

존엄사에 대한 형법적 물음

신 동 일*

국 | 문 | 요 | 약

소위 존엄사의 문제는 여러 가지 형법적인 의문점을 남기고 있다. 생명가치의 개인적 처분가능성이나 그 한계에 관한 물음을 넘어 의학적인 살인행위와 자살방조의 연책근거에 이르기까지 다양하다. 최근 발생한 사건들은 형법적으로 그동안 잠재적으로 남겨있던 안락사의 형법적 의미를 다시 논쟁 속으로 몰아넣고 있다. 법학적인 차원을 넘어서 사회적 토론의 대상으로까지 발전하고 있는 안락사, 또는 존엄사의 문제를 형법적으로 생각해보는 것이 이 논문의 주제이며 목표이다.

❖ 주제어 : 안락사, 사전진료(의료)지시, 소극적 안락사, 존엄사, 연명치료중단, 치료중단, 환자의 자기결정권, 의사의 설명의무

* 한경대학교 법학부 교수, 법학박사

I. 시 작

최근 들어 ‘존엄사’와 ‘무의미한 연명치료 중단’, ‘소극적 안락사’와 같은 용어들이 사회적으로 회자되고 있다. 그 논의가 어떤 방향으로 진행될지 예견하기는 힘들지만 이미 두 개의 법안이 제출되어 있다.¹⁾ 필자의 생각엔 ‘존엄사’란 단어는 인간 생명의 절대적 보호에 대한 부담감을 암시하고 있다. ‘무의미한 연명치료의 중단’에 배어있는 사회심리는 ‘치료중단’의 합법화를 은연 중에 표현하고 있기도 하다. 그러나 ‘무의미한 연명치료의 중단’ 문제는 법적으로 볼 때 복잡하다. 우선적으로 ‘무의미’하다는 의미가 무엇인지 애매 하고, ‘치료중단’의 법적인 정당화에 대해서 생각해봐야 한다. 특히 형법에서 승인되기 힘든 점들이 포함되고 있다. 소위 ‘존엄사’는 다른 범영역보다 먼저 형법적인 평가를 받아야 한다. 일부 견해는 단순히 새로운 제도 도입이나 법규정을 개정하는 것으로 이 문제를 해결할 수 있을 것처럼 설명하고 있기는 하지만 형법적인 차원에서 간단하지 않다.

치료중단행위는 “보라매 병원 사건”을 계기로 의학계에서 처음으로 살해행위로 인식되었다. 치료중단행위로 인한 환자의 사망은 형법이론적으로 살인행위로 구성할 수 있다. 그러나 보라매 병원 사건 이전에는 관행적으로 이루어졌던 불법행위였다. 보라매 병원 사건은 형법의 원칙을 재확인한 계기였을 뿐 새로운 원칙을 만든 것은 아니다. 최근 지방법원이 소위 ‘존엄사 인정 판결’을 내리면서 이 문제는 이제 법학과 의학의 범위를 넘어서 사회적인 논의 대상으로 발전하고 있는 중이다.²⁾ 여기에 동원된 논증들은 매우 다양하다. 먼저 의료계 일부에서는 환자의 자율적인 선택에 의해 불필요한 의료행위를 줄이고, 더 나아가서는 임종 시 발생할 수 있는 법적 갈등을 피할 수 있는 방안이 필요하다고 한다. 그리고 의학적으로 회복불가능하다는 진단을 받은 환자들에 대한 소위 ‘무의미한 생명연장치료’ 중단이 필요하다고 주장한다. 이를 위한 현실적인 대안으로 ‘소극적 안락사의 법제화’와 ‘완화치료’(Palliativmedizin) 또는 ‘사진진료지시

1) 신상진 의원 대표 발의 법률안과 경제정의실천시민연합의 입법청원이 있다.

2) 2009년 2월 10일에 고등법원에서 내려진 항소심 결정도 지방법원의 결정과 같았다. 이 사건은 이제 대법원의 최종 판단을 기다리고 있다. 재판부는 이례적으로 이 판결로 인하여 고통 받는 환자들에 대한 치료중단이 쉽게 발생하는 풍조가 생기지 않았으면 좋겠다는 취지를 판결에 덧붙였다.

서' 등이 거론되고 있다.

이 모든 것을 '존엄사'라고 통칭하는데, 개념적으로는 차이가 있다. 소극적 안락사는 적극적 안락사와 대비되는 개념으로 극심한 고통에 처한 환자의 요청에 의해 의료적인 처방으로 고통없이 죽을 수 있도록 해주는 것이다. 적극적 안락사는 사람의 요구에 따라 극약처방을 하는 일종의 조력자살을 말한다. 형법적으로 적극적 안락사나 소극적 안락사는 모두 살인죄 또는 자살관여죄로 처벌 가능하다. 소극적 안락사의 경우 본인의 진지한 동의와 극심한 고통이라는 요건이 충족되면 형을 면제해주는 면책사유에 해당한다. 최근 등장한 완화치료라는 개념은 소극적 안락사와 또 다른 개념이다. 소극적 안락사와 매우 유사하게 보이긴 하지만, 중증 환자의 사전동의로 개선치료를 중단하고 죽음의 과정에 의료적으로 개입하여 고통만을 덜어 준다는 측면에서 호스피스와 더 가까운 조치로 볼 수 있다. 이 때 필요한 것은 완화치료를 동의한 환자가 의식불명상태에 빠지는 경우 그의 동의가 유효할 수 있도록 사전진료지시서(또는 사전특정진료 포기서)를 조건으로 한다.

그러므로 소극적 안락사와 완화치료는 죽음을 원조하느냐(소극적 안락사) 아니면 죽음으로의 길에서 고통만을 제거하느냐(완화치료)의 차이로 설명할 수 있다. 개념적으로 완화치료와 미묘한 차이점을 보여주는 것은 호스피스이다. 호스피스는 완화치료처럼 마취제나 통증제 처방 등의 의료적인 조치가 주요 목적이 아니라 환자 스스로의 선택에 따라 개선치료를 전체를 거부하고 삶의 마지막 단계를 준비하는 프로그램 전체를 말한다. 그러므로 완화치료는 의료의 한 부분으로 간주할 수 있지만, 호스피스는 의료범위를 초과해서 개선치료의 거부를 일컫는 개념으로 볼 수 있다.

우리가 지금 논의하고자 하는 소위 '존엄사법'은 소극적 안락사와 완화치료를 개념적으로 모두 포함하는 '존엄사 절차'를 제안하고 있다. 즉 환자 자체를 치유불가능한 말기 환자로 규정하고 모든 환자에게 연명치료중단 동의와 승낙을 법제도화하겠다는 것이 골자이다.³⁾ 여기서 중요한 조항은 연명치료 중단의 효과를 항시 책임면제해주는 면책 조항과 보험 등의 불이익 금지 조항이다.⁴⁾ '존엄사법'에 궁금한 점은 매우 많다. 그러나

3) 경실련 청원입법 제2조와 신상진 법안 제2조는 같은 내용을 담고 있다. 두 입법안에 따르면 존엄사법의 대상은 호스피스나 완화치료 결정여부의 구분 없이 2인 이상 의사의 말기상태 진단을 받은 말기환자로 구성된다.

4) 경제정의실천시민연합의 청원법안/신상진 법안 모두 제23조 내지 제25조를 참조.

여기서는 형법적인 측면을 중심으로 궁금한 점을 생각해보았다.

