

# 연명치료중단에 대한 추정적 의사

김 필 수\*

- I. 서론
- II. 죽을 권리와 생명권의 충돌
  - 1. 생명권의 의의
  - 2. 생명권과 연관된 권리
  - 3. 죽을 권리에 대한 재고
- III. 존엄사와 추정적 의사
  - 1. 생명유지 여부에 대한 자기결정권
  - 2. 생명유지 여부에 자기결정권의 행사
- IV. 결어

## I. 서론

대법원은 이른바 김할머니 사건<sup>1)</sup>에서 처음으로 연명치료 중단<sup>2)</sup>에 대한 결정을 내렸다. 하지만 법원의 결론에 찬성하는 견해도 그 결론에 다다른 논리적 근거에 대해서는 많은 지적과 의문이 있어왔다.<sup>3)</sup> 비록 대법원의 연명치료 결

\* 논문접수: 2012.10.25. \* 심사개시: 2012.11.15. \* 수정일: 2012.12.4. \* 게재확정: 2012.12.10.

\* 대한병원협회법제이사(법학석사), 본플러스병원장(정형외과전문의).

1) 대법원 2009. 5. 21. 선고 2009다17417 판결.

2) 배중면 등, “전국 의료기관의 연명치료 대상자 입원 현황”, 『대한중환자의학회지』, 제25권 제1호, 2012; 윤미자 등, “중환자실 환자의 통계적 고찰”, 『대한 중환자의학회지』, 제11권 제2호, 1996. 이 논문에서 파악한 2009년 7월 현재로 전체의료기관의 83%에서 연명치료 중단 고려 대상자가 1555명, 즉 전체 중환자 입실환자 중 1.64%가 연명치료중단 고려 대상자라고 하였다.

3) 이석배, “연명치료중단의 기준과 절차”, 『형사법연구』, 제21권 제2호, 2009; 김나경, “한국 의료법에서 후견주의 이념의 수용, 변경 그리고 거부”, 『발생과 생식』, 제14권 제2호, 2010;

정은 결론에 있어서는 무척 진보된 판례라 볼 수 있으나 이론적 논거인 ‘추정적 의사’는 불분명하고 모호하여 객관적인 근거라 할 수 없다는 점에서 문제가 있다. 따라서 ‘추정적 의사’보다는 새로운 논리적 전개를 위해 먼저 생명권과 자기결정권에 대해서 재고하고자 한다. 그리하여 생명권, 인간의 존엄성, 자기결정권 등의 기본권이 충돌하는 상황을 염두에 두고 다시 한 번 생명권이 절대적 권리인가에 대해서 검토해 보고자 한다. 비가역적 죽음의 과정에 돌입한 말기 질환을 가진 환자의 자살행위에 방조하는 행위에 대해 방조자의 행위의 가벌성을 검토하고자 한다. 위 검토를 통해 사전의료의향서(지시서)도 없이 의식이 없는 PVS (persistent vegetative state, 장기식물인간상태)의 남은 예상 여명<sup>4)</sup>이 어느 정도인지와 의식 소생가능성이 어느 정도 인지를 파악한 후에 연명중단의 결정을 하여야할 것이다. PVS 환자에게 ‘추정적 의사’보다는 수인의 의사와 법조인, 종교인, 상속순위에 있는 유족이 참여한 특별 위원회의 합의된 의사<sup>5)</sup>가 생명연장 중단의 결정을 하였을 때 더 논리적으로 옳은 것인지 살펴본다. 나아가 소극적 생명연장 중단이 아니라 적극적 안락사<sup>6)</sup>는 어떠

김성룡, “연명치료중단의 기준에 관한 법적 논의의 쟁점과 과제”, 『형사법연구』, 제22권 제2호, 2010.

- 4) 이경석, “문헌을 통해 추정된 두부의상후 지속적 식물상태의 여명”, 『대한신경외과학회지』, 제25권 제2호, 1996; 이인철 등, 말기 암 환자 여명 예측 지수의 우리나라 적용: 일개 종합병원 호스피스 입원환자대상의 전향적 연구, 『대한가정의학회지』, 2007.
- 5) 환자의 자기결정권을 추정하는 것이 아니라 여러 이해관계인과 전문가의 일치된 합의로 객관화하는 과정을 말한다.
- 6) 전지연, “안락사에 대한 형법적 고찰”, 『한림법학』, 제4권, 1995; 정현미, “안락사와 형법”, 『형사정책연구』, 제5권 제4호, 1994; 최우찬, “안락사와 존엄사”, 『고새계』, 1989; 구나 두트계, 김성은(역), “존엄사-법적안락사의 유형과 규범적 기초”, 『형사정책연구』, 제19권 제4호, 2008; 이인영, “주요국가의 존엄사법 분석과 평가”, 『입법학연구』, 제6집, 2009; 이한규, “안락사에 대한 역사적 해석과 법적고찰”, 『법학논총』, 제24권 제4호, 2011. 위 논문들은 안락사의 분류를 다음과 같이 하고 있다. 안락사 분류는 직접적 안락사, 간접적 안락사, 광의의 의미의 소극적 안락사, 협의의 의미의 소극적 안락사이다. 그런데 이 분류는 문제가 있다고 생각한다. 각 환자의 상태를 객관적으로 파악한 후에 이 환자의 경우는 직접적, 간접적, 광의 협의 중 어떤 것이 가능하냐고 판단해야하기 때문이다. 물론 중복될 수도 있다. 의식이 명료한 말기환자의 경우와 의식이 없는 말기환자로 먼저 분류를 하고, 의식이 명료한 환자가 AD(advance directives, 사전의료지시서)가 있는 경우와 AD가 없는 경우로 재분류를 한다. 또 의식이 없지만 AD가 있는 환자와 AD가 없는 환자로 나누고, 그 각각에 대해 개별적으로 고찰해야 한다. 예를 들어 의식이 현재로서 명료하여 AD를 작성하였다면 그 AD의 내용을 보아(DNR만 거부하는지, 아니면 영양공급, 호흡기장치를

한지 논의해 보고자 한다.

## II. 죽을 권리와 생명권의 충돌

### 1. 생명권의 의의

선형적으로 생명이란, 모든 것의 기본이고 비교 불가능한 가장 소중한 가치이다. 이 말은 누구도 함부로 사람의 생명을 침해하여서는 안 되며, 국가는 국민의 생명이 함부로 침해되는 것으로부터 보호하고, 보장해야 할 의무가 있음을 말하는 것으로 이러한 권리를 생명권이라고 한다.<sup>7)</sup>

생명권은 우리 헌법상 명문으로 규정되어 있는 것은 아니다. 생명권은 인간의 존엄성을 규정한 헌법 제10조, 신체의 자유를 규정한 헌법 제12조 제1항, 그리고 헌법에 열거되지 아니한 권리라도 경시되어서는 아니 된다는 헌법 제37조 제1항 등에서 헌법적 근거를 구할 수 있을 것이다.<sup>8)</sup> 생명에 대한 권리는 인간의 생존본능과 존재목적에 바탕을 둔 선형적이고 자연법적인 권리로서 헌법에 규정된 모든 기본권의 전제로서 기능하는 기본권 중의 기본권이라고 할 수 있다.<sup>9)</sup>

---

거부하는지 보아야 할 것이고, 나아가 의식이 혼미해지면 죽여 줄 것을 원하는지 기재한다) 적극적 안락사를 원하는지 소극적 안락사를 원하는지 판단해야 할 것이다. 또 하나의 예를 들어 본다. AD가 없는 상태에서 PVS 경우는 자기결정권은 고려하지 말고 순수하게 객관적으로 연명치료 중단에 대해서 평가해야 할 것이다. 사망의시기가 임박하지 않은 PVS라면 적극적 안락사 또는 광의의 의미의 소극적 안락사와 관계될 것이고, 사망의시기가 임박하였다면 협의의 의미의 안락사와 관계될 것이다. 현재 각 환자가 처한 상황에 따른 고려를 하여 안락사의 재분류를 해야 한다고 생각한다.

7) 이석배, “형법상 절대적 생명보호원칙의 범위와 한계”, 『심은 김일수교수 화갑기념논문집』, 2009; 정 철, “연명치료중단 판결의 헌법적 검토”, 『서울대학교법학회지』, 제50권 제4호, 2009.

