

안락사 논의와 「연명의료 중단 법률」의 주요쟁점에 대한 소고*

A Discussion on Euthanasia and a Comment on the 「Act of Hospice Palliative Care and Withdrawing Life Sustaining Treatment」

이 승 호**

Lee, Seung-Ho

목 차

- | | |
|-------------------|------------------------------|
| I. 들어가는 말 | III. 「연명의료 중단 법률」의 내용에 대한 검토 |
| II. 안락사의 유형과 허용논의 | IV. 진전과 전망-맺는말을 대신하여- |

이 글은 두 부분으로 구성되어 있다. 첫째는 안락사 전반에 대한 논의의 정리와 평가이다. 특히 집중한 사항은 적극적 안락사와 소극적 안락사에 대한 논의의 검토이다. 전자는 아직 불허의 주장이 힘을 받고 있는 반면, 후자는 허용의 물꼬가 이미 트였다는 것이 이 글의 진단이다. 이를 바탕으로 이 글은 두 번째 작업을 진행하고 있다. 금년 2월에 공포된 「호스피스·완화의료 및 임종과정에 있는 환자의 연명의료결정에 관한 법률」 중에서 ‘연명의료 중단’에 관한 규정을 분석하는 것이다. 동 법률은 연명의료의 중단, 즉 소극적 안락사를 허용하기 위한 요건과 절차 및 중단 가능한 의료의 내용 등에 관해서 규정하고 있다. 동 규정들을 항목별로 분류하여 정리하고 평가하였으며, 그러다보니 이 부분에서 다소 많은 지면이 할애되었다. 그리고 마지막으로 이 글은 향후의 전망을 덧붙이고 있다. 적극적 안락사에 대해서도 본격적인 논란이 전개되어 허용의 범위가 차츰 확대될 것이라는 예측이다.

투고일 : 2016. 8. 26. / 심사완료일 : 2016. 9. 20. / 게재확정일 : 2016. 10. 13.

* 「호스피스·완화의료 및 임종과정에 있는 환자의 연명의료결정에 관한 법률」 중에서 이 글의 관심대상인 <연명의료 중단에 관한 규정>들을 「연명의료 중단 법률」이라고 부르기로 한다.

** 건국대학교 법학전문대학원, 교수

Professor, Law School of Konkuk University

[주제어] 안락사, 연명의료중단, 사전연명의료의향서, 연명의료계획서, 의료기관윤리위원회

I. 들어가는 말

형법학의 논의에서 ‘안락사’는 오래된 논제이다. 하지만 좀처럼 진전이 없이, 참호전의 양상만 띄어왔다. 그런데 근자에 들어 상황의 변화가 보고된다. 합법화 진영의 정면 진격이 시작된 것이다. 촉발은 2009년의 ‘김 할머니 사건’이었다. 가족들이 김 할머니에 대한 연명장치 제거의 청구소송을 제기하였는데, 대법원이 이를 허락하였다.¹⁾ 그렇게 안락사 허용의 물꼬가 트이자 합법화 진영은 법제화의 추진에 본격적으로 나섰다. 18대 국회에서는 안락사 허용에 관한 법률안이 수 건 발의되었고, 보건복지부 역시 공청회 개최 등의 법제화 작업을 진행하였다. 그리고 마침내 19대 국회에서는 그 동안의 작업을 종합한 결과물이 공식적으로 모습을 드러내게 된다. 2016년 1월 8일에 「호스피스·완화의료 및 임종과정에 있는 환자의 연명의료결정에 관한 법률」이 제정된 것이다. 안락사의 한 유형인 연명의료 중단이 입법적으로 허용된 순간이다. 동 법률은 2016년 2월 3일에 공포되었으며, <호스피스·완화의료에 관한 규정>들은 2017년 8월 4일부터 시행되고, <연명의료 중단에 관한 규정>들은 2018년 2월 4일부터 시행될 예정이다.

일단 세간의 분위기는 호의적인 것 같다. 그 동안 언론에는 노인의 절대다수가 안락사를 원한다는 실태조사도 소개된 바 있다.²⁾ 그러한 덕인지, “인간적 품위를 지키며 편안하게 삶을 마무리할 수 있게 됐다.”는 평도 발견된다.³⁾ 「연명의료 중단 법률」의 시동이 제지될 것 같지는 않으며, 2년 후부터는 연명의료 중단이라는 안락사의 처치가 의료현장의 곳곳에서 실행될 것으로 예견된다.

그렇다면 이제 안락사의 논전은 막을 내린 것일까? 그렇지 않다는 것이 이 글의 인식이다. 생명을 내려놓는 일인 만큼 입법적 조치만으로 완전 해결을 기대하는 것은 무리이다. 안락사는 실존에 대한 성찰의 논제이고, 따라서 철학과 종교 그리고 문화의 합의가 없이는 공방이 지속될 수밖에 없다. 당장에도 종교계의 일각에서는 「연명의료 중단 법률」의 시행이 생명경시로 이어질 것을 강하게 우려하고 있다.⁴⁾ 아울러 대표적 관련단체인

1) 대법원 2009. 5. 21. 선고 2009다17417 전원합의체 판결.

2) 한국보건사회연구원의 조사에 따르면 65세 이상 노인의 88.9%가 연명치료를 반대하는 것으로 나타났다. 정경희 외 12인, 2014년도 노인실태조사, 한국보건사회연구원, 2014, 243-244쪽.

3) 이지혜, “연명의료중단, 환자의 뜻 모르면 가족 전원 동의해야”, 조선일보, 2016.1.9.

환자단체연합회에서는 「연명의료 중단 법률」의 취지를 인정하면서도 남용의 방지책을 요구하고 있다.⁵⁾ 구체적인 시행방법에서 추가적인 논제를 제기하는 것이다. 반면, 합법화의 발걸음을 더욱 재촉하려는 기류도 감지된다. 사실 연명의료 중단은 안락사의 온건한 유형에 불과하다. 제대로 된 안락사의 본래적 모습은 조력자살이나 직접투약에서 찾아진다. 소위 적극적 안락사로 불리는 그야말로 정통적이고 노골적인 안락사의 시술인 것이다. 합법화 진영에서도 순혈의 전위부대라면 거기까지의 진군을 주장하지 않을 리 없다. 따라서 논전은 계속되는 것이다. 법제화의 성사로 합법화 진영이 기선을 잡은 모양새이긴 하지만, 본질에 대한 논쟁은 여전히 진행형이다.

이러한 상황을 염두에 두면서 이 글은 쓰여 졌다. 편향된 가치나 특정집단의 이해에 치우치지 않고, 일반대중의 감성에도 휘둘리지 않으면서, 차분하게 안락사라는 논제를 다시 한 번 생각해 보고자 한다(Ⅱ). 그러면서 시행을 앞두고 있는 「연명의료 중단 법률」의 주요내용을 검토하는 것도 이 글의 중요한 과제이다(Ⅲ). 그 후 현금의 진전을 평가하고 향후의 전망을 덧붙이는 약간의 작업이 수행될 것이다(Ⅳ). 본격적인 논의를 위해 장을 바꾼다.

Ⅱ. 안락사의 유형과 허용논의

1. 유형

안락사의 유형을 구분하는 이유는 허용여부와 관련하여 다른 의미를 지니기 때문이다. 즉, 어떤 유형의 안락사인지에 따라 허용여부의 판단이 달라진다. 그런데 유형의 구분은 안락사에 대한 다양한 용어와 혼재되어 정돈이 쉽지 않다. 따라서 이 글에서는 전통적인 구분기준에 따라 안락사의 유형을 정리하고, 그러한 틀 속에서 새로운 용어들에 대한 설명을 첨가하기로 한다. 종래 형법학에서 가장 많이 소개된 안락사의 유형은

4) 한국기독교생명윤리협회는 “사람의 생명의 가치는 그 사람에게 남은 잔여수명의 길이나 신체의 상태에 따라서 달라질 수 있는 것이 아니”라고 하면서, 「연명의료 중단 법률」에 대하여 “건강한 공화국을 만든다는 명목으로 병든 유아들과 노인들을 인위적으로 제거했던 고대 희랍사회의 범죄와 독일 나치 제국의 악명 높은 안락사 프로그램의 전철을 따라가는 조치가 될 우려가 있음”을 지적하고 있다. 이대웅, “존엄사 법안, 소극적 안락사 허용 위험요소 내포”, 크리스천투데이, 2015.7.16. 참조.

5) 신민우, “연명치료나 완화의료냐, 그것이 문제로다”, 경향신문, 2016.1.15.

진정안락사, 간접적 안락사, 소극적 안락사, 적극적 안락사의 4가지이다.

