

생명권과 자기결정권, 그리고 의사의 진료의무

유 승 룡 *

| |
|----------------------------------|
| I. 들어가면서 |
| 1. 문제의 제기 |
| 2. 용어 및 쟁점의 정리 |
| II. 생명권과 자기결정권 |
| 1. 생명권의 의의 및 법적 성격 |
| 2. 생명권의 절대적 보호 원칙 |
| 3. 자기결정권 |
| 4. 자기결정권과 생명보호의무 |
| 5. 소극적 안락사의 인정요건 |
| III. 의료인의 진료의무 |
| 1. 의료인의 진료의무의 발생 근거 및 법적 성격 |
| 2. 진료계약의 해지 또는 치료중단 요구와 의사의 진료의무 |
| IV. 결론 - 입법의 필요성 |

I. 들어가면서

1. 문제의 제기

1997년에 보호자의 퇴원 요구에 따라 의식불명의 환자를 퇴원시켜 환자가 사망한 이른바 ‘보라매병원 사건’에서 대법원이 퇴원을 허락한 의사들에 대하여 살인방조죄를 인정하게 되자¹⁾, 의료계, 법학계뿐 아니라 일반

*논문접수: 2008. 10. 8. *심사개시: 2008. 11. 20. *게재확정: 2008. 12. 14.

*광주지방법원 부장판사

대중 사이에서도 많은 관심을 불러일으키게 되었고 다양한 논의가 촉발되었다.

최근에는 어머니가 저산소증에 의한 뇌손상으로 식물인간상태에 빠지자 그 가족들이 더 이상의 무의미한 치료를 중지시켜 달라고 법원에 가처분 신청 및 본안소송²⁾을 제기하고, 안락사 또는 치료중단을 인정하는 입법 부작위가 위헌이라는 이유로 헌법재판소 2008헌마385로 입법부작위 위헌 확인을 구하는 헌법소원심판을 청구하게 됨에 따라 다시 안락사의 허용 여부에 여론의 관심이 집중되고 있다.

안락사 내지 치료중단의 허용 여부의 문제는 1960년대 초반부터 최근에 이르기까지 많은 연구와 논문이 발표된 주제³⁾로서, 안락사에 관한 외국의 입법례, 안락사 허용의 법적 근거 및 요건, 안락사의 법제화 등에 대하여 이미 많은 연구가 축적되어 있고 더 나아가 안락사와 달리 존엄사라는 개념이 제기되면서 논의의 지평이 확대되고 있다.

그러나 각자의 문제의식에 따라 사용하는 용어⁴⁾부터 다양하고 그 접근 방식과 해법 또한 다양한 결과, 안락사를 둘러싼 논의의 내용성이 심화, 확대된 반면 쟁점이 분산되고 개념과 요건 정립에 대하여 혼란을 가중시

1) 이 사건의 제1심인 서울지방법원 남부지원은 1998.5.15. 98고합9 사건에서 의사들에 대하여 부작위에 의한 살인죄의 정범으로서 유죄로 인정하였으나, 그 항소심인 서울고등법원은 2002.2.27. 의사들에게 정범으로서의 고의가 없다는 이유로 살인죄가 아닌 살인방조죄가 성립한다고 선고하였고(서울고등법원 98노1310), 대법원은 2004.6.24. 선고 2002도995호 판결에서 정범으로서 기능적 행위지배가 인정되지 않는다는 이유로 서울고등법원의 결론을 유지하였다.

2) 서울서부지방법원 2008가합822 무의미한 연명치료행위중지 등 가처분 신청사건(위 법원은 2008.7.10. 채권자들의 신청을 기각하였고, 채권자들의 항고로 현재 서울고등법원 2008라1492호로 심리 중이다), 서울서부지방법원 2008가합6977 무의미한 연명치료장치 제거 청구사건(위 법원은 2008.11.28. 환자 본인의 인공호흡기 제거 청구를 인용하여 본인의 사전 의사에 기초한 소극적 안락사를 인정함으로써 사회적으로 큰 반향을 일으켰다).

3) 대법원 종합법률정보에서 검색한 결과 ‘안락사’를 논제로 하여 발표한 논문은, 정창운, “안락사의 문제점”, 『법조』, 12권 2호, 1963.을 시작으로 약 60여 편이 넘으며, ‘안락사’에 관하여 일부라도 서술한 논문도 257편이나 검색되었다.

4) 기존의 ‘소극적 안락사’, ‘적극적 안락사’, ‘진정 안락사’, ‘간접적 안락사’라는 용어 외에도 ‘존엄사’, ‘치료중단’, ‘의사조력자살’ 등 다양한 표현이 사용되고 있다.

킨 측면도 나타나고 있다.

안락사의 문제는 생명의 본질에 관한 것으로 법학과 의학만의 문제가 아니라 종교, 윤리, 나아가 인간의 실존에 관한 철학적 문제까지도 연결되어 있어 논의의 방향과 범위를 어디까지 전개할 것인지 어려움이 있다. 안락사에 대하여 법률적으로 접근하여 그동안 발표된 논문들은 주로 안락사와 관련한 형사책임의 인정 여부와 그 허용 요건에 관한 것이었다.

이 글에서는 관점을 달리하여 진료계약의 해지 또는 치료중단 요구에 따른 법률관계를 민사적 측면에서 검토하면서 안락사 문제를 다루고자 한다. 즉, 환자 또는 보호자의 진료계약 해지 또는 치료중단의 의사표시가 있을 경우 의사의 진료의무가 존재하는지를 중심으로 살펴보기로 한다.

2. 용어 및 쟁점의 정리

가. 용어의 정리

안락사(Euthanasia)는 어원적으로 “수월한 죽음(easy death)·아름답고 존엄한 죽음·행복한 품위 있는 죽음”을 의미한다⁵⁾. 이에 대하여 국내 정착된 용어로서 가장 일반적인 것은 안락사⁶⁾인데, 현재는 안락사 외에도 존엄사, 치료중단 내지 연명치료중단, 의사조력자살(Physician-Assisted Suicide)이라는 표현까지 사용되고 있다.

그 중 존엄사와 안락사를 구분하는 견해는 존엄사(death with dignity)란 현대의학으로도 회복할 수 없는 뇌사상태 또는 의식상실 상태에 빠져 죽음에 직면한 환자에게 인공적으로 생명을 연장하는 생명유지 장치를 중단하고 그 치료를 거부함으로써, 그 환자가 인간으로서 품위 있는 죽음을 맞을 수 있도록 하는 행위라고 주장한다⁷⁾.

5) 이동명, “안락사에 대한 연구”, 『법학연구』, 제11집, 386면에서 재인용.

6) 원래 안락사라는 용어는 일정한 모습의 ‘죽음’을 묘사하거나 평가하는 용어로서 일정한 방식으로 ‘죽거나 죽이는 행위’ 자체를 포함하는 용어는 아니라고 한다(이상용, “치료중단과 안락사”, 『형사정책연구소식』, 제70호, 2002, 23면).

치료중단은 연명치료중단을 줄인 용어이며, 연명치료란 의학적으로 무의미하고 단지 생명현상을 유지시킬 뿐인 치료라는 의미를 함축하고 있고, 그러한 연명치료의 중단은 종래 안락사와는 다른 것이라는 점을 강조하지는 목적에서 안락사와 구별하여 치료중단이라는 용어가 사용되기도 한다⁸⁾.

한편, 안락사의 정의 및 유형에 관하여 문국진 교수는, 첫째 생명체의 의사에 따라 “자발적 안락사”, “비임의적 안락사”, “타의적 안락사”, 둘째 시행자의 행위에 따라 “소극적 안락사”, “간접적(결과적) 안락사”, “적극적 안락사”, 셋째 생존의 윤리성에 따라 “자비적 안락사”, “존엄적 안락사”, “도태적 안락사”로 구분한다⁹⁾.

이처럼 안락사의 정의와 유형에 대해서는 학자마다 많은 견해 차이가 존재하고 이는 곧 안락사를 둘러싼 논의의 혼란을 가져오는데 각 학자들의 가치관 등으로 그 합의는 기대하기 어렵다고 한다¹⁰⁾.

그러나 이는 어디까지나 개념 정립의 문제이므로 이 글에서는 논의의 혼란을 피하기 위해서 종래 사용되어 오던 안락사에 치료중단이나 존엄사의 문제도 모두 포함된다고 보고, 그 유형도 가장 일반적으로 사용되는 예에 따라 “소극적 안락사”, “간접적 안락사”, “적극적 안락사”로 분류하여 그 중 문제가 되는 “소극적 안락사”를 중심으로 논의하고자 한다. 즉 안락사의 유형 및 각 유형의 개념 정의는 가급적 간명하게 하고, 그 허용요건을 개념요소와 구별하여 논의하는 것이 보다 적절하다고 생각된다¹¹⁾¹²⁾.

7) 이준길, “형법상 존엄사에 관한 연구”, 『의료법학』, 창간호, 2000, 165면 : 김선중, 『의료과오소송법』, 박영사, 2008, 314면. 김선중 변호사는 존엄사는 소극적 안락사와는 방법이 소극적이라는 점에서만 유사할 뿐, 그 대상과 목적에 있어서 차이가 있으므로 구별되어야 한다고 주장한다.

8) 김천수, “불법행위책임의 관점에서 본 안락사”, 『민사법학』, 제28호, 2005, 제421면. 위 논문에서는 특히 의료계에서 연명치료의 중단을 안락사라고 표현하는데 매우 부정적이라고 한다.

9) 문국진, “안락사의 의학적 측면”, 『대한변호사협회지』, 93호, 제20~22면.

10) 김천수, 전계논문, 제420면. 김천수 교수는 위 논문 제422~428면에서 그동안의 안락사 정의 및 유형에 관한 학자들의 견해를 포괄적으로 정리하였다.

11) 김천수, 전계논문, 제432면.

12) 박영호 판사는 ‘존엄사란 개념 자체가 호스피스 제도와는 무관하게 개인에게 죽을

따라서 이 글에서는 “소극적 안락사”를 현대의 의료수준에 따른 정상적인 생명유지조치를 강구하지 아니하거나 또는 현재 시행되고 있는 생명유지조치 등을 차단하여 인공적인 생명연장을 거부하고 그 결과 사망 과정이 조기 종결되는 경우로, “간접적 안락사”를 육체적 고통의 경감을 목적으로 의학 준칙에 따라 적절한 진통제 등 약물을 투입하여 그 약물로 인하여 사망과정이 조기 종결되는 경우로, “적극적 안락사”를 독극물 투입 등 작위로 사망 과정의 조기 종결이라는 목적을 달성하는 경우로 각 정의한다¹³⁾.

나. 쟁점의 정리

이 글에서는 현대의 의료수준에 따른 정상적인 생명유지조치를 강구하지 아니하거나 또는 현재 시행되고 있는 생명유지조치 등을 차단하면 그 결과 생명이 초기에 단축될 것으로 예상되는 환자에 대하여 환자 본인 또는 보호자들의 치료 거부 또는 중단 요청이 있을 경우 의사에게 진료의무가 존재하는지 여부와 진료의무가 존재하지 않는다고 인정될 경우 그 허용요건에 대하여 주로 검토하고자 한다.

이를 위해서는 먼저 생명권과 자기결정권의 관계가 검토되어야 할 것이다. 따라서 먼저 우리나라 헌법에서 인정하고 있는 생명권과 자기결정권의 내용 및 한계, 상호 충돌의 문제를 살펴보고, 의사의 진료의무의 법적 근거와 내용, 그 한계에 관한 연구성과를 정리한 다음, “소극적 안락사”에 있어서 의사의 진료의무의 존부 및 그 허용요건에 대하여 검토하기로 한다.

권리를 인정할 것인가라는 소극적 안락사 수준에서 훨씬 더 나아간 적극적 안락사와 관계된 문제이므로 일부 의료계에서 존엄사를 호스피스를 통하여 아주 심적으로 평안한 상태에서 죽는다는 개념으로 파악하여 이를 소극적 안락사와 구분하여 허용한다는 주장은 존엄사의 개념에 대한 유래를 이해하지 못한데서 비롯된 것이므로 존엄사를 소극적 안락사와 구분하는 것은 부적절하다고 주장한다. 박영호, 『의료분쟁과 법』, 법률정보센터, 2005, 제925면.

13) 박영호, 전거서, 제918, 919면; 김천수, 전계논문, 429면; 문국진, 전계논문, 21면 참조.

II. 생명권과 자기결정권

1. 생명권의 의의 및 법적 성격

“생명에 대한 권리”는 모든 인권의 출발점인 동시에 귀착점으로 너무나 당연시되는 자연권의 일환으로 간주되어 왔다. 생명권의 대상인 생명(life)은 “아직 생존하지 않은 것”과 “죽음”에 반대되는 인간의 육체적 생존형태를 말한다¹⁴⁾.

