

刑法上 尊嚴死에 관한 研究

李存杰*

〈目 次〉

I. 尊嚴死의 意義	3. 法的 效果
1. 概念과 問題點	4. 唯一한 生命維持裝置의 除去問題
2. 生命에 대한 自己決定權	III. 判例의 態度
II. 生命維持裝置의 除去	1. 判例의 概觀
1. 問題提起	2. 檢 討
2. 性 質	IV. 尊嚴死와 安樂死의 關係

I. 尊嚴死의 意義

1. 概念과 問題點

(1) 尊嚴死의 概念

尊嚴死(death with dignity: menschenwürdiges Sterben)란 生命維持裝置에 의하여 인공적으로 생명을 연명할 뿐 다시 회복할 가망이 없는 昏睡狀態의 患者가 人間으로서의 尊嚴을 유지하면서 죽을 수 있도록 그 장치를 제거하여 생명을 단축시키는 행위를 말한다. 自然死(natural death) 또는 죽을 權利(right to die)라고도 한다.¹⁾ 여기에서 ‘尊嚴’이란 患者의 존엄을 말하고, ‘장치를 제거’ 한다는 것은 인공호흡기라고 하는 生命維持裝置의 除去뿐만 아니라 藥物에 의한 治療를 포함한 그 이외의 모든 생명을 유

* 법학박사, 전주대학교 법정학부 겸임교수

1) 內藤 謙, 刑法講義 總論(中), 有斐閣, 1990, 544면.

지하기 위한 醫師의 措置를 중단하는 것(der Abbruch lebenserhaltender ärztlicher Behandlung)을 말한다.²⁾

尊嚴死는 최근 人工呼吸器(respirator) 등을 사용하는 인공소생술의 발전과 구급의료의 진보에 따라 뇌사한 인간의 심장을 상당히 오랜 기간 동안 그 기능을 유지할 수 있게 하는 것이 가능해지자 비로소 관심을 갖게된 문제이다. 이는 죽음의 개념에 대한 문제를 다시 고찰함과 동시에 육체적 고통은 없지만, 생명유지장치에 의해서 인간의 생명을 지속시키는 것이 오히려 비인간적인 것이 되어 人工呼吸器에 의한 生命維持裝置를 除去해도 좋지 않을까 하는 점에서 발생하였다.³⁾ 따라서 죽음의 회피가 이미 不可能한 時點에 있는 者에게 생명유지장치를 계속 가동해서 환자의 무의미한 생존을 연장시킬 것인가에 관한 의사의 치료행위의 한계와 의사는 어느 시점까지 치료행위를 계속해야 하는가 및 고통은 없지만 死期가 切迫하고 이미 회복할 가망이 없는 無意識狀態의 患者에 대해서 生命延長을 위한 특별한 처치를 하지 않는 것이 허용될 것인가에 문제가 있다.⁴⁾

(2) 尊嚴死의 問題點

1) 問題提起

尊嚴死는 의학의 진보에 따라 對立命題로 등장한 것이며, 의학이 진보하지 않았을 때에는 그 누구도 존엄사를 생각하지 못했다. 의학의 진보는 인간의 신체를 대행하는 기구를 개발하고, 뇌 이외의 장기와 기관을 대행하는 기구나 장기이식 등을 계속해서 발전시킴에 따라 인간의 기본적인 행동이라고도 할 수 있는 호흡·영양·심장 등을 모두 기계로 대행할 수 있게 되었다. 사람에게 건강상 중대한 사태가 발생하면 ‘집중치료부’(ICU: Intensive Care Unit)라든가 ‘관상동맥질환집중치료부’(CCU:

2) Alternativentwurf eines Gesetzes über Sterbehilfe(죽음의 援助에 관한 法律의 對案), 1986, S.13f.

3) Vgl. a. a. O., S.1ff.

4) 中山研一, 「植物狀態患者をめぐる法的問題(上)」, ジュリスト, 제664호, 1978, 133면.

Coronary Care Unit)에 들어가게 되고, 맥박·심장·호흡·영양 등 모두가 의학적으로 관리되어 기관을 절개하거나 인공호흡을 시키거나 코에 튜브를 넣어서 인공영양을 시킨다. 그러나 이런 조치에 의해 심장박동도 호흡도 있어 살아 있지만 상황이 비참하기 때문에 일반인은 차마 이를 볼 수 없다. 여기에서 살려두기만 하는 치료를 하는 것이 의사의 임무는 아니라는 생각이 가족뿐만 아니라 의사에게도 자연스럽게 발생하게 된다.⁵⁾ 따라서 존엄사는 무의미한 생존의 판단기준과 인격개념의 가치기준이 문제된다.

2) 無意味한 生存의 判斷基準

尊嚴死는 인간은 자아의식으로 精神的·人格的 活動을 하는 데 그 본질적 의미가 있다는 데서 출발하여, 현존하는 인간의 생명에 이러한 자아의식을 동반한 정신적·인격적 활동의 가능성이 없다면 이를 無意味한 生存(nonsignificant existance)이라고 단정한다. 그러나 이러한 판단은 옳지 못하다. 현사회에서 자기의식을 지닌 精神的·人格的 存在로서 실존하는 것이 인격의 중심은 될 수 있을지언정 인격전체를 의미하거나 대신할 수는 없기 때문이다. 또한 인격의 본질을 ‘自我意識을 지닌 精神의 活動 또는 機能’으로 해석한다면 인격의 결여 또는 부재라는 것을 판단하는 데 혼동을 야기한다. 인간의 인식능력에는 한계가 있으며, 생명체의 자아의식 또는 정신활동의 유무를 어떻게 판단할 것인가가 곤란하기 때문이다. 따라서 인간사회에서 통용되는 자기표현의 수단인 언어·표정 및 동작 등인 데 근력부족으로 이것들은 표현할 수 없는 경우나 표현한다고 해도 그것이 현실적으로 통할 수 없는 경우에 이것을 곧 의식이 없고 정신활동이 없는 것이라고 단정하는 것은 타당하다고 할 수 없고,⁶⁾ 이러한 태도는 존엄사를 행하기 위한 독단적 판단이라는 비난을 면할 수 없을 것이다.⁷⁾

5) 水野肇, 腦死と臓器移植, 日本人の選擇, 紀伊國屋書店, 1991, 59면.

6) 문국진, 생명윤리와 안락사, 여문각, 1982, 124면 이하.

7) 福間誠之, 腦死を考える - 新しい醫療倫理を求めて -, からだの科學選書, 日本評論社, 1987년, 165면.

3) 人格概念의 價値基準

존엄사에 있어서 生命終熄行爲와 직결되는 판단에 있어서 인격개념은 매우 애매하다. 존엄사사상은 인격을 자아의식 또는 정신적 활동과 동일시하여 ‘人格은 意識的 存在이다’라고 주장하여 意識主義的·心理的 人格을 개념으로 하고 있기 때문이다. 그러나 자아의식이건 정신활동이건 간에 이들은 기능이며 현상적인 사실에 지나지 않으므로 그 자체로서 존립할 수 없고 따라서 이것을 인격과 동일시하는 데는 많은 의문이 따른다. 정신적 자립존재는 인격의 중심이 된다는 존재론적 인격관에서는 인격을 지녔다고 보아야 할 것을 존엄사사고에 의하여 非人格的 生命 또는 生存이 無意味한 生命으로 단정할 우려가 높다. 식물상태의 환자, 중증의 정신장애자, 노인성 정신장애자, 이상신생아 등에 있어서는 자아의식 및 정신적 활동이 大腦의 異常 때문에 감지되지 않아도 존재론적으로 이를 해석하자면 現象의 背後實體에서는 엄연히 정신적 존재가 있을 수 있거나 적어도 존재하지 않는다고 단정할 수는 없다.

