

응급의료에서의 설명·동의 원칙과 응급의료거부죄

이 정 은*

I. 서론

II. 응급의료와 의료행위에 대한 설명·동의의 원칙

1. 응급의료에서 설명·동의 원칙 개괄
2. 응급의료에서 설명·동의 원칙의 예외
3. 응급환자의 동의능력으로서 의사결정능력 판단 기준
4. 소결

III. 응급의료의무와 자기결정권의 충돌 문제

1. 응급의료종사자의 이익형량의무
2. 응급의료의무와 설명의무 사이 우선순위 판단
3. 소결

IV. 응급의료에서의 설명·동의 원칙과 응급의료거부죄

1. 응급의료거부죄의 구성요건
2. 응급의료거부죄의 소극적 구성요건으로서 '정당한 사유'
3. 응급의료 상황에서 설명·동의 원칙이 문제되는 경우
4. 소결

V. 입법과제

1. 미성년자에 대한 응급의료의무 조항 신설
2. 응급환자의 '의사결정능력' 판단 기준 보완
3. '응급처치의 경우 의료인 추가 동의 불요' 규정 정비
4. 복수의 의견이 충돌하는 경우에 대한 제도적 보완
5. 응급의료 중단에 경우 벌칙조항 신설

VI. 결론

* 논문접수: 2022. 3. 4. * 심사개시: 2022. 3. 9. * 게재확정: 2022. 3. 23.

* 서울특별시 서울의료원 변호사, 서울대 행정법 박사과정(leejunelaw@naver.com).

* 저를 학문의 길로 이끌어 주신 서울대 허성욱 교수님, 이 글의 주제를 새로운 방향에서 바라볼 수 있도록 가르침을 주신 이화여대 신승남 교수님, 그리고 무엇보다 이 글이 완성되기까지 아낌없는 조언으로 글에 깊이를 더해 주신 서울대 공두현 교수님께 깊은 존경과 감사의 말씀을 올립니다.

I. 서론

모든 국민은 누구나 자신의 신체에 대해 결정할 권리가 있다(헌법 제12조). 이는 신체에 대한 진찰이나 침습을 필연적으로 동반하는 의료행위에서도 마찬가지이다. 의료행위는 환자의 동의에 의해야 하고, 의사의 설명은 환자의 동의의 전제가 된다. 현행법은 환자의 자기결정권을 실질적으로 보장하기 위한 장치로서 본인의 동의 없이 수술·수혈·전신마취 등의 침습적 의료행위를 한 의사에 대한 과태료 처분, 민형사상 책임 등을 규정하고 있다.¹⁾

다만, 응급의료에서는 예외적인 경우에 한하여 위 설명 의무가 경감·면제된다. 응급의료종사자는 업무 중 응급의료 요청을 받거나 응급환자를 발견하면 환자에게 응급의료에 관하여 설명하고 동의를 받고 즉시 응급의료를 시행해야 하고, 이를 거부한 경우 응급의료거부의 죄책을 진다. 그런데 만약 응급환자가 의사결정능력이 없거나 설명·동의 절차로 응급의료 지체시 환자의 생명이 위협하거나 중대한 장애를 가져올 가능성이 있다면 설명·동의 절차를 생략하고 서라도 응급의료를 시행해야 한다. 나아가 응급의료종사자가 설명·동의 절차를 생략할 수 있음에도 설명·동의 절차를 이유로 응급의료를 거부한다면 응급의료종사자는 일반 의사의 진료거부금지 위반시보다 무거운 행정처분과 행정벌을 부담하게 된다.

즉, 설명·동의 절차의 생략 가능성에 관한 판단에 따라 응급의료거부죄가 성립할 수도 있는 것이다.

한 연구 결과에 따르면 의료과오 소송이 증가하면서 응급의료 영역에서 발생하는 소송도 함께 증가하고 있으며, 이 가운데 원고 승소 사례에서 의사의 설명의무 위반이 인정된 사례가 33%를 차지하였다.²⁾ 특히 환자가 의료행위 결

1) 의료법 제15조, 제24조의2, 제63조, 제89조, 응급의료에 관한 법률 제6조, 제9조, 제55조, 제60조, 동법 시행규칙 제3조.

2) 서창원·이종석·권오영·최한성·홍훈표·고영관·김신철·김동필, “응급의료기관에서의 의료소송: 판례 중심의 의료법학적 고찰”, 대한응급의학회지(제20권 6호), 2009, 715, 716, 718면.

과 사망, 의식불명, 중증장애로 이어지는 경우 의사의 동의 여부와 무관하게 조정절차가 개시되는 ‘의료분쟁조정 자동개시’ 제도가 실시된 이후인 2017년 한국의료분쟁조정중재원 주재 의료분쟁조정 중 응급의학과 분쟁 개시율이 전년 대비 35.5%p 상승하여 관련 분쟁이 증가하고 있음을 확인할 수 있다.³⁾⁴⁾ 나아가 의료과오를 이유로 응급의학과 전문의를 포함한 의료진을 법정구속하거나 형사처벌을 엄하게 하는 ‘의료분쟁의 형사사건화’가 심화되고 있어⁵⁾ 의료인의 소극적 진료가 우려되는 상황이다. 이러한 상황에서 판례는 의사에게 통상적 의료행위에 비해 긴급한 응급의료에서도 설명의무가 있음을 인정하고 이에 따른 환자의 자기결정권을 최우선적으로 존중하여야 한다는 취지로 실시하면서도⁶⁾, 환자가 요구하는 경우라고 하더라도 환자의 생명과 직결되는 진료행위를 중단하거나 환자의 생명을 유지하기 위해 필요한 구체적 진료행위를 진료방법에서 제외할 것인지에 대하여는 극히 제한적으로 신중하게 판단할 것⁷⁾, 즉 응급의료의 거부 금지를 동시에 요구하고 있어 응급의료종사자로서

- 3) ‘의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률’ 제27조 제9항(2016.11.30.부터 시행)은 ‘사망, 1개월 이상 의식불명, 장애등급 1급 중 일부’에 해당하는 중한 의료사고의 경우 피신청인인 의료인의 동의 없이도 조정절차가 자동개시 되도록 정하고 있다.
- 4) 한국의료분쟁조정중재원, 의료사고예방 소식지(제7호), 2018. 3. 22면.
- 5) 의료과오를 이유로 의료진에게 실형이 선고되거나 구속된 최근 사례로, 2017.12.16. 이대목동병원 신생아 중환자실에서 환아 4명이 집단 감염으로 사망한 사건에서 의료진 3명이 구속기소, 5명이 불구속 기소되었으나 고등법원에서 모두 무죄가 선고되었고(청년의사, “이대목동병원 신생아 사망 사건 2심 ‘무죄’, 그 이유와 의미는?”, 2022.2.17.자 기사, <https://www.docdocdoc.co.kr/news/articleView.html?idxno=2019891>.), 2013.5. 경 발생한 8세 아동의 횡격막탈장 사망 사건에 대해 2018.10.2. 응급의학과 전문의를 포함한 의사 3인이 법정구속 되어 항소심에서 응급의학과 전문의 1인에게만 무죄가 선고된 사례가 있다(의협신문, “속보) 횡격막 탈장 오진 의사 1인 항소심 ‘무죄’...2명은 ‘유죄’”, 2019.2.15.자 기사, <https://www.doctorsnews.co.kr/news/articleView.html?idxno=127749>).
- 6) “응급의료에 관한 법률 제9조, 같은 법 시행규칙 제3조 및 [서식] 1에 의하면, 통상적인 의료행위에 비해 오히려 긴급을 요하는 응급의료의 경우에도 의료행위의 필요성, 의료행위의 내용, 의료행위의 위험성 등을 설명하고 이를 문서화한 서면에 동의를 받을 법적 의무가 의료종사자에게 부과되어 있는 점, 의사가 그러한 문서에 의해 설명의무의 이행을 입증하기는 매우 용이한 반면 환자측에서 설명의무가 이행되지 않았음을 입증하기는 성질상 극히 어려운 점 등에 비추어, 특별한 사정이 없는 한 의사측에 설명의무를 이행한 데 대한 증명책임이 있다고 해석하는 것이 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상 및 법체계의 통일적 해석의 요구에 부합한다.” 대법원 2007. 5. 31. 선고 2005다5867 판결; 서울고등법원 2011. 2. 24. 선고 2010나15983 판결 등.
- 7) 대법원 2009. 5. 21. 선고 2009다17417 전원합의체 판결; 대법원 2014. 6. 26. 선고 2009도

는 각 사안마다 응급의료법 조문과 판례에 의존하여 개인의 직업적 양심과 윤리에 따라 판단을 내릴 수밖에 없는 실정이다. 그럼에도 현행 응급의료법의 설명·동의 규정은 그 요건에 관하여 설명의 대상과 상대방에 대하여 지나치게 복잡하고 산발적으로 규정하고 있어 법 전문가가 아닌 응급의료종사자들이 규범의 내용과 그 위반 효과를 인식하기 어렵다는 문제가 있다.

이러한 문제의식에서, 이하에서는 먼저 응급의료에 관한 법률(이하 ‘응급의료법’)을 중심으로 응급의료종사자의 설명의무의 원칙과 그 예외 및 응급환자의 동의능력으로서 의사결정능력 판단 기준을 검토하고(II), 응급의료종사자의 설명의무와 양면의 관계에 있는 응급의료 의무와 환자의 자기결정권이 충돌하는 상황에서 응급의료종사자의 이익형량 의무 및 그 판단 기준에 관하여 살펴본 뒤(III), 응급의료 거부죄의 관련 규정과 판례를 검토하고(IV), 나아가 현행법의 해석만으로 해결하기 어려운 현행 응급의료법의 입법 과제를 제시한다(V).

II. 응급의료와 의료행위에 대한 설명·동의의 원칙

1. 응급의료에서 설명·동의 원칙 개괄

통상적인 의료행위에 비해 긴급을 요하는 응급의료의 경우에도 일반의료상황에서의 의사와 동일하게 의료행위의 필요성, 의료행위의 내용, 의료행위의 위험성 등을 환자에게 설명하고 사전에 서면 동의를 받을 법적 의무가 의료종사자에게 부과된다(응급의료법 제9조, 이하 ‘설명·동의 원칙’이라 함).⁸⁾ 판례는 의료행위의 전 과정(검사·진단·수술·치료)에서 설명의무를 인정하고 있

14407 판결.

8) 판례는 ‘응급의료에 관한 법률 제9조, 같은 법 시행규칙 제3조 및 [서식] 1에 의하면, 통상적인 의료행위에 비해 오히려 긴급을 요하는 응급의료의 경우에도 의료행위의 필요성, 의료행위의 내용, 의료행위의 위험성 등을 설명하고 이를 문서화한 서면에 동의를 받을 법적 의무가 의료종사자에게 부과되어 있다’고 본다(대법원 2007. 5. 31. 선고 2005다5867 판결).

는데,⁹⁾ 그 내용에 따라 설명의무는 크게 ① 환자의 알권리를 존중하여 질병에 대한 진단결과, 치료 방법, 치료의 부작용 등을 설명해주어야 하는 정보제공의무(보고성 설명의무), ② 환자가 준수해야 할 수진상·요양상의 자세와 규칙 등의 구체적 방법을 적절히 알려줄 요양지도성 설명의무, ③ 환자가 자신에 대한 의료행위에 대해 동의하거나 거절할 선택의 자유를 보장하기 위해 의료행위의 위험과 부작용에 대해 설명할 의무(기여성 설명의무)로 나누는 견해가 있고¹⁰⁾, 일부 견해는 의학에 문외한인 환자가 의료행위에 대한 결정을 내리는데 적극적·능동적으로 도와줄 설득의무까지 의사의 설명의무에 포함된다고 보기도 한다.¹¹⁾¹²⁾ 설명·동의 원칙은 환자의 자기결정권 보장을 위한 것으로 진료계약상의 의무 내지 침습 등에 대한 승낙을 얻기 위한 전제가 된다¹³⁾¹⁴⁾.

9) 대법원 1997.07.22. 선고 95다49608 판결.

10) 석희태, “의사 설명의무의 법적 성질과 그 위반의 효과”, 의료법학(제18권 2호), 2017, 4-9면.

11) 김인구·김기식·노승무·신현호·이성주, “응급의료에서의 동의 문제”, Annals of Surgical Treatment and Research(제63권 5호), 2002, 357면.

12) 판례는 설명의무의 범위에 대해 “의사가 환자 내지 그 가족에게 상처 부위의 조직과사에 대응하기 위하여 필요한 검사 내지 치료를 할 수 있는 병원으로는 종합병원밖에 없다고 설명하면서 종합병원으로 전원할 것을 권유하였다면 그것으로 의사로서의 진료상의 의무를 다하였다 할 것이고, 거기서 나아가 그 환자나 가족들이 개인의원으로 전원하는 것을 만류, 제지하거나 그 환자를 직접 종합병원으로 전원하여야 할 의무까지 있다고 할 수는 없다고 하여, 환자가 그 권유에 따르지 아니하여 증세가 악화된 데 대한 의사의 과실을 부정”하여 설득의무의 한계를 제시하였다(대법원 1996. 6. 25., 선고, 94다13046 판결). 반면 고등법원 판례 중에는 신경병증을 동반한 인슐린 비의존성 당뇨병 등으로 치료를 받아오던 환자가 저혈압 증상으로 응급실에 내원하여 의료진으로부터 혈액검사와 심초음파 검사를 권유받았음에도 계속 거부하여 결국 급성 심근경색으로 사망한 사안에서, ‘환자가 혈액검사를 거부하였더라도 환자에게 급성 심근경색증의 위험에 대하여 고지하고 신속하게 심장효소 수치 확인을 위한 혈액검사를 받도록 설득하였어야 한다’고 보아 의료진의 과실을 인정한 사안이 있다(서울고등법원 2013.12.5. 선고 2012나42170 판결). 의사로 하여금 환자의 지속적이고 강한 거부에도 불구하고 검사를 받도록 설득할 의무까지 부여하는 것은 의사의 설명의무를 지나치게 확장하는 것으로 비판의 여지가 있다. 다만, 일반적 환자는 의사에 비해 의학적 지식이 부족하므로 위 사안과 같이 검사를 막연히 거부하는 경우에 의사가 그 검사의 필요성, 검사를 받지 않는 경우의 위험성 등을 알기 쉽게 설명해주어야 할 의무는 인정될 필요가 있다.

