

中国刑法学安乐死问题研究综述

王晓慧

大连民族学院 教授

< 目 次 >

- I. 引言
- II. 安乐死问题的学术地位
- III. 研究论证问题方法
- IV. 正反观点归纳及安乐死分类
- V. 结束语

I、引言

2004年1月,我的博士毕业论文《安乐死问题研究》经几次修改后由吉林人民出版社正式出版。出版前,在责任编辑的坚持下,我尽管十分不情愿,但最终还是接受了他的意见将书名定为《论安乐死》。这本小册子,分四部分约十五万字共十二章,我基于刑法学角度分别从刑法、哲学、医学伦理学和社会学四个方面就安乐死¹⁾的非犯罪性、立法合法化之可行性及必要性进行了辩护和论证,期待以此为中国刑事法理论丰富做出一点贡献,特别是,对国内的刑事司法实务工作者在处理安乐死案件时提供一些视野开放、思维定势转变等方面的知识帮助。时隔五年后,围绕安乐死问题的讨论中国依然继续,学术成果亦不断问世,但确切地说,较当时情况,目前的状况并没有发生总体改观。也就是说,时下的中国刑法学术论坛,有关安乐

1) 安乐死问题与安乐死,从逻辑学的概念关系上说表现为从属关系,即前者为上位概念(属概念),而后者为下位概念(种概念),但中国学者一般是对此不加以区分的。考虑安乐死问题的核心问题是为患者实施了安乐死的行为人是否构成刑法上的故意杀人罪这个问题展开的,因此,这里的安乐死专指此类情形,而且还限于医生做出的安乐死行为。下文如无特殊说明,“安乐死”一词皆与此处同义。

死问题之研究方法, 其问题之范畴, 以及研究问题与论证之进路和手段包括参照的学说原理乃至引用的中外司法案例, 工作绝大部分是重复性的, 呈现着一种停滞不前原地踏步局面。

这种局面当然不能令人满意。但同时, 却为我对中国刑法学安乐死问题理论研究做一次初步总结增添了足够信心。但愿我的以上判断是一个客观的并且基本准确的, 否则, 本文所谓的中国刑法学安乐死问题研究综述就难以做到名副其实、货真价实。

II、安乐死问题的学术地位

安乐死问题在学术界地位如何, 换言之, 这个问题受到中国刑法学者们重视和关心的程度究竟有多高? 我认为, 这是关注目前中国刑法学安乐死问题首先值得注意的一个问题。

在中国大陆, 学术界迄今为止已举办过四次全国性的安乐死问题专题研讨会。²⁾然而, 资料记载显示, 这四次学术性质的专题研讨会, 没有一次是由中国国家的或者地方的法学专业学术团体特别是刑法学科的专业学术团体召集的, 而是分别由从事哲学或者医学管理或者医学伦理学研究的其他学术单位召集, 例如, 第一次研讨会召集单位是中国社会科学院哲学研究所, 后三次, 则依序为中国医学会和中国医学伦理学会(两次)。直到2007年11月, 中国人民大学刑事法律科学研究中心在北京举办“海峡两岸医疗刑法问题学术研讨会”, 在这次部门法学科研讨会上, 安乐死问题才第一次被正式提出来作为中国和台湾两岸刑事法学者们研讨的问题之一。不过, 即便是这次刑事法学科专业的且以“医疗刑法问题”为主旨内容的学术研讨会, 给我总的感觉还是, 与会的专家与学者们并没有就这个问题提出新知识、新见解、新观点, 当然, 更没有对中国刑事法学界今后如何从学术方面对安乐死问题研究能有所突破做必要的业务点拨或者方法上的启发。而非但如此, 个别学者的发言, 从对安乐死问题的认识和研究程度及能力看, 与国内从事临床医学、医学伦理学研究的个别学者知识, 甚至还伯仲难分。³⁾

安乐死问题在法学界和刑法学界内的学术价值不被看好。就中国大陆法学界来说, 最具有学术权威性和业内影响力的三大学术期刊当数《中国法学》、《中外法学》和《法学研究》, 它们一方面代表了国内法学理论研究的主要成果体现着这一科研群体整体实力, 并与此同时, 引导着国内从事法学理论研究者们在历史某个阶段

2) 四次安乐死问题学术研讨会, 时间分别为: 1987年、1988年、1994年和1997年。

3) 详见中国人民大学法学院发布的“海峡两岸医疗刑法问题学术研讨会”信息公告。

(时期)所应关注的重大问题和努力之方向。⁴⁾根据我对《中文科技期刊数据库》调查统计,我发现,自2000年1月至2008年8月,这八年时间里,三大学术期刊没有刊登过一篇有关安乐死问题的论文,只是黎宏的在《法学研究》2007年第1期上发表的“被害人承诺问题研究”一文,或许可以勉强作为与其有关的论文看待。

相反的是,这一期间有关安乐死问题的学术论文在《中国医学伦理学》、《医学与哲学》、《医学与社会》、《中国社会医学》、《中国心理卫生杂志》、《伦理学研究》这些非法学科的学术期刊上却异彩纷呈、争芳斗艳。另外,《哲学研究》、《伦理学研究》、《社会学研究》等同样在中国学术界地位高、影响大的国家级刊物,该方面的学术论文也是屡见不鲜的。

三大学术期刊不接受安乐死问题论文,原因似可以直接解释为主办方或者这些期刊的编辑们对这个问题不感兴趣,于是,作为一种“波及效”是这方面的论文急剧减少乃至整体上消失,但我以为,这种解释并不全面。在我看来,问题的根源,出在广大中国刑法学者们尤其是在这个学术领域内属于重量级人物缺乏热情,不积极主动参与,刑法学界安乐死问题讨论学术氛围尚未形成。⁵⁾更令人遗憾的是,即便是一个重量级人物发表一次个人看法,却还是强烈地反对和排斥它的,他认为:安乐死属于外国的“舶来品”,中国社会目前也根本不具备安乐死立法合法化的基础和条件。⁶⁾与其他学界相比,中国刑法学界至今还没有出现过一位诸如医学专家祝世讷教授、医学伦理学家冯秀云教授、人大代表中国工程院院士王忠诚教授,那样的能为安乐死立法合法化而奔走疾呼、勇于探索、执着不懈的领军式人物。

另值得一提的是,近年来,国内许多非法学科的学者们为安乐死问题理论研究做出了相当贡献,与此有关的译著和学术论文大量涌现出来。译著主要有:哲学家邱宗仁的《道德哲学》(英国伦理学家拉斐尔著,辽宁教育与牛津大学出版社1998年11月联合出版);张涛的《善待生死》(美国专栏作家安吉尔著,陕西师范大学出版社2008年4月出版);南川、黄炎平编译的《与名家一起体验死》(光明日报出版社2001年1月出版)。代表性的文章为:祝世讷、冯秀云、梁中天:“关于《安乐死暂行条例(草案建议稿)的若干说明”(《医学与哲学》第20卷第10期);野楠:“安

4) 《中国法学》主办者为中国法学会,《中外法学》主办方为北京大学,《法学研究》主办方为中国社会科学院法学研究所。这三大期刊,可以分别代表了中国官方的、高等院校的、学术团体三个领域的法学最高研究成果。

5) 截至2007年,作为中国国内最高层次的社会科学理论研究项目国家社会科学基金委员会每年一度的《国家社会科学研究基金项目》,还没有安乐死问题研究方面的科研立项获准,这也间接反应出国家社科最高科研项目也并不看重安乐死课题。

6) 例如原中国社会科学院法学研究所研究员、博士生导师胡云腾2001年5月10日在接受中国中央电视台播出的《新闻调查》“死亡,可以申请吗?”节目组的记者采访时说:“安乐死对中国社会非常遥远,与中国的国情不符,中国目前安乐死立法条件不成熟。从犯罪构成上看,安乐死(指为患者实施安乐死的行为人)属于刑法中的故意杀人行为,应当作为犯罪处罚。”

乐死——一个千呼万唤的旧话题”（《民情》2000年7期）；曹秀谦：“从一个判例看立法规范安乐死”（《百姓信报》2000年6月12日），孙付：“各国判断安乐死”（《百姓信报》2001年7月7日）。这些译著和论文，许多都是中国刑法学术界短缺的，个别的，不能不说是刑法学者研究安乐死问题难得可贵的第一手文献资料⁷⁾

中国法学界特别是刑法学者们近年来在安乐死问题研究上表现平庸无所作为，我以为，原因可归结为：

第一，这个问题虽然牵涉的层面很多，但归根到底还是一个人（医生）在特殊条件下为他人实施了安乐死的行为人是不是应当作为犯罪来处理，换言之，人的生命权是否可以私下剥夺这样一个极其尖锐的问题。容忍他人在一定条件下去剥夺另一个人生命，这既不符合中国人传统的怜悯和与人为善情怀，更与中国社会转型期“个体价值同样重要”观念之生成尤其是“国家尊重和保障人权”的宪法精神以及中国共产党现阶段提倡的“以人为本”、“构建和谐社会”执政党的执政方针相悖离。人的生命权高于一切，即便是对死刑罪犯的裁决目前中国的最高司法机关都设置了更为严格的限制条件，⁸⁾更况且，对一个无罪无辜的更有待与同情和救治的弱势个体，我们凭什么理由来任意结束其生命呢？

第二，安乐死问题毕竟属于局部性的且缺少社会公共影响性的个案，而中国刑法学者一贯关心的是社会整体性的且需要立即解决的司法实践中面临的疑难问题，例如，恐怖组织与黑社会性质组织犯罪、走私贩毒、贪污腐败，等这些与中国国家安全、社会制度，执政党廉政建设加强执政党的领导地位密切相关的具有国家稳定和治国方略意义上的大问题。

第三，依本土知识即中国刑法学犯罪构成“四要件说”理论，对安乐死不构成犯罪的结论不能自圆其说（下文中我将做详细陈述），但认为安乐死不构成犯罪恰又是当前其他学界的主流意见并更符合当前社会大众的普遍呼求，⁹⁾这无疑将中国刑法学者推到了进退不能、左右为难的困境之中。

第四，既然“四要件说”犯罪构成对解决安乐死不犯罪无能为力，那么便捷的做法自然是借用大陆法系违法性阻却事由来解释安乐死的非犯罪性（其实，这已经成为中国刑法学者的一种共同选择），但问题是，“外来的和尚未必会念经”，更大的问题是，它们对刑事司法作用几乎没有，中国的法官检察官从来是“依法办事”严格遵循成文法的条文来判断裁决案件，本国学术理论尚只有参考价值，境外的，当然更不可

7) 例如曹秀谦的“从一个判例看立法规范安乐死”，《百姓信报》2001年6月12日。

8) 自2007年1月1日始，中国最高人民法院曾一度授权给各高级人民法院和军事法院对部分死刑案件的核准权，统一由最高人民法院收回。

9) 1994年，上海的一项民意调查显示：90%以上的被调查者表示支持安乐死，2001年5月，中国中央电视台《新闻调查》节目组对北京和上海两地就安乐死问题进行的民意调查证明，支持安乐死的，在北京为91%，在上海为72.5%。

