

안락사 내지 치료중단과 불법행위책임

김 천 수*

I. 서 설	2. 불법행위책임의 검토
II. 종래의 논의	3. 소극적 안락사의 허용론
1. 각 용어의 개관	4. 적극적 안락사의 금지론
2. 유형 및 허용 여부	5. 위법한 안락사와 불법행위책임
III. 본인의 입장	IV. 결 어
1. 용어의 정리	

I. 서 설

안락사 내지 치료중단의 허용여부의 문제는 국내에 잘 알려져 있고 1960년대 초반부터 최근에 이르기까지 많은 글과 주장이 표명된 주제이다.¹⁾ 그리고 의료현장에서 특히 가족의 동의에 의한 치료중단이 실제로 이루어지고 있다.²⁾ 하지만 이에 대하여는 법과 제도에 의하여 기준이 마련되어 있지 아니하며 따라서 그러한 행위에는 현행 실정법상 민사 내지 형사상의 책임이 추궁될 가능성이 상존한다고 하겠다. 이러한 현상은 장기이식의 경우도 그러했으며 이는 1999년 입법을 통하여 실정법상의 문제가 해결되었음은 주지의 사실이다. 물론 이에 대한 입법적 반론이나 그 입법으로 인하여 장기이식 현장의 어려움이 불필요하게 가중되었다는 등의 문제제기가

* 성균관대 법대 교수/법학박사

1) 필자가 조사한 바에 의하면 1963. 2.자 「법조」지 1-6 면에 실린 정창운, “안락사의 문제점”을 필두로 하여 60 여 편의 학술논문이 발표되었다. 물론 그 외에 대부분의 형법 및 형사정책 교과서 등 많은 단행본에서도 이 문제가 다루어져 왔다.

2) 이상호, “안락사, 남의 이야기 아니다.”, 월간중앙 1978년 8월호, 286면 이하. 전재경, “안락사의 법리와 실제”, 대한변호사협회지 149호(1989), 55면 각주 2에서 재인용.

없지 않지만 그 입법은 무법의 상태보다는 발전된 것이라고 하겠다. 이제 안락사 내지 치료중단의 문제 역시 보다 집중적이고 정확한 논의를 거쳐 입법으로까지 가지 않으면 안 될 시점에 왔다고 하겠다.

이 글은 안락사 내지 치료중단의 허용여부에 대한 필자의 견해를 밝히고 이와 관련된 의료인의 행위가 현행법상 어떠한 문제가 발생하는가를 불법 행위책임의 관점에서 검토함을 목적으로 한다.³⁾ 민법상 불법행위책임은 가해행위, 유책성, 위법성이라는 요건으로 발생하며, 가해행위는 행위와 손해 그리고 양자 사이의 인과관계로 구성된다.⁴⁾ 이 논문의 주제에서 다루어질 문제는 우선 손해의 존재이며, 요건론에서는 특히 위법성의 인정 여부가 핵심 쟁점이 될 것이다. 나아가서 효과론에서 손해배상의 범위와 산정 등이 논의되어야 할 것이다.

그 위법성 문제와 관련하여서는 이 논문 주제를 생명현상에 대한 인공적 개입이라는 큰 틀에서 조망할 필요가 있다. 타인의 육체적 생명 현상에 대하여 인공적으로 그 현상을 유도하거나 활성화 내지 촉진하는 방식으로 개입하는 모습을 그 생명의 탄생, 유지 그리고 소멸의 세 단계로 구분하여 살펴본다. 먼저 생명 탄생에 개입함에 있어서 우리는 인공수정 및 배아 내지 인간복제 나아가 낙태의 문제를 논의하며, 그 개입의 허용 여부와 그 한계를 다룬다. 생명 유지에 대한 개입은 일반적으로 그 개입이 허용되며, 나아가서 특히 생명의 유지와 관련하여 의료인은 개입의 의무인 진료의무를 부담하기도 한다. 그 의무가 실정법상 나타난 것이 바로 의료법 제16조, 응급의료에 관한 법률 제6조 등의 의무이다. 마지막 단계인 생명 소멸에 대한 인공적 개입을 원칙적으로 허용하지 않지만 일정한 요건 아래 그것을 허용하자는 논의를 하는 것이다.

통상은 치료중단 내지 안락사의 문제를 생명의 소멸 단계의 논쟁으로만 취급하지만 이러한 인식은 바른 것이 아니다. 의학적으로 의미 있는 개입이 아닌 단계에서 그 개입을 중단하는 것은 유지 단계의 논의인가 아니면

3) 종래 발표된 관련 문헌들은 거의 모두 형사법학의 관점에서 작성된 것이다.

4) 불법행위책임의 전체적 구조에 관한 私見에 대하여는 김천수, “기왕증을 포함한 피해자의 신체적 소인 및 진단과오가 불법행위책임에 미치는 영향”, 성균관법학 제16권 3호, 31면 이하; 김천수, “사고의 경합과 진료과오책임 - 의료사고와 기타사고의 경합으로 인한 손해의 귀속을 중심으로 -”, 의료법학 제5권 2호(2004), 13면 이하 등 참조.

소멸단계의 논의인가에 대하여 의문이 있을 수 있다. 전자의 문제라면 의료인이 진료의무를 면제받는 경우인가 아니면 진료의무를 불이행한 경우인가의 여하에 따라 책임의 인정여부가 결정될 것이며, 후자의 문제라면 이는 생명 소멸에의 인공적 개입이라는 적극적 행위로서 이러한 행위가 허용되는가의 문제가 될 것이다. 바로 이 논문의 주제인 치료중단 및 안락사의 문제가 바로 이러한 유지와 소멸의 경계선상 문제를 포함하고 있는 것이다. 여기에서 종래 이들 문제를 표현하는 방법으로서 안락사라는 용어를 둘러싼 개념 논쟁이 발생한다.

이하에서는 우선 ‘II. 종래의 논의’에서 각 용어의 개념에 대한 논쟁과 치료중단 및 안락사의 허용여부에 대한 종래의 논의를 정리한다. 그리고 ‘III. 본인의 입장’에서는 종래 논의의 쟁점에 대한 본인의 입장을 개진하고 치료중단 및 안락사에 있어서의 의료인의 불법행위책임을 본인의 관점에서 논의를 전개하기로 한다.

II. 종래의 논의

1. 각 용어의 개관

그리스어에서 유래한다는 영어의 euthanasia와 독일어의 Euthanasie가 good death나 easy death⁵⁾로, 또는 Sterbehilfe⁶⁾로 표현되기도 하고, 이것이 안락사(安樂死), 안이사(安易死), 또는 안사술(安死術)⁷⁾로 번역되어 국내 정착된 용어로서 가장 일반적인 것은 안락사이다.⁸⁾ 그런데 안락사라는 용어와 함께 존엄사, 치료중단 내지 연명치료중단, 나아가 의사조력자살(Physician-Assisted

5) West's Encyclopedia of American Law, Vol. 4, p. 24; Corr/Nabe/Corr, Death and Dying, Life and Living, p. 471 등 참조.

6) Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, S. 1054.

7) 가령 정창운(1963), 1면. 하지만 이 용어는 1970년대 이후 사라졌다고 한다. 이상용, “안락사, 그 용어의 재미미”[이하에서는 이상용(2003)으로 인용함], 비교형사법연구 제5권 2호(2003), 146면.

8) 또한 원래 안락사라는 용어는 일정한 모습의 ‘죽음’을 묘사하거나 평가하는 용어이지, 일정한 방식으로 ‘죽거나 죽이는 행위’ 자체를 표현하는 용어는 아니라고 한다. 이상용, “치료중단과 안락사”[이하에서는 이상용(2002)로 인용함], 형사정책연구소식 제70호(2002), 23면.

Suicide)이란 용어가 등장하면서 안락사와 관련된 용어가 혼란스럽게 사용되고 있는 것이 현실이다.⁹⁾ 나아가서 안락사 앞에 붙는 수식어의 다양성에 이르면 안락사라는 용어는 그야말로 논자마다 다른 표현법을 구사하고 있다고 말하여도 좋을 정도라고 하겠다. 논의를 효율적으로 하기 위하여 용어의 함의에 대한 합의를 기초로 용어가 통일될 필요가 있지만 각 논자의 가치관 등으로 그 합의는 기대하기 어려울 것이다.¹⁰⁾

치료중단은 연명치료중단을 줄인 용어이며,¹¹⁾ 연명치료란 의학적으로 무의미하고 단지 생명현상을 유지시킬 뿐인 치료라는 의미를 함축하고 있고, 그러한 연명치료의 중단은 종래 안락사와는 다른 것이라는 점을 강조하는 목적에서 안락사와 구별하여 치료중단이란 용어가 사용되기도 한다. 하지만 여전히 이를 안락사의 개념범위에 포함시키기도 한다.

“안락사”라는 용어에 두 가지 의미를 포함시켜, “합리주의적 발상에 지지되어 인간생명이 부가역적인 죽음에서 인지되었을 때, 이를 인위적으로 단축시키려는 인간의 행위”로 정의하는 견해가 있다.¹²⁾ 이 견해에서 말하는 두 의미는 “사망에 의미가 있다는 긍정적인 방향에서의 합리주의에 의한 것”과 “생존이 무의미하기에 거부되는 방향에서의 합리주의에 의한 것”이다. 식물인간 등에 대한 치료의 중단이나 연명장치의 제거를 소극적 안락사라고 하여 안락사의 개념 범위에 포함시키는 견해이다.¹³⁾

이와는 달리 안락사의 개념에서 연명치료의 중단을 제외시키고자 하는 견해가 후술하는 바와 같이 있다.¹⁴⁾ 같은 입장에서 기존의 안락사 개념과

9) 이러한 용어의 혼란이 논자들의 유형론에 현실이 고려되지 않은 점을 지적하는 견해도 있다. 이상용(2003), 167면.

10) 개념의 불확실성이 법적 규율의 불확실성으로 이어진다는 지적에 대하여 이상돈, “안락사의 절차적 정당화 : 안락사의 실태와 법적 대응”, 한일법학연구 제18집 (1999), 379-80면. 유사한 지적으로 개념의 혼돈이 불필요한 논쟁을 낳는다는 지적에 대하여 이상용(2003), 144면.

11) 이에 대하여 치료중단과 연명치료중단을 소생가능성을 기준으로 하여 구분하는 견해도 있다. 이경환, “신생아 연명치료중단의 허용여부에 대한 고찰”, 의료법학 제5권 2호 (2004), 324면.

12) 문국진, “안락사의 의학적 측면”, 대한변호사협회지 제93호 (1984), 21면.

13) 동지 : 백형구, “안락사의 법적·의학적 측면”, 대한변호사협회지 제93호 (1984), 9면 이하; 이재상, “안락사(Sterbehilfe)”, 경희법학 제24권 1호 (1990), 64면; 이상돈(1999), 377면; 박영호, “소극적 안락사의 허용여부에 대한 소고”, 저스티스 제65호 (2002), 210면 등.

14) 특히 의료계에서는 연명치료의 중단을 안락사라고 표현함에 대하여 매우 부정적이다.

