

사망의 판정

주 호 노(경희대학교 법과대학 교수)

Die Feststellung des Todes im Strafrecht

Joo, Ho-No

Abstract

Der Begriff des Todes hängt die einzelne Wertvorstellung ab, so dass die Unanschaulichkeit des Todes besteht und noch zu klären ist. Im koreanischen Recht, findet sich keine Legaldefinition des Todes. In der juristischen Literatur herrscht der Herztod, nach dem für den Todeszeitpunkt der irreversible und vollständige Stillstand der Herztätigkeit gehalten wird, herkömmlicherweise bis jetzt als Todesdefinition vor.

Der Herztod basiert darauf, dass Individualtod des Menschen durch den endgültigen, nicht behebbaren Stillstands von Herzschlag nach Ausfall von Atmung eingetreten sind. Auch der medizinische Laie kann den Herztod einfach wahrnehmen und sicher feststellen. Darauf folgt der Herztod als sicheres Todeszeichen angesehen wird. In der Regel trete der Herztod letzte Mal im natürlichen Sterbeprozess ein.

Die jüngste künstlichen Reanimationsmaßnahmen ermöglicht es, die Atmungs- und Kreislauffunktion für eine begrenzte Zeit künstlich aufrecht zu erhalten. Die Entwicklung der Medizin machte es zu erkennen, dass das „Zentralorgan Gehirn“ für die Aufrechterhaltung der biologischen Lebensfunktion des Gesamtorganismus unverzichtbar ist. Die Verbesserung von Transplantationstechniken gab großen Anlass neben für den verbesserten Reanimationstechniken auch für den Fortschritt auf dem Gebiet der toten Transplantation. Je frischer die Organe sind, desto größer sind die Chancen für eine erfolgreiche Verpflanzung und für Tätigkeit im Empfängerorganismus. Die Organentnahme als solche wird unzulässig nur durch

Feststellung des Herztod bei lebenswichtigen Organe, besonders wie Herz. Der Herzstillstand allein ist aber kein sicheres Kriterium für die Zulässigkeit der Organentnahme.

Im Korea wurde das Gesetz über die Transplantation von Organen (Gesetz-Nummer 5858) am 8. Februar 1999 öffentlich bekannt gemacht und trat am 9. Februar 2000 in Kraft (§ 1 Schussvorschriften kTPG).

Aus der Sicht des Gesamthirntod definiert das Transplantationsgesetz derjenige, dass nach Kriterien und Nachweisverfahren für Hirntodfeststellung dieses Gesetzes der irreversible Ausfall der Gesamthirnfunktion festgestellt wird, als Hirntoter (§ 3 Nr.4 kTPG). Mit dieser Regelung wird die Feststellung des Gesamthirntodes als gesetzliche Mindestvoraussetzung für die Organentnahme festgelegt. Es handelt sich um Kriterien und Nachweisverfahren für Hirntodfeststellung des koreanischen Transplantationsgesetzes.

I. 서 언

형법상 사람의 종기(終期)가 사망이라는 데에 대하여는 이론(異論)이 없다. 그러나 사망이 무엇이고 어떻게 확정할 것인가에 대하여는 견해가 일치되어 있지 않다. 생명의 종점(終點)인 사망은 생명의 본질을 전제로 하고 있기 때문에 사망은 생명과 표리관계(表裏關係)에 있다. 여기서 사망의 반대현상으로서의 생명현상은 호흡·맥박·혈압(·의식·체온)이라는 생명징후(vital signs)에 의하여 쉽게 확인될 수 있다. 그러나 사망은 단순히 생명현상의 반대현상에 의하여서만 설명될 수 있는 것은 아니다. 그것은 사망이 종교적·철학적·윤리적·사회적·법적인 측면 등 각 분야와 연관성을 갖기 때문이다.

사람은 무수한 세포로 구성되어 있는 하나의 유기체라고 할 수 있다. 따라서 사람의 생명현상이 유지되려면 세포 하나하나가 끊임없이 산소와 영양소의 공급을 받아 신진대사가 이루어져야 한다. 각세포가 삶으로써 세포들로 이루어진 조직이 살고, 모든 장기가 살아 있음으로써 통합된 인체가 전체적으로 하나의 생명을 유지한다. 생명현상을 유지하는 데 가장 중심적인 역할을 수행하는 장기는 폐·심장·뇌의 3대 장기이다. 이러한 3대 장기 중 폐는 산소를 흡입하는 호흡기능을, 심장은 산소와 영양소를 피에 섞어 신체 구석구석까지 운반하는 순환기능을, 그리고 뇌는 이들 기능의 중추로서 통합·조절·유지하는 역할을 수행하고 있다. 폐·심장·뇌의 3대 장기는 하나의

조(組)를 이루어 상호 의존하는 생명의 고리를 이루고 있다. 따라서 이 중 하나의 장기에 장애가 생겨서 기능하지 못하게 되면 다른 장기의 기능도 따라서 장애를 받아 개체 전체의 기능이 상실되어 사망에 이르게 된다. 다시 말해서, 호흡이 멎어도 심장박동과 뇌기능이 정지하게 되고, 심장박동이 멎어도 호흡과 뇌기능이 정지하게 되며, 뇌기능이 멎어도 호흡과 심장박동이 정지하게 된다. 통상 자연사(自然死)는 폐사 → 심장사 → 뇌사의 순서를 밟는다. 이와 같이 인체를 구성하는 장기와 세포는 산소결핍에 견디는 능력에 따라 죽어가 결국은 사멸하게 된다.