II. 개념 확정의 필요성

먼저 ‘존엄사’가 무엇인지에 대해 살펴봐야 한다. 존엄사란 국어사전에서 “인간으로서 지녀야 할 최소한의 품위를 가지고 죽을 수 있게 하는 행위 또는 그런 견해”라고 설명된다. 이는 아마도 ‘존엄’이라는 의미에 중심을 둔 설명으로 볼 수 있다. 그러나 이 존엄성에 대한 해석은 애매하다. ‘인간으로서 지녀야 할 최소한의 품위’가 어떻게 설명될 수 있을지 모르겠다. 안락사 논쟁에서 일부 견해는 식물인간상태에서 전적으로 기계에 의존하여 생명을 연장하고 있는 것(Apparatemedizin)을 비교적 인간의 존엄성에 미치지 못하는 삶으로 표현하기도 한다. 인간의 조건을 객관화한다면 병원의 집중치료실에서 온갖 생명연장장치를 장착한 채 살아가는 사람들의 삶은 현실적으로 존엄하지 않게 보일 수도 있다. 그러나 이러한 객관적 조건을 사회적으로 등급화하는 것은 전혀 다른 문제이다. 실질적으로 이러한 등급화가 중증장애인이나 뇌질환 또는 치매 등의 퇴행성 질환으로 고통 받는 환자들의 삶 자체를 존엄하지 않은 삶으로 오해할 수 있는 위험성도 발견된다. 인간의 존엄성은 객관적인 기준으로 측정할 수 있는 대상이 아니다.⁵⁾

다른 측면에서 ‘무의미한 생명연명장치’의 제거를 위한 기준이 문제이다. 실제 의미는 “회복불가능한 환자에게 부착한 생명연명장치”를 말하는 것으로 볼 수 있다. 일정 단계를 지나면 환자 스스로 회복할 수 없는 단계를 지났다고 이해한다. 이를 “말기상태”라고 표현하여 법안들은 모두 “상해나 질병으로 인하여 의학적 판단으로 회복가능성이 없고 치료가 불가능하여, 연명치료가 없는 경우 단기간 내에 사망에 이르게 되는 상태”로서, 이 상태에서의 연명치료의 적용은 단지 죽음의 과정을 연장하는데 기여하고 있는

5) 최근 Jean-Dominique Bauby의 실화소설인 ‘잠수종과 나비’(Le Scaphandre et le Papillon, 2007)는 심장마비를 일으킨 후 심각한 뇌손상으로 인해 반신불수의 삶을 살면서도 한쪽 눈깜빡임 만으로 자신의 삶에 대한 성찰을 책으로 완성한 작품이다. Elle지의 편집장을 지낸 작가는 결국 1997년 책이 출판되기 10일 전 결핵합병증으로 사망한다. 우리는 모든 것을 타인의 도움으로만 지낼 수 있었던 작가의 삶이 존엄하지 않다고 말할 근거와 권리는 없다.

것을 말한다.”(제2조 제2호)라고 규정하고 있다. 의학 기술이 발달한 오늘날에는 개선의 효과가 없음에도 불구하고 연명기기를 통해 길게는 수년간 생존할 수 있다고 한다. 의료계 일부나 환자의 가족 입장에서는 회복불가능한 환자에 대한 생명연명치료술이 부담으로 여겨질 수 있다. 그러나 먼저 회복불가능하다는 증상에 대한 의학적인 기준을 생각해봐야 한다. 임상의학을 담당하는 의사들의 경험을 통해 확인할 수 있는 사실은 환자의 회복상태나 가능성을 예상하기가 극히 어렵다는 것이다. 임종을 준비하라는 최종 진단을 내렸음에도 불구하고 극단적으로는 기적으로 소생해서 다시 삶을 살아가는 환자의 예외적인 경우들은 회복불가능성 예측에 심각한 오류가 개입될 수 있음을 짐작하게 한다.

이 법안이 가지고 있는 중대한 오해는 ‘존엄사법’에서 목표로 하고 있는 ‘환자 동의를 통한 연명장치 중단’이 우리 의료법과 다른 법률에 의해 불가능하지 않다는 점이다. 위에서 언급했듯이 ‘존엄사법’이 필요하기 위해서는 ‘모든 환자가 강제적으로 자연적으로 심장이 멎는 마지막 순간까지 생명연명장치를 부착해야 한다’는 조건이 충족되어야 한다. 그러나 현실은 다르다. 실제로 연명장치를 부착하는 환자는 그 비싼 비용과 다른 여건 때문에 많지 않다. 그리고 환자는 스스로 연명치료를 사전에 거부할 수도 있다. 문제되는 유일한 사안은 응급환자 또는 의식불명상태에 빠진 환자가 병원에 의해 연명장치를 부착한 경우이다. 더욱이 현재 병원과 의료기관에서는 이미 사전진료지시서를 환자에게 요구하고 있으며, 문제될 상황에 활용하고 있다. 필자는 현재 진행되는 ‘존엄사 논쟁’은 예외를 일반화하여 과대포장하는 오해에서 기인하고 있다고 생각한다.

마지막으로 법률적인 곤란함은 애매하고 모호한 기준을 법제화할 때의 부작용이다. 회복불가능성을 의학적으로도 객관화할 수 없는데도 특정의 증상과 2인 의료진의 판단에 따라서 치료중단을 명령하는 것을 제도화하는 것은 수궁하기 곤란하다. 의료 사건에서 빈번하게 등장하는 오진율을 감안해도 기준을 법률로 정하는 것을 주저하게 만든다. 그러나 회복불가능성을 객관적 기준화할 수 없다는 이유로 생명연명치료를 중단이 완전히 불가능한 것은 아니다. 환자 본인의 동의와 승인은 중요한 역할을 할 수 있다. 법적으로 환자에게 미리 일정 진료에 대한 포기동의서를 받거나 완화치료를 선택할 수 있도록 조치를 취하여 이런 상황을 극복하기 위한 의도가 법안에서 제시하는 생전 유언

제도 또는 사전진료지시서이다. 법이론⁶⁾적으로 사전진료지시서의 존재는 소극적 안락사의 면책을 위해 효력을 가지고 있다. 그러나 이론적으로 해결되지 못한 점은 있다. 바로 환자 동의의 법적 의미이다. 의료법에서 오랫동안 논의되고 있는 환자의 동의, 즉 자기결정권은 존엄사 내지 연명치료포기를 위한 새로운 가능성을 시사해주고 있는 것으로 거론된다. 그러나 환자 본인의 의사가 의료행위에서 가장 중요한 역할을 ‘할 수 있다’는 것과 ‘해야 한다’는 뚜렷한 차이가 있다. 특히 존엄사의 경우는 형법적으로 무슨 근거로 환자의 동의만으로 자살관여죄와 촉탁승낙 살인죄를 정당화시킬 것인지에 대한 판단이 남겨진다. 두 가지 범죄는 자살자의 동의와 피살해자의 진지한 승낙 또는 촉탁이 있음에도 처벌되기 때문이다.

III. 환자의 자기결정

환자의 자기결정권이 의료계약에서 제1원칙(voluntas aegroti suprema lex)⁷⁾으로 확립된 것은 그리 오래되지 않았다. 의학사에서 보면 환자에게 자기 결정권이 등장한 시기는 대략 100년 이내이다. 과거 환자는 단지 치료를 기다리는 의료 수혜자에 불과하였다. 의사는 권위적인 치료권을 행사했다.(salus aegroti suprema lex) 환자는 의사의 권위에 복종해야 했다. 이러한 관계가 민주적으로 변화한 것은 근대 의학이 형성되기 시작하는 1900년대 초반이다.⁸⁾ 환자의 자기결정권이 의료법상 중요한 지위를 차지하면서 의사의 진료권은 축소되기 시작하였다. 최근 의료현실에서 보면 환자의 자기결정권은 기본적인 원칙으로 자리 잡는 듯이 보인다.

