

<http://dx.doi.org/10.17703/JCCT.2016.2.3.9>

JCCT 2016-8-2

엠바밍(Embalming)의 법률적 상당성에 관한 연구

An Inquiry of properness and Legal Bases about the Embalming in Korea

황규성*, 진상명**, 김춘식***, 김정래****

Kyu-Sung Hwang*, Sang-Myoung Jin, James Kim***, Jeong-Lae Kim******

요 약 엠바밍은 시신의 일시적 보존을 위해 실행되는 기술로 피부를 절개하고 혈관을 찾고 보존액을 주입하는 작업을 거치기 때문에 법률적 근거가 필요하며, 법률적 근거에 의하여 시신의 인격에 대한 존경심과 전문성을 가지고 있는 전문가에 의해서 실행되어야 한다. 이러한 이유로 미국 등에서는 엠바밍에 대한 법률적 근거가 심도있게 연구되고 있으나 국내에서는 아직 엠바밍에 관한 연구가 미비하다. 국내에서는 엠바밍 필요성과 엠바밍 전문인 육성에 대한 연구가 꾸준히 진행되어 왔지만, 엠바밍 처리시 발생할 수 있는 시신의 존엄성에 대한 법률적 근거 및 당위성에 대한 연구는 미비하다. 이에 본 연구에서는 엠바밍에 관한 관련법규에 대해 논하고 엠바밍의 법률적 당위성과 전문적 엠바머의 필요성에 대해 살펴보고자 한다.

주요어 : 엠바밍, 법률적 당위성, 인격, 시신, 보존

Abstract Embalming is process of chemically treating a dead body to reduce growth of microorganisms and retard organic decomposition. Embalming is contemporary preservation and includes skin incision and preservative fluid injection of blood vessels. That the preparation, embalming and final disposition of a dead body should be attended with appropriate legal bases and properness, having due regard and respect for the care of the human body. The necessity of embalming on legal base is present but it has not been studied in Korea. We propose the legal bases about the embalming that is based on the related law associated a dead body in Korea. We aim to have legal reason for the embalming and embalmer.

Key words : Embalming, Legal reason, Properness, Dead body, Preservation

*정회원, 주)한국엠바밍 대표이사(주저자)

**정회원, 장례문화진흥원

***정회원, 주)한국엠바밍

****중신회원, 을지대학교 의료공학과(교신저자)

접수일자: 2016년 6월 10일, 수정완료일자: 2016년 6월 17일

게재확정일자: 2016년 6월 25일

Received: 10 June, 2016 / Revised: 17 June, 2016

Accepted: 25 June, 2016

****Corresponding Author: jlkim@eulji.ac.kr

Dept. Biomedical Engineering, Eulji University

I. 서 론

장사(葬事)정책을 포함한 현대행정의 지배적인 패러다임은 거버넌스 개념^[1]으로, 특별관계(국민의 신탁에 의한 정부운영)에 의한 의무와 책임으로서 공공성이 강조되고 있으므로^[2] 정부는 고객으로서의 시민을 위한 서비스 제공을 추구해야 하며, 세계 각국들도 변화된 패러다임을 적용하여 시민지향적 서비스를 확대하는 등 행정의 공공성을 강화·확대하는 추세이다.

또한, 현대사회는 세계화 현상으로 정치, 경제, 사회, 문화, 과학 등 다양한 분야에서 교류가 활발하고, IS(이슬람국가, Islamic State) 등의 다양한 테러에 따라 세계 각국이 이에 대비한 대책마련이 시급한 상황이다.

따라서, 고인에 대한 충분한 추모 또는 시신의 해외 운구를 위한 시신의 부패 및 감염방지 등 위생처리는 행정의 공공성 강화 및 공공복지 증진, 국내·외 보건위생상 위해(危害) 방지를 위하여 반드시 필요한 조치이다.^[3,4]

그러나, 현재 시신의 처리절차 등 장사(葬事)의 방법에 대한 법률적 기반이 되는 「장사등에관한법률」에는 시신의 부패 및 감염방지 등 위생처리 방법인 「엠바밍」에 대하여 단순히 “약품처리”로 규정하고 있을 뿐, 절차와 시설·물품, 처리자의 자격 등에 대해서는 규정이나 행정지침조차 없는 상황이다.^[5]

헌법에서 국가는 국민이 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 보장하여야 하며(제10조)^[6], 누구든지 모든 영역에서 차별을 받지 아니하도록 보장하고 있으며(제11조)^[7], 국가는 사회보장·사회복지의 증진과 재해 예방 및 그 위험으로부터 국민을 보호하기 위하여 노력할 의무를 가진다(제34조)^[8].