이에 대해서 두 가지 견해가 존재하는데, 첫째 견해는 생명의 개념을 하나의 순수한 생리학적·자연적 개념으로 보고 개인이나 국가권력에 의한 평가를 통한 자의적인 차별(생존의 가치가 있는 생명 여부 등의 판단)이 가능하지 않도록 물리학적·생물학적 생존이라는 객관적인 기준에 따라 이해되어야 하며, 생존재(生存在)의 생리학적 제조조건이 객관적으로 존재하는 한 모든 생명은 등가치적인 것이라는 견해¹⁵⁾이고, 이에 대하여 자연현상이나 사물에 대한 자연과학적·의학적 인식은 법학적 결정의 기초가 될 수는 있어도 인식 그 자체가 그대로 법적 개념이 될 수는 없음을 이유로 생명권에 의한 보호가 구체적으로 어느 시점에서부터 어느 시점까지 미치는지의 문제로 보아 규범적인 관점에서 결정될 수밖에 없다는 견해가 있다¹⁶⁾.

생명권이 인간의 고유한 천부적 권리로서 전형적인 자연권의 성격을 갖고 있고 따라서 국가나 다른 사람에 대하여 방어권으로서의 성격을 갖고 있다는 점에 대해서는 특별한 이론이 없다. 또한, 모든 국민은 국가에 대하여 생명침해로부터 보호를 청구할 수 있고 나아가 국가는 적극적으로

14) 정중섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2006, 제363면 : 권형준, “생명권의 보호에 관한 고찰”, 『법학논총』, 제5집, 제243면. 그러나 생명에 대하여 적극적인 개념 정의라기보다는 죽음에 반대되는 소극적 정의로서 결국 그 의의를 파악하기 위해서는 ‘죽음’이 무엇인지에 대한 고찰이 다시 필요하다는 점에서 ‘생명’에 대한 정의로서는 부족한 측면이 있다.

15) 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2006, 제406면.

16) 권형준, 전개논문, 제244면 : 장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2007, 제601면.

국민의 생명을 보호할 의무를 지고 있다¹⁷⁾.

이와 같은 생명권의 법적 근거에 대해서는 인간의 존엄과 가치를 규정하고 있는 헌법 제10조에서 찾는 견해¹⁸⁾, 헌법 제10조와 신체의 자유를 규정한 헌법 제12조 제1항 그리고 헌법에 열거되지 아니한 권리까지도 경시되어서는 아니 된다는 헌법 제37조 제1항을 근거로 하는 견해¹⁹⁾, 생명권이 우리 헌법에 명문규정이 없지만 생명권은 ‘신체적 완전성’ 및 ‘신체활동의 임의성’을 보장하는 ‘신체의 자유’의 당연한 전제일 뿐 아니라 ‘인간의 존엄성’을 그 가치적인 핵으로 하는 ‘우리나라 기본권 질서의 논리적인 기초’라는 견해²⁰⁾가 있다²¹⁾.

생명권이 권리인 동시에 의무의 성격을 갖고 있는가? 이에 대하여 생명권은 “주관적 공권”인 동시에 국가의 모든 법질서에 적용되는 “객관적 가치질서”로서의 성격을 갖고 있으므로 이를 스스로 포기하거나 침해할 수 없고 따라서 인간은 자기의 생명을 보호할 의무가 있는 동시에 타인의 생명을 자기 생명과 동일하게 존중할 의무를 갖고 있다고 하여 생명권이 권리인 동시에 의무라고 주장하는 견해가 있다²²⁾. 이는 곧 생명권의 처분가능성에 대한 문제로서 인간이 자신의 결정에 따라 자신의 생명을 포기할 수 있는가 하는 안락사의 허용 여부 논의와 직결된다.

2. 생명권의 절대적 보호 원칙

생명권이 절대적 기본권으로서 헌법 제37조 제2항에 따라 법률로 제한

17) 권형준, 전계논문, 제246~248면; 장영수, 전계서, 제603면; 정종섭, 전계서, 제365~366면.

18) 김철수, 『헌법학개론』, 박영사, 2006, 제408면.

19) 권영성, 전계서, 제407면; 장영수, 전계서, 제600면; 정종섭, 전계서, 제364면.

20) 허영, 『한국헌법론』, 박영사, 2006, 제345면.

21) 헌법재판소는 1996.11.28. 선고 95헌바1 형법 제250조 등 위헌소원심판사건에서 생명권을 인간존엄성의 활력적인 기초를 의미하여 절대적 기본권으로 보아야 함이 당연하다고 판시하였다.

22) 윤명선, “생명권의 법리”, 『월간고시』, 215호, 제56~57면, 同誌, 권형준, 전계논문, 제246면.

할 수 없는 권리인지 여부가 문제된다. 만약 생명권이 절대적 기본권이라고 한다면 어떠한 경우에도 생명에 대한 제한이 인정될 수는 없을 것이다²³⁾. 형법학에서는 절대적 생명보호원칙이라는 표제 아래 그 생명의 의미, 생명가치의 등급화, 생명의 기능에 대한 평가가 금지되며, “인간의 생명은 모든 단계에서 무한한 가치를 가지는 것”으로 이해되었다. 생명이라는 법익은 이익형량의 대상이 되지 않는 법익으로서 설명되었고 이로부터 생명의 불가침성과 어떠한 경우에도 타인의 생명을 희생시킬 수 없다는 원칙이 나온다²⁴⁾.

그러나 대부분의 헌법, 형법학자들은 둘 이상의 생명이 양립할 수 없거나 생명에 못지않은 중대한 공공의 이익을 보호해야 하는 경우처럼 생명에 대한 제한이 불가피하게 요청되는 경우를 충분히 예견할 수 있고, 이에 따라 타인의 생명에 대한 침해가 정당행위·정당방위 등에 의하여 위법성이 조각될 수 있다는 점을 들어, 비록 생명권이 헌법상 다른 기본권 보장의 전제가 되고 최대한 존중되어야 하는 권리라 하더라도 헌법 제37조 제2항에 따라 법률로서 제한할 여지가 있다고 주장한다²⁵⁾. 이에 대하여 헌법 제37조 제2항에서 법률에 의한 기본권의 제한에 있어서도 기본권의 본질적인 내용의 침해를 금지하고 있으므로 인간의 생명과 다른 어떤 법익과의 비교 형량도 인정될 수 없고 다만 여러 생명이 충돌하는 예외적인 경우에 한하여 다른 생명을 구하기 위한 법률상의 제한이 허용되는 것으로 해석하여야 한다는 견해도 있다²⁶⁾.

23) 정종섭, 전제서, 제367면.

24) 이석배, “형법상 절대적 생명보호원칙”, 『한국형법학의 새로운 지평』(심은 김일수 교수 화갑기념 논문집), 박영사, 2006, 제682면.

25) 권영성, 전제서, 제409면 : 이동명, “안락사에 관한 연구”, 『법학연구』, 제11집, 제389면 : 김선택, “사형제도의 헌법적 문제점”, 『고려법학』, 제44호, 2005. 제155면~156면 : 정종섭 전제서, 제367면 : 이석배, 전제논문, 제683면 : 윤명선, 전제논문, 제56면.

26) 권형준, 전제논문, 제249면 : 김일수, “사형제도의 위헌 여부”, 『법조』, 제46권 제1호(제198호), 199면. 한편 김선택 교수는 전제논문에서 생명권의 절대적 기본권을 인정하지 않으면서도 “그 제한은 긴급한 상황에서 국민의 생명을 보호하기 위한 경우에만 예외적으로 제한할 수 있으며 헌법재판소의 다수의견이 제시한 사회공동체의

이에 대하여 헌법재판소는 1996. 11. 29. 95헌바1 위헌소원심판사건에서 생명권이 헌법 제37조 제2항에 의한 일반적 법률유보의 대상이 된다고 판시하였고²⁷⁾, 대법원도 2000. 10. 13. 선고 2000도3189 사건을 비롯한 다수의 사건²⁸⁾에서 생명권에 대한 법률제한이 가능함을 전제로 사형제도가 위헌이 아니라고 판시하였다.

3. 자기결정권

가. 의의

자기결정권은 일반적으로 개인은 그 사적 영역에 관해서 사회나 국가로부터 간섭이나 침해받지 아니하고 사적 사항을 스스로 결정하여 자신의 생활영역을 자유로이 형성할 수 있는 권리라고 할 수 있다²⁹⁾. 자기결정권에는 자기의 생명·신체의 처분에 대한 결정권, 생활스타일에 대한 결정권, 가족의 형성·유지에 관한 결정권과 성행위 여부 및 그 상대방을 결정할 수 있는 성적 자기결정권이 포함되어 있다³⁰⁾.

자기결정권은 자신에 관한 법적 관계의 자유로운 의사에 의한 자율적인 형성이라고 하는 기본이념에 있어서 근대법 패러다임의 기본 요소인 사적

이익은 인간생명의 가치보다 큰 것으로 볼 수 없으므로 공익이 다른 생명의 보호 내지 안전과 불가분의 관계에 있지 않은 한 생명권을 제한하는 사유로 보기 어렵다고 주장하고 있다. 전계논문, 제155~156면.

27) 위 판결의 다수의견 - “생명권 역시 헌법 제37조 제2항에 의한 일반적 법률유보의 대상이 될 수밖에 없는 것이나, 생명권에 대한 제한은 곧 생명권의 완전한 박탈을 의미한다 할 것이므로, 사형이 비례의 원칙에 따라서 최소한 동등한 가치가 있는 다른 생명 또는 그에 못지아니한 공공의 이익을 보호하기 위한 불가피성이 충족되는 예외적인 경우에만 적용되는 한, 그것이 비록 생명을 빼앗는 형벌이라 하더라도 헌법 제37조 제2항 단서에 위반되는 것으로 볼 수는 없다.” 한편 위 판결의 소수의견을 개진한 조승형 재판관은 “인간의 생명권은 선행적이고 자연법적인 권리로서 헌법 제37조 제2항의 기본권 제한에 관한 일반적 법률유보의 대상이 될 수 없다.”라고 판시하였다.

28) 대법원 1991.2.26. 선고 90도2906, 1990.4.24. 선고 90도319 판결 등.

29) 김강운, “헌법상 자기결정권의 의의”, 『법학연구』, 제20집, 제161면.

30) 정종섭, 전계서, 제323면.

자치와 공통되나, 첫째 사법관계에 한정되지 않는다는 점에서 자기결정권에 있어서는 그 타당영역이 사적 자치보다 넓고, 둘째 그것이 염두에 두고 있는 인간상이 다르다는 점, 즉 근대법의 기본원칙인 사적 자치는 독립된 자유로운 인간, 자기결정을 할 수 있는 능력과 지위를 가진 강하고 현명한 인간을 염두에 두고 있음에 반하여 자기 결정권의 경우 그러한 능력을 반드시 충분히 갖지는 않았지만 자립과 자율을 희구하는 현대사회의 보통의 인간을 전제로 한다는 점에서 사적 자치와 차이가 있다³¹⁾.

자기결정권은 특히 환자에게 중요한 의미를 가진다. 즉, 의료행위를 받을 것인가를 결정함에 있어서 환자는 객체가 아니라 주체이며, 의사는 그 결정에 필요한 정보를 제공하는 지위를 갖는 데 불과하다. 김천수 교수는 자기결정권에 따라 의사의 치료를 받을 것인가 여부에 관한 결정은 의사가 아니라 환자가 하여야 하고 나아가 의사는 원칙적으로 환자의 건강보다 환자의 의사를 중시하여야 한다고 주장한다³²⁾.

나. 자기결정권의 인정근거와 법적 성격

(1) 비교법적 고찰

미국의 경우 자기결정권과 관련되는 낙태, 죽음, 성적 행위, Life style 등의 사안을 개인의 프라이버시권의 연장으로서 자기결정권의 문제로 인정하여 왔다. 프라이버시권은 1928년의 *Olmstead* 판결³³⁾에서 수정 헌법 제4조와 관련하여 헌법 문제로 다루어졌고, 연방대법원은 *Griswold* 판결³⁴⁾에서 피임의 자유가 헌법상의 프라이버시권이라고 하여 프라이버시

31) 김강운, 전계논문, 제165면.

32) 김천수, “환자의 알 권리와 자기결정권”, 『법정논총』, 8집, 제107, 108면. 다만 김천수 교수는 정신이 신체에 우선한다는 원리에 그것의 당연한 연장으로서 생명·신체·건강을 위태롭게 하는 비합리적인 결정을 허용하는 것이 포함되는 것으로 이해되어서는 안 되고 자기결정권은 생명·신체·건강의 유지라는 자신의 복지에 이익이 되는 방향을 행사되어야 한다고 주장한다(위 논문 제109면).

