

안락사 문제의 법철학적 고찰

The Legalphilosophical View on the Euthanasia-problem

임 미 원
한양대학교

◆ 목 차 ◆

- I. 들어가는 말
- II. 본론 - 자연적인 죽음에 대한 권리로서의 안락사?
 - 1. 안락사 문제의 개념적 고찰
 - 2. 안락사 문제의 규범적 고찰
- III. 결론을 대신하여

<요약>

안락사-존엄사를 둘러싸고 다시 제기된 최근의 논쟁은, 근본적으로 죽음의 문제가 역사성과 사회성을 갖는 테마이며 특히 근대적 自然死의 이념에 대한 비판적 이해가 전제되어야 함을 보여준다. 이 자연사 개념을 매개로 하여 다양하게 제기되는 생명윤리적-정책적 제안들 중 네오막시즘이 주장하는 ‘自然死에의 평등한 권리’와 포스트모더니즘이 비판하는 ‘自然死의 이데올로기’는, 自然死-安樂死의 문제가 갖는 사회적-규범적 의미를 적절히 보여준다고 할 수 있다.

이제 안락사-존엄사의 문제는 환자에 대한 의사의 후견적 보호관계를 전제로 한 형법적 규율의 대상을 넘어 환자 자신의 인간존엄 내지 기본적 인권이라는 차

원에서 제기되는 헌법소원의 대상, 즉 적극적 권리요구의 대상으로 변해가고 있으며, 환자의 자기결정성의 권리 대 환자의 복지에 대한 의사의 배려의무 내지 국가의 생명 보호의무라는 외적 갈등구조뿐 아니라, 오히려 환자의 자기결정성 대 이로부터 귀결되는 환자자신의 자기처분성이라는 내재적-자기모순적 관계가 본질적인 것이 되고 있다.

그런 점에서, 자율인가 타율인가의 차원보다는 자율적인가 자기처분적인가의 차원에서 자율성과 자연성의 합치가능성, 즉 스스로의 한계 내지 경계 지점으로서 ‘자연성’을 인정하는 ‘자율성’이 생명의료 윤리적으로 어떻게 실현가능한가의 문제로 집중된다고 할 수 있다.

이런 안락사 문제의 규범적 난제로는 첫째, 정당화 근거의 문제, 둘째, 자기결정권의 한계범위의 문제, 세째, 행위 간의 구별경계의 문제 등이 있다.

이와 관련해 최근 두드러지는 안락사에 대한 사법적 규율화의 시도들 - 특히 환자의 주관적 의사의 확인 방식으로서 ‘사전유언’으로 집중되는 - 은, 근본적으로 어떻게 자연성에 반하지 않는 자율적 방식의 안락사가 가능한가에 대한 총체적인 사법적 대답이라고 할 수 있다.

주제어 : 생명윤리, 안락사, 자연사, 환자의 자기결정권, 사전유언

I. 들어가는 말

생명의료 과학기술의 발달과 더불어 인간이 새롭게 직면하게 된 문제로 인간복제를 들 수 있다. 지금까지 진화와 창조의 관점 사이에서 인간 생명체의 기원과 본질에 관해 해명을 구했던 인간 이해의 시도들은 인간복제의 가능성으로 인해 또 다른 상황, 즉 ‘주어진’ 또는 ‘생성된’ 무엇으로서가 아니라 ‘기획하고 만들어낸’ 무엇으로서, 신의 의지에도 자연의 질서에도 속하지 않으며, 생성과 소멸보다는 생산과 소비의 대상에 가까운 존재라는 관점에서 인간 생명체에 접근해야 하는 상황에 이르렀다. 이렇게 가능해진 ‘생명의 인위성’으로 인해 배아복제 및 인간복제의 허

용가능성의 문제, 그리고 보다 이론적으로는 ‘누가, 언제부터 보호되어야 할 존엄한 인격체인가’ 라는 인격체의 조건과 지위의 문제로 집중되어온 윤리적 관심은 최근 다시 제기된 안락사-존엄사 논쟁을 통해 ‘인간 죽음의 인위성’의 문제로 옮겨가고 있다. 궁극적으로는 삶의 의미와 무의미의 문제까지 포함하는 생명체의 생성질서와 가치의 문제가 채 해결되기 전에 이제 다시 구체적인 죽음에의 의지와 그 허용 가능성의 문제로 돌아가게 된 것이다.

‘건강한 삶’이 개개인들의 지상목표인 현대 소비사회에서도 여전히 죽음의 문제는 결함 내지 결핍을 상징하는 사회적인 타부테마에 가까우며, 지극히 개인적으로 대면하고 해결해야 하는 자연적-실존적 과정으로 받아들여져 왔다는 점에서 보면, ‘존엄하게 죽을 권리’를 둘러싸고 반복되는 안락사-존엄사 논쟁은 그런 권리 요구의 정당성 이전에, 우리는 이 문제를 공론화시킬 만큼, 또 사법적으로 해결할 만큼 충분히 이성적인가라는 사회적 여건과 자세의 문제부터 다시금 생각해 하는 면이 있다. 그만큼 사회의 기본적 가치합의의 가능성과도 관련된 근본적 문제제기라고 할 수 있다.

무엇보다 이 논쟁을 통해 사회의 구성원 개개인들은 ‘출생-사망-건강-질병이라는 자연적 과정에 나는 얼마나 내 의지를 개입시켜야 하는가(개입시켜도 좋은가), 그리고 그 과정에서 나는 얼마나 타인의 손을 빌어야 하는가(빌어도 좋은가)’ 라는 문제에 대해 숙고할 것을 재차 요구받게 되었다. 이는 결국 한 사회의 구성원으로서 통합적인 삶의 전 과정을 영위한 개인이 이 사회적 삶의 최후단계에서 감당해야 할 최종적인 규범적 가치선택이자 자기 삶과의 가장 집중적인 대면(대결)이라고 할 수 있다. 다소 추상적으로 보면, 근대 이후 오늘날까지 유지되어온 ‘자연적인 죽음(自然死)’의 이상이 이 ‘질병-사망의 자연필연성에서 벗어난 자발적인 죽음 내지 인위적인 죽음’으로서의 안락사의 가능성을 통해 대체된 것이며, 질병과 죽음 자체가 개인의 (자유)의지의 영역으로, 그리고 보다 사회적이고 규범적인 영역으로 편입되는 ‘죽음의 사회화’이자 ‘죽음의 私有化’의 과정이라고도 할 수 있다. 지금까지 ‘自然死’로 표현되었던 자연적인 죽음의 이상(Ideal des natürlichen Todes)¹⁾을 가로막은 것이 (재해, 질병, 사고, 범죄 등) 자연적-사회적 불운이나 타인의 고의과실이었다면, 현대 생명의료 윤리의 차원에서 의미부여되는 자연적인 죽음의

1) S. Graefe, *Autonomie am Lebensende?* (Frankfurt: Campus, 2007), pp. 81-82.

이상은, 자연적인 생명-질병-사망의 경과에 반하여 부자연스럽게 생명을 연장하거나 단축시키지 않을 것, 따라서 너무 이르지도 지체되지도 않는 죽음 내지는 인공적 의료술이나 타인의 의지가 부자연스럽게 개입하지 않는 죽음일 것을 요구하고 있다.

그렇게 보면, 행위개념으로서 안락사란 원래 타인이 인위적, 적극적인 방법으로 환자를 앞당겨 사망에 이르게끔 하는 행위라고 규정되지만, 그 행위를 구성하고 거기에 작동하는 주요동기나 징표에 따라 - 실제로는 서로 명확히 분리, 구별되기 어려움에도 불구하고 - 몇 가지로 구분해볼 수 있다.

첫째, 20세기 전반 국가사회주의 체제 하에서의 집단살인에 해당하는, 국가권력이 주도하는 강제적-타율적 방식의 안락사가 있고,

둘째, 환자의 자발적 의사가 전제됨 없이 의사의 의료적 판단에 따라 이루어지는 안락사가 있다. 이 경우는 환자의 이익과 복지(Wohl)에 대해 적극적으로 판단하고 행위를 주도하는 의사와 배려받는 수동적 객체로서의 환자라는 관계를 전제로 한 후견주의적 방식의 안락사라고 할 수 있다.

셋째, 무엇보다 최근 빈번해지는, 환자의 자기 결정을 주요전제이자 근거로 하는 자기선택적 방식의 안락사이다. 이 자기결정에 작용하는 주요 동기의 관점에서 다시 세분화시켜 보면, 한편으로는 객관적-의료적 타당성보다는 自然死를 직접적으로 거부하는 자의적 의사에 기초한 안락사가 있을 수 있고, 다른 한편으로는 무의미한 생명연장 또는 사망지연 시도를 거부하는 자율적 의사에 기초한 안락사의 방식도 있을 수 있다. 전자의 경우가 죽음에 이르는 자연적 현상의 경과에 개입하고 이를 지배하려는 선택 의지의 표현(‘자연필연성으로부터의 자유’)이라면, 후자의 경우는 부자연스럽게 생명을 연장시키는 인공적 의료술이나 이를 시행하려는 타인의 인위적 의사에서 벗어나려는 자기의지의 표현(‘타인의 의지나 인위성으로부터의 자유’)에 가깝다.