13) 대법원 1995.1.20. 선고 94다3421 판결.

14) 보건의료기본법 제12조(보건의료서비스에 관한 자기결정권) 모든 국민은 보건의료인으로부터 자신의 질병에 대한 치료 방법, 의학적 연구 대상 여부, 장기이식(臟器移植) 여부 등에 관하여 충분한 설명을 들은 후 이에 관한 동의 여부를 결정할 권리를 가진다.

일반의료상황이 응급의료상황으로 전환되는 경우에 관하여는 의료법에서 '설명 및 동의 절차로 인하여 수술 등이 지체되면 환자의 생명이 위험하여지거나 심신상의 중대한 장애를 가져오는 경우'에는 설명의무가 면제된다는 점을 명시하고 있다(제24조의2 제1항 단서).

응급의료법은 응급의료종사자에게 일반 의료상황과 비교하여 응급의료를 제공할 의무를 강화하고 있다. 응급의료에서 설명의무의 주체를 의료인뿐만 아니라 응급구조사까지 확장하고 있고, 응급의료종사자가 설명·동의 절차를 생략할 수 있음에도 설명·동의 절차를 이유로 응급의료를 거부하는 경우를 포함하여 정당한 사유 없이 응급의료를 거부하는 것을 금지한다. 이를 위반한 응급의료종사자는 면허 또는 자격이 취소되거나 최대 징역 3년에 처해질 수 있다. 이는 일반적 진료거부시 의료인이 최대 징역 1년에 처해질 수 있는 것과 비교해 볼 때 매우 중한 벌칙 규정이다. 관련 조문을 모아보면 아래 <표 2-1>과 같다.

<표 2-1> 응급의료에 대한 설명·동의의 원칙과 응급의료 거부금지 규정

<p><응급의료법></p> <p>제6조(응급의료의 거부금지 등) ② 응급의료종사자는 업무 중에 응급의료를 요청받거나 응급환자를 발견하면 즉시 응급의료를 하여야 하며 정당한 사유 없이 이를 거부하거나 기피하지 못한다.</p> <p>제55조(응급의료종사자의 면허·자격 정지 등) ① 보건복지부장관은 응급의료종사자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 면허 또는 자격을 취소하거나 6개월 이내의 기간을 정하여 그 면허 또는 자격을 정지시킬 수 있다.</p> <p>1. 제6조제2항, 제8조, 제18조제2항, 제39조, 제40조 또는 제49조제1항을 위반한 경우</p> <p>제60조(벌칙) ③ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.</p> <p>1. 제6조제2항을 위반하여 응급의료를 거부 또는 기피한 응급의료종사자</p> <p>제9조(응급의료의 설명·동의) ① 응급의료종사자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 제외하고는 응급환자에게 응급의료에 관하여 설명하고 그 동의를 받아야 한다.</p> <p>1. 응급환자가 의사결정능력이 없는 경우</p> <p>2. 설명 및 동의 절차로 인하여 응급의료가 지체되면 환자의 생명이 위험하여지거나 심신상의 중대한 장애를 가져오는 경우</p>

② 응급의료종사자는 응급환자가 의사결정능력이 없는 경우 법정대리인이 동행하였을 때에는 그 법정대리인에게 응급의료에 관하여 설명하고 그 동의를 받아야 하며, 법정대리인이 동행하지 아니한 경우에는 동행한 사람에게 설명한 후 응급처치를 하고 의사의 의학적 판단에 따라 응급진료를 할 수 있다.

③ 응급의료에 관한 설명·동의의 내용 및 절차 등에 관하여 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다.

<응급의료법 시행규칙>

제33조(응급의료에 관한 설명·동의의 내용 및 절차) ① 법 제9조에 따라 응급환자 또는 그 법정대리인에게 응급의료에 관하여 설명하고 동의를 얻어야 할 내용은 다음 각 호와 같다.

1. 환자에게 발생하거나 발생가능한 증상의 진단명
2. 응급검사의 내용
3. 응급처치의 내용
4. 응급의료를 받지 아니하는 경우의 예상결과 또는 예후
5. 그 밖에 응급환자가 설명을 요구하는 사항

② 제1항의 규정에 의한 설명·동의를 별지 제1호서식의 응급의료에 관한 설명·동의서에 의한다.

③ 응급의료종사자가 의사결정능력이 없는 응급환자의 법정대리인으로부터 제1항에 따른 동의를 얻지 못하였으나 응급환자에게 반드시 응급의료가 필요하다고 판단되는 때에는 의료인 1명 이상의 동의를 얻어 응급의료를 할 수 있다.

<의료법>

제15조(진료거부 금지 등)

- ① 의료인 또는 의료기관 개설자는 진료나 조산 요청을 받으면 정당한 사유 없이 거부하지 못한다.
- ② 의료인은 응급환자에게 「응급의료에 관한 법률」에서 정하는 바에 따라 최선의 처치를 하여야 한다.

제63조(시정 명령 등) ① 보건복지부장관 또는 시장·군수·구청장은 의료기관이 제15조제1항, 제16조제2항, 제21조제1항 후단 및 같은 조 제2항·제3항, 제23조제2항, 제34조제2항, 제35조제2항, 제36조, 제36조의2, 제37조제1항·제2항, 제38조제1항·제2항, 제41조부터 제43조까지, 제45조, 제46조, 제47조제1항, 제58조의4제2항 및 제3항, 제62조제2항을 위반한 때, 종합병원·상급종합병원·전문병원이 각각 제3조의3제1항·제3조의4제1항·제3조의5제2항에 따른 요건에 해당하지 아니하게 된 때, 의료기관의 장이 제4조제5항을 위반한 때 또는 자율심폐기구가 제57조제1항을 위반한 때에는 일정한 기간을 정하여 그 시설·장비 등의 전부 또는 일부의 사용을 제한 또는 금지하거나 위반한 사항을 시정하도록 명할 수 있다.

제99조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역이나 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제15조제1항, 제17조제1항·제2항(제1항 단서 후단과 제2항 단서는 제외한다), 제17조의2제1

항· 제2항(처방전을 교부하거나 발송한 경우만을 말한다), 제23조의2제3항 후단, 제33조제9항, 제56조제1항부터 제3항까지 또는 제58조의6제2항을 위반한 자

제24조의2(의료행위에 관한 설명) ① 의사· 치과의사 또는 한의사는 사람의 생명 또는 신체에 중대한 위해를 발생하게 할 우려가 있는 수술, 수혈, 전신마취(이하 이 조에서 "수술등"이라 한다)를 하는 경우 제2항에 따른 사항을 환자(환자가 의사결정능력이 없는 경우 환자의 법정대리인을 말한다. 이하 이 조에서 같다)에게 설명하고 서면(전자문서를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)으로 그 동의를 받아야 한다. 다만, 설명 및 동의 절차로 인하여 수술 등이 지체되면 환자의 생명이 위험하여지거나 심신상의 중대한 장애를 가져오는 경우에는 그러하지 아니하다.

2. 응급의료에서 설명·동의 원칙의 예외

응급의료에서의 설명·동의 원칙은 응급환자가 의사결정능력이 없는 경우 또는 설명·동의 절차로 인하여 응급의료이 지체되면 환자의 생명이 위험해지거나 심신상 중대한 장애를 가져오는 경우 예외적으로 완화 또는 면제된다. ① (설명 대상 범위 확장) 응급의료의 설명 대상은 환자 본인이 됨이 원칙이다. 예외적으로 응급환자가 의사결정능력이 없는 경우에 법정대리인이 동행하였다면 응급의료종사자는 법정대리인에게 응급환자에게 시행하는 것과 동일한 수준으로 응급의료에 관해 설명을 시행하고 동의를 받아야 하고, 법정대리인이 동행하지 않은 경우라면 동행한 사람에게 설명하고 응급처치를 시행하고 의사의 의학적 판단에 따라 응급진료를 시행할 수 있다. 이는 응급의료종사자가 환자 본인의 동의를 얻을 수 없는 상황에서 설명 상대방의 범위를 법정대리인 또는 동행인으로 확장시켜 유효한 설명으로 인정되는 요건을 완화한 것이다. ② (설명 의무 면제) 응급환자에게 반드시 응급의료이 필요하다고 판단되는 때에는 의료인 1명 이상의 동의를 얻어 응급의료를 할 수 있다(시행규칙 제3조 제3항). 응급환자의 특성상 설명·동의 절차로 인해 진료이 지체되면 환자의 생명이 위험하거나 심신상의 중대한 장애를 가져오는 경우가 많기 때문이다. 응급의료법상 설명·동의 예외 규정은 이런 경우 응급의료종사자가 환자 또는 법정대리인에게 동의를 얻지 않더라도 우선적으로 응급의료를 제공할 수 있는 근거가 됨과 동시에¹⁵⁾ 제공해야만 하는 강제력의 근거가 된다.

다만, 응급의료의 본질도 진료계약에 따른 의료행위이므로, 이러한 경우에도 환자의 헌법상 자기결정권이 침해되지 않도록 응급환자에 대한 설명의무의 면제는 최소한의 범위에서 예외적으로 인정되어야 한다.¹⁶⁾ 또한 응급의료종사자는 응급의료 제공 당시 환자의 의사결정능력이 결여되었던 경우라 하더라도 이후에 환자에게 설명하고 동의를 받아야 한다.¹⁷⁾

3. 응급환자의 동의능력으로서 의사결정능력 판단 기준

응급의료법은 응급환자가 응급의료에 대한 설명을 듣고 이에 대한 동의를 할 수 있는 능력으로서 ‘의사결정능력’을 요한다. 의료행위에 대한 승낙 내지 동의에 필요한 의사결정능력은 민법상 행위능력 또는 형법상 책임능력과는 구별된다. 응급환자의 의사결정능력 판단을 위해서는 응급환자가 본인에게 시행될 침습행위의 의미, 내용, 위험성의 정도, 그 결과 등을 이해하고 이에 대한 찬성과 반대를 할 수 있는 ‘의학적’ 상태에 있을 것이 요구되며, 이는 구체적·개별적으로 판단될 수밖에 없다.¹⁸⁾ 의사능력은 외부에서 확인하기 어려운 내적·심리적 정신능력으로서 환자의 정신적 발달 정도, 행위 당시의 정신상태, 대상이 되는 의료행위의 난도 등에 따라 상대적으로 결정된다.¹⁹⁾ 보다 구체적으로, 환자에 대하여 아래 네 가지 기본적 조건이 검토될 수 있다.²⁰⁾ ① 환자

15) 배현아, “응급환자의 전원과 의사의 설명의무”, 의료법학(제13권 1호), 2012, 255, 256면.

16) 배현아, 앞의 글, 254면.

17) 서울고등법원 1992.5.12. 선고 91나55669. 생명이 위독한 환자에게 대체성이 없는 약품을 투약치료한 결과 부작용이 발생한 경우 의사에게 치료방법 및 약제선택상, 사후치치상의 과실이 있거나, 제약회사에게 약품설계와 제조과정상의 잘못이나 발매 후의 부작용에 관한 조사, 연구의무를 게을리 한 잘못 또는 사용지시상의 과실이 있다고 볼 수 없다고 한 사례. ‘사전·사후 설명의무’를 인정하고 있다.

18) 배현아, 앞의 글, 258면.

19) 배현아, 258면.

20) 안재윤·류현욱·최한주·김형일·정진우·배현아, “응급실에서 자의 퇴원을 요구하는 환자에 대한 최선의 진료 지침”, 대한응급의학회지(제32권 1호), 2021, 2면; Clark, Mark A., Jean T. Abbott, Tara Adyanthaya, “Ethics seminars: a best-practice approach to navigating the against-medical-advice discharge.”, Academic emergency medicine: official journal of the Society for Academic Emergency Medicine, 2014;21(9):1052.

가 의료진과 명료한 의사소통이 가능함. ② 환자가 자신의 의학적 상태에 따른 치료방법(치료 거부에 관한 것까지 포함)을 이해하고 있음. ③ 환자가 자신의 선택에 따른 결과(이득 또는 위험)를 이해함. ④ 환자가 자신의 선택의 이유를 설명할 수 있음.²¹⁾ 위 네 가지 조건을 활용해 환자의 의사결정능력 정도를 판단할 수 있다.

응급환자의 의사결정 능력이 있다고 판단되는 경우에는 일반 의료행위에서와 동일하게 응급의료종사자는 응급처치 및 응급진료 전반에서 환자에게 응급의료에 대한 설명을 하고 그 동의를 취득해야 한다. 만약 환자가 응급의료에 동의하지 않는 경우, 특별한 사유가 없는 한 응급의료종사자가 응급医료를 시행하지 못한 데에 정당한 사유가 있으므로 응급의료거부죄는 성립하지 않는다. 반면, 환자가 의사결정 능력이 있다 하더라도 응급의료가 지체되면 환자의 생명이 위협해지는 등의 긴급한 상황에서는 설명·동의 절차를 생략하고 응급医료를 시행할 수 있고 또 시행하여야 하므로, 설명·동의 절차를 준수하여야 한다는 이유로 응급医료를 시행하지 않는다면²²⁾ 응급의료거부죄가 성립할 수 있다.