최상위 법체계인 헌법의 이념과 취지, 그리고 변화된 행정의 패러다임인 거버넌스 관점에서 비추어 보면, 국민이 그 필요에 따라 정해진 장례기간 동안 충분히 추모할 수 있도록 필요한 조치를 제공하는 것과 세계화에 따른 시신의 해외 운구를 위해 필요한 조치·처리를 제공하는 것은 행복추구권 보장, 차별 금지, 사회보장·사회

복지 증진, 재해 예방 및 위험에 대한 국민 보호 등 국가의 책무에 해당되며, 감염·확산 등을 예방하고 공공성을 강화하기 위한 중요한 수단이다.

특히, 외국인 시신의 장례를 위한 본국으로의 운구 시 시신의 부패 및 감염방지 등 위생처리에 소홀하거나 고인의 존엄과 품위가 훼손되게 되면, 해당 유족의 항의가 자칫 국가간 결례 등의 문제로 확산될 가능성도 있기 때문에, 「엠바밍」의 근거 법령 마련을 위한 연구와 그 필요성 또한 시급하다고 볼 수 있다.^[9,10]

이에 본 연구에서는 「엠바밍」에 관해 현재까지 규정된 현황과 규정이 필요한 사항 및 당위성에 대하여 분석하고, 관련 규정의 쟁점 등에 대하여 살펴보고자 한다.

II. 본 론

1. 엠바밍에 대해서

1) 엠바밍(Embalming)이란?

「엠바밍」이라는 말은 영어로 “embalming”의 역어로 의학에서 방부처리, 또는 부패를 막기 위하여 소독제 및 방부제로 시체를 처리하는 것으로 번역되고 있다.^[11]

그동안 한국에서는 「엠바밍」을 단순히 시신 운송을 위한 방부처리로 흔히 부르고 영구히 썩지 않는 개념(permanent preservation)으로 이해하고 있는데 이것은 잘못된 해석과 인식에서 기인한 것이다.

「엠바밍」은 유족 등의 필요에 따라 정해진 장례기간 동안 시신이 부패되지 않고 감염 등을 방지할 수 있도록 위생적으로 처리된 고인의 모습을 보면서 충분히 추모할 수 있도록 하고, 세계화에 따라 국내에서 사망한 외국인 시신의 본국에서의 장례를 위한 운구 필요성이 있을 때 필요한 일시적 보존(Contemporary Preservation)과 감염확산 방지 등을 위한 위생처리의 개념으로 이해하는 것이 바람직할 것이다.^[3,4]

또한, 「엠바밍」은 부패 및 감염 등 보건위생상 위해를 방지하기 위한 전문화된 조치·작업을 통해 고인·시

*거버넌스(Governance) : ‘국가경영’ 또는 ‘공공경영’으로 번역되며, 최근에는 행정을 ‘거버넌스’의 개념으로 보는 경향이 확산되어 가고 있다. 신공공관리론(新公共管理論)에서 중요시되는 개념으로서 국가·정부의 통치기구 등의 조직체를 가리키는 ‘government’과 구별된다. 즉, ‘governance’는 지역사회에서부터 국제사회에 이르기까지 여러 공공조직에 의한 행정서비스 공급체계의 복합적 기능에 중점을 두는 포괄적인 개념으로 파악될 수 있으며, 통치·지배라는 의미보다는 경영의 위양스가 강하다. 거버넌스는 정부·준정부를 비롯하여 반관반민(半官半民)·비영리·자원봉사 등의 조직이 수행하는 공공활동, 즉 공공서비스의 공급체계를 구성하는 다원적 조직체계 내지 조직 네트워크의 상호작용 패턴으로서 인간의 집단적 활동으로 파악할 수 있다(이해하기 쉽게 쓴 행정학용어사전, 2010, 새정보미디어)