일부 중복되는 유사한 개념들이 새롭게 안출되면서 종래의 안락사의 일반적 분류와 정확하게 합치하지 못하고 그 의미도 변하기도 하여, 혼란을 피하기 위하여 구체적 행위를 표시하는 가령 “치료중단”, “의사조력자살”¹⁵⁾ 등의 표현을 사용하는 것이 적절하며,¹⁶⁾ 육체적 고통과 사기 압박이라는 안락사 요건의 결여로 치료중단을 소극적 안락사로 볼 수 없으므로 치료중단 자체를 독립적으로 그 허용여부와 허용조건을 제도화할 필요가 있다는 견해도 있다.¹⁷⁾

2. 유형 및 허용 여부

이처럼 안락사 내지 치료중단 등의 용어가 다른 개념으로 사용되면서 전개되어 온 종래의 허용론을 정리하기란 쉽지 않다. 이처럼 개념과 유형을 달리하는 허용론에 대한 종래 학설을 일괄적으로 다수설 소수설 등으로 정리할 수는 없다고 하겠다. 이하에서는 이 글을 준비하면서 확보한 20여 국내 학술논문¹⁸⁾의 각 유형론과 허용론을 간략하게 소개하는 것으로써, 종래 논의의 윤곽을 살펴보기로 한다.

안락사의 유형을 상세하게 소개한 견해에 의하면, 안락사는 세 가지 관점에서 유형화가 이루어지는데, 첫째 생명체의 의사에 따라 “자발적(의뢰적, 승인적) 안락사”, “비임의적 안락사”, “타의적(강제적) 안락사”로, 둘째 시행자의 행위에 따라 “소극적(부작위적) 안락사”, “간접적(결과적) 안락사”,¹⁹⁾ “적극적(작위적) 안락사”로, 셋째 생존의 윤리성에 따라 “자비적 안락사(反苦痛死, 壓苦死)”, “존엄적 안락사(존엄사)”, “도태적(포기적) 안락사”로 구분된다.²⁰⁾ 이 정도이면 안락사가 문제될 경우를 망라한 유형화라고 하겠다.

15) 이 주제에 대한 논문으로 성경숙, “의사조력자살에 대한 형법적 고찰”(성균관대 대학원 석사학위논문, 2004)이 있다.

16) 이상용(2002), 22면.

17) 이상용(2002), 23면.

18) 형법 내지 형사정책 교과서도 이에 대한 논의가 있지만 여기서는 소개를 생략한다.

19) 이 유형의 안락사에 대하여는 형법상 논란의 여지가 없다는 견해도 있다. 김광석, “안락사·존엄사에 대한 각국의 최근 입법운동 및 판례의 경향과 여론조사결과”, 사법연수생논문집 제18기 (1989), 312면.

20) 문국진(1984), 21면 이하.

이 견해는 이 가운데 타의적(강제적) 안락사, 적극적(작위적) 안락사, 도태적(포기적) 안락사는 허용될 수 없지만, 기타 유형의 안락사는 본인의 의사에 따라 인정하는 입장을 취하는 것으로 보인다.²¹⁾

한편 구제 불능의 육체적 고통으로부터 환자를 그 진지한 요청에 따라 해방시켜주는 의미의 안락사를 “협의의 안락사”로서 임의적 안락사라고 하고, 강제적(비임의적) 안락사를 안락사의 개념에서 제외하는 견해도 있다.²²⁾ 한편 이 견해에 의하면 식물인간의 인공연명장치 제거를 “존엄사”라고 하며, 이 존엄사와 위 협의의 안락사는 죽음의 시기를 단축시킨다는 공통점을 갖는다고 한다.²³⁾ 이 견해는 협의의 안락사에 대하여 입법론으로서는 긍정적이지만 해석론으로는 허용되지 않으며,²⁴⁾ 존엄사도 법률 및 제도의 미비²⁵⁾ 때문에 허용될 수 없다는 입장을 취한다.²⁶⁾

위의 간접적(결과적) 안락사를 협의의 안락사로, 그리고 소극적(부작위적) 안락사, 적극적 안락사로 구분하여, 그 협의의 안락사는 문제 삼을 소지가 없다고 하여 논의에서 제외하고, 죽음의 고통을 단축시키기 위해 생명유지 조치를 취하지 않는 소극적 안락사를 생명유지조치를 중지하는 “존엄사”와 같은 것으로 취급하고, 적극적 안락사를 “안락사”로 표현하는 견해도 있다.²⁷⁾ 이 견해는 설문조사의 종합적인 결론에 따라서, 본인의 사전 의사표시 내지 당시의 명시적 묵시적 의사표시로, 그것이 불가능한 경우에는 보호자나 후견인 등의 동의로 “존엄사”를 시행한 자와, 일정한 요건²⁸⁾이 구비

21) 문국진(1984), 22면. 이 문헌은 기타의 유형에 대한 허용 여부를 명확하게 언급하지 않고 있지만 전체 문맥상 위와 같다고 읽혀진다. 이 견해를 위와 같이 해석한 것에 오류의 가능성이 전혀 없지는 않다.

22) 백형구(1984), 11면.

23) 백형구(1984), 17면.

24) 백형구(1984), 15면.

25) 안락사를 허용하는 법률규정, 식물인간인지 여부 및 안락사의 허용 여부를 심사하는 공적 기구를 필요로 하는데 이들이 현재 미비하다는 점을 지적한다.

26) 백형구(1984), 18면 이하.

27) 김광석(1989), 312면 이하.

28) 1) 육체적·정신적 고통 또는 혼수상태에 있을 것, 2) 현대의학상 치료불능이거나 현저히 치료가 곤란한 경우일 것, 3) 본인의 명시적이거나 묵시적인 부탁이나 승낙이 있거나 이를 얻기 어려우면 근친자나 보호자의 동의가 있을 것, 4) 원칙적으로 의사에 의하여 행하여질 것(특별한 사정이 있으면 기타의 자에 의한 경우도 가능함), 5) 수면제나 마취제 등 고통이 없는 수단에 의할 것 등. 김광석(1989), 344면.

된 “안락사”를 시행한 자를 처벌하지 말자고 한다.²⁹⁾

생명 단축 없이 진통제 등을 투여하여 고통만 제거하는 “진정안락사”, 적극적 행동을 취하는 “적극적 안락사”(직접적 안락사와 간접적 안락사), 치료를 하지 않거나 중단하는 경우 또는 연명장치를 제거하는 경우를 의미하는 “소극적 안락사”로 구분하는 견해도 있다.³⁰⁾ 이 견해에 의하면, 직접적 안락사는 허용되지 않으며 경우에 따라 책임 조각이 인정될 뿐이고,³¹⁾ 간접적 안락사는 환자의 승낙이나 추정적 승낙에 의하는 경우 허용되며,³²⁾ 소극적 안락사도 환자의 의사 내지 추정적 승낙으로 허용된다고 한다.³³⁾

위의 최광의의 안락사에 도태적 안락사를 포함시키며, 광의의 안락사를 고통여부 불문하고 자신이나 보호자의 진지한 의사에 의한 것으로 간접적 안락사라고 하며 이를 의식 있는 불치병환자와 식물인간의 경우로 구분하고 양자를 모두를 존엄사라 하며,³⁴⁾ 협의의 안락사는 육체적 고통이 수반되는 불치병 환자에 대한 것과 치료행위가 생명단축을 초래할 가능성을 의심하면서 행하여지는 치료행위인 경우를 포함시키고,³⁵⁾ 최협의의 안락사에 전술한 진정 안락사를 포함시키는 견해³⁶⁾도 있는데,³⁷⁾ 이 견해는, 육체적 고통 완화 목적이 없이 빈사 상태의 불치병 환자의 의사에 따라 직접적이고 적극적으로 생명을 훼손하는 것을 적극적 존엄사라 하고 이를 허용하지 않으며, 불치병으로 임종에 직면한 환자에게 생명의 유지나 구조의 조치를 취하지 않는 것을 소극적 존엄사라 하고 이는 환자의 자기결정권의 유효한 행사에 기하거나 환자에게 의식이 없는 경우 그 추정 의사나 보호자의 동의로 허용하며,³⁸⁾ 임종에 직면한 불치병 환자의 자살을 도와주는 것을 방조적 존엄사라 하고 이는 허용하지 않으며, 전술한 협의의 안락사를 직접적

29) 김광석(1989), 346면

30) 이재상(1990), 64면.

31) 이재상(1990), 66면.

32) 이재상(1990), 67면.

33) 이재상(1990), 68면.

34) 통상은 후자만을 존엄사라고 한다.

35) 통상 후자의 경우를 간접적 안락사라고 하나, 이 견해는 이 표현을 다른 유형에 사용한다.

36) 허일태, “안락사에 대한 연구”, 형사정책연구 제4권 4호 (1993), 50면 이하.

37) 이러한 분류법을 박영호(2002), 207-8면이 따르고 있다.

38) 이어서 “간접적 존엄사”라는 용어를 사용하나 어떤 의미로 사용된 것인지 불명료하다.

안락사와 간접적 안락사로 구분하다가 다시 적극적 안락사, 소극적 안락사, 간접적 안락사, 방조적 안락사를 논하면서 적극적 안락사와 방조적 안락사는 허용하지 않고 소극적 안락사와 간접적 안락사는 허용한다.³⁹⁾ 이 견해에 이르게 되면 용어의 혼란이 극도에 달한다.

생명단축 없이 고통만 경감시켜주는 “진정(순수) 안락사”, 고통을 제거하기 위하여 생명을 단절시키는 “적극적 안락사”, 생명단절 목적이 없지만 고통 제거를 위한 행위의 예상된 부작용으로 생명이 단축되는 “간접적 안락사”, 무의식 또는 지적 판단능력이 상실된 환자에게 응급조치를 취하지 않거나 연명장치를 제거하는 “소극적 안락사(존엄사)”,⁴⁰⁾ 무가치한 생명이라고 하여 생명을 끊는 “도태적 안락사”로 구분하는 견해⁴¹⁾에서는, 환자의 반대 의사가 없는 진정 안락사와 환자의 현실적 또는 추정적 승낙에 의한 간접적 안락사 및 소극적 안락사는 허용하고,⁴²⁾ 적극적 안락사 및 도태적 안락사는 금지한다.⁴³⁾ 나아가서 동 견해에 따르면, 추정적 승낙을 전혀 확인할 수 없는 환자에 대하여, 연명 조치를 취하지 않는 것은 보호자의 동의가 아니라 불가역적 의식상실을 조건으로 허용되지만, 작위로 평가되는 연명장치의 제거는 허용되지 않는다.⁴⁴⁾

안락사의 유형론과 허용론⁴⁵⁾이 대체로 위와 같지만, 조기안락사⁴⁶⁾라는 유형을 추가하고, 다만 환자의 추정적 승낙을 전혀 확인할 수 없는 경우의 소극적 안락사에 대한 입장을 보류하고 있는 견해도 있다.⁴⁷⁾ 이 견해에서는 유형론에서 소극적 안락사를 환자에게 의식이 있는 경우와 없는 경우를

39) 허일태(1993), 79면 이하.

40) 이 견해에서 소극적 안락사와 존엄사를 구분하지 않는다. 즉 의식 유무를 불문하고 생명연장만이 목적인 적극적인 치료행위를 중단하는 것을 모두 소극적 안락사 즉 존엄사라고 한다.