6) 2008년 12월 9일 김충완 의원 대표발의로 호스피스·완화치료에 관한 법률안이 제출된 상태이다. 다만 이 법안의 문제는 대상을 ‘말기암환자’(법안 제2조)으로만 제한하여 적용 대상을 너무 협소하게 구성했다는 것이다. 물론 다른 문제가 없는 것은 아니다.

7) 상세한 논의는 O. O'Neill, *Autonomy and Trust in Biotechnology*, Oxford University Press 2002. 특히 제2장; 신동일, “형법상 의료행위와 설명의무”, 『형사정책연구』 제14권 제1호(2003), 221 이하.

8) 환자의 자기결정권이 처음으로 문제된 국내 판결은 1972년의 대법원 판결이다. 이 판결이 나오기 전까지는 연대해서 진료거부를 하기도 하였다. 최근 진행된 의료법 개정에서도 의사들의 반대로 환자의 자기 결정권(의사의 설명의무)의 입법은 좌절되었다. 그러므로 국내 의료법상으로 환자의 자기결정권은 법적인 근거가 없는 단지 관례 원칙인 것으로 해석되어야 할 것이다.

그러나 몇 가지 측면에서 환자 자기결정권의 내용과 범위는 여전히 불명확하다.⁹⁾ 첫째, 자기결정을 할 수 있는 자격과 범위이다. 환자의 자기결정권이 의료법상 원칙으로 자리 잡기 위하여 우선 결정능력의 기준이 설명되어야 한다.¹⁰⁾ 자기결정권은 진료의 종류와 이후의 후유증에 대한 감수를 포함하는 중요한 결정이다. 이러한 결정을 내리기 위한 능력이 사물을 변별할 수 있을 정도의 일반적 판단능력으로만 생각할 수 있을지도 의심스럽지만, 한계 상황에 놓인 환자의 능력을 고려하지 않으면 충분치 못한 것으로 보인다. 또한 의사표현이 예측할 수 없는 미래상황을 대상으로 하고 있다는 점과 그 대상이 포괄적이라는 점에서 법적으로 문제될 수 있다. 어떤 면에서는 지나친 포괄적 권한위임이나 의사표시의 한계를 초과한 동의로 보일 수 있기 때문이다.

둘째, 환자의 자기결정권 대상이다. 환자의 자기결정권은 보편적 상황에 대한 결정을 의미하는 것이 아니다. 그 결정은 의사의 정보제공에 의해 특별한 범위에 제한된다. 그러므로 환자의 자기결정권은 의사의 설명의무와 떼어 수 없는 관계에 있다. 환자의 자기결정이 온전히 내려지기 위해서는 의사의 정보제공이 충분해야 한다. 그러나 소위 수준미달 의사 또는 오진에 의한 정보제공의 경우는 어떻게 판단해야 하는가? 이러한 설명의 경우도 환자의 자기결정은 내려진 것이다. 또한 환자가 의료진을 충분히 신뢰할 수 없는 상황도 가능하다. 이런 경우 환자의 자기결정권은 의미없는 것으로 해석되어야 한다. 그러므로 환자의 자기결정권을 존중하는 것은 환자의 ‘최선의 이익’을 위한 노력의 범위에서 이루어진다. 단지 ‘환자의 결정권 존중’만을 위한 것일 수는 없다. 오판에 의한 ‘말기환자’ 진단을 받아도 이미 치료중단으로 사망시기가 앞당겨진 환자가 이견을 제시할 방법은 없다. 그렇다면 전적으로 의료진의 판단에 의존해서 죽음을 받아들이는 결정을 내릴 수밖에 없는가? 여기서 필요한 것은 환자의 주관적 결정이 아니라 객관화된 죽음의 표지이다.

마지막으로 환자의 결정을 둘러싼 환경이다. 환자의 동의를 기다릴 수 없는 응급상황이나 전염병 환자의 경우처럼 환자의 의사에 반하여 진료가 개시되어야 하는 경우가 있다.¹¹⁾ 의료현실에서는 환자의 자기결정권은 의료계약에서 무의미할 수 있다. 이런

9) 이에 대한 설명은 신동일, 사진진료지시서: 법이론과 현실, 안암법학 통권 제28호, 2007, 229 이하.

10) 2006년에 제정된 오스트리아의 Patientenverfügungsgesetz은 비교적 상세한 기준을 담고 있다. 그러나 여전히 이 법률상의 기준도 명확하지는 않다.

11) 치료거부에 관한 좀 더 극단적인 사례로 ‘여호와의 증인’ 신도들의 수혈거부 문제가 있다. 국내

경우를 구제하기 위한 장치가 대리동의 또는 추정적 동의 법리이다. 그러나 대리동의의 경우 환자의 최대 이익을 어떻게 판단하느냐에 따라 그 결과가 달라질 수 있다. 현실적으로 대리동의의 결과는 심각한 갈등상황을 만들기도 한다. 특히 대리동의의 범위와 한계를 분명히 하지 않는다면, 남용될 수 있는 소지가 다분하다. 제도적으로는 어쩔 수 없는 대리동의가 필요할 때 사법적인 판단을 받을 수 있는 장치가 절실하다. 그럼에도 불구하고 ‘존엄사법(안)’은 예외 없이 대리동의권을 인정하고 있다.

결국 환자의 자기결정권은 극단적인 경우 어떤 것도 확정할 수 없는 무기력한 것일 수 있다.¹²⁾ 환자의 자기결정권은 최근 의료법상 매우 중요한 기능을 함에도 불구하고 기준 자체의 문제점이나 현실적인 문제점으로 인하여 제한될 수밖에 없다. 갑자기 ‘존엄사법’에서 환자의 자기결정권을 의료계약원칙을 넘어서는 형법적 정당화사유 입법근거로까지 격상시키는 것은 아무래도 지나친 비약이라고 볼 수 있다.

IV. 생명법익

형법 논의에서 국한하면 소극적 안락사는 그다지 복잡한 주제가 아니다. 소극적 안락사의 일정 요건만 갖추어지면 생명연명장치의 중단에 대해 살인죄의 책임을 면할 수 있다. 문제는 면책에 관해서 개별적인 법원의 판단을 받아야 한다는 점이다. 네덜란드의 안락사법은 소극적/적극적 안락사의 형사법적 면책을 최초로 법제화한 법률이다.¹³⁾ 해외에서도 소극적 안락사를 엄격하게 제한하는 법제도를 발견할 수 없다. 그러므로

판결로는 대법원 1980.9.24 선고 79도1387 판결. 이 판결에서 대법원은 국가의 생명보호의무가 종교적인 신념보다 우월한 것임을 확인했다.

