

소극적 안락사의 법제화를 위한 비교법적 연구

- 독일의 판례와 ‘2009 환자의 사전지시서법’에 대한
고찰을 중심으로-

신 옥 주*

차 례

- I. 서 론
- II. 우리나라에서의 소극적 안락사 판례 및 법적 논의
 - 1. 소극적 안락사 인정판결
 - 2. 법적 논의 상황
- III. 독일의 죽음조력에 관한 판례 및 법적 논의
 - 1. 죽음조력에 대한 개념
 - 2. 기본법과 죽음조력
 - 3. 죽음조력에 관한 연방최고법원의 주요 판례
- IV. 독일의 2009년 환자의 사전지시서법
 - 1. 민법상 성년후견법의 도입과 개정과정
 - 2. 환자지시서법의 내용
- V. 결 론

* 법학박사, 한국법제연구원 부연구위원

I. 서 론

2008년 서울서부지법은 ‘무의미한 연명치료장치제거소송’¹⁾에서 처음으로 소극적 의미의 안락사를 인정하는 판결을 내렸다.²⁾ 이에 대한 2009년 상고심에서 대법원은 “환자가 의식의 회복가능성이 없고 생명과 관련된 중요한 신체기능을 회복할 수 없으며 짧은 시간 내에 사망에 이를 수 있음이 명백한 경우 환자의 의사결정을 존중하여 연명치료를 중단하더라도 환자의 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권을 보호하는 것이 사회상규에 부합하고 헌법정신에도 어긋나지 아니한다”³⁾라고 판시하여 최초로 소극적 안락사를 인정한 대법원 판결로 기록되고 있다. 이 판결은 소위 ‘존엄사’에 관한 각계의 다양한 논의 촉발과 더불어 ‘존엄사법(가칭)’을 제정하기 위한 움직임에 동력을 제공하고 있다.

독일은 이차대전 중 나찌가 안락사라는 미명하에 유대인을 비롯하여 장애인, 집시 등을 학살한 경험이 있는 나라이다. 이러한 분위기에서 초기에는 안락사에 대해 테마화하는 것을 꺼려할 정도로 소극적 태도를 취해왔고 협의의 소극적 죽음조력⁴⁾만 형벌로부터 자유롭다고 하는 전형적인 형법상의 문제로 이해하여 왔다. 그러나 1994년의 소위 켐트너사건⁵⁾을 계기로 죽음조력의 문제를 민법상의 성년후견법과 연결하여 파악하기 시작하였고, 2009년 민법에 ‘환자지시서법’을 삽입함으로써 환자의 자기 결정권이라는 헌법적인 차원을 강조하게 되었다.

2009년 6월 18일에 독일 연방의회는 환자의 사전지시서(Patientenverfügung)에 관한 법⁶⁾을 통과시켰는데 새로운 환자의 사전지시서법은 2009년 9월

1) 본 사건을 세간에서는 흔히 ‘존엄사’ 사건으로 칭하며, 소송에서는 ‘무의미한 연명치료장치제거소송’이라는 제목을 달고 있다. 무의미한 연명치료의 제거를 ‘존엄사’라고 부르면 이러한 죽음을 반드시 인정해야 존엄한 죽음을 맞이할 수 있는 것으로 이해될 오해를 낳을 염려가 있다. 무의미한 연명치료장치의 제거는 또한 소극적 안락사의 한 종류이므로 본 고에서는 본 사건을 소극적 안락사로 부르기로 한다.

2) 서울서부지법 2008. 11. 28. 선고 2008가합6977 판결(무의미한연명치료장치제거 등).

3) 전원합의체 2009다17417.

4) 환자가 되돌릴 수 없는 죽음의 과정에 진입한 경우. 후술하는 켐트너 죽음조력사건 참조.

5) BGHSt 40,257=NJW 1995, 204.

1일부터 시행되고 있다. 이는 새롭게 제정된 독립된 법률이 아니고, 독일 민법 제4권 가족법상의 성년후견법(Betreuungsrecht)을 제3차 개정을 하여서 환자지시서의 내용을 가진 § 1091a와 § 1091b를 삽입한 것을 이르는 것이다.

본고에서는 독일에서의 소극적 안락사에 관련된 법리 및 판례의 발전과 2009년 제정된 환자지시서의 내용을 고찰하고, 이를 통하여 우리나라의 소극적 안락사 입법 시 주는 시사점을 모색해보고자 한다.

II. 우리나라에서의 소극적 안락사 판례 및 법적 논의

1. 소극적 안락사 인정판결⁷⁾

(1) 사건개요 및 경과

원고⁸⁾는 폐암의 발병여부를 확인하기 위해 피고병원에서 기관지내시경을 이용한 폐종양 조직검사를 받고 있던 중 과다출혈로 심장이 정지하였다. 심폐소생술에 의해 심박동은 회복되었으나 심한 뇌손상으로 인하여 중환자실로 이송되었고 식물인간상태에 빠져 인공호흡기에 의하여 연명하고 있다.

원고와 그 가족들은 원고의 현 상태가 피고의 의료과실로 인한 것이라는 이유로 민사소송을 제기하는 한편, 원고는⁹⁾ 피고를 상대로 ‘피고는 원고에 대하여 인공호흡기를 제거하라’라는 취지의 이 사건 소를 제기하였다.

서울서부지방법원 제12부 민사부의 1심판결¹⁰⁾에서는 먼저 모든 기본권의 중국적 목적이자 기본이념인 헌법 제10조의 인격권과 행복추구권에는

6) Gesetz zur Patientenverfügung(3. Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechtes). Bt-Drs. 16/8442 mit Änderung, Bundestagsbeschluss vom 18.6.2009, Bundesratszustimmung vom 10.07.2009, Inkrafttreten 01.09.2009.

7) 대법원 2009. 5. 21. 선고 2009다17417 판결.

8) 피고병원에서 내시경 검사를 한 2008. 2. 18일에 76세인 여성임.

9) 원고의 가족들도 1심에서 원고로서 소를 제기하였으나 청구가 기각되었다.

10) 2008가합6977 무의미한 연명치료장치제거 등.

개인의 자기운명결정권이 전제 되어 있고, 이 자기운명결정권에는 환자가 자기의 생명과 신체의 기능을 어떻게 유지하는가에 대하여 스스로 결정하는 권리 또한 포함되어 있다고 하고 있다. 또한 의사는 환자의 의사결정에 반하는 치료행위를 해서는 안 되기 때문에 환자의 자기결정에 기한 치료 중단이 요구가 있는 경우 특별한 사정이 없는 한 이에 응할 의무가 있다고 보았다. 그 다음으로 치료행위의 중단으로 곧바로 환자가 사망에 이르는 경우에 환자의 요구에 따른 의사의 치료중단의무 발생여부를 살피고 있는데 1심법원은 이를 자연법적 권리로써 헌법 제10조에서 도출되는 생명권과 환자의 자기결정권의 충돌로 파악하고 있다. 그 논리적 구조를 보면 다음과 같다. 국가는 헌법 제10조의 규정에 따라 생명을 보호할 의무가 있으며 타인의 생명을 침해해서는 안 되는 의무를 지게 되고, 양자가 충돌하는 경우 환자의 생명보호를 위해 환자의 자기결정권이 제37조 제2항에 따라 본질적인 내용을 침해하지 않는 범위 내에서 법률로서 제한되는데 이에 관한 법률이 의료법¹¹⁾, 응급치료에 관한법률¹²⁾, 형법¹³⁾이라고 보고 있는 것이다. 따라서 환자의 자기결정권이 위 법률상의 규정들에 따라 제한되므로 인공호흡기의 도움으로 생명을 유지하는 것이 가능하지만 인공호흡기를 제거하면 사망에 이르게 되는 상황에 처하는 환자의 경우에 의사는 환자의 호흡기제거요청에 원칙적으로 응할 의무가 없다고 보았다. 동법원은 회복가능성이 없는 환자의 경우에는 생명연장치료가 회복가능성이 없는 환자에게 육체적 고통뿐만 아니라 정신적 고통의 무의미한 연장을 강요하는 결과를 가져오게 되어 인간의 존엄과 인격적 가치를 해칠 수 있어서 이와 같은 경우에는 환자가 자연스러운 죽음을 맞이하는 것이 생명을 유지할 이익보다 더 크게 된다고 보았다. 따라서 의식불명의 식물상태로 인공호흡기에 의존하여 생명을 유지하고 있는

11) 의료법 제15조 제2항: 의료인은 응급환자에게 응급의료에 관한 법률에서 정하는 바에 따라 최선의 처치를 하여야 한다.

12) 응급의료에 관한 법률 제6조 제 2항, 제9조 제1항 및 제10조. 제10조에서는 “응급의료종사자는 정당한 사유가 없는 한 응급환자에 대한 응급의료를 중단하여서는 아니 된다.”고 하고 있다.

13) 형법 제252조 제1항: 사람의 촉탁 또는 승낙을 받아 그를 살해한 자는 1년 이상 10년 이하의 징역에 처한다.

환자는 ㉠ 회복가능성이 없어 치료가 의학적으로 무의미하고, ㉡ 환자가 사전에 한 의사표시, 성격, 가치관, 종교관, 가족과의 친밀도, 생활태도, 나이, 기대생존기간, 환자의 상태 등을 고려하여 환자의 치료중단 의사가 추정되는 경우에는 자연스러운 죽음을 맞이할 이익이 생명을 유지할 이익보다 더 크다고 할 것이어서 생명연장을 원치 않아 인공호흡기를 제거하려는 환자의 자기결정권에 따른 요구행사는 제한되지 않으며, 의사는 이를 거부할 수 없다고 보았다.¹⁴⁾

2심법원인 서울고등법원 제9민사부는 피고병원의 항소를 기각하였다.¹⁵⁾ 서울고등법원의 견해에 따르면 인간의 생명이 최대한 보호되어야 하고 의사에게는 환자의 생명을 보호·유지하기 위한 최선의 조치를 다할 의무가 있지만 인간은 생물학적 의미의 생명 그 자체만은 아니어서 인간의 생명 역시 인간으로서의 존엄성이라는 인간 존재의 근원적인 가치에 부합하는 방식으로 보호되어야 한다는 것이다. 따라서 항상 가능한 모든 의술이나 의약을 사용해봐야 한다거나 꺼져가는 생명을 어떠한 수단을 동원해서라도 연장시켜야 한다고 할 수는 없다고 보고 있다. 서울고등법원도 헌법상 인간의 존엄에서 자기결정권도 보장되는 것으로 파악하고 기계에 대한 의존상태를 벗어나 자연스러운 죽음에 이르는 편이 인간으로서의 존엄과 가치를 회복하는 길이 될 수 있는 것으로 보고 있다. 인간의 생명이 회생가능성이 없는 상태에서 별다른 인간성의 지표 없이 단지 기계장치 등에 의하여 연명되고 있는 경우라면 자기결정권에 근거하여 구체적인 사정에 따라 더 이상의 연명치료의 중단을 요구할 수 있고, 그 경우 연명치료를 행하는 의사는 환자의 자기결정권에 근거한 치료중단에 응할 의무가 있다는 것이다. 그리고 서울고등법원은 이 사건과 같이 이미 시행되고 있는 생명유지장치의 제거를 통하여 연명치료를 중단하기 위해서는 ㉢ 회생가능성 없는 비가역적인 사망과정의 진입, ㉣ 환자의 진지하고 합리적인 치료중단 의사, ㉤ 중단을 구하는 의료행위의 내용이 사망과정의 연장으로서 현 상태의 유지에 관한 것일 것, ㉥ 의사에 의한 치료

14) 2008가합6977 무의미한 연명치료장치제거 등, 6-7쪽.

15) 2008나116869 무의미한 연명치료장치제거 등.

중단의 시행이라는 요건들이 충족되어야 한다고 하고 있다.

상고심에서 대법원¹⁶⁾은 피고병원의 상고를 기각하면서 다수의견은 회복불가능한 사망의 단계에 이른 후에는 의학적으로 무의미한 신체 침해 행위에 해당하는 연명치료를 환자에게 강요하는 것이 오히려 인간의 존엄과 가치를 해하게 된다고 보고 있다. 따라서 이와 같은 예외적인 상황에서 죽음을 맞이하려는 환자의 의사결정을 존중하여 환자의 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권을 보호하는 것이 사회상규에 부합되고 헌법정신에도 어긋나지 아니하므로 회복불가능한 사망의 단계에 이른 후에 환자가 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권에 기초하여 자기결정권을 행사하는 것으로 인정되는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 연명치료의 중단이 허용될 수 있다고 하고 있다.

