

응급 환자 진료에서 설명 의무와 환자 사생활 보호 의무가 상충될 때의 대처*

배현아**, 이석배***, 장혜영****

I. 서론

침습적인 의사의 치료 행위가 적법한 의료 행위가 되기 위해서 의사는 환자에게 해당 치료 행위에 따른 위험성에 대하여 충분한 정보를 제공한 후 환자의 동의를 확보하여야 한다.¹⁾ 이러한 의사의 설명 의무는 환자의 헌법상 기본권인 자기 결정권으로부터 도출되기 때문에 의사가 설명을 해주어야 하는 상대방 즉, 설명의 수령자는 환자 자신이며, 원칙적으로 제3자가 환자를 대리하여 승낙할 수 없다.²⁾ 다만 환자가 민법상 행위 무능력자이거나 의사 표현이 불가능한(예컨대, 유아, 치매 또는 코마 환자) 경우에는 그의 법정 대리인으로부터 환자를 대신하여 동의를 확보하여야 한다.³⁾

예상치 못했던 질병 또는 손상으로 인해 의료 기관을

찾는 응급 환자의 경우에는 적법한 의료 행위의 필수 요건인 환자 자신의 동의를 확보하는 것이 불가능할 수 있다. 미성년자 또는 의사 능력이 없는 상태의 환자가 단독으로 또는 법적인 대리인의 지위를 부여받지 않은 동반자와 함께 응급실로 내원하는 경우가 이에 해당한다 하겠다. 이 경우 보호자, 특히 법정 대리인의 동의를 확보하고자 노력하는 것이 일반적인 진료 행태이나 동의를 얻는 과정에서 환자의 정보가 보호자에게 알려지는 것을 환자가 원치 않을 수 있다. 특히 환자의 증상이 성관계 등으로 인한 손상, 성 매개성 질환, 임신이나 과거의 산과력과 관련되어 있는 경우에 환자는 이러한 진료 정보가 제3자나 적법한 대리인에게라도(예컨대, 미성년자가 그 상태를 부모에게조차도) 알려지는 것을 원하지 않을 수 있다.

응급 처치가 필요한 환자들에서 응급 의료 종사자는

* 이 연구의 저자 이석배 기여부분은 2006학년도 경남대학교 학술연구장려금 지원에 의하여 수행되었음.

교신저자 : 장혜영. 순천향대학교병원 응급의학과. 02-709-9790. emedhy@hosp.sch.ac.kr

** 이화여자대학교 의과대학 응급의학교실

*** 경남대학교 법정대학 법학부

**** 순천향대학교병원 응급의학과

1) 최재천, 박영호, 홍영균. 의료행위법, 제1판. 서울 : 법문사, 2003 : 45. 의협윤리지침 제9조 제1항도 이러한 맥락에서 "의사는 환자에게 질병상태와 예후, 시행하려는 의료행위의 내용 및 효과와 위험성, 후유증, 진료비 등에 대하여 설명하여야 한다."고 규정하고 있다.
2) 한국의료법학회 보건의료법학 편찬위원회. 보건의료법학 개정판. 서울 : 동림사, 2003 : 127.
3) 의협윤리지침 제9조 제3항. 특히 환자가 미성년자인 경우에 대하여는 윤진수, 부모의 치료거부에 대한 의사의 조치. 의협신문 2002년 4월 22일자(제3607호), 26쪽 참고. 이 글에서 동의없는 치료를 정당방위에 해당할 수 있다고 한다. 하지만 동의없는 환자에 대한 치료가 정당방위가 될 수 있는 상황은 존재하지 않는다. 긴급피난과 혼동한 것으로 보인다.

일반적으로 앞으로 행해질 처치에 대해 환자의 동의뿐 아니라 보호자로부터의 동의를 확보하고자 노력한다. 특히 환자에게 당장 필요한 처치가 산부인과적 응급 수술이라서 수술로 인한 영구 불임의 가능성 등이 있는 경우라면, 대부분의 의료진들은 환자의 의사 외에 배우자나 부모 등 보호자의 동의를 반드시 구하려 하기 마련이었다. 그러나 이러한 동의 확보를 시도하는 동안 환자에게 조기에 제공되었어야 하는 응급 의료가 지연되거나 아예 제공되지 못하여 환자의 예후에 나쁜 영향을 미치게 된다면 이는 심각한 문제가 아닐 수 없다. 반대로, 적절한 의료가 제공되어 환자가 회복하였다라도 환자의 사생활 정보가 보호자에게 알려져 더 이상의 가정 생활 또는 직장 생활을 지속해나갈 수 없게 되는 경우가 발생할 수도 있는데, 때에 따라서는 환자의 사생활 정보를 보호자나 법정 대리인에게 제공한 의사가 민법상 손해 배상의 책임을 져야 하는 경우도 있다.

