

## <장기 등 이식에 관한 법률>의 이해

신 현 호\*

### 들어가는 말

#### 1. 장기이식에 관한 접근방법상의 차이

장기이식의 역사는 1963년 미국에서 간장이식수술이 세계 최초로 시행된 후 이제는 보편화되었고 그 영역이 점차 늘어나고 있다.<sup>1)</sup> 우리나라에서는 1969년 신장이식이 시행된 이래 1995년까지 총 6,515건의 신장이식이 이루어졌다. 성공률은 5년 생존율이 80.0%에 이른다. 1990년대에 들어오면서 세계의 신장이식 예는 연간 약 2만 건에 달하고 있다고 한다. 일본에서도 연간 약 8백 건에 이르고, 성공률도 5년 생존율은 생체이식의 경우 90%를 넘고 사체이식은 80% 정도라고 한다. 그 외에 각막이식은 4,757건, 간장, 심장, 췌장 130건 등 총 누계 11,402건이 행해졌다.<sup>2)</sup>

일본에서는 <장기이식에관한법률>이 우리나라보다 2년여 먼저인 1997년 10월 16일부터 시행되었으나,<sup>3)</sup> 엄격한 요건<sup>4)</sup>으로 인하여 뇌사자로부터의 장기적출이 매우 드물게 이루어지고 있다.<sup>5)</sup> 엄격한 검사요건에 관하여 대표적인 사건으로는 1999년 9월 아이찌현(愛知縣) 소재 후지타(藤田)보건위생대학병원에서 산업재해사건으로 고막에 손상을 입고 입원 중이던 환자가 뇌사에 빠진 사건에서 뇌사자도 생전에 장기기증을 서약하였고, 가족도 장기적출에 적극적으로 동의하였으나, 고막손상으로 뇌사판정요건

\* 변호사

- 1) 김용순. 장기이식. 현문사, 1998 : 3쪽 이하
- 2) 신현호. 의료소송총론. 육법사, 1997 : 505쪽
- 3) 일본은 1997년 6월 17일, 제140회 정국회에서 가결되어 법률 제104호로 7월 16일 공포되었고, 10월 16일부터 시행되었다.
- 4) 일본 장기이식법 제6조 제1항은 뇌사자로부터의 장기이식 요건에 대하여 "본인이 장기제공의 의사를 서면으로 표시하고 있어야 하고, 유족이 이를 거부하지 않을 때 등"으로 매우 제한적으로 뇌사자로부터의 장기적출을 허용하고 있다.
- 5) 일본에서는 법 시행 이후 2000년 3월 29일, 東京都 千代田區 소재 駿河台日大病院에서 20대 뇌사환자로부터의 적출수술이 5번째에 불과할 정도로 드물다.

중 하나인 聽性 腦幹유발반응의 소실 여부를 알 수 없다고 하여 뇌사판정을 중지하여 결국 뇌사자의 장기를 적출하지 못한 사례도 있다.<sup>6)</sup>

이러한 일본과는 달리 우리나라 <장기등이식에 관한법률>(이하 이 법이라 약칭)은 상대적으로 효율성에 많은 비중을 두고 있다고 보여진다. 이 법이 2000년 2월 9일부터 시행에 들어갔는데, 시행 1달간(2. 9.~3. 8.) 총 223명의 장기기증자로부터 266명에게 장기이식이 시행되었다. 살아있는 자로부터의 장기이식은 총 202건으로 신장 84건, 간장 28건, 골수 90건이 이루어졌다. 뇌사자로부터의 장기기증도 8명으로부터 이루어졌고, 그 장기는 총 40명에게 42건이 이루어졌다.<sup>7)</sup> 일본이나 독일과 비교하여 상대적으로 활발하게 장기이식이 운용되고 있음에도 불구하고, 장기이식을 하고 있는 일선 의료기관에서는 이 법이 지나치게 장기이식을 제한하고 있으므로 개정하여 달라고 요구하고 있다.<sup>8)</sup>

## 2. 장기이식의 법철학적 문제점

현실적인 필요성에서 시작된 장기이식은 법철학적인 면에서 많은 논란이 있어 왔다. 우선 '최대 다수의 최대 행복'이라는 공리주의적 관점에서는 사회적 기여도가 적은 사람의 장기를 적출하여 사회적 기여도가 높은 사람에게 이식하면 사회 전체의 이익이 커질 수 있기 때문에 장기이식을 쉽게 인정할 수 있다. 이미 죽은 사람이나 마찬가지로 뇌사자의 장기를 떼어 더 살 수 있는 사람에게 이식하면 그보다 좋은 것은 없을 것이다.

6) 일본 장기이식법시행규칙 제2조 제5항에서는 장기적출에 관계되는 뇌사의 판정시 聽性 腦幹유발반응검사를 하게 되어 있고, 임상에서는 양쪽 귀에 냉수를 떨어뜨려 신경반사 여부를 검사하도록 하는데, 이 경우에는 한쪽 귀가 손상을 입어 냉수를 떨어뜨리는 검사가 애초에 불가능하였다. 이에 대하여 의료계에서는 평탄 뇌파 등 모든 요건이 충족되었다면 한쪽 귀에 대한 검사를 하였어도 결과는 뇌사로 추정될 수밖에 없기 때문에 뇌사를 허용해야 된다는 주장이 강했으나 후생성에서는 예외에 관한 규정이 없으므로 장기적출을 허용해서는 아니된다고 거부하였다.

7) 보건복지부 보도자료 참조. 보도자료에 의하면 8명의 뇌사자 장기가 신장 14명, 간장 4명, 심장 2명, 신장과 췌장을 동시이식 2명, 각막 12명, 심판막과 혈도세포 각각 2명에게 기증되었다. 특히 뇌사자의 장기이식 활용도는 동법 시행전 뇌사자 1인당 장기이식이 3.5건에 불과했으나 시행 후에는 5개 이상으로 늘어나 장기이식 관리업무의 전국통합관리시스템의 효율성이 높아졌다고 자평하고 있다.

8) 최근 언론 보도(2000년 3월 10일자 MBC 뉴스데스크)에 의하면 14세 2개월의 남학생 P군은 자신의 간장 일부를 아버지에게 생체이식하는 데 동법의 제한으로 불가능하다면서 탄원서를 제출하였다. 위 사건은 말기 간경변(B형 간염)으로 간이식을 받지 않으면 6개월 가량의 평균여명밖에 남지 않은 환자(43세)의 아들 P군이 자신의 간을 이식하게 하여 달라는 청원을 하여 치료병원인 J병원의 윤리위원회에서 심의한바, P는 중학교 3학년에서 재학 중이고, 키 174cm 몸무게 60kg으로 외형상 성인과 같지만, 동법 제10조 제3, 4항(16세 미만자에 대한 적출 제한 조항)에 의하여 불가 결정을 내린 바 있다. 환자가 제3자의 간을 이식받기 위하여는 최소한 2년 가량을 기다려야 한다고 하므로 그 사이에 환자가 사망할 수밖에 없는 상태여서, P군은 아버지 없는 고아로 지내는 것보다 의사가 수술만 하여 준다면 법을 위반하여서라도 간을 생체 제공하겠다고 간청하고 있다. 이 사건을 계기로 의료계 일각에서는 장기이식의 효율성 제고를 위하여 법이 보다 유연하게 개정되어야 한다고 주장하고 있다.

그러나 전통적인 개인주의·자유주의적 관점에서 볼 때 장기이식은 당장 받아들이기 어려웠다.

왜냐하면 산업혁명 이후 형성된 현대국가의 기본이념은 개인주의·자유주의를 기초로 하여 개개의 인간 그 자체에 절대적인 가치를 두고 있기 때문이다. 즉, 개인적 관점에서 문제를 접근하고 이해하고 있고, 어느 누구를 상대적으로 평가하여서는 아니된다는 천부인권설에 기초하고 있다.

그 사람의 사회적 지위, 빈부, 나이, 성별, 종교, 인종은 물론이고 장애가 있는지, 죽어가는지 여부를 떠나 언제나 보호를 받으며, 국가의 존립 목적이나 공공질서유지를 위해서도 제한받지 않는다. 곧 죽임을 당할 사형수라고 하여도 현직 대통령이나 대법원장보다 보호받을 가치가 없다고 할 수 없고, 아프리카의 미개인이라고 하여도 미국의 대통령과 똑같이 인간으로서의 존엄과 가치를 가진다. 이러한 권리가 보장되지 않으면 수십억 인구는 서열이 매겨질 것이고, 그에 따라 최고의 자리에 있는 사람 외에는 아무런 권리도 보호받지 못하게 된다. 그 자리를 차지하기 위하여 다툴 수밖에 없기 때문에 법질서는 무너지게 될 것이 자명하다. 따라서 사람의 가치는 상대적 평가의 대상이 아니므로 객관적으로 더 가치 있는 사람을 위해 덜 가치 있는 사람의 장기를 떼어낸다는 것은 논리적인 모순이 될 수밖에 없다.

법철학적 논리의 빈곤에도 불구하고 현실적인 이식의 필요성 때문에 임상에서는 계속 시행되어 오면서 입법적인 해결이 요구되어 왔으며, 최근 이 법의 제정으로 어느 정도 해결이 되었다. 향후 어떻게 운영되느냐의 문제가 남아있는바, 지나치게 법률을 확대 해석할 경우 인권 침해의 소지가 많이 있으므로 가능하면 남용되지 않도록 제한적으로 운영되어야 할 것이다. 우선 장기이식에 따른 의학적·법적 문제점을 살피고, 이 법을 검토하고자 한다.

### 3. 장기이식의 의학상의 문제점

장기이식 연구는 발달하고 있으나 아직 이것은 환자에게는 위험을 수반한 치료이고, 또한 제공자(donor) 측의 희생, 불행 위에 성립한다. 그것을 실시하는 경우에 더욱 의학적 연구를 요하는 문제가 있다.

첫째 장기수용자의 적응성의 문제가 있다. 환자의 질병의 종류와 정도가 장기이식을 받는 이외에는 달리 구명할 수 없는 것인가 여부, 또 환자의 병상이 참으로 말기적 증상을 나타내고 있느냐 여부의 확인이다.

둘째 조직적합성의 문제이다. 수술의 성공률을 높이기 위해서는 이식전 제공자와 수용자의 조직적합성을 충분히 검사하는 것이 필요하지만 사체로부터 적출되는 장기는 그 기능, 형태, 조직적합성을 사전에 충분히 검사할 여유가 없다.

셋째 거부반응문제의 해결이다. 생체에 타인의 조직이나 장기가 항원으로 되고, 수용자의 체내에 항체가 생겨서 소위 항원-항체반응이 일어난다. 항체로 되는 단백질합성저작용이 있는 Imuran(azathioprine), 부신피질호르몬, 항림프구혈청, cyclosporin, FK506 등 면역억제제를 사용하여 거부반응 억제에 커다란 효과가 있다고 보고되고 있다. 그러나 아직 그 부작용 등에 대하여 더 많은 연구가 필요하다.

넷째 뇌사의 인정 문제가 있었으나 이 법의 제정으로 해결하였다.

#### 4. 장기이식과 형법상의 문제점

##### 가. 장기이식행위의 정당 근거

일반적인 형법상 위법성조각 사유로는 정당행위, 정당방위, 피해자승낙, 긴급피난, 자구행위 등 5가지가 있는바, 그 중 의료행위가 상해죄의 구성요건에는 해당하지만 위법성을 조각하는 근거는 정당행위이기 때문이라고 하는 것이 우리나라의 통설이다.

대법원은 "의사가 인공분만기인 '삭손'을 사용하면 통상 약간의 상해 정도가 있을 수 있으므로 그 상해가 있다 하여 '삭손'을 거칠고 험하게 사용한 결과라고는 보기 어려워 의사의 정당업무의 범위를 넘은 위법행위라고 할 수 없다"고 하여 의료행위를 정당행위로 보아 위법성이 조각된다고 판시하였다.<sup>9)</sup> 이러한 정당행위설에 대하여 환자의 의사를 문제삼지 않기 때문에 환자의 자기결정권을 침해한다는 비난이 제기되고 있다.

독일에서도 한때 정당행위설을 취하다가 1894년 제국법원 판결 이래 피해자 승낙설로 바꾸었다.<sup>10)</sup> 즉, 독일 제국법원<sup>11)</sup>은 발목뼈에 농양이 있는 7세 된 여아를 치료하던 의사가 그대로 방치하면 사망에 이를 것을 우려하여 발목절단수술을 하자, 자연치유론자인 환자의 아버지로부터 상해죄로 고소된 사건에 대하여 "외과수술은 객관적으로 상해행위이고, 위법성조각 사유로서 환자나 법정대리인의 동의가 없는 치료행위는 그것이 비록 의학상 정당하고, 성공하였다고 하더라도, 독일형법상 상해죄의 구성요건을 구성한다"고 하여 의사에게 유죄를 선고하였다. 위 판결후 환자의 동의 없이 편도선제거수술을 한 사건에 대하여도 상해죄를 인정한 판례<sup>12)</sup>도 있다.

우리 판례에 따라 치료행위가 정당행위가 되려면 ① 주관적으로 치료의 목적을 가지고(의학적 적응성, medizinische Indiziertheit), ② 객관적으로는 의술의 법칙에 맞추어(의술적 적정성, medizinische Kunstgerechtigkeit)의 두 요소를 갖추어야 한다. 대법원은 "의사의 치료행위는 그 수단과 방법이 현대의술에 적합하면 정당행위로서 위법성이

9) 대법원 1978. 11. 14. 선고, 78도2288 업무상과실치상판결

10) 주호노, 뇌사와 장기이식의 법률학, 동림, 1997 : 143쪽 참조

11) RGSt. 25. 375

12) RGSt. 38. 34

조각된다"고 표현하고 있다.

