

보라매병원사건에 관한 대법원판결의 평가와 의미

신 현 호*

I. 법원의 판단	2. 고의성 여부
1. 사건개요	3. 작위성 여부
2. 법원의 판단	4. 정범성 여부
II. 평 석	5. 결 론
1. 문제의 제기	

I. 법원의 판단

1. 사건개요

P는 피해자 K의 처이고, A는 H병원 신경외과 전담의사, B는 주치의, C는 수련의이다.

1997. 12. 4. 14:30경 K가 서울 금천구 독산본동에서 술에 취한 채 화장실을 가다가 중심을 잃어 기둥에 머리를 부딪치고 시멘트 바닥에 넘어지면서 머리를 충격하여 경막외 출혈상을 입어 H병원으로 응급후송되자, 같은 날 18:05~다음날 03:00경까지 A의 집도와 B 등의 보조로 경막외 출혈로 인한 혈종제거수술을 받은 후, 중환자실로 옮겨져 계속 치료를 받았다. 위 혈종 제거 수술이 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

*변호사

뇌부종으로 자가호흡을 하기 어려운 상태에 있어 인공호흡을 위한 산소호흡기를 부착한 채 계속 치료를 받아야 했다. 그러던 중 P는 처로서 계속적인 치료를 통하여 위 피해자의 생명을 보호하여야 할 의무가 있음에도 불구하고 여러 이유로 사망하는 것이 낫겠다고 생각한 나머지, A, B로부터 인공호흡장치가 없다면 사망하게 된다는 사실을 설명 들어 알게 되었음에도 치료를 중단하고 퇴원시키는 방법으로 K를 살해할 것을 마음 먹고, 같은 달 5. 14:20경과 18:00경 두 차례에 걸쳐 주치의인 B에게 “도저히 더 이상의 추가치료비를 부담할 능력이 없다”는 이유로 퇴원시켜달라고 요구하였다. A, B로서는 치료를 중단하고 퇴원시킬 경우 사망하게 된다는 사실을 알고 있었으므로 계속적으로 치료를 함으로써 생명을 보호하여야 할 의무가 있었음에도 불구하고, P의 퇴원요구를 받아들여 퇴원을 허락하였다.

K는 집으로 옮겨져 같은 날 14:20경 인공호흡 보조장치가 제거되고, 뇌간압박에 의한 호흡곤란으로 사망하였다.

2. 법원의 판단

가. 1심 법원

-부작위에 의한 살인죄 공동정범인정

위 사건에 대하여 서울지법 남부지원¹⁾은 ‘...’ 의사의 의료행위는 원칙적으로 환자의 자기결정권에 따른 승낙이 있어야만 정당성을 갖는 합법행위가 되는 것이므로, 의사로서는 의료행위의 시작에 있어서는 물론이고, 종료에 있어서도 환자의 자기결정권을 최대한 존중하여야 하는 것이다. A, B는 의사로서 K에 대한 관계에 있어 직접적으로 그의 생명을 보호하여야 할 지위와 의무를 갖게 되었다. 환자가 자기결정권에 기하여 의료행위의 계속을 원하지 아니하는 경우, 원칙적으로 의사가 환자를 보호하여야 할 지위나 의무가 종료 내지 배제되어 더 이상 의료행위를 계속할 필요가 없게 된다 할 것이나, 의료행위의 중지가 곧바로 환자의 사망

1) 서울지법 남부지원 1998. 5. 15. 선고 98고합9 판결

이라는 중대한 결과를 초래하는 경우에 있어서는 환자의 생명을 보호할 의무가 우선하여 환자의 퇴원 요구에도 불구하고 환자를 보호하여야 할 지위나 의무가 종료되지는 아니한다. 의료행위의 중지가 곧바로 환자의 사망이라는 결과를 초래하는 경우 부작용에 의한 살인이라는 결과에 이를 수 있다... 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 A의 법정에서의 진술에 의하더라도 문헌상 K와 같은 정도의 혼수척도인 두부 손상 환자의 경우 식물인간이 될 확률이 27%인 반면 회복가능성의 확률은 73%에 이른다는 것이고, B도 검찰에서 “합병증의 발생하지 않은 경우 위 K의 생존가능성은 80%가량 되었고 퇴원하기까지 내과적인 합병증은 있었으나 곧 바로 사망할 정도는 아니었다.”고 진술하였다. K는 계속적으로 치료를 받을 경우 회복될 가능성이 많았던 경우이므로, 환자의 회복가능성의 측면에 있어서도 치료중지행위는 의료행위의 중지에 있어서 요구되는 법적 허용요건을 충족하지 못한 것이라 할 것이다.’고 하여 부작용에 의한 살인죄를 인정하였다.

나. 항소심판결

-P : 부작용에 의한 살인정범, A등 : 작위에 의한 살인죄 방조범인정

서울고법²⁾은 ‘... A, B 등의 범행동기, 범행에 이르게 된 경위, 범행방법, 퇴원 당시 K의 상태와 사망의 결과발생가능성 등 범행 전후의 객관적인 사정 및 이에 대한 A, B의 인식 등을 종합하여 보면, P는 K를 퇴원시켜 치료를 중단하고, 인공호흡장치를 제거할 경우 사망에 이르게 된다는 사정을 인식하였고, 이를 실현시키려는 의지도 있었음을 충분히 인정할 수 있지만, A, B는, K에 대한 장시간의 수술을 통하여 K를 회생시켜 놓은 뒤 보호자인 P에게 수차례에 걸쳐 치료를 계속 받도록 설득하였고, 치료비를 부담할 능력이 없으면 도망가라고까지 이야기했던 점, A, B에게 특별히 범행 동기가 될 만한 사정이 없고, 오히려 K를 회생시켜 놓은 의사