이에 저자들은 이 연구에서 응급 처치가 필요한 환자들을 진료할 때에 환자의 자기 결정권과 사생활에 대한 보호를 소홀히 하지 않으면서도 환자 또는 보호자로부터 진료 행위에 대한 동의를 얻고자 할 때, 의료진이 특히 고려해야 하는 내용과 응급 환자 진료에 있어 의사 결정 절차를 법률적 고찰과 함께 검토하고자 하였다.

II. 본문

1. 응급 환자의 자기 결정권과 사생활 보호

응급 의료를 포함, 의사의 의료 행위 시 발생하는 환자에 대한 진료 정보의 정의는 환자를 치료하기 위한 의사의 의료 행위와 관련하여 생산되는 정보로써 문서화된 각종 기록부 뿐 아니라 대화에 포함되는 환자의 신체 또는 질병의 특징 등이 모두 포함된다.⁴⁾ 이러한 진료 정보는 전형적으로 개인의 사생활인 동시에 헌법적으로도 보호 받아야 할 개인 정보에 포함되는 것이다. 우리 대법원은 “헌법 제10조는 ‘모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.’ 고 규정하고, 헌법 제17조는 ‘모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다.’ 라고 규정하고 있는 바, 이들 헌법 규정은 개인의 사생활이 침해되거나 함부로 공개되지 아니할 소극적인 권리는 물론, 오늘날 고도로 정보화된 현대 사회에서 자신에 대한 정보를 자율적으로 통제할 수 있는 적극적인 권리까지도 보장하려는 데에 그 취치가 있는 것으로 해석된다.”⁵⁾ 고 판시하고 있다.

개개인이 인격을 유지하고 사생활을 보호 받기 위해 타인으로부터 그러한 개인 정보가 침해되거나 사생활이 함부로 공개되지 아니할 소극적인 권리는 물론, 자신에 대한 정보를 자율적으로 통제할 수 있는 적극적인 권리를 가져야 하며, 이러한 권리에 대한 침해는 직접적으로 헌법상 기본권인 사생활의 비밀과 자유 및 정보적 자기결정권의 침해가 된다. 이에 따라 환자 개인의 진료 정보에 대하여 이를 알게 되는 의사는 비밀 준수 의무를 지게 되며, 이를 어겼을 경우 의료법과 형법에

4) 진료정보 및 개인 사생활보호대책 심포지엄 자료집, 2005. 3. 대한의사협회.

5) 대법원 1998. 7. 24. 선고 96다42789 판결공 1998.9.1.(65),2200]. 헌법재판소도 “개인정보자기결정권은 자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리, 즉 정보주체가 개인정보의 공개와 이용에 관하여 스스로 결정할 권리”로 “개인정보 자기결정권의 헌법적 근거로는 헌법 제17조 사생활의 비밀과 자유, 헌법 제10조 제1문의 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권”을 그 근거로 찾을 수 있다고 판시하여 대법원과 유사한 입장을 취하고 있다. 헌법재판소 2005. 5. 26. 자 99헌마513, 2004 헌마190(병환) 전원재판부(헌공 제105호).

따라 형사 처벌을 받게 된다.⁶⁾

특히 진료 정보 중 산과력을 포함하여 환자의 나이 또는 결혼 여부와 관련하여 임신, 출산과 관련된 정보나 치료를 필요로 하는 환자의 질병이 성 매개성 질환, 강간과 관련된 상해, 성교로 인한 손상 등과 관련된 치료 사실 등의 정보는 타인에게 노출될 경우 개인적으로나 가족 내부, 직장 생활을 포함하여 사회적으로도 중대한 위협이 될 수 있다. 예를 들어 이러한 환자의 병력에 관한 정보가 응급 진료 과정에서 환자를 동반하여 내방한 노무 관계자 등에게 알려질 경우, 고용·보험·교육 및 신용과 관련된 다른 삶의 기회로부터 개인들이 배제 당하는데 이용될 수도 있다. 이에, 아무리 진료를 위한 것이었다 하더라도 환자 정보의 공개가 직접적으로 환자의 직업 또는 결혼 생활 등에서 물질적, 정신적 손해를 발생시켰다는 인과 관계가 인정될 경우에 의사는 그에 대한 손해 배상 책임을 지도록 하고 있는 것이다.

환자에 따라서는 건강보험공단, 심사평가원 등의 기관 자료를 통한 개인 정보 노출 가능성을 우려하여 산부인과적 질환으로 진료를 받을 경우 일부러 비보험으로 진료를 받음으로써 의료 비용의 상상을 초래하기도 한다.

