

장기 등의 기증계약

안 범 영*

I. 장기기증계약	II. 장기의 적출과 이식
1. 계약자유의 한계	1. 문제점
2. 기증계약의 대상 - “臟器 등”	2. 판결례 - 장기기증자의 손해배상 청구권
3. 장기기증계약의 특성	III. 긴급피난과 기증의무
4. 장기기증의 요건	1. 긴급피난의 적용
5. 뇌사자의 장기기증	2. 기증의무
6. 장기기증계약의 효력	IV. 결론적 고찰
7. 이종이식(Xeno-Transplantation)	

I. 장기기증계약

의료에서 장기이식[臟器移植, organ transplantation, Organplantation]¹⁾은 기존의 치료법으로 회복하기 힘든 각종 말기질환자의 장기를 사체 및 생체에서 적출된 건강한 장기로 대체하는 의료 수술을 가리킨다.²⁾

*고려대학교 법과대학 민법학 교수, 법학박사(Dr. jur.).

- 1) 세계적으로는 19세기말 각막이식 수술이 이루어진 후, 20세기에 들어 신장, 간, 심장, 골수, 폐, 췌장을 포괄하여 장기이식은 특별한 의료기술의 하나가 되었다. 오늘날 장기이식의 의학적 가능성은 그 실현의 기회보다 더 확충되어 있는바, 가족 구성원 내지 친척의 장기기증보다도 사망자의 장기기증이 더욱 보편화되어 있다. Vgl. E. Deutsch, Medizinrecht, 4. Aufl.(1999), Rn. 498. 우리나라에서의 장기이식은 1969년 생체의 신장이식의 성공으로부터 시작되어, 1979년 뇌사자로부터의 신장이식, 1988년 뇌사자로부터 간이식 수술이 성공한 이후 뇌사에 관한 관심이 고조되었다. 1992년에는 췌장 및 심장이식이 성공하게 되어 장기이식이 본격화되기에 이르렀고, 1996년에는 폐이식도 성공하여 사실상 모든 장기의 이식이 가능하게 되었다. 다른 한편으로는 1993년 대한의학협회가 뇌사를 의학적으로 인정하는 “腦死에 관한 宣言”을 발표하였고, 1999년 장기이식법이 제정, 2000년 시행되었는바, 이제 장기이식술은 통상적인 치료방법의 하나로서 자리 잡아가고 있다.
- 2) 장기 등 이식에 관한 법률 제1조; <http://www.amc.seoul.kr/~organ> 참조. 사전적 개념으로서 장기이식은 어떤 조직 또는 장기의 파손된 기능을 대상할 목적으로 원래 존재하는 장소에서 다른 장소로 조직 또는 장기를 옮기는 것을 의미한다. 우리나라는 현재 ‘장기이식법’에 따라 장기이식 대상자 선정을 국가가 전담하여, 전국을 3개 권역으로

위와 같은 이식을 위한 장기기증의 법적 관계를 계약적 법리로서 구성하는 경우,³⁾ 어느 사람 (또는 그의 사체)의 일정 장기의 적출과 그 이식을 목적으로 장기를 무상으로 제공 (또는 공여)하고 받기로 하는 당사자의 합의를 의미한다(동종이식).⁴⁾

그렇지만 현재 우리의 현행 법률에서는 장기기증의 계약 자체에 관해 특별한 규율을 하지 않고 있다. 다만, 그 동안 장기이식에 관한 사회적 관심과 법적 문제에 대응하여 1999년 “臟器 등 移植에 관한 法律”이 특별법으로 제정되어 2000. 2. 9.부터 시행되고 있다. 그밖에 인접한 관련법규로서는 최근 2004년 “인체조직 안전 및 관리 등에 관한 법률”이 제정되어 2005년 1. 1.부터 시행되고 있다.

여기에서는 장기기증(제공)계약에 관한 私法的 考察을 중심으로 하지만, 이에 관한 문헌은 사실상 전무한 상태이다. 따라서 이하에서는 장기이식법 등에 관한 문헌을 참조하여 민사법의 일반 법리를 적용하는 범주에서 일별한다.

1. 계약자유의 한계

인체의 장기를 거래하는 것은 법윤리적으로, 그리고 이에 상응한 전통

구분해 의학적 응급도, 혈액형, 대기시간, 이식 대기자의 나이, 과거 기증여부, 기타 의학 적 기준에 의해 이식 대상자를 선정하고 있다.

- 3) 법리의 구성에 관해서는 계약 이외에 장기기증자의 단독행위로 구성하는 방안도 고려 될 수 있을 것이다. 그밖에 용어에 있어서도 위와 같은 계약의 특성에 비추어 일부 문헌이 ‘제공계약’이라는 표현을 하고 있으나 ‘기증계약’이 보다 적절하다고 할 수 있다.
- 4) 여기에서는 장기의 동종이식을 중심으로 설명한다. 장기 등의 이식에는 자기 자신의 조직·장기의 위치를 옮기는 경우는 자がい식, 타인의 것을 옮기는 경우는 동종이식, 종류를 달리하는 동물로부터 옮기는 것은 이종이식이라고 한다. 자がい식은 옛날부터 행하여졌다. 안면이나 두부에 생긴 피부결손부에 대하여 구간부(軀幹部)의 피부를 이식하는 것은 19세기 중반부터 행하여졌고, 그 후 골절치료의 목적으로 자신의 뼈를 사용하는 일이 널리 행하여지게 되었다. 또 혈관·힘줄·신경 혹은 모발 등의 자がい식도 종종 행하여지게 되었다. 그러나 자がい식에 있어서도 재료의 채취 면에서 현저한 제한을 받게 되고, 특히 장기의 경우에는 의미가 없는 경우가 많다. 따라서 동종이식 또는 이종이식에 의존할 수밖에 없다. 그러나 자가조직 또는 장기 이외로부터의 이식을 시도할 경우에는 당연히 생물학적인 거부반응을 감안해야 하며, 또한 인도적·사회적 문제도 따르게 된다. 이종이식은 오래 전에 양(羊)의 혈액 수혈이 시도된 시대도 있었지만, 근년에는 각막(角膜)·뼈·혈관 등의 이식이 연구되었다. 그러나 두드러진 진전은 기대 되지 않고 있다. [http : //100.daum.net/](http://100.daum.net/) 참조.

적 법리에 비추어 공서양속에 반하여 허용되지 않는다. 그러나 과학기술, 특히 의학 및 의료기술의 발전과 더불어 인간의 생명 유지와 건강 회복을 위한 인도적 차원에서 치료목적의 장기기증은 보편화되어 있어, 이에 관한 법적 규율은 새로운 문제점으로 부각된다.

우리나라는 최근 장기이식을 요하는 환자들이 증가하여 장기의 수요가 급증하는 추세에 있으므로,⁵⁾ 이에 관한 특별한 법적 규율이 불가피하다고 아니할 수 없다. 특히 장기의 밀매 등 불법적이고 반사회적 거래가 성행하여 인권의 침해위험이 높아짐에 따라 “장기 등 이식에 관한 법률”(이하 장기이식법)과 “인체조직 안전 및 관리 등에 관한 법률”(이하 인체조직안전관리법) 등이 마련되어 있다.

장기이식법은 “사람의 臟器 등을 다른 사람의 臟器 등의 機能回復을 위하여 摘出 및 移植”하여 “國民保健의 향상에 이바지”하는 데에만 적용되며(동법 제1조), 기본이념으로서 “인도주의”(제2조 제1항), 그리고 “이웃에 대한 사랑과 희생정신의 존중”(제2조의2)을 선언하고 있다. 또한 인체조직안전관리법도 “사람의 신체적 완전성을 기하고 생리적 기능회복을 위하여 인체조직의 기증·관리 및 이식 등에 필요한 사항을 정함으로써 인체조직의 적정한 수급과 안전성을 도모하고 국민보건향상에 이바지함을 목적”으로 하며(동법 제1조), “인체조직의 기증·관리 및 이식은 인도적 정신”에 따르도록 규정하고 있다(동법 제2조 제1항).⁶⁾

나아가 법윤리적 차원의 규제를 병행하고 있는바, 장기이식법 제2장에서는 장기등이식윤리위원회(기존 生命倫理委員會) 및 國立臟器移植管理

5) 2005. 2. 말 현재 신장, 간장, 췌장, 심장, 폐의 이식 대기 7,123건, 골수, 각막의 이식 대기 6,275건, 뇌사기증자 86명(2004년), 사후 각막기증자 84명(2004년), 골수기증 희망등록자 67,022명, 장기기증 희망등록자(뇌사 또는 사후시 기증) 57,886명에 이르고 있다. www.konos.go.kr 참조. 독일에서도 1990년대 후반에 신장이식에서만 12,000명 이상의 이식대기자가 있으나 3,000건의 이식수술이 이루어지고 있다고 한다. Vgl. E. Deutsch, a.a.O.

6) 인체조직안전관리법의 제정 목적은 “사람의 뼈, 인대 등 인체조직을 이용한 이식재의 수요는 매년 증가추세에 있으나 현재까지 정부차원에서 인체조직 이식재의 유통 및 관리를 할 수 있는 법적인 근거가 없어 안전성이 담보된 인체조직의 유통 및 관리가 제대로 이뤄지지 않고 있는 실정인바, 사람의 신체적 완전성을 기하고 생리적 기능회복과 연구의 목적을 위하여 다른 사람의 인체조직을 기증·채취·저장·처리·보관·분배·이식하는데 필요한 사항을 정함으로써 인체조직 이식 재의 수급 및 안전성을 도모하고 국민보건향상에 이바지하도록 하려는 것”이다.

機關을 두도록 하고(제7-9조), 제3장(臟器 등의 摘出 및 移植 등) 제2절에서는 臟器 등 寄贈者 및 臟器 등 移植待機者의 登錄(제12, 13조)을 규정하고 있으며, 인체조직안전관리법 제6조에서도 인체조직안전관리자문위원회를 마련하여 조직은행의 허가 및 운영 등에 관해 엄격한 관리(동법 제2장)를 도모하고 있다.

그런데 장기이식법은 장기의 기증자와 이식대기자의 등록에 관한 규정만을 두고 있다. 이러한 방식의 장기기증은 私法的 觀點에서 기증을 받는 기관(장기이식법 제12조의 등록기관)과의 장기기증계약이 성립하는 것으로 파악할 수 있다. 이 경우에는 기증된 장기이식 대상자가 특정되어 있지 않아 '장기를 불특정 적격자 일반에게 공여하는 약정'이라고 할 수 있는바, "장기공여계약"이라고 할 수 있을 것이다. 그밖에 개별적 장기제공계약, 즉 기증자가 특정 상대방과 해당 장기를 기증하는 약정이 허용되는가에 의문이 제기될 수 있다. 결론적으로 말한다면 위에서 언급한 바와 같은 법윤리적 관점에서 흠결이 없다면 특정인에 대한 장기기증의 개별계약은 허용된다. 장기이식의 의료실무에서는 오히려 생체이식으로써 특정인에 대한 장기기증이 보편적인바, 이 경우에 사실상 관건은 기증자의 장기기증과 특정 상대방의 해당 장기이식에의 의료적 적합성이라고 할 수 있다. 그밖에 인체조직안전관리법에 의해 규율되는 인체조직의 기증에 관한 사항도 동일한 관점에서 파악할 수 있을 것이다.

그러므로 인체의 장기기증(제공)과 이식에 관한 법적 고찰은 크게 2개의 범주로 나누어 검토될 수 있을 것이다. 우선, 장기기증자와의 해당 장기의 기증 내지 공여의 계약 성립 및 그 유효성에 관한 문제이며, 나아가 그 이행으로서 기증자의 해당 장기의 적출과 그 이식 과정인 의료단계의 문제이다.⁷⁾

그리고 장기 제공의 법적 판단은 생체 또는 사체로부터의 적출인가에 따라 달리 취급되므로 통상적으로 생체와 사체의 장기기증으로 나누어 고찰한다.⁸⁾ 이하에서는 생체의 장기기증을 중심으로 하면서 사체의 장기

7) 기존 사범연수원교재(현대계약법, 2003)에서는 장기의 기증 내지 제공자 측과 수용자 측을 나누어 보고 있으나 그 내용에 있어서는 실질적으로 동일한 관점에서 다루고 있다고 할 수 있을 것이다.

8) Vgl. Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts(1992), § 131, S. 769, Rn. 1 ff., 2. Aufl.(1999), § 131, S. 1040 ff.; W. Bär, in: H. Honsell(Hrsg.), Handbuch des Arztrechts(1994), S. 427 ff.

