

세칭 보라매병원사건의 제1심, 제2심 판결에 관한 형사법적 고찰

정 응 석*

[사실관계]

- | | |
|--------------------------------|---|
| I. 序論 | V. 違法性阻却事由의 認定與否 |
| II. 醫師의 繼續的 治療義務 | 1. 被害者の 承諾과 患者의 自己決定權 |
| 1. 問題點 | 2. 經濟的 事情으로 인한 緊急避難의 許容與否 |
| 2. 作爲와 不作爲의 區別에 관한 刑法理論 | 3. 과다한 治療費로 인한 治療中止行爲가 社會常規에 위배되지 않는 正當行爲의 해당여부 |
| 3. 不作爲로 보는 경우 保證人的 地位의 發生根據 | 4. 義務의 衝突 |
| III. 治療中斷과 患者의 死亡 사이의 因果關係 | VI. 責任阻却事由의 認定與否 |
| 1. 問題點 | 1. 違法性阻却事由의 前提事實에 관한 錯誤 |
| 2. 보라매병원사건에 대한 제1심, 제2심법원의 태도 | 2. 法律의 錯誤 |
| 3. 檢討 | 3. 適法行爲에 대한 期待不可能性 |
| IV. 醫師들에 대한 殺人故意의 認定與否 | VII. 인턴의사의 刑事責任 |
| 1. 問題點 | 1. 問題點 |
| 2. 醫師 乙과 丙의 正犯으로서의 殺人故意의 인정여부 | 2. 인턴 丁의 殺人罪 인정여부에 관한 제1심법원과 제2심법원의 입장 |
| 3. 보라매병원사건에 대한 제1심, 제2심 법원의 태도 | 3. 違法性阻却事由 내지 責任阻却事由의 認定與否 |
| | VIII. 結 論 |

* 서경대 법학과 교수

[사실관계]

피고인 甲은 피해자 X(남, 58세)의 처이고, 피고인 乙은 서울 동작구에 있는 보라매병원 신경외과 전담의사, 피고인 丙은 위 병원 같은 과 레지던트로 각 근무하고 있는 자인바, 1997. 12. 4. 14:30경 위 피해자가 서울 금천구 소재 자신의 주거지에서 술에 취한 채 화장실을 가다가 중심을 잃어 기둥에 머리를 부딪치고 시멘트 바닥에 넘어지면서 머리를 충격하여 경막외 출혈상을 입어 위 보라매병원으로 응급후송된 다음, 같은 날 18:05경부터 다음날 03:00경까지 피고인 乙의 집도와 피고인 丙 등의 보조로 경막외 출혈로 인한 혈종 제거수술을 받고 중환자실로 옮겨져 계속 치료를 받았는데, 위 혈종 제거수술이 성공적으로 이루어졌고, 시간이 경과함에 따라 위 피해자의 대광반사와 충격에 대한 반응의 속도가 점점 빨라지고 이름을 부르면 스스로 눈까지 뜨려고 하는 등 그 상태가 호전되어 계속적으로 치료를 받을 경우 회복될 가능성이 많았으나, 뇌수술에 따른 뇌부종으로 자가호흡을 하기 어려운 상태에 있어 인공호흡을 위한 산소호흡기를 부착한 채 계속 치료를 받고 있던 중, 피고인 甲은 위 피해자의 처로서 계속적인 치료를 통하여 위 피해자의 생명을 보호하여야 할 의무가 있음에도 불구하고 당시까지의 치료비 2,600,000원 상당뿐만 아니라 이후부터의 추가치료비 지출이 자신의 재산능력에 비추어 상당한 부담이 되고, 금은방을 운영하다 실패한 후 17년 동안 무위도식하면서 술만 마시고 가족들에 대한 구타를 일삼아 온 위 피해자가 가족들에게 계속 짐이 되기보다는 차라리 사망하는 것이 낫겠다고 생각한 나머지, 피고인 乙, 丙으로부터 위와 같은 위 피해자의 상태와 인공호흡장치가 없는 집으로 퇴원하게 되면 호흡을 제대로 하지 못하여 위 피해자가 사망하게 된다는 사실을 설명들어 알게 되었음에도 위 피해자에 대한 치료를 중단하고 퇴원시키는 방법으로 위 피해자를 살해할 것을 마음먹고, 같은 달 5. 14:20경과 18:00경 두차례에 걸쳐 주치의인 피고인 丙에게 '도저히 더 이상의 추가치료비를 부담할 능력이 없다.'는 이유로 퇴원시켜달라고 요구하였고, 한편 피고인 乙, 丙으로서는 위 피해자에 대한 뇌수술 및 치료를 담당하고 있었고, 위와 같은 위 피해자의 상태와 회복가능성, 치료를 중

단하고 퇴원시킬 경우 위 피해자가 호흡이 어렵게 되어 사망하게 된다는 사실을 알고 있었으므로 계속적으로 치료를 함으로써 위 피해자의 생명을 보호하여야 할 의무가 있음에도 불구하고, 피고인 丙은 피고인 甲이 여러 차례의 설명과 만류에도 불구하고 치료비가 없다는 이유로 계속 퇴원을 고집하자 상사인 피고인 乙에게 직접 퇴원 승낙을 받도록 하라고 하고, 피고인 乙은 같은 달 6. 10:00경 피고인 丙으로부터 피고인 甲의 위와 같은 요구사항을 보고 받은 후, 자신을 찾아온 피고인 甲에게 위 피해자가 퇴원하면 사망한다고 설명하면서 퇴원을 만류하였으나 피고인 甲이 계속 퇴원을 요구하자 이를 받아들여 피고인 丙에게 위 피해자를 퇴원시키도록 지시하고, 피고인 丙은 이에 따라 위 피해자에 대한 퇴원을 지시하여 위 甲으로 하여금 퇴원수속을 마치도록 한 다음, 위 병원 같은 과 인턴인 상피고인 丁에게 위 피해자를 집까지 호송하도록 하여, 같은 날 14:20경 위 丁, 피고인 甲 등이 위 피해자를 중환자실에서 구급차로 옮겨 실어 위 피해자의 집까지 태우고 간 다음, 위 丁이 위 피해자에게 부착하여 수동작동중이던 인공호흡보조장치인 엠브와 기관에 삽입된 관을 제거하여 감으로써 그 무렵 위 피해자로 하여금 뇌간압박에 의한 호흡곤란으로 사망에 이르게 함으로써 위 피해자를 살해한 것이다.

	피해자의 처 甲	乙(전문의) 丙(레지던트)	丁(인턴)
공소사실	작위에 의한 살인의 정범	작위에 의한 살인의 공동정범	작위에 의한 살인의 공동정범
제1심	부작위에 의한 살인의 정범	부작위에 의한 살인의 공동정범	무죄
항소심	(피고인 항소기각)	작위에 의한 살인의 방조범	(검사 항소기각)
검사의 상고	X	작위에 의한 살인죄의 공동정범	작위에 의한 살인죄의 공동정범 내지 방조범
변호인의 상고	X	부작위에 의한 살인죄의 보증의무 및 살인고의 부정	부작위에 의한 살인죄의 구성요건행위 및 살인고의 부정
필자	작위에 의한 살인죄의 교사범	부작위에 의한 살인죄의 정범고의 O 또는 X	작위에 의한 살인죄의 방조고의 O 또는 X

1. 序 論

일반적으로 가족의 요구가 있을 때 중환자의 치료를 중단하고 퇴원시키는 이른바 의학적 충고에 반한 퇴원(discharge against medical advice: 이하에서 DAMA로 표기)이란 환자가 병원에 입원해서 치료를 계속 받아야 함에도 불구하고 환자 또는 보호자의 강력한 요청에 의해 의사가 어쩔 수 없이 그 환자의 퇴원을 허락하는 경우를 말한다. 이러한 DAMA에 대하여 의료영역에서 살인죄를 적용할 수 있는가 하는 문제는 의료인의 입장과 법률가의 입장이 가장 첨예하게 대립하는 분야이다. 왜냐하면 전자의 입장은 한계상황에서 치료방법의 선택이나 치료행위의 계속여부를 결정해야 하는 의료인 개인의 판단의 적정성을 검증하거나 양심적 결단에 따른 합리적인 판단을 할 수 있도록 뒷받침하는 제도적 장치가 미비하고, 의료비용의 문제에 있어서도 경제적인 이유로 퇴원을 원하는 환자나 가족들을 위한 의료보험 및 공적 부조 등의 제도적 정비가 충분하지 못할 뿐만 아니라, 응급환자의 미지급치료비의 대불을 청구할 수 있는 응급의료기금이 현실화되어 있지 않는 의료계의 현실을 무시한 채 살인죄를 적용하는 것은 터무니없다는 것이고, 후자의 입장은 의료현장의 현실을 외면하는 것이 아니라 인간의 생명존중사상을 고려해 볼 때 의사의 치료의무를 법적 의무로 파악하는 것이 타당하다는 것이다.

그런데 현재 생존가능성이 있는 환자에 대한 치료중단에 대하여 살인죄를 적용할 것인지 여부에 관하여 아직 확립된 학설이나 대법원 판례가 없다.¹⁾ 다만 일반적으로 의사의 치료중단에 대해 윤리적 의무가 아닌 법적 의무로 파악하여 현행법상 살인죄(형법 제250조 제1항)를 적용하기 위해서는 다음과 같은 세가지 쟁점을 반드시 검토해 보아야 할 것이다. 즉 첫째, 환자나 보호자가 퇴원을 진지하게 요구할 경우 의사가 치료를 계속할 법적 의무가 있는가? 둘째, 치료계속의 경우 환자의 생존확률이 어느 정도일 때 치료중단과 환자의 사망 사이에 인과관계를 인정할 수

1) 보라매병원 사건에서 제1심법원과 제2심법원은 DAMA에 대하여 살인죄를 적용, 유죄판결을 내렸다.

있는가? 셋째, 환자나 보호자의 진지한 퇴원요구에 따라 치료를 중단한 의사에게 살인의 고의, 즉 피해자의 사망이라는 결과발생에 대해 용인 또는 의욕이 있었다고 볼 수 있는가이다. 이와 관련하여 보라매병원사건에서 제1심법원과 제2심법원의 태도를 살펴보면, 첫째문제에 대해서는 다같이 법적 의무를 인정하였으며, 둘째문제에 대해서도 피해자는 회복가능성이 있었고 계속 치료를 받았다면 생존할 수 있었다는 점을 긍정적으로 받아들였다. 그러나 셋째문제에 대해서는 제1심법원은 이를 긍정하였지만 제2심법원은 피해자의 처에 대해서는 피해자의 사망이라는 결과발생에 대해 용인 또는 의욕이 있었다는 점을 인정하면서도, 의사들에 대해서는 이를 부정하였다.

따라서 이하에서는 보라매사건에 대한 제1심법원판결²⁾과 제2심법원판결³⁾간의 비교, 분석을 통하여 어떠한 법률적 문제점이 있는지 여부를 살펴본 다음, 그 해결방법을 모색하고자 한다.

II. 醫師의 繼續的 治療義務

1. 問題點

보라매병원사건에서 퇴원을 요구한 피해자의 妻 甲에 대하여 부작위에 의한 살인죄의 정범을 인정한 점 및 그 퇴원요구를 응한 의사 乙과 丙에게 계속치료의무를 인정한 점에서는 제1심법원과 제2심법원의 태도가 일치되어 있다. 하지만, 치료를 중단하고 퇴원조치를 취한 의사 乙과 丙의 형사책임에 관하여 제1심법원은 '부작위에 의한 살인죄의 정범'을 인정하였지만, 제2심법원에서는 '작위에 의한 살인죄의 방조범'을 인정하였다. 즉 제1심법원은 피해자의 처 甲과 의사 乙과 丙이 공동정범의 관계에 있다고 보면서 양측의 행위에 동등한 가치를 부여했지만, 제2심법원은 피해자의 처 甲의 행위가 살해행위를 주도한 정범자의 실행행위이고, 그에

2) 1998.5.15. 선고 98고합9 판결.

3) 2002.2.7. 선고 98노1310 판결

따라 퇴원조치 및 치료중단조치를 취한 의사 乙과 丙의 행위는 정범자의 실행행위를 용이하게 하는 방조행위에 불과하다고 보면서, 이러한 전제하에서 의사들의 방조행위를 '부작위'에 의한 행위가 아니라 '작위'에 의한 행위로 판단하였다. 따라서 제1심에서는 의사들의 치료중단조치를 부작위로 파악한 결과 환자에 대한 의사의 계속치료의무(보증의무)의 인정여부가 중요한 쟁점이었으나, 제2심에서 의사들의 치료중단조치를 작위로 파악함으로써 그간 논란이 되어 왔던 의사들의 계속치료의무(보증의무)의 인정여부를 둘러싼 법리논쟁이 사실상 큰 의미가 없게 된 대신, 피해자의 사망에 대해 결정적인 의미를 부여한 動因이 퇴원결정을 내리고 치료중단조치를 취한 의사들의 행위에 있는 것인지 아니면 의사들로 하여금 그러한 조치를 취하도록 요구를 한 피해자의 처의 행위에 있는 것인지 여부가 중요한 쟁점으로 떠올랐다.

