

自殺의 權利와 自殺妨害에 대한 社會倫理的 義務의 相衡關係

- 독일 實定法을 中心으로 -

成 樂 賢*

I. 緒言

현대 어느 사회에서든 막론하고 수 많은 자살자가 발생하고 있다. 자살의 이유와 원인 및 그 형태는 다양하겠으나 어느 경우이든 사회는 자살자의 죽음에 전혀 무관심할 수 없으며 그것을 부정적으로 여기며 대부분의 경우 하나의 큰 손실로 받아들이게 된다. 그러므로 일반인은 자살자의 생명의 손실을 우선 막아야 한다는 본능을 가질 수도 있는 것이다. 그러나 같은 상황을 자살자의 관점에서 생각해 본다면 그 당사자에게는 자살에의 필연적 이유가 있을지도 모르며 또한 자살자에게 자유로운 意思決定에 따른 생명처분의 권리가 없거나 혹은 어떠한 이유에서이든 그것이 무시 당해도 좋다고 쉽게 斷言할 수는 없다.

자살은 그 자체로서 構成要件該當性を 띠지 않기 때문에 不可罰의인 행위라는데 異論의 여지는 없다. 다만 인간에게 적극적으로 자살의 '권리'가 있다고 인정할 것인지 아니면 소극적으로 자살을 단지 '금지되지 않은 행위(unverbotene Handlung)'로 볼 것인지에 따라 각기 다른 법적인 문제가 따를 수 있다. 만일 개인에게 자살의 권리가 인정된다면 자살자의 생명을 제3자가 구해주는 행위,

* 영남대학교 법과대학 전임강사

1) Gallas, JZ 60, 654 f. Arthur Kaufmann은 자살을 rechtsfreier Raum 즉 법으로부터 자유로운, 법과 무관한 영역에 속한다고 본다. Festschrift-Maurach, S.327 ff

즉 자살을 방해하는 행위에는 자살자의 권리와 생명을 구해야 한다는 社會倫理的 의무가 相衡될 수 있을 것이며 이러한 상황에서 자살자의 침해된 권리를 생각한다면 구조자는 한 생명을 구했다고 단순히 만족할 수만 있는 상태는 아닐 것이다. 그렇다면 자살자를 직면한 제 3자는 도대체 어떠한 행동을 취해야 하는 가라는 질문이 가로 놓이게 된다. 이 질문에 대한 해결에 접근하기 위해 우선 개인에게 자살의 권리가 인정되는지에 대한 판정이 필요하다. 반면 자살을 금지되지 않은 행위로 보면 이런 문제는 제기되지 않는다. 이 경우는 항상 생명을 위한 자살방지 의무와 권리가 우선할 뿐이다. 그러나 本稿에서는 자살의 권리를 인정하고 변호하는 입장에서 이 문제를 고찰해보고자 한다.

II. 자살의 권리

1. 獨逸 基本法 제 2조 2항(Art. 2 II GG)에 의한 자살의 권리?

국가는 개인에게 자살의 권리를 부여하는가? 독일 법전 어디에도 자살의 권리를 규정해 놓은 곳은 없다. 다만 기본법 제 2조 2항에 생명과 신체의 不可侵에 관한 권리(*das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit*)만이 명시적으로 보장되어 있을 따름이다. 이 文言은 당연히 생명과 신체의 不可侵性을 ‘보호 받을’ 권리로 해석하는데는 하등의 어려움이 없다. 그러면 이것을 반대적 방향에서 고찰하여 생명을 처분할 수 있는 권리로까지 해석의 범위를 확장시킬 수 있을까 하는 의문이 제기될 수 있다. 이 의문 제기의 발단은 이 條文의 다른 요소인 신체 불가침의 ‘권리’를 신체 불가침의 ‘처분권’으로의 확장 해석이 가능하다는데 있다. 즉 환자에게 의사의 치료행위를 거부할 권리가 있다고 인정되며 이 경우 명확히 개인에게 신체 불가침의 권리는 보호의 권리와 함께 처분의 권리로도 인정된다. 그렇다고하여 곧바로 신체 불가침성의 처분권과 함께 생명의 처분권리도 함께 인정된다고 볼 수 있는 것은 아니다. 왜냐하면 위 두 가지 요소를 평가함에

있어 동등한 가치를 부여할 수 있는지에 대한 검토가 우선 따라야 하기 때문이다. 침해된 신체 불가침성은 회복될 수 있고 재차 권리로써 행사될 수 있으나 최고 法益인 인간생명은 代替 불가능한 것이고 단 한번의 처분 또는 침해로 원상회복이 불가능하기 때문에²⁾ 위 두 요소는 성질면에서나 중요성의 면에서나 동등시될 수 없다. 그러므로 신체 불가침의 권리와는 달리 생명에 대한 권리는 생명의 처분권리로 확장 해석되어서는 안된다.

위 문제의 해결을 위한 다른 접근 수단의 하나는 立法歷史를 통한 立法趣旨이다. 독일 기본법 제정의 입법 역사를 볼 때 입법자는 기본법 제 2조 2항 1문의 생명에 관한 권리를 생존가치가 없다고 인정되는 인간들에 대한 抹殺 혹은 특정 민족적, 종교적 집단을 말살하고자 했던 나찌 시대의 참혹하고 非人道的인 역사적 사건에 대한 반응으로서 모든 사람에게 생명을 보호 받을 권리를 헌법상으로 확고히 보장해야 한다는 필요성을 절실히 느꼈던 것이다. 그러므로 생명에 관한 기본권은 국가에 의해 실용화되고 합법화되고 묵인되는 인간 생명의 침해를 방지하고자 하는데 그 근본적 의미가 있는 것이다.³⁾ 이런 기본 이념에 입각한 입법자의 견해에 의하면 국가는 생명에 대한 부정적 가치평가는 금지하지만 긍정적 가치평가는 금지할 수 없고, 국가는 어떤 경우든 인간의 생명을 구하려 하고 심지어 자살자의 생명까지도 구하고자 한다는 것이다. 그것은 국가는 기본권의 主體者에게 자신의 생명에 대한 처분권을 적극적으로 인정하지 않고 오히려 거부한다는 의미이다.

