刑法上 生命保護原則과 治療中斷

金 容 旭*

Ⅰ. 머리말
Ⅱ. 치료중단의 의의
1. 치료중단의 개념
2. 치료중단과 자의퇴원
3. 생명유지장치의 제거
Ⅲ. 형법상 생명보호원칙과 치료중단의 허용범위
1. 형법상 생명보호원칙
2. 치료중단의 허용범위
Ⅳ. 맺음말

Ⅰ. 머리말

지난 1998년 5월 서울지방법원 남부지원 제1형사부는 보호자의 집요한 요청으로 말미암아 치료를 중단하고 퇴원시켰던 환자가 사망한 사건에서 담당의사 양모씨와 김모씨에게 살인죄를 인정하고 징역 2년 6월에 그 집행유예 3년을 각 선고했다.[1] 졸지에 살인범으로 단죄된 의사 양모씨와 김모씨는 이 판결에 불복하고 즉각 항소했다. 이것이 의학계와 형법학계의 비상한 관심을 불러일으키게 되었던 세칭 '보라매병원사건'의 서막이었다.

우선, 의학계는 의사의 치료중단이 고의살인죄로 기소되고 제1심에서 유죄로 인정되었다는 것만으로도 대단한 충격에 휩싸였다. 의학계는 극도의 분노와 저항감으로 내연하면서 격앙된 태도를 보였다.[2] 본사건과 같은

---

* 배재대학교 법학부 교수, 법학박사

1) 서울지법 남부지원 제1형사부, 1998. 5. 15, 98고합9.

2) 김현집, "신경외과에서 연명치료에 대한 의학적 고찰", 연명치료 중단의 법 정책적 대토론회 자료집, 한국의료법학회 한국의료윤리교육학회, 2002. 3, 5면에서는 다음과 같이 말하고 있다. "보라매병원사건에 대한 판결은 한 마디로 의료계를 경악 속으로 몰아 넣었다. 의사들이 이 판결결과에 놀라고 또 분노했던 이유는 우선 의사들이 환자의 진료를 거부하지 않았는데도 유죄판결을 받았다는 점이다. 그들은 가족이 수술동의서를 작성하

경우에 의사를 살인범으로 단죄한다면 과연 어떤 의사가 형사처벌로부터 자유롭게 의료업무를 수행할 수 있느냐는 것이었다. 또한 우리의 척박한 의료현실 아래서 낮은 의료수가와 격무를 감수하면서 오로지 환자에 대한 애정과 국민보건을 중추적으로 담당하고 있다는 자존심과 명예 하나로 의료업무를 묵묵히 수행하고 있는 의사들의 헌신을 몰라도 너무 모르고 그저 추상적인 법이론에 따라 현실과 유리된 판결을 내렸거나, 아니면 일부 검 판사가 스타의식에 사로잡혀 유능한 의사들을 희생양으로 삼았다는 것이었다.

형법학계에서도 본사건을 두고 논의가 분분했다. 담당의사가 퇴원할 경우에 발생할 사망결과에 대하여 충분히 설명하고 퇴원을 만류하였음에도 불구하고 보호자가 강력하게 퇴원을 요청함으로써 어쩔 수 없이 환자를 퇴원시켜 사망한 경우에는 담당의사에게 형사책임을 물어서는 안된다는 견해[3]와, 본사건과 같이 환자의 생존가능성이 존재하는 한도에서는 설사 환자의 보호자가 의학적 충고에 반하는 퇴원을 강력하게 요청하였다 하더라도 퇴원 결과 환자가 사망하였다면 담당의사는 형사책임을 면할 수 없다는 견해[4]로 대립하는 듯이 보였다.

어쨌든 의학계와 형법학계가 항소법원의 판단을 예의 주시하는 가운데 본사건의 항소법원인 서울고등법원 제5항소부는 3년여의 장고 끝에 2002년 2월 드디어 '뜨거운 감자'에 대한 결론을 내렸다. 살인죄를 인정했던 원심을 깨고 살인방조죄를 적용하여 의사 양모씨와 김모씨에게 징역 1년 6월에 그 집행유예 2년을 각 선고했던 것이다.[5] 이런 항소법원의 판결은

지 않은 상태에서 수술에 임했고 수술 후에는 중환자실에서 치료를 계속했다. 그리고 가족들이 퇴원시켜줄 것을 요구했을 때 이를 만류하였다. 이런 일은 이번 일에 특수한 경우가 아니고 신경외과의사라면 한 번쯤 겪어보았을 일이다. 그런데 유죄, 그것도 살인죄 유죄판결이 났으니 그 놀라움은 어쩌면 당연한 것이라고 할 수 있다".

3) 이상돈, "치료중단과 살인", 한국의료법학회 1998년 5월 학술세미나 자료집, 1998. 5, 1-26면; 이상돈, "의료와 살인", 고시계, 1998. 6, 67-80면.

4) 김용욱, "'보라매병원사건'에 대한 형법적 고찰", 제2회 배재의료법세미나 자료집, 1998. 11, 47-84면; 허일태, "소위 의사살인죄", 형사판례연구(7), 2000. 7, 228-237면.

5) 서울고법 제5항소부, 2002. 2. 7, 98노1310. 항소법원은 판결문에서 "의사 양모씨와 김모씨가 치료중단시 환자가 사망하리라는 것을 알면서도 퇴원시킨 것은 사실이나 이들이 보호자 이모씨에 대해 수 차례 퇴원을 만류했고 치료비가 없으면 환자상태가 호전된

제1심판결에 비하여 의사에 대한 형사책임비난의 수위를 저감시킨 것이긴 하지만, 의사의 치료중단을 살인에 관여한 행위로 판단했다는 점에는 여전히 변함이 없다. 본사건은 쌍방상고되어 현재 대법원에 계속중이다(사건번호 2002도995).

대법원의 최종결론을 남겨두고 있다는 점에서 보라매병원사건은 아직 진행형이다. 그러나 본사건은 의학계와 형법학계로 하여금 대단히 중요한 논의에 몰입하도록 만드는 계기가 되었다. 보라매병원사건 이후에 의학계와 형법학계에서는 의사가 어떤 경우에 그리고 어떤 절차에 의하여 "생명이 위급한 환자", "의학적으로 회생의 가능성이 없는 환자" 또는 "임종환자"에 대하여 치료중단 내지 퇴원결정을 내릴 수 있는지 본격적으로 논의하기 시작했다.[6]

그 동안 의학계에서는 이를 주로 醫師의 醫療倫理 문제로 다뤄왔다. 그럼으로써 현대의학이 자랑하는 생명유지기술이 말기환자에게는 고통스럽고 무의미한 삶을 연장하도록 만들고 그 가족들에게는 불필요한 고통과 부담만 가중시킬 뿐이며,[7] 이렇게 무의미한 연명치료로 말미암아 제한된 의료자원을 다른 환자들에게 균형적으로 배분하지 못한다는 문제점[8]을

뒤 도망가라고까지 말했던 점 등으로 보아 전문의 양모씨와 레지던트 김모씨에게 환자 사망의 고의가 있었다고 인정하기 어려우며 이모씨의 살인행위를 방조한 것으로 봐야 한다"고 설시했다.

6) 물론 이런 논의는 우리의 의료현실을 고려할 때, 반드시 보라매병원사건이 그 계기가 되지 않았더라도 조만간 본격화되지 않을 수 없었을 것이라고 생각된다. 우리나라의 경우 병원에서 임종하는 환자가 1989년의 12.8%에서 2000년의 35.9%로 급격한 증가추세를 보이고 있다(윤영호, "임종환자의 연명치료 중단에 관한 대한의학회 의료윤리지침 작성의 배경", 대한의사협회 제30차 종합학술대회 '의료와 사회 심포지움' 자료집, 2002. 5, 4면). 또한 병원에서 임종하는 환자의 경우에는 의료기술의 진보에 따른 인공호흡기, 혈액투석, 항암화학요법, 항생제, 심폐소생술, 튜브 또는 주사를 통한 영양공급 등 새로운 생명유지기술에 의하여 자연적인 사망시기를 인위적으로 상당히 지연시킬 수 있게 되었다. 이처럼 현대의학이 죽음의 시각과 형태를 어느 정도 조절할 수 있게 되었다는 "죽음의 의료화"는 우리 의학계의 높은 수준을 보여주는 것이지만, 치료중단 내지 퇴원결정으로 말미암아 환자가 사망할 경우에 그 담당의사는 환자의 죽음과 관련하여 의료윤리적 측면 및 형사처벌의 측면에서 새로운 부담을 짊어지게 되었다는 것을 의미한다.

7) 위의 논문, 4면 이하; 허대석, "무의미한 치료의 중단", 대한의사협회지, 제44권 제9호(2001. 9.), 956면 이하.

8) 고윤석, "임종환자의 연명치료 중단에 관한 대한의학회 의료윤리지침", 대한의사협회 제30차 종합학술대회 '의료와 사회 심포지움' 자료집, 2002. 5, 14면.

거듭 지적하면서 의사는 말기환자가 인간답고 품위 있는 죽음을 맞이할 수 있도록 치료중단 내지 퇴원결정을 내릴 수 있다고 주장해 왔다. 최근에는 연구용역사업, 수차에 걸친 공청회와 토론회 등을 거쳐 '의사윤리지침'(대한의사협회 2001. 11. 15.) 및 '임종환자의 연명치료 중단에 관한 윤리지침'(대한의학회 2002. 5. 3.)을 통해 담당의사는 일정한 범위 안에서 "생명이 위급한 환자", "의학적으로 회생의 가능성이 없는 환자" 또는 "임종환자"에 대한 치료중단 또는 퇴원을 결정할 수 있다고 규정하기에 이르렀다. 의학계는 이런 성문의 '윤리지침'을 공포함으로써 치료중단과 관련하여 국가형벌권의 개입한계를 미리 설정하려는 의도를 은연중 드러낸 것으로 이해된다. 그렇다면 의사가 생명이 위험한 환자에 대하여 생명연장조치를 중단하거나 취하지 않음으로써 환자가 사망한 경우 형사처벌로부터 자유로울 수 있겠는가? 형법상 생명보호원칙에 비추어 볼 때 치료중단을 허용할 수 있는 한계는 과연 어디까지인가?

Ⅱ. 치료중단의 의의

1. 치료중단의 개념

치료중단이란 의사가 환자에 대하여 이미 개시한 치료행위를 중지하거나 새로운 치료행위를 개시하지 않는 것이다.[9] 의사의 치료중단은 대부분 부작위 형태로 행해진다. 예컨대 혈액투석, 항암화학요법, 항생제투여, 심폐소생술 등을 도중에 중지하거나 개시하지 않는 행위는 외부세계의 인과연쇄에 개입을 중지하거나 아예 처음부터 개입하지 않음으로써 이를 그대로 방치한 부작위로 평가됨에 별로 이견이 없다(다만 생명유지장치의 제거에 대해서는 다툼이 있으므로 뒤에 따로 논의한다). 이렇게 단순한 부작위 형태로 이루어진 의사의 치료중단이 환자의 생명침해에 관련된 의무위반적 부작위로 평가될 수 있기 위해서는 최소한 다음 세 개의

9) Schönke/Schröder/Eser, StGB, Vor §§211ff, Rn.27.

