

안락사 허용여부에 대한 기초론적 고찰

Basic Theory about Allowance of the Active Euthanasia

김 종 덕*

Kim, Jong-Deok

목 차

- I. 머리말
- II. 인간존엄성 보장과 안락사의 정당성
- III. 생명보호원칙과 안락사의 정당성
- IV. 자기결정권과 안락사의 정당성
- V. 맺음말

국문요약

본 논문은 인간존엄성과 생명보호의 원칙 그리고 인간의 자기생명에 대한 결정권의 행사라는 측면에서 안락사, 특히 적극적 안락사의 정당성을 인정할 수 있을 것인가를 고찰하였다.

우선 인간에게는 인간답게 살 권리 못지않게 고통없이 인간답게 죽을 권리를 인정할 때, 그리고 자신의 죽음도 統制할 수 있는 인간 주체성을 인정할 때 비로소 참다운 인간존엄성이 보장된다. 자기 스스로 자살할 수 있는 行爲의 自由는 형법은 물론 이론적·현실적으로도 制限할 수 없고 또 생명권에는 최소한 신체·생명의 不可侵性에 대한 소극적 權利가 인정되는 바, 자신의 생명을 處分할 수 있는 소유권 유사의 事實上 處分權能 내지 資格은 가진다고 해야 한다.

다만 피해자의 촉탁·승낙에 따라 살해행위(안락사 시술)를 한 제3자(의사 등)에 대해서도 생명에 대한 소유권(처분권) 유사의 권능(적극적 자살권) 행사의 부수적 내용 및 효과로서 처벌하지 아니할 것인가이다. 생각건대 안락사의 엄격한 허용요건에 해당하는 경우는 일반적 상황이 아닌 예외적 특수상황으로서 형법상의 위법성조각사유 원리(주관적 정당화요소와 객관적 정당화사정)를 충족시키는 구조와 요건을 갖추고

접수일자 : 2010. 1. 10.

수정일자 : 2010. 1. 20.

심사완료 : 2010. 2. 18.

* 법학박사 · 계명대학교 법학과 교수

있다고 생각되므로 위법성이 부정된다고 본다. 또한 형사처벌을 하기 위해서는 본인 이외에 他人 또는 社會에 대한 害惡을 줄 가능성 즉 처벌이익이 있어야 하는데, 안락사는 이러한 처벌이익이 존재하지 아니한다고 생각되므로 적극적 안락사의 정당성을 인정할 수 있다.

다른 한편으로는 자기 소유의 財産에 대해 자유로운 사용·수익·처분이 인정되듯이 자기의 生命에 대한 처분도 인정함이 타당하기에 안락사를 인정할 수 있다. 다만 자기 소유의 재산이라도 공공의 이익 등을 위한 일정한 제한이 가해지듯이, 자기의 신체·생명에 대해서도 그것이 남용 또는 악용되어 他人과 社會에 대해 일정한 해악을 끼칠 경우에는 제한되어야 한다. 따라서 소극적 안락사는 물론 적극적 안락사도 그것이 남용 또는 악용되지 못하도록 하는 엄격한 허용요건과 절차 등을 정하여 허용하는 것은 정당성이 인정된다. 결국 적극적 안락사의 허용여부는 타인이나 국가·사회에 대한 법익 침해 등의 해악가능성이 있느냐 라는 기준에 따라 판단하고 결정해야 할 것이다.

주제어 : 안락사, 적극적 안락사, 소극적 안락사, 인간의 존엄, 자기결정권

I. 머리말

우리나라와 같이 아직은 수준이 높지 않은 의료보장과 개인의 경제적 사정 등으로 인하여 1997년 세칭 보라매병원사건¹⁾이 알려지기 전까지는 안락사 문제가 법적으로 거의 문제가 되지 않다가 연명치료중단을 인정한 2009년 5월 21일의 대법원 판결을 계기로 다시 안락사 문제에 많은 관심이 집중되고 있다.

치료를 중단함으로써 환자를 죽게 하는 형태의 소극적 안락사는 현대의학, 즉 수혈·소생술 및 인공호흡기에 의한 호흡과 혈액순환의 회복 등 의학의 발달과 급속한 고령화 사회의 진전으로 인하여 더욱 문제가 될 것이다. 생의 말기에 투입되는 이러한 의료적 조치들은 때로는 고통을 연장시키거나 단지 생물학적인 생명을 양적으로만 연장시키는 결과를 초래하기도 한다. 이러한 지속적 식물상태로서 죽음에 임박한 환자 또는 사기에 임박하여 극심한 고통에 시달리는 불치의 환자의 경우 환자나 가족 또는 의사에 의해 적극적으로 생명단절조치를 하거나 생명유지 장치제거 및 치료중단이 취해지는 경우 법적으로 어떻게 평가할 것인가가 문제가 된다.²⁾

1) 제1심 판결은 서울지법 남부지원 1998.5.15 선고, 98고합9 판결 ; 제2심 판결은 서울고법 2002.2.7 선고, 98노1310판결 ; 제3심 판결은 대법원 2004.6.24 선고, 2002도995 판결임.

우리나라에서도 2008년 식물인간상태로 병원에 입원해 있는 70대 노인의 가족들이 ‘무의미한 치료를 중단해 달라’며 병원과 의사를 상대로 낸 무의미한 연명치료행위중지 등 가처분신청을 계기로 헌법상 생명권에 기초한 자기결정권으로부터 치료의 중단을 선택할 수 있는 권리가 도출되는지에 대해, 법원은 이를 부정함으로써 이 가처분신청이 기각되었으나,³⁾ 그 후 치료중단을 인정한 1심 판결⁴⁾과 제2심 판결⁵⁾ 이후 대법원 판결⁶⁾에서 처음으로 연명치료중단을 인정하여 세간의 주목을 받았다.⁷⁾

이러한 문제에 대하여 일각에서는 죽음을 피할 수 없고, 남은 생이 고통이자 회생이 불가능한 사람이라면 가능한 한 편안한 삶을 살도록 하고, 잘 죽을 수 있는 권리도 보장해 줘야 한다고 주장한다. 또 다른 한편에서는 인간의 생명은 자기 자신을 포함한 어느 누구도 처분할 수 없고 또 절대적으로 보호되어야 하므로 적극적 안락사는 물론 소극적 안락사(연명치료 거부)도 인정할 수 없다고 한다.

소극적 안락사에 대해서는 세계 각국에서도 대체로 인정하고 있고, 위에서 본 2009년의 우리나라의 대법원 판례도 연명치료 중단형태의 소극적 안락사를 인정한 바 있다. 그러나 소극적 안락사가 허용되는 근거 및 한계에 대해서는 다양한 의견이 주장되고 있지만, 급속한 고령화 사회가 진전되고 있는 지금 이에 대한 일정한 기준을 제시하는 것이 현실적인 안락사 문제를 해결함에 있어서 매우 중요하다고 판단된다. 특히 네덜란드와 벨기에를 제외한 대부분의 국가에서는 적극적 안락사를 허용하고 있지 않은데, 적극적 안락사를 이론적으로 허용할 소지는 없는가를 구명하는 것은 가치있는 일이라 할 것이다. 이에 본고에서는 지면관계상 안락사의 정당성에 관한 형법이론적인 고찰은 다음 기회로 미루고, 소극적 안락사는 물론 적극적 안락사의 인정여부와 직결되는 일반적인 기초이론들의 타당성을 고찰하는데 중점을 두고자 한다.

2) 정현미, “치료중단의 한계와 형사책임”, 「형사정책연구」 제15권 제4호, 한국형사정책연구원, 2004, 166면.

3) 서울서부지법 2008.7.10. 선고, 2008카합 822 결정.

4) 서울서부지방법원 2008.11.28. 선고, 2008가합6977판결. ; 법률신문 2008.12.1, 11면). 이 판결을 통해 환자가 비록 의식은 없어도 환자의 치료중단 의사가 推定되는 경우, 醫師는 환자의 자기결정권에 기하여 인공호흡기를 제거할 수 있는 길이 열리게 되었다.

5) 서울고등법원 2009.2.10. 선고, 2008나116869 판결.

6) 대법원 2009.5.21. 선고, 2009다17417 판결.

7) 이러한 치료중단의 경우에도 단지 治療의 중단에 그쳐야지 診療의 중단, 즉 간호(진통제 투여, 수분 및 영양공급)의 중단으로 이어져서는 안되므로 진료범위를 보다 명확하게 세부적으로 제시할 필요가 있다(가톨릭신문 2001. 4.22 참조.).

