

## 장기이식의 법적 문제” - 사자장기증을 중심으로 -

정 규 원\*

- |                   |                     |
|-------------------|---------------------|
| I. 들어가며           | 2. 사자 의사표시의 존중 문제   |
| II. 사자의 장기기증 의사표시 | 3. <장기등이식에관한법률>의 해석 |
| 1. 사자 장기기증의 현황    | III. 결 론            |

### I. 들어가며

새로운 생명과학기술의 발달은 전통적인 인간 생명의 개념을 흔들어 놓고 있다. 보조생식술의 발달로부터 본격화되어 생명복제로 인하여 다시 촉발된 인간의 시기(始期)에 대한 논란은 이제 일반인의 상식적인 판단에 의하여서만은 인간생명의 시작시점을 결정할 수 없게 만들었다. 이러한 상황은 사망의 경우에도 마찬가지인데, 전통적인 호흡정지 내지 심장정지 시를 기준으로 사망의 시점을 결정하던 방법은 생명연장장치의 발달 및 장기이식과 연관된 뇌사개념으로 인하여 상당부분 흔들리고 있다. 생명과학기술의 발달은 인간의 일상사에 변화를 주고 있을 뿐만 아니라 여러 가지 윤리적·법적 문제를 재검토하게 하고 있다.

우리나라에서는 1969년에 카톨릭의대 성모병원에서 생체로부터의 신장이식을 최초로 성공한 이래 1979년 1월에 한양대병원 이식팀에 의하여 최초로 뇌사자로부터의 신장이식이 성공하였다.<sup>2)</sup> 그 후 1988년 서울대병원에서 최초로 뇌사자로부터의 간이식에 성공하였으며,<sup>3)</sup> 1992년 울산의대

\*한양대학교 법과대학 교수

1) 본 연구는 2000년도 한양대학교 교내연구비의 지원을 받아 수행된 것입니다.

2) 광진영/박찬대/이광수/원치규 외 4인, “사체 신 이식 15예에 대한 결과분석,” 대한외과학회지 제44권 제1호, 1993, 128-136면.

서울중앙병원에서 뇌사자로부터 췌장·신장 동시이식, 췌장 단독 이식 및 심장이식이 성공하였으며,<sup>4)</sup> 1996년에는 폐이식이, 1997년에는 심폐동시이식이 최초로 시행되어<sup>5)</sup> 뇌사자로부터의 장기이식이 말기 장기부전환자들의 치료술로 각광을 받게 되었다. 특히 1908년대 중반의 cyclosporine의 개발에 힘입어<sup>6)</sup> 몇몇 장기이식은 이제 통상적인 의료행위로 인식되기에 이르렀다.

장기이식은 장기의 기증을 전제로 하여 이루어진다. 장기이식을 받고자 하는 환자는 자신의 신체에 적합한 장기기증자의 기증이 없는 한 장기이식을 받을 수 없다. 장기기증은 통상적으로 살아있는 자의 기증과 사망한 자의 기증으로 나뉜다. <장기등이식에관한법률>에 의하면 또 하나의 기증 형태는 뇌사자의 장기기증인데, 현행 <장기등이식에관한법률>은 뇌사자를 “이 법에 의한 뇌사판정기준 및 뇌사판정절차에 따라 뇌 전체의 기능이 되살아날 수 없는 상태로 정지되었다고 판정된 자”(동법 제3조 제4호)라고 정의하여 살아있는 자와 사망한 자의 중간 영역으로 뇌사자라는 영역을 두고 있다.”

장기이식은 인도적 정신에 따라 행하여져야 하며, 장기 등을 기증하고자 하는 자의 장기 등 기증에 관한 의사표시를 존중하면서 행하여져야 하며, 기증된 장기의 분배는 공정하게 이루어져야 하며, 장기 등의 적출 및 이식은 윤리적으로 타당하고 의학적으로 인정되는 방법으로 행하여져야 한다(<장기등이식에관한법률> 제2조 참조). <장기등이식에관한법률>이 규정하고 있는 이와 같은 기본이념은 Beauchamp와 Childress가 제시한 이

3) 김수태 외 12인, “한국 최초 간 이식 예 보고,” 대한이식학회지, 1988. 2, 27-35면.

4) 하희선/김정순, “국내 주요 이식 병원에서의 뇌사자 장기 기증 현황 분석,” 대한이식학회지, 1996. 10, 163-169면.

5) 하종원/김상준, “한국에서의 장기이식 현황보고,” 대한이식학회지, 1997. 11, 183-189면; 대한이식학회 장기이식등록위원회, “한국에서의 장기이식 현황보고,” 대한이식학회지, 1998. 12, 151-160면.

6) American College of Legal Medicine, *Legal Medicine* 5th ed., Mosby, 2001, p. 305.

7) 뇌사가 인간 종기(終期)를 결정하는 기준인가에 대해서는 많은 논란이 있지만 <장기등이식에관한법률>은 장기 등의 이식목적으로 뇌사판정을 한 경우 예외적으로 뇌사를 정당화하고 있는 것으로 생각된다. 또한 <장기등이식에관한법률> 제3조 제4호는 “뇌 전체의 기능이 되살아 날 수 없는 상태”라고 규정하여 전뇌사설을 취하고 있다.