33) *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 1928:438. 이 부분은 김강운 교수의 전계 논문 제166면에서 재인용하였다.

권이 헌법상의 기본권임을 인정하였다.

신체의 불가침에 관한 프라이버시권은 환자의 자기결정권으로 연장되고, 설명된 동의(informed consent)의 법리의 기초를 인간의 자기결정권에서 찾는다³⁵⁾. 미국에서 프라이버시의 권리가 독립된 권리로 인정받게 된 계기를 마련한 브랜디스(Brandeis)는 비이성적·비합리적 사고도 프라이버시의 보호대상으로 하여야 한다고 주장하였다³⁶⁾.

독일에서는 인격의 자유로운 발현권에 관한 독일기본법 제2조 제1항을 결부시켜 자기결정권의 헌법적인 근거를 찾고 있다.

연방헌법재판소는 1957년 Elfes 판결 이후 기본법 제2조 제1항과 제1조 제1항에 의거하여 널리 개인의 사적 사안에 대한 간섭을 배제하고 그 존중을 구하는 권리인 일반적 인격권 및 이로부터 파생되는 정보에 관한 자기결정권을 도출해 왔고, 성전환판결에서 명시적으로 기본법 제2조 제1항과 제1조 제1항에 의거한 일반적 인격권의 일환으로 개인의 자기결정권을 인정하였다³⁷⁾.

환자의 자기결정권 또한 독일기본법 제2조 제2항에서 보호되는 일반적 인격권에서 파생된 것으로 인정하여 의료행위의 법적 근거를 환자의 동의에서 구하는 것이 독일 판례와 다수설의 태도이다³⁸⁾.

한편, 일본의 대다수 학자들은 일본 헌법 제13조(행복추구권)에서 자기결정권의 헌법적인 근거를 찾고 있다. 제정 초기에는 헌법 제13조의 생명, 자유 및 행복추구에 대한 국민의 권리 규정이 프로그램 규정에 불과하다고 해석되었으나, 점차 포괄적 기본권으로 파악하게 되었고, 대다수는 헌법상의 자기결정권도 새로운 인권으로서의 승인요건을 충족하고 있다고 한다³⁹⁾.

34) Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 1965:479.

35) 김천수, “환자의 알 권리와 자기결정권”, 『법정논총』, 제8집, 제111면.

36) 김천수, 위 논문 제111면에서 재인용.

37) 김강운, 전계논문 제167면

38) 김천수, 전계논문 112면.

(2) 우리나라의 경우

우리나라에서는 헌법 제10조는 인간의 존엄과 가치를 바탕으로 하여 개인의 행복추구권을 보장하고 있는데, 이러한 것에는 자기의 운명을 결정하는 자기운명결정권이 전제되어 있다고 하여 자기결정권의 헌법적인 근거를 헌법 제10조에서 구하는 견해⁴⁰⁾와 헌법 제10조 제1문 전단의 인간으로서의 존엄과 가치를 누리기 위하여 필요한 것이면 그 모두가 헌법 제37조 제1항의 경시되어서는 아니 될 자유와 권리라고 할 수 있고 자기결정권도 그중에 포함된다는 권영성 교수의 견해가 있다.

헌법재판소는 헌법상 간통죄의 위헌 여부에 관한 헌법소원심판사건⁴¹⁾에서 “개인의 인격권·행복추구권에는 개인의 자기운명결정권이 전제되는 것이고, 이 자기운명결정권에는 성행위 여부 및 그 상대방을 결정할 수 있는 성적 자기결정권이 포함되어 있으며 간통죄의 규정이 개인의 성적 자기결정권을 제한하는 것임은 틀림없다.”라고 판시하여 자기결정권을 명시적으로 인정하면서 그 근거를 헌법 제10조에서 찾고 있다. 그 이후 헌법재판소는 혼인빙자간음죄의 헌법소원심판사건⁴²⁾에서는 “헌법 제10조에서 보장하는 인격권 및 행복추구권, 헌법 제17조에서 보장하는 사생활의 비밀과 자유는 타인의 간섭을 받지 아니하고 누구나 자기운명을 스스로 결정할 수 있는 권리를 전제로 하는 것이다. 이러한 권리내용 중에 성적 자기결정권이 포함되는 것은 물론이다. 성적 자기결정권은 각인 스스로 선택한 인생관 등을 바탕으로 사회공동체 안에서 각자가 독자적으로 성적 관(觀)을 확립하고, 이에 따라 사생활의 영역에서 자기 스스로 내린 성적 결정에 따라 자기 책임 하에 상대방을 선택하고 성관계를 가질 권리를 의미하는 것이다.”라고 판시하여 성적 자기결정권의 근거를 헌법 제10조 뿐 아니라 제

39) 김강운, 전계논문, 제167면.

40) 김철수, 전계서, 제410면 : 정종섭, 전계서, 제323면.

41) 헌법재판소 1990.9.10. 선고 89헌마82 결정.

42) 헌법재판소 2002.10.31. 선고 99헌바40, 2002헌바50(병합) 결정.

17조에서도 인정하고 있다.

(3) 법적 성격

자기결정권은 본질적인 자유권으로 원칙적으로 공권력에 대한 부작위 청구권이다. 그러나 국가에 대한 소극적, 방어적 성격을 넘어서서 사인에 대해서도 간접적인 효력을 가진다. 다만, 자기결정권도 인감의 존엄과 가치로부터 도출되는 개별적 기본권으로 다른 개별적 기본권과 마찬가지로 헌법 제37조 제2항에 의한 제한이 가능하며, 자기결정권을 행사하여 타인의 권리를 침해할 수 없고 도덕률과 헌법질서에 위반되지 않는 범위에서만 보호받을 수 있는 내재적 한계가 있다⁴³⁾.

문제는 자살이나 자기 태화 행위에 있어서 자기결정권과 생명·인간의 존엄과의 긴장관계 등에서 나타나는 자기결정권의 한계가 어디까지인가라는 것이다.

4. 자기결정권과 생명보호의무

미국과 유럽의 대다수 국가에서는 객관적으로 의식회복의 가능성이 없다고 판단되어 인공적 생명연장조치를 하지 않음으로써 환자가 사망한 경우, 의사에게 살인죄의 책임을 묻지 않는 것이 보통이고⁴⁴⁾, 우리나라의 경우도 대부분의 학자가 소극적 안락사를 허용하여야 한다는 입장을 취하고 있으며, 일부 학자는 적극적 안락사까지도 허용하여야 한다는 입장을 취하고 있다고 한다⁴⁵⁾.

미국의 경우 그 허용근거로 대부분 앞서 살펴본 프라이버시권에서 나온 자기결정권 또는 설명에 기초한 동의(informed consent)를 들고 있고, 유

43) 정종섭, 전계서, 제326면 : 김강운, 전계서, 제175면.

44) 한정환, “의식불명 상태의 환자에 대한 의사의 치료의무”, 『형사법연구』, 제18호, 제235~239면.

45) 박영호, 전계서, 제997면.

법에서도 인간의 존엄과 가치에서 비롯된 자기결정권을 근거로 하고 있다⁴⁶⁾. 그러나 우리나라의 경우 소극적 안락사 허용을 주장하는 학자들 사이에서도 그 법적인 근거에 대해서는 일치하지 않고 있다.

이는 결국 헌법상 인정되는 자기결정권과 생명보호의무의 관계를 어떻게 파악할 것인가, 자기결정권의 범위와 한계는 어디까지인가 라는 문제이고, 생명이 자기결정권의 범위에 포함되는지⁴⁷⁾, 포함된다고 할 경우 그 허용한계는 어디까지인가 라는 질문에 대한 답변에 따라 소극적 안락사의 허용 여부와 범위에 대한 결론이 달라진다.

이에 대해서는 학자마다 다양한 견해를 보이고 있는데 이를 정리하면 다음과 같다.

가. 생명은 자기결정권의 범위에 속하지 않는다는 견해

권형준 교수는 개인의 자기결정권 내지 프라이버시권의 존중과 생명권 보호와의 충돌의 문제로서 인간의 생명권은 어떠한 자유권리보다도 우선적으로 보장되어야 하는 절대적 가치를 지니므로 어떠한 생명의 침해나 단축도 허용될 수 없고 생명권의 주체라 할지라도 자기의 생명을 자유로 처분할 수 있는 권리, 즉 ‘죽을 권리’를 갖지 못하므로 오직 생명의 단축을 초래하지 않는 순수한 안락사만이 인정될 수 있다고 주장한다⁴⁸⁾. 장영수 교수 또한 인간생명에 대한 존중은 인간의 존엄에 직결되는 것으로서 자기 자신의 생명을 가볍게 처분할 권리는 누구에게도 없다고 보아야 하는데, 이를 부정할 경우에는 전체 기본권 체계 자체가 붕괴될 위험이 발생하기 때문이라고 주장한다⁴⁹⁾.

46) 각 나라의 안락사 허용에 관한 법리와 구체적 내용에 대해서는 이미 많은 연구가 있고 이번 토론에서도 주제발표가 예정되어 있으므로 이 글에서는 구체적으로 살피지 아니한다.

47) ‘생명의 자기처분성’이라고도 표현되나, 헌법상 기본권인 자기결정권의 범위와 한계에 관한 문제로 보는 것이 보다 적절한 표현이라 생각된다.

48) 권형준, 전계논문, 제256, 257면 : 同旨, 윤명선, 전계논문, 제55, 56, 60면.

위 견해는 생명권은 인간의 존엄과 가치의 기초를 되는 권리인 동시에 본인에게도 자신의 생명을 존중할 의무가 있다는 점을 전제로 하여 생명권에 관한 한 자기결정권은 용납되지 않는다고 한다. 따라서 이와 같은 논리에 의하면 자기결정에 근거한 낙태나 안락사도 당연히 인정할 수 없게 된다.

나. 예외적인 특수한 경우에 생명에 대한 자기결정권을 인정하는 견해

이 견해는 원칙적으로 ‘자신의 생명처분권’은 인정되지 않으나, 예외적인 일정한 경우에 생명에 대한 자기결정권을 인정할 수 있다는 주장이다.

헌법 제10조의 인간 존엄은 인간답게 살 권리뿐만 아니라 인간답게 죽을 수 있는 권리, 즉 자연스럽게 죽을 권리를 포함한다. 그러나 ‘존엄한 죽음에 대한 권리’가 죽음에 대한 모든 권리를 내포하는 것은 아니며 ‘자신의 생명처분권’은 헌법상의 생명권과 모순될 뿐만 아니라 형법의 촉탁 승낙살인죄의 규정에도 저촉된다. 따라서 ‘죽음에 대한 권리’에서는 단지 한정된 범위의 ‘자연사에 대한 권리’만이 도출되고 헌법적 측면에서는 소극적 안락사에 대한 권리만이 존재한다⁵⁰⁾.

연명치료행위 중 심장박동, 호흡, 영양공급을 인공적으로 그리고 영구적으로 유지시키는 행위 자체가 생명현상에 대한 부당한 개입이라고 보아 소극적 안락사의 적법성을 주장하거나⁵¹⁾ 소극적 안락사는 인간의 생명에 대한 인위적인 조작 자체를 거부하고 자연적인 수명만을 그대로 누리겠다는 환자의 의사표시이므로 허용되어야 한다는 주장⁵²⁾ 또한 위 견해와 같은 취지라 하겠다.

49) 장영수, 전계서, 제604면.

50) 정현미, “치료중단의 한계와 형사책임”, 『형사정책연구』, 2004, 제176, 177면. 정중섭 교수도 생명권의 주체라도 자유로이 생명을 처분할 자유는 인정될 수 없으므로 적극적 안락사는 생명권을 침해하여 위헌이고 다만 자연적으로 죽음을 맞이할 수 있도록 생명유지조치의 중지를 요구할 경우까지 의사에게 생명연장의무가 있다고 볼 수 없으므로 소극적 안락사는 허용된다고 한다(전계서, 제370면).

51) 김천수, 전계논문, 제434면.

52) 박영호, 전계서, 제1001면.