따라서 어떤 생명의 종말을 결정하는 데 있어서 존엄사사고는 心理的 人格概念을 채택하여 그 결과 객관적으로는 정신적 존재로서의 존엄을 지닌 생명을 비인격 또는 존재가치가 없는 것으로 판단 취급할 우려가 있다. 존엄사의 선택이 윤리적으로 정당화되기 위해서는 생존에 대한 보다 중요한 가치가 판단자의 감정 또는 어떤 필요성에 의해 좌우될 것이 아니라, 만인에 통용될 수 있는 보편타당성을 지닌 客觀的인 基本的 價値秩序에 따라 판단될 것을 요구하기 때문이다. 인격의 존엄 또는 정신적 존재로서의 인간의 품위를 강조하고 이를 지키기 위하여 비인격적 생명을 희생시키지 않을 수 없는 극한 상황에서 죽음을 택하는 판단까지 윤리가 비판한다는 것은 아니다. 또한 존엄사사고의 잘못은 이러한 極限狀況에 있어서만 윤리적으로 正當한 價値選擇이라고 인정될 수 있는 안락사행위를 일반적인 형태의 원칙으로서 이를 정당화하려는 데 있다고 할 것이다.⁸⁾

8) 문국진, 전제서, 125면 이하.

2. 生命에 대한 自己決定權

(1) 自己決定權의 意義

患者의 自己決定權(Selbstbestimmungsrecht: right to selfdetermination)이란 환자는 인간으로서의 존엄과 가치를 가지고, 그 생명과 신체 및 의사결정에 대한 자유권을 토대로 자신의 신체와 생명에 대한 스스로의 결정권을 갖는다는 것을 의미한다. 따라서 생명유지치료의 중지문제에 있어서 患者의 自己決定權은 그 기초가 되므로 의사는 치료행위를 행하기 전에 치료행위의 종류·성질·범위·치료행위에 의한 부수적 위험성에 관해서 患者에게 설명해 주고 이에 근거하여 患者의 동의를 구하지 않으면 안 된다. 이를 태만히 한 의사는 不法行爲責任을 부담하게 된다.⁹⁾

(2) 自己決定權의 問題點

환자의 자기결정권에 있어서 문제가 되는 것은 근친자의 대행승낙을 인정할 것인가, 환자의 사전승낙서를 촉탁·승낙살인죄와 관련하여 어떻게 이해할 것인가 및 치료중단을 허용한다면 그 시기는 어떻게 설정할 것인가에 있다.

1) 近親者의 代行承諾

환자가 의식이 없어 自己決定權을 행사할 수 없을 때 생각할 수 있는 것이 친권자의 대행승낙과 환자의 사전승낙서이다. 近親者의 代行承諾(proxy consent)이란 환자가 식물상태에 있어 아무런 의사를 표명할 수 없을 때 환자의 가족이나 후견인이 환자의 자기결정권을 대행하는 것이다. 환자의 자기결정권의 대행이나 가족의 동의에 심각한 문제가 없는 것은 아니다. 아무리 가족이 대행한다고 할지라도 그것이 환자 본인의 의사 그 자체가 아닌 의제의 요소를 가진 것을 부정할 수 없기 때문이다.¹⁰⁾

그러나 그러한 이유만으로 가족 등의 동의는 법적으로 의미가 없다고

9) 新見, 名高屋大學法政論集, 제64호, 67면; 同 제65호, 182면; 同 제66호, 149면 참조.

10) 中山, 前掲論文, 141면.

할 때에는 의사에게 過大한 裁量權을 인정하는 것이 될 뿐만 아니라 醫療實情에도 반한다. 그러므로 식물상태의 환자에 대해서 인공호흡기제거의 가능성을 인정했던 미국의 유명한 카렌 퀸란(Karen Ann Quinlan)양 사건의 판결도 환자의 자기결정권의 우위를 인정했던 것이다. 현실적으로 볼 때 장기간에 걸친 생명유지장치의 사용은 가족에게 큰 정신적·경제적 부담이다. 따라서 생명유지장치의 제거에 관하여 가족이 동의할 우려가 없지 않다. 여기서 '죽을 권리'라는 이름 하에 '죽게 할 권리'를 인정하는 것이 되지 않도록 하기 위해서는 가족에게 큰 정신적·경제적 부담을 지우지 않도록 醫療保障制度·社會保險制度 등의 확충을 도모할 필요가 있다.¹¹⁾

2) 患者의 事前承諾書

환자의 事前承諾書(Living Will)란 환자가 식물상태의 상황에 빠지기 전에 그와 같은 상황에 대비하여 본인이 미리 治療拒否를 표명한 것을 말한다.¹²⁾ 생명유지를 위한 치료를 단념·중지하는 것에 의해 안락한 죽음을 맞이하는 편이 훨씬 인도적이라는 데서 비롯되었다. 따라서 식물상태환자의 모습을 보는 가족을 비참한 상황으로 몰고가지 않으려는 이유에서 식물상태에 이를 때는 일체의 치료를 해서는 안 된다는 치료거부의 의사를 표명해 두고, 죽음을 앞당겨 줄 것을 요구하게 된다. 여기에서 Living Will의 Will은 의사라고 하는 말로 遺言을 의미한다. 본래의 유언이라는 것은 살아있을 때에 자기가 죽은 뒤 법률상의 효력을 낼 목적으로 하는 의사표시로서 사후에 효력이 발생하는 것이다.

사전승낙서는 生前의 信託(Living trust)과 遺言(Will)이라는 두 가지의 단어를 합해서 생전에 효력을 발휘하는 유언이라고 하는 의미를 나타내려고 한 것이다. Living Will을 '산 者의 意思'라고 번역한 사람이 있지만 그 직역은 '살아 있을 때의 遺言'일 것이기 때문에 이 번역은 부당하고,

11) 內藤, 前掲書, 547면 이하.

12) 內藤, 前掲書, 547면.

Living Will이라는 것은 죽기 전에 효력을 발생하는 것이기 때문에 Living 즉 살아있다고 하는 말을 붙여서 Living Will이라고 하는 것이다.¹³⁾ 또한 정확히 번역할 수 없기 때문에 'Living Will' 이라고 하는 단어를 그대로 사용하자는 견해도 있으나,¹⁴⁾ 事前承諾書라고 하는 것이 타당하다.¹⁵⁾ 이러한 취지에서 1976년 미국의 캘리포니아(California)주에서는 죽을 권리(right to die)를 인정한 自然死法(Natural Death Act)이 처음으로 제정되었고, 현재는 27개주 정도에서 유사한 법률이 제정되어 있다.¹⁶⁾

문제는 事前承諾書가 형법 제252조의 촉탁·승낙에 의한 살인죄에 해당되는지이다. 사전승낙서는 환자의 촉탁에 따라 의사가 생명유지치료를 중지하여 식물상태환자의 임종을 앞당길 수 있도록 하기 위한 예비조치이기 때문이다. 그러나 형법 제252조의 촉탁·승낙에 의한 살인에 해당하려면 살인행위가 행해진 시점에 피살자의 촉탁·승낙이 있어야 한다. 그런데 사전승낙서는 사전에 촉탁이 있었던 경우이기 때문에 촉탁·승낙살인죄의 촉탁에는 포함되지 않는다고 해야 한다. 일본준엄사협회도 '事前承諾書'는 법적인 효력을 가질 수 없기 때문에 실제로는 사전승낙서를 보여서 의사에게 이해를 구하고, 이해를 하는 의사를 소개하는 데 그치고 있다. 미국의 자연사법의 입법운동에 있어서 事前承諾書에 준하여 무능력자의 사전승낙서를 가족이 작성하는 것을 인정해야 한다는 견해가 유력하다. 그러나 이는 자기결정권의 침해가 될 뿐이므로 일부 주에서는 이를 부정하고 있다.¹⁷⁾

그런데 준엄사로서 허락되는 의료가 중지된다면 그것은 환자생명의 회복가능성이 상실된 경우 의사는 事前承諾書의 存否와는 관계없이 의

13) 大谷 實, いのちの法律學, 筑摩書房, 1991, 89면 이하.

14) 加藤一郎, 「末期醫療をめぐる諸問題 - 腦死, 安樂死, リビング・ウイル, 告知等」, 法學教室 제155호, 1993.8, 19면 이하.

15) 진계호, 형법총론, 전정판, 대왕사, 1995, 486면.

16) President's Commission, A Report on Medical, Legal and Ethical Issues in the Determination of Death, 1981.7, pp.120~134.

17) 大谷, 前掲書, 91면 이하.