能产生想像中的期待效应。中国第一例安乐死案件的相关当事人确实没有被定罪处罚,但仅此一例,此后,审判中再没有不作为犯罪被追究刑事责任的,¹⁰⁾尽管根据严格的安乐死定义个别案例可能并不属于安乐死案例。这样,久而久之,中国刑法学者自然而然就对安乐死问题失去了耐心与信心,而转攻其他一些易见成效的刑法问题了。

III、研究论证问题方法

由于中国刑法学犯罪模式采用“四要件说”,因此,判断任何一种社会危害行为是否构成犯罪,关键看它符不符合“四要件说”标准之要求,符合的就认为是犯罪,不符合的则不作为犯罪处理。

犯罪构成“四要件说”认为,任何一种犯罪行为,必须同时具备了犯罪的主体、犯罪的主观方面、犯罪的客体、犯罪的客观方面。¹¹⁾所谓犯罪的主体,指实施了具体的犯罪行为的自然人或者法人(中国刑法称为“单位犯罪”);犯罪的主观方面,一般指行为人实施犯罪时是在故意还是过失的心理支配下的两种罪过形式,并包括犯罪的动机、目的;犯罪的客体,指犯罪所侵害的社会关系,也就是大陆法系刑法理论所称的“法益”;犯罪的客观方面,指行为人实施犯罪行为的具体形态即作为犯罪或者不作为犯罪,以及该犯罪所产生的损害结果。“四要件说”犯罪构成明确而严格地要求,每个社会危害行为是否最终能作为犯罪来处理,就看该行为是否同时具备了这四个条件,缺一不可,所以,学界将这种犯罪模式称之为“齐合填充式”的或者“藕合式”的犯罪模式。“四要件说”犯罪模式起源于前苏联刑法理论,历经半个世纪多锤炼,现已成为中国刑法学理论之精髓,影响着一代又一代的中国刑法学人。

什么是安乐死?它的基本定义是:是对于患了绝症、濒临死亡的病人,由于难以忍受肉体的痛苦,本人或其家属要求其安乐死死去时,医生为减少病人难以忍受的剧烈痛苦,采取措施提前结束病人的生命,使其安乐死去的行为。¹²⁾

安乐死问题中的内容固然有很多,但刑法学所关心的是对患者实施了安乐死的行为人(医生)的具体行为是否构成犯罪问题,既然中国刑法学罪与非罪的判断模式

10) 1986年中国陕西汉中地区发生的首例安乐死案件两个当事人医生蒲连生和患者的长子王明成终审被无罪释放。参见前注释曹秀谦:“从一个判例看立法规范安乐死”。

11) 在犯罪构成“四个要件”的排列顺序上,中国刑法学界基本按犯罪的客体、犯罪的客观方面、犯罪的主体、犯罪的主观方面序位排列的。

12) 引自叶高峰:“安乐死的法律思考”,《刑法问题与争鸣》(第二辑),中国方正出版社2001年1月版,第399页。除该学者之外,另有许多安乐死定义,考虑与本节的内容关系不大,故不一一列举。

是“四要件说”，所以，我们就必须比照“四要件说”犯罪构成，逐一审查行为人的具体行为的符合性是否存在。

首先看主体。能作为为患者实施安乐死的行为人医生，虽然性别等方面可能存在差别，但达到中国刑法所规定的一般刑事责任年龄16周岁，应当是不存在任何问题的。¹³⁾而且，医生通常也不存在类似精神病人等不具有刑事责任能力的情形从而导致犯罪主体的不具备，或者不适格的问题。

其次，再看犯罪的主观方面。既然患者需要解除痛苦，而医生又是在其或者家属的恳请下从为其尽快结束痛苦之目的主动采取了“措施”，可见，医生当时行为的意识意志都是清醒并明确的，即行为是在故意和明知心理状态支配下完成的，这就完全符合了犯罪故意条件。

复次，我们看犯罪的客体。尽管“脑死亡”、“血压死”等概念已传入中国，现代生物医学技术又从某种程度上改变了人生与死的外观形态，但判断人的生与死传统的标准——“呼吸停止与心脏停跳”至今在中国没有改变。由死亡的标准可以推断出，尽管患者处于“脑死亡”状态，但毕竟还是具有个体生命的活人，而非法剥夺一个活人的生命当然就是杀人犯罪，直接侵害了社会主义国家人与人的法律关系。

最后，我们考察犯罪的客观方面。由于医生结束患者的痛苦与生命是通过一种主动的安乐死行为来完成的，并且这种行为明显具有积极的作为形式特点，所以，它对应了刑法禁止性规范所规定的作为犯罪条件。

我之所以在前文中判断中国刑法学者主张安乐死不构成犯罪是不能自圆其说、无能为力的，原因和道理就在以上。

实践证明，“四要件说”犯罪构成对解决安乐死不犯罪的问题是无能为力的。再者，诚如有的刑法学者所提出的中国刑事立法中规定的排除犯罪事由（中国刑法学界又称为“正当化事由”、“排除社会危害性行为”，即日本刑法学界所称的“违法性阻却事由”）范围过于狭窄，¹⁴⁾于是，绞尽脑汁冥思苦想之后，他们也只能从医生为患者实施安乐死行为当时的动机和目的，以及安乐死的社会危害性，为寻求医生行为不构成犯罪、不必要进行处罚，即便定罪处罚也要从轻或者减轻处理理由，求证新的事实。

有学者提出，为患者实施安乐死的医生虽然行为从表面上看是剥夺了对方的生命，侵犯了患者的生命权，但是，其动机是出于同情和怜悯患者，其根本目的是去除他的痛楚。由此可见，这比较普通刑事案件中的故意杀人，性质天壤之别。因此，对安乐死的行为人也可以进行刑法处罚，但首先要考虑在法定刑之内从轻，如果可能，更应当在法定刑之下减轻处理。关于社会危害性，有的学者们坚定地认

13) 《中华人民共和国刑法》规定的行为入刑事责任年龄一般为16周岁，但根据《刑法》第17条第2款，故意杀人、故意伤害等八类重大刑事犯罪，刑事责任年龄为14周岁。

14) 见赵秉志、肖中华：“犯罪构成阻却责任事由关系论”，《现代法学》1999年第8期。

为,虽然安乐死导致了患者提前死亡,但较其他剥夺他人生命权的犯罪行为,社会危害性显著轻微,甚至几乎没有。因为,对患者来说,是解除了痛苦,而对患者家庭来说,是去掉了负担,对社会而言,更是有限的医疗资源节省,并且,从社会效果看,某种程度上提高了人类人生观和世界观的质量和-content更新(下有具体阐述)。15)况且,从患者角度看,其死亡过程还是无痛苦的,手段还是科学性的,医生的动机与目的也都无可非议。综上,安乐死显然不具有社会危害性,即便一定对它进行处罚,那么,也要不同于一般的普通刑事犯罪。

利用大陆法系违法性阻却事由理论为安乐死不犯罪做论证,也成为中国刑法学者们的一种选择。

有的学者指出,安乐死属于大陆法系刑法违法性阻却事由之一,与拳击竞赛、登山运动的性质基本相同。拳击手或登山者在从事这类竞赛项目之前,实际上已经事先将自己合法的生命权做了明确放弃和让渡,因此,其意外死亡或者因被击打致死,对方(组织者)的刑事责任也是应当被免除的。

有的学者相信,大陆法系期待可能性理论无论作为论证安乐死中医生的行为不构成犯罪,还是作为解释患者生命权放弃应当为法律接受并认可的根据,功能都是十分凑效的。16)因为,医生的行为所以无罪更不值得加以刑法处罚,说到底,就是因为任何一个有良知并富有同情心的医生,当面临患者挣扎于无限痛苦中苦苦哀求自己结束其生命的现场,恐怕谁都不可能无动于衷!无奈之下采取措施终结患者生命,解除了他的痛苦,这难道不正属于行为人实施合法行为(不为其实施安乐死)的期待可能性不存在情形吗?

或许已经意识到虽经上述努力但说服力还是不够强势,于是,中国刑法学者又旁征博引,调动哲学、心理学、伦理学、社会学等学科大量的知识成果来充实自己论据不足。我本人即属于这类人物。采用学科整合方法研究安乐死问题本不是一个坏事,但一个直接后果,就是更发现了安乐死问题根本不是一个纯刑法学问题,而对其欲有所建树,就只能依赖各个学科的共同发展。这样的看法,大概也成为中国刑法学者们眼下的一种共识吧!

IV、正反观点归纳及安乐死分类

由于对概念本身就存在异议,因此,学术界对安乐死问题的看法即观点自然就是仁者见仁智者见智了。这些观点综合一下,可分成赞成派、反对派和观望派,各派

15) 参见吴靖:“安乐死不构成犯罪”。《刑法问题与争鸣》(第二辑),中国方正出版社2001年1月版。

16) 参见王晓慧:《论安乐死》,吉林人民出版社2004年1月版,第156页以下。

作为支持自己观点的证据更是五花八门，并且同一个证据可能也成为对方的，而同一个派别的学者又时常将本派别乃至对方学者的两个乃至更多的依据串连起来交叉并用。

赞成派的主要证据有：

1、“生活质量”。这部分学者们认为，人生活的质量和意义并不在于人的寿命长短，而在于幸福指数的有无以及高低，既然患者已经濒死并且痛苦缠身，可见，其生活的质量已经不存在。所以，这个时期选择死亡，与其说是残酷不如说是一次解脱，是当代人对生命内涵的自我领悟和人生价值观的最高体现。持此观点的人主要是从事哲学理论研究的学者们。

2、“生命价值”。他们认为，人作为一个社会性产物，既有个体上的意义也有共同体上的意义，申言之，一个人的生命价值一方面体现在满足个人需求的能力上，也同时体现在他对全社会贡献程度上。一个濒死患者，无论是个人需求的满足还是对社会的贡献，都无法实现最低目标，安乐死立法合法化，既有利于培养集体主义奉献精神，更有助于防止“社会索取型”人群的大量出现。这也是哲学家们认可安乐死问题的一个重要理由。

3、“权利赋予”。法哲学的学者们通常认为，人有法定的生存权，当然同时也应当享有法定的自我死亡选择权。¹⁷⁾有些法理学者更认为，缺少死亡自我选择权的人权，从基础就是不可靠的，内容更是不完整的，安乐死立法合法化，就是从法律制度上对人权概念的根本解读，所谓的人权概念才真正得以完善。

4、“家庭责任”。医学伦理学者们通过长期的临床观察得出一个很重要结论：患有绝症（如癌症、艾滋病）的晚期病人尽管可能得到了最好的药物，受到了最好的医生救治，其死亡还是不可避免的，即所谓的“赔了夫人又折兵”现象。在目前中国普通家庭，如果出现这种现象，最大的受害人不是患者而是患者的家庭，或者子女近亲属。患者既然濒死且不可换回，那么，家属或者子女近亲属有什么必要一定还要倾家荡产地孤注一掷呢？安乐死可能对患者是不仁义的，并在某些人的眼里是不道德的非伦理的，但是，这种道德是虚拟的也不具有实在意义，如果考虑患者的家庭，安乐死才具有实在的伦理价值。

