



비 친족간 장기제공에 대한 법적 문제

이 준 상

1. 문제의 제기

현대의학의 발달은 인간의 생명을 연장하는 차원을 떠나 생명의 본질 그 자체를 재조명하도록 하였는데 그것이 바로 「장기이식」이다.

장기이식은 의학적으로는 의료수준 및 기술을 끌어 올린 쾌거일지 모르나, 법적으로는 많은 문제를 안고 있는 까닭에 이에 대한 종합적인 연구가 절실히 필요하다고 하겠다.

장식이식의 법적 문제는 크게 두 가지로 대별할 수 있는데 하나는 민사법적인 문제로 장기이식 거래계약이 인정될 수 있는 것이고, 다른 하나는 형사법적인 문제로 사람

의 사망시기와 관련하여 동의살인죄 (형법 제 252조) 내지 상해죄(형법 제 257조이하)의 성립여부가 바로 그것이다.

그러므로 장기이식에 따른 이러한 법적 문제를 제기하고, 그 해결방안을 고찰하고자 함에 그 목적이 있다 하겠다.

2. 장기제공과 민사법적 문제

장기이식은 필연적으로 장기를 제공하는 자의 임의적이고, 진지한 명시적 의사표시가 있어야 한다. 이 경우 제공자가 순수한 인류애의 발로로 장기를 제공하면 민사법적으로는 별다른 문제가 발생되지 않는다고 보나, 제공자와 수증자간의 금전계약에

의해 장기제공계약이 있다면 이 계약의 적법성이 문제된다고 하겠다.

현행 민법에 따르면 불공정계약(제 104조), 반사회적 계약(제 103조) 등이 아니면 원칙적으로 계약사유의 원칙이 인정되고 있다.

그렇다면 장기제공계약이 민법 제 103조의 반사회적 계약에 해당하는냐가 논의의 초점이 된다고 할 수 있다.

생각컨대 인간의 신체는, 그 자체는 물론 그 부속물도 거래계약의 대상이 될 수 없다는 것이 일반적 견해이다. 따라서 장기제공계약이 금전계약이라면 이는 반사회적 계약이라 할 수 있을 것이다. 더우기 장기의 본질이 생명유지에 직결된 것이라면 -예컨대, 심장·간장 등- 이는 명백히 위법인 것이다. 왜냐하면 한 생명을 구하기 위

해 다른 한 생명을 포기해야 하는 이중성을 지니고 있기 때문이다. 인간의 생명은 어떠한 형태로도 거래의 대상이 될 수는 없는 것이다.

문제는 장기의 일부를 제공하여도 생명에 지장이 없는 경우 -예컨대 신장 등-에 장기일부제공계약이 금전계약의 대상이 될 수 있는가의 문제인데 최근 서울지방법원 판례는 이 경우에도 반사회적 계약으로 판시하고 있어 주목 된다. 이경우 병행하여 발생할 수 있는 민법상의 문제는 제 754조의 「불법원인급여」 문제도 생각해 볼 수 있다고 생각된다.

3. 장기이식과 형사법적 문제

장기이식은 경우에 따라 장기제공자의

순수한 인류에의 발로로 장기를 제공하면 민사법적으로는 별 문제가 되지 않으나, 금전계약에 의한 장기 제공계약이 있다면 이것은 문제가 된다.



생명을 침해할 수도 있다. 그런데 우리 형법은 사람의 사망시기에 관해서 통설 판례가 맥박정지설을 취하고 있다. 따라서 장기이식도 사람(제공자)이 사망한 후 즉 맥박이 정지된 후 시술하여야 한다.

그러나 장기의 특성상 사람이 생존하고 있는 동안 시술하여야 하는 경우가 있는데 이 경우 형사법상 동의살인죄 내지 상해죄 여부가 시술자에게 문제되는 것이다.

그런데 상해죄 여부는 형법상 피해자 승낙이 있으면 위법성이 조각된다고 볼 수 있으므로, 장기이식은 주로 동의살인죄가 문제된다고 하겠다. 그리고 의료기술상 수술의 성공이 일반화되어 있는 신장이식술의 경우에는 사안에 따라 의사에게 업무상 과실치사상죄(형법 제 268조) 등이 문제될 수 있다고 본다.

또 죽은 사람의 장기에 대한 절단행위와 형법 제 161조의 사체손괴와의 충돌문제가 있다. 현행법상 사체의 장기를 추출하는 행위는 사체손괴의 구성요건에 해당한다. 그러나 사자의 생전에 동의가 있었거나 유족들의 동의가 있을 때에는 장기추출 및 이식수술이 가능하다.

사체손괴가 사자의 인격권 및 유족들의 사자에 대한 숭모심을 보호하려는 것이므로 사자의 생전에 사자 스스로 또는 유족들이 그것을 동의하는 한 별문제가 없다.

뿐만 아니라 정당화된 긴급피난상황에서 동의가 없더라도 정당화될 수 있다. 그러나 이와같은 긴급상황이 아니라 장래의 수요자를 위해 사자의 장기를 추출할 수 있으나 하는 문제를 살펴 볼 때 본인의 생전의 동의와 유족의 동의가 있을 때에만

장기이식을 기다리는 사람은 자기의 조직에 적합한 장기의 출현을 고대한다. 이것은 타인의 죽음을 무의식적으로나마 바라는 것과 같다. 더구나 매매에 의해 장기이식이 이루어진다면 문제는 더욱 심각하다.



적법한 행위가 될 수 있다.

여하튼 현행 형사법체제는 살아있는 사람의 장기이식은 필연적으로 형법과 충돌된다고 볼 수 밖에 없는데 이문제가 바로 의학과 법학의 한계영역인 것이다.

4. 결 론

최근의 신문보도에 의하면 (1992. 3.22.) 모 대학부속병원에서 장기이식수술에 성공하였고 장기제공자는 30분만에 사망하였다고 한다. 이 문제는 즉각 형법상의 동의살인죄가 문제되었고, 검찰은 이 문제에 대해 기소여부를 생각지 않는다고 공식 표명하였다.

그렇지만 장기이식은 현재 세계의학기술의 발달로 볼 때 보편화되고 있는 실정이므로 이에 관한 이론적·법적 측면에서의 적극적 대응이 절실하게 요구되는 문제라 하겠다.

결국 이의 해결의 핵심은 두 가지 문제에 귀착된다고 보는데 하나는 사람의 사망시

기의 “뇌사설”로의 변경이고, 다른 하나는 의료윤리의 정립문제이다. 현재 의료계에서는 뇌사설을 일반적으로 승인하려는 추세로 보여지므로 의학적 합의에선 크게 문제가 되지 않다고 보겠으나 사회적 합의를 어떻게 이루느냐의 문제는 각자의 세계관의 문제라고 생각한다. 그러나 장기이식의 성공사례를 증가시키는 것이 사회적 합의를 얻기 위한 방법이 하나가 될 수 있을 것이다.

의료윤리의 관점에서 보면 합의가 어렵다고 본다. 많은 사람들이 뇌사상태를 이해하는 것을 거부하기 보다는 그것이 곧 장기이식에 이용되는 것에 거부감을 갖는 것 같다.

또 장기이식을 기다리는 사람들은 자기의 조직에 적합한 장기의 출현을 고대한다. 이것은 타인의 죽음을 무의식적이거나 바라고 있다는 것과 같다. 더구나 매체에 의하여 장기이식이 이루어진다면 문제는 더욱 심각하다. **Z**

〈필자=고려대학교 의사법학연구소장〉

6월은 호국보훈의 달

계승하자 애국정신

선양하자 민족정기

• 한국건강관리협회