조건을 갖춰야 한다.

첫째, 의사는 환자의 사망결과를 막아야 할 보증인지위에 있어야 한다(형법 제18조). 구성요건해당적 결과발생을 방지할 지위, 즉 보증인지위에 있는 사람의 부작위만이 부진정부작위범의 불법구성요건을 충족시킬 수 있기 때문이다. 특정한 의사가 어떤 근거로 특정한 환자의 사망결과를 막아야 할 보증인지위에 있게 되는지를 놓고 형법학자들 사이에 논란이 있다. 의사의 보증인지위는 진료계약이나 의료관계법령 등 형식적 근거로부터 발생한다는 견해(형식설),[10] 진료계약이나 의료관계법령 등 형식적 근거보다는 구체적 상황하에서 실질적인 관점에 따라 의사의 보증인지위가 결정되어야 한다는 견해(기능설),[11] 형식설과 기능설을 결합하여 의사의 보증인지위를 결정해야 한다는 견해(절충설)[12]로 대별할 수 있다.

생각건대 형식설과 기능설은 보증인지위를 결정하기 위한 출발점과 방법적 원리를 달리하는 것이기 때문에 화학적 결합은 불가능하다고 생각한다. 기본적인 출발점을 어디에 둘 것인지, 즉 형식적인 법의무에 둘 것인지 아니면 구체적인 상황을 고려한 실질적인 관점에 둘 것인지 결정하지 않으면 안된다. 그런데 형식설은 형법 이외의 법영역(예컨대 의료법, 응급의료에관한법률 등)에서 부과된 법의무를 형법상의 보증의무 내지 보증인지위와 동일시한다는 문제점이 있다. 또한 형식설은 보증인지위의 실질적 내용을 제시하지 못하고 그 보호방향을 불통일적으로 분산시킴으로써 필연적으로 공백영역을 남기게 된다. 보증인지위를 결정하기 위한 방법적 원리는 기능설의 관점에서 발견해야 합당하다고 본다. 이런 관점에서 문제되는 경우를 검토하기로 한다.

우선, 의사가 자발적으로 환자에 대하여 진료를 맡음으로써 그 환자가 이를 신뢰하고 다른 보호가능성을 찾지 않은 경우에 그 의사는 그 환자

---

10) 배종대, 형법총론(제6판), 632면; 정영석, 형법총론(제5판), 108면.

11) 박상기, 형법총론(제5판), 321면; 이형국, 형법총론, 414면; 하태훈, 사례총론, 568면.

12) 김일수, 형법총론(제9판), 167면; 손해목, 형법총론, 795면; 이재상, 형법총론(제4판), 122면; 임웅, 형법총론, 478면; 정성근, 형법총론(신판), 463면; 진계호, 형법총론(제6판), 179면.

의 사망결과를 막아야 할 보증인지위에 있다. 기능설의 입장에서는 이를 '보호기능의 자발적 인수'라고 부른다. 보호기능의 자발적 인수는 진료계약의 체결여부나 진료계약의 사법적 유효성 또는 유효기간과 무관한 개념이다. 환자의 생명보호가 의사의 수중에 사실상 놓여있는지 여부, 즉 보증인지위를 발생시키는 의존관계가 사실상 존재하는지 여부만 결정적이다. 그러므로 환자가 의사에게 진료를 의뢰하고 그 의사가 이에 응하여 치료행위를 개시함으로써 진료계약이 전형적인 형태로 존재하는 경우는 물론이고, 이런 진료계약이 존재하지 않더라도 의사가 자발적으로 특정한 환자에 대하여 진료를 맡음으로써 그 환자의 생명보호가 전적으로 그 의사의 수중에 놓여지게 된 경우에는 의사의 보증인지위를 인정할 수 있다. 또한 진료계약이 기간만료로 종료되거나 취소, 해지 등으로 그 효력을 잃게 되었더라도 의사와 환자 사이에 의존관계가 여전히 존재한다고 인정되는 한도에서는 의사의 보증인지위가 소멸되지 아니한다.

다음으로, 의료관계법에 규정되어 있는 진료거부금지의무(의료법 제16조 제1항) 또는 응급의료거부금지의무(응급의료에관한법률 제6조)가 의사의 보증인지위를 발생시키는 근거가 될 수 있는지 논란된다. 이를 긍정하는 견해[13]도 있고 부정하는 견해[14]도 있다. 생각건대 의료관계법과 형법은 그 법목적이 다르기 때문에 의료관계법 소정의 의무를 곧바로 형법상의 보증의무 내지 보증인지위와 동일시해서는 안된다고 생각한다. 진료거부금지의무(의료법 제16조 제1항)는 의사의 진료행위독점권(의료법 제25조)에 상응하여 의사에게 환자측의 진료요구를 거부해서는 안될 의무를 부담하도록 규정한 것이며, 응급의료거부금지의무(응급의료에관한법률 제6조)는 응급상황에서 국민들이 적절한 응급의료를 받을 수 있는 권리를 실효적으로 보장하려는 공익적 견지에서 응급의료종사자에게 응급의료를 거부하거나 기피해서는 안될 의무를 특별히 규정한 것이다. 이러

---

13) 이재상, 형법총론(제4판), 123면.

14) 이상돈, 의료형법, 232-233면에서는 "진료계약에 의해 발생하는 진료의무는 형법상의 결과범에서 결과발생을 방지할 의무이지만, 응급의료의무는 그와 같은 결과방지의무가 아니라 미래에 진료를 인수할 의료인이 행한 진료의 실효성을 유지시키는 의무일 뿐"이라고 한다.

한 의료관계법 소정의 의무는 환자의 사망결과를 막아야 할 형법상의 보증인지위와는 개념적으로 명확하게 구분되어야 한다. 진료거부죄 또는 응급의료거부죄는 단순한 거동범으로서 진정부작위범에 해당하지만, 보증인지위를 전제로 하는 부작위범은 부진정부작위범으로서 결과범에 상응하는 것이다. 그런고로 어떤 의사가 내원환자로부터 진료요구를 받고도 정당한 이유 없이 이를 거부하여 결국 환자를 사망에 이르게 한 경우에는 의료법위반죄(진료거부죄)에 해당함은 별론으로 하고, 그 의사에게 그 환자의 사망결과를 막아야 할 보증인지위를 인정할 수 없는 이상 부작위에 의한 살인죄, 유기치사죄 등을 인정할 여지가 없는 것이다. 마찬가지로 종합병원의 응급실 전담의사가 업무중에 응급의료를 요청받았음에도 불구하고 정당한 이유 없이 이를 기피하여 결국 그 응급환자를 사망에 이르게 한 경우에도 응급의료에관한법률위반죄(응급의료기피죄)에 해당함은 별론으로 하고 부작위에 의한 살인죄, 유기치사죄 등을 인정해서는 안된다고 본다.

둘째, 의사가 이미 개시한 치료행위를 계속하거나 새로운 치료행위를 개시하지 않으면 환자가 사망할 수 있는 구체적이고도 직접적인 위험성이 존재하는 상황에 직면하였음에도 불구하고 그렇게 하지 않았어야 한다. 왜냐하면 구성요건해당적 부작위란 단순한 비활동이 아니라 구체적인 상황에서 규범에 의하여 요구된 특정한 작위이행을 하지 않는 것이며, 따라서 법규범에 의해서 특정한 작위이행이 요구되는 상황임에도 불구하고 이런 작위이행을 하지 않았어야만 그 비활동이 구성요건해당적 부작위로 평가될 수 있기 때문이다.

여기서 의사가 위와 같은 상황에 직면했는지, 그리고 이런 상황하에서 의사에게 요구되는 특정한 작위이행이 무엇인지는 상황에 따라 개별적으로 결정된다. 일반적으로 말하자면 그 결정기준은 객관적 관찰자의 事前的 觀點이다. 즉 구체적인 상황 속에 객관적 관찰자(예컨대 신경외과전문의)를 놓고 그라면 환자의 사망결과를 신속하고 확실하게 방지하기 위해서 어떤 내용의 작위를 이행했을 것인가를 시뮬레이션하는 것이다. 물론 그 구체적인 판단은 의학의 전문영역에 속한다. 환자의 상태에 따라 생명

유지장치, 혈액투석, 항암화학요법, 항생제투여, 심폐소생술, 튜브 또는 주사를 통한 수분공급 및 영양공급 등이 고려될 수 있을 것이다.

셋째, 의사가 이미 개시한 치료행위를 계속하거나 새로운 치료행위를 개시하였더라면 비록 잠시 동안일지라도 환자의 사망결과를 막을 수 있었을 것이 거의 확실하다고 평가되는 경우라야 한다. 왜냐하면 치료행위가 환자의 사망결과를 최소한 잠시 동안만이라도 막을 수 있었을 것이 거의 확실하다고 평가되는 한도에서만 환자의 사망결과를 의사의 부작위 탓으로 돌릴 수 있기 때문이다. 그러므로 예컨대 생명유지장치, 항암화학요법, 항생제투여, 심폐소생술, 영양공급, 수액공급 등이 환자의 사망결과를 최소한 잠시 동안일지라도 거의 확실하게 막을 수 있었는가를 물어 긍정적인 결론이 나와야만, 이런 치료행위를 계속하지 않거나 개시하지 않은 의사의 부작위에 대하여 형사책임을 과할 수 있는 가능성이 비로소 열리는 셈이다.

다만, 부작위와 결과발생 사이의 合法則的 因果關聯을 완벽하게 해명하는 것은 거의 불가능에 가깝다는 점에 유념해야 한다. 왜냐하면 부진정부작위범에서는 현실적인 인과관련이 아니라, 규범상 요구된 작위이행이 있었더라면 확실성에 근접할 만큼 개연적으로 결과를 막을 수 있었을 것인가를 묻는 假定的 因果關聯이 문제되기 때문이다. 따라서 세부적인 점에서는 다소 불명확함이 나더라도 의사의 부작위와 환자의 사망결과 사이에 오늘날의 경험법칙적 자연법칙적 관점(특히 전문의학적 관점)에서 무리 없이 긍인될 정도의 합법칙적 관련성이 해명되면 족하다고 하겠다.[15]

---

15) 이런 통설적 견해에 대하여 일부 독일학자는 반대하고 있다(Otto, Stratenwerth, Zipf). 그에 따르면 작위범과 부진정부작위범은 동일한 불법구성요건을 기초로 하고 있으므로 인과관련 유무를 결정하는 원리도 동일해야 한다고 주장한다. 즉, 작위범에서 행위자의 작위 이외에 다른 원인이 개입하여 결과야기에 공동작용했을지라도 여전히 인과관련을 긍정한다면, 부진정부작위범의 경우도 마찬가지로 판단되어야 한다는 것이다. 그러므로 부작위가 결과를 야기한 위험인자 가운데 하나였던 한도에서는 인과관련을 부정할 수 없다고 한다. 또한 부진정부작위범에서 결과방지의무란 결과를 100% 막을 수 있을 때만 요구되는 것이 아니라 결과를 차단할 수 있는 기회를 증대시킬 수 있는 경우에도 요구되어야 한다고 주장한다. 그렇기 때문에 의사가 요구된 작위를 이행하였더라면 환자의 사망결과가 방지될 기회를 현실적으로 증대시켰을 것이라고 판단될 때 이미 인과관련을 긍정해야 한다고 본다.