다수의견은 또한 환자의 사전의료지시서가 존재하고 있는 경우와 그렇지 않은 경우를 나누어 다음과 같은 견해를 피력하고 있다. 첫째, 환자가 회복불가능한 사망의 단계에 이르렀을 경우에 대비하여 미리 의료인에게 자신의 연명치료 거부 내지 중단에 관한 의사를 밝힌 경우, 즉 ‘사전의료지시’가 존재하는 경우에는 사전의료지시를 한 후 환자의 의사가 바뀌었다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 사전의료지시에 의하여 자기결정권을 행사한 것으로 인정할 수 있다. 둘째, 환자의 사전의료지시가 없는 상태에서 회복불가능한 사망의 단계에 진입한 경우에는 환자의 평소 가치관이나 신념 등에 비추어 연명치료를 중단하는 것이 객관적으로 환자의 최선의 이익에 부합한다고 인정되어 환자에게 자기결정권을 행사할 수 있는 기회가 주어지더라도 연명치료의 중단을 선택하였을 것이라고 볼 수 있는 경우에 그 연명치료 중단에 관한 환자의 의사를 추정할 수 있다고 인정하는 것이 합리적이고 사회상규에 부합된다. 환자의 이러한 의사 추정은 객관적으로 이루어져야 하므로 환자의 의사를 확인할 수 있는 객관적인 자료가 있는 경우에는 반드시 이를 참고하여야 하고, 환자가 평소 일상생활을 통하여 가족, 친구 등에 대하여 한 의사표현, 타인에 대한 치료를 보고 환자가 보인 반응, 환자의 종교, 평소의 생활 태도 등을 환자의 나이, 치

16) 전원합의체 2009다17417.

료의 부작용, 환자가 고통을 겪을 가능성, 회복불가능한 사망의 단계에 이르기까지의 치료 과정, 질병의 정도, 현재의 환자 상태 등 객관적인 사정과 종합하여, 환자가 현재의 신체상태에서 의학적으로 충분한 정보를 제공받는 경우 연명치료 중단을 선택하였을 것이라고 인정되는 경우라야 그 의사를 추정할 수 있다. 셋째, 환자 측이 직접 법원에 소를 제기한 경우가 아니라면, 환자가 회복불가능한 사망의 단계에 이르렀는지 여부에 관하여는 전문의사 등으로 구성된 위원회 등의 판단을 거치는 것이 바람직하다.

다수의견은 본 사건에서의 환자는 현재 지속적 식물인간상태로서 자발 호흡이 없어 인공호흡기에 의하여 생명이 유지되는 상태로서 회복불가능한 사망의 단계에 진입하였고, 환자의 일상생활에서의 대화 및 현 상태 등에 비추어 볼 때 환자가 현재의 상황에 관한 정보를 충분히 제공받았을 경우 현재 시행되고 있는 연명치료를 중단하고자 하는 의사를 추정할 수 있다고 판시하고 있다.¹⁷⁾

2. 법적 논의 상황

의료계약은 계약 당시에 진료의무의 내용이 확정되는 것이 아니며, 환자의 상태에 적응하여 가변적이라는 특성이 있다. 이러한 가변적인 진료의무의 내용은 의료인의 의료행위에 대한 재량성, 의사의 설명의무와 환자의 자기결정권에 의하여 구체화되고 있으며 통상적인 진료에서 의료인의 재량성에 대한 법리 및 환자의 자기결정권과 의사의 설명의무에 관한 법리는 판례와 학설을 통하여 확립되어 있다. 그러나 생명권을 존중하는 헌법이념과 자살관여죄 등을 처벌하는 현행 형법질서 하¹⁸⁾에서 환자가 생명을 유지·보

17) 대법관 이홍훈, 김능환의 반대의견은 생명에 직결되는 진료에서 환자의 자기결정권은 소극적으로 그 진료 내지 치료를 거부하는 방법으로는 행사될 수 있어도 이미 환자의 신체에 삽입, 장착되어 있는 인공호흡기 등의 생명유지장치를 제거하는 방법으로 치료를 중단하는 것과 같이 적극적인 방법으로 행사되는 것은 허용되지 아니한다고 본다. 다만, 생명유지장치가 삽입, 장착되어 있는 상태에서도 환자가 몇 시간 또는 며칠 내외 같이 비교적 아주 짧은 기간 내에 사망할 것으로 예측, 판단되는 경우에는 환자가 이미 돌이킬 수 없는 사망의 과정에 진입하였고 생명유지장치에 의한 치료는 더 이상 의학적으로 의미가 없으며 생명의 유지, 보전에 아무런 도움도 주지 못하는 것이므로 이때에는 생명유지장치를 제거하고 치료를 중단하는 것이 허용된다고 보고 있다. 별개의견은 후술하기로 한다.

존하기 위한 진료를 거부하는 것도 허용되는지, 특히 환자가 의식불명이어서 명시적으로 거부의 의사표시를 할 수 없음에도 위와 같은 연명치료를 중단하는 것이 가능한지 여부에 관하여는 아직까지 확립된 법리가 없다.¹⁹⁾ 이하에서는 소극적 안락사와 관련된 논의 현황을 살펴보기로 한다.

(1) 헌법적 논의 현황

소극적 안락사²⁰⁾ 판결에서 환자의 연명치료중단 결정권은 헌법상 자기결정권으로 이해되고 있다. 우리 헌법상 자기결정권에 대한 명문의 규정은 없으나 대법원은 위의 무의미한 연명치료 중단제거 등에 관한 소송에서 헌법 제10조 인격권과 행복추구권에 의하여 자기결정권이 보호된다고 보고 있으며 헌법 제10조는 인간이라는 이유로 보장되는 기본적인 인권이기 때문에 미성년자 심신장애자 등 판단능력이 결여된 개인까지도 포함한 모든 인간이 헌법상 자기결정권의 주체라고 이해하고 있다. 또한 자기결정권은 통상 본질적으로 자유권에 속하며, 공권력에 대한 소극적 방어적인 성격을 지니는 것으로 파악되고 있다.²¹⁾

자기결정권은 구체적인 권리의 하나이다. 따라서 자기결정권의 행사가

18) 생존가능성이 거의 없는 상태로 인공호흡 치료를 받던 환자를 부인의 요구에 의하여 퇴원시킨 의료인이 형사처벌을 받은 보라매병원 사건(대법원 2004. 6. 24. 선고 2002도995 판결) 등.

19) 다만 의료현장에서는 환자 또는 가족의 요구에 의하여 심폐소생술을 시행하지 않거나 치료의 의학적 필요성에도 불구하고 환자를 퇴원하도록 하는 것(의학적 권고에 반하는 퇴원, discharge against medical advice, DAMA)이 관행적으로 용인되어 왔다. 노태헌, 연명치료 중단의 허부 및 허용요건 -대법원 2009.5.21. 선고 2009다17417 판결-, 대법원 헌법연구회·한국헌법학회 제56회 공동학술대회 “인간의 존엄·가치와 생명권”, 2009, 제60-61쪽.

20) 대다수의 논의는 소극적 안락사의 허부에 관한 것이다. 그러나 성낙인 교수는 아주 엄격한 조건에서 적극적 안락사를 인정할 필요가 있다고 하고 있다. 즉 적극적 안락사는 원칙적으로 인정할 수 없지만 고통을 극심하게 겪고 있는 환자에게 국가가 고통의 감수를 강요할 수 있는지에 대해 의문을 제기하며 환자를 자살로 내 몰기 전에 합리적인 해결책을 마련하는 것을 국가의 임무로 보고 있다. 성낙인, 헌법학, 2008, 제437쪽.

21) 강을환, 연명치료중단과 헌법상 자기결정권, 대법원 헌법연구회·한국헌법학회 제56회 공동학술대회 “인간의 존엄·가치와 생명권”, 2009, 제120-121쪽.

타인의 권리를 침해하거나²²⁾ 헌법질서에 위반된다면 제한을 받게 된다. 그리고 자기결정권의 행사는 헌법상 생명권에서 도출되는 국가의 생명보호의무와 충돌될 수 있다. 생명권은 비록 헌법에 명문의 규정은 없으나 헌법에 규정된 모든 기본권의 전제로서 기능을 하는 기본권 중의 기본권이다.²³⁾ 생명권의 주체라고 하더라도 적극적 안락사와 같이 자기의 생명을 자유롭게 처분하는 것은 허용될 수 없다. 환자가 적극적 안락사의 진료방법을 선택한 경우에는 인간의 존엄과 생명보호라는 헌법질서에 반하여 자기결정권의 한계를 벗어난 것이 되므로 의사는 그러한 환자의 뜻에 따라서는 안 되며, 만일 의사가 그러한 환자의 뜻에 따른 경우에는 형법상 처벌을 받게 되는 것이다. 즉 국가는 헌법 제10조의 규정에 따라 생명을 보호할 의무가 있으며 타인의 생명을 침해해서는 안 되는 의무를 지게 되고, 양자가 충돌하는 경우 환자의 생명보호를 위해 환자의 자기결정권이 제37조 제2항에 따라 본질적인 내용을 침해하지 않는 범위 내에서 법률로서 제한되게 되는 것이다.²⁴⁾

환자의 연명치료중단에 대한 결정권은 환자가 더 이상 무의미한 치료를 받지 않을 결정을 내릴 수 있는 권리를 의미한다. 헌법이 최고의 이념으로 삼고 있는 인간의 존엄가치 및 행복추구권은 인간이 자신의 문제에 대하여 자신의 고유한 가치관에 따라 결정하고 행동할 수 있는 자기결정권을 전제로 하는 것이다. 자기 결정권에 있어서는 합리성이 기준이 되는 것이 아니고 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권이 문제가 되기 때문에 개인의 고유한 신념, 종교 및 가치관 등이 고려 될 수밖에 없다. 따라서 어느 누구도 자기의 문제에 대하여 객관적으로 합리적인 결정을 내려야 할 법적 의무는 없고, 또한 타인의 문제에 대하여 객관적으로 합리적이지 않다는 이유로 타인의 자기결정권을 침해해서는 안 된다.²⁵⁾

22) 연명치료중단에서의 자기결정권은 타인의 권리를 침해하기 때문에 제한되는 것이 아니다. 왜냐하면 연명치료를 중단하는 환자의 의사가 의사의 진료 및 시술의 권리를 침해하는 것으로 볼 수 없을 뿐만 아니라 의사의 진료행위가 환자에 대한 관계에서 권리로 파악될 수 없기 때문이다. 강을환, 연명치료중단과 헌법상 자기결정권, 2009, 제121쪽.

23) 헌재 1996. 11. 28. 선고 95헌바1 결정).

24) 서울서부지방법원 제12부 민사부의 1심판결 2008가합6977 무의미한 연명치료장치제거 등. 국가가 생명보호를 위하여 자기결정권을 제한하는 법률이 의료법, 응급치료에 관한법률, 형법 등이다.

(2) 민법적 논의

위의 무의미한 연명치료 중단제거 등에 관한 소송에서 대법원의 별개의견²⁶⁾은 연명치료중단을 민법적 관점에서 해결하는 방안을 제시하고 있다. 즉 환자의 사전의료지시가 없는 상태에서 회복불가능한 사망의 단계에 진입한 경우, 이러한 상태에 있는 환자를 법적으로 심신상실의 상태에 있는 자로 보며, 민법상 후견인제도를 통하여 이 문제를 해결하려고 하고 있는 것으로 그 내용은 다음과 같다.

우리의 민법 상 심신상실의 상태에 있는 자에 대하여는 금치산을 선고할 수 있다. 금치산이 선고된 경우에는 후견인을 두게 되며, 그 후견인은 금치산자의 법정대리인이 되어 금치산자의 재산관리에 관한 사무를 처리하는 외에도 금치산자의 요양, 감호에 관하여 일상의 주의를 기울여야 하는 의무도 부담한다. 따라서 후견인이 금치산자의 요양을 위하여 금치산자를 대리하여 의사와 의료계약을 체결할 수 있음은 당연하며, 그 의료계약 과정에서 이루어지는 수술 등 신체를 침해하는 행위에 관하여는 의사로부터 설명을 듣고 금치산자를 위한 동의 여부에 관한 의사를 표시할 수 있다. 마찬가지로 진료행위가 개시된 후라도 금치산자의 최선의 이익을 위하여 필요하다고 인정되는 범위 내에서는 그 진료행위의 중단 등 의료계약 내용의 변경을 요구하는 행위를 할 수 있는 것이다. 단, 진료행위가 금치산자 본인의 생명과 직결되는 경우에는 그 중단에 관한 환자 본인의 자기결정권이 제한되는 것과 마찬가지로 후견인의 행위는 제한되어야 한다. 환자의 자기결정권에 의한 연명치료 중단이 허용될 수 있는 경우라고 하더라도 후견인이 금치산자의 생명에 관한 자기결정권 자체를 대리할 수는 없으므로 후견인의 의사만으로 그 연명치료의 중단이 허용된다고 할 수 없고, 회복불가능한 사망의 단계에 이른 경우에 이루어지는 연명치료의 계속이 금치산자인 환자 본인에게 무익하고 오히려 인간으로서의 존엄과 가치를 해칠 염려가 있어 이를 중단하는 것이 환자 본인의 이익을 보호하는 것이라고 하더라도, 이는 항상 금치산자인 환자 본인의

25) 강을환, 연명치료중단과 헌법상 자기결정권, 2009, 제123쪽.

