

8. 치료중단행위에 대한 의료형법적 고찰

-의학적 충고에 반한 퇴원 사례를 중심으로-

조 인 호 *

- I. 서론
- II. 유사개념 정리
 - 1. 안락사
 - 2. 존엄사
 - 3. 자연사
 - 4. 의사조력자살
 - 5. Living will
 - 6. 사전지시서
 - 7. 치료중단
- III. 의학적 충고에 반한 퇴원사례
 - 1. 소위 보라매병원사건
 - 2. 보라매병원사건의 법적검토
- IV. 치료중단사례를 통해 본 향후과제 및 전망
 - 1. 의료보장제도의 확충
 - 2. 의료윤리위원회 활동 강화
 - 3. 치료중단의 법제화
 - 4. 사전의사결정제도의 도입
 - 5. 의사의 충분한 설득과정과 충실한 의무기록 작성
 - 6. 환자의 자기결정권 및 이익의 존중
 - 7. 치료중단에 대한 인식변화와 지속적인 교육(의료윤리 확립)
- V. 결론

*논문집수: 2008. 5. 9. *심사개시: 2008. 5. 10. *계재확정: 2008. 6. 10.

*가우법률사무소 변호사

I. 서론

의료 현장에서는 환자(보호자)의 퇴원요구에 따라 생존여부가 불확실한 (또는 생존가능성이 많은) 환자에 대해 치료를 중단하는 경우가 발생한다. 즉, 환자(보호자)의 자기결정권에 기한 퇴원요구와 의사의 생명의료윤리에 따른 환자치료의무가 대립하는 경우가 발생하는데, 이 경우에 어떠한 법적·윤리적 판단을 할 것인가가 문제 되고, 실제 대표적 치료중단 사건인 보라매 병원사건에서 1심은 담당의사에게 부작위에 의한 살인죄의 (공동) 정범의 죄책을, 항소심과 대법원에서는 작위에 의한 살인방조죄의 죄책을 인정함으로써 의료계의 강한 반발과 법적인 논쟁을 불러일으킨 바 있다.¹⁾

보라매 사건 이후 검찰에서는 의료계의 소극적 안락사 관행에 제동을 걸 의도는 아니었다고 말한다. 검찰의 논점은 이 환자의 경우 소극적 안락사에 해당되지 않는다는 것이었다. 회복가능성이 적지 않았기 때문에 치료했어야 하므로 치료를 거부한 의사를 살인죄로 처벌한 것은 타당하다고 주장하고 있다.

본 판결이 선고된 후 대법원 공보관도 “소생불가능한 환자에 대한 치료 중단까지 살인방조죄 등으로 처벌할 수 있는 것으로 확대해석해선 안 된다.”고 언급하면서 “이번 판결은 환자가 퇴원 당시에 반사와 충격에 대한 반응 속도가 점점 빨라지고, 이름을 부르면 스스로 눈까지 뜨려 하는 등 병세가 호전되고 있었다는 점을 중시”했으며, “응급환자로 실려온 지 이틀

1) 이른바 의학적 충고에 반한 퇴원요구에 응한 의사들에 대해 살인죄를 인정한 1심 법원의 판결은 의료계에 경악을 금치 못할 충격을 주었다. 그로부터 2여년이 지난 뒤에 2심법원의 판결이 내려졌지만, 2심법원에서도 의사들의 무죄주장은 관철되지 않았다. 그리고 그로부터 2년이 지난 후 대법원에서 피고인과 검찰의 각 상고를 기각하고 2심법원의 판결을 유지하는 판결을 하여 사건은 일단락이 된 듯하나 그 파장은 여전히 계속되고 있다. 조선일보, 의사 ‘살인방조죄확정 큰 파문’, 2004.6.29.자; 보라매사건에 대한 법조계, 의료계, 사회의 다양한 시각에 대한 내용은 류화신, 대법원의 보라매병원사건 유죄판결을 다시 본다.-소생불가능한 환자, 치료중단까지 살인방조죄로 확대해석해선 안 된다, 의학정책포럼 제2권 3호, 통권 7호, 대한의사협회 의료정책연구소, 2004. 61면 이하 참조.

도 안 된 중환자를 대책 없이 집으로 보낸 것은 사회적으로 용인되기 어렵다는 점도 판결에 영향을 끼친 것 같다.”고 말한 바 있다.²⁾

한편 의료계는 법조계의 이런 논리가 너무 단순하다고 말하면서 위 사건의 피해자가 회복할 가능성이 몇 %인지, 또 몇 %가 남았을 때 회복가능성이 있다고 할 것인지에 대해서는 칼로 재듯이 판단하기 어려우며, 미국에서도 1) 의사결정능력이 있는 환자는 의학적 치료를 거부할 권리가 있으며, 2) 의사결정능력이 없는 환자의 경우에는 법정대리인이 이를 대신할 수 있고, 3) 생명유지장치를 중단하기를 희망하는 가족의 뜻을 무시 못해 따르는 의사나 병원에게 민사상, 형사상 책임을 지워서는 안 된다³⁾고 하여 환자 가족의 동의가 있으면 생명연장을 포기할 수 있다고 하는데, 우리나라에서는 보라매사건에서와 같이 동일한 사안에 대하여도 의사에게 살인죄를 적용하는 바람에 말기 환자들의 가족이 퇴원을 요구해도 퇴원을 시켜 주지 않아 오히려 환자들이 자신의 안식처에서 편안하게 사망할 자기결정권을 박탈하고 있다고 반박하고 있다.

보라매병원 사건은 환자보호자가 오직 경제적 이유만으로 생존가능한 환자에 대해 퇴원요구를 하였을 때에도 의사가 환자의 치료를 계속하여야 할 의무가 있는지 여부에 대한 최초의 사법적 판단으로서 기존의 형법이론적 측면에서도 많은 쟁점사항을 포함하고 있다.

통상 의학적 충고에 반한 퇴원(Discharge against medical advise, DAMA)의 경우 의료관행이라 하여 인정되어 온 것이 사실이나, 보라매병원 사건의 유죄판결을 계기로 이러한 의료관행에 대한 법적인 문제점 및 허용가능한 치료중단은 어느 범위까지인지에 대한 논의가 필요하게 되었다.

아직까지 경제적 이유로 인해 의료혜택을 받지 못하는 사람에 대한 법적·제도적 지원대책이 마련되어 있지 않은 상황에서 보라매병원사건의 경

2) 중앙일보, 2004. 7. 2. 9면 참조.

3) 박상은·박재현, “보라매병원사건에 대한 윤리학적 검토” 참조. <<http://www.angeun.co.kr/Bio.asp>>

우 의사에게 모든 책임을 부담시키는 것도 타당한 해결책이 되지 못하는 측면이 있다.

이 글에서는 이러한 문제점에 대한 인식을 바탕으로 위 보라매병원 판결을 통해 나타난 의학적 충고에 반한 퇴원의 제반 문제점 및 이에 관한 법적·제도적 개선방안에 관해 살펴보기로 한다.

보라매병원사건의 판결을 검토함에 있어 피해자의 퇴원을 강력히 요청한 피해자의 처에 대해 1심법원이나 상급심 모두 ‘부작위에 의한 살인죄의 정범’⁴⁾의 죄책을 지우고 있고, 인턴의사⁵⁾에 대하여는 무죄를 선고하였는 바, 이 글에서는 이들의 죄책은 논외로 한다.

또한 주사나 약물 등을 적극적으로 사용하여 생명을 끊는 것을 목적으로 하는 적극적 안락사는 인간생명권의 본질적 침해로서 치료행위의 한계를 넘고 있으므로 본 논문의 논의대상에서 제외하기로 한다.⁶⁾

- 4) 이에 대해 피해자의 처의 행위는 적극적인 작위의 교사행위로 평가해야 한다는 견해는 김성돈, “세칭 보라매병원사건에 대한 1심법원판결과 2심법원판결의 비교·분석”, 『법조』, 52권 4호, 법조협회, 2003, 25-26면; 이정원, “의학적 권고에 반한 퇴원으로 사망한 환자에 대한 형사책임 -대판 2004.6.24, 2002도995; 소위 보라매병원사건-”, 『비교형사법연구』, 6권 2호, 한국비교형사법학회, 2004, 363-368면.
- 5) 보라매병원사건의 인턴은 담당의사의 의료행위를 보조하는 역할을 담당했을 뿐, 피해자의 퇴원결정에 관여한 바도 없으며, 살인죄의 정범으로서의 고의뿐 아니라 방조범으로서의 고의도 인정할 수 없어 무죄가 된다. 서울고법 2002.2.7. 선고 98노1310 판결. 2.항소이유에 대한 판단. 사 참조; 이에 반해 인턴에게 부작위의 살인방조죄를 인정하는 견해는 이정원, 상계논문, 2004, 379-383면 참조.
- 6) 적극적 안락사는 환자의 명시적인 요구가 있다고 하더라도 절대적 생명보호의 원칙에 반하고 안락사 남용의 위험을 방지한다는 관점에서 위법하다고 보아 허용하지 않으려고 하는 것이 현재 우리 형법학계의 통설적 견해이다. 김성천·김형준, 형법총론, 제3판, 동현출판사, 2005, 300면; 박상기, 형법총론, 제6판, 전정관, 박영사, 2005, 161면; 배종대, 형법총론, 제6판, 홍문사, 2001, 267면; 이재상, 형법총론, 박영사, 2004, 283면; 하태훈, 사례중심 형법총론, 전정관, 법원사, 2002, 204면; 김일수, 안락사, 유혹인가 권리인가, 시민과 변호사, 1999, 6, 25면; 전지연, 안락사에 대한 형법적 연구, 한림법학 포럼 제4권, 1994/95, 133면 이하; 허일태, 안락사에 관한 연구, 형법연구 1, 세종출판사, 1997, 428면 및 436면; 김천수, 안락사 내지 치료중단과 불법행위책임, 죽음에 대한 의료의 개입과 중단, 2005년도 춘계 학술대회 발표집, 대한의료법학회, 2005.5, 20-21면 참조; 이에 대해 간접적 안락사와 소극적 안락사 이외에 적극적 안락사까지도 일정한 요건 하에 정당화(허용)하자는 견해(오영근, 형법총론, 2004, 345면; 임웅, 안락사의 정당화, 고시연구, 99.12. 57면 이하)와 특별법을 제정하여 인정하자는 견해(최재천·박영호, 의료과실과 의료소송, 육법사, 981면)가 있다.

II. 유사개념 정리

치료중단이라는 말은 안락사와 유사한 개념으로 쓰이지만 그 개념은 쓰는 사람마다 같지는 않다. 아래에서는 혼동의 우려가 있는 용어(개념)에 대해 정리하도록 한다

1. 안락사

안락사(안락사, euthanasia)란 말은 그리스 말에서 기원한다. eu-는 영어로 good 또는 well에 해당하고, thanatos는 death를 의미한다. 따라서 euthanasia를 그대로 표현하면 ‘편안한 죽음’이며 그 내용은 ‘고통 없는 죽음’이다.⁷⁾

그러나 19세기 말에서 20세기 초에 걸쳐서 의미에 변화가 생긴다. 즉 euthanasia는 ‘편안하게 죽도록 함’이라는 의미의 mercy killing이라는 의미를 가지게 되고 따라서 ‘안락사 기술’, 즉 ‘안사술(安死術)’이 더 적당하다는 주장이 생겼다. 즉 안락사는 환자의 견디기 어렵고 치료할 수 없는 고통을 해소하기 위하여 치명적인 약제를 투여하는 행위로 인식하게 되었다.⁸⁾

그후 안락사의 개념은 합리주의적 발상의 지지를 받아 ‘인간 생명이 불가역적인 죽음의 방향에서 인식되었을 때 이를 인위적으로 단축시키려는 행위’로 정의하게 되었다.⁹⁾

그러나 이런 개념은 의료의 발전으로 다시 변하게 되는데, 우선 현재의 개념에서 유형에 따라 안락사를 분류해 보면 목적에 따라 자비사(또는 반고통사), 존엄사(death with dignity), 도태사로, 시행하는 사람의 행위에 따라 소극적 안락사¹⁰⁾, 간접적 안락사¹¹⁾, 적극적 안락사로, 안락사 대상

7) Lisa Yount, Physician-Assisted Suicide and Euthanasia, Facts On File, Inc., 2000, 129면.

8) Loc. cit.

9) Code of Medical Ethics. AMA. 2000. 12. <http://www.ama-assn.org>.

인 환자등의 의사에 따라 자의적 안락사, 비자의적 안락사, 강제적 안락사로 나누어 지게 된다.¹²⁾

넓은 의미로 안락사라는 용어를 사용할 때에 목적과 행위와 대상의 의지에 따라 구별해서 복합적으로 사용해야 되는데 그 이유는 안락사에는 도덕적으로나 법적으로 도저히 용납할 수 없는 행위부터 사회적으로 수용할 수 있는 행위까지 포함되기 때문이다.¹³⁾

그러나 다양한 행위, 특히 의학과 의료의 발전에 따라 더욱 다양해진 상황을 ‘안락사’의 여러 형태로 분류하기에는 한계가 있다. 앞에서 설명한 것처럼 ‘안락사’ 또는 ‘안사술’에는 도덕적으로나 법적으로 허용할 수 없는 행위부터 인도주의적 목적으로 시행하는 것까지를 포함하기 때문이다. 그리하여 제한적인 상황을 의미하는 용어가 생겼고, ‘존엄사’, ‘자연사’, ‘의사조력자살’ 등이 그러한 용어이다.¹⁴⁾

2. 존엄사

존엄사(尊嚴死, death with dignity)는 환자의 인격적 존엄을 유지하려는 목적의 안락사라면 그 행위 방법이나 안사술 대상의 의사에 상관없이

10) 소극적 안락사는 인공호흡장치(respirator)나 영양공급튜브(feeding tube)등 생명연장조치를 시작하지 않거나 치료중단을 함으로써 사망에 이르게 하는 것을 말한다. 때때로 죽게 내버려 두는 것(Letting die)라고도 불린다. 소극적 안락사는 세계적으로 널리 허용되고 있고, 우리나라의 경우 가망 없는 환자들에 대해 본인이나 가족이 퇴원을 요청하면 병원이 이에 응하는 사실상 소극적 안락사가 시행되어 왔다. 구영모, 안락사의 개념과 분류, 2005년도 춘계 학술대회 발표집, 대한의료법학회, 2005.5.14. 42면.

11) 간접적 안락사란 행위의 원래 목적은 안락사가 아니지만, 그 행위로 죽음을 초래할 수 있다는 사실을 알면서 시행하는 경우로서 결과적 안락사라고도 한다. 학설은 간접적 안락사에 관하여 ① 사회상규에 위배되지 아니하는 행위(형법 제20조)(이재상, “안락사”, 『정회법학』, 24권 1호, 1989, 67면), ② 피해자의 승낙과 긴급피난(형법 제22조)(전지연, 전계논문, 148면), ③ 업무로 인한 행위(형법 제20조)(정성민·박광민, 형법총론, 289면), ④ 허용된 위험(최우찬, “안락사와 존엄사”, 『고시계』, 1989. 2, 42면)으로서 위법성이 없다고 보고 있다.

12) 문국진, 『생명윤리와 안락사』, 여문각, 1999, 299-315면.

13) 이윤성, 한국에서 안락사, 존엄사의 현황과 대책, 『의협신보』, 제3566호, 2001, 50면.

14) 상계논문, 50-51면.

모두 존엄사라 한다.

1994년에 미국 오리건 주에서 제정한 "The Oregon Death with Dignity Act"에서 존엄사는 '존엄' 또는 '자비'의 목적으로 반드시 '자의에 의한' 안사술로써 방법은 적극적이든, 간접적이든, 또는 소극적이든 상관하지 않는다.¹⁵⁾ 그리고 의사의 도움을 받아 (예컨대 약을 처방 받아) 자살하는 행위까지를 포함한다.

일본에서는 '존엄사'를 '회복가능성이 없는 환자에 대하여 단순한 연명 조치에 불과한 의료를 중지하여, 인간으로서 존엄을 유지한 채 자연스러운 죽음을 맞이하도록 하는 것'이라고 정의한다.¹⁶⁾ 이는 뒤에서 설명하는 자연사(自然死, natural death)에 더 합당한 표현이다. 일본의 존엄사에 대한 정의는 오리건 주의 존엄사 법보다 더 제한적인 상황을 뜻한다. 즉 존엄 또는 자비의 목적으로, 소극적인 방법으로, 자의에 의한 안락사를 의미한다.

3. 자연사

자연사(自然死)는 미국의 39개 주 이상에서 입법한 자연사법(the Natural Death Act)에서 기원한다. 이 법은 'Quinlan 사건'(1976년 뉴저지주 대법원),¹⁷⁾ 'Saikewitz 사건'(1977년 매사추세츠주 대법원),¹⁸⁾ 'Conroy 사건'

15) 미국 오레곤주의 "존엄사에 관한 법률"(1994); 이상돈, 『의료형법』, 법문사, 1998, 217-226면.

16) 森本益之, 『安樂死と尊嚴死と醫療拒否, 大野眞義(Ed)』, 現代醫療と醫師法制, 世界思想史, 1995, 203-223면; 이윤성, 상계논문, 51면에서 재인용.

17) In re Quinlan, 70 N.J. 10, 355 A 2d, 664(1976). 1975년 4월 15일 당시 21세의 Karen Ann Quinlan은 파티석상에서 진토닉에 마약을 섞어 마신 뒤 인공호흡장치와 인공적 영양공급에 의존하는 식물인간이 된다. 이에 그녀의 양부모는 Quinlan이 존엄을 유지한 채 자연사하도록 인공호흡장치의 중단을 요구하는 소송을 New Jersey주 법원에 제기하였다. 1976년 3월 21일 New Jersey주 대법원은 인공호흡장치의 제거를 허가하는 판결을 하였고, 이 판결 후 인공호흡장치가 제거되었다. 그러나 그녀는 1986년 6월 13일 사망할 때까지 무려 10년 가까이 더 생존하였다. Lisa Yount, op. cit., p.122.

18) Superintendent of Belchertown State School v. Saikewitz, 370 N.E. 2d 417(1977). 1977년 매사추세츠 법원은 법원이 선임한 후견인이 당시 67세로 저능상태이고 백혈병에 시달

(1985년 뉴저지주 대법원)¹⁹⁾ 등과 관련하여 1970년대 후반에 캘리포니아에서 처음 입법되었다.

자연사는 생명의 단축 여부보다는 환자의 자기결정권에 주요 관점을 둔 것이다. 즉 헌법에서 정한 개인권리(privacy right)는 치료거부권을 포함하며 나아가 의사의 치료의무나 국가의 이익(생명유지를 중심으로 한 공공이익)에 우선하는 경우가 있다는 판결이다. 자기결정권은 어떤 권리보다 우선할 수 있으며, 다만 의사결정능력이 없는(incompetent) 사람에 대해서 판단 기준에 논란이 있을 뿐이다. 요컨대 자기의 결정에 따라 연명치료를 비롯한 어떤 의료행위도 거부할 수 있으며, 그로 인하여 자연스러운 죽음을 맞을 수 있다는 것이다.

4. 의사조력자살

의사조력자살(醫師助力自殺, physician-assisted suicide)은 미국 미시건 주에서 일어난 ‘Dr.kevorkian 사건’이 대표적이다. 병리의사인 케보키언은 말기 환자가 스스로 결정하여 생을 마치기로 한 경우에 사망할 수 있도록 장치를 설치하여 줌으로써 ‘죽음의 의사’ 또는 ‘자살의사’라는 별명을 얻었다. 몇 번의 재판에서 무죄를 받았으나 결국 유죄판결을 받고 현재 복역 중이다.²⁰⁾

리는 Saikewitz에 대한 화학요법을 거절할 권리가 있다고 판결하였다. 이 판결은 이후 대리인이 전에 한번도 결정능력을 가져본 적 없는 의사무능력상태의 환자의 생명유지장치를 거절할 수 있다는 선례를 남겼다. Ibid. p.123.

