

미국헌법상 '죽을 권리'의 근거에 관한 일고찰

金明植*

I. 서	IV. '죽을 권리'의 헌법적 근거로서 수정 헌법 제9조
II 안락사와 '죽을 권리'	1 수정헌법 제9조의 제정목적
III. 미연방대법원 판례에 나타난 '죽을 권리'의 헌법적 근거	2 '죽을 권리'의 헌법적 근거로서 수정 헌법 제9조
1 소극적 안락사	V. 결
2 의사조력자살	
3 소결	

I. 서

최근 세계 각국에서 자신의 죽음의 방법과 시기를 결정할 수 있는 근본적 자기결정의 권리로서 '죽을 권리'(Right to Die)에 관한 논의와 더불어 안락사(Euthanasia)에 대한 논의가 다양한 분야에서 활발히 진행되고 있다. 이와 같은 경향은 우리나라도 예외는 아니어서 의학계·철학계·법학계 등 범학파적인 논의가 활발히 진행되고 있으며, 이제는 학술적인 논의 차원을 넘어 의료현실에서 안락사 허용에 대한 일정한 기준을 마련해야 한다는 주장과 함께 의료계의 실무지침으로서의 성격을 갖는다고 할 수 있는 대한의사협회의 의사윤리지침에서는 "진료의 중단," "의사조력자살," "안락사" 등 3가지 용어를 사용하여 이 문제에 대한 일정한 기준을 제시하고 있다.¹⁾ 이 기준을

* 성균관대학교 비교법연구소 선임연구원(법학박사·LL.M.)

1) 대한의사협회 의사윤리지침 (2001. 4. 19. 제정, 2001. 11. 15. 공포)

제30조 (회복불능환자의 진료중단) ①의사는 의학적으로 회생의 가능성이 없는 환자의 경우라도 생명유지치료를 비롯한 진료의 중단이나 퇴원을 결정하는 데 신중하여야 한다 ②의

보면, 이른바 소극적 안락사는 허용되어야 한다는 방침을 천명하고 있는 반면, 의사조력자살(Physician-Assisted Suicide)을 포함한 적극적 안락사는 금지되어야 한다고 규정하고 있어 생명의 중단 내지 종료와 관련된 의사의 윤리내용에 대한 1차적인 판단기준을 나름대로 제시하고 있다고 보여진다.

그런데, 이러한 안락사에 대한 사회학적 내지 철학적 찬반논쟁을 헌법적 시각에서 더듬어보면, 안락사에 대한 권리나 또는 이른바 '죽을 권리'를 헌법상의 기본적 권리, 즉 헌법상 보장되는 광의의 자기결정권의 범주에 속하는 권리로 이해하면, 과연 이러한 권리가 정당한 국가목적에 의하여 제한될 수 있는가의 문제로 변환시킬 수 있을 것이다. 이와 같이 안락사에 관한 논쟁이 헌법상 보장되는 기본권과 관련하여 수많은 논의의 대상이 되고 있지만, 본고는 '죽을 권리'가 헌법상 보장되는 기본권이라고 할 때 과연 그 근거가 되는 기본권조항이 무엇인가의 문제에 초점을 맞추고 있다. 그 중에서도 케보키언 사건²⁾을 비롯해서 이른바 '죽을 권리'운동(Right to Die Movement)

학적으로 회생의 가능성이 없는 환자의 자율적 결정이나 그것에 준하는 가족 등 환자 대리인의 판단에 의하여 환자나 그 대리인이 생명유지치료를 비롯한 진료의 중단이나 퇴원을 문서로 요구하는 경우, 의사가 그러한 요구를 받아들이는 것은 허용된다 ③의사의 충분한 설명과 설득 이후에도 환자, 또는 가족 등 환자의 대리인이 회생의 가능성이 없는 환자에 대하여 의학적으로 무익하거나 무용한 진료를 요구하는 경우, 의사는 그것을 받아들이지 않을 수 있다.

제58조(안락사 금지) ①'안락사'라 함은 환자가 감내할 수 없고 치료와 조절이 불가능한 고통을 없애기 위한 목적으로 환자 본인 이외의 사람이 환자에게 죽음을 초래할 물질을 투여하는 등의 인위적·적극적인 방법으로 자연적인 사망 시기보다 앞서 환자를 사망에 이르게 하는 행위를 말한다. ②의사는 '안락사'에 관여하여서는 아니된다

제59조(의사조력자살 금지) ①'의사조력자살'이라 함은 환자가 자신의 생명을 끊는 데 필요한 수단이나 그것에 관한 정보를 의사가 제공함으로써 환자의 죽음을 촉진하는 것을 말한다 ②의사는 '의사조력자살'에 관여하여서는 아니된다.

2) 케보키언(Jack Kevorkian) 박사는 1990년 4월 알츠하이머병을 앓고 있던 애드킨스(Janet Adkins) 부인을 미시건(Michigan)주의 한 공원 내에서 자신의 폭스바겐 안에서 자신이 고안한 자살기계를 이용하여 안락사 시킨 것을 시작으로 130명 이상을 안락사 시킴으로써 죽음의 의사로 불리며 최근 몇 년간 그는 미국 언론의 관심을 끌어들였다 그가 처음으로 시행한 안락사로 인해 그는 살인혐의로 기소됐으나 오리건(Oregon)주에 자살협조금지법이 없다는 이유로 기각되었다. 그러나 그는 1991년에 의사면허를 박탈당하게 된다 그는 의사조력자살을 수행하기 위해 1989년에 자신의 첫 번째 자살기계를 제작했는데, 이 기계는 환자가 방아쇠를 당기면 식염수가 정맥에 주사되면서 환자는 서서히 식염수 대신에 60초 타이머가 부착된 마취제 주사가 작동되는 장치로 바꿀 단추를 누르도록 되어 있었다. 지난 1990년 이후로 안락사 옹호 캠페인을 펼쳐온 이래 8년 동안 시한부 환자들의 요청에 따라 130건의 안락사를 행하였고, 이로 인해 6차례에 걸쳐 州정부에 의해 기소되었지만 4차례의

을 전개해서 세간의 이목을 끌었던 미국에서의 '죽을 권리,' 특히 의사조력자살에 대한 권리의 헌법상 근거가 무엇인가를 고찰하는 것을 주목적으로 한다.

이에 대한 미연방대법원(이하 "대법원"이라 함)의 전통적 해석론은 수정헌법 제14조의 적법절차조항을 근거로 이른바 프라이버시권(Right to Privacy)을 '근본적 권리'(Fundamental Right)로 인정하여 왔고, 소극적 안락사로서 '죽을 권리'도 바로 여기에서 그 헌법적 근거를 찾고 있었다. 그러나 대법원은 1997년 두 사건에서 적극적 안락사의 한 유형이라고 할 수 있는 '의사조력자살'에 대한 권리는 수정헌법 제14조상의 적법절차조항을 통해 보호받을 수 있는 근본적 권리가 아니라고 판시하였고, 이에 대한 반향으로 '죽을 권리'운동의 확산과 더불어 새롭게 진행되고 있는 '죽을 권리'의 헌법상 근거에 관한 논의를 고찰해보고자 한다.

II. 안락사(Euthanasia)와 '죽을 권리'(Right to Die)

죽을 권리와 관련된 개념을 논함에 있어 수많은 장애물 중 하나는 적절한 용어의 선택과 그 용어의 사용법이다 죽을 권리와 밀접히 관련되어 논의되고 있는 안락사(Euthanasia)는 '좋은(good) 또는 편안한(well)'을 의미하는 그리스어 Eu-와 '죽음(death)'을 의미하는 그리스어 Thanatos가 결합되어 만들어진 용어에서 그 기원을 찾을 수 있으며, 따라서 그 의미는 말기 환자가 삶의 마지막 순간을 보내는 동안 가능한 최대한으로 자유롭고 존엄하게 자신의 죽음의 시기와 방법을 결정하게 한다는 자비롭고 윤리적 관행을 지칭하는 것으로서 "치유불가능한 질병이나 상태로 고통받고 있는 사람에게 자비를 베풀어 편안하게 죽게 하는 행위"³⁾로 정의해 볼 수 있겠다. 이

재판에서 모두 무죄 석방됐다 그가 그 동안 매년 무죄로 풀려날 수 있었던 것은 자신이 직접 환자들에게 일산화탄소나 화학물질 등을 주입하지 않고 환자들이 스스로 자살기계의 스위치를 눌렀기 때문이었다. 1998년 9월 17일 케보키언 박사가 토마스 유크(Thomas Youk, 52세)라는 루게릭병 말기 환자가 휠체어에 앉은 상태로 케보키언이 수면제를 먹인 뒤, 근육완화제를 투여해 폐기능을 정지시키고 마침내 극약으로 심장을 멎게 하는 장면이 미국 CBS 방송에 방영되었는데, 인터뷰에서 그는 직접 자신의 독극물 투입을 시인하고 안락사 현장을 공개하면서 "당국은 나를 반드시 기소해야 한다. 안락사 문제에 대한 법의 판단이 내려져야 하기 때문"이라고 밝혔다. 같은 해 11월 25일 그는 통제약품(Controlled Substance)을 이용해 유크의 죽음을 도왔다는 이유로 살인죄로 기소되어, 1999년 3월 26일 배심원들에 의해 2급 살인혐의로 유죄평결을 받은 후 동년 4월 13일에 10년 이상 25년 이하의 징역형을 선고받았다(임종식, 생명의 시작과 끝, 도서출판 로템나무, 1999, 347면)

3) BRYAN A. GARNER(ed), BLACK'S LAW DICTIONARY (7th ed.) 575 (1999).

