臟器移植의 刑法的 考察

朴 永 奎*

〈目 次〉

Ⅰ. 序 言
Ⅱ. 臟器移植의 種類
Ⅲ. 臟器移植의 醫學上의 問題
Ⅳ. 受容者의 側面에서의 刑法上 問題
1. 臟器의 受容
2. 治療行爲로서의 臟器移植
Ⅴ. 提供者의 側面에서의 刑法上 問題
1. 살아있는 者로부터의 移植用 臟器의 摘出
2. 腦死者와 死亡한 者로부터의 移植用 臟器의 摘出
Ⅵ. 餘 論

Ⅰ. 序 言

臟器移植(手術)이라 함은 患者를 治療하기 위하여 人間 혹은 動物의 生體 또는 死體로부터 組織 또는 臟器를 摘出하여 그것을 患者의 身體에 移植하는 外科的 處置를 말한다.[1] 넓은 의미로는 人工臟器를 장치하는 경우까지 포함시킨다.[2]

이 경우 장기를 적출당하는 쪽을 提供者(donor), 장기를 이식받는 쪽을 受容者(recipient)라고 한다. 「장기등이식에관한법률」(제3조 1호)은 적출 또는 이식대상이 되는 장기로는 腎臟·肝臟·膵臟·心臟·肺·骨髓·角膜의 7종과 대통령령으로 정하는 것으로 限定하고 있다.

* 경기대학교 법학부 교수.

1) 大谷 實. 「刑事規制の限界」, (有斐閣, 1978), 71面; Bockelmann, Strafrecht des Arztes, 1968, S.97.
2) 추호경, "장기이식에 관한 형법적 제문제", 「법조」, 1996, 11(통권 482호), 49面.

現代 醫療科學의 눈부신 前進은 臟器移植의 발달을 가져오게 되어 臟器를 移植하지 않고는 더 이상의 治療方法이 없을 때 그 臟器를 다른 者의 臟器로 代替하는 臟器移植 手術은 尖端醫療의 상징이자 생명구원의 효과적인 수단이 될 수 있다. 그런데 장기의 주 공급원은 사람이므로 장기적출의 범위 및 한계는 그 장기의 재생가능성, 그 장기가 사람 몸에 복수로 존재하는지 여부, 그것이 생명현상에 차지하는 비중, 이식을 위해 요구되는 신선도 등에 따라서 살아있는 자와 死亡한 자의 장기적출의 범위 및 그 한계는 같을 수 없으므로 각각의 장기적출의 요건 및 한계를 형법적으로 검토할 필요가 있다.[3)]

중요한 것은 「장기등이식에관한법률」은 뇌사설 즉 장기이식을 전제로 한 뇌사를 채택하게 되어 腦死者를 死亡한 者로 봄으로써 그로부터의 장기적출은 생명침해가 아니라는 것이다.

그리하여 本 論文에서는 諸外國의 立法例 및 論議點을 參考하여 우리나라에서의 장기이식의 문제에 관하여 受容者의 側面과 提供者의 側面으로 나누어 刑法的 評價를 해보고자 한다.

Ⅱ. 臟器移植의 種類

臟器移植은 '自家移植' (Autotransplantation), '同種移植' (Homeloge Transplantation), '異種移植' (heterooge Transplantation)의 3종류로 대별할 수 있다.[4)]

自家移植은 患者의 身體에서 必要한 組織을 摘出하여 患者 自身에게 移植하는 경우를 말한다. 즉 身體의 皮膚·骨·腱·神經등을 自身의 다른 部位에 移植하는 것을 말한다. 이 경우에는 刑法學上 특별히 복잡한 問題는 생기지 않는다. 여기서는 醫療行爲에 대한 一般原則을 適用하면

---

3) 오영근, 「뇌사와 장기이식에 관한 형법적 연구」, (형사정책연구원, 1994), 15面 참조.

4) 大谷 實, 前揭書, 71面; 加藤一郎, 森島昭夫(編), 「醫療と人權」, (有斐閣, 1986), 257面; 齊藤誠二, 「刑法における生命の保護」, (多賀出判, 1989), 146面.

충분하다.

同種移植은 人間의 生體 혹은 死體로부터 組織·臟器를 摘出하여 患者에게 移植하는 경우를 말한다. 同種移植 중에서 一卵性 雙生兒間의 移植을 '同系移植' (isotransplantation)이라고 한다. 이 同系移植은 遺傳學的으로 自家移植의 경우와 마찬가지로 拒否反應의 問題는 發生하지 않는다.

異種移植이라는 것은 動物과 人間사이에서의 移植을 말한다. 다시 말하면 摘出된 臟器가 人間 이외의 것 動物이며 이것을 移植하는 경우이다. 獨逸에서는 이 異種移植을 일컬어 '未來의 꿈' (Zukunftsmusik)이라고 하여 免疫의 문제가 해결되지 않기 때문에 아직 實驗의 단계에 있다고 報告되고 있어 本 論文에서는 擧論될 여지가 없다.

따라서 臟器移植이라면 그 論議의 中心은 同種移植을 中心으로 한다.

Ⅲ. 臟器移植의 醫學上의 問題

臟器移植에 관한 연구는 고도로 발달해 있지만 아직 이것은 患者에게 있어서 지극히 위험을 수반하는 治療이며, 提供者側의 희생·불행위에 成立되는 것이므로 그것을 實施할 경우에 다음과 같은 醫學上의 研究를 要하는 문제가 있다.[5]

첫째, 拒絶反應의 問題解決이다. 生體에 他人의 組織·臟器가 移入되면 이것을 拒否하려고 하는 作用이 생겨 提供者의 組織·臟器가 抗原이 되어 受容者의 體內에 抗體가 생겨 소위 抗原抗體反應이 일어나게 되는데 그 不作用·效果 등에 대해서 한층 研究가 必要하다. 또한 腎臟移植에 있어서의 人工腎臟과 같이 人工臟器의 開發은 장래 크게 기대되는 바이다.

---

5) 茹立明·中井美雄(編), 「醫療過誤法入門」, (青林書院新社, 1979), 200-221面 참조; 小林宏志, "臟器移植おめぐって", 「刑法雜誌」, 17卷, 78-79面 참조.

둘째, 組織適合性의 問題이다. 手術의 성공률을 높이기 위해서는 移植前에 提供者와 受容者의 組織適合性을 충분히 檢査하는 것이 필요하고, 組織適合性의 檢査方法에도 向後 깊은 硏究를 要한다.

셋째, 臟器受容者의 適應性의 문제이다. 患者의 疾病의 종류와 정도가 臟器移植을 받음으로써 生命을 구할 수 있을 것인가 또한 患者의 病床이 참으로 末期的 病狀에 이르렀는가의 確認이 確立될 필요가 있다.

넷째, 臟器提供者의 選擇의 問題이다.

다섯째, 死의 判定問題이다. 이점에 대하여 우리 나라는 醫學的으로 腦死說이 받아들여지고 있으며, 法律的으로는 臟器移植을 전제로 한 腦死를 인정하고 있다.

Ⅳ. 受容者의 側面에서의 刑法上 問題

1. 臟器의 受容

臟器移植에 있어서 受容者의 側面에서는 他人의 臟器를 移植하는 것이 治療行爲라 할 수 있는가 또한 治療行爲라 할 때 어떠한 要件이 具備되어야 治療行爲라 할 수 있는가하는 問題가 발생한다.

