적극적 안락사와 관련한 법적 논쟁

정 현 미*

국문요약

적극적 안락사의 허용론과 금지론은 우리사회에서도 많은 영역에서 논쟁을 낳고 있다. 형법에서는 적극적 안락사에 대한 금지론이 다소 우세하지만 최근 허용론도 강하게 주장되고 있다. 그러나 적극적 안락사는 소극적 안락사와 달리 직접적 생명침해인 점에서 윤리적·법적 정당성을 갖기 어렵다. 소위 '6가지 안락사 조건'은 적정성, 비례성 및 보충성의 측면에서 볼 때 적극적 안락사의 정당화조건으로 충분하지 못하다. 엄격한 조건하에 적극적 안락사를 허용할 수 있다고 하지만 생명보호원칙의 와해와 남용의 위험을 우려하지 않을 수 없다. 동의 없는 경우의 적극적 안락사까지 허용하자는 견해나 절차상 보호자의 동의로 정당화시키려는 견해는 극단적 허용론으로서 도태적 안락사로 이어질 위험이 있다. 적극적 안락사의 허용법제를 둔 나라는 네덜란드와 벨기에로 세계적으로도 매우 예외에 속하며, 적극적 안락사의 법적 허용론이 대세는 아니다. 반면 우리나라의 경우는 적극적 안락사 허용론이 종래 형법의 통설이었을 정도로 안락사문제에서는 다른 나라에 비해 허용적 태도를 많이 보인다고 할 수 있다. 그러나 우리 사회의 급속한 변화와 더불어 심화되는 생명경시풍조를 지양하기 위해서는 안락사의 영역에서도 형법의 생명보호원칙에 입각하여 엄격한 법해석과 평가가 필요하다고 생각한다. 적극적 안락사는 환자의 진지한 부탁의 경우에도 인간생명권의 본질적 침해를 가져오며, 적극적 안락사의 허용은 인간존재의 사회적 기반에 역행한다. 그러므로 적극적 안락사의 자유화및 법제화나 형법상 위법성조각설은 받아들일 수 없다.

* 이화여자대학교 법과대학 교수, 법학박사

Ⅰ. 시작하는 말

우리나라에서도 이제 안락사의 문제가 자주 공론화 되고 있다. 인간의 삶과 죽음의 문제인 안락사는 시대를 초월한 인간의 관심사라고 할 수 있지만, 오늘날 안락사 문제는 한편으로는 죽을 권리라는 측면에서, 다른 한편으로는 의료행위와의 연관 속에서 복잡한 양상을 띠며 논쟁을 가열시키고 있다. 그러나 이러한 논의에서는 흔히 적극적 안락사의 경우 두 가지의 잘못된 믿음을 전제로 하고 있다. 즉 죽을 권리로부터 바로 적극적 안락사의 권리가 추론된다고 생각하는 것과 적극적 안락사를 의사에게 요청할 사항이라고 생각하는 잘못이 그것이다.

권리의식이 신장한 현대인들은 삶과 죽음에 대한 권리를 주장하여, 죽을 권리가 있으면 안락사를 선택할 권리도 있다고 여긴다. 한림대 법대 이인영 교수의 설문조사에서는 일반인들이 적극적 안락사에 대해 56.2%가 찬성했고, 그 이유로 죽음의 자기결정권을 인정해야 하기 때문이라고 답하고 있다.[1] 안락사와 관련한 방송프로그램에서도 "안락사, 살인인가 죽을 권리인가,"[2] "안락사 - 죽을 권리인가, 살 권리의 부정인가"[3] 등의 제목으로 안락사와 죽을 권리를 연관시키고 있다.

종교적 논의를 떠나 법적으로 보면, 인간이 자신의 생과 죽음에 대해 스스로 결정할 권리가 있다는 것은 부정할 수 없다. 어느 누구도 타인의 생과 죽음을 강요하거나 관여할 수 없다는 의미에서 권리라고 할 수 있다. 그러나 '죽을 권리'란 개념은 자신이 죽음을 선택하는 것에 대해 국가가 관여하지 않는다는 의미에 불과하지, 자신이 죽을 권리가 있으므로 죽여 달라는 것을 청구할 권리를 말하는 것은 아니다. 죽여 달라는 요청은 법적으로 인정하지 않으므로 안락사라는 특별한 상황이 설정되어 있더라도 적극적 안락사는 형법에 저촉되는 행위로 본다. 그런 점에서 흔히 말

1) 한림대 법대 이인영 교수가 전국 16개 시·도에서 전체 인구비율에 따라 추출한 1,020명을 대상으로 '고통이 극심한 불치병 환자가 죽을 권리를 요구할 때 의사가 환자의 호소를 받아들여 약물이나 의료기구로 환자를 죽게 하는' 적극적 안락사에 대해 찬성이 56.2%, 반대가 39.1%였다. 이인영/김미숙, 생명권에 대한 인식도 및 생명윤리교육 현황 조사, 이인영 외, 생명인권보호를 위한 법정책, 2004, 192-201면 참조.

2) MBC TV 방송, 2007. 2. 2. 「W - Special」.

3) KBS 1TV 방송, 2006. 6. 28.「과학의 향기」.

하는 '죽을 권리'에서 바로 적극적 안락사의 정당성이 도출되는 것은 아니므로 허용여부는 법적 근거에서 검토되어야 할 사항이다.

그리고 흔히 적극적 안락사를 의사가 시행해야 할 것으로 생각하지만, 그것은 질병으로 격심한 고통에 처한 사람을 직접 생명을 끊는 유형이므로 반드시 의사가 해야 할 일이라고 할 수 없다. 치료중단이라는 소극적 안락사의 경우에는 치료중단여부를 결정할 때에 의사가 불가피하게 개입되지만, 적극적 안락사의 경우는 의료인이 의학적으로 보다 편안하고 빠른 살해방법을 처방할 수 있을지 모르나 그것은 실행은 누구나 할 수 있는 것이다. 적극적 안락사의 시술을 의료전문가에게 넘기는 것이 안전하고 더 윤리적이라는 생각은 비의료인들이 너무나 쉽게 살해의 윤리적 책임을 회피해버리는 구실이 될 수 있다. 그런 의미에서 적극적 안락사를 논할 때는, '고통에 찬 나 자신은 죽을 권리가 있고, 의사가 친절하게 나를 죽여준다'는 일반적 관념을 떠나, '고통에 찬 타인은 죽을 권리가 있고, 내가 친절하게 그를 죽여준다'는 구도 속에서 접근해야 한다. 전자의 경우에는 나는 단지 죽을 뿐이지만, 후자의 경우 적극적 안락사는 자신의 행위가 되고 살아있는 우리의 문제가 되므로 더 책임 있게 문제에 접근하도록 할 것이다.

이 글에서는 다양한 안락사의 유형 중 적극적 안락사에 한정하여 검토하려고 한다. 적극적 안락사와 소극적 안락사의 개념구분과 관련해서도 많은 논쟁을 낳고 있지만, 여기서는 개념구분에 많은 지면을 할애하려고 하지 않는다. 개념 정의가 중요하지 않아서가 아니라 이 글에서는 적극적 안락사의 허용론에 대한 반론제기에 보다 비중을 두려고 하고, 그것은 대략적인 개념 정의 하에서도 문제의 본질을 벗어나지 않기 때문이다.