응급의료법상 설명·동의를 원칙을 환자의 의사결정능력 유무, 설명 상대방, 설명 대상을 기준으로 정리하면 다음의 <표 2-2>와 같다.

-
- 21) 환자에게 선택의 이유까지 설명할 것을 요하는 것은 환자의 의사결정능력을 판단하는 기준을 지나치게 높게 설정하여 오히려 환자의 자기결정권을 제한할 수 있다는 우려가 있을 수 있다. 이는 적절한 지적으로, 위 네 가지 기준을 모든 환자에게 일률적으로 적용하기보다는 동의를 구하는 의료행위의 침습 정도, 의료행위의 난도(難度) 등을 함께 고려하여 적절한 평가 지침으로 활용할 필요가 있다.
- 22) 일례로 뇌출혈 증상을 보여 응급실에 내원한 환자가 의식이 명료하지 않아 의료진이 동행한 보호자에게 CT촬영, 동맥혈 가스분석 검사 등에 대한 설명을 하고 동의를 구하였으나 보호자가 '저녁을 먹고 체한 것이니 소화제나 처방하고 퇴원시켜 달라'며 응급진료에 필요한 검사를 수차례 거부하였는데, 이후 환자의 발작 증세, 의료진의 거듭된 퇴원 불허와 검사 권유로 비로소 검사에 동의하여 3시간 후에야 뇌출혈 진단이 이뤄진 사안에서, '그럼에도 즉시 강제 검사와 진료를 하지 않았음'을 이유로 의료진에게 형사책임이 제기된 경우가 있다. 이러한 경우 의료진이 보호자의 동의가 없다(설명·동의 절차의 미비)는 이유로 필요한 검사를 시행하지 않고 퇴원조치를 하여 뇌출혈에 따른 사망 등 악결과가 초래된 상황을 가정해본다면, 의료진에게는 응급의료거부죄의 책임이 성립할 수 있을 것이다.

<표 2-2> 환자의 의사결정능력에 따른 응급의료의 설명·동의 내용

설명 상대방			응급처치 ²³⁾		응급진료		
			설명	동의	설명	동의	
환자 의사 결정 능력 ^有	원 칙	응급환자 본인		필요	필요	필요	필요
	예 외	설명 및 동의 절차로 인하여 응급의료가 지체되면 환자의 생명이 위험하여지거나 심신상의 중대한 장애를 가져오는 경우, 설명·동의 생략 후 응급의료 시행(9조 1항 2호)					
환자 의사 결정 능력 ^無	원 칙	법정대리인		필요	필요	필요	필요
	예 외	+법정대리인 ^無	동행인	필요	불요*	불요	불요
						의학적 판단(9조 2항) +의료인 1인 이상 동의 (시행규칙 3조 3항)	
		+법정대리인 ^無 +동행인 ^無	응급환자에게 반드시 응급의료가 필요하다고 판단 시 의료인 1명 이상의 추가 동의로 응급의료 시행 (시행규칙 3조 3항)				
설명 및 동의 절차로 인하여 응급의료가 지체되면 환자의 생명이 위험하여지거나 심신상의 중대한 장애를 가져오는 경우, 설명·동의 생략 후 응급의료 시행(9조 1항 2호)							

4. 소결

응급의료종사자의 환자에 대한 설명의무는 일반적 의료행위에서와 마찬가지로 요구되는 것이지만 환자가 응급의료에 대한 설명을 듣고 이에 대한 동의를 할 수 있는 능력, 즉 의사결정능력이 없는 예외적인 경우에 한하여 설명의 대상은 환자의 법정대리인 또는 동행인으로 확장되고, 이마저 어려운 경우 다른 의료인 1인 이상의 추가 동의가 있다면 응급의료가 시행될 수 있다. 이 때 환자의 의사결정능력은 의학적 상태를 구체적·개별적으로 검토하여 판단될 수

23) 응급의료법은 응급처치와 응급진료를 응급의료의 한 내용으로 구분하고 있으며(제2조) 응급의료종사자에게 응급환자의 동행인과 법정대리인에 대한 의무를 달리 규정하여 동행인에게에는 ‘응급처치’에 관하여 설명할 의무가 있다고 명시하고 있으므로(제9조 제2항), 여기서는 응급의료의 설명·동의 규정을 상세히 검토하기 위해 응급처치와 응급의료를 구분하여 서술한다.

밖에 없다.

응급의료종사자가 설명의무를 생략할 수 있음에도 이를 이유로 응급의료를 거부한다면 응급의료죄가 성립하므로 응급의료종사자의 응급의료의무와 설명의무 사이의 이익형량은 매우 중요한 문제이다. 이하에서는 장을 바꾸어 응급의료종사자의 이익형량의무와 그 판단기준에 대해 관련 판례와 사례를 중심으로 살펴본다.

III. 응급의료의무와 자기결정권의 충돌문제

1. 응급의료종사자의 이익형량의무

응급의료종사자는 일반의료인이 일반 의료 상황에서 갖는 진료 의무와는 구별되는 고유의 이익형량의무를 지닌다. 응급의료종사자는 환자의 동의가 없더라도 일정 요건을 갖추어 응급의료를 시행할지 여부와 관련하여 ‘설명으로 구현되는 환자의 자기결정권’과 ‘진료를 통해 보호되는 환자의 생명권’ 중 어떤 것이 더 큰지 이익형량하여 판단하여야 한다.²⁴⁾ 응급의료의무가 우선되는 경우임에도 설명·동의절차로 인해 응급의료를 지체시키는 경우에는 응급의료 거부·기피·중단에 대한 책임을 부담할 수 있다.

즉, 응급의료법 제9조 설명·동의 예외 규정은 사실상 응급의료종사자의 응급의료 제공에 대한 법적 의무를 강화하고 응급의료에 대한 거부를 엄격히 금지하고 있다. 결국, 해당규정은 응급의료종사자의 설명의무를 단순히 ‘완화’하는 것이 아니고 동시에 응급의료종사자로 하여금 1) 의료행위로 나아가기 전 설명의무 제한·면제 사유에 해당하는지 여부를 판단할 의무, 2) 생명보호 의무에 따라 환자의 동의 여부와 무관하게 응급의료를 시행하여야 하는 의무(의무적 면제 후 응급의료로 나아가야함)를 ‘강화’하고 있다.

24) 이에 대한 자세한 논의는 김천수, “의료행위에 관한 설명·동의 원칙의 제한과 법익의 형량 -긴급의료와 연명의료를 중심으로-”, 사법(제1권 28호), 2014, 10-22면.

이는 의료법이 의료인에게 응급환자에 대해 ‘응급의료’의 한 내용인 ‘응급처치’의무까지만을 명문으로 부담 시키는데 그치고 있고²⁵⁾, 일반의료상황에서 진료거부의 경우 최대 1년 이하의 징역이 선고될 수 있는 반면²⁶⁾, 응급의료거부의 경우에는 최대 3년 이하의 징역과 면허 취소까지 선고될 수 있다는 점에서 응급의료종사자의 응급의료 의무는 매우 강하게 요청된다. 이와 균형적으로, 응급의료종사자가 불가피하게 응급医료를 제공하였고 중과실이 없었음에도 응급환자가 사상에 이른 경우에는 업무상과실치사상죄를 감경하거나 면제할 수 있다(응급의료법 제63조).

2. 응급의료의무와 설명의무 사이 우선순위 판단

가. 환자의 생명 상실이 문제되는 경우

이 경우 환자의 자기결정권 보장을 위한 응급의료종사자의 설명의무보다는 환자의 생명을 보호할 의무가 더 가치 있다는 것이 판례의 기본 입장인 것으로 보인다.²⁷⁾²⁸⁾ 특히 판례는 환자가 음주, 음독으로 인해 의사능력이 결여된 상

25) 의료법 제15조 제2항은 ‘의료인은 응급환자에게 「응급의료에 관한 법률」에서 정하는 바에 따라 최선의 처치를 하여야 한다.’고 규정하고 있다. 이를 법문 그대로 해석하면 일반 의료인(응급医료를 제공하는 업무를 하는 응급의학과 의사, 당직의 등이 아닌)에게는 ‘최선의 처치’에서 나아가 ‘응급’진료의 책임까지 묻기는 어렵다고 봄이 타당하다. 즉, 일반 의료인이 응급환자에 대하여 응급의료종사자와 동일하게 상담·구조·이송·응급처치 및 진료를 포괄하는 ‘응급의료’의 의무까지 지는 것은 아니나, 최소한 응급환자의 기도 확보, 심장박동의 회복 등 환자 생명의 위험이나 증상의 현저한 악화를 방지하기 위하여 긴급히 필요한 처치를 할 것은 요구된다.

26) 일반의료상황에서 진료거부의 경우 시정명령 또는 1년 이하의 징역이나 1천만원 이하의 벌금이 부과될 수 있는 반면, 응급의료거부의 경우에는 면허·자격 취소 또는 6개월 이내의 면허·자격 정지 및 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금이 부과될 수 있다(의료법 제15조 제1항, 제63조, 제89조 제1호, 응급의료법 제6조 제2항, 제55조 제1항 제1호, 제60조 제3항 제1호).

27) 대법원 2005.01.28 선고 2003다14119 판결; 서울지방법원 남부지원 1998. 5. 15. 선고 98고합9 판결[하집1998-1, 533]은“..... 환자에 대한 생명과 신체를 보호하여야 할 지위와 의무를 가지게 된 의사가 환자를 위하여 의료행위를 계속하여야 한다고 판단됨에도 불구하고 환자가 자기결정권에 기하여 의료행위의 계속을 원하지 아니하는 경우, 원칙적으로는 의사가 환자를 보호하여야 할 지위나 의무가 종료 내지 배제되어 더 이상 의료행위를 계속할 필요가 없게 된다 할 것이다. 그러나 의료행위의 중지가 곧바로 환자의 사망이라는 중대한 결과를 초래하는 경우에 있어서는 의료행위의 중지할 의무와 (.....) 환자의 생명을

태로 치료를 거부하는 경우 의사의 생명보호의무가 환자의 자기결정권에 기해 의료행위를 중지할 의무보다 우선한다는 취지로 설시하고 있다.

① 술에 취해 배우자와 싸우고 살충제를 음독하여 내원한 응급환자가 고향을 치고 결박을 풀고 고개를 돌리며 위세척을 완강하게 거부하였음에도 환자를 ‘결박하는 등’으로 반항을 억압한 후 위세척을 실시하지 않아 환자가 타병원 전원 직후 사망에 이르게 된 경우 의사의 과실을 인정한 사례가 있다.²⁹⁾ 이에 대하여는 환자의 의사에 반하여 강제로 치료해야 할 의무를 부담시키는 것은 부당하다는 의견이 있다.³⁰⁾³¹⁾

② 자살을 목적으로 다량의 수면제를 복용한 환자에 대해 위세척을 시행하는 과정에서 환자 어깨에 골절이 발생한 사안에서, 환자의 생명이 위태로운 응급상황에서는 의사의 과실로 상해를 입었다 하더라도 의사의 환자에 대한 신체보존 주의의무가 다소 경감되고 그러한 상해가 사회상규상 비난받을 정도에 이르지 않는다고 할 수 있는 점 등에 비추어 의사의 진료행위에 의료과실이 없다고 본 사례가 있다.³²⁾

보호하기 위하여 의료행위를 계속하여야 할(……) 의무와의 충돌이 일어나게 되는 바, 그러한 의무의 충돌이 있는 경우 의사로서는 더 높은 가치인 환자의 생명을 보호할 의무가 우선하여 환자의 퇴원요구에도 불구하고 환자를 보호하여야 할 지위나 의무가 종료되지는 아니한다 할 것”이라고 한다.

28) 판례는 연명치료에서도 환자의 생명권이 자기결정권보다 우선한다는 태도를 취하고 있다. 소위 ‘식물인간상태’에서 인공호흡기를 부착하고 항생제 투여 등의 치료를 받고 있던 환자에 대하여 그 가족들이 무의미한 연명치료행위의 중지를 구하는 가처분을 신청한 사안에서 “치료를 중단하게 되면 환자가 사망하거나 환자의 생명이 단축될 가능성이 상당히 높아지는 경우까지도 헌법상 생명권에 기초한 자기결정권으로부터 치료의 중단을 선택할 수 있는 권리가 직접 도출된다고 할 수는 없다”고 하여 가처분신청을 기각한 사례로 서울서부지방법원 2008. 7. 10 자 2008카합822 결정 [무의미한연명치료행위중지등가처분].

29) 대법원 2005.1.28. 선고 2003다14119 판결.

30) “의사와 환자의 관계를 법적·사실적으로 고려한다면, 결박에 실패했으나 생명보호의무를 게을리하였다는 이 사건 법원의 판단은 다소 문제가 있다. …이 사건에서는 망인의 완력이 라는 물리적 요인이 지대하여 의사와 원무과 직원, 간호사, 간호조무사 등이 합세한 결박조차 실패로 돌아갔다. …일반적으로 당해 병원의 규모, 인력 상태, 발생시간 등은 사건의 정황을 이해하는데 도움이 될 것이다.” 류화신, “- 의료분야의 퍼터널리즘(paternalism)에 대한 민사법적 강제 [대법원 2005. 1. 28. 선고 2003다14119 판결에 대한 평석을 겸하여]”, 한국의료윤리교육학회지(제8권 1호), 2005, 41면.

31) 이석배·배현아·정중식·김미란·김지희, “응급의료의 법과 윤리”, 대한응급의학회지(제20권 6호), 2009, 598면.

