언서의 작성과는 다른 차원의 문제이다. 생전유언의 존재 여부에 관한 다툼의 문제를 해결하기 위한 것이 생전유언의 성립과 입증의 문제이다. 이는 특히 의료인과 환자 사이에 무익한 치료의 중단을 둘러싼 소송과정에서 문제되고 있다. 이 장의 문제는 미국의 법률이나 실무에서 많이 거론되고 문제가 되었으나, 우리나라의 경우는 이른바 김 할머니 사건에서 처음으로 제기된 문제이다. 이 장에서는 미국의 제도를 참고로 하되, 실무상 문제점을 부각시키고 앞으로 우리나라의 실무에 참고로 제공하려는 것이 목적이다.

6.2 생전유언의 성립

6.2.1 법률행위의 성질과의 관계

생전유언은, 그 법률적 성질이 이른바 단독행위(單獨行爲) 내지 단독의 의사 표시이고, 상대방 없는 법률행위이다.²⁸⁵⁾ 굳이 상대방을 상정(想定)한다면, 의사(醫師)나 간호사 등 의료인, 또는 유언자의 가족이 될 것이다. 그렇다고 하여 생전유언을 하려면 의사 등의 동의를 얻거나 승낙을 받을 필요는 없는 것이고 의사 등과 의논하여 의견의 합치를 이루어야 하는 것도 아니다.

물론, 담당의사와 상담하고 의학적 정보에 대한 설명을 들어 환자가 자신의 의사결정을 할 수는 있지만, 이는 어디까지나 참고적 의견, 권고적 의견에 불과한 것이고, 최종적인 결정(생전유언)은 환자 본인이 하여야 하고, 또 할 수 있는 것

285) 미국의 통일말기환자권리법(1989)에 의하면, 사람들이 만일 말기질환으로 아프거나 혹은 혼수상태에 빠지고 생명유지 장치로 살아있기를 원하지 아니하는 상황이 발생하면, 그러한 사항을 특정하여 생전유언을 선언할 수 있다고 규정하고 있다. 여기서 선언(declare)은 바로 단독행위의 특징을 나타내는 표현이다.: 일반유언도 상대방 없는 단독행위이다. 이는 법률에서 일정기간 의사표시의 내용이 공개되지 않도록 하기 위하여 정책적으로 상대방 없는 단독행위로 규정하였고, 그 의사표시의 진실성·명백성 등을 확보하기 위하여 대부분 요식행위로 정하고 있다(김증한, 김학동 증보, 2001. 민법총칙 9판. 서울: 박영사. 275).

이다. 이것은 환자의 자율성 존중의 원칙에서 나온 당연한 귀결이다. 그러나 일반 법률행위에는 단독행위도 있고, 계약도 있다. 계약의 경우는 당사자 사이의 약속이나 합의가 성립되어야 성립되나, 단독행위는 그러한 합의가 필요하지 않다. 미성년자는 생전유언을 할 수 없으나, 일반 유언(한국민법:17세)을 할 수 있고 대리인을 통하여 일반 법률행위도 할 수 있다. 일반 법률행위를 취소하려면 취소 이유(사기나 강박 등)가 있어야 하고 취소기간도 제한되어 있지만(한국민법 제109조, 제110조, 제146조) 생전유언의 취소·철회에는 아무런 이유도 필요 없고, 그 시기에 제한이 없다. 나아가 취소의 방법에도 제한이 없다. 그 이유는 이미 한 생전유언은 연명치료의 보류나 중단이지만, 그것을 취소하거나 철회한다는 것은 치료를 재개하여 계속하여 달라는 의사표시이기 때문이다. 생전유언에는 증인의 참여가 필요하나, 일반 법률행위에는 반드시 증인이 참여할 필요는 없다. 생전유언에서 지정된 의료대리인의 권한은 유언자(본인)가 사망하여도 소멸되지 아니하나(장례 등의 집행),²⁸⁶⁾ 일반 법률행위의 대리인의 대리권한은 원칙적으로 본인 사망으로 인하여 소멸된다(예외적으로 한국 민법 제691조, 상법 제50조, 민사소송법 제95조, 제96조의 경우는 대리인의 권한이 존속).

6.2.2 생전유언의 성립의 특수성

이처럼 생전유언은 본질적으로 단독행위이므로, 이론상 행위자(유언자, 환자)의 일방적인 의사표시만으로 법률행위로서 성립(成立)되므로 문서로 하든 구두로 하든²⁸⁷⁾ 상관없다. 특히 구두(口頭)유언의 경우는 녹음으로 할 수도 있고, 아무도 듣는 사람이 없어도 성립될 수 있다. 그러나 이러한 구두유언은, 그 유언 후 유언자가 의식을 상실하고, 법률상 그 존부가 문제될 경우, 이를 들은 사람이 없어서 결국 생전유언이 없었던 것으로 취급될 수밖에 없다. 이것이 생전유언의 입증의 문제이다.

구두유언의 경우 우리나라에서라면 개정민법(2011.3.7.개정 법률 제10429호, 2013.7.1.시행) 제111조의 '상대방이 있는 의사표시는 상대방에게 도달한 때에 그 효력이 생긴다.'는 규정을 유추·적용하여, 적어도 생전유언의 구술(口述)의 취지가 담당의사, 간호사 혹은 유언자의 가족이나 친구 등에게 도달한 때에 효력이 생긴다고 해석함이 타당할 것이다. 구두유언의 경우 특히 필요한 요소는 유언자의 소원과 가치관의 진술에 일관성(一貫性)이 있어야 한다는 점이고 이는 필수적 요건이다.²⁸⁸⁾

286) 캘리포니아 Probate Code, Sections 4701.4673~4675

287) California Probate Code(1999). Div. 4.7 Part 1, Chapter 1. Sec.4623(written or oral direction---).

288) Buchanan, A. E. & Brock, D. W. 1989. "Deciding for Others." The Ethics of Surrogate Decision Making. N.Y. ; Cambridge University Press, 25; Kuczewski &

다음 생전유언을 문서로 작성할 경우 예컨대, 사전의료지시서, 사전의료의향서, 기타 명칭의 문서로 작성하여 작성자가 서명하거나 이름을 쓰고 날인하면, 생전유언은 성립된다. 이러한 문서로 유언한 경우는 생전유언의 존부(存否)에 관하여 법률상 문제가 되었을 경우 구두유언의 경우에 비하여 훨씬 입증(立證)하기가 편리하고 유리할 것이다. 생전유언서나 사전의료의향서는 환자에 의하여, 환자를 위하여, 작성된 것이므로, 일단 환자가 서명하고 나면, 그 후 환자가 혼수상태에 빠져 무의식 상태가 되더라도, 그 문서에 기록된 지시나 소원은 환자의 가족이나 그 밖의 사람들이 이를 무시하려고 하여도 무시할 수 없고 모든 것에 우선(優先)하는 우선적인 효력을 가지게 된다.²⁸⁹⁾

6.2.3 생전유언과 의료계약

생전유언과 의료계약은 서로 어떤 관련성이 있는 것처럼 보이지만, 본질적으로 그 법률적 성질이 서로 다르다. 즉, 당사자의 숫자에 있어 생전유언은 유언자 겸 환자 1명인데 비하여 의료계약에서는 환자와 의사 또는 병원 등 2명이다. 그것은 앞의 것이 일방적인 단독행위이지만, 뒤의 것은 쌍방적인 준 위임계약이기 때문이다. 따라서 앞의 것에는 당사자 사이의 의사합치는 필요하지 않지만, 뒤의 것은 계약 당사자 사이의 의사합치가 필요하다. 목적과 효과 면에서도 앞의 것은 치료의 중단(부작위: 不作爲)을 주로 요구하지만, 뒤의 것은 치료실시(작위: 作爲)를 목적으로 삼는다. 그리고 취소나 철회의 점에서도 앞의 것은 자유롭지만, 뒤의 것에는 일정한 취소사유(사기나 강박 등)가 있어야 취소할 수 있다.

의료계약의 법률적 성질이 위임계약이라는 것은 우리나라와²⁹⁰⁾ 일본의²⁹¹⁾ 통설이다. 그러므로 민법 제681조에 따라 수임인인 의사는 위임의 본지(本旨)에 따라 선량한 관리자의 주의의무를 다하여 환자를 치료하여야 한다. 치료의 결과 질병이 완치되지 않더라도, 의사는 치료비청구를 할 수 있다.²⁹²⁾

의료계약과 관련하여, 캐나다에서 여호와증인 환자가 수혈을 거부(환자가 지갑에 넣어 소지하고 다니던 카드에 기록; 다만 날짜와 증인의 서명란은 공란)하였는데도, 의사가 수혈을 실시하여 생명을 구한 사건에서, 살아난 환자가 의사를 상대로 손해배상을 청구한 사례도 있다. 그 사건에서 의사는 환자에게 불법신체침해(battery)를 하였다는 이유로 다시 말하면, 환자의 자율적 선택을 존중할 의무를 위반하였다는 이유로 2만 불의 손해배상금을 지급하라는 판결이 선고되었다.²⁹³⁾

Pinkus, 강명신. 200.

289) Doukas & Reichel. 2007, 89.

290) 윤경현. 1975. “의료과오의 책임” 수록처; 사법논집 제6집, 서울 : 법원행정처: 126.

291) 일본 神戸地龍野支 昭和 42(1967). 1. 25. 판결

292) 대법원 2001. 11. 9. 선고, 2001다52568 판결.

293) Malette v. Shulman, 630,R.2d, 243,720, R. 2nd, 417(O.C.A.); Carlisle, J. R. 앞의 논문. 168.

6.3 생전유언의 효력요건

미국 생전유언의 입법과정에서 문제된 것은 환자의 의사능력문제와 환자의 말기상태의 진단 문제였다. 의사능력을 상실한 사람을 위하여, 그 배우자나 가족이 본인을 대리하여 생전유언서를 작성할 수 있는가? 대개의 주(州)에서는 보건의료대리인 제도를 두고 있고, 이 대리인이 본인을 위한 치료중단 등 결정을 할 수 있다. 생전유언의 유효요건은 아래와 같이 요약될 수 있다.²⁹⁴⁾ 이미 제5장에서 생전유언의 작성 부분을 설명할 때, 작성능력을 해설한 바 있으나, 여기서 유효요건은 이미 작성된 생전유언이 과연 제대로 작성된 것인가, 유효한가의 문제로서 조금 다르다.

6.3.1 작성자의 요건(성년자, 의사능력자)

생전유언의 작성 당시 작성자는 18세 또는 19세(Alabama의 경우) 이상의 성년자이어야 하고 그에게는 반드시 의사능력(competent)이 있어야 한다. ²⁹⁵⁾ 이 요건은 거의 전 세계적으로 공통적인 요건으로 보인다.

초기 알츠하이머, 초기치매, 정신적 질병이나 정신지체에 걸린 사람은 경우에 따라서 의사능력이 돌아올 때 생전유언서를 만들 수도 있다. 그들이 충분한 설명을 듣고 그것에 근거한 동의를 할 수 있는 능력이 날마다 또는 시간마다 달라질 수 있고 그들의 능력이 수시로 변하기 때문이다.²⁹⁶⁾ 미성년자들은 구속력 있는 위임장이나 생전유언서에 서명할 수 없다. 다만 그들은 그 부모, 후견인, 담당 의사(醫師)와 문제점을 의논하여, 생명유지치료에 관한 그들의 소원이나 희망을 표현할 수는 있다.²⁹⁷⁾

6.3.2 충분한 설명에 근거한 동의

환자는 의사(醫師)로부터 직접 의학적 정보에 관한 충분한 설명을 들은 후 그 설명을 바탕으로 자신의 고유한 가치관(values history)에 따라 진지하게 구체

294) Jonsen et al. 2006, 88-89.; Sitarz, D. 2005. Simplified Living Will Kit. Illinois: Nova Publishing: 6.

295) California Probate Code(1999). Div.4.7. §§4625. Guidelines developed for signers of California's Natural Death Act. 320. April 1978. 128.4. Figure 1.: 18세 이상의 정신능력 있는(sound mind) 사람은 2명의 증인 앞에서, 의사(醫師)에 대한 지시서(Directive to Physicians)에 서명할 수 있다. 등등

296) Doukas & Reichel. 2007, 42.

297) Doukas & Reichel. 2007, 43.

적인 진료행위에 관한 본인 스스로의 의사결정을 하여야 한다. 그렇게 작성하여야 그 생전유언은 유효하게 된다(이는 미국이나 우리나라나 공통적인 요건). 사기나 강박, 협박이나 폭력 없이, 순전한 자유의지로 작성하여야 유효하다. 298)

6.3.3 생전유언서의 작성일자 기재

생전유언의 작성연월일, 서명날짜는 생전유언서에 반드시 명기되어야 한다.299) 생전유언의 작성 시기와 집행 시기 사이의 시간적 간격 확인, 유언자의 진의파악 등에 필요하기 때문이다. 어떤 주(州)에서는 환자의 진의파악뿐만 아니라, 환자가 임종, 또는 말기상태에 있다는 진단을 받은 후에라야 생전유언을 집행할 수 있고 그렇지 않다면 그 유언은 법적 구속력이 없다고 간주하기도 한다. 그래서 생전유언서의 작성일자는 매년 변경하여야 하고, 그 변경서류에 서명하여야 한다. 작성자의 현재의 소원을 계속 반영하고 있는지를 확인하기 위하여 주기적으로 생전유언서를 재검토하여야 한다.300) 재검토과정에서 작성자는 그 내용을 변경하거나 철회할 수도 있다.

6.3.4 작성자의 서명과 증인

생전유언이라는 문서에는 작성자(유언자)가 성년자인 2명의 증인이 301)보는 앞에서 서명하여야 하고, 2명의 증인도 당시 현장에 참여하여 역시 같은 문서에 서명하여야 한다. 이러한 증인이 필요한 이유는, 그 문서에 서명한 사람이 실제로 내용을 알면서 자유롭게 그렇게 하였다는 것을 증인이 현장에서 보고, 확인하기 위한 것이다. 증인들의 서명은, 다른 사람 아닌 바로 유언자 자신이 실제로 그 유언서에 서명하였다는 것을 나타내는 것이고, 서명 당시 유언자의 의사능력에 대한 증명서로서의 기능도 할 것이다. 왜냐하면 그 문서에 증인의 서명이 있으면, 그것은 장래에 이의신청을 당할 확률이 훨씬 줄어들기 때문이다. 증인의 서명 시기(時期)는 작성자의 서명이 끝난 후라야 하고, 증인이 스스로 사실을 확인한 후 서명하여야 한다.302) 작성자의 수익자(beneficiaries) 또는 수익자와 어떤 친척관계에 있는 사람, 환자의 담당 의사나 그 의사의 피용자(被傭者), 종업원은 증인이 될 수 없다. 이는 증인과 작성자 사이의 이해충돌을 방지하기 위한 것이다.303) 증인

298) California Probate Code §§ 4701

299) Sitarz. D. 2009. The Will and Living Will Toolkit : Illinois : Nova Publishing:170.
O.R.S.(오리건 주 개정법률) 127.515(4). www.leg.state.or.us/ors/127.html 참조

300) Sitarz. D. 2009, 169.

301) O.R.S.127.515(4). C.R.S.(콜로라도 주 개정법률) 15-18-104(2012)(5) 등

302) Sitarz. D. 2009, 171

의 자격요건은 아래와 같다.³⁰⁴⁾

- ① 18세 이상일 것(Alabama는 19세)
- ② 혈연·혼인·입양 등 어떠한 방법으로든 환자와 친족관계에 있는 사람이 아닐 것
- ③ 환자의 주치의(attending physician)가 아닐 것
- ④ 환자의 주치의의 환자 또는 피용자가 아닐 것
- ⑤ 유언자가 환자로서 입원하고 있는 병원 등 의료 시설 내의 환자, 의사 등 의료인, 혹은 피용자가 아닐 것
- ⑥ 유언장 없는 경우의 상속에 관한 법률 혹은 유언이나 유언보충서에 따라 작성자 사망의 경우, 작성자의 재산에 관한 상속인 자격이 없을 것
- ⑦ 유언자의 사망으로 망인의 재산에 대한 청구권을 가지지 아니할 것
- ⑧ 환자의 치료에 대하여 직접 재정적인 책임을 지고 있는 사람이 아닐 것
- ⑨ 유언자의 지시에 따를지라도, 유언자를 위한 생전유언서에 서명하지 아니하였을 것
- ⑩ 증인으로 보수를 받지 아니하였을 것

몇몇 주(州)와 워싱턴 D.C.에서는 증인에 관한 법률들을 가지고 있다. 거기에 따르면, 유언자(생전유언서에 서명한 사람)가 요양원, 기숙시설, 병원 혹은 보건 의료시설에 수용되어 있는 환자인 경우 환자 옴부즈맨, 환자변호인, 혹은 보건 의료시설의 장(長)을 생전유언서에 서명할 제3의 증인으로 세울 것을 권고하고 있다.³⁰⁵⁾ 어떤 주(州)에서는 작성자의 서명을 공증인이 확인하면 되고 더 이상 증인을 필요로 하지 않는 곳도 있다. 그러나 대부분의 주(州)에서 생전유언서는 공증인의 확인을 받든지 또는 적어도 2명 이상의 성년의 증인이 함께 서명하여야 유효하게 된다. 환언하면 공증인의 확인 혹은 증인의 서명 중 어느 하나가 생전유언의 효력요건이다. ³⁰⁶⁾ 이처럼 생전유언의 효력요건이 까다로운 것은, 무의미한 연명치료의 중단 나아가 이로 인한 환자의 생명 또는 그의 죽음과 관련된 것이 생전유언이기 때문이다.

6.3.5. 우리나라의 경우

우리나라에서 생전유언법을 제정한다면, 미국의 생전유언의 효력요건에서 검토한 바와 같이 ① 의사능력 있는 성년자가 작성할 것 ② 의사로부터 충분한 설

303) Doukas & Reichel. 2007, 63.

304) Sitarz, D. 2008, 27.; 예컨대, 캘리포니아 주(州)에서는 California Codes 중 Probate Code, Section 4701, Part5, (5.3)에서 증인의 자격을 규정하고 있다. 콜로라도 주(州)의 경우는 C.R.S. 15-18-104(2012)(5). 오리건 주의 경우는 O.R.S. Chapter 127-515 : 증인 자격 (4) (c)(A)-(C)에서 규정(www.leg.state.or.us/ors/127.html 참조)

305) Sitarz, D. 2008, 27.

306) Sitarz, D. 2009, 171, 184.

명을 듣고 이에 근거한 동의(informed consent)를 할 것 ③ 생전유언서의 작성과 서명 날짜의 기입 ④ 적어도 2명 이상의 증인 앞에서 작성자가 서명하고 이어서 증인이 이를 확인하고 함께 서명할 것 등을 필수요건으로 정할 수 있다. 증인이 확인하고 서명할 당시, “작성자는 사기나 강박을 당하지 않고 자유로운 의지로 생전유언서에 서명한 사실”을 확인하여야 할 것이다. 증인의 자격요건도 위 미국의 제도를 참고하여 규정할 수 있을 것이다. 우리나라의 사전의료의향서에는 증인을 1명으로 정하고 있으나, 1명보다는 2명 이상으로 하면 좋을 것 같다.³⁰⁷⁾ 한편 증인뿐만 아니라 공증인 앞에서도 생전유언서를 작성할 수 있도록 하는 것이 이용자에게 편리하고 좋은 방법이 될 것이다.

6.4 생전유언의 입증

6.4.1 의사(醫師) 등 의료인의 의무

6.4.1.1 미국의 경우

의사나 간호사 등 의료인은 환자의 병원 입원 시 생전유언서의 작성 또는 존재여부를 확인할 의무가 있는가? 미국의 환자자기결정법(Patient Self-Determination Act, 1990)에서는 이를 인정하고 있다. 즉 병원, 너싱홈, 호스피스시설, 건강유지기관(Health Maintenance Organization) 그 밖의 보건의료기관들은³⁰⁸⁾ 성인 환자가 그 시설에 입원할 때 사전의료의향서에 관한 정보를 제공(사전의료의향서양식 제공, 작성방법 안내 등)하여야 한다. 병원 등 시설에서는 환자가 이미 사전의료의향서나 생전유언서를 가지고 있는지 여부를 반드시 물어보아야 하고, 환자의 의료기록에 이것을 기재하여야 한다.

