

연명의료중단을 통한 생명의 처분 가능성*

— 일본의 논의를 예로 하여 —

양 천 수*

목차

I. 서 론	Ⅲ. 연명의료중단에 대한 일본의
Ⅱ. 연명의료중단에 대한 정당화	법적 규제 현황
모델	Ⅳ. 시사점 - 결론을 대신하여

Ⅰ 국문초록 Ⅰ

생명권은 가장 대표적인 근대적 인권에 해당한다. 따라서 모든 인간은 그 누구나 평등하게 생명권을 갖는다. 모든 인간은 이러한 생명권에 힘입어 자신의 생명을 보호할 수 있다. 그런데 이러한 생명권의 규범적 의미 안에 자신의 생명을 스스로 처분할 수 있는 권리도 포함되는지가 문제된다. 이는 특히 연명의료중단 문제와 관련하여 논란이 된다. 다만 현재 우리는 연명의료결정법을 제정하여 실정법으로 이 문제에 대응하고 있다. 물론 연명의료결정법이 선택한 해법이 만족스러운 것은 아니다. 그 때문에 연명의료결정법에 관해 다양한 비판이 제기된다. 이러한 상황에서 이 글은 연명의료결정법의 개선방안에 관해 유익한 시사점을 얻기 위한 일환으로 연명의료중단

* 영남대학교 법학전문대학원 교수·법학박사

논문접수일 : 2019. 12. 26., 심사개시일: 2020. 1. 17., 게재확정일 : 2020. 1. 31.
이 글은 필자가 공동연구원으로 참여한 『생애말기 의료(복지)의 가치와 규범 정립을 위한 비교법제 연구』(한국법제연구원, 2019)에서 필자가 집필한 내용을 부분적으로 활용하면서 이를 대폭 수정 및 보완한 것입니다. 이 글에 유익한 심사 의견을 제시해 주신 익명의 심사위원 분들에게 감사인사를 드립니다.

에 대한 일본의 법적 규제 현황을 검토한다. 이에 따르면 다음과 같은 시사점을 얻을 수 있다. 첫째, 연명의료중단 문제에 관해서는 일본에서도 우리처럼 판례가 주도적으로 이 문제에 대응해 왔다는 점이다. 둘째, 일본은 우리와는 달리 ‘가이드라인’을 통해 이 문제에 대응하고 있다는 점이다. 셋째, 일본의 가이드라인은 명시적으로 적극적 안락사를 배제하고 있다는 점이다. 이 점에서 일본의 가이드라인은 여전히 ‘보수적’이라고 평가할 수 있다. 넷째, 일본의 가이드라인은 우리의 연명의료결정법과는 달리 ‘절차주의적 정당화 모델’을 수용하고 있다는 점이다. 이 점에서 일본의 가이드라인은 ‘진보적’이라고 평가할 수 있다. 이는 우리 연명의료결정법이 나아가야 할 방향이 무엇인지에 관해 의미 있는 시사점을 제공한다.

주제어 : 생명권, 생명의 처분 가능성, 연명의료결정법, 연명의료중단, 연명의료중단에 대한 가이드라인, 객관적 정당화, 주관적 정당화, 절차주의적 정당화

I. 서 론

생명에 대한 권리, 즉 생명권은 우리에게 널리 알려진 인권이다. 생명권은 자유 및 재산에 대한 권리와 더불어 가장 기본적인 근대적 인권에 해당한다.¹⁾ 이는 영국의 철학자 로크(John Locke)가 주장한 자연권 이론에서도 확인할 수 있다.²⁾ 자유주의적 사회계약이론가로 잘 알려진 로크는 자연권 이론을 정초하면서 ‘생명’(life), ‘자유’(liberty), ‘재산’(property)에 대한 권리를 인간에게 자연적으로 부

1) 근대적 인권에 관해서는 우선 이상돈, “근대적 인권 개념의 한계”, 『고려법학』 제44호, 2005, 101-139면 참고.

2) 로크의 자연권 이론에 관해서는 김병곤, “근대 자연권 이론의 기원과 Property: Locke와 Paine”, 『사회과학연구』 제35권 제3호, 2009, 23-40면; 권경휘, “로크의 재산권 이론”, 『법철학연구』 제18권 제3호, 2015, 185-218면 등 참고.

여되는 자연권으로 규정한다. 이에 따르면, 모든 인간은 그 누구나 천부적인 권리로서 생명, 자유, 재산에 대한 불가침의 권리를 갖는다. 이처럼 생명권이 자연권으로 인정된다는 것은 규범적인 측면에서 볼 때 다음과 같은 의미를 지닌다. 국가 또는 제3자는 생명권을 지니고 있는 주체의 생명을 함부로 침해할 수 없다는 것이다. 나아가 국가는 모든 인간 주체의 생명권을 보장할 수 있도록 노력해야 한다. 이를 소홀히 하는 것은 사회계약에 의해 국가에게 부과된 의무를 소홀히 하는 것이 된다.

그런데 이렇게 근대적 인권으로서 또는 시민적·정치적 권리 중에서 가장 기본적인 인권으로서 자리매김하는 생명권에 관해서는 다음과 같은 논란이 전개된다. 생명권의 주체가 자신의 생명을 스스로 처분할 수 있는 권리, 즉 자신의 생명을 자율적으로 단축시킬 수 있는 권리 역시 갖고 있는가 하는 논란이 그것이다. 달리 말해, 생명권의 규범적 의미내용 안에 생명권을 자유롭게 처분할 수 있는 권리 역시 포함되는지가 문제된다. 이러한 문제는 전통적으로는 ‘자살할 권리’라는 이름으로, 그 다음에는 ‘안락사 또는 존엄사에 대한 권리’로 그리고 현행 「호스피스·완화의료 및 임종과정에 있는 환자의 연명의료결정에 관한 법률」, 즉 「연명의료결정법」에서는 ‘연명의료중단에 대한 권리’라는 이름으로 논의된다.³⁾ 사실 여러 사정으로 자신의 생명을 스스로 단축시킬 수 있는가 하는 문제는 철학, 법학뿐만 아니라 의료 등과 같은 다양한 영역에서 논쟁적인 방식으로 논의된다. 그러나 서로 다른 가치관이나 규범적 관점 등이 팽팽하게 대립하여 쉽사리 일정한 결론을 도출하는 것이 쉽지 않았다. 그렇지만 우리의 경우에는 다행스럽게도 그 동안 공론장에서 치열하

3) 아래에서는 「호스피스·완화의료 및 임종과정에 있는 환자의 연명의료결정에 관한 법률」을 「연명의료결정법」으로 약칭한다.

게 이루어진 논쟁 끝에 비록 완전하지는 않지만 「연명의료결정법」이라는 실정법을 제정 및 시행함으로써 생명에 대한 처분권 문제를 입법적으로 어느 정도 해소하고 있다.⁴⁾ 물론 현행 「연명의료결정법」은 일종의 타협안으로 마련된 것이기에 이에 관해서는 여러 비판이 제기되고 있다.⁵⁾ 현행 「연명의료결정법」은 불완전한 입법이어서 생명에 대한 처분 문제, 더욱 정확하게 말해 연명의료중단에 관한 문제를 만족스럽게 해결하지 못하고 있다는 것이다.

이러한 상황에서 이 글은 생명에 대한 처분 문제, 더욱 구체적으로 말해 연명의료중단 문제를 어떻게 해결하는 것이 바람직한지에 대해 시사점을 얻기 위한 일환으로 우리 법체계 및 법학에 직접·간접으로 영향을 미친 일본의 논의를 비교법적 견지에서 살펴보고자 한다. 이를 통해 우리 「연명의료결정법」이 앞으로 개선해야 할 문제가 무엇인지를 밝히고자 한다.

Ⅱ. 연명의료중단에 대한 정당화 모델

먼저 논의의 출발점으로서 생명에 대한 처분 가능성을 정당화하는 이론적 모델, 더욱 정확하게 말해 연명의료중단을 정당화하는 이론적 모델이 있는지, 만약 있다면 그것은 무엇인지를 간략하게 정리하도록 한다.

4) 이에 관해서는 박형욱, “환자연명의료결정법의 제정과 과제”, 「저스티스」 제158-3호, 2017, 67-701면 참고.