그러나 최근 법원은 환자나 그 법정대리인으로부터의 승낙받을 의무(설명 의무)도 요구하여 3가지 요건을 갖추어야 정당행위로 보고 있다. 입법 형태로 승낙을 받는 방법에는 ① 거절방식, ② 동의방식, ③ 통지방식이 있다.<sup>13)</sup> 거절방식은 피해자 본인이 명시적으로 거절하지 않으면 장기적출을 허용하는 방식으로서 가족이나 친족에게 승낙을 구할 필요가 없고, 통지할 필요도 없게 된다. 동의방식은 피해자 본인이 명시적으로 승낙의 표시를 하기 전에는 장기적출이 불가능한 방식으로 가족이 동의를 하더라도 장기적출이 허용되지 않는다고 한다. 통지방식은 절충적인 견해로 뇌사자의 의사를 확인할 수 없을 때에는 가족이나 친족의 동의를 요구하는 것이 아니라 다만 가족 등에게 장기를 적출하겠다는 의사만을 통지하여 주고 특별히 거절하지 않으면 장기적출을 허용하자는 설이다. 우리나라는 절충설을 취하고 있다.<sup>14)</sup>

#### 나. 장기이식의 특수한 문제

장기이식이 법적으로 허용된다고 하더라도 전통적인 의미로서의 의료행위에 해당되는지에 관해 논란이 있다. 이에 관하여 우선 제공자로부터 적출하는 행위와 수용자에게 이식하는 행위를 구별하여 생각할 필요가 있다. 특히 제공자의 입장에서 보면 신체상태가 '개악' 되기 때문이다. 이식과 적출이 치료행위의 일환으로서 함께 시행되는 것이지만 이식행위 그 자체는 객관적으로 보아 치료행위로 파악할 수 있다고 하더라도, 적출행위는 그것에 의하여 제공자의 신체를 침습하지 않고는 행해질 수 없고 건강상태가 저하되는 것만큼은 틀림없이 그 자체를 치료행위로서 파악할 수 없다.<sup>15)</sup>

뇌사자로부터의 장기이식의 경우도 사체손괴죄와의 관계에서 문제가 되었다.

하나는 1968년 8월 경 시행된 일본 최초의 심장이식수술인 삿쵸(札幌)의대부속병원의 심장이식사건이다. 이 사건은 흉부외과의사인 와타(和田) 교수가 물에 빠져 뇌사에 이른 청년의 심장을 가족의 동의하에 적출하여 심장병 환자인 소년의 심장과 바꿔넣는 수술을 하자 미필적 고의에 의한 살인죄 또는 업무상 과실치사죄에 해당하느냐 여부가 논란이 되었다. 수사의 논점은 ① 제공자가 살아있는 상태에서 심장을 적출한 것은 아닌가? ② 수용자는 과연 심장수술을 받을 적응증 환자였는가? ③ 와타 이식 팀이 취한 의료행위는 최선이었는가? 라는 것이다. 그러나 검찰은 결국에 있어서 이러한 의혹을 뒷받침할 증거가 없다고 하여 이 사건을 불기소하였다.

13) 심재우, 뇌사자 장기이식의 법적 문제, 재단법인 성곡학술문화재단 1996년 논문집 : 927쪽

14) 일본의 장기이식에관한법률은 엄격한 동의방식을 취함으로써 1998년 뇌사자 장기이식이 매우 미미하다.

15) 주호노, 전개서, 156쪽

또 하나는 쓰쿠바(築波)대학부속병원에서 1984년 9월 경 시행한 췌장-신장 동시이식사건이다. 이 사건은 뇌출혈로 정신장애를 일으키고 있던 주부의 췌장, 신장, 각막, 간장을 남편의 동의를 얻어 뇌사 상태에서 적출하여, 당뇨병성 신증의 환자에게 췌장과 신장을 동시에 이식했다. 그것을 이식받은 환자는 그로부터 1년 후에 사망하였다. 이 사례에 대하여 다음의 사유로 고발이 되었다.

① 뇌사 환자로부터의 장기적출은 살인죄에 해당되고, ② 뇌사 이전의 치료 포기는 부작위의 살인이고, ③ 남편의 이식승낙서 기재의 장기 중 간장이 이식 이외의 목적(표본작성)으로 이용되었는바, 이는 사체손괴죄에 해당하고, ④ 본인 자신의 동의가 없는 이식 승낙은 정신장애자의 인권을 침해하는 것이라는 취지였다. 뇌사자장기이식으로 형사고발된 20건에 대하여 일본검찰은 장기이식에관한법을 제정 후인 1998년 3월 31 일자로 무혐의 결정을 하였다.

따라서 이 법은 장기이식이 공여자의 입장에서는 치료행위라고 할 수 없다는 점 때문에 장기이식 과정에서 의사의 고의로 사망에 이르게 한 경우에는 형법상 살인죄에 준하여 사형·무기 또는 5년 이상의 유기징역형에 처하고, 상해 등을 입게 한 경우에는 무기징역 또는 2년 이상의 유기징역에 처하도록 하는 등 매우 엄격한 제재를 가하고 있다.

#### 다. 기타 문제

기타 장기이식에 있어서는 몇 가지의 과제가 있다.

장기이식 관리의 주체 문제, 장기이식기관 의 허가 문제, 이식장기 배분의 공정성·투명성·신속성 확보 문제, 장기이식 윤리위원회 운영 문제, 장기이식 정보의 공유·보안 문제 등이 현안으로 제기되고 있는바 우리나라는 입법적으로 해결하였으나 앞으로 운영하면서 개정이 되어야 할 것으로 생각된다.

### 〈장기등이식에관한법률〉 해석

#### 1. 입법과정

우리나라는 이미 1998년 4월 27일 시험적으로 '장기이식정보센터'(KONOS, Korean Network for Organ Sharing)를 국립의료원 내에 설치하였다. 이로써 장기이식에 본격적으로 대비한 법률체계와 정보체계를 갖추게 된 셈이다.<sup>16)</sup> 뿐만 아니라 그동안 법조계의 묵인 하에 의료계에서 자율적으로 실시되어 오던 뇌사자로부터의 장기적출

16) 장기등이식에관한법률의 제정 과정에 대하여는 주호노, 축조해설 - 장기등이식에관한법률. 육법사, 2000. 4 : 21쪽 이하에서 비교적 자세히 기술되어 있다.

이 합법화되고, 장기관리가 체계화되며, 장기매매에 대해서도 이를 처벌할 수 있는 법적 근거가 마련되었다고 평가받고 있다.<sup>17)</sup>

이 법의 구성은 총 6개장 49개조 및 부칙 3개조로 이루어져 있다. 제1장 총칙에는 목적, 기본이념, 정의, 적용범위, 국가 및 지방자치단체의 의무, 장기 등의 매매행위 등의 금지를 규정하고 있다. 제2장은 생명윤리위원회 및 장기이식관리기구에 대한 설치근거, 구성과 운영 등에 관하여 규정하고 있다. 제3장은 5개의 절로 나누고, 제1절은 통칙으로서 장기 등의 적출 및 이식에 관하여 금지하여야 할 대상, 동의방식을, 제2절은 장기이식등록기관등 기증자 및 이식대기자의 등록에 관한 규정을, 제3절은 뇌사판정기관·기준·방법·뇌사자의 사인간주방법 등 뇌사에 관한 규정을, 제4절은 장기적출의 요건·절차 등을, 제5절은 장기이식정보의 작성·보관에 관한 규정을 각각 두고 있다. 제4장은 장기등록기관·뇌사판정기관 또는 이식기관의 국가에 대한 보고의무·국가의 조사권, 시정조치권 등을 두고 있다. 제5장은 국가의 장기이식관리기관 등에 대한 지원·등록기관 등 취소결정시 청문절차실시의무, 이식비용부담에 관한 수익자부담의 원칙, 이식등록기관장의 수수료청구권 등을, 제6장은 형사벌이나 행정벌에 관한 규정을 각각 두고 있다.

## 2. 장기이식에 관한 기관

### 가. 생명윤리위원회

#### (1) 법적 성격

장기이식은 생명을 좌우하는 의료행위이기 때문에 윤리위원회의 통제와 감시가 절대적으로 필요하다. 생명윤리위원회는 장기 등의 적출 및 이식과 뇌사판정, 장기이식기관에 대한 기준 등을 설정하는 등 우리나라의 생명관을 결정하는 중요한 기관이므로 대통령이나 국무총리의 자문기관으로 두자는 견해가 입법 당시부터 있었으나 이 법에서 보건복지부장관의 자문기관으로 하였다(법 제7조).

#### (2) 위원회의 업무

생명윤리위원회는 장기 등의 적출 및 이식과 뇌사판정 등에 관하여 보건복지부장관에게 자문을 하여 주는바(법 제1조 제1항), ① 뇌사판정기준에 관한 사항, ② 장기 등을 이식받을 자의 선정기준에 관한 사항, ③ 장기이식등록기관 및 장기이식의료기관의 지정기준에 관한 사항, ④ 기타 장기 등의 적출 및 이식 등에 관하여 보건복지부장관이 회의에 부치는 사항 등에 관해 심의한다(법 제7조 제2항).

17) 주호노, 장기이식과 장기이식법의 운용, 제17회 한일법학회 국제학술대회 1999 : 163쪽

### (3) 위원회의 구성

위원회의 구성 및 운영은 의사 또는 변호사의 자격을 가진 자, 공무원과 학식과 사회적 덕망이 풍부한 자 중에서 보건복지부장관이 15인 이상 20인 이하의 위원을 임명한다(법 제8조).

위원장(법 제8조 제2항)과 부위원장은 위원 중 호선한다(장기등이식에관한법률시행령 제2조 제2항, 이하 령이라 약칭). 위원장은 위원회를 대표하여 위원회의 업무를 통할하고(령 제3조 제2항), 부위원장은 위원장을 보좌하며 위원장이 부득이한 사유로 직무를 수행할 수 없을 때에는 그 직무를 대행한다(령 제3조 제3항). 위원의 임기는 2년으로 하되 연임할 수 있다(령 제3조 제1항).

### (4) 위원회의 회의

#### (가) 위원회의 회의 절차

위원회는 보건복지부장관 또는 위원 과반수의 요구가 있거나 위원장이 필요하다고 인정하는 때에 위원장이 소집하며(령 제4조 제2항), 위원장이 의장이 된다(령 제4조 제1항). 위원회의 회의는 재적의원 과반수 이상의 출석으로 개의하고, 출석위원 3분의 2 이상의 찬성으로 의결하고(령 제4조 제3항), 위원회에서 의결된 사항은 위원장이 보건복지부장관에게 보고하여야 한다(령 제4조 제4항).

#### (나) 전문위원회의 설치

위원회에 뇌사판정기준, 이식대상자 선정기준, 기타 위원회의 심의사항 중 전문적인 검토가 필요하다고 판단되는 사항을 심의하기 위하여 7인 이내의 위원으로 전문위원회를 구성하고(령 제5조 제1항), 전문위원회는 검토결과를 위원장에게 보고하여야 하며 위원장은 이를 위원회에 부의하여야 한다.

#### (다) 운영세칙

위원회 및 전문위원회의 운영에 관하여 동 법 시행령에 정해지지 않은 것은 위원회의 의결을 거쳐 위원장이 정하도록 하였다(령 제8조).

### (5) 사무처리기관 등

위원회에 간사 1인을 두되, 간사는 보건복지부 소속 공무원 중에서 보건복지부장관이 임명한다(령 제6조).

보건복지부장관은 위원회 및 전문위원회에 출석한 공무원이 아닌 위원에게 예산의 범위 안에서 수당과 여비를 지급할 수 있다(령 제7조). 이는 위원들에게는 실비를 보상하여 주고, 공무원의 경우에는 공무 중의 일부이므로 월급여 이외에 수당과 여비를 받는다는 것은 2중 급여를 받는 것이 되므로 공무원인 위원은 제외하였다.

## 나. 장기이식관리기관

### (1) 장기이식관리기관의 설치

장기이식에 관한 총체적인 업무를 담당하는 장기이식관리기관에 대하여 이 법은 국립기관을 지정하도록 하여 공정성과 객관성을 확보할 수 있도록 하고, 전국 망으로 운영하게 하였다(법 제9조 제1항). 세계적으로 장기이식망은 미국의 UNOS(United Network for Organ Sharing), 유럽의 ETF(Eurotransplant Foundation)가 대표적인바, 이들 기구는 비영리법인 형태로 국가의 직접 통제를 받지 않는다. 장기이식관리기관을 국가기관으로 할 것인가 비영리 법인형태로 할 것인가는 간단한 문제가 아니나 전자의 경우 관료화 현상을 초래할 우려가 있으므로 우리나라도 이에 대비할 필요가 있다고 본다. 현재 국립의료원이 지정되어 있다(장기등이식에관한법률시행규칙 제2조, 이하 규칙이라 약칭).

### (2) 업무

국립장기이식관리기관의 업무는 “1. 이식대상자의 선정, 2. 장기등 기증자 및 이식대기자의 인적사항과 신체검사의 결과에 관한 자료의 관리, 3. 장기이식등록기관, 뇌사판정기관 및 장기이식의료기관에 대한 지도·감독, 4. 장기 등의 적출 및 이식에 관한 조사·연구, 정보·통계의 관리 및 홍보”를 비롯하여 “①가. 뇌사판정대상자의 관리, 나. 장기 등의 보존, 다. 장기등기증자 및 장기등이식대기자의 신체검사에 관한 의학적 표준의 마련, ② 장기 등의 적출 및 이식에 관한 교육, ③ 장기 등의 적출 및 이식에 관한 업무의 지원 등”을 담당한다(법 제9조 제2항, 령 제9조).

### (3) 운영

국립장기이식관리기관은 장기 등을 이식받을 자의 선정 등 그 업무를 신속하고 지속적으로 수행할 수 있도록 운영하여야 한다(법 제9조 제3항, 령 제10조 제1항).