미국은 상대적으로 이러한 사생활 보호에 대해 대단히 엄격하다고 할 수 있다. 미국의 HIPPA(Health Insurance Portability and Accountability Act, 1996)⁷⁾에서는 환자들이 자신의 의무기록을 보고 수정을 요구하고 자료를 가질 권리인 환자의 정보 통제권(Consumer Control), 환자의 프라이버시를 침해했을

때는 25만 달러 이하의 벌금 또는 10년 이하의 징역에 처하는 법적 책임(Accountability), 공중위생 보호, 의학 연구의 수행, 치료의 질 향상, 의료사기의 방지 등 국가적으로 우선시되는 사항은 사생활의 보호보다 먼저 공적인 의무(Public Responsibility)를 이행하도록 함, 환자 신원정보의 사용은 치료와 지불을 포함한 의료의 목적으로만 제한되며 고용·해고·진급과 같은 비의료의 목적으로 사용되는 것을 제한하는 사용제한의 범위(Boundaries) 설정, 의료정보를 위탁받은 기관은 명확한 절차를 수립하는 보안(Security)대책을 수립하는 것의 다섯 가지 원칙에 의하여 운영되고 있다.

즉, 환자의 의무기록 사용권과 공개를 제한할 권리, 의료정보가 공개될 경우 통지를 받을 권리, 의무기록의 사본을 받을 수 있는 권리, 기록 공개의 이유를 설명 받을 권리, 그리고 자신의 의무기록의 수정을 요청할 권리 등을 주요 내용으로 하고 있어 HIPPA는 미국 사회에서 사생활 보호와 의료 정보에 대한 자기 결정권 보호의 대표적 기제가 되고 있다.

그러나 우리나라 현실에서, 특히 응급 진료 과정에서는 환자의 정보가 노출될 여지가 매우 다분하다. 응급실의 구조는 매우 개방적이어서 진료 과정 전체가 보호자와 다른 환자들에게 거의 개방되어 있다시피 하고, 혼잡한 응급실에서 환자의 사적인 병력 청취를 하는 것 자체가 어려울 뿐 아니라 환자가 탈의를 해야 할 경우에도 커튼으로만 겨우 가릴 수 있을 뿐이다. 한 사람의 의사와 한 사람의 환자가 대면하는 외래와 달리, 환자들도 다수, 의료진도 다수인데다 여러 명 의료진의 정보 공유가 일반적인 응급실 진료 환경에서, 환자의 사

6) 의료법 제19조는 '의료인은 이 법 또는 다른 법령에서 특히 규정된 경우를 제외하고는 그 의료·조산 또는 간호에 있어서 지득한 타인의 비밀을 누설하거나 발표하지 못한다'고 규정하였고 이를 위반하는 경우에는 제67조에 의하여 3년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처해질 수 있다. 또한 형법 제317조 제1항도 '의사, 한의사, 치과의사, 약제사, 약종상, 조산사, 변호사, 변리사, 공인회계사, 공증인, 대서업자나 그 직무상 보조자 또는 차등의 직에 있던 자가 그 업무처리 중 지득한 타인의 비밀을 누설한 때에는 3년 이하의 징역이나 금고, 10년 이하의 자격정지 또는 700만원 이하의 벌금에 처한다'고 규정하고 있다.

7) Public Law 104-91.

생활에 대한 내용은 부지불식간에 노출될 가능성이 많다. 응급실이라는 진료 환경 자체가 환자들에게는 정보 노출에 매우 취약한 장소일 수밖에 없는 것이다.

응급 의료 기관 간 전원시에도 타 의료 기관에서의 환자의 병력에 대한 정보가 다른 보호 장치 없이 전달 되는 일이 흔하다. 의료 기관 간 환자 의뢰 시에 환자에 대한 정보는 진료의뢰서와 임상 혈액 검사 결과, 방사선 검사 결과 등의 첨부를 통해 전달된다.⁸⁾ 통상의 진료 과정에서 환자의 진료 정보를 요청할 때 의료법에서 '다른 의료기관의 요구' 라는 조건을 부여하였을 뿐 아니라 의무 기록의 열람이나 복사를 위해서는 환자의 동의 및 위임을 필요 요건으로 정하는 등 의무 기록의 공개를 제한하고 의료 기관의 비밀 준수 의무를 규정하고 있다. 그러나 응급 의료에 있어서는 그 예외성으로 인해, 응급의료에관한법률에 의한 환자 전원의 필요 요건에서 필수적으로 환자 전원에 관련된 진료 의뢰서와 검사 결과를 첨부하도록 정하면서 그 대상이나 조건 상 환자의 사생활 보호를 위한 아무런 보호 장치나 조건을 정하지 않고 있어서⁹⁾ 제3자에게라도 환자의 정보가 노출될 여지가 있다.

