대한의료법학회
『의료법학』 제25권 제1호
https://doi.org/10.29291/kslm.2024.25.1.149

정신질환자에 대한 비대면진료 및 비고지투약
-치료적 대화의 복원을 위한 모색적 고찰-

정 상 민*

Ⅰ. 머리말
Ⅱ. 우리나라와 일본의 사례
1. 대법원 2020. 11. 26. 선고 2017도3487 판결
2. 일본 千葉地裁平成12年6月30日判決
3. 일본에서의 논의와 시사점
Ⅲ. 비대면진료 및 비고지투약에 대한 반성적 고찰
1. 의사의 설명의무와 환자의 자기결정권
2. 의료적 후견주의와 가족주의적 후견주의
3. 법규범적 고찰
Ⅳ. 치료적 대화를 통한 해결
1. 예외적 허용방식을 통한 해결의 한계
2. 치료적 대화를 통한 해결의 모색
Ⅴ. 맺음말

Ⅰ. 머리말

정신건강의학과 진료에 있어 주요한 특성의 하나는 대체로 환자에게 병식(病識)이 없다는 점이다. 정작 환자 본인은 병의 증상을 인식하지 못하고 따라서 자발적인 치료의지가 없다. 한편 병식이 있는 경우에도 현실을 부인하거나 여러 이유로 이를 숨기고자 하는 경우도 적지 않다. 그렇기 때문에 가족의 진심어린 치료권유나 의사의 조언에 반발하거나 이를 곡해하는 경우가 많고 심지

* 논문접수: 2024. 03. 15. * 심사개시: 2024. 03. 19. * 게재확정: 2024. 03. 25.
* 충남대학교 법학전문대학원 조교수, 변호사.

어 망상장애의 경우는 가족과 의사의 조언 자체를 자신에 대한 해코지로 받아들일 수도 있다. 그에 따라 의사가 병식이 없거나 자발적 치료의지가 없는 정신질환자를 직접 대면진료한 다음 환자에게 증상을 설명하고, 환자로부터 직접 치료나 투약에 대한 동의를 받는 것은 생각보다 쉽지 않다. 이렇게 진단과 치료를 미루다보면 환자의 상태가 악화될 가능성이 높은데, 그에 따른 고통은 대부분 환자 본인과 가족이 감내하여야 하는 것이 된다.

그에 따라 병식이 전혀 없거나 또는 어렵게 면담한 후에도 현상을 부정하여 치료를 거부하는 정신질환자에 대하여, 환자를 직접 대면하여 진료하지 않고 가족과의 면담을 통해 예후를 관찰하여 진단하는 비대면진료(非對面診療) 및 환자에게는 아무런 설명이나 고지 없이 가족을 통해 몰래 투약이 이루어지는 비고지투약(非告知投藥)이 이루어질 수도 있다.

그러나 이러한 현실적인 측면을 고려하더라도 환자 몰래 약을 투약하는 등 동의 없는 치료는 강제입원처럼 정신질환자에 대한 인권침해의 소지가 크다. 일반 의약품도 아닌 향정신성의약품을 당사자가 알지도 못하는 사이에 인체 내부에 주입하는 것이 되어 위험성과 부작용이 크고, 무엇보다도 이를 뒤늦게 환자가 알게 되는 경우에는 환자와 가족, 의사 사이의 신뢰가 완전히 깨지고 치료를 절대적으로 거부하는 상황이 발생한다.

종래에는 환자의 의사결정권이 침해되고 장기간 환자에 대한 인신구속의 문제가 있어 신체적 기본권은 물론 인간의 존엄성 등 인권침해의 소지가 크고 의사의 치료의무, 가족의 보호의무 등과의 사이의 긴장관계가 더 심한 사안인 '강제입원'이 주로 문제되고 논의되어 왔으나,[1)2)] 비대면진료에 의한 비고지

---

1) 최근 인권위 진정사례를 보아도 주로 강제입원 위주로 되어 있고, 강제입원 내에서도 강제주사를 문제 삼은 것은 2021~2022년도에도 인권위 진정 단 한건에 불과하였다. 김미경·서미경, "정신장애인 권리침해에 관한 연구-정신건강복지법 전면 개정 이후 국가인권위원회 진정 사례를 중심으로", 정신건강과 사회복지(제50권 4호), 2022. 12.

2) 강제입원에 관한 논문으로는, 김나경, "'정신질환자 강제입원'의 법적 문제", 인권과 정의(통권 418호), 2011. 6.; 신권철, "강제입원 위헌(헌법불합치)결정의 의미와 향후 과제", 서울법학(제24권 4호), 서울시립대학교 법학연구소, 2017.; 동, "정신보건법상 강제입원제도의 문제점과 개선방안-물화(物化)되는 인격적 주체성의 복원을 중심으로", 서울법학(제22권 2호), 서울시립대학교 법학연구소, 2014. 등.

투약도 그 정도의 차이가 있을 뿐 근본적인 문제 상황은 비슷하다고 생각된다. 오히려 관심을 받지 못하는 사각지대 내지 논의의 경계에 놓여있다는 점에서 문제는 더 심각할 수 있다. 특히 정신질환자가 (i) 입원치료 또는 요양을 받을 만한 정도에는 이르지 아니하거나 자신의 건강 또는 안전이나 다른 사람에게 해를 끼칠 위험이 상당하지 아니하여 현행 정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률(이하 '정신건강복지법')에 따르더라도 환자의 의사에 반하여는 입원을 할 수 없다거나, (ii) 통원치료 내지 외래치료만으로 충분히 호전될 수 있어 입원치료가 불필요한 경우에는 더욱 그러하다.

한편 '비대면진료'나 '직접 진찰'에 관하여는 좋은 선행연구가 많이 있으나, 비대면진료의 경우 주로 일반론이나 원격의료 등과 관련하여 논의되었고,[3] 의료법 제17조 소정의 직접 진찰의 의미도 주로 형사적·법해석학적 관점에서 다루어졌을 뿐,[4] 정신질환자와 가족 사이의 관계나 정신건강의학과 진료의 특수성의 관점에서는 크게 다루어지지 않았던 것으로 이해된다.

따라서 이 문제를 문화적으로 가족에 의한 보호가 강한 우리나라와 일본의 사례를 중심으로 고찰하여 볼 필요가 있다. 물론 플라톤의 『법률(Nómoi)』 등 고대 그리스의 문헌[5]이나 로마 12표법의 제5표[6]를 보면 정신질환자에 대한

---

3) 비대면진료 일반 내지 원격의료와 관련된 문헌으로는, 권오탁, "비대면진료 실행을 위한 법적 쟁점", 의료법학(제23권 3호), 대한의료법학회, 2022. 9.; 김장한, "의사 환자 간 원격의료의 의료법상 적법성에 관하여-원격환자에 대한 처방을 중심으로-", 의료법학(제22권 1호), 대한의료법학회, 2021.; 김진숙·이얼, "비대면진료 관련 입법 현황과 법적쟁점", 의료법학(제24권 4호), 대한의료법학회, 2023.; 현두륜, "원격의료에 대한 법적 규제와 그 문제점", 의료법학(제23권 1호), 대한의료법학회, 2022. 등.

4) 의료법 제17조 소정의 직접 진찰 내지 대면진료의무에 관하여 고찰한 논문으로는, 박혜림, "법률해석과 죄형법정주의-의료법 제17조 제1항의 "직접진찰" 해석을 중심으로-", 법학논집(제19권 4호), 이화여자대학교 법학연구소, 2015. 6.; 이얼, "의료법상 직접진료 원칙과 그 예외에 관한 소고", 법학연구(통권 36호), 2014.; 장연화·백경희, "의사의 대면진료의무와 의료법 제17조 제1항의 해석에 대한 소고", 법학논집(제17권 4호), 이화여자대학교 법학연구소, 2013. 6.

5) "만약 누군가가 미쳤다면, 나라 안에서 그가 모습을 드러내지 않게 하고 그 친척들이 가정에서 이들을 보호하게 할 것입니다. 무슨 방법을 써서든 말입니다. 그러지 못할 경우에는 벌금을 물게 할 것입니다"(플라톤 저/박종현 역, 법률, 서광사, 2009, 793-794면(936c)).

6) 어떤 자가 精神錯亂者인 경우에는 宗親들과 氏族員들이 "그 자신"과 그의 財産에 관한 결정권을 가진다(V.7.a SI FURIOSUS ESCIT, ADGNATUM GENTILUMQUE IN EO PECUNIAQUE EIUS POTESTAS ESTO); 최병조, "고대 로마 십이표의 번역과 관련하여", 서울대학교 법학

친족의 적극적 관여·개입을 보여주는 것도 있으나, 이는 고대사회 중에서 가부장주의(patriarchy)가 강했던 문화권의 일 단면에 불과한 것으로 보이고, 서구의 경우 특히 근대 이후로는 가족의 관여가 상대적으로 적다고 평가된다. 반면 일본의 경우 가족과의 유대 등 여러 가지 이유로 비슷한 양상을 보이고,[7] 특히 본고의 주제와 관련하여 참고할 사례나 논의가 다수 확인되고 있다.

이하에서는 입원을 하지 않은 정신질환자에 대하여 주로 가족들의 요청 내지 협조를 받아 비대면진료에 이어 비고지투약을 하는 경우에 초점을 맞추어 논의하되, 먼저 우리나라와 일본에서 실제로 문제가 되어 법원의 판단을 받았던 경우 및 그 시사점을 각각 살펴보고(II), 이러한 문제 상황을 환자의 자기결정권이나 의사의 설명의무, 정신질환자에 대한 의료적 후견주의 등에 더하여 헌법재판소의 강제입원에 대한 헌법불합치 결정이나 「정신장애인의 인권 향상을 위한 지침」 등 국제인권규범을 이론적으로 고찰하여 보기로 한다(III). 이를 기초로 환자와 의사, 가족 사이에 신뢰를 회복하기 위해 나아가야 할 방향 및 치료적 대화를 재고하여 보기로 하며(IV). 맺음말에서는 이와 관련한 대안적 논의나 외국의 법제를 소개함으로써 부족한 글을 마치고자 한다(V).

II. 우리나라와 일본의 사례

정신건강의학과 의사가 주로 가족을 면담하여 예후를 관찰하였으나 정신질환자 본인을 직접 대면하여 진찰하지는 아니하였고, 나아가 가족을 통해 몰래 투약을 한 경우가 문제된 우리나라와 일본의 사례를 살펴본다.

(제51권 3호), 2010, 17면.

7) 신권철, 동북아 국가 강제입원제도의 특성과 가족의 역할-한·중·일·대만을 중심으로-, 사회보장법학(제9권 1호), 2020, 199면(서구와 달리 강제입원 과정에서 가족의 권한과 역할을 중시하였는데, 이는 서구의 근대적 개인주의와 합리주의가 발현된 강제입원제도가 동양의 전통적 가족주의에 포섭되면서 특별한 양상을 띠게 된 것이라고 한다).

1. 대법원 2020. 11. 26. 선고 2017도3487 판결

가. 사실관계

정신의학과 전문의 Y는, 2013. 2.경부터 2014. 3.경까지 약 10회에 걸쳐 현저한 망상장애(delusional disorder) 증상을 보이고 있는 X[8]를 직접 진찰하지 아니한 채 X의 부친인 A의 부탁을 받고 리스페달퀵릿정, 영프로마정, 리보트릴정 등을 조제 지시하여 보호자인 A에게 건네 준 행위가 구 의료법 제17조 제1항을 위반하였다는 것을 주위적 공소사실로,

한편, 구 의료법 제33조 제1항은 의료인은 반드시 환자와 직접 대면하여 진료 등의 의료행위를 하여야 한다고 해석하여야 하는데, Y가 의료기관 내에서 환자인 X를 직접 대면하여 진료하지 아니한 채 전화진료를 통해 환자에게 약을 처방하였으므로, 이는 구 의료법 제33조 제1항 위반에 해당한다는 점을 예비적 공소사실로 하여, 의료법 위반죄로 기소되었다.

나. 법원의 판단

위 의료법 위반의 주위적, 예비적 공소사실은 모두 무죄로 확정되었다.[9]

먼저 의료법 제17조 제1항 위반의 주위적 공소사실에 관하여, Y는 약사법 제23조 제4항 제3호[10]에 따라 '편집성 정신분열증' 환자 X에 관하여 병원 약

---

8) X는 2005. 9.경부터 병원에서 외래진료를 받다가 이후 통원치료를 거부하므로, 같은 해 12.경부터 지속적으로 보호자 A가 대리처방 방식으로 의약품을 받아갔으며, X를 최초 대면진료한 의사 B에 이어 약 예닐곱 명의 의사를 거쳐 Y가 2013. 3.경부터 담당진료하게 되었다. 한편, X는 2014. 3.말경 부친 A와 함께 외래방문하므로 Y는 장시간 면담 후 망상장애를 확진하고 X에 대하여 지속적인 정신과 약물치료를 권유한 사실도 있었다.

9) 1심: 수원지방법원 2016. 6. 29. 선고 2015고정2888 판결(무죄), 2심: 수원지방법원 2017. 2. 3. 선고 2016노4586 판결(항소기각).

10) 약사법 제23조 제1항 본문은 '약사 및 한약사가 아니면 의약품을 조제할 수 없으며, 약사 및 한약사는 각각 면허 범위에서 의약품을 조제하여야 한다'고 하여 의약분업의 원칙을 정하는 한편, 같은 조 제4항에서 '제1항에도 불구하고 의사 또는 치과의사는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 자신이 직접 조제할 수 있다'고 하여 예외를 정하고 있고, 같은 항 제3호는 '응급환자 및 조현병 또는 조울증 등으로 자신 또는 타인을 해칠 우려가 있는 정신질환자에 대하여 조제하는 경우'를 그 예외사유의 하나로 규정하고 있어, 정신건강의학과 전문의는 정신질환자에 대하여 직접 약을 조제하여 줄 수 있다.

