

新生兒 延命治療中斷의 許容與否에 대한 考察

- 醫師倫理指針과 관련하여 -*

李慶桓**

I. 글머리에	Ⅲ. 醫師倫理指針의 檢討
Ⅱ. 延命治療中斷의 許容與否	1. 安樂死와 延命治療中斷에 대한 規定
1. 總說	2. 延命治療中斷에 대한 姿勢
2. 倫理的 側面	3. 私見
3. 刑法的 側面	Ⅳ. 맺는말
4. 延命治療中斷의 許容可能性	

I. 글머리에

요사이 병원에서 신생아에 대한 치료중단행위가 자주 일어나고 있다. 이때 과연 치료중단행위는 정당한 것인지가 문제될 수 있다. 우선 신생아가 소생가능성이 없는 경우에는 치료중단을 하더라도 문제의 소지는 적을 것이다. 그러나 소생가능성이 많은데도 불구하고 보호자의 치료비지급능력과 이를 양육함에 보호자나 가족들에게 많은 노력이 필요하거나 신생아가 성장하면서도 제대로 정상적인 활동을 할 수 없는 상황 등 삶의 질을 판단하여 치료를 중단하는 수가 있을 것이다. 이러한 문제는 환자의 생명권과 관련하여 형사적으로는 살인죄의 여부 등 커다란 문제가 있을 수 있다. 더욱이 신생아 연명치료중단의 문제는 신생아가 의사능력이 전혀 없음으로 인하여 소생가능성이 있음에도 불구하고 치료중단이 되는 수가 있으므로 어떠한 기준에 의해서 허용되어야 하는지를 정할 필요성이 매우 크다. 그러나 아직까지 신생아에 대하여는 치료중단에 대한

* 이 논문은 2002학년도 연세대학교 학술연구비의 지원에 의하여 이루어진 것임.

** 연세대학교 의과대학 의료법윤리학과 부교수, 보건학 박사

어떠한 논의조차도 없어 그 허용여부의 검토와 아울러 기준마련이 시급하다고 할 수 있다.

1997년의 소위 '보라매병원' 사건¹⁾은 우리 사회에 커다란 반향을 불러 일으켰다. 우리사회에 소극적 안락사와 더불어 연명치료중단의 허용여부에 대한 논쟁의 불을 지피기 시작한 것이다. 물론 보라매병원 사건이 전형적인 '소생가능성이 없는 환자의 연명치료중단'의 문제는 아니나,²⁾ 연명치료중단은 소극적 안락사와 아무런 개념구별이 없이 혼란스럽게 사용되어 왔으므로 법학계와 의료계를 중심으로 그 허용여부를 논함에 있어서도 많은 혼란이 있어 왔다. 이러한 때에 대한의사협회의 의사윤리지침의 발표로 인하여 사회 일각에서는 의사가 자의적으로 안락사를 시행할 수 있도록 허용하고 있다는 오해를 불러일으켜 많은 반발을 가져오기도 하였다.

신생아의 연명치료중단의 문제는 신생아의 소생가능성이 있는 경우³⁾와 소생가능성이 없는 경우⁴⁾로 나누어 볼 수 있다.

소생가능성이 있음에도 불구하고 생명을 단축시키는 것은 생명권에 대

1) 1997. 12. 4. 병원응급실에 의식이 혼미한 채 실려 온 환자에 대하여 의료진이 응급수술을 시행하였다. 수술 후 하루도 지나기 전에 환자의 처가 환자의 경제적 어려움을 이유로 퇴원을 요구하였고, 의료진은 치료를 지속하도록 설득하였으나 보호자의 강력한 요구에 따라 퇴원시켰다. 검찰은 이 사건에 대하여 의사가 생존가능성이 높은 환자를 보호자의 요구에 따라 퇴원하도록 허락하였다고 보호자와 주치의, 전공의, 수련의 등 의사 3인을 살인죄로 기소하였다. 법원은 주치의와 전공의에 대하여 살인방조죄를 인정하였다.

2) 황상익, "가망없는 환자의 치료중단과 의료윤리", 「대한의사협회지」 제41권 제7호, 1998. 7. 697면

3) 카센터를 운영하는 중산층 가정에서 아기를 출산하였으나 아이에게는 식도가 없이 기관지만 있어 수액주사로 영양을 받아가며 연명하고 있다. 아이에게 식도를 연결하는 수술을 하면 20년 이상 살 수도 있다고 하나, 비용은 수천만원이 들고 아이는 수시로 병원을 다니며 치료를 받아야 하고 가족들은 아이의 성장과정에 매달려 끊임없는 주의를 기울여야 하는 실정이다.

4) 17세의 미혼모가 출산한 후 사회복지단체에 친권포기각서를 작성하여 주며 아기를 맡겼다. 그러자 사회복지단체는 입양준비를 하며 유모에게 아이를 양육하도록 하였다. 그런데 유모가 아이에게 젖병을 물린 채 잠시 슈퍼마켓에 다녀온 사이 아기가 젖병을 물고 질식상태에 빠져 버린 것이다. 우선 주위의 소아과의로원으로 옮겨 응급처치를 실시하자 심장과 호흡기능은 정상으로 돌아왔다. 다시 대학병원으로 전원하여 아이의 소생을 위하여 노력하였으나 식물인간상태로 진행하던 중 뇌사상태에 빠졌다. 아이는 뇌사상태로 이미 4개월이 경과하였고 앞으로도 4개월 정도까지는 생존할 수도 있다고 한다. 소생가능성이 거의 없는 아이의 치료비는 늘어만 가고 복지단체는 치료를 중단하고자 한다.

한 침해의 문제와 더불어 형사상 범죄에 속할 수도 있으므로 치료중단의 당부에 대하여 매우 어려운 문제를 내포하고 있다. 이때 과연 치료비와 생명권 특히 삶의 질(장애여부)의 문제와 관련하여 치료중단을 허용할 것인가의 문제가 크게 대두된다. 이에 대하여 우리나라에서는 아직까지 구체적인 사례나 학설이 없기 때문에 이와 유사한 보라매병원 사건에 대한 판례를 통하여 검토하는 것도 좋은 방법일 것이다.

의학적으로 신생아는 소아과 영역에 포함되나, 신생아를 어디까지라고 정의하는 것은 어려운 문제이다. 소아과의 시기를 몇 단계로 구분할 수 있는데, 수정 후 8주부터 출생까지를 태아기라 하고, 출생 이후 4주까지를 신생아기라 보고 있다.⁵⁾ 협의로는 생후 1주년을 신생아기로 잡는 경우도 있다.⁶⁾ 어쨌든 신생아는 자신의 판단에 대하여 표현할 의사능력이 없는 아이임에는 틀림없을 것이다.

소생가능성이 없는 신생아의 경우 의사능력이 없기 때문에 환자 가족이나 대리인 등이 연명치료중단을 요구하였을 때 이를 어떻게 하여야 할 것인가이다. 산부인과에서 태아를 출산하던 중 자연분만을 시도하다가 시간이 지체되어 출산된 아이가 저산소성으로 뇌손상을 입어 뇌성마비증세를 보인 신생아를 퇴원시켜 사망하게 하였을 때와 같은 상황에서의 치료중단이 이러한 경우에 속할 것이다. 그러나 호전될 가능성이 없고 더 이상의 소생가능성이 없는 아이에 대하여 퇴원시켜 사망하게 하였다고 하여 법적으로 문제를 삼는 경우는 없었고, 문제를 삼는다 하더라도 사회상규에 비추어 정당행위로 인정되어 처벌되지 않게 될 것이다.

연명치료중단의 문제는 소극적 안락사문제와의 개념혼선으로 인해 그 구체적인 허용여부조차도 논의가 이루어지지 않고 있는 실정이다. 사실상 형법학자들 다수가 소극적 안락사를 인정하고 있는 현실을 감안하더라도 이보다 더 엄격한 의식불명의 요건을 가지고 있는 연명치료중단은 허용되어야 할 것이며, 신생아 연명치료중단도 이러한 범위 내에서 함께 논의되어야 할 것이다.

신생아 연명치료중단은 종래 치료중단, 소극적 안락사와의 구별기준이

5) 홍창의, 소아과 아틀라스, 고려의학, 2001, 3면

6) 홍창의, 소아과학, 대한교과서, 1997, 15면

모호함으로 인해 그 개념이 정확하게 정의되어 있지 않으므로 이에 대한 정확한 정의가 선행되어야 할 것이다. 이러한 논의는 소극적 안락사와 연명치료중단간의 개념 혼선으로 인하여 빚어지는 연명치료중단에 대한 거부감을 불식시킬 수 있으리라 생각한다.

신생아 연명치료중단은 결국의 신생아의 죽음의 문제로 귀결되고 윤리적인 문제와 직결되므로, 연명치료중단에 대한 윤리적 측면에서의 허용 여부 및 형법적 측면에서 허용여부를 고찰할 필요성이 있다.

연명치료중단의 문제는 기존의 법학자들의 논의에서는 안락사의 문제로 다루어져 왔고, 이러한 사정은 기존의 연명치료중단의 논의가 독립적으로 이루어지지 못하였음을 반증한다. 그러므로 본고에서는 이러한 논의의 현실을 극복하고자 기존의 안락사 연구에서 치료중단, 연명치료중단을 구분하여 다루고자 한다. 이것은 의사윤리지침이 안락사와 연명치료중단을 구분하려는 입장과도 그 흐름을 같이하며, 우리사회에 필요한 연명치료중단의 허용여부에 대한 기준을 제시하기 위한 선행연구로서도 의미를 지닐 것이다.

II. 延命治療中斷의 許容與否

1. 總 說

일반적으로 치료중단과 연명치료중단은 서로 혼용해서 사용되고 있고 이것은 소극적 안락사와도 구분되지 않은 채로 사용되다 보니 개념의 혼선이 있을 수밖에 없다. 이러한 현상은 선행연구가 이들 개념을 구분하지 않고 연구를 진행한 결과도 있고, 사회의 모든 이목이 안락사의 금지에 집중되어 제대로 된 연명치료중단에 대한 공론의 장을 마련할 수가 없었던 것도 한몫을 하였다고 판단된다. 그러므로 무엇보다도 이들 개념의 구분기준이 필요하다.

치료중단이든 연명치료중단이든, 안락사든 모두가 생명의 인위적인 단축을 의미하므로 여기까지는 공통분모를 포함하고 있다. 그러나 치료중단과 안락사를 구분하는 기준은 치료의 중단이 본인의 의사에 의한 것인

가 또는 보호자나 대리인의 의사에 의한 것인가의 여부에 있다. 즉 본인의 진지한 의사가 있으면 이를 안락사의 영역으로 볼 것이며, 본인의 의사가 아닌 보호자나 대리인 등 타인의 의사에 의한 치료중단 요구가 있으면 이를 치료중단의 범주에 포섭하는 것이 타당하다. 우리가 신생아에 대한 치료중단에 대하여 연명치료중단이라는 용어는 사용하나, 신생아 안락사라는 말은 들어본 적이 없는바, 이는 신생아가 의사능력이 없으므로 안락사와는 친하지 않기 때문이다.

