

의사조력자살에 가담한 의사의 자살방조행위는 면책될 수 있는가?

이 승 준*

국 | 문 | 요 | 약

형법은 자살관련죄를 규정하고 있다. 따라서 소극적으로 스스로 죽음을 택하는 경우는 형법의 개입대상이 아니나, 타인의 자살에 관여한 관여자는 자살방조죄로 처벌될 수 있다. 의사조력자살에 가담한 의사의 경우에도 예외가 아니다.

의사조력자살은 자살자의 생명단축에 있어 사람의 생명을 보호해야 할 의사가 적극적으로 개입한다는 점에서 일견 윤리적 비난을 넘어 법적 비난가능성이 부정되기 어려워 보인다. 그러나 각국이 자살관련죄의 규정이 있음에도 인간의 존엄과 가치를 지켜주는 방편으로서 의사조력자살을 인정하고 있는 현실, 그리고 우리 국민의 76%가 존엄사 내지 의사조력자살을 긍정적으로 평가하고 있다는 현실은 형법적으로도 의사조력자살을 검토할 필요성을 키우고 있다.

헌법학계나 의료계에서는 그 중요성에 비해 다양한 논의가 진행되었으나 아직 형법학계에서는 큰 관심을 받고 있지 못한 것이 사실이다. 그런데 2016년부터 3명의 한국인이 안락사를 돕는 스위스의 비영리단체에서 스스로 생을 마감했다는 사실은 우리나라도 의사조력자살의 논의가 진행되어야 할 시점임을 알려주는 신호탄이라고 할 수 있다. 이들이 죽음에 이르는 과정을 조력한 사람이 있었고, 이들의 행위가 자살을 용이하게 한 방조의 정도였다면 자살방조죄의 처벌가능성을 배제할 수 없기 때문이다.

본 논문은 의사조력자살의 형법적 정당화 가능성에 대한 시론(試論)적 고찰이다. 형법학계에서도 죽음에 대한 자기결정권과 이에 기초한 의사조력자살에 대한 심도 있는 학문적 논의가 촉발될 것을 목표로 한다. 이러한 목적하에서 먼저 의사조력자살의 개념을 살펴보았으며, 의사조력자살에 대한 국민들의 설문조사 결과를 분석해 본 다음, 의사조력자살 허용국의 입법례를 살펴보았다. 이를 바탕으로 형법이론적으로 의사조력자살에 가담한 의사의 행위가 정당화되고 자살방조죄의 책임을 면할 수 있는가를 자기결정권의 관점, 평등권의 관점, 절대적 생명보호의 관점에서 논증하였다. 그 결과 의사조력자살은 법적으로 정당화될 수 있으며, 이에 가담한 의료인의 행위는 피해자의 승낙에 기한 행위로 위법성이 조각될 수 있다고 결론을 도출하였다.

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2022.12.31.4.1>.

❖ 주제어 : 의사조력자살, 조력존엄사, 존엄사, 안락사, 자살방조죄, 자기결정권

* 연세대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

I. 문제의 제기

죽음의 문제는 법학에서도 언제나 다루기 어려운 주제이다. 유교 문화권인 우리 사회에서 생과 사의 경계지대에서 있는 사람의 실존적 문제를 언급하는 것은 금기에 가까운 영역이었기 때문이다. 그러나 인간은 누구나 생로병사의 과정을 거칠 수밖에 없으며 생애주기의 마지막에는 죽음을 마주하게 된다. 이 과정에서 인간의 존엄과 가치가 유지된 채 생을 마감하는 사람들이 다수이지만, 가족 내 간병살인, 존엄사 등의 이례적 생애말 과정을 겪는 사람들이 존재한다. 본 논문의 문제의식은 이 지점에서 시작한다. 생애과정에서 ‘늙거나 병든’ 사람들이 타인의 조력을 받고 그들의 생애말 결정(죽음)을 자유롭게 할 수 있도록 두어야 하는가? 아니면 형법을 통해 그러한 결정을 막고 타인의 죽음에 조력하는 행위를 금지하여야 하는가?

이러한 물음에서 이르게 되는 첫 번째 법적 쟁점은 존엄사 내지 연명의료의 중단이다. 그리고 한 걸음 더 깊게 들어가면 의사조력자살이라는 보다 적극적인 형태의 안락사 문제에 직면하게 된다. 이중 연명의료 중단은 사회적 논쟁이 뜨거웠지만 세브란스병원 대 김할머니 사건¹⁾을 거치면서 호스피스·완화의료 및 임종과정에 있는 환자의 연명의료결정에 관한 법률이 제정되어, 점차 정착단계로 나아가고 있다.

그러나 연명의료 중단을 넘어서는 의사조력자살은 헌법적 자유권과 생명의 절대적 보호원칙이 첨예하게 대립되는 영역으로, 각국에서 그 허용여부를 두고 논란이 벌어져 왔다. 그런데 최근 유럽의 스위스, 네덜란드, 벨기에 이외의 국가에서 의사조력자살을 허용하는 경향이 커졌으며, 미국의 각 주도 허용하는 추세에 있다.

이러한 상황에서 데이비드 구달(David Goodal) 박사의 의사조력자살은 또 한 번 사람들의 이목을 끌기에 충분했다. 104세였지만 비교적 건강했던 식물생태학의 권위자는 집에서 낙상하여 거동이 불편해진 것을 계기로 스위스로 건너가 생을 마감하면서, 노령을 이유로 한 의사조력자살의 윤리성에 불을 댕겼다.

형법은 자살관여죄를 규정하고 있다. 따라서 소극적으로 스스로 죽음을 택하는 경우는 형법의 개입대상이 아니나, 타인의 자살에 방조하는 경우 자살방조(형법 제252조 제2항)로 처벌될 수 있다. 의사조력자살은 자살자의 생명종결에 사람의 생명을 보호·연장해

1) 대법원 2009.5.21. 2009다17417 전합 판결.

야 할 의료인인 의사가 개입한다는 점에서 일견 윤리적 비난을 넘어 법적 비난가능성이 부정되기 어려워 보인다. 그러나 각국이 자살관여죄의 규정이 있음에도 인간의 존엄과 가치를 지켜주는 방편으로 의사조력자살을 인정하고 있는 현실, 그리고 우리 국민의 76%가 존엄사 내지 의사조력자살을 긍정적으로 평가하고 있다는 현실²⁾은 형법적으로도 의사조력자살을 검토할 필요성을 키우고 있다.

헌법학계나 의료계에서는 그 중요성에 비춰 다양한 논의가 진행되었으나 아직 형법학계에서는 큰 관심을 받고 있지 못한 것이 사실이다. 그런데 2016년과 2018년, 2021년 각 1명씩 모두 3명의 한국인이 안락사를 돕는 스위스의 비영리단체에서 스스로 생을 마감했다는 사실³⁾은 우리나라도 의사조력자살의 논의가 진행되어야 할 시점임을 알려주는 신호탄이라고 하겠다. 이들이 죽음에 이르는 과정을 조력한 사람이 있었고, 이들의 행위가 자살을 용이하게 한 방조의 정도였다면 자살방조죄의 처벌가능성을 배제할 수 없기 때문이다.

본 논문은 의사조력자살의 정당화 가능성에 대한 시론적 고찰이다. 형법학계에서도 죽음에 대한 자기결정권과 이에 기초한 의사조력자살에 대한 심도 있는 학문적 논의가 촉발될 것을 목표로 한다. 이러한 목적하에서 본고는 먼저 의사조력자살의 개념을 살펴보고(Ⅱ), 의사조력자살에 대한 국민들의 설문조사 결과를 분석해 본 다음(Ⅲ), 의사조력자살 허용국의 입법례를 검토한 후(Ⅳ), 형법이론적으로 의사조력자살에 가담한 의사의 행위가 정당화될 수 있는가를 논의하고자 한다(Ⅴ).

Ⅱ. 의사조력자살의 개념

의사조력자살로 잘 알려진 국가는 스위스이다. 스스로 생의 마감을 선택한 사람이 가족들과 담담히 인사를 나눈 후, 극약(펜토바르비탈)이 담긴 물잔을 들이키고 10분 만에 싸늘한 주검으로 변한다. 흔히 알려진 의사조력자살의 장면이다.

2) 설문조사 결과는 “Ⅲ. 의사조력자살에 대한 국민의 의식 조사 결과와 그 의미”에서 상론한다.

3) 서울신문 2019.3.6.자 기사 “한국인 2명 안락사 지원, ‘디그니타스’ 공동대표 단독 인터뷰” (<https://www.seoul.co.kr/news/newsView.php?id=20190306500050>) 참조. 2021년 1명이 추가로 의사조력자살을 시행하였다.

의사가 회복가능성 없는 환자에게 죽음을 초래하는 정보와 도구를 제공하고, 환자가 죽음에 이르는 행위를 실행하는 경우를 의사조력자살 또는 의사조력사, 조력사망라고 한다.⁴⁾ 가치중립적 용어로 의사조력사가 선호되기도 한다.⁵⁾ 원어로는 PAS(Physician-Assisted-Suicide), PAD(Physician-Assisted dying) 또는 MAD(Medically-Assisted dying), AD(Assisted dying) 등으로 불려지고 있다.

의사조력자살은 그 개념 자체가 중요할 수도 있지만 그간 의료계나 형법학계에서 사용되어온 용어와의 준별이 더욱 중요하다고 할 수 있다. 구성요건해당성이나 위법성 판단을 위해서는 의사조력자살을 어디에 자리매김시키는지에서부터 논의가 시작되기 때문이다.

우선 자살과의 구별점을 살펴보면, 자살은 살 수 있는 신체적 조건임에도 불구하고 본인이 삶을 포기하고 죽음을 선택하는 것인데 반해 의사조력자살은 죽는 과정이 불가역적으로 진행되어 부득이하게 죽음을 수용한 것으로 둘 간의 차이를 설명하는 견해⁶⁾가 있다. 그러나 의사조력자살도 자신에게 부여된 생명을 포기하여 자연적인 사기를 앞당긴다는 점에서 자살의 하나로 구분함이 타당하다.

다음으로 안락사 내지 존엄사와의 구별을 살펴보면, 우선 형법학계에서는 대체로 안락사(Euthanasie)란 격렬한 고통에 허덕이는 불치 또는 빈사의 환자에게 그 고통을 제거 또는 감경하기 위해 그를 살해하는 것으로 이해하며, 여기에는 적극적 안락사와 소극적 안락사가 있고, 전자는 다시 직접적 안락사와 간접적 안락사가 구분된다. 그 중 고통제거의 부수적 결과로서 생명단축이 발생하는 간접적 안락사는 허용되지만 고통을 제거하기 위해 직접 사람의 생명을 단축하는 직접적 안락사는 허용되지 않는다고 본다.⁷⁾

여기서 소극적 안락사는 죽음에 직면한 환자가 품위 있는 죽음을 맞도록 하기 위해 생명유지장치를 제거하거나 치료를 중지하여 사기를 앞당기는 것을 말하며, 존엄사

4) 문재완, “죽을 권리에 관한 연구: 의사조력자살을 중심으로”, 헌법학연구 제26권 제3호, 2020, 7면.
 이와 달리 의사가 직접 약물주사를 실시하는 경우도 의사조력자살이라고 하면서 적극적 안락사로 분류하는 견해도 있다(이기현, “의사조력자살에 대한 고찰”, 홍익법학 제15권 제1호, 2014, 205면).
 5) 이하에서 혼용하여 사용하나 필자도 의사조력사라는 용어가 바람직하다고 본다.
 6) 김선택, “의사조력자살의 합법화: 세계적 동향”, 한국의료법학회지 제26권 제1호, 2018, 30면.
 7) 김일수/서보학, 형법각론(제8판), 박영사, 2016, 18면; 박상기, 형법각론(제8판), 박영사, 2011, 21면; 배종대, 형법각론(제10전정판), 홍문사, 2018, 69면; 이재상/장영민/강동범, 형법총론(제12판), 박영사, 2021, 22면. 적극적 안락사도 허용하는 견해는 임웅, 형법각론(제9정판), 법문사, 2018, 26면.

