

연명의료결정법에서 무연고자 규정미비 등에 관한 법적 고찰

문 상 혁*

I. 서론

II. 연명의료결정법상 연명의료중단등결정

1. 현행 연명의료결정법상 환자의 의사
2. 연명의료결정법상 무연고 환자에 대한 문제

III. 무연고 환자에 대한 해결 방안

1. 민법상 성년후견인 제도
2. 연명의료결정법상 의료기관윤리위원회

IV. 결론

I. 서론

2016년 2월 3일에 「호스피스·완화의료 및 임종과정에 있는 환자의 연명의료결정에 관한 법률」(이하 연명의료결정법)이 제정되었고, 2018년에 시행되어 현재에 이르고 있다.¹⁾ 우리나라에서 연명의료와 관련한 논의가 본격적으로 시작된 것은 보라매병원 사건²⁾, 김할머니 사건³⁾이다.

* 논문접수: 2023. 12. 17. * 심사개시: 2023. 12. 18. * 게재확정: 2023. 12. 27.

* 백석예술대학교 경찰경호학부 부교수.

* 본 논문은 대한의료법학회 11월 월례학술발표회 발표문을 수정한 논문입니다. 본 논문 내용에 대해서 토론해주신 분들과 수정 의견을 주신 분들께 감사의 말씀을 드립니다.

1) 국가생명윤리심의위원회, 국회, 국가호스피스연명의료위원회에서의 논의는 김보배·김명희, “무연고자의 연명의료결정: 제도적 관점에서”, 한국의료윤리학회지(제21권 2호), 한국의료윤리학회, 2018. 6., 118면 이하에서 자세히 설명하고 있다.

2) 대법원 2004. 6. 24. 선고 2002도995판결. 환자는 퇴원 후 집으로 옮겨지는 과정에서 사망하였는데, 대법원은 “인간의 생명과 관련된 의료행위는 법의 중 최고의 가치를 가지는 인간의 생명을 이유 여하를 불문하고 보호해야 한다는 원칙을 포기해서는 안 된다”고 하였다. 이지

현행 연명의료결정법에 따르면 연명의료를 시행하지 않거나 중단하는 결정은 임종과정에 있는 환자의 의사가 우선적으로 적용된다. 본 법에서 연명의료란 임종과정에 있는 환자에게 하는 심폐소생술, 혈액 투석, 항암제 투여, 인공호흡기 착용 및 그밖에 대통령령⁴⁾으로 정하는 의학적 시술로서 치료효과 없이 임종과정의 기간만을 연장하는 것을 말한다.⁵⁾ 이러한 환자를 대상으로 하는 연명의료의 의사결정은 환자가 의식이 있는 경우에는 환자 본인이 연명의료에 대한 의사를 직접 서면이나 구두로 표시하거나 사전연명의료의향서와 연명의료계획서를 작성하는 것으로 자기결정을 행사할 수 있다. 반면에, 환자가 임종을 앞두고 의식이 없어서 의사표현을 할 수 없는 상태이고, 사전연명의료의향서나 연명의료계획서를 작성하지 않았거나 못한 경우에는 환자 가족의 진술로 환자의 의사를 확인하거나 환자의 의사에 갈음하여 환자가족 전원의 동의로 연명의료중단등결정을 할 수 있다.

그러나 가족이 없거나 가족을 알 수 없는 무연고 환자인 경우에는 병원에 입원하기 전에 사전연명의료의향서를 작성하지 않았거나, 환자가 입원 후 본인의 상병상태에 따라 담당의사와 연명의료계획서를 작성하지 않아 연명의료계획서를 작성하지 못한 상태에서 의사표현을 할 수 없는 의학적 상태로 되면 연명의료결정법상 연명의료중단여부에 대한 환자의 의사를 알 수가 없어 환자에

은, “조력사망(Aid in Dying)에 대한 고찰”, 의료법학(제23권 2호), 대한의료법학회, 2022, 68면.

- 3) 대법원 2009. 5. 21. 선고 2009다17417 전원합의체 판결에서 “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.”라고 판시하였다(이 확정판결에 따라 병원 측은 2009년 6월 23일 인공호흡기를 제거하였지만, 김할머니는 인공호흡기를 제거한 후에도 튜브로 영양을 제공받으면서 201일 동안 생존하다가 2010년 1월 10일 사망하였다.). 또한 헌법재판소 2009. 11. 26. 선고 2008헌마385 전원 재판부에서도 “환자가 장차 죽음에 임박한 상태에 이를 경우에 대비하여 미리 의료인 등에게 연명치료 거부 또는 중단에 관한 의사를 밝히는 등의 방법으로 죽음에 임박한 상태에서 인간으로서의 존엄과 가치를 지키기 위하여 연명치료의 거부 또는 중단을 결정할 수 있다 할 것이고, 위 결정은 헌법상 기본권인 자기결정권의 한 내용으로서 보장된다.”고 하였다.
- 4) 대통령령으로 정하는 의학적 시술이란 체외생명유지술(ECLS), 수혈, 혈압상승제 투여, 그밖에 담당의사가 환자의 최선의 이익을 보장하기 위해 시행하지 않거나 중단할 필요가 있다고 의학적으로 판단하는 시술을 의미한다. 연명의료결정법 시행령 제2조.
- 5) 연명의료결정법 제2조 제4호.

대한 연명의료를 지속해야 할지 중단해야 할지에 대한 결정을 해야 하는 상황이 발생한다.⁶⁾

즉 가족이 없는 무연고 환자는 연명의료결정법상 환자 가족에 의한 의사추정이나 대리결정을 할 수가 없고, 가족의 존재여부가 확인되지 않거나 장기간 가족과 연락이 되지 않는 환자의 경우에는 연명의료중단등결정 여부에 대한 의사결정을 할 수 있는 방법이 없게 되는 것이다.⁷⁾

이에 본 논문에서는 사전연명의료의향서와 연명의료계획서를 작성하지 않은 임종과정의 환자가 가족이 없고 가족의 신원을 알 수 없는 무연고환자의 경우에 연명의료결정을 위한 정책적 방안을 제시하고자 현행법상 무연고 환자에 대한 논의를 검토하고, 이들을 보호하기 위한 방안을 마련해 보고자 한다.

II. 연명의료결정법상 연명의료중단등결정

1. 현행 연명의료결정법상 환자의 의사

연명의료결정법 제15조는 환자의 담당의사가 임종과정에 있는 환자⁸⁾에 대한 의학적 판단을 받아야 한다고 한다. 연명의료중단등결정을 이행하려면 다음 어느 하나에 해당해야 한다. i) 환자의 의사를 증명하는 연명의료계획서,

6) 구영신, “무연고 환자를 위한 연명의료 대리 결정 제도 마련 방안”, 생명윤리정책연구(제13권 3호), 이화여자대학교 생명의료법연구소, 2020. 7., 84면.

7) 김기영·허정식, “무연고자의 연명의료중단결정에 대한 문제와 윤리위원회의 과제”, 한국의료법학회지(제28권 1호), 한국의료법학회, 2020., 9면.

8) “임종과정에 있는 환자”란 제16조에 따라 담당의사와 해당 분야의 전문의 1명으로부터 임종과정에 있다는 의학적 판단을 받은 자를 말한다. 연명의료결정법 제2조 제2호. 미국의 사전의료지시(advance directive) 제도에서 임종기(terminology)의 정의는 일반적으로 환자가 질병의 말기(terminal illness)에 있거나 지속적인 식물인간 상태에 있는 것을 요건으로 하지만 각주마다 다양한 범위의 대상 범위를 두고 있다. 오리건주는 효력요건을 가장 광범위하게 인정하는데, “질병의 말기, 영속적 무의식상태, 중증 질병, 특별한 고통”까지도 포함하고 있다. Donna J. Jackson, Michael A. Kirtland, Getting Started with Advance Directives, American Bar Association (2020), p.417.; 이지은, “조력사망(Aid in Dying)에 대한 고찰”, 79면에서 재인용.

사전연명의료의향서 또는 환자의 가족 진술이 임종과정에 있는 환자의 의사와 일치하는 경우, ii) 동법 제18조에 따라 연명의료중단등결정이 있는 것으로 보는 경우이다.