료적 견지에서 생명유지치료를 단념하거나 중지할 수 있다고 하는 결론에 도달하게 된다. 따라서 무능력자의 자기결정권은 물론이고 사전승낙서 그 자체는 의미가 없게 된다. 사전승낙서가 법률상 중요한 것은 식물상태가 된다면 일체의 치료를 중지하여 자연사하는 것을 적법으로 하는 법률을 만들 경우에 한하고, 그러한 존엄사법을 인정하지 않는 입장에서는 사전승낙서는 논외가 된다.

3) 治療中斷의 問題點

존엄사는 회복할 가망이 없는 말기상태가 된 환자에 대해 생명을 유지하기 위한 치료를 중지하고 인간으로서의 존엄을 지키면서 죽음을 맞이하게 하는 것이다. 문제는 환자의 질병이 어느 정도에 이르렀을 때 생명유지치료의 중단을 허용할 것인가와 생명유지치료의 방법으로서 人工呼吸器, 人工心肺器, 人工透析 등 기계적인 방법 외에 化學療法, 抗生物質의 投與, 靜脈給養 등의 방법 모두를 일제히 멈출 것인지 특정한 것에 한정시킬 것인지이다. 이 문제는 존엄사의 실질인 '회복의 가망이 없는 환자' 즉, 회복불능을 어떻게 해석할 것인가에 달려있다.

먼저 治療中斷의 許容時期에 관해서는 의식의 회복불가능성을 기준으로 하자는 견해가 있다.¹⁸⁾ 이에 의하면 의식이 절대로 회복되지 않는 단계에서 생명유지를 위한 조치를 중단해야 한다. 그러나 이 설은 타당하다고 할 수 없다. 의식이 절대로 돌아오지 않는 사람은 이미 인격적인 존재 자체를 잃어버린 것이므로 그런 환자에 대한 의사의 생명유지의무도 없어진다고 해야 하기 때문이다. 따라서 치료중단의 허용시기는 환자가 생명의 회복력을 잃어 죽음이 절박해 있다고 진단될 때 중지해야 한다. 다만 죽음이 절박해 있다는 시점이라고 해도 임종이 확실히 예측할 수 있는 것은 아니기 때문에 어떤 수준에서 그것을 진단해야 할 것인가는 정확히 말할 수 없다. 아마도 의학적 상식으로 보아 죽음의 경과

18) 大嶋一泰, 「生命維持装置の取外しと刑法」, 福大法學論叢, 제23권 3·4호, 1979, 285면 이하.

를 더듬기 시작하여 수일 중에는 확실히 사망한다고 진단할 수 있는 시점이라고 생각된다.

다음으로 生命을 救助할 수 있는 可能性이 사라졌다고 진단될 때 모든 의료적 조치를 단념하고 중지해도 좋은가 하는 점이다. 생명유지치료의 중지시기를 의식의 회복가망이 없어진 때라고 판단하는 견해에 따르면 인공호흡기를 제거하더라도 당연히 생명력이 있기 때문에 그 이후 일체의 조치를 중지해 버리면 역시 사람을 죽이는 것이 될지 모른다. 그래서 中止할 수 있는 치료의 범위는 일체의 연명조치의 중지라고 해야 한다. 생명의 회복 불가능한 시점에서 인공호흡기 등을 제거하면 순식간에 사망할 것이기 때문에 그 이외의 연명조치를 강구할 실재상 필요성은 없기 때문이다.¹⁹⁾

II. 生命維持裝置의 除去

1. 問題提起

인공호흡기 등의 生命維持裝置를 제거하여 인공소생술을 중지하는 것에 관해서는 보통 두 가지의 형법상 문제가 제기되고 있다. 첫째로 아직 확실하게 全體의 腦機能이 중국적으로 상실하였다고 할 수 없을 때에 생명유지장치를 제거해도 좋을 것인가 하는 것이다.²⁰⁾ 둘째로 하나밖에 없는 生命維持裝置를 회복할 가망이 적은 사람에게서 제거해 다른 회복할 가망이 더 있는 사람에게 이식할 경우에 그 생명유지장치를 제거해도 좋은가 하는 것이다.²¹⁾ 전자는 독일에서의 중심적 문제이지만 일본에서도 최근 주목되고 있는 문제이다. 후자는 생명유지장치가 다소 부족했던 초기의 문제이고 최근에는 생명유지장치가 많이 준비되어 별문제

19) 大谷, 前掲書, 96면.

20) Vgl. Claus Roxin, An der Grenzen von Begehung und Unterlassung, Festschrift für Karl Engisch zum 70.Geburtstag, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1969, S.395.

21) Vgl. Theoder Lenkner, Ärztliche Hilfeleistungspflicht und Pflichtenkollision, Med. Klinkit, 1969, S.1004.

가 되지 않는다. 따라서 생명유지장치제거의 문제로서 특히 논의되는 것은 첫 번째의 문제이다. 그러므로 여기에서는 생명유지장치를 제거하는 행위가 작위인가 부작위인가의 성질을 우선 검토하고, 생명유지장치 제거의 법적 효과와 생명유지장치가 하나 밖에 없는 경우 이를 어떻게 처리할 것인가를 검토하기로 한다.

2. 性 質

(1) 獨逸의 境遇

독일에서는 腦死說이 지배적인 가운데 생명유지장치를 장치하고 오랫동안 뇌의 기능을 회복시키기 위해 온갖 노력을 해 보았지만 결과가 실통치 않은 상태에 있고, 다만 아직 확실히 그 전체의 뇌기능이 종국적으로 상실되었다고는 말할 수 없는 때에 생명유지장치를 제거해도 좋을까 하는 문제가 1960년대 말부터 논의되어 왔다. 이 문제는 생명유지장치 제거의 성질을 어떻게 파악할 것인가 하는 문제와 깊은 관련이 있다. 생명유지장치의 성질에 관해서는 현재 부작위설과 작위설이 대립되고 있다.

1) 不作為說

이 설은 生命維持裝置를 제거하는 행위는 不作為이고, 이 경우 의사에게는 환자에게 생명유지장치를 장치해 두지 않으면 안될 의무가 없기 때문에 생명유지장치를 제거해도 범죄가 되지 않는다는 견해이다.²²⁾ 독

22) Karl Engisch, Tun und Unterlassen, Festschrift für Wilhelm Gallas, Berlin, New York, 1973, S.167; ders., Der Arzt an den Grenzen des Lebens, Bonn, 1973, S.43ff; Gerd Geilen, Suizid und Mitverantwortung, JZ 1968, S.151; ders., Euthanasie und Selbstbestimmung, Tübingen, 1975, S.22; Ernst-Walter Hanack, Euthanasie in strafrechtlicher Sicht, in: Hans-Dieter Hiersche(Hrsg.), Euthanasie, Probleme der Sterbehilfe, Eine interdisziplinäre Stellungnahme, München, 1975, S.141; R. Helgerth, Die strafrechtliche Beurteilung der Sterbehilfe durch den Arzt, JR, 1976, S.45; Arthur Kaufmann, Euthanasie - Selbsttötung - Tötung auf Verlangen, MedR., 1983, S.122; Volker Krey, Grenzfälle zu den Straftaten gegen das Leben, JuS 1971, S.248f; ders., Strafrecht, BT., Bd. I., 5.Aufl., 1983, §1 I 2; Wilfried Küper, Noch einmal: Rechtfertigender Notstand, Pflichtenkollision und übergesetzliche Entschuldigung, JuS., 1971, S.474; T. Lencker, a. a. O., S.1005; C. Roxin, a. a. O., S.395; Johannes Wessels, Strafrecht, AT., 18.Aufl., 1988, §16 I 2; ders., Strafrecht, BT. I., 11.Aufl., 1988, §1 III 3.

일의 다수설이라고 할 수 있다. 生命維持裝置를 제거하는 행위는 行爲의 社會的 意味內容에 따른 판단에 의한 것으로 생명유지장치를 제거하는 것은 부작용이지만 부작용에 의한 안락사, 즉 消極的 安樂死의 하나로써 처벌된다고 하거나,²³⁾ 부작용에 의한 생존이 무가치한 생명의 훼손에 의해서 허용된다거나,²⁴⁾ 社會的 評價에 의하면 生命維持裝置를 제거하는 것은 그 이상 치료의 계속을 그만두는 것과 같은 부작용이라고 볼 수 있기 때문에 허용된다거나,²⁵⁾ 生命維持裝置를 제거하는 것은 作爲에 의한 不作爲이지만 의사에게는 인공호흡기를 계속해서 제거하지 않으면 안 된다는 의무가 없으므로 처벌되지 않는다는 것²⁶⁾ 등을 이유로 하고 있다.