- ① 진정안락사는 생명의 기간을 단축시키지 않는 안락사이다. 임종을 맞은 환자의 고통만을 제거하는 의술이며, 따라서 살인죄의 구성요건에 해당되지 않는다.
- ② 간접적 안락사는 고통 완화의 목적으로 행하는 처치가 생명 기간의 단축이라는 부수효과를 가져오는 경우이다. 말기의 암 환자에게 모르핀을 투여하는 처치가 예로서 거론된다.
- ③ 소극적 안락사는 인위적인 생명 연장의 처치를 포기함으로써 생명의 기간을 단축시키는 안락사이다. 소극적 안락사는 존엄사와 중복되기도 한다. 문리적 의미로는 안락사가 고통 없이 죽는다는 개념임에 반하여, 존엄사라는 용어에는 품위 있게 죽는다는 의미까지 내포된다. 따라서 후자는 권리의 지위를 가질 수 있고, 그렇기 때문에 범주가 엄격하게 설정될 필요가 있다. 소극적 안락사와 존엄사의 범주 비교에 관해서는 동일하게 보는 견해와⁶⁾ 구별하는 견해가⁷⁾ 제시되지만, 소극적 안락사의 범주 안에 존엄사가 포함되는 것으로 설명해도 무방하다.
- ④ 적극적 안락사는 환자의 고통을 제거하기 위하여 적극적으로 환자의 생명 기간을 단축시키는 처치이다. 의사조력자살이라는 용어가 사용되기도 하는데, 정확히 말하면 의사조력자살은 적극적 안락사의 한 종류이다. 환자의 자살을 의사가 도우는 방식이니 상대적으로 완화된 적극적 안락사의 방법이라고 할 수 있다. 그 이외에 의사의 직접 투약도 거론될 수 있는데, 이것 역시 개념상으로는 적극적 안락사에 속한다.

2. 진정안락사와 간접적 안락사에 대한 검토

진정안락사와 간접적 안락사는 논쟁의 대상에 포함시킬 필요가 없는 사안들이다. 그것은 고통 완화의 호스피스로서 형법이 시비할 거리가 없다. 기존의 논의에서도 양자의 불허를 주장하는 견해는 찾아지지 않는다. 우선, 진정안락사는 개념에서부터 범죄성이 결여되어 있다. 생명 기간의 단축을 초래하지 않는 처치라고 설명되기 때문이다. 따라서 진정안락사는 애당초 살인죄의 구성요건에 해당되지 않는다. 다음에, 간접적

6) 전지연, “안락사에 대한 형법적 고찰”, 한림법학 Forum 제4권, 한림대학교 법학연구소, 1995, 120쪽 참조.

7) 생명연장기기에 의한 연명의료의 중단을 존엄사라고 부르고, 영양공급이나 약물투여 등과 같은 일반적인 처치의 중단을 소극적 안락사로 지칭하는 견해이다. 윤영호, “품위 있는 죽음(존엄사)을 위한 법적, 제도적 장치 마련”, 의료정책포럼 제6권 제3호, 대한의사협회 의료정책연구소, 2008, 103쪽.

안락사 역시 범죄성과는 거리가 멀다. 처치의 본질이 고통 완화의 의료에 있을 뿐이고, 생명 기간의 단축 효과는 부수적인 부작용에 불과하기 때문이다. 그러한 부작용까지 문제 삼는다면 현대의 의학과 제약은 전반적으로 재검토되어야 한다. 주지하듯이, 부작용의 위험은 현대의료의 곳곳에 산재되어 있다. 따라서 일정 수준의 부작용 위험은 허용될 수밖에 없다. 문제는 간접적 안락사의 처치가 초래하는 부작용이 허용범주의 위험인지 여부인데, 극심한 고통에 시달리는 환자의 상태를 고려한다면 부작용을 감수하고라도 고통 완화의 처치를 시행하지 않을 수 없을 것이다. 형법적 처리의 방안으로는 사안에 따라 구성요건해당성을 배제하거나(고의 결여) 위법성을 조각하는(사회상규에 위배되지 않는 행위로서 정당행위) 방법이 제시된다.

3. 적극적 안락사에 대한 검토

3.1 논란

적극적 안락사는 앞의 두 유형(진정안락사와 간접적 안락사)과는 대척점에 서 있는 안락사 유형이다. 그것은 말 그대로 고통 제거를 위해 세상을 하직하려는 환자의 결정에 적극적으로 동참하는 처치이기 때문이다. 가장 강력한 안락사의 유형이고, 따라서 반대론도 강하다. 동참의 방법으로는 <조력 제공>과 <직접 투약>이 제시되는데, 전자는 환자의 자살을 의사가 도우는 방식임에 반하여, 후자는 안락사의 처치를 의사가 주도하는 방식이다. 후자에 대한 반대가 더 강고함은 말할 나위 없다.

3.2 학설과 법제

3.2.1 학설

적극적 안락사의 허용여부에 관한 논란은 불허설이 우세한 양상이다. 논거는 당연히 생명보호의 사상이다. 생명은 절대가치이므로 그 어떤 다른 필요도 생명의 적극적 훼손을 정당화할 수 없다는 것이다. 그 필요가 고통의 제거라는 온정적 요청이든 무익한 생명의 제거라는 공리적 목적이든 마찬가지이다. 다른 무엇도 넘을 수 없는 비교 불가의 절대가치가 생명인 한, 적극적 안락사는 용인될 수 없다는 것이 불허설의 핵심논지이다. 그에 덧붙여서, 전 세기에 있었던 역사적 체험 역시 불허설에 힘을 보탠다. 바로 나치의

인종개량 정책이다. 나치는 소위 ‘가치 없는 생명’의 제거를 추진했으며, 그 결과 20만 명 이상이 희생된 것으로 알려진다.⁸⁾ 그러면서 그들의 살해를 ‘자비로운 죽음’으로 미화시켰다. 안락사 담론이 지나는 무서움의 극단적 실현이었던 셈이다.

반면에, 허용설이 의지하는 가장 중요한 논거는 자기 결정의 존중이다. 모든 인간은 삶의 의지를 갖는데, 그럼에도 불구하고 자율적으로 죽음을 요구한다면 이는 허용되어야 한다는 주장이다. 덧붙여서, 공리주의적 사고 역시 적극적 안락사에 허용의 문을 연다. 더 이상의 생명 유지가 긍정적 의미를 갖지 못하는 상황에서 죽음을 금지하는 것은 모두에게 해가 된다는 논리이다.⁹⁾ 그러한 연장선에서, 동물이 회복 불가능한 상태에서 심한 고통을 겪고 있는데 그대로 두는 것이 명백히 그릇된 일이라고 생각하면서 동일한 상황에 놓인 유아의 안락사를 반대하는 것은 인간 생명의 신성함이라는 잘못된 교리 때문이라는 주장을 펴기도 한다.¹⁰⁾

3.2.2 법제

적극적 안락사를 허용하는 법제는 드물다. 최초의 법제는 1994년에 미국의 오리건 주에서 만들어졌고,¹¹⁾ 국가적 차원에서 매겨보는 최초의 타이틀은 2000년에 법제를 시행한 네덜란드에게 돌아간다. 양 법제는 요건과 절차의 면에서는 큰 차이가 없다. 시한부 질병 내지 불치의 질병에 걸린 환자의 자발적 요청이 적극적 안락사의 핵심적 요건이고, 담당 의사 이외에 다른 의사의 확인이 절차적으로 요구된다는 점도 같다. 하지만 허용하는 방법에서는 차이를 보인다. 오리건의 법제가 의사 <조력 자살>만 허용함에 반하여, 네덜란드의 법제는 의사의 <직접 투약>까지 허용한다. 오리건 법제가 적극적 안락사에 반 발자국만 디뎠다면, 네덜란드 법제는 마음먹고 온 발자국을 내딛은 것이다.¹²⁾

8) 나치는 ‘T-4’로 알려진 인종 개량 프로젝트를 통해 정신분열증, 간질병, 장애인 등을 선별적으로 살해하였다. 이안 다우비긴(Ian Robert Dowbiggin), 신윤경 옮김, 안락사의 역사, 섬돌, 2007, 157쪽 이하 참조.

9) 이한규, “안락사에 대한 역사적 해석과 법적 고찰”, 법학논총 제24권 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2007, 163-164쪽 참조.

10) 피터 싱어(Peter Singer), 황경식 옮김, 실천윤리학, 철학과 현실사, 1997, 251-252쪽.

11) 오리건 주에서 시행하는 <존엄사법 Death with Dignity>의 내용과 운영실태에 대해서는 이기현, “의사조력자살에 대한 고찰”, 홍익법학 제15권 제1호, 홍익대학교 법학연구소, 2014, 199-224쪽 참조.

12) 오리건 주의 안락사 제도와 네덜란드의 안락사 제도에 대한 비교는 한상훈, “안락사의 허용성에 대한 비교법적 고찰 -미국 네덜란드 독일 일본을 중심으로-”, 형사법연구 제21호, 한국형사법학회, 2004, 176-182쪽 참조.

3.3 소결

적극적 안락사는 논쟁의 가운데로 뛰어들기에 충분한 활동부대를 아직은 규합하지 못하고 있는 것으로 진단된다. 허용설의 주장은 변방에 머물 뿐이고, 외국의 법제에서도 힘이 될 만한 친화적 흐름은 형성되어 있지 않다. 불허설이 내거는 생명의 절대적 가치는 형이상학의 모토는 현금의 허용설이 뛰어넘기에 대단히 벅찬 장벽이다. 공리주의적 설득도 생명을 논제로 할 때에는 힘을 발휘하기가 쉽지 않다. 더욱이 인종개량의 무서운 역사까지 경험한 마당이니 생명의 가치를 효용으로 재단하는 것은 금기일 수도 있다. 하지만 그렇다고 해서 허용설이 완전히 무장해제된 것은 아니다. 허용설도 자기 결정의 존중이라는 비대칭 전력을 보유하고 있기 때문이다. 주지하듯이, 근대의 법제에서 자살은 범죄가 아니다. 아무리 생명에 절대적 가치가 부여된다고 해도 스스로 포기하는 것까지 처벌할 수는 없는 일이기 때문이다. 적극적 안락사는 그러한 자살의 원조에 불과하다. 그것도 대상자가 죽음을 앞두고 있으며 심한 고통을 받고 있다는 극단의 상황에서 행해지는 자살의 원조이다. 사실 그러한 상황에서는 안락사의 불허가 오히려 잔인할 수도 있다는 점, 바로 그 지점에 허용설의 본진은 구축되어 있으며, 그래서 불허설의 진영에서도 허용설의 해체까지는 쉽지 않아 보인다.