와 같은 안락사란 용어는 ‘어떠한 형태든 죽음을 앞당기는 모든 행위’의 의미로 보다 일상적으로 사용되고 있으며, 특히 광의로는 환자 자신에 의해서든 친구, 부부, 자녀 또는 사회복지사 등에 의해서든 ‘자연적 死期보다 더 먼저 죽음을 초래하는 모든 방법’을 포함한다 따라서 안락사는 여러 가지 기준에 따라 다양하게 분류해 볼 수 있는데, 안락사에 대한 당사자의 意思가 존재하였는가 여부에 따라 자발적 안락사(Voluntary Euthanasia)⁴⁾·비자발적 안락사(Involuntary Euthanasia)⁵⁾ 반자발적 안락사(Non-voluntary Euthanasia)⁶⁾ 등으로, 안락사의 행위형식에 따라 적극적 안락사(Active Euthanasia)⁷⁾·소극적 안락사(Passive Euthanasia)⁸⁾로 유형화시킬 수 있다.⁹⁾¹⁰⁾ 그러나 본고에서 논의대상이 되는, 즉 ‘죽을 권리’의 대상이 되는 안락사는 법적인 의미를 가질 수 있는 자발적 안락사에 한정되는데, 다만 자발적 안락사는 행위유형에 따라 소극적 안락사·적극적 안락사로 나누어 볼 수 있으며, 특히 적극적 안락사는 당사자의 요청에 따라 의사가 직접 치명적 약물의 주사함으로써 환자가 죽음에 이르른 경우와

-
- 4) 생명 주체의 자발적 의사에 따르는 안락사를 말하는 것으로, 이를 다시 생명 주체의 명령, 의뢰 또는 신청 등의 적극적 요구에 의하여 이루어지는 것을 의뢰적 안락사로, 적극적으로 원하는 것은 아니나 안락사를 승낙하여 이루어지는 경우, 즉 적극적인 의사에 의한 것이 아니라 소극적인 의사에 의한 경우를 승인적 안락사로 구별할 수도 있다
 - 5) 충분한 의사능력이 있는 생명 주체가 적극적으로 반대하는 데도 불구하고 이에 반대하여 시행자가 실시하는 안락사로, 일명 강제적 안락사라고 하며 이는 어떠한 이유에서든 합법화되기는 어렵다고 본다
 - 6) 생명 주체가 의사를 표시할 수 없거나 그 표현이 불가능한 경우, 또는 가능하다 할지라도 외부에서 이를 이해할 수 없을 때, 즉 표현되고 있으나 시행자에게 정확히 전달되지 않을 때와 같이 불충분한 의사능력 또는 그와 사실상 동일한 결과를 발생하게 되는 이유로 당사자의 의사에 명확하게 부합되지 않는 상황에서 시행되는 안락사를 말하며, 이 또한 합법화되기는 어려울 것이다.
 - 7) 행위자가 어떤 생명 주체의 고통을 완화시킬 목적으로 ‘적극적인 처치(작위)’(예를 들어, 혈관에 공기를 주입하여 공기전색을 야기시켜 사망케 하는 경우)에 의하여 행해지는 안락사로 작위적 안락사라고도 한다
 - 8) 사기가 임박하고 현재의 의료기술로 불치의 환자, 특히 지속적 식물상태(PVS Persistent Vegetative State)에 있는 생명 주체에 대하여 생명유지에 필요한 의료처치를 취하지 않거나 이미 부착된 인공생명유지장치를 제거하는 경우를 말한다.
 - 9) GARNER(ed), supra note 3, at 575
 - 10) 이 밖에도 생존의 윤리성에 따라 자비적 안락사(Beneficent Euthanasia)·존엄적 안락사(Euthanasia with Dignity)·도태적 안락사(Selective Euthanasia)로 구별하기도 한다.

의사가 환자 스스로 복용할 수 있도록 치명적 약물을 처방해주는 의사조력자살의 경우로 나눌 수 있는 바, 환자의 시각에서 볼 때 전자는 “수동적 안락사”가 되고, 후자는 “능동적 안락사”가 될 것이다.¹¹⁾ 이와 같이 다양한 기준에 의한 여러 가지 안락사의 개념이 혼돈스럽게 사용될 수 있기 때문에 이른바 ‘죽을 권리’의 문제는 보통 치료 중단을 의미하는 소극적 안락사와 의사조력자살 및 적극적 안락사를 대상으로 고찰되어야 할 것이다.

이와 같이 ‘죽을 권리’는 당사자의 동의나 요청에 따른 의사의 직접적인 극약주사뿐만 아니라 환자의 직접 복용을 위해 극약의 처방을 요구할 수 있는 권리를 모두 포함하고 있는데, 이러한 권리는 “편안한 죽음”의 여부와 시기를 결정할 수 있는 개인의 능력과 관련되며, 그 용어 자체는 안락사를 옹호하는 견해를 가진 사람들에 의해 ‘죽을 권리’를 인권의 범주 내로 포함시키려는 의도로 고안되었음을 어렵지 않게 짐작해 낼 수 있다.¹²⁾

미국에서는 일찍부터 소극적 안락사는 합법적인 것으로, 다시 말해 소극적 안락사에 대한 권리는 헌법상 보장되는 근본적 권리의 하나로 인정되었고, 1990년대 이후로 전개된 이른바 ‘죽을 권리’운동은 소극적 안락사의 합법화를 넘어 의사조력자살 또는 적극적 안락사까지 합법화하자는 방향으로 전개되고 있음을 고려할 때, 본고에서 다루고자 하는 죽을 권리는 소극적 안락사에 대한 권리와 함께 의사조력자살 및 적극적 안락사에 대한 권리를 포함하는 것으로 이해해야 할 것이다. 이하에서는 소극적 안락사와 의사조력자살에 대한 대법원판례의 경향을 검토함으로써 미국헌법상 ‘죽을 권리’의 근거에 관한 논의를 소개하고자 한다

III. 미연방대법원 판례에 나타난 ‘죽을 권리’의 헌법적 근거

1. 소극적 안락사

소극적 안락사는 호흡장치, 음식물공급관 그리고 생명유지처치(Life-Sustaining Medical Treatment) 등을 포함한 인공적인 생명유지체계를 제거함으로써 환자가 자연스럽게 죽도록 놓아두는 행위로서, 이것은 통상 의사가 환자나 대리인 등 의사결정

11) Lara L. Manzione, Is There A Right To Die? A Comparative Study Of Three Societies (Australia, Netherlands, United States), 30 GA. J. INT'L & COMP. L 443, 446 (2002).

12) Id at 445.

자의 요청에 따라 환자에게 생명유지치료를 관리하지 않거나 중단할 때 발생한다.¹³⁾

자발적 안락사의 하나로써 소극적 안락사는 의사조력자살과 달리 광범위하게 허용되고 있으며, 의료실제에서도 많이 실행되고 있으며, 몇몇 주법원은 소극적 안락사를 허용하는 판결을 내린 바 있다.¹⁴⁾ 소극적 안락사를 허용한 것으로 가장 널리 알려진 사건은 In re Quinlan 사건¹⁵⁾과 Cruzan v. Director, Missouri Department of Health 사건¹⁶⁾이다.