II. 인간존엄성 보장과 안락사의 정당성

1. 일반론적 관점에서의 정당성

‘의심스러울 때는 존엄에 부합하게’라는 일반론적 요청은 죽음에 임박한 사람에 대한 처우문제가 등장할 때마다 법적·의료윤리적 관점에서도 강조되는 규범적 기준이다. 그러나 인간은 운명을 자율적으로 결정할 수 있는 유일한 존재이고 생명이 있어야 존엄성을 유지할 수 있지만, 극심한 고통에 시달리는 사기에 임박한 불치병자에게 마지막 숨을 쉴 수 있을 때까지 무조건 살아있으라고 하는 국가에 의한 무조건적인 생명보호는 오히려 인간의 존엄과 가치를 해할 수 있다. 왜냐하면 인간다운 삶을 연장시키는 것이 아니라 단지 고통스러운 죽음의 길이를 늘이는 것이기 때문이다. 따라서 ‘인간답게 살 권리’에 대응하여 ‘인간답게 죽을 권리’를 인정해 주어야 한다. 다만 이는 ‘고통으로부터 해방된 안락한 죽음’을 원하는 환자에게 ‘선한 의도로 이루어진 살인’을 정당화하기 위한 논리이지만, 그 안에 ‘죽임’이라는 부정적인 면도 있기에 惡用될 우려도 있다.⁸⁾ 그러나 연명치료로 생존기간을 늘리는 것보다 짧더라도 편안하게 삶을 마무리하는 것이 환자에게 더 낫다는 것이 醫療倫理學의 일반론이라는 것도 잊지 말아야 한다.

이러한 관점에서 독일의 연방대법원 형사재판부는 ‘인간답게 고통없이 죽을 수 있는 것’은 ‘극심한 고통 속에서 잠시 더 생존하는 것’보다 더 중요하다고 지적하고 있다. 치유불가능하고 심한 고통에 시달리며 삶에 대해 스스로 결정할 수도 없는 그러한 사람의 생명을 단지 의료기술적으로 지속시키는 것은 문제이다. 따라서 개인은 자율권을 통해 자신의 존엄성을 유지하기 위한 결정을 할 수 있다고 해야 한다. 인간의 존엄은 우리가 ‘타인에 의해’ 자신의 존엄이 결정되는 객체로 전락하지 않도록 보호해 주는데 있으므로 환자의 의지는 의사의 의료행위의 한계 입과 동시에 의료행위의 근거가 되는 것이다. 따라서 참다운 人間의 尊嚴은 자신의 죽음도 統制를 할 수 있는 인간의 주체성 인정을 전제할 때 보장되는 것이므로 인간에게 무조건적 생명보호를 강요하는 것은 타당하지 않다고 해야 한다.⁹⁾

이러한 면에서 소극적 안락사의 한 형태로서의 무의미한 연명치료의 중단은 환

8) 신현호, “존엄사 허용여부”, 법률신문 2008.6.23, 12면.

9) Gunnar Duttge/김성은 역, “존엄사-법적 안락사의 유형과 규범적 기초-”, 「형사정책연구」, 제19권 제4호, 한국형사정책연구원, 2008, 368면

자의 죽음을 집행하거나 생명을 경시하는 것이 아니라, 오히려 생명의 존엄을 지키고 환자의 자기결정권을 찾아주는 것이 된다. 누구나 품위있게, 그리고 편안히 삶을 마감할 수 있는 권리를 인정해 주는 것이 된다.¹⁰⁾ 이러한 점은 소극적 안락사뿐만 아니라 사기에 임박하여 극심한 고통에 시달리는 환자의 명시적인 자기결정권행사에 의해 이루어지는 적극적 안락사에 있어서도 마찬가지라고 해야 할 것이다.

2천년 동안 철학사에서 매우 중요한 의미를 가져온 인간존엄이라는 극히 복잡하고도 애매한 개념은 보는 관점에 따라서 각기 다르게 해석될 수 있다. 그러나 고귀한 인간존엄의 사상은 자유롭고 무절제한 자기실현을 (강제로) 제한함으로써 개인의 인격발현은 물론이고 건전한 사회공동체의 형성에 직·간접적으로 기여할 때 참된 의미를 가진다. 그러나 다른 한편으로 존엄성은 신이나 타인에게 종속된 인간이 아니라 自律性 내지 主體性이 인정될 때 비로소 이성적 존재의 존엄이 인정될 수 있다. 이러한 측면에서 본다면 ‘인간의 존엄에 부합하는 죽음’을 요구하는 것이 개인의 자기결정권이라는 단일한 이념만으로는 완전히 설명될 수 없게 되는 데, 이는 촉탁·승낙에 의한 일반적인 살인행위의 금지, 즉 소위 적극적 안락사의 문제에서 드러난다. 결국 안락사의 정당성 문제는 어느 한 가지 원리나 근거에 의하여 완전하게 근거지우거나 설명되어지는 것은 아닌 것이다. 그러므로 각 안락사의 유형마다 적용되는 가치나 원칙들이 조금씩 다를 수 있으므로 이에 대한 분석도 필요하다 할 것이다. 다만 이러한 개별적 사례의 해결에만 치중하는 사고는 안락사의 구체적 형태마다 각각 다르게 접근함으로써 안락사의 적법·불법여부에 대한 일반적 기준을 제시하지 못하게 되는 단점이 있다. 따라서 안락사의 적법성·정당성을 인정할 수 있는 실제적인 내용과 절차적 기준을 제시하고 이를 위반하였을 때 비로소 처벌하는 형태를 취하는 것이 타당하다 할 것이다.

2. 헌법적 관점에서의 정당성

우리 헌법 제10조에서는 모든 인간은 존엄권의 주체가 되고, 자신의 존엄에 대

10) 이 문제는 인간존엄성과 관련하여 사형제도를 폐지할 것인가 아니면 종신형 내지 무기형으로 할 것인가 와도 그 바탕에서 볼 때에는 간접적으로 관련되는 것으로 보인다. 즉 어느 것이 더 인간의 존엄성 보장에 도움이 되는 것인가? 사형선고 및 집행이 사형수에게 고통을 적게 주는 것인가 아니면 살려두되 죽을 때까지 교도소 안에서 정신적·육체적 고통을 받도록 하는 것이 더 인간적이고 인간존엄성 보장에 도움이 되는가와 관련되는 것이다.

해 존중받을 권리를 가짐을 천명하고 있다. 다른 기본권과는 달리 인간의 존엄은 어떠한 제한도 가해질 수 없는, 국가에 의해서 絶對적으로 보호되는 권리로 이해된다. 다시 말하면 헌법 제37조 2항이 말하는 기본권의 본질적 내용으로서 法律로도 제한할 수 없는 불가침의 권리로 이해된다.¹¹⁾

그런데 인간 존엄의 핵심은 개개인이 자신의 존엄 내지 자신의 법익에 대하여 스스로 決定할 수 있다는 데 있고, 따라서 타인의 부당한 간섭을 받지 않을 自己決定權으로 나타난다. 아울러 이러한 인간존엄의 가장 기초가 되는 生命權은 모든 개별 基本權의 前提가 되는 지위를 유지시켜 주는 생물학적 기초이므로 당연히 헌법상의 권리로 볼 수 있다.¹²⁾ 그럼에도 생명권은 그 자체에 生命을 자유로이 ‘處分’할 수 있는 권리는 포함하지 않는다고 해석하기도 한다.¹³⁾

생명권에는 자신의 生命을 處分할 수 있는 積極的 權利를 담고 있느냐에 대해서는 견해가 나누어지지만, 자신의 의사에 반하여 生命·신체를 侵害하는 데 대한 소극적 防禦權(생명에 대한 자기결정권의 소극적 측면)은 가지고 있으며, 이는 절대적으로 보장되어야 한다¹⁴⁾는 점에는 대체로 견해가 일치한다. 즉 생명 이외의 자신의 소유물에 대한 一般的인 자기결정권에서는 積極的 權利의 측면도 인정되나, 자기생명에 대한 결정권에는 消極的으로 죽을 권리만 인정된다는 견해도 많다. 그러므로 환자는 자신에 대한 의학적 처치를 拒否할 수 있으며, 따라서 환자의 이러한 거부 의사에 반하여 행하여진 의학적 처치는 경우에 따라서는 범죄를 구성하기도 한다. 이러한 소극적 의미의 자기결정권은 생명권에서 직접 도출되는 것으로, 자신의 생명·신체에 대한 侵害를 拒否할 수 있는 권리일 뿐 적극적인 자기결정권과는 다르기 때문에 적극적 안락사 논의에서의 자기결정권과 소극적 안락사 내지 연명치료중단에서의 자기결정권은 그 성격과 내용에 차이가 있다는 것이다. 때문에 환자는 자신이 원하는 특정한 의료행위나 치료방법을 醫師에게 强要할 수는 없고, 또한 의사는 여기에 따라야 할 義務도 없다.¹⁵⁾ 따라서 의사는

11) 권녕성, 헌법학원론, 2007, 376면 ; 정중섭, 헌법학원론, 2007, 357면 ; 허영, 한국헌법론, 2007, 326면. ; 이석배, “연명치료중단의 기준과 절차”, 「형사법연구」 제21권 제2호, 한국형사법학회, 2009.6, 150면.

12) 장영수, 헌법학, 2007, 600면.

13) 이준일, 헌법학강의, 2007, [4.4.26] ; 이석배, “연명치료중단의 기준과 절차”, 151면.

