

• 논단 •

연명치료 중단과 환자의 자기결정권 보호를 위한 공중제도의 효율성

백 경 희

법률사무소해울 · 변호사

I. 문제의 제기

1. 대상 판결 : 대법원 2009. 5. 21. 선고, 2009다17417 무의미한 연명치료장치 제거 등 판결

위 대상 판결에서 대법원 다수의견은 회복불가능한 사망 단계에 진입한 환자에 대한 진료중단의 허용 요건에 대하여는 인간으로서의 존엄성과 생명권 사이의 관계를 표명하면서 “(1) 의학적으로 환자가 의식의 회복가능성이 없고 생명과 관련된 중요한 생체기능의 상실을 회복할 수 없으며 환자의 신체상태에 비추어 짧은 시간 내에 사망에 이를 수 있음에 명백한 경우(이하 ‘회복불가능한 사망의 단계’라 한다)에 이루어지는 진료행위(이하 ‘연명치료’라 한다)는 원인이 되는 질병의 호전을 목적으로 하는 것이 아니라 질병의 호전을 사실상 포기한 상태에서 오로지 현 상태를 유지하기 위하여 이루어지는 치료에 불과하므로, 그에 이르지 아니한 경우와는 다른 기준으로 진료중단 허용가능성을 판단하여야 한다. …… 생명권이 가장 중요한 기본권이라고 하더라도 인간의 생명 역시 인간으로서의 존엄성이라는 인간 존재의 근원적인 가치에 부합하는 방식으로 보호되어야 할 것이다. 따라서 이미 의식의 회복가능성을 상실하여 더 이상 인격체로서의 활동을 기대할 수 없고 자연적으로는 이미 죽음의 과정이 시작되었다고 볼 수 있는 회복불가능한 사망의 단계에 이른 후에는, 의학적으로 무의미한 신체 침해 행위에 해당하는 연명치료를 환자에게 강요하는 것이 오히려 인간의 존엄과 가치를 해하게 되

므로, 이와 같은 예외적인 상황에서 죽음을 맞이하려는 환자의 의사결정을 존중하여 환자의 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권을 보호하는 것이 사회 상규에 부합되고 헌법정신에도 어긋나지 아니한다고 할 것이다. 그러므로 회복불가능한 사망의 단계에 이른 후에 환자가 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권에 기초하여 자기결정권을 행사하는 것으로 인정되는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 연명치료의 중단이 허용될 수 있다”는 것과 “(2) 환자가 회복불가능한 사망의 단계에 이르렀을 경우에 대비하여 미리 의료인에게 자신의 연명치료 거부 내지 중단에 관한 의사를 밝힌 경우(이하 ‘사전의료지시’라 한다)에는 비록 진료 중단 시점에서 자기결정권을 행사한 것은 아니지만 사전의료지시를 한 후 환자의 의사가 바뀌었다고 볼만한 특별한 사정이 없는 한 사전의료지시에 의하여 자기결정권을 행사한 것으로 인정할 수 있다. 다만, 이러한 사전의료지시는 진정한 자기결정권 행사로 볼 수 있을 정도의 요건을 갖추어야 한다. 따라서 의사결정능력이 있는 환자가 의료인으로부터 직접 충분한 의학적 정보를 제공받은 후 그 의학적 정보를 바탕으로 자신의 고유한 가치관에 따라 진지하게 구체적인 진료행위에 관한 의사를 결정하여야 하며, 이와 같은 의사결정 과정이 환자 자신이 직접 의료인을 상대방으로 하여 작성한 서면이나 의료인이 혼자서 진료를 하는 과정에서 위와 같은 의사결정 내용을 기재한 진료기록 등에 의하여 진료 중단 시점에서 명확하게 입증될 수 있어야 비로소 사전의료지시로서의 효력을 인정할 수 있다”고 하였으며, “(3) 한편, 환자의 사전의료지시가 없는 상태에서 회복 불가능한 사망의 단계에 진입한 경우에는 환자에게 의식의 회복가능성이 없으므로 더 이상 환자 자신이 자기결정권을 행사하여 진료행위의 내용 변경이나 중단을 요구하는 의사를 표시할 것을 기대할 수 없다. 그러나 환자의 평소 가치관이나 신념 등에 비추어 연명치료를 중단하는 것이 객관적으로 환자의 최선의 이익에 부합한다고 인정되어 환자에게 자기결정권을 행사할 수 있는 기회가 주어지더라도 연명치료의 중단을 선택하였을 것이라고 볼 수 있는 경우에는 그 연명치료 중단에 관한 환자의 의사를 추정할 수 있다고 인정하는 것이 합리적이고 사회상규에 부합된다”고 하였고, “(4) 환자 측이 직접 법원에 소를 제기한 경우가 아니라면, 환자가 회복 불가능한 사망의 단계에 이르렀는지 여부에 관하여는 전문의사 등으로 구성된 위원회 등의 판단을 거치는 것이 바람직하다”고 제시하였다.

특히 대법원의 다수의견은 환자 본인이 연명치료 중단에 관하여 사전의료지시서 외에 다른 문서를 통하여 의사를 표시하였을 경우에는 “환자 본인의 의사에 따라 작성된 문서라는 점이 인정된다고 하더라도, 의료인을 직접 상대방으로 하여 작성하거나 의료인이 참여한 가운데 작성된 것이 아니라면, 환자의 의사결정능력, 충분한 의학적 정보

의 제공, 진지한 의사에 따른 의사표시 등의 요건을 갖추어 작성된 서명이라는 점이 문서 자체에 의하여 객관적으로 확인되지 않으므로, 위 사전의료지시와 같은 구속력을 인정할 수 없고, 아래에서 보는 바와 같이 환자의 의사를 추정할 수 있는 객관적인 자료의 하나로 취급할 수 있을 뿐이다”라고 판시하였고, 자기결정에 대한 의사와 관련하여 대법관 안대희, 대법관 양창수도 “사람의 가장 중요한 가치인 생명의 유지, 소멸에 관하여 최종적인 결단에 관한 ‘자기결정’이라고 하려면, 다른 신체 침해적 의료행위(이 경우 의사의 설명의무에 관한 법리를 상기하는 것으로 족하다)에서보다도 더욱 강화된 절차적 요청을 충족하여, 그 의사가 의사결정능력이 있는 상태에서 의료기관으로부터 직접으로 충분한 의학적 정보를 제공받아 설명을 들은 후 이를 바탕으로 가치관에 따라 심사숙고한 결과로서 지속적인 의사로서 진지하게 표시되어야 할 것”임을 다시 한번 확인한 바 있다.

2. 문제점

대법원은 위와 같이 무의미한 연명치료 중단의 요건으로 의학적으로 회복불가능한 사망 단계에 진입하여야 하며, 환자 본인의 진정한 자기결정권 행사가 있어야 한다는 두가지 대전제를 제시하였다. 전자인 의학적 요건의 경우 현재 의료계에서 활발하게 논의되고 있으나, 후자인 환자 본인의 의사에 관한 요건의 경우 이는 범조계에서 해결하여야 할 문제이다. 특히 의식이 존재하는 환자들에 있어서도 본인의 의사는 변동할 수 있기 때문에 이를 확인하는 것도 쉽지 않고, 대법원에서 제시한 사전의료지시서가 통일적으로 정착되어 있지 않은 현실에 더하여 갑작스런 불의의 사고로 의식 불명에 빠질 경우에는 사전의료지시서를 작성할 시간적 여건을 박탈당할 가능성이 있다는 점을 감안하면, 사전의료지시서 외에 환자의 의사를 객관적으로 확인할 수 있도록 이를 법률적으로 보완할 수 있는 방안을 강구하여야 할 필요성이 있다.

이에 이 건 대법원에서 사용된 연명치료 중단이 어떠한 국면을 의미하는 것인지와 그 법적 근거가 무엇인지를 확인하여 환자 본인의 자기결정권의 중요성을 확인하고, 외국의 법례를 살펴보고 환자 본인의 의사를 어떻게 확정하는지 검토한 후 우리나라에서 현행법상의 공증제도를 통하여 환자 본인이 작성한 문서의 진정성을 보장하는 방법을 제시해보고자 한다.

II. 연명치료 중단의 개념과 근거

1. 개념의 정립

위 대상 판결 사안의 경우 ‘존엄사’, ‘소극적 안락사’ 등으로 언론에 보도되어 왔고, 실제 사건명은 ‘무의미한 연명치료 제거’였다.

개념상 안락사(Euthanasia)는 그리스어로 어원상 수월한 죽음(easy death)·좋은 죽음·아름답고 존엄한 죽음·행복한 품위 있는 죽음을 의미한다고 한다.¹⁾ 이에 대해 존엄사(death with dignity)는 현대의학으로도 회복할 수 없는 뇌사상태 또는 의식상실 상태에 빠져 죽음에 직면한 환자에게 인공적으로 생명을 연장하는 생명유지장치를 중단하고 그 치료를 거부함으로써, 그 환자가 인간으로서 품위있는 죽음을 맞을 수 있는 행위로 규정하여 안락사와 차이를 두기도 한다.²⁾ 한편 ‘연명치료 중단’은 병상에서 의식을 잃고 인공호흡기, 인공급식에 의존하게 되면서 환자의 삶의 질(Quality of life)에 대한 문제를 통하여 대두되었는데,³⁾ 연명치료는 의학적으로 무의미하고 단지 생명현상을 유지시킬 뿐인 치료라는 의미를 함축하고 있고, 그러한 연명치료의 중단은 종래 안락사와는 다른 것이라는 점을 강조하는 목적에서 사용되어 왔다.⁴⁾

학계에서는 안락사, 존엄사, 연명치료 중단의 정의에 관하여 통일된 합의가 존재하지 않고 있으나⁵⁾, 위 대상 판결에서 ‘연명치료 중단’의 용어를 선택한 것은 환자가 자신의 생명·신체에 대하여 자기결정권에 의거하여 의사가 행하는 의료행위의 시행 여부를 선택할 수 있는 권리를 지니고 있음을 부각시키고자 함에 있었다. 즉, 의료행위에 있어 의사가 가지고 있던 치료결정권이 일정한 조건 하에서는 환자에게 이양될 수 있음을 상정하여 환자의 자기결정에 의거한 치료주권의 존재를 명확히 하고자 한 측면이 존재한다.

