

## 6. 독일 켐프테너 판결에 대한 비판적 검토

이 석 배 \*

<p>I. 대상판결: 독일연방대법원(BGH) 1994년 9월 13일, 1 StR 357/94</p> <p>1. 사실관계</p> <p>2. 판결요지</p> <p>3. 판례해설 및 주요내용</p> <p>II. 형법총칙 도그마틱과 관련된 문제점</p> <p>1. 간접정범의 실행의 착수시기</p> <p>2. 처방전 작성과 전달의 부작위성?</p> <p>3. 간접정범 인정여부</p> <p>4. 업무분담관계와 공범관계</p> <p>III. 사건의 본질적 문제점</p> <p>IV. 마치며</p>
--

### I. 대상판결: 독일연방대법원(BGH) 1994년 9월 13일, 1 StR 357/94<sup>1)</sup>

#### 1. 사실관계

A는 73세 여성으로 1990년 9월 심장마비 이후 2년 반 동안 의식이 없는 PVS환자였다.<sup>2)</sup> 뇌파는 남아있고 알츠하이머로 추정되는 상태였다. 하지

\*논문접수: 2008. 3. 12. \*심사개시: 2008. 5. 10. \*게재확정: 2008. 6. 10.

\*경남대학교 법정대학 법학부 교수, 법학박사

1) BGHSt 40, 257. 이 판례에 대한 대략의 설명과 법정책적 관점에서 평가한 문헌으로는 Lilie, 하태영 역, "안락사에 관한 독일 최근판례의 동향", 『동아법학』, 제20호, 1996, 273면 이하 참고.

만 아직 죽음의 징조도 회복의 징조도 보이지 않는 상태였다. 1992년 말부터는 위삽관을 통한 영양공급이 이루어지고 있었다. 환자의 추치의인 甲은 환자의 나이와 건강상태를 고려하여 상태가 호전되는 것은 불가능하다고 판단하고 이러한 경우에 치료를 중단하는 것은 현행법상 허용된다고 생각하였다. 甲은 A의 보호자인 아들 乙에게 더 이상 의학적으로 무의미하다고 판단되는 치료의 중단을 제안하였다. 일주일간 고민끝에 乙은 甲의 치료를 중단하자는 제안에 동의하였다. 이에 따라 甲은 1993년 3월 초 간호사인 丙에게 A에 대해 지금의 영양공급에 대한 처방이 끝나는 같은 해 3월 15일부터는 수분만을 공급할 것을 내용으로 하는 처방전을 전달하였다. 간호사 丙은 아직 죽음이 시작되지 않은 A를 甲과 乙이 살해하려고 한다고 생각하고 후견법원에 통보하였다. 아들 乙은 후견법원에 영양공급중단을 허용해줄 것을 신청하였으나 같은 해 5월 21일 거부되었다. 그 후 추치의가 교체되고 A는 그로부터 10개월간 더 생존하다가 1993년 12월 29일 폐수종으로 사망하였다.

## 2. 판결요지

가. 의식이 돌아올 가능성과 회생가능성 없는 환자의 경우 의사협회 안락사 및 치료중단 가이드라인의 요건을 충족하지 못하는 경우에도 예외적으로 허용될 수 있다. 이 경우에는 환자의 추정적 의사가 결정적이다.

나. 환자의 추정적 의사를 받아들이는 것은 엄격한 요건을 필요로 한다. 여기서는 무엇보다도 환자가 구두 또는 문서로 했던 의사표시, 환자 자신

---

2) 판례의 원문은 아팔리쉬 신드롬(apallisches Syndrom)이라고 쓰고 있다. 독일에서는 PVS 대신에 아팔리쉬 신드롬(apallisches Syndrom)이라는 표현을 사용한다. 이 병명은 1940년 Kretschmer에 의해서 처음으로 사용되고 의학적 기술이 이루어 졌다. 이 용어는 뇌의 덮개라는 의미의 라틴어 pallium에서 나왔다. 증상으로는 정확한 의사표명의 결여 혹은 자극에 대한 반응의 결여 증상이 나타나는데, 대뇌의 손상으로 인한 기능장애를 들 수 있다. 유사한 용어로 Wachkoma라는 표현도 사용한다.

의 종교적 신념, 특유한 가치관, 나이와 관련된 생존가능기간 또는 고통의 정도 등이 중요하다.

다. 만약 이러한 과정에서 구체적인 상황에 대한 환자의 추정적 의사를 알 수 없다면 일반인의 가치표상에 따라 결정할 수 있다. 의심스러운 경우에는 의사, 가족 등 제3자의 판단보다 생명보호가 우선된다.

### 3. 판례해설 및 주요내용

독일의 소극적 안락사에 관한 논의는 1980년대 중반에 활발하게 이루어졌다. 1986년에는 독일법률가대회의 주제 중 하나로 채택되어 심도있는 논의가 있었으며, 같은 해 형법교수 16인과 의대교수 6인이 안락사 허용안을 제안하기도 했다. 하지만 이러한 논의는 성과를 거두지 못했다.

대상판결은 독일에 새롭게 소극적 안락사의 논의를 일어나게 했던 판결로, 특히 이 판결의 내용에 포함된 민법 제1904조의 해석과 관련하여 한편에서 법원들은 이에 따르는 판례를 내기도 했고 다른 한편에서는 이에 반하는 판례들을 내기도 했다. 그리고 최근 환자의 사전의사표시와 관련된 논의의 시발점이 되었다. 이 사건의 하급심인 켐프텐 주법원(LG Kempten)은 의사와 아들을 살인죄의 미수범으로 벌금형을 선고했다.

가. 연방대법원은 이 사건의 사실관계를 본래 의미의 소극적 안락사에 해당하지 않는 것으로 보았다. 소극적 안락사는 의학적 관점에서 환자의 고통이 극심하고, 죽음의 과정이 시작되었으며 짧은 시간 안에 환자가 사망할 것이라는 조건을 충족하여야 한다.<sup>3)</sup> 따라서 이러한 소극적 안락사의

3) 이 점은 당시 독일연방의사협회의 안락사 가이드라인에 따른 판단이다. 가이드라인의 최근 내용은 Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung, Deutsches Ärzteblatt 101(2004), A-1298 참고. 이 판례 이후 1998년과 2004년 2차례 개정이 있었으나 이 내용은 변화가 없다.

요건을 충족하지 못한 이 사안은 기존에 학계에서 논의되던 연명치료의 중단과 관련된 문제로 파악하였다. 이러한 환자의 의사와 일치하는 연명치료의 중단은 헌법이 보장한 환자의 자기결정권과 신체 불가침의 권리에 따라 인정될 수 있다고 보았다. 의사결정능력이 없는 환자 자신의 의사와 독립적인 주치의, 가족 등의 기준에 따라 생명의 연장이 의미없는 것으로 간주되는 연명치료를 종료할 위험이 있기 때문에 연명치료 중단에서 추정적 의사는 협의의 소극적 안락사와 비교하여 엄격한 조건이 필요하다고 한다.

나. 이 판결은 소극적 안락사 또는 연명치료 중단과 관련하여 최초로 언급하였고, 추후에 커다란 논란거리가 됐던 민법 제1904조의 해석에 관한 문제이다. 1990년 개정된 민법 제1904조 제1항은 환자의 생명에 위험이나 건강에 중대한 악화를 초래할 수 있는 의사의 의료행위에 대하여 후견법원의 허가를 받도록 하고 있다. 이에 대하여 소극적 안락사 또는 연명치료 중단에 대하여 문언상 명백하게 규정하고 있지만 이 규정의 목적과 의미에 따라 죽음을 야기하는 연명치료의 중단에도 유추적용이 가능하다고 한다. 따라서 재판부는 피고인들은 연명치료 중단 이전에 후견법원의 허가를 받았어야 했다고 판시하였다.