2. 치료중단과 자의퇴원

자의퇴원이란 환자 또는 그 보호자 스스로의 의사에 기하여 퇴원하는 것이다. "생명이 위급한 환자", "의학적으로 회생의 가능성이 없는 환자" 또는 "임종환자"에 대한 치료중단은 통상 자의퇴원과 결합하는 형태로 나타난다. 즉 위와 같은 환자에 대한 치료중단은 대부분 자의퇴원으로 말미암은 것이다.[16)]

자의퇴원은 환자 또는 그 보호자에 의한 입원진료계약의 해지라고 할 수 있다. 만약 입원진료계약서에 주치의의 퇴원허가결정을 요하도록 정하고 있다면 환자 또는 그 보호자는 이런 조건을 충족시키는 한도에서 입원진료계약을 해지함으로써 자의퇴원할 수 있을 것이다. 또한 사법일반이론에 따라 대리에 의한 입원진료계약의 해지를 통하여 자의퇴원할 수도 있을 것이다. 이것은 원칙적으로 환자 또는 그 보호자의 사적자치에 의하여 전개될 수 있는 사법적 법률관계에 해당한다.

그러나 자의퇴원을 형법적 관점에서 바라본다면 상당히 달라진다. 앞서 언급했듯이 의사의 보증인지위는 진료계약의 체결여부나 진료계약의 사법적 유효성 또는 유효기간과 무관하게 환자의 생명보호가 의사의 수중에 사실상 놓여있는지 여부에 의하여 결정되는 것이기 때문에, 의사는 단순히 자의퇴원만을 근거로 하여 환자의 사망결과를 막아야 할 보증인지

그러나 이런 견해에는 찬성하기 어렵다. 첫째, 부진정부작위범에서의 인과관련을 위험증대이론으로 대체하고 만다. 그래서 작위범의 경우에는 위험증대이론이 합법칙적 인과관련을 전제로 가벌성을 축소하는 기능을 하지만 부진정부작위범에서는 오히려 가벌성을 확장하는 기능을 하게 된다. 작위범과 부진정부작위범을 동등하게 취급해야 한다는 당초의 출발점은 완전히 의미 없게 된 것이다. 둘째, 요구된 작위의 이행은 부작위에 비하여 거의 언제나 결과발생방지의 기회를 증대시켰을 것이라는 결론에 이르기 마련이다. 이것은 보증인지위에 있는 의사가 모든 구조기회를 남김없이 활용하지 않는 한 형사처벌을 받을 가능성이 있다는 것을 의미한다. 형사정책적으로도 바람직하지 않은 귀결이다.

16) 보라매병원사건에서 항소법원도 이 점을 예리하게 적시하고 있다. "퇴원결정과 치료행위의 중단은 한 개의 사실관계의 양면으로 상호 결합되어 있는 것인데 피고인 양모씨, 김모씨의 의사의 관점에서 볼 때 피해자가 퇴원하게 되어 치료를 중단하게 된 것이지 치료를 중단할 의사가 있었기 때문에 퇴원결정과 퇴원조치를 취한 것이 아니라 할 것(이다)"(서울고법 2002. 2. 7. 98노1310).

위를 면하게 되는 것은 아니다. 다만, 자의퇴원을 통해 표명된 환자측의 의사표시가 의사의 치료중단으로 인한 형사책임에 어떤 영향을 줄 것인지 논란될 수 있다. 이 점은 소위 '가망없는 퇴원'(hopeless discharge)[17] 및 '의학적 충고에 반하는 퇴원'(discharge against medical advice)[18]에서 특히 의미 있게 고려될 수 있다.

3. 생명유지장치의 제거

치료중단은 보증인지위에 있는 의사가 규범상 요구된 작위를 이행하지 아니하는 부작위 형태로 나타나는 것이 보통이다. 그러나 의사가 환자에게 부착되어 있는 자동인공호흡기와 같은 생명유지장치의 작동을 중지시키거나 이를 환자에게서 떼어낸 경우에는 작위로 파악할 것인지 아니면 부작위로 파악할 것인지 논란된다. 작위와 부작위의 구분과 관련하여 교실사례(Schulfall)로서 가장 논란 많은 경우라고 할 수 있다.[19] 부작위로 보아야 한다는 견해[20]와 작위로 보아야 한다는 견해[21]가 팽팽하게 맞서

17) 현대의학으로 달리 치료할 방법이 없어 죽음을 목전에 두고 있는 환자 또는 그 보호자 스스로의 의사에 기하여 자의퇴원하는 경우를 지칭한다. 예컨대 말기암환자가 자가에서 임종하기 위해 스스로의 의사결정에 따라 퇴원하는 경우가 이에 해당한다.

18) 의학적 관점에서 계속치료를 요하며 또한 그것이 유효하다는 의사의 충고에 반하여 환자 또는 그 보호자가 스스로의 의사에 따라 자의퇴원하는 경우를 지칭한다. 보라매병원사건에서 문제되었던 자의퇴원이 이에 해당한다. 환자의 보호자(환자의 처 이모씨)는 의사 양모씨 및 김모씨의 의학적 충고에 반하여 스스로의 의사에 따라 환자를 퇴원시켰던 것이다.

19) 보라매병원사건에서는 교실사례로서나 가능하다고 생각했던 일이 현실화된 셈이다.

20) 김재봉, "치료중단과 소극적 안락사", 형사법연구, 제12호(1999), 한국형사법학회, 159면; 이재상, "안락사의 형태와 허용한계", 김종원교수화갑기념논문집, 1991, 582면; 최우찬, "안락사와 존엄사", 고시계, 1989. 2, 43면; 정현미, "안락사의 형법적 허용한계", 형사법연구, 제16호(2001 겨울), 246면; Engisch, "Tun und Unterlassen", Gallas-Festschrift, 1973, S.177f.; Frisch, Tatbestandmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs", 1988, S.134; Geilen, "Das Leben des Menschen in den Grenzen des Recht", ZStW 1968, S.123ff.; Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, S.107f.; Küper, "Noch einmal: Rechtfertigender Notstand, Pflichtenkollision und übergesetzliche Entschuldigung", JuS 1971, S.476; Roxin, "An der Grenze von Begehung und Unterlassung", Engisch-Festschrift, 1969, S.395ff; Welzel, LJh, §26 II 3; Wessels, AT, §16 I 2.

21) 김성돈, "형법상 작위와 부작위의 구분", 고시연구 2002. 4, 44-46면; 전지연, "안락사에 대한 형법적 고찰", 한림법학 FORUM, 제4권(1995), 113면 이하; Baumann/Weber, AT,

있다.

부작위로 보아야 한다는 견해에 따르면, 작위와 부작위의 구분은 구체적 사례의 외부적 형상에 따라 이루어지는 것이 아니라 형법적 평가중점의 문제라고 본다. 즉 작위와 부작위는 '행태의 중점' 내지 '행태의 사회적 의미' 또는 '법적 비난의 중점'이 작위 쪽에 있느냐 아니면 부작위 쪽에 있느냐에 따라서 구분되어야 한다는 것이다. 그래서 의사가 환자에게 부착되어 있는 생명유지장치의 작동을 중지시키거나 이를 환자에게서 떼어낸 행위는 더 이상의 구조노력을 수행하지 않았다는 데 그 중점이 놓여지기 때문에 부작위로 보아야 한다고 주장한다. 의사의 이런 행위는 심폐소생술, 구강인공호흡, 수동인공호흡기 작동 등을 수행하다가 도중에 그만두는 것과 마찬가지이므로 부작위로 보아야 한다거나,[22] 이미 개시한 구조적 인과과정을 작위를 통하여 도중에 중지한 것과 동일한 구조로서 "작위에 의한 부작위"(Unterlassen durch Tun)로 이론구성할 수 있는 부작위의 일종[23]이라는 것이다.

그러나 위와 같이 의사의 생명유지장치 제거행위를 부작위로 보는 견해에는 찬성할 수 없다. '행태의 중점' 내지 '행태의 사회적 의미' 또는 '법적 비난의 중점'이 작위와 부작위 가운데 어느 쪽에 있는지는 형법적 심사의 최초단계에서는 아직 알 수 없다. 형법적 심사의 최종결론으로서만 알 수

---

§18 II 1; Blei, AT, §84 II 2 b; Bockelmann/Volk, AT, §18 G; Jescheck, AT, §58 II 2; Jeschek, LK, Vor§13 Rn.90; Samson, "Begehung und Unterlassung", Welzel-Festschrift, 1974, S.601; Sax, "Zur rechtlichen Problematik der Sterbehilfe usw.", JZ 1975, S.137ff.

22) 김재봉 앞(주20)의 논문, 158-159면; Geilen, a.a.O.(Fn.20), S.123ff.

23) Roxin, a.a.O.(Fn.20), S. 395ff. 이런 "작위에 의한 부작위"라는 이론구성은 대단히 기교적인 것이다. 이를테면 담당의사는 환자의 사망결과를 막아야 할 보증인지위에 있으므로 그 의사가 환자에게 부착되어 있는 생명유지장치를 제거한 경우에만 작위에 의하여 부작위를 수행한 것이 되고, 보증인지위에 있지 않은 제3자가 생명유지장치를 제거한 경우에는 그냥 작위가 된다는 이론구성이다. 그러나 이런 이론구성은 납득하기 어렵다. 왜냐하면 의사가 심폐소생술을 시도하다가 다른 곳으로 가버림으로써 이를 중도에 그만두는 경우처럼 구조행위 대신에 그와 다른 방향으로 적극적 행위를 하는 경우에는 "작위에 의한 부작위"라고 할 수 있을지 모르겠지만, 의사가 생명유지장치를 제거한 경우는 자신이 막아야 할 환자의 사망결과에 직접 영향을 줌으로써 작위에 의하여 사망결과에 이르는 인과연쇄를 개방한 것이기 때문에 "작위에 의한 부작위"라고 할 수 없기 때문이다.