다. 원칙적으로 생명에 대한 자기결정권을 인정하는 견해

이 견해는 특히 환자의 경우 자신의 생명과 신체에 대하여 한 결정은 존중되어야 하고 안락사의 적법 여부는 이러한 자기결정권의 한계의 문제라고 본다. 이 견해에 의하면, 비록 생명권에서는 자신의 생명에 대한 자기결정권이 나오지 않는다고 하더라도 인간의 존엄과 인격권의 핵심인 자기결정권을 자신이 가지고 있는 모든 법익에 대해 스스로 결정하는 자유로 이해하게 되면, 생명에 대하여도 스스로 결정할 수 있는 권리를 가진다고 해석할 수밖에 없다고 주장한다⁵³⁾. 이는 생명권의 소극적인 방어권적 성격으로도 설명이 가능한데, 생명권은 적극적으로 자신의 생명을 처분할 권리를 담고 있지는 않지만, 자신의 의사에 반하는 신체에 대한 침해를 방어할 권리를 가진다. 이에 따라 생명을 유지하는 처치나 치료를 거부할 수 있으며, 이러한 의미에서 생명권으로부터도 직접 소극적인 의미로 죽을 권리를 갖는다. 촉탁살인죄 규정이 가지는 의미는 형법상 보호법익으로서 생명에 대한 침해가 타인의 생명에 대한 절대적 금지를 규정한 것이고, 타인의 생명침해가 피해자의 승낙에 의해서는 정당화될 수 없다는 것을 보여줄 뿐이며, 자신의 생명에 대하여 처분을 금지한 규정이라고 보기 어렵다는 것이다⁵⁴⁾.

정규원 교수도 자율성 존중의 원칙을 인정하는 한 개인은 누구나 자신의 개인적인 영역에서는 타인에게 해를 주지 않는 범위에서 스스로의 가치판단에 따라 결정하고 행동할 수 있는 권리를 가지고 특히 개인의 실존과 관련된 문제에 있어서는 누구도 그 사람을 대신할 수 없기 때문에 거의 무제한적으로 그 개인의 자율적 판단이 존중되어야 한다고 주장한다⁵⁵⁾. 따라서 그러한 자기결정권의 범위 내에서 의사의 치료의무 내지 생명유지의무는 당연히 유보된다고 보아야 하고, 환자가 임종의 길로 불가피하게

53) 이석배, 전계논문, 제680면.

54) 이석배, 위 논문, 제681면

55) 정규원, “연명치료중단”, 『의료법학』, 제6권 1호, 2005. 제49~50면.

접어든 것이 너무도 명백하여 그와 같은 자기결정권을 행사할 수 없으면, 그때부터 남아있는 가족의 동의가 있을 경우 담당의사는 그 환자가 아름다운 죽음을 맞이할 수 있도록 배려할 의무로 전환된다고 주장한다⁵⁶⁾.

라. 우리나라 형법의 태도

우리나라 형법 제24조는 “처분할 수 있는 자의 승낙에 의하여 그 법익을 훼손한 행위는 법률에 특별한 규정이 없는 한 벌하지 아니한다.”라고 하여 피해자의 승낙에 대하여 규정을 하고 있다. 이러한 형법 제24조의 규정은 피해자가 가해자에 대하여 자신의 법익을 포기하거나 법익의 침해를 허용하는 경우에는 법률에 특별한 규정이 없는 한 처벌하지 않겠다는 입법자의 의지의 표현이라고 할 수 있을 것이다. 즉, 개인의 자기결정권이 우선하는 영역에 있어서는 법이 한 걸음 물러선다는 의미의, 개인의 자유를 법에 우선시키는 규정이라고 보인다⁵⁷⁾.

그러나 우리 형법은 촉탁, 승낙에 의한 살인을 처벌하도록 규정(형법 제252조 제1항)하고 있고, 더 나아가 사람을 교사 또는 방조하여 자살하게 한 경우(형법 제252조 제2항)도 처벌하도록 규정하고 있다. 이 점에서 자살 교사 및 방조를 처벌하지 않는 독일의 입법례와 대비된다⁵⁸⁾.

고대 로마법에서는 국가에 대한 의무위반이라는 견지에서 병사의 자살미수를 처벌하였고, 중세 유럽에서도 자살미수에 대하여 재정형으로 처벌하였으며, 영국의 보통법(Common Law)에서도 1961년의 자살법에 의하여 범죄가 아닌 것으로 되기 전까지는 자살에 대하여 불명예의 매장과 재산의 몰수라는 형벌이 존재하였다⁵⁹⁾.

56) 이동명, 전계논문, 제391~392면.

57) 정규원, 「피해자의 승낙에 관한 연구」, 박사학위논문, 서울대학교, 1999, 제39면.

58) 신영호, “촉탁·승낙에 의한 살인죄”, 『법학논총』, 4집(백천 오재환 교수 정년기념 논문집), 1998, 제578면.

59) 유남석, 『주석형법 각칙 3권(4판)』, 한국사법행정학회, 2006년, 제220면 : 김영철, “자살과 자기결정”, 『형사정책연구소식』, 제16호, 제3~5면.

자살을 처벌하지 아니하기 시작한 것은 개인의 주체성과 신의 권위로부터 인간의 해방이 강조된 19세기 이후의 일이며 현재 대부분의 국가에서는 자살을 벌하지 않고 있고, 우리 형법도 자살을 벌하지 아니한다. 그 이유에 대하여는, 자살이 구성요건 해당성이 없기 때문이라는 견해, 구성요건에 해당하지만 위법성이 없기 때문이라는 견해, 위법하지만 책임이 없다는 견해 등이 대립한다⁶⁰⁾.

그러나 자살이 범죄를 구성하지 않는다고 하더라도 타인의 자살에 관여하는 행위는 헌법에서 보장하고 있는 생명권을 침해하고 생명보호 의무에 위반한 행위로서 자살과는 그 성질을 달리하므로 우리나라 형법은 오스트리아, 일본, 스위스와 같이 자살의 교사방조를 처벌하고 있다.

자살의 교사·방조에 있어서 문제되는 경우는 부작위에 의한 자살의 교사방조죄의 성립을 인정하는지 여부이다. 우리나라 형법은 제18조에서 “위험을 방지할 의무가 있거나 자기의 행위로 인하여 위험발생의 원인을 야기한 자가 그 위험발생을 방지하지 아니한 때에는 그 발생된 결과에 의하여 처벌된다.”라고 규정하고 있다.

부양의무가 존재하는 부부나 친자관계 등의 가족공동체 구성원이나 같은 내무반 생활을 하고 있는 사병 등 긴밀한 생활공동체 또는 위험공동체의 경우 그 구성원 중 한 명이 자살을 시도하여 생명에 위험이 초래될 경우 이를 방지할 보증인의 지위에 있다 할 것이고, 자살을 방치하여 사망에 이르게 되었을 경우 자살의 방조죄에 해당될 수 있다⁶¹⁾⁶²⁾.

60) 유남석, 전계서, 제221면.

61) 조준현, “부작위범에 있어서 보증인적 지위에 관한 소고”, 『법치국가와 형법』, 제288~295면.

62) 이에 대하여 성낙현 교수는 “자유로운 자기책임 하의 자살결정은 적어도 가능하다고 보아야 한다. 자살의지의 자유책임성은 모든 보증인의 구조의무를 배격한다. 의사는 보증인으로서 자살자의 생명과 죽음에 관한 결정권한을 가지지 못하며 환자의 의지에 반해서 구조행위를 시작하거나 지속할 권한이 없다.”라고 주장하여 부작위에 의한 자살방조죄의 성립을 부정한다. 성낙현, “자살관여행위의 가벌성에 관한 한국과 독일형법의 비교”, 『비교형사법연구』, 제6권 2호, 2004. 제434면.

마. 자기결정권의 범위와 한계

원칙적으로 생명에 대한 자기결정권을 인정하는 견해도 이에 대하여 헌법 제37조 제2항에 따라 제한될 수 있는 기본권이고 그 한계로 타인의 이익을 해치지 않는다는 의미에서의 한계를 가지며 공서양속 위반 등의 이유로 법적 보호를 받을 수 없는 경우도 있다고 인정하고 있으므로⁶³⁾, 구체적으로 생명권에 대한 자기결정을 보호할 수 있는 경우를 살펴보면, 예외적인 경우에 한하여 생명권에 대한 자기결정을 인정하는 견해와 실질적으로 큰 차이가 없을 것으로 생각된다.

자살이 헌법적으로 보장된 것인지에 대해서는 의견이 나뉜다⁶⁴⁾. 그러나 법적으로 금지된 것도 아니며 따라서 사람은 생명을 유지할 의무가 있는 것이 아니라 할지라도, 자살 자체가 현행법상 허용되는 행위라고 보기 어렵다. 현행법은 자살에 대하여 일응 중립 내지 방임하여⁶⁵⁾ 그 위법 여부에 대한 판단을 보류한 것에 불과하므로, 그에 대한 어떠한 법적 청구권도 가질 수 없다⁶⁶⁾. 우리나라 형법에서 자살 교사 및 방조행위를 처벌하는 것은 헌법상 인정되는 생명권의 구체적 내용인 개인의 생명보호청구권과 국가와 제3자의 생명보호 의무를 구체화한 것이고, 부양의무가 존재하는 가족공동체 또는 긴밀한 생활공동체 구성원 사이에 부작위에 의한 자살방조죄를 인정할 수 있는 점에 비추어 볼 때 우리나라 헌법상 인간이 모든 경우에 죽음에 대하여 법적 보호를 받을 수 있는 자기결정권을 갖고 있다고 보기 어렵다.

그렇다면, “소극적 안락사”의 허용에 관한 법적 근거는 무엇인가? 이는 생명권과 자기결정권 모두의 헌법적 근거인 인간의 존엄과 가치로부터 출

63) 김강운, 전계논문, 제176면.

64) 성낙현 교수는 자살이 헌법적으로 보장된 것은 아니라고 주장한다(전계논문, 제149면). 이에 대하여 정중섭 교수는 “자살의 경우에는 타인에게 해를 미치지 않고 목숨을 포기하는 것이므로 헌법상 허용된다.”라고 주장한다(전계문헌, 제366면).

65) 김영철, 전계논문, 제6면.

66) 同旨, 정현미, 전계논문, 제176면.

발할 수밖에 없다. 생명권은 무엇보다 인간의 존재를 보장하는 것으로 인간의 존엄과 가치의 중핵을 이룬다. 인간의 존엄과 가치는 물론이고 어떠한 자유와 권리도 생명을 전제하지 않고는 인정되지 않으므로 생명권은 그에 대한 명문규정의 유무에 관계없이 당연히 인정되는 헌법상의 권리이다. 그러나 생명권이 인간의 존엄과 가치를 실현하기 위한 기본적 전제라는 점에서 “생명권”과 “인간의 존엄과 가치”가 항상 불가분적으로 결합하여 분리할 수 없는 것으로 볼 수는 없다. 이는 사형의 경우와 같이 생명권이 예외적으로 제한될 수 있는 경우에도 “인간의 존엄과 가치”는 최고의 헌법 가치로서 어떠한 경우에도 제한될 수 없다는 점에서도 인정될 수 있다⁶⁷⁾. 죽음이 임박하여 고통이 극심하고 더 이상의 의학적 치료행위가 환자의 상태의 개선을 달성할 수 없으며 오로지 현재 상태의 유지만을 목적으로 하게 되는 등의 예외적인 경우, “생명권”과 “인간의 존엄과 가치”가 분리되어 환자는 자신의 인간으로서의 존엄과 가치의 실현을 위하여 자신의 생명에 대한 자기결정권을 가진다고 보는 것이 헌법 제10조의 규정 취지에 부합한다 할 것이다⁶⁸⁾. 이는 임의적으로 자신의 생명을 포기하는 자살과는 다르다. 특히, 사기에 임박한 환자가 치료를 포기하는 것은 자연사를 맞겠다는 선택이고 자신의 생명을 인위적으로 단축시키는 자살이 아니다⁶⁹⁾.

그러나 이와 같은 경우에도 한계는 존재한다. 안락사의 경우 어느 경우나 환자 자신의 의지뿐 아니라 보호자와 의사 등 제3자의 작위 또는 부작용에 의한 조력이 필요하다. 따라서 비록 생명에 대한 자기결정권이 인정되는 경우라도 생명권의 내용 중 하나인 국가 또는 개인의 생명보호의무

67) 정종섭, 전제서, 제326면. 따라서 사형집행에서도 최대한 인도적인 방법으로 집행되어야 한다.

68) 이석배 교수는 “회복이 불가능한 경우에는 의사의 행위는 고통감경이 우위에 서게 되고, 생명보호는 이미 객관적 관점에서 절대적이지 못하므로 환자의 생명을 어떤 대가를 치르더라도 모든 치료수단을 동원해서 더욱이 고통이 확대되는 경우까지 연장하는 것이 의사에게 일반적으로 의무 지워 질수는 없다는 것은 일반적으로 승인된 원칙이라고 한다.” 전제논문, 제686면.

69) 정현미, 전제논문, 제176면.

내지 생명보호라는 객관적 규범질서와의 충돌에 따른 한계가 존재한다. 이 점에서 작위에 의한 “적극적 안락사”는 허용될 수 없고, 생명보호의무의 소멸에 따른 치료조치의 불이행에 의한 “소극적 안락사”만이 허용될 수 있다 할 것이다.