후 일반적으로 인정되고 있는 의료윤리의 네 가지 원칙을 규정한 것으로 보인다.<sup>8)</sup> 의료윤리의 네 가지 원칙은 “악행금지의 원칙,” “선행의 원칙,” “자율성존중의 원칙,” “정의의 원칙”을 말한다. “악행금지의 원칙”이란 의사가 환자의 건강을 해치는 행위를 하여서는 안 된다는 원칙을 말한다. “선행의 원칙”은 의사는 환자의 건강에 이익이 되는 가능한 모든 행위를 하여야 한다는 원칙을 말한다.<sup>9)</sup> “자율성존중의 원칙”은 의사는 의료행위에 대한 결정을 하는 경우에 환자의 자율적인 의사를 존중하여야 한다는 원칙을 말한다. 네 번째 원칙인 “정의의 원칙”은 의사는 모든 환자를 공평하게 대하여야 한다는 원칙을 말한다.<sup>10)</sup> 이와 같은 네 가지 원칙은 매우 추상적이고 일반적인 원칙이기 때문에 개별적인 사안들에 따라서 그 적용이 달라지게 될 것이다.<sup>11)</sup>

장기이식의 경우에도 장기의 기증자가 살아있는 사람인가 혹은 사자(死者)<sup>12)</sup>인가에 따라 어떤 원칙이 우선적으로 적용되는가가 달라질 수 있을 것이다. 살아있는 기증자의 경우에는 신체에 대한 침해행위가 존재하기 때문에 자율성존중의 원칙과 더불어 선행의 원칙이 중요한 고려점이 될 것이다. 이에 반하여 사자의 경우에는 이미 인체가 아니라고 파악하게 된다면 자율성존중의 원칙을 인정할 수 있는가의 문제가 발생하게 될 것이다.<sup>13)</sup> 이하에서는 사자의 장기기증의 의사표시를 중심으로 사자의 장기

8) 의료윤리의 네 가지 원칙은 Beauchamp와 Childress가 1979년 Principles of Biomedical Ethics라는 저서(Tom L. Beauchamp/James F. Childress, Principles of Biomedical Ethics, Oxford University Press, 1979.)에서 제시하였다.

9) “선행의 원칙”이 도덕적인 의무인가에 대해서는 논란이 있다.

10) 의료윤리의 네 가지 원칙에 대한 간략한 설명은 정규원, “의료행위에서의 온정적 간섭주의와 자율성 존중,” 법철학연구 제5권 제1호, 2002, 232-235면을 참조하기 바란다.

11) 예를 들어 치료를 하지 아니하면 사망함이 분명하지만 치료를 거부하고 있는 환자의 사례에서 치료를 할 것인가를 결정하여야 하는 경우에는 선행의 원칙과 자율성존중의 원칙이 충돌하게 된다. 이러한 문제점들 때문에 의료윤리에 있어서 공리주의, 결의론, 반성적 평형이론 등이 주장되고 있다. 이와 같은 의료윤리이론에 대한 보다 자세한 논의는 Kyungsuk, Choi, Moral Reasoning and Justification in Medical Ethics, Michigan State University(Doctor of Philosophy), 2003을 참조하기 바란다.

12) 본 논문에서 “사자”라는 용어는 사망한 자와 뇌사자를 포함하는 개념으로 사용하기로 한다.

13) 자율성은 인간이 자신의 가치판단에 따라 자신의 인생을 영위할 수 있는 것을 말한다(자율성이라는 개념에 대한 보다 자세한 논의는 정규원, 피해자의 승낙에 대한 연구 - 의료행위를 중심으로 -, 서울대학교 대학원 법학과(박사), 1999, 6-10면을 참조하기 바

기증에 대하여 논의하기로 하겠다.

## II. 사자의 장기기증 의사표시

### 1. 사자 장기기증의 현황

장기기증은 살아있는 자와 사자로부터 이루어지는데, 현재 우리나라의 경우에는 사자로부터의 장기기증보다는 살아있는 자로부터의 장기기증이 월등히 많다. 2000년부터 2002년까지의 통계를 살펴보면 2000년의 경우 살아있는 기증자는 1063명, 사후기증자는 73명, 뇌사기증자는 64명이었으며, 2001년에는 살아있는 기증자가 1400명, 사후기증자가 105명, 뇌사자가 52명이었다. 2002년에는 살아있는 기증자는 1453명, 사후기증자는 61명임에 반하여 뇌사기증자는 36명이었다.<sup>14)</sup> 이상의 통계에서 알 수 있듯이 살아있는 기증자가 전체 장기기증자의 절대다수를 차지하며, 특히 뇌사기증자의 경우에는 그 수가 점차 감소함을 알 수 있다. 뇌사기증자의 경우를 좀 더 자세히 살펴보면 1997년에는 97례, 1988년에는 125례, 1999년에는 162례로 점차 증가하는 추세를 보였으나, <장기등이식에 관한법률>이 시행된 2000년 이후에는 급격히 감소하는 현상을 보이고 있다. <장기등이식에 관한법률>이 시행된 이후 뇌사자 장기기증이 현격히 줄어든 이유에 대해서는 여러 가지 분석이 가능하다. 첫째는 동법의 규정이 지나치게 엄격하여 뇌사장기기증을 위축시키고 있다는 비판이고,<sup>15)</sup> 두 번째로는 동법의 시행이전에 실질적으로 이루어지던 장기매매가 상당부분 감소한 때문이라는 주장이다.<sup>16)</sup> 어느 주장이 타당하건 현재의 상황은 장기이식의 일반적인 이념에 비추어 볼 때 문제가 있는 것은 분명하다. 장기기증은 기증자의 생명·신체에 위해를 가하지 아니하는 범위에서 이루어져야 하며,

란다.). 인간은 출생에서부터 사망 시까지의 존재를 의미하기 때문에, 사자는 인간의 개념에 포함되지 아니한다. 다만 뇌사자의 경우에는 일반적으로는 사망한 자로 보지 아니하므로 뇌사자가 자율성을 보유하는가에 대해서는 논란이 있을 수 있다.

