안락사와 생명처분권*

– 형법 제252조 해석을 중심으로 –

최 민 영**

목 차

Ⅰ. 들어가며

Ⅱ. 죽음에 대한 자기결정권의 헌법적 근거

Ⅲ. 생명권 보장과 형법 제252조의 관계

Ⅳ. 자기결정권과 생명보호의무 사이에서

Ⅰ. 들어가며

연명치료중단을 허용한 최근의 대법원 판결은 이전의 보라매 병원 사건에서와는 달리,[1] 환자의 자기결정권을 크게 부각시킨 판결이다. 대법원 판결의 주요 요지를 보면 다음과 같다.

1. 진료중단의 요건

대법원은 환자와 의료인(의사 또는 의료기관)사이의 의료계약을 통하여 치료행위가 개시되며 이 경우, 의료인은 원칙적으로 상당한 범위의 재량을 가지고 치료행위를 할 수 있다고 본다. 하지만 환자의 신체를 침해

* 성균관대 법과대학 BK21사업단 박사후연구원

** 투고일자 2010.12.20, 심사일자 2011.1.5, 게재확정일자 2011.1.20

1) 보라매 병원사건(대법원 2004.6.24. 2002도995)에서는 의사의 의학적 충고에 반한 환자의 퇴원 시에도 의사의 환자에 대한 생명권 보호 의무를 중요시하여 의사에게 자살방조죄를 물게 했다.

www.kci.go.kr

하는 진료행위를 하는 경우에는 그 진료행위에 대한 환자의 동의를 받아야 한다. 진료행위의 개시와 마찬가지로 진료행위를 계속할 것인지 또는 중단할 것인지도 환자의 자기결정권에 기초하여 결정할 수 있다. 그러나 환자의 생명과 직결되는 진료행위를 중단할 것인지 여부는 극히 제한적으로 신중하게 판단해야 한다고 한다. 대법원은 다음과 같은 두 가지 요건을 충족할 경우 진료중단이 허용된다고 보았다.[2)]

(1) 회복 불가능한 사망 단계에의 진입

의학적으로 환자가 의식의 회복가능성이 없고 생명과 관련하여 중요한 생체기능의 상실을 회복할 수 없으며 환자의 신체 상태에 비추어 짧은 시간 내에 사망에 이를 것이 명백한 경우, 즉 회복 불가능한 사망단계에 진입한 경우에는 진료중단의 허용상황이 성립한다고 본다.

(2) 환자의 진지하고 합리적인 치료중단 의사

이어서 환자가 회복 불가능한 사망의 단계에 이르렀을 경우에 대비하여 미리 의료인에게 자신의 연명치료 거부 내지 중단에 관한 의사를 밝힌 경우(사전의료지시)에 치료중단이 가능하다. 이외에도 환자의 평소 가치관이나 신념 등에 비추어 연명치료를 중단하는 것이 객관적으로 환자의 최선의 이익에 부합한다고 인정되어 환자의 자기결정권 행사를 추정할 수 있는 경우도 환자의 사전의사에 포함된다.

2. 자기결정권의 의미와 한계

(1) 자기결정권의 의미

대법원은 위 두 요건이 충족된 경우에 의학적으로 무의미한 연명치료를 환자에게 강요하는 것이 오히려 인간의 존엄과 가치를 해한다고 본다. 따라서 환자는 인간의 존엄과 행복추구권에 기초하여 치료를 중단할 것을

2) 대법원 2009.5.21. 2009다17417.

www.kci.go.kr

결정할 수 있다. 결국 대법원은 이처럼 예외적인 상황에서는 생명권 보호보다는 인간의 존엄에 기한 환자의 자기결정권이 우위에 있다고 보았다.

하지만 이와 같은 대법원 판결의 논증은 환자의 자기결정권의 의미에 대한 혼동을 발생시킬 우려가 있다는 비판이 존재한다.[3] 즉, 연명치료중단에서 나타나는 환자의 자기결정권은 환자가 자신의 생명·신체에 대한 침습을 거부할 수 있는 소극적인 의미의 자기결정권을 말하는데, 위와 같은 대법원 판결의 논증은 자칫 환자가 적극적으로 자신의 생명을 처분할 수 있는 자기결정권이 있다는 것으로 이해될 수 있다는 것이다.[4]

⑵ 자기결정권의 한계?

연명치료중단 - 혹은 '존엄사' - 에서의 자기결정권과 자유롭게 자기생명을 처분할 수 있는 적극적 안락사에서의 자기결정권은 그 성격과 내용에서 차이를 지닐 수 있다. 그래서 전자의 자기결정권은 허용되고, 후자의 자기결정권은 허용되지 않는다는 해석이 나오기도 한다. 어찌되었든 우리 형법은 촉탁·승낙 살인죄와 자살 관여죄 규정들을 두고 있기 때문이다. 하지만 연명치료중단과 관련된 내용을 통해 적극적 안락사의 허용논거로까지 논의가 이어지기도 한다. 인간은 자신의 생명을 처분할 수 있는 적극적인 법적 권리는 가지고 있지 않는다 하더라도 최소한 사실상 처분할 수 있는 권능이나 자격을 가지고 있기 때문에 엄격한 법적 논리에서가 아니라 사실적·현실적 측면에서 적극적 안락사에 대한 환자의 자기결정권을 인정하자는 근거가 그러하다.[5]

---

3) 특히 다음과 같은 대법원 다수의견의 논증 - 대법원 2009.5.21. 2009다17417, 판결문 3면 이하 - 이 그러하다: "환자의 동의는 헌법 제10조에서 규정한 개인의 인격권과 행복추구권에 의하여 보호되는 자기결정권을 보장하기 위한 것으로서, … 환자가 그 진료행위의 중단을 요구할 경우에 원칙적으로 의료인은 이를 받아들이고 다른 적절한 진료방법이 있는지를 강구하여야 할 것이다. 그러나 인간의 생명은 고귀하고 생명권은 헌법에 규정된 모든 기본권의 전제로서 기능하는 기본권 중의 기본권이라 할 것이므로 환자의 생명과 직결되는 진료행위를 중단할 것인지 여부는 극히 제한적으로 신중하게 판단하여야 한다."

4) 이석배, 응급의료거부죄의 해석과 정책, 형사정책 제21권 제1호, 2009, 281면.

5) 김종덕, 안락사 허용여부에 대한 기초론적 고찰, 법학연구 제37권, 2010, 128면 이하.

www.kci.go.kr

그러나 생명과 같이 사회와 국가에 큰 이해관계를 갖는 법익에 대해서는 개인의 자기결정권이 이와 같은 방식으로 작동하지는 않는다. 자신의 고유한 생명이라도 임의로 처분하려고 할 때 우리 형법은 촉탁·승낙 살인죄와 자살 관여죄 규정들을 두어 '생명'을 보호하고자 한다. 그러므로 본 대법원 판결은 - 이 판결을 소극적으로 자신의 생명·신체에 대한 침해를 거부하는 권리를 인정한 판결로 보든, 존엄한 죽음에 대한 환자의 적극적인 자기결정권을 인정한 판결로 보든 - 다시금 우리 형법이 규정하고 있는 생명보호가 무엇을 의미하는지에 대한 의문을 제기하게 한다.