기증을 비교적으로 함께 검토한다.

2. 기증계약의 대상 - “臟器 등”

장기기증은 어느 사람의 장기를 적출하여 다른 사람에게 이식함으로써 신체적 기능회복을 통해 생명을 보존하고 건강을 회복하는 것을 목적으로 한다. 따라서 인체의 장기는 생물학적으로는 인체의 내장기관들을 가리키는 것에만 국한할 수 있겠으나, 광의적으로 인간의 생명과 건강의 유지에 필요한 기능을 하는 신체 일부를 모두 포괄하는 것으로 개념할 수 있다. 따라서 후자의 관점에서 장기기증계약의 대상으로서 장기는 생물학적 의미의 장기에 국한하지 않는 것으로 파악할 수 있다.

이에 관해 장기이식법 제3조 제1호에서는 “臟器 등”을 “사람 內臟의 여러 器官 등으로서”, “腎臟·肝臟·脾臟·心臟·肺, 骨髓·角膜, 사람의 器官 또는 組織 중 다른 사람의 臟器 등의 機能回復을 위하여 摘出하여 移植될 수 있는 것으로서 大統領令이 정하는 것”으로 정의하고 있다. 현재 이에 관한 시행령의 규정은 없다. 다만, 2005년부터 시행되는 인체조직안전관리법에서는 장기이식법에 의해 규율되는 “장기 등” 이외의 인체조직 이식의 안전 및 관리를 규정하고 있다.⁹⁾ 이와 관련해서 주목할 만한 외국 사례로서는 각막 이외의 무혈장기로서 뇌경막(Dura), 정액(Sperma) 등의 적출과 이식이 문제시되고 있다.¹⁰⁾

장기기증(제공)계약의 목적물로서 장기는, 위에서 살펴본 바와 같이 광의로 개념하는 한, “신체의 일부”라고 할 수 있다. 오늘날 법질서에서 거래 대상은 원칙적으로 외계의 사물로서 객체인 물건을 의미하며, 사람 자

9) 인체조직안전관리법 제3조 (정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다. 1. “인체조직”이라 함은 장기등이식에관한법률 제3조제1호의 규정에 의한 장기등에 속하지 아니하는 다음 각목의 1에 해당하는 것(이하 “조직”이라 한다)을 말한다. 가. 뼈·연골·근막·피부·양막·인대 및 건 나. 심장판막·혈관 다. 신체의 일부로서 사람의 건강, 신체회복 및 장애예방을 위하여 채취하여 이식될 수 있는 것으로 대통령이 정하는 것 … 인체조직은 한 사람의 기증자로부터 불특정 다수의 이식대상자에게 이식이 가능하며 독립적인 생명력을 가지고 있지 않은 신체를 구성하는 요소로서 기증 범위가 장기와 달리 제한되어 있지 않다. 국회 보건복지위원회, 인체조직 안전 및 관리 등에 관한 법률안, 검토보고서(2003. 11.) ; 심사보고서(2003. 12.) 참조.

10) Z. B. “inseminatio post mortem” Vgl. E. Deutsch, a.a.O., Rn. 502, 519.

체 또는 신체의 전부 또는 일부는 불용통물로서, 이를 거래목적으로 하는 것은 선량한 풍속에 반하는 반사회적인 것이다. 서구의 법질서에서도 재화의 유통과 분배를 주로 규율하는 반면, 인간 신체의 일부, 특히 장기에 관한 법적 규율은 사실상 금기시되어 왔다.¹¹⁾ 따라서 실질적으로 장기기증(공여)은 일정 목적에 비추어 예외적으로 허용되는 범위에 한하여 그 기증에 관한 계약의 성립과 그 효력을 논의하게 된다.¹²⁾

이와 같이 장기기증(공여)계약의 유효성을 예외적으로 인정하는 법리적 개념으로서 신체 일부인 장기의 분리와 그 분리된 장기의 계약거래의 객체성에 관해 우선 기존의 논의를 일별하면 다음과 같다.¹³⁾

분리된 신체의 일부의 소유에 관한 법리의 구성에 관하여는 ① 신체에 관련한 인격권이 신체의 일부의 분리에 의하여 당연히 소유권으로 바뀐다는 설, ② 신체 전체는 일종의 물건으로서 인격의 소유에 속하지만, 그것이 인격을 표상하는 동안에는 인격권에 의하여 보호되므로 소유권에 의한 보호를 논할 필요가 없는 것에 지나지 않는다는 설, ③ 신체는 물건이 아니지만 자기가 배타적으로 지배할 수 있는 일종의 지배권이 성립되어 있으므로, 소유권의 규정을 적용하는 것이 마땅하다는 설 등으로 견해가 나뉘어 있다. ② 및 ③ 설에 의하면 신체의 일부가 분리되면 분리 전에 존재하던 지배권이 분리 후에 소유권의 대상으로 존속하는 것으로 파악할 수 있으나, ① 설에 의하면 신체로부터 분리된 물건이 무주물로 되지 않는 이유를 용이하게 설명할 수 없다.

위와 같은 고전적인 법리의 논의는 이미 20세기 초반부터 1960년대에 독일에서 상세하게 논의된 내용과 크게 다르지 않다. 당시에는 신체의 일

11) Vgl. E. Deutsch, a.a.O., Rn. 488. 어느 누구도 그의 일부의 소유자로 간주되지 않는다 [dominus membrorum suorum nemo videtur(Ulpian, D. 9,2,13 pr.)]. Vgl. Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler(Hrsg.), Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung II, S. 741; J. Maier, Der Verkauf von Körperorgan(1991), S. 14 ff.

12) Vgl. E. Deutsch, a.a.O.: "Es ist bezeichnend, daß man im Hinblick auf die Organ des Menschen die Fachbegriffe des Schuld- und Sachenrechts vermeidet."

13) 사법연수원, 현대계약법(2003), 167면 이하; 宋榮珉, 死體 및 人體로부터 派生된 物質의 歸屬權者, 의료법학 제4권 제2호(2003. 12), 398, 411면 이하 참조. 독일에서도 지배적인 견해는 분리된 신체의 일부를 물건으로 파악한다. Vgl. E. Deutsch, a.a.O., Rn. 488.

부에 관한 법적 취급에 관한 논의의 실익이 크지 않았다. 그러나 1970년대에 들어서면서 의료기술의 발달에 따른 장기이식의 문제로 이에 관한 법적 관심이 새로이 부각되었다.¹⁴⁾ 특히 제2차 세계대전 이후에 ‘인간의 존엄(Würde des Menschen)’ 과 ‘인격권(Personalitätsrecht)’ 에 관한 법적 인식을 새로이 하면서 법리 구성이 변화되었다.¹⁵⁾

기존의 전통적인 법리 구성에 따르면, 신체로부터 분리된 장기는 독립된 물건으로 권리의 객체가 되고, 분리 전에 속한 사람의 소유권 유사 배타적 지배권의 대상이므로,¹⁶⁾ 장기기증의 계약은 해당 장기의 처분에 관한 계약을 하는 것이다. 그렇지만 어느 사람의 인체로부터 분리된 장기가 다시 타인에게 이식되어진 경우에는 그 기증자의 배타적인 지배권은 소멸하지만 이식자 신체의 일부가 되어 그의 인격권적 속성으로서 유지된다.¹⁷⁾ 나아가 이와 같이 인체로부터 분리된 신체의 일부를 물건으로 파악한다고 하여도, ‘인격권’ 과 ‘육체’, 그리고 ‘물건’ 이라는 법개념적 파악의 긴장관계가 종결되는 것은 아니며, 적지 않은 사안들에서는 인격권 침해로 파악하는 것이 타당할 것이다.

예를 들어 특정 (의료) 목적으로 냉동 저장되는 정자(Sperma)나 시험관에서 인공수정된 난자(In-vitro befruchtete Ei)가 훼손되는 경우에 물건에 대한 소유권의 침해인가 또는 인격권의 침해인가에 관하여 법리적 의문이 제시될 수 있다. 이에 관하여 전자의 경우에 독일연방법원은 정자 기증자의 신체침해로 본 판결(BGHZ 124, 52)이 있으나 독일 학계의 지배적인 견해는 비판적이었으며, 후자의 경우에 미국의 판결(U.S. District Court, S.D.N.Y. 1978, 74 Civ. 3588)에서는 인격권의 침해를 인정하였다.¹⁸⁾

다만, 인체로부터 분리된 그 일부가 통상적으로 거래 대상이 되는 경우, 예를 들어 인체에서 분리된 머리카락이 가발 등으로 제작·거래되는

14) Vgl. H. Forkel, Verfügungen über Teile des menschlichen Körpers, JZ 1974, S. 593 ff.

15) 사망 후의 사체에 관해서도 인간의 존엄과 인격권의 존속·유지를 인정하는 견해가 유력하게 되었다. Vgl. H. Forkel, a.a.O., JZ 1974, S. 593, 596 ff.; BGHZ 15, 249(259); Cosima-Wagner-Urteil; 50, 133(136 ff.); Mephisto-Urteil.

16) Vgl. E. Deutsch, a.a.O., Rn. 492, S. 358, Fn. 11).

17) Vgl. E. Deutsch, a.a.O., Rn. 488 a.E., 493: “Mit der Einpflanzung in den menschlichen Körper wird das Eigentum am früheren Körperteil aufgehoben”.

18) Vgl. E. Deutsch, a.a.O., Rn. 489.

바, 이는 전형적으로 소유권의 객체인 물건으로 취급된다. 이는 독일민법 제953조에 규정된 바와 같이 어느 물건의 구성부분은 그 분리 후에 그 물건의 소유자에게 귀속한다는 법리를 인체인 경우에도 일응 적용하는 것이다.¹⁹⁾ 그렇지만 특별한 동기에서 연유하여 인체에서 분리된 장기에도 인격권적 속성을 인정한다면 민사법적인 처분권의 포괄적인 법적 보호는 제한을 받게 된다. 즉, 물권적 소유권의 처분보다는 인간의 존엄성과 인격권의 보호가 우선되어야 할 것이다.²⁰⁾

그렇지만 오늘날에도 독일에서는 전통적 법리에 따라 신체로부터 분리된 그 일부인 혈액, 골(수) 등을 일정 기관에 공여하거나, 또는 이식대상자에게 양도하는 것은 소유권 이전으로 파악하는 경향이 주류를 이룬다.²¹⁾ 또한 예를 들어 인체로부터 분리된 머리카락,²²⁾ 골반수술 등에서 분리된 뼈, 출산에서 남겨진 태반(placenta) 등은 물건으로 취급된다.²³⁾ 이

19) Vgl. § 953 BGB **Eigentum an getrennten Erzeugnissen und Bestandteilen** Erzeugnisse und sonstige Bestandteile einer Sache gehören auch nach der Trennung dem Eigentümer der Sache, soweit sich nicht aus den §§ 954 bis 957 ein anderes ergibt : E. Deutsch, a.a.O., Rn. 491 a.E. : "res extra commercium" ; H. Forkel, a.a.O., JZ 1974, S. 593, 595 : ". . . während die überwiegende Lehre ein sofort kraft Gesetzes entstehendes Eigentum desjenigen bejaht, von dessen Leib der Bestandteil entfernt wurde. Die Herkunft aus dem Körper des Betreffenden könnte sicherlich einen genügenden Zurechnungsgrund für einen solchen Erwerb darstellen."

20) Vgl. E. Deutsch, a.a.O., Rn. 490 : "Man wird daher an getrennten Körperteilen beide juristischen Aspekte anwenden, also den des Persönlichkeitsrechts und den des Eigentums. Jedoch geht das Persönlichkeitsrecht im Konfliktfalle vor".

21) 이와 달리 미국의 판결에서는 다른 판단을 엿볼 수 있는바, 다른 의사표시가 없으면 분리된 신체의 일부를 포기하는 것으로 파악하고 있다. Vgl. E. Deutsch, a.a.O., Rn. 492 : Fenner v. State of Maryland 354 A.2d 483 (Maryland 1976) : "By the force of social custom ... when a person does nothing and says nothing to indicate and intend to assert his right of ownership, possession, or control of bodily material, the only rational reference is that he intends to abandon the material."