다. 법원의 허가 없이도 연명치료중단이 가능하다고 생각한 피고인들의 법률의 착오문제를 검토하였는데, 원심은 피고인들의 금지의 착오는 회피 가능한 것으로 보았다. 그 근거로 원심은 사안과 같은 경우에는 중요한 기준이 되는 연방의사협회의 안락사 가이드라인에 따라 때 치료의 중단이 허용되지 않으며 여기서 의사결정능력이 없는 환자의 추정적 승낙은 중요하지 않다고 보았다. 하지만 이러한 입장은 한계상황에서는 환자의 추정적 승낙을 인정할 수 있는 경우 예외적으로 치료나 처치의 중단을 통한 소극적 안락사는 허용될 수 있다는 기존의 연방대법원 입장<sup>4)</sup>과는 대치되는 것이라고 판시하였다. 그 근거로 재판부는 환자의 자기결정권은 존중되어

야 하며, 환자의 의사에 반하는 의사의 치료행위는 원칙적으로 시작되어서도 안 되고 지속되어서도 안 된다는 입장을 명백히 하였다. 따라서 연방 의사협회의 안락사 가이드라인에 해당하지 않더라도 치료중단은 허용될 수 있다는 점을 명백히 하였다.

**라.** 환자의 추정적 의사를 받아들이는 것은 엄격한 요건을 필요로 하며, 이 경우 의사의 행위 당시 환자의 추정적 의사가 결정적이고 무엇보다 환자의 종교적 신념, 특유한 가치관, 나이와 관련된 생존가능기간 또는 고통의 정도 등을 모두 신중하게 고려하여 판단하여야 한다고 한다. 만약 이러한 과정을 통해서도 구체적인 상황에 대한 환자의 추정적 의사를 알 수 없다면 일반인의 가치표상에 따라 결정할 수 있다. 의심스러운 경우에는 의사, 가족 등 제3자의 판단보다 생명보호가 우선된다고 판시하였다. 여기서 재판부는 개별사례에서 일반인의 가치표상에 따른 판단은 존엄한 인간의 생명으로 회복의 기대가 작을수록 그리고 죽음이 가까울수록, 치료중단의 허용가능성은 점점 커진다고 보았다.

**마.** 원심은 간호사에게 처방을 내린 것이 간접정범인지 아니면 교사범인지에 대하여 판단하지 않았다. 이에 대하여 재판부는 이용자(배후자)가 특정한 행위의 허용에 대하여 피이용자를 기망한 경우에 비록 그 허용에 대한 착오가 피할 수 있는 것이라고 하더라도 원칙적으로 간접정범으로 본다는 입장을 유지하고 있다. 따라서 여기서는 피이용자의 금지의 착오가 회피가능했는지 여부가 아니라, 전체적인 범죄의 진행과정에서 이용자(배후자)에게 자신의 범죄의사를 지배하는 객관적 정범성이 있는지가 결정적인 기준이라고 보았다. 따라서 이러한 경우 피이용자는 책임있는 도구가 된다고 본다.<sup>5)</sup>

4) BGHSt 32, 367, 379; 35, 246, 249; 37, 376, 378f.

**바.** 연방대법원은 우선 원심과 마찬가지로 주치의와 아들의 처방전 전달행위를 부작위로 파악했으며, 주치는 의료계약을 근거로, 아들에게는 친족관계를 근거로 생명유지의 보증인 의무가 있다는 점을 인정하였다. 또한 두 피고인이 처방전에 영양공급의 중단을 기입한 것이 살인죄의 예비행위인지 아니면 실행의 착수를 인정할 수 있는지가 문제가 되는데, 독일연방대법원은 이러한 처방전의 전달은 예비행위라는 변호인의 주장에 대하여 처방전에 영양공급의 중단을 기입함으로써 이미 피이용자를 이용하여 환자의 생명에 대한 구체적인 침해행위가 있었다고 보아 간접정범의 실행의 착수를 인정하였다.

**사.** 위에서 언급한 것처럼 재판부는 연방의사협회의 가이드라인에 해당하지 않더라도 예외적으로 연명치료의 중단이 허용될 수 있다고 하였고, 이 점을 검토하지 않았다는 점을 들어 파기환송하였다. LG Kempten은 1995년 5월 17일 두 피고인에게 피해자 A가 7-8년전 TV에서 PVS환자를 보면서 “저렇게 살고 싶지는 않다”라고 말했던 점을 근거로 이 연명치료의 중단은 환자의 추정적 의사에 합치하는 것으로 보아 정당화를 인정하였고 이에 따라 무죄가 확정되었다.

## II. 형법총칙 도그마틱과 관련된 문제점

해당 판례는 위에서 언급한 것처럼 피고인들을 부작위에 의한 살인죄 간접정범의 미수범의 구성요건에 해당하는 것으로 판단하였다.

---

5) BGHSt 40, 218, 236.

## 1. 간접정범의 실행의 착수시기

간접정범의 실행의 착수시기에 대하여 다수설은 이용자(배후자)가 피이용자를 이용하는 이용행위를 개시할 때 시작된다고 본다.<sup>6)</sup> 이 견해에 따르면 사건의 경우 피고인들이 생각한대로 처방전을 작성하여 간호사가 그 내용을 알 수 있도록 전달했을 때에 실행의 착수를 인정하게 된다. 하지만 간접정범의 본질은 우월한 의사지배에 의하여 인간도구로서 타인을 이용하여 범죄를 실행하는 것이다. 따라서 도구를 이용하기 시작한 것만으로 간접정범의 실행의 착수를 인정하는 데에는 불합리가 있다. 왜냐하면 간접정범의 정범성을 인정한다면 도구를 이용하는 행위를 시작한 것은 직접정범이 도구를 자신의 손에 잡은 것에 불과하기 때문이다. 따라서 간접정범의 실행의 착수시기는 이용행위를 개시했을 때가 아니라, 마지막 이용행위가 끝나 피이용자의 행위가 이용자(배후자)의 행위권을 완전히 벗어나 이용자(배후자)의 범행계획에 따라 진행되기 시작했을 때라고 보는 것이 타당하다.<sup>7)</sup> 따라서 이 사례의 경우 주치의의 간접정범으로 본다면 실행의 착수시기는 처방전을 간호사에게 전달했을 때가 아니라, 처방전에 기입된 대로 수분공급만을 지시한 날짜가 실행의 착수시기가 되어야 한다. 따라서 이 사건의 경우에는 판례가 인정한 것처럼 영양공급을 중단하라고 기입된 1993년 3월 15일을 실행의 착수시기로 보는 것이 타당하다.

## 2. 처방전 작성과 전달의 부작위성?

재판부는 이 사건에서 피고인들의 행위를 비난중점설(Der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit)에 따라 의심의 여지없이 부작위로 평가하고 있다. 재판부에 의하면 두 피고인의 행위의 본질적인 반가치는 처방전에 영양공

6) 이재상, 『형법총론』, 박영사, 2007, 439면; 임 응, 『형법총론』, 법문사, 2002, 303면.

7) 같은 입장으로 김일수, 『한국형법 II』, 박영사, 1996, 267면; 신동운, 『형법총론』, 법문사, 2006, 661면.

급의 중단을 기입한 작위에 있는 것이 아니라, 피해자인 환자에게 기본적인 영양공급을 해야 하는 보증인의무에 충돌하는 부작용에 있다고 한다. 이 사건에서 비난중점설은 비록 독일의 판례와 다수설이 취하는 입장이지는 않지만,<sup>8)</sup> 비난중점설의 순환논증, 논증 및 구별불가능성에 대하여 끊임없는 비판이 제기되고 있다. 특히 이 사건과 같은 치료중단사례의 경우는 작위와 부작용에 모두 비난이 가능하기 때문에 비난중점설은 작위와 부작용의 구별을 해줄 수 없다.<sup>9)</sup> 물론 구체적인 사례에서 비난중점설의 작위 또는 부작용으로의 결론이 틀렸다는 것을 말하는 것은 아니다.