2) 서울고법 2002. 2. 7 선고 98노1310 판결

가 그 사망을 의욕 또는 용인한다는 것은 이례적인 점, A, B로서는 K로부터 인공호흡장치를 제거할 경우 호흡곤란으로 바로 사망할 가능성이 있다는 점과 P가 치료비문제로 퇴원을 요구하고 있어 K에 대한 보호의사와 능력이 없었던 점을 알고는 있었지만 K의 호전을 확신할 수는 없는 상태에서 보호자의 퇴원요구를 거절하기 어려워 K가 사망할 경우 보호자가 책임진다는 각서를 받고 퇴원절차에 협조했던 점 등에 비추어 볼 때 K의 퇴원으로 장래의 치료행위가 중단된 결과가 초래되었지만 A, B가 스스로 K에 대한 장래의 치료를 중단함으로써 K의 사망을 의욕 또는 용인하였다고 보기 어려워 결국 이 사건 범행은 P가 정범의 고의를 가지고 K를 퇴원시켜 치료를 중단하게 함으로써 인공호흡기 또는 인공호흡 보조장치를 제거하여 사망에 이르게 한 것이고, A, B에게는 정범의 고의를 인정할 수 없고, 따라서 P와 일체가 되어 그 퇴원요구를 이용하여 K를 퇴원시켜 치료를 중단하고, 인공호흡 보조장치를 제거함으로써 K를 살해하기 위한 자기의 의사를 실행에 옮겼다고 평가할 수 없고, 다만 방조범의 방조행위는 정범이 범행을 한다는 점을 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, A, B는 정범인 P가 K를 퇴원시켜 치료행위를 중단하고 인공호흡기 또는 인공호흡 보조장치를 제거하여 사망에 이르게 하는 행위를 인식하고 이에 협조한 점에 비추어 볼 때 방조행위로 인정할 수 있을 뿐이다!고 하였다.

다. 대법원

- 항소 기각

(1) 검찰의 상고이유

검찰은 '... 살인죄에 있어서의 고의는 반드시 살해의 목적이나 계획적인 살해의 의도가 있어야 하는 것은 아니고 자기의 행위로 인하여 타인의 사망의 결과를 발생시킬 만한 가능 또는 위험이 있음을 인식하거나 예견하면 족한 것으로 그 인식 또는 예견은 확정적인 것은 물론 불확정적인 것이더라도 소위 미필적 고의로서 살인의 범의가 인정되는 것인바 (대법원 2003. 4. 25. 선고 2003도 949 판결 등 참조), 기록에 의하면, K

는 경막외 출혈상을 입고 9시간 동안 두개골 절제술 및 혈종 제거술을 받은 후 중환자실로 옮겨져 인공호흡기를 부착한 상태로 계속 합병증 및 후유증에 대한 치료를 받고 있었는데 그로부터 불과 하루 남짓이 경과한 상태에서 K에게서 인공호흡기를 제거하는 등 치료를 중단하는 경우 중국에는 사망할 가능성 내지 위험성이 있음이 예견되었고, 피고인들 또한 담당 전문의와 주치의로서 이러한 사실을 인식하고 있었는데, 이러한 점에 비추어 보면 피고인들이 비록 P의 요청에 의하여 마지못해 치료를 중단하였다고 하더라도 그 당시 K의 사망이라는 결과 발생에 대한 미필적 인식 내지 예견마저 없었다고 보기는 어려우므로, 피고인들에게 정범의 고의가 없다고 본 원심의 판단은 잘못된 것이다.'고 하여 상고하였다.

(2) 판시

이에 대하여 대법원은 '... 형법 제30조의 공동정범이 성립하기 위하여는 주관적 요건인 공동가공의 의사와 객관적 요건으로서 그 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통하여 범죄를 실행하였을 것이 필요하고, 여기서 공동가공의 의사란 타인의 범행을 인식하면서도 이를 제지함이 없이 용인하는 것만으로는 부족하고 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 실행에 옮기는 것을 내용으로 하는 것이어야 하는바(대법원 2003. 3. 28. 선고 2002도 7477 판결 등 참조), 기록에 의하여 드러난 사정들, 즉, A, B들이 P의 퇴원 조치 요구를 극구 거절하고, 나아가 꼭 퇴원을 하고 싶으면 차라리 데리고 몰래 도망치라고까지 말하였던 점, 퇴원 당시 K는 인공호흡 조절수보다 자가호흡수가 많았으므로 일단 자발호흡이 가능하였던 것으로 보이고, 수축기 혈압도 150/80으로 당장의 생명유지에 지장은 없었던 것으로 보이는 점, K의 동맥혈 가스 분석 등에 기초한 폐의 환기기능을 고려할 때 인공호흡기의 제거나 산소 공급의 중단이 즉각적인 호흡기능의 정지를 유발할 가능성이 적었을 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, A, B들은 P의 강청에 못 이겨 퇴원에 필요한 조치를 취하기는 하였으나, 당시 인공호흡장치의 제거만으로 즉시 사망의 결과가 발생할 것으로 생각하지는 아니하였던 것으로 보이고(P가 실제로 인공호흡장치를 제거한지 5분 정도 후에 사망하였다는 것만으로 그러한 결과가

사전에 당연히 예견되는 것이었다고 단정하기는 어렵다), 결국 A, B들이 이 사건 범행은, K의 담당의사로서 퇴원을 허용하는 행위를 통하여 K의 생사를, 민법상 부양의무자요 제1차적 보증인의 지위에 있는 P의 추후 의무 이행 여부에 맡긴데 불과한 것이라 하겠고 그 후 K의 사망이라는 결과나 그에 이르는 사태에 핵심적 경과를 A, B들이 계획적으로 조종하거나 조치-촉진하는 등으로 지배하고 있었다고 보기는 어렵다. 따라서 A, B에게는 공동정범의 객관적 요건인 이른바 기능적 행위지배가 흠결되어 있다고 보는 것이 옳다.'고 하였다.

II. 평 석

1. 문제의 제기

이건은 의사 A, B의 행위에 대하여 ① 고의성 여부, ② 부작위성 여부, ③ 정범성 여부 등 3가지 논점에서 살피도록 하겠다.

2. 고의성 여부

- 정범의 고의인가, 방조범의 고의인가?

