

## 人工心肺裝置의 遮斷에 관한 刑法的 考察

姜 求 眞\*

### I. 問題의 所在

얼마전까지만 하여도 西獨에 있어서 行爲論의 分野에서 展開된 主要한 論爭은, 어떻게 보면, 刑法上 作爲와 不作爲를 如何히 統一의 把握할 것인가, 즉 作爲와 不作爲의 上位概念을 어떻게 形成할 것인가 하는 觀點에서 進行된 것이었다고 할 수 있다. 그러나 最近 西獨學界에 있어서는 이와 같은 從來의 傾向과는 전혀 다른 角度에서 作爲와 不作爲를 어떠한 基準에 의하여 限界지를 것인가 하는 論議가 활발히 일어나고 있다. 이와 같은 論議가 생기게 된 契機는, 라이히法院(Reichgericht) 및 聯邦法院(Bundesgerichtshof)의 判例에 나타난 일련의 過失犯事例나<sup>(1)</sup> 現代醫學이 창출한 人工의 心肺裝置<sup>(1)-a</sup>의 接續및 그 遮斷의 當否를 둘러싼 問題가 出現하였을 뿐만 아니라<sup>(2)</sup> 나아가 想定할 수 있는 여러가지 行爲 現象중 찍어서 분명하게 作爲인지 不作爲인지를 判斷하기 어려운 種種의 限界事例가 論者에 따라 設定됨으로써, 이러한 問題에 대한 刑法上의 理論的 解決이 必要하게 된 데에 있다.

本稿에서는 作爲와 不作爲의 限界에 관하여 일어날 수 있는 모든 問題에 대한 解決을 試圖하고자 하는 것은 아니고 다만 問題를 한정하여 現代醫學에 의하여 나타난 心肺裝置를 둘러싼 문제의 하나로서 同裝置에 接續되어 維持되고 있는 生命을, 그것을 遮斷함으로써

\* 서울대학교 법과대학 助教授

(1) 藥師事件(Apothekerfall, RGSt 15, 151), 山羊의 털事件(Ziegenhaarfall, RGSt 63, 211), 自轉車 충돌事件(Radfahrerfall, RGSt 63, 392) 및 貨物自動車事件(BGHSt 11, 1) 등이 있다.

(1)-a 獨逸語 Herz-Lungen-Maschine의 번역이라고 할 수 있다. 英語로서는 이에 相當하는 것으로 respirator(人工呼吸器)라는 말이 흔히 쓰이고 있는 것 같다.

(2) 西獨에 있어서는 醫師에 의한 心肺裝置의 遮斷을 行爲論의 次元에서 作爲에 의한 不作爲로 파악하는 傾向이 有力하다. 예컨대 Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, S. 107f; Engisch, Tun und Unterlassen, Festschrift für W. Gallas, 1973, S. 177f.; Roxin, An der Grenze von Begehung und Unterlassung, Festschrift für K. Engisch, 1969, S. 395ff; Samson, Begehung und Unterlassung, Festschrift für H. Welzel, 1974, S. 395f.; Geilen, FamRZ 1968, 725; Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 203f.; Wessels, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. (1978), S. 138 참조. 이와 같은 傾向은, 차단행위를 作爲로 파악하는 경우에는 그 許容性여부를 考察하여야 하는 理論的 負擔을 덜어주는 長點이 있다고 하겠으나, 觀點을 달리하면 許容性問題에 대한 正面解決로부터 逃避하고 있다는 批判이 가하여 질 수 있다. 이와 같은 見地에서 볼때 Karen Quinlan 孃事件에서 New Jersey 州大法院이 遮斷을 正面에서 合法化하는 길을 연 것(참조, In re Quinlan, 70 N.J. 10, 335 A. 2d 647 (1976))은 상당히 대조적이라고 볼 수 있다.

斷切시키는 경우에 이와 같은 遮斷行爲를 如何히 把握할 것인가를 行爲論 및 刑法上 죽음의 의미와 관련하여 西獨에 있어서의 代表的 學說의 紹介 및 分析을 통하여 檢討하고자 한다.

특히 最近에 全世界의 注目을 집중시킨 美國의 카렌嬢事件(Karen Ann Quinlan Case)<sup>(3)</sup>을 契機로 하여 安樂死(euthanasia)의 觀點에서 더 나아가 심지어는 죽음 權利(the right to die) 또는 尊嚴死(death with dignity)라고 하는 문제까지 論議되고 있는 現實을 생각하면<sup>(4)</sup>, 人工心肺裝置 遮斷行爲를 刑法上 어떻게 評價할 것인가를 考察하는 것은 意味있는 일이라고 하겠다. 더우기 카렌嬢과 같은 소위 植物狀態患者(persistent vegetative state patient)의 治療와 看護를 둘러싸고 여러가지 심각한 問題가 일어날 수 있음을 考察할 때, 그 解決策은 重大한 關心의 對象이 아닐 수 없다. 이와 같은 問題는 比단 法學과의 對話를 필요로 할뿐만 아니라, 醫學, 倫理學, 宗教, 社會政策등의 領域과 法學과의 學際的 研究(interdisciplinary research)를 必要로 하는 課題에 속한다. 本稿를 계기로 하여 問題의 해결을 위한 學際的 研究가 활발히 展開되었으면 그 이상으로 多幸이 없겠다.