이에 대하여 복켈만(Bockelmann)은 "治療의 目的으로 行해지는 臟器移植은 患者에 施行하는 治療行爲이며 一般의 治療行爲와 同一한 法的評價를 받는다"라고 한다.[6]

獨逸의 코르탈스(Korthals)는 1969年 함부르크大學에 提出한 "臟器移植의 刑法上 問題"(Strafrechtliche Probleme der Organtransplantation)라는 學位請求論文에서 心臟移植과 같은 아주 危險한 手術은 受容者에 대한 治療行爲라고 하고 있으며,[7] 스위스의 힌더링(Hinderling)은 1968年과 1979年에 臟器移植은 受容者에 있어서 治療行爲가 된다고 하고 있으며,[8] 1971

6) Bockelmann, a.a.O., S.87.
7) Korthals, Strafrechtliche Probleme der Prgantransplantation, 1969, München univ. S.12.
8) Hinderling, Die Transplantation von Organ als Rechtproblem, SJZ 1968, S.67.

年 뮐러(Müller)도 동일한 취지의 견해를 表明하고 있다.

또한 오스트리아(Austria)의 리더(Rieder)는 1978年에 醫學領域에서 커다란 의미를 지니고 있는 腎臟移植은 물론 心臟移植은 이것을 必要로 하는 患者에게 있어서는 적어도 一定期間은 生命을 求하는 일이며 受容者에 대한 治療行爲라고 한다.[9]

獨逸의 유명한 뮌헨(Müchen)大學의 法醫學者인 슈판(Spann)은 1980年에 臟器移植에 있어서 受容者의 側面에 대해서는 傳統的·古典的인 手術의 法理(傳統的·古典的인 治療行爲의 法理)에 의하더라도 특별한 問題는 없다고 한다.[10]

以上에서 살펴본 바와 같이 治療의 目的으로 他人의 臟器를 移植하는 것은 그것이 腎臟移植·心臟移植·肝臟移植·膵臟移植 등이라도 患者에 施行되는 治療行爲(醫療侵襲)이며, 이러한 臟器移植이 醫師의 治療行爲로서 行해진 경우에는 一般的인 治療行爲의 要件을 具備할 必要가 있다.[11]

2. 治療行爲로서의 臟器移植

(1) 治療行爲의 要件

治療行爲의 要件에 관하여는 1894年 이래 獨逸判例의 態度는 基本的으로 다음과 같은 立場을 취하고 있다.

身體의 傷害를 수반하는 治療行爲는 醫學的 適應性이 있더라도 또한 醫療行爲로서의 技術的 基準(lege artis)에 맞더라도 傷害罪의 構成要件에 해당하고 다만 患者의 承諾 내지 推定的 承諾이 있는 경우에만 正當化된다고 한다. 그리하여 獨逸判例에서는 醫療에 있어서 最高의 法理는 '治療'(salus)가 아니고 '患者의 意思'(voluntas aegroti)라고 하는 이른바

---

9) 朴永奎, "醫療行爲에 있어서의 生命과 身體의 保護에 關한 刑法的 硏究", (博士學位論文, 延世大學校大學院, 1990), 71面.
10) 上揭論文, 71面.
11) 大谷 實, 75面.

'自己決定權'(Selbstbestimmungsrecht)을 존중하여 i) 患者의 承諾 내지 推定的 承諾이 있어야 하고 ii) 治療行爲가 醫療로서의 技術的 基準에 適合한 경우에 그 治療行爲는 正當한 것이 된다고 한다.[12]

이에 대해 오늘날 獨逸의 支配的인 見解는 患者의 承諾이 있는 경우와 患者의 推定的 承諾이 있는 경우는 물론 患者의 承諾이 없는 경우에도 當該治療行爲가 i) 醫學的 適應性이 있고 ii) 醫療로서의 技術的 基準에 맞는 것이고 iii) 治療目的으로 施行된 것이면 醫師의 治療行爲가 成功하든 失敗하든 傷害罪의 構成要件에 該當하지 않는다고 한다. 다만 患者의 承諾이 없는 경우 즉 患者의 意思에 反하여 施行된 경우의 治療行爲를 '專斷的 治療行爲(eigenmachtige Heilbehandlung)라고 부르며 强要罪 등에 해당한다고 한다.[13]

어떤 立場에 따른다 하더라도 적어도 i) 醫學的 適應性이 있고 ii) 醫療로서의 技術的 基準에 맞는 것이고 iii) 患者의 承諾이 있고 iv) 治療의 目的으로 施行하는 것은 治療行爲로서 傷害罪로 되지 않는다.

따라서 治療行爲로서의 臟器移植의 경우에도 이와 마찬가지로 他人으로부터 臟器를 移植하는 것이 필요하고 적절하다고 하는 것을 전제로 하여 醫學上의 規則으로 承認된 方法에 의해 개개의 移植行爲가 醫學의 技術上 正堂하다고 인정되어야 한다. 그렇지 아니한 경우에는 違法이다. 移植의 效果가 一般的으로 의문시되거나 實驗段階에 있는 方法에 의할 경우에는 正當化될 수 없다고 하겠다.[14]

(2) 臟器移植과 善良한 風俗·社會的 相當性

臟器移植이 受容者에 있어서 治療行爲가 되기 위해서는 受容者인 患

---

12) Schwalm, Zum Begriff und Beweis des ärztlichen Kunstrehlers, Festschrift für Bockelmann, 1979, S.540.

13) Blei, Strafrecht, Ⅱ. Besonderer Teil, 12. Aufl., §14; Blei, Strafrecht, Ⅱ. Besonderer Teil, 12. Aufl., §14 Ⅳ; Bockelmann, a.a.O., S.66 ff. Niese, Ein Beitrag zur Lehre vom ärztlichen Heileingriff, Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, s. 367.; Welzel, Das deusche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, §39 Ⅰ 3a; Wessels, Strafrecht, Besonderer Teil - Ⅰ, 11, Aufl., 1988, §6 Ⅰ 2.; Zipf, Probleme eines Straftatbestandes der eigenmächtligen Heilbehandlung, Festschrift für Bockelmann, 1979, S. 583.

14) 大谷 實, 前揭書, 76面.

者의 承諾이 있어야 하는데 承諾이 善良한 風俗에 反하는 경우(社會的 相當性을 逸脫하는 경우)에는 承諾에 의한 傷害는 인정되지 않는다.[15] 여기서 善良한 風俗 내지 社會的 相當性은 社會全體에 實際로 妥當한 原則에 따라 判斷되지 않으면 안된다.[16]

복켈만(Bockelmann)은 타인의 臟器를 移植하는 것에 反對하는 見解는 小數의 意見에 불과하다고 한다.[17]

우리 나라에서는 宗敎的인 理由로 輸血을 拒否한 이른바 [여호와 證人]事件[18]에서 알 수 있듯이 輸血을 善良한 風俗 내지 社會的 相當性을 넘는다고 말할 수 없다.