이상과 같은 본 법조문의 생명에 관한 권리에는 자신의 생명에 대한 처분권은 포함되지 않는다는 주장에⁴⁾ 대한 反論이 전혀 없는 것은 아니다. 대표적으로 Erbel의 견해를 들 수 있다. 그에 따르면 개인에게 각자의 생명을 전적으로 자신에게만 '소유' 되는 客體로 판단할 수 있을 것인가의 여부에 대해서 국가는 각 개인의 신앙과 양심에 맡겨야 한다고 한다. 개인은 자유로운 선택에 따라 자신의 삶을 지

2) Roellecke, Gibt es ein "Recht auf Tod"? in: Eser (Hrsg.), S. 337.

3) Maunz-Dürig-Herzog, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 2 II Rdnr. 8; Roellecke, aaO., S. 338.

4) Maunz-Dürig-Herzog, aaO., Rdnr. 12; Maunz-Zipelius, Deutsches Staatsrecht, § 24 I 2.

속하든 중단하든 결정할 수 있기 때문이라는 것이다. 그러므로 자신의 생명에 관한 한 국가로부터 私的自治權을 요구하는 사람이라면 누구나 국가로부터 인정 받은 자기 생명에 관한 처분권을 갖게 된다고 한다.⁵⁾ 中立的 世界觀을 가지는 국가는 국민 각자에게 자신의 의도에 반해서 계속 생존할 것을 강요할 수 없고 개인적 自由責任에 따른 생명처분행위에 대해서 근본적으로 용인해야 한다는 것은 사실이나 그 이면, 현대적 社會保護主義國家에서는 사회공동체가 자살자에 대한 보호의무를 스스로 인식하고 자살자로 하여금 스스로 자살 결심을 포기하게 하고 적절한 보호수단으로써 그의 인생에 참다운 삶의 가치가 부여되도록 힘써야 한다는 점 역시 간과될 수 없는 것이다.⁶⁾ 이로써 法治主義國家原則과 社會保護主義國家原則이 충돌하게 되나 법치주의국가원칙이 단순히 그 자체가 목적이 아니라 인간 본연의 가치를 보호하기 위함이 그 궁극 목적인다고 이해하면 사회보호주의국가 원칙이 상위를 차지하게 되고 그에 따르면 모든 인간 생명에 대한 보호는 국가의 의무이므로 자살의 권리는 기본법 제 2조 2항의 의미에 부합되지 않는다는 해석이 합리적이다.

2. 獨逸 基本法 제 2조 1항(Art. 2 I GG)에 의한 자살의 권리?

독일 기본법 제 2조 1항에 따르면 모든 인간은 세가지 조건하에 자신의 인격을 자유로이 전개할 수 있는 권리(das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit)를 갖는다. 세가지 조건이란 타인의 권리를 침해하지 않으며, 憲法 秩序를 위반하지 않으며, 道德律을 위반하지 않는 범위를 말한다. 자살행위가 헌법에 의해 보장되었을 또 하나의 가능성을 여기서 찾을 수 있다. 즉 자살이 여기서 의미하는 자유로운 인격의 전개에 포함된다면 그 가능성은 현실이 될 수 있는 것이다. Bottke는 기본법 제 2조 1항은 개인에게 자기 양심에만 책임을 지우는 자유로운 자살결정은 보장한다고 주장하며 결론적으로 이를 긍정한다. 그에 따르면 자유로

5) Erbel, Das Sittengesetz als Schranke der Grundrechte, S. 324.

6) Erbel, aaO., S. 324.

이 자살을 결정한 자가 자살을 실행함에 있어서는 그 행위의 정당화를 위해 자살의 法不在性(rechtsfreier Raum) - 즉, 자살은 법의 효력이 미치지 않는 영역에 속한다는 - 에 대한 개념의 도움조차 필요없이 그것은 자유로운 인격의 전개에 포함되므로 헌법적 보장이 이루어진다는데 의심의 여지가 없다는 것이다.⁷⁾ 그러나 이러한 주장에 대해 자살은 인격의 전개에 해당되는 것이 아니라 오히려 원천적인 인격의 말살이며 語義상 이미 기본법 제 2조 1항에 속하지 않는다는 이론도 가능한 것처럼 보인다. 그렇지만 기본법은 적극적인 권리의 행사만 보장하는 것이 아니라 권리의 不行使 혹은 포기도 보장하는 것이라고 이해하면⁸⁾ 기본법 제 2조 1항의 語義가 이미 자살의 권리를 제외한다는 생각은 극복될 수 있다.⁹⁾

위의 Bottke의 주장은 본 조항에서 제시된 세가지 조건의 충족성에 대한 검토에 의해 뒤받침되어야 한다. 여기서 첫번째 중요한 조건은 자살의 도덕률위반성이다. 이 도덕률이라는 개념에 대해 독일연방최고법원(Bundesgerichtshof)과 연방헌법재판소(Bundesverfassungsgericht)와 학설은 서로 다른 의견을 표명하고 있다. 연방최고법원의 형사합의부는¹⁰⁾ 전통적인 가톨릭 교회의 윤리신학을 바탕으로 하여 自然法 사상을 해석하여 다음과 같은 의견을 제시한다. 즉 도덕률은 - 극단적인 예외는 물론 별도로이겠지만 - 모든 자살을 엄격히 부정하고 이 도덕률에 의하면 아무도 자신의 생명을 스스로 지배하여 마음대로 처분하거나 죽음을 택할 수 없다는 것이다. 이 의견에 따르면 기본법적 의미의 도덕률은 자살을 원칙적으로 부정한다는 결론에 이른다. 그에 비해 연방헌법재판소에 따르면 도덕률이라는 것이 이미 주어진 戒律이 아니라 사회에서 일반적으로 인정되는 價值評價의 總體라고 한다. 이 연방헌법재판소의 의견에 의하면 도덕률의 효력범위를 결정짓는데 어려움이 따를 수 밖에 없다는 것이다. 법관의 개인적인 도덕적 감정이 이 결정에 척도가 될 수 없으며 개개의 국민 소집단의 의견 역시 충분치 않다. 연방헌법재판소는 여기에 가장 큰 비중을 갖는 것은 대중적인 종교집단, 특히 天主教

7) Bottke, Suizid und Strafrecht, Rdnr. 58.