아래에서는 형법 제252조를 둘러싼 생명보호의 문제를 논의하기 이전에 헌법상 인간존엄과 생명권을 중심으로 죽음에 대한 자기결정권이 인정될 수 있는지부터 논의를 시작하기로 한다. 죽을 권리가 헌법적으로 인정되느냐에 따라 형법 제252조 법규의 해석과 이를 둘러싼 판례에 대한 평가가 달라질 수 있기 때문이다. 이어서 형법 제252조의 촉탁·승낙 살인죄와 자살관여죄 규정을 통해 현행법상 생명이 어떻게 보호되고 있는지를 논하기로 한다. 특히, 자살관여죄 규정과 관련해서는 자살관여죄 규정이 없는 독일 형법의 해석과 판례들을 중심으로 자기결정권과의 관련성 속에서 국가의 생명보호가 무엇을 의미하는지를 재고해 보기로 한다.

Ⅱ. 죽음에 대한 자기결정권의 헌법적 근거

1. 인간의 존엄과 죽음에 대한 자기결정권[6]

인간의 존엄은 우리 헌법 제10조에서 규정되고 있다. 인간의 존엄으로

6) 행복추구권에 기초하여 죽음에 대한 자기결정권이 도출될 수 있는지의 논의는 본 논문에서 구체적으로 다루지 않기로 한다. 행복추구권의 법적 성격에 대해서는 논란이 많으나 인간존엄의 주관적 권리성을 인정하는 다수견해의 논리에 따라 행복추구권의 주관적 권리성 또한 인정하는 것이 잠정적으로는 타당해 보인다. 이 때 인간존엄의 중점을 생존유지라는 소극적인 차원에서의 자기보존에 두고, 행복추구의 중점을 삶의 형성이라는 적극적인 차원에서의 자기발현에 둔다고 하더라도 인격주의적 인간상의 이해에 따르면 행복추구권이 죽을 권리를 적극적으로 인정한다고 볼 수는 없을 것이다. 행복추구권과 인간존엄의 관계에 대해서는 장영수, 기본권론, 2003, 227면 참조.

www.kci.go.kr

부터 인격적 자율성이 도출되지만 이로부터 죽음에 대한 자기결정권을 이끌어 낼 수 있는지는 불분명하다. 죽음에 대한 자기결정권과 관련하여 인간존엄 규정이 말해주고 있는 것은 없다. 단지 이와 관련하여 생각해 볼 수 있는 것은 우리 헌법의 인간존엄 규정이 고립된 개인을 전제로 하고 있지 않다는 것이다. 즉 인간존엄사상에서 비롯되는 인간 삶의 조건 보장이라는 의무는 경험적으로 볼 때 개인의 최대한의 자기실현을 지향하는 환원주의로는 달성될 수 없다.[7] 오히려 인간존엄은 개인과 공동체의 관계를 토대로 이해되어야 한다. 따라서 인간 개인으로서 불가침의 고유 가치를 지니며 자유로운 발현을 위해 항상 열려 있는 동시에 공동체, 즉 타인과의 관계 속에서 자신을 실현시켜 나가는 인격체로서의 인간상을 전제로 한다. 여기서의 인간은 고립된 개인이나 전체의 한 부품으로서의 인간을 의미하지 않는다. 따라서 이러한 이해를 바탕으로 인간의 존엄 또한 개인의 자율과 타인과의 올바른 관계를 동시에 인정하는 헌법규정으로 자리잡는다.[8]

인격주의적 인간상을 기초로 한 인간존엄 이해에 따르면 환자 개인의 죽음에 대한 결정권을 인간존엄에 근거하여 직접 도출하는 것은 쉽지 않을 것으로 보인다. 실제 대법원 판결에서도 소극적인 치료거부권과 적극적인 생명처분권을 구분하여 논증하고 있진 않지만, 연명치료 중단을 진료에 관한 의료계약의 중단이라는 관점에서만 검토하지 죽음에 관한 자기결정권을 중심으로 본 판결을 논증하지는 않는다.[9] 환자가 의료적인 도움을 요청하는 것은 의사의 “치료”로 건강상태가 개선되어 환자의 자기실현이나 자기결정이 미래에 가능해진다는 것을 의미한다. 하지만 인간의 존

---

7) 보트케/김성돈 역, 촉탁살인과 안락사, 형사법연구 제16호, 2001, 3면.

8) 장영수, 기본권론, 2003, 215면 이하; 우리 헌법의 인간상은 독일연방헌법재판소가 판시한 인격주의 - “고립된 주관적인 개인이 아니고, 개인과 공동체의 긴장관계에 있어서는 인간의 독립적 가치를 침해함이 없이 공동체구속성과 공동체관련성을 가지고 있는 인격(BVerGE 4, 15f.)” - 를 채택하고 있다고 본다.

9) 법원의 논증과정에서 “죽음을 맞이하려는 환자의 의사결정” 또는 “인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권에 기초한 자기결정권”이라는 표현도 사용하고 있지만 이런 표현이 ‘죽음에 대한 자기결정권’을 의미하는지는 분명하지 않다. 오히려 이러한 표현을 치료에 관한 자기결정권에 가까운 것으로 이해하는 논문으로 이준일, 대법원의 존엄사 인정(대판2009다17417)과 인간의 존엄 및 생명권, 고시계 2009/7, 101면 이하.

www.kci.go.kr

엄에 죽음에 대한 자기결정권을 포함해서 이해하면 환자가 의료적인 도움을 요청하는 것을 통해 자기결정을 할 수 있게 하는 것이 곧 치료라는 기묘한 이해에 도달하게 된다.[10]

2. 생명권과 죽음에 대한 자기결정권

인간존엄에 기초하여 죽음에 대한 자기결정권을 도출하는 것이 어렵다면 생명권에 기초하여 이 권리를 이끌어 낼 수 있을까? 우선, 인간존엄과 생명권의 관계에 대하여 간략하게 논의한 이후에 우리 헌법상 전제되고 있는 생명권이 적극적으로 생명을 처분할 권리를 포함하고 있는지 여부를 보기로 한다.

(1) 인간존엄과 생명권의 관계

우리 헌법에서 생명권에 관한 명시적인 규정은 없다. 생명권의 헌법적 근거에 대해서는 제10조 제1문 전단의 인간의 존엄과 가치 또는 후단 행복추구권을 포함한 제10조 제1문, 제12조 제1항의 신체의 자유, 제37조 제1항의 열거되지 않은 기본권 등이 인용되고 있다. 어느 견해를 취하든 생명권에 관한 명시적인 규정이 없음에도 불구하고 생명권을 헌법상 보호되는 기본권으로 인정하고 있는 것은 동일하다. 이처럼 당연히 우리 헌법에서 전제되고 있는 생명권은 인간 삶의 기본조건을 보장해야 하는 의무를 그 내용으로 하는 인간존엄과 밀접한 관련을 맺는다. 하지만 인간존엄은 어떠한 경우에든 보호되어야 하는 절대적인 기본권에 속하는 반면,[11] 생명권은 헌법 제37조 제2항에 따라 제한이 가능한 상대적인 기본권으로

---

10) 보트케/김성돈 역, 촉탁살인과 안락사, 형사법연구 제16호, 2001, 2면 이하.