4. 소극적 안락사에 대한 검토

4.1 논란

소극적 안락사는 생명연장수단이 필수적인 환자에게 연명조치를 포기하는 유형의 안락사이다. 가능한 경우의 수로는 ① 처음부터 생명연장수단을 부착하지 않는 사안과 ② 부착된 생명연장수단을 제거하는 사안이 생각될 수 있는데, 실제에서는 후자가 일반적이다. 소극적 안락사는 환자의 사망을 직접 의도한다는 점에서 진정안락사 및 간접적 안락사 보다 한 걸음 더 나아간다. 그렇지만 인위적으로 환자를 사망시키는 것이 아니라는 점에서 적극적 안락사 보다는 당연히 뒤에 선다. 소극적 안락사는 애써 환자의 생명을 연장하지 않을 뿐이지, 환자의 사망에 적극적으로 개입하는 것이 아니다. 따라서 반대의 목소리도 적극적 안락사 보다는 현저히 작다. 오히려 허용을 어떤 법리로 할 것인지에 관한 논란이 활발해 보이기도 한다. 그러한 분위기가 「연명의료 중단 법률」의 제정까지

견인한 셈인데, 본격적인 법 분석에 앞서 그 동안의 논의와 저변의 사정을 간략히 정리해 보고자 한다. 항을 바꾼다.

4.2 학설과 법제

4.2.1 학설

소극적 안락사의 허용여부에 관해서는 허용설이 우세하다. 그도 그럴 것이, 적극적 안락사와 달리 소극적 안락사는 문제 상황 자체가 의료기술의 비약적 발전이라는 외부적 요인에서 비롯된 것이기 때문이다. 과거에는 환자의 사기(死期) 지연이 예외적으로만 가능했으나, 생명연장기술의 발달로 이제는 평상적인 사례가 되어 버렸다. 따라서 환자의 결단을 존중해야 할 새로운 필요가 생겨났다는 것이 허용설의 주장이다. 그렇지 않으면 환자는 타의에 의해 고통스러운 연명을 견뎌야 하는 상황에 빠지는데, 이는 의료가 환자를 객체로 전락시키는 형국으로서 오히려 법의 정신에 반한다는 설명이다.¹³⁾ 그에 덧붙여서, 가족들의 경제적 곤란과 간병의 어려움을 해결해야 한다는 현실적 요청도 허용설의 부수적인 논거로 제시된다. 관심의 범주를 넓혀보면, 장기이식을 통한 다른 생명의 구제라는 인도적 목적도 허용설의 원군이 된다.

허용설의 우세는 구체적인 법리의 구축으로까지 이어졌다. 입법에 기대지 않고 현행 법의 체계 내에서도 소극적 안락사를 허용하려는 시도이다. 가장 대표적인 법리는 (a) 위법성 조각으로 해결하는 방안이다. 여기서는 일정한 요건이 충족되는 소극적 안락사를 ‘사회상규에 위배되지 않는 행위(형법 제20조)’로 취급한다.¹⁴⁾ 요구되는 요건의 핵심은 ① 불치의 질병으로 사기가 임박한 상황에서 ② 환자의 동의가 확인되어야 한다는¹⁵⁾ 2가지이다. 다만 일부 문헌에서는 (b) 구성요건해당성의 단계에서 문제를 해결하려는 견해도 발견된다.¹⁶⁾ 연명조치의 포기를 부작위의 행위유형으로 이해하면서, 소극적

13) 무신론자들에게 종교의 교리를 내세워 소생가능성 없는 삶을 연명시키라고 강제하는 것은 오히려 그 개인에 대한 범죄행위라는 주장도 제시된다. 박영호, “미국에서의 소극적 안락사에 대한 사법적, 입법적 논의”, 인권과 정의 제35호, 대한변호사협회, 2005, 142쪽 참조.

14) 소위 ‘김 할머니 사건’에서는 대법원도 예외적인 상황 하에서는 연명치료를 중단하는 것이 “사회상규에 부합되고 헌법정신에도 어긋나지 아니한다.”고 판시한 바 있다. 대법원 2009. 5. 21. 선고 2009다17417 전원합의체 판결.

15) 환자가 의식불명인 경우에는 추정적 승낙의 법리에 의해 허용될 수 있다는 견해도 제시된다. 임웅, 형법각론 제6정판, 법문사, 2015, 28쪽 참조.

16) 김일수/서보학, 새로 쓴 형법각론 제8판, 박영사, 2015, 18쪽 참조.

안락사의 요건이 충족되는 경우에는 생명유지의 작위의무가 소멸한다고 주장하는 것이다. 아울러 의료계의 일각에서 끊임없이 주장되는 소위 (c) 뇌사설 역시 구성요건해당성의 배제를 가능하게 한다. 물론 뇌사상태의 환자에만 국한된다는 한계를 지니지만,¹⁷⁾ 어쨌든 뇌사를 사망으로 보게 되면 연명조치의 포기는 사체를 대상으로 행해지는 행위에 불과하기 때문이다.

이렇게 허용설이 백화난만한 동안에 불허설은 무대의 중앙에서 점차 밀려나게 되었다. 무엇보다 의료현장에서의 실제적 요구가 소극적 안락사의 허용을 불가피한 사안으로 몰고 갔다. 그러한 현장의 목소리를 잠재우려면 적절한 대안을 제시해야 할 터인데, 이 부분에서 불허설은 묘책을 찾아낼 수 없었다. 하지만 그렇다고 불허설이 무대에서 완전히 사라진 것은 아니다. 일부 종교계에서는 살아 있는 한 의료가 지속되어야 한다는 주장이 여전히 제기된다. 영혼을 거두는 것은 하나님만이 할 수 있는 일이라는 인식이 절대명제이기 때문이다.¹⁸⁾ 그에 덧붙여, 부작용의 우려라는 실제적 위험은 불허설의 또 다른 중심 논거가 된다. 소극적 안락사의 전면적 허용은 의사나 환자의 대리인이 환자의 생사를 좌우하는 부작용을 막을 수 없다는 것이다. 그에 대한 우려의 경종이 계속 울리는 한 불허설의 목소리는 아직 완전히 잦아진 것이 아니다.

4.2.2 법제

소극적 안락사를 허용한다면 가장 깔끔한 방법은 입법으로 해결하는 것이다. 미국의 경우 일찍부터 입법화의 시도가 행해져서, 이미 1906년에 오하이오 주의 의회에 소극적 안락사에 관한 법률안이 제출된 것으로 알려진다. 하지만 입법이 성사된 것은 1976년 캘리포니아 주에서였다. ‘자연사법(Natural Death Law)’이라는 명칭으로 소극적 안락사를 허용하는 법률이 주의 의회에서 가결되었고, 1977년 1월 1일부터 시행되었던 것이다. 그 후 1984년에 플로리다 주에서 ‘생명연장절차법(Life Prolonging Procedures Act)’이 제정되었고, 곧 미국 전역에 확산되어 오늘날에는 대부분의 주에서 소극적 안락사가 법제적으로 허용된다. 유럽에서도 일부 국가가 입법에 의한 해결의 방법을 채택하고 있는데, 영국과 프랑스 및 오스트리아 등이 대표적이다. 이 나라들은 모두 2005년에 소위 ‘환자 자기결정법’을 제정한 것으로 알려진다.

17) 맥락은 조금 다르지만, 뇌사상태의 경우에는 치료행위의 요건이 구비되지 않기 때문에 의사의 보증인의무가 인정되지 않아서 구성요건해당성이 부정된다는 견해도 발견된다. 김재봉, “치료중단과 소극적 안락사”, 형사법연구 제12호, 한국형사법학회, 1999, 171-172쪽 참조.

18) 이상원, “왜 안락사를 반대하는가”, 월간목회, 신망에 트라이앵글, 2006.9, 46-51쪽 참조.

4.3 소결

적극적 안락사와 달리 소극적 안락사는 이제 불허의 주장이 쉽지 않아 보인다. 이미 ‘김 할머니 사건’에서 사법부가 무의미한 연명처리의 중단을 허용하였을 뿐 아니라, 입법부 역시 소극적 안락사의 허용에 동참하여 「연명의료 중단 법률」을 통과시켰기 때문이다. 당위론의 차원에서도 불허설은 과도하게 지나친 명분으로 평가된다. 하나님의 영역이라는 형이상학의 담론만으로 원치 않는 연명의 강제를 어떻게 설득할 수 있겠는가? 그러기에는 환자와 가족의 고통이 너무 크고, 의료의 출혈도 감당되지 않는다. 무의미한 연명은 오히려 지속이 인위적이고 중단이 자연스럽다. 연명의 기술로 자연스러운 죽음을 저지하는 것은 어찌 보면 그 자체가 반종교적인 행위인지도 모른다. 소극적 안락사가 바로 그러한 ‘자연스러운 죽음’을 의미하는 것이라면 받아들이지 못할 이유가 없는 것이다. 다만, 불허설이 제기하는 부작용의 우려는 충분히 숙고되어야 할 과제이다. 말 그대로 ‘자연스러운 죽음’이어야 하며, 다른 부정적 가치나 필요가 개입해서는 안 되는 것이다. 이러한 잣대를 가지고 다음 절에서는 국회가 제정한 「연명의료 중단 법률」의 내용을 검토해 보기로 한다.