나. 치료 방법에 대한 환자의 진지한 사전 결정이 있었던 경우

생명상실 여부가 문제되는 시점에 앞서 치료 방법에 대한 환자의 진지한 결정이 있었던 경우, 판례는 환자의 자기결정권과 생명 보호가 대등한 가치를 가질 여지가 있다고 본다. 여호와의 증인 신도인 환자가 자신의 종교적인 신념에 따라 타가수혈을 명백하게 거부하여 무수혈방식으로 고관절 인공고관절 치환 수술을 하던 중 수혈을 하지 않으면 생명에 위험이 발생할 수 있는 응급상태에 이르렀으나 결국 수혈을 받지 못하고 사망한 사안에서, 판례는 ‘환자의 생명을 보존하기 위해 불가피한 수혈 방법의 선택을 고려함이 원칙이라 할 수 있지만, 한편으로 환자의 생명 보호에 못지않게 환자의 자기결정권을 존중하여야 할 의무가 대등한 가치를 가지는 것으로 평가되는 때에는 이를 고려하여 진료행위를 하여야 한다’고 판시하였다.³³⁾

다. 문제사례에 적용

만취 상태의 고령 환자가 발목 골절로 응급실에 내원하였으나 법정대리인이나 동행인이 없어 응급의료종사자가 온전히 의학적 판단으로 응급의료 시행 여부를 결정하여야 하는 경우에, 환자가 자꾸 넘어지면서도 ‘걸을 수 있다’며 치료를 거부한다면 응급의료종사자는 환자의 동의가 없더라도 발목에 대해 고정 처치를 하는 응급의료행위를 할 수 있다.³⁴⁾ 환자가 만취 상태로 인해 일시적인 의사능력 결함 상태에 있음이 명백하기 때문이다.³⁵⁾

32) 대구지법 2009.11.25. 선고 2008가단46958 판결.

33) “어느 경우에 수혈을 거부하는 환자의 자기결정권이 생명과 대등한 가치가 있다고 평가될 것인지는 환자의 나이, 지적 능력, 가족관계, 수혈 거부라는 자기결정권을 행사하게 된 배경과 경위 및 목적, 수혈 거부 의사가 일시적인 것인지 아니면 상당한 기간 동안 지속되어 온 확고한 종교적 또는 양심적 신념에 기초한 것인지, 환자가 수혈을 거부하는 것이 실질적으로 자살을 목적으로 하는 것으로 평가될 수 있는지 및 수혈을 거부하는 것이 다른 제3자의 이익을 침해할 여지는 없는 것인지 등 제반 사정을 종합적으로 고려”하여야 한다. 대법원 2014. 6. 26. 선고 2009도14407 판결.

34) 이 경우 발목 고정 처치 이후 발목 수술의 시행은 응급처치를 넘어서는 진료에 해당하므로 다른 의사 1인의 동의가 필요하다.

35) 배현아, 앞의 글, 258면. 응급환자의 동의 능력은 아동, 정신박약자, 지속적 식물상태

반면 수년째 조현병을 앓고 있는 환자가 당뇨 합병증의 악화로 긴급하게 한 쪽 다리의 절제술을 시행하지 않으면 골반 위까지 감염이 확대되어 사망할 것이 예상되는 상황임에도 ‘죽더라도 다리는 절단할 수 없다’며 완강하게 수술을 거부하는 경우 응급의료종사자로서는 환자의 동의 없이 응급의료행위를 어디까지 할 수 있는지를 결정하기 어렵다. 앞선 사례와 달리 의사능력의 결함이 일시적이지 않다는 점, 의료행위의 침습 정도가 상당하다는 점, 정신질환자 역시 일반 환자와 마찬가지로 자신의 신체와 재산에 관한 사항에 대하여 스스로 판단하고 결정할 권리를 가지는 것이 원칙이라는 점³⁶⁾이 판단을 더욱 어렵게 한다.

이와 같이 정신질환자가 신체질환에 대한 치료를 완강히 거부하는 경우를 포함하여 환자가 비논리적으로 치료를 거부 상황에서는 실무적으로 정신과 전문의가 있는 종합병원 이상의 규모에서는 정신과 전문의의 소견을 확보해 환자의 의사능력을 판단할 수 있을 것이다. 그러나 대개 질적인 판단을 포함하는 정신과적 진단 내용을 의사능력 유무에 대한 판단으로 곧바로 환산하기 어렵다는 문제가 여전히 남는다.³⁷⁾

3. 소결

응급의료법 제9조 설명·동의 예외 규정은 응급의료종사자의 설명의무를 단순히 완화하는 것이 아니라 설명의무 제한·면제 사유에 해당하는 경우 환자의 동의여부와 무관하게 응급의료를 시행하여야 하는 의무, 즉 정당한 사유 없는 응급의료거부를 엄격히 금지하고 있다(제6조 제2항). 판례는 환자의 생명 상실이 문제되는 경우 중 특히 음주, 음독으로 인하여 환자가 의사능력이 결여된 상황에서 의사의 설명의무보다 응급의료를 시행하여 환자의 생명을 보호하

(vegetative state)와 같은 ‘지속적 결함’과 통증, 음주, 약물, 저혈당으로 인한 의식저하와 같은 ‘일시적 결함’ 상태로 구분할 수 있다고 한다.

36) 정신건강보건의법 제2조 제7항.

37) 정신질환자의 치료 거부와 관련해서는 우리 법은 성년후견인 제도를 통해 의학적 진단 외의 해결 방안을 마련해두고 있지만 실제 제도 운용이 잘 되고 있는지는 의문이다.

여야 할 의무가 우선이고, 예외적으로 생명상실 여부가 문제되는 시점에 앞서 치료 여부·방법에 대해 환자의 진지한 숙고가 있었던 경우 환자의 자기결정권이 응급의료의무와 대등하게 고려될 수 있다는 입장인 것으로 보인다.

이하 IV.장에서는 본격적으로 응급의료 시행 전 법정대리인의 동의를 문제 되는 경우, 다른 의료인의 동의를 필요한 경우 등 실제 사례를 중심으로 응급의료거부죄와 응급의료에서의 설명·동의의 원칙과의 관계를 살펴본다.

IV. 응급의료에서의 설명·동의 원칙과 응급의료거부죄

1. 응급의료거부죄의 구성요건

현행 응급의료법은 ‘제3장 응급의료종사자의 권리와 의무’ 제6조 제2항³⁸⁾에서 응급의료의 거부금지를 규정하고 있다.³⁹⁾ 응급의료거부죄의 주체는 ‘업무 중인 응급의료종사자’이다. 응급의료종사자란 취득한 면허 또는 자격의 범위에서 응급환자에 대한 응급의료를 제공하는 ‘의료인’과 ‘응급구조사’를 의미한다. 본 죄의 객체는 ‘응급의료 요청을 한 환자’ 또는 ‘응급환자’이다. 여기서 응급환자란 ‘질병, 분만, 각종 사고 및 재해로 인한 부상이나 그 밖의 위급한 상태로 인하여 즉시 필요한 응급처치를 받지 아니하면 사망하거나 심신에 중대한 위해가 발생할 가능성이 있는 환자 또는 이에 준하는 사람’이고, 그 해당 여부는 응급의료종사자가 환자를 최초 진료한 시점을 기준으로 객관적으로 확인하였거나 평균적 응급의료종사자라면 판단이 가능했을 내용을 기준으로 파악하여야 한다.⁴⁰⁾

38) 제6조(응급의료의 거부금지 등) ② 응급의료종사자는 업무 중에 응급의료를 요청받거나 응급환자를 발견하면 즉시 응급의료를 하여야 하며 정당한 사유 없이 이를 거부하거나 기피하지 못한다.

39) 응급의료거부죄의 구성요건에 대해 자세히 설명하고 있는 글로는 이석배, “응급의료거부죄의 해석과 정책”, 형사정책(제21권 1호), 2009, 267-279면.

40) 이석배, 앞의 글, 269, 270면.

또 다른 구성요건은 ‘응급의료의 거부 또는 기피’이다. 응급환자인지 여부를 파악하기 위한 진료나 검사를 아예 하지 않은 경우, ‘응급환자가 발생한 때부터 생명의 위험에서 회복되거나 심신상의 중대한 위해가 제거되기까지의 과정에서 응급환자를 위하여 하는 상담·구조·이송·응급처치 및 진료 등의 조치(응급의료)’를 하지 않는 것, ‘응급의료행위의 하나로서 응급환자의 기도를 확보하고 심장박동의 회복, 그 밖에 생명의 위험이나 증상의 현저한 악화를 방지하기 위하여 긴급히 필요로 하는 처치(응급처치)’를 하지 않는 것을 모두 포함한다.

2. 응급의료거부죄의 소극적 구성요건으로서 ‘정당한 사유’

가. ‘정당한 사유’의 인정 범위

응급의료종사자가 업무 중에 응급医료를 요청받거나 응급환자를 발견하였음에도 응급医료를 시행하지 않은 데에 ‘정당한 사유’가 존재한다면 본 죄가 성립하지 않는다. ‘정당한 사유’는 추상적 개념으로서 그 인정 범위에 대하여는 구체적 사안마다 다양한 해석의 가능성이 존재한다.

‘해당 의료기관의 능력으로는 해당 환자에게 적절한 응급医료를 제공할 수 없을 때’에 응급医료거부죄의 정당화 사유가 있다고 볼 수 있으나, 이 때에도 환자를 안정화시키기 위한 최소한의 응급医료는 제공되어야 한다.⁴¹⁾ 응급医료의 최우선 목적은 응급환자를 안정시키기 위한 것이지를 확정적인 진단과 치료(정밀 검사에 따른 병명 진단, 수술, 입원 등)는 아니므로 일반적인 진료거부금지에서의 정당화 사유보다는 더 엄격하게 해석될 필요가 있기 때문이다.⁴²⁾⁴³⁾

41) 배현아, “응급환자의 전원과 의사의 설명의무”, 의료법학(제13권 1호), 2012, 271, 272면.

42) 위와 같음.

43) 응급환자를 대상으로 하는 응급医료는, 그 특성상 환자가 의료기관을 방문하였으나 여하한 사정으로 응급医료의 제공이 어려운 경우 결국 다른 의료기관으로 이송되어야 하는 경우가 많고, 그런 경우에도 응급환자의 생명을 최우선으로 보호하기 위해서는 최초 의료기관에게 전원 전 환자를 안정화시키기 위한 최소한의 응급医료를 제공할 의무가 있다고 해석

판례는 이와 같은 취지에서,

① 일반외과 전문의가 자신의 전문 영역에 속하지 않는 뇌 손상 환자라 하더라도, 방사선 사진을 정확히 판독해 최선의 응급조치를 취한 후 신경외과 전문의가 있는 병원으로 전원하여 적절한 치료를 받게 하였다면 환자가 생존할 수 있었을 것이라 보고 해당 의사의 과실과 환자 사망 사이의 인과관계를 인정하였고,⁴⁴⁾

② 장파열, 복강내출혈 및 비장손상 등의 가능성이 있어 응급개복술이 필요한 환자를 그 아내의 요청으로 1시간 정도 거리의 환자 집 근처 병원으로 이송시켜 결국 환자가 사망한 사안에서 의사의 (이송시 환자가 사망할 위험이 크다는 점에 대한) 설명의무 위반을 인정하면서, 의사가 수술을 실시하지 아니한 채 ‘만연히’ 부상자를 다른 병원으로 이송하도록 한 과실과 환자 사망 사이의 인과관계를 인정함이 상당하다고 보았다.⁴⁵⁾

나. ‘정당한 사유’로서 응급의료의 설명·동의 원칙 준수

응급의료종사자는 원칙적으로 응급환자에게 응급의료 시행 전 응급의료에 관하여 설명하고 동의를 받아야 하므로, 설명의무를 이행할 수 없거나 환자의 동의를 얻지 못한다면 응급의료 불이행에 ‘정당한 사유’가 있는 경우로서 응급의료거부죄가 성립하지 않는다. 응급환자의 의사결정능력 및 법정대리인·동행인의 유무에 따라 설명의 상대방과 동의의 주체가 달라지는데, 이하 3.항에서는 그 구체적 문제 상황을 검토한다.

함이 타당하고, 판례도 이와 같은 취지로 보고 있다. 이 점에 대해 다시 한 번 생각할 기회를 주신 익명의 심사위원께 감사드린다.

44) 대법원 1989. 7. 11., 선고, 88다카26246, 판결.

45) 대법원 2000. 9. 8 선고 99다48245 판결.

3. 응급의료 상황에서 설명·동의 원칙이 문제되는 경우

가. 설명·동의의 상대방이 문제되는 경우

(1) 법정대리인의 동의 문제

(가) 환자의 최선의 이익을 위한 법정대리인의 동의

환자의 법정대리인을 의료계약에서의 대리인으로 보더라도, 대리인의 동의는 환자의 최선의 이익(best interest)을 위해서 가능하다고 보아야 한다.⁴⁶⁾ 이 경우에는 사전에 환자가 밝힌 의사를 기준으로 하여야 할 것이지만, 이를 알 수 없는 경우 환자의 추정판단(substituted judgement)를 활용하여 환자가 이전에 의사결정능력이 있었던 경우 선호했던 치료 방법 선택 내용을 참고하여 의사결정을 하여야 한다.⁴⁷⁾⁴⁸⁾ 그러나 신생아와 같이 의사결정능력이 있었던 경우를 상정하기 어려운 경우도 존재한다.

다만, 현행법에서는 환자가 의사결정능력이 없는 경우 여전히 법정대리인의 동의를 얻을 것을 요하고, 실무적으로 법정대리인의 의사에 반하여 응급의료를 시행하더라도 이후 입원 치료 등을 위해 법정대리인의 협조를 필요로 하는 경우가 대부분이므로 결국 의료진으로서의 법정대리인의 의사를 배제하고 오로지 환자의 이익만을 적극적으로 고려하기는 어렵다. 그러므로 이에 대하여는 응급의료종사자의 부담을 경감하기 위한 입법론적 해결 방안이 필요하다 (V.장에서 후술).