결국 생명과학의 시대에 이르러 ‘자연적인 죽음’의 이상은 타율적-후견주의적 방식을 넘어 ‘자연적인 죽음의 경로를 거부하는 인위적인 자기결정에 따른 죽음’ 또는 ‘생명을 인위적으로 연장시키는 타인의 의지로 인한 부자연스러운 죽음을 거부하는 자율적 자기결정에 따른 죽음’이라는 형태로, 즉 자연적인 죽음의 이상으로부터 선택적-자율적인 죽음의 이상으로 대체되어 나타난다고 할 수 있다.

우리 사회에서 최근 제기되는 안락사-존엄사의 문제를 이런 자기선택적 안락사의 두 방식에 비추어 다소 단순화-일반화시켜 본다면, ‘선택적-자율적인 죽음’으로서의 안락사를 전자의 의미(自然死의 자의적 거부)로 이해할 경우, ‘자연성 또는 생명의 처분이자 자기처분으로서의 안락사’에 대한 금지의 태도로 기울 것이며, 후자의 의미(인위적 연장의 거부)로 이해할 경우, ‘존엄사로서의 안락사’를 기꺼이 허용하고자 할 것이다. 아마도 질병-죽음의 자연성을 거부하는 ‘너무 이른, 너무 쉬운 죽음’을 선택하는 반자연적-자의적 의지에 대해서는 우려하지만, ‘너무 늦은, 너무 힘든 죽음’을 거부하는, 오히려 자연성으로의 회귀를 구하는 자율적 의지에 대해서는 굳이 가로막으려 하지 않을 것이기 때문이다.

결국 문제는 자율인가 타율인가의 차원보다는 자연적인가 반자연적인가 또는 자율적인가 자기처분적인가의 차원에 존재하며, 무엇보다 자율성과 자연성의 합치 가능성, 즉 스스로의 한계 내지 경계 지점으로서 ‘자연성’을 인정하는 ‘자율성’이 생명의료 윤리적으로 어떻게 실현가능한가의 문제로 집중된다고 할 수 있다. 본 논문에서 역시 제한된 범위에서나마 이런 관심 하에 안락사 문제에 대한 기초적-법철학적 논의를 전개해 보고자 한다.

II. 본론 - 자연적인 죽음에 대한 권리로서의 안락사?

1. 안락사 문제의 개념적 고찰

1) 죽음(사망) 관념의 역사성과 사회성

‘오래사는 삶’보다 ‘좋은 죽음’을 원하는 듯이 보이는 사회에서 죽음에 대해 객관적으로 접근하기는 오히려 어려울 수 있다. 한편으로는 여전히 각자의 몫으로 내맡겨져 있는 타부테마이면서, 다른 한편으로는 개개인들이 인간적 목표인 ‘좋은, 건강한 삶’에 몰두할수록 끊임없이 연상, 환기되는 반사적 관념(‘미뤄진 죽음’으로서의 삶 또는 ‘한계에 다다른 삶’으로서의 죽음)으로서 삶의 과정에 늘 동반되고 있기 때문이다. 한 사회의 근본적 가치함의의 가능성의 문제이기도 한 안락사에

대한 규범적 태도 역시 그 사회에서 죽음(또는 자살) 자체가 갖는 의미와 밀접히 연관되어 있을 것이다.

역사적으로 볼 때, 초기 이집트인들에게서는 오래 기억되도록 죽음을 준비하는 것이 최고의 지혜였던 반면, 인도인들의 교리로는 죽음이 곧 망각에 대한 기대와 연결되어 있었으며, 그리스인들은 현세의 삶에서 덕스럽게 죽는 법을 배울 의무가 있음을 인식하기도 했다.²⁾ 특히 고대 소피스트와 스토아 학파의 이론들 - 스토아 학파의 죽음에 대한 경시, 에피쿠로스 학파의 죽음에 대한 망각, 회의주의파의 죽음에 대한 무관심 - 은 종교적인 중세를 뛰어넘어 르네상스를 통해 되살려졌고, 계몽주의 시대에 이르러 비로소 내세로부터 유한한 현세의 삶으로 지향성의 전환이 이루어졌다. 계몽주의자 칸트는 '이성의 한계 내에서의 종교'를 긍정했지만, 죽음 자체에 대해서는 오히려 이성의 의지로써 침묵했다고 할 수 있으며, 낭만주의 시대가 되어서야 죽음에 대한 공포와 다양한 정서들이 되살아나고 표현될 수 있었다.

이런 죽음 자체의 관념과 연관되어 있는 자살에 대한 관념 또한 각 시대의 반영이라고 할 수 있다. 고대 그리스의 정신 하에서 플라톤은 자살을 신들의 의지에 반하는 것으로 보았고 아리스토텔레스는 폴리스에 대한 불법이라고 비판했던 반면, 스토아와 에피쿠로스 학파는 자살이야말로 인간의 우월성을 보여주는, 삶에서 벗어나려는 자연적 자유라고 선언하였다. 로마제국에서도 역시 자살은 모든 자유 시민의 자연적 권리로 인정되었으며, 중세에는 종교성으로 인해 자살이 곧 도덕법칙과 종교적 명령에 반하는 죄악으로 다루어졌다. 자살에 대한 국가의 제재가 공식적으로 폐지된 것은 역시 휴머니즘과 계몽주의의 시대를 거쳐서였지만, 몽테스키외, 볼테르, 루소, 디드로 등이 자살의 형벌화에 적극적으로 반대하였던 반면, 푸펜도르프, 볼프, 칸트 등은 자살에 대한 처벌을 옹호하였다.³⁾ 특히 칸트는 자살을 자기보존의무에 반하는 자기육체의 훼손 행위로 보았기에 도덕법칙의 폐기이자 인간존엄의 침해라고까지 비판하였다.

역사적으로 보면, 죽음-자살의 세속성과 실존성이 의식되면서 종교와 법의 개입이 점차 사라지는 가운데, 특히 인간의 죽음을 현실(연관)적으로 해석하는 몇 가지의 근대적 흐름이 형성, 강화되었다고 할 수 있다.⁴⁾

2) Stellungnahme des Nationalen Ethikrates <Selbstbestimmung und Fürsorge am Lebensende>, Dokumentation Nr.31, Evangelischer Pressedienst(Frankfurt, 2006), p. 6.

3) 앞의 문헌, p. 32.

우선 유물론(Materialismus)을 들 수 있다. 이 관점은 죽음의 물리적인 외부현상만을 고찰할 뿐이어서, 그에 따르면 인간의 영속성이란 인간 안에 통일되어 있는 물질(Materie)이 어떤 형태로든 지속되는 한에서만, 즉 물질로서의 영속성을 통해서만 인정 가능한 것이 된다.⁵⁾

이와 유사한 방향에 선 것으로 생물학주의(Biologismus)가 있다. 이 관점은 인간을 곧 육체적 생명체로 환원시킴으로써, 인간의 영속성은 동식물과 다름없이 후대의 번식을 통한 영속성이라고 설명한다.⁶⁾

이들과 같은 세속주의이면서도 방향을 달리 하는 것이 휴머니즘(Humanismus)과 윤리주의(Ethizismus)이다.⁷⁾ 휴머니즘은 영혼불멸이나 내세의 가능성을 부인하되, 그 이유는 인간의 물질성이나 육체성 때문이 아니라 이 현세에서 인간이 달성해야 할 과제에 진력해야 한다는 점 때문이다. 즉, 개인은 세계의 휴머니즘화에 공동으로 작용함으로써 각자의 완성을 이루는 것이며, 그런 점에서 개인은 불멸성의 요청 없이 휴머니즘화된 세계를 지향하고 그것을 위해 기능화됨으로써 완성되고 영속되는 - 인간의 미래와 연결되는 - 존재이다.

현세적 인간주의와 전체주의를 동시에 연상시키는 휴머니즘에 비해 윤리주의는 세대로 이어지는 계열의 구성원으로서의 윤리적 자기역할에 초점을 맞추어, 개인의 윤리화를 통한 현세적 자기완성에 만족할 것을 강조한다.

결국 이 견해들은, 초월적이거나 종교적이지 않은 방식으로 인간의 죽음(이후)에 의미를 부여하려는 시도들, 즉 죽음 이후에도 남는 물질로서, 후대로 이어지는 생명체로서, 현실세계의 휴머니즘화에 기여한 주체로서, 현세에서 자기윤리화를 이룬 윤리적 구성원으로서 ‘죽음 이후에도 남는 무엇’으로서의 의미를 간접적으로 제시하는 견해들이라고 할 수 있다.

이렇게 근본적으로 죽음의 문제가 역사성과 사회성을 갖는 테마임을 인식할 때, 그 죽음의 관념에서 출발하는 자연사-안락사-존엄사를 둘러싼 가치갈등의 문제에 보다 객관적으로 접근해볼 수 있을 것이다.

4) R. Koltermann, *Grundzüge der modernen Naturphilosophie*(Frankfurt: Josef Knecht, 1994), pp. 385-389.