5、“医疗资源”。对此，医学界多数学者是深信不疑的。他们坚持认为，中国是一个发展中国家，医疗资源本身就十分紧张，如果将有限的资源用在一个根本无救治价值的绝症患者身上，还不如投到其他人身。临床经验表明，能被考虑实施安乐死的患者，往往是一个已经或者正在消耗着大量的人力物力和医疗资源的无法拯救的濒死病人。

6、“新医德”。医学伦理学者们认为，《希波克拉底宣言》必须从时代意义加以诠

17) 参见王家福、刘海年：《中国人权百科全书》，中国大百科全书出版社1998年5月版，第139页。

释,换言之,医生的职责是“一切为患者的利益”考虑,这不仅仅是医治患者身体的疾病,也包括患者及其家属的其他利益,1949年世界医学会公布的《日内瓦协议书》

(在医学界被称为《新希波克拉底宣言》)应当成为当代医学的工作准则。安乐死的首要条件是患者提出申请,患者之所以能提出安乐死申请,无疑死亡是他生活和生命的利益之一。

7、“人道主义”。关心和同情弱者是人道主义的基本信仰,对一个备受痛苦煎熬而又孤立无援的生命垂危者,如果死亡是不可避免的且又是患者本人所追求和向往的,那么,诚如美国著名的人道主义学者保罗·库尔兹所讲的那样,“我们就应向那些出于困境中的人民伸出援助之手,努力减轻他们的痛苦和不幸,并有效地增进他们的幸福。耶稣也许是仁慈的最高典范。”¹⁸⁾

反对派的根据主要是:

1、“人道主义”。个别的人道主义学者却认为,无论赞成安乐死的人道主义学家们把安乐死形容的多么美好、多么令人神驰神往,以多么华丽的辞藻加以美化,毕竟它是以剥夺了一个弱者的生命为前提和代价的,同情、仁慈和宽厚永远是人道主义的道德底线,所以,任何理由或者都终究抹杀不了这种行为的残忍性,与人道主义宗旨不符。

2、“传统医德”。由于生命是神圣的,而医生的责任是救死扶伤,因此,《希波克拉底宣言》认为一个医生的所有医德必须体现在“必须尽一切可能来帮助病人回复健康不失去生命”。安乐死,一言以蔽之,是对传统医德的最大亵渎与破坏。

3、“阻碍医学进步”。在一些医生看来,安乐死问题中的所谓“绝症”,只是一个判断问题而不是一个绝对标准,在人类历史发展过程中,肺结核、天花等也曾经一度被贴上“绝症”的标签。如果我们将癌症等作为绝症看待并允许实施安乐死,那么,这将不利于医学技术研发和医疗水平的发展,“我们掌握的技术已经有能力在某种程度内改变死亡的到来之期。在为期不远的将来,我们有能力将这种能力扩大到控制死亡”。¹⁹⁾

4、“危险先例”。反对安乐死立法合法化的多数刑法学者们担心,现阶段的安乐死概念本身就很模糊,比如,哪些病症属于绝症,濒死与死亡距离多远,用哪些标准来判断患者自愿安乐死的真实性,等等,在这些条件尚不成熟的时候将安乐死立法合法化,最大的后果是安乐死被滥用,为犯罪分子实施故意杀人犯罪提供了便利条件。

观望派的理由可以归纳为以下:首先是,安乐死问题不是一个纯法学问题而是一个学科综合性问题,刑法学研究成熟度本身并不重要,重要的是,需要其他学科的

18) (美) 保罗·库尔兹著,肖峰译:《人道主义伦理学》,东方出版社1998年6月版,第169页。

19) 张承:“现阶段安乐死的社会危害性”,载《刑法问题与争鸣》(第二辑),中国方正出版社2001年1月版。

成果来共同鼎立支持；其次是，安乐死属于“舶来品”，中国人毕竟对它还很陌生，况且，无论从中国人的传统观念和思想基础，还是中国社会的现实环境，都还不具备安乐死立法合法化的基本条件；最后是，安乐死问题不仅理论上的研究有待进一步成熟，重要的是司法操作难度大，一旦立法合法化，现有的司法资源恐怕就更显得捉襟见肘、触不及防了。

安乐死概念本身亟待理清的几个问题有以下：

关于痛苦的内涵。统观各种学说，似乎学者仅仅关注了患者肉体上而忽略了精神层面，但其实在现实社会大量的案例中精神痛苦往往成为患者自愿安乐死的主因。另外，主要考虑肉体上的痛苦本来也难以做出准确判断，因为，人的精神痛苦不能不说是安乐死痛苦内涵中应有的内容。

关于申请人的范围。患者本人自愿提出当然无可厚非，但问题是一旦患者陷入不可逆转的昏迷状态，而本身确患有绝症且濒死，由谁来决定患者的自愿，显然成为安乐死与否的一个关键条件，如果不解决这个问题，大量的现实安乐死案件将无法得到妥善解决。

关于绝症的标准。的确，一种疾病是否能作为绝症，不仅有个静态的判断问题，还有个动态的判断问题。人类历史发展过程中我们确实攻克了不少在历史时段的某个时期还是绝症的疾病，例如肺结核和天花，因此就这个案例说，所谓的绝症实际上不存在的。不过，人类的技术能力毕竟有限，更需要说明的是，假如一个患者有百年更好的是千年以上寿命，也许还有条件等待解决自己所患之疾病由医学技术来解决，但这无疑是幻想。所以，在绝症的标准上进行过多的纠缠，实际上是我们无视现实患者们切身利益，在对一个伪问题上争吵不休。

对安乐死如何进行分类，这更是中国学者们争执不下的一个敏感问题。

二分法有：

1、广义安乐死和狭义安乐死

这是根据安乐死的对象大小来区分的。

广义安乐死，指对一些出生时即为重残疾、痴呆的婴幼儿以及社会上的一些重度精神病者和重度残疾者，特别是“植物人”，可以促使他们在无痛苦中死亡。狭义安乐死，仅指身患绝症并濒死前处于极度痛苦之中的病人，促使他们在无痛苦中死亡。

2、自愿安乐死和非自愿安乐死

这种分类的根据是患者本人是否有明确的安乐死意愿表示。

自愿安乐死，指由于患者本人提出了自愿（口头的或者书面的），因此才被实施了安乐死。非自愿安乐死，指由于本人深度昏迷或者失去意识已经无法正确表示自己的意愿，而是由其父母子女或者近亲属提出安乐死的申请，因而才被实施安乐死。

3、主动安乐死和被动安乐死

这是从医生行为对患者死亡的介入方式加以区分的。

主动安乐死,是指医生根据患者的申请,采取积极的主动的作为形式(例如喂食或者注射药物)使患者提前结束生命。被动安乐死,指医生根据患者申请,采用消极的不作为方式(例如中止治疗行为、去除抢救设备器具)使患者在撤除了所有救治设施之后死亡。主动安乐死又被称为“积极安乐死”,或者“作为安乐死”,而被动安乐死,还被称为“消极安乐死”,或者“不作为安乐死”。

三分法有:

1、自杀安乐死、助杀安乐死、非自愿安乐死²⁰⁾

这主要是根据患者死亡的实施者不同而进行的分类。

自杀安乐死,指患者身患绝症且极度痛苦,于是采用自杀形式结束自己的生命,与传统的自杀没有区别。助杀安乐死,是指绝症患者提出自愿死亡申请或要求,在他人帮助下,患者提前死亡。非自愿安乐死,是指因患者无法正确表达自己的要求、愿望或是同意,为使其减少痛苦,医生或者他人采取措施结束患者生命。

2、A型安乐死、B型安乐死、C型安乐死

该分类主要从医生实施安乐死的作用角度考虑。

A型安乐死,指消除痛苦,照常治疗,B型安乐死,指消除痛苦,放弃治疗,C型安乐死,指为解除痛苦,终止患者的生命。²¹⁾

除安乐死的上述分类之外,有刑法学者还引进了日本刑法学“四分法”,以及美国学者的一种“三分法”,不过,它们在中国学术界的影响不是太大,当然作为知识借鉴和研究参考,价值也是不可忽略的。

哪一种分类更科学合理并切合刑法学科特点可作为目前和今后刑法学术界所值得研讨的对象,比较之下,主动安乐死与被动安乐死的分类无疑是刑法学者们所普遍认同并能接受的。当然,由于被动安乐死缺乏患者本人意志表示这个关键性条件,所以,也不应该成为刑法学安乐死问题研究的范畴。综上所述,作为中国刑法学者们所要研究的安乐死,应特指或者局限于主动安乐死(积极安乐死或者作为安乐死),特别是医生的行为罪与非罪这最根本的一个问题。

V、结束语

也诚如有学者提出的,“区分安乐死的分类才不失为探讨安乐死的正当性并逐步取得社会道德共识的一种策略,并作为安乐死获得社会道德共识的策略和进路”。²²⁾的

20) 何农:“安乐死的刑法学辨析”,《青海师范大学学报》(哲学社会科学版)2001年第3期。

21) 祝世讷、冯秀云、梁中天:“《安乐死暂行条例(草案建议稿)》”,《医学与哲学》1999年第10期。

确如此, 准确的对象是所有科学研究特别是社会科学研究之基石, 没有准确对象, 我们的研究势必无的放矢。但是, 由于安乐死的实施不但要依赖完善法制秩序和严格的程序规范, 更由于民众对安乐死的具体内容认识上存在着相当局限, 并且目前中国社会医患纠纷事件大量出现,²³⁾因此, 在中国, 安乐死立法合法化仍不能说是个近期内指日可待的事情。这还没有考虑国家最高司法机关对安乐死问题一直持回避的消极态度, 而其如何看待安乐死, 无论从立法规范上和审判中乃至在民间社会, 都对促进安乐死立法合法化起着至关重要的主导作用。²⁴⁾当然, 我不并完全赞同最高人民法院对中国首例安乐死事件采取了“回避安乐死问题”是在暗示其反对安乐死立法合法化这种猜测, 因为毕竟本案的相关当事人最终没有被追究刑事责任。

那么, 今后中国刑法学如何推动安乐死问题研究以至能加快安乐死的立法合法化进度呢? 我以为, 以下几个问题比较重要。

首先, 权利主体的再认识。在既往的刑法学安乐死问题研究上, 学者们较重视医生行为的无罪辩护和事由论证而对患者关心不足, 在这一点, 刑法学者与法哲学家们形成了强烈的反差。²⁵⁾为谁而论证安乐死的合法性, 又为谁而呼吁立法合法化, 假如不考虑患者的权利并从维护患者的切身利益出发, 从患者的权利本位去思考问题, 恐怕, 任何理论上的陈述和诠释都是苍白无力的, 自然而然, 其结论无论是支持的还是反对的, 也难以为广大民众所理解和接受。