11) 인간존엄의 법적 성격을 어떻게 볼지에 대해서는 의견이 나뉜다. 특히 인간존엄을 개별적인 기본권으로 인정할 것인가에 대해서는 논란이 있다. 이에 대한 독일의 논의로는 Dreier, in : ders. (Hrsg.), 2. Aufl., Art. 1 Abs. 1 GG, Rn. 124 ff 참조; 우리 헌재와 학계의 다수견해는 인간존엄의 주관적 권리성을 인정하며 (대표적으로 계희열, 헌법학(중), 2002, 192면; 김철수, 헌법학신론, 2009, 384면 이하), 일부견해는 부정하는 입장이다 (정종섭, 헌법학원론, 2006, 318면).

www.kci.go.kr

이해된다. 또한 생명권은 그 보호법익인 '생명'의 시기와 종기에 따라 보호의 범위가 달라질 수 있지만, 인간존엄은 생명이라고 특정되는 시기를 전후로 하여 보호범위가 확장될 수 있다.[12] 인간존엄과 생명권을 이렇게 분리하여 이해하면 인간존엄이 침해되는 영역에서 생명권이 침해되지 않을 수도 있고, 생명권이 침해되는 곳에서 인간존엄이 문제되지 않을 수도 있다.[13]

⑵ 생명권의 보장과 생명처분권

그렇다면 생명권은 개인이 자유롭게 죽음을 결정할 권리, 즉 자신의 생명을 임의대로 처분할 권리를 포함하고 있다고 볼 수 있을까? 생명권 역시 다른 기본권들처럼 개인의 주관적 권리인 동시에 객관적 가치질서로서의 법적 성격을 지니고 있다. 기본권의 주관적이며 객관적인 권리 양면성은 서로 대립하는 관계에 놓여 있는 것이 아니라 보완하는 관계에 있다고 볼 수 있으며, 이러한 기본권의 양면성이 기본권 주체로 하여금 기본권을 임의로 포기할 수 없는 근거가 되게 한다. 우리 헌법이 전제하고 있는 생명권 역시 국가로부터 생명을 위협하는 침해에 대한 방어권으로 이해해야지, 자신의 생명을 임의로 처분할 수 있는 자살권으로 이해할 수는 없다.[14] 즉 생명권의 보호법익은 '생명'이며, 생명의 처분에 관한 결정의 자유가 아니므로 생명권 속에 생명처분권까지 포함된 것으로 볼 수는 없다.

포괄적인 생명보호의 원칙은 인간의 이성적 존재성으로부터 나온다.[15]

---

12) 최근의 과학기술의 발달은 생명의 경계 또한 불분명하게 만들고 있다. 생명의 시기와 종기와 관한 문제는 객관적 사실의 문제가 아니라 규범적 평가의 문제로 남는다. 이에 대해서는 장영수, 기본권론, 2003, 265면 이하.

13) 예를 들어 긴급구조의 경우 생명권의 침해가 곧바로 인간존엄 침해와 연관되지는 않고, 반대로 노예제나 고문의 경우 인간존엄 침해가 생명권 침해, 즉 살인과 바로 관련되지는 않는다. 이에 대해서는 Dreier, Lebensschutz und Menschenwuerde in der bioethischen Diskussion, in : ders./Huber (Hrsg.), Bioethik und Menschenwürde, 2002, 40면 이하.

14) 이에 대해서는 권형준, 생명권의 보호에 관한 고찰, 법학논집 제5호, 1988, 257면; 배종대, 마약범죄와 인간의 존엄, 안암법학 제4권, 1996, 435-439면 참조.

www.kci.go.kr

이성적 존재인 인간은 자기 자신에 대해서조차도 존중의무를 부과할 수 있는 능력을 가지고 있다. 여기서 자살은 인간의 자기보존의무에 위배되는 반이성적 행위라고 할 수 있다.[16] 생명권은 인간이 자신의 생명에 대해 가지는 소유권이 아니다. 생명권은 직접적이든 간접적이든 자신의 적극적이거나 소극적인 행위를 통해 자신의 생명을 임의대로 처분할 권리를 포함하지 않는다. 그러므로 타인에게 자신을 살해하게 하는 행위를 임의로 허용할 권리도 포함하지 않는다. 만약 생명권으로부터 자살권을 도출하게 되면 생명유지를 위해 권리행사를 방해하는 행위가 위법하게 되고, 죽음을 초래하면서 권리행사에 참여하는 행위가 적법하게 될 것이다. 즉, 적극적인 자살방지는 정당화될 수 없고 오히려 반대로 - 직접적이든 간접적이든 - 자살에 관여하는 행위인 촉탁살인이나 자살방조는 불법화될 수 없을 것이다.[17]

거꾸로 자살이 형법상 금지된 행위가 아니라고 해서 헌법이 보장하는 권리에 속한다고 볼 수도 없다. 금지되지 않는 모든 행위가 사실상 허용된다고 해서 이러한 행위에 대한 주관적 권리가 인정된다고 볼 수는 없기 때문이다.[18] 여기서 주관적 권리로서 생명권은 생명권 침해에 대한 방어권으로 이해될 수 있을 뿐이다. 설혹, 죽을 권리를 인정한다 하더라도 죽여 달라고 요청할 수 있는 적극적 권리가 있다고 볼 수는 없다.[19] 오히

---

15) 본 논문의 논지처럼 생명권에서 개인의 생명을 적극적으로 처분할 권리가 도출되지 않는다고 주장하는 견해들에서는 '절대적인' 생명보호의 원칙이라는 용어를 사용하곤 했다. 하지만 생명권이 인간존엄의 권리처럼 절대적인 기본권은 아니기 때문에 '절대적인'이란 어휘사용보다는 '포괄적인'이란 어휘사용이 적절해 보인다.

16) 심재우, 인간의 존엄과 법질서, 고려대 법률행정논집 제12집, 1974, 108면 이하; 마이호퍼/심재우 역, 법치국가와 인간의 존엄, 1994, 9면 이하 참조.

17) 두트케/김성은 역, 존엄사 - 법적 안락사의 유형과 규범적 기초, 형사정책연구 제19권 제4호, 2008, 193면 이하. 본 논문에서는 신체적 자기결정권은 구체적으로 다루지 않기로 한다. 신체적 자기결정권에 따르면 죽을 의사가 있는 사람들은 신체치료행위를 거부함으로서 죽을 소극적 자살권을 가지게 된다. 이것은 신체적 자기결정권으로서 기능하는 신체의 불가침성에 대한 권리 그 자체에 내재하는 예외라고 한다. 이러한 논리에 따르면 대법원의 연명치료중단 판결도 생명권의 적극적인 처분권까지 나아가지 않더라도 신체적 자기결정권에 따라 소극적으로 치료를 거부할 권리로 논리구성을 할 수 있게 된다.

18) 배종대, 마약범죄와 인간의 존엄, 안암법학 제4권, 1996, 435면 이하 참조.

www.kci.go.kr

려 이러한 경우에는 객관적 권리로서 생명권이 중점이 되어 국가가 어떻게 개인의 생명권을 보장할 수 있는지의 문제로 논의의 범주를 옮겨야 할 것이다.

Ⅲ. 생명권 보장과 형법 제252조의 관계

실제 우리 형법이 규정하고 있는 촉탁·승낙살인죄와 자살관여죄 규정은 인간존엄에 부합하는 죽음을 요구하는 것이 개인의 자기결정권이라는 단일한 이념 속에서 설명될 수 없다는 점을 명확하게 부각시키고 있다.[20] 자기결정권과 생명권 보장의 긴장관계 속에서 형법 제252조가 어떻게 해석되는지를 논의하기 이전에 우리 형법이 자살죄를 처벌하고 있지 않은 근거에 대해 짧게 짚고 넘어갈 필요가 있다.