提供者의 身體에서 臟器를 摘出하는 것이 違法일지라도 受容者가 臟器移植을 받는 것에 대해 眞意에 의한 承諾이 있으면 受容者에게 臟器移植하는 것은 별도로 違法한 것은 아니다.[19] 예컨대 혈액이 혈액은행에서 도둑맞은 경우에 그 혈액을 사람의 생명을 구하기 위해 수혈하는 것은 違法으로 되지 않는다.[20]

(3) **受容者인 患者의 承諾**

他人의 臟器를 移植하기 위해서는 원칙적으로 受容者인 患者의 承諾이 필요하다. 다시 말하면 臟器移植은 患者의 身體에 대한 危險性의 정도가 높은 侵襲行爲이기 때문에 患者의 承諾을 事前에 얻는 것이 手術을 正當化하기 위한 불가결의 요소로 된다.[21]

醫師는 원칙적으로 受容者의 近親者의 承諾을 받을 필요도 없고, 近親者의 承諾을 받았다하더라도 그것만으로 충분하지 않다.

다만 患者가 무엇인가의 事情이 있는 경우 즉 患者에게 承諾能力이

---

15) 齊藤誠二, 前揭書, 169面이하.
16) Bockelmann, a.a.O., S.97-98.
17) Bockelmann, a.a.O., S.97.
18) 大判, 1980.9.24, 79도1387.
19) Bockelmann, a.a.O., S.98.
20) 齊藤誠二, 前揭書, 171面.
21) 葛立明・中井美雄(編), 前揭書, 223面.

없는 경우 예컨대, 未成年者·心神喪失者 등의 精神無能力者에 대한 手術에 대해서는 親權者나 後見人의 同意를 얻는 것이 필요하다 하겠다.[22] 그런데 이러한 者의 동의를 얻을 수 없는 긴급시의 경우에 상당한 위험성을 수반하는 移植手術에서는 이러한 者의 同意없이 행하는 것은 許容되지 아니한다.[23]

患者本人의 진실한 承諾으로서 患者가 手術의 性格·危險性 등에 관하여 醫師에 의해 說明되어 지는 것을 理解할 能力이 있고 承諾의 意義를 이해하여 手術하는 것을 承諾할 수 있다면 그 承諾은 有效하다 하겠다.[24] 問題는 受容者인 患者의 承諾과 관련하여 患者의 實際의 承諾이 아니고 推定的 承諾이라도 좋은가 하는 것이다.[25]

여기에 대하여는 다음과 같은 見解의 대립이 있다.

第1說은 推定的 承諾이라도 좋다는 見解이다(代表的인 學者는 Bubnoff). 臟器移植이 긴급을 요하여 客觀的인 觀點에서 모든 특별한 상황을 신중하게 고려하여 患者의 承諾을 얻을 수 있다고 期待될 수 있는 경우에는 受容者에 臟器를 移植하는 醫師의 行爲는 推定的 承諾에 의하여 正當化된다고 하는 見解이다.

第2說은 推定的 承諾은 認定되지 않는다고 하는 見解이다(代表的인 學者는 Rieder이다). 臟器移植은 治療行爲이지만 그것은 아주 重大한 것이며 危險性을 수반하는 것이기 때문에 추정적 承諾은 인정되지 아니한다고 한다. 그러나 이 見解에서도 患者의 承諾은 얻을 수 없지만 手術을 지연시키면 患者의 生命·健康에 危險이 있을 경우에는 患者의 承諾을 얻지 않고 手術을 행한 때에는 醫師에게는 책임이 阻却된다고 한다.

第3說은 이미 治療法으로서 確立되어 있는 臟器移植과 아직 治療法으로서 確立되어 있지 않은 臟器移植의 2가지로 나누어 前者에 대해서는

22) 加藤一郎·森島昭夫(編), 前揭書, 259面.
23) 葛立明·中井美雄(編), 前揭書, 224面.
24) 加藤一郎·森島昭夫(編), 前揭書, 259면.
25) 齊藤誠二, 前揭書, 173面 以下.

推定的 承諾이라도 좋지만, 後者에 대해서는 推定的 承諾은 인정되지 않는다고 하는 見解가 있다(代表的인 學者는 Bockelmann이다).[26]

以上의 見解 중에서 第1說이 가장 妥當하다고 생각한다. 그 이유는 다음에 論하는 臟器移植의 適應性에서 상세히 言及되고 있으므로 여기에서는 생략하기로 한다.

(4) 醫師의 說明義務

受容者의 眞意에 의한 承諾을 얻기 위해서는 醫師는 臟器手術에 관하여 患者에게 說明義務를 지게 된다. 說明의 內容·範圍는 手術의 必要性, 手術時에 따르는 危險性의 정도, 手術의 切迫度 및 手術後의 生活全體로서의 良好化 등이다.[27]

더욱 副作用에 대해서도 說明義務를 지게 된다. 이러한 說明義務를 다한 후에 移植手術에 대한 承諾을 받아야 한다. 이러한 說明을 다하지 아니한 채 患者의 承諾을 받은 경우에는 法律上 有效한 것이라고 할 수 없다.

(5) 臟器移植의 適應性

일반적으로 治療行爲(醫學的 侵襲)는 患者가 承諾하더라도 그것이 반드시 必要하지 않는 경우에는 인정되지 않는다. 말하자면 肺切除術의 경우에 肺臟移植을 필요하지 않고는 肺臟移植을 하지 못한다.[28] 治療行爲는 施行하는 것이 施行하지 않는 것보다 治療效果을 얻을 可能性이 큰 경우에는 인정될 수 있다.[29]

이미 醫學的으로 治療法이 確立되어 있는 臟器移植에 대해서는 별반 문제가 없다고 할 수 있다. 따라서 治療法으로서 確立되어 있는 臟器移植이라도 그 臟器移植이 絶對로 確實히 좋은 結果를 얻을 수 있다는 可能性이 없다고 해서 그것을 施行하지 못한다고 하는 것은 아니다. 絶對

---

26) Bockelmann, a.a.O., S.98.
27) 葛立明·中井美雄(編), 前揭書, 223面.
28) 齊藤誠二, 前揭書, 179面.
29) Bockelmann, a.a.O., S.99.

로 確實한 可能性이 있어야 된다고 한다면 어떠한 手術도 할 수 없다고 해야 되기 때문이다.

그 臟器移植에 의해 불행히도 受容者가 死亡한 경우에 醫師가 좋은 結果를 얻을 수 있다고 期待하여 移植한 경우에는 醫師에게는 殺人의 故意(未心的 故意)가 없고 醫師는 手術에 過失이 있는 경우를 제외하고는 처벌되지 아니한다.

問題는 아직 醫學에서 治療法으로서 確立되어 있지 않은 臟器移植에 關해서이다. 이 問題에 대해 基本的으로 i) 可能한 한 動物實驗을 통해서 實驗되어 있고 ii) 臟器移植이 患者의 生命을 구제하기 위한 유일한 機會라면 여태까지 施行되지 않았던 새로운 種類의 侵襲이 인정된다고 할 수 있다. 그렇다고 하여 患者를 醫師의 實驗慾求에 맡겨도 좋다고 하는 것은 아니다. 즉 恣意를 許容하는 것은 아니다.