14) 본 통계는 보건복지부의 통계를 인용한 것이다.

15) 주로 장기이식의들과 민간장기기증단체들이 이와 같은 주장을 한다.

16) KONOS와 일부 윤리학자 및 법학자들이 이와 같은 주장을 한다.

따라서 뇌사자나 사망한 자의 장기를 이식에 사용하는 것이 더 바람직할 것이다. 특히 우리나라의 경우 살아있는 기증자의 많은 비율이 형제자매 이거나 자녀 혹은 부모임에 비추어 볼 때 기증자의 자유로운 의사에 기인한 장기기증인가에 의문이 발생할 수 있다. 장기이식의 현황을 검토할 때 가장 주목할만한 문제는 어떻게 하면 뇌사기증이나 사후기증을 늘릴 것인가 하는 점이다.

## 2. 사자 의사표시의 존중 문제

자율성존중의 원칙으로부터 도출되는 자기결정권은 원칙적으로 살아있는 사람만이 누리는 것이기 때문에 살아있는 장기증자의 경우에는 장기기증에 대한 기증자의 자기결정권이 존중되어야 한다는 점에 의문이 없지만, 사자의 경우에도 사자의 의사가 존중되어야 하는가에 대해서는 논란이 있을 수 있다.

사체는 이미 살아있는 생명을 구성하지 아니하기 때문에 인체로 취급되는 것이 아니라 물건으로 취급되게 된다. 하지만 사체는 통상의 물건처럼 사용·수익·처분할 수 있는 물건이 아니라 오로지 매장·제사 등의 대상이 되는 것으로서 제사를 주재하는 자에게 귀속되는 것이라고 보는 것이 일반적인 견해이다(〈민법〉 제1008조의3 참조). 한편 사자가 자신의 사체를 일정한 용도로 처분할 것에 대한 의사표시를 한 경우에는 그와 같은 처분행위가 사회질서에 위반되지 아니하는 한 그 의사에 따른 처분을 할 수 있다고 보는 것이 일반적이다.<sup>17)</sup> 〈형법〉 제161조도 사체 등 영득행위 등을 처벌하도록 규정하고 있는데, 본 규정은 사자 자신의 사체에 대한 처분권을 보호하는 규정이라기보다는 사회의 종교감정을 보호하는 규정이라고 해석되고 있다.<sup>18)</sup> 한편 〈보건의료기본법〉 제12조는 “모든 국민은 --- 장기이식 여부 등에 관하여 충분한 설명을 들은 후 이에 관한 동의 여부를 결정할 권리를 가진다”라고 규정하고 있는데, 이 경우 국민

17) 곽윤직, 민법총칙(제7판), 박영사, 2002, 169면.

18) 이재상, 형법각론(제4판), 박영사, 2000, 620면.

에 사자도 포함되는가는 논란의 여지가 있다. 일반적으로 권리의 주체가 되는 국민은 살아있는 사람이기 때문에 원칙적으로 사자는 권리의 주체가 되는 국민의 개념에는 포섭되지 않는다고 해석된다. <응급의료에 관한 법률> 제9조 또한 응급의료에 대한 설명과 동의에 대한 규정을 두고 있는데, 응급의료종사자는 동법률이 정하고 있는 특별한 예외에 해당하는 경우를 제외하고는 원칙적으로 응급환자에게 설명을 하고 동의를 얻도록 하고 있다. 이 경우에도 응급환자의 범주에 사자는 포함되지 않는다고 할 것이다. 다만 <장기등이식에 관한 법률> 제2조 제2항은 “장기등을 기증하고자 하는 자가 자신의 장기등의 기증에 관하여 표시한 의사는 존중되어야 한다. 이 경우 장기등을 기증하고자 하는 자의 의사는 자발적인 것이어야 한다”라고 규정하고 있는데, 이 규정의 기증하고자 하는 자의 의사에는 사자의 기증의사도 포함된다고 할 것이다. 또한 <시체해부및보존에 관한 법률> 제4조 제1항은 “시체를 해부하고자 할 때에는 그 유족의 승낙을 받아야 한다”라고 규정하여 유족의 의사로 시체를 해부할 수 있도록 규정하고 있지만 동법 제4조 제1항 제1호가 “시체의 해부에 관하여 민법 제1060조의 규정에 의한 유언이 있는 때”에는 유족의 의사만으로 시체를 해부할 수는 없도록 하고 있는바, 이 경우에는 사자가 유언의 형식으로 표시한 자신의 사체에 대한 처분의사를 존중하고자 하는 취지라고 할 것이다.