14) Botke, Tötung auf verlangen und Sterbehilfe: Steuert ein Eigenerrecht am eigenen Leben die rechtliche Regulierung ? 김성돈 역, 「형사법연구」 제16권 특집호, 2002, 207면.

15) 독일의 경우에도 관례에 의해서 이러한 내용이 인정되고 있다. BGH, NJW 1978, 1206; LG Karlsruhe, NJW 1992, 756.

어떠한 대가를 치루더라도 모든 치료수단을 동원해서 환자의 生命을 延長해야 하는 것은 아니다. 의사에게 환자의 苦痛이 수반될 수 있는 연명치료를 강요하는 것은 苦痛의 防止를 중요한 내용으로 하는 醫師의 職業的 召命과도 모순된다.¹⁶⁾ 때문에 서구의 많은 국가들과 유럽인권법원은 환자의 추정적 의사가 인정될 경우에 연명치료의 중단은 허용하면서도, 더욱 강력한 자기결정권의 행사인 明示的 意思가 있는 경우라도 적극적 안락사를 금지하고 있다고 한다.¹⁷⁾ 하지만 통증의 감경과 마지막 호스피스에 의사의 당연한 의무에 속하므로¹⁸⁾ 연명치료중단의 상황이라도 환자의 苦痛減輕을 위한 노력은 지속적으로 이루어져야 한다.¹⁹⁾ 소극적 안락사 내지 연명치료 중단에 대한 이와 같은 입장은 지극히 타당하다고 생각된다.

환자의 이러한 권리는 환자의 선택이 의학적인 관점에서 그리고 객관적인 일반인의 관점에서 비합리적이라고 할지라도 변함없이 존중되어야 하며, 이는 독일국가윤리위원회와 독일연방의사협회의 입장이기도 하다.²⁰⁾ 우리 대법원의 다수의견도 “---환자가 생명과 신체의 기능을 어떻게 유지할 것인지에 대하여 스스로 결정하고 진료행위를 선택하게 되므로,..... 환자가 그 진료행위의 중단을 요구할 경우에 원칙적으로 의료인은 이를 받아들이고 다른 적절한 진료방법이 있는지를 강구하여야 할 것이다. 그러나 인간의 生命은 고귀하고 생명권은 헌법에 규정된 모든 基本權의 前提로서 기능하는 기본권 중의 기본권이라 할 것이므로, 환자의 생명과 직결되는 診療行爲를 中斷할 것인지의 여부는 極히 制限的으로 신중하게 판단하여야 한다”고 판시하고 있다.²¹⁾

16) BGHsT 32, 367, 369ff. 독일연방의사협회도 같은 입장이다.(Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztliche Sterbebegleitung, DÄBL 101, 2004, A-1298. ; 이석배, “연명치료중단의 기준과 절차”, 151-152면.

17) The European Court of Human Rights, Pretty v. United Kingdom (N 2346/02), Judgement 29. 4, 2002, [Section IV] ; 이석배, “연명치료중단의 기준과 절차”, 151-152면. ; 오스트리아의 환자사전의사표시법(Patientenverfügungsgesetz)도 특정한 의료행위를 拒否하는 데에만 유효하고, 특정한 의료행위를 要求할 수 없는 것으로 규정하고 있다(이석배, “오스트리아 환자사전의사표시법(PatVG)”, 「한국의료법학회지」 제15권 제2호, 2007, 111면.

18) 이 점에 대해서는 대한의사협회의 의사윤리지침 제16조 제1항과 제2항과 독일연방의사협회의 가이드라인에도 나타난다(Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztliche Sterbebegleitung, DÄBL 101, 2004, A-1298.).

19) 이석배, “연명치료중단의 기준과 절차”, 152면.

20) Nationaler Ethikrat, Patientenverfügung, 2005, S.10 ; Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen sterbebegleitung, DÄBL 101, 2004, A-1298, 1299; Scshrott, Sterbehilfe als strafrechtliches Problem -Selbstbestimmung schutzwürdigkeit des tödlich Kranken GA 2006, 549, 555. ; 이석배, “연명치료중단의 기준과 절차”, 151면.

이와 같은 소극적 안락사(치료의 중단)와 관련된 내용을 통해 적극적 안락사의 허용논거를 찾을 수 있다고 생각된다. 즉 인간은 자신의 생명을 處分할 수 있는 法的 權利는 아니라고 하더라도 최소한 事實上 처분할 수 있는 지위 내지 기능으로서의 자기생명의 處分에 대한 權能 내지 資格을 가진다고 할 수 있다. 왜냐하면 법률관계론의 측면에서 볼 때 자기생명에 대해 처분할 수 있는 법적 權利를 인정할 경우에는 일정한 경우 처분요구를 받은 상대방에게는 그에 따라야 할 法的 義務가 발생해야 하는데, 이러한 법적 논리가 타당하다고만 할 수는 없기 때문이다. 이렇게 볼 때 비로소 생명권으로부터 소극적 의미의 죽을 권리는 직접적으로 도출될 수 있으나, 특수한 한계상황 하에서 타인에게 촉탁하여 그 타인이 적극적으로 생명을 단축시키는 형태인 적극적 안락사에 있어서 살해행위를 한 그 타인의 형사책임을 면책시킬 수 있는 논거는 무엇인가 하는 점이다.

생각건대 엄격한 법적 측면보다는 사실적·현실적 측면에서 환자의 자기결정권이라는 법적 근거를 토대로 하여, 무의미한 생명의 연장이라는 추상적인 존엄성의 보장보다는 현실적이고 사실적 측면인 극심한 고통의 제거를 통한 존엄성 보장이 더 필요하다는 관점에서 접근함으로써 적극적 안락사의 근거를 찾을 수 있을 것이다.

III. 생명보호의 원칙과 안락사의 정당성

1) 안락사 부정론에서는 생명의 불가침성, 불가교량성 및 절대적 생명보호의 원칙에서 출발하는 한 적극적 안락사는 어떠한 상황에서도 위법성이 조각될 수 없다고 한다.²¹⁾ 정당방위나 사형제도 등이 인정되는 현행 법제에서 ‘절대적인’ 생명보호라는 표현이 적절하지 않다고 하더라도, 형법이 추구하는 포괄적인 생명보호 사상 하에서는 肉體的 苦痛이 그것을 상쇄할 수 없다고 한다.²²⁾ 즉 법치국가 형법에서는 아무리 선한 목적을 위해서라도 그것을 위해 투입되는 수단의 적합성·

21) 대법원 2009.5.21 선고, 2009도17417의 판결문 3-4면.

22) 이재상, 형법각론, 박영사, 2006, 22면.; 김일수/서보학, 형법각론, 박영사, 2004, 26면.; 배종대 형법총론, 홍문사, 2005, 328면.; 전지연, “안락사에 대한 형법적 고찰”, 「한림법학」 제4권, 1994/95, 139면.; 윤종행, “안락사와 입법정책”, 「비교형사법연구」 제5권 제1호, 한국비교형사법학회, 2003, 473면.; 정현미, “적극적 안락사와 관련한 법적 논쟁”, 「형사정책연구」 제18권 제3호, 한국형사정책연구원, 2007년 가을호, 227면.

23) 그런 의미에서 배종대, 「형법각론」, 홍문사, 2006, 45면.; 전지연 앞의 글, 138면에서는 ‘포괄적’ 생명보호의 원칙이라는 표현이 더 적절하다고 한다.

필요성·균형성이 인정되지 않으면 정당하다고 할 수 없으므로 苦痛除去의 목적을 위한 生命斷絶이라는 수단은 정당성을 가질 수 없다는 것이다. 또한 현대의술에서 고통의 대부분은 진통제의 투여에 의해 진정될 수 있으므로 적극적 안락사가 불가피한 수단이라고 할 수도 없다고 한다.²⁴⁾

생각건대 범치국가 형법에서의 위법성조각원리의 기준으로 제시되고 있는 수단의 적합성·필요성·균형성의 면을 적극적 안락사의 허용조건과 관련하여 고찰해 보면 다음과 같다. 첫째로 수단의 적합성면을 보면, 안락사는 의사에 의한 人道主義的인 方法에 의한 施術을 전제로 하고 있으며, 둘째로 필요성의 면을 보면, 환자의 明示的인 意思表示에 의한 自己決定權의 行使로서 被害者의 承諾이 존재하고, 뿐만 아니라 환자의 極甚한 苦痛의 除去라는 측면에서의 환자의 존엄한 죽음을 선택할 권리의 보장이라는 면이 존재하기에 안락사의 필요성을 인정할 수 있을 것이다. 셋째로 가장 문제되는 것인 法益間의 均衡性 문제이다. 물론 적극적 안락사의 시술로 인하여 침해되는 법익은 가장 중대하고도 고귀한 인간의 생명이고, 그로 인해 보호되는 법익은 생명보다는 하위에 위치하는 법익이라고 할 수 있는 육체적 고통의 제거이기에 법익균형성이 인정되지 아니한다고 할 수 있을 것이다. 그러나 적극적 안락사에는 이러한 불균형성을 보충해 주는 요소로서 법익주체의 특성, 즉 환자 본인의 진지한 명시적 촉탁(자기결정권의 행사-피해자의 승낙)은 물론이고, 불치의 질병으로 인한 回復不可能性和 死期에 臨迫한 生命이라는 점으로 인해 사실상 통상의 인간생명보다는 그 양적·질적인 측면에서 하위에 있다고 할 수 있기에 법익균형성의 유지도 인정할 수 있을 것이다. 마지막으로 적극적 안락사의 허용요건으로 인정하는 극심한 육체적 고통이 만약 현대의 진통의학에 의해 진정되는 단계라면 처음부터 적극적 안락사의 허용요건에 해당되지 아니하게 되어 형사처벌되지 않으므로 문제되지 아니한다. 왜냐하면 안락사 문제는 현대의 진통의학으로도 극심한 진통을 해소시킬 수 없을 때에만 허용된다고 해야 하므로 후자의 논거는 그 전제에서부터 타당하다고 할 수 없기 때문이다.