이를 위해 국립장기이식관리기관의 장은 장기이식운영위원회를 두고, “1. 제18조 제2항의 규정(이식대상자 선정기준)에 의한 의학적 응급도와 그 판별기준 등에 관한 사항, 2. 장기등기증자 및 장기등이식대기자의 신체검사 항목 등에 관한 사항, 3. 뇌사판정대상자의 관리, 장기 등의 보존과 신체검사에 관한 의학적 표준에 관한 사항, 4. 기타 장기 등의 적출 및 이식과 관련하여 국립장기이식관리기관의 장이 회의에 부치는 사항”에 관한 자문을 받도록 하였다(령 제10조 제2항).

자문기관인 장기이식운영위원회는 위원장을 포함한 15인 이내의 위원으로 구성하되, 위원은 장기 등의 적출 및 이식에 관한 지식이 풍부한 의사, 장기이식등록기관의 종사자, 공무원 기타 학식과 사회적 덕망이 풍부한 자 중에서 국립장기이식관리기관의 장이 위촉 또는 임명한다(령 제10조 제3항). 기타 영에 규정한 것 외에 장기이식운영위원회의 구성 및 운영에 관하여 필요한 사항은 장기이식운영위원회의 의결을 거쳐 국립장

기이식관리기관의 장이 정한다(령 제10조 제4항).

#### 다. 장기이식등록기관

##### (1) 등록기관의 지정요건 및 절차

이 법은 보건복지부장관의 지정을 받은 자에 한하여 장기등록업무(장기등 기증자, 기증희망자 및 이식대기자의 등록업무)를 할 수 있도록 하고(법 제12조), 등록기관의 난립과 영리목적악용 등을 방지하기 위하여 "국가 또는 지방자치단체, 대한적십자사, 의료법에 의한 의료기관, 장기 등의 기증 및 이식에 관련된 사업을 주된 목적으로 하여 설립된 비영리법인"으로 제한하였다(법 제12조 제2항).

장기이식등록기관으로 지정을 받고자 하는 자는 "1. 장기 등의 기증 등에 관한 등록 업무를 수행할 수 있는 별도로 구획된 사무실, 2. 장기 등의 기증 등에 관한 등록결과를 국립장기이식관리기관에 통보하는 데에 필요한 전산장비, 3. 장기 등의 기증 등에 관한 등록 및 상담을 위한 인력" 등의 시설과 인력을 갖추어야 하나, 다만, 의료기관이 등록기관으로 지정을 받고자 하는 경우에는 제1호의 시설을 갖추지 아니할 수 있다(령 제13조 제1항).

보건복지부장관은 등록기관으로 지정을 받고자 하는 자가 "1. 법 제12조 제2항 제4호의 규정에 의한 비영리법인으로서 정관의 목적사업에 장기 등의 종류가 따로 정하여진 경우, 2. 등록기관으로 지정받고자 하는 자의 시설 및 인력을 고려할 때 장기 등의 종류를 정하여 지정하는 것이 필요하다고 판단되는 경우" 등에는 등록을 받을 수 있는 장기 등의 종류를 정하여 지정할 수 있다(령 제13조 제2항).

등록기관으로 지정받지 아니하고 등록업무를 하는 자에 대하여는 2년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다(법 제45조 2호).

##### (2) 등록 등 절차 및 업무

###### (가) 기증자 및 이식대기자 등록

장기등 기증자로 등록하고자 하는 자는 보건복지부령이 정하는 바에 의하여 등록기관에 등록신청을 하여야 한다. 다만, 기증자가 뇌사자 또는 사망한 자인 경우에는 그 가족 또는 유족 중 1인이 등록신청을 할 수 있다(법 제13조 제1항).

등록기관의 장은 "장기등 기증자, 장기 등 기증희망자 또는 장기 등 이식대기자의 등록을 위한 홍보 및 상담"을 하고(령 제14조 제1호), 본인이나 유족의 의사, 기증자로서 적합한 신체를 가지고 있는지 여부 등을 확인하고 등록여부를 결정하도록 하였다(법 제13조 제2항 제1호). 다만 장래에 기증할 의사표시만을 하는 자에 대하여는 본인의 동의 여부만을 확인한 후 기증희망자로 등록할 수 있다(법 제13조 제3항).

이식대기자로 등록하고자 하는 자 역시 등록기관에 등록신청을 하여야 하고, 신체검

사를 실시하여 이식대기자로서의 적합성을 판단받아야 한다(법 제13조 제2항 제2호).

(나) 등록자에 대한 통지

장기등록기관의 장은 “장기 등의 기증 등에 관한 등록결과의 사후관리”를 한다(령 제14조 제2호). 등록기관의 장은 결정된 경우에는 그 등록을 하고, 지체없이 신청인 및 국립장기이식관리기관의 장에게 통보하여야 하며(법 제13조 제4항), 이를 위반한 경우 300만원 이하의 과태료에 처한다(법 제48조 제1항 제1호). 기증자 등이 기증을 철회한 경우에는 즉시 그 등록을 말소하여야 한다(법 제13조 제6항).

(다) 등록에 관한 조사 등

장기등록기관의 장은 “장기 등의 등록에 관한 조사·연구와 정보·통계의 관리장기 등의 등록에 관한 조사·연구, 정보·통계의 관리” 등을 담당한다(령 제14조 제3호).

(3) 이식대상자 선정절차

이 법은 국립장기이식관리기관의 장이 이식대상자를 선정하도록 되어 있다. 따라서 각 등록기관은 국립장기이식관리기관의 장에게 기증자와 이식대기자의 등록결과를 통보받아 데이터베이스화하고, 대통령령에 의한 이식대상자의 선정기준에 따라 선정절차를 거쳐 이식대상자를 선정한다(법 제22조 제1항, 제4항).

령 제18조는 이식기준에 대하여 일반기준과 장기별 기준을 정하고 있다.

일반기준으로는 기증자와 이식대상자의 혈액형은 동일하거나 호환 가능하여야 한다. 다만, 의학적으로 혈액형이 다르거나 호환이 가능하지 않아도 이식수술이 가능한 경우에는 그러하지 아니하다. 장기이식선정을 권역별<sup>18)</sup>로 나누어 뇌사자를 관리하는 의료기관(HOPO)<sup>19)</sup>을 지정하여 운영하고 있다.

다만 권역별 제한을 받지 않고 이식할 수 있는 예외사항은 다음과 같다.

첫째, “가. 동일 권역 안에서 이식대상자를 선정하지 못한 경우, 나. 장기별 기준에서 권역 구분 없이 이식대상자를 선정할 수 있는 요건을 별도로 정한 경우, 다. 각막을 이식하는 경우” 등은 권역의 구분이 없이 이식할 수 있다(령 제18조 제1항).

둘째, 간장·심장 또는 폐의 이식대상자로 선정된 자가 동시에 신장 또는 췌장을 이

18) 우리나라를 “제1권역 : 서울특별시·인천광역시·경기도·강원도 및 제주도, 제2권역:대전광역시·광주광역시·충청북도·충청남도·전라북도 및 전라남도, 제3권역 : 부산광역시·대구광역시·울산광역시·경상북도 및 경상남도”로 나누어 운영하고 있으나, 일부에서는 지역이 좁고, 교통과 통신수단이 발달한 우리나라의 특성에 비추어 전국을 단일권역으로 하는 것이 바람직하다는 견해가 있다.

19) HOPO(Hospital-based Organ Procurement Organization)는 장기이식의료기관 및 뇌사판정의료기관으로 지정된 병원으로서, 뇌사자의 상태 파악 및 검사·장기기증 의사 확인·뇌사자의 장기유지 관리·뇌사자의 장기 적출 및 포장·그와 관련된 비용 처리·서류 작성 등 뇌사자 발생에서부터 장기이식이 이루어지기 전까지 모든 사항을 담당하고 있다. KONOS에서 뇌사자 발생을 통보받으면, 당직 HOPO가 뇌사자를 인수하여 관리하고, 이식대상자가 지정되면 그 이식대상자가 입원해 있는 의료기관의 수술팀이 당직 HOPO에 출장와서 장기를 적출하게 된다.

식받을 수 있는 선정대상자가 되는 경우 “가. 장기등기증자와 이식대상자의 사람백혈구항원 교차검사(Human Leukocyte Antigen Cross Match) 결과가 음성일 것, 나. 장기등기증자와 혈액형이 동일할 것”의 요건을 충족하는 때에는 신장 또는 췌장의 이식대상자로 우선하여 선정한다. 만약 같은 요건에 해당하는 자가 2인 이상인 경우에는 “Ⅱ. 장기별 기준 제1호 가목에 해당하는 자,<sup>20)</sup> 과거에 장기 등을 기증했던 자, 나이가 어린 자, 장기등이식대기자로 등록한 기간이 오래된 자의 순위에 의하여 이식대상자를 선정하여야 한다”. 다만, 다장기이식대상자는 Ⅱ. 장기별 기준 제1호 가목에 해당되지 아니하나 신장 또는 췌장만을 이식받고자 하는 장기등이식대기자 중에서 Ⅱ. 장기별 기준 제1호 가목에 해당하는 자가 있는 경우에는 이에 해당하는 자를 이식대상자로 우선 선정하여야 한다.

셋째 간장의 이식대상자로 선정된 자가 동시에 심장 또는 폐를 이식받을 수 있는 선정대상자가 되거나, 심장 또는 폐의 이식대상자로 선정된 자가 동시에 간장을 이식받을 수 있는 선정대상자가 되는 경우 “가. Ⅱ. 장기별 기준 제2호 가목<sup>21)</sup> 또는 제3호 가목<sup>22)</sup>의 요건에 적합할 것, 나. 동시에 이식받아야 하는 심장이나 폐 또는 간장을 기준으로 측정된 제18조 제2항의 규정에 의한 의학적 응급도가 심장이나 폐 또는 간장 중 1개만을 이식받고자 하는 장기등이식대기자보다 높거나 같을 것” 등의 요건을 충족하는 때에는 심장이나 폐 또는 간장의 이식대상자로 우선하여 선정하되, 이에 해당하는 자가 2인 이상인 경우에는 제6호에 의하여 이식대상자를 선정하여야 한다(령 제18조 제1항).

장기별 기준에 의한 이식대상자 선정결과 동일 순위가 2인 이상인 경우에는 ① 과거에 자신의 장기 등을 기증했던 자, ② 대기시간이 오래된 자, ③ 나이가 어린 자 등의 순서에 따라 이식대상자를 선정한다.

따라서 장기등 기증자라고 하더라도 원칙적으로는 임의로 이식자를 선택할 수 없도록 하였다.

이는 장기매매를 방지하기 위한 대책이다. 다만 살아있는 자로서 20세 이상인 기증자와 20세 미만인 자 중 골수를 기증하고자 하는 자는 국립장기이식관리기관의 장의 사전승인을 얻어 자신의 장기 등의 이식대상자를 선정할 수 있다(법 제22조 제3항).

20) 제1호 가목은 “1순위 : 장기등 기증자와 혈액형이 동일한 자, 2순위 : 장기등 기증자의 혈액형을 기준으로 그 혈액의 수혈이 가능한 혈액형을 가진 자”를 지칭한다.

21) 2호 가목은 “장기등 기증자 체중의 0.8배 내지 1.2배에 해당하는 장기등 이식대기자 중에서 이식대상자를 우선 선정하여야 한다”는 규정이다.

22) 3호 가목은 “심장의 이식대상자는 장기등 기증자 체중의 0.5배 내지 1.5배에 해당하는 체중을 가진 장기등 이식대기자 중에서 우선 선정하여야 하며, 폐의 이식대상자는 흉부 X-선상 장기등 기증자 폐의 크기의 0.7배 내지 1.3배에 해당하는 폐의 크기를 가진 장기등 이식대기자 중에서 우선 선정하여야 한다”는 규정이다.

국립장기이식관리기관의 장은 선정내용을 기증자·이식대상자가 등록된 등록기관의 장에게 통보하여야 하며, 등록기관의 장은 그 사실을 기증자·이식대상자와 그 가족·유족에게 즉시 통보하여야 한다. 이에 관련하여 대가적 급부를 받은 자는 7년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하고(법 제40조 제3항), 그로부터 얻은 이익은 몰수 또는 추징한다(법 제40조 제4항).

그러나 이식대상자의 선정을 기다려서는 이식의 시기를 상실할 현저한 우려가 있는 경우 등 대통령령이 정하는 부득이한 사유가 있는 경우에는 이식의료기관의 장이 이식대상자를 선정하여 우선 이식수술을 할 수 있다. 이때는 사후에 그 사유 및 선정결과를 국립장기이식관리기관의 장에게 통보하고, 등록기관의 장, 기증자 및 이식대상자와 그 가족·유족에 대하여 선정결과를 통보하여야 한다(법 제22조 제2항).

## 라. 뇌사판정의료기관

### (1) 뇌사판정기관의 설치

뇌사는 3징후설로 죽음을 판단하던 종래의 기준을 벗어난 것으로 아직 사회적인 합의를 완전하게 이루었다고 하기는 어렵다. 따라서 뇌사판정에 대한 의구심은 앞으로도 상당히 지속될 것이므로 이에 대한 문제제기도 심각할 수 있다.

이에 대한 대비책으로 이 법 제14조에서는 국립장기이식관리기관의 장에게 통보한 뇌사판정의료기관에 한하여 뇌사판정업무를 하도록 하였다(제1항, 제5항). 뇌사판정의료기관은 통보 전에 미리 보건복지부령이 정하는 시설·장비·인력 등을 갖추고, 아울러 10인 이하의 전문가로 구성된 뇌사판정위원회를 반드시 두도록 의무화하였다(제2항, 제3항). 뇌사판정업무를 하고자 하는 의료기관은 "1. 원격감시장비 및 인공호흡기가 설치된 중환자실, 2. 뇌파측정기·뇌혈류측정기 및 혈액가스검사기, 3. 신경과 전문의사, 뇌파검사를 담당하는 임상병리사, 뇌사판정을 위한 상담·연락업무 등을 담당하는 간호사와 사회복지사" 등의 시설 및 장비명세서, 인력현황에 관한 서류와 뇌사판정위원회의 위원명단을 함께 국립장기이식관리기관의 장에게 제출하여야 한다(규칙 제5조).