이상과 같은 검토에서 알 수 있듯이 사자가 자신의 사체의 처분에 대하여 표시한 의사를 존중하는 것을 자기결정권의 존중에 근거하여 설명하기는 쉽지 아니한 것으로 보인다. 이미 사체는 사자의 신체가 아닌 물건에 불과하기 때문이다. 다만 사체가 유족의 종교적 감정의 대상이 된다는 점에서 함부로 훼손할 수 없다는 것이 현행법령의 태도인 것으로 보인다. 그러나 달리 생각하면 살아있는 자가 생전에 자신의 사체의 처분에 대하여 표시한 의사를 존중하는 것은 살아있을 때 행한 자기결정권을 사후에도 존중하여 준다는 측면에서 여전히 인간이 보유하고 있는 기본적인 권리인 자기결정권에 대한 존중의 일환이라고 볼 수도 있을 것이다. 만일 자신의 사후에 자신의 사체가 자신의 의사와는 무관하게 처리될 수 있다고 한다면 살아있는 자가 그에 대한 불안감을 가질 수 있을 것이며.

또한 사자가 생전에 행한 유언의 효력이 사후에도 존중되는 것을 고려할 때 적어도 생전에 명백하게 표시한 의사를 존중하는 것은 자기결정권의 효력의 연장이라고 볼 수 있을 것이다. 하지만 사자가 생전에 아무런 의사표시도 하지 아니한 경우에는 여전히 문제가 남게 된다.

사자의 장기기증에 있어서 사자의 의사를 어떠한 방식으로 반영할 것인가는 몇 가지 방식으로 생각하여 볼 수 있다. 먼저 사자의 자기결정권에 근거한 informed consent 방식<sup>19)</sup>을 취하는 방법이 있다. 이 방식은 사자의 의사를 존중하는 방식으로 사자가 생전에 표시한 의사에 따라 사체로부터의 장기적출 여부를 결정하는 것이다. 이 방식에 의할 경우 사자는 생전에 장기기증 여부에 대한 의사를 표시하여야 한다. 예를 들어 운전면허증에 장기기증 여부에 대한 의사표시를 하는 것이 이 방식에 의한 것이라고 할 수 있다. informed consent 방식에 의하면 장기기증의 의사표시에 대한 입증책임은 기증자가 되고자 하는 자에게 있다고 할 것이다. informed consent 방식은 다시 순수한 형태의 informed consent 방식<sup>20)</sup>과 의사표시를 요구하는 형태의 informed consent 방식<sup>21)</sup>이 있다. 순수한 형태의 informed consent 방식은 미국의 Virginia주나 Delaware주, Minnesota주 등에서 시행하는 방식으로 사자 자신의 의사만이 장기기증 여부의 기준이 되며 가족이 반대한다고 하여도 사자 자신이 기증의사를 표시한 경우에는 그에 따라야 하는 방식이다. 이 방식은 자율성존중의 원칙에 충실한 방식이라고 할 수 있다. 의사표시를 요구하는 형태의 informed consent 방식은 사자가 사망한 때에, 일반적으로는 잠재적 기증자가 장기기증을 원하였다는 사실을 알고 있는, 친척들이 기증을 허가하는 방식이다. 의사표시를 요구하는 형태의 informed consent 방식의 경우에는 가족들의 허가 또한 요구된다.

두 번째 방식은 추정적 승낙방식(presumed consent)이다. 추정적 승낙 방식은 특별히 반대의 의사표시를 하지 아니한 한, 모든 사람들은 잠재적

19) 이를 동의모델이라고도 한다(김덕용, "장기이식법상 장기적출의 의사표시에 관한 고찰" : 한국형사법학의 새로운 지평(유일오선주교수 정년기념논문집), 형설출판사, 2001, 826면.).

20) 이를 축소된 동의모델이라고도 한다(김덕용, 전제논문, 827면.).

21) 이를 확장된 동의모델이라고도 한다(김덕용, 전제논문, 827면.).

장기기증자라는 전제에서 출발하는 방식이다. 이 경우 누가 장기기증의 의사 여부를 입증하여야 하는 책임을 지는가 하는 문제가 발생하는데, 벨기에, 프랑스 등 많은 유럽국가에서는 장기기증을 원하지 않는 자가 자신이 기증할 의사가 없다는 사실을 입증하여야 한다고 한다.<sup>22)</sup> 이에 반하여 미국의 경우에는 대부분의 사람들이 장기기증을 원하지 아니한다는 전제로부터 입증책임의 부담을 판단하고 있다. 추정적 승낙의 방식도 역시 순수한 형태의 추정적 승낙방식과 혼합형 추정적 승낙방식(친척들에 의한 추정적 승낙방식)으로 구분할 수 있다. 순수한 형태의 추정적 승낙방식에서는 기증자의 친척들이 장기기증 여부의 판단에 관여하지 못하도록 되어 있다. 이는 뇌사를 포함한 사망의 상태에 이른 자는, 그들이 장기기증을 원하지 아니한다는 의사표시를 하여 특별히 이를 관리하는 기관에 등록되어 있지 아니하는 한, 자동적으로 장기기증자가 됨을 의미한다. 이에 반하여 혼합형 추정적 승낙방식은 또 하나의 추가적인 장치를 두고 있다. 즉, 혼합형 추정적 승낙방식에서는 사자의 가까운 친척들이 장기기증에 대한 반대를 할 수 있다. 또한 만일 최근친이 있다면 그 최근친은 장기적출 이전에 조언을 하여야만 한다.