1. 자살 불처벌의 근거

헌법상 권리인 인간존엄과 생명권을 통해서는 개인의 죽을 권리를 적극적으로 인정하기는 어렵다. 그렇다고 해서 형법이 이에 기초하여 자살을 금지하고 있는 것은 아니다. 형법 제250조 제1항의 "사람의 살해"에서 '사람'은 자기 이외의 타인을 의미할 뿐, 스스로 생명을 끊는 것은 여기에 포함되지 않는다. 자살미수도 그렇기 때문에 처벌되지는 않는다. 자살이 처벌되지 않는 이유는 형법상 처벌규정이 없기 때문이며 처벌규정이 없는 이유는 처벌대상과 처벌이익이 없기 때문이지 보호할 법익이 없어서가 아니다. 자살 불처벌의 근거를 형법 제24조 피해자 승낙 이론을 통하

19) 정현미, 적극적 안락사와 관련한 법적 논쟁, 형사정책연구 제71호, 2007, 224면 이하 참조. 이 주장과 비슷한 맥락에서 죽을 법적 권리는 아니더라도 사실상 개인의 생명에 대한 처분 권능이나 자격은 인정해 주자는 의견으로 김종덕, 안락사 허용여부에 대한 기초론적 고찰, 법학연구, 2010, 139면.

20) 보트케/김성돈 역, 촉탁살인과 안락사, 형사법연구 제16호, 2001, 3면.

www.kci.go.kr

여 자유로운 의사결정에 의한 포기로 보는 견해도 있다.[21] 이런 견해에 기초하면 자살미수 역시 처벌되지 않는 이유를 일견 해명할 수 있는 것처럼 보이기는 한다. 하지만 자살은 개인과 공동체의 관계, 즉 개인의 자율과 타인과의 올바른 관계 속에서 조율되는 인격주의적 인간상의 이해에 반하는 개인 자유의 남용으로 이해할 수 있다. 자살과 자살미수가 처벌되지 않는 이유는 단지 형법상 구성요건이 존재하지 않기 때문이다. 이에 반해 형법은 독립된 구성요건을 두어 타인의 자살에 관여하는 행위는 처벌하고 있다. 형법 제252조 2항의 자살관여죄 규정은 생명이라는 법익을 포괄적으로 보호하고자 하는 형법의 기본원칙을 다시금 대변해 주는 듯이 보인다.[22]

2. 생명보호와 촉탁·승낙살인죄

(1) 촉탁·승낙의 의미

촉탁이란 이미 죽음을 결의한 피해자의 요구에 의하여 살해의 결의를 하는 것을 말하고, 승낙은 살해의 결의를 한 자가 피해자로부터 이에 대한 동의를 받는 것을 말한다.[23] 살해되기를 요구하거나 동의하는 것은 타인이 촉탁 또는 승낙하는 자를 살해해도 좋다는 것을 표현하는 의사소통적 행위이다. 살해된 자의 요구나 동의에 의해 살해에는 타살의 요소와 자살의 요소가 공존하게 된다. 촉탁·승낙살해는 촉탁이나 승낙을 받는 행위자의 측면에서 보면 촉탁이나 승낙이 동기가 되어 타인을 직접적으로 살해하는 타살행위이다. 반면에 살해를 당하는 자의 측면에서 보면 살해당한 자가 살해의 원인을 만들었다는 점에서 간접적인 자살행위라고 볼 수도 있다.[24]

---

21) 하지만 피해자 승낙으로 보더라도 생명이란 법익은 피해자의 처분의사에 완전히 내맡길 수 없는 특별한 성격을 가지고 있다고 반론을 제기할 수 있다.
22) 이 경우, 자살관여죄 조항은 총론상의 공범규정에 대한 특별법으로 이해될 수 있다.
23) 이재상, 형법각론, 2007, 32면.
24) 두트게/김성은 역, 존엄사 - 법적 안락사의 유형과 규범적 기초, 형사정책연구 제19권 제4호, 2008, 186면 이하.

www.kci.go.kr

⑵ 촉탁·승낙살인죄의 구조

형법 제252조 1항은 피해자의 촉탁·승낙을 받아 타인을 살해하는 것을 금지하고 있다. 촉탁·승낙살인죄는 피해자의 승낙으로도 위법성이 조각되지 않는 '특별한 규정'에 속한다.[25] 단지 피해자의 촉탁과 승낙이 살인죄에 대한 감경구성요건으로 작용한다. 감경의 근거를 둘러싸고는 책임감경설과 불법감경설 두 이론이 대립한다. 불법감경설에 따르면 피해자의 자유로운 의사결정에 따른 생명포기라는 점에 초점을 맞추어 불법이 감경되는 것으로 본다. 하지만 생명이란 법익은 개인의 자기결정권을 통해서만 일률적으로 처분할 수 있는 것으로 볼 수는 없다. 죽을 의사를 가진 자가 자기 자신을 살해하도록 허용할 자격을 가진다고 해서 그로부터 자신을 살해할 행위에 대한 권리를 인정할 수는 없다. 이런 이유로 불법은 감경될 수 없고 책임만 감경되는 것으로 보는 책임감경설이 더 타당한 이론으로 보인다.

⑶ 촉탁·승낙살인의 형법적 금지 이유

촉탁·승낙 살인은 자살과 타살의 요소를 동시에 가지고 있는 행위로서 형법상 책임이 감경되는 것으로 보아 그 행위가 금지되고 있다. 촉탁·승낙 살인을 금지하는 규범적 이유로는 아래의 세 가지가 언급된다: 우선 형법이 스스로 죽을 수 있는 형성권을 부정하고 있진 않지만 죽게 한 사람을 처벌하는 것은 법질서의 존속이라는 공공이익, 즉 타인을 살해하지 말라는 규범유지에 그 이유가 있다. 촉탁살인을 통해 타살을 인정할 권한을 부여하면 살해금지규범에 틈새가 생겨 일반적인 살해억지력을 저하시킬 것이다. 이 경우에는 타인살해금지라는 공공의 이익을 우위로 판단한다. 다음으로 구체적 행위자의 자기결정권을 보장하는 것이 목표가 아니라, 먼저 타인의 생명권을 승인하고 보호하면서 전체적으로 상호존중 속에 유지되는 공동체 보장을 목표로 하기 때문에 촉탁살인이 금지된다. 이것은 개인과 공동체의 관계 속에서 인간존엄과 생명권을 해석하는 위의

25) 배종대, 형법각론, 2006, 87면.

www.kci.go.kr

헌법적 이해방식에도 부합하는 관점이다. 끝으로 자살 시도의 경우 그리고 죽을 의사가 현재 있더라도 충분히 "자유로운 책임성"에 기초한 것인지는 의심스럽기 때문에 촉탁·승낙살인은 금지된다. 예를 들어, 환자가 이전에 의사표시를 했더라도 시간적 간극이 생길 때, 이전의 의사표시가 현재의 상황에서도 타당할 수 있는지는 다시 검토되어야 한다. 의학기술의 발달로 새로운 상황이 발생할 수도 있고, 인간의 의도 또한 분명한 것은 아니기 때문이다.[26]

3. 자기결정권과 자살관여죄

그렇다면 완화될 수 없는 고통 속에 있으면서 자살할 능력도 없는 위독한 환자에 대해 고통을 종식시키는 유일한 수단, 즉 명시적이고 진지한 촉탁에 의해 간접적인 자기살해를 인정하지 않는 것이 진정 존엄에 부합하는 태도일까? 오히려 국가의 생명권 보장이라는 후견주의적 간섭에 의해 환자 개인의 자기결정권이 일방적으로 희생당하는 것은 아닐까? 자살관여죄를 처벌하지 않는 독일형법에 비해 우리형법은 자살교사·방조 행위를 처벌하고 있기 때문에 더욱 더 이러한 의심이 증폭될 수 있다. 하지만 자살관여행위를 처벌하지 않는 독일형법이 우리 형법에 비해 국가의 생명권 보장의무보다 월등히 개인의 자기결정권을 강조하고 있는 것처럼 보이지는 않는다.