(나) 법정대리인의 결정이 환자의 의학적 이익에 반하는 경우

응급의료종사자로서는 법정대리인이 환자의 의학적 이익에 반하는 결정을

46) 이석배, 앞의 글, 283면.

47) 안재윤·류현옥·최한주·김형일·정진우·배현아, 앞의 글, 2면.

48) 미국에서도 연방법인 EMTALA (Emergency Medical Treatment & Labor Act), 각 주법(state law) 및 판례에서 미성년 응급환자에 대한 진단 또는 치료가 필요함에도 환자 또는 법정대리인 동의 유효한 동의를 구하기 어려운 경우에는 환자의 최선의 이익(the best interest)을 고려하여 '응급예외의 법칙(emergency exception rule)' 내지 '묵시적 동의의 원칙(implied consent)'을 적용하여 환자에 대한 진단 또는 치료가 가능하도록 여러 예외를 인정하고, 나아가 동의를 취득하기 위하여 응급 치료가 지연되는 것을 엄격히 금지한다.

하는 경우에도 이를 따라야 하는지가 문제 된다. 응급진료에서도 치료여부의 결정이 환자의 생명과 직결되는 경우에는 법정대리인의 환자 동의 대리권보다 응급의료종사자의 결정이 우선된다고 해석되어야 한다. 이때에는 제9조 제1항 제2호에 따라 설명·동의 절차의 예외 조항이 적용된다.

‘보라매병원 사건’⁴⁹⁾으로 널리 알려진 판례에서, 환자의 법정대리인인 아내는 의사의 의학적 권고에 반하여 환자를 집으로 퇴원시킬 것을 강하게 요구하였고 이에 병원에 책임을 묻지 않겠다는 각서를 받고 환자를 퇴원시킨 담당 전문의와 전공의는 각 살인죄의 중범으로 징역 1년 6개월에 집행유예 2년을 선고 받았다.

이 판결 이후로 여러 병원들은 보호자가 생존 가능성이 있는 환자에 대하여 경제적 이유 등을 이유로 한 퇴원 요청을 거부하고 있으며 나아가 법원으로부터 ‘퇴원거부가처분’을 받아 진료를 강행하기도 한다. 판례는 부모가 신생아 자녀의 생존을 위해 시행되어야 하는 심장수술에 필수적으로 수반되는 수혈이 자신들의 종교적 신념에 반한다는 이유로 수술을 거부한 사안에서, 이는 자녀의 복리를 우선적으로 고려하여야 하는 친권 행사의 정당한 범위를 넘어서는 것으로서 병원 측은 이러한 진료행위에 대한 방해의 배제를 구할 수 있다고 설치하였다.⁵⁰⁾⁵¹⁾

(다) 응급환자가 미성년자인 경우

앞서 살펴본 바와 같이 응급의료법은 응급환자 본인이 응급의료의 설명·동의의 대상이 됨을 명시하고 있으므로 응급의료종사자는 미성년인 환자가 의사

49) 대법원 2004. 6. 24. 선고 2002도995 판결.

50) 서울동부지방법원 2010.10.21.자2010카합2341결정 [진료업무방해금지등가처분]. 주문 “채무자들은 채권자 산하 서울아산병원에서 신청외인(주민번호 생략, 주소 생략)에 대하여 구명(救命)을 위하여 행하는 수혈 행위를 방해하여서는 아니 된다.”

51) 비슷한 사례로, 분당서울대병원은 2013.12. 경 미숙아로 태어난 다운증후군 여아에 대해 예정되어 있던 수술적 치료를 거부하고 함께 태어난 쌍둥이 남아만을 데리고 퇴원한 부모를 상대로 수술 동의 및 진료업무 방해금지 가처분 신청을 청구하였고, 부모가 뒤늦게 치료에 동의하여 취하한 바 있다(수원지방법원 여주지원 2014카합10001).

결정능력이 있는 한, 미성년자에게 직접 응급의료에 대해 설명하고 동의를 받아야 한다. 한편 응급의료행위를 민법상 법률행위인 의료계약 체결의 결과로 볼 때, 미성년자의 의료계약 체결에는 법정대리인(친권자·후견인)의 동의가 필요함이 원칙이고,⁵²⁾⁵³⁾ 그 동의를 얻기 위해서는 의료계약의 내용인 의료행위에 대한 설명이 선행되어야 할 것이다. 즉, 미성년 응급환자에 대해서는 의료계약 체결과 의료행위에 대한 동의 문제를 함께 고려할 필요가 있다.

이와 같은 문제에 대해 각 사안마다 일률적 기준을 정하기 어렵기 때문에, 응급의료현장에서는 미성년 환자의 의사능력이나 동의능력 유무에 따라 그 법정대리인에게 환자에 대해 어디까지 설명하거나 동의를 얻어야 하는 것인지, 미성년 환자의 의사결정능력을 어떤 기준으로 판단할 수 있는지 등에 대해 판단하기 어려운 경우가 많다.

① 법정대리인의 동의 없는 응급의료행위 가능 여부

원칙적으로 응급의료종사자는 미성년 환자에게 의료행위에 대해 설명하고 동의를 구하면 충분하다. 보건의료기본법이 모든 국민이 나이와 상관없이 건강에 관한 권리를 보장받고 있음을 명시하고 있다는 점에서⁵⁴⁾ 미성년자라는 이유로 반드시 법정대리인의 동의가 있어야만 응급진료 및 이에 필요한 검사를 받을 수 있는 것은 아니다.

그러나, 이는 어디까지나 환자가 의료행위의 의미, 범위, 결과에 대한 이해, 분별, 판단 및 형량 등의 능력이 있는 경우에 한하며, 이 때에는 의료행위의 특성, 환자와 부모의 관계, 환자의 연령, 복리가 종합적으로 고려될 필요가 있

52) 민법 제5조(미성년자의 능력) ① 미성년자가 법률행위를 함에는 법정대리인의 동의를 얻어야 한다. 그러나 권리만을 얻거나 의무만을 면하는 행위는 그러하지 아니하다.

② 전항의 규정에 위반한 행위는 취소할 수 있다.

53) 의료계약의 성립에는, 진료행위에 대한 청약으로서 환자의 의사에 대한 의사표시와 의사의 승낙이라고 하는 의사표시의 합치가 필요하다. 김민중, “의료계약의 당사자로서의 「환자」와 관련한 문제에 대한 검토”, 의료법학(제10권 2호), 2009, 256면.

54) 보건복지법 제10조(건강권 등) ② 모든 국민은 성별, 나이, 종교, 사회적 신분 또는 경제적 사정 등을 이유로 자신과 가족의 건강에 관한 권리를 침해받지 아니한다.

다.⁵⁵⁾ 예컨대 환자가 유아인 경우에는 의사결정능력이 있다고 보기 어려우므로 부모가 의료계약과 의료행위 동意的 주체가 될 것이지만, 미성년자라 하더라도 비교적 성년에 가까운 나이로 어느 정도 합리적 판단능력이 인정되거나 그 부모가 친권을 남용하는 등으로 되레 미성년자의 복리를 침해하는 자인 경우라면 환자 본인의 의사가 더욱 중요하게 고려되어야 한다.⁵⁶⁾

② 미성년 환자의 민감한 의료 정보 제공 범위

예를 들어 부모에게 임신 사실을 비밀로 하고 있던 미성년 응급환자가 의식을 잃고 긴급하게 임신중절수술을 시행하여야 하는 상황에서, 응급의료종사자가 법정대리인인 부모에게 자녀의 임신 사실을 알린 경우 환자의 자기결정권 침해 또는 응급의료종사자의 비밀유지의무(제40조) 위반 문제가 제기될 수 있다.

법정대리인이라 하여도 정보주체인 아동이 14세 미만인 경우에만 개인정보처리자에게 아동의 개인정보 열람을 요구할 수 있다는 점을 고려할 때⁵⁷⁾⁵⁸⁾ 미성년자라 하여도 자기결정권이 우선적으로 존중받아야 함을 원칙으로 하되, 의사결정이 필요한 구체적 상황(예: 환자 연령에 따른 판단 주체성 존중, 환자의 경제적 능력 고려, 퇴원 이후 통원 치료 필요 여부)에 따라 법정대리인에 대

55) 김민중, 앞의 글, 257-264면. 해당 논문에서는 의료침습에 대한 동의는 법률행위와 구분되는 것이고 일신전속적이므로 미성년자가 스스로 결정할 수 없는 경우에만 타인의 동意的가 가능하다고 본다. 다만 미성년자는 동의능력이 있더라도 행위능력, 설명을 들을 능력이 불완전한 경우가 있으므로, 법정대리인의 동意的가 별개 또는 이중으로 필요할 수도 있다는 것이다. 의료침습이 중한 정도에 따라 3단계(단순, 중간, 중요)로 분류하여 미성년자 본인과 부모 쌍방에 대한 설명·동의 절차를 진행할 수도 있다.

56) 실제로 아동학대로 가정법원으로부터 친권의 일시 정지를 선고 받은 부모라 하더라도, 미성년 환자의 법정대리인의 지위는 그대로 유지되기 때문에 의료 현장에서는 해당 부모에게 환자의 의학적 상태에 대해 설명을 해야 하는지, 설명을 시행한다면 어느 정도로 해야 하는지 등을 결정하기 쉽지 않다. 대체로 경제적 능력이 결여된 미성년 환자에게 진료비를 청구하기 어려운 현실적 문제도 함께 고려되어야 하기 때문이다.

57) 개인정보보호법 제38조(권리행사의 방법 및 절차) ② 만 14세 미만 아동의 법정대리인은 개인정보처리자에게 그 아동의 개인정보 열람등요구를 할 수 있다.

58) 미성년자에 대한 의료인의 비밀유지의무에 대해 승낙능력 유무에 따른 해석에 대해서는, 이석배, “의료행위와 대리승낙”, 의료법학(제15권 1호), 2014, 323면. 참조.

한 설명·동의 절차가 시행되어야 한다(V-1.에서 상술).

다만, 미성년자의 법정대리인은 여전히 의료계약 체결에서 동의권이 있는 자이므로, 응급의료종사자가 의학적 판단에 따라 법정대리인에게 필요 최소한의 범위에서 설명·동의 절차를 시행한 것에 대해서 엄격하게 책임을 묻는 것은 타당하지 않다고 해석하여야 한다.

(2) 의료인 1인 이상의 동의를 요하는 경우

(가) 응급처치의 경우 의료인 1인 추가 동의 필요 여부

시행규칙 제3조 제3항에서 ‘...응급환자에게 반드시 응급의료가 필요하다고 판단되는 때에는 의료인 1명 이상의 동의를 얻어 응급의료를 할 수 있다’고 규정하고 있는데, 응급의료의 한 개념인 응급처치를 하는 경우에도 의료인 1명 이상의 동의를 얻어야만 하는지 문제된다. 즉, 법정대리인이 없는 경우에 응급의료종사자가 동행인에게 응급처치에 대해 설명할 것(법 제9조 제2항 후단)과 의료인 1인의 동의를 얻을 것(동법 시행규칙 제3조 제3항)을 모두 요하는지에 대한 해석이 문제된다.

설명 대상자를 동행인으로 확장하고자 하는 응급의료법의 입법취지를 고려할 때, 응급의료종사자가 동행인에게 설명하고 즉시 응급처치를 한 뒤, 단순처치를 넘어서는 응급의료행위가 필요한 경우에는 의료인 1인의 동의를 요하고, 이후 의사의 의학적 판단에 따라 응급진료를 할 수 있다고 해석하는 것이 타당하다. 시행규칙이 ‘응급의료’라는 포괄적 개념을 사용한 것은 응급처치 시행 요건 해석에 혼란을 줄 수 있어 개선이 필요하다(<표 2> *부분, V-3.에서 후술).

(나) 의료인 1인 이상의 동의 형식

환자의 서면동의를 요하고 있는 것과 달리 특별한 양식을 요하지 않고 있으므로 의무기록에 해당 응급의료에 대해 동의한 의료인의 직급과 이름, 동의 여부를 알아볼 수 있는 정도라면 충분하다.

(다) 추가로 동의할 의료인이 부재한 경우

현행법에는 관련 규정이 없다. 응급환자의 긴급성을 고려할 때, 이러한 경우 마저 의료인 1인의 추가 동의를 요하는 것은 아니라고 해석하여야 한다. 즉, 응급의료종사자가 응급환자에게 즉시 응급의료가 필요하다고 판단하였으나 의료인의 동의를 얻기 어려운 상황에서는, 자신의 판단만으로 (단, 자신의 자격 범위 내에서 가능한) 응급의료를 시행할 수 있다고 보아야 한다.

(라) 환자의 생명이 위험한 경우 등

제9조 제1항 제2호 ‘설명·동의 절차로 응급의료가 지체되면 환자의 생명이 위험해지거나 심신상 중대한 장애를 가져오는 경우’는 법문상 응급의료의 설명·동의 원칙이 배제되는 경우로서 환자에 대한 설명의무가 면제된다. 이 때 다른 의료인 1인의 추가 동의(시행규칙 제3조 제3항)는 요하지 않는다. 의료인의 추가 동의는 (응급의료의 긴급성이 환자의 생명이 위험하여지거나 심신상 중대한 장애가 예상되는 정도는 아니라서) 설명의무가 면제되지 않는 상황, 즉 응급환자 또는 그 법정대리인의 동의가 여전히 필요함에도 부득이 얻지 못한 상황에서 예외적으로 다른 의료인의 동의로 이를 갈음하여 응급의료가 시행될 수 있는 가능성을 열어둔 것으로 볼 수 있다. 따라서 응급의료가 지체되면 환자의 생명이 위태로운 상황에서까지 의료인 1인의 동의를 추가로 얻어야 하는 것은 아니다.