가. 동법 제17조에 따르는 경우: 환자의 의사 확인

연명의료결정법 제15조 제1호에 따르면, 동법 제17조는 환자의 의사(意思)를 확인하는 절차를 다루고 있다. 첫째, 의료기관에서 작성된 연명의료계획서가 있는 경우에는 이를 환자의 의사로 간주한다. 연명의료계획서의 작성 및 등록과 관련한 사항은 동법 제10조에 규정되어 있으며, 담당의사는 말기환자등에게 연명의료중단등결정, 연명의료계획서 및 호스피스에 관한 정보를 제공할 수 있다(제1항). 또한, 말기환자등은 의료기관에서 담당의사에게 연명의료계획서의 작성을 요청할 수 있다(제2항). 이러한 요청을 받은 담당의사는 해당 환자에게 연명의료계획서를 작성하기 전에 동법 제10조 제3항 제1호 내지 제6호의 사항⁹⁾에 관하여 설명하고, 환자로부터 내용을 이해하였음을 확인¹⁰⁾ 받아야 한다.¹¹⁾ 이 경우 해당 환자가 미성년자인 때에는 환자 및 그 법정대리

- 9) 동법 제10조 제3항 1. 환자의 질병 상태와 치료방법에 관한 사항, 2. 연명의료의 시행방법 및 연명의료중단등결정에 관한 사항, 3. 호스피스의 선택 및 이용에 관한 사항, 4. 연명의료계획서의 작성·등록·보관 및 통보에 관한 사항, 5. 연명의료계획서의 변경·철회 및 그에 따른 조치에 관한 사항, 6. 그밖에 보건복지부령으로 정하는 사항.
- 10) 미국에서 설명에 의한 동의(informed consent)란 환자의 동의가 진정한 자기결정의 실현이 되기 위해 의사가 충분한 정보를 표시했는가 여부에 관한 것으로 초점이 이동하였고, 의사가 단순히 정보를 밝히는 것으로는 충분하지 않고 환자와 의사 간의 의사소통을 요구하게 되었다. Jaime Staples King & Benjamin W. Moulton, Rethinking Informed Consent: The Case for Shared Medical Decision-Making, 32 AM. J.L.&MED. (2006), p.438.; 이지은, “조력사망(Aid in Dying)에 대한 고찰”, 86면에서 재인용.
- 11) 의료법 제24조의2(의료행위에 관한 설명) 제1항에서는 “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 의사결정 능력이 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.”(밑줄은 저자가 표시하였음)라고 하고 있다. 따라서, 임종과정에 있는 환자에게 의료행위를 행할 경우 그에 대한 설명을 해야 하며, 단서에 따라 환자의 생명이 위험하여지거나 심신상의 중대한 장애를 가져오는 경우에는

인에게 설명하고 확인을 받아야 한다(제3항).

둘째, 담당의사는 환자가 사전에 작성한 사전연명의료의향서의 내용을 환자에게 확인하는 경우 이를 환자의 의사로 본다. 이때, 사전연명의료의향서 등 특기관은 의료기관 외에도 사전연명의료의향서에 관련된 사업을 수행하는 비영리법인, 비영리단체, 공공기관 등을 포함하고 있어서, 사전연명의료의향서 작성에 필요한 설명은 연명의료계획서 작성에 필요한 설명 수준에 미치지 못할 가능성이 있다.¹²⁾ 그러나 담당의사 및 해당 분야의 전문의가 환자가 사전에 작성한 사전연명의료의향서의 내용을 확인하기에 환자가 충분한 의사능력이 없다고 의학적으로 판단하고, 해당문서가 연명의료결정법 제2조 제4호에 해당하는 범위¹³⁾ 내에서 제12조에 따라 작성이 이루어졌다는 사실을 확인했을 때에만 해당 문서를 환자의 의사(意思)로 본다. 사전연명의료의향서를 작성하고자 하는 사람은 동법 제12조¹⁴⁾에 따라 직접 작성해야 하며, 등록기관은 작성 전에 연명의료결정법에서 요구하는 내용을 충분히 설명하고,¹⁵⁾ 작성자로부터 내용을 이해했음을 확인받아야 한다(제12조 제1항, 제2항).

셋째, 연명의료계획서와 사전연명의료의향서가 작성되지 않은 상황에서, 19세 이상의 환자가 의사를 표현할 수 없는 의학적 상태인 경우¹⁶⁾ 환자의 연

설명과 동의에 대한 절차를 따르지 않고 의료행위를 행할 수 있다.

- 12) 안동인, “연명의료결정제도의 발전적 전개를 위한 방법론의 모색-사전연명의료의향서의 법적 지위 및 역할의 강화 필요성-”, 행정법연구(제65호), 사단법인 행정법이론실무학회, 2021. 8., 182면.
- 13) 동법 제2조 제4호 “연명의료”란 임종과정에 있는 환자에게 하는 심폐소생술, 혈액 투석, 항암제 투여, 인공호흡기 착용 및 그밖에 대통령령으로 정하는 의학적 시술로서 치료효과 없이 임종과정의 기간만을 연장하는 것을 말한다.
- 14) 동법 제12조(사전연명의료의향서의 작성·등록 등) 제2항 1. 연명의료의 시행방법 및 연명의료중단결정에 대한 사항, 2. 호스피스의 선택 및 이용에 관한 사항, 3. 사전연명의료의향서의 효력 및 효력 상실에 관한 사항, 4. 사전연명의료의향서의 작성·등록·보관 및 통보에 관한 사항, 5. 사전연명의료의향서의 변경·철회 및 그에 따른 조치에 관한 사항, 6. 그밖에 보건복지부령으로 정하는 사항.
- 15) 캘리포니아 주의 임종선택법은 의사의 우려가 있을 때는 정신건강에 대한 감정을 할 것을 요구하도록 하고 있다. 주치의는 환자의 정신능력을 평가해야 하고 환자가 자유롭게 의도적으로 선택하고 있음을 확실히 해야 하며, 조력사망의 대안이 될 수 있는 선택에 관해 설명해야 한다.
- 16) 환자가 임종선택을 할 수 있는 요건으로서의 “의료결정을 할 능력”이란 환자의 주치의, 고문 의사, 정신과 의사 또는 심리전문가의 견해에서 환자가 의료결정의 본질과 결과를

명의로중단등결정에 관한 의사로 보기에 충분한 기간¹⁷⁾ 동안 일관하여 표시된 연명으로중단등에 관한 의사(意思)에 대하여 환자가족¹⁸⁾ 2명 이상의 일치하는 진술(환자가족이 1명인 경우에는 그 1명의 진술을 말한다)이 있으면 담당의사와 해당 분야의 전문의 1인의 확인을 거쳐 이를 환자의 의사로 받아들일 수 있지만, 이와 관련된 내용이 다른 가족들¹⁹⁾의 진술과 일치하지 않거나 객관적 내용이 없는 경우, 환자의 연명으로중단등결정을 확정하기 어려울 수 있다. 또한, 연명으로결정법에서는 객관적인 증거가 있는 경우를 환자가 직접 작성한 문서, 녹음물, 녹화물 또는 이와 유사한 기록물로 정의하고 있다(동법 시행규칙 제13조 제3항).

이해할 수 있는 능력과 그 중요한 이득, 위험, 대안을 이해할 능력, 의료인과 설명에 의한 결정을 소통할 능력이 있음을 의미한다. California Health and Safety Code, part 1.85, section 443.22.; 이지은, “조력사망(Aid in Dying)에 대한 고찰”, 81면에서 재인용.