어떻든 植物狀態人間을 둘러싼 問題의 實體를 파악하여 그 妥當한 解決을 보기 위하여서는, 이 問題를 둘러싸고 쓰여지는 지극히 微妙하기 짝이 없는 概念 및 區別등을 명백하게 정리하지 않으면 안된다는 점을 지적하고 싶다. 예컨대 죽음의 定義라든가 腦死와 植物狀態의 區別을 비롯하여 治療上의 普通手段(ordinary means)과 特別手段(extraordinary means)의 區別, 人工的 生命延長의 不作爲와 生命短縮의 作爲의 區別, 危險한 治療行爲의 許容限界 및 그 條件, 價值없는 生命과 價值있는 生命의 延長措置의 區別, 直接的 安樂死(direkte Euthanasie) 또는 積極的 安樂死(aktive Euthanasie)에 대한 間接的 安樂死(indirekte Euthanasie) 또는 消極的 安樂死(passive Euthanasie)의 區別등에 대한 正確한 理解와 重要한 判斷이 바로 그것이다. 왜냐하면 이들 概念이나 區別에 대한 慎重한 檢討를 省略하거나 그에 대한 理解와 判斷을 잘못하여 單연히 죽음 權利라든가 安樂死를 許容할 것이라고 結論을 내린다면 이것은 곧 人間生命의 尊嚴과 價値에 대한 重大한 危險을 초래할 可能性과 直結되기 때문이다.

이와 같은 점에 유의하면서 本稿에서는, 위해서 이미 말한 바와 같이, 人工的 心肺裝置

(3) 이 事件에 관하여 New Jersey州 Superior Court는 1975. 11. 10의 判決(*In re Quinlan* 137 N.J. super 227 (1975))을 통하여, 主治醫의 反對를 무릅쓰고 植物狀態患者인 딸 Karen에 접속된 respirator (人工呼吸器)의 除去를 구하는 父 Joseph Quinlan의 請求를 棄却하였지만, 같은 州 大法院은 1976. 3. 31의 前掲註(2) 判決을 통하여 後見人인 Joseph Quinlan의 同意를 얻은 擔當 醫師는 病院의 倫理委員會의 承認을 거쳐 昏睡狀態로부터 깨어날 가망이 전혀 없는 Karen에게서 人工呼吸器를 떼어낼 수 있고 그로 말미암아 刑事 및 民事上의 아무런 責任도 지지 않는 것이라고 判示하였다.

(4) 이에 관한 主要 參考資料로서는 Tom L. Beauchamp and Seymour Perlin, *Ethical Issues in Death and Dying*, Prentice Hall: Englewood Cliffs, N.J., 1978이 있다.

의 遮斷行爲를 刑法上 如何히 判斷할 것인가를, 문제를 좀더 具體的으로 상세히 말한다면, “昏睡로부터 回復할 可望이 없는 植物狀態患者로부터 人工心肺器와 같은 機械的·人工的의 生命延長裝置를 遮斷시킴으로써 自然死의 過程에 달기는 것이 許容될 것인가”하는 問題를 考察하기로 한다.

## Ⅱ. 學說의 紹介 및 檢討

人工心肺裝置를 차단하는 行爲가 自然主義的으로 볼 때 裸의 作爲에 해당함에는 異論의 餘地가 거의 없는 것이지만, 그러나 刑法上의 行爲로서 考察하는 경우에는 이것을 禁止規範을 침해하는 作爲로 볼 것인가, 아니면 命令規範과 관련된 不作爲로 파악할 것인가에 관하여는 見解가 첨예하게 對立한다. 여기에서는 西獨에 있어서의 代表的인 學說만을 紹介하고 檢討하고자 한다. 이와 같은 檢討를 통하여 우리가 적어도 분명히 알 수 있는 것은 心肺裝置의 遮斷에 관한 問題는 단순한 刑法理論의 領域에만 머무는 것이 아니라, 그 背後에 놓여진 人間의 죽음에 대한 醫學的·法學的 見解와도 깊은 關聯을 가지는 것으로서 결국 人間의 죽음에 대한 思考가 刑法上의 理論構成에 상당한 영향을 미친다는 사실이다.

### 1. 作爲에 의한 殺人罪를 인정하는 見解

이 見解의 代表的 主唱者는 북켈만(Paul Bockelmann)이다. 그는 죽음의 判定基準에 관하여 結論的으로 傳統的 學說인 心臟 및 呼吸停止說에 대신하여 腦死說을 支持하면서 다음과 같이 말한다:

“腦의 器官死” 즉 “生物學的” 死亡이 발생한 경우에 “臨床的” 死亡 즉 心臟活動과 呼吸의 不可逆的 停止는 一定期間 동안은 막아지지만, 永結的으로는 막아지지 않는다. 腦의 器官死는 그런 까닭에 不可避하게 生物學的 機能統一의 分解에 이르고 短時間 또는 長時間後 周邊器官의 決定的 崩壞를 야기시키는 것이다. 오늘날 醫師로서는 경우에 따라 이들 器官의 붕괴를 一時的·部分的으로 막을 수는 있지만, 그러나 全體的·一般的으로는 防止할 수는 없다. 즉 腦의 器官死가 발생하였다고 한다면 生物學的 機能統一이 완전히 남았다고 하는 時點까지 그것을 維持하는 것은 不可能하다. 이러한 關係에서 醫學은 腦의 器官死가 人間의 죽음을 의미한다고 하는 結論을 導出하고 있다. 腦機能이 없어진 時點이 死亡의 時點이다. 죽음의 法律上 概念을 이와 달리 決定할 動機나 可能性도 없다. 이리하여 腦死야말로 人格으로서의 人間의 存在의 終末을 가져온다. 精神의 存在에 必要한 器官 즉 腦가 고쳐지지 어렵게 破壞되었기 때문에 精神的 存在가 없어지거나 또는 이미 나타나지 않는 경우에는 늦건 빠르건 여기에 死亡이 있고 어떤 故人의 肉體의 亡軀에 있어 心臟이 아직 고동하고 있다하여도 거기에 죽음 自體는 있는 것이다. 또 心臟移植의 경우에 他人의 심장을 이식받은 者가 從前과 똑같은 人格體인 사실로부터도 腦가 人格의 本質임을 알 수 있다<sup>(5)</sup>.