신에 대한 거부감을 없애거나 줄일 수 있어, 고인의 존엄성과 인격을 높여주어 충분한 추모를 가능하게 하는 기제가 되므로, 사별슬픔이나 충격을 조속히 극복할 수 있도록 제공하는 최상의 장례방법의 하나로 볼 수 있을 것이다.^[8,10]

2) 엠바밍에 대한 오해

이제까지 "엠바밍"라는 용어보다는 "시체방부처리" 또는 "시체방부보존"이라는 말로 대신해 사용하여 왔다. 이러한 용어가 생긴 이유는 1970년대 주로 외국으로 나가는 시신을 처리시 엠바밍을 전문으로 하는 전문가가 부재하여 주로 의대에서 해부학 수업을 위해 시신을 방부처리하는 인력이 이 업무를 담당했던 데서 유래한다.

하지만 시신방부처리와 엠바밍은 근본적으로 다르다. 시신방부처리의 목적은 좀 더 시신을 오랫동안 썩지 않게 하여 의학적으로 연구할 수 있는 충분한 시간을 가지기 위해 행해지는 방법으로 장례와는 관련성이 없다. 엠바밍은 그 목적이 장례를 위해 사용되어지며, 잠시 동안 고인의 모습을 보여주기 위해 보존제를 혈관내로 주입 및 배액시키는 기술이라는 개념을 근본에 두고 논의해야 할 것이다. 즉, 방부처리라는 말 속에는 고인을 영구적으로 썩지 않게 한다는 영구보존의 개념이 강한 반면 엠바밍은 고인접견을 위한 일시적 시신의 소독의 개념이라고 정리해야 할 것이다.^[9]

엠바밍 시신은 장례가 행해지는 일시적 기간(종교적 및 비종교적 장례식을 치르는 동안)동안 일시적 보존되며, 일정시간이 지나면 일반 시신과 같이 썩어 자연으로 돌아간다. 엠바밍은 장례종사자의 공중보건적 위해성을 경감시키고 장례절차 전 과정을 질병감염 위험으로부터 보호할 수 있다.^[10]

2. 엠바밍과 법률적 문제

1) 문제의 소재

(1) 엠바밍에 관한 법률 부재

엠바밍은 현행 장사등에관한법률 제9조제1항의 '시체의 약품처리'에 용어로 표현되고 있으나 약품처리에 대한 정의 및 지침이 없는 실정이다. 약품처리라는 용어의 정의가 없음으로 인해 '약품처리'가 어떠한 목적으로, 무엇을 위해, 어떠한 방법으로 행해지는지에 대한 뚜렷한 목적과 정체성이 없어 처음 의도하였던 법률 제정 자체의 목적성이 상실된 상태이다.^[5]

(2) 행복추구의 권리

근대의 자유 민주주의 사회에 있어서 가장 기본적인 행복추구의 권리로 '모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리가 있다'(헌법 제10조)^[6]라고 정의하고 있다. 따라서 엠바밍 처리를 희망하는 본인뿐만 아니라 유가족의 행복추구권의 행사로 인식되어지고 있는 한 공공의 복지에 위배되지 않는 한 최대한 존중되어야 할 장례방법이라 할 수 있다. 장사등에관한법률에 언급되어있는 '시체의 약품처리'를 단순히 시신 보존을 위한 약품처리로만 국한되어 정의를 내려서는 안되며, 이에 수반되는 메이크업 및 복구학적 의미가 포함되어 있다는 것을 인지하고 포괄적인 정의가 내려져야 한다.

(3) 사체 손괴란?

엠바밍에서 가장 기본적인 규율은 형법이다. 형법은 사람으로서 하여선 안 되는 일을 명문으로 정하고 금지행위를 범죄로서 일정한 형벌을 부과, 개인의 권리 국가사회의 질서 등 법적이익(이것을 '보호법익'이라 함)을 지키게 하고 있다.

