

연명치료중단의 형법적 의의와 그 법적 성격*

- 대법원 2009. 5. 21. 선고, 2009다17417
판결을 중심으로 -

김 영 철**

목 차

- | | |
|--|----------------------|
| I. 대상판결: 대법원2009. 5. 21. 선고, 2009다17417 판결 | 1. 서론-형법적 의의 |
| 1. 사실의 개요 | 2. 유사 영역과의 비교 |
| 2. 판결요지 | 3. 연명치료중단 요구권의 법적 성격 |
| II. 연 구 | III. 결 론 |

I. 대상판결: 대법원2009. 5. 21. 선고, 2009다17417 판결

1. 사실의 개요

원고 김OO(이하 김 할머니라 한다)은 저산소증에 의한 뇌손상을 입고 피고XX 병원의 중환자실에서 인공호흡기를 부착하고 치료를 받는 환자이다. 김 할머니는 2008년 2월 18일 폐암발병여부를 확인하기 위하여 피고병원에 기관지내시경을 이용한 폐종양조직검사를 받던 중 과다출혈 등으로 인하여 심정지가 발생하였다. 이에 피고병원의 주치의 등은 심장마사지 등을 시행하여 심박동 기능을 회복시키고 인공호흡기를 부

* 이 논문은 건국대학교 2009년도 연구년 기간 중 수행하는 연구주제로서 작성된 것임을 밝힌다.

** 건국대학교 법학전문대학원 교수

착하였으나 김 할머니는 저산소성 뇌손상을 입고 중환자실로 이송되었다. 이때부터 원고에 의하여 제1심 소송이 제기되어 소송이 진행되고 제3심인 대법원 판결 선고일인 2009년 11월 29일까지도 김 할머니는 지속적 식물인간상태(persistent vegetative state)에 있으며, 피고병원의 중환자실에서 인공호흡기를 부착한 상태로 항생제 투여, 인공영양공급, 수액공급 등의 치료를 받아오고 있고, 인공호흡기를 제거하면 곧 사망에 이를 것으로 추정되고 있는 상태였다.

이에 김 할머니와 그 자녀들은 피고병원을 상대로 “김 할머니는 헌법이 보장하고 있는 자기결정권에 기초하여 치료의 중단을 결정할 수 있는 바, 김 할머니는 이미 의식이 회복 불가능한 상태로서 현재 김 할머니에 대하여 이루어지고 있는 이 사건 치료는 김 할머니의 건강을 증진시키는 것이 아니라 생명징후만을 단순히 연장시키는 것에 불과하여 의학적으로 의미가 없고, 김 할머니는 평소 무의미한 생명연장을 거부하고 자연스러운 사망을 원한다는 의사를 표시한 바 있어 이 사건 치료의 중단으로서 인공호흡기를 제거할 의사가 있다할 것이므로 피고는 김 할머니에 대하여 인공호흡기를 제거하여야 한다”고 주장하며 피고를 상대로 서울 서부지방법원에 ‘무의미한 연명치료장치제거 등’ 청구의 소를 제기하였고, 피고병원은 “김 할머니는 현재 의식불명으로 그 의사를 확인할 수 없을 뿐만 아니라 치료의 중단은 곧 김 할머니의 사망을 초래하므로 환자에 대한 생명보호의무가 우선하는 피고병원으로서는 김 할머니에 대한 치료를 중단할 수 없다.”며 응소하였다. 2008년 11월 28일 서울서부지방법원 2008가합6977호로 제1심 선고가 이루어지고, 피고의 항소에 따라 2009년 2월 10일 서울고등법원에서 2008나116869호로 항소심 판결이 선고되었으며, 피고의 상고에 따라 2009년 5월 21일 대법원에서 2009다17417호로 상고심이 선고되었다.

2. 판결요지

2.1 제1심 법원(서울서부지방법원)의 판결요지

의식불명의 식물 상태로 인공호흡기에 의존하여 생명을 유지하고 있는 환자는, i) 치료가 계속되더라도 회복가능성이 없어 치료가 의학적으로 무의미하고, ii) 환자가 사전에 한 의사표시, 성격, 가치관, 종교관, 가족과의 친밀도, 생활태도, 나이, 기대생존기간, 환자의 상태 등을 고려하여 환자의 치료중단 의사가 추정되는 경우 자연스러운 죽음을 맞이할 이 더 인간적 존엄과 가치에 부합하여 죽음을 맞이할 이익 생명을 유지할 이익보다 더 크다고 할 것이어서, 생명의 연장을 원하지 아니하고 인공호흡기의 제거를 요구하는 환자의 자기결정권의 행사는 제한되지 아니하고 의사는 이를 거부할 수 없다고 봄이 상당하다.¹⁾

2.2 제2심 법원(서울고등법원)의 판결요지

이 사건에 관한 사실인정 및 판단에 있어서 서울고등법원은 제1심 법원과 기본적으로 견해를 같이하고 있다. 다만, 제1심과 견해를 달리하는 부분과 제1심 판결에 대하여 보충할 부분 등을 종합하여 이미 시행되고 있는 생명유지장치의 제거를 통하여 연명치료를 중단하기 위해서는 i) 환자의 상태가 비가역적인 사망과정에 진입한 상태일 것, ii) 환자자신의 의사 또는 의식불명의 경우 그 추정된 의사가 진지하고 합리적인 치료중단 의사일 것, iii) 중단을 구할 수 있는 치료는 사망과정의 연장으로서 현 상태의 연장에 관한 것이어야 하고, 환자의 고통을 완화하기 위한 치료나 일상적인 진료 등이 중단대상으로 포함되지 아니할 것, vi) 의사에 의하여 치료중단의 시행이 이루어질 것 등 4가지 요건이

1) 서울 서부지방법원 2008. 11. 28. 선고, 2008가합 6977 판결.

필요하다고 한다.²⁾

2.3 대법원의 판결요지

2.3.1 의료계약에 따른 진료의무의 내용

환자가 의사 또는 의료기관(이하 ‘의료인’이라고 한다)에게 진료를 의뢰하고 의료인이 그 요청에 응하여 치료행위를 개시하는 경우에 의료인과 환자사이에는 의료계약이 성립한다. 의료계약에 따라 의뢰인은 질병의 진료 등을 위하여 모든 의료지식과 의료기술을 동원하여 환자를 진찰하고 치료할 의무를 부담하며 이에 대하여 환자 측은 보수를 지급할 의무를 부담한다. 질병의 진행과 환자상태의 변화에 대응하여 이루어지는 가변적인 의료의 성질로 인하여, 계약당시에는 진료의 내용 및 범위가 개괄적이고 추상적이지만, 이후 질병의 확인, 환자의 상태와 자연적 변화, 진료행위에 의한 생체반응 등에 따라 제공되는 진료의 내용이 구체화 되므로, 의료인은 환자의 건강상태 등과 당시의 의료수준 그리고 자기의 지식경험에 따라 적절하다고 판단되는 진료방법을 선택할 수 있는 상당한 범위의 재량을 가진다. 그렇지만 환자의 수술과 같이 신체를 침해하는 진료행위를 하는 경우에는 질병의 증상, 치료방법의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 위험 등에 관하여 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 생각되는 사항을 설명하여, 당해 환자가 그 필요성이나 위험성을 충분히 비교해보고 그 진료행위를 받을 것인지의 여부를 선택함으로써 그 진료행위에 대한 동의를 받아야 한다. 환자의 동의는 헌법 제10조에서 규정한 개인의 인격권과 행복추구권에 의하여 보호되는 자기결정권을 보장하기 위한 것으로서, 환자가 생명과 신체의 기능을 어떻게 유지할 것인지에 대하여 스스로 결정하고 진료행위를 선택하게 되므로, 의료계약에 의하여 제공되는 진료의 내용은 의료인의 설명과 환자의

2) 서울고등법원 2009. 2. 10. 선고, 2008나 116869판결.

동의에 의하여 구체화된다.

2.3.2 연명치료중단의 허용기준

[다수의견] (가) 의학적으로 환자가 의식의 회복가능성이 없고 생명과 관련된 중요 생체기능의 상실을 회복할 수 없으며 환자의 상태에 비추어 짧은 기간 내에 사망에 이를 수 있음이 명백한 경우(이하 ‘회복 불가능한 사망의 단계’라 한다)에 이루어지는 진료행위(이하 ‘연명치료’라 한다)는, 원인이 되는 질병의 호전을 목적으로 하는 것이 아니라 질병의 호전을 사실상 포기한 상태에서 오로지 현 상태를 유지하기 위하여 이루어지는 치료에 불과하므로, 그에 이르지 아니한 경우와는 다른 기준으로 진료중단 허용가능성을 판단하여야 한다. 이미 의식의 회복가능성을 상실하여 더 이상 인격체로서의 활동을 기대할 수 없고 자연적으로는 이미 죽음의 과정이 시작되었다고 볼 수 있는 회복 불가능한 사망의 단계에 이른 후에는, 의학적으로 무의미한 신체침해행위에 해당하는 연명치료를 환자에게 강요하는 것이 오히려 인간의 존엄과 가치를 해하게 되므로, 이와 같은 예외적인 상황에서 죽음을 맞이하려는 환자의 의사결정을 존중하여 환자의 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권을 보호하는 것이 사회상규에 부합되고 헌법정신에도 어긋나지 아니한다. 그러므로 회복 불가능한 사망의 단계에 이른 후에 환자가 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권에 기초하여 자기결정권을 행사하는 것으로 인정되는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 연명치료의 중단이 허용될 수 있다. 한편, 환자가 회복 불가능한 사망의 단계에 이르렀는지 여부는 주치의의 소견뿐만 아니라 사실조회, 진료기록 감정 등에 나타난 다른 전문의사의 의학적 소견을 종합하여 신중하게 판단하여야 한다.

(나) 환자가 회복 불가능한 사망의 단계에 이르렀을 경우에 대비하여 미리 의료인에게 자신의 연명치료거부 내지 중단에 관한 의사를 밝힌 경우(이라 ‘사전의료지시’라고 한다)에는, 비록 진료중단 시점에서 자기

결정권을 행사한 것은 아니지만 사전의료지시를 한 후 환자의 의사가 바뀌었다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 자기결정권을 행사한 것으로 인정할 수 있다. 다만, 이러한 사전 의료지시는 진정한 자기결정권 행사로 볼 수 있을 정도의 요건을 갖추어야 하므로 의사결정능력이 있는 환자가 의료인으로부터 직접 충분한 의학적 정보를 제공받은 후 그 의학적 정보를 바탕으로 자신의 고유한 가치관에 따라 진지하게 구체적인 진료행위에 관한 의사를 결정하여야 하며, 이와 같은 의사결정과정은 환자 자신이 직접 의료인을 상대로 하여 작성한 서면이나 의료인이 환자를 치료하는 과정에서 위와 같은 의사결정내용을 기재한 진료기록 등에 의하여 진료중단시점에서 명확하게 입증될 수 있어야 비로소 사전 의료지시로서의 효력을 인정할 수 있다.

(다) 한편, 환자의 사전의료지시가 없는 상태에서 회복 불가능한 사망의 단계에 진입한 경우에는 환자에게 의식의 회복가능성이 없으므로 더 이상 환자 자신이 자기결정권을 행사하여 진료행위의 내용변경이나 중단을 요구하는 의사를 표시할 것을 기대할 수 없다. 그러나 환자의 평소 가치관이나 신념 등에 비추어 연명치료를 중단하는 것이 객관적으로 환자의 최선의 이익에 부합한다고 인정되어 환자에게 자기결정권을 행사할 수 있는 기회가 주어지더라도 연명치료를 중단을 선택하였을 것이라고 볼 수 있는 경우에는, 그 연명치료 중단에 관한 환자의 의사를 추정할 수 있다고 인정하는 것이 합리적이고 사회상규에 부합된다. 이러한 환자의 의사 추정은 객관적으로 이루어져야 한다. 따라서 환자의 의사를 확인할 수 있는 객관적인 자료가 있는 경우에는 반드시 이를 참고하여야 하고, 환자가 평소 일상생활을 통하여 가족, 친구 등에 대하여 한 의사표현, 타인에 대한 치료를 보고 환자가 보인 반응, 환자의 종교, 평소의 생활 태도 등을 환자의 나이, 치료의 부작용, 환자가 고통을 겪을 가능성, 회복 불가능한 사망의 단계에 이르기까지의 치료 과정, 질병의 정도, 현재의 환자 상태 등 객관적인 사정과 종합하여, 환자가

현재의 신체 상태에서 의학적으로 충분한 정보를 제공받는 경우 연명치료 중단을 선택하였을 것이라고 인정되는 경우라야 그 의사를 추정할 수 있다.

(라) 환자 측이 직접 법원에 소를 제기한 경우가 아니라면, 환자가 회복 불가능한 사망의 단계에 이르렀는지 여부에 관하여는 전문의사 등으로 구성된 위원회 등의 판단을 거치는 것이 바람직하다.