재판부는 이 사건에서 비난중점설에 따라 간호사에 대한 이용행위를 부작용이라고 판단하였다. 결국 피고인들은 처방전에 영양공급의 중단을 기입함으로써 부작용을 행한 것이라고 평가한 것이다. 하지만 이 사건에서는 피고인인 주치의가 새로운 처방전을 작성하지 않았었다면, 환자에 대한 인공영양공급은 과거처럼 간호사에 의해서 지속적으로 이루어졌을 것이다.

이 사건에 대한 재판부의 판결구조는 이 문제되는 두 피고인들의 행위

8) BGHSt 6, 46, 58 f.; BGHSt 40, 257, 265 ff.; BGH NSTZ 2003, 657; OLG Stuttgart wistra 2000, 392; OLG Frankfurt a. M. GA 1987, 549; OLG Düsseldorf MedR 1984, 28, 29; BGH bei Holtz, MDR 1982, 624; BGH, unveröffentlichter Beschluss vom 15.12.1961 - 4 StR 376/61; OLG Stuttgart FramRZ 1959, 74; OLG Karlsruhe NJW 1980, 1859, 1860; OLG Düsseldorf MedR 1984, 28, 29; OLG Saarbrücken NJW 1991, 3045, 3046; BGH NSTZ 1999, 607; OLG Köln JR 1991, 523, 525; D. Albrecht, Begründung von Garantstellungen in familiären und familienähnlichen Beziehungen (1998), 1; Beulke/Mayer, JuS 1987, 125, 126; Günther, JuS 1988, 386, 387; Ranft, JZ 1987, 859, 862; ders., JZ 1987(II), 908, 916; Sch/Sch27-Stree, Vorbem. § 13Rn.158; Tiedemann, Jura 1982, 371, 379; Weißauer/Opderbecke, BÄ 1973, 98, 112. 우리나라에서도 최근 다수설의 입장이라고 볼 수 있다. 서울고등법원 2002.2.7.선고, 98노1310; 김일수·서보학, 『형법총론』, 박영사, 2006, 480면; 신동운, 『형법총론』, 법문사, 2004, 116면; 윤중행, “작위와 부작용의 구별”, 연세법학연구 제11권, 2005, 202면; 이정원, “의학적 권고에 반한 퇴원으로 사망한 환자에 대한 형사책임”, 비교형사법연구 제6권 제1호, 361, 369면 이하; 정성근/박광민, 『형법총론』, 453면; 조상재, “의사의 응급의료의무와 치료의무”, 형사판례연구 형사판례연구(8), 2000, 93, 99면 이하; 하태훈, 『사례중심 형법총론』, 법원사, 2002, 469면 등.

9) 이에 대하여는 이석배, “형법상 이중적 의미를 가지는 행위의 작위·부작위 구별과 형사책임의 귀속”, 『형사법연구』 제25호, 2006, 55면 이하 참고.



를 부작위로 평가하는 데에서 출발한다. 그 중요한 이유는 기존에 학설과 판례에 의하여 인정되고 있는 죽음을 야기하는 연명치료의 중단의 허용여부에 관한 가장 중요한 기준은 환자의 의사이기 때문이다. 다수설과 판례에 따르면 연명치료의 중단은 부작위로 평가되고, 독일 형법 제216조(우리형법 제252조 제1항) 촉탁살인죄의 구성요건에 해당하지만 환자의 의사에 합치하는 경우 의사의 보증인 의무가 탈락하고 이에 따라 치료를 중단한 의사의 행위는 정당화될 수 있다.<sup>10)</sup> 반면에 연명치료의 중단을 작위로 평가하면 다른 정당화사유를 찾아야 하고 불가별로 논증하는 것이 쉬운 일이 아니다. 이러한 고려에 따라 독일연방대법원은 수없이 불합리한 판결을 내려왔다. 이 판결의 경우도 부작위로 평가하고 싶었다면, 처방전의 작성을 문제삼을 것이 아니라, 영양공급의 중단을 피고인들의 행위로 파악하였어야 이러한 연명치료중단과 관련된 형법도그마틱의 가장 뜨거운 부분을 논리적으로 구성할 수 있었을 것이다.

### 3. 간접정범 인정여부

#### 가. 부작위에 의한 간접정범(?)

판례에서 독일연방대법원은 피고인들에 대하여 부작위의 간접정범을 인정하였다. 하지만 이미 개념적으로 부작위범과 간접정범은 서로 조화를 이루기가 어렵다. 대표적인 예로 자신이 감독하는 정신병자가 타인을 공격하는 것을 보고서도 의도적으로 그대로 방치한 “정신병원간호사”의 예를 들 수 있다. 이 경우 부작위에 의한 간접정범을 인정하는 견해도 있으나,<sup>11)</sup> 이는 받아들이기 곤란하다. 왜냐하면 간접정범의 가장 중요한 표지는 위에서 언급한 것처럼 피이용자의 행위를 우월한 의사로 자신의 계획

10) 이 점은 독일의 경우 국가윤리위원회에서도 인정한 내용이다. 이에 대하여는 Nationaler Ethikrat, Selbstbestimmung und Fürsorge am Lebensende (2006), S. 35.

11) Baumann, Weber, Mitsch, AT11, § 29 Rn. 118.

대로 이용하는 데에 있는데, 단순한 부작위로 이러한 의사지배를 인정한다는 것은 불가능하기 때문이다. 하지만 이 경우 자신이 방지할 수 있는 결과에 대한 간호사의 보증인지위와 보증인의무는 여전히 존재한다. 부작위범의 경우 그 결과발생이 타인에 의해서 이루어졌는지는 중요하지 않다. 따라서 정신병원간호사 사례의 경우는 부작위에 의한 직접정범으로 보는 것이 타당하다.<sup>12)</sup> 이 사건의 경우도 마찬가지로 만약 피고인들의 행위를 부작위로 파악한다면 부작위에 의한 간접정범이 아니라 부작위에 의한 직접정범으로 보는 것이 타당하다.

### 나. 법률의 착오이용행위(?)

이 판결에서 재판부는 간접정범으로 판단한 근거를 간호사의 금지의 착오를 이용하려고 했기 때문에 의사지배를 인정할 수 있다는 점에 두고 있다. 여기서 재판부는 간호사의 금지의 착오가 회피 가능했는지가 아니라 피고인들이 간호사의 착오를 지배할 수 있었는지에 따른 가치평가에 중점을 두고 있다. 하지만 이 사건에서는 간호사를 지배하려고 했던 금지의 착오에 피고인들 스스로가 빠져있었다. 타인의 착오를 이용하려는 사람은 그 착오의 내용을 정확하게 알고 있어야 한다. 즉, 피이용자와 동일한 착오에 빠져있는 상황에서 그 착오를 의사지배를 통해 이용한다는 것은 논리적·개념적으로 인정할 수 없다.

또한 재판부는 원심에서 변호인이 주장했던 피고인들이 스스로 금지의 착오에 빠져있었다는 점을 검토하면서 이것이 간접정범인지 교사범인지를 판단하는 데에 중요한 것이 아니라, 피고인들에게 정범의 의사와 행위지배가 인정될 수 있다는 점이 중요하다고 판시하였다.<sup>13)</sup> 재판부는 병원에서 의사와 간호사의 관계라는 조직의 구조안에서 역할의 분담, 즉 주치의

12) 김일수, 『한국형법 II』, 박영사, 1996, 267면.

13) BGHSt 40, 257, 267.