가. 고의의 개념

범죄의 성립에는 주관적 요건, 즉, 고의가 있어야 한다.

고의란 결과발생에 대한 인식을 말하며, 확정적 고의와 미필적 고의로 나눈다. 확정적 고의란 구성요건적 결과의 실현을 행위자가 인식하였거나 예견하였을 경우를 의미한다.

대법원은 '... 살인죄의 범의는 자기의 행위로 인하여 피해자가 사망할 수도 있다는 사실을 인식·예견하는 것으로 족하고 피해자의 사망을 희망하거나 목적으로 할 필요는 없고, 또 확정적인 고의가 아닌 미필적 고의로도 족한 것이다.'³⁾ 또는 '... 강도살인죄에 있어서의 살인의 범의는

3) 대법원 1994. 12. 22. 선고 94도2511판결

반드시 살해의 목적이나 계획적인 살해의 의도가 있어야 인정되는 것은 아니고, 자기의 행위로 인하여 타인의 사망의 결과를 발생시킬 만한 가능 또는 위험이 있음을 인식하거나 예견하면 족한 것이고 그 인식이나 예견은 확정적인 것은 물론 불확정적인 것이라도 이른바 미필적 고의로 인정된다.” 고 같은 취지로 판시하고 있다.

미필적 고의란 구성요건적 결과발생을 확실하게 인식한 것이 아니라 그 가능성을 예견하고 행위한 경우를 의미한다.

대법원은 ‘... 미필적 고의라 함은 결과의 발생이 불확실한 경우 즉 행위자에 있어서 그 결과발생에 대한 확실한 예견은 없으나 그 가능성은 인정하는 것으로, 이러한 미필적 고의가 있었다고 하려면 결과발생의 가능성에 대한 인식이 있음은 물론 나아가 결과발생을 용인하는 내심의 의사가 있음을 요한다.’⁴⁾ 고 하였고, 또 다른 사건에서 ‘... 신빙성이 있는 “사고장소에서 무엇인가 딱딱한 물체를 충돌한 느낌을 받았다”는 피고인의 제1심 법정에서의 진술에 비추어 피고인에게는 미필적으로나마 사고의 발생사실을 알고 도주할 의사가 있었음을 인정할 수 있다.’⁵⁾ 고 판시하였다.

나. 미필적 고의와 인식 있는 과실의 구별

중요한 것은 실무상 미필적 고의와 인식 있는 과실의 구별문제이다.

인식 있는 과실이란 행위자가 구성요건실현을 단순히 가능한 것으로 인식하였으나 그 결과발생의 위험을 감수하겠다는 의사가 전혀 없이 도리어 아무 일 없을 것이라고 신뢰한 경우를 말한다.

미필적 고의에 과연 의적 요소가 반드시 필요한가? 필요하다면 어느 정도로 그것을 요하는가가 논란의 대상이 되어왔다. 고의의 본질에 관하여 의사설·인식설·절충설 등 여러 학설이 있다.⁶⁾

(1) 의사설의 입장

의사설로는 용인설, 무관심설 등이 있다.

4) 대법원 2002. 2. 8. 선고 2001도6425판결

5) 대법원 2004. 2. 27. 선고 2003도7507판결

6) 대법원 2000. 3. 28. 선고 99도5023판결

7) 김일수, 고의의 종류, 법률신문 1687호, 1987.6.15

용인설은 행위자가 발생가능한 것으로 예견한 결과를 내심으로 용인한 때에 미필적 고의가 인정된다는 이론이다. 여기서 용인이란 행위자가 결과 발생을 내심으로 승낙하며, 그것을 기꺼이 받아들이는 정서적 태도를 말한다. 행위자가 결과발생을 내심으로 거절하거나 그 발생을 희망하지 않은 때에는 미필적 고의가 인정될 수 없고 인식 있는 과실이 고려될 뿐이다.

예를 들어 횡단보도에 사람이 걸어가고 있다. 운전자가 보행인에 대하여 '내 차의 진행으로 보행인이 다칠 지도 모르겠다. 그러나 피하지 않아 다쳐도 상관하지 않겠다.'고 결과발생을 용인하고 있었다면 미필적 고의에 의한 살인(미수)이 성립된다. 그러나 운전자가 '설마 피하겠지'하고 결과발생을 부인하고 진행한 경우에는 인식 있는 과실(업무상과실치사상)로 처벌된다.

대법원은 미필적 고의의 개념을 '결과의 발생이 불확실한 경우, 즉 행위자에 있어서 결과발생에 대한 확실한 예견은 없으나 그 가능성은 인정하는 것으로, 이러한 미필적 고의가 있었다고 하려면 결과발생의 가능성에 대한 인식이 있음은 물론 나아가 결과발생을 용인하려는 내심의 의사가 있음을 요한다.'고 하여 용인설의 입장을 취하고 있다.⁸⁾ 여기서 용인이라고 함은 결과를 목표로 의욕한 것은 아니지만 행위의 부수결과로 동의한 것을 의미한 것이라고 본다. 대법원과 다수설이다.

용인설에 대하여 용인이라는 심리적 상태는 객관화할 수 없고, 주관적 구성요건 요소로서의 고의와 책임형식으로서의 고의를 혼동할 위험이 있기 때문에 미필적 고의의 성립에는 인용설보다 더 엄격한 의미에서 보호법익에 대한 무관심이 있어야 한다고 하면서 K. Engisch가 무관심설을 주장하였다. 무관심설은 행위자가 단순한 가능성이 있다고 생각한 부수효과를 긍정적으로 시인하거나 무관심한 태도로 수락한 경우에 미필적 고의가 인정되고 반면 그러한 부수효과를 바라지 않거나 그것이 발생하지 않기를 희망한 경우에는 미필적 고의가 인정되지 않는다는 견해이다. 고의는 과실보다 더 무거운 책임형식이므로 단순한 용인론은 부족하고 적어도 결과발생에 대한 가차 없는 무관심적 심정반가치가 있어야 높은 비난

8) 대법원 1987. 2. 10. 선고 86도2338 판결

의 근거되는 미필적 고의가 인정될 수 있다는 것이다. 그러나 이 견해도 무관심이 결여된 경우 언제나 고의가 배제된다고 하는 점에서 비판을 받고 있다.