사람의 사망과 관련하여서는 법학 이외에도 의학·윤리·종교·철학·사회·경제 등의 폭넓은 이해와 검토가 필요하다. 아래에서는 일상생활 및 현실문제해결과 밀접히 관계되어 있는 생물학적·의학적·법적·사회적 관점에서의 사망으로 나누어 고찰하기로 한다. 그리고 사망의 판정과 관련하여 전통적인 방법인 심장사 이외에 “장기 등 이식에 관한 법률”(이하에서는 “이식법”이라고 약칭한다)에서 새로이 도입된 뇌사의 판정방법에 대하여 상세히 검토하기로 한다.

II. 사망의 개념

1. 생물학적 개념

생물학적인 관점에서의 사망(Biologischer Tod)은 유기물이 무기물로 되는 전체 생명의 최종적인 끝을 말한다. 따라서 다른 다세포동물(多細胞動物)의 사망과 마찬가지로 모든 세포의 모든 기능이 불가역적으로 완전히 정지된 상태, 즉 세포사(cellular death)를 의미한다.¹⁾ 이는 하나의 자연적 사실로서의 유기체 전체의 소멸을 말한다.

개체를 구성하는 세포 중 마지막 세포가 그 기능을 불가역적으로 상실하는 세포사의 시점은 확실히 존재한다. 그러나 사고사(事故死)의 경우를 제외하고는 인체의 각 세포는 어느 한 순간에 모두 파괴되지는 않는다. 산소결핍에 견디는 능력에 따라 시간적 간격을 두고 순차적으로 파괴된다.²⁾ 심장사 이후에도 일부 피하조직이나 손톱·발톱·머리카락 등의 세포는 몇 시간 또는 몇일 동안 계속 자라고, 또 첨단의료기술에 의하여 사망확인 후에도 동물의 정자나 난자를 채취하여 수정을 시킬 수도 있기 때문에 세포사는 실질적으로 확인할 수 없다는 현실적인 문제가 제기된다. 뿐만 아니라 세포사의 시점을 확인한다 해도 이는 유기체로서의 기능이 완전히 소멸되었다고 하는

1) 문국진, 최신법의, (서울: 일조각, 1980), 53쪽.

2) 이왕재, “죽음에 대한 의학적 정의,” 뇌사 장기이식의 법, 법무자료, 제155집, 법무부, 1992, 9), 82-84쪽.

생물적 생명의 종지를 의미할 뿐이고, 인격체에 대한 인간으로서의 사망을 의미하는 것이 아니기 때문에 의학적·법적·사회적으로는 아무런 의미를 가지지 않는다.

2. 의학적 개념

세포사의 과정 중 어느 시점에서는 각 장기가 그 기능을 불가역적으로 상실하게 된다. 장기를 구성하는 세포의 일부가 아직 살아 있다 해도 그 장기가 고유의 기능을 불가역적으로 상실하게 된 상태를 장기사(organ death)라고 한다. 이러한 장기사는 장기를 기준으로 심장사·폐사·뇌사 등으로 진단된다. 이는 생물적 생명과 인간적 생명을 구별하는 의학적 관점을 그 전제로 하고 있다. 즉, 의학적 관점에서 인간적 생명의 사망이란 생명현상이 정지되어 가는 연속적 과정에서 환자(또는 자신)의 의지에 의하여 생명이 존속될 수 없고 이미 그 생명을 주장하거나 유지될 수 없는 상태를 말한다.³⁾ 이 시점에서는 아직 어떤 상태의 생명이 남아 있음을 인정하지만, 자연적인 사멸 과정의 진행을 저지시킬 수 있는 어떠한 방법도 존재하지 않고 개체로서의 인간의 존재의의를 상실하였다고 볼 수 있기 때문에 장기사를 보통 개체사(Individueller Tod)라고 한다. 또한 이 시점에서는 의사의 치료의무도 더 이상 존재하지 않는다는 의미에서 임상사(Klinischer Tod)라고도 한다.

총래의 의학은 관습적으로 죽음의 3징후, 즉 폐기능정지와 심장기능정지 및 양안동공의 확대고정에 의하여 사망은 필연적으로 도래하며 어떠한 수단에 의하여도 막을 수 없는 것으로 보아왔다. 이러한 현상은 객관적으로도 명백하여 일반인의 입장에서도 쉽게 확인할 수 있었기 때문이었다. 그러나 최근 의료기술의 진보는 이의 변경을 요구하면서 뇌기능의 불가역적 소실을 사망으로 보고 있다. 그러나 의학적인 관점에서의 장기사 역시 세포사와 마찬가지로 자연과학적인 방법에 의한 것이고, 따라서 규범적 평가가 개입될 여지는 없다고 하겠다.

3. 사회적 개념

사회적 존재로서의 사람의 사망은 인격적 존재로서의 무가치 내지 소멸을 의미한다. 즉, 사망의 사회적 의미(social death)는 인간의 실존적·인격적 사망을 의미하는 것으로서, 「본질적으로 중요한 특징의 불가역적인 상실로 말미암아 생물체가 완전히 변화를 일으키는 것」을 말한다.⁴⁾

3) 이인수, “뇌사도 죽음이다,” 세종의, 제9권 제1호, 1992. 6), 30쪽.