1) In re Quinlan 사건

In re Quinlan 사건에서, 뉴저지(New Jersey)州 대법원은 말기 환자나 그 대리인은 생명유지장치를 제거하거나 치료를 거부할 수 있는 권리를 헌법상 보호받는다고 판시하였다.¹⁷⁾ 생명유지장치에 의지하여 “지속적 식물상태”¹⁸⁾에 있었던 21세의 퀴란

13) Eugene Anne Gifford, Comment, *Artes Moriendi: Active Euthanasia And The Art Of Dying*, 40 UCLA L. REV. 1545, 1546 n.3 (1993).

14) 구체적인 사례는 David L. Sloss, Note, *The Right To Choose How To Die: A Constitutional Analysis Of State Laws Prohibiting Physician-Assisted Suicide*, 48 STAN L. REV. 937, 945 n.45 (1996) 참조.

15) 355 A.2d 647 (N.J. 1976)

16) 497 U.S. 261 (1990)

17) In re Quinlan, 355 A.2d at 664

18) “지속적 식물상태(PVS Persistent Vegetative State)는 1989년 9월 개최된 제41차 WMA (세계의사협회) 총회에서 채택된 설명에 따르면 다음과 같은 상태를 뜻한다. 의식상실이 몇 주 이상 지속될 경우, 신체가 식물적 생존유지에 필요한 기능만을 유지할 수 있기 때문에 PVS라고 하는데, 식물상태로부터의 회복은 그 상태가 시작된 지 처음 2-3일이나 몇 주 동안에 가능하지만 식물상태에 있는 많은 사람들이 수개월이나 수년간 영양과 그 밖의 치료를 제공받아야만 살아갈 수 있다고 한다. 식물상태의 지속은 뇌손상의 정도, 무의식상태의 기간, 증상의 경과에 대한 예후 등에 달려있는데, 혼수를 일으키는 사고 후 1-3개월 정도 지났을 때 발생한 지속적 식물상태에서 6개월이 될 때까지 증세가 서서히 나아지는 경우는 회복하다고 한다. 즉 3개월 동안의 식물상태 후에는 회복의 기회가 점점 적어진다는 것이다. 드물게 예외가 발생할 수 있지만, 이들은 혼수상태를 일으키는 손상으로부터 깨어난 후 잠시 후 다시 무의식상태로 빠지는 환자들이 대부분이며, 무의식상태가 6개월 이상 지속된다는 것은 뇌손상과는 상관없이 회복불가 또는 치명적인 불구가 확실하다는 것을 의미한다고 한다. 지속적 식물상태에 관한 전통적인 기준에 따르면, 50세 이상의 환자의 경우 6개월 이후의 의식회복은 매우 희박하지만, 적어도 12개월 동안은 무의식상태를 관찰

(Karen Quinlan)은 1975년 4월 15일 숨을 거두었다. 퀴란의 신체는 심장박동, 심폐 호흡, 소화 그리고 기본적인 운동신경반응 등 기본적 기능을 수행하고 있었지만 그녀는 주변환경을 인식할 수 없는 의식불명의 상태에 있었다. 회복가능성이 전혀 없다고 판단되자, 퀴란의 아버지는 뉴저지주 하급법원에 생명유지장치를 제거를 허용해 줄 것을 청구하였지만 기각당하였고, 이에 항소하였다.

뉴저지주대법원은 사람은 일정한 경우에 의료치료를 거부할 헌법상 권리를 가진다고 판시하였다. 이러한 권리는 프라이버시권에 근거를 두고 있다. 비록 헌법이 명시적으로 프라이버시권을 규정하지 않았지만, 뉴저지법원은 대법원이 *Griswold v. Connecticut* 사건¹⁹⁾에서 그 존재를 인정하였던 점에 주목하였다. 뉴저지주대법원은 *Roe v. Wade* 사건²⁰⁾을 인용하면서, “이러한 권리가 일정한 조건 하에서 임신을 종료할 여성의 결정을 포함할 만큼 충분히 광범위하다는 논리와 동일하게, 일정한 경우에 의료치료를 거부할 환자의 권리를 포함할 만큼 충분히 광범위하다”는 논리를 피력하였다.²¹⁾

동법원은 인간생명을 보호하여야 할 州의 이익과 개인의 죽을 권리를 형량하면서, “州의 이익은 약화되고 있는 반면, 신체침해의 정도가 강해지고 그 예측이 어려워질수록 개인의 프라이버시권은 점점 강화된다. 결국 개인의 권리가 州의 이익을 넘어서는 지점에 이르게 된다”²²⁾고 설명함으로써 환자가 의식을 회복할 합리적인 기회에 대한 예측을 강조하였다. 바로 이 회복가능성이 매우 낮은 경우에는 환자의 죽을 권리가 州의 이익을 능가하게 되었던 것이다.²³⁾

동법원은 프라이버시권이 환자의 의료처치거부권을 포함하고 있다고 판시하면서,

하여야 한다고 한다 그러나 이 지속적 식물상태의 정확한 병변부위와 그 특성은 아직 규명되지 않았고, 이의 진단을 위한 최소관찰기간에 관해서도 대체로 1-12개월로서 통일되지는 않았다. 이 지속적 식물상태의 경우 대부분의 환자는 임상적으로 개선의 여지가 없지만, 극소수의 환자는 의식을 회복하기도 한다고 한다.”(문국진, 생명윤리와 안락사, 여문각, 1999, 211-213면)

19) 381 U.S. 479 (1965)

20) 410 U.S. 113 (1973).

21) *In re Quinlan*, 355 A.2d at 663

22) *Id.*

23) Philip G Peters, *The State's Interest in the Preservation of Life: From Quinlan to Cruzan*, 50 OHIO ST. L.J. 891, 895 (1989) 참조.

그러한 의료처치거부를 선택할 권리는 환자의 충분한 의사능력에 근거하고 있으며, 동사건에서 켈란의 프라이버시권이 그녀를 대신해서 후견인으로 봉사하는 그녀의 아버지에 의해서 주장될 수 있다고 결론지었다²⁴⁾

동법원은 생명유지체계가 제거되기 전에 가족구성원과 의사 사이의 동의, 병원윤리 위원회의 승인 등을 포함하여 충족되어야 할 추가적인 요건들을 제시하였다. 이러한 요건들이 충족되기만 하면, 생명유지체계는 민사상 또는 형사상 책임 없이 제거될 수 있다.²⁵⁾

2) Cruzan v. Director, Missouri Department of Health 사건

자동차사고로 식물인간상태에 있던 크루잔(Nancy Cruzan)의 부모는 그녀가 의식을 회복할 가능성이 없음이 명백해지자 병원에 대해 인공영양공급장치를 제거해 달라고 요청하였다. 그 병원은 법원의 승인없이 생명유지장치를 제거하지 않으려 했기 때문에, 크루잔의 부모는 미조리(Missouri)州법원에 그 승인을 요청하였고, 종국적으로 미조리주대법원은 만약 크루잔이 충분한 의사능력을 가지고 있었다라면 치료를 거부했을 것이라는 점을 그녀의 부모가 적절하게 입증하지 못했고 따라서 병원으로 하여금 치료를 중단하도록 명령할 수 없다고 판시하였다.²⁶⁾

그런데 보통법상의 원칙인 정보제공하의 동의원칙(Informed Consent Doctrine)²⁷⁾

24) “만약 자연력에 의해 무의식의 식물인간 상태를 마치도록 허용하려는 켈란의 추정적 결정이 그녀의 프라이버시권의 가치있는 측면으로 여겨진다면, 우리가 그러리라 믿듯이, 그녀의 상태가 그 선택의 의식적인 실행을 불가능하다는 점을 유일한 근거로 포기되어서는 안된다 켈란의 후견인으로 하여금 생명유지의료치료의 제거를 명하게 허용하는 것은 그녀가 그녀의 프라이버시권을 행사할 수 있는 유일한 방법이었다.”(In re Quinlan, 355 A.2d at 664)

25) In re Quinlan, 355 A.2d at 672.