6.4.1.2. 우리나라의 경우

우리나라에서는 의료법(2011.12.31.법률 제11141호) 제15조에 따라 의료인은 정당한 이유 없이 진료를 거부하지 못하고 진료나 처치를 하여야 할 의무가 있으므로, 환자의 입원 당시 생전유언이나 사전의료의향서의 소지여부, 또는 치료거부 의사의 존부를 확인할 의무는 없다고 해석된다. 앞으로 생전유언법이 제정되면, 국공립 병원 등의 경우는 미국식의 의무규정을 두어야 할 것이다.

307) 민법 제836조 제2항은 협의이혼의사 확인신청 시에 성년자인 2명의 증인들의 서명을 요구하고 있다. 이혼보다 연명치료 중단결정은 더 중요한 문제라고 생각된다.

308) 福本博文. 2002, 93: 65세 이상의 노인들을 대상으로 하는 노인의료보험제도 등에 가입하고 있는 병원, 즉 연방정부의 자금지원을 받는 시설을 의미한다.

6.4.2 생전유언의 입증방법

생전유언의 입증 문제도 임상현장에서 환자에게 의사능력이 있을 때와 없을 때에 따라 처리방식이 달라진다. 앞에서 의사가 환자의 의사능력, 판단능력 존부를 확인하여야 하는 경우를 설명한 바 있지만, 생전유언이나 사전지시의 존재여부는 연명치료 중단과 관련된 것이므로, 더욱 환자의 판단능력이 중요한 문제점으로 떠오를 것이다. 왜냐하면 환자의 자율성에 근거하여 자율성에서 비롯된 제도가 생전유언이기 때문이다.

6.4.2.1 생전유언을 의사(醫師)가 인정할 경우

1) 구술유언인 경우

예컨대 의사능력이 있는 암환자가 담당의사(醫師)의 설명을 들은 후, 생전유언으로 “나는 항암치료를 원하지 않는다.”는 등을 구술한다면 의사는 이를 인정하여 그대로 연명치료를 중단할 수 있고, 중단한다면 생전유언의 존재여부나 그 내용에 대한 증명이나 입증(立證) 문제는 생기지 아니할 것이다. 다만 환자의 가족이 이러한 생전유언과 그 유언에 따른 치료중단에 이의를 제기하면서 항의한다면 문제가 생길 수 있다. 의사는 해당 환자에 관한 의무기록(medical record)을 제시하고 설명할 수 있을 것이다.

2) 문서유언인 경우

환자나 그 가족이 문서로 작성된 생전유언서를 찾아 병원이나 담당의사에게 제시한 경우, 이를 담당의사가 인정하여 그대로 실시한다면 역시 문제는 없을 것이다.

6.4.2.2 생전유언을 의사(醫師)가 부인할 경우

의사가 생전유언을 인정하지 않고 그 효력을 부인하면서 치료를 계속할 경우 어떻게 할 것인가? 의사나 병원을 상대로 생전유언대로(생전유언의 존부가 불분명한 경우) 연명치료를 중단하여 달라고 요구하여도 전혀 응하지 아니할 경우, 더구나 환자가 무의식 상태에 빠져있다면, 그 가족은 고민하지 않을 수 없다. 가족으로서 소송을 걸자니, 내심으로는 환자의 생명단축의 우려와 죄책감, 치료비 부담 경감을 위한 것은 아닌지에 대한 오해 등 복잡한 정서 상태에 놓일 것이다. 한편 병원당국이나 담당의사는 법률상 진료의무, 잘못될 경우의 형사·민사·행정 책임, 병원운영상의 여러 가지 문제 등 때문에 연명치료를 함부로 중단할 수도 없다. 그리하여 일단 소송이 시작되면, 양당사자는 감정적으로, 시간적으로, 경제

적으로 여러 가지 어려움에 처하게 된다.

6.4.2.3 구술 진술 후 환자의 무의식상태

미국의 판례에 나타난 연명치료 중단청구사건 예컨대 킨란, 크루잔 사건 등의 경우와 우리나라 김 할머니 사건의 경우, 환자들은 평소 “나는 건강한 삶을 원한다. 만일 식물상태가 된다면 더 이상 치료는 받지 않겠다.”고 말하여 왔던 경우인데, 사고로 인하여 병원에 입원하였고, 연명치료 중에 그 가족이 무익한 치료의 중단을 법원에 청구하고 있고 입증방법이나 증언이 법정에서 문제되었다. 증인으로는 가족이나 친구, 룸메이트(roommate)가 나서고 있다. 이러한 증인들의 증언을 과연 진실로 믿을 것인가 하는 문제는 법원의 재판관들이 깊이 고민할 문제이다. 판례의 사례를 표로 나타내면 아래와 같다.³⁰⁹⁾

표 4 무의식 또는 의식불명 상태 환자의 생전유언의 입증사례

사건명	생전유언내용	증거방법		법정증언내용	비고 (증명력의 정도)
		서증	증인		
킨란 (1976)	회복의 가망이 없다면 비상(非常)한 방법으로 살기를 원치 않는다.	x	법률상 후견인 (부모)	회복가망이 없다면 딸은 계속 살아가기를 원치 않을 것이다.	킨란과 그 친구들과의 대화는 증명력이 충분하지 않다.
크루잔 (1990)	조금이라도 정상적으로 살수 없다면, 삶의 계속을 원치 않는다.	x	룸메이트(roommate)	낸시 크루잔의 선호는 정상적 삶이 아니면 계속 살지 않겠다.	미주리 증거 규칙: 명백하고 설득력 있는 증거라야 한다. ³¹⁰⁾
샤이보 (2005)	기계로 연명하지는 않겠다.	x	남편, 시동생, 시누이	기계로 연명하고 싶지는 않다.	명백하고 설득력 있는 증거로 채택됨
김0 (2009)	호흡기는 끼우지 말라. 기계 연명은 바라지 않는다.	x	환자의 아들, 사위	누를 끼치며 살고 싶지 않다. 깨끗이 이승을 떠나고 싶다 등	1~3심까지 채택됨

*. 이 표는 판례의 취지를 종합하고 요약하여 만든 것이다.

6.4.3 생전유언의 분쟁과 치료중단

생전유언에 관하여 분쟁이 있는 경우에 환자와 의사 사이에 합의를 시도하여 의견합치를 이룬다든가(이 때는 입증문제가 없다), 의견대립이 계속되는 경우 병원윤리위원회 등에 신청하여 동 위원회의 조정이나 권고를 받아들일 수도 있을

309) 우리나라 대법원 2009. 5. 21., 선고 2009다17417 판결에서도 환자는 평소 누를 끼치며 살고 싶지는 않다. 깨끗이 이승을 떠나고 싶다고 말하고 있었다.

310) 우리나라 대법원은 증명력의 정도에 관하여 ‘명백하고 설득력 있는 증거’규칙을 채택하거나 선언하지는 않았으나, 사람의 생명과 관련된 것이니만큼 거의 같은 정도의 증명력을 요구하고 있는 것으로 해석할 수 있다(민사소송법 제202조; 자유심증주의).

것이다. 그러나 다툼이 계속되면 결국 법원의 치료중단 결정이나 판결을 받아야 할 것이다. 법원의 결정이나 판결 과정에 원고 측은 여러 가지 물적 증거(생전유언서 등)와 인적 증거(증인이나 가족들의 진술 등)를 모두 제출할 것이고, 피고 측은 담당 의사나 병원에서는 의무기록(醫務記錄) 등을 중요한 증거자료로 제시할 것이다. 한편 생전유언은 공식적인 양식(樣式)에 기록되지 않고 개인수첩, 노트나 편지형식으로도 표시될 수도 있다. 그 내용이 전혀 모호한 경우가 아니고, 어느 정도 개인적인 소원을 표시하고 있다면, 그것은 환자의 치료 승낙 또는 치료 거절의 증거로 사용될 수 있다. 담당의사는 그런 것이 법적인 인정을 받지 못하더라도 그들 환자의 소망이나 선호(選好)표현으로 고려하고 참작하여야 한다.³¹¹⁾ 이런 노트는 법정에서도 증거로 제시되면 채택될 수 있을 것이다. 생전유언의 성립이나 효력여부는 법원에서도 엄격하게 심리할 것이다. 증거를 엄격하게 요구하는 것은 환자의 생명의 연장이나 중단이냐를 결정하는 중요한 자료이므로 그렇게 요구하는 것이고, 노트 등에 기록된 것이라도 그것이 환자의 진정한 뜻을 반영하는 것으로 인정된다면, 해당 환자의 자율성을 존중하는 의미에서 너그럽게 받아들이는 것으로 볼 수 있다. 약간 모순처럼 들릴지라도 재판과정에서는 충분히 일어날 수 있는 일이다.

6.4.4 소결

법원의 재판과정에서, 특히 구두(口頭) 생전유언에서, 환자인 유언자 본인의 구술(口述)사실을 바로 인정하기 어려워 그 의사(意思)추정을 하는 경우 왜 제3자의 확실한 증언을 굳이 요구하고 있을까? 그 이유는 무엇일까? 연명치료를 중단하면(예컨대, 인공호흡기를 떼면) 환자는 곧 죽을 것이고, 이 죽음에 대한 책임이 누구에게 돌아올 것인가를 염려하여 종국적으로는 환자 자신이 치료를 거부하여 그 자신의 질병으로 인하여 사망한 것이라는 판단(자율성의 원칙존중에 따른 자연사)을 함으로써 위안을 삼고자 한 것은 아닐까. 법원의 판결로 연명장치를 제거한다면, 환자 가족의 죄책감은 훨씬 줄어들 것이다. 공동의사결정에서는 결정자 개개인들의 책임이 분산되기 때문이다. 그러나 종국적으로는 환자들 본인 또는 건강한 개인들 각자의 삶과 죽음, 생(生)과 사(死)에 대한 코페르니쿠스적인 발상의 대전환이 필요할 것이고 그러한 전환의 시점이 왔다고 생각된다. ³¹²⁾ 이제 사람들이 자율성의 의미를 인식하고 스스로 자신의 건강과 치료문제를 결정할 수 있어야 할 것이고, 환자 이외의 사람들은 이를 철저히 존중하여야 할 것이다.

311) Jonsen et al. 2006, 86.

312) Tolle, E. 2008. The Power of Now '지금 이 순간을 살아라.' 노혜숙, 유영일 역;서울 : (주)양문.283;인간의식의 철저한 변화가 없다면 세상의 고통은 밀 빠진 독이나 마찬가지로입니다.

제7장 생전유언의 효력발생과 집행

7.1 개관

앞의 제6장에서 생전유언의 성립과 효력요건을 논술하였고, 만일 생전유언이 그러한 요건을 구비하였다면 그 생전유언은 바로 효력이 발생할 것임에도 불구하고, 다시 제7장에서 생전유언의 효력발생과 집행이라는 주제를 설정하여 논하는 핵심적 이유는 무엇인가?

제6장에서는 생전유언의 유효요건에 관한 일반적·원칙적인 이론을 설명하였던 것이고, 여기 제7장은 구체적·개별적인 임상현장에서 어떤 특징적인 생전유언이 그 효력을 발생하여 실제로 무의미한 치료중단(예 : 인공호흡기의 제거)이라는 결과나 생전유언의 목적을 실현시키는 문제를 좀 더 상세하게 논하려는 것이다. 이 제7장의 제목을 “생전유언의 효력발생과 집행”이라고 붙였지만, 오히려 핵심은 집행 쪽에 있다고 말할 수 있다. 이것은 예컨대 일반 유언에서 유언자가 상속재산의 분배방법에 관하여 의사표시를 한 경우, 그 유언의 효력은 유언자의 사망과 동시에 발생하지만, 실제로 유언대로 그 내용을 실현시키려면 유언집행자의 집행행위가 뒤따라야 하는 것과 같다. 생전유언자의 의도(意圖)나 내심의 의사(意思)를 실제로 실현시키는 사실행위, 실질적인 효력을 발생시키는 것, 그자체가 중요하므로, 이 장을 별도로 설정한 것이다.

제7장의 주요논점은 생전유언의 성립과 그 내용실현(목적달성 = 효력발생, 또는 인공호흡기의 제거와 같은 사실행위) 사이의 신속한 연결과 판단, 그 연결과정에 놓인 장애물들의 제거를 주안점으로 하고 있다고 말할 수 있다. 이 장에서는 우선 생전유언과 일반유언을 비교검토하고, 유효시기·효력발생시기·집행시기의 개념구분을 명확히 한 다음, 인간 생명의 종착점이라고 할 수 있는 사망시점에 관한 학설과 생전유언과의 관계를 설명하고, 미국과 우리나라의 판례에 나타난 중요사례를 중심으로 생전유언의 효력발생시점을 분석한다. 그리고 마지막으로 생전유언과 그 집행의 결정권자는 누구인지를 검토하자고 한다. 이 장은 미국의 제도를 도입할 것이냐 여부의 문제는 아니고, 어떻게 하면 판례를 중심으로 생전유언의 실효성을 확보하여 신속하게 제도의 목적을 달성할 수 있는가를 탐구하려는 것이다.

7.2 생전유언과 일반유언의 비교

일반 유언은 유언자의 재산을 자녀 기타 상속인들에게 어떻게 분배할 것인가, 후견인은 누구로 할 것인가 등을 지정하는 유언으로서 주로 재산(財産)에 관한 의사 표시이다. 이에 비하여 생전유언은 무의미한 연명치료를 중단하여 달라는 유언이고, 주로 유언자의 생명(生命)과 치료에 관한 의사표시이다.

일반적인 유언은 그리스 시대나 로마 시대에도 존재하여 왔던 오랜 역사를 가진 제도로서, 인류가 지구상에 태어나 문명생활을 하면서 시작된 것이고 사람이 처나 자녀들에게 재산이나 제사(祭祀)권, 호주권 등을 물려주는 제도이다. 일반 유언에서는 유언연령이 매우 낮아서 미국에서는 16세 또는 14세인 미성년자가 유언할 수 있고, 우리나라에서는 만 17세에 달한 사람이면 유언을 할 수 있다. 그러나 생전유언은 성년자(미국은 18세, 혹은 19세, 한국은 2013.7.1.이후 19세)만이 할 수 있고³¹³⁾, 미성년자는 생전유언을 할 수 없다.

생전유언은 대개 말기질환에 걸려있거나 지속적 식물인간상태에 빠져 있는 사람 또는 건강한 사람이 그러한 식물인간상태에 빠질 경우를 대비하여 장차 치료를 받더라도, 그것이 더 이상 효과가 없는 단순한 연명치료일 때는 이를 보류하거나 중지하여 달라는 의사표시를 문서 또는 구두로 하는 것이고, 이는 1970년대에 이르러 비로소 창설된 미국의 제도이다. 생전유언은 유언으로서는 독특한 제도이다. 왜냐하면 유언자가 생존 중일 동안에도 조건성취 시(예, 식물인간상태에 빠진 경우 등) 효력이 발생하는 것이기 때문이다. 그러나 전통적인 일반적인 유언은 유언자가 사망하여야 비로소 효력이 발생하는 것이므로 2가지 유언은 근본적으로 서로 다르다. 생전유언의 집행자는 담당의사나 환자의 가족인 경우가 많지만, 일반유언의 경우는 유언에서 지정된 사람 또는 상속인이 집행자가 된다. 생전유언이나 일반유언은 모두 단독행위이고 조건부 유언이 가능하다는 점, 구두나 문서로 할 수 있는 점은 서로 동일하다(다만 일반유언은 그 형식이 매우 엄격하다). 대리유언이 가능한가의 점에서 생전유언은 본인이 의식을 상실한 경우 그 대리인이 연명치료를 중단하는 결정을 할 수 있지만, 일반유언에서는 대리인이 대리유언을 할 수 없다.

우리나라의 현행법상 생전유언(또는 사전의료의향서)은 판례법상의 제도이고, 일반 유언은 성문법상의 제도인 점도 큰 차이점이다. 앞으로 생전유언법이나 사전의료의향서법이 제정된다면 이러한 차이는 없어질 수 있다.

미국의 모든 주(州)에서는 생전유언 또는 사전의료의향서에 관하여 성문법 규정을 가지고 있지만, 우리나라에는 이에 관한 성문법이 없다. 미국에서 생전유언이 처음 고안될 당시에는 주로 헌법의 규정과 정신에 따라 환자의 자율성을 존중하는 최고재판소의 판결에 따라³¹⁴⁾ 서서히 여론이 형성되어 연방법이³¹⁵⁾ 나오고 이에 따라 각 주(州)의 법률이 제정되었다. 우리나라의 현재의 상황도 대법

313) 예컨대, 캘리포니아 자연사법 제7188조

314) In re Quinlan Case가 그 선구적, 선도적 판례(leading case)였다.

315) 통일말기환자권리법(1989), 환자자기결정법(1990) 등은 각 주(州)에 특정문제에 관한 통일적인 법률의 제정을 촉구하는 선언문 형식이므로 조문도 없다.

원의 판결이 헌법정신을 반영하여 선고되자³¹⁶⁾ 여론이 형성되어 가는 점이 비슷하다고 할 것이다. 생전유언이든 일반유언이든 유언자에게는 의사능력이 있어야 함은 동일하다. 이러한 의사능력이 상실될 경우를 대비하여 미국에는 지속적 효력(durable power)이 있는 보건의료대리인제도가 있으나, 우리나라에는 그런 것이 없다. 앞으로 개정민법(2013.7.1.시행)상의 성년후견인 등이 그러한 역할을 할 수 있을 것으로 기대된다. 그러나 앞에서 이미 살펴본 바와 같이 그 권한의 범위가 문제된다. 개인의 자율성을 확실히 보장하기 위하여 생전유언법을 제정하여야 할 것이다.

7.3 생전유언의 효력발생과 그 시기

7.3.1 유효시기·효력발생시기·집행시기의 구분

7.3.1.1 생전유언의 효력발생의 특이성과 그 시점

1) 미국의 경우

생전유언이 법률상 유효하게 성립(成立)되는 시기와 그 유언이 실제로 효력(效力)을 발휘하는 시기는 구분되어야 한다. 생전유언서나 사전의료의향서를 법률에 따라 작성하고 증인 앞에서 유언자 본인이 서명하면 그 문서는 유효하게(effective) 성립된다. 생전유언이 유효하다고 말하는 것은 그것이 법률적으로 구속력이 있다는 것을 의미할 뿐이고, 그것이 실제로 효력을 발휘한다(active)는 말은 아니다.³¹⁷⁾ 생전유언의 효력발생 시기는 연명치료의 중단시기와 같은 것이라고 말할 수 있다. 왜냐하면 생전유언의 목적은 무의미한 연명치료의 중단을 바라는 것이기 때문이다.

생전유언의 효력발생 시기는 아래의 3가지 특징을 가지고 있다.

- 가) 일반 유언과 달리, 생전유언은 유언자의 생존 중에 효력이 발생한다.
- 나) 유언자(환자)에게 의사표시능력이 있는 동안에는 생전유언이 효력을 발휘할 수 없다. 환자 스스로 자신에 대한 치료의 계속이나 중단에 관하여 결정하고 지시할 수 있기 때문이다. 환자 스스로 의사표시를 할 수 없게 되어야 비로소 생전유언의 효력이 발생한다. 그것은 의사표시능력이 없을 경우를 대비하여 미리 만들어 놓은 것이 생전유언이기 때문이다.
- 다) 생전유언은 그 유언에서 정한 조건이 성취(충족)되어야 효력이 발생한다. 즉 유언자가 생전유언에서 「만일 내가 x암 등 말기질환에 걸리거나 영구무의식

316) 대법원 2009. 5. 21., 선고 2009다17417 판결

317) Mirarchi. 2006, 37.