2. 연명치료 중단의 근거

대상 판결 사안에서 연명치료 중단의 근거는 환자의 자기결정권이었는바, 이는 헌법

1) 이동명, “안락사에 대한 연구”, 법학연구 제11집(2003.), 한국법학회, 386면; 이인영, “안락사 유형별 규범해석과 사회적 인식도”, 형사법연구 제20권 제2호(2008.), 168면~169면

2) 이준걸, “형법상 존엄사에 관한 연구”, 의료법학 창간호(2000.), 165면

3) 김장한, “존엄사에 대한 미국의 법제”, 의료법학 제9권 제2호(2008. 12.), 대한의료법학회, 55면

4) 김천수, “불법행위책임의 관점에서 본 안락사”, 민사법학 제28호(2005.), 421면

5) 김천수, 앞의 논문, 420면 이하; 유승룡, “생명권과 자기결정권, 그리고 의사의 진료의무”, 의료법학 제9권 제2호(2008. 12.), 대한의료법학회, 14면; 이인영, 앞의 논문, 168면~169면 참조

제10조에서의 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권으로부터 도출되었고, 생존의 중단에 관계되는 것이었기에 생명권과의 관계가 가장 큰 논란이 되었다.

무릇 생명권은 헌법상 보호되는 권리로, 인간의 고유한 천부적 권리로서 전형적인 자연권의 성격을 갖고 있다. 그러나 생명권이 기본권제한에 관한 일반적 법률유보규정인 헌법 제37조 제2항에 의해서도 제한할 수 없는 권리인지에 대하여는 견해가 분분하며,⁶⁾ 특히 의학적으로 무의미한 생존을 강요하는 경우와 같이 무조건적인 생명보호가 인간의 존엄과 가치를 해하게 될 수 있으므로 의사의 환자에 대한 치료의무는 예외가 존재하지 않는 절대적인 것이라고 단언할 수 없다.⁷⁾ 생명 즉, 불가역적 상태로 접어들어 ‘죽어 가는 과정’에 이른 환자의 경우(Prolongation of dying process)⁸⁾에 무의미한 생명을 연장하는 것은 의학적으로도 의미가 없고, 원고들에게는 죽음의 과정만을 연장시키는 불법행위일 수도 있는 것이다.⁹⁾

대상 판결 사안에서 대법원도 “생명권이 가장 중요한 기본권이라고 하더라도 인간의 생명 역시 인간으로서의 존엄성이라는 인간 존재의 근원적인 가치에 부합하는 방식으로 보호되어야 할 것이다. 따라서 이미 의식의 회복가능성을 상실하여 더 이상 인격체로서의 활동을 기대할 수 없고 자연적으로는 이미 죽음의 과정이 시작되었다고 볼 수 있는 회복불가능한 사망의 단계에 이른 후에는, 의학적으로 무의미한 신체 침해 행위에 해당하는 연명치료를 환자에게 강요하는 것이 오히려 인간의 존엄과 가치를 해하게 되므로, 이와 같은 예외적인 상황에서 죽음을 맞이하려는 환자의 의사결정을 존중하여 환자의 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권을 보호하는 것이 사회 상규에 부합되고 헌법정신에도 어긋나지 아니한다고 할 것이다”라고 판단한 것도 같은 맥락이다.

III. 환자 본인 의사의 확정

1. 의료계약상 환자의 자기결정권

6) 이석배, “형법상 절대적 생명보호원칙”, 한국형법학의 새로운 지평(심은 김일수 교수 화갑기념 논문집), 박영사, 2006., 682면~683면; 김선택, “사형제도의 헌법적 문제점”, 고려법학 제44호(2005.), 155면~156면; 정종섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2006., 366면~367면; 유승룡, 앞의 논문, 17면~19면

7) 생명의 절대적 보호원칙도 결국 생명은 모든 단계에서 동일하게 절대적인 것이 아니라, 그 단계에 따라 최대한 보장하여야 한다는 의미로 해석될 수 있다는 것도 같은 취지일 것이다. 이석배, 앞의 논문, 683면

8) 栢木哲夫, 「看とりの医療はどうあるべきか」, 脳死・尊厳死佛教別冊4巻 11號, 26頁

9) 이윤성, “‘소극적 안락사’를 받아들이자”, 서울변호사회지 시민과 변호사(2001. 6.), 22면

가. 의료계약책임의 발생 구조

(1) 의료계약의 의의 및 법적 성질

의료계약은 환자와 의사가 당사자가 되어 환자가 의사에 대하여 진료에 대한 청약을 하고 의사가 그 청약에 대하여 승낙을 하게 되면 양자간 합의를 통하여 성립된다. 의료계약의 당사자로서 환자는 의식이 있고, 법적으로 행위능력이 있는 자를 상정하고 있다.¹⁰⁾ 이를 통해 의사는 진단 및 치료의 의무가 발생하고 환자는 그에 대한 보수지급의 의무가 주된 의무로 발생하게 된다.¹¹⁾

의료계약의 법적 성질을 어떻게 해석하느냐는 위임계약설, 도급계약설, 고용계약설,¹²⁾ 무명계약설 등으로 보는 견해가 있으며,¹³⁾ 우리나라의 다수설은 의료계약이 위임계약에 가깝다는 견해를 취하고 있다.¹⁴⁾ 판례는 위에서 살펴본 바와 같이 의료의 수단 채무성을 강조하면서 일종의 위임계약으로 보고 있다.¹⁵⁾

(2) 의료계약에서 구체적으로 도출되는 의사의 주의의무

① 주된 급부의무로서의 진료의무

의료계약에 있어서 의사의 주된 급부의무는 환자에 대하여 진단을 행한 뒤 그에 따라 치료를 행하는 진료의무이며, 이러한 진료의무는 의료행위를 행할 당시의 임상의학 분야에서 실천되고 있는 의료행위의 수준을 기준으로 하여 환자의 구체적 증상이나 상황에 따라 진단, 검사, 수술, 주사, 투약, 마취, 경과 관찰 및 전원 행위 등 구체적인 내용이

10) 환자 본인 이외의 가족구성원, 행위능력이 없는 자나 의식이 없는 자와의 관계가 문제될 수 있다. 미성년자의 경우에는 법정대리인으로서의 부모가 민법상 미성년자를 대리하여 의료계약을 체결할 수 있을 것이고, 의식이 없는 자의 경우 가족구성원, 예를 들어 배우자나 친자들로 하여금 후견인을 선임하거나 특별대리를 하는 방식을 취하여야 할 것이다. 석희태, “의사와 환자간 기초적 법률관계의 분석”, 판례월보 제179호(1985. 8.), 판례월보사, 8면~14면; 석희태, “의료계약(상)”, 사법행정 통권 제333호(1988. 9.), 한국사법행정학회, 36면 이하

11) 김천수, “진료계약”, 민사법학 제15호(1997.), 한국민사법학회, 149면

12) 독일의 경우 BGB §611 이하에서 규율되는 고용계약의 성질을 지닌다고 분류하는 견해로는 G.Wagner, Münchener Kommentar zum BGB Band 5, S. 643

13) 의료계약상 치료특약의 유무에 따라 계약의 성질을 구분하는 견해에 대한 자세한 소개로는 석희태, “의료계약(중)”, 사법행정 제335호(1998. 11.), 한국사법행정학회, 56면 이하

14) 김형배, 『채권각론(계약법)』, 박영사(1997.), 827면; 강남진, “의료계약에 관한 소고, 민사법의 실천적 과제: 한도 정환담 교수 화갑기념”, 한도 정환담 교수 화갑기념논문집 간행위원회(2002. 2.), 310면~315면; 김상용, “의료계약”, 아세아 여성법학 제2호(1999.), 223면~225면; 김민중, “의료계약”, 사법행정 제361호(1991.), 한국사법행정학회, 37~39면

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

정하여 진다.¹⁶⁾ 환자가 특정한 수술을 받아야 할 상황에서는 그 진료의무의 범위는 특약의 존부, 긴급한 경우 내지 특단의 사정의 발생 등에 의하여 시간의 경과에 따라 가변적일 수도 있기 때문에 진료의무를 절대적으로 한정짓기는 어렵다.¹⁷⁾

② 부수적 주의의무

의료계약을 통하여 부수적으로 파생되는 주의의무로는 환자에 대한 설명의무, 진료과정에서 알게 된 환자에 관한 정보를 외부에 누설하거나 발표하지 아니하여야 하는 비밀준수의무, 진료기록과 관련하여 진료기록을 작성·보존하고 환자 측 등의 정당한 요구가 있을 경우 이에 응하여 진료기록을 열람하게 하고 사본을 교부하여야 하는 의무를 들 수 있다. 또한 이에 더하여 입원환자에 있어 인적·물적 안전 및 보호 등과 관련된 의무를 부담할 수 있는바, 이는 경우에 따라 공작물책임 등과 결부되어질 수 있다. 즉, 입원환자에 대하여 시설 등의 철저한 관리를 통하여 신체·생명을 보호하여야 하는 의무¹⁸⁾와 함께 입원환자의 사유물의 보호를 위하여 시정장치 등을 마련하여야 하는 의무¹⁹⁾도 포함된다고 할 것이다.