Ⅱ. 적극적 안락사의 법적 허용여부와 관련한 대립된 견해

적극적 안락사란 사기에 임박한 환자의 격심한 고통을 제거하기 위해 직접 그의 생명을 박탈하는 안락사를 말한다. 소극적 안락사는 생명연장적 치료를 하지 않거나 생명유지장치를 중단하는 것으로서 부작위의 형상을

띠나, 적극적 안락사는 고통제거의 수단이 직접적 살해인 안락사의 형태이다. 환자의 고통제거를 위해 그의 생명을 박탈하는 적극적 안락사는 살인죄의 구성요건을 충족하며, 환자의 동의가 있더라도 촉탁·승낙에 의한 살인죄에 해당한다. 만약 사기에 임박한 환자가 고통을 견디지 못하여 자살하는 것에 관여한다면 자살교사·방조죄에 해당한다. 학설에서는 적극적 안락사는 위법하다는 견해와 위법성이 조각된다는 견해가 대립되어 있다. 그 견해들을 소개하고, 허용론의 논거에 대한 반론을 제기하고자 한다.

1. 금지론

적극적 안락사의 경우는 살해 그 자체를 목적으로 하는 행위이므로 피해자의 명시적 동의가 있고 연민의 동기가 있더라도 타인의 사망에 직접 관여해서는 안 된다는 살해금지 요구를 침해하였기 때문에 살인죄, 환자의 동의가 있는 경우에는 촉탁·승낙살인죄의 구성요건에 해당하고 위법하다고 본다.[4] 현재의 통설이라고 할 수 있다. 우리 판례도 적극적 안락사를 허용되지 않는 가벌적 행위로 보고 있다.[5]

가. 적극적 안락사에는 어떤 위법성조각사유도 적용되지 않음

이 입장에서는 적극적 안락사의 경우 어떤 위법성조각사유도 적용되지 않는다고 해석한다. 피해자의 승낙은 촉탁살인의 규정이 있기 때문에 적용될 여지가 없다. 긴급피난으로 정당화되기 위해서는 이익형량에서 본질적으로 우월한 이익을 보호하였는가, 그 수단이 적합한가라는 요건을 충족시

4) 황산덕, 형법총론, 1982, 151면; 손해목, 형법총론, 1996, 423면; 이재상, 형법각론, 2006, 22면; 김일수/서보학, 형법각론, 2004, 26면; 박상기, 형법각론, 2005, 26면; 배종대, 형법각론, 2006, 70면; 이형국, 형법각론연구 I, 1997, 20면; 손동권, 형법각론, 2005, 14면; 안동준, 형법총론, 1998, 139면; 이정원, 형법각론, 2003, 45면; 김성천/김형준, 형법총론, 1998, 248면; 허일태, 안락사에 대한 연구, 형사정책연구, 제4권 제4호, 1993, 79면; 김경화, 자의퇴원으로 인한 치료중단과 안락사, 형사법연구, 제17호, 2002, 54면; 전지연, 안락사에 대한 형법적 고찰, 한림법학, 제4권, 1994/95, 138면; 윤종행, 안락사와 입법정책, 비교형사법연구, 제5권 제1호, 2003, 473면 이하.

5) 대법원 1957. 7. 26, 4290형상126은 오랜 정신병으로 신체가 극도로 쇠약하고 고통이 많은 친부를 음독살해한 사안에 대하여 안락사의 성립을 부정하였다.

켜야 하는데 적극적 안락사의 경우에는 고통제거가 생명보호의무보다 우월하다고 할 수 없고, 고통제거라는 수단으로 살해를 하는 것을 적합한 수단이라고 볼 수 없다는 점에서 인정되지 않는다.[6] 그리고 살인금지규범을 직접적으로 침해하는 적극적 안락사를 '업무'라고 하거나 '사회상규에 반하지 않는 행위'라고 할 수 없다는 점에서 정당행위도 적용할 수 없다고 한다.

나. 적극적 안락사의 허용은 형법의 생명보호원칙에 위배

생명의 불가처분성, 불가교량성 및 절대적 생명보호의 원칙에서 출발하는 한 적극적 안락사는 어떠한 상황에서도 위법성이 조각될 수 없다고 본다.[7] 정당방위나 사형제도 등이 인정되는 현행법제에서 '절대적'인 생명보호라는 표현이 적절하지 않다고 하더라도, 형법이 추구하는 포괄적인 생명보호사상 하에서는 적극적 안락사처럼 육체적 고통이 그것을 상쇄한다고 할 수 없다.[8]

법치국가형법에서는 아무리 선한 목적을 위해서라도 그것을 위해 투입되는 수단의 적합성·필요성·균형성이 인정되지 않으면 정당하다고 할 수 없으므로 고통제거 목적을 위한 생명단절이라는 수단은 정당성을 가질 수 없다. 또한 현대의술에서 고통의 대부분은 진통제의 투여에 의해 진정될 수 있으므로 적극적 안락사가 불가피한 수단이라고도 볼 수 없다고 한다.[9]

다. 적극적 안락사의 허용으로 인한 남용위험

적극적 안락사를 허용하는 경우에는 남용의 위험을 배제할 수 없다.[10] 엄격한 조건을 붙인다고 하더라도 점차 적극적 안락사가 널리 행해지면서 임종환자의 간호에 지친 사람들은 왜 이러한 환자를 죽게 하지 않고 돌보

---

6) 전지연, 앞의 글, 138면.
7) 이재상, 형법각론, 22면; 김일수/서보학, 형법각론, 26면; 배종대, 형법총론, 2005, 328면; 전지연, 앞의 글, 139면; 윤종행, 앞의 글, 473면.
8) 그런 의미에서 배종대, 형법각론, 45면; 전지연, 앞의 글, 138면에서는 '포괄적' 생명보호의 원칙이라는 표현이 더 적합하다고 한다.
9) 배종대, 형법각론, 70면.
10) 이재상, 형법각론, 22면.

아야 하는가라는 의문을 갖게 되고, 환자는 주변사람들에 대한 미안한 마음에서 자신도 적극적 안락사를 선택하여 죽어야겠다는 심리적 압박을 받을 수 있다는 점에서 처음의 선한 의도와 달리 남용이 자리 잡을 수 있기 때문이다.[11] 적극적 안락사의 실행은 궁극적으로 생명보호의 상대화와 남용을 초래하므로 아주 예외적인 경우라도 허용해서는 안 된다는 것이 금지론의 주된 주장이다.[12]

2. 허용론

적극적 안락사를 법적으로 허용해야 한다는 입장에서는 그 근거로 피해자 승낙, 의사 치료행위, 사회상규에 반하지 않는 정당행위 등을 주장한다.

가. 피해자승낙설

일부 견해에 의하면 적극적 안락사는 환자의 요청으로 행해진 경우 허용되어야 한다고 본다. 현대의학과 기술의 상황에서 더 이상 치료할 수 없고 고통에 직면한 경우 환자의 명시적 의사에 의한 적극적 안락사라면 피해자의 승낙에 의해 위법성이 조각된다고 본다.[13] 그러나 피해자의 승낙으로 인한 정당화는 촉탁 · 승낙 살인죄의 처벌규정이 있는 한 타당하지 않다. 촉탁 · 승낙살인죄(형법 제252조 1항)는 피해자의 승낙(제24조)에 대한 특별규정이며 그러한 한 승낙차단으로 해석되기 때문이다.