2. 作爲와 不作爲의 區別에 관한 刑法理論

(1) 意 義

작위와 부작위의 구별이 형법상 문제되는 것은 일반적으로 하나의 사태에 작위와 부작위가 복합적으로 결합되어 있는 경우이다. 예컨대 피해자의 처가 피해자의 사망을 의도하고서 의사들에게 퇴원요구를 하고 의사들이 그에 응하여 퇴원결정을 한 후 치료를 중단한 보라매병원사건에서, 환자의 처의 행위에 적극적인 태도로서의 퇴원요구(작위)와 결과방지조치의무의 불이행(부작위)이 결합되어 있으며, 의사들의 행위에도 적극적 태도로서의 퇴원조치(작위)와 치료를 중단한 행위(부작위)가 모두 포함되어 있는 경우, 그 결과발생의 원인이 된 것이 작위에 있는 것인지 아니면 부작위에 있는 것인지 여부가 문제된다. 그런데 형법상 작위와 부작위를 구별해야 하는 이유는 작위의 경우에는 보증인의무를 필요로 하지 않으나, 부작위인 경우에는 그것이 필요하므로 행위자에게 보증인의무가 인정되지 않을 경우에는 작위인가 또는 부작위인가에 따라서 유죄 또는 무죄로 되기 때문이다.

(2) 區別基準

① 自然科學的 尺度에 따른 구별설 : 구성요건적 결과의 발생이 작위적인 방법으로 야기되었을 때에는 작위가 인정되고, 이러한 인과관계가 결여되어 있을 때에는 부작위가 된다는 견해이다.⁴⁾

② 規範的 尺度에 따른 구별설 : 문제되는 행위의 '사회적 의미' 혹은 '비난의 중점'이 어디에 있는가에 따라 작위와 부작위를 구별하려는 견해이다.⁵⁾

③ 의심스러울 때는 作爲라는 설:부작위보다는 작위를 우선하여 작위와 부작위의 구별이 명백하지 않은 때에는 먼저 작위만을 형법적 평가의 대상으로 삼고, 그렇지 않은 경우에만 부작위를 문제삼아야 한다는 견해이다.⁶⁾

④ 檢 討 : 규범적 관찰과 사회적 행위 의미를 고려하여 형법상 중요한 행위의 중점이 어디에 있는가에 따라 구별하는 제2설이 타당하다. 따라서 문제되는 사안에서 작위와 부작위가 복합적으로 결합되어 있는 경우에 작위와 부작위를 구별하기 위하여 가장 먼저 해야 할 일은 우선 어느 부분이 작위이고 어느 부분이 부작위인가에 대한 판단부터 분명히 해야 한다. 그리고 난 다음에야 둘 중에 어느 부분에 사회적 의미 내지 비난의 중점이 있는가를 검토하는 단계로 나아가야 한다.

(3) 被害者의 妻 甲의 行爲의 作爲 내지 不作爲性에 관한 제1심, 제2심 법원의 태도

피해자 X의 사망과 관련된 피해자의 처 甲의 행위가 작위로 인한 행위인지 아니면 부작위로 인한 행위인지 여부가 문제되는데, 다만 어느 쪽으로 보더라도 의사의 경우와는 달리 큰 의미를 가지는 것은 아니다. 왜냐하면 부작위로 보더라도 피해자 X와 그 처 甲은 부부관계이므로 가족적 보호관계로부터 보증인적 지위를 쉽게 인정할 수 있기 때문이다. 제1심판례도 [피고인으로서의 배우자에 대한 부양의무가 있으므로(민법 제826

4) 박상기, 형법총론, 314면.

5) 김일수, 형법총론, 539면; 임웅, 형법총론, 465면.

6) 배종대, 형법총론, 607면; 이재상, 형법총론, 115면; 이형국, 형법총론, 396면.

조). 배우자인 위 피해자를 부양하면서 그 생명을 보호하여야 할 지위에 있고, 배우자의 생명보호에 최선의 노력을 다할 의무가 있다 할 것이다] 라고 판시하고 있다. 다만 뒤에서 보는 것처럼 甲의 행위를 정범이 아닌 공범의 행위로 본다면 큰 의미를 가질 수 있다. 왜냐하면 피해자의 처의 행위를 부작위로 보고 이것을 살해행위에 대한 교사행위로 평가한다면 부작위에 의한 교사행위를 인정하게 되는데, 형법상 부작위에 의한 교사는 인정되지 않기 때문이다.

① 제1심법원의 태도 : 제1심법원은 피해자의 처의 행위를 부작위로 보았다. 제1심법원은 그 근거로 [계속적인 치료로 피해자의 생명을 보호해야 할 의무가 있음에도 불구하고 피해자에 대한 치료를 중단하도록 하여 인공호흡보조장치를 제거하여 뇌간압박에 의한 호흡곤란으로 사망에 이르게 하였다]는 점을 근거로 내세웠다.

② 제2심법원의 태도 : 제2심법원도 피해자의 처의 행위를 부작위로 보았지만, 그 이유를 좀더 적극적으로 다음과 같이 밝히고 있다. 즉 제2심법원은 [형법상의 행위는 규범적으로 금지된 일정한 동작을 한다는 적극적 태도로서의 작위와 규범적으로 요구 또는 기대된 일정한 동작을 하지 아니한다는 소극적 태도로서의 부작위가 있고, 작위와 부작위의 구별은 단순한 자연과학적, 인과적인 분류가 아니라 구성요건의 해석과 적용을 고려한 법적 평가의 문제로 ... 피해자의 퇴원과 치료행위의 중단은 1개의 행위가 결합된 양면을 이루는 것으로 피고인 甲의 행위의 의미있는 중점은 피고인 甲이 피해자의 처로서 그에 대한 계속적인 치료를 통하여 피해자의 생명을 보호해야 할 의무가 있음에도 불구하고 피해자를 퇴원시켜 치료를 중단할 경우 피해자가 사망할 위험을 예상하고도 그 위험발생을 방지하기 위한 조치를 취하지 않으므로 인하여 사망이라는 결과를 야기한 점에 있는 것이고, 인공호흡장치 등의 제거는 치료중단이라고 하는 행위수행의 한 내용을 이룰 뿐이며, 뒤에서 보는 바와 같이 피고인 乙, 丙, 丁과의 공모공동정범 관계도 인정되지 않아 피고인 甲의 퇴원을 요구한 행위 자체는 비난의 대상이 되는 치료중단사실의 전제로서의 의미를 갖는다는 점에 비추어 볼 때 피고인 甲의 범행은 작위가 아니라 부

작위에 의한 것으로 판단함이 상당하다]고 판시하고 있다.⁷⁾

③ 檢 討 : 먼저 제1심법원의 판결을 살펴보면, 피해자의 생명을 보호해야 할 의무가 있음에도 불구하고 피해자에 대한 치료를 중단하도록 하여 인공호흡보조장치를 제거하여 뇌간압박에 의한 호흡곤란으로 사망에 이르게 하였다고 말하는 것으로는 그 행위가 부작위성에 기인한 것이라고 판단하기에 불충분하다고 본다. 왜냐하면 보증인의무를 가지는 자가 작위를 통하여 피해자를 사망시키면 작위로 인한 행위이고, 부작위를 통하여 피해자를 사망시키면 부작위로 인한 행위인데, 제1심법원은 행위자의 보호의무만을 인정했을 뿐⁸⁾ 사망에 이르게 한 행위가 구체적으로 작위로 인한 것인지 아니면 부작위로 인한 것인지에 대하여 어떠한 법률적 판단도 하고 있지 않기 때문이다. 반면에 제2심법원은 작위와 부작위에 대한 개념적 정의에서 출발하여(규범적 척도에 따른 구별설) 피해자의 처의 행위의 부작위성을 평가하고 있는데, 이를 구체적으로 살펴보면, 퇴원요구 그 자체는 치료중단사실의 전제로서의 의미만을 가지며, 퇴원요구보다 의미있는 행위의 중점은 피해자가 사망할 위험을 예상하고도 그 위험발생을 방지하기 위한 조치를 취하지 않은 점에 있으므로, 사망이라는 결과의 발생은 부작위에 있다는 것이다.

7) 제2심법원의 입장처럼 작위로 파악한다면 乙, 丙의 작위의무에 관한 착오, 피해자의 사망이라는 결과발생방지의무를 가진 보증인적 지위에 있지 않았다는 주장은 의미가 없다.

8) 다만 이 문제는 개별적인 사안에 따라 판단할 수밖에 없고, 이때 재산의 정도와 치료비의 다과를 고려해야 함은 물론, 본 건에서와 같이 호적상으로는 부부로 되어 있지만 이는 자녀의 결혼에 장애가 될까 염려해서 호적상 기재만을 형식적으로 남겨 놓은 데 불과하고, 실제로는 20여년간 별거하여 사실상 남남이나 마찬가지로 인 경우에는 이러한 점도 고려하여 부양의무의 존부 및 범위를 판단해야 한다. 그런데 20여년간 별거하며 일방적으로 피해만 입혀온 상대방에 대하여 호적상 부부로 되어 있다는 점만을 근거로 경제적 파산과 온 가족의 비인간적인 생활을 각오하고서라도 치료비를 부담하지 않으면 안된다고 하는 것은, 현실세계에서는 나머지 가족들에게 감내하기 어려운 고통을 안겨주는 것밖에 되지 않으므로, 법적으로 이를 강요하는 것은 문제가 있다. 왜냐하면 부부사이의 보호의무는 상호간의 신뢰관계가 현실적으로 존재할 때에만 인정되며, 별거하고 있는 부부 사이까지 인정될 수는 없기 때문이다. 그리고 설사 배우자에 대한 부양의무가 있다 하더라도 이는 자신의 인간다운 생활과 존엄을 해치는 정도까지 부양의무가 있다고 볼 수는 없고, 이러한 경우 민사상으로 치료비 지급의무가 있다고 볼 수 없음은 물론, 형사상으로도 부작위에 의한 살인죄에 해당한다고 볼 수 없을 것이다.

그러나 처의 행위를 구체적으로 검토해 보면 첫째, 피해자 X에 대하여 차라리 사망하는 것이 낫겠다고 생각한 나머지 치료를 중단하고 퇴원시키는 방법으로 피해자를 살해할 것을 마음먹고 의사들에게 강력한 퇴원 요구를 한 점(①)과 의사들이 그 요구를 받아들여 퇴원결정을 하여 퇴원 조치를 취한 결과 치료중단조치가 내려져 마침내 피해자가 사망하였다는 점(②)으로 분류할 수 있을 것이다. 여기서 ①은 피해자의 처의 행위와 관련되고 ②는 피해자의 처가 자신의 생각을 의사를 통하여 관철시킨 파생물이다. 그런데 ②의 행위는 ①의 행위가 그저 소극적인 태도로 나타났더라면 진행될 수 없는 성질의 것이므로 ①의 행위가 보다 더 외부추동력을 가지게 되어 ②가 실현된 것으로 보아야 한다. 따라서 피해자의 처의 행위 가운데 피해자의 사망에 능동적인 영향을 미친 적극적인 작위가 전면에서 나타나 있는 것이고, 결과방지를 위해 적극적인 조치를 취하지 않은 부작용은 적극적이고 능동적인 작위의 이면에 불과한 것이라고 할 수 있다.⁹⁾ 더 나아가 적극적인 태도로서의 퇴원요구(작위)의 이면에 있는 결과방지조치의무의 불이행(부작위)에 비난의 중점을 두게 되면 부작용과 작위의 상응성문제와 관련해서도 난점이 생기게 된다. 왜냐하면 환자의 사망이라는 결과를 방지해야 할 보증인이 그러한 결과를 방치하는데 그치지 않고 그러한 결과가 발생하도록 적극적으로 요구한 행위를 부작용에 의한 살해행위로 평가한다는 것은 살해요구행위와 살해행위를 같은 반열에 놓는 것임을 의미하기 때문이다. 만약 살해행위를 요구한 것을 살해행위라고 한다면 요구행위와 살인죄의 구성요건적 행위인 '살해행위'와의 상응성을 긍정하게 되어 그러한 요구행위를 하는 자를 모두 살인죄로 처벌하게 되는 결과가 되는데, 이는 형법해석론상 받아들일 수 없는 결론이다. 결국 살해행위에의 요구는 살해행위 그 자체가 아니라 오히려 살해행위에 대한 교사행위로 보는 것이 형법 제31조 제1항의 '교사' 개념에 부합되게 형법을 적용하는 태도가 될 것이다.¹⁰⁾

9) 김성돈, 세칭 보라매병원사건에 대한 제1심법원판결과 제2심법원판결의 비교·분석, 2002년도 한국비교형사법학회 동계학술논문발표회 자료집, 25면.

10) 상계논문, 26면.

