

‘업무상 자살 지원(조력)’에 대한 형법 개입의 정당성

— (구)독일형법 제217조에 대한 독일 연방헌법재판소의 위헌 결정 분석을 중심으로 —

김 나 경*

국 | 문 | 요 | 약

이 글은 ‘업무상 자살지원(조력)’을 금지하는 (구)독일형법 제217조의 입법 논의 그리고 동조에 대한 독일 연방헌법재판소의 위헌 결정 및 후속 논의를 소개하고 분석하면서, 이를 통해 조력자살의 문제를 규범적으로 이해하는 하나의 관점을 제시하는 것을 목적으로 한다. 동조의 정당성에 대해서는 입법 이전부터 논쟁이 지속되었는데, 어쨌든 동조는 2015년 신설되었지만 약 5년 뒤인 2020년 독일 연방헌법재판소에 의해 위헌 결정이 내려지면서 무효라고 선언되었다. 연방헌법재판소의 위헌 결정은 우선, 죽음은 인간의 실존에 관한 문제로 ‘죽음에 대한 자기결정권’은 독일 기본법 제1조 제1항 및 제2조 제1항에 의해 보장되는 기본권이며, 이러한 자기결정권에는 제3자의 도움을 받아 자살을 실행할 권리도 포함된다는 점을 분명히 하였다. 그리고 죽음에 대한 자기결정의 자율성을 확보하고 이와 더불어 생명을 보호한다는 동조의 입법 목적은 정당하지만, 동조의 입법으로 인해 자살조력업자의 도움을 빌어 자살을 실행하고자 했던 사람은 이를 전혀 실행할 수 없게 된다는 점에서 동조가 이를 달성하기에 적절한 수단은 아니라고 보았다. 더 나아가 동 결정은 무엇보다 조력자살에 대한 형법 개입의 정당성은 어디까지나 사회윤리적 관습에 의해서가 아니라 개인의 자율성에 의해 근거지어져야 함을 분명히 하였고, 동 결정 이후 제시된 입법안들은 자기결정의 자율성을 확보할 수 있는 다양한 조건들을 내용으로 담고 있다. 이러한 독일의 논의에 비추어볼 때, 우리나라의 연명의료 그리고 조력자살에 대한 논의에서도 죽음에 대한 자기결정권을 보다 심도 깊게 다루고 이를 기초로 자기결정의 자율성을 실현할 수 있는 여러 가지 조건과 제도적 장치들의 마련에 대한 논의를 보다 구체화한다면, 보다 성숙한 논의가 이루어질 수 있을 것이라 기대해본다.

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2023.9.30.3.293>.

❖ 주제어 : 조력자살, 자살조력행위, 자살지원, 자기결정권, 존엄사, 연명의료결정법

* 성신여자대학교 법과대학 교수, 법학박사(Dr.jur.)

I. 논의의 배경

독일에서는 2015년 “자살을 지원하는 행위를 업무로서 하는 것(Geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung)¹⁾”(이하 ‘업무상 자살 지원’)을 처벌하는 형법(이하 (구)독일형법) 제217조가 신설되었다. 이는 자살 방조에 대해서는 어떠한 형법적 제재도 가지 않았던 독일 형법의 적어도 140여년 간의²⁾ 오랜 원칙에서 벗어나는 것으로, 어쨌든 업무상 자살지원에 대해서는 일정한 규제가 필요하다는 인식에서 비롯된 것이었다. 동조는 신설 이전부터 많은 논란을 일으켰으며 신설 이후에도 동조의 정당성에 대한 논의는 계속되었고, 결국 2020년 연방헌법재판소는 동조가 위헌이고 따라서 무효라는 결정을 내리게 되었다³⁾. 특히 ‘죽음에 대한 자기결정권’을 출발점으로 하여 논지를 전개하는 동결정은 존엄한 죽음 또는 이른바 웰다잉(Well-Dying)을 이야기함에 있어서 우리가 죽음을 어떻게 이해해야 할 것인지 그리고 조력자살의 허용과 관련하여 형법이 어떠한 역할

- 1) 2015년 신설되었던 독일 형법 제217조는 동조에 따라 성립하는 범죄를 명명함에 있어 ‘지원 또는 원조’의 의미를 갖는 “Förderung”의 개념을 사용하였다. 독일 형법은 공범의 한 유형으로서의 방조를 “Beihilfe”라고 칭하는데 동 조항에서는 이와는 다소 다른 개념을 사용했다는 점에서 이 글에서는 “Förderung”을 자살의 ‘방조’라 번역하지는 않고, 자살 ‘지원’ 또는 경우에 따라서는 자살 ‘조력’이라고 표현하고자 한다. 아울러, 자살 ‘지원’은 자살 ‘방조’의 한 형태에 해당한다고 보이는데, 동조의 입법초안 및 동조의 입법에 대한 반대 성명서에서도 업무상 자살지원을 자살방조의 한 형태로 이해하는 것으로 보인다 (Deutscher Bundestag, Drucksache (이하 BT-Drucksache로 표기) 18/5373, 2쪽; Stellungnahme deutscher Strafrechtslehrerinnen und Strafrechtslehrer zur geplanten Ausweitung der Strafbarkeit der Sterbehilfe (2015.4.15.), III단락). 이 글에서는 (구)독일형법 제217조에서 말하는 자살 ‘지원’ 행위는 자살조력의 한 형태이고 이는 개념적으로는 자살방조에 포섭되는 것이라고 전제하되, 동조와 관련된 개별 법안이나 성명서 등의 내용을 소개할 때는 원문에서의 표현을 그대로 사용하고자 하였음을 밝혀둔다. 참고로 (구)독일형법 제217조가 규정한 행위를 ‘자살방조’로 칭한 예로는, 동조의 죄를 “업무로서 행해지는 자살방조”로 번역한 김성규, ‘업무로서 행해지는 자살방조’의 범죄화, 강원법학, 2017, 제51권, 1쪽 이하 그리고 이를 “업무로 행해지는 자살방조”라고 칭한 정배근, 자살에 있어서 자유책임성 판단에 관한 연구 - 독일 형법 제216조 촉탁살인죄를 중심으로 -, 비교형사법연구, 2019, 제21권 제2호, 54쪽 참조
- 2) Christoph Knauer / Hans Kundlich, Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur geschäftsmäßigen Suizidhilfe (§217 StGB) und ihre folgen, in: Assistierter Suizid und Freiverantwortlichkeit: Wissenschaftliche Erkenntnisse, ethische und rechtliche Debatten, Fragen der Umsetzung (Ethik und Recht in der Medizin 45), Nomos Verlag, 2022, 222쪽.
- 3) Bundesverfassungsgericht(이하 BVerfG), 2020.2.26. - 2 BvR 2347/15 (그밖에도 이 사안은 2 BvR 651/16, 2 BvR 1261/16, 2 BvR 1593/16, 2 BvR 2354/16, 2 BvR 2527/16 사안이 함께 병합된 사안이나 병합된 다른 사건의 번호는 생략하여 표기하기로 한다).

을 해야 할 것인지에 대한 오랜 고민을 담고 있다.

자살방조죄가 자살교사죄와 함께 규정되어 있고 촉탁살인죄와 동일한 법정형으로 처벌되는 우리나라에서는 아직 죽음에 대한 자기결정권 그리고 이에 기초한 조력자살의 법제화에 대한 논의를 선불리 시작하기 어려운 게 사실이다. 2017년부터 시행된 호스피스·완화의료 및 임종과정에 있는 환자의 연명의료결정에 관한 법률(이하 연명의료결정법)도 여전히 제도적으로 보완할 많은 과제를 안고 있으며 사회적으로 정착되었다고 볼 수 없고⁴⁾, 조력자살을 고민할 때에 대안으로 생각할 수 있는 호스피스·완화의료의 문화도 아직 성숙했다고 볼 수 없다. 그러나 2022년 일정한 요건 하에 의사조력자살을 허용하는 내용을 담은 연명의료결정법의 일부개정안⁵⁾이 발의되면서, 우리나라에서도 조력자살에 대한 논의가 수면 위로 떠오르는 계기가 마련되었다. 죽음이라는 금기를⁶⁾ 보다 정면에서 다루어야 한다는 점에서 조심스럽기는 하지만, 조력자살의 문제는 연명의료의 중단(또는 유보) 결정 및 호스피스·완화의료에 대한 법제도가 완비되기를 기다린 후에 논해져야 하는 것은 아니다. 오히려 조력자살의 논의에서 등장하는 죽음과 자기결정권의 문제는, 연명의료와 호스피스·완화의료에 대한 논의에도 많은 시사점을 제공해줄 수 있다.

이 글은 이러한 배경 하에서 (구)독일형법 제217조의 입법을 둘러싼 논의를 검토하고 (아래의 II단락) 이러한 논의를 반영한 동조에 대한 독일 연방헌법재판소의 위헌결정 내용을 소개하며(아래의 III단락), 동 결정의 함의를 밝혀보고 동 결정 이후 제안된 다양한 입법안들을 중심으로 하는 후속 논의를 살펴보는 것을 주된 내용으로 한다(아래의 IV단락). 그리고 이러한 논의를 통해 우리나라에서의 죽음을 둘러싼 법제도가 어떠한 방향으로 나아가야 할 것인지에 대해 고민해 봄으로써(아래의 V단락), 조력자살에 대한 이해 그리고 법제화 논의에 작은 단서나마 제공해보고자 한다.

- 4) 관련된 논의로 고윤석, 우리 사회의 의사조력자살 법제화, *한국의료윤리학회지*, 2022, 통권 제73호, 318쪽 이하; 김보배·김명희, 연명의료결정법의 한계를 극복하기 위한 대리인 지정제도 도입방안 모색, *한국의료윤리학회지*, 2018, 통권 제55호, 96쪽 이하 참조.
- 5) 호스피스·완화의료 및 임종과정에 있는 환자의 연명의료결정에 관한 법률 일부개정법률안(안규백 의원 대표발의, 의안번호 제15986호); 다만 ‘조력존엄사’라는 용어가 적절한 것인지는 좀 더 고민해 볼 필요가 있다 (동 개념의 적절성에 대해 검토하는 장연화·백경희, 조력존엄사와 관련된 연명의료 결정법 일부개정 법률안의 문제점과 그 개선방안, *형사법의 신동향*, 2022, 통권 제77호, 270쪽; 고윤석, 앞의 논문, 316쪽 참조).
- 6) 죽음이 법이 침묵하는 금기영역이라고 이야기하는 한상수, 존엄하게 죽을 권리에 관한 연구, *공법학 연구*, 제11권 제3호, 2010, 157쪽 이하 참조.

II. (구)독일 형법 제217조의 입법을 둘러싼 논의

독일에서는 2015년 12월 11일에 ‘업무상 자살지원의 범죄화에 관한 법률(Gesetz zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung)’에 의거해 (구)독일 형법 제217가 새로이 입법되었다. 당시 신설되었던 (구)독일형법 제217조 제1항은 “타인의 자살을 지원하고자 하는 의도로, 타인에게 그 기회를 제공하거나 알선하거나 또는 중개하는 행위를 업무로서 행한 자는, 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다”고 규정하며, 제2항은 “전항의 행위를 업무로서 행한 것이 아니며 제1항에서 말하는 타인의 친족이거나 타인과 친밀한 관계에 있는 자는 공범으로 별하지 않는다”고 규정한다. 동조는 자살을 도와주거나 지원하는 의사 또는 단체가 공공연하게 확산되는 상황에서⁷⁾ 자살조력업 관련 행위들에 대한 형법적인 규제가 필요하다는 논의가 전개되며 입법되었다⁸⁾. 하지만 동조의 정당성에 대해서는 입법 전후로 다양한 찬반 논쟁이 지속되었고, 이러한 논의는 동조에 대한 독일 연방헌법재판소의 위헌결정의 중요한 기초가 되었다.