其次, 政治上的强有力支持。尽管从理论上可以得出政治与法律是分家的结论, 但是, 不容置疑的是, 绝对意义上的政治与法律分家只是一种神话, 执政党通过政治引导并通过法律间接干预社会生活, 这种现象在世界任何一个国家都是司空见惯的事情。中国经过五次修宪, 已将私营经济、依法治国、国家尊重和保障人权等内容写入宪法, 这就是国家政治通过介入法律干预社会生活的显著例证, 是执政党对社会重大问题做出的积极反应。安乐死立法合法化不一定要通过修宪完成, 可以通过执政党刑法修改建议书等形式提请国家最高立法完善刑法条款, 或者最高司法机关颁布相应的司法解释来指导安乐死案件的审判实践。

再次, 消除安乐死立法合法化可能成为犯罪借口之顾忌。反对安乐死立法合法化

22) 余净植: “安乐死的分类”, 《西安电子科技大学学报》(社会科学版) 2008年5月。

23) 刘三木、汪再祥: “关于安乐死的若干争议问题之讨论”, 《法学评论》2004年第3期。

24) 有学者批评最高人民法院在1986年陕西汉中发生的中国首例安乐死上交了一张“白卷”。近年来, 最高人民法院颁布的司法解释在司法审判中作用已经超过了法律本身, 对这一现象, 理论界也提出了许多批评, 认为司法解释在中国法律体系中的地位和作用已经超越了人民代表大会(常委会)制定的法律。

25) 参见王燕: “安乐死的民法学思考”——亦谈安乐死的合法化问题, 《西南政法大学学报》, 2003年1月; 管士寒: “安乐死合法化的哲学思考”, 《云南大学学报法学版》2008年3月。王燕提出, 安乐死问题应当从民法学的自然人的生命权和人格尊严权来考量, 患者选择自愿死亡, 符合民法学自然人民事行为能力和人格尊严维护条件。

的刑法学者们,普遍担心安乐死一旦立法合法化,最大的弊端是可能为今后故意杀人犯罪提供口实。至今,这种恐慌症在学界仍在流行。²⁶⁾我以为,这种顾忌纯粹是多余的。1979年7月《中华人民共和国刑法》公布,1997年3月又做了修订,仔细比较,尽管修订后的刑法较原来内容做了重大调整,但不仅正当防卫与紧急避险规定纹丝不动,并且,修订后的正当防卫条款还增加了“无限防卫权”,即对正在行凶、杀人等严重危及人身安全的暴力犯罪采取防卫,造成侵害人死亡的,不属于防卫过当不负刑事责任。²⁷⁾难道,正当防卫权乃至无限防卫权也是在为故意杀人留下了借口吗?

最后,思维定势的转变。中国刑法学在上世纪50年代即完成了自己理论体系建构,并在众学者们共同努力下形成了自己一定的研究范畴及研究意识,不过,总的看来,凡事看国外,言必及大陆,谈必以英美,似乎只要是国外没有定论的我们只好等待,国外理论研究不成熟的我们只能摸索,维外国马首是瞻,迄今没有自己应有的信心和胆识。这种思维定势的转变,对今后中国刑法学安乐死问题研究和论证,无疑是一个极其重要的意识动力之一。思维定势的转变在方法论上的表现就是应当注重实证分析,尽可能通过实地调查和数据统计,增强安乐死立法合法化证据的证明力和说服力。

围绕安乐死问题的讨论在中国刑法学理论界还将进行下去,其结果是立法合法化还是明文禁止安乐死,将取决于各种多变因素。但是,无论如何,中国应当敢于独树一帜,研究和实施中国式的安乐死,创造新的死亡文明,象计划生育一样,为人类作出新贡献。²⁸⁾这正是我本人期待的,也是深信不疑的。

关键词: 中国刑法学 主动安乐死 刑事责任

26) 胡平:“安乐死刑法意义的思考”,《法治论丛》2002年9月。

27) “无限防卫权”在中国刑法理论上也称为“无过当防卫权”,法律条文见第八届全国人民代表大会第五次会议修订的《中华人民共和国刑法》。

28) 祝世谏、冯秀云、梁中天:“安乐死论纲”,《医学与哲学》1998年7月。

중국형법학안락사문제연구*

大連民族學院 教授 王曉慧

원 문 철(역)

영남대학교 법과대학 박사수로

< 목 차 >

- I. 들어가는 말
- II. 안락사문제의 학술상 지위
- III. 연구논증문제방법
- IV. 입장정리 및 안락사분류
- V. 맺는 말

I. 들어가는 말

2004년 1월 본인의 박사 학위 논문인 “안락사문제연구”를 수차례에 걸쳐 수정한 후 길림인민출판사(吉林人民出版社)에 의해 정식으로 출판하였다. 출판하기 전에 비록 본인은 원하지 않았지만 담당 편집인의 제안을 받아들여 책명을 “안락사론(論安樂死)”로 정하였다. 이 책은 총 약 15만자, 4편, 12장으로 구성되었고, 형법학적 시각을 바탕으로 형법, 철학, 의학윤리학과 사회학 등 4부분의 측면에서 안락사¹⁾의 비범죄성, 입법합법화의 타당성 및 필요성에 대하여 변호 및 논증하였고, 이로써 중국 형사법 이론을 풍부하게 하고, 특히 중국내의 형사

* 심사위원 : 한인달, 양종모, 김혜정

투고일자 : 2008. 7. 24. 심사일자 : 2008. 8. 22. 게재확정일자 : 2008. 9. 3.

- 1) 안락사문제와 안락사는 논리학적 개념 관계로 보면 종속관계이고, 즉 전자는 상위개념, 후자는 하위개념이다. 하지만 중국학자들은 이를 대체로 구분하지 않는다. 안락사문제의 핵심 쟁점이 환자에게 안락사를 시행하는 행위자가 형법상의 고의살인죄에 해당하는지 여부라는 문제에 둘러싸고 전개되었기 때문에, 이에서 말하는 안락사는 이러한 상황을 전문적으로 가리키고, 또한 의사가 안락사 행위를 시행하는 것에 제한된다. 아래에서 특별한 설명이 없으면 “안락사”의 의미는 위와 같다.

사법실무자들이 안락사에 관한 안전의 처리에 대하여 일부 시야를 넓히고, 사유태세에 지식적인 도움을 제공하고자 하였다. 그로부터 5년 후의 오늘, 안락사문제를 둘러싼 논쟁은 여전히 지속, 전개되고 있고, 학술성과도 끊임없이 발표되고 있으나, 그 당시에 비해 현재 상황은 전반적으로 달라지지 않는 것 같다. 다시 말하자면, 현재의 중국 형법학술계의 안락사에 관한 연구 방법, 그의 연구범위 및 연구와 논증의 진로와 수단, 학술원리, 더 나아가 국내외 사법판례의 인용 등 대부분의 작업은 중복적이고, 제자리에서 담보 상태로 정체해 있는 국면이다.

이러한 국면에 만족스럽지 못한 것은 당연하다. 하지만 필자가 중국형법학안락사문제이론연구에 기초적 총괄에 충분한 자신감을 갖게 하였다. 본인의 상술한 판단이 객관적이고 정확하기를 바라고, 그렇지 않다면 '중국형법학안락사문제연구'는 명실상부 존재하기 어렵다.

II. 안락사문제의 학술상 지위

안락사문제는 학술상의 지위, 즉 안락사문제에 대하여 중국형법학자들이 어느 정도의 관심을 갖고 있는가? 이는 현재 중국형법학상 안락사문제를 주목 하는데 우선적으로 주의해야 할 문제라고 본다.

중국 대륙 학술계는 현재까지 총 4회에 걸쳐 안락사문제에 관한 전국적 세미나를 개최하였다.²⁾ 하지만 기록에 의하면 이 4회의 학술세미나는 중국국가 또는 지방의 법학전문학술단체, 특히 형법학과의 전문학술단체에 의해 소집된 회의는 단 한 번도 없었고, 각각 철학, 의학관리 또는 의학윤리연구 등 기타 학술단체에 의해 소집되었다. 예컨대, 제1회 세미나는 중국사회과학원 철학연구소, 그 후의 3회는 각각 중국의학회와 중국의학윤리학회(2회)에 의해 소집되었다. 2007년 11월에 이르러서야 중국인민대학 형사법률과학연구센터가 베이징에서 "해협양안의료형법문제학술세미나"를 개최하였다. 이 세미나에서 비로소 안락사문제를 처음으로 제기하였고, 중국과 대만의 형사법학자들이 연구토론문제의 하나로 다루었다. 하지만 이 세미나가 형사법학적으로 전문적이고, "의료형법문제"

2) 안락사문제에 관한 학술세미나는 1987년, 1988년, 1994년 그리고 1997년에 개최되었다.

를 주요 내용으로 다룬 학술세미나일지라도, 세미나에 참석한 전문가와 학자들은 이 문제에 관해서 새로운 지식, 새로운 주장, 새로운 관점을 제시하지 못하였고, 더욱이 중국형사법학계에서 향후 어떻게 학술적 측면으로 안락사문제 연구에 대해 파격적이고 필요한 지도나 방법상에서 일깨워주지 못했다고 느껴진다. 뿐만 아니라, 개별 학자의 토론에서 안락사문제에 대한 인식과 연구정도 및 능력을 보면, 중국내의 임상 의학, 의학윤리학연구에 대한 개별학자들의 지식과 크게 다르지 않다.³⁾

안락사문제는 법학계와 형법학계 내에서의 학술적 가치를 낙관적으로 보지 않고 있다. 중국 대륙 법학계를 말하자면, 학술적 권위성과 학계 내에서 가장 영향력을 가진 3대 정기간행물은 “중국법학”, “중외법학(中外法學)”과 “법학연구”가 꼽힌다. 이 간행물들은 한편으로 중국내 법학이론연구의 주요 성과를 대표하고, 한 학과의 과학연구 전체의 전반적 실력을 구현하고 있으며, 아울러 중국내의 법학이론 연구자들이 역사의 한 시기에서 주목한 중대 문제와 노력의 방향을 이끌고 있다.⁴⁾ “중문과학기술정기간행물데이터베이스”에 대한 조사통계에 의하면, 2001년 1월부터 2008년 8월까지 8년 동안 3대 학술 간행물에 안락사문제를 다룬 논문은 단 한편도 없었고, 다만 리홍(黎宏)이 2007년 “법학연구” 제 1호에서 발표한 “피해자승낙문제연구”라는 논문이 약간 이와 관련된 논문이라 할 수 있다.