- 17) 연명으로계획서의 경우 말기환자들이 의료기관에서 담당의사에게 연명으로계획서의 작성을 요청하여(동법 제10조 제2항) 진행되기 때문에 기간에 대한 해석문제가 발생하기 쉽지 않지만, 환자가족에 의한 진술을 통해 “충분한 기간 동안 일관하여 표시된 연명으로중단등에 관한 의사”를 환자의 의사로 보고, 환자에 대한 연명으로결정등중단에 대한 결정을 하는 것은 문제가 될 수 있다. 특히 “충분한 기간”에 대한 문제는 사전연명의료의향서 작성시에도 동일한 문제제기가 될 수 있는데, 가령 환자의 의사표시로 작성되거나 환자가족에게 의사표시된 때가 10년 혹은 20년 전이라면 이를 토대로 환자의 연명으로중단등결정을 이행하는 것이 타당한지에 대한 윤리적인 문제 등이 발생한다. 또한 “일관된”이라는 표현도 우리나라 정서상 치료중인 환자에게 연명의료와 관련된 문제를 논하기가 쉽지 않고, 환자 본인의 상병상태에 따라 환자의 의사가 달라질 수도 있기 때문에 이를 판단하는 것이 쉽지 않은 문제가 있어 이를 보완할 필요가 있다.
- 18) 동법 제17조 제1항 제3호 각 목 어느 하나에 해당하는 사람을 말하는데, 가. 배우자, 나. 직계비속, 다. 직계존속, 라. 가목부터 다목까지에 해당하는 사람이 없는 경우 형제자매를 의미한다.
- 19) 연명의료결정법 제18조 제1항. 미국 조지아법의 경우, “허가받은 사람(authorized person)” 목록을 확대하였는데, 추가적으로 친척이나 환자에 대한 지식과 개인의 최선의 이익을 위해 행동할 의지를 나타내는 승인양식에 기꺼이 서명할 수 있는 성인친구도 포함하였다. 또한 법원 시스템을 통해 신속한 임시적 의료행위에 대한 후견인(temporary medical consent guardian)의 동의절차를 추가했다. 김기영·허정식, “무연고자의 연명으로중단결정에 대한 문제와 윤리위원회의 과제”, 20면.

나. 동법 제18조에 따르는 경우: 환자의 의사를 확인할 수 없는 경우의 연명의료중단등결정

동법 제17조에 해당하지 않거나 환자의 의사를 확인할 수 없고 환자가 의사 표시를 할 수 없는 의학적 상태인 경우, 특히 환자가 미성년자인 경우, 미성년자인 환자의 법정대리인인 친권자가 연명의료중단등결정을 하는 것이 중요하다. 이때 법정대리인은 미성년자의 이익과 안녕을 위해 최선을 다해야 한다. 따라서, 미성년자인 환자의 법정대리인인 친권자가 연명의료중단등결정의 의사 표시를 하고, 이에 대해 담당의사와 해당 분야 전문의 1명이 확인한 경우, 해당 환자를 위한 연명의료중단등결정이 있는 것으로 본다.²⁰⁾

또한 성인인 환자의 경우, 가족 모두가 합의하여 연명의료중단등결정을 내리고 담당의사와 해당 분야의 전문의 1명이 확인한 경우에도 해당 환자를 위한 연명의료중단등결정이 유효하게 이루어진 것으로 본다.²¹⁾

담당 의사나 해당 분야 전문가 중 한 명이 연명의료중단등결정을 원하지 않았다는 사실이 확인된 경우에는 제외한다. 또한, 환자의 가족은 배우자, 1촌 이내의 직계 존속 또는 비속이 없을 때 2촌 이내의 직계 존속 또는 비속이나 형제 자매를 말한다(동법 제18조 제1항). 이와 관련하여 성인 또는 미성년자인 무연고 환자가 사전에 사전연명의료의향서를 작성하지 않았고, 입원 후 담당의사와 연명의료계획서도 작성하지 않은 상황에서 의식이 없는 의학적 상태에 있을 경우, 환자 가족의 진술을 확보할 수 없어 연명의료중단등결정을 내리는데 어려움이 생길 수 있다.

20) 환자가 미성년자인 경우에 대해서는 추후 연구를 진행하고자 한다.

21) 환자가 미성년자가 아닌 성년인 경우에는 환자가족 전원의 합의로 연명의료중단등결정의 의사표시를 하도록 되어 있는데, 환자 보호를 위해 환자 가족 전원의 합의를 요건으로 하고 있지만, 연명의료법상 이러한 환자는 임종과정에 있는 성년환자인 것을 전제로 하기 때문에 환자 가족 전원의 합의를 요건으로 하는 것이 과연 임종과정에 있는 환자를 위한 요건인지에 대해서는 재고가 필요하다고 생각한다. 다만, 임종과정에 있지 않은 환자의 경우는 이와 달리 환자가족 전원의 합의를 요구하는 것이 타당하다.

2. 연명의료결정법상 무연고 환자에 대한 문제

연명의료결정법상 무연고 환자는 환자의 의사를 확인할 수 없는 의학적 상태에서 환자를 위해 진술하거나 합의할 수 있는 법에 따른 ‘환자가족’이 없거나 알 수 없는 경우를 의미한다.²²⁾ 미국에서 무연고환자란 세 가지 조건을 충족하는 환자를 가리킨다. 첫째, 해당 환자는 직접 설명을 듣고 치료에 동의할 수 있는 능력이 없다. 둘째, 이 환자는 직접 사전지시서를 작성하지 않았으며 현재 그러한 능력도 없다. 셋째, 결정 과정에 참여할 적절한 권한이 있는 대행자, 가족, 또는 친구가 없는 환자이다. 이러한 조건을 만족하는 환자들을 무연고환자로 정의하고 있다.²³⁾

우선 무연고자 용어 정의와 관련하여 환자가족 범위에 대한 논의가 필요하다. 예를 들면, 「장사 등에 관한 법률」 제12조(무연고 시신 등의 처리)에서 연고자가 없거나 연고자를 알 수 없는 경우 시신을 무연고 시신이라고 하고, 동법 제2조 제16호에서 ‘연고자’란 사망한 자의 배우자, 자녀, 부모, 자녀 외의 직계비속, 부모 외의 직계존속, 형제·자매와 사망한 자가 사망하기 전에 치료·보호 또는 관리하고 있었던 행정기관 또는 치료·보호기관의 장으로서 대통령령으로 정하는 사람,²⁴⁾ 그리고 기타 시신이나 유골을 사실상 관리하는 자를 말하며, 연고자의 권리·의무는 나열된 자들의 순서로 행사한다. 다만, 순위가 같은 자녀 또는 직계비속이 2명 이상이면 최근친의 연장자가 우선순위를 갖는다고 한다.²⁵⁾

22) 국가생명윤리심의위원회, “연명의료결정제도 개선에 관한 권고”, 2023. 5. 10., 2면.; 구영신, “무연고 환자를 위한 연명의료 대리 결정 제도 마련 방안”, 84면.

23) Naomi Karp & Erica Wood, Incapacitated and Alone: Healthcare Decision Making for Unbefriended Older People, 31 HUM. Rts. 20 (2004), p.1.; 이지은, “무연고환자의 연명의료 결정 -사전연명의료의향서 등록기관 및 결정 대행권자의 범위에 대한 고찰-”, 법학논집(제26권 3호), 이화여자대학교 법학연구소, 2022., 327면에서 재인용.

24) 장사 등에 관한 법률 시행령 제2조의2(연고자)에서는 「의료급여법시행령」 제2조 제1호, 「노숙인 등의 복지 및 자립지원에 관한 법률」 제16조 제1항, 「노인복지법」 제31조, 「장애인복지법」 제58조 제1항 제1호, 「정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률」 제22조, 「아동복지법」 제52조 제1항 제1호부터 제3호에 해당하는 자를 말하고 있다.

25) 이성진, “「장사 등에 관한 법률」에 대한 민사법적 고찰-연고자 개념과 묘지 사전 매매 금지 및 분묘기지권에 대하여-”, 민사법의 이론과 실무(제22권 3호), 민사법의 이론과

따라서 「장사 등에 관한 법률」의 해석상 무연고자는 위의 사람 또는 기관이 없는 경우에 해당하며, 위 법률상 환자 가족의 범위가 연명의료결정법에서의 무연고자의 범위보다 넓게 적용되고 있는데, 무연고자라는 용어를 사용하여 개념이 불일치하고 있음에도 통용되고 있는 문제가 있다.