1. 자살방조의 불가벌성 훼손 우려: 존엄한 죽음의 중요성

가. 안락사에 대한 사회적 합의와의 상충

당해 조항의 정당성은 입법 이전부터 많은 논란을 불러일으켰는데, 특히 동 조항이 안락사의 가벌성을 확장하는 것이라는 비판이 거세게 일었다. 독일 우수 대학의 형법교수 150인은 <안락사(Sterbehilfe)의 가벌성을 의도적으로 확장하는 것에 대한 독일 형법교수들의 성명서>를 발표하면서 자살조력행위를 불법화하는 것은 ‘수년에 걸쳐 입법부와 사법부가 달성한 안락사의 광범위한 비범죄화를 좌절시킬 것’라는 입장을 밝혔다⁹⁾¹⁰⁾. 동 성명서는 우선, 독일에서는 이른바 소극적 안락사(passive Sterbehilfe) 및 간접

7) 동조에 대한 독일 연방의회 입법초안은, 독일에서 단체 또는 공공연히 알려진 개인이, 예를 들어 치명적인 약물을 제공·조달·중개하는 방식으로, 반복적으로 자살방조를 제공하는 경우들이 증가하고 있다고 밝히고 있다(BT-Drucksache 18/5373, 2쪽 및 8쪽).

8) 독일에서의 자살 지원 등의 현실과 이에 기반한 법적 논의의 전개에 관해서는 김성규, 앞의 논문, 7쪽 이하 참조.

9) Stellungnahme deutscher Strafrechtslehrerinnen und Strafrechtslehrer zur geplanten Ausweitung

적 안락사(indirekte Sterbehilfe)의 경우에는 안락사를 원하는 환자의 의사가 존중되어야 하며 환자의 의사에 기초한 안락사는 생존기간을 단축하는 결과를 가져오더라도 법적으로 허용된다는 점이 오래전부터 인정되어왔다는 데에서¹¹⁾ 출발한다. 당시 입법이 추진중이던 (구)독일형법 제217조에서 규율하는 행위는 소극적 안락사보다는 이른바 ‘적극적 안락사’, 그리고 그중에서도 직접적 안락사에 가까운 경우가 많겠지만¹²⁾, 어쨌든 동 성명서는 동조의 신설로 인해 안락사의 허용 범위가 전체적으로 축소될 것에 대한 우려를 명시적으로 표명한 것으로 보인다.

나. 형법 도그마틱과 기본권의 요청

앞서 언급했듯, 동 성명서는 안락사를 ‘자살 방조(Beihilfe zum Suizid)’의 한 형태로 보는데, 동 성명서에 따르면 이러한 자살 방조로서의 안락사를 형법적으로 금지하는 것은 다음과 같은 점에서 특히 정당화되기 어렵다. 우선 그동안 확립되어 온 형법 도그마틱에 기초해서 볼 때, 자살의 불가벌성이 부인될 수 없는 한 자살 방조 역시 당연히 형법적으로 처벌될 수 없다¹³⁾. 다른 한편 동 성명서는 보다 근본적으로는 자살 및 자살방조의 불가벌성을 근거지우는 헌법상의 기본권을 명시한다. 우선 환자는-독일의 헌법인 기본법(Grundgesetz) 제2조 제1항 및 제1조 제1항을 통해¹⁴⁾ 모든 사람에게 보장되는 자기결정권의 일환으로-자신의 죽음에 대해 결정할 권리를 갖는다. 이러한 권리는 앞에서

der Strafbarkeit der Sterbehilfe (2015.4.15.) (이하의 각주에서는 ‘Stellungnahme deutscher Strafrechtslehrerinnen (2015)’로 약칭), II단락.

10) 동 성명서는 서두에서 안락사를 “대부분 중증 환자 또는 죽어가는 사람에게 그의 명시적 또는 추정적인 의사에 기초하여 그가 생각하는 존엄한 죽음을 가능하도록 해주는 모든 도움”을 의미하는 것이라고 정의한다 (Stellungnahme deutscher Strafrechtslehrerinnen (2015), I).

11) Stellungnahme deutscher Strafrechtslehrerinnen (2015), III.a.

12) 이와 관련하여 의사조력자살은 연명의료의 중단에 비해 “보다 적극적 형태의 안락사”에 해당한다고 설명하는 이승준, 의사조력자살에 가담한 의사의 자살방조행위는 면책될 수 있는가?, 형사정책연구, 2022, 제33권 제4호, 2쪽 참조.

13) Stellungnahme deutscher Strafrechtslehrerinnen (2015), II.a.; 이는 “공범의 성립은 정범의 성립에 종속한다”(배종대, 형법총론, 제15판, 홍문사, 2021, 415쪽; 그밖에 김성돈, 형법총론, 제6판, 성균관대학교 출판부, 2008, 593쪽; 홍영기, 형법-총론과 각론-, 박영사, 2022, 170쪽 참조)는 이른바 공범종속성설에 따른 결과이다.

14) 독일 기본법 제2조 제1항은 인격의 자유로운 발현권에 대해, 제1조 제1항은 인간의 존엄에 대해 규정한다.

말한 (소극적 그리고 간접적) 안락사의 허용에 대한 중요한 근거가 되기도 하는데¹⁵⁾, 이와 같은 성명서의 내용은, 특히 다음에서 설명하는 것처럼 의사의 자살 조력 행위의 정당성에 대한 근거지움과 결부되면서, 결국 죽음에 대한 자기결정의 권리는 조력 자살이라는 방법을 통해 자살을 실행하는 것도 내용으로 한다는 점을 말하고자 하는 것으로 보인다. 동 성명서에 따르면, 조력 자살을 의사가 행하는 것은 의사의 관점에서 보면 기본법 제4조 제1항에 기초한 의사의 ‘양심의 자유’를 실현하는 것으로, 자살 방조가 윤리적으로 그리고 형법적으로 허용될 수 있고 더 나아가 종종 긍정적으로 가치평가 되어야 하는 것인 한 의사가 적어도 윤리적·형법적 기준에 따라 이를 행하는 것 또한 의사의 직업 수행의 한 내용으로 허용되어야 하는 것이다¹⁶⁾. 결국 이 성명서는 발표 당시 신설이 추진중이던 (구)독일형법 제217조는 개인이 죽음을 소망하면서 이를 실현하기 위해 “특별한 방식의 배려와 돌봄”, 그중에서도 무엇보다 “의사의 직업적인 도움”¹⁷⁾을 받는 것을 불가능하게 하는 규율이며, 그럼으로써 죽음을 소망하는 사람들이 존엄하게 죽는 것을 어렵게 한다고 보았다¹⁸⁾.

2. 자살방조의 보편화 우려: 조직화된 자살방조의 포괄적 금지

(구)독일형법 제217조의 입법에 대한 이와 같은 우려가 제기되긴 했지만, 동조의 입법은 독일 윤리위원회(Deutscher Ethikrat)를 필두로 한 다양한 사회적, 윤리적 논의의 산물이었다.

15) 물론, 이른바 연명의료중단과 같은 소극적 안락사를 인정하는 것은, 죽음에 대한 자기결정권을 인정하는 것이 아니라 연명의료를 거부할 권리를 인정하는 것이라고 설명할 수도 있다. 연명의료의 거부가 곧 죽음을 의미하는 것은 아니기 때문이다.

16) *Stellungnahme deutscher Strafrechtslehrerinnen* (2015), II.e 및 f.; 다만, 이 문장 후단의 내용은 성명서의 내용을 바탕으로 한 글쓴이의 추론임을 밝혀둔다.

17) *Stellungnahme deutscher Strafrechtslehrerinnen* (2015), II.g.

18) 이러한 맥락에서, 동 성명서는 결국 죽음을 소망하는 사람들은 잔혹한 방법으로 죽는 것을 택할 수밖에 없게 될 것이라고 이야기한다 (*Stellungnahme deutscher Strafrechtslehrerinnen* (2015), II.g.); 참고로 우리나라의 논의 중 같은 논지로 이기현, 의사조력자살에 대한 고찰, *홍익법학*, 제15권 제1호, 2014, 219쪽 참조.

가. ‘업무’ 범위의 포괄성

입법의 과정에서 제출된 여러 법안들 중 최종적으로 채택된 (구)독일형법 제217조의 입법 초안에 따르면, 동조에서 요청하는 ‘업무로서’ 행한다는 요건은 ‘이윤추구의 목적’ 또는 ‘경제적인 활동이나 직업적인 활동과의 연관성’이 없더라도 충족될 수 있다¹⁹⁾. 이 요건의 충족 여부는 단지 동조에서 말하는 자살방조 기회의 ‘제공·알선·중재’ 행위를 “자신의 활동의 지속적인 또는 반복적인 구성요소”²⁰⁾로 삼았는지를 기준으로 판단된다. 이와 같이 동조의 적용 범위를 확장하게 되면, 동조는 자살에 가담한 행위가 예외적으로 발생하는 상황이거나 일회적으로 발생하는 상황에서 이루어진 것에 속하는 경우를 제외한 경우들 중 대부분에 적용되게 된다²¹⁾. 그럼으로써 비영리적인 안락사 단체의 활동 그리고 직업적 맥락에서 수행되는 ‘의사조력자살(die ärztliche Suizidassistenz)’이 모두 금지된다²²⁾.

나. 포괄적 금지를 통한 자살 압력 차단

그렇다면 자살방조를 포괄적으로 금지함으로써 (구)독일형법 제217조가 달성하고자 한 목표는 무엇이었는가.

1) 자살방조의 사회적 보편화 및 확산 차단

동조의 입법 초안은 동 조항이 “자살방조(조력자살)가 건강관리 서비스의 하나로 발전하는 것을 방지”하는 것을 목표로 삼는다고 명시한다. 자살방조가 이와 같이 발전하면 “조직화된 조력 자살이 보편화되거나 익숙하게 되는 효과”가 발생하게 될 수 있다는 것이다²³⁾. 말하자면 “자살친화적인 분위기”²⁴⁾가 조성되지 않도록 하기 위한 ‘(조직화된)

19) BT-Drucksache 18/5373, 17쪽.

20) BT-Drucksache 18/5373, 17쪽.

21) Christoph Knauer / Hans Kundlich, 앞의 논문, 221쪽.

22) Christoph Knauer / Hans Kundlich, 앞의 논문, 221쪽; 비영리적 안락사단체의 활동을 형사처벌할 가능성을 열어두는 것은 동조항의 입법 의도이기도 하다 (BT-Drucksache 18/5373, 3쪽).

23) BT-Drucksache 18/5373, 2쪽; 동 법안이 “자살방조(조력자살)”이라고 표현하는 것은 - 앞서 언급 했듯 - 동 법안이 자살방조와 조력자살을 개념적으로 특별하게 구별하지 않거나 조력자살을 자살 방조의 한 형태로 인정함을 보여준다.

자살방조의 포괄적 금지'라는 (구)독일형법 제217조의 입법 방향은, 당해 입법 이전부터 이미 자살방조에 대한 논의를 지속해온 독일 윤리위원회의 입장과는 그 맥락이 유사하다고 볼 수 있다. 독일 윤리위원회는 2012년에 자살방조행위를 상업적으로 (gewerbsmäßig)하는 것을 금지하는 내용을 담은 법안²⁵⁾에 대해 논의한 결과, 이와 같은 규율은 문제를 해결하기보다는 더 많은 문제를 양산할 것이라는 입장을 밝혔다²⁶⁾. 앞서 언급했듯, '업무로서' 행해지는 자살방조가 아니라 '상업적으로' 행해지는 자살방조를 처벌하는 것은, 업무상 자살지원을 처벌하는 2015년의 (구)독일형법 제217조보다도 자살방조의 처벌 범위를 더 좁히는 것이다²⁷⁾. 독일 윤리위원회는 상업적인 자살방조를 규제하는 내용을 담은 이와 같은 법안은 오히려 법안에서 규제하는 형태가 아닌 다른 형태의 자살방조를 부추기게 될 수 있다고 평가하였고, 그렇기 때문에 - 규제의 범위를 더 넓혀서 - "모든 형태의 조직화된 자살방조를 규제해야" 한다고 보았다²⁸⁾. 더 나아가 독일 윤리위원회는 2014년 자살방조에 대한 권고문(<열린 사회에서의 자살방조에 대한 규율에 관하여: 독일 윤리위원회는 자살예방을 법률적으로 강화할 것을 권고합니다>)²⁹⁾을 발표하였는데, 동 권고문에서는 자살방조 그리고 자살방조를 공연하게(ausdrücklich) 제공하는 것은, 만일 "반복적으로 할 것을 의도하고 공개적으로 이루어지며 그로 인해 이를 실행하는 것이 사회적으로 보편적인 것처럼 보이게 한다면" 금지되어야 한다는 것이 윤리위원회의 다수의 의견이라고 이야기하면서³⁰⁾, 2012년에 발표했던 자살방조에 대한 윤리위원회의 합의 내용을 고수하고 있다.