41) 전지연, “안락사에 대한 형법적 고찰”, 한림법학FORUM 제4권 (1995), 119면 이하.

42) 이 견해에서는 소극적 안락사를 생명연장 조치를 애초에 취하지 않는 경우와 기존 장착된 생명연장장치를 제거하는 경우를 구분하여 후자를 작위라고 보고 논술한다. 전지연(1995), 149면 이하.

43) 전지연(1995), 132면 이하.

44) 전지연(1995), 154면 이하.

45) 각 유형의 안락사의 허용여부에 대하여 논거는 달리한다.

46) 심한 기형아를 방치하여 죽도록 하는 것이며 이는 금지된다고 한다.

47) 이형국, “안락사의 형법적 의미에 대한 소고”, 현대법학의 이론(우제이명구박사화갑기념논문집)Ⅲ (1996), 503면 이하.

구분하여 후자를 존엄사라고 한다.⁴⁸⁾

법학적 안락사 개념을 적극적 안락사, 간접적 안락사, 소극적 안락사⁴⁹⁾로 독일문헌⁵⁰⁾에 따라 정리하고,⁵¹⁾ 그 허용론에 있어서는 종래의 접근이 그 요소가 불확실하며 관련자의 내부적 관점에 입각해야 할 이익들 사이의 형량의 불완전성을 바탕으로 한 것이라는 지적을 하면서,⁵²⁾ 절차적 정당성 확보를 위한 입법론을 주장하고 안락사 결정에 참여하는 자들 사이에 ‘의사소통의 통로’서 역할을 맡는 법을 강조하는 견해도 있다.⁵³⁾

그밖에도 다음과 같은 견해들이 있다. 즉 안락사의 개념 범위에 존엄사를 포함시킬 것인지에 대한 태도가 애매하지만⁵⁴⁾ 존엄사에 대하여는 사회상규에 의하여 위법성이 조각되며 그 행위는 부작위라고 보는 견해,⁵⁵⁾ 회복가능성이 없으며⁵⁶⁾ 육체적 및 정신적 고통을 겪고 있는 환자의 경우 본인 이 숙고 후 일관되고 자율적으로 내린 결정, 의사결정능력 없는 환자의 경우 본인의 Living will에 의하거나 이것도 없으면 대리결정권자가 환자 본인의 이익을 판단하여 내린 결정에 따라 연명장치 제거는 허용되어야 한다는 견해,⁵⁷⁾ 적극적 안락사와 식물인간에 대한 음식물 공급 중단은 살인행위로서 허용되지 않지만, 불치의 병이나 필연적 노화 현상에 대하여 환자 자신의 결정으로 이루어지는 치료중단에는 안락사라는 표현이 맞지 않으며 이는 허용된다는 견해,⁵⁸⁾ 대체로 범위, 시술행위 유형, 환자의 의사, 생존

48) 이형국(1996), 507면.

49) 말기환자의 치료중지 내지 연명장치 제거를 의미한다.

50) Ulsenheimer, *Arztstrafrecht in der Praxis*, 1998, 212면 이하.

51) 이 견해에 의하면 일반인과 의학계의 안락사 개념에는 적극적 및 간접적 안락사만 포함되며 나아가서 의학계에서는 보라매 사건의 경우처럼 생존가능성이 있음에도 환자측 요구로 퇴원시키는 등 진료를 중단하는 행위도 포함된다고 한다. 이상돈(1999), 378-9면.

52) 형량 대상이 되는 이익들로 환자의 생명 및 의사의 생명유지의무 그리고 환자의 자기 결정권 및 가족의 이익 내지 처분권을 든다. 이상돈(1999), 381면.

53) 이상돈(1999), 387면 이하.

54) 광의의 안락사에 포함시킬 수 있다고 하면서도 양자의 차이를 장황하게 기술하고 있다. 이준걸, “형법상 존엄사에 관한 연구”, *의료법학 창간호* (2000), 189-90면.

55) 이준걸(2000), 180면.

56) 이 점의 판단에 대하여는 환자를 담당하지 않은 의사의 재확인, 병원 윤리위원회의 결정 등을 통해 회생불가능의 판단을 최대한 신중하게 하자고 한다. 이윤성(2001), 24면.

57) 이윤성, “소극적 안락사를 받아들여야”, *시민과 변호사* 89호 (2001), 23-4면.

58) 이상원, “안락사는 정당한가?”, *시민과 변호사* 제89호 (2001), 25-7면. 이는 기독교윤리학자의 견해이다.

윤리성을 기준으로 하는 기존의 유형론을 포괄적으로 수용하면서, 존엄사를 안락사의 범주에 포함시키고 이를 소극적 안락사와는 목적상 차이를 인정하여 양자를 구분하며,⁵⁹⁾ 소극적 안락사에 대하여 원론적으로 긍정하면서도 그 요건 중 회복가능성 유무에 대한 판단의 객관성을 확보하고 환자 본인의 의사를 신중하고 확실하게 확인할 수 있는 방법을 마련하고⁶⁰⁾ 이를 위반한 자에 대한 처벌규정이 마련된 뒤 허용되어야 한다는 견해,⁶¹⁾ 소극적 안락사와 치료중단을 구분하면서, 회복하기 어려운⁶²⁾ 의식상실의 환자에 대한 치료중단은 환자본인의 의사, 환자 본인의 인간으로서의 존엄성 보장, 치료가능성, 의식회복의 가능성, 연령 및 예상수명의 정도, 치료기간 등에 대한 종합적인 판단을 거쳐 허용하되, 그 종합적 판단은 특정 의사 개인에게 맡길 것이 아니고 윤리위원회 등의 기관에서 가족 상담 및 권고 등의 절차를 거쳐 결정하는 것이 타당하며, 환자 본인의 의사는 치료중단을 결정함에 중요한 판단자료이지 절대적인 요건이 아니라는 견해⁶³⁾ 등이 있다.⁶⁴⁾

최근 이상용 교수의 견해에 의하면, 도태적 안락사는 안락사란 용어가 남용된 대표적 사례이며 진정한 안락사는 법률적으로 문제삼을 여지가 없는 행위이고,⁶⁵⁾ 육체적 고통이나 사기 압박을 안락사의 개념 요소로 포함시키면서 하위 유형에 치료중단을 포함시킴은 모순이며,⁶⁶⁾ 안락사는 의료상황 외적 현상을 모두 포함하는 용어인데 의료적 처치를 받지 않는 비유형적 사례로 논의가 확산되거나 남용의 가능성을 우려하면서 소극적 안락사보다 ‘치료중단’이라는 용어를 선호하고,⁶⁷⁾ 적극적 안락사에 대한 논의도 의료적

59) 박영호(2002), 210-1면.

60) 이 견해에서는 가족이나 보호자의 동의에 의한 소극적 안락사에 대하여는 부정적인 것으로 보인다.

61) 박영호(2002), 234-5면.

62) 회복이 절대적으로 불가능하다는 요건은 거의 판정할 수 없는 것이라고 한다.

63) 이상용(2002), 24-5면.

64) 이경환(2004), 340면도 소극적 안락사는 의사능력(의사결정능력의 오타?) 있는 환자에 대한 것이고 연명치료중단은 의사결정능력이 없는 환자에 대한 것이라는 기준에 따라 구분한다.

65) 이상용(2003), 146면.

66) 이상용(2003), 148면.

67) 이상용(2003), 161-2면.

처리를 받는 상황으로 좁히기 위하여 의사조력자살(또는 사망)이라는 용어를 사용하는 것을 제언하는 주장도 있다.⁶⁸⁾ 이 견해에 의하면, 결국 소극적 안락사를 허용하자는 주장도 결국은 의료처치를 받던 중 그 중단의 상황에 대한 것이고, 적극적 안락사를 인정하자는 주장 역시 환자 본인의 의사와 의사의 협력이 결합된 상황의 허용이므로, 새로운 용어의 제시가 새로운 혼란을 야기할 가능성이 있지만, 추상적이고 포괄적인 개념 요소를 가진 안락사라는 용어보다는 적법요건을 담고 있는 용어를 사용함으로써 용어 개념 범위나 관념적인 분류론으로 인한 경우보다 그 논의가 보다 효율적이고 심층적으로 진행될 수 있다고 한다.⁶⁹⁾

Ⅲ. 본인의 입장

1. 용어의 정리

이 논문에서는 용어와 그 함의의 다양성으로 인한 혼란을 가급적 피하고자 안락사라는 표현으로 모든 유형을 흡수하고 그 수식어를 통한 유형 가운데 불필요한 유형은 사건의 개진에서 제거하기로 한다. 특히 안락사의 “안락(安樂)”이라는 글자 자체의 의미에 집착하여 새로운 용어를 만들거나 안락사의 함의를 제한적으로 설정할 필요는 없을 것이다. 단지 ‘죽음에 대한 인공적 개입 내지 죽음의 방치’라는 요소가 포함된 행위라면 안락사의 범주에 포함될 수 있는 행위라고 하겠다.

안락사의 유형을 비난가능성의 정도에 따라 망라적으로 정리한다면, 진정 안락사, 간접적 안락사, 소극적 안락사, 적극적 안락사, 도태적 안락사로 구분할 수 있다. 이 가운데 진정 안락사의 허용이나 도태적 안락사의 금지에 대하여는 반론의 여지가 없으므로 이를 안락사의 범주에서 언급함은 타당하지 않다고 하겠다. 나아가서 간접적 안락사도 고통의 경감을 위한 마약 등의 투여는 pain clinic의 관점에서 의료행위이며 그 정도가 의학준칙에

68) 이상용(2003), 162면.

69) 이상용(2003), 168-171면.

부합한다면 정상적인 의료행위로 보아 허용된다고 보아야 할 것이다.⁷⁰⁾ 결국 논의의 여지가 있다면 소극적 안락사와 적극적 안락사의 허용여부이다. 그리고 양자를 환자의 죽음에 대한 의사의 개입 형태가 부작용인가 작위인가에 의하여 개념을 구분하기로 하며, 환자의 의식 및 의사 유무 등은 각각의 허용요건일 뿐이고 개념 정의의 요소가 아니라고 하겠다. 연명장치 제거라는 행위의 성질을 그 자체만 보면 작위이다. 하지만 초래된 결과가 치료의 중단이라는 부작용 상태이며, 이것이 진료의무인 작위의무의 위반인지 여부에 따라 그 행위성 및 위법성 여부가 논의되는 것이다. 즉 논의의 대상이 제거 자체가 아니라 제거로 인하여 초래된 치료 중단이라는 부작용 상태가 위법한 것인가의 문제라는 점에서 부작용으로 볼 수 있을 것이다.

한편 종래 안락사에는 육체적 고통이 그 절대적 개념 요소이었다. 그 고통을 느끼지 못할 상태는 과거 의료기술상 오래 유지되지 못하는 생명이었다. 하지만 고통을 일견 감지하지 못하거나 이를 외부에 표현 못하는 상태의 생명이라고 하여도 이를 장기간 유지시키는 의료기술의 발전으로 육체적 고통을 허용요건에서 논의할 수 있을지언정, 계속하여 안락사의 개념 요소로 보는 것은 곤란하다고 하겠다.