[대법관 이홍훈, 대법관 김능환의 반대의견] 생명에 직결되는 진료에서 환자의 자기결정권은 소극적으로 그 진료 내지 치료를 거부하는 방법으로는 행사될 수 있어도 이미 환자의 신체에 삽입, 장착되어 있는 인공 호흡기 등의 생명유지장치를 제거하는 방법으로 치료를 중단하는 것과 같이 적극적인 방법으로 행사되는 것은 허용되지 아니한다. 환자가 인위적으로 생명을 유지, 연장하기 위한 생명유지장치의 삽입 또는 장착을 거부하는 경우, 특별한 사정이 없는 한, 비록 환자의 결정이 일반인의 관점에서는 비합리적인 것으로 보이더라도 의료인은 환자의 결정에 따라야 하고 일반적인 가치평가를 이유로 환자의 자기결정에 따른 명시적인 선택에 후견적으로 간섭하거나 개입하여서는 아니 된다. 그러나 이와는 달리, 이미 생명유지장치가 삽입 또는 장착되어 있는 환자로부터 생명유지장치를 제거하고 그 장치에 의한 치료를 중단하는 것은 환자의 현재 상태에 인위적인 변경을 가하여 사망을 초래하거나 사망시간을 앞당기는 것이므로, 이미 삽입 또는 장착되어 있는 생명유지장치를 제거하거나 그 장치에 의한 치료를 중단하라는 환자의 요구는 특별한 사정이 없는 한 자살로 평가되어야 하고, 이와 같은 환자의 요구에 응하여 생명유지장치를 제거하고 치료를 중단하는 것은 자살에 관여하는 것으로서 원칙적으로 허용되지 않는다. 다만, 생명유지장치가 삽입, 장착되어 있는 상태에서도 환자가 몇 시간 또는 며칠 내와 같이 비교적 아주 짧은 기간 내에 사망할 것으로 예측, 판단되는 경우에는, 환자가 이미 돌이킬 수 없는 사망의 과정에 진입하였고 생명유지장치에 의한 치료는 더 이상

의학적으로 의미가 없으며 생명의 유지, 보전에 아무런 도움도 주지 못하는 것이므로, 이때에는 생명유지장치를 제거하고 치료를 중단하는 것이 허용된다.

[대법관 김지형, 대법관 박일환의 별개의견] 환자의 사전의료지시가 없는 상태에서 회복 불가능한 사망의 단계에 진입한 경우, 이러한 상태에 있는 환자는 법적으로 심신상실의 상태에 있는 자로 보아야 한다. 민법상 심신상실의 상태에 있는 자에 대하여는 금치산을 선고할 수 있으며 금치산이 선고된 경우에는 후견인을 두게 되는데, 그 후견인은 금치산자의 법정대리인이 되며 금치산자의 재산관리에 관한 사무를 처리하는 외에 금치산자의 요양, 간호에 관하여 일상의 주의를 기울여야 하는 의무를 부담한다. 따라서 후견인은 금치산자의 요양을 위하여 금치산자를 대리하여 의사와 의료계약을 체결할 수 있음은 당연하며, 그 의료계약 과정에서 이루어지는 수술 등 신체를 침해하는 행위에 관하여는 의사로부터 설명을 듣고 금치산자를 위한 동의 여부에 관한 의사를 표시할 수 있고, 마찬가지로 진료행위가 개시된 후라도 금치산자의 최선의 이익을 위하여 필요하다고 인정되는 범위 내에서는 그 진료행위의 중단 등 의료계약 내용의 변경을 요구하는 행위를 할 수 있다. 다만, 진료행위가 금치산자 본인의 생명과 직결되는 경우에는 그 중단에 관한 환자 본인의 자기결정권이 제한되는 것과 마찬가지로 후견인의 행위는 제한되어야 하고, 환자의 자기결정권에 의한 연명치료 중단이 허용될 수 있는 경우라고 하더라도 후견인이 금치산자의 생명에 관한 자기결정권 자체를 대리할 수는 없으므로 후견인의 의사만으로 그 연명치료의 중단이 허용된다고 할 수 없다. 그렇다면 회복 불가능한 사망의 단계에 이른 경우에 이루어지는 연명치료의 계속이 금치산자인 환자 본인에게 무익하고 오히려 인간으로서의 존엄과 가치를 해칠 염려가 있어 이를 중단하는 것이 환자 본인의 이익을 보호하는 것이라고 하더라도, 이는 항상 금치산자인 환자 본인의 생명 보호에 관한 법익 제한의 문제를 낳을 우려가 있으므로

로, 민법 제947조 제2항을 유추 적용하여 후견인은 의료인에게 연명치료의 중단을 요구하는 것이 금치산자의 자기결정권을 실질적으로 보장할 수 있는 최선의 판단인지 여부에 관하여 법원의 허가를 받아야 하고, 이에 관하여는 가사소송법, 가사소송규칙, 비송사건절차법 등의 규정에 따라 가사비송절차에 의하여 심리·판단을 받을 수 있다. 한편, 이와 같이 비송절차에 의하여 연명치료 중단에 관한 법원의 허가를 받는 것이 가능하다고 하더라도, 환자 측이 반드시 비송절차에 따른 허가를 받아야 하는 것은 아니고 소송절차에 의하여 기판력 있는 판결을 구하는 것도 가능하다.

2.3.3 연명치료 중단의 요건으로서 환자가 회복 불가능한 사망의 단계에 진입하였고 연명치료 중단을 구하는 환자의 의사를 추정할 수 있다고 한 사례

[다수의견] 담당 주치의, 진료기록 감정의, 신체 감정의 등의 견해에 따르면 환자는 현재 지속적 식물인간상태로서 자발호흡이 없어 인공호흡기에 의하여 생명이 유지되는 상태로서 회복 불가능한 사망의 단계에 진입하였고, 환자의 일상생활에서의 대화 및 현 상태 등에 비추어 볼 때 환자가 현재의 상황에 관한 정보를 충분히 제공받았을 경우 현재 시행되고 있는 연명치료를 중단하고자 하는 의사를 추정할 수 있다.

[대법관 안대희, 대법관 양창수의 반대의견] 환자가 회복 불가능한 사망의 단계에 이르렀는지를 판단할 때 환자를 계속적으로 진료하여 옴으로써 환자의 상태를 직접적으로 얻은 자료에 의하여 가장 잘 알고 있을 담당 주치의의 의견은 단지 의료기록만을 통하여 환자의 상태에 접근한 다른 전문가의 견해에 비교하여 그에 일정한 무게를 두지 않을 수 없는바, 담당 주치의의 의견에 의하면 환자가 회복 불가능한 사망의 단계에 진입했다고 단정할 수 없고, 연명치료의 중단을 환자의 자기결정권에 의하여 정당화하는 한, 그 ‘추정적 의사’란 환자가 현실적으로 가지

는 의사가 객관적인 정황으로부터 추단될 수 있는 경우에만 긍정될 수 있으며 다수의견이 말하는 바와 같은 ‘가정적 의사’ 그 자체만으로 이를 인정할 수 없는바, 연명치료 중단에 관한 환자의 추정적 의사를 인정할 근거가 부족하다.

[대법관 이홍훈, 대법관 김능환의 반대의견] 환자가 생명유지장치인 인공호흡기가 이미 삽입, 장착되어 있는 상태에서 그 장치의 제거를 구하는 것이 정당하려면 생명유지장치가 삽입, 장착되어 있는 상태에서도 환자가 비교적 아주 짧은 기간 내에 사망할 것으로 예측, 판단되는 돌이킬 수 없는 사망의 과정에 진입하였다는 점이 전제되어야 하는데, 환자가 아직 뇌사 상태에는 이르지 아니한 지속적 식물인간 상태이고 기대여명이 적어도 4개월 이상이므로, 이러한 경우 환자가 돌이킬 수 없는 사망의 과정에 진입하였다고 할 수는 없다.³⁾⁴⁾

II. 연 구

1. 서론 - 형법적 의의

이 사건 대법원 판결은 직접적으로는 무의미한 연명치료장치의 제거를 구하는 민사소송이나, 우리나라 사법사상 최초로 식물인간상태의 환

3) 대법원 2009. 05. 21. 선고, 2009다17417 전원합의체 판결.

4) 위 대법원 판결에 따라 2009년 6월 인공호흡기를 제거한 김 할머니(78)가 2010년 1월 10일 사망하였다. 호흡기를 제거한 지 201일, 의식불명 상태에 빠진 날로부터는 692일 만이다. 병원 발표에 의하면 “사인은 폐부종 등에 의한 다발성 장기부전”이라 한다. 병원 측은 “지난해 6월 인공호흡기를 제거한 후 알게나마 호흡이 유지됐지만 호흡이 잠시 멈추거나 산소포화도가 70% 이하(위급상황 기준 90%)로 크게 떨어지는 경우가 간간이 있었고 다른 장치를 통해 산소공급과 항생제 처방 등 다른 치료는 다 했다”고 밝혔다. 연합뉴스, 2010. 01. 10.

자에게 부착된 인공호흡기의 제거를 허용한 획기적 판결로서 그 역사적 의미가 클 뿐만 아니라 형법상으로도 음미해볼 가치가 많다고 보여진다.

사망이 임박한 환자에게 고통에서 해방하여 편안히 죽음을 맞이하도록 해준다는 안락사의 사고방식은 아주 오래 전부터 있었다. 이러한 안락사 문제는 서구권에서는 고대에까지 거슬러 올라가고, 동아시아 지역에서도 6, 7세기경 ‘이기율장’이라는 불교서적에 설법이 나올 정도로 오랜 역사를 갖고 있다.⁵⁾

오늘날 의학의 발달은 이 문제를 매우 심각하고 복잡하게 만든다. 특히 중환자 의학의 발달에 따라 자력으로는 도저히 생존해 나갈 수 없는 인간을 생명유지장치에 의하여 인공적으로 살려 나가거나, 예전에는 도저히 가망이 없을 것 같았던 신생아도 보육기에 의하여 생육시킬 수 있게 되었다. 지금까지 운명에 맡길 수밖에 없었던 생명의 종언여부는 이제 어느 정도까지 인간의 손에 의하여 좌우되기에 이르렀다. 그리하여 생명이란 무엇인가 하는 명제가 새삼스럽게 문제되는데, 생명유지장치에 의하여 간신히 유지되고 있는 ‘생명’이 과연 ‘삶’이라 할 것인가, 또는 ‘죽음’이라 할 것인가라는 선불리 대답할 수없는 물음에 직면하게 되는 것이다. 물론 인간의 생명권은 우리 헌법 제10조가 보장하는 인간 존엄의 핵심을 이루는 것으로서, 어떠한 경우에도 보호되어야 한다는 당위성을 갖고 있다. 아무리 무가치하다고 보이는 인간이라 할지라도 인간의 생명은 타인을 위한 수단이나 국가정책적 수단이 될 수 없고 철저히 보호되어야만 한다. 한편, 무조건적·절대적 생명보호의 당위성 때문에 모든 희생을 무릅쓰고 아무런 희망도 없이 고통 속에 죽음을 기다리는 환자나 그 가족의 의사를 무시한 채 연명치료를 계속함으로써 생명을 억지로 연장하는 것까지도 우리가 추구하는 정의 관념에 부합한다고 단정적으로 말할 수 있는가? 전통적으로 논의되어 온 안락사문제

5) 정현미, “안락사와 형법”, 형사정책연구 제5권 제4호(한국형사정책연구원, 1994), 175쪽.

는 이처럼 고귀한 인간 생명과 관련된 것이기 때문에 수천 년에 걸쳐서 속 시원한 결론을 도출하지 못하고 오늘날까지도 그 논란이 지속되고 있는 상태이다.

안락사 문제가 우리나라에 현실적으로 뜨거운 이슈가 된 것은 경제적 이유로 조기퇴원을 주도한 입원환자의 처에게 살인죄의 유죄판결이 선고되고, 퇴원요구에 응한 의사들에게 살인방조죄의 유죄를 선고한 이른바 ‘보라매병원 사건 판결’ 이후라고 할 수 있다.⁶⁾ 실제로 우리주변에는 중증 장애를 앓다가 식물인간이 된 아들의 인공호흡기를 떼어내 숨지게 한 50대 아버지가 경찰에 살인죄로 입건되는가 하면,⁷⁾ 말기 암환자의 산소호흡기를 떼어 ‘안락사’시킨 의사가 살인 혐의로 고소된 사례⁸⁾ 등

6) 보라매 병원 사건에 대하여는 항을 나누어 자세히 살펴보고자 한다.

7) 언론 보도에 의하면, 광주광역시 북부경찰서는 2007년 8월 8일 오전 11시쯤 광주 북구의 모 병원 중환자실에서 아들(27)의 인공호흡기를 떼어내고 집으로 데려와 숨지게 한 혐의(살인)로 윤모(51)씨를 살인혐의로 입건하여 조사 중이라 한다. 윤씨의 아들은 10살 때부터 근육이 위축되는 근이영양증을 앓다가 지난달 11일 집 화장실 변기에서 떨어져 호흡곤란 및 의식불명 상태에 빠졌다. 윤씨는 아들이 소생할 가능성이 없다는 의료진의 설명을 듣고 몇 차례 의료진에게 “인공호흡기를 떼겠다”고 말했으나, 뇌사판정을 위한 법 절차를 밟으라는 답만 듣자 집으로 아들을 데려왔다. 윤씨는 큰 아들과 같은 병을 앓는 둘째 아들(23)의 병수발도 혼자 해오다 2004년 부인과 이혼한 것으로 조사됐다. 윤씨는 “소생 가능성 없이 고통 받는 아들을 곁에 보내주고 싶었다”고 말했다고 경찰은 전했다. 조선일보, 2007. 8. 10.