(1) 자유로운 책임성 유무에 따른 자살의 처벌

독일형법에서도 자살은 원칙적으로 처벌하지 않는다. 미수 역시 불가벌이다. 더 나아가서 자살 자체가 정범행위가 아니기 때문에 타인에게 자살을 유도하거나 방조하는 행위 역시 불가벌이다.[27] 우선 자살자가 고유한 책임성에 기초하여 자살을 행하게 되면 자살을 부주의하게 공동으로

---

26) 보트케/김성돈 역, 촉탁살인과 안락사, 형사법연구 제16호, 2001, 4면 이하.
27) 형법규정에서 자살의 구성요건이 존재하지 않기 때문에 더 합리적인 입법구조라고 본다.

www.kci.go.kr

야기시키거나 그 밖에 자해자의 고유한 책임 있는 행위를 부주의하게 야기시킨 행위는 불가벌이 된다. 이 경우, 행위를 함께 야기시킨 자에게는 주의의무가 없기 때문이다. 하지만 생명이라는 처분할 수 없는 법익의 침해로 인해 가벌성은 그대로 남는다. 가벌성은 참여자가 자살을 행하는 자보다 우월하게 그 위험을 다룰 수 있는 지점부터 시작한다. 즉, 자살하려고 하는 자의 살해에 정범이 되어 영향을 미칠 때 자살참여와 관련한 범죄의 가벌성 유무를 따지게 된다.[28]

자유로운 책임성의 기초 위에서 자살을 결정하지 못하는 사람에게 자살하도록 영향을 끼치는 것은 살인죄의 간접정범으로 처벌받을 수 있다. 헛된 공상 속에서 자살하는 사람에게 그 공상이 자살의 이유인 것을 숨길 때가 이에 해당한다. 또는 자살에 영향을 끼치는 사람이 다른 제3자의 설득을 통해 죽이고자 할 때, 그는 자살자를 자신에 반한 도구로서 남용하는 것이 된다. 이것을 넘어서서 자살자의 자살결심이 자유롭지 않았음을 제3자가 알았거나 용인했을 경우, 독일형법 제212조나 제323c조에 따라 제3자는 항상 행위자에 해당하게 된다. 행위자가 자유롭지 못한 결정이라는 것을 과실로 간과했을 경우에는 제222조 과실치사가 문제될 수 있다. 마찬가지로 자유로운 책임이 없는 자살자가 처한 인식 가능한 위험을 부주의하게 만들어 내거나 제거하지 못했을 때, 특히 주의의무 위반으로 자살도구에 접근하게 했을 때에도 과실치사를 논할 수 있다. 물론 도덕적으로 비난받을 수 있을지는 몰라도 단순히 자살의 계기를 형성한 것은 예외사유에 해당한다.[29]

⑵ 자살관여행위의 소극성·적극성에 따른 처벌

독일형법은 자살을 유도하거나 방조하는 행위는 처벌하지 않는다. 모든 방조범은 정범의 행위를 전제로 하는데, 정범의 행위에 해당하는 자살 자체가 구성요건 해당성을 결여하고 있기 때문이다. 따라서 자살행위 이전에 자살하고자 하는 자에게 독약이나 피스톨을 건네주는 행위는 처벌되

28) Tröndle/Fischer, Vor §§ 211 bis 216, 51. Aufl., Rn. 10 ff.
29) Tröndle/Fischer, Vor §§ 211 bis 216, 51. Aufl., Rn. 10 ff.

www.kci.go.kr

지 않는다.[30] 하지만 자살자를 구조하지 않고 내버려 두는 행위는 독일형법 제323c조에 의해 처벌이 완전히 배제된다고 단정할 수 없다. 독을 건네 준 자와 구조하지 않은 자가 동일인인 경우에는 아이러니한 결과가 발생한다. 자살을 방지하지 않은 후자의 경우에는 그 부작위가 보증인인 경우 부작위에 의한 살인죄, 보증인이 아닌 경우에는 독일형법 제323c조의 구성요건을 충족하는 가벌적 부작위가 된다.[31] 반면에 자살의 동기를 부여하거나 자살을 가능·용이하게 한 전자의 행위 등을 통해 적극적으로 자살에 가담하는 행위는 정범의 구성요건 결여로 불가벌적 방조행위가 된다.[32] 즉 소극적으로 자살에 관여한 행위는 처벌을 받게 되고, 적극적으로 자살에 관여한 행위는 불가벌적 행위로 남게 된다.

1) 소극적인 자살관여행위

타인의 자살을 제지하는 소극적 행위는 비보증인인 경우, 독일형법 제323c조의 진정부작위범으로 처벌될 수 있다. 제323c조는 사고 혹은 공공의 위험이나 위난의 경우에 구조를 하지 않는 자는 처벌하는 것으로 규정하고 있는데, 연방최고법원은 BGHSt 6, 147 판결 이후부터 자살시도로 야기된 위험상황이 사고의 개념에 해당한다고 판시하였다.[33] 이러한

---

30) Roxin, Zur strafrechtliche Beurteilung der Sterbehilfe, in: Roxin/Schroth (Hrsg.), Medizinstrafrecht. Im Spannungsfeld von Medizin, Ethik und Strafrecht, 2001, 340면; 실제 하케탈(Hackethal)사례가 이에 해당한다. 악성피부암에 걸린 69살의 노인은 이미 얼굴부분이 많이 손상되었고, 심한 고통에 시달리고 있었다. 병원을 퇴원하기 전, 이 환자는 그녀가 죽고자 할 때 도와 주겠다는 약속을 하케탈 의사에게 받았다. 얼마 후에 그녀는 의사를 긴급히 불렀고, 하케탈 의사는 그녀에게 효과가 빠른 독약을 건네 주었다. 이 환자는 스스로 이 독약을 물에 타서 먹고 죽었다. 법원은 행위지배성이 없다는 이유로 자살방조로 보아 하케탈 의사에게 무죄를 선고하였다 (OLG München JA 1987, 579).

31) BGHSt 2, 150 ff; 6, 147 ff.

32) BGHSt 32, 262 ff.

33) 이 사례에서 피고는 다른 남자와 간통관계에 있는 부인을 두고 있었다. 부인은 집에서 다른 방에 따로 살고 있었다. 어느 날 부인이 의식을 잃고 침대에 누워 숨을 가쁘게 몰아쉬며 창백한 얼굴로 입에 거품을 문 채 발견되었다. 피고는 의사를 부르지 않았고, 부인은 그녀의 애인에 의해 병원으로 이송되어 구조되었다. 부인 스스로 자살의도를 가지고 물 끓이는 주전자에서 가스가 나오도록 방치했다는 것이 밝혀졌다. 연방최고법원은 남편이 보증인의 의무를 더 이상 지진 않지만, 자살자의

www.kci.go.kr

논리에 따르면 비보증인은 자살자에게 불가벌적 방조자로서 독약을 건네줄 수는 있지만 자살자가 이를 마시고 의식을 잃은 후에는 구조를 시도해야만 할 것이다.[34] 법원 스스로가 적극적인 자살관여를 불가벌로 인정한다면 구조의무불이행죄의 적용가능성도 부정해야 판결의 모순성을 피할 수 있을 것이다.[35] 이러한 판결의 모순성과는 별개로 자살시도로 야기된 위험상황을 방지되어야 할 공공의 사고개념으로 포섭하여 해석한 법원의 결정은 제법 흥미롭다.