8) Erbel, aaO., S. 324.

9) Wagner, Selbstmord und Selbstmordverhütung, S. 91.

10) BGHSt 6, 147 ff, 153.

와 改新敎라는 兩大 종교 집단의 의견이라고 지목한다. 왜냐하면 거의 대부분의 국민들은 도덕적 행위에 대한 척도를 이 양대 교회의 가르침에서 구하고 있기 때문이다. 이점에 있어서는 윤리적 가치평가가 어떤 역사적 과정을 통해서 형성되었는가가 중요한 것이 아니라 현재 그것이 일반적으로 인정되고 도덕률로서 통용되고 있는가 하는 것이 중요하다고 한다.¹¹⁾ 이에 따라 자살과 도덕률의 관계는 천주교와 개신교의 자살에 대한 현재의 입장에 의해 거의 결정될 수 있다고 하겠다. 이 양대 교회 외에는 자살에 대한 도덕적 평가를 내려 줄 수 있는 다른 어떤 중요한 종교 혹은 세계관이 없기 때문이다.¹²⁾

천주교 교리에 따르면 자살은 비록 예전처럼 그렇게 엄격하고 혹독하게 비난이 가해 지지는 않지만 그래도 여전히 윤리적으로 비난 받을 대상으로 인정된다.¹³⁾ 만약 자살에 대한 非難可能性 혹은 責任이 절대적으로 자살자에게 歸屬된다는데 대한 의심이 전혀 없지 않을 때에는 천주교회는 예전과는 달리 대부분의 경우 교회묘지를 보장해 준다. 이런 사실은 천주교회가 자살을 더이상 무조건 윤리적으로 엄격히 금지된 행위로 받아 들이지 않는다는 추세를 보여 준다. 改新敎에서도 마찬가지로 자살에 대해서는 엄격한 평가를 내린다. 오늘날에도 개신교는 자살을 역시 비난 받을 행동이라고 인정하나 윤리 혹은 사회적 의미에서가 아니라 단지 생명의 主宰者인 神에 대해서 그렇다는 것이다. 다시 말해 개신교에서는 자살을 윤리적 의미에서가 아니라 종교적 의미에서만 금지되는 것으로 판단한다.¹⁴⁾

이러한 자살의 비난가능성을 종교의 범위내로 한정 지으려는 교회의 견해를 바탕으로 학설은 다음과 같은 해석을 내린다. 만일 이런 종교적 비난가능성이 동시에 종교를 받아 들이지 않는 사람들에게도 일반적인 도덕적 비난가능성으로 인정되지 않는다면 종교적으로나 세계관적으로 중립의 위치에 있는 국가는 종교적으로 비난가능성이 있는 행동이라고 해서 그것을 모든 사람에게 규범적 법질

11) BVerfGE 6, 434 f.

12) Wagner, aaO., S. 100.

13) Wagner, aaO., S. 105, 101 Fn. 55.

14) Wagner, aaO., S. 101 f; Bottke, aaO., Rdnr. 53.

15) Erbel, aaO., S. 323; Bottke, aaO., Rdnr. 53.

서로써 금지할 수 없다.¹⁵⁾ 국민 개인에게는 오히려 개인적인 倫理自治가 적용된다. 인간의 構成要件의 행위에 대한 刑法的 責任이 바로 이 개인의 倫理自治에서 비롯되는 것이나 반면에 이 개인의 倫理自治로 인해서 국가는 개인에 대한 양심의 자유를 법으로 금지할 수 없는 것이다.¹⁶⁾ 인간은 자신의 양심에 따라 나름대로의 윤리규정을 설정하고 그 범위 안에서 인격전개의 자유권을 행사할 것인가를 자유로이 결정할 수 있는 것이다.¹⁷⁾ 자살에 대한 결정도 전적으로 이런 개인적 倫理自治에 속하는 것이다. 이에 대해 자유로운 인격전개라는 것은 인간존재를 前提하는 것이고 성공적 자살의 경우 그 一回性 때문에 계속적인 기본권 행사는 영원히 불가능해 진다는 반대 주장은 설득력이 없다. 왜냐하면 앞서 언급한 바와 같이 권리의 포기 역시 기본권이 보호하는 영역에 속하는 것이고¹⁸⁾ 자살행위 時點에 人間存在라는 것은 존립하고 있으며 그것이 前提되어야만 자살이 가능하기 때문이다.

결론적으로 말하자면 자살의 도덕률위반성은 종교적 특수한 범위 밖에서는 일반적으로 인정되지 않기 때문에 자살은 기본법 제 2조 1항의 의미의 도덕률을 침해하는 것이 아니다. 이로써 첫번째의 조건은 충족되었다. 둘째로 자살행위는 남의 권리를 침해해서는 안된다는 조건이다. 예를 들어 어린 자식을 둔 부모 쌍방이 자살할 경우 자녀를 보호하고 양육해야 할 부모의 의무가 不履行되므로 자식의 권리가 침해된다 할 수 있으며 또한 큰 폭발력을 가진 폭발물로써 자살하고자 하는 행위는 자살자 자신의 목숨 뿐 아니라 타인의 法益에 대한 위협을 가져올 수 있으므로 이런 자살행위는 남의 권리를 침해한다는 의미에서 예외적으로 보장 받지 못한다. 셋째로 憲法的 秩序를 위반하지 않아야 한다는 조건은 인간에게 자연적 사망시까지 계속 살아야 할 법적 의무가 부정되는 한 어렵지 않게 충족된다. 그러므로 타인의 권리를 침해하지 않는 범위내에서 인간에게는 기본법 제 2조 1항에 의해 자살의 권리가 보장된다.