2) 作爲說

이 설은 生命維持裝置를 제거하는 것은 作爲로서의 性質을 갖는다는 견해이다. 다만 그 법적 효과에 관해서 기본적으로 처벌될 성질의 것이라는 견해,²⁷⁾ 살인죄라는 規範의 保護目的의 範圍에는 포함되지 않으므로 살인죄의 구성요건에는 부적당하다는 견해²⁸⁾가 대립되고 있다. 전자는 담당의사 이외의 제3자가 그 환자에 대한 악의로 그 환자에게 장치한 생명유지장치를 제거해 버리는 것과 같은 구조를 갖는다는 것을 이유로 한다. 이에 반하여 후자는 생명유지장치의 제거행위는 인공호흡기로 호흡과 심장의 고동을 계속 시키고 있을 뿐인 회복할 가망이 없어진 환자에 관해서는 생명을 존중하지 않으면 안 된다는 法の 命命의 目的(規範의 保護目的)으로부터 볼 때 그 생명을 존중하지 않으면 안 된다

23) G. Geilen, Medizinischer Fortschritt und juristischer Todesbegriff, Festschrift für Ernst Heiniz, Berlin, 1972, S.383 Anm. 22.

24) K. Engisch, Tun und Unterlassen, Festschrift für Wilhelm Gallas, Berlin, New York, 1973, S.167.

25) E. W. Hanack, a. a. O., S.141; V. Krey, Strafrecht, BT., Bd. I., §1 I 2.

26) C. Roxin, a. a. O., S.395~401; J. Wessels, Strafrecht, AT., 5.Aufl., 1975, S.131f.

27) Paul Bockelmann, Strafrecht des Arztes, Stuttgart, 1969, S.112.

28) Walter Sax, Zur rechtlichen Problematik der Sterbehilfe durch vorzeitigen Abbruch einer Intensivhandlung, Überlegung zum "Unterlassen durch Tun", zum "Schutzbereich der Norm" und zur "scheinbaren Rechtsverletzung", JZ., 1975, S.137ff., 146f, 149.

는 의무는 없어서 인공호흡기를 제거해도 특별히 범죄가 안 된다는 것을 이유로 한다.

3) 檢 討

生命維持裝置를 제거하는 행위가 作爲라고 보는 설에 대하여는 생명유지장치의 제거행위가 처벌될 성질의 것이라 하더라도 狀況倫理나 人間의 尊嚴性에 비추어 그 위법성이 조각된다고 보아야 할 것이며, 규범의 보호목적의 판단에서는 一般的인 評價는 고려되지 않고 필요한 경우 個別的 事態에 한정하여 個人的 評價만 취하기 때문에 구성요건해당성의 검토단계에서 논의될 성질이 아니라는 비난이 가해지고 있다. 생각건대 생명유지장치를 제거하는 행위는 단순한 因果的 基準에 의하면 作爲로 볼 수도 있다. 그러나 비난의 증점은 어디까지나 行爲意味에 대한 綜合的 評價라고 보아야 하므로 현실적으로 더 이상의 구조가망이 없을 때 의사가 생명유지장치를 제거함으로써 치료행위를 중단한 점이 중요한 행위 의미로 되어 부작용으로 평가되지 않을 수 없다.²⁹⁾

(2) 日本의 境遇

腦機能을 회복시키기 위해 온갖 노력을 해보았으나 효과가 없고, 그렇다고 확실히 全體 腦機能이 종국적으로 상실하였다고는 말할 수 없을 때, 즉 뇌사가 아직 확정되지 않은 때에 생명유지장치를 제거해도 좋을 것인가에 대하여 일본에서는 독일과 다르게 뇌사설을 따르는 사람이 대단히 적었기 때문에 독일처럼 뇌사가 확실하게 되었던 때와 그렇지 않은 때를 구분하여 문제를 논의하는 것이 대부분이다.³⁰⁾ 일본의 경우 생명유지장치제거에 대해서는 긍정설과 부정설이 대립되어 견해가 일치하지 않고 있다.

1) 肯定說

이 설은 生命維持裝置의 제거는 허용될 수밖에 없다는 견해이다. 이

29) 진계호, 전게서, 278면; 김일수, 형법학원론, 박영사, 1988, 1024면.

30) 예를 들면 齊藤誠二, 「刑法における死の概念と人工蘇生術の中斷(3)」, 1977, 49면.

설도 그 논거에 따라 환자가 뇌의 회복이 불가능한 손상을 입은 腦死狀態가 되었을 때에는 생명유지장치의 제거는 소극적 안락사가 되어 처벌되지 않는다거나,³¹⁾ 생명유지장치를 제거하는 것은 부작위이고, 환자가 腦死狀態로 되었을 때에는 生命維持裝置를 제거하는 것이 인정되지만 뇌사가 아닐 때에는 생명유지장치의 제거는 허용될 수 없다고 하거나,³²⁾ 환자가 회복할 가망이 없고 인간으로서 존엄을 지닌 상태라고 말할 수 없을 때에는 患者와 近親者의 承諾이 있고 그것이 인도적 처사라고 말할 수 있을 경우에는 생명유지장치를 제거해도 좋다고 하거나,³³⁾ 腦死는 大腦半球의 機能을 상실한 것이므로 생명유지장치를 제거해도 문제될 바가 없다고 하거나,³⁴⁾ 생명유지장치의 제거는 죽음이 임박하고 의식이 상실되어 회복할 가망이 없고 근친자의 승낙에 의한 부득이한 행위이므로 일종의 부작위로 期待不可能性에 의한 責任阻却事由로서 허용된다거나,³⁵⁾ 생명유지장치를 제거하는 것은 積極的 行爲에 의한 不作為로 현대 의학상 환자의 회복을 위한 가능한 모든 노력을 했지만 뇌기능이 회복할 가망이 없는 경우에는 이를 제거해도 범죄가 될 수 없다고 하거나,³⁶⁾ 사전에 患者의 眞意에 의한 촉탁이 있었고 회복할 가망이 전혀 없는 경우라면 생명유지장치를 제거해도 위법성이 조각된다고 한다.³⁷⁾

2) 否定說

이 설은 生命維持裝置의 제거는 허용될 수 없다는 견해이다. 이 설도 그 논거에 따라 意識回復의 不可能性을 인정하는 것은 불확실하고 인공 호흡기를 제거하는 등의 치료를 중지하는 것은 환자보다도 가족 등의 요청에 의한 성격이 강하고, 이런 것을 전제로 한다면 치료를 중지하는

31) 金澤文雄, 「死の判定をめぐって - 法律上の立場から -」, 1969, 6면.

32) 中 義勝, 「刑法における死の概念について」, 植松還曆, 刑法と科學-法律編-, 1971, 166면 이하.

33) 藤木英雄, 刑法講義 各論, 1976, 191면.

34) 植松 正, 「安樂死問題の新局面」, ジュリスト, 제623호, 118면.

35) 青柳文雄, 「安樂死のついて」, 警察學論集, 제29권 2호, 1976, 10면.

36) 齊藤, 前掲論文, 52면.

37) 西原春夫, 刑法總論, 成文堂, 1977, 237면.