2) 고통제거를 위한 살해로서의 적극적 안락사는 위에서 본 바와 같이 목적·수단·법익의 균형성·보충성의 측면에서 사회윤리적으로 타당하지 않아 社會常規에 反할 뿐만 아니라 生命의 不可侵性을 보장하는 刑法과 生命保護의 原則에 反하며 濫用의 危險이 있다는 비판이 있다.²⁵⁾

24) 배종대, 「형법각론」, 홍문사, 2006, 70면.

그러나 이 비판의 앞부분이 타당하지 않음은 이미 위에서 보았다. 다음으로 형법에서의 생명보호는 절대적이라기 보다는 相對的으로 保護하고 있다고 보아야 할 것이다. 왜냐하면 통상의 살인죄는 의사에 반하여 살해한 경우이고, 또한 통상의 촉탁·승낙살인죄는 생명권 주체의 승낙을 받아 살해하는 경우이지만 특별히 엄격한 허용요건과 절차적 통제를 전제로 하는 이른바 한계상황 하에서 이루어지는 살해가 아니라 일반적인 상황 하에서 특별한 요건과 상관없이 이루어지는 살인을 전제하고 있다. 이러한 유형의 살인은 남용가능성이 크므로 피해자의 촉탁·승낙이 있더라도 처벌함으로써 이를 사전에 철저히 차단하려는 측면이 강하다. 따라서 피해자의 明示的 承諾이 있고(소극적 안락사의 경우는 추정적 승낙도 포함), 또한 촉탁·승낙에 의한 살해의 남용을 방지하기 위한 嚴格한 許容要件 하에서라면 굳이 적극적 안락사를 부정해야 할 이유가 없다고 생각된다. 왜냐하면 우리 형법도 자살(미수)을 처벌하지 않고 있다는 점에서 볼 때 엄격한 요건 하에서의 안락사를 인정하는 生命保護의 相對化를 인정할 여지가 있기 때문이다.

물론 우리 사회의 급속한 변화와 더불어 심화되는 생명경시풍조를 지양하기 위해서는 적극적 안락사를 제한해야 할 필요도 있을 것이고, 경우에 따라서는 일반 국민들의 법 감정도 형법상 절대적 생명보호원칙에 입각한 엄격한 법해석과 평가를 통하여 억압할 필요가 있을 것이다. 그러나 인간의 생명은 신에게 종속된 것이 아니라 인간 스스로에게 자기 생명의 소유권 내지 처분권의 주체성을 인정하는 것이 인간존엄성의 존중정신에 더 합치하는 것이기에, 적극적 안락사를 허용할 수 있는 엄격한 요건과 여건이 마련된다면 생명경시풍조의 만연이라는 막연한 우려나 단순한 도덕적·윤리적인 문제 때문에 또는 현실적·사실적인 문제의 합리적 해결보다는 이상론적인 논리에 치중하여 적극적 안락사를 부정해야 할 필요는 없다고 생각된다.

이와 같이 적극적 안락사의 허용여부에 대한 견해의 차이는 궁극적으로는 價値觀의 差異에서 비롯된다고 생각된다. 따라서 결국에는 법해석이나 법률이론의 차원을 넘어 다수 일반국민들의 법 감정과 가치관을 반영하여 법 정책적으로 결정해야 할 사안이라고 생각된다. 다만 일반인의 법 감정이나 가치관은 가변적일지라도 짧은 기간 내에 쉽게 변하는 것은 아니기에 국민들의 법 감정이나 가치관이 적극적 안락사의 허용방향으로 상당정도 고착화되는 시점에 가서야 비로소 허용

25) 정현미, “안락사의 형법적 허용한계”, 「형사법연구」 제16호 특집호, 한국형사법학회, 2001.12, 244면.

하는 것이 타당할 것이다.

IV. 자기결정권과 안락사의 정당성

1. 생명에 대한 자기결정권의 인정여부

일각에서는 사람의 身體에 대해서도 처분이 제한된다는 견해도 있는데,²⁶⁾ 하물며 안락사와 같이 生命이라는 중대한 법익에 대해서 환자의 주관적인 의사로서 처분할 수 있는지는 당연히 문제된다. 이는 哲學的 問題에만 그치는 것이 아니라 憲法과 實定刑法上的 問題이기도 하다. 왜냐하면 안락사 문제는 현행 헌법상의 인간의 존엄성과 행복추구권 문제, 그리고 현행 형법(제252조)상의 촉탁·승낙에 의한 살인죄와 직결되기 때문이다. 즉 개인의 자율성을 최고의 가치로 여기는 자유주의 하에서는 환자가 自己生命에 대한 處分權을 自律적으로 行使하여 안락사가 이루어진 경우에, 그것을 헌법상의 기본권(자기결정권-자살권) 행사의 일환으로 보아 허용할 것인가 아니면 형법상으로 범죄화하여 처벌할 것인가가 문제인 것이다.²⁷⁾

이에 대하여 우리 헌법은 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치와 행복을 추구할 권리를 가지며, 나아가서 이와 같은 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 보장하는 것이 국가의 의무라고 선언하고 있다(헌법 제10조).²⁸⁾ 헌법재판소는 인간의 행복추구권 속에 一般的 行動自由權과 개성의 자유로운 발현권 등이 포함되어 있는 것으로 보고 있다.²⁹⁾

여기서 인간존엄의 주체인 인간은 자기의 신체나 生命을 保護할 權利(불가침의 권리)는 당연히 가지지만, 자기를 危殆化하고 侵害할 수 있는 權利도 가지고 있는가, 즉 인간은 자기의 신체에 대하여 어느 정도의 침해권한을 가지고 있으며, 자살권도 가지는가가 문제이다. 이는 앞에서 고찰한 인간존엄의 불가침 내용에 자

26) 피해자의 승낙을 통해 신체를 처분하는 것이 사회의 윤리나 도덕에 반하는 경우에는 제한되는 것이라는 견해이다(배종대, 「형법각론」, 제6전정판, 홍문사, 2006, 99-100면.)

27) 이러한 결론을 지지하는 N.Hoerster, Abtreibung im säkularen Staat, 2. Aufl., Frankfurt/M. 1995의 (주 4), S.169-170.

28) 인간존엄에 대한 근원적인 연구는 심재우, “인간의 존엄과 법질서”, 「고려대 법률행정논집」 제12집, 1974, 103면 이하; 심재우 (역), 「법치국가와 인간의 존엄」, 1994, 9면 이하 참조.; 배종대, “마약범죄와 인간의 존엄”, 「안암법학」 제4집, 고려대, 1996, 354면.

29) 헌재결 1991.6.3, 89헌마204.

殺權이 포함되는가와 직결된다.

이에 대하여는 마약에 대한 형법적 금지의 정당성 여부와 관련하여 논의하면서, 만약 자살권이 인정된다면 마약에 대한 형법적 금지도 정당성을 가질 수 없다는 견해³⁰⁾가 있다.

그런데 자살은 형법상 살인죄의 구성요건에도 해당하지 않고 위법하지도 않다. 왜냐하면 형법 제250조의 행위대상이 되는 ‘사람’은 타인에 국한되고 自身の生命은 여기에 해당될 여지가 없기 때문이다. 그러므로 他人의 자살에 관여하는 경우는 처벌대상이 되어도(제252조 2항) 자살은 형법상 금지된 행위가 아니다. 자살행위도 특별법(예컨대 병역법 제75조, 군형법 제41조 1항)에 의하여 예외적으로 처벌되는 경우를 제외하고는 원칙적으로 죄가 되지 않는다.³¹⁾ 문제는 刑法上 禁止된 行爲가 아니라고 해서 헌법이 보장하는 權利에 속하는 것으로 이론구성을 할 수 있는가 하는 점이다. 즉 인간에게 自殺權(Recht auf Selbstmord) 또는 自害權(Recht auf Selbstschädigung)이 인정될 수 있는가 하는 점이다.