16) Erbel, aaO., S. 272 Fn. 567.

17) BVerfGE 4, 15: 6, 41.

18) Erbel, aaO., S. 324.

III. 自殺妨害의 權利와 自殺妨害의(사회윤리적 이유에 의한) 의무

1. 公法的 自殺妨害

自殺決意者는 자신의 자살이 측근의 사람이나 사회에 직접적으로 해악을 끼치지 않는 범위내에서 어떤 영향을 줄 것인가에 대한 고려를 할 필요없이 자살할 권리가 있다. 그러나 반대편 입장에서 사회윤리를 지니고 있는 사회는 대다수의 경우 心理的 疾病, 內因性 憂鬱症, 노이로제, 病理學的 老衰反應 등의 결과로 나타나는 자살을 그대로 방관해서는 안된다고 느낀다.¹⁹⁾ 그러한 정신적 질병의 발생에 대해 사회는 함께 책임을 느끼고 자살 희망자로부터 이런 질병 상태를 제거해 주고 그의 인생에 다시 한번 기회를 주어야 한다고 의무 지운다.

국가는 이러한 사회윤리성을 기초로 하여 자살방해의 의무 뿐 아니라 그 권리를 인정한다. 그 권리의 一次的인 皮相의 이유는 자살자의 보호에 있는 것이 아니라 公共秩序의 보호에 있다. 즉 사회의 善良한 질서는 자살을 허용하지 않기 때문에 이로 인한 질서 파괴를 방지하기 위해 경찰에게 자살을 저지할 권리가 주어져 있다. 경찰의 自殺阻止權은 피상적으로 사회질서의 유지에 관심이 있다고 하나 궁극적으로는 인간생명의 보호정신에 귀착된다. 자살자의 생명을 구조하는 행위에는 자살자에 대한 강제적 억압이 수반될 수 있으나 그러한 경찰의 행위가 정당화될 수 있는 데에는 인간생명의 보호정신이라는 것이 다른 원인과 함께 큰 원인으로서 작용하고 있는 것이다.²⁰⁾ 독일 各 洲의 경찰의 留置임무에 관한 특별법들은 시민의 보호를 목적으로 경찰에 留置할 수 있는 권한을 주며 몇몇 법조문은 구체적으로 자살시도의 경우를 명시하고 있다.²¹⁾

특히 감금된 상태에 있는 사람의 경우에 있어서 자살의 권리와 국가의 생명

19) Ringel-Sonneck, Zur Psychopathologie des Sterbewillens, in: Eser (Hrsg.), S. 83.

20) Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, S. 48.

21) 예를 들어 § 22 I Nr. 2 b BWPOLG; Art. 16 I Nr. 1 BayPAG; § 11 I b Nr. 3

BremPolG; § 180 SchlHLVwG; § 119 III StPO; § 88 I StVollzG.

보호의 의무 혹은 권리가 충돌한다. 그러나 기본법이 보장하는 기본권은 收監者에게도 동등하게 적용되어야 한다. 기본법 제 2조 1항의 자유로운 人格展開에서 기인하는 受刑者의 진지한 자살의지는 국가의 생명보호권리 또는 생명보호의무에 앞선다.

2. 私人的 자살방지 행위의 정당성

1) 일반적 견해

國家機關에 의한 자살방지행위는 질서유지의 이유에 의해서 정당성을 갖는 반면 私인에 의한 자살방지는 어려운 문제를 안게된다. 私人的 자살방지행위에는 독일형법 제 240조의 强要罪의 構成要件이, 그리고 자살자를 구조하기 위해 의료적 행위가 요구된 때에는 제 223조 이하의 傷害罪의 構成要件이 충족될 수 있다. 반면에 자살자를 구조하지 않고 不作為에 머무는 제3자는 제 323c조의 구조의무의 不作為(Unterlassene Hilfeleistung)에 해당할 수 있다.²²⁾ 우선 私인에 의한 자살방지가 자살자의 권리침해를 이유로 처벌 가능성을 띠는지 아니면 정당성을 떨 수 있는지에 대한 검토가 필요하다.

a) 獨逸刑法 제 240조 1항에 의한 自殺妨害行爲의 可罰性

자살을 방해하는 행위가 독일형법 제 240조 强요죄(Nötigung)의 구성요건에 해당될 수 있을까? 의사가 환자에게 그의 意思에 반하여 의료행위를 하면 제 240조와 경우에 따라서는 제 223조(Körperverletzung)의 구성요건이 충족된다는데는 異論이 없다. 그러나 의사 혹은 제3자가 자살자를 구조하기 위해 신체적 억압이나 意思的 강제행위를 구사하는 것도 위와 동일시해야 한다는데는 의심의 여지가 있다. 독일연방최고법원 판례에 따르면 만일 자살자를 구조하지 않으면 제3자는 제 330caF(현행 323c의 舊刑法)의 규정에 따라 처벌의 위협까지 받게 된다. 독일연방최고법원의 판례에 따를 때 자살자에 대한 구조의무는 그 행위의 정

22) BGHSt. 6, 147.

당성을 전제로하거나 내포한다. 자살자에 대한 구조행위에 결부되는 강요의 구성요건해당행위는 형법적으로 명령된 행위이다.²³⁾ 지배설은 따라서 자살방해에 있어서 의료적 행위가 들어가지 않는 한 의사 또는 제3자의 행위는 정당한 것으로 본다. 이 지배설에 따르면 자살방지를 위해 사용되는 강제행위는 생명의 구조라는 그 목적성에 비추어 제 240조 2항에서 뜻하는 의미의 처벌가능성을 띠는 행위는 아니다.²⁴⁾ 그러므로 자살방지행위의 제 240조에 의한 처벌가능성은 배제된다.