이러한 조항을 위반한 의료기관의 장은 5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금형에 처해질 수 있다(법 제43조 제1, 2호).

### (2) 뇌사판정위원회의 구성 및 운영

뇌사판정위원회의 위원은 "전문 의사 3인 이상을 포함한 7인 이상 10인 이하의 위원으로 구성"하여야 하는데(법 제14조 제3항), 구체적으로는 "의료법에 의한 의료인, 변호사의 자격을 가진 자, 공무원, 교원, 종교인 기타 학식과 사회적 덕망이 풍부한 자" 중에서 뇌사판정기관의 장이 위촉하며(령 제15조 제1항), 의료인 3인 중에는 신경과 전문의가 반드시 1인 이상 포함되어야 한다(령 제15조 제2항).

위원장은 위원 중에서 호선으로 선임한다(령 제15조 제3항).

뇌사판정위원회의 위원이 뇌사조사서를 작성한 전문의사이거나 진료를 담당한 의사인 경우에는 위원의 자격으로 회의에 출석할 수 없도록 하고(령 제15조 제5항), 뇌사판정위원회의 위원장은 뇌사조사를 한 위원이 있거나 출장·사고 기타 부득이한 사유로 회의에 출석하기 곤란한 위원이 있는 경우에는 당해 위원과 동일한 자격을 가진 자를 일정기간 동안 위원으로 위촉하여 그 직을 수행하게 할 수 있게 함으로써(령 제15조 제6항), 판정의 객관성·공정성을 기하도록 하였다.

### (3) 뇌사의 판정절차

#### (가) 신청절차

이 법 제15조 제1항, 제2항은 장기 등의 기증을 위한 뇌사판정을 받고자 하는 뇌사자의 가족(부재시 진료한 의사)은 보건복지부령이 정하는 바에 의하여 뇌사판정대상자에 대한 검사기록 및 진료를 담당한 의사의 소견서를 첨부하여 뇌사판정의료기관의 장에게 뇌사판정의 신청을 하여야 한다.<sup>23)</sup>

#### (나) 판정절차

이 법 제16조는 뇌사판정신청을 받은 기관의 장이 전문의사 2인 이상과 진료를 담당하는 의사가 함께 작성한 뇌사조사서를 첨부하여 뇌사판정위원회에 뇌사판정을 요청하도록 하였다(제1항). 뇌사판정위원회는 회의록 및 판정서를 작성하여 뇌사판정기관의 장에게 보고하여야 하여(법 제16조 제4항), 투명성을 확보하도록 절차적으로 규정하고 있다. 뇌사판정위원회의 회의록에는 “1. 일시 및 장소, 2. 참석자, 3. 토의내용, 4. 회의결과” 등을 기록하게 하였고(령 제16조 제2항), 뇌사판정서에는 “1. 뇌사판정대상자의 성명·성별·주민등록번호 및 주소, 2. 뇌사의 원인이 된 질병 또는 행위, 3. 법 제16조 제2항의 규정에 의한 뇌사판정기준에 의해 확인한 결과, 4. 뇌사판정의 일시, 5. 뇌사판정의료기관의 명칭 및 주소, 6. 출석위원의 성명 및 주민등록번호” 등을 기재하여야 한다(령 제16조 제1항).

이 법 제41조는 고의로 허위의 뇌사보고서를 작성하여 뇌사판정을 하게 한 경우에 1년 이상의 유기징역을(제1항), 이로 인하여 상해에 이른 경우에는 2년 이상의 유기징역을(제2항), 사망에 이른 경우에는 사형·무기징역 또는 5년 이상의 유기징역에 처하고(3항), 제42조는 과실로 잘못된 뇌사보고서를 작성한 경우 5년 이하의 금고 또는 2천만원 이하의 벌금형(제1항), 상해에 이른 경우 7년 이하의 금고 또는 3천만원 이하의 벌금형(제2항), 사망에 이르게 된 경우 10년 이하의 금고 또는 5천만원 이하의 벌금(제3항)에

23) 시행규칙 제6조에서는 “1. 뇌사판정대상자에 대한 검사기록, 2. 진료를 담당한 의사의 소견서, 3. 신청인과 뇌사판정대상자와의 관계를 확인할 수 있는 서류” 등을 제출하도록 하였다.

처하도록 규정하였다.

법 제16조 제2항, 제3항에서는 뇌사기준에 의거하여 뇌사판정위원회는 전문의사인 위원 2인 이상을 포함한 재적위원 3분의 2이상의 출석과 출석위원 전원의 찬성으로 뇌사판정을 하여야 한다.<sup>24)</sup> 이때 뇌사판정위원회는 뇌사판정을 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 뇌사조사서를 작성한 전문의사와 진료를 담당한 의사로 하여금 출석하여 의견을 진술하게 할 수 있게 함으로써 절차적 정당성을 확보할 수 있도록 하였다.

뇌사판정위원회는 출석위원 전원이 서명 또는 기명날인한 뇌사판정서 및 회의록을 작성하고 이를 뇌사판정기관의 장에게 제출하여야 하고(제4항), 뇌사판정기관의 장은 뇌사판정서 및 회의록을 제출받은 때에는 그 사본과 보건복지부령이 정하는 자료<sup>25)</sup>를 국립장기이식관리기관의 장에게 송부하여야 하며, 뇌사판정신청자에 대하여는 뇌사판정서의 사본을 송부하여야 한다(제5항). 보고의무를 위반한 경우 2년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처하도록 하였다(법 제45조 제3항).

#### (다) 사망시기

이 법에서는 뇌사판정에 다른 사망시기에 대하여 달리 명시하지 않고 있다. 사망시기에 관하여는 첫째 최초로 뇌사판정을 할 때라는 뇌사판정요건충족시절, 둘째 뇌사를 재확인할 때라고 하는 관찰시간경과시절, 셋째 재확인이 되면 최초 확인한 때로 소급하여 사망으로 보자는 소급시절 등이 대립하고 있다. 대부분의 외국에서는 관찰시간경과시절을 채택하고 있다.<sup>26)</sup>

#### (라) 판정의 공정성확보제도

현행법은 뇌사판정에 대하여 매우 엄격한 절차를 두어 생명이 경시되는 것을 막고 있다. 예를 들어 뇌사판정의 공정성을 기하기 위하여 뇌사판정의사와 이식수술의사를 달리하고 있다. 즉, 법 제23조에는 “당해 뇌사자에 대한 뇌사조사서를 작성한 전문의사와 진료를 담당한 의사 혹은 당해 뇌사판정위원회에 출석한 위원인 의사”는 뇌사자의 장기 등을 적출하거나 이식하는 수술에 참여하지 못하도록 명문화하고, 이를 위반한 의사에게는 5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금형에 처한다(법 제43조 제7호).

이에 대하여 임상의료인들은 뇌사판정절차가 지나치게 엄격하여 장기적출시기를 놓쳐 사실상 장기이식이 불가능한 경우도 예상된다고 하면서 절차의 간소화를 요구하고 있다. 특히 야간에 응급으로 장기적출을 하여야 하는 경우에는 뇌사판정위원회의 소집

24) 만장일치제도의 폐해에 대하여 주호노는 민약 “반대자를 뇌사판정위원회 위원에서 배제하거나 비협조자의 뇌사판정위원회에의 출석을 방해한다면 뇌사판정에 있어서의 만장일치제도는 무의미”하게 된다고 주장한다. (주호노, 위 축조해설 - 장기등이식에관한법률, 124쪽)

25) 규칙 제8조에서 “1. 뇌사판정신청서, 2. 뇌사조사서, 3. 뇌파검사 기록”으로 규정하고 있다.

26) 주호노, 위 축조해설 - 장기등이식에관한법률, 131쪽

이 어렵다는 현실적인 이유를 제시하고 있다. 그러나 사람의 생명을 박탈할 수 있는 뇌사판정은 어떠한 경우에도 경시될 수 없으므로 지나친 간소화는 막아야 할 것이다. 다만 절차적인 적법성을 담보할 수 있으면서 생명경시의 풍조가 일어나지 않도록 운영의 묘를 살리는 지혜가 필요하다고 본다.

법 제20조는 해부나 검시를 기다려서는 적출할 시기를 상실할 우려가 있다고 판단하는 경우에는 관할 지방검찰청 또는 지방검찰청지청의 검사, 관할 검역소장의 승인과 유족의 동의를 받아 장기 등을 적출할 수 있도록 하고 있고, 법 제22조는 이식대상자선정을 기다려서는 이식의 시기를 상실할 현저한 우려가 있는 등 부득이 한 경우에는 이식 의료기관의 장이 이식대상자를 선정할 수 있도록 하여 장기적출에서의 신속성을 보장하고 있으므로 위와 같은 어려움을 다소나마 해소하고 있다.

#### (4) 문제점

이 법에 의한 뇌사판정이 사망의 공식적인 인정으로 볼 수 있는가에 대하여 논의가 있다. 장기이식을 목적으로 하지 않은 뇌사는 살인에 해당된다는 주장이 있다.<sup>27)</sup> 이 법은 뇌사의 판정신청절차에 대하여 '장기 등의 기증을 위한' 경우에 한하고 있다(법 제15조 제1항). 따라서 장기 등 이식을 전제하지 않고는 원천적으로 뇌사판정이 불가능하다. 따라서 위와 같은 주장도 일리가 있다.

그러나 다음과 같은 상황을 예상할 수 있다. 만약 유족들이 '장기 등의 기증을 위하여' 뇌사판정신청을 하고, 이에 뇌사판정위원회에서 뇌사판정을 하고, 사망진단서가 발급되었는데, 돌연 마음을 바꾸어 '장기 등의 기증' 의사를 철회한 경우에 뇌사판정위원회의 뇌사판정은 무효가 되는가?<sup>28)</sup> 즉, 소급하여 '죽음이 아닌 것'으로 돌려야 하는가에 의문이 있다.

향후 이에 대한 사회적인 합의가 절실히 요구된다. 왜냐하면 죽음의 개념은 의학적인 것이나 법률적인 것도 아닌, 사회적인 것이다. 의학적으로 인간의 세포가 모두 죽는 데는 상당한 기간이 걸린다고 한다. 그럼에도 우리는 심장과 호흡이 멈추면 죽었다고 간주하여 왔다. 이는 사회가 죽음을 어떻게 받아들이느냐에 따라 달라질 수 있다는 것을 의미한다. 현대의학의 발전으로 인하여 지금까지 경험하지 못했던 새로운 연명치료법이 만들어지고, 그에 따라 존엄사, 중환자퇴원과 같은 종래에는 생각하지도 못했던 윤

27) 전현희, 조선일보 2000년 2월 10일자 논단 '뇌사 공식 인정'은 오해: 현행 법상의 뇌사 개념을 '생존과 사망의 중간' 정도로 이해하고, 아직 3징후설에 의한 사망만이 공식적인 죽음의 개념이고, 예외적으로 장기이식을 위한 장기 적출에서만 뇌사가 사망으로 인정된다고 한다. 따라서 뇌사자로부터 산소호흡기 같은 연명장치를 제거하면 형법상의 살인죄로 처벌받거나, 민법상의 불법행위 책임을 질 가능성은 여전히 있다고 주장한다.

28) 법 제18조 제3항은 "장기등의 적출을 위한 수술이 시작되지 전까지는 언제든지 장기등의 적출에 관한 동의의 의사표시를 철회할 수 있다"고 규정하고 있다.

리적 문제들이 늘어나고 있다. 이러한 윤리적인 문제들을 해결하기 위한 사회구성원간의 부단한 노력이 필요하다.

#### 마. 장기이식의료기관

##### (1) 의료기관의 지정

장기 등의 이식을 위하여 장기 등을 적출하거나 이를 이식하고자 하는 의료기관은 보건복지부장관으로부터 장기이식의료기관으로 지정을 받아야 한다(법 제21조 제1항). 이때 의료기관은 시설 및 장비명세서, 전문의사의 이력서 및 면허증 사본 등을 첨부하여 보건복지부장관에게 제출하여야 하고, 보건복지부장관은 이식의료기관을 지정한 때에는 지체없이 지정서를 교부하여야 한다(규칙 제9조).

이식의료기관이 아니면 장기 등의 이식을 위하여 장기 등을 적출하거나 이를 이식할 수 없다(법 제21조 제3항).

##### (2) 의료기관의 시설·장비·인력

장기이식의료기관의 시설·장비·인력에 관하여 장기별로 자세히 요건을 규정하고 있다.<sup>29)</sup>

### 3. 이식 대상 장기 등

#### 가. 적출장기의 범위

이 법 제3조 제1호에 의하면 이식할 수 있는 장기는 “신장·간장·췌장·심장·폐, 골수·각막, 사람의 기관 또는 조직 중 다른 사람의 장기 등의 기능회복을 위하여 적출하여 이식될 수 있는 것으로서 대통령령으로 정하는 것”으로 하여 인체의 모든 장기를 이식할 수 있도록 하였다.

#### 나. 적출·이식금지장기의 범위

법 제10조 제1항은 “1. 장기 등의 이식에 부적합한 전염성 병원에 감염된 장기 등, 2. 암세포에 침범된 장기 등”을 비롯하여 “① 질환<sup>30)</sup>이 있는 자의 장기 등으로서 의학적으로 이식에 부적합하다고 판단되는 장기 등, ② 보존의 부적정 또는 외상 등에 의하여 손상되거나 오염된 장기 등으로서 의학적으로 이식에 부적합하다고 판단되는 장기 등”에 대한 적출 또는 이식을 금지하고 있다(령 제11조). 그밖에 “16세 미만인 자, 임부·해산

29) 법 제22조 제1항, 령 제17조 별표 1 참조

30) 질환의 종류는 “가. 고혈압·패혈증 및 길리안바레증후군 등 인체 전반에 영향을 미치는 질환, 나. 심실부정맥·폐기종·당뇨·사구체신염 및 간경화 등 특정 장기등에 영향을 미치는 질환”으로 규정하고 있다.