두 번째로 연명의료결정법이 임종과정에 있는 환자의 최선의 이익을 보장하고 자기결정을 존중하여 인간으로서의 존엄과 가치를 보호하는 것을 목적으로 한다면,²⁶⁾ 환자가족에 대한 범위도 신중할 필요가 있다.²⁷⁾ 또한 「장기등 이식에 관한 법률」 제4조 제6호에서는 “가족 또는 유족”이란 살아있는 사람·뇌사자 또는 사망한 자의 배우자, 직계비속, 직계존속, 형제자매, 가족 또는 유족이 없는 경우 4촌 이내의 친족에 해당하는 사람을 말하며, 14세 미만인 사람은 제외한다. 또한 위에서도 살펴보았듯이 「장사 등에 관한 법률」에서 연고자의 범위를 넓게 인정하고 있다. 신청권자에 대해서도 「장기등 이식에 관한 법률」은 장기기증등록 신청권자를 14세로 제한하지만, 연명의료결정법은 19세로 제한하고 있다.²⁸⁾ 연명의료결정법상의 환자가족에 대한 범위도 지금보다는 확대하여 무연고 환자의 의사를 최대한 반영하려고 노력하는 것도 필요하다. 다만, 임종과정에 있는 환자이고 환자가족을 찾기에 충분한 시간이 없기 때문에 시간 내에 환자가족을 찾아 환자의 자기결정을 존중하고 환자의 최선의 이익을 보장해야 한다.

실무학회, 2019., 129-131면.

- 26) 김할머니 사건(2009다17417)에서 “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 판시하여 ‘최선의 이익’을 언급하였다.
- 27) 연명의료결정법 제4조(다른 법률과의 관계)에서 “이 법은 호스피스와 연명치료, 연명의료 중단등결정 및 이행에 관하여 다른 법률에 우선하여 적용한다.”고 하고 있지만, 가족범위에 대해서는 민법 제767조(친족의 정의)를 적용하는 것에 대한 재고도 필요하다.
- 28) 연명의료결정법이 대행결정권자를 19세 이상으로 제한하는 것이 제한능력자인 미성년자를 대행결정권자에게 제외하겠다는 의미라면, 기타 유형의 제한능력자 즉, 피성년후견인이나 피한정후견인도 제외시키는 것이 균형 있는 입법이 될 것이라는 지적이 있다. 김천수, “연명의료 보류·중단에 대한 환자 가족의 결정”, 의생명과학과 법(제28권), 원광대학교 법학연구소, 2022., 23면.

무연고 환자가 입원과 치료를 결정할 정도의 충분한 의사능력이 있을 때는 자신의 선택이 자신의 최선의 이익에 부합한다고 생각할 수 있다. 그러나 상병이 악화되면서 환자의 의사능력과 판단력이 감소하면, 무연고 환자 스스로 자신의 최선의 이익을 보장하기 어려워지고 타인의 ‘대리의사결정(substitute decision making)’이 요청될 수 있다.²⁹⁾ 참고로 미국의 통일의료결정법(Uniform Health-Care Decisions Act)에서는 대행인(surrogate)의 범위와 우선순위를 규정하고 있다. 이 법에 따르면, 사전에 의사표시를 하지 않은 환자의 결정을 위해 다음과 같은 순서로 대행인이 결정을 할 수 있다. 이혼하지 않은 배우자, 성인 자녀, 부모, 그리고 형제자매 순서로 우선권이 있다. 그러나 위의 가족 구성원들이 결정을 대행할 수 없는 상황에서는 친한 친구(close friend)가 적법한 대행인으로 인정될 수 있다. 이는 법률상의 대행인이 없는 상황에서 환자의 가치관을 이해하고 그를 위해 결정을 대행할 수 있는 가까운 성인이 환자를 대신하여 결정을 내릴 수 있도록 한다. 또한, 동일한 순위에 있는 대행인들이 여러 명일 경우 의견이 일치하지 않을 때는 다수결에 따라 결정이 이뤄지도록 규정되어 있어 결정이 지체되지 않도록 한다.³⁰⁾

미국 뉴욕주의 경우, 만약 사전에 대리인이 지명되지 않았거나 더 이상 대리인을 찾을 수 없는 상황에서 의료결정을 내릴 필요가 있을 때, 해당 주의 가족보건의료의사결정법은 의료기관에 대리인의 결정에 따라 지침을 제공하도록 규정하고 있다. 이는 환자의 의사를 대신하여 의료 결정을 내릴 수 있는 적법한 대리인이 없거나 확인되지 않을 때 의료기관이 가이드라인에 따라 결정을 하는 것이다.³¹⁾ 이는 환자가 의사를 표현할 수 없는 상황에서 의료 결정이 필요한 경우를 위한 적절한 조치라고 생각된다.

29) 유기훈, “의사능력에 기반한 후견제도와 정신건강복지법의 융합-북아일랜드 정신능력법 [Mental Capacity Act (Northern Ireland) 2016]의 제정 과정과 그 의의를 중심으로-”, *의료법학*(제24권 3호), 대한의료법학회, 2023., 159면.

30) 이지은, “연명의료결정법상 가족의 대행(代行)-미국법상 의료결정대행(surrogate decision making)과의 비교를 중심으로-”, *법학논총*(제50집), 숭실대학교 법학연구소, 2021., 237-239면.

31) 김보배·김명희, “무연고자의 연명의료결정: 제도적 관점에서”, 117면.

또한 미국의 환자는 의사능력이 불가능할 때를 대비해서 사전에 서면 또는 구두로 사전지시를 남겨 자신이 의사능력이 없는 경우에 대신 결정할 대리인(agent)이나 대행인(surrogate)을 선임할 수 있다.³²⁾ 이런 사전지시는 환자가 직접 의사를 표현하지 못하는 경우에도 의료 결정에 대한 대체적인 지침을 제공한다.

그리고 영국의 IMCA(Independent Mental Capacity Advocate)는 영국의 의사능력법에 따라 제공되는 새로운 서비스로서, 중대한 치료나 중요하거나 장기간의 거주변경과 관련된 중요한 결정을 내릴 능력이 결여된 자를 위한 제도이며, 가족이나 친구와 같은 상담자가 없는 경우, IMCA제도를 통하여 의사 결정에 도움을 주는 역할을 한다.³³⁾ 영국의 IMCA는 16세 이상이며 의사결정이 없는 사람들을 위해 임명되는데, 이는 자신을 위해 의사결정과정에서 참고할 수 있는 사람이 없는 경우에 해당한다. 이러한 상황에서 IMCA는 해당 개인의 최선의 이익을 고려하여 의사결정을 한다.³⁴⁾ 구성원이나 친구가 도움을 주려고 하지 않는 경우, 가족 구성원이나 친구가 너무 아프거나 성격이 무른 경우, 가족 구성원이나 친구가 너무 멀리 살고 있어서 실제적으로 도움이 될 수 없는 경우, 가족 구성원이나 친구로부터 학대가 있었던 경우가 포함된다.³⁵⁾ IMCA는 대리 결정을 하는 대리인은 아니지만 제도상의 대리 결정이 환자의 최선의 이익에 부합되도록 그 내용과 과정을 검토하여 주는 전문가라고 할 것이다.³⁶⁾

환자가 사전연명의료의향서를 작성하였거나 환자에 대하여 연명의료계획

32) 이지은, “무연고환자의 연명의료 결정-사전연명의료의향서 등록기관 및 결정 대행권자의 범위에 대한 고찰-”, 법학논집(제26권 3호), 이화여자대학교 법학연구소, 2022., 329-330면.

33) 구영신, “무연고 환자를 위한 연명의료 대리 결정 제도 마련 방안”, 98면.

34) 영국의 의사능력법에 따른 의사결정대리인으로 위임대리인(Lasting Power of Attorney)을 둘 수 있고, 그 외 법원이 지정한 대리인, 독립적 의사능력 대변인(IMCA) 등을 둘 수 있다. 구영신, “무연고 환자를 위한 연명의료 대리 결정 제도 마련 방안”, 99면.

35) 김상구·이일학, “의사무능력자를 대신하는 의료결정을 개선할 방안은 없는가?-독립환자 정신능력대변인 제도의 가능성 모색-”, 한국의료법학회지(제25권 1호), 한국의료법학회, 2017., 125-126면.

36) 구영신, “무연고 환자를 위한 연명의료 대리 결정 제도 마련 방안”, 100면.