19) In re Conroy, 98 N.J.321, 486 A. 2d 1209(1985). 1983년 7월 8일 당시 82세로 식물인간 상태인 Conroy는 인공영양공급에 의존하는 환자로서, 그녀의 조카가 생명유지장치인 인공영양공급 장치의 제거를 요구하는 신청을 하였다. 이에 New Jersey주 대법원은 “Conroy는 의사능력이 있을 때 인공영양등을 포함한 의학적 처치를 거절할 권리가 있고 그녀가 의사능력을 상실한 경우에도 그러한 권리를 상실하지 않는다고 하였다. 그러나 이 Conroy사안에서 그녀의 그러한 생전의사가 없으므로 인공영양튜브는 제거될 수 없다”고 판결하였다. Conroy는 위 판결이전에 이미 사망하였다. Ibid., p.21.

20) Kevorkian gets 10-15 years in prison, <<http://edition.cnn.com/US/9904/13/kevorkian.03/index.html>>. Kevorkian은 ‘죽음의 의사’, ‘살인기계’라고 불리기도 하고, ‘구조의 천사’라고 불리면서 안락사 논쟁에 있어서 중요한 인물이 되었다. 그러나 그가 도왔던 130여명의

의사조력자살은 말 그대로 환자가 의사의 도움을 받아 자신의 생을 마치는 행위를 의미한다. 목적은 자비 또는 존엄이고, 자발적인 의지에 따른 것이지만, 행위는 적극적이라고 볼 수 있다. 애초부터 의사조력자살은 안락사가 아닌 ‘자살방조 행위’로 보거나 또는 ‘적극적 안락사’로 취급한다.

5. Living will

living will이란 질환말기의 치료에 대해 환자가 자신의 의사를 제시한 일종의 유언으로, 보통의 유언은 사후 시행되는 것이 통례이나 이것은 생전에 효력을 갖기 때문에 ‘생전유효유언’이라는 의미이며, ‘생존시의 의사를 문서로 표시한 것으로서,²¹⁾ “사망선택의사확인서”라고 할 수 있다.²²⁾

이 living will은 의사결정을 할 능력이 있는 상태에서, 장차 자신에게 죽음이 임박하였을 때 자기에게 시행될 의료의 내용에 관한 자기의 희망, 특히 의료조치로 죽음이 연장되거나 일시 방지될 수 있는 경우라 할지라도 이러한 연명적 의료조치를 거절한다는 의사를 사전에 표시한 것이며,²³⁾ 따라서 그 내용에 있어서는 ‘일정한 경우에 스스로 죽음을 선택한다는 의사를 확인해 놓은 문서’이다. 이것은 1969년에 미국의 안락사교육협의회(Euthanasia Educational Council)에 의해 처음 기안되었고, 죽을 권리의 선언으로 알려졌으며, 이후 미국 캘리포니아 주에서 자연사법

환자가 모두 극심한 고통에 시달리는 말기환자였는지 확인할 수 없으며, Kevorkian이 여러 번 무죄를 받음으로써 그 뒤에도 수많은 자살방조행위가 있었다는 점에서 의사의 자살방조를 인정하게 되면 쉽게 자살에 이르게 할 수 있다는 것을 보여주는 예가 된다고 할 수 있다.

21) 문국진, 전계서, 290면; Lisa Yount, op. cit. 129면.

22) ‘will’에는 ‘유언’이라는 뜻도 있다. 유언은 유언자의 사망으로 효력이 생긴다(“유언은 유언자가 사망한 때로부터 그 효력이 생긴다.” 우리 민법 제1073조 제1항). 그런데 이 경우는 유언자가 아직 생존해 있는 상태에서, 사망을 선택한다는 의사표시가 효력을 발생하는 것이다. 따라서 본래의 유언과는 달리 ‘생존시에 효력을 발생하는 의사표시’인데, 그 내용은 일정한 경우에 사망을 선택한다는 것이다. 이상용, 치료중단과 안락사, 한국형사정책연구원, 2001, 26면.

23) 문국진, 전계서, 290면.

(Natural Death Act)의 제정으로 그 유효성을 인정받았으며, 그 형식이나 내용에 다소 차이가 있으나 미국의 39개 주에서 입법화되었다고 한다.²⁴⁾ 그러나 의사가 환자의 living will을 따르지 않는 것에 대해 벌칙을 규정한 예는 없으며, 그 취소는 매우 쉽게 할 수 있도록 규정하고 있다.²⁵⁾ 또한 몇몇 주에서는 이것이 정기적으로 갱신될 것을 요구한다. 이것은 다음에 설명하는 보건의료상의 사전지시서로서 최초로 소개된 형식인데, 이러한 문서가 존재할 때에는 의식불명환자의 의사가 어떤 것인지를 비교적 정확하게 추정할 수 있다. 따라서 이에 따른 치료의 중단은 본인의 의사를 존중한 것으로서 그 결과에 대해 의료진에게 책임을 지울 수 없다는 결론이 가능하다. 그러나 living will이 치료중단의 절대적 근거가 될 수는 없으며, 모든 사람이 living will을 준비하고 있는 것도 아니기 때문에, 지속적 식물상태에 빠진 사람의 치료를 어떠한 조건하에 중단할 수 있는가는 여전히 문제로 남게 된다.

6. 사전지시서

Advance(health care) directive를 뜻하는 것으로서, 판단능력 있는 성인이 자신이 판단능력을 상실할 때를 대비하여, 죽음을 선택하는 것을 포함하여 치료에 관한 결정들에 자신의 뜻을 반영시키기 위하여 작성하는 다양한 형식의 법적 문서들을 말한다. 미국의 모든 주는 사전지시서의 일정한 형식들의 법적 효력을 인정하고 있다.²⁶⁾

사전지시서로는 앞서 소개한 living will이 그 한 가지 예이며, 또 다른 중요한 것으로 "do-not-resuscitate (DNR) order"가 있다. 이것은 환자의 진료기록(통상 환자 또는 환자가족과 상담 후에 의사가 서명한)상의 지

24) 전계문.

25) 상계서, 295-296면. 따라서 이것은 강한 구속력이 있는 것은 아니며, 단지 의사가 환자의 의사를 따랐을 때 법률적 책임으로부터 면제된다는 의미가 크다고 할 수 있다.

26) Lisa Yount, op. cit., pp.126-127.

시로서, 호흡이나 맥박이 멈춘 경우에 그 사람을 소생시키는 시도를 하지 말 것을 요구하는 것이다. DNR 지시는 치료 상의 사전지시서의 한 형태인데, 일부 주에서는 병원 외의 환경에서도 DNR 지시가 존중되는 것을 허용한다.²⁷⁾

7. 치료중단

치료중단은 그 분류기준에 따라 몇 가지로 세분할 수 있다. 첫째는 환자의 의사에 따른 분류로 환자의 요청에 의한 자의적 치료중단과 의사의 치료거부권에 따른 치료중단으로 나눌 수 있다. 둘째로 치료중단결과의 중대성에 따른 분류로 생명유지에 직접적으로 영향을 주지 않는 치료를 중단하는 것과 생명유지에 영향을 주는 치료를 중단하는 것으로 나눌 수 있다. 셋째로 환자의 회복 가능성에 따른 분류로서 더 이상의 치료가 환자의 건강이나 생명을 개선시키는 데 아무런 도움이 되지 않는 무의미한 치료-인공호흡기, 인공영양, 인공수액 등-의 중단과 의학적으로 병원에 입원해서 계속 치료를 받으면 회복 가능성이 있는 환자의 치료를 중단하는 것으로 분류될 수 있다.²⁸⁾

치료중단은 이 세 구분의 조합에 따라 논리적으로 여덟 가지 경우가 가능하나, 회복이 불가능한 경우에는 언제나 환자에게 중대한 결과를 야기하기에 실제적인 경우의 수는 여섯 가지²⁹⁾로 제한된다. 이는 구체적으로

27) Loc. cit., 한편 심폐소생술금지지시는 의사가 작성하는 것으로서 사전의사결정서와 다르다는 지적은, 한국의료윤리교육학회, 의료윤리학, 제2판, 계축문화사, 2003, 372면.

28) 1999년 1월 1일부터 4월 30일까지 서울 소재 Y대 부속병원 1개의 중환자실에 입실환자 중 치료중단을 결정한 환자 31명의 의무기록을 조사한 결과 중환자실에서 가장 많이 시행되는 치료중단의 형태는 No CPR(cardiopulmonary resuscitation: 심폐소생술)이 51.6%이었고, 그 다음으로 가망없는 퇴원(25.9%), 의학적 충고에 반한 퇴원(12.8%), 진행치료 중단(6.5%), 더 이상의 적극적 치료 시행 안함(3.2%) 순이었고, 치료중단 결정 이유는 1위 소생 불가능하리라는 의학적 판단이 69.1%, 2위는 보호자나 환자의 요구가 49.4%, 3위는 환자의 고령이 28.4%, 4위는 환자의 고통경감이 17.3%이고, 5위는 치료비 지불능력, 6위는 한정된 의료자원의 활용 순이었다. 김선옥, 중환자실에서 치료중단 특성분석, 석사학위논문, 연세대학교원, 1999, 19-20면.

- 1) 회복 가능한 환자에 대한 의사의 치료거부권: 환자에게 중대한 영향을 미치는 경우
- 2) 회복 가능한 환자에 대한 의사의 치료거부권: 환자에게 중대한 영향을 미치지 않는 경우
- 3) 회복 불가능한 환자에 대한 의사의 치료거부권
- 4) 자의에 의거한 회복 가능한 환자의 치료거부: 환자에게 중대한 영향을 미치는 경우
- 5) 자의에 의거한 회복 가능한 환자의 치료거부: 환자에게 중대한 영향을 미치지 않는 경우
- 6) 자의에 의거한 회복 불가능한 환자의 치료거부

이 중 3)과 6)의 경우는 가망 없는 퇴원(hopeless discharge)³⁰⁾을 말하는데, 관행상 이를 인정하고 있다. 회복가능성이 있는 2)와 5)의 경우 환자는 치료 거부가 가능하다(자율성 모델). 4)의 경우가 보라매 병원 사건³¹⁾ 즉 의학적 충고에 반한 퇴원(discharge against medical advice: DAMA)에 해당한다.

이 글에서는 치료거부 내지 치료중단 중 보라매병원사건의 경우와 같이

29) 이러한 분류는 김상득, 『생명의료윤리학』, 철학과 현실사, 2001, 273면 이하.

30) 가망 없는 퇴원(hopeless discharge)은 의사의 치료가 환자의 회복에는 무의미하며 건강 증진이나 수명연장에 도움이 되지 않을 경우 환자의 자의적 요청에 의한 퇴원을 뜻한다. 이와 같은 경우는 의학적으로 치료 효과가 없음을 이유로 환자의 삶의 질을 증진시키기 위한 것이므로 수동적인 온정적 간섭주의의 의미에서 현실적으로 받아들여지고 있는 실정이다.

31) 보라매 사건은 그 당시 환자가 회복 가능성이 있었는지의 물음이 법적 논쟁의 핵심 사항이다. “논쟁: ‘중환자 퇴원’ 의사에 살인죄”(조선일보, 1998. 5. 19.자)에서 정천기 교수(서울대병원)는 회복 가능성이 없다는 사실을 강조하는 반면에, 이중희 담당검사는 “발언대: 의료인윤리 다시 정립해야”(동아일보, 1998. 7. 10.자)에서 환자의 회복 가능성을 역설하고 있다. 이정청 박사(대한신경외과학회장) 역시 “발언대: 의학적 고려 안한 판결에 의문”(동아일보, 1998. 7. 15.자)에서 “회복 가능성이 높았다”는 검사의 판결에 강한 의문을 제기하고 있다. 서울대학교 허대석 교수도 최소한 사망률이 90% 이상이었던 소위 ‘희생의 가능성이 없는 환자’로 보고 있다(임상 측면에서의 해결방안 모색, 연명치료 중단에 정책적 대토론회 자료, 2004, 25면).

〈표 8-1〉 보라매병원사건 요약

	처(병)	전문의(갑), 레지던트(을)	인턴(무)
공소사실	작위에 의한 살인의 정범	작위에 의한 살인의 공동정범	작위에 의한 살인의 공동정범
제1심	부작위에 의한 살인의 정범	부작위에 의한 살인의 공동정범	무죄
제2심	피고인 항소기각	작위에 의한 살인의 방조범	검사 항소기각
대법원	상 동	상고기각	

의학적 충고에 반한 치료중단에 대해 논하기로 하는데, 이때 의학적 충고에 반한 퇴원이란 의사의 의학적 판단으로 병원에서 계속 치료를 받으면 회복할 가능성이 있는 환자(환자가 의식불명상태의 경우 보호자)가 의사의 충고에도 불구하고 치료중단을 요청하고 환자의 자발적 의사에 따라 퇴원하는 것을 말하기로 한다.³²⁾

III. 의학적 충고에 반한 퇴원사례

1. 소위 보라매병원사건

가. 사건의 경과 (표 8-1)

- 1997. 12. 4. 14:30경 환자 정(남, 58세) 보라매병원 응급실 내원
- 1997. 12. 4. 18:05~02:30 총 9시간소요 응급수술시행
- 1997. 12. 5. 환자의 처 병이 퇴원을 요구 → 전문의, 레지던트 등이

32) 여기에서 진료 계약의 초기에 치료를 거부함으로써 진료 계약 자체가 성립하지 않아 처음부터 의사의 '보증인적 지위'가 성립하지 않을 경우와 환자가 자신이 지닌 상병이 아닌 다른 원인으로 사망하게 되는 경우는 제외한다.

여러 차례 설명과 만류

- 1997. 12. 6. 계속 퇴원을 요구하자 결국 의사가 퇴원 승낙→전문의가 퇴원지시, 환자의 처가 퇴원수속, 인턴이 환자를 집까지 호송→수동 작동 중이던 엠브(인공호흡장치) 제거, 기관 삽관 제거→환자 호흡정지로 사망(같은 날 14:00)
- 1998. 1. 10. 검찰기소-작위에 의한 살인의 공동정범
- 1998. 5. 15. 1심 판결-부작위(치료중단)에 의한 살인의 공동정범
- 2002. 2. 7. 2심 판결-환자의 처는 부작위(치료중단)에 의한 살인의 정범, 의사는 작위(퇴원조치)에 의한 살인의 방조범
- 2004. 6. 24. 상고심 판결-환자의 처는 부작위에 의한 살인의 정범, 의사는 작위에 의한 살인의 방조범

나. 법원의 사실인정

(1) 병은 피해자 정(남, 58세)의 처이고, 의사 갑은 보라매병원 신경외과 전담의사, 의사 을은 위 병원 같은 과 3년 차 수련의, 무는 1년차 수련의로 각 근무하던 자이다.

(2) 피해자 정은 1997. 12. 4. 14:30경 자신의 주거지에서 술에 취한 채 화장실을 가다가 중심을 잃어 기둥에 머리를 부딪치고 시멘트 바닥에 넘어지면서 머리를 충격하여 경막외 출혈상을 입어 위 보라매병원으로 응급 후송 된 다음, 같은 날 18:05경부터 다음날 02:30경까지 의사 갑의 집도와 을 등의 보조로 경막외혈종 제거수술을 하였고, 다음 날 02:30경 수술을 마친 후 중환자실로 옮겨졌으나 자발호흡이 불완전하여 인공호흡기를 부착한 상태로 계속 합병증 및 후유증에 대한 치료를 받게 되었다.

(3) 수술 후 아무런 반응을 보이지 않던 피해자는 1997. 12. 5. 04:00경 대광반사(對光反射, light reflex)가 돌아왔고, 그 후 눈뜨는 반응에서는 '부르면 눈을 뜨고 있는 상태'(글라스고우 혼수척도, Glasgow coma scale

E3)로, 운동반응에 있어서는 ‘통증을 가하면 통증을 가하는 위치로 손, 발을 이동하거나 제지하는 등의 반응’(글라스고우 혼수척도 M5)으로 호전되어 갔고, 그에 따라 올은 뇌부종에 따른 별다른 문제가 없는 것으로 판단하여 수술 후 매 15분마다 측정하던 의식수준, 동공크기, 대광반사 여부를 1시간 마다 측정하도록 하였다.

(4) 또한 호흡에 있어서는 피해자의 상태에 따라 인공호흡기의 호흡방법, 호흡횟수, 산소농도, 공기공급량 등이 조절되었는데, 퇴원 당시 인공호흡기에 의한 호흡횟수는 수술 후 16회에서 12회로, 산소농도는 100%에서 40%(일반적인 공기의 산소농도는 20%)로 호전된 상태였으나 1997.12.6. 01:40경 호흡음이 거칠고 양측 폐의 아래쪽에서 호흡음이 감소되었고, 같은 날 09:20경 폐우상엽 쪽에서 거친 소리가 들리고 환기능력이 감소한 것으로 보이는 등 퇴원 당시 인공호흡기를 제거할 경우 자발호흡이 정상적으로 이루어지기 힘들었고, 수술 후 수술부위에서 피가 자꾸 배어 나와서 1997. 12. 5. 21:00경 수술부위를 다시 봉합하였으나 그 후에도 수술부위에서 피가 계속 배어 나와 수술상처배액 기구로 피를 배액(排液, drainage)하고 있는 상태였다.

(5) 한편 피해자의 처 병은 수술 후 을로부터 피해자의 혈종이 완전히 제거되었고 호전될 것으로 예상된다는 말을 들었으나, 그 때까지 260만 원 상당의 치료비가 나온 것을 알고 향후 치료비도 부담하기 어려울 뿐 아니라 금은방을 운영하다가 실패한 후 17년 동안 무위도식하면서 술만 마시고 가족들에 대한 구타를 일삼아 온 피해자가 살아남아 가족들에게 계속 짐이 되기보다는 차라리 사망하는 것이 낫겠다고 생각하여 경제적 부담을 빌미로 피해자의 퇴원의 허용을 계속 요구하였다.

(6) 이에 갑, 을은 수차례에 걸쳐 피해자의 상태에 비추어 지금 퇴원하면 죽게 된다는 이유로 퇴원을 극구 만류하고 치료비를 부담할 능력이 없으면 차라리 1주일 정도 기다렸다가 피해자의 상태가 안정된 후 도망가라고까지 이야기하였으나 병은 피해자의 퇴원을 고집하였고, 1997. 12. 6.

14:00경 갑, 을로부터 퇴원시 사망가능성에 대한 설명을 듣고, 퇴원 후 피해자의 사망에 대해 법적인 이익을 제기하지 않겠다는 귀가서약서에 서명하였다.

(7) 갑, 을은 환자의 보호자가 그 퇴원을 강력하게 요구하고 있는 상태에서 퇴원요구를 거부한 후 발생될 치료결과에 대한 책임이나 향후치료비의 부담이라고 하는 현실적인 문제가 제기되자 보호자의 환자에 대한 퇴원요구를 거부하면서 의사가 치료행위를 계속할 수 있는 근거 등에 대하여 더 이상 생각을 보지 않은 채 피해자의 퇴원을 위한 조치를 취하게 되었다.

(8) 을은 갑의 지시에 따라 무에게 피해자의 퇴원을 위한 조치를 취하도록 지시하였고, 무는 1997. 12. 6. 14:00경 피해자에게 부착된 인공호흡기를 제거한 후 병과 함께 위 병원구급차로 피해자를 후송하면서 인공호흡보조 장치를 사용하여 수동으로 호흡을 보조하다가 피해자의 주거지에 도착한 후 병에게 인공호흡보조 장치를 제거하게 될 경우 사망하게 된다는 사실을 고지한 후 인공호흡보조 장치를 제거하였다.