한 날부터 3월이 경과하지 아니한 자, 정신질환자·정신지체인, 마약·대마 또는 향정신성의약품에 중독된 자”의 장기(법 제10조 제3항)의 적출을 금지하고 있다.

적출·이식금지규정을 위반한 경우 무기징역 또는 2년 이상의 유기징역에 처할 수 있도록 하고 있고(법 제39조 제1항 1호, 3호), 만약 이로 인하여 사망에 이른 경우에는 사형·무기징역 또는 5년 이상의 유기징역에 처한다(법 제39조 제2항). 다만 16세 미만의 자로부터의 골수적출에 한하여 허용하고 있다. 위 쓰쿠바대학사건은 뇌출혈로 정신장애를 일으키고 있던 환자의 장기를 적출하여 인권침해 논란이 있었다.

#### 다. 장기적출납용방지

이 법 제10조 제2항은 원칙적으로 “이식대상자가 정하여지지 아니한 경우에는 장기 등을 적출하여서는 아니된다”고 하고, 제5항에서 살아있는 자로부터 적출할 수 있는 장기에 대하여 “신장은 정상적인 것 2개 중 1개, 간장·골수 및 대통령령이 정하는 장기 등은 의학적으로 인정되는 범위 안에서 그 일부”에 한하여 적출할 수 있도록 함으로써 장기적출납용에 따른 인간의 존엄성을 해치지 못하도록 하였다. 다만, 각막 등 상당한 기간이 지난 후에도 이식이 가능한 장기 등으로서 대통령령이 정하는 장기 등의 경우에는 예외적으로 미리 적출할 수 있는바, 현재 선정 전 적출가능한 장기는 뇌사자 및 사망한 자의 각막과 신장에 한하고 있다(령 제12조).

위 쓰쿠바대학사건에서는 남편의 동의를 얻어 뇌사상태의 환자로부터 췌장, 신장, 각막, 간장 등을 채취한 후 간장에 대하여 이식 이외의 목적(표본작성)으로 이용되어 문제가 제기된 바 있다.

#### 라. 장기매매의 금지

장기이식이 필요한 환자에게는 장기의 기증 여하에 따라 생명이 좌우되므로 어떻게 하든 장기를 얻으려고 하는 유혹이 강한 것은 인지상정일 수밖에 없다. 그렇다고 매매를 허용하는 것은 인간의 존엄과 가치를 지향하는 현대법률체계상 허용할 수 없다. 각국은 이에 대하여 형법상 제재를 가하고 있다.

이 법 제6조는 누구든지 금전 또는 재산상의 이익 기타 반대급부를 주고받거나, 주고 받을 것을 약속하고, 타인의 장기 등을 제3자에게 주거나 제3자에게 주기 위하여 받는 행위 및 자신의 장기 등을 타인에게 주거나 타인의 장기 등을 자신에게 이식하기 위하여 받는 행위와 이러한 행위를 교사·알선·방조하는 행위를 금지하고 있고, 이에 위반하는 경우나 이를 알고도 장기적출·이식을 한 자에게는 2년 이상의 유기징역에 처할 수 있도록 하고 있다(제40조 제1항 참조). 대가없이 단순히 장기이식을 교사·알선·방조하여도 10년 이하의 징역이나 5천만원 이하의 벌금형에 처할 수 있도록 하였다(법

제40조 제2항). 또한 법 제10조 제4항에서는 “살아있는 자로서 16세 이상인 미성년자의 장기 등(골수를 제외한다)은 배우자·직계존비속·형제자매 또는 4촌 이내의 친족에게만 이식” 할 수 있도록 하여 미성년자 장기매매의 위험을 배제시켰고, 이를 위반할 때 무기징역 또는 2년 이상의 유기징역에 처하도록 하였다(법 제39조 제1항 4호). 만약 이로 인하여 사망에 이른 경우에는 사형·무기징역 또는 5년 이상의 유기징역에 처한다(법 제39조 제2항).

독일 장기이식법(TPG)도 상업적 장기매매를 금지하고 있다(이 법 제17조). 어떠한 형태이든 금전적 이득을 위한 장기의 거래나 분배는 처벌한다. 이득을 위한 장기의 판매와 장기의 기증 모두 헌법에 규정된 인간의 존엄성과 우리 사회의 가치관과 양립할 수 없고, 또한 상업적 장기매매는 경제적 불평등을 생존의 불평등으로 연결할 수 있기 때문이다. 이를 담보하기 위하여 TPG는 살아있는 사람으로부터의 장기적출은 죽은 사람으로부터의 구득이 불가능할 경우에만 허용하고 있고(이 법 제8조 제1항, 3호), 미성년자로부터의 장기적출을 절대적으로 금지하였다(동조 제1항, 1호 a 참조). 특히, 재생되지 않는 장기의 기증은 부모, 조부모, 형제자매, 배우자, 약혼자 및 사실혼과 같은 친밀한 인간관계를 유지하고 있는 사람에게만 허용함으로써(동조 제1항) 장기매매의 가능성을 없애고 있다.

우리도 생체장기이식은 원칙적으로 일정한 친족관계 있는 자로 제한하여 장기매매를 근본적으로 막을 수 있어야 할 것이다.

#### 4. 적출요건

살아있는 자와 뇌사자 및 사망한 자(이하 뇌사자라 약칭)로부터의 적출요건을 나누어 살핀다.

##### 가. 살아있는 자로부터의 적출요건

###### (1) 생명 등 안정성확보

법에는 명시되어 있지 않지만 장기제공자의 생명이나 건강에 현저한 영향이 없어야 한다(법 제10조 제5항).

###### (2) 동의방식채택

이 법 제18조 제1항은 “살아있는 자의 장기 등은 본인이 동의한 경우에 한하여 이를 적출할 수 있다”고 규정함으로써 살아있는 자로부터의 승낙방식은 본인의 실질적이고 직접적인 동의를 적극적으로 얻도록 하고 있다. 이에 더하여 16세 이상인 미성년자의 장기 등과 16세 미만인 미성년자의 골수를 적출하고자 하는 경우에는 본인의 동의 외에 그 부모(부모가 없고 형제자매에게 골수를 이식하기 위하여 적출하고자 하는 경우에는

법정대리인)의 동의를 얻도록 하여 2중으로 요건(본인동의+법정대리인동의)을 강화하고 있다. 이러한 동의요건을 위반한 경우 무기징역 또는 2년 이상의 유기징역에 처하고(법 제40조 제1항 8호), 나아가 이로 인하여 사망에 이른 경우에는 살인죄에 준하여 사형·무기징역 또는 5년 이상의 유기징역에 처한다(법 제39조 제2항).

### (3) 형식적인 요건

승낙의 외부표시방식에 대하여는 피해자의 내적 동의만으로도 족하다는 의사방향설(Willensrichtungstheori), 행위자에 대한 승낙의사표시가 필요하다는 의사표시설(Willenserklärungstheorie), 방법 여부를 묻지 않고 외부에서 인식할 수 있도록 표시되면 그것으로 충분하다는 절충설 등이 있으나, 이 법에서는 의사표시설을 취하고 있다. 즉, 동의하는 형식은 본인의 경우 "본인이 서명한 문서에 의한 동의 또는 민법의 유언에 관한 규정에 의한 유언의 방식에 의한 동의"가 반드시 필요하다(법 제11조 제1항 1호)고 하여 적극적이고 명시적인 승낙만이 유효한 것으로 하였다. 그럼에도 불구하고 이 조항에 대하여 재산권행사에 관한 유언도 엄격한 형식적인 요건<sup>31)</sup>을 요구하고 있는 것에 비추어, 생명처분에 관하여 기증자카드(donor card)도 효력을 인정하는 경우에는 악용의 우려가 있다는 비판이 있으므로 임상에서는 엄격한 요건심사가 반드시 필요할 것이다. 이를 입증하지 못하면 살인, 살인미수, 중상해, 사체손괴 등의 형사상 책임을 질 우려가 높다.

### (4) 의료인의 설명의무

#### (가) 설명의무이행의 필요성

의료행위, 특히 장기이식에서 설명의무이행과 동의수령의무는 아무리 강조하여도 지나치지 않다. 인간은 누구나 타인에 의하여 자신이 스스로 허용하지 않는 방법으로 다루어지지 않을 권리를 가지고 있는바, 인간의 존엄성에 비추어 장기적률 및 이식이라는 침습행위는 피습자의 동의를 전제로 하여서만 위법성이 조각될 수 있기 때문이다. 특히 제공자의 입장에서 적출 후 신체상태가 개선된다고 할 수 없으므로 환자의 동의가 없는 적출·이식행위는 살인이나 상해죄 혹은 업무상 과실치사상죄를 범하게 되는 것이다.

#### (나) 설명의무의 범위와 한계

설명무의 범위와 한계는 환자에 대한 정보제공의무, 조언의무, 설득의무, 요양방법지도의무 등이 있다.<sup>32)</sup>

31) 민법 제1069조는 자필증서, 녹음, 공정증서, 비밀증서, 구수증서 등 5가지에 한하여 유언의 효력을 인정하고 있다.

32) 김천수는 광의의 설명의무를 고지의무, 조언의무, 지도설명무 등으로 분류하고 있고(김천수, 환자의 자기결정권과 의사의 설명의무, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 1994 : 142쪽 참조), 석희태는 승

① 환자에 대한 정보제공의무<sup>33)</sup>

㉠ 진단설명

장기적출을 시행하는 의료인은 적출 가능한 장기의 종류와 상태, 장기적출의 범위·방법, 시기 등 진단결과를 설명해 주어야 한다. 제공자는 자기 자신의 상태를 아는 것이 자기결정의 첫째 조건이다. 진단설명은 진단에 대한 대체적인 고지로 충분하다. 만약 장기적출후의 예후에 확신을 가지지 못할 경우에 그 불확실성도 알려야 할 의무가 있다.

이 법 제19조 2호의 가, 나에는 “장기등 기증자의 건강상태, 장기 등의 적출수술의 내용과 건강에 미치는 영향”에 관하여 충분한 설명을 하도록 규정하였다.

실례로 신장 하나를 제공한 기증자가 갑자기 남아있는 신장의 기능이 현저하게 떨어졌다고 하면서 신장의 상태를 정확히 설명하지 않았고, 신장 하나만이 있는 경우 신장 기능이 저하될 수 있다는 설명을 듣지 못했다고 하는 경우가 종종 있다.

㉡ 경과설명

장기제공자나 장기이식자에 대하여 장기적출에 따른 마취방법, 수술부위·방법·시간, 회복시간 등 적출과정에 대한 설명을 하여 그들이 자기결정을 할 수 있도록 하여야 한다.

이 법 제19조 2호의 다, 라에는 “장기 등의 적출 후 치료계획, 기타 장기등 기증자가 장기 등의 적출과 관련하여 사전에 알아야 할 사항”을 설명하도록 하였다.

수술부위에 대한 동의를 제대로 받지 않았다는 이유로 제소된 사건이 있다. M은 1995년 1월 경 장기등록기관의 주선으로 Y병원에서 신장기증수술을 하게 되었는데, 이때 집도의 H는 M의 우측 신장을 적출한다고 설명하고 수술승낙서를 받았다. 복부우측을 절개하고 우측신장을 적출하려는데 기형으로 인하여 신장혈관이 하나 더 있는 것을 발견하고는 우측을 봉합하고, 그 자리에서 복부좌측을 절개하여 좌측 신장을 적출하는 과정에서 수술시간이 예정된 3~4시간보다 훨씬 긴 14~15시간이 소요되었고, 좌측 표재성 둔부신경을 손상하게 되어 심한 통증을 갖게 되었다.

신장적출수술시 혈관기형으로 우측신장 대신 좌측신장을 적출할 수 있다는 점과 신경손상가능성에 대한 설명이 없었다.

㉢ 위험설명

이 법에는 규정되지 않았으나 가장 중요한 것은 위험에 관한 설명이다. 그 위험성을 인식하고도 장기를 제공할 수 있는 진정한 자기결정이 있어야 하기 때문이다. 의료인은

낙의 유효요건으로서 설명의무, 보고의무, 지도의무 등으로 나누고 있다(석희태, 의료과오 민사책임에 관한 논문, 연세대학교 대학원 박사학위논문, 1988 : 34쪽 참조).

33) 신현호, 전거서, 212쪽 이하

장기적출에 따라 예상되는 후유증·부작용, 이러한 부작용 등의 발생확률, 치료가능성, 방법, 치료에 소요되는 시기, 비용 등에 대하여 제공자에게 설명을 하여야 한다. 필요한 설명의 범위는 설명수령자의 지식, 교육정도, 이해능력 등을 고려하여 조정할 수 있다.

위험설명을 다하지 않았다고 하여 제소된 사건들이 있다. 서울지법 99가합21788호 사건은 피부이식 후 피부암에 걸린 사례이다. 원고는 1978년 1월 경 경운기사고로 화상을 입어 좌측수배부 피부결손 및 반흔구측의 장애가 남게 되자 이를 성형하기 위하여 20년이 지난 1998년 4월 경 피고병원에서 자가피부이식수술 시행하였는바, 5개월 후 조직검사로 피부암이 확인되었고, 현재 전신으로 전이되었다. 원고는 피부이식 후 면역억제제의 부작용으로 암이 발생할 수 있다는 설명을 듣지 못했고, 이식전후 피부조직검사를 하여 암발생을 조기에 진단하였어야 하는데 이를 게을리 하였다고 하면서 제소하였는바, 피고병원에서는 소송 외에서 금 5,500만원을 지급하고 화해하였다.