26) 대법관 김지형, 박일환의 별개의견.

생명 보호에 관한 법익 제한의 문제를 낳을 우려가 있다. 따라서 이 경우에는 민법 제947조 제2항을 유추적용하여 후견인은 의료인에게 연명치료의 중단을 요구하는 것이 금치산자의 자기결정권을 실질적으로 보장할 수 있는 최선의 판단인지 여부에 관하여 법원의 허가를 받아야 한다. 이에 관하여는 가사소송법, 가사소송규칙, 비송사건절차법 등의 규정에 따라 가사비송절차에 의하여 심리·판단을 받을 수 있다. 그러나 이와 같이 비송절차에 의하여 연명치료 중단에 관한 법원의 허가를 받는 것이 가능하다고 하더라도 환자 측이 반드시 비송절차에 따른 허가를 받아야 하는 것은 아니고 소송절차에 의하여 기판력 있는 판결을 구하는 것도 가능하다는 것이다.²⁷⁾

III. 독일의 죽음조력에 관한 법적 논의 및 판례

독일에서는 안락사에 관한 논의에 있어서 이차대전 나치가 자행한 장애인 및 타 민족에 대한 안락사의 경험이 아직도 깊이 영향을 주고 있으며²⁸⁾ 이는 독일어권 지역에서 통상 사용되는 안락사를 나타내는 “오이타나지(Euthanasie)”²⁹⁾라는 단어를 독일에서는 의식적으로 사용하고 있지 않는 점에서 잘 드러난다. 대신에 독일에서는 이와 관련하여 죽음조력을 의미하는 “쉬테르베힐페(Sterbehilfe)”라는 단어를 사용하고 있다.³⁰⁾

27) 소극적 안락사문제의 해결을 위한 이러한 관점은 독일 민법상 ‘환자의 사전지시서법’에 의한 안락사 문제의 해결방식과 매우 유사하다. 이러한 점에서 후술하는 독일의 성년후견인법안에 새로이 삽입된 환자의 사전지시서법은 시사하는 바가 있다고 본다.

28) Schulze-Fielitz, Helmuth, in: Dreier, Horst(Hrsg.), GG -Kommentar 2. Aufl., Art. 2II, Rn. 1 u. 2; BVerfGE 18, 112(117); 39,1(36 f.).

29) 그리스어의 εὐθανασία에서 나온 것으로 “쉬운” 또는 “아름다운” 죽음을 의미한다. <http://de.wikipedia.org/wiki/Sterbehilfe>.

30) 신옥주, 독일의 2009년 환자지시서법 고찰, 법령정보, 2009-0, 한국법제연구원, 제 48-52쪽 참조.

1. 죽음조력에 대한 개념

죽음조력에 대한 개념을 명확하게 구분하기는 현실적으로 어렵다. 특히 의학적인 견지에서 볼 때 적극적 및 소극적 죽음조력에 대한 구분의 현실적인 어려움 및 간접적 죽음조력의 비현실성을 이유로 기존의 안락사에 대한 개념구분을 폐기하고 양자의 경계를 분명하게 할 수 있는 새로운 개념이 필요하다고 주장되고 있다.³¹⁾ 그러나 여기에 대한 반론도 또한 매우 거세다. 특히 뵈켄포르더는 요청에 따른 조력살인을 의미하는 적극적 죽음조력은 처벌되는 것이 당연하며, 이러한 적극적 죽음조력의 인정은 생명보호를 위한 댐을 무너뜨리는 것(Ein Dambruch für Lebensschutz)이라며 반대하고 있다.³²⁾

고전적인 분류방법에 따라 죽음조력의 종류를 나누어 보면 다음과 같다. 첫째, 적극적 죽음조력³³⁾이 있다. 이는 사람의 실질적 또는 추정적인 의사에 따라 삶을 단축시키는 조치를 실현함으로써 죽음을 적극적으로 야기하는 것이다.³⁴⁾ 현재 적극적 죽음조력을 인정하고 있는 나라는 네덜란드³⁵⁾, 벨기에, 룩셈부르크³⁶⁾이다. 독일에서는 형법 제216조에서, 오스트

31) 이러한 논의는 보통 죽음조력을 적극적 및 소극적 죽음조력으로 구별하기 보다는 죽음을 환자가 직접적으로 결정하는 의미에서의 직접적 죽음조력과 이를 후견인과 후견법원 등이 결정하는 의미에서의 간접적 죽음조력으로 구분해야한다고 한다. Nachweise bei Duttge Gunnar, Rechtliche Typenbildung: Aktive und passive, direkte und indirekte Sterbehilfe, in: Kettler, Dietrich/ Simon, Alfred/ Anselm, Reiner/ Lipp, Volker/ Duttge, Gunar(Hg.), Selbstbestimmung am Lebensende, Uni. Verlag Göttingen, 2006, S. 39 ff.

32) Böckenförde, E. W., Anerkennung von Menschenwürde und Lebensrecht am Anfang und am Ende des Lebens, in: <http://www.donum-vital-freiburg.de/vortrag%20boeckenfoerde.pdf>.

33) 이를 독일에서는 요청에 따른 살인(“Tötung auf Verlangen”), 오스트리아에서는 부진정한 직접적인 죽음조력(“unechte direkte Sterbehilfe”), 스위스에서는 직접적, 적극적인 죽음조력(“direkte aktive Sterbehilfe”), 네덜란드에서는 안락사(“Euthanasie”), 벨기에에서는 적극적 안락사(“euthanasie active”)라고 표현한다. <http://de.wikipedia.org/wiki/Sterbehilfe>.

34) 보통 적극적 죽음조력은 과도한 량의 진통제, 안정제, 마취제, 근육이완제, 인슐린 등의 교부, 칼륨주사, 혹은 이들의 혼합을 통해 이루어진다.

35) 네덜란드에서 적극적 죽음조력은 이것이 고의적이거나, 의사로부터 실행되지 않았거나, 또는 주의기준들의 준수에 대한 보고서와 함께 게마인데의 영안실에 신고하는 것을 포함하는 일련의 법률상의 주의기준들에 상응하지 않게 이루어졌다면 형법 제 293조에 따라 처벌될 수 있다.

36) 룩셈부르크에서는 2008년 2월에 안락사법(Euthanasiegesetz)이 통과되었다(찬성 31; 반

리아에서는 형법 제75조, 77조, 78조에서, 그리고 스위스에서는 형법 제 111조, 113조, 114조에서 적극적 죽음조력을 금지하고 있다.³⁷⁾ 둘째, 소극적 죽음조력이 있다. 이는 동의능력이 없는 환자에게 윤리적, 의료적 등의 근거로 생명을 연장하는 조치들에 대한 부작위 및 이를 중단하는 것이다. 셋째, 간접적 죽음조력³⁸⁾이 있는데, 삶을 단축시키는 부작용을 알면서도 중환자에게 고통을 경감시키기 위해 고통을 진정시키는 처방을 주는 것이다. 병원에서 암의 말기환자들에게 정기적으로 모르핀을 투여하는 행위 등이다.³⁹⁾

2. 기본법과 죽음조력

(1) 기본법상의 생명권과 인격권 규정

독일헌정사에서는 처음으로 2차 세계대전 이후 나찌가 자행한 조직적인 생명과괴에 대한 반성으로 기본법에 생명권이 규정되게 되었다. 즉, 기본법의 제정자들은 기본법을 제정할 당시 독일 주교회의 의견을 받아들여 ‘모든 사람’의 생명권을 기본법에서 보장하였는데, 기본법 제2조⁴⁰⁾

대 26; 유보 3). 그러나 최종서명을 하게 되어 있는 대공작이 동년 12월에 서명을 거부하여 의회에서 통과된 법률에 대해 대공작이 서명을 해야만 하는지에 관한 큰 헌법상의 논쟁을 거친 후 결국 대공작이 서명을 함으로서 2009년부터 시행이 되고 있다. <http://www.aerzteblatt.de/nachrichten/35837>; “Aktive Sterbehilfe in Luxemburg legalisiert”, in: <http://hpd.de> ; Braum, Stefan, Sterbehilfe in Luxemburg : Vorgeschichte, Inhalt und Auswirkungen des neuen Gesetzes, in: www.ev-akademie-tutzing.de/doku/programm/geyit.php?

37) Hinterhuber, Hartmann/Meise, Ullrich, Sterbehilfe-Bestrebungen in europäischen Ländern, 8. Jahrestagung der Österreichischen Gesellschaft für Psychiatrie 2008, in: www.oegpp.at/dokumente/Sterbehilfe.doc

38) 이를 오스트리아에서는 부진정한 간접적 죽음조력(“unechte indirekte Sterbehilfe”), 스위스에서는 간접적, 적극적인 죽음조력(“indirekte aktive Sterbehilfe”), 네덜란드에서는 이중 효과(“double effect”), 벨기에에서는 간접적 안락사(“euthanasie indirekte”)라고 표현한다. <http://de.wikipedia.org/wiki/Sterbehilfe>.

39) 의학적으로 볼 때에는 간접적 죽음조력은 실제로는 거의 드문 일이라고 한다. 왜냐하면 실은 모르핀이나 다른 고통경감을 위한 약품들이 원칙은 삶을 단축시키는 것이 아니라 삶을 조금 더 연장하기 때문이라고 한다.

40) (1) Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.

제2항은 “모든 사람은 생명과 신체의 불가침에 대한 권리를 가진다. 인간의 자유는 불가침이다. 이 권리들은 법률에 근거하여서만 침해될 수 있다”라고 규정되어 있다. 연방헌법재판소는 생명권 및 생명보호를 위한 국가의 의무에 관하여 “(국가의) 생명보호의무는 광범위하다. 이 권리는 국가가 생명을 보호하며 촉진시키도록 명한다. 이것은 특히 다른 사람의 불법적인 침해로부터 보호할 것을 요구한다”고 판시하고 있다.⁴¹⁾ 생명을 보호법적으로 하는 생명권은 현대에 이르러서는 삶의 시점이 중요한 사안인 낙태, 사형제도, 경찰의 총기발사로 인한 생명침해, 연방군 및 소방경찰의 근무관계에서 발생하는 건강과 생명의 투입의무, 그리고 바이오-의학 등과 깊은 관련을 맺고 이론 전개가 발전되고 있다. 신체의 불가침권은 인체실험, 강제거세, 체벌, 훈육, 강제예방주사 및 형사절차상의 규정, 소변채취, 혈액채취 등이 관계가 된다. 생명과 신체의 불가침권은 의회가 제정한 법률에 의해서만 제한 될 수 있으며, 이의 제한 시 비례원칙이 특히 주의 깊게 적용될 것이 요구된다.⁴²⁾

안락사와 관련이 있는 환자의 자기결정권은 기본법 제2조 제1항의 ‘자유로운 인격의 발현권(freie Entfaltung der Persönlichkeit)’에서 도출이 된다. 이 규정은 개별 기본권에 대한 포괄적 기본권(Auffagnsgrundrecht)으로써 보조원칙(Subsidiaritätsprinzip)에 따라 개별적 기본권의 보호범위가 충분하면 작동을 하지 않는다. 이러한 자유로운 인격의 발현권은 헌법질서⁴³⁾와 다른 사람의 권리의해 제한이 될 수 있는 것으로 이해되고 있다.

기본법 제2조 제1항의 논점 중 먼저 죽음조력과 관계가 있는 죽음의 시점에 관한 논의를 살펴보기로 한다. 이 논의는 삶과 죽음에 대한 철학적 윤리적 성찰일 뿐만 아니라 장기이식과도 깊은 관련이 있으며, 뇌사와도 관련이 된다. 죽음을 뇌사와 동일하게 보는 입장은 다음과 같이 설명을 한다. 의학기술상 가능성에 따라서 모든 뇌기능이 다시 돌이킬 수 없

(2) Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Die Freiheit der Person ist unverletzlich. In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden.

41) BVerfGE 46, 160, 164.

42) Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, Schwerpunkte, 7. überarbeitete Auflage, 1991, S. 102.

43) BVerfGE 65, 1, 43; Glaeser, Schmitt, Handbuch Staatsrecht VI, S. 63.