이에 반해 이 기간에 안락사에 관한 학술 논문은 “중국의학윤리학”, “의학과철학”, “의학과사회”, “중국심리위생잡지”, “윤리학연구” 등 비전문 법학과의 학술 정기간행물에서 뛰어나게 빛을 내었다. 그 밖에, “철학연구”, “윤리학연구”, “사회학연구” 등 중국학술계에서의 지위가 매우 높고, 영향이 큰 국가급 정기간행물에서 이러한 학술 논문도 자주 볼 수 있었다.

3대 학술 정기간행물에 안락사문제에 관한 논문을 받아들이지 않는 까닭은 주관부처 또는 간행물의 편집들이 이 문제에 대한 흥미가 없다고 해석할 수 밖에 없고, 따라서 이의 “파급적 효과”로서 이와 관련된 논문이 급격히 감소, 더 나아가 전반적으로 소실되고 있다고 주장하는 학자가 있다. 하지만 이러한 해석

3) 세부 내용은 중국인민대학법학원 발표한 “海峽兩岸醫療刑法問題學術研討會”의 정보 공고 참조.

4) “중국법학”의 주관자는 중국법학회, “중외법학”은 베이징대학, “법학연구”는 중국사회과학법학연구소이다. 이 3대 정기간행물은 각기 중국의 정부, 대학교, 학술단체 등 3개 영역의 법학 최고 연구성과를 대표한다고 할 수 있다.

은 완전하지 못하다고 생각한다. 문제의 근원은 많은 중국형법학자들, 특히 이 학술분야에서 중요 인물들의 열정이 부족하고, 적극적으로 참여하지 않아, 형법 학계에서 안락사문제에 관한 토론의 학술 분위기를 조성하지 못했다고 본다.⁵⁾ 더욱 유감스러운 것은 중요 인물들이 어떤 주장을 내놓을 때, 안락사는 외국의 “수입품”이고 중국사회에서 현재 안락사 입법의 합법화 기반과 조건을 갖추지 못했다는 등의 반대와 비난을 받아야만 했다.⁶⁾ 기타 학술계에 비해 중국형법학 계에서 현재까지 의학전문가 주스너(祝世訥)교수, 의학윤리학자 평슈윤(馮秀云), 인민대회대표인 중국공정원 교급연구원 왕중청(王忠城)교수와 같이 안락사의 입법합법화를 위해 뛰어다니면서 호소하고, 과감하게 탐색하며, 꾸준히 노력하는 리더식의 인물이 나타나지 않고 있다.

그러나 최근에 국내 많은 비법학과의 학자들이 안락사문제이론연구에 상당한 기여를 했고, 이와 관련된 번역저서와 학술논문도 대량으로 나타났음을 언급하지 않을 수 없다. 번역저서는 주로 철학자 이우중런(邱宗仁)의 “도덕철학”(영국 윤리학자 저서, 遼寧교육과 牛津대학출판사 1998년 11월에 공동 출판), 장타우(張濤)의 “생사를 후대”(미국 칼럼니스트 저서, 陝西사범대학출판사 2001년 1월 출판). 대표성 있는 글은 주스너·평슈윤·량중텐(梁中天)의 “안락사임시시행조례(제안초안)’에 관한 설명”(“의학과 철학” 제20권 제10호), 예난(野楠)의 “안락사-천 만번 부르는 옛 화제”(“민정” 2000년 제7호), 차우슈첸(曹秀謙)의 “판례로 보는 안락사입법규범”(“百姓信報” 2000년 6월 12일), 순푸(孫付)의 “안락사에 대한 각국의 판단”(“百姓信報” 2001년 7월 7일)등이 있다. 많은 번역저서와 논문은 중국 형법학술계에 필요한 것이고, 개별 저서와 논문은 형법학자들이 안락사문제를 연구하는 데에 소중한 자료라 하지 않을 수 없다.⁷⁾

5) 2007년까지 중국 국내에서 최고의 사회과학이론연구프로젝트, 국가사회과학기금위원회의 1년에 한번 추진하는 “국가사회과학연구기금프로젝트”에 안락사문제연구에 관한 과학연구의 입안을 비준한바가 없고, 이는 간접적으로 국가사회과학의 최고 과학연구프로젝트도 안락사문제를 중시하지 않고 있다는 것을 엿볼 수 있다.

6) 예를 들면, 전 중국사회과학원 법학연구소 연구원 박사지도교수 후윤팅(胡云騰)이 2001년 5월 10일 중국 중앙방송국이 방송하는 “뉴스조사”에서 “사망은 신청할 수 있는가?”라는 기자의 질문에 “안락사는 아직 중국사회와 매우 먼 이야기고, 중국의 국정에 맞지 않으며, 중국에서 현재 안락사의 입법조건이 아직 성숙되지 않았다. 범죄의 구성으로 볼 때, 안락사(환자에 안락사를 시행하는 시행자)는 형법 중의 고의살인행위에 해당하고, 범죄 처벌을 주어야 한다.”고 하였다.

7) 차우슈첸(曹秀謙)의 “판례에서부터 보는 안락사입법규범”(“百姓信報” 2000년 6월 12일)은 바로 그 사례이다.

중국법학계 특히, 형법학자들이 최근 안락사문제의 연구에 있어서 어떤 성과를 내지 못한 현상이 나타나는 원인은 아래와 같이 귀결할 수 있다고 생각된다.

첫째, 이 문제의 파급면이 매우 많지만, 결국 한 특정 사람(의사)이 특수한 조건 하에서 타인에 안락사를 시행하였다면 범죄로 간주해야 하는 데에 귀결할 수 있다. 즉, 사람의 생명권이 내부적으로 은밀히 박탈당할 수 있는 여부라는 극히 날카로운 문제이다. 타인이 일정한 조건하에서 다른 사람의 생명을 박탈하는 것을 용인한다면 이는 중국인의 동정과 남에게 선행해야 한다는 전통에 맞지 않고, 더욱이 중국 사회 변화시기의 “개체가치도 중요”하는 이념, 특히 “국가는 인권을 존중과 보장”한다는 헌법정신 및 중국공산당 현 단계에서 제창하는 “인본주의”, “화합한 사회 구축”이라는 집권당의 집권방침과도 어긋난다. 사람의 생명권은 그 어느 것보다도 소중하고, 사형판결에 대해서도 현재 중국의 최고 사법기관에 의해 엄격한 제한조건을 설정하였는데,⁸⁾ 죄가 없고 무고한 사람에 대해서는 더더욱 동정과 치료를 해 주어야 하고, 그 어떤 이유라도 타인의 생명을 임의로 종결할 수 없다.

둘째, 안락사문제는 결코 국소적이고 사회에 영향도 적은 개별 사례이다. 중국 형법학자들은 줄곧 사회 전반적 또한 즉시 해결해야 할 사법실천 중에서의 어려운 문제에 관심을 가져왔다. 예컨대, 테러조직과 마피아조직의 범죄, 밀수와 마약 판매, 횡령부패 등 중국 국가의 안전, 사회제조, 집권당의 청렴건설과 정당 지위의 강화와 직접 관련된 국가안정과 경국방침 의미상의 큰 문제에 관심을 가져 왔다.

셋째, 본고장의 지식 즉, 중국 형법학범죄 구성의 “4개 요건설”이론에 의하면, 안락사가 범죄조건을 갖추지 않는다는 결론이 자기주장을 꾸며낼 수가 없고(아래에서 소상하게 논술), 반면 안락사가 범죄를 구성하지 않는다는 의견은 기타 학술계의 주류이고⁹⁾, 또한 현재 사회 다수 사람들의 요구이므로, 이는 중국형법학자들을 진퇴양난의 곤경에 빠뜨리게 했다.

넷째, “4개 요건설” 범죄구성으로 안락사의 비범죄성 해결에 무력하다면, 자

8) 2007년 1월 1일부터 중국최고인민법원은 한때 고급인민법원과 군사법원에 부여한 일부 사형안건의 사형재량권을 회수하였다.

9) 1994년 상하이의 여론조사에서 드러낸 바에 의하면: 90%이상의 피 조사자는 안락사를 지지한다고 하였다. 2001년 5월, 중국중앙방송국의 “뉴스조사” 제작팀이 안락사문제에 대해 베이징과 상하이에서의 여론조사에서 베이징은 91%, 상하이는 72.5%가 지지한다고 드러냈다.

연스럽게 가장 편리한 방법인 대륙법계의 위법성조각사유로 안락사의 비범죄성의 해석을 택한다(사실 이는 이미 중국 형법학자들 일종의 공통된 선택이 되었다). 하지만 문제는 “외부에서 온 스님이 경을 잘 읽을 수 없다”는 점이다. 더 큰 문제는 이는 형사사범에 어떤 영향도 없다는 점이다. 중국의 판사와 검사들은 항상 “법에 따라 사건을 처리”하기 때문에 성문법의 조문을 엄격히 준수하면서 판결을 내리고, 자국의 학술이론은 단지 참고에 불과하며, 외국의 것들은 상당한 효과를 기대하기 어렵다. 중국의 첫 번째 안락사사건과 관련된 당사자들은 범죄로 처벌받지 않는 것은 확실하지만, 단지 한 건에 그쳤고, 비록 엄격한 안락사 정의에 따라 개별 안건은 안락사 판례가 아닐 수도 있지만, 그 후의 재판 중에서 범죄로 형사책임을 지지 않는 사례가 없었다.¹⁰⁾ 따라서 시일이 오래 지나다 보니, 중국의 형법학자들은 안락사문제에 대해 인내심과 자신감을 상실케 되어 기타 쉽게 성과를 거둘 수 있는 형법으로 전향하게 되었다.

III. 연구논증문제방법

중국형법학에서는 “4개 요건설”을 택했기 때문에 어떤 사회에 위해하는 행위에 대해 범죄여부를 판단할 때 “4개 요건설”의 기준 요구와 일치하는지를 살펴보고, 일치하면 범죄행위이고, 반대로 일치하지 않으면 범죄로 처리하지 않는다.

범죄구성의 “4개 요건설”은 어떤 범죄행위일지라도 반드시 범죄의 주체, 범죄의 주관적 측면, 범죄의 객체, 범죄의 객관적 측면을 갖추어야 한다.¹¹⁾ 범죄의 주체란 구체적인 범죄행위를 시행한 자연인 또는 법인(중국형법에서 “조직범죄”라 한다)을 가리키고, 범죄의 주관적 측면은 일반적으로 범죄의 동기, 목적을 포함한 범죄행위를 시행할 때 고의 또는 과실 심리의 지배하의 두 가지 죄과형식이며, 범죄의 객체는 범죄가 침해하는 사회관계, 즉 대륙법계형법이론에서 말하는 “법익”이고, 범죄의 객관적 측면은 범죄행위를 시행하는 구체적인 형태 즉, 범죄여부를 확정하고, 또한 해당 범죄로 나타난 손해 결과를 말한다. “4개 요건

10) 1986년 중국 陝西漢中지역에서 첫 안락사안건이 발생하여, 두 당사자인 의사 蒲連生과 환자의 장남 王明成은 중심판결에서 무죄석방을 얻고 받았다. 曹秀謙의 “판례에서부터 보는 안락사입법규범” 참조.