이에 대하여 배종대 교수는 금지되지 않은 모든 행위가 사실상 許容된다고 해서 이러한 행위에 대한 주관적 權利가 있는 것은 아니므로 인간존엄으로부터 도출되는 行爲의 自由와 그것에 대한 법치국가적 제한(헌법 제37조 2항)의 관점에서 볼 때 行爲의 自由는 消極的인 것이라고 한다. 즉 他人에 대한 外的 關係에서 인간이 취할 수 있는 多樣한 行爲可能性 가운데 하나일 뿐이라는 것이다. 또한 基本權은 국민의 한 사람으로서 누릴 수 있는 主觀的 權利의 성격을 갖는 동시에 정치적 일원체로서 헌법질서의 기본이 되는 客觀的 秩序의 性格을 함께 가지고 있으면서(기본권의 이중성) 양자는 서로 보완관계에 있다고 한다. 그러므로 이러한 양면성은 기본권주체가 基本權을 任意로 拋棄할 수 없는 근거가 된다는 것이다. 따라서 헌법상의 행위의 자유에 醜惡權이나 自害權·自殺權이 포함되기는 어렵다는 입장이다.³²⁾ 그리고 생명은 자기 또는 타인의 생명을 불문하고 어떤 경우에도 존중되어야 하고, 또한 존중해야 할 의무가 있다. 그러므로 형법이 마치 자살을 허용하는 것으로 이론구성을 하는 것은 잘못 이해된 자유주의로서 生命에 대한 禁錮를 기초로 하는 우리의 普遍的 生命觀에 어긋난다는 것이다. 이성적 존재인 인간은 자기 자신에 대해서조차도 존중의무를 부과할 수 있는 능력을 가지

30) 배종대, “마약범죄와 인간의 존엄”, 435면.

31) 배종대, “마약범죄와 인간의 존엄”, 437면.

32) 허영, 한국헌법론, 226면. ; 배종대, “마약범죄와 인간의 존엄”, 438-439면.

고 있기에 자살은 人間의 自己保存義務에 違背되는 反理性的 行爲라고 한다.³³⁾

생각건대 이러한 견해는 순수한 규범적 관점에서 이상론적으로 파악한 입장인데, 안락사 문제를 합리적으로 해결하기 위해서는 헌법에 대한 解釋의 구체적 타당성 여부를 논하기에 앞서서 보다 현실적이고 사실적인 문제 해결의 관점에서 접근하는 것이 필요하다고 생각된다. 그러므로 우선은 법익의 주체인 환자가 안락사를 진지하게 원한다는 사실과 특히 안락사로 인해 타인은 물론 국가·사회에 대한 法益의 侵害 내지 侵害危險性이 없다는 사실이 중요하게 고려되어야 한다. 따라서 불치의 질병이나 노쇠한 막바지단계의 노환에 처하여 육체적 고통이 극심할 뿐만 아니라 곧 닥쳐올 죽음을 맞는 일만이 남아 있는 無常한 삶을 끌어가고 있는 경우에 죽음을 앞당겨 안락하게 죽고 싶다는 본인의 진지한 소망을 외면하고 본인이 원하지 않는 삶을 계속 유지하도록 국가나 법이 강요하는 것은 순수한 理想論的 觀點에만 치중한 견해로서 현실적 관점에서 보면 타당하지 않다고 해야 한다. 본인의 그러한 안락한 죽음의 소망을 들어주는 일은 그에게는 害惡을 끼치는 것이 아니라 慈悲인 것이다. 만일 본인의 의사를 알 수 없는 경우에는 본인의 眞意에 가장 접근할 수 있는 방안의 발견만이 문제가 된다는 견해³⁴⁾가 타당하다.

환자의 의사를 사실상 존중하자는 것은 법률상으로는 안락사에 대한 환자의 자기결정권의 존중, 존엄사할 권리의 존중으로 이어진다. 따라서 본인이 안락사를 원한다면 그 의사를 외면할 것이 아니라 존엄사할 자기결정권으로서 최대한 존중하여 그의 존엄성을 보장해 줄 필요가 있으므로 적극적 안락사도 일정한 요건이 갖추어지면 허용하여야 한다고 본다.³⁵⁾

이 문제는 다른 한편으로는 인간생명의 主人은 누구인가? 神인가, 國家인가, 아니면 自己 自身인가에 직결된다. 국민 개개인이 자유로운 인격체로서 기본적인 人權을 보장받는 원리의 헌법체계에서는 생명의 주체는 신이 아니라 자기 자신이라고 할 수 밖에 없다. 형법학에서도 인간의 생명은 최고의 인격적·전속적 법익에 속하는 것으로서, 법익의 주체와 결코 분리해서 생각할 수 없는 것으로 되어

33) 심재우, “인간의 존엄과 범죄”, 「고려대 법률행정논집」 제12집, (주12), 108면 이하 : 심재우 교수는 칸트의 “인격적 존재인 인간은 어느 것도 자유로이 처분할 수도 없고, 훼손할 수도 없고, 파멸시킬 수도 없고 그리고 죽일 수도 없다”는 말을 빌려, “自殺은 法的으로 罪가 되지 않는다. 그러나 道德적으로는 義務違反이다”는 점을 분명히 한다(위의 글 110면). 그러면서 “인간의 타인에 대한 尊重義務” 뿐만 아니라 “인간의 自己自身에 대한 尊重義務” 또한 인간존엄의 핵심요소라고 한다.

34) 임웅, “안락사 허용론”, 「형사법연구」 제16호 특집호, 한국형사법학회, 2001.12, 235면.

35) 임웅, “안락사의 정당화”, 「고시연구」, 1999.12, 45-47면 참조.

있다. 그렇다면 생명이라는 법익은 생명의 주체 이외에는 그 누구에게도 처분권을 인정할 수 없고, 오로지 생명의 주체인 ‘개인’ 자신의 생명을 자유로이 처분할 수 있는가 하는 문제만이 남는다.³⁶⁾

현행 형법은 촉탁·승낙살인죄를 처벌함으로써 일응 생명에 대한 개인의 처분권을 부정하는 것으로 해석된다. 그러나 이는 생명의 독특한 성격 때문에 개인이 함부로 처분하지 못하도록 한다는 이른바 legal paternalism(법률후견주의) 및 神學的 論證方法이다. 그렇다면 생명에 대한 개인의 자유로운 처분은 絶對적으로 금지되는 것이 아니라 소극적 안락사의 경우와 같이 일정한 요건 하에서 예외적으로 허용될 수 있음은 당연하고, 이러한 논리는 적극적 안락사의 경우에 적용하여도 별 무리가 없다고 생각된다.³⁷⁾가 타당하다고 생각된다. 왜냐하면 인간은 삶과 죽음의 기로에 처해서는 그 중 ‘무엇을’ 선택할 것인가의 자유, 죽음의 선택에 있어서는 ‘언제’ ‘어떻게’ 죽을 것인가 하는 선택의 자유를 원초적으로 누리고 있다고 보는 것이 타당하기 때문이다. 憲法에 있어서 인간으로서의 존엄과 가치의 보장(제10조)은 삶에 있어서의 존엄뿐만 아니라 죽음에 있어서도 인간으로서의 존엄을 보장받자 함이 당연하고, 이 보장은 다름아닌 ‘尊嚴死’할 권리, ‘인간다운 죽음을 할 권리’로서 인정된다고 한다.³⁸⁾

생각건대 자살은 극히 예외적인 경우를 제외하고는 그로 인해 타인 또는 국가·사회에 해악을 미칠 위험성이 거의 없다. 그러나 마약의 복용과 같은 것을 금지하지 아니하면 자제심의 상실로 인하여 복용자의 신체·생명이나 정신이 훼손됨은 물론이고 국가·사회에 해악을 끼칠 위험성이 증대될 수 있다. 즉 법령에 의한 마약의 금지는 국가가 헌법상의 행복추구권에서 파생되는 반사적 효과로서 간접적으로 복용자인 個人의 幸福을 보장해 주는 역할을 수행하는 측면과 함께 다른 한편으로는 마약복용으로 인한 자제력 감소·상실 등으로 발생하는 他人의 法益侵害의 危險性を 차단하는 효과가 있는 것이다. 그러나 자살의 경우는 국가나 사회에 직접적으로 해악을 끼칠 가능성이 거의 없기 때문에 이와는 다르다고 해야 할 것이다. 따라서 타인 또는 국가·사회에 해악을 끼치지 아니한다는 전제 하에서 라면 자기생명에 대한 처분으로서의 자살권을 인정하지 못할 이유가 없다

36) 임웅, “안락사 허용론”, 236면.

37) 같은 견해로는 임웅, “안락사 허용론”, 236면 참조.

38) 헌법상 존엄사를 허용하는 견해로는 권녕성, 「헌법학원론」, 법문사, 1997, 371면. ; 사건으로는 존엄사하거나 인간다운 죽음을 할 法的 權利라기 보다는 그러한 행위를 할 수 있는 事實上的 權能 내지 資格이라고 하는 것이 타당하다고 생각된다.