그럼에도 불구하고 연명장치의 제거는 국내에서 사실상 실행되고 있으며, 이 행위를 안락사에 포함시키기를 꺼려하는 의료계는 이를 안락사가 아닌 치료중단이라고 한다. 즉 의사의 그러한 행위에 살인이라는 의미가 투영되기를 원하지 않는 것이다. 그러한 탓에 안락사 내지 이를 둘러싼 행위를 표현하는 방식에 혼란이 야기되고 있는 것이다.

용어의 정확한 선택 및 구사가 논의의 효율성에 매우 중요하다. 하지만 보다 정확한 용어를 만들기 위해 일단 굳어진 용어를 바꿈으로 인하여 나타나는 논의의 혼란은 오히려 약간 부정확하고 의료계로서 오해를 받을 우려가 있더라도 이 글에서는 용어를 종래의 것으로 사용하기로 한다. 따라

70) 진정 안락사에서 시술되는 마약의 투입이 상해죄를 구성하는가 여부는 예외적인 경우에 한하여 의미 있을 것이다. 가령 목적은 진정 안락사로서 생명 단축을 목적으로 하지 않았지만 과도한 투입으로 원치 않는 단축이 야기된 경우가 그러할 것이다. 하지만 이것이 안락사의 논의에서 특히 다루어질 가치는 없다. 이는 간접적 안락사에서 마찬가지로 과도한 투입으로 예상보다 사망이 빨리 이루어진 경우에도 마찬가지이다. 또한 환자가 원치 않는 진정 안락사를 시술한 경우에 대한 형법적 논의 역시 안락사 자체의 고유 가치가 있는 논의가 아니라고 할 것이다.

서 종래의 안락사라는 논의에 치료중단의 문제도 포함된다고 보고, 이를 소극적 안락사의 범주에 넣기로 한다.

이러한 소극적 안락사의 범주에는 처음부터 의학적 의미가 없는 상태이어서 의료적 처치를 하지 않은 경우와 환자 등 의료행위에 대한 결정권자가 애초부터 연명치료를 거부한 경우도 포함될 것이다. 전자의 경우는 치료불능의 상황이므로 어떠한 근거로도 진료의무라는 작위 의무 자체가 존재하지 않음이 명백하므로 행위 자체가 존재하지 않아 불법행위 책임을 논할 여지가 없다. 다만 의학적 무의미성에 대한 판단 오류로 인한 책임은 문제될 수 있으며 이는 일반불법행위책임의 법리에 입각하여 논의하지 않을 것이다. 한편 후자의 경우는 소위 *informed refusal*의 법리에 의하여 해결될 것이다. 즉 *duty to inform* 즉 불치료시의 질병의 경과 내지 위험에 대하여 설명할 의무라는 작위의무가 존재하며 이를 다하지 아니한 경우에 그 부작위로 인한 자기결정권 침해의 불법행위가 성립되어 그 고유의 책임론이 전개될 것이다.⁷¹⁾ 따라서 안락사로 인한 불법행위책임과 관련하여 특별히 논의할 소극적 안락사란 결국 연명치료를 중단이 중심이 될 것이다.

전술한 바와 같이 적극적 안락사는 의사의 작위가 요구되는 것이고 환자 스스로의 진지한 의사에 의한 것인데, 이 가운데 의사의 진단 확인 및 수단 제공 등⁷²⁾의 작위가 환자 사망을 야기하는 직접적 행위가 아닌 경우에는 이 상황의 환자의 사망을 자살에 준한다고 보아 의사조력자살(사망)이라는 표현이 사용되고 이를 의사의 작위가 그 직접적 행위인 경우와 구분하자는 주장도 있지만, 그러한 표현을 사용한다고 하여 적극적 안락사의 허용요건에 대한 논의가 생략될 수 있는 것도 아니라 하겠다. 즉 안락사의 유형 및 각 유형의 개념 정의는 가급적 간명하게 하고, 각 유형의 안락사에 대한 허용요건을 논의함이 효율적이라고 하겠다.

따라서 치료중단이나 의사조력자살이라는 용어를 사용하자는 제안은 현재로서는 따를 실익이 보기에 따라서는 그리 크지 않다고 여겨져 이 논문에서는 논의 가치 있는 유형의 안락사를 소극적 안락사와 적극적 안락사로 표현하며, 허용하고자 하는 전자에 대하여는 그 허용요건을 검토하고

71) 이 경우에 침해된 법익은 자기결정권 외에 다른 것은 없을 것이다.

72) West's Encyclopedia of American Law, Vol. 4, p. 26.

전면적으로 금지하고자 하는 후자에 대하여는 그 금지이유를 아래에서 밝히고, 허용요건이 구비되지 않은 소극적 안락사 행위와 일체의 적극적 안락사 행위의 불법행위성, 특히 위법성 요건을 이 논의를 토대로 하여 판단하기로 한다.

2. 불법행위책임의 검토

(1) 요건론의 검토

우선 불법행위책임의 요건론 즉 불법행위의 성립론에서, 가해행위가 있었는지의 여부, 그 행위에 유책성과 위법성이 인정되는지의 여부가 판단되어야 할 것이다. 가해행위의 존재 여부를 판단함에 있어서, 침해된 법익이 무엇인지 규명될 것이고, 그 침해로 인한 손해가 과연 존재하는지 검토되어야 할 것이다. 조기사망 또는 수명단축이라는 인식을 하면서 행하여진 안락사의 경우에 유책성의 요건은 특별하게 논의될 것은 없다고 하겠다. 핵심적인 쟁점인 위법성을 논의함에 있어서, 실질적 규범론에 입각하여 그 행위가 도대체 용인되는 것이었는지의 여부가 판단되어야 할 것이다. 이 판단에서 비로소 허용되는 안락사의 유형과 요건이 먼저 논의될 것이며, 그에 따라 문제의 안락사가 이 허용되는 안락사의 유형인지의 여부와 그 허용요건에 부합하는 것인지의 여부가 검토될 것이다.

(2) 효과론의 검토

한편 효과론에서 먼저 그 규범이 그러한 행위를 금지함으로 인하여 보호하고자 하는 법익이라면 일단 배상책임의 범주에 들어오게 된다. 나아가서 손해배상청구권 및 책임의 각 귀속주체는 안락사라고 하여 당연히 생명이라는 신체적 법익 침해의 불법행위만이 문제로 되는 것이 아니라, 경우에 따라서는, 특히 자기결정권이라는 정신적 법익의 침해라는 불법행위가 문제되기도 한다. 그 침해된 법익이 결정되면 그 법익 주체가 손해배상청구권자가 되는 것이다. 한편 그 청구권자가 사망한 경우에 있어서 청구권의 상속 등의 문제와 생명침해로 인한 간접피해자의 정신적 손해배상에 대한 논의 등은 불법행위책임의 일반론에 입각하면 될 것이다.

그 구체적 배상범위는 불법행위 일반론에 따라 그 법익 침해가 통상의 가져오는 손해와 함께 피해자의 특별한 사정으로 발생한 손해는 그 사정에 대한 가해자의 인식 또는 그 가능성이 있음으로써 비로소 배상범위에 포함되는 것이다. 문제는 안락사의 상황이 사망의 가능성이 매우 높은 시점에서 이루어진 것이므로, 소위 기왕증을 손해배상책임에 어떻게 반영시킬 것인가의 논의가 있어야 할 것이며, 이 논의 역시 불법행위법의 일반론에 입각하면 충분할 것이다.⁷³⁾

3. 소극적 안락사의 허용론

(1) 서설

필자에게는 치료성(治療性)이 부정되는 단순연명에 대한 회의가 오래 전부터 있었지만, 그러한 경우에도 일단 그 생명에 개입한 의료인은 진료의무의 위반이 아닌가, 그리고 그러한 진료의무가 인정된다면 부작용에 의한 생명침해행위가 아닌가 하는 의문을 논리적으로 해소하는 과정이 필요했다. 그러한 의문은 아래와 같이 해소될 수 있다고 보아 견해를 표명하기로 한다.

필자의 세계관으로는, 연명치료행위 중 심장 박동, 호흡, 영양공급을⁷⁴⁾ 인공적으로 그리고 영구적으로 유지시키는 행위 자체가 생명현상에 대한 부당한 개입이라고 본다. 여기서 “인공적”이라는 말은 일시적인 인공호흡이나 심장 충격 등을 포함할 수 있지만 “영구적”이지 않다는 점에서 생명현상에 대한 부당한 개입이라고 볼 것은 아니다. 이들 영구적 인공적 연명행위가 생명의 유지라는 측면에서 본다면 일견 긍정적일 수 있다. 하지만 환자가 무의식 상태에서 외부의 도움으로 심장 박동과 호흡 또는 영양공급이

73) 이에 대한 사건에 대하여는 김천수, “기왕증을 포함한 피해자의 신체적 소인 및 진단 과오가 불법행위책임에 미치는 영향”, 성균관법학 제16권 3호, 31면 이하 참조

74) 대뇌피질은 손상되었지만 뇌간은 살아 있어 호흡, 소화 및 심장박동은 자연스럽게 계속되는 식물인간의 경우와 같이 단지 영양공급만 인공적으로 하는 경우에는 어떻게 할 것인가에 대하여 고민이 있을 수 있다. 전신마비환자를 포함한 많은 경우에도 사실상 타인의 도움으로 영양공급이 이루어지고 있다는 점에서 그러하다. 하지만 이러한 경우에는 의사결정능력 내지 의식이 있으므로(의학적으로 대뇌가 살아 있으므로) 뇌간만 살아 있는 식물인간의 경우와는 다르다.

이루어지고 있고 이 상태가 일견 영구적이며 이 도움이 중단되면 자연사에 이르게 되는 상태에서, 그러한 생명의 인공적 유지가 신의 뜻인가에 대한 의문이 있다. 생명현상에 대한 개입 자체가 신의 뜻에 거스르는 것 아닌가에 대한 조심스러운 생각을 가지고 있는 필자로서 생명의 탄생과 소멸의 자연성에 반하는 개입은 적어도 신의 뜻에 반한다고 본다. 연명장치가 인간을 위한 신의 선물은 아닐까라는 생각이 있을 수 있다. 하지만 이 땅에서의 육체적 생명을 절대선으로 본다면 그렇다고 하겠지만 영적 생명을 본질로 본다면 그러한 의문에 대하여 부정적인 입장을 취할 수밖에 없다고 하겠다. 나아가서 일견 생명의 유지로 보이는 연명치료가 사실 생명 소멸에 대한 부당한 개입일 수 있다. 그렇다면 이는 생명현상의 자연성을 지나치게 축소하는 행위라고 하여야 할 것이다. 하지만 이러한 가치관에만 입각하여 전개되는 주장은 법학의 논증으로서 설득력이 없을 것이다. 이는 단지 일정한 결론을 갖기 위한 목상의 과정을 보인 것이며, 이 결론을 위한 법학적 논증은 아래와 같다. 이러한 논증은 소극적 안락사의 위법성 조각을 위한 것이다.