8) 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2011, 제407면.

9) 헌법재판소 1996.11.28. 자 95헌바1 결정.

## 2. 생명권과 연관된 권리

### 가. 생명권과 자기결정권<sup>10)</sup>

생명권은 그 내용으로서 국가 또는 제3자의 침해에 대한 시민의 방어권을 의미하고, 또 국가에 대한 생명보호를 요구할 수 있는 권리를 포함한다. 이로 부터 국가의 생명보호의무가 도출되며, 국가는 이러한 시민의 생명권을 국가 권력은 물론 다른 제3자로부터 보호해야 할 의무가 있다. 일반적으로 시민이 생명권을 행사를 국가가 보호하는 것은 시민의 생명을 보호하는 것과 같은 방향에서 이루어진다. 그런데 의료행위의 경우에는 의료행위를 거부하는 생명권의 행사가 시민의 생명에 위협을 초래할 수 있는 경우가 있기 때문에 실제 생명권을 보호하면 생명이 위협에 빠지게 되고, 생명을 보호하고자 하면 생명권 행사에 제한을 가할 수밖에 없는 상황이 발생한다. 우리 대법원은 기본적으로 이러한 딜레마 상황에서 생명을 보호하는 방향으로, 다시 말하면 국가의 생명보호의무가 생명권의 보호에 우선하는 것으로 본다.<sup>11)</sup> 그러나 이러한 관점은 국가후견주의 이외에는 근거를 찾을 수 없다. 생명에 대한 처분권을 인정하지 않는다고 하더라도 치료를 거부함으로써 부수효과로 죽음에 이르게 되는 소극적인 죽을 권리는 인정할 수 있다. 즉 생명권에는 적극적으로 자신의 생명을 처분할 권리가 포함되어 있다고 볼 수 없지만, 자신의 의사에 반하는 신체에 대한 침해를 방어할 권리를 가진다. 이에 따라 생명을 유지하는 처치나 치료를 거부할 수 있으며, 치료거부의 효과로 죽음에 이른다고 하더라도 그 신체

10) 생명 유지 여부에 대한 자기결정권을 논하기 전에 자기결정권을 행사할 수 있는 능력이 있는지를 검토해야 하는 바, 최소한 죽음의 의미를 이해하는 생물학적 기능이 있을 때 의미가 있다. 다른 각도에서 생각하면 생존한 무뇌아, 유아, AD (Advance Directives) 없이 장기 의식불명이 된 PVS (Persistent Vegetative State)는 자기결정권을 논한다는 자체가 무의미하다고 생각한다.

11) 대법원 2009. 5. 21. 선고 2009다17417 판결, 판결문 제3~4면. 대법원과 마찬가지로 명시적인 치료의 거부가 있다고 하더라도, 생명에 위협을 초래할 수 있는 경우에는 의사가 환자의 의사에 반하여 치료해야 한다는 의무를 부과할 수 있다는 입장으로는 최민영, “존엄사와 생명처분권”, 제51회 안암법학회 2010년 추계학술발표회 자료집, 제52면 이하. 하지만 본 논문에서는 반대의 입장이다.

의 침습에 대한 거부권은 보장되어야 한다. 따라서 개개인은 생명권으로부터 소극적인 의미의 자기결정권을 가지며 이는 절대적으로 보장되어야 한다.<sup>12)</sup> 절대적으로 보장되어야 할 권리는 ‘생명유지 결정에 대한 자기결정권’으로 이해하여야 한다.<sup>13)</sup> ‘생명유지 결정에 대한 자기결정권’을 명확하게 표현하지 못하고 의식불명의 상태에 빠지게 된 PVS에 대해서는 자기결정권을 추정하는 것 보다는 다른 방식의 객관화한 엄격한 절차를 통해서 해결하여야 할 것으로 뒤에 살핀다.

#### 나. 소위 죽을 권리와 인간의 존엄성

생명권은 그 자체에서 권리의 객체인 “생명”을 자유로이 처분할 수 있는 권리는 포함하지 않는다.<sup>14)</sup> 그렇다고 해서 생명유지의무를 법적의무로 인정할 수 있다는 것은 아니다. 일반적으로 의료행위, 특히 연명치료중단과 관련하여 환자의 자기결정권을 강조한다. 이 점은 환자의 권리를 향상시키는 데에 기여를 한 것은 분명하다. 그러나 이 권리의 내용에 대한 오해를 확산시키는 데에도 기여했다고 볼 수 있다. 이와 유사한 자기결정권의 성격은 성적 자기결정권에서 나타난다. 헌법재판소는 자기결정권이라는 권리를 인정하고 국가권력으로부터 간섭 없이 일정한 사적 사항에 관하여 스스로 결정할 수 있는 자의적 권리라 전제하고, 이 자기결정권의 근거로서 헌법 제10조가 보장하고 있는 개인의 인격권과 행복추구권에 전제된 개인의 자기운명결정권이라고 하였고 그

12) Bottke, 김성돈(역), “촉탁살인과 안락사”, 『형사법연구』, 제16권 특집호, 2002, 제207면.

13) 김휘원, 「생명권과 생명가치에 대한 연구-무의미한 연명치료중단을 중심으로」, 이화여자대학교대학원 석사학위논문, 2009; 정 철, “연명치료중단 판결의 헌법적 검토”, 『서울대학교법학회지』, 제50권 제4호, 2009. 이 논문들에서는 생명권과 자기결정권이 충돌하는 상황을 기본권의 충돌의 문제로 접근하였으나 필자는 두 권리는 충돌하는 상황이 없고 단지 그 교집합적인 부분으로 두 권리가 합해서 생긴 핵심부분이 있다고 생각한다. 그래서 그 권리를 ‘생명 유지 결정에 대한 자기결정권’이라고 부르고 싶다. 이 권리는 생명 자체의 보호보다는 생명권 권리 보호에 더 치중한 용어라고 할 수 있다. 그리고 그 결정권을 행사할 수 있는 자는 기본적으로 죽음에 대한 이해가 있는 의식 명료한 사람에게 제한하여야 한다고 생각한다.

14) 이석배, “연명치료중단의 기준과 절차”, 『형사법연구』, 제21권 제2호, 2009, 제151면.

자기운명결정권에 성적 자기결정권이 포함되어 있다고 보았다.<sup>15)</sup> 그런데 여기서 말하는 자기결정권은 적극적으로 자신이 원하는 것을 결정할 수 있다는 의미가 아니라, 원하지 않는 것을 하지 않을 수 있는 권리를 의미한다. 이를 의료행위에 환원하면 원하지 않는 의료행위를 받지 않을 수 있는 권리를 의미한다. 다시 말하면 의료행위와 관련된 환자의 자기결정권은 생명권을 근거로 하는 권리로, 원하지 않는 의료행위에 대한 거부권을 의미할 뿐이다.<sup>16)</sup> 따라서 환자의 자기결정권에서 도출되는 죽을 권리는 자살할 권리를 의미하는 것이 아니라, 생명유지에 필요한 의료행위를 거부함으로써 죽을 수 있는 권리에서 그 한계를 만난다.<sup>17)</sup>

소생 불가능한 장기식물인간 상태의 환자는 소극적인 죽을 권리를 갖기 때문에 그 권리는 바로 생명권 내지 소극적 자기결정권에서 그 근거를 찾아야 하고 충돌되는 (국가가 시민의 생명을 지켜야 하는) 국가의 생명보호의무와 관계 모색이 필요하다.<sup>18)</sup>

소극적 안락사 또는 연명치료의 중단에 관한 최근의 논의에서는 환자의 자기결정권이 언제나 그 중심에 선다. 물론 그 자기결정권의 배후에는 인간의 존

15) 헌법재판소 1996. 11. 28. 헌바1 결정.

16) Bottke, 김성돈(역), “촉탁살인과 안락사”, 『형사법연구』, 제16권 특집호, 2002, 제197, 207면.