5. 소극적 안락사의 인정요건

그렇다면, 소극적 안락사가 인정될 수 있는 요건은 무엇인가? 앞서 살핀 바와 같이 “생명권”과 “인간의 존엄과 가치”가 분리되어 자신의 인간으로서의 존엄과 가치의 실현을 위하여 자신의 생명에 대한 자기결정권을 가지게 되는 예외적인 경우에 한정된다 할 것이나, 이와 같은 추상적인 명제만으로는 부족하고 보다 객관적이며 구체적인 요건이 필요하다.

국내의 다수설에 의하면 인정될 수 있는 소극적 안락사의 요건으로, 일본 나고야 고등법원의 1962년 판결⁷⁰⁾을 참고하여 ① 현대의학의 견지에서 판단할 때 환자가 불치의 질병에 걸려있고 사망의 시기가 임박해 있을 것, ② 환자의 육체적 고통이 심할 것, ③ 안락사가 오로지 환자의 육체적 고통을 완화할 목적으로 행할 것, ④ 환자의 의사표명이 가능한 경우에는 환자의 진지하고도 명시적인 촉탁 또는 승낙이 있을 것, ⑤ 안락사를 시행하는 자가 의사일 것, ⑥ 안락사를 시행하는 방법이 윤리적으로 타당할 것 등을 제시하고 있다⁷¹⁾.

아래에서는 주관적 요건(환자의 의사표명)을 제외한 요건 중 의견이 나뉘는 부분을 중심으로 살펴본다⁷²⁾.

70) 名古屋高判 1962.12.22. 선고, 高集 15-9-674.

71) 김선중, 전게서, 제325-332면 : 이동명, 전게논문, 제394면 : 정규원, “연명치료중단”, 제52면. 정규원 교수는 위 논문에서 “대부분 문제되는 경우가 치료를 계속하였지만 회생 가능성이 거의 없고 의식불명의 상태에 있으며 그 이전에 치료 계속 여부에 관한 명확한 의사표시가 없었던 경우이므로 위 요건 중 ②, ③, ④ 등의 요건은 원천적으로 충족할 수 없어 무의미하다.”라고 주장한다(위 논문, 제53면).

72) 이 글에서는 환자의 진료계약 해지의 의사표시에 따른 법률관계를 주로 살펴려고 하므로, 객관적 요건에 대해서는 자세히 논하지는 않는다.

가. 사망의 시기가 임박할 것

종래 소극적 안락사의 허용 요건으로 사망의 시기가 임박할 것을 필요로 하는 견해가 다수였고, 독일의사협회의 안락사 지침에서도 소극적 안락사는 ‘직접적으로 비가역적 죽음의 과정이 시작되었는지’가 가장 중요한 기준이다. 물론 이 경우 의사는 자신의 의료지식과 소신에 따라 죽음에 수반되는 고통이 돌이킬 수 없는 상태에 접어들었다고 판단해야 하며 곧 사망할 것이라는 확신도 필요하다⁷³⁾. 독일의 1994년 Kemptener 판결과 2004년의 Lubecker 판결에서도 “환자가 동의능력이 없고 ‘기본통증이 회복할 수 없는 사망과정에 접어들었을 경우’ 사전에 당사자가 표현한 의사에 부합할 경우에는 생명유지 혹은 연장조치는 중단되어야 한다. “라고 판시하여 사망과정에 접어들 것을 요건으로 하면서 아직 죽음이 개시되지 않은 의식불명의 환자의 경우 소극적 안락사의 범위에 포함시킬 수 없음을 명백히 하였다⁷⁴⁾.

그러나 단시일 내에 사망이 예상되지 않은 채 계속 의식불명의 식물인간 상태가 계속되고 그 회복가능성이 없는 경우에도 소극적 안락사를 허용해야 한다는 논의⁷⁵⁾가 제기되면서 “사망의 시기 임박”이라는 요건보다는 “회생불가능과 치료행위의 무의미성”⁷⁶⁾ 또는 “비가역적인 의식상실”이라는 요건을 주장하는 견해가 있다.

“회생불가능”이란 회복이 불가능하여 사망을 피할 수 없는 상태로서, ① 생명의 회복이 불가능한 뇌사상태와 ② 뇌사상태까지는 이르고 있지 않으나 의식의 회복이 불가능한 상태(주로 식물인간상태)로 나눌 수 있다고 한다⁷⁷⁾.

73) 이석배, “독일의 치료중단 기준과 입법론”, 『형사정책』, 제19권 제1호, 제231면.

74) 정문식, “독일에서의 안락사 논의와 입법방향”, 『법과 정책연구』, 제5집 제1호, 2005. 제479~481면 : 정현미, 전계논문, 제191면. 다만 위 판결에서 독일 연방법원은 “이는 아직 죽음이 개시되지 않은 의식불명의 환자를 죽음으로 유도한 경우이기 때문에 소극적 안락사와는 구분하여 ‘죽게 하기 위한 도움(Hilfe zum Sterben)’에 해당하는 것으로 이 경우 도움의 가능성은 환자의 의지에 달려 있다.”고 판시하였다.

75) 이른바 ‘존엄사’에 관한 논의이다.

76) 김천수, “불법행위책임의 관점에서 본 안락사”, 『민사법학』, 제28호, 2005, 제435~436면 : 정현미 전계 논문, 제180~181면.

77) 김선중, 전계서, 제329면. 김선중 변호사는 자발적 호흡이 가능한 식물상태에 대해서

그러나 이에 대해서는 치료행위의 무의미성은 그 의미가 불명확하며 장기간의 식물인간상태에서도 의식이 회복되는 예가 있으므로 의식상실의 비가역성만을 판단기준으로 할 경우 자칫 귀중한 생명이 침해될 가능성도 배제할 수 없다고 비판하는 견해가 있다⁷⁸⁾.

나. 환자의 육체적 고통이 심하고 이를 완화할 목적일 것

육체적 고통의 정도에 대하여 일반적으로 보통의 환자가 참기 어려울 정도로 극심한 고통을 겪고 있는 경우로 단순히 환자가 정신적 고통을 겪고 있을 뿐인 경우에는 적법한 안락사의 요건이 충족되지 않는다고 한다⁷⁹⁾.

이에 대하여 정규원 교수는 안락사에서 일반적으로 요구되는 육체적 고통은 어느 정도의 고통이어야 하는가가 분명하지 않은 뿐만 아니라, 표준적인 측정방법도 없고 정신적 고통이 육체적 고통에 비하여 하위적 고통으로 판단되어야 하는 이유도 분명하지 않으므로 고통이라는 요건은 안락사 안정에 있어 필수적인 요소는 아니라고 주장한다⁸⁰⁾.

III. 의료인의 진료의무

1. 의료인의 진료의무의 발생 근거 및 법적 성격

의료법에서는 의료행위를 “의료인이 하는 의료·조산·간호 등의 의료기술의 시행”이라고 정의하고 있다⁸¹⁾. 종래 “의료행위”의 개념에 대해서는 “의

는 존엄사를 용인해서는 안 된다고 주장한다 (위 문헌 332면).

78) 김재봉, 전계논문, 제169면. 위 논문에 의하면 우리나라에서도 1994. 9.에 6년 동안 식물인간상태로 있던 환자가 의식을 회복한 기적 같은 사건이 보도되었다고 한다 (중앙일보 1994.9.16.자).

79) 김선중, 전계서, 제327면. 한편 김선중 변호사는 전계서에서 안락사와는 별도로 존엄사의 허용을 주장하면서 존엄사에 대해서는 환자의 고통을 요건을 제시하지 않고 있다 (전계서, 328~331면).

80) 정규원, “연명치료중단”, 『의료법학』, 제6권 제1호, 2005, 제55면.

학적 지식과 수단 및 방법을 이용하여 사람의 질병을 진단, 치료하거나 그 예방을 목적으로 하는 행위⁸²⁾라고 상당히 좁은 의미로 해석하였으나, 최근에는 “의사의 의학적 판단 및 기술로써 행하거나 보건위생상 위해를 발생시킬 우려가 있는 행위”로 다소 그 범위를 넓게 파악하고 있다⁸³⁾.

의료인에게는 진료의무, 설명의무, 전원의무뿐 아니라 의료법상 처방전 교부의무, 비밀 준수 의무 등 여러 가지 의무가 부과되어 있다. 그러나 질병, 상해의 진단과 치료를 목적으로 하는 진료의무가 의료행위의 본질적 요소로서 가장 중요한 의무임을 부정할 수 없다. 의사의 진료의무는 주로 진료계약이나 공법상의 의료관계에 따라 발생하나 때에 따라서는 법적 의무 없이 환자를 현실로 진료한 경우에도 발생한다.

가. 진료계약⁸⁴⁾

진료계약은 의사 측 당사자에게는 진단 및 치료의 의무를 환자 측 당사자에게는 보수지급의무를 발생시키는 유상, 쌍무계약으로 불요식, 낙성 계약이다. 그 법적 성격에 대해서는 위임계약설, 준위임계약설, 고용계약설, 도급계약설, 무명계약설, 독립계약설 등이 대립하고 있으나 위임계약설이 다수이고⁸⁵⁾, 판례도 명시하지는 않으나 위임계약설을 취한 것으로 보인다⁸⁶⁾.

81) 의료법 제12조 제1항.

82) 정규원, 「피해자의 승낙에 관한 연구」, 박사학위논문, 서울대학교, 1999.제95면.

83) 미용성형수술을 의료행위에 포함한 대법원 1974. 11. 26. 선고 74도1114 전원합의체 판결 등 참조.

84) 김천수 교수는 진단과 치료를 목적으로 하는 전형적인 의료계약을 ‘진료계약’으로 표현하고, 입원계약 등 모든 의료행위를 목적으로 하는 계약을 포괄적으로 표현하는 명칭으로 ‘의료계약’이라 표현하였다. 이 글에서도 같은 취지로 용어를 사용한다. 김천수, “진료계약”, 『민사법학』, 제15호, 1997, 제147면.

85) 김선중, 전계서, 제50면 : 박영호, 전계서, 제615면. 이에 대하여 강남진, 김천수 교수는 위임계약에 유사한 무명계약이라 주장한다 (강남진, “의료계약에 관한 소고”, 『민사법의 실천적 과제』, 제315면 : 김천수, 전계논문, 제152면).

86) 대법원 1994.2.22. 선고 93다4472 판결에서 “경찰관이 응급의 구호를 요하는 자를 보건의료기관에 긴급구호요청을 하고 보건의료기관이 이에 따라 치료행위를 하였다

진료계약의 원칙적인 당사자는 의료인과 환자이다. 그러나 환자의 보호자와 진료계약이 체결될 경우 누가 계약당사자인지에 관하여 문제가 된다. 이는 결국 계약 해석의 문제로서 대부분의 경우에는 보호자가 계약 당사자로서 환자를 위하여 체결하는 제3자를 위한 계약의 하나라고 볼 수 있다. 이와 같은 경우 환자는 제3자를 위한 계약의 수익자가 되고 원칙적으로 환자의 권리는 환자가 의료인에 대하여 수익의 의사를 표시한 때에 발생하나(민법 제539조), 환자가 의식불명이거나 의사능력이 없는 경우 의학상 합리성이 인정되는 범위 내의 진료에 대하여 수익의 의사표시가 추정된다⁸⁷⁾.

나. 공법상의 의료관계

공법상 의료관계가 성립되어 진료의무가 인정되는 경우는 사회보장대책으로서 건강보험법에 따라 체결되는 진료계약과 전염병예방법 등 특별법에 기초한 환자의 공법상 수진의무를 근거로 한 의료관계 성립의 경우에 발생한다⁸⁸⁾.

다. 응급의료의 경우

모든 국민은 응급의료를 받을 권리를 가지고(응급의료에 관한 법률⁸⁹⁾ 제3조), 응급의료종사자는 정당한 사유가 없는 한 응급환자에 대한 응급의료를 중단하여서는 아니 되며(같은 법 제10조), 의료인은 응급환자에게 ‘응급의료에 관한 법률’에서 정하는 바에 따라 최선의 처치를 하여야 한다

고 하더라도, 국가와 보건의료기관 사이에 국가가 그 치료행위를 보건의료기관에 위탁하고 보건의료기관이 이를 승낙하는 내용의 ‘치료위임계약’이 체결된 것으로 볼 수 없다.”라고 판시하고, 대법원 1993.7.27. 92다15031 판결에서 “의료채무는 결과채무가 아니라 적절한 치료조치를 다해야 할 채무, 즉 수단채무”라고 판시하였다.

87) 김천수, 전계서, 제155면.

88) 이 글의 주제와 밀접한 관련성이 없으므로 상론하지 않는다.

89) 이하 ‘응급의료법’이라 한다.

(의료법 제15조 제2항).

이와 같은 응급의료법과 의료법의 규정에 따라 응급환자의 경우 당사자 사이의 진료계약이 체결되지 않았다 할지라도 의료인의 진료의무가 성립한다.