치료중단과 연명치료중단은 소생가능성의 유무를 기준으로 구분할 수 있는데, 치료중단은 소생가능성이 있는 경우이고 연명치료중단은 소생가능성이 없는 경우이다. 연명치료중단은 말 그대로 생명을 연장시키기만 하는 무의미한 치료의 중단으로서 소생가능성이 없는 경우를 상정한 용어이다.

이하에서는 안락사의 허용여부에 대한 윤리적 측면에서의 정당성과 형법적 측면에서의 허용여부를 살펴보고, 연명치료중단의 허용가능성을 검토하여 보고자 한다.

2. 倫理的 側面

우리사회에서 안락사에 대한 용어는 존엄사 등의 용어와 혼용되어 있고, 이 용어들이 단일한 의미로 사용되고 있지도 않다.” 연명치료중단이 치료중단이나 소극적 안락사 등과 혼용되어 온 탓에 윤리적 측면에서의 논의도 이를 벗어나고 있지는 못하다. 소생가능성이 있는 치료중단이나 소생가능성이 없는 연명치료중단, 안락사를 동일선상에 놓고 논의를 전개하고 있는 실정이다. 이들 모두는 역시 인위적인 생명의 단절을 의미하므로 결국 생명권과 관련되어 있으므로 반드시 윤리적 정당성여부가 문제되므로 윤리적 측면에서의 논의가 검토되어야 한다.

가. 肯定說

사람의 생명권은 살 권리와 함께 죽을 권리를 내포하고 있으며, 소생가능

7) 유효종/손명세/이경환, 의료문제에 대한 윤리와 법의 통합적 접근 : 의료법윤리학 서설, 서울 : 동림사, 2002, 236-240면

성이 없는 환자의 치료중단에서 질병의 치료를 중단할 수 있는 권리는 인간으로서의 기본권에 해당하므로 일정한 요건 하에서는 이를 허용해야 한다는 입장이다.⁸⁾ 즉 독극물 투여 등의 적극적 안락사처럼 살인에 유사한 행위도 허용되어야 한다는 주장이 있으나, 불치의 질병으로 심한 고통을 받고 있는 환자의 진지한 의사에 의한 소극적 안락사와 같은 경우에는 일정한 요건을 구비하면 허용해야 한다는 입장이다. 그 기준으로는 첫째, 환자 본인의 진지한 意思를 의사가 여러 번의 확인과정을 거쳐야 한다는 것과 둘째, 환자 자신이 의사를 표현할 수 없는 경우에는 미리 작성한 사전의사결정 (living will)⁹⁾이나 대리인이 있을 경우에만 치료를 중단할 수 있다고 본다.

나. 否定說

아무리 소생가능성이 희박한 환자의 치료중단이라 하더라도 환자의 예후에 대해서 의사가 100% 정확하게 판단할 수는 없으며 의학적으로 소생가능성이 없다고 판단된 환자가 기적같이 소생하는 경우도 흔하지는 않다 하더라도 일부가 보고되고 있는 현실을 감안할 때, 연명치료중단 또한 허용해서는 안 된다는 입장이다. 연명치료중단의 취지는 이해할 수 있지만 연명치료중단이 허용된다면 값비싼 치료비를 계속 부담하기 싫은 경우, 혹은 재산상속 문제 등이 복잡하게 얽힌 경우 치료가능성이 있음에도 가족들이 이를 악용하여 의사나 병원측에 치료의 중단을 요구하며 압박할 가능성이 존재한다. 또한 가족들의 경제적·정신적 부담을 덜어주기 위하여, 혹은 가족들의 무언의 압력에 떠밀려서 자신의 의지와는 달리 환자가 치료중단을 요구할 개연성도 있다.¹⁰⁾ 따라서 환자의 생명권을 존중하여 치료중단은 어떠한 경우에도 허용될 수 없다는 입장이다.

8) Karen Lebacqz, The Euthanasia debate, 연세대 한국기독교문화연구소, 제2회 생명의 신학 국제학술심포지엄, 2002, 9면; 고윤석, 임종환자의 연명치료 중단에 관한 대한의학회 의료윤리지침, 대한의사협회(편), 제30차종합학술대회 C/8 자료집, 의료윤리지침(제1보) 병원윤리위원회, 2002, 11면

9) 사전의사결정은 의사결정능력이 있는 어떤 사람이 그가 앞으로 의사결정능력을 상실할 때를 대비해 그런 상황에서 어떤 의료조치가 자기에게 행하여지길 원하는가를 밝혀 놓는 것을 말한다. 유효중/손명세/이경환, 의료문제에 대한 윤리와 법의 통합적 접근: 의료법윤리학 서설, 서울: 동림사, 2002, 180-181면

10) 유효중/손명세/이경환, 의료문제에 대한 윤리와 법의 통합적 접근: 의료법윤리학 서설, 서울: 동림사, 2002, 288면

다. 私見

연명치료중단의 허용에 대한 부정설의 논거는 생명권의 절대적 존중사상에 입각하여 설득력이 있는 듯 하다. 그러나 현재 이러한 절대적 부정설을 취하는 학자는 보기 어렵다. 원칙적으로 소생가능성이 없는 연명치료중단은 허용되어야 한다고 생각한다. 사실 연명치료중단의 문제가 대개는 치료비부담의 문제로 귀결되는 현실을 감안할 때 이것을 허용한다면 이에 대한 악용 내지 남용의 가능성을 배제하지는 못할 것이다. 그러나 일정한 요건을 갖추도록 하여 악용가능성을 차단하도록 하여야 할 것이다. 이러한 악용방지장치로 병원윤리위원회¹¹⁾의 승인을 요하도록 한다면 여러 직종의 위원들의 합리적인 협의에 의하는 것이므로 남용의 여지는 적어질 것으로 본다.

소생가능성여부의 판단도 어려운 문제이나, 실제로 의사가 환자의 소생가능성 유무를 정확하게 판단할 수는 없다 하더라도 행위당시의 의학적 판단에 비추어 보아서, 의사가 내린 의학적 판단이 합리성과 타당성을 가지고 있다면 존중해야 할 것이다. 구체적인 수치를 제시하기는 어렵지만 소생가능성이 10% 미만이라면 이것 역시 소생가능성이 없는 것으로 볼 수 있을 것이다. 소생가능성의 판단에서도 병원윤리위원회가 주치의의 의학적 판단을 존중하면서도 이에 대한 철저한 검증 작업을 해야 함은 물론이다.

3. 刑法的 側面

연명치료중단이라는 용어는 보라매병원 사건을 계기로 학계나 사회로부터 주목받기 시작했다. 이를 감안하여 본다면, 기존에 우리사회에서 이에 대한 충분한 논의가 이루어지 못하였던 것으로 생각한다. 이러한 사정은 연명치료중단이 기존의 안락사와 혼용되면서 더욱더 용어의 개념적 혼란이 있어 왔다.

안락사에 대하여 형법학계에서 그간의 많은 논의가 있었지만 아직도

11) 병원윤리위원회는 병원에서 윤리적인 판단을 요하는 중요한 안건을 결정하기 위하여 의료인, 법률가, 철학자, 종교인, 사회사업가 등 여러 직종에 관여하는 사람들의 의견을 종합하여 결론을 도출하므로 합리적이고 객관적인 판단을 하게 된다.

통일된 견해는 존재하고 있지 못하다. 이러한 현상은 학설상 안락사에 대해 통일적인 개념정의가 이루어지지 않은 탓도 있고,¹²⁾ 학자에 따라서는 어떤 경우에는 전혀 안락사로 볼 수 없는 사례들까지도 안락사의 개념군에 포함하여 설명하는 때문¹³⁾이기도 하다.

안락사라는 이름으로 남용된 대표적인 사례로서, 생존능력은 있으나 심신의 상태가 극도로 악화되어 치유할 수 없는 정신병자나 고도의 심신장애자 등 능력위주의 가치판단을 하는 자들에 의하여 소위 무가치하다고 인정되는 생명을 사회에서 제거한다는 명분으로 박멸하는 행위이다.¹⁴⁾ 이것은 정당성의 여지가 없는 살인행위로 인간의 생명권과 존엄성 존중요구에 명백히 반하는 행위로서 법적으로 허용될 수 없을 것이다.

따라서 이러한 현실을 감안하여 기존의 안락사 논의를 살펴보고 이를 바탕으로 신생아 연명치료중단에 대한 논의를 좀더 구체적으로 전개하고자 한다.

가. 安樂死

1) 安樂死의 意義

현재 우리 사회에서는 안락사 자체에 대한 개념정의에 대해 아직 견해의 일치를 보지 못하였음은 앞에서 살펴본 바와 같다. 안락사에 대하여는, 죽음의 한 유형으로서 '고통으로부터 해방된 편안하고 안락한 죽음'¹⁵⁾을 뜻하는가 하면, 때로는 '선한 의도로 이루어진 살인'을 뜻하기도 하고,

12) 안락사 개념을 서로 다르게 파악하거나 정의하는 것이 안락사 허용 여부에 관한 여러 가지 도덕적, 윤리적, 법적 견해가 난립하는 큰 원인이 된다는 지적은 경청할 만하다.(강구진, "인공심폐장치의 차단에 관한 형법적 고찰, 「법학」, 서울대학교 법학연구소, 제20권 제1호, 1979. 8. 171면)

13) 이상용, 치료중단과 안락사, 서울: 형사정책연구원, 2001, 46면

14) 허일태, "안락사에 관한 연구", 형사정책연구원, 1994, 25-27면

15) 안락사(euthanasia)는 eu(well, good)와 thanatos(death)가 합쳐진 그리스 말로 '아름다운 죽음'을 의미하는 말이다. 그러므로 안락사는 행복한 죽음을 맞이하는 것, 아름답고 존엄한 죽음, 행복하고 품위 있는 죽음, 고통이 없는 빠른 죽음, 잠자는 것과 같은 평화로운 죽음, 가벼운 죽음, 깨끗한 죽음 등의 뜻을 가지고 있다. 이것은 환자의 측면에서 바라본 것이지만 시술자의 측면에서는 많은 뜻을 내포하고 있다. 왜냐 하면 이는 자연적인 죽음이 아닌 최소한의 인위적인 의도 내지 행위를 포함하므로 이에 대한 기본적인 이해가 전제되어야 하기 때문이다.(한국의료윤리교육학회, 「의료윤리학」(서울: 계축문화사, 2001), 292-293면)

또는 법적으로 허용될 수 있는 여러 조건에 의해 제한된 개념정의가 사용되기도 하는 등, 사람들이 제각각 인식하는 개념은 매우 다양한 변이의 폭을 보이고 있다.¹⁶⁾

또한 안락사에 대해서 그 앞에 다양한 수식어를 붙여서 사용하고 있기도 한데, 광의/협의, 진정/부진정, 직접적/간접적, 적극적/소극적, 자의적/비자의적 등의 수식어가 그 예이다.

의학계에서는 안락사를 “회복될 수 없거나 불치병으로 고통을 받고 있는 환자를 고통에서 벗어나게 하기 위하여 환자의 죽음을 유발시키거나 허용하는 관행이나 행위”라고 정의하고 있기도 하다.¹⁷⁾ 의학계에서도 통일된 견해로서 안락사를 정의하고 있지는 못하다. 그러나 어떻게든 일정한 경우 안락사를 허용하려는 경향이 강하다.