5) 이에 관해서는 우선 이석배, “소위 「연명의료결정법」의 주요 내용과 현실적용에서 쟁점과 과제”, 「법학논총」 제29권 제3호, 2017, 311-340면 참고.

1. 연명의료중단의 정당화 가능성

연명의료중단, 달리 말해 환자에 대한 연명치료를 인위적으로 중단함으로써 생명을 단축시키는 것은 규범적으로 정당화될 수 있을까? 앞에서도 언급한 것처럼, 이 문제는 오랫동안 법학을 포함하는 규범학 영역에서 격렬한 논쟁거리가 되었다. 이론적으로 볼 때 이에 관해서는 크게 자유주의와 후견주의가 대립하였다.⁶⁾ 자유주의는 권리주체의 자유로운 선택을 내세워 권리주체가 자유롭게 자신의 생명을 단축할 수 있다고 말한다. 이러한 맥락에서 연명치료를 받는 환자 역시 자유롭게 연명치료중단을 선택할 수 있다고 말한다.⁷⁾ 이에 반해 후견주의는 자유는 남용될 수 있을 뿐만 아니라 생명 그 자체는 행위자가 처분할 수 있는 대상이 아니라는 이유로 자율적인 생명단축을 부정한다. 이러한 후견주의에 따르면, 아무리 환자가 자율적으로 결정을 내렸다고 해서 연명의료중단이 정당화될 수 있는 것은 아니다.

이러한 상황에서 우리 실정법, 특히 형법은 자유주의보다는 후견주의의 관점에서 인위적인 생명단축 문제를 규율한다. 요컨대, 자율적인 생명단축을 범죄로 취급하는 것이다. 물론 스스로 목숨을 끊는 행위는 현행 형법상 처벌할 수 없다. 왜냐하면 형법은 자살 그 자체는 범죄로 규정하지 않기 때문이다. 그렇지만 스스로 목숨을 끊고자 하는 사람의 진지한 촉탁이나 승낙을 받고 그 사람의 목숨

6) 자유주의 및 이에 대한 비판으로는 우선 M. Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice*, second edition (Cambridge University Press, 1998) 참고. 후견주의에 관해서는 권지혜, “형법정책의 토대로서 자유주의적 후견주의에 대한 비판적 고찰: 드워킨(Gerald Dworkin)과 파인버그(Joel Feinberg)의 논의를 중심으로”, 고려대 박사학위논문, 2016 등 참고.

7) 이를 보여주는 N. Hoerster, *Sterbehilfe im säkularen Staat* (Frankfurt/M., 1998), S. 169-170 참고.

을 끊는 경우 우리 형법은 이를 독자적인 범죄로 규정한다(형법 제 252조 제1항). 심지어 자살을 방조하는 행위도 범죄로 규정한다(형법 제252조 제2항). 그 때문에 예를 들어 환자 본인의 진정성 있는 부탁을 받아 그 환자에 대한 치료를 중단하여 죽게 한 경우에도 이를 형법상 살인죄로 처벌한다. 이를 대표적으로 보여주는 사건이 이른바 ‘보라매 병원 사건’이다.⁸⁾ 같은 맥락에서 이른바 안락사나 존엄사는 모두 형법상 범죄로 취급되었다. 안락사 중에서도 소극적 안락사는 이를 존엄사로 보아 합법화해야 한다는 주장이 오랫동안 제기되었지만, 이러한 주장은 법체계 안에서 수용되지 않았다.

그렇지만 도덕적인 영역뿐만 아니라 사회적 공론장에서는 연명 치료를 받는 권리주체가 존엄한 죽음을 맞을 수 있도록 자유롭게 연명치료를 중단할 수 있게 해야 한다는 주장 역시 강력하게 제기되었다. 연명의료중단과 같은 생명단축 행위는 절대적으로 금지되는 것이 아니라, 특정한 경우에는 이를 정당화할 수 있다는 것이다. 요컨대, 도덕이론이나 법이론의 측면에서 볼 때 연명의료중단과 같은 생명단축 행위를 이론적으로 정당화할 수 있는 여지가 존재한다는 것이다. 이러한 맥락에서 연명의료중단을 합법화하는 입법이 필요하고 이는 결국 「연명의료결정법」을 입법하는 과정으로 이르게 되었다.

2. 연명의료중단의 정당화 모델

그러면 연명의료중단과 같은 생명단축 행위는 어떻게 정당화할

8) 물론 이 사건에서는 환자 본인이 아닌 환자 배우자의 부탁을 받아 치료를 중단하고 퇴원시켜 환자가 사망한 것이 문제가 되었다. 이에 관해 환자의 배우자와 담당 의사는 모두 유죄의 확정판결을 받았다. 이 문제에 관해서는 우선 이상돈, 치료중단과 형사책임: 의료와 법의 합리적 소통과 책임 귀속, 법문사, 2002 참고.

수 있는가? 이에 관해서는 세 가지 모델을 언급할 수 있다.⁹⁾ 객관적 정당화 모델, 주관적 정당화 모델, 절차주의적 정당화 모델이 그것이다. 여기서 객관적 정당화 모델은 객관적인 상황이나 요건, 이유 등을 근거로 하여 연명의료중단을 정당화하는 모델을 말한다. 다음으로 주관적 정당화 모델은 권리주체가 행사하는 자율적인 자기결정권을 근거로 하여 연명의료중단을 정당화하는 모델을 말한다. 마지막으로 절차주의적 정당화 모델은 연명의료중단과 관련을 맺는 모든 관련자가 동의할 수 있는 절차를 통해 연명의료중단을 정당화하는 모델을 뜻한다.

연명의료중단을 객관적으로 정당화하는 모델로는 다시 세 가지 유형을 생각할 수 있다. 의학적 정당화 모델, 경제적 정당화 모델, 규범적 정당화 모델이 그것이다. 먼저 의학적 정당화 모델은 의학적 사유를 근거로 하여 연명의료중단을 정당화하는 모델을 말한다. 예를 들어 의학적인 견지에서 볼 때 환자가 더 이상 회복할 수 없다는 점을 이유로 하여 환자에 대한 연명의료중단을 정당화하는 것이다. 다음으로 경제적 정당화 모델은 경제적 사유를 근거로 하여 연명의료중단을 정당화하는 모델을 말한다. 이를테면 환자의 생명을 유지하기 위한 연명의료가 환자 가족의 경제적 상황을 극도로 악화시키거나 심지어 경제적 생존을 위태롭게 하는 경우 경제적 이익형량을 하여 연명의료중단을 정당화하고자 하는 것이다. 이는 영국의 철학자 벤담(Jeremy Bentham)이 제안한 양적 공리주의에 매우 충실한 모델에 해당한다. 나아가 규범적 정당화 모델은 윤리적·규범적 사유를 근거로 하여 연명의료중단을 정당화하는 모델을 말한다. 의학적 정당화 모델이나 경제적 정당화 모델이 비규범적인 사유를 근

9) 이에 관해서는 양천수, “안락사의 정당화 구조: 형법철학의 측면에서”, 『형사법연구』 제19권 제4호, 2007, 241-260면 참고.

거로 하는 모델인데 반해 규범적 정당화 모델은 규범적 사유를 정당화 근거로 제시한다는 점에서 차이가 있다.