III. 「연명의료 중단 법률」의 내용에 대한 검토

1. 대상자

1.1 대상자의 범주

「연명의료 중단 법률」에 의하면 연명의료 중단¹⁹⁾ 대상자는 ‘임종과정에 있는 환자’이다(제15조). 핵심 지표는 ‘임종과정’인데, 법에 따르면 “회생의 가능성이 없고, 치료에도 불구하고 회복되지 아니하며, 급속도로 증상이 악화되어 사망에 임박한 상태”를 말한다고 한다(제2조 제1호). 따라서 ‘임종과정’의 개념요소는 3가지로 구성된다. ① 향후

19) 이 글에서는 연명의료 중단이라는 용어를 말 그대로의 중단 뿐 아니라 처음부터 연명의료를 시행하지 않는 것까지 포함하는 개념으로 사용하기로 한다. 이를 「연명의료 중단 법률」은 ‘연명의료중단 등’이라는 용어로 표현하고 있으나, 여기서는 편의상 ‘등’을 빼고 사용하는 것이다.

회생의 가능성이 없고(미래 예측), ② 지금까지의 치료에도 불구하고 회복되지 아니하며 (과거 평가), ③ 급속한 증상의 악화로 현재 사망이 임박한 상태(현재 진단)여야 한다. 하지만 상병(傷病)의 종류에는 제한이 없다. 암 등의 질환으로 인한 병자이든 치명적인 외상을 입은 부상자이든 ‘임종과정’의 요소가 충족되면 모두 소극적 안락사의 대상자가 될 수 있는 것이다.

문제는 지속적 식물상태(PVS, persistent vegetative state)의 환자, 즉 소위 ‘식물인간’이 포함되는지 여부이다. 주지하는 바와 같이 식물인간은 뇌사자와 다르다. 뇌사란 생명유지에 필수적인 중뇌와 연수가 손상된 상태이므로, 뇌사자는 자력호흡이 불가능하고 인공호흡기를 제거하면 바로 사망한다. 반면에 ‘지속적 식물상태’란 대뇌의 손상으로 의식과 운동기능이 상실된 상태에 불과할 뿐, 그 이외의 생명유지기능은 살아있으므로 자력호흡이 가능하다는 특징을 지닌다. 따라서 뇌사자는 별개로 하더라도, 지속적 식물상태의 환자는 과연 ‘임종과정에 있는 환자’로 볼 수 있는지 논란이 제기될 수 있다. 그 동안의 입법과정에서 제안된 법안들 중에는 식물인간 제외의 규정을 명시적으로 두고 있는 것도 발견된다.²⁰⁾ 하지만 「연명의료 중단 법률」은 그에 대한 판단을 명시적으로 하고 있지 않아서 논란거리를 남겨두고 있는 셈이다. 그러나 동 법률의 해석에서도 식물인간은 의료중단의 대상자에서 제외된다는 것이 이 글의 판단이다. 논거는 다음과 같다. ① 통상적인 식물인간은 ‘임종과정에 있는 환자’의 개념요소인 ‘사망이 임박한 상태’에 해당되지 않는다. 사안에 따라서는 수년간 지속적 식물상태가 유지되기도 하기 때문이다. ② 지속적 식물상태에서 환자에게 필요한 것은 영양분과 물의 공급인데, 「연명의료 중단 법률」은 영양분과 물의 공급이 중단되지 말아야 함을 규정하고 있다(제19조 제2항). 따라서 통상적인 식물인간은 대상자에서 제외시키는 취지로 이해하는 것이 자연스러운 해석이 된다.

1.2 대상자 여부의 판단

환자가 임종과정에 있는지 여부는 당연히 의사에 의해 전문적으로 판단되어야 한다.

20) 연세대학교 의료법윤리학연구원의 법안이 대표적이다. 동 법안은 제20조 제3항에서 대뇌의 손상으로 의식과 운동기능을 상실하였더라도 호흡, 순환, 흡수 및 소화 등의 기능을 유지하고 있는 환자는 연명의료 중단의 대상이 아님을 명백히 하고 있다. 연세대학교 의료법윤리학연구원, “연명의료 환자결정권 제도화 관련 인프라 구축 방안”, 연명의료 환자결정권 제도화 관련 인프라 구축 방안공청회, 보건복지부 발주 연구보고서, 2013, 96쪽 참조.

즉, 판단의 주체는 의사이고, 판단의 방법은 현대 의학의 매뉴얼이다. 이 점은 「연명의료 중단 법률」에도 명시되어 있다. ‘임종과정에 있는 환자’의 판단을 위해서는 담당의사와 해당 분야 전문의 1명의 의학적 검진이 있어야 한다는 것이다(제2조 제2호와 제16조). 담당의사에 덧붙여서 전문의 1명의 추가 판단을 요구하는 것은 대상자의 결정에 신중을 기하기 위해서이다. 참고로, ‘김 할머니 사건’에서는 환자가 회복 불가능한 사망의 단계에 이르렀는지 여부에 관하여 전문의사 등으로 구성된 위원회의 판단을 거치는 것이 바람직하다고 대법원이 권한 바 있다.²¹⁾ 하지만 「연명의료 중단 법률」은 원칙적으로 위원회의 판단까지는 요구하지 않는 것으로 해석된다. 현장 의료기관에 연명의료 중단에 관한 사항을 심의하는 ‘윤리위원회’를 두도록 하고는 있으나(제14조), 환자와 환자 가족 또는 의료인이 요청하는 경우에만 ‘윤리위원회’의 심의를 거치도록 함으로써(제14조 제2항 제1호) 위원회의 판단을 보충적 기제로 사용하고 있을 뿐이다. 동 위원회의 기능에 대해서는 해당 항목에서 설명하기로 한다.

1.3 평가

대상자의 설정에서 가장 논란이 되는 사항은 식물인간의 포함 여부이다. 입법론적으로는 포함을 찬성하는 견해와 반대하는 견해가 각기 제시될 수 있다. 그런데 찬성의 입장은 적극적 안락사의 허용론과 맥을 같이 한다는 문제점을 지닌다. 식물인간의 경우 일반적인 연명의료만으로도 생명이 지속되는 바, 그것의 중단은 의미의 면에서 적극적 안락사와 다르지 않기 때문이다. 따라서 「연명의료 중단 법률」이 소극적 안락사에 한정된 법제라는 점을 감안할 때, 식물인간의 포함은 동 법률의 취지와 어울리지 않는다. 그래서 이 글은 식물인간을 연명의료 중단의 대상자에서 제외시키는 해석론을 제시하였는데, 보다 확실한 방법은 입법적 해결이라고 생각된다. 「연명의료 중단 법률」은 이미 제정되었으므로, 향후 차선책으로 시행령에서라도 같은 내용을 명시하도록 제안한다.

다음에, 구체적으로 대상자 여부를 판단하는 주체의 설정과 매뉴얼의 기획은 「연명의료 중단 법률」의 성패를 가르는 대단히 중요한 요소이다. 우선 판단의 주체를 담당의사로 할 것인지 특정 위원회로 할 것인지 문제되는데, 「연명의료 중단 법률」이 담당의사를

21) “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.”고 판시하였다. 대법원 2009. 5. 21. 선고 2009다17417 전원합의체 판결.

선택한 것은 현장 전문성을 중시했다는 점에서 타당해 보인다.²²⁾ 그러면서 전문의 1명의 추가 판단까지 요구함으로써 신중성도 기하고 있으니 판단주체의 설정은 적절한 것으로 평가된다. 다만 담당의사에게 판단의 업무를 맡긴다면, 판단의 매뉴얼은 보다 정교해야 할 것이다. 향후 국가호스피스연명의료위원회의 산하에 프로젝트 팀(task force)을 두어 판단 매뉴얼의 작성에 힘을 기울여야 할 것으로 생각된다.

2. 동의

2.1 사전연명의료의향서에 의한 동의

연명의료 중단의 결정을 위해 요구되는 가장 중요한 절차적 요건은 대상자의 동의이다. 대상자는 임종과정에 임박하여 동의할 수도 있지만 사전에 자신의 의사를 표현해 놓을 수도 있다. 후자의 일환으로, 특정된 ‘등록기관’에서 정해진 절차에 따라 자신의 의사를 기재하고 등록한 서면이 사전연명의료의향서이다. 평소시의 의사표현이라는 점에서 자발성(自發性)이 강하게 담보되며, ‘등록기관’이 관장하였다는 점에서 객관적 신뢰성도 확보된다. 사전연명의료의향서에 관한 법규정(제11조와 제12조)의 내용을 정리하면 다음과 같다.

2.1.1 ‘등록기관’

「연명의료 중단 법률」은 사전연명의료의향서에 관한 업무의 수행기관을 ‘등록기관’이라고 명명한다. ‘등록기관’에는 의료기관 뿐 아니라 공공적인 기관이나 단체가 포함되는 바, 구체적으로는 ① 일반적인 의료기관과 「지역보건법」이 규정하는 지역보건의료기관, ② 「공공기관의 운영에 관한 법률」이 규정하는 공공기관, ③ 사전연명의료의향서의 사업을 수행하는 비영리법인이나 비영리단체²³⁾ 등이 적시되어 있다. ‘등록기관’은 사전연명의료의향서의 작성을 지원할 뿐 아니라 작성된 사전연명의료의향서를 등록하고 국립연명의료관리기관에 통보하는 업무를 수행한다.