(3) 환자의 자기결정권

위와 같이 의료계약을 설정함에 있어 환자는 본인의 의사(意思)에 따라 의료계약의 상대방을 누구로 할 것인지, 그 내용을 어떻게 할 것인지, 계약을 지속할 것인지 등에 대

16) 한편 의사의 주된 급부의무인 치료의무와 관련하여 그 종속적 부수의무로 업무상 선량한 관리자로서의 주의의무, 의학준칙 준수의무, 의학적 주의사항 및 치료 후 진료종료 후 조치에 관한 지도설명 의무, 이송 또는 이송권유의 의무를 실시하고, 독립적 부수의무로 환자의 알권리와 관련된 고지설명 의무 및 환자의 자기결정권과 관련된 조인설명 의무, 비밀준수의무, 진료기록의 작성·보존·열람·사본 교부 의무 등으로 나누는 견해가 있다. 김천수, 진료계약, 157~162면; 그러나 이 견해에서 주된 의무의 종속적 부수의무로 분류한 업무상 선량한 관리자로서의 주의의무, 의학준칙 준수의무의 경우 주된 의무에 당연히 포섭되는 것으로 보이며, 지도설명 의무·고지설명 의무·조인설명 의무 등 설명의무의 범주에 속하는 것은 부수의무라고 보는 것이 타당하다고 보인다.

17) 大野眞義[編], 現代医療と医事法制, 世界思想社, 1995., 34面~35面; 질병의 진행과 환자 상태의 변화에 대응하여 이루어지는 가변적인 의료의 성질로 인하여, 계약 당시에는 진료의 내용 및 범위가 개괄적이고 추상적이지만, 이후 질병의 확인, 환자의 상태와 자연적 변화, 진료행위에 의한 생체반응 등(이하 '환자의 건강상태 등'이라 한다)에 따라 제공되는 진료의 내용이 구체화되므로, 의료인은 환자의 건강상태 등과 당시의 의료수준 그리고 자기의 지식경험에 따라 적절하다고 판단되는 진료방법을 선택할 수 있는 상당한 범위의 재량을 가진다(대법원 1992. 5. 12. 선고, 91다23707 판결, 대법원 2007. 5. 31. 선고, 2005다5867 판결 등 참조)

18) 서울중앙지방법원 2007. 2. 6. 선고, 2005가합63165 판결에서 법원은 뇌실·복강 단락술을 받고 6일이 경과된 환자가 병원 화장실에서 넘어진 채로 발견되었는데 넘어진 원인에 대하여 병원 측이 화장실 바닥에 행한 미끄럼 방지 작업이 미흡하고 화장실 바닥의 물기를 제거하는 부분을 소홀히 하였음을 이유로 민법 제758조에 따라 공작물의 설치 및 보존상의 하자를 원인으로 한 손해배상책임을 인정한 바 있다.

하여 적극적으로 결정할 수 있다.

또한 부수적 주의의무 중 환자에 대한 설명의무의 경우 판례는 그 법적 구조를 “진료계약상의 의무 내지 침습 등에 대한 승낙을 얻기 위한 전제”라고 실시하고, 대법원은 수차 설명의무와 관하여 “일반적으로 의사는 환자에게 수술 등 침습을 가하는 과정 및 그 후에 나쁜 결과 발생의 개연성이 있는 의료행위를 하는 경우 또는 사망 등의 중대한 결과 발생이 예측되는 의료행위를 하는 경우에 있어서 응급환자나 그밖에 특단의 사정이 없는 한 진료계약상의 의무 내지 침습 등에 대한 승낙을 얻기 위한 전제로서 당해 환자나 그 법정대리인에게 질병의 증상, 치료방법의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 위험 등에 관하여 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 생각되는 사항을 설명하여 당해 환자가 그 필요성이나 위험성을 충분히 비교해 보고 그 의료행위를 받을 것인가의 여부를 선택할 수 있도록 할 의무가 있다”고 보아 환자의 자기결정에 기초한 치료선택권을 중시하고 있다.²⁰⁾

나. 대상 판결의 태도

대상 판결에서도 “환자의 동의는 헌법 제10조에 규정한 개인의 인격권과 행복추구권에 의하여 보호되는 자기결정권을 보장하기 위한 것으로서, 환자가 생명과 신체의 기능을 어떻게 유지할 것인지에 대하여 스스로 결정하고 진료행위를 선택하게 되므로, 의료계약에 의하여 제공되는 진료의 내용은 의료인의 설명과 환자의 동의에 의하여 구체화 된다고 할 수 있다”고 하여 의료계약 상 환자의 치료선택권을 인정하면서 치료중단과 관련하여 “자기결정권 및 신뢰관계를 기초로 하는 의료계약의 본질에 비추어 강제진료를 받아야 하는 등의 특별한 사정이 없는 한 환자는 자유로이 의료계약을 해지할 수 있다 할 것이며(민법 제689조 제1항), 의료계약을 유지하는 경우에도 환자의 자기결정권

19) 대법원 2003. 4. 11. 선고, 2002다63275 판결은 “환자가 병원에 입원하여 치료를 받는 경우에 있어서, 병원은 진료뿐만 아니라 환자에 대한 숙식의 제공을 비롯하여 간호, 보호 등 입원에 따른 포괄적 채무를 지는 것인 만큼, 병원은 병실의 출입자를 통제·감독하든가 그것이 불가능하다면 최소한 입원환자에게 휴대품을 안전하게 보관할 수 있는 시정장치가 있는 사물함을 제공하는 등으로 입원환자의 휴대품 등의 도난을 방지함에 필요한 적절한 조치를 강구하여 줄 신의책상의 보호의무가 있다고 할 것이고, 이를 소홀히 하여 입원환자와는 아무런 관련이 없는 자가 입원환자의 병실에 무단출입하여 입원환자의 휴대품 등을 절취하였다면 병원은 그로 인한 손해배상책임을 면하지 못한다”고 하면서 “입원환자에게 귀중품 등 물건보관에 관한 주의를 촉구하면서 도난 시에는 병원이 책임질 수 없다는 설명을 한 것만으로는 병원의 과실에 의한 손해배상책임까지 면제되는 것이라고 할 수 없다”고 판시한 바 있다.

20) 대법원 1999. 9. 3. 선고, 99다10479 판결; 대법원 1994. 4. 15. 선고, 92다25885 판결; 대법원 2002. 10. 25. 선고, 2002다48443 판결 등

이 보장되는 범위 내에서는 제공되는 진료행위의 내용 변경을 요구할 수 있을 것이다. 따라서 환자의 신체 침해를 수반하는 구체적인 진료행위가 환자의 동의를 받아 제공될 수 있는 것과 마찬가지로, 그 진료행위를 계속할 것인지 여부에 관한 환자의 결정권 역시 존중되어야 하며, 환자가 그 진료행위의 중단을 요구할 경우에 원칙적으로 의료인은 이를 받아들이고 다른 적절한 진료방법이 있는지를 강구하여야 할 것이다”라고 판시하였다.

2. 본인 의사의 가변성(可變性)

위와 같이 환자는 의료계약상 자신이 받는 치료에 대하여 의사로부터 설명을 듣고 이를 변경하거나 중단할 수 권리가 있는데, 환자의 이러한 의사가 일관적으로 유지될 수도 있는 반면 역으로 자유로운 의사결정에 의하여 얼마든지 가변적일 수 있다. 또한 환자의 의사가 변경되는 경우 전(前)의 의사는 철회되어 후(後)의 의사가 전(前)의 의사보다 법적으로 우선하며 그 효력도 인정된다.

환자 본인의 의사가 가변적이라는 점을 고려한다면 의사는 환자에 대하여 충분한 의학적 정보를 제공하고 환자가 이를 이해할 수 있도록 적극적으로 설명하여야 하고, 환자가 의사를 결정함에 있어 심사숙고할 수 있도록 상당한 숙려기간을 제공하여야 한다. 이에 더하여 형식적으로도 대법원이 제시한 사전의료지시서와 같이 엄격한 요건이 구비된 서면을 작성하도록 하여 환자가 의사를 확정할 수 있도록 하여야 한다.

3. 연명치료 중단에서 환자의 의사 확정을 위한 방법의 검토

가. 외국의 입법례

(1) 미국의 경우

① 미국의 자연사법²¹⁾

미국의 의료처지의 중단과 보류를 허용하고 있는 자연사법(natural death act)에서는 “성인은 말기상황에서 생명연장 절차를 보류하거나 중단하는 결정을 포함하여 그들 자신에게 의료처치를 제공하는 것과 관련된 의사결정을 통제할 근본적인 권리

21) 문성제, “무의미한 연명치료 중단을 위한 제 요건 - 서울고등법원 2009. 2. 10. 선고, 2008나116869 판결을 중심으로 -”, 한국의료법학회 제17권 제1호(2009.), 77면~78면

(fundamental right)가 있다”고 하여 환자 본인의 치료에 대한 결정권을 선언하였다.

또한 연명치료를 중단한다는 환자의 의사표시가 어떻게 표출되는지 그 방법에 대하여는 미국의 각주마다 다양한 방식에 의하여 이루어지고 있는데, 그 방법은 서면 내지 구두진술 등 다양한 방식으로 시행되는 생전 유언과 의사결정을 가진 어떤 사람이 환자 자신이 법적으로 온전하게 행위할 수 없을 때인 미래의 상황을 대비하여 자신을 대신하여 행위를 사람을 지정하거나 자신에 대해 어떠한 진료행위를 시행할 것을 결정하여 문서인 의료지시서(advanced directives) 등이 대표적이다.