제과에 직접 '조제지시'하여 조제된 약을 A에게 교부한 사실이 있을 뿐, 달리 의료법 제17조 제1항 소정의 '처방전'을 A에게 교부한 사실이 없는데, 의료법 제17조 제1항은 처벌대상을 '진단서·검안서·증명서 또는 처방전(전자처방전 포함)을 교부 또는 발송'하는 행위로 한정하고 있으므로,[11] 의사가 직접 약을 조제하기 위하여 발생하는 조제지시서는 위 규정상의 처방전[12]으로 보기 어려운 이상 죄형법정주의에 따라 이 부분 공소사실은 무죄로 판단하였다.

다음으로 예비적 공소사실인 의료법 제33조 제1항 위반의 점에 관하여도, ① Y가 전화진료를 하였다고 인정하기 부족한 점[13], ② 전화진료를 하였더라도 의료법 제33조 제1항의 전체적인 취지는 의료업을 할 수 있는 장소를 의료기관 내로 제한하는 규정일 뿐, 의료기관 내에서의 대면진료를 강제하거나 전화진료를 제한하는 내용으로 해석하기 어려운 점, ③ 전화진료를 '의료기관 내에서의 의료업'이 아닌 '의료기관 외에서의 의료업'으로 본다 하더라도, 이는 환자의 보호자인 A의 요청에 따른 것이므로 의료법 제33조 제1항 제2호에 의하여 허용된다고 보아야 하는 점 등을 종합하여, 역시 무죄로 판단하였다.

다. 동 판결의 의의 및 한계

위 사안은 장기간 가족 A와 면담하였을 뿐 환자 X를 대면하여 직접 진찰하는 행위가 없었고, 나아가 X에 대한 고지 없이 투약이 이루어진 것을 정신질환자 X가 이를 뒤늦게 알게 되어 문제 삼은 결과, 형사사건으로 비화된 건이었다. 다만 공교롭게도 의사 Y는 '처방전'을 교부한 것이 아니라 약사법상 의약분업의 예외규정에 따라 병원 내에서 약을 '조제 지시'하여[14] X의 부친인 A에게는

---

11) 본 사건 이후인 2019. 8. 27. 일부개정[법률 제16555호]으로, 의료법 제17조의2(처방전)가 신설되어, 현재는 진단서는 종전과 같이 동법 제17조가, 처방전에 대하여는 동법 제17조의2가 나누어 규율하고 있다.

12) 의료법 제18조(처방전 작성과 교부)에서 제2항은 '제1항에 따른 처방전의 서식, 기재사항, 보존, 그밖에 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다'고 규정하고 있기도 하다.

13) 원심은 '아들인 X에게 병원에서 약 처방을 받은 사실을 철저히 숨기고 밥에 약을 몰래 타 투약을 해 왔다'라는 부친 A의 수사기관에서의 진술에 주목하여, 그렇다면 Y가 실제로 X에게 전화를 하여 진단을 하는 등의 행위를 하였다고 인정할 수 없다고 보았다.

14) 의사 Y는 의사가 약사법에 따라 직접 의약품을 조제할 수 있는 경우의 내부지시로서 '조제

곧바로 약을 교부하였던 관계로, 구 의료법 제17조 제1항 위반의 점은 죄형법정주의에 따라 무죄로 판결되는 것에 그쳤다. 즉, 본고의 주제, '정신질환자를 직접 대면하여 진료하지 않고 가족과의 면담을 통해 예후를 관찰하여 진단하고, 환자 본인에게는 아무런 설명이나 고지 없이 투약이 이루어진 점' 자체에 대한 위법성 또는 예외적 허용 여부는 전혀 판단되지 아니하였다.

만일 의사 Y가 리스페달 등 향정신성의약품에 관하여 직접 조제지시를 내린 것이 아니라 이를 처방한 처방전을 A에게 교부하였다면, 그리하여 그러한 행위의 적법성이 정면으로 다루어졌다면 어떠하였을까? 짐작컨대, 의료법 제33조 위반죄로 형사처벌되었을 것으로 보이고, 정신의학과 진료의 특수성이 고려되었을 가능성은 낮아 보인다. 그 이유는 다음과 같다. ① 해당 심급별로 약 1년을 초과하지 아니하여 비교적 신속하게 판결을 선고한 1심과 2심과 달리 대법원은 약 3년 9개월 가까이 선고를 미루어 왔고, 그 사이 심리진행상황을 '관련 사건을 통일적으로 처리하기 위해 검토 중'이라고 1년 단위로 공시하였는데, ② 이와 같이 대법원이 장기간 숙고한 '관련 사건과 통일적으로 처리'할 것인지 여부는, 직접 진찰하지 아니하고 처방전을 발행한 경우 이를 원칙적으로 처벌하고, 특히 전화진료를 (의료법 제17조 제1항 위반죄가 아닌) 동법 제33조 제1항 위반죄로 의율한 일련의 판례군[15]과의 통일적인 처리를 고심한

지시서'나 국민건강보험공단에 급여를 청구하기 위한 서류인 '외래처방전(보험)'을 작성하였을 뿐, 의료법 제17조 제1항에서 말하는 '처방전'을 작성·교부한 사실이 없었다.

15) 대법원은 '전화진찰'과 관련하여, ① **대법원 2013. 4. 11. 선고 2010도1388 판결**은, "의료법 제17조의2는 스스로 진찰을 하지 않고 처방전을 발급하는 행위를 금지하는 규정일 뿐 대면진찰을 하지 않았거나 충분한 진찰을 하지 않은 상태에서 처방전을 발급하는 행위 일반을 금지하는 조항이 아니므로, 죄형법정주의, 특히 유추해석금지의 원칙상 전화 진찰을 하였다는 사정만으로 '자신이 진찰'하거나 '직접 진찰'을 한 것이 아니라고 볼 수는 없다."고 하여 전화로 처방전을 발급해 준 행위가 의료법 제17조의2 위반은 아니라고 하고, ② **대법원 2020. 5. 14. 선고 2014도9607 판결**은 "의료법 제17조나 제17조의2에서 말하는 '직접'이란 '스스로'를 의미하므로 전화 통화 등을 이용하여 비대면으로 이루어진 경우에도 의사가 스스로 진찰을 하였다면 직접 진찰을 한 것으로 볼 수는 있다"고 한 다음, 다만 "현대 의학 측면에서 보아 신뢰할 만한 환자의 상태를 토대로 특정 진단이나 처방 등을 내릴 수 있을 정도의 행위가 있어야 '진찰'이 이루어졌다고 볼 수 있고, 전화 통화만 이루어진 경우에는 최소한 그 이전에 의사가 환자를 대면하고 진찰하여 환자의 특성이나 상태 등에 대해 이미 알고 있다는 사정 등이 전제되어야 한다"고 하여 의사가 다이어트 관련 재진환자에게 병원 방문 없이 전화로 처방전을 발급해 준 행위를 의료법 제17조의2 위반죄

것으로 추단할 수 있고, ③ 본건과 비슷한 시기에 공소제기된 전화진료 건에 대하여는 본건 판결 선고 직전에 유죄판결이 선고·확정되었으며[16], ④ 대법원은 최종적으로 Y에 대하여 무죄를 확정하면서도, 판결문에 별다른 판시를 하지 아니하고 원심판단에는 '의료법 해석에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다'고 이유를 간략하고도 형식적으로 기재한 것에 그친데다, ⑤ 동 판결은 '공보 불게재'되고, 종합법률정보 사이트(https://glaw.scourt.go.kr)에서도 전혀 검색이 되지 않는데, 이는 대법원이 해당 판결이 확대해석되거나 일반화되는 것을 경계하거나 적어도 선례로서 가치가 없다고 판단한 결과로 보인다.

그렇다면 위 대법원 판결을 들어 그 결론만 가지고 정신과진료의 특수성을 반영하여 대면진료의무의 예외로서 가족을 통한 문진을 허용하거나 환자에 대한 고지 없는 투약을 정당화하거나 예외로 할 수 있다는 식으로 일반화하기는 어렵다. 결국 현행 의료법에는 비대면진료나 비고지투약 등과 관련하여 '정신건강의학과 진료의 특수성'이 반영된 세심한 입법이나 이를 보완하는 판례의 해석이 존재한다고 보기는 어려우며, 단지 입법의 흠결 내지 사각지대가 존재한다고 봄이 타당하다.

에 해당한다고 판시한 반면, ③ **대법원 2020. 11. 5. 선고 2015도13830 판결**은 한의사가 환자와 전화로 상담을 한 다음 한약을 제조하여 택배로 보내준 행위에 대하여, "의료인이 전화 등을 통해 원격지에 있는 환자에 행하는 의료행위는 특별한 사정이 없는 한 의료법 제33조 제1항에 위반되는 행위"라고 판시하였다. 위 ①~③ 판결은 일견 상호모순되거나 일관성이 없는 것처럼 보이나, ① 판결은 그 판결이유에서 의료법 전체 체계상 전화진찰의 경우 처방전이 발행되었더라도 이를 의료법 제17조나 위반죄가 아니라 의료법 제33조 제1항 위반죄로 처벌하는 것이 합당하다는 것을 밝혔고, ② 판결도 2014년경 공소제기된 관계로 의료법 제17조 위반죄가 다투어진 것뿐이다. 전화진찰을 어느 규정으로 규율할 것인지 초기 혼선이 있었으나, **2013~14년경 이후에는** ③ 판결과 같이 전화진찰을 (의료법 제33조 내지 제34조 소정의 예외사유에 해당하지 않는 한) **의료법 제33조 제1항 위반죄로 기소하고 처벌하는 것이 실무로 정착**되어 있다. [메디칼타임즈 2021. 11. 15.자 기사 "직접진찰과 의료법 제17조와 제33조 판례 의미", (https://www.medicaltimes.com/Main/News/NewsView.html?ID=1144034 최종방문일: 2023. 12. 20.)]

16) 대법원 2020. 11. 5. 선고 2015도13830 판결(위 주 15의 ③ 판결; 환자의 요청이 있더라도 전화로 진료한 것은 의료법 제33조 제1항을 위반하였다고 판단함).

2. 일본 千葉地裁平成12年6月30日判決

한편 일본에서 정신질환자의 비대면진료 및 비고지투약이 문제된 사례로는 千葉地裁平成12(2000)年6月30日判決(이하 '치바(千葉)판결')[17]이 있다.[18]

가. 사실관계

X(원고)는 昭和52(1977)년경부터 집에 도청기나 몰래카메라가 설치되어 자신이 감시된다고 믿는 피해망상 증세를 보이고 있었다. 의사 Y(피고)는 昭和58(1983)년경 자신이 운영하는 클리닉에서 X의 숙모 A의 이야기를 듣고 X가 망상형 조현병(統合失調症妄想型)이라고 진단했으나, A의 요청만으로 의약품(水薬)을 처방하는 것이 적당하지 않다고 보아 X의 남편 B[19]를 추가 면담하는 등 가족으로부터 사정을 충분히 들은 후, 환자에게 병식(病識)이 없어 환자가 순순히 내원하여 치료를 받고 의사의 지시에 따를 것을 기대할 수 없고, 가족 등이 곤란한 상황에 처해 있으므로, 신용할 수 있는 가족 등 보호자에게 부작용 등에 대해 충분히 설명함과 동시에 병세가 좋아지면 반드시 환자를 데려오라고 한 다음, X의 남편 B에게 약물을 건네는 방식으로 X에게 고지 없는 투약(非告知投薬)을 실시하였다.

이에 X는, Y가 자신을 직접 진찰하지 않은 채 숙모나 남편의 말만 듣고 조현

---

17) 平成10年(ワ)第2035号; 判タ1034号177頁; 동 판결의 평석으로는, 宮下毅, "精神医療におけるいわゆる「薬の隠し飲ませ」が不法行為を構成しないとされた事例", 『年報医事法学』 17号, 2002; 同, "精神科醫療とインフォームド・コンセント" 甲斐克則編『醫事法講座第10巻 精神科醫療と醫事法』, 信山社, 2020, 45-73頁; 神野礼齊, "無診察治療の禁止", 医事法判例百選[第3版], 2022; 野々村和喜 "無診察治療の禁止", 医事法判例百選[第2版], 2014; 藤野邦夫/藤野ヤヨイ, "診察なき治療·非告知投薬と患者の知る権利", 『精神科看護』139号, 2004.

18) 정신질환자에 대한 무진찰행위 내지 비고지투약에 대한 유일한 법률적 분쟁으로 알려져 있어(北山修悟, "精神科医療における医師－患者関係(4)－精神科医療の契約法·序説", 『成蹊法学』 95号, 成蹊大学法学会, 2022, 23頁), 하급심 판례이자 약 23년 전의 사건임에도 불구하고 현재도 지속적으로 인용되고 있다.

19) X는, 자신을 감시하고 있는 것은 글리코·모리나가 사건(グリコ·森永事件; 1984~85년경 일본 교토와 한신 지역을 중심으로 메이저 제과기업 등 식품 기업들에게 일어난 연쇄 협박 사건으로 현재까지도 미제사건으로 남아있다)의 범인들이고 남편 B도 그 일당이라고 생각하고 있었다고 한다(北山修悟, 前掲論文, 23頁).

병으로 진단하고, 자신이 알지 못하게 복용할 약물을 처방한 것은 일본의사법(医師法) 20조 위반이자 자신의 인격권을 침해한 것이라고 주장하며, Y를 상대로 일본민법 709조에 기하여 위자료 1000만 엔을 청구하였다.[20]

나. 법원의 판단

이에 대하여 치바(千葉)지방재판소는 원고의 청구를 전부 기각하였다. 동 재판소는 의사 Y의 행위를 (i) 대면진찰 없이 가족과의 상담만으로 예상되는 병명을 진단한 것과 (ii) 환자에 대한 고지 없이 투약하도록 한 것의 두 가지로 나누어, 일본의사법 20조 위반 여부를 판단하였다.