“그런데, 積極的인 殺人的 侵襲은 그것으로서 전부가 아니다. 毒藥의 注射뿐만 아니고 刺傷이나 切傷에도 한하지 아니한다. 出血을 멈추고 있는 包帶를 풀거나, 傷處의 縫合을 끄르는 것도 확실히 이에 해당한다. 그렇지만 이리하여 명백한 것은 蘇生器의 遮斷은 腦의 不可逆的 機能停止가 이미 일

(5) Paul Bockelmann, Strafrecht des Arztes, 1968, SS. 108-109.

어났는지 어떤지가 아직 不確實한 時點에서 행하여졌다던, 모두 積極의 殺人行爲이고 단지 生命延長 措置를 繼續하는 것의 不作爲는 아니라고 할 것이다.”<sup>(6)</sup>

#### 見解의 檢討 :

복켈만은 人工心肺裝置의 遮斷行爲를 단적으로 作爲라고 하는 점에서 行爲의 存在的 構造를 客觀的으로 포착하고 있다고 하겠고 이와 같은 作爲가 刑法上 殺人罪의 構成要件을 形式的으로 충족한다는 데 대하여 그의 見解를 反駁할 餘地는 없는 것같이 생각된다. 왜냐 하면 心肺裝置를 遮斷하는 것은 틀림없이 作爲的 態度이고 그것과 患者의 死亡과의 사이에 因果關係가 인정되고 그 위에 醫師는 그것을 적어도 未必的으로 인식하고 있기 때문이다. 그렇다면 遮斷行爲는 원칙적으로 殺人罪를 구성하게 될 것이다. 그리하여 이와 같은 見解는 生命의 價値나 質의 高下를 일체 묻지 아니하고 人間生命을 그 自體로서 尊重하고자 하는 刑法의 規範的 要求에 가장 충실한 해석인 것처럼 보여진다.

그러나 人工心肺裝置의 遮斷은 如何한 경우에 있어서도 허용될 수 없다고 볼 것인가? 복켈만의 견해에 따르면, 醫師는 일단 心肺裝置를 접속시킨 以後에 있어서는, 患者가 死亡할 때까지 그것을 遮斷시켜서는 안된다는 結論이 된다. 그러나 이른바 安樂死가 一定한 根據 및 條件下에서 인정될 수 있는 것이라면, 역시 同一한 精神에서 心肺裝置의 遮斷이 許容된다고는 볼 수 없을런지? 그 遮斷行爲가 비록 殺人罪의 構成要件에 해당하더라도, 法秩序全體의 理念 내지 精神에 비추어 許容되어 그 違法性이 阻却되는 경우가 있음을 인정할 것 인지에 관하여 考察해 볼 필요가 있다고 생각한다.

## 2. 不可罰的 不作爲로 보는 見解

이 見解는 다시 人工心肺裝置의 차단행위를 人工의 生命延長의 不作爲로 파악하는 見解와 作爲에 의한 不作爲로 포착하는 見解로 大別하여 考察할 수 있다.

### (1) 人工의 生命延長의 不作爲로 파악하는 見解

게르트 가일렌(Gerd Geilen)이 主唱하는 견해이다. 그는 우선 사람의 終期의 문제에 관하여 다음과 같이 적고 있다.

“총래의 臨床的 死亡은 心臟 및 呼吸의 決定的인 缺落이 있지 않으면 안되는 것이지만, 生物學的 死亡은 점차 단지 順次的으로 경과하고 있는 個個의 細胞質의 酸素感性에 따른 崩壞이다. 그렇지만 醫學的 發達에 의하여 人爲的 處置에 의한 生命機能의 補充이 可能하게 되었다. 즉 人工의 心肺裝置에 의하여 총래의 臨床的 死亡은 延長될 수 있게 되었다. 他面, 死亡에 대한 別個의 醫學的 생각도 생겨나, 呼吸과 循環의 停止以外的 徵候가 문제로 되게 되었다. 즉 死亡이란 일정한 生命中心의 欠缺과 一致되지 않으면 안되는 바, 그것은 곧 腦일수 밖에 없다고 한다. 여기에서 人間의 身體는 不可逆的으로 파괴된 腦로서는 이미 人間이 아니라든가, 人間의 人格의 唯一無二性을 條件으로 하는 人間의 精神은 腦의 產物이고 心臟의 產物은 아니라든가 精神의 魂없이는 이미 人間이라고 말할 수 없고, 人工적으로 維持되고 있는 部分的 機能을 지니는 死體라든가 하는 식으로 말하여지게 되었다.”<sup>(7)</sup>

(6) 上揭論文, S. 112.

(7) Gerd Geilen, Das Leben des Menschen in den Grenzen des Rechts, Zeitschrift für das gesamte

가일렌은 나아가 人工의 蘇生裝置의 차단에 관하여 다음과 같은 주장을 展開한다.

“그런데 通常의 醫學實務에 있어서 古典의 定義에 의한 死亡은 아직 發生하지 않았음에도 불구하고, 蘇生努力이 醫學上 確證과 醫師의 決定에 基하여 ‘中斷되거나’ 또는 전혀 시도되지 아니한 경우에 이것이 違法하다든가 더우기 可罰의이라고 할 必要는 없다. 왜냐하면 우리들은 적어도 消極의 安樂死(passive Euthanasie)의 가능성을 알고 있기 때문이다. 즉 醫師는 실제로 적극적 의미에 있어서 患者에게 손을 대는 것은 안되지만 그러나 逆으로 醫師는 의미없을 정도로, 힘이 미치는 한, 生命延長을 위하여 全力을 기울일 義務를 진다고는 볼 수 없다. 예컨대 腦가 不可逆的으로 損傷을 받은 것이 確認된 結果 환자가 自發的 生命機能 또는 意識을 회복할 가능성이 없는 때에는 蘇生努力의 經了는——腦死와는 다른 죽음의 概念에 있어서도——消極의 安樂死가 허용되는 一形態이다.