② 오레곤 주의 존엄사법²²⁾

오레곤 주의 ‘존엄한 죽음에 관한 오레곤 주법(The Oregon Death with Dignity Act; 소위 의사조력자살법으로도 불리워지고 있다)’은 환자의 자살조력에의 유효한 요청은 합법적이며, 그러므로 의사는 법적 책임의 부담없이 그러한 요청에 응할 수 있다고 허용한 법률이다.

동법에서는 오레곤 주에 거주하면서 담당의사와 자문의로부터 말기 질병으로 고통받고 있으며, 의사능력이 있고, 죽음에 이르하고자 하는 성인은 자발적 의사표시를 할 수 있으며, 오레곤 개정 법률 127.800에서 127.897에 준하는 인도적이고 존엄한 방식으로 사망에 이르는 투약에 대한 서명요청을 할 수 있도록 하였다(The Oregon Death with Dignity Act, 127.805 §2.01. Who may initiate a written request for medication).

(2) 대만의 자연사법²³⁾

대만의 호스피스 관련 법안은 2000년 5월 자연사법(the Natural Death Act)이라는 이름으로 의회를 통과하였고, 2000년 6월 호스피스 의료조항(the Hospice and Palliative Act)이 제정 공포되었는데, 이 법에서는 호스피스 의료에 대한 정의, 호스피스의료의 신청 절차 및 요건, 심폐소생술 시행거부 요건, 의사의 호스피스의료 사전고지의무 및 기록 보존 등에 관한 규정을 두고 있으며, 말기환자가 될 경우 호스피스, 완화의료 수용에 대한 사전신청서(living will cards)제도를 두고 있다.

동법은 치유될 수 없는 말기환자의 의료소망을 존중하고 그 권익을 보장하기 위해서 환자가 두 명의 의사에게 말기환자로 확실히 진단받은 경우 신청서에 호스피스 의료 전부 혹은 심폐소생술 시행 거부의 방법을 기재하여 선택할 수 있다. 이때 의사는 말기환

22) 이상돈, 『의료형법』, 법문사, 1998., 217면~222면; 김장한, 앞의 논문, 69면~70면

23) 석희태, “중화민국(타이완) ‘안녕완화의료조례(安寧緩和醫療條例)’의 연혁과 내용”, 의료법학 제9권 제2호(2008. 12.), 대한의료법학회, 77면~107면

자에게 호스피스 의료를 시행할 때 반드시 치료방침을 환자 또는 그 가족에게 확실히 알려주고, 이를 진료기록부에 자세히 기재해야 한다.

한편 만약 말기환자가 의식불명이거나 신청의사를 명확히 밝힐 수 없을 시에는 신청서는 가까운 친척이 제출한 동의서로 대체할 수 있는데, 생전의 명시한 의사표시와 상반되지 아니할 것을 요한다.

(3) 오스트리아의 환자자기결정법²⁴⁾

오스트리아의 경우 2006. 5. 8. 공포되고 2006. 6. 1.부터 시행된 환자지시법은 환자의 생전유언에 관한 연방법으로서의 성격을 가진다.

이 연방법에 의하면 생전유언은 환자의 치료처치를 거부하고, 그리고 처치의 순간에 환자가 이해할 수 없거나 판단 또는 표현할 수 없다면 유효한 것이 될 의사표시의 선언이라는 것을 의미하여 환자의 자기결정권에 기한 치료중단을 인정하였다.²⁵⁾

(4) 네덜란드의 안락사법(Termination of Life on Request and Assisted Suicide Act)²⁶⁾

네덜란드에서는 1993년 연명치료의 중단에서 더 나아가 의사가 말기환자의 자살을 돕거나 환자의 명백한 요구에 따라 환자를 사망케 하여도 형사처벌을 받지 않도록 하는 법률을 제정하였으며, 이 법률의 정식명칭은 ‘요청에 의한 생명단절과 조력자살의 심사절차 및 형법과 장례법 개정법률 (Review procedures of termination of life on request and assisted suicide and amendment to the Penal Code and the Burial and Cremation Act)’이라고 한다. 동법은 오랫동안 법원의 판결들에 의해 자의적이고 능동적인 의사조력 안락사를 실정법의 테두리 안에서 관행적으로 허용되어 왔던 것에 법적 효력을 부여한 것으로, 국가차원에서 안락사를 인정한 세계 최초의 법이었다.

동법에서 환자의 안락사에 대한 요청은 ‘전적으로 환자 자신의 자유의지’에 의한 것이어야 하며, 이러한 요청을 할 당시 환자는 자발적이고 이성적으로 사고할 수 있는 (voluntary and wellconsidered) 상태여야 하고, 정보에 따른 결정을 내릴 능력이 있어야

24) 이석배, “독일과 오스트리아의 연명치료중단 법제와 시사점, 존엄사 법제의 비교 및 법제적 제안”, 2008년 대한의료법학회 추계학술대회, 대한의료법학회, 9면~21면

25) 구인회, “독일과 오스트리아에서의 사전의료지시, 사전의료지시서의 현실적 논의와 윤리적 고찰”, 가톨릭대학교 생명대학원 개원 기념 및 제4회 가톨릭생명윤리연구소 학술대회, 2008., 35면

26) 문성제, 앞의논문, 74면~75면

하며, 환자의 죽으려는 결심은 변치않고 지속되어야 함을 명시적인 요건으로 두고 있다. 따라서 환자가 충동에 의하여 행한 일시적인 요구나 우울증의 결과로 의사에게 요청을 한 경우는 유효한 것이 아니라고 보고 있다.

(5) 프랑스 「환자의 권리 및 삶의 종말에 관한 2005. 4. 22.의 법률 제 2005-370호」²⁷⁾

프랑스도 입법을 통하여 환자가 의식이 있는 경우 환자가 의학적으로 종말상태에 해당하는지 여부를 불문하고 일정한 요건 하에 환자 본인이 치료의 중단을 요구하는 의사의 표시를 거듭하여 표명할 경우에는 환자 본인의 의사를 존중하여 치료의 중단을 결정할 수 있도록 하였다. 특히 프랑스의 경우 ① 환자가 의식이 있으며, 종말기에 있지 않은 경우, ② 환자가 의식이 있으며, 종말기에 있는 경우, ③ 환자가 의식이 없으며, 종말기에 있지 않은 경우, ④ 환자가 의식이 없으며, 종말기에 있는 경우로 상황에 따른 조건을 열거하고 있다.

한편 환자의 의식이 없는 경우에는 신임인, 가족, 근친자 등으로부터 존엄사 실행의 의견이 있고, ‘의사단(醫師團)’의 합의를 거치는 등의 조건을 갖추었을 경우에는 연명 치료의 중단이 가능하다는 점을 명시하였다.

4. 우리나라에서의 환자 의사의 확정 방법 논의

환자 본인의 치료 중단에 관한 의사에 대하여는 연명의료중단을 검토하는 시점에서 판단하게 되며, 원론적으로 그 의사는 명시적인 것만이 아니라 묵시적인 것도 가능할 것이다. 그리고 의사의 표명방법으로는 환자 본인이 사전에 일정한 상황을 상정하여 해당 상황이 발생할 경우 치료를 거부하겠다는 등 연명의료중단을 희망하는 내용을 서면으로 작성하는 형식을 취하거나 그 내용을 동영상 녹화나 음성 녹취로도 남기는 형식을 취할 수도 있으며, 의료행위에 관한 대리인을 선임해 두어 해당 상황이 발생할 때 자신의 의사를 대리하여 주는 방안을 취할 수도 있다.

그런데 대상 판결에서는 향후 분쟁의 발생 소지를 없애기 위한 명확한 방법을 요구하면서 그 하나의 예시로 ‘사전의료지시서’를 지칭하였다. 이러한 대법원의 태도에 따를 때 원론적인 의사 표명 방식만으로는 사람의 생사를 결정하는 의사를 판단하는 것은 실 사례에서 곤란할 수 있을 것이다. 특히 사전의료지시서가 현실적으로 의료현실에 정착

27) 석희태, “연명의료의 중단 - 대법원 2009. 5. 21. 선고, 2009나17417 판결과 관련하여 -”, 의료법학 제10권 제1호(2009.), 대한의료법학회, 297면~298면에서 재인용

되지 않거나 치료중단이 필요한 상황에 처하지 않은 자가 그러한 때를 가정하여 미리 자신의 의사를 확정하려고 할 경우²⁸⁾에 위 사전의료지시서 외에도 환자의 의사를 법적으로 확정하여 대비할 수 있도록 현행법 테두리 내에서 다른 대안을 강구하여야 할 필요가 있다. 즉, 대법원이 치료중단의 허용을 위하여 제시한 ‘환자의 의사결정능력, 충분한 의학적 정보의 제공, 진지한 의사에 따른 의사표시 등의 요건을 갖추어 작성된 서명이라는 점’이 모두 구비되어 사전의료지시서와 동일한 효력을 발휘할 수 있도록 하는 방법, 또 의료적 요건인 ‘충분한 의학적 정보의 제공’이 의료인의 참석이 어려운 상황이거나 미래를 대비하여 작성하는 서면이기에 의료적 요건을 갖추지 못하는 경우 법적인 요건인 ‘환자의 의사결정능력, 진지한 의사에 따른 의사표시’와 같은 요건만이라도 객관적으로 갖추어 추정에 있어서도 명백한 증거를 구비할 수 있도록 하여야 한다.