26) Cruzan, 497 U.S. at 267-268

27) 환자의 ‘Informed Consent’(정보제공하의 동의)란 의사는 환자에게 환자의 상태와 질병의 성격, 질병치료를 위한 방안들, 각각의 방안이 가지는 장단점과 예상결과 등 환자의 의학 적 처치에 관한 사항을 환자에게 공개할 의무가 있는 바, 그러한 정보를 기초로 향후 치료 방법에 관하여 ‘자각이 있는 선택’(Knowledgeable Choice)을 할 수 있는 환자의 권리를 말한다(Suzanne K. Ketler, The Rebirth Of Informed Consent: A Cultural Analysis Of The Informed Consent Doctrine After Schreiber v. Physicians Insurance Co. of Wisconsin, 95 NW U. L. REV. 1029, 1030 (2001))

에 따라, 충분한 의사능력이 있는 사람은 원하지 않는 의료치료를 거절할 권리가 있다고 일반적으로 인정되어 왔다.²⁸⁾ 이 사건을 심리하게 된 연방대법원은 이에 근거하여 충분한 의사능력이 있는 사람은 수정헌법 제14조의 적법절차조항에 따라 의료치료를 거절함에 있어서 헌법상 보호되는 자유이익을 가진다는 점을 인정하였다. 그러나 연방대법원은 충분한 의사능력을 갖추지 못한 사람은 치료에 대한 세부정보를 제공받았다 하더라도 동의 등의 결정을 내릴 능력이 부족하기 때문에, 정보제공하의 동의원칙을 충분한 의사능력을 갖지 못한 사람에게 적용할 수 없다고 판시하였다.²⁹⁾

연방대법원은 충분한 의사능력이 없는 사람의 대리인이 그가 충분한 의사능력을 가졌더라면 치료를 거절하였을 것이라는 점을 분명하고 확신을 줄만한 증거로 증명하여야 한다는 미조리주대법원의 증거기준은 합헌적이라고 판단하면서, 州의 인간생명보존이익과 치료를 거절할 크루잔의 자유이익을 형량하였다.³⁰⁾ 여기에서 연방대법원은 “우리는 육체적으로 굶어 죽을 수 있는 성인이 정보를 제공받은 후 자발적인 결정을 내릴 때, 州가 중립적인 상태로 남아 있어야 한다고 생각하지 않는다”³¹⁾고 언급함으로써, 州의 인간생명보존이익을 강조하였고, 결국 크루잔이 “식물인간인 채로” 살기를 원하지 않았다는 크루잔의 前룸메이트의 진술은 그녀가 치료를 거절했으리라는 분명하고 확신을 주는 증거(Clear and Convincing Evidence)로 볼 수 없다고 판시하였다. 왜냐하면 크루잔이 “식물인간인 채로 살기를 원치 않았다”는 前룸메이트의 진술을 통해 그녀가 특정해서 “의료치료나 호흡장치 및 영양장치의 제거”를 언급하였다는 점을 입증할 수 없고, 따라서 그러한 진술은 분명하고 확신을 주는 증거가 될 수 없었기 때문이었다.³²⁾ 이리하여 연방대법원은 “의료치료를 거절할 수 있는 충분한 의사능

28) Gray v Romeo, 697 F Supp. 580 (D.R.I. 1988); In re Gardner, 534 A2d 947 (Me 1987); In re Grant, 747 P2d 445 (Wash 1987), Brophy v New England Smat Hosp., Inc, 497 NE2d 626 (Mass. 1986), Corbett v D'Alessandro, 487 So. 2d 368 (Fla. Dist Ct App. 1986).

29) “청구인의 청구의 곤란함은 어떤 의미에서 그것은 질문을 구하고 있는 것이다. 충분한 의사능력이 없는 사람은 치료나 다른 권리를 거절할 가상의 권리를 행사할 수 있는 정보 제공후의 자발적인 선택을 할 수 없다. 그러한 ‘권리’는 몇몇 종류의 대리인에 의해서 그녀를 위하여 행사되어야 한다”(Cruzan, 497 U.S. at 280)

30) Id.

31) Id. at 281

32) Id. at 285

력이 있는 개인의 권리”를 인정하면서도 크루잔의 생명유지치료 제거요청을 기각하게 되었던 것이다.

2. 의사조력자살

의사조력자살은 단지 환자에게 스스로 자살하는 데 필요한 수단이나 정보를 제공하는 데 그치며 환자 스스로 죽음을 유도하는 행위나 약물을 운용하여야 한다는 점에서, 환자나 대리 의사결정자의 요청에 따라 의사가 직접 환자에게 치명적 약물을 주사하는 등의 적극적 안락사와는 다르다. 그러나 의사조력자살도 환자의 생명을 자연적인 死期 이전으로 단축시키는 결과를 적극적으로 야기한다³³⁾는 점에서 넓은 의미의 ‘적극적 안락사’의 범주에 포함된다 할 것이다. 그렇기 때문에 정신적으로 충분한 의사능력이 있는 사람이 의사의 조력을 받아 자살할 권리는 매우 논쟁적이었고, 이를 합법화하려는 노력과 함께 이를 금지하는 州법률에 대한 위헌 여부의 판단을 묻는 심판청구가 있어왔다.

1) 의사조력자살의 법제화 과정

의사조력자살에 관한 최초의 법률안은 1906년 오하이오(Ohio)州입법부에 제의되었다. 동법안은, 성인이 치명적인 상해를 입었거나 질병이 말기에 이르렀을 경우, 의식이 명료한 성인에게 조력자살을 추구할 수 있도록 승인하였다. 동법안은 의사가 환자에게 3명의 증인 앞에서 그의 삶을 종료시키길 원하는지를 묻게 하였고, 만약 환자가 그렇다고 답하면 그 환자에게 3명의 다른 의사들과 상담하도록 한 후, 그 의사들이 환자의 상태가 치료불가능하다는 데 동의하는 경우에만 조력자살을 받을 수 있게 허용하고 있었다. 그러나 동법안은 결국 78% 대 22%로 부결되고 말았다.³⁴⁾

1900년대 초반 이후로 조력자살을 허용하는 법률을 통과시키려는 주기적인 노력이 있었지만, 대부분의 시도는 실패로 끝나고 말았다.³⁵⁾ 1980년에 험프리(Derek Humphry)는 말기의 암으로 고통받고 있던 아내가 편한하게 생을 마감하도록 돕고

33) Mark Strasser, Assisted Suicide And The Competent Terminally Ill On Ordinary Treatments And Extraordinary Policies, 74 OR L REV 539, 557 (1995), Mark D Frederick, Comment, Physician Assisted Suicide A Personal Right?, 21 SU L REV 59, 64 (1994)

34) Antonio P Tsarouhas, The Case Against Legal Assisted Suicide, 20 OHIO NU L REV 793, 796 (1994)

난 후, 의사조력자살을 합법화시키기 위해 험록협회(Hemlock Society)³⁶⁾를 설립하였지만 별로 성공을 거두지 못하였고, 조력자살입법을 제안한 다른 시도들 또한 대부분 실패하였다. 또한 험록협회의 단체회원인 인간고통을 반대하는 시민모임(Americans Against Human Suffering)은 캘리포니아(California)州民投票에 안락사법안을 제출하는 캠페인을 벌였으나 충분한 서명을 얻는데 실패하였다.³⁷⁾

1991년, 존엄사를 위한 시민모임(Citizens for Death with Dignity)은 워싱턴(Washington)州에서 존엄사법안을 발의하였다. 그러나 이 캠페인은 상당한 정치적 반대³⁸⁾에 부딪혀 결국 54% 대 46%로 부결되었다. 그럼에도 불구하고 의사조력자살의 합법화를 위한 운동은 계속되어, 1992년에는 아이오와(Iowa)州, 메인(Main)州, 미시건(Michigan)州, 그리고 뉴햄프셔(New Hampshire)州에 안락사법안이 제출되었다. 특히, 뉴햄프셔州의 존엄사법안은 새로운 접근법을 취하였는데, 즉 동법안은 자신의 생명을 종결시키길 원하는 환자는 2명의 의사에 의해 심사받아야 하고, 그 환자가 말기임이 판명되었을 때 참여의사는 합법적인 처방과 조제를 해 줄 수 있으며 그 환자는 자신이 선택한 시간과 장소 및 방식으로 그 약을 스스로 복용할 수 있도록 규정하고 있었다.³⁹⁾

현재, 오리건(Oregon)州은 의사조력자살을 허용하는 법률을 통과시킨 유일한 州다. 오리건州의 존엄사법(Death With Dignity Act)⁴⁰⁾은 1994년 12월에 통과되었고, 이에 대한

35) 1937년에는 안락사법안이 네브래스카(Nebraska)州의회에 제출되었고, 1939년에는 안락사협회(Euthanasia Society)가 뉴욕(New York)州의회에 안락사법안을 입법청원하였으나, 동의회는 이를 받아들이지 않았으며, 뉴욕에서 1947년과 1952년의 안락사법안 의결을 위한 노력들도 모두 실패하였다 한편, 1967년부터 1974년까지 아이다호(Idaho)州·오리건(Oregon)州·몬테나(Montana)州의회는 안락사를 논의하였다고 한다 (Id at 796-97 참조)

36) 정식명칭은 '안락사를 희망하는 험록협회'(Pro-Euthanasia Hemlock Society)로서 험록은 독극물의 일종이라고 한다 케보키언 박사가 최초로 안락사를 도운 환자인 에드킨스가 바로 남편과 함께 험록협회의 회원이었다고 한다 (제럴드 드워킨 외 지음, 석기용·정기도 옮김, 안락사논쟁, 책세상, 1999, 214면 참조)

37) David R Schanker, Of Suicide Machines, Euthanasia Legislation, And The Health Care Crisis, 68 IND. L.J. 977, 1000 (1993).