- 12) S. Holm, Not Just Autonomy: The Principles of American Biomedical Ethics, Journal of Medical Ethics vol. 12(1995), 332 이하; J. Raz, Autonomy, Toleration, and the Harm Principle, in: S. Mendus(ed.), Justifying Toleration, Cambridge University Press 1988, 165 이하.
- 13) “Termination of Life on Request and Assisted Suicide and Amendment of the Criminal Code and the Burial and Cremation Act”의 요건은 환자의 진지한 숙고 후의 결정과 치유불가능한 질병의 존재, 의사로부터 그 상황에 대해 충분한 설명제공, 담당의사 이외 최소 한 명 이상의 동일 전공의의 같은 의견개진이 있는 경우 환자에게 의사 조력자살 또는 독극물에 의한 사망원인 제공이 가능하다.(Section 2) 이 법은 적극적 안락사까지 허용했다는 점 때문에 많은 논란의 대상이 되었다.

소극적 안락사는 이미 가능한 법제도이다.

법규범은 항상 인간생명 보호를 원칙으로 하고 있다. 사형제도 폐지나 전쟁에 관한 국제협약은 인간 생명에 대한 보호의 우선적 존중의무를 의미한다. 여기서 인간의 생명이 어떤 법익인가 하는 물음이 제기될 수 있다. 일부 견해에 따르면 인간의 생명권은 개인을 넘어서는 속성을 가진다고 설명한다. 그러므로 개인은 처분권이 없는 것으로 이해될 수 있다. 다른 주장은 인간의 생명 역시 하나의 권리이므로 개인 스스로 처분이 가능하다고 주장된다. 어떤 주장이 타당한가는 쉽게 단정하기 어렵다.

우리 헌법은 생명권을 자유권의 일부로 설명하고 있다. 그러나 헌법은 생명포기의 자유를 권리로 인정할 수 없다. 그 이유는 헌법은 시민의 규범이라기 보다는 국가의 규범이기 때문이다. 생명권은 국가로부터 침해받지 않을 자유로 설명될 수 있을 뿐이다. 생명포기의 극단적인 형태는 자살이다. 현실적으로 자살은 가능하긴 하지만, 자살이 금지되는 것은 종교적인 근거 이외에도 도덕과 법적인 이유도 존재한다.¹⁴⁾ 같은 근거로 우리 형법은 자살에 대해 부정적이다. 자살을 직접 실행한 사람에 대해서 처벌은 하지 않는다.¹⁵⁾ 그러나 자살에 관련한 사람들에 대해서는 일정한 형사책임을 인정하고 있다.¹⁶⁾ 마찬가지로 형법은 촉탁 또는 승낙에 의한 살인행위에도 책임을 부담시킨다. 만일 자살이 개인적 처분권리라면 이를 돕는 행위를 규범적으로 비난할 이유도 없을 것이다. 생명은 타인과 관계속에서 형성되는 소위 관계법익이다.¹⁷⁾ 인간 생명에 대한 법규범은 비물질적인 추상적 이해를 바탕으로 한다. 생명법익은 개인의 범위를 넘어서는 공동체의 정신적 관계로 형성되어 있다. 법은 물질적인 영역을 넘어서 정신적인

14) 자살의 금기성에 대한 설명은 S. Hauerwas, Rational Suicide and Reasons for Living, in: S. Lammers/A. Verhey(ed.), On Moral Medicine 1998, Eerdmans.

15) 자살자의 심리적인 상황이 원칙적으로는 의사결정능력을 인정할 정도가 되지 못한다는 경험적인 연구도 있다. 심리학적으로 자살은 정상적인 판단이 아니라는 주장이다. 이를 토대로 자살에 관한 법적인 문제점을 분석하고 있는 K. Geilen, Suizid und Mitverantwortung, JZ 1974, 145 이하.

16) 자살에 대한 형법적 해석에 관하여 G. Duttge, Der Alternativ-Entwurf Sterbebegleitung(AE-StB) 2005, Ziel erreicht oder bloße Etappe auf dem langen Weg zu einer Gesamtregelung? GA 2006, 573 이하를 참조.

17) 이와 같은 설명은 이미 K. Binding, Die Normen und Ihre Übertretung 1, 2. Aufl., 1876, 340 이하. 그러나 모순되게도 빈딩은 후기 저서에서 안락사를 옹호하는 주장을 하기도 했다. 정신과 의사인 호헤(Hoche)와 공저로 출간한 그의 저서 Die Freigabe der Vernichtung Lebensunwertem Lebens, Felix Meiner Verlag, Leipzig, 1920 참조. 이 글은 후에 나치스의 학살근거로 이용되기도 하였다.

영역을 규범화한다. 근대법은 국가, 사회, 명예, 재산과 같은 개념들을 추상화시켰다. 이러한 추상화의 결과, 금지와 요구로 표현된 규범 대상에 물질을 넘어서는 가치를 편입시킬 수 있었다. 규범은 법익의 핵심개념이며, 법률과 현실을 매개하는 중심으로 작용한다. 생명법익은 개인의 자유권을 넘어서 공동체의 심리적 또는 추상적 관계 법익으로 파악되어야 한다. 그러므로 자살관여죄나 촉탁승낙살인죄는 공동체의 관계성을 보호하려는 배경을 가진다고 해석된다.

자살과 유사한 생명 포기 형태는 안락사이다. 형법은 적극적 안락사는 살인행위로서 금지하고, 요건이 갖추어진 소극적 안락사만을 예외적으로 면책해주고 있다. 형법상 안락사를 허용해야 한다는 주장도 있다.¹⁸⁾ 그러나 안락사는 형법적으로 금지되어야 한다는 견해가 다수이다.¹⁹⁾ 법이론적으로 다수설의 관점은 안락사는 국가의 생명보호의무와의 모순된다는 근거를 가진다. 즉, 안락사 금지 근거는 일부에서 오해하듯이 특정 종교적 신념에서 유래하지 않는다. 또한 타협할 수 없는 절대적 생명보호 사상에서 비롯된다고 보기 힘들다. 오히려 금지는 법규범의 명령이다. 즉, 우리 헌법과 기타 법률의 규범원리에 따라 구성된다. 안락사 금지는 살인행위를 금지하는 원리와 동일한 규범근거를 가진다. 인간의 생명은 모든 단계에서 존중받고 보호되어야 한다는 법원칙에 따른다. 그리고 더욱 중요한 근거는 국가의 생명보호의무 자체이다. 안락사의 허용은 이러한 국가의무와 모순될 수 있으며, 안락사를 위해 보호받아야 할 생명과 보호받지 못할 생명을 구분한다는 것은 국가 스스로 생명보호의 차별화를 승인하는 것이다. 만일 국가가 보호의무를 선별할 수 있으려면 분명한 근거가 있어야 한다. 아쉽게도 현재 진행되는 안락사(존엄사) 논의에서 빠져 있는 것은 바로 국가의무의 이행여부이다.²⁰⁾

18) 적극적 안락사까지도 허용해야 한다는 주장은 임웅, “안락사 허용론”, 『형사법연구』 제16호 특집호(2001), 216 이하; 같은 저자의 “안락사의 비범죄화론”, 『이수성교수화갑기념논문집』(2000), 146 이하. 제한적인 허용에 관한 주장은 정현미, “안락사의 형법적 허용한계”, 『형사법연구』 제16호 특집호(2001), 240 이하.

19) 다수 견해로는 김일수, “안락사 문제의 실정법적 연구”, 『현대사회』(1984년 봄호), 187; 박상기, 형법총론(박영사, 2005), 164; 이재상, “안락사의 형태와 허용한계”, 『김종원교수화갑기념논문집』(1991), 578 이하; 전지연, “현행형법에 따른 안락사의 허용여부에 대한 검토”, 『명형식교수화갑기념논문집』(1998), 163 이하; 신동일, 사전진료지시서: 법이론과 현실, 안암법학 제28호 229 이하 등.