(2) 적법요건

1) 객관적 요건

가. 회생불가능과 의학적 무의미

소극적 안락사로서 치료중단을 허용함에 있어서 중요한 요건이 바로 회생불가능과 의학적 무의미성이다.⁷⁵⁾ 전자는 환자의 상태에 대한 의학적 판단의 문제로서 가치중립적 요소라고 하겠다. 이에 대하여 치료중단을 허용할 것인가에 대한 법적 판단에 필요한 요소로 등장하는 것이 “의학적 무의미성”이며, 이는 일정한 요소를⁷⁶⁾ 가지고 내린 가치판단의 결과이다. 하지만 이 “의학적 무의미성”에 대한 판단 역시 매우 불확실한 것이어서 논란이 많이 있다.⁷⁷⁾ 그럼에도 불구하고 이러한 기준을 가지고 치료중단을 판

75) 이 두 요소에 대하여 상세한 것은 정규원, “피해자의 승낙에 대한 연구 - 의료행위를 중심으로 -” (서울대 대학원 법학박사학위논문, 1999), 208면 이하 참조.

76) 정규원(1999), 209면은 이 요소로 회생가능성 외에 이익형량, 환자의 가치관과 경제사정, 사회의 문화적 상황을 들고 있다.

단하는 것은 불가피한 것으로 보인다. 다만 이러한 무의미성에 의식의 상실 및 회복불능을 요소로 볼 것인가에 대한 결정은 필요하다고 하겠다. 의식이 존재하지만 의학적 무의미성이 인정되는 경우가 있을 수 있다면, 의학적 무의미성은 의식의 상실 및 회복불능을 그 개념 요소로 보지 않기로 한다.

한편 치료행위가 의학적 무의미한 경우가 아님에도 불구하고 환자측이 치료를 거부하는 경우에 의사측은 그 불치료로 인한 질병의 경과를 설명의 무의 일반 법리에 따라 설명하여야 하고,⁷⁸⁾ 그럼에도 불구하고 사망을 초래할 치료중단의 환자측 결정 내지 요구는 수용되어서는 안 되며, 이러한 환자에 대하여 의사는 필수의료 계속의무가 있다고 보아야 하고 따라서 의사의 퇴원 조치 및 일정한 필수 의료의 해태는 위 의무에 반하는 것으로 생명침해라는 불법행위가 될 것이다.⁷⁹⁾

나. 의학적 무의미성의 판단

문제는 의학적 무의미성을 판단하는 주체와 방법이다. 이에 대하여 고려해야 할 점으로, 당해 환자의 구체적 상태를 보다 정확하게 나타내는 정보의 확보와 그 확보된 정보를 보다 정확하게 분석하여 내려지는 판단의 보장이다. 전자에는 당해 환자의 진료를 계속 담당하여 온 의료진이 가장 바람직하며, 후자 즉 의학적 무의미성에 대한 최종적 판단에는 이들 의료진이 배제되어야 하고,⁸⁰⁾ 가령 병원윤리위원회⁸¹⁾ 등 제3의 기관이 전문 의료진의 조언 하에 회생가능성 등 환자의 상태와 사정을 분석하고 판단을 내

77) 이에 대하여는 정규원(1999), 209-212면.

78) 이는 소위 informed refusal의 법리에 대한 것이며, 이와 관련된 미국 판례 Truman v. Thomas 611 p. 2d. 902 (California 1980)에 대하여 김천수, 「진료에 대한 설명과 동의의 법리」 (대구대학교 출판부, 1999), 135-6면.

79) 물론 이는 이 논문의 주제와는 직접 관련되지 않는 논의이어서 이만 줄인다. 이에 대한 상세한 논의는 다음 기회로 미룬다.

80) 정규원(1999), 208면은 일차적인 판단의 주체로 담당의사를 제시한다. 이 견해가 본문의 사견과 다른 것이라고 할 수는 없을 것이다. 동, 215면 이하에서는 환자의 회생가능성에 대한 판단은 일차적으로 담당의사의 소견이 중요하며, 지속적 식물인간상태인지 여부의 판단은 복수의 의사에게 맡기자고 하며, 이들 판단과 아울러 환자에 대한 최선의 이익을 판단 등의 문제를 최종적으로 결정할 기구로 의료윤리위원회의 필요성을 제기한다.

81) 소위 보라매 병원 사건 이후 주요 병원들에서 윤리위원회를 자체적으로 임의로 설치하여 운영하고 있다. 앞으로 이 위원회의 설치가 의료법 등의 개정을 통해 일정 규모 이상의 병원에는 의무화할 필요가 있을 것이다.

림으로써 그 결정의 정확성 및 객관성이 확보될 것이다. 이러한 과정에 당해 환자의 담당 의료진을 출석시켜서 자료의 보완 및 해석을 위한 진술을 받을 수도 있을 것이다. 치료를 중단하기 위한 결정은 치료를 위한 결정과는 달리 긴급을 요하는 문제가 아니므로, 당해 환자를 치료한 담당 의사 내지 의료진이 당장 현장에서 단독으로 결정을 내리지 않아도 되므로, 위와 같은 절차를 밟도록 함이 바람직하다.

다. 의학적 무의미성 인정에 대한 이의

한편 이러한 병원윤리위원회 등이 내린 결정에 대하여 이의가 있는 경우에 법원에 그 결정의 실행을 중지하여 달라는 취지의 가처분을 신청하여 법원의 판단을 받을 수 있을 것이다. 하지만 그 절차를 밟을 수 있는 시간적 여유가 필요하다는 점이다.⁸²⁾ 특히 병원윤리위원회 등의 결정이 법원의 위 절차를 즉시 밟을 수 없는 시점에 이루어진 경우이다. 따라서 의학적 무의미성을 인정하는 결정이 있더라도 그 소극적 안락사의 실행 전에, 이에 대한 이의권을 가진 자에게 결정 내용을 통지하고 그가 이의 절차를 밟을 것인지를 판단하고 그 절차를 밟을 수 있는 시간적 여유가 주어지는 유예기간을 설정할 필요가 있다. 위 가처분 신청 업무 수행이 가능한 하루를 포함한 적어도 만 2일 이상의 기간이 통지의 수령으로부터 설정되어야 할 것이다.

환자에게 의사결정능력이 있는 경우에는 이러한 이의 절차가 무의미하다. 환자에게 사전결정이 있었던 경우라고 하여도 위 위원회 등 결정의 통지가 도달된 시점에 그러한 능력을 상실한 경우를 포함하여 그러한 능력이 없는 환자의 경우에, 이의 절차는 의미가 있으며, 그 이의권자에는 친권자, 후견인 그리고 결정권수임자 등이 있다고 하겠다.

2) 주관적 요건

가. 의사결정능력 있는 환자

82) 현재로서 우리 법원의 당직판사가 가처분 신청을 접수하여 즉시 그 판단을 내리는 제도는 없다. 더구나 의학적 전문성을 요하는 경우에 당직판사가 단독으로 이를 결정하는 것도 타당하지 않다.

(가) 자기결정의 가능성

치료중단 등 소극적 안락사를 환자의 결정에 따라 허용할 것인가의 문제는 환자의 객관적 상태가 위와 같음을 전제로 한다. 의학적 무의미성이 인정되는 환자의 경우에 여전히 의사결정능력이 인정되는 경우가 현실적으로 있을 수 있는가는 그 무의미성의 개념 여하에 따라 달라질 수 있다. 즉 의식이 회복될 수 없는 상태를 그 무의미성의 요소로 한다면 그러한 환자에게는 자기결정능력이 있는 경우란 있을 수 없을 것이다. 하지만, 이 논문에서는 의학적 무의미성에 의식상실을 그 본질적 요소로 보지 않는다. 따라서 의사결정능력 있는 환자로서 의학적 무의미성 요건을 구비하는 경우에 대한 논의가 필요하다.

(나) 자기결정의 유효성

사망의 결과를 가져오는 자기결정을 허용할 것인가의 문제는 바보 같은 결정을 내릴 자유가 환자에게 있는가의 문제이며, 이에 대하여 필자는 이미 반대의 입장을 밝힌 바 있다.⁸³⁾ 나아가서 자살시도환자에 대한 응급의료 및 필수의료는 환자의 자기결정과 무관하게 이루어질 수 있고, 그 자살시도라는 행위로부터 강하게 추정되는 치료거부는 비합리적인 것으로 무시되어도 무방하며 나아가서 이를 무시하고 응급 및 필수 의료의 진료를 하여야 한다는 입장을 취한 바 있다.⁸⁴⁾ 그런데 소극적 안락사를 향한 환자의 자기결정을 인정하는 것은 이들 입장과 모순된 것은 아닌가의 의문이 있을 수 있다. 소극적 안락사를 요구하는 자기결정이 합리적인 것이며 이 자기결정을 존중하는 것이 자살시도환자의 추정적 치료거부를 무시하는 것과 다른 점이 있음을 인정한다면 그러한 의문은 해결된다. 그 의문의 해결점은 바로 소극적 안락사의 자기결정은 ‘사망으로의 자기결정(Selbstbestimmung zum Sterben)’이 아니라 ‘사망에서의 자기결정(Selbstbestimmung beim Sterben)’이라는 점에서 찾을 수 있다. 소극적 안락사의 선행 적법요건인 회생불가능 및 의학적 무의미성이 바로 그것이다. 즉 이미 회생이 불가능하여 치료행위에 의학적 의미가 없는 경우에는 치료의 중단으로 비로소 사망의 과정이 시작된 것이 아니라는 점이며, 치료를 계속하여도 사망의 과정이 중단되지 않

83) 김천수, 「진료에 대한 설명과 동의의 법리」, 29-30면 참조.

84) 이와 관련된 사건에 대하여 김천수, 「진료에 대한 설명과 동의의 법리」, 241-5면 참조.

는다는 점이다. 물론 인간의 육체적 생명은 태어나면서 사망을 향하는 것이라는 반론이 있을 수 있다. 하지만 유의할 것은, 여기서 말하는 사망 과정의 개시가 위 객관적 요건인 “희생불가능 및 의학적 무의미성”이 구비된 시점부터이며, 그 이후의 치료중단 결정이 그러한 의미에서 사망 개시의 원인이 아니고, 중단하기로 결정된 치료가 사망 과정의 진행을 중단시킬 수 없다는 점이다. 이러한 점에서 소극적 안락사의 객관적 요건이 구비된 상황에서 그를 요구하는 환자의 자기결정은 합리적일 수 있으며 자살의 경우와 다른 것이다. 물론 자살시도의 결과 그러한 객관적 요건이 구비된 경우에는 소극적 안락사가 허용될 것이다.

(다) 자기결정의 유효요건

소극적 안락사의 객관적 요건이 구비된 상황에서 자기결정이 위와 같이 소극적 안락사를 정당화한다면, 그 자기결정은 환자의 자기결정권의 일반적 유효요건이 구비되어야 유효하다고 하겠다. 그 유효요건으로 결정의 능력, 결정권의 귀속, 의사의 적절한 설명, 사전적 동의, 심리적 자유, 사회적 타당성 등이 있다.⁸⁵⁾ 그 결정능력은 의료행위에 대한 환자의 동의능력 바로 그것이며, 이는 행위능력이나 의사능력처럼 법률효과를 지향하는 것이 아니라,⁸⁶⁾ 일정한 사실행위의 수용 여부를 합리적으로 판단하는 능력으로, 수용대상이 되는 사실행위의 성질에 따라 요구되는 정신능력의 수준이 다를 것이다. 가령 의학적 무의미성이 인정되는 상태에서 생명연장시술 받기를 거부 내지 포기하거나 이미 장착된 연명장치의 제거를 결정하는 경우에 필요한 정신능력은 통상의 의료행위를 받기로 결정하는 데 필요한 그것보다 높은 단계의 능력이 요구된다. 적어도 생사 내지 인생에 대한 기본적인 가치관이 형성되어 있는 상태일 것이다. 환자가 이러한 정신능력을 보유하지 아니함에도 불구하고 의식이 있다는 이유로 그의 단순한 선택으로 죽음의 과정을 단축한다는 것은 가혹한 일이라고 하겠다. 한편 그 유효요건 가운데 하나가 의사의 설명이다. 그 설명을 어떻게 해야 환자의 자기결정이

85) 이들에 대하여 상세한 것은 김천수, 「진료에 대한 설명과 동의의 법리」, 41-101면 참조.

