

의료에 있어서의 윤리와 법*

주호노**, 배현아***

I. 서언

1. 의료에 있어서의 행위규범

의료종사자들의 행위기준으로서는 우선 자연과학의 법칙에 근거한 의학준칙을 들 수 있을 것이다.¹⁾ 생명을 구하기 위하여 다리를 절단하라는 것이 의학준칙에 따른 의학적 판단의 결과이다. 그러나 의료에 있어서의 의사결정과정(medical decision making)은 온전히 의학준칙에 의해서 이루어지는 것은 아니다. 의료의사결정은 주어진 양식에 따라서 기계적으로 해 나가는 단순한 절차가 아니라 환자-의사 관계라는 유동적인 인간관계에서 변증법적으로 이루어지는 복잡한 절차다.²⁾ 의료의 의사결정에 영향을 미치는 요인으로는 환자의 질병 상태, 예후, 연령, 성별 등뿐만 아니라 환자의 경제적·사회적 상태, 종교와 신념 체계, 그리고 의료진의 믿음과

의료기관의 역량 등이 고려되어야 한다. 예를 들어 심폐소생술의 경우 미국 심장협회와 대한심폐소생협회 등에서 많은 의학적 근거들을 기준으로 심폐소생술 지침을 제시하고 있지만 실제로 임상 현장에서 이루어지는 심폐소생술의 결정은 의학적 근거와 그에 따른 방법뿐만 아니라 의사결정을 해나갈 수는 없다.³⁾

이처럼 임상적인 행위규범 외에 의료종사자들의 행위를 외부로부터 규율하고 의사결정과정에 영향을 주는 것이 윤리와 법이다. 의료윤리라 함은 기본적으로 의료종사자의 개인에 대한 개인규범이라고 할 수 있다. 그러나 히포크라테스(Hippocrates)의 선서로부터 유래하는 의료윤리는 의료종사자는 윤리적이 되도록 교육되고 있다. 의료윤리에 반한 자는 전문가집단으로부터 배제된다는 어느 정도의 신뢰가 존재한다. 그 결과 의료윤리는 의료종사자 단체의 윤리강령, 학회의 가이드라인 등의 형태로 구체화되는 경우가 많다. 특히, 환자의 자기결정

* 본 논문은 한국의료윤리학회 춘계학술대회(2009. 06. 19) 발표논문입니다.

교신저자: 배현아, 이화여자대학교 법학전문대학원, 02-3277-6661, sincerebae@ewha.ac.kr

** 경희대학교 법과대학 경희법학연구소 생명공학법 연구센터장

*** 이화여자대학교 법학전문대학원

1) 의학준칙 외 다른 행위기준으로서는 의료관행을 들 수 있다. 의료관행은 의학준칙에 근거를 둔 합리적인 이유로부터 형성되는 것이 이상적이다. 그러나 의료관행은 의학적 이유와는 무관하게 사회적 이유 또는 과학적 근거가 없는 것으로부터 생겨나는 경우도 있을 수 있다.
2) 권복규, 김현철, 생명윤리와 법(제2판), 이화여자대학교 출판부, 2008 : 152 이하.
3) 대한심폐소생협회, 공용심폐소생술 가이드라인: American Heart Association, Guidelines for Cardiopulmonary resuscitation and emergency cardiac care.

(self determination)과 설명과 승낙(informed consent)의 원칙들을 중시하는 생명윤리(bioethics)는 의료부권주의(medical paternalism)에 근거를 둔 종래의 의료윤리와는 달리 외부로부터의 견제라는 성질을 보다 강하게 가지고 있다고도 볼 수 있다.

분명 의료에 관한 법적 규제는 외부로부터 온다. 의료법은 의료종사자들의 자유롭고 전문적인 판단을 구속하고 의료계의 자율권을 제한하게 되고 앞으로도 의료에 관한 법적 규제는 필연적이라고 할 수 있다. 여기서 우리는 의료 영역에 있어서 의료윤리의 역할과 직업윤리의 형태로 보건의료종사자에게 맡겨져 있었던 의료의 의사결정 과정에 법적 의무가 부과되는 법적 규제가 도입된 당위성에 대하여 검토해보고 의료 영역에 있어서의 윤리와 법의 역할이 어떠해야하는지 논의해 보자 한다.

2. 의료에 있어서의 윤리와 법의 의의

국어 사전적으로 윤리라 함은 사람으로서 마땅히 행하거나 지켜야 할 도리를 말하고,⁴⁾ 법이란 국가의 강제력을 수반하는 사회규범을 의미 한다.⁵⁾ 윤리는 모두에게 적용되는 보편윤리, 가족이나 소속 지역사회에 필요한 개인윤리 및 직업상 요구되는 직업윤리로 구분할 수 있다. 살인범에 대한 치료에서 보는 바와 같이 전문가의 직업윤리는 경우에 따라서 보편윤리에 반하는 것처럼 보일 때가 있다. 그러나 전문가의 직업윤리를 지키는 편이 사회전체를 위하여 바람직하다고 할 수 있다. 여기서 의료윤리란 의사 또는 의료인의 '전문직 윤리(professional ethics)'로서 환자-의료인 관계, 충분한 정보에 의한 동의, 진실 말하기, 환자의 비밀 엄수 등 전통적으로 의료인이 준수해야 할 윤리적인 사안들을 다룬다.

법은 자연법과 실정법으로 대별할 수 있다. 실정법은 국가 등에 의하여 제정된 법을 말하며, 자연법이란 실정법이 제정되기 이전부터 자연적으로 존재하는 법으로서 자유권이나 평등권 등의 자연권을 말한다. 자연법 논자들에게 의하면 국가의 주목적은 자연권의 보호에 있으며, 자연권을 보호하지 않는 국가에의 저항은 정당화된다고 한다. 실정법은 성문법과 불문법으로 나누어지고, 성문법은 다시 국제법과 국내법으로 세분된다. 관습법이나 판례법 등은 불문법에 해당하고, 조약 등은 국제법에 속한다. 국내법은 헌법, 법률, 명령·규칙 및 지방자치단체가 정하는 조례·규칙의 순위로 존재한다. 그런데 여기서 법을 국가의 강제력을 수반하는 사회규범이라고 정의하게 되면 이는 실정법을 의미하는 것이다. 그러나 이러한 분류들은 법학교육기관에서 법학을 가르칠 때에는 대단히 유용한 것일 수 있으나, 사회의 실제 법률 수요를 이러한 분류에 의해 충족할 수는 없다. 그래서 현대 법학에서는 이러한 종래의 분류보다도 법률 현상의 특성과 법률 수요의 필요성 등을 감안하여 이른바 '전문 법학'이라는 형태의 좀 더 실용적인 법학 분야를 분화시키고 있다.⁶⁾ 이러한 전문법학의 영역이 따로 필요한 이유는 전통적인 공법학의 원리나 사법학의 원리가 필요성에 따라 모두 적용될 수 있고, 의료법학과 의료윤리는 이러한 이유에서 전문 법학의 한 영역으로 자리매김할 수 있다. 따라서 의료에 관한 법과 윤리에서 다루는 많은 사건들은 국가의 법률적 규제와 밀접한 관련을 맺고 있다. 그러므로, 의료종사자들은 그들의 의무와 책임이 막중한 만큼 윤리와 법에 더욱 관심을 기울여야 한다. 윤리적 의무를 다하지 못한 행위가 법에 의해 평가 받았을 때 법에 위반된 경우라면 이에 관한 법적 책임이 발생하고 위법한 행위로 인하여 처벌받거나 배상을 해주어야 할 수 있다. 반대로 법을 따르는 것만으로 의료종사자들은 윤리

4) 네이버 국어사전(URL: <http://krdic.naver.com/detail.nhn?docid=29893300>, 검색어: 윤리, 검색일: 2009.5.10).

5) 네이버 국어사전(URL: <http://krdic.naver.com/detail.nhn?docid=16468600>, 검색어: 법, 검색일: 2009.5.10).

6) 이러한 전문 법학에는 이미 잘 알려진 지적재산권법이나 세법 등을 넘어서 은행법, 도산법, 소비자법, 증권법 등 다양한 형태의 것들이 발굴되어 소개되고 있다.

적 갈등상황을 해결할 수 있거나 의료에 있어서 윤리적인 의사결정을 할 수 있는 것은 아니기 때문이다.