이와 같이 醫師는 機械를 멈출 수 있다. 이러한 한에 있어서는 그는 因果過程의 흐름에 적극적으로 干涉한다고 볼 수 있을 것이다. 그러나 그 身體의 運動만을 끄집어내어 刑法的 評價의 要點으로 삼는 것은 지나친 일이다. 이 경우는 손으로 행하고 있는 치료의 中止와 同一하게 취급할 수 있다. 醫師는 닻사지 운동에 의하여 시작된 蘇生の 處置를 中止한다거나, 또는 生命을 維持하는 注射를 반복하는 것을 中斷한다고 하여도 不作爲態度에 나아간 것에 不適當한 것과 마찬가지로, 技術적으로 보다 高度화된 領域에서, 裝置의 움직임을 中止 시키는 경우도, 이것역시 不作爲에 不適當하다. 法律的으로는 그 裝置는 醫師로서는 그의 延長된 삶에 지나지 않는다. 결국 自然의 經過가 그 自然에 맡겨 지는가 아닌가가 決定的이 아닐 수 없다.”<sup>(8)</sup>

## (2) 作爲에 의한 不作爲로 파악하는 見解

作爲에 의한 不作爲(Unterlassen durch Tun, Unterlassen durch Begehen)란 事實上의 作爲를 法的인 不作爲로서 구성하는 것을 可能하게 하고자하는 刑法解釋學上의 새로운 이론이다. 원래 1922년에 오펜베르크(v. Overbeck)가 처음으로 主唱한 것이지만<sup>(9)</sup>, 최근 代表的으로 록신(Claus Roxin)에 의하여 人工必肺裝置의 遮斷을 둘러싼 問題의 妥當한 해결을 위한 새로운 이론으로서 각광을 받게 된 것이다<sup>(10)</sup>.

보통 作爲에 의한 不作爲라고 할 때 다음의 두 경우가 있다. 그 하나는 예컨대 물에 빠진 자에 대하여 救命器具를 투척한 후, 그것을 다시 끄집어 내는 경우와 같이, 이미 開始된 救助의 因果的 進行을 積極的으로 차단하는 경우이다. 그 들은 救助義務者가 故意로 酌量하여 自己를 救助能力 없는 상태에 빠지게 하는 “原因에 있어서의 自由로운 不作爲”(ommissio libera in causa)의 경우이다. 이것들은 作爲에 의한 不作爲라고 하는 特別한 法形象으로서 法的으로 不作爲로 취급될 수 있다는 것이다<sup>(11)</sup>.

人工心肺裝置의 遮斷에 관한 록신의 견해를 略述하면 다음과 같다.

Familienrecht (FamRZ) 1968, SS. 123-125.

(8) 上掲論文, S. 126 u. Anm. 35.

(9) v. Overbeck, Unterlassung durch Begehung, in: Der Gerichtssaal, Bd. 88, 1922, S. 319ff.

(10) Claus Roxin, 前掲註(2) 論文 참조.

(11) Rudolphi/Horn/Samson/Schreiber, Systematischer Kommentar zum Strafrecht, Bd. 1. Allg. Teil, 1975, S. 82f.

“周知하는 바와 같이, 오늘날에는 어떤 前提條件下에서, 內部로부터의 呼吸停止가 있는 경우에 人爲的인 呼吸의 도움에 의하여 人間의 心臟과 순환을 다시 活動하게 함으로써 生命을 救助할 수가 있다. 그러나 또 患者의 腦가 回復할 수 없을 정도로 損傷을 받아 蘇生器없이 조급도 더 살아 있을 수 없는 것과 같은 狀況도 일어나게 된다. 이와 같은 상황에서 醫師는 呼吸器를 停止시킬 수 있을 것인가의 問題가 일어나고 나아가 故殺의 刑事責任을 질 것인가 아닌가가 問題로 된다. 呼吸器를 차단할 때에 展開되는 身體的活動 (버튼을 누르는 것)을 作爲行爲로 본다면 西獨刑法 제212조의 故殺의 可罰性을 피할 수 없게 된다. 왜냐하면 아직 生存하고 있는 人間이 殺害되는 것이고 더우기 오늘날에는 積極的으로 生命을 短縮하는 安樂死의 可罰性에 관하여서는 이미 아무런 의심도 없기 때문이다. 이에 대하여 醫師의 作爲를 不作爲로서, 즉 處置의 繼續의 中止로서, 法的 意味에 있어서의 把握이 가능하다고 한다면, 그 結論은 달라질 수 있다. 대단히 有力한 見解에 의하면, 醫師는 사라지는 것을 막을 수 없는 生命 (특히 患者의 意識이 다시 되돌아올 수 없을 정도로 缺落하고 있는 경우)을 人工的 手段에 의하여 延長시킬 法的 義務를 지지 아니하고 그와 같은 경우에 醫師가 아무런 處置를 하지 않았다하더라도 不作爲에 의한 故殺은 存在하지 않는 것으로 되기 때문이다.”<sup>(12)</sup>

“作爲에 의한 不作爲라는 理論的 武器를 가지고 문제에 接近한다면, 作爲와 不作爲에 관한 傳統的인 限界의 觀點下에서는 복케만은 확실히 強力한 論議를 提起하고 있음에도 不拘하고 結論의으로는 가일렌에 養成하지 아니할 수 없을 것이다. 왜냐하면 醫師가 蘇生努力을 다하여도 가망이 없는 것이 밝혀지고, 이와 같은 事實狀態를 인식하고 있는 경우에는 이것은 그 性質에 있어서 目的없이 人爲的인 延命을 그대로 放置할 수 있는 것과 마찬가지로 상태에 있기 때문이다. 그렇다면 心肺裝置의 遮斷은 客觀的으로 命하여지지 아니한 結果防止를 위한 努力의 拋棄 또는 絶望의 狀態 때문에 이미 要求되고 있지 아니한 生命延長措置의 中止에 不過하다. 위에서 말한 基準에 의하면 그것은 不可罰的인 行爲에 의한 不作爲의 명백한 한 경우이고, 이것은 흔히 논하여지는 法律上 要求되고 있지 아니한 救助因果關係의 停止와 그 構造에 있어서 全的으로 同一하다.”<sup>(13)</sup>