(1) 정신질환자에 대한 대면진찰 없는 진단의 위법성

'일본의사법 20조는 의사가 스스로 진찰을 하지 아니하고 치료를 하거나 진단서나 처방전을 교부하는 것을 금지하고 있기는 하나, 병식(病識)이 없는 환자가 스스로 진료받을 수 없기 때문에 부득이 환자의 가족이 정신과 의사를 찾아 조언을 구하는 경우가 많은 정신병 의료의 실체에 비추어 볼 때, 정신과 의사가 환자 가족 등의 상담을 통해 예상되는 병명을 상담자들에게 고지하는 것까지도 금지하고 있는 것은 아니라고 해석되므로, Y의 진단은 동법을 위반하는 행위라고 할 수 없다'는 것이 동 재판소의 판단이었다.

(2) 정신질환자에 대하여 고지 없이 행하여진 약물처방의 위법성

'진찰 없는 치료(診察なき治療)는 형식적으로 일본의사법 20조를 위반하고 환자에 대하여 치료 내용에 대하여 충분히 설명하고 동의를 얻어야 한다는 원칙(インフォームド・コンセントの原則; doctrine of informed consent)을 위반하는 것으로도 보이나, ㉮ 비고지투약은 일본의 정신질환 치료에 있어 광범위

20) 한편 X는 남편 B가 보건소에 내방하여 상담한 이후 보건소의 촉탁의, 상담원, 소장이 한 일련의 대응을 문제 삼아 치바(千葉)시에 대하여 일본국가배상법 1조 1항을 근거로 500만 엔을 청구하였으나, 이는 마찬가지로 기각되었다.

하게 이루어지고 있고, 본건과 같이 환자 본인을 진찰하지 않고 이루어지는 경우도 상당히 많은 점[21], ㉯ 병식이 없는 정신질환자가 치료를 거부하는 경우 환자를 통원시킬 수 있게 될 때까지의 일시적인 조치로서 환자가 눈치 채지 않고 복용시킬 수 있는 약물이 처방되는 예[22]가 있는 점, ㉰ 그러한 경우 그 처방은 가족 등의 진술을 충분히 듣고 보호자 입장에서 신용할 수 있는 가족에게 부작용 등에 대해 충분히 설명한 후 신중하게 이루어지고 있는 점, ㉱ 병식이 없는 정신질환자에게 적절한 치료를 받도록 하기 위한 법적·제도적 시스템이 충분히 갖추어져 있지 않아 환자가족은 민간 정신과의사[23] 이외에는 의지할 곳이 없으며, 환자에 대해 진찰이나 고지를 하지 않고 실시하는 투약을 일절 금하는 것은 환자와 그 가족에게 가혹한 결과를 초래한다는 것(이하 '사정 ㉮ 내지 ㉱')을 인정할 수 있다'고 한 다음,

'물론, 비고지투약은 가능한 피하는 것이 바람직하나,[24] 병식이 없는 정신질환자가 적절한 치료를 받도록 하는 법적·제도적 시스템이 충분히 갖추어져 있지 않은 일본의 상황에 비추어, ㉠ 병식이 없는 정신질환자가 치료를 거부하

---

21) 高柳功ほか, "精神科領域におけるインフォームド・コンセント―現状と課題", 『精神医学』 38巻9号, 1996, 997頁 이하.

22) 1995년경 일본의 정신과 의사에게 실시된 설문조사 결과에 따르면 약을 몰래 먹이는 일(薬の隠し飲ませ; 非告知投与)을 전혀 하지 않는 경우는 25.8%인 반면 어쩔 수 없이 하는 경우가 74%였다(精神医療におけるインフォームド·コンセント研究班, 「精神医療における『インフォームド·コンセント』に関する研究」, 1995, 4-5, 20-22頁). 그리고 그 이유에 대해서는 '병식이 없는 환자에게는 때로는 필요한 수단'으로 '부득이 하다(やむを得ずやることがある)'고 응답한 의사가 63.7%에 이르고 있다(熊倉伸宏, "地域において抗精神病薬剤の「非告知」投与を受けていた1精神分裂病例の報告―インフォームド·コンセントにおける「保護」概念の再検討", 『精神神経学雑誌』 97巻2号, 116頁).

23) 위 精神医療におけるインフォームド·コンセント研究班, 전게보고서는, 대학병원 의사의 50%가 비고지투약을 '전혀 하지 않았다'고 응답한 데 반해 국공립병원·기타에서는 30% 미만, 민간병원에서는 20% 정도만 이를 부인하였고, 1993년 조사에서는 환자 가족의 80%가 '약을 몰래 먹임(薬の隠し飲ませ)'에 긍정적인 점을 감안할 때, 약을 몰래 먹여달라는 가족의 요구에 민간병원이 보다 협조적임을 추정하고 있다.

24) 비고지투약을 가급적 피하여야 하는 이유로, ⓐ 최근 정신과 치료에서도 의사의 설명-환자의 동의의 원칙을 관철해야 한다는 생각이 국제적으로 강해졌고 ⓑ 일본에서도 비고지투약은 위 원칙에 비추어 문제가 있다는 생각이 나타나고 있으며, ⓒ 향정신성의약품은 부작용의 위험 등이 있어 의학적 관리가 어려운 상황에서의 투약은 위험하다는 점을 들고 있다(이하 '문제점 ⓐ 내지 ⓒ').

고 있는 경우, ㉡ 환자를 통원시킬 수 있게 될 때까지의 일시적인 조치로서, ㉢ 상당한 임상경험이 있는 정신과의사가 가족 등의 이야기를 충분히 듣고 신중하게 판단하여, ㉣ 보호자로서 신용할 수 있는 가족에게 부작용 등에 대해 충분히 설명한 후 이루어지는 경우에 한하여(이하 '요건 ㉠ 내지 ㉣'), 특별한 사정이 없는 한[25] 일본의사법 20조가 금지하는 행위의 범위에는 포함되지 않으며, 불법행위상 위법성이 결여된 것으로 해석함이 상당하다'고 판단하였다.

다. 동 판결의 의의

위 판결은 어디까지나 '정신과진료에 한하여' 무진찰치료나 비고지투약은 동조에 반하지 않는다고 판단하였다. 이는 정신질환치료를 위한 비대면진료와 그에 수반되는 비고지투약의 실상(사정 ㉮~㉰)을 2000년 당시 일본의 정신의료체제·법제도(사정 ㉱)에 비추어 법적 관점에서 평가하여, 위 ㉠~㉣의 요건을 충족하는 비고지투약에 한하여 예외적으로 일본의사법 20조가 적용되지 않도록 한 것으로 풀이된다.[26]

3. 일본에서의 논의와 시사점

가. 일본의사법 제20조와 의료법 제17조 내지 제17조의2

일본의사법 20조의 입법취지는 대면진찰을 거치지 않은 '치료'와 '처방전 교부'를 금지하여 오진의 위험을 피함으로써 환자의 신체나 건강을 보호하는 것이다.[27] 의사 스스로 진찰하여(自ら診察し) 증세를 확인하지 않고 만연히 다른 의뢰에 응하여 진단서·처방전 등을 교부하면, 의료상 예상치 못한 위해가 발생할 수 있으므로 무진찰치료(無診察治療)를 금지한다는 것이다.[28] 이는

25) 비고지투약 결과 환자에게 중대한 장애(예: 약물 부작용으로 인한 후유증)가 발생하거나 환자가 어떠한 문제행동을 하여 가족이 해당 의사의 도움을 요청했음에도 의사가 적절한 조치를 취하는 것을 게을리 한 경우라면, 위 특단의 사정이 있다고 판단될 여지가 있으므로, 환자 본인의 진찰을 거치지 않는 비고지투약에 대하여는 신중해야 한다고 한다.

26) 野々村和喜, 前揭論文, 219頁.

27) 野田寬,『医事法(上)』青林書院, 1984, 146頁.

우리 의료법 제17조 내지 제17조의2도 대동소이하다.[29]

다만, 일본의사법 20조를 해석함에 있어 일본의 법원은 직접 대면진료를 원칙으로 하면서도 상당한 이유가 있는 경우 예외적으로 무진찰치료를 허용하고 있다.[30] 또한 환자가 병식이 없어 스스로 진료받기 어려운 경우 무진치료나 비고지투약을 하지 않으면 오히려 환자의 생명이나 신체에 예기치 못한 위해가 발생할 우려가 크다고 본다. 나아가 일본에는 병식이 없는 정신질환자가 적절한 치료를 받도록 하는 법제도가 충분히 갖추어져 있지 않다. 즉, 동의능력이 없는 환자에 대해 의료행위를 실시해야 하는 경우, 환자 대신 누가 어떤 절차에 따라 결정할 수 있는지 불분명했다. 이러한 '상황'에서 '정신질환자에 대한 비고지투약'을 곧바로 의사법 20조 위반으로 해석할 수는 없다고 본 것이다.[31] 이러한 판단의 저변에는 정신질환자의 동의능력의 흠결·하자를 이유로 한 환자의 자기결정권의 후퇴, 나아가 '의료적 후견주의'가 깔려있다.[32]

---

28) 東京地判平成24·8·28[平22(ワ)31807号].

29) 다만 우리나라의 경우 의료법 제17조 소정의 '직접 진찰'과 관련하여, 대법원은 의료법 개정 전의 '자신의 진찰한 의사'와 동일한 의미라고 보아 개정 전후의 의료법은 어느 것이나 스스로 진찰을 하지 않고 처방전을 발급하는 행위를 금지하는 것일 뿐, 대면진찰을 하지 않았거나 충분한 진찰을 하지 않은 상태에서의 처방전 발급하는 행위 일반을 금지하는 것은 아니라고 판시한 반면(대법원 2013. 4. 11. 선고 2010도1388 판결), 헌법재판소는 이를 '대면하여 진료한'으로 해석하지 않을 수 없다고= 하여(헌법재판소 2912. 3. 29.자 2010헌바83 결정) 견해를 다소 달리하였다. 그에 대한 상세한 평석으로는, 이승준, "의료법 제17조 제1항의 '직접 진찰'과 대면진료의무를 위반한 의사의 형사책임", 법제연구(제47호), 한국법제연구원, 2014.; 이얼, 앞의 논문 등 다수.

30) 大阪高判昭和59·8·16(判タ540号272頁)은 '의사의 환자에 대한 진찰은 환자 개인에 대한 직접적인 촉진, 청진, 타진, 문진, 망진에 국한되는 것이 아니라 현대의학상 질병에 대해 진단을 내릴 수 있다고 인정되는 적당한 방법에 의할 수 있으므로, 의학적 지식·경험에 비추어 특별한 변화가 예상되지 않는 경우에는 종전 진찰결과, 환자의 메모, 간호사의 보고 등에 따라 치료했더라도 무진치료가 아니라 의사법 20조에 위배되는 위법이 있다고 할 수 없다'고 하고, 広島高判昭和27·5·17(高刑集5巻8号1199頁)도 '진단서 교부 당일 진찰한 사실이 없더라도 의학적 지식 경험에 비추어 앞으로 미루어 변화가 예상되지 않는 경우, …종전 진찰 결과에 근거해 진단서를 교부해도 결코 위법하다고 할 수 없다'고 하였다.

31) 野々村和喜, 前揭論文, 219頁.

32) 高柳功ほか, 前揭論文, 997頁.

나. 치바(千葉)판결에 반영된 정신과진료의 특수성

(1) 정신질환자에 대한 직접 대면진찰 없는 진단

의사가 환자에 대한 직접 진찰 없이 가족 등 보호자에게 예상되는 병명을 알려주면, 의료인의 판단에 대하여 일반인이 갖는 신뢰와 무비판적 수용에 따라 의사의 잘못된 조언을 계기로 환자가 예상치 못한 위해를 입을 위험이 있다.[33] 이는 바로 일본의료법 20조가 피하려는 것으로 무진찰고지를 일반적으로 허용할 수는 없다. 그에 따라 치바(千葉)판결은 '정신과 진료의 실체'에 비추어, 소극적으로 무진찰고지는 동조에 반하지 않는다고만 하였다.[34]

(2) 대면진찰을 거치지 않은 비고지투약

한편 증상에 대한 평가나 병명의 예상과 달리 '투약'은 환자에 대한 직접적인 치료행위에 해당하고, 특히 정신의학과의 경우 향정신성의약품이 신체 내부에 투입되는 점에서 환자에게 상당한 위험 내지 부작용을 초래할 소지가 크다. 따라서 대면진찰을 거치지 않는 비고지투약은 원칙적으로 일본의사법 20조에 반한다. 그러나 정신의료 현장에서 대면진찰을 거치지 않고 비고지투약(이른바 '몰래 먹이기(隠し飲ませ)')을 하는 예는 적지 않으므로,[35] 이러한 원칙론이 정신과 의료에서도 그대로 타당한지 의문이 제기된다. 그 결과, 일본에서는 정신과 진료의 특수성 및 현실을 고려한 치바(千葉)판결이 등장했던 것이고, 이후 이를 뒷받침하기 위한 예외적 허용론이 폭넓게 전개되었다.[36]

---

33) 한편 일본의사법 20조의 취지가 대면진찰을 거치지 않아 오진할 위험을 방지하는 것에 있더라도, 가족의 상담내용을 통해 '예상되는 병명을 상담자에게 알린 것'이 '조언'에 그치고, 환자에 대한 침습(侵襲)을 수반하는 치료에 해당하지 않는다면 동조에는 반하지 않는다고도 볼 여지도 있다는 지적으로는, 野々村和喜, 前掲論文, 218頁.

34) 野々村和喜, 前掲論文, 219頁.

35) 高脚功ほか, 前掲論文, 997頁 이하.

36) 野々村和喜, 前掲論文, 219頁.

(3) 예외적 허용요건 및 그 한계

한편 치바(千葉)판결은 일정한 요건을 충족하는 비고지투약은 '일본의사법 20조가 금지하는 행위에 포함되지 않으며 불법행위상 위법성이 결여된다'고 하였으나, 이는 주의를 요한다. 첫째, 동 판결은 비고지투약의 관행을 널리 추인하는 것은 아니고, 병식이 없는 환자가 치료를 거부하는 경우(요건㉠), 통원치료를 가능하게 하기 위한 일시적 조치(요건㉡)로만 예외적으로 인정되는 것에 그친다. 둘째, 일정한 경우 대면진찰의 예외가 허용된다고는 하나 그로 인한 오진 위험과 투약에 의한 부작용 등을 모두 환자 측에 귀속시키는 것은 아니다. 즉 의사는 최선의 판단이 가능한 상황에서만 이를 수행해야 하며(요건㉢, ㉣), 그러한 경우에도 진단 및 처방 후 정신질환자의 신체·건강에 발생한 부작용 등 위험에 대한 책임을 면하지 않는다.