17) 허대석, “연명치료 중단: 의학적 접근”, 『대한내과학회지』, 제75권 부록 제2호, 2008. 이 논문에서는 말기환자의 연명치료 중단에 대해서 언급을 하고 있지만 실제로 죽음의 과정이 시작된 환자의 연명중단을 혼동한 것으로 보인다. 말기환자는 절대 연명 중단을 하여서는 안 될 것이고, 단지 죽음의 과정이 시작된 경우에만 연명중단에 대한 논의를 하여야 할 것이다. 또 생명권과 환자의 자기결정권이 적극적으로 죽을 권리를 포함하지 않는다고 해서 헌법상 죽을 권리가 없다는 의미는 아니다. 생명권에서는 자신의 생명에 대한 자기결정권, 즉 생명을 처분할 수 있는 권리가 포함되어 있지 않다고 하더라도 인간의 존엄과 인격권의 핵심인 자기결정권을 자신이 가지고 있는 모든 개인의 법익에 대해 스스로 결정하는 자유로 이해하게 되면, 생명에 대하여도 스스로 결정할 수 있는 권리를 가진다고 볼 수 있다. 이러한 권리를 ‘생명유지 여부에 대한 자기결정권’이라고 부르고 싶다. 이 권리 속에는 사실, 생명권, 자기결정권, 인간의 존엄성 등이 다 녹아 들어갔다고 생각한다.

18) 이미 자신의 생명유지 여부에 대한 자기결정권을 행사하지도 못하고 PVS 상태에 도달한 자에게 자기결정권이 있다고 하더라도 말없는 자의 의사를 유추하거나 이끌어 내는 것이 타당한지 의문이다.

엄성이 있다. 하지만 이 경우 “존엄”은 절대적 생명보호의 원칙과 반대편에서 생명의 단축을 정당화하는 논거로 활용되는데 이는 “존엄하게 죽을 권리”(The Right to Die with Dignity)라는 개념에서 여실히 드러난다. 존엄하게 죽을 권리라는 용어에서 볼 수 있듯이 “인간의 존엄성”과 “생명권”은 이미 분리되어 있으며, “생명권”과 “국가의 생명보호의무”도 분리된다. 결국 죽음에 대한 환자의 의사가 명확하다면 헌법상의 최고법익으로 볼 수 있는 이 두 개의 법익을 보호하는 “의심스러울 때는 존엄의 이익으로(in dubio pro dignitate)”와 “의심스러울 때는 생명의 이익으로(in dubio pro vita)”라는 두 개의 원칙이 외형적으로 충돌한다. “생명”은 존엄한 인간으로서 지위를 유지시켜주는 생물학적 근간이고, 그 근간이 되는 기본권이 “생명권” 또는 “환자의 자기결정권”이라는 관점에서 본다면, 이러한 경우에는 “국가의 생명보호”와 “생명권”이 충돌하는 경우에는 생명권의 이익으로 판단할 수밖에 없을 것이다.<sup>19)</sup>

스스로 죽을 수 있는 행위를 못하고 기계 장치 등에 의해서 연명하는 소생불가능한 말기환자의 경우, 예를 들어 PVS(장기식물인간상태) 환자의 경우는 치료중단행위를 부작용으로 파악하고, 치료중단이 환자의 추정적 의사에 합치하는 경우에는 의사의 보증인지위가 탈락하여 불가벌이라고 설명하는 것이 일반적이나,<sup>20)</sup> 추정적 의사의 모호성과 추상적이라는 점 그리고 가족이나 친지 등에 의하여 왜곡될 수 있다는 점에 비추어보면 그 정당성에 의문이 든다.<sup>21)</sup>

19) 이석배, “형법상 절대적 생명보호원칙의 범위와 한계”, 『심온 김일수교수 화갑기념논문집』, 2009.

20) 서울남부지법 1998. 5. 15. 98고합9; 전지연, “안락사에 대한 형법적 고찰”, 『한림법학포럼』, 제4권, 1995, 제172면 이하.

21) 이 점에 대하여는 추정적 의사를 PVS환자의 연명치료중단에서 결정적인 기준으로 파악하는 독일연방대법원도 경고하였다고 한다. BGHSt 40, 257. 이 판례에 대한 자세한 소개와 평석으로는 이석배, “독일 켐프테너 판결에 대한 비판적 검토”, 『의료법학』, 제9권 제1호, 2008, 제259면 이하; Lilie, 하태영(역), “안락사에 관한 독일 최근판례의 동향”, 『동아법학』, 제20호, 1996, 제273면 이하.

### 3. 죽을 권리에 대한 재고

#### 가. 죽을 권리에 대한 새로운 시각

대법원은 ‘의학적으로 환자가 의식의 회복가능성이 없고 생명과 관련된 중요한 생체기능의 상실을 회복할 수 없으며 환자의 신체 상태에 비추어 짧은 시간 내에 사망에 이를 수 있음이 명백한 경우 즉 회복 불가능한 사망의 단계에 이른 후에는, 의학적으로 무의미한 신체 침해 행위에 해당하는 연명치료를 환자에게 강요하는 것이 오히려 인간의 존엄과 가치를 해하게 되므로, 이와 같은 예외적인 상황에서 죽음을 맞이하려는 환자의 의사결정을 존중하여 환자의 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권을 보호하는 것이 사회상규에 부합되고 헌법정신에도 어긋나지 아니하므로 회복 불가능한 사망의 단계에 이른 후에 환자가 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권에 기초하여 자기결정권을 행사하는 것으로 인정되는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 연명치료의 중단이 허용될 수 있다’<sup>22)</sup>라고 하여 소생 불가능한 장기 식물인간 상태이면서 나이가 고령이고 예상되는 연명이 그다지 길지가 않다고 생각되는 환자의 죽을 권리(일명 소생 불가능한 환자의 죽을 수 있는 권리)를 엄격한 요건 하에 인정한 것으로 볼 수 있다.<sup>23)</sup>

건강한 생명 자체는 자신 고유의 것이 아니라 사회, 국가, 그 가족 등도 함께 공유한다고 보는 생명에 대한 공동체적인 입장을 견지하는 논의가 있다. 환자 본인 뿐 만 아니라, 그 가족, 그 사회 구성원 모두가 연명치료 중단을 해 주는 것이 더 윤리적이고, 공리주의적으로도 옳다고 볼 수도 있을 것이다.<sup>24)</sup> 그러나 공리주의적 관점이나, 공동체주의의 관점은 사회적 비용<sup>25)</sup>을 언급하면서

22) 대법원 2009. 5. 21. 선고 2009다17417 판결 다수의견

23) 법원의 다수견해의 반대해석상, 비록 PVS라고 하더라도 남은 기대여명이 많으면 연명치료중단을 할 수 없다고 해석하여야 할 것이다. 그럼에도 불구하고 위 판결 후 PVS 상태로 200여일을 더 살았기에 요건 중 하나인 ‘짧은 시간 안에 사망에 이를 수 있음이 명백’한 경우가 아니었음을 알 수 있다.

24) 피터 싱어, 정연교 역, 『이렇게 살아도 괜찮은가』, 세종서적 1996. 제276면.

25) 김기홍, “피터싱어의 공리주의적 인간관 비판: 낙태 및 안락사 문제를 중심으로”, 『특수교육연구지』, 제37권 제4호, 2003; 김학주, 『말기 환자의 건강보험비용의 효율적 배분』, 건강보험공단(경상대학교), 2003; 정현명, 「완화의료서비스가 말기암 환자의 의료비에

연명치료를 중단하여야 한다는 논거와 다를 바 없다고 생각한다. 공리주의, 공동체주의, 사회적 비용 등에 대한 논의는 연명치료 중단을 고려하는 동기는 될 지언정, 생명을 계속 유지할 것인가에 대한 자기결정권을 논하는 이론적 근거로서 사용하여서는 안 된다고 생각한다.

많은 나라에서 자살에 관여한 방조행위에 대해서는 처벌을 하면서도 국가가 나서서 무의미한 생명을 인공호흡기 등 연명유지 장치에 의존하는 말기 환자에게 행한 생명유지 장치제거 판례에 대해서는 찬성하는 쪽으로 흐름이 있었다.<sup>26)</sup> 미국의 오리건주에서 존엄사법에 따라 약물 처방을 받은 환자는 1997년 사망자 1,000명당 1이었던 것이 최근에는 500명당 1명으로 증가하였다는 통계가 있고, 2009년 오리건주에서 56명의 환자는 의사조력자살을 선택하였는데 그 선택의 주된 동기로 자신의 삶을 통제하고 싶다는 열망이 고통보다 앞선다고 대답하였다.<sup>27)</sup>

말기 질환을 가진 소생가능성이 없는 환자가 의식이 명료한 상태에서 AD에 의한 의사표시로 훗날 자신의 의식이 없어지는 때 적극적 안락사를 요청하였다고 하여 그 환자의 죽음을 도운 행위에 대해서는 형법 제252조 제2항으로 처벌을 하면 형벌권의 남용이라고 생각한다.