(식물) 상태가 되면 일체의 치료를 중단하여 주기 바란다. 다만 고통완화치료는 원한다.」고 말하거나 기록하여 두었다면, 그러한 조건 즉, x암에 걸렸거나 영구 무의식 상태에 돌입하여야 그 때부터 생전유언은 효력이 발생하게 된다. 이러한 조건충족의 여부는 전문가인 의사(醫師)의 진단에 따라야 한다. 콜로라도 주(州) 개정 법률은 2명 이상의 의사가 환자를 7일 동안 연속적으로 진단하여야 한다고 규정하고 있다. 318)

2) 우리나라의 경우

생전유언의 효력발생에 관한 일반적인 설명은 우리나라에도 그대로 타당하므로 별로 문제될 것이 없다. 다만 생전유언에서 정한 조건성취의 점은 문제이다. 김 할머니 사건에 관한 우리나라 대법원 판결도 이 점에 관하여 환자 측이 직접 법원에 소를 제기한 경우가 아니라면, 환자가 회복 불가능한 사망의 단계에 이르렀는지 여부에 관하여는 전문 의사 등으로 구성된 위원회 등의 판단을 거치는 것이 바람직하다고 판시하고 있다. 앞으로 우리나라에서도 생전유언서에 기재된 조건 성취의 점, 예컨대 환자가 말기상태에 있는지, 돌이킬 수 없는 질병을 앓고 있는지, 지속적 식물상태에 있는지 여부를 진단할 경우는 위와 같은 미국 법률과 판례를 참고하여 서로 다른 의사들 2명 이상이 진단하여야 한다고 규정하는 것이 타당할 것이다.

7.3.1.2 생전유언의 집행자

생전유언의 집행자는 일반 유언의 집행자와 다르다. 생전유언의 집행자는 대개 유언자(환자)의 치료를 담당하고 있는 의사나 간호사 등 의료인일 것이고, 경우에 따라서는 유언자의 최근친(next of kin: 손수가 가장 가까운 친족) 혹은 대리인이 집행자 역할을 할 것이다. 이러한 유언집행자 예컨대, 의사(醫師)가 생전유언에 기재된 대로 실시, 즉 치료의 중단을 하려면, 그 생전유언자는 이미 식물상태나 말기상황에 있거나, 다른 사람들과 의사소통을 할 수 없는 상태에 있어야 한다. 만일 유언자가 의사소통을 할 수 있고, 스스로 소원하는 바를 담당의사에게 말할 수 있다면, 어느 누구도 생전유언서의 존부(存否)를 확인하거나 보건의료대리인에게 문의할 필요가 없다. 그 환자에게 직접 물어보고 바로 집행하거나 실시할 수 있기 때문이다.319)

318) www.leg.state.co.us/ C.R.S.(콜로라도개정법률)15-18-104(2012) Declaration as to medical treatment. Annotation. The Living Will Center v. NBC Subsidiary(KCNC-TV), Inc., 857p. 2d 514(Colo. App. 1993).

319) Mirarchi. 2006, 38.

7.3.1.3 생전유언의 집행시기

생전유언의 효력발생요건, 즉 유언자에게 의사표시능력이 없어졌고, 유언에서 정한 조건이 성취되면(예 ; 식물인간상태에 빠짐), 유언은 효력이 발생하지만 실제로 생전유언의 내용대로 실시하는 시기 즉, 집행 시기는 또 다를 수 있다.

왜냐하면 환자가 생전유언에 분명히 이러 이리한 치료(예컨대, 인공호흡기 장착)는 받지 않겠다고 기록하거나 구술하였는데도, 그것에 관하여 환자와 의사(醫師) 사이에 또는 환자가족들 사이에 의견이 대립되거나, 그것에 관련한 소송으로 인하여 판결이 늦어지거나 최종판결이 선고되었는데도, 환자가 입원하고 있는 병원당국의 윤리위원회의 심의 또는 퇴원심의팀의 심의로 인하여 실제의 치료중단(예, 인공호흡기의 제거, 퇴원)시기가 자꾸 늦어질 수 있기 때문이다.³²⁰⁾ 그래서 이러한 생전유언의 집행시기도 중요한 문제점으로 부상(浮上)하고 있다.³²¹⁾

1) 환자의 가족이 집행에 반대하는 경우

이는 환자와 그 가족 내부의 문제로서 제3자가 관여할 수는 없지만, 담당의사는 전문가로서 권고적 의견을 제시하여 그 결정에 도움을 줄 수는 있을 것이다. 가령, “지금 환자의 상태로 보아서는 이러이러한 치료가 좋겠다든지, 더 이상의 치료는 무의미하고 대증요법(對症療法)만을 계속하거나 퇴원하여 호스피스(Hospice)로 가는 것이 바람직하다”든지 하는 의견을 제시할 수 있다. 그러한 의견을 제시하였는데도 이를 무시하고 환자와 그 가족들이 다투면서 계속 종전의 치료를 받는다면, 그로 인한 치료비는 환자나 그 가족이 부담하여야 할 것이다.³²²⁾

앞에서 본 것처럼 미국의 경우는 일단 생전유언서에 환자가 서명하면, 그 가족이든 의사든 그 누구든지 그 유언서의 기재 내용을 존중하여야 하고, 이를 무시할 수 없다.³²³⁾ 환자의 자율성, 그 인격의 존엄성을 존중하기 때문이다.

2) 환자 자신이 집행에 반대하는 경우

이 경우는 환자의 이전의 내심의 뜻, 심경(心境)이 변화된 것으로 인정하고, 환자의 의사(意思)를 우선시키고 존중하여야 할 것³²⁴⁾이다. 가족은 환자의 명시

320) 김 할머니 사건의 경우도 판결은 2009. 5. 21. 선고되었으나, 실제로 인공호흡기를 뺀 것은 1개월여 후인 2009. 6. 23.이었다. 그 1개월 동안의 치료비부담은 누가 어떻게 할 것인지 문제가 된다.

321) 이 점을 둘러싸고 또 다른 소송이 제기될 수도 있다. 치료를 계속하면 환자의 가족들은 ‘병원이 돈을 벌기 위하여 다 죽은 환자를 인질로 삼고 있다’고 비난하고, 치료를 중단하면 주치의로부터 ‘병원경영진이 돈 되지 않는 환자를 퇴원시키는 부도덕함을 보이고 있다’고 항의를 한다(신현호, 2006, 9).

322) Doukas & Reichel. 2007.49, 환자가 가족의 재정적·육체적 부담을 걱정하는 정도가 높을수록, 그는 생명유지치료를 덜 원하는 것(치료중지를 원함)으로 조사결과에서 나타났다.

323) Doukas & Reichel. 2007, 89.

324) 이러한 환자는 무의식 상태에 빠진 환자가 아니고, ‘내가 ~암에 걸리거든 ~치료를 받기

적인 의사표시 변경을 그대로 수용하고 그것에 따라야 할 것이다. 이것이 환자의 자율성을 보장하는 길이기 때문이다.

미국의 엘리자베스 부비아(Elizabeth Bouvia; 1958생)라는 여자환자는 1983. 9. 3. 병원에 입원하여 자살하기를 원하면서 수분과 영양의 공급중지를 요청하였다. 그러나 이 요청은 법원에서 받아들여지지 않았고, 따라서 병원에서는 강제급식을 실시하였다. 법원의 판결(급식계속 명령) 종료 후 부비아는 생각을 바꾸어 살기로 결정하였고 2008년까지 살고 있었다.³²⁵⁾ 환자의 생각은 이처럼 수시로 변하기도 한다.

3) 담당의사가 집행에 반대하는 경우

만약 의사(醫師)가 무의식 환자의 대리인인 근친자(patient's next of kin)의 항의를 무시하고 환자의 치료를 계속하였으나, 결과가 나쁘게 나왔을 때, 소송이 제기될 수 있다. 시간이 있다면 법원에 그 치료허가 신청을 하여두는 것이 좋을 것이다. 시간이 없고 의사가 어떻게든 절차를 진행할 수밖에 없다고 느낀다면, 항의하는 대리인 측으로 하여금 그 치료가 응급하게 필요하였던 이유를 이해하도록 설명하는 노력을 하여야 하고, 이를 문서로 남겨두어야 할 것이다. 가능하다면, 독립적인 다른 의료전문직의 확인을 받아두는 것이 가장 바람직하고 권고할 만하다. 말기환자나 돌이킬 수 없는 혼수상태의 환자를 치료하는 의사(醫師)는, 치료에서 오는 이익이 그 부담보다 더 큰지 여부를 판단하여야 하고 이익이 부담보다 큰 경우(이익 > 부담) 치료를 계속하여야 한다.³²⁶⁾ 문제는 이 판단이 그리 간단하거나 쉽지는 않다는 점이다. 담당의사가 내심으로 환자의 생전유언에 따르기를 싫어할 때는 다른 의사에게 환자를 보낼 수 있다.

4) 의사(醫師)의 대응과 준비(의사의 치료중단 및 거절의 권리)

끝으로 의사 등 의료인이 환자의 최근친의 의견을 중시하여 치료를 중단하고 더 이상 하지 않았을 때, 그때도 환자를 대신하여 치료를 거절하던 사람, 즉 대리인에게 충분한 설명을 하였던 사실을 문서로 기록하여 두는 것이 중요하다.³²⁷⁾ 환자를 위하여 최선의 노력을 다하고도 제소를 당한다면 그 자체가 의사로서는 불명예요, 수치스러운 일이고 나아가 억울한 일이기 때문에 이에 대비할 필요가 있기 때문이다. 예컨대, 환자가 죽어서 그 유가족이 이미 장례를 지낸 지

를 원하지 않는다.'고 구술하거나 문서를 만들어 놓고, 그 암에 걸렸지만 의사표시능력이 있는 환자를 의미한다.

325) Jonsen, A.R. 1986. "Involuntary Treatment in Medicine." CA : Annual Review of Medicine.37(1986):41-48 ;

326) Jerry Menikoff. 2001, 258. 1986. 4. 15. AMA의 윤리법제위원회의 성명서.

327) White, C. Rosoff, A. J. & LeBlang, T.R. 2007. "Informed Consent to Medical and Surgical Treatment". In Legal Medicine. 7th ed. 341-42

도 한참 지났는데, 외국에서 살던 망인(환자)의 자녀라는 사람이 병원으로 찾아와서, 담당의사에게 “왜 나의 허락 없이 환자의 연명치료를 임의로 중단하였느냐?”고 따지면서 항의하는 경우도 생각할 수 있는바, 이 경우 어떻게 할 것인가?

해당 환자의 의무기록, 생전유언서, 사전의료의향서, 의료대리인의 동의서, 환자가 의사(醫師)의 의학적 권고를 무시하고 무단히 퇴원하였다면 퇴원 관련 문서³²⁸⁾(환자나 대리인의 서명이 들어 있는 것) 등, 병원에 있는 문서들을 차례로 보여주면서 상황을 설명하면 될 것이다. 이와 관련하여 미국의 사례로 매우 특이한 것이 눈에 띈다. 즉 환자의 가족은 연명치료를 강력히 요구하는데 담당의사가 투석 등 연명치료는 무의미하다고 진단하고, 병원윤리위원회의 의견을 들은 후, 인공호흡기 등을 모두 제거하였고, 환자는 곧 사망한 사례다. 환자의 가족은 동의 없이 no code(소생중지) 지시를 하였으므로 이는 불법행위라고 주장하고 손해배상청구의 소를 제기하였으나, 제1심, 제2심 법원은 담당의사의 처치를 정당하다고 하면서 원고의 청구를 기각하였다.³²⁹⁾ 무의미한 연명치료와 관련하여 의사의 치료거부권을 인정한 것으로 주목할 만한 판례다.

7.3.1.4 소결

사실 무의미한 연명치료의 중단을 그 요지로 하는 생전유언의 집행논점은 위에서 본 것처럼 이해관계인들의 관심과 태도, 환자의 내심의 의사(意思)와 인생관, 감정과 같은 정서적·주관적인 문제 그 밖의 여러 가지 사정으로 인하여 매우 어려운 문제에 봉착하기도 한다. 대개의 경우 환자의 가족은 체념상태에 빠져 의사 등 의료진의 판단에 따른다.

그러나 연명치료 중단 또는 생전유언과 관련하여 소송이 시작된 경우 문서로 된 생전유언서 같은 증거가 없을 경우, 특히 법원에서 영양과 수분의 공급 중단의 경우 ‘명백하고도 믿을만한 증거’(clear and convincing evidence)를 요구할 때에는 원고 측에서 그러한 증거를 찾느라고 소송기간이 연장되어 생전유언의 집행시점이 먼 훗날로 연기되기도 한다.³³⁰⁾ 생전유언의 존재여부를 확인하느라고 시간이 걸리기 때문이다. 이 경우는 소송에 따르는 괴로움과 부담도 상당히 클 것이다.

요컨대 생전유언의 효력발생시점 또는 집행시점을 판단하고 확정하는 데는

328) White, C. et al. 2007, 341.

329) Friedman, E. A. 2000. "No dialysis for AIDS nephropathy." Legal and Ethical Concerns in Medicine. Vol.1(2000): 60-70: 이 논문은 Causey v. St. Francis Medical Center, Court of Appeal of Louisiana. 719 So.2d 1072, 1076(L.a. Ct. App. 2d. Cir. 1998) 판례에 대한 해설과 논평이다. 37세의 동성애남자가 7년 동안 HIV에 걸려 고생하고, AIDS신장병 등 합병증으로 생명이 위독. 신장병학자는 환자의 생존가능성을 6개월 미만으로 진단, 주치의는 의식회복가능성을 1%-5%로 진단하고 연명치료를 중단한 사례

330) Cruzan v. Director, Missouri Department of Health, 497 U.S. 261(1990); 발병 후 약 8년 만에 최종판결이 선고되어 생전유언도 약 8년 후 발효된 셈이다.

환자 본인의 명백한 자율적 의사(意思)결정이 최우선적으로 존중되어야 할 것이다.³³¹⁾ 그렇다고 생명구제를 사명으로 하는 의료인의 소명(召命)의식을 무시하여도 좋다는 의미는 결코 아니다.

7.3.2 사망에 관한 학설과의 관계

7.3.2.1 생전유언과 사망에 관한 학설과의 관련성

생전유언은 무의미한 연명치료를 중단하여 달라는 유언이고, 이 유언으로 인하여 사람은 사망에 이를 수도 있다. 이 사망시점을 언제로 보느냐 하는 학설에 따라 생전유언의 효력발생과 그 집행에도 상당한 영향을 미칠 수 있다.

예컨대, 이른바 완전코드(Full Code)를 내용으로 하는 생전유언에서는 환자가 사망시점 이전에는 모든 치료를 다하여 생명을 구하여 달라고 하는 것이다. 가령 세포사설에 따라 이 유언을 집행하면 인간의 신체를 구성하고 있는 모든 세포가 사망할 때까지 치료를 계속하여 달라는 것이니, 그 치료는 상당히 길어질 수 있고(실제로는 심폐중지설에 따라 심장이 멈추면 치료는 더 이상 계속하지 아니한다), 뇌사설에 따르면 사람이 뇌사상태에 빠진 때를 사망시점으로 보므로, 이 시점에 이르면 더 이상 치료를 할 필요가 없어져서 치료기간은 단축될 수 있다. 또는 식물인간상태에 빠지면 더 이상 치료를 하지 말아달라는 생전유언이라면, 사망에 관한 어느 학설에도 상관없이 치료의 중단시점이 정하여질 수 있다. 아래에서 이러한 학설과 생전유언의 효력발생시점의 상호관련성을 논의하려고 한다.

7.3.2.2 사망에 관한 각 학설과 그 적용

1) 세포사설(細胞死說)

세포사설(Loss of complete cellular function)은, 수많은 세포로 구성되어 있는 하나의 개체로서의 인간이 사망한다는 것은, 그 구성분자인 세포가 모두 사망하여야 한다는 설이다. 보통은 세포의 사망 이전에 사후경직(死後硬直 ; rigor mortis)의 시작으로 사망은 증명된다고 한다. 이 세포사설은 현대의학의 출현 이전에 채택되던 학설이다.³³²⁾ 생전유언은 인간의 사망 이전의 어느 시점에서 효력이 생기는 것이어서, 이 학설과의 관련을 생각한다면, 생전유언의 효력발생 기간

331) 한국 개정민법 제947조, 제947조의2, 제1항

332) Whitman & Glisson. 2007, 106. 오늘날도 아시아, 아프리카, 중동 등의 문화권을 포함한 일부 문화권, 그리고 전통적 의학적 신념을 가진 곳에서는 이 설을 채택하고 있다. 게다가 이들 많은 문화권의 사람들은 가족이 해당자의 신체적 사망을 인정할 시점(그것은 며칠 후일 수 있다) 후에 사망이 발생하였다고 생각한다고 한다.

은 매우 길어질 수 있다. 예컨대, 흉골동이 생전유언으로 “내가 ~암에 걸리거든, 일체의 공격적 치료를 중단하고, 통증완화치료만 하여달라”는 유언서를 만든 경우, 흉골동이 ~암에 걸렸다는 진단 [최소한 2명 이상의 의사(醫師)의 진단]시부터, 생전유언은 효력이 발생한다. 그때부터 사망 시(모든 세포의 사망 내지 기능 중지 시)까지의 기간은 상당히 긴 시간이 될 것이다.

2) 호흡정지설·맥박정지설

이 학설은 심장이 박동을 멈추고, 허파가 산소호흡(oxygenating blood)을 중지하는 시점을 사망시점으로 보는 학설이고, 이것이 호흡정지설 혹은 맥박정지설(Loss of cardiopulmonary function)이다. 그러나 현대의학의 놀라운 발달로 인하여 심장이 정지되더라도, 다시 이를 살릴 수 있는 기술을 적용하면, 사람이 살아날 수 있게 되었다. 여기서 문제는 생전유언의 효력발생시점과의 관련이다.

유언자가 생전유언에서 “나에게 심장마비가 오면(또는 호흡이 멎으면), 더 이상의 치료는 하지 말아 달라. 또는 인공호흡기의 장착은 원하지 않는다.”고 기록하여 두었다면, 일단 그러한 생전유언을 가진 유언자에게 심장마비가 왔다는 진단이 내려질 때, 생전유언은 바로 효력이 발생하여, 누구도 그 사람에게 더 이상의 치료를 할 수 없게 될 것이다. 다만 환자가 심장박동기(pacemaker) 등을 사용하면 곧 심장기능이 회복될 수 있는데도 이를 모르고 그러한 생전유언을 하였다면 어떻게 할 것인가? 안타까운 일이지만 그 환자의 뜻을 최대한 존중하는 것이 생전유언의 본래의 취지이므로, 어쩔 수 없는 일이라고 생각된다.

생전유언에 “내가 영구식물상태에 돌입하면 인공호흡기 장착 등 일체의 생명 연장치료를 하지 말라”고 기록되어 있다면, 앞서서와 같이 ‘영구식물상태’라는 의사의 진단이 내려진다면, 생전유언은 바로 효력이 발생할 것이다. 영구식물상태에서도 환자는 호흡을 하고 있고 그의 심장이 박동하고 있으므로, 생전유언의 효력발생 기간은 생전유언의 내용에 따라 길어질 수도 있고(물과 영양의 공급을 원할 경우) 짧아질 수도 있다(물과 영양의 공급도 원하지 아닐 경우).

3) 뇌사설

가) 전뇌사설(全腦死說)

사망의 정의(定義)를 위한 미국 대통령위원회는³³³⁾, 1981년 사망정의(Defining Death)라는 보고서를 발행하였다. 그 보고서에서 위원회는 ‘인간의 장기구조(organ system), 생리적 기능, 혹은 인식할 수 있는 인간의 활동능력 그리고 조건들과 관련하여 죽음의 정의를 선택함에 있어 철학적 쟁점들이 잔존하고 있다’는 사실에서, 서슴없이 ‘기본적인 사망 개념은 근본적으로 하나의 철학적 문제’라고 인정하였다.³³⁴⁾ 그럼에도 불구하고 그 위원회는 생리적 기능을 근거로 하여 전뇌사설(Loss of whole brain function)을 지지하고 있다. 인간에게 가장 본

333) 1981년에 설치된 미국의 ‘의학, 생명의학 그리고 행동의 연구에서의 윤리적 문제 연구를 위한 대통령 위원회’를 의미한다.

334) Rich, B. A. 2007, 238.