2) 자기결정의 자율성 보장

이와 같이 자살방조를 통상적인 것으로 여기는 사회적인 분위기가 조성될 위험을 방

24) Christoph Knauer / Hans Kundlich, 앞의 논문, 223쪽.

25) BT-Drucksache 17/11126.

26) 'Ethikrat: Regierungsentwurf zur Suizid-Beihilfe problematisch' (2012.9.28.자. Ärzteblatt.de의 기사)(<https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/51833> (최종접속일: 2023.8.24.))

27) 이러한 점에 대해서는 BT-Drucksache 18/5373, 14쪽에서도 언급하고 있다.

28) 'Ethikrat: Regierungsentwurf zur Suizid-Beihilfe problematisch', 앞의 기사.

29) Deutscher Ethikrat, Zur Regelung der Suizidbeihilfe in einer offenen Gesellschaft: Deutscher Ethikrat empfiehlt gesetzliche Stärkung der Suizidprävention (2014.12.18.) (이하 Empfehlung (2014)).

30) Deutscher Ethikrat, Empfehlung (2014).

지한다는 (구)독일형법 제217조의 입법 목적은, 다른 한편으로는 그러한 분위기로 인해 보다 더 많은 사람들이 자살방조의 기회를 활용하려는 결정을 하도록 하는 것을 차단하고자 하는 것이다. 자살을 고려하는 사람들, 특히 노인이나 환자들은 많은 경우 몸과 마음이 약화된 불안정한 상태에 있기 때문에 외부의 영향에 더 민감할 수밖에 없다는 점에서 - 이러한 서비스가 없었다면 전혀 고려하지도 않았을 - 조력 자살에 대한 유혹 또는 조력자살을 해야 하는 것이 아닌가라는 직간접적인 압박을 느끼게 될 수 있다³¹⁾. 이러한 점에서 동조는 이들이 자유로운 자기의지에 따라 결정하는 것에 대한 외부의 영향을 차단함으로써, 개인이 삶의 마지막에 대해 “자유롭게 그리고 자기책임에 기반하여” 결정할 권리를 보호하는 것을 목표로 입법되었다³²⁾. 그리고 이를 통해 더 나아가서는 “생명에 대한 사회적 존중”³³⁾이 약화될 것에 대한 우려를 차단하고자 한다.

3. 자기결정권 문제로의 수렴

종합해보면, (구)독일형법 제217조의 입법을 둘러싼 논의는 결국 ‘업무상 조력자살’에 대한 형법의 포괄적인 금지가 ‘(죽음에 대한) 자기결정권에 미치는 영향’의 문제로 귀결되는 것으로 보인다. 동 조항의 입법을 반대하는 입장에서는, 동 조항이 자살하고자 하는 사람이 조력자살의 방법으로 죽음에 이르는 것을 결정할 권리를 침해한다는 점을 강조한다. 다른 한편, 동 조항의 입법을 찬성 또는 추진하는 입장에서는, 조력자살이 사회적으로 보편화됨으로써 발생될 수 있는 ‘조력자살에 대한 사회적인 압력’으로 인해 죽음에 대한 개인의 온전한 자기결정이 방해받을 수 있음을 이야기한다. 어쨌든, 업무상 조력자살의 형법적인 금지를 찬성하는 입장과 반대하는 입장 모두 ‘죽음에 대한 자기결정’의 권리가 헌법상 보장되어야 하는 중요한 기본권이라는 점을 부인하지 않으며, 오히려 그러한 기본권의 보장을 전면에 내세운다. 이러한 논쟁 속에서, 독일 연방헌법재판소의 결정은 결국 이러한 두 가지 측면의 자기결정권의 의의를 밝히고 그 보호 방향을 모색하는 내용을 담고 있다.

31) BT-Drucksache 18/5373, 2쪽.

32) BT-Drucksache 18/5373, 13쪽.

33) Deutscher Ethikrat, Empfehlung (2014).

Ⅲ. 독일 연방헌법재판소의 결정 분석

입법 이전부터 격렬한 논쟁을 불러일으켰던 (구)독일형법 제217조는 어쨌든 여러 반대에도 불구하고 입법이 되어 시행되었지만, 결국 시행되지 약 5년만에 독일 연방헌법재판소가 위헌결정을 내림으로써³⁴⁾ 무효화되었다. 이러한 결정은 ‘죽음에 대한 자기결정권’ 및 ‘죽음의 방식을 선택하는 것과 관련한 개인의 자기결정권’을 인정하는 것에서 출발하여, 한편으로는 동조의 입법 목적이 정당한지 그리고 다른 한편으로는 그러한 입법 목적을 실현하기 위해 동조가 과연 적절한 수단인지를 검토하며 이루어진다. 아래에서는 먼저 동 결정의 배경을 소개하고, 앞에서 기술했던 동조의 입법을 둘러싼 논의에 대한 이해를 바탕으로 연방헌법재판소의 결정 내용을 분석해보고자 한다.

1. 사안의 배경

독일에서는 (구)독일형법 제217조의 입법 이후 동 조항의 위헌성을 문제 삼는 여러 건의 헌법소원이 제기되었다. 독일 연방헌법재판소는 이러한 다수의 사안을 병합하여 다루었는데, 그중 가장 비중 있는 사안은 2 BvR 2347/15 사안이다. 연방헌법재판소의 결정문 중 위헌성 여부를 논증하는 내용의 70% 이상이 2 BvR 2347/15 사안에 대해 다루었으며, 이 사안은 병합하여 다루어진 다른 모든 사건들 중 최초로 헌법소원이 제기된 사건이기도 하다³⁵⁾.

가. 조력자살 결정의 동기와 상황

2 BvR 2347/15 사안의 청구인들은 ‘오랜 시간 동안 불치의 질환을 앓았으며 가까운 가족들의 고통스러운 죽음을 경험하면서 조력자살을 하기로 스스로 결정한 사람들’이었다³⁶⁾. 이들이 조력자살을 결심하게 된 동기는 무엇보다도, 병이 계속 진행되어 자기결정

34) BVerfG, 2020.2.26. - 2 BvR 2347/15.

35) Christoph Knauer / Hans Kundlich, 앞의 논문, 224쪽 (그중 각주 12번).

36) BVerfG, 2020.2.26. - 2 BvR 2347/15, Rn. 34; 그밖의 병합된 다른 사안들의 경우에는, 안락사협회, 죽음에 이르는 질병을 앓고 있는 환자를 돌보는 내과 의사, 입원 그리고 외래에서 완화의료 서비스를 제공하는 의사들, 중증의 그리고 더 이상 혼자 여행할 능력이 없는 사람들과 반복적으로

을 할 수 없는 상황이 되면 다른 사람들의 도움에 의존하게 될 수밖에 없게 될 것에 대한 두려움이었다. 즉, 이들은 완화의료 시설이나 요양원과 같은 곳에서 제3자의 도움을 받게 되는 것을 원치 않았는데, 이러한 상황에서 자신들의 건강이 급격히 악화되어 죽고자 하는 소망을 실현하려는 경우가 발생하더라도 이들을 도와줄 수 있는 친척이나 친구가 없었다. 그래서 이들은 - (구)독일형법 제217조가 시행되기 전에 안락사협회에서 조력자살을 시행하기로 동 협회와 약속하였다. 이들의 말에 따르면, 조력자살을하기로 약속한 것만으로 이미 “강한 통증과 큰 고통의 상황을 극복하는 데에 도움”이 되었다고 한다.³⁷⁾

나. 청구인의 주장

2 BvR 2347/15 사안의 청구인들의 주장을 요약하면 다음과 같다³⁸⁾: ① 헌법에서 보장하는 일반적인 인격권에 기초하여 개인은 ‘자신의 죽음에 대한 자기결정권’을 갖는다. ② 자신의 죽음에 대한 자기결정권은 ‘죽음의 방식에 대한 결정’도 내용으로 하는데, 여기서 말하는 죽음의 방식에는 ‘제3자의 도움에 의한 자살’도 포함된다³⁹⁾. ③ (구)독일형법 제217조는 청구인들이 전문가인 제3자의 도움을 받아 자살할 수 있는 가능성을 박탈함으로써, 청구인들의 죽음에 대한 자기결정권을 현저히 침해하였다. 조력자살에 관한 규범은 자살하고자 하는 사람의 “자율성(Autonomie)”⁴⁰⁾을 보호하는 한에서만 정당화될 수 있다. ④ 이러한 점에서 (구)독일형법 제217조는 이러한 목적 실현을 위한 적합한 수단이 아니다.

스위스까지 동행하여 이들이 그곳에서 조력자살을 실행할 수 있도록 도와준 변호사가 헌법소원의 청구인이었다. 이 사안에서는 이들의 기본권 침해에 대한 논의는 제외하기로 한다.

37) 이상에서 소개한 이 단락의 내용은 BVerfG, 2020.2.26. - 2 BvR 2347/15, Rn. 34에 소개된 내용을 재구성하여 정리한 것이다; 덧붙여, 이들이 처한 상황이나 이들이 조력자살을 결심하게 된 동기는 조력자살에 대한 사회적 관심의 필요성에 대해 시사하는 바가 있다.

38) 이 글에서 소개하는 청구인의 주장은 BVerfG, 2020.2.26. - 2 BvR 2347/15, R. 35 이하의 내용을 간략히 정리한 것이다.

39) BVerfG, 2020.2.26. - 2 BvR 2347/15, Rn.36; 덧붙여, 이들은 완화의료는, 삶의 마지막에 있어서도 타인에 ‘의존’하는 것은 자신들의 “고유한 자기이해”와 일치하지 않는다는 점에서, 대안이 될 수 없다고 이야기했다 (BVerfG, 2020.2.26. - 2 BvR 2347/15, Rn.40).

40) BVerfG, 2020.2.26. - 2 BvR 2347/15, Rn.40.

2. 결정의 전제: 죽음에 대한 자기결정권의 적극적 인정

이와 같은 청구에 기초한 판단의 결과, 연방헌법재판소는 (구)독일형법 제217조가 위헌이라는 결정을 내렸다. 이러한 결정의 전제로서 연방헌법재판소는 한편으로는 동조에 의해 침해되면서 다른 한편으로는 동조가 보호하고자 하는 이익인 ‘죽음에 대한 자기결정권’을 이야기한다.

가. 인격적 주체성의 실현으로서의 ‘죽음에 대한 자기결정’

독일 기본법 제1조 제1항이 천명하는 인간의 존엄성 그리고 제2조 제1항이 보호하는 일반적 인격권으로부터 도출되는 ‘자유’는, 인간이 자신의 삶에 대한 결정을 스스로 내리고 이러한 과정을 통해 자신을 발전시켜 나아가는 존재가 되는 기반이라 할 수 있다⁴¹⁾. 그렇기 때문에, 인간의 “주체성(Subjektqualität)”의 근간을 흔드는 것, 즉 인간을 “자기책임성을 지니는 인격체(selbstverantwortliche Persönlichkeit)”로 인정하지 않는 것은 결코 허용될 수 없다⁴²⁾. 특히 개인이 자신의 삶을 끝내겠다는 결정은 한 인격체로서의 개인에 있어서 - “인간으로서의 현존이라는 근본적인 물음”과 관련된 “실존적인 의미”를 갖는 것으로, 자신의 고유한 “자아상(Selbstbild)”에 부합하는 죽음의 방식을 선택함으로써 - 어떠한 다른 결정과도 다르게 - 개인이 자신의 정체성 및 개성을 실현하는 행위이다⁴³⁾. 이러한 맥락에서 연방헌법재판소는 생명이 물론 인간 존엄의 중요한 기반이기는 하지만, 그렇다고 해서 자신의 자유로운 의사에 기초한 자살이 인간존엄성에 반하는 것이 결코 아니며 오히려 이는 자율적인 인격을 마지막으로 그리고 직접적으로 발현하는 인간존엄의 표현이라고 본다⁴⁴⁾.

41) BVerfG, 2020.2.26. - 2 BvR 2347/15, Rn.206.

42) BVerfG, 2020.2.26. - 2 BvR 2347/15, Rn.206.

43) BVerfG, 2020.2.26. - 2 BvR 2347/15, Rn.209.

44) BVerfG, 2020.2.26. - 2 BvR 2347/15, Rn.211; 참고로 우리나라에서의 유사한 논의로 한상수, 앞의 논문, 168-169쪽 참조.