22) 살아있는 사람의 신체 일부로서 전통적으로 타인의 이익 목적으로 거래의 대상이 된 것은 머리카락이다. 이에 관해 독일에서는 신체로부터 분리되기 전에는 채권계약의 대상으로 삼을 수 있으나, 그 소유권이나 제한물권적 거래는 제한되는 것으로 해석한다. 예를 들어 타인에게 머리카락을 분리하여 양도하기로 한 경우에도 신체로부터 분리하기 전에는 철회할 수 있도록 함으로써 그 분리를 위한 신체의 침습 전에는 계약관계를 해소할 수 있다는 것이다. Vgl. H. Forkel, a.a.O., JZ 1974, S. 593, 이러한 법리는 이하에서 언급하는 바와 같이 장기의 기증에도 적용된다.

23) 死胎의 경우에는 임신 4개월 이상인 것은 '시체해부 및 보존에 관한 법률'에서 屍體로 취급한다. 시체의해부및보존에관한법률 제1조 참조. 적법한 낙태에 의한 사태 조직의 적출 및 이식에 관한 문제는 W. Bär, in : H. Honsell(Hrsg.), a.a.O., S. 432.

렇게 폐기되는 잔존 부분의 소유권은 분리로써 소멸하는 것이 아니라 해당 환자의 소유에 속하며, 통상의 경우에 거래관념에 비추어 진료한 의사 또는 병원 기관에 양도된다.²⁴⁾ 그렇지만 이러한 인체의 일부는 통상적으로 예기되는 적합한 용도에 활용되어야 하며,²⁵⁾ 그렇지 않는 경우에는 해당 환자에게 통지하여 동의를 받아야 할 의무가 있다.²⁶⁾

결론적으로 인체에서 분리된 일부는 소유권의 대상인 물건성이 우선되는 것과 인간의 존엄을 기반으로 하는 인격권적 속성이 유지되어야 하는 것으로 대별할 수 있는바, 인체의 장기는 후자에 속한다.

소유권의 객체로서 물권법적 규율을 적용할 필요성은 특히 분리된 신체 일부가 가공되지 않은 상태에서 곧바로 이식되지 않는 경우, 또는 가공되는 경우에도 일정 기간 유지·보관이 필요한 경우(예를 들어 혈액의 분리·가공, 적출된 각막의 상태 유지)에 부각된다. 헌혈된 혈액의 경우에는 혈액원이 그에 대한 소유권을 취득하며, 직접 타인에게 수혈된 경우에는 헌혈자의 소유권은 소멸되고, 수혈자의 인격권법익의 규율 대상이 된다. 이러한 법리적 전환은 특별한 문제가 없다고 할 수 있을 것이다. 다만, 특정인에게 수혈하는 것으로 예정된 혈액이 착오로 인하여 다른 사람에게 수혈된 경우에 문제가 발생한다. 이 경우에 수혈된 혈액 자체를 다시 환원시킬 수는 없는바, 수혈자에 대해서는 채권법적 부당이득의 법

24) 廢棄物管理法 제2조 제4호: “指定廢棄物”이라 함은 事業場廢棄物 중 廢油·廢酸 등 周邊環境을 汚染시킬 수 있거나 感染性廢棄物 등 人體에 危害를 줄 수 있는 有害한 物質로서 大統領令이 정하는 廢棄物을 말한다. 제4의2호: “感染性廢棄物”이라 함은 指定廢棄物 중 人體組織 등 摘出物, 달지면, 實驗動物의 死體 등 醫療機關이나 試驗·檢査機關 등에서 排出되는 人體에 危害를 줄 수 있는 物質로서 大統領令이 정하는 廢棄物을 말한다. 第3章 廢棄物處理業 등 第26條 (廢棄物處理業) ⑨ 感染性廢棄物의 收集·運搬 또는 처리를 業으로 하고자 하는 者는 다른 廢棄物과 분리하여 별도로 收集·運搬·처리하는 施設·裝備 및 事業場을 設置·운영하여야 한다. <신설 1999. 12. 31>

25) 예를 들어 골반수술에서 분리된 뼈는 假骨(Kallus) 제작에 활용되며, 태반 등은 적혈구(Erythrozyt)가 풍부하여 그에 상응한 의료적 용도에 활용되도록 양도되어야 한다. Vgl. E. Deutsch, a.a.O., Rn. 493.

26) Vgl. E. Deutsch, a.a.O., Rn. 493. 인체조직안전관리법 제7조 (조직의 기증에 관한 동의)
① 조직 기증에 관한 동의는 장기등이식에관한법률 제11조의 규정을 준용한다. ② 제1항의 규정에 의한 동의에는 다음 각호의 사항이 포함되어야 한다. 1. 조직의 보존기간 그 밖의 보관에 관한 사항 2. 동意的 철회 등 동의자의 권리 및 정보보호에 관한 사항 3. 그 밖에 보건복지부령이 정하는 사항 ③ 조직을 채취하고자 하는 자는 제1항의 규정에 의한 동의를 얻는 때에는 미리 제2항 각호의 사항에 대하여 충분히 설명하여야 한다. ④ 동의서의 서식 및 보존 등에 관하여 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다.

리가 적용될 수 있을 뿐이고 물권법적 소유권에 관한 규율은 적용될 수 없다. 결과적으로 절감된 비용으로서 통상 가격에 대한 침해부당이득의 반환이 인정될 수밖에 없을 것이다.²⁷⁾

장기는 통상 적출되고 곧바로 이식되기 때문에 물권법적 규율의 적용이 사실상 문제되지 않는다.²⁸⁾ 따라서 장기의 기증 내지 공여계약의 유효성 여부는 인간의 존엄 및 인격권의 보호라는 관점에서 공서양속에 적합한가의 여부에 달려있고, 구체적 판단에 있어서는 의학적 타당성(장기의 단복·적출에 의한 위험의 정도 등), 당사자 사이의 신분관계, 사회적 인 용도 등이 총체적으로 고려되어야 할 것이다.

3. 장기기증계약의 특성

장기기증(제공)계약은 그 기증자의 생명 또는 건강과 불가분의 관계가 있다. 따라서 인도적 차원의 희생적 기증 내지 공여인 경우에만 허용되어야 한다. 그리고 그 범위도 사회적으로 용인될 수 있는 정도에 한정되어야 하는바, 기증자의 생명과 건강을 해하지 않는 한에서, 그리고 장기이식 이외의 다른 대체적 치료수단이 없는 경우에만 허용될 수 있다(비례성과 무대체성).

장기이식의 수요가 급증하고 있는 현재 상황에 비추어 일부 견해가 장기매매를 긍정하는 견해를 제시하고 있으나, 이는 근본적으로 인간의 존엄과 인격권을 침해하는 것으로서 허용될 수 없다(무상성).²⁹⁾

나아가 국외에서 유상으로 적출한 장기를 이식하는 경우에도 의료보험에서 그 비용을 보상하는 것도, 윤리·도덕적 원칙에 반하는 것으로서 허용되지 않는다.³⁰⁾ 최근 국내에서 장기 기증자가 부족하여 중국 등 외국에

27) Vgl. E. Deutsch, a.a.O., Rn. 493 a.E.

28) Vgl. E. Deutsch, a.a.O., Rn. 492 ; H. Forkel, a.a.O., JZ 1974, S. 593, 599.

29) 이에 관한 논의는 사법연수원, 앞의 책, 169면 이하 ; 朱昊魯, 臟器移植과 臟器移植法の運用, 醫療技術의 發達에 따른 醫療法の 對應(1999), 307, 314면 참조. Vgl. E. Deutsch, a.a.O. : "Organe werden nicht verkauft oder geschenkt, sie werden gespendet, Der Kranke erwirbt sie nicht, er empfängt sie" ; W. Wiegand, in : H. Honsell(Hrsg.), a.a.O., S. 177 f.

30) 독일에서의 이러한 판결은 BSG arztrecht 97, 233 참조. Vgl. § 18 TPG ; E. Deutsch, a.a.O., Rn. 522.

서 장기이식을 받는 사례가 급증하고 있어 장기이식의 많은 문제점을 노정시키고 있다.³¹⁾

장기이식법 제3조 제2호에서는 “臟器 등 寄贈者”라는 용어에서도 그 무상성을 부각시켜 규율하고 있는바, “다른 사람의 臟器 등의 機能回復을 위하여 代價없이 자신의 특정한 臟器 등을 제공하는 者”로 정의하고 있으며, 제6조에서는 臟器 등의 賣買行爲 등을 금지하고 있으며, 인체조직 안전관리법 제3조 제2호에서도 “조직기증자”라 함은 보건복지부령이 정하는 바에 따라 대가없이 특정한 조직을 제공하는 자”로 정의하고, 동법 제5조에서는 인체조직의 매매행위 등을 금지시키고 있다.³²⁾ 이를 위반한 경우에는 장기이식법 제40조 이하, 그리고 인체조직안전관리법 제32조 이하에 의해 형사처벌이 가해진다.³³⁾

그렇지만 私法的 效力에 관하여는 특별한 규정을 두고 있지 않아 결과적으로 사법 일반의 법리적 관점에서 판단되어야 할 것이다. 유상의 대가로서 이루어지거나, 이를 교사, 알선, 방조하는 등의 행위 등에 의한 장기 제공계약은 공서양속에 반하는 반사회질서의 행위로서(민법 제103조) 무효라고 할 것이다.

31) 최근 언론보도에 의하면 중국에서 장기이식을 받은 환자 절반 이상이 부작용에 시달리고 있다고 한다. 중국에서 장기이식을 받는 환자들이 급증하는바, 대한이식학회는 장기이식 및 신장투석 치료를 하고 있는 국내 4개 의료기관을 대상으로 설문조사를 한 결과, 중국에서 장기를 이식한 환자가 99년부터 2004년 8월말까지 6년간 모두 236명으로 집계됐다고 23일 밝혔다. 연도별 이식건수는 ▲99년 2명 ▲2002년 24명 ▲2003년 73명 ▲2004년 8월 현재 124명 등으로 6년 동안 62배나 증가했다. 이식 장기별로는 신장 139명, 간 94명, 췌장 3명 등의 순으로 많았다. 학회는 중국에서 이식수술을 받고 현지 사망하거나, 중국에 입원해 있는 환자, 조사에 응하지 않은 환자 등을 포함하면 실제 중국에서 이식수술을 받은 환자는 이보다 훨씬 많을 것으로 추정했으며, 중국에서 이식수술을 받은 환자들은 ▲사망 8명(3.4%) ▲감염·수술합병증 76명(32%) ▲면역 거부반응 34명(14.4%) 등으로 전체 조사대상 236명 중 절반 이상이 부작용에 시달린 것으로 드러났다고 한다. 이식수술 평균 비용도 간이식 6천700만원, 신장이식 3천800만원 등으로 고가였으며 5천만원을 기탁한 후에야 수술을 받을 수 있었다는 환자도 있었다고 한다. 그밖에 의료계에서 이러한 해외의 진료 및 장기이식 등으로 인한 외화유출은 연간 1조원에 이르는 것으로 추정한다고 한다. find. joins.com/search_web.asp ; 동아일보(2004. 10. 25.) A31면 참조.

32) 장기이식법 第6條 (臟器등의 賣買行爲등의 금지) ; 인체조직안전관리법 제5조 (조직의 매매행위 등의 금지).

33) 장기이식법 第40條 (罰則) ; 인체조직안전관리법 제5장 벌칙 등 참조. 그밖에 인체조직 안전관리법상 조직은행은 동법 제13조 제2항 제2호에 의해 “조직에 관련된 사업을 주된 목적으로 하여 설립된 비영리법인”이어야 한다.