있다. 그렇다면 위 견해는 작위와 부작위 구분에 있어서 이미 가벌성 판단. 특히 보증인지위 내지 보증의무의 존부에 관한 판단을 선행시킨다는 비판을 면치 못한다.[24] 이것은 작위와 부작위의 구분에 관하여 아무런 구분척도를 제시하지 못하는 순환론에 불과하다. 만약 그렇지 않다고 우긴다면 '행태의 중점' 내지 '행태의 사회적 의미' 또는 '법적 비난의 중점'이란 규범적 가치평가가 아니라 단지 정서적 판단에 불과하다. 이런 정서적 판단이란 비합리적이고 불명확한 기준에 의존할 뿐이다.

생각건대 작위와 부작위의 구분이란 형법적 심사대상을 어떻게 포착할 것인가의 문제다. 이 문제는 부진정부작위범에서의 보증인지위 내지 보증의무 또는 가벌성 심사의 최종결론을 곁눈질하면서 해결해서는 안된다. 자연적 존재론적 관점에 서서 행위경과의 외부적 형상에 따라 작위와 부작위를 구분하는 것이 옳은 방법이라고 생각한다. 이런 방법론에 뿌리를 둔 여러 견해가 있지만 '특정한 방향으로의 에너지 투입 및 구체적 결과에 대한 현실적 인과관련' 유무에 의하여 구분하는 것이 합당하다. 즉 특정한 방향으로 에너지를 투입하여 외부적 인과연쇄에 개입함으로써 구체적 결과에 대하여 현실적 인과관련이 인정되는 행태는 작위이고, 구체적

---

24) 규범적 가치평가를 고집하는 속셈은 아마 이런 데 있을 것이다. 담당의사의 생명유지장치 제거행위를 부작위로 보아야만 의학적으로 회생가능성이 없는 환자일 경우 그 담당의사는 생명유지의무가 부정되어 어떤 범죄도 구성하지 아니한다는 결론으로 연결시킬 수 있다. 반면에 제3자가 그런 행위를 했다면 작위에 의한 살인죄를 면치 못한다는 결론으로 연결시킬 수 있다. 그러나 도대체 왜 담당의사라면 부작위가 되고 제3자라면 작위가 되는가? 가벌성 심사의 최종결론을 곁눈질하면서 작위와 부작위를 구분하고 있는 것이 아닌가?

위와 같은 난점에도 불구하고 독일학자들이 위와 같은 견해를 포기하지 못하는 데는 나름대로 불가피한 측면이 있다고 생각된다. 독일형법에는 우리 형법 제20조(정당행위)와 같은 포괄적 정당화사유에 관한 규정이 없다. 그렇기 때문에 담당의사의 생명유지장치 제거행위를 작위로 보게 된다면 의학적으로 회생가능성이 없는 환자의 경우라도 실정법상 정당화사유를 찾기 어려워진다. 담당의사의 행위를 부작위로 보아야만 이런 경우에 생명유지의무를 부정함으로써(부작위범의 구성요건해당성을 부정함으로써) 가벌성을 부정할 수 있게 되는 것이다. 이렇게 담당의사의 생명유지장치 제거행위는 일정한 범위에서 불가벌이라고 미리 전제하고 개념유희를 통해 조작적인 이론구성을 시도하고 있다. 그러나 우리 입법자는 형법 제20조(정당행위)에서 "기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위"라는 포괄적 정당화사유를 규정하고 있다. 독일형법의 해석론이 직면하고 있는 딜레마에 꼭 같이 빠져야 할 이유가 도대체 없는 것이다. 우리 형법의 해석론으로서는 담당의사의 생명유지장치 제거행위를 작위로 보더라도 그 정당화 여부를 음미할 수 있는 실정법적 근거가 이미 마련되어 있기 때문이다.

결과에 이르는 외부적 인과연쇄에 대하여 어떤 에너지도 투입하지 않거나 개입하지 않음으로써 그 인과연쇄를 그대로 방치한 행태는 부작위이다. 이런 관점에서 본다면, 담당의사가 환자에게 부착되어 있는 생명유지장치의 작동을 중지시키거나 이를 환자에게서 떼어낸 행태는 작위에 해당한다. 담당의사는 특정한 방향으로 에너지를 투입함으로써 외부세계의 인과연쇄에 개입했을 뿐만 아니라 이런 행위와 환자의 사망결과 사이에 현실적 인과관련이 존재하기 때문이다.

Ⅲ. 형법상 생명보호원칙과 치료중단의 허용범위

1. 형법상 생명보호원칙

형법의 법효과는 형사제재다. 결국 형법이 생명침해행위에 대응하는 방법은 형사제재이다. 우리 형법은 사람의 생명침해행위를 처벌하기 위하여 살인죄(형법 제250조), 영아살해죄(형법 제251조), 촉탁승낙살인죄(형법 제252조 제1항), 자살교사방조죄(형법 제252조 제2항), 위계위력살인죄(제253조) 및 각 미수범(형법 254조)을 규정하고 있다. 또한 이러한 범죄는 작위로 실현할 수 있을 뿐만 아니라 부진정부작위범(형법 제18조)의 형태로 실현할 수도 있다고 규정하고 있다. 이와 같은 형법의 생명보호체계를 꼼꼼하게 살펴보면 치료중단과 관련하여 우리 입법자가 상정하고 있는 가치관 및 사회적 국가적 이데올로기를 간취할 수 있을 것이다.

첫째, 사람의 생명은 헌법상 보장된 기본권의 가장 본질적이고 핵심적인 가치를 담고 있으며 모든 법적 권리의 기초가 된다. 당연히 우리 형법상으로도 사람의 생명은 가장 중요한 법익으로서 극히 엄정하게 보호되고 있다. 그래서 형법학자들은 '절대적 생명보호의 원칙'(der Grundsatz des absoluten Lebensschutzes)이라고 말한다. 즉 사람의 생명은 개인의 생존능력이나 생존이익 또는 생존감정, 법익주체의 연령이나 건강상태, 그의 사회적 기능이나 이에 대한 사회에서의 가치평가 등을 불문하고 절대적으로 보호되어야 한다는 것이다.[25] 따라서 건강한 사람이든 의학적으로

회생가능성이 없는 사람이든 형법은 동일한 보호과제를 수행해야 함이 원칙이다. 이것은 의학적으로 회생가능성이 없는 환자라는 이유로 곧 의사의 사망결과방지의무 내지 생명유지의무가 소멸될 수 없음을 의미한다.

둘째, 우리 형법의 생명보호체계에 비추어 볼 때 자기생명을 훼멸할 수 있는 자살권 내지 자기결정권은 원칙적으로 인정할 수 없다. 물론 우리 형법은 타인의 생명을 침해하는 행위만 처벌하고 자기생명을 훼멸하는 자살행위 자체는 처벌하지 않고 있다. 그러므로 누구나 형사처벌로부터 자유롭게 자살행위를 할 수 있다. 그러나 이것이 곧 자살권 내지 자기생명에 관한 자기결정권을 의미하는 것은 아니다. 만약 자살권 내지 자기생명에 관한 자기결정권을 인정할 수 있다면 이러한 자기결정권을 타인의 손을 빌어 실현한 경우에 촉탁승낙살인죄(형법 제252조 제1항)로 처벌하는 이유를 설명할 수 없다. 마찬가지로 이러한 자기결정권을 실현하도록 교사하거나 방조한 경우에 자살교사방조죄(형법 제252조 제2항)로 처벌하는 이유 역시 설명할 수 없다.

그럼에도 불구하고 소극적 자살권(Recht auf passive Selbsttötung) 내지 자기생명에 관한 소극적 자기결정권 만큼은 인정할 수 있는지 문제된다. 예컨대 치명적인 질병에 걸린 환자가 치료를 하지 않음으로써 자기생명을 종식시킬 권리를 갖고 있는가? 이를 전면적으로 긍정하는 견해[26]도 있다. 사람은 신체에 대한 자기결정권을 갖고 있기 때문에 의사의 치료를 금지하거나 치료에 대한 동의를 거부함으로써 스스로 죽을 권리가 있다는 것이다. 즉, 원칙적으로 누구도 신체소유자의 허락 없이는 그 신체를 마음대로 처리하지 못하며 그 처리행위가 의사의 치료행위라도 달라질 게 없다는 말이다. 이런 견해에 따르면 의학적으로 회생가능성이 있는 환자일지라도 의사의 치료를 받던 도중에 더 이상 치료를 원치 않는다는 뜻을 표시하면 그 담당의사는 생명유지의무에서 벗어나게 되고, 따라서 환자가 사망하더라도 그 의사는 형사책임을 지지 않는다는 결론으로 될

---

25) 이재상, 형법각론(제4판), 10면.

26) Bottke, 김성돈 역, "촉탁살인과 안락사 -자신의 생명에 대한 소유권의 인정이 법적인 규율의 방향을 제시하는가?", 형사법연구, 제16호(2001년 겨울), 205, 214면.

것이다. 또한 소위 '의학적 충고에 반하는 퇴원'(discharge against medical advice)의 경우에는 의사의 생명유지의무가 소멸됨으로써 더 이상 보증인 지위에 있지 않기 때문에 비록 퇴원 후에 환자가 사망하더라도 의사에게 형사책임을 물을 수 없다는 견해[27]로 연결될 수도 있다.

그러나 환자가 신체에 대한 자기결정권을 행사하여 치료를 거부하면 담당의사는 치료권이 박탈됨으로써 보증인지위 내지 생명유지의무에서 벗어나게 된다는 논리는 잘못된 것이다. 왜냐하면 이런 논리는 처분 가능한 법익으로서의 신체에 대한 자기결정으로서는 합당할지 몰라도[28] 처분 불가능한 법익으로서의 생명에 대한 자기결정, 즉 촉탁승낙살인죄(형법 제252조 제1항)와 관련해서까지 그대로 타당할 수 없기 때문이다.[29] 그렇기 때문에 의학적으로 회생가능성이 충분히 존재하는 환자의 경우에는 환자의 자기결정만을 근거로 곧 의사의 생명유지의무를 면하도록 하는 것은 온당치 못하다.[30] 이런 이유로 일부 독일학자는 촉탁살인죄(독일형

---

27) 이상돈, "의료와 살인", 고시계, 1998. 6, 67-80면.

28) 따라서 직접적이고도 구체적인 사망위험이 없는 상태에서는 환자는 치료의 여부, 방법, 기간 등을 결정할 권리가 있다(신체에 대한 자기결정권). 이 경우 환자의 의사에 반하는 치료행위는 원칙적으로 위법하다.

29) Schönke/Schröder/Eser, StGB, Vor §§211ff, Rn.28.