그 밖에 私人에 의한 자살방해행위의 적극적 정당화 사유로는 正當化的 緊急避難, 推定的 承諾 그리고 慣習法 등을 들 수 있다.²⁵⁾

b) 正當化的 緊急避難 (der rechtfertigende Notstand, 제 34조)

독일형법 제 34조 이하와 질서위반법(OWiG) 제 16조에 의하면 생명, 신체, 자유, 명예, 소유권 혹은 그 밖의 다른 법익에 대한 현재의, 다른 방법으로 회피할 수 없는 위난을 당하여 자신 혹은 타인의 위험을 막기 위해 남의 法益을 침해하는 행위는 긴급피난행위로서 정당성을 띤다. 단 相衡되는 이익을 비교했을 때 보호될 법익이 침해되는 법익보다 훨씬 優位에 있어야 한다. 여기서 보호될 법익은 자살자의 생명이고 침해되는 법익은 신체의 完全無缺性 혹은 생명과 건강의 처분에 관한 自己決定權이 될 수 있다. 當該 자살자 개인은 혹시 생명보다 자기결정권에 더 큰 가치를 둘지 모르나 일반적으로 생명을 최고의 법익으로 인정하고 있다. 대체로 자살자가 아닌 제3자는 자살자의 內面的 心情에 대한 파악이 어려우므로 이러한 조건은 일반적으로 주어져 있다고 인정해야 한다. 독일연방최원의 견해²⁶⁾에 따르면 죽음에 임박한 환자에게는 自己決定權(Selbstbestimmungsrecht)이 우선하나 자살의 경우는 그것이 윤리적으로 죽음을 위한 자기결정권은 우선시될 수 없다고 한다. 이처럼

23) BGHSt, aaO., S. 147.

24) Vgl. Lackner, StGB, § 240 Anm. 6 a aa); Dreher-Tröndle, StGB § 240 Vor § § 211 Rdnr. 33; SK-Horn § 240 Rdnr. 46.

25) Wagner, aaO., S. 58. 240 Rdnr. 22.

26) BGHSt 11, 114.

기결정권은 고려될 필요가 없다고 생각하면 상충되는 두 法益間의 較量 역시 불필요한 것이 되는 것은 당연하다. 이 판례에 따르면 자살방해행위는 이로써 정당성을 띤다고 이해할 수 있다.

그러나 일부 학설은 제 34조에 의한 자살방해의 정당성을 상충되는 이익의 주체자가 동일하게 자살자라는 점에서 부정한다. 예를 들어 Samson²⁷⁾은 정당화적 긴급피난 규정을 적용하기 위해서는 상충되는 두 법익이 서로 다른 사람에 귀속될 것을 전제로 하며 만일 동일인에 속할 때에는 推定的 承諾에 문의해야 한다고 주장한다.

c) 推定的 承諾에 의한 正當化

객관적 행위상황에 비추어 보아 어떤 법익의 침해에 대해 피해자의 유효한 승낙이 있을 것으로 기대되거나 피해자 혹은 승낙권자와 연락이 안되거나 의식불명 등의 이유로 그 승낙을 받지 못하거나 適時에 받을 수 없는 상황에서의 해당 법익에 대한 침해행위는 정당화될 수 있다. 그 기대되는 의사표시는 모든 행위상황을 객관적으로 평가했을때 事前的(ex ante)으로 그리고 蓋然性을 가지고 기대되어야 한다²⁸⁾. 승낙이 추정되는지, 즉 현재 행위자의 법익침해행위가 피해자의 이익과 추정적 의지에 합치되는지에 대한 판정은 객관적으로 이루어져야 한다. 여기서는 피해자의 주관이 아닌 객관적으로 추정되는 승낙권자의 의지가 평가의 기준이 되어야 한다.²⁹⁾ 만일 행위자에게 자신의 행위가 승낙권자의 진정한 의지와 부합되는지에 대해서 불확실하다면 모든 행위상황에 대한 良心的 審査(wissenschaftliche Prüfung)에 따라 비로소 행위로 나아가야 한다. 행위자가 良心的인 자신의 행위가 승낙권자의 의사에 어긋나지 않는다고 평가를 내렸다면 법하지 않다.³⁰⁾

Rdnr. 6: Stratenwerth, Strafrecht AT I, Rdnr. 452에서는 다른 견해를 보인다.

Strafrecht AT, §34 VII 1: Baumann, Strafrecht AT, §21 II 5 a):

Strafrecht AT § 38 I: Wessels, Strafrecht AT: S. 66:

Strafrecht AT I, § 28 II 2.

稿增補版, 法志社, 1992, 321 면.

註: 裴鍾大, 刑法總論, 法文社, 1992, 336면; Jescheck, Strafrecht AT §34 VII 3.

자살자에 대한 구조행위가 자살자의 추정적 의사와 이익에 부합되는지에 대해서는 자살방지 의무가 자살자의 自己決定權(Selbstbestimmungsrecht)에 앞서는 가라는 질문에 대한 답이 먼저 주어져야 한다. 만약 이것이 긍정된다면 여기서의 추정적 승낙이 고려될 여지가 생긴다. 앞서 소개한 바와 같이 독일연방최고법원은 죽음에 이른 重患者에게 있어서는 자기결정권이 우선한다는 견해를 보인다. 이 판례는 기본법 제 2조 2항에 보장된 신체불가침성에 대한 권리는 이 권리를 일시적으로 포기만 하면 생명의 위협에 대한 고통으로부터 벗어날 수 있음에도 불구하고 그 권리를 포기하지 않는 사람에게도 적용된다고 말한다. 그러나 일반적으로 어떠한 상태에서 인간이 더 나은 건강상태로 되돌아가기 위해 일시적으로 신체불가침성에 대한 권리를 이성적으로 포기하게 되는가 혹은 포기한 것으로 간주할 수 있게 될 것인가에 대해서는 누구도 법관에게 그 판단기준을 요구할 수 없다. 이러한 원칙은 醫師에게도 적용된다. 아픈 사람을 가능한 한 치료하고 고통으로부터 낮게 해주는 것이 의사의 본질적인 의무이자 중요한 권리이지만 이 권리와 의무는 인간의 신체에 대한 自己決定權에서 한계점에 달한다. 의사가 환자로 부터 사전 허락을 받을 수 있었음에도 불구하고 그의 허락없이 자의와 자력으로 위험한 결과를 수반할 수 있는 수술을 시행했다면 그것은 환자의 인격의 자유와 존엄에 대한 침해행위가 된다. 수술이 그를 회복시켜 줄 수 있는 유일한 필요충분 조건일지라도 생명이 위독한 환자도 인간적으로나 윤리적으로 수술을 거부할만한 특별한 이유가 있을 것이다.³¹⁾ 그러므로 연방최고법원은 중환자의 경우 의사의 치료의무보다 환자의 자기결정권이 앞선다는 것이다. 의사와 환자의 관계 뿐 아니라 다른 私人的 자살방지 의무와 자살의 권리 사이의 관계도 다를 바가 없다. 이에 따라 Wagner는 기본법 입법자는 아무도 본인의 승낙이나 법적인 근거없이 자살자의 자기결정권을 무시하지 못하도록 개인의 自己決定權에 上位의 지위를 인정했다고 주장한다.³²⁾ 여기에 대해 자살은 의사의 치료를 거부하는 난치환자와 동일시될 수 없다는 反論이 제기될 수 있다. 그 이유는 자살자