(9) 피해자는 무가 떠난 후 5분도 안 되어 목부위에서 꺾꺾거리는 등의 소리를 내며 불완전하게 숨을 쉬다가 뇌간(腦幹)압박에 의한 호흡곤란으로 사망하였다.

2. 보라매병원사건의 법적검토

가. 문제의 제기

의사의 살인죄가 문제된 보라매병원사건은 우선 ① 의사의 퇴원조치 및 치료중단행위가 작위행위인지 아니면 부작위행위인지 여부, ② 부작위라면 의사에게 환자의 사망을 방지할 보증인적 지위와 보증의무가 있는지 여부, ③ 있다면 그 근거와 내용은 무엇이고 그와 관련한 치료의무의 한계는 어디까지인가의 여부, ④ 의사들의 치료중단행위는 치료중단을 요구한 환자 보호자와 공동정범관계인지 아니면 단순한 공범관계인지 여부, ⑤ 공

범이라고 본다면 공범의 고의성립을 위하여 정범의 고의가 인정될 수 있는지 여부, ⑥ 공범의 방조행위와 정범의 실행행위 사이에 인과관계 및 객관적 귀속관계가 필요한지 여부, ⑦ 의사들에게 위법성을 조각하는 정당화 사유가 있는지 여부에 대한 형법적 논의가 필요하다.

이하에서는 위 보라매병원사건 판결에 나타난 형법적 쟁점사항에 대한 논의 및 환자의 자기결정권과 의사의 치료계속의무라는 상반된 권한과 의무 관계에서 바람직한 해결점을 찾아보도록 한다.

나. 치료중단 및 퇴원조치의 작위/부작위성

(1) 서론

범죄는 보통 적극적인 행위, 즉 작위에 의하여 실행되지만 때로는 결과의 발생을 방지하지 않는 부작위에 의하여도 실현될 수 있다. 형법상의 행위로서 부작위는 작위와 함께 중요한 의미를 갖는다.

형법학에 있어서 부작위범론은 범죄구성요건상의 해석론을 둘러싼 논쟁에서 보여지듯이 학자들의 의견이 첨예하게 대립해 온 분야 중의 하나이다.

작위의 형식으로 규정되어 있는 구성요건은 금지규범을 전제로 하는 것이지 명령규범을 예상한 것은 아니다. 즉, 작위범의 규범은 작위를 금지하는 것이며, 부작위를 금지하는 것이 아니다. 금지규범을 전제로 하여 작위를 금지하는 작위범의 구성요건을 부작위에 의하여 실현하는 것을 인정하는 것은 필연적으로 죄형법정주의, 특히 유추해석의 금지(Lex stricta)와 명확성의 원칙(Lex certa)에 위배되지 않는가가 문제되지 않을 수 없다.³³⁾ 물론 형법 제18조가 「위험의 발생을 방지할 의무가 있거나 자기의 행위로 인하여 위험발생의 원인을 야기한 자가 그 위험발생을 방지하지 아니한 때에는 그 발생된 결과에 의하여 처벌한다」고 규정하고 있으므로 부진정부작위범의 가벌성은 입법에 의하여 해결되었다고 할 수 있다.³⁴⁾

33) 이형국, 형법총론, 제3판, 법문사, 2003, 353면.

(2) 치료중단의 작위/부작위 검토

(가) 작위와 부작위의 구별기준에 관한 학설대립

작위와 부작위는 외적 행위현상에 의하여 대부분의 경우 쉽게 구별할 수 있다. 즉, 일정방향의 물리적 동작이 있으면 작위, 그것이 없으면 부작위이다. 기본적으로는 이 기준에 의해 일단 양자는 구별되어야 한다. 예컨대 타살은 작위에 의한 것이고, 굶어 죽게 한 것은 부작위에 의한 것이다. 그러나 하나의 행위에 작위요소와 부작위요소가 동시에 포함되어 있을 때에는 그 행위를 전체적으로 작위로 파악할 것인지 부작위로 판단할 것인지 그 구별이 쉽지 않다.

특히 과실범에 있어서 필요한 방어조치를 취하지 않고 행위한 점에 주 의의무위반이 있는 때에는 작위와 부작위의 요소가 함께 포함되어 있다.

고의범에 있어서는 작위와 부작위의 구별이 명백하지 않은 경우에는 먼저 작위가 성립하는가를 검토하고 그것이 성립하지 않을 경우에 부작위를 검토하자는(부작위는 작위에 대하여 보충관계에 있다고 하는) 견해(보충관계설)가 있고,³⁵⁾ 이러한 입장에 따르는 판례도 있다.³⁶⁾

외부세계에서 인과적 실행을 하면 작위이고, 그냥 되는대로 내버려두었다면 부작위라고 보는 견해(Kapper)와 ‘에너지의 사용’과 ‘인과관계형성’이라는 말을 하면서 적극적으로 힘을 사용하여 인과관계를 형성하면 작위이고, 그렇지 않고 그냥 방치하면 부작위라고 하는 견해(사실적 조건설,

34) 부진정부작위범에 대하여 처벌규정이 없는 일본과 같은 경우에 법률주의에 위배되지 않는가 하는 문제가 있지만, 독일은 형법 제13조, 우리나라는 형법 제18조와 같은 규정을 가지고 있어서 부진정부작위범의 처벌을 위한 근거가 마련됨으로써 죄형법정주의 위배여부에 대한 의문과 쟁점이 해소되었다는 견해도 가벌성의 긍정을 의미하는 것으로 보인다; 상계서, 353-354면.

35) 배종대, 전계서, 626면; 이재상, 전계서, 119면.

36) 대법원 1993.12.24. 선고 92도3334 판결. 공무원이 어떠한 위법사실을 발견하고도 직무상 의무에 따른 적절한 조치를 취하지 아니하고 위법사실을 적극적으로 은폐할 목적으로 허위공문서를 작성 행사한 경우에는 직무위배의 위법상태는 허위공문서작성 당시부터 그 속에 포함되는 것으로 작위범인 허위공문서작성·동행사죄만이 성립하고 부작위범인 직무유기죄는 따로 성립하지 아니한다.

존재론적 접근; Sieber, Rudolphi)가 있다.³⁷⁾

다른 견해로 자연적인 관찰방법이 아니라 법익침해 및 위태화와 관련하여 작위와 부작위를 구별해야 한다는 견해(법익관련설)³⁸⁾가 있는데, 이에 대하여는 작위와 부작위의 구별문제는 너무나 당연한 명제, ‘물리적 현상의 유무’ 문제가 아니라 ‘가치평가의 문제’라는 점을 선언해 줄 뿐이라는 비판이 있다.³⁹⁾

치료하던 의사가 잘 작동되어 오던 호흡기의 폐쇄단추를 눌러 숨이 막혀 죽게 했다면 힘과 인과관계를 기준으로 하는 사실적 조건설에 따르면 당연히 작위에 의한 살인이다. 그러나 규범평가설에 의한다면 단추를 누른 것이 더 이상 응급조치를 취하지 아니하여 살해하려고 한 것이라면 마치 심장마사지로도 살릴 수 있는 환자에게 심장마사지를 하다가 중단하여 죽이는 것과 같아서 부작위에 의한 살인이라고 할 수 있다.⁴⁰⁾

그 밖에 어떤 행위가 작위인가 부작위인가를 확정짓기 어려울 때 작위로 판단할 경우 범죄성립을 손쉽게 할 가능성이 크고 이러한 결과는 처벌의 확대를 가져올 수 있으므로, 소위 이중적 의미의 행위에 있어서는 그 행위를 먼저 부작위에 해당하는가 하는 측면에서 접근하여 그 성립요건, 즉 보증인적 지위와 작위의무의 내용을 검토함으로써 그 행위의 평가가 정당하게 이루어져야 한다는 견해가 있다.⁴¹⁾

우리나라의 통설과 판례는 작위와 부작위를 구별하는 척도로 비난의 중점 혹은 행위의 사회적 의미라는 기준을 사용하고 있는데(비난중점설 또는 규범평가설),⁴²⁾ 이에 대해서는 비난의 중점이란 작위와 부작위를 구별하

37) 조준현, “부작위범의 결과방지의무의 성립과 범위”, 『고시연구』, 2005. 3, 58면.

38) 오영근, 『형법총론』(제3판), 대명출판사, 2004, 281면.

39) 이상돈, “의학적 충고에 반한 퇴원에서 의사의 형사책임”, 『판례실무연구 VII』, 비교법실무연구회, 2004, 140면.

40) 상계논문, 59면.

41) 이상돈, 『치료중단과 형사책임』, 법문사, 2002, 68면 이하.

42) 김일수, 전계서, 607면; 이형국, 전계서, 691면; 임 응, 전계서, 465면; 정성근·박광민, 전계서, 452면; 하태훈, 전계서, 470면.

는 기준이 아니라 단지 ‘이미’ 이루어진 구별의 결과를 동어반복적으로 표현해 줄 뿐이라는 비판,⁴³⁾과 행위의 어느 부분에 중점을 두어 비난할 것 인지를 결정하게 되면 체계론상 구성요건해당성(또는 위법성)의 문제와 책임비난의 문제를 혼동하는 방법론상의 오류를 범하게 된다는 비판(Struensee)이 있다.⁴⁴⁾

생각건대 하나의 경우에 작위요소와 부작위요소가 동시에 포함되어 있을 때 작위와 부작위 중 어느 쪽에 중점이 있다고 단정할 수 없고, 작위와 부작위의 구별은 구성요건의 해석과 적용을 고려한 법적 평가의 문제이므로 법적 비난의 중점이 어느 쪽에 있는가에 따라 판단하지 않으면 안 된다. 따라서 의사자를 구조하기 위하여 밧줄을 던졌다가 마음이 변하여 밧줄을 거둬들인 경우 및 의사가 치료 중인 중환자에게 부착시킨 인공심폐기를 제거하는 경우 등에서는 법적 비난의 중점이 행위자가 일단 시작한 보증의무의 이행을 중지한 부작위에 있다고 보아야 한다.

(나) 치료중단행위의 작위/부작위 검토

치료중단행위 중에서 치료에 필요한 약의 공급중단, 주사의 중단, 심장 마사지의 중단 등 일정한 동작에 대한 에너지 투입을 중지하는 경우에 이를 부작위로 파악하는 데는 별다른 이론이 없는 듯하다.⁴⁵⁾ 그러나 인공심폐기 등 생명유지장치를 부착한 환자로부터 이를 제거하는 경우에는 인공장치의 제거라는 작위의 개입을 통한 치료중단, 즉 부작위가 이루어지기 때문에 그 성질을 어떻게 파악할 것인지에 대하여 견해가 대립하고 있다.

먼저 생명유지장치의 제거는 부작위로 파악하는 것이 우리나라와 독일의 다수설의 입장이다.⁴⁶⁾ 가일렌(Geilen)에 의하면 의사가 마사지에 의한

43) Sieber, "Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen bei der passiven Gesprächsteilnahme". JZ 1983, 433면; 이상돈, 전계논문, 140면 재인용.

44) 조준현, 전계논문, 58면.

45) 김재봉, "치료중단과 소극적 안락사", 『형사법연구』, 제12호, 한국형사법학회, 1999, 157면.

46) 최우찬, 전계논문, 43면; 정현미, "안락사와 형법: 독일에서의 논의를 중심으로", 『형사정책연구』, 5권 4호, 1994, 205면.

소생술을 중지하거나 생명을 유지하는 주사의 공급을 중지하는 것이 부작용인 것처럼 의사의 연장된 팔에 지나지 않는 기계장치의 움직임을 중지시키는 것도 역시 부작용이 된다고 한다.⁴⁷⁾ 록신(Roxin)은 ‘작위에 의한 부작용’라는 이론을 통하여 이를 부작용의 일종으로 파악한다. 작위에 의한 부작용으로서 논의되는 것 중의 하나로서, 구조의무가 있는 자가 물에 빠진 자로부터 구명기구를 회수하는 구조적 인과과정의 중지와 동일한 구조를 갖는 것이므로 부작용으로 파악할 수 있다고 한다.⁴⁸⁾

이에 반하여 생명유지장치의 제거를 작위로 파악하는 견해도 유력하게 주장된다. 보켈만(Bockelmann)에 의하면 적극적 살인은 독약의 주사나 자상, 절상에 의한 것에 한하지 않고 지혈대를 풀거나 상처의 봉합을 푸는 행위도 여기에 해당한다고 하면서 생명유지장치의 차단도 적극적인 살인 행위이며 단지 생명유지장치를 계속하는 것에 대한 부작용이 아니라고 한다.⁴⁹⁾ 또한 생명유지장치를 떼어내는 동작 그 자체는 손으로 인공호흡을 하는 것을 그치는 경우와는 달리 기존의 상태에 적극적으로 간섭하여 이것을 변경시키는 활동이기 때문에 작위성을 부정할 수 없다는 견해도 있다.⁵⁰⁾

(다) 법원의 판단

담당의사의 퇴원조치 및 치료중단에 대해 1심법원은 “사망의 원인은 뇌간압박에 의한 호흡곤란이고 인공호흡보조장치를 제거하는 행위만이 아니라 이를 포함한 전체행위를 규범적으로 평가해야 한다”고 하면서 의사들의 행위를 부작용으로 평가하였다.

이에 반해 항소심은 “피해자의 퇴원을 위하여 취한 조치와 그로 인한 치료행위의 중단은 한 개의 사실관계의 양면으로 서로 결합되어 있는 것

47) Geilen, Das Leben des Menschen in den Grenzen des Rechts, ZStW 1968, S 123ff; 김재봉, 전계논문, 157면 재인용.

48) Roxin, An der Grenze von Begehung und unterlassung, FS-english, 1969, S 395ff; 전계문.

49) Bockelmann, Strafrecht des Arztes, 1969, S. 108f.

50) 강구진, “인공호흡기의 차단과 형법(상)”, 『고시연구』, 1980. 1, 78면.

으로서, 의사(意思)의 관점에서 볼 때 의사들에 대한 비난은 피고인들이 소극적으로 치료행위를 중단한 점에 있다기보다는 병의 퇴원요청을 받아들여 적극적으로 퇴원에 필요한 조치를 취한 점에 집중되어야 할 것”이라고 판시하여 작위행위로 보았다.

대법원도 “행위자가 자신의 신체적 활동이나 물리적·화학적 작용을 통하여 적극적으로 타인의 법익 상황을 악화시킴으로써 결국 그 타인의 법익을 침해하기에 이르렀다면, 이는 작위에 의한 범죄로 봄이 원칙이고, 작위에 의하여 악화된 법익 상황을 다시 되돌이키지 아니한 점에 주목하여 이를 부작위범으로 볼 것은 아니며, 나아가 악화되기 이전의 법익 상황이, 그 행위자가 과거에 행한 또 다른 작위의 결과에 의하여 유지되고 있었다 하여 이와 달리 볼 이유가 없다”는 일반이론⁵¹⁾을 제시한 다음 본 사안에서 “갑, 을은 무에게 ‘환자를 집으로 후송하고 호흡보조장치를 제거’할 것을 지시하는 등의 적극적 행위를 통하여 병의 부작용에 의한 살인행위를 도운 것이므로, 이를 작위에 의한 방조범으로 본 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 갑, 을이 상고이유로 주장하는 바처럼 형법상 작위와 부작위의 구별 및 방조행위의 성립에 관한 법리오해 등의 위법이 없다”고 판시하고 있다.

이에 대해 대법원 판결은 ‘작위와 부작위의 구별기준’에 관하여 ‘에너지투입설’⁵²⁾을 취한 것 같지만, ‘에너지투입설’을 적용하기 전에 의사들이 ‘피해자를 집으로 후송하고 호흡보조장치를 제거’할 것을 무에게 지시하여 무가 지시대로 수행한 부분에 주목하여 피고인들의 행위 중에 사회적 비난을 가할 만한 행위가 무엇인가를 먼저 판정하는 사회적 의미의 중점설

51) 이는 작위, 부작위의 구별문제를 사실문제로 평가하는 입장 중 보충관계설의 입장이라는 견해는 구광현, 의사의 치료중단과 법적 책임에 관한 몇 가지 문제점 고찰, 재판실무연구, 2004, 178면.

52) “에너지를 투입하여 인과적 경과를 일정한 방향으로 조정하면 작위이고, 사태의 진행을 그대로 방치하면서 개입하지 아니하면 부작위”로 보는 관점이다. 임 응, 전제서, 520면.

의 견지를 먼저 작동시킨 것으로 보는 견해가 있다.⁵³⁾

(라) 검토

생각건대 투약의 중지 또는 압박이나 마사지를 통한 심폐소생의 중지와 인공심폐기의 제거를 규범적으로 달리 평가해야 될 이유는 없다고 생각한다. 인공호흡에 있어서 의사가 환자의 입에 직접 호흡을 불어넣었다가 중단하는 경우, 수동적인 인공호흡기의 조작을 중단하는 경우, 자동적인 인공호흡기의 작동을 중단하는 경우, 자동인공호흡기를 환자의 입에서 떼어내는 경우 등에 있어서 법적 비난의 중점은 어느 경우나 산소 공급을 중단했다는 점에 있는 것이지 구체적인 방법은 중요한 것이 아니다.⁵⁴⁾ 인공호흡기를 부착하였다 하더라도 피치료자는 독자적으로 생존할 수 있는 것이 아니라 의사에 의한 지속적인 관리 하에 있는 것이므로 아직 구조수단이 피구조자의 영역에 도달하지 못한 것이 되어 구조수단의 제거는 부작위로 평가하는 것이 타당할 것이다.⁵⁵⁾

보라매병원사건에서 항소심은 의사 갑, 을이 피해자의 퇴원을 위하여 취한 조치와 그로 인한 치료행위의 중단은 한 개의 사실관계의 양면으로 서로 결합되어 있는 것으로서, 의사(意思)의 관점에서 볼 때 피고인들에 대한 비난은 피고인들이 소극적으로 치료행위를 중단한 점에 있다기보다는 피해자 처의 퇴원 요청을 받아들여 적극적으로 퇴원에 필요한 조치를 취한 점에 집중되어야 할 것으로 판시하였으나, 오히려 법적비난의 중점은 환자의 생명보호의무(치료의무)를 부담한 의사들이 소극적으로 치료행위를 중지함으로 인해 그 의무를 위반한 것에 있다고 할 것이다.⁵⁶⁾

53) 심의기, “의사의 치료중단행위와 살인방조죄의 성부 -대법원 2004.6.24.선고, 2002도995 판결(살인, 공2004, 1255)-”, 『고시연구』, 2004. 11, 211면.

54) 김재봉, 전계논문, 158-159면.

55) 김일수, 『한국형법Ⅱ』, 박영사, 1997, 468면 참조.

56) 同旨: 허일태, “의학적 충고에 반한 퇴원조치와 의사의 형사책임”, 『형법연구Ⅱ』, 400-401면; 김병찬, “환자의 치료중단과 의사의 법적책임”, 『판례와 실무』, 2004, 322면; 이정원, 전계논문, 370면; 김충원, 치료중단과 의사의 형사책임, 『법률신문』, 2005. 1. 3.자. 14-15면; 이에 반해 작위로 보는 견해는 강구진, “인공호흡기의 차단과 형법(하)”, 『고

(3) 의사의 보증인적 지위

(가) 서론

보증인적 지위(Garantenstellung)란 부진정부작위범에 있어서 결과의 발생을 방지해야할 보증인이 갖는 특별한 법적 지위를 말한다. 즉 보증인적 지위에 있는 자의 부작위만이 작위범의 구성요건에 해당할 수 있으므로 보증인의 부작위는 작위와의 동가치성을 인정할 수 있는 제1의 요건이 된다.