서가 작성되었다면 그것을 환자의 의사로 보는 것은 환자에게 대행결정권이 있는 가족이 있든 없든 마찬가지이다. 문제는 대행결정권자가 없는 환자가 사전연명의료의향서와 연명의료계획서를 작성하지 않은 상황에서 의사를 표현할 수 없는 의학적 상태로 의료기관에 입원하였고, 의사를 표현할 수 없는 의학적 상태로 치료중인 환자의 의사를 확인할 수 없는 경우 연명의료결정법에 따른 연명의료중단이 불가하다는 것이다. 특히 최근 무연고 환자에 대한 문제가 발생하는 이유로는 1인 가구의 증가, 독거노인의 급증, 무연고 사망자 증가 및 전통적인 가족구조의 해체 등의 사회적 변화로 파악되고 있으며, 이에 대한 해결방안을 모색하는 것이 시급하다.³⁷⁾

연명의료결정법 제3조에서는 “연명의료 및 연명의료중단등결정에 관한 모든 행위는 환자의 인간으로서의 존엄과 가치를 침해하여서는 아니 된다. 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. 의료인은 환자에게 최선의 치료를 제공하고, 연명의료 및 연명의료중단등결정에 관하여 정확하고 자세하게 설명하며, 그에 따른 환자의 결정을 존중하여야 한다.”라고 규정하고 있다.³⁸⁾ 하지만, 의사를 표현할 수 없는 의학적 상태로 의료기관에 입원한 무연고 환자의 경우는 본인에게 시행될 의료행위에 대하여 분명히 알고 스스로 결정할 권리가 있지만 이를 행사할 수 없다. 따라서, 연명의료결정법상 환자에 대한 최선의 치료라는 기준이 환자의 의사를 확인할 수 없으면서 법정대리인이나 환자가족이 전혀 존재하지 않는 무연고자의 경우에 대해 이러한 경우에는 무엇이 ‘무익하거나 유익하지 않은 치료’로 간주되어야 하는지, 그리고 이것이 연명의료중단등결정에 관련된 환자의 의사를 확인할 수 없는 상황에서의 의사 결정을 대신하거나 보충하는 것인지에 대한 검토가 필요하다.³⁹⁾

37) 구영신, “무연고 환자를 위한 연명의료 대리 결정 제도 마련 방안”, 84면.

38) 참고로 보건의료기본법 제12조에서도 “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.”라고 한다.

III. 무연고 환자에 대한 해결 방안

현행 연명의료결정법상 무연고 환자의 경우 환자의 의사를 확인하거나 추정할 수 없음이 전제되므로 대리결정 제도의 모색이 필요하며, 이러한 경우 현행 제도에서 활용가능한 의료기관윤리위원회를 통한 무연고 환자에 대한 연명의료중단에 대한 검토가 가능하다.⁴⁰⁾ 따라서 다음에는 민법과 연명의료결정법상 무연고 환자를 보호하기 위한 방안을 검토해 보고자 한다.

1. 민법상 성년후견인 제도

가. 무연고 환자에 대한 성년후견인 제도 적용 여부

성년후견제도란 정신적 제약으로 인하여 재산이나 신상에 관한 사무를 처리할 능력이 부족한 사람의 의사결정능력이나 사무 처리를 돕는 법적 지원 장치를 말한다. 성년후견제도는 그 개념상 정신적 제약을 가진 사람의 의사결정을 돕는 제도이기 때문에 연명의료중단의 적용에 대한 가능성을 검토할 수 있다.

민법 제947조의2에서는 피성년후견인은 자신의 신상에 관하여 그의 상태가 허락하는 범위에서 단독으로 결정하고(제1항), 피성년후견인의 신체를 침해하는 의료행위에 대하여 피성년후견인이 동의할 수 없는 경우에는 성년후견인이 그를 대신하여 동의할 수 있는데(제3항), 이 때 피성년후견인의 의료행위의 직접적인 결과로 사망하거나 상당한 장애를 입을 위험이 있는 의료행위 일 때에는 가정법원의 허가를 받아야 한다(제4항).⁴¹⁾

39) 세계 의사회 의료윤리지침(World Medical Association Medical Ethics Manual)은 “일반적으로는 환자가 자신의 병상(病狀)에 대하여 치료가 무익한지 여부를 판단함에 있어서 본인이 관여하여야 한다. 예외적인 상황에서는 그러한 논의가 환자에게 최선의 이익이 되지 않을 수도 있다. 의사는 환자에게 무익하거나 유익하지 않은 치료를 제공할 의무가 없다.”라고 한다. World Medical Association, “Medical Ethics Manual”(3rd edn.), 2015, p.46. 안동인, “연명의료결정제도의 발전적 전개를 위한 방법론의 모색-사전연명의료의향서의 법적 지위 및 역할의 강화 필요성-”, 191면에서 재인용.

40) 구영신, “무연고 환자를 위한 연명의료 대리 결정 제도 마련 방안”, 86면.

나. 한계

2014년의 자문단에서 성년후견인을 적법한 대리인으로 인정할지 여부가 논의되었으나, 결론적으로는 성년후견인이 적법한 대리인으로 인정되지 않았다. 그 이유는 성년후견인제도의 채택이 대리인 지정에 영향을 미치고, 성년후견인이 신체 침해에 대한 동의를 대신할 수 있지만, 사망 가능성이 있는 의료행위에 대해서는 가정법원의 허가를 요구하기 때문에 이전의 권고와 상충한다고 판단되었기 때문이다.⁴²⁾

임종과정에 있는 급박한 환자에 대해 민법 제947조2를 적용하여 성년후견인은 위험이 있는 의료행위의 경우 가정법원의 허가를 받아서 연명의료를 할 수 있는지에 대한 문제는 여전히 존재한다. 여기서 “임종과정”이란 회생의 가능성이 없고, 치료에도 불구하고 회복되지 아니하며, 급속도로 증상이 악화되어 사망에 임박한 상태를 말한다(동법 제2조 제1호). 즉 급속도로 증상이 악화되어 사망에 임박한 상태에 있는 환자의 연명의료중단등 결정을 가정법원에 허가를 받아야 한다고 하는 것은 의료현실에서는 괴리감을 가질 수 밖에 없기 때문이다. 또한 민법 제947조의2에서 성년후견인은 위험이 있는 의료행위의 경우 가정법원의 허가를 받아야 한다고 하지만 연명의료가 위 의료행위에 포섭되는지 불분명하다는 의견도 있다. 의료행위는 환자의 상태를 개선하기 위한 것만을 의미하고 연명의료중단은 포함되지 않는다고 한다. 하지만 성년후견제도가 본인의 복리와 의사존중을 성년후견인의 의무로 하며, 신상보호란 프라이버시와 자기결정권을 중요시하는 신체적, 정신적 복리에 관한 사항을 다루는 것이기 때문에, 신상에 대한 후견인의 개념은 연명의료결정과 관련하여 일부 적용 가능할 수 있다고 생각한다.⁴³⁾ 하지만 민법 제947조의2를 임종

41) 구영신, “무연고 환자를 위한 연명의료 대리 결정 제도 마련 방안”, 90면; 대법원 2009. 5. 21. 선고 2009다17417 판결 별개의견(박지형, 박일환) 성년후견인은 환자를 대리하여 연명의료결정을 할 수는 없지만 연명의료중단 등이 환자의 자기결정권을 실질적으로 보장할 수 있는 것인지 가정법원의 허가를 받아 결정할 수 있다고 의견을 표명하였다.

42) 구영신, “무연고 환자를 위한 연명의료 대리 결정 제도 마련 방안”, 90면.

43) 구영신, “무연고 환자를 위한 연명의료 대리 결정 제도 마련 방안”, 91면.

과정에 있는 무연고 환자에게 적용하는 것은 현실적으로 어려울 것이다.