것은 결국 회복할 가망이 없는 '無益한 生命'의 배제를 합리화하는 방향으로 향할 위험이 있기 때문에 생명유지장치 등에 의한 치료를 중지하는 것은 그 違法性이 조각되지 않는다고 하거나,³⁸⁾ 인공호흡기 등에 의해 식물상태에 있는 자도 역시 살아 있는 인간이며 존엄을 가지고서 살 권리와 같이 존엄을 가지고 죽을 권리도 인정하는 것이 불가능하지 않을지 모르지만 이러한 이유만으로 간단히 존엄사의 문제를 긍정할 수는 없다고 하면서 인공호흡기의 제거는 責任의 문제가 따른다고 하거나,³⁹⁾ 尊嚴死는 본래 殺人이라고 하거나,⁴⁰⁾ 식물상태의 인간은 現代醫學的 回生可能與否를 확연하게 판단할 수 없는 것이 현실인 데 일정한 시간이 경과함으로써 영양공급이나 기타의 생명유지행위를 단념한다는 것은 정당화될 수 없다고 하거나,⁴¹⁾ 식물상태인간의 생명유지노력은 확실히 환자가족의 경제적 부담 등 다소 문제는 있지만 그렇다고 해서 존엄사를 허용하는 경우 人間尊嚴 및 社會倫理的 價値가 오히려 저하된다고 한다.⁴²⁾

3) 檢 討

生命維持裝置를 제거하는 것은 생명을 斷絶한 것이기 때문에 원칙적으로는 허용되지 않는다. 그러나 환자가 죽음이 임박하고, 의식을 상실하고, 회복할 가망이 없을 뿐만 아니라 인간으로서 존엄을 지닌 상태라고 할 수 없을 때에는 환자로부터의 승낙이나 근친자의 승낙이 있고 그것이 인도적인 처치라고 할 수 있을 경우에는 생명유지장치를 제거해도 좋을 것이다. 다만 뇌사설을 취하는 입장에서 뇌사라고 확정된 경우와

38) 中山, 前掲論文, 139면 이하; 同 「植物狀態患者をめぐる法的問題(下)」, *ジュリスト*, 제665호, 1978, 95면 이하.

39) 團藤重光, *刑法綱要總論*, 創文社, 1978, 208면 이하.

40) 大谷, 前掲書, 84면 이하.

41) 福間誠之, 「植物狀態について」, *日本醫師新報*, 제2724호, 1976.7.10, 26면 이하; 同 「植物狀態人間の人權について」, *Medical Tribune*, Vol.8, No.5, 1975.1.30.

42) 鈴木二郎, 「植物狀態患者-太田典禮氏の論文を讀んで」, *Medical Tribune*, Vol.8, No.23, 1975.6.5; 鈴木二郎/兒王, 「植物狀態患者の社會的背景と今後の問題」, *神經研究の進歩*, 제20권 5호, 1976, 188면.

뇌사라고 확정되지 않은 경우에는 다음과 같은 차이가 있다. 腦死라고 확정된 경우에는 이미 환자라는 인간은 존재하지 않고 患者였던 者の 死體가 존재할 뿐이므로 사체에 장치된 생명유지장치를 제거하는 것은 법적으로 아무런 문제가 되지 않는다. 이에 반하여 腦死라고 확정되지 않는 경우에는 현대의학상 가능한 모든 회복을 위한 노력을 하였지만 뇌기능이 회복할 가망이 없는 때, 그 때에는 생명유지장치를 제거해도 범죄는 되지 않는다. 처음부터 회복이 불가능하다는 것을 알았을 때에는 의사에게 치료해야 할 의무가 없는 것처럼, 처음에는 회복할 가망이 있었지만 도중에 그 가망이 없어진 경우에는 의사에게 생명유지장치 등으로 치료를 계속해야 할 保證人의 地位에 있는 것은 아니기 때문이다.

3. 法的 效果

(1) 學 說

생명유지장치를 제거하는 경우에 그 법적 효과를 어떻게 이해할 것인가에 대해서는 작위 또는 부작위에 의한 구성요건해당성조각설, 작위 또는 부작위에 의한 위법성조각설, 책임조각설 등이 대립되어 있다.

1) 作爲 또는 不作爲에 의한 構成要件該當性阻却說

이 설은 생명유지장치의 제거행위는 작위이지만 構成要件該當性이 조각된다는 견해이다.⁴³⁾ 이러한 입장에서 이형국 교수는 生命維持裝置의 제거에 대하여 환자의 法定代理人 또는 家族의 囑託이나 承諾이 있고 제반 정황에 비추어 患者의 推定的 承諾을 인정할 수 있을 뿐만 아니라 담당의사를 포함한 2인 이상의 전문의들의 신중한 판단에 비추어 볼 때 의식회복이 불가능한 환자의 사망시기가 임박하여 더 이상 치료하는 것이 의학적으로 하등의 의미를 갖지 않을 정도의 단계에 들어섰을 때에는 생명유지장치를 제거하여 자연스럽게 사망하도록 행위를 허용할 수 있다고 해야 하며 더 나아가서 의사가 치료를 계속해야 할 의무도 인정

43) Jännke, LK, 10.Aufl., 22. Lief., Rdnr. 16f. vor §211.

할 수 없다고 한다.⁴⁴⁾ 한편 생명유지장치의 제거행위는 構成要件該當性이 조각되지만, 行爲의 性質은 不作爲로 보는 견해도 있다.⁴⁵⁾ 의사에게는 환자에게 생명유지장치를 장치해 두지 않으면 안될 의무는 없다는 것을 이유로 하고 있다.

2) 作爲 또는 不作爲에 의한 違法性阻却說

이 설은 생명유지장치의 제거행위는 作爲이지만 違法性이 조각된다는 견해이다.⁴⁶⁾ 이러한 입장에서 강구진 교수는 人工呼吸器의 遮斷行爲를 그 본질에 있어서 作爲로 파악하면서, 원칙적으로 작위에 의한 殺人罪의 構成要件該當性을 인정한다. 제거행위는 비록 인공호흡기이긴 하지만 명백히 기능하고 있는 인간의 생명을 박탈하는 형법 제250조 1항의 이른바 '사람을 살해하는' 행위에 해당하기 때문이다. 그러나 살인죄의 구성요건해당성이 있다고 하여 항상 위법하다고 볼 수는 없다. 생명유지장치의 제거행위는 正當한 業務行爲의 한 유형으로서의 治療行爲 - 좀더 구체적으로 말해서 이른바 자발적·소극적 안락사에 해당된다고 할 수 있기 때문이다.⁴⁷⁾ 한편 생명유지장치의 제거행위는 위법성조각으로 보지만, 그 행위의 성질은 不作爲로 보는 견해도 있다.⁴⁸⁾

3) 責任阻却說

이 설은 생명유지장치의 제거는 구성요건해당성이나 위법성을 조각할 이유가 되지 못하고 그저 責任이 조각될 뿐이라는 견해이다.⁴⁹⁾ 생명유지장치의 제거행위를 형사재제에 의하여 일반인에게 억지하지 않으면 안될 정도의 當罰性을 가지고 있지 않으므로 그 제거행위에 대해서 살인죄로 처벌하여 일반예방적 효과를 기도할 필요가 없다는 것을 이유로

44) 이형국, 「안락사의 법률적 의미」, 진리·자유, 제14호, 1992, 32면.

45) 본 논문 II 2(1) 1) 참조.

46) Eckhard Horn, SK, Bd. 2,3,Aufl., Rdnr. 22 zu §212; 植松, 前掲論文, 114면.

47) 강구진, 「인공호흡기의 차단과 형법(상)」, 고시연구, 1980.1, 69면.

48) 內藤, 前掲書, 569면 이하.

49) 青柳, 前掲論文, 10면; 大谷, 「死の判定と人工蘇生術の中斷」, 同志社法學, 제25권 1호, 1974, 23면; 同 刑事規制の限界, 1978, 105면 이하. 등이 있다.

한다.

(2) 檢 討

作爲나 不作爲에 의한 構成要件該當性阻却說은 이론적으로만 다를 뿐 특별히 실제적인 차이는 없다. 作爲나 不作爲에 의한 違法性阻却說도 마찬가지이다. 이 설들은 生命維持裝置의 제거행위를 作爲로 볼 것인가 不作爲로 볼 것인가로부터 나온 것이 아니고, 그 제거행위를 構成要件該當性阻却事由로 볼 것인가 違法性阻却事由로 볼 것인가에서 나온 것이다. 따라서 위와 같은 견해에 의하면 생명유지장치의 제거행위를 작위로 볼 것인가 부작위로 볼 것인가는 각별히 실익을 낳는 것은 아니다. 責任阻却說에서는 生命維持裝置의 제거행위에 대해서 일방예방적 효과를 다룰 필요가 없다는 점을 들어 그 책임을 조각한다고 하지만, 일방예방적 효과가 없거나 적다는 것은 양형상 고려될 문제이지 범죄성립요소로서의 책임을 조각하는 요인으로는 보기 어렵다. 그렇다면 생명유지장치를 제거하는 행위는 사회상규에 의하여 위법성이 조각된다고 봄이 타당하고, 그 제거행위의 성질은 부작위라고 해야 한다. 환자가 말기상태에 있고 어떠한 치료를 계속하여도 절박한 죽음의 결과를 회피할 수 없다고 판단될 때에는 환자의 추정적 동의를 기초로 하여 의사의 형법상 치료의무는 없게 된다고 해석되기 때문이다.