(4) 醫師 乙과 丙의 행위의 作爲 내지 不作為性에 관한 제1심, 제2심 법원의 태도

퇴원요구에 의한 의사의 치료중단은 수술이나 치료행위를 잘못된 것이 아니라 치료행위를 계속하지 않은 것이므로 이것을 작위로 볼 수 있는지 아니면 부작위에 해당하는지 문제된다. 만약 의사의 행위를 부작위로 본다면, 이러한 의사의 부작위가 형법 제250조 제1항의 살해에 해당하기 위해서는 의사에게 환자의 사망을 방지할 작위의무(형법 제18조), 즉 보증인의무가 인정되어야 하며, 보증인의무는 일반적으로 i) 법령, ii) 계약, iii) 조리, iv) 선행행위를 근거로 인정된다. 다만 퇴원요구에 의한 의사의 치료중단에 뒤따르는 환자의 사망위험은 그 의사의 행위로 인하여 발생한 것이 아니므로 의사는 “자기의 행위로 인하여 위험발생의 원인을 야기한 자”(형법 제18조 후단)에 해당하지 않으므로 선행행위를 근거로 한 보증인의무는 본 사안에 대한 검토에서 제외된다. 반면에 의사의 치료중단행위를 작위로 본다면, 이러한 보증인적 지위에 대한 검토는 의미가 없어진다.

① 제1심법원의 태도 : 제1심법원은 [위 공소사실은 피고인이 인공호흡보조장치인 엠브와 기관에 삽입된 관을 제거함으로써 피해자를 살해하였다는 작위범의 형태로 기소되었으나, 앞서 본 바와 같이 위 피해자는 자가호흡을 하기 어려운 상태에 있어 인공호흡장치를 부착한 채 치료를 받고 있었고, 그 사망의 원인 또한 인공호흡장치의 제거에 따른 뇌간압박에 의한 호흡곤란이며, 한편 피고인이 상피고인 乙, 丙의 치료행위의 중지, 즉 퇴원결정에 따라 퇴원하는 위 피해자와 함께 위 피해자의 집으로 가서 수동으로 작동하던 엠브와 기관삽관을 제거하였다 하더라도, 엠브의 작동은 의사인 피고인이 환자의 상태를 살피가며 직접 손으로 작동하는 것으로서 그 의료의 성질상 단시간 내에 종료하는 것이 예정되어 있는 것이며, 기관삽관 또한 환자의 기도를 확보하여 엠브의 작동을 용이하게 하기 위한 보조수단에 불과하고, 그것이 전문가가 아닌 일반인에 의하여서 환자의 생명을 유지하는 방법의 일환으로 계속 작동하는 것이 가능한 것은 아니므로, 결국 이러한 엠브의 작동 중지와 기관삽관의 제거 자체는

살인죄의 구성요건을 충족하는 작위에 해당하는 것이라고는 할 수 없다. 따라서 위 공소사실은 피고인이 환자인 위 피해자의 생명을 보호하여야 할 지위와 의무가 있음에도 불구하고 위 피해자에 대한 의료행위를 중지함으로써 위 피해자를 살해하였는지 여부의 부작위범의 형태로 파악하는 것이 타당하다]고 판시하여 사망원인은 인공호흡보조장치의 제거가 아니라 뇌간압박에 의한 호흡곤란이고, 피해자의 생명을 보호해야 할 지위와 의무가 있는 의사가 이에 대한 의료행위를 중지함으로써 결과가 발생했다고 하면서, 의사들의 행위를 부작위로 평가하였다.

② 제2심법원의 태도 : 제2심법원은 [퇴원결정과 치료행위의 중단은 한 개의 사실관계의 양면으로 상호 결합되어 있는 것인데 피고인 乙, 丙의 의사(意思)의 관점에서 볼 때 피해자가 퇴원하게 되어 치료를 중단하게 된 것이지 치료를 중단할 의사가 있었기 때문에 퇴원결정과 퇴원조치를 취한 것이 아니라 할 것이어서 위 피고인들에 대한 비난은 위 피고인들이 적극적으로 치료행위를 중단한 점에 있다기보다는 피고인 甲의 퇴원요청을 받아들여 퇴원조치를 한 점에 집중되어야 할 것이고, 피고인 乙, 丙의 치료중단이라고 하는 부작위의 측면에서 보더라도 작위에 의한 살인이라고 하는 범익침해와 동등한 형법적 가치가 있는 것이어서 위 피고인들의 행위를 살인범죄의 실행행위로 평가될 만한 것이라 보기는 어렵고 ... 피고인 乙과 丙의 부작위에 의한 살해행위가 아니라 피고인 甲이 피해자에 대한 치료를 중단시켜 살해하는 행위에 대하여 피해자에 대한 퇴원조치를 함으로써 그 실행을 용이하게 한 작위의 방조행위로 봄이 상당하다]라고 판시하여 의사들의 행위를 작위로 평가하였다.

③ 檢 討 : 먼저 제1심법원의 태도를 살펴보면, 앞에서 피해자의 처의 행위를 부작위로 평가한 대목에서와 마찬가지로 사망의 원인이 인공호흡보조장치의 제거라는 작위만에 있는 것이 아니라고 하는 점을 참언하고 있을 뿐 적극적으로 부작위임을 근거지우고 있지는 못하다. 반면에 제2심법원은 비교적 소상히 그 결론에 이르는 과정을 설명하고 있는데, 첫째, 의사들의 행위에는 퇴원결정과 치료중단조치라는 두 개의 면이 복합적으로 결합되어 있으며, 둘째, 이 가운데 치료중단은 부작위이고 퇴원조치를

취한 행위는 작위이고, 셋째, 치료중단이라는 부작위는 작위에 의한 살인과 동가치한 법익침해가 아니므로 그 결과 살인죄의 구성요건적 부작위가 될 수 없으며, 넷째, 따라서 치료중단이라는 부작위보다는 퇴원요청을 받아들여 퇴원조치를 취한 작위에 비난의 중점이 있다고 평가되어야 한다는 것이다. 결국 치료중단과 관련된 보라매병원사건에서 적극적으로 퇴원조치를 취하는 작위적 측면과 치료를 중단한 부작위적 측면이 공존하는데, 제1심법원은 치료중단이라는 부작위에 비난의 중점이 있다는 태도를 취하여 행위자의 행위를 부작위로 평가하였으나, 제2심법원은 반대로 치료중단인 부작위에 비난의 중점이 있는 것이 아니고 적극적으로 퇴원조치를 취한 작위에 비난의 중점이 있다고 하여 행위자의 행위를 작위로 평가한 것이다.

생각건대 비난의 중점이라는 기준을 사용하는 한, 비난의 중점은 퇴원조치 그 자체보다는 계속 치료해야 할 자에 대한 치료중단, 즉 부작위에 있다고 보아야 한다. 왜냐하면 퇴원조치는 이러한 경우에만 가능한 것이 아니라 환자가 회복된 경우에도 내려질 수 있으므로 퇴원요청에 따라 퇴원조치를 취하는 사실 그 자체는 철저하게 중립적인 면을 가지고 있기 때문이다.¹¹⁾ 따라서 보라매병원사건도 의사가 치료를 중단할 의사를 형성하였기 때문에 비로소 외부적으로 퇴원조치를 내린 것으로 보아야 한다. 이처럼 퇴원조치 그 자체보다는 계속 치료해야 할 자에 대한 치료중단, 즉 부작위에 비난의 중점이 있다고 본다면 그 보증인적 지위를 어디에서 인정할 수 있는 것인지 다시 검토해 보아야 한다.

11) 이는 일반적으로 환자측에서 퇴원을 원하는 경우에 병원에서 이루어지는 절차를 보면, ① 그 동안 발생한 치료비를 정산하여 부족액을 추가로 지급받거나 선급치료비 중 남은 금액을 반환하고, ② 퇴원 직후부터 다음번 통원시까지 상당 기간 동안 필요한 의약품 등을 처방하고, ③ 주치의 또는 간호사로 하여금 퇴원 후 환자보호 및 자가치료에 필요한 사항을 환자측에 설명하면, ④ 그 후 환자측이 병원을 떠나는 것으로 모든 법률관계가 종료하게 된다는 점을 보더라도 알 수 있다.

3. 不作為로 보는 경우 保證人的 地位의 發生根據

(1) 法令上の 作為義務

의사에게 보호자가 퇴원을 요구하는 환자의 사망을 방지해야 할 작위 의무(보증인의무)를 부과하는 법률규정은 의료법 제16조 제1항(진료인수 의무)과 의료법 제16조 제2항 및 응급의료에 관한 법률(이하 응급의료법이라 약칭함) 제6조(응급의료의 거부금지등) 등이 있다. 그러나 의료법 제16조 제1항은 “의료인은 진료 또는 조산의 요구를 받은 때에는 정당한 이유없이 이를 거부하지 못한다”라고 규정하고 있기 때문에 보호자의 퇴원요구에 의한 치료중단의 경우에 적용할 수 없다. 한편 의료법 제16조 제2항은 “의료인은 응급환자에 대하여 응급의료에 관한 법률이 정하는 바에 따라 최선의 처치를 행하여야 한다”고 규정하고 있고, 응급의료법 제6조 제2항은 “응급의료종사자는 업무중에 응급의료를 요청받거나 응급환자를 발견한 때에는 즉시 응급의료를 행하여야 하며, 정당한 사유없이 이를 거부하거나 기피하지 못한다”라고 명시하고 있다. 그리고 응급의료법 제8조 제1항은 “응급의료종사자는 응급환자에 대하여는 다른 환자에 우선하여 상담 구조 및 응급처치를 실시하고 진료를 위하여 필요한 최선의 조치를 하여야 한다”고 천명함으로써 응급환자에 대한 담당의사의 응급치료의무를 더욱 강화하고 있으며, 응급의료법 제10조는 “응급의료종사자는 정당한 사유가 없는 한 응급환자에 대한 응급의료를 중단하여서는 아니된다”라고 명시하고 있다.

그런데 이러한 의료법 및 응급의료법에서 규정하고 있는 응급의료의무가 형법상의 살인죄에서 규정되는 사람(환자)의 사망을 방지할 보증인의무를 근거지울 수 있는지에 관하여, 학설은 응급조치의무도 형법상의 결과범(살인죄 포함)에서 결과발생을 방지할 의무(보증인의무)에 포함된다고 보는 견해¹²⁾와 진료계약에 의해 발생하는 진료의무는 형법상의 결과범에서 결과발생을 방지할 의무(보증인의무)이지만, 응급의료의무는 그와 같은 결과방지의무가 아니라 미래에 진료를 인수할 의료인이 행한 진료

12) 이재상, 전거서, 123면.

의 실효성을 유지시키는 의무일 뿐이라는 부정설¹³⁾이 대립하고 있으며, 제2심법원은 [인간의 생명은 법익 중 최고의 가치를 가진 법익이고, 개인의 생활감정이나 생활상의 이해와 관계없이 또한 국가나 사회가 개인의 생명을 어떻게 평가하는가에 관계없이 보호되어야 하는 것이고, 국가는 그 생명을 보호해야 할 책무가 있는 것이고, 또한 인간의 생명은 개인이 임의로 처분할 수 없는 것으로 인간의 생명과 결부된 의료행위에 있어서도 이러한 원칙 자체는 포기될 수 없는 것이며, 우리 법이 자살관여죄나 승낙에 의한 살인죄를 처벌하고, 응급의료에 관한 법률에서 국가가 의료인에게 응급환자에 대한 응급의료라는 공법상의 의무를 부과하고 이를 정당한 이유 없이 거부하거나 중단하지 못하도록 한 이유도 여기에 있다]고 판시하여 보증인의무를 긍정하는 태도를 취하고 있다.

생각건대 의사의 응급의료의무에 대한 보증인의무를 인정하기 위해서는 응급의료법을 자세하게 검토해 볼 필요가 있다. 그런데 응급의료법 제6조는 응급의료의무를 모든 의료인이 아니라 '업무중' '응급의료기관등에서 근무하는 응급의료종사자'로 제한하고 있고, 동법 제2조 제2호는 응급의료종사자의 정의를 관계 법령이 정하는 바에 의하여 취득한 면허 또는 자격의 범위 안에서 응급환자에 대한 응급의료를 제공하는 의료인과 응급구조사로 정하고 있지만, 응급의료법 제2조 제1호는 응급의료를 그 '생명의 위험에서 회복되거나 심신상의 중대한 위해가 제거되기까지의 과정에서 응급환자를 위하여 행하여지는 조치'로 정의를 내리고 있으며, 응급의료법 제22조는 응급의료를 제공한 의료기관 등이 응급환자 본인이 부담하여야 하는 금액(미수금)에 대하여 기금관리기관의 장에게 응급의료기금에 의한 代拂을 청구할 수 있도록 규정하고 있다. 따라서 이러한 응급의료법의 취지를 고려할 때, 응급의료는 단순한 구호조치의무가 아니라 사망의 결과발생을 회피하기 위한 보증인적 지위를 인정하는 것이 타당하며, 이러한 의무는 피해환자에 대한 수술이 끝난 상태에서도 담당의사들은 여전히 그 환자에 대해 응급의료를 해야 할 의무가 지속된다고

13) 이상돈, 진료거부와 응급의료거부-이론, 정책, 도그마틱, 법학논집(고려대 법학연구원) 제33집, 1997년, 482-485면.