의사의 행위를 부작위로 본다면 보증인적 지위가 있는지 여부를 검토해야 한다. 작위범과 달리 보증인적 지위(의무)가 없다면 애당초 부진정부작위범은 성립될 수 없기 때문이다. 이하에서는 보증인적 지위에 대해 살펴본 후 보라매병원 의사들에게 이와 같은 보증인지위를 인정할 수 있는지 검토한다.

(나) 보증인적 지위의 발생근거

형법 제18조는 “위험의 발생을 방지할 의무가 있거나 자기행위로 인하여 위험발생의 원인을 야기한 자가 그 위험발생을 방지하지 아니한 때에는 그 발생된 결과에 의하여 처벌한다”고 규정하여 부진정부작위범 처벌의 실정법적 근거와 보증인적 지위 및 보증의무의 발생근거에 대해서 위험발생방지의무와 선행행위에 의한 결과방지의무를 예시하고 있다. 보증인적 지위와 이 지위에서 도출되는 보증의무의 구체적인 발생근거와 내용에 대해서 학설은 형식설⁵⁷⁾과 기능설(실질설)⁵⁸⁾, 절충설⁵⁹⁾이 있다.

시연구, 1980. 2, 69면; 문채규, “행위와 부작위”, 『안동대 사회과학논총』, 창간호, 1989. 12, 45-46면; 구광현, “의사의 치료중단과 법적책임에 관한 몇 가지 문제점 고찰”, 『재판실무연구』, 2004, 180-181면; 김성돈, 전계논문, 40-42면.

57) 형식설은 법령, 법률행위(계약, 사무관리), 선행행위(사회상규, 신의성실, 관습) 등의 형식에 따라 보증인지위와 보증의무가 발생한다는 견해로 종래의 통설이다.

58) 보증인적 지위 및 보증의무의 내용을 법익보호라는 실질적 기준에 따라 한정하려는 견해이다.

59) 이는 보증인적 지위와 보증의무의 발생근거로 형식설과 기능설을 모두 고려하는 견해이다.

(다) 치료중단과 보증인적 지위 성부

의사들의 치료중단과 관련해서는 ① 선행행위나 응급환자의 자의적 인수에 의해 보증인 지위를 인정할 수 있는지와 ② 의료법 제15조나 응급의료에관한법률 제6조를 근거로 보증인적 지위를 인정할 수 있는지 여부가 문제된다. 이하에서 항을 나누어 보증인 지위에 관해 논한다.

1) 선행행위(응급환자의 사실적 인수)로 인한 보증인지위의 성부

피해자의 법익보호를 사실상 자의로 인수하여 피해자와 인수인 사이에 보호·의존관계가 생긴 때에도 인수인에게 보증인적 지위가 생긴다. 예컨대 위험한 등산안내·동굴관광안내를 맡거나 수영지도나 의사·간호사가 환자치료를 맡은 때 인수인에게 보증인적 지위가 생긴다.

보호기능의 인수는 보통 계약에 의하여 이루어진다. 예컨대 수영교사는 수영을 배우는 학생에 대하여, 위험한 관광의 안내원은 그 관광객자에 대하여 보증인이 된다. 이러한 보증인 지위는 계약의 기간이나 효력과는 관계 없이 사실상 보호기능을 인수하고 있는가가 기준이 된다. 계약기간이 끝난 후에도 사실상 보호기능을 맡고 있으면 보증인지위에 있을 수 있다. 보호의무의 범위도 현실적으로 인수한 보호기능의 범위에 따라 결정된다. 따라서 유아원 보모는 유아의 생명·신체에 대한 보호의무를 가질 뿐이다.⁶⁰⁾

그러나 인수관계는 반드시 계약 기타 사법상의 근거를 필요로 하는 것은 아니다. 계약이 무효·취소되거나 유효기간 경과 후라도 사실상 보호기능을 맡고 있으면 다른 구조의 가능성이 없는 한 보증인적 지위도 계속된다. 예컨대 의사가 치료를 시작하여 다른 의사를 찾게 할 기회를 없게 하였거나, 수술에 의하여 피해자에 대한 새로운 위험을 발생케 한 경우가 여기에 해당한다.

독일에서는 의료상 치료행위의 자발적 인수가 있으면, 해당 의사에게

60) 이재상, 전계서, 129면.

환자에 대한 보증인적 지위를 인정하고 있다. 심지어 독일연방법원의 판례에 따르면, 응급의료 당직의사가 전화로 도움을 요청한 응급환자의 요구에 적절히 대처하지 못하고 방치하여 피해자를 죽게 한 사건에서, 해당 의사에게 보증인적 지위를 인정하여 과실치사죄로 처벌하였다.⁶¹⁾ 독일 학계에서도 응급의료 당직의사는 응급의료를 요하는 모든 환자에 대하여 보증인적 지위를 인정하고 있다.⁶²⁾ 따라서 의식이 없는 응급 입원한 환자에 대해 담당 의사들이 환자의 동의도 없이 의료상의 응급조치를 취하는 행동에 즉시 돌입하였다면, 이는 한편으로 응급의료에관한법률에 의거한 행위일 뿐만 아니라, 다른 한편으로 해당 의사가 응급환자를 사실상 인수한 것이며, 담당 의사가 그 환자에 대해 그 후 응급치료행위를 계속했던 것도 그 환자에 대해 계속적인 보증인적 지위를 부담하게 됨을 징표한다.

생각건대 보라매병원사건에서 응급환자 정을 사실상 인수한 의사들은 환자에게 다른 보호가능성이 없는 한 환자 보호자의 강력한 퇴원요구에도 불구하고 환자를 보호하여야할 지위나 의무가 종료되지 아니한다고 생각된다. 이와 같은 의무는 오늘날 의사들의 높은 사회적, 경제적 지위에 대응한 공익적 지위⁶³⁾에서 인정되는 의무로서 사적자치원칙의 제한에 해당

61) BGHSt 7,211: 사건의 요지는 다음과 같다. 피고인 의사는 1953년 12월 4일과 5일에 응급의료 당직 근무를 하였다. 4일과 5일인가의 새벽 1시 30분에 피해자인 남편 K가 피고인에게 와서 자기의 부인이 복부 오른쪽 부위에서 매우 고통스러워하고, 체온이 34.1도로 저체온이며, 설사를 한다는 사실을 전하고, 부인을 위해서 왕진해줄 것을 부탁했다. 또한 피해자가 12월 1일과 4일에는 여의사로부터 진단을 받았는데, 혈액이 정상이고, 그밖에 별 문제가 없다는 이야기까지 해 주었다. 이에 따라 그 당직 의사는 단순한 장카타르(심한 설사)라고 생각하고, 피해자의 집으로 왕진가는 것을 거절하면서, 안정제를 주고 껌질처방을 지시했다. 그러면서 상태가 안 좋으면 오라고 하여, K는 그 의사의 처방대로 시행하였으나, 차도가 없자 아침 5시 15분에 역시 응급의료 의무가 있는 다른 당직의사에게 갔으나, 그 의사 역시 왕진가지 않았다. K의 부인은 그날 아침 9시 15분에 나팔관임신에 의한 파열로 발생한 출혈 때문에 사망하였음이 부검결과 확인되었다. 이 사건에 대해 원심은 피고인에게 과실치사죄를 적용하였고, 피고인이 연방법원에 상고하였지만, 이유 없다고 기각되었다.

62) Sch/sch/stree, STGB(25. Aufl), § 13, 28a.

63) 우에키 사토시 저, 한귀현 역, 『의료의 법률학』, 한국법제연구원, 2004, 314면에서는 구조의무는 진료계약에 있어서의 사법상의 합의의 틀을 넘어 공익적 관점에서 위치 지워진다(공법상 의무). 따라서 존엄사나 안락사의 요청이 있더라도 바로 이 의무가 해

된다고 볼 수 있지만, 이러한 제한은 이미 의료법 제15조나 응급의료에 관한 법률 제6조에서도 찾아 볼 수 있으므로 부당한 것은 아니라고 본다.

환자를 퇴원시킬 의무와 환자의 생명을 보호하기 위한 의료행위계속의 무가 충돌할 때 더 높은 가치인 환자의 생명보호의무가 우선하는 것이다.

보라매병원 사건에서 피해자의 퇴원 후 보호자가 전원 등의 조치를 하지 않을 것이라는 사실을 의사들이 충분히 예견할 수 있었으므로 보호의 무가 소멸된다고 볼 수 없을 것이다.⁶⁴⁾

2) 의료법 및 응급의료에관한법률에 의한 보증인적 지위의 성부

가) 의사의 의무

의사의 의무는 크게 진료의무와 기타 의료법상의 의무로 나누어진다.⁶⁵⁾ 진료의무라는 것은 의사가 환자로부터 진료의뢰를 받았을 때에 이에 응하여 또는 이미 진료계약이 성립해 있을 때 진료의 요구에 응하는 의무를 말한다. 의료법 제15조에 의하면 “① 의료인은 진료 또는 조산의 요구를 받은 때에는 정당한 이유 없이 이를 거부하지 못한다 ② 의료인은 응급환자에 대하여 응급의료에관한법률(이하 응급의료법이라 약칭함)이 정하는 바에 따라 최선의 처치를 행해야 한다”라고 하며 또한 응급의료법시행령 제10조는 응급환자에 대한 응급조치절차를 규정하고 있다.

기타 의료법상 의무로는 ① 허위증명서작성금지 의무(의료법 제18조 제

제되는 것이 아니다. 의사의 구조의무의 기본에서 보아 의사는 함부로 치료행위를 중단·중지하여서는 안된다고 보고 있다.

64) 同旨: 의사에게는 생명유지의무가 있기 때문에 진료계약이 해지되었다고 하더라도 환자의 생명·신체의 안전을 확보하는데 필요한 범위에서 진료계속의무가 있다고 풀이하는 견해는 신현호, 의료소송총론, 육법사, 1997. 155면; 진료계약은 종료된다고 하여도 ‘응급환자에 대하여 치료를 시작함으로써 이른바 환자의 인수에 따른 치료의무가 형법상 존재하게 된다’고 하여 민형사상 책임을 나누어 보고 있는 견해는 장영민, Medical Ethics: informed consent를 중심으로, 사망과 환자의 의사결정권: 선택권, 안락사와 보라매병원사건, 고시계, 2000. 9, 128면; 반대 견해: ‘보호자의 퇴원요구가 있고, 그에 따라 퇴원수속까지 밟았으면 의사는 더 이상 이와 같은 관리의무를 부담하지 않게 된다고 보아야 한다’, 이상돈, 의료형법, 법문사, 1998. 239면 참조; 장준, “의사의 보증인적 지위에 관한 연구”, 한양대학교 대학원 석사학위 논문, 2000, 42-43면.

65) 신현호, 전거서, 165면; 최재천 외 2인, 『의료형법』, 육법사, 2003, 156면 이하 참조.

1항), ② 비밀누설금지 의무(동법 제19조), ③ 진료기록의 기재 및 보존 의무(동법 제22조, 제90조) 등이 있다.

나) 결과방지의 작위의무

의사에게 의료법상의 일반적 의무 외에 환자의 사망을 방지할 보증의무를 인정할 수 있는가에 대해서는 학설이 나뉜다.

긍정설은 의사에게는 공법상 진료의무가 부과되고 법령을 근거로 하여 작위의무가 인정된다고 하거나 또는 사회적 지위상 일반적으로 기대하고 신뢰할 수 있는 특수한 입장에 있는 것을 근거로 하고 있다.⁶⁶⁾

구체적으로 치료하는 의사에게 보증의무를 부담하게 하는 규정으로는 의료법 제15조 제2항과 응급의료법 제6조를 들 수 있다. 의료법 제15조 제2항은 “의료인은 응급환자⁶⁷⁾에 대하여 응급의료법이 정하는 바에 따라 최선의 처치를 행하여야 한다”고 규정하고 있고, 응급의료법 제6조는 “응급의료종사자⁶⁸⁾는 업무 중에 응급의료⁶⁹⁾의 요청을 받거나 응급환자를 발견한 때에는 즉시 응급의료(자신의 면허 또는 자격의 범위 안에서 행함을 말한다)를 행하여야 하며, 정당한 사유 없이 이를 거부하거나 기피하지 못한다.”고 명시하고 있다. 이에 따라 응급의료법 제6조는 의사들에게 소극적으로 진료거부를 할 수 없게 하기보다는, 응급의료의 요청을 받고 응급환자를 인수한 즉시 응급의료의 부담의무를 적극적으로 지게하고 있다. 그리고 응급의료법 제8조 제1항도 “응급환자에 대하여 의료인은…치료를 위

66) 이준상, 「Physician's Responsibilities in Medical-care Accidents」, 박사학위논문, 단국대학교, 1979, 49면.

67) 응급의료법 제2조(정의) 제1호. “응급환자”라 함은 질병, 분만, 각종 사고 및 재해로 인한 부상이나 기타 위급한 상태로 인하여 즉시 필요한 응급처치를 받지 아니하면 생명을 보존할 수 없거나 심신상의 중대한 위해가 초래될 가능성이 있는 환자 또는 이에 준하는 자로서 보건복지부령이 정하는 자를 말한다.

68) 동법 제2조 제4호. “응급의료종사자”라 함은 관계 법령이 정하는 바에 의하여 취득한 면허 또는 자격의 범위 안에서 응급환자에 대한 응급医료를 제공하는 의료인과 응급구조사를 말한다.

69) 동법 제2조 제2호. “응급의료”라 함은 응급환자의 발생부터 생명의 위험에서 회복되거나 심신상의 중대한 위해가 제거되기까지의 과정에서 응급환자를 위하여 행하여지는 상담·구조·이송·응급처치 및 진료 등의 조치를 말한다.

하여 필요한 최선의 조치를 취해야 한다”고 천명함으로써 응급환자에 대한 담당의사의 응급치료의무를 더욱 강화하였다⁷⁰⁾고 본다.

부정설은 진료의무의 규정은 의사윤리의 법정화를 피한 혼시적인 것이 지나지 않으므로 의사에게는 부작위범에 있어서 결과방지의무가 없다고 한다.⁷¹⁾

즉, 이에 따르면 “오늘날의 의료관계가 윤리적 관계가 아니라, 서비스 계약관계로 파악되어 가고 있는 것을 고려해 보면, 일종의 (인간)윤리적 의무를 법적 의무로 전환한 것이라 할 수 있는 응급의료의무를 의료인에게 부과한다고 할 때, 의료법 및 응급의료법상 응급의료를 행하는 의료인이 응급의료를 행할 의무를 넘어서서 환자의 사망이라는 결과를 방지할 보증인의 의무를 부담하는 것은 타당하지 않다”고 한다.⁷²⁾

의사는 의료법상 응급의료를 거부할 수 없으나 이를 근거로 폭넓게 보증인적 지위를 인정할 수 없고 구체적으로 환자를 인수한 이후에 한하여 인정하는 견해⁷³⁾도 부정설에 해당한다.

절충설은 응급의료의무는 통상의 계약에 의한 치료의무에 대한 보충적(내지 보완적)인 보증인 의무로 파악하는 것이 타당하다고 한다.⁷⁴⁾ 즉 원칙적으로 통상의 치료의무는 종래의 의료관행대로 계약을 보증인적 의무의 근거로 삼되, 응급의료법은 치료의무성립의 공백시에 제한적이며 보충적으로 등장하는 보증인적 의무의 근거로 파악한다는 것이다.

생각건대 첫째로 응급의료법의 법문에서 명시한 응급의료의무를 근거

70) 2000년 1월 12일 시행된 현행 응급의료법 제10조에 의하면, “응급의료종사자는 정당한 사유가 없는 한 응급환자에 대한 응급의료를 중단해서는 안 된다”고 명시함으로써 보라매병원 사건으로 불거진 응급환자에 대한 의사의 부당한 퇴원조치를 금하려고 하고 있다. 응급의료법 제10조를 보증의무의 근거로 보는 견해는 이정원, 전제논문, 376-377면.

71) 부정설이 현재 일본의 통설과 판례의 입장이다.

72) 이상돈, “의료와 살인”, 『고시계』, 1998. 6, 67면, 70면 참조.

73) 조준현, 전제서, 389면.

74) 이상재, “의사의 응급의료의무와 치료의무”, 『형사판례연구』, 8권, 박영사, 2001, 105면.

없이 제한적으로 해석할 이유가 없는 점, 둘째, 진료의 목적에 비추어 보면 진료의무는 건강을 회복하기 위한 의무이자 동시에 질병의 악화를 방지하는 의무를 당연히 예정할 수 있는 점, 셋째, 응급의료법 제22조⁷⁵⁾에서는 응급의료비용에 대한 미수금 대불에 관해 규정하고 있는 점, 넷째, 의료행위는 의사들에게만 인정된 면허라는 특권이 있으므로 공익적 지위에서 응급환자를 인수한 경우에는 응급환자에 대해 치료해 주어야 할 책무가 발생하는 점, 다섯째, 일본에서 결과방지의무가 없다고 하는 것이 통설·판례의 입장인 것은 일본 의사법에는 우리 의료법 제87조 이하의 벌칙규정이 없기 때문이라는 점에 비추어 의사에게 결과방지의 보증의무가 있다고 본다.⁷⁶⁾

다. 치료중단의 정범/공범의 문제

(1) 서론

이 사건에서 1심법원은 치료중단조치를 취한 의사들과 퇴원요구를 한 피해자의 처를 살인죄의 공동정범으로 인정하였다. 그러나 상급심법원은 퇴원 요구를 한 피해자의 처에 대하여는 살인죄의 정범을 인정하였지만, 치료중단조치를 취한 의사들에 대하여는 피해자의 처의 살해행위에 대한 방조범으로 인정하였다.

이하에서는 정범과 공범에 관한 종래 학설, 판례를 살펴본 후, 보라매병

75) 응급의료법 제22조 (미수금의 대불) ① 의료기관과 구급차등을 운용하는 자는 응급환자에게 응급의료를 제공하고 이에 대한 비용을 지불받지 못하였을 경우 그중 응급환자본인이 부담하여야 하는 금액(미수금)에 대하여는 기금관리기관 또는 단체의 장에게 대불을 청구할 수 있다.

76) 同旨: 허일태, “중환자에 대한 의사의 퇴원조치 및 산소호흡장치 제거조치가 살인죄 등에 해당될 수 있는지 여부”, 『판례실무연구 VII』, 비교법실무연구회, 2004, 176-177면; 김충원, “치료중단과 의사의 형사책임”, 『판례연구』, 제18집(2), 2004, 217면; 궁정설에 의한다고 하더라도 보라매병원사건이 위 응급의료법 제6조의 요건에 해당하는지에 관해서는 별도의 검토를 요한다. 보라매사건은 위 요건에 해당되지 않는다는 견해는 이상돈, 의료와 살인, 고시계, 1998. 6, 71면 참조.

원사건에 대해 논하기로 한다.

(2) 공범/정범 구별기준에 관한 학설

공동정범(Mitt terschaft)이란 여러 사람이 공동하여 범죄를 실행하는 것을 말한다(형법 제30조). 공동정범은 공범의 공동이 아니라 정범의 공동이므로 행위지배(Tatherrschaft)가 그 표지로 된다. 여기의 행위지배는 2인 이상이 분업적 협력에 의하여 전체 범행계획을 실현함에 있어서 불가결한 행위지배를 하는 기능적 행위지배를 말한다. 공동정범은 2인 이상이 상호의존적 관계에서 기능적으로 분담·협력하면서 전체범행계획을 실현하는 행위지배자라는 점에서 행위지배 없이 단순히 타인의 범죄에 가담하는 교사범·중범과 다르다.

정범과 공범을 구별하는 학설로는 객관설, 주관설, 행위지배설⁷⁷⁾ 등이 있다.