이러한 규범적 정당화 모델로는 다시 두 가지 모델을 언급할 수 있다. “법으로부터 자유로운 영역” 논증 모델과 작위·부작위 논증 모델이 그것이다. 첫째, “법으로부터 자유로운 영역” 논증 모델은 연명의료중단이 문제되는 상황을 ‘법으로부터 자유로운 영역’(rechtsfreier Raum), 즉 일종의 ‘한계상황’으로 파악한다. 그러면서 이러한 법으로부터 자유로운 영역에서는 《합법·불법》이라는 이진법 코드로 작동하는 법적 판단을 할 수 없기에 이에 대해서는 법적 판단을 유보해야 한다고 말한다. 이러한 주장은 연명의료중단을 사실상 정당화하는 결론에 이른다. 이러한 “법으로부터 자유로운 영역” 논증 모델을 주장하는 학자로는 독일의 대표적인 법철학자인 엥기쉬(Karl Engisch)와 카우프만(Arthur Kaufmann)을 들 수 있다.¹⁰⁾ 둘째, 작위·부작위 논증 모델은 형법상 행위를 작위와 부작위로 구별하여 작위에 해당하는 경우에는 가벌적인 ‘촉탁·승낙에 의한 살인죄’로 처벌하고, 부작위에 해당하는 경우에는 연명의료중단에 포섭하여 살인죄 적용을 배제하고자 하는 모델을 말한다.¹¹⁾

주관적 정당화 모델은 환자라는 권리주체의 주관적 측면, 더욱 정확하게 말하면 환자가 갖고 있는 자율적인 자기결정권에 기초를 두어 연명의료중단을 정당화하는 모델을 말한다. 이러한 주관적 정

10) “법으로부터 자유로운 영역 논증”에 관해서는 K. Engisch, “Der rechtsfreie Raum”, in: *ZStaaW* 108 (1952), S. 385 ff.; Arth. Kaufmann, “Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung”, in: *Festschrift für Maurach* (1972), S. 327 ff. 이와 유사한 논증으로 낙태죄를 정당화하고자 하는 연구로는 W. Hassemer, 변종필 (역), “절차적 정당화”, 배종대·이상돈 (편역), 형법정책, 세창출판사, 1998, 160-188면 참고.

11) 이 문제에 관한 포괄적인 연구로는 S.-B. Yi, *Formen der straflosen Sterbehilfe in Deutschland und Korea* (Köln usw., 2007) 참고.

당화 모델은 연명의료중단을 정당화하는 세 가지 모델 중에서 자유주의에 가장 충실한 모델이다.

의학적·경제적·규범적 기준과 같은 객관적 기준을 원용하는 객관적 정당화 모델이나 권리주체의 자율적인 자기결정권에 바탕을 둔 주관적 정당화 모델과는 달리, 절차주의적 정당화 모델은 관련자들이 참여하는 절차를 통해 연명의료중단 문제를 해결하고 정당화하고자 한다. 객관적 정당화 모델이나 주관적 정당화 모델과는 달리 절차주의적 정당화 모델은 이론사의 견지에서 볼 때 비교적 최근에 등장한 모델에 해당한다. 절차주의적 정당화 모델은 이론적으로 ‘절차주의’(Prozeduralismus)에 기반을 둔다.¹²⁾ 절차주의는 객관적 기준이나 주관적 기준과는 구별되는 ‘절차’(procedure: Verfahren)라는 기준을 통해 사실적 판단을 하거나 규범적 문제를 해결하고자 하는 이론을 말한다.

3. 현행 연명의료결정법의 정당화 모델

그러면 현행 연명의료결정법은 어떤 정당화 모델을 채택하고 있는가? 연명의료결정법에서 가장 핵심적인 역할을 하는 정당화 모델은 주관적 정당화 모델이다. 연명의료결정법은 기본적으로 환자 본인이 사전에 명확하게 표시한 의사, 즉 환자 자신의 자기결정권 행사에 기초를 두어 연명의료중단을 실시한다(제17조). 그 점에서 연

12) 절차주의에 관해서는 K. Eder, “Prozedurale Rationalität, Moderne Rechtswicklung jenseits von formaler Rationalisierung”, in: *Zeitschrift für die Rechtssoziologie* (1986), S. 22 ff.; G.-P. Calliess, *Prozedurales Recht* (Baden-Baden, 1998); A. Fischer-Lescano/G. Teubner, “Prozedurale Rechtstheorie: Wiethölter”, in: Buckel/Christensen/Fischer-Lescano (Hrsg.), *Neue Theorien des Rechts* (Stuttgart, 2006), S. 79 ff. 등 참고. 이러한 절차주의를 적용한 연구로는 양천수, 서브프라임 금융위기와 법, 한국학술정보, 2011 등 참고.

명의료결정법에서는 주관적 정당화 모델이 가장 우선적인 정당화 모델로 자리 잡고 있다.

물론 그렇다고 해서 연명의료결정법에서 주관적 정당화 모델만이 사용되고 있는 것은 아니다. 의학적 기준에 바탕을 둔 객관적 정당화 모델 역시 활용되고 있기 때문이다. 예를 들어 연명의료결정법은 의학적으로 볼 때 임종과정에 있는 환자, 즉 의학적으로 더 이상 회복될 수 없을 뿐만 아니라 죽음을 눈앞에 둔 환자에 대해서만 연명의료중단을 할 수 있다고 규정한다(제15조 및 제16조). 이러한 의학적 정당화 모델을 원용함으로써 연명의료결정법은 주관적 정당화 모델을 보완하고 통제하고 있는 것이다. 따라서 아무리 환자 본인의 명확한 의사표시가 있다 하더라도 “임종과정에 있는 환자”라는 의학적·객관적 요건을 충족하지 못한 환자에 대해서는 연명의료중단을 할 수 없다(제15조).

이뿐만 아니라, 연명의료결정법은 규범적 기준에 바탕을 둔 객관적 정당화 모델 역시 사용한다. 요컨대, 형법상 작위에 해당하는 수단은 인정하지 않고 그 대신 부작용에 해당하는 수단, 즉 연명의료중단만을 인정하고 있는 셈이다. 연명의료결정법은 이를 “연명의료중단등결정”이라고 표현한다(제3장). 따라서 설사 환자가 임종과정에 있는 환자라 할지라도 그리고 설사 환자가 명확하게 요청하고 있다고 할지라도 의사가 적극적인 수단을 사용하여 환자를 죽음에 이르도록 할 수는 없다. 이러한 점에서 볼 때, 규범적 정당화 모델은 연명의료결정법이 채택한 주관적 정당화 모델과 의학적 정당화 모델을 보완하는 모델로 사용된다.

다만 현행 연명의료결정법은 절차주의적 정당화 모델은 아직 본격적으로 사용하고 있지는 않다. 예를 들어, 환자의 의사가 명확하지 않은 경우에도 연명의료결정법은 절차주의적 정당화를 추구하

는 대신 환자 가족의 동의를 요구한다(제17조 제1항 제3호 및 제18조). 이는 주관적 정당화 모델을 ‘가족중심적’으로 확대하는 것이라고 이해할 수 있다. 달리 말해, 이는 그 외연이 가족중심적으로 확장된 주관적 정당화 모델에 불과한 것이다. 그 점에서 현행 연명의료결정법은 한편으로는 근대법의 토대를 이루는 자유주의를 수용하면서도, 다른 한편으로는 우리 전통문화의 바탕이 되었던 유교적 가족주의에서 벗어나지 못하고 있다고 해석할 수 있다.¹³⁾

Ⅲ. 연명의료중단에 대한 일본의 법적 규제 현황

그러면 이러한 연명의료중단 등을 우리 법체계 및 법학에 직접·간접으로 많은 영향을 미친 일본에서는 어떻게 규율하고 있는지 살펴해보도록 한다. 이를 통해 일본이 마련하고 있는 법적 규제체계는 우리와 어떤 점에서 차이가 있는지 분석하도록 한다.

1. 특징

가. 가이드라인을 통한 규제

일본은 아직 우리의 「연명의료결정법」과 같은 실정법을 갖추고 있지는 않다. 그 대신 ‘가이드라인’(guideline) 형식으로 연명의료결

13) 우리 전통문화의 핵심을 유교적 가족주의에서 찾는 경우로는 유기천, “한국문화와 형사책임: 법률학의 과학적 방법의 한 적용”, 유기천교수기념사업출판재단(편), 자유사회의 법과 정의, 법문사, 2015, 97-129면 참고. 이를 분석하는 연구로는 양천수, “법과 문화: 유기천 교수의 형법철학을 예로 하여”, 「법과 사회」 제60호, 2019, 231-269면; 양천수, “법문화와 정당방위: 판례의 정당방위 해석론에 대한 비판적 접근”, 「서강법률논총」 제8권 제2호, 2019, 25-50면 등 참고.