보아야 한다. 물론 응급의료는 질병 등 생명의 위급상태에서 즉시 필요한 조치가 없으면 죽게 되는, 따라서 즉시 응급치료행위가 불가피하게 요구되는 환자에게 국한되어야지, 그것을 넘어서 일반적 치료행위에까지 확대할 수는 없다. 왜냐하면 응급의료행위를 지나치게 확대 해석하면 당해 의사에게 환자가 장차 생명이 위독할 개연성만 있어도 그에 대해 의사는 광범위한 보증인적 지위를 감수해야 할 지나친 부담을 안게 되기 때문이다.¹⁴⁾

그런데 본 사안에서 응급환자는 응급처치수술을 받은 후, 상태는 호전되어 가고 있었지만, 아직도 의식이 완전히 깨어나지 못한 상태에 있고, 또한 중환자실에서 인공호흡기란 생명유지장치에 의해 생명이 유지되고 있었으며, 수술후 고작 하루반이 지난 상태에 있었기 때문에 퇴원에 의한 치료조치중지는 곧바로 환자의 생명에 연결되고, 치료를 계속하면 살 수 있는 개연성이 높았다는 점에서 퇴원시의 피해환자는 응급환자로 보기에 충분하다고 보여진다. 이에 대하여 응급의료종사자는 응급진료의사 및 당직응급의료종사자(의료인)를 의미하는데, 본 사안에서의 문제시점, 즉 피해자의 퇴원시 乙은 신경외과 전문의이며, 丙은 같은 과 소속 레지던트였으므로 응급의료전담의사가 아니므로 피해자 X에게서 인공호흡장치가 제거된 시점에 당직의사였는지가 중요하게 된다는 점을 고려할 때, 이 사안에서 응급수술이 18:05경부터 다음 날 03:00경까지 이루어진 것으로 보아 乙이 수술 당시에는 당직응급의료종사자에 해당할 수 있을 것이지만, X의 사망에 대하여 원인이 되는 乙, 丙의 치료중단행위의 시점에서는 그들이 당직근무자였는지 본 사안에서 분명하게 제시되어 있지 않으나 설령 乙과 丙이 당직근무자였다고 할지라도 당직응급의료업무는 보통 오후 7시 전후로 시작되므로, 오후 2시경에 이루어진 乙과 丙의 퇴원조치로 인한 치료중단은 '당직시간대', 즉 당직근무자의 업무중에 이루어지지 않았다는 점에서 乙과 丙의 치료중단이라는 부작위는 응급의료종사자의 행위로 볼 수 없다는 견해도 있다.¹⁵⁾ 한편 피해자의 처 甲과 이미 의료계약이

14) 허일태, 소위 醫師殺人罪, 형사판례연구(7), 219면.

15) 조상제, 의사의 응급의료의무와 치료의무, 형사판례연구(8), 107면.

성립되었으므로 의사 乙과 丙은 의료계약에 따른 진료채무를 부담할 뿐, 법령상의 응급의료의무를 지지 않는다는 견해도 있다.

(2) 契約에 의한 保證人義務

의료계약이 성립하여 의사가 계약상 환자의 생명을 유지, 보호할 의무를 질 경우에 그 의무가 형법상의 보증인의무로 인정된다는 점에는 의문의 여지가 없다.¹⁶⁾ 다만 본 사안처럼 환자가 응급후송되어 치료를 받던 중 보호자의 퇴원요구로 의사가 환자의 퇴원을 지시하고 치료를 중단하는 시점에도 계속적인 치료의무를 부담할 계약상의 의무가 존재하는지에 대해서는 논란이 있다.¹⁷⁾ 이에 대해서는 비록 수술후에 환자의 가족이 자발적으로 퇴원을 원하여 수 차례의 퇴원요구가 있었다 하더라도 계약에 의해 치료의무를 부담하게 된 의사에게 그 계약의 해약요청으로 치료중지가 곧 생명의 정지로 이어지는 경우 의료행위의 계약소멸을 이유로 응급환자에 대한 치료중지를 무조건 할 수 있는지는 의문이라는 견해¹⁸⁾와 환자 X가 응급후송되고 난 후의 어느 시점에선가 X의 보호자인 甲과 乙 사이에 묵시적인 의료계약관계를 인정한다고 하더라도 이러한 계약관계는 환자의 처 甲의 명시적 퇴원요구와 의사 乙간의 합의로 종료되므로 X의 사망시점에 乙과 丙의 계속적인 치료행위제공의무(치료의무)는 존재

16) 일반적인 경우 의료계약의 법적 성질을 어떻게 볼 것인가에 관하여는 견해가 대립하고 있다. 즉 첫째, 의료계약의 성질을 병적 증상의 의학적 해명과 치료행위라고 하는 사무처리를 목적으로 하는 위임계약으로 파악하는 위임계약설(종래의 통설, 판례), 둘째 의료계약을 의사가 환자에 대하여 치료의무를 부담할 것을 약정하고, 환자는 의사에게 보수(치료비)를 지급할 것을 약정함으로써 성립되는 계약으로 보는 고용계약설(독일의 통설), 셋째 의료계약은 환자가 원하는 결과, 즉 질병의 완치를 목적으로 하는 계약이라는 도급계약설, 넷째 의료계약을 특수한 무명계약으로 보거나, 위임에 유사한 무명계약이라거나 준위임과 도급의 혼합계약 내지 도급에 유사한 무명계약으로 무명계약설 등이 있다.

17) 피고인측은 당초 피해자나 그의 처 甲의 명시적인 승낙이 없는 상태에서 乙, 丙에 의해 수술이 시작되었으므로 일종의 사무관리 내지 사실적 계약관계가 있었다고 볼 수 있으나, 그 수술 도중에 그의 처인 甲으로부터 피해자에 대한 수술 및 치료행위에 대한 승낙을 얻게 되었으므로 이 때부터는 서울특별시(보라매병원은 시립병원임)와 甲 사이에 의료계약관계가 성립하였다고 볼 수 있으며, 이는 그 후 甲이 이 사건 치료비를 지불한 점에 비추어 보더라도 甲과 사이에 치료위임계약 관계가 성립한 것으로 보아야 한다고 주장한다.

18) 허일태, 전제논문, 219면.

하지 않는다고 보는 견해¹⁹⁾가 있다. 이에 관하여 제1심판례는 [.....환자의 생명을 보호할 의무가 우선하여 환자의 퇴원요구에도 불구하고 환자를 보호하여야 할 지위나 의무가 종료되지는 아니한다]고 판시하여 의무의 충돌을 전제로 전자의 입장을 취하고 있는 것 같다.

생각건대 보증인적 지위의 발생기준은 계약체결과 같은 사법상의 효력 유무를 떠나서 당해 보호의무를 실제로 인수했느냐가 결정적 기준이 된다고 보아야 한다. 따라서 보라매병원사건처럼 비록 응급의료법에 의거한 행위이지만, 담당의사가 그 환자에 대해 그 후 지속적인 치료행위를 한 것은 보호의무를 자발적으로 인수했다고 볼 수 있을 것이다.

(3) 社會常規에 의한 保證人義務

사회상규를 근거로 형법상의 보증인의무를 인정할 수 있는지 논란이 있으나, '의사는 무조건적으로 환자의 생명과 건강의 후견인이어야 한다'는 전통적인 사회윤리를 근거로 의사에게 환자의 사망을 방지할 보증인의무를 일반적으로 부과할 수는 없다고 생각된다.

Ⅲ. 治療中斷과 患者의 死亡 사이의 因果關係

1. 問題點

피고인들에게 환자에 대한 보증의무를 인정할 수 있다고 하더라도 부작용에 의한 살인죄를 인정하기 위해서는 부작용과 환자의 사망간에 인과관계가 인정되어야 한다. 그런데 형법상 인과관계는 단순히 자연과학적 원인과 결과간의 조건관계를 넘어서 그 결과발생이 그 원인된 행위의 행위자의 작품으로 객관적으로 귀속시킬 수 있는가를 검토해야 한다. 특히 구성요건적 결과발생에 대한 부작용의 인과관계는 법적으로 기대되는 행위가 있었더라면, 거의 확실성에 가까운 개연성으로 그 결과발생을 피할 수 있었을 때 인정된다. 따라서 사안에서 검토해야 할 것은 i) 치료행위

19) 조상제, 전제논문, 108면.

의 중단으로 결과발생이 있는지의 여부, ii) 치료행위를 계속했다라면 피해자는 확실성에 가까운 개연성으로 살 수 있는지의 여부, iii) 치료행위의 중단으로 피해자가 사망한 것이 치료중단을 한 의사들의 작품으로 돌릴 수 있는지의 여부이다.

2. 보라매병원사건에 대한 제1심, 제2심 법원의 태도

(1) 제1심 법원의 태도

제1심법원은 [환자의 회복가능성과 관련하여 위법성이 조각된다고 하기 위하여는, 환자가 불치의 병에 걸려 회복을 예상할 수 없고, 사망의 시기가 임박한 상태에 있을 것이 요구된다 할 것인데, 이 사건의 경우 피고인 乙의 법정에서의 진술에 의하더라도 문헌상 위 피해자와 같은 정도의 혼수척도인 두부손상 환자의 경우 식물인간이 될 확률이 27%인 반면 회복가능성의 확률은 73%에 이른다는 것이고, 피고인 丙도 검찰에서 “합병증이 발생하지 않는 경우 위 피해자의 생존가능성은 70~80% 가량 되었고, 퇴원하기까지 내과적인 합병증은 있었으나 곧 바로 사망할 정도는 아니었다.”고 진술하였으며, 증인 A의 법정에서의 진술도 부검결과 위 피해자에게 있어 위 피고인들이 주장하는 파종성혈관내응고병증 및 저혈압에 의한 허혈성간손상은 발견되지 않았다는 점과 아울러 앞서 인정한 바와 같이 위 피해자는 혈종 제거수술이 성공적으로 이루어졌고, 시간이 경과함에 따라 대광반사와 충격에 대한 반응의 속도가 점점 빨라지고 이음을 부르면 스스로 눈까지 뜨려고 하는 등 그 상태가 호전되었던 점 등에 비추어, 위 피해자는 계속적으로 치료를 받을 경우 회복될 가능성이 많았던 경우이므로, 환자의 회복가능성의 측면에 있어서도 위 피고인들의 치료 중지 행위는 의료행위의 중지에 있어서 요구되는 법적 허용요건을 충족하지 못한 것이라 할 것이다]라고 판시하면서 [피해자를 보호하여야 할 지위나 의무가 종료되지 아니한 피고인 乙, 丙이 위 피해자에 대한 치료를 중지한 행위는 위법성이 조각된다고 할 수 없다]고 판시하고 있다.

(2) 제2심 법원의 태도

제2심법원은 [피해자의 퇴원 당시의 상태와 사망의 결과발생가능성 및 이에 대한 피고인들의 인식 등에 관하여 보건대, 기록에 의하면 피해자는 1997. 12. 6. 14:00경 퇴원 당시 운동반응이 '아무 반응이 없는 상태' (글라스고우 혼수척도 M1)로 악화되었고, 피해자에게 급성호흡부전, 급성신부전, 파종성 혈관내 응고증 등 여러 가지 임상상태가 나타난 사실은 인정되나, 증인 A의 원심법정 및 당심법정진술에 의하더라도 급성호흡부전이나 파종성 혈관내 응고증 등은 형태학적인 변화를 나타내는 정도까지 진행이 되지 않았기 때문에 부검결과 나타나지 않았으며, 사망 후부터 부검시까지 뇌부종 상태는 변하지 않는데 부검결과 뇌부종상태가 상당히 심하였고, 그 상태에 비추어 수술 후 뇌부종이 가라앉지 않아 자발호흡이 곤란한 상태에서 퇴원하여 호흡기를 제거함으로써 호흡곤란으로 사망한 것으로 판단된다고 하는 점, 피해자는 전체적으로 수술 후에 호전되는 양상을 나타냈었고, 피고인 乙, 丙도 피고인 甲에게 같은 취지로 그 퇴원을 만류하였던 것이며, 피고인 乙은, 1997. 12. 9. 경찰에서의 참고인 진술(수사기록 40쪽)에서 수술결과는 좋은 편이었고, 치료만 받으면 생명에 전혀 지장이 없었으며, 피해자가 산소호흡기를 착용하지 않으면 생명이 위독한 상태였다고 진술하였고, 1997. 12. 15. 경찰진술(수사기록 289쪽)에서는 수술 후 촬영한 사진에서 혈종이 잘 제거된 것을 확인했기 때문에 회복가능성이 있을 것으로 생각했고, 실제 환자가 마취로부터 깨어나면서 조금씩 회복되고 있는 것을 확인하였으며, 피해자의 경우 퇴원하지 않았다면 병세가 호전될 가능성이 있었을 것으로 생각되고, 퇴원 당시 즉시 사망할 것을 예상하지는 못했지만 사망한다는 것을 알고 있었다고 진술했고(그 뒤 검찰진술이후 이 법정에 이르기까지는 합병증으로 상태가 매우 좋지 않아 생존가능성이 낮았고, 인공호흡기 없이 자가호흡으로 생존이 가능할 것으로 판단하였다거나 판단할 수 없는 상태였다고 진술하고 있다), 피고인 丙은 1997. 12. 8. 최초 경찰에서의 참고인진술(수사기록 27쪽)에서는 치료만 계속하면 살 수 있었고, 2-3일만 더 있었으면 의식을 찾을 수 있었으며 퇴원하면 죽는다고 피고인 甲에게 분명히 이야기했다고 진술하였

