

## 「연명의료결정법」의 문제점과 향후 과제

선종수\*

### 논문 요약

사람들은 자신의 생의 마지막을 어떻게 마무리할 것인지에 대해 진지한 고민을 하면서 고통없이 자연스럽게 생을 마감하길 원한다. 그러나 죽음은 누구도 결정할 수 있는 문제는 아닐 뿐만 아니라 인위적으로 그 죽음에 이르도록 하게 하여서도 안 된다. 인위적 죽음과 관련하여 우리 사회는 안락사, 존엄사, 연명치료중단 등 다양한 논의를 진행하여 왔다. 이러한 논의의 결과로 그동안 안락사 허용문제와 관련하여 제출된 7건의 법안을 통합하고 조정하여 제정된 법이 연명의료결정법이다. 이 법은 형법상 범죄로 될 수 있는 의료행위의 범죄화 영역을 비범죄화하는 내용을 담고 있으며, 이를 법적으로 그 정당성을 담보한 것이라 할 수 있다.

이러한 입법적 결단은 연명의료결정법의 목적에서 밝히고 있는 ‘환자의 최선의 이익을 보장하고 자기결정을 존중하여 인간으로서의 존엄과 가치를 보호’할 수 있을 정도로 완결한 것인지 의문이 든다. 왜냐하면 회복불가능한 연명치료를 중단함에 있어서 법적으로 해결한 것으로 의사들에게 연명의료중단행위에 대한 법적 근거를 마련해 주고, 환자에게는 존엄하게 죽을 권리를 인정하였다는 긍정적인 면이 있다. 그러나 연명의료중단의 허용대상 범위의 문제, 연명의료중단등결정의 불분명한 의학적 판단기준의 문제, 환자의 자기결정권의 문제 그리고 벌칙규정의 문제 등 여러 부정적인 면이 상존하고 있기 때문이다.

연명의료결정법은 2017년 8월 4일부터 시행되지만 연명의료중단결정에 관한 사항은

\* 中国西南政法大学应用法学院 访问教授, 法学博士.

2018년 2월 4일부터 시행될 예정이다. 다양한 논의와 함께 사회적 공감대가 형성된 것이라 하더라도 부정적인 면이 다수 존재하고, 반드시 이를 수정해야 할 필요성이 강하게 제기된다면 이를 해소하는 것은 당연한 수순일 것이다. 무엇보다 연명의료결정법은 사람의 생명을 인위적으로 단축하는 것으로 신중에 신중을 기해야 한다. 따라서 지금까지 제기된 문제를 다시 논의하여 연명의료결정법은 제정 당시의 목적을 충실히 달성할 수 있는 방향으로 신속하게 개정되어야 할 것이다.

[주제어] 말기 환자, 사전연명의료의향서, 안락사, 연명의료중단, 연명의료계획서, 존엄사, 환자의 자기결정

■ 논문접수 : 2017. 5. 30.

■ 심사개시 : 2017. 6. 2.

■ 게재확정 : 2017. 6. 19.

## 목 차

### I. 문제의 제기

### II. 연명의료결정법의 법적 이해

1. 연명의료결정법의 제정과 그 의미
2. 연명의료중단의 허용요건과 절차적 요건

### III. 연명의료결정법의 문제점과 개선방안

1. 연명의료중단등결정 이행 대상의 문제

2. 연명의료중단등결정의 의학적 판단기준의 문제

3. 환자의 자기결정권의 문제 - 연명의료계획서와 사전연명의료의향서

4. 벌칙규정의 문제점과 개선방안

### IV. 결 론

※ 참고문헌

## I. 문제의 제기

호스피스·완화의료 및 임종과정에 있는 환자의 연명의료 결정에 관한 법률(이하 “연명의료결정법”이라 한다)<sup>1)</sup>은 2008년 제18대 국회에서 발의되었다가

1) 법제처는 2017년 2월 9일 이 법률의 약칭을 ‘연명의료결정법’으로 결정하였다. 이러한 약칭이 정해지기 전까지 다양한 약칭, 즉 ‘환자연명의료결정법’, ‘웰다잉법’, ‘호스피스·연명의료결정법’, ‘호스피스법’ 등으로 지칭되기도 하였다.

회기만으로 폐기되었다. 이후 제19대 국회에서 발의된 후 보건복지위원회 대안으로 하여 2016년 1월 8일 국회 본회의를 통과되고, 2016년 2월 3일 법률 제 14013호로 제정되어 2017년 8월 4일 시행을 앞두고 있다.<sup>2)</sup> 연명의료결정법 제1조는 “호스피스·완화의료와 임종과정에 있는 환자의 연명의료와 연명의료 중단등결정 및 그 이행에 필요한 사항을 규정함으로써 환자의 최선의 이익을 보장하고 자기결정을 존중하여 인간으로서의 존엄과 가치를 보호하는 것을 목적으로 한다”고 밝히고 있다.

우리 사회는 삶과 죽음에 대한 논의, 특히 죽음과 관련하여 다양한 논의를 전개해 왔으며 뚜렷한 결론을 내리지 못하였다. 최근에는 살아가는 문제뿐만 아니라 죽음의 과정에 있어서도 인간의 존엄과 가치를 보장받을 수 있어야 한다고 한다. 이러한 논의의 과정에서 환자와 의사(醫師) 상호간 다양한 문제가 발생하게 된다. 즉 환자의 입장에서는 자신이 처한 상황에서 적절한 치료를 받을 것인지, 그렇지 않고 치료를 그만 둘 것인지에 대하여 선택을 하게 된다. 이와는 달리 의사(醫師)의 입장에서는 반드시 환자를 치료해야 한다는 의무가 발생하게 되며, 이를 방치할 경우 법적 제재를 받기도 한다. 특히 현대 의학기술에도 불구하고 더 이상 환자를 치료할 수 없는 상황이라면 환자와 의사(醫師)는 계속하여 치료를 할 것인지, 그렇지 않을 것인지 선택의 기로에 서게 된다. 이러한 선택의 기로와 관련하여 2009년 대법원은 이른바 ‘김할머니 사건’에서 정답은 아니지만 어느 정도 해결할 수 있는 답안을 제시하였다. 대법원의 이러한 답안을 입법적으로 해결한 것이 바로 연명의료결정법이다.

그러나 연명의료결정법이라는 입법적 해결은 기존의 생명보호와 인간의 죽음에 대하여 그동안의 논의를 종결시킬 수 있을 정도로 완전한 것인지에 대해서는 의문이 든다. 다시 말해 기존 죽음과 관련하여 형법학계는 안락사, 존엄사 등으로 치열하게 논쟁을 진행해 왔다. 이와 관련하여 연명의료결정법상

---

2) 다만 연명의료결정법 부칙 제1조 단서에 의해서 연명의료중단결정에 관한 사항은 2018년 2월 4일부터 시행된다.

연명의료중단은 이들과 사이에서 어떻게 의미를 부여하고 해석할 것인지는 여전히 숙제로 남아 있다. 이와 더불어 연명의료결정법 제2조에서는 이 법에서 사용하는 용어의 뜻을 정의하고 있지만, 법 적용상 발생할 수 있는 다양한 문제를 모두 포섭할 수 있는지도 의문이 든다.

이하에서는 이러한 문제의식을 기초로 하여 연명의료결정법 제정 이전의 논의 상황을 살펴본 후, 시행을 앞두고 있는 연명의료결정법의 제정의의와 용어를 살펴보고자 한다. 그리고 연명의료결정법의 문제점은 무엇이며, 이를 개선할 수 있는 방안은 어떠한 것이 있는지 제시하면서 마치고자 한다.