장기이식법 제37조에서는 장기 등의 적출·이식에 소요되는 비용은 해당 장기 등을 이식받은 자가 부담하도록 하고, 그 비용의 산출은 국민건강보험법이 정하는 바에 의하며, 동법 제38조에서 장기 등 이식대기자로 등록하고자 하는 자는 등록기관의 장에게 수수료를 납부하도록 규정하고 있다. 인체조직안전관리법 제31조에서도 “조직의 채취 및 이식에 소요되는 비용은 해당 조직을 이식받은 자가 부담”하며, 그 비용의 산출은 국민건강보험법이 정하는 바에 의하도록 규정하고 있다.³⁴⁾

결론적으로 신체에서 분리된 장기가 거래의 객체로서 유효한 계약이 되기 위해서는 무상의 기증 내지 공여에 한정되어야 하므로, 증여에 유사한 무상의 양도형 계약의 일종으로서 편무계약이라고 할 수 있을 것이다. 다만, 장기기증에 따르는 실비보상(적출시술비, 교통비, 일일소득의 보상 등)과 후유증의 회복을 위한 조치(예: 생명보험 등의 가입과 보험료의 지급, 기금의 납부 등) 및 약품 등의 제공 등은 장기기증의 대가적 유상성과는 구별하여 허용하여야 할 것이다.³⁵⁾

독일에서는 생체의 장기기증의 경우는 질병으로 취급되지 않으나, 보험사가 그로 인한 치료비와 일일수익에 대한 보험금 지급을 거절한 사례가 있었다. 그러나 장기기증으로 인한 후유증과 실업 등의 경우에는 근로 중 사고와 동일하게 취급한다. 이에 관해서 독일연방노동법원(BAG)은, 피보험자의 형제가 근로사고를 당하여 피보험자가 피부기증자로서 3주간 입원하게 된 사안에서 기증자의 사용자에 대한 급여 지급의 청구를 부인하였으나 장기이식자의 사고보험의 급여를 받을 수 있다고 하였다. 우리나라에서도 건강보험의 경우에는 장기기증자에게 후유증 등이 발생한 경우에는 기증자의 질병으로 취급하지 않으며, 의료적 적합성이 있는 장기이식인 경우에 한하여 장기이식자의 보험(요양보험)으로 처리된다.³⁶⁾

34) 장기이식법 第37條 (臟器 등의 摘出·移植 費用의 부담 등), 第38條 (手數料); 인체조직안전관리법 제31조 (비용의 부담 등) 참조.

35) 朱昊魯, 앞의 글, 307, 314면 참조. 현재로서는 골수이식의 경우에 이식시술 후 4개월 범위 내에서 보험가입이 가능하다고 한다. Vgl. J. Maier, a.a.O., S. 28 ff.

36) Vgl. www.hira.or.kr 고시 참조. 사랑의 장기기증본부에서는 장기이식의 수혜자의 기부금으로 적립한 보로기금으로 해결하고 있다. 이와 관련해서 장기 기증자가 그 후유증으로 노동능력을 상실하여 실업이 된 경우에 고용보험에 의한 실업급여를 지급받을 수 있는지의 여부에도 의문이 제기된다. 실업급여는 고용보험의 요건에 따라서 지급되는

4. 장기기증의 요건

장기의 기증은 그 목적이 승인되더라도 기증자의 생명과 건강의 침해성에 비추어 민사 일반의 의료계약에서와는 달리 고도의 규제가 수반된다. 특히 생체의 장기기증자의 자발적이고 명시적인 동의, 즉 계약의 성립 및 유효요건으로서 승낙 내지 청약이 있어야 하며, 그에 관한 특별한 보호와 배려가 갖추어져야만 한다.

가. 기증자의 동의

장기이식에 관한 입법적 모델로서는, (1) 근본적으로 장기적출을 원칙적으로 허용하고 사망자가 생전에 이를 거부한 경우에는 적출할 수 없으며, 유족도 거부할 수 없도록 하는 항변모델(Einspruchslösung bzw. Widerspruchslösung),³⁷⁾ (2) 사망자가 생전에 동의한 경우에 장기적출을 원칙적으로 허용하고, 그렇지 않은 경우에는 유족에게 장기적출 및 이식에 관하여 안내하고 일정 기간 내에 거부하도록 하는 안내모델(Informationslösung), (3) 사망자가 생전에 동의하거나 또는 사후에 유족이 동의한 경우에만 장기적출이 허용되는 동의모델(Zustimmungslösung)이 고려된다.³⁸⁾

우리의 입법은 (3) 동의모델의 방식을 취하고 있다고 할 수 있다. 이에 관해 장기이식법 제11조 제1항에서는 “臟器 등의 寄贈에 관한 同意”를 “문서 내지 유언에 의한 방식”으로 하도록 하고, “寄贈者 本人 및 家族·遺族의 同意”를 나누어 규율하고 있으며, 인체조직안전관리법 제7조 제1항에서는 장기이식법의 해당 규정을 준용하고 있다.³⁹⁾

것으로서 장기이식에 의해 실업이 초래되었는가는 결정적인 요건이 되지 않는다(고용보험법 참조). 다만, 장기기증으로 인한 후유증으로 직업 활동을 영위할 수 없는 상태라면 구직활동의 가능성이 없어 사실상 실업급여를 받지 못할 가능성이 있을 것이다.

37) 스위스의 대부분의 주(Kanton)들은 항변모델을 채택하고 있다. 그렇지만 사망자의 생전에 서면에 의한 동의가 있는 경우에도 유족들에게 장기적출의 양태 등에 관한 설명 의무를 부과하고 있어, 사실상 유족 등의 동의를 받는 것과 다를 바 없다. Vgl. W. Bär, in: H. Honsell(Hrsg.), a.a.O., S. 428 ff.

38) Vgl. E. Deutsch, a.a.O., Rn. 499, 이에 관한 독일의 입법 연혁은 W. Uhlenbruck, in: Laufs/Uhlenbruck, a.a.O., § 131, S. 769 f., Rn. 2, S. 772, Rn. 8, 2. Aufl.(1999), § 131, S. 1042 참조.

39) 장기이식법 第11條 (臟器 등의 寄贈에 관한 同意) ; 동시행령 제12조의2 (장기 등 기증에 관한 동의) ; 인체조직안전관리법 제7조, 제8조 참조.

기증의 의사표시는 본인의 자발적 의사가 절대적으로 존중되어야 한다 (장기이식법 제2조 제2항, 인체조직안전관리법 제8조). 장기이식을 기다리는 환자에게는 생명유지와 건강회복의 유일한 희망이지만, 그렇다 하더라도 장기기증은 강제될 수 없으며, 어떠한 도덕적 압력과 감정적 회유를 가하는 것도 금지된다. 이러한 원칙은 살아있는 자, 사망자 및 뇌사자 모두에게 적용된다.⁴⁰⁾

이러한 법리적 제한은 생체의 일부인 장기를 적출하여 기증하는 경우, 인간의 존엄에서 파생되는 살아있는 자의 신체의 권리(Recht am Körper)와 그에 수반된 인간의 기본적 법익으로서 인격(Person)과 분리될 수 없는 인격권(Persönlichkeitsrecht)이 존중되어야 한다는 것을 의미한다. 이는 생체의 전부, 그리고 그로부터 분리되지 않은 일부인 장기 등도 소유권의 대상이 될 수 없다는 것이다.

신체의 권리는 2가지 측면에서 고려되는바, 그 하나는 소극적으로 가해의 침해에 대한 보호(Schutz vor schädigenden Eingriffen)를 목적으로 하며, 특히 신체적 완전성(körperliche Integrität)을 보전하는 것이다. 다른 하나는 적극적으로 그 권한자에게 신체에 대한 결정(Bestimmung über den Körper)을 보장하는 것이다.

후자와 관련된 신체에 대한 처분은 그 개인에게 유보되어 있다. 그렇지만 이러한 처분의 자유는 또한 윤리칙(Sittengesetz)에 의해 제한되는바, 임의의 자해(Selbstverstümmelung)는 승인되지 않는다. 이에 대해서는 국방을 위한 병역의무 등의 특별한 예외⁴¹⁾ 이외에는 원칙적으로 법적 제재가 수반되지 않는다.

어느 사람 자신의 신체에 관한 결정권한은 그 침해에 대해 근본적으로 그 사람의 동의를 요구한다. 이러한 법리는 장기이식 및 신체조직의 이식

40) 그러므로 사망자 또는 뇌사자가 생전에 장기적출을 거부한 경우에는 사후에 유족들도 장기적출과 기증을 할 수 없다. Vgl. W. Uhlenbruck, in: Laufs/Uhlenbruck, a.a.O., §131, S. 772, Rn. 9, 2. Aufl.(1999), §131, S. 1045, Rn. 10. 그밖에 朱昊魯, 앞의 글, 307, 314면 참조. 스위스민법 제28조(Art. 28 ZGB): W. Wiegand, in: H. Honsell(Hrsg.), a.a.O., S. 178 참조.

41) 兵役法 제86조 (逃亡·潛匿 등) 병역의무를 기피하거나 감면받을 목적으로 도망하거나 행방을 감춘 때 또는 신체손상(身體損傷)이나 사위행위(詐僞行爲)를 한 사람은 1년 이상 3년 이하의 징역에 처한다. Vgl. Wehrpflicht § 109 StGB: H. Forkel, a.a.O., JZ 1974, S. 593, 595.

에서도 동일하게 적용된다. 신체를 다른 사람의 처분에 내맡기는 것은 인격을 단순히 객체화시키는 결과를 초래하므로, 인간의 실존에서의 신체가 의미하는바, 그에 대한 자기결정권(Selbstbestimmungsrecht)의 종국적 양도는 허용될 수 없는 것이다. 또한 단순한 신체의 침해에 대한 동의도 항상 자유로이 철회할 수 있는 것이다.⁴²⁾

독일의 의료실무에서는 확장된 뇌에 두개골 없이 출생하여 곧바로 사망하게 될 무뇌증(Anenzephalen) 신생아의 장기를 의료기관이 임의로 적출하여 이식할 수 있는가라는 문제가 제기되었다. 그러나 이 경우에도 그 신생아의 인격적 법익을 대변할 수 있는 부모 등의 동의가 있어야 장기적출에 의한 이식이 허용된다.⁴³⁾

나. 설명의무

장기기증의 동의 내지 승낙에는 그에 관한 충분한 상황 이해가 전제되어야 할 것이다. 통상의 계약체결에 있어서는 그 계약체결에 의한 법적, 경제적 효과 및 그에 수반되는 위험 등은 당사자가 스스로 부담하지만, 장기를 기증하는 자에게 초래되는 불이익과 생명, 신체의 법익의 중요성에 비추어 기증자의 이익을 우선하여 청약과 승낙의 합의의 요건을 보다 엄격히 적용하여야 할 것이다.

특히 지적 능력이 낮거나 판단력이 열약한 자의 장기기증의 의사표시의 상대방에게는 물론이고, 통상의 판단력을 갖춘 성인의 장기기증에서도 기증을 받는 기관 또는 이를 매개하는 등록 및 의료기관에게 특별한 조건 및 설명의무가 부과될 수 있을 것이다.⁴⁴⁾

장기이식법은 의사표시의 자발성을 확보하기 위해 장기적출 전에 의사의 설명의무를 규정하고(동법 제19조 제2호), 적출을 위한 시술 전에 언제든지 기증자가 그 동의의 의사표시를 철회할 수 있도록 하고 있다(동법 제18조 제3항). 또한 인체조직안전관리법 제7조 제3항에서도 인체조

42) Vgl. H. Forkel, a.a.O., JZ 1974, S. 593, 595.

43) Vgl. W. Uhlenbruck, in : Laufs/Uhlenbruck, a.a.O., § 131, S. 771, Rn. 5.

44) Vgl. E. Deutsch, a.a.O., Rn. 506 : "Auskunftsspflicht", 511 f. : "Mitteilungspflicht von Krankenhäusern" ; W. Uhlenbruck, in : Laufs/Uhlenbruck, a.a.O., § 131, S. 775, Rn. 20; J. Maier, a.a.O., S. 18 f.

직의 채취에 관한 동의를 얻는 때에 일정 사항을 충분히 설명하도록 규정하고 있으며, 제8조 제3항에서도 조직의 채취에 “동의를 한 자는 조직의 채취를 위한 수술이 시작되기 전까지 언제든지 조직채취에 관한 동의의 의사표시를 철회할 수” 있도록 규정하고 있다.⁴⁵⁾

그리고 의료상의 목적에 비추어서도 장기의 적출과 이식의 위험성과 효과 등에 관하여 장기기증자는 물론, 장기이식을 받는 환자에게도 충분하고 상세한 설명이 있어야 한다.⁴⁶⁾

다. 동의능력 및 적격

장기기증의 의사표시의 유효성에 관하여는 당연히 민사 일반의 법리가 적용된다. 그리고 장기기증의 위험성에 비추어 부가적으로 그 요건이 가중되어야 한다.