반면 하급심 판례<sup>34)</sup>로 만성신부전으로 인하여 신장이식수술을 받은 후 면역억제제의 부작용으로 림프암에 걸린 사건에 대하여는 청구를 기각했다. 사건개요는 다음과 같다. 원고는 1992년 4월 경 S병원에서 만성신부전으로 진단받고, 장기가식등록기관의 소개를 통하여 1997년 10월 경 신장이식수술을 받았으나 약 1개월 후 림프암에 걸려 이식한 신장을 적출하였다. 원고는 집도의 B로부터 이식수술 후 거부반응이나 사망할 수도 있다는 내용의 설명은 들었으나, 면역억제제의 부작용으로 이식수술 후 1개월 이내에 악성 림프종이 발생할 수도 있다는 설명을 들은 바 없다고 하면서 설명의무위반책임을 물었는바, 법원은 B가 신장이식수술시 발생할 수 있는 일반적인 합병증과 거부반응 및 면역억제제 투여에 따른 부작용에 대하여 언급하며 거부반응이 심할 경우 드물게는 사망할 수도 있다고 설명하여 주고 장기가식수술 승낙서에 서명·날인을 받은 사실은 인정되나, 구체적으로 림프암의 발생가능성에 관하여 상세히 설명하였음을 인정할 증거는 없다고 전제하면서도, “피고병원 의사들로서는 이 사건 질환이 신장이식수술을 받은 환자의 약 1-2%에서 발생할 가능성이 있다는 점을 고려하여 원고에게 이에 관하여서도 구체적으로 설명하여 주는 것이 바람직하였으리라고는 생각된다. 그러나 이 사건 수술에 앞서 이미 5년 이상이나 말기 신부전증의 치료를 위하여 복막투석을 받고 있었고 신장이식수술 이외에는 근본적인 치료방법이 없다는 점을 잘 알고 있는 상태에서 각종 검사상 다행히 혈연관계도 없는 신장제공자로부터 신장을 이식받을 수 있다는 판정을 받은 원고로서는 피고병원 의사들로부터 이 사건 질환에 관하여 구체적 설명을 들었다라도 이 사건 수술을 받을 것을 승낙하였으리라고 추인된다”고 하여 피고병원 의사

34) 서울지법 1999. 10. 6. 선고 98가합401판결

들로부터 이 사건 수술에 앞서 이 사건 질환에 관하여 구체적으로 설명하지 아니하였다는 사정만을 들어 피고병원 의사들에게 설명의무를 다하지 아니한 잘못이 있다고 단정하기 어렵다고 한 바 있다. 이른바 추정적 승낙이론을 적극적으로 해석하고 있다.

### ② 조언의무

의사는 환자에 대한 정보제공만을 백화점식으로 나열하여 설명하여서는 아니된다. 제공된 정보의 중요성을 감안하여 환자가 적절한 자기결정을 할 수 있도록 조언을 해 줄 의무가 있다.

첫째, 장기이식의사가 수술결과를 확신할 수 없음에도 불구하고 과신에 찬 설명을 하여 환자가 자기결정권을 잘못 행사한 경우에는 손해배상책임이 있다.

둘째, 장기이식 이외의 비침습적인 방법이 있다면 장기이식의사는 전문가의 입장에서 어느 방법이 환자에게 가장 효과적이고 부작용이 적을 것인지를 알려주어야 한다. 예를 들어 신장이식보다는 약물치료 등 비침습적인 방법이나 신장투석으로 치료가 가능하다면 이에 대한 이익교량을 할 수 있도록 조언하여야 한다.

### ③ 설득의무

나이가 의사는 적절한 설명을 하였음에도 불구하고, 환자가 잘못된 자기결정권을 행사하면서 지시나 치료방법에 따르지 아니할 경우에도 생명을 다루는 전문가의 입장에서 환자를 적극적으로 능동적으로 설득하여야 할 의무가 있다. 왜냐하면 환자는 의료에는 문외한이고, 생명이나 신체가 위협을 받는 경우에는 이성적인 판단을 제대로 하기 어렵기 때문에 환자가 올바른 자기결정을 할 수 있도록 도와주어야 하기 때문이다.

### ④ 요양방법지도의무

의사는 환자에 대한 치료와 아울러 환자가 제대로 회복될 수 있도록 요양방법을 설명하고, 지도할 의무가 있다. 의사는 치유되는 과정에서 환자에게 정확한 정보를 제공함으로써 환자로 하여금 스스로 자기결정을 할 수 있도록 하여야 한다. 위의 암 이환사건에서 이식수술 후 정기적인 검사의 필요성을 강조하고 환자로 하여금 주기적으로 암의 발생여부를 확인하도록 설명해 주어야 하고, 만약 그런 설명을 받지 못하여 암 발생 사실을 뒤늦게 알아 치료기회를 상실하였다면 의사는 요양방법지도의무를 다하지 아니한 책임을 져야 한다.

#### (다) 설명의 기준 및 정도

누구를 기준으로 설명할 것인가에 대하여 합리적 의사기준설, 합리적 환자기준설, 구체적 환자기준설 등이 있으나, 설명의무는 환자의 자기결정권을 행사할 수 있도록 도와주는 것이고, 설명의무이론의 등장배경이 환자의 개별적인 권리 구제에 있는 만큼 그 판단기준은 구체적인 환자를 기준으로 하여야 한다고 본다.

일반적으로 생명의 위험이 높을수록 설명의무의 범위는 확대되며, 합병증의 발생가

능성이 적다고 하더라도 환자의 신체상태를 중대하게 침해할 수 있는 경우에는 설명의 정도가 높다 할 것이다.

(라) 설명의무자

설명 의무는 의료행위에 속하므로 원칙적으로 장기적출술을 하는 의사가 직접 이행하여야 한다. 전문적인 장기이식코오디네이터가 있다고 하더라도 집도의가 하여야 할 것으로 보인다. 그렇다고 장기이식코오디네이터에게 설명의무가 면제되는 것은 아니다. 왜냐하면 장기적출은 생명의 위험이 높은 수술이므로 환자에게 자기결정을 할 수 있는 정보를 제공하기 위해서 2중의 의무를 진다는 비난에도 불구하고 장기이식코오디네이터에게도 의무 지워야 하지 않을까 생각한다. 향후 장기이식코오디네이터의 법적 지위가 정식으로 인정될 경우에는 장기이식코오디네이터의 설명의무를 부담 지우도록 법률의 개정이 있어야 할 것으로 보인다.

(마) 설명의 시기

장기제공자가 충분한 시간을 가지고 적출여부를 결정할 수 있도록 시간을 주어야 한다. 만약 적출 전날이나 당일 설명하는 것은 위법하다고 할 것이다.

(5) 장기제공자의 승낙요건

승낙권자는 장기제공자 자신이며, 직접 승낙하여야 하므로 대리인을 통한 승낙은 불가능하다.

미성년자의 경우도 당해 미성년자가 직접 하여야 하며, 부모라고 하여도 대신 승낙할 수 없다(법 제18조 제1항).

장기제공자의 승낙은 장기적출수술 이전부터 적출수술 시까지 계속 존재하고 있어야 하므로, 의사는 장기적출 시 반드시 동의의사를 확인하여야 한다(법 제19조 제1항). 장기제공에 대한 승낙은 언제든지 제공자의 자유의사에 의하여 철회할 수 있고(법 제18조 제3항), 이를 부인하고 강제로 적출하는 경우는 상해죄 등의 책임을 질 것이다.

(6) 설명의무의 면제여부

통상의 경우에는 예외적으로 설명의무가 면제되는 경우가 있다. 예를 들어 응급환자의 경우나 환자 자신이 의료침습의 내용을 잘 알고 있어 설명을 원하지 않는 것을 명시적으로 표시한 경우, 또는 설명으로 환자의 상태가 악화될 우려가 있는 경우가 그에 해당된다.

그러나 장기적출에 있어서는 예외 없이 설명의무를 이행하고, 동의를 받아야 한다. 왜냐하면 제공자 입장에서는 전형적인 의료행위로 볼 여지가 없기 때문이다.

## 나. 죽은 자로부터의 장기적출요건

### (1) 뇌사의 인정

#### (가) 뇌사의 정의

그 동안 논란이 되어온 뇌사가 이 법의 제정으로 일단락되었다. 이 법 제3조 4호에는 뇌사자의 정의에 관하여 “‘뇌사자’라 함은 이 법에 의한 뇌사판정기준 및 뇌사판정절차에 따라 뇌전체의 기능이 되살아날 수 없는 상태로 정지되었다고 판정된 자를 말한다”고 규정하고 있다.

#### (나) 뇌사판정기준

법 제16조 제2항은 별표에서 뇌사자판정기준은 6세 이상과 6세 미만으로 구별하고 있다.

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

선행조건으로서 ① 원인질환이 확실하고 치료될 가능성이 없는 기질적인 뇌병변이 있어야 할 것, ② 깊은 혼수상태로서 자발호흡이 없고 인공호흡기로 호흡이 유지되고 있어야 할 것, ③ 치료 가능한 약물중독(마취제·수면제·진정제·근육이완제 또는 독극물 등에 의한 중독)이나 대사성 또는 내분비성 장애(간성혼수·요독성혼수 또는 저혈당성뇌증 등)의 가능성이 없어야 할 것, ④ 저체온상태(직장온도가 32℃ 이하)가 아니어야 할 것, ⑤ 쇼크상태가 아니어야 할 것 등 5가지를 요구하고 있다. 판정기준으로 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 뇌간반사가 완전히 소실되어 있을 것,<sup>35)</sup> ⑤ 자발운동·제뇌강직·제피질강직 및 경련 등이 나타나지 아니할 것, ⑥ 무호흡검사결과<sup>36)</sup> 자발호흡이 유발되지 아니하여 자발호흡이 되살아날 수 없다고 판정될 것, ⑦ ①~⑥에 의한 판정결과를 6시간이 경과한 후에 재확인하여도 그 결과가 동일할 것, ⑧ 재확인후 뇌파검사를 실시하여 평탄뇌파가 30분 이상 지속될 것, ⑨ 기타 필요하다고 인정되는 대통령령이 정하는 검사에 적합할 것 등을 요구하고 있다.

다음으로 6세 미만인 소아에 대한 뇌사판정기준은 위와 같은 조건 이외에 재확인시

35) 뇌간반사의 소실은 ㉠ 광반사, ㉡ 각막반사, ㉢ 인구두부반사, ㉣ 전정안구반사, ㉤ 모양체척수반사, ㉥ 구역반사, ㉦ 기침반사 등이 없는 상태를 말한다.

36) 무호흡검사는 자발호흡이 소실된 후 자발호흡의 회복가능 여부를 판정하는 임상검사를 말한다. 그 검사방법은 100% O<sub>2</sub> 또는 95% O<sub>2</sub>와 5% CO<sub>2</sub>를 10분 동안 인공호흡기로 흡입시킨 후 인공호흡기를 제거한 상태에서 100% O<sub>2</sub>, 6 l/min를 기관내관을 통하여 공급하면서, 10분 이내에 혈압을 관찰하여 혈액의 이산화탄소분압이 50torr 이상으로 상승함을 확인하였음에도 불구하고 자발호흡이 유발되지 아니하면 자발호흡이 되살아날 수 없다고 판정하고, 검사가 불충분하거나 중단된 경우에는 혈류검사로 추가확인하여야 한다.

간을 늘리고 있다. 생후 2월 이상 1세 미만인 소아에 대하여는 재확인을 48시간이 경과한 후에 실시하여야 하고, 1세 이상 6세 미만인 소아에 대하여는 24시간이 경과한 후에 실시하도록 하고 있다.

(다) 사망진단서 작성요령

이 법 제17조는 뇌사자의 사인은 뇌사의 원인이 된 질병 또는 행위로 간주한다고 규정하였다.

(2) 뇌사자의 장기적출승낙

(가) 본인의 생전 의사

뇌사자 본인이 생전에 장기 등의 적출에 동의한 경우에는 그 가족 또는 유족이 장기 등의 적출을 명시적으로 거부하지 않으면 장기를 적출할 수 있다(법 제18조 제2항 1호). 본인이 생전에 명시적으로 장기적출을 반대한 경우에는 가족이 동의하더라도 적출할 수 없다. 생전동의를 이 법 제11조 제1항 1호에 규정된 방식에 따라 확인하여야 한다.

(나) 본인 의사 불명시

뇌사자 본인의 생전 의사가 확인되지 않은 경우에는 그 가족 또는 유족이 장기 등의 적출에 동의하면 적출할 수 있다(법 제18조 제2항 2호). 그러나 정신질환자 및 정신지체인의 장기는 본인이 생전에 명시적으로 동의한 경우에 한하여 적출할 수 있다(법 제18조 1항 본문 단서).

본인의 의사와 유족의 의사의 관계

제 공 의 사		우리나라	독 일	일 본
본 인	유 족			
O	O	+	+	+
	X	-	+	-
	△	+	+	+
(유족이 없는 경우)				
△	O	+	+	-
	X	-	-	-
	△	-	-	-
X	O	-	-	-
	X	-	-	-
	△	-	-	-

+; 적출가능, -; 적출불가

\* 우리나라는 정신질환자 및 정신지체인, 16세 미만의 미성년자에 대하여 특칙 있음

본인이 16세 미만의 미성년자인 경우에는 그 부모가 장기 등의 적출에 동의한 경우에 한한다.

따라서 16세 미만의 미성년자에게 부모가 없다면 장기기증을 할 수 없다. 이는 미성년자를 보호하기 위한 특별규정이다.