나. 치료행위설

이 견해에 의하면 치료행위라는 개념을 간접적 안락사를 넘어 적극적 안락사에까지 적용한다.[14] 말하자면 마취제로 생명을 박탈하는 것도 치료에 상응하는 한 종류로서 파악한다. 환자가 참을 수 없는 고통에 직면한

11) 윤종행, 안락사와 입법정책, 비교형사법연구 제5권 제1호, 473면 참조.
12) 이형국, 형법각론연구 I, 20면; 이정원, 형법각론, 45면.
13) 백남억, 형법총론, 1960, 132면.
14) 정성근/박광민, 형법총론, 2003, 291면; 유기천, 형법총론, 1980, 193면; 정영일, 형법총론, 2007, 248면은 업무로 인한 행위로 본다.

경우, 그는 삶과 죽음 사이의 선택이 아니라 고통으로부터 자유로운 죽음이냐 고통에 찬 죽음이냐의 선택에 직면한 것이며, 적극적 안락사는 그러한 극단적 상황에서 치료행위에 해당한다고 한다.[15] 그러므로 의사가 적극적 안락사를 치료의 의도로 행하였다면 그것은 업무행위이며 형법상 정당행위에 해당한다고 설명된다.

이 견해는 임종환자에 대한 진통이라는 의료행위를 강조함으로써 순수한 안락사와 적극적 안락사를 치료행위로서 동일하게 취급하지만, 직접적 살해형태인 적극적 안락사를 업무행위로 정당화된다는 설명은 납득하기 어렵다.

다. 사회상규에 반하지 않는 정당행위로 보는 견해

적극적 안락사가 허용된다고 보는 학자의 대부분은 적극적 안락사의 정당화를 사회상규에 반하지 않는 행위에서 찾고 있다. 종래의 다수설이 6가지의 조건을 들면서 그러한 조건의 적극적 안락사는 사회상규에 반하지 않는다고 보았는데,[16] 현재의 허용론도 대체로 그 견해와 입장을 같이 한다고 볼 수 있다.[17]

1) 적극적 안락사의 허용요건

일반적으로 적극적 안락사의 조건으로 ① 죽음에 직면한 불치의 환자, ② 환자의 극심한 육체적 고통, ③ 고통완화의 목적, ④ 환자가 의식이 있는 경우 그의 동의, ⑤ 의사에 의한 시술, ⑥ 적절한 수단 등 소위 6가지 요건을 든다. 이러한 요건이 충족되는 한 고통제거를 위한 적극적 생명단축은 긍정적으로 평가된다고 한다. 이 정도의 조건을 갖춘 경우 적극적 안락사는 윤리적·도덕적으로 비난할 수 있을지는 몰라도 형벌을 과해야 할 정도의 비난가능성은 없다고 할 수 있으므로 위법성이 조각된다고 한다.[18]

---

15) 정성근/박광민, 형법총론, 291면.
16) 김종원, 형법각론(상), 1971, 33면; 백형구, 형법각론, 1999, 22면 이하; 진계호, 형법각론, 1985, 46면 이하; 차용석, 형법총론강의 I, 1984, 493면.
17) 임웅, 형법각론, 2003, 25면; 조준현, 형법각론, 2002, 30면; 오영근, 형법각론, 2003, 28면; 김성돈, 형법총론, 2006, 369면; 김동림, 안락사의 유형과 형법적 문제, 강원법학, 1994. 6, 189면.
18) 오영근, 형법각론, 29면.

일부 견해는 적극적 안락사의 최소요건으로 4가지를 들기도 하는데,[19] ① 환자의 사기가 임박할 것, ② 불치 또는 난치의 질환에 걸려 있을 것, ③ 인간다운 죽음을 맞게 한다는 목적으로 행해질 것, ④ 윤리상 타당한 방법으로 시행될 것을 언급한다. 이 견해는 적극적 안락사를 반드시 격심한 육체적 고통이 있는 경우에만 한정할 필요가 없고, 환자가 의사를 표명할 수 없는 경우에도 추정적 승낙으로 가능하다고 하며, 의사의 시술도 언급하지 않음으로써 사실상 허용범위를 더 확대시키고 있다. 그리고 그러한 요건만 갖추어진다면 "치명적인 양의 모르핀을 주사하는 것과 같은 방법으로 직접 환자의 생명을 끊는 안락사"도 허용되어야 한다고 명백히 표명하고 있다.[20]

2) 적극적 안락사는 인도적 행위

허용론의 입장은 대체로 적극적 안락사가 도덕적 측면이나 법감정의 측면에서 부합된다고 본다. 죽음의 도움은 윤리적으로 용납되지 않는 것이 아니라 반대로 인간적이라고 한다.[21] 그리하여 "형법의 자유화 · 인도화라는 비범죄화의 근본사상을 구체적으로 실현하는 영역의 하나로서" 적극적 안락사도 일정한 요건 하에 허용할 것을 주장하고 있다.[22] 사기에 임박한 불치병 환자의 경우 생명의 시간적 단축은 의미가 없으며, 고통을 줄이기 위한 직접적 생명 단축도 좋은 목적에서는 시행될 수 있다고 본다.

생명의 신성불가침이라는 서양의 기독교적 생명관에 대비하여 인간으로서 추하지 않은 명예로운 죽음, 즉 존엄사를 존중하는 '동양의 사생관'을 고려해야 하고, 오늘날 신기원을 열고 있는 생명공학에 의하여 생명의 신성관을 동요하고 있으며, 인간생명도 더 이상 신사가 아니라 인사에 속하는 것으로서 "인간이 취급하고 인간이 판단하며 인간이 통제할 문제, 인간이 과학과 윤리와 법의 논리로 재단하며 그 결과에 대해서도 인간이 책임져야 할 문제"가 되었다는 엄연한 과학적 사실을 받아 들여야 하고, 현대의학은 죽음을 목전에 둔 회복불가능한 환자의 고통스럽거나 무상한

19) 임웅, 적극적 안락사의 비범죄화론, 우범 이수성 선생 화갑기념논문집, 2000, 153면.
20) 임웅, 앞의 글, 161면.
21) 심헌섭, 안락사의 문제, 고시연구, 1976. 2, 62면 이하.
22) 임웅, 앞의 글, 160면.

삶을 억지로 연장하는 경우가 많다는 사실을 직시해야 한다고 한다.[23]

3) 적극적 안락사는 자기결정권의 존중

본인이 안락사를 원한다면 그 의사를 외면할 것이 아니라 존엄사할 자기결정권으로서 최대한 존중해 줄 필요가 있으므로 적극적 안락사도 일정한 요건이 갖추어지면 허용하여야 한다고 본다.[24] 그러나 이 입장대로 적극적 안락사가 과연 인도적인지, 법질서 전체의 관점에서 적절한 것으로 평가될 수 있는지는 다른 측면에서 더 검토되어야 할 부분이다.