5) R. Koltermann(1994), p. 388.

6) R. Koltermann(1994), p. 388.

7) R. Koltermann(1994), pp. 388-389.

2) 자연적인 죽음(自然死)의 개념

안락사의 문제와 연관된 죽음의 관념을 세분화시켰을 때, 특히 두드러진 의미를 갖는 것이 자연적인 죽음(自然死)의 개념이다. 이는 안락사-존엄사 논쟁을 비판적으로 검토함에 있어 과연 안락사가 무엇인가라는 물음보다 안락사는 무엇을 불가능하게 하는가라는 간접적인 문제제기가 오히려 유용하리라는 점과도 연관된다.

사회사적으로 自然死의 관념은 근대 이후, 특히 19세기에 이르러 시민계급의 관심사가 된 것으로 설명된다. 그 이전 시대까지 자연재해, 사고, 질병 등으로 인해 가로막혔던 자연사 내지 노령사망이 생활 및 노동 조건의 향상으로 점차 가능해지면서 ‘책상에서 맞는 죽음(Tod am Schreibtisch)’이 시민계급의 이상으로 자리잡았으며, 특히 그에 이은 사회의 의료화 및 치료화 과정과 더불어 ‘병원에서 의료적으로 배려받는 죽음’이라는 이상으로 바뀌어 나타나게 되었다.⁸⁾ 이렇게 책상에서 또는 병원에서 맞는 죽음으로 표현되는 자연사는 사실상 시민계급에게만 가능했다는 점에서 시민사회의 정체성과도 연관된 것이었다. 결국 배려받는 자연스러운 죽음이 곧 좋은 죽음이며 이는 누구에게나 가능한 것이 아니라 - 20세기에 이르러 개선된 대중적 보건위생 및 의료화가 이루어지기까지는 - 존중받을 만한 삶의 종결로서만 허용되는 것이라는 관념이, 의료적으로 배려받지 못한 너무 이른 죽음이 일상적이었던 시대에 自然死라는 관념을 시민계급의 개인적 이상이자 불안의 요소로 자리잡게 한 것이다.

시민 개인의 의무인 동시에 자연적 청구권에 가깝게 받아들여진 이 근대적 自然死 관념은 오늘날까지도 작용하고 있으며, 이 개념을 매개로 하여 다양한 생명 의료 윤리적-정책적 제안들이 표출되어 왔다.

그 중 두드러진 것으로서, 自然死 관념을 긍정하는 가운데 ‘자연사에의 권리’를 강조하는 견해가 있다.⁹⁾ 이 견해는 삶의 의지 자체가 물리적 죽음으로 인해 부자연스럽게 차단당하는 인간에게 있어 존엄한 방식으로의 죽음은 결국 너무 이르지 않은 자연적인 노령사망이라는 근대적 관념에 기초해 있다. 이렇게 自然死를

8) S. Graefe(2007), pp. 81-82.

9) A. Auer, "Die Unverfügbarkeit des Lebens und das Recht auf einen natürlichen Tod", in: A. Auer/ H. Menzel/ A. Eser, *Zwischen Heilauftrag und Sterbehilfe: zum Behandlungsabbruch aus ethischer, medizinischer und rechtlicher Sicht*(Köln: Heymann, 1977), pp. 35, 38, 42.

곧 尊嚴死로서 긍정하고 너무 이른 부자연스러운 사망을 제어하는 것이 인간운명의 존엄한 완성이라고 보는 입장에서는, 인간이 이 자연사를 누리지 못하는 것은 개인의 불운이나 자기책임 아니면 사회의 책임에 속하는 것이 된다. 이중 시민 각자의 책임보다도 각 개인이 갖는 自然死에의 권리 내지는 자기운명에 대한 권리를 보장해야 할 사회의 책임을 강조하는 것이 현대의 네오막시즘(Neomarxismus)적인 입장이다.¹⁰⁾ 생명의료 과학기술에 대한 접근 가능성에 있어서의 민주화-평등화를 지향하는 가운데 기존 사회권력 관계를 비판한다는 점에서, 근대 시민사회의 이상에 대한 사회비판적 변용이라고도 할 수 있다.

반면, 이렇게 自然死의 개념 자체를 긍정하고 그에 대한 권리를 이상화(이념화)시키는 데에 비판적인 입장도 있다.¹¹⁾ 그에 따르면 自然死란 결국 죽음의 문제와의 대면을 최대한 피하려는 근대의 성향에 부합하는 완곡한 표현일 뿐이다. 自然死에 이르는 것이 개인의 중요한 목표이자 죽음의 극복을 위한 첫 수순이라고 선언될 때, 그것은 죽음을 노년의 문제로 미루고 오히려 죽음을 사소하게 주변화-개인화시키려는 노력을 드러낼 뿐이다. 이렇게 죽음이라는 테마 자체를 억압하고 밀어내는 가운데 이를 지배하고 이용하는 사회일수록 공공의 의식 속에서 인간적-역사적 존재로서의 최후 의미에 대한 물음은 사라지게 되고 극단적으로는 자기비판적-사회비판적인 잠재력도 위축됨으로써 전방위적 권력으로부터 더 이상 자유로울 수 없게 된다.

自然死 관념에 대한 이런 급진적, 포스트모던적 비판과는 달리, 自然死 자체와는 다른 차원에서의 존엄한 죽음(존엄사)의 의미를 (과도히) 강조하는 견해가 있다.¹²⁾ 자기 스스로의 죽음에 대해 알며, 이와 실존적-인격적으로 대면하는 존재인 인간에게 있어서는 결국 자기 자신만이 자기의 죽음을 겪을 뿐이며, 그럴 수 있을 때만이 존엄한 죽음이 된다. 이런 죽음은 흩어진 자기 삶에 최종적으로 의미와 형태를 부여하는 자유로운 행위로서 결코 익명화-무화되는 것이 아닌, 삶의 정점에의 도달을 의미한다. 인간의 죽음을 이렇게 정신적-윤리적 행위로까지 의미부여하는 죽음의 영웅화 내지 무해함의 강조는 스토아 학파로부터 근대 실존주의에 이르

10) A. Auer(1977), pp. 35, 39, 44.

11) A. Auer(1977), p. 36.

12) A. Auer(1977), pp. 36, 40.

기까지 추구되어 온 바로서, 죽음에 대한 공포 앞에서 자기 자유를 잃지 않으려는 실존적 결단이라고도 할 수 있다. 그러나 여기서 더 나아가 인간적 자유의 절대화로 기울게 되면 결국 자연사를 거부하는 자살에의 용기가 자기실현(소멸)에의 자유가 되며, 적극적 안락사까지도 인간의 자명한 윤리적 결단에의 권능으로서 정당화될 수가 있다.

이런 인간적 자유의 절대화에 거리를 두는 비판적 입장에서는 죽음을 인간 삶의 적극적 완성으로 보기보다는 최후의 수동성 속에서 감수해야 할 것, 즉 모든 외적인 행위 및 형성의 가능성들이 되돌릴 수 없게 종결됨을 수긍하는 행위라고 보며, 그런 점에서 삶의 완성이라기보다는 감수해야 할 종말로 설명한다.¹³⁾ 죽음에 대해 수동적인 동시에 초월적으로 관계하는 정신적 영역을 인정하는 이런 입장에서는, 자기 선택에 따라 죽음의 시점을 결정할 수 있다는 안락사의 관념은 죽음 자체의 초월성을 부인하는 인간의 총체적인 자기처분화의 표현으로서 결코 긍정될 수가 없다.

요약컨대, 네오막시즘이 주장하는 (사회적-의료적으로 보장되어야 할) ‘自然死에의 평등한 권리’, 포스트모더니즘이 비판하는 (생명과학 권력에 의해 작동되는) ‘自然死의 이데올로기’, 실존주의가 강조하는 (自然死의 수동성을 극복하고 더 이상 존엄하지 않은 삶은 의식적으로 끝낼 수 있는) ‘尊嚴死에의 자유의지’, 신학적으로 요청되는 (초월적으로 감수해야 할) ‘自然死에의 의무’ 들은 自然死-安樂死의 문제가 갖는 의미와 그 해결방식에서의 다차원성을 드러내준다. 이 중 自然死에 대한 근대적-포스트모던적 접근방식은 이 문제가 갖는 사회적-규범적 의미를 각각의 방식으로 적절히 - 다소 극단적이라는 한계에도 불구하고 - 보여준다고 할 수 있다.

3) 근대적-포스트모던적 自然死의 관념

근대적 自然死 관념은 무엇보다 의료적으로 배려받지 못한 너무 이른 죽음을 개인적-사회적으로 극복하려는, 자연스런 죽음에의 요구를 담고 있다. 그런 점에서 自然死의 권리는 곧 충분히 오래 살 권리로서의 ‘삶(생명)에의 권리’를 전제하며, 그 권리의 존엄한 종결로서 ‘자연스런 죽음에의 권리’를 의미하게 된다. 따라서 개

13) Auer(1977), pp. 37, 38, 41.

인적 차원을 넘어서는 사회 내지 국가의 책임이 비판적으로 강조될 수밖에 없다.