(다) 가족의 범위 등

이 법 제3조 제5호에는 가족 또는 유족의 정의에 대하여 뇌사자 또는 사망한 자의 “배우자, 직계비속, 직계존속, 형제자매, 4촌 이내의 친족”으로 한정하고 있다. 이 법 제11조 제2호에는 장기적출을 동의할 권리가 있는 자에 관하여 위 순위에 의한 선순위자 2인(가족 또는 유족이 한 사람뿐인 경우에는 그 사람만 해당)으로 규정하고, 선순위자인 유족 등이 모두 미성년자인 경우에는 당해 미성년자의 동의 외에 미성년자가 아닌 차순위의 유족 등 1인이 함께 동의하여야 하며, 이때 서면에 의한 동의를 받도록 하였다. 선순위자 2인을 확정함에 있어서 선순위자에 포함되는 자가 3인 이상인 경우, 예를 들어 형제가 많은 경우에는 연장자순으로 하고(법 제11조 제3항), 처와 여러 명의 자식이 있는 경우는 처와 최연장자인 자식이 된다. 법정순위자 중 1인이 행방불명, 해외거주 등으로 동의할 수 없을 경우 적출이 불가능하다.

동의표시와는 달리 거부의 의사표시는 위 유족 등의 순위에 의한 선순위자 2인 중 1인이 하도록 하였는바(법 제11조 제2항), 이는 2명 모두가 동의하여야 하는 규정에 비추어 당연하다.

다. 해부 등 우선의 원칙

이 법 제20조에는 “형사소송법 또는 검역법에 의하여 해부 또는 검시를 하여야 하는 경우에는 그 해부 또는 검시 전에 장기 등의 이식을 위한 장기 등의 적출을 할 수 없다”고 규정함으로써 범죄의 은폐, 해외전염병의 유입을 금지하고자 하고 있다. 다만 진료를 담당한 의사가 적출할 장기 등과 사인 간에 상관관계가 없고 해부 또는 검시를 기다려서는 적출할 시기를 상실할 우려가 있다고 판단하는 경우에는 관할 지방검찰청 또는 지방검찰청지청의 검사, 관할 검역소장의 승인과 유족의 동의를 받아 장기 등을 적출할 수 있도록 함으로써 장기적출의 효율성을 확보하고 있다.

의료법 제24조에서 변사의 의심이 있는 때에는 관할 경찰서장에게 신고하여야 할 의무를 두고 있고, 형법 제163조에 변사체검시방해죄가 있으므로 변사의 의심이 있는 경우는 반드시 검사의 결정에 따라야 한다.

5. 기타 사항

가. 기록의 작성 및 보관의무

장기적출 및 이식에 관한 기록은 의무기록중의 하나이므로 의료법상 기록작성보관의 의무가 있으나 국립장기이식관리기관에서 중앙통제를 하기 때문에 특별한 절차를 두

고 있다.

법 제24조는 장기 등을 적출하거나 이식한 의사는 보건복지부령이 정하는 바에 의하여 그 기록을 작성하여 당해 장기 등을 적출하거나 이식한 이식의료기관의 장에게 제출하도록 하고(제1항), 이 기록을 제출받은 이식의료기관의 장은 국립장기이식관리기관의 장에게 통보하도록 하였다(제2항). 특히 뇌사자의 장기 등을 적출한 이식의료기관의 장은 지체없이 그 사실을 관할 지방검찰청 또는 지방검찰청지청의 장에게 서면으로 통보하여야 하고(제3항), 기록을 작성하지 않거나 허위로 작성한 경우는 2년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다(법 제45조 6호).

뇌사판정서 및 회의록 기타 보건복지부령이 정하는 뇌사판정에 관련된 자료를 15년간 보존하도록 하는바(법 제25조 제1항), 이는 뇌사판정의 적정성을 담보하기 위한 규정이다. 장기 등의 적출 또는 이식에 관한 기록도 보존하여야 하며(법 제25조 제2항), 이러한 기록의 보관의무를 이행하지 않은 경우는 2년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다(법 제45조 7, 8호).

#### 나. 기록의 열람

이 법은 장기적출 및 이식자의 정보접근권을 보장하고 있다. 의료법 제20조에서 환자의 진료기록열람권이 있는지 여부에 대한 논란이 있어 왔으나 입법으로 종지부를 찍었다. 따라서 이식의료기관의 장은 장기 등을 기증한 자 또는 이식받은 자와 그들의 가족·유족이 당해 장기 등의 적출·이식에 관한 기록의 열람 또는 사본의 교부를 요구하는 경우에 당해 기록을 열람시키거나 사본을 교부하여야 한다. 다만, 진료를 담당한 의사가 그 기록의 내용을 장기 등을 기증하거나 이식받은 자 본인이 알게 되는 경우 그의 치료 또는 회복에 현저한 지장을 초래할 우려가 있다고 판단하는 때에는 이를 거부할 수 있다.(법 제26조) 이 단서조항은 매우 제한적으로 해석되어야 하며, 현저한 지장이 있다는 점에 대하여 의사가 적극적으로 입증하여야 한다.

#### 다. 비밀유지

의사의 비밀누설금지 의무는 형법 제317조 제1항 및 의료법 제19조에 규정되어 있으나 이 법 제27조에서는 보다 광범위하게 규정하고 있다. 령 제19조에서는 "1. 국립장기 이식관리기관의 장, 국립장기이식관리기관에서 법 제9조 제2항의 규정에 의한 업무를 담당하는 자와 그 기록을 보관하거나 관리하는 자, 2. 등록기관의 장, 등록기관에서 법 제12조 제3항의 규정에 의한 업무를 담당하는 자와 그 기록을 보관하거나 관리하는 자, 3. 뇌사판정기관의 장과 뇌사판정기관에서 뇌사판정관련 업무에 종사하는 자,<sup>37)</sup> 4. 이식의료기관의 장과 이식의료기관 종사자,<sup>38)</sup> 5. 뇌사판정기관 또는 이식의료기관에 종사

하는 의료기사로서 뇌사조사나 장기등기증자 및 장기등이식대기자의 신체검사에 참여한 자” 등에게 비밀유지의무를 두고 있다. 비밀유지의무를 위반한 경우 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다(법 제44조 3호).

의료인의 비밀유지의무의 입법목적은 1차적으로 의료인에 대한 환자의 신뢰보장을 통하여 치료효과를 향상시키고자 하고, 2차적으로 의료직업군에 대한 국민의 신뢰형성을 통하여 국민의 건강유지·증진도 보호목적으로 하고 있는바, 위 사항 외에도 장기 이식정보에 관한 일체의 정보가 대상이 된다고 보아야 한다. 왜냐하면 장기이식에 관한 각종 정보가 외국의 제약회사나 의료기관 등에 누설된다면 국가보건이나 경제에 미치는 효과는 매우 클 것이고, 나아가 안보에도 문제가 야기될 수 있기 때문이다. 다만 “범죄수사를 위한 수사기관이 장기 등의 적출 또는 이식과 관련된 자료를 요청한 경우, 재판과 관련되어 법관이 장기 등의 적출 또는 이식과 관련된 자료의 제출명령을 한 경우”에는 예외로 한다(동조 제2항).

## 라. 지원 및 감독

### (1) 국가 등의 지원

국가 또는 지방자치단체는 국립장기이식관리기관·등록기관·뇌사판정기관 및 이식의료기관에 대하여 필요한 재정·인력·장소·시설 등을 지원할 수 있도록 하고 있다(법 제32조). 보건복지부장관 또는 국립장기이식관리기관의 장은 장기 등을 안전하고 신속하게 적출·운반하거나 이식하기 위하여 필요한 조치를 자치단체, 경찰, 군 등 관계기관의 장에게 요청할 수 있고, 이 경우 관계기관의 장은 정당한 사유가 없는 한 이에 응하도록 의무 지음으로써 장기이식업무의 효율성을 제고하고 있다(법 제33조). 그러나 이에 대한 벌칙조항이 없어 실효성에 의문이 제기된다.

### (2) 국가의 감독 등

우리나라는 세계적으로도 드물게 국가에서 장기이식관리망을 장악하고, 중앙집중식 전국분배망을 시행하고 있다. 법 제28조는 이를 행정적으로 확보하기 위하여 보건복지부장관 또는 국립장기이식관리기관의 장은 장기 등의 기증·적출 또는 이식 등과 관련하여 필요하다고 인정하는 경우에는 등록기관·뇌사판정기관 또는 이식의료기관의 장

37) 구체적으로는 “가. 법 제16조 제1항의 규정에 의하여 뇌사조사서를 작성한 전문의사와 진료를 담당한 의사, 나. 뇌사판정위원회의 위원, 다. 뇌사판정을 위한 상담 또는 연락업무를 담당하는 자, 라. 뇌사판정기록을 보관하거나 관리하는 자”를 말한다.

38) 구체적으로는 “가. 이식의료기관에서 장기등을 적출 또는 이식한 의사, 나. 장기등의 적출 또는 이식수술에 참여한 자, 다. 이식의료기관에서 장기등의 적출 또는 이식을 위한 상담 또는 연락업무등을 담당하는 자, 라. 장기등의 적출 또는 이식에 관한 기록을 보관하거나 관리하는 자” 등을 말한다.

및 그 종사자에 대하여 그 업무에 관하여 필요한 명령을 하거나, 보고 또는 관계서류의 제출을 명할 수 있는 권한을 부여하였다(동조 제1항). 나아가 보건복지부장관 또는 국립장기이식관리기관의 장은 등록기관 등의 관계서류 등을 관계 공무원으로 하여금 조사하게 할 수 있도록 조사권을 부여하고(동조 제2항), 등록기관·뇌사판정기관 또는 이식의료기관의 장 및 그 종사자는 정당한 사유가 없는 한 거부하지 못하도록 의무 지웠다(동조 제3항).

보건복지부장관은 조사결과 “장기등 기증자 등의 등록결과를 통보하지 아니한 경우, 뇌사판정서 및 회의록의 사본 등을 국립장기이식관리기관의 장에게 송부하지 아니한 경우, 장기 등의 적출 또는 이식에 관한 기록을 작성하지 아니한 경우” 등은 시정명령을 할 수 있다(법 제29조).

### (3) 등록·지정취소 등

보건복지부장관은 등록기관 또는 이식의료기관이 “1. 제12조 제1항 전단 또는 제21조 제2항의 규정에 의한 시설·장비·인력 등을 갖추지 아니한 때, 2. 제12조 제1항 후단의 규정에 의하여 등록받을 수 있는 장기 등이 아닌 장기 등에 대한 등록업무를 한 때, 3. 제28조 제1항의 규정에 의한 명령을 이행하지 아니하거나 동조 제2항의 규정에 의한 조사에 불응한 때, 4. 제29조의 규정에 의한 시정명령을 이행하지 아니한 때, 5. 기타 대통령령이 정하는 사유”에 해당하는 때”에 그 지정을 취소하거나 1년 이내의 기간을 정하여 장기등기증자 등의 등록, 장기 등의 적출 또는 이식에 관한 업무의 정지를 명할 수 있도록 하였다(법 제30조 제1항).

보건복지부장관은 뇌사판정기관이 “1. 제14조 제2항의 규정에 의한 시설·장비·인력 등을 갖추지 아니한 때, 2. 제14조 제2항 내지 제4항의 규정에 의한 뇌사판정위원회를 설치하지 아니한 때, 3. 제16조의 규정을 위반하여 뇌사판정업무를 한 때, 4. 제28조 제1항의 규정에 의한 명령을 이행하지 아니하거나 동조 제2항의 규정에 의한 조사에 불응한 때, 5. 제29조의 규정에 의한 시정명령을 이행하지 아니한 때, 6. 기타 이 법 또는 이 법에 의한 명령에 위반한 때”에는 3년 이내의 기간을 정하여 뇌사판정업무의 정지를 명할 수 있다(법 제30조 제2항).

다만 취소처분을 할 경우에 보건복지부장관은 청문을 실시하여야 한다(법 제36조).

### (4) 업무종료절차

등록기관 또는 이식의료기관이 폐업하고자 하거나 장기등 기증자 및 이식대기자 등의 등록이나 장기 등의 적출 또는 이식업무를 종료하고자 하는 때에는 국립장기이식관

39) 시행령 제20조는 “1. 법 제13조 제6항의 규정에 의한 등록의 말소를 하지 아니한 경우, 2. 법 제22조 제1항 후단 또는 동조 제2항 후단의 규정에 의한 통보를 하지 아니한 경우, 3. 법 제31조 제1항의 규정에 의한 폐업신고 또는 업무종료신고를 하지 아니한 경우”에 업무정지를 명할 수 있도록 하였다.

리기관의 장에게 신고하여야 하고(법 제31조 제1항), 관련 자료를 국립장기이식관리기관의 장에게 이관하여야 한다(법 제31조 제2항). 등록기관 또는 이식의료기관이 폐업하고자 하거나 장기등기증자 및 장기등이식대기자 등의 등록이나 장기 등의 적출 또는 이식업무를 종료하고자 하는 때에는 폐업 또는 해당 업무를 종료하고자 하는 날 7일 전까지 국립장기이식관리기관의 장에게 신고서를 제출하여야 한다(규칙 제13조).

이때 자료이관을 하는 등록기관·이식의료기관 또는 뇌사판정기관의 장은 자료의 목록과 함께(령 제21조 제1항), 첫째 등록기관의 장은 “법 제11조 제1항의 규정에 의한 동의에 관한 자료, 법 제13조 제1항의 규정에 의한 등록신청 자료, 동조 제2항의 규정에 의한 신체검사결과 자료, 동조 제4항의 규정에 의한 등록자료”를, 둘째 이식의료기관의 장은 “법 제18조의 규정에 의한 동의에 관한 자료, 법 제24조 제1항의 규정에 의한 적출 및 이식에 관한 자료”를, 셋째 뇌사판정기관의 장은 “법 제15조 제1항의 규정에 의한 뇌사판정신청 자료, 법 제16조 제1항의 규정에 의한 뇌사조사서, 동조 제4항의 규정에 의한 뇌사판정서 및 회의록”을 각각 이관하여야 한다(령 제21조 제2항).