나. 상황에의 비(非)의존성 및 방법의 자유

더 나아가 연방헌법재판소는 자신의 죽음에 대해 인간이 내리는 이와 같은 자기결정의 자유는, 타인이 정의하는 특정한 상황, 동기나 이유에 - 특히 ‘중증 또는 불치의 질병’을 앓고 있는 상황이라거나 특정한 삶의 단계에 - 국한되어 보장되는 것이 결코 아니라는 점을 분명히 한다. 연방헌법재판소는 인간이 자신의 “신체적 - 정신적 완전성”에 관해 내리는 결정은 “인격의 가장 원초적인(ureigenst) 영역”⁴⁵⁾에 속한다고 했던 이전의 결정 내용 중 일부를 인용하면서, 자신의 삶의 종결에 관한 개인의 결정 역시 바로 이러한 영역에 속하는 결정이라는 점에서 이와 같은 결정의 권리는 “인간 존재의 모든 단계”⁴⁶⁾에서 행사될 수 있어야 한다고 말한다. 다른 한편 연방헌법재판소는 죽음에 대한 자기결정권은 이를 실현하는 ‘방법’에 있어서도 큰 제약을 받지 않는 것으로 본다. 개인은 많은 경우 제3자의 도움 없이는 실제로 자살을 실행하기 어려울 수 있다⁴⁷⁾. 뿐만 아니라 개인의 인격 발현은 자유로이 행동하는 제3자와의 상호작용을 통해 이루어지는 경우가 많은데, 연방헌법재판소는 그렇다면 자기결정에 기초한 자살을 실행함에 있어서도 마찬가지로 - 특히 능력이 있고 도와줄 의지가 있는, 의사와 같은 전문적인 - 제3자의 도움을 받는 것이 보장되어야 한다고 본다⁴⁸⁾. 이는 개인이 자기결정에 기초해 제3자의 도움에 기초한 조력자살을 실행하는 것이 자기결정권을 실행하는 방식 중 하나로 허용될 수 있음을 분명히 하는 것이다.

3. 입법 목적의 정당성: 자율성 그리고 생명의 보호

연방헌법재판소는 (구)독일형법 제217조의 입법은 한편으로는 이와 같은 ‘죽음에 대한 자기결정권’을 실현하거나 또는 보호하고 다른 한편 이를 통해 생명을 보호하려는 목적을 가질 때에 정당하다고 본다.

45) BVerfG, 1979.7.25. - 2 BvR 878/74, Abweichende Meinung der Richter Hirsch, Niebler und Steinberger, 3단락.

46) BVerfG, 2020.2.26. - 2 BvR 2347/15, Rn.210.

47) 이러한 점에 대해 언급하는 BVerfG, 2020.2.26. - 2 BvR 2347/15, Rn.213 참조.

48) BVerfG, 2020.2.26. - 2 BvR 2347/15, Rn.213.

가. 자기결정의 위태화: 사회적 압력 그리고 자살조력업자의 영향력

연방헌법재판소가 업무상 자살지원의 규제 필요성과 관련하여 가장 먼저 언급한 것은 자살방조가 건강관리 서비스의 하나가 되면, 이러한 서비스가 보편적인 것처럼 보이게 되거나 심지어 “사회적인 명령”이 되어서 이를 이용할 것을 기대하는 일종의 “사회적 압력”이 만들어질 수 있다는, II-2 단락에서도 소개한 (구)독일형법 제217조의 입법초안의 내용이다⁴⁹⁾. 이러한 상황에서는 예를 들어 ‘공리(Nützlichkeit)’에 기초해서⁵⁰⁾ 일정한 조건 하에서는 목숨을 끊어야 한다는 무언의 압박이 발생할 수 있다. 다른 한편, 연방헌법재판소는 자살조력을 업으로 하는 사람들은 자살을 하고자 하는 사람들의 자살에 대한 자기결정이 실제로 얼마나 확고하게 내려진 것인가에 대한 진지한 관심을 충분히 갖고 있지 않다는 입법자의 우려⁵¹⁾도 타당한 것으로 본다. 자살조력업자들은 자살을 원하는 사람들에게 대한 관심 외에 자신들의 고유한 이익을 갖게 될 텐데, 이는 자살을 하고자 하는 사람들이 자기 책임에 기초해 자유로운 결정을 내릴 수 있도록 하는 것을 돕는 것이 아니라 오히려 이들의 자유로운 의사형성이나 결정에 (아마도 자살조력업자들이 원하는 방식으로 결정을 내리도록) 영향을 미칠 수 있다는 것⁵²⁾이다. 물론 이와 같은 입법자의 두 가지 우려는 경험적인 연구에 의해 뒷받침되는 것이 아니라 입법자의 추정에 기초한 것이다⁵³⁾. 하지만 연방헌법재판소는 이러한 우려들은 어쨌든 자살에 관한 자기결정이 갖는 여러 가지 속성 그리고 자기결정에 영향을 미치는 여러 가지 요인들에 기초한, “헌법상 이익을 제기할 수 없는 근거”⁵⁴⁾라고 보았다. 이러한 이유에서 어쨌든 업무상 자살조력이 사람들이 자살을 하도록 “유도(verleiten)”⁵⁵⁾하게 되는 것 방지하기 위해

49) BVerfG, 2020.2.26. - 2 BvR 2347/15, Rn.229, Rn.235 및 BT-Drucksache18/5373, 2.

50) 연방헌법재판소는 결정문에서 자살방조서비스 이용에 대한 사회적 압력은 경우에 따라 “공리(Nützlichkeit)”적 사고에서 비롯되는 것일 수 있다고 이야기한다 (BVerfG, 2020.2.26. - 2 BvR 2347/15, Rn.235)

51) BVerfG, 2020.2.26. - 2 BvR 2347/15, Rn.230 및 BT-Drucksache18/5373, 11.

52) BVerfG, 2020.2.26. - 2 BvR 2347/15, Rn.230 및 BT-Drucksache18/5373, 11, 12, 17, 18 (괄호안의 내용은 연방헌법재판소의 내용에 대한 글쓴이의 해석을 덧붙인 것임을 밝혀둔다).

53) BVerfG, 2020.2.26. - 2 BvR 2347/15, Rn.238.

54) BVerfG, 2020.2.26. - 2 BvR 2347/15, Rn.235; 덧붙여, 입법자의 우려를 뒷받침할 수 있다고 보는 자살 결정의 여러 가지 속성 또는 이에 영향을 미치는 요인들에 대해서 연방헌법재판소는 BVerfG, 2020.2.26. - 2 BvR 2347/15, Rn.237 이하에서 상세히 기술하고 있다.

55) BVerfG, 2020.2.26. - 2 BvR 2347/15, Rn.229.

형법이 개입함으로써, 개인의 자기결정에서 ‘자율성’이 확보되도록 할 필요가 있다.

나. 자율성 보호를 통한 생명 보호

더 나아가 연방헌법재판소는 앞서 기술한 입법자의 우려를 기초로 하여 (구)독일형법 제217조가 추구하는 목적을 “자율성의 보호 ‘그리고(und)’ 생명의 보호”라고 이야기한다⁵⁶⁾. 이러한 기술 방식 그리고 이어지는 논증에 비추어보면, 연방헌법재판소는 ‘자율적인 자기결정’을 보호하는 것이 곧 ‘(외부의 부적절한 영향이 없는 온전한 자기결정이 가능했더라면 자살을 실행하지 않는다는 결정을 함으로써 존속될 수 있었던) 생명의 보호’라고 보는 입장을 취한다고 볼 수 있다. 자살 결정은 일단 실행이 되면 “불가역성(Unumkehrbarkeit)”으로 인해⁵⁷⁾ 결코 그 결정을 번복할 수 없는 것이다. 그렇기 때문에 자살 결정에서의 자유와 자기책임을 보장함으로써 자살 결정이 온전한 자기결정일 수 있도록 함으로써 기본법 질서 내에서 “최상의 가치(Höchstwert)”⁵⁸⁾를 지니는 생명 보호가 가능하다는 것이다. 이는 생명 보호를 어디까지나 자율성의 보호와의 연관 속에서 이해하는 것으로, 생명보호 목적은 이와 같은 맥락 속에서 형법 개입의 정당한 근거가 될 수 있다.

4. (구)독일형법 제217조의 위헌성: 자기결정의 형해화

(구)독일형법 제217조가 죽음에 대한 자기결정의 자율성을 보호하고 이에 기초하여 생명을 보호한다는 입법 목적은, (이제 막 죽음에 대해 고민하는) 일반인들의 (조력자살의 압력으로부터) 자유로운 자기결정의 가능성 및 생명이라는 이익을 실현하는 것을 말한다. 이러한 입법 목적이 정당하기는 하지만, 다른 한편 동조의 적용으로 인해 (자유로운 결정에 기초하여 이미 자살을 결심하고) 조력자살을 실행에 옮기고자 하는 사람의 자기결정권, 즉 자살할 권리는 제한된다. 그렇다면 과연 동조가 입법 목적을 달성하기에 ‘적절한(angemessen)’ 수단인가. 연방헌법재판소는 동조의 적절성을 판단함에 있어, 동

56) BVerfG, 2020.2.26. - 2 BvR 2347/15, Rn.231.

57) BVerfG, 2020.2.26. - 2 BvR 2347/15, Rn.232.

58) BVerfG, 2020.2.26. - 2 BvR 2347/15, Rn.232.

조의 입법을 둘러싸고 서로 충돌하는 언급한 두 가지의 이익들을 구체적으로 비교형량하면서 논증하지는 않는다. 다만, 이러한 두 가지 이익 중 ‘일반인들의 자기결정 및 생명’이라는 이익에 대한 위험은 헌법적 가치가 높은 이익이라는 점에서 그 침해에 대한 “추상적 위험”⁵⁹⁾만으로도 형법 개입의 충분한 근거가 될 수는 있지만⁶⁰⁾, 이러한 형법 개입이 개인의 자유로운 결정을 단지 제한하는 것을 넘어 불가능하게 하는 것이라면 결코 정당화될 수 없다고 말한다⁶¹⁾. 그런데 동조의 입법으로 인해 결국 자살조력업자의 도움을 빌어 자살을 실행하고자 했던 사람은 이를 전혀 실행할 수 없게 된다. 즉, ‘일반인들의 자기결정 및 생명’을 보호한다는 목적으로 투입한 (구)독일형법 제217조라는 수단은 ‘죽음을 실행하려는 개인의 권리’는 “실제로는 상당 부분 형해화(entleert)”⁶²⁾하는 결과를 가져온다. ‘자살이 현실적으로 실행될 수 있을 가능성은 항상 보장되어야만 한다’는 연방헌법재판소의 언급⁶³⁾은, 동 재판소가 이른바 ‘자살할 자유’에 부여하는 가치가 얼마나 큰 것인지를 보다 분명히 보여준다. 이와 같은 논증은 충돌하는 두 이익의 중요성을 구체적으로 비교하는 것에 대한 부담을 피해가면서도, (이미 자유로운 결정에 기초해) 전문적인 제3자의 도움을 받아 자살을 실행하고자 하는 개인이 자살을 실행할 자유를 행사하지 못하는 것은 결코 허용될 수 없다는 점에서 (구)독일형법 제217조가 위헌적이라는 결론에 이른다.

IV. 독일 연방헌법재판소 결정의 함의(含意)와 후속 논의

1. 죽음 논의의 관점 정립

가. 사회윤리적 목적의 직접성 배제

이상의 논의를 종합해볼 때, (구)독일형법 제217조에 대한 연방헌법재판소의 결정에

59) BVerfG, 2020.2.26. - 2 BvR 2347/15, Rn. 273.

60) BVerfG, 2020.2.26. - 2 BvR 2347/15, Rn. 267.

61) BVerfG, 2020.2.26. - 2 BvR 2347/15, Rn. 273.

62) BVerfG, 2020.2.26. - 2 BvR 2347/15, Rn. 278.

63) BVerfG, 2020.2.26. - 2 BvR 2347/15, Rn. 277.