(death with dignity)라고도 한다.⁸⁾ 연명의료 중단은 이러한 소극적 안락사의 일종으로 이해된다. 안락사를 부정적으로 보는 분위기로 인해 행위태양에 초점을 맞추어 연명의료 중단을 소극적 안락사 대신으로 사용하는 경향이 있는데,⁹⁾ 우리나라에서도 역사적으로 오용된 전력 때문에 안락사는 부정적 의미로 쓰이지만 존엄사는 긍정적 의미로 사용되는 경향이 있다.¹⁰⁾ 소극적 안락사 또는 존엄사¹¹⁾에 대해서는 큰 이견 없이 사람의 생명에 대한 권리는 사람의 자연적인 죽음뿐만 아니라 인간다운 죽음에 대한 권리를 포함하므로 사기가 임박하여 죽음을 피할 수 없게 된 때에 행해지는 생명유지조치의 중단은 위법성이 조각된다고 본다.¹²⁾

이러한 일반적인 구분에 대해, 자발적 안락사는 환자가 고통 없는 방식의 죽음을 원해서 스스로 요청하는 경우의 안락사를 말하고, 비자발적 안락사는 환자의 동의를 받는 것이 가능했음에도 이를 구하지 않은 경우의 안락사를 말하며, 무자발적(non-voluntary) 안락사란 지속적인 식물인간상태와 같이 심각한 육체적 정신적 상태에 놓여 있거나 나이가 어린 탓에 사리분별력이 부족한 경우와 같이 환자의 동의를 받을 수 없는 경우의 안락사로 구분하는 견해¹³⁾도 있다. 이 경우 적극적 안락사 및 소극적 안락사의 개념과 결

- 8) 배중대, 앞의 책, 35면; 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 22면. 소극적 안락사를 존엄사로 보는 다른 문헌은 손미숙, “소극적 안락사 혹은 연명치료중단의 정당화 근거에 관한 고찰”, 강원법학 제42권 제1호, 2014, 186면; 이승호, “안락사 논의와 연명의료 중단 법률의 주요쟁점에 관한 소고”, 일감법학 제35호, 2016, 210면 등.
- 9) 김선택, 앞의 논문, 29면. 다만 연명의료 중단은 명확히 호스피스·완화의료 및 임종과정에 있는 환자의 연명의료결정에 관한 법률에 근거하고 있으므로 법령에 의한 행위로서 위법성이 조각된다고 본다[이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 23면; 신동운, 형법각론(제2판), 법문사, 2018, 544면].
- 10) 한상수, “존엄하게 죽을 권리에 관한 연구”, 공법학연구 제11권 제3호, 2011, 165면. 독일에서도 소극적 안락사라는 표현 대신 생애 말기에서의 치료제한이라는 표현을 사용하는 추세이다.
- 11) 오레곤 주의 경우 1972년 주지사였던 톰 맥컬(Tom McCall)이 의사조력자살이라는 새로운 개념이 지지자들에게 심리적 거부감을 불러일으킬 수 있으므로 정치적 레토릭으로서 존엄사라는 명칭을 제안하였다고 한다(엄주희, “생명권의 헌법적 근거와 연명치료중단에서의 생명권의 보호범위”, 헌법학연구 제19권 제4호, 2013, 280면). 이러한 흐름에서 오레곤주와 같은 일부 주는 존엄사법(the Death with Dignity Act)이라는 법률을 쓰면서도 의사조력자살을 허용하는 법률을 의미하는 것으로 사용하고 있다.
- 12) 김성규, “업무로서 행해지는 자살방조의 범죄화”, 강원법학 제51권, 2017, 4면; 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 23면; 임웅, 앞의 책, 29면; 대법원 2016. 1. 28. 2015다9769. 반면 ‘범으로부터 자유로운 제3의 영역’이라는 견해로는 김성돈, 형법각론(제6판), SKKUP, 2020, 63면.
- 13) 김선택, 앞의 논문, 29면; 황도수, “죽을 권리와 죽일 권능 용어의 정리를 제안하며”, 세계헌법연구 제19권 제2호, 2013, 113면 이하.

합하면 6개의 조합이 가능하게 된다.¹⁴⁾ 이에 더해 의사조력자살은 환자가 생의 마지막 순간까지 의사결정권을 행사하기 때문에 남용의 우려를 방지할 수 있으며, 이 점에서 소극적 안락사와 차이가 있다는 견해도 있다.¹⁵⁾

생각건대 자발성·비자발성·무자발성은 일부의 입법례에서 사용하는 표현이기는 하나 이는 환자의 동의의 방식 내지 태양에 불과하므로 그 자체를 안락사의 유형으로 구분할 필요는 없다. 그리고 소극적 안락사도 사기에 임박한 환자에게 행해지더라도 최종적으로는 자기결정권에 기초한 동의 또는 추정적 승낙에 기초하고 있다는 점에서 의사결정권의 차이로 의사조력자살과 구분하는 것은 타당하지 않다.

다만 소극적 안락사가 사기에 임박한 환자가 자기결정권에 기초하여 인간으로서의 존엄과 가치를 지킬 수 있도록 하는 최소한의 생명유지조치의 중단을 의미하는 반면 의사조력자살은 자기결정권에 기초하여 사망의 시기를 본인 스스로 결정하고 중단행위를 하는 점에서 적극적 안락사에 유사한 적극적·직접적 성격을 가진다. 따라서 연명의료 중단은 환자가 의사에게 중단을 강제할 수 있으나 의사조력자살은 환자가 의사에게 강제할 수 없는 차이가 존재한다.

결국 이상의 분류에 비춰보면 의사조력자살은 자살의 일종으로 환자가 의사의 조력을 받지만 품위 있는 죽음을 위해 사기 임박이라는 시기적 제한이 없이 죽음의 시기를 스스로 결정하고 그러한 결정을 본인이 이행한다는 점에서 기존의 적극적 안락사나 소극적 안락사의 분류에는 포함될 수 없다. 안락사는 적극적이든 소극적이든 생명의 단축을 초래하거나 부차적으로 촉진하는 행위가 제3자에 의해 지배되지만,¹⁶⁾ 의사조력자살은 허용되는 상황, 실행의 주체 등에서 이러한 안락사와 구분된다. 다만 의사조력자살은 환자가 불치의 질병, 격렬한 고통으로부터 벗어나기 위해 의료인의 적극적 개입을 통해 자신의 생명을 단축시킨다는 점에서 안락사의 일종이며, 직접적 안락사와 소극적 안락사의 중간적 성격을 지니는 제3의 유형으로 분류할 수 있을 것이다.

14) 김선택, 앞의 논문, 29면.

15) 문제완, 앞의 논문, 8면.

16) 즉 죽음에 이르는 사태를 실질적으로 지배하는 것은 환자 본인이 아니라 의료인 등 제3자인 것이다.

Ⅲ. 의사조력자살에 대한 국민의식 조사 결과와 그 의미

1. 국민의식 설문조사 결과

최근 국내 대학의 한 연구진은 의사조력자살과 관련한 국민의식 조사를 실시하였다. 그런데 국민의식 조사 결과를 살펴보기 전에 살펴볼 또 하나의 설문조사 결과가 있다. ‘피해자 평균 나이 64.2세’, ‘간병기간 평균 6년 5개월’, ‘아들과 남편이 58.3%’, ‘환자를 죽이거나 같이 죽으려고 생각한 적이 있다는 사람의 10명 중 6명 독박간병’등의 키워드들로 요약되는 이 설문조사는 한 언론사가 간병살인에 이른 피고인들의 판결문 108건, 가해자 154명을 분석한 결과이다.¹⁷⁾

본 논문의 시작점이 일정 부분 가족의 질병과 간병생활로 인한 처지비관, 가족에 대한 부담의 감경 등의 사유로 간병살인에 이를 수밖에 없는 현실에서 출발하였음은 앞서 살펴본 바와 같다. 부정하고 싶지만 간병살인과 연결될 수밖에 없는 주제가 바로 안락사, 의사조력자살이라는 ‘판도라의 상자’이기 때문이다.

이러한 현실에 더하여 의사조력자살과 관련하여 실시된 최근의 연구결과를 보면 다소 놀라운 사실을 알 수 있다. 서울대병원 가정의학과 윤영호 교수 연구팀이 2021년 3월부터 4월까지 19세 이상 대한민국 국민 1,000명을 대상¹⁸⁾으로 안락사 또는 의사조력자살에 대한 태도를 조사했는데, 조사대상자의 76.3%가 합법화에 ‘동의’하는 것으로 나타났다. 답변을 보다 구체적으로 보면 ‘매우 동의’ 61.9%, ‘동의’ 14.4%, ‘부동의’ 21.7%, ‘매우 부동의’ 2%였다.¹⁹⁾

이번 조사에서 나타난 찬성 이유는 ‘남은 삶의 무의미’ 30.8%, ‘존엄한(good death) 죽음에 대한 권리’ 26.0%, ‘고통의 경감’ 20.6%, ‘가족의 고통과 부담’ 14.8%, ‘의료비

17) 서울신문 2018. 9. 2.자 “간병은 전쟁이다, 죽어야 끝나는” 기사 참조(<https://www.seoul.co.kr/news/newsView.php?id=20180903005004>).

18) Young Ho Yun/Jin-Ah Sim/Yeani Choi/Hyejeong Yoon, “Attitudes toward the Legalization of Euthanasia or Physician-Assisted Suicide in South Korea: A Cross-Sectional Survey”, *International Journal of Environmental Research and Public Health(IJERPH)*, 2022, 19(9), 5183, p. 4에 따르면 조사대상은 20대부터 70대로 20대가 16.6%, 30대가 16.6%, 40대가 20.5%, 50대가 20.9%, 70대 이상이 9%로 평균 연령은 47.96세였다.

19) Young Ho Yun et al., 앞의 논문, p. 3.

및 돌봄으로 인한 사회적 부담' 4.6%, '인권에 반하지 않음' 3.1%, '자기결정권의 중요성' 1% 등이 있었다.

2. 설문조사 결과의 의미

우선 주목할 부분은 의사조력자살에 대한 일반 국민의 동의가 상당히 증가하였다는 점인데, 76.3%라는 비율은 영국(75.8%)이나 스위스(81.7%)와 비교해도 결코 낮은 비율이 아니다.²⁰⁾ 연구진의 과거 조사결과, 즉 2008년 50.4%, 2016년 41.4%의 국민이 찬성한 데 비해 이번 연구에서는 그 비율이 절반가량 상승하였다.²¹⁾

설문조사 결과를 그대로 받아들이다면 대부분의 참여자들은 의사조력자살의 입법화에 동의했다고 볼 수 있다. 특히 고령으로 신체적 건강상태가 좋지 않거나 둘 이상의 만성 질환을 앓고 있는 동반질병상태에 있는 사람들의 동의율이 높은 것은 고령사회인 우리나라에서도 이 부분에 대한 논의가 본격적으로 이뤄져야 함을 의미하는 것으로 볼 수 있다.²²⁾

그러나 이번 조사에는 한계도 존재한다. 연구진도 인정했듯이 의사조력자살의 정의는 매우 다양할 수 있으며²³⁾ 이에 따라 설문조사 참여자가 수용반응하는 것도 달리 나타날 수 있다. 또한 본 조사가 코로나 팬데믹 대유행기에 이루어졌으며, 자기보고식 설문조사였으나 면담자가 존재하여 사생활 및 익명성 보호가 미흡할 수 있었다. 또한 응답률이 55.6%로 무응답 편향으로 인해 대표성이 낮을 수 있으며, 이해관계가 클 수밖에 없는 그룹인 70세 이상이 13.6%에 불과한 한계가 있다.²⁴⁾

이 같은 한계가 존재하지만, 그럼에도 불구하고 국민의 의사조력자살에 대한 의식변화를 판단컨대 최소한 이제는 우리 사회도 연명의료중단을 넘어 죽음의 본질적 문제, 자기결정권의 종국적 단계라고 할 수 있는 의사조력자살과 그 부차적 조건(완화의료의 확

20) Young Ho Yun et al., 앞의 논문, p. 6.

21) 2022.5.24.자 서울대학교 병원뉴스, “국민의 76%, 안락사 혹은 의사 조력 자살 입법화에 찬성”(http://www.snuh.org/board/B003/view.do?bbs_no=5880).

22) Young Ho Yun et al., 앞의 논문, p. 8.

23) 연구진은 PAS of Dr. David Goodall in Switzerland의 정의를 포함하여 일반적인 단어와 구문을 사용하여 EAS를 정의했다고 한다.

24) Young Ho Yun et al., 앞의 논문, p.7~8.

대 등)에 대해 논의할 시점이 되었다는 점은 알 수 있다.

IV. 의사조력자살에 관한 외국의 입법례

76%가 넘는 국민이 의사조력자살의 입법화에 찬성하여 스위스나 영국 등 유럽과 비교하여 결코 낮지 않은 찬성률이 나타나는 상황에서 유럽을 비롯한 외국의 의사조력자살 규제현황이 어떠한지 살펴보는 것은 형법이론적으로는 물론 향후 입법화 과정에서도 의미가 있는 작업일 것이다.

1. 유럽

유럽 중 전세계적으로 의사조력자살이 알려진 곳은 스위스이다. 유럽연합 중 적극적인 안락사 및 의사조력자살을 허용하고 있는 국가는 네덜란드, 벨기에, 룩셈부르크이며,²⁵⁾ 스위스는 의사조력자살 캡슐(SARCO)이 도입될 정도로 의사조력자살로 널리 알려져 있는 상황이다. 스위스에는 자국민뿐만 아니라 한국 등 타국 국민들의 조력자살을 돕는 대표적 단체, 엑시트²⁶⁾, 디그니타스²⁷⁾ 등이 활동하고 있다.

스위스는 1942년 조력자살을 제한하는 형법 제115조를 제정하기 전까지는 관습적으로 조력자살을 처벌해 오지 않았다. 1893년 이후 자살과 자살 시도가 처벌되지 않았으며 자살방조자도 경제적 이익 등 자신의 필요를 충족시키지 않는 한 처벌되지 않았다. 그러나 상속을 노린 자녀의 존속살해 등이 횡행하자 규제체계로의 편입이 필요했고 이에 ‘이기적 동기’의 자살을 규제하기에 이르렀다. 1942년 스위스는 형법 제115조에 이기적

25) 문제완, 앞의 논문, 13면.

26) 엑시트(Exit)는 1982년 설립된 최초의 단체로 회원수 14만 5천명의 최대 규모로 알려져 있다.

27) 디그니타스의 정식명칭은 역설적이게도 Dignitas-To live with dignity-To die with dignity이다. 1998년 창립되어 11,000여명의 회원이 있으며 한 해 200여명의 회원이 조력자살을 시행하는 것으로 알려져 있다. 한국인이 100여 명 가입되어 있는 디그니타스의 활동 내용으로는 자살과 자살시도 예방도 포함되어 있으며, 이들의 목표는 디그니타스와 같은 조력자살단체가 사라지는 것이라고 한다. 1998년부터 2021년까지 이곳을 통해 자살한 외국인인 3,500여명에 이른다(<http://www.dignitas.ch/index.php?lang=en%5D%28http://www.dignitas.ch/index.php?lang=en%29>).