질적으로 중요한 특질은 신체적 완전성에 대한 능력이라고 하고 뇌간(brain stem)은 이러한 활동의 최고의 중심이라고 한다. 따라서 전뇌사설은 신경계 호르몬 기능을 포함하여, 뇌간의 기능 등 뇌의 모든 기능의 영구적 상실이 사망시점이라는 결론을 내리고 있다.³³⁵⁾

이 설에 따르면 식물상태의 인간은 그 뇌간이 작동 중이라 사망한 것이 아니고, 인간으로서 생존하고 있으므로 원칙적으로 연명치료는 중단될 수 없다는 결론이 나올 수도 있다. 그러나 어떤 사람이 생전유언으로 “나는 만일 식물상태에 빠진다면 더 이상 연명치료일체를 중지하여 달라.”고 하였다면, 식물상태라는 의사의 진단이 나오는 즉시 생전유언은 효력을 발휘할 것이다. 아마도 이러한 식물상태로 몇 년 동안 생존하는 것을 차마 볼 수 없어서 고안된 것이 생전유언이라고 생각된다(카렌 안 퀴란 사건). 그러므로 구체적인 개인의 자유로운 선택에 따라 학설과 관계없이 치료중단 시점을 결정할 수 있다는 것이 생전유언의 최대 장점이다.

나) 고도뇌사설(高度腦死說)

고도뇌사설(higher brain death)은 대뇌의 신피질(新皮質) 혹은 인식력의 상실을 사람의 사망으로 본다는 설이다. 이 설은 인간에게 본질적으로 가장 중요한 특성에 관한 미국대통령위원회의 결론에 이의를 제기하고 있다. 이 학설에서는 인간의 본질적 특질은 인식 있는 경험 능력이라고 주장한다. 대뇌의 신피질은 인간에게 영구적으로 인식을 할 수 있도록 도와주는 기관인데, 그런 기관의 파괴의 결과로 고도의 뇌기능이 중지되면, 그것은 개인에게서 인식 있는 경험능력[예 ; 인격, 언어능력, 비전(vision), 기억, 그리고 실제적인 신체적 활동 등을] 박탈하고 그리고 그 결과 인간이 인격체로서의 삶을 살아갈 능력을 박탈한다. 고도뇌사설에 의하면, 뇌간이 작동하여 계속적으로 신체의 생리적인 일부 기능을 유지하더라도, 그것과 관계없이, 신피질의 기능상실, 나아가 인식력의 상실, 인격적인 삶의 능력상실을, 인간의 사망 판단 근거로 삼아야 한다고 한다. 그러나 이 고도뇌사설의 주장자들도 현재로서는 아직 인식기준 혹은 신피질기능의 영구상실시점을 사망선언의 기준으로 삼지는 않고 있다.³³⁶⁾

이 설에 따르면, 영구식물상태라는 판정을 받은 사람은 인식능력이 없으므로 이미 사망한 것이라고 선언되어야 한다. 그러므로 이러한 사망자에 대한 치료는 그야말로 무의미한 치료가 된다.

어떤 사람이 ‘내가 앞으로 식물상태가 되면 더 이상 연명치료는 하지 말아 달라.’고 생전유언을 하였다면, 앞의 전뇌사설의 경우와 마찬가지로 그러한 상태라는 진단결과가 나온 때부터 즉시 생전유언은 효력을 발생하게 된다. 뇌간(brain stem)이 작동하면서 그러나 대뇌피질의 손상으로 모든 인식능력을 상실한 채 식물상태로 여러 해 살아가는 환자에게야말로 생전유언은 가장 중요하고 유용한 제도가 될 것

335) 이는 UDDA(Uniform Determination of Death Act)의 견해와 일치하고 있다. 이 법률은 미국의 대부분의 주(州)에서 채택되어 있다. 그리고 의사들이 사망판정을 하면서 실무상의 의학적 근거로 사용하고 있다.

336) Rich, B. A. 2007, 238.

이다. 죽음보다도 더 괴로운 삶, 인간의 삶이라고 할 수 없는 삶을 어떻게 해결하여 보려고 시도하는 것이 생전유언이기 때문이다.

4) 의욕상실설

질병과 상관없이 사람이 살고자 하는 의욕을 상실한 때를 사망시점으로 인정하자는 설이 의욕상실설(Loss of will to live)이다. 이 설은 신체적 기능, 생리적 기능의 상실여부와 상관없이 정신적인 이유로 나는 이미 사망자라고 생각하는 것이다. 이 설을 생전유언과 관련하여 고찰하면 결국 자살을 허용할 것인가 하는 문제와 연결된다. 조력자살(助力自殺)은 환자의 승낙여부, 극심한 고통, 질병과 상해에서 오는 임박한 사망, 배심원의 유죄평결 존부 등 어느 것도 조력자의 형사 책임을 면제하는 항변이 될 수 없다. 현재 미국 내의 44개 주(州)와 컬럼비아 특별구에서 조력자살을 범죄로 규정하고 있다(오리건 주(州)와 네덜란드에서 조력자살을 허용).³³⁷⁾

7.3.2.3 소 결

위에서 본 바와 같이 생전유언의 경우 뇌사설 등의 학설에 크게 영향을 받지 않고 유언자는 생전유언 그 자체의 효력발생시점을 정할 수 있다고 할 것이다. 여기서 학자들이 고민하는 최대의 쟁점은 환자가 치료를 거부하는 것은 한 가지 형태의 자살이고, 환자의 요구에 따르는 의사(醫師)는 어떤 형태의 안락사에 가담하고 있다고 많은 개인들이 인식하고 있다는 점이다.³³⁸⁾ 분명하게, 자살과 안락사라는 말을 언급하는 것만으로도 정서적 불안, 정치적 불법(political outrage), 도덕적 의문 등 우리들의 모든 종류의 감정을 휘저어놓는다. 이런 문제들에 대한 오해를 제거하기 위하여 생전유언의 개념을 정의할 때 안락사와³³⁹⁾ 의사(醫師)조력자살 등 문제를 이미 언급하였다. 생전유언제도에 따르면 극심한 고통을 겪고 있는 만성질환 환자는 통증완화 약품을 충분히 제공받을 수 있고, 그 약은 고통을 없애기 위하여 환자를 깊은 잠에 빠지도록 유도한다. 많은 사람들이 이것을 고통의 완화(palliation of the pain)라고 생각하지, 안락사라고 생각하지는 않는다.

의욕상실설에 따르면 어떤 사람의 삶의 의욕이 언제 상실된 것인지 알 수 없다. 이 문제는 무의미한 연명치료에서 말하는 무의미가 과연 생리학적 무의미만을 의미하느냐 아니면 정신적 무의미도 포함하느냐의 문제이다. 1999년 가을 네덜란드 자발적 안락사협회는 합법적 안락사의 범위를 넓힐 것을 제안하고, ‘인생

337) Sanbar, et al. 2007, 246.

338) Whitman & Glisson. 2007, 107.

339) Whitman & Glisson. 108. 안락사를 3가지로 다시 분류하는 학자도 있다. 즉 ① 자발적 안락사, ② 비자발적(nonvoluntary) 안락사, ③ 본의 아닌 (involuntary) 안락사가 있는데, ②의 경우는 informed consent 없이 이루어지는 안락사이고 ③의 경우는 환자나 대리인의 이의에도 불구하고 이루어지는 안락사로서 이는 살인으로 간주된다. 오리건 주(州)만이 적극적 안락사를 허용하고 있다.

은 끝났다'고 느끼는 사람이 죽음을 선택할 수 있는 권리를 법률로 인정하여야 한다고 주장하였다.³⁴⁰⁾ 2010년 2월 'Out of Free Will'이라고 부르는 시민발의권은 나아가 '삶이 피곤하다.'고 느끼는 70세 이상의 모든 네덜란드 사람들은 그 삶을 끝내는 데 전문직의 도움을 받을 권리를 가져야 한다는 법안을 제안하고 있다.³⁴¹⁾ 그러나 생리학적으로 무의미한 연명치료가 중단의 대상이 된다는 견해가 현재로서는 타당하다고 생각된다.

고도뇌사설은 지속적 식물인간상태에 빠진 경우와 비슷하다. 이러한 상태에 빠지면 사망으로 인정하므로, 사망 이후는 치료중단 등 생전유언 문제는 발생할 여지가 없다. 세포사설에 의하면 심폐소생술 금지코드(DNR Code)인 경우는 사망 시까지의 치료중단기간이 길어질 것이고, 완전코드(Full Code)인 경우는 치료계속기간이 길어질 것이다.

7.3.3 의료실무상 생전유언의 발효(發效)시기

7.3.3.1 유언자 본인이 생전 유언을 한 경우(유언자의 의사능력존재)

1) 유언자가 건강할 때 미리 생전유언서를 만들어 둔 경우

가령 유언자가 40세에 만일 내가 식물인간 상태에 빠지면 연명치료는 하지 말라는 내용의 생전유언서를 작성하여 두었는데, 50세에 이르러 교통사고로 인하여 식물인간상태에 빠졌다. 이 생전유언은 언제 효력이 발생하는가? 유언자의 생전유언에서 정한 조건(예컨대, 식물인간상태)에 해당하는 사실이 유언자에게 발생한 경우, 예컨대, 식물인간상태(이 상태의 진단은 의사가³⁴²⁾ 행할 것)의 발생과 동시에 생전유언은 효력이 발생한다고 보아야 한다. 유언집행자는 혹시 그 사이에 유언자의 소원이 변경되지는 않았는지 확인하여 보아야 할 것이다. 치료중지의 시점이 당초의 의사표시 시점과 너무 멀리 떨어져 있다든지, 환자의 대답 내용이 막연할 때는 환자 가족의 의사표시로 보충될 필요가 있다.³⁴³⁾

2) 유언자가 미처 생전유언서를 만들어 놓지 못한 경우

유언자가 유언서를 만들기 전에 교통사고나 질병에 걸려 위험한 상태에 빠진 경우는 유언자가 구두(口頭)로 가족, 의사, 친구 등에게 이러 이러한 치료는 하지 말

340) 福本博文. 2002, 68.

341) NRC Internationa, Folkert Jensma 기자, 2010.2.9자

342) The Living Will Center v. NBC Subsidiary (KCNC-TV), Inc., 857 P.2d 514 (Colo. App. 1993) ; 콜로라도 개정법률 Section 15-18-104(2012) (8)항은 2명 이상의 의사가 환자를 7일 동안 연속적으로 진단할 것을 규정하고 있다. www.leg.state.co.us/ 참조

343) 일본존엄사협회 2009, 自分らしい終末 尊厳死, 동경: 法研: 194, 일본 東海大學 附屬病院 사건의 판결문

아달라고 진술하면, 진술 시에 그 구두의 생전유언(oral living will)의 효력이 발생한다고 할 것이다.

7.3.3.2 의료대리인이 결정하는 경우(유언자의 의사능력 소멸)

미국의 경우 유언자가 생전유언에 지속적 의료대리인(durable power of attorney for health care)을 지정하여 두고 있던 중,³⁴⁴⁾ 유언자 본인이 사고(事故)나 질병으로 의사표시를 할 수 없게 되면, 생전유언(구두나 문서)에 나타나 있는 그 의료대리인(Proxy, Agent)이 의사(醫師) 등에게 유언서에 기재된 어떤 치료(예컨대 인공호흡기, 혹은 심폐소생술)는 하지 말라고 진술할 수 있다. 그러면 대리인의 진술이 유언자 본인의 진술로 간주되어 바로 그 때 효력이 생긴다. 생전유언서에 특별한 지시를 한 것이 없다면 대리인이 평소의 유언자의 가치관, 인생관 등을 고려하여 유언자(환자)의 선호를 최대한 반영하는 결정을 하여 의사에게 통지하여야 하고, 그 통지가 도달되면 효력이 생긴다.

미성년자가 환자인 경우 그들은 원칙적으로 생전유언서를 작성할 권한이 없으므로, 그 생전유언의 효력발생시기를 논할 수는 없고, 연명치료를 중단하려면 그 부모 등 친권자나 후견인³⁴⁵⁾이 담당의사와 의논하여 정할 수밖에 없을 것이다. 담당의사는 환자의 상태에 대한 진단과 중요한 권고적 의견을 제시할 수 있을 것이다.

7.3.3.3 생전유언의 결정과 그 실시권자

우리나라에는 아직 생전유언제도가 없어서 공식적으로 생전유언을 할 수는 없고, 환자의 가족, 의료진이 합의하여 치료중단 여부와 그 실시시기를 결정하고 있다. 환자 본인이 철저히 배제되고 있는 현실은, 아직 생전유언이 제대로 도입되거나 확립되지 못하였다는 증거라고 말할 수 있다. 말기환자 가족의 연명치료 중단 결정과정은 주치의사가 먼저 치료중단을 제안하면 가족이 의논하여 동의 여부를 의사(醫師)에게 알리고, 동의서를 작성하는 것으로 나타났다고 한다. ³⁴⁶⁾ 이런 형식의 치료중단을 이 논문에서 말하는 생전유언에 따른 연명치료중단이라고 말할 수는 없을 것이다.

344) 가족이나 친척, 친구가 없는 사람은 생전유언서만 제대로 만들어 놓으면, 대리인 지명 혹은 그러한 대리인의 대리결정의 필요 없이, 유언자의 장래 치료에 관한 자신의 선호를 생전유언서로 표현할 수 있다(Doukas & Reichel, 2007, 123).

345) 현행민법 제936조, 개정민법 제932조(2013.7.1.이후 시행)에 의하여 법원에서 선임한 후견인도 여기에서 말하는 후견인에 포함된다. 미성년자에게 후견인이 없을 때는 지방자치단체의 장도 후견인선임청구를 할 수 있다.

346) 박연옥, 2008, 53-54; 여기의 동의서를 이 논문에서 말하는 생전유언이라고 말할 수 있을지도 의문이다. 오히려 치료중단 결정이라고 하는 것이 실상에 맞을 것이다.

앞으로는 환자 본인, 즉 생전유언자 본인이 자신의 질병이나 인생말기의 치료에 관한 모든 결정권을 주도적, 자율적으로 행사할 수 있도록 교육과 캠페인을 통하여 인식하게 하고 여론을 형성하여 생전유언제도를 법으로 도입하고 정비하여야 할 것이다.³⁴⁷⁾ 환자의 가족이나 대리인이 아무리 환자 본인의 뜻을 대리하여 표시한다고 하여도 거기에는 한계가 있기 때문이다. 인간의 생사에 관한 문제는 본질적으로 그 인간 개인에게 맡겨져 있는 것이지, 그 개인 이외의 어느 누구도 결정할 문제는 아니기 때문이다.

7.3.4 판례에 나타난 생전유언의 발효시기

7.3.4.1 미국의 사례

1) 카렌 안 킨란 사건(1976)

가) 사건의 개요

카렌 킨란(21)은 1975. 4. 11. 몇 알의 약을 먹은 뒤 친구의 생일파티에 참석하여 술을 마시고 혼수상태에 빠졌다. 그녀는 뉴저지에 있는 성 클라라 병원(St. Clare's Hospital)에서 6개월간 정맥주사와 인공호흡기로 연명하는 식물상태의 인간이 되었다. 그의 부모는 소생이 불가능하다는 의사의 판단과 가톨릭 전통에서 희망이 없는 환자에게 인공호흡기 같은 예외적 수단을 쓰면서 연명하여야 할 윤리적 의무는 없다는 본당신부의 윤리 신학적 해석에 고무되어 존엄하게 품위 있게 죽을 수 있도록 인공호흡기의 제거를 요청하였다. 그러나 담당의사는 이를 거절하였다. 이 문제는 소의 제기에 따라 법정으로 옮겨졌고, 1심 지방법원은 원고의 청구를 기각하면서 인공호흡기 제거는 명백한 살인행위라고 판결하였다.

그 후 뉴저지 주(州) 최고법원의 판결에 따라 인공호흡기는 제거되었으나, 킨란은 호흡기의 도움 없이 자발호흡으로 약 10년 동안 살아가다가, 폐렴에 걸려 1985. 6. 11. 사망하였다.

나) 법원의 판결

피고 측인 뉴저지 주립(州立) 병원 측은 인간생명의 보존과 존엄³⁴⁸⁾을 주장

347) 보건복지부 지정 생명윤리정책연구센터(센터장 손명세 박사)는 사전의료의향서 교육과 실시를 위하여 많은 노력을 기울이고 있다(2010.12.부터 2011.10.30.까지 1년간 배포한 사전의료의향서 양식은 30,000부 이상에 이르고, 그 중 사전의료의향서 사본의 보관서비스를 신청한 사람은 1,800건 이상이라고 한다). 생명윤리정책연구센터, 2011, '연명치료 및 사전의료의향서 조사결과보고서, 서울; 연세대학교; 이은영. 2012. 삶의 마감 시 공동의사결정과 관계적 자율성. 박사학위논문, 연세대학교 대학원, 의료법윤리학과. 1

348) 헌법재판소 2008.7.31.선고2004헌바81결정(인간의 생명은 고귀하고, 이 세상에서 무엇과

하면서 원고의 청구에 대항하였다. 1976. 3. 31. 뉴저지 주(州) 최고법원은 인공호흡기를 제거하여도 좋다는 판결³⁴⁹⁾을 선고하였다. 헌법에 보장된 프라이버시(privacy) 권리(사생활 보호권)를 인정하여, 의사와 병원 당국의 항변을 배척하고 퀴란 가족들의 뜻에 따라 인공호흡기를 제거하라고 판결한 것이다.

이 사건에서 실제로 퀴란 자신이 연명치료 중단을 바라는 생전유언을 하였는지 여부는 분명하지 않다. 그래서 퀴란의 의사(意思)를 추정(推定)한 것에 대하여 많은 비판이 뒤따랐다. 그 후 환자의 의사(意思)를 확인하는 문제를 해결하기 위하여 연방이나 주(州) 차원의 입법(생전유언법 등)을 하여 보충하려고 시도하였다. ³⁵⁰⁾

다) 생전유언의 효력발생 시기와의 관계

이런 경우 그 법정대리인인 아버지가 딸의 최선의 이익을 반영하는 결정(연명치료 중단 결정: 이는 만일 딸이 의사표시를 할 수 있었다면 내렸을 결정)을 할 수 있고, 아버지는 그 대리권에 근거하여 치료중단을 청구하는 소송을 걸었던 것이다. 소송 이전에 병원 측에서 아버지의 요구를 받아들였더라면 바로 치료는 중단(생전유언 발효)되었을 터인데, 요구를 거절하였으므로 소송이 벌어진 것이었다. 법원의 판결에서 환자 측의 치료중단 요구를 받아들였고 그 판결이 선고됨으로써 실제로 치료는 중단되는 것이니, 이 때 생전유언의 취지나 뜻이 발효되는 것으로 의제(擬制)할 수 있을 것이다.

그렇다면 퀴란의 치료중단을 바라는 생전유언의 효력은 최고법원의 판결 선고 시에 발생하였지만, 그로부터 약 9년 3개월 후 퀴란은 사망하였다. 법원에서 판결을 내리지 않았더라면 병원에서는 무의미한 연명치료(인공호흡기 장착)를 9년 이상 계속하였을 것이다.

그러나 한편 퀴란의 부모가 바란 것은 아마도 인공호흡기만 제거하면 퀴란은 괴로운 고통의 생(生)을 마감하고 조용히 떠날 것이라고 기대하고 이 사건 소송을 제기하였을 것이다. 그러나 판결 이후, 전혀 예상하지 못한 자발호흡과 영양과 수분 공급으로³⁵¹⁾ 퀴란은 9년 이상 그 괴로운 삶을 이어갔으니(사실은 이것을 피하려고 소송), 이는 퀴란이나 그 부모의 진정한 내심의 의사(意思)와는 정반대되는 사태의 발생과 전개(展開)과정이었을 것으로 추측된다. ³⁵²⁾

도 바꿀 수 없는 존엄한 인간존재의 근원이다. 생명권은 자연법적인 권리로서 기본권 중의 기본권이다. --운운--).

349) In re Quinlan, 70 N.J. 10,355 A. 2nd 647, cert. denied, 429 U.S. 922(1976).

350) Patient Self-Determination Act, 1990: 환자에게는 치료거절의 권리가 있다는 것, 생전유언을 할 수 있다는 것을 의사는 환자에게 반드시 알려주어야 한다.

351) 이 사건에서 법원은 환자에 대한 모든 치료를 중단하여서는 아니 되므로, 물과 영양의 보급, 지혈, 상처부위의 소독 등 최소한의 치료(minimal care)는 계속되어야 한다고 명령하였다. 퀴란은 사고 후 10년 2개월이나 지난 1985. 6. 11.경에 이르러서야 폐렴으로 사망하였다. 이는 "무의미한 연명치료 중단"이라는 생전유언제도와는 그 취지가 맞지 아니한다.