20) 영국의 다이안 프리티(Diane Pretty)는 신경이 점차 마비되는 중증 환자이다. 그녀는 검찰청장(DPP)에게 회복의 가능성이 없는 자신의 자살을 남편이 도울 수 경우 1961년의 자살법(Suicide Act) 제2조의 적용을 면제해달라고 요구하였다. 검찰은 거부하였고 원고는 법원에 결정을 요구하

V. 현실과 정책

‘무의미한 연명치료의 중단’을 요구하는 입장은 현실론이다. 개선가능성이 없거나 불투명한 환자에게 투여되는 의료비용은 상당한 부담으로 작용할 수 있다. 더욱이 의료 시설의 입장에서도 막대한 비용의 사후정산이 고민꺼리일 수 있다. 생명연명장치의 유지는 환자 가족과 병원 공통의 부담으로 변한다. 여기서 ‘연명치료의 중단’ 필요성이 시작된다. 엄밀히 말해서 ‘존엄사 논쟁’이란 발생할 금전적인 갈등을 덮어버릴 정책으로 발전할 가능성이 다분하다. 고등법원의 ‘존엄사 판결’은 소극적 안락사의 면책범위를 재확인해준 것 이외에 새로운 내용을 담고 있지 못하다. 항소심에서 고등법원은 세 가지 요건(실제로는 네 가지)을 충족할 것을 조건으로 환자의 인공호흡기 제거를 허용하고 있다. 첫째는 환자가 전혀 치료를 통해 개선효과가 없을 것, 둘째 환자의 진지한 치료중단 의사가 존재할 것, 셋째 의사에 의해 시행될 것이다. 다른 요건으로 고통완화 치료나 일상적인 치료행위의 중단을 하지 말 것이 조건이다. 그러나 이 판결에 대한 사람들의 기대는 예상보다 훨씬 가열되고 있다. 문제는 다음과 같은 점들이다.

첫째는 다소 불충분한 비교법 분석이다. 이미 안락사와 관련한 외국의 법제도와 그 적용에 대해 상당한 연구가 진행되어 있다. 아쉽게 생각되는 것은 제도 자체만 소개되고 그 배경에 대해서는 상세한 언급이 없다는 것이다. 일부 글에서 지적하듯이 오스트리아나 스위스, 그리고 일부 미국의 주가 안락사의 ‘자연사추정’에 대한 기준을 정하고 있다. 이들이 마련하고 있는 법적인 절차는 대략 다음과 같다. 먼저 정상적인 판단을

였다. 이 요구는 결국 유럽연합법원까지 올라갔다. 원고는 영국의 자살법 규정이 유럽연합의 인권 협약(European Convention of Human Rights)을 침해하는 규정이라고 제소했다. 영국 최고재판소와 유럽연합법원은 원고의 주장을 다음의 이유로 신청을 기각하였다. 원고 측은 유럽인권협약 제2조의 생명권(Right to Life)의 내용에는 ‘살 권리’와 ‘죽을 권리’를 본인이 스스로 결정할 수 있다는 내용을 포함하므로 영국의 자살법 제2조의 자살관여자 처벌은 유럽인권협약에 반한다고 주장하고 있다. 그러나 영국 최고재판소와 유럽연합법원은 유럽인권협약 제2조는 국가가 시민들의 생명을 보호하고 지켜야 할 의무를 규정한 것이므로 검찰이 이를 묵인한다면 생명을 보호해야 할 정부가 ‘살인행위’를 승인하는 것과 같다는 논리이다. 원고는 국가(영국)가 자신의 남편의 자살관여를 금지한 영국 자살법은 고문과 잔혹한 행위를 금지한 유럽인권협약 제3조를 위반한 조항이라고 하였다. 그러나 영국 최고법원과 유럽연합법원은 원고의 고통이 국가로 부터 야기되었다고 보기 힘들고 유럽인권협약 제3조는 동 협약 제2조와 함께 해석해야 하는 것으로 어떤 경우도 이 협약이 시민의 ‘살해당할 권리’(the Right to be killed)나 ‘자살원조의 권리’(the Right to helped to die)가 있다는 것으로 오해되어서는 안 된다고 결정하였다.

할 수 있는 환자들에게 연명장치 포기를 위한 심폐소생술포기동의(DNR: Do-Not Resuscitate)와 사전진료지시서 작성을 요구한다. 동의한 환자의 경우 의식이 없어지고 자발적인 호흡이 곤란한 상태에 이르렀을 때 1) 기도삽관이나 기관지절개술 및 인공호흡기 치료를 거부, 2) 중환자실 입실을 포기, 3) 인위적인 혈압상승술 거부, 4) 심폐소생술 거부를 중심으로 수혈, 혈액제제투입, 진통제에 의한 통증조절, 정맥주사를 통한 영양공급 등을 선택적으로 거부할 것을 서면동의로 남겨둔다. 비교법적인 제도만 보면 우리가 도입하려는 안락사법 또는 ‘존엄사법’은 다른 국가의 기준과 유사하게 구성될 수 있을 것 같다. 그러나 법률 자체보다 법률 배경에 실질적인 차이점이 있음을 외면할 수 없다. 비교대상이 된 제도를 가진 국가들은 대부분 의료비용이 전액 국가에서 지불된다. 스위스나 오스트리아, 영국의 경우 환자들의 의료비 부담이 없다. 환자들은 적어도 개인적으로 자기 또는 가족이 처할 경제적인 어려움을 감안할 필요 없이 연명장치포기를 결정한다. 더욱이 비교법적 검토에서 결여되고 있는 것은 제도에 대한 반대의견들이다. 여전히 안락사법에 대해 찬성한 국가들 내부의 반대 주장은 소개되지 않고 있다.

다음으로는 가족과 환자의 고통만 소개되고 있고 국가의 생명보호의무에 대해서는 함구하고 있다. ‘존엄사 논쟁’을 보면 환자의 자기결정권이 존중되고 있으며, 잘못된 제도에 의해 고통받는 환자와 가족들의 어려움이 강조된다. 해결책은 단지 법률을 제정하여 기준을 정하고 환자들의 결정에 따라 죽음을 선택할 수 있도록 하는 것뿐이다. 그러나 그 고통과 갈등의 원인이 무엇인지 생각해보면 다른 해결책도 나타날 수 있다. 쉽게 말해서 돈이 없어서 치료를 중단해야 하는 환자와 가족들의 고통의 결과가 존엄사라는 단어로 포장되고 있다. 설령 여유가 많은 환자의 경우도 사정은 별로 다르지 않다. 일부 보도에 따르면 말기암환자가 사망 1년전에 지불하는 평균 병원비가 일인당 3천만 원이라고 한다. 현재 사건에 직접 문제되는 환자의 누적 병원비는 일억 원을 넘어선다는 보도도 있다. 문제는 이러한 비용을 ‘불필요한 비용’이라고 생각하기 시작했다는 점이다. 객관적으로 볼 때 인간의 생명을 비용으로 환산하여 ‘불필요성’을 운운하는 것도 적절치 않다고 보인다. 3천만 원의 병원비 때문에 이를 감당하기 어려운 환자 스스로 생명을 포기하라는 법정책을 논의하고 있는 지금 현실도 답답하다.