응급의료의 경우 이후 당사자 사이에 계약이 체결되면 문제가 없으나, 계약이 체결되지 않은 상태에서의 응급의료관계의 법적 성격에 대해서는 사무관리관계설과 사실적 계약관계설이 있다⁹⁰⁾.

“응급환자”라 함은 질병, 분만, 각종 사고 및 재해로 인한 부상이나 기타 위급한 상태로 인하여 즉시 필요한 응급처치를 받지 아니하면 생명을 보존할 수 없거나 심신상의 중대한 위해가 초래될 가능성이 있는 환자 또는 이에 준하는 자로서 보건복지가족부령이 정하는 자를 말한다(응급의료법 제2조 제1호). 이에 따라 응급의료법 시행규칙 제2조에서는 “1. 별표 1에 규정한 응급증상 및 이에 준하는 증상, 2. 제1호의 증상으로 진행될 가능성이 있다고 응급의료종사자가 판단하는 증상”이 있는 자를 “응급환자”로 규정하였는데, 급성의식장애 등 신경학적 응급증상과 심폐소생술이 필요한 심혈관계 응급증상 등을 응급증상으로, 호흡곤란, 의식장애 등을 응급증상에 준하는 증상으로 각 규정하고 있다(응급의료법 시행규칙 별표 1).

또한, 위 법에서의 “응급의료”라 함은 응급환자의 발생부터 생명의 위험에서 회복되거나 심신상의 중대한 위해가 제거되기까지의 과정에서 응급환자를 위하여 행하여지는 상담·구조·이송·응급처치 및 진료 등의 조치를 말한다(응급의료법 제2조 제2호).

이와 같은 응급의료를 제공하고 이에 대한 비용을 지불받지 못하였을 경우에 의료기관은 응급의료기금을 관리하는 기관의 장에게 응급환자를 대신하여 미납된 진료비의 지급을 구할 수 있다(응급의료법 제22조, 동법 시행령 제18, 19조).

90) 박영호, 전계서, 제621~625면.

2. 진료계약의 해지 또는 치료중단 요구와 의사의 진료의무

가. 문제점

진료계약의 법적 성격을 위임계약으로 볼 때 진료계약의 당사자는 언제든지 진료계약을 해지할 수 있다고 보아야 하나(민법 제689조 제1항), 의료인은 진료나 조산 요청을 받으면 정당한 사유 없이 거부하지 못하고(의료법 제15조 제1항) 의료인의 진료계약 해지는 진료거부에 해당한다고 보아야 하므로, 정당한 사유가 없는 한 의료인의 진료계약 해지는 제한된다고 할 것이다.

이처럼 의료인의 해지권이 제한되는 데 반하여, 환자 측의 해지권은 자기결정권 및 신뢰관계를 기초로 하는 진료계약의 본질상 무제한의 해지권을 갖는다⁹¹⁾.

문제는 환자가 인공호흡기 등의 연명치료 없이는 생명의 유지가 불가능할 것으로 예상되는 상황에서도 환자 측이 진료계약의 해지에 따른 퇴원을 요구하거나 연명치료의 거부 또는 중단을 요구할 경우⁹²⁾ 의료인의 진료의무가 소멸하는지 여부와 환자 측의 의사에도 존속한다고 할 경우 그 법적 근거이다. 이는 곧 소극적 안락사의 인정 문제로서, 의료인의 입장에서 보면 형사상 처벌대상이 되는지의 문제와도 연결된다.

앞서 살펴보았듯이 소극적 안락사의 인정 여부는 결국 인간의 존엄과 가치에 근거한 자기결정권의 성립 여부와 그 한계에 따라 결정되므로, 위와 같은 경우 의료인의 진료의무의 존부는 환자 본인의 의사인지에 따라

91) 김천수, 전계서, 제167면.

92) 진료계약의 해지는 법률행위로서 행위능력이 요구되는 반면, 치료의 중단 요구는 환자가 의사로부터 제안 받은 특정 의료행위에 대한 의사를 통지하는 것으로 준법률 행위인 의사의 통지로 본다면 진료계약의 해지와 치료의 중단 요구를 준별하여 검토하여야 할 것이다. 그러나 이 글에서의 중점은 자신의 생명에 대한 자기결정이 가능할 것인가의 문제에 놓여 있으므로 진료계약의 해지나 연명치료 장치의 제거 요구를 엄격하게 구분하지 않고 일단 행위능력을 갖춘 환자를 전제로 한다. 치료행위에 대한 환자의 자기결정권의 법적 성격에 대해서는 김천수, “환자의 알 권리와 자기결정권”, 제116~117면 참조.

다르게 검토될 수밖에 없다.

나. 환자 본인의 의사표시에 의한 경우

누구든지 자신의 의사에 반하여 강제적인 치료를 거부할 권리가 있다. 따라서 환자 본인이 진료계약의 해지 또는 치료중단을 요구할 경우 원칙적으로 의료인의 진료의무는 소멸하게 된다.

물론 이는 사전에 의료인이 환자에게 질병의 증상, 진료의 필요성, 진료 방법, 진료에 따르는 위험, 예후 등을 충분히 설명한 것을 전제로 한다. 의료인의 설명의무는 예상되는 의료조치에 대한 환자의 승낙 또는 거부가 유효하고 실질적인 것이 되기 위한 전제이다⁹³⁾. 따라서 의료인의 설명의무가 충족되지 않은 상태에서 환자 본인이 진료계약의 해지 또는 치료중단을 요구하였다 할지라도 환자의 의사표시는 그 효력을 인정할 수 없고⁹⁴⁾ 의료인은 이로 인하여 채무불이행 또는 불법행위의 책임을 지게 된다⁹⁵⁾.

또한, 환자는 적어도 자신의 결정의 의미와 결과를 합리적으로 판단할 수 있는 의사능력을 갖춘 자여야 한다⁹⁶⁾. 이에 대하여 대법원은 환자 본인이 아닌 친족의 승낙을 받은 경우에 대하여 “원고가 성인으로서 판단능력을 가지고 있는 이상 인척에 불과한 시숙의 승낙으로써 원고의 승낙에

93) 김선중, 전계서, 제80면.

94) 의사의 설명의무가 흠결된 상태에서 환자의 의사표시의 효력에 대해서는 효력요건이므로 무효라는 견해와 이를 부인하는 견해가 있고, 무효의 입장에서도 전부 무효론과 일부 무효론이 대립하고 있다. 이 글에서는 상론하지 않는다. 자세한 내용은 김천수, 「자기결정권과 의사의 설명의무」, 박사학위논문, 서울대학교, 1994, 제94~103면 참조.

95) 대법원 2007.5.31. 선고 2005다5867 판결 외 다수 판결. 위반의 결과 성립하게 될 손해배상책임의 범위에 대해서도 확실상 많은 대립이 있다. 설명의무 위반과 사망 사이의 인과관계를 인정하여 전 손해의 배상을 명한 판결로는 대법원 1996.4.12. 선고 95다56095 판결, 그 인과관계를 부정하여 위자료의 배상만을 명한 판결로는 대법원 2004.10.28. 선고 45185 판결 등이 있다.

96) 김선중, 전계서, 제89면 : 동의 또는 승낙능력이 무엇을 의미하는지에 대해서는 정규원, 「피해자의 승낙에 관한 연구」, 박사학위논문, 서울대학교, 1999, 제128~156면 : 김천수, 전계논문, 제42~77면 참조. 다만 법률행위인 진료계약의 해지까지 인정하기 위해서는 행위능력을 갖추어야 함은 당연하다.

같은 것은 허용되지 아니한다.”라고 설시하여 환자의 동의나 승낙에 있어 판단능력이 있어야 한다고 판시하였다⁹⁷⁾.

그렇다면, 의사능력이 있는 환자가 죽음을 앞두고 의사로부터 충분한 설명을 듣고도 진료계약의 해지나 치료중단을 요구할 경우 과연 의사에게 진료의무를 인정할 수 있는가? 죽음에의 결정이 결정권자의 가치체계에 비추어 진정한 것이고 충분한 숙고를 거쳐서 이루어진 것이라면 타인은 그 결정을 존중해 주어야 한다는 견해가 있다⁹⁸⁾. 이 견해에 의하면 그와 같은 경우 환자의 계약해지에 따라 진료계약은 종료하고 의사의 진료의무 또한 소멸하게 되며 형법상 문제되는 보증인 지위에서도 이탈하게 된다⁹⁹⁾. 나아가 당장 수혈·수술을 하지 않으면 사망하게 되는 환자가 수혈·수술을 분명한 의사를 통해 거부하거나 인공적 영양공급을 해야 생명이 유지되는 환자가 이를 명시적으로 거부할 때, 의사에게 수술·수혈, 영양공급 등의 조치를 강제되라도 해야 할 권리·의무는 없고 의사의 진료의무는 종료한다¹⁰⁰⁾.

그러나 과연 적절한 치료를 받을 경우 질병의 회복 또는 증상의 완화가 예상되거나 적어도 상당기간 생존의 시기를 연장하는 것이 가능할 경우에도 환자의 의사에 따라 진료계약의 해지를 인정할 것인지는 의문이다. 앞서 살핀 바와 같이 생명에 대한 우리나라 헌법 및 형법의 태도는 자기결정권을 무제한적으로 인정하지 않고 오히려 생명권이 인간의 존엄과 가치와 분리되는 예외적인 경우에 한하여 생명에 대한 자기결정권을 인정하기 때문이다. 이에 대하여 김천수 교수는 인간이 자신의 생명과 신체에 대하여 이해관계를 갖는 유일한 존재가 아니므로, 환자의 자기결정권은 생명·신체·건강의 유지라는 자신의 복지에 이익이 되는 방향으로 행사되어야 하

97) 대법원 1994.11.25. 선고 94다35671 판결 등.

98) 정규원, “연명치료중단”, 『의료법학』, 제6권 제1호, 2005, 제58면.

99) 이석배, 전제논문, 제685면.

100) 한정환, 전제논문, 제241면, 同誌, 김재봉 “치료중단과 소극적 안락사”, 『형사법연구』, 제12호, 1999, 제166면.

고 환자의 결정은 합리성과 사회적 타당성이 인정되는 한도 내에서만 그 자유가 허용된다고 주장한다¹⁰¹⁾. 따라서 “회생불가능 및 의학적 무의미성”이라는 요건이 충족되지 않는 한 환자의 진료계약의 해지의사는 효력을 발생하지 않고 의사의 진료의무는 존속하게 된다¹⁰²⁾. 김선중 변호사도 환자의 요청에 응하는 것이 의료윤리나 공서양속에 반하는 경우 의사는 환자의 요구를 수용해서는 안 되고 이에 반한 합의는 반사회질서에 해당하여 무효(민법 제103조)라고 주장한다¹⁰³⁾.

한편, 소극적 안락사의 요건이 충족될 경우 환자의 진료계약의 해지의사는 반사회성이 없어 유효하고 따라서 의료인의 진료의무는 장래를 향하여 소멸한다. 진료계약이 성립하지 않은 경우로서 사무관리의 관계에 있는 경우 환자의 중단요구는 사무관리의 종료를 요구하는 의사표시이므로 역시 의료인의 진료의무 또한 소멸한다¹⁰⁴⁾.

그런데 이와 같은 경우에도 응급의료법에 따른 진료의무가 존속하는지 여부가 문제된다. 연명치료를 받고 있는 환자는 대부분 응급의료법에 따라 응급처치를 받아야 할 응급환자에 해당될 것이고 응급의료의무가 형법상 살인죄가 규정하는 환자의 사망을 방지해야 할 보증인적 의무의 근거가 된다는 견해¹⁰⁵⁾에 따를 때, 환자의 해지의사에도 불구하고 응급의료의무가 존속한다면 여전히 의료인에게 진료의무가 있게 되고 따라서 형사처벌을 받을 가능성이 있게 된다. 이에 대하여 진료계약에 의하여 발생하는 진료의무는 형법상의 결과범에서 결과발생을 방지할 보증인 의무이지만,

101) 김천수, “환자의 알 권리와 자기결정권”, 『법학논총』, 8집 제109면 : “자기결정권과 의사의 설명의무”, 제238면.

102) 김천수, “불법행위책임의 관점에서 본 안락사”, 제438~439면.

103) 김선중, 전게서, 제60면. 다만 이 경우 김선중 변호사는 환자의 요청에 반하는 진료행위는 사무관리로 볼 수밖에 없다고 주장하나, 환자의 해지의사가 무효인 이상 원래의 진료계약이 그대로 존속하고 의사의 진료행위는 진료계약에 기초한 행위로 보는 것이 타당할 것이다.

104) 김천수, 위 논문, 제444면.

105) 허일태, “의학적 충고에 반한 퇴원조치와 의사의 형사책임”, 『비교형사법연구』, 제4권 제2호, 2002. 제646~648면.