#### 나. 무의미한 생명을 인공호흡기 등 연명유지 장치에 의존하는 말기 환자에 대한 연명치료 중단 행위

연명치료중단에 대해 국가만이 도울 수 있고 개인은 도울 수 없는지에 대해 의문을 품고, 이에 국가의 생명보호의무는 절대적인 것이 아니라는 입장<sup>28)</sup>에

미치는 영향」, 서울대학교대학원, 석사논문, 2009. 이 논문들에서 완화의료서비스를 하면 고령일수록 의료비를 많이 사용할 것이라는 가정은 잘못된 것으로 나타났다고 하면서, 노인 환자의 높은 의료비지출 비용이 효율적인 사용이 되지 않았음을 지적했다.

26) 독일의 경우는 자살관여죄의 처벌규정이 없다.

27) 조선일보 2012. 8. 14.

28) 오해의 소지가 있어서 다시 부연설명하면, 생명권과 인간의 존엄성에 근거한 생명 유지 여부에 대한 자기결정권을 절대적 권리로 인정하다 보면 때로는 육체적 생명 그 자체가 보호하지 않을 수 있다는 입장입니다.

서 무의미한 생명을 인공호흡기 등 연명유지 장치에 의존하는 말기로서 소생 가능성이 없는 사람의 자살을 돕는 행위의 가벌성에 대해서 살펴보고자 한다.

고대에는 노예의 자살을 범죄시 하였는데 그 이유는 사회의 노동력 상실과 연관되어 범죄시 할 수밖에 없었다고 한다.<sup>29)</sup> 그러나 공리주의와 관련한 사고<sup>30)</sup><sup>31)</sup>나 의료비증가와 관련한 사고<sup>32)</sup>는 연명치료 중단을 논하는 사회적 필요성은 될지 몰라도, 그 논리적 근거로서 사용될 수는 없다고 생각한다.

건강한 자의 자살행위에 방조하는 행위는 그 가벌성이 인정된다. 하지만 소생 불가능하고 이미 죽음의 과정<sup>33)</sup>에 입문한 말기 환자의 명백한 의사표시<sup>34)</sup> 즉 생명유지에 대한 자기결정권 행사의 일환으로 죽음을 선택한 그 권리를 절대적으로 존중한다는 앞의 논리와 평행선에서 그 생명 중단을 행한 그 작위에 대해서 가벌하여서는 안된다고 생각한다. 다시 말하면 생명권과 인간의 존엄성을 존중하고, 생명을 유지할 것인지, 중단할 것인지에 대한 분명한 판단을 한 죽음에 과정이 시작한 환자의 자살요청에 대한 방조행위를 자살방조죄로 보아 형법 제252조 제2항에 해당한다고 해석한다면 헌법 제10조에 반하는 위헌적인 규정일 소지가 있다.

29) 박무원, “형법을 통한 생명의 보호”, 『의료법학』, 제11권 제1호, 2010, 제297면. 사실 그런 시각이 지금까지 연결되어 한 사람의 생명은 그 자체로 공동사회의 이익과 관련이 있다고 파악하여 자살은 물론 자살에 도움을 주는 자는 여전히 범죄자라고 생각하게 된 것이다.

30) 김기홍, “피터싱어의 공리주의적 인간관 비판: 낙태 및 안락사 문제를 중심으로”, 『특수교육학연구지』, 제37권 제4호, 2003.

31) 김광태, 「피터싱어의 생명 윤리 연구」, 공주대학교대학원 박사학위논문, 2011.

32) 정현명, 「완화의료서비스가 말기암 환자의 의료비에 미치는 영향」, 서울대학교 대학원, 석사논문, 2009.

33) 죽음의 과정이란 사기 ‘Signs of Dying’ 현상이 나타난 사람을 말하며 그 현상이란 physical weakness, lack of energy, loss of interest, increased sleepness, loss of appetite, difficulty swallowing, confusion, change of body temperature and color, difficulty breathing, poor urination 등을 말한다.

34) 물론 명백한 의사표시를 할 수 없는 mental confusion 상태라면 사전의료지시서에 의해서 의사표시를 추단할 수 있다.

### III. 존엄사와 추정적 의사

#### 1. 생명유지 여부에 대한 자기결정권

사전지시서(AD, advance directives)가 없는 상태에서 뇌기능에 이상이 생겨 장기간 의식이 없는 환자가 이미 말기 상태일 때는 새로운 문제가 발생한다. 생명 유지 여부에 대한 자기결정권을 더 이상 행사할 수 없기 때문이다. 바로 이 상황에서 추정적 의사에 대한 논의가 시작되었다.<sup>35)</sup> 추정적 의사는 환자가 스스로 행사해야 할 자기결정권을 추정한다는 의미로 그 자체로 많은 문제점을 갖고 있다. 자기결정권과 반대되는 방향으로 생명의 종료를 하는 법원의 판결<sup>36)</sup>과 자기결정권과 일치하는 방향으로 생명을 종료하는 AD에 의한 생명종료행위의 차이점에 대해 살펴보고, 자기결정권을 행사할 수 없는 영역의 PVS 환자의 연명치료의 중단에 대해 살펴본다.<sup>37)</sup>

#### 2. 생명유지 여부에 자기결정권의 행사

##### 가. 자기결정권을 행사할 수 없는 경우 - 법원의 판결에 의한 연명치료의 중단

##### (1) 사전의료지시서가 없는 경우의 문제(추정적 의사)

장기간 의식도 없는 환자의 연명치료중단에 환자의 의사에 대하여 환자 스스로 연명치료중단을 요구한 것도 아니기 때문에 도대체 무엇을 가지고 환자의 의사를 추정할 것인지 의문이 든다.

대법원은 ‘환자의 평소 가치관이나 신념 등에 비추어 연명치료를 중단하는 것이 객관적으로 환자의 최선의 이익에 부합한다고 인정되어 환자에게 자기

35) 하지만 추정적 의사는 모호하여 인정할 수가 없고 새로운 전개과정이 필요하다고 생각한다.

36) 예를 들어 사형제도.

37) AD가 없는 PVS 환자에게 추정적 의사 보다는 다른 형태의 논의가 필요하다고 생각한다. 왜냐하면 PVS 되기 전에 자신의 의사표시를 전혀 한 바가 없는데, 어떻게 생명 유지 여부에 대한 자기결정권을 추정한다는 말인가?

결정권을 행사할 수 있는 기회가 주어지더라도 연명치료의 중단을 선택하였을 것이라고 볼 수 있는 경우에는, 그 연명치료 중단에 관한 환자의 의사를 추정할 수 있다고 인정하는 것이 합리적이고 사회상규에 부합된다. 이러한 환자의 의사 추정은 객관적으로 이루어져야 한다. 따라서 환자의 의사를 확인할 수 있는 객관적인 자료가 있는 경우에는 반드시 이를 참고하여야 하고, 환자가 평소 일상생활을 통하여 가족, 친구 등에 대하여 한 의사표현, 타인에 대한 치료를 보고 환자가 보인 반응, 환자의 종교, 평소의 생활 태도 등을 환자의 나이, 치료의 부작용, 환자가 고통을 겪을 가능성, 회복 불가능한 사망의 단계에 이르기까지의 치료 과정, 질병의 정도, 현재의 환자 상태 등 객관적인 사정과 종합하여, 환자가 현재의 신체 상태에서 의학적으로 충분한 정보를 제공받는 경우 연명치료 중단을 선택하였을 것이라고 인정되는 경우라야 그 의사를 추정할 수 있다.’라고 하였다. 정리하면 이 판결은 의식이 없는 환자에 대하여 ① 치료가 계속되더라도 회복가능성이 없어 짧은 시간 내에 사망에 이를 수 있음이 명백한 경우 ② 환자가 이러한 상황에 대비하여 사전에 의료인에게 사전의료지시를 한 경우 또는 사전의료지시가 없는 경우 환자의 평소 가치관이나 신념 등에 비추어 연명치료를 중단하는 것이 객관적으로 환자의 최선의 이익에 부합한다고 인정되어 환자가 의식이 있다면 연명치료중단을 선택할 것이라는 것을 추정할 수 있는 경우 연명치료를 중단할 수 있다고 판시하고 있다. 다만, ③ 환자가 회복 불가능한 사망의 단계에 이르렀는지 여부에 관하여는 전문의사 등으로 구성된 위원회 등의 판단을 거치는 것이 바람직하다는 요건을 실시하였다.<sup>38)</sup>

대법원은 여러 사정들을 고려하면서 객관적으로 판단하겠다고 밝힘으로써 그 오류를 줄여나가고자 하였으나 그에 대해서는 많은 비판이 있다.<sup>39)</sup>

38) 대법원 2009. 5. 21. 선고 2009다17417 판결.