이에 대해 현재 법학계의 입장은 안락사를 “의사가 고통이 없는 방법으로 환자의 생명을 단축시키는 것¹⁸⁾”, “고통을 덜어 주기 위해서 죽음에 임박한 환자의 생명을 단축시켜 사망에 이르게 하는 것¹⁹⁾”, “격렬한 고통에 허덕이는 불치 또는 빈사의 환자에게 그 고통을 제거 또는 감경하기 위하여 그를 살해하는 것²⁰⁾”, “회복할 수 없는 결정적인 죽음의 단계에 들어선 중환자에게 고통을 덜어 주기 위해 그 생명의 종기를 인위적으로 앞당기거나 그 가능한 연장조치를 중단해 버리는 경우²¹⁾”, “심한 육체적 고통에 시달리는 불치 또는 빈사의 환자에 대해 그 고통을 덜어주기 위한 목적으로 사기를 앞당기는 의학적 조치²²⁾”, “심한 육체적 고통에 시달리며 사기가 임박한 불치 또는 난치의 환자의 고통을 제거하거나 완화하기 위한 의료적 조치가 생명의 단축을 가져오는 경우²³⁾” 등으로 학자에 따라 각기 달리 이해하고 있다.

16) 이상용, 「치료중단과 안락사」(서울: 형사정책연구원, 2001), 46면

17) 한국의료윤리교육학회, 前掲書, 293면

18) 계희열, 「헌법학(中)」(서울: 박영사, 2002), 262면

19) 박상기, 「형법총론」(서울: 박영사, 1999), 150면

20) 이재상, 「형법각론」(서울: 박영사, 2001), 21면

21) 김일수, 「형법학원론」(서울: 박영사, 1993), 600면

22) 배종대, 「형법각론」(서울: 홍문사, 1999), 63면

23) 임웅, “안락사의 정당화”, 고시연구, 1999. 12. 42면

요컨대 의학계가 안락사를 자연적인 현상에 있어서 용인될 수 있는 행위로 보는 반면, 법학계는 형법적인 관점에서 처벌되는 행위인지 여부로 안락사를 정의하고 있는 셈이다.

이러한 법학계의 입장은 일본 나고야 고등법원의 안락사에 대한 정의에 잘 나타나 있다. 1962년 일본의 나고야 高等法院의 판결내용²⁴⁾에 따르면, 안락사는 ① 현대의학의 견지에서 환자가 불치의 질병에 걸려 있고 死期가 임박해 있을 것, ② 환자의 육체적 고통이 격심할 것, ③ 안락사가 오로지 환자의 육체적 고통을 완화할 목적으로 행해질 것, ④ 환자의 의사표명이 가능한 경우에는 환자의 진지하고도 명시적인 촉탁 또는 승낙이 있을 것, ⑤ 안락사를 시행하는 자는 원칙적으로 의사일 것, ⑥ 안락사 시행의 방법이 윤리적으로 타당할 것이라는 요건을 갖추었을 때 적법하다는 것이다.

그러나 '육체적 고통제거'에 중점을 두고 본 과거의 안락사에 대한 견해와는 달리, 오늘날에는 "존엄하게 죽을 환자의 권리"에 중점을 두는 경향²⁵⁾이 있으므로 시대변화에 따라 안락사에 대한 개념도 달라질 필요가 있다. 이러한 점을 고려하여 새로운 안락사 개념을 제시하는 견해는 '육체적 고통'의 요소를 제거하고 "사기가 임박한 불치 또는 난치의 환자로 하여금 인간다운 죽음을 맞이하도록 하는 의료적 조치가 생명의 단축을 가져오는 경우"를 안락사로 정의하는 견해가 보다 합리적이라고 보는 견해²⁶⁾도 있다.

2) 安樂死의 類似 概念

안락사의 유형으로 들고는 있으나 엄밀한 의미에서 안락사로 보기 어

24) 明高屋高判 1962. 12. 22. 高刑集 15卷 9號, 674項

25) 1975년 4월 카렌은 친구의 생일파티에 참석하여 약간의 술을 마신 후 혼수상태에 빠져 병원으로 옮겨졌다. 병원에서 인공호흡기에 연명하며 살다가 혼수상태에 빠졌으나 뇌사 상태는 아니었으며 의식을 회복할 가능성은 거의 없었다. 수개월이 지난 뒤 부모는 더 이상의 호전을 기대할 수 없어 담당의사에게 카렌에게서 인공호흡기를 제거하여 죽을 수 있도록 하여 달라고 요구하였으나, 담당의사는 카렌의 부모가 나중에 변덕을 부려 소송을 제기할지도 모른다는 생각에 이를 받아들이지 않았다. 이에 부모는 주법원에 호흡기를 제거하기 위한 소송을 제기하여 하급심에서는 카렌의 부모가 패소하였으나, 1976년 1월 뉴저지 주 대법원은 만장일치로 카렌의 부모의 손을 들어 주었다. 이는 환자의 죽을 권리를 인정한 주법원에서의 최초의 판결이었다. In re Quinlan, 70 N.J. 10, 355 A. 2d647 (1976)

26) 임웅, 「형법각론」(서울: 법문사, 2002), 23면

려운 용어들이 있는바, 다음에서 안락사의 유형을 논하기에 앞서 이들 유사개념들을 살펴보는 것이 개념적 혼란을 줄일 수 있을 것이다.

가) 존엄사

존엄사(death with dignity)²⁷⁾란 임박한 죽음의 고통에 시달리는 불치 또는 난치의 환자가 그 고통에서 벗어나기 위해 차라리 죽기를 바랄 경우에 치명적인 의약품을 제공함으로써 환자가 고통이 없는 방법으로 사망에 이르게 하는 행위를 말한다. 극심한 고통에 시달리는 불치의 환자가 인간답게 죽을 권리(존엄사)를 주장하는 경우 그의 인격권을 존중하여 스스로 생명을 단절할 권리를 인정해 줄 필요성도 있으나 그 요건은 매우 엄격하여야 할 것이다. 고통 중에 있는 환자의 생명을 연장하여 고통을 맞이하도록 내버려 둔다는 것이 비인도적이라는 것이다. 이는 안락사의 일종으로 볼 수도 있으나, 특별한 유형으로 구분하기는 어려울 것이다.

나) 자비사

慈悲死(mercy killing)란 단지 생명유지장치에 의해 인공적으로 연명할 뿐 소생할 가망이 없는 혼수나 빈사상태의 환자를 육체적 고통으로부터 벗어나 차라리 죽을 수 있도록 약물을 투여하거나 생명유지장치를 제거하여 생명을 단축시키는 행위를 말한다.²⁸⁾ 이 자비사도 넓은 의미에서 안락사의 일종으로 논하여지지만 환자 자신이 자기결정권을 행사할 수 없다는 점에서 안락사와 반드시 일치하는 것은 아니다. 소극적 안락사의 영역에서는 연명치료중단의 개념과 유사하다고 할 것이다.

다) 의사조력자살

의사조력자살(physician assisted suicide)이라 함은 환자가 회복할 수 없는 질병을 가지고 있으며 삶의 고통만이 증가하여 더 이상 살아야 할 필요성을 느끼지 못하고 삶을 마감하려고 할 때, 환자 자신이 자살할 수 있도록 의사가 환자에게 의료적 처치나 의학적 지식을 제공하는 의도적인 행위²⁹⁾라고 말할 수 있다. 의사조력자살을 옹호하는 입장에서는 전적

27) 안락사의 분류방법 중 윤리성을 기준으로 안락사를 존엄사, 자비사, 도태적 안락사로 구분하는 견해도 있다.(한국의료윤리교육학회, 前掲書, 301-303면)

28) 이것을 존엄사라고 정의하는 입장도 있다(최우찬, "안락사와 존엄사", 고시계 1989. 2. 38면)

29) *Black's law dictionary*, 7th ed. (st. paul : west group, 1999), p.1447

으로 인도주의적인 동기에서만 행한다면 의사조력자살은 도덕적으로 용인될 수 있다고 주장한다.³⁰⁾ 이 또한 안락사의 여러 형태 중의 하나로 나타날 수도 있으나, 의사가 환자의 자살을 도와주는 것이므로 안락사의 한 유형으로 보기는 어렵다.

이들 유사개념들은 다음에서 보는 안락사의 유형에 비추어 다른 개념들과 일정한 기준을 두고 구분되는 것은 아니다. 따라서 이들을 따로 개별적인 유형으로 보는 것은 개념의 혼란을 더욱 부채질 할 것이므로, 이들을 유사개념으로 설명한 것이다.

3) 安樂死의 類型

안락사는 먼저 그 시행이 생명의 단축을 초래하느냐의 여부로 분류할 수 있다. 생명의 단축을 가져오지 않는 '진정안락사'는 자연적인 사망에 이르는 과정이므로 법적으로 허용된다고 보고, 생명의 단축을 가져오는 '부진정안락사'를 다시금 생명단축을 직접적인 목적으로 하는가의 여부에 따라 직접적 안락사와 간접적 안락사로, 행위방식의 적극성 여부에 따라 적극적 안락사와 소극적 안락사로 구별하기도 한다.³¹⁾

안락사의 유형은 위에서 살펴본 바와 같이 여러 형태로 나눌 수 있으나, 여기서는 직접적 안락사와 간접적 안락사, 적극적 안락사와 소극적 안락사로 나누어 보고 연명치료중단과 관련하여 논의하고자 한다.

가) 직접적 안락사

참을 수 없는 고통으로 고생하고 있는 환자에게 치명적인 약물을 주사함으로써 생명을 마감케 하는 의사의 적극적인 처치를 하여 사망하게 하는 것을 '직접적 안락사'라고 한다.³²⁾ 말기환자에게 모르핀을 주사하여 죽을 수 있도록 하는 경우가 이에 포함된다.

나) 간접적 안락사

간접적 안락사란 불치의 환자에 대해 고통을 감소시켜 주는 약품을 투여하는 것이 동시에 부수적으로 그의 생명단축을 가져올 수도 있는 경우

30) Biggs, H., *Euthanasia Death with Dignity and the Law*(Portland : Hart Publishing, 2001), p.60

31) 안락사에 대하여는 학자마다 정의를 달리하고 있으므로 개념의 혼선이 있게 되는 것이 보통이다.

32) 임웅, 前揭書, 24면

를 가리킨다.³³⁾ 이 경우에는 환자의 고통을 감소시켜 줄 목적으로 약품을 투여함으로써 부수적으로 그의 생명단축이라는 결과를 가져올 수도 있다는 것을 행위자가 알고 있어야 한다는 것을 전제로 한다.³⁴⁾ 그러나 의도적으로 부수적인 결과의 발생을 위하여 행한 것은 아니다.

다) 적극적 안락사

적극적 안락사란 환자의 고통을 덜어 주기 위해 적극적으로 생명단축 행위를 시술하는 형태를 말한다.³⁵⁾ 즉 고통을 경감시킬 목적으로 환자의 생명을 의도적으로 단절시키는 것을 의미하는데 이를 자비사(mercy killing)라고도 한다.³⁶⁾ 고통에 시달리는 불치병의 환자에게 독약을 먹여서 살해하는 것이 전형적인 경우에 해당한다.