11) 범죄구성 “4개 요건”에 있어서 중국형법학계는 대체로 범죄의 객체, 범죄의 객관적 측면, 범죄의 주체, 범죄의 주관적 측면의 순서로 배열하고 있다.

설"에서 매개 사회위해행위가 최종적으로 범죄로 처리되는지의 여부는 해당 행위가 이 4가지 요건 구비여부를 명확하고 엄격하게 요하고, 하나라도 갖추지 못하면 아니된다. 따라서 학계에서는 이러한 범죄모식을 "통합채움식(齊合填充式)" 또는 "결합식(藕合式)"의 범죄모식이라고 불리고 있다. "4개 요건설"의 범죄모식은 구소련의 형법이론에서 기원했고, 반세기 동안의 시련을 거쳐 현재는 중국형법이론의 정수로 자리 잡아 한 세대, 한 세대의 중국형법학자에 영향을 주고 있다.

무엇이 안락사인가? 안락사의 기본 정의는 불치병 또는 사망 지경에 처한 환자가 육체적인 고통을 참기 어려워, 본인 또는 그의 가족이 안락하게 사망할 것을 요청하고, 의사는 환자의 참기 어렵고, 극심한 고통을 덜해 주기 위해 앞당겨 환자의 생명을 종결시키는 조치를 취하여 환자를 편히 사망하게 하는 행위를 가리킨다.¹²⁾

안락사문제 중의 내용은 물론 매우 많지만, 형법학에서 관심을 가진 것은 환자에 대해 안락사를 시행한 자(의사)의 구체적인 행위가 범죄의 구성하는지의 여부 문제이고, 중국형법학에서 유무죄에 대한 판단 모식은 "4개 요건설"이므로, 반드시 "4개 요건설"의 범죄구성예 비추어 행위자의 구체적인 행위의 적합성 존재여부를 검토해야 한다.

우선 주제를 살펴보면, 환자에 대해 안락사를 시행할 수 있는 의사는 비록 성별이 다를 수 있지만 중국 형법에서 규정한 일반 형사책임 연령인 만 16세에 미달하는 문제는 없을 것이다.¹³⁾ 또한 의사는 통상적으로 정신질환자와 유사한 자가 없기 때문에 형사책임능력을 갖추지 못하여 범죄주체를 구성할 수 없거나 부적격하다는 문제는 없을 것이다.

둘째는 범죄의 주관적 측면을 보면, 환자는 고통을 해소하려 하고, 의사는 환자 또는 그의 가족의 간청 하에서 앞당겨 환자의 고통을 종결시키려는 목적을 위해 주동적으로 "조치"를 취함으로써, 당시 의사의 의식과 의지는 맑고 깨끗하다. 즉 행위는 고의와 명지(明知)의 심리 상태에서 완성한 것이고, 이는 범죄의

12) 葉高峰의 安樂死的法律思考 참조, 刑法問題與爭鳴(제2호), 中國方正出版社 2001년 1월 판, 399면. 상기 항자 이외에도 안락사에 대한 많은 정의가 있으나 본 논문의 내용과 상관없기 때문에 일일이 열거 하지 않겠다.

13) "중화인민공화국형법"에서 규정한 형사책임 연령은 일반적으로 만 16세이고, 하지만 "형법" 제17조 제2항에 의하면 고의살인, 고의 상해 등 8개 종류 형사범죄의 형사책임 연령은 만 14세이다.

고의적 요건에 충족할 수 있다.

셋째로 객체를 살펴보면, 비록 “뇌사”, “혈압사” 등 개념이 중국으로 유입되었고, 현대 생물의학기술은 사람 생과 사의 외관형태를 어느 정도 바꾸었지만, 중국에서 사람의 생과 사를 판단하는 “호흡과 심장박동 정지”의 전통적 기준은 여전히 변함없다. 사망기준에 따라 추측 판단하면, 비록 환자가 “뇌사”상태에 처해 있다하더라도, 결코 생명을 가진 사람이기 때문에 불법으로 살아 있는 사람의 생명을 박탈한다면 고의살인이고, 사회주의 국가의 사람과 사람 간의 법률적 관계를 침해한 것은 분명하다.

마지막으로, 객관적 측면을 살펴보면, 의사가 환자의 고통과 생명을 종결시킬 때 주동적 안락사행위로 완성하고, 또한 이 행위는 적극적 작위 형식의 특징이 분명하기 때문에 이는 형법금지규범에서 규정한 작위범죄조건에 해당한다.

전문에서 필자가 중국 형법학자들의 안락사는 범죄가 아니라는 주장이 자기 주장을 꾸며낼 수가 없다고 판단하는 이유는 바로 이에 있다.

실천에서 증명한바와 같이, “4개 요건설”의 범죄구성성은 안락사 비범죄라는 문제의 해결에 있어서 무력화된 것이다. 게다가 일부 형법학자는 중국형사입법에서 규정한 범죄조각사유(중국형법학계에서는 또, “정당화사유”, “사회위해성배제 행위”라고 하고, 일본 형법학계에서 “위법성조각사유”라고 함)의 범위가 지나치게 좁고,¹⁴⁾ 따라서 그들은 고심 끝에 의사가 환자에 시행한 안락사행위 당시의 동기와 목적 및 안락사의 사회위해성으로부터 의사의 행위가 범죄를 구성하지 않고, 처벌필요가 없으며, 설령 유죄처벌을 받더라도 가볍게 하거나 경감할 수 있는 새로운 사실을 찾는데 노력을 기울였다.

일부 학자는 환자에 안락사를 시행한 의사는 비록 겉으로 볼 때에는 상대방의 생명을 박탈하고, 환자의 생명권을 침해 하였지만, 그의 동기는 환자에 대한 동정과 연민이고, 그의 최종 목적은 환자의 고통을 해소하는 것이라고 지적하였다. 이로 볼 때, 일반 형사 사건 중의 고의살인과의 성질은 큰 차이가 있다. 따라서 안락사의 행위자에 대해 형법처벌을 주되 우선적으로 법정형 이내에서 가볍게 하거나, 가능하다면 법정형 이하에서 경감 처벌해야 한다. 사회 위해성에 있어서, 일부 학자들은 비록 안락사로 인해 환자를 앞당겨 사망케 했지만, 기타 타인 생명을 박탈한 범죄행위에 비해 사회위해성이 현저히 경미하고, 심지어 없다고 주장한다. 왜냐하면, 환자에 있어서 고통을 해소했고, 또한 사회적 효과를

14) 趙秉志・肖中華, “범죄구성조각책임사유관계론”, “현대법학” 1999년 제8호.

보면 어느 정도로 인류의 인생관과 세계관의 질의 향상, 내용을 갱신시켰다(아래에서 소상하게 논술)¹⁵⁾. 게다가 환자의 시각에서 보면, 그의 사망 과정은 고통 없고, 방법도 과학적이며, 의사의 동기와 목적도 비난의 여지가 없다. 요컨대 안락사는 사회위해성이 없는 것은 분명하고, 이에 대해 처벌을 준다면 오히려 일반 형사범죄와 구별해야 한다.

대륙법계의 위법성조각사유이론으로 안락사 비범죄에 대해 논증하는 것도 중국 형법학자들이 택하는 방법의 하나로 되었다.

일부 학자는 안락사는 대륙법계 형법의 위법성 조각사유의 하나이고 권투경기, 등산운동의 성질과 대체로 같다고 보고 있다. 권투 또는 등산 선수들이 경기에 임하기 전에 사실상 자기의 합법적인 생명권을 명확하게 포기하고 양도하였다. 따라서 의외의 사망 또는 타격으로 사망한 경우 상대방(조직자)의 형사책임도 면제해야 한다.

일부 학자는 대륙법계의 기대가능성이론은 안락사 중 의사의 행위가 범죄를 구성하지 않음을 입증하거나, 환자가 생명권의 포기를 법률이 받아들이고 또 인정해야 할 근거로 해석하는데 매우 효과적이라고 믿고 있다.¹⁶⁾ 왜냐하면, 의사의 행위가 무죄 또는 형사처벌을 가하지 않아야 할 이유는 어떤 양지 있고 동정감이 있는 의사라면 무한한 고통 속에서 몸부림치는 환자가 간절히 애원하는 현장에서 그 누구도 무관심하지 않을 것이다. 부득이 조치를 취해 환자의 생명을 종결시키고, 그의 고통을 해소하는 것이 바로 당사자가 합법적 행위(그에 안락사를 시행하지 않음)를 취하는 기대가능성이 존재하지 않는 상황이 아닌가?

상술한 노력의 설득력이 부족을 인식하고, 중국 형법학자들은 광범위하게 자료를 인용하여 증명하기 위해 철학, 심리학, 윤리학, 사회학 등 과학의 대량의 지적 성과를 동원하여 자기의 논거부족을 보강하였다. 필자는 바로 이런 유형에 속한다. 과학적 정합의 방법으로 안락사문제를 연구하는 것이 좋은 방법이라고 생각한다. 하지만 이로서 초래한 직접적인 결과는 바로, 안락사문제는 단순한 형법학의 문제가 아니라는 것을 발견하였다는 것이다. 연구의 성과를 거두고자 하려면 각 학과의 공동발전에 의지할 수밖에 없다. 이러한 주장은 현재 중국 형법학자들이 공감하고 있다.

15) 吳靖, “論安樂死”, 吉林人民出版社 2004년 1판, 156면 이하.

16) 王曉慧, “論安樂死”, 吉林人民出版社 2004년 1월 판, 156면 이하.

IV. 입장정리 및 안락사분류

개념 자체에 대해서도 이의가 있기 때문에 학술계에서 안락사문제를 보는 시각도 상이한 것은 당연하다. 이러한 주장을 정리하면 찬성과 반대, 그리고 관망론 등으로 나눌 수 있고, 각 이론의 주장을 입증하는 논거도 다양하고, 또한 동일 논거는 상대방의 증거로도 될 수 있고, 동일한 이론집단의 학자는 또 자주 본 이론 심지어 상대방 학자의 두 개 또는 여러 개 논거를 교차하여 사용하기도 한다.

찬성론의 주요 논거

1. “생활의 질”. 찬성론의 학자들은 사람 생활의 질과 의의는 인간의 수명이 아니라 행복지수의 높음과 낮음에 달려 있고, 환자가 이미 사망의 지경에 처해 있고 게다가 고통에 시달리고 있기 때문에 생활의 질은 이미 존재하지 않는다. 따라서 이 시기에 사망을 택하는 것이 잔속하다기보다 한 차례의 해탈이라고 해야 하고, 이는 현대 사람이 생명의 내재적 의미에 대한 자아의 깨달음과 인생가치관의 최고 구현이라고 주장한다. 이는 주로 철학이론을 연구하는 학자들이 주장하고 있다.