4) 한국카톨릭의사협회 편, 의학윤, (수문사, 1984), 258쪽.

사회적 사망은 불가역적인 완전한 변화를 의미하는데, 이러한 불가역적인 완전한 변화에 대한 판정은 의학적 또는 법적인 사망을 전제로 하지 않을 수 없다. 이러한 의미에서 사회적 사망은 의학적 사망이나 법적 사망과 서로 연관성을 갖고 상호 연결시켜 주는 매개적 기능을 하는 개념이라고도 할 수 있다. 인간은 생(生)에 대한 본능을 가지고 태어나서 생물학적으로 삶을 영위하면서 삶에 대한 의지를 가지고 사회적으로 살아가고 있기 때문이다.⁵⁾

4. 법학적 개념

법학적 측면에서의 사망은 순수한 자연과학적인 의미에서가 아니라 규범적인 평가로서의 법적인 결단에 속한다. 법적인 측면에서만 사망을 인정하거나 효과를 발생시켜야 하는 경우가 존재하기 때문이다.

현행법은 사망에 대한 명문의 규정을 두고 있지 않다.⁶⁾ 이는 결국 학설과 판례에 전적으로 위임되어 있음을 의미한다. 해석에 의하여 종래부터 맥박이 영구적으로 정지한 때를 사망의 시점으로 보는 심장사설이 사망의 개념 내지 판정기준으로서 유지되어왔다.⁷⁾ 이는 의학적 관점에서의 그것과 일치하는 것이었다. 의식을 잃고 숨이 끊어지고 맥(脈)이 뛰지 않으면 이런 사람은 다시는 살아나지 못한다는 것이 예전부터 일반인에게 널리 알려져 있었다. 의사들도 이에 따라 사망을 진단하였고 법학자들도 이를 그대로 수용하였던 것이다.⁸⁾ 이는 호흡정지에 이어 맥박마저 정지해 버리면 생명현상이 중지된다는 것에 근거하고 있다. 또한 특별한 의학적 전문지식이 없더라도 사망판정이 쉬우며 명확성을 기할 수 있어 지금까지 확고한 사망의 기준으로 인정되어 왔다. 또한 자연사의 경우 심장이 최종적으로 기능을 상실하기 때문이라고도 생각된다.

5) 이인수, “뇌사인정은 생명구출작전,” 한국논, 1992. 10), 92쪽.

6) 사망은 출생과는 달리 너무나 확실한 자연현상이기 때문에 입법적 필요성을 느끼지 않았기 때문이라고 한다(김민중, 앞의 글, 180쪽 참조).

7) 김봉태 의인공, [형법각론, 한국사법행정학, 1986], 5 ; 김종, [형법각론, 서:법문, 1977], 3 ; 서일, [형법각론, 박영, 1982], 1 ; 유기, [형법각론, 전정신, 일조, 1989], 2 ; 정영, [형법각론] 제5정 ; 법문, 1983), 21 ; 진계, [형법각론, 신고 ; 대왕, 1985], 3 ; 황산, [형법각론, (정 ; 방문, 1984), 16 ; 백형, [형법각론, (청림출판, 1999), 18쪽 ; 김일수, 새로 쓴 형법각론, 박영사, 2001, 22쪽 ; 허일태, 생명의 중기, 형법연구 II, 세종출판사, 1997, 374쪽 ; 안동준, 뇌사와 장기이식, in : 형법에서의 생명보호, 형사법연구 제16호 특집호, 한국형사법학회, 2001, 125

8) Borowy, Oliver, Die Postmortale Organentnahme und ihre zivilrechtlichen Folgen, Frankfurt am Main, 2000, S. 100; Tag, Brigitte, Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis, Berlin, 2000, S. 140.

그러나 최근 인공심폐기의 등장은 인위적으로 심폐기능을 어느 정도 연장할 수 있게 되었고, 의학의 발달은 인체의 최고기관은 심장이 아니라 뇌라는 사실을 밝혀내게 되었다. 또한 장기이식술의 발달은 인공심폐기능의 유지술과 함께 사체장기이식에 커다란 공헌을 해왔다. 그러나 장기이식은 신선한 장기를 적출할수록 성공률과 생착률이 높아진다고 알려져 있고 심장과 같은 생명유지에 필수적인 장기는 전통적인 심장사에 의한 사망에 의해서는 적출 그 자체가 불가능하게 되었다.⁹⁾ 여기서 새로운 사망의 개념 내지 판정기준으로서 등장하게 된 것이 바로 뇌사이다. 뇌사를 인정하는 견해는 형법학계에서도 상당한 지지를 받고 있다.¹⁰⁾

대한의사협회는 1983년 [죽음의 정의연구특별위원회]를 구성하고, 나름대로 의료계의 의견을 수렴하여 뇌사도 사망의 일종임을 선언하면서 그에 따른 뇌사판정기준을 발표한 바 있다. 대한의학협회는 1989년 3월 21일 1983년의 것보다 강화된 뇌사판정기준을 발표하는 바 있다. 뇌사연구특별위원회는 죽음을 [심장 및 호흡기능의 정지 또는 뇌간을 포함한 전뇌기능의 불가역적 소실을 죽음이라 한다]고 정의하여, 심장사와 뇌사를 동시에 사망으로 인정하였다. 이러한 대한의사협회의 입장은 1993년 3월 대외적으로 선포된 바 있다. 1993년 3월의 뇌사판정기준에 의하면 사망은 심폐기능의 정지인 심폐사 또는 전뇌기능의 소실인 뇌사로써 판단한다고 하여 전뇌사를 채택하고 있다 (뇌사에 관한 선언 제1조). 대한의사협회의 기준은 처음부터 뇌간의 기능이 불가역적으로 정지되었을 때를 뇌사로 인정하려는 뇌간사설이나 대뇌기능인 정신작용의 불가역적인 소실을 뇌사로 보려는 대뇌사설의 채택을 배제하고 있었다.