생명단축을 직접적 목적으로 하는 적극적 안락사는 비록 환자의 명시적 요구가 있더라도 형법상 절대적 생명보호의 원칙에 위배되고, 안락사 남용의 위험성이 있다는 등의 이유를 들어 위법하다는 것이 통설적 견해³⁷⁾이다. 그러므로 이러한 유형의 안락사는 환자의 촉탁·승낙여부와 상관 없이 살인죄가 성립되며, 촉탁·승낙이 있을 때는 형법 제252조의 촉탁·승낙에 의한 살인죄에 해당하고 그렇지 않으면 보통살인죄를 구성한다.³⁸⁾ 판례는 이러한 유형의 안락사를 인정하지 않고 있다.³⁹⁾

라) 소극적 안락사

소극적 안락사란 死期가 임박하고 현대의학의 견지에서 소생불가능한 불치의 환자에 대하여 의사가 환자나 가족의 진지한 의사에 의하여 생명 유지에 필요한 의료적인 처치를 취하지 않거나 이미 부착된 인공생명유지 장치를 제거하는 경우를 말한다. 이는 자연적인 사망시기를 단축시키는 것은 아니라고 한다.

33) 박상기, 前掲書, 151면

34) 전지연, “안락사에 대한 형법적 고찰”, 『한림법학Forum』제4권, 1994/95, 120면

35) 박상기, 前掲書, 151면

36) Biggs, H., op. cit., p.64

37) 하태훈, “생명연장을 위한 의료행위, 의사의 의무인가”, 시민과 변호사, 2001. 6.; 오영근, 『형법각론』(서울:대명출판사, 2001), 21면; 박상기, 前掲書, 64면

38) 배종대, 前掲書, 65면

39) 大判 1957. 7. 26. 4290형상126

이때 의사가 환자에 대한 치료의무 내지 생명유지의무, 즉 作爲義務를 이행하지 않는다는 의미에서 '消極的' 안락사 또는 '不作爲'에 의한 안락사라고 부르기도 한다. 말기환자에 있어 병세가 심한 기능장애로 말미암아 절망적으로 악화됨으로써 의사가 혈액순환촉진제의 투여와 인공호흡기의 연결 등을 중지함으로써, 즉 '치료중단'에 의하여 환자로 하여금 자연적인 죽음을 맞이하도록 하는 것이 소극적 안락사에 해당한다.⁴⁰⁾ 의료계에서 문제가 되고 있는 연명치료중단은 바로 형법학계에서 말하는 '消極的 安樂死'의 개념에 일응 포섭된다고 할 수 있다.

환자의 명시적 의사 또는 推定的 承諾에 기하여 행해진 소극적 안락사에 대하여는 환자의 自己決定權 내지 治療拒否權을 존중하고 존엄사할 권리를 인정하자는 논거를 들어 살인죄가 성립되지 않는다는 것이 형법학계의 다수 견해⁴¹⁾이다. 이 입장에서는 소극적 안락사를 촉탁·승낙살인죄(형법 제252조 제1항) 또는 보통살인죄(형법 제250조)의 구성요건에 해당하지만 '社會常規에 위배되지 아니하는 정당한 행위'(형법 제20조)로서 違法性이 阻却되는 것으로 이해하거나,⁴²⁾ 환자에 대하여 생명유지의무를 부담하고 있는 의사는 소극적 안락사에 있어서 不作爲犯의 성립만이 문제가 되는데 일정한 요건이 갖추어진 경우에 의사의 생명유지의무가 소멸함으로써 의사의 치료중단은 살인죄의 不作爲犯이 되지 않는다고 한다.⁴³⁾

4) 私見

일반적으로 형법학계에서는 안락사의 유형을 4가지로 나누어 논의를 전개하고 있다. 즉 직접적 안락사와 간접적 안락사, 적극적 안락사와 소극적 안락사가 그것이다. 그러나 직접적 안락사와 적극적 안락사는 그 개념이 뚜렷하게 구분되지 않는다. 참을 수 없는 고통을 가지고 있는 말기 환자에 있어 치명적인 용량의 모르핀을 주사함으로써 직접적으로 생명을 단축하는 의사의 적극적인 처치는 直接的 安樂死이면서도 積極的 安樂死로 볼 수 있으므로 이를 명확히 구분하기 어려워 함께 설명하기도 한다.

40) 임웅, 前揭論文, 46-47면

41) 박상기, 前揭書, 152면; 배종대, 前揭書, 64면 등

42) 이재상, 前揭論文, 583-584면

43) 배종대, 前揭書, 64면

兩者가 직접적 또는 적극적으로 생명단축을 수반하는 점에서 본다면 동일한 것으로 볼 수 있을 것이다. 따라서 직접적 안락사와 적극적 안락사에서는 생명단축을 직접적인 목적으로 하므로 양자를 구분하지 않는 것이 좋겠다. 적극적 안락사는 직접적인 생명단축을 초래하므로 이는 살인죄에 해당되기 때문에 허용되지 않는다고 할 것이다.

간접적 안락사는 고통감소를 목적으로 약물을 투여하다가 부수적으로 생명단축을 가져오는 경우이므로, 그 동기나 목적에 비추어 참작할 점이 많이 있으나, 소생불가능이나 사기임박 등 소극적 안락사의 요건을 갖추었느냐의 여부에 따라 그 허용여부가 달라진다.

미국의 Oregon 주의 존엄사법, 네덜란드의 안락사법과 같이 안락사를 합법화할 법률을 제정하여 안락사 허용의 요건, 절차 등을 엄격하고 명확하게 규정하여 안락사 남용의 위험을 사전에 차단하는 것이 더 바람직하다고 주장하기도⁴⁴⁾ 한다. 우리나라도 안락사에 대한 명확한 개념의 규정과 안락사 허용의 요건과 절차를 규정하여 이를 시행함에 자의적인 판단이 개입되지 않도록 제도를 마련하여 주어야 할 것이다.

여기서는 연명치료중단의 허용여부가 논점이 되므로 형법학계에서 대부분 허용하고 있는 자연적인 사망시기를 단축시키지 않는 소극적 안락사에 대하여 상세히 살펴보기로 한다.

다. 消極的 安樂死의 許容與否

1) 消極的 安樂死의 概念

소극적 안락사란 일반적으로 사기가 임박하고 현대의학의 견지에서 소생불가능한 불치의 상태에 있는 환자에 대하여 환자의 진지한 의사에 의하여 의사가 생명유지에 필요한 의료적인 처치를 취하지 않거나 이미 부착된 생명유지장치를 제거하는 경우를 말한다. 이때 의사가 환자에 대한 치료의무 내지 생명유지의무, 즉 작위의무를 이행하지 않는다는 의미에서 '소극적' 안락사 또는 '부작위'에 의한 안락사라고 부른다. 따라서 소극적 안락사에서는 의사의 생명유지의무가 소멸하거나 적어도 현저하게

44) 임웅, 前揭書, 25면

축소되는 경우인가가 문제되고 있다.⁴⁵⁾

연명치료중단은 소극적 안락사의 경우 중에서도 환자가 의식이 없어 의사능력이 없는 경우이므로 소극적 안락사의 허용여부에 대한 견해를 살펴보고 연명치료중단의 허용여부를 살펴보고자 한다.

2) 消極的 安樂死의 許容에 對한 學說

형법학계에서는 소극적 안락사에 대해서는 대체로 허용된다는 입장이 통설이라고 할 수 있다. 환자의 명시적 의사 또는 추정적 승낙에 기하여 행해진 소극적 안락사에 대하여는 환자의 자기결정권 내지 치료거부권을 존중하고, 헌법 제10조⁴⁶⁾에 근거한 존엄사할 권리를 인정해야 하며, 의사의 치료의무가 소멸한다는 논거에 기초해 살인죄가 성립하지 않는다는 것이다. 다만 소극적 안락사에 대한 허용요건이나 판단방법, 그리고 형법 이론 구성상의 다소간의 차이점이 존재할 따름이다.⁴⁷⁾

이 견해에서는 소극적 안락사를 촉탁·승낙살인죄(형법 제252조 제1항)⁴⁸⁾ 또는 살인죄(형법 제250조)⁴⁹⁾의 구성요건에 해당하나, 형법 제20조⁵⁰⁾의 기타 社會常規에 위배되지 아니하는 정당행위⁵¹⁾ 또는 형법 제24조⁵²⁾의

45) 이상돈, 「의료형법」(서울: 법문사, 1998), 212면

46) 헌법 第10條 모든 國民은 人間으로서의 尊嚴과 價値를 가지며, 幸福을 追求할 權利를 가진다. 國家는 개인이 가지는 不可侵의 基本的人權을 확인하고 이를 보장할 義務를 진다.

47) 따라서 환자의 명시적 또는 추정적 의사에 따라 생명연장조치를 하지 않은 것은, 의사에게 환자의 의사에 반하여 생명연장의 조치를 취해야 할 의무가 있는 것은 아니기 때문에 촉탁살인죄의 구성요건에 해당하지 않으나, 환자가 죽음의 연기를 원하는 데에도 불구하고 이를 행하지 않으면 부작용에 의한 살인죄가 된다는 견해는 소극적 안락사에 대한 긍정설로 보아야 한다. 이를 소극적 안락사 허용에 대한 부정설로 언급한 것은 문제가 있다고 본다.(이상용, 前揭論文, 55면)

48) 형법 第252條 (囑託, 承諾에 依한 殺人等)

① 사람의 囑託 또는 承諾을 받아 그를 殺害한 者는 1年以上 10年以下의 懲役に 處한다.
② 사람을 教唆 또는 幫助하여 自殺하게 한 者도 前項의 刑과 같다.

49) 형법 第250條 (殺人, 尊屬殺害)

① 사람을 殺害한 者는 死刑, 無期 또는 5年以上의 懲役に 處한다.
② 自己 또는 配偶者의 直系尊屬을 殺害한 者는 死刑, 無期 또는 7年 이상의 懲役に 處한다.

50) 형법 第20條 (正當行爲) 法令에 依한 行爲 또는 業務로 因한 行爲 其他 社會常規에 違背되지 아니하는 行爲는 罰하지 아니한다.

51) 이영란, 「한국형법학」(서울: 숙명여대출판국, 2002), 294면; 배종대, 前揭書, 64면

52) 형법 第24條 (被害者의 承諾) 處分할 수 있는 者의 承諾에 依하여 그 法益을 毀損한 行爲는 法律에 特別한 規定이 無限 罰하지 아니한다.

피해자의 승낙에 의한 행위⁵³⁾로서 위법성이 조각된다고 본다. 이에 대하여 환자에 대하여 생명유지의무를 부담하고 있는 의사는 소극적 안락사에 있어 부작위범의 성립만이 문제가 되는데 일정한 요건이 갖추어진 경우에 의사의 생명유지의무가 소멸함으로써 의사의 치료중단은 살인죄의 부작위범으로서 성립하지 않는다는 견해⁵⁴⁾도 있다. 회복 가능성이 없고 사기에 임박한 환자에 대하여는 의사의 치료의무가 소멸하므로 의사의 작위의무는 존재하지 않게 된다. 따라서 소극적 안락사는 작위의무위반이 없는 부진정부작위범의 구성요건에 해당하지 않는 행위라고 보는 것이 타당하다는 견해⁵⁵⁾도 있다.

소극적 안락사에 대해 이를 허용하는 입장이 일반적이지만, 견해마다 약간씩 다른 논거를 제시한다. 이는 연명치료중단과 안락사를 구분하는데 의미가 있으므로 이에 관해 좀더 상술하고자 한다.