39) 이석배, “연명치료중단의 기준과 절차”, 『형사법연구』, 제21권 제2호, 2009, 제161면; 김성룡, “연명치료중단의 기준에 관한 법적 논의의 쟁점과 과제”, 『형사법연구』, 제22권 제2호, 2010; 김나경 “한국의료법에서 후견주의 의념의 수용, 변경 그리고 거부”, 『발생과 생식』, 제14권 제2호, 2010.

판결의 결론에 있어서는 동의 하지만 논리적 근거에 대해서는 문제가 있다고 생각한다. 판례에서 ‘가족 친구 등에 대하여 한 의사표현’을 언급하였는데, 상대방에 대한 환자의 말이 자신의 속마음인지 불분명하고, 인간의 심리의 모호함 때문에 환자 자신 스스로도 속마음을 잘 알 수 없는 경우가 많다. ‘타인에 대한 치료를 보고 환자가 보인 반응’을 언급하였는데, 전혀 객관적인 자료가 아니라고 할 수 있다<sup>40)</sup>. ‘환자의 종교, 평소의 생활 태도’를 언급하였는데 기독교, 불교 등 종교에서 이와 같은 의식불명의 말기 환자의 죽음에 대한 일정한 교리가 없는 마당에 어떻게 환자의 의사를 추정할 것인지 매우 의문이다. 결국 환자의 자기결정권 행사에 대한 의사를 추정하는 작업은 불가능하다.

대법원은 그 스스로 회복 불가능한 죽음의 단계라는 요건에는 ‘짧은 시기’의 사망이 명백한 경우로 제한을 하고 있지만 이에 대한 구체적 해석은 없다. 연명치료중단 행위 후에도 김할머니의 경우에는 201일을 더 생존하였다. 그렇다면 ‘짧은 시간’의 문제는 사망이 명백한 경우라고 말할 수 있는지 의문점이 든다. 따라서 결국 남은 여명에 대해서 의료진도 예측할 수 없다면 ‘짧은 시간’의 문제는 별 의미가 없다고 생각한다. 왜냐하면 호흡기를 제거한 후 얼마나 생존할지는 기존 질환의 중증도, 나이, 영양상태, 등에 따라 어느 정도의 예측이 하는 것이 가능할지는 몰라도, 정확한 예측은 신의 영역이다. ‘짧은 시간’이건 ‘긴 시간’이건 소생가능성이 없다는 것과, 계속해서 연명치료를 하는 것 자체가 존엄한 상태가 아니라는 것만으로 연명치료의 중단이 가능해야 하기 때문이다. 나이별 기대여명을 고려한 평가를 하여 최소한 의식불명의 상태에서부터 예상 여명<sup>41)</sup>의 1/3기간 정도를 관찰하였음에도 불구하고 장기의식불명의

40) 생명연장을 하는 다큐멘터리를 보고 누가 인위적 생명연장을 원하겠는가? 그렇다면 그 다큐멘터리를 보고 자신은 저러한 처지가 싫다고 했을 때 그것을 의사표시의 추정으로 삼아서는 안 될 것이다.

41) 이경석, “문헌을 통해 추정한 두부외상 후 지속적 식물상태의 여명”, 『대한신경외과학회지』, 제25권 제2호, 1996, 제303~306면; 남영진, 「중환자실 간호사의사중환자가족의 연명치료 중단에 대한 태도 비교」, 아주대대학원 석사논문, 2011; 문재영 등, “연명치료 중지에 대한 내과 전공의들의 인식과 심리적 스트레스”, 『대한중환자의학회지』, 제27권 제1호, 2012; 박연옥, 『연명치료 중단을 결정한 말기환자 가족의 경험』, 한국학술정보, 2008. 이 논문들에서는 대체적으로 PVS가 자발호흡도 하고 눈동자의 불수의적 움직임도

상태이어야 연명치료 중단을 고려할 수 있다고 생각한다.

추정적 의사라는 관념을 받아들인다고 하더라도 판결문에 언급된 추정적 의사를 판단할 때 고려하는 요소들은 환자의 추정적 의사를 따르는 것이라기 보다는 오히려 환자의 추정적 의사를 포함한 모든 요소들을 고려하여 의학적 예후에 따라 제3자의 입장에서 이해관계를 조정한 것에 더 가깝다.<sup>42)</sup>라는 주장에 동의한다. 또한 추정적 의사를 조사할 때 증언을 할 가족 등의 가치관에 따라 추정적 의사가 조작될 위험성이 있다는 것도 고려되어야 한다.<sup>43)</sup> 위와 같이 추정적 의사는 객관적인 것을 주관적으로 포장한 것에 불과하다는 점은 다수의견이 말하는 ‘객관적으로 환자의 최선의 이익에 부합’이라는 표현에서도 나타나는데, ‘객관적으로 환자의 최선의 이익에 부합’하는 것과 환자의 추정적 의사가 어떤 관계가 있는지도 의문이다. 본래 자기결정권이 중요한 역할을 하는 것은 ‘합리성’과 ‘객관성’이 담보되지 않을 때이다. 예컨대 수혈을 거부하고 죽음을 맞이하는 ‘여호와의 증인’은 제3자의 객관적 입장에서 합리적이지는 못하지만 그 의사의 진지성과 자기 자신의 신앙을 지킨다는 점에서 죽음을 두려워하지 않을 만큼 합리적이다.<sup>44)</sup> 따라서 의식 불명의 환자의 주관적 의사를 객관화시키는 작업은 필요하지만, 그 의사를 제3자가 객관적으로 판단하는 것은 논리적 모순이다. 주관적인 의사를 객관적으로 입증하는 것과 주관적 의사가 객관적으로 최선의 이익에 부합하는 것은 차원이 전혀 다른 문제이다. ‘추정적 의사’라는 논거 보다는 다른 어떤 선(善)에 그 생명의 처분을 선택하게 되는 당위성을 찾아야 할 것이다.

추정적 의사는 치료의 중단에서만 중요한 것이 아니라 치료의 계속에서도 중요하다는 비판이 있다<sup>45)46)</sup>. 하지만 대법원은 연명치료 중단에 관해서만

있는 상태라고 하면서, 보통 젊은 PVS 경우는 기대여명의 70~80%를 산다고 한다. 그러나 나이가 들어서 PVS가 된 경우는 그보다 덜 오래 산다고 하면서, 나이요소, 뇌손상의 정도, 영양상태, 간호 상태에 따라서 여명이 달라진다고 하였다.

42) 대법원 2009. 5. 21. 선고 2009다17417 판결. 판결문 13면 이하. 대법관 안대회, 대법관 안대회 대법관 양창수의 반대의견도 이러한 점을 지적한다.

43) 신동일, “존엄사에 대한 형법적 물음”, 『형사정책연구』, 제20권 제1호, 2009, 제325, 332면.

44) 이석배, “연명치료중단의 기준과 절차”, 『형사법연구』, 제21권 제2호, 2009, 제162면.