인 동기로 타인의 자살을 유인 또는 자살에 조력을 제공하여 그가 자살하거나 자살미수에 이른 경우 5년 이하의 징역 또는 벌금에 처한다고 규정하였다. 즉 모호한 개념이지만 이기적인 동기가 있을 경우에만 자살관여행위가 처벌된다는 점을 명확히 한 것이다. 이후 2011년 조력자살을 금지하자는 국민투표가 실시되었지만 압도적 반대로 실패하였다. 스위스는 현재 의사조력자살을 시행하는 자가 스위스 국적일 필요도 없으며 조력자가 의사일 필요도 없다.

스위스의 국내법상 의사조력자살의 엄격한 요건은 없다.²⁸⁾ 그러나 조력자살을 시행하는 전문가체인 의사협회, 즉 스위스 의학아카데미에서 제정한 의료윤리지침(Umgang mit Sterben und Tod)은 의사가 지켜야 할 4가지 요건을 가이드라인으로 제공하고 있다. 첫째 의사는 환자가 조력자살을 판단할 능력이 있음을 문서화해야 하며 정신질환, 치매 등과 같이 판단능력이 부족한 경우 적절한 전문의가 평가하도록 해야 하고, 자살충동이 정신장애의 증상일 경우 조력자살을 제공해서는 안 된다. 둘째 의사조력자살에 대한 환자의 요구는 숙고를 통해 외부의 압력 없이 결정되고 영구적이어야 한다. 의사는 정당한 사유가 있는 예외적인 경우를 제외하고 최소 2회 환자의 이러한 요구를 확인해야 한다. 셋째 환자에게 심각한 상태(Schwerwiegendes Leiden)가 인정되어야 한다. 환자의 증상 및 기능장애의 심각성이 적절한 진단에 의해 입증되어야 하며, 이것이 환자에게 참을 수 없는 고통의 원인이어야 한다. 다만 이 고통은 객관적으로 판단할 수 없으므로 의사에게 이러한 판단을 요구할 수는 없지만, 의사는 환자의 개별적이고 구체적인 상황을 토대로 고통을 확인할 수 있도록 충분히 주의를 기울였고 고통이 납득가능했다는 점을 기록해야 한다. 건강한 사람의 조력자살은 윤리적으로 정당화되지 않는다. 넷째 의사는 의학적으로 필요한 치료옵션과 기타 도움 및 지원방안을 찾고 환자에게 명확하게 설명하고 제안하여야 한다.²⁹⁾

28) 디그니타스와 엑시트 홈페이지에 안내된 내용에 따르면 의사조력자살은 대체로 희망자가 조력단체와 상담을 하면서 의학적으로 조력자살의 대상이 되는지 확인하고 의사조력자살을 시행할 날짜를 잠정적으로 확정하게 된다. 이후 추가면담을 통해 최종 시행일을 확정하고 극약을 처방받은 후 시행 당일 다시 한 번 서류 및 최종 의사를 확인하고 환자가 직접 투약하는 식으로 진행된다. 이후 사망이 확인되면 법의학자 등의 검사를 통해 법률 규정을 준수하였는지 여부를 확인한 후 장례절차를 진행한다.

29) Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften, Umgang mit Sterben und Tod, 2019, p. 26~27(<https://www.samw.ch/de/Publikationen/Richtlinien.html>).

스위스는 연간 사망자가 76,000여 명인데 이 중 자살자는 1,000여 명이다(2020년 기준). 조력자살의 비율은 1.5% 내외이다. 자살률은 나이가 들수록 증가하는 경향을 보이는데 의사조력자살도 65세 이상의 노인들에게 흔히 발생한다(인구 10만명 당 16명). 조력자살의 추세를 살펴보면 2003년 187명이었던 것이 점차 증가하여 2010년에는 352명으로 증가하였으며, 이후 지속적으로 증가하여 2015년에는 965명에 이르렀다. 이후 다소 안정세를 보이다가 2020년 현재 1,251명에 이르고 있다.³⁰⁾³¹⁾ 의사조력자살을 택하는 환자들의 질병은 암이 대다수이며 퇴행성질환과 심혈관질환들을 앓고 있었다. 스위스는 자살률은 감소하는 반면 의사조력자살률은 늘어나고 있다.

벨기에는 2002년 안락사법(Belgian Act on Euthanasia of 2002)을 제정하여, 자발적 안락사를 광범위하게 허용하고 있다. 자발적 안락사는 환자의 명시적인 요청에 따라 다른 사람에 의해 환자의 삶을 의도적으로 종료하는 것으로 정의되는데,³²⁾ 의사조력자살이 명문으로 규정되어 있지는 않지만 안락사와 동일하게 취급된다.³³⁾ 안락사법에 따르면 질병 또는 사고로 인하거나 난치성 장애로 인해 완화될 수 없고 의학적으로 지속적이고 견딜 수 없는 신체적 또는 정신적 고통의 상태에 있는 환자가 자발적으로 숙고를 통해 반복적이며 외부압력 없는 요청을 서면으로 할 경우, 의사는 그러한 환자가 안락사 요청 당시 성년이거나 완전 자립 청소년(emancipated minor)으로 법적으로 판단능력이 있다면 1개월 이상의 숙려기간을 거친 후 안락사를 실시할 수 있다.³⁴⁾ 각계각층의 반대에도 2014년 개정법은 요청권자를 미성년자로 확대하였다.³⁵⁾

네덜란드는 사실 유럽에서 첫 번째로 안락사 및 조력자살이 합법화된 국가이다. 조력자살법은 고령화 사회의 영향 속에서 의사와 환자 사이에 형성된 높은 신뢰라는 사회적

30) 스위스 연방통계청 자료이다(<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/gesundheit/gesundheitszustand/sterblichkeit-todesursachen/spezifische.assetdetail.23145296.html>)(2022.9.10. 접속). 2020년 1,251명 중 남성이 510명, 여성이 741명이며, 65세 이상이 1,151명에 이른다.

31) 이 기간 동안 자살자 수는 1995년 1,419명, 2003년 1,280명으로 감소하였으며 2010년 다시 1,004명으로 감소하였고 2015년 1,071명, 2020년 972명으로 감소하고 있다(<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/gesundheit/gesundheitszustand/psychische.assetdetail.23145272.html>)(2022.9.9. 접속).

32) The Belgian Act on Euthanasia of 2002 Section 2. 법령은 영역본이다.

33) 김선태, “의사조력자살의 합법화: 세계적 동향”, 한국의료법학회지 제26권 제1호, 2018, 55면.

34) Section 3(1)~(4).

35) 미성년자가 지속적이고 견딜 수 없으며, 완화될 수 없는 육체적 고통의 상태에 있고, 단기간에 사망할 것으로 예상되어야 한다[Section 3(1)].

바탕에 기초해, 1970년대부터 안락사의 불법성을 부정해 오던 판례를 대폭 수용하여 그 요건을 마련한 것으로 평가받고 있다.³⁶⁾ 2001년 4월 제정된 생명종결 및 조력자살법(wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding)은 2002년 4월부터 발효되었는데, 의사가 적극적 안락사 또는 조력자살을 수행하는 것에 대해 형사소추를 면제하고 있다. 네덜란드는 미성년자, 신생아는 물론 치매환자에게도 안락사 및 의사조력자살을 허용하고 있어³⁷⁾ 그 허용범위가 매우 넓은 국가로 평가받고 있다.

동법에 따른 안락사 및 의사조력자살의 시행이 아닌 경우, 즉 원칙적으로 의사가 아닌 자에 의하거나 또는 의사라고 하더라도 법률에 규정된 일정한 절차적·실체적 요건을 지키지 않은 경우에는 형법 제293조(촉탁살인) 또는 제294조(자살관여)에 의하여 범죄로 처벌된다. 위 법 제2조 제1항에 따라 적극적 안락사 또는 조력자살이 합법적이라고 판단 받기 위한 요건은 다음과 같다.³⁸⁾ 첫째 의사는 환자의 요청이 자발적이고 신중하게 숙고한 것이라는 점에 대하여 확신하여야 한다. 둘째 의사는 환자의 고통이 호전의 가망성이 없이 인내할 수 없다는 점에 대하여 확신하여야 한다. 셋째 환자에게 그의 건강상태와 예후에 대하여 알려주어야 한다. 넷째 의사와 환자는 환자의 상태에 비추어 어떠한 다른 합리적인 대안도 없다는 결론에 도달하여야 한다. 다섯째 의사는 최소한 한 명의 다른 의사와 상의하여야 하는데, 그 의사는 환자를 대면하여야 하고 적절한 처치기준, 즉 위 4개의 항목의 이행에 관한 의견서를 제출하여야 한다. 여섯째 환자의 생명을 종결하거나 환자의 자살에 조력을 제공함에 있어 의사는 의학적으로 상당한 주의를 기울여 시행하여야 한다.

조력자살을 시행한 의사는 장례법(The Burial and Cremation Act)에 따라 지방검시관(coroner)에게 보고하여야 하며, 이 보고를 받은 지역심사위원회(regional committee)는 요건준수 여부를 평가한다.³⁹⁾ 환자에게는 안락사에 대한 절대적 권리가 없으므로 어떠한 의사도 적극적 안락사 또는 조력자살의 요청을 승인할 의무는 없다.⁴⁰⁾ 미성년자도

36) 문성채, “연명중단에 관한 관련법 제정에서의 주요내용과 방향성을 위한 소고 - 네덜란드 연명중단 및 자살방조를 위한 심사법 의 내용을 중심으로 -”, 법조 통권 제641호, 2010, 171면 이하.

37) <https://www.government.nl/topics/euthanasia-and-newborn-infants>(2022.9.9. 접속).

38) Termination of Life on Request and Assisted Suicide Act(Euthanasia Code 2018)(<https://www.euthanasiacommissie.nl/uitspraken/brochures/brochures/euthanasiacode/2018/euthanasia-code-2018>) Section 2 (1). 법령은 영역본이다.

39) Section 8.

12세부터 안락사를 요청할 수 있지만, 16세까지는 부모 또는 보호자의 동의가 요구된다.⁴¹⁾

네덜란드는 비교적 일찍부터 완화의료가 시행되어 왔으며 판례에 의해 제한적이지만 안락사가 허용되어 왔고 장례법(The Burial and Cremation Act) 등을 통해 안락사의 시행에 대한 국가의 통제와 감시가 이루어졌기 때문에,⁴²⁾ 생명종결 및 조력자살법의 입법이 비교적 저항 없이 이루어졌다고 할 수 있다.

2. 미국

미국의 경우 이미 여러 주에서 의사조력자살법이 입법되어 시행 중에 있다. 이 중 오레곤 주가 가장 빨리 존엄사법(Death with Dignity Act)⁴³⁾을 입법화했는데 그 시점은 무려 1997년이었다. 이후 2008년의 워싱턴 주(존엄사법: Death with Dignity Act)를 시작으로 버몬트 주(환자선택과 생명종결 통제법: Patient Choice and Control at the End of Life Act), 캘리포니아 주와 콜로라도 주(생명종결 선택법: End of Life Option Act), 하와이 주(돌봄과 선택법: Our Care, Our Choice Act), 메인 주(존엄사법: Death with Dignity Act), 뉴저지 주(영구질환자 조력사망법: Aid in Dying for the Terminally Ill Act)에서 법률이 제정되었다. 이 외에도 2021년 뉴멕시코 주(Elizabeth Whitefield End of Life Options Act) 등도 입법화에 이르렀다.

명칭에서 드러나듯이, 미국은 의사의 조력을 받아 사망할 권리를 생명종결의 선택 내지 통제에 대한 자기결정으로 이해하는 주가 다수이며, 오레곤이나 워싱턴처럼 주민투표로 사회적 공감대가 형성된 이후 입법화된 주도 있으나 버몬트를 포함한 다수의 주는 의회입법형태로 법률이 제정되었다. 물론 몬타나 주처럼 의회입법이 실패하고 주 대법원의 판결⁴⁴⁾에 의해 의사조력자살이 허용된 경우도 있다.

40) Adam McCann, Assisted Dying in Europe: A comparative law and governance of four national and two supranational systems, PhD thesis, University of Groningen(2016), p. 76

41) Section 2(2)-(4).

42) 안락사 허용에 관한 법원의 판례와 장례법에 대하여는 문성채, 앞의 논문, 172면 이하 참조.

43) Chapter 127.800-995(<https://www.oregon.gov/oha/PH/PROVIDERPARTNERRESOURCES/EVALUATIONRESEARCH/DEATHWITHDIGNITYACT/Pages/ors.aspx>).

44) Baxter, et al., v. Montana, et al., MT DA 09-0051, 2009 MT 449.