미성년, 정신장애자 등의 경우에도 반드시 본인의 동의가 있어야 하며, 법정대리인에 의해서만 이루어지는 장기기증의 의사표시는 효력이 없다 (무효 또는 취소의 가능). 또한 본인의 자발적인 동의가 있다하더라도 부모 내지 법정대리인의 동의가 있어야 할 것이다.⁴⁷⁾ 장기이식법 제18조 제2항 제2호 단서에서는 “本人이 16歲 미만의 未成年者인 경우에는 그 父母가 臟器 등의 摘出에 同意한 경우에 한한다”고 규정하고 있으나 이 경우에도 그 동의에 관해 해당 연령에 상응한 통찰력을 갖추고 있어야만 한다.⁴⁸⁾ 인체조직안전관리법 제8조 제1항 제2호 단서에서도 “본인이 16세 미만의 미성년자인 경우에는 그 부모가 조직의 채취에 동의한 경우” 한정하고, 동조 제2항에서는 “본인의 동의가 있는 경우에 한하며, 나아가 동조 단서에서는 “미성년자의 조직을 채취하고자 하는 경우에는 본인의

45) 장기이식법 第18條 (臟器 등의 摘出要件), 第19條 (臟器 등의 摘出시 준수사항); 인체조직안전관리법 제7조 (조직의 기증에 관한 동의), 제8조 (조직의 채취요건) 참조.

46) Vgl. W. Uhlenbruck, in: Laufs/Uhlenbruck, a.a.O., § 131, S. 776, Rn. 23, 2. Aufl.(1999), § 131, S. 1045, Rn. 11.

47) 宋榮珉, 앞의 글, 의료법학 제4권 제2호(2003. 12), 398, 403면 이하 참조. 독일에서의 법정대리인과 가족 또는 친족의 동의에 관해서는 W. Uhlenbruck, in: Laufs/Uhlenbruck, a.a.O., § 131, S. 773, Rn. 12 ff., S. 775, Rn. 20, 2. Aufl.(1999), § 131, S. 1045, Rn. 10 참조.

48) Vgl. W. Uhlenbruck, in: Laufs/Uhlenbruck, a.a.O., § 131, S. 773, Rn. 11, 2. Aufl.(1999), § 131, S. 1045, Rn. 10

동의 외에 부모의 동의“를 얻도록 규정하고 있다.

그밖에 미성년자 또는 정신장애자가 아니라 할지라도 공박한 상태에 있는 자가 장기 기증을 하는 경우에도 그 효력을 부인하여야 한다. 예를 들어 유상의 장기제공계약이 허용되지 않는바, 경제적 궁핍은 물론, 수형자 등의 경우에도 사실상 자유로운 의사결정을 기대할 수 없는 상황에 처하여 있는 한, 장기기증의 의사표시는 그 효력을 인정할 수 없는 것이 원칙이다.⁴⁹⁾

라. 사후의 장기기증

사체 장기의 이식에서는 생체인 경우와 달리, 기증자의 생명, 건강의 위해성이 없어 장기기증의 공리성이 우선될 수 있을 것이다. 그러나 사체도 해당 사망자의 인격이 마땅히 존중되어야 하며, 우리의 풍속에 비추어서도 상당한 제약이 따른다.

사체의 권리객체성에 관하여 다음과 같은 다양한 견해를 일별할 수 있다.⁵⁰⁾

물건이라고 하는 설에서는 ① 사망과 동시에 피상속인의 신체권이 소유권으로 전화하여 상속인에게 돌아간다고 하는 견해, ② 생전지배권의 객체

49) 현재 국제적으로 인권문제 때문에 사형수에서 장기 적출은 못하도록 되어 있으며, 국내에서도 80년대 초반 이후로는 사형수로부터의 장기이식은 시행되지 않고 있다고 한다. 사형수에게 이식 날짜를 잡고 그날에 사형을 집행한다면 아무리 장기기증 동의를 받았더라도 심각한 인권유린이 되는 것이고 윤리적으로 용납될 수 없는 것이다. 그런데 대한이식학회의 발표에 의하면 최근 해외 특히 중국에서 장기이식을 받는 환자가 급증하고 있는데, 중국에서 장기기증자는 95% 이상이 뇌사자인 것으로 추정되며, 거의 대부분이 사형수로부터 적출이 이루어져 법윤리적으로 허용될 수 없는 문제점을 내포하고 있다. 또한 사형수 이식의 또 다른 문제점으로 공여자의 정보가 전혀 없어, 과거 어떤 질병을 앓았는지 지금 어떤 질병에 걸려 있는지 장기 상태가 어떠한지에 대한 정보가 거의 없는 상태에서 이식이 이루어진다고 한다. 따라서 합병증의 다발, 그리고 특히 의료기술의 미숙으로 인한 합병증이나 감염에 의한 합병증이 많이 발생하고 있다고 한다. 이러한 경우에 합병증이 발생하는 경우 비용은 기하급수적으로 증가하게 되며, 사형수에게서 장기이식을 받는 것은 중국에서도 공식적으로는 불법이기 때문에 수술 받은 환자도 같이 처벌을 받게 돼 환자가 이의를 제기하지 못하고 문제에 대한 적절한 해결을 찾지도 못한다고 한다. 신장저널 2004. 11. 9. ok0875.egloos.com 참조.

50) 사법연수원, 앞의 책, 168면 이하 참조. 보다 상세하게는 宋榮珉, 앞의 글, 의료법학 제4권 제2호(2003. 12), 398, 405면 이하 참조. 이러한 학설의 전개는 독일의 전통적 법리논의와 유사하며, 우리의 조상승배와 제례의 전통에 의해 일부 수정된 양상을 보인다. Vgl. H. Forkel, a.a.O., JZ 1974, S. 593, 596 f.; J. Maier, a.a.O., S. 39 ff.

인 신체는 사망에 의해 사체라는 물건이 되어 그 지배권 내지 소유권은 상속인에게 승계되고 사체에 관한 상속인의 공유도 인정된다는 견해, ③ 사체의 소유권은 상속에 의하여서가 아닌 관습법상의 상주이어야 하는 자에 귀속하고, 그 내용은 사용·수익·처분이 아닌 오로지 매장·제사 등을 이루는 것으로 방치도 허락되지 않는다는 견해 등으로 나뉘어 있다.

이와 달리 사체는 법률상 물건이 아니라는 설에서는 ④ 사용·수익이 될 수 없고 방치도 허락되지 않으므로 사체는 소유권의 객체가 아니고, 매장·화장의 권리나 점유자에 대한 인도청구권은 일반인에 대하여 대세권적인 관습상의 특별한 권리로부터 생긴다고 하는 견해, ⑤ 사체는 사회관념상 지배할 수 있는 성질이나 권리의 객체로 이루어져야 할 성질을 갖지 못하므로, 주인이 없는 상황에서도 선점을 허락하지 않는 것으로 물건이 아니라는 견해, ⑥ 사체에는 여전히 사체의 인격권이 존속하고 단순히 관습법상의 상주이어야 할 특정 친족의 매장권의 목적인 것에 지나지 않는다는 견해 등이 있다.

그리고 사체 및 그 일부인 장기의 처분권자에 관해서도 일련의 견해들이 제시되고 있다.⁵¹⁾

상속인소유설에 의하면, 상속인이 공서양속에 반하지 않는 한도에서 자유로이 사체를 처분할 수 있으며, 또한 그것을 예기하여 피상속인이 생전에 자기의 사체의 처분을 정한 유언 및 그 외의 법률행위도 공서양속에 반하지 않는 한 유효하다고 해석한다. 관습법상의 상주소유설에 있어서는 사자가 생전에 자기의 사체의 처분에 관해 행한 계약 내지 유언은 공서양속에 반하지 않는 한 유효하고 관습법상의 상주 또는 유언집행자는 그 취지에 따라 사체를 처분하여야 할 의무가 부여된다고 해석하는 견해와 사자가 생전에 행한 사체의 처분에 관한 계약이나 유언은 공서양속에 반하지 않는 것이라도 유족에 대해 법률상 구속력을 갖지 않는다는 견해가 대립한다.

사체를 물건이라고 보지 않는 설에 있어서도 사체의 처분에 관한 사자의 의사표시를 공서양속에 반하지 않는 한 유효하다고 해석하고 있다.

이와 관련해서 비교법적으로는 1934년 독일의 화장법(FeuerbestG) 규

51) 사법연수원, 앞의 책, 169면 참조. Vgl. H. Forkel, a.a.O., JZ 1974, S. 593, 599; J. Maier, a.a.O., S. 46 ff.

정을 참조할 수 있다. 동법 제2조 제1항에서는 장례의 양태는 사망자의 의사에 의해 정하도록 하고 있으며, 동조 제2항에서는 사망자가 이에 관해 아무런 의사를 표시하지 않은 경우에만 유족이 결정하도록 하고 있다. 이와 관련해서 독일의 지배적인 견해는 일반적으로 사람에게 그의 신체의 운명에 관해 결정할 수 있는 권리를 부여하며, 오직 보충적으로 유족에게 그에 관한 결정을 하도록 하여야 한다는 입장을 표명하고 있다.⁵²⁾ 특히 인격권(Persönlichkeitsrecht)을 강조하는 견해는 어느 사람의 그의 신체에 관한 인격권의 효력이 사망 이후에도 존속하는 것으로 파악한다. 따라서 생전에 그의 신체에 관한 결정권은 사망한 후에도 사체의 운명에 대해서도 영향을 미치며, 그에 관해 타인에게 맡겨놓지 않은 한, 그에 대한 존중은 유족들에게 귀속한다는 것이다.⁵³⁾

사건으로는 사체의 배타적인 처분권은 특정 목적(매장 등)에 한정되어 상속권자에 속한다고 할 수 있을 것이다. 특히 이와 관련해서 장기이식법 제18조 제2항 제1호 단서에서는, 장기적출을 뇌사 또는 사망 전에 본인이 동의한 경우에도, “그 家族 또는 遺族이 臟器 등의 摘出을 명시적으로 거부하는 경우를 제외”하고 있으며, 인체조직안전관리법 제8조 제1항 단서에서도 동일하게 규정하고 있다. 따라서 장기기증에 관한 유언의 법적 구속력도 인정될 수 없다고 해석된다.

그밖에 사형수인 경우에 형 집행 후에 장기를 기증하는 계약은 구체적 상황을 고려하여 판단되어야 한다. 이에 관해서 장기이식법은 아무런 규정을 두고 있지 않으나, 이 경우에도 공리성만을 우선하여서는 아니 되며, 장기이식법이 정하고 있는 규범취지와 목적에 상응한 규율이 적용되어야 한다.

나아가 법일반의 기본원칙의 준수 여부, 그밖에 궁박한 상태 등에서 비롯된 의사표시인지를 검토하여야 할 것이다(민법 제104조). 현행 행형법 제61조에서도 수용자의 시체가 학술연구상 해부하기 위하여 병원 기타 연구기관에 교부되기 위해서는 “본인의 유언 또는 상속인의 승낙”이 있

52) Vgl. H. Forkel, a.a.O., JZ 1974, S. 593, 596.

53) Vgl. H. Forkel, a.a.O., JZ 1974, S. 593, 597.

는 경우에 한하여 할 수 있다고 규정하고 있다.⁵⁴⁾ 그러나 이 경우에도 본인의 유언이 있을지라도 상속인이 철회할 수 있도록 하여야 할 것이다.

5. 뇌사자의 장기기증

환자의 치료를 위한 장기이식에서는 의료상 적출된 장기의 신선도가 중요하다. 따라서 생물학적으로는 신체가 기능을 유지하지만 사실상 사망과 동일시할 수 있는 뇌사자의 장기기증을 제한적으로 허용하여, 이에 관해 장기이식법은 특별한 규정을 마련하고 있다.

우선 뇌사(Hirntod)라고 하더라도 생물학적 생명이 종료되지 않은 한, 사망한 것으로 간주할 수 없는 것이 원칙이다. 따라서 뇌사 여부의 판단에는 법윤리적 엄격성이 요청되는바, 불가역의 뇌사(irreversibler Hirntod)의 경우에만 장기적출이 인정된다.⁵⁵⁾

우선 뇌사자의 사망에 관하여 장기이식법 제17조(腦死者의 死亡原因)는 “腦死者가 이 法에 의한 臟器 등의 摘出로 死亡한 때에는 腦死의 원인이 된 疾病 또는 행위로 인하여 死亡한 것으로 본다.”고 하여 사망의

54) 行刑法 第57條 (死刑의 執行) ① 死刑은 矯導所와 拘置所안의 死刑場에서 執行한다. <改正 1995. 1. 5> ② 國家慶祝日, 日曜日 其他 公休日에 死刑을 執行하지 아니한다. 第58條 (屍體의 假埋葬等<개정 1999. 12. 28>) 收容者가 死亡한 때에 그의 親族 또는 親知가 그 屍體를 即時 引受하지 아니하면 이를 假埋葬하여야 하며 必要한 때에는 火葬할 수 있다. <改正 1995. 1., 1999. 12. 28> 第59條 (屍體, 遺骨의 交付) 屍體 또는 遺骨은 請求에 依하여 親族 또는 親知에게 交付한다. 다만, 合葬後에는 交付를 請求할 수 없다.<개정 1999. 12. 28> 第60條 (屍體, 遺骨의 合葬) 屍體 또는 遺骨을 假埋葬한 後 2年을 經過하여도 交付를 請求하는 者가 없을 때에는 合葬할 수 있다.<개정 1999. 12. 28> 第61條 (屍體의 解剖) 收容者의 屍體는 學術研究上 必要한 때에는 本人의 遺言 또는 相續人의 承諾이 있는 境遇에 限하여 解剖하기 爲하여 病院 其他 研究機關에 교부할 수 있다. <改正 1995. 1. 5, 1999. 12. 28> 권복규, 인체조직물의 연구 목적 활용과 관련된 윤리적 문제, 의료·윤리·교육, 제6권 제1호(2003. 6.) 참조.