이 붕괴(irreversible Zusammenbruch)되었음에도 불구하고, 사망사건의 1-2% 경우는 인위적으로 심장-혈액순환-시스템의 기능을 정상적으로 유지시킬 수 있다. 따라서 장기이식의 성공이 가능하였던 것은 사망을 혈액순환과 호흡의 정지상태가 아니라 완전한 뇌사로 보는 것과 함께하는 것으로, 즉 뇌사는 감각-, 지각-, 사고- 및 결정능력의 되돌릴 수 없는 상실의 결과를 가진 모든 뇌파의 최종적인 소멸과 죽음진입을 같은 것으로 보는 것이다. 이것은 장기이식법(Transplantationsgesetz:TPG) 제3조의 내용이기도 하다.⁴⁴⁾

역사적으로 볼 때 죽음의 시점에 대한 견해에 뇌사가 등장하게 된 것은 의학역사상 인공호흡, 심폐소생술의 발달과 관련이 있다. 1960년에는 외부적 심장마사지의 도입 이후 심폐소생이 널리 퍼져서 되돌릴 수 없이 파괴된 뇌(Coma depasse)를 가지며 일시적인 혈액순환과 호흡정지상태에 이른 이후에도 계속 살아있는 환자의 수가 증가하게 되었다. 그 후 되돌릴 수 없는 코마상태의 환자들은 응급치료적인 일상이 되었다. 뇌사개념을 미국과 기타의 산업국가에서 확고화한 것은 1968년에 하버드의 의대의 신학자, 법학자, 의학자로 구성된 임시위원회(Adhoc-Kommission)에서 뇌사를 죽음으로 평가해야 한다고 주장을 하면서 부터이다. 그들은 되돌릴 수 없는 코마를 새로운 죽음의 기준으로 정의해야 하는 이유를 다음과 같이 주장을 하였다. 첫째, 재생술과 생명유지기능의 지원은 중환자들의 생명도 역시 구하려고 하는 노력이 강화될 수 있게 이끌었다. 둘째, 시대에 뒤진 죽음의 정의를 위한 기준은 이식을 위한 장기를 조달함에 있어서 논쟁을 초래할 수 있다는 것이다.⁴⁵⁾

기본법적인 관점에서 뇌사를 죽음으로 보는 것은 기본법 제2조 1항이

44) § 3 Entnahme mit Einwilligung des Spenders

(2) Die Entnahme von Organen oder Geweben ist unzulässig, wenn

1. ...

2. nicht vor der Entnahme bei dem Organ- oder Gewebespender der endgültige, nicht behebbare Ausfall der Gesamtfunktion des Großhirns, des Kleinhirns und des Hirnstamms nach Verfahrensregeln, die dem Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft entsprechen, festgestellt ist.

45) J. Hoff/ J. in der Schmitt, Zur Geschichte des "Hirntod"-Kriteriums, in: <http://www.dober.de/ethik-organspende/hitodkritik.html>.

보장하는 생명에 대한 권리에 반하는 것으로, 이는 “축소된 인간상(reduziertes Menschenbild)”을 만든다고 하는 반론⁴⁶⁾이 있다. 이 견해는 동조에서 보장하는 생명권에 합치하기 위해서는 단순히 되돌릴 수 없는 뇌의 중단이 아니라 완전히 되돌릴 수 없는 뇌의 중단상태여야 한다는 의견을 피력한다. 이러한 입장은 뇌사자, 혹은 경우에 따라서는 그들 장기의 매우 부분적인 가능성이 있는 신체기능을 기본법 제2조 제1항의 의미의 “스스로 통합되어 있는 생명(selbstintegrierendes Leben)”으로서 평가한다. 그러나 이에 반대하는 다수의 입장은 모든 기능이 정지되고 돌이킬 수 없는 죽음의 단계에 진입한 뇌사 상태에 있어서 스스로를 조직하는 인간의 총체성을 유지한다는 것은 현대적인 기계장비를 통하여만 가능한 것이며, 이러한 기계들을 통하여 인간이 완전히 죽을 때(Absterben)까지 기다려야 한다는 주장은 설득력이 없다고 보고 있다. 뇌사의 기준은 인간 생명의 사망시점을 세밀화하는 것뿐이며, 가치판단적이고 피할 수 없는 결정적인 확실성을 통하여 법적 명확성의 단면을 형성하는 것은 한정적인 범위 내에서이긴 하지만 결국은 입법자가 결정할 사항이라고 보고 있다.⁴⁷⁾

(2) 환자의 자기결정권과 죽음조력의 문제

이 문제는 기본법 제2조 제1항⁴⁸⁾의 인간존엄 및 인격권, 자유로운 인격의 발현권 규정에서 도출되어 보호되는 환자의 자기결정권이 적극적 존엄사를 포함하여 의사의 치료에 반대하여, 혹은 의사의 치료를 위하여 스스로 결정할 권리를 포함하는가에 관한 것이다. 즉 환자의 자기결정권과 관련하여 특히 문제가 되는 것은 환자가 적극적 죽음조력에 대한 자기결

46) Schmidt-Jortzig, Edzard, / von Klaeden, Eckart, Leichnam bekommen kein Fiber, in: <http://www.dober.de/ethik-organspende/hitodkritik.html>; Schmidt-Jortzig, Edzard, Wann ist Mensch tot?, 1999, S. 7 f.

47) Schulze-Fielitz, Helmuth, in: Dreier, Horst(Hrsg.), GG -Kommentar 2. Aufl., Art. 2 II, Rn 31.

48) Art. 2 (1) Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.

정권이 있는가 하는 점이다. 죽음에서의 자기결정권이 인간에게 자신의 삶과 죽음의 상황에 대하여 처분할 수 있게 하고, 이러한 것을 인정을 하는 한다면, 이것은 환자측에서 보면 죽음을 위한 조력을 얻기 위해 자립적으로 행동하는 당사자의 결정을 존중하는 제3자를 이용하는 권한까지도 필수적으로 포함하기 때문이다.⁴⁹⁾ 그렇다면 특정의 전제조건하에서 적극적 죽음조력이 도덕적으로 허용이 될 수 있고, 또 법적으로 허용이 되어야 하는가가 문제 된다. 이것은 매우 흥미롭고 중요한 문제이기는 하지만 본고에서는 적극적 죽음조력에 관한 내용은 다루지 않기로 한다.

소극적 죽음조력에서 환자가 자기결정권을 행사하는 것은 크게 논란이 되고 있지 않다. 연방최고법원은 판결을 통해 이미 되돌릴 수 없는 죽음의 단계에 진입한 환자가 더 이상의 치료를 거부하거나 필요한 치료를 받지 않는 방식으로 삶의 종결짓는 결정을 할 수 있으며, 이러한 결정은 인간의 존엄과 환자의 자기결정권의 존중에서 존중되어야 한다고 하고 있다.⁵⁰⁾ 후술하게 되는 2009년 9월부터 효력을 발생하게 되는 ‘환자의 사전지시서법’도 이러한 경우의 환자의 자기결정권을 강화하고, 이의 법적 구속력을 인정하는 것을 내용으로 하고 있다.

이하 소극적 죽음조력에 관하여 항을 바꾸어 설명한다.

(3) 신경질환치료제(Neuroleptikum) 강제치료와 관련된 연방헌법재판소의 판결⁵¹⁾

이 사건은 후견이 없이 거의 10년째 정신병원에서 보호감호환자(Massregelpatient)로 치료를 받고 있는 P에게 병원이 신경질환치료제(Neuroleptikum)를 처방하고 이를 팔츠 소재 란다우 지방재판소 및 고등재판소가 인정을 한 사건에 대하여 P가 헌법소원을 제기한 것이다. 연방헌

49) Gutmann Thomas, Der eigene Tod -Die Selbstbestimmung des Patienten und der Schutz des Lebens in ethischer und rechtlicher Dimension, S. 2. http://www.medizin-ethik.ch/publik/der_der_eigene_tod.htm.

50) Bundesgerichtshof, XII. Zivilsenat: Beschluss vom 17. März 2003, Aktenzeichen XII ZB 2/03.

51) VerfG, Beschluss vom 22. 6. 2009 - 2 BvR 882/09.

법재판소는 먼저 병원은 헌법재판소가 헌법소원에 대한 결정을 내릴 때까지 가장 6개월 동안 이 약물치료를 중단하고, 라인란트-팔츠주는 헌법소원제기자에게 임시적 권리보호절차를 제공하고, 이를 위해 소요되는 필수적인 경비를 지급해야 한다고 결정했다.

① 사건개요

P는 정신분열(paranoid)적인 장애로 인해 책임능력이 없는 상태에서 살고 있는 자신의 아내와 딸을 와인병으로 내리쳐, 이 두 명은 얼굴에 찢어지는 상처를 입었다. 법원은 이 행동을 위험한 상해로 평가했고, 재발가능성도 있다고 보았다.

1999년 12월 말부터 2000년 2월까지 헌법소원제기자 P는 치프렉사(Zyprexa)를 매일 5밀리 투여를 통하여 비전형적 신경질환치료제(atypisches Neuroleptikum)를 받았다. 그는 입술과 혀의 건조, 심한 침흘림 등의 부작용 때문에 더 이상의 치료를 거부했다. 후견법원은 환자의 병세에 변화가 없자 2006년 2월에 먼저 건강배려(Gesundheitfürsorge)의 영역에서 후견인을 지정했다. 법정후견인은 2006년 5월에 치료제 노이렙티카(Neuroleptika)의 허락을 신청했고, 후견법원은 이를 허락했다. 헌법소원제기자의 신청에 따라 란다우 지방법원은 의도된 치료가 중하고 장기간 계속되는 손상을 치료하는 것이 아니기 때문에 이 치료가 민법 제1904조상의 후견법원의 허가가 필요한 치료가 아니라고 하는 이유로 후견법원의 결정을 파기했다. 이에 따라 후견법원은 이 노이렙티카 약물치료의 허가를 거부했다. 후견법원은 또한 헌법소원제기자의 완강한 협조거부로 인하여 법정후견인을 통하여 추구했던 건강배려의 목적이 더 이상 도달될 수 없기 때문에 2006년 11월 30일 결정으로 법정후견도 해제했다.

2006년 9월 28일자 서한에서 병원은 헌법소원제기자에게 적합한 신경질환치료제(Neuroleptikum)를 사용할 것이며, 이것이 경우에 따라서는 그의 의사에 반하여 근육주사를 통해 이루어질 것임을 통보하였다. 한편으로는 이 약물치료는 상황에 따라서는 혈액상의 변화 및 간의 물질대사에도 손상을 입힐 수 있기 때문에 정기적으로 혈액채취도 병행되어 이루어

져야 했다. 병원은 헌법소원제기자의 정신병적인 신념을 교정할 수 있는 유일한 가능성을 이 약물치료에서 보고 있었다. 병원은 치료를 위한 법적 근거로 라인란트-팔츠주의 치료감호법 제6조 제1항이 제시하였는데, 이 규정에 따르면 치료감호의 목적을 달성하기 위하여 감호중인 환자의 동의 없이 치료와 검사가 행해질 수 있다.

헌법소원제기자의 변호사는 병원에서 혈액채취이유에서 스스로 밝힌 것처럼 이 약물이 심각한 부작용뿐만 아니라 성격을 변형시키는 변화가 있고, 이러한 약물치료는 또한 비례원칙에도 어긋난다고 주장하며 병원의 치료에 반대하였다. 그러나 형사집행재판소(Strafvollstreckungskammer)는 6개월 동안의 비전형적 신경질환치료제(atypisches Neuroleptikum)를 허락하였다. 이에 대하여 헌법소원제기자는 연방최고법원에 상고하였고 연방최고법원은 형사집행재판소의 결정을 인용하였다.

② 연방헌법재판소의 결정

연방헌법재판소는 법원이 라인란트-팔츠주의 치료감호법 제6조 제1항의 해석함에 있어서, 무엇보다도 이 법 조항이 헌법소원제기자에게 기본법 제2조 제2항 1문 및 제1항 제1조상 보장되는 기본권과 합치되는지에 대한 설명을 할 필요가 있다고 하였다. 그리고 절차적 및 실체적 전제하에서 제3자에 대한 위협과는 관계없이 기본권이 당사자의 퇴원이라고 하는 목적을 위해 치료감호를 허락하는가의 여부는 쉽게 판단할 수 있는 것이 아니라고 하면서, 약물치료결정이 미치는 결과를 놓고 이익을 형량을 해보아서 치료결정은 헌법소원제기자를 위하여 이루어져야 한다고 보았다.