라. 안락사의 절차적 정당성을 주장하는 견해

이 견해는 실체적 정의를 좇은 이익형량적 사고에의 안락사의 법제화는 매우 불완전하다는 전제하에, 그것은 절차주의 방법론에 의해 더 적절하게 해결될 수 있다고 본다. 즉 안락사 시술을 위한 일정한 '절차'만을 마련하고, 그 절차를 준수하는 과정에서 관련당사자들이 서로의 의학적·윤리적 관점을 교환하고, 자신의 의사결정을 반성적으로 성찰함으로써 합리적인 결정을 내릴 수 있다고 한다.[25] 안락사 시술에 전제되는 절차를 요약하면:

> 의사가 환자의 극심한 고통상태를 확인하는 진단을 내리며, 환자는 자신에 관한 충분한 정보하에 안락사 희망의사를 말하며, 병원의 (가칭)생명윤리위원회에서 안락사시술에 대해 의견교환을 펼치며, 의사는 안락사 여부와 시술방법 선택에 대해 협의하고, 환자에게 의사번복의 기회를 주고, 의사에 의해 의학적 인도적 방법으로 시술하여 모든 과정을 기록에 남긴다.

이러한 절차를 지키는 한, 환자(소극적 안락사의 경우 가족)의 안락사 의사결정에 기초한 의사의 안락사 시술결정은 내용적으로는 법원에 의한 법적 심사의 대상이 되지 않고, 절차의 준수여부만을 법적 심사의 대상으로 한다

---

23) 임웅, 형법각론, 25-26면.
24) 임웅, 안락사의 정당화, 고시연구, 1999, 12, 45-57면 참조.
25) 이상돈, 안락사의 절차적 정당성, 한일법학연구, 1999, 387면.

고 한다. 이 경우에 형법은 실체적 법익인 생명 그 자체를 보호하는 것이 아니라 합리적인 안락사의 시술을 위한 의사소통적 조건을 보장한다.[26]

안락사를 허용하는 절차의 법제화를 주장하는 이 견해는 안락사의 종류를 구별하지 않고 적극적 안락사까지 포괄하는 개념을 사용하고 있다. 어떤 종류의 안락사이든지 동일한 절차를 거친다면 마찬가지로 정당화 될 수 있기 때문이라고 보인다. 그러나 이 이론에서 말하는 절차주의는 안락사의 허용의 한 방법인데, 생과 사의 문제를 절차의 심사에 중점을 둔다고 해결할 수 있는 것인지 의문이 든다.

Ⅲ. 적극적 안락사 허용론에 대한 비판

종래에는 소위 '6가지 안락사 조건'하에 시술되는 적극적 안락사는 위법성이 조각된다고 보는 허용론이 다수를 차지했지만, 대략 1990년대 이후 그것에 반대하는 견해가 점차 증가하여 현재는 금지론이 다수설의 위치를 점하고 있다고 할 수 있다. 그러나 허용론도 강하게 주장되고 있어 사실상 우세를 가늠하기 어려운 상태라고 할 수 있다. 적극적 안락사의 허용에 대한 견해의 차이는 결국 가치관의 차이에서 비롯된다고 할 수 있다. 사회상규라는 같은 기준을 놓고도 적극적 안락사에 대한 허용과 금지라는 정반대의 결론에 이르고 있는 것은 그 기준을 놓고 해석하는 관점이 다르기 때문일 것이다. 가치관의 차이에서 비롯된 견해차를 줄이는 것은 쉽지 않겠지만, 사회적 배경과 의식의 변화를 수용하면서 문제의 합리적인 해결방안을 모색하기 위해 지속적인 의견교환이 필요할 것이다.

1. 적극적 안락사는 사회상규에 반하지 않는가?

가. 사회상규와 전통적 사생관

적극적 안락사에 대해 허용론을 취하는 입장에서는 적극적 안락사를 허

26) 이상돈, 앞의 글, 388면.

용하는 것이 우리의 전통적인 생명관에 부합한다고 보기도 한다. 그리하여 "죽음을 누르고 신성한 생명을 그 위에 놓으려는 것이 기독교 사생관이라면, 생명위에 명예로운 죽음을 놓으려는 것이 유교적 사생관이라고 말할 수 있으며, 적극적 안락사의 비범죄화에 있어서도 동·서양간의 사생관의 차이를 충분히 고려해야 할 것으로 본다"고 하며[27] 동양의 사생관에서는 적극적 안락사가 긍정될 수 있음을 시사한다. 그러나 동양의 사생관인 우리 전통적 생명관에서 적극적 안락사의 허용근거를 끌어낼 수 있을지는 의문이다.

전통적 사상으로는 우리 조상들을 지배한 유가, 불가, 도가의 사상을 들 수 있다. 생명의 부여와 박탈은 하나님의 권한이라는 계율을 가진 가톨릭교나 기독교에서는 적극적 안락사는 금지대상이라는 것이 파악되지만, 유불도교의 사상에서는 구체적으로 적극적 안락사과 관련한 사생관을 찾기 어렵다. 다만 불교계에서 자비사나 존엄사 같은 소극적 안락사는 명예로운 죽음으로 해석하기도 한다. 그러나 적극적 생명박탈행위라고 할 수 있는 적극적 안락사는 유불도교사상에 비추어 보면 부합한다고 보기 어려울 것이다.

불가에서는 생과 사를 각기 四苦의 하나로 본다. 즉 태어나고 죽는 것을 모두 고통으로 수행의 궁극적인 목적은 이러한 고통의 윤회에서 영원히 벗어나는 해탈이지만 삶이 고통스럽다고 해서 인위적으로 목숨을 끊는 것은 해결책이 아니라고 한다. 그것은 해탈이 아니라 고통이 반복되는 또 다른 윤회일 뿐이다.[28] 불가사상에서는 어느 사상, 어느 종교보다 생명을 존중하는데, 자신의 고통을 벗어나기 위해 스스로 목숨을 끊거나 그의 동의를 받아 다른 사람의 생명을 끊어주는 것은 불가사상에 부합한다고 할 수 없을 것이다. 황산덕 교수는 적극적 안락사를 위법하다고 보며, 불교에서는 여하한 종류의 생명단축도 죄로서 금지한다는 것을 주의할 필요가 있다고 한다.[29]

도가는 무병장수와 불로장생을 추구하므로 자기의 생명을 존중함은 당

---

27) 임웅, 앞의 글, 152면. "우리나라에서는 기독교가 국민 대다수의 가치관을 밑받침하는 지배종교가 아닌 한, 은연중에 기독교적 사생관을 전제로 하여 적극적 안락사의 위법함을 논증하고자 하는 우리나라 형법학자들의 시도는 타당하다고 볼 수 없다"고 한다. 그러나 적극적 안락사를 위법한 것으로 평가한다고 해서 서양의 기독교사상을 논증하려는 시도로 받아들이는 것은 지나치다. 기독교신자만이 적극적 안락사를 반대한다고 볼 수 없고, 적극적 안락사에 대한 개인적 견해에는 종교관만이 영향을 미치지 않기 때문이다.

28) 유성국, 전통사회의 생명사상, 이인영 외, 생명인권보호를 위한 법정책, 139면.

29) 황산덕, 형법총론, 1982, 150면 이하.