형법 제161조에서는 「사체, 유골, 유발 또는 관내에 장치한 물건을 손괴, 유기, 은닉 또는 영득한 자는 7년 이하의 징역에 처한다.」라고 규정하고 있다.^[12] 형법 제12장 「신상에 관한 죄」 중 「장례식등의 방해」(제158조)[13], 「분묘의 발굴」(제160조)^[14], 「사체등의 오욕」(제159조)^[15] 등과 함께 규정되어 있으며 동 조항은 이러한 연관성이 있는 범죄유형과 함께 종교적 평온 및 종교적 감정을 보호법익으로 하고 있다.

형법 제161조 1항에서 금지되는 행위(범죄구성요건)는 '사체, 유골, 유발 또는 관내에 장치한 물건을 손괴, 유기, 은닉 또는 영득(領得)이지만 엠바밍과의 관계로 문제되는 것은 엠바밍 처리 중 발생하는 시신처치가 「사체」의 「파괴」에 해당하지 않는가 하는 점이다.^[12]

「파괴」란 대증물을 물리적 파괴 손상하는 것으로 파괴 손상이란 결국 정상적인 상태를 불량스럽게 변화시키는 것을 가리킨다. 구체적으로 어떠한 행위가 「손괴」에 해당되는가는 상해죄, 존속상해죄(형법 제257조)^[16], 중상해죄, 존속중상해죄(형법 제258조)^[17], 상해치사죄(형법 제259조)^[18]에서 표현하는 「상해」의 의미의 해설이 참고가 된다. 상해죄에 있어 상해에 관해서는 「신체의 안전성을 잃게 하는 것」(예를 들면 칼에

배인 상처, 찰상)또는 생리기능의 장애를 일으키게 하는 것(예를 들면 설사를 일으키게 하는 것)을 포함한다.

이와 같이, 시신에도 생체에 대한 상해와 동일하게 생각한다면 「사체손괴」의 범위는 매우 넓어진다. 인간의 생체에 바늘을 찌르기도 하고, 칼로 상처를 내기도 하고 또 머리카락을 뽑는 등의 행위는 더욱더 「상해」의 구성요건에 해당되기 때문이다.

엠바밍의 처치에는 ① 시신에 소독과 약제의 도포 ② 절단된 시신의 수복과 형성 ③ 시신의 일부를 경미하게 절개하여 동맥에 엠바밍 액 주입을 행하는 일 등이 포함 되어있다. 그 중 ①과 ②에 대해서는 「손괴」의 개념과는 거리가 멀지만 ③의 행위 즉 엠바밍 처치시 보존액 주입을 위해 메스로 시신에 절개하는 행위를 상해로 비취지는 행위로 본다면 상해죄에 해당될 것이라고 판단할 수 있을 것이다.

(4) 엠바밍은 사체손괴에 해당하는 것인가?

그렇다면 엠바밍시 행해지는 시신에 경미한 상처도 형법 제161조 사체손괴죄에 속하니 형법 행위로서 엄급해야 하는 것인가 하면, 그렇지 않다. 그것은 다음과 같은 이유 때문이다.^[12]

우선 근대 형법은 사람들이 국가사회에서 자유롭게 행복을 추구할 수 있게 하기 위한 최소한의 사회질서를 지키기 위해 존재하며, 사람을 일부러 범죄자로 만들기 위해 만들어진 것이 아니다. 나쁘게 확대 해석되어 사회적으로 유익한 활동을 금지하는 일이 있어선 안되기 때문이다.

엠바밍은 시신을 통해 발생할 수 있는 유해한 질병 전염을 방지하고 유가족과 장례종사자 공중건강을 증진시키고 부패를 방지하여 시신의 존엄성 향상과 사람들에게 시신에 대한 불결함 및 공포감 더 나아가 혐오하는 생각을 제거하고자 하기 위한 방법이다.

엠바밍을 사회문화적으로 보면 장례에 있어 시신과 유족사이에 충분한 대면을 가능하게 해주어 유가족과 고인과의 옛 추억을 회상할 수 있는 충분한 시간을 주며, 남은 사람들의 현재와 장래의 생명이 있어 진지하게 사색하고 배울 수 있게 해주는 기술인 것이다.

따라서 엠바밍이 사체손괴죄의 보호법익에 있는 종교적 평온, 종교적 감정, 도덕적 질서라고 하는 사회적 법익 증진을 침해하는 것이라고는 생각되어지지 않으며, 따라서 엠바밍이라는 행위는 사체손괴죄에 해당될 수 없는 것이다.