미국 연방대법원은 연명치료거부권과 의사조력자살권을 구분하고 있으나, 존엄사법 자체가 헌법에 위반된다고 보지는 않고 있다. 연방대법원은 2006년 연방법무부장관이 조력자살을 막기 위해 오레곤 주의 의사가 말기환자에게 독극물을 처방하는 것은 정당한 치료목적에 해당하지 않는다는 약물규제법(Controlled Substances Act)의 해석규칙을 제정한 처분에 대해 위법이라고 판단하였다.⁴⁵⁾

오레곤 주는 요건을 충족할 경우 환자의 자살에 조력한 의사의 형사책임을 면제하고 있다. 오레곤 주의 존엄사법에 대한 내용을 개략적으로 살펴보면⁴⁶⁾ 오레곤 주의 거주자로 18세 이상의 의사결정능력이 있는 환자는 그의 상태가 주치의와 상담의인 2명의 의사들의 진단에 의해 6개월 이내에 사망에 이르는 의학적으로 회복 불가능한 질병의 말기 상태에 놓여 있다는 진단을 받으면 조력자살에 대한 자발적 의사표시를 밝히고 인도적이고 존엄한 방식으로 사망에 이를 수 있는 극약투약에 대한 서면요청을 의사에게 할 수 있다. 이후 환자가 의사로부터 극약을 처방받기 위해서는 담당의사에게 2차에 걸쳐 의사조력자살을 구두로 신청하고 나서야 서면으로 극약처방을 신청할 수 있으며, 2명의 증인의 입회하에 환자 스스로 자율적으로 신청서에 서명해야 한다. 이처럼 문서로 된 약물요청서가 제출된 후 48시간이 경과되어야 극약처방이 이뤄질 수 있다. 처방 담당의사와 상담의사는 진단과 예후, 의사결정능력을 확인해야 하고, 2명 중 1명이라도 환자가 정신질환이나 심리적 장애, 우울증을 겪고 있는 것으로 진단하면 반드시 환자의 심리상담을 의뢰하여야 하며, 심리상담을 통해 환자가 정신질환이나 심리적인 장애, 우울증을 겪고 있지 않다는 진단이 있어야 한다. 극약을 처방하는 의사는 환자에게 간병, 호스피스케어, 통증완화 등 다른 대체 수단에 대한 다양한 정보를 제공해야 한다. 그리고 환자는 의사에게 극약을 처방해 달라는 요청을 언제든지 어떠한 방식으로든 철회할 수 있고, 담당의사는 환자에게 이러한 기회를 제공해 주지 않고는 극약을 처방할 수 없다. 이러한 요건이 충족될 경우 의사의 일체의 법적 책임이 면제된다(127.880 §3.14.).

45) Gonzales v. Oregon 546 U.S. 243.

46) Death with Dignity Act Chapter 127.805~995. 원문은 <https://www.oregon.gov/oha/PH/PROVIDERPARTNERRESOURCES/EVALUATIONRESEARCH/DEATHWITHDIGNITYACT/Pages/ors.aspx>. 참조(2022.9.7. 접속)

3. 기타

독일은 조력자살을 상업적으로 제공하는 경우 처벌에 처하도록 한 형법 제217조⁴⁷⁾에 대해 2020년 연방헌법재판소가 위헌결정을 내리고 무효로 하였다.⁴⁸⁾ 제217조는 종래 공범종속성의 원칙에 따라 자살방조 처벌 규정이 없던 현실에서 처벌될 수 있는 자살방조의 범위를 명확히 하기 위해 2015년에 도입된 것이었다.⁴⁹⁾ 독일인들이 스위스의 DIGNITAS나 EXIT와 같은 비영리조력자살단체에 찾아가 의사조력자살을 감행하는 것을 금지하기 위해 도입된 것이었는데, 연방헌법재판소는 본인의 생명을 종결하는 행위는 자율성에 기초한 자기결정 행위로서 자기결정권에 의해 인정되어야 한다는 판단을 내렸다. 연방헌법재판소는 자신의 생명을 종결할 자유에는 이러한 목적을 위해 제3자의 도움을 받을 자유가 포함되므로 자살에 조력하는 행위가 정당화된다고 판단하였다. 독일 기본법 제2조 제1항에 규정된 일반적 인격권(Das allgemeine Persönlichkeitsrecht)은 스스로 죽음을 결정할 권리를 포함하는데, 자신의 결정에 의해 죽을 권리는 자신의 생명을 종결할 수 있는 자유를 포함하며 자신의 삶을 종결하기로 결정하는 경우 원칙적으로 그 개인의 결정은 자율적 자기결정행위(autonome Selbstbestimmung)로서 그 자체로서 국가와 사회로부터 존중되어야 한다고 보았다.⁵⁰⁾ 그런데 해당 조항의 경우 개인이 헌법적으로 보호되는 자유를 행사할 여지가 거의 없을 정도로 조력자살의 가능성을 제한한다고 판단하였다.

47) 자살의 상업적 촉진 (1) 타인의 자살을 조장할 의도로 상업적 방법으로 그 기회를 제공, 마련 또는 알선하는 자는 3년 이하의 징역 또는 벌금형에 처한다. (2) 공범으로서 본인이 상업적으로 행하지 않고 제1항의 타인과 친척이거나 그와 친밀한 관계에 있는 자는 처벌받지 아니한다.

제217조는 자살과 자살에 대한 처벌의 원칙에 의문을 제기하는 것이 아니라 조력자살의 상업적 제안이 자기결정과 삶을 위태롭게 하는 경우에 개입하는 것이었다(Deutscher Bundestag, BT Drucks 18/5373, 2015, S. 2, 11 이하, 17 참조).

48) BVerfG, 2020. 2. 26. 2 BvR 2347/15, 2 BvR 651/16, 2 BvR 1261/16, 2 BvR 1593/16, 2 BvR 2354/16, 2 BvR 2527/16

49) 형법 제217조는 2015년 12월 10일부터 자살의 상업적 촉진에 대한 형사책임에 관한 법률(BGBI I p. 2177)에 의해 2015년 12월 10일부터 시행되었다. 독일 형법 제217조의 도입과정과 이유에 대해서는 C. Roxin, “Die geschäftsmäßige Förderung einer Selbsttötung als Straftatbestand und der Vorschlag einer Alternative”, NStZ, 2016, S. 185 이하에서 상세히 기술하고 있다.

50) BVerfG *supra* note 48)

4. 시사점

우리 법원은 여전히 자살방조죄에 대해 엄격한 입장을 보이고 있다.⁵¹⁾ 그러나 의사조력자살의 문제는 생명보호에 초점이 맞춰지던 기존의 사례들과는 다른 측면이 존재한다. 생명의 단축을 가져오지만 의학적 판단에 따라 환자의 고통제거와 존엄한 죽음을 위해 조력이 행해지기 때문이다. 이 때문에 단순히 형법적 쟁점에 그치지 않는다.⁵²⁾ “의사조력자살은 죽을 권리로서 허용되는 행위인가”라는 질문은 어느 학문 분야에서도 선뜻 대답하기 어렵다.

여기서 우리보다 먼저 의사조력자살을 입법화한 국가들에서 몇 가지 시사점을 발견할 수 있다. 우선 스위스의 안락사 입법과정을 보면 역사문화적 전통, 국민의식,⁵³⁾ 국민적 성향, 의료시스템 또한 매우 큰 영향을 미침을 알 수 있다. 개인주의적 성향이 강한 스위스는 19세기 후반 이후 1942년 조력자살을 제한하려는 형법 제115조를 제정하기 전까지 관습적으로 의사조력자살을 처벌해 오지 않았다. 그러나 상속을 노린 이기적 동기의 존속살해 등이 횡행하자 규율이 필요했던 것이며 이후 의사조력자살을 법제도권으로 편입하려는 방향으로 변화한 것을 알 수 있다.

그리고 스위스의 사례에서 보듯이 의사조력자살의 부작용도 실제 존재함을 알 수 있다. 스위스의 의사조력자살단체 엑시트는 초기 회원가입 대상이 말기환자였으나 최근에는 치매는 물론⁵⁴⁾ 우울증에 걸린 사람도 허용하고 있는 것으로 알려지고 있다.⁵⁵⁾ 벨기에의 사례에서도 드러나듯이 남겨진 가족들의 고통도 생각해볼 문제이다. 의사조력자살 장면을 목격한 환자의 가족들의 외상후스트레스증후군을 겪는 것이다.

그리고 조력자살단체를 이용할 경우에도 상당한 경제적 비용으로 인한 비용 문제가 발생한다.⁵⁶⁾ 여기서 두 가지 문제가 지적될 수 있다. 존엄사의 요건이 충족됨에도 경제

51) 서울고등법원 2012. 4. 20. 선고 2011노3591 판결 등 참조.

52) 영국은 2015년까지 4차례나 발의되었지만 법조계가 아닌 영국성공회 등 ‘종교계’의 반발로 의사조력자살법안이 의회를 통과하지 못하였다.

53) 최근 일본은 ‘내가 죽을 자유’가 보장되기보다는 ‘당신이 죽을 의무’가 됨을 경계한다고 한다.

54) <https://exit.ch/freitodbegleitung/haeufige-fragen/#c542>(2022.9.5. 접속)

55) 이는 물론 2006년 연방대법원 판결에 따른 결과이다. 물론 엑시트 공식 홈페이지는 우울증이 조력자살의 대상이 아니라고 게시하고 있으나, 장기간 앓아 온 심각한 정신질환, 치매 등의 경우 연방대법원 판결에 따라 엄격한 요건하에 실시될 수 있는 것으로 적시하고 있다(<https://exit.ch/freitodbegleitung/voraussetzungen-einer-freitodbegleitung/#c403>)(2022.9.9. 접속).

적 요건에 따라 조력자살의 실행에서 차이가 발생할 수 있으며, 더 큰 문제는 경제적 이유로 인해 무자력자의 사회적 타살이 강요될 수 있다는 점이다.

의사조력자살 실시국을 보면 결국 가장 큰 문제는 의사조력자살이 사회적으로 ‘정상화’되는 위협이 가해질 수 있다는 비판⁵⁷⁾에 직면하는 것이다. 환자의 존엄한 죽음을 위해 의사조력자살을 시행하는데 의사조력자살 건수는 증가하면서 자살 건수 자체가 줄어들지 않는다면 의사조력자살의 근본적 의미에 대해 의구심이 제기될 수 있다. 다만 스위스의 예를 보면 그러나 이러한 의심은 기우라고 할 수 있다. 마찬가지로 미국 오레곤 주의 예를 보더라도 2/3 가까이 암환자로서 대학 이상의 학력을 가진 백인이며, 의료 보험 등에 가입된 호스피스 완화의료에 진입한 환자들이 주 대상을 차지한다는 사실은 빈곤층, 흑인과 같은 사회적 취약계층에게 오남용될 것이라는 우려라든가 미끄러운 비탈길(slippery slope)⁵⁸⁾ 같은 효과가 나타날 것이라는 경고가 현실화되지 않았다고 평가할 수 있다.⁵⁹⁾

이러한 관점에서 향후 의사조력자살이 입법화될 경우에도 그 범위와 요건, 실행방법, 절차의 중요성이 얼마나 큰 의미를 지니는 것인가 알 수 있다. 의사조력자살은 존엄사의 관점에서 다뤄질 수 있지만 형법적 접근 이전에 우리 사회의 사회정책문제의 하나로써 관리될 필요가 있음을 지적하지 않을 수 없다.

56) 디그니타스를 이용할 경우 가입비 CHF 200, 행정처리 비용 CHF 4,000, 의사 진료관련 행정비용 CHF 1,000, 장례비용 CHF 2,500 등 대략 CHF 10,500, 한화 1,450만원 정도가 소요된다.

57) BT Drucks 18/5373, p. 2.

58) 비탈길 논증이란 사소한 사항을 허용했는데 연쇄적인 과정 내지 반응을 겪으면서 매우 나쁜 결과에 이름을 의미한다. 따라서 애초에 사소한 사항을 허용해서는 안 된다는 것이다.

59) 김선택, 앞의 논문, 50면. 2021년 최신 통계는 Oregon Health Authority, Public Health Division, Center for Health Statistics, Oregon Death with Dignity Act 2021 Data Summary에서 확인할 수 있다(<https://www.oregon.gov/oha/PH/PROVIDERPARTNERRESOURCES/EVALUATIONRESEARCH/DEATHWITHDIGNITYACT/Documents/year24.pdf>).

V. 의사조력자살 가담행위의 형법적 정당화 가능성 검토

1. 기존의 논의

의사조력자살에 대한 논의는 헌법학과 의료계에 집중되어 있다. 물론 다양한 반응이 존재한다. 먼저 말기환자나 식물상태에서의 연명의료 중단결정이 가능하도록 한 후에 의사조력자살을 논의하여도 문제가 없다는 신중론이 있는가 하면, 의사조력존엄사로 위장된 의사조력자살이라는 종교계와 윤리학계의 비판도 제기된다.

환자의 자살에 관여하는 경우, 형법적으로는 촉탁·승낙에 의한 살인죄(형법 제252조 제1항)와 자살방조죄(동조 제2항)가 문제된다. 이에 대해 환자 본인이 의사의 약물처방전에 따른 약물을 복용하고 주도적으로 죽음을 실행하는 때에는 의사에게 자살교사·방조죄가 성립하고, 말기환자로부터 유효한 의사결정에 따라 촉탁을 받은 의료진이 연명의료중단을 주도적으로 실행하는 경우에는 촉탁·승낙에 의한 살인죄의 구성요건에는 해당하지만, 다만 연명의료결정법에 따른 요건을 구비한 경우에 한하여 정당행위인 법령에 의한 행위로서 위법성이 조각된다는 견해가 있다.⁶⁰⁾

범행지배 내지 행위지배의 개념에 비추면다면⁶¹⁾ 의사조력자살의 경우 환자 스스로 자살의 결정적 과정, 불가역적인 생명중단의 조치를 취한다는 점에서 촉탁·승낙에 의한 살인죄의 성립 가능성은 희박하며, 환자의 존엄사 내지 자살을 돕는 의사의 경우에도 자살의 방조를 넘어 살인의 고의를 인정하기는 어렵다. 그렇다면 의사조력자살의 경우 약물을 처방하거나 준비해 준 의료인의 자살방조죄의 처벌이 핵심 죄책이라고 할 수 있는데, 이에 대해서도 적지 않은 견해들이 제시되고 있다.