(2) 인식설의 입장

인식설로는 가능성설, 개연성설 등이 있다.

가능성설은 행위자가 결과발생을 구체적으로 가능하다고 인식하였음에도 불구하고 행위한 경우 미필적 고의가 인정된다는 이론이고, 개연성설은 행위자가 결과발생의 개연성을 인식한 때에는 미필적 고의가 성립하고 단순한 가능성을 인식한 때에는 인식 있는 과실이 성립한다는 견해이다.

그러나 인식설을 철저히 할 때에는 인식있는 과실이 고의에 포함되어 고의의 범위가 지나치게 확대될 위험이 있다는 비판을 받고 있다.⁹⁾

(3) 절충설의 입장

절충설로는 회피설, 신중설, 결정설, 감수설 등이 있다.

회피설은 행위자가 결과발생의 가능성을 인식하였음에도 그 결과회피를 위한 조중의사, 즉 회피의사가 없었을 때 미필적 고의가 되고, 반면 행위자가 행위시에 가능하다고 생각한 부수적 효과가 발생하지 않도록 회피의사를 가동한때 인식 있는 과실이 된다는 견해이다. 신중설은 신중과 경솔을 개념적으로 구별하고 행위자가 결과발생을 신중하게 고려했음에도 행위를 하였다면 미필적 고의, 행위자가 결과발생의 가능성을 알았으나 그것을 경솔하게 생각하고 행위한 경우에는 인식 있는 과실이 된다는 것이다. 결정설은 고의의 본질을 범행계획의 실현이라고 보고 미필적 고의는 「가능한 범의침해에 대한 행위자의 결정」이라는 견해이다. 즉, 행위자의 심정이나 정서에 따라 구별할 것이 아니라 가능한 범의침해 그 자체에 대한 행위자의 결정이 있었느냐에 따라 판단해야 한다는 것이다. 감수설은 고의의 본질을 知的 요소와 意志的 요소의 통합으로서 '객관적 행위상황을 인식하고 구성요건을 실현하려는 의지'라고 한다.¹⁰⁾

그러나 절충설 역시 결정기준에 대한 객관성에 비판을 받고 있다.

9) 이재상, 형법총론, 박영사, 143쪽, 1996.

10) 이재상, 위 책, 143쪽

다. 소결

이건에서는 어느 설에 의하더라도 미필적 고의가 인정된다. 즉, A, B는 K가 당장 퇴원하면 사망한다는 인식을 분명히 가지고 있었기 때문이다. 대법원의 일관된 태도가 '살인죄의 범의는 자기의 행위로 인하여 피해자가 사망할 수도 있다는 사실을 인식·예견하는 것으로 족하다'고 한 것에 비추어 이건에서도 살인의 고의가 충분히 인정된다.

이에 대하여 이건 판결에서 대법원은 'K의 퇴원으로 장래의 치료행위가 중단된 결과가 초래되었지만 A, B가 스스로 K에 대한 장래의 치료를 중단함으로써 K의 사망을 의욕 또는 용인하였다고 보기 어려워 결국 이 사건 범행은 P가 정범의 고의를 가지고 K를 퇴원시켜 치료를 중단하게 함으로써 인공호흡기 또는 인공호흡보조장치를 제거하여 사망에 이르게 한 것이고, A, B에게는 정범의 고의를 인정할 수 없다'고 한 부분은 이해하기 어렵다.

만약 대법원의 판시처럼 A, B가 K의 사망이라는 결과발생에 대한 확실한 예견이 되지 않은 상태에서 K의 사망을 의욕 또는 용인하였다고 보기 어렵다'고 한다면 살인죄의 방조범으로 인정할 것이 아니라 미필적 고의조차 없었으므로 『과실범』으로 처벌하는 것이 옳다고 본다. 대법원은 '... 당시 인공호흡장치의 제거만으로 즉시 사망의 결과가 발생할 것으로 생각하지는 아니하였던 것으로 보이고(K가 실제로 인공호흡장치를 제거한지 5분 정도 후에 사망하였다는 것만으로 그러한 결과가 사전에 당연히 예견되는 것이었다고 단정하기는 어렵다), 결국 A, B의 이 사건 범행은, K의 담당의사로서 K의 퇴원을 허용하는 행위를 통하여 K의 생사를, 민법상 부양의무자요 제1차적 보증인의 지위에 있는 P의 추후 의무 이행 여부에 맡긴데 불과한 것이라 하겠고 그 후 K의 사망이라는 결과나 그에 이르는 사태에 핵심적 경과를 A, B가 계획적으로 조종하거나 조치-촉진하는 등으로 지배하고 있었다고 보기는 어렵다.'고 판시한 내용을 그대로 받아들인다면 미필적으로라도 살인의 고의가 없었으므로 살인죄에 있어서는 무죄가 선고되는 것이 논리적이었다.

3. 작위성 여부

- 작위범인가, 부작위범인가?

가. 법원판결의 차이

(1) 1심법원

1심법원은 ‘… 위 공소사실은 C가 인공호흡보조장치인 엠브와 기관에 삽입된 관을 제거함으로써 피해자를 살해하였다는 작위범의 형태로 기소되었으나, K는 자가호흡을 하기 어려운 상태에 있어 인공호흡장치를 부착한 채 치료를 받고 있었고, 그 사망의 원인 또한 인공호흡장치의 제거에 따른 뇌간 압박에 의한 호흡곤란이며, 한편 C가 상피고인 A, B의 치료행위의 중지, 즉 퇴원결정에 따라 퇴원하는 K와 함께 K의 집으로 가서 수동으로 작동하던 엠브와 기관삽관을 제거하였다 하더라도, 엠브의 작동은 의사인 C가 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 C가 환자인 K의 생명을 보호하여야 할 지위와 의무가 있음에도 불구하고 K에 대한 의료행위를 중지함으로써 K를 살해하였는지 여부의 부작위범의 형태로 파악하는 것이 타당하다…’고 하여, 의사 A, B의 행위에 대하여 부작위범으로 의율하였다.