22) 같은 관점에서, 위원회의 판단을 요구한 ‘김 할머니 사건’의 대법원 판결을 비판한 글로는 이석배, “연명의료중단의 기준과 절차-대법원 2009. 5. 21. 선고 2009다17414 판결이 가지는 문제점을 중심으로-”, 형사법연구 제21권 제2호, 한국형사법학회, 2009, 156-157쪽 참조.

23) 비영리단체는 「비영리민간단체지원법」에 따라 등록된 것이어야 한다(제11조 제1항 제3호).

2.1.2 작성과 등록 및 통보

사전연명의료의향서의 작성을 위해서는 ‘등록기관’이 작성자에게 연명의료 중단에 관련된 제반 사항을 충분히 설명하고, 작성자로부터 내용 이해의 확인을 받아야 한다.²⁴⁾ 그리고 나서 작성된 사전연명의료의향서에는 연명의료 중단 등의 결정과 호스피스에 이용에 관한 사항 뿐 아니라 작성일시와 보관방법이 필수적으로 기재된다. 나아가 작성된 사전연명의료의향서는 ‘등록기관’의 장에 의해 등록·보관되고 국립연명의료관리기관의 장에게 통보된다.

2.1.3 변경과 철회 및 무효

작성자는 사전연명의료의향서를 언제든지 변경하거나 철회할 수 있다. 이 경우 ‘등록기관’은 지체 없이 등록된 사전연명의료의향서의 내용을 변경하거나 그것의 등록을 말소해야 하며, 그 결과를 국립연명의료관리기관에 통보해야 한다. 나아가 「연명의료 중단 법률」은 사전연명의료의향서의 무효 사유에 관해서도 규정하는 바, 사전연명의료의향서는 ① 본인이 직접 작성하지 않았거나 ② 본인의 자발적 의사에 따라 작성되지 않은 경우 뿐 아니라 ③ 충분한 사전 설명이 제공되지 않았거나 작성자로부터 내용 이해의 확인을 받지 않은 경우에도 애초부터 효력을 갖지 못한다. 덧붙여서 ④ 차후에 (후술하느) 연명의료계획서가 다시 작성된 경우에는 그 때부터 사전연명의료의향서는 효력을 잃게 된다.

2.2 연명의료계획서에 의한 동의

연명의료계획서는 진료현장에서 담당의사가 작성한 연명의료 등에 관한 계획서이다. 사전연명의료의향서와는 무엇보다 작성의 시기와 주체의 면에서 구별된다. 즉, 평상시가 아니라 대상자가 말기환자의 시기에 이르러 작성되며, 대상자 스스로 작성한 것이 아니라 담당의사가 작성의 주체로 되는 것이다. 하지만 연명의료의 중단에 관해서는 대상자의 동의가 필수적임은 물론이다. 연명의료계획서의 작성과 등록 등에 관한 법규정(제10조)의 내용을 정리하면 다음과 같다.

24) 설명할 사항에는 연명의료와 그것의 중단이 지니는 의미 뿐 아니라 사전연명의료의향서의 효력 등에 관한 내용이 당연히 포함된다(제12조 제2항).

2.2.1 관리기관

연명의료계획서는 환자가 특정 의료기관에서 말기환자의 상태로 처치를 받을 때 작성된다. 따라서 그에 관한 업무의 관장은 해당 의료기관에게 맡겨지며, 별개의 관리기관이 요구되지 않는다. 이 점 역시 사전연명의료의향서의 업무가 특정된 ‘등록기관’에 의해 관장되는 것과 구별되는 사항이다.

2.2.2 작성과 등록 및 보관

연명의료계획서의 작성에서도 담당의사가 대상자에게 관련사항을 설명하고 내용 이해의 확인을 받는 것은 필수적이다. 설명을 요하는 사항에는 환자의 질병상태와 치료방법에 덧붙여서 연명의료의 시행방법과 그것의 중단에 관한 내용이 포함됨은 물론이다. 그 후에 담당의사가 작성하는 연명의료계획서에는 환자의 연명의료중단 등의 결정과 호스피스의 이용에 관한 사항 및 작성일시 등이 기재되고 담당의사의 서명 날인으로 보증된다. 그리고 이렇게 작성된 연명의료계획서는 해당 의료기관이 장이 등록·보관하면서 국립연명의료관리기관의 장에게 통보하게 되는 것이다.

2.2.3 변경과 철회

연명의료계획서의 핵심 내용은 연명의료중단의 결정과 호스피스의 이용에 대한 환자의 동의이다. 따라서 환자는 언제든지 그것의 변경이나 철회를 요청할 수 있어야 한다. 환자의 요청이 있는 경우 담당의사는 이를 반영해야 하고, 해당 의료기관의 장은 변경 내지 철회된 내용을 국립연명의료관리기관의 장에게 통보해야 한다.²⁵⁾

2.3 가족의 진술에 의한 동의의 확인

사전연명의료의향서와 연명의료계획서는 연명의료 중단에 대한 대상자의 동의를 확인하는 가장 바람직한 방법이다. 하지만 문제는 그러한 동의 방법이 항상 마련되어 있을 수는 없다는 점에 있다. 특히 사전 의사표시의 경우 현금의 문화와 관행으로는 사전연명의료의향서라는 공식적인 서면까지 작성해 놓는 대상자가 많으리라고 기대하는 것은

25) 그 이외에 연명의료계획서의 무효사유에 관해서는 명시적인 규정이 없다. 담당의사가 작성한 계획서라는 점이 반영된 것으로 이해된다. 하지만 담당의사의 서명 날인 등과 같은 주요 사항이 결여된 연명의료계획서는 당연히 효력이 없을 것으로 생각된다.

무리이다. 평소의 대화를 통해 가족에게 차후 연명의료 중단을 원한다고 이야기하는 정도로 사전 의사표시가 이루어질 가능성이 있다. 이러한 사안에서 환자의 상태가 심각하여 연명의료계획서의 작성이 불가능한 상황이라면 어떻게 처리할 것인지 문제된다. 이를 위해 「연명의료 중단 법률」은 가족의 진술에 의한 환자 동의의 확인 제도를 두고 있다(제17조 제3호). 즉, ① 19세 이상의 환자가²⁶⁾ 의사를 표현할 수 없는 의학적 상태인 경우에 ② 2명 이상의 환자 가족이 일치되는 진술로써²⁷⁾ ③ 환자가 연명의료 중단의 의사를 충분한 기간 동안 일관되게 표시하였음이 밝혀지면 ④ 담당의사와 해당 분야 전문의 1명의 확인을 거쳐서 이를 환자의 의사로 보도록 하고 있는 것이다. 따라서 사전 연명의료의향서를 거치지 않더라도 가족에 대한 의사표시로 사전에 연명의료 중단의 동의를 담보해 놓는 방법이 가능한 셈이다.

2.4 대리인 등의 동의(제18조)

환자의 사전 의사가 확인될 수 없을 뿐 아니라 환자가 의사표현을 할 수 없는 의학적 상태여서 연명의료계획서의 작성 역시 불가능한 경우라면 연명의료 중단에 대한 환자 본인의 동의는 기대될 수 없다. 이 때 대리인 등의 동의로 연명의료를 중단할 수 있는지 문제되는데, 「연명의료 중단 법률」은 그것 역시 허용한다(제18조). 경우는 다음의 2가지이다.²⁸⁾

2.4.1 환자가 미성년자인 경우

환자가 미성년자인 경우에는 친권자인 법정대리인이 연명의료 중단의 의사표시를 하고 이를 담당의사와 해당 분야 전문의 1명이 확인하는 방법으로 연명의료 중단의 결정이 가능하다. 친권자의 의사가 나뉘면 어떻게 할 것인지 문제되는데, 같은 조항의 제2호가 가족 전원의 합의를 요구하는 취지에 비추어 볼 때 친권자 역시 복수인 경우에는 합의가 있어야 연명의료 중단의 결정이 가능하다고 새기는 것이 타당하리라 생각된다.²⁹⁾

26) 19세 미만의 환자에 대해서는 대리인의 동의 제도가 마련되어 있다.

27) 환자 가족이 1명인 경우에는 1명의 진술로 족하다. 덧붙여서, 다른 가족의 배치되는 진술이 있다든지 다른 객관적 증거가 있는 경우에는 예외라는 단서도 붙어 있다(제17조 제1항 제3호).

28) 두 경우 모두 환자 본인이 연명의료 중단을 원하지 않았다는 사실이 담당의사 또는 해당분야 전문의 1명에 의해 확인되었다면 친권자의 의사표시가 있더라도 연명의료 중단이 결정될 수 없다(제18조 제1항 단서). 이는 환자의 의사가 확인되는 경우라고 할 수 있다.

29) 따라서 부모의 의견이 일치하지 아니하는 경우에는 당사자의 청구에 의하여 가정법원이 정하도록 하는 민법

2.4.2 가족 전원의 합의가 있는 경우

사전 의사 없이 의사표현을 할 수 없는 의학적 상태에 빠진 환자가 성년이라면 법정대리인에 의한 동의도 불가능하다. 하지만 이 때에도 「연명의료 중단 법률」은 가족 전원의 합의로 연명의료 중단의 결정이 가능하도록 규정하고 있다. 그러한 합의가 담당의사와 해당 분야 전문의 1명에 의해 확인되어야 함은 물론이다.