우선 헌법학계에는 대체로 의사조력자살을 허용하는 견해들이 주장된다. 먼저 생명권의 주체에게는 죽을 권리가 있으며 인간이 자기 생명을 종결할 수 있는 권리는 인간이기

60) 이인영, “미국의 의사자살방조에 관한 법리 논쟁과 입법에 관한 고찰”, 법학연구 제33권 제1호, 2022, 140면.

61) 종래 정범성과 공범성을 판단하는 기준에는 한계가 있으므로 촉탁·승낙에 의한 살인과 자살방조를 구별하기 위해서는 범행지배설의 주관적 요소는 내적 기준(자살구조가 자살자에 의해 설계되었는가)으로 객관적 요소는 외적 기준(구체적 행위를 누가 실행하고 있는가)으로 구분하여야 한다는 견해로는 정배근, “자기책임원칙을 통한 자살참가자의 가벌성 판단”, 중앙법학 제20집 제1호, 2018, 164면.

때문에 당연히 향유하는 권리로써 생을 마감하는 마지막 순간 인간의 존엄성을 유지하기 위하여 존엄한 방법으로 생을 마감할 권리를 인정하는 것이 타당하다는 견해⁶²⁾가 있다. 이 견해는 의사의 조력을 받아 죽을 권리 또한 헌법상 권리로 자기운명에 대한 자기결정권의 하나라고 본다.⁶³⁾ 유사하게 인도주의적 차원에서 회복될 가망이 없는 말기질환자의 생명의 존엄을 존중한다는 점 및 환자의 자기결정권에 기인한 요청이라는 관점에서 허용해야 한다는 견해도 주장된다.⁶⁴⁾

이러한 헌법학계의 논의에 비하면 형법학계는 아직 논의 초기라고 할 수밖에 없다. 과거 의사조력자살 개념 등장 이전에 존엄사 내지 연명의료중단에 대해 제시된 견해들이 주를 이룬다. 우선 자살방조행위의 처벌 자체에 의문을 표하는 견해가 있다. 불치의 질병으로 임종에 직면한 자에 대한 자살방조는 환자가 편안히 자살하도록 단순히 방조하는 것에 불과하고 자살자의 자살이 객관적으로 보아 불가피한 사정을 충분히 가지고 있는 경우 자살자가 자살에 대한 변별력이 성숙한 단계에서 자살을 의욕하고 실행하였다면 그 자살방조행위, 방조적 존엄사에 대해서는 책임을 물을 수 없다는 견해⁶⁵⁾가 바로 그것이다. 이에 더해 자살방조행위 자체의 처벌은 범죄로서 구성요건을 규정할 수 없는 것을 처벌하는 것으로 형벌권의 남용이라는 견해⁶⁶⁾도 제시된 바 있다. 자살은 개인의 자유로운 의사결정에 따라 자신의 생명을 포기하는 행위이므로 이에 대한 방조행위는 자살에 영향력에 미칠 수 없는 행위이므로 범죄의 구성요건으로 규정하는 것은 타당하지 않다는 것이다.⁶⁷⁾ 이와 달리 대부분의 견해들은 연명의료중단이 정당화되는 근거는 위법성이 조각되기 때문이라고 하는데,⁶⁸⁾ 업무로 인한 행위 또는 법령에 의한 행위로서 위법성이 조각된다고 본다.

최근 들어 이러한 견해들과 달리 의사조력자살의 허용성을 정면에서 다룬 주장들이 형법학계에서도 일부 보인다. 이기헌교수는 연명치료중단과 의사조력자살은 행위태양은

62) 문제완, 앞의 논문, 5면 이하.

63) 문제완, 앞의 논문, 21-22면.

64) 성경숙, “의사조력자살의 허용에 관한 고찰”, 법학연구 제27권 제4호, 2019, 234면.

65) 허일태, 안락사에 대한 연구, 한국형사정책연구원, 1994, 128면.

66) 송승현, “자살교사 방조죄의 인정여부”, 법학연구 제25권 제1호, 2015, 354면 이하.

67) 송승현, 앞의 논문, 356면.

68) 김성규, 앞의 논문, 4면; 조한상/이주희, “안락사에 관한 법적 고찰-헌법학과 형법학의 융합과 그 파급효과”, 법학연구 제49집, 2013, 78면.

다르지만 의사의 도움을 받아 평온한 죽음을 맞을 기회를 부여한다는 본질에는 차이가 없으며, 자살이라는 극단적 선택, 간병살인 내지 살인촉탁 등 더 큰 비극을 초래하는 결과를 고려한다면 의사조력자살의 금지는 무책임하고 비인도적 처사라고 한다.⁶⁹⁾ 이인영 교수는 의사조력자살의 합법화를 전제로, 우선적으로 의사의 행위에 대한 규범적 보호수단의 논의가 필요한데 의사가 환자의 요구에 협력해 환자의 죽음을 예견하는 동안 의사는 환자를 죽이려는 의도를 가진 것이 아니라 환자의 고통을 덜어주려는 의도를 지니고 있었으며, 그 선택을 거부하는 것은 환자를 포기하는 것이라고 주장한다.⁷⁰⁾

생각건대 생명의 연장과 강화의 방향으로 동기화(動機化)된 섭리를 거슬러 인간이 스스로 생명단축 결정을 내리고 자연적인 사기를 앞당기는 자기결정의 문제는, 인간 실존 본연의 문제로서 법학과 의학만의 문제가 아니라 종교, 윤리, 철학과도 연결되는 중대한 문제이다. ‘의사조력존엄사’로 위장된 ‘의사조력자살’이라는 일각의 비판도 그 우려하는 바를 이해할 수 있으며, 방조적 존엄사의 필요성을 인정하는 것도 간병살인·촉탁살인과 같은 심각한 병리현상의 근본적 해결을 위해 귀기울일 필요가 있는 주장이다.

기존 논의의 대다수를 차지하는 헌법학계의 주류적 견해와 같이 의사조력자살 ‘자체’의 가벌성이 부정된다고 하더라도 형법적으로는 방조자인 의사의 형사책임 문제가 발생하므로 추가 논의가 진행되어야 한다. 이하에서는 회복될 가망이 없는 극심한 고통에 시달리는 환자의 관점에서 의사조력자살이 헌법상 권리로 인정될 수 있는가와 그에 따라 생명단축에 동참한 의사의 행위 역시 가벌성이 부정될 수 있는지 살펴보도록 한다.

2. 시론적 검토

상징형법이라는 주장도 있으나, 구성요건이 명백히 존재하는 상황에서 자살방조행위의 처벌은 부정될 수 없다. 그러나 현재 발의된 안규백의원의 입법안처럼 연명의료결정법의 개정안 형식으로 의사조력자살이 입법화될 경우⁷¹⁾ ‘법령에 의한 행위’로 정당화될

69) 이기현, 앞의 논문, 218면 이하.

70) 이인영, 앞의 논문, 145면.

71) 호스피스·완화의료 및 임종과정에 있는 환자의 연명의료결정에 관한 법률 일부개정법률안(의안번호 제15986호). “조력존엄사를 도운 담당의사에 대해서는 형법 제252조 제2항을 적용하지 않는다”고 규정하고 있다(안 제20조의7). 이에 대한 검토는 다른 글로 상론하기로 한다.

다고 볼 수 있고, 이러한 해법은 이론적으로 매우 간명하다.

그러나 의사조력자살에 대한 입법화가 이루어지기 전에 선행되어야 할 작업이 있다. 자살방조행위의 형사책임 면제에 대해서는 생명보호와 인간 존엄성이라는 인간 존재의 근원적 관점에서 형법이론적으로 면밀한 검토가 선행되어야 한다. 의사의 조력자살 가담 행위를 정당화하는 것은 실존적 존재인 인간에게 즉각적인 사기의 단축을 가져오는 가장 중대한 생명권의 문제로, 연명의료 중단보다 더욱 면밀한 검토가 요구된다. 자살방조죄를 적용하지 않는다는 규정의 신설만으로 인간의 생애 말 결정에 대한 모든 문제가 일거에 해결될 수도, 되어서도 안 되기 때문이다.

자살관여행위를 처벌하는 근원적인 이유는 무엇인가? 대체로 그 이유는 타인의 자살에 관여하는 행위는 타인의 생명을 침해하는 행위라고 볼 수 있으므로 자살과는 성질을 달리하며, 타인의 생명은 그 주체의 생존의사와 무관하게 보호해야 하기 때문이라고 본다.⁷²⁾ 국가와 제3자의 생명보호의무가 존재한다는 것이다.⁷³⁾ 그러나 자살방조행위가 자살방조를 위장한 살인(일반살인)으로 변질될 가능성이 없는 것이 명백하고 사회적으로나 국가적으로 큰 이해관계가 별로 없다고 보여진다면 무조건 가벌적으로 보는 것은 합리성이 결여된 것으로 볼 수 있다.⁷⁴⁾

이하에서는 이 같은 처벌의 필요성에 비추어 조력자살에 가담한 의사의 행위가 자기결정권, 평등권, 절대적 생명보호의 관점에서 정당화될 수 있는지 논증한다.

가. 자기결정권의 관점

자살방조 책임의 논의에서 핵심은 환자에게 자기결정권에 따른 죽음의 권리를 인정할 수 있는가이다. 인간이 스스로 삶을 결정할 수 있는 권리가 자기결정권이라고 본다면 스스로 삶을 종결하는 행위 역시 자기결정권에 의해 보장되어야 한다는 결론에 이르며 자기결정권에 근거한 의사조력자살도 허용된다는 주장⁷⁵⁾이 가능하기 때문이다.

개인의 자기결정권은 일반적 인격권에서 파생되며, 인간의 존엄성으로부터 일반적 인

72) 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 35면.

73) 이인영, 앞의 논문, 141면.

74) 허일태, 앞의 보고서, 128면.

75) 예컨대 성경숙, 앞의 논문, 227면. 이 견해는 의사조력자살도 자살의 일종이라는 점을 간과하여 동일한 자기결정권에 대한 논리가 적용될 수 없다는 점에 맹점이 있다.

격권이 보장된다.⁷⁶⁾ 일반적 인격권은 자유로운 인격발현의 기본조건을 포괄적으로 보호하게 되며, 모든 국민은 이러한 인격권을 바탕으로 자신의 생활영역을 자율적으로 형성해나갈 수 있다.⁷⁷⁾

그런데 헌법재판소는 생명단축에 관한 자기결정의 가장 ‘낮은’ 단계인 연명의료 중단에 대해, 죽음에 임박한 환자에 대한 연명치료는 의학적인 의미에서 치료의 목적을 상실한 신체침해행위가 계속되는 것으로, 자연적으로는 이미 시작된 죽음의 과정에서의 종기를 인위적으로 연장시키는 것이라고 보았다. 따라서 비록 환자의 생명단축을 초래한다 하더라도 ‘생명단축에 관한 자기결정’으로 볼 수 있고, 이러한 결정은 생명에 대한 임의적 처분으로서 자살이 아니며 오히려 인위적인 신체침해행위에서 벗어나 자신의 생명을 자연적인 상태에 맡기고자 하는 행동으로 인간의 존엄과 가치에 부합하는 자기결정권의 행사라고 보았다.⁷⁸⁾

이에 동조해 자기결정권도 인간의 존엄성을 침해하여 행사될 수 없는 한계가 있으며, 자살은 인간의 존엄성을 침해하는 행위라는 견해⁷⁹⁾도 있다. 연명의료의 거부(중단)결정은 헌법상 기본권인 자기결정권으로서 보장되지만, 자기결정권도 인간의 존엄성을 침해하여 행사될 수 없는 한계가 있는데 의사조력자살과 같은 자살은 인간의 존엄성을 침해하는 행위라는 것이라고 본다.⁸⁰⁾

임종단계에서 소극적으로 연명의료의 중단을 결정하는 것과 의사조력자살을 결정하는 것 사이에는 큰 간극이 존재하는 것이 사실이다. 연명의료 중단은 사망에 이르는 자연적 상태 내지 과정이 진행되도록 놔둔 부작위에 불과하지만 극약을 처방해주는 것은 적극적으로 자살에 개입하는 작위로서 비도덕성이 훨씬 크다는 도덕적 논변⁸¹⁾의 허들을 넘어서는 것이 쉽지 않다. 의사조력자살을 자살로 본다면 생명에 대한 임의적 처분으로서의 성격을 완전히 부정할 수는 없기 때문이다.

그런데 독일 연방헌법재판소는 2020년 2월 의사조력자살을 금지하는 형법 제217조

76) 헌재 2015.2.26. 2009헌바17 결정; 헌재 2012.8.23. 2010헌바402 결정 등.

77) 헌재 1997.3.27. 95헌가14 결정.

78) 헌재 2009. 11. 26. 2008헌마385 결정.

79) 김은철/김태일, “죽음에 관한 자기결정권과 존엄사”, 미국헌법연구 제24권 제1호, 2013, 103면.

80) 이인영, 앞의 논문, 143면. 다만 이인영교수는 말기환자인 경우 의사조력자살은 우리 사회의 시대적 상황·사회구성원들의 의식 등에 따라 달리 접근할 수 있다고 한다(이인영, 앞의 논문, 144면).

81) 예컨대 Cruzan v. Director, Missouri Department of Health, 497 U.S. 261(1990).