아직 醫學에서 治療法으로서 確立되지 않은 臟器移植이 인정되기 위해서는 可能한 한 動物實驗을 통해 實驗되어 있을 必要가 있다. 그러나 動物實驗이 완전히 成功하고 있을 必要가 있다고 말하고 있는 것은 아니다.[30] 그리고 臟器移植을 하는 것이 確實히 生命을 잃어버리게 될 患者의 生命을 구제하기 위한 유일한 手段이라면 그 施行은 인정된다고 할 수 있다. 그것은 i) 희망을 주는 유일한 方法을 施行하는 것은 아무것도 하지 않는 것보다 언제나 타당한 것이며 ii) 法秩序는 그것을 使用하면 失敗하는 위험이 있다고 해도 最後의 機會를 놓치는 것을 要求하지 않고 오히려 반대로 最後의 機會를 使用하는 것을 期待하고 있기 때문이다.[31]

그리하여 臟器移植이 患者의 生命을 구제하는 최후의 기회인 경우에는 '神開地'(Neuland)라고 하는 臟器移植도 醫學的으로 適應性이 있으며 妥當한 侵襲이라고 할 수 있다.

---

30) a.a.O., S.101.
31) a.a.O., S.101.

Ⅴ. 提供者의 側面에서의 刑法上 問題

1. 살아있는 者로부터의 移植用 臟器의 摘出

(1) 序

臟器의 受容者에게 移植하기 위하여 살아있는 者로부터 臟器를 摘出한다는 것은 提供者에 있어서는 治療行爲가 아니다. 그 이유는 治療의 目的이 提供者에게 向하여지는 것이 아니고 受容者에 向하여지는 것이기 때문이다. 그래서 독일이나 오스트리아에서는 他人의 治療 때문에 살아있는 者로부터 臟器를 摘出하는 것을 '治療의 援助'(Heihilfe)라고 부르고 있다.[32]

그런데, 살아있는 者로부터 臟器를 摘出하는 行爲는 傷害罪(또는 重傷害罪) 내지 殺人罪와의 관계가 문제로 되는데, 臟器摘出로 인해 提供者가 死亡할 개연성이 있거나 死亡할 것이 확실함에도 醫師가 이를 감수하였다면 醫師는 殺人罪가 되며, 生命에 대한 危險은 아니라 할지라도 提供者에게 신체장애를 초래하였다면 醫師는 傷害罪 내지 重傷害罪로 처벌된다고 하겠다.[33] 그러나 臟器摘出行爲는 治療行爲로서 觀念할 수 없지만 受容者인 患者의 治療目的을 위해 治療行爲와 불가분적으로 연결되어 행하여지는 것 또한 사실이다. 그리하여 立法例에 따라서는 스웨덴·노르웨이·덴마크·독일·이태리 등에서는 일정한 요건하에서 提供者의 承諾이 있으면 살아있는 者로부터의 臟器摘出을 인정하고 있다.

日本의 「臟器の移植に關係法律」(1997년 7월 16일 법률 제104호로 제정·공포되어 동년 10월 16일부터 시행)에는 살아있는 者로부터의 臟器摘出에 대한 明文規定은 없지만 解釋上 一定한 要件下에서 許容하고 있다. 그 許容要件으로서는 의사의 설명, 본인의 자주적이고 자발적 판단에 근거한 명백한 승낙의사, 미성년자의 경우 부모 등의 동의, 무상성에

32) 齊藤誠二, 前揭書, 196面.
33) 오영근, 前揭論文, 117面 참조.

근거한 장기의 기증, 장기의 적출로 인하여 일상생활에 커다란 위험이나 부자유를 초래하지 않을 것 등이 거론되고 있다.[34]

우리 나라의 「장기등이식에관한法律」은 제18조 ①항에서 "살아있는 者의 臟器 등은 本人이 同意한 경우에 한하여 이를 摘出할 수 있다. 단 16세 이상인 未成年者의 臟器 등과 16세 미만인 미성년자의 骨髓를 摘出하고자 하는 경우에는 本人의 同意 외에 그 부모(부모가 없고 형제자매에게 골수를 이식하기 위하여 적출하고자 하는 경우에는 법정대리인)의 同意를 얻어야 한다"고 규정하여 그 摘出行爲는 형법 제20조의 '法令에 의한 行爲'로 되어 正當行爲에 해당한다고 할 수 있다.

따라서 살아있는 提供者로부터의 장기이식은 장기취거에 관한 의사로부터의 충분한 설명을 전제로 하여 提供者의 自由意思에 의한 신중한 판단에 입각하여 同意를 얻고 사회상규의 한계 내에서 행하여지는 경우에는 적법한 것으로 인정할 수 있다.

(2) 本人의 同意(承諾)

提供者 本人의 臟器摘出에 대한 承諾은 그 행위를 適法化하는 가장 기본적 사유이다. 특히 살아있는 사람에게서는 본인의 明示的 承諾없이는 摘出이 절대로 허용될 수 없다. 이는 헌법상 基本的인 인간의 존엄권의 핵심적 요구권이다. 살아있는 사람에게서 承諾없이 장기를 摘出하는 것은 法益衡量의 측면에서도 타당성이 없고, 목적과 수단사이의 相關性도 결여된 것이므로 緊急行爲도 될 수 없다.[35]

(3) 同意能力(承諾能力)

承諾은 자기의 法益衡量에 同意하는 것이므로 이러한 同意行爲는 法益의 의미와 傷害에 대한 結果를 인식할 수 있는 '理性的 判斷能力'을 가지고 있어야 한다. 이것을 承諾能力 이라고 한다.[36] 여기의 承諾能力은 民法上의 行爲能力과 구별되는 개념으로서 '自然的·洞察 判斷能力'

---

34) 石原 明, 「法と生命倫理20講」, (日本評論社, 1997), 165-167面.
35) 오영근, 전게논문, 116-117面.
36) 배종대, 「형법총론」, (弘文社, 1999), 328面.

을 의미한다.

이 承諾能力은 사실에 관한 판단문제이기 때문에 연령에 따르는 것이 아니라 어디까지나 摘出手術의 性格과 提供者로 예정되어 있는 자의 理解·判斷能力에 비추어 구체적 상황에 따라 判斷되는 사항이다. 그러면 未成年者의 경우에 臟器提供者가 되는 것에 承諾할 수 있는가가 문제로 된다.

「장기등이식에관한법률」 제18조 ①항은 "… 16세 이상인 미성년자의 장기등과 16세 미만인 미성년자의 골수를 摘出하고자 하는 경우에는 본인의 同意 외에 그 부모(부모가 없고 형제자매에게 골수를 이식하기 위하여 적출하고자 하는 경우에는 법정대리인)의 동의를 얻어야 한다"고 규정하여 이러한 未成年者에게 충분한 判斷能力이 있는 것을 전제로 하여 본인 자신의 同意와 이를 보충하는 親權者 또는 法定代理人의 동의를 얻어 移植用臟器를 摘出하는 것은 가능하다고 하겠다. 따라서 未成年者가 단독으로 행한 同意나 親權者 또는 法定代理人의 同意만으로는 法的 效力이 없으므로 장기적출은 할 수가 없다.