정신과 의료를 특수한 영역으로 보고 의료적 후견주의(医療のパターナリズム)를 기초로 삼아 정신질환자에 대한 동의 없는 치료를 정당화할 수도 있다. 그러나 치바(千葉)판결 스스로 밝히고 있듯이, 비고지투약 등은 예외적으로 허용되는 것이고 가급적 이를 피해야 한다. 위 판결이 정신질환자에 한하여 비고지투약의 여지를 인정함에 있어서도 의사의 설명의무-환자의 동의라는 원칙과의 긴장관계를 의식하고 있음은 판시로부터 명백하다.[37] 물론 위 판결은 결과적으로 비고지투약을 일정한 경우 허용하였으나, 그것은 의사의 설명의무나 환자의 자기결정권을 전면 부정하는 것이 결코 아니며 정신과 의료에서 위 원칙을 보완하거나 실현하기 위한 법제도가 충분히 정비되지 않은 당시(2000년경) 상황에서의 과도기적인 판단이라고 해야 할 것이다.

다. 이후 일본에서의 상황 변화

결국 위 치바(千葉)판결은 정신의학과의 특수성과 가족의 고통, 초기의 일시적 약물치료를 통한 자발적인 통원의 유도 등을 고려한 합리적인 판결이나,

---

37) 위 치바(千葉)판결의 판결요지에서 고려된 사정 ㉮ 내지 ㉱ 및 요건 ㉣ 등.

이를 일반화·절대화하는 것은 곤란하다. 따라서 위 일본의 치바(千葉)판결과 이를 지지하는 견해만을 참고하거나 그대로 수용할 것은 아니고, 이후 일본에서의 변화 및 그에 따른 논의의 변천에 더욱 주목할 필요가 있다.

특히 주요한 변화는 크게 세 가지다. 첫째, 치바(千葉)판결도 밝혔듯이 2000년경에도 이미 국제적으로는 정신과 치료에서도 환자의 동의가 강조되고 있었고 일본에서도 이를 존중하여야 한다는 목소리가 높아지고 있었다.[38] 이후 정신진료에서도 환자에 대하여 고지하고 치료에 대한 동의를 받아야 한다는 원칙을 그대로 관철하여야 한다는 생각이 더욱 강해졌다. 둘째, 환자 본인으로부터 동의를 받기 어려운 경우 누구로부터 어떤 방식으로 동의를 받을지에 관한 법제도가 미비하였고, 이는 치바(千葉)판결이 예외적 허용을 정당화하는 주된 근거의 하나였다. 그런데 이후 강제입원이나 치매, 임종이 임박한 경우 등에 있어서 의료상 의사결정에 관한 논의가 상당히 진전되었다.[39] 물론 그에 해당하지 않고 병식이 없을 뿐 어느 정도 의사능력이 있는 정신질환자에 대해 의료상의 결정을 누가 어떻게 내릴 것인지에 대해서는 여전히 가이드라인이 없다. 그러나 일본은 법제를 정비함에 있어 의료대리인 제도나 법원을 통한 결정 절차를 갖춘 외국의 사례를 다수 참고하고 있어 의료적 후견주의에서 법률주의로의 변화를 엿볼 수 있다. 셋째, 정신질환자에 대한 인식의 전환과 그에 따른 정신보건법의 정비 또한 매우 유의미한 변화이다. 정신질환자의 자립과 사회 복귀를 지원하는 것을 주요한 목표로 하는 「정신보건 및 정신장애인 복지에 관한 법률(精神保健及び精神障害者福祉に関する法律)」('일본정신보건복지법')이 새로 제정된 이상 종래 치바(千葉)판결과 같은 예외적 허용은 더

38) 설명의무 강화를 보여주는 일본최고재판소 판결로는, 最判平成12·2·29民集54巻2号582頁.

39) 令和元年(2019년) 5월 일본후생노동성(厚生勞動性)의 「친척이 없는 사람의 입원 및 의료와 관련된 의사결정이 곤란한 사람에 대한 지원에 관한 가이드라인(身寄りがない人の入院及び医療に係る意思決定が困難な人への支援に関するガイドライン)」 내지 '인생의 마지막 단계에서의 의료·케어의 결정 프로세스에 관한 가이드라인(人生の最終段階における医療·ケアの決定プロセスに関するガイドライン(平成30年(2018년) 3월 개정))'은 의료·케어팀이 환자의 의사를 확인할 수 없고, 가족이 환자의 의사를 추정할 수 없는 경우에는 가족과 충분히 상의하고, 환자에게 최선의 치료방침을 취하는 것을 원칙으로 한다.

이상 지지될 수 없다는 지적이 유력하다.[40]

라. 시사점

이상 일본의 판결이나 논의를 살펴보면, 우리 의료법과 거의 동일한 규정을 두고 있음에도 반드시 직접 진찰이나 대면진료의 원칙을 고수하지 아니하고, 의료계의 실상, 특히 정신건강의학과 진료의 특수성이나 가족의 고통 등 현실적인 측면을 충분히 고려한 점이 특기할 만하다. 이는 치바(千葉)판결이라는 형태로 현출되었는데, 동 판결은 신중하게 예외적 허용요건을 마련하여 구체적 타당성을 도모하도록 하였다.

다만 이를 무비판적으로 수용할 것은 아니다. 정신질환자에 대한 비대면진료나 비고지투약을 예외적으로 허용한 치바(千葉)판결도 정신질환자에 대한 설명·동의의 부재, 그에 따른 환자의 자기결정권의 침해, 그 기저에 깔려있는 의료적 후견주의를 의식하여 신중하게 접근하고 주의를 촉구하기 때문이다. 특히 위 판결은 의료상 의사결정절차 등 정신질환자의 복리증진에 관한 법제가 미비했던 2000년경의 과도기적 판단이었는데, 정신질환자의 인권향상에 관한 국제적인 논의가 무르익고 일본정신건강복지법이 제정된 현 상황에서는 그러한 편의적 해석은 불가하다는 지적에 주목할 필요가 있다.

이러한 상황은 우리도 대동소이하다. 그렇다면 정신과 진료의 특수성을 강조하고 예외로 삼을 것이 아니고 보다 합리적인 대안을 모색하여 보아야 한다. 처음에는 비고지투약을 하더라도 이후 자발적으로 통원치료를 받도록 유도하고 종국적으로는 병식이 없는 정신질환자가 적절한 치료를 받도록 하되, 이를 위하여 누가 어떤 절차에 따라 이를 결정하고 사후적으로도 심사할 것인지 법원 등 공적기관의 심사 등 법제도의 정비가 요망된다. 특히 정신질환자에 대한 비대면진료나 비고지투약도 환자에 대한 강제·비동의 치료라는 점에서, 종래 활발하게 논의되어 온 강제입원에 준하여 논의를 하여 볼 필요가 있다.

---

40) 手嶋豊, 医事法入門[第6版], 有斐閣, 2022, 267頁.

III. 비대면진료 및 비고지투약에 대한 반성적 고찰

의료계의 현실, 특히 정신건강의학과 진료의 특수성을 감안한 구체적 타당성을 고려한 해결책을 도모함에 있어서는 위 치바(千葉)판결이 설정한 예외적 허용요건이 좋은 참고기준이 될 수도 있다. 다만 그에 앞서 의사의 설명의무와 환자의 자기결정권, 의료적 후견주의에 대한 반성적 고려, 치료적 대화의 회복 등의 관점에서 이론적으로 검토해 볼 필요가 있다.

1. 환자의 자기결정권과 의사의 설명의무

가. 문제상황

위 치바(千葉)판결에서도 지적했듯이 진찰 없는 진단이나 비고지투약은 본래 의사의 설명의무나 환자의 자기결정권 관점에서는 바람직한 것이 아니다. 환자는 자기 신체에 대한 침습행위를 포함하여 치료를 받을지 여부에 대해 결정할 권리를 유보하고 있으므로, 의사가 환자에 대해 의료행위를 하는 경우에는 해당 의료행위 실시에 대하여 환자 본인의 동의를 얻어야 하기 때문이다. 즉 의사의 설명은 의료적 개입(ärztlicher Eingriff)의 전제조건으로서 환자의 자기결정을 위한 설명(Selbstbestimmungsaufklärung)이라고 할 수 있다.[41]

그런데 일정한 요건만 충족하면 비대면진료 및 비고지투약을 허용한다면 환자 본인이 직접 의료상 결정을 내리는 것이 필요하지 않고, 의사는 가족이나 보호자가 아닌 환자 본인에 대하여는 재차 이에 대하여 설명하지 않아도 된다. 비록 '병식이 없는 정신질환자'에 대하여만 예외적으로 인정된다고 하나, '병식(病識)이 없다거나 자발적 치료의지가 없다'는 환자의 주관적 사정은 실상 이를 정확히 판단하거나 사후에 입증하기 어려운 점, 한편 구체적으로 어느 정도를 의미하는지 그 경계가 모호하고 불분명하다는 점 등을 감안할 때, 이는 별

41) 이상돈·김나경, 의료법강의 제5판, 140면; Laufs/Uhlenbruck, Handbuck des Arztrechts, 2. Aufl., C.H.Beck, 1999, S. 265.

다른 제한 없이 인정될 수도 있다.[42]

따라서 정신질환자에 대한 비대면진료 및 비고지투약은, 설명의무 이행, 즉 환자에게 (i) 의학적 진단의 결과를 알려주는 진단설명(Diagnoseaufklärung), (ii) 질병의 치료를 위해 필요한 의료행위의 방식과 내용을 알려주는 경과설명(Verlaufsaufklärung), (iii) 의료행위 후의 부작용이나 합병증 등을 알려주는 위험설명(Risikoaufklärung) 중 어느 하나도 전혀 이루어지지 않는 것이 된다. 이와 같이 의사의 설명의무가 형해화되면, 환자의 자기결정권은 자의적으로 침해될 수밖에 없다.

나. 정신질환자의 의사능력을 이유로 한 예외의 당부

물론 의사의 설명의무나 환자의 동의권 내지 자기결정권은, 환자 본인이 의사의 설명을 제대로 이해하고 의료행위에 대하여 동의할지 여부를 합리적으로 결정할 수 있는 의사능력이 갖추고 있다는 것을 전제로 한다.[43] 즉, 환자가 의사의 설명을 듣고 자신의 상태, 당해 의료행위의 의의·내용 및 그에 따른 위험성의 정도에 대해 인식할 수 있어야 한다. 그런데 의사의 설명을 제대로 이해하거나 의료행위에 대해 합리적으로 판단할 능력이 일반인에 비해 부족한 정신질환자의 경우에는 의사의 설명과 환자의 동의를 엄격히 요구하는 것이 과연 타당할까. 적어도 정신질환자에 대한 치료에 있어서 설명의무 및 동의의 확보는 매우 독특하고 까다로운 것임은 부인할 수 없다.[44]

반대로 정신과 의료에 있어서는 더 높은 수준의 설명의무가 요구된다고도 볼 수 있다.[45] 정신건강의학과 진료에 있어서, 특히 통원치료 단계에서는 향

---

42) 池原毅和, 精神障害法, 三省堂, 2011, 78-79頁.

43) 神野礼齊, 前揭論文, 217頁(한편 환자가 미성년자인 경우에는 친권자 등 법정대리인이 의료행위에 대한 동의권한을 갖는 것으로 해석되고 있으나 성년자에 대해 누가 의료행위에 동의를 줄지는 법률상 불분명하다. 그렇더라도 성년자의 성년후견인의 권한은 계약 등 법률행위에 한정되며, 원칙적으로 신체에 대한 침습이나 강제를 수반하는 사항, 예를 들어 수술·입원 또는 진찰의 강제 등은 포함되지 않는다고 보아야 한다. 즉, 성년후견인에게 특별한 사정이 없는 한 일반적인 의료동의권은 없다고 봄이 타당하다).

44) 北山修悟, 前揭論文, 22-23頁.

45) 北山修悟, 前揭論文, 21頁.

정신성의약품을 체내에 투입하는 방식이 주된 치료방식이므로 이는 환자의 신체에 대한 침습 및 그 부작용의 위험이 훨씬 더 크기 때문이다. 의료행위가 환자의 신체에 대한 침습 내지 부작용을 수반할 수 있으므로 그 실시 여부에 대한 자기결정권 보장의 차원에서 의사의 설명의무가 요구된다는 점을 감안하면, 환자의 정신질환 증상을 들어 의사의 설명을 이해할 수 없다거나 합리적 판단을 내릴 수 없을 것이라고 단정하는 것도, 어쩌면 설명의무 회피를 정당화하거나 치료자나 환자가족의 편의를 위한 것이 아닌지 재고해 보아야 한다.[46]

다. 정신질환과 환자의 자기결정권

동의능력 내지 합리적 판단의 불완전이나 하자를 들어 정신질환자에 대한 설명의무 이행이나 환자의 동의를 구하는 것이 부적당하다고 보는 것이 과연 타당한 것인가. 완전히 정신이 분열된 경우라면 법률상으로도 의사능력이 없다고 볼 수 있으나, 보호입원이나 강제입원 없이 가족의 보호 하에 시설 외에서 생활하고, 다만 본인이 병식이 없거나 통원치료나 복약을 거부하는 것이어서 가족이 약을 몰래 먹이는 경우라면, 사실 동의능력에 큰 문제는 없는 것으로, 의사나 가족이 증상 및 치료의 필요성을 설명하고 그 이해 내지 동의를 구하는 것이 전혀 불가능한 상황이 아니다.

따라서 정신과 진료의 특수성 내지 현실적 어려움을 들어 환자의 자기결정권이나 의사의 설명의무를 완전히 배제하는 것은 타당하지 않다고 생각된다. 앞서 살펴본 대법원 판결은 약사법 해석에 따라 처벌에 이르지 아니하였으나, 입법의 흠결이나 사각지대에 불과하다고 보아야 하고, 위 대법원 판결 또한 정신질환자에 대한 설명의무를 완전히 배제한 것으로 보기는 어렵다.