에 대해 위험결정을 하면서, 자신의 생명을 종결할 자유에는 이러한 목적을 위한 제3자의 도움을 받을 자유가 포함되므로 자살에 조력하는 행위가 정당화된다고 판단하였다. 일반적 인격권(Das allgemeine Persönlichkeitsrecht)은 스스로 죽음을 결정할 권리를 포함하는데, 자신의 결정에 의해 죽을 권리는 자신의 생명을 종결할 수 있는 자유를 포함하며 자신의 삶을 종결하기로 결정하는 경우 원칙적으로 그 개인의 결정은 자율적 자기결정행위(autonome Selbstbestimmung)로 그 자체로서 국가와 사회로부터 존중되어야 한다고 보았다. 즉 생명종결 결정 그 자체가 국가와 사회에 의해 존중되어야 하고 그에 대한 다른 근거나 정당화가 필요한 것은 아니며, 이는 자신의 삶을 마감하기로 한 결정이 인간 존재에 대한 근본적 물음이자 인간의 정체성과 개성(Individualität)에 영향을 미치는 문제이기 때문이라고 보았다.⁸²⁾ 그리고 이러한 권리는 생명의 모든 단계에 존재한다고 판단하였다.

자살관여를 범죄화하는 것은 개인의 자율성과 관련해 타인에 의한 외부결정의 위험을 정당화한다는 가정에 근거한다고 볼 수 있다. 그렇다면 이러한 외부에서의 위험이 없다면 타인의 조력에 의해 자살하는 것도 규범적으로 허용되며, 이 경우 환자의 의사가 의료인의 치료의무보다 우선시될 수 있다. 왜냐하면 도덕적 판단과 실천이성을 가진 인간이 존엄한 존재로서 생을 마감할 수 있도록 조력하는 것은 의료기술로 생명을 무의미하게 연장하거나 생명의 지속이 존재의 의미 없이 고통의 연장에 불과한 삶에 대한 자기결정권을 보장하기 때문이다. 형법상 불법도 상대적인 것으로 고정불변이 아니다. 법의무에 반하는 자율성의 실행이 오로지 자기관계, 자기법익과의 관계에서 규정되고 형상화되는 한 형법상의 불법으로 다루어지기 어렵다.⁸³⁾ 더욱이 자살의 불법성에 대한 역사적 변천 과정⁸⁴⁾을 본다면 자살관여행위의 불법성도 변화될 수 있음을 인정할 수 있고, 환자의 자기결정권 행사가 인간의 존엄과 가치의 수호를 위해 행해져 긍정적인 것으로 평가

82) BVerfG *supra* note 48)

83) 손미숙, “연명의료중단의 형법이론적 근거”, 형사정책 제28권 제1호, 2016, 50면 이하. 손미숙박사는 칸트식의 표현으로는 내적인 법의무에 반하는 한 형법상 불법이 되지 않는다고 하면서, 임종기 환자의 의사에 따라 의사가 치료 혹은 생명유지에 필요한 조치들을 하지 않는다면, 이는 순전히 자연스럽게 죽어가도록 하는 것으로서 형법상의 불법이라고 볼 수 없다는 입장을 취하고 있다. 이 견해는 독일의 M. Köhler의 자기결정권 이론(“Das Rechtspflicht gegen sich selbst”, *Jahrbuch für Recht und Ethik* Bd. 14, 2006, S. 425ff)에 영향을 받은 견해로 보인다.

84) 고대 그리스나 로마에서는 자살이 긍정적으로 평가되기도 하였으나 중세에서는 기독교의 영향으로 자살이 범죄로 취급되었으나, 19세기 이후 각국의 자살을 처벌의 대상에서 제외하였다.

된다면 그에 대한 조력도 긍정적으로 평가될 수 있다. 형법의 불법은 결과의 불법성은 물론 행위의 불법성 또한 인정되어야 하며, 불법의 판단은 행위의 불법성에서 시작해야 하기 때문이다.⁸⁵⁾ 조력자살자의 자기결정권 행사에 구성요건해당성을 부정한다면 이에 관여한 의사에게도 형벌이라는 수단이 적절한 대책이 아닐 수 있다. 자살방조죄의 존재 목적이 절대적 생명보호를 강제하여 결과적으로 자살을 희망하는 사람의 수를 감소시키는 것이라면 형법은 그것을 위한 적절한 수단이 아니다.⁸⁶⁾

형법의 임무는 윤리의 최대개념을 확보하는 것이 아니며, 형법의 윤리성은 생명의 영역에 있어 자유의 보장과 생명에 대한 가치관의 변화에 따라 후퇴될 수 있다. 자살관여 행위의 불법성도 각국의 사정과 문화, 생사관 등이 반영되는 입법정책의 문제이며⁸⁷⁾ 어느 정도의 관여행위까지 처벌할 것인가의 문제도 입법적으로 해결될 성질의 문제라고 하겠다.⁸⁸⁾

우리 헌법재판소의 논리⁸⁹⁾에 따르면 연명의료 중단과 달리 의사조력자살은 ‘자살’이기 때문에 헌법상 권리로 인정할 수 없고 의사의 조력도 받을 수 없다는 결론에 이르기 쉽다. 그러나 의사조력자살은 생명의 말기에 극심한 고통에 시달리는 환자가 자신의 존엄과 가치를 유지하는 방법으로 생명단축의 결정을 한 것이고, 여기에는 의료인의 의학 적 판단이 개입된다는 점에서 단순한 자살과는 구별함이 타당하다. 즉 의사조력자살은 통상적 의미의 자살이 아니며 자신의 생명을 인간의 존엄과 가치에 부합하는 방향으로 영위하고자 하는 자기결정권의 행사라고 볼 수 있다.

그리고 자기결정권은 독일 연방헌법재판소가 판시하였듯이 자신의 생명을 종결할 수 있는 자유를 포함하며 자신의 삶을 종결하기로 결정하는 경우 원칙적으로 그 개인의 결

85) 같은 취지로 대법원 2020. 11. 19. 선고 2020도5813 전원합의체 판결의 반대의견.

86) Stellungnahme deutscher Strafrechtslehrerinnen und Strafrechtslehrer zur geplanten Ausweitung der Strafbarkeit der Sterbehilfe III.g(https://www.jura.uni-wuerzburg.de/fileadmin/02150100/Daten_fuer_News/Resolution_zur_Sterbehilfe_21_7.pdf)(2022.10.1. 접속); C. Roxin, 앞의 논문, S. 188f.

87) 프랑스, 벨기에, 스웨덴 등은 자살관여행위를 처벌하지 않고 있으며, 스위스, 독일 등은 상업적 자살방조만을 처벌하고 있다(이러한 형법 규정에 대한 위헌판결이 있었음은 전술하였다).

88) 자살방조행위에 대한 ‘전면적 불처벌의 방식’ - ‘영업적 또는 상업적으로 자살방조행위에 한해서 처벌’하는 중간적 방식 - 자살방조행위에 대한 ‘전면적 처벌’의 방식 중 어느 하나의 방식이 될 것이다.

89) 헌재 1997.3.27. 95헌가14 결정.

정은 자율적 자기결정행위로서 그 자체로 국가와 사회로부터 존중되어야 한다. 이러한 결정은 국가가 억지할 수 없는 인간 존재에 대한 근본적 질문이자 인간의 정체성에 영향을 주는 문제이기 때문이다.⁹⁰⁾ 그렇다면 그 방법으로서 의사의 조력을 받든 일반인의 조력을 받든 그 실행방법은 부차적인 문제에 불과하며 조력자의 행위가 자살방조에 해당되지 않는다는 결론에는 변함이 없다. 법익의 침해라고 볼 수 있는 위법한 피해나 타인의 생명에 대한 위협이 없기 때문이다.⁹¹⁾

자신의 이성에 따라 자유롭게 생명의 종기를 결정하였다면 그러한 결정이 자기결정권에 의해 보장되어야 하며, 그 핵심은 그러한 과정에 도움을 준 의사를 형사처벌로부터 보호하는 것도 포함하는 것이며,⁹²⁾ 이 부분이 담보되지 않는다면 자기결정권의 핵심 내지 본질이 침해받는 것으로 보아야 한다. 의사조력자살에 가담한 의사를 처벌하는 것은 자기결정권에 대한 침해로 형법의 최후수단성의 원칙에 반할 수 있다.⁹³⁾ 극단적으로 불치의 질환으로 말기에 있는 환자가 의료인의 도움을 통해 존엄한 죽음을 맞지 못하게 한다면 역설적이게도 비참한 자살로 생을 마감하도록 내모는 상황의 반복도 초래될 수 있다.⁹⁴⁾ 조력자살의 남용의 위험성 등 부작용의 문제는 형사입법이 아니라 사회정책의 문제로 해결해야 할 부분이다.

의사조력자살을 결정한 환자의 자기결정권이 이러한 내용과 범위를 가지고 있다면 환자의 생명종결 결정에 조력한 의사는 타인의 생명을 침해하는 행위를 한 것이라고 볼 수 없고, 조력행위는 단순한 자살의 방조와는 성질을 달리하며 예외적 상황에서 생명의 주체가 인간으로서의 존엄과 가치를 지킬 수 있도록 해주는 특수한 의료행위를 시행한 것으로 볼 수 있다. 형법상의 불법도 전체 법질서의 관점, 특히 헌법적 가치질서의 존중하에 규정되어야 한다. 따라서 헌법상 기본권인 자기결정권 행사를 위한 의사의 조력행위를 헌법적으로 위법하다고 평가할 수 없으므로 형법상 의미 있는 위법이라고 보기도 어렵고 그 결과 자살방조의 불법이 완성되었다고 볼 수 없을 것이다. 오히려 의사의 행위는 예외적이고 특수한 상황에서 자살을 방조한 것이 아니라 인간의 존엄과 가치를 지

90) BVerfG *supra* note 48)

91) C. Roxin, 앞의 글, S. 188.

92) Baxter, et al., v. Montana, et al., MT DA 09-0051, 2009 MT 449 판결도 이 점을 지적한다.

93) Stellungnahme deutscher Strafrechtslehrerinnen und Strafrechtslehrer의 앞의 정명서, III. d.

94) 같은 취지로 이기현, 앞의 논문, 218면 이하.

켜주는 최후의 행위로 불법상쇄적 기능을 가진다고 봄이 타당하다.⁹⁵⁾ 의사조력자살은 죽음을 강요하는 것이 아니라 시행과정에서 환자가 오히려 남은 삶의 의미를 깨닫고 자살을 포기하게 할 수도 있다.⁹⁶⁾ 이는 어떤 의미에서 또 다른 자기결정권의 보장을 의미한다고 볼 수 있다.

나. 평등의 관점

모든 국민은 그의 존엄한 인격권을 바탕으로 하여 자율적으로 자신의 생활영역을 형성해 나갈 수 있는 권리를 가진다. 자기결정권의 헌법상 근거인 행복추구권은 본질적으로 개인의 자기운명결정권을 내용으로 한다.⁹⁷⁾ 그렇다면 자기운명결정권의 행사, 생명의 단축에 대한 자기결정도 행복추구의 한 수단이 될 수 있다. 그런데 행복추구는 모든 국민에게 평등하게 보장되어야 한다.⁹⁸⁾

우리나라는 물론 세계 각국이 연명으로 중단을 자기결정권의 행사로서 국가가 그 결정을 존중해야 한다는 점에 대해서는 이견이 없다. 여기서 연명으로 중단은 사망에 이르는 자연적 과정 내지 경과가 진행되도록 놔둔 부작용에 불과하지만 극약을 처방해주는 것은 적극적으로 자살에 개입하는 작위로서 비도덕성이 훨씬 크므로 허용될 수 없다는 주장이 있을 수 있다. 그러나 이러한 주장은 말기 내지 임종기의 환자를 전제로 하지 않을 때에 도덕적 비난의 강도에 차이가 있는 것이며, 말기 내지 임종기의 환자가 자신의 생명종결에 대한 의사결정을 하고 그것이 그의 존엄하고 고통없는 죽음을 위한 자유로운 결정이라면 소극적·부작위적 방법이든 적극적·작위적 방법이든 그 방법의 차이에 대해 규범적 차별을 두지 않는 것이 불가능한 것은 아니라는 점을 간과하고 있다.

95) 환자의 자기결정권에 이 같이 의사의 조력을 받아 죽을 권리까지 포함된다면 이러한 상황에 조력하는 의사는 자살방조의 고의 또한 인정하기 어렵다.

96) 디그니타스 자료에 의하면 1998~2017년 동안 2,550명의 조력자살을 도왔지만 3~4만명의 자살을 포기하도록 했다고 한다(H. Schöch, "Das Recht auf selbstbestimmtes Sterben", GA 167, 2020, S. 4).

97) 헌재 2009. 11. 26. 2008헌마385 결정.

98) 중증장애인이거나 말기환자는 정상인과 달리 자살을 위해서는 타인의 조력이 필수적이므로 애초부터 이런 사람들의 합법적인 자살을 차단하는 것이 평등권 위반이라는 주장도 제기된 바 있다[Rodriguez v. British Columbia(Attorney-General) 3 S.C.R. 519, 544(1993) 판결에서 Lamer C.J. 대법관의 반대이견].