정에 관한 문제, 이를테면 적극적 안락사나 연명의료중단에 관한 문제를 규율한다. 치열한 사회적 논의 및 논쟁 과정을 거쳐 불완전하게나마 독자적인 법률을 제정하는 데 성공한 우리나라와는 달리 일본은 가이드라인이라는 일종의 ‘연성법’(soft law) 형식으로 이 문제를 규율하고 있는 것이다.¹⁴⁾ 이는 과거 공식적인 행정처분보다는 비공식적인 행정지도를 더 선호하였던 일본의 법문화와도 나름 관련을 맺는다.¹⁵⁾ 국가가 제정한 실증적이고 공식적인 규범보다는 사회에서 살아 움직이는 비공식적인, 그렇지만 자발적인 규범으로 법적 문제를 해결하기를 좋아하는 법문화가 그것이다. 그러나 이를 비판적으로만 볼 수는 없다. 우리나라에서는 이미 오래 전부터 ‘과잉규제’ 문제가 사회의 ‘혁신성장’을 저해하는 적폐로 취급을 받았고, 그 대안으로 최근에는 연성법을 과감하게 활용하는 이른바 ‘포괄적 네거티브 규제전환’이 규제정책이 추구해야 하는 방향으로 설정되고 있기 때문이다.¹⁶⁾ 이에 의하면, 민감한 사회 문제를 해결하는 데는 가이드라인과 같은 연성법이 더욱 적절할 수 있다.¹⁷⁾

14) 연성법에 관해서는 정경수, “국제법상 연성법의 재인식”, 「안암법학」 제34호, 2011, 935-958면 참고.

15) 일본의 행정지도에 관해서는 노기현, “행정지도 고유의 위법성 판단에 관한 검토: 최근 일본최고재판소의 행정과정메커니즘해석을 중심으로”, 「법학논총」(전남대) 제32집 제2호, 2012, 475-503면 참고. 일본의 법문화에 관해서는 우선 양진, “한국과 일본 간의 비교법문화론을 위한 서설: 함병춘과 川島武宜를 넘어서”, 「저스티스」 제34권 제1호, 2001, 88-106면; 川島武宜, 日本人の法意識 (岩波新書 青版A-43), 岩波書店, 1967 등 참고.

16) 이에 관해서는 우선 양천수, “제4차 산업혁명과 규제형식의 진화”, 「경제규제와 법」 제12권 제2호, 2019, 154-172면 참고.

17) 이러한 맥락에서 행정지도를 재해석하는 최용혁·소병수, “지능정보사회와 행정지도의 재해석”, 「성균관법학」 제31권 제2호, 2019, 113-142면 참고.

나. 연명의료결정에 관한 패러다임 변화

일본은 아직 우리의 「연명의료결정법」과 같은 독자적인 실정법을 제정하고 있지는 않지만, 판례와 학설을 통해 안락사나 존엄사, 연명의료중단의 정당화 문제에 관해 우리와 거의 같은 법리, 즉 법도그마틱을 형성하고 있다. 그 방향은 우리와 마찬가지로 안락사나 연명의료중단에 부정적인 모습에서 차츰 이를 엄격한 요건 아래에서 긍정하는 모습으로 바뀌고 있다는 것이다. 그 이유를 두 가지로 언급할 수 있다. 첫째는 의학의 발전이고, 둘째는 죽음에 대한 문화의 변화이다.

(1) 의학의 발전

첫째, 의학이 발전하고 이로 인해 인위적인 치료기간이 늘어나면서 여러 이유로 연명의료중단을 옹호하는 사회적 분위기가 증대하고 있다. 의학이 발달하기 전에는 대부분의 사람들은 질병에 의한 죽음을 어쩔 수 없이 받아들여야 하는 자연스러운 죽음으로 상정하였다. 그렇지만 의학이 발달하면서 인위적으로 삶을 연장하고 치료하는 기간이 늘어나게 되었다. 무엇보다도 마취학의 발달로 통증완화의료기술이 비약적으로 발전하고 이에 동반하여 연명의료기술 또한 발전하면서 한편으로는 기나긴 연명의료를 받아들여야 하더라도, 다른 한편으로는 이에 대한 사회적 비용이 증가함으로써 연명의료중단에 옹호적인 사회적 분위기 역시 증대하고 있는 것이다.¹⁸⁾

(2) 죽음에 대한 문화의 변화

둘째, 죽음에 대한 문화가 바뀌고 있다. 이에 대한 가장 큰 원인

18) 이를 지적하는 마루야마 마사오, “일본에서의 종말기 의료를 둘러싼 최근의 동향”, 「서강법학」 제12권 제1호, 2010, 25면.

은 죽음에 대한 전통적인 문화를 지탱하던 가족관계가 변하고 있다는 점을 꼽을 수 있다. 우리와 마찬가지로 일본의 가족관계는 지속적으로 변하고 있다. 대가족에서 핵가족으로 그리고 가장 최근에는 비혼의 증가로 인해 1인 가족이 증대하고 있다.¹⁹⁾ 이에 따라 병원에서 홀로 맞는 죽음이 증가하고 있다. 이러한 이유에서 이제는 무의미하게 삶을 연장하기보다는 존엄하게 죽음을 맞고 싶은 욕망, 즉 존엄사에 대한 욕망이 점점 중요한 의미를 획득하고 있다. 이 같은 사회적 요청에서 어떻게 하면 죽음을 존엄하게 맞을 것인가를 다루는 사생학(死生學)이 독자적인 학문영역으로 성장하고 있다.²⁰⁾ 이러한 사회적 환경의 변화 속에서 존엄사를 위해 무의미한 연명치료를 중단할 필요가 있는 주장이 사회적인 공감대를 넓혀 가고 있다. ‘일본존엄사협회’가 설립되고 생전에 ‘존엄사선언서’를 작성하는 사람들이 늘고 있다. 다만 아직까지는 진정 자신을 위한다기보다는 가족에게 부담을 주기 싫어 존엄사선언서를 작성하는 경우가 많은 것으로 보인다.²¹⁾ 여하간 이렇게 죽음에 대한 문화가 변하면서 안락사나 연명의료중단에 대한 판례의 태도 역시 점점 이를 긍정하는 쪽으로 바뀌고 있다.

19) 이에 관해서는 이미에, “일본의 가족변화와 죽음을 둘러싼 문제”, 『일본문화연구』 제52집, 2014, 341-354면 참고.

20) 이에 관해서는 지영임, “말기암 환자를 통해 보는 한국적 사생학 구축을 위한 연구: 일본과 비교의 관점에서”, 『일본문화연구』 제63집, 2017, 329-350면 참고. 일본의 사생학에 대해 우리나라에서는 ‘생사학’이라는 이름으로 발전하고 있다. 이를 보여주는 연구로는 오진탁, “연명의료결정법에 대한 생사학적 비판”, 『인문학연구』 제109호, 2017, 31-54면 참고.

21) 이미에, “일본 고령자의 말기(末期)의료와 가족에 대한 의존의식: ‘존엄사선언서(尊嚴死宣言書)’ 작성자를 중심으로”, 『일본문화연구』 제41집, 2012, 371-387면 참고.

다. 판례에서 가이드라인으로

앞에서 언급한 것처럼, 일본은 연명의료중단에 관해 독자적인 법률을 제정하고 있지 않다. 그 대신 판례가 연명의료중단에 관한 문제를 판단하면서 독자적인 법리를 형성해 왔다. 이에 관한 대표적인 예로서 1991년에 발생한 ‘도카이대학병원 사건’을 다룬 나고야고등재판소 판결이나 1998년에 발생한 ‘가와사키공동병원 사건’을 다룬 나고야고등재판소 판결과 도쿄고등재판소 판결 및 이에 대한 2009년 12월 7일의 최고재판소 결정 등을 들 수 있다.²²⁾ 이를 전후한 시기인 2007년 6월 7일에 일본 후생노동성은 「종말기 의료의 결정프로세스에 관한 가이드라인」(終末期医療の決定プロセスに関するガイドライン)을 공표하였다. ‘종말기 의료’, 즉 ‘연명의료’에 관한 공식적인 가이드라인이 마련된 것이다. 이 가이드라인은 이후 2015년 3월에 「인생의 최종단계에 대한 의료의 결정프로세스에 관한 가이드라인」(人生の最終段階における医療の決定プロセスに関するガイドライン)으로 명칭이 변경되었고, 2018년 3월에 다시 그 명칭이 「인생의 최종단계에 대한 의료·케어의 결정프로세스에 관한 가이드라인」(人生の最終段階における医療・ケアの決定プロセスに関するガイドライン)으로 변경되고 몇 가지 내용이 추가되었다.