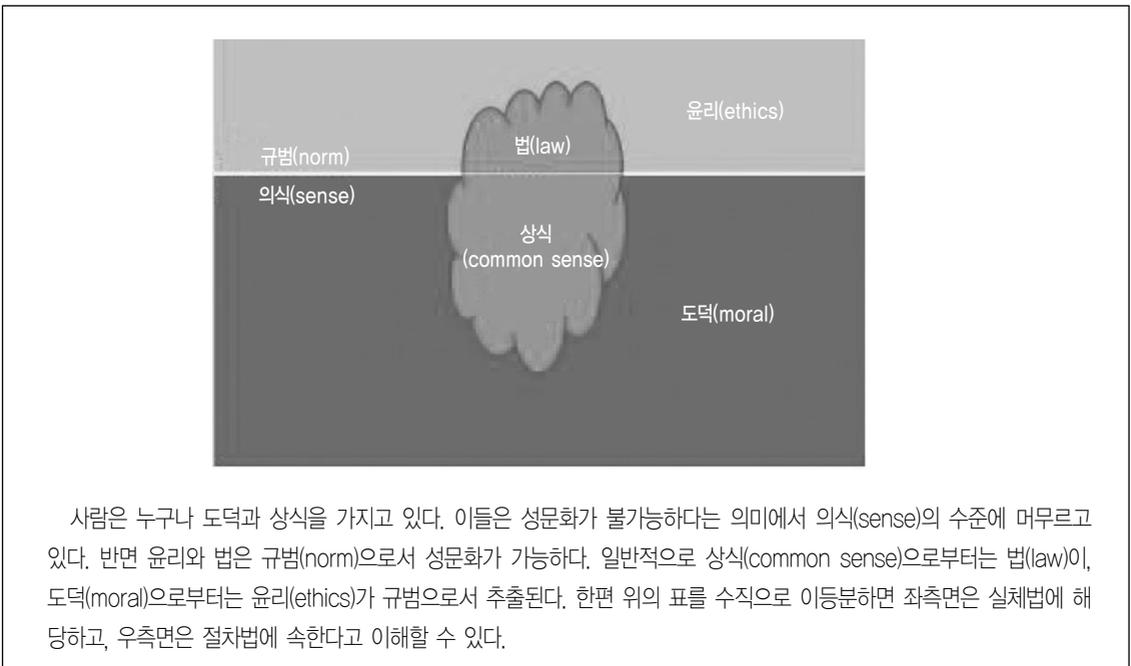
3. 의료에 있어서의 윤리와 법의 관계

윤리와 법은 강제력의 유무에서 차이를 가지지만, 양자는 본래 같은 사회규범을 이루고 있었다. 따라서 법의 근원은 역시 윤리에 있으므로 법은 그 본질에 있어서 윤리와 밀접한 관련을 가진다. <그림 1>

엘리네크(Georg Jellinek, 1851-1911)는 “법은 윤리의 최소한(das Recht sei nichts anderes als das ethische Minimum)”이라고 주장한 바 있다.⁷⁾ 법의 내용이 되는 윤리는 사회질서의 유지라는 법의 목적을 달성하기 위하여 최소한에 그쳐야 한다는 것을 의미한다. 따라서 반윤리적인 모든 행위를 법적 제재의 대상으로

하여서는 안 된다. 법에 위반한 것은 모두 항상 윤리에도 어긋나게 되지만, 법에 위반하지 않는다고 해서 항상 윤리적인 것은 아니게 된다. 한편, 슈몰러(Gustav von Schmoller, 1838-1917)는 “법은 윤리의 최대한(das ethische Maximum)”이라고 하여 윤리가 사회전반에 확대되는 것을 지적한 바 있다.⁸⁾ 윤리가 법으로 편입되면 법적 제재를 수반하기 때문에 윤리는 최대한으로 유효성을 가지게 된다. 여기서 윤리와 법은 모두 사회의 질서의 유지를 그 목적으로 한다는 점에서 공통점을 보이지만, 그 성질에 있어서는 완전한 차이를 보이고 있다.

먼저, 윤리는 내면적이고 법은 외면적이라는 점에서 양자는 차이를 보이고 있다. 윤리는 내면적으로 동기 그 자체의 순수성을 요구하는 반면, 법은 동기여하를 묻지 않고 행위가 외면적으로 법에 어긋나지 않으면 그것으로 만족한다. 여기서 의료에 대한 법적 규제가 많은 경우 법



<그림 1> 윤리와 법의 관계

7) Wikipedia(URL: http://de.wikipedia.org/wiki/Georg_Jellinek, 검색어: Jellinek, 검색일: 2009.5.10).

8) Wikipedia(URL: [http://de.wikipedia.org/wiki/Gustav_von_Schmoller_\(%C3%96konom\)](http://de.wikipedia.org/wiki/Gustav_von_Schmoller_(%C3%96konom)), 검색어: Schmoller, 검색일: 2009.5.10).

적 책임을 회피하기 위해 외면적으로 법만 준수하는 소위 양자진로 등의 폐해를 예상할 수 있다. 또한 직업윤리의 영역으로 맡겨져 있던 영역에 법이 개입하는 것에 대하여 해당 분야의 종사자들의 저항 역시 예상될 수 있을 것이고 이러한 저항에 대한 정당화 근거가 윤리 영역에 대한 법의 최소한의 개입이라는 것과 개입의 필수성과 정당화 근거를 제시하는 것이다. 반대로 법이 개입하기 이전에 해당 영역의 전문가들 스스로의 자율적 규제가 성공적이지 못했다는 근거가 제시될 수도 있다.

다음으로 윤리는 자율적이고 법은 타율적이라는 점에서 양자를 구별하려는 견해가 많다. 윤리적 의무는 강제 대상이 될 수 없고 개인의 자율적 준수에 기대할 수밖에 없으나, 법적 의무는 국가권력에 의하여 강제될 수 있다고 한다. 그러나 학회 등의 가이드라인에 위반한 경우 학회 등에 의한 제명 등이 수반되기 때문에 윤리적 의무라고 해서 반드시 자율적인가에 대하여는 의문이 제기될 수 있다.⁹⁾ 그럼에도 불구하고 국가권력에 의한 강제성의 여부는 양자를 구별하는 기준이 될 수 있을 것이다. 이러한 의미에서 양자는 보완관계에 있다. 윤리와 법의 관계는 또한 그 내용에 있어서도 보완관계에 있다고 할 수 있다. 법은 그 속에 윤리적 내용을 다수 포함하고 있으며, 반대로 법의 내용이 윤리화하는 경우도 있다. 법에는 벌칙규정이 있어서 강력한 강제력을 발휘하지만 그것만으로 자연권을 보장하기에 충분하다고 할 수 없다. 법은 강력한 벌칙만큼이나 부당한 침해를 방지하기 위하여 엄격하게 규정된다. 그 결과 사회적으로 비난되는 일이 모두 법에 규정될 수 없고 필연적으로 법의 공백이 발생하게 된다. 또한 법이 강력하면 강력할수록 법에 대한 적극적 준수보다는 법의 제재를 피하려는 소극적 대응이

많아질 것이기 때문에 법의 공백을 피할 수 없게 된다. 법의 공백은 윤리에 의하여 보충된다. 법이 없는 경우에도 행위는 적절하게 취하여야 하기 때문이다.

4. 의료에 있어서 윤리와 법이 다루는 영역들

의료에 관한 법과 윤리가 다루는 사회 현상으로는 의료윤리 분야와 관련 된 법적 현상이라고 포괄적으로 말할 수 있을 것이다. 이러한 법적 현상들은 몇 가지로 구분될 수 있다.¹⁰⁾ 먼저 의료윤리와 의료법학이 다루는 영역은 포괄적인 의미에서 법적 규제의 영역이다. 법적 규제는 형법적인 형식 즉, 형벌을 부과하는 형식으로 할 경우 죄형법정주의의 원리에 의해서 행정벌 등을 부과할 경우에는 법치 행정의 원리가 규제 원리로서 고려되어야 할 것이다. 그런데 법적 규제는 어떤 형식으로 하든지 구체적인 개개의 사례를 모두 고려하는 형태보다 일차적으로는 일반적이고 보편적인 형태로 나타나게 된다. 즉, 법률의 일반성은 이러한 법적 규제의 주요한 특징 중 하나이다. 따라서 이러한 일반성만으로는 법과 의료윤리에서 다루는 문제들을 모두 해결할 수 없기 때문에 이러한 법률에 따라 개개의 판단을 내릴 수 있는 권한을 가진 기관이나 사람들은 이차적으로 개개의 사례들을 검토하여 그것이 일반적인 법적 규제의 형식에 적합한지 아닌지를 따지는 구체적 적용의 기능을 수행하게 될 것이다.¹¹⁾ 최근 우리나라에서도 이 분야의 법률적 쟁점들이 대법원 혹은 헌법재판소 등을 통해 사건화 되어 많은 전문적인 법 원리들이 확인되고 정착되어 가는 중으로 볼 수 있다.¹²⁾ 마지막으로 앞의 두 경우가 일반적인 법적 규제와

9) 해당 사회와 그 영역에 있어서 윤리지침이나 전문가 집단의 자율적 규제의 효율성에 대한 평가가 법의 개입여부를 결정하게 될 수 있는 것이다. 우리나라의 경우 의료법에 의한 규제 이후 응급의료의 영역에 응급의료에 관한 법률이 특별법의 형태로 새로운 규제의 영역으로 등장하게 된 것 등이 그러한 예가 될 수 있다.

10) 권복규, 김현철, 앞의 책, 2008 : 25-6.

11) 그런 기관으로는 우선 법률적 권한을 위임받은 행정기관이 있을 것이며, 이것이 소송사건으로 진화될 경우에는 법원도 그러한 기관이 될 것이다.

12) 대법원 2004.6.24. 선고 2002도995(소위 보라매 사건); 대법원 2009.5.21. 선고 2009다17417(소위 무의미한 연명치료중단 사건)

구체적인 법적 사건에 대한 판단으로 요약할 수 있다면 세 번째로 언급할 것은 이러한 법률적 문제로 진화되지 않은 분야라고도 할 수 있다. 그러나 여전히 법과 관련되어 있으며 특히 헌법의 기본권과 밀접한 관련이 되어 있는 분야로 아직까지 의료윤리 분야의 자율적인 규제에 맡겨져 있는 분야이다.¹³⁾ 이처럼 법과 의료윤리는 법적 규제와 자율적 규제 모두 대상이 될 뿐 아니라, 규제 규범을 넘어 구체적 사건으로 진화한 경우에도 그 대상으로 삼는 등 사실상 보건 의료 윤리와 관련된 모든 분야를 그 대상으로 볼 수도 있다.