서 우선 주목할 만한 점은 인간의 죽음과 생명의 문제를 개인의 삶의 문제로 보기에 앞서 사회문화적 가치와 관습의 차원의 문제로 바라보는 것을 경계한다는 것이다. 연방헌법재판소는 앞의 III-3-나 단락에서 언급했듯 생명 보호라는 입법 목적 역시 개인의 자기결정의 보호라는 맥락에서 이해한다. 이는 업무상 자살지원이 (특히 노인과 환자들의 경우에 있어서) “생명이 어떻게 다루어져야 할 것인가에 대한 사회의 다수 견해와 배치된다는 이유”로 금지되는 것은 정당하지 않다는 결정문의 내용을 통해 더욱 분명해지는 것으로 보인다⁶⁴⁾. 특히 업무상 조력자살의 규제 필요성을 이야기하면서 보호법적으로 언급하는 ‘자율성의 침해’는 경험적으로 확인되지는 않은 다소 추상적인 위험이라 할 수 있다. 그리고 이러한 추상적 위험 발생 행위의 가벌성에 대한 근거지음이 - 예를 들어 독일 윤리위원회가 자살예방에 관한 법률적 규제를 강화해야 한다는 권고를 하면서 이야기 하는 바와 같은 - 생명에 대한 “사회적 존중” 또는 생명 존중에 대한 “사회 규범과 합의의 보호”에 기반할 때에는⁶⁵⁾, 이러한 사회적 가치에 대한 강조는 자칫 그 본래 의도와는 무관하게⁶⁶⁾ 자살 또는 자살방조에 대한 도덕적 반감이라는, 문화적으로 전승된 “사회윤리적 관점의 관습적 힘”⁶⁷⁾에 의존하는 듯한 인상을 주기 쉽다. 연방헌법재판소는 이와 같은 사회윤리적 관습은 그 자체로 형법의 직접적인 보호법익이 되기는 어렵다는 점을 다음과 같이 분명히 밝힌다: “가치 또는 도덕에 관한 (사회에) 실제로 존재하는 또는 그렇다고 추정되는 합의의 내용은 형사입법행위의 직접적 목표가 될 수 없다”⁶⁸⁾. 달리 말하면, 형법은 “가치설정에 관한 사회적인 합의를 수립하거나 유지하는 것을 직접적인 목표로 삼을 수 없으며”, 그와 같은 “도덕 관념의 강화”는 기껏해야 “올바르고 명확하고 합리적인 형법이 오랜 기간에 걸쳐 지속적으로 적용된 결과”로 사회에 자리잡게 될 것을 기대할 수 있을 뿐이다⁶⁹⁾.

64) BVerfG, 2020.2.26. - 2 BvR 2347/15, Rn.234.

65) Deutscher Ethikrat, Empfehlung (2014).

66) 독일 윤리위원회는 생명에 대한 존중을 사회윤리적 가치의 보호라는 맥락에서 이야기하기보다는 어디까지나 ‘자살의 보편화’에 따른 자살 압력의 우려와 연관시켜 이야기하였다.

67) 이상돈, 형법학 - 형법이론과 형법정책, 법문사, 1999, 174쪽.

68) BVerfG, 2020.2.26. - 2 BvR 2347/15, Rn.234.

69) BVerfGE 2008.2.26. - 2 BvR 392/07, Abweichende Meinung des Richters Hassemer, I (BVerfG, 2020.2.26. - 2 BvR 2347/15, Rn.234에서는 상기 결정에서의 재판관 Hassemer의 이러한 견해를 인용하여 소개한다).

나. ‘생명의 주체’라는 출발점

이러한 논의를 통해 연방헌법재판소는 생명이 주체의 처분영역에서 벗어난 “그 자체로서 독자적인 가치”⁷⁰⁾를 갖는 것이라는 생각으로부터는 한 발 물러선다. 이는 연방헌법재판소가 생명이라는 가치가 최상위의 헌법적 가치라는 것을 인정하는 것과는 별개로, 적어도 조력자살을 둘러싼 문제에서는 생명의 담지자인 기본권 주체의 처분을 넘어선 별개의 객관적인 가치로서의 생명을 명시적인 형법적 보호대상으로 내세우는 것을 경계한다는 것을 보여준다. 자살의 불가벌성에 기초하여 공범중속성설에 따른 자살방조의 불가벌성을 인정해온 독일 형법의 전통⁷¹⁾은, (자살방조를 처벌하는) 우리 형법의 경우에서 보다 죽음에 대한 자기결정, 즉 생명에 대한 처분권을 - 도덕적이 아닌 적어도 법적 - 자기결정의 영역에 포섭하는 것을 더 쉽게 받아들이는 기초가 되었다고 할 수 있다. 그리고 이러한 전제 하에서는 생명 보호는 자율에 앞서는 것이라기보다는 오히려 “인격 주체의 자유를 보호”⁷²⁾하기 위한 것, 즉, ‘자율 자체의 보장’으로부터 도출될 수 있다는 논리 구성이 가능하다⁷³⁾.

달리 말하면, 연방헌법재판소는 조력자살(에 대한 형법 개입)의 문제를 논의할 때에 무엇보다 생명의 주체인 개인으로부터 출발하고자 한다. 국가는 형법을 수단으로 하여 개인에게 죽음을 그의 의지와는 상관없이 그 시기를 알 수 없는 운명으로 받아들일 것을 강요할 수 없으며, 개인은 - III-2-가 단락에서 이야기했듯 - 자신의 실존에 대한 결정이라는 맥락에서 인격 발현의 일환으로 스스로 죽음을 선택할 수도 있음을 인정해야 한다는 것이다⁷⁴⁾. 죽음의 권리에 대한 이와 같은 이해는, 연방헌법재판소가 죽음을 실행

70) 윤재왕, 자기결정권과 후견주의 - 형법상 촉탁살인죄(제252조)의 보호범위에 대한 법윤리학적 성찰, 고려법학, 2012, 제67호, 117쪽.

71) Gerhard Dannecker, Freiverantwortlichkeit des Suizidentschlusses als unabdingbare Voraussetzung der Strafflosigkeit der Suizidassistentz, in: Assistierter Suizid und Freiverantwortlichkeit: Wissenschaftliche Erkenntnisse, ethische und rechtliche Debatten, Fragen der Umsetzung (Ethik und Recht in der Medizin 45), Nomos Verlag, 2022, 270쪽.

72) 윤재왕, 앞의 논문, 117쪽.

73) 이러한 맥락에서 ‘자유 대 생명인가 또는 자유와 생명인가’를 논하는 윤재왕, 앞의 논문, 119쪽 이하 참조.

74) 같은 맥락에서, 죽는 과정에 대한 선택은 “가장 사적인 영역”으로 각 개인은 자신의 존엄을 스스로 정의내릴 수 있어야 한다고 이야기하는 김선택, 의사조력자살의 합법화: 세계적 동향, 한국의료법학회지, 2018, 제26권 제1호, 69쪽 참조.

하고자 할 때에 그 실행 방식 중 하나로서 제3자의 도움을 받는 것 역시 개인이 자신의 신념에 기초해 죽음에 대한 자기결정권을 실현하는 하나의 방식으로 인정하는 기초가 되었다. 이러한 맥락에서 개인의 자기결정권 보호와는 무관하게 단지 “조력자살의 숫자를 줄이고자 하는 목적으로만 업무상 자살지원을 금지”⁷⁵⁾한다면 이는 결코 정당한 입법 목적이 될 수 없다. 자신의 자율적인 의지에 기초하여 제3자의 도움에 기초해 자살하고자 하는 결정에 대해 단지 사회윤리적 맥락에서 “비난하거나, 터부시하거나 아니면 이에 대해 낙인을 찍는 것”⁷⁶⁾은 허용될 수 없는 것이다.

2. 생명 주체의 기본권으로서의 죽음

가. 죽음에 관한 자기결정권의 재확립

죽음을 ‘생명의 주체의 실존적 결정’이라는 맥락에서 바라봄으로써, 연방헌법재판소는 개인이 “자유로운 자기결정 및 자기책임의 능력”을 기초로 “자신의 생명을 처분할 권리”가 기본법 제1조 제1항 및 제2조 제1항에 기초하여 인정되는 기본권⁷⁷⁾임을 보다 분명히 할 수 있었던 것으로 보인다. 물론 (구)독일형법 제217조의 위헌 결정 이전에도 독일 연방대법원이 ‘죽음에 대한 자기결정권’을 판결에서 이미 언급한 바 있고⁷⁸⁾, 동조의 입법을 둘러싼 논의에서도 ‘죽음에 관한 자기결정권’, 그중 특히 ‘자신의 생명에 관한 개인의 처분권’이 기본권으로 인정되는지는 논란의 대상이 되지는 않았다. (업무상) 자살방조의 보편화에 대한 우려를 강하게 표명했던 독일 윤리위원회도 자살 그리고 자유로운 책임에 기초한 자살을 방조하는 것 모두 불가별적이라고 보는 독일의 실정법 체계가 “자유로운 헌법국가의 원칙과 부합”한다고 한 바 있다⁷⁹⁾. 이러한 상황에서 연방헌법재판소의 결정은, 독일 사회에서 공공연하게 인정되어 온 이러한 권리를 헌법적 권위에 기초해 분명히 선언함으로써 죽음에 대한 자기결정권의 기본권적 성격을 다시 한 번 확립시켰다는 그리고 더 나아가 동 권리를 ‘창설’한 것이라고도 할 수 있다는 평가⁸⁰⁾를 받는다.

75) BVerfG, 2020.2.26. - 2 BvR 2347/15, Rn.234.

76) BVerfG, 2020.2.26. - 2 BvR 2347/15, Rn.234.

77) BVerfG, 2020.2.26. - 2 BvR 2347/15, Rn.204.

78) BGH 2019.7.3. - 5 StR 132/18 참조.

79) Deutscher Ethikrat, Empfehlung(2014).

이와 같은 권리의 재확립에 기초하여 동 결정 이후 발의된 새로운 입법안에서는 “자살지원에 대한 권리” 및 “자살지원을 할 권리”를 명시적으로 규정하기도 하였다⁸¹⁾.

나. ‘전면적 금지’와 ‘규율 부재(不在)’의 변증

연방헌법재판소가 천명한 ‘죽음에 대한 자기결정권’은 III-4 단락에서 언급했듯 한편으로는 자살을 구체적으로 결심하고 이를 실행하고자 하는 사람의 ‘자살의 자유’와 관련이 되고 다른 한편 업무상 자살지원을 형법적으로 금지하지 않는 상황에서 영향을 받게 될, (일반인들의) 보다 보편적인 죽음에 대한 자기결정권과 관련이 된다. (구)독일형법 제217조는 전자의 실행을 불가능하게 한다는 점에서 위헌적이지만, 다른 한편 후자를 보호한다는 동조의 목적 자체는 정당하다. 그렇다면 결국 중요한 것은 이러한 두 가지 맥락의 자기결정권을 모두 보호할 수 있는, 즉, ‘제3자의 도움에 기초한 조력자살’이 가능하도록 하면서도 ‘업무상 자살조력’의 허용으로 인해 자기결정이 훼손될 위험을 방지할 수 있는 규율 방식을 모색하는 것이다. 연방헌법재판소가 앞의 III-4 단락에서 언급했듯, 두 가지 맥락에서의 자기결정권을 구체적이고 명시적으로 비교형량하지 않고, 다만 (구)독일형법 제217조에 의해 보호하고자 하는 이익은 ‘추상적 위험’에 기반한 것이고 다른 한편 동조에 의한 이익의 침해는 그 이익을 무력화시킬 정도로 명백한 것임을 이야기하면서 우회적으로만 비교형량하는 논증 방식을 취한 것은 궁극적으로는 두 이익을 모두 실현할 수 있는 새로운 입법의 필요성을 염두에 둔 것이라 추측해볼 수 있다. 실제로는 동조의 입법으로 인해 분명한 자살의지를 갖고 전문가의 도움을 받아 자살을 실행하고자 하는 사람의 이익이 침해되는 것은 (입법자인) “국가에 의한” 것이며 그 침해 방식이 “직접적이고 종국적(unmittelbar und final)”인 반면에, 동조의 입법을 통해 예방하려는 위험은 단지 동조가 부재할 경우 “제3자에 의해” 야기되는 것으로 이는 “정말 존재하는지가 의심스럽고 기껏해야 잠재의식에 대해서 영향을 미치는 위험”이라고도 할 수 있다⁸²⁾. 그렇다면 결국 형량되는 두 이익은 어떻게 보면 그 이익의 주체만이 다를

80) Stephan Rixen, Medikalisierte Freiverantwortlichkeit? Fragwürdiges in den Gesetzesentwürfen zur Regelung der Suizidhilfe, in: Assistierter Suizid und Freiverantwortlichkeit: Wissenschaftliche Erkenntnisse, ethische und rechtliche Debatten, Fragen der Umsetzung (Ethik und Recht in der Medizin 45), Nomos Verlag, 2022, 254쪽.