2. 주요 개념

가. 개념의 다원성

연명의료나 연명의료중단에 관해 일본에서 그 동안 이루어진 논의는 우리의 그것과 상당히 유사하다. 이는 어쩌면 독일 법학과 함

22) 이를 분석하는 마루야마 마사오, 앞의 글, 26면 아래 참고.

게 일본 법학이 우리 법학에 직접·간접으로 영향을 미친 것과 무관하지 않다.²³⁾ 예를 들어, 안락사나 존엄사의 개념 등에 관해 우리 법학에서 전개된 논의와 비슷한 논의가 일본 법학에서 이루어졌다. 다만 「연명의료결정법」이라는 실정법을 제정하여 연명의료중단에 관해 공식적인 개념을 채택한 우리와는 달리, 일본은 아직 공식적인 법적 개념을 마련하고 있지는 않다. 후생노동성이 마련한 가이드라인을 통해 “인생의 최종단계에 대한 의료·케어의 결정프로세스”(人生の最終段階における医療・ケアの決定プロセス)라는 개념을 사용하고 있는 정도이다. 이외에도 ‘종말기 의료’나 ‘생명유지의료’라는 개념이 사용된다.²⁴⁾ 아래에서는 연명의료중단에 관해 일본에서 논의된 몇 가지 중요한 개념을 검토하도록 한다.²⁵⁾

나. 안락사

연명의료중단은 초기에는 안락사라는 개념으로 논의되었다. 우리 형법학에서 논의되는 바와 유사하게 일본에서는 주로 다음과 같이 안락사 개념이 유형화되었다.²⁶⁾ 먼저 안락사를 직접적인 목적으로 의도하는가에 따라 직접적 안락사와 간접적 안락사가 구별된다. 직접적 안락사는 안락사를 직접 의도하는 것인 데 반해, 간접적 안락사는 연명치료를 하는 과정에서 환자에게 불가피하게 생명을 단

23) 형사소송법학에서 이 점을 지적하는 경우로는 양천수, “공소사실과 일사부재리의 객관적 효력범위”, 「형사소송의 이론과 실무」 제11권 제1호, 2019, 159-192면 참고.

24) ‘종말기 의료’를 사용하는 경우로는 마루야마 마사오, 앞의 글, 24면 아래 참고. ‘생명유지치료’를 사용하는 경우로는 水野俊誠·横野恵, “日本における生命維持治療の中止と差控え”, 「生命倫理」VOL. 16 NO. 1, 2006, 84-90면 참고.

25) 이에 관해서는 서보진, “일본에서 존엄사 법제에 대한 비교법적 연구”, 「경원법학」 제3권 제3호, 2010, 29-49면 참고.

26) 이에 관해서는 佐瀬恵子, “尊厳死に關する一考察”, 「目白大學人文學研究」4, 2008, 37면 아래 참고.

축하는 부작용을 유발하는 것을 말한다. 여기서 간접적 안락사는 본래 의미의 안락사에 포함되지 않는다.

다음으로 행위 태양에 따라 적극적 안락사와 소극적 안락사를 구별한다. 적극적 안락사는 극약 처방과 같은 적극적인 행위로 환자를 안락사 시키는 것을 말한다. 이에 반해 소극적 안락사는 생명유지장치 제거와 같은 소극적 행위로 환자를 안락사에 빠지게 하는 것을 말한다. 이 중에서 합법화 대상이 될 수 있는 것은 소극적 안락사이다. 이는 ‘치료행위중지’나 ‘종말기 의료’라는 이름으로 논의되기도 한다. 일부 견해는 적극적 안락사와 소극적 안락사를 환자에게 가한 행위자의 행위가 작위인지, 아니면 부작위인지에 따라 구별하기도 한다.

안락사는 환자 자신의 자발적 의사에 기인한 것인가를 기준으로 하여 자발적 안락사, 비자발적 안락사, 반자발적 안락사로 구별하기도 한다. 자발적 안락사는 환자의 자발적인 의사로 안락사를 시키는 경우인 반면, 반자발적 안락사는 환자의 의사에 반하여 안락사를 시키는 경우이다. 그리고 비자발적 안락사는 환자의 의사를 확인할 수 없는 상태에서 안락사를 시키는 경우를 말한다.

다. 존엄사

최근에는 안락사를 대신하여 존엄사 개념이 논의된다. 안락사와 존엄사를 어떻게 구별할 것인가는 쉽지 않은 문제이다. 그 이유는 실제적인 측면에서 양자가 큰 차이를 보이지 않기 때문이다. 오히려 규범적인 의미의 측면에서 볼 때 안락사와 존엄사 사이에 차이가 나타난다. 안락사는 여전히 합법화의 단계로 접어들지 못하였기 때문에 대체로 이는 범죄라는 의식이 강하다. 이에 반해 존엄사는 존엄하게 죽는 것은 인간의 존엄을 침해당하면서까지 삶을 유지하

는 것보다 더욱 중요하다는 규범적 의미를 담고 있다. 요컨대, 죽음을 환자의 인권이라는 견지에서 접근하는 것이 바로 존엄사인 것이다.²⁷⁾ 이 점에서 존엄사는 이를 규범적으로 정당화 또는 합법화하기에 유리하다. 일종의 상징적인 개념전략을 구사하고 있다고 말할 수 있다.

존엄사는 환자의 인권이라는 견지에서 죽음에 접근하기에 존엄사를 판단할 때는 환자의 자기결정권이 가장 중요한 역할을 한다. 그러나 환자가 명시적으로 존엄사를 결정하였다 하더라도 실제로는 과연 어디까지 존엄사를 허용할 것인가가 여전히 문제된다. 환자가 명시적으로 원했다고 해서 적극적 안락사에 해당하는 존엄사를 실시할 수는 없기 때문이다. 이러한 이유에서 일본에서도 판례나 가이드라인이 허용하는 존엄사는 소극적 안락사와 그 외연이 동일하거나 아니면 오히려 이보다 좁게 설정된다.²⁸⁾ 따라서 더욱 중요한 문제는 특정한 행위가 존엄사에 해당하는지 아닌지가 아니라, 법으로 허용되는 존엄사를 구체적으로 어떤 요건 아래서 인정할 것인가 하는 점이다.

3. 적극적 안락사의 정당화 요건

일본 판례에서는 초기에는 치료행위중지보다는 안락사, 그 중에서도 적극적 안락사가 주로 문제가 되었다. 이렇게 적극적 안락사가 문제되었던 사건에서는 의사가 환자에게 개입하기보다는 환자의 가족이 환자를 적극적인 행위로 안락사 시키는 경우가 많았다. 이를테면 불치의 병으로 사망기에 접어들고 있는 환자가 극심한 고

27) 山内義廣, “安樂死と患者の人權”, 『經濟文化研究所紀要』 10, 2005, 237-240면 참고.

28) 일단 가이드라인은 공식적으로 적극적 안락사를 합법화 대상에서 배제한다. 아래 5.가.(1) 참고.

통에 시달리는 것을 보다 못한 가족이 환자에게 극약을 투입하여 안락사 시키는 경우를 들 수 있다. 이렇게 적극적인 행위로 환자를 안락사 시키는 경우는 보통 일본 형법 제202조 후단이 규정하는 촉탁살인으로 인정되어 유죄판결을 받았다. 다만 실행보다는 집행유예를 선고받는 경우가 많았다. 그리고 대부분 1심에서 재판이 종결되는 경우가 많았다. 그런데 이때 눈여겨보아야 할 점은 일본 판례는 특정한 요건이 충족되는 경우에는 이른바 적극적 안락사도 인정하고 있었다는 점이다.