II. 의료에 있어서의 윤리와 법의 상황

1. 의료에 있어서의 윤리의 현황

히포크라테스 선서(Oath of Hippocrates)는 의성(醫聲

聖, father of medicine)으로 불리는 그리스의 의사 히포크라테스(Hippokrates von Kos or Hippokrates von Cos, ca. 460 BC ~ ca. 370 BC)의 학파에 의해서 쓰여진 가장 오래되고 대표적인 의료윤리에 관한 문서이다.¹⁴⁾ 히포크라테스 선서 이후 의료계에서는 의료현장에서 발생하는 윤리적 문제를 해결하기 위해서 소위 “의료윤리의 네 원리”를 적용시켜 왔다.¹⁵⁾ 이 의료윤리의 네 원리들은 뷔챔(T. L. Beauchamp)과 칠드레스(J. F. Childress)의 저서인 “생명 의료 윤리의 원리들(Principles of Biomedical Ethics)”에서 설명한 이래로 널리 받아들여진 것들이다.¹⁶⁾ 즉, 자율성 존중의 원리(principle of respect for autonomy)¹⁷⁾, 해악금지 원리(principle of nonmaleficence)¹⁸⁾, 선행의 원리(principle of beneficence)¹⁹⁾ 및 정의의 원리(principle of justice)²⁰⁾이라는 네 가지의 원리들이 그것이다. 이러한 원리들은 의료 윤리 분야의 문제 사례들을 해결하기 위한 중요한 지침이 된다.²¹⁾

-
- 13) 전통적인 법학의 입장에서 말하자면 자율적인 분야는 이른바 사적 영역으로서, 특별한 이유가 없는 한 법이 간섭하지 않는 것이 사회의 자유를 보호하고 확대하기 위해 필요하다고 하였다. 특히 임의 규범인 민사법의 원리가 사적 영역에 적용되는 것 이외에, 공법 원리가 사적 영역에 적용되는 것은 법논리에 맞지 않는 것으로 생각되어 왔다. 그러나 현대 법학의 관점에서는 그러한 법논리도 이른바 헌법의 테두리 안에서 정당성을 부여받는 것으로 파악하는 경향이 대단히 유력하게 대두되면서 특히 전통적으로 공법 분야로 분류되어 있던 헌법의 원리들은 자율적인 영역 즉 사적 영역이라고 해서 그 적용이 배제되는 것이 아니라 적극적으로 적용할 필요가 있다는 견해들이 대두되었다. 권복규, 김현철, 앞의 책, 2008 : 26.
- 14) 이에 관하여는 대한의사협회(URL: <http://www.kma.org/contents/intro/intro03.html>, 접속일: 2009.5.5)에서도 찾아볼 수 있다.
- 15) 유효중, 손영세, 이경환, 의료문제에 대한 윤리와 법의 통합적 접근: 의료법윤리학사실(연세의료법윤리학총서 2), 동림사, 2002 : 66 이하 참조.
- 16) TL Beauchamp, JF Childress, Principles of Biomedical Ethics(5th ed), New York : Oxford, 2001.
- 17) 자율(Autonomy)이란, '자유롭고 독립하고 생각해서 결정하는 능력'이며, 또 '그러한 생각이나 결정에 근거해 행위 하는 능력'이다. 환자의 자율을 존중하는 것으로는, 환자가 스스로 결정할 수 있도록, 중요한 정보의 제공, 의문에의 정중한 설명 등의 원조를 행해, 환자의 결정을 존중해 따르는 것을, 의료 전문직 및 환자의 가족 등, 환자에게 관련되는 주위의 사람들에 대해서 요구하고 있는 것을 의미한다.
- 18) 이 원리는 선행의 원리와 연동한 의미를 갖고, '사람에 대해서 해악이나 위해를 미쳐서는 안 된다.' 라고 여겨지며 이 원칙으로부터, 1) '위해를 일으키는 것을 피한다.', 2) '해악이나 위해를 미쳐서는 안 된다.' 라고 하는 책무가 기인한다.
- 19) 이 원리는 '환자에 대해서 선을 이루는 것'이다. 특히 의료의 문맥에 대해 이 원칙에 따르는 것은, 환자를 위해서 최선을 다하는 것을 요구하고 있는 것으로 여기서 환자의 최선의 이익이란, 의료 전문직이 생각하는 환자에게 있어서의 최선의 이익이 아닌 그 환자가 생각하는 최선의 이익을 고려하는 것을 의미한다.
- 20) 정의란, 정당한 몫을 공평하게 각자에게 주는 것으로 정의 원칙이란, '사회적인 이익이나 부담은 정의의 요구와 일치하도록(듯이) 배분되지 않으면 안 된다.'는 것을 말한다. 이 정의 원칙에 있어서의 본배에는, 1) 형식적인 정의 - 유사한 상황에 있는 환자는, 같은 의료를 받게 되어야 하는 것인 -, 2) 실질적인 정의 - 있는 환자 집단에 이용 가능한 의료 레벨을 결정할 때, 그 환자 집단의 어떠한 차이에 따라서 결정할 수 있어야 할 것인가 - 가 있다. 임상 현장에 있어서는, 최선의 가능한 의료 자원(집중 치료실의 침대, 재해 의료시의 의료 자원 등)을 모든 사람에게 제공할 수 있는 것은 아니므로 의료 시스템 등 여러 가지 상황 속에서, 의료 전문가에게 개개의 환자에게 소비할 수 생기는 자원의 범위, 제공할 수 있는 치료의 한계에 대해서 판단하는 것이 요구되고 있다.
- 21) 그러나 하나의 원리로 완벽하게 해결할 수 있는 사례들은 현실에서 그렇게 많지 않다. 대부분의 사례들은 원리와 원리가 충돌하는 경우를 많이 포함하고 있으며, 때로는 사례 자체가 어떤 원리와 원리의 경계선에 놓여 있는 경우도 많다. 대표적인 원리론자인 드워킨(Ronald Dworkin)에 의하면 원리와 원리는 서로 배제적인 관계가 아니라, 서로 조화하거나 양보할 수 있는 관계라고 한다. 이런 의미에서 한 원리의 독단적 적

이 외에도 의료윤리의 영역에 있어 많은 국제 규정들과 선언문들이 발표되어 왔다. 비교적 초기에 발표된 뉘른베르크 재판의 강령은 큰 파문을 일으켰고 이 파문은 의사의 전문단체인 의사회에 파급되었고, 1948년 세계의사회는 제네바 선언을 결의하고²²⁾ 다음 해인 1949년에는 “의학윤리의 국제강령”을, 1954년에는 “연구 및 실험의 원칙”을 채택하였고, 1964년에는 “헬싱키 선언”을 공포하였다. 의료윤리는 환자의 권리도 그 내용으로서 포함하고 있었지만, 명확한 형태를 가지게 된 것은 세계의사회의 “헬싱키 선언”(1964년)이 그 최초이다.²³⁾

헬싱키 선언은 의학의 발전을 위하여 인체실험이 불가결하다는 것을 확실히 인정하고 피험자 개개인의 이익과 복지를 과학이나 사회에 대한 기여보다도 우선하여야 한다는 원칙에 따라 임상연구의 윤리를 지키기 위한 구체적 절차를 명백히 한 것으로 국제적으로도 높이 평가되고 또한 의사윤리의 바이블로 여겨지고 있다. 이것이 인포드 콘센트(informed consent)의 원점이 되었다.²⁴⁾ 뉘른베르크 재판이나 헬싱키 선언에 대하여 구미 각국은 나름대로의 반응을 나타냈다. 뉘른베르크 재판 때만 하더라도 인체 실험할 때의 인권이란 각도에서 이해된 경향이 있었으나 점차 이러한 사고의 기본은 인포드 콘센트, 즉 설명과 동의에 있음이 명확하게 되어 도리어 환자

의 권리라는 뜻으로 받아들여지기 시작하였다. 특히 미국은 1960년대에 이어 남녀동등권, 임신중절의 자유화, 성혁명, 히피족의 출현, 마약중독의 경중 등 사회적 혼란 시대이기도 하였다. 이럴 때에 생명윤리(bioethics) 또는 생명의료윤리라 불리는 생명윤리문제도 거론되게 되어 결국 의료 자체도 본질적으로 검증을 받게 되었다. 이리하여 1973년에는 환자의 권리장전이란 것이 미국병원협회에 의하여 제정되었다²⁵⁾. 미국 병원협회의 “환자의 권리장전” 이후 세계의사회의 “환자의 권리에 관한 리스본 선언”(1981년) 등이 공포된 바 있다²⁶⁾. 여기에서는 환자의 권리로서 주로 최선의 의료를 받을 권리, 인간으로서의 존엄성을 유지할 권리, 의료에 참가할 권리, 프라이버시를 보호받을 권리 및 진료기록을 열람할 권리 등이 나열되고 있다. 그 외 국제의사 윤리헌장(International Code of Medical Ethics)은 1949년 10월 런던에서 열린 제3차 세계의사협회에서 채택된 것으로 윤리적인 의료행위에 관한 가장 기본적인 원칙들이 포함되어 있다.²⁷⁾

의료윤리에 관한 국내의 지침은 대한의사협회의 윤리강령과 윤리지침이 있다.²⁸⁾ 나이팅게일 선서가 간호사들의 간호 행위를 안내하는 지침으로 따르기로 선언한 대표적인 국제적 윤리 규범이라고 한다면,²⁹⁾ 우리나라

용은 피해야 할 태도라고 할 수 있다. 나아가 원리에 의한 문제 해결이 갖는 일반성과 추상성 때문에 때로는 구체적인 사례를 해결하는 방식인 결의론을 모색할 수밖에 없다. Ronald Dworkin, Taking rights seriously, Harvard University Press, 1979.