의 지시권한과 간호사의 처방구속적 역할을 근거로 하고 있다. 이러한 재판부의 판단은 실제 이 사건에서는 존재하지 않는 의사와 간호사간의 구속적인 수직적 분업관계를 기초로 하고 있다. 하지만 이 사건에서 간호사는 영양공급을 중단하라는 의사의 처방을 따라야 한다고 생각한 것이 아니라, 이 처방전을 법원에 제출하였다. 따라서 이 사안과 같은 경우 조직적 범행지배를 기초로 간접정범을 인정하는 것은 “조직적 범행지배<sup>14)</sup>”의 개념을 잘못 이해한 것이다. 조직적 범행지배에 따른 간접정범의 인정을 이용자(배후자)가 영향력을 행사할 수 있는 모든 유형에 확장하는 이러한 경향은 받아들이기 곤란하다.<sup>15)</sup> 이렇게 조직적 범행지배라는 개념을 사용하게 되면 그 개념의 근원과는 아무런 유사점이 없는 개념이 되어버린다. 따라서 이러한 개념의 사용으로 간접정범의 인정을 확대하게 되면 간접정범은 이제까지 오랜 기간 도그마틱에 의해 발전해온 개념의 경계를 상실하게 된다. 따라서 금지의 착오에 빠져있는 자가 같은 금지의 착오에 빠져있는 도구를 이용한다는 것은 이론적으로 받아들이기 곤란하다.

#### 4. 업무분담관계와 공범관계

만약 이 사건에서 주치의의 계획대로 진행되어 영양공급이 처방전대로 중단되었었다면, 법원은 전체범죄의 구조를 업무분담에 따라 살인죄의 구성요건을 실현한 전형적인 유형으로 파악했을 것이고, 그에 따라 주치의와 간호사를 공동정범으로 평가했을 것이다. 이러한 점은 변호인이 상고 이유에서 언급한 교사범이라는 주장을 받아들이지 않았다는 점에서 찾아볼 수 있다. 여기서 처방전에 대한 간호사의 묵시적 동의를 공동정범의 중

14) 이 개념은 록신에 의해 사용된 것으로 “조직적인 권력의 도구”에 의한 범행의 경우를 간접정범으로 인정하기 위하여 사용한 표현이다. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft (2000), 242면 이하, 653면 이하 참고.

15) 이러한 조직적 범행지배이론을 통한 간접정범 인정의 경향은 고양이왕사건(Katzenkönig-Fall)에서 보여주었다. BGHSt 35, 333 참고.

요한 요건인 공동가공의 의사로 파악했을 것이다.<sup>16)</sup> 이에 대하여 물론 공동정범이 성립하기 위해서는 실행의 착수 시점에 실행행위의 분담이 있어야 하고 이러한 경우 실행행위 분담으로 보기 어렵다는 비판이 제기된다.<sup>17)</sup> 하지만 이에 대하여는 실행의 착수 시점에 주치의는 전체 범행의 계획에 따라 더 이상 환자의 침상옆에 있지 않았다는 점이 부작위로 역할분담을 인정할 수도 있다. 하지만 이 사건의 경우 간호사는 주치의의 범행계획에 대하여 동의하지 않았고, 공동가공의 의사를 인정할 수 없고, 공동정범으로서 실행의 착수에는 이르지 않았다고 보아야 한다. 따라서 이 경우는 주치가 간호사에 대한 교사를 실행한 전형적인 실패한 교사에 해당한다.

### III. 사건의 본질적 문제점

1. 재판부는 우선 이 사건에서 주어진 사실관계는 일반적으로 소극적 안락사가 인정될 수 있는 상황인 “비가역적인 죽음의 과정”이 시작한 환자와 PVS환자를 구별하였다. 원칙적으로 연명치료의 중단은 소극적 안락사의 상황에서만 허용된다.<sup>18)</sup> 반면에 PVS의 경우는 단기간 내에 사망할 것이라는 소극적 안락사의 전제조건을 충족하지 못한다.<sup>19)</sup> 재판부에 의하면 이러한 PVS환자에 대한 연명치료의 중단이 이루어진다면 원칙적으로 부작위에 의한 살인죄에 해당하게 되고, 다만 예외적으로 환자가 스스로 이

16) BGH GA 1985, 233 참고.

17) Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 2000, 292면 이하.

18) BGHSt 40, 257, 260.

19) PVS환자의 경우 일반적으로 2-5년 정도의 수명을 예상할 수 있고, 17년, 37년 또한 41년까지 달했었던 사례들도 보고되고 있다. The Multi-Society Task Force on PVS, Medical aspects of the persistent vegetative state, New England Journal of Medicine 330 (1994), S. 1499, 1572, 1576.

러한 연명치료를 거부하는 경우에만 허용된다고 한다.<sup>20)</sup> 그 근거로 모든 의료행위는 헌법적으로 보호되어야 하는 환자의 자기결정권에 따라 환자의 승낙없이 허용되지 않는다는 점을 들고 있다.<sup>21)</sup> 승낙능력이 더 이상 없는 환자의 경우에는 환자의 추정적 의사가 중심에 선다. 이 판결에서도 재판부는 이러한 입장을 명시적으로 밝히고 있다.

하지만 이러한 상황에 대한 판단은 자율성 구상에 기초하고 있지만 이것이 법적인 성격만을 가지는 것이 아니라 오히려 윤리적인 뿌리를 가지고 있다고 볼 수 있다. 1992년 영국의 최고법원(The House of Lords)은 3년 넘게 PVS상태에 있던 환자의 부모가 인공영양공급의 중단을 요구했던 사례에 대하여 독일연방대법원과는 달리 환자의 “추정적 승낙”은 문제 삼지 않았으며, “이러한 사례에서 영양공급의 중단은 허용될 뿐만 아니라 법적으로 요구된다”고 판시하였다.<sup>22)</sup> 하지만 이 두 나라의 법질서가 법적인 생명보호에 헌법적으로 다른 기초를 가지고 있다고 의심할 사람은 없다. 결국 영국에서는 법적으로 요구되는 것으로 판단한 것을 독일에서는 살인죄로 평가하는 모순이 나타난 것이다.

결국 이렇게 상이한 평가는 법적인 이유라기보다는 법정책적 고려가 다르기 때문이라고 볼 수 있다. 즉, 단정적으로 해결하기 어려운 PVS환자에 대한 연명치료중단의 문제에 대하여 영국의 법원은 “우리(의료인, 윤리학자, 법조인 등)”가 결정해야한다는 정책을 선택한 반면에 독일연방대법원은 이러한 결정을 피하기 위하여 연명치료의 중단은 환자의 추정적 의사에 따른다는 정책을 선택한 것이다.

20) BGHSt 40, 257, 260.

21) 독일의 경우 의학적 관점에서 비이성적인 판단을 환자가 내리더라도 그 환자의 의사는 존중되어야 한다는 것이 판례와 다수설의 입장이다. BGHZ 90, 103, 111; BGHSt 11, 111; Geilen, Euthanasie und Selbstbestimmung, 8; Oduncu/Eisenmenger, MedR 2002, 327, 331; Roxin/Schroth, Medizinstrafrecht2 (2001), 93, 100.

22) Airedale N.H.S. Trust v. Bland (HL.(E.)), The Weekly Law Report 2 (1993), 316면 이하 참고.

2. 비가역적 죽음의 과정이 시작되지 않은 환자에 대한 연명치료 중단  
의 경우에 민법 제1904조에 따라 후견법원의 결정을 받아야 한다는 입  
장을 최초로 밝혔다.<sup>23)</sup> 이후에도 많은 학설과 최근까지 판례가 이러한 입  
장을 지지하고 있기는 하지만,<sup>24)</sup> 이에 반하는 문헌과 판례도 어렵지 않게  
찾아볼 수 있다.<sup>25)</sup>

문제는 죽음을 야기하는 연명치료의 중단은 독일민법 제1904조에 규정  
된 회복을 위한 치료, 검사가 아니라서 점이다. 민법 제1904조의 보호방향  
과 치료포기·유보·중단의 개별적인 처치들의 목적설정은 완전히 상이하  
며 서로 모순관계에 있다. 따라서 민법 제1904조를 유추적용하여 범함결  
을 보충한다는 것은 근거 짓기가 어려워 보인다.<sup>26)</sup> 민법 제1904조에서 규  
정된 처치들의 배후에는 생명보호가 존재하는 반면에, 연명치료의 중단은  
직접적으로 죽음으로 인도하기 때문이다.<sup>27)</sup> 만약 이러한 유추적용이 가능  
할 수 있다면 그 근거는 환자의 의사에 따른 다른 결론에 이르러야 한다.  
결국 객관적인 의학적 필요성과 환자의 의사는 의사의 치료여부와 범위를  
결정한다. 이러한 맥락에서 연방대법원은 환자의 추정적 의사에 따른다는  
원칙을 제시하고 있다.<sup>28)</sup>

23) BGHSt 40, 257, 261 이하.