가. 적극적 안락사의 정당화 요건

이를 보여주는 것이 바로 1952년 12월 12일에 선고된 나고야고등재판소 판결이다. 이 판결에서 나고야 고등재판소는 다음 여섯 가지 요건이 충족되는 경우에는 적극적 안락사의 위법성이 조각된다고 판결하였다.²⁹⁾ 첫째, 환자가 현대 의학의 지식과 기술의 측면에서 볼 때 불치의 병에 걸려 죽음이 목전에 임박해야 한다. 둘째, 환자가 겪는 고통이 극심하여 누구도 이를 보고 참을 수 없을 정도가 되어야 한다. 셋째, 적극적 안락사 행위가 오로지 환자의 고통을 완화시키기 위한 목적에서 이루어져야 한다. 넷째, 환자의 진지하고 명확한 동의를 얻어야 한다. 다섯째, 안락사 시술은 의사에 의해 이루어지거나 이에 준해서 이루어져야 한다. 여섯째, 시술방법이 윤리적으로 타당한 것이어야 한다.

이러한 요건은 다음과 같이 분석할 수 있다. 첫 번째 요건과 두 번째 요건은 객관적 요건에 해당한다. 이는 의학적인 지식과 기술로 판단할 수 있다. 그 점에서 이는 의학적인 객관적 요건에 해당한다. 세 번째 요건은 환자의 고통 완화라는 규범적 목적이 객관적으

29) 이를 소개하는 서보진, 앞의 글, 29면 아래 참고.

로 제시되고 있다는 점에서 이는 규범적인 객관적 요건이라 말할 수 있다. 철학적으로 바꾸어 말하면, 공리주의에 기반을 둔 규범적인 객관적 요건에 속한다. 왜냐하면 고통 완화라는 공리를 규범적 목적으로 설정하고 있기 때문이다. 네 번째 요건은 환자의 자율적인 의사표시에 바탕을 둔 것으로서 이는 주관적 요건에 속한다. 다섯 번째 요건과 여섯 번째 요건은 안락사 시술방법에 관한 것으로서 이 또한 객관적인 요건에 해당한다. 다만 다섯 번째 요건은 의학적인 요건에 속하고, 여섯 번째 요건은 규범적인 요건에 속한다. 더불어 이러한 여섯 가지 요건이 명시적으로 보여주는 것은 아니지만, 여기에는 비례성 원칙이 추가되어 있다. 이에 따르면, 적극적인 안락사 시술은 오직 죽음을 목전에 둔 환자가 겪는 극심한 고통을 완화시키기 위한 목적에서만 그리고 의학적이고 규범적인 기준을 준수한 방법으로만 시행할 수 있다는 것이다.

나. 변화

나고야 고등재판소는 이러한 여섯 가지 요건을 충족하는 경우에는 적극적 안락사 역시 법적으로 허용될 수 있다고 말한다. 형법상 살인죄의 위법성이 조각된다는 것이다. 그러나 이러한 판단은 그 당시의 의학 수준을 고려한 불가피한 것이었다고도 말할 수 있다. 그 이유는 그 당시는 지금처럼 통증을 완화시키는 의료기술이 발전하지 않았기에 말기환자가 겪는 극심한 고통을 완화시켜줄 수 있는 방안이 거의 없었기 때문이다.³⁰⁾ 그 때문에 나고야고등재판소 판결과 같은 판례는 엄격한 요건 아래서 환자의 극심한 고통을 제거하는 적극적 안락사도 허용한 것이다. 그러나 그 후 통증완화의의료기술이 비약적으로 발전하면서 법적 쟁점은 적극적 안락사 사안에서

30) 마루야마 마사오, 앞의 글, 25면.

치료행위중지 사안으로 이전한다.

4. 치료행위중지의 정당화 요건

가. 판례

치료행위중지 문제가 본격적으로 판례에서 논의되기 시작한 것은 1991년에 발생한 도카이대학병원 사건에 대해 요코하마지방법재판소가 판단을 하면서부터이다.³¹⁾ 이 사건에 대한 판결에서 요코하마지방법재판소는 나고야지방법재판소가 제시한 적극적 안락사의 정당화 요건과 유사한 요건을 제시하면서도 이 사건에서는 이를 인정하지 않았다. 그러면서 방론으로 치료행위중지가 어떻게 정당화될 수 있는지 그 요건을 제시하였다.³²⁾ 그러나 이러한 요건이 최고재판소 판례로 확립된 것은 아니었다.

이후 1998년에 가와사키공동병원 사건이 발생하고 이를 제1심인 요코하마지방법재판소가 판단하면서 치료행위중지의 정당화 요건이 다시 제시된다.³³⁾ 그러나 가와사키공동병원 사건에서 피고인이었던 의사는 이러한 요건을 충족하지 못하여 살인죄의 유죄판결을 받았다. 이러한 결론은 제2심인 도쿄고등재판소와 제3심인 최고재판소에서 그대로 유지되었다. 다만 사실인정의 측면에서는 제1심과 제2심 사이에 차이가 있는데 이는 결론을 뒤바꿀 정도는 아니었다. 최고재판소는 원심인 도쿄고등재판소가 판단한 사실인정과 결론을 그대로 유지하였다. 이외에도 요코하마지방법재판소가 본격적으로 제시한 치료행위중지의 정당화 요건을 제2심과 제3심은 별도로 판

31) 横浜地方裁判所 平成 7年(1995年 3月 28日), 「判例時報」 1530号, 28면(東海大學病院事件).

32) 마루야마 마사오, 앞의 글, 26-28면.

33) 마루야마 마사오, 앞의 글, 29-32면.

단하지는 않았다. 이러한 일반론을 논하는 것은 이 사건에서 법원이 판단해야 할 쟁점이 아니라고 본 것이다.

이러한 점에 비추어 볼 때, 아직 일본 최고재판소는 어떤 경우에 치료행위중지가 정당화되는지를 정면에서 판단한 판결을 내리지 않고 있다는 점을 알 수 있다. 요컨대, 치료행위중지에 대해 확립된 최고재판소의 판례가 아직은 존재하지 않는 것이다. 그렇지만 도카이대학병원 사건을 다룬 요코하마지방법재판소와 가와사키공동병원 사건을 다룬 역시 요코하마지방법재판소는 제1심이기는 하지만 적법한 치료행위중지의 요건이 무엇인지를 제시하고 있다는 점에서 그 의미를 찾을 수 있다. 이를 아래에서 살펴본다.

나. 치료행위중지의 정당화 요건

기존의 적극적 안락사에 대한 정당화 요건과는 구별되는 치료행위중지의 정당화 요건을 정면에서 제시한 요코하마지방법재판소는 환자의 자기결정권과 의사의 치료의무 사이의 충돌과 그 해결이라는 차원에서 이 문제에 접근한다. 의사의 치료행위중지가 정당화되는 지점은 환자의 자기결정권이 의사의 치료의무보다 우선하게 되는 지점에 해당한다고 말할 수 있다. 이 같은 차원에서 요코하마지방법재판소는 다음과 같이 치료행위중지의 정당화 요건을 제시한다. 이에 따르면 첫째, 환자가 회복될 가망이 없으면서 사망에 임박하고 있어야 한다. 아울러 이 점을 환자 본인이 정확하게 이해하고 판단할 수 있어야 한다. 둘째, 치료행위중지 결정은 환자 본인의 명확한 의사에 의해 이루어져야 한다. 이때 환자 본인에게 충분한 정보 제공 및 설명이 이루어져야 한다. 다만 환자가 본인의 의사를 명확하게 표시하지 않은 경우에는 의사는 여러 정보에 바탕을 둔 추정적 의사에 의해서도 치료행위중지를 결정할 수 있다고 보았다.

이러한 요건은 다음과 같이 분석할 수 있다. 요코하마지방법재판소가 제시한 정당화 요건은 객관적 정당화와 주관적 정당화를 적절하게 혼합한 것이라고 말할 수 있다. 먼저 첫 번째 요건은 의학적인 견지에서 환자가 회복불가능한 상태에 접어들었을 뿐만 아니라 사망에 임박하고 있어야 함을 보여준다. 물론 이때 말하는 요건이 정확하게 ‘임종과정에 있는 환자’를 염두에 둔 것인지, 아니면 ‘말기환자’까지 포함하는 것인지는 명확하지 않다. 문법적 해석을 사용하면 ‘임종과정에 있는 환자’를 염두에 둔 것이라고 볼 여지가 크다. 여하간 이러한 첫 번째 요건은 의학적인 객관적 정당화 요건으로 규정할 수 있다.