22) 제네바 선언(Declaration of Geneva)은 1948년 스위스 제네바에서 개최된 세계의사협회 총회에서 채택되었다. 이는 현시대와 맞지 않는 히포크라테스의 선서를 현대화시키기 위하여 시도된 것으로서 의학이 추구하는 인간적인 목표에 대한 의사들의 공헌을 표현한 헌장이다. 제네바 선언은 1968년 시드니에서 개최된 제22차 세계의사협회 총회에서 개정된 바 있다.(한국가톨릭의사협회 편, 의학윤리, 수문사, 1984 : 524.)

23) 헬싱키 선언은 인간을 대상으로 생의학적 연구를 행하는 의사를 위한 권유이다. 이는 1964년 헬싱키에서 채택, 1975년 도쿄 제29회 세계의사회에서, 1983년 베네치아 제35회 세계의사협회 총회에서 개정되었고, 다시 1989년 홍콩 제41회 세계의사협회 총회에서 재개정되었다.

24) 김영균, 인포드 콘센트(설명과 동의), 수석문화재단, 1997 : 26.

25) 김영균, 앞의 책, 1997 : 35 이하.

26) 1981년 9월 포르투갈 리스본에서 개최된 제34차 세계의사협회(WMA, The World Medical Association)의 총회는 “환자의 권리에 관한 리스본 선언”을 채택한 바 있다.

27) 한국가톨릭의사협회 편, 앞의 책, 1984 : 525.

28) 대한의사협회(URL: http://www.kma.org/index_general.html), 의사윤리지침

29) 간호사들의 간호 행위를 안내하는 지침으로 따르기로 선언한 대표적인 국제적 윤리 규범으로 이 선서문은 히포크라테스 서약문을 일부 따른 것이며, 나이팅게일을 기념하기 위하여 그녀의 이름으로 바쳐진 것으로 원문은 1983년 미국 미시간 주 디트로이트시 Harper병원 Farrana 간호학교 졸업식에서 처음 사용된 것인데, 우리나라에서는 오랫동안 각각의 간호교육기관에서 통일되지 않은 번역서약문을 사용해 오다가 1988년 1월 22일 대표자 회의에서 그간 사용되어 오던 각종 서약문을 수집·분석하여 서약문을 ‘선서’로 하고 통일번역문안을 마련하여 제55회

에서 이에 버금가는 의미를 지닌 것으로는 간호사들의 전국적·대표적 단체인 대한간호협회의 한국간호사 윤리선언(제정 2006.2.23)과 한국 간호사윤리강령(제정 1972.5.12, 개정 1983.7.21, 1955.5.25, 2006.2.23)이 있다.³⁰⁾

2. 의료에 있어서의 법의 현황

의료와 관련 된 문제가 법의 대상으로 부각된 주된 요인 중 하나는 앞에서 살펴본 의료에 관한 윤리와 법이 다루는 현상들처럼 먼저 환자의 권리의식의 향상과 의사와 환자의 의사소통 및 관계 형성의 부족 등을 배경으로 하여 의료사고가 인식되고 분쟁화 되어 중국에는 소송을 통해 재판으로까지 진행되는 경우들이 의료계와 일반 국민들에게 큰 영향력을 미치게 된 것이다. 또한 의료기술이 급속하게 진보하고 인공수정·체외수정·장기이식 등의 의료 기술이 실용화함과 동시에 인간 생명의 시작과 끝을 둘러싸고 의료와 법의 관계가 다시 문제되었던 점 등이다. 이러한 현상들은 생명윤리와 의료법학에 관한 논의가 일찍 시작된 외국의 경우에도 그러했다.³¹⁾

결국 의료의 본질적인 특성상 의료는 질병의 치료 내지 예방을 위하여 행하여지는 것임에도 불구하고 의료의 프로세스에서는 사람의 신체·생명에 대한 위협을 수반하는 경우가 적지 않다. 또한 환자의 인간으로서의 존엄과 자기결정의 권리를 완전히 무시하는 의료적 행위가 허용되어서는 안 된다는 것도 당연하다. 그러므로 의료는 본질적으로 법으로부터 자유로울 수 없고, 의료기술의 진보는 환자의 인권과의 관계에 있어서 법적인 규제를 받을 필요가 있게 되었다.³²⁾

1) 법의 개입의 목적

법의 기능은 분쟁의 해결, 이익조정 기능, 사회의 질서를 유지하는 기능, 공익과 공공복리를 추구하는 기능, 마지막으로 법은 정의와 인권을 수호하는 기능을 한다.³³⁾ 의료에 대한 법의 개입은 이러한 법의 기능 중 의료소송을 통해 분쟁을 해결하는 기능 외에 특별히, ① 다른 사람의 권리 내지 이익과 ② 환자의 안전 내지 건강을 지키기 위하여 이루어진다고 할 수 있다. 전염병환자에 대한 의사의 신고의무(전염병예방법 제4조) 내지 격리수용(전염병예방법 제29조) 또는 정신질환자에 대한 평가입원(정신보건법 제25조) 내지 응급입원(정신보건법 제26조) 등은 전자의 예이다. 이에 반하여 진료인수의무(의료법 제15조) 내지 응급의료의무(응급의료 등에 관한 법률 제6조) 등은 후자의 예에 속한다. 종래에는 후자의 환자의 안전 내지 건강을 지키기 위한 목적을 위하여 법은 매우 강력하게 개입해왔다고 생각된다. 그러나 이에 대하여는 최근에 이르러서 재검토하지 않을 수 없게 되었다. 비록 환자의 건강에 다소의 위협이 수반되더라도 환자 자신의 자유 내지 자기결정을 우선시하는 사상이 대두되었기 때문이다. 이러한 경향은 ③ 환자의 권리를 지키기 위하여 특히 자기결정 내지 설명과 동의(informed consent)의 법리 등을 중요시하는 생명윤리(bioethics)의 발전에 영향을 받은 바가 크다고 할 수 있다.

2) 법의 개입의 유형

의료는 사람의 생명이나 신체에 중대한 영향을 미치고 공공의 관심사였기 때문에 이에 대하여는 종래부터 법에 의하여 통제되어 왔다. 이에 관하여는 크게 공급에

정기대의원총회(1988, 2, 12)에서 확정한 것이다. 대한간호협회(URL: <http://www.koreanurse.or.kr/>) 참조.

30) 손영수, 의사 입장에서 본 간호사 윤리, 한국의료윤리교육학회지 2007 : 10(2) : 125-33.

31) 카렌퀸란 사건; 낸시 크루잔 사건; 베이비 M 사건; 루이스브라운 사건 등[Gregory E Pence, Classic Cases in Medical Ethics(3rd ed), McGraw-Hill, 2000 참조].

32) 森本益之, 法學要論, 嵯峨野書院, 1993 : 227.

33) 김문현 외, 법학입문(제3판), 법문사, 2008 : 8-9.

관한 규제, 의약품과 시설, 장비 등 물건에 관한 규제 및 내용에 관한 규제, 그 외 의료행위를 행함에 있어 절차에 관한 규제 등으로 나누어서 살펴볼 수 있겠다. 물론 법의 규제는 명문의 규정에 의하여 직접적으로 행하여지지만, 명문의 규정이 없는 경우에도 관습법상의 규제 또는 행정상의 제재, 민사상의 제재 및 형사상의 제재를 통하여 간접적으로도 이루어질 수 있다.

a. 공급에 대한 규제

의료공급자에 대한 규제는 의료인에 대한 규제와 의료기관에 대한 규제로 구분된다. 먼저, 의료영역에 있어서 공급에 대한 규제를 위해 의료법은 의료종사자의 자격, 행위 및 업무 등 또는 의료를 제공하는 시설의 인원 및 최저기준 등에 관하여는 이를 법으로 규정하고 있다. 의료행위는 그에 대한 면허를 취득한 자에게만 허용된다(의료법 제27조). 국가는 의료를 원하는 환자 내지 사회에 대하여 비의료인의 진료로 인한 피해가 발생하지 않도록 그 예방책으로서 의료인의 면허제도를 확립하고 의료행위의 독점성을 보장하고 있다.³⁴⁾ 의료라고 하는 것은 생물학적인 기능을 복합적으로 수행하고 있는 인간의 육체를 대상으로 하여 그에 대한 침습행위로서 행하여지기 때문에 매우 위험한 행위이다. 따라서 일반적으로 금지되는 행위를 특정한 지식과 훈련을 받은 사람에게만 해제한다고 하는 것이 면허제도의 의미이다. 여기서 의

료는 법에 의하여 요건을 정하고 그 요건을 충족한 자만이 행할 수 있도록 하는 면허의 기능에 의하여 독점성을 기본적으로 가지게 된다. 따라서 의사, 치과의사, 한의사, 조산사 및 간호사 등 의료인은 물론 의료기사 등도 면허를 발급받아야 한다. 간호조무사도 일정한 자격을 갖추어야 한다. 의료의 발달에 따라 의료에 종사하는 종사자도 다양하게 되었다. 여기에는 업무독점 및 행위독점이 있다. 면허는 의사에 관한 것이고, 전문의의 인정은 국가제도로서 각 전문학회가 행하고 있다. 다음으로 우리 법은 의료기관 개설에 관하여 병원급 의료기관의 개설에 관하여는 허가, 의원급 의료기관의 개설에 관하여는 신고를 필요로 한다는 것은 법적 규제의 전형적인 것이다.³⁵⁾ 허가를 요건으로 한 것은 동업자 단체의 자기방위 규정이라기보다는 수급을 조절하기 위한 공익적 규정이라고 이해된다.