IV. 연명치료 중단 의사에 관한 공증의 효율성과 방법

1. 연명치료 중단시 공증의 효율성

공증은 서류를 통하여 특정한 사실 또는 법률관계의 존부를 공적으로 표명하는 행위로 반증에 의하지 않는 한 전복되지 않는 공적 증거력이 발생하는 제도이다. 우리나라에서 공증제도는 유언, 사실관계, 계약서, 번역문 등의 사서증서에 관한 인증이나 약속어음·금전소비대차 등의 공정증서 작성, 확정일자의 압날, 기타 신탁법·파산법·회사정리법상의 업무까지 그 영역이 넓고 다양하다. 법무부장관이 임명한 공무원 신분의 임명공증인이나 법무법인·공증인가합동법률사무소가 주로 공증을 행하고 있고, 이들이 없을 경우 지방검찰청 검사나 지방법원 등기소장·재외공관의 영사 등이 행할 수 있도록 되어 있다.

위와 같이 공증은 엄격한 요건을 갖춘 제3자인 공증인이 사실관계나 법률관계를 확인하는 작업을 거치기 때문에 법조 현실에서도 공증을 행한 문서에 대하여 보다 높은 증거력을 부여하고 있다. 예를 들어 소송에 있어서도 본인이 자신의 의사에 따라 직접 작성하여 서명날인까지 되어 있는 문서보다도 그 문서에 대하여 공증이 행하여 질 경우

28) 위 대법원 판결 사안의 김 할머니 역시 자신이 연명치료 중단에 관한 의사표시를 하여야 할 상황에 직면할 것이라는 점에서 사전에 예측할 수 없어 사전의료지시서 등을 구비할 수도 없었고, 또한 생전에 구두를 통하여 직계가족들에게 자신의 치료중단에 관한 의사를 표출하였음에도 불구하고 이러한 의사표시는 단지 추정적 의사를 확정하는 하나의 정황적 요소로만 판단되었고 그 인정에도 많은 논란이 있었다.

에는 진정성립과 진실성을 인정하기가 수월한 것이 현실이다.

바로 이러한 점에서 환자 본인의 의사인지 여부가 객관적으로 확인하여야 할 필요성이 있는 연명치료 중단에의 경우 사전의료지시서 외에 공증을 통한 진정성 확보가 유효한 방법으로 활용될 수 있다고 본다.

2. 연명치료 중단의 의사를 표시할 수 있는 공증의 방법

가. 선서인증

(1) 개정공증인법을 통한 도입

법무부는 최근 공증 관련 법체계의 일원화와 선진 공증제도의 도입을 위하여 2009. 2. 6. 공증인법을 개정하면서 선서인증제도를 도입하였는데, 선서인증은 위 사서증서의 인증은 그 문서의 형식적 진정성립만을 인정할 수 있는 것이기에 문서내용의 진실성까지 인증할 수 있도록 한 것이다.²⁹⁾

(2) 선서인증의 특성

통상 이루어지는 사서증서의 인증은 당사자로 하여금 공증인의 면전에서 사서증서에 서명 또는 날인하게 하거나 사서증서의 서명 또는 날인을 본인이나 그 대리인으로 하여금 확인하게 한 후 그 사실을 증서에 기재함으로써 행하는 방식³⁰⁾으로 이를 통하여 문서의 진정성립이 인정된다고 보았다.³¹⁾ 그런데 이에 더하여 개정 공증인법상 선서증서의 방식을 택하여 촉탁인이 공증인 앞에서 사서증서의 내용이 진실함을 선서하는 경우 진정성립과 진실성을 함께 인정하는 효력을 부여하게 된다.³²⁾

따라서 연명치료 중단에 있어 요구되는 환자의 자기결정권에 기초한 의사를 확인하

29) 백방준, “공증인법 개정배경 및 주요내용”, 법률신문, 2009. 2. 12.

30) 개정 공증인법 제57조 (인증방법) ① 사서증서의 인증은 당사자로 하여금 공증인의 면전에서 사서증서에 서명 또는 날인하게 하거나 사서증서의 서명 또는 날인을 본인이나 그 대리인으로 하여금 확인하게 한 후 그 사실을 증서에 기재함으로써 행한다.

② 사서증서의 등본에 대한 인증은 사서증서와 대조하여 그와 부합함을 인정한 후 그 사실을 기재함으로써 이를 행한다.

③ 사서증서에 문자의 삽입, 삭제, 변경, 난외기재 기타의 정정이 있거나 파손 기타 외견상 현저히 의심할 만한 사유가 있을 때에는 그 상황을 인증문에 기재하여야 한다.

제58조 (증서에의 기재) 인증을 부여하여야 할 증서에는 등부번호, 인증의 년월일과 그 장소를 기재하고 공증인과 참여인이 서명날인하고 증서와 인증부와의 사이에 간인을 하여야 한다.

는 객관적 지표로 위와 같이 환자 본인이 작성한 사서증서를 환자 본인이 공증인 앞에 선서하도록 하는 선서공증의 방법을 취한다면, 환자 본인의 의사를 확정함에 있어 그 작성자와 기재내용의 진실성이 동시에 인정될 수 있어 객관적 증거로서 채택됨에 부족함이 없을 것이다.

나. 공정증서에 의한 유언

(1) 유언의 방식

우리나라는 민법에서 사망 후 법률관계, 주로 재산의 분할에 관한 특정의 의사표시를 할 수 있도록 유언이라는 제도를 두고 있고, 유언의 효력이 발생할 수 있도록 5가지의 법적 방식을 규정하고 있다. 즉, 자필증서유언, 녹음유언, 비밀증서에 의한 유언, 구수증서에 의한 유언, 공정증서에 의한 유언이 그것이다.

(2) 공정증서에 의한 유언의 특성

공정증서에 의한 유언은 자기가 유언증서를 작성하지 않아도 할 수 있는 유언의 방식이며, 또한 유언의 존재를 명확히 하고, 내용을 확보할 수 있어 유언의 확실을 기할 수 있다.³³⁾ 그렇기 때문에 그 요건도 ① 증인 2인의 참여가 있을 것, ② 유언자가 공증인의

31) 대법원 2009. 1. 16. 선고, 2008스119 판결도 “공증인법에 규정된 사서증서에 대한 인증제도는 당사자로 하여금 공증인의 면전에서 사서증서에 서명 또는 날인하게 하거나 사서증서의 서명 또는 날인을 본인이나 그 대리인으로 하여금 확인하게 한 후 그 사실을 공증인이 증서에 기재하는 것이다. 공증인이 사서증서의 인증을 함에 있어서는 공증인법에 따라 반드시 촉탁인의 확인이나 대리촉탁인의 확인 및 그 대리권의 증명 등의 절차를 미리 거치도록 규정되어 있으므로, 공증인이 사서증서를 인증함에 있어서 그와 같은 절차를 제대로 거치지 않았다는 등의 사실이 주장·입증되는 등 특별한 사정이 없는 한, 공증인이 인증한 사서증서의 진정성립은 추정된다”고 하였는바, 이는 공증이라는 절차로 인하여 서면의 진정성립을 인정할 수 있다는 점을 판시한 것이다.

32) 개정 공증인법 제57조의2(선서인증) ① 공증인은 사서증서에 인증을 부여할 때 촉탁인이 공증인 앞에서 사서증서에 적힌 내용이 진실함을 선서하고 이에 서명 또는 날인하거나 사서증서의 서명 또는 날인을 확인한 경우에는 그 선서 사실을 증서에 적어야 한다.

② 공증인은 「민사소송법」 제322조 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람에 대하여는 제1항의 선서를 시키지 못한다.

③ 제1항의 선서인증은 대리인에 의하여 촉탁할 수 없다.

④ 제1항에 따른 선서는 “양심에 따라 이 증서에 적힌 내용이 진실함을 선서합니다”라고 적힌 선서서에 따라서 하여야 한다.

⑤ 공증인은 촉탁인으로 하여금 선서서를 소리내어 읽고 기명날인 또는 서명하게 하며, 촉탁인이 선서서를 읽지 못하거나 기명날인 또는 서명하지 못하는 경우에는 제29조에 따른 참여인으로 하여금 이를 대신하게 한다.

⑥ 제1항의 선서인증에 관하여는 제63조제1항·제3항 및 제65조제1항·제3항을 준용한다.

면전에서 유언의 취지를 구수(口授)할 것, ③ 공증인이 유언자의 구술을 필기하여 이것을 유언자와 증인 앞에서 낭독할 것, ④ 유언자와 증인이 정확함을 확인한 후 각자 서명 또는 기명날인할 것을 요구하고 있어 절차가 다른 유언방식보다 까다롭다.³⁴⁾ 증인의 경우에도 민법에 의한 증인결격자 외에 공증인법에 의한 결격자도 배제되어³⁵⁾ 증인에 있어 이해관계자의 배제범위가 보다 넓어 중립성과 객관성 확보에 더 적절하다.

다. 전자공증

(1) 개정 공증인법을 통한 전자공증제도의 도입

우리나라의 경우 1999년 IT기술의 발달에 기반을 둔 전자문서의 안전성과 신뢰성을 확보하고 전자문서에 의하여 이루어지는 거래를 활성화하기 위하여 전자서명법과 전자거래기본법이 제정된 이래 활발히 이용되고 있다. 그런데 전자서명과 인증기관에 의한 인증을 통하여 담보할 수 있는 것은 작성자의 신원을 확인하고 문서의 변개를 방지하는 것에 한정되어 전자문서의 내용까지 확인하는 것은 아니었기에³⁶⁾ 이를 위한 전자공증의 필요성이 대두되었다. 이에 개정 공증인법은 전자공증을 본격적으로 실시·운영하고 있는 미국³⁷⁾, 일본³⁸⁾의 제도를 받아들여 전자공증에 관한 규정을 신설하였다.