352) 福本博文.2002, 86-87.퀴란의 부모는, 친생자 아닌 양녀의 치료비부담 같은 경제적 이유로 치료중지청구를 한 것이 아닌가 하는 의문도 있었으나, 당시 병원에서는 이 사건이 특수

퀸란 사건의 생전유언의 효력발생시점을 표로 나타내 보면 아래와 같다.

※ 1975. 4. 15. 발병→ 1976. 3. 31. 판결(인공호흡기제거)→ 1985. 6. 11. 사망
치료중단 후 환자의 사망까지 9년 이상

생전유언의 효력발생시점인 1976. 3. 31.(인공호흡기 제거일)부터 환자의 사망시점(1985. 6. 11.) 즉, 일반 유언의 효력발생시점까지 9년 이상이 걸린 셈이다.

2) 낸시 크루잔 사건(1983)

가) 사건의 개요

낸시(Nancy Cruzan)는 1983년 6월 교통사고로 인하여 뇌손상을 입고 의식을 잃은 채 병상에 누워있었다. 부모가 오래 동안 딸을 치료하였으나, 차도(差度)가 없자 1987년 법원에 급식(給食)튜브(naso-gastric tube) 제거청구를 한 것이다. 그 튜브(鼻胃管)를 통하여 음식물을 공급하는 것을 더 이상 하지 말라고 요구하였던 것이다. 급식관은 이 사건의 주요 쟁점이 되었다. 법적으로 또는 도덕적으로 지속적 식물상태의 환자에게 음식과 물을 공급하는 것이 타당한가? 퀸란 사건의 판결 당시에는 법원에서도 퀸란의 생명을 연장시키는 음식물 공급을 결코 중단하지 않았다. 그러나 낸시의 부모는 그와 달랐고, 딸의 급식관을 제거하여 달라고 법원에 청구하였다.

나) 법원의 판결

환자의 사망 임박 시에 미주리 주 최고법원의 판결³⁵³⁾이 선고되었다. 판단능력이 없는 환자에게서 생명유지 장치를 제거(이 사건에서는 음식물 공급의 중단)하기 위하여서는 환자가 생전에 이러한 상황이 닥쳤을 경우 급식중단을 원하였을 것이라는 “명백하고도 확실할만한 증거”(Clear and Convincing evidence)가 있어야 한다고 판결하였다. 크루잔의 경우 이러한 증거가 없다고 청구를 기각하였다.³⁵⁴⁾ 나중에 다시 사실심 법원에서 심리할 때는 크루잔의 가족의 청구가 증거법상 요건을 갖추었다고 인정하고 급식튜브의 제거를 인정하였다.

이 사건은 생전유언에 따른 치료중단(급식튜브 제거)이라기보다는 실질적으

한 사례임을 배려하여 13만 불이 넘는 치료비를 전혀 청구하지 않았고, 변호사도 무료로 사건을 맡아서 처리하였다. 소송의 동기는 금전적인 문제가 아니고, 안락사를 둘러싼 진지한 문제제기였다고 추측된다.

353) Cruzan v. Director, Missouri Department of Health, 497 U.S. 261(1990).

354) 이 사건 연방법원의 판단에 따라 인공호흡기 제거는 허용하고, 급식관 제거는 인정하지 않았던 몇몇 주(州)의 입법은 위헌이 되었다.

로는 오히려 안락사에 가까운 처리라고 평가될 수도 있다. 이 판결 이전에도 미국 내 20개 주에서 판단(의사)능력 있는 환자가 스스로 연명치료장치를 거부할 권리를 인정하여 왔고, 뉴욕 주와 미주리 주를 제외한 이들 20개 주는 의사능력 없는 환자를 위하여 그들의 대리인에게 의사결정 권리를 인정하여 왔다. 이 쿠르잔 판결은 미국 연방최고법원이 거의 죽어가는 환자의 권리를 명시적으로 인정한 최초의 판결이라고 평가된다.

다) 생전유언의 효력발생과의 관계

※ 1983. 1. 11. 발병→1990. 12. 14. 최종판결(급식튜브 제거)→ 1990. 12. 26. 사망(사망원인 ; 탈수)

치료중단 후 사망까지 12일

이 사건에서는 판결 선고 일(1990.12.14.) 당일에 바로 급식튜브가 제거되었다.

3) 테리 샤이보 사건(2005)

이 사례(Terri Schiavo Case)는 호흡기의 제거를 요청한 것이 아니라, 앞의 크루전 사건과 같이 급식튜브의 제거를 요구한 사건이었다. 그래서 재판을 담당하는 법원이나³⁵⁵⁾ 매스컴이나 일반 국민의 관심이 집중되어 재판하는 데 15년이나 걸렸다. 영양과 수분의 공급을 중단하여 달라는 청구이니 더욱 심각하고 중요한 사건이라고 생각한 것 같다.

※ 1990. 2. 25. 발병→2005. 2. 25. 판결→2005.3.18. 튜브제거→ 2005. 3. 31. 사망

치료중단 후 사망까지 13일

이 사건에서는 결국 재판을 하느라고 생전유언 본래의 목적과는 상관없이 오래 심사숙고하는 과정에서 연명치료는 환자의 사망 시에 임박하여 중단된 것이다. 어떻게 보면 무의미한 연명치료는 소송을 진행하면서 계속되었던 것이다.

7.3.4.2. 일본의 사례

일본에서는 동해대(東海大) 부속병원 사건이 가장 유명하다. 사건의 개요는 의사(醫師)가 환자 가족의 여러 차례에 걸친 강한 요구에 응하여, 우선 모든 치료를 중지하고, 최종적으로는 염화칼륨을 환자의 정맥에 주사하여 환자를 사망하게

355) In re Schiavo, 780 So. 2nd. 176(Fla. App. 2001).

한 것이다. 법원에서는 의사에게 살인죄를 적용하여 징역 2년에 집행유예 2년을 선고하였다.³⁵⁶⁾ 이 사건에서는 환자의 명시적인 의사표시도 없고 환자의 의사(意思)를 추정할 수 있는 가족의 의사표시가 존재하지 아니하며, 환자에게 육체적 고통은 존재하지 아니하므로, 존엄사로서 적절한 의료행위라고 말할 수 없으며, 적극적 안락사에 해당하는 행위이므로 허용되는 것도 아니라고 판결하였다.³⁵⁷⁾ 일본에는 존엄사 또는 생전유언을 합법적으로 인정하는 법률은 없다. 그러나 환자가 요구하는 무의미한 치료의 중지행위에 대하여 그것이 법의 범위 내라고 인정하는 판결이 이미 선언되고, 일본에서는 사실상 그것이 법적인 근거가 되고 있다.³⁵⁸⁾

위 판결은 치료중지행위에 대하여 환자의 자기결정권을 승인하고 있고 ‘생명을 구조하는 것이 불가능하여 죽음이 피할 수 없고, 단지 연명을 도모하기 위한 조치밖에 할 수 없는 상태가 되었을 때 비로소 ³⁵⁹⁾’, 의사의 치료의무의 한계를 인정하고 그것을 근거로 치료중지행위는 허용된다고 판시하고 있다.

그러면 환자의 생명유지조치를 어느 시점에서 중지하여야 하느냐? 임종의 임박 정도, 해당조치의 중지로 인한 임종예의 영향 정도 등을 고려하여 의학적으로 이미 무의미하다고 하는 판단을 하고, 자연사에 이르게 한다는 목적에 따라서 결정되어야 할 것이다.³⁶⁰⁾ 이 판결문의 내용은 추상적이라서 과연 이 판결문에 따라 어느 시점이 생전유언의 효과발생 시점(치료 중단시점)인지를 알아내기는 매우 어렵다. 아마도 사망 임박시점에 연명치료를 중단하라는 의미를 표현한 것으로 볼 수 있을 것이다.

7.3.4.3. 우리나라의 사례

우리나라 대법원은 2009년 5월 21일 역사상 최초로 이른바 김 할머니 사건에서 연명치료를 중단하라는 판결³⁶¹⁾을 내렸다. 김 씨는 호흡기 제거 후 201일 동안 자발호흡을 하면서 더 살다가 2010년 1월 10일 드디어 사망하였다.

※ 2008. 2. 18.발병 → 2009. 5. 21.판결선고 → 2009.6.23. 호흡기제거 →2010. 1. 10.사망

치료중단 선언 후 사망까지 7개월 이상
실제치료중단 후 사망까지 6개월 18일

356) 요코하마(横浜)지방법판소 1995. 3. 28. 선고 平成4年(わ)제1172호판결(1심에서 확정); 일본 判例時報 1530호: 28. 判例タイムズ(Times) 877호: 148.

357) 일본 判例時報 1530호 : 28. 判例タイムズ(Times) 877호: 148.

358) 일본존엄사협회. 1998, 192.

359) 일본존엄사협회. 1998, 195.

360) 요코하마 지방재판소 판결문〔平成4年(1992)(わ)1172호 판결〕의 일부

361) 대법원 2009. 5. 21.선고 2009다17417 전원합의체판결

인공호흡기를 실제로 제거한 것은 판결 선고 후 1개월 2일 만인 2009년 6월 23일이었고, 이날부터 계산하면 6개월 18일 만에 환자는 사망한 셈이다.

김 할머니에게 생전유언이나 사전의료의향서가 있었더라면, 그것이 중요한 증거로 채택되었을 터인데, 그러한 생전유언이 없었고, 그 가족들의 증언으로 김 할머니의 뜻을 추정하여 연명치료 중단결정이 내려진 것이다. 이 사례에서는 생전유언이나 사전의료의향서가 없었으므로, 생전유언의 효력발생 시점을 거론하기는 매우 어렵다. 그러나 앞에서 언급한 바와 같이 최종판결 선고 일을 생전유언의 효력발생일로 간주(看做)하거나 의제(擬制)할 수밖에 없을 것이다. 결과적으로 판결 선고일부턴 환자의 사망일까지 7개월 20일이 걸린 셈인데, 판결을 선고하지 않았더라면, 무의미한 연명치료(인공호흡기 장착)는 적어도 7개월 이상 계속되었을 것이다.

미국의 3가지 사건과 우리나라 김 할머니 사건을 표로 나타내면 아래와 같다.

표 5 생전유언 발효일과 일반유언 발효일 비교

사건명	발 병 일	최종판결[생전유언 발효]선고일	환자사망 [유언 발효]일	치료중단 ↔ 사 망 기간	발병일↔판결 선고 일
퀸 란	1975.4.15.	1976. 3. 31.	1985. 6. 11.	9년2개월11일	약 1년
크루잔	1983.1.11.	1990. 12. 14.	1990. 12. 26.	12일	약 8년
샤이보	1990.2.25.	2005. 2. 25.	2005. 3. 31.	13일	15년
김00	2008.2.18.	2009. 5. 21.	2010. 1. 10.	6개월 18일	약 1년 4개월

7.3.4.4 개별적인 문제점

1) 사망임박(死亡臨迫) 요건

반드시 환자의 사기(死期)가 임박하여, 다시 말하면 환자의 임종시기가 가까워져야 비로소 생전유언은 효력을 발휘하는가? 치료중단 결정의 효력이 그 때에 비로소 발생하는가?

이 점에 관한 대법원의 판결문을 읽어보면, 생명과 관련된 중요한 생체기능의 상실을 회복할 수 없으며 환자의 신체 상태에 비추어 *짧은 시간 내에 사망에 이를 수 있음이 명백한 경우*(이탈릭체로 변경한 것은 필자)에는 연명치료는 중단될 수 있다고 하였다. 그렇다면 이 요건을 어떻게 해석할 것인가?

미국 최초의 연명치료 중단 사건인 앞의 카렌 퀸란 사건에서 카렌은 식물인간 상태에 빠진 지 10년 동안, 그리고 인공호흡장치를 제거한 지 9년 동안 한 번도 의식이 깨어나지 않은 채, 식물인간 상태로 있다가 폐렴으로 사망하였고, 테리 샤이보는 15년 동안 식물인간상태로 있다가 영양공급 중단으로 사망하였다.

앞으로 의학의 발달에 따라 식물인간상태 환자의 생존기간은 더욱 늘어날 것이 명백하다.³⁶²⁾ 김할머니 사건에 대한 사실심법원의 심리 중 환자의 담당의사와 감정(鑑定)의사가 환자의 생존기간을 예측한 것을 보면 서로 다를 뿐만 아니라, 큰 차이가 나고 있었다. 그런데도 이 환자(김할머니)가 “짧은 시간 내에 사망에 이를 수 있음이 명백한 경우”에 해당되는지 의문이다.

그러나 한편 대법원은 상고를 기각하여 결과적으로 항소심판결을 승인함으로써 이 사건의 환자인 김할머니는 사망임박 요건을 충족한 것이라고 판단하고 있는 셈이다. 이 점에서 이 요건은 대법원 판결문 문장의 강조 정도(‘짧은 시간 내에 사망에 이를 수 있음이 명백한 경우’라는 강한 표현)에도 불구하고, 그다지 강하게 요구되는 필수요건은 아니라는 해석도 나올 수 있다는 평석도 있다.³⁶³⁾

생전유언의 핵심은 무가치하고 고통 받는 삶에 종지부를 찍고자 하는 데 있는 것이 아니고, 치료행위의 실시나 중단도 환자의 자율적 의사(意思)결정에 따라야 한다는 환자의 권리에 기초하고 있다. 의식이 없고 회복의 가능성도 없는 상태에서 연명치료에 의존하여 오래 목숨을 이어가는 식물과 같은 삶이라면 차라리 자연스러운 죽음을 선택하였으리라고 인정되는 환자에게, 치료거부의 의사를 밝힐 수 없는 상태라는 이유에서 그러한 삶을 지속하게 하는 것(치료계속)은 그 환자의 생명을 보호하는 것이 아니라, 오히려 환자의 인격의 존엄성, 자율권을 침해하는 것이다. 이러한 환자에게 ‘사망임박’요건을 적용하면 문제가 생긴다. 즉, 사망임박 요건대로 한다면, 환자가 원하지 아니하고 싫어하는 연명치료 기간이 명백히 짧을 것으로 예상되는 경우에만 생전유언의 효력이 발생하여 환자의 권리가 인정(치료중단)되고, 연명치료 기간이 장기간일 것으로 예상되는 경우(앞의 미국의 테리 샤이보 사례)에는 환자의 권리가 부정(치료계속)되게 된다. 이는 환자의 생전유언의 진의(眞意;치료중단)와는 정반대의 결과가 발생하게 될 것이다.

그래서 박 철 변호사는 이 사망임박요건은, 환자의 권리를 보호하기 위한 요건이 아니라, 환자의 연명치료 중단에 관계하는 사람들의 해당 환자에 대한 도덕적 부담감을 덜어주기 위한 요건이고, 이를 위한 정서적·윤리적 표현(이 부분은 필자추가)이 아닌가 하고 추측하고 있다.³⁶⁴⁾ 적절한 지적이라고 생각된다. 다시 말하면 그 환자는 사망이 임박하여 곧 죽을 것이니 그때는 연명치료를 중단하여도 좋다는 의미이다. 이는 생전유언제도의 취지와는 동떨어진 것이다. 무의미한 치료이지만 환자가 사망하기 직전까지 계속하라는 의미이니 이는 환자의 진의와는 거리가 먼 이야기이다.

2) ‘임박(臨迫)’의 의미

국어사전에 따르면, 임박은 어떤 시기가 가까이 닥쳐옴을 의미한다.³⁶⁵⁾ 가까

362) 문국진. 1999, 289.

363) 박 철. 2010. “연명치료중단의 허용기준”, 수록처; 민사판례연구,XXXIII호, 서울; 민사판례연구회: 81.

364) 박 철. 2010, 82.

365) 김민수 외. 1991. 국어대사전 서울: 금성출판사: 2467.

이 닥쳐온다는 의미는 아무리 길어야 1개월 이내에 다가와야지, 7개월 또는 10년 정도 후에 다가올 일을 가지고 임박이라고 말할 수는 없을 것이다.

생전유언에 분명히 “만일 내가 식물인간 상태에 빠지면 더 이상 아무런 치료도 하지 말아 달라. 단 고통완화치료만은 받고 싶다.”고 기재하였다면, 식물인간이라는 진단이 나오면 동시에 생전유언의 효력은 발생한다(치료중단)고 해석하여야 할 것이다. 그 식물인간 상태가 앞으로 5년 동안 계속될지 10년 동안 지속될지 아무도 알 수 없는데도 ‘사망이 임박’할 때까지는 연명치료는 중단될 수 없다고 한다면 이는 그야말로 환자의 진정한 의사(意思)에 반대되고, 생전유언 제도 자체를 부정하는 결과가 될 것이기 때문이다. 366)

7.3.5 소결

무의미한 연명치료의 중단을 바란다는 생전유언제도는 건강회복의 가망이 없는데도 무의미한 연명치료(예, 인공호흡기 장착 등)를 기한 없이 받으면서 병상(病床)에 누워있는 삶이 과연 환자 본인이나 그 가족, 친구들에게 바람직스러운 삶인가, 좋은 삶인가를 숙고하면서, 이런 치료를 중단하고 인간으로서의 존엄과 품위를 유지하면서 자연스럽게 삶을 마감하겠다는 것이 그 근본 목적이다.

그러므로 생전유언의 발효시기도 이런 제도의 목적과 취지에 비추어, 환자본인의 의사(意思)와 의욕·소원·소망·가치관·인생관 등을 종합적으로 고찰하고 게다가 환자의 상태로 보아 더 이상의 연명치료는 무의미하다는 의사(醫師)의 의학적 진단이 내려지면, 그 즉시 효력이 발생한다고 해석하여야 할 것이다.

7.4 생전유언의 집행과 그 결정권자

이는 생전유언을 할 수 있는 사람과 그 유언대로 집행할 사람이 누구인가 하는 문제이다. 앞서도 간략히 언급하였지만, 결국 환자 본인과 그 가족, 대리인, 나아가 의사 등 의료진과 법원이 동시에 관여하게 되는 문제이다. 여기서는 미국의 제도와 우리나라의 제도를 종합하여 필자 나름대로 해설하고 정리한 것이다.

366) 미국에서도 이 임박 요건에 관하여 상당한 논란이 있었다. 캘리포니아 자연사법을 기초하고 제안한 Mr. Barry Keene의원은 의학적 판단에 관한 문제에서 매우 상세하고 특징적인 조항을 넣는 법을 만들 수는 없고, 모든 제정법에는 어느 정도의 주관성(subjectivity)이 있다고 말하고 있다(1978.4. 의료진 회의-캘리포니아 자연사 법에 관하여-샌프란시스코, 캘리포니아 대학교 의과대학; APRIL 1978 · 128 · 4: 322). 다만 그는, 말기질환의 경우 치유가 불가능하고, 여하튼 사망이 임박한데도 인공적으로 사망의 순간만을 연장할 뿐(이것이 핵심용어: key language)인 기계장치들로 학대받으면서 인생의 마지막 날들을 보내기를 원하지 아니할 사람들이 있다고 느꼈다고 말하고 있다.

7.4.1 환자 본인과 그 가족

환자가 스스로 자기의 질병과 그 치료방법을 잘 알고 자율적으로 결정하여야 하고 이것이 가장 근본적인 해결방법이다. 앞으로 “나는 X질병에 걸리거나, 식물인간 상태에 빠진다면, 아무런 치료도 받지 않겠다. 나의 이 생전유언은 2명의 서로 다른 의사(醫師)의 진단이 내려지면 바로 시행하기 바란다.” 고 생전유언을 하여 놓았다면, 그러한 조건이 성취되면 바로 효력이 발생한다고 해석할 것이다. 조건 성취시가 효력발생 시기다. 이렇게 이론적으로 간단히 말할 수는 있으나, 실제의 임상현장에서는 그것이 그리 간단하지 않다.

생전유언의 효력발생시기, 환언하면 연명치료의 중단시기의 결정을 환자 본인에게만 맡겨놓을 수 있는가?³⁶⁷⁾ 존 롤스(John Rawls)를 위시한 자유주의 철학자들은 정의를 실현하기 위하여 철저히 중립적으로 사고(思考)하는 인간, 즉 ‘무연고(無緣故)적 자아’를 전제로 하고 있으나, 그러한 자아(自我)는 세상에 현실적으로 존재하지 아니한다.³⁶⁸⁾ 실제의 인간은, 가족, 친척, 친구, 직장, 지역사회 또는 국가체제, 환경 등과의 관계 속에서 살아가는 현존하는 구체적 인간이다. 그래서 환자 개인의 자율성 존중 내지 자율결정이라는 이론만으로는 정당한 판단과 결정을 내릴 수 없다.