오늘날, 정범과 공범의 구별을 위해서는 주관적 측면과 객관적 측면을 종합적으로 고려하는 이른바 행위지배설을 취하는 것이 통설⁷⁸⁾이다. 우리 대법원은 공동정범과 방조범의 구별에 관해서 기능적 행위지배설을 취하고 있는 것으로 보인다. 기능적 행위지배설에 의하면 범죄의 실현에 나아갈 때 그 실현의 여부를 좌우할 수 있을 정도의 장악력을 가지고 있는가에 따라 정범과 공범을 구별한다.⁷⁹⁾

부작위범에는 의사의 공동이나 공동실행행위를 생각할 수 없다는 견해가 있으나⁸⁰⁾, 부작위범도 실현의사와 지배가능한 사회적 의미 있는 실행

77) 자세한 내용은 이재상, 전게서, 415면 이하 참조.

78) 김성천·김형준, 전게서, 549면; 김일수·서보학, 전게서, 562면; 박상기, 전게서, 376면; 배중대, 전게서, 476면; 신동운, 형법총론, 법문사, 2001, 532면; 오영근, 전게서, 618면; 이재상, 전게서, 421면; 이정원, 전게서, 302면; 이형국, 전게서, 276면; 조준현, 전게서, 401면.

79) 대판, 2004.6.24. 선고 2002도995; 대판, 1997.1.24. 선고 96도2427; 대판, 1993.3.9. 선고 92도3204.

80) Armin Kaufmann, Unterlassungsdelikte, S. 189; Welzel, S. 206.

행위성을 인정할 수 있으므로 긍정설이 타당하다.

또한 작위와 부작위의 공동정범도 성립할 수 있다. 또한 공동자 중 1인은 작위의 실행행위를 분담하고 다른 공동자는 이를 저지해야 할 보증의무를 이행하지 아니한 경우에 양자는 공동정범이 될 수 있으므로 작위와 부작위간의 공동정범도 성립할 수 있다.

작위의 정범에 관여한 부작위자의 책임과 관련한 학설로는 ① 핵심사태 장악여부에 따라 정범·공범을 나누는 이론에 의하면 직접 범의침해를 가져오는 행위자는 당연히 정범이며, 아무런 행동도 하지 않은 부작위자는 당연히 정범이 되지 않는다는 견해(역할설 내지 방조설) ② 객관적으로 역할에 따라서 구분할 것이 아니라 주관적으로 평가하는 것이 타당하다는 견해(주관설-독일판례와 소수설) ③ 주관설과 객관설을 모두 고려하지는 견해(개별화설)이 있다.⁸¹⁾

(3) 보라매병원 상급심 법원의 판단

(가) 항소심은 “...의사들은 피해자를 퇴원시킬 당시 피해자의 처가 피해자에 대한 보호의무를 저 버려서 그를 사망에 이르게 하리라는 사정을 인식하고 있었을 뿐, 나아가 그러한 결과의 발생을 용인하는 내심의 의사까지는 없었다 할 것이어서 정범의 고의를 인정할 수 없으므로 의사들의 행위는 부작위에 의한 살해행위가 아니라 피해자의 처의 부작위에 의한 살인행위의 실행을 용이하게 한 작위의 방조행위로 봄이 상당하다”고 판시하고 있다.

(나) 대법원은 “...의사들은 피해자의 담당의사로서 피해자의 퇴원을 허용하는 행위를 통하여 피해자의 생사를 민법상의 부양의무자요 1차적인 보증인의 지위에 있는 피해자의 처의 추후의무이행 여부에 맡긴 데 불과한 것이라고 하겠고, 그 후 피해자의 사망이라는 결과나 그에 이르는 사태

81) 조준현, 전계논문, 64-65면.

의 핵심적 경과를 의사들이 계획적으로 조종하거나 저지, 촉진하는 등으로 지배하고 있었다고 보기는 어려우므로 공동정범의 객관적 요건인 이른바, 기능적 행위지배가 흠결⁸²⁾되어 있다고 보는 것이 옳다. 따라서, 의사들이 피해자의 처의 부작위에 의한 살인행위를 용이하게 함으로서 이를 방조하였을 뿐이라고 본 원심의 판단은 결론에 있어 정당하다”고 판시하고 있다.

(4) 검토

방조는 물리적·심리적으로 가능하므로 부작위에 의한 방조도 가능하다는 것이 통설⁸³⁾·판례⁸⁴⁾의 입장이다.

이에 대해서 부작위에 의한 중범을 부정하고 이를 부작위 정범(단, 형은 작위에 의한 중범의 정도로 감경)이 된다는 견해도 있다.⁸⁵⁾ 부작위에 의한 중범도 부작위범의 구성요건적 결과발생을 방지하여야 할 의무를 태만하였다는 점에서는 부작위정범과 다르지 않다는 것이 그 이유이다. 또 살해 행위를 저지하지 않는 보증인은 살해를 저지하는 데 대해 목적적 행위지배를 하고 있으므로 부작위에 의한 부작위정범이라고 한다.⁸⁶⁾ 그러나 행

82) 처음에는 공동정범의 성립요건 중 공동가공의사의 흠결에 대해 논하는 방향을 세우다가 기능적 행위지배가 없었다고 하는 것은 논리적 모순이라는 견해는 신현호, 보라매 병원사건에 관한 대법원 판결의 평가와 의미, 의료법학, 제5권 제2호, 대한의료법학회, 2004, 168면.

83) 김일수, 전게서, 513면; 박상기, 전게서, 330면; 배중대, 전게서, 641면; 이재상, 전게서, 134면; 임웅, 전게서, 484면; 정성근, 전게서, 448면; 하태훈, 전게서, 428면.

84) 대판, 1984.11.26. 선고 84도1906. 형법상 방조는 작위에 의하여 정범의 실행행위를 용이하게 하는 경우는 물론, 직무상의 의무가 있는 자가 정범의 범죄행위를 인식하면서도 그것을 방지하여야 할 제반조치를 취하지 아니하는 부작위로 인하여 정범의 실행행위를 용이하게 하는 경우에도 성립된다 할 것이므로 은행지점장이 정범인 부하직원들의 범행을 인식하면서도 그들의 은행에 대한 배입행위를 방치하였다면 배입죄의 방조범이 성립된다; 신동운, 판례백선 형법총론, 경세원, 2002, 526-531면 참조. 同旨: 대법원 1985. 11. 26. 85도1906 판결; 대법원 1995. 9. 29. 95도456 판결 등 참조.

85) Armin Kaufmann, Unterlassungsdelikte, S. 291ff; 김성룡, 부진정부작위범의 정범표지, 형사판례연구 12권, 2004, 84면 이하 참조.

86) Welzel, S. 222.

위지배를 하고 있는 고의적 작위정범에 대해서 그 행위의 결과를 방지하지 않은 보증인은 공동실행을 하지 않는 이상 행위지배를 할 수 없고 방조의 의미를 가질 뿐이므로 중범이 된다는 견해가 타당하다.

한편, 부작위정범자에 대해서 정신적으로 범행을 강화시키고 이를 원조할 수 있으므로 방조는 부작위 행위자에 대해서도 가능하다. 통설도 이를 긍정한다. 이에 대해서 부작위의 행위성을 부정하는 목적적 행위론 중에는 부작위범은 정신적으로 지배해야 할 행위결의와 지배해야 할 행위도 없다는 이유로 부작위에 대한 방조를 부정하고, 이를 부작위 정범이라 한다.⁸⁷⁾

그러나 부작위도 행위라고 해야 하고, 부작위에도 실현의사를 인정할 수 있으므로 부작위에 대한 정신적 강화행위를 결과발생에 직접 원인력 있는 정범으로 보는 것은 타당하지 않다.

교사범이나 방조범과 같은 공범의 고의가 인정되기 위해서는 교사 또는 방조에 대한 인식 및 용인뿐만 아니라 정범의 행위가 구성요건에 해당한다는 점에 대한 인식 및 용인 즉 정범의 고의가 있어야 한다(2중의 고의).

보라매병원사건에서 의사들은 피해자를 계속 치료해야 하는 치료의무(보증의무)가 있음에도 불구하고 치료중단 조치 즉, 부작위 행위를 통해 피해자의 사망이라는 결과를 가져왔다.

그러나 이러한 결과만으로 피해자의 소생을 위해 수술을 담당하였고, 퇴원을 수차 만류했던 의사에게 피해자의 처(정범)와 피해자의 살해에 대한 공동가공의 의사나 기능적 행위지배가 있었다고 인정할 수 없다. 따라서 보라매병원사건의 의사들은 부작위에 의해서 부작위 정범인 환자의 처에 대한 방조행위를 한 것이고 환자의 사망에 대한(미필적)고의도 인정되므로(정범의 고의)⁸⁸⁾ 부작위에 의한 방조범으로 보는 것이 타당하다 할 것이다.⁸⁹⁾

87) A.a.O.

88) 대법원 판시와 같이 이 사안에서 의사들이 치료중단 당시 피해자의 사망이라는 결과발생에 대한 미필적 인식 내지 예견이 없었다고 보기는 어렵다.

라. 치료중단의 인과관계/객관적 귀속

보라매병원 사건에서 의사의 행위를 살인죄의 정범으로 보거나 과실치사죄로 볼 경우 의사의 부작위행위와 환자의 사망 간에 인과관계가 있어야 할 뿐만 아니라, 사망의 결과를 그런 행위에 귀속시킬 수 있어야 한다.

생존가능성이 존재한 환자에 대한 치료중단(부작위행위)은 물론 그 중단 직후에 발생한 사태인 환자의 사망이라는 결과에 대해 인과적이라고 말할 수 있다.⁹⁰⁾ 그렇지만 환자에 대한 치료를 계속하였다면 환자가 생존했을 확률이 어느 정도 되어야 치료중단으로 인한 환자의 사망을 그 중단 행위의 탓으로 귀속시킬 수 있는지(객관적 귀속가능성)에 관하여는 논란의 여지가 있다. 행위자가 의무에 합치하는 행위를 하였을 경우에도 결과가 발생하였을 확률(Z: ‘의무합치적 행위시의 결과발생률’)이 어느 정도일 때 그 결과를 의무에 위반한 행위의 탓으로 귀속시킬 수 있는지에 관하여 독일 형법학계는 다양한 의견으로 나뉘어 있다.⁹¹⁾ Z>50%인 경우에만 결과 귀속을 배제하는 견해를 넓은 의미에서 ‘위험중대이론’이라고 부른다.⁹²⁾

보라매병원사건에서 의사의 치료중단을 살인방조로 구성할 때에는 방조행위와 환자의 사망 사이에 인과관계가 요구되지 않는다.⁹³⁾ 방조행위가 정

89) 이에 반해 피해자의 사망이라는 결과발생은 의사들이 치료를 중단함으로써 야기되고 따라서 범행의 결과발생을 좌우할 수 있는 지위에 있는 자, 즉 기능적으로 행위를 지배하는 자는 피해자의 처가 아니라 치료를 중단한 의사들이므로 이 사건에 있어 의사들이 부작위범, 정범성을 모두 갖추고 있다는 견해는 김병찬, 전계논문, 333-334면; 김충원, 치료중단과 의사의 형사책임, 법률신문, 2005. 1. 3.자, 14-15면.

90) 이상돈, “의학적 충고에 반한 퇴원에서 의사의 형사책임”, 『판례실무연구 VII』, 비교법실무연구회, 박영사, 2004, 156-157면.

91) 이에 대한 자세한 내용은 전계논문, 156-157면 참조.

92) 보라매병원사건에서 제1심법원은 생존확률은 73%에 이른다고 보아 환자의 사망을 의사의 치료중단행위에 귀속시킨다는 점에서는 사실상 위험중대이론을 따른 셈이라고 할 수 있다. 전계논문, 158면 각주 79) 참조.

93) 방조범의 인과성 개념에 의하면 의사 갑과 을에게 살인방조죄를 적용함으로써 결과에 대한 인과관계와 객관적 귀속가능성이 이들의 치료중단행위에 대한 가벌성 검토에서 사라지게 되어 논증의 부담이 경감되는 측면에 대해서는 이상돈, 치료중단과 형사책임, 법문사, 2002, 64-66면 참조.

범의 실행에 원인이 될 필요가 없다는 견해⁹⁴⁾와 필요하다는 견해⁹⁵⁾가 대립된다.⁹⁶⁾ 어떤 견해에 의하든 방조범의 인과관계는 방조행위와 정범의 행위로 발생한 결과 사이의 직접적인 인과관계(및 객관적 귀속)을 의미하지는 않는다. 그러므로 방조범에서 인과관계란-설령 그것을 요구하는 경우에도-방조행위와 실행행위의 합법칙적 연관⁹⁷⁾으로 족하다고 할 수 있다.

보라매병원사건의 경우에 의사 갑과 을에게 살인방조죄를 인정할 경우 이런 의미의 인과성이 흠결되어 있지는 않다.⁹⁸⁾

한편 보라매사건에서 대법원은 “합법칙적 연관 내지 상당인과관계를 인정할 수 없다고는 보기 어렵다”고 판시하여 ‘합법칙적 조건설과 객관적 귀속이론’의 견지에서 논의되는 용어(합법칙적 연관)를 사용하고 있다. 대법원이 ‘합법칙적 조건설과 객관적 귀속이론’에 관하여 관심을 표시하기 시작했다는 점도 주목되어야 할 부분이다.⁹⁹⁾

마. 치료중단과 고의의 귀속

(1) 서론

보라매병원사건에서는 대법원에서 인정한 바와 같이 의사들에게 살인의 미필적 고의가 있었는지가 문제된다.¹⁰⁰⁾

94) Wessels/Beulke, Stfrect, AT, § 13 Rn. 582; 이상돈, 상계서, 117면 재인용.

95) 김일수·서보화, 전계서, 650면; 김일수, 전계서, 351면; 신동운, 전계서, 603면; 배종대, 전계서, 562면; 이재상, 전계서, 489면; 오영근, 전계서, 682면; 박상기, 전계서, 462면; 손동권, 형법총칙, 울곡출판사, 2004, 475면; 임 응, 전계서, 412면; 정성근·박광민, 전계서, 584면.

96) 방조행위와 인과관계에 관한 자세한 내용은 박상기, 전계서, 460-463면 참조.

97) 이재상, 전계서, 489면.

98) 이에 대해 의사는 환자보호자 사이에 아무런 ‘연대의식’을 가지지 않았고, 또한 환자보호자에게 어떤 연대성도 표현했다고 볼 수 없으므로 의사의 치료중단과 정범의 실행 사이에 인과관계가 없다고 보는 견해는 이상돈, 의학적 충고에 관한 퇴원에서 의사의 형사책임, 판례실무연구Ⅶ, 비교법실무연구회, 박영사, 2004, 148-149면.

99) 심의기, 전계논문, 214면.

100) 담당의사에게 정범의 고의나 방조의 고의조차 없다고 본다면 다음으로 의사의 치료중단행위를 업무상과실치사죄로 구성하는 논증이 필요하다. 이에 대한 자세한 논의

미필적 고의란 구성요건적 결과발생 자체는 확실하게 인식하지 못했으나 그 발생의 가능성을 부정하지 않고 행위한 경우를 말한다. 예컨대 자동차를 고속으로 달리면 통행인과 접촉사고가 일어날지도 모른다고 생각하였으나 지금은 급하므로 접촉사고가 일어나도 상관없다고 생각하고 운전하다가 사고가 생긴 경우가 여기에 해당한다.

미필적 고의와 인식 있는 과실은 모두 결과발생의 가능성을 인식하고 있다는 점에서 차이가 없다. 그럼에도 불구하고 고의의 일종인 미필적 고의와 과실의 일종인 인식 있는 과실은 형법적으로 현저한 차이가 있으므로 양자의 구별이 문제되는데, 이에 관한 학설로 개연성설¹⁰¹⁾, 가능성설¹⁰²⁾, 인용설¹⁰³⁾, 감수설¹⁰⁴⁾, 무관심설¹⁰⁵⁾, 회피설¹⁰⁶⁾ 등이 있는데 이 글에서는 고의의 요소로서 지적 요소와 의적 요소를 모두 고려하고 있는 인용설(통설, 판례)에 따르기로 한다.

는 이상돈, 의학적 충고에 반한 퇴원에서 의사의 형사책임, 판례실무연구Ⅶ, 비교법실무연구회, 박영사, 2004, 153면 이하 참조.

- 101) 구성요건적 결과발생에 대하여 개연성이 있다고 인식한 때에는 미필적 고의이며, 단순한 가능성 정도의 인식이 있는 때에는 인식 있는 과실이라는 견해이다.
- 102) 구성요건적 결과발생이 구체적으로 가능하다고 인식하여 결과가 발생하면 미필적 고의이고, 전혀 가능성이 없다고 부인한 때에만 과실이 된다는 견해이다.
- 103) 구성요건적 결과발생의 가능성을 인식하면서 그 실현을 부인하지 않고 내심으로 용인 또는 양해한 때에는 미필적 고의이고, 결과발생의 가능성은 인식하였으나 이를 내심으로 거부하거나 결과발생을 부인한 때에는 인식 있는 과실이 된다는 견해로 통설, 판례의 태도이다.
- 104) 구성요건적 결과발생의 가능성을 인식하면서 그 실현을 감수하는 의사가 있거나 그 실현을 묵인하고 받아들이는 결의가 있으면 미필적 고의이고, 감수의사가 없거나 결과가 발생하지 않는다고 신뢰한 때에는 인식 있는 과실이 된다는 견해이다.
- 105) 구성요건적 결과발생의 가능성이 있다고 생각한 부수적 결과를 긍정적으로 시인하거나 무관심한 태도로 받아들이는 때에는 미필적 고의이고, 부수적 결과를 원하지 않거나 발생하지 않기를 희망한 때에는 인식 있는 과실이라는 견해이다.
- 106) 구성요건적 결과발생의 가능성을 인식하였음에도 불구하고 결과회피를 위한 조종의사가 없는 때에는 미필적 고의가 되고, 행위시에 가능하다고 생각한 부수적 효과가 발생하지 않도록 회피의사를 조종한 때에는 인식 있는 과실이 된다는 견해이다.

(2) 치료중단 의사들의 고의의 성부

(가) 법원의 판단

보라매병원사건에서 각 관여자의 형사책임에 결정적인 역할을 하는 문제는 피해자가 퇴원조치를 당하게 되면 피해자가 사망할 수 있음을 의사들이나 피해자의 처가 인식할 수 있었고 나아가 그 결과를 의욕까지 하였던가 하는 문제이다. 이에 대해 1심법원과 2심법원에서 확정한 사실관계를 토대로 하여 보면 두 법원은 각 관여자가 사망의 결과(및 그 가능성)에 대해 인식이 있었음은 긍정하고 있다. 1심법원은 의사들에 대해서나 피해자의 처에 대해서 사망의 결과발생에 대한 의욕 또는 용인이 있었음을 인정하였기 때문에 이들을 모두 살인죄로 처벌하였다. 그러나 2심법원은 피해자의 처에 대해서는 사망의 결과발생에 대한 의욕 또는 용인이 있었음을 인정하면서도 의사들에 대해서는 그에 대한 의욕 또는 용인을 부정하는 사실확정을 하고 있다. 대법원은 치료를 중단하는 경우 피해자가 사망할 가능성 내지 위험성이 있음이 예견되었고, 의사들이 이러한 사실을 인식하고 있었는바, 피해자의 사망이라는 결과 발생에 대한 미필적 인식 내지 예견마저 없었다고 보기는 어려우므로 위 의사들에게 정범의 고의가 있다고 보았다.

(나) 학설의 대립

1) 고의를 인정하는 입장¹⁰⁷⁾

퇴원을 하게 되면 환자가 사망할 것으로 예견하였던 자가 환자를 퇴원시키면서 환자가 사망할 것이라는 결과에 대해 의욕 또는 용인의사가 없었다고는 할 수 없다고 보면서 치료를 중단하고 인공호흡장치를 제거할 경우 사망에 이르게 된다는 사정을 인식한 이상, 인공호흡장치를 제거하는 단안을 내리면서 피해자가 사망하여도 어쩔 수 없다는 내심의 용인을 하는 것은 너무나 당연하다고 본다.