오히려 대법원은 '의사는 "응급환자의 경우나 그 밖에 특별한 사정이 없는 한" 환자에게 수술 등 인체에 위험을 가하는 의료행위를 할 경우 그에 대한 승낙을 얻기 위한 전제로서 환자에게 질병의 증상, 치료방법의 내용 및 필요성,

46) 北山修悟, 前揭論文, 21頁.

발생이 예상되는 생명, 신체에 대한 위험과 부작용 등에 관하여 당시의 의료수준에 비추어 환자가 의사결정을 함에 있어 중요하다고 생각되는 사항을 구체적으로 설명하여 환자가 의료행위에 응할 것인지 스스로 결정할 기회를 가지도록 할 의무가 있다'고 판시하고 있다.[47] 정신질환이 위 설명의무의 예외로 인정되는 '특별한 사정'에 해당하는지는 논의의 여지가 있을 수도 있겠으나, 판례가 이를 예외사유 내지 면제사유로 구체적으로 명시하지 아니한 이상 원칙대로 이 경우에도 설명의무가 있다고 보아야 할 것이다.

라. 소결

물론 정신질환자의 개성과 자율성(autonomy)을 존중하고 치료하는 것은 쉽지 않은 일이나,[48] 향정신성약품을 장기간 사용하면 심각하고 돌이킬 수 없는 부작용이 환자에게 유발될 수 있고, 특히 정신질환자는 일반인에 비하면 인지상으로도 장애가 있어 부작용을 제대로 인지하거나 이를 적시에 다루지 못할 수 있다는 점을 감안하면, 오히려 의사의 설명의무의 중요성이 더 강조되어야하지 현실적인 이유로 그 의무가 약화되어서는 안 될 것이다.

현행 정신건강복지법도 정신질환자는 원칙적으로 자신의 신체와 재산에 관한 사항에 대하여 스스로 판단하고 결정할 권리를 가지고(법 제2조 제7항 제1문), 특히 의료행위에 대한 동의나 거부를 스스로 결정할 수 있도록 자기결정권을 존중받는다는 점(동항 제2문)을 그 기본이념으로 천명하고 있는바, 항상 이를 실현하기 어렵다 하더라도 기본이념으로서 이를 존중하여야 한다.

한편 의사의 설명의무는, 상호신뢰를 바탕으로 최선의 치료에 도달하기 위하여 환자가 자신에게 시행되는 의료행위에 대해 이해하고 동의하는 의사소통의 과정이 필요불가결하고, 바로 이와 같은 의사소통을 위하여 의사가 환자에게 중요한 의료상의 정보를 제공하기 위한 것임을 되새겨볼 필요가 있다.[49]

---

47) 대법원 2022. 1. 27. 선고 2021다265010 판결.

48) 渡邊衡一郎/八木剛平, "薬物療法におけるインフォームド・コンセントの実際", 松下正明ほか監修『インフォームド・コンセントガイダンス−精神科治療編』, 1999, 188−189頁.

2. 의료적 후견주의와 가족주의적 후견주의

가. 문제상황

한편 정신질환자가 병식이 없고 자발적인 치료의지가 부족한 이상 의사가 후견적 지위에서 적극 치료를 하여야 한다는 주장이 있을 수 있다. 자기결정권과 설명의무도 환자의 이익을 위한 것이라고 보면, 의료행위의 긴급성·필요성이 높으면 높을수록 설명의무의 범위가 좁아지고 환자의 동의도 불필요하다고 볼 수 있다.[50] 만일 자기결정권을 완벽히 보장하고자 의사에게 설명의무를 절대적으로 부과한다면, 질병의 종류에 따라서는 환자의 상태, 불안감 또는 의학지식의 부족 등으로 인하여 치료에 동의하지 않아 의료행위를 할 수 없게 된다. 정신질환자는 병식이 없고 자발적 치료의지가 없는데, 의사가 환자 본인이 내방하지 아니하였다거나 환자에게 충분한 설명을 하였음에도 동의를 받지 못하였다는 이유로 치료를 포기하는 것은 의사 자신의 방어를 위해 환자의 복리를 회피한다는 또 다른 문제가 발생한다.

나. 의료적 후견주의

(1) 의료적 후견주의의 의의

환자의 복리나 건강증진을 위하여 환자에 대한 의사의 후견적 지위와 역할을 인정하고, 의료상 판단결정에 있어서 의료전문가인 의사가 우위를 갖도록 하는 것을 '의료적 후견주의'라고 한다.[51] 전통적으로 의사와 환자의 관계는 고도의 직업윤리를 바탕으로 의사가 자신의 책임과 판단 하에 환자를 돌보는 후견적 관계로 이해되어 왔다. 다만 종래는 의료행위의 객체·대상에 머물렀던 환자가 의료의 주체로 격상되었고, 그러한 인식의 변화에 따라 의료적 후견주의에서 계약주의 내지 국가 후견주의로 의사와 환자의 관계에 관한 패러다임

---

49) 이상돈·김나경, 앞의 책, 139면,
50) 北山修悟, 前揭論文, 22頁.
51) 김나경·Harmon, 앞의 논문, 143면.

이 변하고 있기는 하다.[52]

그러나 의료적 후견주의를 -과거의 의사의 환자에 대한 권위적·일방적 태도와 같은 부정적인 의미[53]가 아니라- 의사가 환자를 위하여 '최선의 이익(best interest)'을 위해 행동하며, 환자는 의사가 그 의무를 준수할 것을 신뢰한다[54]는 긍정적 의미로 파악한다면, 이는 여전히 유의미하다.[55] 특히 입원을 요하지 아니하는 초기의 정신질환자의 경우에는 구체적 상황에 따라서는 비대면진료나 비고지투약이 의사가 의료적 후견주의에 입각하여 환자의 복리 증진을 위한 최선의 치료방법으로 선택한 것일 수도 있다.

(2) 환자의 자기결정권과 의료적 후견주의와의 관계

그러나 이러한 긍정적 의미에도 불구하고 그 당부를 환자의 자기결정권과 의료적 후견주의의 관계에 비추어 비판적으로 검토해 볼 필요가 있다.

(가) 양자를 보충적인 관계로 이해하는 경우

전통적인 이해는 양자를 기본적으로 보충적 관계로 파악하였다. 즉 환자의 자기결정이 불가능한 경우에만 비로소 의료적 후견주의가 가능하다고 본다. 일례로 정신보건복지법 제43조 제2항 제1호는 정신질환자가 정신의료기관등에서 입원치료 또는 요양을 받을 만한 정도 또는 성질의 정신질환을 앓고 있어야 보호의무자에 의한 입원이 가능한 것으로 규정하고 있어, 정신질환자에게 의사능력이 없는 경우에만 후견적 입원치료 내지 요양이 가능한 것으로 한다. 즉, 어느 정도 의사능력이 있는 환자가 이를 거부한다면 보호입원은 허용되지

---

52) 김나경, 앞의 논문, 10-11면.

53) 이석배, "의료후견주의와 환자의 자기결정권 -의사의 설명의무를 중심으로-", 고려법학(제49호), 고려대학교 법학연구원, 2007. 10. 935-936면.

54) 김나경·Harmon, 앞의 논문, 143면; O'Neill Onora (2002) Autonomy and Trust in Bioethics. Cambridge University Press.

55) 의사(醫師)의 결정의 우월성은 크게 ① 환자의 결정에 대한 우위, ② 환자의 가족 결정에 대한 우위, ③ 법원불간섭의 원칙으로 나타나게 된다고 한다(김나경·Harmon, 앞의 논문, 144면).

않는다는 것이다.[56] 이와 같이 자기결정권을 행사할 수 없는 경우에만 의료적 후견주의를 보충적으로 적용할 수 있다고 보면, 정신질환자가 앓고 있는 정신질환의 정도가 그에 미치지 못하는 경우, 즉 어느 정도 의사능력이 인정되는 경우에는 의료적 후견주의가 정당화될 수 없다. 이 관점에 따르면 환자에게 의사능력이 긍정되고, 자기결정권이 존재함에도 불구하고 약을 몰래 먹이는 것은 비난을 면하기 어렵다.

이러한 '보충적' 이해의 장점은 자기결정권의 절대성을 뒷받침하는 명쾌함에 있다.[57] 그러나 이 이상주의적 태도는 때로는 환자의 의사(意思)의 절대성을 이유로 환자에 대한 의료 자체를 포기하기도 한다. 또한 환자의 자기결정권이 '위험한 자기결정(危うい自己決定)'인 경우에도, 이를 일률적·절대적으로 보호해야 한다는 결론으로 귀결된다.[58] 망상, 환각, 사고(思考)나 기분의 장애 등으로 인하여 독립적으로 일상생활을 영위하는 데 중대한 제약이 있는데다가 이러한 점에 대한 인식이 부족한 정신질환자(정신건강복지법 제3조 제1호)는 일반 환자보다는 자신의 건강증진에 반하는 결정을 내릴 위험성이 높다. 그렇다면 적어도 정신질환의 경우에는 자신의 신체에 관한 환자의 자기결정권을 실질적으로 배려하거나 보장하지 않는 결과를 낳는다.

(나) 양자를 병행적인 관계로 이해하는 경우

한편 양자를 병행적·병존적으로 이해하는 생각도 있다. 즉 환자의 자기결정권도 의료적 후견주의도 환자의 최선의 이익을 위한 수단일 뿐이므로, 구체적 상황에서는 보다 합리적이라고 생각되는 의료결정을 하여야 한다는 것이다. 이에 따르면 환자에게 자기결정능력을 부정할 수 없을 때에도 후견적 결정이 더 합리적이라고 판단될 때에는 후견주의적 배려나 개입을 우선한다. 따라서 정신건강증진과 정신질환자에 대한 복지서비스의 관점에서 필요성이 높다면

56) 丸山英二, "精神医療におけるインフォームド・コンセントの法的側面", 『精神医学』 34巻, 1992, 1290頁,
57) 町野朔, 前掲論文, 33頁.
58) 町野朔, 前掲論文, 33頁.

정신질환자가 자발적인 대면진료 및 복약 등을 거부하더라도 의사는 자신의 판단에 따라 최적의 치료를 취할 수 있는 것이 된다.

환자에게 어느 정도 자기결정능력의 존재함에도 불구하고 후견주의를 합리화하는 사정은 의료의 높은 필요성·긴급성과 함께 환자의 낮은 의사능력이다. 그들은 자기결정능력이 존재한다고는 하지만 그 능력이 한정되어 있기 때문에 의료적 후견주의에 따른 의료상의 결정 및 처치가 허용된다는 것이다. 종전의 보호입원, '숨겨 먹이기' 모두 그런 방식으로 나타났다.[59]

그러나 이러한 상대화는 환자의 자기결정권의 절대성을 희생시키면서 얻어진 것이다. 의료적 배려라는 미명 하에 '합리성의 우위'(Vernunfthoheit)가 인정받을 위험이 항상 따라다니고 있다. 또한 환자의 자기결정권 행사가 있더라도 의사는 구체적 상황을 고려하여 환자의 결정을 무시할 수 있다는 것이기 때문에, 의사와 환자 사이에 불신이 생기게 되는 것도 부정할 수 없다.

환자의 자기결정권을 상대화하더라도 모든 의료적 활동은 환자의 최선의 이익을 지향하는 것이며, 그 바탕에는 의사에 대한 신뢰가 있어야 한다.

다. 가족주의적 후견주의에 의한 정당화의 문제점

(1) 가족주의적 후견주의의 전통

후견주의의 또 다른 모습은 이른바 '가족적 후견주의'이다.[60] 우리나라에는 유교사상이나 공동체를 중시하는 오랜 문화적 전통이 있다. 비록 현대사회에서는 많이 퇴색되었다고는 하나 가족의 화합과 지속을 통해 공동체와 국가를 구성·유지하여 온 문화적 전통은, 가족의 유대성과 위계질서라는 독특한 '가족주의'의 형태로 어느 정도 남아 있다.[61]

---

59) 町野朔, 前揭論文, 35頁.

60) 김나경·Harmon, 앞의 논문, 144면.

61) 예를 들어 「건강가정기본법」은 '가족'을 '혼인·혈연·입양으로 이루어진 사회의 기본단위'라고 정의하고(동법 제3조 제1호), 가족구성원은 부양·자녀양육·가사노동 등 가정생활의 운영에 함께 참여하여야 하고 서로 존중하며 신뢰하여야 한다는 '가족가치'를 강조하며(동법 제7조), 가족구성원 모두는 가족해체를 예방하기 위하여 노력하여야 한다(동법 제9조 제1항)고 규정하고 있다.

이러한 문화 내지 생활방식은 의료상 결정에 있어서도 가족구성원 사이의 협의와 의존성을 중요하는 형태로 영향을 미칠 뿐 아니라, 경우에 따라서는 환자 본인에 더하여 가족의 결정을 요구하거나 환자의 결정과 함께 가족의 결정을 중시하는 경향성을 보이고 있다.[62]

이러한 가족적 후견주의 하에서는 환자의 결정보다도 가족의 결정을 더 우선시하는 경향을 보일 수 있고(환자의 결정에 대한 우위), 아울러 법원 역시 가족의 판단과 결정이 있는 경우에는 이를 가지고 환자 본인의 의사나 추정적 의사, 의료상 결정을 대체하기 쉽다(법원의 간섭 자제). 나아가 의사로서는 환자의 자기결정권, 의사의 설명의무의 적용과 불이행에 대한 제재가 강력해지면 질수록 그 책임을 회피하기 위하여 환자가족의 결정은 자신의 의학적 판단보다 앞에 두고 최종 결정을 내리게 될 수도 있다(의사 결정에 대한 우위).