## Ⅱ. 연명의료결정법의 법적 이해

### 1. 연명의료결정법의 제정과 그 의미

#### 가. 연명의료결정법 제정 이전의 논의상황

연명의료결정법 제정의 계기는 2009년 대법원 전원합의체 판결, 즉 이른바 ‘김 할머니 사건’<sup>3)</sup>이다. 대법원은 연명의료중단을 허용함에 있어서 첫째, 환자가 회복불가능한 사망의 단계에 이를 것, 둘째, 환자가 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권에 기초하여 자기결정권을 행사하는 것으로 인정될 것, 셋째, 기타 특별한 사정이 없을 것을 제시하고 있다. 물론 2009년 ‘김 할머니 사건’에서 연명 치료중단의 논의가 본격적으로 시작되었지만, 그 이전 이른바 ‘보라매병원 사건’<sup>4)</sup>에서부터 촉발되었다고 할 수 있다.

이러한 논의는 소극적 안락사 또는 존엄사를 허용 여부로 옮겨지게 되었으며,

---

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

4) 서울지법 남부지원 1998. 5. 15. 선고 98고합9 판결; 서울고등법원 2002. 2. 7. 선고 98노1310 판결; 대법원 2004. 6. 24. 선고 2002도995 판결.

의료계를 비롯하여 법학계, 윤리계, 종교계 등 사회전반에 걸쳐 진행되었다. 이처럼 안락사 허용 여부는 환자 입장에서는 ‘인간에게 자연스럽게 죽을 권리’의 문제이고, 의료인 입장에서는 ‘환자에 대한 치료의무가 언제·어떤 조건하에서 면제 되는가’의 문제이다.<sup>5)</sup> 특히 의료계는 ‘의사윤리지침’을 제정하기에 이르렀다. 구체적으로 그 내용을 살펴보면 2001년 4월 19일 제정된 ‘의사윤리지침’은 환자가 아닌 가족의 요구에 의한 치료중단, 회생가능성이 없는 환자에 대한 연명 치료중단 인정 등의 내용을 담고 있다. 그리고 2006년 4월 22일 ‘의사윤리지침’은 회생가능성이 없이 무의미한 치료를 받는 환자에 대하여 환자 또는 그 보호자가 연명치료의 중단 또는 퇴원을 요구하는 경우 의사는 그러한 의료행위를 보류, 철회 또는 중단할 수 있도록 개정하였다. 이에 더하여 회복가능성이 있는 환자, 의식불명의 환자 또는 스스로 의사표시를 할 수 없는 환자까지 치료중단의 범위를 확대하였다.<sup>6)</sup> 그리고 2009년 9월 대한의사협회·대한의학회·대한병원 협회 등은 ‘연명치료 중지에 관한 지침 제정 특별위원회’를 구성하여 ‘연명치료 중지에 관한 지침’을 제정하였다. 이 지침에는 연명치료의 대상, 종류 그리고 절차를 규정하고 있다.

이러한 논의결과에 대하여 보건복지부는 2010년 7월 14일 ‘연명치료중단 제도화 관련 사회적 협의체의 논의결과’를 발표하였다.<sup>7)</sup> 이후 2012년 12월 21일 설치된 ‘무의미한 연명치료 중단 제도화를 위한 특별위원회’는 국가생명

5) 김재윤, 생명의 형법적 보호, 전남대학교출판부, 2014, 200쪽.

6) 장한철, “연명의료결정법의 문제점에 대한 고찰”, 『동북아법연구』, 제10권 제2호, 전북대학교 동북아법연구소(2016), 375쪽.

7) “연명치료중단 제도화 관련 사회적 협의체”는 2009년 12월부터 2010년 6월까지 운영되었으며, 합의사항은 다음과 같다. 1) 연명치료 중단 대상은 말기환자로 제한하고, 지속적 식물상태 환자는 대상에서 제외하되, 말기상태이면 포함한다. 2) 중단 가능한 연명치료 범위에 대해서는 말기환자의 수분·영양공급 등 일반연명치료는 중단될 수 없으며, 심폐소생술, 인공호흡기 등 특수연명치료에 한하여 중단될 수 있다. 3) 말기환자가 연명치료 중단에 관한 의사표시를 하는 경우에는 “사전의료의향서” 작성을 원칙으로 한다. 4) 의사결정기구로서 국가 차원의 정책 심의기구로 보건복지부장관 소속하의 “국가말기의료심의위원회”를, 의료기관별 연명치료중단에 관한 사항을 논의하기 위해 “병원윤리위원회”를 설치, 운영한다.

윤리심의위원회에 ‘연명의료결정에 관한 권고’라는 보고서를 제출하였다.<sup>8)</sup>

## 나. 연명의료결정법 제정의 의미

우리 헌법 제10조는 인간으로서의 존엄과 가치를 보장한다고 규정하고 있다. 인간으로서의 존엄과 가치를 보장받기 위해서는 언제부터 언제까지 이러한 존엄과 가치의 대상이 될 수 있는지 명확하게 규명할 필요가 있다. 일반적으로 사람은 태어나면서부터 존엄의 대상이 되며, 죽으면서 그것을 상실한다고 여긴다. 지금까지 형법은 인위적으로 사람의 생명을 단축하는 행위는 엄격하게 금지하고 있다. 그러나 현대의학과 의료기술의 발전에 따라 인위적으로 인간의 생명을 조절하거나 연장할 수 있는 현실이 실현되었다. 이로 인하여 의사(醫師)의 입장에서는 심각한 딜레마에 빠져들게 된다. 즉 인위적으로 인간의 생명을 조절하거나 연장하는 것에 의사(醫師)가 인위적으로 관여한 경우 형법상 촉탁·승낙에 의한 살인죄 또는 자살관여죄로 형사처벌을 받을 수 있기 때문이다. 이와 반대로 환자의 입장에서는 자연스럽게 죽음을 맞이할 권리의 문제로 여겨진다. 이러한 논의는 이미 존엄사의 허용과 관련하여 많은 논의가 있었으며, 제출된 법률안도 7건에 달한다. 연명의료결정법은 7건의 제출법안<sup>9)</sup>을 통합하고 조정하여 보건복지위원회 대안으로 제안되어 의결되고 제정되었다. 연명의료결정법은 임종과정에 있는 환자의 최선의 이익을 보장하고 자기결정을 존중하여 인간으로서의 존엄과 가치를 보호하기 위하여 제정되었다.

그러나 연명의료결정법은 그동안 사회적으로 많은 논의가 있었던 소극적

---

8) 장한철, 앞의 논문, 378쪽.

9) 제출된 법안을 구체적으로 살펴보면 ① 김세연 의원 대표발의의 “삶의 마지막 단계에서 자연스러운 죽음을 맞이할 권리에 관한 법안”(2014. 3. 3.), ② 신상진 의원 대표발의의 “존엄사법안”(2015. 6. 9.), ③ 김제식 의원 대표발의의 “암관리법 일부개정법률안”(2014. 12. 2.), ④ 이명수 의원 대표발의의 “암관리법 일부개정법률안”(2015. 3. 17.), ⑤ 김춘진 의원 대표발의의 “암관리법전부개정법률안”(2015. 4. 1.), ⑥ 김세연 의원 대표발의의 “호스피스·완화의료에 관한 법률안”(2015. 4. 30.), ⑦ 김재원 의원 대표발의의 “호스피스완화의료의 이용 및 임종과정에 있는 환자의 연명의료결정에 관한 법률안”(2015. 7. 7.) 등이 있다.