81) BT-Drucksache 20/2332 (Helling-Plahr 의원등의 안), 제1조 및 제2조.

뿐 ‘죽음에 대한 자기결정권’이라는 동일한 이익이라 할 수 있고, 이와 같이 이익이 동일하다면 그 침해나 제한의 모습의 차이는 형량의 결과를 결정하는 데에 있어서 결정적일 수밖에 없다는 점에서 이익의 명시적인 형량이 어려운 것은 아니다. 하지만 그럼에도 불구하고 연방헌법재판소가 이러한 점에 대한 구체적인 언급을 회피한 것은, 동조의 입법을 통해 보호하고자 했던 자기결정권과 이로부터 도출되는 생명보호의 필요성을 보다 덜 중요한 것이라고 이야기하는 부담을 덜고자 한 것이라 할 수 있다. 그럼으로써 연방헌법재판소는 앞서 언급한 두 가지 맥락의 자기결정권을 보다 포괄적으로 함께 실현할 수 있는, 달리 말하면 업무상 자살지원의 ‘전면적 금지’와 ‘규율 부재’를 모두 뛰어넘는 새로운 규율의 필요성에 대한 소망을 암묵적으로나마 드러낸 것이라 할 수 있다.

3. 형법의 새로운 개입 방식 모색

가. 형법의 임무: 자율성 실현의 조건 설정

그렇다면 언급한 두 가지 맥락의 자기결정권을 모두 실현하기 위해서는 어떠한 변화가 필요한가. (구)독일형법 제217조에 의한 업무상 자살지원의 전면적 금지로 인해 ‘제한’ 혹은 ‘형해화’된다고 보았던 자살하고자 하는 사람의 자기결정권 보장은, 우선은 업무상 자살지원을 전면적 금지의 방식으로는 규제하지 않음으로써 가능하다. 아울러 보다 근본적으로는 이들의 자기결정 자체가 자율성을 확보한 것이었음이 전제되었어야 할 필요가 있는데, 이러한 자율성 확보는 결국, 동조의 정당한 입법 목적이었던, 이제 막 죽음을 둘러싼 고민을 하는 수범자의 자기결정의 ‘자율성’ 보장에 맞닿아 있다. 결국 두 가지 맥락의 자기결정권을 보호하는 입법은, 업무상 자살지원을 전면적으로 금지하지는 않으면서도 자율성을 보장할 수 있는 절차를 제도화함으로써 가능하다. 연방헌법재판소가 죽음에 대한 자기결정권의 진정한 보호는 자기결정이 진정한 의미에서 ‘자유롭게’ 그리고 ‘자기책임하에’ 이루어질 수 있는 조건을 설정함으로써 가능하며, 이러한 조건의 설정이 - 기본법 제1조 제1항 제2문 및 제2조 제2항 제1문으로부터 도출되는 - 형법의 임무라고 보는 것⁸³⁾은 바로 이러한 맥락에서 이해할 수 있다. 자기책임 또는 자유로운 책임은

82) Christoph Knauer / Hans Kundlich, 앞의 논문, 230쪽.

83) BVerfG, 2020.2.26. - 2 BvR 2347/15, Rn.232.

자살방조를 처벌하지 않는 독일 형법에서 촉탁살인과 자살방조를 구별하면서 타인의 자살에 참여한 행위의 가벌성 여부를 판단하는 중요한 기준이기도 하다⁸⁴⁾. 다시 말하면, (업무상) 자살조력을 둘러싼 형법의 과제는 이와 같은 자기책임성에 대한 논의를 조력자살의 맥락에서 보다 구체화시키면서 자기결정에서의 자율성을 확보하는 테두리 조건을 설정하는 것이다.

나. ‘규제 공백’ 상황에서의 입법 논의

(구)독일형법 제217조가 위헌으로 무효라고 선언되었지만 업무상 자살지원에 대해서는 어쨌든 일정한 규제가 필요하다고 보는 연방헌법재판소의 결정에 따르면, 현재의 법체계에서는 업무상 자살지원행위에 대한 일종의 ‘규제 공백’⁸⁵⁾이 발생한 것이다. 이러한 상황에서 (구)독일형법 제217조에 대한 연방헌법재판소의 위헌결정 직후부터 독일에서는 자살지원행위를 과연 어떠한 방식으로 규제해야 할 것인가에 대한 논의가 활발히 이루어졌다. 독일 연방보건복지부(Bundesministerium für Gesundheit)는 연방헌법재판소의 결정 이후 두 달이 채 지나지 않은 시점부터 다양한 전문가들의 지식과 경험을 구하였고, 이에 기초하여 ‘자살지원의 가벌성을 개정하고 자기책임에 기초한 자살결정을 보장하기 위한 법률에 대한 논의 초안’⁸⁶⁾을 발표했다. 아울러 여러 법률안이 발의되었는데⁸⁷⁾, 이후 이러한 법률안들은 수정된 형태로 2022년부터 연방의회에서 논의되기 시작한 것으로 보인다⁸⁸⁾. 각 논의초안이나 법률초안은 세부적인 규제 방식에 있어 여러 가지 차이점을 보이고 있지만, 공통되는 점은 어쨌든 앞에서 이야기한 것처럼 업무상 자살지

84) 독일 형법에서 자살 문제와 관련한 ‘자유책임원칙’에 대해서는 정배근, 앞의 논문, 56쪽 이하 참조.

85) Stephan Rixen, 앞의 논문, 254쪽.

86) Bundesministerium für Gesundheit, Diskussionsentwurf: Entwurf eines Gesetzes zur Neufassung der Strafbarkeit der Hilfe zur Selbsttötung und zur Sicherstellung der freiverantwortlichen Selbsttötungsentscheidung (2022.6.22.).

87) 2021.1.28. 녹색당(Bündnis 90/Die Grünen) 의원 2인은 ‘죽음에 대한 자기결정권의 보호를 위한 법률 초안’을, 2021.1.28.에는 자유민주당(FDP), 사회민주당(SDP), 좌파당(Die Linke) 의원 3인이 교섭에 기초해 ‘자살지원의 규율에 관한 법률 초안’을 발의하였고, 이후 2022.3.7.에는 독일을 위한 대안당(AfD)을 제외한 모든 교섭단체의 85인의 의원들이 ‘업무상 조력자살에 대한 법률에 대한 공동 초안’을 발의했다.

88) 2022년 연방의회에서 다루어진 법안은 BT-Drucksache 20/2332, BT-Drucksache 20/2293, BT-Drucksache 20/294에서 확인할 수 있다.

원과 관련하여 현재 죽음 또는 자살을 진지하게 생각하는 사람 또는 어쨌든 다가올 미래에서의 죽음에 대해 고민하는 일반인들 모두의 자기결정의 ‘자율성’을 보장하기 위한 여러 가지 방안들을 제시한다는 것이다. 즉, 독일 형법의 자살 관련 논의에서 강조해온 자살자의 “자유책임성(Freiverantwortlichkeit)”⁸⁹⁾에 대한 논의가 보다 구체화되기 시작하였다.

이러한 논의는 한편으로는 자유책임이 인정될 수 있는 요건과 이러한 요건 충족에 대한 판단 방식 그리고 다른 한편으로는 자살의 실행과 관련하여 도움을 받을 수 있는 절차에 대한 입법으로 이어졌다. 첫째, 자기책임에 기반한 자유로운 결정은-독일 연방대법원이 자살결정에서의 “통찰력” 그리고 “판단력”을 언급했던 것처럼⁹⁰⁾-자살을 실행하려는 사람이 “자신이 내린 결정의 의미를 이해할 능력 그리고 자신의 통찰력에 따라 행동할 수 있는 능력”⁹¹⁾을 갖출 때에 가능하다. 그렇기 때문에 각 법안은 무엇보다 이러한 능력을 자율성 확보의 전제조건으로 제시하는데, 이를 위해 자살하고자 하는 자가 “성인이고(volljährig) 통찰력이 있을 것(einsichtsfähig)”⁹²⁾을 요구하기도 하고, “자유롭게 그리고 급성 정신 질환의 영향을 받지 않은 상태에서 결정할 능력”을 요구하면서 이에 덧붙여 ‘만18세 이상부터는 통상적으로 자살결정의 의미와 결과에 대해 완전하게 이해할 수 있을 것임이 전제된다’고 개별 조항에 명시하기도 한다⁹³⁾. 둘째, 연방의회에서 다루어진 세 가지의 법안은 모두, 개인의 결정의 자유책임성이 과연 인정될 수 있을 것인지에 대한 언급한 전제 조건을 비롯한 여러 관련 사항들에 대해 의사 또는 (정신과 영역의) 전문의가 일련의 판단을 내리도록 하고 있다⁹⁴⁾. 예를 들어, 업무상 자살지원 행위의 위법성이 조각되기 위해서는 원칙적으로 (자살조력에는 참여하지 않는) 정신건강의학과 및 심리치료에 대한 전문의로부터 자율적인 의사결정을 어렵게 하는 정신질환이 없으며 전

89) Gerhard Dannecker, 앞의 논문, 269쪽; 그밖에 자살에서의 자유책임성을 이야기한 BGH 2019.7.3. 5 StR 132/38, Rn.13. 참조.

90) BGH 2019.7.3. - 5 StR 132/18, Rn.21.

91) Bündnis 90/Die Grünen, Entwurf eines Gesetzes zum Schutz des Rechts auf selbstbestimmtes Sterben (2021.1.29.), 제2조 제1항.

92) BT-Drucksache 20/294 (Castellucci 의원등의 형법개정안) 제217조 제2항 제1호.

93) BT-Drucksache 20/2332 (Helling-Plahr 의원등의 안) 제3조 제1항.

94) BT-Drucksache 20/294 (Castellucci 의원등의 형법개정안) 제217조 제2항 제2호; BT-Drucksache 20/2293 (Künast 의원등의 안) 제3조 제1항 제4호 및 제6호; BT-Drucksache 20/2332 (Helling-Plahr 의원등의 안) 제6조 제4항.

문가적 관점에서 볼 때 죽고자하는 의사가 자유로운 의지에 입각한 진지하고 지속적인 것이라는 점에 대한 소견을 최소 3개월 이상의 충분한 간격을 두고 2회 이상에 걸쳐 받을 것을 요구한다거나⁹⁵⁾, 죽고자 하는 의사가 있는 사람이 현재 의학적인 긴급상황(Notlage)에 처해 있는 경우 의사의 관점에서 볼 때에 죽고자 하는 의사가 더 이상 변경되지 않을 것이 분명하다고 보인다면 그에게 자살목적에 적합한 마약류를 처방할 수 있다고 규정하기도 한다⁹⁶⁾⁹⁷⁾. 셋째, 언급한 세 가지의 법안들은 모두, 연방헌법재판소가 결정문에서 죽음에 대한 자유로운 결정은 다양한 대안들에 대한 포괄적인 상담과 설명을 반드시 전제해야 한다고 한 것⁹⁸⁾에 착안하여, 죽음에 대한 자기결정이 ‘충분한 정보’에 기초하여⁹⁹⁾ 내려지는 합리적인 결정일 수 있도록 도와주는 상담절차 또는 상담기구의 설치에 대해서 규정하고 있다¹⁰⁰⁾. 법안에 따라서는 독일에 거주하는 모든 사람에게는 “자살 지원에 대한 물음에 대해 상담을 받을 권리”가 있다고 선언하기도 하는데¹⁰¹⁾, 이러한 권리를 실현하기 위해 상담이 판단을 위한 충분한 근거들을 제공하면서 자살 결정에 대한 긍정과 부정의 측면들을 현실에 맞게 비교형량할 수 있는 정보들을 제공해야 한다고 규정하기도 한다. 이러한 규정은 덧붙여, ‘자살의 의미와 결과, 질병에 대한 대안적인 치료 방법과 완화의료 가능성 등 자살에 대한 대안이 될 수 있는 행동 방식’ 등을 제공해야 하는 정보로 열거한다¹⁰²⁾. 뿐만 아니라 신체적인 제약이 있는 사람들에게는

95) BT-Drucksache 20/294 (Castellucci 의원등의 형법개정안) 제217조 제2항 제2호.