보증인인 경우에는 환자의 자살의지가 보증인의 구조의무에 우선한다면 불가벌적 자살관여행위로, 환자의 의사를 무시하고 구조의무에 우선권이 있다면 부작위에 의한 살인죄로 볼 수 있다. 환자의 자살의지가 우선하는지, 보증인의 구조의무가 우선하는지는 구분 기준에 따라 달라진다. 우선 자살자가 의식을 잃은 시점부터 사건진행이 자살자가 아니라 보증인의 의지에 종속되었다고 할 수 있을 정도로 사건진행을 장악하고 관여했는지에 따라, 역시 자살자가 의식을 잃은 시점부터 보증인의 범행지배여부에 따라 필요한 부조행위를 하지 않았을 경우 부작위로 처벌한다. 이외에도 보증인 지위 자체를 정범성 표지로 보아 부작위에 의한 촉탁살인죄로 처벌하거나, 반대로 자살자의 자살의지에 따라 보증인의 구조의무를 부정하기도 한다.

첫째, 둘째 기준은 앞의 비보증인의 구조의무와 관련한 판결에서처럼 의식을 잃기 전과 잃고 난 후의 처벌의 모순을 피할 수는 없다. 셋째 기준은 부작위범의 성립을 위해서는 보증인이 피보증인의 의사와 관계없이 위험에 빠진 경우, 즉 제3자나 외부로부터 기인한 위험으로부터만 피보증인을 보호할 의무가 있다는 사실을 간과하고 있다. 넷째 기준은 자살자의 자기결정권을 존중해 준다는 점에서 고려할 만한 가치가 있다. 자유로운 책임성에 기초한 자살의 경우에는 자살관여행위 역시 불가벌적인 방조에

자살시도로 야기된 이 상황도 제323c조의 사고의 개념에 해당한다고 보아 남편을 제323c조에 따라 진정부작위범으로 처벌했다.

34) Maurach-Schröder-Maiwald, Strafrecht BT Tb. Ⅱ, 7. Aufl., §55 Ⅱ 1.

35) 성낙현, 자살관여행위의 가벌성에 관한 한국과 독일형법의 비교, 비교형사법연구 제6권 제2호, 2004, 424면.

www.kci.go.kr

해당하게 된다. 하지만 이 경우 자유로운 자살의지가 과연 가능한지에 대한 근원적 질문이 제기되기도 한다. 오늘날의 의학적·경험적 인식에 따르면 자유롭게 자기책임 하에서 형성된 자살의지는 존재할 수 없는 허구이며 자살의 결의는 그 자체가 자유롭지 못하다는 견해가 제시되기도 하기 때문이다.[36] 하지만 규범적 관점에서는 자연스런 판단능력을 저해하는 심리적 장애요인이나 강박상태가 존재하지 않는 이상 자기책임에 따른 자살은 처벌되지는 않는 것으로 본다.[37] 단지 흥미로운 것은 처음에는 진지했던 자살의지가 자살시도가 종료된 이후에는 소멸되는 것으로 보고 의사의 생명구조의무를 언급한 최근의 연방최고법원의 판결이다.[38] 자살자가 자살시도와 사망에 이르는 시점 사이에 제3자의 개입이 가능한 긴 잠복기를 두는 경우에는 확고한 자살의지가 있다기보다는 자신의 절규를 주변 사람들이 들어주기를 바라는 무언의 희망을 가진 행위로 볼 수 있다고 한다. 이 경우 개인의 자기결정권은 다시금 타인과 공동체와의 관계성 속에 놓이게 된다.

---

36) Tröndle/Fischer, Vor §§ 211 bis 216, 51. Aufl., Rn. 10 ff; 성낙현, 자살관여행위의 가벌성에 관한 한국과 독일형법의 비교, 비교형사법연구 제6권 제2호, 2004, 424면 이하 참조.

37) 따라서 심리적 장애상태에 기초하여 자살하려고 하는 자를 도운 자는 독일형법 제212조나 제211조에 따라 살인죄로 처벌받게 된다. Roxin, Zur strafrechtliche Beurteilung der Sterbehilfe, in: Roxin/Schroth (Hrsg.), Medizinstrafrecht. Im Spannungsfeld von Medizin, Ethik und Strafrecht, 2001, 341면.

38) 이 판결은 비티히(Wittig)사례로 불린다. 심장이 안 좋고 보행에 어려움이 있던 76살의 과부노인은 남편의 죽음 이후에 인생의 의미를 잃고 재차 죽음에 대한 바램을 표명하였다. 1980년 10월 그녀는 병원, 양로원 또는 요양원에 가지 않겠다는 의사를 문서로 밝히고, 기구의 투입이나 장기적출에도 반대하며 존엄하게 죽고자 한다는 것을 말하였다. 1년 동안 그녀는 비슷한 말들을 하였다. 1981년 11월, 비티히 의사는 의식을 잃고 쇼파에 있는 그녀를 보았고, 그 아래에서 “의사 선생님, 병원에 데려가지 말아주세요. 구원이 필요해요” 라고 그녀 손으로 적은 메모를 발견하였다. 비티히 의사는 그녀가 자살의 의도로 몰핀과 수면제를 과다 복용한 것을 알아차리고, 심각하고 지속적인 고통 없이는 그녀를 회복시킬 수 없다고 판단하였다. 이 의사는 다음날 아침 7시경 그녀가 완전히 죽게 될 때까지 거실에 있었다. 연방최고법원은 이 판결에서 제323c조의 구조의무를 부인하고, 의사에게 제216조와 제13조에 따라 부작위에 의한 촉탁살인죄의 죄책을 물게 했다. 위에서 언급한 대로 자살시도가 끝난 이후에 진지한 자살의지는 포기될 수 있다고 보았다. 따라서 자살자의 죽음에 대한 바램은 기본적으로 경미하다고 판단했다 (BGHSt 32, 367).

www.kci.go.kr

2) 적극적인 자살관여행위

우월한 지적·의적 지배를 통하여 착오를 야기하여 자살에 이르게 한 경우에는 독일형법 제212조와 제25조 1항에 따라 살인죄의 간접정범으로 처벌된다.[39] 하지만 자살을 교사하거나 방조한 행위는 구성요건 해당성이 없으므로 불가벌이다. 이 때 자살교사·방조가 자살의 요소와 타살의 요소를 둘 다 포함하고 있는 촉탁살인과 어떻게 구별될 수 있는지가 의문시된다.