2.5 평가

연명의료 중단의 결정에 있어서 대상자의 동의는 가장 중요한 필수사항이다. 하지만 대상자의 소질과 환경이 다른 만큼이나 동의를 확보하는 방법도 다양할 수밖에 없다. 「연명의료 중단 법률」은 이 점을 고려하여 여러 종류의 동의 확보 방법을 마련하고 있는데, 나름의 정교함을 갖추고 있는 것으로 평가된다. 특히 대상자 본인의 의사가 확인되지 않는 경우에, 대상자가 미성년자라면 법정대리인에게 동의 여부를 맡기고, 대상자가 성년이라면 가족 전원의 합의로 본인의 동의를 대체하는 방법까지 규정하여 동의 흠결로 인한 절차 정지를 가능하면 막기 위해 노력한 점은 긍정적으로 평가된다. 다만 그래도 커버하지 못하는 대상자가 있으니, 본인의 의사가 확인되지 않으면서 법정 대리인이나 가족이 없는 대상자가 그러하다. 의료현장에서는 그러한 무연고 대상자의 사례가 적지 않게 발생될 수 있다. 이 때에는 의료기관윤리위원회의 심의를 거쳐서 연명의료 중단의 결정이 가능하도록 열어주는 것이 적절하리라 생각되는데, 이는 입법적으로 해결하는 것이 정석이다. 차선책으로 시행령에서 명시하는 방법을 생각해 볼 수도 있겠으나, 대상자의 동의가 지니는 중요성을 감안할 때 「연명의료 중단 법률」의 시행 전 개정이 바람직한 방법이다.

3. 중단

3.1 결정

환자가 임종과정의 진단을 받아 연명의료 중단의 대상자 범주에 드는 것으로 판단되고, 중단에 대한 환자의 동의가 확인되고 나면, 최종적으로 연명의료 중단의 결정을

의 규정(제909조 제2항)은 적용되지 않는 것으로 해석함이 타당하다.

내리는 단계가 남게 된다. 이 때 그 결정은 누가 하는가? 이에 관해 「연명의료 중단 법률」은 명확한 규정을 두고 있지 않다. 그러면서 해당 의료기관에 설치되는 ‘윤리위원회’가 중단의 결정에 관하여 환자와 그 가족 또는 의료인이 <요청>한 사항을 <심의>하도록 규정하고 있을 뿐이다. 여기서 ① 그러한 <요청>이 필수사항인지? ② ‘윤리위원회’의 <심의>에는 구속력이 있는지? 등의 문제가 제기된다. 이에 대한 입장 여하에 따라 ③ 중단을 결정하는 주체가 ‘윤리위원회’인지, 아니면 담당의사인지를, 그것도 아니면 의료기관의 장과 같은 또 다른 주체의 설정이 가능한지 답변될 수 있을 터인데, 이 글의 생각을 정리하면 다음과 같다.

첫째, 환자와 그 가족 또는 의료인이 행하는 <요청>은 ‘필요하면 선택할 수 있는 조치’로 해석하는 것이 자연스럽다. 법문 자체가 의료인 등에게 요청의 의무를 부과하고 있지 않기 때문이다. 따라서 ‘윤리위원회’의 심의절차를 거치지 않은 연명의료 중단의 결정도 법문 상으로는 가능하고, 그렇다면 ‘윤리위원회’를 최종적인 결정의 주체로 해석하는 것은 타당하지 않아 보인다.

둘째, ‘윤리위원회’의 <심의>에 구속력을 부여하는 것도 어려우리라 판단된다. 심의의 사전적 의미는 “심사하고 토의하다”에 불과하다. 또한 기존의 법체계에서도 구속력을 부여하는 별도의 규정이 있지 않는 한, 심의는 최종적인 결정을 법적으로 구속하지 못한다는 것이 일반원칙이다. 더욱이 ‘윤리위원회’의 구성에 의료인이 아닌 사람을 반드시 포함시키도록 하고 있다든지,³⁰⁾ 해당 의료기관이 ‘윤리위원회’를 설치하지 않더라도 소위 공용윤리위원회와의 협약을 통해 심의 업무를 수행할 수 있도록 기획된 점³¹⁾ 등을 고려하면, 그러한 ‘윤리위원회’의 <심의>가 전문성과 현장성이 중시되는 연명의료 중단의 결정을 법적으로 구속하는 것은 바람직하지 않다는 것이 이 글의 판단이다.

셋째, <요청>이 필수적이지 않고 <심의>가 구속력을 갖지 못한다면, 연명의료 중단의 결정에 있어서 ‘윤리위원회’의 지위는 보조적인 것으로 해석될 수밖에 없다. 그렇다면 중단을 최종적으로 결정하는 주체는 담당의사와 의료기관의 장에서 찾아져야 하는데, 담당의사로 파악하는 것이 타당하다고 이 글은 판단한다. 이는 연명의료의 중단이 넓게 보면 ‘의료’의 일환으로 다루어져야 하기 때문이다. 따라서 전문성과 현장성을 모두 갖춘 ‘담당의사’가 중단의 최종적인 결정도 내리는 것이 자연스럽고 또 적절하다. 「연명

30) 윤리위원회는 위원장을 포함하여 5명 이상의 위원으로 구성하는데, 의료인이 아닌 사람으로서 종교계·법조계·윤리학계·시민단체 등의 추천을 받은 사람 2명 이상을 포함해야 한다(제14조 제3항).

31) 공용윤리위원회는 보건복지부장관이 지정한다(제14조 제6항).

의료 중단 법률」 역시 의료기관의 장에게는 ‘윤리위원회’를 구성하는 권한과³²⁾ 특정 사유가 있을 때 담당의사를 교체하는 권한만³³⁾ 부여하고 있을 뿐이며, 환자가 임종과정에 있는지 여부의 진단이라든지 연명의료의 중단에 대한 환자의 동의를 확인하는 업무 등을 모두 담당의사에게 부과하고 있다. 따라서 담당의사가 ‘윤리위원회’의 심의를 존중하여 연명의료 중단의 최종적인 결정을 내리는 시스템으로 이해하는 것이 「연명의료 중단 법률」의 취지에 부합하는 해석이라고 판단된다.

3.2 이행

연명의료 중단의 결정이 내려지면 다음 단계의 업무는 그것의 이행이다. 우선, 중단 이행의 주체는 담당의사여야 한다. 연명의료의 중단 역시 의료행위이기 때문에, 의사 아닌 자가 이행하는 것은 허용될 수 없다. 「연명의료 중단 법률」 역시 담당의사로 하여금 중단을 이행하도록 규정하고 있다(제19조 제1항).

그런데 문제는 중단하는 의료의 내용이다. 주지하는 바와 같이, 의료현장에서 실행되는 연명의료에는 특수연명의료와 일반연명의료가 있다. 특수연명의료는 생명유지의 수단이면서 고도의 전문적 의학지식이나 의료기술 내지 특수한 장치가 반드시 필요한 의료를 말한다. 심폐소생술, 인공호흡기 착용, 혈액투석 등이 그러하다. 반면, 일반연명의료는 생명유지에 필요하지만 전문적인 의학지식이나 기술 및 특수한 장치가 필요하지 않은 의료로서, 영양과 수분의 공급이 대표적인 예이다. 여기서 중단하는 의료를 특수연명의료에 국한할 것인지 일반연명의료까지 포함할 것인지 문제되는데, 「연명의료 중단 법률」은 전자의 입장을 택한 것으로 해석된다. 그리하여 중단의 대상이 되는 연명의료를 “임종과정에 있는 환자에게 하는 심폐소생술, 혈액투석, 항암제 투여, 인공호흡기 착용의 의학적 시술로서 치료 효과 없이 임종과정의 기간만을 연장하는 것”이라고 정의한다(제2조 제4호). 그러면서 “통증 완화를 위한 의료행위와 영양분 공급, 물 공급, 산소의 단순 공급”은 중단 대상이 아니라고 명시하는 것이다(제19조 제2항). 후자는 일반연명의료에서 행해지는 전형적인 처치로서 그것의 중단은 불허되고 있다는 점에 주의를 요한다.

32) 윤리위원회의 위원은 의료기관의 장이 위촉하고, 위원장은 위원 중에서 호선한다(제14조 제4항).

33) 담당의사가 연명의료중단 결정의 이행을 거부하는 경우에 의료기관의 장은 윤리위원회의 심의를 거쳐서 담당의사를 교체하게 된다(제19조 제3항).

3.3 사후조치

「연명의료 중단 법률」은 연명의료의 중단을 이행하는 경우 수행해야 할 사후조치에 대해서도 규정하고 있다. 중요한 조치사항은 다음의 3가지이다. ① 담당의사의 기록이 필요하다. 즉, 담당의사는 중단 이행의 과정과 결과를 기록해야 하는 것이다(제19조 제4항). ② 의료기관의 장에게는 연명의료 중단의 결과를 국립연명의료관리기관의 장에게 통보해야 하는 의무가 부담된다. 이행의 결과를 지체 없이 통보해야 하는 것이다(제19조 제5항). ③ 연명의료 중단에 관한 모든 기록을 보존하는 업무도 의료기관의 장에게 부과되어 있다. 보존의 기간은 10년이다(제20조).