고, 1997. 12. 15. 최초 경찰진술(수사기록 302쪽)에서는 수술 후 6시간 정도 지나 중환자실로 다시 가보니까 환자가 눈을 뜨고 팔을 움직이고 있어 수술이 아주 잘되었다고 생각하였고, 피해자가 자가호흡을 할 수 있는 상태가 아니라서 인공호흡기를 착용시켜 둔 상태였다고 진술하였고, 1997. 12. 30. 최초 검찰진술(수사기록 407쪽)에서는 수술 직후 별다른 문제가 없어 뇌부종이 좋아지는 상태라고 생각했기 때문에 CT를 찍지 않았고, 회복가능성 여부는 알 수 없었다고 진술하였고, 1998. 1. 7. 2회 검찰진술(수사기록 474쪽)에서는 내과적 합병증이 없을 경우 생존가능성은 70% 내지 80% 정도였고, 피해자에게 내과적인 합병증이 있었으나 곧 바로 사망할 정도는 아니었다고 진술하였으며(그 뒤 검찰 및 법정진술에서는 피해자의 생존가능성이 10% 이내이고, 자발호흡이 있었기 때문에 인공호흡기를 제거해도 1 - 2일 또는 3 - 4일 정도 더 있다가 사망할 것으로 생각했다는 취지로 진술하였다), ... 적어도 퇴원으로 인한 치료중단과 인공호흡기의 제거가 없었더라면 뇌간압박으로 인한 호흡곤란으로 바로 사망에 이르는 결과가 초래되지 않았을 것이다]라고 판시하고 있다.

3. 檢 討

이 문제는 법률문제가 아니라 사실문제이지만, 사안에서 피고인들은 치료했어야 할 그들의 환자에 대한 치료를 중단하여 그 환자를 사망케 한 것을 인정할 수 있으므로 피고인들의 환자에 사망에 대한 부작위는 합법칙적 조건관계가 인정되며, 피해자의 경우 수술후 의식회복가능성이 뚜렷이 보여주고 있다는 점에서 피고인들이 치료를 정성껏 했더라면 그 환자는 적어도 현실적으로 사망한 시점에서 사망하지는 않았을 것이고, 더구나 일반적으로 그와 같은 종류의 환자가 생존할 가능성이 73%가 된다고 할 때, 당해 피고인들의 환자에 대해 성의를 다한 치료를 계속했더라면 확실성에 가까운 개연성으로 그 피해자는 더 살 수 있다고 보여진다. 따라서 피고인의 치료중지에 의한 피해자의 사망은 피고인의 작품으로 귀속시킬 수 있을 것이다. 이에 대하여 의료계 입장에서는 사법부가 어떻게

그 환자를 '회복가능성이 높았다'고 판단했는지 납득할 수 없다고 본다. 즉 사건의 환자는 총 10시간의 뇌수술 및 1백 1병의 대량 수혈후 심각한 합병증들이 발생해 퇴원 당시 혼수상태로 인공호흡기에 의존하고 있었는데, 이런 경우 회복가능성이 매우 낮다는 것은 전문의라면 누구나 이해할 수 있으며, 또한 법원은 수술 직후의 환자상태(통증에 반응 있음, 운동점수 4~5점)와 퇴원시 상태(통증에 반응 없음, 1점)를 혼동하고 있다는 점을 들고 있다.²⁰⁾

IV. 醫師들에 대한 殺人故意의 認定與否

1. 問題點

의사의 치료중단행위를 살인행위로 인정하기 위해서는 의사에게 살인고의가 있어야 한다. 그리고 이를 인정한다고 하더라도 의사에게 정범으로서의 살인고의를 인정할 수 있는 것인지 아니면 방조범으로서의 살인고의만을 인정할 수 있는지 여부를 살펴보아야 할 것이다. 다만 여기서 피해자의 처인 甲의 살인고의를 인정할 수 있다는 점은 의문의 여지가 없으므로 의사인 乙, 丙에 대하여 살인고의를 인정할 수 있는지 여부만 검토하기로 한다.

2. 醫師 乙과 丙의 正犯으로서의 殺人故意의 인정여부

(1) 意 義

치료를 중단하는 의사에게 환자가 퇴원할 경우 사망하게 될 가능성을 인식했고, 이러한 치료중단으로 인하여 환자가 사망해도 좋다는 용인 또는 감수의 의사가 있는 경우에는 살인고의를 인정할 수 있을 것이다.

20) 이정청, 대한신경외과학회 회장, 동아일보, 1998. 7. 15.

(2) 正犯과 共犯의 區別에 관한 刑法理論

① 學說

가) 客觀說 : 정범과 공범의 구별은 범죄의 객관적 요소에 의해서만 구별이 가능하다는 견해로서, 이에는 다시 구성요건적 행위를 스스로 실행한 자는 정범이고, 실행행위 이외의 방법으로 조건을 제공한 자가 공범이라는 형식적 객관설과 행위기여의 위험성의 정도에 따라 정범과 공범을 구별하는 실질적 객관설이 있다.

나) 主觀說 : 정범과 공범의 구별은 주관적 요소에 의해서만 구별이 가능하다는 견해로서, 이에는 다시 자기의 범죄를 범하려는 正犯意思로 행위한 자는 정범이고, 타인의 범죄에 가담할 共犯意思로 행위한 자는 공범이라는 의사설과 자기의 이익 또는 목적을 위하여 행위하면 정범이 되고, 타인의 이익 또는 목적을 위하여 행위하면 공범이 된다는 목적설(이익설)이 있다.

다) 行爲支配說 : 주관적·객관적 요소로 형성된 행위지배(Tatherrschaft)의 개념을 정범과 공범의 구별에 관한 지도원리로 삼는 이론이다(통설). 따라서 정범이란 행위지배를 통해서 그의 의사에 따라서 구성요건의 실현을 저지하거나 진행하게 할 수 있는 자이고, 공범이란 자신의 행위지배에 의하지 않고 행위를 야기하거나 촉진하는 자를 말한다.

② 判例

대법원은 [공동정범의 본질은 분업적 역할분담에 의한 機能的 行爲支配에 있으므로 공동정범은 공동의사에 의한 기능적 행위지배가 있음에 반하여, 종범은 그 행위지배가 없는 점에서 양자가 구별된다]²¹⁾고 하여 기능적 행위지배에 따라 공범과 정범을 구별하고 있다.

3. 보라매병원사건에 대한 제1심, 제2심 법원의 태도

(1) 제1심법원의 태도

제1심 법원은 [두차례에 걸쳐 주치의인 상피고인 丙에게 '도저히 더

21) 대판 1989.4.11, 88도1247.

이상의 추가치료비를 부담할 능력이 없다.’는 이유로 퇴원시켜달라고 요구하자, 위 피해자에 대한 뇌수술 및 치료를 담당하고 있던 상피고인 乙, 丙 및 피고인 丁은 위 피해자를 퇴원시킬 경우 호흡이 어렵게 되어 사망하게 된다는 사실을 알고 있었음에도, 상피고인 丙은 상피고인 甲이 여러 차례의 설명과 만류에도 불구하고 치료비가 없다는 이유로 계속 퇴원을 고집하자 상사인 상피고인 乙에게 직접 승낙을 받도록 하라고 하고, 상피고인 乙은 같은 달 6. 10:00경 자신을 찾아온 상피고인 甲에게 위 피해자가 퇴원하면 사망한다고 설명하면서 퇴원을 만류하였으나 계속 퇴원을 요구하자 상피고인 丙에게 위 피해자를 퇴원시키도록 지시하고, 상피고인 丙은 이에 따라 다시 피고인에게 위 피해자를 집까지 호송하도록 지시하여, 같은 날 14:20경 피고인 및 상피고인 甲 등이 위 피해자를 중환자실에서 구급차로 옮겨 실어 위 피해자의 집까지 태우고 간 다음, 피고인 丁이 위 피해자에게 부착하여 수동작동중이던 인공호흡보조장치인 엠브와 기관에 삽입된 관을 제거하여 감으로써 그 무렵 위 피해자로 하여금 뇌간압박에 의한 호흡곤란으로 사망에 이르게 함으로써 위 피해자를 살해한 것이다라고 함에 있다]고 판시하면서, 피고인 甲, 乙, 丙의 범죄사실에서 공모에 대한 직접적인 설시는 없지만 그 범죄사실 및 적용법조에 비추어 위 피고인들의 부작위에 의한 살인죄에 있어서의 공모공동정범 내지 공동정범을 인정하고 있는 것으로 보인다. 있다.

(2) 제2심법원의 태도

제2심법원은 [피고인 乙, 丙은 피해자에 대한 장시간의 수술을 통하여 피해자를 회생시켜 놓은 뒤 보호자인 피고인 甲에게 수 차례에 걸쳐 치료를 계속 받도록 설득하였고, 피고인 甲이 치료비를 부담할 능력이 없으면 도망가라고까지 이야기했던 점, 피고인 乙, 丙에게 특별히 범행 동기가 될 만한 사정이 없고, 오히려 피해자를 회생시켜 놓은 의사가 그 사망을 의욕 또는 용인한다는 것은 이례적인 점, 피고인 乙, 丙으로서는 피해자로부터 인공호흡장치를 제거할 경우 호흡곤란으로 바로 사망할 가능성이 있다는 점과 피고인 甲이 치료비문제로 피해자의 퇴원을 요구하고 있

어 피해자에 대한 보호의사와 능력이 없었던 점을 알고는 있었지만 피해자의 호전을 확신할 수는 없는 상태에서 보호자의 퇴원요구를 거절하기 어려워 피해자가 사망할 경우 보호자가 책임진다는 각서를 받고 퇴원절차에 협조했던 점 등에 비추어 볼 때 피해자의 퇴원으로 장래의 치료행위가 중단된 결과가 초래되었지만 피고인 乙, 丙이 스스로 피해자에 대한 장래의 치료를 중단함으로써 피해자의 사망을 의욕 또는 용인하였다고 보기 어려워 결국 이 사건 범행은 피고인 甲이 정범의 고의를 가지고 피해자를 퇴원시켜 치료를 중단하게 함으로써 인공호흡기 또는 인공호흡보조장치를 제거하여 사망에 이르게 한 것이고, 피고인 乙, 丙에게는 정범의 고의를 인정할 수 없고, 따라서 피고인 甲과 일체가 되어 그 퇴원요구를 이용하여 피해자를 퇴원시켜 치료를 중단하고, 인공호흡보조장치를 제거함으로써 피해자를 살해하기 위한 자기의 의사를 실행에 옮겼다고 평가할 수 없고, 다만 방조범의 방조행위는 정범이 범행을 한다는 정을 알면서 그 실행행위를 용이하게 하는 직접, 간접의 모든 행위를 말하는 것으로서 범죄사실이 발생할 것을 인식하면서 그 행위를 하면 족하고 그 결과발생을 희망함을 요하지는 않는 것인바, 위에서 본 바와 같이 피고인 乙, 丙이 정범인 피고인 甲이 피해자를 퇴원시켜 치료행위를 중단하고 인공호흡기 또는 인공호흡보조장치를 제거하여 사망에 이르게 하는 행위를 인식하고 이에 협조한 점에 비추어 볼 때 방조행위로 인정할 수 있을 뿐이다]고 판시하고 있다.