이식법도 “뇌사자라 함은 이 법에 의한 뇌사판정기준 및 뇌사판정절차에 따라 뇌전체의 기능이 되살아 날 수 없는 상태로 정지되었다고 판정된 자를 말한다” 고 함으로써 전뇌사를 규정하고 있다(이식법 제3조 제4호 후단).

전뇌사설을 취하는 경우에도 그것을 어떻게 판정할 것인가가 다시 해결되지 않으면 안 된다. 뇌사의 판정은 소수의 전문가만이 할 수 있고, 그 정확성이 생명이기 때문이다. 여기서 이식법은 뇌사판정에 대한 공정성과 일반인의 신뢰성을 보장하고, 뇌사판정에 대한 오류를 방지하기 위해 뇌사판정기준과 뇌사판정절차에 대하여도 규정하고 있다.

9) 주호노, 뇌사와 장기이식의 법률학, 동림, 1997, 59-62쪽 참조.

10) 이재, 형법각론, 박영사, 2000, 1 ; 정성, [형법각론, 서 : 법지, 1996], 5쪽 이 ; 김동, 뇌사에 관한 형법적 연구, 박사학위논문, 강원대학교 대학원, 1992. 2, 11 ; 김민, 판례월, 1 ; 오영, 뇌사자장기이식에 관한 형법적 문제, [의료와 형법, 1회 형사정책세미나 자료, 한국형사정책연구, 1993. 10], 13 ; 이형, 형법에 있어서 사람의 시기와 종기, 고시연구 1979. 09, 3 ; 임웅, 형법각론 (상), 법문사, 2000, 17쪽 ; 장영민, 뇌사와 장기이식의 형사법적 문제 (동산 손해목교수 화갑기념 논문집, 1993), 636쪽 이하 ; 정성, 형법에 있어서의 뇌사의 개념과 뇌사설(동산 손해목교수 화갑기념 논문집, 1993), 62 ; 주호노, 뇌사와 장기이식의 법률학, 동림, 1997, 65쪽 이 ; 최우, 안락사와 존엄 : 아름다운 죽음에 관한 권리, [고시제, 1989. 2], 3

Ⅲ. 뇌사의 판정

1. 판정기준

뇌사판정기준은 우선 6세 이상인 자에 대한 뇌사판정기준과 6세 이하의 소아에 대한 뇌사판정기준으로 구별하고 있다. 6세 이상인 자에 대한 뇌사판정기준은 다시 선행조건과 판정기준에 대하여 규정하고 있다.

(1) 6세 이상의 자에 대한 기준

6세 이상인 자에 대한 뇌사판정기준은 다음의 선행조건 및 판정기준에 모두 적합하여야 한다.

선행조건은 임상적 소견으로 뇌사를 의심할만한 원인이 있을 경우로서, 원인질환이 확실하고 치료될 가능성이 없는 기질적인 뇌병변이 있을 것과 깊은 혼수상태로서 자발호흡이 없고 인공호흡기로 호흡이 유지되고 있을 것을 요구하고 있다. 또한 선행조건은 뇌사유사상태의 증례로서 다음의 경우를 제외례로 하고 있다. 치료가 가능한 약물중독(마취제·수면제·진정제·근육이완제 또는 독극물 등에 의한 중독), 대사성 또는 내분비성장애(간성혼수·요독성혼수 또는 저혈당성뇌증 등), 저체온상태(직장온도가 섭씨 32° 이하) 또는 쇼크상태는 제외된다.

판정기준은 그 요건으로서 외부자극에 전혀 반응이 없는 깊은 혼수상태, 자발호흡의 불가역적 소실, 양안동공의 확대·고정, 뇌간반사(광반사, 각막반사, 안구두부반사, 전정안구반사, 모양체척수반사 구역반사 및 기침반사)의 완전 소실 및 자발운동·제뇌강직·제피질강직·경련 등이 나타나지 않을 것을 요구하고 있다. 또한 판정기준은 무호흡검사에 의하여 자발호흡이 불가역적으로 판정될 것과 6시간 경과후 재확인검사를 하여 그 결과가 동일하게 나올 것 및 재확인검사후 뇌파검사에 의한 평탄뇌파가 30분 이상 지속될 것을 요건으로 하고 있다.

이식법은 뇌사시의 사망시각에 관하여 명문의 규정을 두고 있지 않다. 이는 사망시각의 결정을 해석에 맡겨 의학적 발전에 따른 유동적 결과를 존중하기 위한 조치라고 이해될 수 있다.¹¹⁾ 심장사의 경우에는 맥박이 영구적으로 정지할 때에 사망이 발생한 것으로 본다. 이는 형법상 전통이었으며, 이에 관하여는 아무런 이의가 존재하지 않았다. 심장사는 확인이 용이하고, 의사가 아닌 일반인에 의해서도 그것이 가능하였기 때문이다.