(2) 정신건강복지법상 보호의무자로서 가족

현행 정신건강복지법에 따르면, 「민법」에 따른 후견인 또는 부양의무자는 정신질환자의 보호의무자가 된다(법 제39조 제1항). 보호의무자의 의무에 관하여 규정한 동법 제40조에 따르면, 보호의무자는 보호하고 있는 정신질환자가 적절한 치료 및 요양과 사회적응 훈련을 받을 수 있도록 노력하여야 하고(제1항), 보호하고 있는 정신질환자가 자신이나 다른 사람을 해치지 아니하도록 유의하여야 하며, 정신질환자의 재산상의 이익 등 권리보호를 위하여 노력(제3항)하는 등 상당한 후견적 지위가 인정된다.[63] 후견인 또는 부양의무자는 가족 내지 가까운 친지일 개연성이 높은 점을 감안할 때, 현행 정신건강복지법의 규정 및 적용상으로도 가족적 후견주의는 완전히 배제할 수 없다.[64]

---

62) 김나경·Harmon, 앞의 논문, 144-145면(가족의 결정이 환자의 결정이나 의사의 결정보다 항상 더 우위에 있다고 보지는 않더라도 가족 간의 협의를 도외시한 환자의 독단적 결정만으로는 의사의 의료행위의 정당성을 근거 지을 수 없다는 경향은 서구에서도 등장한다).

63) 한편 위 정신건강복지법 제40조 제2항은 보호의무자는 보호하고 있는 정신질환자가 정신의료기관 또는 정신요양시설에 입원등 치료를 할 필요가 있는 경우에는 정신질환자 본인의 의사를 최대한 존중하여야 한다고 규정하고 있기는 하다.

64) 장기등 이식에 관한 법률 제12조 제1항 제2호 등에 의한 장기등의 기증에 관한 '가족 또는

(3) 가족주의적 후견주의의 한계 및 문제점

앞서 살펴본 바와 같이 가족적 후견주의에 따르면 가족의 결정이 환자 본인은 물론 의사의 결정보다도 더 앞서는 것으로 보게 될 수 있으나, 반드시 가족의 결정이 의사나 본인의 결정보다 환자의 이익에 더 가깝다거나 합리적인 것이라고 단정할 수 없다.[65] 가족은 환자의 제반 사정을 고려하여 그 복리증진을 위해 무엇이 바람직한지, 환자 본인의 실제 의사(意思)가 어떠한지를 더 잘 추정할 수도 있으나, 경제적 사정, 이익충돌 등에 따라 환자의 복리에 반하는 결정을 내릴 수도 있기 때문이다.

한편, 가족은 정신질환자와 일상생활을 함께 영위하고 있는 관계로 직접적인 폭언·폭력 내지 이상행동의 피해자이기도 하다.[66] 따라서 약간의 이상행동에도 점차 과잉반응을 하기 쉽고, 특히 정신질환자를 대면진료하지 않고 그 가족만을 면담하는 의사의 문진(問診)에 답변할 때에도 환자의 상태를 매우 비관적으로 진술하거나 그 행동을 과장하여 이야기할 수도 있다. 물론 의사로서는 여러 사정을 종합적으로 고려하여야 하나, 가족의 진술을 비중 있게 참작할 수밖에 없다. 그렇다면 환자 본인을 직접 대면하지 아니한 비대면진료에서는 보다 심각한 진단결과에 이르게 될 소지도 충분하다.[67]

라. 소결

정신질환의 경우 환자 본인이 합리적이고 타당한 의료상 판단 및 결정을 내리지 않을 소지가 크므로, 의사가 직업윤리에 따라 환자의 최선의 이익을 위해 주요한 판단을 내리는 것이 보다 바람직할 수 있다. 한편 환자의 의료상 결정이

유족의 동의'는 다른 특성이 있으므로 여기서는 상세히 논의하지 않기로 한다.

65) 김나경·Harmon, 앞의 논문, 145면.

66) 北山修悟, 前揭論文, 33-34頁.

67) 野坂達志, "アウトリーチにおける危機介入", 高木俊介＝藤田大輔編『こころの科学 実践！アウトリーチ入門』, 日本評論社, 2011, 86頁(사소한 논쟁이 병리 악화로 간주되어 입원이 되는 것도 드물지 않다고 한다. 한편 가족과의 유대관계가 도움이 될 수도 있는데, 예를 들면 '병이 악화되었으니 입원하라'가 아니라, '어머니가 피곤하신 것 같다. 1주일만 입원해, 어머니를 쉬게 해 주었으면 한다'고 하는 편이 받아들여지기 쉽다고도 한다.).

환자의 독단에 의한 것이기 보다는 가족 간의 협의를 거친 경우에는 정신질환자의 독단적 결정에서는 결여되기 쉬운 진지한 성찰을 회복시키는 보완적 역할을 할 수도 있다.

다만 의료적 후견주의나 가족주의적 후견주의 모두 환자의 인권이나 자기결정권을 중시하기보다는 질환을 치료하는 것이 당연하다는 치료자 측의 논리가 우선하게 되고, 그 의료행위 또한 환자 본인의 의사에 반하는 강제치료로 이루어질 수밖에 없다는 근본적인 한계가 있다.[68]

3. 법규범적 고찰

가. 정신건강복지법

정신건강복지법이 정신질환자는 원칙적으로 자신의 신체와 재산에 관한 사항에 대하여 스스로 판단하고 결정할 권리를 가지고(법 제2조 제7항 제1문), 특히 의료행위에 대한 동의나 거부를 스스로 결정할 수 있도록 자기결정권을 존중받는다는 점(동항 제2문)을 그 기본이념으로 천명하고 있는 것은 앞서 살펴본 바와 같다.

나. 강제입원에 대한 헌법불합치 결정

한편 2016년 헌법재판소가 구 정신보건법상 강제입원 중 보호입원에 대하여 헌법불합치 결정을 내린 것에 주목할 필요가 있다. 환자의 부지불식간 이루어지고 신체에 대한 침해, 구속 정도가 상대적으로 경미할 뿐이지, 환자 본인의 의사에 반하여 치료가 실시된다는 점에 있어서 비대면진료 및 비고지투약도 그 본질은 동일하기 때문이다.

헌법재판소는 강제입원의 실체적 위헌성과 관련하여서는, (i) '자신의 건강 또는 안전이나 타인의 안전'이라는 요건 또한 매우 추상적일 뿐만 아니라 이를

68) 澤温, "医療現場における抗精神病薬強制投与の実情と問題点", 『臨床精神薬理』 14巻1号, 2011, 20頁.

판단할 수 있는 구체적인 기준도 마련되어 있지 않고, (ii) 보호의무자 중에는 부양의무의 면탈이나 정신질환자의 재산탈취와 같은 목적으로 보호입원을 악용하는 사람도 있을 수 있으므로, 이러한 경우에는 그 보호의무자의 동의권은 제한되거나 부정되어야 하나 현행 정신보건법은 정신질환자의 이익을 저해하는 보호입원을 방지할 수 있는 제도를 충분히 마련하고 있지 않으며, (iii) 판단권한을 정신과전문의 1인에게 전적으로 부여함으로써, 그의 자의적 판단 또는 권한의 남용 가능성을 배제하지 못하고 있는데, 정신과전문의가 자신의 경제적 이익을 위하여 진단 권한을 남용하는 경우 현행 정신보건법상 이를 막을 방법이 없고, 정신과전문의와 보호입원된 정신질환자 사이에 이해관계가 충돌할 수 있다는 점을 지적하고, (iv) 그 남용가능성[69]에 대한 심각한 우려를 표함과 동시에, (v) 보호입원이 치료의 목적보다는 격리의 목적으로 이용될 우려가 크다는 점을 지적하였다.[70] 이러한 구체적 기준의 미정립, 환자의 보호 및 구제수단의 부재, 정신과 전문의의 1인 진단의 부적절함(=사후적인 심사제도의 부재), 남용가능성, 계속적인 위헌상황의 지속 등의 문제는 비대면진료와 비고지투약의 경우에도 마찬가지이다.

한편 보호입원제도의 절차적 위헌성과 관련하여, (i) 절차적 권리보장의 결여, (ii) 절차적 능력의 배제, (iii) 권리의 사전고지나 절차보조인 등 조력의 부존재, (iv) 대면심사의 부실함, (v) 입원이 장기화될 위험, (vi) 인신보호법상 구제수단의 한계 등을 들고 있는데,[71] 이는 정신질환자에 대한 치료가 환자가 전혀 알지 못하는 사이에 이루어지는 비대면진료 및 비고지투약의 경우에는 더욱 심각하다고도 할 수 있다.

따라서 정신질환자에 대한 비대면진료 및 비고지투약도 강제입원 중 보호입원과 마찬가지로 '강제치료'의 연장선상에서 파악하고 그 문제점, 위헌성을

---

69) 보호의무자 2인이 정신과전문의와 공모하거나, 또는 그로부터 방조·용인을 받아 정신질환자를 보호입원시킬 수 있고, 이는 실제로도 종종 발생하여 사회문제가 되었다. 또한, 사설 응급이송단에 의한 정신질환자의 불법적 이송, 감금 또는 폭행과 같은 문제도 빈번하게 발생하고 있다.

70) 그 상세는, 신권철, 앞의 논문(주 2), 25-28면 참조.

71) 그 상세는, 신권철, 앞의 논문(주 2), 28-30면 참조.

심각하게 인식하고 그 대책을 모색하여 볼 필요가 있다.

다. 국제인권규범

UN이 1991년 총회에서 의결한 '정신장애인의 보호 및 정신보건 향상을 위한 원칙(Principles for the Persons with Mental Illness and Improvement of Mental Health Care)' (MI 16-3 원칙)은 물론 1991년 국제연합(UN)의 '정신질환자의 보호와 정신보건증진을 위한 원칙'(MI 원칙), 한국이 비준한 국제연합의 2006년 '장애인권리협약', 세계보건기구(WHO)의 1996년 정신보건법 제정의 10대 원칙 등에서도 정신질환자의 자기결정권이 강조되어 왔다.

이와 관련하여 가장 상세히 규정하고 있는, '정신장애인의 인권 향상을 위한 지침(Guidelines for the Promotion oh Human Rights of Persons with Mental Disorders)'을 살펴보면, 먼저 모든 치료는 환자와 함께 논의하고(G. 9.2.) 환자가 자신의 건강 상태의 경과에 관하여 충분히 전해들은 상태에서, 환자의 돌봄에 관하여 가족과 의논하여야 한다(G. 9.2.3~9.2.4.). 나아가 모든 환자의 치료는 반드시 개인적 자율성을 지켜주고 강화하는 방향으로 진행되어야 하는바(G. 9.4.), 이 목적을 위한 환자의 권리는 보호되어야 한다(G. 9.4.2.).

특히 약물치료(medication)와 관련하여서는, 약물치료가 환자의 건강 관련 필요에 최대한 부합하여야 하는바, 약물치료가 치료와 진단의 목적을 위해서만 사용된다는 점을 보장하여야 하고, 이를 위해 모든 약물치료는 반드시 법적으로 허가받은 정신보건 전문가에 의해 시행되어야 하며, 환자 기록에 기록되어야 한다고 규정하고 있다(G. 10.). 이러한 약물치료는 당연히 충분한 설명에 의한 동의(informed consent)를 받아야 하고(G. 11.), 특히 위험성이 있는 약물치료는 환자의 건강을 위한 최선의 방법이라고 여겨지고 환자가 충분한 설명을 받고 그에 동의한 경우에만 실시할 수 있다. 만일 환자가 동의할 능력이 없는 경우에는 독립적인 심사가 이루어진 후에만 그 시술을 허가할 수 있다고 규정하고 있다(G. 11.13.).

IV. 치료적 대화를 통한 접근법

1. 예외적 허용을 통한 해결의 한계

가. 치바(千葉)판결이 제시한 허용요건의 합리성

앞서 살펴본 바와 같이 치바(千葉)판결은 ㉠ 병식이 없는 정신질환자가 치료를 거부하는 경우, ㉡ 환자를 통원시킬 수 있게 될 때까지의 일시적 조치로서, ㉢ 상당한 임상경험이 있는 정신과의사가 가족 등의 이야기를 충분히 듣고 신중하게 판단하여, ㉣ 보호자인 가족에게 부작용 등에 대해 충분히 설명한 후 이루어지는 경우에 한한다는 허용요건(이하 '요건 ㉠ 내지 ㉣')을 제시하고 있다. 이는 서로 상충되기 쉬운 환자의 자기결정권, 의사의 설명의무 및 가족의 보호의무를 충분히 고려하되, 법제도가 미비한 상황에서의 잠정적인 조치로서 비대면진료 및 비고지투약을 정당화한 것이다.

이는 정신질환자에 대한 비대면진료나 비고지투약이 별다른 예외 없이 의료법 제17조, 제17조의2 또는 제33조 위반죄에 해당하여, 환자에 대한 치료나 환자 가족의 고통을 도외시하는 우리나라의 경우에 비하면, 정신건강진료과의 특수성을 반영하고 환자의 치료를 통한 복리증진을 도모하고자 한 것으로 어느 정도 구체적 타당성이 있고 보다 합리적인 접근방법이라고 생각된다.

나. 예외적 허용요건의 한계 및 문제점

다만, 그 이후의 여러 사회적 변화와는 별개로 위 허용요건 자체가 타당한 것인지는 비판적으로 살펴볼 필요가 있다.

첫째, 요건 ㉠과 관련하여, '병식이 없다'는 상태는 명확하지 아니하고, '자발적 치료의지가 없다'거나 '치료를 거부한다'는 것도 이를 환자와 가족 사이의 내밀한 관계나 사정에 비추어 가족들의 진술만을 전적으로 신뢰하기에는 곤란한 측면이 있다. 또한 구체적으로 대면진료, 약물의 복용 등 의료행위에 대한 동의능력 내지 의사능력(competent)이 부족한 상태인지 여부도 불분명하고,

결국 이를 주장하는 사람의 주관적 판단에 의존하게 된다.