일종의 윤리적 의무를 법적 의무로 전환한 것이라 할 수 있는 응급의료의 무는 미래의 진료를 인수할 의료인이 행할 진료의 실효성을 유지시키는 의무로서 형법상 보증인적 의무에 해당하지 않는다는 견해가 있다¹⁰⁶⁾. 조상제 교수는 응급의료의무가 단순한 구호조치의무가 아니라 사망의 결과 회피를 위한 보증인적 의무로 인정될 수 있으나, 응급의료법 제2조에서 응급의료로 “응급환자의 발생부터 생명의 위협에서 회복되거나 심신상의 중대한 위해가 제거되기까지의 과정에서 행해지는 조치”로 정의하고 응급의료법¹⁰⁷⁾ 제4조에서 응급의료종사자는 업무 중에 응급의료로 요청받거나 응급환자를 발견한 때에는 즉시 응급의료로 행하여야 하며 정당한 사유 없이 이를 거부하거나 기피하지 못하도록 규정한 점에 비추어 볼 때, 응급의료의무는 통상의 계약에 의한 치료 의무에 대한 보충적인 보증인 의무로 보는 것이 타당하고 진료계약이 체결될 경우에는 배척되는 관계로 파악하는 것이 타당하다고 주장한다¹⁰⁸⁾.

응급의료법의 입법취지나 응급의료의 정의에 비추어 볼 때, 응급의료로 단순한 구호조치의무로 볼 수는 없고 피해환자에 대한 수술이 끝난 상태에서 담당 의사들은 여전히 그 환자에 대하여 응급의료로 해야 할 의무가 지속된다고 할 것이나, 적어도 수술 등을 통하여 생명의 급박한 위험상태에서 벗어나 생명유지를 위한 연명치료 등 보존적 치료과정에 있는 경우 응급의료의무는 존재하지 않는다고 봄이 타당하다¹⁰⁹⁾. 따라서 연명치료과정에 있는 환자가 진료계약 해지의 의사를 표시하여 의사의 진료의무가 소멸할 경우 응급의료의무 또한 존재하지 않는다 할 것이다.

106) 이상돈, “치료중단과 형사책임”, 『법문사』, 2002, 제83~84면.

107) 2000.1.12. 법률 제6147호로 전문 개정되기 전의 것. 현행법 제6조 제2항에서도 동일한 내용으로 규정하고 있다.

108) 조상제, “의사의 응급의료의무와 치료의무”, 『형사판례연구』, 제8권, 박영사, 제105면.

109) 김천수, “불법행위책임의 관점에서 본 안락사”, 제445면 : 정웅석, “세칭 보라매병원 사건의 제1심, 제2심 판결에 대한 형사법적 고찰”, 『의료법학』, 제4권 제1호, 2003, 제167~168면.

다. 보호자, 대리인의 의사표시에 의한 경우

소극적 안락사에 있어서 가장 문제되는 경우는 환자 본인이 의식은 있으나 의사결정능력이 없거나 의식 없는 경우에 보호자 또는 법정대리인의 의사에 의하여 진료계약을 해지할 수 있는지 여부이다.

(1) 미국에서 연명치료중지에 대한 의사결정의 대행

미국에서 개인의 죽을 권리는 보통법상의 신체에 대한 자기결정권과 헌법상의 사생활에 대한 권리에 의하여 인정되고 있고 따라서 의사능력이 있는 환자는 통상적으로 비록 사망할 위험성이 있을지라도 치료를 거부할 수 있다는 것을 인정하고 있다¹¹⁰⁾.

대부분 주의 경우 치료중단 여부가 문제된 시점에 의사능력이 인정되지 않는 환자라도 사전조치를 취한 경우, 즉 환자가 판단능력을 상실한 경우에 대비하여 미리 치료중단을 요청하는 의사표시를 하거나(living will), 그러한 경우에 의사표시를 대신 해 줄 대리인을 지정하는 등의 사전지시(advanced directives)가 있는 경우에는 그에 따르도록 하고 있다¹¹¹⁾.

미국은 더 나아가 사전에 의사표시를 하지 않은 의사무능력 환자에 대해서도 죽을 권리를 인정하면서 그 연명치료중지에 대한 의사결정대행자에 관한 문제에 초점을 맞추어 왔다. 아무런 사전지시도 없이 의사능력을 상실한 환자에 대해서는 대체로 다음과 같은 방법들이 제시되고 있다.

첫째는 주관적 판단방법(Subjective Standard)으로서 이는 의사능력 상실 이전에 표출된 환자의 성향에 기초하여 타인이 치료중단 여부를 판단하는 것으로 평소 가족, 친구, 건강 관리인에 대한 구두 의사표현, 타인에 대

110) 이덕환, “연명치료중지에 대한 의사결정의 대행”, 『의료법학』, 제3권 2호, 2002, 제 197~199면.

111) 김재봉, 전제논문, 제162면. 위 논문에 따르면 명칭에 차이가 있으나 living will에 관해서는 3개 주를 제외한 모든 주에서 이에 관한 입법을 하였고, 사전지시의 경우 Alabama 주를 제외한 모든 주가 이에 관한 법률을 가지고 있다고 한다.

한 치료를 보고 환자가 보인 반응, 환자의 종교, 의학적 처치에 대한 환자의 태도 등을 보고 판단할 수 있다고 한다. 다만, 이러한 환자의 성향을 알 수 있는 증거는 명백하고 확신을 줄 정도로(clear and convincing) 제시되어야 한다¹¹²⁾.

두 번째로 대리판단방법(Substituted Judgement Standard)이다. 이는 환자가 의사능력을 상실하지 않았더라면 이러한 상황에서 어떻게 판단하였을 것인가를 가족 등 대리인이 추정하여 판단하는 것이다¹¹³⁾.

이처럼 치료중단 시점에 환자의 의사를 추정하는 것마저 불가능한 경우에 최후로 사용될 수 있는 방법으로 '환자에게 최선의 이익이 되는 판단방법(Best Interest of Patient Standard)'이 제시되고 있다. 이는 환자의 의사를 떠나 환자의 이익을 객관적으로 판단하는 방법으로, New Jersey 주 대법원은 Conroy 판결¹¹⁴⁾에서 환자에게 최선의 이익이 되기 위한 요건으로, 첫째는 생명을 유지하기 위한 치료를 개시하거나 계속하는데 따르는 손실이 그에 따르는 이익에 비하여 '명백히(clearly and markedly)' 우월하여야 하고, 둘째는 환자의 생명을 유지하는 데 따르는 극심한 고통으로 인하여 생명유지를 위한 치료를 하는 것이 비인도적이라고 판단될 것을 요구하였다¹¹⁵⁾.

한편 의식불명 환자에 대한 의사결정의 대행을 할 수 있는 자로 미국 법원은 후견인(Quinlan 사건의 경우)¹¹⁶⁾, 가족과 의사(Colyer¹¹⁷⁾사건의 경

112) 김재봉, 전계논문, 제163면. 이에 대한 대표적 사건이 Cruzan 사건(Cruzan v. Director, Missouri Dep't of Health, 497 U.S. 261)이다. Cruzan 사건의 자세한 내용은, 박영호, 전계문헌, 제932~934면 참조.

113) 김재봉, 전계논문, 제163면. 이에 대한 대표적 사건은 Quinlan 사건(Re Quinlan, 70 NJ 10, 355 A 2d, 664)이다. 역시 사건의 자세한 내용은, 박영호, 전계문헌, 제929~931면 참조.

114) Re Conroy, 98 NJ 321, 486 A 2d, 1209.

115) 김재봉, 전계논문, 제163~164면에서 재인용.

116) New Jersey 대법원은 이 사건에서 딸의 연명치료의 중지를 주장하는之父의 권리를 후견인으로서 승인하였다. 박영호, 전계서 참조.

117) 99 Wash, 2d 114, 660 p. 2d 738, 환자의 남편에 의한 산소호흡기 제거 요청을 승인한 사례임. 이덕환, 전계논문, 제205면에서 재인용.

우)를 인정하였다.

일반적으로 의사능력이 없는 미성년자와 정신장애인의 경우 친권자후견인 등의 법정대리인이나 법원이 선임한 특별대리인이 그 의사결정을 대행할 수 있다. 따라서 미성년자가 의식이 있을지라도 원칙적으로 친권자의 동의에 의하여 대행되어야 하나, “성숙한 미성년자의 법리”의 적용에 따라 미성년자의 말기 환자가 신체에 대한 자기결정권과 연명치료 거부권을 행사하는 것을 인정하고 있다. 이는 미성년자의 치료에 대하여 부모의 동의를 필요로 하는 일반적인 원칙에 대한 예외라 할 수 있는데, 미국 법원들은 14세 이상의 미성년자는 판단능력을 가지므로 의료에 대한 설명이 전제된 동의를 할 수 있는 능력이 있다는 가정을 지지하여 왔다고 한다¹¹⁸⁾.

(2) 우리나라에서의 논의

(가) 환자의 사전의사가 있는 경우

먼저, 환자가 사전에 자신에 대한 연명치료 거부의 의사를 표시한 경우(미국의 경우 living will 또는 advanced directives), 국내 대부분의 학자는 그 유효성을 인정하여 소극적 안락사가 허용된다고 한다¹¹⁹⁾. 사전의사란 과거의 현실의사로서 객관적이며 추상적 의사가 아니라 당해 환자의 구체적 의사이다.

(나) 추정적 의사의 인정 여부

1) 부정설 : 의사표현이 가능했던 시점에서 의사 또는 가족에게 한 환자

118) 이덕환, 전계논문, 제202, 203면, 참조.

119) 정현미, 전계논문, 제179면 : 김재봉, 전계논문, 제167면 : 김천수, “불법행위책임의 관점에서 본 안락사”, 제441면. 정규원 교수나 이동명 교수도 같은 취지로 보인다. 독일에서는 막상 죽음이 임박한 시점에서는 많은 사람이 생각을 바꾸어 가능한 모든 치료를 해달라고 애원하는 경우가 많으므로 혼수상태가 되기 전 시점에서 환자가 명백한 의사표시로 한 동의·승낙에도 무조건 효력이 인정되는 것은 아니라는 견해가 있다고 한다(한정환, 전계논문, 제247면).

의 의사표시, 의사를 회복할 가능성, 생명연장조치를 취할 경우 환자의 상태변화, 받게 될 통증, 후유증 등을 종합하여 객관적 관점에서 추정할 수 있다고 하나 이런 추정이 가능하지 않으므로, 객관적 기준이 결여된 애매한 추정을 근거로 치료중단 여부를 결정할 수 없다는 견해이다¹²⁰⁾.

이동명 교수도 환자 본인이 의사능력이 없고 사전의사도 없는 경우에는 안락사의 남용을 억제한다는 견지에서 추정적 승낙은 부정되어야 한다고 주장한다¹²¹⁾.

2) 긍정설 : 국내의 많은 학자는 사전의사가 없는 경우에는 환자의 추정적 의사에 기초한 승낙을 유효하다고 보고 있다¹²²⁾. 환자의 가치관·종교관·인생관, 질병·고통·의료적 처치에 대한 환자의 과거 태도 등 환자의 성향을 알 수 있는 모든 정황으로부터 환자의 의사를 추정하여 판단하여야 한다는 견해인데, 여기에서의 추정이란 객관적, 추상적 의사의 추정이 아닌 환자 본인의 주관적이며 구체적 의사의 추정이다¹²³⁾.

가족이나 친지의 의사는 추정적 의사를 판단하는 한 자료가 될 뿐이다.

(다) 대리결정 또는 이익형량에 의한 결정

의식이 불명이면서 사전의사, 추정적 의사 모두 확인되지 않은 상태의 환자 또는 아직 의사결정능력을 보유하지 못한 미성년자나 태어나서 한 번도 의사결정능력을 보유한 적이 없는 정신적으로 미숙한 성인 등의 경우에 가족

120) 한정환, 전계논문, 제247면.

121) 이동명, 전계논문, 제394면.

122) 정현미, 전계논문, 제179면: 김천수, “불법행위책임의 관점에서 본 안락사”, 제441~442면: 김재봉, 전계논문, 제167면: 정규원, “연명치료중단”, 제59면: 김선중, 전계서 제326면.

123) 김천수 교수는 위 논문에서 주관적이며 구체적인 추정적 의사가 확인되지 않는다면 환자에 대한 최선의 이익이 무엇인지를 통해 탐구되는 객관적이며 추상적인 추정적 의사에 의하여 소극적 안락사의 주관적 요건이 판단된다고 주장한다(위 논문 제442면). 그러나 환자에 대한 최선의 이익에 따른 환자 의사의 객관적 추정은 환자의 의사에 기초한 자기결정권의 행사는 어디까지나 환자 본인의 주관적인 의사에 따라야 한다는 점에 비추어 환자의 추정적 의사에 포함될 수 없다고 본다. 이는 다만 이후 서술할 이익형량에 의한 방법에 포함된다고 생각된다.