그러나 承諾能力은 摘出手術의 內容·危險과 手術에 대한 同意의 의미를 충분히 이해하여 任意로 同意할 수 있는 지식·경험 및 判斷能力에 의하여 인정되기 때문에 摘出手術의 규모·복잡성 혹은 危險性의 大小나 摘出된 장기의 再生可能性에 의해 좌우된다고 할 수 있다.[37] 예를 들면 헌혈의 경우는 身體侵襲의 정도는 적고 혈액은 금방 再生되는 것이기 때문에 비교적 어린 未成年者(예컨대 13·14세 정도의 미성년자의 경우)라도 承諾能力이 있다고 할 수 있다.

腎臟과 같이 再生不能이고 또 중요한 臟器의 提供에 있어서는 摘出手術에 의한 侵襲이 크고 그에 따른 부수적인 危險性이 永續하므로 提供의 可否에 대한 判斷에는 충분히 성숙된 精神能力이 필요하다고 하겠다. 骨髓는 再生되지만 侵襲의 정도는 헌혈의 경우보다 크다고 생각되

37) 加藤一郎·森島昭夫, 前揭書, 262-263面.

므로 이러한 未成年者에게 精神的인 성숙도가 없으면 有效한 同意가 되지 못한다고 하겠다.[38]

독일의 장기의 기증, 적출 및 이식에 관한 法律 「"Gesetz über die Spende, Entnahme und übertragung von Organen", Transplantationsgesetz - TPG 」은 未成年者로부터의 장기적출을 금지하고 있다. 캐나다의 Ontario Human Tissue Gift Act는 미성년자의 장기제공을 명문으로 금하고 있다.[39] 호주에서는 현재 장기이식의 목적으로 살아있는 어린이의 몸으로부터 재생불가능한 물질을 취거하는것은 불법으로 되어 있다. 프랑스의 경우에는 살아있는 어린이는 그의 동기간을 위해서만 장기를 제공할 수 있다.[40]

精神障碍등의 理由로 同意能力이 결여된 者의 경우는 어떻게 되는가? 이와 같이 同意能力이 否定되는 者는 手術 등 통상의 治療行爲에 대해서 有效하게 同意할 수 없으므로 精神無能力者로부터 臟器를 摘出하는 것은 許容되지 않는다.[41]

意識不明 등에 의해 提供者의 承諾을 얻을 수 없는 경우에 있어서 移植이 緊急히 필요하고 동시에 受容者의 利益이 提供者의 利益에 우월한 경우에 緊急避難의 法理에 의해 正當化할 수 있는가가 問題로 된다.[42]

예를 들면 交通事故 등으로 腦가 파괴되어 死期가 임박해 있는 者로부터 장기를 적출하여 이식하는 경우에 정당화 될 수 있는가.

이 問題는 死의 判定基準과 關係되며, 적어도 提供者가 살아 있다고 하는 限은 本人의 身體에 대한 自己決定權의 존중에서 自己身體에 대한 侵襲은 결국 本人의 承諾에 의해서 正當化될 수 있다고 생각되며 이 경우 緊急避難의 相當性의 요건을 缺如하고 있다고 생각된다.[43] 또한 輸血

---

38) 上揭書, 263面; 齊藤誠二, 前揭書, 222面.
39) 張榮敏, "뇌사와 장기이식의 형사법적 문제", (「現代法學의 現代的 課題」, 東山 孫海睦博士 화갑기념논문집 간행위원회, 1993), 645面.
40) 上揭論文, 645面.
41) 加藤一郎・森島昭夫(編), 前揭書, 268面.
42) 茹立明・中井美雄(編), 前揭書, 225面.
43) 上揭書, 225면.

을 하면 분명히 生命을 구할 수 있는 患者가 있는 데 달리 血液을 구할 方法이 없고 輸血을 할 必要性이 촉박해 있는 경우에 採血을 拒否하는 患者의 實弟로부터 實力을 사용하여 採血하는 것은 緊急避難으로서 違法性이 阻却되는가. 이에 대한 獨逸의 多數見解는 社會倫理的인 見地에서 正當化될 수 없다고 한다.[44]

다시 말하면, 특수한 혈액형의 중환자의 生命을 구하기 위하여 醫師가 우연히 발견한 같은 혈액형의 通行人으로부터 그의 意思에 反하여 강압적인 방법으로 採血하는 行爲는 社會倫理的 見地에서 정당화 될 수 없다.[45]

(4) 書面에 의한 同意

「장기등이식에관한法律」 제11조 ①항 제1호에 의하면, 살아있는 자로부터의 기증자의 意思表現의 存在를 분명히 하기 위하여 本人이 서명한 문서에 의한 同意 또는 민법의 유언에 관한 규정에 의한 유언의 방식에 의한 동의를 요건으로 하고 있다. 즉 書面에 의한 同意를 요건으로 하고 있다. 독일의 경우에도 마찬가지이다. 未成年者의 경우에는 未成年者 본인과 부모 또는 법정대리인의 書面에 의한 同意를 받아야 한다.

(5) 醫師의 說明義務 및 確認義務

承諾이 有效하기 위해서는 醫師의 說明義務 및 確認義務가 엄격하게 요구된다. 의사는 장기제공자의 현재의 건강상태, 장기이식의 필요성, 장기적출에 대한 위험성의 정도, 장기적출후의 후유증, 장기적출후의 치료계획, 장기적출과 관련하여 사전에 알아야 할 사항 등을 충분히 說明하여 제공자에게 장기적출시 발생할 수 있는 위험을 충분히 고려할 수 있는 기회를 주어야 하며, 또한 醫師는 특별히 注意를 기울여서 承諾이 있는지를 양심적으로 檢證하여 有效한 承諾이 있다는 確信을 가져야 한다.[46]

---

44) Gallas, Pflichtenkollision als Schuldausschließwngsgrund, Festschrift für E. Mezger, 1954, S.325.
45) 李炯國, 「刑法總論硏究 I」, (서울 : 法文社, 1984), 321面.
46) 추호경, 前揭論文, 59면 참조; 오영근, 前揭論文, 118面 참조.

장기수용자의 치료행위에서보다 더욱 엄격한 說明義務가 요구되는 것은 장기적출에서의 치료목적은 受容者를 위한 것이지 提供者를 위한 것이 아니기 때문이다. 이러한 說明없이 이루어진 承諾은 有效한 承諾이 아니므로 刑法上으로는 傷害罪 내지 强要罪를 구성할 수 있다.

(6) 承諾의 任意性

承諾은 의사로부터 충분한 說明을 들은 후 반대의 기회가 보장된 상태에서 自發的으로 한 것이라야 有效하다. 착오·기망·협박 등에 의한 非自發的 承諾은 有效한 承諾이라 할 수 없다. 물론 醫師의 흠결이 없어야 할뿐만 아니라 수술에 대해 자유롭고 강요받지 않은 윤리적인 결단이 있어야 自發性이 인정된다.[47] 또 장기적출에 同意를 한 者는 장기적출을 위한 수술이 시작되기 전까지는 언제든지 장기 등의 적출에 관한 동의의 의사표시를 철회할 수 있다(「장기등이식에관한법률」 제18조 ③항).