(3) 동행인에 대한 설명의무

응급의료종사자는 법정대리인이 동행하지 않은 경우 동행인에게 설명의무를 이행한 후 응급처치를 하고, 이후 의사의 의학적 판단에 따라 응급진료로 나아갈 수 있다(제9조 제2항 후단). 문언 해석상 동행인에게 응급처치에 대한 동의를 받아야 하거나 응급진료에 대하여 설명하고 동의를 얻을 것을 요하지 않는다.

이처럼 법이 응급처치와 응급진료에 대한 설명·동의의 주체를 달리 규정하

고 있는 것은, 아마 긴급한 처치(예: 발목 골절 환자에 대한 고정 처치) 이후 본격적으로 다른 진료과의 진단 및 수술(예: 발목 골절 접합술)이 필요한 경우로 상황을 구분한 것으로 보인다. 실제로 응급처치는 응급의료상황 중에서도 가장 위급한 상황에서 이뤄지는 응급환자의 기도 확보 등 긴급한 조치를 의미하므로 동행인에게 간략한 설명이 시행되는 것으로 충분하다 할 것이다. 이후 응급진료에 대해서도 동행인은 환자에 대한 동의 권한이 없으므로, 의학적 판단에 따라 응급진료가 시행되는 것이 타당하다.

응급처치에 대한 설명 상대방이 되는 동행인과 관련하여서도 법정대리인의 경우와 마찬가지로 응급의료종사자의 비밀준수의무, 환자의 인격권 보호 등이 문제될 수 있다. 응급처치에 관한 설명시 동행인에게 환자와 관련한 민감한 정보를 제공하게 될 수 있기 때문이다. 동행인에게 응급처치에 대한 동의까지 받을 것을 요하는 것은 아니므로 이 때에는 환자에 관한 민감한 정보는 제외하고 필요 최소의 범위 내에서 설명을 시행하는 것이 타당하다.

(4) 법정대리인과 동행인이 모두 부재한 경우

응급의료법상 설명·동의 규정은 법정대리인과 동행인이 모두 부재한 경우를 명시하지 않고 있다. 해석상 응급의료에 대한 설명의무의 상대방, 동의권자 모두 존재하지 않는 상황에서 설명·동의 절차로 응급의료가 지체되면 환자의 생명이 위협해지거나 심신상 중대한 장애를 가져오는 경우에는 응급의료종사자의 설명의무가 생략된다(제9조 제1항 제2호). 즉, 환자의 자기결정권보다 응급의료종사자의 생명보호의무가 우선하게 되어 환자의 동의 없는 임의의 응급의료행위가 정당화되는 동시에 의무화된다.

나. 응급환자가 거부 의사를 밝힌 경우

응급의료법은 응급환자가 치료를 거부하는 경우에 대한 명시적 규정을 두지 않고 있다. 앞서 살펴본 바와 같이 보건의료법은 환자가 자신의 질병에 대한 치료 방법 등에 관하여 충분한 설명을 듣고 동의 여부를 결정할 권리가 있음을

명시하고 있긴 하나(제12조), 여기서 ‘치료 방법을 결정할 권리’가 ‘치료를 받지 않을 권리’ 내지 ‘치료를 거부할 권리’까지 포함하는지 여부는 명확하지 않다.⁵⁹⁾ 원칙적으로는 환자의 자기결정권을 보장하여 응급의료에 대한 설명과 이에 대한 동의가 있어야만 응급의료가 시행될 수 있다. 그러나 응급의료종사자가 설명·동의 절차로 인해 응급의료가 지체되면 환자의 생명이 위험해지거나 심신상 중대한 장애가 발생할 수 있는 경우라고 판단하는 경우에는 설명·동의 절차를 생략하고 응급의료를 시행하여야 한다(제9조 제1항 제2호).

이는 앞서 살펴본 바와 같이 결국 ‘환자의 생명권으로부터 도출되는 응급의료종사자의 생명보호의무’와 ‘환자의 자기결정권을 보호하기 위한 응급의료종사자의 설명의무’ 사이의 이익형량의 문제로 귀결된다. 전술한 판례의 태도와 같이, 치료여부가 환자의 사망이나 장애로 이어지는 것은 아니라거나 자살과 구별되는 진지한 숙고에 따라 미리 치료 거부 의사를 확고히 표시한 경우에는 자신의 의학적 판단에 따른 이익형량에 따라 응급의료로 나아가지 않은 응급의료종사자를 비난할 수는 없다고 보아야 한다. 반대로, 환자의 의사표시(예: 음독 후 위세척 거부)에도 불구하고 의료행위 당시 표준적 의학지식에 따른 이익형량의 결과 환자의 자기결정권보다 환자의 생명권 및 자신의 응급의료의무가 더 우선하는 상황으로 판단하여 응급의료를 시행한 응급의료종사자에게 책임을 물을 수 없다고 해석하는 것이 타당하다.

결국, 의사결정능력이 있는 응급환자의 치료거부 상황에서 설명·동의 절차 생략 후 응급의료 시행 여부의 판단은 당시 응급의료종사자의 의학적 판단에 기초한 이익형량의 결과가 가장 우선적으로 존중되어야 하고, 사후에 엄격하게 판단될 것은 아니다. 설명·동의 절차의 예외 규정은 긴박한 응급의료의 특성상 그 시행에 앞서 동의 취득의 요건을 완화하기 위함이지 설명·동의 절차를 까다롭게 하기 위해 제정된 것은 아니기 때문이다.

59) 안재윤·류현욱·최한주·김형일·정진우·배현아, 앞의 글, 3면.

4. 소결

응급의료종사자는 업무 중에 응급의료를 요청받거나 응급환자를 발견하면 즉시 응급의료를 하여야 하고, 정당한 사유 없이 이를 거부·기피하는 경우 응급의료거부죄가 성립할 수 있다. 응급의료종사자는 응급의료 시행 전 환자 또는 이에 준하는 사람에게 응급의료에 대해 반드시 설명하고 동의를 얻는 것이 원칙이므로 환자의 동의를 얻지 못하는 정당한 사유가 있는 경우에는 응급의료거부죄가 성립하지 않는다. 즉, 응급의료법상 설명·동의 규정은 응급의료종사자가 응급의료로 나아가기 전 응급의료의 설명 상대방과 내용을 결정하는 지점이 될 뿐만 아니라 응급의료거부죄의 소극적 구성요건 판단 기준이 될 수 있다.

대법원 판례는 의사결정능력이 없는 환자의 법정대리인이 환자의 의학적 이익에 반하는 결정을 하는 경우에 응급의료를 시행하지 않으면 환자가 사망할 수 있는 경우에는 법정대리인의 동의를 얻어 보호하고자 한 환자의 자기결정권보다도 응급의료종사자의 생명보호의무가 우선한다고 본다. 같은 취지에서 응급환자가 치료를 거부하는 경우에도 설명·동의 절차로 응급의료가 지체 되면 환자의 생명이 위협해지거나 중대한 장애가 발생할 수 있는 경우에는 응급의료종사자의 생명보호의무가 우선하여 설명·동의 절차를 생략하고 응급의료를 시행하여야 한다. 또한 관련 규정은 미비하나, 미성년자라 하더라도 응급진료를 위해 반드시 법정대리인의 동의가 필요한 것은 아니고, 환자 자신의 자기결정권이 우선적으로 존중받아야 하고 연령, 경제적 능력, 치료 내용 등에 따라 법정대리인에 대한 설명·동의 절차가 시행되어야 할 것이다.

한편, 응급의료의 한 개념인 응급처치와 응급진료를 구분하고 있는 응급의료법의 취지를 존중할 때 응급처치시까지 다른 의료인의 추가 동의를 요하는 것은 아니고, 의사결정능력이 없는 환자의 동행인에게 응급처치에 대한 설명 의무를 이행한 후 동의를 받을 것까지 요하는 것은 아니다.

그러나 앞서 본 바와 같이 해당 규정은 설명의 상대방과 내용에 대하여 지나치게 복잡하고 산발적으로 규정하고 있을뿐더러 입법의 미비가 있어 그 해석

에 혼란의 여지가 있다. 이하 V.장에서는 응급의료에서의 설명·동의 원칙의 범위와 한계를 명확히 하여 응급의료 거부에서 ‘정당한 사유’의 일관성 있는 기준을 설정하고, 설명의무 위반을 염려한 응급의료종사자의 소극적 진료로 응급환자가 생명권을 침해받는 일이 최소화될 수 있도록 몇 가지 입법과제를 제시한다.

V. 입법과제

1. 미성년자에 대한 응급의료의무 조항 신설

미성년 응급환자에 대하여 법정대리인의 동의가 없더라도 일정한 경우에는 응급의료 가능성이 있다고 볼 수 있는지, 가능하다면 그 범위는 어디까지인지 등에 대한 명시적 규정이 부재하여 개선될 필요가 있다.⁶⁰⁾ 응급실에 미성년 환자가 내원한 경우, 응급의료종사자로서는 환자의 생명이 위급하거나 의사 결정능력이 없는 예외적 상황에서는 설명·동의 절차를 생략하고 응급의료를 시행하는 데 무리가 없다. 그러나, 환자에 대한 설명·동의 절차가 요구되는 일반적 상황에서는, 응급의료종사자로서는 환자의 법률행위(의료계약)에 대한 동의권이 있는 법정대리인(친권자·후견인)에 대한 설명·동의 절차를 구체적 사안에 따라 적절하게 진행하여야 한다(이에 대해서는 앞서 IV-3-가-1)-다.항에서 다룬바 있다). 대부분의 경우 이러한 절차는 원활하게 진행되지만, 아동학대 사건으로 혼자 또는 보호시설·수사기관·행정기관 관계자와 함께 동행한 미성년 환자, 일정한 사유로 부모의 친권 행사가 제한된 경우, 부모가 동의를 지연하는 경우 등에는 보호시설·수사기관·행정기관 관계자의 적극성, 담당 의료진의 의학적 판단이나 추후 발생할 분쟁에 대한 감수 의지에 따라 필요한 검사나 진단이 지연되는 상황이 발생한다. 미성년자는 사회적 약자로

60) 이는 응급의료가 아닌 일반의료 상황에서도 문제가 된다.

서 특히 보호 받아야 하는 존재라는 점, 응급의료종사자가 법정대리인의 동의 없이도 필요 최소한의 검사·치료를 시행하였다는 이유로 불필요한 민·형사상 분쟁에 휘말리는 것을 방지할 필요가 있다는 점을 고려하더라도 미성년 응급환자에 대한 필수적 검사나 치료에 대한 의무 규정의 도입이 검토될 필요가 있다.

예를 들어 자살을 시도한 18세 미성년의 응급환자가 아동학대로 접근금지 처분을 받은 부모의 개입을 거부하는 극단적 상황에서도, 응급의료종사자로서는 부모의 친권이 유효한 이상 부모를 치료상황에서 완전히 배제해야 하는지, 그렇지 않다면 환자의 법정대리인인 친권자에 대한 설명의무를 어디까지 시행하고 동의를 구해야 하는지 현행법에 관련 지침이 없어 결정하기 어렵고, 추후 분쟁 발생을 우려해 소극적 진료를 하기 쉽다. 부모를 응급상황에서 배제한다면 부모의 반발이 예상됨은 물론이고(부모가 개입을 원한다는 전제에서) 응급상황 종료 이후 현실적으로 입퇴원절차를 진행하기 어려운 반면, 부모를 개입시킨다면 이를 원치 않는 아동학대 피해 환자의 분쟁 제기가 예상되기 때문이다. 이러한 경우 미성년자에 대한 필수적 검사나 치료에 대한 의무 규정이 마련된다면 응급의료종사자로서는 추후 법적 분쟁에 대한 우려로부터 벗어나 환자의 의학적 상황에 집중하여 응급의료를 지체 없이 시행할 수 있을 것이다.

미국에서는 연방법인 EMTALA (Emergency Medical Treatment & Labor Act)는 응급실을 방문한 개인 또는 그를 대신하는 사람이 의학적 검사나 치료를 요청하는 경우라면 다른 조건 없이 적절한 의학적 선별검사를 시행해야 함을 명시함으로써 응급상황에서의 설명·동의 요건을 완화하고 응급의료의무를 강화하고 있다(이른바 “anti-patient-dumping provisions”).⁶¹⁾⁶²⁾ 이에 따르면 미성년 환자의 법정대리인의 동의 여부가 문제되지 않기 때문에 응급의료종사자에게는 의학적 판단에 따라 적절한 검사를 시행할 의무만이 남게

61) 42 U.S. Code § 1395dd(a).

62) The Centers for Medicare and Medicaid Services(2019). State Operations Manual Appendix V - Interpretive Guidelines - Responsibilities of Medicare Participating Hospitals in Emergency Cases. 38.

된다. 또한 각 주마다 차이는 있지만 대체로 14세 이상의 충분한 지적능력을 가진 미성년환자에게 자신의 치료에 대한 동의 권한을 인정하고, 의학적으로 피임/임신 관련 처치, 정신건강, 성매개 질환, 약물/알코올 중독의 치료에서는 미성년의 독립적인 동의권한을 인정하며, 일부 주법에서는 결혼을 하거나, 경제적으로 자립하여 독립적 생활을 영위하고 있다가, 군복무 중이거나, 법원의 허가를 받은 경우에도 미성년의 독립적 동의권한을 인정하고 있다.⁶³⁾

2. 응급환자의 '의사결정능력' 판단 기준 보완

응급의료법에서는 환자의 의사결정능력 유무를 판단할 수 있는 별도의 기준을 제시하지 않고 응급의료종사자의 재량에 맡기고 있어 그 판단에 일관성 있는 결과를 기대하기 어렵다. 환자가 콧마상태인 경우에는 당연히 의사결정능력이 있다고 보기 어렵다. 그러나 환자가 의식이 있고 의사소통이 가능한 경우에 응급의료종사자로서는 의사결정능력 유무를 어떤 기준으로 판단하여야 하는지 인식하기 어렵다.