2. 환자의 동의를 얻기 위한 의사의 설명 의무

의료 행위가 적법하려면 그 행위가 치료의 목적으로 의학적 적응과 의술의 적정성이 갖추어진 경우라 하더라도 환자의 동의 내지 승낙이 있어야 한다.¹⁰⁾ 따라서 의사는 응급 환자의 경우나 그 밖에 특별한 사정이 없는 한 예상되는 침습적인 행위에 대하여 승낙을 얻기 위해 환자 자신 또는 그 가족에게 환자의 증상, 질병 또는 손상의 원인, 치료 방법의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 위험 등에 관하여 당시의 의료 수준에 비추어 상당하다고 생각되는 사항을 설명하여 환자 또는 보호자가 그 필요성이나 위험성을 충분히 비교하여 그 치료를 받을 것인가 여부를 선택할 수 있도록 해야 하는 것이다. 따라서 의사가 환자에게 설명하여야 할 의무는 환자의 권리에 상응하는 것일 뿐 아니라 의사에게도 단순한 윤리적 의무가 아닌 법적 의무가 된다.¹¹⁾

환자가 제공한 동의가 충분한 설명에 근거한 동의인지를 판단하기 위한 요건들은 네 가지 정도로 요약될 수 있다.¹²⁾

- 8) 의료법 제20조에서는 '의료인은 동일한 환자의 진료상 필요에 의하여 다른 의료기관에서 임상소견서 및 치료경위서의 열람이나 사본의 송부를 요구할 때 또는 환자가 검사기록 및 방사선 필름 등의 사본교부를 요구할 때에는 이에 응하여야 한다.' 라고 명시하였다.
- 9) 응급의료는 그 특성상 적시에 적절한 처치가 이루어져야 하므로 의료인은 응급환자에 대하여 당해 의료기관의 능력으로는 그 환자에 대하여 적절한 응급의료를 행할 수 없다고 판단한 때에는 지체 없이 그 환자를 적절한 응급의료가 가능한 다른 의료기관으로 이송하여야 한다. 이 때 의료기관의 장은 응급환자의 안전한 이송에 필요한 의료기구 및 인력을 제공하여야 하며, 응급환자를 이송받는 의료기관의 진료에 필요한 의무기록을 제공하여야 한다고 규정하고 있다(응급의료에관한법률 제11조). 또한, 동법 시행규칙 제5조에 의해 이 때 응급환자진료의뢰서를 송부하여야 하며, 검사기록 등 의무기록과 방사선 필름의 사본 그밖에 응급환자의 진료에 필요하다고 판단되는 자료(다만, 방사선 필름의 사본은 환자 또는 그 법정대리인의 요구가 있는 경우에 한한다)을 송부하여 응급처치의 연속성을 확보하고자 하였다.
- 10) 독일의 학설과 판례는 물론 국가윤리위원회도 "환자의 결정이 비록 객관적인 관점에서 잘못된 것이고 비록 생명을 초래하더라도 의사는 그 의견을 존중해야 한다."고 해석하고 있다. Nationaler Ethikrat, Patientenverfugung, S. 10 ; BGHZ 90, 103, 111 ; BGHSt 11, 111 ; Sch/Sch-Eser, StGB, Vorbem § 211 Rn. 31 f ; Hirsch, Behandlungsabbruch und Sterbehilfe, FS-Lackner, S. 597, 600 ; Roxin/Schroth, Medizinstrafrecht2, S. 93, 100 ; Schroth, GA 2006, 549, 555, 일본의 경우도 1971년 5월 19일자 동경지방법판소의 판례를 효시로 "적당한 시술을 하였더라도 환자의 동의없이 시행한 수술은 위법하다"는 입장이 지배적이다. 일본의 사례에 대하여는 岩志和一郎, 의료에 있어서 환자의 자기결정과 의사의 책임. 韓日法學 제18집 115쪽 이하 참고.
- 11) 이러한 권리와 의무의 자세한 내용에 관하여는 강남진. 의료계약에 관한 소고, 한도 정환담 교수 환갑기념논문집. 2002 : 307 이하 ; 김병일, 의료계약의 본질과 법적 성질, 재산법연구 2005 ; 21(1) : 223쪽 이하 ; 신동일, 형법상 의료행위와 설명의무, 형사정책연구 2003 ; 14(1) : 221 이하 등 참고.
- 12) Leikin SL, Minor's assent or dissent to medical treatment, J Pediatr 1983 ; 102 : 169-76 ; Koocher GP, DeMasco DR, Children's competence to consent to medical procedures, Pediatrician 1990 ; 17 : 68-73.

먼저 해당 환자가 제공된 정보에 대하여 정확하게 이해를 할 수 있는가이다. 두 번째로는 해당 환자가 객관적으로 생각하고, 여러가지 요인들을 고려하여, 가정하고 예상되는 결과에 대하여 이성적으로 판단할 수 있는지의 여부이다. 세 번째로는 동의 결정은 해당 환자 스스로 내린 것으로, 어떠한 강요나 강제력, 외부 요인들에 의한 동의가 아니어야 한다는 것이다. 마지막으로 그러한 충분한 설명에 근거한 결정이 지금 당장 꼭 필요로 하는 내용이며, 이 결정이 다시 반복될 여지가 있는지, 환자에게 위험보다는 이득이 더 많이 제공될 수 있는 결정인지 여부가 고려되어야 한다.