그 의사를 추정했을 뿐 치료 계속에 의사에 대해서는 아무런 언급을 하고 있지 않다. 그럼에도 불구하고 대법원은 ‘추정적 의사’라는 개념을 사용함으로써 연명치료중단을 긍정하고 있는데 이에 대해 마땅한 이론적 논거가 없기에 어쩔 수 없이 ‘추정적 의사’라는 개념을 이용하여 타인의 생명을 종료시키는 처분을 합법화 하였다는 비판을 할 수 있다.<sup>47)</sup> 왜냐하면 생명의 중단에 대해 비록 대법원이라 할지라도 ‘생명박탈의 처분’이 될 수 있다는 연명치료중단의 문제는 녹록하지 않았을 것이다. 그래서 법적 논리적 근거를 찾기에 고민하지 않을 수 없었을 것이다. 결국 ‘의식도 없는 환자의 의사를 (연명치료의 중단, 생명의 박탈에 대한 자기결정권 행사로) 추정할 수 있다면 연명장치를 제거할 수도 있다.’라는 모호한 결론에 이르고 말았다.

추정적 의사와 관계없이 이미 소생불가능하고 의식불명의 상태가 오래 되었고, 계속해서 치료하는 것이 그 환자의 존엄하게 살 권리에 배치됨이 가족과 의사 등 제3자가 보기에 명확하다면 병원윤리위원회를 거쳐 법원의 판결을 통해 생명의 중단, 종료를 선언할 수 있다는 견해가 있다.<sup>48)</sup> 병원윤리위원회<sup>49)</sup>만 거쳐서 생명의 중단을 하는 관행과 입법례가 있지만 아직 우리 한국 사회에서는 분쟁의 빌미를 제공할 여지가 있기 때문에 법원의 판결을 통해 연명치료 중단, 예를 들면 인공호흡기 제거 등의 처분을 하여야 한다고 생각한다.<sup>50)</sup> 정리하자면 추정적 의사는 이미 명시적으로 생명유지에 대한 자기결정

45) 이석배, 상계논문, 제161면.

46) 이석배, “생명의 종기에서 형법상 생명보호”, 『형사법연구』, 제19권 제3호, 2007, 제456면 이하에 추정적 의사에 대하여 부정적인 관점에서 환자를 위한 이익형량으로 문제를 해결하고자 한다.

47) 대법원 2009. 5. 21. 선고 2009다17417 판결, 판결문 제16면 이하. 대법관 안대희, 대법관 양창수의 반대의견도 “추정적 의사”라는 개념에 대하여 비판적이다.

48) 독일의 경우 민법 제1904조를 유추 적용하여 후견법원에서 연명치료중단을 결정한다고 한다. 이 점에 대하여는 이석배, “독일의 치료중단 기준과 입법론”, 『형사정책연구』, 제19권 제1호, 2007, 제229면 이하 참고.

49) 강정만·고윤석, “한 대학병원 의료윤리 위원회에 의뢰된 치료중단 예들의 분석”, 『대한중환의학회지』, 제20권 제1호, 2005. 이 논문에서는 대학병원 윤리위원회의 역할이 매우 소극적이고 제한적이어서 실제 병원 내부의 윤리 문제에 대해서 큰 역할이 없다고 하면서 홍보 및 교육의 필요성을 언급하였다.

50) 오지섭, “현대 한국인을 위한 유교의 죽음 이해”, 『한국학연구』, 2008, 이 논문 제204면에

권을 행사할 수 없는 자에게 더 이상 사용하여서는 안 된다고 생각한다. 대신 정책적으로 객관화할 수 있는 연명치료중단의 절차를 만들어야 할 것이다.<sup>51)</sup> 그에 대해서 정신과나 신경과 의사와 주치의를 포함한 5인의 의사와 법률가, 종교인, 상속순위에 있는 유족의 합의가 있고 법원의 결정에 의한 연명치료중단에 대한 결정을 할 수 있으며 먼저 환자의 요건으로 장기식물인간상태로 최소한 여명의 1/3 정도의 경과를 지켜보았음에도 의식의 변화가 없는 사전지시서가 작성되지 않은 자를 상대로 하여야 할 것을 주장한다. 그러한 절차적 보장(의사5인, 종교가 있는 경우 그 종교기관의 수장, 상속순위유족, 병원윤리위, 법원)이 있어야만 ‘미끄러운 경사길 논증’에서 주장하는 남용을 막을 수 있다고 생각한다.

## (2) 사전의료지시서가 있지만 사전지시서의 작성과정이 불명확하거나, 유족의 의견이 다른 경우

사전의료지시서가 있지만 유족들이 연명치료를 원하는 경우가 있고, 유족들 사이에 연명치료 계속에 대해 이견(異見)이 있는 경우가 있다. 장기등이식에 관한 법률 제22조 제3항 제1호에 따르면 ‘뇌사자가 살아있는 동안 장기 적출에 동의한 경우라 할지라도 그 가족이 적출을 명시적으로 거부하는 경우에 이를 적출할 수 없다’고 되어있다. 연명치료 중단의 경우도 사실 같은 경우라고 볼 수 있다. 그런데 최근 영국 법원은 뇌사상태 영아의 부모의 반대에도 불구하고 존엄사 판결을 내려 화제가 되고 있다.<sup>52)</sup> 이 아이의 부모는 종교적 이유로 인공호흡기 제거를 끝까지 거부해 왔다. 이에 대해 마크 해들리 판사는 ‘아기 부모의 종교적 신념을 인정하면서도 의료기기에 의존해 생명을 연장하는 것이 능사가 아니다’라고 하면서 생명 연장을 중단하도록 판결하였다.<sup>53)</sup>

---

서는 죽음에 대한 이해를 돕기 위한 단체로 한국죽음학회에 대한 창립을 소개하고 있다.

51) 그 정책의 기초에는 사후에 영혼이 없다는 전제가 있다. 영혼이 있다면 그 역시 인간이 인위적으로 조작할 수 없기 때문이다. 그러나 이는 철학적 논의이므로 본 논문에서는 배제하기로 한다.

52) 월트뉴스 2012. 8. 2.자

우리나라처럼 가족주의적 색채가 강한 국가에서 이러한 사전의료지시가 얼마나 환자의 자기결정권에 기여할 수 있을지도 의문이다. 대한의사협회의 의사 윤리지침과 장기등이식에 관한 법률도 환자의 의사와 관계없는 보호자의 의사에 따르는 규정을 두고 있다. 만약 사전의료지시제도도 이렇게 가족의 영향을 벗어나지 못한다면, 환자의 자기결정권 존중을 위해 도입을 시도하는 제도의 의미가 상실된다. 실제로도 오도연 등의 연구에 따르면 보라매병원에서 2003년 1월부터 2004년 4월까지 143명의 환자에게 DNR (Do not Resuscitate) 동의서를 받았지만 이 중 본인이 직접 동의서를 작성한 경우는 단 1명에 불과했고, 나머지는 대부분 가족에 의해서 작성되었다고 한다. 또한 김도연 등의 연구에 따르면 대학병원에서 받은 296건의 DNR 동의서 중 본인이 작성한 것은 한 건도 없었다고 한다.<sup>54)</sup> 그러나 사전의료지시서 작성을 상속순위유족의 참여, 신체감정을 한 의사, 정신과의사를 포함한 5인의 의사와 법률가, 종교인(종교가 있는 경우로 한정한다)의 입회하에 이루어진 절차가 보장된 진지한 사전의료지시서는 환자의 생명 유지, 중단에 대한 자기결정권을 최대한 존중한다는 의미에서 그 어떤 권리에 우선하여 보호해야 할 것이다.<sup>55)</sup>

## 나. 자기결정권 행사의 일환으로 생명 중단행위

### (1) 사전의료지시서(의향서)에 의한 생명의 마감

최근에 미국에서는 호흡기를 떼길 원했다가 다시 살고자 하는 마음으로 바뀐 사례가 있다.<sup>56)</sup> 다행히 이 사건에서는 환자가 의식이 있었기 때문에 자신

53) 과거에 독일에서도 이와 유사한 결정이 있었다. LG Karlsruhe, NJW 1992, 756.

54) 통계는 허대석, “사전의사결정에 관한 국내 동향”, 2008년 한국의료윤리교육학회 추계학술대회 발제문에서 재인용.