(3) 檢 討

퇴원조치를 취하는 의사들에게 피해자의 사망에 대한 용인 또는 의욕이 인정할 수 있는지 문제되는데, 통상 의사와 환자 사이에 개인적인 원한관계가 없는 한, 환자가 경제적 사정으로 인해 퇴원을 원하는 경우에 환자의 사망을 용인 또는 의욕하는 의사를 인정할 수 있는지는 의문이다. 왜냐하면 그런 경우에도 대개 의사들은 비록 낮은 생존가능성이나마 그것이 현실화되기를 (때로는 간절히) 희망하기 때문이다. 이러한 관점에서 본 사안을 살펴볼 때, 원심이 적절히 지적한 바와 같이 첫째 乙, 丙은 피

해자에 대한 장시간의 수술을 통하여 피해자를 희생시켜 놓은 뒤 보호자인 피고인 甲에게 수 차례에 걸쳐 치료를 계속 받도록 설득했다는 점, 둘째 乙, 丙은 甲에게 치료비를 부담할 능력이 없으면 도망가라고까지 이야기했던 점, 셋째 乙, 丙에게 특별히 범행동기가 될 만한 사정이 없고, 오히려 피해자를 희생시켜 놓은 의사가 그 사망을 의욕 또는 용인한다는 것은 이례적인 점, 넷째 乙, 丙으로서는 피해자로부터 인공호흡장치를 제거할 경우 호흡곤란으로 바로 사망할 가능성이 있다는 점과 甲이 치료비 문제로 피해자의 퇴원을 요구하고 있어 피해자에 대한 보호의사와 능력이 없었던 점을 알고는 있었지만 피해자의 호전을 확신할 수는 없는 상태에서 보호자의 퇴원요구를 거절하기 어려워 피해자가 사망할 경우 보호자가 책임진다는 각서를 받고 퇴원절차에 협조했던 점 등에 비추어 볼 때, 피해자의 퇴원으로 장래의 치료행위가 중단된 결과가 초래되었지만 乙, 丙이 스스로 피해자에 대한 장래의 치료를 중단함으로써 피해자의 사망을 의욕 또는 용인하였다고 볼 수 있을지 의문이다.

그런데 판례는 피고인 乙과 丙의 정범의 고의를 부정하면서 공범의 고의를 인정하는 태도를 취하고 있다. 이를 위하여 제2심법원은 주관설의 입장에서²²⁾ 관여자에게 정범의 고의를 인정할 수 없는 이유로서 ‘의사들이 스스로 치료중단을 한 것이 아니라는 점’과 ‘피해자의 사망에 대한 의욕 또는 용인이 없었기 때문이라는 점’을 내세우고 있다. 그러나 제2심법원에서 확정된 사실관계에 따라 乙, 丙에게 피해자의 사망에 대한 의욕 또는 용인을 부정한다고 해서 이것을 ‘정범’의 고의를 부정하고 이를 토대로 ‘공범’의 고의를 인정할 수 있는 근거로 삼을 수는 없다. 왜냐하면 공범의 고의를 인정하기 위해서는 피고사자 또는 피방조자에게 범죄실행의 결의를 가지게 한다는 사실에 대한 고의(교사 또는 방조의 고의)와 정범을 통하여 일정한 구성요건적 결과를 발생시킨다는 사실에 대한 고의(정범의 고의)가 필요하기 때문이다. 따라서 살인죄의 구성요건적 실현에 대한 의욕 내지 용인이 부정되면 정범의 ‘고의’ 뿐 아니라 공범의 ‘고

22) 제2심법원이 정범과 공범의 구별을 위하여 관여자에게 ‘정범의 고의’를 인정할 수 있는지를 묻거나 ‘자기의 의사’ 여부를 논하는 것으로 보아 주관설을 따르고 있다고 볼 수 있다.

의' 까지도 부정되어야 한다. 다시 말해 구성요건실현에 대한 의욕 또는 용인의 부정은 정범의사의 부정 및 공범의사의 긍정으로 연결되는 것이 아니라 정범의 고의 및 공범의 고의의 부정으로 연결되어 결국 관여자는 과실범으로 처벌되는 것이다(과실에 의한 방조는 형법상 불벌). 따라서 제2심법원의 사실확정과 같이 퇴원조치를 취한 의사들에 대해 피해자의 사망에 대한 의욕 또는 용인을 부정하고, 동시에 의사들의 행위가 피해자의 처의 퇴원요구에 대해 단순한 방조에 불과하다면 의사들은 과실에 의한 방조가 되어 불가벌이 된다는 결론을 내려야 할 것이다.

반면에 의사 乙, 丙에 대하여 살인에 대한 고의를 인정하려면, 판례처럼 공범의 고의가 아니라 정범의 고의를 인정하는 것이 오히려 법리적으로는 타당하다고 본다. 왜냐하면 통설인 행위지배설의 관점에서 퇴원요구를 하는 피해자의 처가 그러한 행위지배를 하고 있는가 아니면 치료를 중단하고 퇴원조치를 취한 의사들이 행위지배를 하고 있는가를 검토해 보아야 하는데, 퇴원요구를 한 환자의 처가 피해자의 사망에 대한 의욕을 가지고 아무리 강력하게 퇴원요구를 하더라도 결국 피해자의 사망이라는 결과발생은 의사들이 그에 대한 치료를 중단함으로써 야기되기 때문이다. 즉 의사들이 치료중단을 선언하고 퇴원조치를 취하지 않은 이상 피해자는 계속 치료상태에 있고 생명이 유지될 수 있을 것이며, 피해자의 처가 피해자를 작위적으로 살해하든지 아니면 몰래 집으로 이동시키지 않은 한, 결과발생은 당장에 일어나지 않는다. 따라서 범행의 결과발생을 좌우할 수 있는 지위에 있는 자, 즉 기능적으로 행위를 지배하는 자는 피해자의 처가 아니라 치료를 중단한 의사들이라고 할 수 있으므로 의사들의 행위를 피해자의 처의 살해행위에 대한 방조행위에 불과하다고 보는 것은 타당하지 않다.

결국 의사 乙과 丙의 살인고의를 부정하는 것이 타당하며, 설령 긍정한다면 오히려 정범의 고의를 인정하는 것이 타당할 것이다. 따라서 이하에서는 의사 乙과 丙에게 살인죄에 대한 정범고의(내지 공범고의)가 인정된다고 볼 경우 이에 대한 위법성조각사유나 책임조각사유를 인정할 수 없는 것은 아닌지 별도로 검토하기로 한다.

V. 違法性阻却事由의 認定與否

1. 被害者의 承諾과 患者의 自己決定權

제1심 법원은 [환자의 자기결정권에 기한 진정한 의료행위 중지의 의사표시가 있어 위 피고인들의 행위에 대한 위법성이 조각될 수 있는 특별한 사정이 있었는지 여부에 관하여 살펴보면, 환자 본인의 자기결정권에 기한 의료행위 중지의 의사표시는 원칙적으로 그 중지 당시에 명시적으로 표시되어야 할 것이나, 그러한 명시적인 의사표시가 없는 경우에는 추정적 의사표시에 의하여도 가능하다 할 것이고, 이러한 추정적 의사표시는 사전에 문서나 구두에 의한 환자 본인의 명시적인 의사표시가 있는 경우 그것이 환자의 추정적 의사표시를 인정할 수 있는 하나의 유력한 증거가 될 수 있으나, 사전에 환자 본인의 명시적인 의사표시가 없는 경우에는 가족이 환자 본인의 입장에 서서 의료행위를 계속할 것인지 여부에 관하여 진지하게 고려한 후 그에 기하여 한 가족의 의사표시로부터 환자 본인의 의사를 추정하는 것도 일정한 경우 허용된다고 할 것인데, 그러한 추정이 허용되기 위해서는 가족이 환자의 성격, 가치관, 인생관 등을 충분히 알고 그러한 의사를 정확하게 추정할 수 있는 입장에 있어야 하고, 가족이 환자의 병의 상태, 치료 내용, 예후 등에 관하여 의사 등을 통하여 충분한 정보와 정확한 인식을 가지고 있어야 하며, 한편 가족의 의사표시를 판단하는 의사측도 가족의 태도, 환자와 가족의 관계에 대하여 가족과의 대화 등을 통하여 환자와 가족을 잘 인식하고 이해하도록 노력하여야 하고, 그러한 입장에서 환자의 추정적 의사가 있는지 여부를 신중하게 판단하여야 하며, 환자에게 의료행위의 중지를 요구하는 추정적 의사가 있는지 여부가 의심스러울 경우에는 환자의 생명을 보호·유지하여야 할 의무를 우선시켜야 할 것이다]라고 판시하여 환자의 자기결정권을 가족이 행사할 수 있다고 보면서도, 다만 판례는 보라매병원사건에 있어서는 i) 치료비와 피해자가 그 동안 가족에 대하여 짐이 되었다는 점을 우선적으로 고려함으로써 피해자의 의사를 정확하게 추정할 수 있는

입장에 있지 않았다는 점, ii) 환자의 병의 상태, 치료 내용, 예후 등에 관하여 의사 등을 통하여 충분한 정보와 정확한 인식을 가지고 있었다고 보기 어렵다는 점 등을 근거로 이를 부정하였다.

2. 經濟的 事情으로 인한 緊急避難의 許容與否

경제적 사유에 의한 긴급피난은 허용되지 않는다. 본 사안처럼 피해 환자가 17년동안 백수건달로 소일하고, 환자가족이 치료비용을 부담할 수 있는 경제적 여건이 전혀 마련되지 않아, 치료비를 부담하게 되면 살아있는 나머지 식구들에게 엄청난 고통을 가져오게 한다 해도 사정은 변하지 않는다. 더욱이 응급의료법 제22조에 의하면, 응급의료비의 부담은 환자 쪽의 가족이 부담할 수 없는 경우 동법 제19조 제2항 규정에 의한 기금 관리기관의 장에게 대불을 청구할 수 있게끔 하고 있어, 응급의료비가 없어도 바로 그 때문에 응급환자를 퇴원할 수 없게 하는 길을 열어놓고 있다.

3. 과다한 治療費로 인한 治療中止行爲가 社會常規에 위배되지 않는 正當行爲의 해당여부

판례는 [배우자에 대한 치료비가 자신과 가족의 경제적 능력에 비추어 지나치게 과다하여 더 이상 부담할 수 없어 치료를 중지할 수밖에 없는 경우, 그 치료 중지 행위가 사회상규에 위배되지 아니하는 정당한 행위라고 인정되기 위하여서는 적어도 환자의 병의 상태, 그에 대한 치료 내용, 앞으로의 치료 경과와 환자의 예후에 대하여 담당의사 등을 통하여 충분한 설명을 듣고 정보를 얻음으로써 그에 대한 정확한 인식을 가지는 것이 요구되고, 또한 환자에 대한 현재까지의 치료비와 향후의 치료비가 어느 정도가 될 것인지에 대하여도 병원의 관계자를 통하여 충분한 정보를 얻고 그에 대한 정확한 인식을 가져야 할 것이며, 그런 연후에 더 이상의 치료비 부담이 배우자 자신과 가족의 경제적 능력에 비추어 도저히 불가

능한 것인지 여부를 판단하여야 할 것이고, 나아가 객관적으로도 더 이상의 치료비 부담이 배우자와 가족의 부양의무의 한계를 벗어나는 정도에 이르러서야 비로소 사회상규에 반하지 아니한다 할 것인데, 이러한 판단에 있어서도 치료의 중지가 곧 환자의 사망을 초래하는 경우에는 생명의 존엄성을 최우선적인 가치로 고려하여야 하는 점에서 더욱 더 신중한 자세가 요구된다 할 것이다]고 판시하면서, [다만 이 사건에 있어서 보면, 위 피해자에 대한 치료비가 위 피고인과 가족의 재산능력에 비추어 상당한 부담이 된 사실은 인정되나, 배우자의 생명을 보호하여야 할 지위에 있는 위 피고인으로서 배우자인 위 피해자의 상태와 예후에 대하여 담당의사 등을 통하여 정확히 인식하려는 노력을 다하지 아니하였고, 위 피해자에 대한 향후 치료기간이나 치료비의 정도에 대하여도 정확히 알아보려고 하지도 아니하고 정확히 알지도 못한 채 막연히 자신과 가족의 재산능력에 부담이 된다고 판단하였으며, 또한 피고인 丙으로부터 “지금 환자가 눈도 뜨고 팔을 움직이며 의식을 회복하여 상태가 좋아지고 있는데 퇴원을 하면 안된다. 일주일 정도만 더 치료를 하면 상태가 좋아져서 집으로 가서 통원치료를 해도 될 것 같은데 그때까지면 참아라. 치료를 받다가 상태가 아주 좋아지면 병원측 모르게 살짝 도망을 갈 때 가더라도 퇴원을 하지말라.”라는 말까지 들었음에도 불구하고, 병원측 몰래 도망갈 경우 자신이 직장을 잃게 되고, 새로이 직장을 구하기도 어려우며, 자신과 가족들의 생활이 어렵게 된다는 이유와 함께, 그 동안 가족의 짐이 되어 온 위 피해자가 더 이상 생존하는 것보다 차라리 죽는 것이 낫겠다는 생각으로 무조건 퇴원만을 요구한 점에 비추어 볼 때, 배우자의 생명 보호를 최우선적으로 고려하여야 할 피고인 갑의 이러한 행위가 배우자로서의 보호의무를 다하였음에도 더 이상 치료비가 없어 위 피해자를 퇴원시킨 것으로서 사회통념상 용인될 수 있는 사회상규에 위배되지 아니하는 행위라고는 도저히 볼 수 없을 것이다]라고 판시하여 부정적인 입장을 취하고 있다.