3) 자살관여와 촉탁살인의 구별기준

우선 주관설에 따르면 범행을 자신의 것으로 하려는 의사나 범행을 지배하려는 의사가 있으면 촉탁살인의 정범으로 판단한다. 하지만 촉탁살인 자체가 피해자의 촉탁이나 승낙에 따라 행위자가 행위를 하는 것이므로 행위자가 자신의 의사를 피해자의 의사에 종속시키는 행위이다. 다음으로 자살행위의 주도적 역할을 누가 하느냐에 따라, 주도적 역할을 행위자가 하면 촉탁살인, 자살자가 하면 자살관여로 보는 견해가 있다. 하지만 촉탁살인의 경우에도 피해자는 언제든지 자신의 촉탁을 철회할 수 있기 때문에 역할분담에서 주도적 역할은 언제나 피해자에게 있다.[40] 다음으로 정범과 공범의 판단기준인 행위지배 유무에 따라서 행위지배가 있으면 촉탁살인으로, 행위지배가 없으면 자살관여로 보는 견해가 있다. 다수의 견해로 누가 죽음으로 가는 마지막 행위에 대해 지배권을 행사했는지가 관건이 된다. 따라서 독을 타거나 권총에 장전하는 행위는 불가벌적이고, 손수 방아쇠를 당겼을 때 촉탁살인으로 처벌받는다.[41] 행위결단을 내리고 행위실현에 객관적으로 기여한 자가 누구이냐에 따라 구분하는 견해로 일응 타당하다고 보인다. 하지만 판례에서는 죽음에 객관적으로 기여한 자에 1시간 정도 죽음을 앞당긴 자도 포함시켜 촉탁살인의 죄책을 지움으로써 인과관계와 객관적 행위귀속의 원칙을 엄격하게 해석하고 있

39) 우리형법에서는 제253조 위계·위력에 의한 살인죄로 처벌된다.
40) 전지연, 안락사의 형사법적 처벌가능성, 한일법학 제23·24권, 2006, 119면 이하.
41) Roxin, Zur strafrechtliche Beurteilung der Sterbehilfe, in: Roxin/Schroth (Hrsg.), Medizinstrafrecht. Im Spannungsfeld von Medizin, Ethik und Strafrecht, 2001, 342면.

www.kci.go.kr

다.[42] 행위지배 인정 여부를 판단할 때에도 생명의 보호에 무게를 실어 해석하려는 것처럼 보인다.

실제로 자살관여와 촉탁살인을 구별하는 기준의 핵심은 행위지배성보다는 자유로운 책임성에 기초한 자살을 어떤 전제 하에서 이해하느냐에 따라 달라지는 듯하다. 앞서의 논의처럼 책임능력의 유무, 즉 독일형법 제20조, 제21조의 기준에 따라 자살의 책임성을 논할 수도 있지만, 동의나 독일형법 제216조에서의 진지한 촉탁의 효력에 상응하는 기본원칙에 따라 자살의 책임성을 논하는 입장도 있기 때문이다. 후자에 따르면 자살이 순간적으로 급하게, 또는 별 고려 없이 이루어졌다면 이 때의 자살은 자유로운 책임성에 기초하지 않은 자살로 보아 참여자들의 행위는 가벌적이 된다. 물론 이 입장은 그때그때 자살자의 판단과 이해를 고려하므로 법적 안정성을 해한다는 비판을 받고, 다수견해도 전자의 입장처럼 독일형법 제20조, 제21조의 기준에 따라 자살의 자유로운 책임성 여부를 결정하고는 있다.[43] 하지만 일련의 논의들에서 처벌되지 않는 적극적인 자살관여행위의 범위도 자살의 책임성 기준을 어디에 둘 것이냐에 따라 현저히 달라질 수 있음을 알 수 있다.

⑶ 생명권 보호의 의미

그러니까 결국은 개인의 자유로운 책임성이 담보된 자살까지 국가가 금지하는 것은 아니다. 하지만 자살관여죄 규정이 없는 독일에서도 자살

---

42) 나이 70살의 삼촌은 피고 아버지가 이미 고통스럽게 죽은 병과 동일한 병을 앓고 있었다. 건강상태가 점점 나빠지자 오랬동안 생각해 왔던 자살결심을 굳히고, 병원으로 이송되는 것을 거부한다고 문서로 표현했다. 피고와 함께 환자는 수많은 스코페달(Scophedal) 앰플을 구입하여 스스로 주사할 수 없을 경우 그 앰플을 주사로 넣어줄 것을 피고에게 부탁했다. 며칠 후, 피고는 환자가 스코페달 주사를 주입한 것을 알아 차렸다. 숨이 조용했기 때문에 피고는 자살이 실패할 것을 염려하여 다시 한번 앰플을 주입했고, 그 때문에 환자의 죽음은 1시간 정도 앞당겨졌다. 연방최고법원은 환자가 깊이 의식을 상실했고, 이후 피고가 행위지배성을 획득했기 때문에 자살방조가 아니라 촉탁살인의 죄책을 물도록 했다 (BGH NJW 1987, 1092).

43) Roxin, Zur strafrechtliche Beurteilung der Sterbehilfe, in: Roxin/Schroth (Hrsg.), Medizinstrafrecht. Im Spannungsfeld von Medizin, Ethik und Strafrecht, 2001, 341면 이하 참조.

www.kci.go.kr

관여 행위는 개인의 책임성의 범위 - 자살시도시점과 실제사망시점 사이에 긴 잠복기를 두는 경우나 피고의 행위지배성 여부를 판단할 때 - 를 어떻게 보느냐에 따라 불가벌적 자살관여가 되기도 하고 가벌적인 촉탁살인이 되기도 한다.[44] 이에 따라 국가의 생명권 보호의무의 폭도 달라진다. 다른 한편으로는 자살자의 책임범위를 엄격하게 해석하고는 있지만, 독일의 형법에 따르면 개인이나 불치병 환자 혹은 죽어가는 자가 자기책임 하에 행한 자살행위에 관여하거나 그것을 허용하는 행위, 즉 자살관여에 의한 존엄사는 불가벌적이다. 뿐만 아니라 연명치료중단과 같은 사례도 환자의 명시적인 의사를 알 수 있는 경우에는 생명연장 장치의 제거가 불가벌적인 자살관여 행위에 해당할 수 있다.[45] 개인의 책임범위를 엄격하게 해석하고 국가의 생명권 보장의무를 강조한다고 하더라도 일방적으로 고통 받는 환자에게 계속 살아야 할 것을 요구하는 것은 아님을 알 수 있다.

반면에 독일과는 달리 자살관여죄를 규정하고 있는 우리 법에서는 자살관여를 통한 존엄사 인정은 처벌될 수 있다. 하지만 극심한 고통에 시달리거나 불치병에 처한 환자의 자기결정권을 존중하지 않는 것은 아니다. 형법상의 긴급피난이나 정당행위의 논리로 고통 받고 있는 환자가 간접적이거나 소극적인 방식으로 안락사를 택할 수 있는 길을 열어놓고 있기 때문이다. 더욱이 연명치료중단과 같은 경우에는 소극적으로 환자가 치료를 거부할 권리, 즉 의료계약의 측면에서 얼마든지 접근가능하다. 처음 제기되었던 의혹처럼 개인의 자기결정권이 생명을 보호한다는 국가의 후견주의적 간섭 아래 희생당하는 것은 아니다. 이처럼 현행법 질서 하에서도 간접적·소극적 안락사나 연명치료중단이 허용될 수 있는 법적 논리의 구성은 가능하다.[46] 그런데도 국가의 생명보호의무보다 개인의 자기결

---

44) 따라서 자살관여죄 규정이 없는 독일의 논의가 우리의 논의와 그 법적용에 있어서 실질적으로 큰 차이는 없는 것으로 보인다. 물론, 이와는 다른 견지에서 법률상의 차이를 지적하는 견해도 있다. 이에 대해서는 임웅, 안락사 허용론, 형사법연구 제16호, 2001 참조.

45) 두트게/김성은 역, 존엄사 - 법적 안락사의 유형과 규범적 기초, 형사정책연구 제19권 제4호, 2008, 201면 이하.