(7) 承諾의 表示方法

承諾은 어떤 方法으로든 외부에서 확실하게 認識할 수 있도록 적극적·명시적으로 표시되어야 한다. 살아있는 사람에게서 推定的 承諾에 의해 장기를 적출할 수는 없다고 하겠다.[48]

(8) 臟器摘出 및 移植의 禁止

「장기등이식에관한법률」 제10조 ③항은 살아있는 者로서 '일정한 자의 경우'에는 本人의 同意與否를 불문하고 장기적출을 금지하고 있다.

여기서 '일정한 자의 경우'란 ㉠ 16세 미만인 자 (다만, 16세 미만인 者의 경우에는 골수에 한하여 이를 적출할 수 있다), ㉡ 임부, 해산한 날로부터 3월이 경과하지 아니한 者, ㉢ 정신질환자·정신지체인, ㉣ 마약·대마 또는 향정신성 의약품에 중독된 자를 말한다. 살아있는 者로서 16세 이상인 미성년자의 장기등(골수를 제외한다)은 배우자·직계존

47) 추호경, 前揭論文, 59-60面; 오영근, 前揭論文, 118面.
48) 朴永奎, "장기이식의 형법상 문제점", (판례월보, 1988.2), 14面; 오영근, 前揭論文, 119面, 추호경, 前揭論文, 60面.

비속·형제자매 또는 4촌 이내의 친족에게 이식하는 경우를 제외하고는 이를 적출할 수 없다(「장기등이식에관한법률」 제10조 ④항).

그리고 本人의 同意가 있더라도 ㉠ 장기 등의 이식에 부적합한 전염성 병원에 감염된 장기 등, ㉡ 암세포에 침범된 장기 등, ㉢ 기타 이식대상자의 생명·신체에 위해를 가할 우려가 있는 것으로서 대통령령이 정하는 장기 등은 이를 적출하거나 이식하여서는 아니된다(「장기등이식에 관한법률」 제10조 ①항).

이식대상자가 정하여지지 아니한 경우에도 장기 등은 적출이 금지된다. 다만, 각막 등 상당기간이 지난 후에도 이식이 가능한 장기 등으로서 대통령령이 정하는 장기 등의 경우에는 예외로 한다(「장기등이식에 관한법률」 제10조 ②항).

또한 살아있는 者로부터 신장은 정상적인 것 2개중 1개, 간장·골수 및 대통령령이 정하는 장기 등은 의학적으로 인정되는 범위 안에서 그 일부를 적출할 수 있다(「장기등이식에관한법률」 제10조 ⑤항). 따라서 쌍을 이루고 있지 않는 신장의 적출이라던가 생명에 위험이 생길 정도의 대량의 採血 등은 허용되지 아니하며, 兩眼의 眼球摘出과 같이 生命에는 반드시 연관되어 있지 않지만 역시 신체에 대한 중대한 損傷을 가져오므로 분명히 兩眼을 잃는다는 것은 설령 本人의 同意가 있더라도 社會倫理的 見地에서 문제로 될 수 있다.[49]

또 사람의 同一性이나 혈연관계의 식별에 혼란을 주는 이식(예컨대 生殖腺의 이식의 경우)도 금지되어야 한다.[50]

(9) 장기매매의 금지

인체 및 인체의 일부분에 대하여는 통상의 재산권이 성립하지 않는다. 장기매매는 장기의 절대적 부족이 그 이유의 하나이지만 사람의 인체 및 인체의 일부분을 상거래의 대상으로 삼는 것은 헌법상의 인간의 존

49) 大谷 實, 前揭書, 78面.
50) 오영근, 前揭論文, 117面; 추호경, 前揭論文, 57面.

엄성원칙에 위배되며 국민의 건전한 윤리감정에도 어긋난다고 할 수 있다. 오래 살기 위해서 건강한 사람도 더 성능(?)이 좋은 장기를 부착하고자 장기교체를 하는 사례가 발생하지 않는다고 장담할 수도 없고, 이에 협력할 사람도 나타날 가능성도 있으며, 이렇게 되면 사람의 인체는 기계의 부속품처럼 상품화되고 부자를 위해 가난한자가 희생당하는 경우도 있을 수 있기 때문이다.[51]

독일에서는 신장이식을 필요로 하는 부인을 위하여 남편이 "신장을 팔 사람을 구한다"는 신문광고를 낸 일이 있는데, 이 사건은 결국 의사가 팔려고 하는 사람의 신장적출을 거부하여 형사사건으로 되지 않았지만 이를 계기로 독일에서는 사회윤리상 의사가 그것을 적출하면 상해죄가 성립된다고 하였다.[52] 다만 약간의 영양식사 및 약품을 받는다고 해서 헌혈을 매혈이라고 할 수 없듯이 장기적출비용, 교통비, 逸失所得 등에 대한 실비보상은 장기기증의 有償性와 구별해야 한다. 立法例上으로도 1984년의 全美臟器移植法(The National Organ Transplant Act), 1989년의 영국의 人體臟器移植法(The Human Organ Transplants Act), 1987년의 대만의 人體器官移植條件, 일본의 1997년의 장기의 이식에 관한 法律, 독일의 장기의 기증·적출 및 이식에 관한 法律("Gesetz über die Spende, Entnahme und übertragung von Organen", Transplantationsgesetz - TPG) 등에서 장기매매금지규정과 그 처벌규정을 두고 있다. 그리하여 우리 나라는 이러한 최근의 立法例와 마찬가지로 1999년 「장기이식등에관한법률」 제6조에 '장기등의 매매행위 등의 금지' 규정을 두게 되었다.

제6조 규정은 다음과 같다.

> 제6조 (장기등의 매매행위 등의 금지)
> ① 누구든지 금전 또는 재산상의 이익 기타 반대급부를 주고 받거나 주고 받을 것을 약속하고 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 하여서는

51) 朴相基, "腦死의 立法上에 대한 비판적 검토", (「刑事法學의 現代的 課題」, 東山 孫海睦博士 화갑기념논문집간행위원회, 1993), 660面 참조.
52) 朴永奎, 前揭學位論文, 82面.

아니된다. <개정 99. 9. 7>

1. 타인의 장기등을 제3자에게 주거나 제3자에게 주기 위하여 받는 행위 또는 이를 약속하는 행위
2. 자신의 장기등을 타인에게 주거나 타인의 장기등을 자신에게 이식하기 위하여 받는 행위 또는 이를 약속하는 행위
3. 제1호 및 제2호의 행위를 교사·알선·방조하는 행위

② 누구든지 제1항 제1호 및 제2호에 위반되는 행위를 교사·알선·방조하여서는 아니된다.

③ 누구든지 제1항 또는 제2항의 규정에 위반되는 행위가 있음을 안 때에는 그 행위와 관련되는 장기 등을 적출하거나 이식하여서는 아니된다. [시행일 2000. 2. 9]

2. 腦死者와 死亡한 者로부터의 移植用 臟器의 摘出

(1) 死體臟器의 利用

移植用臟器의 死體로부터의 摘出은 刑法上 死體損壞罪와의 관계가 문제로 된다. 現行刑法 弟161條는 「死體, 遺骨, 遺髮, 또는 棺內에 臟置한 物件을 損壞, 遺棄, 隱匿 또는 領得한 者는 …」라고 規定하여 死體를 損壞하는 行爲를 犯罪로 規定하고 있다.