등에 의한 대리결정 또는 법원이나 의료기관 등 제3자의 객관적인 이익형량에 따른 결정이 가능할 것인가?

가족 등에 의한 대리결정의 방법은 환자의 의사로부터 독립하여 가족 등 대리인이 환자에 대신하여 치료중단 여부를 결정하도록 하는 입장이다. 이에 대해서는 부정적인 견해가 다수이다¹²⁴⁾. 그 이유로 치료중단 및 생명유지 장치의 중단의 경우에는 일반적 치료행위와는 달리 직접 개인의 삶과 죽음에 관한 고도의 인격적인 문제와 관련되므로 누구도 대신 결정할 수 없다는 점을 들고 있거나¹²⁵⁾, 대리인이 이를 남용할 우려가 있다는 점을 들고 있다¹²⁶⁾. 한편, 친권자 또는 가족 등 대리인이 환자를 위하여 진료계약을 체결한 다음 연명치료의 거부를 위하여 진료계약의 해지사를 표시하였다 할지라도 이를 제3자를 위한 계약의 하나라고 볼 때 제3자인 환자의 수익의 의사표시에 의하여 권리가 생긴 때에는 당사자는 이를 변경 또는 소멸시키지 못한다는 민법 규정(민법 제541조)에 비추어 그 의사표시의 효력이 문제된다.

이익형량의 방법은 미국에서 논의되는 환자에게 최선의 이익판단방법이나 독일판결에서 제시된 일반적인 가치관에 따른 판단과 같은 것으로 무엇이 환자에게 최선의 이익이 되는 결정인가를 환자의 가족이나 의료진만의 판단이 아닌 법원 또는 객관적 제3자가 판단하여 결정한다는 것이다¹²⁷⁾. 즉 구체적인 상황에서 환자의 고통제거나 인간의 존엄성 보장이라는 이익과 생명의 손실을 종합적으로 형량하여 해결하여야 하며, 가족 등

124) 정규원, “연명치료중단”, 제59면 : 한정환, 전계논문, 제247면 : 정현미, 전계논문, 제178면 : 김천수, “불법행위책임의 관점에서 본 안락사”, 제441면.

125) 정현미, 전계논문, 제178면 : 同旨, 김천수, 위 논문, 제441면 : 한정환, 전계논문, 제247면. 다만 한정환 교수는 “개선되어야 할 의료체계, 비합리적인 의료보험제도 그리고 사회 전반에 만연된 불신풍조 등 한국적 특수상황을 감안하면 일정한 조건하에 혼수상태인 환자의 가족에게 치료중단·퇴원 요구권을 인정할 필요가 있다.”고 주장한다.

126) 김재봉, 전계논문, 제168면.

127) 정규원, “연명치료중단”, 제59~60면 : 김재봉, 전계논문, 제168~69면.

의 유산상속이나 경제적 부담 등은 고려대상에서 제외되어야 한다고 주장한다¹²⁸⁾.

그러나 소극적 안락사를 인정하게 된 법적 근거가 인간의 존엄과 가치를 위하여 생명권(생명보호의무)이 제한될 수 있는 예외적인 경우에 인정되는 자기결정권이라는 점에 비추어 볼 때, 대리결정이나 이익형량에 의한 결정을 인정할 수 있다는 견해에는 의문이 존재한다.

IV. 결론 - 입법의 필요성

소극적 안락사와 관련하여 그 정당성의 법적 근거 및 요건에 관한 국내의 논의를 정리하였다. 그러나 안락사의 개념과 허용요건에 대하여 아무런 입법이 없는 상태에서 판례나 학설만으로 안락사와 관련된 사회적 분쟁을 해결하기에는 한계가 있을 수밖에 없다. 다수 학자가 제시하듯이 미국의 입법례나 독일의 법무부 개정안에서처럼 우리나라도 안락사와 관련하여 그 객관적 요건을 명확히 하고 환자의 사전의사표시의 요건과 방식에 관하여 명확하게 입법하여 의료현실의 혼란과 환자 및 가족들의 고통을 해결할 필요가 있다.

나아가 안락사 개념 자체의 불명확성과 이익 형량적 사고에 따른 법적 정당화 구조의 취약함을 지적하면서 오히려 절차적으로 접근하여 법은 안락사 시술의 실제적 요건이 아닌 일정한 절차를 마련하고 그 절차를 준수하는 과정에서 관련당사자들이 서로 의학적·윤리적 관점을 교환하여 자신의 의사결정을 반성적으로 성찰함으로써 합리적인 결정을 유도하여야 한

128) 김재봉, 전계논문, 제169면. “의식이 불명이면서 사전의사, 추정 의사 모두 확인되지 않은 상태의 환자의 경우에 논리적으로 소극적 안락사가 허용되지 않으나 그 환자에게 최선의 이익이라는 관점에서 확인되는 객관적이며 추상적인 추정 의사가 치료의 중단 내지 거부로 인정될 가능성이 매우 높은 것이 현실일 것이다.”라는 김천수 교수의 견해도 이익형량에 의한 방법 중 하나라고 볼 수 있다 (위 논문 제443면).

다는 견해¹²⁹⁾는 경청할 필요가 있다.

그럼에도, 안락사는 개인의 실존적 문제를 그 핵심으로 하고 있다는 점에서 법학계나 의료계, 사회 모두에게 쉽게 그 해답을 제시할 수 없는 난제로 남을 수밖에 없다고 생각된다. 이 주제를 검토하면서 개인적으로 다시금 인간의 ‘생명’이란 무엇인가 라는 실존적 질문을 스스로에게 묻게 된다.

129) 이상돈, “안락사의 절차적 정당화”, 『의료기술의 발달에 따른 의료법의 대응』, 세창출판사, 제387~388면. 이상돈 교수는 이러한 절차를 통하여 안락사 문제를 해결하는 한 의사의 안락사 시술결정은 내용적으로는 법원에 의한 법적 심사의 대상이 되지 않고 오직 절차의 준수 여부만이 법적 심사의 대상이 되도록 하여야 한다고 주장한다.

[참 고 문 헌]

1. 단행본

- 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2006.
김선중, 『의료과오소송법』, 박영사, 2008.
김철수, 『헌법학개론』, 박영사, 2006.
박영호, 『의료분쟁과 법』, 법률정보센터, 2005.
장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2007.
정종섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2006.
허영, 『한국헌법론』, 박영사, 2006.
유남석, 『주석형법 각칙 3권』(4판), 한국사법행정학회, 2006.

2. 논문

- 강남진, “의료계약에 관한 소고”, 『민사법의 실천적 과제』(한도 정환담 교수 화갑기념), 2002.
권형준, “생명권의 보호에 관한 고찰”, 『법학논총』, 제5집, 한양대학교, 1988.
김강운, “헌법상 자기결정권의 의의”, 『법학연구』, 제20집, 한국법학회, 2005.
김병찬, “환자의 치료중단과 의사의 법적 책임”, 『판례와 실무』, 인천지방법원, 2004.
김선택, “사형제도의 헌법적 문제점-사형의 위헌성과 대체형벌-”, 『고려법학』, 제44호, 2005.
김영철, “자살과 자기결정-자살을 둘러싼 형법상의 문제”, 『형사정책연구소식』, 제16호, 1993.
김재봉, “치료중단과 소극적 안락사”, 『형사법연구』, 제12호, 1999.
김천수, 「자기결정권과 의사의 설명의무」, 박사학위논문, 서울대학교, 1994.
_____, “진료계약”, 『민사법학』, 제15호, 한국사법행정학회, 1997.
_____, “환자의 알 권리와 자기결정권”, 『법정논총』, 제8집, 대구대학교, 1994.
_____, “불법행위책임의 관점에서 본 안락사”, 『민사법학』, 제28호, 한국사법행정학회, 2005.
김학태, “뇌사와 장기이식에 관한 법철학적 연구(뇌사개념에 대한 법철학적

- 고찰”, 『외법논집』, 제16집, 2004.
- 범경철, “응급의료에 있어서 의사의 미수금 대불청구권”, 『의료법학』, 제4권 제1호, 대한의료법학회, 2003.
- 문국진, “안락사의 의학적 측면”, 『대한변호사협회지』, 제93호, 1984.
- 성낙현, “자살관여행위의 가벌성에 관한 한국과 독일형법의 비교”, 『비교형사법연구』, 제6권 제2호, 한국비교형사법학회, 2004.
- 신영호, “촉탁·승낙에 의한 살인죄”, 『법학논총』 4집(백천 오재환 교수 정년 기념 논문집), 1998.
- 윤명선, “생명권의 법리”, 『월간고시』, 제18권 제12호(215호).
- 윤종형, “안락사와 입법정책”, 『비교형사법연구』, 제5권 제1호, 한국비교형사법학회, 2003.
- 윤진수, “미국법상 부모의 자녀에 대한 치료 거부에 따르는 법적 문제”, 『가족법연구』, 제18권 제1호, 2004.
- 이덕환, “연명치료중지에 대한 의사결정의 대행-미국판례를 중심으로”, 『의료법학』, 제3권 제2호, 2002.
- 이동명, “안락사에 관한 연구”, 『법학연구』, 제11집, 2003.
- 이석배, “형법상 절대적 생명보호원칙”, 『한국형법학의 새로운 지평』(심은 김 일수교수 회갑기념논문집), 2006.
- _____, “독일의 치료중단 기준과 입법론”, 『형사정책』, 제19권 제1호, 2007.
- 이상돈, “진료거부와 응급의료거부-이론, 정책, 도그마틱”, 『법학논집』, 제33집, 1997.
- _____, “안락사의 절차적 정당화”, 『한일법학』, 제18권(의료기술의 발달에 따른 의료법의 대응), 1999.
- 이존걸, “형법상 존엄사에 관한 연구”, 『의료법학』, 창간호, 2000.
- 이진성, “미국에서의 환자의 자기결정권과 의사의 설명의무”, 『재판자료』, 제58집(외국사법연수논집 9), 1992.
- 전지연, “안락사에 대한 형법적 고찰”, 『한림법학 FORUM』, 제4권, 1995.
- 정규원, 「피해자의 승낙에 관한 연구」, 박사학위논문, 서울대학교, 1999.
- _____, “연명치료중단”, 『의료법학』, 제6권 제1호, 2005.
- 정문식, “독일에서의 안락사 논의와 입법방향”, 『법과 정책연구』, 제5집 제1호, 2005.

- 정웅석, “세칭 보라매병원사건의 제1심, 제2심 판결에 대한 형사법적 고찰”, 『의료법학』, 제4권 제1호, 대한의료법학회, 2003.
- 정현미, “치료중단의 한계와 형사책임”, 『형사정책연구』, 제15권 제4호, 2004.
- 조상제, “의사의 응급의료의무와 치료의무”, 『형사판례연구』, 제8권, 박영사, 2000.
- 조준현, “부작위범에 있어서 보증인적 지위에 관한 소고-긴밀한 인적 공동체의 성립과 형법의 해석”, 『법치국가와 형법』(심재우 선생의 형법사상에 대한 재조명), 1998.
- 한정환, “의식불명 상태의 환자에 대한 의사의 치료의무”, 『형사법연구』, 제18호, 2001.
- 허일태, “의학적 충고에 반한 퇴원조치와 의사의 형사책임”, 『비교형사법연구』, 제4권 제2호, 2002.

Death with Dignity and the Right to Decide

Seung-Ryong Yoo

Gwangju District Court, Judge

=ABSTRACT=

Based on foreign examples and past debates, the minimal conditions for passive euthanasia can be suggested as following; ① The patient is incurable by modern medical practice and his death is impending (less than 6 months), ② Euthanasia is practiced solely to relieve physical pain of the patient, ③ If the patient can express his will, there should be a clear and sincere request or consent, ④ More than 2 doctors including doctor in charge should consent, ⑤ Euthanasia should be practiced in ethical way, ⑥ Patient family should agree(when the patient will is assumed.)

It is hard to resolve issues regarding euthanasia based on past rulings and cases without concrete law. As in United States and Germany, clear and objective provisions of euthanasia and definitive method for patient's advanced directive should be legislated to resolve medical conflict and to relieve patient and family from agony.

And death with dignity debate will not be able to proceed if it is only substantively approached because of unclear definition of euthanasia and benefit comparison way of thinking. Thus it is important to establish definitive process to decided legislation of euthanasia act and resolving conflicts arising from each step of the process among interested parties exchanging medical/ethical opinions.

Keywords : euthanasia, death with dignity, the right to live, the right of self-decision, medical contract, the crime of aiding self-destruction, living will, the duty of medical treatment.