통계청의 보고²¹⁾에 따르면 매년 사망하는 한국인은 25만 명 정도이다. 그 중 10만

21) 통계청의 홈페이지 자료를 참조함. <http://www.index.go.kr/>

명이 조금 못되는 수가 암이나 중한 뇌질환으로 사망한다. 이들 중 몇 명이 중환자실에서 연명치료를 받다가 사망하는지는 확인되지 않는다. 개인적인 병원비 부담이 상당한 우리의 경우 연명치료를 선택하는 환자 수는 매우 적을 것으로 생각한다. 그나마 연명장치 제거를 병원에서 거부하는 것은 보라매 병원 사건 이후 발생한 기현상이란 소리도 있다. 보라매 병원 사건 이전에는 가족들의 합의만 있으면 아무런 제재 없이 치료중단이 실행될 가능성이 있었다. 보라매 병원 사건 이후 ‘존엄사’에 대한 논란이 발생한 배경은 의료진들의 살인죄 기소 공포 때문이다. 여기에 방관만 하는 국가가 존재한다. 생명보호를 위한 제1차적인 의무를 지고 있는 국가의 방관에 대해서 의료계와 환자 모두 아무런 말을 못하고 있다. 최소한 국가가 “말기환자”들에게 경제적 부담을 느끼지 않고 치료를 받을 수 있는 조건을 먼저 마련해주고 난 후에야 그들의 선택을 기다릴 수 있다고 생각한다. 그러므로 정책적으로는 먼저 국가의 재정지원이 선행되어야 한다.

의학적으로 회복이 어려운 환자들이 선택할 수 있는 다른 길은 호스피스와 완화치료이다.²²⁾ 사전진료지시서 역시 호스피스/완화의료의 일환으로 결정능력이 있는 환자에게 사전동의를 받는 제도이다.²³⁾ 우리가 현재 논의하는 과정을 보면 호스피스와 완화치료에서 제한적으로 필요한 사전진료지시서를 모든 말기환자에게 확대라는 것은 아닌지 의심스럽다. 모든 환자에게 사전진료지시서를 확대하는 것은 불필요할 뿐 아니라 부당한 것으로 보인다. 환자가 진지하게 개선의료를 포기하고 호스피스/완화医료를 요청하는 경우에만 사전진료지시서를 받는 것이 의미 있다. 호스피스와 완화의료는 개선치료가 아니기 때문에 점차 상태가 악화되는 환자에게 진통제나 소극적인 고통완화 조치를 시도할 수 있다. 이 과정의 마지막 단계에서 환자는 급격한 의식불명상태에 빠질 수

22) 완화치료는 H. Schreiber, Palliativmedizin in Deutschland, in: Eberhard/Klaschik/Kettler(Hrsg.), Beiträge zur Palliativmedizin: Band 5: Palliativmedizin, Ausdruck gesellschaftlicher Verantwortung, 2002 ;M. Watson et al, Oxford Handbook of Palliative Care, 2nd ed., 2009.

23) 구인회, “독일 및 오스트리아 지역에서의 사전의료지시서”, 「사전의료지시서의 현실과 윤리적 성찰」, 가톨릭생명윤리연구소 2008, 23 이하; 이재경, “사전의료지시서의 배경과 현황”, 「사전의료지시서의 현실과 윤리적 성찰」, 가톨릭생명윤리연구소 2008, 71 이하; G. Duttge, Das Österreichische Patientenverfügungsgesetz: Schreckenbild oder Vorbild? ZfL 3/2006, 81 이하; 이석배, “독일의 치료중단 기준과 입법론”, 「형사정책」제19권 제1호(2006), 299 이하. 오스트리아는 2006년에 ‘환자자기결정법’(Patientenverfügungsgesetz)을 제정하였고, 미국의 캘리포니아 주는 1977년 ‘자연사법’(Natural Death Act of 1977), 미국연방법인 ‘환자의 자기결정권법’(Self-Determination Act)을 제정하여 시행하고 있다. 영국은 2005년 ‘정신능력법’(Mental Capacity Act of 2005)에서 환자의 자기결정에 따른 특정 진료포기를 규정하고 있다.

있다. 사전진료지시서는 의식불명상태에 빠진 환자에게 생명연명수단 일부를 제한하는 목적을 가진다. 그러므로 연명치료 중단을 위한 진료포기는 모든 환자를 대상으로 할 수는 없다. 말기환자라고 해도 환자 스스로 처음부터 소극적인 완화치료나 호스피스를 선택한 경우에만 일부 연명장치 거부를 사전에 합의할 수 있는 여지가 생길 뿐이다.

다음 고려해야 하는 사항은 ‘환자 동의’를 규범적으로 검토할 수 있는 절차이다. 예를 들어 독일이나 오스트리아의 경우 후견법원은 이 경우 중요한 역할을 한다. 영국이나 미국의 경우도 환자의 동의에 의심이 발생한 경우 법원의 결정을 기다려야 한다. 이러한 제도의 취지는 만에 하나 있을 수 있는 환자의 결정에 대한 오류를 줄이기 위한 것이다. 일부 주장은 이 경우 일일이 법원의 판단을 받는 게 부당하므로 ‘존엄사법’을 만들어야 한다고 하지만, 개별적인 법원의 심사의 가능성을 열어두지 않고 일괄적인 치료중단을 법제화할 수는 없다. 치료중단행위에 대한 형법적인 면책을 개별 사안의 심사 없이 일괄적으로 승인하기는 힘들다.²⁴⁾ ‘존엄사법(안)’에서 공통적으로 제안하는 민형사상의 모든 책임 면제는 무리한 법규정으로 보인다.

VI. 마치며

간략히 결론을 내리자면, 최근 고등법원에서 결정한 “존엄사 판결”²⁵⁾은 잠잠하던 소극적 안락사 논의를 법적인 측면에서 활발하게 논의할 수 있는 여건을 만들었다. 의료

24) G. Duttge(김성은 역), Menschenwürdige Sterben, 2008년 11월 한국형사정책연구원 방문 발표문, 4 이하에서는 독일에서도 치료중단은 여전히 살인죄를 구성하며, 그로 인해 법이론상 완화치료의 도입도 어렵다는 사실을 확인해 주었다.

25) 의식불명 상태에 빠진 어머니의 평소 유언이 ‘존엄한 죽음’이었다며, 인공호흡기 제거를 법원에 요구한 환자 자녀들이 국민건강보험법에 연명치료중단이 법제화되어 있지 않아서 존엄하게 죽을 수 있는 기본권을 침해당했다고 헌법재판소에 소원이 제기되었으며, 이미 지방법원의 치료중단에 대한 환자의 동의를 추정할 수 있다는 소위 ‘존엄사인정 판결’이 일제히 보도되었다. 신문의 사실들에서는 우리나라도 존엄사에 대한 논의가 필요하다는 사실이 실렸다. 그러나 지방법원의 판결은 환자 보호자들의 요구처럼 환자 본인이 해당 경우 치료중단을 결정했을 것이라는 추정에 이유가 있다는 결정이다. 법이론적으로는 이 판결은 환자의 의사에 대한 추정을 확인하는 소송에 불과하다. 언론에 의해서 존엄사의 지지율이 80%에 육박한다는 내용도 나오고 있다.