8) 언론보도에 의하면 말기암 환자의 산소호흡기를 떼어 ‘안락사’시킨 의사가 살인 혐의로 고소됐으나, 경찰이 검찰의 지휘를 받아 ‘무혐의’ 의견으로 사건을 검찰에 넘겼다는 것이다. 2002년 간경화 진단을 받은 김 아무개(45)씨의 어머니(당시 68살)는 뒤 병세가 악화해 지난해 3월 병원에 입원해 치료를 받았다. 석 달 뒤 주치의 박 아무개(30)씨는 김씨 누나의 동의를 얻어 산소호흡기를 뗐다. 김씨는 “계속 진료했어야 함에도 이를 포기하고 산소호흡기를 제거한 것은 살인행위”라며 지난해 12월 박씨 등 의사 2명과 누나를 고소했다. 그러나 박씨는 “환자가 평소엔 자신의 딸과 나에게 ‘이상한 기구를 달고 죽고 싶지 않다. 깨끗하게 죽게 해 달라’고 요청했다”며 “숨지기 일주일 전 간경변의 마지막 단계인 ‘간신증후군’(간질환 때문에 콩팥이 망가지는 현상)이 왔기 때문에 산소호흡기를 떼지 않았더라도 24시간을 넘기지 못했을 것”이라고 주장하는 사안이다. 한겨레신문, 2007. 6. 10.

이 언론매체에 적지 않게 등장하고 있다. 종래 안락사 문제는 죽음의 시기를 단축하는 것이 허용되는가 하는 철학적, 윤리적인 면에서 출발한 것이지만⁹⁾ 형법적인 측면에서는 주로 안락사를 시행한 자에게 살인죄 등의 형사적 책임을 물을 것인가의 여부와 관련된다. 사기가 임박하고 치료를 통해서 회복이 불가능한 환자에 대하여 본인의 진지한 촉탁이나 승낙에 의하여 살해한 경우에는 촉탁이나 승낙살인죄가 문제되고, 의사나 환자의 가족 등이 보호 의무를 게을리 하였을 때에는 유기죄의 문제가 발생하며,¹⁰⁾ 또한 희망이 없는 질병으로 스스로의 결정에 의하여 자살하는 경우에 본인에 대하여는 불벌이나 이에 가담한 자는 자살교사 방조죄로 처벌받을 수 있게 된다.¹¹⁾ 더 나아가 환자의 특수한 사정으로 인하여 스스로 자살 능력이 없어, 제3자가 그 자살을 주도적으로 지배하였다면 비록 그 자살이 환자의 진지한 희망에 의한 것일지라도 촉탁살인죄를 구성할 수 있다. 또한 의사에 의한 의료행위와 비의료인이 포함된 치료행위를 구별하고 의료행위 이외의 치료행위의 경우(특히 말기 환자에 대한 호스피스 등)의 형사처벌 가능성을 지적하는 견해도 있다.¹²⁾

말기환자의 치료중단문제를 생명권에 기반을 둔 죽을 권리(자살), 내

9) 안락사에 관한 의학 윤리논쟁은 “히포크라테스의 딜레마”로 불려진다. 히포크라테스의 선서는 환자에게 “고통으로부터의 구제”와 “생명의 지탱과 보호”라는 두 가지를 동시에 약속한다. 불치의 병 막바지 단계에 고통이 극심해지면서 딜레마에 부딪친다. 생명의 연장은 “고통의 구제” 약속에 어긋나고, 고통의 구제를 위한 안락사는 “생명의 지탱과 보호” 약속에 위배된다. 그 해결 방안으로 실존철학자들은 환자본인의 “자살의 정당성”과 “죽음의 권리”를 들고 나왔다. 중앙일보, 1995. 9. 13, 5쪽.

10) 대법원 1980. 09. 24, 선고, 79도1384 판결은 피고인이 믿는 종교인 여호와의 증인의 교리에 어긋난다는 이유로 최선의 치료방법인 수혈을 거부함으로써 딸을 사망하게 하였다면 유기치사죄를 구성한다고 하였다.

11) 본 사안과는 다르나, 대법원 1992. 07. 24, 선고, 92도1148 판결은 분신자살하려는 자에 대하여 유서를 대필하여 준 사안에 대하여, 결국 적극적·정신적인 방법으로 자살하려는 사람에게 자살의 동인과 명분을 주어 자살을 용이하게 실행하도록 하였다고 보아 자살방조죄에 해당한다고 판결하였다.

12) 신현호, “호스피스·완화의료에 관한 형법적 연구”, 고려대학교 대학원(2006), 94쪽.

지 죽일 권리(안락사)가 인정될 수 있는가 등 종래의 실체법적 시각으로 접근하는 방식으로는 생명자체의 존엄성 내지 중요성으로 인한 중압감 때문에 쉽사리 논란을 종식시킬 수가 어렵다고 본다. 그리하여 논자는 회복 불가능한 사망단계의 환자에 대한 연명치료의 문제에 있어서는 종전의 접근방식과는 달리 생명권 존부 문제를 직접적 대상으로 하지 않고 절차법적 권리로 접근하여 그 법적 성격을 규명해보고자 한다.

2. 유사 영역과의 비교

이 사건에서 논의되는 경우는 i) “의학적으로 환자가 의식회복의 가능성이 없고 생명과 관련된 중요한 생체기능의 상실을 회복할 수 없으며 환자의 신체상태에 비추어 짧은 시간 내에 사망에 이를 수 있음이 명백한 경우(이하 ‘회복불가능한 사망의 단계’라 한다)”이고, ii) “인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권에 기초하여 자기결정권을 행사하는 것으로 인정되는 경우”에 한정된다. 이에 이르지 아니한 경우에는 다른 기준으로 진료중단 허용가능성을 판단하여야 한다.¹³⁾

제1심 판결에 나타난 김 할머니의 상태를 좀 더 구체적으로 보면 김 할머니는 “저산소성 뇌손상으로 지속적 식물상태에 빠진 2008년 2월 18일 당시 만 76세의 고령으로서 식물상태 발생 후 8개월이 경과하였음에도 의학적으로 의미 있는 개선의 변화를 보이지 않았으며 자발호흡이 불가능하여 인공호흡기에 전적으로 의지하여 호흡을 하고 있고, 자발적으로 눈을 뜨기는 하나 외부 자극에 전혀 반응을 보이지 않고 통증자극에 대하여는 팔다리의 반사적 반응은 있으나 얼굴표정이나 안구운동에서 반응을 보이지 아니하며 ... 중략 ... 담당주치의는 의식회복의 가능성이 5%미만이라고 보고 있고, 신체를 감정한 타 대학 병원의사는 이미 대뇌피질이 파괴되어 있으므로 의식이 회복될 가능성이 없고 자발호흡

13) 대법원 2009. 05. 21. 선고, 2009다 17417 판결 4-5쪽.

을 하게 될 가능성도 없다고 보고 있다. 통상적인 지속적 식물인간상태의 경우 기대생존기간은 2년 내지 5년이나, 의사들에 의하면 원고의 경우 식물상태가 발생한 후 1년 이내, 현재로부터 3내지 4개월 이내로 보고 있다”고 하였다.¹⁴⁾ 또한 김할머니는 현재 의식불명으로서 명시적인 자기의 의사를 표명할 수는 없으나 평소의 언행과 현재의 상태 등으로 미루어 보아 “원고는 현재와 같은 상태를 유지하는 것 보다 인공호흡기를 제거하고 자연스러운 죽음을 맞이하고자 하는 의사를 가지고 이를 표시하였을 것으로 추정된다고 봄이 상당하다”고 판시하였다.¹⁵⁾

2.1 보라매병원 사건

피고인 1은 피해자(남, 58세)의 처이고, 피고인 2는 서울 동작구 신대방2동 395 소재 보라매병원 신경외과 전담의사, 피고인 3은 위 병원 같은 과 레지던트로 각 근무하고 있는 자인바, 1997년 12월 4일 14:30경 위 피해자가 서울 금천구 독산본동 958의 59 소재 자신의 주거지에서 술에 취한 채 화장실을 가다가 중심을 잃어 기둥에 머리를 부딪치고 시멘트 바닥에 넘어지면서 머리를 충격하여 경막외 출혈상을 입어 위 보라매병원으로 응급 후송된 다음, 같은 날 18:05경부터 다음날 03:00경까지 피고인 2의 집도와 피고인 3 등의 보조로 경막외 출혈로 인한 혈종 제거 수술을 받고 중환자실로 옮겨져 계속 치료를 받았는데, 위 혈종 제거 수술이 성공적으로 이루어졌고, 시간이 경과함에 따라 위 피해자의 대광반사와 충격에 대한 반응의 속도가 점점 빨라지고 이름을 부르면서 스스로 눈까지 뜨려고 하는 등 그 상태가 호전되어 계속적으로 치료를 받을 경우 회복될 가능성이 많았으나, 뇌수술에 따른 뇌부종으로 자가호흡을 하기 어려운 상태에 있어 인공호흡을 위한 산소호흡기를 부착한

14) 서울서부지방법원 2008. 11. 28. 선고, 2008가합 6977 판결 9-10쪽.

15) 위 서울서부지방법원 판결 12쪽.

채 계속 치료를 받고 있던 중, 피고인 1은 치료비 지출이 자신의 재산능력에 비추어 상당한 부담이 된 나머지 같은 달 5일 14:20경과 18:00경 두 차례에 걸쳐 주치의인 피고인 3에게 ‘도저히 더 이상의 추가치료비를 부담할 능력이 없다.’는 이유로 퇴원시켜달라고 요구하였고, 한편 피고인 2, 3은 피고인 1이 계속 퇴원을 요구하자 이를 받아들여 퇴원 시키고 위 피해자에게 부착하여 수동작동 중이던 인공호흡보조장치인 엠브와 기관에 삽입된 관을 제거함으로써 그 무렵 위 피해자로 하여금 뇌간압박에 의한 호흡곤란으로 사망에 이르게 하였다는 사안이 이른바 보라매병원 사건이다. 제1심인 서울남부지방법원(판결 당시는 ‘서울지방법원 남부지원’이었다)은 피고인들을 모두 살인죄로 의율, 유죄판결을 선고하였고, 16) 제2심인 서울고등법원과 제3심인 대법원은 피고인 1을 살인죄로, 피고인 2,3을 각 살인방조죄로 유죄 판결하였다. 17)

환자보호자의 강력한 퇴원요구에 따라 환자치료를 중단하고 퇴원시켜 준 의사가 살인죄 내지 살인 방조죄의 유죄 판결을 받은 보라매 사건은 의료인 사회에 커다란 충격을 주었고, 18) 다른 한편으로 생명윤리에 관심이 많은 종교인이나 법률가, 시민단체 등은 이 판결에 지지의 입장을 보내는 등 사회적 반향이 컸고, 치료중단을 의료윤리로 공식선언한 대한의학협회의 의사윤리지침 19)은 많은 종교계, 시민단체 등 사회 여러 계층으로부터 비난의 표적이 되었다. 이에 대한 반작용으로 의사들은 모든 치료방법의 의학적 유용성이 사라진 환자에 대해서도 퇴원을 거부하는 방어적 태도를 견지함으로써 의료진과 환자가족 사이의 실랑이가

16) 서울남부지방법원 1998. 05. 15. 선고, 98고합9 판결.

17) 서울고등법원 2002. 02. 07. 선고, 98노 1310판결; 대법원 2004. 06. 24. 선고, 2002도995 판결.

18) 의협신보, 1998. 5. 21.

19) 대한의사협회가 2001. 11. 15. 발표한 의사윤리지침 제30조 제2항은 “의학적으로 회생가능성이 없는 환자나 가족이 생명유지 치료를 비롯한 진료의 중단이나 퇴원을 문서로서 요구하는 경우, 의사가 그 요구를 받아들이는 것은 허용된다.”라고 규정하고 있었다.

빈번해지는 등의 부작용을 낳기도 하였다.²⁰⁾

그러나 보라매병원 사건은 회복될 가능성이 있는²¹⁾ 환자를 보호자인 피해자 처의 강력한 퇴원요구에 응하여 치료를 중단하고 퇴원조치와 함께 자택에서 산소 호흡기를 제거함으로써 환자를 사망하게 한 담당의사의 형사책임에 관한 사안으로 회복 불가능한 사망단계의 환자에 관한 것이 아니고, 또한 환자 본인의 자기결정권에 기한 치료중단이라고도 볼 수 없어 보라매병원 사건과 같은 사안은 이사건 판단 범위에서 제외된다.

2.2 안락사

2.2.1 안락사의 의의

형법적 의미의 안락사(Euthanasia, Sterbehilfe)는 죽음에 임박한 환자의 극심한 고통을 제거하기 위하여 환자의 생명을 단절시키는 행위를 말한다.²²⁾

안락사는 i) 불치의 환자에게 고통을 감소시켜주는 약품을 투여하는 것이 동시에 그의 생명단축을 부수적으로 가져올 수도 있는 경우를 의미하는 간접적 안락사, ii) 환자의 고통을 덜어주기 위하여 환자의 의사에 따라 적극적으로 생명단축행위를 시술하는 적극적 안락사, iii) 불치의 병에 걸린 환자가 말기상태가 되어 식물인간상태로 의식이 없는 경우에 인공적인 생명연장 장치를 제거함으로써 사망하게 하는 방식의 소극적 안락사, iv) 생명단축을 수반하지 않고 단지 죽음의 고통만을 제거해주는 진정안락사 등으로 분류하는 것이 보통이다. 환자의 자살에 기여하는

20) 이상돈, 치료중단과 형사책임(법문사, 2003), 9쪽.

21) 보라매병원 사건에서 환자의 생존 확률을 제1심은 80% 정도로, 제2심에선 10~50% 정도로 판단된 듯하다. 이상돈, 위의 책, 211쪽 참조.

22) 이재상, 형법각론(박영사, 2010), 22쪽.