세 번째 방식은 가정적 승낙방식(presumptive consent)이다. 가정적 승낙방식은 informed consent방식과 추정적 승낙방식의 중간에 위치하는 것으로서 장기를 적출하고자 하는 의료진이 사자의 가족들에게 접근하는 방법이 더 가정적이거나 덜 가정적일 수 있다고 설명한다. 장기적출에 더 성공적인 의료진은 가족들이 장기기증을 원하리라고 가정하고 그것이 가능하도록 가족들에게 접근한다고 한다. 또한 그들의 역할은 장기기증이 가능하도록 만드는 것이다. 미국의 경우 장기기증의 비율이 높은 주들에서는 실질적으로는 장기기증을 원하리라는 것을 거의 추정하는 것과 같다고 한다. 가정적 승낙방식은 장기기증이 올바른 일이라는 것을 전제로 하고 가족들이 장기기증에 반대할 수 있는 기회를 제공하는 방식으로 접근함으로써 장기기증의 비율을 높이고자 하는 것이다.

네 번째 방식은 사체는 이미 자기결정권의 대상이 될 수 없다고 보며,

22) 이러한 형태의 추정적 승낙방식을 반대의사표시모델이라고도 한다(김덕용, 전제논문, 828면.).



인간이 죽는 순간 그의 사체는 공공재로서의 성격을 가진다고 파악하는 견해가 있을 수 있다. 이와 같은 견해는 사자는 자기결정권을 보유할 수 없기 때문에 사체의 처분에 있어서 사자의 의사는 고려될 필요가 없다는 것을 전제로 하는 것이다. 다만 가족들은 사자에 대한 감정 등의 사정으로 인하여 사체에 대한 이해관계가 있기 때문에 가족들은 사체의 처리에 대한 정보를 제공받고 이에 대하여 동의를 할 것을 요구받는다고 할 수 있다. 이와 같은 견해에 의하면 가족들의 의사는 원칙적으로 전체의 이익 형량에 하나의 고려사항이 될 뿐일 것이다. 즉 사체로부터의 장기적출로 인하여 얻어질 수 있는 이익이 가족들의 사자에 대한 감정을 포함한 장기적출을 반대할 때 얻어지는 이익보다 크다면 사자 장기적출은 가능하다고 할 것이다.

사자가 권리와 의무의 주체가 될 수 없음은 분명하지만 사자가 생전에 표시한 의사는 존중되어야 할 필요가 있다. 유언의 존중이나 대법원이 사후 일정 기간 형법상 점유를 인정하고 있는 것<sup>23)</sup> 등은 사자의 의사가 필요에 따라서는 법적으로 보호받을 수 있음을 의미한다고 할 것이다. 따라서 사자가 생전에 의사표시를 한 경우에는 그 의사는 특별한 사정이 없는 한 존중되어야 한다. 문제는 사자가 생전에 의사표시를 하지 않은 경우인데 이 경우에는 먼저 사자의 추정적 의사가 무엇인지를 밝히고자 노력하여야 할 것이다. 사자의 추정적 의사를 규명함에는 사자의 평소 가치관과 종교, 장기기증 여부에 대한 평소의 의사표시 등이 고려되어야 할 것이다. 이와 같은 추정적 의사의 판단 자료는 사자의 가족들 및 사자의 가까운 동료 등이 제공할 것이며 윤리위원회와 같은 절차를 통하여 이루어지는 것이 바람직할 것이다. 추정적 의사의 규명이 이루어질 수 없는 경우에는 장기기증에 대한 사회 일반인들의 의식이 어떠한가에 따라 장기기증이 추정되는지 장기기증의 거절이 추정되는지가 결정된다고 할 것이다.

사자의 장기기증 의사를 확인하는 가장 좋은 방법은 생전에 장기기증 여부에 대한 의사표시를 하도록 하는 방안일 것이다. 이를 위하여 운전면

23) 예를 들어 대판 1993. 9. 28. 93도2143; 대판 1968. 6. 25. 68도590 등. 다만 다수적 견해는 이와 같은 대법원의 태도에 반대하고 있다.

허증이나 주민등록증 등에 장기기증 여부에 대한 의사표시를 하도록 강제하는 방식이 고려될 수 있을 것이다. 그런데 이 경우 모든 국민이 장기기증 여부에 대하여 운전면허증이나 주민등록증 등에 의사표시를 하도록 하는 것은 경우에 따라서는 의사표시를 강제하는 것이 되므로 침묵의 자유를 침해하는 결과를 야기할 수 있다. 따라서 원칙적으로 아무런 표시도 하지 아니하되 장기기증을 하고자 하는 사람만이 운전면허증 등에 표시하도록 하는 방식이 바람직할 것으로 보인다.<sup>24)</sup> 또한 장기기증의 의사표시는 언제나 자유로운 상태에서 충분히 심사숙고한 후에 이루어져야 하므로 자유로운 의사결정을 해하거나 심사숙고하지 아니한 결정을 유도하는 것은 허용되지 아니한다고 생각된다.<sup>25)</sup>