연하다. 도교사상을 바탕으로 12세기 중엽에 간행된 『太微仙君功過格』은 선행과 악행을 들고 있는데, 생명과 관계있는 악행으로 다른 사람의 생명을 해치는 것, 착오로 사람을 해치는 것, 낙태시키는 것뿐만 아니라 살생을 찬성하고 도와주는 것도 악행으로 들고 있는 것을 볼 때,[30] 적극적 안락사는 부정적으로 평가될 것으로 보인다.

유가에서는 기독교에서 인간을 만물의 영장이라고 하는 것과 달리, 인간은 만물 가운데 하나로 단지 좀 우월한 존재일 뿐이므로 만물과 더불어 자연에 순응하며 살아야 할 존재이라고 본다. 『周易』의 생명사상에 의하면 인간은 철저하게 자연의 질서와 변화에 순응해야 함을 강조한다. 즉 사람은 만물의 하나이고 자연과 하나가 되어 언제나 자연의 일부로서 하늘의 뜻에 따라 자연의 질서를 지키며 살아야 한다고 한다. 유가는 윤회사상이나 내세관이 없는 만큼 생명을 더 중시한다고도 할 수 있다. 그리하여 사람의 죽음은 오로지 하늘만이 결정할 수 있으며 하늘을 대신하여 형벌을 집행하는 자는 이를 정확하게 따라야 한다고 생각하였다.[31]

전통적 사상이 곧 사회상규라고 할 수 없지만, 그것은 우리의 윤리의식과 관념에 적지 않은 영향을 미쳐왔다고 볼 수 있다. 유가, 불가, 도가 사상들의 주된 사생관에서는 생명을 존중하고 자연의 뜻을 헤아릴 것을 가르치고 있다는 것을 볼 때, 비록 연민의 동기라고 하지만 직접적 생명침해인 적극적 안락사를 긍정하는 것이 동양적 사생관이나 우리의 전통사상에 부합한다고 보기는 어려울 것이다.

나. 사회상규와 적극적 안락사에 대한 사회통념

사회상규란 우리 형법상 위법성조각사유의 일반원리에 해당한다고 할 수 있다. 사회상규의 의미가 무엇인가를 일의적으로 확정하는 것은 불가능하지만, 판례는 사회상규에 반하지 않는 행위란 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위라고 한다.[32] 그러므로 사회상규란 국가질서의 존엄성을 기초로

30) 유성국, 앞의 책, 159면.
31) 유성국, 앞의 책, 127-131면.
32) 대법원 2005. 2. 25. 2004도8530판결: '사회상규에 위배되지 아니하는 행위'라 함은, 법

한 국민일반의 건전한 도의감 또는 윤리감정을 의미한다고 할 수 있다.[33] 그러므로 적극적 안락사가 사회상규에 반하지 않는다고 한다면, 그것은 국민일반의 건전한 윤리감정에 일치한다는 의미가 될 것이다.

그러나 안락사에 대한 사회통념이 어떤지 단언하기도 어렵지만, 사회통념에 비추어 적극적 안락사를 허용해야 한다고 말할 수 없다. 일반인들의 안락사에 대한 설문조사들을 보면 소극적 안락사에 비해서는 적은 사람들이지만 적극적 안락사에 대해서도 30%대에서 50%대로 적지 않은 사람들이 찬성하고 있기는 하다.[34] 인간의 생명에 대한 논쟁은 결코 그 사회 또는 국가 구성원전원일치로 결론을 내릴 수 없으며, 대세에 따른다고 해도 그 대세가 언제나 옳은 방향으로만 이끌지 않는다는 것이 더 큰 문제다.[35]

일반국민들의 의식은 변하며, 다수의 견해가 반드시 윤리적으로 정당한 것도 아니다. 적극적 안락사의 허용문제는 법해석의 차원을 넘어서 우리 사회의 주류적 가치관에 영향을 미치는 법정책적으로 중요한 사안이다. 우리 사회의 급속한 변화와 더불어 심화되는 생명경시풍조를 지양하기 위해서는 안락사문제에서도 형법상 생명보호원칙에 입각한 엄격한 법해석과 평가가 필요가 있을 것이다.

2. 소위 '6가지 안락사 조건'은 허용근거로 타당한가?

가. '6가지 안락사 조건'

적극적 안락사가 일정한 조건하에서 행해지는 경우 사회상규에 반하지

질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위를 말하므로, 어떤 행위가 정당행위에 해당하기 위해서는 그 행위의 동기나 목적의 정당성, 행위의 수단이나 방법의 상당성, 보호법익과 침해법익과의 법익균형성, 긴급성, 그 행위 외에 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성 등의 요건을 갖추어야 할 것이다.

33) 이재상, 형법총론, 284면.

34) 주1)에서 언급한 설문조사에서 적극적 안락사 찬성은 56.2%, 소극적 안락사 찬성은 69.3%, 안성희 가톨릭대 간호학과 교수의 일반인대상 설문조사에서 적극적 안락사 찬성은 37.8%, 소극적 안락사 찬성은 56.6% 였다. http://blog.naver.com/ssing_e?Redrect=Log&logNo=150019163231.

35) 유성국, 앞의 책, 123면.

않는다고 하나 그러한 요건 하에 살해하는 것을 사회상규에 반하지 않는다고 할 수 있는가는 의문이다.

(1) 죽음에 직면한 불치의 환자라는 요건은 생명단축이 그리 문제되지 않는 환자에게만 시행한다는 것을 확실히 하려고 한다. 그러나 실제 그것을 확정하기는 어려우며 육체적인 극심한 고통도 임종의 전 단계에 나타날 수 있다. (2) 환자의 극심한 육체적 고통이라는 두 번째 요건도 확정하기 어렵다. 더구나 진통의학이 발달한 현재 살해를 통해서만 고통을 해결할 수 있는가도 의문이다. (3) 고통제거라는 목적을 들지만, 그것을 허용하는 경우에는 다른 동기가 개입되더라도 막기 어렵다. 예컨대 가족들의 정신적 · 경제적 부담을 덜기위한 것이 주목적이지만 그것을 드러내지 않고 고통제거의 목적을 전면에 내세워 중환자를 적극적 안락사하게 할 수 있다. (4) 환자가 의식이 있는 경우 그의 동의를 요한다고 하지만 죽음을 목전에 둔 환자의 의사란 타인이 이해하기 어려운 경우가 많다. 임종환자의 경우 종종 생명에 대한 애착이 더 강할 수 있다. 고통을 제거하기보다 그의 생명을 연장하고 싶어 하는 생각은 흔히 다른 건강한 사람에게는 이해될 수 없는 일이다. 죽고 싶다는 말은 종종 주변사람들의 관심과 보호를 받으려는 표현일 수 있다. (5) 의사에 의한 시술을 요하는 것은 아무나 안락사를 시행할 수 없도록 제한하는 의미가 될 수 있으나, 생명을 유지할 의무가 있는 의사에게 살해의 과제를 주는 것은 모순이며 의료 윤리적으로 받아들일 수 없다. (6) 적절한 수단에 의한 안락사시술을 요건으로 하는데, 어떤 방법의 살해가 의학적 · 도덕적으로 적합할 수 있는지 근본적으로 의문이다. 죽인다는 것은 의사의 과제가 아니며, 죽이는 것이 어떤 방식으로든 적절한 방법이 있겠는가?