24) 이러한 입장을 지지하는 판례로는 BGHZ 154, 205; BGH Beschluss vom 8.6.2005 - XII ZR177/03, MittBayNot 2006, 49; OLG Frankfurt a. M., NJW 1998, 2747; NJW 2002, 689; OLG Karlsruhe FamRZ 2002, 488; ZfL 2004, 83; LG Duisburg, ZPR 2000, 65; OLG Düsseldorf, NJW 2001, 2807; Beschluss des AG Ingolstadt vom 24.9.1998, XVII 538/98, in: Schell, Sterbebegleitung und Sterbehilfe(2002), 119 등.

25) OLG München ZfL 2003, 20; LG Augsburg, NJW 2000, 2363; LG München I, NJW 1999, 1788; Alberts, NJW 1999, 835 이하; Seitz, ZRP 1998, 417, 420.

26) Gründel, NJW 1999, 3391, 3392; Lipp, DRiZ 2000, 231, 237 이하.

27) LG München I, NJW 1999, 1788, 1789; AG Hanau, BtPrax 1997, 82, 83; AG Ratzeburg, SchlHA 1999, 50; LG Augsburg, NJW 2000, 2363 이하; Alberts, NJW 1999, 835 이하; Bienwald, FamRZ 1998, 1138 이하; Deichmann, MDR 1995, 983, 984; Jürgens, BtPrax 1999, 159; Karliczek, FamRZ 2002, 578, 579; Laufs, NJW 1999, 3399, 3400; Müller-Freienfels, JZ 1998, 1123, 1124 이하; Nickel, MedR 1998, 520; Seitz, ZRP 1998, 417, 420.

28) BGHSt 40, 257 판결요지 2.

3. 이러한 정책을 결정한 독일연방대법원은 결국 그 치료행위 자체의 필요성여부가 아니라 연명치료중단에 대한 환자의 추정적 의사를 검토할 수밖에 없다. 이 문제를 언급하는 이유는 이 사건에서 환자의 경우 의식불명상태에 들어간 후 이미 위삽관으로 영양을 공급중이었다는 점을 검토하기 위해서이다. 위삽관을 비롯한 모든 의료행위는 상해죄의 구성요건에 해당하는 행위라는 것이 독일제국법원이래 지금까지 독일연방대법원의 일관된 입장이다.<sup>29)</sup> 만약 이 사건에서 1990년 가을 PVS상태에 들어갔고 2년이 지난 1992년 말 위삽관이 이루어진 환자의 1993년 3월 추정적 의사가 연명치료를 중단하는 것이라면 불과 수개월전에 이루어진 위삽관은 환자의 의사에 합치할 수 있는지 의문이다. 결국 재판부의 입장에 따르면 2년 넘게 진행되어 온 연명치료에 대한 추정적 승낙이 있었던 것이고, 1993년 3월에 환자의 추정적 의사는 치료를 중단하는 것으로 바뀌게 된다. 만약 PVS상태가 시작되었을 때 이미 환자의 추정적 의사가 연명치료를 중단하는 것이었다면, 지난 2년 반 동안의 연명치료는 상해죄를 구성하게 된다.

따라서 재판부는 1993년 3월의 시점에서 환자의 추정적 의사가 연명치료의 중단에 있었다는 것을 인정하려면, 왜 최소한 1992년 말 위삽관을 할 시점에서는 연명치료를 지속하는 것이었던 환자의 추정적 의사가, 1993년 3월 시점에서 바뀐 것인지를 논증해야 했다. 그것이 아니고 원래부터 환자의 추정적 의사가 PVS상태에서는 연명치료를 중단하는 것이었다고 판단했다면, 그 이전에 있었던 연명치료행위를 상해죄로 처벌했어야 했다. 결국 재판부의 입장에 의하면 의식이 없는 환자의 경우 생명을 살리기 위하여 노력해야 하는 것이 의사의 우선적인 임무가 아니라, 환자의 추정적 의사가 무엇인지 조사하는 것이 최우선의 과제가 된다. 이것이 의료윤리적으로 받아들여질 수 있을지는 의문의 여지가 있다.

29) RG v. 31. 5. 1894-1406/94; BGHSt 11, 111; BGHSt 35, 246, 250.

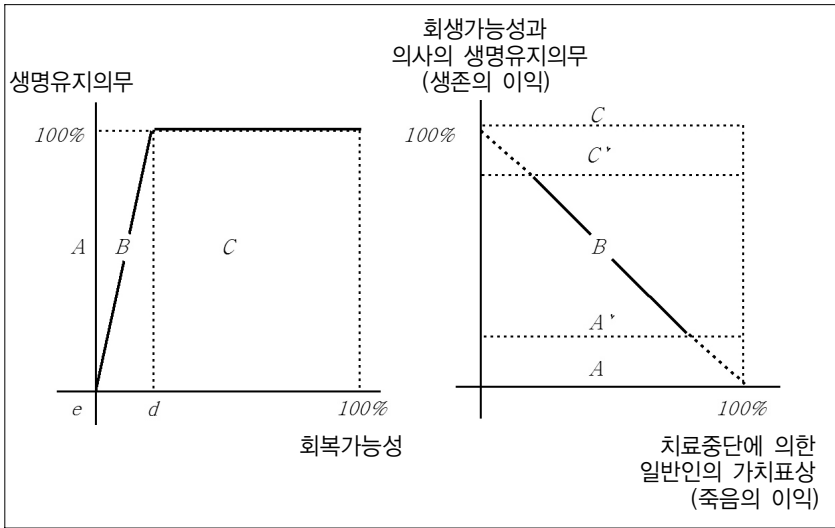
나아가 재판부는 추정적 의사를 조사할 때 의사, 가족, 후견인 등의 가치관과 생각에 따라 추정적 의사가 결정될 위험성이 있다는 점을 인정하고 있다. 따라서 환자의 추정적 의사를 받아들이는 것은 엄격한 요건을 필요로 하며, 이 경우 의사의 행위 당시 환자의 추정적 의사가 결정적이고 무엇보다 환자의 종교적 신념, 특유한 가치관, 나이와 관련된 생존가능기간 또는 고통의 정도 등을 모두 신중하게 고려하여 판단하여야 한다고 한다. 하지만 이것은 치료의 중단에만 중요한 것이 아니라, 치료의 지속에서도 중요하다. 따라서 PVS환자의 치료지속에서는 고려되지 않았던 환자의 추정적 의사가 치료중단에만 중요한 기능을 한다는 것은 논리적 모순이다.

또한 추정적 의사를 판단할 때에는 질병·고통·치료에 대한 환자의 의식 있는 상태에서의 태도, 환자의 종교적 신념, 개인적 가치관, 나이를 고려한 예상수명, 고통의 정도 등이 고려되기 때문이다. 이러한 내용을 고려하는 것은 환자의 추정적 의사를 좇는 것이라기보다는 오히려 환자의 추정적 의사를 포함한 모든 요소들을 고려하여 이익형량을 하고 있음을 재판부가 스스로 보여주는 부분이라고 볼 수 있다.