두 번째 요건은 치료행위 중단은 환자의 명시적인 의사에 바탕을 두어야 함을 보여준다. 이 점에서 두 번째 요건은 주관적 정당화 요건으로 규정할 수 있다. 그런데 이러한 두 번째 요건은 다시 세 가지 요건 또는 의미를 담고 있다. 첫째, 명시적인 동의를 받기 위한 전제로서 환자는 자신이 처한 상황이 의학적인 측면에서 볼 때 어떠한지 이해할 수 있어야 한다. 둘째, 환자는 치료행위중지에 관해 의사로부터 충분한 정보제공과 설명을 받아야 한다. 이러한 두 가지 요건이 충족되어야 비로소 환자는 치료행위중지에 대해 명확하게 의사표시를 할 수 있다. 그런데 요코하마지방법재판소가 제시한 두 번째 요건에는 다음과 같은 세 번째 의미도 담고 있다. 환자의 의사표시가 명확하지 않은 경우에는 의사는 추정적 의사를 통해서도 치료행위중지를 결정할 수 있다는 것이다. 이는 엄밀하게 보면, 주관적 정당화 요건이라기보다는 객관적 정당화 요건에 속한다고 말할 수 있다. 그러나 이렇게 환자의 추정적 의사에 바탕을 두어 치료행위를 중지할 수 있는 권한을 의사에게 부여한 것은 너무 강력한 권한을 의사에게 부여한 것이라는 점에서 문제가 있다.³⁴⁾ 왜냐

하면 추정적 의사라는 것은 해석이나 판단 여하에 따라 언제든지 남용될 수 있기 때문이다.

5. 가이드라인에 따른 정당화 요건

앞에서 언급한 것처럼, 현재 일본은 독자적인 법률이 아닌 가이드라인을 제정하여 치료행위중지 문제를 규율하고 있다. 규제이론적으로 말하면, 경성규제가 아닌 연성규제, 강력한 타율규제가 아닌 ‘수정된 자율규제’로 이 문제에 대응하고 있는 것이다. 일본 후생노동성이 2007년 6월 7일에 처음 공표한 「종말기 의료의 결정프로세스에 관한 가이드라인」(終末期医療の決定プロセスに関するガイドライン)은 2015년 3월에 「인생의 최종단계에 대한 의료의 결정프로세스에 관한 가이드라인」(人生の最終段階における医療の決定プロセスに関するガイドライン)으로 명칭이 변경되고, 다시 2018년 3월에 다시 명칭과 내용이 수정된 「인생의 최종단계에 대한 의료·케어의 결정프로세스에 관한 가이드라인」(人生の最終段階における医療・ケアの決定プロセスに関するガイドライン)(이하 ‘가이드라인’으로 약칭한다) 형태로 시행되고 있다.³⁵⁾ 이 가이드라인은 ‘인생의 최종단계에 대한 의료·케어’의 기본 방침과 방법 및 순서를 규정한다. 아래에서 그 주요 내용을 살펴본다.

가. 주요 내용

(1) 적극적 안락사 배제

먼저 주목할 만한 점은 가이드라인은 생명을 단축시킬 의도로 실

34) 이 점을 지적하는 마루야마 마사오, 앞의 글, 34면 참고.

35) 가이드라인은 (<https://www.mhlw.go.jp/stf/houdou/0000197665.html>)에서 그 원문을 확인할 수 있다(방문일자: 2019년 10월 11일).

시되는 적극적 안락사는 배제하고 있다는 점이다(1④). 이를 반대로 추론하면, 의도적인 생명단축과는 무관한 치료행위중지 결정만을 그 대상으로 삼겠다는 것을 뜻한다. 다시 말해, 이러한 행위만을 적법한 행위로 보겠다는 것을 뜻한다. 가이드라인은 이렇게 적법성을 인정받는 행위를 ‘인생의 최종단계에 대한 의료·케어’라고 개념화한다.

(2) 환자의 명시적인 동의 원칙

다음으로 가이드라인은 환자의 명시적인 의사에 따라 ‘인생의 최종단계에 대한 의료·케어’가 결정되어야 한다고 규정한다(1① 및 2(1)①). 이를 위해 의사는 환자에게 충분한 정보를 제공하고 설명을 해야 한다. 이는 요코하마지방법재판소가 제시한 치료행위중지 요건과 같다.

(3) 환자의 추정적 의사 인정

나아가 가이드라인은 환자의 의사가 명확하지 않은 경우에는 추정적 의사에 따라 환자에게 가장 최선이 되는 방법으로 ‘인생의 최종단계에 대한 의료·케어’가 결정되어야 한다고 말한다(2(2)). 이때에는 먼저 가족 등과 같이 환자가 신뢰할 만한 사람들을 대상으로 하여 환자의 추정적 의사를 확인하고(2(2)①), 그게 어려운 경우에는 가족 등의 의견을 참고하여 무엇이 환자 본인에게 최선이 되는지를 판단해야 한다(2(2)②). 그리고 가족 등이 존재하지 않거나 가족 등이 의료·케어팀에 판단을 위임한 경우에는 의료·케어팀이 무엇이 환자에게 최선이 되는지를 판단하여 ‘인생의 최종단계에 대한 의료·케어’를 결정해야 한다(2(2)③).

(4) 절차주의적 판단

마지막으로 특히 주목해야 할 점은 가이드라인은 ‘인생의 최종단계에 대한 의료·케어’를 결정할 때 의사가 단독으로 이를 판단하지 못하도록 하고 있다는 것이다. 그 대신 가이드라인은 의료·케어팀을 조직하여 ‘인생의 최종단계에 대한 의료·케어’를 결정하도록 할 뿐만 아니라(1①), 환자의 의사가 명확하지 않아 추정적 의사를 확인하는 과정에서도 복수의 전문가로부터 이에 대한 의견을 청취하여 판단하도록 하고 있다(2(3)). 말하자면, 객관적 정당화나 주관적 정당화와는 구별되는 절차주의적 정당화 요건을 규정하고 있는 것이다. 이러한 가이드라인의 태도는 요코하마지방법재판소가 제시한 치료행위중지의 정당화요건과 차이가 있다. 요코하마지방법재판소의 판결보다 더욱 엄격하게 ‘인생의 최종단계에 대한 의료·케어’를 결정하도록 하고 있는 것이다. 그 때문에 이러한 가이드라인의 견지에서 판례의 태도를 비판하는 견해가 제시되기도 한다.³⁶⁾

IV. 시사점 - 결론을 대신하여

연명의료 및 연명의료중단 결정에 관해 일본의 판례 및 가이드라인이 축적하고 제시한 법적 현황에서 다음과 같은 시사점을 얻을 수 있다.

첫째, 우리와 유사하게 일본에서도 판례가 주도하여 이 문제에 대한 해법을 제시해 왔다는 것이다.

둘째, 우리와 유사하게 일본에서도 초기에는 안락사의 견지에서

36) 마루야마 마사오, 앞의 글, 33-34면.

이 문제를 다루다가 이후에는 존엄사의 측면에서 그리고 가장 최근에는 연명의료중단, 즉 ‘치료행위중지’나 ‘인생의 최종단계에 대한 의료·케어’라는 견지에서 이 문제를 다루고 있다는 점이다.

셋째, 우리와 유사하게 일본 판례는 객관적 정당화와 주관적 정당화를 혼합하여 치료행위중지의 적법성을 판단하고 있다는 것이다.

넷째, 통증완화의료기술이 아직 발전하지 않았던 20세기 중반에는 판례는 이른바 적극적 안락사를 엄격한 요건 아래에서 인정하기도 하였지만, 가이드라인은 이를 공식적으로 배제하고 있다는 점이다. 이 점에서 일본의 가이드라인은 여전히 ‘보수적’이라고 평가할 수 있다.

다섯째, 일본 후생노동성이 마련한 가이드라인은 객관적 정당화와 주관적 정당화 이외에 절차주의적 정당화를 본격적으로 수용하고 있다는 점이다. 이는 우리의 현행 연명의료결정법에 중요한 시사점을 제공한다. 왜냐하면 우리의 연명의료결정법은 아직 절차주의적 정당화 모델은 본격적으로 채택하고 있지 않기 때문이다. 그러나 일본처럼 우리나라에서도 죽음에 대한 문화가 바뀌고 있고, 자율적으로 죽을 수 있는 권리를 독자적인 인권으로 파악하는 주장이 늘어나고 있다는 점을 감안할 때 절차주의적 정당화 모델에 여전히 소극적인 우리 연명의료결정법의 입법태도는 문제로 지적될 수 있다.