(2) 전자공증의 특성

33) 집필대표 김주수, 『주석민법, 상속법(II)』, 한국사법행정학회, 2005., 197면

34) 민법 제1068조 (공정증서에 의한 유언) 공정증서에 의한 유언은 유언자가 증인 2인이 참여한 공증인의 면전에서 유언의 취지를 구수하고 공증인이 이를 필기낭독하여 유언자와 증인이 그 정확함을 승인한 후 각자 서명 또는 기명날인하여야 한다.

35) 민법 제1072조 (증인의 결격사유) ① 다음 각 호의 사항에 해당하는 자는 유언에 참여하는 증인이 되지 못한다.

1. 미성년자

2. 금치산자와 한정치산자

3. 유언에 의하여 이익을 받을 자, 그 배우자와 직계혈족

② 공정증서에 의한 유언에는 공증인법에 의한 결격자는 증인이 되지 못한다.

공증인법 제33조 (통역인, 참여인의 선정과 자격) ③ 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 참여인이 될 수 없다. 다만, 제29조제2항의 경우에는 예외로 한다.

1. 미성년자

2. 삭제

3. 서명할 수 없는 자

4. 촉탁사항에 관하여 이해관계 있는 자

5. 촉탁사항에 관하여 대리인 또는 보조인이나 대리인 또는 보조인이었던 자

6. 공증인이나 촉탁인 또는 그 대리인의 배우자, 친족, 법정대리인, 피용자 또는 동거인

7. 공증인의 보조자

전자공증은 전자적으로 작성된 계약서 등 전자문서가 특정한 자에 의하여 진정하게 작성되었음을 공증하는 외에 이에 확정일자를 붙이고, 전자적 기록의 형태로 공정증서를 작성하며, 이들 전자문서를 보존하고 그 존재, 내용 등을 증명하는 제도이다. 즉, 종이문서에 대하여 하는 종래의 공증에 대하여 전자문서 등의 전자적 기록에 대하여도 공증사무를 제공하는 것이라고 한다.³⁹⁾

개정 공증인법에서도 전자공증의 특성에 의거하여 법무부장관이 대통령령으로 정하는 일정한 시설을 갖춘 공증인을 지정공증인으로 지정하고, 지정공증인이 촉탁인으로 하여금 전자문서에 전자서명을 하게 하거나 촉탁인이나 그 대리인으로 하여금 전자서명의 진정성립을 확인하게 한 후 그 사실을 적은 정보를 전자문서에 전자적 방식으로 첨부하는 방법으로 전자문서에 대하여 인증할 수 있도록 하였으며, 지정공증인이 전자화문서와 전자화대상문서를 대조하여 서로 일치하는 경우 전자화문서에 대한 인증을 부여할 수 있도록 하였다.⁴⁰⁾

3. 소 결

위에서 살펴본 바와 같이 공증이라는 법상의 제도 자체가 공적 증거력을 발생시킬 수 있다는 점, 그리고 그 절차가 법적으로 보장되어 있다는 점 등에 비추어 볼 때 환자가 치료중단에 관하여 자신의 의사를 표시할 때 공증제도를 이용할 경우에는 가변적인 의사

36) 김상영, “전자공증제도의 도입에 관하여”, 법이론과 실무 제5집(2002. 5.), 1면; 전자공증과 전자서명의 인증은 구분되는바, 전자서명의 인증은 주로 정보의 작성자를 확인하는 것에 비하여 전자공증제도는 정보내용의 소실이나 변경에 대비하여 정보의 교환을 사후적으로 확인하고 증명하기 위한 수단이라는 점에서 차이가 있다. 신일순/강준모/배대현/안효질, 『전자문서 인증제도 시행에 따른 법제도 연구』, 정보통신정책연구원, 2000. 12., 159면

37) 미국의 경우 미네소타, 네바다, 애리조나, 유타, 플로리다, 워싱턴 등 일부 주에서는 전자서명제도의 정비와 함께 공증인에 의한 전자적 기록의 인증제도 즉, 전자공증제도가 도입되어 있으며, 1999년에 채택된 통일전자거래법(Uniform Electronic Transactions Act) 제11조에서도 공증인이 사서증서 인증 등 공증사무를 수행하는데 전자서명을 사용할 수 있다고 한다. 신일순/강준모/배대현/안효질, 앞의 논문, 160면

38) 일본의 경우 2000. 4. 상업등기법 등의 일부를 개정하는 법률을 통하여 전자거래·전자신청의 기반을 정비하고 거래 등을 확실하고 원활히 할 수 있도록 하기 위해서 상업등기제도에 기반을 둔 전자인증제도와 공증제도에 기초를 둔 전자공증제도를 창설하였다. 김상영, 앞의 논문, 3면; 이는 ‘공증제도에 기초한 전자공증제도’라 하여 법무대신이 지정한 공증인이 ‘확정일부의 부여’, ‘사서증서의 인증’의 2가지 전자공증서비스를 제공하고 있으며, 일본공증인연합회가 민간업자에 전자공증시스템의 운영·관리업무를 위탁하여 운영하고 있고, 법무대신이 이를 감독하고 있다고 한다. 장재형, “일본의 전자공증제도”, 법률신문, 2005. 7. 11.자

39) 신일순/강준모/배대현/안효질, 앞의 논문, 156면~157면; 김상영, 앞의 논문, 2면

표시에 있어서도 진실성이 보장될 수 있다.

따라서 사전의료지시서를 작성하는 것 외에도 환자가 자유로이 표시한 의사에 대하여도 공증제도를 통하여 동일한 효과를 발생시킬 수 있다는 점을 명시하는 것도 환자의 의사의 진실성을 보장할 수 있는 방법일 것이다.

V. 성년후견제도와 공증

1. 성년후견제도의 도입

가. 대상 판결의 별개 의견에서 제시한 후견인 제도의 유추적용

대상 판결에서 연명치료 중단에 관한 법적 판단절차에 대하여 별개 의견을 제기한 김

40) 개정 공증인법[시행 2010. 2. 7] 제5장의2 전자문서등에 대한 인증

제66조의3 (지정공증인의 지정 등) ① 법무부장관은 대통령령으로 정하는 시설을 갖춘 공증인을 지정 공증인으로 지정하고 고시할 수 있다.

② 제1항의 지정을 받으려는 공증인은 법무부령으로 정하는 바에 따라 법무부장관에게 지정 신청을 하여야 한다.

③ 지정공증인이 취급하는 전자문서등에 대한 공증사무에 관하여는 제6장을 적용하지 아니한다.

④ 지정공증인의 자격·지정절차 등에 관하여 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제66조의4 (지정공증인의 지정 취소) ① 법무부장관은 지정공증인이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 지정공증인 지정을 취소할 수 있다.

1. 스스로 지정취소를 원하는 경우

2. 제66조의3제1항에 따른 시설을 갖추지 못하는 경우

② 지방검찰청검사장은 소속 지정공증인에게 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있으면 지체 없이 법무부장관에게 보고하여야 한다.

③ 법무부장관은 제1항제2호의 사유로 지정공증인의 지정을 취소하려면 청문을 거쳐야 한다.

제66조의5 (전자문서의 인증) ① 전자문서에 대한 인증은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 방법으로 한다.

1. 촉탁인으로 하여금 대통령령으로 정하는 바에 따라 전자문서에 전자서명을 하게 하는 방법

2. 전자문서의 전자서명을 촉탁인이나 그 대리인으로 하여금 확인하게 한 후 그 사실을 적은 정보를 전자문서에 전자적 방식으로 첨부하는 방법

② 지정공증인은 전자문서를 인증할 때에 촉탁인이 그 앞에서 전자문서의 내용이 진실함을 선서하고 이에 전자서명을 하거나 전자서명을 확인한 경우에는 그 선서사실을 적은 정보를 전자문서에 전자적 방식으로 첨부하여야 한다.

③ 제1항에 따른 인증에 관하여는 제25조부터 제33조까지의 규정을 준용한다.

④ 제2항에 따른 선서인증에 관하여는 제25조부터 제29조까지, 제32조, 제33조 및 제57조의2제2항·제3항·제5항을 준용한다.

제66조의6 (전자화문서의 인증) ① 지정공증인은 전자화문서와 전자화대상문서를 대조하여 서로 일치하는 경우에는 전자화문서에 대하여 제57조제2항의 인증을 부여할 수 있다.

② 전자화문서의 인증에 관하여는 제25조부터 제33조까지의 규정을 준용한다.