또한 진료과목도 시설에 따라 표시하도록 규정하고 있다.³⁶⁾

이상과 같이 의료를 공급해야 할 인적 요원 및 물적 시설에 대한 규제는 간접규제적 위생행정의 대표적인 것이다. 그러나 그보다 더 중요한 것은 공급의 실질적 측면에서 의료법은 진료거부금지의 의무에 대하여 규정하고 있다. 의료인은 진료나 조산의 요청을 받으면 정당한 이유 없이 이를 거부하지 못한다. 이는 환자에 대한 의무가 아니라 국가에 대한 공법상의 의무로 이해되고 있다.³⁷⁾

34) 의료법 제27조 (무면허 의료행위 등 금지) ①의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며 의료인도 면허된 것 이외의 의료행위를 할 수 없다.

의료법 제87조 (벌칙) ①다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 5년 이하의 징역이나 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

의료기사등에 관한 법률 제9조 (무면허자의 업무금지등) ①의료기사등이 아니면 의료기사등의 업무를 행하지 못한다.

35) 의료법 제33조(개설) ③제2항에 따라 의원·치과의원·한의원 또는 조산원을 개설하려는 자는 보건복지가족부령으로 정하는 바에 따라 시장·군수·구청장에게 신고하여야 한다. <개정 2008.2.29>

④제2항에 따라 종합병원·병원·치과병원·한방병원 또는 요양병원을 개설하려면 보건복지가족부령으로 정하는 바에 따라 시·도지사의 허가를 받아야 한다.

36) 의료법 제43조(진료과목 등) ⑥ 제1항부터 제3항까지의 규정에 따라 추가로 설치한 진료과목을 포함한 의료기관의 진료과목은 보건복지가족부령으로 정하는 바에 따라 표시하여야 한다. 다만, 치과의 진료과목은 종합병원과 제77조제2항에 따라 보건복지가족부령으로 정하는 치과병원에 한하여 표시할 수 있다.[전문개정 2009.1.30]

37) 의료법 제15조(진료거부 금지 등) ①의료인은 진료나 조산 요청을 받으면 정당한 사유 없이 거부하지 못한다. ②의료인은 응급환자에게 「응급의료에 관한 법률」에서 정하는 바에 따라 최선의 처치를 하여야 한다.

응급의료에 관한 법률 제6조 (응급의료의 거부금지 등) ①응급의료기관등에서 근무하는 응급의료종사자는 응급환자를 상시 진료할 수 있도록 응급의료업무에 성실히 종사하여야 한다.

응급의료체제와 야간 및 휴일의 진료체제도 정비되어 있다. 응급의료종사자에게는 업무 중에 응급의료를 요청 받거나 응급환자를 발견한 때에는 즉시 응급의료를 행하여야 하며 정당한 사유 없이 이를 거부하거나 기피하지 못하도록 응급의료의무도 법정되어 있다.

b. 물건에 대한 규제

의료기술의 개발과 진보는 약에서 인공장기에 이르기까지 각종 재료의 사용 및 기계, 기구의 개발 등을 다양화하고 있는데, 이러한 물건의 잘못된 사용으로 인한 과오를 미연에 방지하고 의료의 내용을 보다 충실히 하기 위하여 이들에 대한 적절한 규제를 하게 되었다. 기존 법령과 더불어 사고방지를 위하여 여러 행정적인 입법이 증가되고 있다. 가령 약사법을 보면 제조업 및 수입판매업은 허가가 필요하며, 약품을 제조하는 데 있어서 매약품마다 허가를 필요로 하거나 승인을 필요로 하며 수시로 약품에 대한 검정을 하며 판매업의 허가, 표시에 관한 규정, 저장 및 보관의 방법 등을 법으로 규제하고 있다. 공업표준화법, 계량법 및 마약류관리에 관한 법률 등에 의하여 의료에 사용되는 물건은 일정한 규제를 받도록 되어 있다. 원래 의료에서 물건이라고 하면 의약품이 그 주요한 것이지만 그 외에 각종의 의료용 재료로부터 의료용 기구, 의료기기까지 다양하고, 특히 최근에는 인공장기 등에 이르기까지 질적으로 새로운 단계에 접어들었다고 할 수 있다. 여기서 이러한 것들은 많은 적든 재산법적인 규제를 필요로 하고 있다. 이러한 재산법적인 규제는 먼저, 사고를 일으키지 않기 위하여 예방, 단속을 위한 행정적인 입법이 증가하고 있다. 약사법의 규정 중 약간의 규정, 즉 제조업자 및 수입·판매업자의 허가 또는 품목마다의 승인, 기준 및 검정제도, 판매업의 신고·표시에 관한 규정, 규정된 요건에 위반된 판매·수여·제조·수입·저장·진열의 금지 등이 있다. 그 외에 공

업표준화법, 계량법, 고압가스단속법, 방사선장애방지법, 기타 여러 가지의 행정적인 입법을 생각할 수 있다. 또한 우선 시설의 요건으로서 언급된 의료법도 또한 의료기기에 대한 하나의 법원으로서 중요한 것이다. 이들을 통일적, 종합적으로 파악하여 그 규제의 의미와 효용을 검토하는 것은 앞으로의 과제이다.

의료에 있어서의 물건은 사고를 야기하는 원인으로서 종래의 사고와는 성질을 달리하는 법률문제를 발생시킨다. 약화사고 등에 대한 사회적 관심과 함께 기타의 기계기구도 향후는 대소 여러 가지의 사고를 일으킬 위험은 있다. 이로부터의 법적인 책임발생 역시 당연하다. 민사책임만을 생각해도 사람의 행위에 과실을 중심으로 생각하고 있던 종래의 민사책임론과 다른 범위에서 처리될 필요가 생겨나고 있다. 유상계약에 있어서의 하자담보책임, 불법행위법에 있어서의 토지공작물책임 등 기존의 법리 중에도 물건의 사고와 관련된 법리가 있고 그 중요성이 증가하고 있다. 그러나 이들만으로는 충분하지 않고 제조물책임이라고 하는 새로운 법리가 더욱 주목받을 것으로 생각된다. 의료행위와 관련 된 물건의 다양화는 의료기술자나 의료종사자를 다양하게 하고 수많은 새로운 직종을 낳는 하나의 요인이 되고 있다. 이리하여 의사 중심의 의료에서 다종의 의료종사자의 협력에 의한 의료의 발전은 사고에 대한 책임도 복잡하게 하고 있다. 공동·연대책임, 상급자 책임론의 발전 등 한층 복잡해지고 그러한 많은 물건이나 사람 모두를 종합하는 장소 내지 조직체로서의 병원 그 자체가 조직의료의 책임자로서 직접 전면에 나오지 않을 수 없게 되고, 거기에 적합한 규제방법을 필요로 하게 되었다.

c. 내용에 대한 규제

의료의 내용은 의학적인 이론에 근거한 의료기술에 의하여 결정되어야 할 것이다. 따라서 이에는 법이 개입

②응급의료종사자는 업무 중에 응급의료를 요청 받거나 응급환자를 발견한 때에는 즉시 응급의료를 행하여야 하며 정당한 사유 없이 이를 거부하거나 기피하지 못한다.[전문개정2002.3.25]

하지 않는 것이 원칙이다. 의료법도 의료인이 하는 의료·조산·간호 등 의료기술의 시행(의료행위)에 대하여는 이 법이나 다른 법령에 따로 규정된 경우 외에는 누구든지 간섭하지 못한다고 규정하고 있다³⁸⁾. 또한, 보건복지가족부장관 또는 시·도지사는 보건의료정책을 위하여 필요하거나 국민보건에 중대한 위해(危害)가 발생하거나 발생할 우려가 있으면 의료기관이나 의료인에게 필요한 지도와 명령을 할 수 있다.³⁹⁾ 의료의 내용에 대하여 법이 예방적으로 명문으로 규정하는 것은 예외적인 경우이다.⁴⁰⁾ 그러나 사후적으로 법적 제재를 받을 가능성이 증가하고 있다. 의료과오의 소송건수가 과거에 비하여 증가한 것이다. 법이 개입할 수 있는 연결점은 평균인 등이다. 평균인의 주의의무로서 법에 따른 사후적 판단이 가능해진다. 평균인의 주의의무는 나아가 정형적 경과에 의한 정형적 결과의 발생이라고 하는 경험칙을 논거로 하여 결과로부터 과실에 대한 사실상 추정이 이론까지 넓혀가고 있다. 이렇게 하면 의료인의 주의의무는 통상의 의료인 평균의 주의의무에 머무르지 않고 최선의 주의의무로까지 고도화 하는 방향으로 나아가갈 수도 있다. 주의의무의 기준을 설정함에 있어서 의료에 있어서의 일반적 관행에 대하여 법원은 법적 판단의 기준으로 할 수 없다고 하는 것이다. 관행을 부정하는 사례가 많다. 당시의 의학수준에 미치지 못하고 있는 관행은 주의의무의 기준이 될 수 없다. 연찬의무는 의사의 중요한 의무이며 이에 미치지 못하는 경우 일반적 관행이라는 이유로 면책되지 않는다.