2. “생명가치”. 사람은 한 사회의 산물이고 개체적 의미가 있지만 공동체의 의미도 있다. 나아가 한 사람의 생명가치는 한편으로 개개인의 수요를 만족하는 능력을 구현하고, 아울러 그가 전 사회에 대한 기여정도에도 구현하고 있다. 사망 지경에 처한 환자는 개인수요에 대한 만족 또는 사회에 대한 기여는 물론이고, 최저의 목표도 실현 불가능 하고, 안락사입법으로 합법화되면 집단주의 헌신정신의 육성에 유리하고, 더욱이 “사회요구형(社會索取型)”의 사람이 대량 출현을 방지할 수 있다고 주장하는 것이다. 이것도 철학자들이 안락사문제를 인정하는 중요한 이유의 하나이다.

3. “권리부여”. 법철학 학자들은 통상적으로 사람은 법정 생존권을 갖고 있고, 아울러 법정 자아 사망 선택권도 갖고 있다고 주장한다.¹⁷⁾ 일부 법리학자들은 사망자의 선택권이 결핍한 인권은 기초로부터 견고하지 못하고, 내용은 더욱 온

전하지 못하며, 안락사의 입법합법화는 바로 법률제도로부터 인권개념에 대해 근본적인 해독을 하면 소위 인권개념도 비로소 진정으로 완전하게 된다고 주장한다.

4. “가정책임”. 의학윤리학자들은 장기간 동안의 임상 관찰로 아래와 같은 중요한 결론을 내렸다. 불치병(예컨대, 암, 에이즈) 걸린 만기 환자는 비록 가장 좋은 약물을 사용하고, 가장 좋은 의사의 치료를 받는다 하더라도 결국 사망을 면할 수 없는 소위, “부인을 잃고 병사도 잃는다(이중 손해)”는 현상이다. 현재 중국의 일반 가정에서 만약 이러한 현상이 나타난다면, 가장 큰 피해자는 환자가 아니라 환자의 가정, 또는 자녀근친들이다. 환자가 사망의 지경에 처하고 만회할 수 없는 이상, 가족 또는 자녀근친들은 가산을 모두 탕진할 필요가 있는가? 안락사는 환자에 대해 인의적인 것은 아닐 수 있고, 타인이 보는 관점에서 비도덕적, 비윤리적으로 볼 수 있지만 이러한 도덕은 가상적인 것이고 실재의미도 없다. 환자의 가정을 고려해야만 안락사는 현실적인 윤리가치를 갖게 된다.

5. “의료자원”. 의학계 다수 학자들은 이에 대해 굳게 믿어 의심치 않는다. 중국은 개발도상국이고 의료자원 자체가 매우 부족하고, 만약 제한된 자원을 치료 가치가 없는 불치병 환자에 사용하는 것보다 타인에 사용하는 것이 더 유리하다고 주장한다. 임상 경험에서 나타난바와 같이, 안락사 시행을 고려할 만큼의 환자는 통상적으로 대량의 인력물력과 의료자원을 소모했거나 소모 중의 구제할 수 없고 사망에 이르는 환자이었다.

6. “새로운 의사의 도덕(新醫德)”. “히포크라테스선서”는 반드시 시대 의미로부터 해석해야 한다. 환언컨대, 의사의 직책은 “모든 것을 환자의 이익”을 고려해야 하고, 이는 단순히 환자 신체의 질환을 치료하는 것이 아니라, 환자 및 그의 가족의 기타 이익도 포함된다. 1949년 세계의학회가 발표한 “제네바협정”(의학계에서는 “히포크라테스선서”로 부름)은 현대 의학계의 준칙으로 삼아야 한다. 안락사의 우선 조건은 바로 환자의 신청이다. 환자가 안락사 신청을 제출할 수 있는 까닭은 사망은 환자 생활과 생명 이익의 하나인 것에 의심할 여지가 없기 때문이다.

17) 王家福・劉海年, “中國人權百科全書”, 中國人百科全書出版社 1998년 5판, 139면.

7. “인도주의”. 약자에 대한 관심과 동정은 인도주의의 기본적 신앙이고, 온갖 고통을 받고 생명 위독한 자에 대해 만약 사망이 불가피하고, 또한 환자 본인이 추구하고 지향한 것이면, 미국의 유명한 인도주의 학자 폴커츠(Paul Kurtz)가 지적한 바와 같이 “우리는 곤경에 빠진 인민들에 원조의 손길을 주고, 그들의 고통과 불행을 덜어주며, 또한 효과적으로 그들의 행복을 증진해야 한다. 예수는 아마 가장 훌륭한 모범일 것이다.”

반대론의 논거

1. “인도주의”. 일부 인도주의 학자들은 안락사를 찬동한 인도주의 학자들이 안락사를 아무리 아름답고, 사람의 마음을 끌고, 화려하게 미화한다하더라도 결코 한 약자 생명의 박탈을 전제와 대가로 하는 것이고, 동정 인자와 영원한 인도주의의 도덕적 토대이기 때문에 그 어떤 이유이라도 이러한 행위의 잔인성을 말할 수 없고, 인도주의의 취지와도 어긋난 것이라고 주장한다.

2. “전통 의덕”. 생명은 신성한 것이고, 의사의 책임은 죽어 가는 사람을 구하고 부상한 사람을 돕는 것이기 때문에, “히포크라테스선서”는 한 의사의 모든 의덕은 반드시 “모든 가능성을 동원하여 환자의 건강을 회복시켜 주고, 생명을 잃어버리지 않도록 해야 한다”고 하였다. 따라서 안락사라는 용어 자체가 전통 의덕에 대한 가장 큰 모독과 파괴이다.

3. “의학진보의 장애물”. 일부 의사가 보기에 안락사문제 중의 소위 “불치병”이라는 것은 단지 문제에 대한 판단일 뿐 절대적 기준이 아니고, 인류역사 발전과정 중에서 폐결핵, 천연두 등도 “불치병”의 꼬리표를 붙여 놓은바가 있다. 만약 우리는 암을 불치병으로 간주하여 안락사를 시행한다면 이는 의학기술의 연구개발과 의료수준의 발전에 불리하고, “우리가 갖고 있는 기술은 어느 정도 선에서 사망의 도래 시간을 변경할 수 있는 능력을 갖고 있다. 멀지 않는 장래에 우리들은 이 능력을 사망의 억제에까지 확대할 것이다.”

4. “위험 선례”. 안락사 입법합법화를 반대하는 다수 형법학자들은 현 단계에서 안락개념 자체가 아직 모호하고, 예컨대, 어떤 질환이 불치병이고, 사망지경

에 처한 것과 사상의 거리가 얼마나 멀고, 어떤 기준으로 환자 안락사 자청의 진실성을 판단하는 등의 조건들이 아직 미성숙한 상태에서 안락사를 입법합법화하게 되면 최대의 문제는 안락사의 남용을 초래하게 될 것이고, 범죄자가 고의살인을 범하는 데에 편리한 조건을 마련해 주는 것과 같다고 우려하고 있다.

관망론의 이유를 아래와 같이 정리할 수 있다. 우선, 안락사문제는 단순한 법학문제가 아닌 각 학과의 종합성문제이고, 형법학 연구의 성숙도 자체가 중요한 것이 아니고, 중요한 것은 기타 학과 성과의 공동 지원이 필요하다. 둘째, 안락사는 “수입품”이기 때문에 중국인은 필경, 이에 대해 매우 생소하고, 게다가 중국인의 전통적 의식과 사상기반이나 중국 사회의 현실적인 환경으로부터 볼 때 아직 안락사합법화의 기본적 조건을 갖추지 못하고 있다. 마지막으로, 안락사문제는 이론상에서의 진일보한 발전이 필요하고, 더욱 중요한 것은 사법응용의 어려움이 매우 크다는 점이다. 일단 입법합법화 되면 현재 보유중의 사법자원으로는 변통하기 어렵고, 방비할 수 없게 된다.

안락사 개념 자체 분명히 해야 할 문제는 아래와 같다.

고통의 내용. 각종 학설을 정리해 보면 학자들은 단지 환자의 육체에만 주목하고 정신적 측면을 소홀한 것 같다. 사실 현실 사회의 대량 사례 중에서 정신적 고통이 환자가 안락사를 자청하는 주원인으로 되고 있다. 그 밖에, 사람의 정신적 고통은 안락사고통 내용 중에 들어가야 할 내용이기 때문에 육체적인 고통만으로 정확한 판단을 내릴 수 없다.

신청인의 범위. 환자 본인이 자청하는 경우는 당연하고 비난할 것이 없다. 하지만 문제는 환자가 의식을 잃은 상태에 빠지고, 본인이 불치병에 걸린 것이 확실한 경우 누가 환자의 자청을 결정하느냐 하는 것이 안락사 시행여부의 가장 중요한 조건으로 부상하는 것은 분명하고, 만약 이 문제를 해결하지 못한다면 현실 중의 대량 안락사안건을 적절하게 해결할 방법이 없게 된다.

불치병의 기준. 한 질병을 불치병으로 간주여부는 정적 판단문제, 그리고 동적 판단문제가 있음은 확실하다. 인류역사 발전 과정 중에서 많은 역사단계별로의 폐결핵, 천연두 같은 불치병을 정복했고, 이러한 사례로 보면 소위 불치병은 존재하지 않는다. 하지만 인류의 기술력은 한계가 있고, 한 환자가 자기의 질환

을 치료할 수 있는 의학기술이 나올 때 까지 백년 또는 천년 이상의 수명을 가지는 것은 환상에 불과하다. 따라서 불치병 기준문제에서 지나치게 논쟁하면 현실중의 환자 자신의 이익을 무시하고, 무의미한 문제를 둘러싸고 쉬지 않고 논쟁하는 것이다.

안락사에 대해 어떻게 분류하느냐, 이는 중국학자들이 고집하며 팽팽히 맞서 논쟁하는 민감한 문제이다.

이분법

1. 광의안락사와 협의안락사

이는 안락사의 대상 크기에 따라 구분한 것이다. 광의의 안락사는 출생시부터 중장애, 치매 걸린 유아 및 사회에서의 일부 중도 정신질환자와 중도 장애인, 특히 “식물인가”들을 고통 없이 사망케 하는 것을 말한다. 협의안락사는 단지 불치병에 걸려 사망 직전 극도의 고통 속에 처한 환자를 고통 없이 사망케 하는 것을 말한다.

2. 자청안락사와 비자청안락사

이는 환자 본인이 안락사 의사표시 유무에 따라 분류한다. 자청안락사는 환자 본인이 자청(구두 또는 서면)을 제기하여 안락사를 시행하는 것이다. 비자청안락사는 심도 혼미 또는 의식을 잃어 정확하게 자기의 의사를 표현할 수 없기 때문에 그의 부모자녀 또는 근친들이 안락사 신청을 제기하여 안락사를 시행하는 것을 말한다.