11) Tag, Brigitte, Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis, Berlin, 2000, S. 139

그러나 뇌사에 의한 사망판정의 경우에는 이에 반하여 전뇌기능의 불가역적 정지를 2회에 걸쳐 판정하도록 되어 있고, 이는 사망의 내적 징후를 의미하기 때문에 전문가만이 판정할 수 있다는 데에 문제가 있다. 바로 여기에 뇌사판정의 경우 사망시각에 대하여 견해가 일치하지 않는 이유가 존재한다. 사망시각에 관하여는 1회차 뇌사판정시라는 견해 (뇌사판정요건충족설), 2회차 뇌사판정시라는 견해 (관찰시간경과시설) 또는 2회차 뇌사판정후 1회차 뇌사판정시라는 견해 (소급설) 등이 주로 주장되고 있다.¹²⁾

생각건대, 최초의 뇌사판정요건을 뇌사의 징후를 나타내는 것으로 보면 뇌사의 시점은 당연히 관찰시간이 경과한 확인시점이 된다.¹³⁾ 뇌사를 인지하고 관찰시간이 경과한 후 변동사항이 없으면 뇌사를 판정하도록 되어 있기 때문이다.¹⁴⁾ 이러한 의미에서 관찰시간은 뇌사에 대한 재확인요건이 아니라 판정요건이 된다. 따라서 2회차의 뇌사판정요건이 충족되지 않은 경우에는 처음부터, 즉 1회차의 뇌사판정요건부터 다시 충족해야 한다고 하는 것이 타당하다.¹⁵⁾

(2) 6세 미만인 소아에 대한 기준

6세 미만인 소아에 대한 뇌사판정기준은 우선, 6세 이상의 자에 대한 뇌사판정기준과 동일하게, 선행조건 및 판정기준에 적합하여야 할 것을 요구하고 있다. 다만, 1세 이상 6세 미만의 소아의 경우에는 24시간 경과후에 재확인 검사를 하도록 규정하고 있다. 또한 생후 2월 이상 1세 미만의 소아의 경우에는 48시간이 경과한 후에 재확인 검사를 실시할 것과 재확인검사 전후에 걸쳐서 뇌파검사를 각각 실시하도록 요구하고 있다.

소아를 특별 취급하는 것은 뇌사판정에 있어서 그 기준은 연령이 아니라 뇌의 불가역적 상실여부가 되는 것이 원칙임에도 불구하고, 소아의 경우에는 뇌손상에 대한 저항력이 성인의 그것에 비하여 크고 높기 때문에 소아에서의 뇌사판정시에는 한층 신중을 기하게 하기 위함이다.¹⁶⁾

12) 이에 관하여는 자세한 것은 주호노, 뇌사와 장기이식의 법률학, 동림, 1997, 96-98쪽; 다른 주장에 관하여는 문국진, 의료생명윤리의 문제와 대책, in : 김훈수/문국진/현원복/이정주, 생명윤리에 관한 사회 및 국가적 대책, 학술원논문집(자연과학편) 제39집, 2000.1, 89 참조

13) Richtlinien der Bundesärztekammer zur Feststellung des Hirntodes, DÄBl. 1998, A-1861, 186

14) 문국진, 의료생명윤리의 문제와 대책, in : 김훈수/문국진/현원복/ 이정주, 생명윤리에 관한 사회 및 국가적 대책, 학술원논문집(자연과학편) 제39집, 2000.1, 90쪽

15) 주호노, [장기등 이식에 관한 법률]의 문제점과 개정방향, in : 보건복지국립의료국립장기이식관리센터, 국립장기이식관리센터 1주년 기념 장기이식발전 및 관련제도 개선을 위한 심포지엄, 12쪽

16) 주호노, 축조해설 장기등 이식에 관한 법률, 육법사, 2000, 125, 131쪽.

2. 판정절차

뇌사판정절차는 제공자의 보호를 절차적으로 담보하는 규정들이다. 엄격한 절차들은 공정성과 신뢰의 확보에 기여할 수 있다.

1) 뇌사판정의 신청

뇌사로 추정되는 자(뇌사판정대상자)의 장기등의 기증을 위한 뇌사판정을 받고자 하는 자는 뇌사판정대상자에 대한 검사기록 및 진료를 담당한 의사의 소견서 등 구비서류를 첨부하여 뇌사판정기관의 장에게 뇌사판정의 신청을 하여야 한다 (이식법 제15조 제1항).

뇌사판정의 신청은 뇌사판정대상자의 가족이 하는 것이 원칙이다.¹⁷⁾ 다만, 뇌사판정대상자가 등록기관에 장기등기증희망자로 등록한 경우에는 진료를 담당한 의사도 뇌사판정을 신청할 수 있다 (이식법 제15조 제2항).

뇌사판정기관의 장은 뇌사판정의 신청을 받은 경우에는 전문의사 2인 이상과 진료를 담당한 의사로 하여금 뇌사조사를 실시하게 하고, 이들이 함께 작성한 뇌사조사서를 첨부하여 뇌사판정위원회에 뇌사판정을 요청하여야 한다 (이식법 제16조 제1항). 뇌사판정위원회는 대통령령이 정하는 바에 따라 전문의사 3인 이상을 포함한 6인이상 10인 이하의 위원으로 구성된다 (이식법 제14조 제3항).