### 3. <장기등이식에관한법률>의 해석

사자의 장기기증의사표시와 관련하여 <장기등이식에관한법률>은 독특한 형태의 규정을 두고 있는 것으로 생각된다. <장기등이식에관한법률> 제2조 제2항은 원칙적으로 장기기증자의 의사표시를 존중하도록 하고 있으며 이때의 장기기증자에는 사자도 포함된다. 이 점은 앞서도 살펴본 바와 마찬가지로 <장기등이식에관한법률>이 사자의 자율적 결정도 존중하겠다는 의미라고 보여진다. 또한 동법 제11조 제1항 제1호가 장기기증에 대한 동의방식으로 본인이 서명한 문서에 의한 동의나 민법의 유언에 관한 규정에 의한 유언의 방식에 의한 동의를 요구하고 있는 것은 당사자의 의사를 보다 두텁게 보호하고자 하는 규정으로 보인다.

사자의 장기적출과 관련한 사자의 의사에 관한 규정은 동법 제18조 제2항에 규정되어 있다. <장기등이식에관한법률> 제18조 제2항 본문은 “뇌사자와 사망한 자의 장기등은 다음 각호에 해당하는 경우에 한하여 이를 적출할 수 있다”라고 규정하고 동조 제1호는 “본인이 뇌사 또는 사망전에 장기등의 적출에 동의한 경우. 다만 그 가족 또는 유족이 장기등의 적

24) 이와 같은 사고에는 아직 우리 사회에서 일반인들의 대다수는 장기기증을 할 것을 진지하게 원하지 않으리라는 가정이 전제되어 있다.

25) 따라서 집단적으로 결의하여 장기기증의 의사표시를 하는 것과 같은 방식은 진정한 의사표시라고 할 수 없다.

출을 명시적으로 거부하는 경우를 예외로 한다”라고 규정하고 제2호 본문은 “본인이 뇌사 또는 사망전에 장기등의 적출에 동의 또는 반대하였다는 사실이 확인되지 아니한 경우로서 그 가족 또는 유족이 장기등의 적출에 동의한 경우”라고 규정하고 있다. 또한 동조 제2항에서는 “--- 장기등의 적출을 위한 수술이 시작되기 전까지는 언제든지 장기등의 적출에 관한 동의를 의사표시를 철회할 수 있다”라고 규정하고 있다.<sup>26)</sup> 이와 같은 규정에 위반하여 장기를 적출한 경우에는 동법 제39조에 의하여 처벌을 받게 된다.

이와 같은 사자의 장기기증에 대한 <장기등이식에관한법률>의 규정은 위에서 검토한 어느 방식에도 해당되지 아니하는 독특한 방식이라고 생각된다. 먼저 동법 제18조 제2항 제1호 본문은 사자 본인의 동의를 요한다는 점에서 사자의 자기결정권을 인정하는 형태를 취하고 있다. 이는 위에서 살펴본 유형 중에서 순수한 형태의 informed consent 방식과 유사한 방식이다. 하지만 동호 단서가 가족이나 유족의 반대의사 존재하는 경우에는 사자의 장기기증의사에도 불구하고 장기를 적출할 수 없도록 함으로써 가족이나 유족의 의사에 의하여 사자의 자기결정이 번복되도록 할 수 있다는 점에서 informed consent 방식과는 전혀 다른 방식인 것이다. 또한 동법 제18조 제2항 제2호 규정은 가족이나 유족의 의사를 존중한다는 사실을 보다 명확히 하고 있는데, 즉 사자 본인이 장기기증에 반대한다는 사실이 확인되지 아니한 경우에는 가족이나 유족의 의사에 의하여 장기를 적출하도록 하고 있다. 이와 같은 규정은 사자의 반대의사가 존재하지 아니하는 한 가족이나 유족의 의사에 의하여 장기기증 여부가 결정된다는 의미로서 순수한 추정적 승낙방식도 아니고 혼합형 추정적 승낙 방식에 해당하지도 아니한다. 또한 가족이나 유족의 의사가 결정적이라는 점에서 사자의 장기를 공공재로 파악하는 입장도 아닌 것이다.

<장기등이식에관한법률>이 규정하고 있는 사자의 장기기증에 대한 의사표시 방식은 사자의 자기결정권에 근거한 것도 아니고 기존에 논의되

26) 사자의 경우 장기적출을 시행할 시에는 의사표시를 할 수 없기 때문에 수술 전에 동의를 철회할 수 있는 경우는 다음과 같은 경우일 것이다. 생전의 어느 순간에 장기기증의 의사표시를 하였으나 아직 의사표시를 할 수 있는 시점에서 그 의사를 철회한 경우.