그래서 보건의료결정에서는 공동의사결정이 바람직하고 중요하다는 의견이 대두되고 있다.³⁶⁹⁾ 환자와 그 가족, 의사, 윤리위원회 등이 공동으로 지혜를 모아야 정당하고 바람직한 생전유언결정이나 치료중단결정을 내릴 수 있다는 말이다. 이는 중요하고도 정확한 의견이라고 생각된다. 환자의 자율성 존중이라는 원칙 아래, 자율결정을 지나치게 강조하고 이를 적용하면 아래와 같은 문제가 생긴다.³⁷⁰⁾

첫째, 정보(information)의 문제가 있다.

원래 자율성이라는 것은 충분한 설명에 근거한 동의(informed consent)를 그 전제로 한다. 환자에게 제공되는 의학적 정보는 불확실하고 상황에 따라 변동될 수 있다. 환자에게는 의학정보뿐만 아니라, 자기 자신과 관련된 사회적, 경제적, 가치적

367) Jerry Menikoff. 2001. 271. 법적인 문제로서, 환자를 위한 의료결정을 할 권한을 가진 단독의 인간(single person)은 없다. 예컨대, 법에 특별한 명문의 규정이 없으면, 아내는 무의식의 남편을 위하여 보건의료 결정을 할 특별한 권한이 없다. 예외적으로 부모는 미성년 자녀를 위하여 구속력 있는 결정을 할 법적 권한을 가지고 있다. 아내는 남편의 후견인으로 지명받기 위하여 법원에 신청하여야 한다.

368) Sandel, M. J. 2007. 생명의 윤리를 말한다. The Case Against Perfection. 강명신 역. 서울: 동녘: 9-10.

369) 이은영. 2012. 앞의 논문: 31. 1982년 미국대통령위원회는 보건의료의사결정에서는 ‘공동의사결정’이 필요하다고 처음으로 공동의사결정이라는 말을 언급하였다.

370) 이은영. 2012. 14-15.

측면의 정보도 제공되어야 한다.

둘째, 조사연구에 의하면 환자는 자신의 질병에 대하여 치료결정을 내리는데 두려움을 느낀다.³⁷¹⁾ 그 질병이 심각할수록, 진단과 결과 등에 대한 불확실성이 높을수록, 치료선택에 대한 부담감은 커지고 결국 환자는 스스로 결정하기를 회피한다.

끝으로, 환자 중심의 자율성 윤리는 환자 이외의 집단의 이익을 고려하지 아니한다. 환자의 이익과 그 가족의 이익이 서로 충돌하는 경우도 있고, 환자보다는 그 가족의 이익이 더 위험에 처하여지는 경우도 있을 수 있으며, 가족의 이익이 환자의 이익보다 우선되어야 하는 경우(가족의 이익이 무시될 수 없는 경우)도 있을 수 있다. 그래서 자율권 남용이 초래될 수도 있다.³⁷²⁾ 따라서 환자 본인의 의사결정에 모든 것을 일임할 수는 없다. 환자와 그 가족들은 서로를 떼어버리거나, 떨쳐버릴 수가 없다.³⁷³⁾ 따라서 어떤 결정을 내놓든 가족들이 반드시 함께 참여하여야 한다.

그리고 궁극적으로는 치료계속 혹은 치료중단 결정의 영향을 가장 많이 받게 될 사람, 즉 환자본인에게 최종 의견을 표시할 권리가 주어져야 한다는 것은 대원칙이다.³⁷⁴⁾ 생전유언의 조건성취 여부(예컨대, 식물상태 돌입 여부)에 관하여 환자는 스스로 판단할 수 없는 경우가 많을 것이고 환자의 가족들 사이에, 또는 의료진 사이에 혹은 환자가족과 의사(醫師) 사이에 격렬한 논쟁이 벌어질 수도 있다. 왜냐하면 이는 생전유언자가 생사(生死) 기로에 서 있는 중요한 문제에 대한 결정이기 때문이다.

환자 본인이 평소 병원에 입원하기를 원하지 않고 자택에서 가족들의 간호를 받고 있는 경우라면, 그 생전유언의 효력발생시점을 누가 결정할 것인가? 이 경우 생각할 수 있는 시나리오로는 2가지가 있을 수 있다.

7.4.1.1 환자가 자택에 있는 경우 그리고 의사능력이 있는 경우

이 경우는 환자의 가족이 주치의나 어떤 병원의 의사에게 연락하면서 왕진(往診)을 부탁하여 환자의 상태에 대한 진단을 의뢰한다. 진단결과 생전유언의 조건(예컨대, x질병에 걸렸다. 또는 식물상태이다)이 이루어졌다고 나온다면 그 때에 유언의 효력은 생기기 시작한다. 더구나 환자가 스스로 의사결정을 할 능력이

371) 이상목, 김성연, 이형식. "암환자의 의학적 의사결정", 한국의료윤리학회지 12(1):1-14.

372) 이은영. 2012. 15. 질병상태, 치료비 지불능력과 무관하게 환자가 치료를 요구하거나 거절하면서 이를 자신의 당연한 권리로 확신하는 경우, 그 당부를 떠나 환자의 선택을 막을 길이 없고, 환자가 종교적 신념에 따라 모든 치료를 거부하고 죽음을 수용하기로 결정한 경우 그 자율성을 통제할 길이 없다. 신현호. 2006. 98. 환자의 병을 간호하다가 지쳐서 건강하던 가족이 먼저 죽는 경우도 현실적으로 발생한다. 이 정도의 희생을 가족에게 요구할 수 없음은 자명하다.

373) Nelson, H. L. & Nelson, J. L. 1995. "The Patient in the Family", *An Ethics of Medicine and Families*, New York: Routledge: 75-76.

374) Nelson & Nelson. 1995, 105. Kuczewski & Pinkus. 강명신, 217.

있다면, 그 당시 환자의 자기 결정권이 우선한다.³⁷⁵⁾

그러나 연락 받은 의사가 환자의 집에 가서 진단하기를 꺼린다면 실제라도 진단 설비가 없어서 진단할 수 없다고 하면 부득이 환자는 병원으로 갈 수밖에 없다. 병원에서 의사의 진단결과 생전유언의 조건이 성취되었다고 판명되면 그때부터 생전유언은 효력이 발생할 것이고, 그에 따라 일체의 연명치료는 보류되고 멈추어져야 할 것이다.

7.4.1.2. 119(화재, 구조, 응급의료; 소위 paramedic)에 연락

사람이 쓰러졌다면 그 가족이 119, 1339로 연락하여 환자를 병원 응급실로 급히 실고 가는 방법을 우선 생각할 수 있다. 그러면 대개 응급실의 의사 등이 진단을 하고 응급처치를 시도할 것이다. 이 경우 가족이 생전유언서를 제시하거나 구두(口頭)로 환자의 유언을 전달할 수 있다. 응급의료당국이 이를 인정하여 그대로 따른다면 응급처치도 ³⁷⁶⁾ 하지 않고 문제는 간단히 끝날 수 있다. 생전유언이 이때 효력을 발휘하기 때문이다.

그러나 응급의료진이 이를 인정하지 않고 응급의료를 계속 시행하려고 하면, 환자의 가족과 의사 사이에 분쟁이 발생하여 결국 법원에 소를 제기하게 되고, 종국적으로는 재판을 담당하는 판사가 생전유언의 유효여부와 효력발생시점을 정하게 될 것이다. 응급의료법에 의한 응급상황에서는 환자본인의 의사결정능력이 상실되거나 미약한 상태에 빠질 수 있다. 이때는 누가 결정할 수 있는가? 대리인의 문제라 다음 항에서 본다.

7.4.2 보건의료대리인

환자에게 의사결정능력이 없을 경우는 미국식의 의료대리인³⁷⁷⁾이 있다면 그 대리인이 의사와 의논하여 환자의 생전유언의 존재나 그 내용 대로 실시할 수 있

375) Kuczewski & Pinkus. 강명신, 12.

376) 응급처치가 연명치료와는 다르다는 점은 서론에서 언급.

377) 누구든지 타인의 신체 혹은 재산에 대한 후견인이 되겠노라고 법원에 신청할 수 있고, 그러한 후견인으로 지명될 사람은 다양하다. 가족구성원과 친족에서부터 정부기관 그리고 법 집행 당국자도 후견인이 될 수 있다. 어떤 사람을 위한 한사람의 후견인을 선택하는 일은 아마 정책이나 법률의 문제인 것 같다(Bisbing, S. B. 2007."Competency and Capacity: A Primer." in Legal Medicine 7th ed.: 329. ; Hodgson. 1973. "Guardianship of Mentally Retarded Persons: Three Approaches to a Long Neglected Problem." Alb. Law Rev. 37(1973): 407. 그러나 캘리포니아 주(州)는, 환자가 치료나 간호를 받고 있는 보건의료시설의 운영자, 책임자, 의사나 피용자는 그 환자의 대리인이 될 수 없다. 만일 그들이 환자의 친척이거나 같이 일하는 사람(coworker)이면 대리인이 될 수 있다고 규정(California Probate Code Section 4701)하고 있다. 대부분의 주(州) 법[예, Oregon Revised Statutes(O.R.S.). Chapter 127.520 등] 이 동일하다.

을 것이고, 생전유언이 없다면 그 대리인이 치료중단결정을 할 수도 있을 것이다.³⁷⁸⁾

7.4.2.1 의료대리인이 본인(환자)의 뜻을 따른 경우

지속적(durable) 보건의료대리인은 원래 환자본인을 대리하여, 환자를 위한 의료처치를 결정할 수 있고 그러한 결정을 하여야 한다. 후견인이나 의료대리인으로 임명되면, 2가지 의사결정 모델 중 어느 하나에 따라서 그는 일반적으로 무능력자(개정민법상 용어로는 제한능력자)의 이익을 보호할 의무와 책임을 지고 있다.

1) 객관적 기준

어떤 조치가 무능력자(환자) 개인의 최선의 이익을 효과적으로 도모하고 보호할 것인가라는 객관적 기준(objective test)에 따라 대리인은 임무를 수행하여야 한다.

2) 주관적 기준

주관적 기준(subjective test)은 대리판단(substituted judgment)의 형태를 사용한다. 즉, 대리인은 환자의 역할을 맡기로 요청하고, 만일 환자가 능력자이었다면 행동하였으리라고 생각되는 대로 대리인도 행위를 하여야 한다는 것이다.³⁷⁹⁾ 환자에게 능력이 있었다면 그가 어떻게 행동할 것인가에 관하여 알 수 있는 자료나 믿을만한 정보가 있을 때는 그 정보대로, 그것이 없을 경우는 도리 없이 「최선의 이익」 기준³⁸⁰⁾, 즉 객관적 기준을 채용할 수밖에 없다.

이와 같은 상황에서 대리인은 이용할 수 있는 많은 관련 정보를 객관적으로 평가한 다음, 환자의 이익에 가장 도움이 되는 행동을 결정하여야 할 것이다. 이와 같이 대리인이 본인(환자)의 내심의 진의, 또는 생전유언의 취지를 잘 알아서 그대로 수행하였을 경우는 아무런 문제가 없다.

7.4.2.2 의료대리인이 환자의 뜻에 어긋나게 결정한 경우

환자의 생전유언에는 완전코드(full code)로 적혀 있는데, 대리인이 무슨 까닭인지, 예컨대 자신 또는 일부 상속인의 이익을 위하여, 소생술금지(DNR) 또는 치료중지를 지시하고 의사도 그렇게 시행하여 환자가 사망하였다고 한다면, 의사

378) 우리나라에는 아직 이러한 의료대리인 제도가 없으므로, 명백한 사전의료의향서나 생전유언이 없는 경우 대개는 환자의 가족(치료비 부담자)이 이러한 중단결정을 하는 수밖에 없을 것이다. 앞으로 개정민법이 시행되는 2013. 7. 1.부터는 성년후견인이 법원의 허가를 얻어 이런 의료중단결정을 할 수 있을 것이다. 법의 규정상 명백하지 아니한 것이 흠이다.

379) Bisbing. S. B. 2007, 329; In re Roe III, 421 N.E. 2d 40(Mass. 1981); Rogers v. Commissioner of Mental Health, 458 N.E. 2d 308(Mass. 1983).

380) Melton, G. B. & Scott, E. S. 1984. "Evaluations of Mentally Retarded Persons for Sterilization: Contributions and Limits of Psychological Consultation.", NE Washington, D.C.: Professional Psychology: Research and Practise 15(1): 34,35-36.

와 후견인은 어떤 책임을 질 것인가? 그것이 사실로 드러나면 그들은 살인죄(한국형법 제250조 1항; 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역형),³⁸¹⁾ 아니면 자살방조죄(한국형법 제252조 2항; 1년 이상 10년 이하의 징역형)의 형사책임을 져야 할 것이고, 환자의 나머지 상속인들에게 손해배상(위자료 등)책임을 져야 할 것이다.

미국에서도 노인병전문 임상외과가 업무수행 중, 「현재 의사무능력상태인 환자의 지속적위임장에 따라 지명된 의료대리인이, 환자의 금전을 부당하게 이용·오용(misuse)하고, 환자를 학대하거나, 환자의 의학적 필요에 따른 조치를 중대하게 게을리 하는 것(예, 환자의 사전지시나 소원을 무시)」을 알게 되는 일도 있다. 이때 담당의사는 후견절차개시신청을 할까, 아니면 법원의 개입을 요청할까에 관하여 윤리적으로 고민하게 된다. 효과적인 처리방법을 찾을 수 없으면, 임상외과는 노인보호소 지소(local APS; adult protective services)에 공식적인 통보를 할 수 있고, 사법당국에 의하여 처리되도록 의뢰하는 것이 가장 좋은 방법이라고 한다.³⁸²⁾

7.4.3 의사(醫師) 등 의료인

7.4.3.1. 미국의 경우

환자가 병원에 입원하고 있었고, 그가 생전유언을 한 경우라면, 누가 유언의 효력발생 시점을 결정할 것인가? 이 경우에도 명백한 생전유언이 있다면, 그 유언에서 구술하거나 기록된 대로 환자 자신이 이를 결정할 수 있고 결정하여야 한다.

환자 자신이 이미 무의식 상태에 빠진 경우는 의사와 환자의 가족, 환자의 대리인이 생전유언의 내용을 종합적으로 검토하고 해석하여 정할 수밖에 없을 것이다. ³⁸³⁾ 유언의 내용에 관하여, 특히 그 조건성취의 여부에 관하여(예컨대, 식물상태인지 여부) 의사와 환자의 가족 사이에 의견대립이 생기면³⁸⁴⁾ 윤리위원회에 신청하여 심의를 받도록 하여 그 결정에 따르고, 그 결정에도 불복하면 결국 법원에 제소하여 판사의 판단에³⁸⁵⁾ 따라 생전유언의 효력발생시점(=치료중단 시

381) 캘리포니아 검인법(PROB), Div. 4.7. Part 2. 제5장. §§4743(살인죄로 기소)

382) Kapp, M. B. 2007. "Geriatric Patients" In Legal Medicine 7th ed.:561; Carlisle, J.R. 2007, 169. 대리인이 환자의 최선의 이익을 위하여, 또는 환자의 실제 소원에 관하여 알 수 있는 최선의 지식에 따라 행동하지 않는다는 것을 의사(醫師)가 알았을 때 그 의사는 법원에 지정지시나 지정명령을 신청할 수 있다.

383) 의사가, 환자의 생전유언 작성 당시 그 환자가 무능력이라고 의심할 만한 사유를 알고 있고 그에 관한 자료를 가지고 있다면, 그 의사는 그 생전유언(사전지시)을 실시하거나 집행하여서는 아니 된다(Medical Staff Conference, California's Natural Death Act. APRIL 1978·128·4: 328. 주(州)의회 의원인 Mr. Barry Keene 의 말).

384) Kapp, M. B. 2007. 561. 환자의 사전의료지시서나 생전유언을 존중하지 아니하는 의사가 드물지 않다는 증거가 있다고 한다.; Hardin, S. B. & Yusufaly, Y. A. 2004. "Difficult End-of-Life Treatment Decision.", Chicago: 164 Arch. Intern. Med.: 1531-33.

점)이 결정될 수밖에 없을 것이다.

1982년 미국 대통령위원회는 보건의료결정에 관련한 보고서에서 “공동의사 결정은 의사(醫師)가 개별 환자의 요구를 이해하고 그들 요구를 충족시키는 합리적 대안을 개발해야 할 뿐만 아니라, 환자가 선호하는 1가지를 선택할 수 있도록 대안을 제시하여 주어야 한다. 공동의사결정에 참여하기 위하여 환자가 분명한 복지의 차원에서 자신의 가치관을 잘 알고 의사와의 대화에 반드시 참여하여야만 한다.”고 하고 있다.³⁸⁶⁾ 사실 의료에 관한 전문가인 주치의가 환자의 상태에 관하여 가장 잘 알고 있고, 지금 상태로 보아 앞으로의 치료는 이 환자에게 무의미한 지를 알고 있기 때문에 그가 환자 혹은 그 가족과 양심적으로³⁸⁷⁾ 의논하여 치료 중단 결정을 하여야 할 것이다.

생전유언이 없는 경우, 또는 대리인의 의사결정능력이 의심되거나 대리인 지정 그 자체가 여의치 않을 경우는 담당의사가 환자의 최선의 이익을 고려하여 결정하면 된다. 담당의사는 해당 환자의 병의 상태(condition)와 예후(prognosis)를 알고 있으므로, 더 이상의 치료는 무의미하다는 권고적 의견을 말하면, 환자의 가족이 이를 듣고 납득하여 승낙하면³⁸⁸⁾ 바로 그 때 연명치료는 중단될 수 있을 것이다. ³⁸⁹⁾

그러나 의료대리인의 의사결정능력을 어떻게 검사할지 문제되는 경우가 많다. 따라서 “의심스러운 경우에는 치료하는 쪽으로 간다.”는 것이 미국 대통령위원

385) 판사도 의료에는 문외한이므로, 결국 의료윤리위원회의 의견이나 제3의 전문의의 의견을 조회하여 결정하는 수밖에 없을 것이다.

386) 이은영. 2012, 31.

387) 여기서 ‘양심적’으로라는 말은 환자나 의사 양측에 공평하고 정의롭게 결정한다는 의미이고, 거기에 어떤 불순한 금전적 동기가 개입되어 있어서는 안 된다는 것을 의미한다.

388) 서울대학교 병원에서 15%의 확률로 일시적으로 호전시킬 치료법을 실시할 것인가에 대하여 의료진과 환자가족의 의견을 조사한 결과가 나와 있다(문도호. 2007, 146-47).

표 6 치료법에 대한 의료진과 환자가족의 의견조사

구 분	가 족		총 계
	찬 성	반 대	
담당의사	찬 성	18	38
	반 대	20	57
총 계	57	38	95

*. 의사와 가족이 일치하여 찬성하거나 반대한 경우는 각각 20명(합계 40명이므로 전체의 42%), 95명 중 37명은 의사측은 반대, 가족은 찬성하는 경우이고, 18명은 의사측은 찬성, 가족은 반대하는 경우이다. 의사 측 에서 반대하는 것은 그것이 무의미한 치료라고 생각하는 것이고, 가족 측에서는 ‘더 치료할 수 있는데도 포기한다.’고 생각하는 것이라고 해석할 수 있다. 이러한 의견 차이는 가치관의 충돌이라고 볼 수 있다.

*. 실제로 치료를 받은 후 효과가 있는 15%에 속하면 다행이지만, 효과가 없는 85%에 속하는 경우에는 결과적으로 무의미한 치료, 불필요한 치료를 받은 셈이 된다. 어느 쪽에 속할지는 누구도 예측할 수 없다(고윤석. 2002. “임종환자의 연명치료중단에 대한 대한의학회 의료윤리지침”「대한의사협회 제30차 종합학술대회 심포지움」2002).

389) 말기환자 가족의 연명치료 중단 결정과정은 주치의사가 먼저 치료중단을 제안하면 가족이 의논하여 동의 여부를 의사에게 알리고, 동의서를 작성하는 것으로 나타났다. 동의서 작성시점이 치료중단 시점이 된다(박연옥. 2008. 앞의 책:53~54); 소생술금지(DNR)명령은 생전유언과 혼동되어서는 아니 된다. 왜냐하면, 이러한 명령은 면허받은 의사만이 발부할 수 있는 것이고, 담당의사가 환자와 그 의료대리인, 혹은 환자의 생전유언 등을 고려한 후에 그러한 명령을 내리는 것이다(Whitman & Glisson. 2007. 앞의 책: 119).