의료과오소송에서 주의의무의 기준이 될 수 있는 의

학수준 내지 일반적 관행의 존재를 정하는 것은 전문가의 증언이며 감정제도이다. 또한 환자의 인권이 그 기준이 되어야 한다. 원래 의료에 있어서 히포크라테스 이후 환자의 이익이 제일이었다. 그러나 최근에는 국민의 생명권, 건강권 등이 실제화되고 보편화되었다. 나아가 환자의 승낙은 환자의 권리를 지키는 적정절차의 관점에서 파악되고 있다. 의료과오 사건의 특성에서 알 수 있는 것처럼 최근 과실의 판단은 폭을 넓히고 깊이를 더하고 있다.

d. 절차에 대한 규제

최근 설명과 동의의 법리와 같이 판례상 승인되어 오던 것들이 법률상 명문으로 규정되는 등 법은 절차적 측면에서도 그 개입 내지 규제의 범위를 확대하고 있다. 의료분쟁에 관한 해결을 포함하여 종래 의학준칙, 의료관행 내지 의료윤리 등에 의하여 처리되어 왔던 영역들이 이제는 법규제의 영역으로 편입되는 특징을 보이고 있는 것이다. 예컨대, 설명 동의 절차에 대하여 응급의료에 관한 법률은 환자의 자기결정권을 고려한 절차로서 제9조에서 명시적으로 응급의료의 설명·동의에 대하여 밝히고 있다. 이에 따르면 응급의료종사자는 응급환자가 의사결정능력이 없는 경우와 설명 및 동의절차로 인하여 응급의료이 지체되어 환자의 생명에 위험 또는 심신상의 중대한 장애를 초래하는 경우를 제외하고 응급환자에게 응급의료에 관하여 설명하고 그 동의를 얻어야 한다고 정하고 있다. 또한 그 절차적인 면에 대하여도 응급환자의 의사결정능력이 없는 경우 법정대리인이 동행한 때에

38) 의료법 제12조 (의료기술 등에 대한 보호) ①의료인이 하는 의료·조산·간호 등 의료기술의 시행(이하 "의료행위"라 한다)에 대하여는 이 법이나 다른 법령에 따로 규정된 경우 외에는 누구든지 간섭하지 못한다.

②누구든지 의료기관의 의료용 시설·기재·약품, 그 밖의 기물 등을 파괴·손상하거나 의료기관을 점거하여 진료를 방해하여서는 아니 되며, 이를 교사하거나 방조하여서는 아니 된다.

39) 의료법 제59조 (지도와 명령) ①보건복지가족부장관 또는 시·도지사는 보건의료정책을 위하여 필요하거나 국민보건에 중대한 위해(危害)가 발생하거나 발생할 우려가 있으면 의료기관이나 의료인에게 필요한 지도와 명령을 할 수 있다. (개정 2008.2.29)

②보건복지가족부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 의료인이 정당한 사유 없이 진료를 중단하거나 의료기관 개설자가 집단으로 휴업하거나 폐업하여 환자 진료에 막대한 지장을 초래하거나 초래할 우려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있으면 그 의료인이나 의료기관 개설자에게 업무개시 명령을 할 수 있다. (개정 2008.2.29)

③의료인과 의료기관 개설자는 정당한 사유 없이 제2항의 명령을 거부할 수 없다.

40) 혈액관리법과 의료법 등은 의료행위 또는 그 내용에 규제를 하고 있는 상황이다.

는 그 법정대리인에게 응급의료에 관하여 설명하고 그 동의를 얻어야 하며, 법정대리인이 동행하지 아니한 경우에는 동행한 자에게 설명한 후 응급처치를 하고, 의사의 의학적 판단에 따라 응급진료를 행할 수 있다고 규정하고 있다. 구체적으로는 같은 법 시행규칙 제3조에서 동의를 얻어야 할 내용을 환자에게 발생하거나 발생 가능한 증상의 진단명, 응급검사의 내용, 응급처치의 내용, 응급의료를 받지 아니하는 경우의 예상결과 또는 예후 및 그 밖에 응급환자가 설명을 요구하는 사항으로 정하고 있다. 또한 설명·동의 절차 중 응급의료종사자가 의사결정능력이 없는 응급환자의 법정대리인으로부터 동의를 얻지 못하였으나 응급환자에게 반드시 응급의료가 필요하다고 판단되는 때에는 의료인 1명 이상의 동의를 얻어 응급의료를 할 수 있도록 절차를 정하고 있다.

3) 법의 개입의 확대와 생명윤리

마지막으로 가장 중요한 것은 의료개념의 확대와 그에 대한 규제라고 할 수 있다. 이에는 여러 가지가 있기 때문에 몇 단계로 나누어 살펴보기로 한다.

먼저 미용성형이 매우 다양하게 되었고 마침내 그 형성이 성전환에 이르는 것까지 나타나고 있는 것은 알고 있는 바와 같다. 둘째, 외과수술의 발전이 나빠진 환자의 장기 자체를 수복하는 대신에 그것을 대신하여 혹은 다른 개체로부터 장기를 이식하거나 혹은 인공장기라는 이름의 기계를 외부로부터 보강하는 것을 가능하게 하고 있다. 이것들은 부품의 교환에 의하여 유기체 전체의 연명을 도모하는 것이고 결과적으로는 생명의 종기에 개입하여 그것을 연장하는 것에 공헌하고 있다. 이에 대하여 반대로 생명의 초기에 개입하는 일도 여러 가지로 행하

여지고 있다.⁴¹⁾ 즉, 사람의 건강 회복 및 호전을 위한 의료행위가 장기이증자로부터의 장기 채취수술은 건강상태의 호전이나 회복에는 도움이 되지 않거나 뇌사자로부터는 실제로 생명의 종기에 개입하고 종기를 앞당기는 경우도 가능할 것이다. 셋째, 임신중절 혹은 그 하나의 태양으로서의 태아진단 등을 열거할 수 있다. 이들은 성행위로부터 생식에의 결과발생을 인위적으로 멈추게 하려고 하는 점에서 생명에의 개입은 앞의 두 경우보다 깊고 예민하게 되지만 그것 이상으로 성과 생식의 일의적 관계를 보다 심각하게 변형하게 하는 것이다. 이것이 성행위에 의하지 않은 생식을 가능하게 하는 것이 있다. 인공수정이 이미 매우 대중적인 것이 된 것 외에 시험관아기 내지 배아이식(Embryo Transfer) 등도 점차 실험실에서 밖으로 나오고 있다. 이것들은 넓은 의미에서 유전공학이라고 불리는 것이지만 이것은 성에 의하지 않은 리프로덕션으로서의 클로닝이라든지 유전자의 조작 등 확실히 한계를 모르고 발전하고 있다. 결국, 의료행위에 대한 개념의 확대는 마침내 생명과학 기술과 연구에까지 이르게 되었다. 생명의 발생 내지 연장에서의 개입에 머무르지 않고 생명의 전달과정 그 자체에 법의 개입이 진행되고 있는 것이다.⁴²⁾ 이와 같이 확대 발전하여 오고 있는 의료 중에서 법적 규제의 기능은 어떻게 변화해오고 있는가? 의료에 대한 법의 개입은 법규제의 확대라는 양적인 측면에서의 증가에 멈추지 않고 “형사사건화”라고 하는 질적인 측면에서의 강화가 또 하나의 현상으로서 지적될 수 있다. 이러한 경향은 비행벌화의 방향으로 가고 있는 교통사고의 경우와는 달리 의료분쟁의 경우에는 행정상 내지 민사상의 책임추궁이 효과적이지 않기 때문에 발생하는 것으로도 볼 수 있다. 즉, 의료계 스스로의 윤리성 확보와 그에 따른 자율적 규제가 충분치 않았다

41) 보조생식술을 통한 임신과 분만의 경우 호르몬으로 과배란 유도 후, 난자를 채취하여 채취된 난자와 정자를 체외에서 수정시키는 등의 시술 전반이 의료행위인지 의료행위라면 반드시 의료인에 의하여 이루어져야 하는지 논란이 생길 수 있다. 실제로 고도의 기술을 필요로 하는 과정은 반복적으로 훈련된 자에 의해 이루어져야 하며 이 경우 연구실에 테크니션이 의료인이 아닐 수 있기 때문이다.