86) 법학에서 이러한 개념을 가지고 있는 용어로 확고하게 정착된 ‘의사능력’이라는 표현을 이 경우에 사용하지 않는 것이 좋을 것이다. 이러한 점에서 환자의 자기결정 내지 의사결정의 능력을 무의식적으로 ‘의사능력’이라고 잘못 표현하는 것에 주의할 필요가 있다.

유효하게 되는가의 문제 역시 의사의 설명의무의 일반론에 입각하면 될 것이다. 소극적 안락사의 결정을 위한 설명의 대상에는 환자의 상태인 의학적 무의미성과 그 무의미한 치료의 방법 및 그 효과 등이 포함될 것이다.

나. 의사결정능력은 없지만 의식이 있는 환자

환자의 자기결정권에 대한 일반적 논의에서는, 통상 의사측은 일정한 진료를 하고자 하며 그 진료의 위험으로부터 환자를 보호하거나 그에 대비할 필요가 있는 상황이 전제되어 있는 것이다. 이러한 경우에는 환자가 자기결정의 능력이 없는 상황에서 환자 본인 이외의 자에게 환자의 신체접촉을 허용하는 결정권을 부여할 수 있는가에 대하여 엄격한 논증 후 친권자, 후견인 등 법정대리인의 고유 권한⁸⁷⁾에 기초한 결정을 허용하나 이 역시 합리성과 환자복리 및 직접이익의 범위 내라는 제한을 받는다는 것이 필자의 견해이었다.⁸⁸⁾ 하지만 이는 소극적 안락사라는 예외적 상황까지를 염두에 둔 것은 아니었다.

소극적 안락사에서 치료중단 등의 결정에 환자의 직접이익이 과연 존재하는가의 의문도 있으며 이미 의학적 의미 있는 치료방법이 없는 상황에서 사망이 이미 진행 중인 상태라고 하여도 의식 있는 환자의 사망 과정의 종결을 앞당기는 결정을 과연 환자 아닌 타인의 자율적 의사에 맡기는 것이 과연 타당한지에 대한 의문이 있다. 더구나 소극적 안락사에 대한 환자의 자기결정이 위와 같이 생사 내지 인생에 대한 기본적인 가치관에 기초하는 매우 주관적인 것이고, 이러한 가치관이 형성되지 아니한 상태에서 더구나 의식 있는 환자의 치료 거부 내지 중단을 타인이 결정함은 부당하다고 하겠다.⁸⁹⁾ 따라서 소극적 안락사에 대한 타인의 결정권은 부정하기로 한다. 결국 이 상황의 환자에 대한 치료 중단은 후술하는 ‘의식 없는 환자’의 경우처럼 추정 의사 등에 의하여 결정될 것이다. 다만 의식 있는 환자의 경우는 의식 없는 환자의 경우보다 그 추정 의사를 엄격하게 해석하여야 할 것

87) 민법 제913조와 제947조 등 법정대리인 고유 권한이 예시될 수 있다.

88) 김천수, 「진료에 대한 설명과 동의의 법리」, 52-88면 참조.

89) 이에 대하여 이덕환, “연명치료중지에 대한 의사결정의 대행 - 미국판례를 중심으로 -”, 의료법학 제3권 2호 (2002), 210-1면은 환자의 직계혈족과 담당의사에게 의사결정대행권을 인정한다.

이다. 의사결정능력은 없지만 의식이 있는 환자에게 그러한 추정 의사가 있으려면, 과거에 의사결정능력을 보유한 기간이 있었고 사고 등으로 현재 그 결정능력을 상실한 상태로서, 그 기간에 환자가 표명한 의사[事前意思]나 기타 가치관 등에 의한 추정 의사가 의학적 의미 없는 치료의 거부 내지 중단이라면 그에 따라 소극적 안락사가 허용될 것이다. 사전 의사 및 추정 의사에 대한 보다 자세한 언급은 후술한다.

다. 의식 없는 환자의 경우

의식이 현재 없으면서 그 소생가능성이 없는 환자의 경우에도 의사결정능력은 없지만 의식이 있는 환자와 마찬가지로 사전 의사나 추정 의사가 의학적으로 의미 없는 치료의 거부나 중단이라면 그에 따라 소극적 안락사가 허용될 것이다.

사전 의사는 과거의 현실 의사이며 이는 객관적이며 추상적 의사가 아니라 당해 환자의 구체적 의사이다. 이에 반하여 추정 의사는 주관적이며 구체적 의사일 수도 있고 객관적이며 추상적 의사일 수도 있다. 전자는 환자의 일기 등 가치관이 표출된 기록이나 근친이나 친구 등의 증언 등을 통하여 확인될 수 있을 것이다. 한편 환자에 대한 최선의 이익이 무엇인지를 통해 탐구되는 추정 의사는 객관적이며 추상적인 의사이다.

사전 의사가 인정되면 추정 의사를 확인할 필요가 없으며 설사 확인된 추정 의사가 있고 이것이 사전 의사와 일치하지 않는다면 사전 의사가 우선한다고 하여야 할 것이다. 사전 의사가 없다면, 추정 의사에 의하여 소극적 안락사의 주관적 요건이 판단되는데, 이 추정 의사에서도 전자 즉 주관적이며 구체적인 의사가 객관적이며 추상적인 의사에 우선한다. 따라서 사전 의사가 없으며, 주관적이며 구체적인 추정 의사가 확인되지 않는다면, 객관적이며 추상적인 추정 의사에 의하여 소극적 안락사의 주관적 요건이 판단될 것이다.

전술한 바와 같이 근친 등은 환자의 치료에 대한 거부나 중단의 결정을 할 권한이 없으며, 단지 환자 본인의 사전 의사 내지 주관적이며 구체적인 추정 의사를 확인하는 데 참여할 수 있을 뿐이며 이는 가령 친구도 마찬가지이다. 그리고 그 사전 의사 내지 추정 의사의 판단에 영향을 미치는 것은 이들과 환자 사이의 혈연상의 친소(親疎)도 있겠지만 보다 중요한 것은 사

실상의 친소이다.

여기서 말하는 ‘사전의사’란 미국의 living will보다 넓은 개념이다. 능력 있는 환자에 의하여 이해관계 없는 사람의 입회하에 문서로 작성되어 유효하게 성립한 Living will은 법적 구속력이 있어서, 그 철회는 자유이나 그 철회가 없었다면 의사(醫師)는 이에 따라야 할 의무가 있다.⁹⁰⁾ 우리의 입법론으로, 유언의 방식을 갖추거나 그와 유사한 엄격요식의 ‘사전의사’에 한정하여 치료 거부 내지 중단의 결정을 하게 하는 것도 바람직하다. 하지만 그러한 입법이 없는 지금도 사전의사 내지 추정의사에 대한 고도의 증명도를 요구함으로써 그와 같은 결론에 이를 수 있다. 법적 안정성을 위하여 그러한 입법을 하고 가급적 많은 사람들이 그러한 사전의사를 작성하여 두면 좋을 것이다.

라. 의식 및 의사가 불명인 경우

의식이 불명이면서 사전의사, 추정 의사 모두 확인되지 않는 상태의 환자의 경우에 논리적으로는 소극적 안락사가 허용되지 않을 것이다. 다만 유의할 것은 의학적 무의미성이 매우 강하게 인정되고 의식 불명인 환자에게는 그 최선의 이익이라는 관점에서 확인되는 객관적이며 추상적인 추정 의사가 치료의 중단 내지 거부라고 인정될 가능성이 매우 높은 것이 현실일 것이다.

3) 소극적 안락사의 실행

이상과 같이 소극적 안락사는 객관적 요건인 회생불가능 및 의학적 무의미성의 판단과 소극적 안락사를 하는 의사의 표명 내지 확인 그리고 이러한 객관적 요건 및 주관적 요건이 구비된 상태에서 소극적 안락사의 실행(연명시술의 포기 내지 중단)의 과정을 거치게 된다.

이러한 일련의 과정의 마지막 단계인 소극적 안락사의 실행이 연명장치의 제거인 경우에, 그 제거행위는 의료행위라고 보아야 할 것인가의 의문이 있다. 그 행위가 매우 단순한 경우에는 의료행위가 아니므로 의사 아닌 가족이 실행할 수 있을 것이다. 한편 체내에 투입한 장치의 제거 등 의료

90) West's Encyclopedia of American Law, Vol. 7, pp. 74f.

기술이 필요한 복잡한 행위인 경우라면, 설사 이미 죽음의 과정에 들어선 환자이므로 보건위생상 위해의 가능성이 없어서 종래 의료행위의 개념에는 부합하지 않는 면이 있다고 하여도, 의료행위에 준하여 의료인만이 할 수 있도록 해야 할 것이다. 이것이 사회통념에 부합한다고 하겠다.

(3) 소극적 안락사의 의료인 의무위반 부정

소극적 안락사의 시행인 연명치료중단이 계약상, 민법상 그리고 의료법령상 의료인에게 부과될 의무에 저촉되는지를 검토할 필요가 있다.

환자의 중단 의사는 곧 진료계약이 성립한 경우에는 그 진료계약의 해지 표시로 볼 것이며 이는 유효하다고 하겠다. 진료계약의 법적 성질이 위임으로 볼 수 없음은 물론이지만,⁹¹⁾ 민법 제689조의 상호해지의 자유는 적어도 환자의 해지의 자유를 인정함에 유추적용될 수 있다고 하겠다.⁹²⁾ 따라서 환자의 중단 의사가 유효하다고 한다면 의료인의 계약상 의무가 장애를 향하여 소멸한 것이다. 진료계약이 성립하지 않은 경우로서 사무관리의 관계에 있다면 환자의 중단요구는 사무관리의 종료를 요구하는 의사표시이므로 제737조의 사무관리자의 관리계속의무를 위반하는 것도 아니다. 이들의 경우에 환자의 중단의사는 사전에 미리 표시되어도 무방하다고 하겠다.

연명치료중단이 의료법령에 저촉되는지를 살펴본다. 먼저 의료법 제16조는 의료인이 진료를 거부할 수 없는 경우로 진료의 요구를 받은 때를 들고 있으며 이 경우에도 정당한 이유가 있으면 거부할 수 있다고 한다. 하지만 연명치료의 중단이 환자의 자의에 의한 경우라면 부당한 진료거부에 해당하지 않는다고 하겠다. 한편 동조는 응급환자에 대하여 응급의료에 관한 법률이 정하는 바에 따라 최선의 처치를 행할 의무를 의료인에게 부과하고 있다.