38) 로마케톨릭교회는 그 법안에 반대하였고 투표에서 그것을 반대하도록 하는 캠페인을 전개하였다. 그 교회는 "간호사들이 그들의 환자를 죽이길 원하지 않는다고 선언한 간호사들을 등장시킨" TV광고까지 동원하였다고 한다 (David J. Garrow, Nine Justices And A Funeral, George, June 1997, at 56, 59)

39) Schanker, supra note 37, at 1002-1003.

반대운동가로부터의 법적 이의제기에도 불구하고 현재 유효하게 시행중이다. 동법은 오리건주에 거주하는 말기의 성인환자가 오리건주 의사로부터 치명적 처방을 얻을 수 있도록 허용하고 있다.⁴¹⁾

2) 의사조력자살금지법의 위헌성

이미 살펴 본 바와 같이, 법원은 충분한 의사능력 있는 사람의 생명유지처치를 거부할 권리는 일찍부터 인정하였지만, 의사조력에 대한 환자의 요청은 거의 받아들여지지 않았다. 다시 말해, 의사조력자살에 대한 권리(Right to Physician-Assisted Suicide)를 헌법상 보장되는 근본적 권리를 인정하지 않았다. 뿐만 아니라, 대부분의 주에서 의사조력자살이 법률로써 금지되고 있는 실정이다.⁴²⁾ 위에서 본 바와 같이 그동안 의사조력자살의 합법화를 추진하던 '죽을 권리'옹호론자들은 방향을 바꾸어 의사

40) Or. Rev Stat 127.810-897 (1997)

41) 보다 구체적으로는 다음의 요건을 충족한 경우에 이를 처방한 의사는 민·형사상의 책임을 면제받게 된다.(박상열, 미국 오리건주의 존엄사법과 죽을 권리, 법조 제47권 제5호, 1998년 5월, 126-127면 참조)

- ①진료의사에 의한 최초의 결정 환자는 사망에 임박한 말기의 의사능력 있는 환자가 자발적으로 요청이 있어야 한다.
- ②진료의사에 의한 환자의 의학적 진단, 예견, 위험, 가능한 결과, 실행 가능한 대안의 발표
- ③두 번째 진단의사에 의한 확인과 환자의 의사능력의 자발성
- ④진료의사나 상담의사가 판단력 결함을 초래하는 심리적 혼란이나 우울증에 환자가 고통받고 있다고 의심할 때 상담
- ⑤환자의 선택에 의한 가족에 대한 통지
- ⑥환자의 적어도 두 번 이상의 구두요구와 한 번의 서면요구
- ⑦최초 요구와 처방서 작성 사이에 15일의 대기기간
- ⑧환자의 정신상태와 상관없이 요구철회의 권리

42) 예를 들면, Ariz Rev. Stat Ann. §13-1103(3) (West 1989); Cal Penal Code §401 (West 1988), Colo Rev Stat Ann §18-3-104(1)(b) (West 1990); Fla Stat Ann §782.08 (West 1992); 720 Ill Comp. Stat Ann. 5/12-31 (West Supp 1998), Mo. Rev Stat §565.023(1),(2) (1992), N.H. Rev Stat. Ann §630.4 (1994); N.J Stat. Ann §2C 11-6 (West 1994), N.Y. Penal Law §120.30 (McKinney 1997), Tex. Penal Code Ann. §22.08 (West 1994), Wash Rev Code Ann. §9A 36 060 (West 1988) 등이 있다. 보다 자세한 내용은 Kevin M Stansbury, Casenote, 31 LAND & WATER L REV. 623, 637 & n132 (1996) 참조.

조력자살을 금지하고 있는 卅법률의 위헌성에 이의를 제기하는 청구를 펼쳐나갔다.

그들은 '의사의 조력을 받아 죽을 권리'가 수정헌법 제14조의 적법절차조항⁴³⁾에 의해 보호되는 근본적 권리에 포함되며, 따라서 의사조력자살을 금지하는 卅법률은 적법절차조항에 반하여 위헌이라고 주장하였을 뿐만 아니라, 의사조력자살을 금지하는 卅법률은 생명유지의료치료를 거절할 권리를 인정함으로써 일부 환자에게는 의사의 조력을 받아 죽을 권리를 인정하는 반면, 의사조력자살을 요구하는 환자에게는 '죽을 권리'를 부정하고 있는 것이기 때문에, 수정헌법 제14조의 평등보호조항⁴⁴⁾을 침해한다고 주장하였던 것이다. 1997년 연방대법원은 이러한 주장을 *Washington v. Glucksberg* 사건⁴⁵⁾과 *Vacco v. Quill* 사건⁴⁶⁾에서 각각 심리하였지만, 두 사건 모두에서 연방헌법이 의사조력자살의 권리를 근본적 권리로 보호하지 않는다고 하여 청구를 기각하였다.

(1) *Washington v. Glucksberg* 사건

Glucksberg 사건에서 문제된 법률은 자살교사나 조력을 중죄로 규정하고 있었다.⁴⁷⁾ 3명의 말기환자와 간혹 말기환기를 치료하는 4명의 의사, 그리고 의사조력자살을 고려하는 말기환자를 상담하는 비영리법인이 동법의 위헌성을 주장하였다. 제9지구 순회법원은 연방대법원의 *Planned Parenthood v. Casey* 사건⁴⁸⁾ 판결과 *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health* 사건⁴⁹⁾ 판결을 근거로 워싱턴주의 조력자살금지하는 헌법상 보호되는 자유이익에 대한 과도한 부담을 지우는 것이기 때문에 충분한 의사능력을 가진 말기의 성인에게 적용하는 한 위헌이라고 판결하였다.⁵⁰⁾ 여

43) "어떠한 주도 적법절차에 의하지 아니하고는 어떠한 사람으로부터도 생명·자유 또는 재산을 박탈할 수 없다."(U.S. Const amend XIV, 1)

44) "어떠한 주도 그 지배권 안에 있는 어떠한 사람에 대하여도 법률에 의한 평등한 보호를 거부하지 못한다"(U.S. Const. amend XIV, 1)

45) 117 S. Ct 2258 (1997).

46) 117 S. Ct 2293 (1997)

47) "고의로 타인이 자살하도록 원인을 제공하거나 도와주는 자는 자살관계죄의 책임을 진다"(Wash. Rev. Code Ann §9A.36.060(1)-(2) (West 1988))

48) 505 U.S. 833 (1992).

49) 497 U.S. 261 (1990).

기서 인정된 자유이익은 “죽음의 시기와 방법”을 결정하는 적법절차상 자유이익, 즉 헌법상 인정되는 죽을 권리였다.