안락사 또는 존엄사의 문제를 입법화한 것으로써 그 제정의 의미는 크다고 할 수 있지만, 이를 통해 기존의 안락사나 존엄사의 문제를 완전히 해소되었다고 평가하기는 어렵다. 생(生)의 마지막 결정을 입법적 조치만으로 완전 해결하는 것은 기대하기 어려운 일이다.<sup>10)</sup> 또한 기존의 소극적 안락사 또는 존엄사의 유형과 허용범위와 관련해서도 지속적인 논란이 있을 것이다.<sup>11)</sup> 그리고 연명 의료중단이라고 하는 용어에 대하여도 사용하는 사람에 따라 다르게 파악되고 있어 같은 형상을 두고 서로 다르게 이야기하는 현상이 발생할 가능성이 있다.<sup>12)</sup>

하지만 연명의료결정법은 전술한 바와 같은 부정적인 면이 있음에도 불구하고 긍정적인 면이 존재한다. 구체적으로 살펴보면 연명의료결정법은 그동안 사회적으로 많은 논쟁을 불러일으켰던 회복불가능한 연명치료를 중단함에 있어서 법적으로 해결한 것으로 의사들에게는 연명의료중단행위에 대한 법적 근거를 마련해주었으며, 존엄하게 죽을 권리를 인정하였다는 점에서 큰 의의가 있는 것이다. 다시 말해 2009년 대법원 전원합의체 판결<sup>13)</sup>을 통해서 허용된 연명의료중단행위의 유형과 범위를 확정함과 아울러 이를 실행하는 의사들에게 법적 책임의 범위와 한계를 근거지움으로써 의료행위의 법적 안정성을 확보한 것이라 할 수 있다. 그리고 연명의료결정법은 환자의 자기결정권을 치료행위를 지속할 것인지, 중단할 것인지의 중요한 판단기준으로 인정한 것이다.<sup>14)</sup>

10) 이승호, “안락사 논의와 연명의료 중단 법률의 주요쟁점에 대한 소고”, 『일감법학』, 제35권, 건국대학교 법학연구소(2016), 188쪽.

11) 장한철, 앞의 논문, 379쪽.

12) 김혁돈, 『치료중단, 자살인가?』, 준커뮤니케이션즈, 2013, 38쪽.

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

14) 손미숙, “연명의료중단의 형법이론적 근거”, 『형사정책』, 제28권 제1호, 한국형사정책학회(2016), 36쪽; 장한철, 앞의 논문, 379쪽.

## 2. 연명의료중단의 허용요건과 절차적 요건

연명의료결정법의 기본 원칙은 첫째, 호스피스와 연명의료 및 연명의료중단 등결정에 관한 모든 행위는 환자의 인간으로서의 존엄과 가치를 침해하여서는 아니 된다(제3조 제1항). 둘째, 모든 환자는 최선의 치료를 받으며, 자신이 앓고 있는 상병(傷病)의 상태와 예후 및 향후 본인에게 시행될 의료행위에 대하여 분명히 알고 스스로 결정할 권리가 있다(제3조 제2항). 셋째, 「의료법」에 따른 의료인(이하 “의료인”이라 한다)은 환자에게 최선의 치료를 제공하고, 호스피스와 연명의료 및 연명의료중단 등결정에 관하여 정확하고 자세하게 설명하며, 그에 따른 환자의 결정을 존중하여야 한다(제3조 제3항) 등 세 가지이다. 또한 연명의료결정법 제4조에 의하면 “호스피스와 연명의료, 연명의료중단 등결정 및 그 이행에 관하여 다른 법률에 우선하여 적용한다”고 규정하고 있어 연명의료중단의 허용요건과 절차적 요건은 명확하여야 할 필요성이 있다. 이하에서는 이들의 요건을 살펴보고자 한다.

### 가. 연명의료중단의 허용요건

연명의료중단의 허용요건은 첫째, 연명의료중단 등결정 이행의 대상이어야 하며, 둘째, 이에 대한 환자의 의사(意思)가 있어야 한다. 연명의료결정법은 제15조에서 ‘임종과정에 있는 환자’를 ‘연명의료중단 등결정 이행의 대상’으로 하고 있다. 여기에서 ‘임종과정에 있는 환자’는 연명의료계획서, 사전연명의료의향서 또는 환자 가족에게 자신의 연명의료중단 등결정의 의사(意思)를 전달하여야 한다(연명의료결정법 제15조 제1호). 만약 환자의 의사(意思)를 확인할 수 없는 경우에는 ① 미성년자인 환자의 법정대리인(친권자에 한정한다)이 연명의료중단 등결정의 의사표시를 하고 담당의사와 해당 분야 전문의 1명이 확인한 경우(연명의료결정법 제18조 제1항 제1호), ② 환자가족<sup>15)</sup> 전원의 합의로 연명

15) 여기서 환자가족 중 행방불명자 등 대통령령으로 정하는 사유에 해당하는 사람은 제외한다.



의료중단등결정의 의사표시를 하고 담당의사와 해당 분야 전문의 1명이 확인한 경우(연명의료결정법 제18조 제1항 제2호) 등으로 연명의료중단등결정이 있는 것으로 보게 된다(연명의료결정법 제15조 제2호).

여기에서 연명의료중단등결정 이행의 대상인 ‘임종과정에 있는 환자’란 “담당 의사와 해당 분야의 전문의 1명이 환자가 임종과정에 있다는 의학적 판단을 받은 자”로 규정하고 있다(연명의료결정법 제2조 제2호). 이러한 규정은 외국 법제가 ‘말기상태’를 포함하는 넓은 개념과 비교해 볼 때 매우 엄격한 한정된 범위 내의 연명의료중단등 결정 이행의 대상 환자 규정을 두고 있다.<sup>16)</sup>

연명의료중단의 두 번째 허용요건은 연명의료결정법 제17조 제1항에 규정된 ‘환자의 의사(意思) 확인’으로 다섯 가지로 구분할 수 있다. 구체적으로 살펴보면 ① 의료기관에서 작성된 연명의료계획서가 있는 경우, ② 담당의사가 사전연명의료의향서의 내용을 환자에게 확인하는 경우, ③ 담당의사 및 해당 분야의 전문의 1명이 환자가 사전연명의료의향서의 내용을 확인하기에 충분한 의사능력이 없다는 의학적 판단을 한 경우, ④ 담당의사 및 해당 분야의 전문의 1명이 사전연명의료의향서가 임종과정에 있는 환자에 의하여 직접 작성되었으며 그에 관한 사항을 충분히 설명과 함께 이해한 것을 모두 확인한 경우, ⑤ 앞의 ①부터 ④까지 해당하지 아니하고 19세 이상의 환자가 의사를 표현할 수 없는 의학적 상태인 경우 환자의 연명의료중단등결정에 관한 의사로 보기에 충분한 기간 동안 일관하여 표시된 연명의료중단등에 관한 의사에 대하여 환자가족<sup>17)</sup> 2명 이상의 일치하는 진술(환자가족이 1명인 경우에는 그 1명의 진술을 말한다)이 있으면 담당의사와 해당 분야의 전문의 1명의 확인을 거친 경우<sup>18)</sup>

16) 이재석, “호스피스·완화의료 및 임종과정에 있는 환자의 연명의료결정에 관한 법률에 대한 비판적 고찰”, 『법학연구』, 제64권, 한국법학회(2016), 225쪽.

17) 여기에서 환자가족은 19세 이상인 자로서 배우자, 직계비속, 직계존속 중 어느 하나에 해당하는 사람을 말하며, 배우자, 직계비속, 직계존속에 해당하는 사람이 없는 경우에는 형제자매도 포함된다.

18) 다만 그 진술과 배치되는 내용의 다른 환자가족의 진술 또는 보건복지부령으로 정하는 객관적인 증거가 있는 경우에는 그러하지 아니하다(연명의료결정법 제17조 제1항 제3호 후단).

등이다.

## 나. 연명의료중단의 절차적 요건

연명의료중단의 절차적 요건은 두 가지 측면에서 검토해야 한다. 다시 말해 연명의료를 중단할 것인지를 결정하는 것과 연명의료중단의 결정이 있을 후 이를 이행하는 절차가 있다. 먼저 연명의료중단등결정의 절차는 최우선적으로 환자의 자기결정권, 즉 환자의 의사결정능력이 있는지를 확인하는 절차가 필요하다. 이 경우 첫째, 환자 스스로 작성한 연명의료계획서 또는 사전연명의료의향서가 있는 경우, 둘째, 환자가 자신의 의사(意思)를 표현할 수 없는 경우, 셋째, 환자 스스로 작성한 연명의료계획서 또는 사전연명의료의향서가 없는 경우로 나누어 볼 수 있다.