42) 생명윤리 및 안전에 관한 법률(법률 제9100호)은 생명과학기술에 있어서의 생명윤리 및 안전을 확보하여 인간의 존엄과 가치를 침해하거나 인체에 위해를 주는 것을 방지하고, 생명과학기술이 인간의 질병 예방 및 치료 등을 위하여 개발·이용될 수 있는 여건을 조성함으로써 국민의 건강과 삶의 질 향상에 이바지하고자 2004년 제정되었다.

는 평가의 근거가 될 수도 있다. 그러나 이러한 현실에서도 의료 영역의 자율규범의 중요성을 강조하는 것은 매우 중요하다. 확대된 개념의 의료행위들은 통상의 진단이나 치료와는 목적을 달리하지만 인간의 육체에 대한 침습을 수단으로 하는 점에서 의료와 공통되며 그런 만큼 잘못하면 상해행위가 성립하게 된다. 이것들이 정당화되어 합법적으로 평가되고 있는 것은 그것이 의료행위로서 인식되기 때문이다. 이들은 모두 의료행위이며 의사에 의해서만 행하여져야 하는 것은 의사 이외의 사람이 다른 목적으로 사용하는 것을 금할 수 있다는 실익이 있다. 그러나 의사가 의료의 이름으로 행하는 경우 그것을 의사의 자유로운 재량에 맡겨도 좋은지에 대하여는 의문이 제기될 수 있다. 그럼에도 불구하고 의사가 의료행위로서 행하는 한 그 행위에 제재를 가하는 것은 어렵다. 바로 여기에 이들에 대하여는 법적 규제보다는 의사의 자율규범에 의한 자숙이 필요한 근거가 있다.

그런데 이들에 대한 규제의 중심이 되는 관점으로서 생명관이 문제되지 않을 수 없다. 일반적으로 의료개념의 확대라고 하는 현상은 인간의 육체와 생명에 대한 견해의 변화와 발전을 결과하고 또한 반대로 이것에 의하여 촉진되고 있기 때문이다. 즉, 일찍이 생명의 신성(sanctity of life)은 신의 질서의 일부로서의 인간의 생명의 신성인 것이다. 그런데 지금 신의 질서의 일부인 것을 거부하고 오히려 자연의 지배자로서의 인간이 표면에서 나와 공리주의적인 입장에서 이익교량, 가치교량의 일환으로서 생명의 규제에 사회의 기능으로서 생각하기에 이른 것이다. 그리하여 기본적 가치결정에 대한 개인책임의 강조가 그 의미에서의 새로운 윤리로서 나온 것이다. 이러한 인간주의적인 특히 공리주의적으로 생명을 조작한다는 생각이 새로운 시대에 대한 적극적인 의미를 가지는 것을 거절할 수 없으나 동시에 몇 가지의 부작용을 낳고 있다. 하나는 그들이 2개의 생명이 대항하고 충돌하는 상황에 직면할 때 2가지의 생명을 비교교량하고, 그것을 서열화할 위험을 가지고 있다. 장기이식은 기증

자로부터 수증자로의 장기의 공출이라고 하는 것으로 의료에 새로운 가능성을 열지만 동시에 거기에는 기증자의 생명과 수증자의 생명을 비교하고 후자를 중시한 나머지 자칫하면 전자를 경시할 위험을 가지고 있다. 그리고 낙태는 단순히 모의 생명뿐만 아니라 모의 자유에 봉사하는 것으로서 모의 프라이버시권의 일환으로서의 '낳지 않을 자유'를 근거로 하여 자유화를 추진하고 있지만 거기에 태아의 생명이라는 관점이 길항·제약해야 한다는 점을 잊어서는 안 된다.

우리나라의 실정법에 전형적으로 나타나 있듯이 한편으로는 형법에 의해 낙태를 일반적으로 금지하고 다른 한편에서는 그것을 법적 전제로 한 다음 모자보건법이 일정한 조건의 아래에서 일정한 경우에 그것을 해제한다고 하는 입법이 필요하다. 법적 규제의 다면성은 미국의 연방최고재판소와 Roe v Wade, 410 U.S. 113, 93 S Ct 705, 독일의 연방헌법재판소의 BVGE 39, 1 (1975). 상위한 판결이 대표적이라고 할 수 있다. 전자는 치료적 낙태 외 모두를 금지한 텍사스주법을 위헌이라고 단정하여 기간에 의한 해결을 제창한 것이고, 후자는 기간에 의한 해결을 인정한 개정 형법 제218조 a를 위헌이라고 단정한 것이다. 결론이 매우 대조적이다. 전자는 프라이버시권에의 법의 개입이 광범위하다는 것을 이유로 무효로 하고, 후자는 생명에 대한 위법한 침해에 대하여 방위할 의무를 다하지 않을 것을 이유로 위헌으로 한 것이다. 전자에서는 법의 소극적 역할이 기대되고, 후자에서는 적극적 후견이 기대된다고 할 것이다.

또한 생과 사의 경계가 문제된다. 의학의 발달에 의하여 인공적 생명유지장치가 발달하고 식물적 인간으로서의 연명이 가능하게 된 것으로부터 발생하는 문제이다. 먼저 전통적 3징후설 대신에 뇌사설이 주장되는 것에 대하여 그것은 죽음의 개념의 변경인지 아니면 그 인정기준의 변경인지에 대하여 견해의 대립이 있다. 후자라면 그것은 의료전문직업의 내부의 문제이며, 전자라면 그것은 그 이외의 각 전문영역이나 국민 일반과 관련되는

문제가 되어 그것이 뇌사인정을 위해 입법을 필요로 하는지 아닌지 하는 분기점이 된다고 하는 관점이다. 둘째, 사망은 자연과학적인 인식의 개념인가 아니면 인위적인 평가의 개념인가 하는 것이 문제된다. 그것이 자연과학적인 인식의 개념이라면 그것은 사회적 규범에 의한 통제 대상이 아니다. 그러나 인위적인 평가의 개념이라면 그것은 사회적 제약의 문제가 된다. 이는 방법론적 난제이며 두 가지 사회적 문제를 가진다. 하나는 의사의 진료의무의 한계의 문제이며 다른 하나는 환자 자신의 주체성(죽을 권리의 존부)의 문제가 된다. 이러한 문제 중 안락사의 문제가 가장 대표적이다. 의사의 두 가지 의무, 즉 생명연장의 의무와 고통완화의 의무가 상극이라고 하는 측면이 주목되고 있다. 여기서 하나의 기준으로서 생명의 질이라는 기준이 문제된다. 하나의 주요한 문제는 식물인간으로서의 존재가능성이 증대한 것이 사회적 존재로서의 인간, 의식적 존재로서의 인간, 건강하고 문화적인 존재로서의 인간 외에 의식을 가지지 않는 인간을 얼마나 평가하는가 하는 기본적인 문제에 직면하게 된다. 그러므로 이러한 근본적인 문제들에 법이 개입함에 있어서 생명의료윤리에 대한 기본적인 개념과 이해가 필요하며 그것을 바탕으로 한 개입이 정당화 될 수 있는 것이다.

III. 의료에 있어서의 윤리와 법에 대한 평가

의료윤리와 법이 함께 다루어져야 하는 이유가 있다. 앞에서 언급한 의료에 있어서 의사결정을 하는 과정에서 생명의료윤리와 관련된 많은 갈등들이 발생할 수 있다. 왜냐하면 의사들은 종종 환자들이 원하는 최선의 이익을 잘 이해하지 못하거나 이를 위한 자기결정권의 확보를 위한 충분한 정보를 주고 동의를 확보하는 등의 절차 및 의사소통에 익숙하지 않을 수 있다. 물론 관계형성에 필

요한 시간이 부족한 응급상황도 있을 수 있다. 이 때 많은 보건의료종사자들은 이러한 윤리적 갈등을 해결하기 위해 많은 윤리원리들과 윤리지침들을 적용하게 된다. 윤리적 결정들은 앞서 언급한 자율성, 선행, 악행금지, 정의의 원리 등에 기초하여 내려진다. 물론 이러한 윤리적 의사결정과정을 위해서는 이미 보건의료종사자들을 대상으로 한 윤리교육을 통해 의료현장에서의 윤리적 갈등상황을 인지할 수 있고, 그에 따라 적용할 수 있는 윤리원리들에 대한 이해가 전제되어야 한다. 그러나 이렇게 내려진 윤리적 결정이라고 해서 우리 사회가 정당하다고 받아들여주는 것은 아니다. 결정의 주체는 윤리적 의사결정이 내려진 이후 내가 내린 결정이 환자의 가족, 사회에 미칠 영향, 사회경제적 고려와 같은 특정 상황에 관계된 모든 요인들을 고려하고 관계 법령을 알아야만 한다. 왜냐하면 모든 윤리적 결정들은 현재 우리나라의 법체계를 고려한 법에 의한 평가를 받을 수 있기 때문이다. 물론 아직까지 많은 의료의 윤리적 갈등상황들은 법이 개입하기 이전에 윤리적 결정에만 온전히 맡겨져 있는 경우가 더 많다. 따라서 모든 보건의료종사자들은 정당하다고 평가받을 수 있는 윤리적 의사결정을 하기 위해 윤리원칙이나 지침뿐 아니라 현재 우리 법체계가 관여하고 있는 영역과 개입의 내용을 이해하고 있어야만 합리적인 결정을 할 수 있게 된다.