(2) 항소심

서울고법은 ‘… 퇴원결정과 치료행위의 중단은 한 개의 사실관계의 양면으로 상호 결합되어 있는 것인데 A, B의 의사(意思)의 관점에서 볼 때 피해자 K가 퇴원하게 되어 치료를 중단하게 된 것이지 치료를 중단할 의사가 있었기 때문에 퇴원결정과 퇴원조치를 취한 것이 아니라 할 것이어서 A, B에 대한 비난은 A, B가 적극적으로 치료행위를 중단한 점에 있다 기보다는 P의 퇴원요청을 받아들여 퇴원조치를 한 점에 집중되어야 할 것이고, A, B의 치료중단이라고 하는 부작위의 측면에서 보더라도 작위에 의한 살인이라고 하는 법익침해와 동등한 형법적 가치가 있는 것이어서 A, B의 행위를 살인범죄의 실행행위로 평가될 만한 것이라 보기는 어렵고, 한편 A, B의 구성요건적 고의는 구성요건해당성을 인식하고 이를

실현시키려는 의지로서 그 실현의지를 인정하기 위해서는 적어도 결과발생을 용인하는 내심의 의사가 있어야 하는 것인데 A, B는 P가 K를 퇴원시켜 사망케 한다는 사정을 인식하고 있었지만 그 결과발생을 용인하는 내심의 의사가 있다고 볼 수 없어 살인죄의 정범으로서의 고의를 부정하고 방조범으로 인정하는 점에 비추어 볼 때 A, B의 행위는 부작위에 의한 살해행위가 아니라 P가 K에 대한 치료를 중단시켜 살해하는 행위에 대하여 K에 대한 퇴원조치를 함으로써 그 실행을 용이하게 한 작위의 방조행위로 봄이 상당하다...'라고 하여 작위범으로 인정하였다.

(3) 대법원

대법원은 검찰의 상고에 대하여 별다른 실시 없이 '... A, B가 P의 부작위에 의한 살인행위를 용이하게 함으로써 이를 방조하였을 뿐이라고 본 원심의 판단은 결론에 있어 정당하고, 거기에 판결결과에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.'고 하면서 검사의 상고를 기각하였다.

나. 작위범과 부진정 부작위범

(1) 문제의 제기

형법 제18조는 '위험의 발생을 방지할 의무가 있거나 자기의 행위로 인하여 위험발생의 원인을 야기한 자가 그 위험발생을 방지하지 아니한 때에는 그 발생한 경과에 의하여 처벌한다.'고 규정함으로써 일정한 작위의무자의 부작위만이 작위범의 구성요건을 충족할 수 있음을 설명하고 있다.¹¹⁾

1심법원은 P와 A, B가 공동정범의 관계에 있다고 보면서 양측의 행위에 동등한 무게를 실었지만 2심법원은 P가 1차적 보증인적 지위에 있는 자로서 살해행위를 주도하는 「정범자」의 실행행위라고 보았다.¹²⁾ 그에 따라 퇴

11) 장영민, 부진정부작위범의 성립요건, 형사판례연구 39쪽

12) 이상돈은 '보호자의 퇴원요구가 있고, 그에 따라 퇴원수속까지 밟았다면 의사는 더 이상 이와 같은 관리의무를 부담하지 않게 된다고 보아야 한다'고 하여 이견에서 의사의 보증인적 지위를 부정하고 있다(이상돈, 의료형법, 법문사, 1998, 239쪽 참조), 그러나 의사에게는 생명유지의무가 있기 때문에 진료계약이 해지되었다고 하더라도 환자의 신체·생명의 안전을 확보하는데 필요한 범위에서 진료계속의무가 있다고 풀이해야 할 것이다(신현호, 의료소송총론, 육법사, 1997, 155쪽). 장영민은 진료계약은 종료된다고 하여도 '응급환자에 대하여 치료를 시작함으로써 이른바 환자의 인수에 따른 치료의무가 형법상 존재하게 된다'고 하여 민형사상 책임을 나누어 보고 있다(장영민, Medical Ethics : informed consent를 중심으로, 사망과 환자의 의사결정권).

원조치 및 치료중단조치를 취한 A, B의 행위는 정범자의 실행행위를 용이하게 하는 「방조행위」로 격하시켰다. 그리고 이러한 전제하에서 의사들의 방조행위를 '부작위'가 아니라 '작위'라고 보는 태도를 취하였다.

이하에서는 작위와 부작위의 구별실익이나 이유가 있는지에 대하여 살펴 피도록 하겠다.

(2) 작위범을 인정한 이유

결론적으로 이건에서 A, B의 행위는 결과발생을 방지하여야 할 의무가 있음에도 이러한 조치를 취하지 않은 행위로서 전형적인 부진정 부작위 범으로 보아야 한다는 것이다. 대법원은 P에 대하여 'K의 민법상 부양의 무자요 제1차적 보증인의 지위에 있다.'고 판시하였지만, 이에 동의하기 어렵다. 이건에서 1차적 생명유지의무자는 의사들이기 때문이다.