이 때 의사가 설명해 주어야 하는 상대는 환자 본인이며, 환자로부터 직접 승낙을 받아야 하는 것이 당연하다. 그러나 환자가 미성년자이거나 여러 가지 이유로 인해 의사 무능력자인 경우에는 환자의 법정 대리인이 환자를 대신하여 설명을 듣고 법률적 행위의 하나인 의료 행위에 대해 승낙을 할 수 있다.¹³⁾

3. 환자 사생활 보호 의무와 설명 의무의 충돌 상황

응급 처치가 요구되는 환자를 진료하는 의사는 종종 최대한 환자의 자기 결정권과 사생활을 존중하면서도 환자/보호자의 동의하에 적절한 의료를 제공하여 환자의 건강을 회복시켜야 하는 어려운 상황에 놓이게 된다. 환자의 사생활 보호와 환자/보호자의 동의 확보라는 두 가지 의무가 충돌하는 상황에서 이러한 충돌을 현명하게 해소하기 위해 의사는 환자의 의학적 상태와 법률적 행위 능력에 대해 특별히 고려할 필요가 있다.

응급실에 내방하는 환자들은 나이에 따른 법률적 행위 능력과 의학적 상태에 따라 다음과 같이 구분하여 생각할 수 있다<표 1>.

- ① 성인 환자, 의학적으로 안정되어 있어 즉각적인 치료를 필요로 하지는 않음,
- ② 미성년 환자, 즉각적인 치료를 필요로 하지는 않음,
- ③ 성인 환자, 환자의 상태가 응급하여 즉각적인 치료를 필요로 하며 환자가 의사 표현을 확실하게 할 수 있음,
- ④ 미성년 환자, 환자의 상태가 응급하여 즉각적인 치료를 필요로 하며 의사 표현이 명료하게 가능함,
- ⑤ 성인 환자, 의학적 응급 처치가 필요하지만 환자의 의식상태가 명료하지 않아 자신의 의사를 명시적으로 표현할 수 없음,
- ⑥ 미성년 환자,

<표 1> Classification of emergency department patients by legal capacity and time-criticalness

Patient's situation	Non-emergency	Emergency	
		Sound mental capacity	Devoid of mental capacity
Adult patients	①	③	⑤
Minor patients	②	④	⑥

13) 의협윤리지침 제9조 제3항. 윤진수. 부모의 치료거부에 대한 의사의 조치. 의협신문 2002년 4월 22일자(제3607호), 26쪽.

의학적 응급 처치가 필요하지만 의식이 명료하지 않아 의사 표시가 불가능함 등이다.

안타깝게도 실제로 환자에게 응급 의료가 진행되는 현장에서는 의사가 환자의 의학적 상태의 응급 정도를 판단하는 것이 명확하지 않을 수 있고, 환자의 의사 능력을 판단하는 것조차 용이하지 않을 수 있어서 위의 경우들이 분명하게 구분되지 않아 진료 과정에서 의사와 환자/보호자 간의 갈등 요인으로 작용할 수 있다.

다음에서는 위 경우들 중 특히 의사 결정이 어렵고 환자의 사생활 보호가 더욱 문제가 되는, 의학적 응급 상황인 경우와 환자가 미성년자인 경우에 대해 보다 자세히 살펴보겠다.

4. 의학적 응급 상태에 대한 고려

응급 의료에 있어서도 통상의 의료 행위에 있어서와 마찬가지로 설명과 동의의 원칙은 여전히 적용된다고 보아야 한다. 즉 <표 1>의 ③의 경우 응급의료종사자는 응급의료에관한법률 제9조에 의해 응급환자에게 응급 의료에 관하여 설명하고 동의를 얻어야 한다. 다만, 응급 환자가 의사 결정 능력이 없는 경우(제1호: <표 1>의 ⑤와 ⑥의 경우)와 설명 및 동의 절차로 인하여 응급 의료가 지체되어 환자의 생명에 위협 또는 심신상의 중대한 장애를 초래할 것으로 예상되는 경우(제2호)에는 예외적으로 설명 의무를 면제하고 있다. 환자의 자기 결정권을 강조하는 외국의 경우에도 Informed Consent Rule의 예외로 역시 응급 상황일 때와 환자가 치료에 대해 동의하거나 거부할 수 있는 행위 능력이 불완전한 경우만을 들고 있다.¹⁴⁾

응급 환자의 경우 외에, 설명이 환자에게 심적 부담

을 주어 치유될 수 없는 건강 침해를 초래하거나 환자가 긴급 또는 불가피한 의료 처치를 거부할 것이 예상되는 경우, 또는 의사의 후유증과 부작용에 대한 설명이 환자를 직접적으로 위태롭게 하는 경우 등에서도 일반적으로 알려진 의사의 설명 의무가 면제된다는 견해가 있다.¹⁵⁾