3.4 평가

앞에서 기술한 바와 같이 「연명의료 중단 법률」은 연명의료의 중단을 누가 결정할 것인지에 관해 명확한 규정을 두고 있지 않다. 즉, 결정의 주체를 명시하지 않은 채 막 바로 ‘결정의 이행’을 규정한다. 그럼으로써 결정의 주체가 숨어버린다. 이행의 주체는 담당의사인데, 결정의 주체는 모호해 지는 것이다. 이러한 모호함은 의도된 것일 수도 있다. 결정의 주체는 곧 책임의 주체를 의미한다. 따라서 결정주체의 모호함은 가능하면 책임에서 발을 빼고 싶은 분위기로 읽혀질 수도 있다. 하지만 책임은 피하고 싶다고 피해지는 것이 아니다. 법제가 어떻게 되어 있든 연명의료 중단의 결정에서 책임 질 일이 발생하면 사법(司法)은 그 귀속을 찾아내기 마련이다. 그렇다면 애당초 법에서 명시하는 편이 더 낫고, 또 그것이 정석이다. 이 글은 해석론을 통해 담당의사를 결정의 주체로 설명한 바 있다. 어차피 그렇게 갈 것이라면, 「연명의료 중단 법률」의 시행 전 개정을 통해 그러한 내용을 명시하는 것이 바람직하다.

다음에, 중단하는 의료의 내용을 특수연명의료에 국한시킨 것은 현 시점에서 적절한 스탠스로 판단된다.³⁴⁾ 그런데 문제는 그러면서도 중단하는 의료에 항암제 투여를 포함시키고 있다는 점이다. 여기서 항암제 투여가 과연 특수연명의료에 해당되는지 의문이 제기된다. 항암제 투여는 대상자가 임종과정에 있는 경우 불필요한 처치로 분류되기는

34) 항후의 과제로서 급식관 제거도 진지하게 고려할 필요가 있다는 견해도 제시된다(최경석, “호스피스·완화의 료 및 연명의료결정 법률의 연명의료결정의 쟁점과 항후과제”, 호스피스완화의료 관련 법률 공포 후 대토론회 자료집, 이화여대 생명의료법연구소, 2016, 9쪽 참조). 하지만 일단은 특수연명의료의 중단에 국한시키는 것이 연명의료 중단제도의 정착을 위해 바람직할 것으로 생각된다.

하지만, 그것의 기능은 심폐소생술, 혈액투석, 인공호흡기 착용 등과 같은 전형적인 특수 연명의료와 다르다. 후자의 처치는 중단할 경우 곧 사망하는 (말 그대로의) 연명의료여서 살인죄의 논책이 위협된다. 하지만 항암제 투여는 완화처치의 일종이기 때문에 불필요하다고 판단되는 경우 중단하여도 법적으로 살인죄의 성립여부가 문제되지 않는다. 따라서 그냥 의료현장의 판단에 맡기면 되는 바, 굳이 법에 명시한 것이 오히려 어색해 보이기도 한다.

마지막으로, 연명의료를 중단하는 경우 수행해야 할 3가지 사후조치의 요구는 당연히 필요한 사항이다. 문제가 제기되는 경우 판단자료의 확보를 위해서 필요할 뿐 아니라, 연명의료 중단의 종합계획을 수립하는 작업에도 도움이 될 수 있을 것으로 생각된다.

4. 기타

4.1 관리기구

「연명의료 중단 법률」은 연명의료 중단의 관리를 위해 4개의 기구를 두고 있다. 국가호스피스연명의료위원회와 국립연명의료관리기관은 중앙의 기구이며, 사전연명의료의향서 등록기관과 의료기관윤리위원회는 현장의 기구이다. 주요사항을 정리하면 다음과 같다.

4.1.1 국가호스피스연명의료위원회(제8조)

연명의료 중단 정책의 전반을 심의하는 위원회이다. 호스피스 관련 정책도 심의대상에 포함됨은 물론이다. 보건복지부 차관이 위원장이며, 위원장을 포함한 15인의 위원으로 구성된다. 정책의 수립과 실행 전반을 통할하는 보건복지부 장관의 보좌기구인 셈이다.

4.1.2 국립연명의료관리기관(제9조)

연명의료 중단에 관한 제반사항을 관리하는 중앙의 집행기관이다. 가장 중요한 업무는 의료현장에서 작성된 사전연명의료의향서와 연명의료계획서를 통보받아 관리하면서 그에 대한 확인 조회의 요청에 회답하는 일이다. 기타 연명의료 중단의 현황에 대한 조사·연구와 정보수집 등도 업무내용에 포함된다.

4.1.3 사전연명의료의향서 등록기관(제11조)

사전연명의료의향서의 작성과 등록에 관한 제반 업무를 수행하는 일선 기구이다. 보건복지부 장관이 지정하는데, 의료기관 뿐 아니라 공공적인 기관이나 단체도 지정받을 수 있도록 설계되어 있다. 구체적인 내용은 ‘사전연명의료의향서에 의한 동의’를 기술하는 항목에서 설명한 바 있다.

4.1.4 의료기관윤리위원회(제14조)

현장의 의료기관에 설치되어 연명의료 중단에 관한 중요사항을 심의하는 위원회이다. 해당 의료기관의 장이 위촉하는 5명 이상의 위원으로 구성되며, 위원장은 위원 중에서 호선한다. 의료기관윤리위원회의 설치에 모든 의료기관에서 요구되는 필수사항이 아니며, 다른 의료기관의 윤리위원회 내지 보건복지부장관이 지정하는 공용윤리위원회와의 협약을 통해 윤리위원회의 업무를 위탁할 수도 있다.

4.2 벌칙 규정

「연명의료 중단 법률」은 중요사항의 위반자에 대하여 벌칙을 부과하는 규정도 두고 있다(제39조 내지 제43조). 벌칙은 형벌과 과태료로 구분되며, 형벌을 부과하는 경우에는 행위자 이외에 법인이나 사용자도 처벌하는 양벌규정까지 마련하고 있다(제42조). 그런데 특기할 사항은 대상자의 동의에 관한 요건이 구비되지 않은 상태에서 연명의료 중단의 결정을 이행한 자에게 “3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금”에 처하는 벌칙규정을 두고 있다는 점이다(제39조 제1호). 이 규정은 외형적으로는 동의 확인의 의무를 강조하는 것처럼 보이지만, 실제 내용에 있어서는 형벌 완화의 의미를 갖는다. 주지하듯이 형법의 체계에서 연명의료 중단은 살인죄의 구성요건에 해당된다. 이에 대해 「연명의료 중단 법률」은 <위법성이 조각되는 요건과 절차>의 마련이라는 의미를 지닌다. 따라서 동 법률이 요구하는 요건과 절차가 충족되지 못했음에도 연명의료 중단이 행해졌다면 이는 살인죄로 처벌해야 하는 것이 형법의 원칙이다. 그럼에도 불구하고, 위법성 조각의 핵심 요건인 ‘대상자의 동의’가 구비되지 못한 사안의 법정형을 살인죄의 법정형보다 대폭 완화하고 있으니, 이는 벌칙이라기보다 혜택의 규정으로 이해되는 것이다. 이에 대한 논평은 항을 바꾸어 기술한다.

4.3 평가

관리기구는 설계보다 운영이 더 중요하다. 따라서 운영의 매뉴얼이 정치하게 마련되어야 한다는 점만 지적하고, 벌칙규정을 검토해 보기로 한다. 앞에서 설명한 바와 같이 「연명의료 중단 법률」 제39조 제1호는 위반자에게 혜택을 주는 규정이다. 동 법률은 제4조에서 우선 적용의 규정을 두고 있다. 즉, 연명의료 중단 등의 사안에서 「연명의료 중단 법률」은 다른 법률에 우선하여 적용된다는 것이다. 따라서 제39조 제1호 역시 생명침해에 관한 형법의 규정에 우선한다. 대상자의 동의에 관한 요건이 구비되지 않았음에도 연명의료를 중단하였다면 형법의 체계에서는 원칙적으로 살인죄로 처벌된다. 혹여 동의가 없었음에도 있는 것으로 오인하였다면, 이는 형법이론상 소위 위법성조각사유 전제사실의 착오에 해당되고, 죄책을 낮추는 견해에 따르더라도 업무상과실치사죄로 처벌된다.³⁵⁾ 그런데 「연명의료 중단 법률」의 법정형(3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금)은 살인죄의 법정형(사형, 무기 또는 5년 이상의 징역) 뿐 아니라 업무상과실치사죄의 법정형(5년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금) 보다도 낮다. 이는 중대한 입법의 실수이다. 실수가 아니라면, ‘임종과정에 있는 환자’의 지위를 살인죄나 업무상과실치사죄의 객체인 ‘사람’과 다른 실체로 설정했다는 이야기가 된다. 그래서 그들은 생명침해 범죄의 보호대상이 아니라는 메시지를 주고 있는 것일까? 만약 그렇다면, 그러한 인식은 대단히 잘못되었고, 가감 없이 표현하자면 그야말로 ‘큰일 날 일’이다. ‘임종과정에 있는 환자’는 ‘죽을 사람’이니 통상적인 사람과 다르다는 인식이 「연명의료 중단 법률」의 입법배경이라고 한다면, 우리는 동 법률 전반에 대한 평가를 기본적으로 달리 해야 할지 모른다. 사실, 동 법률 제39조가 ‘동의 요건의 구비 없는 연명의료 중단의 범죄’를 ‘기록 허위작성의 죄’ 내지 ‘정보유출의 죄’와 동일한 법정형으로 규정하고 있다는 점은 생명에 대한 입법자의 가치관을 의심하게도 한다. 하지만 이 글은 굳이 그렇게까지 몰아붙이지는 않으려고 한다. ‘입법의 실수’, 이런 수준에서 정리하자는 것이 이 글의 제언이다. 「연명의료 중단 법률」의 시행 전 개정이 가장 절실하게 요구되는 부분이라고 판단된다.