4. 재판부는 만약 이러한 과정에서 구체적인 상황에 대한 환자의 추정적 의사를 알 수 없다면 일반인의 가치표상에 따라 결정할 수 있다고 한다. 의심스러운 경우에는 의사, 가족 등 제3자의 판단보다 생명보호가 우선된다고 한다. 하지만 일반인의 가치표상에 따라서 보증인 지위가 탈락할 수 있다는 점은 의식이 없는 환자의 의사와는 관계없이 합리적이고 이성적인 제3자가 이익형량을 통해서 판단한다는 것을 의미한다.<sup>30)</sup> 특히 이미 이성을 가지고 살았던 경험이 있는 환자의 경우에는 그의 추정적 의사를 조사해 볼 수라도 있겠지만, 무뇌아와 같은 중증장애아의 경우처럼 출

30) 같은 분석으로 김재봉, “치료중단과 소극적 안락사”, 『형사법연구』, 제12호, 1999, 167면 이하.





〈그림 6-1〉 안락사 논의에서 이익형량 구조<sup>31)</sup>

생시부터 판단능력이 없는 경우 환자의 현실적 의사는 물론, 추정적 의사도 처음부터 존재하지 않는다. 결국 이러한 경우에는 일반인의 가치표상에 따라 치료지속의 여부를 결정할 수밖에 없다. 결국 일반인의 가치표상은 모든 요소를 고려하는 이익형량에 따라 결정될 수밖에 없다.

그림 6-1에서 C영역은 환자가 거부하지 않는 한 치료를 중단할 수 없는 영역을 나타내며, B영역은 생존의 이익이 환자의 회복가능성에 따라 점점 커지는 것을 보여준다. 물론 그 회복가능성에서는 환자의 나이도 고려된다. 당연히 B영역에서 그와는 반비례하여 죽음의 이익이 감소한다. 결국 B영역에서는 이러한 생존의 이익과 죽음의 이익을 반비례관계로 이익형량하고 있음을 보여준다.<sup>32)</sup> 결국 이러한 이익형량은 합리적인 제3자에 의해

31) 이석배, “형법상 절대적 생명보호원칙의 범위와 한계”, 『심온김일수교수화갑기념논문집』, 2006, 687면.

32) 이러한 치료중단의 이익형량적 구조에 대한 방대한 비판적 분석으로는 이상돈, 『치료중단과 형사책임』, 법문사, 2003, 22면 이하 참고.

서 판단될 수밖에 없으며,<sup>33)</sup> 환자의 내적으로 충돌하는 이익에 따라 환자의 “생존의 이익(Lebensinteressen)”과 “죽음의 이익(Sterbensinteressen)”이 형량될 수 있을 뿐이라는 점이다.<sup>34)</sup> 의식이 없는 환자에 대한 소극적 안락사의 경우는 환자가 고통을 느끼지 못하는 경우가 대부분이기 때문에 가장 중요한 것은 의학적 진단이나 예후에 따라 확정된 병환 또는 의식상실의 “비가역성”이다.<sup>35)</sup> 이러한 경우에 객관적으로는 비가역성 그리고 주관적으로는 참을 수 없는 고통이 바로 죽음의 이익의 핵심요소가 될 수 있다.<sup>36)</sup> 그리고 여기서의 고통에는 의식이 없는 상태에서 식물과 같은 상태에 대한 정신적 고통도 포함된다. 여기서 주의해야 할 점은 어떠한 경우에도 타인의 상대적인 이익과는 이익형량이 이루어져서는 안 되며, 환자의 내적 이익만 형량의 대상이 된다는 점이다. 이렇게 본다면 인간의 도구화 금지로 표현할 수 있는 칸트의 인간존엄성 구상에서도, 타인의 권리에 대한 침해가 없다는 측면에서 헤겔의 구상에서도 인간의 존엄에 반하는 것이라고 할 수 없다.

33) 독일의 경우는 건강상태의 검사, 기타의 의료행위가 환자의 생명에 위험을 초래할 위험이 있는 경우 후견인이 이를 결정하지 못하고 후견법원의 승인을 받도록 한 민법 제1904조의 유추해석을 통해 이러한 제3자를 후견법원으로 본다. 이에 따라 후견법원의 결정을 받아 죽음을 야기하는 치료중단이 있었던 경우에 정당화사유로 파악한다. 이러한 내용을 절차주의를 통한 안락사 정당화의 패러다임 변화로 보는 견해로는 대표적으로 Saliger, Grundrechtsschutz durch Verfahren und Sterbehilfe, in: Schulz (Hrsg.), Verantwortung zwischen Materialer und Prozeduraler Zurechnung (2000), 101; ders., Sterbehilfe nach Verfahren. Betreuungs- und strafrechtliche Überlegungen im Anschluss an BGHSt 40, 257, KritV 1998, 118; ders., Sterbehilfe mit staatlicher Genehmigung - OLG Frankfurt a. M., NJW 1998, 2747, JuS 1999, 16면 참고.

34) Merkel, Früheuthanasie (2002), 437면은 간접적으로는 극단적인 생명유지비용을 피하는 것과 같은 제3자의 이익이 중요한 역할을 할 수 있다고 한다. 하지만 내적 이익형량에서 간접적이라는 것이 어떤 의미를 가질 수 있는지 의문이다.

35) 김재봉, “치료중단과 소극적 안락사”, 『형사법연구』, 제12호, 1999, 169면은 비가역성의 판단이 100% 확실하지 않고 생존가능성은 비가역적으로 판단될 경우도 존재하기 때문에 신뢰성에 문제가 있다고 한다. 하지만 여기서 말하는 비가역성의 확실성이란 사실상의 확실성이 아니라 현대의학의 수준을 전제로 한 의학적 확실성이다.

36) Lilie, Rechtsfragen am Anfang und Ende des Lebens, 하태영 역, “생명의 始期와 終期에 관한 법적 물음”, 『비교형사법연구』, 5권 2호, 2003, 206면.

여기에 환자의 사전의사표시(living will, Patientenverfügung)<sup>37)</sup> 고려해도 별로 달라질 것은 없다. 왜냐하면 환자의 사전의사표시도 식물과 같은 생명을 유지할 것인지 아니면 고통을 중단시키는 유일한 방법인 죽음을 선택할 것인지를 구체적인 상황에 따라서 판단하는 것이고 결국 이익형량이 없이는 결정이 불가능하기 때문이다.<sup>38)</sup> 위원회나 절차주의를 도입하지는 주장도 결국은 이익형량의 절차적 엄호를 주장하는 것으로 밖에는 보이지 않는다.<sup>39)</sup> 형법을 통한 절차적 엄호는 다른 차원에서 있기 때문에 그것이 이익형량을 허용할 수 없다는 논거로 이해할 수는 없다.

여기서 대부분의 경우에 C'영역은 실제로는 생존의 이익이 죽음의 이익에 비해서 훨씬 더 우월한 경우이다. 이와는 반대로 A'의 영역과 같이 죽음의 이익이 우월하기는 하지만 아직 생존의 이익이 남아있는 영역에 대하여는 A'영역과 마찬가지로 생존의 이익이 존재하지 않는 것으로 파악하기도 한다.<sup>40)</sup> 따라서 A'의 영역에서는 연명치료를 하지 않은 부작위는 법

37) 김경화, “자의퇴원으로 인한 치료중단과 안락사”, 『형사법연구』, 제17호, 2002, 61면; 김재봉, “치료중단과 소극적 안락사”, 『형사법연구』, 제12호, 1999, 167면; 김재윤, “안락사 허용론”, 『형사법연구』, 제26호, 2006, 607면. 특히 오스트리아의 경우 2006년 6월 1일부터 환자사전의사표시법이 시행중이다. 이 법률에 대한 해설과 비판으로는 이석배, “오스트리아 환자사전의사표시법”, 『한국의료법학회지』, 15권 2호, 2007, 111면 이하 참고.