긴급성을 특징으로 하는 응급 환자 중에서도 환자의 비밀 유지가 중요한 환자의 경우에는 의사의 설명 의무 예외 조항을 적용할 수 있을 것이다. 환자가 즉각적인 치료를 요하는 응급 상황일 경우에는 어떠한 환자라도 나이나 법률적 행위 능력에 상관없이 의사는 치료를 해야 한다. 특히 미성년자의 경우 부모를 포함하는 법정 대리인으로부터 동의를 확보하는 과정에서 치료가 지연되어 환자의 상태가 악화될 가능성이 있다면 더욱 그러하다. 성인 환자의 경우도 환자가 의식이 불분명하거나 의사 표시를 명확히 할 수 없는 경우 응급 상황에서는 동의 없이 치료를 시행할 수 있다.¹⁶⁾

응급의료에관한법률 시행규칙 제3조 제3항도 응급 의료 종사자가 의사 결정 능력이 없는 응급 환자의 법정 대리인으로부터 동의를 얻지 못하였으나 응급 환자에게 반드시 응급 의료가 필요하다고 판단되는 때(<표 1>의 ⑥의 경우)에는 의료인 2인 이상의 동의를 얻어 응급 의료를 할 수 있다고 규정하고 있다. 전술한 바와 같이 환자의 상태가 즉각적인 응급 처치를 필요로 하고 환자의 상태에 따라 응급 의료를 필요로 하나 스스로 계약을 체결할 수 없거나 법정 대리인을 동반하지 않은 경우에는 의사와 환자 사이의 법률 관계는 민법상의 사무관리가 성립되고¹⁷⁾ 이때는 환자의 의사 능력과 동의를 고려하지 않고 즉각적으로 응급 의료를 제공해야만 한다.

14) Kenneth VI, Arthur BS, Deborah Mathieu. Ethics in Emergency Medicine. Tucson : Galen Press, 1995 : 57.

15) 한국의료법학회 보건의료법학 편찬위원회. 보건의료법학 개정판. 서울 : 동림사, 2003 : 123

16) Holder AR. Minors' right to consent to medical care, JAMA 1987 ; 257 : 3400-2.

17) 김병일. 의료계약의 본질과 법적 성질. 재산법연구 2005 ; 21(1) : 223 각주 1) 참고.

5. 미성년자에 대한 고려

미성년자는 만20세가 되지 아니한 자연인을 말한다. 성인이 기본권의 주체임에는 의문의 여지가 없지만, 미성년자의 경우도 원칙적으로 기본권의 주체가 된다. 다만 기본권의 성격상 미성년자가 기본권의 주체로 인정되지 않는 경우가 있기는 하다. 아동의 경우에는 보호와 양육이 일차적이기 때문에 친권자에 의한 보호가 국가의 보호에 우선할 수 있지만,¹⁸⁾ 아동에 해당하지 않는 미성년자의 경우에는 사례별로 나누어 볼 필요가 있다. 특히 응급 의료와 같이 당사자가 일정한 권리를 취득하고 일정 부분의 의무를 부담하게 되는 성격의 행위에 있어서는 미성년자의 행위 능력을 구체적으로 고려해보아야 한다.

민법도 미성년자에게 불이익이 되지 않는 경우에 미성년자가 법정 대리인의 동의를 얻지 않고 단독으로 유효한 법률 행위를 할 수 있음을 인정하고 있다.¹⁹⁾ 이때 중요한 것이 의사 능력인데, 미성년자도 의사 능력이 있으면 유효하게 법률 행위를 할 수 있지만, 스스로 법률 행위를 함에는 '원칙적'으로 법정 대리인의 동의를 얻어야 한다.²⁰⁾ 이러한 동의를 얻지 않고 한 법률 행위는, 의사 능력이 있다면 미성년자 본인 또는 법정 대리인이 취소할 수 있다.²¹⁾ 물론 미성년자에게 불이익이 되지 않는 경우라면 미성년자가 법정 대리인의 동의를 얻지 않고 한 행위라도 이를 취소할 필요가 없다. 이러한 규정들은 미성년자에 대한 기본권의 제한이 미성년자의 보호를 위한 경우에만 가능하다는 취지로 이해할 수 있다.