반면, 포스트모던적 관점에서 自然死 관념에 접근하게 되면, 이 自然死는 궁극적으로 삶-죽음의 생명현상을 인위적으로 규율하고 통제하는 가운데 스스로 재생산되는 정치-경제-생명과학 권력에 의해 작동되는 테마일 뿐이며, 죽음의 방식으로서 自然死와 안락사는 대립적인 관념이라기보다는, 사회적-경제적 비용 내지 효율의 관점에서 사회 및 국가에 부담이 되지 않는 방식으로 각자에게 선택할 자유가 주어짐으로써 자율적으로 조절되는, 자율과 규제(자율적 규제)의 메커니즘 속에서 상호보완적으로 작용하는 관념이라고 볼 수 있다. 극단적으로 비판한다면, 사회경제적-의료적 약자에게는 안락사를 굳이 막지 않으며 사회경제적으로 배려 받을 만한 자에게는 안락사를 굳이 권하지 않는 방식, 또는 근대적 自然死의 이상(오래 살며, 자연스럽게 죽음)이 여전히 유효한 지점에서는 사실상 이른 죽음일 뿐인 안락사를 허용하며 현대 소비사회의 과잉 의료체계에 의해 오히려 부자연스럽게 지연되는 죽음이 문제인 지점에서는 自然死의 이데올로기를 빌어 존엄한 죽음을 어렵게 만드는 방식으로 작동할 수도 있다. 이런 극단적인 포스트모던적 비판에서 지배권력의 본질 내지 의도의 문제는 일단 접어두고 기본적인 해명의 틀을 안락사-존엄사의 문제로 좁혀 적용시켜 본다면, 결국 근대적 관점에서의 존엄사란 너무 이른 죽음을 피할 ‘自然死’의 가능성을 의미할 것이며, 현대적 관점에서의 존엄사는 불필요한 생명연장을 거부하는, 너무 지체되는 죽음을 피할 ‘안락사’의 가능성에 가까울 것이다. 근대적 맥락에서 국가가 개입하고 책임질 것을 요구하는 自然死의 권리가 현대적 맥락에서는 국가의 불개입과 개인의 자율적 결정을 주장하는 안락사에의 권리요구로 바뀌어 나타난다고도 할 수 있다. 물론 오늘날과 같은 현대사회에서도 중세, 근대를 사는 경제적 약자, 환자, 노령자에게 안락사에의 권리는 적자생존-자연도태의 권리일 수 있으며, 또 다른 한편으로는 경제와 방임의 논리가 지배하는 현대적-포스트모던적 조건 하에서 안락사 자체를 제한하는 것은 존엄한 죽음을 가로막는 후견주의일 수 있다.

그런 맥락에서, 최근 제기된 안락사-존엄사 논쟁은 근본적으로 근대성과 탈근대성이 동시에 공존하며 갈등하는 - 사회경제적 양극화와도 관련이 있는 - 현실의 반영으로서, 이미 수렴불가능하게 이원화된 문제제기에서 출발한다고도 볼 수 있다.

2. 안락사 문제의 규범적 고찰

1) 문제의 제기

안락사 문제에 대한 개념적 접근에서 이미 간접적으로 드러나는 수렴불가능성에도 불구하고, 안락사 문제에 대한 법적 규율의 필요성은 부인될 수 없다.

최근 안락사-존엄사의 문제는 환자에 대한 의사의 후견적 보호관계를 전제로 한 형법적 규율의 대상을 넘어 환자 자신의 인간존엄 내지 기본적 인권이라는 차원에서 제기되는 헌법소원의 대상, 즉 적극적 권리요구의 대상으로 변해가고 있다. 안락사 문제는 과연 이것을 여전히 형법적으로 금지하고 처벌할 것인가에 대한 규범선언적 관점을 넘어, ‘존엄하게 죽을 권리’를 요구하는 개인들의 헌법적 권리주장을 법이 어떻게 수렴하고 해결할 것인가라는 구체적 규범형성의 문제라고 할 수 있으며, 그런 점에서 오히려 정치권력 내지 사법권력이 안락사 금지 또는 허용에 대한 입증책임의 부담을 지고 있는 듯이 보이기도 한다.

특히 의식적으로 예견하고 준비하는 비자연적인 죽음의 가능성에 대해 개인이 누릴 수 있는(누려도 좋은) 자기결정의 양과 질에 관한 문제는 실정법적인 명확성과 일의성의 기준만으로는 결코 이해-해소될 수 없는 다차원적 모순성을 내포할 수밖에 없다는 점에서, 환자의 자기결정성의 권리 대 환자의 복지에 대한 의사의 배려의무 내지 국가의 생명 보호의무라는 외적 갈등구조에 초점을 맞춘 문제설정뿐 아니라, 오히려 환자의 자기결정성 대 이로부터 귀결되는 환자 자신의 자기처분성이라는 내재적-자기모순적 관계에 대한 규범적 평가 및 승인 가능성의 문제로도 다루어질 것을 요한다. 다소 단순화시켜 표현하면, 안락사 내지 존엄사에 대한 권리주장과 그에 대한 비판은 결국 ‘삶뿐 아니라 죽음에 대한 개인의 주권성과 자율성’의 차원 대 ‘삶뿐 아니라 죽음에 있어서도 반자연적-권력적으로 규율되는(무의식적으로 억압되는) 개인 및 그 개인의 자기처분화’의 차원으로 대립되어 나타난다고 할 수 있다.

이렇게 다양한 규범적 문제설정의 가능성에는 근본적으로 안락사 문제의 당사자인 개인들을 어떻게 볼 것인가, 즉 어떤 법적-윤리적 권리의무의 주체 또는 어떤 보호배려의 대상으로 볼 것인가의 관점이 작용하고 있다. 특히 보호객체의 관

점보다 주체로서의 지위부여에 적극적인 최근의 경향을 뒷받침해주는 것이 헌법적 정당화와 자율성(Autonomie)의 윤리라면, 환자의 보호객체성에 보다 집중하는 것이 형법적 규율화와 배려(Fürsorge)의 윤리라고 할 수 있다. 이런 각 차원에서의 규범적 논거들은 서로 합치되거나 충돌하는 가운데 안락사 문제에서의 다양한 스펙트럼을 보여준다.

2) 안락사의 규범적 정당화

(1) 안락사의 정당화 근거의 문제

규범적인 차원에서 안락사 금지-허용의 논거들은 안락사의 유형에 따라 세분화되어 제시되는 것이 일반적이다. 주요하게 다루어지는 안락사의 유형으로는 적극적-소극적-간접적 안락사를 들 수 있다. 사망에 이르게 한 행위 자체로만 제한해 보면, 의도적으로 환자의 사망을 야기하는 행위는 적극적 안락사에 해당하며, 환자의 생명을 유지하거나 연장시키는 의료조치의 중단 또는 보류(부작위)의 경우는 소극적 안락사라고 할 수 있고, 의도하지는 않지만 불가피하게 환자의 사망을 앞당기게 되는 통증(완화)치료조치¹⁴⁾는 간접적 안락사에 속하게 된다.¹⁵⁾

안락사에 대한 형법 차원에서의 규율은 환자에 대한 의료적 배려의 보장이 아니라 적절한 생명과 자유의 보호를 과제로 하며 이를 위해 법적인 금지가 시작되는 한계를 확정하는 문제가 핵심이라는 점에서, 허용 또는 금지의 대상이 되는 구체적 행위와 행위의사들의 가벌성에 초점을 맞추게 된다.

물론 안락사라는, 자연사가 아닌 형태의 죽음이 허용 가능한 것일 수 있는 근본 전제는, 헌법 상 각 개인은 자기 신체에 대한 자유로운 처분권을 가진다는 점에 있

14) “사망에 이르는 것이 명백해 보이는 상황에서 극심한 통증과 괴로움으로 환자의 의식이 혼미해져 주변상황이나 자기 자신과의 정신적 대면이 불가능할 정도일 때, 의사는 환자의 보다 상위의 이익을 인정하여 환자의 명백하거나 추정적인 의사와 합치되게끔 통증완화에 필요한 조치를 취할 수 있으며, 이는 생명이 확실히 단축될 구체적 위험이 있더라도 인정된다.”: H. Otto, “Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung”, *NJW* 2006 Heft 31(2006), p. 2221.

15) 독일의 경우, 적극적 안락사는 촉탁살인과 마찬가지로 형사처벌의 대상이고, 소극적 안락사는 이미 사망단계에 들어섰거나 들어서기 전이라도 환자가 치료연장을 거부하는 경우에 허용된다고 보며 간접적 안락사 역시 환자의 동의를 전제로 하여 허용된다는 견해가 지배적이다. 우리의 경우, 현행 형법 제 252조 규정에 의해 안락사 행위는 촉탁 승낙에 의한 살인죄를 구성하여 처벌된다. 이에 대해 최근 존엄사 인정을 요구하는 헌법소원이 제기된 바 있으며, 국회에서는 소극적 존엄사 관련법 제정이 논의되고 있는 단계이다.