2) 뇌사판정위원회에 의한 판정

뇌사판정의 요청을 받은 뇌사판정위원회는 전문의사인 위원 2인 이상을 포함한 재적위원 3분의 2 이상의 출석과 출석위원 전원의 찬성으로 뇌사를 판정한다(이식법 제16조 제2항 제1문). 뇌사판정위원회는 뇌사판정을 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 뇌사조사서를 작성한 전문의사와 진료를 담당한 의사로 하여금 뇌사판정위원회에 출석하여 의견을 진술하게 할 수 있다 (이식법 제16조 제3항).

이식법은 뇌사를 의사가 아니라 뇌사판정위원회에 의해서 판정하게 하고 있다는 점에서 커다란 특징을 가지고 있다. 이는 2명 내지 3명의 의사에 의해서 뇌사를 판정하도록 하는 다른 나라의 입법과 확연히 구별되기 때문이다. 예컨대, 독일의 이식법도¹⁸⁾

17) [가족]이라는 용어를 사용한 것은 뇌사자가 살아 있는 자라는 의미는 아니다. 국민의 신뢰를 얻고자 하는 동법의 취지로 말하면 동법의 판정기준과 절차에 의해 뇌사확인이 이루어지기 전에 뇌사를 허용하는 것은 불가능하다. 그래서 그 확인전에 행해진 장기적출 동의시에는 아직 뇌사라고 볼 수 없다는 것이 현실이므로 동의자격이 있는 근친자를 [가족]이라고 할 뿐이다

18) 원래법명 Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organe (Transplantationsgesetz-TPG이.이하에서 독일 이식이라 약칭하기한

원칙적으로 2명의 전문의로 하여금 상호 독립하여 장기기증자를 진단하도록 하고 있다 (독일 이식법 제5조 제1항 제1문). 이는 오판의 가능성을 배제하기 위한 것이라고 한다.¹⁹⁾

뇌사판정위원회는 그 존재만으로도 뇌사판정에 대한 공정성과 신중성을 확보할 수 있고, 남용의 우려를 사전에 차단할 수 있고, 뇌사를 판정하는 의사의 부담을 덜어줄 수 있다는 등의 당초의 취지와는 달리 위원들의 비전문성과 절차적인 면에서의 어려움 등이 가세하여 뇌사자 장기기증을 어렵게 하는 장애물로 지적되어 왔다.²⁰⁾ 의료인으로 하여금 일반인과 함께 뇌사를 판정하게 하는 뇌사판정위원회에 의한 뇌사판정방식의 배후에는 뇌사에 대한 회의론, 장기기증에 대한 소극성 및 의료인에 대한 불신이 존재하였다. 입법당시 한국국민의 뇌사에 관한 합의는 대략 70% 정도에 이르고 있었다.²¹⁾ 여기서 이식법은 이러한 상황에서의 조속한 입법을 실현시키기 위한 입법적 타협의 산물이라고 보여진다. 한국에서의 총체적 의료불신은 뇌사자 장기이식에 여전히 남아 있어 뇌사판정위원회의 폐지주장에도²²⁾ 불구하고 여전히 미온적인 태도를 가지게 하고 있다.

생각건대, 뇌사의 판정은 심장사의 판정과 함께 의사의 고유한 권한에 속한다고 해야 한다. 뇌사판정기준은 이미 법률에 의하여 정해져 있고 이의 해당여부에 대한 판단은 뇌사를 사람의 사망으로 인정할 것인가와는 다른 문제로서 규범의 문제가 아니라 사실의 문제라고 해야 하기 때문이다. 나아가 판정의 오류 또는 남용의 경우에도 그 책임의 귀속주체는 뇌사판정위원회가 아니라 뇌사를 판정한 의사만이 될 수 있다고 하는 것이 타당하다. 더욱이 뇌사의 판정은 다수결에 의해서 행하여질 수 있는 성질의 것도 아니다.

3) 판정기록의 작성과 보존

뇌사판정위원회가 뇌사를 판정한 경우에는 출석위원 전원이 서명 또는 기명날인한 뇌사판정서 및 회의록을 작성하고 이를 뇌사판정기관의 장에게 제출하여야 한다(이식법 제16조 제4항). 뇌사판정기관의 장은 뇌사판정서 및 회의록, 기타 뇌사판정에 관련

19) BT-Dr.13/4355, S. 19.

20) 주호노, [장기등 이식에 관한 법률]의 문제점과 개정방향, in: 보건복지 국립의료·국립장기이식관리센터, 국립장기이식관리센터 1주년 기념 장기이식발전 및 관련제도 개선을 위한 심포지엄, 9-10쪽

21) 한국보건사회연구원, 장기등 이식에 관한 법률 제정을 위한 공청회, 공청회 자료 96-10, 1996.10.30, 10쪽

22) 주호노, [장기등 이식에 관한 법률]의 문제점과 개정방향, in: 보건복지 국립의료 국립장기이식관리센터, 국립장기이식관리센터 1주년 기념 장기이식발전 및 관련제도 개선을 위한 심포지엄, 9-10쪽

된 자료를 15년간 보존하여야 한다(이식법 제25조 제1항). 뇌사판정기관의 장은 뇌사판정서 및 회의록을 제출받은 때에는 그 사본과 기타의 뇌사판정 관련 자료를 국립장기이식관리기관의 장에게 송부하여야 하며, 뇌사판정신청자에 대하여는 뇌사판정서의 사본을 송부하여야 한다(이식법 제16조 제5항).