고 있는 몇 가지 유형의 형태에 근거한 것도 아닌 우리나라의 독특한 규정이라고 보여진다. 이와 같은 규정은 사자의 의사보다는 가족의 의사를 존중한다는 점에서 자율성존중 내지 자기결정권의 존중과는 다른 가족이나 유족의 사체에 대한 결정권 존중이라는 새로운 원칙에 근거한 것으로 설명되어야 할 것이다. 이와 같은 규정은 사체가 사자 자신의 것이 아니라 가족이라는 공동체의 소유라는 전제에서 출발하여야 설명이 가능할 것이다. 만일 사체의 처분권이 사자 자신에게 있는 것으로 본다면 적어도 사자의 의사를 가족이나 유족의 의사에 의하여 뒤집을 수 있는 동법 제 18조 제2항 제1호 단서 규정은 이와 같은 전제에 모순되는 규정인 것이다. 또한 사체를 공공재로 파악하여 이익형량의 대상으로 본다면 동법 제 18조 제2항 제2호의 규정은 이와 같은 전제에 모순되는 규정인 것이다. 따라서 <장기등이식에관한법률>은 사체의 처분권이 가족이나 유족에게 있다는 것을 전제로 한 규정으로 보인다. 이와 같이 볼 때 동법 제18조 제2항 제1호의 본문 규정, 즉 “본인이 뇌사 또는 사망전에 장기등의 적출에 동의한 경우”라는 규정은 실질적으로는 그 의미가 매우 축소된 규정이라고 보여진다. 즉 가족이나 유족이 사체에서의 장기적출 여부를 결정할 때 하나의 고려사항으로 사자의 의사를 감안하면 된다는 정도의 의미 밖에는 가질 수 없는 규정인 것이다.

이와 같은 <장기등이식에관한법률>의 사자의 의사표시에 관한 규정은 우리나라의 상황을 감안한 절충안으로 보여진다. 즉 가족이나 유족의 반대가 있는 경우에 사자의 동의가 있더라도 장기를 적출하는 것이 현실적으로 불가능한 국내의 사정을 감안한 것으로 보인다. 하지만 이와 같은 규정은 가족이나 유족에게 과도한 결정권을 부여함으로써 오히려 부작용을 낳을 수 있다. 예를 들어 사자의 진료비가 과다하거나 가족이나 유족이 경제적 곤란을 겪고 있는 경우 사자의 의사표시가 없었던 것<sup>27)</sup>을 빌미로 가족이나 유족이 경제적 이익을 목적으로 장기기증의 의사표시를 할 여지가 있다.<sup>28)</sup> 또한 <장기등이식에관한법률> 제2조 제2항이 천명하고 있

27) 실제로 우리나라에서 대다수의 사람들은 장기기증 여부에 대한 의사표시를 생전에 하지 아니한다.

28) 예를 들어 장기기증의 경우 진료비에서의 혜택을 보거나 장제비 등이 지급되는 등의 실질적인 경제적 혜택이 있다.

는 “장기등을 기증하고자 하는 자가 자신의 장기등의 기증에 관하여 표시한 의사는 존중되어야 한다”는 기본이념에도 배치되는 규정인 것이다.

### Ⅲ. 결 론

의료행위의 한 형태로서의 이식술은 이제 전통적인 장기이식뿐만 아니라 조직이식, 세포이식의 영역으로 확대되어가고 있다. 또한 장기이식의 경우에도 이종간 장기이식, 줄기세포를 이용한 장기의 생산, 인공장기이식 등 새로운 분야들이 발달하여 가고 있다. 하지만 아직도 시술되고 있는 장기이식의 대다수는 전통적인 의미의 장기이식이라고 할 것이다.

장기이식의 문제를 논함에 있어서 가장 중요한 문제점은 장기매매의 금지 문제와 어떻게 하면 사자의 장기기증을 증가시킬 수 있는가 하는 점이다. 두 가지 문제는 모두 이식장기의 수요에 비하여 장기의 공급이 현저히 부족하다는 점에서 기인한다. 또한 <장기등이식에관한법률>의 시행 이후의 현황에서 알 수 있듯이 장기매매의 문제를 엄격히 통제하고자 하면 결국 사자의 장기기증이 감소하는 결과가 발생하기도 하기 때문에 이 두 가지 문제는 서로 밀접한 관련을 가지는 문제인 것이다. 사자 장기기증의 확대 문제를 해결하기 위하여 여러 가지 형태의 해결책들이 모색되고 있다. 예를 들어 장기기증의 의사를 생전에 표시하도록 강제하는 방법 등이 그것이다. 하지만 강제적인 의사표시는 개인의 자유를 지나치게 침해하는 것으로 바람직한 방법이 아니라고 보여진다. 따라서 사자의 장기기증에 있어서 의사표시가 없는 경우 사자의 의사를 어느 정도 고려할 것인가를 결정함으로써 장기기증을 확대시키는 방안이 고려되어진다. 위에 논의한 여러 방안은 결국 사자의 엄격한 자기결정권을 완화함으로써 사자의 장기기증을 증가시키고자 하는 목적을 가지고 논의되고 있는 것이라고 할 수 있다. 하지만 우리나라의 경우 아직 대다수의 사람들이 자신의 사체로부터 장기를 적출하는 것에 대하여 부정적인 생각을 가지고 있는 것으로 보이며,<sup>29)</sup> 따라서 일반 국민들이 모두 잠재적 장기기증자임

29) 일부 통계들은 많은 사람들이 장기기증에 대하여 호의적인 생각을 가지고 있는 듯한 결론을 도출하고 있지만, 장기기증 자체에 대한 찬성의 정도와 자신의 사체로부터 장기를