다.16) 이 제도적 사실을 전제로 하여 환자 자신의 의사결정에 따른 안락사는 정당화될 수 있으며, 그로부터 이 처분의 권리는 어디까지인가라는 한계의 문제가 생겨난다.

적극적 안락사에 해당하는 경우, 개인의 행위의 자유에 속하는 이 처분권의 행사에 제한을 두게 되는 것은, 종으로서의 인간존엄성의 보호, 개인의 자연적 육체성의 보호, 후견주의적인 차원에서 개인의 (단기적 선호 대신) 장기적 선호의 보호, 자율성이 결여된 상황의 악용이나 수단화로부터의 보호, 자기결정권에 앞서는 법익의 유지에 대한 객관적 이익 등17), 적극적 안락사가 허용될 경우 침해되는 바들의 중대성 때문이다.

이에 비해 소극적 안락사가 허용된다고 보는 것은, 그것이 금지될 경우 결국 환자의 의사에 반하는 생명유지-연장 조치를 통해 그의 신체적 통합성이 손상될 수 있기 때문이다. 이런 강제적 치료행위는 헌법상 보장되는 일반적 인격권과 일반적 행동의 자유권에 반하는 것이 된다. 결국 소극적 안락사의 허용은 생명 자체 또는 생존한다는 사실 자체보다 그의 인격과 행동의 자유를 존중하여, 그의 의사에 반해서까지 생존하도록 강요하지는 않음을 의미한다.

간접적 안락사 역시 환자의 극심한 고통이 그의 신체적 통합성을 손상시키는 경우 인간적 존엄의 유지 차원에서 통증치료가 생존 자체에 앞설 수 있음을 인정한 것이다.18)

근본적으로 이런 안락사의 유형들에 대한 사법적 규율에서의 난제들은 첫째, 정당화 근거의 차원, 둘째, 자기결정권의 한계범위의 차원, 셋째, 행위 간의 구별경계의 차원에 각각 존재한다.

첫째, 정당화 근거의 차원에서 제시되는 허용 또는 금지의 주요한 기본권적 논거를 세분화시켜 보면, 인간존엄, 생명권 및 신체의 불가침성에 대한 권리, 인격권(프라이버시권)을 들 수 있다.

무엇보다 기본권의 최고논거인 인간존엄을 근거로 하여 환자 개인의 주체성,

16) U. Schroth, "Sterbehilfe als strafrechtliches Problem. Selbstbestimmung und Schutzwürdigkeit des tödlich Kranken", *Goldammer's Archiv für Strafrecht*(2006), p. 549.

17) U. Schroth(2006), p. 550.

18) 한편 의사 조력 자살의 경우, 의사의 조력행위의 가벌성에 대해서는 환자의 복지를 고려해야 할 의사의 윤리적 의무 또는 법적으로 부여되는 보증인 지위나 구조의무의 관점에서 논란이 없지 않으나 자살행위가 처벌되지 않는 한 자살자의 동의 하에 이루어진 조력행위는 허용된다고 보는 견해가 지배적이다. 의사는 사망에 이르게 한 행위를 지배한 정범이 아니므로 촉탁살인에 해당하는 적극적 안락사와는 규범적 평가를 달리 하는 것이다.

자율성 및 존엄하게 죽을 권리가 인정되며, 이는 제삼자의 결정에 수동적으로 지배되는 (환자의) 객체화의 금지를 의미하게 된다.

또한 생명권 및 신체의 불가침성에 대한 권리의 차원에서 각 개인은 타인에 의해 생명을 잃거나 육체적-심리적 통합성을 침해당하지 않도록 보호되며, 이는 특히 질병-사망 과정에서 죽음의 방식을 선택-결정함에 있어서도 보장된다. 즉, 생명권과 신체적 통합성에 대한 권리에 근거하여 적극적 안락사는 금지되며, 소극적 안락사의 경우는 환자의 의사에 반하는 생명연장 조치가 오히려 환자 자신의 신체적 통합성과 인격성에 대한 침해라는 점에서 허용될 수 있다. 물론 소극적 안락사에의 요구 자체는 사실상 자기 생명과 신체의 (물리적 생존의) 포기, 처분을 의미하지만 환자의 살 '권리'가 자기의사에 반하더라도 살아야 할 '의무'를 포함하지는 않는다는 점에서 소극적 안락사로의 자기결정은 존중되어야 한다.¹⁹⁾

그리고 인격권을 근거로 하여 소극적 안락사 및 간접적 안락사부터 자살에 이르기까지 각 개인이 선택한 행위는 그 행위들에 대해 질적으로 평가함이 없이 일반적인 행동의 자유 차원에서 포괄적으로 허용될 수 있다.

결국 안락사의 허용 또는 금지에 대한 기본권적 정당화는 환자의 자기결정권을 기본원리로 하여 환자의 복지(Wohl), 기타 객관적-사회적 이익 가치들을 늘 함께 고려하는 과정을 거치게 된다. 이미 언급되었듯이, 여기서 확인되는 경향으로는 형법적 규율로부터 헌법적 정당화로의 변화이다. 즉, 국가의 보호의무와 의사의 윤리적 의무를 매개로 하여, 개인의 자유와 생명의 보호 및 사회적 가치 질서의 보호를 위한 형법적 금지-허용의 문제로 다루어졌던 것에서, 점차 헌법 상 개인의 자율성-인격성-통합성의 권리, 특히 프라이버시권을 근거로 하여 적극적으로 요구되고 보장되는 기본권의 문제로 다루어지게 된 것이다. 이는 국가-사회적 이익에 대한 개인의 자기결정권의 우위성이 인정되고 안락사 자체가 금지에서 허용의 대상으로 바뀌어가는 경향과도 연관되어 있다. 자연히 금지-제한의 논거에 가까웠던 환자의 복지보다 환자의 프라이버시권의 논거로 기울게 되며, 여기에는 의사-환자 관계의 변화 - 환자의 복지를 배려하는 후견적 보호-피보호 관계로부터 의료서비스 제공자-선택하는 소비자라는 사적인 계약관계로의 변화 - 도 반영되어 있다.²⁰⁾

19) Stellungnahme des Nationalen Ethikrates: <Selbstbestimmung und Fürsorge am Lebensende>, Dokumentation Nr.31, Evangelischer Pressedienst(Frankfurt, 2006), pp. 23-24.

20) W. Heun, "The Right to Die - Terri Schiavo, Assisted Suicide und ihre Hintergründe in den

또한 안락사 허용의 근거가 되는 헌법 상의 기본적 가치들에 있어서도 추상적-보편적 가치로부터 주관적-개인적 가치 쪽으로, 즉 인간존엄의 논거보다 환자의 이익 또는 프라이버시권의 논거가 더 주요한 것이 된다.²¹⁾

(2) 자기결정권의 한계범위의 문제

안락사-존엄사가 이렇게 규범적으로 정당화되면서 등장하는 주요 문제들 중 하나로 자기결정권의 한계범위의 문제, 즉 안락사를 원하는 주관적 의사를 어디까지 인정할 것인가, 그리고 그 의사를 어떻게 확인할 것인가의 문제가 있다. 원칙적으로는 환자의 자기결정권이 전적으로 존중되어야 하지만 현실적으로는 그 의사의 결정과 실현과정에 개재되어 있는 많은 전제조건 및 상황요소들로 인해 한계가 그 어질 수밖에 없다. 그리고 환자 자신의 주관적 의사는 무엇인가, 그리고 그것은 자유로운 결정인가라는 자율성의 판단에 있어서도 결국은 환자의 주관적인(‘그러고자 함’) 의사 자체뿐 아니라, ‘삶의 질(Lebensqualität)’을 기준으로 한 환자의 객관적 상황(‘그럴만함’)까지 고려된다.

이런 자기결정권의 한계 요소들 이외에, 특히 자기결정권의 핵심인 환자의 주관적 의사가 점점 더 문제되는 것은, 생명의료 과학기술이 발달할수록 결정능력 또는 의사표시능력이 결여된 상태의 환자들이 늘어나게 되고 그만큼 자기결정권의 행사가능성 자체가 제한되는 사례들이 늘어갈 수 있기 때문이다. 환자의 주관적 의사의 존중이 강조될수록, 이런 결함있는 의사는 어떻게 확인하고 또 어디까지 인정할 것인가의 문제가 보다 중요해진다고 할 수 있다. 이 문제의 규율을 통해 실제적으로 안락사의 허용범위가 결정될 것이기 때문이다.

일반적으로 환자의 주관적 의사는 세 단계로 형태화될 수 있다. 첫째, 환자의

USA”, *JZ*, 61 Jg.(2006), p. 426.

21) W. Heun(2006), pp. 426-429.

부정적인 관점에서, 이로부터 과도한 현대 생명의료과학의 영향으로 변화되는 인간의 속성을 추론해볼 수 있다. 즉, 자기 스스로의 죽음에 대해 알며 그 자연성-회피불가능성과 대면하고 수긍하는 이성적 자의식으로부터, 이렇게 인지되는 인간의 상황에 적극적으로 개입하고 변화시키려는 의지의 자율성으로 인간의 속성 자체가 변해간다고 할 수 있다. 스스로의 자연적 유한성에 대해 앎으로써 수긍하고, 그럼으로써 자유로워지는 이성의 지배 대신, 스스로의 유한성을 알기에 개입, 변화시키려 하고, 그렇게 자기까지 처분함으로써 자유로워지는 의지의 지배인 것이다. 이런 인간 속성의 변화는 ‘인지에서 의지로, (객관적) 이성성에서 (주관적) 자의성으로의 변화’라고도 표현해볼 수 있을 것이다.