여섯째, 여러 모로 우리와 유사하게 논의가 전개되었는데도, 아직 일본은 독자적인 법률이 아닌 가이드라인으로 연명의료중단 문제에 대응하고 있다는 점이다. 이는 규제이론의 관점에서 볼 때 장점이자 단점이 될 수 있다. 이것이 어떻게 실행될 것인지는 연명의료중단 문제에 관해 일본이 실제로 어떤 법문화를 지니고 있는지에

좌우될 것이다. 어쩌면 우리보다 체념적인 문화가 강한 일본에서는 공식성과 타율성이 강한 법률보다는 비공식성과 자율성이 강한 가이드라인이 더욱 장점으로 작용할 수 있을 것이다.

참 고 문 헌

1. 국내문헌

(1) 단행본

양천수, 서브프라임 금융위기와 법, 한국학술정보, 2011.

이상돈, 치료중단과 형사책임: 의료와 법의 합리적 소통과 책임 귀속, 법문사, 2002.

(2) 논문

권경휘, “로크의 재산권 이론”, 「법철학연구」 제18권 제3호, 2015.

권지혜, “형법정책의 토대로서 자유주의적 후견주의에 대한 비판적 고찰: 드워킨(Gerald Dworkin)과 파인버그(Joel Feinberg)의 논의를 중심으로”, 고려대 박사학위논문, 2016.

김병근, “근대 자연권 이론의 기원과 Property: Locke와 Paine”, 「사회과학연구」 제35권 제3호, 2009.

노기현, “행정지도 고유의 위법성 판단에 관한 검토: 최근 일본최고재판소의 행정과정메커니즘해석을 중심으로”, 「법학논총」(전남대) 제32집 제2호, 2012.

박형욱, “환자연명의료결정법의 제정과 과제”, 「저스티스」 제158-3호, 2017.

서보건, “일본에서 존엄사 법제에 대한 비교법적 연구”, 「경원법학」 제3권 제3호, 2010.

양건, “한국과 일본 간의 비교법문화론을 위한 서설: 함병춘과 川島武宜를 넘어서”, 「저스티스」 제34권 제1호, 2001.

양천수, “안락사의 정당화 구조: 형법철학의 측면에서”, 「형사법연구」 제19권 제4호, 2007.

——, “법과 문화: 유기천 교수의 형법철학을 예로 하여”, 「법과 사회」 제60호, 2019.

——, “법문화와 정당방위: 판례의 정당방위 해석론에 대한 비판적 접근”, 「서강법률논총」 제8권 제2호, 2019.

- , “공소사실과 일사부재리의 객관적 효력범위”, 「형사소송의 이론과 실무」 제11권 제1호, 2019.
- , “제4차 산업혁명과 규제형식의 진화”, 「경제규제와 법」 제12권 제2호, 2019.
- 오진탁, “‘연명의료결정법’에 대한 생사학적 비판”, 「인문학연구」 제109호, 2017.
- 유기천, “한국문화와 형사책임: 법률학의 과학적 방법의 한 적용”, 유기천 교수기념사업출판재단 (편), 자유사회의 법과 정의, 법문사, 2015.
- 이미애, “일본 고령자의 말기(末期)의료와 가족에 대한 의존의식: ‘존엄사선언서(尊嚴死宣言書)’ 작성자를 중심으로”, 「일본문화연구」 제41집, 2012.
- , “일본의 가족변화와 죽음을 둘러싼 문제”, 「일본문화연구」 제52집, 2014.
- 이상돈, “근대적 인권 개념의 한계”, 「고려법학」 제44호, 2005.
- 이석배, “소위 「연명의료결정법」의 주요 내용과 현실적용에서 쟁점과 과제”, 「법학논총」 제29권 제3호, 2017.
- 정경수, “국제법상 연성법의 재인식”, 「안암법학」 제34호, 2011.
- 지영임, “말기암 환자를 통해 보는 한국적 사생학 구축을 위한 연구: 일본과 비교의 관점에서”, 「일본문화연구」 제63집, 2017.
- 최용혁·소병수, “지능정보사회와 행정지도의 재해석”, 「성균관법학」 제31권 제2호, 2019.
- 마루야마 마사오, “일본에서의 종말기 의료를 둘러싼 최근의 동향”, 「서강법학」 제12권 제1호, 2010.
- W. Hassemer, 변종필 (역), “절차적 정당화”, 배종대·이상돈 (편역), 형법정책, 세창출판사, 1998.

2. 국외문헌

- 川島武宜, 日本人の法意識 (岩波新書 青版A-43), 岩波書店, 1967.
- 山内義廣, “安樂死と患者の人権”, 「經濟文化研究所紀要」 10, 2005.

- 水野俊誠・横野恵, “日本における生命維持治療の中止と差控え”, 『生命倫理』
VOL. 16 NO. 1, 2006.
- 佐瀬恵子, “尊厳死に關する一考察”, 『目白大學人文學研究』 4, 2008.
- G.-P. Calliess, *Prozedurales Recht* (Baden-Baden, 1998).
- A. Fischer-Lescano/G. Teubner, “Prozedurale Rechtstheorie: Wiethölter”, in:
Buckel/Christensen/Fischer-Lescano (Hrsg.), *Neue Theorien des Rechts*
(Stuttgart, 2006).
- K. Eder, “Prozedurale Rationalität. Moderne Rechtsentwicklung jenseits von
formaler Rationalisierung”, in: *Zeitschrift für die Rechtssoziologie* (1986).
- K. Engisch, “Der rechtsfreie Raum”, in: *ZStaaW* 108 (1952).
- N. Hoerster, *Sterbehilfe im säkularen Staat* (Frankfurt/M., 1998).
- Arth. Kaufmann, “Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung”,
in: *Festschrift für Maurach* (1972).
- M. Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice*, second edition (Cambridge
University Press, 1998).
- S.-B. Yi, *Formen der straflosen Sterbehilfe in Deutschland und Korea* (Köln usw.,
2007).

<Abstract>

The Disposability of Life through the Withdrawal of Life-Sustaining Treatments

— In case of the regulations and discussions in Japan —

Chun-Soo Yang*

The right to life is the most representative of modern human rights. Therefore, all human beings have the right to life equally. All human beings can protect their lives through this right to life. However, the question is whether the normative meaning of the right to life includes the right to dispose of one's own life. This is particularly controversial with regard to the issue of the withdrawal of life-sustaining treatments. However, at present, we have enacted the 「Hospice, Palliative Care and Life-Sustaining Treatment Decision-Making Act」(the Life-Sustaining Treatment Decision-making Act) in order to respond to that problem. Of course, the solution chosen by the Life-Sustaining Treatment Decision-Making Act is not satisfactory. As a result, various criticisms are raised about the Life-Sustaining Treatment Decision-Making Act. In this context, this article examines the discussions and regulations on the life-sustaining treatments in Japan in order to gain useful implications on how to improve the Life-Sustaining Treatment Decision-Making Act. According to this, the following implications can be obtained. First, in regard to the issue of the withdrawal of life-sustaining treatments, precedents have also responded to this problem in Japan like South Korea. Second, unlike South Korea, Japan is responding to this problem through “the guideline”. Third, Japan's guideline explicitly excludes active euthanasia. In this regard, Japan's guideline is still considered “conservative”.

* Professor at Yeungnam University Law School·Dr. jur.

Fourth, Japan's guideline, unlike our Life-Sustaining Treatment Decision-Making Act, accepts a "procedural justification model." In this sense, Japan's guideline can be evaluated as "progressive." This provides meaningful implications for the direction of our Life-Sustaining Treatment Decision-Making Act.

Key Words : Right to life, disposability of life, 「Hospice, Palliative Care and Life-Sustaining Treatment Decision-Making Act」, withdrawal of life-sustaining treatments, Japan's Guideline on the withdrawal of life-sustaining treatments, objective justification, subjective justification, procedural Justification