107) 김성돈, 전계논문, 37면. 이 글에서는 의사의 정범의 고의를 근거로 피해자의 처를 작위에 의한 살인죄의 교사범으로, 의사를 작위에 의한 살인죄의 정범으로 보고 있다.

이 견해는 또한 2심에서 의사들의 행위를 방조행위라고 평가하더라도 의사들에게 방조의 고의는 인정되어야 하며, 방조의 고의가 인정되기 위해서는 의사들에게 정범의 고의가 인정되어야 한다고 본다. 즉, 의사들에게 방조범을 인정하기 위해서라도 의사들이 피해자의 사망에 대한 의욕 또는 용인을 하였다고 하여 미필적 고의가 긍정되어야 하는 것이다.

2) 고의를 부정하는 입장¹⁰⁸⁾

이 견해는 보라매병원사건의 의사에게는 치료중단으로 인한 환자의 사망을 용인하는 내적 태도가 없다고 본다. 즉 사망의 단순 가능성에 대한 인식만으로도 고의를 인정하는 것은 과실과의 차별화가 되지 않는 점을 근거로 든다.

행위자의 어떤 내면의식상태를 고의범으로 다루는 것은 - 과실범보다 책임을 무겁게 매기는 근거이며 과실범에게는 결여된 - ‘법규범을 부정’하는 태도 때문이다. 그러므로 자신의 행위에 의해 초래될 불법상태를 “자기의 것으로 삼겠다는 결정”(persönliche Aneignung)이라고 부를 만한 현상이 행위자의 의식세계 속에 없었다면 그를 고의행위자로 부를 수 없다고 본다.

3) 검토

보라매병원사건에서 의사 감의 경우 피해자의 회복가능성이 73%에 이른다고 보았고(감의 법정진술), 의사 측은 생존가능성은 70-80%정도로 보았던 점(의의 검찰진술)에 비추어 담당 의사들은 치료중단시 사망의 가능성을 넘어 개연성 이상의 인식을 하고 있었던 것으로 보이고,¹⁰⁹⁾ 이러한 개연성을 인식한 상태에서 치료를 중단하고 인공호흡장치를 제거하였

108) 이상돈, “보라매병원 사건에 대한 대법원 판례의 문제점과 법제화 방안”, 『연명치료 중단에 정책적 대토론회 자료』, 대한의사협회, 2004, 9면 참조.

109) 의료계의 일반적 입장은 당시 환자의 회복가능성이 없거나 희박하다고 보고 있는바, 보라매병원 의사들의 인식과 달리 당시 환자의 회복가능성이 없었다면 이는 현실적으로 존재하지 않는 사실을 존재한다고 생각하는 적극적 착오의 문제로서 불능범의 문제가 된다. 이재상, 전게서, 169-170면; 불능범은 위험성이 있는 경우 처벌된다. 형법 제27조 참조.

다면 사망결과에 대한 용인 또는 감수의사가 없다고 보기는 경험칙상 어렵다고 판단되는 바 인용설에 의한다면 미필적 고의를 인정할 수 있다고 생각된다.

의학적 충고에 반한 퇴원이 의료관행이었고 자신의 치료중단조치가 위법하지 않다고 인식하였다면 이는 고의의 성립 단계가 아닌 위법성 단계에서 판단할 문제이다.

그 외 수차 퇴원을 만류하였으나 환자 처가 마음을 바꾸지 않아 불가피하게 퇴원조치를 취한 점은 고의 성립여부가 아닌 기대가능성(책임) 단계에서 고려될 수 있다고 본다.

바. 치료중단과 정당화 사유

담당의사의 행위는 일단 살인죄의 부작위방조범에 해당되므로, 일단 위법성이 조각되려면, 정당방위나 긴급피난, 또는 정당행위에 근거해야 할 것이다. 그런데 본 사건에서 응급환자에 대한 의사의 퇴원조치와 치료중단행위는 정당방위와 긴급피난의 적용대상이 될 가능성이 없어 보인다. 왜냐하면 응급환자가 담당 의사나 제3자에 대해 부당한 침해를 야기하지 않았고, 환자 보호자 측의 경제적 사유에 의한 긴급피난은(형법 제22조)¹¹⁰⁾는 허용될 수 없기 때문이다.¹¹¹⁾

(1) 사회상규로 인한 위법성조각

(가) 사회상규의 개념 및 판단기준

우리 형법상 사회상규 내지 사회상규에 위배되지 아니하는 행위의 개념

110) 허일태, 전계서, 412면.

111) 보라매병원 사건같이 피해 환자가 17년간 백수건달로 소일하고, 환자가족이 치료비용을 부담할 수 있는 경제적 여건이 전혀 마련되지 않아, 치료비를 부담하게 되면 살아 있는 나머지 식구들에게 엄청난 고통을 가져오게 한다 해도 사정은 변하지 않는다. 더구나 응급의료법 제22조에 의하면, 응급의료비의 부담은 환자 쪽의 가족이 부담할 수 없는 경우 같은 법 제19조 제2항 규정에 의한 기금관리기관의 장에게 대불을 청구할 수 있게끔 하고 있어, 응급의료비가 없어도 바로 그 때문에 응급환자를 퇴원시킬 수 없게 길을 열어놓고 있다.

에 관하여 학자들은 “사회생활에 있어서 일반적으로 인정되는 일상적 규칙”¹¹²⁾, “국민일반의 건전한 도의감”¹¹³⁾, “사회생활상 원칙적으로 승인된 정상적인 행위규칙”¹¹⁴⁾ 등 다양한 정의를 내리고 있으나 그 기본적 사고는 비슷하다. 즉, 형법 제20조의 사회상규는 위법성조각사유의 일반원리를 실정화한 것이므로 사회상규에 위배되지 않는 행위란 “법질서 전체의 정신이나 그 배후의 지배적인 사회윤리에 비추어 용인될 수 있는 행위, 즉 사회적으로 유용성이 인정되거나 적어도 사회적 유해성을 야기시키지 않는 행위를 말한다”고 할 수 있다.¹¹⁵⁾

개개 구체적인 행위가 사회상규에 위배하느냐의 여부는 사회적 이익형량에 따라 이익형량뿐만 아니라 행위의 목적·방법·태양 등 제반사정을 사회적 차원에서 총체적으로 평가하여 그 행위가 법질서 정신이나 그 배후의 지배적인 사회 윤리에 비추어 용인되거나 사회적으로 유용한가 않은가를 개별적으로 검토하여 판단하여야 하고 이 때에는 개별적 행위의 특성에 따라 ‘우월적 이익의 원리’, ‘정당한 이익 옹호의 원리’, ‘자율의 원리’, ‘자기 보호의 원리’, ‘보충성의 원칙’ 등이 상호 보충적으로 고려될 것이다.

판례는 사회상규의 판단기준으로 ① 행위동기·목적의 정당성, ② 행위수단·방법의 상당성, ③ 법익균형성, ④ 긴급성, ⑤ 보충성의 요건을 제시하고 있다.¹¹⁶⁾

판례는 ① 오진으로 인한 수술이라도 의학적 상식에 벗어나지 않는 경우,¹¹⁷⁾ ② 상대방의 도발행위나 폭행·강제연행을 피하기 위한 수단으로 소극적으로 저항하는 경우,¹¹⁸⁾ ③ 징계권이 없는 일반인이 어린아이에 대

112) 이형국, 전계서, 284면.

113) 이재상, 전계서, 277면; 대판, 1983.11.22. 선고 83도2224; 대판, 1956.4.6. 선고 4289형상42.

114) 김일수·서보학, 전계서, 348면

115) 정성근·박광민, 전계서, 220면.

116) 대판, 1986.10.28. 선고 86도1764; 대판, 1984.5.22. 선고 84도39; 대판, 1987.1.20. 선고 86도1809; 대판, 1994.4.15. 선고 93도2899; 대판, 1997.3.28. 선고 95도2674; 대판, 1999.2.23. 선고 98도1869 등.

117) 대판, 1986.6.10. 선고 85도2133.

한 징계행위가 목적과 수단에서 상당한 경우,¹¹⁹⁾ ④ 고소·고발 등 권리실행행위도 그 수단이 사회상규에 벗어나지 아니한 경우¹²⁰⁾는 모두 사회상규에 위배되지 않는다고 하고 있다.

(나) 검토

보라매병원사건에서 담당의사가 치료행위를 중지하고, 환자를 퇴원시키게 되면 환자가 곧 사망에 이르는 경우에도 환자나 보호자의 퇴원요구가 있으면, 이에 따라야 하고, 이러한 것이 “의학적 충고에 반하는 퇴원”으로서 의료계의 관행이기 때문에, 형법 제20조에 의해 위법성이 조각된다는 입장이 있으나, 이는 타당하지 않다. 왜냐하면 그러한 관행을 따랐다는 자체로서 위법성이 조각되는 것이 아니라 그러한 관행을 따르는데 있어 그것이 법령에 의해 허용되든지 아니면 예술적 견지에서 의료업무에 속하든지, 아니면 기타 사회상규에 반하지 아니하여야 하기 때문이다.¹²¹⁾

보라매병원사건이 소극적 안락사의 요건¹²²⁾에 해당될 경우 위법성이 조각될 여지가 없지 않으나 보라매병원사건은 소극적 안락사의 주관적, 객

118) 대판, 1986.10.14. 선고 86도1129; 대판, 1983.4.12. 선고 83도3217; 대판, 1982.2.23. 선고 81도2958.

119) 대판, 1978.12.13. 선고 78도2617.

120) 대판, 1977.6.7. 선고 77도1107; 대판, 1971.11.9. 선고 71도1629.

121) 허일태, “의학적 충고에 반한 퇴원조치와 의사의 형사책임”, 『형법연구 II』, 동아대학교 출판부, 2004, 415면.

122) 일본에서는 나고야고등판결에서 안락사가 허용되는 요건으로 ① 병자가 현대의학의 지식과 기술에서 보아 불치의 병에 걸려 죽음이 목전에 닥치고 있을 것, ② 병자의 고통이 심하여 누구도 참으로 이것을 보고 견딜 수 없을 것, ③ 오로지 병자의 死苦의 완화를 목적으로 행해질 것, ④ 병자의 의식이 명료하여 의사를 표명할 수 있는 경우에는 본인의 진지한 촉탁 또는 승낙이 있을 것, ⑤ 의사의 손에 의할 것을 본직으로 하고 의사의 손에 의할 수 없을 때는 수궁하기에 족한 특별한 사정이 있을 것, ⑥ 방법이 윤리적으로도 타당할 것을 들고 있다. 齊藤誠二, 刑法總論(全訂第3版), 法學書院, 57頁 참조; 미국에서는 안락사의 허용요건으로 Karen사건이나 Curzan사건에서 주관적으로는 후견인으로서의 안락사의 선택이 최선의 판단이라고 인정되어야 하고, 객관적으로 환자에 대한 죽음의 선택이 사회 대 다수인에 의하여 수용될 수 있어야 하고, 의학적으로 책임 있는 의사진들이 환자의 회복가능성에 대한 부정적 판단을 내리고 생명유지장치의 제거가 적절하다는 결론을 내릴 뿐 아니라 환자가 입원중인 병원의 윤리위원회에서도 생명유지장치의 제거를 승인하는 경우를 들고 있다.

관적 요건을 모두 결하였다고 본다. 보라매사건의 경우에는 가족이 환자의 퇴원을 요구한 이유가 경제적 이유 및 장기간 무위도식하면서 가족들을 학대한 환자를 유기하려는 목적에서 이루어졌고 환자가 치료를 계속 받았을 경우 회복가능성이 상당히 존재하였던 것으로 보이므로 이러한 요건을 결하였기 때문이다.

(2) 피해자 승낙(촉탁승낙에 의한 살인죄의 성부)

사람의 생명의 박탈문제는 대리인의 의사에 맡길 수 없고, 더욱이 사적 자치가 가능한 영역의 문제도 아니다. 우리 형법은 승낙이나 촉탁살인뿐만 아니라, 심지어 자살방조까지 형별로 처벌함을 법문에 명시하고 있어, 인간의 생명은 사적 자치에도 맡길 수 없다는 점을 분명히 하고 있다.

피해자 본인의 승낙이 있다면 형법 제250조가 적용될 수 없고 단지 형법 제252조가 적용될 수 있는 것처럼 보라매병원사건에서 해당 의사가 피해자의 승낙요건을 충분히 갖추었다고 판단하여 피해자를 퇴원조치할 수 있다고 믿었다면, 해당 의사들은 형법 제252조 제1항¹²³⁾이 적용될 수 있다.

그러나 보라매 사건에서 피해자의 생명회복이 불가능한 것은 아니고, 점차 회복되어 가고 있다는 사정을 감안하면, 피해자의 승낙은 부정해야 마땅하다 할 것이다.

이에 대해서 피해자 승낙에 준하여 형법 제252조 제1항을 적용이 타당하다는 견해가 있다.¹²⁴⁾

(3) 치료중단과 착오

123) 형법 제252제 제1항 【촉탁, 승낙에 의한 살인등】 사람의 촉탁 또는 승낙을 받아 그를 살해한 자는 1년 이상 10년 이하의 징역에 처한다.

124) 허일태, “중환자에 대한 의사의 퇴원조치 및 산소호흡장치 제거조치가 살인죄 등에 해당될 수 있는지 여부 -이른바 보라매병원 사건-”, 『판례실무연구 VII』, 비교법실무연구회, 박영사, 2004, 183면.

보라매병원 사건에서는 의사가 자기 행위가 “위법하지 않고 하물며 범 죄는 더욱 아니다”라고 생각했을 개연성이 높다. 이는 형법 제16조¹²⁵⁾의 적용여부가 검토되어야 하는 경우로, 의사의 착각·오인에 ‘정당한 이유’가 인정될 것인가가 검토되어야 한다.

의사들의 면책은 그들이 치료중단·퇴원조치가 적법하다고 믿은 것이 제16조의 정당한 이유에 해당한다고 인정되는 경우에만 가능하다.

제16조의 정당한 이유를 판단하는 기준으로 독일형법 제17조의 ‘회피가능성’에 대한 해석기준인 ‘양심의 긴장’, ‘스스로 숙고할 의무’, ‘전문가나 관계기관에 조회할 의무’ 등이 한국형법 제16조 ‘정당한 이유’를 판단하는 기준으로 원용되고 있다.¹²⁶⁾

제1심 법원은 의사가 “진지하게 양심에 비추어 보았더라면 도의감정이나 윤리감정에 어긋난다는 것을 알 수 있었으므로 제16조에 정해진 ‘정당한 이유’를 인정할 수 없다는 견해를 밝혔다. 그러나 ‘양심’, ‘도의감정’, ‘윤리감정’ 등은 제16조 법률의 착오에서의 ‘위법의식’ 또는 ‘법령에 의한 죄의 성립여부’에 관한 판단과는 다른 개념으로서 형법 제16조에서의 ‘정당한 이유’를 판단함에 있어 기준이 되는 것은, 의사가 자신의 퇴원조치가 형법규범 즉 살인과 관련해 허용되는 적법행위인지 아니면 금지되는 위법행위인지에 대하여 의문을 가질 계기가 있었는가, 있었다면 그에 대하여 충분히 생각하고 또 가능한 한 전문가에게 문의했던 가이다.

보라매병원사건의 제1심 법원은 의사들이 전문가나 관계기관에 문의·조회를 했더라면 자신들의 행위가 위법하다는 것을 알 수 있었는데도, 이를 하지 않았으므로 제16조의 정당한 이유를 인정할 수 없다는 입장이다. 여기에 대해서는 법원이 언급한 ‘전문가’는 누구인지 그리고 ‘관계기관’은 어디를 말하는지가 불분명하다. 이를 법률전문가로 볼 경우 과연 법률전문

125) 제16조 【법률의 착오】 자기의 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니하는 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니한다.

126) 배중대, 전계서, 393면; 이재상, 전계서, 333-335면; 임 용, 전계서, 275면.

가들이 환자의 상태를 간파하고 치료가 지속되어야 할지의 여부를 결정할 수 있는 능력이 있는가에 대해서는 의문이 있다.

아무튼 보라매병원사건에서 수술 후 불과 하루 남짓 지난 의식불명의 중환자를 퇴원시킨 의사의 행위에 대해서는 위법성에 대한 신중한 고려가 결여되었다는 점에서 형법 제16조의 정당한 이유가 있다고 판단하기는 어려울 것이다.

IV. 치료중단사례를 통해 본 향후과제 및 전망

1. 의료보장제도의 확충

우리나라에서는 치료비 지불능력이 없다는 것이 치료중단의 매우 중요한 이유 중의 하나이다. 보라매 병원 사건의 판결도 치료비 부담이 배우자의 퇴원요구의 주요한 이유가 되었다.

이 사건 판결은 법논리적인 측면에서 합당하다 할지라도 경제적인 이유로 환자나 환자가족들이 강력히 퇴원을 요구하는 경우에 퇴원 요구를 거부한 후 발생될 치료 결과에 대한 책임이나 향후 치료비 부담에 대한 사회적 보장적 조치가 마련되지 않은 상태에서 사법부의 판단을 통해 의사 또는 병원 측에 이를 강요함은 국가의 사회국가의무를 해태하는 것이라는 비판이 있다.¹²⁷⁾

자의퇴원은 개인의 문제가 아닌 국가의 문제이다. 국가는 국민의 삶의 질을 증진시키고 국민 복지를 향상시킬 막중한 책임을 안고 있다. 국민이 의료의 혜택을 받지 못하여 치료를 포기하지 않도록 국가는 당연히 의료보장제도의 확충 등 국민복지제도의 완비에 힘써야 할 것이다.

우리나라의 빈곤계층을 위한 의료보장제도는 의료보호이다. 의료보호제

127) 한국의료법학회, 보라매병원 판결에 대한 성명서, 2004. 7. 2.자 참조.

도의 확대에는 두 가지가 있는데 하나는 대상자의 확대이며, 다른 하나는 급여제한 항목을 간소화함으로써 급여의 혜택을 확대하는 것이다.

한 연구에 의하면 자의퇴원의 경우 사고에 의한 손상의 비율이 일반적 인 경우보다 높았다.¹²⁸⁾ 이는 예상치 못했던 사고로 인하여 응급상황이 전개되었음을 의미하며 이러한 상황에서 당연히 혜택을 받을 수 있을 것이라고 믿었던 의료보장의 혜택을 받지 못하게 된다면 환자는 물론 보호자의 고민은 상당할 것이다.

경제적인 여유가 있어 치료비 고민 없이 치료에만 관심을 갖게 되면 좋겠지만, 의료보호 환자들의 대부분이 극빈자나 거택보호자들이고 그들이 경제적 능력이 없는 것은 당연한 것이다. 이러한 상황에 처한 환자라면 누구든 치료포기를 한번쯤은 생각하게 될 것이다.

우리나라에서 의료는 이미 개인의 책임이 아니라 사회가 같이 책임져야 할 부분이다. 그러나 아직까지 의료보험에서 본인부담금의 비율이 높고, 비급여에 해당하는 부분이 많기 때문에 재난성 질환에 대한 실질적인 의료보장이 되지 못하고 있음은 주지의 사실이다.

사회적으로 뒷받침해줄 제도적인 장치가 없는 우리의 현실은 의사로서도 환자를 도울 방법이 없는 상황이다. 치료비 지불능력이 없는 환자를 계속 돌볼 수 있게 하기 위해서는 사회에서는 어떠한 환자를 계속 치료할 것인지에 대한 합의가 있어야 하고, 그 합의에 따른 경제적인 지원과 정책적, 제도적인 뒷받침이 있어야 한다. 정부는 치료비가 없어서 치료를 계속 받지 못해서 목숨을 잃는 사건이 발생하지 않도록 의료보장제도를 완비해야 할 의무가 있는 것이다.