지형 대법관과 박일환 대법관은 후견인제도를 언급하면서 후견인이 환자의 의료계약에 관한 의사를 대신할 수 있지만 치료의 중단 등 생사여부를 결정하는 것에 있어서는 법원의 허가를 받아야 한다는 점을 설시하였다. 즉, “환자의 사전의료지시가 없는 상태에서 회복불가능한 사망의 단계에 진입한 경우 에는 환자가 의식의 회복가능성이 없으므로 더 이상 환자 자신이 직접 자기결정권을 행사하여 진료행위의 내용 변경이나 중단을 요구하는 의사를 표시할 것을 기대할 수 없다. 이러한 상태에 있는 환자는 법적으로 심신상실의 상태에 있는 자로 보아야 할 것이다. 민법상 심신상실의 상태에 있는 자에 대하여는 금치산을 선고할 수 있으며(민법 제 12조), 금치산이 선고된 경우에는 후견인을 두게 되는데, 그 후견인은 금치산자의 법정대리인이 되며, 금치산자의 재산관리에 관한 사무를 처리하는 외에, 금치산자의 요양, 감호에 관하여 일상의 주의를 기울여야 하는 의무를 부담한다(민법 제947조 제1항). …… 다만 후견인의 요양·감호에 관한 임무는 후견인 자신을 위한 것이 아니라 피후견인인 금치산자의 보호를 위한 것이므로 금치산자의 후견인이 요양·감호에 관한 임무에 기초하여 동의권을 행사하거나 진료행위의 변경을 요구하는 경우에는 금치산자 본인의 가치관이나 신념에 기초하여 객관적으로 금치산자에게 최선의 이익이 되는 결정을 하여야 한다. 더구나 진료행위가 금치산자 본인의 생명과 직결되는 경우에는 그 중단에 관한 본인의 자기결정권이 제한되는 것과 마찬가지로 후견인의 행위는 제한되어야 한다. 뿐만아니라 환자의 자기결정권에 의한 연명치료 중단이 허용될 수 있는 경우라고 하더라도 후견인이 금치산자의 생명에 관한 자기결정권 자체를 대리할 수는 없으므로 후견인의 의사만으로 그 연명치료의 중단이 허용된다고 할 수 없다. 민법 제947조 제2항 본문이 ‘후견인이 금치산자를 사택에 감금하거나 정신병원 기타 다른 장소에 감금치료함에는 법원의 허가를 얻어야 한다’고 규정하고 있는 것도 비록 금치산자의 생명 내지 건강이라는 법익을 보호하기 위하여 치료가 필요하다 하더라도 금치산자의 행동의 자유라는 다른 중대한 법익을 제한하는 경우에는 금치산자를 위한 최선의 판단인지 여부에 관하여 법원의 판단을 받도록 한 것임을 알 수 있다. 하물며 금치산자의 이러한 행동의 자유보다 훨씬 막중한 법익으로서, 금치산자의 생명권의 보호와 직결되는 사항에 관하여 법원의 적정한 판단이 필요할 것임은 두말할 나위가 없을 것이다. 그렇다면 회복불가능한 사망의 단계에 이른 경우에 이루어지는 연명치료의 계속이 금치산자인 환자 본인에게 무익하고 오히려 인간으로서의 존엄과 가치를 해칠 염려가 있어 이를 중단하는 것이 환자 본인의 이익을 보호하는 것이라고 하더라도, 이는 항상 금치산자인 환자 본인의 생명보호에 관한 법의 제한의 문제를 낳을 우려가 있으므로, 위 규정을 유추 적용하여 후견인은 의료인에게 연명치료의

중단을 요구하는 것이 금치산자의 자기결정권을 실질적으로 보장할 수 있는 최선의 판단인지 여부에 관하여 법원의 허가를 받아야 한다고 봄이 상당하다”고 판시한 것이 그것이다.

나. 민법 개정안의 성년후견제도

(1) 성년후견제도의 도입

대상 판결의 별개 의견은 아직까지 우리나라에 현행법상 성년후견제도가 도입되지 아니한 시점에서도 후견인제도에서의 인신에 관한 조항을 치료중단에도 유추적용하는 방법으로 법원을 통한 해결이 가능하다고 보았다. 그러나 실제에 있어 법원을 통한 해결에 소요되는 시간과 비용에 비추어 볼 때 환자의 의사에 관하여 심각한 난립이 있을 때에만 채택하는 최후의 수단으로 파악될 수밖에 없다. 따라서 객관적 제3자인 대리인을 성년후견인으로 지정하여 해결하는 것도 사후의 혼란과 분쟁을 예방하는 하나의 방법이 될 수 있다.

최근 우리나라도 고령화사회를 맞이하면서 판단능력을 상실한 성년자를 위하여 성년후견인의 조력을 얻어 재산과 인신 등 사회생활에서 발생하는 사무를 처리할 수 있도록 하는 성년후견제도의 도입이 논의되고 있는바, 이러한 시대적 조류와 함께 치료중단에 있어서도 환자가 자신의 의사에 의거하여 사전에 후견인을 지정할 수 있도록 하는 방법을 규율할 필요가 있다.⁴¹⁾ 2009년 현재 법무부장관이 발의한 민법 개정안은 우리나라가 고령화사회로 접어들면서 사회복지적 관점에서 기존 행위능력·후견제도를 현재 정신적 제약을 가지고 있는 사람은 물론 미래에 정신적 능력이 약해질 상황에 대비하여 후견제도를 이용하고자 하는 사람이 재산 행위뿐만 아니라 치료, 요양 등 복리에 관한 폭넓은 도움을 받을 수 있는 성년후견제로 확대, 개편하고자 하는 것에도 그 이유가 있다. 특히 본인 스스로 의사를 표현할 수 있는 경우에 본인과 성년후견인이 성년후견계약을 체결하여 미리 장래의 질환이나 장애에 대비할 수 있도록 하는 임의후견계약제도까지 도입하고자 하였다는 것도 중요한 연관관계가 있을 것이다.

41) 현행 민법상 한정치산·금치산제도와 후견제도는 무능력자 보호라는 이유로 무능력자의 행위를 획일적으로 행위능력을 박탈하거나 제한하여 무능력자를 사회에서 격리시키는 결과를 초래하는 단점이 있으므로 판단능력이 감퇴되어가는 고령자가 적극적으로 사회생활을 할 수 있도록 보호·지원해 줄 수 있는 새로운 성년후견제도의 도입이 논의된 것이라고 한다. 이승길, “현행 민법상 후견제도의 문제점과 성년후견제도의 도입에 관한 고찰”, 중앙법학 제11집 제2호(2009. 8.), 중앙법학회, 25면~26면

(2) 치료중단과 법정성년후견제도

민법 개정안은 법정성년후견제도를 기존의 금치산·한정치산제도를 개편하여 질병·노령 등의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 결여된 사람을 대상으로 하는 성년후견제도와 사무를 처리할 능력이 부족한 사람을 대상으로 하는 한정후견제도로 규정하였고, 이외에 후견대상의 범위를 넓혀 일시적 또는 특정한 사무에 관한 후원이 필요한 사람에 관한 특정후견제도를 신설하였다.

특히 의료영역과 관련하여서 후견인이 치료목적으로 피성년후견인을 격리하거나 중대한 의료행위에 대한 동의권을 행사할 경우에 가정법원의 허가를 얻도록 하고 있고(민법 개정안 제947조의 2 제2항)⁴²⁾, 피성년후견인의 신체를 침해하는 의료행위에 대하여 피성년후견인이 동의할 수 없는 경우 성년후견인이 대신하여 동의할 수 있되, 이 경우 피성년후견인이 의료행위의 직접적인 결과로 사망하거나 상당한 장애를 입을 위험이 있는 때에는 가정법원의 허가를 얻도록 하여(민법 개정안 제947조의 2 제3항)⁴³⁾ 피성년후견인을 보호하고자 하고 있다. 따라서 법정성년후견에 있어서는 치료중단의 경우 피성년후견인의 생명과 직결되므로 가정법원의 허가가 뒤따르게 된다.

(3) 치료중단과 임의후견계약제도

임의후견계약제도는 고령자가 의사능력을 상실 또는 저하하게 되더라도 계약에 따른 임의후견인이 고령자의 후견인으로서 재산관리 및 신상감호 등 임무를 수행하게 되므로 도움을 요하는 자 본인의 의사에 따라서 체결하는 계약이라는 점에서 보다 적극적이며, 효용도가 크다. 또한 임의후견계약의 체결방식이 공정증서에 의한 요식계약으로 되어 있는바, 이를 통해 공증인에게 계약 내용 적부 등의 심사를 행하도록 하여 본인의 계약체결 능력을 확인하고, 본인이 진정한 의사에 의한 적정한 내용의 계약이 체결될 수 있다(민법 개정안 제959조의 14)⁴⁴⁾. 또한 임의후견계약을 가족관계등록부에 등록하도록 하여 본인이 사무처리능력이 부족한 상황이 오면 가정법원이 임의후견감독인을 선임하도록 하고 있다(민법 개정안 제959조의 15 제1항).⁴⁵⁾ 이렇듯 임의후견제도에서

42) 민법 개정안 제947조의2(피성년후견인의 신상결정 등) ② 성년후견인이 피성년후견인을 치료 등의 목적으로 정신병원, 그 밖의 다른 장소에 격리하기 위해서는 가정법원의 허가를 받아야 한다.

43) 민법 개정안 제947조의2(피성년후견인의 신상결정 등) ③ 피성년후견인의 신체를 침해하는 의료행위에 대하여 피성년후견인이 동의할 수 없는 경우 성년후견인이 대신하여 동의할 수 있다. 이 경우 피성년후견인이 의료행위의 직접적인 결과로 사망하거나 상당한 장애를 입을 위험이 있는 때에는 가정법원의 허가를 얻어야 한다. 다만, 허가절차로 인하여 의료행위가 지체되어 피성년후견인의 생명의 위험 또는 심신상의 중대한 장애를 초래하는 경우에는 사후에 허가를 청구할 수 있다.

는 계약에 공정증서를 통한 요식행위를 요구하고 이를 가족관계등록부에 공시하고 그에 대한 감독이 이루어짐으로써 공정하고 적법한 방법을 통하여 대리권의 범위를 명확하게 함으로써 대리인의 권한 남용을 방지할 수 있어 객관성이 확보될 수 있고,⁴⁶⁾ 이를 통해 임의대리인 위임계약과 구별되어 명확성을 지니게 된다.⁴⁷⁾

임의후견계약제도 하에서는 의료행위에 관하여도 본인의 의사에 의거한 대리권을 부여하고 있고 위 법정후견제도에서의 피성년후견인의 신상결정과 관련된 사항을 직접적으로 준용하고 있지는 아니하여 치료중단에 있어서 가정법원의 허가가 반드시 필수적이지는 않으므로 임의후견계약을 통하여 대상 판결이 적시한 요건 하에서 임의후견인이 치료중단을 행할 수 있다고 보이며, 이후 임의후견감독인과 가정법원이 이의 적부를 감독할 수 있다고 할 것이다.⁴⁸⁾

2. 소 결

위에서 살펴본 바와 같이 환자의 치료중단의 경우 환자 본인이 판단능력의 저하 등으로 도움이 필요할 경우를 대비하여 민법 개정안을 통하여 도입되는 성년후견제도가 활용될 여지가 높다.