### (3) 見解의 檢討와 批判

不作爲說의 根底에 있는 論理는 腦가 不可逆的으로 損傷을 입어 內部로부터 自發的으로 生命機能을 維持하는 것이 不可能하게 된 경우에는 醫師는 患者의 生命을 人爲的으로 延長할 法的義務를 지지 않는다고 하는 데에 있다. 그러나 이와 같은 論理構成 자체에 문제가 있을 뿐만 아니라, 나아가 위 論理를 肯定한다고 하여도 心肺裝置에 접속된 人間生命을 그 장치의 차단에 의하여 斷切시키는 行爲現象을 어떻게 하여 不作爲라고 할 수 있을 것인가?

가일렌은 문제의 遮斷行爲를 不作爲와 價值的으로 同等하게 評價함으로써 길을 발견하려고 하고 특선은 作爲에 의한 不作爲라는 法的 形象을 받아들여, 醫師는 作爲義務가 없는 까닭에 作爲에 의한 不可罰的 不作爲라는 論理를 展開한다. 어떤든 차단행위를 不作爲로 구성하고자 하는 理論은, 그것을 作爲로 파악하는 경우, 차단행위는 이른바 積極的 安樂死로서 可罰的이 된다는 結論을 회피할 수 있다는 점에서 傾聽할 餘地가 있다고 할 것이다. 그렇다면 이 理論에 있어서는 不作爲를 作爲로부터 어떻게 區別할 것인가가 문제해결의 열

(12) Claus Roxin, 前掲 註(2) 論文, SS. 395-397.

(13) 위 같은 論文, S. 398.

최로 된다.

作爲와 不作爲의 區別은 刑法解釋學에 있어서 아직도 다툼이 있는 問題이다. 종래, 身體的인 動作과 靜止(벨링; Beling), 일정한 方向에로의 에네르기의 傾注의 有無(앵기쉬; Engisch), 因果性的의 有無(벨젤; Welzel, 아르민 카우푸만; Armin Kaufmann)등의 區別基準이 주창되어 왔다. 그러나 어떠한 區別基準에 의하건 이미 접속되어 生命維持作用을 하고 있는 裝置를 “빼어 내는” 動作 그 자체는 손으로 人工呼吸을 하는 것을 그치는 경우와는 달리, 既存의 狀態에 적극적으로 干涉하여 이것을 변경시키는 活動이기 때문에 그 作爲性을 否定할 수 없다고 본다. 이와 같은 結論은, 복셀만도 지적하는 바와 같이<sup>(14)</sup>, 同一한 行爲를 醫師以外的 제3자가 生命短縮의 목적으로 惡意로 행하는 경우를 생각하면, 충분한 근거가 있다고 생각한다. 이와 같은 제3자의 행위를 不作爲라고 하고 그를 不可罰로 한다고 하면, 理論上의 一貫性은 유지될런지 몰라도, 그 結論은 妥當性이 없다고 할 것이다. 왜냐하면 어느 누구도 이와 같은 제3자의 행위에 대하여 可罰性을 否定하지 않을 것이기 때문이다.

이와 같이 心肺裝置의 遮斷을 단지 不作爲로 파악하여 그 可罰性을 부정하려고 하는 견해는 不可罰的이면 좋겠다는 法感情을 충족시키는, 매력적인 주장이 될런지는 알 수 없으나, 理論的으로는 그 根據가 박약한 면이 있다고 하겠다.

### 3. 保護法益의 欠缺을 이유로 不可罰로 보는 見解

삭스(Walter Sax)에 의하면 “뜻없이 계속하여 움직이는 蘇生器의 遮斷은 殺人罪의 모든 構成要件을 實現하는 것임에도 불구하고, 原則的으로 保護되고 있는 法益을 例外的으로 侵害하지 않는 경우로서 構成要件이 阻却된다”고 한다<sup>(15)</sup>. 그는 刑法的 不法의 阻却을 ① 法益侵害의 欠缺로 인한 不法阻却과 ② 法益侵害의 正當化로 인한 不法阻却의 둘로 나누고 나아가 ①의 내용을 ① 規範의 保護目的에 의한 責任限定으로 인한 構成要件阻却과 ② 構成要件要素의 欠缺로 인한 構成要件阻却으로 分類한다<sup>(16)</sup>. 그리하여 自殺의 不可罰性을 例로 들면서 “피할 수 없는 죽음에 다다르고 있는 生命도 生命法益으로서 健康한 生命보다도 價値가 낮은 것은 아니지만, 生命法益의 保護를 위한 法的 義務에는 差別이 있는 것으로서 刑法的인 生命維持命令은 不可避하게 消滅할 生命의 機械的 人工的延長에는 미치지 아니한다. 法的命令이 存在하지 아니하는 이상, 生命維持에의 法的으로 保護된 利益이 欠缺하기 때문에 不作爲가 法的인 意義에 있어서 죽음을 惹起하여도 生命法益은 侵害되지 않고 따라서 위 ①의 規範의 保護目的에 의한 責任制限으로 인한 構成要件阻却으로 된다”고 한다<sup>(17)</sup>.

(14) Paul Bockelmann, 前掲註(2)論文, S.125, Anm. 45.

(15) Walter Sax, Zur rechtlichen Problematik der Sterbehilfe durch vorzeitigen Abbruch einer Intensivbehandlung, in: Juristenzeitung, 1976, SS. 137-151 (141f).

(16) Sax, a.a.O., S.144.