31) BGHSt 11, 113 f.

32) Wagner, aaO., S. 157.

의 대다수가 심리적 질병에 의해 自由責任下의 自己決定(Selbstbestimmung)을 할 만한 능력이 없다는 것이다. 그러므로 자살자의 결심이 자유의사와 자기책임하에 이루어졌다는 확신이 있는 경우 외에 자살행위가 심리적 질병에 의한 것이라는 확신이 있거나 자살의지가 자유롭고 진지하게 결정되었는지에 대해 적어도 의심이 있을 경우에 醫師의 職業倫理에 의한 강제적 자살구조의무를 인정할 수 있다.³³⁾

자살방해가 실제로 자살자의 진정한 의도에 부합하는가라는 질문은 보통의 자살의 경우에 자살자가 얼마나 진지하고 자기책임하에 자살행위의 실행결정을 내리게 되는가에 달려있다. 자살방해에 있어서의 추정적 승낙의 기준을 찾기 위해 자살결정의 眞摯性에 따라 자살시도를 다음 3 부류로 나눌 수 있다.

- (a) 허위자살 혹은 자살시느 (Selbstmordgesten); 행동의 단순한 의사표시적 목적과 操作的의의가 확연하고 자살의 意志가 결여된 상태
- (b) 相反感情 並存의 자살시도 (der ambivalente Selbstmordversuch); 당사자가 삶과 죽음 사이에서 스스로 결정을 내리지 못하는 상태
- (c) 결심되고 숙고된 자살시도 (der entschlossene und überlegte Selbstmordversuch); 자살이 목표로 설정되고 죽음이라는 종말을 기다리는 상태³⁴⁾

허위자살에서는 자살자가 죽음의 위험성이나 죽음의 의도없이 단지 사회환경의 注意를 자기에게 돌리게 하려는 목적만 갖고 있다. 이런 경우에 추정적 승낙의 전제조건이 갖추어져 있다고 볼 수 있다. 왜냐면 자살자가 이런 경우는 제3자의 구조 또는 방해를 예상하기 때문이다. 그러나 순수한 示威의 자살의 숫자는 그다지 크지않다. Böcker³⁵⁾의 조사에 따르면 그의 조사 대상자의 0.1%만이 이런 시위적 자살로 나타났다. 이 결과에 의하면 허위자살의 비율이 너무 낮기 때문에 자살방해의 정당화를 위한 추정적 승낙이라는 제도의 일반적 적용은 배제된다.

33) Kreuzer, Ärztliche Hilfeleistungspflicht bei Unglücksfällen im Rahmen des § 330c StGB, S. 67.

34) Stengel, Selbstmord und -versuch, S. 73; Ringel, Handwörterbuch der Kriminologie, Bd. 3, S.131.

35) Böcker, Suizide und Suizidversuche in der Großstadt, S. 77.

반면 Stengel은 대다수 자살자의 내면적 상태를 다음과 같이 묘사했다. “자살행위를 하는 대부분의 사람들은 삶과 죽음 양자간의 택일의 상태에 있는 것이 아니라 두 가지 중 어느 하나를 다른 하나 보다 더 원한다고 할 수는 있지만 두 가지를 동시에 모두 원한다³⁶⁾”. 그에 따르면 사람들은 심리적 위난의 상태에서 대체로 자기가 무엇을 원하고 그에 상응해서 무엇을 행하는지 모른다. 이런 사실은 자살의 경향이 있는 사람 중에서 쉽게 상심하고 불안정한 사람에게 특히 해당된다. 그 사람들의 내면의 태도는 제3자가 모든 상황을 숙고했을 때 나중의 구조에 대한 승낙이 있다고 해석할 수 없을 정도로 전혀 확실치 않다.³⁷⁾ 즉 추정적 승낙을 위한 의사능력이 결여되었다고 볼 수 있다. 다음으로 결심되고 숙고된 자살시도인 경우 행위자는 적극적으로 자기생명에 대한 제3자의 구조행위를 거부하는 입장이므로 추정적 승낙의 여지는 없다. 이로써 자살방해를 추정적 승낙에 의한 정당한 행위로 인정하는 데는 어려움이 있다.

d) 慣習法上的 正當化 사유

의사의 치료행위를 통한 자살방해는 관습법을 통해 정당화될 수 있는 가능성이 있다. 관습법은 두 가지 전제조건이 있다. 관습법적 규정은 실제로 법에 적용이 됨으로써 일반적으로 인정이 되어야 하며 사회의 法適用 意志가 지속적이고 반복적으로 행사되어 외부에 표출되어 나타나야 한다. 형법에서는 주로 法院의 관습에 의해 관습법이 형성된다. 그러나 여기에서도 지속적인 행사로 사회로부터 법적용으로서 인정 받아야 한다. 실제로 있어서 자살자의 생명구조의 목적을 띤 의사의 치료권은 독일형법 제 323c조의 규정에 의한 지속적인 판결에 의해 하나의 명령된 행위로 인정되어 왔고 의사들은 이 치료권한을 지속적으로 행사해 왔다. 그러나 이러한 법원의 판결이 의심없이 받아들여질 수 있는 것인 지에 대해서는 고려해 볼만한 가치가 있다. 의사의 자살자에 대한 치료권을 관습법상의 권리로 인정하기 위해 두 가지 근거가 제시된다. 연방최고법원은 자살이

36) Stengel, aaO., S. 74.