4. 義務의 衝突

제1심법원은 [의료행위의 중지가 곧바로 환자의 사망이라는 중대한 결과를 초래하는 경우에 있어서는 의료행위의 중지, 즉 퇴원을 요구받은 의사로서는 환자의 생명을 보호하기 위하여 의료행위를 계속하여야 할 의무와 환자의 요구에 따라 환자를 퇴원시킬 의무와의 사이에 충돌이 일어나게 되는바, 그러한 의무의 충돌이 있는 경우 의사로서는 더 높은 가치인 환자의 생명을 보호할 의무가 우선하여 환자의 퇴원 요구에도 불구하고 환자를 보호하여야 할 지위나 의무가 종료되지는 아니한다고 할 것이고, 이는 의료행위의 중지가 곧바로 환자의 사망이라는 결과를 초래하는 경우 부작위에 의한 살인이라는 결과에 이를 수 있고, 우리 형법이 일반적인 살인행위뿐만 아니라 촉탁, 승낙에 의한 살인행위와 자살을 방조하는 행위에 대하여도 처벌을 하고 있는 점에 비추어서도 그러하다]고 판시하여 생명을 보호하기 위하여 의료행위를 계속할 의무와 환자의 요구에 따라 환자를 퇴원시킬 의무가 충돌하는 경우 전자가 우선된다는 입장을 취하고 있다. 이처럼 의무의 충돌에서 전자를 우선시키는 것이 타당하다는 점을 고려해 볼 때, 제1심 판결과 달리 의료행위를 계속할 의무가 있음에도 불구하고 치료를 중단한 부작위에 비난의 중점이 있는 것이 아니라 적극적으로 퇴원조치를 취한 작위에 비난의 중심이 있다고 보는 제2심 판례의 태도는 문제가 있다고 보여진다.

Ⅵ. 責任阻却事由의 認定與否

1. 違法性阻却事由의 前提事實에 관한 錯誤

제1심은 [치료비부담이 배우자 자신과 가족의 경제적 능력에 비추어 도저히 불가능한 것인지 여부를 판단하여야 할 것이고, 나아가 객관적...]라고 판시하여 사회상규에 해당한다고 보지 않았기 때문에 이를 전제로 한 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오를 검토하는 것은 의미가 없을 것이다.

2. 法律의 錯誤

(1) 意 義

법률의 착오란 행위자에게 구성요건적 사실의 인식은 있었으나 위법성을 인식하지 못한 경우, 즉 행위자가 무엇을 하는가는 인식하였으나 착오로 그것이 금지되어 있음을 알지 못하는 경우로서 禁止錯誤라고도 한다. 이에는 행위자가 자기의 행위에 대하여 직접적 금지규범을 인식하지 못하여 자기의 행위가 허용된다고 오인한 경우인 직접적 착오와 행위자의 행위를 직접 금지하는 규정은 없으나 위법성조각사유에 해당될 수 없는 것을 해당된다고 믿었기 때문에 위법한 경우인 간접적 착오가 포함된다.

(2) 刑法 제16조의 解釋

형법 제16조는 [자기의 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니하는 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니한다]고 규정하고 있다. 이의 의미에 대하여 판례는 단순한 法律의 不知의 경우를 말하는 것이 아니고, 일반적으로 범죄가 되는 행위이지만 자기의 특수한 경우에는 법령에 의하여 허용된 행위로서 죄가 되지 아니한다고 그릇 인식하고 그와 같이 그릇 인식함에 있어서 正當한 理由가 있는 경우에는 벌하지 아니한다는 취지로 보고 있다.²³⁾ 따라서 법률의 착오에 정당한 이유가 있는 경우(회피불가능한 경우)에는 벌하지 아니하지만(책임조각), 반면에 법률의 착오에 정당한 이유가 없는 경우(회피가능한 경우)에는 고의책임을 부담한다고 보아야 할 것이다. 다만 양형의 단계에서 형의 감경이 고려될 수는 있다.

여기서 정당한 이유의 의미에 관하여 보통인의 능력으로서는 위법하지 아니하다고 믿는 것이 무리가 아닐 때, 상당한 이유가 있었던 때, 착오를 피할 수 없는 때, 비난할 수 없는 때 등 다양한 견해가 제시되고 있으나

23) 대판 1985.4.9, 85도25; 대판 1998.10.13, 97도3337.

그 의미는 사실상 같으므로 독일 형법 제17조²⁴⁾의 예에 따라 회피가능성이 없는 때로 보는 것이 타당하다고 본다. 다만 회피가능성의 판단기준으로 독일연방법원(BGH)은 행위자가 그에게 기대된 양심의 긴장이나 범상황에 관한 조회를 하였더라면 위법성을 인식할 수 있었던 경우에는 착오가 회피가능하므로 정당한 이유가 없다는 良心의 緊張說을 들기도 하나, 행위자가 처한 구체적 상황을 토대로 인식에 필요한 주의를 다했는가를 기준으로 판단하는 知的 認識能力說이 타당하다고 본다. 따라서 위법성을 인식할 수 있는 지적 인식능력이 행위자에게 있었음에도 불구하고 이를 발휘하지 아니하여 위법성을 인식하지 못한 경우에는 착오가 회피가능하므로 정당한 이유를 인정할 수 없을 것이다.

(3) 具體的 基準

① 回避可能한 경우 : 행위가 단순한 법률위반에 그치는 것이 아니라 동시에 도덕질서에 대한 중대한 침해가 되거나, 행위자가 직업상 필요한 교육을 받지 아니하여 위법성을 인식하지 못한 경우가 이에 해당된다. 예컨대 운전자가 변경된 교통법규를 모르고 있었다고 하여 그 착오에 정당한 이유가 있다고 할 수는 없다.

② 回避不可能한 경우 : 전문가나 권한 있는 기관의 조언에 의하여 위법성을 인식하지 못한 때에는 책임을 조각한다. 또 행위자가 스스로의 판단에 의하여 행위한 경우에 행위자에게 법률을 올바르게 해석하고 그 효과를 판단할 능력이 있을 때에는 정당한 이유를 인정할 수 있다. 그리고 자신의 행위를 합법이라고 관시하는 일관된 판례 때문에 위법성을 인식하지 못한 행위자는 책임이 조각된다.

(4) 法律의 錯誤에 관한 제1심, 제2심 법원의 입장

① 제1심 법원의 입장 : 제1심법원은 [가사 피고인 乙, 丙이 치료행위

24) 독일 형법 제17조(금지의 착오) 행위를 함에 있어서 불법을 행한다는 인식이 없는 경우에 행위자가 그 착오를 회피할 수 없었던 때에는 책임 없이 행위한 것이다. 행위자가 그 착오를 회피할 수 있었던 때에는 제49조 제1항(특별한 범정감경사유)에 따라 그 형을 감경할 수 있다.

를 중지하고 환자를 퇴원시키게 되면 환자가 곧 사망에 이르는 경우에도 환자나 보호자의 퇴원요구가 있으면 이에 따라야 하고, 이러한 것이 '의학적 충고에 반하는 퇴원'으로서 의료계의 관행으로 허용되어 죄가 되지 아니한다고 오인하였다고 하더라도, 앞서 본 바와 같이 계속적으로 치료를 받을 경우 회복될 가능성과 가까운 시일 내에 의식을 회복할 가능성이 많았던 환자가 본인의 의사가 아닌 보호자의 의사에 기한 퇴원 요구와 이를 받아들인 위 피고인들의 퇴원결정에 따라 퇴원한 후 그것이 직접적인 원인이 되어 사망에 이를 수 있다는 점에 대하여 위 피고인들로서는 이미 그러한 행위가 자신들의 양심에 반하는 것임을 알았을 것이고, 가사 몰랐다고 하더라도 진지하게 자신의 양심에 비추어 보았더라면 도의감정이나 윤리관념에 어긋난다는 것을 알 수 있었을 것이며, 따라서 위와 같은 오인을 회피할 가능성이 충분히 있었다 할 것이고, 아울러 위 피고인들로서는 위와 같은 상황하에서의 치료행위의 중지가 허용되는 것인지, 규범에 반하는 것은 아닌지 여부에 대하여 스스로 심사숙고하고, 나아가 전문가나 관계기관에의 조회 등을 통하여 충분한 검토를 하였어야 함에도 불구하고, 너무나 경솔하게 독자적인 판단에 따라 의료행위의 중지를 의미하는 퇴원 결정을 한 이상, 위 피고인들이 자신들의 행위가 죄가 되지 아니하는 것으로 오인하였다 하더라도 이는 정당한 이유가 있는 경우라고는 할 수 없다]고 판시하여 정당한 이유를 없다는 입장을 취하고 있다.

② 제2심 법원의 입장 : 제2심법원은 [피고인 乙, 丙의 작위의무에 대한 주장이나, 피해자의 회복가능성이 낮았기 때문에 피고인 乙, 丙의 치료의무가 없었고, 치료의 중단은 위법성조각사유에 해당한다는 주장, 피고인 乙은 피해자의 사망이라는 결과발생방지의무를 가진 보증인적 지위에 있지 않았다는 주장, 작위의무에 대한 착오 및 의무의 충돌 등의 주장은 원심에서 판시한 바와 같이 그 이유가 없다]고 판시하여 원심의 견해를 따르고 있다.

(5) 檢 討

사안을 살펴보면, 첫째, 제1심 판례처럼 위법성인식에 관한 전범률적 규범위반성의 인식설에 의하여 도덕, 윤리, 사회정의나 조리에 반한다는 인식때문에 책임비난을 한다면 형사책임의 범위가 확대될 뿐만 아니라 단순한 사회윤리위반의 인식 때문에 법적 책임인 형사책임을 인정하게 되어 책임주의와도 조화될 수 없으며, 이 설에 따를 때 위법성의 착오란 행위가 반윤리적인 적인데도 윤리적인 것으로 행위자가 오인한 경우를 말한다고 볼 수 있다. 그러나 행위자가 범죄사실을 인식한 경우에는 통상적으로 행위의 반윤리성, 반조리성의 인식이 따를 것이므로 착오의 경우란 거의 있을 수 없고, 항상 고의책임을 묻게 될 것이다(제1심판례의 입장도 이러한 것으로 보인다). 따라서 현재는 자기행위가 전체법질서에서 허용되지 않는다는 것을 인식하는 법질서위반(일반적 위법성)인식설이 통설이다. 여기서 법질서위반의 의미는 법적인 의미에서 형벌법규에 의해서 보호되는 법익을 침해 또는 그 위협성이라는 실질적 위법성을 의미한다. 둘째, 위법성의 판단기준으로 제1심판례는 독일연방법원(BGH)가 따르는 행위자가 그에게 기대된 양심의 긴장이나 법상황에 관한 조회를 하였더라면 위법성을 인식할 수 있었던 경우에는 착오가 회피가능하므로 정당한 이유가 없다는 양심의 긴장설을 들고 있으나, 행위자가 처한 구체적 상황을 토대로 인식에 필요한 주의를 다했는가를 기준으로 판단하는 지적 인식가능설이 타당하다고 본다(통설).

그런데 실제 의사들이 병원에서 근무하다 보면 보호자의 퇴원 요구를 거부하기가 현실적으로 어려울 때가 적지 않다는 점, 진료행위란 의사의 의학적인 판단과 환자·가족과의 합의에 근거해 이루어지는 것으로 자연스럽게 인식돼 온 것이라는 점, 의사에게 책임을 물으려면 보호자의 요구를 거절할 수 있는 법적·제도적 장치가 있어야 하는데 지금은 그런 장치가 없을 뿐만 아니라 의사가 보호자의 요구에 반해 환자를 계속 치료하다 불행한 일이 생기더라도 전적인 책임을 질 필요가 없도록 보장해주는 장치가 없다는 점, 우리나라는 예로부터 집 밖에서 숨지면 객사라고 해서 되도록이면 객사만은 피하려고 하는 것이 일반적인 정서라는 점, 환

자를 입원시키고 퇴원시키는 문제는 의사와 보호자의 합의에 의존할 수 밖에 없었고 그것을 당연한 것처럼 여기게 되는 의료계의 관행이 뿌리내리고 있다는 점, 환자를 계속 치료할 것인지 아니면 퇴원시킬 것인지는 가급적 의사와 보호자의 합의에 따르도록 하고 법이 개입하는 일은 최대한 억제해 나가는 것이 바람직하다는 점, 응급의료에 관한 법률 제6조(응급의료의무)에 따른 계속치료의무를 인정할 수 있는지에 관하여 확립된 판례 및 견해가 그동안 없다는 점 등을 고려할 때 법률의 착오를 인정하는 것이 타당할 것이다.