우선 환자 스스로 작성한 연명의료계획서 또는 사전연명의료의향서가 있는 경우 환자의 자기결정권의 행사 시점과 연명의료중단 시점 사이에 시간적 간격이 있으므로 의사(醫師)의 확인이 필요하다.<sup>19)</sup> 그리고 환자가 자신의 의사(意思)를 표현할 수 없는 경우라면 담당의사 및 해당 분야의 전문의 1명이 충분한 의사능력이 없다는 의학적 판단의 확인이 필요하다. 그러나 환자의 연명의료중단등결정에 관한 의사(意思)로 보기에 충분한 기간 동안 일관하여 연명의료중단등에 관한 의사(意思)를 표시하였다면 환자가족 2명 이상의 일치하는 진술이 있으면 담당의사와 해당 분야의 전문의 1명의 확인을 거치면 이를 환자의 의사(意思)로 보게 된다. 마지막으로 환자 스스로 작성한 연명의료계획서 또는 사전연명의료의향서가 없는 경우, 즉 환자의 의사(意思)를 확인할 수 없고 환자가 의사표현을 할 수 없는 의학적 상태인 경우와 동일하다고 할 수 있다. 이 경우 미성년자인 환자는 법정대리인(친권자)이 연명의료중단등결정의 의사표시를 하고 담당의사와 해당 분야 전문의 1명이 확인하는 절차가 필요하다

---

19) 정철, “연명치료중단판단의 헌법적 검토 -대법원 2009. 5. 21. 선고 2009다17417 판결-”, 『서울대학교 법학』, 제50권 제4호, 서울대학교 법학연구소(2009), 118쪽.

(연명의료결정법 제18조 제1호). 이에 더하여 환자가족 전원의 합의로 연명의료중단등결정의 의사표시를 하고 담당의사와 해당 분야 전문의 1명이 확인하면 연명의료중단등결정이 가능하다(연명의료결정법 제18조 제2호).

다음으로 연명의료중단의 결정이 있는 후 이를 이행하는 절차는 결국 누가 이를 시행할 것인지의 문제이다. 이와 관련하여 연명의료결정법은 제19조에서 담당의사가 연명의료중단등결정을 이행할 수 있도록 규정하고 있다. 그러나 연명의료중단등결정 이행시 통증 완화를 위한 의료행위와 영양분 공급, 물 공급, 산소의 단순 공급은 시행하지 아니하거나 중단하지 못하고 있다(연명의료결정법 제19조 제2항). 그리고 만약 담당의사가 연명의료중단등결정의 이행을 거부할 경우 해당 의료기관의 장은 윤리위원회의 심의를 거쳐 담당의사를 교체하도록 하고 있다(연명의료결정법 제19조 제3항).<sup>20)</sup>

### Ⅲ. 연명의료결정법의 문제점과 개선방안

#### 1. 연명의료중단등결정 이행 대상의 문제

연명의료결정법의 입법과정에서 논의된 연명의료중단등결정의 대상 환자는 말기환자, 임종환자 그리고 지속적 식물상태의 환자 등이었다. 대한의사협회에서 제정한 ‘연명치료중지에 관한 지침’은 앞의 세 가지 환자를 모두 포함하는 것으로 규정하고 있다. 이에 반하여 연명의료결정법 제15조는 연명의료중단등결정 이행의 대상을 ‘임종과정에 있는 환자’로 한정하여 규정하였다. 그리고 연명의료결정법 제2조에서 ‘임종과정에 있는 환자’는 “회생의 가능성이 없고, 치료에도 불구하고 회복되지 아니하며, 급속도로 증상이 악화되어 사망에 임박한

---

20) 이 경우 담당의사에게 해고, 불리한 처우를 하지 못하도록 규정하고 있다(연명의료결정법 제19조 제3항 후단).

상태에 있는 환자로 담당의사와 해당 분야의 전문의 1명으로부터 임종과정에 있다는 의학적 판단을 받은 자”라고 규정하였다. 그리고 연명의료결정법 제2조 제5호에서 ‘연명의료중단등결정’은 “임종과정에 있는 환자에 대한 연명의료를 시행하지 아니하거나 중단하기로 하는 결정”이라고 정의하고 있다.

그렇다면 연명의료결정법은 어떠한 이유로 연명의료중단등결정의 대상을 ‘임종과정에 있는 자’로만 한정하여 규정한 것인지 의문이 들게 된다. 연명의료결정법 제2조 제3호에서 ‘말기환자’<sup>21)</sup>는 “암, 후천성면역결핍증, 만성 폐쇄성 호흡기질환, 만성 간경화, 그 밖에 보건복지부령으로 정하는 질환에 대하여 적극적인 치료에도 불구하고 근원적인 회복의 가능성이 없고 점차 증상이 악화되어 수개월 이내에 사망할 것으로 예상되는 진단을 받은 환자”라고 규정하고 있다.

연명의료결정법은 ‘임종과정에 있는 환자’와 ‘말기환자’를 서로 다른 것으로 구별하여 정의하고 있으며, 법적용에 있어서도 차이가 있다. 즉 ‘임종과정에 있는 환자’는 연명의료중단등결정의 대상이 되지만, ‘말기환자’는 호스피스·완화의료의 대상이 된다. 즉 이러한 개념 정의에 따르면 ‘임종과정에 있는 환자’와 ‘말기환자’ 사이에서 구별되는 것은 시간적 간격이다. 이처럼 입법된 이유는 이른바 ‘김 할머니 사건’의 대법원 판결에서 밝힌 “의학적으로 환자가 의식의 회복가능성이 없고 생명과 관련된 중요한 신체기능의 상실을 회복할 수 없으며 환자의 신체 상태에 비추어 짧은 시간 내에 사망에 이를 수 있음이 명백한 경우”<sup>22)</sup>를 반영한 것이라 여겨진다. 그러나 치료에도 불구하고 회생가능성이 없으며, 회복되지 아니하는 말기의 중증 환자의 경우에도 질병의 호전을 사실상 포기

---

21) ‘말기환자’에 해당할 수 있는 대상 병명으로 암, 후천성면역결핍증, 만성 폐쇄성 호흡기질환, 만성 간경화, 그 밖에 보건복지부령으로 정하는 질환으로 한정하여 입법하였다. 그러나 말기환자에 포함될 수 있는 병명은 이보다 더 다양하게 존재할 수 있다. 그러함에도 불구하고 이와 같이 입법한 것은 합당하지 않다는 견해가 있다. 이 견해에 따르면 연명의료결정법은 연명의료중단의 문제와 호스피스·완화의료의 문제를 묶어 다루었기 때문이라고 한다(박형욱, “환자연명의료결정법의 제정과 과제”, 『저스티스』, 통권 제158-3호, 한국법학원(2017), 696쪽).

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

한 상태에서 오로지 현 상태 유지를 위한 치료에 불과한 경우라면 연명의료중단등결정의 길을 열어주어야 한다는 주장이 있다.<sup>23)</sup> 여기에서 더 나아가 연명의료결정법의 입법취지를 살리기 위해서 지속적 식물상태 환자도 연명의료중단등결정의 대상에 포함시켜야 한다는 주장도 있다.<sup>24)</sup>

연명의료결정법의 개념정의에 따르면 ‘임종과정에 있는 환자 = 말기환자’라는 등식이 성립하지 않는다고 할 수 있다. 과연 이러한 등식이 올바른지에 대하여 의문이 든다. 이에 대하여 ‘수일 사망 = 수개월 사망’이 어떻게 같을 수 있는지 반론이 가능할 것이다. 그러나 생명의 종기에 대하여 어느 누구도 확정적으로 단언할 수 있는 문제의 성질도 아니며, 그렇게 되어서도 안 되는 문제이다. 이와 같은 견해라고 하더라도 전문가인 의사(醫師)의 의학적 판단을 인정하지 않거나 무시하는 것은 결코 아니다. 가령 담당의사와 해당 분야의 전문의에 의하여 ‘말기환자’라는 판단을 받았지만 수개월이 아닌 수일 내에 사망하는 결과는 발생할 수 있으며, 이와는 반대로 ‘임종과정에 있는 환자’라는 의학적 판단을 받았지만 수개월 생명을 유지할 가능성도 있는 것이다.