가) 제한적 허용설

환자의 명시적 또는 추정적 의사에 따라 생명연장조치를 취하지 않은 것은 촉탁살인죄의 구성요건에 해당하지 않으나, 환자의 의사에 반하여 또는 환자의 의사를 전혀 알 수 없는 경우에 의사나 환자의 가족들이 경제적 이유 및 환자의 생존가치가 없다는 이유 등으로 환자의 생명에 대한 생사여탈을 결정하는 것은 생명권의 최대존중 및 보장요구의 관점에서 허용되어서는 안 된다는 입장⁵⁶⁾이 여기에 속한다.

그리고 생명연장조치의 포기나 중지의 경우에는 환자의 진지한 요구나 승낙에 따른 경우는 환자의 自己決定權의 존중이라는 측면에서 촉탁승낙 살인죄가 성립하지 않고, 환자의 의사를 알 수 없는 경우에는 사전의사결정(living will)⁵⁷⁾이 있다면 그에 따르면 되지만, 그렇지 않은 경우는 세 가지로 경우를 나누어 보아야 한다는 견해가 있다.⁵⁸⁾ 인공호흡장치의 제

53) 박상기, 前掲書, 152면

54) 이정원, 「형법각론」(서울: 법지사, 1999), 43-44면

55) 이형국, 前掲書, 21면; 김일수/서보학, 「형법각론」(서울: 박영사, 2003), 26면

56) 김일수, 前掲論文, 24면

57) 유효종/손명세/이경환, 「의료문제에 대한 윤리와 법의 통합적 접근: 의료법윤리학 서설」(서울: 동림사, 2002), 183-185면

58) 전지연, “현행 형법에 따른 안락사의 허용 여부에 대한 검토”, 172면

거, 수혈 중단, 인위적 영양공급의 중단 등이 환자의 명시적이고 진지한 의사에 의한 것이라면 생명이 단축되더라도 정당화되어야 한다는 주장⁵⁹⁾도 있다.

나) 허용설

의사능력 있는 환자가 치료중단을 원하는 의사표시를 한 경우에는 의사는 치료를 중단할 수 있을 뿐만 아니라 그에 구속을 받으며, 빈사상태의 환자로부터 치료를 중단함으로써 죽음을 자연적이고 인간의 존엄에 상응하는 과정에 맡기는 경우에는 더 이상 형사처벌이 문제되지 않는다. 다만 그 환자가 치료거부의 의미를 이해할 수 있는 능력을 가지고 있어야 하며, 그 의사표시가 명시적이고 진지하며 자유로운 상태에서 진의에 합치하여야 할 것을 요구한다는 점에서 긍정설이나 제한적 긍정설의 결론은 거의 동일하다고 볼 수 있다.

그러나 긍정설은 환자의 의사표시가 불가능한 경우에도 치료중단에 의한 소극적 안락사를 반대하지 않는다.⁶⁰⁾ 다만 환자의 자기결정권 내지 사생활권의 존중이라는 치료행위의 본질에 의해 환자의 의사를 추정하여 그에 따라야 하며, 환자에게 최선의 이익이 무엇인가를 판단하여 치료중단여부를 결정하여야 한다. 이를 위해서는 죽음의 임박이나 의식회복의 불가능성이 합리적인 의심이 없을 정도로 의학적으로 확정될 것이 원칙적으로 요구되며, 이를 바탕으로 관계이익의 형량이 이루어져야 한다고 한다.

또한 사망은 어느 순간에 일어나는 사건(incident)이 아니고 일정 기간에 일어나는 과정(process)이므로, 소극적 안락사는 허용되어야 한다는 입장도 긍정설에 속한다.⁶¹⁾ 즉 사람의 죽음은 일련의 과정이므로 회복할 수 없는 시점을 지나서 사망의 과정을 거쳐 사망하는 것이다. 따라서 의사가 특정 환자에게 회복가능성이 없다고 판단한다면 이는 이미 '회복할 수 없는 시점'을 훨씬 지난 것이다. 그렇다면 의사윤리지침은 "회복가능성이 없는 환자에게 사망의 과정을 불필요하게 늘리지 않고, 자연스럽게

59) 하태훈, 前揭論文

60) 김재봉, "치료중단과 소극적 안락사", 「형사법연구」 제12호, 1999, 167면

61) 이윤성, "'소극적 안락사'를 받아들이다", 「시민과 변호사」 2001. 6.

죽음을 맞이하도록 하자”는 의미이며, 단순히 사망의 시기를 앞당기는 것과는 뚜렷한 차이가 있다는 것이다. 환자 본인의 자의에 의한 소극적인 안락사, 즉 회복 불가능한 말기환자에 대한 무용한 연명치료중단을 통한 사망에 이르는 길은 전통적인 정서와 관행, 그리고 사회정의에 비추어 정당화될 수 있을 것이라고 주장한다.⁶²⁾

다) 私見

소극적 안락사에 대한 학설의 일반적인 흐름은 거의 허용하는 방향이다. 죽음의 선택에 관하여는 본인의 自己決定權이 가장 중요한 근거로서 작용한다. 신체에 대한 자기결정권뿐만 아니라 치료거부권을 인정하여 소극적 안락사를 인정하자는 것이다. 그러므로 환자 자신이 자유롭게 자율적으로 결정하였고, 그 결정을 숙고한 뒤에 일관되게 주장하며, 회복할 가망이 없으며 육체적·정신적인 고통을 겪고 있으며 달리 대체수단이 없다는 전제조건을 충족한다면 소극적 안락사를 인정해야 한다. 소극적 안락사의 경우에는 의사의 생명유지의무가 소멸하거나 현저하게 축소된다고 보아야 할 것이며, 적어도 무의미한 생명연장만을 위한 치료행위는 인간의 존엄과 가치에도 반한다고 보아야 한다.

소극적 안락사를 허용하는 입장이 통설이나 제한적 허용설은 환자본인의 진지한 의사를 중시하는 견해로서 이는 안락사에 대한 개념이며, 단순 허용설은 안락사와 연명치료중단을 포함하는 개념이라 할 것이다. 따라서 어느 견해에 의하든 소극적 안락사를 허용하고 있다고 본다. 그렇다면 허용되는 소극적 안락사 중에서도 환자의 의식불명을 요건으로 하는 연명치료중단은 더 더욱 허용되어야 할 것이다.

4. 延命治療中斷의 허용가능성

가. 延命治療中斷의 意義

연명치료중단에 관해서 법학계와 의료계에서는 그 용어에 대하여 특별한 정의를 내리고 있지는 않아 개념의 혼동이 있다. 연명치료라 함은 환

62) 권복규, “안락사와 낙태에 대해 의료계는 어떤 입장을 취할 것인가?”, 『대한의사협회지』 제44권 제10호, 2001. 10. 1050면

자의 주된 병적 상태를 바꿀 수 없으면서도 생명권의 중함을 강조하며 생명을 연장하는 치료를 말한다.⁶³⁾ 이에 는 임종환자에게 수행되는 인공호흡기, 신장투석, 항암 화학요법, 항생제, 그리고 인공영양제와 수액치료 등을 포함하며 이보다 광범위한 조치들이 포함될 수 있다. 치료중단이란 의학적으로 치료를 계속하면 생명을 일정한 정도 더 연장할 수 있는데 인위적으로 치료를 하지 않고 중단하는 것이다.⁶⁴⁾ 이를 더 자세하게 설명한다면, 현재의 치료에 상당하는 대안적 행위를 하지 않으려는 명백한 의도를 가지고 진행 중인 치료적 행위를 점진적으로 철회하거나 중지하는 것으로, 생명유지를 위해 필요한 새로운 처치가 시도되지 않거나 현재 진행 중인 치료적 행위가 단계적으로 확대되지 않는 것이다.

이에 대하여 치료중단을 의사의 행위의 정당성을 역설하며 '무의미한' 치료의 중단으로 아주 좁게 보는 견해⁶⁵⁾도 있다. 이 견해에 의하면 치료 중단에는 고통완화 등 환자의 보살핌(care)을 그만 둔다는 것은 아니며, '증상조절'을 통해 환자가 편안하게 여생을 보낼 수 있도록 도와주는 것(care)이 치료의 목표가 된다고 한다. 즉 진료의 목표가 치료(cure)나 적극적 생명연장에서 환자의 편안으로 바뀔 뿐이라고 한다.⁶⁶⁾ 이 견해는 말기암환자 등 불치의 환자가 사기에 임박하여 더 이상 회복가능성이 없는 경우에 있어서의 치료중단으로서 이는 연명치료중단의 개념을 설명한 것이라 하겠다.

따라서 연명치료중단이란 소생가능성이 없는 환자의 주된 병적 상태를 좋은 상태로 바꿀 수 없지만, 단지 생명만을 연장하는 '무의미한' 치료를 더 이상 시행하지 않는 것을 의미한다고 할 수 있다. 이는 환자가 의식불

63) 고윤석, "임종환자의 연명치료중단에 관한 대한의학회 의료윤리지침", 「대한의사협회 제30차 종합학술대회 C/8 의료와 사회 심포지엄, 의사윤리지침(제1보)·병원윤리위원회」, 2002, 11면

64) 김상득, 「생명의료윤리학」(서울: 철학과 현실사, 2000), 273면

65) 허대석, "무의미한 치료의 중단", 「대한의사협회지」 제44권 제9호, 957-958면

66) 그런데 이러한 견해에서는 '무의미하다'는 말의 정의를 내리기가 쉽지 않다는 단점이 있다. 이에 대하여 의학적 처치로 효과를 볼 확률이 1%를 넘지 않는다면 이것은 무의미한 진료라고 보는 입장, 또는 의료진, 환자, 보호자가 모두 임종과정을 연장시키는 것을 원치 않을 때 임종과정중의 처치는 무의미한 시술로 보는 견해, 또는 '사회의 통념(community standards)'에 따라 결정하는 견해, 또는 의료기관 내에 '치료중단'의 기준을 구체적으로 정한다는 견해 등이 있다.(허대석, 前揭論文, 958면)

명인 상태에서 보호자나 대리인 등 타인의 치료중단결정에 의하여 생명이 종료되는 것이다.

나. 延命治療中斷의 許容

대체로 소극적 안락사와 연명치료중단을 개념적으로 구분하지 않고 혼용하면서 논의를 전개하고 있다. 안락사는 환자의 의사에 따라 행하여지는데 반하여,⁶⁷⁾ 연명치료중단은 의식불명상태에 있는 환자에 대하여 보호자나 대리인 등 타인의 의사결정에 따라 판단할 수밖에 없다는 데에 근본적인 차이점이 존재한다. 따라서 일정한 요건에 따라 소극적 안락사를 허용하는 학설에 의한다면, 소생가능성이 없는 환자의 연명치료중단도 일정한 요건에 따라 허용되어야 할 것이다. 이와는 달리 소생가능한 환자의 치료중단은 전연 제도를 달리하고 있다 하겠다.

소생가능성이 없더라도 환자의 의식이 있는 경우에 환자의 진지한 의사에 따른 소극적 안락사를 허용하는 견해에 의할 때, 소생가능성이 없는 환자가 환자의 의사를 표명하지 못하는 외에는 소극적 안락사의 요건을 모두 충족하고 의식불명인 경우라면 이에 대한 연명치료중단은 허용하더라도 무방할 것이다.