3. 주동적 안락사와 피동적 안락사

이는 의사의 행위가 환자사망에 개입하는 방식에 따라 구분한다. 주동적 안락사는 의사가 환자의 신청에 따라 적극적이고 주동적인 작위형식(예컨대, 약물을 복용 또는 주사)으로 환자의 생명을 앞당겨 종결시키는 것이다. 피동적 안락사는 의사가 환자의 신청에 따라 소극적인 부작위방식(예컨대, 치료행위중지, 응급 조치 시설 제거) 방식으로 환자를 응급치료시설의 제로(zero) 사망하게 하는 것을 말한다. 주동적 안락사는 “적극적 안락사” 또는 “작위 안락사”, 피동적 안락

사를 “소극적 안락사” 또는 “부작위 안락사”라고 불리기도 한다.

삼분법

1. 자살안락사, 협조안락사, 비자청안락사¹⁸⁾

이는 주로 환자 사망의 시행자의 다름에 따라 분류 한다. 자살안락사는 환자가 불치병에 걸려 극심한 고통에 처해 있어 자살의 형식을 취해 자기의 생명을 끝내는 것이고, 전통적 자살과 다름이 없다. 협조안락사는 불치병에 걸린 환자는 사망신청을 제출 또는 그의 요구에 따라 타인의 협조 하에서 앞당겨 생명을 종결시키는 것이다. 비자청안락사는 환자가 자기의 요구, 소망 또는 동의를 표시할 수 없고, 그의 고통을 해소해 주기 위해 의사 또는 타인이 환자의 생명을 종결시키는 것을 말한다.

2. A형안락사, B형안락사, C형안락사

이는 주로 의사가 안락사시행에서의 역할을 고려하여 분류한다. A형안락사는 고통을 해소하고 정상적으로 치료, B형안락사는 고통을 해소하고, 치료 포기, C형안락사는 고통을 해소하고 환자의 생명을 정지시키는 것을 말한다.¹⁹⁾

상술한 안락사의 분류 이외에 일부 형법학자들은 일본의 형법학의 “사분법” 및 미국 학자의 “삼분법”을 도입하였지만, 그들은 중국학술계에서의 영향은 크지 않다. 하지만 지식과 연구의 참고로는 그의 가치를 소홀 할 수 없다.

어느 분류가 더욱 과학적, 합리적이고 또 형법학과의 특징에 적합하여 현재 또는 향후 형법학술계 연구검토의 대상으로 될 수 있을지에 관해서 비교한 결과, 주동적 안락사와 피동적 안락사의 분류는 형법학자가 보편적으로 받아들이고 있는 것은 확실하다. 피동적 안락사는 환자 본인의 의사표시라는 중요한 조건이 없기 때문에 형법학 안락사문제의 연구 범주에 내포시키지 않아야 한다. 이상을 종합하면, 중국 형법학자들이 연구해야 할 안락사는 주동적 안락사(적극적 안락사 또는 작위안락사), 특히 의사 행위의 유무죄라는 것이 가장 기본적인 문제를 특별 지칭하거나 이에 국한되어야 한다.

18) 何農, “安樂死的刑法學辨析”, 青海師範大學學報(철학사회학과판) 2001년 제3호.

19) 祝世訥, 馮秀云, 梁中天, “安樂死暫行條例(草案建議稿)”, 醫學與哲學 1999년 제10호.

V. 맺는 말

일부 학자가 지적한 바와 같이 “안락사의 분류를 구별해야만 비로소 안락사의 정당성의 연구 그리고 점차적으로 사회도덕의 공감대를 얻는 책략으로 될 수 있고, 또한 사회도덕의 공감대를 얻는 책략과 진로로 삼아야 한다.” 정확한 대상은 모든 과학연구 특히 사회과학 연구의 초석이고, 정확한 대상이 없으면 우리의 연구는 기필코 방향을 잃게 된다. 하지만 안락사의 시행은 온전한 법질서와 엄격한 절차규범에 의존해야 할 뿐만 아니라 민중이 안락사의 구체적 내용에 대한 인식에 국한되어 있고, 또한 현재 중국 사회에서 의료사고안전이 대량으로 나타나고 있기 때문에,²⁰⁾ 중국에서 안락사의 입법합법화는 근래에 기대할 수 없는 일이다. 이에 국가의 최고 사법기관이 안락사문제에 대한 시종 소극적인 태도로 이를 고려하지 않았고, 그가 어떻게 안락사를 보느냐 하는 것이 입법규범과 재판, 더 나아가 민간사회에서도 안락사 입법합법화를 추진하는 데에 중요하고 주도적 역할을 하고 있다.²¹⁾ 최고인민법원이 중국의 첫 번째 안락사사건에 대한 “안락사문제회피”를 취한 것은 안락사입법합법화를 반대한다는 추측에 필자는 공감할 수 없다. 왜냐하면 본 사건 관련된 당사자들은 최종적으로 형사 책임을 지지 않았기 때문이다.

그렇다면, 향후 중국형법학에서 안락사문제의 연구를 추진, 더 나아가 안락사의 입법합법화를 어떻게 가속화 할 것인가?

첫째, 권리주체의 재인식. 기왕의 형법학 안락사문제에 있어서 학자들은 의사행위의 무죄변호와 사유논증에 편중하고 환자에 대한 관심이 부족했다. 이 점은 형사법학자가 법철학자와 강하게 대조된다.²²⁾ 왜 안락사의 합법성을 논증하

20) 劉三木, 汪再祥, “關於安樂死的若干爭議問題之討論”, 法學評論 2004년 제3호.

21) 일부 학자는 최고인민법이 1986년 산시한중에서 발생한 중국 첫 번째 안락사안건에서 “백지답안”을 내었다고 비판하였다. 근년 이래 최고인민법원이 발표한 사법해석이 사법재판 중에서 법률자체의 역할을 초월하였고, 이러한 현상은 이론계의 많은 비판을 제기하면서 사법해석은 중국법률체계 중에서의 지위와 역할은 인민대표대회(사무위원회)가 제정한 법률을 초월하였다고 주장하였다.

22) 王燕, “安樂死的民法學思考”, 西南政法大學學報, 2003년 1월; 管士寒, “安樂死合法化的哲學思考”, 雲南大學學報, 2008년 3월. 王燕은 안락사문제를 민법학 자연인의 생명권과 인격존엄권으로부터 고찰해야 하고, 환자는 자청사망의 선택은 민법학 자연인 민사행위능

고, 입법합법화를 호수하는가, 만약 환자의 권리를 고려하지 않고, 환자의 본인 이익의 수호에 착안하며, 환자의 권리본위로 문제를 고려하지 않으면 그 어떤 이론에 대한 진술과 해석도 모두 무력한 것이고, 그의 결론이 지지 또는 반대를 물론하고 많은 대중들은 이를 이해하고 받아들이기 어렵다.

둘째, 강한 정치적 지지, 비록 이론상에서 정치와 법률이 분리 되었다는 결론을 도출하였지만, 절대적 의미상의 정치와 법률의 분리는 일종의 신화에 불과하고, 집권정당은 정치적 유도와 법률적 수단을 통해 간접적으로 사회생활을 관여하고, 이 현상은 세계 어느 국가에서도 볼 수 있는 실정이다. 중국은 5차례 헌법수정을 거쳐, 민간경제, 법치국가, 국가 인권 존중과 보장 등의 내용을 헌법에 삽입하였다. 이것이 바로 국가 정치가 법률에 개입을 통해 사회생활을 관여하는 분명한 사례이고, 집권당이 사회 중대 문제에 대한 적극적인 반응이다. 안락사의 입법합법화는 헌법의 수정을 통해 완성할 필요는 없지만, 집권당의 형법수정 제안서 등 형식적으로 국가 최고 입법기관에 형법조항을 보완요청을 할 수 있고, 또는 최고사법재판기관이 발표한 사법해석을 통해 안락사안건의 재판실천을 지도할 수 있다.

셋째, 안락사 입법합법화로 범죄의 구실로 되는 우려 해소. 안락사입법합법화를 반대하는 형법학자들은 보편적으로 안락사가 일단 입법합법화 되는 가장 큰 폐단은 향후의 고의 살인범죄에 구실을 제공할 수 있다는 우려를 갖고 있다. 현재까지 이러한 무서움증이 여전히 성행하고 있다.²³⁾ 필자는 이러한 우려를 전혀 할 필요가 없다고 생각한다. 1979년 7월 “중화인민공화국형법”을 반포하였고, 1997년 3월에 더욱 소상하게 수정되었으며, 비록 수정한 후의 형법은 원래 내용에 비해 대폭 조정하였지만 정당방위와 긴급피난 부분에 대해 조금도 수정하지 않았고, 또한 수정 후의 정당방위 조항은 “무한 방위권”을 추가, 즉 폭행이나 살인 등 인신안전에 심각한 위협을 주는 폭력범죄에 대해 방위행위를 취할 때 상대방의 사망을 초래했을 경우 과잉방어로 간주하지 않아 형사책임을 지지 않는다.²⁴⁾ 그렇다면 정당방위, 더 나아가 무한방위권도 고의살인에 구실을 남겨 주었는가?

력과 인격존엄의 수호에 해당된다고 지적하였다.

23) 胡平, “安樂死刑法意義的思考”, 法治論叢 2002년 9월.

24) “무한 방위권”은 중국형법이론에서 “無과잉방어권”이라고도 불리고, 법률조문은 제8회 전국인민대표대회 제5차 회의에서 수정한 “중화인민공화국형법”을 참조.

마지막으로 사유태세의 변환 문제이다. 중국형법학은 지난 세기 50년대에 자기 이론체계의 구축을 완수하였고, 수많은 학자들의 공동 노력으로 자기의 일정한 연구범위 및 연구의식을 조성하였다. 하지만 전반적으로 볼 때, 모든 것을 외국의 것과 비교해 보고, 대륙법계나 영미법을 자주 언급하며, 마치 외국에서 결론을 내리지 않으면 오로지 기다릴 수밖에 없는 사고방식으로 인해 지금까지 자신감과 담력을 형성하지 못하고 있다. 이러한 사유태세의 변환은 향후 중국형법학 안락사문제에 대한 연구와 논증에 극히 중요한 의식적 동력의 하나라 하지 않을 수 없다. 사유태세의 변환은 방법론상에서 실증분석의 편중에 표현되고, 가능한 한 실제조사와 데이터통계를 통해 안락사 입법합법화의 증명력과 설득력을 증가해야 한다.

안락사문제를 둘러싸고 전개된 토론은 중국형법학 이론계에서 지속될 것이고, 결과는 입법합법화 또는 명문으로 안락사를 금지여부는 여러 가지 가변요소에 달려 있다. 여하튼, 중국은 용감하게 자기만의 것을 세우고, 중국식의 안락사를 연구와 시행하며, 가족계획처럼 새로운 사망 문명을 창출하여 인류에 새로운 기여를 해야 한다.²⁵⁾ 이는 바로 필자의 기대이자 조금도 의심치 않는 믿음이다.

주제어: 중국 형법학, 주동적 안락사, 형사책임, 안락사문제

25) 祝世訥, 馮秀云, 梁中天, “安樂死論綱”, 醫學與哲學, 1998년 7월.