46) 신동일, 존엄사에 대한 형법적 물음, 형사정책연구 제20권 제1호, 2009, 332면 이하.

www.kci.go.kr

정권이 더 강조된다면 오히려 '생명'유지를 위한 사회적 비용을 국가가 아니라 개인에게 과도하게 지불하게 하는 불합리한 결과를 낳게 될 것이다. 국가에 의한 생명보호는 일부의 오해처럼 종교적 신념에서 나오는 것이 아니라 촉탁·승낙 살인죄와 자살관여죄 규정을 두고 있는 현행 형법의 규범체계 하에서 도출되는 법적 의무이다. 사실적·현실적으로 개인이 자신의 생명을 처분할 자격을 지닌다고 해서 적극적 안락사의 허용으로까지 논의가 이어진다면 현행 형법 규범들에 모순되는 결과를 가져올 것이다.

Ⅳ. 자기결정권과 생명보호의무 사이에서

일반적으로 안락사 허용 여부는 국가의 생명보호 의무와 개인의 죽을 권리 사이의 충돌 관계 속에서 논의된다. 개인의 자율에 기초하여 그의 죽음을 처분할 수 있다고 하더라도 이것은 하나의 관계, 즉 인간이 자신의 현존 속에서 사회적 존재로서 함께 살아가는 다른 인간들과 맺는 관계와 동떨어져서 생각할 수는 없다. 인간은 고유한 정체성과 정신을 가진 존재로서 타인과의 관계 속에 있고, 그 속에서 인간적 생존조건도 필요로 하는 존재이기 때문이다.[47] 바로 이 한도 내에서 국가의 생명보호 의무는 그 효력을 발한다. 반대로 국가의 생명보호 의무가 발동하기 시작하면 개인의 생명처분권을 적극적으로 인정해 줄 수는 없게 된다. 이것은 개인과 공동체의 관계를 전제로 하는 헌법상의 인간존엄에 부합하는 결론이기도 하다. 국가의 생명보호 의무는 형법상의 촉탁·승낙 살인죄와 자살관여죄 규정들을 통해 구현된다. 하지만 법체계의 논리상 규범적으로 생명처분권을 인정하고 있지 않더라도 환자의 자기결정권이 침해되는 것은 아니다. 소극적 안락사, 간접적 안락사 혹은 판례에서처럼 무의식 상태의 환자의 경우 적극적인 생명처분권과는 별개로 자기결정권이 작동할 여지는 있기 때문이다. 국가의 생명권 보장이 더 이상 치료가능성 없이 극심한 고통을 느끼는 한계에 놓인 개인에게 생명을 유지하라는 잔혹한 요청으로 나타나

47) 보트케/김성돈 역, 촉탁살인과 안락사, 형사법연구 제16호, 2001, 9면 이하.

www.kci.go.kr

는 것은 아니다. 오히려 국가가 개인의 생명권을 온전히 보장해 주지 못할 때, 생명보호를 위해 국가가 짊어져야 하는 사회적 비용의 부담을 개인에게 부과시켜 개인의 자기결정권이 자유롭게 발현될 수 있는 기회들을 감소시키게 될지도 모른다.

www.kci.go.kr

【독문초록】

Sterbehilfe und Verf gbarkeit ber das Leben - in der Auslegung des § 252 StGB

Choi, Min-Young

Im allgemein wird es zwischen dem Schutz des Lebensrechts durch Staat und dem Recht zum Tod diskutiert, ob Sterbehilfe rechtlich erlaubt werden kann. Im diesen Aufsatz wird es diskutiert, wie das Rechtsgut „Leben“ durch § 252 StGB geschutzt wird.

Zuerst wird das Recht zum Tod durch Menschenwürde und Lebensrecht des Verfassungsrechts nicht geleitet, weil der persönliche Menschen im Verfassungrecht vorraussetzt wird. Hierbei bedeutet die Persönlichkeit, dass ein Individuum nur im Verhältnis der Gemeinschaft ihre Wesenheit gewinnt. Im diesen Sinne kann das Individuum ihr Leben nicht zur Verfügung stellen und hat der Staat die Pflicht, ihr Leben zu schützen.

Suizidteilnahme und Tötung auf Verlangen im Strafrecht entsprechen dem Verständnis solches Verfassungsrechts. Anders als bestimmten Missverständnisse, wird das Selbstbestimmungsrecht des Patienten nicht verletzt, auch wenn die Pflicht des Lebensschutzes auf diese Weise betont wird. Ein Patient in den schweren Schmerzen oder im vegetative state kann den Behandlungsabbruch, die passive oder indirekte Sterbehilfe mit dem Logik des geltenden Strafrechts entscheiden. Deshalb widerspricht das Erlaubnis der aktiven Sterbehilfe der geltenden strafrechtlichen Norm, in dem das Rechtsgut „Leben“ erhalten wird.

www.kci.go.kr

【참고문헌】

권형준, 생명권의 보호에 관한 고찰, 법학논집 제5호, 1988.
계희열, 헌법학(중), 2002.
김종덕, 안락사 허용여부에 대한 기초론적 고찰, 법학연구 제37권, 2010.
김철수, 헌법학신론, 2009.
배종대, 마약범죄와 인간의 존엄, 안암법학 제4권, 1996.
배종대, 형법각론, 2006.
성낙현, 자살관여행위의 가벌성에 관한 한국과 독일형법의 비교, 비교형사법연구 제6권 제2호, 2004.
신동일, 존엄사에 대한 형법적 물음, 형사정책연구 제20권 제1호, 2009.
심재우, 인간의 존엄과 법질서, 고려대 법률행정논집 제12집, 1974.
이석배, 응급의료거부죄의 해석과 정책, 형사정책 제21권 제1호, 2009.
이준일, 대법원의 존엄사 인정(대판2009다17417)과 인간의 존엄 및 생명권, 고시계 2009/7.
이재상, 형법각론, 2007.
임 웅, 안락사 허용론, 형사법연구 제16호, 2001.
장영수, 기본권론, 2003.
전지연, 안락사의 형사법적 처벌가능성, 한일법학 제23·24권, 2006.
정현미, 적극적 안락사와 관련한 법적 논쟁, 형사정책연구 제71호, 2007.
Bottke, Wilfried/김성돈 역, 촉탁살인과 안락사, 형사법연구 제16호, 2001.
Dreier, Horst, in : ders. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. Ⅰ, 2. Auflage, 2004.
Dreier, Horst, Lebensschutz und Menschenwürde in der bioethischen Diskussion, in : ders./Huber, Wolfgang (Hrsg.), Bioethik und Menschenwürde, 2002.
Duttge 두트케/김성은 역, 존엄사 - 법적 안락사의 유형과 규범적 기초, 형사정책연구 제19권 제4호, 2008.
Maihofer, Werner/심재우 역, 법치국가와 인간의 존엄, 1994.
Roxin, Claus, Zur strafrechtliche Beurteilung der Sterbehilfe, in: Roxin,

www.kci.go.kr

Claus/Schroth, Ulrich (Hrsg.), Medizinstrafrecht. Im Spannungsfeld von Medizin, Ethik und Strafrecht, 2001.

Tröndle, Herbert/Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 51. Aufl., 2003.

《주제어(Keyword)》

안락사(Sterbehilfe), 인간존엄(Menschenwürde), 생명권(Lebensrecht), 자살관여죄(Suizid- teilnahme), 촉탁살인죄(Tötung auf Verlangen), 자기결정권(Selbstbestimmungsrecht), 생명보호의무(Pflicht des Lebensschutzes).

www.kci.go.kr