'6가지 안락사 조건'은 1960년대 일본의 名古屋高裁 판례에 의해 언급되어,[36] 그 이후로 우리학자들이 자주 인용하면서 학설에서는 마치 정형적인 안락사조건처럼 자리 잡고 있다. 그러나 그와 관련된 우리의 선판례가 있는 것도 아니고, 우리 형법해석에 어떤 구속력을 갖는 조건도 아니다. '6가지 안락사 조건'은 허용론에서 그 정도의 상황에서는 적극적 안락사도 비난할 수 없을 것이라는 점에서 대부분 허용요건으로 기술하고 있지만

36) 名古屋高裁 1962.12.22. 高集 15-9-674.

정작 우리 위법성조각사유의 사회상규라는 판단기준과는 연결점을 결하고 있다. 그러므로 불명확한 근원을 가진 이러한 기준 대신에 "사회상규"라는 기준을 보다 구체화함으로써 적용할만한 기준을 세울 필요가 있다.

나. 사회상규에 관한 대법원의 판단기준과 적극적 안락사

적극적 안락사에 대한 위법성조각사유의 판단기준으로 사회상규는 매우 포괄적이고 추상적인 개념이다. 대법원의 판례를 보면 '어떤 행위가 정당행위에 해당하기 위해서는 그 행위의 동기나 목적의 정당성, 행위의 수단이나 방법의 상당성, 보호법익과 침해법익과의 법익균형성, 긴급성, 그 행위 외에 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성 등의 요건을 갖추어야 할 것이다'라고 한다.[37] 사회상규는 다른 정당화사유의 상당성만큼 엄격히 해석되지 않을 것이나, 판례에서 말하는 정당화요건을 벗어나서 판단하기는 어려울 것이다.

일본판례에서 언급한 6가지 조건이 아니라 판례가 언급한 판단기준을 적극적 안락사의 조건이 사회상규에 위배되지 않는 것인지 판단해 보면, 금지론의 입장에서는 기준의 모두를 충적시킬 수 없다고 보인다. 허용론의 입장에서는 6가지 조건이 이 요건들을 모두 충족한다고 하겠지만, 특히 비례성의 문제는 해결하기 어렵다고 보인다. 보호이익인 고통제거와 침해이익인 생명 사이에 비례성이 있다고 보기는 어렵다. 죽음에 임박하여 질병으로 격심한 육체적 고통에 시달리는 경우라고 하더라도 의미 없는 생명이라 볼 수 없고, 생명단축이 문제되지 않는 것은 아니다. 허용론에서 말하는 적극적 안락사의 허용조건은 사회상규의 판단기준에 일치한다고 볼 수 없다. 의도적인 생명침해가 사회상규를 통해 위법성이 조각된다는 견해는 받아들일 수 없다.

3. 생명보호원칙과 적극적 안락사의 남용위험

허용론은 절대적 생명보호 원칙의 실상이 사형제도, 정당방위 및 위법조각적 의무의 충돌 등을 통해 이미 상대화 되어 있다는 점에서 절대적

37) 대법원 2005. 2. 25. 2004도8530판결; 2003. 11. 28. 2002도5726판결 대법원 1986. 10. 28. 선고 86도1764판결 등.

생명보호원칙을 근거로 적극적 안락사를 허용할 수 없다는 주장은 설득력이 약하다고 한다. 법제도상 타인생명에 대한 침해가 전혀 용납되지 않는 것은 아니라는 점에서 절대적이라는 말이 적합하지 않을 수는 있다. 그러나 전통적으로 인정되어온 그러한 정당화법제로 인해 형법의 생명보호원칙이 무의미하거나 무력해진 것은 아니며, 형법에서 생명을 포괄적으로 보호하고 인간생명을 어떤 다른 법익보다 우월하다고 보는 생명보호원칙은 포기될 수 없다. 안락사의 유형 중 적극적 안락사는 좋은 동기라 하더라도 타인의 생명침해 자체를 의도하는 행위이므로 법에 반하지 않는 정당한 행위라고 할 수 없으며, 개별적인 적극적 안락사를 비난할 수 없는가는 책임평가에서 다시 논의할 문제이다.

유전공학 · 생명공학의 발전으로 상상을 초월한 신품종이 창조되는 현대과학에서는 인간생명도 더 이상 神事가 아니라 人事에 속하며 "인간이 취급하고 인간이 판단하며 인간이 통제할 문제, 인간이 과학과 윤리와 법의 논리로 재단하며 그 결과에 대해서도 인간이 책임져야 할 문제"가 되었다고 함으로써 안락사를 허용할 사회적 상황이 현재 놓여있다고 한다.[38]

유전공학과 생명공학의 괄목할만한 발전은 인간의 업적이지만, 생명과 관련해서는 인간은 이미 존재하는 생명체를 조작할 뿐, 아무리 작은 미생물 하나라도 만들 지 못한다. 줄기세포를 이용한 동물복제나 조직공학도 존재하는 생명체를 근간으로 한 과학적 산물일 뿐이다. 이렇듯 생명은 주어진 것이며, 생명체의 취급에는 엄격한 책임이 따라야 한다. 과학의 발전 속에서 인간 스스로가 윤리와 법으로 통제하고 책임져야 할 부분은 확대되고 있지만, 타인의 생명박탈까지 윤리와 법으로 정당화시켜 줄 권한은 존재하지 않는다. 인간이 인간에게 타인의 생명에 대한 처분권을 인정하는 것은 인간의 생각과 행동의 불완전성을 망각한 것이라고 할 것이다.[39]

적극적 안락사의 허용은 생명보호의 원칙을 취약하게 만들 수 있고 남용의 위험을 우려하지 않을 수 없다. 안락사의 끔찍한 남용을 경험하지 못한 우리나라에서는 안락사의 위험성을 '경계'는 할지언정 알레르기 반응을 보일 필요는 없다고 하나,[40] 독일을 이외에 도태적 안락사의 실행을

38) 임 웅, 앞의 글, 155면.
39) 윤종행, 앞의 글, 473면.
40) 임 웅, 앞의 글, 153면.

직접 경험하지 않은 세계의 대부분의 나라들도 적극적 안락사는 금지하려고 한다. 미국의 일부 주, 오스트레일리아, 대만 등의 안락사법은 단지 존엄사인 소극적 안락사에 관한 법이며, 적극적 안락사를 허용하는 입법을 가진 나라는 2002년 이후 네덜란드와 벨기에 밖에 없다. 미국의 일부 주에서 종래 여러 차례 적극적 안락사를 허용하는 입법을 추진했으나 결국 모두 성사되지 못한 상태이다.[41] 우리 학설에서는 남용의 위험을 제거하기 위하여 '6가지 안락사 조건'을 엄격히 적용할 것을 주장하지만, 이러한 조건들을 가지고 그 남용의 위험성을 근본적으로 제거할 수는 없다. 적극적 안락사를 정당행위로 인정하여 위법성을 조각시키는 경우에는 인간의 생명은 처분가능하다는 잘못된 결론에 이를 수도 있다.[42]

4. 적극적 안락사는 소극적 안락사와 구별하기 어렵다?