(17) Sax, a.a.O., S.147-149.

그러나 이상은 不作爲의 경우에 관한 것이다. 삭스에 의하면 人工心肺器의 遮斷은 作爲에 의한 죽음의 惹起로서 不作爲로 轉換하여 생각할 수 없다. 그는 다음과 같이 쓰고 있다:

“이 作爲는 죽음을 야기하는 疾病의 自然力의 原因性을 排除하거나 또는 ‘遮斷’하는 즉 死因을 設定하는 것이 아니라, 反對로 다시 自然的인 疾病의 進行에 맡기는 것으로서, 다만 그 自然死에의 移行에 對抗하는 것일 뿐 成功의 가망이 없는 人工의 障害를 제거함에 불과하다고 하는 것이 오히려 內容的으로 決定的이 된다.

죽음의 原因이 되는 藥의 投與나 또는 注射 등에 의하여 사람을 殺害하는 경우와 달라서, 人工心肺器의 차단은 疾病에 不拘하고 아직 남아 있는 自然的인 生命의 存續期間을 短縮하는 것이 아니라 질병에 의하여 이미 以前에 自然的인 죽음에 의하여 終了되었지만, 다만 人工의 作爲로 延長되고 있는 죽음을 끝내게 하는 것에 不過하다. 따라서 醫師는 人工心肺器의 遮斷이라고 하는 作爲에 의하여, 그 瀕死者를 心肺器에 접속하지 아니하는 不作爲에 의하여 實現되는 것과 全的으로 同一한 것을 惹起하고 있다. 즉 消滅하는 救助不可能한 生命은 疾病에 의한 自然的인 죽음으로 끝난다고 말할 수 있기 때문이다. 그러나 위에서 본바와 같이 이와 같은 自然的인 死亡을 防止할 法的義務는 存在하지 않는 까닭에, 人工心肺器의 遮斷은 生命이라고 하는 法益을 侵害하는 것이 아니고, 그렇기 때문에, 人間의 죽음을 故意로 惹起하고 있음에도 不拘하고 規範의 保護目的에 의한 責任制限을 이유로 構成要件阻却에 의하여 可罰的 殺人에 대한 構成要件該當성이 없다고 하는 것이, 不作爲에 대한 것과 마찬가지로, 人工心肺器의 遮斷이라고 하는 作爲에 대하여서도 妥當하다<sup>(18)</sup>.”

#### 見解의 檢討 :

삭스의 主張은 문제의 행위를 作爲라고 하는 점에서는, 복켈만의 作爲說과 相通하는 바 있지만, 다만 規範의 保護目的이라고 하는 理論을 가지고 문제의 生命이 규범의 保護目的外에 놓여지는 性質을 가진다는 理由에 의하여 構成要件이 阻却된다고 하는 점에서 極히 독특한 견해라고 하겠다. 문제는 그 生命이 保護目的外에 놓이는 根據인 바, 그것을 消滅하는 生命機能을 人爲的으로 維持하도록 하라는 法命令은 우선 存在하지 아니한다는 것, 즉 自然死을 방지할 法的義務는 存在하지 아니하는 것을 前提로 하여, 이미 維持시키고 있는 措置도 生命維持를 위하여는 無益하다는 것, 同一한 殺害라고 하더라도 규범의 保護目的外에 두는 경우로서 自殺의 例가 있는 것 등에 구하고 있지만, 이것들을 가지고 과연 충분하고도 妥當한 根據라고 할 수 있을까?

비록 人工의 이기는 하지만, 죽음의 延期에 의하여 유지되고 있는 生命도 人間生命이요 人間인 이상, 全體로서의 法秩序의 目的이 된다고 하지 아니할 수 없고 法의 保護의 對象이 아닐 수 없다. 그렇다면 무슨 까닭으로 이와 같은 人間生命을 刑法規範의 保護目的外에 둘 수 있을 것인가? 保護法益의 侵害가 없다고 하는 삭스의 說明은, 그의 否認에도 불구하고, 保護할 價値없는 生命 또는 生存의 價値없는 生命의 毀滅을 正當化하는 理論으로 치달을 수 있는 위험성을 내포하고 있다. 또한 自殺을 (정확하게는 自殺未遂) 罰할 것인가 어떤가는 立法政策上的 문제이지 法益의 保護目的理論에 의하여 귀결될 수 있는 문제인지는

(18) *Sax, a.a.O.*, S. 149f.



의심스럽다.

### Ⅲ. 結 語

이상에서 人工心肺裝置의 遮斷行爲를 刑法上 어떻게 파악할 것인가에 관하여 西獨刑法學者들이 대체로 어떠한 견해를 취하고 있는가를 살펴 보았다. 생각컨대, 그 遮斷行爲를 可罰로 할 것인가 어떤가의 問題는 刑法學的 아무로취단으로서 不足하고 法學全般 및 醫學 등 其他領域과의 學際的인 精密한 檢討를 거침으로서 妥當한 해결을 볼 수 있는 것으로서 앞으로의 계속적인 연구가 期待된다고 할 것이다.

다만 오늘날의 刑法學의 觀點에서 형법학자들이 人工心肺裝置의 차단을 둘러싸고 그 理論構成에 부심하는 根本的인 이유는, 그 遮斷이 一定한 狀況下에서(예컨대 心肺裝置의 계속 이 病院이나 환자의 家族에 人的·設備的·經濟的으로 過大한 부담이 되고 患者의 事前承諾 또는 保護者의 承諾등이 있는 경우)醫師에 의하여 이루어지는 경우에는 이것을 不可罰로 하고자 하는 反面에, 第3者의 惡意에 의한 차단행위는 일단 作爲에 의한 殺人에 해당한다고 하는 二重的인 基準을 세우고자 하는 데에 있다고 보여진다. 이러한 見地에서는 作爲에 의한 不作爲라는 法形象을 이 분야에 導入한 특신은 理論上으로나 實際的으로나 問題解決에 상당한 기여를 하였다고 볼 것이다. 왜냐하면 그의 見解에 의하면 차단행위는 作爲로 인정되지만 結果에 대한 醫師의 態도의 本質은 不作爲로서 不可罰性을 확보하는 동시에 제3자의 惡意에 의한 차단행위는 일단 作爲에 의한 殺人으로 되기 때문이다.