연방헌법재판소의 견해에 따르면 병원결정에 대해서 어떠한 임시조치도 취해지지 않은 채 약물치료를 하게 한 후에 헌법소원제기자의 주장이 이유가 있는 것으로 판명이 되면 헌법소원제기자에게는 현저한 기본권침해가 일어날 것이고, 이것은 이 약의 부작용과 관계없이 이러한 약의 강제치료자체가 심각한 기본권침해라는 것이다. 그러나 만일 병원결정에 대해 임시조치가 취해지고 난 이후에 헌법소원제기자의 주장이 이유가 없는 것으로 판명이 되면, 이때에는 단지 약물치료의 한시적인 지연이 있을

뿐이라는 것이다. 연방헌법재판소는 이러한 약물치료를 하지 않는 것이 어떤 급박한 위험을 야기한다는 가정은 받아들이지 않았으며, 환자의 상황을 보아 그의 기본권보호의 이익이 더 중하다고 결정을 내렸고, 따라서 환자에게는 병원결정에 대한 임시조치를 할 수 있는 기회가 제공되어야 하며, 그 비용은 라인란트-팔츠주가 부담해야 한다고 결정했다.

3. 죽음조력에 관한 연방최고법원의 주요 판례

(1) 켐트너 죽음조력사건(Kemptener Sterbehilfe)⁵²⁾

독일에서 죽음조력 논의의 발전에 큰 영향을 미친 것은 1994년 9월 13일에 연방최고법원의 소위 “��트너 죽음조력사건”판결이다. 이 판결은 여러 비판을 받았는데, 특히 비판적 의견의 다수는 연방최고법원의 형사부가 동 판결에서 치료행위거부의 허용을 “본래(eigentlichen)”의 죽음단계를 넘어서 인정을 하였으며, 이는 소극적 죽음조력에서 벗어나 적극적 죽음조력에 더 가까운 것을 인정한 것으로 해석의 오류라는 것이었다.⁵³⁾ 즉 동 법원은 “더 이상 결정능력이 없는 불치병의 환자에 있어서 의사의 치료행위 또는 처치의 중단은 아직 죽음의 진행되고 있지 않아서 연방의사협회(Bundesärztkammer)가 죽음조력을 위해 가결한 지침⁵⁴⁾의 전체들이 존재하지 않는 경우에도 역시 예외적으로 허용이 된다. 결정적인 것은 환자의 추정적인 의사이다.” 또는 “필연적인 죽음의 단계이전에도 역시 상응하는 환자의사에 있어서 치료중단은 기본법 제2조 제1항의 그의 일반적 결정의 자유와 신체불가침권의 표현으로서 근본적으로 인정이 된다.”라고

52) BGHSt 40,257=NJW 1995, 204.

53) Grübel, Markus, Bericht aus Berlin -Neues zum Betreuungsrecht- Vortrag 40. Kongress der Bezirksärztkammer Nordwürttemberg am 28. Januar 2005 in Stuttgart, in: [http://www.aerztekammer/bw.de/25/15 medizin05/B05/1. pdf](http://www.aerztekammer/bw.de/25/15%20medizin05/B05/1.pdf).

54) 이 지침에서는 죽어가는 자에 대한 의사의 의무, 불길한 예후를 가진 환자에 대한 태도, 기타 삶에 위협적인 손상 치료. 환자의사의 조사, 환자의 사전지시서와 대리에 관한 규정을 두고 있다. 자세한 내용은 Sterbebegleitung: Grundsätze der Bundesärztkammer zur ärztlichen Sterbebegleitung, in: [http://www.hospizdienst-Wetterau.de/Grundsätze der Bundesärztkammer zur ärztlichen Sterbebegleitung](http://www.hospizdienst-Wetterau.de/Grundsätze%20der%20Bundesärztkammer%20zur%20ärztlichen%20Sterbebegleitung), Deutsches Ärzteblatt Jg. 101, Heft 19, 7. Mai 2004 참조.

관시함으로써 죽음의 진행(Sterbevorgang)이 아직 시작이 되지 않은 경우 에라도 치료중단이 역시 예외적인 경우에 허락이 된다고 하고 있으며, 이때 환자의 “추정적인 의사(mutmassliche Wille)”를 중시하고 있다는 것이다.

① 사건의 개요

동 사건에서 기소된 의사 T는 1990년에 당시요양원의 보호병실에 있던 70세의 E(여성)에 대한 의료적 보호를 맡았고, 기소된 그녀의 아들 Sch.가 E의 후견을 위하여 “체류결정, 의료적 처치의 도입, 재산관리”의 범위 내에서 선정이 되었다. E는 알츠하이머의 의심이 가는 데멘츠(Demenz)로 인한 육체적·정신적 신드롬을 보이고 있었다. 1990년 9월 초에 겪었던 심장정지상태와 이에 결부된 소생술을 통하여 그녀는 되돌릴 수 없이 중한 뇌손상을 입었다. 이로 인해 삼킴능력이 상실되어 그녀는 의사 T가 명한 위호스를 통해 인위적으로 음식공급을 받게 되었다. 그 이후 1992년 말부터 발생한 합병증 때문에 그녀는 음식을 코의 호스를 통해 공급받았다.

1993년 의사 T는 아들 Sch.에게 상태의 어떠한 개선점도 기대하기 어려운 E에게 호스음식을 중단하고 대신 단순히 차만을 제공할 것을 제안했다. 그에 따르면 이를 통하여 E는 고통 없이 약 2-3주 후 죽음에 이르게 될 것이었다. 아들 Sch.는 친구 및 친척들과 상의를 한 후 1993년 3월 초에 의사 T의 제안에 동의를 하였다.⁵⁵⁾ 그리고 주문서에 병음식이 떨어지면 차만 제공할 것을 기입하고 서명했다. 그의 이러한 결정에는 그의 어머니가 약 8-10년 전에 텔레비전 방송에서 사지의 경직과 욕창으로 인한 간호의 사례를 보면서 그렇게 삶을 마치지는 않고 싶다고 표명한 상황도 작용했다.

그러나 요양원의 원장은 이 주문서에 법적인 의심을 품고 1993년 3월 17일에 쾰른의 후견법원지원에 이 사실과 함께 3월 22일까지 분량만의 병 음식이 존재하고 있음도 함께 알렸다. 같은 날 후견법원지원 차만 제

55) 아들 Sch.는 간호인들에게 설명을 하지 않고 간호사방에 있는 주문용지에 다음과 같이 기재했다: “의사 T의 동의하에 본인은 본인의 어머니에게 지금 보유하고 있는 병에 들어 있는 음식이 다 떨어지면, 혹은 1993년 3월 15일부터 단지 차만 제공하기를 원한다.”

공한다는 계획에 대한 허가를 우선적 명령(einstweilige Anordnung)의 방법으로 거부했다. 후견법원지원의 계획불허사실을 알게 된 이후에 아들 Sch.는 후견법원지원에 1993년 3월 23일자로 음식을 차로 전환하기 위한 신청을 하였으나 전문가의 청문, 참여자, 당사자에 대한 검사 이후 1993년 5월 21일에 결정으로 거부되었다. 이에 따라 의사 T는 치료를 중단하고 다른 의사가 의료적 처치를 넘겨받았다.

② 쾰른의 지방법원의 판결

쾰른의 지방법원 이 사건이 소극적 죽음조력의 경우가 아니라는 데에서 출발을 하였다. 동 법원은 소극적 죽음조력이란 환자의 근원적 고통(Grundleiden)을 의사의 신념에 따라 되돌릴 수 없으며, 죽음의 진행을 시작했으며, 죽음이 빠른 시일 안에 이르게 되는 것을 전제로 하며, 이러한 것이 나타나면 죽음과정이 진행이 된 것이라고⁵⁶⁾ 파악하며, 이러한 단계에 와서야 비로소 죽음조력이 논의될 수 있다고 보았다. 그리고 이때에는 의사에게 인공호흡, 혈액투입, 인위적인 영양공급 등을 중지하는 것이 허용이 된다고 보았다. 동 법원은 위 사건에서는 그러한 죽음과정이 아직 진행되지 않았다고 보았는데 환자인 E여사는 인공적인 음식공급을 한 점 이외에는 삶의 능력이 있었으며, 의사 T가 음식공급의 중단결정을 내린 후에도 실제로 9개월을 더 살았기 때문이었다. 동 법원의 견해로는 이것은 자살조력이 아니라 생명유지조치의 중단인 것이다.

동법원은 경우에 따라서는 이러한 것도 학자들은 광의의 자살조력이라고 보기도 하고, 이를 환자의 상응하는 의지표현이 있는 경우 일반적인 결정의 자유와 기본법 제2조 제2항 1문상의 신체의 불가침성에 대한 권리로서 기본적으로 인정을 하기도 한다고 파악했지만, 추정적인 환자의 의사의 인정은 원래의 의미의 죽음조력과 비교하여 훨씬 더 고도의 요구가 있어야 한다고 이해하였다. 결정능력이 없는 환자의 의지와 무관하게 의사, 가족 또는 후견인이 자신의 생각이나 규준에 따라서 의미 없고, 삶

56) Deutsche Ärztkammer, "Richtlinie für die Sterbehilfe" u. Kommentar zu diesen Richtlinie, Deutsches Ärzteblatt 1979, 957 ff.; aktualisierte Fassung vom Juni 1993 in Deutsches Ärzteblatt 1993, B-1791,1792.

의 가치가 없고, 쓸모가 없다고 보아 환자의 존재를 종식시키는 위험은 처음부터 막아야만 한다는 것이다.

동 법원은 동 사건에서는 사건당사자인 환자 E여사가 1990년부터 되돌릴 수 없는 뇌손상으로 인해 결정을 할 능력이 없었기 때문에 단지 그녀의 추정적인 의지만이 고려의 대상이 되는데, E여사의 추정적인 의지는 충분히 안전한 근거가 부족하며 지금까지 확보한 토대 하에서 보면 보호자와 기소된 Sch.의 동의는 유효하지 않기 때문에 고려될 수 없다고 하였다. 즉 8-10년 전 텔레비전방송을 보고한 “저렇게 죽고 싶진 않다”는 표현은 추정적인 동의 치료중단을 위한 어떠한 신빙성 있는 토대도 제공하지 못하고 이러한 결론에는 환자의 보호자이며 동시에 후견인인 기소된 아들 Sch.의 동의도 영향을 주지 못한다는 것이다.

③ 연방최고법원의 판결

T와 Sch.는 켐튼의 지방법원이 내린 “살인미수(versuchter Totschlag)” 및 벌금형 판결에 대하여 항소를 하였고 연방최고법원은 1994년 5월 8일에 켐튼의 지방재판소의 판결을 파기환송하였다.

연방최고법원은 동 사건에서 더 이상 결정능력이 없는 환자에 대한 의사의 치료행위의 중단이나 기타의 조치들이 죽음과정이 아직 전개가 되지 않아서 연방의사협회(Bundesärztkammer)의 1993년 지침들의 전제조건들이 존재하지 아니할 경우에도 예외적으로 정당화될 수 있으며, 결정적인 것은 추정적(Mutmassliche)인 환자의 의지라고 결정을 내림으로서 기존의 판례에서 벗어났다.

동 법원은 또한 추정적인 동의가 있었다고 인정하기 위한 전제조건에 다음과 같은 규칙을 세웠다: 첫째, 무엇보다도 환자의 이전의 구두 혹은 서면상의 표명, 그의 종교적인 신념, 기타 인간적인 가치관, 그의 연령에 따른 삶의 기대 또는 고통의 정도가 고려된다. 둘째, 이와 같은 구체적인 상황을 심사하여도 환자의 추정적인 의사를 발견할 수 없다면, 일반적인 가치상장에 상응되는 기준을 선택할 수밖에 없다. 그러나 이때에는 자체가 요청이 된다. 셋째, 의심스러운 경우에는 의사, 가족 또는 다른 참여자

의 개인적인 고려에 비해 인간의 삶에 대한 보호가 우선이 된다. 넷째, 소극적인 죽음조력은 의사의 확신에 따라 환자의 근본적 고통이 되돌릴 수 없고 죽음이 빠른 시간 내에 이를 것을 전제로 한다.

연방최고법원은 이 “죽음을 위한 조력(Hilfe zum Sterben)”사건에서 그 당시 형법주도적인 관점에서 소극적 죽음조력에서 후견인의 동의에 대한 후견법원의 허가문제인 민법으로까지 죽음조력문제의 시야를 확대하였다. 이 판결은 죽음조력을 위해 법정후견인이 동의를 할 경우에 후견법원의 후견법상의 허가가 필요하다는 점을 인정하였다.⁵⁷⁾ 그러나 동 법원은 민법 제1904조⁵⁸⁾가 죽음의 과정 중에서의 처치중단에는 적용될 필요가 없으며, 그의 의미와 목적에 따라 의료적 조치들이 지금까지 행해졌던 생명유지적인 처치들의 종료를 하는 것에 있고 죽음의 과정이 아직은 직접적으로 시작되지 않았을 경우의 죽음조력에만 적용이 된다고 해석함으로써 민법 제1904조를 기계적으로 적용할 것이 아니라 죽음과정에 직접적으로 진입하지 않은 환자의 생명유지적인 처치들의 종료에만 후견법원의 허가가 필요한 것으로 보았다.⁵⁹⁾

(2) 환자의 사전지시서의 구속력인정 판결⁶⁰⁾

2003년 3월 17일에 내려진 연방최고법원의 판결이후 환자의 사전지시서는 원칙적으로 구속력을 갖게 되었다. 동 법원이 내린 판결의 핵심은 단지 근본고통을 되돌릴 수 없는(irreversibel)는 죽음의 궤도(tödlichen Verlauf)에 진입하였을 때에만 삶을 연장하는 조치들의 중단이 허락될 수

57) Knopp, Lothar/Schulter, Wolfgang(Hrsg.), Sterbehilfe-Tabuthema im Wandel?, 2004, S. 61.