소극적 안락사와 적극적 안락사를 개념적으로 구별하기란 어렵고, 죽음에 이르게 하는 방법의 차이만 있을 뿐 실제의 차이도 없이 그에 대한 형법적 평가를 달리하는 태도는 문제가 있으므로 다른 조건이 소극적 안락사와 동일하다면 적극적 안락사도 사회상규에 반하지 않는 행위로서 위법성이 조각된다고 평가해야 한다는 견해도 있다.[43] 그러나 적극적 안락사와 소극적 안락사가 상황에 따라 구분하기 어려운 경우도 있지만 매우 드물고, 죽이는 것과 죽게 하는 것은 실제적 상황에서도 차이가 크다. 소극적 안락사는 통상 치료중단을 말하며 생명유지장치중단을 포함하여 이해한다. 현재 대부분의 견해는 치료가 무의미한 정도에 이르면 소극적 안락사는 허용된다고 본다. 가톨릭교에서도 소극적 안락사와 간접적 안락사를 일정범위 내에서 공식적으로 인정하고 있으며, 소극적 안락사의 허용한계를 정하기는 매우 어렵지만 학설도 대체로 긍정하는 추세이다. 생명유지장치중단의 경우 작위이냐 부작위이냐의 논란이 있지만 작위라고 본다고 해서 일반적으로 그것을 적극적 안락사의 범주에 넣지 않는다. 기계의 중단이 작위의 형태라서 형법상 작위범으로 취급하더라도 그것은 치료

41) 정현미, 치료중단의 한계와 형사책임, 형사정책연구, 제15권 4호, 2004, 187면 참조.
42) 전지연, 앞의 글, 139면.
43) 김성돈, 형법총론, 369면.

중단의 의미이지, 육체적 통증으로 고통스러워하는 환자에게 치사량의 주사로 죽음을 거두게 하는 안락사유형과는 전적으로 구별된다.

적극적 안락사는 그야말로 허용론에서 말하는 6가지 상황이 설정되는 경우를 말한다. 반면 치료중단을 내용으로 하는 소극적 안락사는 본인이 치료나 의료적 행위의 도움을 더 이상 받지 않으려고 하고 죽음을 맞는 것을 말하므로 의사에게는 죽음에 대한 책임이 없다. 치료와 회복의 가능성이 있는데도 환자가 죽기를 원하고 더 이상의 치료를 거부하면, 의사는 설명의 의무가 있을 뿐 치료를 강제할 수 없기 때문이다. 소극적 안락사는 환자의 입장에서 보면 자연사를 맞는다고 할 수 있고, 법적으로는 죽음에 대한 자기결정권 혹은 죽을 권리가 여기서 의미를 갖는다. 그러나 만약 환자가 더 이상 치료를 거부하면서 편하게 임종을 맞도록 치사량의 주사를 시술해 달라고 한다면, 소극적 안락사가 아니라 적극적 안락사가 문제될 것이다. 형법에서 소극적 안락사는 통상의 허용범위 내에서 이루어지는 한 이론적으로도 무죄라고 할 수 있지만, 적극적 안락사는 촉탁·승낙 살인죄에 해당하는 경우로서 양자가 법적으로 구분된다.

소극적 안락사나 적극적 안락사 양자에서, 환자가 의사를 표시할 수 없는 경우는 법적으로도 다른 차원에서 논할 수밖에 없다. 환자가 의식이 없어 의사를 표시할 수 없는 경우에 치료한계에 부딪혀 치료중단을 하는 경우에는 법적으로는 대체로 추정적 승낙으로 접근한다. 그러나 만약 치료의 한계에 이르지 않은 상태에서 환자의 동의 없이 보호자나 의사가 치료를 중단한다면 살인죄의 죄책을 물을 수 있다.

반면 적극적 안락사는 승낙능력이 있는 환자의 명시적 승낙이 없는 경우는 살인죄의 구성요건에 해당하며, 위법성조각 여부는 적극적 안락사의 허용론에서도 나뉠 것이다. 그러나 환자의 동의 없는 적극적 안락사까지 허용하자는 견해는 매우 극단적 의견라고 할 수 있다. 네덜란드의 안락사법도 환자의 동의를 전제로 한 적극적 안락사만을 허용하고 있다. 우리의 허용론에서 안락사조건으로 환자가 의식이 있으면 동의를 요한다는 것을 드는데, 그 경우 환자가 의식이 없으면 동의가 필요하지 않다는 반대해석이 가능한지, 의식이 있고 동의가 있는 경우만 허용된다고 보는지는 대부분 자세히 언급하지 않고 있다. 그러나 최근 적극적 안락사의 경우에도 환자가 동의할 수 없으면 추정적 승낙에 의해 가능하다거나 절차상 보호자의 동의로 가능

하다는 주장도 제기되고 있는데,[44] 적극적 안락사의 범위를 이렇게 까지 확대하여 허용하자는 주장은 명백히 드문 극단적 허용론에 속한다. 적극적 안락사의 극단적 허용론은 도태적 안락사의 위험으로 이어질 우려가 있다.

5. 안락사의 절차적 정당성론에 대한 비판

안락사의 법제화는 절차주의의 방법론에 의해 적절하게 해결할 수 있다는 견해는[45] 안락사를 둘러싸고 충돌하는 이익이나 권리들 사이의 형량은 불가능하며, 이익들 간의 우열관계를 확정할 수 있다 하더라도 그러한 이익형량의 주체로서 법원은 부적합하다고 본다.

안락사를 둘러싸고 충돌하는 이익들 사이의 형량이 쉽지는 않지만, 절차적 정당성론에서 법적으로 다룰 수 없는 이익들을 고려하는 문제가 있다. "의사의 생명유지의무와 환자가족의 이익(처분권)이 충돌하는 이익들이라고 볼 수 있고…",[46] 혹은 "안락사에서 형량되어야 할 이익은 단지 환자의 생명이나 환자보호자의 재산(병원비부담)과 같은 법익에 국한되지 않고, 예를 들면 의료체계의 기능적 요청과 맞물려 끊임없이 변화하고 있는 의사의 직업윤리, 환자 및 환자가족의 인생관이나 종교관, 크기로 잴 수 없는 환자가족의 정신적 고통과 사회적 부담과 같이 '법익'화 할 수 없는 이익까지 포함하고 있다"[47] 라고 하여 이익형량에 환자의 가족의 이익 혹은 환자가족의 처분권, 환자보호자의 재산까지 언급한다. 그러나 환자의 가족의 이익이나 재산은 형법상 정당화사유에서 법익으로 고려할 수 없는 부분이다. 현실적으로 가족의 경제적·정신적 부담은 안락사 결정에 매우 민감하게 영향을 미칠 수 있을지 몰라도 이를 이익형량의 요소로 넣게 되면 더 이상 환자를 위한 편안한 죽음이라는 안락사개념은 근본적으로 그 의미를 상실한다. 적극적 안락사의 허용론과 금지론도 최소한 주변사람들의 이익을 제외하고, 오로지 환자 본인을 위해 육체적 고통을 덜고 죽음을 맞게 하기 위해 살해라는 방법을 쓸 것이냐를 논하는 것이다. 환자로 인한 경제적 부담이나 주

44) 임웅, 앞의 글, 162면; 이상돈, 앞의 글, 388면.
45) 이상돈, 앞의 글, 385-387면.
46) 이상돈, 앞의 글, 381면.
47) 이상돈, 앞의 글, 386면.