의협윤리지침 제9조 제3항은 "의사는 환자가 의식

불명 또는 미성년자인 경우 보호자 또는 법정 대리인의 의사를 존중하여야 한다."고 하고 있는데 이 규정에 따르면 환자가 미성년자인 경우 환자의 의사능력 유무와 관계없이 의료진은 보호자의 의사에 따라야 할 것이다. 하지만 응급의료에관한법률 제9조 제2항은 "응급 의료종사자는 응급 환자가 의사 결정 능력이 없는 경우 법정 대리인이 동행한 때에는 그 법정 대리인에게 응급 의료에 관하여 설명하고 그 동의를 얻어야 하며, 법정 대리인이 동행하지 아니한 경우에는 동행한 자에게 설명한 후 응급 처치를 하고, 의사의 의학적 판단에 따라 응급 진료를 행할 수 있다."고 하고 있어 미성년자에 대해 획일적인 기준을 채택하지 않을 여지를 보여주고 있다. 행위자의 의사 능력을 중시하는 형법은 형사 미성년자를 만14세로 규정하고 있는데, 이는 14세 이상의 미성년자에 대해 의사 결정 능력을 입법적으로 인정한 것으로 해석할 근거가 된다. 결국 의사가 환자에게 제공하게 될 응급 의료에 대한 설명을 하고 동의를 얻고자 할 때에 획일적으로 환자의 나이만을 고려하는 것은 옳지 않으며, 환자의 의사 능력을 고려하여 판단하여야 할 것이다.²²⁾ 이렇게 볼 때 응급 환자가 의사 능력이 있는 미성년자의 경우는 보호자가 아닌 환자가 승낙의 주체라고 해석하는 것이 타당하다.

즉, 환자가 미성년자일 경우에는 환자가 의사 능력이 있는지의 여부에 따라 환자가 의사 능력이 없다고 판단될 경우에는 보호자를 포함하는 법정 대리인으로부터의 동의를 확보하고자 노력해야 하고, 환자가 아동이 아닌 미성년자로서 의사 능력이 있고 의사의 설명을 이해하고 자신의 건강상의 문제에 대하여 결정할 수 있다고 판단되는 경우에는 법정 대리인의 동의를 확보하고

18) 정종섭, 헌법학원론, 서울 : 박영사, 2007 : 264.

19) 단순히 권리만을 얻거나 의무만을 면하는 행위는 미성년자가 법정대리인의 동의를 얻지 않고도 단독으로 유효하게 할 수 있다(민법 제5조1항).

20) 민법 제5조 1항.

21) 민법 제5조 1항, 140조

22) 대법원 1981.8.25. 선고 80다3149 판결[공1981.10.15.(666),14296]의 경우는 미성년자의 소송능력을 인정하였다.

자하는 노력을 생략할 수도 있을 것이다. 따라서 <표 1>의 ④의 경우에 해당하는 충분한 판단 능력이 있는 미성년의 환자가 건강을 포함하는 자신의 문제에 대하여 자기 결정권을 주장하고 제3자의 개입을 원치 않으며, 자신의 진료 정보가 법정 대리인을 포함하는 제3자에게 알려지기를 원하지 않고 치료에 대한 결정을 스스로 하고자 하는 의사를 밝힌다면, 그 의사는 미성년자 일지라도 존중되어야 하는 것이 타당하다. 부모를 포함한 법정 대리인의 의견과는 다른 결정을 원할 때 법정 대리인으로부터의 동의 확보가 환자 자신에 의한 동의를 대신하지 못할 수 있는 것이다. 응급 환자의 진료 과정에서 설명을 하고 동의를 구할 때 의사는 환자가 미성년자라 하더라도 환자의 의사 능력을 최대한 고려하여 환자의 사생활과 개인 정보를 보호하면서 의학적 응급 상태를 회복시키기 위한 적절한 치료를 제공하여야 한다.

행어 미성년자의 법률적 행위 능력을 고려하는 이유 중의 하나가 진료비 지불 능력의 미흡이라면, 이 또한 응급 환자의 경우 의료법, 응급의료에관한법률 등에서 정하고 있는 의사의 진료 의무, 응급 의료 등의 거부 금지 의무, 응급 의료 중단 금지 의무 등에 기반하여 생각할 때 응급 상황에 처해있는 미성년자의 진료비 지불 능력은 진료 진행에서 고려하여야 할 사항이 아님을 알 수 있다.²³⁾

보호자에게 설명을 생략하고 환자의 동의만 얻은 후 진료를 계속하는 것이 또 다른 설명의무 위반이 아닌지 의문이 제기될 수 있겠다. 궁극적으로 두 가지 의무-사생활 보호 의무와 설명 의무-의 문제가 충돌하는 것을 해결하는 방법으로, 부모를 포함하여 법정대리인에게

설명할 때 설명의 내용이 핵심적인지를 고려하여야겠다. 감수성이 특히 예민한 청소년의 경우에 비밀로 하고 싶은 사실을 부모에게 알리는 것이 진료에 장애를 초래할 가능성도 크고, 의사와 환자간의 신뢰가 진료에서 무척 중요하다는 점 등에 비추어, 그 내용을 부모를 포함한 법정 대리인에게 알렸을 때의 이익이 더 크다고 판단되는 경우에만 보호자에게의 설명이 허용된다고 보아야 할 것이다.