법 일부 논의에서 호스피스와 완화치료를 도입하는 과정에서 사전진료지시서의 법효력이나 DNR의 제도화가 거론된 적은 있지만 ‘존엄사’라는 단어가 사용되는 연명치료 중단 법제화를 논의할 것은 누구도 예상하지 못했다. 사실 ‘존엄사 논의’에서 회자되는 ‘죽을 권리’(Right to Death)²⁶⁾는 형법적으로 보면 미시적으로는 자살금지에 대한 규범과 충돌하고, 거시적으로는 국가의 생명보호의무와 충돌한다. 유럽인권법원이 확인해주듯이 개인의 극단적인 선택인 자살은 현실적으로 인정할 수밖에 없다. 자살을 국가가 예방할 능력이 부족하기 때문이다. 그러나 개인의 ‘죽을 권리’와 ‘환자를 죽일 수 있는 권리’는 법적으로 완전히 다른 토대에서 출발한다. 국가적인 측면에서 보면 죽음을 원조할 권리를 인정하는 것은 다른 측면에서 국가의 시민에 대한 생명보호의무 포기과 같다.

지금 논의하는 ‘존엄사법(안)’에 대해서 다시 묻고 싶은 것은 이 제도의 필요성을 충분히 이해하고 있느냐와 이를 시행할 준비는 되어 있느냐이다. 회복불가능한 환자에 대한 생명연명치료 중단 인정에 엄격한 독일은 한 해 85만 명의 사망자 가운데 70%가 병원에서 사망한다. 연명치료중단 여부가 문제되는 건수는 대략 10만 건이다. 독일은 의료비 전액을 국가가 부담하기 때문에 의료재정상 상당한 부담일 수 있다. 상식적인 선에서 판단할 때 비용부담이 없는 환자가 스스로 더 이상의 개선효과가 없는 연명치료를 거부하는 것은 어느 정도 이해는 할 수 있다. 우리의 경우는? 중증환자들의 일부만 삶의 마지막 단계에서 병원을 찾는다. 집중치료의 기간은 대부분 그리 길지 않다. 과다한 의료비를 감당할 수 없어서 3~4일 정도의 집중치료 후에 임종하는 경우가 많다. 그나마 아예 비용 때문에 병원 문턱을 넘지 않는 사람도 있다. 이런 상황에 연명치료중단을 법제화하면서 말기환자들 전체를 대상으로 치료포기서를 받는다면 질병으로 시달리고 있는 경제적 여유가 없는 시민들의 의료적인 지위는 상당히 약화될 수 있지는 않을까 우려된다. 법안대로 ‘말기환자’에게 연명치료 거부권 부여함으로써 얻는 이익이 무엇인지 꼼꼼히 생각해 봐야 한다. 누가 실제 이익을 얻는지? 아무리 생각해도 말기환자들의 의료혜택을 중단시키면 중국적으로 정부와 거대 병원만 이익이 생기지 않을까 싶다.²⁷⁾

26) ‘죽을 권리’ 인정이 형용모순이라는 지적은 K. Engisch, Strafbarkeit der Unfruchtbarmachung mit Einwilligung, in: Meyer FS 1966, 399 이하.

27) 연명치료 거부의 이익 수혜자는 환자 자신이 될 수 없음을 알아야 한다. 이미 연명치료를 받을

언급했듯이 ‘존엄사 논의’에서 놓치고 있는 진실은 현재의 형법과 기존 법률에서도 ‘존엄사 문제’ 해결이 가능하다는 점이다. 개선의료가 아닌 연명장치 거부권은 지금도 환자 개인에게 있으며, 그 결정에 의사는 반대하기 어렵다. 현행 의료법상으로는 심지어 환자는 개선의료의 거부도 가능하다. 환자의 의식불명 상태가 아닌 한 응급의학 조치를 환자 스스로 거부할 수도 있다. 현행 의료법상 진료거부의 개념은 의료진의 진료 거부가 중심이다. 얼마 전 의료법 개정 논의에서 의사의 설명의무를 강화시키는 것에 극구 반대하던 의료계는 이제 환자의 자기결정권을 근거로 연명장치 중단을 법제화하려고 하는 모순적인 태도를 보이고 있다. 환자의 자기결정권은 의사의 설명의무와 분리될 수 없다. 의료계에서 우려하던 핵심사항은 환자의 동의권을 넘어서는 진료가 문제될 수 있다는 근거 없는 두려움이었다. 환자의 자기결정권은 의사의 설명의무와 결부되어 형성되며 그 범위를 넘는 치료행위가 민사상 불법행위나 형사상 과실행위에 포함되는 것으로 해석될 수 있다. 환자의 자기결정권을 의료계약의 제1원칙으로 정한 선진국들은 환자의 동의 없는 침습행위를 형법상 상해죄로 판단하고 있다.²⁸⁾

환자의 동의가 없는 연명치료행위는 처음부터 어려운 것이 우리 의료법 현실이다. 단지 다른 치료를 받다가 갑작스러운 의식불명으로 연명치료 거부 의사를 표현하지 못한 경우만 문제될 수 있다. 결국 ‘존엄사법(안)’이 대상으로 하는 원래 사안은 극히 예외적인 경우이다. 그러나 법안은 엉뚱하게도 “말기환자”라는 애매한 개념을 도입함으로써 모든 중증 말기환자에게 ‘자살동의서’를 받으려는 것은 아닌지 의심스럽다. 국가의

수 있는 사람을 제한적이며, 그 범위에서도 의식불명상태에 빠져 있거나 거동이 불편한 환자가 치료로 극심한 고통을 당하는 것은 아니다. 문제는 그 비용을 일부 부담하는 정부의 재정이고 둘째는 진료비 회수가 불가능할 것처럼 보이는 가난한 환자에게 연명장치를 지속적으로 제공해야만 하는 병원의 입장이다. 보라매 병원 이후 연명장치를 떼어내거나 진료비 미납을 이유로 치료중단 후 환자를 집으로 돌려보낼 수 없는 병원들의 고민이다. 그렇다면 ‘존엄사법’은 가난한 환자를 위한 법률이 아니라 비용을 절약하려는 두 가지 잠재적 수혜자를 위한 장치로 전락할 가능성은 없는지 궁금하다. 자기결정권을 가장 중요한 원칙으로 설명하는 이 법안은 또 다시 제18조 내지 제19조에 대리동의와 동의추정을 규정함으로써 이중의 모순으로 보여주고 있다.

- 28) 이를 ‘전단적 치료행위’라고 하는데 우리 경우는 단 한 번도 전단적 치료행위를 상해죄로 기소하지 않았다. 미국의 경우는 주로 민사손해배상으로, 독일은 민사배상과 형사처벌이 동시에 이루어질 수 있다. 의료계약상 동의한 내용만 이행 받았다는 원칙이 작용한 결과이다. 우리나라 의료법 개정에서 환자의 자기결정권(의사의 설명의무) 강화 제안에 대한 의료계의 반대는 이러한 현상을 막겠다는 이유였다. 전단적 치료행위의 형사법적 문제에 대해서는 H. Zipf, Probleme eines Strafbestandes der eigenmächtigen Heilbehandlung, in: Bockelmann FS, 1979, 577 이하; Katzenmeier, ZRP 1997, 156 이하.

의료혜택을 받기 힘든 사람이 점차 늘어나는 현실²⁹⁾에서 ‘존엄사법’이 통과된다면 어떤 불행한 상황이 발생할지 예측하기도 힘들다.

덧붙여서 ‘존엄사 논의’ 자체에서 사망 시기가 임박한 환자들을 생명 없는 도구로 물질화하는 현상이 증가하고 있다. 즉, 마치 죽음이라는 필연적인 과정의 맨 마지막 단계에 들어서 있는 필요 없는 퇴물집단이라는 의미가 급격히 생성되고 있다. 말기환자의 생명은 보호할 가치가 없다고 선언하면서 우리가 얻을 수 있는 것이 과연 무엇인지 되묻고 싶다. 그리고 말기환자의 마지막 삶의 시간이 무슨 근거로 포기되어야 하는지 납득되지 않는다.