둘째, 본인의 의사에 근거하지 않는 의료적 개입을 실시하기 위해서는 필요성·긴급성을 요한다고 생각되지만, 위 치바(千葉)판결에서는 의료적 개입을 실시하지 않으면 병리의 급속한 악화를 초래하는 등의 필요성·긴급성이 요건으로 되어 있지 않다.[72)73)]

셋째, 약물의 부작용에 관한 설명은 환자 자신이 그 심신에 일어날 수 있는 불편이나 고통, 생활상 제약을 고려하기 위한 것이기 때문에, 가족에 대한 부작용의 설명으로는 충분하다고 볼 수 없다.[74)] 뿐만 아니라, 환자 본인은 약을 복용하고 있다는 사실을 전혀 모르고 있기 때문에 그 개선효과는 물론 그 부작용 또한 이를 전혀 인지하지 못할 수도 있어 문제이다.[75)]

무엇보다도 비고지투약이 환자 본인이 병원에 치료를 받으러 오기까지의 '일시적 조치'로서만 정당화된다고 하나(요건 ㉡), 본인 몰래 다른 약도 아니고 향정신성약품을 먹인 이상, 피해망상이나 환각장애를 가진 환자 본인에게 이를 사실대로 말하는 것이 점차 곤란해지고 결과적으로 장기간에 걸쳐 비고지투약을 계속할 수밖에 없게 된다는 점에서, 반(反)의료적인 결과가 되는 일도 적지 않다고 지적된다.[76)]

---

72) 池原毅和, 前揭書, 78頁.

73) 한편 치바(千葉)판결이 나오기 전에 그 허용요건을 모색한 것으로, 비밀투약은 최대한 피해야 하지만, 향정신병약의 비밀투여를 예외적으로 정당화할 수 있는 경우가 있다면 ⓐ 이미 진료가 이루어져 정신장애가 확인되었고 향정신병약이 과거에 투여된 바 있어 그 안전성이 확인된 것을 전제로, ⓑ 증상이 확실히 악화되어 치료를 하지 않으면 환자의 생명·건강이 중대한 위험에 노출되는 상황에서, ⓒ 해당 환자에게 동의능력이 없고 설명의 무의 이행이 오히려 환자의 합리적 의사결정이나 그 건강을 해치는 이유로 의사에게 치료상의 특권이 인정되는 위 3가지 조건을 모두 만족하는 경우에 한정된다는 견해도 있다(渡邊衡一郎/八木剛平, 前揭論文, 210-211頁). 치바(千葉)판결과 비교하여 필요성·긴급성을 강조하여 그 허용범위가 더 제한적인 견해로 이해된다. 그러나 위 요건은 거의 입원을 요하거나 의사능력 자체가 흠결된 중증도의 정신질환자에만 적용가능한 것으로 보이는바, 일상적인 정신질환자에 대한 비고지투약의 문제는 다루지 아니하는 한계가 있다. 뿐만 아니라 근본적으로는 의사와 환자 사이의 신뢰관계 구축과는 무관한 치료방법이라는 점에서 위 치바판결의 요건과 동일한 문제점이 있다고 보인다.

74) 池原毅和, 前揭書, 78頁.

75) 北山修悟, 前揭論文, 33頁.

76) 池原毅和, 前揭書, 79頁.

한편 비고지투약은 환자를 설득하여 환자가 직접 병원에 내방하는 것을 목표로 하는 일시적·잠정적인 조치로서 정당화되는 것이나, 한 번 비고지투약이 시작하면 가족의 입장에서는 당장 진료나 치료를 둘러싸고 환자 본인과 갈등할 필요가 없어 이를 설득하려는 의욕이 저하될 수밖에 없다. 이후에 대면진찰이나 약물치료를 권유하려고 하여도, 그러한 과정에서 환자 본인에 대한 비고지투약 사실이 발각될 우려가 있기 때문에, 처음부터 대면진료를 설득했던 것보다 오히려 상황이 더 곤란해져 버린다는 지적도 타당하다. 더욱이 환자는 환자 본인대로 병리의 악화가 어느 정도 억제되고 일상생활이 지속되기 때문에, 굳이 정신과 병원을 내방하여 진료를 받을 필요성을 더욱 느끼기 어려워진다. 이와 같이 비고지투약은 일시적 조치로 시작되더라도 결과적으로 이를 영속시키는 위험이 있다.[77]

다. 소결

결국 정신건강의학과에서 비고지투약은 무진찰 장기투여로 이어지기 쉽다. 비고지투약은 환자로 하여금 '굳이 치료를 받거나 약을 먹지 않아도 상태가 좋거나 호전되고 있다'는 착각에 빠지게 하고, 이를 알리지 않는 한 환자가 그 필요성을 느끼지 못하기 때문에, 환자 본인의 자기결정에 의한 치료의 가능성을 빼앗아 버린다. 그에 따라 의사와 환자 사이의 신뢰 관계는 만들기 어렵고, 환자와 가족 사이의 신뢰 관계는 파탄이 날 가능성이 높다.[78]

2. 치료적 대화를 통한 해결의 모색

가. 치료적 대화의 필요성

'몰래 먹임(隠し飲ませ)'은 정신질환자가 '약을 먹지 않아도 상태가 좋다(薬を飲まなくても調子がいい)'는 착각에 빠지게 하고, 그는 언제까지나 자발적으

77) 池原毅和, 前揭書, 88頁.
78) 中谷眞樹, "非告知投藥をしていませんか?", 『精神科治療學』 34卷8号, 2019, 876頁.

로 복약하지 않는 사태가 벌어지며, 결국 의사·환자의 신뢰관계를 만들기 어렵게 만드는 치명적인 폐해가 있다.

무엇보다도 환자를 속여서 치료를 계속하는 것은 윤리적으로 용서받을 일인가 하는 문제가 남아 있다. 환자에게 설명하고 설득해도 그가 복약에 동의하지 않는다면 투약하지 않겠다는 의사의 태도야말로 환자의 자기결정권을 존중하는 윤리적 태도로 볼 수 있기 때문이다.[79]

한편 위 치바(千葉) 판결은 병식이 없는 환자에게 적절한 치료를 받기 위한 법적·제도적인 시스템이 충분히 갖추어지지 않은 상황에서 비고지투약을 일체 부정하면 강제입원밖에 수단이 없는데, 이는 사실상 어렵기도 하고 의사와 환자의 관계를 파괴하기 때문에 후속치료에 악영향을 미치는 경우가 많다거나 그렇지 않고 치료를 하지 않으면 환자·가족에 있어서 혹독한 결과가 된다는 것 등을 그 이유로 하고 있으나, 이는 근본적으로 문제를 해결하지는 못한다.

가족이나 의사는 환자에게 여러 방법으로 조언하고 치료를 권유하면서 환자를 돕고 지지하는 관계를 맺을 수 있고, 이를 바탕으로 환자는 자발적으로 진료에 임하기도 한다. 이를 실현할 수 있도록 환자와 그 가족에 대한 지원 체제를 조성하는 것이 중요하다. 반면, 비고지투약은 환자와 의사·가족의 관계를 파괴하여 결과적으로는 오히려 치료를 곤란하게 만들 위험이 있다.[80]

나. 의료의 본질로서의 치료적 대화

다소 이상론이기는 하나 의료의 본질과 치료적 대화의 회복을 도모하여 볼 필요가 있다. 의료의 본질은 치료를 목적으로 하는 의사와 환자 간의 만남이다. 치료는 이러한 만남이 상호신뢰를 바탕으로 한 협동적 과정일 때에 가장 성공적이고 또 극대화될 수 있다.[81]

---

79) 町野朔, 前揭論文, 27頁.

80) 池原毅和, 前揭書, 78-79頁.

81) 이상돈·김나경, 앞의 책, 7면; 이상돈, 의료체계와 법, 고려대학교 출판부, 2000, 5면(이러한 상호작용은 서로가 서로를 의심하고 또는 상대방을 자신의 목표를 달성하기 위한 일방적 수단으로 보는 '전략적 행동' 하에서는 그 목표에 도달할 수 없다. 다시 말하여 의사와

즉, 의사는 오로지 병을 생각하고 병의 치료를 위한 최선의 방법이 무엇인지를 숙고하고 행동하며, 환자 역시 의사의 치료행위에 도움이 되는 모든 정보를 제공하고 모든 치료과정에 협조적 태도로 임하며 아울러 치료의 결과에 대한 강한 믿음을 가지는 것이 이상적인 의사-환자의 관계이다.[82] 이는 상호이해에 지향된 의사소통과 상호작용의 관계, 즉 치료를 향한 대화적 의사소통과 상호작용을 의미하는 '치료적 대화'의 관계이다.[83]

반복적으로 설명을 하면서 치료적인 관계를 계속하는 것은 정신과 의료에서의 근본 원리이기도 하다. 동의를 추구하는 지속적인 프로세스가 있어야 하고, 이러한 과정을 밟아서 치료자와 환자 사이에 치료적 인간관계가 형성되어 가야 한다. 환자가 자신의 병을 치유해 나가는 길로, 치료자가 말하자면 협동자로서 조력하는 과정이야말로 충분한 설명을 거친 동의(informed consent)의 진수라고 할 수 있다.[84] 특히 정신과 진료에 있어서는 충분한 치료적 대화를 거쳐 상호신뢰를 구축하지 아니한다면, 환자 본인은 점점 더 완고한 태도에 빠지고 가까스로 열렸던 마음의 문을 닫아 버리고 치료를 거부할 가능성이 높다. 따라서 정신과 진료는 다른 진료보다도 더 섬세한 접근이 필요한데, 환자만의 생활상 소소한 즐거움을 알아가거나 반대로 본인이 곤란하고 있는 것, 그로부터의 불안감과 망상을 가지고 있는 것을 파악해 해결을 도모하는 등 상호 신뢰관계를 만들어 나가는 꾸준한 작업이 치료의 본령이 된다.[85] 따라서 중요한 것은 "관계"의 구축이라고 여겨진다. 즉 관계의 힘이 중요하다. 향정신성약품의 투약에 앞서, 의사와 환자 사이에 어떤 관계가 생기는 것이 중요하다.[86][87]

환자 사이에서 '신뢰'는 치료적 대화가 전개될 수 있는 전제조건이다).

82) 이상돈, 앞의 책, 5면.

83) 이상돈·김나경, 앞의 책, 7면.

84) 北山修悟, 前揭論文, 19頁(충분한 설명에 따른 동의는 정신과 진료에 있어서 강력한 무기로서, 「con-sent」라고 하는 것은 말의 원래의 의미로부터 하면 「con sentire=to feel together」로, 「공감」이라고 하는 의미인바, 그것이 단순한 「동의」라고 하면, 조금 의미가 좁혀져 버린 느낌이 든다고도 한다).

85) 渡邊博幸, "『家族が連れてこなければ対応できない』と高齢両親に言っていませんか？", 『精神科治療学』 34巻 8号, 2019, 924頁.

86) 新井昭紀, "心配無用！親亡き後の生活支援", 高木俊介＝藤田大輔編『こころの科学 実践！アウトリーチ入門』, 日本評論社, 2011, 38-43頁.

다. 치료적 대화에 있어서 상호주체성

이러한 대화적 관계에서는 의사와 환자 중 어느 하나는 주체이고 그 상대방은 객체가 되는 것이 아니라 양자가 동시에 '의료주체'가 된다.[88] 이러한 상호주체성이 가능하기 위해서는 무엇보다도 환자가 의사의 치료객체 내지 후견적 보호대상이 되는 전근대적 법적 지위(=의료적 후견주의)로부터 벗어나야 함은 물론이고, 환자가 국가의 후견적 보호대상이 되는 국가적 후견주의를 모두 지양하여야 한다. 양자는 누구로부터 시혜적인 돌봄을 받는다는 차이만 있을 뿐, 모두 환자는 돌봄의 대상으로만 남기 때문이다.

의사와 환자의 상호주체성이란 의사와 환자가 치료적 대화를 온전하게 펼칠 수 있는 소통적 교류를 의미하는바,[89] 정신질환자에 대한 비대면진료나 비고지투약에서는 이러한 상호주체성에 기반한 의사소통의 교환이 전혀 존재하지 않는다. 뿐만 아니라, 이는 의료적 후견주의나 국가적 후견주의에 의하여 뒷받침될 수 있다는 점에서 정신질환자가 시혜적인 돌봄의 대상 내지 의료행위의 객체로만 대우받는 점에서도 문제이다.

라. 치료적 대화에 있어서 투약의 중요성

한편 의료생활체계의 핵심적 구성요소인 '치료적 대화'의 논리에서 투약은 중요한 위치를 가지고 있고,[90] 이는 약물치료를 주된 치료방법의 하나로 취하고 있는 정신과 진료에서는 더욱 중요하다고 할 수 있다.

즉, 의사가 진찰하고 병을 진단하고 병을 이겨내는 약을 처방하고 적절한 약을 선택·투약하며, 그러한 일련의 의료행위가 가져오는 결과를 주의 깊게 관찰한 다음 의료행위의 오류가 발견되면 그것을 교정하는 <진찰-진단-처방-투약>의 과정을 다시 밟는 것이 하나의 치료적 대화의 과정에 속한다.[91] 이

87) 野坂達志, 前揭論文, 86頁(정신분열증 환자는 열등감으로 고통받고 있으므로 그의 자존심을 존중하는 것이 신뢰관계 구축을 위해서는 중요한 요소이다).
88) 이상돈, 앞의 책, 6면.
89) 이상돈, 앞의 책, 7면.
90) 이상돈, 앞의 책, 18-19면.

러한 <진찰-진단-처약-투방>의 반성적 순환이 하나의 치료적 대화의 궤도 안에서 진행되는 것이다.