55) Vgl. W. Uhlenbruck, in: Laufs/Uhlenbruck, a.a.O., § 131, S. 770, Rn. 4: “Der Hirntod ist der vollständige und irreversible Zusammenbruch der gesamten Funktion des Gehirns bei noch aufrechterhaltener Kreislauffunktion im übrigen Körper. Dabei handelt es sich ausnahmslos um Patienten, die wegen Fehlens der Spontanatmung kontrolliert beatmet werden müssen. Der Hirntod ist der Tod des Menschen. Der Tod kann daher – außer nach Aufhören von Atmung und Herzschlag – auch dann festgestellt werden, wenn das Vorliegen der nachfolgend aufgeführten Kriterien des Hirntodes in Klinischer Symptomatologie, während angemessener Beobachtungszeit und ggfls mit apparativer Zusatzdiagnostik nachgewiesen ist.”, 2. Aufl.(1999), S. 1044 f., Rn. 8.

원인 사실을 의제하고 있다.

그리고 장기이식법은 제3장 제3절에서 “腦死의 판정”을 특별히 엄격하게 규율하고 있는바, 제14조(腦死判定醫療機關 및 腦死判定委員會), 제15조(腦死의 判定申請), 제16조(腦死의 判定 등), 제16조의2(뇌사판정대상자관리전문기관)에서 이에 관하여 규정하고 있다.⁵⁶⁾ 뇌사판정위원회의 구성 및 판정서에 관한 사항은 각 동법 시행령 제15조, 제16조에 규정하고 있으며, 뇌사판정의 신청 및 조사 등의 절차는 동법 시행규칙 제6조 이하에서 상세하게 규정하고 있다.⁵⁷⁾

뇌사자는 자신이 장기기증에 관한 명시적 의사표시를 할 수 없으므로 장기기증의 계약은 그에 관한 엄격한 처분권한의 제한이 필요하다. 장기이식법 제18조와 인체조직안전관리법 제8조에서 이에 관해 상세히 규율하고 있다.

6. 장기기증계약의 효력

장기를 기증하는 계약이 유효하게 성립된 경우에도 또한 장기제공의 특수성에 비추어 그 법적 효력은 제한되어야 한다.

“계약은 준수하여야 한다”는 법명제에 충실하게, 장기기증자는 해당 장기를 상대방에게 제공하여야 할 것이다. 그러나 장기의 제공은 그 기증자 자신의 생명과 건강을 본질적으로 위해하는 것이므로 그 이행을 강제하는 법적 구속력은 없다.

이미 언급한 바와 같이 현행법의 법리적 관점에서는 장기기증계약을 증여계약 유사의 양도형 계약의 일종으로 파악할 수 있다. 그런데 재화를 목적으로 하는 증여계약에서도 書面에 의하지 않은 경우에는 履行하지 않은 部分은 解除할 수 있으며(민법 제555조), 目的物에 瑕疵가 있어도

56) 장기이식법 第14條 (腦死判定醫療機關 및 腦死判定委員會), 第15條 (腦死의 判定申請), 第16條 (腦死의 判定等), 제16조의2 (뇌사판정대상자관리전문기관), 나아가 인체조직안전관리법에서는 제2조 제5호에서는 “살아있는 자”·“뇌사자”·“가족” 또는 “유족”의 정의는 장기등이식에관한법률 제3조를 준용하고 있다.

57) 장기이식법 시행령 제15조 (뇌사판정위원회의 구성 등), 제6조 (뇌사판정의 신청), 제7조 (뇌사의 조사절차 등), 제8조 (뇌사판정관련 자료 등) 참조.

원칙적으로 擔保責任을 지지 않으며(민법 제559조), 서면에 의한 증여계약인 경우에도 忘恩行爲(민법 제556조) 또는 事情變更에 의한 契約解除가 인정된다(민법 제557조). 그러므로 인체의 장기를 제공하는 약정에서는 법적 구속력이 그 이상으로 제한되어야 할 것이다. 즉, 장기기증을 약정한 자는 언제든지 자유로이 계약을 해제할 수 있으며, 하자 및 이행의 담보책임도 없다고 하여야 한다.⁵⁸⁾

결론적으로 이러한 의미에서 장기기증계약은 不完全債務(自然債務)로서, 법적인 請求力과 給付保有力은 있으나 訴求可能性과 強制執行의 可能性(攻取力)이 결여되어 있는 債務라고 할 수 있다. 그러나 단순히 도의적이거나 호의적인 것으로서 法的 規律의 대상이 되지 않는 것과 다르다. 이에 관한 실정법적 근거로서는 이미 위에서 제시한 장기이식법 제18조 및 인체조직안전관리법 제8조의 동의 및 철회의 임의성을 지적할 수 있을 것이다.

나아가 장기기증계약이 이행된 경우에는 비록 계약이 무효·취소인 경우, 그리고 해제·해지 사유가 있다할지라도 원상회복을 위해 이식자로부터 재차 장기적출을 요구할 수 없다.

그밖에 장기 또는 인체조직의 기증(공여)자가 질병 등에 감염된 사실을 알고서도 기증(공여)계약을 체결하거나 적출시술에 동의하여 이식을 받은 자에게 위해를 초래하는 경우에 대한 법리적 검토는 실익이 적다. 특히 이하에서 살펴지듯이 장기 및 인체조직의 이식에는 의료기관에 의해 의료적 적합성이 엄정하게 검증되도록 규정하고 있다는 점을 고려하여야 한다.⁵⁹⁾ 그럼에도 불구하고 계약의 법리상으로는 채무불이행으로서 불완전이행의 성립하여 이행이익과 부가적 손해의 배상을 인정할 수 있다. 그러나 과실에 의한 기증(공여)자의 계약책임은 인정되기 어려울 것으로 판단된다. 특히 사람의 생명·신체에 위해를 초래하는 행위는 계약

58) 이에 관해 적출된 장기가 제조물이 되는가에 관하여 이를 긍정하지만 영업적 제조책임은 없다는 견해를 찾아 볼 수 있다. Vgl. Taschner/Frietsch, Produkthaftungsgesetz und EG-Produkthaftungsrichtlinie, 2. Aufl.(1990), Art. 2 Richtl., Rn. 4: "Menschliche Organe sind nach der Trennung vom Körper zwar bewegliche Sachen..., Eine Haftung des Spenders würde allein schon aus diesem Grund entfallen."

59) 장기이식법 제10조 (臟器 등의 摘出·移植의 금지등), 제19조 (臟器 등의 摘出시 준수 사항) : 인체조직안전관리법 제9조 (조직의 분배·이식의 금지 등), 제10조 (조직의 안전성확보), 제11조 (조직은행의 정도관리) 등 참조.

법적 규율에 앞서서 그 보호법익의 중요성에 비추어 불법행위법의 적용을 우선적으로 고려하여야 할 것이다.

7. 이종이식(Xeno-Transplantation)

위에서 살펴 본 바와 같이 다른 사람의 생체 또는 사체의 장기이식은 의료적 내지 법적 난점이 적지 않다. 따라서 동물의 장기를 사람에게 이식하는 이종이식이 고려되는 것은 당연한 현상이라 할 것이다. 그렇지만 이종이식의 경우에는, 우선 의료적으로 동물의 장기를 적출하여 이식함에 있어서 그 수용 또는 반발로 인한 면역기능체계뿐만 아니라 생화학적, 생리학적 반응, 그리고 심지어는 해부학적 영향도 고려하여야 한다.

또한 윤리적 내지 법적 영역에서 발생하는 문제점들은 더욱 명백하다. 즉, 동물보호, 환자의 계몽과 동의, 그리고 연구자의 직업적 모험 등이 그러하다. 그렇지만 종교적 측면에서는 아직 이종이식에 관해 심각한 반대는 표명되지 않고 있다.⁶⁰⁾

현재로서는 인간의 DNA를 동물에 이식하여 사람에게 이식 가능한 장기를 개발하려는 연구가 활발한바, 그 성과를 기대할 수 있을 것이다.⁶¹⁾

결과적으로 동물의 장기를 이용한 이종이식의 장기제공계약은 현재로서는 다른 소재를 이용한 인공장기의 거래와 크게 다르지 않아, 의료적 적합성이 검증되는 한, 그 성립과 유효성에 관하여 특별한 법적 문제가 제기될 가능성은 적다고 사료된다.

그렇지만 위에서 살펴본 동종이식의 경우와 달리, 그 제조자 및 이식수술을 행하는 의료기관에 대해서는 하자담보책임 등을 포함한 채무불이행 책임의 일반적 법리가 적용될 것이다. 그밖에 제조물책임법의 적용도 당연히 고려된다.

60) Vgl. E. Deutsch, a.a.O., Rn. 523.

61) “돼지 심장이 사람 몸에서 뿔 날 온다”, 중앙일보(2005. 1. 6.), 20면 참조. “바이오랜드, 인체조직이식재 내년부터 시판” [http : //bric.postech.ac.kr/bbs/daily/knews/](http://bric.postech.ac.kr/bbs/daily/knews/) 참조.

II. 장기의 적출과 이식

1. 문제점

장기의 기증 또는 공여계약이 유효한 경우에 그 이행으로서 약정된 장기의 적출과 이식은 의료적 시술기준(lege artis)에 적합하게 이루어져야 한다. 이와 관련해서는 장기기증자와 의료기관, 그리고 이식자와 의료기관 사이에 해당 장기의 적출 및 이식에 관한 의료계약이 성립하는 것으로 파악된다. 따라서 장기의 적출 및 이식에 관한 의료사고에 대해서는 종래에 확립된 의료사고에 관한 책임법의 법리가 적용된다.

특히 장기이식에서 의학적으로는 이식자의 면역체계(Immunsystem)에 의 영향, 적응시점(Indikationszeitpunkt)의 구체화, 기증자 장기의 질적 판단(Spenderorganqualität), 그리고 감염(Infektion)의 최소화가 문제점으로 지적된다. 또한 장기기증계약의 이행으로서 장기의 적출에 있어서도 법윤리적 관점에 의한 제한을 고려하여야 한다.

장기이식법 제10조에서는 “臟器 등의 摘出·이식의 금지 등”을 규정하고 있는바, 제1항에서는 “1. 臟器 등의 移植에 부적합한 傳染性 病原에 感染된 臟器 등, 2. 癌細胞에 侵犯된 臟器 등, 3. 기타 移植對象者의 生命·身體에 危害를 가할 우려가 있는 것으로서 大統領令이 정하는 臟器 등을 摘出하거나 移植하는 것을 금지하고 있다.”⁶²⁾

그리고 동조 제2항에서는 “移植對象者가 정하여지지 아니한 경우에는 臟器등을 摘出하여서는 아니 된다. 다만, 角膜 등 상당한 기간이 지난 후에도 移植이 가능한 臟器 등으로서 大統領令이 정하는 臟器 등”의 경우에는 예외를 허용하며, 제3항에서는 생체 장기인 경우에 “1. 16歲미만인 者,⁶³⁾ 2. 妊婦, 解産한 날부터 3月이 경과하지 아니한 者, 3. 精神患者·精神遲滯人, 4. 麻藥·大麻 또는 向精神性醫藥品에 중독된 者”의 臟器 등의 摘出을 금지하고, 제4항에서는 “살아있는 者로서 16歲 이상인 未成年者의 臟器 등(骨髓를 제외한다)은 配偶者·直系尊卑屬·兄弟姉妹 또는 4

62) 동시행령 제11조(이식 금지 장기 등), 제12조(이식대상자 선정전에 적출 가능한 장기 등) 참조.

63) “骨髓에 한하여 이를 摘出할 수 있다”(장기이식법 제10조 제3항 단서).