55) 필자는 대부분의 PVS 환자는 사전의료지시서가 없다고 본다. 의식불명 이전에 미처 지시서를 작성하지 못하는 경우가 대부분이기 때문이다. 대신 말기환자는 의식이 명료할 때 사전의료지시서를 작성할 수 있다고 생각한다. 그리고 그 지시서에 구체적인 내용이 들어가야 한다고 생각한다. DNR만 거부할 것인지, 영양공급도 중단할 것인지, 호흡기 착용을 거부할 것인지, 심지어는 의식불명의 상태가 되었을 때 죽여 달라는 적극적 의미의 안락사에 대한 지시도 개별적으로 할 수 있다고 본다.

의 치료행위계속을 요청할 수 있었지만 사전의료지시서의 효력은 의식을 잃은 후에 발휘되기 때문에 그 효력을 부인하는 특별한 사정의 입증의 문제는 가족, 법원, 의사 등 타인이 져야하는 문제가 발생한다. 대법원은 연명치료중단을 인정하면서 그에 대한 판단의 유력한 자료로서 사전의료지시를 말하고 있다. 즉 사전의료지시서가 있으면 그에 따라 생명의 마감을 선언할 수 있다는 것이다. ‘사전의료지시서’를 작성한자의 ‘생명유지 여부에 대한 자기결정권’이 위에서 언급한 절차를 지켜가며 엄격하게 작성되었다라고 가정하고 번복이 없는 한, 사전의료지시서의 기초를 이루는 ‘생명유지 여부에 대한 자기결정권’을 최대한 존중되어야 할 것이고 그 지시서의 내용에 의식이 없어진 후의 적극적 안락사까지 요구하고 있다면 생명을 상실케 하는 행위도 도와주어야 할 것이다. 그것이야말로 진정한 생명권존중, 자기결정권의 존중, 인간의 존엄성에 대한 경외라고 생각한다. 당연히 그에 대한 도움을 주는 행위는 형법 제252조 제2항의 자살방조행위로 처벌하여서는 안될 것이다. 사전의료지시서에 의한 명시적 승낙이 있기에 위법성이 조각되는 예외적인 경우이기 때문이라 생각한다.

## (2) 적극적 안락사와 자살방조의 문제

최근 미국 몬타나주 대법원은 일명 ‘셴 그랙 힌켈스’ 법안을 통과 하였다. 그 법안은 말기환자가 의사에게 죽음을 요청할 수 있는 권리에 대한 것이었다. 미국은 존엄사법에 의한 극약 처방의 절차를 복잡하게 규정하고 있다. 의사 2명 이상에게 남은 수명이 6개월 이하라는 진단을 받아야 하고 (독극물)처방전 요청을 최소 두 번 15일 간격으로 하여야 한다고 한다. 올해 11월 존엄사법에 대한 주민투표를 앞둔 매사추세츠주에서는 주민 60%가 법안에 찬성입장을 보이고 있다고 한다.<sup>57)</sup>

56) 뇌종양 뉴욕 한인여성 존엄사 논란, 연합뉴스, 2012-10-06 00:07.

57) 뉴욕 장상진 특파원 jhin@chosun.com 조선일보 2012. 8. 14.

우리에게 시기상조라고 생각하는 이러한 존엄사 법안에 대해서 많은 공청회를 통해 논쟁이 있어왔지만 아직 법으로 채택이 되지는 못했다. 위에서 본바와 같이 사전의료지시서 작성에 엄격한 절차<sup>58)</sup>가 잘 지켜지는 사실 자체가 자살남용과 생명 경시 현상을 막을 수 있고 인간의 존엄성에 기초한 생명 유지 여부에 대한 자기결정권을 최대한 존중하는 생각이라고 본다. 그렇다면 비록 아직 의식이 명료하고 생명이 수년 남았다고 가정하더라도 그 사전의료지시서 내용에 있는 환자의 ‘생명 유지 여부에 대한 자기결정권’을 최대한 존중하여 적극적 안락사도 도와주어야 할 것이다.<sup>59)</sup> 그것이야말로 진정한 생명권 존중, 자기결정권의 존중, 인간의 존엄성에 대한 경외라고 생각한다. 당연히 그에 대한 도움을 주는 행위는 형법 제252조 제2항의 자살방조행위로 처벌하여서는 아니 될 것이다. 사전의료지시서 내용에 생명 유지 여부에 대한 자기결정권이 녹아 있기에 비록 죽음을 도운 행위가 적극적 안락사라 할지라도 사회상규에 의한 위법성이 조각되는 예외적인 경우라 생각한다.

#### IV. 결 어

우리에게 시기상조라고 생각하는 존엄사 관련 법안에 대해서 많은 공청회를 통해 논쟁이 있어 왔지만 아직 법으로 채택이 되지는 못했다. 이 시점에서 김할머니 사건은 결론에 있어서는 무척 진보된 판례라 볼 수 있다. 그러나 그 이론적 논거로 내세우는 ‘추정적 의사’는 위에서 살펴본 것처럼 문제점이 많

58) 말기 환자로서 의식이 분명할 것, 상속순위의 유족, 정신과의사와 주치의를 포함한 의사5인, 환자가 종교인이라면 종교수장의 입회와 있을 것, 법률가의 입회하에 사전의료지시서의 작성이 있을 것, 법원과 병원윤리위원회의 결정이 있을 것.

59) 사전의료지시서가 엄격한 요건을 갖추고 있을 것, 사전의료지시서 내용 중에 자신이 의식 불명의 상태가 되었을 때 적극적 안락사에 대해서 구체적으로(예를 들어 ‘KCL약물을 혈관주사하라’ 등) 지시하고 있을 것, 죽음에 이르는 행위는 의사에 의해 행해져야 하고, 병원윤리위원회와 법원의 결정이 있을 것의 요건을 갖춘 경우에만 예외적으로 적극적 안락사가 허용된다고 생각한다.

다. 그래서 ‘추정적 의사’보다는 새로운 논리적 전개가 필요하다는 생각을 하였다. 그리하여 생명권과 인간의 존엄성, 자기결정권이라는 여러 개의 기본권이 충돌하는 상황에서는 조율하는 과정이 필요하였고, 인간의 존엄성을 최대한 고려한 ‘생명 유지 여부에 대한 자기결정권’을 이끌어 내었다. 그런 의미의 ‘생명 유지 여부에 대한 자기결정권은 어떠한 경우에도 제한을 받아서도 안 되는 절대적 기본권이라고 생각하게 되었다.

일반적인 자살행위에 방조하는 행위는 그 가벌성이 인정된다. 하지만 이미 소생 불가능한 말기 질환을 가진 환자가 5인의 의사<sup>60)</sup>, 상속순위의 유족<sup>61)</sup>, 법조인, 종교인<sup>62)</sup>이 참여한 가운데 작성한 사전의료지시서 내용이 법원과 병원윤리위원회의 승인<sup>63)</sup>에 따른 ‘생명 유지 여부에 대한 자기결정권’ 행사의 일환으로 적극적 죽음을 원했을 때 죽음에 이르게 하는 행위를 수행할 수 있으며 그 수행한 자의 방조 행위를 벌하지 않아야 할 것이다. 우리 형법 제252조 제2항의 규정 중 ‘방조하여’의 행위에 소생 가능성이 없는 말기 환자의 진정한 의사로 작성한 사전의료지시서에 의한 진지한 자살촉탁에 도운 행위까지 방조행위에 포함하는 한 헌법 제 10조 인간의 존엄성을 비롯한 ‘생명유지 여부에 대한 환자의 자기결정권’을 위반하는 위헌적 해석이 될 소지가 있다.

또한 사전의료지시서가 없거나, 그 내용이 불충분하지만 이미 소생불가능하고 의식불명의 상태가 오래된 PVS 환자의 경우에는 ‘자기결정권 행사에 대한 추정적 의사’를 따지지 말고, 엄격한 요건<sup>64)</sup>을 갖추어서 병원윤리위원회를 거쳐 법원의 객관적 판결을 통해 생명의 중단, 종료를 선언할 수 있다는 견

60) 환자가 우울증 등의 정상적인 정신상태가 아닌지에 대해서도 판단해야 할 것이고 주치의의 말기 판정으로 남은 여명이 6개월 이내이어야 한다.

61) 법률가의 판단으로 상속순위의 유족의 이해관계가 철저히 배제되었는지 판단해야 할 것이고, 상속순위의 유족의 강요된 행위가 없었는지 살펴야 할 것이다.