2. 연명의료결정법상 의료기관윤리위원회

가. 의료기관윤리위원회 활동

연명의료중단등결정 및 그 이행에 관한 업무를 수행하려는 의료기관은 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 해당 의료기관에 의료기관윤리위원회를 설치하고 이를 보건복지부장관에게 등록하여야 한다(동법 제14조 제1항). 의료윤리위원회는 법적 요건을 충족해야 하지만, 중소병원에서는 직접 윤리위원회를 구성하기 어려운 경우도 있다. 이런 경우에는, 전문성이 부족하거나 연명의료 운영에 필요한 인력이 부족한 기관이나 윤리위원회에 재정적이나 행정적인 지원을 할 수 없는 경우에는 공용윤리위원회에 해당 업무를 위탁할 수 있게 되어 있다.⁴⁴⁾

의료기관윤리위원회는 연명의료중단등결정 및 그 이행에 관하여 임종과정에 있는 환자와 그 환자가족 또는 의료인이 요청한 사항에 관한 심의, 동법 제19조 제3항에 따른 담당의사의 교체에 관한 심의, 환자와 환자가족에 대한 연명의료중단등결정 관련 상담, 해당 의료기관의 의료인에 대한 의료윤리교육, 그밖에 보건복지부령으로 정하는 사항의 활동을 수행한다.

나. 무연고자 연명의료중단등결정에 대한 의료기관윤리위원회 심의 가능 여부

동법 제14조 제2항 제1호에서 “연명의료중단등결정 및 그 이행에 관하여 임종과정에 있는 …(중략)… 의료인이 요청한 사항에 관한 심의”라고 되어 있어 의료인이 요청한 무연고자인 환자에 대한 연명의료중단등결정에 대해서 의료기관윤리위원회에서 심의를 할 수 있다고 볼 수 있다.

임종과정에 있는 환자가 사전연명의료의향서와 연명의료계획서를 작성하

44) 김기영·허정식, “무연고자의 연명의료중단결정에 대한 문제와 윤리위원회의 과제”, 16면.

지 않고 의사를 표현할 수 없는 상태에 있는 환자에 대한 연명의료에 대해 의학 적 판단을 내릴 수 있는 것은 담당의사가 가능할 것이다. 하지만, 헌법상 담 당의사에게만 임종과정에 있는 무연고자에 대한 연명의료중단등결정을 판단 하게 한다면 형사처벌을 받을 수 있기 때문에, 이러한 상황이 발생할 경우 담당 의사 및 해당 분야의 전문의 1명이 임종과정에 있는 무연고자의 연명의료중단 등결정에 대한 의학적 판단을 하도록 하는 것도 담당의사의 부담을 줄여줄 수 있는 방법이라고 생각한다. 참고로 미국의 조력사망제도와 관련하여, 2009년 몬타나 주 대법원은 *Baxter v. State* 판결⁴⁵⁾에서 말기환자의 생명종결에 대한 자율적인 동의는 환자의 자살에 조력하는 의사를 살인혐의로부터 벗어날 수 있게 한다고 보았고, 살인죄 처벌의 규정은 생명보존의 이익에 기여하지만 말 기환자의 사생활 보호와 존엄성에 대한 헌법적 권리와 의 균형을 이루어야 하 며, 의료전문직의 무결성을 보호하기 위해서는 조력사망에 참여하는 의사를 면책시키고 참여하지 않는 의사를 이행에서 배제하도록 하면 된다고 보았다.

임종과정에 있는 무연고자의 연명의료중단등결정에 대한 의학적 판단을 할 경우에도 「장기등 이식에 관한 법률」에서 뇌사판정기관의 장이 뇌사신청을 받 아 뇌사추정자의 상태를 파악한 후 전문의사 2명 이상과 진료담당의사가 함께 작성한 뇌사조사서를 첨부하여 뇌사판정위원회에 뇌사판정을 요청하고, 뇌사 판정의 요청을 받은 뇌사판정위원회는 전문의사인 위원 2명 이상과 의료인이 아닌 위원 1명 이상을 포함한 과반수 출석과 출석위원 전원의 찬성으로 뇌사판 정을 하듯이 담당의사와 해당 분야의 전문가 1명이 함께 의료기관윤리위원회 에 무연고 환자에 대한 연명의료중단등결정을 요청하고, 그 요청에 따라 의료 윤리생명위원회에서 무연고 환자에 대한 연명의료중단등결정을 심의한다. 이 러한 절차가 환자의 최선의 이익을 고려하고, 그들의 자기결정을 존중하여 인 간다운 존엄성과 가치를 보호하는 데 도움이 될 수 있다.⁴⁶⁾ 의료기관윤리위원

45) *Baxter v. State*, 2009 MT 449.; 이지은, “조력사망(Aid in Dying)에 대한 고찰”, 75면에서 재인용.

46) 미국 아칸소주, 아이다호주, 펜실베이니아주는 주치위가 병원 윤리위원회와 함께 환자를 위하여 대행 결정을 할 수 있도록 하고 있으며, 오리건주에서는 병원이 일정한 훈련을

회가 설치되지 않은 의료기관의 경우 다른 의료기관의 윤리위원회 또는 공용 윤리위원회에게 위탁 협약을 맺어 윤리위원회 기능을 활용할 수도 있다(제14조 제5항).

연명의료결정법이 제정될 당시, 국가생명윤리심의위원회는 환자가 명시적 의사표시를 하지 않았거나 환자의 의사를 추정할 수 없으며 결정을 내릴 적법한 대리인이 없는 경우, 의료기관윤리위원회가 최선의 조치를 결정할 수 있는 것을 권고했다. 또한 법정대리인이나 환자의 가족이 없는 상황에서 해당 의료기관의 의료기관윤리위원회나 공용의료기관윤리위원회가 결정한 경우, 이를 해당 환자를 위한 연명의료결정으로 간주하는 법률안도 제안되었었다.⁴⁷⁾ 그러나 국회 법제사법위원회의 심의과정에서 삭제되었다. 연명의료 중단에 대한 결정이 환자의 자기결정권을 침해할 수 있다고 이해하는 입장과, 의료자원의 공공성을 강조하며 최선의 치료를 환자에게 제공하는 데 포함될 수 있다고 보는 입장 사이에 차이가 존재한다. 전자의 입장에서는 타인이 환자를 위한 의료결정을 하는 것은 자기결정권의 침해로 이어질 수 있다고 주장하고,⁴⁸⁾ 반면 후자의 입장에서는 환자에게 최선의 치료를 제공하는 측면에서 무익한 의료까지도 포함된 연명의료 중단이 필요하다고 주장한다.⁴⁹⁾ 이러한 입장들은 환자의 의료결정과 공공적인 의료자원 사용 사이에서 발생하는 윤리적인 갈등이라고 보인다.

따라서, 무연고자에 대한 연명의료중단등결정의 이행에 대해서는 의료기관 윤리위원회 및 공용윤리위원회가 그 역할을 담당해서 무연고 환자에 대한 이

받은 의료인을 대행인으로 선임할 수 있도록 한다. 이지은, “무연고환자의 연명의료 결정-사전연명의료의향서 등록기관 및 결정 대행권자의 범위에 대한 고찰-”, 342면.

47) 구영신, “무연고 환자를 위한 연명의료 대리 결정 제도 마련 방안”, 87면. 김보배·김명희, “무연고자의 연명의료결정: 제도적 관점에서”, 124면에서는 연명의료결정법 제18조 제3항에 “제1호에 따른 법정대리인이나 제2호에 따른 환자가족이 없어서 의료기관윤리위원회가 그 의결로 연명의료결정을 한 경우”를 신설할 필요가 있다는 의견을 제시한 바 있음.

48) 이지은, “무연고환자의 연명의료 결정-사전연명의료의향서 등록기관 및 결정 대행권자의 범위에 대한 고찰-”, 325면.

49) 이재석, “호스피스 완화의료 및 임종과정에 있는 환자의 연명의료결정에 관한 법률’에 대한 비판적 고찰”, 법학연구(제16권 4호), 한국법학회, 2016. 12., 239면.