3. 適法行爲에 대한 期待不可能性

제1심법원은 [환자나 보호자의 치료종결 요구와 의사의 환자에 대한 치료 계속의 의사가 서로 상치되어 의사가 환자를 계속 치료하고자 하는 것에 대하여 환자나 보호자의 현실적이고도 직접적인 위해나 진료의 방해행위가 있거나, 또는 치료의 계속에 따라 과다한 비용이 발생하고 이를 환자나 보호자로부터 지급받을 가능성이 희박한 경우 등에는 의사에게 그 치료를 계속하도록 하는 것을 기대하기 어려운 경우도 있을 수 있다고 할 것이다]라고 보면서도, 보라매병원사건과 관련해서는 i) 피고인 乙, 丙은 검찰에서 “자신이 피고인 甲의 퇴원요구를 거절하더라도 甲이 자신에게 행패를 부리거나 중환자실에 난입하여 강제로 환자를 데리고 갈 것으로까지는 생각하지 않았다.”고 진술하였고, 또한 피고인 丙은 치료비가 없다는 이유로 퇴원을 요구하는 피고인 甲에게 치료비가 없으면 상태가 좋아진 후 병원측 모르게 도망을 가면 될 것 아니냐라는 말까지 한 점 등에 비추어, 피고인 乙, 丙이 피고인 甲의 퇴원 요구에 현실적이고도 직접적인 위협을 느꼈다고 보이지 않는다는 점, ii) 치료비와 형사 처벌 문제 또한 실질적으로 피고인 乙, 丙의 의사결정에 있어 특별한 영향을 미친 것으로 보이지 않는다는 점, iii) 퇴원 요구를 거절하고 치료를 계속하였으나 예후가 좋지 아니하여 환자가 사망할 경우 가족들의 소란 행위와 치료비의 부담이 문제될 수 있다고 하더라도, 이러한 문제는 향후

법적인 조치들을 통하여 대응할 수 있다는 점(의료행위와 관련한 가족들의 소란행위와 치료비의 부담의 문제는 위와 같은 특수한 상황에 한정된 문제는 아니다.) 등을 근거로 적법행위의 기대가능성이 없었다고 할 수 없다는 입장인데, 타당하다고 본다.

Ⅶ. 인턴의사의 刑事責任

1. 問題點

丁은 인턴의 지위로서 전문의인 피고인 乙, 레지던트인 丙의 지시에 따라 그들의 의료행위를 보조하는 역할을 담당할 뿐이지만, 그 지시의 범위 안에서는 그 지시에 따라 자신이 직접 관여하는 구체적 의료행위에 대해서는 환자를 보호해야 할 지위와 의무가 있다. 문제는 丁에 대한 乙과 丙의 의료적 지시가 환자의 생명을 회복 내지 유지시키는데 기여한 것이 아니라 그보다는 오히려 환자의 생명을 종료케 하는데 기여했다는 점에서 과연 丁이 환자의 생명을 유지 내지 회복해야 할 보증인적 지위를 인수한다거나 혹은 부담한다고 볼 수 있는가이다.

2. 인턴 丁의 殺人罪 인정여부에 관한 제1심법원과 제2심법원의 입장

(1) 제1심법원의 입장

제1심판결은 [위 공소사실은 피고인이 환자인 위 피해자의 생명을 보호하여야 할 지위와 의무가 있음에도 불구하고 위 피해자에 대한 의료행위를 중지함으로써 위 피해자를 살해하였는지 여부의 부작위범의 형태로 파악하는 것이 타당하다고 할 것인바, 이 사건에 있어 피고인이 위 피해자의 생명을 보호하기 위하여 치료를 계속하여야 할 지위와 의무가 있는지 여부에 관하여 보건대, 법정에 제출된 증거들에 의하면, 피고인은 의료행위를 보조하면서 수련을 쌓는 인턴의 지위에 있어, 전문의인 상피고인 乙, 레지던트인 상피고인 丙의 지시에 따라 그들의 의료행위를 보조하

는 역할을 담당할 뿐이어서 그 지시에 따라 자신이 직접 관여하는 구체적인 의료행위에 관련하여서는 환자를 보호하여야 할 지위와 의무가 있다고 하겠으나, 더 나아가 중환자인 위 피해자에 대한 의료행위를 계속할 것인지 아니면 중지할 것인지 여부를 자신의 판단에 따라 독자적으로 결정하거나, 그 결정에 관여할 수 있는 지위에 있지는 아니하고, 실제로 이 사건에 있어서도 피고인은 위 피해자에 대한 위 乙, 丙의 의료행위의 중지 결정에 관여하였음을 인정할 아무런 증거도 없다. 그렇다면 피고인으로서 위 의료행위의 중지, 즉 퇴원 결정과 관련하여서는 위 피해자의 생명을 보호하여야 할 지위에 있거나, 이를 방지하여야 할 의무를 가지고 있지는 아니하다고 할 것이고, 따라서 그러한 지위와 의무가 없는 피고인이 상피고인 丙의 지시에 의하여 위 피해자를 집으로 이송하고 엠브와 기관삽관을 제거하였다 하더라도 피고인의 이러한 행위가 부작위에 의한 살인죄의 구성요건에 해당한다거나, 또는 상피고인 乙, 丙의 앞서 본 부작위에 의한 살인죄의 공동정범에 해당한다고 할 수는 없다. 따라서 피고인 丁에 대한 이 사건 공소사실은 범죄의 증거가 없는 경우에 해당하므로 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고한다]고 판시하고 있는데, 이는 丁에게는 피해자의 생명을 보호해야 할 보증인적 지위나 방지할 보증인적 의무가 없다는 입장으로 보인다.

(2) 제2심법원의 입장

제2심법원은 [피고인 丁은 인턴으로서 전문의인 담당의사의 지시에 따라 그의 의료행위를 보조하는 역할을 담당하고 있을 뿐이고, 담당의사인 피고인 乙, 丙의 지시에 따라 피고인 甲의 퇴원절차를 밟기 위한 과정을 도와 인공호흡기 또는 인공호흡보조장치를 제거하였더라도 인공호흡기 등의 제거는 퇴원조치에 따르는 일부 과정에 지나지 않을 뿐 아니라 피고인 丁은 피해자의 퇴원결정에 관여한 바 없으며, 피고인 甲이 회생가능성이 있는 피해자의 인공호흡기를 제거하여 살해하려 한다는 사정을 인식하였다고 보기는 어려우므로 결국 살인죄의 정범으로서의 고의뿐만 아니라 방조범으로서의 고의도 인정할 수 없어 이 부분 공소사실에 대해

무죄를 선고한 원심은 결론에 있어서는 아무런 잘못이 없다]고 판시하여 정범의 고의는 물론 공범의 고의도 부정하고 있다.

(3) 檢 討

먼저 의사 乙과 丙에게 살인의 고의를 인정할 수 없다면 丁에게도 살인의 고의를 인정할 수 없다는 점은 이론이 없을 것이다. 문제는 의사 乙과 丙에게 살인의 고의를 인정하면서(정범의 고의이건, 공범의 고의이건) 丁에게만 이를 부정할 수 있는지 의문이다. 왜냐하면 문제의 핵심은 피해자를 누가 언제 직접적으로 죽였느냐, 혹은 죽게 하였느냐에 있다고 볼 것이므로 피해자 X가 죽은 이유는 乙과 丙의 치료중지결정에 따른 퇴원 조치에 따른 것이지만, 직접적으로는 丁이 피해자에 부착된 인공호흡기를 제거한 행위에 있다는 점을 부인할 수 없다. 더욱이 제2심 법원은 [피고인 丁도 경찰에서 인공호흡보조장치를 제거하면 사망할 것으로 생각하였다고 진술하였고, 피고인 甲에게도 같은 취지로 설명하였던 점 등에 비추어 볼 때 피해자는 퇴원으로 인한 치료중단과 인공호흡장치의 제거로 사망에 이른 것이다]라고 판시하고 있는데, 어떻게 구성요건에 해당되는 것조차 부정할 수 있는지 의문이다. 따라서 丁에서도 살인의 고의를 인정하는 것이 타당하며, 다만 丁은 상사인 乙의 지시에 따라 이러한 행위를 했다고 볼 수 있으므로 정범의 고의보다는 정범의 행위를 돕기 위한 방조의 고의를 인정해야 할 것이다. 이에 대하여 乙과 丙이 유죄라고 볼 경우에 인턴인 丁에 대하여 그가 만약 퇴원수속시 인공호흡장치를 제거하였다면 형법 제33조 본문(진정신분범의 공범과 신분관계)에 따라 살인죄의 공동정범성을 인정할 수도 있다는 견해도 있다.²⁵⁾

3. 違法性阻却事由 내지 責任阻却事由의 認定與否

(1) 違法性阻却事由

丁이 피해자에게 부착된 인공호흡기를 제거한 것은, 그 자신의 독단적

25) 허일태, 전제논문, 235면.

결정에 따른 것이 아니라, 그의 직속상관이 업무상 일환으로 지시한 것을 그대로 실현한 것이다. 따라서 丁의 행위는 상관의 업무상의 지시에 따른 것이므로 형법 제20조에 의한 정당행위에 해당하는지 문제된다. 그런데 상관의 명령에 의한 행위가 正當行爲로서 要件을 갖추기 위해서는 i) 부하의 신분 또는 직무를 감독할 권한이 있는 기관의 명령일 것, ii) 그 명령의 내용이 부하의 직무에 관한 것일 것, iii) 그 명령이 명백한 위법 내지 불법한 행위가 아닐 것 등이 필요하다. 그런데 본 사안에서 환자에 대한 치료를 계속하였다면 살 가능성이 많고 의식적으로 중단하면 그 환자가 죽게 될 때에는 환자에 대한 치료의 중단이라는 의사의 지시는 불법한 것으로 보아야 한다. 따라서 丁의 행위는 형법 제20조의 정당행위에 해당하여 위법성이 조각된다고 볼 수 없다.

(2) 責任阻却事由

수명자가 자신에게 요구된 행위가 범죄에 해당한다는 사실을 인식하지 못했고 그의 지식과 경험수준에 비추어 인식할 수 없었던 경우에는 범죄를 내용으로 하는 명령이더라도 구속력이 있다고 보아야 하므로 수명자의 명령이행행위는 금지착오에 해당되며 그 착오의 회피가능성이 없다고 인정되는 한 책임이 조각된다고 보아야 한다. 반면에 受命者가 命令의 違法함을 알면서도 부득이 이를 행한 경우에는 기대불가능성에 기초한 초법규적 책임조각사유로 보는 것이 타당하다(통설). 그런데 사안에서 인턴의 지위는 아직 실습생으로서의 지위에 있을 뿐만 아니라 의료행위의 성질상 전문의에게 상명하복의 관계에 있음을 부인할 수 없다. 따라서 상관의 지시와 그 결정에 따른 행위는 기대불가능성에 입각한 책임조각을 인정하는 것이 타당하다고 본다.

Ⅷ. 結 論

법률가의 입장에서 의료현장의 현실을 외면하고 문제를 너무 이상주의적이며 규범주의적으로만 접근하여 윤리의 과부하를 요구하는 것도, 의료

인의 입장에서 집단이기주의에 사로잡혀 치료의무를 단순히 윤리적 의무로 격하시키는 것도 너무 극단적인 방법론적 접근이라고 본다. 다만 오늘날 의료현실의 변화에 따라 의료행위에 있어서 의사가 환자의 생명과 건강을 위한 주재자의 위치에서 환자에게 자기결정을 위한 정보를 제공하고 동의를 받아 적절한 치료를 해야하는 계약관계적 측면이 강조되어 가고 있고, 우리나라의 경우 환자가 개인이 아닌 가족의 일원으로서 의료현장에서 의료행위를 결정함에 있어서 때때로 보호자가 환자의 의사를 대신하는 것을 자연스럽게 받아들이는 현실에서 의료인 개인에게 무한정한 책임만을 강조할 수 없는 측면이 있는 것을 부정할 수는 없을 것이다.

이러한 점을 고려하더라도 보라매병원사건에서, 피해자의 처의 행위는 피해자의 사망이라는 결과발생을 향하여 적극적인 요구와 요청이라는 외부적 행위가 있었으므로 이는 작위에 의한 살인죄의 교사범으로 평가되어야 한다. 왜냐하면 피해자의 처의 퇴원요구라는 작위는 스스로 피해자의 사망이라는 결과를 용인 또는 의욕할 의사를 품고 있지 않는 의사들로 하여금 퇴원결정 및 퇴원조치를 취하게 함으로써 그러한 내심적 의사를 품게 만든 교사행위로서의 성질을 가지기 때문이다. 반면에 퇴원요구에 응하여 퇴원조치를 취한 의사들의 행위는 처음에는 스스로 피해자의 사망이라는 결과를 의욕 또는 용인할 의사가 없었으나 교사자의 요구에 따라 그러한 의사를 가지게 되었다는 점이 인정될 경우에는 행위지배설의 관점에서 정범의 고의를 인정하는 것이 타당하며, 이러한 사실을 인정할 수 없는 경우에는 공범(방조)의 고의도 부정하는 것이 타당할 것이다. 그리고 설령 정범의 고의를 인정하더라도 특별한 사정이 없는 한, 위법성의 착오를 인정하여 정당한 이유를 긍정하는 쪽으로 해석하는 것이 바람직하다고 본다. 그리고 인턴인 丁의 행위는 의사 乙과 丙의 살인고의가 인정되더라도, 이에 대한 방조로서의 고의를 인정하는 것이 타당하며, 다만 기대불가능성에 입각하여 책임을 조각해야 할 것이다.