35) 형법이론학상 고의살이나 제한책임설을 취하면 처벌유형이 과실범으로 된다.

IV. 진전과 전망-맺는말을 대신하여-

서두에서 언급했듯이 「연명의료 중단 법률」의 제정은 안락사를 둘러싼 오래된 싸움에서 합법화 진영이 이루어 낸 중대한 진전이다. 그것은 연명의료-정확하게는 특수연명의료-의 중단을 일정한 조건과 절차 하에 법적으로 허용하였으며, 이를 통해 안락사 합법화의 공식적인 기지를 구축한 것으로 평가된다. 반대론의 진영에서는 연명의료의 중단이 안락사를 의미하는 것이 아니라는 주장도 제기된다.³⁶⁾ 전자는 말 그대로 의료의 중단에 불과하지 인위적인 생명침해가 아니라는 것이다. 그럼으로써 연명의료의 중단까지는 허용하더라도 ‘안락사’라는 상징의 깃발만은 합법화 진영에 내어주지 않으려는 전략적 의도가 읽혀진다. 하지만 연명의료의 중단은 안락사의 한 유형이라는 것이 그 동안의 인식이다. 적극적 안락사인 조력자살이나 직접투약과 행위방법이 다른 것은 사실이지만, 환자의 사망을 인용하면서도 의료를 중단하여 사망의 결과를 발생시켰다는 점에서 의사와 결과의 반가치가 모두 확인되기 때문이다. 따라서 연명의료의 중단도 기존의 형법체계에서는 살인죄의 구성요건에 해당되는 것으로 논쟁되었고, 이러한 법리는 그 동안 오히려 반대론의 진영이 설파한 주장이었다. 그래서 법률이 제정된 것이다. 연명의료의 중단을 살인죄의 논쟁에서 벗어나 주는 조건과 절차의 마련이 「연명의료 중단 법률」의 취지이고 효용이다. 따라서 동 법률의 해설 판에 ‘소극적 안락사의 허용’이라는 표제를 붙이는 것은 결코 방해할 일이 아니다.

그것보다 문제는 합법화 진영의 진격이 적극적 안락사라는 본진으로까지 이어질 것인가 하는 점이다. 반대론의 우려와 경각도 바로 이 부분에 있을 것으로 생각된다. 소극적 안락사의 고지는 무너졌지만, 적극적 안락사의 불허만은 지켜야 한다는 사명이 반대론의 새로운 전의를 형성하는 것 같다. 상대의 각오가 그러할진대, 당분간은 합법화 진영도 진격의 숨을 고를 것으로 이 글은 전망한다. 「연명의료 중단 법률」은 이제 제정되었을 뿐이지 아직 시행되는 단계가 아니기 때문이다. 또한 2018년의 시행 후에도 당분간은 정착의 기간이 필요하다. 그 과정에서 부작용이 속출하면 반대론의 반격은 불을 보듯 뻔하다. 따라서 연명의료의 중단이 의료현장에서 무리 없이 소화되고, 일반의 인식에서도 자연스럽게 받아들여질 때까지, 합법화 진영 역시 제도의 정착에 총력을 집중하는

36) 특히 천주교 주교회의 생명윤리위원회는 「연명의료 중단 법률」이 “자칫 안락사를 허용하는 법으로 이해될 수 있다”고 경고하는 바(박윤경, “연명의료결정법안 발의 후 짚어야 할 것들”, 함께걸음, 2015.8.31. 참조), 이는 연명의료 중단과 안락사가 다르다는 주장의 또 다른 표현으로 이해된다.

것이 현명하다. 하지만 그 후에는 안락사 논전의 본진도 어찌 평화롭기만 할 수 있겠는가! 임종과정에 있는 환자를 앞에 놓고, 연명의료 중단의 이별행사가 허용된다면, 보다 안락하게 보내드리는 처치를 굳이 불허할 이유가 무엇이나는³⁷⁾ 문제제기의 수준이 어렵지 않게 예견된다. 전자가 소극적 안락사이고, 후자가 적극적 안락사라는 주장이 합법화 진영에서 튀어나올 수 있고, 그렇다면 다시 논전은 치열해 질 수밖에 없다. 이 글이 서두에서, “논전은 막을 내린 것이 아니다”라고 진단한 것은 바로 이러한 상황판단을 바탕으로 두고 있다.

37) 물론 양자가 질적으로 다르다는 주장도 제기된다. 이인영, “죽음관련 법제의 현안과제에 관한 일고찰”, 홍익법학 제17권 제1호, 홍익대학교 법학연구소, 2016, 46-48쪽 참조.

참고문헌

1. 단행본

- 김일수/서보학, 새로 쓴 형법각론 제8판, 박영사, 2015.
- 이안 다우비긴(Ian Robert Dowbiggin), 신윤경 옮김, 안락사의 역사, 섬돌, 2007.
- 임 응, 형법각론 제6정판, 법문사, 2015.
- 정경희 외 12인, 2014년도 노인실태조사, 한국보건사회연구원, 2014.
- 피터 싱어(Peter Singer), 황경식 옮김, 실천윤리학, 철학과 현실사, 1997.

2. 학술지

- 김재봉, “치료중단과 소극적 안락사”, 형사법연구 제12호, 한국형사법학회, 1999, 153-174쪽.
- 박영호, “미국에서의 소극적 안락사에 대한 사법적, 입법적 논의”, 인권과 정의 통권 제350호, 대한변호사협회, 2005, 127-142쪽.
- 윤영호, “품위 있는 죽음(존엄사)을 위한 법적, 제도적 장치 마련”, 의료정책포럼 제6권 제3호, 대한의사협회 의료정책연구소, 2008, 101-106쪽.
- 이기현, “의사조력자살에 대한 고찰”, 홍익법학 제15권 제1호, 홍익대학교 법학연구소, 2014, 199-224쪽.
- 이석배, “연명치료중단의 기준과 절차-대법원 2009. 5. 21. 선고 2009다17414 판결이 가지는 문제점을 중심으로-”, 형사법연구 제21권 제2호, 한국형사법학회, 2009, 147-170쪽.
- 이상원, “왜 안락사를 반대하는가”, 월간목회, 신망애 트라이앵글, 2006.9, 46-51쪽.
- 이인영, “죽음관련 법제의 현안과제에 관한 일고찰”, 홍익법학 제17권 제1호, 홍익대학교 법학연구소, 2016, 25-54쪽.
- 이한규, “안락사에 대한 역사적 해석과 법적 고찰”, 법학논총 제24권 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2007, 151-172쪽.
- 전지연, “안락사에 대한 형법적 고찰”, 한림법학 Forum 제4권, 한림대학교 법학연구소, 1995, 113-160쪽.
- 한상훈, “안락사의 허용성에 대한 비교법적 고찰 -미국 네덜란드 독일 일본을 중심으로-”,

형사법연구 제21호, 한국형사법학회, 2004, 158-184쪽.

3. 세미나 자료집

- 연세대학교 의료법윤리학연구원, “연명의료 환자결정권 제도화 관련 인프라 구축 방안”, 연명의료 환자결정권 제도화 관련 인프라 구축 방안 공청회, 보건복지부 발주 연구보고서, 2013.
- 최경석, “호스피스·완화의료 및 연명의료결정 법률의 연명의료결정의 쟁점과 향후과제”, 호스피스완화의료 관련 법률 공포 후 대토론회 자료집, 이화여대 생명의료법연구소, 2016.

4. 신문기사

- 박윤경, “연명의료결정법안 발의 후 짚어야 할 것들”, 함께걸음, 2015.8.31.
- 신민우, “연명치로나 완화의료냐, 그것이 문제로다”, 경향신문, 2016.1.15.
- 이대웅, “존엄사 법안, 소극적 안락사 허용 위험요소 내포”, 크리스천투데이, 2015.7.16.
- 이지혜, “연명의료중단, 환자의 뜻 모르면 가족 전원 동의해야”, 조선일보, 2016.1.9.

[Abstract]

A Discussion on Euthanasia and a Comment on the 「Act of Hospice Palliative Care and Withdrawing Life Sustaining Treatment」

Lee, Seung-Ho*

This paper consists of two parts. The first section is about the discussion of euthanasia. After classifying its types, this paper concentrates on two special types -physician assisted death and withdrawing life sustaining treatment. The one has not gained sufficient adherents yet, however the other has already accepted by a clear majority of our society. Following such as assessment, this paper provides a description for the newest legislation called as 「Act of Hospice Palliative Care and Withdrawing Life Sustaining Treatment」 in the second section. Especially the conditions and procedure of Endoflife(end of life) care decision are concretely analyzed. Lastly, this paper adds a kind of future prospect, that is a progressive expansion of the admitted euthanasia.

[**Key Words**] Euthanasia, Mercy killing, Physician assisted death, Withdrawing life sustaining treatment, Endoflife care decision

* Professor, Law School of Konkuk University