연명치료중단은 일반적으로 소생가망 없는 환자에 대한 무의미한 치료의 중단으로서의 퇴원과 의학적 충고에 반한 퇴원의 형태로 이루어지고 있다. 소생가망 없는 퇴원은 의학적으로 더 이상의 치료효과를 기대하기 어렵고, 인공호흡기와 수액주사 등으로 생명을 유지하고 있는 환자를 자기 자신 또는 보호자의 요청에 의하여 의사가 퇴원시키는 것으로, 일반적으로는 의사가 반대하지 않는다. 반면에 의학적으로 병원에 입원해서 계속 치료를 받아야 함에도 불구하고 환자와 보호자의 강력한 요청에 의하여 의사가 어쩔 수 없이 퇴원을 허락하는 경우를 의학적 충고에 반하는 퇴원이라고 할 수 있다.⁶⁸⁾

전자의 가망 없는 퇴원은 사실상 일정한 조건을 충족하면 퇴원으로 생

67) 우리는 의료현장이나 사회에서 신생아 안락사라는 말을 듣지 못하고 있다.

68) 손명세, "치료중단의 윤리문제와 법적 장치", 「대한의사협회지」 제41권 제7호, 1998. 707면

명이 소실되더라도 위법행위로 평가받지 않을 것이다. 그러나 후자의 회복가능성이 있는 환자에 대한 퇴원은 치료중단이 생명을 단축시킨다는 점에서 특별한 사정이 없는 한 살인죄가 성립될 것이다. 이는 보라매병원 사건에서 보는 바와 같이 우리 사회의 생명윤리에 대한 뜨거운 논쟁을 촉발시키게 될 것이며 생명단축에 대한 위법성을 조각할 만한 특별한 사정이 없는 한 허용해서는 안 될 것이다.

소극적 안락사의 요건을 갖춘 소생가능성이 없는 환자에 대한 연명치료중단은 사회상규에 반하지 않는 正當行爲로 허용되어야 할 것이다. 소생가능성이 없는 환자에 있어서 더 이상의 삶이 무의미한 경우 인간에게 존엄하게 죽을 권리도 있으므로 연명치료중단은 정당행위로서의 성질을 가지게 될 것이다. 사회상규에 반하지 않는 정당행위로서의 연명치료중단은 일정한 요건하에 허용되어야 하며, 치료중단이나 소극적 안락사와도 구분되어야 한다.

보라매병원 사건은 소생의 가망이 있는 환자의 의학적 충고에 반한 퇴원이 사회적으로 용인될 수 있는가가 쟁점으로 대두된 사건이라고 볼 수 있다. 이 사건으로 말미암아 소생가능한 상태의 의식불명의 환자에 대하여 의사와 환자보호자가 퇴원시기를 쉽게 결정하던 지금까지의 의료관행에 대한 반성적 성찰이 뒤따르게 되었다. 그리고 이러한 관행에 대한 사회적 재평가를 마련하는 계기로도 작용하게 되었다. 이런 의미에서 보라매병원사건에 대한 법원의 판결은 의료계의 퇴원관행의 적법성에 대한 소생가능성이란 하나의 기준을 제시한 의미있는 판결이라 하겠다.

다. 新生兒 延命治療中斷의 特殊性

연명치료중단에서 환자의 소생가능성 여부가 일차적인 기준이 되고 있는데 이는 신생아 연명치료중단에서도 동일하게 적용되는 문제라고 할 수 있다. 신생아 연명치료중단의 문제는 소생가능성에 대한 판단으로부터 신생아가 의사능력이 없어 자신의 의사표시를 제대로 할 수 있는지의 문제로 옮겨가게 된다. 신생아는 의사능력이 없어 자신의 죽을 권리를 표명하지 못하므로 신생아 안락사는 존재하지 않는 것이다. 이에 따라 신생아 연명치료중단에서는 소생가능성 문제로부터 의사결정능력의 결여로

인한 보호자나 대리인 등 타인에 의한 치료중단결정의 문제로 문제의 중심이 옮겨가는 것이다.

신생아 연명치료중단의 문제는 치료중단결정의 적법성에 대한 판단이 가장 어려운 문제라 할 것이다. 환자의 소생가능성이 없는 경우⁶⁹⁾에는 치료중단을 하더라도 생명권에 대한 침해가 사회통념에 비추어 사회적 정당성을 얻을 수 있으므로 위법성이 조각될 수 있을 것이다. 그러나 환자의 회복가능성이 있는 경우⁷⁰⁾에 이를 무조건 치료중단을 허용하지 않는 것만이 능사는 아닐 것이다. 이때야말로 환자의 생명권의 보호와 환자의 삶의 질, 보호자의 치료비와 양육비 등의 부담으로 인한 부양가족들의 삶의 질 등을 모두 고려하여 합리적인 판단이 필요할 것이다. 이때에는 보호자 등 대리인의 치료중단결정에 대하여 병원윤리위원회의 기능이 요구되는 부분이기도 하다. 즉 신생아 연명치료중단에서는 신생아의 의사표시를 기대할 수 없기 때문에 신생아의 의사를 추정하여 소생가능성이 있음에도 연명치료중단을 함부로 자행하는 부작용을 예상할 수 있기 때문이다.

그러므로 소생가능성에 대한 판단과 연명치료중단의 실시여부를 정확하게 판단할 수 있는 기준의 정립과 판단기관의 지정이 필요하다. 이에 대하여는 우선적으로 병원윤리위원회의 기능 활성화를 들 수 있을 것이다.⁷¹⁾ 현실적인 대안으로 병원윤리위원회에서 보호자의 연명치료중단에 대한 요구를 면밀히 검토하여 이에 대하여 통제할 수 있는 장치로서 기능할 수 있도록 합리적인 제도의 마련이 이루어져야 하겠다.

Ⅲ. 醫師倫理指針의 檢討

1. 安樂死와 延命治療中斷에 대한 規定

소위 보라매병원 사건은 연명치료중단이 우리 사회에서 특별히 주목을

69) 글머리의 뇌사상태에서 4개월이 지난 신생아의 경우를 상정하여 보자.

70) 글머리의 식도무형성증 아이의 경우를 상정하여 보자.

71) 안유정, 병원윤리위원회의 기대역할에 기반한 윤리딜레마 해결모형. 연세대학교 대학원 의료법윤리학협동과정 석사학위논문. 2002. 12-26면

받게 된 계기가 되었다고 할 수 있다. 이는 환자가 의식불명상태에 빠졌으나 응급처치와 수술을 통해 소생가능성이 존재하는 환자를 치료비 부담을 우려하는 환자 가족의 강력한 요구에 의해 조기 퇴원시킴으로써 사망을 초래하였고, 이에 대해 법원에서 환자 가족과 담당 의료진에게 살인죄의 유죄를 선고한 사건이다.⁷²⁾ 이후 의료계와 법학계에서는 연명치료중단이란 용어에 관심을 가졌으며, 소생불가능한 의식불명상태의 환자의 경우에 환자 가족과 의료진의 합의하에 치료를 중단시킴으로써 사망을 앞당기는 의료계 관행의 일부분도 수면위로 떠오르게 된 계기가 되었다. 재판에서는 그 관행의 적법여부가 직접적으로 쟁점이 된 것은 아니지만, 이 사안의 경우에는 의료계 관행으로서의 연명치료중단행위가 언제나 사회적으로 정당성을 가지고 있지 아니하다는 것으로 인식되었다. 의료계는 이 사건을 매우 충격적인 것으로 받아들였다. 그 결과 환자측의 퇴원요구에 매우 소극적으로 대응하기도 하여 그 파장은 일파만파로 퍼져 나갔다.

이후 의료계는 2001년 4월에 의사윤리지침을 제정하면서 연명치료중단 문제에 대하여 적극적으로 입장을 표명하였으나, 이는 또 다른 논쟁을 촉발시켰다. 同지침에서 연명치료중단과 직접 관련된 조항은 제28조(진료중단과 퇴원 요구시 유의사항),⁷³⁾ 제30조(회복불능 환자의 진료중단),⁷⁴⁾

72) 대법원은 담당 의료진에게는 작위에 의한 살인방조죄를, 환자 가족에게는 살인죄의 정범을 인정하였다.(대법원 2004. 6. 24.선고 2002도995판결)

73) 의사윤리지침 제28조(진료중단과 퇴원요구시 유의사항) ① 의사는 생명이 위급한 환자, 또는 가족 등 그러한 환자의 대리인이 의사의 의학적 판단과 충고에 반하여 생명유지치료를 비롯한 진료의 중단이나 퇴원을 요구하는 경우 신중하고 적절하게 대처하여야 한다. ② 의사의 충분한 설명과 설득 이후에도 생명이 위급한 환자가 자신의 자율적 결정에 의하여 생명유지치료를 비롯한 진료의 중단이나 퇴원을 문서에 의하여 요구하는 경우 의사가 불가피하게 그러한 요구를 받아들이는 것은 허용된다. 의사는 그러한 경우에도 환자가 심리적으로 안정된 상태에서 그와 같은 결정을 하였는지 면밀히 확인하여야 한다. ③ 의사는 환자가 의식불명에 빠지는 등 자율적 결정을 내릴 수 없는 상황에서 생명이 위급한 환자를 대신하여 가족 등 환자 대리인이 의사의 충분한 설명과 설득 이후에도 생명유지치료를 비롯한 진료의 중단이나 퇴원을 문서에 의하여 요구하는 경우 그러한 요구가 환자의 이익과 의사에 부합하는지 신중히 고려하여야 한다. 환자 대리인의 요구가 환자의 이익과 의사를 충실히 반영한다고 판단되는 경우 의사가 불가피하게 그러한 요구를 받아들이는 것은 허용된다.

74) 의사윤리지침 제30조(회복불능환자의 진료중단) ① 의사는 의학적으로 회생의 가능성이 없는 환자의 경우라도 생명유지치료를 비롯한 진료의 중단이나 퇴원을 결정하는 데 신중하여야 한다. ② 의학적으로 회생의 가능성이 없는 환자의 자율적 결정이나 그것에 준하는 가족 등

제58조(안락사 금지),⁷⁵⁾ 제59조(의사조력자살 금지),⁷⁶⁾ 제60조(의학적으로 의미 없는 치료)⁷⁷⁾ 등을 들 수 있다.

이상의 일련의 규정을 보건대, 대한의사협회는 안락사나 의사조력자살에 대하여는 명시적으로 반대의사를 표명하고 있고, 연명치료중단에 대하여는 원칙적으로 허용하는 방향으로 입장을 정리하고 있다. 이러한 대한의사협회의 입장은 안락사와 연명치료중단은 별개의 개념으로 보고 허용여부를 구분하려고 노력한 것으로 보인다. 그러나 양자의 개념에 대해서는 대한의사협회도 명확하게 정의하고 있지는 않으며, 오히려 의사윤리지침 제30조(회복불능환자의 진료중단)에서 보는 바와 같이 소극적 안락사와 연명치료중단에 대한 개념의 혼란을 초래하고 있다.