96) BT-Drucksache 20/2293 (Künast 의원등의 안) 제3조 제1항 제4호; 여기서 ‘죽고자 하는 의사가 있는 사람(Sterbewillige)’이란 동 법안 제2조 제1항에 따르면 “자신의 자유로운 의지에 기초해서 자신의 삶을 자살을 통해 끝내고자 하는 확고한 의지가 있는 성인인 사람”을 말한다.

97) 다만, 이와 같이 제시된 법안들은 자유로운 책임에 대한 판단을 의료 영역에 위임하지만, 그 구체적인 판단의 내용과 방식 등에 대해서는 아직 충분히 고민하지는 못했고 이러한 내용들은 아마 의료사회의 충분한 논의를 거쳐 공적인 지침으로 마련될 필요가 있을 수 있다. 이러한 점에서 이와 같은 법안의 내용들을 현실화하려는 경우에는 입법자는 의학적 판단의 의미, 의학 고유의 논리와 이에 대한 실무적인 적용 등에 대해 좀더 심도 있는 논의가 이루어질 수 있도록 충분한 노력을 기울여야 할 것이라고 지적된다 (Stephan Rixen, 앞의 논문, 263쪽 참조); 이와 관련하여 의료인의 입장에서 환자의 자율성에 대한 판단의 어려움에 대해 이야기하는 고윤석, 앞의 논문, 10쪽 참조.

98) BVerfG, 2020.2.26. - 2 BvR 2347/15, Rn.246.

99) BVerfG, 2020.2.26. - 2 BvR 2347/15, Rn.246.

100) BT-Drucksache 20/294 (Castellucci 의원등의 형법개정안) 제217조 제2항 제3호; BT-Drucksache 20/2293 (Künast 의원등의 안) 제4조 제3항; BT-Drucksache 20/2332 (Helling-Plahr 의원등의 안) 제4조.

101) BT-Drucksache 20/2332 (Helling-Plahr 의원등의 안) 제4조 제1항.

102) BT-Drucksache 20/2332 (Helling-Plahr 의원등의 안) 제4조 제2항.

‘방문상담’ 서비스가 제공될 수 있도록 해야 한다는 규정은¹⁰³⁾ 실제 자살을 진지하게 고민하는 상황에 놓인 사람들이 실질적인 도움을 받을 수 있도록 하기 위한 고민의 결과라 할 수 있다. 어쨌든 상담과 관련하여 근본적으로 중요한 것은 개인이 ‘자유롭게’ 그리고 ‘합리적으로’ 결정할 수 있도록 하는 기본적인 상담원칙들을 설정하는 것인데, 이를 위해 상담은 결론을 정해놓지 않은 열린 상태로 이루어져야 하며 각 개인에게 적합한 개별화된 방식으로 시행되어야 하고 다양한 관점의 교류가 가능할 수 있도록 여러 분야의 전문가들에 의해 학제적으로 이루어져야 한다고 규정하기도 한다¹⁰⁴⁾. 이러한 일련의 공인된 상담 절차를 법제화하는 것은 죽음을 고민하는 사람들이 ‘포괄적인 정보에 입각하여’ 자신의 삶을 다각적으로 성찰하고 아울러 ‘이해관계를 지니는 사람들의 생각으로부터 독립적으로’ 죽음에 대한 결정을 내리는 것을 도움으로써 자율성을 실현하기 위한 중요한 제도적 장치가 될 수 있을 것이다.

V. 결어를 대신하여: 우리 법제에의 시사점

그렇다면 마지막으로 지금까지 다룬 독일의 논의가 우리나라에서의 조력자살 논의 그리고 이와 더불어 죽음을 둘러싼 그밖의 논의들에 어떠한 시사점을 제공해줄 수 있을지를 간략히 고민해보며 이 글을 마무리하고자 한다. 서두에서 언급했던 자살방조죄와 자살교사죄를 - 촉탁살인죄와 동일한 법정형으로 - 처벌하는 우리나라에서는, 자살관여죄를 처벌하지 않는 독일의 경우 ‘죽음에 대한 개인의 자기결정권’, 특히 ‘자살할 권리’를 명시적으로 인정하고 구체적으로 근거지었던 것과는 달리, ‘죽음에 대한 자기결정권’을 명시적으로 인정하는 것이 여전히 쉽지 않은 것으로 보인다. 연명의료결정법을 통해 개인이 일정한 조건 하에서 특정한 유형의 연명의료를 거부할 권리가 인정되기는 하지만, 이러한 연명의료의 거부를 인정하는 것이 곧 개인이 자신의 죽음을 적극적으로 선택하는 것을 포괄적으로 인정하는 것은 결코 아니다. 그렇기 때문에 우리의 법체계 하에서 존엄한 죽음은 어디까지나 연명의료를 거부함으로써 ‘반사적으로’ 등장하는 효과일 뿐이며,

103) BT-Drucksache 20/2332 (Helling-Plahr 의원등의 안) 제5조 제1항.

104) BT-Drucksache 20/294 (Castellucci 의원등의 형법개정안), 9쪽 참조.

죽음에 대한 보다 적극적인 자기결정의 권리인 자신의 생명에 대한 ‘처분권’을 인정하고 더 나아가 자살조력행위를 허용하는 것은 쉽지 않다고 이야기하기도 한다¹⁰⁵⁾. 하지만 (구)독일형법 제217조에 대한 독일 연방헌법재판소의 결정이 말한 것처럼 죽음이 곧 인간 실존의 문제이고 더 나아가 죽음에 대한 결정이 인격의 발현이라면, 살아있는 사람들의 사회에서는 죽음을 ‘삶’¹⁰⁶⁾으로서 논할 수 있다. 생명의 주체를 중심으로 하여 주체의 ‘삶’의 문제로 죽음을 바라보면, 사람들이 자신의 삶의 지향점을 “경험적 이익 (experiential interests)”에 기초해서만이 아니라- 그들이 삶에서 결코 간과해서는 안된다고 생각하는, 자신의 삶을 좋게 만드는 것을 도와주는 신념들과 같은- “비판적 이익 (critical interests)”에 의해서도 설정한다는 점¹⁰⁷⁾에 비추어볼 때, 각 개인에게 죽음은 지극히 “개별적이고 개인적”¹⁰⁸⁾이며 죽음에 대한 획일화된 가치관은 결코 모두에게 강요될 수 없다는 결론에 이를 수 있다. 각자가 처한 삶의 상황과 신념에 따라 죽음을 수용하거나 이에 대처하는 방식은 모두 다를 수밖에 없다¹⁰⁹⁾. 이러한 점에서 우리나라에서도 무엇보다 죽음에 대한 개인의 자기결정권에 대한 논의를 금기시하거나 피하기보다는 이에 대한 보다 심도 깊은 논의를 시작하고, 이에 기초하여 조력자살에 대한 논의를 전개할 필요가 있을 것이다. 죽음에 대한 자기결정권에 관한 근본적인 논의 없이는 조력자살의 허용과 조건에 대한 올바른 이해는 가능하지 않다.

최근 우리나라에서도 점차 개인의 진지한 자기결정에 기초한 조력자살을 허용해야 한다는 목소리가 등장하고 있으며¹¹⁰⁾, 이러한 논의와 더불어 서두에서 언급했듯 연명의료

105) 이석배, 존엄하게 죽을 권리와 의사조력자살, 한국의료윤리학회지, 2022, 제25권 제4호, 343쪽; 그밖에 일반적인 논의에서도 조력자살의 요구권을 죽을 권리에 포함시키 어렵다는 견해가 지배적이라고 말하는 한상수, 앞의 논문, 172쪽 참조.

106) ‘삶’으로서의 생명 개념에 대해서는 Na-Kyoung Kim, *Leben als Lebensgeschichte und subjektives Tatbestandsmerkmal bei der Präimplantationsdiagnostik*, Peter Lang, 2006, 69쪽 이하 참조; 유사한 맥락에서, 죽음을 ‘사건’으로 이해하는 것이 아니라 ‘과정’으로 이해하면서 죽음을 ‘삶의 과정’으로 볼 것을 제안하는 한상수, 앞의 논문, 160쪽 이하 참조.

107) Ronald Dworkin, *Life's Dominion, A Division of Random House Inc.*, 1994, 201-202쪽.

108) 윤재왕, 앞의 논문, 154쪽.

109) 이러한 맥락에서 “안락사가 생명의 신성성을 항상 모독한다는 것을 부인”할 수 있다고 설명하는 Ronald Dworkin, *Life's Dominion*, 앞의 책, 215쪽 참조.

110) 예를 들어 이승준, 앞의 논문, 33쪽; 문재완, 죽을 권리에 관한 연구: 의사조력자살을 중심으로, 헌법학연구, 제26권 제3호, 2020, 21-22쪽; 성경숙, 의사조력자살의 허용에 관한 고찰, 법학연구, 2019, 제27권 제4호, 235쪽.

결정법의 일부개정을 통해 이른바 ‘조력존엄사’를 허용하는 내용을 담은 법률안¹¹¹⁾(이하 법률안)이 발의되기도 하였다. 조력존엄사의 대상자를 규정하고 당해 대상자에 대해 의사가 조력존엄사를 도울 수 있도록 하는 동 법안은, 그 내용 및 형식의 정당성¹¹²⁾ 별론으로 하고 “삶에 대한 자기결정권”의 증진을 법률안의 제안 이유로 이야기하고 있다. 여기서 ‘삶에 대한 자기결정권’을 증진한다는 것은 결국 죽음에 대한 개인의 자기결정권을 인정한다는 것이며, 다른 한편 죽음에 대한 자기결정의 문제를 ‘삶’에 대한 자기결정 문제로 이야기한다는 것은 - 그 본래 의도를 확인할 수는 없지만 - 어쨌든 앞서 언급했던 바와 같이 죽음을 삶의 문제로 바라보는 것이라는 점에서, 동 법률안은 죽음의 문제를 무엇보다 생명의 주체를 중심으로 이해할 것에 대한 제안이라고도 할 수 있다. 그러나 동 법률안은 여러 가지 점에서 조력자살의 문제에 대한 입체적인 이해를 결여하고 있는 것으로 보인다. 특히, IV-3-나 단락에서 소개한 독일의 입법안들과 비교해보면, 우선 동 법률안에서는 조력자살의 실행에 대한 개인의 결정이 자유로운 것임을 보장하기 위한 기본적인 전제조건인 개인의 결정 능력에 대한 구체적인 규율이 결여되어 있다. 동 법률안 제20조의3 제2항에서는 조력존엄사를 신청하는 사람이 “말기환자”이고 “수용하기 어려운 고통”을 겪고 있어야 한다는 것 이외에 “자신의 의사에 따라 조력존엄사를 희망”할 것이라는 요건을 갖추었는지를 조력존엄사심사위원회에서 판단한다고 규정하고 있으며, 조력존엄사심사위원회의 위원에 의료인, 윤리 또는 심리 분야 전문가를 포함시킴으로써 (동 법률안 제20조의 3 제4항 2호 및 제3호) 조력존엄사가 환자 본인의 의사인지를 판단하는 주체에 대해 규정하고 있기는 하다. 하지만 조력자살을 법제화하는 경우, 개인의 자유로운 결정과 관련하여 판단능력에 대한 보다 구체적인 기준과 판단 방식 등은 반드시 법률로 구체화될 필요가 있을 것이다¹¹³⁾. 더 나아가 보다 근본적으로는, 죽음

111) 호스피스·완화의료 및 임종과정에 있는 환자의 연명의료결정에 관한 법률 일부개정법률안 (안규백 의원 대표발의, 의안번호 제15986호); 다만 ‘조력존엄사’라는 용어가 적절한 것인지는 좀더 고민해볼 필요가 있다 (동 개념의 적절성에 대해 검토하는 장연화·백경희, 조력존엄사와 관련된 연명의료결정법 일부개정 법률안의 문제점과 그 개선방안, 형사법의 신동향, 2022, 통권 제77호, 270쪽; 고유석, 앞의 논문, 316쪽 참조).

112) 동 법률안의 ‘형식적 정당성’과 관련하여 조력자살의 문제는 연명의료결정법의 개정으로 해결할 문제가 아니라 별도의 입법이 필요한 것이라는 견해로 고유석, 앞의 논문, 315쪽; 최경석, 앞의 논문, 390쪽 참조.