변사람들의 정신적 육체적 고통도 클 수 있지만, 이것을 고려하여 적극적 안락사를 결정한다면 도태적 안락사로 이어질 위험은 크다.

절차적 정당성론은 "안락사의 법제화는 더 이상 실체적 정의를 좇는 이익형량적 사고의 틀에서 이루어져서는 안 되고 '절차주의' 방법론에 의해 더 적절하게 해결할 수 있을 것"이라고 하는데, 대체로 그 절차는 '6가지 안락사 조건'을 더 구체화한 것으로 보인다. 다만 안락사 협의시 절차에서 이루어지는 의사소통과 대화에 많은 비중을 둔 것이 특징이라고 할 수 있는데, 그것은 이상적인 제안이기 하지만 죽음의 단계에서 현실적으로 그렇게 이성적이고 의사소통이 가능한 사람은 많지 않을 것이다. 그리고 그런 허용론의 입장을 취한다고 하더라도 본인의 죽음결정에 본질적 의미를 두어야지 주변의 이성적인 인간이나 제도화된 위원회 등이 죽음을 결정하도록 이끌어서는 안 될 것이다. 만약 그러한 의사소통과정이나 위원회의 절차를 거치게 한다면 결국 안락사를 원하는 개인의 의사를 존중할 수밖에 없는 안락사보증절차로 될 수 있다. 인간이 다른 사람의 죽음을 결정할 수 없으며, 죽음에 대한 집단적 결정으로 개인의 책임을 회피할 수 없다. 절차적 정당성론은 적극적 안락사의 허용을 전제로 이론인 점에서 허용론 자체에도 반론을 제기할 수 있지만 생과 사에 대한 지극히 개인적 판단이 존중되어야 할 안락사 문제에 절차에 비중을 두어 해결하려는 방안은 적절하지 않다고 생각된다.

Ⅳ. 맺음말

적극적 안락사에 대한 허용론은 최근 형법에서도 강하게 주장되고 있다. 그러나 적극적 안락사는 소극적 안락사와 달리 직접적 생명침해인 점에서 윤리적 · 법적 정당성을 갖기 어렵다. 소위 '6가지 안락사 조건'은 적정성, 비례성 및 보충성의 측면에서 볼 때 적극적 안락사의 정당화조건으로 충분하지 못하다. 허용론이 엄격한 조건하에 적극적 안락사를 허용할 수 있다고 하지만 생명보호원칙의 와해와 남용의 위험을 우려하지 않을 수 없다. 동의 없는 경우의 적극적 안락사까지 허용하자는 견해나 절차상 보호자동의로 정당화될 수 견해는 극단적 허용론으로 도태적 안락사로 이

어질 위험이 있다. 적극적 안락사의 허용법제를 둔 나라는 네덜란드와 벨기에로 세계적으로도 매우 예외적인 드물 경우이다. 우리나라의 경우는 적극적 안락사 허용론이 종래 형법의 통설이었을 정도로 안락사문제에서는 다른 나라에 비해 허용적 태도를 많이 보인다고 할 수 있다. 그러나 우리 사회의 급속한 변화와 더불어 심화되는 생명경시풍조를 지양하기 위해서는 안락사의 영역에서도 형법의 생명보호원칙에 입각하여 엄격한 법해석과 평가가 필요하다고 생각한다. 적극적 안락사는 환자의 진지한 부탁의 경우에도 인간생명권의 본질적 침해를 가져오며, 적극적 안락사의 허용은 인간존재의 사회적 기반에 역행한다. 그러므로 적극적 안락사의 자유화나 법제화나 형법상 위법성조각설은 받아들일 수 없다.

참고문헌

김성돈, 형법총론, 2006, 현암사
김성천/김형준, 형법총론, 1998, 동현출판사
김일수/서보학, 형법각론, 2004, 박영사
김종원, 형법각론(상), 1971, 법문사
박상기, 형법각론, 2005, 박영사
배종대, 형법총론, 2005,; 형법각론, 2006, 홍문사
백남억, 형법총론, 1960, 법문사
백형구, 형법각론, 1999, 청림출판
손동권, 형법각론, 2005, 율곡출판사
손해목, 형법총론, 1996, 법문사
안동준, 형법총론, 1998, 학현사
오영근, 형법각론, 2003, 대명출판사
유기천, 형법총론, 1980, 일조각
이재상, 형법각론, 2006, 박영사
이정원, 형법각론, 2003, 법지사
이형국, 형법각론연구 I, 1997, 법문사

임웅, 형법각론, 2003, 법문사
정성근/박광민, 형법총론, 2003, 상지원
정영일, 형법총론, 2007, 박영사
조준현, 형법각론, 2002, 법원사
진계호, 형법각론, 1985, 대왕사
차용석, 형법총론강의 I, 1984, 고시연구
황산덕, 형법총론, 1982, 방문사

김경화, 자의퇴원으로 인한 치료중단과 안락사, 형사법연구, 제17호, 2002.
심헌섭, 안락사의 문제, 고시연구, 1976. 2.
유성국, 전통사회의 생명사상, 이인영 외, 생명인권보호를 위한 법정책, 삼우사, 2004.
윤종행, 안락사와 입법정책, 비교형사법연구, 제5권 제1호, 2003,
이상돈, 안락사의 절차적 정당성, 한일법학연구, 1999.
이인영/김미숙, 생명권에 대한 인식도 및 생명윤리교육 현황 조사, 이인영 외, 생명인권보호를 위한 법정책, 삼우사, 2004.
임 웅, 적극적 안락사의 비범죄화론, 우범 이수성 선생 화갑기념논문집, 2000.
전지연, 안락사에 대한 형법적 고찰, 한림법학, 제4권, 1994/95.
정현미, 치료중단의 한계와 형사책임, 형사정책연구, 제15권 4호, 2004.
허일태, 안락사에 대한 연구, 형사정책연구, 제4권 제4호, 1993.

Critics against Active Euthanasia

Chong, Hyonmi*

It is a matter of debate as to whether active euthanasia is allowed. While some studies reported that active euthanasia can be allowed in strict conditions, other studies reported that active euthanasia should be prohibited in any condition, as it is an illegal act of murder. The aim of the present study is to describe critics against active euthanasia. Active euthanasia takes any direct action designed to kill patients. In general, the conditions for active euthanasia were following: (1) hopeless patients with incurable diseases, (2) patients with death agony, (3) alleviation of severe pain, (4) patient's consent in a conscious state of patients, (5) doctor's procedure, and (6) appropriate methods.

One of the main problems in the active euthanasia is to violate human rights, although patients permit it. In addition, acitve euthanasia that kills patients with death agony is not the best way to alleviate their pain and problems. It is also not appropriate to ask doctors to proceed the active euthanasia, as their jobs are to save human life in stead of helping people die. For these reasons, I don't consider the active euthansia in any condition, as humans have no right to ask kill themselves and no right to kill anyone in any circumstance.

주제어 : 안락사, 적극적 안락사
Keywords : Euthanasia, Active Euthanasia

* Professor, Department of Law, Ewha Women's University, Ph.D. in Law