1. 의료윤리의 중요성

의료에 대한 법의 개입이 확대되는 경향에는 그 만한 이유가 있다. 그 배경에는 의료윤리를 필두로 한 법 이외의 규범이 충분히 작동하고 있지 않기 때문이다. 의학준칙이나 의료윤리 등이 불충분한 곳에 법규제가 시작되고 하는 사실에 주목할 필요가 있다. 그러나 법이 전면에서 등장하는 것은 그리 바람직한 현상이 아니다. 법은 '나쁜 의료'를 억제하는 수단으로 될 수는 있어도 '보다 양질의 의료'를 보증할 수는 없기 때문이다. 법을 위반하지 않은 것만으로는 양질의 의료실현할 수 없다는 것

은 당연하다. 예컨대, 설명과 동의의 법리에 있어서도 법을 위반하지 않는다는 것만을 생각한다면 그것은 그리 어려운 일이 아닐 수 있다. 그러나 의료윤리적으로 바람직한 설명과 동의라고 할 때에는 이야기가 완전히 달라질 수도 있다. 여기서 의료계는 의학진척에 근거하고 의료윤리를 감안하여 윤리적 갈등상황을 인지하고 상황에 적용하여 의사결정을 할 수 있도록 하는 윤리지침 등을 개발하는 것이 필요하다고 하겠다. 물론 그 지침은 현재 우리나라의 법체계가 반드시 고려되어야 한다. 법의 규제에 의하여 윤리적 문제가 항상 해결되는 것은 아니라는 것을 알아야 한다. 아직도 의료현장의 많은 갈등상황은 법의 규제가 미치지 않고 윤리에 의해서 해결해야 할 부분이 여전히 남아 있고 또한 새롭게 생겨나고 있다. 사람들의 윤리관은 시대와 함께 변화하고 있다. 노예 제도가 존재하고 있었던 시대에서도 사람들은 물론 윤리관을 몸에 익히고 있었지만 노예 제도를 인정하고 있던 것은, 노예를 스스로 동등의 권리를 가지는 인간으로 간주하지 않았기 때문이었다. 동등의 권리를 가지는 사람의 윤리관은 현대의 그것과 거의 다르지 않았다. 직업윤리도 시대와 함께 변화하고 있다. 변화의 방향은 여러 가지이지만, 주목해야 할 것 중 하나로 '설명 책임의 중시'가 있다. 예를 들어 파터널리즘(paternalism)이라는 말이 있다. 온정적 간섭주의 등으로 번역된다. "고지하면 환자는 견딜 수 없을 테니 고지하지 않는다."라고 하는 것이 그 예이다. 파터널리즘은 전문가가 '상대를 위해'라고 생각해 그 상대의 권리, 예를 들어 알 권리를 빼앗는 것의 일종이다. 여기서 '상대를 위해'라고 생각하는 것은 전문가 본인뿐인 것에 주의하지 않으면 안 된다. 의사의 직업윤리로서 이 파터널리즘은 급속히 인정받지 못한 것이 되고 있다. 그러나 파터널리즘의 모든 면이 부정적이라는 것은 아니다. 전문가에게는 설명 책임이 생긴다고 하는 점은 넓게 합의 되어 오고 있다. 상대가 알았을 때

의 그 상대에게의 설명뿐만이 아니라, 누구에 대해서도 합리적 설명을 할 수 없으면 안 된다. 전문가와 비전문가와와는 그 분야에 도착해 가지고 있는 지식의 양이 다른 것만으로, 상하 관계에 있는 것은 아니다. 설명할 수 없는 행위에는 윤리적인 문제가 있을 수 있다. 이것이 설명과 동의의 개념이 급속히 확립한 배경이다. 상대를 배려하고 알 권리를 빼앗는 것조차 문제이므로, '어차피 이해할 수 없을테니'라고 알리는 노력을 게을리 하는 것은 논외이다. 덧붙여 지식의 강매여도 안 된다. 비전문가가 알고 싶어졌을 때에는 언저라도 배울 수 있도록(듯이) 준비해 두는 것이다. 이것을 법에서는 설명 책임이라고 부르지만, 기술 윤리에서도 역시 중요한 점이다

2. 의료윤리교육을 통한 의료분쟁의 예방과 해결

의료윤리에 대한 교육은 환자와 의사의 관계 형성과 윤리적인 행위만을 위한 것은 아니다. 최근 증가하는 의료분쟁에 대하여 그 원인 중 의료 영역의 확대와 함께 수진기회의 확대, 의료기관의 영리화와 대형화로 인한 비인격화, 의료의 내재적 위험성에 대한 이해 부족, 정보화 사회로 인한 의료정보의 개방 등을 들고 있지만, 가장 중요하게 지적되고 있는 것은 환자-의사 간의 관계 변화로 인한 신뢰관계를 유지할 수 있는 의료체계가 부족하고 그러한 문화의 부재를 꼽고 있다.⁴³⁾ 또한 의과대학과 보건의료종사자를 대상으로 한 교육과정에서 환자에 대한 존중이나 솔직한 태도, 공감대 형성을 위한 효과적인 대화 기술이나 의사소통기법을 제대로 습득하지 못하였기 때문이라는 지적이 많았다. 실제로 외국의 한 연구에 의하면 소송 등의 법률행위를 취한 환자와 그 가족들을 대상으로 한 연구에서 실제 소송을 제기한 가장 큰 원인은 의료진과의 의사소통을 위한 기회가 없거나 현재

43) 김선중, 의료과오소송법, 박영사, 2005 : 19 이하; 박영호, 의료분쟁과 법, 법률정보센터, 2005 : 91-107; 범경철, 의료분쟁소송, 법률정보센터, 2003 : 40-44.

발생한 결과에 대한 충분한 설명, 잘못에 대한 인정이 아니더라도 유감을 표시하거나 결과에 대한 책임 영역에 대한 설명 등을 들었다.⁴⁴⁾ 손해배상을 위한 소송이나 의료진의 처벌을 위한 경우는 상대적으로 적었던 것으로 조사되었다. 우리나라에서도 실제 의료소송의 많은 부분이 의료진의 설명 부족 등을 이유로 제기되고 있는 만큼 의료계 역시 이와 같은 의료윤리에 대한 교육이 반드시 윤리교육으로서만이 아닌 법적인 의료분쟁의 예방과 해결을 위해 중요한 역할을 할 것이라는 것을 인지하고 의료윤리교육의 방향과 내용을 결정하여야 할 것이다.

IV 결어

사람이 사회생활을 영위하는 데 도덕(윤리)·종교·관습·법 등 여러 가지의 약속(사회규범)이 존재한다. 그 중에서 법만이 권력에 의해서 준수를 강제당한다고 하는 특징을 가지고 있다. 최근 의료에 대한 법적 규제가 질과 양에 있어서 모두 확장하는 경향을 보이고 있다. 법의 개입은 주로 환자의 권리를 지키기 위해서 되고 있어 거기

에 따라 환자의 권리 상황이 개선되었다고 하는 사실을 부정할 수 없다. 그러나 법은 나쁜 의료를 억제할 수 있어도 보다 좋은 의료를 보증하는 것은 아니다. 보건의료 종사자는 히포크라테스의 선서에서도 볼 수 있듯이 스스로를 통제하기 위해서 선서를 정해 거기에 가까워지는 의료공급자가 되도록 노력해 왔다. 의료인이 높은 윤리성을 가져 환자나 사회로부터의 신뢰감을 높일 수 있으면 결과적으로 법적 규제의 필요성은 감소할 것이다. 의료인 스스로의 윤리성 확보와 의료계의 성공적인 자율적 규제는 의료인 스스로에게도 의료분쟁의 감소 및 소송 외적인 해결 외에 전문가로서의 재량을 발휘하여 의료행위를 할 수 있는 환경을 확보할 수 있을 것이다. 이러한 의료 환경의 조성이 다시 돌아와서는 의료인으로 하여금 직업윤리를 확보하고 법적인 의무가 아닌 윤리적 의무로서의 의료행위에 종사할 수 있도록 할 수 있을 것이다. ^{ME}

색인어

의료윤리, 의료법, 의료분쟁, 윤리교육

44) Bismark M, Dauer EA. Motivations for medico-legal action. Lessons from New Zealand. J Leg Med 2006 ; 27(1) : 55-70.

Ethics and Law in Medicine

Ho-No Joo*, Hyuna Bae**

◉ Abstract

Ethical issues in medicine are often accompanied by legal issues. While it is important to take the legal aspects of a medical ethical problem into consideration, following the law does not always ensure an ethical outcome. Moreover, not all ethical issues in medical practice have a legal component, and the law is limited procedurally as a means of dispute resolution. In this article we argue that medical professionals should have a general understanding of both medical ethics and medical law and have the ability to analyze the ethical and legal issues involved in medical practice. Furthermore, we claim that improving physician-patient communication is an important goal of medical ethics education not only from an ethical point of view, but also from a legal point of view, insofar as it may help to prevent future lawsuits against physicians.

◉ Keywords

medical ethics, medical law, ethical conflict, ethics education

* Director, The Biotechnology Law Research Center at the Kyung Hee Institute of Legal Studies, College of Law, Kyung-Hee University

**Law School, Ewha Womans University: Corresponding Author