

腦死의 公法的 問題

李 鍾 永*

차 례

- I. 들어가는 말
- II. 死亡의 尺度로서 腦死
 - 1. 死亡의 意義
 - 2. 法에 의한 死亡確定
 - 3. 過程으로서 죽음
 - 4. 腦의 生命權의 意味
 - 5. 腦死의 概念
- III. 腦死批判論과 問題點
 - 1. 醫學的 觀點
 - 2. 法學的 觀點
 - 3. 醫療機器의 發達에 기초한 法學的 評價
 - 4. 腦死批判論의 克服
- IV. 生命權의 擴張과 臟器摘出
 - 1. 定義規範과 權限規範의 區別
 - 2. 腦死認定과 臟器의 社會化
 - 3. 腦死者의 臟器摘出과 관련된 기타 논의사항
- V. 臟器摘出要件에 관한 法政策
 - 1. 臟器摘出과 死者의 人格權保護
 - 2. 臟器摘出要件으로 本人의 同意
 - 3. 臟器摘出要件으로 腦死者意思의 不存在
- VI. 맺는 말

* 韓國法制研究院 首席研究員, 法學博士

I. 들어가는 말

장기이식은 각종 난치병으로 죽음에 직면한 환자의 생명을 살릴 수 있는 최후의 보루이기 때문에 현대의학의 꽃이라고 한다. 현재 뇌와 안구를 제외한 거의 모든 장기의 이식은 거부현상을 해결한 면역억제제의 개발과 외과수술의 비약적인 발전으로 가능하게 되었다. 1967년 남아프리카 공화국 크리스찬 버나드 박사에 의하여 심장이식이 시행됨으로써 그 전제가 되는 뇌사문제가 세인의 관심대상으로 부상하였다. 1968년 오스트레일리아 시드니에서 개최된 제22차 세계의사회총회에서 뇌사자로부터 장기적출을 가능하게 하는 시드니 선언이 채택되었다. 국내에서는 서울대병원이 1988년 뇌사자의 간을 이용하여 처음으로 간이식을 실시한 후 1997년 말까지 313건의 뇌사자 장기이식이 있었고, 그 중 일부는 언론에 미담으로 소개되기도 하였으나 법적으로는 불법이었다.

췌장이식술¹⁾은 92년 처음 시술된 이래 몇 개의 병원에서 실시하고 있고, 간이식²⁾은 췌장이식과 더불어 국내 이식외과의 수준을 높인 또 하나의 영역으로 살아있는 사람의 간 일부를 떼어내 이식하므로 뇌사자의 기증장기 부족 현상을 극복할 수 있다. 94년 한국에서 생체부분간이식시술이 성공하였다. 그러나 간암절제술로 치료가 가능한 일반적인 간암은 생체부분 간이식술의 대상이 아니다. 간암절제술이 불가능한 간암만이 간이식술의 대상이다. 심장이식술³⁾은 선진국에 뒤지지 않는 의료기술을 한국은 가지고 있다. 폐이식과 소장 이식은 선진국에서는 성공하여 실시되고 있으나 한국의료진에 의하여는 아직 성공을 거두지 못한 상태이다.⁴⁾

- 1) 췌장이식술은 혈당조절이 잘되지 않거나 합병증이 나타나기 시작한 소아당뇨환자에게 가장 효과적인 치료법이다. 췌장이식은 한국에서 1992년 처음으로 성공한 이후 지금까지 26회에 이른다(문화일보, 1999년 3월 17일, 18면).
- 2) 간이식은 뇌사자의 간을 기증받아 이식하는 경우와 살아있는 사람의 간의 일부를 이식하는 생체부분간이식이 있다. 생체부분간이식의 경우 통상 부모가 어린 자녀에게만 기증할 수 있는 것으로 알려졌다. 1년 생존율이 75~85%, 5년이상 장기생존율이 65~70% 정도로 양호한 편이다(문화일보, 1999년 3월 17일, 18면).
- 3) 심장이식성공율은 70%정도이다. 심장이식은 뇌사자의 심장에 의존하는 방법이 유일하다.
- 4) 폐이식은 선진국에서도 난이도가 높은 수술로 알려져 있다. 반면 폐를 심장과 함께 이식하는 경우는 결과가 훨씬 좋아 많이 이뤄지고 있다. 국내에서도 지난해 인천길병원 심장이식팀이 뇌사자 어린이의 심장과 폐를 선천성심장병 어린이에게 동시에 이식하는 데 성공하였다(문화일보, 1999년 3월 17일, 18면).