회(1982)의 권고적 의견이고 실무에서도 그렇게 하는 것이 일반적이라고 한다.³⁹⁰⁾ 환자의 명시적인 생전유언, 즉 치료중단을 원하는 분명한 의사표시의 존부를 확인하여 치료를 중단할 것이고, 조금이라도 의심스러우면 치료를 계속하여야 한다는 것이다.

담당의사가 확인하였던바, 생전유언의 존부나 그 내용이 확인되는데도 그 환자에 대한 치료를 중단하려는 마음이 내키지 아니하는 경우는 어떻게 할 것인가? 의사는 환자의 생전유언에 따라야 할 의무가 있는가? 의무 위반의 경우 처벌을 받는가? 미국 내의 대부분의 주(州)에서 의사가 환자의 생전유언이나 사전지시를 따르지 않았을 때 벌칙을 정한 것은 없다. 캘리포니아 주(州)의 검인법(1999. Probate Code)과 워싱턴 주의 존엄사법은 의사가 환자의 생전유언에 따르기를 거부한 경우 민사상·형사상 책임 혹은 징계처분을 받게 하지는 않고, 다른 의사(생전유언대로 따를 의사)에게 이송할 것을 규정하고 있다.³⁹¹⁾ 캔사스 주(州) 법은 이러한 거부행위를 의사의 직업상 윤리적 의무 위반이라고 규정하고 있다.³⁹²⁾ 앞으로 우리나라의 입법에도 참고가 될 것이다.

환자의 승낙을 받지 않고 환자의 소원에 어긋나게, 환자의 생존에 필요한 치료를 보류·중단시킬 의도로 환자의 생전유언(또는 사전의료의향서)을 변경·위조하거나 생전유언 취소의 의사표시를 숨기거나 철회한 사람은, 그 행위로 인하여 연명치료가 보류·중단되고 나아가 환자의 죽음이 촉진되거나 재촉(hasten)되면 살인죄로 기소되어야 한다. ³⁹³⁾

7.4.3.2 우리나라의 경우

생전유언을 거부하는 의사는 어떠한 책임을 질 것인가? 이 문제는 의사가 연명치료를 계속하는 경우이어서 실제로 민사상, 형사상, 행정상 책임을 질 이유는 없다. 그러나 의사를 포함하여 환자의 가족이든 어느 누구이든, 생전유언서나 사전의료의향서를 위조, 변조하거나 숨기거나 그 밖의 방법으로 유언자의 뜻에 반하게 조작함으로써 유언자의 생명이 위태로워지고 나아가 사망에 이르게 하였다면 그러한 행위자는 살인죄로 처벌받아야 할 것이다. 위의 미국의 법을 참고하여 이러한 경우를 대비한 규정도 정하여야 할 것이다.

390) Kuczewski & Pinkus, 강명신.12(치료하는 쪽으로 간다.: It is better to err on the side of intervention).

391) California Probate Code, Div. 4.7. Part2: Chapter5. 4740(b),(d). Washington Death with Dignity Act(2008. 주민발의법 1000) 중 RCW 70.245.190-Immunities (1)항 (a),(d) 참조

392) 문국진. 1999. 앞의 책: 295-96

393) 캘리포니아 검인법(PROB), Div. 4.7. Part 2. 제5장. §§4743

7.4.4 법원

환자는 이미 의식불명 상태이므로 대개 환자의 가족이 병원이나 의사를 상대로 연명치료의 중단을 요구(증거로는 환자의 생전유언서를 제시하거나, 또는 그것이 평소의 환자의 말하여온 뜻이라고 주장)하고 병원은 이를 반대할 경우, 하는 수 없이 법원에서 이 문제를 결정하게 된다. 따라서 종국적으로 법원의 판사가 생전유언의 존재여부, 성립여부, 유효무효 여부, 효력발생시점을 결정하는 최종결정권자가 되는 셈이다. 하급심 법원은 최고법원의 판결에 따라 그 취지에 맞도록 심리하고 결론을 내릴 것이다.

7.5 퇴원의 자유와 생전유언

7.5.1 의료계약·입원계약과 퇴원

환자가 병원에 입원하여 치료를 받는 경우 환자는 본래의 의료계약 이외에 입원실의 사용 등을 포함한 입원계약을 체결한다. 이는 어디까지나 진료행위를 하기 위한 수단에 불과하므로, 그 진료행위의 필요성에 따라 그 내용이 한정된다. 따라서 어떤 특정 환자의 경우 입원치료의 필요가 없다는 의사의 진단에 의하여 병원에서 그 환자에 대하여 퇴원권고를 한 때, 환자는 퇴원할 의무가 생긴다.³⁹⁴⁾ 한편 환자나 그 가족 측에서 “더 이상의 치료를 받지 않겠다. 퇴원시켜 달라.”고 요청한 경우, 병원 측은 특별한 사정이 없는 이상, 바로 퇴원을 허가하여야 할 것이다. 환자에게는 입원할 자유뿐만 아니라 퇴원할 자유도 보장되어야 하기 때문이다. 한편 자율성의 원칙에 의하면 환자가 어리석은 결정, 바보 같은 결정, 별난 결정을 하더라도, 의사는 이를 최고로 존중하여야 한다.³⁹⁵⁾ 이 경우 담당의사는 치료중단과 퇴원으로 인한 결과나 예후를 충분히 설명하여야 하고, 그러한 설명에도 불구하고 환자 측에서 퇴원을 고집하고, 의사 측에서 승낙하여 퇴원하였을 경우, 그리고 환자가 그 후 사망에 이르렀더라도, 의사에게 도덕적 책임을 물을 수는 없을 것이다.³⁹⁶⁾

394) 윤경현. 앞의 논문. 126

395) Carlisle, J. R. 2007, 167.

396) 김상득. 생명의료윤리학. 277; 원경림. 2007. “한국에서의 안락사 논쟁 고찰: 보라매사건을 중심으로” : 수록처; 안락사. 75.

7.5.2 생전유언 또는 연명치료 중단과 퇴원

7.5.2.1 퇴원 딜레마

생전유언과 퇴원의 문제는 질병을 앓고 있는 입원환자의 자율성 존중과 환자를 치료할 의사의 의무(의료법 제4조, 응급의료에 관한 법률 제6조) 사이의 이익충돌의 문제이다. 환자는 생전유언에서 명백히 “내가 식물인간상태가 되면 연명 치료를 받지 않겠다. 병원에는 가지 않겠다. 또는 입원중이면 바로 퇴원하겠다.”고 그 소원을 명시하였는데도, 의사나 병원 측에서는, 본래의 소명의식에서 또는 다른 이유에서 식물인간상태라는 진단이 나온 이후에도 퇴원시키지 아니하는 경우도 생길 수 있다.

또는 어떤 환자와 그 가족이 “무의미한 연명 치료를 중단하여 달라. 이제는 집으로 돌아가겠다.”고 의사에게 말하였을 때, 의사가 생각하기에 이 환자를 집으로 퇴원시키면 간호 잘못으로 환자는 곧 사망하게 될 것이고, 자칫 잘못 하다가는 자신에게 책임이 돌아올 수 있겠다고 생각할 수 있는 경우도³⁹⁷⁾ 있을 것이다. 이때 과연 어떻게 할 것인가? 이것이 소위 퇴원 딜레마(dilemma)의 문제다.

이는 개인의 자율권이라는 개인적 법익(法益)과 인간의 생명보호라는 국가적 법익이 상호 충돌하는 경우이다. 환자가 퇴원하여 곧 사망하면 사망한 환자에게는 아무런 책임을 물을 수 없지만, 유족과 담당의사에게는 민사상, 형사상, 행정상 책임이 따라올 수 있다.

예컨대, 미국의 어떤 사례에서 주치의는 특정 환자(80세 여성인 T씨)가 퇴원하면 전문 간호를 받을 수 있는 요양원에 가야 한다고 주장하고, 환자와 그 딸은 “집으로 퇴원하겠다.”고 시종일관 주장하였다. T씨는 매디케어(Medicare; 65세 이상의 노인을 위한 의료보험)와 매디케이드(Medicaid; 65세 미만의 저소득층, 장애자를 위한 국민의료보장)에 모두 등록되어 있었고, 만일 요양원에 입원하면 위 사회보장연금이 모두 요양원으로 지급된다. 주치의는 환자와 그 딸의 강력하고도 끈질긴 주장을 문서로 기록한 다음 환자 측의 소원을 들어주었다. T씨는 퇴원하여 집에서 간호를 받으며 5년 정도 살다가 사망하였다.³⁹⁸⁾ 우리나라의 경우라면 병원윤리위원회의 심의를 거쳐서 자문을 받아보고 결정하는 것이 무난할 것이다.

7.5.2.2 퇴원의 자유

397) Kuczewski & Pinkus, 강명신 역. 앞의 책. 165-66; 우리나라의 보라매 병원사건이 바로 대표적인 사례이다.

398) Kuczewski & Pinkus, 강명신 역. 앞의 책. 162-63.

환자의 퇴원의 자유는 매우 중요한 쟁점이다. 앞에서 본 바와 같이 의사는 환자의 생명보호를 위하여 치료를 계속할 의무, 정당한 이유 없는 진료거부 금지 의무가 있는데도(의료법 제15조), 환자의 자율성 존중이라는 원칙 때문에 환자의 퇴원요구에 따라야 할 것이냐?

여기에 갈등이 생길 수 있다. 병원윤리위원회 등에 신청하여 그 심의와 결정을 받아보는 것이 가장 좋은 방법이고, 그러한 결정에도 불복할 경우는 법원에 소를 제기하는 길이 있다. 예컨대, 환자 측에서 병원을 상대로 법원에 무의미한 연명치료 중단과 퇴원을 청구하여, 법원에서 치료 중단을 명령하는 판결만 선고하였다. 이 때 병원 측에서는 「그것은 어디까지나 연명치료의 중단명령이지 환자를 병원에서 퇴원 시키라는 명령은 아니라」고 주장하면서 계속 환자를 병원에 머물게 하고 치료할 경우는 어떻게 할 것이며, 그 기간 동안의 병원비는 누가 부담할 것인가?

이러한 문제로 다시 분쟁이 생기면, 병원 측과 환자 측이 원만하게 대화로 타협하는 것이 최선의 길이지만 그렇게 할 수 없을 경우에는 환자 측은 다시 병원을 상대로 퇴원하게 하여 달라고 청구하여야 할 것이다. 환자와 병원 측은 환자의 입원 당시에는 서로 사이에 명성을 듣고 존경하는 등으로 상당한 신뢰관계를 기초로 하여 스스로 입원하고 치료를 받아오고 치료를 하며 보살펴 주던 사이이므로 적어도 퇴원청구 소송까지는 나아가지 말아야 할 것이다.

생각건대, 새로운 법을 제정하여 생전유언제도를 도입하고, 그 법에서 자세한 규정을 만들 수 있겠지만, 그때까지 잠정적으로는 일단 법원에서 피고는 원고 또는 환자 000을 위한 연명치료를 중단하라는 판결이 선고되면, 피고(병원)는 병원윤리위원회를 속히 열어서 연명치료를 중단하여야 할 것이고 이때 환자의 퇴원 문제도 함께 고려하고 결정하여야 할 것이다. 연명치료를 중단하더라도, 환자가 병원의 병실에 입원하여 계속 연명치료 아닌 다른 치료(comfort care 등)는 받아야 할 필요가 있을 수 있다. 그런데도 환자가 퇴원을 하겠다고 고집하는 경우는 병원이나 의사 측은 이를 수용하여 승낙하여야 할 것이다.³⁹⁹⁾

6.5.2.3 치료비부담 문제

생전유언에 따른 치료중단, 치료거절의 의사표시 후 또는 퇴원의 확정판결 선고 이후 실제의 중단 또는 퇴원 시까지의 비용은 누가 부담할 것인가? 예컨대 속칭 김 할머니 사건의 경우 실제로 환자나 그 가족이 치료중단을 요구한 것은 2008년, 최종판결 선고일은 2009. 5. 21.이고 병원윤리위원회를 거쳐 실제로 치료를 중단한 것은 동년 6. 23.이므로 근 1년 동안의 치료비는 어느 쪽에서 부담

399) 대한의사협회의 의사윤리지침(2001.11.15.공포) 제30조 2항(의학적으로 회생가능성이 없는 환자나--- 그 대리인이 연명치료의 중단이나 퇴원을 문서로 요구하는 경우, 의사는 그러한 요구를 받아들이는 것은 허용된다).

하여야 할 것인가? 판결에서 치료중단을 명령한 것은 환자의 자율성을 존중하여 그 인격권을 보호하기 위한 것인데 피고 측이 이를 무시하였으니, 그 치료는 환자의 뜻에 어긋나고 또 결과적으로 무의미한 것이었다는 판단이다. 그러므로 패소자(피고)가 비용을 부담하여야 한다는 견해도 있을 수 있다. 그러나 법원의 최종판결에 따라 병원윤리위원회의 심의, 또는 퇴원심의팀의 심의절차를 밟는데 일정한 기간이 소요되기도 하므로, 그 절차를 고의로 지연시키지 아니하였다면 그 기간 동안의 치료비는 환자가 부담하여야 할 것이다. 법원의 판결 없이 환자의 소원대로 치료를 중단하였다가는 살인방조 등 형사책임을 질 수도 있다(보라매병원 사건의 판결례)는 피고 측의 항변은 아직도 유효하고 정당하다고 할 수도 있다. 그러나 생전유언이 법률로 규정되고 합법적으로 인정된다면 사정을 달라질 것이다.

소송과정 동안의 환자에 대한 치료가 무의미하고 무익한 것이었느냐 하는 문제도 깊이 생각하면, 판단하기 어려운 난제 중의 난제라고 할 수도 있다.⁴⁰⁰⁾

환자가 생전유언에서 명백히 연명치료 거부의 의사표시를 하였는데도, 병원에서 그러한 치료를 계속하였다면 치료거부의사의 표시(구두 혹은 문서) 도달 이후의 치료는 불법행위를 구성하므로 병원에서 치료비를 부담하여야 하고 손해배상책임까지 져야하는 경우도 생길 것이다.⁴⁰¹⁾

400) 손명세. 2002. “안락사, 존엄사, 무의미한 치료 중단에의 구분”, 서울 : 대한의학회, 임종환자의 연명치료 중단에 관한 대한의학회 의료윤리지침 제1보, 47. 말기환자에 대한 치료 중 어떤 것은 생명은 연장시키지만 삶의 질은 떨어뜨리며, 반대로 다른 어떤 치료는 생명은 단축시키지만 삶의 질은 높이는 경우가 있다. 이 경우에는 치료는 환자에게 이익인가 손해인가에 대하여 합리적인 사람들끼리도 의견이 다르다.

401) 위 김 할머니 사건에서 김 할머니와 그 가족은 병원을 상대로 설명의무 위반을 이유로 위자료청구를 하고 있는바, 1심 법원에서는 피고가 김 할머니에게 기관지내시경의 합병증에 관한 설명의무를 위반하였다고 인정하고 김 할머니에게 위자료 4,000만원을 지급할 의무가 있다고 인정하고, 김 할머니가 2010. 1. 10. 사망하여 그 상속인 4명이 이를 상속하였으니 이들에게 각각 1,000만원씩의 위자료를 지급하라고 판결하였다[서울서부지방법원 2010. 12. 31., 선고 2009가합9133 손해배상(의); 항소 중]

제8장 결 론

미국의 생전유언이나 사전의료의향서 제도는 1970년 초경 발아(發芽)되어, 그 후 40년 남짓 성장(成長)하고 있는 과정에 있으므로, 그 역사는 짧은 편이다. 미국의 의료수가(醫療酬價) 기타 의료제도의 문제점에서 자연히 발생된 제도인 것 같다. 사람이 인생의 말기에 오래 살 가망은 없더라도 외롭지 않고 통증에 시달리지 않으면서 평화롭게 이성을 떠날 수 있도록 하는 정책과 제도를 만들려면 우리들은 어떻게 하여야 할 것인가?⁴⁰²⁾ 이것은 우리 모두의 삶에 대한 고민이다. 생전유언은 인간의 자연스러운 죽음, 행복한 죽음⁴⁰³⁾을 위한 제도의 하나로서 지금까지 인간이 고안하여 온 것 중 가장 훌륭한 제도라고 평가되므로 우리나라도 이를 채택할만한 방식이라고 생각한다.

전통보수주의 기독교와 생명옹호(pro-life)주의자들은 돌이킬 수 없는 뇌손상을 입었다는 사실이 그 인간으로서의 존엄성이나 지위를 무너뜨리지 않는다. 사회구성원의 자살을 금지하는 것은 죽으려고 하는 개인의 의지보다 그를 살리고자하는 공동체의 의무를 강조하는 것이다. 개인의 자율성만을 강조하면 온정적 간섭(paternalism)의 중요성을 놓치기 쉽다고 주장한다.

이에 대항하여 자유주의자들은 의식 없는 사람의 목숨을 무의미하게 연장하는 것이 과연 인간의 존엄성을 유지하는 일이나? 인간의 생명이 신성하다고 해도 인간생명의 질(質)도 중요하다. 인간의 존엄성도 자율적 행위를 할 수 있는 인간의 능력에서 찾을 수 있다. 자신의 의지를 표현할 수 없는 사람, 예컨대 식물상태에 있는 사람은 이미 인간으로서의 존엄성을 잃어버린 사람이다. 그러한 사람은 더 이상 이 세상에서 살 의미가 없다. 그러므로 개인의 죽음의 권리, 또는 프라이버시 권리, 자율권은 존중되어야 한다고 강조한다. 한편 일도양단식의 결정이나 판단보다는 호스피스(Hospice)제도가 좋은 대안이라고 주장하는 학자들이나 실무가가 많다. ⁴⁰⁴⁾

402) Kuczewski & Pinkus, 강명신, 14.

403) 아리스토텔레스가 말하는 행복은 어떤 무엇을 소유한 상태가 아니라, 어떤 활동을 의미한다. 행복의 본질을 알기 위하여 그는 인간고유의 기능과 본질을 규명하려고 시도하였다. 식물도 생명을 가지고 있으므로 생명이 인간고유의 것은 아니고, 감각능력은 동물들도 가지고 있으므로 감각능력도 인간고유의 것은 아니다. 식물과 동물, 인간이 공유하는 부분을 빼고 남는 부분이 인간고유의 본질이다. 그것은 바로 인간의 이성(理性), 정신 혹은 영혼이다. 결국 행복이란 인간에게만 본래적이고 고유한 정신의 활동이다. 인간이 자신의 본성을 실현하기 위하여 행하는 지속적인 정신의 활동성이 행복이다. 이성(理性)에 따라 활동하고 그 이성을 가꾸고 자라나게 하는 사람은 최선의 정신 상태를 가지며 그러한 일을 하는 철학자가 가장 행복한 사람이다(니코마코스윤리학, 제10권 제6~9장; 김양현 외. 앞의 책, 40-41). 이를 생전유언에 적용하여 보면, 인간이 식물상태에 빠지면 생명은 붙어 있으나, 감각능력이 없으니 동물보다 못하고, 인식능력이 없으니, 이성적인 정신활동을 할 수 없다. 그러므로 식물상태의 계속은 행복과는 너무나 먼 상태에 있는 것이다.