4. 唯一한 生命維持裝置의 除去問題

(1) 學 說

유일한 생명유지장치의 제거문제란 어떤 병원에 인공호흡기 등 생명유지장치가 충분하지 않을 때, 회복할 가망이 적은 사람에게 장치한 생명유지장치를 다른 더 회복할 가망이 있는 사람을 위해서 그 장치를 이전하여 사용해도 좋을 것인가의 문제이다. 그 법적 효과에 관한 문제라고 할 수 있다. 그러나 이에 관해서는 살인죄설, 위법성조각설, 책임조각설, 형벌감경사유설이 대립되어 있다.

1) 殺人罪說

이 설은 보다 회복할 가망이 있는 사람을 위해 회복할 가망이 적은 사람에게 장치한 생명유지장치를 제거하는 경우, 의사의 행위는 殺人罪가 된다는 견해이다.⁵⁰⁾ 의사의 치료의무는 환자에 대해서 가능한 모든 방법이 행해질 때까지 계속된다는 것을 이유로 한다. 이에 의하면 의사의 생명유지장치의 제거행위는 어떤 경우에도 불가능하게 된다.

2) 違法性阻却說

이 설은 보다 회복할 가망이 있는 사람을 위해 회복할 가망이 적은 사람에게 장치한 생명유지장치를 제거하는 경우, 의사의 행위는 一般的인 義務의 履行을 위한 행위로서 위법성이 조각된다는 견해이다.⁵¹⁾ 義務衝突의 狀態에 있는 의사가 일방의 의무를 이행하는 것을 선택할 수 있다는 것을 이유로 한다. 이에 의하면 회복할 가망이 적은 환자에게 장치한 생명유지장치를 제거하여 더 회복할 가망이 큰 환자에게 장치하고 그 결과로서 생명유지장치를 제거한 환자가 사망했다고 하더라도 의사의 행위는 위법성이 조각된다.

3) 責任阻却說

이 설은 보다 회복할 가망이 있는 사람을 위해 회복할 가망이 적은 사람에게 장치한 생명유지장치를 제거하는 경우, 의사의 행위는 超法規的인 責任阻却事由로서 責任이 조각된다는 견해이다.⁵²⁾ 회복할 가망이 어느 쪽이 큰가라는 것에 관해서 담당의사는 다른 2인의 의사와 상담하는 것을 전제로 하여 보다 회복할 가망이 있는 사람을 위해 회복할 가망이 적은 사람에게 장치한 생명유지장치 등을 제거하는 것은 긴급피난이라는 것을 이유로 한다.

4) 刑罰減輕事由說

이 설은 보다 회복의 가망이 있는 사람을 위해서 회복의 가망이 적은

50) P. Bockelmann, a. a. O., S.115, 126 Anm.50; C. Roxin, a. a. O., S.400 Fußn. 58.

51) T. Lenckner, a. a. O., S.1004f; Vgl. W. Küper, a. a. O., S.476f.

52) H. Welzel, Das deutsche Strafrecht, 10.Aufl., 1967, S.179; 11.Aufl., 1969, S.185.

사람에게 장치한 생명유지장치를 제거하는 경우, 의사의 행위는 殺人罪가 되지만 그 형벌은 독일형법 제213조의 殺人罪에 관한 刑罰減輕事由에 의해서 刑이 減輕된다는 견해이다.⁵³⁾ 후에 온 환자일지라도 회복할 가망이 있는 환자를 구한다는 동기에서 이미 생명유지장치를 장치한 환자를 희생한 것에 불과하다는 것을 이유로 한다.

(2) 檢 討

의사가 유일한 생명유지장치를 아직 사용하고 있지 않을 때 2인의 환자 중 어느 쪽에 그 생명유지장치를 장치할까를 선택해야 할 경우에 義務衝突의 문제가 발생한다. 후에 운반되어 온 환자의 생명을 유지할 의무가 전 환자의 생명을 유지할 의무보다 높다고 할 수 있기 때문이다. 義務의 衝突은 作爲義務間的 衝突만을 의미하고 작위의무와 부작위의무가 충돌하는 경우에는 단순히 긴급피난이 될 뿐이라는 견해가 있다.⁵⁴⁾ 타인의 법익을 침해하는 자는 항상 부작위의무를 침해하는 경우도 된다는 것을 이유로 한다. 이에 대하여 作爲義務와 不作爲義務間에도 義務의 衝突은 가능하다는 견해가 있다.⁵⁵⁾ 이에 의하면 인공심장기가 하나밖에 없는 병원에서 그 인공심장기로 의사가 중환자를 진료 중인데 다른 중환자가 급송되어 온 때에 의사는 진료 중인 중환자의 치료행위를 중단할 수 없는 부작위의무와 새로 급송된 중환자를 진료해야 할 작위의무가 발생하지만 의사의 행위는 의무의 충돌에 해당되어 정당화된다고 한다.

그러나 生命이라고 하는 專屬的 法益에 있어서 의사는 후에 온 환자를 위해 이미 사용하고 있는 생명유지장치를 제거하여 다른 환자를 위해 사용할 수가 없을 뿐만 아니라 의무충돌의 문제도 없다고 해야 한다.⁵⁶⁾ 의사는 이미 전 환자에게 하나 밖에 없는 生命維持裝置를 장치하

53) V. Krey, Grenzfälle zu den Straftaten gegen das Leben, JuS 1971, S.248f.

54) 이재상, 형법총론, 전정판, 박영사, 1991, 252면; 김일수, 전게서, 610면; 이형국, 형법총론 연구 I, 법문사, 1990, 334면.

55) 진계호, 전게서, 381면 이하.

56) V. Krey, Grenzfälle zu den Straftaten gegen das Leben, S.248f; W. Küper, Noch einmal, S.476.

여 치료를 계속해 왔고, 후에 온 환자에게 생명유지장치를 장치해 주고 싶어도 기구가 없기 때문에 법은 불가능한 것을 사람에게 요구하는 것은 아닌 이상 이 경우의 의사에게는 후에 온 환자에게 生命維持裝置를 장치해 治療할 義務는 없다. 따라서 보다 회복할 가망이 있는 사람을 위해서 회복할 가망이 적은 사람에게 장치한 생명유지장치를 제거하는 경우에는 殺人罪가 된다고 보지 않을 수 없다.

Ⅲ. 判例의 態度

1. 判例의 概觀

(1) Karen Ann Quinlan 사건

카렌 퀴란이라는 당시 21살 된 여성이 腦死는 아니지만 持續的인 植物狀態(a chronic or persistent vegetative state)로 입원을 하였다. 그녀의 부모는 처음에는 그녀를 살리기 위한 모든 치료를 의사에게 부탁하였으나, 시간이 지남에 따라 그녀의 상태는 점점 비관적·절망적이 된다는 것을 알게 되었다. 그래서 사제와 상담한 결과 천주교 교의에 위배되지 않음을 확인하고 人工呼吸器를 포함한 通常外의 治療(extraordinary treatment)를 중단하고 그녀를 自然死시키려고 결정하였다. 그리하여 의사에게 그 인공호흡기의 제거를 요구하였다. 그러나 의사는 인공호흡기를 제거하면 생명을 지속할 수 없을 것이라 진단하여 그 제거를 승낙하지 않았다.

이에 그 부모는 법원에 자신을 카렌 퀴란의 후견인으로 임명하고, 인공호흡기를 除去할 權利를 부여받기를 원하는 소송을 제기하였다. 이에 대해 뉴저지(New Jersey)주 高等法院은 1975년 11월 10일의 판결에서 治療를 지속할 것인가 않을 것인가에 관한 決定의 문제에 대하여 그 후견인에는 부모는 적당하지 않다고 하고, 인공호흡기를 제거할 수 있는가 없는가는 醫療上의 決定에 맡겨야 하고, 요구한 허가의 실질이 생명을 박탈하는 결과라면 殺人罪로 된다면 그 제거할 권리를 부여하지 않았

다. 그녀의 부모는 이에 불복하고 다시 뉴저지주 최고법원에 상소하였다. 이에 대해 뉴저지주 最高法院은 1976년 3월 31일의 판결에서 그녀의父를 카렌 퀴란의 후견인으로 임명하고, 그녀의 主治醫의 同一性에 관한 결정을 내릴 수 있는 모든 權能을 부여하였다.