자살조력(assisting in suicide)도 넓은 의미의 안락사에 포함시키는 견해도 있다.²³⁾ 이 중 환자의 생명단축을 목적으로 하지 않는 i)의 간접적 안락사와 iv)의 진정 안락사는 법적으로 별 문제가 되지 않고, 적극적인 소극적이든 생명의 단축을 목적으로 하는 ii)의 적극적 안락사와 iii)의 소극적 안락사가 주로 문제된다.²⁴⁾ 적극적 안락사의 문제는 이 항에서 살펴보고, 소극적 안락사의 문제는 김 할머니 판결 사안과 동일하나 그 법적 성격 내지 접근방법만이 상이한 경우이므로 다음 항의 법적 성격의 난에서 다루기로 한다. 미국의 일부 주나 네덜란드에서는 의사조력자살을 허용하는 입법이 제정되어 시행되고 있으므로 이점도 여기에 함께 살펴보고자 한다.

2.2.2 적극적 안락사

회복의 가능성이 없이 고통을 참지 못하는 사기가 임박한 환자의 의사에 따라 적극적으로 환자의 생명을 단축하는 형태의 안락사를 적극적 안락사라 함은 이미 위에서 본 바와 같다. 이에 대하여는 각 나라마다 상이한 태도를 보이고 있으므로 미국, 네덜란드, 일본 등 외국의 예를 간략히 살펴보고자 한다. 일반적으로 안락사라고 할 때에는 적극적 안락사를 지칭한다.²⁵⁾

2.2.2.1 미국

적극적 안락사의 경우, 미국 대부분의 주는 모살(murder)죄로 처벌한

23) 한상훈, “안락사의 허용성에 관한 비교법적 고찰”, 형사법연구 제21호(한국형사법학회, 2004) 160쪽; 정현미, “안락사와 형법”, 형사정책연구 제20호(한국형사정책연구원, 1994 겨울호), 186쪽 이하; 허일태, 안락사에 관한 연구(한국형사정책연구원, 1994), 27쪽 이하 참조.

24) 박상기, 형법총론 8판(박영사, 2009), 162쪽; 오영근, 형법각론(박영사, 2005), 26쪽 등.

25) 오영근, 앞의 책, 26쪽.

다.²⁶⁾ 적극적 안락사가 합법화된 네덜란드에서는 의사단체들이 안락사 합법화를 지지한 반면, 미국에서는 의사단체들이 안락사합법화에 반대하고 있음이 주류이다.²⁷⁾

1997년 6월 27일 선고된 *Vacco v. Quill* 판결에서 미국 연방대법원은 자살조력을 처벌하는 뉴욕 주의 법령이 평등권에 반하는지 여부에 관하여 심리한 끝에 치료거부와 자살조력은 그 인과관계, 의도에 있어서 서로 구별되는 행위이므로 차별적 법적 효과를 부여하는 것은 정당하다, ‘죽이는 것(killing)’ 또는 ‘죽게 만드는 것(making die)’과 ‘죽게 내버려두는 것(letting die)’은 명백히 구별된다, 뉴욕 주의 자살조력 처벌조항은 미국수정헌법 제14조의 평등권 위반이 아니라는 취지로 판시하였다.²⁸⁾ 뉴욕 주가 미국 대부분의 주에서와 마찬가지로 자살조력행위는 처벌하는 반면, 환자의 치료거부권 및 생명유지장치의 제거를 인정하는 것은 미국수정헌법 제14조의 평등권 위배라는 원고들의 주장에 대한 것이다. 이 판결은 뉴욕 주의 자살조력 처벌조항이 합헌이라는 것과 함께, 적극적 안락사도 “사람을 죽이는 것” 또는 “죽게 만드는 것”으로서 헌법상 보호를 받는 기본권이 아니라는 점을 명백히 한 판결이라 할 수 있을 것이다.

2.2.2.2 네덜란드

네덜란드는 이미 1970년부터 적극적 안락사에 관한 논의가 진행되어 왔고, 법원의 판례도 안락사에 동조적인 태도를 보였다. 1984년 네덜란드 국립의료협회는 안락사에 대한 공식의견을 발표하여 일정한 요건이

26) Pratt, David A., “Too many physicians: Physician-assisted suicide after *Glucksberg/Quill*”, 9 *A/b. L. J. Sci. & Tech.* 161, 166(1999).

27) 노동일, “치료거부권, 죽을 권리 및 존엄사에 대한 재검토: 헌법적 관점에서”, 공법학연구 제10권 제2호(한국비교공법학회), 21쪽.

28) 521 U.S. 793, 117 S. Ct. 2293(1997); 한상훈, 앞의 논문, 165쪽.

갖추어진 경우 안락사가 허용될 수 있다고 발표하였다. 1984년 11월의 네덜란드대법원의 Schoonheim 사건 판결이 형법 제40조의 긴급피난 이론을 적용하여 적극적 안락사를 합법화하였고, 2001년 4월 10일에는 안락사 합법화 법안이 상원을 통과 하였다. 2002년 4월 1일부터 안락사 법안이 시행됨으로써 네덜란드는 세계 최초로 적극적 안락사를 합법화한 국가가 되었다.²⁹⁾

“요청에 의한 생명단절과 조력자살의 심사절차 및 형법과 장례법 개정법률(Review procedures of termination of life on request and assisted suicide and amendment to the Penal Code and the Burial and Cremation Act)”라는 법률명에서 보듯이 이 법은 일정한 요건 하에 적극적 안락사 뿐만 아니라 조력자살을 허용하는 내용으로 구성되어 있다.^{30) 31)} 이 법에 의하면 안락사를 시행하는 의사는 ‘환자가 자발적이고 정상적인 상태에서 안락사나 조력자살을 요청하고, 견딜 수 없는 고통을 겪고 있으며, 따라서 환자 자신이 다른 대안이 없음을 결정했는지 여부’를 확인하도록 돼 있다. 또 다른 의사가 환자상태를 진단하고 안락사 합법화 요건이 충족됐음을 서면으로 위원회에 제출해야 한다. 적극적 안락사인 경우 의사가 직접 안락사를 시술해야 하며, 의사조력자살의 경우에는 환자가 자살을 직접 시행하며 의사는 사망할 때까지 그 자리에 입회하는

29) 세계 최초로 안락사를 합법화한 네덜란드에서는 안락사가 꾸준히 증가하는 것으로 나타났다. 법적으로 요건을 갖춰 실행된 안락사는 2006년 1천 900건에서 지난해엔 2천 700건으로 증가했다. 안락사 실행 사례 중 대부분은 말기 암 환자였으나, 치매 환자의 경우도 2006년 3명에서 2010년엔 21명으로 늘어났다. 치매 환자들의 경우 질환 초기에 안락사 의사를 밝히고 관계 법규에 따라 의사들이 확인, 수용해야 하지만 의사들은 치매 초기 환자에 대한 안락사를 꺼리는 경향이 있다. 치매가 일정 수준 진행되고 나면 환자의 판단력과 동의 절차에 문제가 있기 때문에 법적으로 안락사 대상에서 제외된다. 네덜란드에선 2005년 공식 사망원인의 1.36%였던 안락사 비중이 지난해엔 2% 수준으로 증가했다. 연합뉴스, 2011. 06. 28.

30) 한상훈, 앞의 논문, 168-171쪽 참조.

31) 현재 적극적 안락사를 허용하는 국가로서 네덜란드 외에 벨기에가 있다. 벨기에는 2002년 9월에 안락사법을 제정하여 시행중에 있다.

형태이다.³²⁾

2.2.2.3 일본

일본은 1950년 동경지방법원의 판결에서 적극적 안락사에 대하여 위법성조각사유로 인정할 가능성을 열어놓았고, 1962년 나고야(名古屋) 고등법원이 적극적 안락사 허용조건으로서 6개의 조건을 제시하였다.³³⁾ 이 판결을 계기로 1976년 1월 20일에 창립된 일본안락사협회는 같은 해 8월 23~24 양일간 동경에서 제1회 ‘안락사 국제회의’를 개최하고 거기서 이른바 안락사에 대한 ‘동경선언’을 발표하였다.

“근년 소위 안락사에 대한 개개의 관심이 고조되었다. 우리들은 인간의 권리와 자유를 확신하고 품위 있는 죽음의 권리를 보유한다. 사람들이 어떠한 죽음을 선택하는가는 자기의 결정에 따르는 것이며 그것은 죽음에 수반되는 비극이 없다면, 주위의 사람들에게 해를 주는 것이 아니다. 이런 의미에서 개인의 희망의 표명 또는 ‘생존자의 의사’는 인간 고유의 권리로서 존중할 수 있다. 따라서 우리들은 이 종류의 서류가 법적 효력을 가질 것을 요구하며 이 선에서 입법화의 노력을 진행한다.” 한 걸음 더 나아가 일본안락사협회는 1978년 5월에 자연사법제정요강을 발표하기도 하였다.³⁴⁾ 이와 같이 안락사를 긍정적으로 보는 시각이 일

32) Ministry of Health, Welfare and Sport/Ministry of Justice of the Netherlands, Euthanasia: the Netherlands' new rules, 2002, 8쪽.

33) 名古屋高判 1962, 12, 22, 高集 15-9-674.

동판결이 제시한 6가지 조건은 다음과 같다.

- ① 환자가 현대의학의 지식과 기술로 보아 불치의 병이며 사기가 임박해야 한다.
- ② 환자의 고통이 극심하고 누구도 그것을 견디기 어려운 정도로 여길 것.
- ③ 오로지 환자의 극심한 고통의 완화를 위한 것일 것.
- ④ 환자의 의식이 있고 명료한 의사표명이 가능한 경우에는 본인의 진지한 촉탁이나 승낙이 있을 것.
- ⑤ 의사에 의할 것을 원칙으로 하되, 그것이 불가능한 경우는 의사가 행할 수 없다는 점을 수긍할만한 특별한 사정이 있을 것.
- ⑥ 그 방법은 윤리적으로 타당하고 허용될 수 있는 것일 것.

반적이면서도 정작 이를 인정하는 입법화에 대해서는 소극적이라 할 수 있다.³⁵⁾ 그 이유는 입법화가 오히려 남용의 위험성을 지니고 있고, 환자는 새로운 치료법을 기대하며 최후까지 생명에 집착하는 것이 일반적이라는 것이다.

1995년 3월 28일 도카이대학교(東海大學校) 안락사사건에서 요코하마 지방법원은, 동해대학 병원 의사인 피고인이 치유불능질병인 다발성 골수종에 걸려 심한 통증을 호소하고 죽음이 임박한 환자에 대하여 고통을 감소시킬 목적으로 장남의 요청에 의하여 인공호흡기를 제거하고 진통제를 투여하여 사망토록 한 사건에서 안락사의 허용요건 중 육체적 고통의 존재와 환자의 명시적 승낙을 결하였다는 이유로 살인죄를 적용하여 유죄판결과 동시에 징역 2년에 집행유예 2년을 선고한 바 있다.³⁶⁾

2.3 의사조력 자살(존엄사)³⁷⁾

우리 형법 제252조 제2항은 “사람을 교사 또는 방조하여 자살하게 한 자”를 자살관련죄로 처벌하는 규정을 두고 있고, 적극적 안락사와는 달리 의사조력자살의 허용여부에 관하여 문제가 된 사례가 별로 없는 것 같다. 회복 불가능한 말기 환자가 자살을 시도할 경우, 미국 등 서양과는 달리, 우리나라에서는 본인이 농약 등 독극물을 구입하여 마시는 등으로 직접자살을 실행하고 구태여 의사 등 타인의 조력을 받아 실행하지 않는 문화에 기인한 것이 아닌가 생각된다.³⁸⁾

34) 허일태, 안락사에 관한 연구(한국형사정책 연구원, 1994), 114쪽.

35) 松宮孝明, “西獨の臨死介助對案とその基本思想,” 刑法雜誌 제29권 제1호, 187쪽.

36) 判例時報 1530호(1995. 7. 21.) 28項.

37) 우리나라에서는 존엄사(Death with Dignity)를 소극적 안락사와 같은 의미로 보나(박상기, 형법총론(2009), 161쪽; 이재상, 형법각론(2010), 23쪽), 미국에서는 오래된 주 존엄사법에서 보듯이 의사조력자살을 일컫는다.

38) 우리나라에서는 의사조력 자살의 허용성 문제를 넓은 의미의 적극적 안락사의 문제로 보고, 적극적 안락사의 문제에 준하여 판단하면 된다고 생각한다. 배종대, 형법각

미국에서는 대부분의 주가 자살조력행위를 처벌하고 있는 가운데 일부 주에서 의사조력자살을 허용하는 등 논란이 많이 일고 있으므로 이를 간략히 살펴보자.

자살조력을 처벌하는 영국 코몬 로(common law)상의 전통은 초기 미국에서도 전수되어 자살조력이 처벌되었고, 1828년 뉴욕 주는 미국에서 최초로 자살조력행위를 처벌하는 성문법을 입법하여 시행하였다. 다른 주들도 뉴욕 주를 따라 입법이 이어지면서, 2001년 현재 39개 주에서 자살 교사방조죄를 성문법으로 입법하였고, Alabama 주 등 6개 주는 여전히 코몬 로에 근거하여 자살조력행위를 처벌함으로써 미국의 대부분의 주는 적극적 안락사는 물론이고 자살조력행위도 처벌하고 있다.