연방대법원에서, 렌퀴스트(Rehnquist) 대법원장, 스칼리아(Scalia)·케네디(Kennedy)·토마스(Thomas) 대법관이 참여한 다수의견은 제9지구 순회법원의 판결을 파기하였다. 다수의견은 자살에 있어 조력을 받을 근본적 권리가 존재하는지를 확인하기 위해서는 그 나라의 “역사, 법적 전통 그리고 관행”을 반드시 검토함으로써 실제적 적법절차 문제를 분석할 수 있다고 보았다.⁵¹⁾ 먼저, 자살과 조력자살을 한결같이 금지하고 처벌해 온 보통법의 700년 역사와 전통을 조사하였다. 동법원은 13세기로 거슬러 올라가 자살을 처벌하기 위해서 개인의 실질재산은 몰수하였던 보통법상 전통에 주목하였다. 식민지시대의 미국은 일반적으로 보통법의 전통을 채택하였으나, 점차적으로 자살금지를 완화시키게 되었다. 대법원은 이러한 경향이 자살하는 자의 가족이 불공정하게 그 결과를 감내해야 한다는 사실에 근거를 두고 있는 점에 주목하였다. 이러한 금지의 완화에도 불구하고, 조력자살에 대한 금지에 의해 증명되듯이 자살은 여전히 중대한 공공범죄(Grave Public Wrong)로 여겨졌다. 이러한 금지는 결코 자살을 시도하는 개인에 대한 예외를 두고 있지 않았다. 더욱이, 다수의견은 법원이 생활환경과 관계없이 모든 개인의 삶을 동등하게 보호하고자 하였음에 주목하였다.⁵²⁾

다음으로 대법원은 조력자살을 금지하는 지속적인 전통을 예증하기 위하여 자살과 조력자살에 대해 간단한 설문조사를 하였는데, 조력자살을 승인하는 卅법률이 없는 것은 의사조력자살이 현재 미국에서 합법적인 관행이 아니라는 점을 암시한다고 추론하면서, 오리건주가 의사조력자살을 합법화하는 법률안을 통과시킨 유일한 卅라는 점이 매우 중요하다는 강조하였다.⁵³⁾

이러한 역사적 배경과 법적 전통 및 관행을 근거로, 대법원은 조력자살이 근본적 자유이익(Fundamental Liberty Interest)인지를 결정하기 위해 실제적 적법절차 분석을 행하였다. 그러나, 먼저 문제된 권리의 윤곽을 잡는 일이 선행되어야 했으며, 대법원은 그 쟁점을 개인이 “자살하는 데 도움을 받을 권리를 포함하는 자살한 권리”를 가지는가의 문제로 한정하였다. 이와 같이 대법원은 제9지구 순회법원이 제시했던 보다

50) Compassion in Dying v Washington, 79 F 3d 790, 838 (1996)

51) Glucksberg, 117 S Ct. at 2260-2262

52) Id at 2263-2266.

53) Id. at 2265-2267

광범위한 권리개념, 즉 '죽음의 시기와 방법을 결정하는 데 있어서의 자유이익의 존재'를 명시적으로 부정하였다. 대법원은 Cruzan 사건을 예로 들면서, 실제적 적법절차 분석에서 제한되는 이익을 조심스럽게 한정하는 전통을 강조하였다.⁵⁴⁾

그 다음으로 대법원은 자유이익의 존재를 판단함에 있어서 실제적 적법절차 분석의 확립된 방법으로 2중심사기준을 적용하였다. 첫째, 대법원은 근본적 권리가 “이 나라의 역사와 전통에 깊게 뿌리내려 있어야 하고 질서화된 자유의 개념에 함축되어 있어야” 한다고 하였다. 둘째, 주장된 근본적 자유이익의 “상세한 묘사(개념정의)”가 있어야 한다고 하였다. 대법원은 이러한 이익을 “자살하는 데 조력을 받을 권리를 포함하는 자살할 권리”로 규정하였고, “피청구인을 위해 판결을 내리려면, 대법원은 수세기 동안 형성·적용된 법적 원칙과 관행을 바꾸어야 할 것이고 대부분의 州가 선택한 조력자살금지정책을 무효화시켜야 할 것”이라는 점을 강조하였다.⁵⁵⁾

대법원은 이 사건에서 적법절차조항에 의해 보호되는 “자유”에 국가의 간섭 없이 말기성인환자의 자살을 결정할 권리가 포함된다는 피청구인의 주장은 지금까지의 선례에서 인정된 주장과 구별된다고 보았다. 예를 들어, Cruzan 사건에서 인정된 생명유지장치를 제거할 권리는 원하지 않는 의료치료를 거절할 권리를 지지하는 보통법전통 때문에 인정된 것이므로, 의사조력자살에 대한 권리와 구별될 수 있다고 보았으며, Roe v. Wade 사건⁵⁶⁾과 Casey 사건에서 확립된 낙태에 관한 선례와 구별하였다. 대법원은 낙태결정과 말기환자의 자살조력요구결정은 매우 개인적인 선택임에 동의하였지만, 이전에 개인의 선택에 관한 권리를 근본적 권리로 인정하였다는 사실이 “모든 중요하고, 사스럽고 개인적인 결정이 보호된다는 포괄적인 결론을 보장하지 않는다”고 결론지었다.⁵⁷⁾

이와 같이 대법원이 조력자살의 권리가 근본적 자유이익이 아니라고 판단하였다면, 다음으로 문제된 워싱턴주법률은 정당한 州의 이익을 가지고 있었는지를 검토해야 했다. 다시 말해, 조력자살의 금지라는 수단과 금지의 목적 사이에는 합리적인 관련(Rational Relationship)이 있어야 한다. 대법원은 워싱턴주의 조력자살에 대한 형별적 금지가 다음의 정당한 목적과 합리적으로 관련된다고 보았다: (1) 인간생명의 보

54) Id. at 2267-2268

55) Id. at 2269-2271

56) 410 U.S. 113 (1973).

57) Glucksberg, 117 S. Ct. at 2271.

존, (2) 자살의 예방, 특히 우울증이나 다른 정신질환을 가진 사람들에 의한 자살의 예방, (3) 의료인의 고결성과 윤리의 보호, (4) 의사조력자살을 시도하라는 압력으로부터 빈자, 노인, 장애인 등과 같은 사회적 약자의 보호, (5) “편견, 부정적이고 부정확한 인습, 그리고 사회적 무관심”으로부터 사회적 약자의 보호, (6) 안락사와 다른 남용의 단초 제공 거부. 대법원은 이러한 6가지 목적 모두를 전체적으로 고려할 때 조력자살의 금지와 합리적인 관계를 제시하기에 충분할 정도로 중요하고 정당하다고 판단하였다. 따라서, 대법원은 조력자살에 대한 형사적 금지는 적법절차를 위반하지 않았다고 판시하였고,⁵⁸⁾ 이는 출산이나 피임 등과 같은 권리를 보장하기 위하여 적법절차조항을 확대적용하였던 방식을 의사조력자살에는 채택하지 않았음을 보여주는 것이었다.

(2) *Vacco v. Quill* 사건

Vacco 사건에서 최초의 원고들은 3명의 의사와 의사조력자살을 희망하는 3명의 말기환자들이었지만, 그 환자들은 동사건이 판결되기 전에 사망하였다. 의사들은 환자들이 자신의 생명을 단축하기 위한 약물의 처방을 원한다면 그렇게 할 수 있어야 한다고 주장하면서, 원하지 않은 의료처치를 거부할 수 있는 환자의 권리는 의사조력자살에 대한 권리와 “본질적으로 동일한 것”이기 때문에 의사들로 하여금 환자들의 생명 단축을 돕지 못하도록 금지하고 있었던 뉴욕주의 의사조력자살금지법은 수정헌법 제14조의 평등보호조항을 위반하는 것이며 말기환자들은 평등보호조항을 위반한 법률에 따라 차별받고 있다고 주장하였다.⁵⁹⁾

이에 대해 제2지구 순회법원은 조력자살금지가 수정헌법 제14조의 평등보호조항을 위반하였다고 판시하면서, 조력자살금지를 무효화시켰다. 동법원은 생명유지처치를 받는 말기환자와 그렇지 않는 사람을 다르게 취급하는 것은 불공정하고 비합리적이고 판시하였다.⁶⁰⁾

그러나 렌퀴스트 대법원장은 제2지구 순회법원 판결을 파기하였고, 헌법상 인정된 생명유지장치를 제거할 권리와 생명단축수단의 운용을 구별해야 할 합리적인 이유들이 있다고 판시하였다.⁶¹⁾

58) *Id* at 2272-2275

59) *Quill v. Koppel*, 870 F Supp 78 (S.D.N.Y. 1994)

60) *Quill v. Vacco*, 80 F3d 716 (2d Cir. 1996)

첫째, 대법원은 평등보호조항이 주로 하여금 유사한 방식으로 유사할 사건을 처리할 것을 요구하는 것을 의미할 뿐이라는 점을 강조하였다. 대법원은 생명유지장치의 제거를 인정하고 있는 뉴욕주법률과 조력자살을 금지하고 있는 법률은 개인을 차별하지 않는다고 하였다. “물리적인 상태와 관계없이 충분한 의사능력이 있는 모든 사람은 원하지 않는 생명보호의료처치를 거절할 자격이 있다. 그러나 어느 누구도 자살을 돕도록 허락될 수 없다.” 따라서 동법은 모두에게 평등하게 적용되며, 평등보호요건을 충족시킨다.⁶²⁾