그 중에서도 임의후견계약제도는 본인이 건강하여 충분한 판단능력을 가지는 동안

44) 민법 개정안 제959조의14(후견계약의 의의와 체결방법 등) ① 후견계약은 질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 부족한 상황에 있거나 부족하게 될 상황에 대비하여 자신의 재산관리 및 신상보호에 관한 사무의 전부 또는 일부를 타인에게 위탁하고, 그 위탁사무에 관한 대리권 수여를 내용으로 한다.

② 후견계약은 공정증서에 의해 체결하여야 한다.

③ 후견계약은 가정법원이 임의후견감독인을 선임한 때부터 효력이 발생한다.

④ 가정법원, 임의후견인, 임의후견감독인 등은 후견계약을 이행·운영할 때 본인의 의사를 최대한 존중하여야 한다.

45) 민법 개정안 제959조의15(임의후견감독인의 선임) ① 가정법원은 후견계약이 가족관계등록부에 등록되어 있고, 본인이 사무를 처리할 능력이 부족한 상황에 있다고 인정할 때에는 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 임의후견인 또는 검사의 청구에 의하여 임의후견감독인을 선임한다.

46) 유경미, “성년후견제도의 입법화를 위한 고찰”, 법학연구(2006.), 한국법학회, 160면~161면

47) 오호철, “일본의 성년후견제도의 고찰”, 법학연구(2007.), 한국법학회, 575면~576면

48) 다만, 치료중단 자체가 갖고 있는 사안의 중대성으로 인하여 경우에 따라 성년후견, 한정후견, 특정후견의 심판을 통하여 법정후견제도가 적용될 여지는 있다고 보인다.

민법개정안 제959조의20(후견계약과 성년후견·한정후견·특정후견의 관계) ① 후견계약이 가족관계등록부에 등록되어 있는 때에는 가정법원은 본인의 이익을 위하여 특별히 필요한 경우에 한정하여 임의후견인 또는 임의후견감독인의 청구에 의하여 성년후견, 한정후견 또는 특정후견의 심판을 할 수 있다. 본인이 성년후견 또는 한정후견 개시의 심판을 받은 때에는 후견계약은 종료된다.

에 판단능력의 저하 등으로 도움이 필요한 경우를 대비하여 본인의 의사에 따라 자유롭게 임의후견인과 대리권의 범위를 정할 수 있고, 또한 공중에 의하여 그 내용의 적정성과 성립의 진정성이 확보될 수 있다는 점에서 치료중단이 필요한 경우를 사전에 대비하여 환자가 선택할 수 있는 유용한 방안이 될 수 있다고 할 것이다.

VI. 결 론

우리나라의 경우 재산에 관한 유언조차도 사전에 미리 작성하지 않는 경우가 거의 대부분이다. 하물며 인신에 관한 유언을 별도로 작성하는 경우는 더더욱 드물 것이다. 더구나 현재 의료기관에서 환자에게 사전의료지시서를 작성하도록 하는 경우도 거의 없고, 관련 제도조차 만들어진 의료기관이 극소수에 불과하다. 또한 환자의 치료중단에 관한 의사 역시 가변적이고, 구두로 행했던 의사표시는 추정적 의사를 판단할 때도 증거로서의 가치가 현저히 떨어진다는 점도 존재한다.⁴⁹⁾

49) 대상 판결에서 연명치료 중단의 의사가 추정되는지 여부에 대한 대법관 안대희, 대법관 양창수의 반대 의견도 추정적 의사를 인정하는 근거가 구두의 의사표시와 에피소드에 국한되었기 때문에 그것만으로는 부족하다고 보아 의문점을 지적한 것도 같은 맥락이다. 위 반대의견은 “만일 위와 같은 가정적 의사에 기한 연명장치의 중단을 인정한다면, 그것은 이른바 환자의 ‘보호자’가 자신의 사정들에 기하여 또는 자신의 편의나 이익을 위하여 그 가정적 의사의 존재를 뒷받침하는 사정들만을 제시함으로써 환자의 이른바 ‘자기결정’을 왜곡하여 의료기관의 연명치료 중단을 구하는 일이 쉽사리 일어날 수 있을 것을 우려하지 않을 수 없다. 그러한 관점에서 보면, 다수의견은 이 사건에서 법논리적으로 원고의 ‘자기결정권’을 끌어들이어 연명치료의 중단청구를 정당한 것으로 설명하면서도, 실제로는 원고의 특별대리인을 포함하여 원고의 가족들이 일치하여 가지는 원고에 대한 연명치료 중단의 의사를 관철하려는 것에 대하여 그들만이 제시·입증할 수 있고, 또 실제로 제시·입증하고 있는 정황에 기하여 원고가 실제로 가지는 의사가 아니라 원고의 이른바 ‘추정적 의사’를 인정함으로써 이를 법적으로 뒷받침하고 있다는 의구심을 다 떨쳐버릴 수 없음을 지적하여 둔다”라고 하고, “원심이 원고의 진료중단을 구하는 의사가 추정되는 사유로 들고 있는 사정들은, ① 원고는 독실한 기독교 신자로서 15년 전 교통사고로 팔에 상처가 남게 된 후부터는 이를 남에게 보이지 싫어하여 여름에도 긴 팔 옷과 치마를 입고 다닐 정도로 항상 정갈한 모습을 유지하고자 하였다는 것, ② 텔레비전을 통해 병석에 누워 간호를 받으며 살아가는 사람의 모습을 보고 ‘나는 저렇게까지 남에게 누를 끼치며 살고 싶지 않고 깨끗이 이생을 떠나고 싶다’라고 말하는 등 신체적인 건강을 잃고 타인의 도움 등에 의하여 연명되는 삶보다는 자연스러운 죽음을 원한다는 취지의 견해를 밝혀 왔다는 것, ③ 3년 전 남편의 임종 당시 며칠 더 생명을 연장할 수 있는 기관절개술을 거부하고 그대로 임종을 맞게 하면서 ‘내가 병원에서 안 좋은 일이 생겨 소생하기 힘들 때 호흡기는 끼우지 말라. 기계에 의하여 연명하는 것은 바라지 않는다’고 말하는 등 이 사건과 유사한 실제 상황에서 남편에 대하여 연명치료의 시행을 거부한 바 있다는 것 등이다. 그러나 위 ①이나 ②와 같은 정도의 말이나 태도 등은 누구라도 건강한 상태에서 흔히 할 수 있는 정도의 것에 지나지 않는다. 결국 위 ③이 연명치료에 관하여 직접 언급한 것으로서 다수의견이 원고의 추정적 의사를 긍정하게 하는 결정적인 정황이 된 것으로 보인다. 그러나 위 ③은 비록 남편이라고 하여도 역시 타인이 처한 상황에 대응하여 나온 것으로서, 그것이 과연 자신의 운명에 관하여 숙고한 끝에 진지하고 지속적인 의사에 기하여 나온 것이라고 볼 자료가 없다. 특히 그 발언은 그 내용 자체로 보더라도 인공호흡기와 같은 생명

그렇다면 대상 판결 이래로 의사의 확정성에 관한 인식에 관하여 법감정이 성숙화되고 있는 현 시점에서 치료중단과 관하여 사전의료지시서 제도 외에, 그리고 본인이 가정적 상황을 대비하여 먼저 자신의 치료중단 의사를 서면화할 수 있도록 환자의 의사의 진실성을 담보할 수 있도록 하는 법적인 장치는 필수적이다. 위에서 그 방안으로 제시한 개정 공증인법상의 선서인증, 전자공증, 현행 민법상의 공정증서에 의한 유언, 그리고 공증에 의한 임의성년후견계약의 체결은 공증제도를 활용하여 환자 본인의 치료중단 의사를 서면으로 확정하고 진실성을 담보할 수 있음에 유효한 제도다. 향후 대상 판결이 제시한 사전의료지시서가 매우 제한적인 시·공간적 배경을 갖고 있기 때문에 이를 작성하는 것 외에도 환자가 자유로이 표시한 의사에 대하여도 공증제도를 통하여 동일한 효과를 발생시킬 수 있다는 점을 존엄사 입법안 등에 명기하는 것도 환자 의사의 진실성을 보장할 수 있는 방법이 될 것이다. 

유지장치의 삽입·장착을 단순히 소극적으로 거부하는 것으로 볼 수는 있을지 몰라도, 거기에서 나아가 생명유지장치가 이미 장착되어 있을 때, 그것도 이 사건에서와 같이 원고가 의식이 있는 상태에서 폐암 여부를 확진받기 위하여 기관지 내시경을 통하여 폐종양조직검사를 받던 중 예기치 못하게 즉, 자연적 노화 또는 원고가 원하였다는 ‘자연스러운 죽음의 과정’과는 무관하게 이미 인위적인 시술로 ‘억울하게도’ 과다출혈이 발생하여 심정지가 발생하였고, 이로 인한 저산소증으로 심한 뇌손상을 입고 뇌기능 및 신체기능의 많은 부분을 상실한 경우에까지도 연명장치를 적극적으로 제거하기를 바라는 의미를 포함한다고 쉽사리 말할 수 없다. 그러므로 이 사건에서 원심이 연명치료의 중단에 관한 원고의 ‘추정적’ 의사를 긍정한 것은 연명치료의 중단에 관한 법리 또는 그 의사의 해석에 관한 법리를 오해하였거나 심리를 다하지 아니한 위법이 있다고 할 것이다”라고 판단하였다.