58) § 1904 BGB 의사의 조치에 있어서 후견법원의 허가

59) 연방법원의 캠프너판결은 지금까지 가장 많이 논의가 되는 연방법원의 판결 중 하나이다. 2000년에 라이프치히에서 개최된 제63차 독일 법률가학회에서도 이 판결에 대한 집중적 토의가 있었다. 특히 민법상의 규정이 환자의 삶의 마지막에서 환자자율의 확보를 위해 필요한 것인가 하는 문제에 논의가 집중되었다. 이외에도 죽음조력과 관련하여 또한 환자지시서 및 Vorsorgevollmacht 및 동의능력 없는 미성년자인 불치병환자에서의 일반적 대리(Stellvertretung)문제가 민법상 중요한 쟁점으로 떠올랐다. 63. Deutschen Juristentag, Leibzig 2000, Band II/I Referat K 29/34.

60) Bundesgerichtshof, XII. Zivilsenat: Beschluss vom 17. März 2003, Aktenzeichen XII ZB 2/03.

있다는 것으로서 켐트너판결과는 다르게 죽음조력을 이해하였다. 동 법원은 이를 다음과 같이 표명하고 있다: “어떤 환자가 동의능력이 없고, 그의 근본고통이 되돌릴 수 없는 되돌릴 수 없는 죽음의 궤도에 진입하였다면, 삶을 유지하는, 혹은 연장시키는 조치들을 사용되지 않는 것이 그가 이전에 소위 환자의 사전지시서에서 표명한 의지에 부합할 때 사용되지 않는다.”

동 법원은 또한 후견인은 후견법원의 허가를 받아야만 의사측에서 제안하는 삶을 유지 혹은 연장시키는 조치들에 대한 동의를 유효하게 거부할 수 있다고 하고 있다. 그리고 후견법원의 결정관할은 민법 제1904조의 기계적인 적용을 통해서가 아니라 후견권의 피할 수 없는 요청에서 도출된다고 파악하였다. 동 판결 이후에 치료행위거부를 위한 환자지시서가 근본고통이 아직은 되돌릴 수 없는 죽음의 궤도에 진입하지 않은 경우에도 구속력이 있는가 하는 문제가 제기되었으며, 또한 동 판결은 2009년 환자지시서법을 제정하는 동력을 제공했다.

① 사건개요

당사자는 2000년 11월 29일 심근경색의 결과 apallisches Syndrom⁶¹⁾의 미에서의 산소결핍성 뇌손상(hypoxischer Gehirnschaden)을 입었고 위장호스(PEG-Sonde)를 통하여 영양공급을 받았다. 환자와의 접촉은 불가능하였다.

환자를 치료했던 병원의 제안에 따라 지방법원지원(Amtsgericht)은 2001년 1월 18일 결정으로 “당사자의 건강을 살피고 관청과 시설에 대하여 대리를 하기 위하여” 소송의 참여자인 당사자의 아들을 후견인으로 지정했다. 이 아들은 2002년 4월 8일에 지방재판소 지원에 그의 아버지를 위한 위장호스를 통한 영양공급을 중단할 것을 신청하였는데 그 이유는 자기 아버지의 상태호전이 기대될 수 없고 위장호스를 통한 영양공급중지

61) Das Apallische Syndrom은 심한 뇌손상을 통해 발생하는 신경학에서 나타나는 질병이다. 이 경우 대뇌의 전부 혹은 대부분의 기능이 상실되고 간뇌(Zwischenhirn), 뇌지주(Hirnstamm), 척수(Rückenmark)의 기능은 남아있다. 이를 통해 환자가 깨어있지만 의식이 없을 개연성이 매우 크며, 주위환경과는 매우 제한적으로만 (예컨대 바잘레 자극을 통해, z. B. durch Konzepte wie die Basale Stimulation)소통할 수 있다. http://de.wikipedia.org/wiki/Apallisches_Syndrom.

가 이전에 그의 아버지가 말한 것과 부합하기 때문이라는 것이었다. 아들은 이를 위해 기계로 작성되었으며 장소, 날짜 서명이 있는 환자의 사전지시서를 제출하였다. 동 사전지시서에는 인공호흡, 혈액투척, 장기이식, 심폐기구장착, 음식공급 등을 하지 말고 단지 필요하면 공포와 고통을 경감시키는 조치만을 취할 것 등의 내용이 들어 있었다. 그리고 신뢰할 수 있는 사람으로 아내, 딸, 이 사건의 참여자인 아들을 명시하였다. 아내와 딸은 사건 당사자의 의견을 찬성하고 지지하였다.

지방법원 지원은 법적인 근거가 없다는 이유로 후견인의 이러한 신청을 거부하였다. 이 판결에 대해 사건당사자가 주재판소에 항소하였으나 기각 당하였고 쉴레스빅-홀쉬타인의 주고등법원에 상고를 하였다. 동 고등법원도 또한 상고를 기각하고자 하였으나 몇 개의 주고등법원의 판결들⁶²⁾로 인해 쉽게 기각할 수는 없는 상황이었다. 쉴레스빅-홀쉬타인의 주고등법원은 § 28 Abs. 2 FGG(Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit)에 의거하여 연방최고법원에 결정을 요청하였다.

② 연방최고법원의 판결내용

동 법원판결의 주요내용은 다음과 같이 정리될 수 있다.

첫째, 한 환자가 동의능력이 없고 그의 근본적인 고통이 되돌릴 수 없는 죽음의 과정에 진입을 하였고, 환자가 이전에 소위 환자의 사전지시서의 형식으로 표명한 의지에 상응한 것이라면 삶을 유지시키거나 삶을 연장시키는 조치들은 취해지지 않는다는 것이다.

동 법원은 이것을 인간의 존엄으로부터 도출하였다. 동 법원의 견해에 따르면 환자의 동의능력 있는 상태에서 행해진 자기결정권은 그가 더 이상 자신의 책임 하에서 결정을 내릴 수 없는 상태에서도 또한 존중이 되

62) Beschlüsse des Oberlandesgerichts Frankfurt vom 15. Julie 1998 -20 W 224/98- FamRZ 1998, 1137; Beschlüsse des Oberlandesgerichts Frankfurt vom 20. November 2001 -20W419/01- FamRZ 2002, 575; Beschlüsse des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 29. Oktober 2001 -19Wx21/01- FamRZ 2002, 488. 이 사례들에서 사건을 담당한 주고등법원들은 자신이 더 이상 직접 결정할 능력이 없는, 되돌릴 수 없는 뇌손상을 입은 당사자들의 Betreuer의 위호스를 통한 음식공급에 대한 중단에 대한 동의는 § 1904 BGB의 규정에 유추하여 후견법원(vormundschaftsgerichtliche)의 허가를 필요로 한다.

며, 만일 이러한 환자의 의사를 확정할 수 없다면 그러한 조치의 허용에 여부에 대한 판단은 환자의 추정적인 의사, 예컨대 가치관 삶의 결정, 신념 등으로부터 개별적으로 조사될 수 있다는 것이다. 동 법원은 따라서 환자의 의사에 반하여 행하여진 처치는(이것이 위장튜브를 통해 몸속으로 투입이 되는 강제취식(Zwangsernährung)과 같은 경우) 법에 반하는 행위이고, 환자는 민법 제 823 제 1항과 결부된 제1004조 제1 항 2문 규정을 유추하여 이러한 행위의 중단을 요구할 수 있는데, 이러한 중단이 죽음을 초래하게 되는 경우에도 그러하다는 견해를 나타내고 있다. 즉 자기의 신체에 대한 결정을 위한 환자의 권리는 생명을 유지시키는 작용을 할지라도 강제적 처치를 불허하며, 돌이킬 수 없는 죽음의 과정에 진입한 경우 환자의 사전지시서는 지시서의 작성자가 인식할 정도로 지시서로부터 벗어나지 않았다면 어떠한 경우라도 구속력이 있다고 하는 것이다.

둘째, 환자를 위하여 후견인이 선임이 된 경우에, 이 후견인은 의사와 간호인에 대하여 자신의 책임 하에서, 그리고 민법 제1901조의 규정에 따라서 환자의 의사를 존중하여야 한다는 것이다.

동 법원은 환자의 사전지시서는 구체적인 처치상황을 위한 환자의 의지가 분명하고 확실하게 확정이 될 수 있으면 구속력이 있다고 판시하였고, 기타 다른 경우에 환자지시서는 의사, 후견인, 임의대리인(Bevollmächtigten)을 위해 다음과 같은 경우에 구속력이 있다고 보았다:

- ① 지시서의 작성자가 인식할 정도로 지시서로부터 벗어나지 않았을 때
- ② 환자의 사전지시서가 환자가 동의능력(결정능력)이 있을 때 작성된 것일 것
- ③ 이밖에도 가능하다면 지시서는 일정하게 시간을 두고 서명을 통해 새로이 승인될 것이며 새로운 처치방법들이 가능하면 명시적으로 제외되거나 인정이 되어야 한다.

동 법원은 환자의 사전지시서가 동의능력이 있는 상태에서 작성되어야만 법적효력이 있다는 점을 명확히 하였다. 동 법원에 따르면 동의능력은 환자가 그의 결정의 영향력을 인식하고 이와 관련하여 그의 의지를 자유

롭게 결정할 수 있는 것이라고 이해되며 업무능력과는 관련이 없는 것이다. 또한 동 법원은 환자의 사전지시서는 후견인을 구속하므로 후견인은 자신의 고유의 책임 하에서 민법 제1901조의 규정에 따라 환자의 의사가 의사와 간호인에 대하여 효력을 갖도록 하여야 하며, 만일 환자의 사전지시서가 후견인의 양심과 모순이 되어 그에게 기대할 수 없을 정도로 부담을 주어도 그는 환자의 의사를 우선시해야 한다는 견해를 피력했다. 그리고 임의대리인도 당연히 환자의 사전지시서에 구속이 된다고 보았다. 동 법원은 또한 후견인은 후견법원의 동의를 얻어서 의사측에서 제안한 생명을 유지하거나 연장하는 처치에 대한 그의 동의를 유효하게 거부할 수 있다고 판시했다. 그리고 만일 처음부터 그러한 의학적 치료가 필요하지 않아서이든, 또는 그러한 치료가 의미가 없어서이든, 혹은 기타의 이유로부터 그러한 것이 가능하지가 않아서이든 간에 의사측에서 그러한 처치나 후속처치를 더 이상 제안하지 않는다면 후견인의 동의나 후견법원의 동의는 더 이상 여지가 없게 된다고 판시하였다.

IV. 2009년 환자의 사전지시서법의 내용

1. 민법상 성년후견법의 도입과 개정과정

1992년 1월 1일부터 발효하게 된 독일 민법상 후견법은 성년 및 심신미약자(Gebrechlichkeitspflegschaft)에 대한 후견(Vormundschaft)대신에 성년후견(Betreuung)이라는 새로운 법적 도구를 장비하였다.⁶³⁾ 이는 독립된 하나의 법이 아니고 민법 제4권 가족법에 속해 후견법(Betreuungsrecht) 규정으로 제1896조부터 제1908조가 삽입된 것을 통상 일컫는 것이다. 동 후견법을 통하여 성년후견제도가 도입 되었고, 관련 절차법 중 금치산선고절차와 관련된 독일 민사소송법(ZPO)⁶⁴⁾의 일부 규정과 장애인 보호와 관련

63) 독일에는 이전에 성인에게 금치산선고가 내려졌을 경우 성인을 위한 후견제도인 Vormundschaft 는 더 이상 존재하지 않는다. Vormundschaft 대신에 1992 1월 1일부터 법정 성년후견제도가 도입되었다 (§§ 1896 - 1908i BGB).

64) Zivilprozessordnung, Ausfertigungsdatum: 12.09.1950. 공식 인용시에는 “Zivilprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. Dezember 2005 (BGBl. I S. 3202; 2006 I

된 비송사건절차법(FGG)⁶⁵의 일부가 개정되었다.