둘째, 대법원은 법적 전통과 의료관행상 서로 다른 것으로 인식되어 온 조력자살과 생명유지장치의 제거의 구별은 중요하고도 논리적이며, 매우 합리적인 것이라고 판단하였다. 대법원은 이러한 구별은 인과관계와 의사의 근본적인 법원리와 일치하는 것임을 강조하였다. 대법원은 계속해서 생명유지치료를 거부하는 환자는 치명적인 질병이나 그 병리현상으로 죽게 되지만, 의사에 의해 처방된 극약을 복용한 환자는 그 약물에 의해 살해되는 것이라고 설명하였다. 환자의 요청에 따라 생명유지장치를 제거하는 의사는 단지 그 환자의 의사를 존중해 준 것에 불과한 반면, 자살의 도와준 의사는 그 환자가 사망하도록 의도하였음이 명백하다는 것이다. 게다가, 의료처치를 거부한 환자는 죽음을 원했을 뿐만 아니라 의료장치와 약물로부터 자유롭기를 원했던 것이다. 대법원은 동법률이 사망이라는 동일한 결과를 가져오는 두 행위를 구별하기 위하여 행위자의 의도나 목적을 오랜 기간 동안 검토하였기 때문에 이러한 구별을 강조하였다.⁶³⁾

셋째, 대법원은 많은 주법원들이 의사조력자살과 생명유지장치의 제거의 구별을 인정하였고 주의회의 절대다수가 이러한 구별을 법전화시켰다는 점을 지적하였다. 뉴욕의 경우, 의사조력자살은 1965년에 위법행위가 되었지만, 환자의 보통법상 치료거절권은 계속해서 인정되어 왔다는 것이다.⁶⁴⁾

결론적으로, 대법원은 의사조력자살과 생명유지치리의 제거나 거부 사이의 구별이 자의적이거나 비합리적이지 않다고 판시하였다.⁶⁵⁾ 즉, 대법원은 또한 뉴욕주법률이,

61) *Vacco v. Quill*, 117 S. Ct. 2293, 2298-2299, 2302 (1997).

62) *Id.* at 2298

63) *Id.* at 2299.

64) *Id.* at 2301

65) “논리와 현재의 관행은 두 행위가 다르다는 뉴욕주의 판단을 지지하며, 따라서 뉴욕주는

“고의적인 살인을 금지하고 생명을 보존하는 것; 자살을 방지하는 것; 환자의 치료자로서 의사의 역할을 유지하는 것; 무관심, 편견, 심리적 그리고 경제적 압박으로 인해 생명을 마감하도록 유혹받기 쉬운 사람들을 보호하는 것; 그리고 안락사로의 가능한 기울임을 회피하는 것”을 포함한, 정당한 국가이익을 충족시킨다⁶⁶⁾고 결론내렸던 것이다.

3. 소결

이상에서 ‘죽을 권리’에 대한 미연방대법원의 판례를 검토하였는 바, 소극적 안락사에 대한 권리는 수정헌법 제14조의 적법절차조항을 통해 보장되는 근본적 권리 내지 자유이익으로 인정되어 헌법적으로 보호되고 있으나, 보다 적극적인 측면에서의 의사조력자살권은 수정헌법 제14조의 적법절차조항이나 평등보호조항에 의해서도 보호되지 않고 있음을 확인할 수 있었다. 그러나 최근 다수의 학자들은 의사의 조력을 받아 죽을 권리가 적법절차나 평등보호를 통해서보다 수정헌법 제9조에 의해 더 잘 보호된다고 주장하고 있다. 그것은 수정헌법 제9조가 명시적으로 헌법에 열거되지 아니한 권리의 존재를 인정하고 있기 때문에, 언제 어떻게 죽을 것인지를 선택할 수 있는 권리와 같이 비록 열거되지 않았지만 근본적인 권리를 보호하는 가장 논리적인 근거가 될 수 있다는 것이다.⁶⁷⁾

IV. ‘죽을 권리’의 헌법적 근거로서 수정헌법 제9조

1. 수정헌법 제9조의 제정목적

수정헌법 제9조는 “국민이 보유하고 있는 권리”의 보장이 시민사회에서 국민이 향유하는 개인적 자유의 본질을 인정하는 것이고 그 자유를 제한하는 정당한 국가의 권한에 대한 한계를 의미한다는 점을 이 조항의 유일한 기초자인 메디슨(James

헌법에 부합되게 그것들을 다르게 취급해야 한다.”(Id.)

66) “이러한 이익은 입법적 범주화가 어떤 정당한 목적과 합리적 관련을 가져야 한다는 헌법상 요건을 충족시킨다”(Id. at 2302)

67) Robert M. Hardaway, Miranda K. Peterson & Cassandra Mann, The Right To Die And The Ninth Amendment' Compassion And Dying After Glucksberg And Vacco, 7 GEO. MASON L REV 313 (1999) 참조.

Madison)이 의도했었다고 한다. 다시 말해, 메디슨은 로크(John Locke)의 사회계약론(Social Contract)과 천부인권론에 영향받은 결과, 미연방헌법이 청사진으로 그렸던 새로운 국가가 개인의 자치와 정당한 국가권력 사이의 균형을 유지하고자 하였음을 보장하고 국가의 부정이나 경시로부터 국민이 보유하고 있는 특정 범주의 권리를 보호하기 위하여 수정헌법 제9조를 기초하였던 것이다.⁶⁸⁾

이러한 사실은 1788년 버지니아주 헌법회의에서 질문된 수정헌법 제9조의 의미와 목적에 대한 메디슨의 답변에서 드러난다. 이 때, 메디슨은 동조항을 로크식 모델을 일치하는 제한정부의 개념과 그 정부에 대한 국민의 제한된 권한양도를 창조하고 보존하는 기제로 묘사하였다 즉, 제안된 헌법에 의해 부여된 권한은 국민의 선물이며, 만약 그것이 압제의 수단으로 사용되면 국민에 의해 회수될 수 있고, 헌법에 의해 부여되지 않은 모든 권한은 국민과 그들의 의사에 남겨져 있다고 하였다.⁶⁹⁾

뿐만 아니라 던바(Leslie Dunbar) 교수가 주장하였듯이, 메디슨은 “미국에서 국민이 보유하는 권리는 명시적으로 부여받은 권한의 적절한 행사에 의하지 아니하고는 정부에 의해서 창설되지도 않으며 감소되지도 않는다는 원칙을 재확인”하고자 하였다. 달리 표현하면, 수정헌법 제9조는 사회계약을 통해 국민이 국가를 창설하기 이전에 자연상태에서 누리던 권리가 전국가적이고 초실정법적으로 존재하며 국가는 그것을 존중하여야 할 뿐 침해해서는 안된다는 헌법상의 원칙을 천명한 것이다.⁷⁰⁾

바로 이 지점에서 수정헌법 제9조가 개인의 자유와 자치에 대한 권리를 보장하기 위한 것이라는 점을 강조할 수 있는데, 그 구체적 내용은 바로 사적사항에 대한 자기 결정임이 암시되고 있다. 즉, 수정헌법 제9조의 권리는 타인이나 전체로서 사회에게 위해를 끼치지 않는 범위 내에서 자유롭게 행동할 권리이고, 그것들은 공익보호 이외의 이유로 개인자유를 제한하려는 국가권력의 부당한 행사로부터 자유로운 권리를 말하는 것이다.⁷¹⁾

68) Mark C Niles, Ninth Amendment Adjudication An Alternative To Substantive Due Process Analysis Of Personal Autonomy Rights, 48 UCLA L REV. 85, 107-108 (2000).

69) NEIL H COGAN(ed.), THE COMPLETE BILL OF RIGHTS 655-656 (1997)

70) Leslie W Dunbar, James Madison And The Ninth Amendment, 42 VA. L. REV 627, 638 (1956).

71) Peter M Cicchino, Reason And The Rule Of Law: Should Bare Assertions Of "Public Morality" Qualify As Legitimate Government Interests For The Purposes Of Equal Protection Review?, 87 GEO L J 139, 173 (1998).