장기이식이 반드시 뇌사와 직접적인 관계를 가지는 것은 아니지만, 중요한 장기이식은 뇌사와 밀접한 관련성을 가지고 있다. 이러한 점 때문에 대부분 장기이식과 뇌사는 밀접한 관련성을 가지는 것으로 이해할 수 있다. 그러나 의학계에서 장기이식의 실적을 높이고 그 성공률을 올리기 위하여 인체에 하나뿐인 장기의 경우 그 공여장기가 있어야 하고 이 장기는 보다 신선하고 건강한 공여장기일 것이 요망된다. 그러므로 뇌사상태에 있으나 심장·폐 등 중요 장기가 살아있는 사람으로부터 장기를 적출하여 낼 필요가 있는 것은 사실이고, 이에 그 전제로 유일한 장기를 적출하여 사망하게 하는 데 대한 면책의 필요상 뇌사를 사망으로 인정하자는 것이 뇌사문제의 요체이다.

II. 死亡의 尺度로서 腦死

1. 死亡의 意義

뇌사가 실제로 사망인가에 관한 문제는 사망을 법적으로 이해하는 출발점이 된다. 인간의 사망에 관한 문제는 사망에 대한 여러 개념분야를 정확하게 구분하지 않으면 개념적인 혼란에 빠진다. 그러므로 우선 사망과 관련된 개념을 명확하게 하여야 한다.

첫째, 신체의 사망주체에 관한 문제이다. 즉, 무엇이 죽는 것인가? 이러한 물음은 인간의 모든 신체세포의 죽음도 뇌기관의 죽음도 곧바로 인간의 죽음과 동일시 될 수 없다는 것을 의미한다. 왜냐하면 죽음의 개념은 각각 상이한 신체의 주체와 관련되어 있기 때문이다.

둘째, 죽음의 정의에 관한 문제이다. 즉, 죽음이란 무엇인가? 이러한 물음은 이미 첫째의 물음에 의존하고 있다. 무엇이 죽음이 죽음으로 정의되는가에 따라서 죽음에 대한 정의도 상이하다. 죽음은 죽음에 관한 모든 개념적 징표가 충족된 시점이다. 그러나 인간생존의 표시가 아주 다양하여 죽음의 종류에 따라서 생존표시의 소멸에 필요한 시간도 상이하다는 것이 실제상의 문제이다.

셋째, 사망의 인식문제이다. 즉, 특정된 인간이 죽었다는 것을 어떠한 기준으로 인식할 수 있는가? 사망은 무엇으로 인식되는가? 사망의 척도가 뇌사의 척도인가?

넷째, 중요한 사망기준이 충족되고 사망하였다는 것이 증명될 수 있는 테스트가 있을 수 있는가?⁵⁾ 즉, 사망의 발생을 어떻게 입증할 수 있는가?

사망에 대한 이러한 4가지의 분야는 상호 관련성을 가지고 구성되어 있어 각각 분리되어 고려될 수 없다. 기술적-의료적 테스트절차는 입증하여야 하는 기준이 확정되는 경우에만 의미가 있다. 사망의 척도는 항상 사망의 특정된 정의와 관련된다.

2. 法에 의한 死亡確定

식물인간은 뇌사와는 달리 腦幹이 살아있어 자가호흡이 가능하고 회생이 가능하다. 이러한 식물인간과 달리 뇌사자는 자발적으로 호흡을 할 수 없어 인공호흡기로 생명을 유지하고 대개 2주안에 사망하고 회생가능성이 전혀 없다. 뇌사를 사망으로 인정하자는 논거는 바로 여기에 근거를 두고 있다. 장기이식의 핵심적인 논의대상은 뇌사이고, 이는 곧 사망의 개념에 관한 문제이다. 즉, 장기이식에 일차적인 문제는 심장의 기능을 영구적으로 종료하는 시점으로 하느냐 아니면 뇌가 사망하는 시점으로 하느냐에 관한 것이다. 뇌사자의 장기이식이 헌법적으로 허용되는가의 물음에 결정적인 요소는 바로 사망의 시점에 관한 문제이다.