29) 의료법의 또 하나의 쟁점이 바로 의료보험의 민영화 또는 차별화이다. 현정부와 일부 대형병원의 요구로 진행되는 이 정책이 도입되면 소위 의료보험의 공백이 더욱 커질 전망이다. 경제적으로 곤궁한 사람은 의료보험이 없다는 이유로 진료를 받지 못할 것이고 이들의 생명권은 더욱 열악해질 것이다.

참고문헌

- 김건열, 연명치료적 인공기계호흡법의 보류/중지를 전후한 법의학적 및 윤리적 문제들과 그 대처방안, 결핵 및 호흡기 질환 2005.
- 김나경, 진단적 치료행위의 형법이론 구성, 형사법연구 제31호, 2007.
- 김영환, 치료행위에 관한 형법적 고찰, 성신탁교수화갑기념논문집 1994.
- 김일수, 안락사 문제의 실정법적 연구, 현대사회 1984년 봄호.
- 손명세/유호종, 의료에서의 사전의사결정에 대한 도덕적 검토, 의료 · 윤리 · 교육 제4권, 2001.
- 신동일, 사전진료지시서: 법이론과 현실, 안암법학 제28호, 2009.
- 신동일, 형법상 의료행위와 설명의무, 형사정책연구 제14권 제1호, 2003.
- 신동일, 우생학과 형사정책, 한국형사정책연구원, 2007.
- 이동익, 사전의료지시서 논의와 내용에 관한 윤리적 고찰, 사전의료지시서의 현실과 윤리적 성찰, 2008.
- 이석배, 독일의 치료중단 기준과 입법론, 형사정책 제19권 제1호, 2006.
- 이재상, 안락사의 형태와 허용한계, 김종권교수화갑기념논문집, 1991.
- 임 우, 안락사 허용론, 형사법연구 제16호 특집호, 2001.
- 전지연, 현행법에 따른 안락사의 허용여부에 대한 검토, 명형식교수화갑기념논문집, 1998.
- 정현미, 안락사의 형법적 한계, 형사법연구 제16호 특집호, 2001.
- 정현미, 치료중단의 한계와 형사책임, 형사정책연구, 제15권 제4호, 2004.
- 허대석, 무의미한 연명치료의 중단, 대한의학협회지 제44권, 2001.
- Burchardi, H., Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht bei Krankenhausaufnahme?
in: FS Schreiber, 2003.
- Bundesärztkammer, Grundsätze der Bundesärztkammer zur ärztlichen Sterbebegleitung,
Deutsches Ärzteblatt 95, 1999.
- Duffin, T., (신좌섭 역), 의학의 역사. 한권으로 읽는 서양의학의 역사, 사이언스북, 2006.
- Duttge, G., Der Alternativ-Entwurf Sterbebegleitung(AE-StB), 2005 Ziel erreicht oder

- blosse Etappe auf dem langem Weg zu einer Gesamtregelung? GA 2006.
- Duttge, G., Das Österreichische Patientenverfügungsgesetz: Schreckenbild oder Vorbild? ZfL 3/2006.
- Duttge, G., (신동일 역), 존엄사, 한국형사정책연구원 발표문, 2008.
- Engisch, K., Strafwürdigkeit der Unfruchtbarmachung mit Einwilligung, in: FS Mayer, 1966.
- Eser, A., Suizid und Euthanasie als Human- und Sozialwissenschaftliches Problem, Emke 1976.
- Hauerwas, S., Rational Suicide and Reasons for Living, in: S. Lammers/A. Verhey(ed.), On Moral Medicine 1998.
- Have, T./Clarke, D.(ed.), The Ethics of Palliative Care, Open University 2002.
- Herring, J., Medical Law and Ethics, Oxford University Press 2006.
- Hirsch, H.-J., Behandlungsabbruch und Sterbehilfe, in: Strafrechtliche Probleme. Schriften aus drei Jahrzenten, Dunker & Humblot 1999.
- Holm, S., Not Just Autonomy: The Principle of American Biomedical Ethics, Journal of Medical Ethics vol. 12, 1995.
- Geilen, K., Suizid und Mitverantwortung, JZ 1974.
- Olick, R., Taking Advance Directives Seriously, Georgetown University Press 2001.
- O'Neal, O., Autonomy and Trust in Biotechnology, Oxford University Press 2002.
- Raz, J., Autonomy, Toleration, and the Harm Principle, in: S. Mendus(ed.), Justifying Toleration, Cambridge University Press 1988.
- Schreiber, H.-L., Palliativmedizin in Deutschland-nicht eingelöster gesellschaftlicher Anspruch an die moderne Medizin, in: E. Aubert/E. Klachik/D. Kettler(Hrsg.), Palliativmedizin-Ausdruckgesellschaftlicher Verantwortung. Beiträge zur Palliativmedizin Bd. 5., Schattner 2002.
- Spann, W./Liebhardt, E./Braun, W., Hilfeleistungspflicht und Willensfreiheit des Patienten, in: FS Bockelmann, 1978.
- Veatch, R., Ethical Dimensions of Advance Directives and Surrogate Decision Making

in the United States

Waldschmidt, Der Selbstbestimmungsbegriff. Perspektiven chronisch kranker und behinderter Menschen, in: Feuerstein/kuhlmann(Hrsg.), Neopaternalische Medizin. Der Mythos der Selbstbestimmung im Arzt/Patienten-Verhältnis, 1999.

Legalising Euthanasia: Q&A in Criminal Law

Syn, Dong-Yiel^{*}

The definition of Euthanasia is “the intentional killing by act or omission of a dependent human being for his or her alleged benefit”. On the legal context, if death is not intended, it is not an act of euthanasia, turns into a murder or suicide. Thus, some medical treatments that are often evaluated “passive euthanasia” are no form of euthanasia, since the intention is lacking. These medical acts include not commencing treatment that would not provide a benefit to the patient, withdrawing treatment that has been shown to be ineffective and the giving of high doses of pain. Some argumentations support that those are part of good medical practice, endorsed by law, when they are properly carried out. Already Holland and Belgium have enacted the law allowing and justifying ‘physician assisted suicide’.

The laws on Euthanasia are complex and differ from State to State in the world. These laws may change at any time. So the Korean National Assembly tries to make a law on Euthanasia legislation, a draft has already submitted. Passive Euthanasia has not convicted as a crime since Korean criminal law has several principles to diminish the criminality of passive, conditioned Euthanasia. This legislation of the draft bill asks to achieve full justification of physician assisted suicide like the Holland way. Despite the existence of criminal justifiable circumstances, the laws relating to murder and manslaughter are very similar in Korean jurisdiction. Attempted suicide is now offence too.

Law concerning medical treatment, say, every competent patients might have the right to refuse medical treatment including intensive life maintenance kit, so called DNR: do-not resuscitate. This is the core element onto the debate whether

^{*} Law Professor, Hankyong National University, Ph.D. in Law
syn@hknu.ac.kr

possibly law constitutes the right or not. Still we can talk in coarse and vague way as to what extend that an adult's consent has a power to settle down most of legally conflicted situation. This essay exploits the questions we do not answer clearly yet.

❖ Keywords : Euthanasia, advance directive, passive euthanasia, informed consent, physician assisted suicide