2. '죽을 권리'의 헌법적 근거로서 수정헌법 제9조

이와 같은 건국 초기의 기초자들이 의도하였던 수정헌법 제9조의 의미는 피임기구
의 사용을 금지하는 코네티컷(Connecticut)주법률을 무효화시킨 Griswold 사건⁷²⁾의
다수의견에서 재확인되었을 뿐, 대법원은 프라이버시권리에 관련된 사건에서 수정헌
법 제9조를 원용하지 않았다. Bowers v. Hardwick 사건⁷³⁾에서 대법원은 남성동성애
(Consensual Sodomy)를 처벌하는 조지아(Georgia)주법률을 합헌으로 선언하면서, 수
정헌법 제9조가 아닌 수정헌법 제14조의 적법절차조항을 적용하였다. 즉, 대법원은
동성애가 타인에게 분명하고 직접적인 위해를 나타냈는가를 검토하지 않고, 오히려
동성애의 권리가 “이 나라의 역사와 전통에 깊게 뿌리를 두고 있는가”를 고려하였고,
미국의 역사와 전통에서 그러한 권리를 찾을 수 없다고 판시함으로써,⁷⁴⁾ 명시적으로
열거되지 아니한 자기결정권은 적절한 헌법적 보장을 받을 수 없다는 잘못된 결론에
이르렀다는 비판⁷⁵⁾을 받게 된다.

이러한 비판론은 “타인에 대한 분명하고 직접적인 위해”기준에 의해 확인될 수 있
는 수정헌법 제9조상의 권리, 즉 타인에게 분명하고 직접적인 위험을 야기시키지 않
는 권리를 수정헌법 제9조에 의해 보호되어야 할 권리라는 주장으로 연결된다. 따라
서, 말기환자가 의사의 조력을 받아 보다 빨리 그의 고통을 끝내고자 결정할 때 타인
에게 어떠한 분명하고 직접적인 위험도 야기시키지 않기 때문에, 의사조력자살의 권
리는 수정헌법 제9조에 의해 보호될 수 있다. 물론 치유불가능한 말기의 질병으로 극
심한 고통에 시달리고 있는 인간이 죽음을 선택하고자 할 때, 그것이 타인이나 사회
에 위해를 줄 수 있는지의 여부는 그리 쉽게 답할 수 있는 성질의 것은 아니지만, 외
로이 고통 속에서 죽는 대신 자신을 사랑해주는 사람들 곁에서 평화롭게 죽는 것을
선택하는 것이 그러한 고통과 통증을 인내해야 할 필요가 없는 다른 건강한 사회구성
원에게 위해가 된다고 단정할 수 없을 것이다. 그렇다면, 어떠한 권리도 자신의 신체
를 통제할 권리만큼 개인적인 것은 없기 때문에, ‘죽을 권리’는 수정헌법 제9조에 의

72) Griswold v. Connecticut, 381 US 479 (1965)

73) 478 US 186 (1986)

74) Id at 194.

75) Hardaway, Peterson & Mann, supra note 67 참조

해 보호 여부가 검토되어야 하는 것이다. Cruzan 사건에서 브렌난(Brennan) 대법관이 천명하였듯이, “죽음은 개인적인 것이다.”⁷⁶⁾ 따라서, 피임기구를 사용할 권리나 자신의 죽음의 시기와 방법을 결정할 권리와 같은 개인적 권리가 바로 수정헌법 제9조에 의해 검토될 수 있고 또한 검토되어야 하는 종류의 권리인 것이다.

그렇다면, Glucksberg 사건과 Vacco 사건에서의 적법절차나 평등보호의 법리보다는 수정헌법 제9조가 민주적이고 자비로우며 인간적인 사회에서 자유로운 인간 자신의 신체를 통제하고 지독하게 괴로운 죽음의 고통을 피할 권리를 정당화시킬 수 있다고 할 것이다. 의사의 인간적인 조력을 받아 죽을 권리를 부정하려는 시도에도 불구하고 말기의 환자는 계속해서 죽음의 방법과 시기를 통제하려 노력할 것이다.⁷⁷⁾

V. 결

1990년대부터 활발하게 전개된 '죽을 권리'운동은 치유불가능한 질병으로 고통받고 있는 말기의 환자에게 의사의 조력을 받아 자살할 수 있는 권리를 쟁취하기 위한 방향으로 전개되었으며, 특히 오리건州에서 존엄사법이 제정됨으로써 일정부분 그 성과를 거두었다고도 평가될 수 있다. 그럼에도 불구하고, 미연방대법원은 넓은 의미의 적극적 안락사에 포함되는 의사조력자살에 대한 권리를 수정헌법 제14조의 적법절차 조항을 통해 보장되는 근본적 권리로 인정하지 않고 있어, 결국 '죽을 권리'의 의미를 회생불가능한 식물인간상태의 환자에 대한 생명유지장치의 제거를 비롯한 치료중단을 뜻하는 소극적 안락사의 경우로 축소시키고 있다.

그러나 자신의 죽음에 대한 시기와 방법을 스스로 자유롭게 결정하는 것은 지극히 개인적인 사안으로서, 타인이나 전체로서 사회에 대하여 직접적으로 분명하고 심각한 위해를 야기하지 않는 바, 메디슨이 로크의 사회계약론과 천부인권론을 바탕으로 국가권력의 부당한 침해로부터 사적 사안에 대한 자기결정권을 보장하기 위하여 기초한 수정헌법 제9조의 보호범위 안에 이른바 '죽을 권리'가 포함될 수 있다고 한다. 이와 같이, 비록 '의사조력자살'에 대한 권리는 수정헌법 제14조상의 적법절차조항을 통해 보호받을 수 있는 근본적 권리가 아니라고 미연방대법원이 판시하였지만, 그러한 권리는 수정헌법 제9조에 의해 보호될 수 있는 열거되지 아니한 헌법상 권리라고 보아

76) Cruzan, 497 US at 310.

77) Hardaway, Peterson & Mann, supra note 67 참조.

야 할 것이다

살해죄의 성립요건을 엄격히 해석하고 자살관여죄와 촉탁살해죄까지 규정하고 있는 우리나라에서 적극적 안락사는 두말할 필요도 없고 몇 해 전의 보라매병원사건과 같이 치료중단에 해당하는 소극적 안락사까지 사실상 엄격하게 금지되고 있는 실정에서, 지금까지의 미국의 논의가 우리나라에서 어떠한 영향을 미칠 수 있는가에 대해서는 쉽게 예측하기 어렵다고 본다. 다만, 이러한 논의에 대한 검토가 광의의 자기결정권의 하나로서 '죽을 권리'에 대한 인식의 변화와 더불어 그 의미를 가질 수 있다는 전제에서 멀지 않은 장래에 그 역할을 기대해 본다.



김명식

안락사(Euthanasia) 죽을권리(Right to Die)

프라이버시권(Right to Privacy) 근본적 권리(Fundamental Right)

수정헌법 제14조(Fourteenth Amendment) 적법절차(Due Process)

평등보호(Equal Protection), 수정헌법 제9조(Ninth Amendment)

[Abstract]

A Study on the Constitutional Basis of the Right to Die in U.S.

MyeongSik Kim

This Article argues that the right to determine the manner and method of terminally ill individuals' own death should be protected as a fundamental right under the Ninth Amendment, which deems to protect unenumerated constitutional rights in the Bill of Rights.

Part I is an introduction to this article, and outlines the related social, philosophical, and legal debate over euthanasia.

Part II explains the meaning of the euthanasia through its etymology as well as its classifications by various standards, that is, passive euthanasia, active euthanasia, voluntary euthanasia, involuntary euthanasia, non-voluntary euthanasia, including physician assisted suicide.

Part III reviews the case law precedent of passive euthanasia and physician-assisted suicide. This Part also examines the factual and procedural history of the Supreme Court's decisions in *Glucksberg* and *Vacco*. In neither *Glucksberg* nor *Vacco* did the Supreme Court address whether physician-assisted suicide is protected under the Ninth Amendment. In a concurring opinion in *Griswold v. Connecticut*, Justice Goldberg noted that "the language and history of the Ninth Amendment reveal that the Framers of the Constitution believed that there are additional fundamental rights, protected from governmental infringement, which exist alongside those fundamental rights specifically mentioned in the first eight constitutional amendments." He further argued that "the framers did not intend that the first eight amendments were to be construed to exhaust the basic fundamental rights which the constitution granted to the people." Therefore, physician-assisted suicide should be recognized as such as fundamental right.

Part IV explores the Ninth Amendment issues which the Court failed to address in *Glucksberg* and *Vacco*, and argues that a right to die exists under existing Ninth Amendment precedent. This part also urges courts and lawmakers to recognize the fundamental right of citizens to make the most personal of all decisions, namely the time and manner of their own deaths.

Part V is the conclusion of this article.