또한 남용가능성의 방지 등 생명침해 방지를 위한 국가의 이익은 동일하나 오히려 연명치료 중단이 그 기간과 방법에 있어 의사조력자살보다 의사가 감당하는 역할이 더 크다고 볼 수도 있다.⁹⁹⁾ 그렇다면 연명의료의 중단이 의료인의 형사책임을 합법적으로 면제해주면서 존엄사라는 명분하에 기만적 형태로 포장된 자살이 아니라면, 인간의 존엄과 가치를 지키기 위해 행해지는 의사조력자살도 유사한 관점에서 파악되어야 한다. 연명의료와 말기 진정요법, 의사조력자살이 명확히 구분되기 어렵고,¹⁰⁰⁾ 의학적 치료라는 개념도 기본적으로는 질병의 회복 가능성을 전제로 한 환자의 자기결정권에 근거한 것이므로, 치료 내지 호전의 가능성이 없어 인위적으로 생명의 종기를 연장시키는 의미밖에 없다면 이러한 상태에서 연명의료 중단에 비해 보다 적극적인 방법을 사용한다고 하여 생명에 대한 임의적 처분으로 간주되어서는 안 된다. 연명의료 중단은 부작위이기 때문에 작위인 의사조력자살보다 불법하지 않다는 주장은 의사조력자살이 입법화된 여러 국가의 예에서 보듯이 과거의 낡은 유물에 대한 집착에 지나지 않을 수 있다.

결국 연명의료 중단은 허용하면서 동일한 환자에게 자기결정권 행사의 정도가 강하다는 이유로 의사조력자살을 허용하지 않는 것은 평등권 관점에서 문제가 있다.¹⁰¹⁾ 이러한 관점에서 미국 연방대법원도 *Cruzan* 사건에서 적법절차의 관점에서는 환자가 자살함에 있어 제3자의 도움을 받을 권리가 없다면서도, 연명의료를 거부할 자유를 인정하고 ‘급식튜브 제거’와 같이 사망과 직접적으로 연결되어 있는 행위까지도 긍정하였다.¹⁰²⁾ 말기 환자에게 의사조력자살을 허용한다고 하여 이들의 생명권이 일반 환자의 생명권보다 보호받을 가치가 떨어지는 것¹⁰³⁾으로 바로 연결된다는 점이 논증되기 전까지는 의사조력

99) *Quill v. Vacco*, 80 F. 3d 716(1996)

100) 의료계에서도 완화의료와 의사조력자살을 이분법적으로 구분하는 것을 반대하면서 말기 진정요법의 경우에도 생명을 단축하거나 죽음을 앞당기려는 의도가 전혀 없다고 할 수 없으므로 연명의료의 중단, 말기 진정요법, 의사조력자살이 사실상 구분하기 어렵다는 주장도 제기된다(Timothy Quill, Doctor, “I want to die, will you help me?”, *JAMA*, 1993, p.270. 엄주희/김명희, “호스피스·완화의료와 의사조력자살 간 경계에 관한 규범적 고찰”, *법학연구* 제28권 제2호, 2018, 18면에서 재인용).

101) 자기결정권의 관점에서 양자의 구별이 무의미하다는 견해로는 F. Saliger, “Sterbehilfe ohne Strafrecht? Eine Bestimmung des Anwendungsbereichs von Sterbehilfe als Grundstein für ein intradisziplinäres Sterbehilferecht”, *KritV*, 2001, Vol. 84, No. 4, 2001, p. 386.

102) *Cruzan v. Director, Missouri Dept. of Health*, 497 U.S. 278(1990). 다만 연방대법원은 의사조력자살을 헌법상 권리로 인정하지는 않았다[(*New York State v. Quill*, 177 S. CT. 2293(1997))].

103) *Lee v. Oregon*, 891. F. Supp. 1429, 1438(1995). 이러한 주장은 자살이 헌법상 권리가 아니라는

자살이 평등보호 기반에서 허용될 수 없다고 보기는 어렵다.

이러한 관점에서 최근 오스트리아 헌법재판소가 의료인의 조력자살을 처벌하는 형법 제78조¹⁰⁴⁾에 대해 ‘타인의 자살에 조력’이라는 문구를 위헌이라 판단하면서, 개인이 자신의 인간다운 죽음의 시점을 결정할 권리가 평등권을 규정한 국민의 일반적 권리에 관한 국가기본법 제2조와 연방헌법 제7조의 평등의 원칙으로부터 도출된다는 점을 실시한 점¹⁰⁵⁾은 주목할 만하다. 환자가 처분권 내지 치료고권을 통해 의학적 생명연장 또는 생명유지조치를 거부하는 것과 제3자의 조력을 통해 삶을 종결하는 것 사이에 기본권 측면에서 차이가 없다는 점을 명확히 하였기 때문이다.

다. 절대적 생명보호의 관점

인간의 존엄은 생명을 기초로 하므로 생명은 절대적으로 보호되어야 한다는 인간 생명의 존중이라는 명제는 자살관여행위에도 적용될 수 있으며, 일견 의사조력자살은 이러한 공공의 이익에 반한다고 할 수 있다. 자살방조죄의 처벌이 개인의 생명보호청구권과 국가와 제3자의 생명보호의무를 전제로 한다는 주장¹⁰⁶⁾도 실재한다.

헌법재판소도 생명에 대한 권리는 헌법에 명문의 규정이 없더라도 인간의 생존본능과 존재목적에 바탕을 둔 선험적이고 자연법적인 권리로서 모든 기본권의 전제로서 기능하는 ‘기본권 중의 기본권’이므로, 국가는 국민의 생명을 최대한 보호할 의무가 있으며, 생명권의 주체라도 자신의 생명을 임의로 처분하는 것은 정당화될 수 없다고 판단하였다.¹⁰⁷⁾ 그러나 헌법재판소는 인간의 존엄과 가치 및 행복을 추구할 권리는 생명권 못지 않게 우리 헌법상 최고의 가치를 이루고 있으므로 죽음에 임박한 환자의 생명은 그의 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복을 추구할 권리에 부합하는 방식으로 보호되어야 하며, 모든 인간은 죽음을 맞이하는 순간까지 인간으로서의 존엄과 가치를 유지할 권리를 보장받아야 한다는 점을 인정하고 있다.¹⁰⁸⁾

점에 기초하고 있다.

104) 타인으로 하여금 자살하도록 유도하거나 타인의 자살에 조력한 자는 6개월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다.

105) VfGH 11.12.2020. G139/2019-71.

106) 이인영, 앞의 논문, 141면.

107) 헌재 2009. 11. 26. 2008헌마385 결정.

이처럼 의사조력자살에 대한 자기결정은 생명단축과 관련된 결정이므로 필연적으로 생명권 보호에 관한 헌법적 가치질서와 충돌할 수밖에 없다.

생명은 절대적으로 보호되어야 하는 것인가? 생명의 절대적 보호는 법률 후견주의 (legal paternalismus)를 의미하는 것이며, 이 반대편에는 개인의 자율성이 존재한다. 생명이 절대적으로 보호된다는 것은 결국 개인의 자율성, 자기결정권은 제한됨을 의미할 수밖에 없는 상호제한적 관계이다. 이러한 기본구도 하에서 우리 형법상 생명의 절대적 보호는 사형을 형벌로 규정하고 있는 이상 최대한의 생명보호로 이해될 수 있으며, 절대적 생명보호라고 할지라도 이는 죽음을 원하지 않는 자에 대한 생명의 침해를 형법적으로 방지하는 것이라고 할 수 있다.¹⁰⁹⁾

형법이 촉탁·승낙 살인죄와 자살관여죄를 두고 있지만 이는 의학적 판단이 배제된 일반인에 의한 살인 내지 자살관여행위의 위험성 때문이다. 이와 달리 정상적인 사회시스템, 즉 의료체계를 통해 시행되어 자살방조행위가 자살방조를 위장한 살인으로 변질될 가능성이 없다면 반드시 가벌적 행위라고 단정지를 필요는 없다. 생명이 그 주체의 생존 의사와 무관하게 보호해야 한다는 명제는 그에게 인간다운 삶 무의미하지 않은 삶 고통을 대가로 가치 없는 생명의 연장을 강요하지 않는다는 기초에서 가능할 따름이다. 의사조력자살이 필요한 사람에게 선택권 없이 무의미한 삶의 연장을 강요하는 것은 죽음에 이르는 단계에서도 생명은 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복을 추구할 권리에 부합하는 방식으로 보호되어야 한다는 원칙에 반하는 것일 수 있다. 자유지향적·자유책임적 형법의 관점에서 형법적 금지의 정당성에 대한 의문은 제기될 수 있으며,¹¹⁰⁾ 자살방조의 불법은 중범의 불법을 정범화한 것으로 그 불법의 경미성이 고려되어야 한다는 요구도 가능한 것이다.

또한 법익의 포기가 적정절차에 의해 이뤄질 경우 형법의 개입이 포기될 수도 있다. 인간의 자기보존과 자기실현에 대한 기본의무는 고유한 자유의 현존재를 본질적으로 위협하는 자기 처분에 대한 금지와 부합하는데, 이러한 자기보존과 자기실현에 대한 기본의무는 단순한 도덕적 성격에 그치는 것이 아니라, 법적 의무로 이해될 수 있다.¹¹¹⁾ 이

108) 헌재 2009. 11. 26. 2008헌마385 결정.

109) 같은 취지로 이기현, 앞의 논문, 218면.

110) 예컨대 무책임한 자살을 방지하려는 헌법적 목표가 형법의 획일적 금지보다는 행정적 규제가 더 효과적이라는 견해로는 H. Schöch, 앞의 논문, S. 4.

런 맥락에서 생애적 자유의 실현을 위한 전제조건이 인간의 생명이기 때문에, 생명은 법에서 최고의 법익으로 평가되는 것이다.¹¹²⁾ 그런데 자기유지와 실현이라는 법의무는 1차적으로는 자기관련적 명령이자 요청으로서 당연히 스스로에게 의무를 지우는 것이며 타인이나 국가가 이러한 자기보존을 후견적으로 감독하거나 강요할 수는 없다.¹¹³⁾ 하지만 자기보존에 대한 이 의무가 - 법관계의 기초인 - 상호적인 승인관계의 영역에서 이에 대한 준수나 불승인이 효력을 발휘함으로써 일반적인 유효성의 관철과 관련될 때에는 법공동체인 국가가 외적으로 강제할 수 있는 형법적으로 중요한 법의무가 된다.¹¹⁴⁾ 그럼에도 불구하고 상호승인관계에서 자기보존에 대한 의무위반이 형법상의 불법이 되기 위해서는 형법 제252조 제1항 촉탁, 승낙에 의한 살인죄에서처럼 오로지 타인 스스로가 당사자의 의사에 따라 그의 법적인 현존재를 실제로 파괴할 때에만 가능한 것일 수 있다.¹¹⁵⁾ 인간의 존엄과 가치는 그 주체의 의사와 관련하여 규범적 평가가 이뤄져야 하기 때문이다.

이러한 의미에서 타인에 의해 자신의 법적인 존재가 파괴되지 않는 한 생명권을 포함한 기본권의 주체에 대한 가부장적 보호는 정당화될 수 없다.¹¹⁶⁾ 자기결정권의 행사에 의사조력자살이라는 하나의 유형을 인정하지 않는 것은 국친사상으로 국민의 국가에 대한 객체성만을 추구하는 결과일 수 있다. 자유로운 의사에 입각한 자살을 제한하는 것은 국가의 과제 내지 의무에 해당하지 않는다.¹¹⁷⁾ 국가에 의한 생명보호가 요구되는 상황은 정신장애인처럼 자유롭고 임의적인 자기결정이 불가능한 상황에 국한되는 것이다. 형법 규범의 금지범위 또한 여기에 머물러야 한다. 생명은 절대적으로 존중되어야 하지만 법익으로서의 생명은 상대화될 수 있는 것이다.¹¹⁸⁾

말기 내지 임종기 환자의 의사조력자살 상황은 인간으로서의 존엄과 행복추구가 의심

111) Köhler, 앞의 글, S. 425 이하.

112) 손미숙, 주 8)의 논문, 201면.

113) Kahlo, “Sterbehilfe und Menschenwürde”, in: FS Frisch, 735면 이하(손미숙, 주) 8)의 논문, 201면에서 재인용).

114) Kahlo, 앞의 논문, 735면(손미숙, 주 8)의 논문, 201면에서 재인용).

115) Kahlo, 앞의 논문, 735면(손미숙, 주 8)의 논문, 202면에서 재인용).

116) BVerfG *supra* note 48)

117) Berka/Binder/Kneihs, Die Grundrechte, 2019, Verlag Österreich GmbH, S. 286(VfGH 11.12.2020. G139/2019-71에서 재인용).

118) 배종대, 앞의 책, 25면.

받는 예외적·극단적 상황이다. 이러한 경우에는 의사의 조력이 비록 환자의 사기를 앞당긴다고 하더라도 생명권을 최대한 존중하여야 하는 의무를 위반한 것이 아니며, 그의 의사는 환자의 의사에 따라 환자가 존엄한 죽음에 이르게 한다는 것이라고 할 수 있다. 의사의 생명유지 의무가 요구되는 것은 질병의 회복 내지 관리를 통해 환자의 인간으로서의 존엄과 가치가 유지될 때인데, 의사조력자살과 같은 상황은 환자의 자기결정권이 생명유지와 연장이라는 의사의 권리의무에 우선하는 상황이라고 할 수 있다. 자살의지가 자기결정권에 기초한 것으로 의심의 여지없이 확인된다면 입법자 또한 이 의지를 존중해야 하며, 이는 기본권 간에 형량할 문제가 아니므로¹¹⁹⁾ 수범자인 의료진에게도 생명권을 존중할 의무보다 자기결정권을 존중할 의무가 우선한다고 볼 수 있다. 자살방조죄는 의료인에게 절대적 생명보호를 무조건적으로 강제하여 자살 희생자의 수를 감소시키는 것이 목표가 아니다.