구체적 방안으로 보건복지부 산하 생명윤리위원회를 설치하고, 지자체에 연계하여 가칭 「환자의 자의퇴원과 치료중단결정위원회」를 구성하자는 견해가 있다.¹²⁹⁾ 이 견해는 동위원회의 위원을 20인으로 하고, 학계, 법조

128) 박삼경, 「의료기관 자의퇴원의 효율적 관리방안에 관한 연구」, 석사학위논문, 강원대 경영행정대학원, 2001, 49면 참조.

계, 의료계, 종교계, 시민단체로 구성하여 ‘회생가능성’과 ‘회생불가능성’에 대한 판단, ‘소극적 안락사’를 판정해 주어야 한다고 본다.¹³⁰⁾

의료보장의 확대가 간단한 문제는 아니며, 또한 단시일 내에 이루어 질 수 있는 것은 더더욱 아니다. 거액의 정부예산이 필요하며, 행정적인 면에서도 개선이 필요하다. 그러나 의료보장의 문제에 국가가 지속적인 관심을 갖고 노력한다면 빈곤계층에도 좀 더 나은 의료환경이 조성될 수 있을 것이고 이를 위해 국가와 지자체가 책임을 더 부담해야 할 필요가 있다.

국가의 생명, 특히 중환자에 대한 생명유지 의무는 가족과 더불어 국가에게도 연대하여 있고, 중환자에 대한 치료계속의무 내지 존엄사 문제는 우리 사회가 공동으로 치료할 책임을 부담해야하므로 대법원이 환자의 처(병)가 ‘납편(정)의 민법상 부양의무자요 제1차적 보증인의 지위에 있다’고 한 것은 헌법정신에도 위반한 것이라는 견해가 있다.¹³¹⁾

2. 의료윤리위원회 활동 강화

치료중단의 문제는 법적 문제이자 의료윤리의 문제이기도 하다. 의료인은 환자가 자의퇴원을 희망하더라도 적극적인 설득으로 환자와 보호자를 이해시켜서 지속적인 치료를 받을 수 있도록 노력해야 한다. 의사의 진지한 설득과 환자의 상태에 대한 설명은 의사와 환자간의 신뢰를 증대시켜서 의학적 충고에 반한 자의퇴원을 줄일 수 있을 것이다.

병원 내에서 치료중단 및 자의퇴원에 대한 기준을 마련하고, 그 기준에 따른 어떤 통일적이고 공식적인 절차와 대책을 마련하여 환자에게는 계속 치료의 도움을 주고, 주치의에게는 자의퇴원에 대한 책임감의 부담을 덜어 줄 수 있는 기구가 필요한데 의료윤리위원회에서 그 역할을 할 수 있을

129) 이에 대한 자세한 내용은 하태영, 환자의 자의퇴원과 의사의 치료중단 논쟁, 「인터넷법률신문」, 2004. 7. 4, <http://www.lawtimes.co.kr/Lawtimes_WEB/News/board_c.aspx?News>

130) 전계문.

131) 신현호, 전계논문, 170면.

것이다.

현재 각 의료기관에는 의료윤리위원회라는 기구가 이미 조직되어 있는 의료기관들이 있을 것이다. 기존에 존재하고 있다면 기구의 활성화로 병원내의 문제를 줄일 수 있을 것이며, 기구가 없는 병원이라면, 그 명칭은 어떠하든지 간에 이러한 기능을 할 수 있는 기구를 만들어 실질적인 운영을 함으로써 환자 뿐 아니라, 만약에 발생할 수 있는 법적인 문제에 있어서도 의료기관 자체를 스스로 보호할 수 있도록 해야 할 것이다.

우리나라의 의사윤리지침은 그 제6장에서 윤리위원회에 관해 규정하고 있으나, 각급 의료기관, 의사회 및 전문학회에 대해 윤리위원회를 설치할 것을 권장하고 있을 뿐, 이를 강제하고 있지는 않다(지침 제74조 제1항). 또한 생명이 위급하나 회복가능성에 대해서는 제한하고 있지 않은 환자의 치료중단 요구(지침 제28조)에 대한 대처에서도 각종의 윤리위원회에 자문을 구하는 것이 바람직하다고만 규정하고 있을 뿐, 이를 의무적인 것으로 규정하고 있지는 않다(지침 제29조).¹³²⁾ 충분한 기능을 발휘하기 위해서는 윤리위원회의 적절한 구성과 실질적인 활동을 위한 조건이 갖추어져야 한다는 문제는 있지만, 이와 같은 소극적 태도는 의료현장에서 발생하는 수많은 윤리적 문제들에 대해 적절하게 대응하는 것을 어렵게 할 것이라고 생각된다.

한국의료법학회는 2004. 7. 2.자 보라매병원 판결에 대한 성명서에서 각급 의료기관에 병원윤리위원회 등의 집단 의사결정 기구를 설치할 것을 제안하고 있고, 그 구성은 의료인뿐만 아니라, 법조인, 윤리학자, 종교인 등으로 구성하여 운영하는 것이 바람직하다고 보고 있다.¹³³⁾

한편 보라매병원사건 후 대한병원협회는 환자와 보호자가 병원의 판단에 불복하고 법원의 판단을 요구하는 경우 퇴원금지결정취소청구소송(가

132) 의사윤리지침 제28조와 제29조는 보라매병원사건을 의식한 규정으로 보인다.

133) 한국의료법학회, 보라매병원 판결에 대한 성명서, 2004. 7. 2.자 참조..

처분신청)을 제기, 법원의 판결을 따르도록 하는 방안도 검토할 계획이라고 밝힌바 있다.¹³⁴⁾

3. 치료중단의 법제화

보라매사건을 계기로 의료계에서 소극적 안락사를 입법화하자는 주장이 제기되고 있다. 한 여론 조사 결과 ‘소극적 안락사’ 찬성이 69%, ‘존엄사’는 71%, ‘적극적 안락사’는 56%으로 나타난 바도 있다.¹³⁵⁾

환자의 상태가 위중하여, 치료가 불가능한 경우라도 현재 우리나라의 의료법상 안락사는 절대 불가한 것으로 되어 있다. 말기환자의 대부분은 심한 고통 속에서 고단위 진통제로 통증을 조절하며, 음식물을 전혀 먹지도 못하고 수액과 인공영양 주사액을 정맥주사로 공급받으면서 목숨만을 유지하는 상태로 죽음을 기다리게 된다.

참을 수 없는 육체적 고통과 함께 기계에 의존하여 매일 매일의 생존을 지속하고 있는 빈사의 환자들에 대한 치료는 언제까지 계속되어야 할 것인가? 이러한 한계상황에서도 생명은 우리의 법과 도덕질서의 틀 안에서 절대적으로 보호해야할 최고의 가치라는 관점에서 의사에게 생명유지의무를 끝까지 지울 것인가? 이러한 경우에 의사에게 끝까지 생명유지의무를 지우는 것이 환자의 존엄성보장에 역행하는 것으로 보고 의사의 직업적 의무와 권리도 환자의 자기신체와 생명에 대한 자유로운 의사결정에서 그 한계를 갖는다고 볼 것인가가 문제된다.¹³⁶⁾

생각건대 이러한 삶은 진정한 의미의 삶일 수 없으며, 오히려 비인간적인 상태일 수가 있는 것이다. 안락사에 대한 긍정적이고 개방적인 사회의 분위기가 조성되어진다면, 국민적 합의를 바탕으로 엄격한 요건 하에 치

134) 병원신문, 보라매병원사건 ‘재발방지’, 제1682호, 2004.7.12. 3면 참조.

135) 오태진, 만물상-안락사, 『조선닷컴』, 2005. 4. 1. <<http://www.chosun.com/editorials/news/200504/200504010338.html>>

136) 하태훈, “의사의 치료행위”, 『고시계』, 2001. 8, 41-42면.

료중단을 허용하고 이러한 치료중단행위에 대해서는 면책될 수 있도록 하는 법제화가 필요하다고 본다.

국내에서 제기된 구체적 방안으로 ① “의식불명인 환자가 의식을 회복할 가능성이 희박”하고, ② “경제적 곤란 등 객관적으로 인정되는 사회적-윤리적 사유에 근거해 환자의 이익을 대리하는 가족의 간청”했으며 ③ 진료에 참가하지 않은 전문의가 역시 환자의 의식회복이 비관적이라는 결론을 내린 경우, 치료중단을 허용하자는 견해¹³⁷⁾와 촉탁·승낙살인죄와 관련해 형법 제252조에 “전2항에 있어서 촉탁 또는 승낙을 한 자 및 자살자가 죽음에 임박한 회복 불가능한 환자인 경우에는 상당한 이유가 있는 한 별하지 아니한다”라는 내용을 제3항에 신설하는 방안이나 별개의 단행 법률로 정당화의 요건, 예컨대 ① 논란의 여지가 있는 사기의 ‘임박’ 및 ‘회복불가능’한 질환에 대한 판단을 구체화할 수 있는 의학적 기준을 규정한다든가, ② 안락사의 요구 또는 승낙하는 환자의 의사의 유효요건, 예컨대 안락사에 대한 의사결정능력을 만 20세 이상의 자로 한정한다든가, ③ 안락사심사위원회의 구성과 역할, ④ 안락사심사위원회의 안락사에 대한 승인 절차, 특히 그 신중을 기하기 위하여 승인 후 일정한 준비기간을 거친 후 환자의 최종적인 의사를 재확인하도록 한다든가, ⑤ 안락사를 시행할 자격이 있는 자 등을 규정하자는 견해¹³⁸⁾, 사회적 합의를 거친 후 법률을 제정하고 하위법령에 위임되는 한도 내에서 담당의사의 1차적 소극적 안락사(불치, 사기임박, 극심한 고통, 동의)의 판단 및 생명윤리위원회 또는 전담법원(후견법원)의 판단을 반드시 거치게 하자는 견해¹³⁹⁾가 있다.¹⁴⁰⁾

137) 한정환, “의식불명인 상태의 환자에 대한 의사의 치료의무”, 『형사법연구』, 제18호, 2002, 251면.

138) 임 응, “안락사의 정당화”, 『고시연구』, 1999. 12, 60-61면

139) 하태영, 전개논문. <http://www.lawtimes.co.kr/Lawtimes_c.aspx News>

140) 안락사의 법제화와 관련하여 치료중단 절차를 법적으로 규율하되 치료중단에 대한 결정을 내리는 과정에 환자보호자, 담당의사, 관련 종교인, 사회상담원 등을 치료 중단에 대한 대화 과정에 포함시키는 다양한 관점의 교류가 이뤄지는 구조가 마련되어야 하고, 이에 대한 통제는 약한 행정형벌로 하자는 견해는 이상돈, 안락사의 절차적

1986년에 제안된 독일의 안락사입법안(AE-Sterbehilfe)은 특별법의 형식을 취할 것이 아니라 형법 제16장의 생명에 대한 범죄행위에 규정할 것을 제한하는데, 제214조에는 “생명유지조치의 중단 혹은 불이행”(Abbruch oder Unterlassung lebenserhaltender Maßnahmen)에 대하여, 제214조 a에는 “진통조치”(leidensmindernde Maßnahmen)를 두고, 각각 일정한 사실적 전제하에서 위법하지 않은 행위로 규정하고 있다. 안락사 입법안 제215조는 제1항에서 자기책임적 자살을 방지하지 않은 행위는 불가벌임을 명백히 하고 있고, 제2항에서는 18세 미만의 자와 형법 제20조(정신장애로 인한 책임무능력)와 제21조(한정책임능력)에 상응하는 자의 자살행위는 예외로 한다고 규정하고 있다. 제216조에서는 현재의 촉탁살인죄를 1항에 존속시키면서 2항에 극도로 고통스러운 상황에서의 촉탁살인을 형면제사유로 보고 있다. 이 입법안은 1986년 제56차 독일법학회에서 검토되었으나 안락사 규정을 포함한 현행법개정은 지지를 얻지 못하였으며, 다만 이 입법안이 해석의 지침으로 유용하다는데 의견을 모은 바 있다.¹⁴¹⁾

일본의 경우 동해대학 안락사 사건과 관련해 일본의 요코하마 지방법원은 치료행위 중지가 인정되는 요건으로 ① 환자가 치료불가능한 병에 걸려 회복의 전망이 없고 죽음을 피할 수 없는 말기상태에 있을 것, ② 치료행위의 중지를 구하는 환자의 의사표시가 존재하고 그것이 치료행위의 중지의 시점에 존재할 것, ③ 치료행위의 중지 대상으로 되는 조치가 모든 조치에 미칠 것을 들고 있다.¹⁴²⁾

정당화, 의료기술의 발달에 따른 의료법의 대응, 한일법학회, 세창출판사, 1999, 387면 이하 참조.

141) Beschlüsse II 1 c 2,3,4; I 6,7; 정현미, “안락사와 형법”, 『형사정책연구』, 5권 4호, 1994, 210-211면에서 재인용. 이처럼 치료중단의 허용범위를 유형화하여 규정한 안락사 대체법안은 독일의 확실 및 판례에 중대한 영향을 미치고 있다.

142) 우에키 사토시, 한귀연 역, 『의료의 법률학』, 한국법제연구원, 2004, 315면 이하 참조.

4. 사전의사결정제도의 도입

의사무능력 상태를 대비한 사전의사결정은 의사결정 능력이 있는 어떤 사람이 그가 앞으로 의사결정 능력을 상실할 때를 대비해 그런 상황에서 어떤 의료 조치가 자기에게 행해지길 원하는가를 밝혀 놓은 것이다. 사전 의사결정은 주로 말기 질환의 상황을 예상하여 행해진다. 그런데 이미 말기 상태에 놓인 환자는 극심한 고통이나 의식상실 때문에 이 중 어떤 조치가 자기에게 행해져야 하는가에 대해서 제대로 선택하지 못하는 경우가 많이 있다.

1970년대 중반 미국의 카렌 킨란 사건에서 카렌 킨란 자신이 무엇을 원하는지만 알 수 있다면 쉽게 합의된 결정에 이를 수 있을 것인데 그렇지 못해 큰 논란이 되는 것을 보면서 사람들은 사전의사결정의 필요성을 자각하게 되었다.

오늘날 사전의사결정제도는 미국의 대부분의 주에서 법적 지위를 갖게 되었으며, 유럽의 많은 국가들에서도 법적이거나 유사법적인 위치를 갖게 되었다. 이제 우리도 사전의사결정을 제도적으로 도입하는 것을 신중히 검토할 필요가 있을 것이다.¹⁴³⁾

또한, 위 제도 시행 전이라도 예상되는 향후 치료 방향과 심폐소생술 시행 여부 등과 같은 중요한 결정 사항에 대하여 의사는 환자나 그 대리인들과 충분히 협의하여 될 수 있는 대로 사전지침을 받아 의무기록으로 남겨둘 필요가 있다.

5. 의사의 충분한 설득과정과 충실한 의무기록 작성

현재 대부분의 의사들은 환자와 보호자가 치료를 중단하고자 하는 경우

143) 同旨; 김천수, “안락사 내지 치료중단과 불법행위책임, 죽음에 대한 의료의 개입과 중단”, 『2005년도 춘계 학술대회 발표집』, 대한의료법학회, 2005. 5, 18면; 손명세, “우리 사회의 안락사와 존엄사, 그리고 연명치료 중단”, 『생명의 신학』, 제1집, 연세대학교 기독교 문화연구소, 2003, 133면 이하 참조.

충분한 설득과정을 거치지 않고 승낙하는 경우가 많다. 그러나 치료를 중단하려는 이유가 무엇인지를 파악하여 환자와 보호자를 충분히 설득하려고 노력해야 한다.

의사가 환자와 보호자의 치료중단 이유에 대해서 알지 못한다면, 치료를 계속하도록 설득하기는 힘들 것이다. 그러므로 의사는 치료중단을 요청받았을 때, 환자나 보호자가 환자의 현재 질병상태와 앞으로의 치료방향과 치료효과 등을 알고 있는지를 우선 확인하고, 의학적인 지식과 다르게 알고 있는 부분이 있다면 정확하게 설명을 해야 할 의무가 있으며, 설명과 함께 계속 치료를 받을 수 있도록 설득해야 한다.

또한 환자의 치료중단에 대한 이유를 의사가 알게 되면 의무기록에 그 이유와 치료중단의 과정에 대한 자세하고 충실한 기록을 남겨야 한다.¹⁴⁴⁾ 기록을 남기지 않게 되면 나중에 그 환자의 의무기록을 이용하여 환자의 치료과정을 파악하는데 있어서 어려움이 발생할 뿐만 아니라 법적 문제가 발생했을 때 자료 또는 근거로서 역할을 할 수 없게 되는 것이다. 충실하고 완벽한 의무기록을 작성하는 것도 의사의 임무중의 하나인 것이다.¹⁴⁵⁾

6. 환자의 자기결정권 및 이익의 존중

현재 우리나라에서 자의퇴원이 이루어지는 과정을 보면 환자 또는 보호자의 요청이 있을 후 의사가 그 요청을 받아들이는 경우가 일반적이다. 그런데 환자보다는 보호자의 의견이 더 중요시 여기어 지고 있는 것이 사실

144) 실제 1999. 1. 1.부터 4. 30.까지 Y대학 중환자실에 입실환자 중 치료중단을 결정한 31명의 의무기록 분석결과 치료중단에 대한 의사처방이나 가족들의 동의서가 기록으로 없는 경우가 각각 61.3%, 45.2%이었다. 김선옥, 「중환자실에서 치료중단 특성분석」, 석사학위논문, 연세대보건대학원, 1999, 58면.

145) 현재 의료법은 의료인에게 진료기록부등을 비치하여 의료행위에 관한 사항을 상세히 기록하여 보존하도록 규정하고 있고, 위반 시 300만 원 이하의 벌금에 처할 수 있도록 하고 있다(제22조, 제90조).

이다.¹⁴⁶⁾

의사가 치료를 시작할 때에 환자에게 자세한 설명한 함께 치료에 대한 동의를 얻어 치료를 시작했던 것과 마찬가지로 치료중지에 대한 환자의 의견이 존중되어야 함에도 불구하고 우리의 현실은 그렇지 못하다. 환자의 ‘살 권리’, ‘죽을 권리’에 대해서 어느 정도를 인정해야 하는가에 대한 논의가 선행되어야 할 것으로 생각된다.

환자가 의사결정 능력을 갖고 있다면 환자의 의견을 더 중시해야 할 것이고, 의사결정 능력이 없다면 환자가 사전에 자신의 의견을 문서 또는 대리인을 지정하여 밝혀 놓았다면 환자의 의견대로 결정해야 한다.

그러는데, 여기에서 우리는 환자가 결정능력을 갖고 있지 않고, 사전에 자신의 의견을 밝혀 놓지 않은 경우¹⁴⁷⁾ 누구의 의견에 따라서 결정을 해야 하는지에 대한 의문을 제기해 볼 수 있다. 물론 대부분의 보호자는 환자에게 가장 이로운 쪽으로 결정을 내리겠지만 만약, 법적인 문제가 발생하여 그 책임의 문제를 따지다 보면 환자에게 가장 이로운 쪽으로의 결정이 아닌 경우가 있기 때문이다. 그러므로 결정능력이 없는 환자에 있어서 누구의 의견에 따라서 결정해야 하는지에 대한 기준이 필요하다.