30) 이와 동일한 취지에서 보라매병원사건의 제1심법원은 다음과 같이 설시한 바 있다. "그런데 위와 같이 환자에 대한 생명과 신체를 보호하여야 할 지위와 의무를 가지게 된 의사가 환자를 위하여 의료행위를 계속하여야 한다고 판단됨에도 불구하고 환자가 자기결정권에 기하여 의료행위의 계속을 원하지 아니하는 경우, 원칙적으로 의사가 환자를 보호하여야 할 지위나 의무가 종료 내지 배제되어 더 이상의 의료행위를 계속할 필요가 없게 된다 할 것이다. 그러나 의료행위의 중지가 곧바로 환자의 사망이라는 중대한 결과를 초래하는 경우에 있어서는 의료행위의 중지, 즉 퇴원 요구를 받은 의사로서는 환자의 생명을 보호하기 위하여 의료행위를 계속하여야 할 의무와 환자의 요구에 따라 환자를 퇴원시킬 의무와의 충돌이 일어나게 되는 바, 그러한 의무의 충돌이 있는 경우 의사로서는 더 높은 가치인 환자의 생명을 보호할 의무가 우선하여 환자의 퇴원 요구에도 불구하고 환자를 보호하여야 할 지위나 의무가 종료되지 아니한다고 할 것이다. 이는 의료행위의 중지가 곧바로 환자의 사망이라는 결과를 초래하는 경우 부작위에 의한 살인이라는 결과에 이를 수 있고 우리 형법이 일반적으로 살인행위 뿐만 아니라 촉탁승낙에 의한 살인행위와 자살을 방조하는 행위에 대하여도 처벌하고 있는 점에 비추어서도 그러하다. 위와 같은 경우, 의사로서는 의료행위를 중지할 시점에 있어 환자의 자기결정권에 기한 진정한 의료행위의 중지요구가 있었는지 여부와 환자의 상태, 회복가능성 등에 대하여 진지하게 고려하고, 그것이 법률상 허용되는 것인가 여부에 대한 검토를 하여야 할 것이며, 환자를 보호하여야 할 지위나 의무가 종료되지 아니하였음에도 불구하고 회복가능성이 높은 환자에 대하여 환자의 자기결정권만을 존중하여 의료행위를 중지하거나, 의료행위의 중지요구가 환자의 자기결정권에 기한 진정한 의사표시

법 제216조)의 규범목적을 원용하여 우회적으로 해결하려고 한다. 즉, 촉탁살인죄는 제3자가 타인을 죽음으로 유도하는 것은 방지하는 데 그 규범목적이 있으므로 담당의사가 회생가능성이 없는 환자에 대하여 치료를 중단하는 경우에는 그 적용이 없다는 것이다.[31] 어쨌든 이것이 의미하는 바는 자기생명에 관한 소극적 자기결정권이라는 것도 무제한하게 인정될 수 없으며, 따라서 자기생명에 관한 환자의 소극적 자기결정만으로 곧 담당의사의 생명유지의무가 소멸된다거나 치료중단이 형사처벌로부터 자유로워진다는 것은 아니라는 점이다.

셋째, 어떤 상황에서 자기생명에 관한 소극적 자기결정권을 인정할 수 있는지 문제된다. 이 물음은 절대적 생명보호의 원칙을 전면에 강조하는 형법의 생명보호체계만으로는 대답할 수 없다. 법질서 전체의 정신, 특히 헌법 제10조가 규정하고 있는 '인간의 존엄'에 대하여 성찰해야만 대답할 수 있는 문제다. 인간의 존엄권은 생명권과 함께 다양한 형태의 자기결정권을 그 핵심으로 한다. 인간의 존엄은 불가침이다. 누구도 타인의 생명권과 자기결정권을 침해해서는 안된다. 담당의사의 입장에서 보았을 때, 치료를 거부함으로써 자기생명을 조기에 종식시키려는 환자의 소극적 자기결정을 존중하는 것은 그 환자의 자기결정권을 생명권보다 우위에 두었다는 의미다. 형법의 입장에서 보았을 때, 위와 같은 치료중단을 처벌하지 않는 것은 이런 비교형량을 감수할 수 있다는 의미다. 물론 형법상으로는 "생명은 타 법익과 비교형량해서는 안된다"는 명제가 지배하고 있지만, 기실은 생명이란 극히 제한적인 상황에서이긴 하지만 위태화되거나 침해될 수도 있는 법익이다(예컨대 정당방위, 사형집행). 생명이라 할지라도 극히 제한적인 범위에서는 다른 법익과 형량될 수 있음을 암암리에 인정하고 있는 것이다. 진정으로 불가침인 것은 자율성의 주체로서의

라고 보기 어려움에도 이를 오인하여 의료행위를 중지하고, 그것이 직접적인 원인이 되어 환자를 사망케 한 경우에는 다른 특별한 사정이 없는 한 그 행위는 위법하다고 할 것이다"(서울지법 1998. 5. 15, 98고합9).

31) Dellinghauen, Sterbehilfe und Grenzen der Lebenshaltungspflicht des Arztes, 1981, S.358ff.; Schönke/Schröder/Eser, StGB, Vor §§211ff. Rn.28.

인간존엄, 즉 좁은 의미의 인간존엄 뿐이다. 의학적으로 회생가능성이 없는 환자가 죽음을 목전에 두고 연명치료에 생명을 의존하고 있는 경우에 치료중단을 전혀 허용하지 아니하고 형벌로써 연명을 강제한다면 삶의 마지막 단계에서 실현되어야 할 자율성의 주체로서의 인간존엄은 훼손될 것이다. 이것은 위와 같은 환자에게는 인간으로서 존엄하게 죽음을 맞을 수 있는 소극적 자기결정권 만큼은 부여할 수 있으며, 따라서 담당의사의 치료중단이 환자의 자기결정에 합치한다고 인정되는 한도에서는 형사처벌로부터 자유로워진다는 것을 의미한다.

넷째, 의학적으로 회생가능성이 없는 환자가 죽음을 목전에 두고 연명치료에 생명을 의존하고 있는 경우에 환자의 자기결정에 합치되는 범위 안에서 치료중단을 허용함으로써 담당의사를 형사처벌로부터 자유롭게 해 줄 수 있다면 그 형법적 근거를 어디서 찾을 것인지 문제된다. 의사의 생명유지의무가 소멸된다거나 촉탁승탁살인죄의 보호목적 안에 들어오지 않는다고 보는 견해는 치료중단이 부작위임을 전제하고 부진정부작위범으로서의 살인죄 또는 촉탁승낙살인죄, 유기치사죄 등의 구성요건에 해당하지 않는다고 한다. 또한 생명유지장치의 제거를 작위로 보더라도 구조행위가 누구에 의해서도 요구되지 않는 상황에서는 작위로 구조의 인과경과를 차단했을지라도 작위범의 구성요건에 해당하지 않는다고 하기도 한다.[32]

그러나 위와 같은 경우의 치료중단은 살인죄 또는 촉탁승낙살인죄, 유기치사죄 등의 구성요건에 해당하지만 "사회상규에 위배되지 아니하는 행위"(형법 제20조)로서 정당화된다고 보아야 합당하다. 치료중단이 부작위에 의한 것이든 아니면 작위에 의한 것이든 마찬가지다. 비록 의학적으로 회생가능성이 없는 환자일지라도 담당의사는 생명유지의무 내지 사망결과방지의무을 면할 수 없기 때문에 치료중단에 의하여 환자가 사망한 경우에는 일단 부진정부작위범의 구성요건에 해당하지만 환자의 자기결정에 합치하는 한도에서는 정당화되어 범죄성립이 부정된다는 것이다. 이

32) Hirsch, "Behandlungsabbruch und Sterbehilfe", Lackner-Festschrift, 1987, S.603.

것을 형법규범의 입장에서 묘사하자면, 생명침해는 원칙적으로 허용될 수 없는 것이지만 환자가 삶의 마지막 순간을 인공적으로 연장하는 대신 인간으로서 존엄한 죽음을 맞이할 수 있도록 자기결정을 승인하고 치료중단을 예외적으로 허용함으로써 생명침해라는 고통스러운 손실을 감내하는 것임을 의미한다.

2. 치료중단의 허용범위

(1) 환자의 자기결정이 가능한 경우

의학적으로 회생가능성이 없는 환자가 죽음을 목전에 두고[33] 연명치료[34]에 생명을 의존하고 있는 경우에 환자가 명시적으로 치료중단을 요구하거나 치료를 거부하면 담당의사는 치료를 중단할 수 있고 또 중단해야 한다.[35] 치료중단행위가 작위로 평가되든 부작위로 평가되든 아무런 차이가 없다. 치료중단이 작위 또는 부작위에 의한 살인죄, 촉탁승낙살인죄 또는 유기치사죄 등의 구성요건에 해당하더라도 사회상규에 위배되지 아니하는 행위(형법 제20조)로서 정당화되어 범죄를 구성하지 아니한다. 입원치료중

33) '의사윤리지침'(대한의사협회 2001. 11. 15.) 제30조는 이런 환자를 "회복불능환자"라 부르고 있다. '임종환자의 연명치료 중단에 관한 윤리지침'(대한의학회 2002. 5. 3.)에서는 이를 "임종환자"라고 부르고 "현대의학으로 치유가 불가능한 질병이 있으면서 적극적인 치료에도 반응하지 않고 사망에 임박하다고 생각되는 환자"라고 정의하고 있다(고윤석, 앞(주8)의 논문, 11면).

34) '임종환자의 연명치료 중단에 관한 윤리지침'(대한의학회 2002. 5. 3.)에서는 이를 "환자의 주된 병적 상태를 바꿀 수는 없지만 생명을 연장하는 치료"라고 정의하고 있다(고윤석, 앞(주8)의 논문, 11면).

35) 위와 같은 경우 치료중단을 원하는 환자의 명시적 의사표시에는 법적 구속력을 인정할 수 있다. 따라서 의사가 환자의 명시적인 의사에 반하여 연명치료를 수행하였을 경우에 그 행위는 위법함을 면치 못한다. 환자의 자기결정권을 침해하였기 때문이다. 그러나 이런 연명치료가 언제나 형법상 범죄를 구성한다고 볼 수는 없다(민사책임은 별론으로 하고). 연명치료가 상해죄, 강요죄 등의 구성요건에 해당하더라도 환자가족의 간곡한 부탁 등 상당한 동기로 인한 것인 때에는 사회상규에 위배되지 아니하는 행위로서 범죄가 되지 아니한다고 보아야 할 것이다. 그러나 환자의 사망시각을 지연시킴으로써 재산상속 순위에 영향을 미친다든가 진료비를 늘림으로써 병원수입에 기여한다든가 하는 상당하지 아니한 동기로 인한 것인 때에는 상해죄, 강요죄 등의 죄책을 지게 될 것이다.