113) 같은 맥락에서 동 법안이 개인의 “판단능력 및 의사결정능력에 대한 제한이 없”으며 신청자를 “성인으로 국한”하지 않음을 비판하는 이승준, 조력자살에 가담한 의사의 형사책임을 면제하는

을 개인의 삶의 문제로 바라보고 개인이 이에 대한 자율적인 결정을 내릴 수 있도록 하기 위해서는 -독일 연방헌법재판소의 결정에서도 언급되었고 결정에 뒤이은 입법인들이 공통적으로 제시한 것처럼- 죽음에 대한 결정을 도와주는 상담 시스템을 체계화할 필요가 있는데, 언급한 법률안은 아직 개인의 자기결정을 적극적으로 지원하고 보장할 수 있는 이와 같은 제도에 대한 이해는 전혀 담고 있지 않는 것으로 보인다. 죽음이 생명 주체가 인격을 실현하는 삶의 문제라면, 죽음에 대한 결정에서의 자율성은 개인이 죽음에 대한 결정을 함에 있어서 자신의 삶을 형성해온 다양한 구성요소와 가치관을 돌아보고 더 나아가 이를 여러 가지 다른 관점들과 비교해보는, 말하자면 해석학적인 관점의 교류가¹¹⁴⁾ 가능하도록 하는 절차를 제도화함으로써 보다 온전히 실현될 수 있을 것이다.

덧붙여, 이와 같은 ‘죽음에 대한 자기결정권’을 인정하고 이를 기초로 조력자살의 문제를 논하는 것은, 서두에서 언급했듯 아직 연명의료결정에 관한 법제도 역시 여러 가지 문제점을 안고 있으며 관련된 법문화가 충분히 성숙하지 못한 우리의 현실¹¹⁵⁾을 고려해볼 때 여전히 조심스러울 수 있다. 예를 들어 호스피스·완화의료의 이용 가능성은 자살 조력을 금지하는 근거가 될 수는 없지만¹¹⁶⁾ 죽음을 고민하는 개인이 조력자살을 대신해 선택할 수 있는 중요한 대안인데¹¹⁷⁾, 아직 우리 사회에서는 호스피스·완화의료 서비스가 특정 질환에 국한되어 있는 등 접근이 매우 제한되어 있다는 점¹¹⁸⁾은 조력자살의 법제화에 선행되어야 하는 사회적 인프라가 충분히 형성되어 있지 못함을 말해주는 것이기도 하다. 하지만 이러한 현실이 조력자살에 대한 논의의 필요성을 묵과하게 할 수는 없

연명의료결정법 개정안의 검토, 형사법의 신동향, 2022, 통권 제77호, 313쪽 참조.

114) 상담의 절차에서의 ‘관점 교환’이라는 해석학적 순환 과정에 대해서는 유전상담에서 이를 이야기하는 김나경, 장애 이해의 해석학적 구조화와 법, 생명윤리, 2015, 통권 제32호, 81쪽 이하 참조.

115) 관련된 언급으로 장연화·백경희, 앞의 논문, 288쪽; 최경석, 자기결정권 존중을 위해 선행해야 하는 것들: 의사조력자살과 연명의료 유보나 중단과 관련하여, 한국의료윤리학회지, 2022, 통권 제73호, 393쪽 참조.

116) 독일 연방헌법재판소의 결정도 호스피스·완화의료 서비스의 이용 가능성이 조력자살의 허용을 제한하는 근거가 될 수 없음을 분명히 이야기하고 있다(BVerfG, 2020.2.26. - 2 BvR 2347/15, Rn.278 및 Rn. 299).

117) 호스피스·완화의료의 의의와 규범적 맥락에 대해서는 김나경, 호스피스·완화의료의 법적 이해 - 규범적 맥락과 법제화의 방향 -, 생명연구, 2015, 제36집, 63쪽 이하 참조.

118) 연명의료결정법에서는 호스피스·완화료를 ‘암, 후천성면역결핍증, 만성 폐쇄성 호흡기질환, 만성 간경화, 그밖에 보건복지부령으로 정하는 질환’으로 진단을 받은 말기 또는 임종과정에 있는 환자에 대한 의료서비스라고 정의한다(동법 제2조 제6호).

다. 조력자살 논의의 출발점이 되는 ‘죽음에 대한 자기결정권’에 관한 진지한 논의는, 연명의료중단(유보)의 문제와 관련해서도 - 특히 그 시행 대상이 임종 과정에 있는 환자에 제한되어 있는 등 환자의 자기결정권이 충분히 존중되고 있다고 보기 어려운¹¹⁹⁾ 상황에서 - 허용 범위와 조건에 관한 법제도의 개선 방향을 설정하는 중요한 기초가 될 것이다. 자살조력이 타인의 생명에 대한 부정이 아니라 한 개인이 인간존엄을 실현할 수 있는 불가피한 방법일 수도 있다면, 어렵고 또 조심스럽지만 이에 대한 진지한 논의의 장이 지속적으로 펼쳐지길 기대해본다.

119) 고윤석, 앞의 논문, 318쪽; 최경석, 앞의 논문, 393쪽.

참고문헌

- 고윤석, 우리 사회의 의사조력자살 법제화, *한국의료윤리학회지*, 2022, 통권 제73호.
- 김나경, 장애 이해의 해석학적 구조화와 법, *생명윤리*, 2015, 통권 제32호.
- 김나경, 호스피스·완화의료의 법적 이해 - 규범적 맥락과 법제화의 방향 -, *생명연구*, 2015, 제36집.
- 김보배·김명희, 연명의료결정법의 한계를 극복하기 위한 대리인 지정제도 도입방안 모색, *한국의료윤리학회지*, 2018, 통권 제55호.
- 김선택, 의사조력자살의 합법화: 세계적 동향, *한국의료법학회지*, 2018, 제26권 제1호.
- 김성규, ‘업무로서 행해지는 자살방조’의 범죄화, *강원법학*, 제51권, 2017.
- 문재완, 죽을 권리에 관한 연구: 의사조력자살을 중심으로, *헌법학연구*, 제26권 제3호, 2020.
- 배종대, *형법총론*, 제15판, 홍문사, 2021.
- 성경숙, 의사조력자살의 허용에 관한 고찰, *법학연구*, 2019, 제27권 제4호.
- 윤재왕, 자기결정권과 후견주의 - 형법상 촉탁살인죄(제252조)의 보호법익에 대한 법윤리학적 성찰, *고려법학*, 2012, 제67호.
- 이기현, 의사조력자살에 대한 고찰, *홍익법학*, 제15권 제1호, 2014.
- 이상돈, *형법학 - 형법이론과 형법정책*, 법문사, 1999.
- 이석배, 존엄하게 죽을 권리와 의사조력자살, *한국의료윤리학회지*, 2022, 통권 제73호.
- 이승준, 의사조력자살에 가담한 의사의 자살방조행위는 면책될 수 있는가?, *형사정책연구*, 2022, 제33권 제4호.
- 이승준, 조력자살에 가담한 의사의 형사책임을 면제하는 연명의료결정법 개정안의 검토, *형사법의 신동향*, 2022, 통권 제77호.
- 장연화·백경희, 조력존엄사와 관련된 연명의료결정법 일부개정 법률안의 문제점과 그 개선방안, *형사법의 신동향*, 2022, 통권 제77호.
- 정배근, 자살에 있어서 자유책임성 판단에 관한 연구 - 독일 형법 제216조 촉탁살인죄를 중심으로 -, *비교형사법연구*, 제21권 제2호, 2019.
- 최경석, 자기결정권 존중을 위해 선행해야 하는 것들: 의사조력자살과 연명의료 유보나

중단과 관련하여, 한국의료윤리학회지, 2022, 통권 제73호
한상수, 존엄하게 죽을 권리에 관한 연구, 공법학연구, 제11권 제3호, 2010.
호스피스·완화의료 및 임종과정에 있는 환자의 연명의료결정에 관한 법률 일부개정법률
안(안규백 의원 대표발의, 의안번호 제15986호)

Bundesgerichtshof(BGH) 2019.7.3. - 5 StR 132/18.

Bundesministerium für Gesundheit, Diskussionsentwurf: Entwurf eines Gesetzes
zur Neufassung der Strafbarkeit der Hilfe zur Selbsttötung und zur
Sicherstellung der freiverantwortlichen Selbsttötungsentscheidung (2022. 6.
22.).

Bundesverfassungsgericht(BVerfG), 1979.7.25. - 2 BvR 878/74.

Bundesverfassungsgericht(BVerfG), 2020.2.26. - 2 BvR 2347/15.

Bündnis 90/Die Grünen, Entwurf eines Gesetzes zum Schutz des Rechts auf
selbstbestimmtes Sterben (2021. 1. 29.).

Christoph Knauer / Hans Kundlich, Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts
zur geschäftsmäßigen Suizidhilfe(§217 StGB) und ihre folgen, in:
Assistierter Suizid und Freiverantwortlichkeit: Wissenschaftliche
Erkenntnisse, ethische und rechtliche Debatten, Fragen der Umsetzung
(Ethik und Recht in der Medizin 45), Nomos Verlag, 2022.

Deutscher Bundestag, Drucksache 17/11126.

Deutscher Bundestag, Drucksache 18/5373.

Deutscher Bundestag, Drucksache 20/294

Deutscher Bundestag, Drucksache 20/2293

Deutscher Bundestag, Drucksache 20/2332.

‘Ethikrat: Regierungsentwurf zur Suizid-Beihilfe problematisch’ (2012.9.28.자
Ärzteblatt.de의 기사)(<https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/51833> (최종접
속일: 2023.8.24.))

Gerhard Dannecker, Freiverantwortlichkeit des Suizidentschlusses als unabdingbare

Voraussetzung der Strafflosigkeit der Suizidassistentz, in: Assistierter Suizid und Freiverantwortlichkeit: Wissenschaftliche Erkenntnisse, ethische und rechtliche Debatten, Fragen der Umsetzung (Ethik und Recht in der Medizin 45), Nomos Verlag, 2022, 270쪽.

Na-Kyoung Kim, Leben als Lebensgeschichte und subjektives Tatbestandsmerkmal bei der Präimplantationsdiagnostik, Peter Lang, 2006

Ronald Dworkin, Life's Dominion, A Division of Random House Inc., 1994.

Stellungnahme deutscher Strafrechtslehrerinnen und Strafrechtslehrer zur geplanten Ausweitung der Strafbarkeit der Sterbehilfe (2015. 4. 15.).

Stephan Rixen, Medikalisierte Freiverantwortlichkeit? Fragwürdiges in den Gesetzesentwürfen zur Regelung der Suizidhilfe, in: Assistierter Suizid und Freiverantwortlichkeit: Wissenschaftliche Erkenntnisse, ethische und rechtliche Debatten, Fragen der Umsetzung (Ethik und Recht in der Medizin 45), Nomos Verlag, 2022

A discussion of the legitimacy of criminal law intervention
for ‘professional assistance in suicide’

- Focusing on the analysis of the unconstitutionality decision of
the German Federal Constitutional Court

Na-kyoung Kim*

This article aims to introduce and analyze the legislative debate on Article 217 of the (former) German Penal Code, which prohibits ‘professional assistance in suicide’, as well as the German Federal Constitutional Court’s unconstitutionality decision and subsequent debate, in order to provide a normative perspective on the issue of assisted suicide. The legitimacy of this regulation was debated even before the legislation, which was enacted in 2015, but was declared unconstitutional and invalid by the German Federal Constitutional Court in 2020, about five years later. The Federal Constitutional Court’s unconstitutionality decision first clarified that death is a matter of human existence and that the right to self-determination of death is a fundamental right guaranteed by Article 1 (1) and Article 2 (1) of the German Basic Law, and that this right includes the right to commit suicide with the assistance of a third party. While the legislative objectives of the Act, namely to secure the autonomy of self-determination over death and to protect life, are legitimate, the Court considers that the Act is not an appropriate means of achieving them, as it would mean that a person who wished to carry out a suicide with the assistance of an assisted suicide professional would not be able to do so at all. Furthermore, the decision made it clear that the legitimacy of the criminal law’s intervention in assisted suicide must be based on the autonomy of the individual and not on socio-ethical conventions, and the legislative proposals that followed the

* Dr.jur., Professor of sungshin women’s university

decision set out various conditions for securing the autonomy of self-determination. In light of these German discussions, it is hoped that a more mature discussion can be achieved in Korea's discussions on end-of-life care and assisted suicide if the right to self-determination of death is dealt with in more depth and the discussion on the various conditions and institutional arrangements that can realize the autonomy of self-determination based on this is more specific.

❖ Key words: Assisted suicide, Right to Self-determination, Well-Dying, Dying with dignity, End-of-Life Decision Act