결국 의사 능력이 있는 미성년자인 환자가 비밀로 해 줄 것을 요구한 정보를 부모 등 보호자에게 설명을 할 때 제공하지 않은 것에 대해 '설명 의무 위반'이라고 보기는 어려울 것이다. 의사 능력, 법률적 행위 능력이 있는 미성년 환자의 경우 진료 행위를 승낙하는 주체는 부모가 아닌 미성년자로 보는 것이 타당하다.

III. 나가는 말

모든 국민은 성별, 연령, 민족, 종교, 사회적 신분 또는 경제적 사정 등을 이유로 차별받지 아니하고 응급 의료를 받을 권리를 가진다.²⁴⁾ 응급 의료를 필요로 하는 환자에게 행해질 의료 행위의 경우도 적법하기 위해서 의사는 환자에게 설명을 하고 동의를 확보해야 할 의무를 지게 된다. 또한 환자의 개인 정보를 보호할 의무 역시 그 정보를 다루는 의사에게 있다. 응급진료 과정에서 발생할 수 있는 의사의 두 가지 의무 간의 충돌을 해결하기 위해 의사가 고려해야 할 핵심은, 일반 의료와 마찬가지로 최대한 환자 자신의 의사를 존중하여

23) 응급의료에관한법률에 의하면 응급의료의 중단은 곧 생명의 중지를 의미하기 때문에 응급의료종사자는 정당한 사유가 없는 한 응급환자에 대하여 응급의료를 중단하여서는 아니 되고(응급의료에관한법률 제10조), 특히, 치료비 지불불능은 응급의료중단에 대한 정당한 사유가 되지 못한다고 규정하고 있다. 이러한 경우를 대비하여 응급의료에관한법률에서는 미수금대불제도를 도입하고 있다(응급의료에관한법률 제22조).

24) 응급의료에관한법률 제3조

환자의 정보와 사생활이 공개되지 않도록 해야 한다는 점이다.

이러한 의사 결정 과정을 통해 특히 법률적 행위 능력이 충분한 성인뿐 아니라 미성년자들에게 있어서 그들의 응급 의료 과정에서 충분한 설명에 근거한 동의가 확보되어야 하며, 환자의 동의는 비단 치료 자체에 대한 동의일 뿐 아니라 치료 과정에서 발생하는 진료 정보에 대한 보호 요구를 포함하는 것으로 보아야 할 것이다. 의사들이 환자로부터의 동의 확보 과정에서 불가피하다고 제3자로부터 동의를 얻어 의료 행위의 적법성을 확보하고자 노력하는 것이 때에 따라서는 오히려 환자의 자기 결정권과 사생활 보호 권리를 침해하는 결과를 야기할 수 있다. 특히 응급 환자 중 환자의 질환이 임신 등의 과거력과 관계되거나, 성 관계 관련 질환인 경우, 사생활 침해의 결과는 적지 않은 파장을 낳을 수 있다.

응급 의료 종사자는 환자 당사자가 공개되는 것을 원하지 않는 정보를 제3자에게 전달함으로써 환자의 자기결정권과 사생활을 침해해서는 안된다. 의료 기관 간 환자를 이송할 때 역시 응급 상황이라는 예외적인 상황이더라도 환자에 대한 진료 정보 공유를 이유로 환자의 정보가 노출됨으로써 환자의 사생활 정보가 불필요하게 공개되지 않도록 최대한의 노력을 기울여야 한다. 응급 진료 시에 의사 능력이 있는 미성년자에 대해 지나치게 엄격한 법률적 연령 기준을 근거로 환자의 동의가 있음에도 법정 대리인의 동의가 확보되지 않았다 하여 응급 진료를 지연시켜서는 안 될 것이다. ^{ME}

색인어 : 응급 상황, 설명에 근거한 동의 확보, 프라이버시, 자기 결정권, 미성년자

Resolving Conflicts between Informed Consent and Patients' Privacy in Medical Emergencies

Bae Hyun-A*, LEE Seok-Bae**, JANG Hye-Young***

This article provides guidelines for obtaining informed consent in medical emergencies. Obtaining consent from patients in the emergency room can prevent appropriate and timely access to their evaluation and treatment. While mentally competent adults always have the right to consent, whether or not a minor has the right to consent depends up his or her mental capacity. As such, there is room for flexibility concerning the legal age for informed consent. After a judgment is made on the patient's capacity for consent, the urgency of the situation should be considered. If medical treated is needed immediately, it should be provided, even if the patient is a minor. When there is enough time for getting consent, a physician should try to obtain consent from a patient or legal surrogate.

◉ **Keywords:** Medical emergencies, Informed consent, Privacy, Individual autonomy, Minors

* Department of Emergency Medicine, College of Medicine, Ewha Womans University

** College of Law and Politics, Kyungnam University

*** Department of Emergency Medicine, Soonchunhyang University Hospital : *Corresponding Author*