따라서 연명의료결정법은 ‘임종과정에 있는 환자’와 ‘말기환자’를 구별하고 있지만 이러한 구별 없이 ‘말기환자’의 경우에도 연명의료중단등결정의 대상으로 포함시킬 필요가 있다고 본다. 그러나 지속적 식물상태의 환자의 경우에는 보다 세밀한 판단기준이 설정된 이후, 즉 지속적 식물상태에 있더라도 임종과정에 있는 환자와 거의 동등한 상태라는 의학적 판단과 연명의료결정법에 규정된 절차에 적합한 경우라면 연명의료중단등결정의 대상으로 포함되어야 할 것이다.

## 2. 연명의료중단등결정의 의학적 판단기준의 문제

연명의료결정법 제16조는 “연명의료중단등결정을 이행하기 전에 해당 환자가

23) 이재석, 앞의 논문, 225쪽.

24) 장한철, 앞의 논문, 391쪽.

임종과정에 있는지 여부를 해당 분야의 전문의 1명과 함께 판단하고 그 결과를 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 기록하여야 한다”고 규정하고 있다. 여기에서 연명의료중단등결정 판단은 환자의 담당의사와 해당 분야의 전문의 1명이 하고, 그 판단의 주된 내용은 ‘환자가 임종과정에 있는지 여부’이다. 여기에서 환자가 임종과정에 있는지의 판단기준은 첫째, 회생불가능성, 둘째, 치료회복 불가능, 셋째, 급속한 증상악화로 인한 임박한 사망 상태 등이라는 세 가지 요건에 대한 의학적 판단을 필요로 한다(연명의료결정법 제2조 제1호). 그러나 이러한 판단기준에도 불구하고 연명의료중단등결정을 위한 구체적이고 객관적인 판단기준이라 평가하기 어렵다.<sup>25)</sup> 다시 말해 어떠한 경우가 회생불가능하며, 치료에도 불구하고 회복이 불가능한지 그리고 사망이 임박한 상태인지에 대한 명확한 의학적 판단기준을 제시하고 있지 않다.

이처럼 연명의료결정법과 그 하위법령에는 ‘임종과정에 있는 환자’의 의학적 판단기준을 입법적으로 해결하고 있지는 않지만, 보건복지부는 임종과정에 대한 의학적 판단기준을 의료계와 협의하여 그 기준을 마련하였다. 그러나 이는 향후 가이드라인 형태로 배포할 예정이라고 밝히고 있다.<sup>26)</sup> 이에 대한 구체적 내용을 살펴보면 임종기는 급성 질환(acute illness) 환자, 만성 질환(chronic illness) 환자,<sup>27)</sup> 만성중증 질환 환자,<sup>28)</sup> 체외막 산소화장치(extracorporeal membrane oxygenation, ECMO) 적용 환자<sup>29)</sup>의 4가지 임상 상황 등으로 나누어 판단할

25) 같은 견해로 장한철, 앞의 논문, 389쪽.

26) 보건복지부, “암 외의 만성간경화, AIDS, 만성폐쇄성호흡기질환도 8월부터 호스피스 대상 된다!”, 보도자료, 2017. 3. 22., 보건복지부, 2쪽.

27) 급성 및 만성 질환 환자의 경우 임종기는 담당의사의 판단으로 수일 내지 수주 내에 환자의 상태가 악화되고 사망이 예상되어 환자와 환자가족과 임종 돌봄에 관한 논의가 구체적으로 시행되는 시점을 말한다(대한의학회, 말기와 임종과정에 대한 정의 및 의학적 판단지침, 대한의학회, 2016. 11., 9쪽).

28) 만성중증질환환자의 경우 임종기는 담당의사의 판단으로 더 이상 환자가 생존하기 어려워 환자와 환자가족과 연명의료중단등결정에 대하여 구체적인 논의를 하는 시점을 말한다(대한의학회, 앞의 자료, 9쪽.)

29) 체외막 산소화장치 적용 환자의 경우 임종기는 담당의사의 판단으로 기저질환의 회복 소견이

수 있다.<sup>30)</sup> 그리고 임종 전 발생하는 7가지 신경학적 징후<sup>31)</sup>를 제시하고 있으며, 제시된 징후들을 근거로 하여 담당의사의 판단이 임종 예측력을 높일 것으로 예상된다고 밝히고 있다.<sup>32)33)</sup>

결국 이 문제는 연명의료결정법에 명확하게 규정하는 것이 바람직하지만, 이러한 입법이 가능하지 않다고 한다면 차선택으로라도 반드시 하위법령 등에서 구체적으로 그 기준을 입법되어야 할 필요성이 있다. 즉 환자의 상태에 대한 의학적 측면에서의 객관적인 기준들이 열거되어 이 기준들에 입각하여 임종 과정에 있는 환자가 정확하게 판단되어야 할 것이다.<sup>34)</sup> 환자의 임종과정에 있는지 여부의 판단은 현실적으로 의사(醫師)의 전문적 판단에 의할 수밖에 없기 때문에 이에 대한 오진가능성 또는 남용의 소지를 최소화할 수 있는 방안이 필요하기 때문이다. 이러한 구체적 판단기준은 「장기등 이식에 관한 법률시행령」이 ‘뇌사판정의 기준’을 구체적으로 규정한 바와 같이 연명의료결정법에서도 가능할 것이라 판단된다.<sup>35)</sup>

---

없으면서 다발성 장기 부전이 진행되거나 장기이식의 대상자 또는 기계적 생명보조장치의 대상자가 되지 않는 경우, 환자와 환자가족과 체외막 산소화장치의 지속 또는 중지를 논의하는 시점을 말한다(대한의학회, 앞의 자료, 9쪽).

30) 대한의학회, 앞의 자료, 9쪽.

31) 임종 전 발생하는 7가지 신경학적 징후는 ① 시각 자극에 대한 반응 저하, ② 목의 과신전, ③ 코입술주름의 늘어짐, ④ 동공반사의 소실, ⑤ 음성 자극에 대한 반응 저하, ⑥ 성대에서 그렁거림, ⑦ 눈꺼풀 닫힘이 안 됨 등이다(대한의학회, 앞의 자료, 9쪽.).

32) 대한의학회, 앞의 자료, 21쪽.

33) 이와 더불어 대한의학회는 연명의료결정법 제2조 제3호의 ‘말기환자’의 진단 기준으로 암, 후천성면역결핍증, 만성 폐쇄성 호흡기질환, 만성 간경화에 대해 우선적으로 말기 진단 기준을 제시하였다. 이에 관한 자세한 내용은 대한의학회, 앞의 자료, 6~8쪽; 보건복지부, 앞의 보도자료, 8쪽 참조.

34) 최경석, “호스피스·완화의료 및 연명의료결정에 관한 법률의 쟁점과 향후 과제”, 『한국의료윤리학회지』, 제19권 제2호, 한국의료윤리학회(2016), 124쪽.

35) 장한철, 앞의 논문, 390쪽.