2) 범죄구성요소

범죄란 상식적으로는 형벌법규에 위배되는 행위이라고 볼 수 있지만 형법학에서는 ① 범죄구성요건 ② 위법 ③ 유책(有責)의 행위가 충족되어야 범죄라고 한다. 하지만 위의 조건을 충족하였다도 범죄로 볼 수 없는 것들이 있다. 예를 들면 사람을 죽이는 행위에 있어서도 사형판결의 집행으로 하게 되는 경우는 법령에 의한 행위로 범죄구성요건에 해당하지만 위법성이 없다. 또한 사체의 해부도 사체의 손괴에 해당되지만 시체해부및보존에관한법률에 근거하는 행위로서 위법성이 없다. 또 형사책임연령(형법 제9조, 형사미성년자. 만 14세 미만인 사람은 형사처벌하지 못한다)에 지나지 않는 아이가 사람을 죽였어도 살인이 되지 않는다(책임조각).^[19]

엠바밍의 범죄구성요건의 해당성에서, 엠바밍시 발생하는 시술은 시신의 보전을 위해 실시되고 있으므로 시신에 물리적 변형을 가하는 행위가 있다하여도 손괴라 하는 행위로 볼 수 없다는 해석이 가능한 것이다. 의사의 수술이 '상해'라는 구성요건에 해당하지만 수술이 정당업무행위이기 때문에 정당화하는 것과 같은 것이다.

3. 엠바밍 업무의 정당성

형법 제20조에는 「법령에 의한 행위 또는 업무로 인한 행위 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위는 벌하지 아니한다」라고 규정한다.^[20]

정당한 업무란 법령상 근거가 없더라도 정당하다고 인식되는 업무이다. 예를 들면 의사의 수술, 써름전수의 써름, 권투전수의 권투 등은 업무의 정당한 범위로 행해지고 있는 한 폭행죄가 아니며 상해죄의 구성요건에 해당하여도 정당업무행위로서 위법성이 사멸되는 것으로 이해되고 있다.

이처럼 사회생활상 유익한 것으로 인식되어 업무로서 반복 또는 계속하여 행하여지는 일에 관해서는 치료기술 혹은 규칙 등의 행위준칙이 확립되고 거기에 따라서 업무가 행하여지고 있는 한 각각 구체적인 행위의 사회적 상당성을 판단하지 않아도 정당업무로 있다는 이유로 위법성이 사면된다. 말하자면 정당업무란 업무로서 유형화되고 정형화된 사회적 상당 행위이다.

1) 엠바밍의 사회적 상당성

(1) 사회적 상당행위란?

법률에서는 법령 또는 정당한 업무로 인한 행위를 정형적 위법성 조각사유로 규정하고 있다. 프로 복서의 권

투가 폭행죄·상해죄가 되지 않는 것과 마찬가지로, 학생의 복수도 폭행죄에 속하지 않는다고 볼 수 있다. 이와 같이 현대의 형법논리·형법 실무는 위법성의 준칙을 법질서 전체의 정신에 합당한가? 즉, 사회적 상당성이 인정되고 있는가에 따른다.

사회적 상당성에 따라 위법성조각이 문제가 되는 예로서 안락사와 존엄사의 문제가 있다.

안락사는 죽음의 날이 가까워진 병자를 아주 심한 육체적 고통을 완화 제거하여 병자에게 편안한 죽음을 맞게 하는 행위이다. 존엄사란 ‘품위있는 죽음’을 맞이하기 위해 의식을 불가역적으로 상실한 식물상태의 환자에 대해 생명유지 행위를 중지하는 것이다. 어느 것이든 생명이라고 하는 최고의 중대한 보호법익에 관하여 침해해 갖고 있는 것이므로 그것이 사회적 상당행위로 취급되기 위해서는 엄격한 요건을 부과시키게 된다.

(2) 엠바밍의 사회적 상당성

의료행위는 정당업무행위 혹은 사회적 상당행위로 정의하고 있다. 의료행위가 정당한 범위에서 행해지고 있는 한 정당업무행위 더 나아가 사회적 상당행위로 확립된 해석인 것이다.