현재적 의사표시, 둘째, 환자의 사전유언(Patientenverfügung), 셋째, 환자의 추정적 의사이다.²²⁾

환자의 자율적-현재적 의사를 존중해야 함은 안락사 문제의 규율에서의 기본원칙에 해당한다. 인간존엄의 가치, 환자의 복지, 의사의 치료의무, 그리고 양심에 이르기까지 그 어떤 가치나 이익도 환자의 자기결정권에 우선할 수 없다는 점에 근거하여, 아직 사망과정에 들어서지 않았더라도 스스로 위독한 상태임을 아는 환자의 명백한 의사표시가 있는 경우에는 치료의 중단이나 부작위 등 소극적 안락사에 해당하는 행위까지 허용된다는 견해가 일반화되고 있다.²³⁾

물론 이보다 더 어려운 문제는, 환자의 현재적 의사의 확인이 불가능한 경우에 그의 사전유언의 효력이 인정될 수 있는가이다. 환자가 스스로의 결정능력 및 의사표시능력이 결여되는 경우를 대비해 미리 특정 의료조치의 시술 여부를 확정하는 의사표시를 해놓는 경우, 그런 사전유언 자체는 법적으로 허용된다는 견해가 지배적이지만, 세부사항의 규율에 있어서는 많은 논란이 있다.

사전유언에서 밝힌 의사는 얼마나 엄격히 존중되어야 하는가에 대해서는, 명백한 철회 의사가 있지 않은 한 그대로 존중되어야 한다는 견해와 유언 환자의 추정적 의사를 규정하기 위한 간접증거로서 제한된 의미만을 갖는다는 견해가 대립되어 있다. 구체적 정황에 근거하여 환자가 치료 시점에는 더 이상 유언의 효력을 원치 않음이 인정되지 않는 한, 유언은 그대로 법적 구속력을 지닌다는 것이 지배적인 견해이다.²⁴⁾ 사전유언은 사전에 고려된 의사의 표현으로서 근본적으로는 헌법에 의해 보호되는 자기책임-자기결정 행위이며, 현실적으로도 환자의 의사표시능력의 상실은 곧 바로 자기결정권의 상실로 이어지지 않게 해준다는 점, 그리고 기본치료사항으로 전제된 시술이 의사표시능력 없는 환자에게 기계적으로 강요되는 것을 막아준다는 점에서 환자의 자기보호라는 의미도 갖는다.

물론 이 사전유언이 사회적-의료적 차원에서 남용될 가능성 또는 환자에게 가해질 수 있는 치료포기에 대한 사전결정 압력 등은 오히려 사전유언이 환자의 자율성을 살리는 쪽보다 '너무 쉬운' 치료포기를 위해 강요되는 자발성, 즉 치료포기

22) H. Otto(2006), pp. 2218-2221; W. Heun(2006), pp. 428-429.

23) U. Schroth(2006), pp. 550-559.

24) H. Otto(2006), pp. 2218-2219; Schroth(2006), pp. 552-559.

의 가장 (비)윤리적인 근거가 될 수 있음을 암시한다. 특히 환자에게 가해지는 이런 압력의 이중성-상호성은 ‘기대의 예상’(환자 스스로가 치료포기에 대한 사전유언을 행할 것을 주위에서 기대하리라는 환자의 예상, Erwartung der Erwartung)이라고 표현되기도 한다.²⁵⁾

이런 위험 요소에도 불구하고, 사전유언에 대해 형식적-법률적 구속력이 있음을 바로 인정할 것인가(독일 판례의 경우), 아니면 법률적 기초 없이 주관적 의사의 중요하고 유력한 표현으로 해석하여 적용할 것인가(미국 판례의 경우)²⁶⁾의 차이일 뿐, 사전유언의 실제적 효력은 자기결정권을 근거로 하여 폭넓게 인정되는 추세이다.²⁷⁾

이런 사전유언도 없으며, 의사표시도 불가능한 경우 마지막으로 취할 수 있는 것은 추정적 의사(mutmaßlicher Wille)의 확인이다. 이 때, 무엇을 어떻게 확인해야 하는가에 대해서는 두 가지의 상반된 가능성이 제시된다. 간접증거에 기초하여 개인적인 실제의사를 확인하는 방식, 아니면 환자의 복지라는 관점에서 객관적인 이익-법익형량의 기준에 따라 가언적 의사를 확인하는 방식이다.²⁸⁾ 전자의 방식은 환자의 주관적인 입장에서 개인적인 상황, 이해관계, 가치관 등을 고려함으로써 결국 그의 명백히 표시된 의사와 같은 정도의 구속력을 갖는 실제적 의사를 확인하려는 입장인 반면, 후자의 방식은 보편적이고 상식적인 가치관에 합치하는 기준에 따라 환자의 의사를 가언적으로 구성해보려는 입장에 가깝다.

물론 주관적 의사의 확인에 객관적 기준이 들어서게 되면, 이성적, 상식적 기준에 따라 환자의 복지에 부합하는 의사의 추정이 가능할 수 있다. 그러나 다른 한편으로는 간접증거에 기초해서라도 확인해야 할 환자 각 개인의 실제 의사가 소홀히 되고 통상적으로 표시할 만한 의사의 추정에 머물 수도 있게 된다. 이렇게 객관적 기준에 따라 추정된 의사란 결국 잠재적 안락사 군으로서의 환자들에게 허용된 ‘삶의 질’에 비추어 서열화된 안락사로의 의지라고 할 수 있다. 즉, 환자의 자발적, 개인적 선택을 추적하기 전에 이미 일반적, 객관적으로 ‘그럴만함’의 여부가

25) U. Schroth(2006), pp. 562-563.

26) W. Heun(2006), p. 428.

27) 미국의 경우, 사전유언에 해당하는 사전의료지시서(advance directives)는, 치료에 관해 실질적으로 내린 결정을 담고있는 사전유언장(Living Will)과 대리인을 지정하는 결정을 담고있는 대리인 지정서(Proxy Directives)라는 두 형태에 대한 상위개념으로 파악된다.

28) H. Otto(2006), p. 2220.

판단됨으로써 죽음의 방식에 대한 환자 자신의 평등하고 자유로운 선택은 애초에 간과되어버릴 수 있는 것이다.²⁹⁾

(3) 안락사 행위유형들의 구별경계의 문제

이런 자기결정권의 한계범위의 규정 문제 이외에도 안락사 행위의 유형들을 어떻게 구별 경계지을 것인가 역시 난제에 속한다. 안락사의 유형 중 사실상 가장 빈번하게 나타나게 될 것이 소극적 안락사이고, 엄격히 제한되는 적극적 안락사에 비해 소극적 안락사에 대해서는 폭넓게 인정하려는 견해가 지배적인 만큼, 특히 이를 다른 유형들과 어떻게 구별, 경계지을 것인가는 - 주관적 의사의 확인 문제와 마찬가지로 - 안락사 자체의 허용범위와도 관련되는 실제적 의미를 지닌다.

적극적 안락사 행위는 타인(의사)이 환자의 사망을 적극적으로 의도하고 그 행위를 지배하는 경우로서(축삭살인에 해당하며), 사망이라는 하나의 독립된 생물학적 과정이 의사에 의해 진행되고 완성된 것으로 볼 수 있다.³⁰⁾

반면, 소극적 안락사의 경우는 이미 자연적 인과성에 따라 사망에 이르게 되어 있는 과정을 의사가 막지 않는다는 점에서 적극적 안락사와 구별된다. 오히려 더 이상 치료받지 않으려는 환자의 의사에 반해 이 자연적-인과적인 사망과정을 중단시키고 생명연장조치를 취하려는 경우 정당화 근거가 필요하게 된다. 이 경우 치료중단조치가 허용됨을 넘어 명령된다고 보는 것은, 적극적 안락사와 소극적 안락사가 윤리적으로 확연히 구별됨을 암시하며, 보다 근본적으로는 살인 및 상해의 금지라는 법의무와 적극적으로 개입하여 더 살게 할 덕(선행)의무가 구별되고 그 중 법의무에 우위가 주어진다는 점을 보여준다.³¹⁾

물론 이렇게 안락사의 두 행위유형을 엄격히 구별하여 달리 평가하는 대신, 연

29) 이 문제와 관련해 미국의 판례에서는 대리판단의 기준(substituted judgment standard)이라 불리는 기준이 제시된 바 있다. 그에 따르면, 의사표시 능력없는 환자의 의사를 대체하는(확인하는) 판단에 있어서는 엄격하게 현재의 의사를 추론하거나(강한 요건), 개연적-추정적 의사를 조사하게 된다(약한 요건). 기본적으로는 주관적인 의사의 측면에 맞추어진 판단기준이지만 여기에 보충적으로 '필요'의 관점이 부가됨으로써, 환자의 이익에 부합하는 보다 객관화된 판단이 되게 하려는 입장이다. W. Heun(2006), p. 429.