다만 연명치료중단에서 절차적 요건을 강조하여 의사윤리지침 제29조(판단이 어려운 경우의 자문)⁷⁸⁾를 두어 연명치료중단의 결정에 의료진 단독으로 판단을 하지 말고 윤리위원회나 공적기관의 자문을 통한 판단을 유도함으로써 치료중단에 판단에 신중함을 기하였다. 아울러 치료를 담

환자 대리인의 판단에 의하여 환자나 그 대리인이 생명유지치료를 비롯한 진료의 중단이나 퇴원을 문서로 요구하는 경우, 의사가 그러한 요구를 받아들이는 것은 허용된다.

③ 의사의 충분한 설명과 설득 이후에도 환자, 또는 가족 등 환자 대리인이 회생의 가능성이 없는 환자에 대하여 의학적으로 무익하거나 무용한 진료를 요구하는 경우, 의사는 그것을 받아들이지 않을 수 있다.

75) 의사윤리지침 제58조(안락사 금지) ① '안락사'라 함은 환자가 감내할 수 없고 치료와 조절이 불가능한 고통을 없애기 위한 목적으로 환자 본인 이외의 사람이 환자에게 죽음을 초래할 물질을 투여하는 등의 인위적·적극적인 방법으로 자연적인 사망 시기보다 앞서 환자를 사망에 이르게 하는 행위를 말한다.

② 의사는 '안락사'에 관여하여서는 아니된다.

76) 의사윤리지침 제59조(의사조력자살 금지) ① '의사조력자살'이라 함은 환자가 자신의 생명을 끊는 데 필요한 수단이나 그것에 관한 정보를 의사가 제공함으로써 환자의 죽음을 촉진하는 것을 말한다.

② 의사는 '의사조력자살'에 관여하여서는 아니된다.

77) 의사윤리지침 제60조(의학적으로 의미 없는 치료) 의사가 회생 불가능한 환자에게 의학적으로 무익하고 무용한 치료를 보류하거나 철회하는 것은 허용된다.

78) 의사윤리지침 제29조(판단이 어려운 경우의 자문) ① 제28조의 경우와 같이 생명이 위급한 환자, 또는 환자가 정상적인 판단을 할 수 없는 경우 가족 등 그러한 환자의 대리인이 의사의 의학적 판단과 충고에 반하여 생명유지치료를 비롯한 진료의 중단이나 퇴원을 요구하는 경우 담당의사는 각급 의료기관, 각급 의사회, 전문학회 등의 윤리위원회나 대한의사협회 윤리위원회에 자문을 구하는 것이 바람직하다.

② 특히 경제적인 이유로 제1항과 같은 요구를 받는 경우 담당의사는 국민건강보험공단 등에 자문과 협조를 구하는 것이 바람직하다.

當한 醫料進에 對한 咨文機關으로 윤리위원회나 公적기관을 들고 있는바, 이는 윤리위원회 등의 기구정립과 이들을 통한 治療中斷결정의 활성화를 기하고자 하는 바람직한 규정이라 할 것이다.

2. 延命治療中斷에 對한 자세

2001년 4월 ‘회복불능환자의 진료중단’에 대한 의사협회의 의사윤리지침에 대하여 언론과 사회일각에 의사의 판단에 의한 소극적 안락사에 대한 시행가능성으로 받아들여졌다.⁷⁹⁾ 언론이 주목한 것은 제30조 ‘회복불능환자의 진료중단’으로 환자 가족의 진료중단과 퇴원요구를 의사가 받아들이는 것을 소극적 안락사의 시행행위로 본 것이다. 제58조에서 안락사의 금지를, 제59조에서 의사조력자살의 금지를 규정하였지만, 의사들에 대한 사회의 불신의 표출⁸⁰⁾에 기승하여 연명치료중단과 소극적 안락사를 한꺼번에 규정한 이 조항을 보고 의사가 자의적으로 안락사를 시행할 수 있다는 생각에서 강하게 반발하였던 것으로 보인다. 실제로 소생불가능한 환자에 대하여 인공소생술을 시행하지 않음으로써 환자가 죽음에 이르게 한 경우처럼 환자의 죽음을 잠시 연장시킬 수 있는 의료행위가 있음에도 이를 시행하지 않아 곧바로 죽음에 이르게 되는 경우에 대해서 이를 ‘소극적 안락사’라 부르는 사람이 많지만, 이런 명칭을 거부하는 사람들도 있다. 대신 그들 중에는 이런 죽음을 ‘존엄사’라 부르는 사람들도 있으며 심지어 ‘자연사’로 부르는 사람도 있다. 그리고 단지 ‘치료중단’이라고 부르는 사람도 있고⁸¹⁾ 서로 혼용하는 입장도 있다.⁸²⁾ 이러한 현실은 더욱더 소극적 안락사와 연명치료중단에 대한 개념의 구분을 할 필요성을 크게 하고 있는 것이다.

의사윤리지침에 대한 우리 사회의 반응은 ‘연명치료중단은 소극적 안락사이고 어떠한 경우에도 안락사는 허용되어서는 안 된다. 이는 실정법

79) 연합뉴스, 2002년 11월 29일

80) 당시 의약분업으로 일반인의 의사에 대한 적대감의 표출로 더욱 반대 경향이 강하였던 듯하다.

82) 문성학, “안락사의 도덕적 논쟁”, 『새한철학회 논문집 철학논총』15호, 1998, 233면

82) 유효중 외, 前掲書, 248면

이 금지하고 있으므로 의사윤리지침의 규정은 사회의식을 제대로 반영하고 있지 못하고 있는 것이다'라는 것으로 요약될 수 있다. 그러나 이러한 반응은 의약분업 등으로 인한 의사들에 대한 우리사회의 불신감을 표출하고 있는 것으로 사회의 반응은 연명치료중단의 논의에 대하여 감정적으로 대하였던 것이다.

전술한 바와 같이 연명치료중단과 소극적 안락사는 치료중단에 대한 의사결정이 본인에 의한 것인가 또는 보호자나 대리인 등 타인에 의한 것인가에 따른 엄연히 별개의 개념이다. 양자를 동일하게 보더라도 엄격한 요건 하에 소극적 안락사에 대하여 긍정하는 견해가 다수설이다. 이러한 점을 감안할 때, 소극적 안락사의 요건을 갖추며 의식불명상태에 있는 환자에 대한 연명치료중단은 허용되어야 할 것이다. 의사윤리지침 제30조의 규정 중에서 연명치료중단은 소생가능성이 없는 환자를 전제로 하는 개념으로 보호자나 대리인의 의사가 요구되는 반면에, 소극적 안락사는 소생가능성이 없는 것은 마찬가지이지만 일정한 요건 하에 환자 본인의 자율적 결정에 의한 진지한 의사가 요구되고 생명단축은 부수적인 결과라는 점에서 양자는 구별된다고 할 수 있다. 이러한 점을 의사윤리지침도 명확하게 예정하고 있지는 않지만 어느 정도 염두에 두고 있는 듯하게 보인다.

의사윤리지침도 제58조에서 안락사 금지규정을 두고 있으나, 이는 적극적인 안락사에 대한 규정으로 우리 형법학계에서도 이를 허용하고 있지 않는바 이에 대하여는 당연한 규정을 둔 것이라 할 것이다. 또한 제59조에서 의사조력자살 금지규정을 두며, 의사가 환자의 죽음을 촉진하는데 조력하여서는 안 된다고 규정하고 있다. 이러한 규정에 대하여는 사회일각에서 일치된 의견으로서 별 문제를 제기하고 있지 않았다.

한편 제60조에서 의학적으로 의미 없는 치료에 대하여 규정하여 의사가 희생 불가능한 환자에게 의학적으로 무익하고 무용한 치료를 보류하거나 철회하는 것은 허용하며, 제28조에서 진료중단과 퇴원요구시 유의사항에 대하여 '의사는 환자가 의식불명에 빠지는 등 자율적 결정을 내릴 수 없는 상황에서 생명이 위급한 환자를 대신하여 가족 등 환자 대리인이 의사의 충분한 설명과 설득 이후에도 생명유지치료를 비롯한 진료

의 중단이나 퇴원을 문서에 의하여 요구하는 경우 그러한 요구가 환자의 이익과 의사에 부합하는지 신중히 고려하여야 한다. 환자 대리인의 요구가 환자의 이익과 의사를 충실히 반영한다고 판단되는 경우 의사가 불가피하게 그러한 요구를 받아들이는 것은 허용된다.' 라고 규정하여 생명권을 단절시키는 판단에 대하여 의사가 단독으로 결정할 수 있다는 듯한 규정을 둠으로써 사회의 반발을 강하게 불러일으킨 것이다. 게다가 제30조의 회복불능환자의 진료중단에 대하여 '의사의 충분한 설명과 설득 이후에도 환자, 또는 가족 등 환자 대리인이 회생의 가능성이 없는 환자에 대하여 의학적으로 무익하거나 무용한 진료를 요구하는 경우, 의사는 그것을 받아들이지 않을 수 있다.' 라고 규정하여 의사의 독단적인 판단에 따라 치료가 중단되어 생명을 잃을 수도 있다는 불안감 속에서 이에 대한 반발을 더욱 부채질한 것이다.

이에 따라 의료계 내부에서도 객관적인 치료중단의 결정기관의 존재를 요망하게 되었고, 이러한 기관으로서 병원윤리위원회의 존재와 기능 등에 많은 연구를 하여 왔으며, 실제로 세브란스병원과 아산병원 등 여러 병원에서 병원윤리위원회를 조직하기도 하였다.

3. 私 見

기존의 학설들이 소극적 안락사와 연명치료중단에 대한 명확한 개념정의 없이 논의를 전개하는 탓에 양자를 혼용하여 사용한 것이 대체적인 분위기이다. 그러나 소극적 안락사는 환자 본인의 의사능력이 있는 상태에서 자신의 죽음에 대한 자기결정권에 기인한다고 할 수 있다. 반면에 연명치료중단은 소생가능성이 없는 환자의 의사결정능력이 없는 상태에서 의사나 보호자에 의한 타율적·수동적 결정에 의한다고 볼 수 있다. 따라서 연명치료중단에서는 환자의 의사결정능력이 없는 상태이므로 이를 보충할 보호자나 대리인, 그리고 병원윤리위원회의 역할이 중요하며, 보다 엄격한 요건 하에 이루어져야 할 것이다.

의사윤리지침은 연명치료중단은 허용하고자 노력하였으나, 적극적 안락사와의 구분만을 하였을 뿐 소극적 안락사와 연명치료중단의 구분에

대하여는 기준을 제시하지 못하였던 것이다. 앞으로 이들의 개념구분을 위한 기준의 제시가 요망된다.

한편, 의사윤리지침의 규정도 전문과목별로 소생가능성의 기준을 유동성 있게 조정하는 등의 합리적인 개정과 세부적인 사항에 대한 규정의 제정이 필요하다. 규정의 내용도 응급의학과나 내과, 외과, 신경과 등이 각각 달라야 할 것이고, 보다 구체적이고 세부적인 기준은 병원윤리위원회 산하 전문과목별 소위원회 등에서 의견을 내어 확정해야 할 것이라 생각한다.