이에 대한 예외로서 자살조력행위를 일정한 요건 하에 합법한 최초의 입법이 오레건 주의 “존엄사법(Oregon Death with Dignity Act)”이다. 약 100여년에 거쳐 안락사 합법화 단체들이 허용입법을 시도했으나 대다수의 주에서는 실패로 돌아갔고³⁹⁾ 오레건 주만이 1994년 11월 8일 주민투표를 통하여 존엄사법을 통과시키고 위헌 소송 등 3년여의 우여곡절 끝에 1997년 11월에야 그 시행을 보게 되었다.⁴⁰⁾ 이에 대하여 미국 연방대법원은 의사조력자살을 처벌할 것인지 면책할 것인지 여부는 각 주의 입법정책에 달린 문제로 보았다. 그리하여 연방대법원은 1997년 Glucksberg 판결⁴¹⁾과 Quill판결⁴²⁾에서 자살조력을 처벌하는 워싱턴 주

론(홍문사, 2010), 70쪽; 정영일, 형법각론(박영사, 2008), 23쪽, 주1) 참조.

39) 미국 안락사논쟁과 관련해서 유명한 사람이 잭 케보키언(Jack Kevorkian) 박사이다. 케보키언 박사는 안락사 찬성론자로서 1990년 이후 모두 130여 차례에 걸쳐 불치의 말기 암환자들의 안락사를 도왔으며, 1998년 9월 루게릭병을 앓고 있던 환자에게 직접 독극물을 주입하여 숨지게 한 혐의로 2급 살인으로 20년의 징역형을 선고 받고 8년 6월동안 복역하였다. 그는 2011년 6월 3일 83세를 일기로 사망하였다. 연합뉴스 20011. 6. 3.

40) 한상훈, 앞의 논문, 160-166쪽 참조.

41) 521 U. S. 702, 117 S. Ct. 2258(1997).

42) 521 U. S. 793, 117 S. Ct. 2293(1997).

법이 위헌이 아니라고 하면서도, 반대로 자살조력을 합법화 한 오레곤 주법도 위헌이 아니라고 판결하였다.⁴³⁾

오레건 주 존엄사법의 핵심은 일정한 조건하에서 의사에 의한 자살조력(Physician-Assisted Suicide, PAS)이 합법화된다는 것이다. 환자는 의사능력이 있는(capable), 18세 이상의 오레곤 주민이어야 하며, 시한부 질병(terminal disease)에 걸려있어야 하며, 자살조력의 요청은 자발적(voluntary)이라야 한다는 것 등이 그 요건이다. 이러한 요건 절차에 따라 말기환자에게 의사는 극약처방을 하여 환자를 사망토록 도와주는 것이다. 워싱턴 주도 의사자살조력을 허용하는 워싱턴 주 존엄사법(Washington Death with Dignity Act)을 제정하여 2009년 3월 5일 발효되었다. 그 내용은 오레곤 주 존엄사법과 유사하다.⁴⁴⁾

2.4 검토

이상에서 소극적 안락사를 제외한 적극적 안락사의 문제와 의사조력 자살의 면책가능성 여부에 관하여 외국의 입법례와 그 시행상황을 살펴 보았다. 다소 적지 않은 분량을 여기에 할애한 것은 연구대상 김할머니 사건 판결이 제시하는 사례, 즉 ‘회복 불가능한 사망의 단계에 있는 환자의 연명치료중단’의 논의 범위를 확장하기 위하여는 해당 판례의 논점과 전통적으로 밀접하게 관련된 사례들을 비교해보는 것이 유익할 것으로 보이기 때문이다.

우리나라 학계에서는 적극적 안락사(의사조력 자살의 문제도 포함)의 경우 일본 나고야 고등법원이 판시한 6가지 조건을 갖춘 경우 정당행위로서 위법성이 조각될 수 있다는 견해가 다수설이기는 하나,⁴⁵⁾ 적극

43) Lee et al v. Harclerod et al, 522 U. S. 927(1997).

44) 노동일, 앞의 논문, 18쪽.

45) 오영근, 형법각론(박영사, 2005), 27쪽; 유기천, 형법학 총론강의(일조각, 1983),

적 안락사는 인정할 수 없고 소극적 안락사에 한하여 일정한 조건하에 허용될 수 있다는 설도 유력하게 떠오르고 있다.⁴⁶⁾ 판례는 적극적 안락사를 허용하지 않는다.⁴⁷⁾

어떻든 이상에 거론한 사안들은 본 연구대상 판례 사안과는 유사하면 서도 확연히 구분된다. 그러므로 여기에서는 이 정도의 논의에 그치고자 한다.

3. 연명치료중단 요구권의 법적 성격

김 할머니 사건의 하급심 및 대법원 판결이 제시한 사안에서 보듯이 원고인 김 할머니는 판결당시 ‘의학적으로 환자가 의식회복의 가능성이 없고 생명과 관련된 중요한 생체기능의 상실을 회복할 수 없으며 환자의 신체상태에 비추어 짧은 시간 내에 사망에 이를 수 있음이 명백한 경우, 즉 회복 불가능한 사망의 단계에 놓여있고, 또한 김 할머니는 현재 의식 불명으로서 명시적인 자기의 의사를 표명할 수는 없으나 평소의 언행과 현재의 상태 등으로 미루어 보아 현재와 같은 상태를 유지하는 것 보다 인공호흡기를 제거하고 자연스러운 죽음을 맞이하고자 하는 의사를 가지고 이를 표시하였을 것으로 추정되는 상태에 놓여있다. 김 할머니의 연명치료를 중단하고 생명연장장치인 산소호흡기를 제거하는 판결의 정당성의 근거 내지 법적 성격이 무엇인가가 이 연구의 주요 쟁점이다.

전통적인 학계의 의견은 이러한 케이스를 소극적 안락사의 문제로

194쪽; 이형국, 형법총론연구 I (법문사, 1984), 276쪽; 임웅, 형법총론(법문사, 1999), 25쪽; 정영석, 형법총론(법문사, 1983), 162쪽; 정성근/박광민, 형법총론(삼지원, 2001), 291쪽; 진계호, 형법총론(대왕사, 2000), 307쪽.

46) 김일수/서보학, 형법총론(박영사, 2006), 347쪽; 박상기, 형법총론(박영사, 2009), 163쪽; 손동권, 형법각론(울곡출판사, 2004), 13쪽; 이재상, 형법총론(박영사, 2011), 283쪽.

47) 대법원 1957. 7. 26. 선고, 4290형상126.

보고 있는 반면, 판례는 안락사의 문제 보다는 자기결정권의 문제로 접근하고 있다. 이 양 견해의 논리적 근거와 타당성을 살펴보고, 논자의 대안을 제시해보고자 한다.

3.1 소극적 안락사

판례가 제시한 사례와 같이 불치의 병에 걸린 환자가 말기상태에서 식물인간상태로 의식이 없는 경우에 얼마간 생명연장이 가능한 인공적인 생명연장 장치를 제거하여 사망케 하는 방식을 소극적 안락사로 다룬다.⁴⁸⁾ 부작용에 의한 안락사라고도 한다. 인공호흡기의 제거가 작위나 부작용이나에 대하여도 견해가 나누어지지만, 생명유지장치를 작위로 파악하면 이는 적극적 안락사가 되어 허용할 수없는 것이 되므로 소극적 부작용으로 파악하여야 허용성이 인정되는 이론을 구성할 수 있다는 견해도 있다.⁴⁹⁾ 그러나 통설은 이러한 문제를 소극적 안락사로 본다. 또한 소극적 안락사의 허용요건이 갖추어질 경우 살인죄의 성립을 부인하는 데에 견해가 일치는 것 같다.⁵⁰⁾

소극적 안락사를 허용하는 이유는 i) 사람의 생명에 대한 권리는 사람의 자연적인 죽음과 인간다운 죽음에 대한 권리를 포함한다. ii) 환자의 동의 또는 추정적 승낙이 없는 때에는 의사는 원칙적으로 치료행위를 할 수 없으며, 환자의 의사에 반하여 생명과 고통의 연장을 강요할 수 없다. iii) 환자의 생명을 유지하여야 할 의사의 의무도 환자에게 소생이나 치료의 가능성이 소멸되고 사기가 임박하여 죽음을 피할 수없는 때에는 인정할 수 없다고 해야 한다는 것을 그 이유로 한다.⁵¹⁾ 소극적

48) 박상기, 형법총론(박영사, 2009), 161쪽.

49) 김재봉, “치료중단과 소극적 안락사”, 형사법 연구 제12호(한국형사법학회, 1999), 159쪽.

50) 오영근, 형법각론(박영사, 2005), 27쪽.

51) 이재상, 형법각론, 23쪽.

안락사의 경우에도 허용성의 근거를 김 할머니 판결과 같이 자기결정권에 두기도 하나,⁵²⁾ 소극적 안락사라는 논의의 틀에서 이를 논하는 점에서 ‘안락사’라는 용어를 사용함이 없이 바로 자기결정권을 근거로 내세우는 다음 항의 김 할머니 판결과는 다르다. 소극적 안락사로 보는 경우에도 환자의 의사에 반하거나 환자의 동의 없이 의사가 생명연장조치를 하지 않는 경우에는 살인죄가 성립될 수 있다.⁵³⁾

3.2 실제적 자기결정권

대법원의 김 할머니 판결 다수의견은 “회복 불가능한 사망의 단계에 이른 후에 환자가 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권에 기초하여 자기결정권을 행사하는 것으로 인정되는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 연명치료의 중단이 허용될 수 있다.”고 하여 연명치료 중단 허용의 법적 근거를 자기결정권의 행사에서 구하고 있다. 자기결정권은 헌법 제10조에서 규정한 개인의 인격권과 행복추구권에 의해서 보장되는 것이며 그 내용은 환자가 생명과 신체의 기능을 어떻게 유지할 것인지에 대하여 스스로 결정하고 진료행위를 선택하는 것이다.⁵⁴⁾⁵⁵⁾ 그러므로

52) 예컨대, 손동권 교수는 소극적 안락사의 불벌의 근거를 “소극적 안락사의 경우 위법성조각의 근거는 원칙적으로 환자 자신의 명시적 승낙 또는 추정적 승낙에서만 나올 수 있다. 즉 환자의 자기 결정권에 기초하여 비로소 위법성조각은 인정될 수 있는 것이다”라고 하고 있다. 손동권, 형법각론(울곡출판사, 2004), 13쪽.

53) 김일수/서보학, 형법총론(박영사, 2006), 347쪽.

54) 대법원 2009. 5. 21. 선고, 2009다 17417 전원합의체 판결, 4-5쪽

55) 우리헌법은 명문으로 자기결정권을 인정하고 있지는 아니하나, 헌법 재판소는 “개인의 인격권·행복추구권에는 개인의 자기운명결정권이 전제되는 것”(헌법재판소 1990. 9. 10. 선고 89헌마 82)이라고 하여 자기결정권을 인정한 바 있다. 이러한 자기 결정권이란 “개인의 삶에 대한 중대한 사항에 대하여 스스로 자유롭게 결정하고 그 결정에 따라 행동할 수 있는 권리” 내지는 “개인이 자유의지에 의하여 자유롭게 자기의 운명을 결정할 수 있는 권리”를 말한다고 할 것이다. 따라서 환자가 자기결정권을 행사하기 위해서는 그 전제로서 첫째, 환자가 의사능력을 가지고 있어야 하고

대법원이 보장하고자 하는 자기결정권의 내용은 생명권 등 실체적 권리이며, 이러한 의미에서 대법원의 자기결정권은 ‘실체적 자기결정권’으로 성격지을 수 있을 것이다.

대법원에 의하면 환자의 신체 침해를 수반하는 진료행위를 계속할 것인지 여부에 관한 환자의 자기결정권은 존중되어야 하나, 인간의 생명은 고귀하고 생명권은 헌법에 규정된 모든 기본권의 전제로서 기능하는 기본권 중의 기본권이라 할 것이므로 환자의 생명과 직결되는 진료행위를 중단할 것인지 여부는 극히 제한적으로 신중히 판단하여야 한다. 의학적으로 환자가 의식의 회복가능성이 없고 생명과 관련된 중요 생체기능의 상실을 회복할 수 없으며 환자의 상태에 비추어 짧은 시간 내에 사망에 이를 수 있음이 명백한 경우에 이루어지는 연명치료행위는 의학적으로 무의미한 신체침해행위에 해당하는 연명치료를 환자에게 강요하는 것이 오히려 인간의 존엄과 가치를 해하게 되고, 이와 같은 예외적인 상황에서 ‘죽음을 맞이하려는 환자의 의사결정’을 존중하는 것이 사회상규에 부합되고 헌법정신에도 어긋나지 아니한다고 한다고 하고 있다.

이 판결은 원칙 없는 인공호흡기의 부착은 헌법상 보장된 환자의 프라이버시권을 침해한다는 취지의 1976년 미국 뉴저지 주 대법원의 Quinlan 사건판결⁵⁶⁾에서 영향을 받은 것으로 보인다. Quinlan 사건 판결

둘째, 환자의 의사결정은 충분한 의학적 정보를 바탕으로 이루어져야 하며 셋째, 그러한 의사결정은 자발적이고 진지한 의사에 기반 것이어야 한다. 허순철, “헌법상 연명치료 중단”, 공법학연구 제11권 제1호(한국비교공법학회, 2010. 2), 176쪽 참조.