30) U. Schroth(2006), p. 564; W. Heun(2006), p. 430.

31) G. Duttge, "Der Alternativ-Entwurf Sterbebegleitung(AE-StB) 2005. Ziel erreicht oder bloße Etappe auf dem langen Weg zu einer Gesamtregelung?", *Goldammer's Archiv für Strafrecht*(2006), p. 580.

명치료를 제한할 수 있도록 소극적 안락사를 허용하면 결국 적극적 안락사도 인정하게 된다는 유추 내지 동일화 논거를 통해 적극적 안락사의 자유화를 주장하는 견해도 있다.³²⁾ 그러나 아직까지는 바로 이런 유추의 논리를 통해 주장되는 적극적 안락사의 허용요구를 막기 위해 한편으로는 안락사의 유형들을 보다 엄밀히 개념화-세분화시키고 각 행위를 규범적으로 명확히 평가해놓으려 하며, 또 다른 한편으로는 소극적-간접적 안락사, 사전유언 등 원칙적으로 허용되는 행위들은 엄격한 제한을 두지 않고 비교적 폭넓게 인정함으로써 간접적으로 금지의 실효성을 살리려는 경향이 지배적이다.

한편, 간접적 안락사의 경우는 통증치료로 인해 사망이 가속된다는 부정적 행위결과에 있어서는 적극적 안락사와 유사하지만, 생명 단축행위 자체를 통한 고통의 완화 종결이 아니라 치료를 통한 고통의 완화가 주요동기라는 점에서 적극적 안락사와는 구별된다.

다만 이 간접적 안락사 행위의 허용조건으로서 ‘의사에게 환자를 사망케 하려는 의도가 없을 것’이라는 소극적 기준 내지 주관적 징표까지 요구되는가에 대해서는 논란이 있다. 여러 견해들 중, 적어도 의사와 환자 간에 통증치료라는 합의가 있었고 실제로 고통을 완화시키려는 의사의 의도가 있는 한, 사망의 회피보다 고통의 회피를 우선적으로 원하는 환자의 결정이 의사의 주관적, 부수적 태도를 이유로 제한되는 것은 불합리하다는 신중한 제한완화론이 비교적 설득력을 얻고 있다.³³⁾

사실상 안락사의 규율에서는 여러 의료-규범 정책적 고려들에 따라 허용 또는 금지되는 행위의 개념과 정당화 근거 자체가 강조점을 달리하여 제시되기도 한다. 특히 소극적 안락사에 있어서 이를 폭넓게 허용하려는 경우에는 넓은 의미에서의 소극적 안락사 개념(사망과정에 들어서기 전에 생명유지-연장조치를 포기함)을 취하게 되며, 정당화 근거로는 환자의 ‘자기결정권’과 ‘주관적 의사’에 대한 존중이 특히 강조된다. 이에 비해 소극적 안락사를 이미 사망단계에 들어선 경우로만 제한하여 허용하려는 경우에는 좁은 의미의 소극적 안락사 개념을 취하며 정당화 근거로서도 ‘인간존엄’과 ‘존엄한 죽음’의 관념이 보다 강조된다.³⁴⁾

32) S. Sahn, *Sterbebegleitung und Patientenverfügung*(Frankfurt: Campus, 2006), p. 179.

33) U. Schroth(2006), p. 566.

34) Otto(2006), p. 2218.

그러나 이런 의료-규범 정책적 고려로 치닫게 되면, 결국 이런 고려들 하에 의사가 주도하는 안락사 행위에 마치 환자 자신이 조력하는 보조인화 내지 수단화될 위험도 존재한다. 환자를 스스로 결정하는 주체로서가 아니라 이미 죽음-소멸에 임박한 자연적 사실로서, 더 심하게는 사회-의료 정책상 효율적으로 다루어져야 할 생물학적 재원으로 간주하는 사회일수록 안락사를 폭넓게 허용할 수 있지만, 이는 스스로의 죽음까지 자율적으로 결정할 수 있는 자유지향성의 반영이 아니라 죽음의 자연성까지 인위적으로 통제하는 억압성을 표현할 뿐이다.

Ⅲ. 결론을 대신하여

안락사 문제의 이해와 규율에서의 어려움은 현 시대의 양면적인 특성과도 연관되어 있다. 한편으로는 의료이론적 패러다임에서의 긍정적 변화를 겪는 시대, 즉 ‘후견주의적인 의사’의 모델로부터 ‘스스로 결정하는 성숙한 환자’의 이상으로 옮겨가고 그것이 인권의 언어로 표현되는 시대이면서,³⁵⁾ 다른 한편으로는 안락사, 사전유언, 자살에 이르기까지 존엄하게 죽을 권리를 행사하기 위해 너무나 많은 자기결정이 요구되고 그것이 때로는 자기인격성-자연성에 대한 과잉처분으로까지 나아갈 수 있는 시대인 것이다.

이런 주체로서의 양면성뿐 아니라 (실제로 주관적 의사의 확인과정에서 늘 함께 고려되는) 보호객체로서의 양면성 또한 안락사 문제에 관한 규범적 제안들을 어렵게 만든다. 한편으로는 생명의 가치(Wert)에 따른 어떤 차이, 구별도 거부하는 가운데 생명의 보호가치성(Schutzwürdigkeit)을 존중할 것을 강조하지만, 다른 한편으로는 의료적인 형량에 있어서 ‘객관화 가능한 기준에의 구속’이라는 제안을 통해, 확인되거나 예상되는 환자들 개개인의 ‘삶의 질’을 고려하여 판단할 것을 요구하고 있기 때문이다.³⁶⁾ 이런 모순적 상황에서 벗어나기 위해 삶 속에서의 인간의 판단에 관련된 ‘가치(Wert)’와 모든 평가에서 벗어나있는 인간 삶 자체의 ‘존엄(Würde)’의 구별가능성이 강조되지만,³⁷⁾ 양자의 개념적 구별이 곧 양자가 실제로

35) S. Sahm(2006), p. 69.

36) Schwendemann, *Ethik für das Leben*(Stuttgart: Calwer, 2001), p. 78.

혼용되어 쓰이는 현실을 교정해주지는 못한다.

‘삶의 질’, ‘삶의 의미’를 척도로 하여 ‘의미없는 삶, 의미없는 치료, 의미없는 생명연장’이 개별사례에서마다 구체적인 안락사의 논거로 제시될 때, 사실상 - ‘의미란 가치지향성임’을 강조한 라드브루흐의 표현을 빌자면 - 어떤 가치지향성도 없는 삶이자 생명연장이라는 판단을 거친 것이며 이 의료적 관정에는 이미 너무나 거대하게 실체화된(실정화된), 각 개인의 삶과 죽음 여부에 대한 가치판단이 자리 잡고 있는 셈이다. 그런 점에서, 과연 각 개인의 생명 자체에 대한 가치판단 없는 안락사가 가능한가, 그리고 그것이 보다 우리의 정의 관념에 합치하는 것인가가 안락사-존엄사 논쟁에 내재하는 근본적 난제라고 할 수 있다.

특히 정의의 관점에서 보면, 지금까지 인간 삶의 일회성 및 죽음의 회피불가능성이 제공해주었던 인간의 자연적-본성적 평등 내지 정의 관념이 배아-인간 복제나 안락사의 가능성으로 인해 흔들리게 된 면이 있다. 즉, 그 이전까지 자연의 영역 내지 인간의 의지와 능력을 넘어선 영역으로서 삶과 죽음에서의 인간의 자연적-본성적 평등성 내지 자연에 대한 평등한 의존성(무기력성)을 일깨웠던 영역이 이제 인간의 의지가 개입할 수 있고 개입해도 좋은 영역에 속하게 되면서, 이런 자연적 평등성-동등성의 관념 또한 훼손될 수 있는 것이다. 인간의 의지대로 되지 않는 영역이 점차 사라지는 가운데 삶과 죽음 역시 인간의 능력과 의지에 달린 문제가 될 때, 이를 의지의 개입을 통한 자연적 운의 교정 내지 재분배, 또는 적극적 자유의 실현으로 해석하기에는 이를 통해 침해될 수 있는 약자들의 소극적 자유 - (선택)하지 않을 자유, 침해되지 않을 자유 - 의 비중이 더 커 보인다.

이렇게 자율성의 이름으로 침해될 수도 있는 평등성, 정의 또는 자유의 요소를 고려해볼 때, 이 가치들을 간접적으로 보호해줄 수 있는 안락사의 기준으로서 다시금 ‘자연성’을 생각해볼 수 있다. 즉, 안락사의 본질적 조건은 환자의 자기결정권(자율성)이되, 다시 이 자기결정권(자율성)은 소극적 기준으로서 ‘자연성에 반하지 않는 결정일 것’을 요구한다고 해석할 가능성이 있다. 이 경우, 환자의 자기결정권이란 곧 안락사 자체에 대한 권리라기보다 죽음의 방식의 선택에 대한 처분권능이라는 의미에 가까우며, 이런 자기결정권은 자연성에 반하지 않는 존엄한 죽음의

37) Schweizerischer Evangelischer Kirchenbund: <Das Sterben leben> - *Entscheidungen am Lebensende aus evangelischer Perspektive*, Dokumentation Nr.51, Evangelischer Pressedienst(Frankfurt, 2007), p. 13; A. Auer(1977), p. 30.