이러한 투약과 치료적 대화의 불가분성은 임상현장에서도 드물지 않게 확인된다. 같은 환자, 같은 질병에 약효가 완전히 똑같은 약품을 투여하더라도 그 투약의 효과는 의사와 환자 사이에 의사소통과 상호작용이 어떻게 전개되어 오고 있느냐에 따라 다르게 나타날 수 있다. 의사가 환자와 치료에 대한 확신을 공유할 정도로 대화를 통해 상호 신뢰를 형성한 경우에는 좀 더 나은 효과가 기대되는 반면, 의사와 환자가 충분한 신뢰를 쌓지 못한 경우에는 상대적으로 적은 효과만 나타나거나 때로는 아무런 효과도 나타나지 않을 수 있다. 이와 같이 정신건강의학과에서는 의약품의 효용은 정신과 마음에서 분리·고립된 것이 아니라, 그와 상관관계를 맺으며 나타나고 실현되는 통합과 연관의 작용으로 볼 수 있다.[92]

그러므로 투약행위는 어떠한 경우에도 치료적 대화의 궤도에서 이탈시켜서는 아니 된다.[93] 그러한 관점에서 의사와 환자 및 그 가족 사이에 아무런 치료적 대화 없이 이루어지고, 상호 신뢰에 기반하기는커녕 불신에 기초하고 있는 비고지투약은, 정신건강의학과의 특수성과 가족들의 고충을 고려하더라도, 원칙적으로 정당화되기 어렵다. 또한 비고지투약에서는 증상의 변화 등을 의사가 직접 진찰할 수 없기 때문에, 선택약이나 투약량을 적절히 조절할 수 없으므로, 결과적인 증상의 개선이 보이지 않는 경우도 적지 않게 볼 수 있다.[94]

결국 정신질환자에 대한 비대면진료 및 비고지투약은 그 필요성이 높아 보이는 경우에도 결코 올바른 치료방법이 아니라 미봉책에 불과하고 사태를 악화시키는 바, 치료적 대화를 통한 치료 및 투약을 위해 부단히 노력해야 한다.

---

91) 이상돈, 앞의 책, 19면.
92) 이상돈, 앞의 책, 20면.
93) 이상돈, 앞의 책, 20-21면.
94) 池原毅和, 前揭書, 88頁.

V. 맺음말

정신건강의학과 진료의 특수성, 즉 환자는 병식이 전혀 없거나 자발적 치료의지가 없는데, 그에 따라 치료가 어렵고 그 고통은 주로 가족에게 전가된다. 그에 따라 환자를 직접 대면하여 진료하지 않고 가족과의 면담을 통해 예후를 관찰하여 진단하는 비대면진료 및 가족을 통해 몰래 투약이 이루어지는 비고지투약이 이루어질 수도 있고, 이는 필요악으로 여겨지기도 했다.

정신과 진료의 특수성이나 가족들이 받는 고통 등 현실적인 측면을 고려하더라도 환자 몰래 약을 투약하는 등 동의 없는 치료는 의료법 위반은 물론 강제입원처럼 정신질환자에 대한 인권침해의 소지가 크다. 무엇보다도 이를 뒤늦게 환자가 알게 되는 경우에는 환자와 가족, 의사 사이의 신뢰가 완전히 깨지고 치료를 절대적으로 거부하는 상황이 발생한다.

일본의 치바(千葉)판결은 구체적 타당성을 도모하는 하나의 해결책이 될 수도 있으나, 비고지투약을 예외적으로 허용하고 이를 일시적인 조치로서 허용하려는 의도와 달리 장기적인 비고지투약으로 이어질 수 있다는 점을 감안할 때 올바른 해결책이 아니다. 결국, 치료적 대화의 복원을 통해 이 문제를 근본적으로 접근하고 대안을 모색할 필요가 있다.

본고는 이에 대한 문제를 제기하고 관심을 환기하는 것에 그치고, 그 구체적인 대안을 상세히 제시하는데 이르지 못한 것을 부끄럽게 생각한다. 다만 국제인권규범에 비추어 약물치료에 관한 한 설명과 의사결정의 과정을 전부 기록으로 남기고, 입원제도에 준하는 사후적인 심사제도 및 구제수단을 정비할 것을 제안한다. 한편 가족이 놓여 있는 입장이나 정신의료의 현황 등 그것을 만들어내는 배경을 이해하고, 비대면진료나 비고지투약 등과 관련하여 가족들이나 의사 개인에게만 윤리적 책임, 법적 책임을 떠넘길 것이 아니라, 사회시스템의 문제로서 널리 대화를 할 필요가 있다.[95] 이를 위하여 외국의 정신장애인을 위한 건강복지서비스 내지 생활지원, 즉 일본에서의 아웃리치제도의 논의,

95) 中谷眞樹, “非告知投藥をしていませんか？”, 『精神科治療學』 34卷8号, 2019, 878頁.

여러 선진국에서의 지역치료명령(Community Treatment Order; CTO), 미국의 AOT(Assisted Outpatient Treatment) 또는 ACT(Assertive Community Treatment) 등을 참고할 필요가 있다고 생각된다.

정신질환자에 대한 비대면진료 및 비고지투약의 문제를 수면 위로 끌어올려 강제입원 중 보호입원과 마찬가지로 '강제치료'의 연장선상에서 파악하고 그 문제점, 위헌성을 엄중히 인식하고 대책을 모색하여 볼 필요가 있다는 점을 다시 한 번 강조하며, 부족한 글을 마친다.

〔 참 고 문 헌 〕

이상돈, 『의료체계와 법』, 고려대학교 출판부, 2000.

이상돈·김나경, 『의료법 강의 제5판』, 법문사, 2023.

의료문제를 생각하는 변호사 모임, 『의료법 주석서』, 박영사, 2020.

세계보건기구 정신보건 및 약물남용예방 분과 지음/신영전·최영은 옮김, 『정신장애인의 인권 향상을 위한 지침』, 한울 아카데미, 2007.

김나경, "'정신질환자 강제입원'의 법적 문제", 『인권과 정의』 통권 418호, 2011. 6.

김나경·Shawn H.E. Harmon, "한국 의료법에서 후견주의 이념의 수용, 변형 그리고 거부-치료중단에 대한 법원 판결을 중심으로-", 『발생과 생식』 제14권 2호, 한국발생생물학회, 2010.

김미경·서미경, "정신장애인 권리침해에 관한 연구-정신건강복지법 전면 개정 이후 국가인권위원회 진정 사례를 중심으로", 『정신건강과 사회복지』 제50권 4호, 2022. 12.

김장한, "의사 환자 간 원격 의료의 의료법상 적법성에 관하여 -원격환자에 대한 처방을 중심으로-", 『의료법학』 제22권 1호, 대한의료법학회, 2021.

김진숙·이얼, "비대면진료 관련 입법 현황과 법적쟁점", 『의료법학』 제24권 4호, 대한의료법학회, 2023.

박정일, "보호의무자에 의한 입원에서 가족의 위치", 『法과 政策』 제25집 1호, 제주대학교 법과정책연구원, 2019. 9.

박혜림, "법률해석과 죄형법정주의-의료법 제17조 제1항의 "직접진찰" 해석을 중심으로-", 『법학논집』 제19권 4호, 이화여자대학교 법학연구소, 2015. 6.

신권철, "강제입원 위헌(헌법불합치)결정의 의미와 향후 과제", 『서울법학』 제24권 4호, 서울시립대학교 법학연구소, 2017.

_____, "정신보건법상 강제입원제도의 문제점과 개선방안-물화(物化)되는 인격적 주체성의 복원을 중심으로", 『서울법학』 제22권 2호, 2014.

_____, "동북아 국가 강제입원제도의 특성과 가족의 역할-한·중·일·대만을 중심으로", 『사회보장법학』 제9권 1호, 2020.

이석배, “의료후견주의와 환자의 자기결정권-의사의 설명의무를 중심으로-”,『고려법학』제49호, 고려대학교 법학연구원, 2007. 10.

이승준, “의료법 제17조 제1항의 ‘직접 진찰’과 대면진료의무를 위반한 의사의 형사책임”,『법제연구』제47호, 한국법제연구원, 2014.

이 얼, “의료법상 직접진료 원칙과 그 예외에 관한 소고”,『법학연구』통권 36호, 2014.

장연화·백경희, “의사의 대면진료의무와 의료법 제17조 제1항의 해석에 대한 소고”,『법학논집』제17권 4호, 이화여자대학교 법학연구소, 2013. 6.

최병조, “고대 로마 십이표법의 번역과 관련하여”,『서울대학교 법학』제51권 3호, 2010.

현두륜, “원격의료에 대한 법적 규제와 그 문제점”,『의료법학』제23권 1호, 대한의료법학회, 2022.

大谷 實, 医師法講義, 成文堂, 2023.

手嶋 豊, 医事法入門[第6版], 有斐閣, 2022.

野田 寛, 医事法(上), 青林書院, 1984.

池原毅和, 精神障害法, 三省堂, 2011.

高柳 功 ほか, “精神科領域におけるインフォームド・コンセント―現状と課題”,『精神医学』38巻9号, 1996.

宮下 毅, “精神医療におけるいわゆる「薬の隠し飲ませ」が不法行為を構成しないとされた事例”,『年報医事法学』17号, 2002.

_____, “精神科醫療とインフォームド·コンセント” 甲斐克則編『醫事法講座第10巻 精神科醫療と醫事法』, 信山社, 2020.

渡邊博幸, “『家族が連れてこなければ対応できない』と高齢両親に言っていませんか？”,『精神科治療学』34巻 8号, 2019.

渡邊衡一郎/八木剛平, “薬物療法におけるインフォームド·コンセントの実際”, 松下正明ほか監修『インフォームド·コンセントガイダンス-精神科治療編』, 先端医学社, 1999.

藤野邦夫/藤野ヤヨイ, “診察なき治療・非告知投薬と患者の知る権利”,『精神科看

護』139号, 2004.
木ノ元直樹, “最近の医療裁判からみた精神科医療の課題”,『精神神經學雜誌』117巻9号, 2015.
木村聡子, “精神科医療における非告知与薬の現状と倫理的課題についての文献検討”,『大手前大学論集』第20号, 2019.
北山修悟, “精神科医療における医師－患者関係(4)-精神科医療の契約法·序説”,『成蹊法学』95号, 成蹊大学法学会, 2022.
星野　茂, “無診察治療の禁止”, 医事法判例百選, 2006.
神野礼齊, “無診察治療の禁止”, 医事法判例百選[第3版], 2022.
新井昭紀, “心配無用！親亡き後の生活支援”, 高木俊介＝藤田大輔編, 『こころの科学 実践！アウトリーチ入門』, 日本評論社, 2011.
野々村和喜 “無診察治療の禁止”, 医事法判例百選[第2版], 2014.
野坂達志, “アウトリーチにおける危機介入”, 高木俊介＝藤田大輔編, 『こころの科学 実践！アウトリーチ入門』, 日本評論社, 2011.
町野　朔, “患者の自己決定権と医療のパターナリズム”,『生命倫理』VOL 6. NO. 1. 1996.
中谷眞樹, “非告知投薬をしていませんか？”,『精神科治療學』34巻8号, 2019.
池原毅和, “精神科における強制医療介入”,『精神經誌』115巻7号, 2013
澤　　温, “医療現場における抗精神病薬強制投与の実情と問題点”,『臨床精神薬理』14巻1号, 2011.
行正　徹, “精神医療における非自発的入院患者の治療自己決定について”, 第33回バイオメディカル·ファジィ·システム学会年次大会 講演論文集, 2020.

O’Neill Onora (2002) Autonomy and Trust in Bioethics. Cambridge University Press.
Beauchamp/Childress, Principles of Biomedical Ethics, 2001.
Laufs/Uhlenbruck, Handbuck des Arztrechts, 2. Aufl., C.H.Beck, 1999.

[국문초록]

정신질환자에 대한 비대면진료 및 비고지투약

정상민 (충남대학교 법학전문대학원 조교수, 변호사)

정신질환자는 대체로 병식이 전혀 없거나 자발적 치료의지가 없는데, 그에 따라 치료가 어렵고 그 고통은 주로 가족에게 전가된다. 그에 따라 환자를 직접 대면하여 진료하지 않고 가족과의 면담을 통해 예후를 관찰하여 진단하는 비대면진료 및 가족을 통해 몰래 투약이 이루어지는 비고지투약이 이루어질 수 있고, 이는 필요악으로 여겨지기도 했다.

이러한 정신건강의학과 진료의 특수성이나 가족들이 받는 고통 등 현실적인 측면을 고려하더라도 환자 몰래 약을 투약하는 등 동의 없는 치료는 의료법 위반은 물론 강제입원처럼 정신질환자에 대한 인권침해의 소지가 크다. 무엇보다도 이를 뒤늦게 환자가 알게 되는 경우에는 환자와 가족, 의사 사이의 신뢰가 완전히 깨지고 치료를 절대적으로 거부하는 상황이 발생한다.

여러 사정을 고려하여 그 예외적 허용요건을 제시한 일본의 치바(千葉)판결은 구체적 타당성을 도모하는 하나의 해결책이 될 수도 있다. 그러나 비고지투약을 예외적으로 허용하고 이를 일시적인 조치로서 허용하려는 의도와 달리 이는 현실적으로 장기적인 비고지투약으로 이어지고 치료적 대화를 통한 치료 및 투약은 완전히 단절될 수 있다는 점을 감안할 때 올바른 해결책이 아니다. 결국, 치료적 대화의 복원을 통해 이 문제를 근본적으로 접근하고 대안을 모색할 필요가 있다.

주제어 : 정신질환자, 비대면진료, 비고지투약, 보호의무자, 대화이론

Non Face-to-Face Treatment and Not-informed Medication to Persons with Mental Disorders

Jung, Sangmin

Associate Professor, ChungNam Univ. Lawschool

=ABSTRACT=

People with mental illness are generally either unaware of their illness or unwilling to voluntarily seek treatment, which makes treatment difficult and the pain mainly passed on to their families. Accordingly, non-face-to-face treatment, in which the patient is diagnosed by interviews with the family and unannounced medication, in which medication is secretly administered through the family, can be performed, and this has been considered a necessary evil.

Even considering realistic aspects such as the special nature of mental health care and families' suffer, not-informed treatment without consent violates not only medical laws, but also human rights of mentally ill patients. Above all, if the patient finds out about this late, the trust between the patient, family, and doctor is completely broken, and a treatment is absolutely refused.

Japan's Chiba decision, which presents exceptional conditions for allowance might be a solution. However, it would not be a right solution, considering that it could lead to long-term unannounced medication and completely cut off treatment through therapeutic dialogue. Ultimately, it need to approach this problem and seek alternatives through restoration of therapeutic dialogue.

Keyword : Mental patient, Non face-to-face treatment, Not-informed medication, Legal guardian, Discourse theory