이에 대하여 김성돈교수도 '첫째, P의 퇴원요구 그 자체는 치료중단사실의 전제로서의 의미만을 가진다. 둘째, 형법적으로 볼 때 퇴원요구보다 중요한 의미 있는 행위는 위험발생을 방지하기 위한 조치를 취하지 않은 점에 있다. 셋째, 따라서 퇴원을 요구한 뒤 K의 사망이라는 일련의 과정에서 P의 행위의 의미 있는 중점은 결과방지조치를 취하지 않은 소극적 태도로서의 부작위로 평가해야 한다.'고 한다.¹³⁾

대법원은 '... C는 1년차 수련의로서 퇴원결정에 관여한 바 없고, A, B 등의 지시에 따라 K의 퇴원절차를 밟기 위한 과정을 도와 인공호흡기 또는 인공호흡 보조장치를 제거하였더라도 인공호흡기 등의 제거는 퇴원조치에 따르는 일부 과정에 지나지 않아...'라고 하여 1심과 달리 퇴원허가라는 적극적 행위(작위)에 대한 책임을 인정하였다. 즉, 대법원은 첫째, 의사들의 행위에는 퇴원조치와 치료중단조치라는 두 개의 면이 복합적으로 결합되어 있고, 둘째, 이 가운데 치료중단은 부작위이고 퇴원조치를 취한 행위는 작위이고, 셋째, 치료중단이라는 부작위는 작위에 의한 살인과 동가치한 범익침해가 아니기 때문에 살인죄의 구성요건적 부작위가 될 수 없고, 넷째, 따라서 형법적 비난의 중점은 치료중단이라는 부작위 보다는 퇴원요구에 응해 퇴원조치를 취한 작위에 있다고 평가되어야 한

13) 김성돈, 세칭 보라매병원사건에 대한 1심법원판결과 2심법원판결의 비교·분석, 법조 2003. 4.(통권559호), 76쪽

다는 원심을 그대로 지지하고 있다.

그러나 이건의 중점은 치료중단으로 인한 사망이다. 퇴원요구나 퇴원허가는 치료중단의 한 과정에 불과하다. 1심과 대법원은 A, B의 행위에 나타난 비난의 중점에 대하여 치료중단한 부작위와 퇴원조치를 취한 작위로 나뉘고 있으나, 이는 규범적인 평가에서는 큰 구별실익이 없다. 법적 비난은 퇴원요구에 응할 수밖에 없어서 퇴원조치를 취한 행위(작위)에 있다고 하기보다는 계속 치료할 의무를 가진 자가 퇴원요구에 응하여 치료를 중단한 행위(부작위)에 있고, 이로 인하여 사망에 이르게 되었다는 점이다. 퇴원조치를 취하는 사실 그 자체는 철저하게 중립적인 사실이다. 퇴원조치라는 환자가 회복된 경우에도 내려질 수도 있는 것이기 때문에 퇴원 조치 그 자체 보다는 계속 치료해야 할 자에 대한 치료중단, 즉 부작위에 대해 그 비난이 집중되는 것이라고 말해야 할 것이다.¹⁴⁾

다. 소결

따라서 대법원이 퇴원조치를 취한 결과가 치료가 중단된 것이라고 말하는 것은 의사들의 행위를 작위라고 보려는 단순한 주장을 현란한 말솜씨로 포장한 것에 지나지 않는다는 견해에 귀를 기울일 필요가 있다.¹⁵⁾ 퇴원조치라는 작위에 중점을 둔 것은 사건을 전체적으로 관찰할 때 보다 큰 무게 중심을 퇴원조치를 취하도록 영향을 미친 P를 사건의 중심인물(주범)로 파악하기 위한 사전포석으로 보여 진다. 이러한 전제하에서 대법원은 의사들의 퇴원조치가 살해하기 위한 의사를 가지고 퇴원을 요구하는 행위(부작위)의 실행을 용이하게 하는 방조행위(작위)라고 판단하였다.

규범적인 평가에서 의사의 행위가 치료중단이라는 법적인 비난이고, 이러한 법적인 비난은 방조형태로 행해졌다고 하여도 마찬가지이다. 만약 대법원이 살인죄의 방조범으로 인정하기 위하여 '치료중단'이 아니라 '퇴원조치'라는 행위를 비난하였다면 이는 논리적으로 큰 문제가 있다고 생각한다.

14) 김성돈, 위 논문 80쪽 이하

15) 김성돈, 위 논문 82쪽

4. 정범성 여부

- 정범인가, 방조범인가?
- 단독범인가, 공동정범인가?

가. 정범

(1) 개념

(가) 범조문

형법 제30조는 '2인 이상이 공동하여 죄를 범한 때에는 각자를 그 죄의 정범으로 처벌한다.'고 규정하고 있고, 제31조는 교사범을, 제32조는 방조범을 각각 규정하고 있다.

하나의 범죄를 단독으로 실행하는 것을 단독범이라고 함에 반하여, 두 사람 이상이 협력하여 실행하는 것을 통상 범죄참가형태라고 한다. 범죄참가형태에는 정범과 공범이 모두 포함되는데, 범죄를 스스로 실행하고 불법구성요건의 주관적 요소와 객관적 요소를 충족시킬 경우 정범이라 한다. 형법은 총칙 제2장 제3절에서 공범이라는 제목으로 공동정범·교사범·종범 및 간접정범을 규정하고 있으며, 이를 광의의 공범이라고 한다.

정범에 관한 학설로서는 객관설, 주관설, 행위지배설 등이 있다. 행위지배설이 판례, 통설입장이며, 사태의 핵심형상을 계획적으로 조종하거나 공동형성하는 행위지배를 통하여 그의 의사에 따라서 구성요건의 실현을 저지하거나 진행하게 할 수 있는 자가 정범, 자신의 행위지배에 의하지 않고 행위를 야기하거나 촉진한 자는 공범으로 구별하고 있다.

공동정범·간접정범과 교사범·종범은 그 성질을 달리한다. 즉, 공동정범은 2인 이상이 공동하여 죄를 범한다는 점에서 단독정범과 구별되지만 스스로 범죄를 행한 자이므로 정범성을 지니게 되며, 간접정범 또한 타인을 도구로 이용하여 죄를 범한 자이므로 그 본질상 정범성을 지닌다.

이에 반하여 교사범과 종범은 타인의 범죄를 교사 또는 방조하여 타인이 정범으로 범하는 범죄에 가담하는데 불과하므로 정범성을 지니지 아니하므로 이를 고유한 의미의 공범 또는 협의의 공범이라고 한다.