고 생각된다. 이러한 입장은 종교적 관점에서처럼 신에 종속된 생명체로 보아온 인간을 獨立的인 人格의 主體로 파악하는 것으로, 이러한 입장이 인간의 존엄성 내지 주체성을 더 존중해 주는 것이라 할 것이다. 종교적 관점에서 본 인간은 신의 피조물로서 신에게 종속된 존재라고 할 수 있기에 인간 자신의 생명이라 하더라도 함부로 그 생명을 박탈할 권리를 가지거나 주체가 될 수 없다고 해야 하겠으나, 종교적 관점이 아닌 법적 관점에서는 이와는 다른 관점에서 파악하는 것이 타당하다고 생각한다.

다만 적극적 안락사와 직결되는 형법상의 촉탁·승낙살인죄는 自己 침해행위의 가벌성을 선언한 것이 아니라 第3者에 의해 행해진 他人侵害의 영역에 속하는 것으로 법익주체 스스로가 자기의 법익을 침해하는 것은 아니다.³⁹⁾ 또한 刑法上 不可罰이라고 하여 마치 헌법상으로 자살에 대한 權利가 인정되는 것은 아니므로 사실상 자기책임으로 행해지는 자살에 대한 行爲自由를 형법 또는 이론적·현실적으로 制限할 수 없다는 의미를 가지고 있다는 배종대 교수의 입장은 규범적 측면보다는 어느 정도 사실론적으로 접근하고 있어 설득력이 있다. 그러므로 사실적 측면을 도외시하고 순수하게 법적 관점에서만 본다면, 헌법 제10조의 인간존엄이 전제하는 넓은 의미의 生命權(생명에 대한 주관적 권리)은 생명을 위협하는 侵害에 대한 防禦權(생명유지권)을 내포할 뿐 生命의 斷絶에 대한 權利(자살권)를 포함하는 것은 아니라고 할 수 있다. 왜냐하면 生命權은 생명을 保存·維持하는 권리 및 그것을 위한 생명의 侵害에 대한 防禦權이므로 이러한 생명권 속에 생명을 剝奪하는 自殺權을 인정하는 것은 논리적 모순이기 때문이다. 헌법은 살 수 있는 權利는 기본권으로 보장하지만, 죽을 수 있는 權利는 인정하지 않는다고 해야 한다. 그러므로 결국 자살은 법률적 不法은 구성하지 않지만 이성에 반하는 반윤리적 행위임은 부정할 수 없고, 그것이 처벌대상이 되지 않는 것은 ‘處罰利益이 없기 때문이라는 견해⁴⁰⁾가 일리가 있다.

생각건대 현행 형법은 죽으려고 하는 자의 촉탁 또는 승낙을 받아 그 자를 살해하거나 죽는 것을 도와주는 경우도 처벌하고 있다. 그러나 이러한 현행 형법상의 촉탁·승낙살인죄나 자살교사·방조죄의 경우에 있어서 處罰利益은 자칫 건강한 사람을 특수한 한계상황이 아닌 일반적인 상황 하에서 살해의 촉탁이나 승낙이 없음에도 불구하고 이를 병자하여 살해하거나 또는 자살의 의사가 없는데도

39) 배종대 교수도 이 점에 대해서는 동의하는 듯하다(배종대, 앞의 논문, 439-440면.).

40) 상세한 설명은 배종대, 「형법각론」, 82면 이하 참조. ; 배종대, 앞의 논문, 440면.

자살로 유도함으로써 자살만연 내지 생명경시의 풍조를 조성하는 등 他人 및 社會에 대한 害惡을 줄 수 있기 때문에 처벌한다고 해야 할 것이다. 따라서 이러한 해악이 제거될 수 있는 요건을 갖춘 안락사라면 안락사 희생자의 촉탁에 따라 편안한 죽음에 이르도록 하는 것을 예외적으로 허용하여도 무방하다고 생각된다. 왜냐하면 이러한 경우에는 승낙자 본인 이외에 타인 또는 사회에 대한 해악을 줄 가능성, 즉 처벌이익이 없기 때문이다.

2. 자기결정권의 성격과 내용

안락사 부정론에서는 존엄하게 죽는다는 것은 죽음을 결정할 權利가 있다는 것을 의미하는 것은 아니며, 죽음의 시점을 앞당기려고 하는 것은 존엄한 죽음에 오히려 반하는 것으로서 마지막 순간까지 생명을 지키며 죽음을 맞이하는 것이야말로 바로 존엄한 죽음이라고 한다.⁴¹⁾

이러한 입장에서는 모든 인간에게 인정되는 生命權이라도 자기 생명에 대해 가지는 所有權은 아니므로 생명권에는 자신의 생명을 임의대로 처리할 권리가 포함되지 않는다고 한다. 따라서 인간이 생명권을 가졌더라도 자기 생명을 직접적이든 간접적이든 혹은 자신의 적극적 또는 소극적 행위를 통해 종식시킬 어떠한 권리도 없다고 한다. 왜냐하면 생명은 자기 스스로 혹은 전문가에 의해 回復·治療可能性이 있고, 인간존엄성과 자유는 물론 그 밖의 다른 法益의 生物學的 土臺라는 사실 때문이라고 한다.⁴²⁾ 다시 말해 이러한 관점에서의 생명권은 자신의 생명을 維持하는 데 있어서만 권리로 인정될 뿐이지 생명을 毀損하는 것에 대해서는 권리성을 부인하고 있다.

다른 한편 종교적 논의를 떠나 法的으로 보면, 인간이 자신의 생과 죽음에 대해 스스로 決定할 權利가 있다는 것은 부정할 수 없다. 그러나 ‘죽을 권리’라는 개념은 자신이 죽음을 선택하는 것에 대해 國家가 關與하지 않는다는 의미에 불과하지 자신이 죽을 權利가 있으므로 죽여 달라고 請求할 수 있는 積極的 權利를 말하는 것은 아니라고 하여, 죽을 권리로부터 바로 적극적 안락사의 권리가 추론된다고 생각하는 것은 잘못이라고 한다. 따라서 죽여 달라는 요청은 법적으로 인정되지 않으므로 안락사라는 특별한 한계상황이 설정되어 있더라도 적극적 안락

41) 박상은, “마지막 순간까지 생명 지켜야”, 동아일보 2001.4.28, 7면.

42) Wilfried Bottke, 김성돈 역, “촉탁살인과 안락사”, 206면.

사는 형법에 저촉되는 행위라는 것이다.⁴³⁾

그러나 이러한 견해는 추상적인 관념론으로서 이상적이기는 하나 인간사회의 현실적·사실적 문제를 도외시한 것으로서 타당하다고 할 수 없다. 따라서 사람은 자신의 생명을毀損할 수 있는 法的 權利는 아니더라도 事實上 處分할 수 있는 地位로서의 權能 내지 資格은 지니고 있다고 보는 것이 보다 합리적이라 하겠다. 그리고 이러한 권능으로부터 간접적으로 적극적 안락사의 허용근거를 도출할 수 있을 것이다. 즉 사실상 처분권으로서의 자기결정권 행사는 자신이 직접 실시하거나 또는 타인에의 위임을 통해 간접적으로 행사하는 것을 보장해 주어야 하기 때문이다.

다만 이와 같이 안락사를 인정하더라도 죽을 의사를 가진 자가 자신을 살해하도록 허용하거나 요청할 資格을 가질 뿐 그로부터 자신을 살해할 權利가 당연히 인정되는 것은 아니다. 왜냐하면 만약 權利로 인정하게 될 경우 법적으로 그 권리의 상대방, 이를 테면 환자로부터 안락사 시술의 촉탁을 받은 의사에게는 안락사 시술의 義務가 발생한다고 해야 하는데, 이는 타당하지 않기 때문이다. 따라서 의사들도 그러한 허용자격에 의해 殺害해야 할 義務를 지게 되는 것은 아니다. 그럼에도 불구하고 허용자격을 인정하게 되면 의사로 하여금 生命破壞行爲로 나아가게 할 危險이 없는 것은 아닐 것이다. 위독한 환자가 그 가족 등 주변을 성가시게 할 수도 있다는 생각 등으로 인해 의사에 의한 생명과괴행위가 買受될 可能性도 생길 것이다.⁴⁴⁾ 또한 의사 등에게 안락사 권한을 주게 되면 자칫 살해 촉탁에 대한 이기적인 해석으로 남용될 수도 있고, 안락사 인정에 의한 모든 타살 행위는 타인의 생명에 대한 ‘돌이킬 수 없는’ 지배권의 행사가 된다는 점에서 안락사를 부정해야 한다는 견해도 있다.

생각건대 위에서 본 바와 같이 죽을 의사를 가진 자에게 자기 자신을 살해할 權利는 부여하지 않더라도 (최소한 사실상으로) 그러한 資格 내지 權能은 인정된다고 할 때, 중요한 것은 이러한 자격의 행사로 인해 他人 또는 社會의 法益에 대한 侵害(危險性)나 濫用可能性이 있을 때에는 이를 형법적으로 금지시켜야 할 것이고, 이러한 가능성이 없거나 있더라도 제도적으로 거의 차단이 가능하도록 보완이 된다면 금지시킬 필요가 없을 것이라고 생각된다. 따라서 엄격한 허용요건과 절차 하에서 적극적 안락사를 인정하는 것이 타당하다고 생각된다.