이러한 판결에 따라 카렌 퀴란은 現在의 昏睡狀態로부터 인식할 수 없을 뿐만 아니라 知性있는 狀態로 회복할 합리적인 가능성이 없기 때문에 입원중인 병원의 倫理委員會의 承認을 얻어 인공호흡기를 제거할 수가 있게 되었으며, 후견인은 그에 따른 민사·형사의 책임을 부담하지 않게 되었다. 후에 카렌 퀴란은 인공호흡기를 제거하였지만, 자발적인 호흡을 회복하고 지속적인 식물상태의 환자로서 치료를 받아 9년여를 더 생존하다가 1985년 6월 11일에 폐렴에 의한 합병증으로 사망하였다.⁵⁷⁾

(2) Shirley Dinnerstein 사건

이 사건은 1978년 당시 67세의 부인이 불치의 질병으로 植物的 또는 昏睡狀態를 야기하여 죽음에 임박한 상태가 되었으며, 2개월 후에는 심한 발작으로 고통을 받아 身體 左側은 완전한 麻痺에 이르러 본질적으로는 植物狀態에 놓여서 모든 것을 기계장치에 의존하는 정도가 되었다. 이에 환자의 가족은 심장 또는 호흡이 정지하는 경우에는 소생을 시도할 수 없다라는 의사의 진단에 동의하였고, 환자의 생명유지장치를 제거할 수 있도록 법원에 確認救濟訴訟을 제기하였다. 이에 대하여 매사추세츠(Massachusetts) 上訴法院은 1978년 6월 30일의 판결에서 환자가 본질적으로 植物狀態에 있고 不可逆的인 末期狀態로 인하여 심장 또는 호흡이 정지되었기 때문에 소생노력을 배제하는 의료조치를 금지하는 것은 아니다. 또한 그 취지의 정당성에 관하여 법원의 事前承認을 필요로 하는 것은 아니라고 하여 생명유지장치를 제거하는 것을 인정하였

57) 保阪正康, 安樂死と尊嚴死-醫療の中の生と死, 講談社, 1993, 39면 이하; 町野 朔, 安樂死-ひとつの觀點-(2完), ジュリスト 제631호, 1977.2.15, 114면 이하.

다.⁵⁸⁾

(3) Eichner 사건

이 사건은 1979년 당시 83세의 입원환자가 심한 腦障碍로 인해서 자발적 호흡능력을 상실하고 昏睡狀態에 빠져 인공호흡기에 의해서 생명을 유지하고 있었으며, 환자의 담당의사와 다른 2인의 신경외과의사는 환자의 회복은 불가능하다고 진단하였다. 한편 환자는 입원전에 자기가 식물상태의 인간이 될 경우 인공호흡기의 사용에 대한 반대의사를 명확히 표현하고 있었다. 그래서 환자가 소속된 천주교 수도회인 마리아회의 회장 Philip K.Eichner 神父는 환자의 가족들과 협의하에 뉴욕(New York)주 法院에 환자에 대한 人工呼吸器의 除去를 지시할 수 있는 권한이 있는 補佐人(committee)으로 자기를 임명하여 줄 것에 대한 소를 제기하였다. 이에 관하여 뉴욕주 최고법원은 환자가 입원전에 명백하고 확실한 생명유지치료거절의 의사를 표명하였고, 생명유지장치의 제거에 관한 Eichner 신부의 代理判斷(substituted judgement)은 적절하며, 患者의 生命維持治療拒絶權은 普通法(common law)에 의해서 승인된 환자의 기본적 권리라는 이유 등으로 1심과 2심에 이어 환자의 치료거절권을 인정하였다.⁵⁹⁾

(4) William H. Severns 사건

이 사건은 1980년 당시 55세의 여성이 자동차사고로 인하여 뇌에 큰 손상을 입게 되었다. 사고 후 병원에 수용되었지만, 혼수상태에 빠져 정맥주사에 의해 영양분의 공급을 받고 인공호흡기를 통해 생명을 유지하게 되었다. 환자의 신체를 움직이게 하는 腦下部의 손상은 회복할 여지가 있었으나, 腦上部는 회복될 수 없는 큰 손상을 입어 知力과 人格의 意識을 조절하지 못하게 되었다. 환자는 델라웨어(Delaware) 주의 安樂

58) In the matter of Shirley Dinnerstein, Mass. Am 380 N.e. 2d 134.

59) In the matter of Philip K.Eichner, On Behalf of Joseph C. Fox, v.Denis Dillon, as District Attorney of Nassau County, 423 N. Y. S.2d 580; In re Eichner, 426 N. Y. S. 2d. 517, 1980, Eichner v. Dillon, 438 N.Y.S. 2d. 266, 1981.

死協會의 적극적인 회원이었으며, 사고전에 식물상태 또는 특별한 치료 방법으로 생을 영위하려는 욕심이 없다는 취지의 의사를 표명하고 있었다.

그래서 혼수상태에 있는 환자의 남편은 자신을 후견인으로 인정하여 환자의 생명유지장치의 제거를 요구하는 소송을 제기하였다. 이에 대하여 델라웨어주 最高法院은 1980년 9월 23일 판결에서 생명유지장치의 제거에 관하여 다음과 같이 판결하였다. 첫째로 생명유지장치의 제거 문제를 처리함에 있어 보호자의 임명을 취급한 법률은 衡平法法院에서 허가하는 것을 금지하지 않으며, 둘째로 구제를 요구함에 관하여 본 건에서 남편은 妻의 憲法上 權利를 대리하여 주장하는 것이 허용되므로 생명유지장치의 제거를 정당하게 주장할 수 있으며, 셋째로 증거상의 보증이 있게 되면 衡平法法院은 生命維持裝置의 除去를 정당한 것으로 인정할 권한을 가진다는 근거를 들어 환자의 생명유지장치의 제거를 인정하는 판결을 하였다.⁶⁰⁾

(5) Cruzan 사건

이 사건은 1990년 6월 25일 미주리(Missouri) 주 크루잔(Nancy Cruzan)이라는 여성이 1983년 1월 11일에 미주리주의 Jasper County 에 있는 Elm Road 에서 교통사고를 당하여 7년동안 식물상태로 있게 되었다. 그래서 그녀의 부모가 딸에게 영양과 수분을 공급하는 의료조치를 제거할 수 있도록 하는 소송을 제기하였다. 이에 대해 미연방대법원은 환자 본인이 죽기를 원하고 있다고 믿을 만한 '明白하고 納得할 만한 證據'를 제시하지 못했다는 이유로 그러한 의료조치를 제거할 수 없다고 판결하였다. 그러나 이 판결과정에서 9명의 대법관중 8명은 개인에게 본인이 원하지 않는 醫學的 治療를 拒否할 憲法上의 權限이 있다고 하여 이른바 죽을 권리(right to die)를 인정하였으며, 평소 건강할 때 또는 외병중이라도 의식이 있을 때 미리 法律的 效力을 갖는 遺言狀을 작성해 놓을 경

60) William H. Sevens v. The Wilmington Medical Center, Incorporated Del. Supr., A. 2d 1334.