후견법은 2009년 현재까지 총 3회의 개정이 있었다. 제1차 후견법은 1999년 1월 1일에 효력을 발효하였는데 무엇보다도 후견인의 보수를 구체화하였고, 사전대리(Versorgungsvollmacht)를 강화하였다. 그러나 이에 대한 개정의 필요성이 꾸준히 논의 되어 연방법무장관이 임명한 “연구반”이 2004.11.1에 그의 보고서에서 환자의 사전지시서를 위한 초안을 제출했다. 이와 동시에 라인란트-팔츠주의 생명윤리위원회(Bioethik-Kommission RPF)와 연방의회의 “윤리와 현대의학법” 전문연구위원회(Enquete-kommission “Ethik und Recht der modernen Medizin” des Bundestages)가 죽음조력에 관한 자세한 보고서를 제출하였다. 제2차 개정⁶⁶은 2005년 4월 21일에 이루어 졌다.

오래전부터 형사법원은 소극적 죽음조력⁶⁷인 환자의 소망에 따라 생명을 유지시키는 조치들의 중단뿐만 아니라 간접적 죽음조력⁶⁸인 의학적으로 제공되고 환자의 동의를 얻어 이루어지는 부작용으로 삶을 단축시키는 진통제 또는 다른 의약품들의 제공도를 원칙적으로 허용된다고 하였다. 이후에 논의는 만일 인정이 된다면 어떠한 전제조건 하에서 대리인이 생명을 유지시키는 조치들의 중단을 요구하고, 누가 어떠한 방식으로 그의 의료행위와 관련된 사전배려를 할 수 있는지 하는 것으로 이루어졌다. 이러한 문제들에 대해 여러 고등법원에서 판결을 하였고, 그 판결에 대한 논란은 ‘제3차 후견법개정법’ 논의를 촉발하였다. 제3차 후견법개정법을 통한 후견법 개정은 그 핵심적 내용으로 환자의 자기결정권을 강화하는

S. 431; 2007 I S. 1781), das durch Artikel 1 des Gesetzes vom 30. Juli 2009 (BGBl. I S. 2474) geändert worden ist”라 함.

65) Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Ausfertigungsdatum: 17.05.1898. 공식 인용시에는 "Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 315-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 6 des Gesetzes vom 12. März 2009 (BGBl. I S. 470) geändert worden ist"라 함.

66) Fassung aufgrund des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrecht(Zweites Betreuungsrechtsänderungsgesetz - 2. BtÄndG) vom 21.4.2005(BGBl. I S. 1073).

67) BGHSt 37, 376(379); 40, 257(259 ff.).

68) BGHSt 42, 301(305); 46, 279(284 f.).

환자의 사전지시서에 관한 내용을 담고 있어 통상 ‘환자 사전지시서법’이라고 불린다. 동 법은 2009년 6월 18일에 독일 연방의회를 통과하여 2009년 9월 1일부터 시행되고 있다. 이는 독일민법 제4권 가족법상의 후견법을 제3차 개정을 하여 환자지시서의 내용을 가진 § 1091a와 § 1091b를 삽입한 것을 이르는 것이다. 민법의 이러한 개정을 통해 기존의 § 1091a 조는 § 1091c로 변경되었다.⁶⁹⁾

2. 환자지시서법의 내용

(1) 환자지시서의 구속력(제1901a조)

환자의 사전지시서란 동의능력이 있는 성인이 문서의 작성 시에는 아직 급박하게 검진을 받을 건강상태가 아니지만 그의 동의무능력의 경우를 위하여 문서로써 그가 특정한 치료행위나 의사의 치료에 대해 동의를 하거나 이를 거부할 한다는 것을 확정 해놓은 것이다. 후견인은 피후견인이 행한 환자의 사전지시서상의 확정이 실제 그의 삶의 상황 및 치료 상황에 알맞은지를 조사하고, 만일 알맞다면 후견인은 피후견인의 의지를 존중해야 한다. 그리고 환자의 사전지시서는 언제든지 형식 없이 취소될 수 있다(제1항).

그러나 만일 환자의 사전지시서가 존재하지 않거나 환자의 사전지시서의 확정이 그의 삶의 상황 및 치료 상황에 알맞지 않으면, 후견인은 피후견인의 치료에 대한 소망이나 추정적 의사(mutmassliche Wille)를 확정해야 한다. 그리고 그 토대위에서 후견인은 제1901a조 제1항에서 말하는 의료적 조치들에 동의 할지 혹은 그것들을 거부할지를 결정해야 한다. 추정적 의사는 구체적인 근거들을 토대로 조사되어야 하는데, 특히 피후견인이 이전에 한 구두상 또는 서류상의 표현, 윤리적 또는 종교적 신념, 그리고 기타 개인적인 가치관 등이 고려된다(제2항). 이러한 제1항과 제2항 내용은 피후견인의 질병의 종류나 질병의 단계에 불문하고 유효하다(제3항). 그리고 어느 누구도 환자의 사전지시서를 작성하도록 의무지워져서는 안

69) 신옥주, 독일의 2009년 환자지시서법 고찰, 법령정보, 2009-0, 한국법제연구원, 제 52-55쪽 참조.

되며, 환자지시서의 작성이나 제시가 계약체결의 조건으로 되어서는 안 된다(제4항).

동조 제5항의 규정에 따라 제1항부터 제3항은 임의대리인에게도 유효하다.

(2) 환자의사 확정을 위한 대화(제1901b조)

치료를 담당하는 의사는 전체적인 상태와 환자에 대한 예측을 고려하여 어떤 의료적 조치들이 사전에 지시가 되었는지를 검사한다. 의사와 후견인은 이러한 조치들을 환자의사를 고려하여 제1901a조에 따라 행해져야 하는 결정을 위한 토대로 논의한다(제1항). 그리고 제1901a조 제1항에 따른 환자의 의사를 확정하거나, 또는 제1901a조 제2항에 따른 환자의 추정적 의사를 확정할 때 현저한 지체가 없이 이루어질 수 있다면 피후견인의 가까운 가족 및 친지들은 의사표시를 하기 위한 기회를 갖는다(제2항). 제1항부터 제2항은 임의대리인에게도 유효하다(제3항).

(3) 문서상 후견의 소망, 사전대리(제1901c조)⁷⁰⁾

어떤 사람이 그가 후견되는 경우를 위하여 후견인의 선발을 위한 제안들이나 후견을 실행(Wahnehmung)하기 위한 소망들을 서류로 표명했다면, 그러한 서류를 보관하고 있는 사람은 후견인 선출절차의 개시를 인식한 이후에는 그 문서를 지체 없이 후견법원에 제출해야 한다. 그리고 또한 이 문서의 소유자는 문서 속에서 당사자가 이러한 업무를 진행하기 위하여 그 사람을 사전에 임의대리인으로 했다는 것을 후견법원에 알려야 한다. 후견법원은 복사본이 제시를 요청할 수 있다.

(4) 의료적 조치에 있어서 후견법원의 허가(제1904조)

동조 제1항은 후견인의 건강상태 검사, 치료행위 또는 의료적 처치에 대한 피후견인의 동의에 관한 규정으로, 의료상의 조치로 인해 피후견인

70) 동 조항은 제3차 후견법개정법(Betreuungsrechtsänderungsgesetz)의 개정으로 인해 1901c 조로 바뀌었다.

이 사망하거나 또는 중하며 장기간 걸리는 건강상의 손해를 입게 되는 근거가 있는 위험이 존재할 때에 이에 대한 후견인의 동의는 후견법원의 허가를 받아야 한다고 하고 있다. 단서를 통하여서 후견법원의 허가를 통해 발생하는 치료 등의 지연이 피후견인의 위험과 결부된 경우에만 허가 없이 조치들이 취해질 수 있다고 하고 있다.

또한 후견인이 피후견인의 건강상태 검사, 치료행위 또는 의료적 처치에 대하여 동의하지 않거나 동의를 취소하는 경우에, 만일 그러한 의료상의 조치들이 의료적으로 이미 예정이 된 것이고, 그러한 조치를 행하지 않거나 그러한 조치가 중단되면 피후견인이 사망하거나 또는 중하며 장기간 걸리는 건강상의 손해를 입게 되는 근거 있는 위험이 존재할 때에도 역시 피후견법원의 허가를 필요로 한다(제2항). 만일 후견인의 동의, 부동의 또는 동의를 취소가 피후견인의 의사에 부합하는 것이라면 제1항과 제2항에 따른 허가가 주어져야 한다(제3항). 그러나 제1항과 제2항에 따른 후견법원의 허가는 후견인의 동의, 부동의, 또는 동의를 취소가 제1901a조에 따라 피후견인의 의사에 부합한다는 점에 후견인과 치료하는 의사 사이에 의견의 일치가 있으면 필요하지 않다(제4항).

그리고 제5항의 규정에 따라 위의 제1항부터 제4항의 규정들은 임의대리인에게도 유효하다. 임의대리인은 제1항 제1문 또는 제2문에서 말하는 조치에 대해 단지 대리권이 이 조치들을 명시적으로 포괄하고 서면으로 주어진 경우에만 동의하거나, 동의를 하지 않거나 또는 동의를 철회할 수 있다.

V. 결 론

환자가 죽음에 임박하여, 즉 되돌릴 수 없는 죽음단계에 진입한 환자에게 의사가 호흡기를 제거하거나 혹은 환자가 사전에 명시적으로 자기결정권을 행사한 경우에는 소극적 안락사의 인정은 논란의 여지가 없다. 환자의 자기결정권도 헌법상 인간의 존엄에서 도출이 되기 때문이다. 그러나 이러한 경우를 제외하고 본 글에서 다룬 ‘무의미한 연명치료장치제거

등' 제거 소송의 김 할머니나, 독일의 켐트너 사건의 E부인의 경우와 같이 죽음단계에 있지만 아직 되돌릴 수 없는 죽음단계에 진입한 것은 아닌 환자의 경우 생명연장장치의 제거를 위해서는 일정한 법이 정한 틀이 반드시 필요하다고 본다.

독일의 경우 1994년의 켐트너 사건과 2003년 환자의 사전지시서 사건을 거치면서 소극적 죽음조력에 대한 법적 안전장치를 마련하였다. 독일은 안락사법을 따로 마련하지 않고 2009년에 민법의 후견법안에 환자지시서법을 덧붙으로써 안락사문제를 해결하려고 하고 있다. 환자가 사전에 지시서를 작성하였으면 이는 헌법상 자기결정권 행사로 존중되어야만 하며, 후견인 및 임의 대리인은 이에 구속이 된다. 의사도 이 사전지시서에 따라 치료행위를 해야 한다. 그리고 환자지시서가 존재하지 않거나 환자지시서의 확정이 제의 삶의 상황 및 치료 상황에 알맞지 않으면, 후견인은 피후견인의 치료소망이나 추정적 의사(mutmassliche Wille)를 확정해야 하고, 그 토대위에서 후견인은 환자의 사전지시서에서 말하는 의료적 조치들에 동의 할지 혹은 그것들을 거부할지를 결정해야 한다. 추정적 의사는 구체적인 근거들을 토대로 조사되어야 하는데, 특히 피후견인이 이전에 한 구두상 또는 서류상의 표현, 윤리적 또는 종교적 신념, 그리고 기타 개인적인 가치관 등이 고려된다. 또한 의료적 조치에 있어서 후견법원의 허가가 필요하여서 후견인의 건강상태 검사, 치료행위 또는 의료적 처치에 대한 동의는 그러한 조치로 인해 피후견인이 사망하거나 또는 중하며 장기간 걸리는 건강상의 손해를 입게 되는 근거 있는 위험이 존재할 때에는 후견법원의 허가를 받아야 하고, 단지 이러한 허가로 인한 지체가 환자의 위험과 결부된 경우에만 허가 없이 조치들이 취해질 수 있다.

그러나 만일 동의, 부동의 또는 동의의 취소가 피후견인의 의사에 부합하는 것이라면 후견법원은 허가를 해주어져야 한다고 규정하고 있다.

우리 대법원은 최초로 소극적 안락사를 인정한 '무의미한 연명치료장치 제거 등'⁷¹⁾의 판결에서 환자의 사전의료지시서가 없는 상태에서 회복불가능한 사망의 단계에 진입한 경우에는 환자의 평소 가치관이나 신념 등

71) 대판 2009다17417.

에 비추어 연명치료를 중단하는 것이 객관적으로 환자의 최선의 이익에 부합한다고 인정되어 환자에게 자기결정권을 행사할 수 있는 기회가 주어지더라도 연명치료의 중단을 선택할 수 있을 것이라고 볼 수 있는 경우에는 그 연명치료 중단에 관한 환자의 의사를 추정할 수 있다고 보고 있다. 동 사건의 김씨(여)는 사전의료지시서를 작성하지 않았으며, 대법원은 가족이 한 진술, 예컨대 “항상 정갈한 모습을 유지하고자 하였다”, 혹은 병석에서 간호를 받아 살아가는 사람의 방송을 보며 “나는 저렇게까지 남에게 누를 끼치며 살고 싶지 않고 깨끗하게 이생을 떠나고 싶다.”, 남편의 임종 시 “내가 병원에서 안 좋은 일이 생겨 소생하기 힘들 때 호흡기는 끼우지 마라. 기계에 의하여 연명하는 것은 바라지 않는다.” 등의 진술을 토대로 연명치료의 중단에 대한 환자의 의사를 추정하고 있는 것이다.