이던 말기암환자가 자가에서 임종하기 위해 스스로 퇴원을 요청하면 담당의사가 퇴원을 허락하여 자연스럽게 치료중단이 이루어져 왔던 우리 사회의 관행이라든가 소위 '가망없는 퇴원'(hopeless discharge)에 있어서 환자 자신이 퇴원을 원했던 경우도 이에 해당한다고 하겠다.

치료중단에는 생명유지장치, 혈액투석, 항암화학요법, 항생제투여, 심폐소생술 등을 도중에 중지하거나 개시하지 않는 조치들이 모두 포함된다. 또한 합병증에 대한 치료를 중지하거나 개시하지 아니하는 조치도 포함된다.[36] 물론 환자는 자신의 질병상태 및 치료중단의 의미를 충분히 이해하고 자유로운 상태에서 진지하게 치료중단을 결정하였으며, 치료중단 요구 또는 치료거부의 의사표시는 명시적인 것으로서 진의에 부합하는 것이어야 한다. 이를 위하여 담당의사는 환자가 자신의 질병상태를 정확하게 이해하고 합리적인 의사결정에 도달할 수 있도록 조력해야 한다.

다만, 환자의 생명유지를 위하여 통상적으로 사용되는 기본적인 영양공급 및 간호는 언제나 유지되어야 한다. 치료중단이 인간으로서 존엄한 죽음을 맞이하기 위하여 허용되는 것이라면 이런 기본적인 조치는 너무나 당연한 것이기 때문이다. 그렇다면 치료중단이란 기본간호(Basispflege) 및 신체적 정신적 기본배려(Grundversorgung)는 여전히 유지하면서 환자의 생명유지를 위하여 특별히 요구되는 치료행위를 중단하거나 개시하지 않는 것이라고 할 수 있을 것이다.[37] 담당의사가 이런 기본조치를 수행하지 않으면 상해죄, 유기치상죄 등의 형사책임을 부담할 수 있다. 무엇이 결코 중단되어서는 안되는 기본조치에 속하는가에 대해서는 논란이 있지만 통증조절, 배변, 배뇨, 수분공급 및 영양공급,[38] 욕창방지를 위한 體位變換

---

36) Kutzer, "Strafrechtliche Grenzen der Sterbehilfe", NStZ 1994, S.113; Schönke/Schröder/Eser, StGB, Vor §§211ff, Rn.31.

37) Kutzer, a.a.O.(Fn.36), S.113.

38) 입을 통한 수분공급 및 영양공급은 결코 중단되어서는 안된다는 데 이견이 없다. 문제는 튜브 또는 주사를 통한 인공적인 공급이다. 이는 인공적인 치료행위로서 중단하더라도 무방하다는 견해도 있다(김재봉, 앞(주20)의 논문, 172면). 그러나 수분공급 및 영양공급은 그것이 입을 통한 것이든 튜브 또는 주사를 통한 것이든 말기환자에게 중단되어서는 안되는 기본배려라고 해야 한다. 굶어죽게 만드는 것은 인간존엄을 해치는 일이기 때문이다.

및 마사지, 정서안정을 위한 대화 등이 이에 속한다고 본다.

(2) 환자의 자기결정이 불가능한 경우

의학적으로 회생가능성이 없는 환자가 죽음을 목전에 두고 연명치료에 생명을 의존하고 있는 경우에 그 환자가 식물인간상태, 혼수상태 또는 의사결정이 불가할 정도로 극심한 육체적 고통에 시달리고 있는 상태 등에 처했기 때문에 치료중단에 관한 현실적인 자기결정이 불가능한 때를 말한다. 실무적으로는 이런 경우가 더 중요하다고 할 수 있다.

형법규범이 생명침해의 고통스러운 손실을 감수하면서까지 치료중단을 허용하는 근거가 환자로 하여금 삶의 마지막 순간을 인공적으로 연장하는 대신 인간으로서 존엄한 죽음을 맞이할 수 있도록 환자 자신의 자기결정을 존중하는 데 있다면, 위와 같이 환자의 현실적인 자기결정이 불가능한 상황이라 할지라도 환자 자신의 자기결정권에 근거하여 치료중단 여부를 결정해야 할 것이다. 환자의 의사결정능력이 없다고 하여 그의 자기결정권이 박탈되는 것은 아니기 때문이다. 따라서 그 환자라면 그런 상황하에서 치료중단과 관련하여 어떤 결정을 내릴 것인지를 발견하여 그에 따라 치료중단 여부를 결정해야 한다. 미국, 독일, 일본에서도 환자의 현실적인 자기결정이 불가능한 경우에는 우선적으로 환자의 추정적 의사를 고려하는 것이 일반적이다.[39]

첫째, 환자가 생전의사표시(living will)[40] 또는 사전의료지시(advance directive)[41]를 통하여 사전에 연명치료를 포괄적으로 또는 특정하여(예컨대 심폐소생술, 자동생명유지장치) 거부하는 의사를 명확하게 표시해 둔

---

39) 치료중단에 관한 미국, 독일, 일본의 논의상황에 대해서는 김재봉, 앞(주20)의 논문, 160-165면; 이윤성, "치료중단에 관한 외국사례", 대한의학회지, 제41권 제7호(1998. 7.), 712-726면 참조.

40) 환자가 장차 정상적인 의사결정이 불가능하게 될 경우를 대비해서 아직 정상적인 정신능력이 있는 동안에 자신의 생존중에 효력을 발생시킬 목적으로 행하는 의사표시를 말한다. "생자의 유언" 또는 "생전발효유언"이라고도 부른다.

41) 환자가 장차 정상적인 의사결정이 불가능하게 될 경우를 대비해서 아직 정상적인 정신능력이 있는 동안에 자신에 대한 치료행위관련 사항을 미리 문서로 작성하여 두는 것을 말한다.

경우에는 담당의사는 그 연명치료를 중단할 수 있고 또 중단해야 한다. 이런 형태의 사전적인 자기결정에 대해서는 원칙적으로 법적 구속력을 인정할 수 있다.[42] 생전의사표시 또는 사전의료지시 등이 존재하지 않는 경우에는 획득 가능한 모든 근거에 의하여 환자의 주관적 의사를 추정해야 한다. 환자가 정상적인 정신상태에서 보여주었던 종교적 신념, 생명관, 가치관, 질병 고통 치료에 대한 태도 등이 그 주요한 근거일 것이다.[43] 여기서 환자의 가족 등 보호자의 의사는 환자 자신의 주관적 의사를 추정하는 자료로서만 의미가 있다.

둘째, 치료중단과 관련하여 환자의 의사를 추정할 만한 자료가 전혀 없거나 불충분한 경우에는 어떻게 결정해야 하는지 문제된다. 일부견해는 환자의 가족이나 보호자가 환자를 대신하여 치료중단에 관한 결정을 할 수 있다고 한다.[44] 그러나 이런 견해는 거의 찬성되지 못하고 있다. 생명에 관한 자기결정권과 같은 고도의 일신전속적 권리를 행사함에 있어서 대리를 허용하는 것은 일반적 법이론에 비추어 수긍하기 어렵고, 환자의 가족이나 보호자는 가족내 갈등요인이나 과도한 치료비 또는 재산상속 등을 이유로 환자의 희생을 택할 가능성을 배제할 수 없기 때문이다. 또 다른 견해에 의하면 치료중단을 원하는 환자의 의사를 추정할 수 없을지라도 환자가 깊은 혼수상태에 빠진 경우이거나,[45] 숙명적인 또는 자연스러운 죽음의 단계에 들어선 경우이거나,[46] 통상적인 치료가 아니라 특별한 치료를 해야만 생명유지가 가능한 경우이거나,[47] 비가역적인 의식상실

---

42) Schmitt, "Das Recht auf den eigenen Tod", MDR 1986, S.620; Sternberg-Lieben, "Strafbarkeit des Arztes wegen Verstoß gegen ein Patienten-Testament", NJW 1985, S.2734.

43) 김재봉, 앞(주20)의 논문, 167면; 하태훈, "의사의 치료행위", 고시계, 2001. 8, 43면.

44) 이상돈, "치료중단과 법정책", 연명치료 중단의 법 정책적 대토론회 자료집, 한국의료법학회 한국의료윤리교육학회, 2002. 3, 14면.

45) Roxin, a.a.O.(Fn.20), S.398.

46) Möllering, Schutz des Leben - Recht auf Sterben, 1977, S.59ff.; Sax, "a.a.O.(Fn.21), S.149.

47) 가톨릭의 입장이다. 교황 비오 12세는 1957년 의사들과의 간담회에서, 말기환자에게 정상적인 간호행위나 영양공급 등 일반적인 치료수단을 사용하는 것은 의무이지만 특수한 치료수단의 사용은 비록 정당하기는 하지만 의무는 아니라고 언급했다. 1995년 교황청 보건사목평의회가 반포한 '의료인헌장'에서도 "환자의 상태를 고려하여 그와 같은 치료방법들을 사용할 때 사용된 수단과 의도한 목적 사이에 적절한 균형이 존재할 때에는 균형적이라고 판단하며, 균형이 존재하지 않을 때에는 불균형적이라고 간주한다"

상태에 빠진 경우[48]에는 의사의 생명유지의무가 소멸되기 때문에 치료중단을 허용해야 한다고 주장한다. 역시 이런 견해에도 찬성할 수 없다. 우리가 치료중단으로 인한 생명침해의 예외적 허용근거를 환자의 자기결정권에서 찾는 한도에서는, 위 견해처럼 환자의 자기결정권에 근거하지 아니하고 위와 같은 일정한 의학적 사유만으로 곧 생명침해를 허용해야 할 근거를 발견할 수 없기 때문이다. 그렇다고 환자의 추정적 의사가 확인될 수 없다는 이유로 언제까지나 연명치료를 중단해서는 안된다면 이 또한 인간존엄에 비추어 수긍하기 어려울 것이다.