死體損壞罪는 死者에 대한 社會的 風俗으로서의 宗敎的 感情을 保護하려고 하는 것이기 때문에 死體에 대해서 處分權등을 가지는 자도 이 罪를 犯할 수가 있다. 그런데 死者로부터 移植用臟器를 取去할 수 있는가. 있다면 무엇을 근거로 하여 正當化될 수 있는가.

이 문제에 대해서는 이미 많은 國家가 立法的으로 解決하고 있으며, 우리 나라는 「장기등이식에관한법률」 및 「시체해부및보존에관한법률」 제5조에서 규정하고 있다.

(2) 臟器移植을 전제로 한 腦死

臟器摘出前 提供者의 死亡의 時点은 절대적으로 확실하여야 한다. 腦死者나 死亡한 者로부터의 臟器摘出의 문제는 腦死를 전제로 하게 되면 兩者는 동일하게 된다.

우리 나라의 「장기등이식에관한법률」은 死亡의 判定方法으로 臟器移植을 전제로 한 腦死를 인정하게 되어 기존의 心臟死와 腦死에 의해서 死亡이 判定되게 되었다(「장기등이식에 관한법률」 제3조 4호). 여기서 臟器移植을 전제로 한 '腦死의 判定'이란 「腦全體의 機能이 되살아날 수 없는 상태로 정지되었다고 判定」하는 것을 의미한다고 하여 腦死說 가운데서 '全腦死'를 그 대상으로 하고 있다. 「장기이식등에 관한 법률」(제16조 ②항)은 腦死의 判定基準을 法律로서 정하도록 규정하고 있고 이에 따라 '別表'에서 만든 判定基準을 살펴보면 다음과 같다.

[別表] <施行日 2000. 2. 9>

1. 6세 이상인 자에 대한 뇌사판정기준

다음의 선행조건 및 판정기준에 모두 적합하여야 한다.

가. 선행조건

(1) 원인질환이 확실하고 치료될 가능성이 없는 기질적(器質的)인 뇌병변(腦病變)이 있어야 할 것

(2) 깊은 혼수상태로서 자발호흡(自發呼吸)이 없고 인공호흡기로 호흡이 유지되고 있어야 할 것

(3) 치료 가능한 약물중독(마취제 · 수면제 · 진정제 · 근육이완제 또는 독극물 등에 의한 중독)이나 대사성(代謝性) 또는 내분비성 장애[간성혼수(肝性昏睡) · 요독성혼수(尿毒性昏睡) 또는 저혈당성뇌증(低血糖性腦症) 등]의 가능성이 없어야 할 것

(4) 저체온상태[직장온도(直腸溫度)가 섭씨32°이하]가 아니어야 할 것

(5) 쇼크상태가 아니어야 할 것

나. 판정기준

(1) 외부자극에 전혀 반응이 없는 깊은 혼수상태일 것

(2) 자발호흡이 되살아날 수 없는 상태로 소실되었을 것

(3) 두 눈의 동공이 확대 · 고정되어 있을 것

(4) 뇌간반사(腦幹反射)가 완전히 소실되어 있을 것 : 다음에 해당하는 반사가 모두 소실된 것을 말한다.

(가) 광반사(光反射 : light reflex)

(나) 각막반사(角膜反射 : corneal reflex)

(다) 안구두부반사(眼球頭部反射 : oculo-cephalic reflex)

(라) 전정안구반사(前庭眼球反射 : vestibular-ocular reflex)

(마) 모양체척수반사(毛樣體脊髓反射 : cilio-spinal reflex)

(바) 구역반사(嘔逆反射 : gag reflex)

(사) 기침반사: cough reflex

(5) 자발운동·제뇌강직(除腦强直)·제피질강직(除皮質强直) 및 경련 등이 나타나지 아니할 것

(6) 무호흡검사결과 자발호흡이 유발되지 아니하여 자발호흡이 되살아 날 수 없다고 판정될 것

※ 무호흡검사

자발호흡이 소실된 후 자발호흡의 회복가능 여부를 판정하는 임상검사로서 그 검사방법은 다음과 같다.

- 100% 산소(O_2) 또는 95% 산소(O_2) 와 5% 이산화탄소 (CO_2) 를 10분동안 인공호흡기로 흡입시킨 후 인공호흡기를 제거한 상태에서 100% 산소(O_2) 6 *l* /min를 기관내관을 통하여 공급하면서, 10분이내에 혈압을 관찰하여 혈액의 이산화탄소분압($PaCO_2$)이 50torr 이상으로 상승함을 확인하였음에도 불구하고 자발호흡이 유발되지 아니 하면 자발호흡이 되살아날 수 없다고 판정하고, 검사가 불충분하거나 중단된 경우에는 혈류검사로 추가확인하여야 한다.

(7) 재확인 : (1) 내지 (6)에 의한 판정결과를 6시간이 경과한 후에 재확인하여도 그 결과가 동일할 것

(8) 뇌파검사 : (7)에 의한 재확인후 뇌파검사를 실시하여 평탄뇌파가 30분 이상 지속될 것

(9) 기타 필요하다고 인정되는 대통령령이 정하는 검사에 적합할 것

2. 6세 미만인 소아에 대한 뇌사판정기준

제1호의 선행조건 및 판정기준에 적합하여야 하되, 연령에 따라 재확인 및 뇌파검사를 다음과 같이 실시한다.

가. 생후 2월이상 1세미만인 소아

- 제1호 나목(7)에 의한 재확인을 48시간이 경과한 후에 실시하고, 제1호 나목(8)에 의한 뇌파검사를 재확인전과 후에 각각 실시한다.

나. 1세이상 6세미만인 소아

- 제1호 나목(7)에 의한 재확인을 24시간이 경과한 후에 실시한다.

여기서 「장기등이식에관한법률」은 腦死判定基準에서 6세 이상의 小兒에 대해서는 成人과 동일한 기준을 適用하지만, 6세미만의 小兒의 경우에는 연령에 따라 다른 基準을 적용하고 있다. 이것은 6세미만의 小兒의 경우에는 성인의 그것보다 손상에 대한 저항력이 크고 또 回生의 가능성이 높다고 알려져 腦死判定時에 한층 신중을 기하게 하기 위함이라고 할 수 있다.

(3) 承諾의 要件

① 摘出臟器의 範圍

살아있는 者에게서보다 腦死者와 死亡한 者로부터 摘出할 수 있는 臟器의 범위는 훨씬 광범위하다. 그것은 生命에 대한 危險이나 身體障碍의 결과를 우려할 필요가 없기 때문이다. 死亡한 者에게서는 提供臟器를 指定할 수도 있고 전체를 제공하는 것도 가능하다.[53] 다만 동일성 식별에 혼란을 줄 수 있는 生殖腺의 이식과 전염성질환에 감염된 腦死者로부터도 移植이 허용되지 않는다.[54]

또 현재로서는 腦의 이식과 같은 것은 인간의 동일성의 변화가 초래되는 것이기 때문에 허용되지 않는다고 하겠다.[55]

② 承諾意思 表示方法

腦死者나 死亡한 者로부터 臟器를 合法的으로 摘出하기 위해서는 提供者側의 承諾이 필요하다. 提供者側의 意思를 묻는 方式에는 反對意思表示方式과 承諾意思 表示方式 그리고 通知方式이 있다.