예를 들어 응급환자가 만취 등의 이유로 치료를 비논리적으로 거부하는 경우에는 환자의 동의를 얻기 위해 응급의료를 지연시킬 것인지 또는 바로 의학적인 판단에 따라 응급처치 등을 시행할 것인지 판단하기 어렵다. 치매, 정신질환자인 경우에는 전술한 바와 같이 실무상 의사결정능력의 유무에 대하여 정신건강의학과와의 진단을 요청하는 경우가 빈번하다. 그러나 응급의료종사자와 마찬가지로 비법률가인 정신건강의과의 경우에도 응급의료법 문언상 의사결정능력 유무에 대하여 명확한 진단기준을 갖기 어렵다는 문제가 있다. 실무상 정신건강의학과 전문가가 성년후견개시 심판을 위해 환자의 의사능력을 판단하는 경우 진단 목적에 따라 IQ검사, 인지능력 검사, 수일간의 보호관찰 등 다양한 수단을 활용하고 있다. 정신과적 의사능력 유무 판단은 고도의 전문성을 요

63) Paul E. Sirbaugh, Douglas S. Diekema—Committee on Pediatric Emergency Medicine and Committee on Bioethics(2011). Consent for emergency medical services for children and adolescents. *Pediatrics*. 128(2):428,9.

하는 영역으로서 질적인 판단을 상당 부분 포함하고 있어 법문으로 일률적으로 정하기 어렵다. 무엇보다 촉각을 닦는 응급의료상황에서 정신과적 진단에만 의존하는 것은 적절한 판단 기준이 되기 어렵다는 문제가 있다.⁶⁴⁾

결국 응급상황에서 환자의 의사결정능력 유무는 결국 의학적 판단으로 확정되어야 하는 문제로 돌아온다. 그러므로 불필요한 순환 과정을 제거하기 위해 법률적 개념인 ‘의사결정능력’이 아닌 의학적 증상 내지 사실관계의 확정이 용이한 내용으로 수정·보완될 필요가 있다. 현행 응급의료법 시행규칙 [별표 1]에서는 응급증상 및 이에 준하는 증상의 예를 매우 구체적으로 나열하고 있는데⁶⁵⁾, 이와 같은 방법을 통해 응급의료종사자에게 의학적으로 의사결정능

64) 실제로 여러 검사와 관찰이 필요한 경우임에도 의사결정능력에 대한 판단 관련 협진을 요청받은 경우 정신건강의학과 전문의로서는 한정된 시간 내에서 ‘의증(疑症)’ 정도의 진단밖에 할 수 없는 경우가 대부분이다.

65) ■ 응급의료에 관한 법률 시행규칙 [별표 1] 응급증상 및 이에 준하는 증상(제2조제1호관련)

1. 응급증상
 - 가. 신경학적 응급증상: 급성뇌식장애, 급성신경학적 이상, 구토·뇌식장애 등의 증상이 있는 두부 손상
 - 나. 심혈관계 응급증상: 심폐소생술이 필요한 증상, 급성호흡곤란, 심장질환으로 인한 급성 흉통, 심계항진, 박동이상 및 쇼크
 - 다. 중독 및 대사장애: 심한 탈수, 약물·알코올 또는 기타 물질의 과다복용이나 중독, 급성대사장애(간부전·신부전·당뇨병 등)
 - 라. 외과적 응급증상: 개복술을 요하는 급성복증(급성복막염·장폐색증·급성췌장염 등 중한 경우에 한함), 광범위한 화상(외부신체 표면적의 18% 이상), 관통상, 개방성·다발성 골절 또는 대퇴부 척추의 골절, 사지를 절단할 우려가 있는 혈관 손상, 전신마취하에 응급수술을 요하는 증상, 다발성 외상
 - 마. 출혈: 계속되는 각혈, 지혈이 안되는 출혈, 급성 위장관 출혈
 - 바. 안과적 응급증상: 화학물질에 의한 눈의 손상, 급성 시력 손실
 - 사. 알레르기: 얼굴 부종을 동반한 알레르기 반응
 - 아. 소아과적 응급증상: 소아경련성 장애
 - 자. 정신과적 응급증상: 자신 또는 다른 사람을 해할 우려가 있는 정신장애
2. 응급증상에 준하는 증상
 - 가. 신경학적 응급증상: 의식장애, 현훈
 - 나. 심혈관계 응급증상: 호흡곤란, 과호흡
 - 다. 외과적 응급증상: 화상, 급성복증을 포함한 배의 전반적인 이상증상, 골절·외상 또는 탈골, 그 밖에 응급수술을 요하는 증상, 배뇨장애
 - 라. 출혈: 혈관손상
 - 마. 소아과적 응급증상: 소아 경련, 38℃ 이상인 소아 고열(공휴일·야간 등 의료서비스가 제공되기 어려운 때에 8세 이하의 소아에게 나타나는 증상을 말한다)
 - 바. 산부인과적 응급증상: 분만 또는 성폭력으로 인하여 산부인과적 검사 또는 처치가 필요한 증상

력의 유무를 결정 기준을 제시할 수 있다. 마찬가지로 ‘의식이 없는 경우’와 같이 비법률가인 사인이 사실관계로 포섭하기에 쉬운 기준을 명시하는 방안도 고려될 수 있다.

3. ‘응급처치의 경우 의료인 추가 동의 불요’ 규정 정비

① 시행규칙 제3조 제3항에서 의사결정능력이 없는 응급환자 본인은 물론 법정대리인의 동의를 받을 수 없는 경우는 ‘응급의료’를 위해 의료인의 추가 동의를 필요로 한다고 규정하고 있는데, 이때 ‘응급처치’와 ‘응급진료’를 구분하지 않고 ‘응급의료’로 포괄하여 규정한 문제가 개선될 필요가 있다. 이는 동행인이 있는 경우의 응급처치가 동행인에 대한 설명(동의 불요)만을 요건으로 하는 것과 불균형한 결과가 되고, 응급처치의 긴박성을 고려할 때도 적절하지 않기 때문이다. ‘응급처치’의 경우에는 의료인 1인의 추가 동의가 필요 없음을 명시하거나 ‘응급진료’의 경우의 경우에만 추가적으로 의사의 의학적 판단이 필요하다는 내용을 분명히 하는 방법이 있다.

② 응급의료의 설명·동의 상대방, 설명·동의 생략 요건이 법률과 시행규칙에 흩어져 있다. 응급의료 설명·동의 사항은 기술적·전문적 사항으로서 시행규칙에 규정할만한 이유가 있는 것에 비해 의료인 1인의 추가 동의 요건을 시행규칙에 별도로 규정한 것은 다른 요건과 불균형을 초래하므로 개선될 필요가 있다.

4. 복수의 의견이 충돌하는 경우에 대한 제도적 보완

법정대리인간 또는 환자의 사전 결정과 법정대리인의 의견이 충돌하는 경우에 대해 검토한다. 환자가 의사능력이 없는 경우, 원칙적으로 사전에 환자의 진정한 자기결정권의 행사에 기해 작성된 사전의료지시서가 있다면 그 내용이 존중되어야 하고,⁶⁶⁾ 복수의 법정대리인의 의견이 충돌하는 경우에도 환자의

사. 이물에 의한 응급증상: 귀·눈·코·항문 등에 이물이 들어가 제거술이 필요한 환자

의사를 추정할 수 있는 경우라면 이것이 최우선으로 존중되어야 한다.

앞서 소개된 대법원 2014. 6. 26. 선고 2009도14407 판결(여호와의 증인 신도인 환자가 무수혈 방식으로 우측 고관절을 인공고관절로 교체하는 수술을 받기에 앞서 사망의 위험이 있는 응급상황 발생시에도 타가수혈을 거부하는 의사를 의료진책임면제각서 작성을 통하여 확실히 해두었음에도 실제 응급상황이 발생하자 같은 여호와의 증인 신도로서 끝내 타가수혈에 동의하지 않은 남편과 타가수혈을 요청한 자녀들 사이의 의견이 충돌하여 수혈여부 결정 절차가 지연된 끝에 환자가 과다출혈로 사망한 사안)에서도 결국 피고인인 의사가 자신의 직업적 양심에 따라 환자가 사전의료지시를 통해 명시한 내용을 존중하여 환자에게 타가수혈을 하지 않은 것에 대한 책임을 물을 수 없다고 판시하였다. 다만, 이 사안에서 판례는 사전의료지시가 무조건적으로 우선한다기보다 ‘환자의 생명과 직결되는 진료행위라면 환자가 선택한 진료방법이라고 하더라도 중단이나 제외 여부를 극히 예외적으로 신중하게 판단하여야 한다’, ‘다만 환자의 생명과 자기결정권을 비교형량하기 어려운 특별한 사정이 있다고 인정되는 경우에 의사가 자신의 직업적 양심에 따라 환자의 양립할 수 없는 두 개의 가치 중 어느 하나를 존중하는 방향으로 행위 하였다면, 이러한 행위는 처벌할 수 없다.’고 실시하여 같은 상황에서 의사의 구체적 판단에 따라 환자의 구명에 필요한 응급의료가 시행될 수 있는 가능성을 열어 두었다. 이 사례는 실제 의료현장에서 환자의 사전의료지시 효력이 문제되거나 환자의 법정대리인들의 의견이 충돌하는 경우, 특히 환자의 생명보호와 자기결정권·종교적 신념이라는 중대한 가치가 충돌하는 상황에서 발생 가능한 혼란을 잘 보여주는 경

66) 대법원 2009. 5. 21., 선고, 2009다17417, 전원합의체 판결. “사전의료지시는 진정한 자기결정권 행사로 볼 수 있을 정도의 요건을 갖추어야 하므로 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 환자를 진료하는 과정에서 위와 같은 의사결정 내용을 기재한 진료기록 등에 의하여 진료 중단 시점에서 명확하게 입증될 수 있어야 비로소 사전의료지시로서의 효력을 인정할 수 있다.”

우이다.

판례의 입장과 같이 의사의 환자에 대한 생명 보호의무를 존중하되, 엄격한 절차에 따른 사전의료지시의 경우(그것이 일정한 의료행위를 배제하여 생명을 포기하는 것을 감수하는 것일지라도)에는 그것이 최우선한다고 보는 것이 타당하다고 생각한다. 그러나 의료 현장에서의 혼란을 최소화하기 위해 환자가 사전의료지시를 통해 생명과 직결되는 진료행위의 배제를 요청한 경우에도 예외적으로 진료행위를 시행할 수 있는 요건은 무엇인지, 특별한 사정이 발생하는 경우 의사의 직업적 양심 외에 의사가 참고할만한 기준은 무엇인지, 환자의 법정대리인 사이의 의견이 충돌하는 경우(부·모, 자녀들 등) 환자의 사전 의사를 확인하기 어렵다면 이들 중 누구의 의견을 우선하여야 하는지, 어떠한 방식으로 의견을 신속하게 도출할 수 있는지에 등에 대해 의료기관 공통으로 일관성 있게 적용 가능한 법제도적 보완이 검토될 필요가 있다.⁶⁷⁾

5. 응급의료 중단외 경우 벌칙조항 신설

응급의료를 중단(제10조)하는 경우는 응급의료를 거부·기피(제6조)하는 경우와 달리 제재규정을 아예 두지 않고 있는 불균형이 개선될 필요가 있다. 응급의료종사자가 응급의료를 거부·기피하는 경우 그 면허나 자격이 정지되거나(제55조 제1호) 벌금 또는 징역에 처해질 수 있다(제60조 제3항). 그러나 응급의료로 일단 나아간 후 정당한 사유 없는 응급의료의 중단(예: 부적절한 전원 또는 퇴원)은 사실상 응급의료의 거부·기피와 다르지 않음에도 이에 대한 벌칙규정이 마련되어 있지 않다. 물론 이미 개시된 응급 치료 행위를 중단하는 것은 형법상 결국 응급의료의 거부·기피로 해석 될 수 있고,⁶⁸⁾ 이후 발생한 악결과에 대해서는 별개의 민사상 손해배상을 청구할 수 있으므로 현실적으로 응급의료 중단에 대한 처벌 규정이 굳이 마련될 필요가 없다고 볼 여지가 있다.

67) 이와 같은 제도적 보완의 필요성에 관하여는, 백경희, “자기결정능력 흠결 상태의 환자에 대한 의료행위의 동의에 관한 소고”, 법학논총(제33집), 2015, 13, 14면. 참고.

68) 이석배, “응급의료거부죄의 해석과 정책”, 275면.

그렇게 보더라도, 이는 실질적으로는 동일하게 평가될 수 있는 행위에 대해 법문언상 현저히 불균형한 제재를 예정하고 있는 것으로서 역시 부당하다.⁶⁹⁾

한편으로 응급의료법의 입법의도를 고려할 때, 응급의료 거부·기피에 대한 벌칙 규정을 둔 것은 응급의료종사자에게 환자에 대한 응급의료의 개시(평가, 선별, 최소한의 응급조치 등) 의무를 강화하기 위한 입법자의 결단이므로, 기왕에 응급의료 개시된 후 종료된 응급의료 중단에 대해서 아예 응급의료 개시조차 되지 않은 것과 동일하게 가벌성을 평가하는 것은 오히려 부당하다고 해석할 수 있다. 즉, 제6조에 대한 벌칙 규정은 응급의료 거부로 인해 악결과가 발생하였는지 여부와 무관하게 적용되는 것이므로 응급의료 개시 후 응급의료 중단(제10조)되었지만 악결과가 발생하지 않은 경우까지도 무조건 처벌이 가능하도록 규정하는 것이 적절치 않다는 의견이 있을 수 있고, 이는 대체로 타당하다.⁷⁰⁾ 그러나 이와 같이 양자를 다르게 봐야 한다면 앞서 살펴본 바와 같이 응급의료의 중단에 따른 ‘악결과가 발생한 경우’ 결국 응급의료의 거부·기피와 동일하게 보아 민·형사상 책임을 묻는 것 역시 타당하지 않다. 응급의료법은 응급환자가 신속하고 적절한 응급의료 받을 수 있도록 응급의료종사자의 응급의료 거부·기피·중단 금지를 규정하고 있는 것이고, 그 결과에 따라 위반 효과를 달리 적용하고자 함은 아니기 때문이다.