3. 한계 지움: 자살방조행위의 형사면책의 기초

형법이론적으로는 위의 논거들을 통해 의사조력자살에 가담한 의료인의 방조행위는 생명단축에 대한 자기결정권 인정의 귀결로 피해자의 승낙에 의한 행위로서 형사책임이 부정될 수 있다. 그러나 더욱 중요한 것은 형법이론적으로 이러한 논의가 가능하더라도 입법의 문제는 달리 취급되어야 한다는 점이다. 의사조력자살의 입법은 신중하게 컨센서스가 형성된 이후 시행될 과제이다.¹²⁰⁾

이 지점에서 명확히 지적할 것이 있다. 향후 의사의 자살방조에 대한 형사책임을 부정하기 위한 사회적 논의 및 입법화 과정에서 지켜져야 할 최소한의 기준을 제시할 필요가 있다는 사실이다.

형사법학계에서 이견 없이 소극적 안락사에 대하여 위법성 조각을 인정하는 것은 인간의 자연적인 사기를 앞당기기는 하지만 ① 죽음에 직면한 환자가 ② 품위 있는 죽음을 맞도록 하기 위해 ③ 생명유지장치를 제거하거나 치료를 중지하였기 때문에 인간다운 죽

119) VfGH 11.12.2020. G139/2019-71.

120) 캘리포니아주나 영국의 예에서 알 수 있듯이 일반 국민은 물론 종교계 등 각계각층의 공감대 없이는 입법화가 현실적으로 어렵다.

음에 대한 권리로서 정당화시켜주는 것이다. 그런데 의사조력자살은 다양한 형태가 존재한다. 참을 수 없는 고통의 말기환자부터 단순히 우울증 환자가 실시하는 경우까지 매우 다양하다.

여기서 의사조력자살은 소극적 안락사와 대비되는 측면¹²¹⁾이 존재하므로, 목적과 시기, 상황에 따라 구분하여 정당화 요건을 충족시킬 수 있어야 한다. 즉 ① 의사조력사가 허용될 수 있는 대상은 참기 힘든 고통을 지닌 여명 6개월 이내의 말기환자로서 죽음에 직면해있거나 임종과정에 있는 환자에 한해서만 가능하다. 예컨대 정신질환의 경우 허용될 수 없다.¹²²⁾ 마찬가지로 죽음에 직면해 있지는 않으나 근무력증 등 중증질환의 경우에도 우선은 사회정책적 수단을 활용하여야 한다. 이 정도 단계까지는 간병시스템, 의료서비스 등을 통해 환자와 가족의 존엄과 행복을 지켜주는 것이 국가의 의무 내지 책임이라고 보아야 하기 때문이다. ② 다음으로 이러한 환자라고 하더라도 외부의 강요 없는 명시적이고 반복적인 의사에 기해 의사조력사를 요청하여야 한다. 그리고 그 의사는 증인에 의해 자유의지에 의한 결정이라는 점이 담보되어야 한다. 또한 환자의 이러한 의사조력사 신청은 언제든지 철회될 수 있어야 하며 의료진은 숙고기간 등을 통해 그러한 기회를 보장하여야 한다. ③ 의사조력사의 이행 전에 의료진은 반드시 환자의 증상과 예후, 완화의료를 포함한 다른 의료적 대안에 대해 충실히 설명의무를 다하여야 하며 환자도 이를 정확히 이해하여야 한다. ④ 환자의 신청에 따른 조력사의 결정과 이행은 중앙 의사조력사심사위원회를 통하여 결정되어야 하며, 그 이행은 의료체계 내에서 최종적으로 환자의 인과적 생명단축행위에 의해 행해져야 한다. ⑤ 의사조력사의 신청과 이행의 전 과정은 문서화되어 기록으로 남겨져야 하며, 이행 이후에는 그 적법성과 정당성 여부를 심사하기 위해 의사조력사심사위원회로 그 결과가 보고되어야 한다.

이러한 요건들이 충족될 때에만 의사의 형사책임은 면제될 수 있을 것이다.

121) 우선 목적의 경우 의사조력자살도 품위 있는 죽음을 맞이 위한 것이 다수일 수 있으나 우울증이 극심하여 실시하는 경우와 같이 반드시 품위 있는 죽음을 맞이 위한 것이라고 볼 수는 없다. 다음으로 실시상황의 대다수의 경우 죽음에 직면한 환자일 가능성이 높지만 그렇지 않을 수도 있다. 또한 실시 방법의 경우 생명유지장치의 제거나 치료의 중지를 넘어 의료인이 제공한 극약을 환자가 복용한다.

122) 정신질환의 경계 설정은 매우 난해한 문제로서 다수의 의사가 참여하더라도 사기 압박과 달리 주관적 고통을 객관화하기는 쉽지 않기 때문이다.

VI. 결론

서두에서 밝혔듯이 최소 3명의 한국인이 스위스에서 조력자살단체의 도움을 받아 생명중단결정을 하였으며 그 과정에 동행한 조력자가 있는 상황에서 형법학계에서도 이제 는 죽음에 대한 권리, 의사조력자살의 문제를 심도 있게 논의할 단계가 되었음을 부정할 수 없다.

의사조력자살이 도입될 경우 우려되는 상황은 이른바 생존할 만한 가치가 없는 자에 대해 사회적으로 도태시키는 것이 정당화 내지 합법화될 수 있다는 것이다. 인간의 생명은 최대한 보호되어야 한다. 이 원칙은 생명권을 지닌 본인에게도 적용되어야 한다. 더욱이 생명을 스스로 단축하는 결정이 단순히 비구조적 요인, 예컨대 경제적 곤궁 등의 이유 때문이라면 쉽게 허용되어서는 안 되며 이는 사회정책적으로 해결되어야 할 국가의 책임에 속하는 문제가 된다. 의사조력자살이 ‘유전장수, 무전자살’, ‘사회적 타살의 강요’라는 새로운 비극을 양산해서는 안 된다.

그럼에도 불구하고 인간은 생명의 모든 단계에서 자율적 자기결정행위로서 스스로 죽음을 결정할 권리가 있다. 따라서 비록 생명단축이 있더라도 환자가 생명권에 대한 진지한 고민을 통해 내린 합리적 의사결정을 조력하기 위해 의사가 개입하였다면 이는 단순한 자살방조와 달리 인간의 존엄과 가치를 지키기 위한 결정으로 위법성이 조각된다고 판단해야 할 것이다.

우리 사회는 연명의료 중단에 관한 법률의 험난한 입법화 과정을 겪었다. 필자가 위에서 제시한 의사조력자살의 정당화가 다소 급진적인 주장일 수 있다. 그러나 형법학계에서 향후 다양한 논의가 촉발될 수 있다면¹²³⁾ 충분히 의미를 가진 주장으로 평가될 수 있을 것이다.

123) 슈펜델의 “학문적 인식은 논쟁을 통해 촉진되며 자신의 견해는 반대 의견의 표명에 의해 자극받을 수 있다”는 표현(Spendel, “Gegen den Verteidigungswillen als Notwehrerfordernis, Bockelmann-FS, 1979, S. 246)을 빌리고 싶다.

참고문헌

단행본

- 김성돈, 형법각론(제6판), SKKUP, 2020
- 김일수/서보화, 형법각론(제8판), 2016
- 박상기, 형법각론(제8판), 박영사, 2011
- 배종대, 형법각론(제10전정판), 홍문사, 2018
- 신동운, 형법각론(제2판), 법문사, 2018
- 유영규/임주형/이성원/신용아/이혜리, 그것은 죽고 싶어서가 아니다, 2020, 북콤마
- 이재상/장영민/강동범, 형법총론(제12판), 박영사, 2021
- 임 우, 형법각론(제9정판), 법문사, 2018

논문

- 김선택, “의사조력자살의 합법화: 세계적 동향”, 한국의료법학회지 제26권 제1호, 2018
- 김성규, ““업무로서 행해지는 자살방조 의 범죄화”, 강원법학 제51권, 2017
- 김은철/김태일, “죽음에 관한 자기결정권과 존엄사”, 미국헌법연구 제24권 제1호, 2013
- 문성채, “연명중단에 관한 관련법 제정에서의 주요내용과 방향성을 위한 소고 - 네덜란드 연명중단 및 자살방조를 위한 심사법의 내용을 중심으로 -”, 법조 통권 제641호, 2010
- 문재완, “죽을 권리에 관한 연구: 의사조력자살을 중심으로”, 헌법학연구 제26권 제3호, 2020
- 성경숙, “의사조력자살의 허용에 관한 고찰”, 법학연구 제27권 제4호, 2019
- 손미숙, “소극적 안락사 혹은 연명치료중단의 정당화 근거에 관한 고찰”, 강원법학 제42권 제1호, 2014
- _____, “연명의료중단의 형법이론적 근거”, 형사정책 제28권 제1호, 2016,
- 송승현, “자살교사 방조죄의 인정여부”, 법학연구 제25권 제1호, 2015
- 임주희, “생명권의 헌법적 근거와 연명치료중단에서의 생명권의 보호범위”, 헌법학연구 제19권 제4호, 2013

- 엄주희/김명희, “호스피스·완화의료와 의사조력자살 간 경계에 관한 규범적 고찰”, 법학연구 제28권 제2호, 2018
- 이기현, “의사조력자살에 대한 고찰”, 홍익법학 제15권 제1호, 2014
- 이인영, “미국의 의사자살방조에 관한 법리 논쟁과 입법에 관한 고찰”, 법학연구 제33권 제1호, 2022
- 이승호, “안락사 논의와 연명의료 중단 법률의 주요쟁점에 관한 소고”, 일감법학 제35호, 2016
- 조한상/이주희, “안락사에 관한 법적 고찰 - 헌법학과 형법학의 융합과 그 파급효”, 법학연구 제49집, 2013
- 정배근, “자기책임원칙을 통한 자살참가자의 가벌성 판단”, 중앙법학 제20집 제1호, 2018
- 한상수, “존엄하게 죽을 권리에 관한 연구”, 공법학연구 제11권 제3호, 2011
- 황도수, “죽을 권리와 죽일 권능 용어의 정리를 제안하며”, 세계헌법연구 제19권 제2호, 2013
- Young Ho Yun/Jin-Ah Sim/Yeani Choi/Hyejeong Yoon, “Attitudes toward the Legalization of Euthanasia or Physician-Assisted Suicide in South Korea: A Cross-Sectional Survey”, International Journal of Environmental Research and Public Health(IJERPH), 2022, 19(9)
- Roxin, Claus, “Die geschäftsmäßige Förderung einer Selbsttötung als Straftatbestand und der Vorschlag einer Alternative”, NStZ, 2016
- Saliger, Frank, “Sterbehilfe ohne Strafrecht? Eine Bestimmung des Anwendungsbereichs von Sterbehilfe als Grundstein für ein intradisziplinäres Sterbehilferecht”, KritV, 2001, Vol. 84, No. 4, 2001,
- Schöch, Heinz, “Das Recht auf selbstbestimmtes Sterben”, GA 167, 2020
- Köhler, Michael, “Das Rechtspflicht gegen sich selbst”, Jahrbuch für Recht und Ethik Bd. 14, Duncker & Humblot, 2006

기타

허일태, 안락사에 대한 연구, 한국형사정책연구원, 1994

Adam McCann, Assisted Dying in Europe: A comparative law and governance of four national and two supranational systems, PhD thesis, University of Groningen(2016)

Deutscher Bundestag, BT Drucks 18/5373, 2015

Oregon Health Authority, Public Health Division, Center for Health Statistics, Oregon Death with Dignity Act 2021 Data Summary

Stellungnahme deutscher Strafrechtslehrerinnen und Strafrechtslehrer zur geplanten Ausweitung der Strafbarkeit der Sterbehilfe

Is the act of a doctor who participated in Physician-assisted suicide exempt from the responsibility?

Lee, Seungjun*

Criminal Code stipulates the crime of engaging in suicide. Therefore, in the case of choosing to kill oneself, the criminal law does not intervene, but in the case of engaging in other person's suicide, the person involved can be punished. Doctors who have participated in Physician-assisted suicide(PAS) are no exception.

PAS does not shorten life only through actions of the suicide victim, but involves the intervention of a doctor who is responsible for protecting lives. It seems difficult to deny legal responsibility beyond ethical criticism. However, considering the reality that countries recognize PAS as one of the ways to protect human dignity, and that 76% of the people positively judge death with dignity or PAS legal, there is a great need to carefully consider PAS. It can be said that various discussions have been conducted in the constitutional law academia and medical circles, but PAS is still out of interest in the criminal law academia.

However, the fact that since 2016, three Koreans committed PAS in Switzerland is a signal that it is time for the discussion of PAS in Korea. This is because the possibility of punishment for aiding and abetting suicide cannot be ruled out if the person who helped them lead to death.

This thesis is a preliminary review on the of the possibility of criminal justification of PAS. It aims to spark an in-depth academic discussion on the right to self-determination of death and PAS based on this in the criminal law academia as well. For this purpose, I examined the concept of legalized PAS first, and analyzed the results of a public survey on PAS, and then examined the legislative

* Professor at Yonsei University Law School

examples of countries that allowed PAS.

Based on this, I argued from the point of view of the right to self-determination, the right to equal rights, and the absolute protection of life in the constitution, whether the act of a doctor who participated in PAS can be justified and exempted from responsibility for aiding suicide.

❖ Key words: Physician-Assisted-Suicide(PAS), Doctor-Assisted death with dignity, death with dignity, Euthanasia, aiding and abetting suicide, self-determination