56) In re Quinlan, 70 N. J. 10, 355 A.2d 647(1976); 1975년 4월 15일 미국의 카렌 퀴란이라는 당시 21세 된 여성이 파티석상에서 음료를 마시고 돌연 의식불명과 호흡정지의 상태가 야기되자, 인공호흡기에 의하여 생명을 유지하게 되었다. 그녀의 부모는 그녀를 살릴 수 있는 모든 치료방법을 다 동원하면서도 식물인간상태로 마냥 그녀의 삶을 지속시키는 것이 옳느냐에 대한 고민에 빠지게 되었다. 주변과의 상의 후 그들은 인공호흡기를 제거하고 자연사시킬 것을 결심하고 담당의사에게 이것을 요구하였으나 거부하므로 법원에 자신을 후견인으로 선임하여 인공호흡을 차단하도

은 치료거부권에 관한 판결일 뿐 죽을 권리에 대한 것은 아니다.⁵⁷⁾ 김 할머니 판결문은 ‘안락사’라는 용어를 사용하지 않고 있다.

3.3 임종절차 선택권

안락사에서의 ‘죽일 권리’ 문제, 환자의 (소극적)자살에서의 ‘죽을 권리’의 존부라는 까다로운 문제에 부딪치는 것을 합리적으로 회피하면서 회복 불가능한 사망단계에 있는 환자의 치료중단 요구권을 인정하는 데에 이론적 걸림돌을 제거하고자 하는 필요에서 창안된 것이라 할 수 있다.

환자의 치료중단 결정권은 헌법 제10조에 의하여 보장되는 자기결정권에 기반을 둬에 있어서는 판례와 동일하나, 자기 결정권의 내용은 판례의 경우와는 달리 실체적 권리가 아닌 절차적 권리로 파악한다. 회복 불가능한 사망단계에 있는 환자가 행사할 수 있는 자기 결정권의 구체적 내용은 i) 환자 스스로가 이대로 계속 인공호흡기를 부착하고 연명치료를 받으면서 현대의학에 기대어 최대한 생명을 연장하는 길을 택할 것인가, ii) 아니면 인위적이고 부자연스러운 치료를 중단하고 자

록 하는 권능을 부여하여 줄 것을 청구하였다. 이에 뉴저지 주 고등법원은 인공호흡기의 차단은 살인행위라며 이를 거부하였다. 상고심인 뉴저지 주 대법원은 1976년 3월 31일 다음과 같은 내용으로 판시하였다. “부친을 카렌의 후견인으로 임명한다. 후견인의 의뢰를 받은 담당의사가 동 환자에 대한 생명유지장치를 제거하려면 병원 윤리위원회의 승인을 거쳐 할 수 있고 그에 따른 민·형사상의 책임을 지지 않는다. 그 근거는 헌법상의 프라이버시권이다. 프라이버시권은 치료거부여부를 포함하는 넓은 의미이며, 의사능력이 없는 자에 대하여는 그 후견인이 대리하여 결정할 수 있다. 프라이버시권에 대항할 수 있는 주의 ‘인간의 생명보호’도 질병의 상태와 치료의 종류에 따라서 압도당할 수 있는 것이며, 프라이버시권에 기한 치료의 거부로 죽음에 이르더라도 살인죄를 구성하거나 기타의 불법행위를 구성한다고 할 수 없다” 위 환자는 위 판결에 따라 호흡기를 제거하였으나 호흡기능이 회생되어 1985년까지 10년 가까이 더 생존하였다.

57) 노동일, 앞의 논문, 8쪽.

연 상태에 놓여 있으면서 자연이 인도하는 바에 따라 종말을 맞이하는 경로를 선택할 것인가 하는 것이다. 이러한 권리의 법적 성격은 ‘죽일 권리’ 또는 ‘죽을 권리’의 인정여부와 같은 실체적인 권리가 아니라, 생을 마감하는 경로를 선택하는 절차에 관한 선택권, 즉 임종절차 선택권이다.⁵⁸⁾

3.4 검토

3.4.1 소극적 안락사로 성격지우는 견해에 대하여

회복 불가능한 사망단계 환자의 치료중단을 소극적 안락사로 성격지울 때에는 다음과 같은 문제점을 지적할 수 있다.

안락사는 적극적이든 소극적(부작위)이든 환자의 인위적 생명단축을 그 본질적 내용으로 하므로, 치료의 중지는 곧 생명박탈이라 볼 수 있고, 소극적 안락사도 비록 부작위라는 형식일망정 타인의 생명권을 침해하는 ‘안락 살해’로 볼 수밖에 없다. 이러한 안락사의 접근방식은 필시 ‘사람의 생명은 어느 누구도 처분할 수 없다’는 형법의 대원칙인 절대적 생명보호의 원칙과 충돌할 수밖에 없다. 생명보호의 원칙에서는 생명의 의미, 생명가치의 등급화, 생명의 기능에 대한 평가가 금지되며, 인간의 생명은 모든 단계에서 무한한 가치를 갖는 것으로 이해한다. 이로부터 인간의 생명은 언제나 동일하게 취급되어야 한다는 절대적 평등원칙이 나오며, 어떠한 경우에도 생명에 대해서는 소극적 평가가 내려져서는 아니 된다고 한다. 또한 생명이라는 법익은 이익형량의 대상이 되지 않고 어떠한 경우에도 타인의 생명을 희생시킬 수 없다고 주장한다.⁵⁹⁾

58) 김영철, “안락사와 관련된 현안문제에 대한 일고찰”, 검찰동우 통권 제13호(2001), 93-95쪽.

59) 이석배, “생명윤리에 대한 형법적 보호의 한계”, 동아법학 42호(동아대학교 법학연구소, 2008), 154쪽.

생명의 불가침성으로 인해 안락사에 대한 여러 가지 부정적 생각의 근저에는 절대적 생명보호의 원칙이 자리 잡고 있다고 할 수 있다.⁶⁰⁾⁶¹⁾ 인간에게 ‘사람을 죽일 권리’가 있는가라는 문제는 수천 년 동안 해답 없이 지속되어 왔으며, 오늘날에도 지루하게 계속되고 있는 문제이다. ‘안락사’를 허용하자는 견해에는 현실 사회, 특히 노약자·장애자 등 사회적 약자나 종교계를 중심으로 광범위하게 반발하고 있다. 소극적 안락사의 합법화를 주장하는 학자들은 그 이론적 근거를 환자의 자기결정권에 두거나⁶²⁾ 헌법 10조에 의거한 인간다운 죽음의 권리가 있다⁶³⁾고 하여 적극적 안락사와의 차별성을 강조하고 있다. 그러나 사람의 생명을 단축함에 있어 적극적 수단을 쓰느냐, 소극적(또는 부작위) 수단을 쓰느냐에 따라 그 규범판단에 있어서 달리 보아야할 이유가 없고, 환자의 자기결정권이나 헌법상 인간답게 죽을 권리를 내세울 경우에도 타인의 생명을 인위적으로 단축한다는 ‘안락사’가 아니라 차라리 환자의 선택에 의한 사망이므로 후술하는 바와 같이 ‘자살’의 문제로 전환되어 살펴볼 문제이다. 또한 이를 ‘안락사’로 볼 경우에는 그 어의와 나치독일에서와 같이 안락사를 인종도태의 수단으로 악용해온 역사성 때문에 환자의 의사를 무시하고 무가치한 인간의 생명을 인위적으로 조기에 말살하려 한다는 일반인의 불필요한 오해를 사 사회적 반발만 유발할 뿐이다.⁶⁴⁾⁶⁵⁾ 치료

60) 김정화, “한계적 의료행위와 의사의 책임”, 동아법학 제30호(동아대학교 법학연구소, 2002), 160쪽.

61) 이석배, “생명윤리에 대한 형법적 보호의 한계”, 동아법학 42호(동아대학교 법학연구소, 2008), 147-149쪽은 “법학에서는 인간의 존엄을 법질서가 자연법적으로 발견한 것으로 체계 내재적 요구와는 관계없이 천부인권으로서 존엄성을 갖는다. 그러나 논증 도구로서의 인간 존엄은 동전의 양면성을 갖고 있기 때문에 생명보호와 관련해서는 서로 상이한 주장이 그 근거로 인간 존엄을 내세우나, 이러한 인간 존엄의 논증은 다원화된 사회의 법질서에 합의를 도출하기에 난점이 있다”고 하고 있다.

62) 손동권, 앞의 책, 13쪽.

63) 배종대, 앞의 책, 69쪽.

64) 불필요한 연명치료를 중단할 수 있다는 대법원 판결 이후 국회 등에서 논의하고 있는 ‘존엄사’ 관련법 제정에 천주교 쪽이 반대하고 나섰다. 한국 천주교 주교회의는

중단의 논의에 관한 한 이제는 ‘안락사’라는 외피를 벗겨낼 때가 되었다고 생각한다.⁶⁶⁾⁶⁷⁾

8일 서울 중곡동 주교회의 건물에서 기자회견을 열어 “안락사로 인식되는 존엄사를 허용하는 법 제정에 반대 한다”고 밝혔다. 장봉훈 주교회의 생명윤리위원회 위원장은 성명을 내어 “대법원의 판결은 불필요한 연명치료를 중단할 수 있다는 것이었지, 환자의 죽음이나 존엄사를 의도한 것은 아니었다”며 “최근 우리 사회에서 사용되고 있는 ‘존엄사’는 안락사를 아름답게 포장한 개념에 지나지 않는다”고 주장했다. 주교회의는 이어 “경제적인 이유가 인위적인 생명 단축의 수단으로 이용되지 않도록 하는 제도적 장치가 마련되기 전에는 존엄사 논의는 시기상조”라고 밝혔다. 다만 인공호흡기로 연명해야 하는 환자가 연명치료를 거부할 수 있다는 점에는 주교회의는 반대하지 않았다. 주교회의는 “삶의 마지막 시기를 맞이한 환자가 자력으로 호흡할 수 없게 돼 인공호흡기로 연명해야 하는 상황이 발생했을 때 환자가 인공호흡기 부착을 거부하는 것은 반대하지 않는다”고 말했다. 한겨레신문, 2009. 7. 8.

65) 2009. 11. 2. 국회의원회관 소회의실에서 개최된 ‘안락사문제 한·일 국제세미나’에서 2005년 일명 루게릭병으로 불리는 ‘근위축성 측삭경화증’ 진단을 받은 윤창연 씨는 “환자 자신의 삶의 질을 높이는 구체적인 논의가 없는 상태에서 ‘안락사’나 ‘무의미한 치료연장 중단’과 같은 논의는 ‘가족과 사회에 더 이상 고통을 주지 말고 죽는게 어떻느냐’고 하는 것과 같다. 이 죽음은 선택이 아니라 일종의 사회적 강요”라고 최근 논쟁의 문제점을 파고들었다(<http://abnews.kr/Az8>, 2009-11-05, 검색일: 2011. 7. 5.).

66) ‘안락사’를 강력히 반대하는 가톨릭 교회는 단순히 죽음의 시간만을 연장시키는 불필요한 치료의 중지조치로서의 생명유지장치제거를 인정하는 근거는 그것이 안락사이기 때문이 아니라 안락사의 개념밖에 있는 것이기 때문이라고 한다. 이동익 신부, “가톨릭 윤리신학의 안락사 이해와 불필요한 치료행위의 중단에 관한 고찰”, 가톨릭 신학과 사상 제35호(신학과사상학회, 2001), 29-47쪽.

67) 2005년 4월 선종한 전 교황 요한 바오로 2세가 사망 전 무의미한 연명 치료를 받지 않겠다며 존엄사를 택했다는 일부 언론보도로 이탈리아에서는 요한 바오로 2세가 병세가 나빠지자 인공호흡기 등 생명연장장치를 거부했다는 설이 제기되면서 회생 가능성이 희박한 환자에 대한 안락사 논쟁이 수개월간 지속됐다. 주치의로 27년간 일한 부조네티 박사는 “2005년 4월 2일 눈 감은 요한 바오로 2세가 ‘이제 아버지 하느님의 집으로 가게 해 달라’고 한 마지막 말을 더 이상의 치료를 중단하라고 해석하는 것은 어불성설”이라고 말했다. 부조네티 박사는 “그 유언은 고차원의 기도 행위이며 요한 바오로 2세가 하느님을 진정으로 믿고 동시에 최후의 순간까지 고귀한 생명을 사랑했다는 증거”라고 강조했다. 부조네티 박사는 또 일부 악의적인 이들이 말하는 것처럼, 입원 기간 동안 요한 바오로 2세에 대한 치료를 중단한 적은 결단코

3.4.2 실체적 자기결정권의 행사라 성격지우는 견해에 대하여

한편 환자의 치료중단 요구를 ‘소극적 안락사’ 대신 실체적 ‘자기결정권의 행사’라고 성격지우는 김 할머니 판결의 입장을 검토해보자.

환자 스스로의 결정에 의한 사망이므로 ‘타인에 의하여 죽음을 당하는 살인’ 행위(안락사)를 합법화하는 부담감에서 탈피할 수 있는 진실보한 논리라고 평가할 수 있다.

김 할머니 판결에서 치료중단 요구권의 법적 근거로서 제시한 “자기결정권”의 내용은 환자가 생명과 신체의 기능을 어떻게 유지할 것인지에 대하여 스스로 결정하고 진료행위를 선택하는 것이다. 특히 이 사건에서와 같이 회복 불가능한 사망의 단계에 있는 경우에는 환자의 치료거부 결정이 곧 환자 스스로 “죽음을 맞이하는”⁶⁸⁾ 선택을 의미하는 것으로 볼 수 있다. 즉 판례의 견해는 사망단계에 있는 환자의 치료중단=사망이라는 등식을 전제로 한 것으로서, 이 판결은 환자의 자기 결정권을 곧 생명에 대한 처분권으로 파악한 것이며,⁶⁹⁾ 환자가 부작용에 의한 자살을 선택한 것으로 볼 수 있다.