이런 점을 종합해 본다면, 결국 응급의료의 중단에 대해서는 거부·기피에 대한 벌칙규정을 그대로 유추하는 것이 가벌성 측면에서 적절치 않고, 어떠한 제재규정도 두지 않는 것 역시 거부·기피에 대한 벌칙 규정과의 균형을 고려할 때도 부당하다. 따라서, 제10조 중단 금지 규정에 대하여 적절한 벌칙 조항이 마련될 필요가 있다.

69) 이석배, “응급의료거부죄의 해석과 정책”, 275면. 같은 점을 지적하고 있다.

70) 응급의료중단과 거부에 대한 가벌성을 동일하게 평가하는 것이 적절한지 여부에 대하여 다시 한 번 생각할 기회를 주신 익명의 심사위원께 감사드린다.

VI. 결론

이상에서 살펴본 바와 같이 응급의료종사자는 자신의 응급의료의무와 환자의 자기결정권의 충돌 상황에서 양자를 이익형량 하여야 하는 특수한 지위에 놓이게 된다. 설명의무가 면제 또는 경감되는 경우 응급의료종사자의 환자에 대한 생명보호의무 즉, 응급의료의무는 환자의 자기결정권보다 중요하고 우선적으로 이행될 필요가 있다. 판례는 원칙적으로 응급의료의무가 환자의 생명상실 여부와 직결되는 상황에서 응급의료종사자의 설명의무보다는 생명보호의무를 우선하고, 예외적으로 사전에 치료 방법에 대한 환자의 진지한 결정이 있었던 경우에 한하여 응급의료종사자의 생명보호의무와 환자의 자기결정권을 대등하게 볼 수 있다는 입장으로 보인다. 다만, 응급의료의 설명·동의 원칙을 준수하고자 하는 노력이 정당한 경우 응급의료거부죄는 성립하지 않는다.

현행 응급의료법은 위와 같은 이익형량의 기준이 되는 응급의료상황에서 설명·동의 절차에 대하여 본문과 시행규칙에 복잡하고 산발적으로 규율하고 있을 뿐 아니라 사후 다양한 해석 가능성을 열어두고 있어, 긴급성을 특징으로 하는 응급의료 현장에서 응급의료종사자에게 응급환자의 자기결정권보다 자신의 응급의료의무가 우선되는 상황인지 여부를 판단하기 위한 분명한 지침을 제공하지 못한다. 응급의료법 제9조는 이에 대한 판단 기준으로서 응급의료 상황 발생시 응급의료종사자의 의학적 판단을 존중하고 생명보호의무를 우선 시하는 방향으로 해석됨이 타당하다. 또한 해석만으로 해결이 어려운 부분에 대하여는 미성년자에 대한 응급의료의무 조항 신설, 응급환자의 의사결정능력 판단 기준을 의학적 내용을 중심으로 수정·보완, 응급처치시 의료인의 추가 동의가 불요함을 명시, 법정대리인간 의견이 충돌하거나 사전의료지시서 효력이 문제되는 경우에 대한 제도적 보완, 응급의료 중단시 벌칙조항 신설 등 입법론적 해결이 필요할 것이다.

응급의료법은 시장에만 맡겨서는 제대로 작동하기 어려운 응급의료 영역에 국가가 개입함으로써 응급의료종사자의 응급의료 거부·기피를 금지하고 응

급환자의 자기결정권이 침해되지 않는 범위 내에서 응급환자에 대한 우선진료가 이뤄지도록 국민의 건강권, 생명권 및 응급의료종사자의 직업의 자유 사이 한계를 설정하고자 하는 입법자의 결단이다. 이러한 입법취지를 실현하기 위한 강력한 수단으로 응급의료종사자에게 부여되는 의무의 발생요건과 효과를 명료하게 제시하는 것 역시 적절한 국가의 역할이라 할 수 있다. 긴급한 응급의료 현장에서 필요 이상으로 모호한 법문언 해석의 의무와 책임이 응급의료종사자에게 부당히 전가된다면 그 피해는 고스란히 응급환자에게 돌아오게 될 것이다.

[참고 문헌]

- 김민중, “의료계약의 당사자로서의 「환자」와 관련한 문제에 대한 검토”, 『의료법학』 제10권 2호, 대한의료법학회, 2009.
- 김인구·김기식·노승무·신현호·이성주, “응급의료에서의 동의 문제”, 『Annals of Surgical Treatment and Research』 제63권 5호, 대한외과학회, 2002.
- 김천수, “의료행위에 관한 설명·동의 원칙의 제한과 법익의 형량- 긴급의료와 연명의료를 중심으로-”, 『사법』 제1권 28호, 사법발전재단, 2014.
- 류화신, “의료분야의 퍼터널리즘(paternalism)에 대한 민사법적 강제- 대법원 2005. 1. 28. 선고 2003다14119 판결에 대한 평석을 곁하여-”, 『한국의료윤리교육학회지』 제8권 1호, 한국의료윤리학회, 2005.
- 배현아, “응급환자의 전원과 의사의 설명의무”, 『의료법학』 제13권 1호, 대한의료법학회, 2012.
- 백경희, “자기결정능력 흠결 상태의 환자에 대한 의료행위의 동의에 관한 소고”, 『법학논총』 제33집, 송실대학교 법학연구소, 2015.
- 서창원·이종석·권오영·최한성·홍훈표·고영관·김신철·김동필, “응급의료기관에서의 의료소송: 판례 중심의 의료법학적 고찰”, 『대한응급의학회지』 제20권 6호, 대한응급의학회, 2009.
- 석희태, “의사 설명의무의 법적 성질과 그 위반의 효과”, 『의료법학』 제18권 2호, 대한의료법학회, 2017.
- 안재윤·류현욱·최한주·김형일·정진우·배현아, “응급실에서 자의 퇴원을 요구하는 환자에 대한 최선의 진료 지침”, 『대한응급의학회지』 제32권 1호, 대한응급의학회, 2021.
- 이석배, “응급의료거부죄의 해석과 정책”, 『형사정책』 제21권 1호, 한국형사정책학회, 2009.
- _____, “의료행위와 대리승낙”, 『의료법학』 제15권 1호, 대한의료법학회, 2014.
- 이석배·배현아·정중식·김미란·김지희, “응급의료의 법과 윤리”, 『대한응급의학회지』 제20권 6호, 대한응급의학회, 2009.
- 한국의료분쟁조정중재원, 『의료사고예방 소식지』 제7호, 2018.
- Clark, Mark A., Jean T. Abbott, Tara Adyanthaya, “Ethics seminars: a best-

practice approach to navigating the against-medical-advice discharge”, 『Academic emergency medicine』 Vol.21 No.9, Wiley, 2014.

Paul E. Sirbaugh, Douglas S. Diekema, “Consent for emergency medical services for children and adolescents”, 『Pediatrics』 Vol.128 No.2, Committee on Pediatric Emergency Medicine and Committee on Bioethics, 2011.

The Centers for Medicare and Medicaid Services, “State Operations Manual Appendix V - Interpretive Guidelines - Responsibilities of Medicare Participating Hospitals in Emergency Cases”, 2019.

의협신문, “(속보) 횡격막 탈장 오진 의사 1인 항소심 ‘무죄’...2명은 ‘유죄’”, 2019.2.15.자 기사; <https://www.doctorsnews.co.kr/news/articleView.html?idxno=127749>.
청년 의사, “이대목동병원 신생아 사망 사건 2심 ‘무죄’, 그 이유와 의미는?”, 2022.2.17.자 기사; <https://www.docdocdoc.co.kr/news/articleView.html?idxno=2019891>.

[국문초록]

응급의료에서의 설명·동의 원칙과 응급의료거부죄

이정은(서울의료원 변호사)

이 논문에서는 현행 응급의료에 관한 법률이 규정하고 있는 응급의료에서의 설명·동의의 원칙과 응급의료거부죄를 검토함으로써 응급의료종사자의 환자에 대한 생명보호의무가 환자의 자기결정권 보장보다 중요한 경우에 한하여 응급의료거부죄가 성립함을 제시한다.

응급의료에서도 일반 의료상황과 마찬가지로 의료행위 시행 전 환자에게 응급의료의 필요성이나 방법 등에 관하여 설명하고 동의를 받아야 함이 원칙이다. 다만, 설명·동의 절차를 예외적 방법으로 이행하거나 생략할 수 있음에도 그 절차 준수를 이유로 응급의료를 거부·기피한 응급의료종사자는 응급의료거부금지에 따른 행정처분과 행정벌을 부담하게 된다. 즉, 설명·동의 절차 생략 가능성에 관한 판단에 따라 응급의료거부죄가 성립할 수도 있는 것이다.

환자가 미성년이거나 의사결정능력이 없는 경우 그 법정대리인이 환자의 의학적 이익에 반하는 결정을 하더라도 법정대리인의 의견이 무조건적으로 존중되는 것은 아니다. 미성년 환자도 원칙적으로 자신의 신체에 관하여 결정할 권리가 있고, 법정대리인의 결정 역시 환자의 최선의 이익을 위한 것일 때 유효하기 때문이다. 환자가 치료를 거부하는 상황에서도 원칙적으로 응급의료종사자의 생명보호의무가 더 우선한다. 그러나 현행법은 여러 예외 상황에 대해 명문의 규정을 두고 있지 않아 응급의료 현장에서 그 해석이 어려움이 있다.

한편, 우리 대법원 및 하급심 판례는 응급의료종사자의 응급의료의무와 설명의무 사이의 이익형량이 불가피한 상황에서 환자의 생명상실이 문제되는 경우 설명의무보다 응급의료를 시행하여 환자의 생명을 보호하여야 할 의무가 우선이고, 예외적으로 사전에 치료 여부방법에 대해 환자의 진지한 숙고가 있었던 경우 환자의 자기결정권이 응급의료의무와 대등하게 고려될 수 있다는 취지로 실시하고 있으므로, 이를 체계적으로 정리하고자 한다.

나아가 현행법의 해석만으로 해결이 어려운 부분에 대하여는 1) 미성년자에 대한 응급의료의무 조항 신설, 2) 응급환자의 의사결정능력 판단 기준을 의학적 내용을 중심으로 수정·보완, 3) 응급처치시 의료인의 추가 동의가 불요함을 명시, 4) 복수의 의견 충돌

이 있는 경우에 대한 제도적 보완, 5) 응급의료 중단시 벌칙조항 신설 등 입법 과제를 제시한다.

주제어: 응급의료, 설명동의의 원칙, 생명보호의무와 설명의무 사이의 이익형량, 응급의료 거부금지, 환자의 의사결정능력

Informed Consent and Refusal of Treatment in Emergency Medical Situation

Lee, Jung-eun

Seoul Medical Center, Lawyer

=ABSTRACT=

By analyzing informed consent and the refusal of emergency medical treatment (called patient dumping) under the current Emergency Medical Service Act, this study suggests that an emergency medical professional is only liable for patient dumping if their duty to protect the patient's life takes precedence over the patient's right to self-determination.

In emergency medical situations, as in general medical situations, medical treatment should be performed after the emergency medical professional informs the patient about the medical treatment, including its necessity and methods, and obtains consent from the patient. Refusing or evading the performance of emergency medical services on the excuse of the informed consent not considering a waiver or alteration of informed consent requirements without reasonable reasons violates the Emergency Medical Service Act and thus makes an emergency medical professional liable to administrative disposition or criminal penalty. In other words, depending on the existence of a waiver or alteration of the informed consent, patient dumping may be established.

If the patient is a minor or has no decision-making ability, and their legal representative makes a decision against the patient's medical interests, the opinion of the legal representative is not unconditionally respected. A minor also has the right to decide over their body, and the decisions of their legal representatives should be in the patient's best interests. If the patient refuses treatment, in principle, the obligation of life protection of emergency medical professionals is the top priority. However, making these decisions in the aforementioned situations in the emergency medical field is difficult because of the absence of explicit regulations regarding

these exceptional problems.

This study aims to organize the following precedents of the Supreme Court of Korea. The court states that, when balancing the conflicting interests between the duty to provide emergency medical service and the duty to inform is unavoidable for emergency medical professionals, they should put the duty to protect the patient's life ahead of the duty to inform if the patient's life matters. Exceptionally, when a patient has seriously considered whether they should receive treatment before the emergency medical situation, their right to self-determination can be considered equal to the obligation of emergency medical professionals to provide emergency medical treatment.

This research also suggests that an amendment of the Emergency Medical Service Act should include the following. First, the criteria for determining the decision-making ability of emergency patients should consist of medical content. Second, additional consent from a medical professional is unnecessary for first-aid treatment. Finally, new provisions for emergency medical obligations for minors, new provisions for the decision standard when there are conflicting opinions about the treatment of a patient, and new penalty provisions for professionals who suspend emergency medical examinations and treatments need to be established.

Keyword : Emergency medical service, Informed consent, Conflicting interests between duty to treat and inform, Refusal of emergency medical service (patient dumping), Patient's decision-making ability.