### 3. 환자의 자기결정권의 문제 - 연명의료계획서와 사전연명의료의향서

연명의료결정법은 제1조에서 그 목적을 “환자의 최선의 이익을 보장하고 자기결정을 존중하여 인간으로서의 존엄과 가치를 보호”라고 명시하고 있다. 최근 의료행위와 관련한 분쟁에서 대두되는 쟁점은 ‘환자의 자기결정권’이다. 이러한 ‘환자의 자기결정권’이 생명의 처분과 관련하여 어느 정도까지 허용할 것인지는 이익형량과 가치판단의 영역으로 각국의 입법태도에 따라 달라진다.<sup>36)</sup> 그러나 무엇보다도 연명의료중단등결정의 당사자는 환자 본인이며, 당사자의 의사(意思)가 가장 핵심적 요소가 되는 것이다.<sup>37)</sup>

연명의료결정법은 환자의 자기결정권을 확인하는 방법으로 사전연명의료의향서와 연명의료계획서를 도입하고 있으며, 이와 같은 환자의 의사(意思)를 명확하게 확인할 수 있는 문서가 없는 경우도 상정하여 입법하였다. 여기에서 사전연명의료의향서는 사전의료지시(Advance Directives)라고 불리는 것으로 미리 연명의료 중단 등에 대한 환자 본인의 의사(意思)를 명확하게 작성하여 보관하는 방식이다. 그리고 연명의료계획서(Physician Order for Life Sustaining Treatment, POLST)는 환자 본인 및 가족과 합의한 후 결정된 계획에 대한 의사(醫師)의 의료적 결정이다.<sup>38)</sup>

연명의료결정법 제2조 제9호에서 사전연명의료의향서는 “19세 이상인 사람이 자신의 연명의료중단등결정 및 호스피스에 관한 의사(意思)를 직접 문서로 작성한 것”으로 규정하고 있다. 그리고 연명의료계획서는 연명의료결정법 제2조 제8호에서 “말기환자등의 의사(意思)에 따라 담당의사가 환자에 대한 연명의료중단등결정 및 호스피스에 관한 사항을 계획하여 문서로 작성한 것”이라고

36) 최윤정, “연명치료중단제도의 도입에 따른 법적 쟁점에 관한 연구”, 『사법논집』, 제63집, 사법발전재단(2016), 466~467쪽.

37) 최윤정, 앞의 논문, 479쪽.

38) 박미숙/강태경/김현철, 일명 웰다잉법(존엄사법) 시행에 따른 형사정책적 과제, 한국형사정책연구원, 2016, 106쪽.



명시하고 있다. 이러한 사전연명의료의향서와 연명의료계획서는 신체와 생명에 대하여 환자 스스로 처분을 결정하는 것으로 엄격한 법률적 방식으로 행해져야 하며, 그러하지 않을 경우 그 정당성을 부여하기 어려울 것이다.<sup>39)</sup>

연명의료중단등결정에 있어서 환자의 의사(意思)를 확인할 수 있는 경우에는 별다른 문제가 발생할 여지는 없지만, 그러하지 않은 경우에는 다양한 문제가 발생할 개연성이 존재한다. 즉 환자에게 의사결정능력이 없는 경우와 환자의 의사(意思)를 확인하기 불가능한 경우 등으로 구분하여 확인하여야 한다. 전자의 경우에는 환자가 사전연명의료의향서나 연명의료계획서를 작성한 경우와 작성하지 않은 경우로 구분하여 살펴볼 필요가 있다. 이러한 경우 대부분 환자의 의사(意思)를 확인할 수 없으므로 환자의 의사(意思)를 추정할 수밖에 없다. 환자의 의사(意思)를 추정할 수 있는 방법은 환자의 가족에 의한 방법이며, 연명의료결정법도 이를 제도화하였다.

구체적으로 살펴보면 연명의료결정법 제17조 제1항 제3호는 ‘환자가 의사(意思)를 표현할 수 없는 상태인 경우’에는 ‘배우자, 직계비속, 직계존속, 형제자매’ 등 2명 이상<sup>40)</sup>의 일치하는 진술, 즉 ‘환자의 연명의료중단등결정에 관한 의사(意思)로 보기에 충분한 기간 동안 일관하여 표시된 연명의료중단등에 관한 의사(意思)’가 있고, 담당의사와 해당 분야의 전문의 1명의 확인을 거치면 이를 환자의 의사(意思)로 추정하고 있다. 그리고 환자의 의사(意思)를 확인할 수 없는 경우에는 1) 미성년자인 환자의 법정대리인(친권자)이 연명의료중단등결정의 의사표시를 요하며, 2) 환자가족 전원의 합의로 연명의료중단등결정의 의사표시가 있으면 환자의 의사(意思)로 추정하게 된다(연명의료결정법 제18조 제1항 제1호, 제2호).

이처럼 환자에게 의사결정능력이 없다고 하여 환자의 신체와 생명을 침해하는 행위인 연명의료중단등결정을 가족의 의사(意思)라고 하여 행하는 것은 환자의

---

39) 박미숙/강태경/김현철, 앞의 책, 106쪽.

40) 환자가족이 1명인 경우에는 그 1명의 진술을 말한다(연명의료결정법 제17조 제1항 제3호).

인간으로서의 존엄과 가치에 반하는 결과를 초래할 가능성이 있다. 결국 이것은 환자의 명시적 의사표시가 없으며, 사전연명의료의향서가 없는 경우 환자의 의사(意思)를 어떻게 추정하며, 그 추정의 입증 수준은 어느 정도가 되어야 하는가의 문제이다. 이와 관련하여 대법원은 “의사(意思)를 추정하는 방식은 객관적이어야 하고 그 기준이 되는 것은 환자의 최선의 이익이며, 그러한 기준에 부합되는지의 여부를 판단하는데 있어 환자의 평소 신념 등을 종합적으로 고려하여야 한다”고 판시하였다.<sup>41)</sup>

현재 환자가 의사결정을 할 수 있는 상황이 아닌 경우에는 대법원의 판시처럼 환자가 평소 자신의 소신에 대한 이야기들이 존재한다면 연명의료결정법처럼 가족들의 합의된 의사(意思)로 환자의 의사(意思)를 추정할 수 있을 것이다. 그러나 평소의 신념이 어떠한 지 명확하지 않은 경우라면 어떻게 할 것인지 문제가 될 것이다. 만약 환자가 엄청난 재산을 소유하고 있는 경우라면 환자의 의사(意思)를 추정하는 것은 또 다른 분쟁의 소지를 남기게 될 수 있다. 그러나 이러하다고 하여 가족들의 의사(意思)를 전면적으로 부정하기도 어려울 것이다.

이와 같은 문제를 해결하기 위한 방법으로 중립적 기관을 통한 확인 및 평가 절차가 필요하다고 생각이 든다. 예를 들면 법원, 국가생명윤리위원회, 한국의료분쟁조정원 등의 국가기관을 통한 객관적이고 중립적인 기관에서 환자의 의사(意思)를 추정하는 규범적 절차를 거치는 과정이 필요할 것이다.<sup>42)</sup> 이처럼 제안하는 이유는 연명의료중단등결정에 있어서 환자의 의사(意思)를 추정 방식에 대한 절차적 정당성을 확보하고자 하는 것이다. 이처럼 객관적이고 중립적인 기관을 새롭게 설치하여 운영하는 것은 연명의료결정법 제14조에 규정된 ‘의료기관윤리위원회’를 무력화시킬 수 있는 것이며, 옥상옥이 될 수도 있다. 이러함에도 불구하고 중립적 기관을 설치하여 운영하고자 함은 앞에서 살펴본

---

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

42) 최윤정, 앞의 논문, 485쪽.

바와 같이 연명의료결정법은 이에 대하여 규정하고는 있지만, 이를 결정함에 있어서 절차적 정당성을 한 번 더 담보하여 혹시라도 있을지 모르는 불상사를 미연에 방지하고자 하는 것이다.