생각건대 이 문제 역시 생명에 관한 자기결정권에 환원시켜 해결하는 것이 합당하다. 치료중단과 관련하여 환자의 주관적 의사를 추정할 수 없는 경우에 담당의사는 환자의 모든 정황을 고려에 넣고 환자를 위한 '최선의 선택'이 무엇인가를 물어 양심적으로 심사한 후의 결론에 따라 치료를 중단할 수 있다고 본다. 이것은 임종환자가 현실적인 자기결정을 할 수 없을 뿐만 아니라 그의 추정적 의사조차 확인할 수 없는 경우에는 담당의사가 환자의 모든 정황을 종합 고려하여 그가 내렸을 법한 최선의 자기결정을 도출한다는 의미이다. 여기서 고려되어야 할 정황은 환자의 의식회복가능성(의식상실인 경우), 질병특성, 질병으로 인한 통증, 잔여수명, 기왕의 치료기간 등과 같은 의료관련 사항들이다. 환자의 사회적 지위, 환자측의 진료비 지불능력, 재산상속 관련사항 등과 같은 의료외적 사항이 고려되어서는 안된다. 담당의사가 양심적인 심사를 거친 후에 합당하게 치료중단을 결정하였다면 이런 결정이 환자의 가족 또는 보호자

고 하였다. 또한 가톨릭 의사협의회 국제연맹총회에 보낸 빌로 추기경의 서한에서는 "의사가 사람을 죽이는 것은 금지되어 있으며 동시에 의사에게는 죽음과 싸우기 위하여 자기 의술의 모든 수단을 다 이용할 의무가 있다는 것은 생명의 신성성에서 연유한다는 것이 강조되어야 하겠습니다. 그러나 그렇다고 해서 의사에게 과학의 끊임없는 창의적 활동에 의하여 주어지고 있는 생명유지기술을 모두 사용할 의무가 지워져 있다는 말은 아닙니다. 불치병의 마지막 단계에서 식물적 생명을 거듭 되살릴 의무가 부과된다면 그것은 많은 경우에 있어서 무용한 하나의 고문이 아니겠습니까?"라고 말하였다(이동익, "가톨릭 윤리신학의 안락사 이해와 불필요한 치료행위의 중단에 관한 고찰", 신학과 사상, 제35호(2001년 봄), 41-42면).

48) Horn, SK, §212 Rn.26c; Lackner, StGB, Vor §§211 Rn.8; Schönke/Schröder/Eser, StGB, Vor §§211ff. Rn.28.

의 의사에 반하는 것일지라도 사회상규에 위배되지 아니하는 행위(형법 제20조)로서 정당화되어 범죄를 구성하지 아니한다. 물론 기본간호(Basispflege) 및 신체적 정신적 기본배려(Grundversorgung)는 여전히 유지되어야 한다.

Ⅳ. 맺음말

사람의 삶은 언제나 죽음과 닿아있고, 어떻게 살아야 하는가의 문제는 결국 어떻게 죽어야 하는가의 문제다. 우리는 멀든 가깝든 죽음을 삶의 일부분으로 받아들이고 그 준비를 하고 있는 존재이다. 임종환자는 이런 인간의 실존을 인상깊게 보여준다. 유감스럽게도 이 글은 환자의 임종단계에서 이루어지는 담당의사의 고뇌에 찬 결정들을 형법학자의 시각에서, 즉 형사책임과 관련시켜서 검토하였다.

오늘날 의사들은 자신들의 의료행위에 대하여 국가형벌권이 본격적으로 개입하기 시작했다는 점을 실감하고 우려를 나타내는 것 같다. 이 글의 머리말에서 언급했던 보라매병원사건이 이를 상징적으로 보여주고 있다. '의사윤리지침'(대한의사협회 2001. 11. 15.) 및 '임종환자의 연명치료 중단에 관한 윤리지침'(대한의학회 2002. 5. 3.)도 이와 맥락을 같이 하는 것으로 보인다. 물론 이런 '윤리지침'들은 의사들의 의료전문지식을 기초로 하여 의료윤리적 기준들을 농축적으로 표현한 것이다. 그러나 이것들은 법규범이 아닌 이상 국가형벌권의 발동여부를 기속할 수는 없다. 경우에 따라서는 이런 '윤리지침'들과 국가형벌권이 갈등을 빚는 상황까지 생길 수도 있다.[49]

---

49) 필자의 시각에서 볼 때 '의사윤리지침'(대한의사협회 2001. 11. 15.)에서 문제의 소지가 있는 부분은 다음과 같다.

제28조(진료중단과 퇴원요구시 유의사항) 의사의 충분한 설명과 설득 이후에도 생명이 위급한 환자가 자신의 자율적 결정에 의하여 생명유지치료를 비롯한 진료의 중단이나 퇴원을 문서에 의하여 요구하는 경우 의사가 불가피하게 그러한 요구를 받아들이는 것은 허용된다. 의사는 그러한 경우에도 환자가 심리적으로 안정된 상태에서 그와 같은 결정을 하였는지 면밀히 확인하여야 한다.

의사는 환자가 의식불명에 빠지는 등 자율적 결정을 내릴 수 없는 상황에서 생명이 위

한편, 형사제재는 언제나 최후의 선에서 고려되어야 한다(형법의 보충성). 즉, 형사제재란 어떤 행위가 참을 수 없는 방법으로 법익을 침해 또는 위태화하는 경우에 다른 방법으로는 이에 대처할 수 없다고 판단되는 한도에서만 비로소 정당화될 수 있다. 이런 시각에 바라보면 의료분쟁해결 시스템이 성숙하지 못한 우리나라 현실에서 국가형벌권이 치료중단 문제에 섣불리 개입하는 것은 지극히 위험할 수 있다고 생각된다. 더구나 국가형벌권의 개입이 사회적 시스템의 불비로 말미암아 생기는 갈등의 일부를 의사에 대한 형사제재로써 관리한다는 인상을 준다면 대단히 바람직스럽지 못하다. 임종환자에 대한 치료중단 문제는 원칙적으로 사회적 시스템의 구축에 의하여 해결하는 것이 바람직하다. 이를 위해서는 관련 입법(예컨대 안락사법, 존엄사법의 제정), 사법통제방식의 개선(예컨대 현재 사후개입에 머물고 있는 법원의 역할을 사전개입으로 전환할 수 있도록 하는 제도개선), 사회보장제도의 내실화(예컨대 의료보험제도의 개선을 통한 보험급여 증액, 중환자 진료비에 대한 국가보조제도 또는 국가부담제도의 도입, 공공간호 서비스 제도의 도입) 등을 고려할 수 있을 것이다.

급한 환자를 대신하여 가족 등 환자 대리인이 의사의 충분한 설명과 설득 이후에도 생명유지치료를 비롯한 진료의 중단과 퇴원을 문서에 의하여 요구하는 경우 그러한 요구가 환자의 이익과 의사에 부합하는지 신중히 고려하여야 한다. 환자 대리인의 요구가 환자의 이익과 의사를 충실히 반영한다고 판단되는 경우 의사가 불가피하게 그러한 요구를 받아들이는 것은 허용된다.

제30조(회복불능환자의 진료중단) 의학적으로 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.

의사의 충분한 설명과 설득 이후에도 환자 또는 가족 등 환자 대리인이 회생의 가능성이 없는 환자에 대하여 의학적으로 무익하거나 무용한 진료를 요구하는 경우 의사는 그것을 받아들이지 않을 수 있다.

■ 지정토론문 — 林 俊 浩*

"刑法上 生命保護原則과 治療中斷"에 관하여

1. 치료중단의 개념과 관련하여

가. 보증인적 지위에 관하여

보라매병원 의사들이 계속 치료를 통한 생명보호의무에 위반하여 치료를 중지한 부작위(不作爲)에 의해 살인방조를 하였다고 하려면(부진정부작위범), 그 전제로 의사들이 환자에 대한 치료를 계속할 작위의무를 부담하는 보증인적 지위에 있었어야만 한다.

부진정부작위범에 있어서는 작위의무위반이 있는 경우에만 위법성이 있어서 가벌적 행위가 된다. 만약 부진정부작위범에 있어서 부작위의 주체에 관한 아무런 제한 없이 부작위 자체만으로 범죄구성요건에 해당한다고 해석하면, 아무런 의무 없는 자의 부작위도 범죄구성요건에 해당한다는 결과가 되어 불합리하다. 그러므로 결과방지의무 있는 자 즉, 작위의무 있는 자의 부작위만이 범죄구성요건에 해당한다고 해석하는 것이다.

여기서 작위의무는 위법성 요소가 아니라 구성요건 요소라고 보게 되며, 행위주체에 관하여 작위의무 있는 자의 부작위만을 문제삼는 것이다.

이 주장의 대표적 견해가 Nagler의 보증인설(Garantenlehre)이다. 즉 구성요건적 결과를 발생시킨 모든 부작위가 범죄구성요건에 해당하는 것이 아니라, 구성요건적 결과의 발생을 방지해야 할 법적 위무 있는 자의 부작위만이 범죄구성요건에 해당한다는 주장으로서, 그런 법적 의무를 보증의무(Garantiepflicht)라 하고, 그 의무 있는 자를 보증인(Garant)이라고 부른다. 그리고 이러한 보증의무는 피해법익과 밀접한 관계가 있으며, 구성요건적 결과의 발생을 방지하여 법익이 침해되지 않도록 보장하는 보증인적 지위는 구성요건에 기술되어 있지 않은 구성요건요소이며, 그 개개의 내용은 구체적으로 해석, 결정할 수 밖에 없다고 한다.[1)]

---

* 법무법인 세종, 변호사

1) 주석 형법총칙 (상) p.397

그리하여 부진정부작위범이 작위범의 구성요건에 해당하려면, 첫째 작위적 구성요건의 존재, 둘째 작위의무 또는 보증인적 지위의 존재, 셋째, 그 법적 명령위반이 작위범과 같은 정도의 위법성과 책임 따라서 동가치성(同價値性)을 갖추어야 한다는 것이 일반적인 견해이다.[2)]

나. 작위의무의 내용에 관하여

작위의무는 법적 의무이어야 하므로 단순한 윤리적, 도덕적 혹은 종교적 의무는 포함하지 않는다.

작위의무의 근거는 대체로 법령에 의한 경우, 법률행위 특히 계약 또는 사무관리에 의한 경우, 선행행위로 인한 경우로 나뉘고, 사회상규 혹은 조리상 작위의무를 인정할 수 있는지가 문제되고 있다.

다만 보증인적 지위는 행위자의 신분상의 지위로 인해 특별히 주어지는 것이어야 하며, 나아가 결과 회피를 부수적 효과로서가 아니라 주된 목적으로 삼을 수 있는 것이어야 한다고 한다. 따라서 일반인 누구에게나 과하여질 수 있는 의무, 예컨대 경범죄처벌법 제1조 제7호(관리장소에서 발생한 요부조자 등의 신고불이행) 및 제36호(재해 또는 화재, 교통사고 등 범죄발생시 공무원의 원조요청에의 불응)의 준수의무는 비록 법적 의무이기는 하지만 보증인적 의무는 아니다.