寸이내의 親族에게 移植하는 경우를 제외하고는 이를 摘出할 수 없다”고 규정하고, 제5항에서는 “살아있는 者로부터 摘出할 수 있는 臟器 등은” 1. 腎臟은 正常的인 것 2개 중 1개, 2. 肝臟·骨髓 및 大統領令이 정하는 臟器 등은 醫學的으로 인정되는 범위 안에서 그 일부“에 한정하고 있다. 그리고 인체조직안전관리법 제10조와 제11조에서도 간략하나마 장기이식법 규정에 상응하는 규율을 하고 있다.⁶⁴⁾

나아가 적출 단계에서도, 이미 살펴본 바와 같이, 장기이식법 제18조와 인체조직안전관리법 제8조는 본인 및 부모, 그리고 가족 또는 유족의 동의와 철회를 규정함으로써 누층적이고 중첩적인 제한을 마련하고 있다.

그밖에 장기이식법 제21조에서는 장기적출의 시술은 보건복지부장관으로부터 장기이식의료기관으로 지정 받은 의료기관에서만 할 수 있도록 하고 있으며, 제19조는 “臟器 등의 摘出시 준수사항”을 정하고 있고, 제20조는 원칙적으로 “刑事訴訟法 또는 檢疫法에 의하여 解剖 또는 檢視를 하여야 하는 경우에는 그 解剖 또는 檢視전에 臟器등의 移植을 위한 臟器 등의 摘出을 할 수 없”도록 하고 있으며, 제23조는 “腦死判定 醫師의 臟器 등의 摘出 등을 금지하고 있고, 인체조직안전관리법 제6조에서도 인체조직의 기증·관리 및 이식 등에 관하여 보건복지부장관의 자문을 심의하는 인체조직안전관리자문위원회를 두며, 제10조 이하에서는 조직은행의 허가와 관리 및 인체조직의 채취와 수입 등을 엄격하게 규율하고,⁶⁵⁾ 제18조에서는 해부 또는 검시의 우선을 규정하고 있다.⁶⁶⁾

또한 장기이식법에서는 장기의 적출과 이식을 시술한 의사 및 의료기관에게는 기록의 작성 및 보존의 의무가 부과되며, 그 사실을 관계기관

64) 인체조직안전관리법 제10조 (조직의 안전성확보), 제11조 (조직은행의 정도관리) 참조.

65) 2005. 1. 8. 언론보도에 의하면 식품의약품안전청은 2005. 1. 1.부터 시행된 ‘인체조직 안전 및 관리 등에 관한 법률’에 따라 의료기관 및 조직 수입업자 17곳에 대해 국내 첫 인체조직 은행 설립허가를 내줬다고 한다. 이번에 허가된 인체조직 은행은 의료기관 8곳, 수입업자 7곳, 가공처리업자 2곳 등 모두 17곳이며 식약청은 이달 안에 경북대병원 등 23곳을 추가로 조사, 허가여부를 결정할 계획이라고 한다.

66) 장기이식법 第19條 (臟器 등의 摘出시 준수사항), 第20條 (解剖 또는 檢視의 우선), 第23條 (腦死判定 醫師의 臟器 등의 摘出 등 금지); 인체조직안전관리법 제6조 (인체조직안전관리자문위원회), 제10조 (조직의 안전성확보) 이하, 제18조 (해부 또는 검시의 우선) 등 참조.

(국립장기이식관리기관, 관할지방검찰청 또는 지방검찰청지청)에 서면으로 통보하여야 한다(장기이식법 제24, 25조). 그리고 장기 기증자와 이식 받은 자 등의 요구에 응하여 그 기록을 열람시키고 사본을 교부하여야 하며(동법 제26조), 해당 기밀을 유지할 의무가 있다(동법 제27조). 나아가 인체조직안전관리법에도 이에 상응한 규정을 두고 있다.⁶⁷⁾

위와 같이 장기기증계약에 의한 해당 장기의 적출과 이식에 관한 의료적 내지 법적 의무를 위반한 경우에, 장기이식법(동법 제6장, 제39조 이하)과 인체조직안전관리법(제5장, 제32조 이하)은 일련의 형사 및 행정적 제재를 규정하고 있다. 그러나 민사법상 책임법적 효과에 관해서는 아무런 규정을 두고 있지 않은바, 사법의 일반 법리(장기의 적출 및 이식계약의 위반, 불법행위)에 따른 손해배상책임의 성립을 검토하여야 한다.

2. 판결례 - 장기기증자의 손해배상청구권

이하에서는 장기 적출 및 이식과 관련한 의료사고로서 독일의 판결례를 하나 소개한다. 이 사건의 논점은 의료상 피해를 입은 환자를 위한 친족의 장기기증 및 이식이 의사의 의료과오로 인한 상당한 결과에 해당하는가라는 문제이다. 즉, 자발적으로 긴급구호에 개입한 제3자의 장기기증의 손해도 가해자에게 귀속시킬 수 있는가라는 것이다.

- 신장기증사례(Nierenspende-Fall)⁶⁸⁾

13세인 여학생이 학교 체육시간에 운동연습을 하다가 다치게 되었다. 병원으로 옮겨져 복부의 개복시술을 한 결과, 좌측 신장이 파열되어 이를 제거하는 수술을 하였는데 급성신부전으로 투석을 하여야만 했다. 그 후의 검진에 의하면 위 학생은 선천적으로 우측 신장이 없다는 것이 밝혀졌는바, 결과적으로 수술에서 유일한 좌측 신장을 제거한 것이었다. 2개월이 지난 후 위 학생의 어머니는 신장기증을 하여 이식수술을 하였다.

67) 그밖에 관계기관의 감독에 관하여는 장기이식법 제28조 이하에서 규정하고 있다. 인체조직안전관리법 제19조 (기록의 작성 및 보고 등), 제20조 (기록의 보존), 제21조 (기록의 열람 등), 제22조 (비밀의 유지), 제3장 감독, 제23조 (보고·조사 등) 이하 참조.

68) BGHZ 101, 215 ; OLG Schleswig, NJW 1987, 710.

그 후 위 학생은 좌측 신장의 제거 수술을 한 의사와 그의 소속 병원으로부터 손해배상과 위자료를 지급받았고, 이어서 그의 母가 자신의 신장을 기증하여 입게 된 손해의 배상을 청구하였다.

위 사건의 판결에서 독일연방법원(BGH)은 책임법적으로 중요한 심리적 인과관계(ein haftungsrechtlich relevanter psychischer Ursachenzusammenhang)가 있다고 판단하였다.⁶⁹⁾

독일의 장기이식법 제8조에 따라 부모의 장기기증은 허용된다. 그렇지만 제3자의 과책 있는 오류로 야기된 시술의 필요성이 생긴 경우, 그 배상에 관해서는 아무런 규정을 두고 있지 않다. 독일연방법원은 심리적 인과관계를 인정하여 장기기증자는 의사(병원)에 대해 그의 의료과오에 의해 불가피하게 발생한 신장이식수술로 인한 손해배상청구권을 갖는다고 판시하였다.⁷⁰⁾

위 독일의 판결례와 관련하여, 일반적으로 다음과 같은 의문이 제기될 수 있다. 즉, 의사나 그 밖의 제3자에 의해 책임 있는 사유로 장기의 기증이 불가피하게 된 상황에서 근친자가 자발적으로 장기를 기증한 경우에도 그 유책한 원인야기자에 대해 장기를 기증한 근친자가 손해배상과 위자료의 지급을 요구할 수 있는가라는 점이다. 문제의 핵심은 장기기증자가 비록 자발적으로 제공하는 것이나, 해당 상황의 특수한 강제상황에서 장기를 기증하게 되는 것이라는 점이다. 위에서 살펴 본 사례에서와 같이 부모와 자녀, 또는 형제·자매 사이에 장기를 제공하는 경우가 이에 해당한다. 이러한 사안에서는 장기를 이식받은 자에 대한 불법행위에 의한 책임을 기초로 하여 기증자에 대해서도 그 법적 영향이 파급되는 것이다.

69) 이러한 인과관계의 판단은 독일, 오스트리아 등에서 긴급구호의 유사 사안들에 인정된 바와 같다. 위와 같이 심리적으로 매개된 인과관계는 의사의 의료과오와 장기기증, 그리고 신체손해, 나아가 귀속관련에 있어서 결여되지 않는다. Vgl. D. Giesen, *Arzthaftungsrecht* (1995), S. 156, Rn. 189.

70) E. Deutsch, a.a.O., S. 376. 그러나 독일연방법원은 신장기증을 통한 피해 학생의 건강회복은 새로운 책임귀속의 사유가 되지 않는다고 판시하였는바, 장기이식의 의료시술에 의해서 모(母)의 신장기증이 유발된 것은 아니기 때문이다. 母의 동의는 적출하는 의사의 시술행위만을 정당화하는 것이지 소급적으로 영향을 미치지 않는다는 것이다.

장기이식자에 대한 의사의 책임은 전형적인 (전문가의) 직업책임 (Berufshaftung)이라고 할 수 있는바, 의료기술의 준칙을 위반하여 장기이식의 필요를 유발시킨 자는 그로 인하여 장기를 기증하는 제3자에게도 그와 불가피하게 관련된 손해, 위자료, 그리고 비용에 대하여 책임을 져야만 한다. 특히 환자의 긴급구호를 위한 제3자의 장기기증은, 비록 그 기증이 법적 의무로서 요구되지는 않으나, 도의적으로 예견할 수 있는 것이다(긴급구호자 동기의 법적·윤리적 상당성). 이러한 범주에서의 손해는 사려 깊은 의료행위로서 회피될 수 있었다는 점에서 주의의무 규범의 보호범위에 속하며, 그럼으로써 위법성의 귀속관련성(Zurechnungszusammenhang)이 있다는 것이다(가해행위의 장기기증 유발성과 구호결과의 상당성).⁷¹⁾

결론적으로 생체 장기의 기증에서의 위법성은 상대적으로 고찰될 수 있으므로, 장기기증이 이식대상자와 이식자에 대해서는 위법하지 않으나 그러한 상황을 야기한 자에 대해서는 위법성관련이 있다는 것이다.⁷²⁾

Ⅲ. 긴급피난과 기증의무

1. 긴급피난의 적용

위에서 살펴본 바와 같이 장기기증에는 기증자와 유족 등의 명시적인 자발적 동의가 있어야 한다. 그렇지만 긴급피난의 법리에 의해 그러한 동의 없이 장기의 적출과 이식이 가능한가에 관하여 의문이 제기된다.

장기이식이 불가피한 긴박한 상황에서는 충돌되는 법익의 이익교량의 법리에 따른 긴급피난의 원칙이 적용될 수 있을 것이다. 즉, 생명의 유지 또는 건강의 회복, 예를 들어 시력의 회복은 비교적으로 사소한 법익, 예를 들어 사체의 완전성에 대한 인격권에 우선될 수 있을 것이다.⁷³⁾

71) Vgl. D. Giesen, a.a.O., S. 157, Rn. 189: “. . . durch die schädigende Handlung herausgefordert worden ist. Ferner müssen die eigene Gefährdung und die in Kauf genommene eigene Verletzung in angemessenem Verhältnis zum möglichen Rettungserfolg stehen.” 그밖에 비교법적 사례는 D. Giesen, International Medical Malpractice Law(1988), Rn. 330, 332 ff., 345, 1294, 1331 참조.

72) Vgl. E. Deutsch, a.a.O., Rn. 520.

73) Vgl. E. Deutsch, a.a.O., S. 376; W. Uhlenbruck, in: Laufs/Uhlenbruck, a.a.O., § 131,

장기이식법이 적용되는 한, 위와 같은 긴급피난의 법리가 곧바로 적용되는 예는 극히 드물게 발생될 것이다. 그렇지만 유족 등의 동의권자의 허락이 없는 한 긴급피난 법리의 일반적 적용은 원칙적으로 허용될 수 없다. 다만, 예외적으로 긴급상황에서는, 장기이식법이 특별한 규정을 두고 있지 않을지라도, 긴급피난 법리의 최소한의 적용을 완전히 배제하고 있는 것이 아니라고 할 것이다.