37) Stengel, aaO., S. 74.

도덕률 위반이기 때문이라고 하고³⁸⁾ 반면에 의사들은 자살이 심리적 질병의 상태에서 행해지기 때문이라고 한다. 그러나 앞서 검토된 바와 같이 기본법 제 2조 1항에 의해서 자신의 죽음에 대한 권리가 보장이 되는 한 자살은 도덕률 위반은 아니다. 바꾸어 말하면 도덕률에 위배되지 않기 때문에 자살의 권리가 인정되는 것이다. 그리고 모든 자살이 심리적 질병에서 기인되는 것이며 모든 정신 이상적 상태는 이미 통찰력과 의사결정능력을 배제한다고 주장할 수도 없다.³⁹⁾ 또한 公權力이 아닌 私人으로서의 의사는 자살자의 생명을 강제적으로 구원해 줄 아무런 직업적 특권을 가지지 않는다. 自己決定權의 침해와 신체불가침권의 침해에 대한 관습법적 정당성의 인정은 그러므로 自己責任하에 자살을 자유로이 결정한 사람에게 단순히 고통만 연장하게 하거나 시한부 인생을 살아가도록 하지 않는 범위 내에서만 한정적으로 이루어질 수 있다.⁴⁰⁾

e) 獨逸民法 제 679조에 의한 正當化

자살자에 대한 의학적 치료행위가 민법 제 679조에 의해 정당화될 수 있는가에 대해 드물지 않게 검토가 시도되고 있다. 그러나 지배설에 의하면 이 규정의 입법취지는 혹시라도 발생할 수 있는 救助者의 經費 혹은 손해배상 청구권을 민법적으로 확보하려는 데 있으므로⁴¹⁾ 이 규정은 형법적 정당화와 직접적인 관련은 없다고 보는 것이 타당하다.⁴²⁾

2) 학설판도에 대한 결론

자살상황은 침해되는 법익과 보호되는 법익이 同一主體者에 귀속되므로 긴급피난 상태가 되지 못한다는 견해⁴³⁾를 따른다면 자살방해는 정당화적 긴급피난(형법 제 34조)에 의해 정당화되지 않는다. 또한 허위자살에 의한 자살시도의 수

38) BGHSt 6, 147, 153.

39) Wagner, aaO., S. 73.

40) Bottke, aaO., Rdnr. 106.

41) Palandt-Thomas, § 679 Anm. 2a.

42) Jescheck, Strafrecht AT, § 34 VII 2.

43) SK-Samson, § 34 Rdnr. 6.

자가 너무 적고 자살시능이 아닌 대부분의 자살자의 경우 추후의 救助에 대해 승낙을 내릴 수 없을 정도의 심리적 장애상태에 놓여 있으므로 추정적 승낙도 자살방해를 정당화 시키지 못한다. 다만 관습법상 예외적으로 정당성은 인정된다고 할 수 있다. 항상 주의를 기울여야 할 점은 물론 인간생명이 최고의 법익이지만 이것을 위해서 자살자 개인의 자기결정권과 私的自治는 34조의 규정이나 추정적 승낙 혹은 관습법에 의해 그저 당연한 듯 회생되어도 좋다고 생각해서는 안된다는 것이다.⁴⁴⁾

3. 생명보호와 기본권보장 사이의 分界

1) 생명보호와 기본권보장 사이의 分界의 必要性

自己決定權 때문에 자살의 실행은 원칙적으로 다른 사람에 의해 저지되어서는 안된다. 그것은 모든 자살방해행위는 근본적으로 독일형법 제 223조(상해) 혹은 제 240조(강요)에 의해 처벌될 수 있다는 뜻이다. 위와같은 처벌규정 때문에 죽어가는 자살자를 방치하여 그의 생명이 不可逆적으로 멸실되도록 해야만 한다는 것은 모든 인간의 생명을 보호해야할 社會保障主義國家 原則과 일반적 사회윤리 감정에 어긋난다. 그렇다고 私人에게 자살방해권을 인정한다면 法治主義國家 原則은 손상된다. 이런 두 가지 원칙의 충돌을 극복하기 위해 자살자의 생명보호와 기본권 보장 사이에 합리적 경계선이 설정되어야 한다.

2) 한계기준으로서의 자살의 自由責任性(Freiverantwortlichkeit)

여기의 한계기준은 자살시도가 자살시능에 지나지 않는 것인가 아니면 진지한 행동이었는가, 혹은 자살자가 심리적 질병 상태에 놓여 있었는가 아니면 또렷한 의식하에 행했는가에 달려있다고 하겠다. 심리적 이상상태에서 시도된 자살의 방해는 추정적 승낙에 의한 정당화가 이루어져야 한다. 왜냐면 자살자가 정상적인 의식을 가졌더라면 생명을 원했을 것이라는 점에서 출발해야 하기 때문이다

44) Bottke, aaO., Rdnr. 115.

다. 사회보장국가의 원칙에 따르면 사회는 이런 사람들에게 생명을 구조해 주고 病的인 상태를 제거해 줄 의무를 지운다. 만일 모든 경우에 심리적 장애없이 완전한 자기책임하에서 이루어진 자살시도라는 것이 제3자에게 명확하다면 자살의 권리와 생명구조의무는 어려움없이 잘 조화될 수 있다. 그러나 대부분의 경우 자살자의 심리적 배경은 제3자 심지어 그 保證人의 地位에 있는 사람에게까지도 불명확하여 자살시도의 자유책임성에 대한 평가가 어렵다.