62) 종교가 없는 자에게 종교인의 참여는 불필요하다고 생각한다.

63) 최소한 1개월 간격으로 그 죽음에 대한 의지를 계속 확인하는 절차가 필요하다.

64) 전술한 바와 같이 정신과 또는 신경과 의사와 주치의가 포함된 5인의 의사, 상속순위의 유족, 법조인, 종교가 있는 환자라면 종교의 수장, 이 모여서 모두가 연명치료 중단으로 의견의 일치를 본 경우에 한한다. 또한 환자의 요건으로 PVS 동안의 여명의 1/3 기간 동안 의식의 불변화가 관찰된 경우에 한다.

해를 제시하는 바이다.

비록 사전의료지시가 있다하더라도 연명 치료의 중단을 명하는 것은 상속 순위의 유족들의 일치된 동의, 병원윤리위원회의 승인, 법원의 판결의 단계를 거쳐야 한다고 생각한다. 그런 절차를 거쳐 연명치료의 중단을 명해야 할 것이고 병원윤리위원회의 결정과 법원의 판결로 주치의사에 의해서 집행할 수 있다고 본다.<sup>65)</sup>

무의미한 생명을 인공호흡기 등 연명유지 장치에 의존하는 PVS 환자에게 과연 인간의 존엄성이 무엇인가 다시 한 번 생각해 보아야 할 것이고 사전의료 지시서가 엄격한 요건을 갖춘 상태에서 ‘생명유지 여부에 대한 자기결정권’은 최대한 존중하는 방향으로 사회공동체 선(善)이 재고되어야 할 것이다. 그러기 위해서는 사전의료지시서 및 PVS에 관한 법률의 개정과 환자와 보호자의 자발적 참여 및 의료인에 대한 교육이 필요할 것이다.

주제어 : 인간의 존엄성, 자기결정권, 생명권, 추정적 의사, 장기식물인간상태, 연명치료중단, 자살방조

---

65) 병원윤리위원회만 거쳐서 생명의 중단을 하는 관행과 입법례가 있지만 아직 우리 한국 사회에서는 분쟁의 소지가 있다.

## [ 참 고 문 헌 ]

- 강정민·고윤석, “한 대학병원 의료윤리 위원회에 의뢰된 치료중단 예들의 분석”, 『대한중환자의학회지』, 제20권 제1호, 2005.
- 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2011.
- 김광태, 「피터싱어의 생명 윤리 연구」, 공주대학교대학원 박사학위논문, 2011.
- 김기홍, “피터싱어의 공리주의적 인간관 비판: 낙태 및 안락사 문제를 중심으로”, 『특수교육학연구지』, 제37권 제4호, 2003.
- 김나경, “한국 의료법에서 후견주의 이념의 수용, 변경 그리고 거부”, 『발생과 생식』, 제14권 제2호, 2010.
- 김성룡, “연명치료중단의 기준에 관한 법적 논의의 쟁점과 과제”, 『형사법연구』, 제22권 제2호, 2010.
- 김학주, 『말기 환자의 건강보험비용의 효율적 배분』, 건강보험공단(경상대학교), 2003.
- 김희원, 「생명권과 생명가치에 대한 연구-무의미한 연명치료중단을 중심으로」, 이화여자대학교대학원 석사학위논문, 2009.
- 남영진, 「중환자실 간호사·의사·중환자 가족의 연명치료 중단에 대한 태도 비교」, 아주대대학원 석사학위논문, 2011.
- 문재영 등, “연명치료 중지에 대한 내과 전공의들의 인식과 심리적 스트레스”, 『대한중환자의학회지』, 제27권 제1호, 2012.
- 박무원, “형법을 통한 생명의 보호”, 『의료법학』, 제11권 제1호, 2010.
- 박연옥, 『연명치료 중단을 결정한 말기환자 가족의 경험』, 한국학술정보, 2008.
- 배종면 등, “전국 의료기관의 연명치료 대상자 입원 현황”, 『대한중환자의학회지』, 제25권 제1호, 2010.
- 신동일, “존엄사에 대한 형법적 물음”, 『형사정책연구』, 제20권 제1호, 2009.
- 오지섭, “현대 한국인을 위한 유교의 죽음 이해”, 『한국학연구』, 제29권, 2008.
- 윤미자 등, “중환자실 환자의 통계적 고찰”, 『대한중환자의학회지』, 제11권 제2호, 1996.
- 이경석, “문헌을 통해 추정된 두부외상 후 지속적 식물상태의 여명”, 『대한신경외과학회지』, 제25권 제2호, 1996.
- 이석배, “독일 켐프테너 판결에 대한 비판적 검토”, 『의료법학』, 제9권 제1호,

- 2008.
- \_\_\_\_\_, “독일의 치료중단 기준과 입법론”, 『형사정책연구』, 제19권 제1호, 2007.
- \_\_\_\_\_, “생명의 종기에서 형법상 생명보호”, 『형사법연구』, 제19권 제3호, 2007.
- \_\_\_\_\_, “연명치료중단의 기준과 절차”, 『형사법연구』, 제21권 제2호, 2009.
- \_\_\_\_\_, “형법상 절대적 생명보호원칙의 범위와 한계”, 『심은 김일수교수 화갑기념논문집』, 2006.
- 이인영, “주요국가의 존엄사법 분석과 평가”, 『입법학연구』, 제6집, 2009.
- 이인철 등, “말기 암 환자 여명 예측 지수의 우리나라 적용: 일개 종합병원 호스피스 입원환자대상의 전향적 연구”, 『대한가정의학회지』, 2007.
- 이한규, “안락사에 대한 역사적 해석과 법적고찰”, 『법학논총』, 제24권 제4호, 2011.
- 전지연, “안락사에 대한 형법적 고찰”, 『한림법학』, 제4권, 1995.
- 정 철, “연명치료중단 판결의 헌법적 검토”, 『서울대학교법학회지』, 제50권 제4호, 2009.
- 정현명, 「완화의료서비스가 말기암 환자의 의료비에 미치는 영향」, 서울대학교 대학원, 석사논문, 2009.
- 정현미, “안락사와 형법”, 『형사정책연구』, 제5권 제4호, 1994.
- 최민영, “존엄사와 생명처분권”, 『제51회 안암법학회 추계학술발표회 자료집』, 2010.
- 최우찬, “안락사와 존엄사”, 『고시계』, 1989.
- 허대석, “사전의사결정에 관한 국내동향”, 『한국의료윤리교육학회 2008 추계학술대회 자료집』.
- 허대석, “연명 치료 중단: 의학적 접근”, 『대한내과학회지』, 제75권 부록 제2호, 2008.
- Bottke, 김성돈(역), “촉탁살인과 안락사”, 『형사법연구』, 제16권 특집호, 2002.
- Lilie, 하태영(역), “안락사에 관한 독일 최근판례의 동향”, 『동아법학』, 제20호, 1996.
- 구나 두트게, 김성은(역), “존엄사-법적 안락사의 유형과 규범적 기초”, 『형사정책연구』, 제19권 제4호, 2008.
- 피터 싱어, 정연교(역), 『이렇게 살아도 괜찮은가』, 세종서적, 1996.

## Presumed Will of Pause or Stop of Meaningless Life Extension

Kim, Pill S

*Boneplus Hospital*

### =ABSTRACT=

The Korean supreme court said that Mrs Kim who was in a persistent vegetative state had a right to die if she had a presumed will or assumption of dying against Severance hospital in 2009. Presumed would be vague and can not be subjective to conjecture though, the court had a developed trial on the case. I recommend the higher valued notion such as the 'right to decide on the life extension' is more logical than assumptive will. To achieve this recommendation, I will search right to life, right to decision, human dignity and find the good relationship between them. In conclusion, I will announce that if PVS patients without advanced directives aren't able to express their will and no one could not assume their right to die in spite of meaningless life extension. So only the due and strict procedure about the extinction of meaningless PVS patients will allow them to sacrifice themselves or remove life extension ventilators. Also active euthanasia would be possible under the strict procedure of making advanced directives and the act of helping active euthanasia additionally, the crime of abetting suicide would not be executed in the legal scope.

Keyword: Human dignity, Right to decide, Right to life, Presumed will, Persistent vegetative state, A crime of abetting suicide