404) 원경림. 2007. 앞의 논문. 63; 이경직. 2007. 앞의 논문.124-26; 최화숙. 2007. “안락사

오늘날 우리나라도 경제성장과 민주주의 발달에 따른 정치성장의 영향으로 개인주의, 자유주의, 자율권 등의 관념이 점차 자라나고 발달하기 시작하였다. 이에 따라 환자의 목소리, 소비자의 목소리가 높아지기 시작하였고 생전유언이나 사전의료의향서제도를 도입할 필요성은 더욱 커지고 있다.⁴⁰⁵⁾ 국회(제18대)에서 연명치료중단을 위한 의료법 일부 개정 법률안이 발의되었다가 ⁴⁰⁶⁾중단되었고, 나아가 ‘연명치료 중단에 관한 법률’을 제정하지 아니하는 국회의 입법 부작위(不作爲)는 헌법위반이라고 주장하는 소원(訴願)이 헌법재판소에 제기되기도 하는 등(헌법재판소 2009.11.26.2008헌마385 결정; 각하), 입법의 필요성에 대한 논의는 계속 이어지고 있다. 고윤석 교수는 최근 보건의료기본법 제12조(보건의료 서비스에 관한 자기결정권)“---장기이식 등에 관하여 충분한 설명을 들은 후 이에 관한 동의와 거부를 결정할 권리를 가진다.”는 조항에 생명연장치료에 대한 내용을 추가하는 개정으로 입법하는 것이 어떨까 하는 의견을 제시하고 있다.⁴⁰⁷⁾ 경청할만한 의견이다. 한 가지 강조하고자 하는 것은 생전유언제도에서는 어느 누구에게도 생전유언서를 작성하라고 강요하는 것은 아니고, 또 강요할 수도 없다는 점이다. 가령 생전유언서를 작성하더라도 자신이 연명치료를 받고 싶다면 이른바 완전코드(full code)를 선택할 수 있는 것이고, 연명치료를 거절하고 싶다면 DNR code 등을 선택할 수 있는 것이다.

전 국민의 7할 이상이 이러한 생전유언제도에 찬성하고 있는데도, 이들을 위한 제도를 속히 법으로 만들지 아니한다면 이는 국회나 정부가 국민의 뜻을 외면하고 있는 것이라고 말하지 않을 수 없다. 국민여론을 수렴하고 세계 각국의 입법례를 참고하여 우리나라도 생전유언법을 하루 속히 제정하여야 할 것이다.

와 호스피스”. 수록처: 안락사. 154-56; 인위적인 생명제거(안락사)이냐? 환자에게 쓸데없는 고통을 주는 무의미한 치료강행이냐? 사이에서 선택할 수 있는 최선의 대안이 호스피스이다. 신현호. 2006. 앞의 책. ; 일반병원에서 호스피스를 실시하지 아니하는 이유는 재정적인 이유라고 한다. 호스피스에서는 치료를 할 것이 별로 없어서 돈을 많이 벌 수 없기 때문이다. 호스피스를 활성화하려면 국가가 정책적으로 지원하여야 한다고 주장하고 있다(원경림. 앞의 논문.95).; 좀 더 깊이 생각하면 ‘변하지 않는 것은 이 세상에 없으니까,--’라고 하면서, 과연 영구불변의 가치나 진리를 찾느라고 세월을 허송할 수는 없다[Philippa Pearce, 2012. 한밤중 톰의 정원에서(TOM'S MIDNIGHT GARDEN, 1958). 그림 수잔 아인칙. 김석희 역. 서울: 시공주니어. 287].

405) 보건복지부가 여론조사기관인 Research & Research에 의뢰하여 2011년 3월~12월까지 10개월간 일반국민 1,000명을 대상으로 개별면접 방식으로 조사하고, 일부 항목은 의사·간호사 등 관련 분야 관계자 450명을 추가 조사하여 발표한 ‘생명 나눔 인식도 조사’ 결과가 2012년 1월 19일 발표되었다. 무의미한 연명치료 중단에 대해서 찬성 72.3%(1,000명 중 723명이 찬성), 반대가 약 27.7%였다. 중단찬성 이유로 가족의 고통(69.4%), 고통만을 주는 치료(65.8%), 경제적 부담(60.2%) 등을 꼽았다. 중단대상 치료는 인공호흡기(73.9%), 기도삽관(59.3%), 심폐소생술(48.8%), 영양공급(40.9%)등의 순(順)이다. 반대자들의 이유는 ‘생명은 존엄하므로 인위적인 사망은 안 된다’(54.5%)가 가장 많았고, 그 밖에 ‘생명은 신이 부여한 것으로 인간의 영역이 아니다’(21.7%), ‘남용의 위험’(18.4%) 등이었다.

406) 안명옥 의원 외 9명의 국회의원들이 2006. 2. 24. 의안번호 제3974호로 의료법 일부개정 법률안을 발의하였다. 의사 등 의료인은 의료심사조정위원회의 심의·결정에 따라 회복 불가능한 환자에 대한 치료를 중단할 수 있도록 하였다(동 개정 의료법 제16조의2).

407) 고윤석. 2012. “자기 죽음에 선택권을 가져야 한다.”, 동아재론, 존엄사 찬반, 동아일보 2012.10.12.

참 고 문 헌

1. 국내문헌

가. 단행본

- 기윤실 부설, 기독교윤리연구소 편. 2007. 소극적 안락사 무엇이 문제인가? 서울: 예영커뮤니케이션.
- 김양현, 장복동, 박유정, 김효섭. 2011. 윤리학의 이해. 서울: 철학과 현실사.
- 김인선. 2011. 내게 단 하루가 남아있다면. 서울: 서울문화사.
- 김증한. 2001. 민법총칙 제9판. 김학동 증보. 서울: 박영사
- 존 스튜어트 밀. 1992. 자유론. 김형철 역. 서울: 서광사.
- 도성달. 2011. 윤리학, 그 주제와 논점. 서울: 한국학중앙연구원 출판부.
- 문국진. 1999. 생명윤리와 안락사. 서울: 여문각.
- 박연옥. 2008. 연명치료중단을 결정한 말기환자 가족의 경험. 서울: 한국학술정보
[주]. 박사학위논문(2003), 연세대학교 대학원
- 유효종, 손명세, 이경환. 2002. 의료문제에 대한 윤리와 법의 통합적 접근: 의료법 윤리학 서설. 서울: 동림사.
- 스베덴보리. 2012. 스베덴보리의 위대한 선물. 서울 : (주) 다산북스
- 신현호. 2006. 삶과 죽음 권리인가 의무인가? 호스피스·완화의료에 관한 연구. 서울 : 육법사.
- 이시윤. 2004. 제2판 신민사소송법. 서울: 박영사.
- 이영준. 2007. 민법총칙. 개정증보판. 서울: 박영사.
- 임종환자의 연명치료 중단에 관한 대한의학회 의료윤리지침 . 제1보 2002. 서울: 대한의학회. (2001 안락사·존엄사에 관한 심포지엄 종합보고서).
- 톨스토이. 2005. Wise Thoughts for Every Day. 살아갈 날들을 위한 공부. 이상원 역. 서울 : 조화로운 삶.
- 필리퍼 피어스. 1999. TOM's MIDNIGHT GARDEN.1958,한밤중 톰의 정원에서. 그림 수잔 아인척, 김석희 역. 서울 : 시공주니어.
- 헤르만 헤세. 2010. 유리알 유희. 박성환 역. 서울 : 청목.
- 이태희, 임흥근. 2007. 법률영어사전(Dictionary of Law). 서울 : 법문사.
- 법원행정처. 사법논집
- 법원도서관. 재판자료집
- 한국의료윤리학회. 한국의료윤리학회지
- 한국형사정책연구원. 2010. 이석배, 이원상, 연명치료중단에 있어서 환자의 자기결

정권과 사전의료지시서에 관한 연구.

나. 논문

- 고명환. 2011. “연명치료 중단에 대한 환자 측 사전의료지시서의 법적 효력”. 서울: 연세대학교 대학원
- 고윤석. 2002. “임종환자의 연명치료중단에 대한 의료윤리학적 고찰”, 연명치료중단의 법, 정책적 대토론회. 서울 : 대한의학회
- “자기의 죽음에 선택권을 가져야 한다.” 동아쟁론, 존엄사 찬반, 동아일보 2012.10.12.).
- Kim do Y, Lee KE, Nam EM, Lee HR, Lee KW, Kim JH, Lee JS, Lee SN. 2007. “Do-not-resuscitate orders for terminal patients with cancer in teaching hospitals of Korea.” J Palliat Med. 10(5)
- 김성영. 2012. 시간을 파는 상점. 서울: 자음과모음
- 김신미, 홍영선, 김현숙. 2010. “사전의사결정 제도의 국내외 현황” 서울: 한국의료윤리학회지 13(3)
- 김은효. 2012. “민법개정 일반 및 성년후견제”, 서울: 대한변호사협회 제65회 연수회 강의자료집.
- 김일수. 2007. “법적 측면에서 본 안락사”, 서울 : 소극적 안락사 무엇이 문제인가?: 기윤실 부설 기독교윤리연구소 편
- 노태헌. 2009. “연명치료 중단의 허부 및 허용요건” 대법원 2009.5.21.선고2009다17417 판례를 중심으로. 서울 : 사법 제9호(사법연구지원재단)
- 박영호. 2002. “소극적 안락사의 허용여부에 대한 소고”, 저스티스 제65호. 205-235 서울: 한국법학원
- 박 철. 2010. “연명치료중단의 허용기준”.『민사판례연구』 XXXII호. 서울: 민사판례연구회.
- 서광민. “뇌사자의 사망시기” 서울 : 법률신문 2012. 7. 19.
- 손명세. 1998. “치료중단의 윤리문제와 법적 장치” 서울 : 대한의사협회지 41(7).
- . 2001. “안락사·존엄사에 대한 다양한 용법들과 그 문제점” 서울 :「한국에서 안락사, 존엄사의 현황과 대책」대한의학회, 2001년 임상의학 심포지엄.
- . 2002. “안락사, 존엄사, 무의미한 치료 중단의 구분”, 서울 : 대한의학회, 임종환자의 연명치료 중단에 관한 대한의학회 의료윤리지침 제1보
- Oh DY, Kim JH, Kim DW, Im SA, Kim TY, Heo DS, Bang YJ, Kim NK. 2006. “CPR or DNR?” End-of-life decision in Korean cancer patients: a single center's experience. 서울 : Support Care Cancer 14(2).
- 유효종. 2002. “연명치료 중단의 정당성 근거와 조건” 한국의료윤리학회지 5(2).151-167

- 이경환. 2011. “연명치료중단에 관한 의견” 생명윤리정책연구센터 2011년 특별 세미나 「아름다운 마무리 당하는 죽음에서 맞이하는 죽음으로」 자료집.
- 이윤성. 2001. “안락사·존엄사에 대한 의학적 접근” 서울 : 「한국에서 안락사, 존엄사의 현황과 대책」 대한의학회, 2001년 임상의학 심포지엄.
- 이윤성. 1998. “치료중단에 관한 외국사례” 서울 : 대한의사협회지 41(7).
- 이은영. 2012. 삶의 마감 시 공동의사결정과 관계적 자율성. 박사학위논문. 연세대학교 대학원 의료법윤리학과.
- 이인영. 2005. “존엄사에 대한 고찰. 소극적 안락사 논란, 어떻게 해야 하는가?”. 서울 : 밝은 죽음을 준비하는 포럼
- 이하나. 2012. “환자의 자기결정권” 서울 : 법률신문 2012. 6. 25.
- 이희훈. 2009. “연명치료중단에 대한 헌법적 고찰”. 서울 : 한림법학 20
- 전효숙. 2006. 보건의료현장의 윤리문제해결에 관한 연구: 윤리자문가를 중심으로 (A study on decision making process of ethical dilemma in health care). 박사학위논문. 연세대학교 대학원 의료법윤리학과.
- 정원범. 2007. “안락사 문제에 관한 대한의사협회의 윤리지침과 기독교”, 서울: 기윤실 부설 기독교윤리연구소 편, 소극적 안락사. 무엇이 문제인가?
- 정현미. 2004. “치료중단의 한계와 형사책임”. 서울 : 형사정책연구원, 형사정책연구 15권 4호: 165-201
- 최재천. 1999. “말기환자의 치료중단-법적 측면” 서울: 한국호스피스·완화의료학회지, 2(2)
- 허대석. 2008. “사전의사결정에 관한 국내동향” 서울 : 한국의료윤리교육학회 2008년도 추계학술대회자료집.
- 허대석. 2008. “무의미한 연명치료를 거부할 권리” 서울 : 대한의사협회지 51(6).
<http://www.law.go.kr>, <http://www.riss.kr>
- 대법원판결집, 법고을 2012(법원도서관) C. D.
 법률신문, 국내 신문

2. 일본문헌

가. 단행본

- Living Wills around the World, 世界のリビング・ウイル(日本尊厳死協會, 荒川迪生 편)
- 日本尊厳死協會[監修], 1998. 自分らしい終末, 尊厳死. 東京 : 株式會社 法研.
- 福本博文(Hukumoto Hirofumi). 2002.リビング・ウイルと尊厳死. 東京 : 株式會社 集英社.

中島みち. 2008. 「尊厳死」に 尊厳はあるか-ある呼吸器外しから. 東京 : 岩波新書.

나. 잡지

判例時報, 判例タイムズ No. 877(1995.7.15.)

3. 미국문헌

가. 단행본

American Bar Association. 1996. FAMILY LAW. New York: Times Books, Random House.

Bayer, R., Gostin, L. O., Jennings, B., Steinbock. B. 2007. Public Health Ethics. New York : Oxford University Press.

Lo, B. 2009. Resolving Ethical Dilemmas: A Guide for Clinicians. 4th ed. Philadelphia: Lippincott Williams & Wilkins.

Doukas, D. J. & Reichel, W. 2007. Planning For Uncertainty. 2nd ed. Baltimore: Johns Hopkins University Press.

Tolle, E. 2008. The Power of Now. 지금 이 순간을 살아라. 노혜숙·유영일 역. 서울: (주)양문.

Sanbar, S. S., Firestone, M. H. Fiscina, S., LeBlang, T. R., Wecht, C.H., Zaremski, M. J. 2007. Legal Medicine. 7th ed. Philadelphia: American College of Legal Medicine Textbook Committee, MOSBY.

Alexander, G. 1988. Writing a Living Will. New York : Praeger.

Gostin, L. O. 2008. Public Health Law. California: University of California Press.

_____ 2002. Public Health Law and Ethics. California: University of California Press.

Hughes, T. E. & Klein, D. 2001. Wills, Funerals & Probate. 2nd ed. New York: Checkmark Books.

Johnson, D. 1994. The Consumer's Guide to Understanding and Using the Law. Cincinnati, Ohio: Betterway Books.

Sitarz, D. 2009. The Will and Living Will Toolkit. Illinois: Nova Publishing.

_____ 2008. Simplified Living Will Kit. 2nd ed. Illinois: Nova Publishing.

Jonsen, A. R., Siegler, M., Winslade, W. J. 2006. Clinical Ethics, 6th ed. New York : McGraw-Hill.

Kuczewski, M. G., Pinkus, R. L. B. 2012. An Ethics Casebook for Hospitals.

- 병원윤리 딜레마 31. 강명신 역. 서울 : 청년의사.
- Menikoff, J. 2001. Law and Bioethics. Washington, D. C.: Georgetown University Press.
- Mirarchi, F. L. 2006. Understanding Your Living Will. Nebraska : Addicus Books.
- Sandel, M. J. 2011. Justice. 정의란 무엇인가. 이창신 역. 서울: 김영사
- 2007. The Case Against Perfection. 생명의 윤리를 말하다. 강명신 역. 서울: 동녘
- Tallis, R. 2011. The Kingdom of Infinite Space: A Fantastical Journey Around Your Head. 무한공간의 왕국. 이은주 역. 서울 : 동녘사이언스.
- Whitman, W. A. & Glisson, S. D. 2007. Wants, Wishes, and Wills. NJ : FT Press

나. 논문

- Eisendrath, S. J. and Jonson, A. R. 1983. "The Living Will: Help or Hindrance?'," Chicago : J.A.M.A., 249:2054,
- Rosner, F.. 1983. "The living will". Chicago : J.A.M.A., 250, 2789
- Alexander Morgan Capron. 2009. "International Considerations for Advance Directives". Bioethics Issues of International Concern with the Emphasis on Advance Directives. 서울: 한국의료윤리학회 추계학술대회, International Symposium.

다. 기타

- 미국 각 주(州)의 법령조회 웹사이트, 앨라배마 : <http://www.legislature.state.al.us/CodeofAlabama/1975/coatoc.htm> 를 비롯하여, 워싱턴(Washington) 디.시.(D.C.)(District of Columbia); <http://government.westlaw.com/linkedslice/default.asp?SP=DCC-1000> 와이오밍 : <http://legisweb.state.wy.us/>까지 참고
- Wikipedia Dictionary
- <http://scholar.google.co.kr>
- <http://www.heinonline.org>
- <http://ukpmc.ac.uk>
- www.annualreviews.com
- <http://leginfo.legislature.ca.gov> 등

ABSTRACT

A Study on the Legal Principles & System of the Living Will

Park, Dong Seob
Graduate Program in
Medical Law & Ethics
Graduate School
Yonsei University

This is a legal study on the Living Will in American Jurisprudence. Korean Law does not have any provisions on the living will or advance directive. But recently(21st, May, 2009), for the first time, the Supreme Court of Korea decided the withdrawing of life-sustaining treatment for a P.V.S. patient, a 76-year-old woman suffering from serious brain damage caused by hypoxemia during pulmonary tumors biopsy at Severance Hospital in Seoul. According to the Court's opinion, the withholding or withdrawing of life-sustaining treatment for a terminally ill patient or a patient in a persistent vegetative state is legal only when the following conditions are met : First, the patient has to be in an irreversible step to death. The irreversible step to death must be decided on the basis that the patient's coma is unrecoverable, the patient's illness is in an incurable and hopeless state, and that he/she is expected to die in a short period of time. Second, the patient has put in place a living will or advance directives for the withdrawing of life-sustaining treatments. Alternatively, the patient's intent or will could be measured through his/her age, words, writings, religious belief, responses to other PVS cases, voiced experience, negative side effects and sufferings caused by the treatment. The Court's decision removed the uncertainty of law about the withdrawing of life-sustaining treatment for a P.V.S. patient. However, the court's opinion is so abstract, general, and comprehensive that it is difficult to apply in clinical settings. Furthermore, is the proviso of imminent death of a patient essential to the triggering of a living will?

I think that is not the case; but rather, the persistent vegetative state (or irreversible coma) of the patient is a quintessential prerequisite to a Living Will. So this study discusses the true meaning of Living Will in America and its applicability in Korea.

Chapter 1 shows the purpose and scope of study on the Living Will. In America, every individual has a right to refuse any medical treatments with autonomy and human dignity. Is this rule applicable in Korea too? According to the Supreme Court's decision, a patient's clear wishes should be honored and respected in medical, and clinical settings by physicians. A judge can presume patient's wishes by the soliciting family members' testimony, and the patient's daily life's attitudes, religious beliefs, etc.

Chapter 2 discusses the definition and connotation of a living will, comparing with the similar notions such as a will in civil code, suicide, assisted suicide, euthanasia, informed consent, palliative sedation, etc. I tried to clarify the general misunderstanding between a living will and euthanasia by explaining the difference between the two. It explains the philosophical, medical, bioethical and legal groundwork of the Living Will.

Chapter 3 describes the origin and development of the Living Will from the first and second generation advance directive to the third generation advance directive (Values History) in America.

Chapter 4 discusses the living will or advance directive in Korea. The revised Korea Civil Code incorporated a new guardianship for adults who are unable to speak for themselves about their health care because of incapacity. The newly regulated Code provision will be effective on the 1st. July, 2013. In the meantime, we must have some rules or legal theories on Living Will or Advance Directive. But I think even the new provision will never be a cure all. So we need a new Law on Living Will or Advance Directives in order to rationalize our medical ethics, especially for the protection of individual's autonomy. Chapter 5 spells out the contents, the method of real drafting, wording or writing a living will according to the State Laws in America. What must be put in a living will? Life-sustaining treatments, therapies, and designation of code-status have to be filled out in the Living Will(advance directive) format. If a patient wants to be an organ donor,

he/she is able to state or write his/her intent of being a donor in the Living Will. Chapter 6, 7 explores answers to the following questions: When will a Living Will be effective or active? When is the proper time to the Execution of a Living Will? Who can decide the timing to the withdrawing of life-sustaining treatments? There are no clear theories or precedents on these issues. The Living Will Laws, Court's decisions in the U.S., the Korea Supreme Court's recent decision, and theories of many scholars; all things considered, I tried to create guidance to these problems. At the Conclusion (Chapter 8), I urge that a new independent Living Will Law be introduced, deliberated, and legislated by the National Assembly of Korea as soon as possible.

Key words : Living Will, autonomy, assisted-suicide, euthanasia, well-dying, life-sustaining treatments, advance directives, withdrawing.