일응 의사와 환자가족이 상의함을 원칙으로 하고, 이견이 있을 경우 의사는 동료의사나 의료윤리위원회의 자문을 구하고, 미국의 경우처럼 법원의 사전적 개입이 검토될 수 있을 것이다. 어느 경우나 병원의 수익성이나

146) 불치의 병에 대해서, 병명은닉과 죽음의 압박에 대한 사실불고지 등이 우리 사회의 일반적인 현실이기는 하지만, 그것을 환자에게 정신적 충격과 죽음에 대한 공포를 주지 않기 위하여 해석하는 견해는, 문국진, 생명윤리와 안락사, 여문각, 1999, 264-265면; 장기등 적출에 있어 본인의 의사보다는 가족의 의사를 중시하는 실정법상 규정은 장기등이식에관한법률 제18조 제2항 제1호, 제2호 참조.

147) 우리의 의료현실에 비추어 환자가 의사결정 능력이 가능한 상태일 때 자기에게 행해질 진료의 선택과 동의를 그 자신이 하길 원하는지, 아니면 가족과 같은 어떤 다른 사람이 해 주길 원하는지를 문서(설명동의 대상자 지정서)로 밝혀 놓으면 의료인은 그 문서에 지정된 사람에게 환자의 상태에 대해 설명하고 진료에 대한 동의를 구하게 하는 제도(설명동의 대상자 지정 제도)를 시행하자는 견해는 손명세, 전개논문, 144면 이하 참조.

환자가족의 경제적, 재산적 고려가 배제된 환자의 최선의 이익이 기준이 되어야 한다.

7. 치료중단에 대한 의식변화와 지속적인 교육(의료윤리 확립)

생존가능성이 있음에도 불구하고 경제적 이유 등으로 치료중단을 하는 것은 정상적이지 못함은 물론 위법한 행위이다. 의료인은 보라매병원사건을 계기로 자의퇴원에 대한 인식을 새롭게 할 필요가 있으며, 각 의료기관은 수련위원회나 의료윤리위원회 등을 통하여 의료인뿐만 아니라 의료기관 종사자들에게까지도 지속적인 교육을 실시하여야 한다.

현재 우리나라에서의 의학교육은 지나치게 임상의학에 편중되어 있어 의사는 의료기술자로서의 역할에 충실하도록 되어 있다.

그러나 의사는 질병을 치료하기에 앞서 인간을 치료하여야 하므로, 의료법학도 의학의 한 분야라는 인식을 갖고 의학교육에서 의료윤리나 의료법학에 대한 체계적이고 전문적인 교육이 있어야 할 것이고¹⁴⁸⁾, 의료인국가면허시험에서도 이러한 내용을 점검할 수 있도록 하여야 할 것이다.¹⁴⁹⁾

그리고 의사들은 법규에 대한 이해 부족으로 회피할 수 있는 분쟁에 휘말리지 않도록 자신이 행하고 있는 의료행위나 의료계약의 법적인 의미를 이해하도록 노력하여야 할 것이다.¹⁵⁰⁾

V. 결론

지금까지 치료중단과 관련하여 보라매 병원사건 판결을 분석함으로써 이 사건이 지닌 법이론적, 윤리적 문제점 및 이의 극복방안을 제시하였다.

148) 신현호, 『의료소송총론』, 육법사, 2000, 97면.

149) 한국의료법학회, 보라매병원 판결에 대한 성명서, 2004, 7. 2.자 참조.

150) 신현호, 전제서, 97면.

구체적으로 1. 의료보장제도의 확충, 2. 의료윤리위원회 활동 강화, 3. 치료중단의 법제화, 4. 사전의사결정제도의 도입, 5. 의사의 충분한 설득 과정과 충실한 의무기록 작성, 6. 환자의 자기결정권 및 이익의 존중, 7. 치료중단에 대한 의식변화 및 지속적 교육을 제시하였다.

보라매 사건이 일어난 지 7년이 지났고, 이에 대한 대법원의 유죄판결이 있었지만, 그 당시의 불비했던 의료보장체계 및 수술직후 회복중인 중환자를 퇴원시킬 수밖에 없었던 척박한 의료현실, 법적·제도적 미비의 문제가 충분히 해결되었다고 보기 어렵다.

보라매병원사건을 볼 때 의료분야도 더 이상 형사처벌의 사각지대에 숨어 있을 수 없음을 알게 된다. 그러나 의료분야에 대한 형사처벌의 선부른 개입은 방어진료, 과잉진료, 퇴원지체 등 부작용을 낳을 수 있다. 불치의 질병으로 장기간 입원해 있는 환자는 병원이나 그 가족의 경제적 고려에 의하여 치료중단이 일방적으로 결정될 우려가 의료현장에는 항시 상존하고 있다. 막대한 비용부담을 가족이나 병원 측에 일방적으로 떠맡기는 상황에서 생명의 충실한 보장은 구두선에 불과할 것이기 때문에 공적·제도적 해결이 모색되어야 한다. 치료중단에 관한 구체적 입법이 마련되기 전에는 미국처럼 치료중단 요건의 해당 여부를 사전적으로 심사할 수 있는 의료윤리위원회 등 공적 기구의 마련 및 활성화가 요구된다. 마찬가지로 현재 사후적 개입에 머무르는 법원의 역할도 제도적 보완을 통하여 사전적 개입으로 전환할 필요가 있다.

한편 의료복지시스템 미비로 중간에 애매하게 낀 선량한 의사들이 더 이상 희생되어서는 안 된다. 의료현장의 수많은 의사들에게 심리적 압박을 풀어줄 수 있는 구체적인 대책을 내 놓아야 한다. “의사의 윤리만 규정돼 있을 뿐 경제적인 지원이나 현실적 대책은 크게 부족한 상황에서 이런 문제는 또 발생할 것이며, 사회도 제도적인 책임을 져야한다”는 대한의사협회의 강변을 귀담아 들을 필요가 있다. 우리 사회에서 이 문제를 어떻게 논의하고 구체적인 대책을 세울 수 있는지, 의료계, 법조계, 시민 사회가

진정으로 고민해야 한다.¹⁵¹⁾

이 글에서는 대법원의 견해와 같이 수술 직후 불과 이틀도 경과 되지 않은 상태의 중환자를 퇴원시키고 인공호흡기를 제거한 의사에 대해 형사책임이 인정될 수밖에 없음을 논증하였으나, 그렇다고 본 글이 이미 되돌릴 수 없는 죽음의 과정에 진입한 생존 및 회복가능성이 없는 빈사상태 환자의 치료중단까지 반대하는 것은 아님을 밝혀둔다.

이에 대한 문제는 의학적 충고에 반한 퇴원과는 다른 문제로 별도의 논의가 있어야 할 것으로 생각된다.

끝으로 앞으로 다시 보라매병원 사건처럼 경제적 이유에 의한 치료중단이 발생하지 않도록 치료중단과 관련한 법적·제도적 정비 등 구체적이고 각론적인 분야에서 심도 있는 연구가 있어야 할 것으로 본다.

151) 하태영, 환자의 자의퇴원과 의사의 치료중단 논쟁, 인터넷법률신문, 2004. 7. 4. <http://www.lawtimes.co.kr/Lawtimes_WEB/News/board_c.aspx?News>.

[참고 문헌]

1. 단행본

- 강구진, “인공호흡기의 차단과 형법(상)”, 『고시연구』, 1980. 1.
 _____, “인공호흡기의 차단과 형법(하)”, 『고시연구』, 1980. 2.
- 구광현, “의사의 치료중단과 법적책임에 관한 몇 가지 문제점 고찰”, 『재판실무연구』, 2004.
- 구영모, “안락사의 개념과 분류”, 『2005년도 춘계 학술대회 발표집』, 대한의료법학회, 2005.
- 김병찬, “환자의 치료중단과 의사의 법적책임”, 『판례와 실무』, 2004.
- 김상득, 『생명의료 윤리학』, 철학과 현실사, 2001.
- 김선옥, 「중환자실에서 치료중단 특성분석」, 석사학위논문, 연세대보건대학원, 1999.
- 김성돈, “세칭 보라매병원사건에 대한 1심법원판결과 2심법원판결의 비교·분석”, 『법조』, 52권 4호, 법조협회, 2003.
- 김성룡, “부진정부작위범의 정범표지”, 『형사판례연구』, 제12권, 2004.
- 김성천·김형준, 『형법총론』(제3판), 동현출판사, 2005.
- 김일수, 『한국형법Ⅱ총론하』(개정판), 박영사, 1997.
 _____, “안락사, 유혹인가 권리인가”, 『시민과 변호사』, 1999. 6.
- 김일수·서보학, 『새로 쓴 형법총론』(제10판), 박영사, 2004.
- 김재봉, “치료중단과 소극적 안락사”, 『형사법연구』, 제12호, 한국형사법학회, 1999.
- 김천수, “안락사 내지 치료중단과 불법행위책임, 죽음에 대한 의료의 개입과 중단”, 『2005년도 춘계 학술대회 발표집』, 대한의료법학회, 2005. 5.
- 김충원, “치료중단과 의사의 형사책임”, 『형사판례연구』, 제18집(2), 2004.
 _____, “치료의 중단과 의사의 형사책임”, 『법률신문』, 2005. 1. 3.
- 류화신, “대법원 ‘보라매병원사건 유죄판결을 다시 본다; 소생불가능한 환자, 치료중단까지 살인방조죄로 확대해석해선 안 된다’”, 『의료정책포럼』, 2권 3호, 대한의사협회 의료정책연구소, 2004.
- 문국진, 『생명윤리와 안락사』, 여문각, 1999.

- 문채규, “행위와 부작위”, 『안동대 사회과학논총』(창간호), 1989. 12.
- 박상경, 「의료기관 자의퇴원의 효율적 관리방안에 관한 연구: H 대학병원의 의무기록 분석을 중심으로」, 석사학위논문, 강원대경영행정대학원, 2001.
- 박상기, 『형법총론』(제6판), 박영사, 2005.
- 박상은·박재현, “보라매 병원사건에 대한 윤리학적 검토” 참조. <<http://www.co.kr/Bio.asp>>
- 박영호, 법원판결 뒤집기 위해 주의회서 제정한 법률은 위헌, 『법률신문』, 2004. 12. 23.
- 배종대, 『형법총론』(제6판), 홍문사, 2001.
- 손동권, 『형법총론』, 을곡출판사, 2004.
- _____, “안락사와 보라매병원사건”, 『고시계』, 2000.
- 손명세, “우리 사회의 안락사와 존엄사, 그리고 연명치료 중단”, 『생명의 신학』, 제1집, 연세대학교 기독교 문화연구소, 2003.
- 신동운, 『형법총론』, 법문사, 2001.
- _____, 『판례백선 형법총론』(개정증보판), 경세원, 2002.
- 신현호, 『의료소송총론』, 육법사, 2000.
- _____, “보라매병원사건에 관한 대법원판결의 평가와 의미”, 『의료법학』, 5권 2호, 대한의료법학회, 2004.
- 심의기, “의사의 치료중단행위와 살인방조죄의 성부 -대법원 2004.6.24.선고, 2002도995 판결(살인, 공2004, 1255)-”, 『고시연구』, 2004. 11.
- 오영근, 『형법총론』(제3판), 대명출판사, 2004.
- 오탈진, 만물상- 안락사, 「조선닷컴」, 2005.4.1. <<http://www.chosun.com/editorials/news/200504/200504010338.html>>
- 우에키 사토시 저, 한귀현 역, 『의료의 법률학』, 한국법제연구원, 2004.
- 유호중, “연명치료 중단의 정당성 근거와 조건”, 『의료·윤리·교육』, 5권 2호, 한국의료윤리교육학회, 2002.
- 이상돈, 『의료형법』, 법문사, 1998.
- _____, 『치료중단과 형사책임』, 법문사, 2002.
- _____, “보라매병원 사건에 대한 대법원 판례의 문제점과 법제화 방안”, 『연명치료 중단의 정책적 대토론회』, 대한의사협회, 2004.

- _____, “안락사의 절차적 정당화; 안락사의 실태와 법적 대응”, 『의료기술의 발달에 따른 의료법의 대응』, 세창출판사, 1999.
- _____, “의료와 살인”, 『고시계』, 1998.
- _____, “의학적 충고에 반한 퇴원에서 의사의 형사책임”, 『판례실무연구 VII』, 비교법실무연구회, 2004.
- 이상용, “치료중단과 안락사”, 한국형사정책연구원, 2001.
- 이운성, 한국에서 안락사, 존엄사의 현황과 대책, 「의협신보」, 제3566호, 2001. 11. 22.
- 이재상, 『형법총론』, 박영사, 2004.
- _____, “안락사”, 『경희법학』, 24권 1호, 1989. 9.
- 이정원, 『형법총론』, 법지사, 1999.
- _____, “의학적 권고에 반한 퇴원으로 사망한 환자에 대한 형사책임 -대판 2004.6.24,2002도995; 소위 보라매병원사건-”, 『비교형사법연구』, 6권 2호, 한국비교형사법학회, 2004.
- 이준상, 「Physician's Responsibilities in Medical-care Accidents」, 박사학위논문, 단국대학교, 1979.
- 이창영, “생명유지치료 중단에 대하여”, 『사목』, 제289호, 한국천주교중앙협의회, 2003
- 이형국, 『형법총론』(제3판), 법문사, 2003.
- 임 응, 『형법총론』, 법문사, 2002.
- _____, “안락사의 정당화”, 『고시연구』, 1999. 12.
- 장 준, 「의사의 보증인적 지위에 관한 연구」, 석사학위논문, 한양대학교, 2000.
- 정성근, 『형법총론』(개정증보판), 법지사, 1994.
- 정성근·박광민, 『형법총론』, 삼지원, 2001.
- 전지연, “안락사에 대한 형법적 고찰”, 『한림법학 FORUM』, 제4권, 1995.
- 정현미, “안락사와 형법: 독일에서의 논의를 중심으로”, 『형사정책연구』, 5권 4호, 1994.
- 조상재, “의사의 응급의료의무와 치료의무”, 『형사판례연구』, 제8권, 박영사, 2001.
- 조준현, “부작위범의 결과방지의무의 성립과 범위”, 『고시연구』, 2005. 3.
- _____, 『형법총론』(삼정판), 법원사, 2004.

- 최우찬, “안락사와 존엄사 -아름다운 죽음에 관한 권리”, 『고시계』, 1989. 2.
- 최재천, 의료분쟁조정법안에 대한 비판적 고찰, 『법률신문』, 1998. 9. 17.
- 최재천·박영호, 『의료과실과 의료소송』, 육법사, 2002.
- 최재천·박영호·홍영균, 『의료형법』, 육법사, 2003.
- 하태영, 환자의 자의퇴원과 의사의 치료중단 논쟁, 『인터넷 법률신문』, 2004. 7. 4.
- 하태훈, 『사례중심 형법총론』, 법원사, 2002.
- _____, “의사의 치료행위”, 『고시계』, 2001. 8.
- 한국의료윤리교육학회, 『의료윤리학』(제2판), 계축문화사, 2003.
- 한국형사정책연구원, 『치료중단과 안락사』, 2001.
- 한일법학회, 『의료기술의 발달에 따른 의료법의 대응』, 세창출판사, 1999.
- 한정환, “의식불명 상태의 환자에 대한 의사의 치료의무”, 『형사법연구』, 제18호, 2002.
- 황상익, “사회적 합의가 선행되어야 한다”, 『시민과 변호사』, 1999. 6.
- 허대석, “임상 측면에서의 해결방안 모색”, 『연명치료 중단의 정책적 대토론회』, 대한의사협회, 2004.
- 허일태, 『형법연구 II』, 동아대학교 출판부, 2004.
- _____, “안락사에 관한 연구”, 『형법연구 I』, 세종출판사, 1997.
- _____, “중환자에 대한 의사의 퇴원조치 및 산소호흡장치 제거조치가 살인죄 등에 해당될 수 있는지 여부 -이른바 보라매병원 사건-”, 『판례실무연구 VII』, 비교법실무연구회, 박영사, 2004.

2. 외국문헌

- 齊藤誠二, 『刑法總論』(全訂第3版), 法學書院, 2003.
- Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959.
- Lisa Yount, Physician-Assisted Suicide and Euthanasia, Facts On File, Inc., 2000.
- Code of Medical Ethics. AMA. 2000.12. <<http://www.ama-assn.org>>
- Kevorkian gets 10-15 years in prison, <<http://edition.cnn.com/US/9904/13/kevorkian.03/index.html>>
- Terminally ill think of suicide, but few actually do it, <<http://edition.cnn.com/2000/HEALTH/11/14/assisted.suicide/index.html>>

3. 기타

조선일보, “논쟁: ‘중환자 퇴원’ 의사에 살인죄”, 1998. 5. 19.

동아일보, “발언대: 의료인윤리 다시 정립해야”, 1998. 7. 10.

동아일보, “발언대: 의학적 고려 안한 판결에 의문”, 1998. 7. 15.

조선일보, “의사 살인방조죄 확정 큰 파문”, 2004. 6. 29.

병원신문, “보라매병원사건 재발방지”, 2004. 7. 12.

A Study on Medical-criminal Problem of Withdrawing Life-Sustaining Treatment

Cho, In-Ho

*Department of Medical Jurisprudence, Graduate School of Legal Studies
Korea University*

=ABSTRACT=

As a withdrawing care's study, the purpose of this study is searching about withdrawing care's acceptance and circumstances through Bora-mae hospital case(chapter 1). Withdrawing life-sustaining treatment has various forms. Though the meaning of euthanasia, death with dignity, natural death, physician assisted suicide are duplicated, the meaning of those are different slightly.

Firstly, this study looks about the difference of the those meaning and acceptance range(condition) by withdrawing care's forms(chapter 2).

Bora-mae hospital case sentenced guilty about physician who discharged incompetent patient who was after surgery by patient's wife determination.

This Bora-mae case that sentenced guilty about discharge against medical advise(DAMA) that is regarded to custom has brought intensive confliction of legal, social, medical aspect, Bora-mae hospital case has many legal problems.

First, as to criminal law rule 250(murder), the problem is whether discharge and withdrawing life-sustaining treatment is commission or omission. this study concluded omission(district court: omission, appeal, supreme court: commission).

Because legal denounce point of discharge and medical treatment withdrawing is omission that physician who is obligatory on patient to cure.

If physician's act is regarded omission, it is necessary to determine whether he has guardian status and obligation. Without guardian status and obligation, omission crime can't exist.

This study decided that physician had guardian status and obligation and foun-

dation of guardian status was pre-action or acceptance of emergency patient. Physician's medical treatment duty finished when patient(or patient's guardian) demands discharge. But when patient death is foreseen and other possible treatment does not exist, his duty of life prolonging treatment does not finish. This originate from physician's social responsibility and public status that limits patient's private liberty.

This study regarded physician's action as accomplice about whether physician's discharging action is accomplice or the principal offender(district court: the principal offender, appeal, supreme court: accomplice). Though the principal offender needs criminal determination and action, there is no this common determination and functional action control of physician in Bora-mae case(chapter 3). Bora-mae hospital case partly originated from deficiency of legal, institutive system including medical security system shortage, the instruction is 1. medical security system strengthening, 2. hospital ethical committee's activity strengthening, 3. institutionalization of withdrawing life-sustaining treatment, 4. acceptance of pre-decision making system, 5. sufficient persuasion of physician for patient and faithful writing of medical paper, 6. respect for patients' self-determination and rights, 7. consciousness's changing for withdrawing life-sustaining treatment and persistent education about medical ethics(chapter 4).

Considering Bora-mae case, medical sector is not the dead ground of a criminal punishment. Intervention of criminal law in medical sector give rise to ill effect, that is, excess medical examination and treatment, safeguard treatment, delay of discharge from a hospital. Because sufficient guarantee of life becomes mere empty slogan under situation that impose a burden of heavy cost to family or hospital, public and systematic solution should be given(chapter 5).

<p>Keyword : Withdrawing life-sustaining treatment, Bora-mae hospital case, Euthanasia, Discharge against medical advise(DAMA)</p>
--