만약 이러한 방법으로 시행하는 것이 어렵다면 연명의료결정법 제14조에 의하여 설립되는 ‘의료기관윤리위원회’를 통하여 이를 수행하는 것도 하나의 방법이 될 것이다.<sup>43)</sup> 구체적으로 살펴보면 연명의료결정법 제14조 제2항 제1호에서 “연명의료중단등결정 및 그 이행에 관하여 임종과정에 있는 환자와 그 환자 가족 또는 의료인이 요청한 사항에 관한 심의”를 수행하도록 규정하고 있다. 그러나 연명의료결정법의 ‘의료기관윤리위원회’는 심의를 함에 있어서 위원회가 직접 강제성을 가지고 있는 것이 아니라 환자와 그 환자 가족 또는 의료인이 요청한 사항에 관하여 심의를 하는 것으로 앞에서 설명한 연명의료중단등결정에 있어서 환자의 의사(意思)를 추정하는 기관으로는 부족하다. 따라서 이를 보완하기 위해서는 ‘의료기관윤리위원회’가 환자의 의사(意思)를 확인할 수 없는 경우 반드시 심의할 수 있도록 변경하는 것이 바람직할 것으로 판단된다. 이러한 변화는 사람의 생명을 다루는 일이므로 어느 순간보다 신중하고 엄격한 절차가 필요할 것이다.

#### 4. 벌칙규정의 문제점과 개선방안

연명의료결정법은 여러 가지 중요한 범위반행위에 대하여 벌칙(제39조 내지 제40조), 자격정지의 병과(제41조), 양벌규정(제42조), 과태료(제43조) 등을 규정하고 있다(제39조 내지 제43조).<sup>44)</sup> 이러한 제재 중에서 가장 중요한 범위반행위는 연명의료중단등결정의 대상이 아닌 자에 대하여 연명의료중단등결

---

43) 이재석, 앞의 논문, 237쪽.

44) 이 규정들 중에서 제39조 제1항과 제2항, 제40조, 제43조 제1항, 제43조 제2항 제1호, 제43조 제3항 제2호는 2018년 2월 4일부터 시행된다.

정을 이행한 경우라 할 수 있다. 이에 대하여 연명의료결정법 제39조 제1호는 이를 실행한 경우 “3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다”고 규정하고 있다. 연명의료중단의 이행은 형법상 살인죄 등과 같은 맥락에서 이해하는 것이 일반적이며, 앞의 법규정에 의할 경우 형법상 살인죄 등의 규정이 적용 가능한 경우로 ‘사형, 무기 또는 5년 이상의 징역’에 처할 수 있다. 그러나 이와 같은 경우라도 형법이 적용되는 것이 아니라 연명의료결정법 제4조에 의하여 다른 법률에 우선하여 적용되어 형벌이 대폭 완화되어 위반자에게 혜택을 주는 것으로 여겨질 수 있다. 이러한 입법이 단순히 입법적 실수인지, 아니면 다른 이유가 있는지 의문이 든다.<sup>45)</sup>

연명의료결정법은 ‘위법성이 조각되는 요건과 절차’의 마련이라는 의미를 지닌다.<sup>46)</sup> 위법성조각의 요건과 절차가 되기 위한 전제는 구성요건에 해당하는 행위가 존재해야 한다. 연명의료결정법 제39조 제1호는 구성요건에 해당할 수 있는 행위를 “제15조를 위반하여 연명의료중단등결정 이행의 대상이 아닌 사람에게 연명의료중단등결정 이행”으로 규정하고 있다. 그리고 그 행위자는 ‘연명의료중단등결정 이행을 한 자’로 명시하고 있으며, 연명의료중단등결정을 이행하는 행위의 원인은 여러 가지 형태로 발생할 수 있다. 다시 말해 형법이론상 위법성조각사유 전제사실의 착오에 해당할 수 있는 환자의 의사(意思), 즉 동의가 있었다고 오인하여 실행한 경우라든지, 담당의사와 해당 분야 전문의의 의학적 판단에 실수가 있는 경우라든지, 촉탁승낙에 의한 실행 등을 생각해 볼 수 있다. 이와 같은 다양한 원인행위가 있음에도 불구하고 연명의료결정법은 그 처벌을 행위자, 즉 의사(醫師)로만 한정하고 있는 것은 아닌지 하는 의문이 든다. 그리고 이러한 경우의 법적 평가와 그에 따른 불법성이 동일하다고 평가하기는 어렵다.

그리고 연명의료결정법 제39조 벌칙규정은 ‘기록 허위작성의 죄’(제39조 제2호)와 ‘정보유출의 죄’(제39조 제3호)를 ‘연명의료중단등결정의 대상이 아닌

45) 연명의료결정법 제정과정에서 벌칙규정의 형평성에 대한 문제는 논의되지 않았다.

46) 이승호, 앞의 논문, 208쪽.

자에 대한 연명의료중단등결정을 이행’(제39조 제1호)과 동일한 법정형으로 규정하고 있다. 이와 관련하여 연명의료결정법의 처벌규정은 그 절차위반에 대한 것으로 거동범으로 해석하고, 그에 따른 결과에 대한 형법상 범죄, 즉 살인죄, 상해죄, 유기치사죄 등은 각각 성립한다고 해석해야 한다는 주장이 있다.<sup>47)</sup>

그러나 연명의료중단등결정의 대상이 아닌 자에 대한 연명의료중단등결정을 이행하는 것이 과연 절차위반인지 의문이 든다. 연명의료중단등결정을 이행한다는 의미는 연명의료결정법에 따르면 수시간 내지 수일 내에 사망하는 것이다. 이는 이른바 ‘의학적 사형선고’로 받아들일 수 있다. 일반적으로 절차를 위반한다는 의미는 최종의 결과를 도출하는 과정에서 이루어지는 일련의 행위라고 표현할 수 있을 것이다. 예를 들어 연명의료결정법에서 연명의료중단등결정의 대상 환자가 되기 위해서는 1) 환자가 스스로 결정하고, 2) 담당의사와 해당 분야 전문의의 의학적 판단, 3) 연명의료중단등결정, 4) 연명의료중단등결정의 이행 등이라는 순서와 그 기준에 맞는 진행을 하게 된다. 여기에서 1) 내지 4)의 과정에 대한 일련의 행위를 위반한 것을 절차적 위반이라 표현하는 것이 바람직하지 않을까 한다. 그리고 그에 따른 결과에 대한 형법상 개별 책임을 부과할 수 있는지도 의문이 든다. 왜냐하면 앞에서 서술한 바와 같이 연명의료결정법 제4조는 ‘다른 법률에 우선하여 적용한다’고 규정하고 있으며, 그 전제조건으로 ‘호스피스와 연명의료, 연명의료중단등결정 및 그 이행’이라고 규정하고 있기 때문이다.

연명의료결정법상 벌칙규정에 대한 입법자의 의도를 명확하게 파악하기는 어렵다. 아마도 입법자의 의도는 지극히 정상적인 의료행위를 했음에도 불구하고 형법상 살인죄 등의 죄책에서 자유로울 수 없었던 상황을 연명의료결정법을 통하여 의사(醫師)의 이러한 의료행위에 대한 법적 안정성을 부여할 뿐만 아니라, 이를 이행한 환자의 가족들에 대해서도 동일한 효과를 거두기 위한 것

---

47) 이석배, “소위 「연명의료결정법」의 주요 내용과 현실적용에서 쟁점과 과제”, 『법학논총』, 제29권 제3호, 국민대학교 법학연구소(2017), 332쪽.

으로 추측된다. 그러나 이러한 의도로 입법되었다고 하더라도 법률의 규정은 명확하고 그 의도가 분명해야 한다. 따라서 이러한 입법방식은 조속히 시행 전에 개정이 필요하다.<sup>48)</sup> 개정을 함에 있어서 법률의 규정을 보다 더 세분화할 필요가 있다. 즉 연명의료중단등결정의 절차 등과 관련한 위반과 그에 따른 결과에 대하여 명확하게 구분하여 규정하여야 할 것이다.