(나) 공모공동정범

공모공동정범이란 공동실행의 의사로써 공모에 참여한 자 중 일부가 실행행위를 하면 단지 공모에만 참여한 자도 공동정범으로 인정하는 것

으로 정범의 공동이라는 점에서 타인의 범죄에 가담하는 협의의 공범과는 구별된다. 공동정범은 기능적 분업에 의한 종합적 요소에 있으므로 공동정범은 단독정범 또는 간접정범과 구별되는 독립된 정범형태이다.

공모공동정범의 인정여부에 대해서도 학계에서는 아직 이를 부정하는 학설이 일부 있으나, 대법원은 이를 인정하고 있다. 즉, 공모공동정범의 경우 공동정범의 성립요건 중 주관적 요건인 공동가공의 의사는 존재하지만 객관적 요건인 공동가공의 사실, 즉 실행행위의 분담이 존재하지 않기 때문에 공동정범성이 논란이 되는 것이다.

(2) 공동정범의 성립요건

2인 이상이 행하는 공동정범은 주관적 요건으로서 공동가공의 의사(정범의 고의)가 존재하여야 하고, 객관적 요건으로서 공동가공의 사실(실행행위의 분담)이 있어야 한다. 공모공동정범은 수인이 공모하여 그 공모자 가운데 일부가 범죄실행(지능범·실력범으로 확대)하는 경우에 성립된다.

대법원은 공모공동정범에 대하여 ‘공동범행의 인식으로 범죄를 실행하는 것으로 공동의사주체로서의 집단전체의 하나의 범죄행위의 실행이 있음으로써 성립하고 공모자 모두가 그 실행행위를 분담하여 이를 실행할 필요가 없고 실행행위를 분담하지 않아도 공모에 의하여 수인간에 공동의사주체가 형성되어 범죄의 실행행위가 있으면 실행행위를 분담하지 않았다 하더라도 공동의사주체로서 정범의 책임을 면할 수 없다.’¹⁶⁾ 고 하여 공동의사주체설에 입각하여 판시하거나, 또는 ‘공모공동정범이 성립되려면 두 사람이상이 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로가 다른 사람의 행위를 이용하여 각자 자기의 의사를 실행에 옮기는 것을 내용으로 하는 모의를 하여 그에 따라 실행한 사실이 인정되어야 한다.’¹⁷⁾ 고 하여 간접정범유사설에 입각하여 판시하기도 한다.

나. 방조범

종범이란 정범을 방조한 자로 정범에 의한 구성요건의 실행을 가능하게 하거나 쉽게 하거나 또는 정범에 의한 범익침해를 강화한 자를 의미

16) 대법원 1983. 3. 8.선고 82도3248판결

17) 대법원 1996. 3. 8.선고 95도2930판결

한다. 중범은 그 자신이 스스로 범죄를 실행하는 것이 아니라 정범의 실행행위에 가담하는 것에 그치므로 중범은 행위지배가 없다는 점에서 정범과 구별되는 특징이 있다.

객관적 요건으로 중범이 성립하기 위하여는 정범의 실행행위가 존재하고, 중범의 방조행위가 있어야 한다.

또한 주관적 요건으로 중범의 고의가 있어야 한다. 이는 정범의 실행을 방조한다는 인식으로서 즉 방조의 고의와 정범의 행위가 구성요건에 해당하는 행위라는 2중의 인식이 필요하다.

학설은 중범의 고의를 정범의 고의보다 넓다고 하고 있으나, 대법원의 견해처럼 중범의 고의를 결과발생의 용인도 그 중 하나라는 견해는 아직 발견하지 못했다. 대법원이 '사망에 이르게 하리라는 사정을 인식하고 있었을 뿐 나아가 그러한 결과의 발생을 용인하는 내심의 의사까지는 없었다 할 것이어서 정범의 고의를 인정할 수 없다'고 하는 것은 고의에 대한 평가를 잘못된 것으로 보인다.

차라리 대법원이 '결과발생의 용인'을 방조범의 요건으로 든다면, 이처럼 무리하게 주관적 요건으로 보아 고의범의 범죄체계를 흔드는 것보다는 객관적 요건으로 보고 논리를 전개하는 것이 낫지 않았을까 생각한다. 즉, P의 살해행위를 알면서도 이를 외면하고 방치하였다고 평가할 수 있기 때문이다. 왜냐하면 객관적 요건으로는 방치나 외면 등 부작위형태로도 충족할 수 있기 때문이다.

다. 정범과 중범의 구별

정범의 범주에 속하는 공모공동정범과 협의의 공범의 범주에 속하는 중범은 행위지배의 존부에 따라 구별된다고 할 것이다. 즉, 공모공동정범 역시 중범과 같이 직접적인 실행행위는 존재하지 않으나, 중범과 달리 공동의 결의 하에 분업적인 실행행위가 존재한다는 점에서 기능적 행위지배가 존재하기 때문에 공동정범으로 파악되는 것이다.

이건 대법원 판결에서는 A, B의 K에 대한 퇴원허용행위를 공모공동정범으로 판단하지 아니하고 중범으로 판단하였는바, 그 논거로서 1차적 보증인적 지위는 P인바, 공동정범에 있어서 공동가공의 의사를 타인의 범

행을 인식하면서도 이를 제지함이 없이 용인하는 것만으로는 부족하고 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 실행에 옮기는 것을 내용으로 하는 것이라고 하면서 주관적 요건을 흠결하였다는 식으로 논리를 전개하다가, 끝에서는 공모공동정범의 요건의 객관적 요건인 기능적 행위지배가 흠결되어 있다는 결론을 내렸다. 다시 말해, 대법원은 공동정범의 객관적 요건과 주관적 요건을 나열하면서, 그 중 주관적 요건인 공동가공의사를 상세히 실시한 후, 이의 흠결을 논하다가 돌연 객관적 요건인 기능적 행위지배요건을 결하여 살인죄의 공동정범에 해당하지 아니한다고 하여 원심판결과 마찬가지로 K의 담당의사들인 A, B에 대해 살인죄의 방조범이라는 결론을 도출하였다. 대법원은 ‘... 형법 제30조의 공동정범이 성립하기 위하여는 주관적 요건인 공동가공의 의사와 객관적 요건으로서 그 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통하여 범죄를 실행하였을 것이 필요하고, 여기서 공동가공의 의사란 타인의 범행을 인식하면서도 이를 제지함이 없이 용인하는 것만으로는 부족하고 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 실행에 옮기는 것을 내용으로 하는 것’이라고 전제하여 이전에서 공동가공의사의 흠결에 대해 논하는 방향을 세우다가 기능적 행위지배가 없었다고 하는 등 논리적인 모순을 노정시키고 있다.