38) 이와 관련하여 이러한 환자의 사전의사표시에 구속력을 부여하기 위한 논의가 현재 독일에서는 아주 활발하게 이루어지고 있다. 만약 이러한 환자의 사전의사표시가 환자에게 앞으로 발생할 수 있는 수많은 구체적인 개개의 상황을 모두 고려하고 있다면, 이론적으로는 그 사전의사표시의 구속력을 인정하는 것이 가능할 수도 있다. 그것이 기술적으로 가능한지 의심스럽다. 그리고 설사 그것이 가능하다고 하더라도 구체적인 개개의 상황에서 환자의 사전의사표시가 어떠한 상황에 합치하는지의 여부는 결국 의학에서 해석의 문제에 맡겨지게 된다. 그렇다면 이 역시 명확한 사실판단의 문제가 아니라 가치판단의 영역에 속하게 된다. 이러한 해석의 문제는 여전히 불확실성의 문제로 남는다.

39) 그 결정의 주체를 특히 위원회나 법원 등으로 파악하는 경우에는 더욱 그러하다. 이러한 위원회나 절차주의가 절대적 생명보호의 원칙과 어떻게 조화를 이룰 수 있는지는 의문이다. 실제 이익형량을 인정하지 않는다면 위원회나 절차주의는 허상에 불과한 것으로 보인다. 물론 절대적 생명보호원칙의 내용을 타인의 생명이나 이익에 대하여 상대화하지 않는다는 범위로 좁게 해석한다면 절차주의는 의미가 있다. 이러한 견해로는 이상돈, 치료중단과 형사책임, 법문사, 2003, 43면 이하.

40) 규범의 보호목적 밖이라는 견해가 그렇다. 하지만 규범의 보호목적 밖에 있다면 생존의 이익은 쏘이되고 그러한 경우는 시체의 경우 이외에는 존재하지 않는다.

질서가 허용하는 것으로 볼 수밖에 없다. 이 경우 도그마틱적 구성은 생존 가능성이 낮음을 이유로 보증인 의무(생명유지의무)가 탈락하는 것으로 구성할 수도 있다.<sup>41)</sup> 하지만 보증인 의무에서 논증하게 되면, 실제로 생존가능성에 따라 이루어지는 이익형량은 배후에 머물게 되고 생존가능성과 그 상반하는 이익사이의 논증이 이루어지지 않으므로 실제 그 이익형량의 내용에 관한 사후판단이 어려운 측면이 있다. 따라서 보증인의무와는 달리 이러한 이익형량의 과정을 명시적으로 논증해야 하는 도그마틱으로 해결하는 것이 타당하다.<sup>42)</sup> 따라서 작위에 의한 치료중단은 긴급피난으로, 부작위에 의한 치료중단은 의무충돌의 법리로 해결하는 것이 타당하다고 생각한다.<sup>43)</sup> 이 경우 A'의 영역에 해당하는 것인지 의심스러운 경우에는 '의심스러운 경우에는 생명의 이익으로(in dubio pro vita)'의 원칙에 따라 허용되지 않는 것으로 보아야 한다. 재판부가 판결요지의 마지막 부분에서 언급했던 "의심스러운 경우에는 의사, 가족 등 제3자의 판단보다 생명 보호가 우선된다"는 표현도 이러한 내용 이외에 무엇이 될 수 있는지 의심스럽다.

5. 결국 재판부가 밝힌 것처럼 이러한 상황에서 연명치료의 중단을 결정하는 주체가 후견법원이라면 후견법원도 결국은 합리적인 제3자이고 합리적인 제3자가 이러한 이익형량없이 결정한다는 것은 사실상 불가능하다. 따라서 환자의 추정적 의사와 일반인의 가치표상으로 포장된 내용은

41) 이형국, "안락사의 형법적 의미에 관한 소고", 『우제이명구교수회갑기념논문집 III』, 1996, 509면; 전지연, "안락사에 대한 형법적 고찰", 『한림법학 Forum』, 제4권(94/95), 149면.

42) 부분적으로 같은 취지로, 최우찬, "안락사와 존엄사", 『고시계』, 1989. 2, 42면. 하지만 여기서의 고통을 육체적 고통만으로 이해하면서, 의식이 없는 환자의 경우에 제거할 고통이 없으므로 죽음의 이익을 쫓으로 이해한다. 이러한 요소들의 이익형량은 긍정하면서도 사회상규에 의하여 정당화된다고 하는 견해로는, 김재봉, "치료중단과 소극적 안락사", 『형사법연구』, 제12호, 1999, 172면.

43) 이 점에 관한 좀 더 구체적인 근거에 대하여는, 이석배, "생명의 종기에서 형법상 생명보호", 『형사법연구』, 19권 3호, 2007, 445면 이하 참고.

이익형량이며, 그 이익형량의 주체는 후견법원이라고 본 것이 이 판례의 입장이라고 볼 수 있다.

#### IV. 마치며

이 판결에서 독일연방대법원의 제1 형사재판부가 보여준 내용에 대하여 법이론적인 문제점을 살펴보았다. 이 사건에서 주치의와 이들의 처방전 작성과 전달행위는 부작용이 아니라 작위로 평가되어야 하며, 간호사에게 전달한 행위는 살인의 교사행위로 볼 수 있다. 이에 대하여 재판부는 이용행위로 보았지만, 위에서 본 것처럼 처방전의 전달행위는 의사지배를 인정할 수 없으므로 교사행위로 보아야 하고 간호사가 이에 응하지 않았으므로 실패한 교사에 해당한다고 보는 것이 타당하다.

사안과 같이 객관적인 의학적 기준에 따라 생명의 연장이 무의미하다고 판단된다면 이러한 경우에는 이익형량의 도그마틱에 의해서 해결이 가능하다. 재판부는 이러한 치료중단을 위한 모든 행위를 부작용으로 평가하고 환자의 추정적 의사에 합치하는 경우에만 보증인 의무가 탈락하고 정당화될 수 있다고 본다. 하지만 이러한 법정책은 어려운 문제를 피해가는 방법을 선택한 것이다. 이러한 추정적 의사와 일반인의 가치표상이라는 포장으로 실제로는 후견법원에 의하여 이익형량을 통해 결정하도록 한다.

오히려 이러한 연명치료를 다수설과 같이 부작용으로 보더라도 객관적인 의학적 기준에 따라서 의학적으로 무용한 연명치료의 중단을 허용하는 것이 좀 더 솔직하고 공감대를 형성할 수 있는 정책이라고 생각한다. 그리고 이익형량의 주체는 법원이 아니라, 임상에서 환자의 치료를 담당하는 주치의가 가장 적합하다고 생각한다. 만약 의식없이 누워있는 환자에게 아무것도 해줄 수 없는 주치의에게 연명치료를 강요한다면 그것은 법질서의 불쾌한 요청이 될 것이다.

[ 참 고 문 헌 ]

1. 국내문헌

- 김경화, “자의퇴원으로 인한 치료중단과 안락사”, 『형사법연구』, 제17호, 한국형사법학회, 2002.
- 김재봉, “치료중단과 소극적 안락사”, 『형사법연구』, 제12호, 한국형사법학회, 1999.
- 김재윤, “안락사허용론”, 『형사법연구』, 제26호(특집호), 한국형사법학회, 2006.
- 윤종행, “작위와 부작위의 구별”, 『연세법학연구』, 제11권, 2005.
- 이상돈, 『치료중단과 형사책임』(제2판), 법문사, 2003.
- 이석배, “형법상 이중적 의미를 가지는 행위의 작위·부작위 구별과 형사책임의 귀속”, 『형사법연구』, 제25호, 한국형사법학회, 2006.
- \_\_\_\_\_, “형법상 절대적 생명보호원칙의 범위와 한계”, 『한국 형법학의 새로운 지평』, 심은 김일수교수 화갑기념논문집, 2006.
- \_\_\_\_\_, “생명의 중기에서 형법상 생명보호”, 『형사법연구』, 19권 3호, 한국형사법학회, 2007.
- \_\_\_\_\_, “오스트리아 환자사건의사표시법”, 『한국의료법학회지』, 15권 2호, 2007.
- 이정원, “의학적 권고에 반한 퇴원으로 사망한 환자에 대한 형사책임”, 『비교형사법연구』, 6권 1호, 2004.
- 이형국, “안락사의 형법적 의미에 관한 소고”, 『우제이명구교수화갑기념논문집 III』, 1996.
- 전지연, “안락사에 대한 형법적 고찰”, 『한림법학 Forum』, 제4권(94/95), 1995.
- 조상제, “의사의 응급의료의무와 치료의무”, 『형사판례연구』(8), 2000.