익을 보호하여야 한다.⁵⁰⁾

다. 의료기관윤리위원회 한계

현행법상 의료기관윤리위원회는 무연고 환자에 대한 연명의료중단등결정에 관한 대리결정권한에 대한 내용이 명시적으로 반영되어 있지 않다. 건강문제에 대한 대리의 허용은 일신전속적 권리로서 신체적 완전성의 관점에서 반복적으로 거부되었다.⁵¹⁾ 일반적인 의료행위 중에서 생명과 무관하며 단순한 의료계약 또는 되돌릴 수 없는 손상을 남기지 않는 경우, 후견인이나 법정대리인은 본인의 의사능력이 상실된 상황에서 결정에 참여할 수 있다. 그러나 생명과 직결된 중요한 의료행위인 수술, 비치료적 불임시술, 인공유산, 연명치료와 같은 경우에는 환자 본인의 의사가 절대적으로 중요하며, 이러한 중요한 결정에 대해서는 제3자에 의한 대리결정이 부적절하다고 생각된다.⁵²⁾ 의료기관윤리위원회의 대리결정 권한에 대한 것은 환자의 이익에 최선을 다하는 것을 전제로 한 정책적 결정이 우선 되어야 하며, 이를 바탕으로 개정이 이루어져야 할 것이다. 좀더 자세히 현행법상 의료기관윤리위원회의 한계에 대한 논의에 대해서 살펴보면 다음과 같다.⁵³⁾

첫째, 의료기관윤리위원회는 의료기관 내에 설치하는 기구이고 내부위원뿐만 아니라 외부위원도 의료기관의 장이 위촉하도록 되어 있어 의료기관의 입장이나 이익에서 자유롭기 어렵다고 한다. 해당 의료기관의 장에 의해 위촉된

50) 同旨 안동인, “연명의료결정제도의 발전적 전개를 위한 방법론의 모색-사전연명의료의향서의 법적 지위 및 역할의 강화 필요성-”, 192면. 또한 공용의료기관윤리위원회를 신청을 받아 지정했기 때문에, 활동 실적이 우수하지만 지정을 신청하지 않은 기관은 무연고이거나 환자 가족이 없는 환자에 대하여 결정을 내릴 수 없기 때문에 공용의료기관윤리위원회만으로 한정하는 것은 적절하지 않다는 의견도 있다. 김보배·김명희, “무연고자의 연명의료결정: 제도적 관점에서”, 122면.

51) 김기영·허정식, “무연고자의 연명의료중단결정에 대한 문제와 윤리위원회의 과제”, 17면.; 이석배, “의료행위와 대리승낙”, 의료법학(제15권 1호), 대한의료법학회, 2014., 303-333면.

52) 김기영·허정식, “무연고자의 연명의료중단결정에 대한 문제와 윤리위원회의 과제”, 18면.

53) 구영신, “무연고 환자를 위한 연명의료 대리 결정 제도 마련 방안”, 88-89면.

내·외부 위원들의 객관적이고 공정한 역할에 대한 우려이다. 이러한 이유라면 거의 모든 위원회의 정상적인 운영이 불가능하고 신뢰도 할 수 없다고 볼 수 있다. 해당 의료기관에서의 판단이 불공정할 수 있기 때문이라면, 공용윤리위원회서 무연고 환자에 대한 연명의료결정에 대해 심의·의결할 수 있게 하거나 공용윤리위원회가 아니라도 해당 기관 의료기관윤리위원회가 아니라 타기관 의료기관윤리위원회에서 임종과정에 있는 무연고 환자에 대한 연명의료결정을 심의·의결하게 하여 문제를 해결할 수도 있을 것이다.

둘째, 의료기관윤리위원회는 상급종합병원 위주로만 설치되어 있으며, 그 외 의료기관에는 극히 일부만 설치되어 있는데, 무연고 사망자의 경우 상급종합병원 이외의 의료기관에서 임종과정을 맞을 가능성이 더 높은 만큼 의료기관윤리위원회를 무연고환자를 위한 대리결정의 유일한 기구로 정하기에는 무리가 있다고 한다.

현재 연명의료결정법 시행된 후 2018년 168개였던 의료기관윤리위원회 설치 의료기관이 2022년에는 372개로 약 2.2배 증가하였다.⁵⁴⁾ 또한 연명의료결정제도의 인지도 변화로 인해 사전연명의료의향서 작성건수는 2018년도 101,032건에서 2022년 1,586,477건으로 약 15.7배 증가하였고, 연명의료계획서 작성건수는 2018년도 15,278건에서 2022년 104,799건으로 약 6.8배 증가하였다.⁵⁵⁾ 따라서 의료기관윤리위원회 설치 증가와 함께 관할 지역(광역지자체)별 공용윤리위원회를 2개소 이상 설치한다면 상급종합병원 이외의 의료기관에서 임종과정을 맞더라도 환자의 연명의료결정에 대한 문제 해결이 가능하다.

셋째, 의료기관윤리위원회의 대리결정의 객관성과 윤리성 담보를 위해 엄격한 의결요건, 별도 위원회 지정 및 노숙인에 대한 결정 시 특별위원회 확인 등을 제시한 의견의 경우도 형식적인 요건과 절차 중심의 강화에 그친 것으로 환자의 최선의 이익이라는 윤리적 적합성을 담보할 만한 실제적 요건과 절차

54) 보건복지부·국립연명의료관리기관, 2022 연명의료결정제도 연보, 2023. 6., 29면.

55) 보건복지부·국립연명의료관리기관, 2022 연명의료결정제도 연보, 2023. 6., 28면.

는 언급하지 있지 않다는 점에서 한계가 있다. 이러한 문제는 최대한 환자의 이익을 위해서 연명의료중단등결정을 이행했는지와 무연고 환자에 대한 연명의료 결정시 구체적인 절차를 마련하도록 입법적 검토가 필요하다.

IV. 결론

연명의료결정법에서 가족이 없거나 가족을 알 수 없는 무연고 환자에 대해서 살펴보았다. 현행법상 무연고 환자에 대한 입법불비로 인해 사전연명의료 의향서와 연명의료계획서를 작성하지 않은 무연고 환자가 임종과정에 있는 경우 보호를 받지 못하는 문제를 살펴보았고, 논의를 정리하면 다음과 같은 결론에 이르게 된다.

첫째로, 성년후견인제도의 적용을 살펴보았지만, 성년후견인제도를 받아들이면 대리인을 지정하는 효과가 있어 이전 권고와 상충되며, 성년후견인은 신체를 침해하는 의료행위에 대한 동의를 대신할 수 있지만 의료행위의 직접적인 결과로 사망할 수 있는 경우에는 가정법원의 허가를 필요로 하기 때문에 임종과정에 있는 급박한 환자에게는 적절한 방안이라고 할 수 없다.

둘째로, 연명의료결정법 제14조에 따라 의료기관윤리위원회에서 무연고 환자에 대한 연명의료중단등결정에 관한 심의에 대해 살펴보았다. 의료기관윤리위원회는 연명의료중단등결정 및 그 이행에 관하여 임종과정에 있는 환자와 그 환자가족 또는 의료인이 요청한 사항에 관한 심의, 동법 제19조 제3항에 따른 담당의사의 교체에 관한 심의, 환자와 환자가족에 대한 연명의료중단등결정 관련 상담, 해당 의료기관의 의료인에 대한 의료윤리교육, 그밖에 보건복지부령으로 정하는 사항의 활동을 수행한다. 현행법상에서는 의료기관윤리위원회에서 무연고 환자에 대한 연명의료중단등결정을 할 수 없기 때문에, 개정을 통하여 무연고 환자에 대한 연명의료중단등결정에 대한 사항을 동법 제14조에 반영하거나 무연고 환자에 대한 규정을 따로 신설하여 개정하는 것이 필

요하다. 또한 의료기관내에 윤리위원회를 운영하는 것에 대한 문제를 제기하는 견해도 있지만, 임종과정에 있는 무연고 환자의 최선의 이익을 보장하고 자기결정을 존중하여 인간으로서의 존엄과 가치를 보호하기 위해서는 의료기관 윤리위원회에서 무연고 환자에 대한 결정해야 하고, 그런 결정을 하는 것에 대해서 해당 의료기관에서 할 수 없다면, 공용윤리위원회에서 무연고환자의 연명의료중단등결정을 할 수 있도록 법률을 개정할 필요가 있다.