'反對意思 表示方式'이란 제공자 본인이 生前에 기증에 反對意思를 表示하고 있지 않으면 摘出하여도 좋다는 것이다.

'承諾意思 表示方式'은 장기적출을 위하여는 本人 또는 유족의 承諾을 필요로 한다는 것이다. '通知方式'은 本人이 反對하고 있지 않은 경우에 이것을 유족에게 通知하고 유족이 반대하지 않으면 摘出할 수 있

53) 오영근, 전게논문, 122面 참조.
54) 추호경, 전게논문, 95面.
55) 장영민, 전게논문, 646面.

다는 것이다.

「장기등이식에관한법률」 제18조 ②항은 i) 本人이 腦死 또는 死亡전에 장기 등의 摘出에 同意하고, 가족 또는 유족이 장기 등의 摘出을 明示的으로 거부하지 않은 경우 ii) 本人이 腦死 또는 死亡 전에 장기 등의 摘出에 同意 또는 反對하였다는 사실이 확인되지 아니한 경우로서 그 가족 또는 유족이 장기 등의 적출에 同意한 경우에 장기를 摘出할 수 있다고 규정하고 있어 우리 나라는 承諾意思表示方式을 취하고 있다고 할 수 있다. 여기서 提供者側이 意思無能力의 경우 承諾意思表示方式에 의하면 이들의 장기적출의 여부는 유족의 의사에 맡겨지게 된다고 할 수 있다. 이에 대하여 意思無能力者의 同意 또는 反對가 법률적으로 무슨 의미가 있는 것인가에 의문이 있을 수 있기 때문에 재검토가 필요하다는 견해가 있으며[56] 뇌사자의 인격성이 상실되어 물건으로 전락할 수 있다는 비판을 받을 여지가 있다고 하는 견해도 있다.[57]

③ 本人의 意思와 家族 또는 遺族의 意思

腦死者와 死亡한 者의 장기적출을 하기 위해서는 우선 本人의 生前同意가 있어야 하고 가족 또는 유족이 장기적출을 明示的으로 거부하지 않아야 한다(「장기등이식에관한법률」 제18조 ②항 1호). 여기서 本人이 生前에 承諾意思를 表示한 경우에는 우선 이를 존중하여 유족이 아무런 意思를 表示하지 않은 경우에도 摘出이 가능하다. 독일의 경우는 本人의 意思表示가 있으면 유족의 意思는 반영하지 않는다(독일의 장기의 기증, 적출 및 이식에 관한 법률 §3(1), (2)). 또한 本人이 腦死 또는 死亡前에 장기적출에 同意 또는 反對하였다는 사실이 확인되지 아니한 경우에는 유족의 同意를 요건으로 하여 장기적출을 할 수 있다(장기등 이식에관한법률 제18조 ②항 2호). 이 경우에 일본은 유족의 意思表示가 없어도 장기적출을 허용하고 있다.

---

56) 추호경, "장기이식과 장기이식법의 운용", 「한일법학회 국제학술회의 자료집」, (1999. 9. 11), 174面.

57) 배종대, 「刑法各論」, (弘文社, 1999), 55面.

④ 遺族의 範圍와 順位

家族 또는 遺族도 臟器提供에 대하여 同意 또는 拒否의 自己決定權을 가지는 것이므로 遺族의 範圍와 順位가 문제가 된다.

'遺族'이라는 개념은 民法上의 親族(民法 제777조)과 區別되고 관습상의 喪主와도 구별된다. '가족' 또는 '유족'이라 함은 살아있는 者, 腦死者 또는 死亡한 者의 i) 배우자, ii) 직계비속, iii) 직계존속, iv) 형제자매, v) 이러한 가족 또는 유족이 없는 경우에는 4寸이내의 친족을 말한다. 다만 14세 미만인 자를 제외한다. 또한 장기 등 기증에 관하여 동의할 수 있는 가족 또는 유족에 대하여 다음과 같이 규정하고 있다. 先順位者 2인을 의미한다. 다만 家族 또는 遺族이 1人인 경우에는 1人, 모두 未成年者인 경우에는 당해 未成年者의 同意외에 未成年者가 아닌 次順位의 家族 또는 遺族 1人이 함께 同意한 것이어야 한다(「장기등이식에관한법률」 제11조 ①항 2호). 先順位者 2人을 확정함에 있어서 先順位者에 포함되는 者가 3人이상인 경우, 즉 ① 最先順位者가 3人이상인 경우에는 最先順位者 중 年長者 2人(「장기등이식에관한법률」 11조 ③항 1호), ② 最先順位者가 1人이고 그 다음 順位者가 2人이상인 경우에는 最先順位者 1人과 그 다음 順位者중 年長者 1人으로 이를 확정한다(「장기등이식에관한법률」 11조 ③항 2호).

독일의 경우에는 사망한 자의 장기적출에 동의할 수 있는 근친자를 기증자의 사망전 2년 이내에 개인적인 접촉이 있었던 자로 한정하고, 근친자간의 우선순위를 배우자, 성년의 자녀, 부모, 성년의 형제자매, 조부모의 순으로 규정하고 있다(독일의 장기의 기증·적출 및 이식에 관한 법률§4(2)).

⑤ 書面에 의한 同意

「장기등이식에관한법률」은 書面에 의한 同意方式을 채택하고 있다. 즉, 本人의 同意는 本人이 署名한 文書에 의한 同意 또는 民法의 遺言에 관한 규정에 의한 遺言의 方式에 의한 同意에 의하도록 하고 있다(「장기등이식에관한법률」 제11조 ①항 1호). 이는 분쟁의 여지를 남기지 않

겠다는 가장 확실한 意思表示의 方法이라고 할 수 있다. 또한 유족의 동의에 대하여 先順位者 2人(家族 또는 遺族이 1人인 경우에는 1人)의 書面에 의한 同意. 다만, 先順位者인 家族 또는 遺族이 모두 未成年者인 경우에는 당해 未成年者의 同意외에 未成年者가 아닌 次順位의 家族 또는 遺族 1人이 함께 同意에 의하도록 하고 있다(「장기등이식에관한법률」 제11조 ①항, 2호).

일본의 경우는 遺族의 反對意思表示에 아무런 方式을 要하지 않고 있다.

Ⅵ. 餘 論

이상에서 「장기등이식에관한법률」과 관련하여 장기이식에 있어서 受容者側面에서와 提供者側面으로 나누어 刑法上 問題를 論議해 보았다. 앞으로 장기이식을 활성화하고 효율적으로 운용하기 위한 과제로서 「장기등이식에관한법률」에 장기공급 확대방안, 의사의 설명의무의 범위와 내용, 공정하고 객관적인 장기이식 대상자 선정기준, 뇌사자와 사망한 자로부터의 장기적출에 있어서 의사무능력자에 대한 보호방안, 극빈자를 위한 의료보험혜택의 확대방안, 장기매매금지원칙과 관련하여 장기제공자 및 그 유족에 대한 실비정도의 장례보조금 등의 적당한 보상금 지급방안, 의사의 책임범위의 설정, 인공장기의 적합성 등을 규율하는 규정을 둘 것인가 하는 점을 연구검토해 볼 필요성이 있다고 생각한다.