없으며 한시라도 병세 관찰과 의료 지원이 없는 상태로 그를 홀로 놔두지는 않았다고 설명했다. 바티칸의 발표에 따르면 요한 바오로 2세는 2005년 들어 2월과 3월 두 차례 입원했으며 두 번째 입원기간 동안 기관절개 수술을 받고 호흡을 돕기 위해 목에 관을 연결했다. 3월 31일에는 쇠약해진 요한 바오로 2세가 신장과 심장 순환 계통의 이상으로 인한 감염증 때문에 쇼크를 일으키기도 했다. 요한 바오로 2세가 병원으로 가지 않고 바티칸의 관저에 그대로 있었던 이유에 대해 주치의인 부조네티 박사는 “스타니슬라브 드지위츠 비서가 입원을 권유했으나 교황이 바티칸에 있겠다고 말했기 때문”이라고 전했다. 그는 당시 교황 관저에는 어떤 경우에도 충분하고 지속적인 치료를 할 수 있는 최고의 의료시설이 갖춰져 있었다고 덧붙였다. 요한 바오로 2세는 그 해 4월 2일 아침부터 의식을 잃었다 찾았다 반복하던 중 한 수녀에게 폴란드어로 “이제 아버지 하느님의 집으로 가게 해달라”는 마지막 말을 남기고 밤 9시 37분 선종했다고 부조네티 박사는 전했다. 한국일보, 2007. 9. 18.

68) 위 김 할머니 사건 대법원 판결, 5쪽.

69) 이석배, “연명치료중단의 기준과 절차-대법원 2009. 5. 21. 선고 2009다17417 판결이 가지는 문제점을 중심으로”, 형사법연구 제21권 제2호(2009), 153쪽.

이 경우 비록 사망의 단계에 있는 환자라 할지라도, 사람에게 “자살할 권리”가 있느냐 하는 자연법적 논쟁으로 회귀할 우려가 있다.⁷⁰⁾ 또한 환자의 사망을 지켜본 의료진 등은 자살관여죄의 죄책을 지는 것이 아니냐 하는 새로운 문제점을 제공한다.⁷¹⁾ 김 할머니 판결에서 대법관 이홍훈, 대법관 김능환의 반대의견도 비록 이미 환자의 신체에 삽입, 장착되어 있는 인공호흡기 등의 생명유지장치를 제거하는 적극적 방법에 한정하기는 하였으나 이러한 방법으로 치료를 중단하라는 환자의 요구는 자살로 평가되어야 하고, 이와 같은 환자의 요구에 응하여 생명유지장치를 제거하고 치료를 중단하는 것은 자살에 관여하는 것으로서 원칙적으로 허용되지 않는다는 문제점을 제기하고 있다.⁷²⁾⁷³⁾ 국회에 계류 중인 “삶의 마지막 단계에서 죽음을 맞이할 권리에 관한 법률안”(김세연의원 대표발의, 2009. 6.22.)은 환자의 인간으로서의 존엄성을 보호하되 ‘안락사’라는 용어와 안락사를 미화한 용어인 ‘존엄사’의 사용도 배제하

70) 자살은 원래 살인죄로서가 아니라 사회에 대한 의무를 침해하는 범죄로 파악되던 것인데, 그러나 중세에 이르러 기독교의 영향에 의하여 자살도 살인죄의 하나로 취급되게 되었으며, 17세기와 18세기에 있어서는 자살의 기수는 명예롭지 못한 매장에 의하여, 그 미수는 재정형으로 처벌하였다. 자살을 형법에서 처벌하지 않기 시작한 것은 개인의 주체성과 신의 권위로부터 인간의 해방이 강조된 19세기 이후의 일이다. 우리 형법은 자살을 벌하고 있지 않지만, 타인의 자살에 관여하는 행위는 형법 제252조 제2항에서 처벌하고 있다. 이재상, 앞의 책, 34쪽.

71) 김 할머니 판결에서 치료중단요구에 응하는 것은 대법원이 “사회상규에 반하지 않는다”고 하여, 회복 불가능한 사망단계의 환자에 대한 치료중단은 설사 자살관여죄의 구성요건에 해당하더라도 일종의 정당행위로서 위법성이 조각된다고 해석할 수는 있다.

72) 위 김 할머니 대법원판결, 11쪽.

73) 1990년 치료거부권을 다룬 Cruzan 사건 판결은 연방대법원장인 렌퀴스트가 집필한 의견에서 “이 사건은 ‘죽을 권리’(right to die)가 연방 헌법상 인정될 것인지 여부에 관하여 결정하도록 제기된 최초의 케이스이다. 그러나 이렇게 파장이 크고 중요한 문제에 있어서는 모든 경우에 적용될 수 있는 일반적인 의견을 제시하려 시도하지 않는 게 바람직하다”며 죽을 권리가 연방헌법상 인정된 권리인지 여부에 대한 답변을 회피하였다. Cruzan v. Director, Missouri Department of Health, 497 U. S. 261, 278(1990).

여 적극적 안락사나 소극적 안락사는 물론, 의료인에 의한 자살조력행위도 금지하는 내용을 담고 있다.⁷⁴⁾

3.4.3 소결(임종절차선택권)

생각건대, 의사는 환자의 치료를 위하여 현대의학이 허용하는 모든 지식과 기술을 동원하여 최선의 진료를 해야 하지만 현대 의술에 의하더라도 더 이상 회생가능성이 없고 사망이 임박해 있으며 산소호흡기 등 생명연장장치에 의한 ‘특별한 치료’에 의존한 생명의 연장은 오직 무의미한 인위적인 죽음의 시간 연장에 불과하다고 판단될 때에는 환자나 그 가족에게 그 사실을 알려야 한다. 생사의 갈림길에서 죽음이 임박한 환자는 i) 산소호흡기를 끈 채 현 상태를 유지하는 길로 갈 것인가, ii) 아니면 ‘특별한 치료’를 포기하고 산소호흡기를 떼어내어 자신의 신체를 자연 상태로 놓고 자연의 섭리에 따라 자기 운명을 종결하는 길을 갈 것인가를 환자 스스로 결정한다. 환자에게 있어서 생애 최고로 중대한 권리 중의 하나는 자기 생의 마감시간이 임박한 최후의 운명종결 과정에서 어떠한 길로 갈 것인가에 관하여 스스로 선택할 권리이다. 이러한 권리는 ‘살 권리’, ‘죽을 권리’ 또는 ‘죽일 권리’와 같은 실체적 권리에 대한 선택권이 아니라, 생을 마감하는 여러 경로 중 어느 경로를 선택할 것인가 하는 절차적 문제에 관한 선택권이다. 임종단계에서 환자가 거쳐 가야 할 여러 가지 경로(절차) 중 자기가 가고 싶은 한 가지 경로를 스스로 선택할 권리이므로 이를 임종절차 선택권이라 부를 수 있을 것이다. 환자가 후자인 ii)의 권리, 즉 인공호흡기를 떼어 내어 자신을 자연 상태에 놓이는 길을 선택하는 경우에도 이것이 곧바로 죽음을 희망하거나 죽음을 선택한 것을 의미하지는 않는다. 환자의 의사는 산소호흡기를 떼어내는 순간 바로 죽는 것을 원하는 것이 아니라 자기

74) 조규범, “존엄사에 대한 입법적 고찰”, 법학논총 제17집 제1호(조선대학교 법학연구소, 2010), 232-233쪽.

신체를 자연 상태에 둔 상태에서 병세의 진행을 자연적인 진행과정에 맡기겠다는 의사이다. 경험칙상 사망단계에 있는 환자를 생명연장장치를 제거한 채 자연적 진행과정에 맡길 경우 환자가 사망에 이르는 시간이 단축될 개연성은 높으나, 미국 Quinlan 사건에서 보듯이 법원의 허가를 받아 산소호흡기를 떼어 곧 사망할 것으로 예측되었던 Quinlan은 그 예측과는 달리 산소호흡기의 도움 없이도 10년 가까이 생존하였고, 이 사건 김 할머니도 산소호흡기를 떼어낸 후 6개월가량을 더 생존하였다. 사람의 심신의 기능은 오묘한 것이어서 현대의학이 치료를 포기하였는데도 기적적으로 소생하여 새 삶을 영위하는 경우도 우리 주변에 없지 않다. 설사 환자의 선택에 의하여 산소호흡기를 떼어낸 결과 바로 죽음으로 이어졌다 하더라도 이것은 환자에 의한 인위적 생명단축, 즉 자살이 아니고 자연의 섭리에 의한 자연적인 생의 마감인 것이다. 결국 환자의 진정한 의사는 인위적 생명 연장장치는 제거하되 그 이후 전개될 자신의 생과 사의 문제는 오로지 자연의 섭리에 따른 병세진행과정에 맡기고자 하는 것이다. 환자는 생전에 이 선택권을 행사할 기회를 마땅히 가져야 하며, 의사 등은 환자의 선택을 존중하고, 이에 따르는 것이 환자의 존엄성을 존중하는 것이 된다. 환자의 진지한 간청에도 불구하고 억지로 혹은 인위적으로 인공호흡장치에 의한 연명을 강요한다면 이는 치료가 아니라 오히려 고문(拷問)이 될 수밖에 없다.

환자가 산소호흡기를 떼어내는 등 ‘특별한 진료’를 중단하는 길을 선택하는 경우 생명유지장치를 제거한 후에는 환자의 자유로운 선택에 의하여 김 할머니의 예에서처럼 통상적인 영양과 수액을 공급받으며 병원입원상태를 유지할 수도 있고, 퇴원하여 자기의 삶의 흔적이 잔뜩 묻어있는 정든 자택으로 돌아가 일순간이라도 그곳에 머물면서 가족들이 보는 앞에서 편안하게 생을 마감하는 길을 갈 수도 있을 것이다.⁷⁵⁾

75) 김재봉, 앞의 논문, 170쪽은 “종래 우리나라에서 말기 환자를 퇴원시켜 임종을 집에서 맞도록 하는 전통이 있다”고 한다.

이렇게 성격지우는 방법만이 ‘죽일 권리’ 또는 ‘죽을 권리’ 인정여부에 대한 괴로운 답을 해야 하는 중압감에서 벗어날 수 있고, 일반 시민 사회에서 느끼는 불필요한 불안감도 종식시킬 수 있다고 생각한다.

현대사회는, 초역사적인 자연법이든 역사적인 구체적 자연법이든, 자연법적 확실성이 사라진 시대라고 할 수 있다. 법은 규범의 올바른을 실제적으로 또는 자연법적으로 정하는 패러다임으로부터 점차적으로 형성하는 패러다임으로 변화되어 간다. 이 새로운 패러다임의 핵심은 대화적 의사소통에 의해 합의되는 규범을 올바른 규범으로 제도화하는 것이다.⁷⁶⁾

김 할머니사건과 대비해 볼 수 있는 두 가지 케이스가 비슷한 시기에 발생했다. 김수환 추기경 사망사건과 김대중 전 대통령 사망사건이 그것이다.⁷⁷⁾ 공교롭게도 두 분 모두 사전 의료지시서를 작성하였는데, 김수환 추기경은 사전 의료지시서에서 인공호흡기를 부착하는 연명치료를 원치 아니하였음에 반하여, 김대중 전 대통령은 연명치료를 수용하는 의사를 표시한 것으로 알려 지고 있다. 이에 김수환 추기경에 대하여는 스스로 ‘존엄사(소극적 안락사)’ 즉, 죽음을 선택한 것으로 해석하면서, 김 추기경이 취한 선택은 가톨릭의 전통적 안락사 반대 입장과 부합되지 않는 행위를 한 것으로 평가한 반면, 김대중 전 대통령에 대해서는 연명치료를 수용함으로써 결국 ‘삶’을 선택한 것으로 해석하는 견해가 있다.⁷⁸⁾ 그러나 전통적인 가톨릭 신관은 생명에 대한 처분권은 인간이 아닌 창조자 ‘하느님’에게만 있는 것이고 인간의 자기결정권의 내용에 ‘죽음’은 포함되지 않으며, 따라서 스스로 생명을 끊는 자살도 허용되지 않는다. 최근에 표명된 가톨릭교회 입장에서도 일반적으로 연명치료

76) 이상돈, 앞의 책, 174쪽.

77) 김 할머니 사망일자 보다 조금 앞선 시기인 2009년 2월 16일 김수환 추기경이 사망하였고, 같은 해 8월 18일 김대중 전 대통령이 사망하였다.

78) 권혁남, “연명치료 중단에 관한 사례비교 및 존엄사의 정당화 가능성 연구”, 생명윤리 제11권 제1호(한국생명윤리학회, 2010. 6.), 39-42쪽 및 45-47쪽.