〔 참고 문헌 〕

- 구영신, “무연고 환자를 위한 연명의료 대리 결정 제도 마련 방안”, 『생명윤리정책연구』 제13권 3호, 이화여자대학교 생명의료법연구소, 2020. 7.
- 국가생명윤리심의위원회, “연명의료결정제도 개선에 관한 권고, 2023. 5. 10.
- 김기영·허정식, “무연고자의 연명의료중단결정에 대한 문제와 윤리위원회의 과제”, 『한국의료법학회지』 제28권 1호, 한국의료법학회, 2020.
- 김보배·김명희, “무연고자의 연명의료결정: 제도적 관점에서”, 『한국의료윤리학회지』 제21권 2호, 한국의료윤리학회, 2018. 6.
- 김상구·이일학, “의사무능력자를 대신하는 의료결정을 개선할 방안은 없는가?— 독립환자정신능력대변인 제도의 가능성 모색—”, 『한국의료법학회지』 제25권 1호, 한국의료법학회, 2017.
- 박호균, “성년후견과 의료-개정 민법 제947조의2를 중심으로—”, 『의료법학』 제13권 1호, 대한의료법학회, 2012.
- 보건복지부·국립연명의료관리기관, 2022 연명의료결정제도 연보, 2023. 6.
- 안동인, “연명의료결정제도의 발전적 전개를 위한 방법론의 모색-사전연명의료 의향서의 법적 지위 및 역할의 강화 필요성—”, 『행정법연구』 제65호, 사단법인 행정법이론실무학회, 2021. 8.
- 유기훈, “의사능력에 기반한 후견제도와 정신건강복지법의 융합-북아일랜드 정신능력법[Mental Capacity Act (Northern Ireland) 2016]의 제정 과정과 그 의의를 중심으로—”, 『의료법학』 제24권 3호, 대한의료법학회, 2023.
- 이성진, “「장사 등에 관한 법률」에 대한 민사법적 고찰-연고자 개념과 묘지 사전 매매 금지 및 분묘기지권에 대하여—”, 『민사법의 이론과 실무』 제22권 3호, 민사법의 이론과 실무학회, 2019.
- 이재석, “‘호스피스 완화의료 및 임종과정에 있는 환자의 연명의료결정에 관한 법률’에 대한 비판적 고찰”, 『법학연구』 제16권 4호, 한국법학회, 2016. 12.
- 이지은, “무연고환자의 연명의료 결정-사전연명의료의향서 등록기관 및 결정 대행권자의 범위에 대한 고찰—”, 『법학논집』 제26권 3호, 이화여자대학교 법학연구소, 2022.

- _____, “연명의료결정법상 가족의 대행(代行)-미국법상 의료결정대행(surrogate decision marking)과의 비교를 중심으로”, 『법학논총』 제50집, 숭실대학교 법학연구소, 2021.
- _____, “조력사망(Aid in Dying)에 대한 고찰”, 『의료법학』 제23권 2호, 대한의료법학회, 2022.

[국문초록]

연명의료결정법에서 무연고자 규정미비 등에 관한 법적 고찰

문상혁 (백석예술대학교 경찰경호학부)

현행 연명의료결정법에 따르면 연명의료를 시행하지 않거나 중단하는 결정은 임종과정에 있는 환자의 의사가 우선적으로 적용된다. 이러한 환자를 대상으로 하는 연명의료의 의사결정은 환자가 의식이 있는 경우에는 환자 본인이 연명의료에 대한 의사를 직접 서면이나 구두로 표시하거나 사전연명의료의향서와 연명의료계획서를 작성하는 것으로 자기결정을 행사할 수 있다. 반면에, 환자가 사전연명의료의향서나 연명의료계획서를 작성하지 않은 경우에는 환자 가족의 진술로 환자의 의사를 확인하거나 환자가족 전원의 동의로 연명의료중단등결정을 할 수 있다. 그러나 가족이 없거나 가족을 알 수 없는 무연고 환자인 경우에는 입원하기 전에 사전연명의료의향서와 연명의료계획서를 작성하지 않은 상태에서 의사표현을 할 수 없는 의학적 상태로 되면 환자의 의사를 알 수가 없어 환자에 대한 연명의료를 지속해야 할지 중단해야 할지에 대한 결정을 해야 하는 상황이 발생한다. 본 연구는 무연고환자의 경우에 연명의료결정을 위한 정책적 방안을 제시하고자 현행법상 무연고 환자에 대한 논의와 방안 검토했다.

첫째로, 성년후견인제도의 적용을 살펴보았지만, 성년후견인은 신체를 침해하는 의료행위에 대한 동의를 대신할 수 있지만 의료행위의 직접적인 결과로 사망할 수 있는 경우에는 가정법원의 허가를 필요로 하기 때문에 임종과정에 있는 급박한 환자에게는 적절한 방안이라고 할 수 없다. 둘째로, 연명의료결정법 제14조에 따라 의료기관윤리위원회에서 무연고 환자에 대한 연명의료중단등결정에 관한 심의에 대해 살펴보았다. 현행법상에서는 의료기관윤리위원회에서 무연고 환자에 대한 연명의료중단등결정을 할 수 없기 때문에, 개정을 통하여 무연고 환자에 대한 연명의료중단등결정에 대한 사항을 동법 제14조에 반영하거나 무연고 환자에 대한 규정을 따로 신설하여 개정하는 것이 필요하다. 또한 의료기관윤리위원회에서 무연고 환자에 대한 결정해야 하지만, 그런 결정을 하는 것에 대해서 해당 의료기관에서 할 수 없다면, 공용윤리위원회에서 무연고환자의 연명의료중단등결정을 할 수 있도록 법률을 개정할 필요가 있다.

주제어: 무연고자, 연명의료결정법, 사전연명의료의향서, 연명의료계획서, 성년후견인

A Legal Analysis on the Absence of Provisions Regarding Non-relative Patients in the Act of Decisions-Making in Life-Sustaining Medicine

Moon, Sang Hyuk

Associate Professor, Division of Police and Security, Baekseok Arts University

=ABSTRACT=

According to the current act of Decision-Marking in Life-Sustaining Medicine, the decision to withhold or discontinue life-sustaining treatment is primarily based on the wishes of a patient in the dying process. Decision-making regarding life-sustaining treatment for these patients is made by the patient, if he or she is conscious, directly expressing his/her intention for life-sustaining treatment in writing or verbally or by writing an advance medical directive and physician orders for life-sustaining treatment. It can be exercised. On the other hand, if the patient has not written an advance medical directive or physician orders for life-sustaining treatment, the patient's intention can be confirmed with a statement from the patient's family, or a decision to discontinue life-sustaining treatment can be made with the consent of all members of the patient's family.

However, in the case of an unrelated patient who has no family or whose family is unknown, if an advance medical directive or physician orders for life-sustaining treatment are not written before hospitalization and a medical condition prevents the patient from expressing his or her opinion, the patient's will cannot be known and the patient cannot be informed. A situation arises where a decision must be made as to whether to continue or discontinue life-sustaining treatment.

This study reviewed discussions and measures for unbefriended patients under the current law in order to suggest policy measures for deciding on life-sustaining treatment in the case of unbefriended patients.

First, we looked at the application of the adult guardian system, but although an adult guardian can replace consent for medical treatment that infringes on the

body, permission from the family court is required in cases where death may occur as a direct result of medical treatment. It cannot be said to be an appropriate solution for patients in the process of dying. Second, in accordance with Article 14 of the Life-Sustaining Treatment Decision Act, we looked at the deliberation of medical institution ethics committees on decisions to discontinue life-sustaining treatment for patients without family ties. Under the current law, the medical institution ethics committee cannot make decisions on discontinuation of life-sustaining treatment for unbefriended patients, so through revision, matters regarding decisions on discontinuation of life-sustaining treatment for unbefriended patients are reflected in Article 14 of the same Act or separate provisions for unbefriended patients are made. It is necessary to establish and amend new provisions. In addition, the medical institution ethics committee must make a decision on unbefriended patients, but if the medical institution cannot make such a decision, there is a need to revise the law so that the public ethics committee can make decisions, such as discontinuing life-sustaining treatment for unbefriended patients.

Keyword : Unbefriended Patients, Korean Act on Hospice and Palliative Care and Decisions on Life-sustaining Treatment for Patients at the End of Life (the Life-Sustaining Treatment Decision Act), Advance Medical Directive, Physician Orders for Life-Sustaining Treatment (POLST), Adult Guardianship