43) 정현미, “적극적 안락사와 관련한 법적 논쟁”, 224-225면.

44) Wilfried Bottke, 김성돈 역, “촉탁살인과 안락사”, 209면.

독일 헌법에서도 인간은 모든 自己 法益에 대한 所有權이 인정되지는 않는다고 해석하면서, 자신의 신체 기능을 ‘스스로 危殆롭게 할 權利’가 인정되는 것이 아니라 ‘타인에 의해’ 신체적으로 傷害를 입지 아니할 不可侵의 권리만을 의미한다는 것이다. 그렇지만 이는 신체의 자기결정권(불가침성)의 반사적 효과로서 (사실상) 인간의 신체에 대한 所有權과 同一하다고 볼 수 있다.⁴⁵⁾ 이와 같이 事實上 자기 신체에 대한 所有權이 인정될 경우 그 소유권의 내용을 타인으로부터 자기의 신체나 생명을 보호하는 경우(침해에 대한 불가침성)만으로 제한할 것인가 아니면 스스로 또는 타인에게 부탁하여 자기의 생명·신체를 박탈·처분하도록 요구할 수 있는 영역까지 확대하여 그 타인의 책임까지 상실케 하는 근거로 작용하는 것을 인정할 것인가가 문제이다.

우선 죽을 의사가 있는 자들은 그들의 신체적 질병과 그 질병에 대한 생명유지적 치료를 거부함으로써 초래될 죽음에 대한 소극적 권리(소극적 자살권 등)를 가진다는 점은 부정할 수 없다. 따라서 치명적인 질병을 가진 환자로 하여금 ‘他人을 위태롭게 하지 않는 한’ 그 질병을 치료하도록 하는 의무를 부과할 수는 없다. 그들은 생명구조적 치료행위를 거부함으로써 스스로 죽어도 무방한 것이다.⁴⁶⁾ 따라서 환자의 자기결정권 행사에 의한 치료거부의사가 명백함에도 불구하고 병원 측이 계속 치료하는 행위는 오히려 상해죄의 구성요건에 해당하게 된다.⁴⁷⁾

뿐만 아니라 우리 형법이 자살을 처벌하지 않고 있는 데서 간접적으로 추론할 수 있는 것은 기독교적 종교관에 입각하지 않는 한 인간은 자기 자신을 적극적으로 살해하는 이른바 적극적 자살권도 부정되지 아니한다고 해야 한다. 그런데 문제는 적극적 자살권 행사의 일환으로서 他人을 이용한 경우, 즉 피해자의 촉탁·승낙에 따라 살해행위를 한 제3자(의사 등)에 대해서도 적극적 자살권 행사의 한 내용 또는 부수적 효과로서 처벌하지 아니할 것인가이다. 우리 형법은 이러한 경우 촉탁·승낙 살인죄로 처벌하고 있다. 그러나 이러한 형법규정을 떠나 이론적으로만 고찰해 볼 때 한계상황, 즉 안락사의 허용요건에 해당하는 경우는 일반적 상황이지 아닌 예외적 특수상황으로서 위법성조각사유 원리(주관적 정당화요소와 객관적 정당화사정)를 충족시키는 구조와 요건을 갖추고 있다고 보여지므로⁴⁸⁾ 형

45) Wilfried Bottke, 김성돈 역, “촉탁살인과 안락사”, 203, 205면.

46) Wilfried Bottke, 김성돈 역, “촉탁살인과 안락사”, 205-206면.

47) 대한변협신문 2008.5.19, 1면.

48) 일반적으로 위법성조각사유로 인정되기 위한 요건으로는 불법의 행위반가치를 상쇄시키는 요소로서 주관적 정당화요소(방위 의사나 긴급피난 의사 등)와 결과반가치를 상쇄시키는 객관적 정당화사

사처벌은 하지 않음이 타당하다고 생각된다.

생각건대 원칙적으로 자기 소유의 재산이나 신체 또는 생명에 대해서는 자유로운 사용·수익·처분권이 인정되고 있다. 그렇다면 원칙적으로 자기생명에 대한 소유권(처분권) 행사의 일종이라고 할 수 있는 안락사(소극적 안락사는 물론 적극적 안락사)도 인정함이 타당하다. 다만 자본주의 사회에서 자기 소유의 재산이라고 하더라도 공공의 이익이나 사회질서 유지를 위해 함부로 처분하지 못하도록 일정한 제한을 가하고 있듯이, 자기의 신체·생명에 대해서도 그것이 남용 또는 악용되어 자신은 물론 他人과 社會에 대해 일정한 악영향(법익 침해에 이르는 정도)을 끼칠 경우에는 자기의 생명·신체에 대한 처분권도 당연히 제한되어야 할 것이다. 이러한 관점에서 본다면 소극적 안락사는 물론 적극적 안락사도 원칙적으로는 인정하되, 다만 남용 또는 악용되지 못하도록 하는 허용요건과 절차 등을 정한 후 이를 위반할 경우(이 경우는 주로 他人 또는 國家·社會에 악영향이 미칠 경우)에 비로소 형사처벌하면 될 것이다. 즉 안락사제도의 허용으로 악영향이 미치는 것을 차단할 수 있는 장치를 만들 수 있다면 굳이 금지시킬 필요가 없는 것이다. 따라서 적극적 안락사의 허용여부는 타인이나 국가·사회에 대한 법익 침해 등의 악영향이 있느냐 라는 기준에 따라 판단하고 결정해야 할 것이다.

3. 자기결정권의 허용한계

생명에 대한 자기결정권은 규범적으로는 헌법 제10조에서 찾을 수밖에 없다. 그러나 인간존엄에 대한 이 규정은 원칙적으로 許容規定이라기 보다는 삶에 대한 가치와 죽음에 대한 가치가 衡量되어 ‘보다 큰 가치의 실현을 위하여’ 행사될 때에만 정당하다는 限界規定이라고 한다.⁴⁹⁾ 그렇다면 어떠한 경우에 자기결정권이

정(현재의 부당한 침해라는 정당방위 상황이나 현재의 위난이라는 긴급피난상황 등)이 필요하다. 이러한 주관적 정당화요소와 객관적 정당화사정이 안락사에도 존재한다면 위법성이 조각된다고 해야 한다.

생각건대 안락사에 있어서의 主觀的 正當化 要素로는 생명주체 자신의 진지한 안락사 의사(피해자의 촉탁·승낙의사)는 물론이고 시술하는 의사의 의사(오로지 환자의 육체적 고통을 완화시키려는 목적) 등이라고 할 수 있다. 한편 客觀的 正當化事情으로는 사기에 임박하고, 불치(회복불가능)의 질병을 앓고 있는 극심한 고통을 겪고 있다는 등의 객관적 사정이 이에 해당한다고 할 수 있다. 때문에 안락사의 엄격한 허용요건을 갖춘 경우에는 불법성(행위반가치와 결과반가치)을 완전히 상쇄·치유하는 주관적 정당화요소와 객관적 정당화사정이라는 요건을 충족시킬 수 있다고 생각된다.

49) 허일태, “안락사에 관한 연구”, 한국형사정책연구원, 1994.12, 58면.

그 정당성을 가질 수 있는가? 말하자면 자기결정권이 삶에 대한 가치보다 더 큰 경우는 어떤 때인가가 중요하고, 이는 곧 안락사의 허용여부(정당성)에 관한 판단기준으로서 의미를 가진다.

생각건대 인간의 生命은 한편으로 보면 개인에 속한 것이지만, 社會나 國家의 利害關係에 密接하게 결합되어 있는 것을 부인할 수 없다. 그런 의미에서 죽음을 직접적이고 적극적으로 야기하는 행위는 제아무리 안락사라고 사칭하여도 그런 안락사는 결코 허용될 수 없다고 할 수도 있다. 그렇지만 환자가 빈사상태에서 극심한 고통으로 건달 수 없는 상황에서 환자의 편안한 죽음이 되도록 방조하는 정도의 행위는 환자의 편안한 죽음이 오히려 살아있는 親姻戚에게 慰安이 되고, 社會的 損失도 크지 않은 경우에 해당될 수 있는 한에서 자살방조는 예외적으로 불가벌로 하는 것이 입법론으로 불합리한 것은 아니라는 견해⁵⁰⁾가 일리가 있다. 이러한 측면에서 보면 절대적인 생명보호와 죽음에의 자기결정권간의 긴장관계를 어떻게 조정할 것인가, 즉 자기결정권의 한계를 어떻게 설정할 것인가가 중요한 것이다.