우 합법적으로 죽을 수 있는 길을 터놓았다.⁶¹⁾

2. 檢 討

존엄사에 관한 판례는 대체적으로 患者의 意思나 推定的 意思에 기초를 두고 이를 긍정하고 있으나, 그 근거는 일정하지 않다. 이는 존엄사에 관한 법률이 규정되어 있지 않기 때문일 것이다. 어쨌든 카렌 퀴란양의 사건은 존엄사를 인정하게 되는 재판상의 선례를 남기게 되었는데 그 주요한 논점은 다음과 같다. 첫째로 醫師는 慣行基準으로서 일정한 경우에 생명유지장치를 제거할 수 있게 되었다. 둘째로 憲法上的 프라이버시(privacy)권은 治療拒否를 포함하는 광범위한 것이고, 精神能力을 상실한 자를 대신하여 후견인이 프라이버시권을 행사할 수 있으며, 프라이버시권에 대항하는 州의 利益도 疾病의 狀況과 治療의 種類에 따라서는 압도되어 버리고 프라이버시권에 근거한 치료중지가 사망을 초래하더라도 위법한 것은 아니다. 셋째로 법원은 醫師의 慣行基準을 존중하지만, 그것을 재평가하여 독자적인 결정을 내릴 수 있게 되었다는 점이다.⁶²⁾

Shirley Dinnerstein 사건은 불치의 질병으로 말기의 상태에 있는 환자를 진단한 의사가 생명유지장치를 제거하는 것은 법원의 사전허가를 필요로 하지 않고 의료의 능력범위 내에서 처리할 수 있는 것이라고 한 점이 이 사건의 특징이다. Eichner 사건은 식물상태의 인간에 대한 생명유지장치의 제거를 허용하였다는 점에서는 카렌 퀴란의 사건에 대한 법원의 판결과 같으나 생명유지치료거절권의 근거를 헌법상의 privacy에서

61) 동아일보, 1990.6.27; Time, July 9, 1990, p.40.

62) 內藤, 前掲書, 548면 이하; 唄孝一, 解題・カレン事件, ジュリスト, 제616호, 1976, 58면 이하 참조; 同 續・解題カレン事件, ジュリスト, 제622호, 1976, 60면 이하 참조; 同 アメリカにおけるいわゆる『死ぬ權利』, 判決の動向 - 醫療と裁判との間で, 醫療と法と倫理, 1983, 462면 이하 참조; Superior Court of New Jersey, Chancery Division, Docket No. C-201-75, Nov.10.1975, In the matter Karen Quinlan, An Alleged Incompetent, 137 N. J. Super.227; Supreme Court of New Jersey, A-116, Sept. Term 1975. March 31, 176.70 N. J.10, 355 A.2d 647; Norman L. Cantor, "In re Quinlan", The Guide to American Law, Vol.7, 1984, p.367.

구하지 않고 普通法上的의 基本的 權利에서 구하고 있다는 점에서 차이가 있다.⁶³⁾ 또한 천주교 신부에 의해 식물상태의 인간에 대한 사기단축의 신청이 이루어 졌다는 점에 주목을 끄는 데 이는 천주교의 기본적인 생명관에 의하면 어떠한 상황에서도 생명의 존엄성이 강조되는 것이기에 인간에 의한 생명단축은 허용되지 않기 때문이다. William H. Sevens 사건은 생명유지장치의 제거문제를 衡平法法院에 의하여 정당한 것으로 인정하였다는 점에 의의가 있다. Cruzan 사건은 죽을 권리에 관한 연방 헌법의 새롭고 혁명적인 해석으로 풀이되고 있으며, 사전승낙서를 인정하였다는 점에 큰 의의가 있다.

IV. 尊嚴死와 安樂死의 關係

尊嚴死는 일종의 安樂死라고 말하여 지기도 한다. 존엄사도 결국은 환자의 생명유지를 위한 치료행위의 한계에 대한 문제이기 때문에, 이 점에서 안락사와 같은 차원에 있다. 따라서 존엄사의 경우를 의사의 환자에 대한 生命維持義務의 限界라는 점을 강조하여 이러한 식물상태의 인간에 대한 생명유지장치를 제거하는 것은 하나의 허용된 消極的 形態의 安樂死라고 하는 견해가 있는가 하면,⁶⁴⁾ 존엄사를 넓은 의미에서 일종의 安樂死라고 하는 견해도 있다.⁶⁵⁾ 존엄사와 안락사는 患者의 疾病이 現代醫學으로서는 치료될 수 없다는 점, 환자의 사기를 단축한다는 점, 환자의 생명유지를 위한 治療行爲의 限界를 정하는 문제라는 점, 患者의 明示的 또는 推定的 承諾에 의한 의사표시를 기초로 해서 치료를 중단한다는 점등에 있어서는 상호 공통적이다. 따라서 安樂死는 苦痛의 除去

63) 백형구, 「안락사와 존엄사」, 대한변호사협회지, 1984.1, 17면.

64) 심현섭, 「안락사의 문제」, 고시연구, 1976.2, 65면; 김일수, 「안락사문제의 실정법적 연구」, 현대사회, 제4권 제1호, 현대사회연구소, 1984, 186면; 최우찬, 「안락사와 존엄사-아름다운 죽음에 관한 권리」, 고시계, 1989.2, 42면; 靑柳, 前揭論文, 10면; 植松, 前揭論文, 114면 이하.

65) G. Geilen, Euthansie und Selbstbestimmung, S.22.

라는 '죽음에 있어서의 도움' (Hilfe im Sterbe) 뿐만 아니라 적극적인 살해나 의미 없는 생명연장의 중단과 같은 '죽음을 향한 도움' (Hilfe zum Sterben) 까지를 포함하는 개념이지만, 소생할 가망이 없는 환자가 품위 있는 죽음을 맞도록 하기 위하여 고통을 모르는 식물상태인간의 생명유지조치를 중단하는 尊嚴死도 消極的 安樂死와 함께 광의의 안락사에 포함된다고 볼 수 있을 것이다.

그러나 존엄사는 안락사는 다음과 같은 점에서와 그 차이를 발견할 수 있다. 첫째로 安樂死의 경우는 죽음에 못지 않은 참기 힘든 肉體的 苦痛의 緩和·除去라는 환자 자신에게 있어서의 객관적 이익이 존재한다. 이에 반하여 尊嚴死의 경우는 환자에게 그러한 고통은 없기 때문에 환자 자신에게 있어서의 客觀的 利益은 반드시 명백하지 않다. 뿐만 아니라 오히려 환자 이외의 가족·병원 등의 정신적·경제적 부담경감이 객관적 이익이 되어서 존엄사를 강제할 우려도 크다고 하지 않을 수 없다.⁶⁶⁾ 둘째로 안락사의 경우는 患者 本人의 意思에 근거한 임의적인 것을 주된 것으로 한다. 이에 반하여 존엄사의 경우는 단순히 생명유지장치에만 생명을 의존하고 있는 식물상태의 환자이기 때문에 전혀 患者가 意思를 表明할 수 없는 상태에 있다.⁶⁷⁾ 셋째로 안락사의 경우는 自己決定權에 있어서 환자가 의식이 있거나, 적어도 판단능력을 가지고 있기 때문에 환자가 자기결정권을 정확하게 행사할 수 있다. 이에 반하여 존엄사의 경우에는 환자에게 意識이 없거나, 적어도 判斷能力을 잃고 있기 때문에 환자가 자기결정권을 행사하고 있는가를 안락사의 경우보다 더욱 알기 어렵다.⁶⁸⁾ 넷째로 안락사의 경우는 어떤 행위에 의해서 죽음을 惹起(causing)시키는 것에 중점을 둔다. 이에 반하여 존엄사의 경우는 어떤 행위에 의해서 죽음을 許容(allowing)한다는 것에 중점을 둔

66) 內藤, 前掲書, 544면 이하.

67) 阿南成一, 安樂死, 弘文堂, 1985, 132면.

68) 內藤, 前掲書, 544면.

다.⁶⁹⁾ 다섯째로 존엄사의 경우에 있어서 생명유지장치의 제거는 소극적 안락사의 경우의 치료행위의 제거와는 不作為라는 점에서 서로 같다. 다만 존엄사의 생명유지장치의 제거는 積極的인 作為에 의한 不作為라는 점에서 다소 소극적 안락사의 치료행위의 제거와는 서로 다르다.⁷⁰⁾ 여섯째로 소극적 안락사의 경우는 통상의 일반적인 치료행위 조차하지 않는다. 이에 반하여 존엄사의 경우는 특별한 생명유지장치의 제거라는 소극적 의료처치를 한다는 점에서 消極的 安樂死와 그 성격을 달리한다.⁷¹⁾

69) 阿南, 前掲書, 132면 참조.

70) 차용석, 형법총론강의, 고시연구, 1988, 503면 이하.

71) 阿南, 前掲書, 132면.