#### IV. 결 론

우리 헌법이 밝히고 있듯이 사람은 천부적 인권을 가지며 태어나면서부터 죽을때까지 존엄과 가치를 가지며, 법이 인정한 다양한 권리를 향유한다. 지금까지 언제부터 사람이 되는지, 언제부터 사망한 것인지 여러 논의가 있었다. 특히 사람의 죽음과 관련하여 언제부터 사망에 이르게 된 것인지 다양한 견해가 있다. 이와 더불어 치유가 불가능하거나 회생불가능한 상태에 놓여 있는 환자에게 계속하여 연명치료를 할 것인지, 아니면 이를 중단할 것인지의 문제에 대한 논의도 지속적으로 진행되어 왔다. 이 문제는 안락사라는 문제로 논의가 되었으며, 의학계에서는 이보다 넓은 개념으로 연명의료중단이라는 개념을 사용하면서 논의가 되었다. 이와 같은 논의가 가능한 것은 현대의학과 의료기술의 급속한 발달로 인하여 인위적으로 인간의 생명을 조절하거나 연장할 수 있는 현실이 실현되었기 때문이다.

이러한 논의의 시발점은 이른바 ‘보라매 병원’ 사건에서 출발하였으며, 이른바 ‘김 할머니 사건’을 통해서 그 정점에 도달하였다. 그 정점의 결과물은 다름 아닌 ‘연명의료결정법’이며, 이 법은 그동안 안락사 허용문제와 관련하여 제출된 7건의 법안을 통합하고 조정하여 제정된 것이다. 연명의료결정법은 형법상 범죄로

---

48) 같은 견해로 이승호, 앞의 논문, 209쪽. 연명의료결정법 제39조의 시행은 2018년 2월 4일이므로 개정할 수 있는 시간적 여유는 충분하다고 판단된다.

될 수 있는 의료행위의 한 영역을 법제화함으로써 범죄화에서 비범죄화로 전환되었으며, 그 정당화 근거를 마련한 것이라 볼 수 있다. 그러나 연명의료결정법의 제정은 연명의료중단등결정에 대한 법적 문제를 입법을 통하여 해결하였다는 긍정적인 면이 있는 반면, 기존의 안락사나 존엄사의 문제를 완전히 해소되었다고 평가하기는 어렵다는 부정적인 면이 공존하고 있다. 이처럼 연명의료결정법은 다년간 다양한 논의끝에 제정되었지만 동전의 양면처럼 보여진다.

연명의료결정법은 현재 시행을 앞두고 있다. 다양한 논의과정을 거치고 사회적 공감대가 형성된 사안이라고 할지라도 부정적인 면이 다수 존재하고, 이를 수정해야 할 필요성이 강하게 제기된다면, 이를 해소하는 것은 당연한 일일 것이다. 무엇보다 연명의료결정법은 사람의 생명을 인위적으로 단축하는 것으로 더욱 더 신중해야 할 필요가 있다. 따라서 지금까지 제기된 문제를 다시 논의하여 연명의료결정법은 제정 당시의 목적을 충실히 달성할 수 있는 방향으로 신속하게 개정해야 할 것이다.

## 참 고 문 헌

### 단행본

김재윤, *생명의 형법적 보호*, 전남대학교출판부, 2014.

### 논 문

박형욱, “환자연명의료결정법의 제정과 과제”, 「저스티스」, 통권 제158-3호, 한국법학원(2017).

손미숙, “연명의료중단의 형법이론적 근거”, 「형사정책」, 제28권 제1호, 한국형사정책학회(2016).

이석배, “소위 「연명의료결정법」의 주요 내용과 현실적용에서 쟁점과 과제”, 「법학논총」, 제29권 제3호, 국민대학교 법학연구소(2017).

이승호, “안락사 논의와 연명의료 중단 법률의 주요쟁점에 대한 소고”, 「일감법학」, 제35권, 건국대학교 법학연구소(2016).

이재석, “호스피스·완화의료 및 임종과정에 있는 환자의 연명의료결정에 관한 법률에 대한 비판적 고찰”, 「법학연구」, 제64권, 한국법학회(2016).

장한철, “연명의료결정법의 문제점에 대한 고찰”, 「동북아법연구」, 제10권 제2호, 전북대학교 동북아법연구소(2016).

정 철, “연명치료중단판단의 헌법적 검토 -대법원 2009. 5. 21. 선고 2009다17417 판결-”, 「서울대학교 법학」, 제50권 제4호, 서울대학교 법학연구소(2009).

최경석, “호스피스·완화의료 및 연명의료결정에 관한 법률의 쟁점과 향후 과제”, 「한국의료윤리학회지」, 제19권 제2호, 한국의료윤리학회(2016).

최윤정, “연명치료중단제도의 도입에 따른 법적 쟁점에 관한 연구”, 「사법논집」, 제63집, 사법발전재단(2016).



## 기타자료

김혁돈, 치료중단, 자살인가?, 준커뮤니케이션즈, 2013.

대한의학회, 말기와 임종과정에 대한 정의 및 의학적 판단지침, 대한의학회, 2016. 11.

보건복지부, “암 외의 만성간경화, AIDS, 만성폐쇄성호흡기질환도 8월부터 호스피스 대상 된다!”, 보도자료, 2017. 3. 22., 보건복지부.

박미숙/강태경/김현철, 일명 웰다잉법(존엄사법) 시행에 따른 형사정책적 과제, 한국 형사정책연구원, 2016.

【 ABSTRACT 】

## The Problems and Future Tasks of the Act of Hospice Palliative Care and Withdrawing Life Sustaining Treatment

Sun, Jong-Soo<sup>\*</sup>

People think seriously about how to finish their life and want to end their life naturally without pain. Yet, death is not a problem for anyone to decide, and we must not let anyone die artificially. Regarding artificial death, different discussions have been on in our society including euthanasia, death with dignity, and withdrawal of life sustaining treatment. As the result of these discussions, the law legislated through the combination and adjustment of 7 bills submitted in relation to the permission of euthanasia so far as for the problem of the approval of euthanasia is the Act of Hospice Palliative Care and Withdrawing Life Sustaining Treatment.

This law includes decriminalization of the criminal medical acts that can be regarded as offense by the criminal law, and guarantees their legitimacy by

---

<sup>\*</sup> Visiting Scholar, Applied Studies of Law School, Southwest University of Political Science and Law, Ph. D. in Law.

law. It is questionable whether this legislative resolution is complete enough for 'a patient's best interest to be secured, for self-determination to be respected and for dignity and value as a human being to be protected' as clarified in the purpose of the Act of Hospice Palliative Care and Withdrawing Life Sustaining Treatment. It has legally settled the suspension of life sustaining treatment with an irreparable injury, and has the positive aspects that it has found legal grounds for doctors to stop life sustaining treatment and acknowledged a patient's right to die with dignity. However, there are many negative aspects, too, for instance, the matter of the permissible range of the withdrawal of life sustaining treatment, uncertain standards for medical judgements, such as the withdrawal of life sustaining treatment, a patient's right of self-determination and penal provisions.

The Act of Hospice Palliative Care and Withdrawing Life Sustaining Treatment will be enforced from August 4th, 2017, but the matters connected with the decisions of withdrawing life sustaining treatment will be implemented from February 4th, 2018. Even though social consensus has been formed along with diverse discussions, if there are many negative aspects, and the necessity to correct them definitely has been raised strongly, solving the problems will be a natural step. Above all, the Act of Hospice Palliative Care and Withdrawing Life Sustaining Treatment is to shorten a person's life artificially, and requires close attention and cautions. Therefore, the Act of Hospice Palliative Care and Withdrawing Life Sustaining Treatment should be revised rapidly through re-discussion on the problems raised so far so that it can accomplish the goal set at the time of legislation fully.

**Key words :** patient of terminal, advance directive, euthanasia, withdrawal of life-sustaining treatment, physicians orders for life sustaining treatment; POLST, death with dignity, self-determination of the patient