확정적인 환자의 의사가 없는 경우 우리나라 대법원이 인정하고 있는 환자의의사의 추정은 환자에게 매우 불리하게 작용될 수 있다. 환자의 사전지시서에 관한 법 또는 소극적 안락사법 등이 미비되어 있고, 또한 민법⁷²⁾이 독일 민법상의 성년후견제와 같은 규정을 두고 있지 아니하고, 또 환자지시서법과 같은 안전장치, 즉 후견인의 의료행위 등에 대한 동의·부동의를 피후견인의 건강에 중대하고 장기적인 해를 초래할 위험이 있는 경우 후견법원의 허가를 요구하는 등의 법제를 마련하고 있지 않은 상황에서 환자의 의사추정이 악용 혹은 오용되어 환자에게 매우 불리하게 이용될 수 있는 것이다. 이것은 우리나라가 의료보장체계가 독일처럼 잘 정비되지 않아 의료비용이 매우 높다는 사실에서 잘 추측할 수 있는 것이다. 이러한 환경에서는 대부분의 경우 환자가 진정으로 존엄한 죽음을 맞이하기 위해 자유롭게 자기결정권을 행사한다고 보기는 어려울 것이며, 대부분은 경제적 이유로 인하여 연명치료 등을 거부하는 경우가 많

72) 우리 민법상 의료계약은 자기 스스로 결정을 내릴 수 있는 환자와의 계약을 상정하고 있다. 대법원도 자기결정권 및 신뢰관계를 기초로 하는 의료계약의 본질에 비추어 강제진료를 받아야 하는 등의 특별한 사정이 없는 한 환자는 자유로이 의료계약을 해지할 수 있고, 의료계약을 유지하는 경우에도 환자의 자기결정권에 보장되는 범위내에서 제공되는 진료행위의 내용의 변경을 요구할 수 있는 것으로 보고 있다. 대판 2009다17417.

을 것이다. 이처럼 의료환경이 열악한 상황에서 환자가 생전에 하였던 발언과 종교 등을 토대로는 환자의 추정적인 의사를 확보하고 이를 근거로 연명치료를 중단하는 것은 오히려 인간의 존엄에 반할 수 있다.

따라서 우리나라도 환자의 확정적인 의사표시나 환자의 사전지시서가 없는 경우를 위하여 안전장치를 마련하기 위한 입법이 필요하다고 본다. 이러한 점은 무의미한 연명치료장치제거 등 소송에서 기본권에 대한 중대한 사항은 법률로서 정해야 한다고 한 대법원의 판결문에서도 잘 나타나 있으며, 현재 국회에도 이러한 점을 인식하여 신상진 의원이 2009년 2월 5일 대표발의 한 ‘존엄사법 안’, 김세연의원이 2009년 6월 22일 대표발의 한 ‘삶의 마지막 단계에서 자연스러운 죽음을 맞이할 권리에 관한 법’, 그리고 김충환의원이 2008년 12월 9일 대표발의한 ‘호스피스·완화치료에 관한 법률안’이 발의되어 있다.

독일과 동일한 환자를 위한 성년후견인제도를 도입은 우리나라와 독일의 사회보장제도와 의료보험체계의 차이로 인해 어려울 것으로 보인다. 종국적으로는 우리나라도 의료비에서 해방되어 진정 존엄한 죽음을 자유롭게 선택할 수 있도록 사회보장제도와 의료보험체계가 개선되어야 한다고 본다. 그러나 우리나라의 환자의 자기결정권을 근거로 한 소극적 안락사를 인정하기 위한 입법을 하기 위해서 독일 민법상의 성년후견법과 환자의 사전지시서법, 그리고 법원의 허가라고 하는 틀을 고려할 여지는 있다고 본다. 즉 우리나라도 ‘소극적 안락사법안(가칭)’을 마련함에 있어서 이것을 먼저 성년후견제도와 연결하여, 의사능력이 있을 때 작성된 환자의 사전지시서의 법적 구속력을 확보하고, 환자의 사전지시서가 없는 경우 병원, 후견인, 후견법원이 환자의 존엄한 삶의 종결을 위해 판단을 하게 함으로써 최소한의 법적 안전장치를 갖출 수 있을 것이다.

주제어 : 무의미한 연명치료장치제거소송, 환자의 자기결정권, 환자의 의사추정, 안락사 입법논의, 독일의 환자의 사전지시서, 성년후견제도

참 고 문 헌

- 강을환, 연명치료중단과 헌법상 자기결정권, 대법원 헌법연구회·한국헌법학회 제56회 공동학술대회 “인간의 존엄·가치와 생명권”, 2009, 제120-121쪽.
- 노태헌, 연명치료 중단의 허부 및 허용요건 -대법원 2009.5.21. 선고 2009다17417 판결-, 대법원 헌법연구회·한국헌법학회 제56회 공동학술대회 “인간의 존엄·가치와 생명권”, 2009, 제60-61쪽.
- 성낙인, 헌법학, 2008, 제437쪽.
- 신옥주, 독일의 2009년 환자지시서법 고찰, 법령정보, 2009-0, 한국법제연구원, 제48-55쪽.
- Böckenförde, E. W., Anerkennung von Menschenwürde und Lebensrecht am Anfang und am Ende des Lebens, in: <http://www.donum-vital-freiburg.de/vortrag%20boeckenfoerde.pdf>.
- Braum, Stefan, Sterbehilfe in Luxemburg : Vorgeschichte, Inhalt und Auswirkungen des neuen Gesetzes, in: www.ev-akademie-tutzing.de/doku/programm/geyit.php?
- Deutsche Ärztkammer, Grundsätze der Bundesärztkammer zur ärztlichen Sterbebegleitung, Deutsches Ärzteblatt Jg. 101, Heft 19, 7. Mai 2004.
- Deutsche Ärztkammer, “Richtlinie für die Sterbehilfe” u. Kommentar zu dieser Richtlinie, Deutsches Ärzteblatt 1979, 957 ff; aktualisierte Fassung vom Juni 1993 in Deutsches Ärzteblatt 1993, B-1791, 1792.
- Duttge, Gunnar, Rechtliche Typenbildung: Aktive und passive, direkte und indirekte Sterbehilfe, in: Kettler, Dietrich/ Simon, Alfred/ Anselm, Reiner/ Lipp, Volker/ Duttge, Gunnar(Hg.), Selbstbestimmung am Lebensende, Uni. Verlag Göttingen, 2006, S. 39 ff.
- Glaeser, Schmitt, Handbuch Staatsrecht VI, S. 63.
- Gutmann, Thomas, Der eigene Tod -Die Selbstbestimmung des Patienten und der Schutz des Lebens in ethischer und rechtlicher Dimension, S. 2.

http://www.medizin-ethik.ch/publik/der_der_eigene_tod.htm.

Grübel, Markus, Bericht aus Berlin -Neues zum Betreuungsrecht- Vortrag auf dem 40. Kongress der Bezirksärztkammer Nordwürttemberg am 28. Januar 2005 in Stuttgart, in: <http://www.aerztekammer/bw.de/25/15/medizin05/B05/1.pdf>.

Hinterhuber, Hartmann/Meise, Ullrich, Sterbehilfe-Bestrebungen in europäischen Ländern, 8. Jahrestagung der Österreichischen Gesellschaft für Psychiatrie 2008, in: www.oegpp.at/dokumente/Sterbehilfe.doc

J. Hoff/ J. in der Schmitt, Zur Geschichte des "Hirntod"-Kriteriums, in: <http://www.dober.de/ethik-organspende/hitodkritik.html>.

Knopp, Lothar/Schulter, Wolfgang(Hrsg.), Sterbehilfe-Tabuthema im Wandel?, 2004, S. 61.

Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, Schwerpunkte, 7. überarbeitete Auflage, 1991, S. 102.

Schulze-Fielitz, Helmuth, in: Dreier, Horst(Hrsg.), GG -Kommentar 2. Aufl.

Schmidt-Jortzig, Edzard, / von Klaeden, Eckart, Leichnam bekommen kein Fiber, in:<http://www.dober.de/ethik-organspende/hitodkritik.html>

Schmidt-Jortzig, Edzard, Wann ist Mensch tot?, 1999, S. 7 f.

Schulze-Fielitz, Helmuth, in: Dreier, Horst(Hrsg.), GG -Kommentar 2. Aufl., Art. 2 II, Rn 31.

Sterbebegleitung: Grundsätze der Bundesärztkammer zur ärztlichen Sterbebegleitung, in: <http://www.hospizdienst-Wetterau.de/Grunds%c3%>

63. Deutschen Juristentag, Leipzig 2000, Band II/ I Referat K 29/34.

http://de.wikipedia.org/wiki/Apallisches_Syndrom

<http://de.wikipedia.org/wiki/Sterbehilfe>.

<http://www.aerzteblatt.de/nachrichten/35837>

<http://hpd.de>

<http://de.wikipedia.org/wiki/Sterbehilfe>

Rechtsvergleichende Studie über passive Sterbehilfe -Unter Berücksichtigung der deutschen Fällen und des Patientenverfügungsrechts von 2009-

Shin, Ok-ju*

Im Jahr 2009 erkannte Koreanischer Oberster Gerichtshof in seinem Beschluss von “Unterlassungsklage über bedeutungslose lebenserhaltende ärztliche Behandlung” erstes Mal in seiner Geschichte die passive Euthanasie an. Er behauptete, dass unter der Berücksichtigung des Patientenwillens die Unterlassung der lebenserhaltenden ärztlichen Behandlung verfassungskonform sei. Als Voraussetzungen dafür nannte er (a) ein Patient hat keine Möglichkeit für die Genesung mehr, (b) seine wichtige Funktionen von Organen sind, die mit dem Leben eng zusammenstehen, irreparabel, (c) er wird in kürzer Zeit sterben. Dieser Urteil wurde vor allem kritisiert, weil das Gericht hinsichtlich des mutmasslichen Willen des Patienten, der hauptsächlich aufgrund von Aussagen ihrer Familienangehörigen und ihrer Religion etc. festgestellt wurde, das künstliche Beatmungsgerät entfernen liess.

In Deutschland wurde das Betreuungsgesetz in BGB 1992 eingeführt und 2009 durch 3. Betreuungsgesetzänderungsgesetz “das Patientenverfügungsgesetz” zugefügt. Das Patientenverfügungsgesetz beinhaltet Folgendes: (a) Patientenverfügung ist rechtlich bindlich. Wenn sie vorhanden ist, sind Betreuer und Bevollmächtigte sie zu folgen. (b) Wenn sie nicht vorhanden ist, kann der mutmasslichen Willen der Patienten festgestellt werden. (c) Wenn ein Erlaubnis bzw. kein Erlaubnis für ärztliche Behandlung von Betreuer oder Bevollmächtigte dem Patienten lang dauernde gesundheitliche Schädigung zufügt oder sein Leben ins tödliche Gegahr bringt, muss Betreuer oder Bevollmächtigte ein Erlaubnis vom Vormundschaftsgericht hohlen.

Allen Patienten ist das Selbstbestimmungsrecht gewährleistet, das man von

* Dr. jur. Korea Legislation Reserch Institute

Menschenwürde in Art. 10 KV ableitet. Wenn man seine Bestimmung für ärztliche Behandlung im einwilligungsfähigen Zustand festgestellt hat, muss ihr gefolgt werden, nachdem er einwilligungsunfähig geworden ist. Aber wenn ein Mensch keine Bestimmung für seine zukünftige ärztliche Behandlung festgestellt hat, und wenn mit allen objektiven Fakten sein Wille nicht festgestellt werden kann, wäre es gegen Menschenwürde, nur aufgrund von den Aussagen ihrer Familienangehörigen und ihrer Religion etc. seinen mutmasslichen Willen festgestellt wird, und infolge dessen die lebenserhaltende Massnahmen unterlassen werden. Für solchen Fall muss ein Sicherungsmechanismus für Patienten entwickelt werden. Dafür bietet das Patientenverfügung und Betreuungsgesetz Deutschlands ein gutes Modell.

Stichwörter: Unterlassung für bedeutungslose lebenserhaltende Behandlung, Selbstbestimmungsrecht der Patienten, mutmasslicher Wille der Patienten, Rechtsetzungsbedarf, Patientenverfügung in Deutschland, Betreuung