2. 외국문헌

- Alberts, Hermann, Sterbehilfe, Vormundschaftsgericht und Verfassung, NJW 1999.
- Albrecht, Dietlinde Begründung von Garantenstellungen in familiären und familienähnlichen Beziehungen, 1998.
- Beulke, Werner/Mayer, Walter, Strafrecht: Die Mutprobe, JuS 1987.

- Bienwald, Werner, Anmerkung zum Beschluss des OLG Frankfurt a. M. vom 17.7.1998 – 20 W 224/98, Genehmigung des Ernährungsabbruchs bei einem irreversibel Hirngeschädigten (Sterbehilfe), FamRZ 1998.
- Deichmann, Marco, Vormundschaftsgerichtlich genehmigtes Töten durch Unterlassen, MDR 1995.
- Jürgens, Andreas, Weitere Einzelfragen zur Tätigkeit des Betreuers, BtPrax 1998.
- Geilen, Gerd, Euthanasie und Selbstbestimmung. Juristische Betrachtungen zum »Recht auf den eigenen Tod«, Recht und Staat Heft 446, Tübingen 1975.
- Günther, Hans-Ludwig, Strafrecht: Wer war der Täter?, JuS 1988.
- Karliczek, E. Anmerkung zu OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 20. November 2001 - 20 W 419/01, FamRZ 2002.
- Laufs, Adolf, Arzt, Patient und Recht am Ende des Jahrhunderts, NJW 1999.
- Lilie, Hans, 하태영 역, “안락사에 관한 독일 최근판례의 동향”, 『동아법학』, 제20호, 1996.
- Lilie, Hans, 하태영 역, “생명의 始期와 終期에 관한 법적 물음”, 『비교형사법 연구』, 5권 2호(특집호), 2003.
- Merkel, Reinhard, Früheuthanasie, 2002.
- Müller-Freienfels, Wolfram, Anmerkung zum Beschluss des OLG Frankfurt/M v. 17.7.1998 – 20 W 224/98, JZ 1998.
- Nickel, Lars Christoph, Genehmigung eines Behandlungsabbruchs durch das Vormundschaftsgericht. GG Art. 2 Abs. 2 S. 1: BGB §§ 1904, 1901. OLG Frankfurt a. M. Beschl. v. 15.7.1998–20 W 22/98, MedR 1998.
- Oduncu, Fuat S./ Eisenmenger, Wolfgang Euthanasie–Sterbehilfe– Sterbebegleitung. Eine kritische Bestandsaufnahme im internationalen Vergleich, MedR 2002.
- Ranft, Otfried, Rechtsprechungsbericht zu den Unterlassungsdelikten (I), JZ 1987.
- Roxin, Claus, Täterschaft und Tatherrschaft, 7.Aufl., 2000.

- Roxin, Claus/Schroth, Ulrich, Medizinstrafrecht, 2.Aufl., 2001.
- Saliger, Frank, Grundrechtsschutz durch Verfahren und Sterbehilfe, in: Lorenz Schulz(Hrsg.), Verantwortung zwischen Materialer und Prozeduraler Zurechnung Referate der 6. Tagung des Jungen Forum Rechtsphilosophie 1. Oktober 1998 in Frankfurt am Main, ARSP Beiheft 75, 2000.
- Saliger, Frank, Sterbehilfe nach Verfahren. Betreuungs- und strafrechtliche Überlegungen im Anschluss an BGHSt 40, 257, KritV 1998.
- Saliger, Frank, Sterbehilfe mit staatlicher Genehmigung - OLG Frankfurt a. M., NJW 1998, 2747, JuS 1999.
- Schell, Werner, Sterbebegleitung und Sterbehilfe. Gesetze, Rechtsprechung, Deklarationen, Richtlinien, Stellungnahmen, 3., aktualisierte und erweiterte Aufl., 2002.
- Seitz, Walter, Das OLG Frankfurt a. M. und die Sterbehilfe, ZRP 1998.
- Tiedemann, Klaus, Examensklausur Strafrecht - Fall zu Fragen des Allgemeinen Teils und des Umweltstrafrechts, Jura 1982.
- Weißbauer, Walther//Opderbecke, H.-Wolfgang, Tod, Todeszeitbestimmung und Grenzen der Behandlungspflicht (Fortsetzung), BÄ 1973.
- Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung, Deutsches Ärzteblatt 101, A-1298, 2004.
- Nationaler Ethikrat, Selbstbestimmung und Fürsorge am Lebensende (2006), S. 35.
- The Multi-Society Task Force on PVS, Medical aspects of the persistent vegetative state, New England Journal of Medicine 330 (1994), S. 1499, 1572, 1576.



**Kritische Anmerkung zum Urteil des BGH  
vom 13. September 1994 - 1 StR 357/94**  
(zum sog. Kemptener-Fall)

Dr. Lee, Seok-Bae

*KyungNam University, College of Law*

**=ABSTRACT=**

Im sog. Kemptener-Fall aus dem Jahre 1994 in Deutschland hat der 1. Strafsenat des BGH die Bedeutung des Patientenwillens erstmals für einen solchen Fall hervorgehoben, in dem die Krankheit noch keinen irreversibel tödlichen Verlauf genommen hat.

Der 1. Senat des BGH entwickelt aus den Prämissen, die er in drei Leitsätzen festhält, schlüssig und im geläufigen Modus der Dogmatik eine Begründung, die gleichwohl den weitaus überwiegenden Teil der eigentlichen Probleme des Falles nicht einmal sichtbar genacht, geschweige denn einer Lösung nähbar brächte. Die Leitsätze formulieren rechtliche Prinzipien, beziehen aber unvermeidlich zugleich und selbstverständlich Stellung zu einigen der schwierigsten und ungelösten ethischen Fragen der modernen Medizin. Im sog. Kemptener-Fall brachte die Lösung des Senat für Mediziner, Ethiker und Juristen keine befriedigende Lösung, sondern allein zahllose Zweifel und Unklarheiten. Denn dabei geht es nicht um moralisch unerwünschten Ergebnis der Rechtsanwendung im Einzelfall. Vielmehr hat die moderne Medizin für den ärztlichen Entscheidungsbereich zwischen Leben und Tod einen Typus professionellen Alltagshandelns gebracht. Deshalb ist es eine Illusion, wollte man von der strafrechtlichen Dogmatik befriedigende Resultate erwarten.

Trotzdem kann man nicht die dogmatische Untersuchung aufhören, weil eine Gesetzgebungslehre oder eine Strafrechtspolitik von den dogmatischen Probleme ausgehen muss. In diesem Hintegrund im Beitrag wurde dieser Fall durch kriti-

sche Auseinandersetzung strafrechtsdogmatisch zu begründen versucht,  
Dabei wird die Interessenabwägung zwischen Lebens- und Sterbensinteressen als  
der Rechtfertigungsbegründung beim tödlichen Behandlungsabbruch vertreten.

Keyword : aBehandlungsabbruch, Interessenabwägung, Kemptener-Fall(BGHSt  
40, 257), Passive Sterbehilfe.