국립장기이식관리기관의 장은 법 제30조 제1항의 규정에 의하여 업무정지처분을 받은 등록기관 및 이식의료기관에 대하여는 제2항 제1호 및 제2호 중 동의에 관한 자료만을 이관받을 수 있고, 법 제30조 제2항의 규정에 의하여 1년 이내의 업무정지처분을 받은 뇌사판정기관에 대하여는 제2항 제3호 중 뇌사판정신청 자료만을 이관받을 수 있다(령 제21조 제3항).

#### (5) 권한의 위임

이 법에 의한 보건복지부장관의 권한은 그 일부를 대통령령이 정하는 바에 의하여 소속기관의 장이나 특별시장·광역시장·도지사 또는 시장·군수·구청장에게 위임할 수 있다(법 제35조). 특히 보건복지부장관은 “1. 법 제29조 제2호의 규정에 의한 뇌사판정기관에 대한 시정명령, 2. 법 제30조 제2항의 규정에 의한 뇌사판정업무의 정지명령”을 할 수 있는 권한에 대하여 국립장기이식관리기관의 장에게 위임한다(령 제22조).

#### (6) 수익자부담의 원칙

장기 등의 적출 및 이식에 소요되는 비용은 해당 장기 등을 이식받은 자, 즉 수익자 부담원칙으로 하였고(법 제37조 제1항), 그 비용의 산출은 의료보험법이 정하는 바에 따르고(법 제37조 제2항), 의료보험법에 규정이 없는 경우에는 의료법 제37조의 규정에 의한 의료보수에 의하여 산출한다(규칙 제14조).

장기 등 이식대기자로 등록하고자 하는 자는 등록기관의 장에게 수수료를 납부하도록 하였는바(법 제38조), 현재 수수료는 3만원의 범위 안에서 등록기관의 장이 정하도록 하고 있다(규칙 제16조).

이 조항으로 인하여 기존의 장기이식등록업무를 하던 비영리법인들은 종전에 관행

적으로 받던 '기부금 형태의 금원'을 받지 못하게 됨으로써 재정적인 타격이 우려된다. 특히 법 제6조에서 "누구든지 금전 또는 재산상의 이익 기타 반대급부를 주고받거나 받을 것을 약속하고 장기의 매매·알선 등을 할 수 없고, 이를 위반할 경우 형사처벌을 받는다"는 취지로 규정되어 있기 때문에 '수수료 3만원' 만을 받고 장기이식등록기관을 유지하여야 하는데, 이 저액의 수수료만으로는 기관의 유지가 어렵다는 현실적인 한계에 부딪칠 수밖에 없어 국가나 지방자치단체의 지원을 법제화하여 달라고 요구하고 있다.

장기이식의 보편화를 위한 의료보험확대적용 등 비용분담방안이 모색되어야 한다. 만약 고액의 장기이식비용에 대하여 수익자부담원칙만을 고수한다면 경제력의 차이가 생존의 차별을 초래하는 결과가 될 것이기 때문이다.<sup>40)</sup> 즉, 다액의 장기이식비용에 대하여 수익자부담의 원칙을 고수하는 한 경제적 능력이 없는 이식대기자에게는 불가능한 부담이 될 뿐만 아니라 이식법이 기본이념으로 보장하고 있는 이식의 공평성(법 제2조 제3항)을 훼손할 수 있다. 그러나 무제한적인 지원은 다른 환자들과의 형평성 논란도 제기될 수 있으므로 향후 충분한 연구와 검토가 필요하다.<sup>41)</sup>

#### (7) 양벌규정 등

이 법에 위반한 자를 유기징역에 처할 경우에는 10년 이하의 자격정지를 병과할 수 있다(법 제46조).

법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인·사용인 기타 종업원이 장기의 매매·알선·교사·방조행위(법 제40조 제2, 3항), 허위뇌사판정행위 등(법 제42조~제45조)을 범한 경우에는 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 각 해당 조의 벌금형을 과한다(법 제47조). 이는 법인에 대하여 사용자책임을 강조하기 위한 것이다.

기타 장기등록결과를 국립장기이식관리기관의 장에게 통보하지 아니하거나, 이식대상자의 선정사실을 장기등기증자, 이식대상자와 그 가족·유족에게 제대로 통보하지 아니하는 행위 등에 대하여는 300만원 이하의 과태료를(법 제48조 제1항), 함부로 국립장기이식관리기관·등록기관·뇌사판정기관 또는 이식의료기관이라는 명칭을 사용한 경우 등에 대하여는 200만원 이하의 과태료를(법 제48조 제2항), 이식기록의 열람 또는 사본의 교부 요구에 불응하는 행위 등에 대하여는 100만원 이하의 과태료를 부과할 수 있다(법 제48조 제3항).

과태료는 대통령령이 정하는 바에 의하여 보건복지부장관 또는 그 소속기관의 장, 특별시장·광역시장·도지사 또는 시장·군수·구청장이 부과·징수한다(법 제49조 제1항). 과태료를 부과하는 때에는 당해 위반행위를 조사·확인한 후 위반사실·과태료

40) 주호노, 전계 한일법학회 논문, 177쪽

41) 주호노, 위 축조해설 - 장기등이식에관한법률, 211쪽 이하

금액·이의방법·이의기간 등을 서면으로 명시하여 이를 납부할 것을 과태료처분대상자에게 통지하여야 하고, 이때 10일 이상의 기간을 정하여 과태료처분대상자에게 의견제출의 기회를 주어야 한다(령 제23조). 과태료의 징수절차에 관하여는 세입징수관 사무처리규칙을 준용하고, 납입고지서에는 이의방법 및 이의기간 등을 함께 적어 넣어야 한다(규칙 제17조). 과태료처분에 불복하는 자는 그 처분의 고지를 받은 날부터 30일 이내에 부과권자에게 이의를 제기할 수 있고(법 제49조 제2항), 이의를 제기한 때에는 부과권자는 지체없이 관할법원에 그 사실을 통보하여야 하며, 통보를 받은 관할법원은 비송사건절차법에 의한 과태료의 재판을 한다(법 제49조 제3항).

## 결론

이 법의 제정으로 어느 정도의 절차적인 규정은 확보되었다. 이 법은 몇 가지 문제점을 안고 있다. 특히 뇌사자장기적출에 관하여는 법률의 개정이 필요한 부분이 적지 않다.

첫째 이 법은 죽음의 시점을 심폐정지시와 뇌사시로 2원화함으로써 죽음에 대한 가치적 혼란을 가져올 수 있다. 이러한 사회적인 가치를 법률로서 인위적으로 강제하기는 어려울 것이나, 뇌사에 대한 인식이 보편적으로 인정되는 어느 시기에 가서는 죽음의 일반적인 개념으로서 뇌사를 법제화하여야 할 것이다. 즉, 본인의 생전의사가 확인되고, 뇌사판정을 과학적이고 공정하게 할 수 있다는 전제하에 장기이식 목적 외에도 뇌사를 인정하는 방향으로 나가는 것이 옳지 않나 생각한다.

둘째 뇌사판정절차가 정확하고, 공정하게 이루어져야 한다. 뇌사판정절차의 엄격성은 훼손되어서는 아니된다. 아직 우리나라에서는 판정절차나 뇌사검사결과에 대한 문제제기가 되지 않고 있으나, 일본에서는 최초의 4건 모두 뇌사판정의 검사 잘못이나 수순상의 잘못이 속출하였다고 한다.<sup>42)</sup> 외국의 실수를 타산지석으로 삼아 뇌사판정에 대한 불신을 없애도록 각별한 주의를 기울여야만 할 것이다. 그러한 절차를 통하여 사회적인 합의가 형성되는 것이기 때문이다. 이러한 절차적인 면보다는 뇌사판정위원들이 뇌사자의 인권을 보장하여야 한다는 투철한 윤리의식이 갖추어져 있어야 한다. 우리는 모자보건법을 통하여 합법적인 낙태를 허용함으로써 연간 100만건 이상의 태아살인행위가 벌어지는 경험을 하였다. 그 결과 낙태산부의 76.7%가 낙태수술에 만족한다는 조사결과가 버젓이 나올 정도로 생명경시풍조가 심해졌다. 향후 뇌사자의 장기이식을 넓게 인정함으로써 합법적인 살인을 인정할 우려도 있다. 모자보건법의 운용례에 비추어 자칫 뇌사의 요건에 맞추어 뇌사판정을 요구할 수도 있다. 장기 입원한 식물인간의 경

42) 日本 東京讀賣新聞朝刊 2000년 3월 29일자 기사

우 가족들 입장에서는 정신적, 신체적, 경제적인 손실을 이유로 뇌사판정을 받고 싶어 할 지도 모르기 때문이다. 또는 금전공세를 앞세운 장기매매의 유희를 없애기 어려울 수도 있다. 장기이식과 죽음의 인정기준에 관한 기본적인 관점은 “죽어가는 사람들(뇌사장기제공자)의 생명권을 수호하면서 병으로 고민하는 사람들(장기수용자)의 생존권을 지탱하는 길을 모색하는” 것이 아니면 안 된다. 뇌사장기이식을 제한할 경우에 음성적으로 장기매매시장이 형성되는 부작용이 우려되기도 하고, 일본에서는 승낙조건을 지나치게 제한하는 바람에 앞서 살핀 바와 같이 입법 이후 오히려 뇌사자장기적출이 상당히 줄어들기도 하였다. 향후 외국법이나 운용실태에 대한 비교법적 고찰을 통하여 적출된 장기의 합리적인 이용과 아울러 음성적인 장기매매행위를 근절하여 생명의 존엄성을 확보하는 차원에서 보다 심도있는 논의가 지속적으로 진행되어 법개정에 반영되어야 할 것이다.

셋째 이 법은 일본이나 독일 등 외국과 비교하여 상대적으로 넓게 인정한 뇌사자장기적출 승낙방식을 채택하고 있다. 향후 승낙방식에 관하여는 많은 논의가 진행될 것이나, 어떠한 승낙방식을 취하더라도 그 운영과정에서 요건심사는 매우 철저하게 하여야 할 것이다. 뇌사를 인정한 목적이 장기이식을 염두에 두었다는 것을 부인할 수는 없지만 뇌사자나 그 가족의 동의없이(또는 반대에도 불구하고) 적출할 수 없는 것처럼, 승낙방식을 지나치게 수요자입장에서 접근함으로써 요건심사를 허술하게 하여서는 아니될 것이다.

넷째 국립장기이식관리기관인 KONOS를 설치하고, 살아있는 자로부터의 장기기증은 이식대상자를 지정하지 않은 순수 기증을 원칙으로 운영하고자 하였으나, 임상 실제에 있어서는 지정기증(법 제22조 제3항)이 대부분을 이루고 있는바, 이 과정에서 대가성 거래가 우려되고 있다.

다섯째 그 동안 장기이식의료기관에서는 자체적으로 뇌사자로부터 직접 장기를 기증받아 이식하여 왔기 때문에 뇌사판정이나 장기적출에 적극적이었으나, 이 법 시행으로 HOPO가 단순히 관리만 하게 됨으로써 일부이긴 하나 상대적으로 소극적인 경향이 나타나고 있다고 한다. 예를 들어 당직 HOPO는 자신의 의료기관에서 반드시 장기이식을 하는 것이 아니므로 뇌사판정을 적절한 시간에 하지 않는 경우(야간인 경우에는 아침으로 미루는 등)도 있고, 수술방이 모자란다는 이유로 장기적출수술을 자신의 의료기관의 수술스케줄이 모두 끝나는 시간(주로 야간)에 하도록 하는 등 부작용이 발생하고 있어 HOPO운용에 대한 제도적인 개선이 요구된다.

여섯째 앞서 살핀 바와 같이 뇌사자장기기증에 대한 동의권자로 손수 및 연장자순으로 선순위자를 지정함으로써 지나치게 형식적이기 때문에 고아인 경우와 연장자순위에 따른 동의가 사실상 불가능한 경우에는 장기등의 기증이 불가능한바, 향후 관련 소

송절차법을 개정하여 법원이 동의권자를 신속하게 지정하여 주는 제도 마련이 필요하다.

이 법은 인간배세포(stem cell) 복제를 통한 자기 장기의 배양이 가능하거나 돼 동물장기를 사용할 수 있는 시기가 온다면 없어질지도 모른다. 그러나 당분간 터 장기가 필요할 수밖에 없다. 이때 인간생명의 존엄성이 훼손되지 않고, 장기이식 율성과 공정성이 확보될 수 있도록 운영의 묘를 찾아야 할 것이다. 현재 의료계는 뇌사판정의 철차적 엄격성, 생체장기적출요건의 경직성 등을 예로 들면서 이 법률 정을 요구하고 있으나, 지나칠 경우에는 국민저항은 물론 세계적인 지탄을 받게 려가 있다. 우선은 의사, 간호사 등 장기이식의 현장에 있는 의료인들의 의료윤리 책임의식이 뒷받침되어 국민들로부터의 신뢰 확보가 선행되어야만 할 것이다.

색인어 : 장기등이식에관한법률 · 뇌사판정 · 생명윤리위원회 · 국립장기이식관  
관 · 동의방식 · 장기등매매

=ABSTRACT=

## **A Study on the Organ Transplantation Law**

SHIN Hyun-Ho\*

The "Organ Transplantation Act" of Korea has been implemented and enforced since 9 February 2000 setting a legal foundation for safe and ethical organ transplantations without discrimination. However, the compliance is the responsibility of the medical, legal, and social communities to eradicate organ trade, to promote equality, and to render swift transplantations. It is particularly important to follow the stringent rules and regulations of decision-making processes stipulated in the Act to safeguard the dignity of potential "brain-death" organ donors. These duties and obligations can only be satisfied with the strong ethical and moral standards of doctors, nurses, and other concerned medical authorities as well as public perspectives and awareness.

**Key Words:** Organ Transplantation Act, Brain Death, Biomedical Ethics Committee, Korean Network for Organ Sharing(KONOS), Organ Trade

---

\* *Member of the Seoul Bar Association*