“作爲에 의한 不作爲”라는 法形象이 과연 獨自的인 法的 意義를 지닐 수 있을 것인가에 관하여는 앞으로의 研究를 필요로 하는 課題에 속하지만, 어쨌든 作爲와 不作爲의 區別基準에 관한 해석론에 대하여 새로운 問題意識을 제기한다고 볼 수 있다. 그러나 특신이 차단행위에 관하여 作爲에 의한 不作爲라는 法形象을 援用한 것은 妥當한 問題解決의 길이라고는 볼 수 없을 것 같다. 왜냐하면 “作爲에 의한 不作爲”란 예컨대 물에 빠진 者가 던져진 救命器具를 붙잡지 아니한 사이에 그것을 잡지 못하도록 끌어 올리는 경우를 말하고, 이미 救命器具를 붙잡아 그대로 있으면 救助될 것이 확실한 때, 적극적으로 구명기구를 빼앗아 溺死하게 하는 경우에는 그렇지 아니하고 作爲犯으로 되기 때문이다. 특신은 이와같은 重要한 區別을 하고 있지 않지만, 삭스는 특신이 든 事例를 검토하고 “作爲에 의한 不作爲”는 遮斷된 自己 또는 他人에 의한 救助因果過程이 아직 法益保護作用을 시작하지 아니한 경우에 관한 것이고 “救助因果過程이 일단 有效하게 된” 경우는 이에 해당되지 아니하고, 따라서 “이미 生存維持의 作用을 하고 있는 蘇生裝置의 遮斷”은 作爲에 의한 不作爲가 아니라고 한다<sup>(19)</sup>. 이와 같은 삭스의 反論은 正當한 面이 있다고 보여진다. 人工心肺裝置

(19) *Sax, a.a. O.*, S. 141f.

를 接續시키기 以前에 있어서는 作爲에 의한 不作爲가 있을 수 있지만, 이미 既成事實로서 生命維持의 기능을 하고 있는 心肺裝置를 차단하는 행위는 이에 해당하지 아니하고 따라서 法的인 不作爲로서 理論構成하는 것은 無理한 面이 있다. 그렇다면 특신의 새로운 接近方法도 問題를 만족스럽게 해결하였다고 볼 수 없을 것 같다.

人工心肺裝置의 遮斷行爲를 刑法上 如何히 評價할 것인가에 대하여 敢히 筆者의 私見을 말한다면, 우선 차단행위를 그 本質에 있어서 作爲로 파악하고 따라서 原則적으로 作爲에 의한 殺人罪의 構成要件該當性이 있다고 본다. 왜냐하면 차단행위는 비록 人工心肺裝置이긴 하지만 명백히 機能하고 있는 人間生命을 방탈하는, 刑法 제250조 제1항의 이른바 “사람을 殺害”하는 행위에 해당하기 때문이다. 그러나 殺人罪의 構成要件該當性이 있다고 하여 항상 違法하다고는 볼 수 없고 一定한 경우에 그 違法性이 阻却되는 때가 있음을 인정하여야 할 것이다. 그 違法性阻却의 근거를 찾는다면, 筆者로서는 正當한 業務行爲의 한 類型으로서의 治療行爲—좀더 具體的으로는 이른바 自發的·消極的 安樂死을 들 수 밖에 없다고 생각한다. 그러나 筆者가 여기에서 말하고자 하는 自發的·消極的 安樂死(또는 安死術)란 반드시 종래의 概念과 그 內容이 同一하지 아니하므로 주의를 요한다<sup>(20)</sup>.

사실 安樂死를 허용할 것인가의 여부를 둘러싸고 여러가지의 道德的, 倫理的 및 法的見解가 亂立하는 이유도 安樂死라는 用語나 概念을 서로 다르게 파악하거나 定義하는 데에서 기인하는 바가 많다. 확실히 安樂死란 막연하고도 어려운 概念으로, 歷史적으로 볼 때에도 수많은 변천을 겪었다. “euthanasia”(安樂死)라는 用語는 원래 “good death”에 해당하는 그리스語에서 派生한 것으로서, 이 用語 자체는 그 의미가 너무 넓기 때문에 문제해결에 거의 도움이 되지 않는다. 그리하여 最近까지에 있어서는 安樂死란 원칙적으로, 治療不可能한 환자를 善한 動機에서 苦痛없이 죽게 하는 행위를 의미하였다. 그런데 近來에 이르러 自然死의 時期이상으로 生命의 延長을 가능하게 하는 醫療器具가 발달하게 되자, 安樂死의 意味內容은 크게 달라지게 되었다. 그리하여 그것은 치료불가능한 病者를 作爲에 의하여 死亡시키는 행위뿐만 아니라 生命延長에만 오로지 사용되고 있는 人工的 裝置나 手段(또는 特別治療方法)을 除去하거나 中斷하는 행위까지도 의미하게 되었다.

最近에 있어서 安樂死 概念의 이와 같은 擴張탓으로, 積極的 安樂死(active euthanasia)와 消極的 安樂死(passive euthanasia)의 區別이 행하여지는 것이 보통이다. 積極적(또는 能動的) 安樂死란 죽음이 제 3자에 의하여 直接的·故意的으로 야기된 경우(예컨대 극약을 注射함으로써)를 말하는데 반하여, 소극적(또는 受動的) 安樂死란 生命을 延長할 수 있는 措置를 취하지 아니 함으로써 死亡이 結果하는 경우(반드시 人工的 裝置의 除去나 遮斷에 한하지 아니한다)

(20) 心肺裝置의 차단 問題를 作爲인가 不作爲인가하는 行爲論의 次元에서 해결하고자 하는 것이 西獨學界의 傾向임에 대하여, 美國에 있어서는 問題에 대한 接近을 安樂死의 觀點에서 試圖하는 傾向이 있음은 흥미있는 사실이라고 하겠다.