기록의 작성과 보존의무는 투명성과 신뢰성에 기여한다.²³⁾ 독일의 이식법은 기증자 측에게 열람권을 부여하고 있다(독일 이식법 제5조 제2항 제4문).

4) 이식의와 판정의의 구별

이식법은 뇌사판정의 공정성과 신뢰성을 높이기 위해 판정의(判定醫)와 이식의(移植醫)를 구별하여 뇌사조사 내지 뇌사판정에 관여한 의사에게는 장기의 적출과 이식에 참여할 수 없도록 배제하고 있다(이식법 제23조). 판정의와 이식의를 구별함으로써 투명성과 신뢰성을 확보할 수 있고,²⁴⁾ 양자 사이의 이익의 충돌을 방지할 수 있기 때문이다.²⁵⁾

이 외에도 이식법은 뇌사자가 장기등의 적출로 사망한 때에는 뇌사의 원인이 된 질병 또는 행위로 인하여 사망한 것으로 본다²⁶⁾고 하고 있다(이식법 제17조). 이에 대하여는 인관관계에 관한 일반이론에 의해서 해결이 가능함에도 불구하고 다시 이를 이식법이 규정한 것은 입법의 과잉으로서 폐지하는 것이 타당하다고 비판하는 견해도 있다.²⁶⁾ 그러나 이는 판정의의 잘못으로 뇌사판정이 이루어지고 이를 믿고 장기의 적출까지 이루어진 상태에서, 뇌사자가 장기등의 적출행위로 사망한 경우 그 사망에 대한 책임이 이식의에게 추급되는 것을 차단하려는 배려이다. 다시 말해서, 이는 판정의와 이식의를 엄격히 구별하고 있는 현행법하에서 뇌사판정에 관여하지 않고 그의 판정결과만을 믿고 장기등을 적출한 이식의를 보호하기 위한 규정이고 본다.²⁷⁾ 이 규정은 또한, 판정의의 고의 또는 과실에 의한 뇌사판정의 경우를 별론으로 하면, 이식의에 대한 면책뿐만 아니라 판정의에 대한 면책까지 의미하는 것으로도 해석될 수도 있다. “뇌사의 원인이 된 질병 또는 행위로 인하여 사망한 것으로 본다”고 규정하고 있기 때문이다.

23) BT-Dr. 13/4355, S. 19

24) BT-Dr. 13/4355, S. 19.

25) BT-Dr. 13/4355, S. 19

26) 이상용, 장기이식법의 시행과 향후전망, 연구보고서 00-15, 한국형사정책연구원, 2000.12, 108, 126쪽 참조

27) 주호노, 축조해설 장기등 이식에 관한 법률, 육법사, 2000, 134 ; 같은 취지 : 조병선, 한국의 장기이식법, in : 형법에서의 생명보호, 형사법연구 제16호 특집호, 한국형사법학회, 2001, 132-133 참조

IV. 결 어

현행법상 사망의 판정방법에 대한 명문의 규정은 없다. 다만, 해석에 의하여 종래부터 심장사에 의하여 사망을 판정하여 왔던 것이다. 그러나 이식법에 의하여 뇌사도 기존의 심장사 함께 또 하나의 사망판정방법으로 도입되었기 때문에, 앞으로의 사망 판정은 뇌사판정에 의해서도 가능하게 되었다.

다만, 이식법상 뇌사자는 뇌사판정기준 및 뇌사판정절차에 따라 뇌 전체의 기능이 되살아날 수 없는 상태로 정지되었다고 판정된 자를 말하고(이식법 제3조 제4호), 또한 이식법상의 뇌사판정은 그것을 받고자 하는 자의 신청이 있을 경우에만 가능하도록 되어 있다(이식법 제15조, 제16조). 따라서 장기등의 기증을 위한 뇌사판정의 신청이 없는 경우의 뇌사판정은 불가능하게 된다. 그렇다면 임상 내지 다른 법에 있어서의 사망은 여전히 심장사가 적용된다고 할 수밖에 없다. 이는 뇌사가 아직 극히 예외적으로만 인정될 뿐 정착되지 않았음을 의미한다.

이러한 의미에서 볼 때 이식법은 뇌사자의 장기적출을 가능하게 하기 위해서 만들어진 뇌사자장기이식법이라고 하여도 과언이 아니다. 따라서 이식법상 장기제공을 원하지 않을 경우에는 종래의 심장사가 적용될 것이기 때문에 사망의 판정은 개인의 선택에 따라 달라지는 뇌사와 심장사의 이원론이 되는 셈이다.²⁸⁾ 그러나 뇌사와 심장사의 이원론은 사망의 개념을 상대화할 뿐만 아니라 법질서통일의 원칙에 위배되고 법적 안정성도 해친다고 해야 한다. 이러한 의미에서 독일의 다수설이 모든 범영역에서 뇌사를 사망의 판정기준으로 인정하고 있음을 이해할 수 있다.²⁹⁾

끝으로, 뇌사는 장기이식의 목적 이외에도 무의미한 연명치료의 중단 등 의사의 치료의무의 한계를 정하는 데에 있어서도 독자적인 실익을 가지고 있다. 이러한 이유에서 대한의사협회가 뇌사를 일반적인 사망개념으로 인정하고 있는 것을 이해할 수 있다.³⁰⁾ 앞으로 한국에서는 뇌사판정에 의한 일반적 사망판정의 인정을 위해서는 보다 많은 노력이 필요하다고 생각된다.³¹⁾