연명치료를 받고 있는 환자는 필시 응급환자⁹³⁾일 것이다. 이러한 환자가 응급의료기관에서 치료를 받던 중이라면 이는 대체로 응급의료일 것이

91) 이에 대한 私見은 김천수, “진료계약”, 민사법학 제15호(1997), 147면 이하 참조

92) 의료인의 해지의 자유는 의료법 제16조에 의하여 부정될 것이다.

93) 응급의료에 관한 법률 제2조는 “응급환자”를 “질병, 분만, 각종 사고 및 재해로 인한 부상이나 기타 위급한 상태로 인하여 즉시 필요한 응급처치를 받지 아니하면 생명을 보존할 수 없거나 심신상의 중대한 위해가 초래될 가능성이 있는 환자 또는 이에 준하는 자로서 보건복지부령이 정하는 자”라고 한다.

다.⁹⁴⁾ 동법 제6조는 응급의료종사자로 하여금 “업무중에 응급의료를 요청 받거나 응급환자를 발견한 때에는 즉시 응급의료를 행하여야 하며 정당한 사유 없이 이를 거부하거나 기피하지 못”하도록 규정한다[응급의료시행의무]. 나아가서 동법 제10조는 응급의료종사자로 하여금 “정당한 사유가 없는 한 응급환자에 대한 응급의료를 중단”할 수 없도록 규정하고 있다[응급의료계속의무]. 따라서 응급의료에 종사한 의료인은 일단 응급환자가 생명의 위협에서 회복되거나 심신상의 중대한 위해가 제거될 때까지는 응급의료를 중단할 수 없게 되어 있다.

응급의료시행의무나 계속의무는 환자의 요구나 기타 의사와 무관하게 규정되어 있어서 연명치료중단이라는 환자의 의사만으로 위법성의 문제가 해결될 수 없다고 하겠다. 그렇다면 이러한 상황에서의 연명치료 중단은 동법의 각 규정의 위반인가에 대하여 의문이 있다. 즉 응급의료계속의무의 만료시기는 “응급환자가 생명의 위협에서 회복되거나 심신상의 중대한 위해가 제거될 때”이다. 연명장치의 장착으로 일단 잠정적으로 그 시기는 도래한 것이라고 하겠다. 이후에는 통상의료의 상황으로 전환된다고 보고 위의료법 제16조와 관련하여 언급한 것과 같은 결론을 취할 수 있을 것이다.

한편 연명장치의 부착으로 그 응급의료계속의무의 만료시기가 도래한 것으로 보는 시각을 부정한다면, 연명치료중단이 논의되는 경우에 있어서 그러한 의무의 만료시기는 영구히 도래하지 않는다고 할 수도 있겠다. 따라서 영구히 도래하지 않는 것이 확실하다면 도래한 것과 마찬가지로 볼 것이다.⁹⁵⁾ 그리하여 그러한 경우에 역시 응급의료계속의무는 소멸한 것으로 보고 전자와 같은 결론을 도출할 수 있을 것이다.

이상에서 검토한 바와 같이 환자의 연명치료가 환자의 현실, 사전 또는 추정 의사에 의한 중단된 것은 의료인이 계약상 및 법률상 부담하는 의무

94) 응급의료에관한법률 제2조는 “응급의료”를 “응급환자의 발생부터 생명의 위협에서 회복되거나 심신상의 중대한 위해가 제거되기까지의 과정에서 응급환자를 위하여 행하여지는 상담·구조·이송·응급처치 및 진료 등의 조치”라고 규정하며, “응급처치”를 “응급의료행위의 하나로서 응급환자에게 행하여지는 기도의 확보, 심장박동의 회복 기타 생명의 위협이나 증상의 현저한 악화를 방지하기 위하여 긴급히 필요로 하는 처치”라고 규정한다.

95) 마치 기한부 법률행위에서 기한의 도래가 불가능함이 확실하여 진 경우에도 도래한 것과 같이 보아 법률관계의 불확실성을 제거하는 것과 같은 논리이다.

를 위반한 것이 아니라는 결론을 내리기로 한다.⁹⁶⁾

4. 적극적 안락사의 금지론

소극적 안락사의 허용을 위한 상술한 논증에 입각하여 적극적 안락사를 허용할 수는 없는 것이다. 전술한 바와 같이 필자는 생명현상에 대한 개입의 한계가 어디인가를 고민하면서 이 글의 주제를 고민하였고 결론에 이르렀다. 즉 육체적 고통을 견디지 못하는 생명체에게 그 시기를 앞당겨 주기 위하여 의료인이 적극적 의료조치⁹⁷⁾를 취함은 역시 생명의 소멸이라는 생명현상에 부당하게 개입하는 인간의 모습인 것이다. 사망 과정의 고통은 우리 개인이 감수해야 할 그것이며, 이는 정도의 차이이지만 그보다 극심한 정신적 고통을 호소하는 자의 부탁에 의한 살해가 허용될 수 없는 것과 같다.

나아가서 적극적으로 행하여지는 행위가 과연 의료행위에 포함될 수 있는 것인가의 문제이다. 그 행위를 하는 의사에게 주어진 면허의 범위에 포함될 수 있는 행위라고 볼 수 있는가의 문제이다. 통상 “의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진료, 검안, 처방, 투약 또는 외과적 시술을 시행하여 하는 질병의 예방 또는 치료행위 및 그 밖에 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위”⁹⁸⁾인 의료행위에 적극적 안락사 행위가 포함될 수 없을 것이다. 물론 이 개념은 의료인이 아닌 자가 행한 행위를 의료 관계 법령 위반으로 처벌하기 위한 개념 설정이다. 따라서 이러한 행위가 아니면 의료인이 아닌 자도 행할 수 있다고 할 것이다. 이런 논리에 입각하여 적극적 안락사 허용론에서 말하는 환자의 상태가 인정되면 그 환자의 의사에 따라 누구든지 적극적 안락사를 하여도 좋

96) 이에 반하여 김광석(1989), 313면에서는 의사의 생명유지조치의 중지에 치료거부를 결부시켜 의료법 제16조에 명백히 반하는 것 아닌가 의문의 제기하는바, 치료거부를 결부시킨 것의 의도가 불명료하고, 나아가서 단순 중지만의 경우에도 마찬가지로 의문을 품고 있는 것인지 알 수 없다. 하지만 환자의 의사에 따라 연명조치를 중지하는 경우에 치료거부를 결부시킨 것은 비현실적인 전제이다.

97) 종래 적극적 안락사의 허용요건에는 의사 내지 의료행위를 할 수 있는 자에 의하여야 할 것이 포함되어 있다.

98) 대법원 2004. 10. 28. 선고 2004도3405 판결

다고 할 수는 없을 것이다. 그렇다고 의료인이 그런 행위를 하는 것은 정당화된다고 할 수 없을 것이다. 행위자가 의료인이기 때문에 그 행위가 정당화되려면 비의료인에게는 허용되지 않지만 의료인에게만 허용될 수 있는 행위이어야 하며 이는 위 개념의 의료행위라는 결론으로 돌아가게 된다.

소극적 안락사의 허용논거에 입각하여 환자의 의사에 기초한 적극적 안락사를 허용할 수 없는 이유는, 단순한 부작용이 아니라 작위가 수반되어야 하는 적극적 안락사에 그 작위의 성질이 정당성을 갖지 못하기 때문이다.

5. 위법한 안락사와 불법행위책임

이상의 논증에서 적법의 한계를 넘는 안락사가 무엇인지 알 수 있다. 그 한계를 초과한 소극적 안락사와 적극적 안락사의 행위를 불법행위책임의 관점에서 살펴본다.

(1) 소극적 안락사의 불법행위책임

1) 불법행위의 성립 여부

연명치료 중단이라는 행위가 부작용이라면 이상과 같은 검토에서 작위의 무가 소멸한 것이므로 그 중단의 행위성 자체가 부정될 것이고 그렇다면 불법행위 성립요건인 가해행위 자체가 없는 경우로서 손해배상책임이 부정된다. 한편 작위로 본다면 행위는 존재하며 그 행위와 조건적 인과관계에 있는 손해인 생명 조기 소멸은 부인할 수 없으므로 가해행위는 인정되고 그 행위자는 생명의 조기 소멸이라는 점을 인식한 경우이므로 유책성도 인정되지만, 그 가해행위의 위법성이 부정되면 결국 불법행위로 인한 손해배상책임은 부정될 것이다. 위법성 판단은 결국 불법행위 일반론에 따라 판단되어야 할 것인바, 그 소극적 안락사의 전술한 허용요건이 구비된 경우라면 위법성이 부정될 것이다. 전술한 허용 내지 적법 요건이 구비되지 않은 경우에는 일단 불법행위 성립이 인정될 가능성이 있다.

2) 침해된 법익

위 허용의 한계를 위반한 안락사는 위법행위이므로 그 행위자는 불법행위에 의한 손해배상책임을 지게 된다. 이 경우 침해된 보호법익으로는 우

선 환자의 생명권, 자기결정권이 있다. 한편 법정대리인 기타 일정범위의 친족에게는 결정권이 없으므로 그들 권리의 침해는 없다고 하여야 할 것이나, 생명침해의 불법행위가 인정되면 민법 제752조 등에 의한 위자료청구권이 인정될 수 있다. 환자 자신의 생명권 및 자기결정권 침해로 인한 손해배상청구권은 상속될 것이다. 이에 대한 논의는 불법행위책임의 일반론에 따르면 될 것이다.

3) 배상되어야 할 손해의 내용

환자의 생명권 침해에 관하여 본다. 우선 환자의 여명기간의 일실이익은 회생가능성 및 의학적 무의미성에 대한 판단 착오가 인정되는 경우 외에는 현실적으로 문제될 것 없다고 하겠다. 다만 장례비 등이 배상범위에 포함될 것이다. 손익상계는 허용될 것인가의 문제가 있다. 가령 사망을 앞당김으로써 절감된 의료비 지출 부분은 이익으로 보아 이를 손해배상액에서 공제할 것인가의 문제이다. 절감된 의료비 지출 부분의 상계는 결국 많지 인정되지 않을 재산적 손해의 배상과의 사이에서 이루어질 것이므로 환자로서는 크게 문제될 것이 없다.

주된 배상 대상은 정신적 손해일 것이다. 이 경우에 후술하는 바와 같이 기왕증 내지 선행행위와의 경합이 고려되어야 할 것이다. 통상의 생명침해와는 달리 사망 자체로 인한 손해가 아니라 사망의 시기가 앞당겨졌음으로 인한 정신적 손해를 배상해야 하는 것이다. 이는 민법 제752조의 배우자 및 직계혈족의 손해를 산정함에 있어서도 마찬가지이다.

4) 기왕증 또는 선행가해행위의 경합문제

위법한 소극적 안락사의 불법행위책임에서 불가피하게 수반하는 것이 기왕증 내지 선행가해행위와의 경합 문제이다. 이는 소극적 안락사 당시의 환자의 상태가 피해자의 기왕증 등 신체적 소인에 기인한 경우[A]와 또 다른 가해행위에 기인한 경우[B]가 구분되어 논의되어야 한다. 그리고 객관적 요건이 미비한 경우[a]와 주관적 요건만 미비한 경우[b]가 구분되어야 할 것이다.