3) 해결방안에 대한 제의

Wagner는 다음과 같은 兩者擇一의 方案을 제시한다. 근본적으로 자살방지의 권리와 의무를 부정하든지 -그 경우 救助의 의무가 형성되는 상황이라도 자살자는 救助될 수 없다- 혹은 자살방지와 의무를 근본적으로 인정하고 특정한 경우에 있어서 자기결정권 침해라는 희생은 각오한다는 것이다.⁴⁵⁾ Wagner는 이 문제를 우선 자유로운 자살행위와 그렇지 않은 경우의 量的인 빈도수를 가지고 해결하고자 했다. 즉 대다수의 자살시도가 진지한 자기책임하에 이루어진다면 前者를 택할 것이고 그렇지 않다면 後者를 택하자는 것이다. 그러나 자살자의 주관적 진지성 혹은 심리적 상태에 대한 객관적 평가가 거의 불가능한 이상 빈도수에 의존하는 방법은 적당치 않다.

4) 일반적 利害에 따른 法益較量에 의한 방법

Wagner가 제시한 위의 두 가지 가능성 중 어느 것을 택할 것인가는 일반적 利害에 따라 결정되어야 한다. 판례에 따르면 누구나 사회에 속하고 사회에 관련된 자로서 자유로운 인격전개에 관한 기본권은 어느 정도의 범위 내에서 제한을 받아야 하는 것을 받아 들일 수 밖에 없다고 한다. 단, 그 제한이 일반의 우월한 이익을 따르고 不可侵의인 私的領域을 건드리지 않는 한에서 - 자살자의 자기결정권과 그 사람의 생명간의 이익교량을 통해, 일반의 이해는 비록 자살자의 자기결정권이 침해된다고 하더라도 그의 생명을 구해야 한다는데 일치한다는

45) Wagner, aaO., S. 124 f.

결과를 볼 수 있다.⁴⁶⁾

사회보장국가 원칙에 의해서 자기결정권보다 생명을 우선시 하는데는 다음과 같은 이유를 들 수 있다. 첫째, 많은 자살시도가 심리적 질병 때문에 완전히 自由責任의 자살행위라고 볼 수 없다는 것과 다수의 자유책임하에 자살행위를 하는 사람에게도 자살 이외의 다른 가능성이 있다는 것이다. 둘째로 자살시도가 심사숙고를 거치지 않고 급작스레 결심되어 행해지는 경우가 적지 않다는 이유이다.⁴⁷⁾ 셋째로 구조된 많은 자살시도자들이 그들의 구조자에게 감사히 생각하고 후일 만족하고 행복한 생활을 되찾게 된다는 것이다.⁴⁸⁾ 자살방해로써 자살자에게 자살에 대한 자기결정권은 침해되지만 그로써 그에게 자살에 대한 결정을 다시 한번 숙고할 수 있는 기회와 더 나아가서는 그에게 더 나은 인생을 영위하게 할 수 있는 기회를 줄 수 있다.⁴⁹⁾ 그 밖에 자기결정권은 한번 침해된 후에 다시 반복해서 행사될 수 있으나 한번의 성공적인 자살시도에 의해 생명은 영원히 되찾을 수 없게 된다.

자기결정권 행사의 반복가능성에 대해 異論이 있을 수 있다. 매번의 자살시도가 제3자의 방해에 의해 실패로 돌아 간다면 자살결정이 아무리 자유로운 책임하에 理性的으로 이루어졌다고 하더라도 자기결정권은 사실상 무효화되고 마는 것이다. 그러므로 救助者에게 있어서 자살자가 완전한 자기책임하에 자살행위의 의미와 효과에 대한 통찰을 가졌다는데 의심할 여지가 없다면 이런 경우는 예외적으로 법치주의국가원칙이 사회보장국가원칙에 우선하여야 한다.⁵⁰⁾

IV. 結

대다수 자살행위의 경우 自由責任의 自己決定의 행위가 아니라는 점은 인정

46) BVerfGE 27, 6 f.

47) Linden의 Suizidversuch라는 책을 통해 발표된 결과에 따르면 자살자의 42%가 죽기 한 시간 전에 처음으로 자살을 생각했고 24.7%가 24 시간 전에 그리고 9.5%가 일 주일 전에 자살을 결정하여 시행했다고 한다.

48) Wagner, aaO., S. 126.

49) Wellmann, JR 79, 183.

50) Wagner, aaO., S. 127.

할만 하다. 이런 경우 강제성을 띤 자살방해는 적어도 추정적 승낙에 의해 정당화된다. 그러나 자유책임적 자살과 그렇지 않은 경우 사이의 한계선이 매우 유동적 이므로 단순히 自由責任性 없는 자살에 관해서 구조행위가 정당성을 띤다고 해서는 불충분하다. 그러므로 그 자체로는 자유책임적 결정에 의한 자살행위라도 구조자가 그에 대한 확실한 인식을 가질 수 없는 경우에는 구조행위가 정당화된다고 해야한다.⁵¹⁾

구조자에게 자살행위가 완전한 자유책임하에서 이루어진다는데 대한 의심이 있다면 그 강제적 구조행위는 '의심이 있을 때에는 생명을 위하여' (*in dubio pro vita*)라는 원칙에 입각하여 정당화된다. 그러나 구조자가 자살자의 자유책임성과 인식능력에 대해 전혀 의심할 여지 없이 확신했다면 그 자살은 방해해서는 안된다. 이 경우 자살자의 자기결정권이 존중되어야 한다. 그럼에도 불구하고 자살자를 구조하려하는 것은 強要의 허용 한계를 넘어서서 그 구조자는 더이상 구조자라고 할 수 없는 것이다.⁵²⁾

51) Sch-Sch-Eser, vor § 211 Rdnr. 41, 48, § 240 Rdnr. 26c;

Arzt-Weber, Strafrecht, BT, LH 1, Rdnr. 223;

金日秀, 刑法總論, 補訂版, 博英社, 1992, 313면은 약간 다른 취지.

52) Arthur Kaufmann, ZStW 1961, 368.