2. 기증의무

장기의 기증의무는 긴급피난에 해당하는 한에서 사체로부터 장기를 적출하는 경우에만 인정된다. 사회공동생활의 구성원이 생체의 장기기증은 물론, 사망 후에도 다른 구성원을 위해 그의 장기를 긴급한 경우에 처분하도록 하여야 하는 특별한 의무는 원칙적으로 없다.⁷⁴⁾

그밖에 학술목적을 위한 장기적출의 해부 및 사체의 기증·보존에 강제적 법적 의무와 긴급피난 등의 법리가 적용될 수 없으며, 원칙적으로 본인 및 유족 등의 동의가 있어야만 한다.⁷⁵⁾

S. 774, Rn. 17: “. . . so ist die Organentnahme gerechtfertigt, weil von den kollidierenden Rechtsgütern “Leben und Gesundheit” und “postmortalem Persönlichkeitsrecht” dem Leben und der Gesundheit Vorzug zu geben ist nach dem Grundsatz: “Der Lebende hat recht!”, 2. Aufl.(1999), S. 1046 f., Rn. 13.

74) “McFall v. Shimp.” Vgl. E. Deutsch, a.a.O., Rn. 518.

75) Vgl. W. Uhlenbruck, in: Laufs/Uhlenbruck, a.a.O., § 131, S. 774, Rn. 18, 2. Aufl.(1999), S. 1046, Rn. 13. 시체해부및보존에관한법률 第9條 (연구를 위한 解剖) 人體의 構造를 研究하기 위한 屍體의 解剖는 醫科大學에서 하여야 한다. 第10條 (屍體의 관리) ① 屍體를 解剖하거나 屍體로부터 필요한 부분을 摘出하는 者는 당해 屍體가 다른 屍體와 구분되도록 各具別로 관리하여야 한다. ② 시체를 해부하거나 시체로부터 필요한 부분을 적출하는 자는 당해 시체의 전부 또는 일부를 이 법에서 정하는 목적을 위반하여 타인에게 양도하여서는 아니된다. <신설 2003.9.29> ③ 누구든지 이 법에 의하여 공여된 시체의 전부 또는 일부를 금전 또는 재산상의 이익 그 밖의 반대급부를 목적으로 취득하거나 이를 타인에게 양도하여서는 아니된다. <신설 2003.9.29> ④ 누구든지 제2항 또는 제3항의 행위를 알선하여서는 아니된다. <신설 2003.9.29> 第12條 (引受者가 없는 屍體의 교부등 <개정 1998.12.30>), 第13條 (屍體의 引渡) ① 第12條 第1項의 規定에 의하여 屍體를 교부받은 醫科大學의 長은 遺族 기타 死亡者와 상당한 관계가 있는 者가 屍體의 引渡를 요구하는 때에는 특별한 사유가 없는 한 屍體의 전부 또는 일부를 引渡하여야 한다. ② 第1項의 경우 醫科大學의 長과 屍體의 引受者는 屍體의 引渡와 관련하여 서로 어떠한 經費도 請求할 수 없다. 第14條 (屍體의 火葬) ① 第12條 第1項의 規定에 의하여 屍體를 교부받은 醫科大學의 長은 그 目的이 달성된 때에는 그 屍體를 火葬하여 遺骸를 納骨堂

IV. 결론적 고찰

이상에서 부족하나마 장기기증(제공)계약의 사법적 관점을 일별하였으나 그 내용은 만족스럽지 못하다. 기존 연구의 축적이 부족하고, 장기이식법이 형법 내지 공법적 규제의 관점에서 규율되고 있다는 점도 그 요인이라고 할 수 있으나 필자의 역량 또한 부족한 것을 새삼 절감한다.

결론에 갈음하여 입법정책적 논의를 일별하는바, 2000년 2월부터 장기이식을 합법화하는 '장기이식법', 그리고 2005년에는 '인체조직안전관리법'이 시행되어 인체의 장기 등의 적출과 이식에 관한 법적 규율이 합리화됨으로써 "인간의 존엄"에 대한 법적 보호는 상당한 정도로 고양되었다고 평가할 수 있다. 그런데 장기이식법이 시행된 후에 장기기증은 종래의 3분의 1 수준으로 격감하여 생체, 사체 또는 뇌사자의 장기기증 혜택을 받아 건강을 회복한 사람들의 수는 급격히 줄었다는 점이 지적된다.⁷⁶⁾ 이에 관해 보건복지부 산하의 '국립장기이식관리센터(KONOS)'는 음성적인 불법 장기매매가 근절되었기 때문이라고 한다.

그러나 장기이식을 법으로 인정한 17개국 가운데 국가관리방식을 채택하고 있는 나라는 우리밖에 없다고 한다. 장기이식법의 초점을 '규제'에 두고서 기증장기의 효율적 배분보다는 불법 장기매매가 자행될 수 있는 행태들을 방지하면서 그 책임의 대부분을 의사들에게 묻고 있다. 유족 동의절차의 개선, 뇌사판정위원의 1명 축소, 뇌사판정 대상자 관리전문기관

에安置하여야 한다. ② 第1項의 規定에 의하여 屍體를 火葬하여 遺骸를 納骨堂에 安置할 때에는 그 遺骸가 다른 屍體의 遺骸와 구분되도록 하여야 한다. 第15條 (屍體處理費用의 부담) 第12條 第1項의 規定에 의하여 屍體를 교부받은 醫科大學의 長은 運搬費·火葬費 및 기타 당해 屍體의 처리에 필요한 費用의 전부를 부담하여야 한다. 第16條 (屍體標本 승낙) ① 醫科大學의 長, 醫療法 第3條 第3項의 規定에 의한 綜合病院의 長 및 기타 醫學에 관한 研究機關의 長은 醫學의 教育 또는 研究를 위하여 屍體의 전부 또는 일부를 標本으로 보존하고자 하는 때에는 그 遺族의 승낙을 받아야 한다. 다만, 引受者가 없거나 遺族의 住所 또는 居所가 不明한 때에는 그러하지 아니하다. ② 第1項의 規定에 의한 승낙은 書面으로 하여야 한다. 第17條 (屍體에 대한 禮儀) 屍體를 解剖하는者 또는 그 전부나 일부를 標本으로 보존하는者는 屍體의 취급에 있어서 특히 禮儀를 지켜야 한다.

76) 공식적 집계로는 1999년 162명이던 장기기증 뇌사자가 법 시행 후인 2000년에는 64명, 2001년 52명, 2002년 36명, 2003년 68명, 2004년 86명, 2005. 3. 4. 현재 14명으로 파악된다. www.konos.go.kr 참조.

지정이라는 사소한 절차의 변경으로는 부족하다는 지적이 있다.⁷⁷⁾ 그동안 장기매매 등을 방지하기 위해 장기이식의 국가관리체제는 정착되어 왔으나 이제는 보다 선진적 정책으로서, 근본적으로 장기이식을 '효율'의 관점에서 규율하며, '민영화' 하는 방안을 강구할 필요가 있다는 것이다.⁷⁸⁾

장기기증을 통한 희생정신은 인간의 존엄과 이타적 인류애의 이상을 실현하는데 이바지한다. 따라서 인간의 존엄을 해치는 부정적 범죄행위를 통한 장기매매는 근절되어야 하지만, 동시에 합법적인 장기이식을 활

77) 예를 들어 장기적출 병원에 우선 선정권을 부여하는 장기를 확대하는 등 장기기증 활성화방안 마련이 시급하다는 지적을 살펴볼 수 있다. 2003년 3월 복지부는 뇌사자의 신장을 적출한 병원이 이식대상자를 우선 선정할 수 있도록 하는 '장기이식법 시행령 및 시행규칙 개정령'을 공포하여, 뇌사자 발굴 유인동기를 제공해 신장기증 및 이식에 활기를 불어넣자는 의도로 시행됐지만, 1년여 경과한 현재 당초 예상과는 달리 별다른 효과를 거두지 못하고 있는 실정이라고 한다. 뇌사자 신장 기증은 지난 2000년 125건, 2001년 101건, 2002년 70건 등이었으며, 법안이 발효된 2003년에 124건으로 일시적인 증가현상을 보였으나 효율적인 성과는 예상하지 못하고 있다고 한다. 신장저널 2004. 11. 6. ok0875.egloos.com 참조.

78) 대한이식인협회장 이영렬, 장기기증 막는 이식法 폐지해야, 동아일보 2002. 7. 8. : 장기이식에 필요한 뇌사자를 발굴, 관리, 적출, 이식하는 모든 일은 의사가 한다. '장기이식관리센터'의 공무원이 하는 것이 아니다. 공무원은 그 일에 대한 도우미 역할을 할 뿐이다. 그렇다면 뇌사판정부터 이식에 이르는 모든 과정에 의사의 양심을 믿지 못하면 장기기증을 활성화하기는 어렵다. 촌각을 다투는 상황에서 뇌사판정을 7·10명이 모여서 하라는 것은 하지 말라는 말과 같다. 참고로 미국은 2명이 한다고 한다. 장기이식은 의사의 양심을 존중하는 차원의 제도로 규율되어야 한다. 사실상 의사면허가 정지 내지 취소될 수도 있는 불법을 감행할 의사는 많지 않다. 그리고 어렵게 장기이식을 결정한 유가족에 대한 배려가 있어야 한다. 신속을 요하는 상황에서 복잡한 서류작업을 요구하는 데다 뇌사자 가족에게 장기기증을 권유한들 자기 병원에서 수술할 수도 없으니 의사들이 신명날 리 없다. 그들을 불필요한 서류준비 등의 일로 힘들게 해서는 안 된다. '센터'는 이런 일을 대신해주는 봉사기관이어야 한다. 공정성을 지나치게 강조한 나머지 뇌사자의 경우 유연장이 없으면 유가족이나 친척에 대한 기증도 불가능하게 한 것은 지나친 처사다. 뇌사자를 발견한 병원에 대해서도 인센티브를 주어 뇌사자 발굴에 적극적 동기를 부여해야 한다. ok0875.egloos.com : 미국에서는 UNOS란 민간단체가 전 지역을 네트워크로 구축해 장기이식 분배활동을 하고 있으며, 정부는 재정적 지원을 통한 내실화를 돕는 최소의 역할만을 하고 있으며, 유럽에서는 독일, 오스트리아, 네덜란드 등의 국가가 공동으로 유럽이식재단을 설립·운영하면서 국가간 장기이식을 활발히 추진하고 있다. 이러한 비교적 관점에서 국회에서는 "현재 정부가 독점하고 있는 장기이식 대상자 선정권을 민간기구에 이양하고 중복되는 업무를 줄여 장기이식 관련 행정 절차를 간소화해야" 하며, "국내 뇌사자 장기는 전국을 3개 권역으로 구분해 동일 권역 내에서 이식 대상자를 선정하고 있으나, 지역적 권역을 통합하고 광역화해야 한다"는 주장이 제기된다. 그밖에 법정채적 관점에서 장기기증자에 대한 일정한 대가의 사례도 적극적으로 검토해 볼 수 있는바, 오히려 최소한의 액수로 공식화한다면 매매의 음지는 상당 부분 해소될 여지가 있다는 견해는 배종대, 장기기증 막는 장기이식法, 동아일보 2002. 6. 20.

성화하고 권장할 수 있는 제도적 합리화가 보다 확충되어야 할 것이다. 국가에서는 뇌사자 발굴에 적극적인 정책을 시행하고, 잠재적 뇌사자 발굴 프로그램(donor action program) 등을 활성화함으로써 의료진을 교육하고 잠재 뇌사자 발굴에 온 힘을 쏟아야 할 것이다.

현행법의 해석을 기초로 검토한 위의 일별에서도 드러나듯이 장기이식법의 각종 규제 규정들이 장기기증에 관한 계약의 형성에 상관적으로 작용하며, 또한 현재로서는 복합적인 법리의 구성을 설명하는 데에 그치고 있다. 특히 사법적 관점에서의 합리적 규율을 도모하는 것은 장기의 기증을 통한 인간 삶의 행복을 구체화할 수 있는 기초를 공고히 하는 것인 만큼, 학계의 보다 심도 있는 법리 연구와 더불어, 사회 및 입법정책적 관심과 논의에 적극적인 자세가 요구된다.

나아가 사람의 생체 내지 사체의 장기기증에서 야기되는 제반 문제를 극복하는 방안으로서, 의료과학기술과 유전공학의 발전과 더불어, 인공장기의 개발에 의한 생명 연장과 건강한 삶의 희망을 기대해 본다.⁷⁹⁾

79) '인간배아 줄기세포'의 이식을 통한 장기복제 내지 재생의 연구가 시도되고 있다. <http://news.joins.com/society> "장기복제의 길 한국인(문신용, 황우석 박사팀)이 열었다"; www.wshwang.com/ "英 줄기세포 이용 간 재생법 개발" 등 참조.