그리고 일정한 신분적 지위를 대상자로 제한하고 있더라도 그것이 결과회피의무가 아니라 진정부작위범에서 나타나는 단순한 준수의무는 보증인의무가 될 수 없다고 한다. 예컨대 도로교통법 제50조 제1항에 따른 사고발생시의 구호조치의무는 비록 운전자 또는 그밖의 승무원으로 신분의 제한

---

2) 동가치성을 요구하는 이유는, 부진정부작위범은 부작위에 의한 작위범이므로 작위범의 구성요건에 포섭되는데, 작위범의 구성요건은 대체로 일반인에 대한 금지(경에 따라서는 일정한 행위의 태양과 그와 관련한 결과)만을 규정하고 있을 뿐이며, 이 금지된 결과를 회피하기 위하여 "누가 무엇을 하여야 하는가"는 직접 규정하지 않고 있고, 따라서 부진정부작위범이 무제한적으로 성립하는 것을 방지할 필요가 있기 때문이다. 이를 위하여 고안한 것이 작위와 부작위의 동가치성의 개념이며, 부작위에 의한 결과의 발생이 작위에 의한 그것과 동등한 정도에 달했을 때에만 '작위범'의 구성요건에 포섭될 수 있게 해야 한다는 것이다. 張榮敏, '부진정부작위범의 성립요건', 형사판례연구 (2) (94.5) p.37, 대법원 1997.3.14. 선고 96도1639 판결, 대법원 1996.9.6. 선고 95도2551 판결, 대법원 1992.2.11. 선고 91도2951 판결 참조

은 있으나, 그 조치위반으로 인한 사망결과의 야기로서 곧바로 그 발생한 결과의 부진정부작위범이 되는 것은 아니다. 왜냐하면 그러한 구호조치는 사고발생에 대한 운전자의 과실 유무와 관계없이 그 사고차량의 운전자에게 인정되는 조치의무이기 때문이다. 따라서 운전상의 과실 없이 상대방의 과실로 교통사고 발생한 경우에도 구호조치를 취하지 아니하면 도로교통법상의 구호조치의무위반은 인정되나 그 위반으로 인하여 회피할 수 있었던 치사상의 결과에 대한 보증인 지위에 서는 것은 아니다. 위 규정에서 나오는 의무는 결과회피를 직접 목적으로 하여 부과하는 보증인 의무가 아니기 때문이다.[3)]

법령의 규정에 의한 작위의무와 관련하여 발표자는 진료거부금지의무(의료법 제16조 제1항) 또는 응급의료거부금지의무(응급의료에관한법률 제6조)는 보증인 의무가 될 수 없다고 하나, 이렇게 되면 의사가 환자측과 직접 진료계약을 체결한 경우 외에는 보증인적 지위에 설 경우가 거의 없을 것이고, 또한 법령에 명백히 진료의무를 규정하고 있는 경우에도 보증인 의무가 될 수 없다고 한다면 이는 부당하다고 생각되므로 이러한 해석에는 의문이 있다. 따라서 본인은 보증인 의무에 해당한다는 긍정설에 찬성한다.

2. 치료중단 및 자의퇴원과 관련하여

발표자는 "의사의 보증인지위는 진료계약의 체결여부나 진료계약의 사법적 유효성 또는 유효기간과 무관하게 환자의 생명보호가 의사의 수중에 사실상 놓여있는지 여부에 의하여 결정되는 것이기 때문에, 의사는 단순히 자의퇴원만을 근거로 하여 환자의 사망결과를 막아야 할 보증인지위를 면하게 되는 것은 아니다"라고 주장하고 있다.

그러나 의사의 진료의무의 발생근거가 치료위임계약에 기초하고 있는 이상 그 진료의무의 종료 여부도 역시 치료

위임계약의 종료 여부에 따라 결정되는 것이 옳다.

설사 발표자의 견해처럼 치료위임계약의 종료 이후에 민법 제691조에서

---

3) 조상제, 전게논문, p.103

규정하는 수임인의 긴급사무처리의무[4] 내지 의사의 전의의무에 따른 작위의무가 잔존하는 수가 있으나, 이 경우 의사의 보증인적 지위가 지속된다고 가정하더라도 그 보증인 의무의 내용 및 범위는 치료위임계약이 존속하던 때와는 다르다고 보아야 한다.

따라서 이 경우에는 단순히 의사가 보증인적 지위에 있었다는 것만으로 곧바로 부진정부작위범의 성립한다고 속단할 것이 아니라, 다시 치료위임계약 이후에 잔존하는 보증인적 지위에 기한 보증인 의무의 내용 및 범위가 무엇인지 따져보고, 이에 위반하였을 경우 비로소 부진정부작위범에 해당한다고 판단하여야 한다.

그런데 보라매병원 의사들의 끈질긴 설득에도 불구하고 환자 배우자의 치료위임계약 해지 및 퇴원으로 말미암아 의사들이 환자를 구급차에 실어 안전하게 환자측에서 요청하는 집까지 호송하여 환자에 대한 종국적인 보호의무를 부담하는 배우자의 보호 및 관리범위에 인계한 이상 민법 제691조의 위임종료시의 긴급처리의무 및 의사의 전원의무도 소멸하였다고 보아야 한다.

왜냐하면 환자에 대한 제1차적인 보호의무를 부담하는 자는 바로 환자의 배우자(민법 제826조, 배우자에 대한 부양의무)이며, 의사는 이러한 배우자의 제1차적 보호의무 이행으로 치료위임계약을 체결함으로써 제2차적으로 보증인 의무를 부담하게 된 데 불과하기 때문이다.

3. 생명유지장치의 제거 및 작위, 부작위와 관련하여

발표자는 "작위와 부작위의 구분은 자연적 존재론적 관점에서 행위경과의 외부적 형상에 따라 작위와 부작위를 구분하는 것이 옳고, '특정한 방향으로의 에너지 투입 및 구체적 결과에 대한 현실적 인과관련' 유무에 의하여 구분하는 것이 합당하며, 특정한 방향으로 에너지를 투입하여 외부적 인

---

4) 민법 제691조 (위임종료시의 긴급처리)
위임종료의 경우에 급박한 사정이 있는 때에는 수임인, 그 상속인이나 법정대리인은 위임인, 그 상속인이나 법정대리인이 위임사무를 처리할 수 있을 때까지 그 사무의 처리를 계속하여야 한다. 이 경우에는 위임의 존속과 동일한 효력이 있다.

과연쇄에 개입함으로써 구체적 결과에 대하여 현실적 인과관련이 인정되는 행태는 작위이고, 구체적 결과에 이르는 외부적 인과연쇄에 대하여 어떤 에너지도 투입하지 않거나 개입하지 않음으로써 그 인과연쇄를 그대로 방치한 행태는 부작위라고 보아야 하며, 이런 관점에서 본다면, 담당의사가 환자에게 부착되어 있는 생명유지장치의 작동을 중지시키거나 이를 환자에게서 떼어낸 행태는 특정한 방향으로 에너지를 투입함으로써 외부세계의 인과연쇄에 개입한 것이므로 작위로 보아야 한다"고 주장한다.

그러나 어떠한 인간의 행위를 작위로 볼 것인가, 부작위로 볼 것인가의 문제를 위와 같이 에너지투입 여부라는 지극히 단순한 기준으로 파악할 수 있는지는 의문이다. 작위, 부작위의 개념 자체가 이미 행위에 대한 어떠한 평가 개념을 담고 있으며, 보증인적 지위 내지 보증인 의무는 위법성 내지 가벌성 요건이 아니라 구성요건적 요소라는 것은 형법학에서 Nagler의 보증인설(Garantenlehre)이 이룩한 업적이며 이미 학계에서 거의 이론이 없이 받아들여지고 있는 입장이다. 또한 인간의 사고는 직렬적이 아니라 병렬적이며, 작위, 부작위 여부도 어차피 구성요건 요소에 관한 판단인만큼 일련의 행위 연관관계를 살펴 그 행위의 중점이 어디에 있는지, 그에 대한 법적 비난의 중점을 어디에 맞추는 것이 옳은지 고려하여 종합적으로 판단한 것이 옳다고 생각된다.

따라서 보라매병원 의사들의 치료중단 과정에서 치료중단이라는 부작위를 수행하기 위하여 지엽적인 부분에서 에너지를 외부에 표출하는 듯한 작위적 요소가 일부 개입되어 있다 하더라도 그것이 치료중단이라는 부작위를 달성하기 위한 것이었다면 그 행위는 전체적으로 보아 부작위라고 파악하는 것이 옳다고 생각된다.

4. 형법상 생명보호원칙과 관련하여

발표자는 자기의 생명, 신체는 처분불가능한 법익이므로 환자가 자기 신체에 대한 자기결정권을 행사하여 치료를 거부하더라도 보증인적 지위 내지 생명유지의무를 벗어나게 된다는 논리를 잘못된 것이라고 주장한다.

또 소극적 자살권 내지 자기생명에 대한 소극적 자기결정권을 인정해서

는 안된다고도 주장한다.

또 치료중단은 살인죄 또는 촉탁승낙살인죄, 유기치사죄 등의 구성요건에 해당하지만 "사회상규에 위배되지 아니하는 행위"(형법 제20조)로서 정당화된다고 보아야 한다고 주장한다.

그러나 부진정부작위범에 있어서 보증인적 지위를 위법성 요소로 보는 견해는 Nagler의 보증인설(Garantenlehre)에 의해 극복되었고, 오늘날에는 보증인적 지위에 있지 아니한 자의 부작위는 아예 부작위범의 구성요건에도 해당되지 않는다고 파악하고 있다. 그렇지 않으면 작위의무가 없는 자의 부작위도 일단 범죄구성요건에는 해당한 다음 위법성이 조각되는 것이라고 보게 되므로 부당하기 때문이다.

보증인적 지위를 다시 위법성의 문제로 되돌리는 것은 학설의 발전에 역행하는 것이며 후퇴라고 생각된다.

의사의 진료의무가 환자측과의 치료위임계약에 근거하는 이상 그 종료 여부도 치료위임계약의 종료 여부에 따라 결정되어야 한다는 점은 앞서 지적한 바와 같다.

또 설사 그렇지 않다 하더라도 적어도 치료위임계약이 종료한 이후에 보증인적 지위가 잔존한다고 보더라도 그 보증인 의무의 내용 및 범위는 종전과 다르며, 환자측에 치료중단이 가려올 결과에 대한 설명의무, 권고의무, 위임종료후의 긴급처리의무, 전원의무 등이 잔존하는데 그친다.

막연히 생명 신체가 소중하므로 의사는 치료위임계약이 종료하는지 여부에 불구하고 계속 동일한 내용의 진료의무를 부담한다고 보는 것은 지나치고, 더구나 환자에 대한 제1차적 보호의무를 부담하는 배우자에게 설명의무, 권고의무 등을 다했는데도 거부하는 경우에 물리력을 행사하여 강제로 치료를 계속할 의무까지 있다고 볼 수는 없다.

인간이 생명, 신체가 아무리 소중하다고 하더라도 국가에 의해 강제관리된다면 이는 인간정신의 존엄성에 반하는 것이고, 더구나 사인에 불과한 의사에게 그와 동일한 다른 인간의 생명, 신체에 대한 무제한적인 보호의무를 부과한 다음 이를 이행하지 못했다는 이유로 살인죄로 형사처벌까지 하는 것은 어느 모로 보나 부당하다고 할 것이다.