을 전제로 반대의사가 없는 한 장기기증이 가능하다는 결론을 도출하는 것은 타당하지 않은 것으로 보인다. 나아가 사체가 물건임을 전제로 마음대로 처분할 수 있다고 하거나 혹은 사망의 시점부터 사체는 공공재의 성격을 가지기 때문에 이익형량의 대상이 된다는 결론도 타당하지 못하다고 생각된다. 사체가 물건이므로 마음대로 처분할 수 있다는 전제에서 출발할 경우 장기매매를 금지하여야 하는 근거를 찾기 어려울 것이다. 또한 사체가 공공재라는 주장은 적어도 그 사체의 전제가 되었던 인간이 개인의 자유를 누리던 개체라는 점에서 지나치게 공동체의 이익을 중시하는 견해로 보여진다. 사체가 공공재라는 주장에 의할 때 사자가 생전에 가지고 있던 전재산이 사망 후 사회에 귀속되지 아니하고 사자의 의사에 의하여 처분되는 것은 어떻게 설명할 수 있는가의 문제가 발생할 것이다. 사체가 보다 공공적 성격을 가지는 것인가 재산이 보다 공공적 성격을 가지는 것인가?<sup>30)</sup> 현행 <장기등이식에관한법률>에서처럼 가족이나 유족의 의사에 의하여 사체로부터의 장기적출 여부가 결정되는 것도 여러 가지 문제점을 야기한다. 이는 사자의 자기결정권을 무시하는 것이며 가족이나 유족의 경제적 이익에 따라 장기기증 여부가 결정될 위험성이 있기 때문이다.

장기기증은 자율성존중과 이타주의에 근거하여 정당화된다는 점을 고려할 때 사자의 생전 의사표시가 있는 경우에는 그 의사표시에 의하여 장기기증 여부가 결정되는 것이 타당하다고 보여진다. 따라서 가장 중요한 문제는 생전에 장기기증 여부에 대한 의사표시를 하도록 권장하는 것이다. 이는 결국 일반인에 대한 교육과 홍보를 통하여 이루어질 수밖에 없으며, 이를 법적으로 강제하는 것은 타당하지 않은 것이다. 또한 사자의 장기기증을 확대하기 위하여서도 교육과 홍보를 통하여 자발적인 의사를 유발하도록 하여야지, 설불리 장기기증의 의사를 추정하는 등의 방법을 사용하는 것은 옳지 못하다고 보여진다. 이와 같은 의사의 추정 등은 장기기증의 확대라는 목적을 달성하기 위하여 추상적 의미의 인간존엄성을

적출하는 것에 대한 찬성의 정도는 별개의 문제이다.

30) 이와 같은 논의가 장기매매나 사자의 장기의 공공성을 절대적으로 부정하는 것은 아니다. 장기매매의 허용 여부나 사체의 장기를 공공재로 파악할 것인가 여부는 그 사회의 일반적 감정과 윤리적 판단에 따라 결정될 문제이다.

해하는 결과를 야기할 수도 있다.<sup>31)</sup> 이렇게 볼 때 <장기등이식에관한법률> 제18조 제2항 제1호는 개정되는 것이 타당하다고 생각된다. 즉, 사자 자신의 장기기증에 대한 생전 의사표시가 확인된 경우에는 가족이나 유족의 반대의사를 고려함이 없이 장기적출이 정당화된다고 할 것이다.

사자가 생전에 아무런 의사표시도 하지 아니한 경우에는 사자의 의사가 무엇인가를 추정하여야 할 것이다. 이러한 추정을 위해서는 사자의 가치관이나 종교적 감정, 장기기증 여부에 대한 평소의 언행 등을 잘 아는 가족이나 주위 사람들이 자료를 제공하고 이의 판정을 윤리위원회에 의하는 것이 타당하다고 보여진다. 이 경우 일반적으로 사자는 잠재적 장기기증자가 아니라는 점에서 출발하여 특별히 장기기증의 의사가 확인되는 경우에만 장기적출을 하도록 하는 것이 타당할 것이다. 따라서 <장기등이식에관한법률> 제18조 제2항 제2호 본문이 규정하고 있는 가족이나 유족의 장기적출에의 동의는 사자의 의사를 추정하는 하나의 자료로서의 기능만을 하는 것이 타당할 것이다.

장기이식의 필요성이 날로 증가되고 있고 또한 장기이식술이 통상적인 의료행위의 일환으로 시행되고 있는 유용한 치료법임에는 분명하다. 하지만 유용성이 모든 행위의 정당성을 담보하여 주는 것은 아니다. Kant의 주장처럼 인간은 단지 수단으로써만 대하여서는 안 되는 것이다. 사자의 자율적 의사의 존중은 논란이 있지만 제한적 범위에서 인정되어야 할 것이며 인간존엄성에 기반하고 있는 자율성존중의 원칙은 원칙적으로 지켜져야 할 것이다.

31) 사자의 의사를 고려하지 아니한 사체의 훼손이 인간존엄성을 해하는 것인가는 논란이 있다. 특히 사자는 인간존엄성의 보유자가 될 수 없다는 점을 고려하면 사자의 의사와는 무관하게 사체로부터의 장기적출을 하는 것이 인간존엄성을 해하는 것은 아니라는 결론이 도출될 수도 있을 것이다. 하지만 인간존엄성을 추상적 원리로 파악할 경우 살아있는 인간뿐만 아니라 인간이 될 잠재적 가능성이 있는 배아나 사망 직후의 사체 등에 대한 침해행위도 인간존엄성에 대한 위해를 야기할 수 있다.