가능조건이 된다. 결국 이 자기결정권을 통해 자연성의 관점에서 숙고되고 선택된 自然死 또는 安樂死(특히 소극적 안락사의 형태)는 상호대립적-배척적 관계라기보다 상호공존 가능한 관계 - 근대적 관점에서의 自然死와 현대적 관점에서의 安樂死의 의미관계에서처럼 - 이며, 존엄사의 서로 다른 두 방식이라고 할 수 있다.

이렇게 존엄한 죽음에 요구되는 ‘이성적 숙고’라는 관점에서 보면, 사전유언이라는 방식이 - 삶과 죽음에 대한 표준화된 자기결정이라는 비판에도 불구하고 - 최선의 대안일 수 있다. 인격체로서 존재하는 시기에 자기 삶과 죽음의 분리경계에 관해 이성적으로 숙고하게 하며, 그에 대한 (독백적이지 않은) 자기의지의 표현이기 때문이다. 그러나 다른 한편으로는 질병과 죽음에 대한 인간의 본질적 불안과 우려를 이를 통해 극복할 수 있다고 보는 만용일 수도 있다. 죽음을 둘러싼 인간의 불안은 스스로가 어떤 상태로 죽게 될 것인가 - 어떤 질병과 고통을 거쳐 어떤 임종을 맞을 것인가 - 에서 시작되는 실존적 불안이지, 자연사-안락사 여부의 미결정에서 오는, 따라서 그 여부의 결정으로 해소되는 불안은 아니기 때문이다.

결국 사전유언에 어떤 의미를 부여할 것인가의 문제는, 사전유언이 선취하게 해주는, 자기 삶의 최종지점에서 누리게 될 자기결정권과 그 결과가 - 어떻게든 결정했다는 사실 자체로서가 아니라 그렇게 내린 자기결정의 내용 면에서 - 그의 본질(인간종으로서의 본질이 아니라 그 개인 자신의 본질)에, 곧 그의 인격성과 자연성에 반하지는 않는 더 나은 것인가라는 물음에 달려있다고 할 수 있다. 그런 점에서 인간의 삶-죽음의 자연성을 인위적으로 부정하려는 과잉자율로서의 안락사가 아니라 타율적으로 연장되는 부자연성을 극복하려는 자율로서의 (소극적 형태의) 안락사 자체의 가능성이 곧 사전유언의 타당근거이자 그 허용의 전제조건이라고도 볼 수 있다.

최근 두드러지는, 안락사에 대한 다양한 차원의 사법적 규율의 시도들 - 기본권적 정당화 근거의 제시, 자기결정권의 한계범위와 주관적 의사의 확인 방식의 제시, 허용-금지 행위 간의 구별경계의 제시 등 - 역시, 근본적으로 어떻게 자연성에 반하지 않는 자율적 방식의 안락사가 가능한가의 난제에 대한 총체적인 사법적 대답이라고 할 수 있을 것이다.

□ 논문 접수 : 2008년 10월 22일 / 수정본 접수 12월 22일 / 게재 승인 12월 25일

<참고문헌>

- 구영모, 『생명의료윤리』, 서울: 동녘, 2004.
- 구인회/임종식, 『삶과 죽음의 철학 : 생명윤리의 핵심 쟁점에 대한 철학적 해부』, 서울: 아카넷, 2003.
- 권복규/ 김현철, 『생명 윤리와 법』, 이화여자대학교 출판부, 2005.
- 김학태, “현대의학에 있어서의 생명의 시간과 인간의 존엄”, 『법철학연구』 제4권 제1호(한국법철학회, 2001).
- 문국진, 『생명윤리와 안락사 논쟁』, 서울: 여문각, 1999.
- 오진탁(편), 『소극적 안락사 대안은 없는가?』, 한림대학교 출판부, 2007.
- 이상돈, 『의료형법』, 서울: 법문사, 1998.
- 이인영, “존엄사에 관한 고찰”, 『한림법학 forum』 제14권(한림대학교 법학연구소, 2004).
- 임종식, “생명권과 자의적인 안락사”, 『철학논총』 제43집 제1권(새한철학회, 2006).
- _____, “안락사 :죽임/죽게 방치함 구분에 대한 비판적 검토”, 『법철학연구』 제5권 제2호 (한국법철학회, 2002).
- _____, “안락사의 정당화에 대한 윤리학적 연구-뇌사 및 장기이식 문제와 관련하여”, 『철학연구』, Vol.22(고려대학교 철학연구소, 1999).
- 정현미, 『의료형법』, 서울: 세창출판사, 2007.
- 한상훈, “안락사의 허용여부에 대한 비교법적 연구 - 네덜란드, 독일, 미국, 일본을 중심으로”, 『형사법연구』 제21호(한국형사법학회, 2004).
- 허일태, “안락사에 대한 연구”, 『형사정책연구』 제4권 제4호(한국형사정책연구원, 1993).
- Auer, A., “Die Unverfügbarkeit des Lebens und das Recht auf einen natürlichen Tod”, in: A. Auer/ H. Menzel/ A. Eser, *Zwischen Heilauftrag und Sterbehilfe: zum Behandlungsabbruch aus ethischer, medizinischer und rechtlicher Sicht*(Köln: Heymann, 1977).
- Braun, K., *Menschenwürde und Biomedizin*, Frankfurt: Campus, 2000.

- Duttge, G., “Der Alternativ-Entwurf Sterbebegleitung(AE-StB) 2005. Ziel erreicht oder bloße Etappe auf dem langen Weg zu einer Gesamtregelung?”, *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht* (2006).
- Foucault, M., *Geschichte der Gouvernementalität. 2. Die Geburt der Biopolitik*, Frankfurt: Suhrkamp, 2006.
- Graefe, S., *Autonomie am Lebensende?*, Frankfurt: Campus, 2007.
- Heun, W., “The Right to Die - Terri Schiavo, Assisted Suicide und ihre Hintergründe in den USA”, *JZ*, 61 Jg.(2006).
- Hildt, E., *Autonomie in der biomedizinischen Ethik*, Frankfurt: Campus, 2006.
- Koltermann, R., *Grundzüge der modernen Naturphilosophie*, Frankfurt: Josef Knecht, 1994.
- Novak, D., *The Sanctity of Human Life*, Washington, D.C.: Georgetown University, 2007.
- Otto, H., “Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung”, *NJW*, Heft 31(2006).
- Quante, M., “Syndrom Bioethik”, *Philosophische Rundschau*, 51.Jg, Heft 1(2004).
- Rauprich, O./ Steger, F.(Hg.), *Prinzipienethik in der Biomedizin*, Frankfurt: Campus, 2005.
- Sahm, S., *Sterbebegleitung und Patientenverfügung*, Frankfurt: Campus, 2006.
- Schroth, U., “Sterbehilfe als strafrechtliches Problem. Selbstbestimmung und Schutzwürdigkeit des tödlich Kranken”, *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*(2006).
- Schwendemann, W., *Ethik für das Leben*, Stuttgart: Calwer, 2001.
- Stellungnahme des Nationalen Ethikrates <*Selbstbestimmung und Fürsorge am Lebensende*>, Dokumentation Nr.31, Evangelischer Pressedienst, Frankfurt, 2006.
- Schweizerischer Evangelischer Kirchenbund: <*Das Sterben leben*> - *Entscheidungen am Lebensende aus evangelischer Perspektive*, Dokumentation Nr.51, Evangelischer Pressedienst, Frankfurt, 2007.

<Abstract>

The Legalphilosophical View on the Euthanasia-problem

Lim, Mi Won

The normative judgment about the euthanasia-problem largely depends on the understanding of the socio-historical concept of death and especially 'natural death'.

The idea of natural death has influenced on the modern bioethical and -political perspectives and has played a great role in the euthanasia-debate.

Foremost the neomarxist and postmodernist views, with their own analyses on the 'natural death'-concept, clarify the social and normative meaning of euthanasia-debate. The neomarxists assume the positive role of the 'natural death'-idea in its social and medical context and defend the equal rights to natural death. But the postmodernists radically criticize the 'ideology of natural death' and contradict the biopolitical concept of the postmodern governance in general. The both analyses make clear that the euthanasia has its justification only in the exercise of the autonomy of patients which results by no means in the unnatural self-disposition.

Nowadays there are growing recognition of this point and it is strived to introduce the moderate regulation on the euthanasia-practice. Foremost the 'advance directives (Patientenverfügung)' are proposed as an alternative to the subjective actual will of patients. This method might bring the negative social effects, nevertheless it can support the patient's primary interest in the autonomous self-decision.

Key words : bioethics, euthanasia, natural death, patient-autonomy, advance directives