이러한 점에서 본다면 어쩔 수 없는 限界狀況 아래서는 죽음에의 자기결단은 생명보호의무보다 앞선다고 보는 것이 옳지 않나 생각된다. 즉 이러한 자기결정이 제3자의 도움 하에 이루어졌다고 하더라도 그것이 자율적인 인격에서 본인의 인간으로서의 존엄을 실현하는 것을 목표로 하는 한 입법론상 허용될 수 있음은 물론이고, 현실적·사실적 관점뿐만 아니라 이론적·법철학적 관점에서도 부정해야 할 이유가 없다고 본다. 다만 절대적 생명보호원칙의 예외적 형태인 안락사를 인정하기 위해서는 절대적 생명보호의 원칙과 동등시할만한 다른 조건이 갖추어져 이익형량적 관점에서의 형평이 유지될 필요가 있다. 따라서 절대적 생명보호 원칙이나 인간생명의 존엄성에 상응하는 비교형량적인 현실적·철학적 가치로서는 인간의 주체성에 입각한 환자의 自己決定權 行使를 基礎로 하여, 환자의 極甚한 苦痛으로부터의 解放(편안한 죽음)에 따른 人間尊嚴性 保障, 가족이나 국가·사회에 대한 직·간접적인 害惡이 없다는 점 등과 같은 일반적으로 제시되는 안락사의 허용요건의 내용들이 이에 해당된다고 할 수 있을 것이다.

요컨대 인간의 자기결정권의 허용한계는 처분할 수 있는 개인적 권리나 법익이 他人이나 국가·사회에 얼마만큼 聯關을 갖고 있느냐, 즉 해악을 끼치느냐에 따라 결정되어야 할 것이다. 따라서 자기결정권은 원칙적으로 개인이 처분할 수 있

50) 허일태, 위의 논문, 59-60면.

는 개인적 법익이나 권리에 국한되며, 그것도 얼마만큼 사회나 국가에 利害關係를 갖고 있느냐에 따라 그 자기결정권의 제한범위나 정도가 결정된다고 해야 한다.⁵¹⁾

V. 맺음말

본 논문은 인간존엄성과 생명보호의 원칙이라는 측면 그리고 인간의 자기생명에 대한 결정권 행사라는 측면에서 안락사, 특히 적극적 안락사의 정당성 여부에 대해 기초론적 관점에서 고찰하였다.

우선 인간존엄성을 위해서는 인간답게 살 권리 못지않게 고통없이 인간답게 죽을 권능이 인정되어야 하며, 자신의 죽음도 統制를 할 수 있는 인간 주체성을 인정하여야 한다. 따라서 자기 스스로 자살할 수 있는 行爲의 自由는 형법은 물론 이론적·현실적으로도 制限할 수 없기 때문에 자신의 생명을 處分할 수 있는 (法的 權利는 아니라도) 事實上 處分權能 내지 資格은 가진다고 해야 한다. 왜냐하면 생명권에는 신체의 ‘不可侵性’에 대한 權利 내지 權能은 당연히 인정되는데, 그 반사적 효과로 인해 인간은 事實上 자신의 신체·생명에 대한 所有權과 類似한 권능이 있다고 할 수 있기 때문이다. 다만 피해자의 촉탁·승낙에 따라 살해행위(안락사 시술)를 한 제3자(의사 등)에 대해서도 적극적 자살권 행사의 부수적 내용 및 효과로서 처벌하지 아니할 것인가이다. 생각건대 안락사의 허용요건에 해당하는 경우는 일반적 상황이 아닌 예외적 특수상황으로서 형법상의 위법성조각사유 원리(주관적 정당화요소와 객관적 정당화사정)를 충족시키는 구조와 요건을 갖추고 있다고 생각되므로 위법성이 부정된다고 해야 한다. 그리고 형사처벌을 하기 위해서는 안락사 요청자 본인 이외에 他人 또는 社會에 대한 害惡을 줄 가능성, 즉 처벌이익이 있어야 하는데, 안락사는 이러한 처벌이익이 존재하지 아니하므로 형사처벌의 대상이 될 수 없다고 본다.

또한 자기 소유의 財産에 대한 자유로운 사용·수익·처분이 인정되듯이 자기의 生命에 대한 처분(안락사)도 인정함이 타당하다. 다만 자기 소유의 재산이라도 일정한 제한을 가하고 있듯이, 자기의 신체·생명에 대해서도 그것이 他人과 社會에 대해 일정한 해악(법익 침해의 가능성)이 있을 경우 제한되어야 한다. 따라

51) 허일태, 앞의 논문, 54-55면.

서 소극적 안락사는 물론 적극적 안락사도 그것이 남용되지 못하도록 하는 엄격한 허용요건과 절차 등을 정하여 허용하는 것이 타당하다. 결국 적극적 안락사의 허용여부는 타인이나 국가·사회에 대한 법익 침해 등의 해악이 있느냐 라는 기준에 따라 판단하고 결정해야 할 것이다.

요컨대 인간의 자기결정권의 허용한계 내지 안락사의 정당성여부에 있어서 우선은 사실상 자기 자신의 생명에 대한 처분권능이 인정되어야 한다. 그리고 이를 전제로 처분할 수 있는 개인적 권리나 법익이 他人이나 국가·사회에 얼마만큼의 關聯性 내지 害惡을 끼치느냐에 따라 형사처벌여부가 결정되어야 할 것이다. 따라서 자기결정권은 원칙적으로 개인이 처분할 수 있는 개인적 법익이나 권리에 국한되며, 그것도 얼마만큼 사회나 국가에 利害關係를 갖고 있느냐에 따라 그 자기결정권의 제한범위나 정도가 결정된다고 해야 한다. 이러한 측면에서 자기 생명에 대해서도 소유권 유사의 권능이 사실상 인정된다고 해야 하므로 그 파생효과로서 적극적 안락사의 정당성이 인정되어 이를 시술한 제3자(의사 등)도 처벌되어서는 안된다.

참고문헌

- 박상은, “마지막 순간까지 생명 지켜야”, 동아일보 2001.4.28.
배종대, ‘마약범죄와 인간의 존엄’, 「안암법학」 제4집, 고려대, 1996.
신현호, “존엄사 허용여부”, 법률신문 2008.6.23.
심재우, “인간의 존엄과 법질서”, 「고려대 법률행정논집」 제12집, 1974.
윤종행, “안락사와 입법정책”, 「비교형사법연구」 제5권 제1호, 한국비교형사법학회, 2003.
이석배, “오스트리아 환자사전의사표시법(PatVG)”, 「한국의료법학회지」 제15권 제2호, 2007.
이석배, “연명치료중단의 기준과 절차”, 「형사법연구」 제21권 제2호, 한국형사법학회, 2009.6.
임 웅, “안락사 허용론”, 「형사법연구」 제16호 특집호, 한국형사법학회, 2001.12.
임 웅, “안락사의 정당화”, 「고시연구」, 1999.12.

- 전지연, “안락사에 대한 형법적 고찰”, 「한림법학」 제4권, 1994/95.
- 정현미, “치료중단의 한계와 형사책임”, 「형사정책연구」 제15권 제4호, 한국형사정책연구원, 2004.
- 정현미, “적극적 안락사와 관련한 법적 논쟁”, 「형사정책연구」 제18권 제3호, 한국형사정책연구원, 2007년 가을호.
- 정현미, “안락사의 형법적 허용한계”, 「형사법연구」 제16호 특집호, 한국형사법학회, 2001.12.
- 허일태, 안락사에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1994.12.
- Gunnar Duttge/김성은 역, “존엄사-법적 안락사의 유형과 규범적 기초-”, 「형사정책연구」, 제19권 제4호, 한국형사정책연구원, 2008.
- Bottke/김성돈 역, Tötung auf verlangen und Sterbehilfe: Steuert ein Eignerrecht am eigenen Leben die rechtliche Regulierung ?, 「형사법연구」 제16권 특집호, 2002.
- The European Court of Human Rights, Pretty v. United Kingdom (N 2346/02), Judgement 29. 4, 2002, [Section IV]
- Scshrott, Sterbehilfe als strafrechtliches Problem Selbstbestimmung Schutzwürdigkeit des tödlich Kranken GA 2006.
- N.Hoerster, Abtreibung im säkularen Staat, 2. Aufl., Frankfurt/M. 1995.

ABSTRACT

Basic Theory about Allowance of the Active Euthanasia

Kim, Jong-Deok*

The euthanasia issue raises some profound questions regarding life and death. This paper deals with a basic matters of debate as to whether chiefly

* Associate Professor, Faculty of Law, Keimyung University, Ph.D, in Law.

the active euthanasia should be allowed or not. That is to say, should the active euthanasia be allowed or not when we studied it in a point of view of dignity of human, principle for protection of human life and his own decision right(self-determination right) about pain life or Good Death(dying without pain) ?.

Some Studies reported that active euthanasia can not be allowed. But because the active euthanasia is not an illegal act of murder in strict permission conditions, I think that it should be allowed. Therefore the aim of this paper is to describe against basic foundations of the active euthanasia's lawfulness.

In short, in case of the hopeless patients with incurable diseases having severe pains, we should be accepted not only Passive euthanasia but also active euthanasia in strict permission conditions. Because it is necessary for the essential dignity of human and respect of self-determination right(subjecthood) of human and substantial realization of protection spirit to the human life in all patients near the end of their lives.

* Key Words : Euthanasia, Active Euthanasia, Passive Euthanasia, dignity of human, self-determination right.