특히 신생아 연명치료중단의 문제는 회복가능성에 대한 판단으로부터 신생아가 의사능력이 없어 자신의 의사표시를 제대로 할 수 있는냐의 문제로 옮겨가게 된다. 이것이 신생아 연명치료중단에서 가장 중요한 의사결정능력의 결여로 인한 보호자나 대리인에 의한 치료중단결정의 문제이다. 신생아의 경우에는 의사능력이 없으므로 소생가능성 여부를 떠나서라도 남용의 소지가 많은데다가 연명기간이 장기화됨에 따라 치료기간도 길어질 수밖에 없어 부모 등 부양자의 부담이 클 수밖에 없을 것이다. 따라서 신생아의 경우에는 소생가능성이 많음에도 치료중단이 이루어지는 부작용이 많을 수밖에 없어 이에 대한 합리적인 의사협회 내의 규정의 정립이 필요하다.

이때에는 보호자 등 대리인의 치료중단결정에 대하여 병원윤리위원회의 기능이 요구되는 부분이기도 하다. 이에 따라 우선 의사윤리지침에서 소생가능성에 대한 판단과 연명치료중단의 실시여부를 정확하게 판단할 수 있는 기준의 정립과 판단기관의 지정에 관한 규정이 필요하다. 현실적인 대안으로 먼저 의사윤리지침 내에서 병원윤리위원회가 보호자의 연명치료중단에 대한 요구를 면밀히 검토하여 이에 대하여 통제할 수 있는 장치로서 기능할 수 있도록 합리적인 제도의 마련이 되어야 하겠다.

IV. 맺는말

우리 헌법 제10조는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리를 가진다”라고 규정하고 있다. 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치에 관한 규정은 우리 헌법의 기본이념이며 기본권보장의 최

고원리이다. 헌법상의 권리인 '생명권도 인간의 존엄과 가치가 존중되는 방향으로 보장되어야 할 것이며 이러한 생명권의 한계문제에 속하는 연명치료중단도 인간의 존엄과 가치를 침해하지 않는 방향으로 인정되어야 할 것이다.

신생아 연명치료중단은 현재 의료현장에서 자주 일어나고 있는 현상이라 예측된다. 따라서 이러한 현상에 대해 부인 내지는 묵인으로 일관해서는 문제의 해결책을 찾을 수 없고 이에 대한 적절하고 합리적인 대안이 제시되어야 할 것이다. 신생아의 연명치료중단에서의 결정권자는 부모, 후견인과 담당 주치의가 되겠지만 결국은 주치의가 병원윤리위원회의 의견을 듣고 결정해야 함이 바람직하다 할 것이다. 이를 결정할 때에는 일차적으로 소생가능성 여부를 기준으로 삼아야 할 것이다.

현실적으로 신생아 연명치료중단의 대부분이 신생아나 가족의 삶의 질에 대한 판단보다는 부양의무자의 경제적 사정에 의해 이루어지고 있다. 생명권과 재산권이 충돌하면 이론적으로 생명권이 우선적으로 보호된다고 하지만 현실에서 이러한 이론이 얼마나 반영되고 있는지는 의문이다. 이론의 우월성을 보장하면서도 현실감을 갖춘 제도의 뒷받침이 절실히 필요한 시점이다. 환자의 보호자가 치료비에 대한 부담 없이 정말로 생명을 존중할 수 있는 장치가 마련되어야 할 것이다. 응급환자에 대한 사회보장의 차원에서의 국가의 부조제도가 마련되어야 할 것이며, 응급의료에 관한 법률이 규정하고 있는 미수금대불제도⁸³⁾가 응급환자를 치료한 의료기관에게 많은 도움을 주고 있지는 못하나 응급환자의 치료를 적극적으로 시행할 수 있는 여건을 마련하여 주고 있는 만큼, 이러한 제도의 취지를 살려서 입법적으로 응급환자의 생명권의 보호에 대한 제도적 보완책이 시급한 실정이라 하겠다.

본고는 신생아의 연명치료중단에 대한 기준을 제시하기에 앞서 신생아

83) 응급의료에 관한 법률 第22條 (未收金の 代拂)

① 醫療機關과 救急車등을 運用하는 者는 應急患者에게 應急醫療를 提供하고 이에 대한 費用을 支拂받지 못하였을 경우 그중 應急患者 本人이 부담하여야 하는 금액(이하 "未收金"이라 한다)에 대하여는 第19條第2項의 規定에 의한 기금관리기관의 장(기금의 관리·운용에 관한 업무가 위탁되지 아니한 경우에는 보건복지부장관을 말한다. 이하 이 조 및 제22조의2에서 같다)에게 代拂을 請求할 수 있다.

연명치료중단의 허용여부에 대하여 의사윤리지침과 관련하여 검토하여 보았다. 본고에서 개진된 필자의 견해는 신생아 연명치료중단에 대한 하나의 준거로서 이해되었으면 한다. 아울러 국가는 신생아 연명치료중단의 문제를 개인적인 문제로만 볼 것이 아니라 국가 차원의 문제로서 해결함으로써 합리적인 기준 마련과 재정적인 지원에 힘써야 할 것이다. 신생아 연명치료중단을 결정하는 데 있어 국가는 단지 보호자의 경제적인 면과 고통의 면만을 볼 것이 아니라 신생아의 생명권을 존중함과 아울러 삶의 질을 함께 살펴보고 양자를 비교형량하여 합리적으로 판단하여야 할 것이다.⁸⁴⁾

안락사는 환자 본인의 명시적인 의사를 확인하여야 하고 의사가 직접 환자를 대면하여 이를 확인해야 함이 원칙이다. 이에 반해 연명치료중단은 환자의 의식불명상태를 상정하므로 환자의 묵시적인 의사를 추정한다는 점에서 양자는 본질적인 차이가 있다. 그럼에도 우리 사회가 소극적 안락사를 연명치료중단과 동일시하여 연명치료중단마저도 부정하는 태도를 보이는 것은 참으로 유감이다. 사회적 합의에 바탕을 둔 합리적이고 적절한 절차와 기준이 마련된다면 소극적 안락사와 연명치료중단을 부정할 이유는 없다고 보기 때문이다.

최근의 의사단체와 사회구성원간의 일련의 논쟁은 개념을 한정하여 상정하지 않았을 뿐 아니라 집단에 대한 우호적이지 못한 감정을 근거로 논의의 핵심을 비켜감으로써 무수한 혼란만을 초래하여 왔다. 기존의 안락사 개념을 보다 명확히 하며 현재 의료현장에서 실질적으로 시행되고 있는 연명치료중단의 제도화를 통해서 이를 둘러싼 사회적 논쟁을 최소화해야 한다. 신생아의 연명치료중단에서 필수적으로 수반되는 연명치료중단의 결정기전의 마련, 즉 병원윤리위원회 기능의 활성화는 우리사회의 갈등을 해결하는데 많은 도움이 될 것이다. 이러한 대안의 전제조건으로 의사의 전문가로서의 판단을 존중하며 이에 따르는 자세와 법학자·철학자·종교학자들의 의사의 고뇌에 찬 판단을 뒷받침하는 협력의 자세는 반드시 필요하리라 본다. 이러한 것들이 사회적 상당성을 지녀야만 우

84) Cruzan by Cruzan v. Director, Missouri Dept. of Health, 497 U.S. 261, 110 S.Ct. 2841

리사회의 사회적 합의의 장치가 마련되고 신생아 연명치료중단에서도 적용이 가능한 모델로 정착될 수 있을 것이다.

[참 고 문 헌]

- 단행본

- 계희열, 「헌법학(中)」(서울 : 박영사, 2002)
김상득, 「생명의료윤리학」(서울 : 철학과 현실사, 2000)
김일수, 「형법학원론」(서울 : 박영사, 1993)
김일수/서보학, 「형법각론」(서울 : 박영사, 2003)
박상기, 「형법총론」(서울 : 박영사, 1999)
배종대, 「형법각론」(서울 : 홍문사, 1999)
오영근, 「형법각론」(서울 : 대명출판사, 2001)
유호중/손명세/이경환, 「의료문제에 대한 윤리와 법의 통합적 접근 : 의료법윤리학 서설」(서울 : 동림사, 2002)
이상돈, 「의료형법」(서울 : 법문사, 1998)
이상용, 「치료중단과 안락사」(서울 : 형사정책연구원, 2001)
이영란, 「한국형법학」(서울 : 숙명여대출판국, 2002)
이재상, 「형법각론」(서울 : 박영사, 2001)
이정원, 「형법각론」(서울 : 법지사, 1999)
임 응, 「형법각론」(서울 : 법문사, 2002)
한국의료윤리교육학회, 「의료윤리학」(서울 : 계축문화사, 2001)
홍창의, 「소아과 아틀라스」(서울 : 고려의학, 2001)
홍창의, 「소아과학」(서울 : 대한교과서, 1997)

- 논 문

- 강구진, “인공심폐장치의 차단에 관한 형법적 고찰, 「법학」, 서울대학교 법학연구회, 제20 권 제1호, 1979
고윤석, “임종환자의 연명치료 중단에 관한 대한의학회 의료윤리지침”, 대한의사협회(편) 제30 차종합학술대회 C/8 자료집, 의료윤리지침(제1보) 병원윤리위원회, 200

- 권복규, “안락사와 낙태에 대해 의료계는 어떤 입장을 취할 것인가?”, 「대한의사협회지」 제44권 제10호, 2001
- 김재봉, “치료중단과 소극적 안락사”, 「형사법연구」 제12호, 1999
- 문성학, “안락사의 도덕적 논쟁”, 「새한철학회 논문집 철학논총」15호, 1998
- 손명세, “치료중단의 윤리문제와 법적 장치”, 「대한의사협회지」 제41권 제7호, 1998
- 안유정, “병원윤리위원회의 기대역할에 기반한 윤리딜레마 해결모형”, 연세대학교 대학원 의료 법윤리학협동과정 석사학위논문, 2002
- 이윤성, “‘소극적 안락사’를 받아들이자”, 「시민과 변호사」 2001. 6
- 임웅, “안락사의 정당화”, 「고시연구」 1999년 12월호
- 전지연, “안락사에 대한 형법적 고찰”, 「한림법학Forum」 제4권, 1994/95
- 최우찬, “안락사와 존엄사”, 「고시계」1989년 2월호
- 하태훈, “생명연장을 위한 의료행위, 의사의 의무인가”, 「시민과 변호사」 2001. 6
- 황상익, “가망없는 환자의 치료중단과 의료윤리”, 「대한의사협회지」 제41권 제7호, 1998
- 허대석, “무의미한 치료의 중단”, 「대한의사협회지」 제44권 제9호
- 허일태, “안락사에 관한 연구”, 형사정책연구원, 1994

- 외국문헌

- Garner ed., *Black's law dictionary*, 7th ed. (st. paul : west group, 1999)
- Biggs, H., *Euthanasia Death with Dignity and the Law* (Portland : Hart Publishing, 2001)
- Lebacqz, K., *The Euthanasia debate*. 연세대 한국기독교문화연구소. 제2회 생명의 신학 국제학술심포지엄. 2002
- Montgomery, J., *Health Care Law*, 2nd ed. (Oxford : Oxford Univ. Press, 2003)
- Furrow, et. at., *Health Law* 2nd ed. (St. Paul : West Group, 2000)
- Furrow, et. al., *Health Law : Cases, Materials and Problems* 4th ed. (St. Paul : West Group, 2001)

-기 타

연합뉴스, 2002년 11월 29일자