거부는 안락사에 해당되지 않아 안락사 반대라 것과 연명치료거부를 수용한다는 입장 간에는 상호 모순됨이 없으며, 자기결정권으로서 죽음을 택할 수 있다는 데 동의하지 않는다고 한다.⁷⁹⁾ 김수환 추기경이 선택한 연명치료거부는 단지 “자연스러운 죽음의 진행과정을 누릴 수 있는 권리이고, 노환으로 인해 더 이상 회피할 수 없이 (다가오는) 죽음에 대해 겸손하게 순응하는 것”이라고 설명하고 있다.⁸⁰⁾ 김수환 추기경은 전 세계가 존경하는 가톨릭 사제였고, 김대중 전 대통령은 가톨릭 신자였던 것으로 알려지고 있어, 두 분은 같은 종교를 신봉하고 있었으므로 동일한 생명관을 가지고 있었을 것으로 추정된다. 즉, 이 분들은 인간의 생명을 지배하는 것은 신만이 가능하고, 비록 자기 생명이라 하더라도 인간이 마음대로 처분할 수 없다는 교리내용을 명확히 인식하고 있었을 것으로 생각한다. 그렇기 때문에 그 두 분이 선택한 길(경로)은 달랐지만, 교리를 어기면서까지 김 추기경은 ‘죽음’을 선택했고, 김대중 전 대통령은 ‘삶’을 선택한 것이라고 해석하는 것은 무리이다. 김 추기경이나 김 전 대통령은 오로지 겸손하게 임종을 맞이하는 단계에서 인생의 종말로 가는 길, 즉 그 경로만을 자기결정에 의해 선택한 것이라고 해석해야 한다. 이러한 의미에서 그 분들이 행사한 것은 절차적 자기결정권, 즉 임종절차선택권이라고 봄이 타당할 것이다.

Ⅲ. 결 론

이상과 같이 김 할머니 사건 대법원 판결의 내용과 그 법적 성격에 관하여 살펴보았다. 결론적으로, “회복 불가능한 사망의 단계에 이른 후에 환자가 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권에 기초하여 자기

79) 가톨릭 신문, 2008. 12. 07.

80) 가톨릭 신문, 2009. 07. 05.

결정권을 행사하는 것으로 인정되는 경우에는 연명치료의 중단이 허용될 수 있다”고 한 2009년 5월 21일의 대법원의 ‘김 할머니사건’ 판결은 회복 불가능한 식물인간 상태의 환자에게 부착된 산소호흡기를 제거하는 것을 허용한 우리나라 최초의 판결로서, 그 허용여부를 둘러싸고 오랫동안 지속되던 사회적 논란과, 환자의 가족과 의료진 사이의 첨예한 갈등을 일시에 잠재울 수 있었던 획기적인 판결이다. 이 판결은 직접적으로는 “무의미한 연명치료의 중단”에 관한 판결이지만, 형법적으로도 살인죄(또는 촉탁살인죄), 자살관여죄 등의 성립여부와 관련하여 이정표가 되는 중요한 판결이다. 산소호흡기의 제거를 허용한 판례의 결론은 타당하다고 생각한다. 다만 판결의 근거로서 제시한 환자의 자기결정권의 내용을 어떻게 보느냐에 따라 비록 회복불능의 사망단계 환자이지만 그에게 부착된 산소호흡기를 떼어내 사망에 이르게 하는 것에 대하여 ‘사람을 죽일 권리가 있느냐’(소극적 안락사), 환자가 삶을 포기하고 스스로 생을 마감할 권리, 즉 ‘자살할 권리가 있느냐’(의사조력 자살) 등에 관한 난해한 자연법적 논란이 되살아날 여지가 있다. 그러므로 이러한 논란을 잠재울 합리적 근거를 제시하기 위하여는 판례가 언급한 자기결정권의 구체적 내용 및 그 법적 성격 정밀하게 분석해 볼 필요가 있다.

형법학계는 종래 회복 불가능한 말기환자의 치료중단을 소극적 안락사의 문제로 다루고 일정한 요건 하에서 치료중단을 허용할 수 있다는 견해가 통설이다. 그러나 이를 소극적 안락사로 성격지우고 접근하는 방법은 비록 부작용이라는 형식일망정 타인에 의하여 인간의 생명을 인위적으로 단축하는 행위, 즉 ‘안락 살해’를 허용하는 것이 되어 ‘사람의 생명은 어느 누구도 처분할 수 없다’는 형법의 대원칙인 절대적 생명보호의 원칙과 충돌할 수밖에 없다. 인간에게 ‘사람을 죽일 권리’가 있는가에 대한 논란은 수천 년 동안 마땅한 해답 없이 지속되어 왔으며 오늘날에도 계속되고 있다. 안락사허용에 관해서는 학계가 아닌 현실 사회에서도 노약자·장애자 등 사회적 약자나 종교계를 중심으로 광범위하게

반발하고 있다. 대법원의 ‘김 할머니 사건’ 판결은 연명치료중단을 허용하면서도 그 근거를 회복 불가능한 사망의 단계에 이른 환자가 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권에 기초하여 ‘자기결정권을 행사하는 것’에서 구하고 있다. 자기결정권의 구체적 내용이 무엇인지에 관해서는 분명치 않으나 의학적으로 무의미한 신체침해행위에 해당하는 연명치료를 환자에게 강요하는 것이 오히려 인간의 존엄과 가치를 해하게 되므로, 이와 같은 예외적인 상황에서는, 죽음을 맞이하려는 환자의 의사결정을 존중하는 것이 사회상규에 부합되고 헌법정신에도 어긋나지 아니한다는 것이다. 이것은 원치 않는 인공호흡기의 부착은 헌법상 보장된 환자의 프라이버시권을 침해한다는 취지의 1976년 미국 뉴저지 주 대법원의 Quinlan 사건판결에 영향을 받은 것으로 보인다. 환자 스스로의 결정에 의한 것이므로 나중에 그 환자가 사망하더라도 ‘타인에 의하여 죽음을 당하는 살인’이라는 부담감에서 탈피할 수 있는 진일보한 논리라고 평가할 수 있다. 그러나 이 또한 환자의 결정에 의한 치료중단은 곧 죽음이라는 것을 전제로 한 것이므로 자기결정권에 의한 치료중단은 곧 스스로 생명을 단축하는 일종의 자살로 해석될 수 있어 과연 ‘인간은 자살할 권리가 있는가?’라는 자연법적 논쟁으로 회귀될 여지가 있고, 환자의 이러한 ‘자살’에 조력한 의료진은 형법상의 자살관계죄에 해당되지 않는가하는 새로운 문제에 봉착하게 되는 단점이 있다. 그리하여 사건으로서는 치료중단에 대한 결정권의 법적 성격을 헌법상 인정되는 자기결정권에 기반을 두되, 그 구체적인 내용은 ‘죽일 권리’ 또는 ‘죽을 권리’의 인정여부와 같은 실체적인 권리가 아니라, i) 환자 스스로가 산소호흡기를 부착한 채로 계속 연명치료를 받을 것인가, ii) 또는 산소호흡기를 떼어내고 자신을 자연 상태에 놓여 있게 하면서 자연이 인도하는 바에 따라 종말을 맞이할 것인가 하는 인생의 종점을 향하여 가는 경로에 대한 선택권으로 파악하는 것이 옳다고 생각한다. 그 법적 성격도 실체적 권리가 아니고 단순한 하나의 절차적 권리, 즉 임종절차

선택권으로 자리매김할 수 있다. 이렇게 되면 회복 불가능한 환자의 치료중단허용을 둘러싸고 ‘죽일 권리’ 또는 ‘죽을 권리’ 인정할 수 있는가와 같은 중압감을 느끼는 문제와의 맞닥뜨림을 회피하고, 일반 시민이 막연히 느끼는 불안감을 종식시키는 장점도 부각시킬 수 있는 방안이라고 생각한다.⁸¹⁾

(투고일 2011년 7월 11일, 심사일 2011년 8월 5일, 게재확정일 2011년 8월 23일)

주제어 : 연명치료 중단, 소극적 안락사, 자기결정권, 임종절차선택권

81) 정진연, “연명치료 중단에 관한 형법적 고찰”, 법학연구 제36집(한국법학회, 2009), 283쪽은 “연명치료중단은 사망이라는 결과와 환자의 고통제거나 인간다운 죽음이라는 가치와는 분리된 가치중립적인 개념으로 이해하자”고 하는 바, 이러한 사고의 접근 방식도 논리의 구성은 다르나 논자의 주장과 같은 맥락이라고 생각한다.

참고문헌

1. 단행본

- 김일수/서보학, 형법총론, 박영사, 2006.
박상기, 형법총론, 박영사, 2009.
박상기, 형법각론, 박영사, 2008.
배종대, 형법각론, 홍문사, 2010.
손동권, 형법각론, 을곡출판사, 2004.
오영근, 형법각론, 박영사, 2005.
유기천, 개정 형법학(총론강의), 일조각, 1983.
이상돈, 치료중단과 형사책임, 법문사, 2003.
이재상, 형법총론, 박영사, 2011.
이재상, 형법각론, 박영사, 2010.
이형국, 형법학총론연구 I, 법문사, 1984.
임웅, 형법총론, 법문사, 2005.
정성근/박광민, 형법총론, 삼지원, 2001.
정영석, 형법총론, 법문사, 1983.
정영일, 형법각론, 박영사, 2008.
진계호, 신고 형법총론, 대왕사, 2000.
허일태, 안락사에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1994.

2. 논문

- 권혁남, “연명치료 중단에 관한 사례비교 및 존엄사의 정당화 가능성 연구”, 생명윤리 제11권 제1호, 한국생명윤리학회, 2010. 6.
김경화, “한계적 의료행위와 의사의 책임”, 동아법학 제30호, 동아대

- 학교 법학연구소, 2009.
- 김영철, “안락사와 관련된 현안문제에 대한 일고찰”, 검찰동우 통권 제13호, 2001.
- 김재봉, “치료중단과 소극적 안락사”, 형사법 연구 제12호, 한국형사법학회, 1999.
- 노동일, “치료거부권, 죽을 권리 및 존엄사에 대한 재검토: 헌법적 관점에서”, 공법학연구 제10권 제2호, 한국비교공법학회, 2009.
- 신현호, “호스피스·완화의료에 관한 형법적 연구”, 고려대학교 대학원, 2006.
- 이동익, “가톨릭 윤리신학의 안락사 이해와 불필요한 치료행위의 중단에 관한 고찰”, 가톨릭신학과 사상 제35호, 신학과사상학회, 2001.
- 이석배, “연명치료중단의 기준과 절차-대법원 2009. 5. 21. 선고 2009다17417 판결이 가지는 문제점을 중심으로”, 형사법연구, 한국형사법학회, 2009.
- _____, “생명윤리에 대한 형법적 보호의 한계”, 동아법학 42호, 동아대학교 법학연구소, 2008.
- 조규범, “존엄사에 대한 입법적 고찰”, 법학논총 제17집 제1호, 조선대 법학연구소, 2010.
- 정진연, “연명치료 중단에 관한 형법적 고찰”, 법학연구 제36집, 한국법학회, 2009.
- 정현미, “안락사와 형법”, 형사정책연구 제5권 제4호, 한국형사정책연구원, 1994.
- 한상훈, “안락사의 허용성에 관한 비교법적 고찰” 형사법연구 제21호, 한국형사법학회, 2004.
- 허순철, “헌법상 연명치료 중단”, 공법학연구 제11권 제1호, 한국비교공법학회, 2010. 2.

松宮孝明, “西獨の臨死介助對案とその基本思想,” 刑法雜誌, 제29권 제1호

Pratt. David A., “Too many physicians: Physician-assisted suicide after Glucksberg/Quill”, 9 *Alb. L. J. Sci. & Tech.* 161, 166(1999).

[Abstract]

**The Legal Nature and Penal Implications of
The Supreme Court's Decision on
Termination of Life-Sustaining Treatment
—Regarding the Supreme Court Judgment
2009–Da–17417 Sentenced May 21, 2009—**

Young-Cheol Kim*

For the first time in Korea, the Supreme Court of Korea permitted removing respirator from patients who was unable to recover from vegetative state. “Where a patient having entered into an irrecoverable fatal stage is recognized as exercising his or her self-determination based on human dignity and value as well as right to pursue happiness, termination of life-sustaining medical treatment shall be permitted as a matter of law,” ruled the Court in the judgment rendered on May 21, 2009, a landmark case for determining on the issue of murder (or commissioned murder) from the penal law perspective, as well. However, this judgment leaves much to be criticized in terms of its legal nature and the process of reasoning, thereby calling for a new alternative approach.

Penal law scholars have long viewed terminating medical treatment of incurable patients as passive euthanasia, which can be lawfully permitted only when meeting some qualifications, according to the prevailing idea among the academic discussions. Yet, no attempt to justify euthanasia under

* Professor of Law School, Konkuk University.

any line of legal theory can possibly avoid colliding with the absolute penal law principle, “No one is authorized to take human life.” The question of whether human beings are vested with the right to kill human beings will remain unanswered. In this regard, however, the Supreme Court characterizes a patient’s election to refuse life-sustaining treatment as an exercise of his or her right to self-determination. This appears to have been influenced by Quinlan case in 1976 by New Jersey Supreme Court purporting that unwanted attachment to a respirator infringes on the constitutional right of privacy of the patient. As removal of medical treatment from a patient with terminating illness inevitably leads to death, such patient’s exercising self-determination can be regarded as equivalent to committing suicide. Then, this might trigger an old-fashioned *lex naturae* issue, “Does a man have a right to kill himself?” Other implications may lead to complexities, amongst which is a question whether the medical staff who assist patients to “commit suicide” are perpetrating a crime of aiding suicide under the penal law. Thus, even if we invoke self-determination as the legal nature of terminating medical treatment, we have yet to find reasonable grounds to avoid such unconstructive ramification of issues.

To this Author, the legal nature of patient’s right to decline medical treatment is not a substantive right such as ‘right to kill’ or ‘right to die’, but simply a procedural right. It is a matter of choice on the part of the patient either to remain connected to a respirator for an infinite time on a hospital bed, or to remove the respirator and submit to nature’s way, the death. This Author labels this procedural right “the right to choose death process”.

Key Words : Termination of Life-sustaining Medical Treatment, Passive Euthanasia, Right to Self-Determination, Right to Choose Death Process