가. A의 경우

먼저 소극적 안락사 당시의 환자의 상태가 피해자의 기왕증 등 신체적

소인에 기인하였지만, 회생가능성이 있어서 의학적으로 의미 있는 치료가 포기 내지 중단된 경우[A-a]를 본다. 이미 발표한 사건에 의한다면,⁹⁹⁾ 환자의 기왕증으로 인하여 소극적 안락사와 사망 사이의 책임성립 및 책임범위의 인과관계가 부정되지 않으며 다만 손해배상액의 산정단계에서 영향을 주는 경우가 있다. 그 경우란 기왕증이 이미 발현되었거나 장래 발현될 가능성이 입증된 경우인데, 소극적 안락사의 경우에는 이미 발현된 것에 해당하며, 따라서 차액설의 관점에서 소극적 안락사 당시의 환자의 상태를 사망으로 인하여 침해된 인격 가치의 평가에 반영할 것이며 그 감소분에 대한 입증책임은 가해자가 부담한다.

그리고 소극적 안락사 당시의 환자의 상태가 피해자의 기왕증 등 신체적 소인에 기인하였고, 소극적 안락사 당시에 객관적 요건이 구비되었지만 환자의 현실적, 사전적 또는 추정적 의사에 반하여 주관적 요건이 미비한 경우[A-b]를 본다. 이 경우는 위 A-a의 경우와 달리 소극적 안락사가 없었다고 하여도 환자는 결국 사망하였을 것이지만, 선행원인이 기왕증이므로 전술한 사건에 따라 소극적 안락사와 사망 사이의 책임성립 및 책임범위의 인과관계가 인정될 것이다. 다만 손해배상액 산정단계에서, 사망으로 인한 침해된 인격 가치의 평가에 소극적 안락사 당시 환자의 상태가 A-a의 경우보다는 많이 고려되어야 할 것이다.

나. B의 경우

먼저 소극적 안락사 당시의 환자의 상태가 또 다른 가해행위[선행가해행위]에 기인하였고, 객관적 요건이 미비한 경우[B-a]를 본다. 이미 발표한 사건에 의하면,¹⁰⁰⁾ 선행가해행위가 초래한 소극적 안락사 당시의 환자 상태와 소극적 안락사로 초래된 사망 사이의 동일성의 여부를 기준으로 구분한다. 그 동일성이 인정되면 선행가해행위자는 물론 소극적 안락사를 행한 의사도 결국 사망의 결과에 대하여 책임성립의 인과관계가 인정되며 책임범위의 인과관계에 있어서 그는 자신이 초래한 결과에 대한 분할책임만을 짐을

99) 상세한 것은 김천수, “기왕증을 포함한 피해자의 신체적 소인 및 진단과오가 불법행위 책임에 미치는 영향”, 42-5면 참조.

100) 김천수, “사고의 경합과 진료과오책임 - 의료사고와 기타사고의 경합으로 인한 손해의 귀속을 중심으로 -”, 27-31면 참조.

원칙으로 하되 공동불법행위가 성립되는 경우에는 기여도 내지 특정성의 입증이 있어도 연대책임을 진다.

그 동일성이 부정되면, 선행가해행위자가 사망이라는 결과에 대하여 책임성립의 인과관계가 인정되는가는 선행결과인 소극적 안락사 당시 상태가 소극적 안락사로 인한 사망의 조건이 되는가의 여부를 구분하여야 하는데 소극적 안락사의 경우에 이는 긍정된다. 그렇다면 그 조건이 소극적 안락사에 의하여 상황이 변경된 것인가의 여부인데 이는 부정되며 따라서 의사는 사망이라는 결과에서 소극적 안락사 당시의 상태를 평가상 고려한 손해배상 대상에 대한 선행가해자와 기여도에 따른 분할책임을 지게 될 것이며 공동불법행위책임을 인정되면 기여도 내지 특정성의 입증이 있어도 연대책임을 지게 될 것이다.

그리고 소극적 안락사 당시의 환자의 상태가 또 다른 가해행위에 기인하였고, 주관적 요건만 미비한 경우[B-b]를 본다. 각 원인이 초래한 결과 사이에 동일성이 인정되는 경우이며, 전술한 바와 같이 선행가해행위자와 소극적 안락사를 행한 의사에게는 각각 사망의 결과에 대하여 책임성립의 인과관계가 인정된다. 그리고 책임범위의 인과관계에 있어서, 소극적 안락사를 행한 의사는 그가 입증한 기여도에 따른 분할책임만을 짐을 원칙으로 하되 공동불법행위가 성립되는 경우에는 기여도 내지 특정성의 입증이 있어도 연대책임을 진다.

(2) 적극적 안락사의 불법행위책임

적극적 안락사에 대한 전면금지론에 입각할 때 적극적 안락사의 행위는 항상 불법행위가 된다. 그 행위가 환자의 의사에 기초한 경우에도 여전히 가해행위, 유책성 및 위법성이 인정되어 사망에 대한 손해배상책임을 인정된다. 피해자의 요구를 어떻게 고려할 것인가의 문제가 있다. 이를 고려하지 않는 것은 공평의 원칙에 반한다고 하겠다. 어떠한 법리에 입각하여 이를 고려할 것인가의 문제이다. 민법 제763조에 의하여 불법행위에도 준용되는 민법 제396조의 과실상계에 관한 법리가 이 경우에 적용될 수 있는지 검토하기로 한다. 동조의 과실은 피해자의 손해에 대한 고의도 포함하는 것으로 보아야 하며 그 과실은 채무자나 가해자의 과실 인정에 있어서의 전제

개념인 주의의무 위반으로 인정되는 것과는 달리 신의칙상 자신에게 발생할 손해의 발생 자체 내지 그 확대의 억제를 게을리 한 점에서 인정되는 것이다. 따라서 사망 결과를 초래하거나 촉진할 행위를 타인에게 요구함은 그러한 과실에 해당한다고 하겠다. 그렇다면 적극적 안락사의 경우에 환자의 요구가 있었는지의 여하에 따라¹⁰¹⁾ 손해배상책임액수는 달라진다고 하겠다. 한편 기왕증의 문제나 선행 가해행위와의 경합의 문제는 소극적 안락사에서 논의한 것과 크게 다르지 않으므로 여기서는 그 논의를 생략한다.

IV. 결 어

말기환자가 장기등이식에관한법률상 장기제공을 위한 수술을 받음으로써 사망에 이르게 된 경우가 아니면, 그 연명장치를 제거할 것인가의 문제에 봉착하게 된다. 환자의 의사에 그 제거의 근거를 찾는다고 하여도 가령 테리 시아보(Terri Schiavo)의 경우처럼 식물인간으로서의 연명을 거부하는 본인의 의사가 있다는 증언에도 불구하고 그 의사의 존부에 대한 논란이 있을 수 있다. 따라서 입법이 많이 진행된 미국에서도 여전히 논란이 계속되는 것은 죽음이라는 문제는 사실상 일도양단으로 의견의 통일을 가져올 수 없으며 이 땅에서 통상 인간이 최고의 가치를 부여하는 육체적 생명의 문제이기 때문이다.

안락사에 관하여 오랜 논란에도 불구하고 여전히 입법적 해결을 보지 못하고 여전히 논의만 하고 있는 우리의 모습을 분석하면서, 죽음에 대한 사회적 관심이 출생이나 성장 등에 대한 것에 비하여 저조하다는 어느 논자의 지적¹⁰²⁾은, 죽음을 경원시하는 우리의 모습에서 그 지적의 타당성을 찾을 수 있다고 하겠다. 필자 역시 죽음의 문제에 대한 사건을 밝히기 꺼린 것에는 그러한 면이 있으며 비로소 그간 생각하여 온 입장을 이번에 비로소 논문으로 밝히는 것이다.

101) 필자는 전술한 바와 같이 적극적 안락사의 개념 요소에 피해자의 요구를 포함시키지 않았고, 죽음에 대한 개입의 형태가 작위이면 적극적 안락사, 부작위이면 소극적 안락사로 본 것이며, 전자는 환자의 요구 여하 불문 금지되는 것으로, 후자는 일정한 적법 요건으로 허용되는 것으로 본 것이다.

102) 김동광(2005), “죽음의 기계적 처리”, <http://h21.hani.co.kr/section-021021000/2005/04/021021000200504130555015.html>

테리 시아보(Terri Schiavo) 사건을 바라보는 미국 공화당이나 보수 기독교 파의 시각은 육체적 생명의 소멸인 죽음은 가능한 한 피해야 할 대상으로 보며, 역으로 이 땅에서의 삶 내지 육체적 생명은 가능한 한 계속 유지되어야 한다는 것이다. 그렇다면 죽음은 절대악이며 삶은 절대선이라는 오도된 사고가 무의식적으로 그 기저에 있다는 생각이다. "영양 튜브 제거는 생명에 대한 공격이자, 생명의 창조자인 하느님에 대한 공격"이라며 시아보의 사망을 규탄했다¹⁰³⁾는 교황청의 반응에서도 이 땅에서의 육체적 생명을 신성시하는 모습을 읽게 된다. 하지만 이러한 말을 하는 필자 역시 생명의 본질이 영혼에 있다는 근본적인 가치관에 입각하면서도 육체적 생명에 대하여 연약한 인간이 가지는 집착 역시 고려하지 않을 수 없었음을 고백한다.

이 논문에서 전개한 법학적 논증을 요약하면 다음과 같다. 이 논문에서는 용어에 대한 보수적 입장에서 단순화를 시도하여 죽음에 대한 인공적 개입의 모습을 안락사라는 용어에 모두 포함시켰으며, 개입의 형태가 작위인지 여부에 따라 적극적 안락사와 소극적 안락사로 구분하였으며, 그 개념 요소에 피해자의 의사 내지 요구가 있었는지 여부를 포함시키지 않았고 이는 단지 소극적 안락사의 적법요건의 하나로 보았을 뿐이다. 즉 전자는 환자의 요구 여부를 불문하고 금지되는 것으로 보았고, 후자는 일정한 적법요건 하에 허용되는 것으로 본 것이다.

후자에 대한 적법요건 가운데 특기할 것은 그 주관적 요소로 오로지 환자의 의사만 인정하였으며 그 의사에는 현실, 사전 또는 추정 의사가 포함되는 것이고, 환자에의 최선 이익에 대한 고려가 추정 의사 가운데 객관적 추상적 추정 의사를 인정하는 과정에 편입되는 것으로 논의를 전개하였다. 그 외의 경우에는 매우 드문 경우이겠지만 설사 소극적 안락사의 객관적 요건인 회생불능 및 의학적 무의미성이 인정되어도 소극적 안락사를 금지하는 입장을 취한 것이다. 적극적 안락사와 위법한 소극적 안락사를 행한 의사의 불법행위책임을 정리하였으며, 특히 기왕증이 손해배상책임에 미치는 영향과 선행 가해행위와의 경합의 문제를 이미 발표한 사건에 입각하여 간략하게 기술하였다.

103) 한겨레신문(2005) <http://www.hani.co.kr/section-007000000/2005/04/007000000200504010716016.ht> ml