를 의미한다. 論者에 따라서는 그 區別을 前者는 “killing”임에 반하여 後者는 “letting die”라고 表現하기도 한다. 積極的 및 消極的의 安樂死의 區別外에 광범히 채택되고 있는 또 다른 개념은 自發的 (voluntary) 및 非自發的 (involuntary) 安樂死의 區別이다. 이와 같은 區別은 安樂死에 대한 患者의 同意(consent)가 있는지의 여부에 따른 概念의 分類이다.

생각컨대 能動的 또는 積極的의 安樂死는 憲法 제 8조가 보장하는 人間生命의 尊嚴과 價値에 비추어 허용될 수 없는 것으로서 그 違法性이 阻却될 수 없다고 본다. 그러나 醫師가 一定한 要件下에서 (예컨대 生物學的 死亡 (biological death)이 급박하였음을 알리는 명백한 증거가 있고, 患者 및 (또는) 그의 直近保護家族의 同意가 있는 등) 人工的인 生命延長器具 내지 施術을 除去 또는 中斷하는 것은 이른바 自發的·消極的의 安樂死로서 허용된다고 볼 것이고<sup>(21)</sup> 殺人罪의 構成要件該當性은 일응 刑法 제 20조의 正當한 業務行爲를 근거로하여 그 위법성이 阻却된다고 할 것이다.

患者의 立場에서 살필 때 이러한 結論은 더욱 더 根本的인 憲法上의 根據를 가진다. 現行 憲法上 患者를 포함한 모든 人間은 이른바 프라이버시(privacy)의 權利를 향유한다<sup>(22)</sup>. 이와 같은 프라이버시의 權利는 患者가 一定한 狀況下에서 治療行爲를 拒絶할 수 있는 自己決定權을 포함한다고 볼 것이다. 그렇다고 한다면 一定한 狀況下에서 患者의 生命을 人工的으로 연장하는 것이 人間의 尊嚴과 價値에 반하고 患者의 프라이버시權利에 대한 侵害로 될 때에는 人工的 生命延長을 위한 特別의 治療方法(extraordinary means)의 中斷은 오히려 人間의 尊嚴과 價値에 合當하는 措置라고 할 것이다. 왜냐하면 예컨대 카렌 킨란嬢 케이스에서 카렌과 같이 正常的 回生の 가망이 全無한 진단아래 다만 혼수속에서 植物狀態를 유지할 뿐 外界에 대한 아무런 인식이 없고 身體的으로는 體重은 급격히 감소하고 온 四肢는 뒤틀리고 얼굴은 알아볼 수 없을 정도로 달라지고 하여 도저히 人間이라고 인정될 수 없는 狀況下에서 그 患者의 意思에 反하여, 特別한 治療方法에 의하여 人工的인 生命延長을 계속하는 措置는 너무나도 非人間的이라고 할 것이고 人間의 尊嚴과 價値에 반한다고 볼 것이

(21) 이와 같은 筆者의 立場은 euthanasia에 대한 美國醫師協會(American Medical Association)의 態度에 接近한다. 美國醫師協會가 1973. 12. 4. 그 House of Delegates에서 채택한 statement는 다음과 같다.

“The intentional termination of the life of one human being by another—mercy killing—is contrary to that for which the medical profession stands and is contrary to the policy of the American Medical Association.

The cessation of the employment of extraordinary means to prolong the life of the body when there is irrefutable evidence that biological death is imminent is the decision of the patient and/or his immediate family. The advice and judgment of the physician should be freely available to the patient and/or his immediate family.

(22) 우리 憲法上 프라이버시의 權利에 관한 明文의 규정은 없지만, 제 8조의 人間의 尊嚴과 價値에서 派生되어나오는 一般의 人格權의 한 內容으로 把握할 수 있을 것이다. 同旨, 金哲洙, 現代 憲法論, 博英社, 1979, 301-302面; 權寧星, 憲法學原論(上), 法文社, 1979, 480-481面.

(23) 위 註 (2) 마지막 揭記의 New Jersey州大法院判決 참조.

기 때문이다.

이와 같은 筆者의 私見은 결코 生存의 價値없는 生命의 滅却을 正當化하는 理論으로 誤解되어서는 안될 것이다. 오히려 그와 같은 理論은 人間의 尊嚴과 價値에 비추어 正面으로부터 배격되어야 하기 때문에, 筆者의 見解와는 전적으로 調和될 수 없다고 할 것이다. 물론 筆者의 結論에 문제점이 없는 것은 아니다. 人工心肺裝置의 차단을 과연 “消極的” 또는 “受動的” 安樂死의 letting die의 개념에 포섭하는데 無理가 없는 것인지, 特別한 狀況下에서이긴 하지만, 回生の 가망이 전혀 없는 患者가 願한다고 하여 계속하던 治療行爲를 中斷하거나 治療방법을 特別에서 보통의 방법으로 바꾸는 것도 治療행위라고 볼 것인지, 또는 혼수속을 헤매는 植物狀態人間이 特別의 治療方法으로서 人工心肺裝置의 遮斷을 원하는가의 여부에 대한 그 患者의 意思를 어떻게 확인할 수 있을 것인지 등 해결하여야 할 問題가 많이 있다. 이곳에서는 問題에 대한 解答을 찾기 위하여서는 앞으로의 더 많은 계속적인 研究가 필요할 것임을 지적하여 두는 데에 그치기로 한다.