엠바밍의 적극적인 사회적 의의가 사회적 상당성을 지지하는 요소가 되는 것은 말할 나위도 없다. 엠바밍 처치시 발생하는 경미한 시신손상은 시신의 손괴를 목적으로 하는 것이 아니라 시신의 보전을 위한 필요불가결한 수단인 것이다. 엠바밍이 사회적으로 적극적 의의를 갖고 있으며 법의론적 관점에서 원칙적으로 사회적 상당성이 있고 적법성을 인정할 수 있는 근거는 위에서 기술한 바와 같다. 따라서 엠바밍도 이와 같이 정당한 범위에서 행해지고 있는 한 상당한 사회적 상당성을 가지고 있다고 할 것이다.

IV. 고찰 및 결론

이상으로 엠바밍에 관하여 현행 법규를 개관하였는데, 시신 취급에 관한 규제는 각종 행정법규에서, 그 행정목적에 따라 특별히 규제되어야 하고 자격있는 자에 의해 행해지도록 제한되어야 한다.

법이란 공동체의 최소한의 윤리로 장래란 사회에 신뢰와 확신을 주기위해 노력하고 있는 사회 구성원 중 하나의 죽음 처리에 대해 책임을 지는 것이라 할 수 있다. 따라서 법과 사회적 신임에 의한 엠바밍 전문가를 임명

할 필요가 있으며, 엠바밍 전문가에 의해 합법적 및 윤리적으로 시신에 경건하고 경의를 표하는 방법으로 시신을 처리해야 할 것이다.

엠바밍시 시신에 대해 행해지는 기술을 사체손괴죄 및 변사자검시방해죄 등으로 보기보다는 시신의 존엄성을 지키기 위한 방법으로 보아야 하며, 시신취급에 있어 유족의 동의와 시신에 대해 예의를 어떻게 갖추어야 할 것인가에 대해 법규에 대해서도 자세히 규정하고 보호해야 할 중요한 시점이 오고 있다.

현재 엠바밍이 암묵적으로 아무런 법률적 제재나 전문성이 없는 상태에서 행해지고 있지만, 향후 적절한 방법과 수단으로 행해지도록 법률적으로 제한함은 물론 사회적 상당성을 보장하고 또 사회적 상당성에 대해 의의를 확실히 할 필요성은 존재한다. 엠바밍이 시신에 관한 법 및 정신을 충분히 헤아리고 장례문화에 기여하는 날이 올 수 있기를 바라며 앞으로 장례문화의 한 부분이 될 수도 있는 엠바밍에 대해 국가적 엠바밍 전문가 양성 과 법률 제정 및 규제가 무엇보다 필요하다.

References

- [1] Dictionary terms of administration tends to be easy to understand, New Information Media, 2010.
- [2] SJ Yoon, MH Lee, JH Chae, Publicity and the study of a new era, Bobmunsa, 2008.
- [3] 3KS Hwang, JW Youn, Study on the risk of disease infection for the funeral workers, Journal of Korea Funeral Cultural, 1(1):189-204, 2002.
- [4] KS Hwang, JY Jin, JL Kim, Prevention Guidelines for Infection-associated funeral directors in Korea. The Journal of the Convergence on Culture Technology (JCCT), 1(4):103-106, 2015.
- [5] ACT ON FUNERAL SERVICES, ETC. Article 9.
- [6] CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF KOREA. Article 10.
- [7] CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF KOREA. Article 11.

- [8] CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF KOREA. Article 34.
- [9] KS Hwang et al. Embalming: History, Theory and Practice. 3th. korean version. Daihakseolim Pub. 2003.
- [10] KS Hwang et al. The Basic of Embalming. Seoul Health College. 2004
- [11] <http://www.kmle.co.kr/>(Korean Medical Library Engine)
- [12] CRIMINAL ACT. Article 161.
- [13] CRIMINAL ACT. Article 158.
- [14] CRIMINAL ACT. Article 160.
- [15] CRIMINAL ACT. Article 159.
- [16] CRIMINAL ACT. Article 257.
- [17] CRIMINAL ACT. Article 258.
- [18] CRIMINAL ACT. Article 259
- [19] CRIMINAL ACT. Article 9.
- [20] CRIMINAL ACT. Article 20.