라. 소결

공모공동정범 역시 정범의 일종이기에 그 고의 역시 정범의 고의와 동일한 정도로 파악하는 것이 논리적으로 타당하다 할 것이다. 따라서 본사안에 있어서도 제1심 판결과 같이 공모공동정범에서의 고의를 미필적 고의의 정도만으로도 족하다고 보아 A, B는 자기의 행위로 인하여 타인의 사망의 결과를 발생시킬 만한 가능 또는 위험이 있음을 인식하거나 예견하면 족한 것으로 인식 또는 예견은 확정적인 것은 물론 불확정적인 것이더라도 소위 미필적 고의로서 살인의 범의가 인정된다고 판단하여 살인죄의 공모공동정범 내지 단독범으로 판단하는 것이 오히려 일관적이고 보다 설득력이 있다고 보여 진다.

김성돈교수는 처 P의 행위에 대하여는 '① 계속 치료가 필요한 환자에 대해 더 이상 치료를 받지 않도록 하려는 결심을 하고, ②의사들에게 강력한 퇴원요구를 하여, ③의사들이 그 요구를 받아들여 퇴원결정을 하여 퇴원조치를 취한 결과 ④치료중단조치가 내려져 마침내 피해자가 사망하였다. 이 일련의 과정 속에서 ①, ②는 피해자의 처의 행위와 관련되고 ③, ④는 피해자의 처가 자신의 생각을 타인을 통해 관철시킨 결과물이다. 여기에서 피해자의 처가 결과방지조치를 취하지 않은 소극적 태도는 ③, ④의 과정이 있음으로 인해 비로소 형법적으로 중요하게 평가될 수 있다.'고 하여 처 P는 살인교사죄에 해당된다고 주장하고, 의사 A, B는 단독범이라도 한다.¹⁸⁾

5. 결 론

이건에서 대법원의 논리의 전개는 일관성 확보에 실패한 것으로서, 이는 A, B에 대한 형량을 감경하기 위한 궁여지책으로 방조범으로서의 결론을 유지하기 위한 것 때문으로 보인다.¹⁹⁾

'결과발생의 용인'은 중래 미필적 고의와 인식 있는 과실을 구별하는 기준이었는데, 이를 방조범의 고의, 즉 주관적 성립요건으로서 본 것은 기존 형법이론과 합치하지 않는다고 생각한다. 가사 방조범의 요건으로 본다면 이를 객관적 요건으로 보았어야 하지 않을까 한다.

따라서 대법원이 결과발생을 용인하지 않았다고 판단하였다면, 이는 전형적인 '인식 있는 과실범'에 해당할 뿐 미필적 고의범이 아니므로 이 건 살인부분에 대해서는 형사소송법 제325조 후단의 '범죄에 대한 증거가 없는 경우'에 해당되므로 무죄선고가 되었어야 할 것이다.

위와 같은 결론에 이른 대법원의 심정은 이해되는 부분도 있지만, 법적 안정성을 포기하면서까지 구체적 타당성을 확보하는 것이 옳은지에 대해

18) 김성돈, 위 논문 97쪽, 일본 横濱地方裁判所 1995. 3. 28.宣告 平4(わ)1172號 殺人사건 판결에서 안락사를 요구한 환자의 처와 아들은 입건조차하지 않고, 시행한 의사만을 살인죄유죄로 인정 징역2년에 집행유예2년을 선고하였다.

19) 김충원, 치료중단과 의사의 형사책임, 법률신문 제3327호 (2005. 1. 3자) 판례평석

여는 의문이다.

결국 범죄결과에 대한 인식만으로도 고의범이 성립하므로 형법적으로 의사 A, B의 행위는 고의범, 부작위범, 정범성을 모두 갖추고 있다고 보는 것이 옳다. 처 P의 행위도 살인죄의 공모공동정범으로 본 1심판결을 지지한다.

여론으로서 대법원은 국가의 사회적 책임에 대한 세계적인 흐름을 무시하고 있다.²⁰⁾ 국민의 생명, 특히 중환자에 대한 생명유지의무는 가족과 더불어 국가에게도 연대하여 있다. 산업혁명초기의 국가관이 갖는 문제점으로 인하여 공산주의이데올로기가 태동하고, 볼셰비키혁명으로 이어진 후 서구사회는 이러한 문제점들을 개인적인 관점에서부터 눈을 돌려 국가적인 차원에서 관리하기 시작하였다. 중환자의 치료를 개인에게 부담시키는 경우 가정이 파괴될 것이고, 가정의 파괴는 사회의 파괴, 나아가 인류공동체의 파괴로 이어지게 되어 결국 사회통합이 무너지게 된다.²¹⁾ 중환자에 대한 치료계속의무 내지 존엄사문제는 우리 사회가 공동으로 치료할 책임을 부담해야한다는 주장이 논리적으로 설득력을 갖는 이유가 여기에 있다.

그럼에도 불구하고 대법원이 처인 P가 '남편 K의 민법상 부양의무자요 제1차적 보증인의 지위에 있다'고 한 것은 헌법정신에도 위반한 판단으로 생각한다.

20) 신현호, 의료행위의 범위와 안마행위규제의 위헌성, 한국사법행정학회 의료법학 제5권 제1호, 2004, 160쪽

21) 신현호, 중환자 의학에서 의료법의 적용, 대한중환자의학회 제19차 학술대회, 1999, 11, 27 학술발표자료.