28) 문국진, 의료생명윤리의 문제와 대책, in : 김훈수/문국진/현원복/이정주, 생명윤리에 관한 사회 및 국가적 대책, 학술원논문집(자연과학편) 제39집, 2000.1, 86쪽 ; 주호노, 축조해설 장기등 이식에 관한 법률, 육법사, 2000, 33쪽

29) Borowy, Oliver, Die Postmortale Organentnahme und ihre zivilrechtlichen Folgen, Frankfurt am Main, 2000, S. 132 f., 135

30) 대한의사협회, 의사윤리지침, 2001.11.15

31) 일반적 사망기준으로서의 뇌사에 반대하는 견해에 대하여는 박상은, 장기이식법의 시행에 즈음하여, 대한내과학회지 제58권 제5호, 2000.5, 492쪽 ; 심재우, 뇌사자 장기이식의 법적 문제, 성곡논총, 제27집 3권, 1996, 재단법인 성곡학술문화재단, 935쪽 ; 이상용, 장기이식법의 시행과 향후전망, 연구보고서 00-15, 한국형사정책연구원, 2000.12, 99, 100쪽

참 고 문 헌

1. 한국재난정보학회지 (2007.6)
2. 김봉태 외 7인공저 (1986), “형법각론”, 한국사법행정학회.
3. 김일수 (2001), “새로 쓴 형법각론”, 박영사.
4. 김종원 (1977), “형법각론 (상)”, 법문사.
5. 문국진 (1980), “최신법의학”, 일조각.
6. 백형구 (1999), “형법각론”, 청림출판.
7. 서일교 (1982), “형법각론”, 박영사.
8. 유기천 (1989), “형법각론(상)”, 전정신판, 일조각.
9. 이재상 (2000), “형법각론”, 박영사.
10. 임 응 (2000), “형법각론(상)”, 법문사.
11. 정성근 (1996), “형법각론”, 법지사.
12. 정영석 (1983), “형법각론” 제5정판, 법문사.
13. 주호노 (1997), “뇌사와 장기이식의 법률학”, 동림.
14. 주호노 (2000), “축조해설 장기등이식에 관한 법률”, 육법사.
15. 진계호 (1985), “형법각론” 신고 제2판, 대왕사.
16. 한국카톨릭의사협회 편 (1984), “의학윤리”, 수문사.
17. 황산덕 (1984), “형법각론” 6정판, 방문사.
18. 김동림 (1992. 2), “뇌사에 관한 형법적 연구,” 박사학위논문, 강원대학교 대학원.
19. 문국진 (2000.1), “의료생명윤리의 문제와 대책,” 김훈수/문국진/현원복/ 이정주, 「생명윤리에 관한 사회 및 국가적 대책」, 학술원논문집(자연과학편) 제39집.
20. 박상은 (2000.5), “장기이식법의 시행에 즈음하여,” 대한내과학회지 제58권 제5호.
21. 심재우 (1996), “뇌사자 장기이식의 법적 문제,” 성곡논총, 제27집 3권, 재단법인 성곡학술문화재단.
22. 안동준 (2001), “뇌사와 장기이식,” 「형법에서의 생명보호」, 형사법연구 제16호 특집호, 한국형사법학회.
23. 오영근 (1993.10), “뇌사자장기이식에 관한 형법적 문제,” 「의료와 형법」, 제10회 형사정책세미나 자료집, 한국형사정책연구원.
24. 이상용 (2000.12), “장기이식법의 시행과 향후전망,” 연구보고서 00-15, 한국형사정책연구원.
25. 이왕재 (1992.9), “죽음에 대한 의학적 정의,” 「뇌사와 장기이식의 법리」, 법무자료, 제155집, 법무부.

26. 이인수 (1992.6), “뇌사도 죽음이다,” 「세종의학」, 제9권 제1호..
27. 이인수 (1992. 10), “뇌사인정은 생명구출작전,” 「한국논단」..
28. 이형국 (1979.09), “형법에 있어서 사람의 시기와 종기,” 고시연구.
29. 장영민(1993), “뇌사와 장기이식의 형사법적 문제,” 「동산 손해목교수화갑기념 논문집」.
30. 정성근(1993), “형법에 있어서의 사의개념과 뇌사설,” 「동산 손해목교수화갑기념 논문집
31. 조병선(2001), “한국의 장기이식법,” 「형법에서의 생명보호」, 형사법연구 제16호 특집호, 한국형사법학회.
32. 주호노, “장기 등 이식에 관한 법률의 문제점과 개정 방향,” 보건복지부/국립의료원/국립장기이식관리센터, 국립장기이식관리센터 1주년 기념 장기이식발전 및 관련제도 개선을 위한 심포지엄.
33. 최우찬 (1989.2), “안락사와 존엄사: 아름다운 죽음에 관한 권리,” 「고시계」.
34. 대한의사협회 (2001.11.15), 의사윤리지침.
35. 한국보건사회연구원 (1996.10.30), 장기등이식에 관한 법률 제정을 위한 공청회, 공청회 자료 96-10,.
36. Borowy, Oliver (2000), Die Postmortale Organentnahme und ihre zivilrechtlichen Folgen, Frankfurt am Main.
37. Tag, Brigitte (2000), Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis, Berlin.

논문접수일 : 2007년 5월 9일

심사의뢰일 : 2007년 5월 11일

심사완료일 : 2007년 6월 4일