무엇이 인간을 인간으로 만드는가? 사망은 무엇인가? 어떠한 척도가 사망을 충분하고 안전하게 표시하는가? 등에 관한 문제는 여러 학문분야의 관점에서 판단되어야 하는 문제이다.⁶⁾ 그러나 “헌법적 의미에서 생명은 무엇인가”하는 물음은 신학적으로도 생물학적으로도 답변될 수 없고, 장기이식수술을 하는 의사, 신경과 의사 또는 의사협회장에 의하여서도 결정될 수 없으며, 오직 법적으로만 답변될 수 있다. 이는 법적인 문제와 사실문제가 구별되는 데 그 이유가 있다. 인간의 어떠한 생물적 상태가 법적인 의미에서 사망으로 평가되

5) 『장기등이식에관한법률』 제16조제2항과 관련된 [별표]에 의하면 뇌사판정기준으로 (6)에 무호흡검사를 (8)에는 뇌파검사를 규정하고 있다. 인공호흡기를 잠시 제거한 뒤 호흡이 돌아오는지 살펴보는 무호흡검사와 뇌활동 정지를 의미하는 평탄뇌파 확인을 위한 뇌파검사는 검사과정 자체가 환자에게 피해를 줄 우려가 있다는 지적이 있다(노재규, 중앙일보, 1998년 9월 9일, 41면 참조). 무호흡검사와 뇌파검사 대신 뇌유발전위와 뇌혈류 초음파검사 등 환자에게 피해를 주지 않고 뇌사여부를 쉽게 확인할 수 있는 방법이 고려되어야 한다.

6) Schlake/Roosen, “Der Hirntod als der Tod des Menschen”, in: von der Dt. Stiftung, *Organtransplantation*, 1995, S.48.

며, 어떠한 기준으로 법적인 사망이 결정되는가는 해당 법시스템만이 답할 수 있는 문제이다. 즉, 사망의 개념과 사망의 척도는 법적인 문제이지, 생물학적·신학적·의학적인 문제가 아니다. 이에 반하여 법적인 사망의 개념을 매개하는 사망의 척도를 어떻게 경험적으로 입증할 것인가는 원칙적으로 전문의학만이 답할 수 있는 문제이다. 즉, 사망의 확정은 사실의 문제로 의학의 영역에 속한다. 위에서 언급한 네번째의 사망테스트 분야만이 의학적-자연과학적 인식과 관련된다. 그 결과 이 분야에서 의학은 법학보다 우선적인 관할권을 가진다.⁷⁾ 기타의 세 가지 요소는 의학의 관할 분야가 아니라 법학의 분야이다.⁸⁾

의학은 헌법상 생명의 구성요건적 요소에 관하여 법적으로 구속력있는 정의를 할 수 없다. 왜냐하면 법적인 사망의 개념과 입증을 가능하게 하는 사망기준에 관하여 결정을 하는 자가 생명의 종료에 관하여 정의를 내려야 하며, 법적인 의미에서 “생명이 무엇을 의미하는가”를 함축적으로 정의하여야 하기 때문이다. 人間尊嚴과 生命權은 헌법적으로 규정된 중요한 가치결정이다. 법학이 인간의 사망과 관련하여 기여할 수 있는 법적인 출발점은 바로 헌법상 인간존엄과 생명권이다. 기본권의 보호영역인 생명은 생물학적 특징과 연계되는 사실적인 측면과 밀접한 관련성을 가지고 있다. 생명이 생물학적 존재와 연관된 측면은 부인될 수 없으나 법적인 측면에서 생명은 법익이다. 그러므로 법익으로서 생명은 비록 자연적으로 결정되어도 규범적으로 확정되어야 한다.⁹⁾ 그러므로 모든 논거를 고려하여 뇌사척도에 대한 법적인 정립이 있어야 한다. 사실에 대한 평가와 사실에 대한 인식은 상호간에 영향을 주고 받는다. 왜냐하면 헌법적인 의미에서 생명의 존재라는 사실은 생명의 보호가치에 대한 평가와 분리될 수 없기 때문이다. 그래서 헌법적 의미에서 생명은 중요한 규범적 개념이다.¹⁰⁾

7) R.Beckmann, “Ist der hirntote Mensch eine “Leiche”?”, *ZRP* 1996, 219 ff. (220).

8) 이와는 다른 견해는 W.Höfling, “Um Leben und Tod: Transplantationsgesetzgebung und Grundrecht auf Leben”, *JZ* 1995, 30.

9) W.Höfling, “Plädoyer für eine enge Zustimmungslösung”, *Universitas* 1995, 360; D.Lorenz, “Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit”, in: *Sensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts*, Bd.VI, § 128 Rdnr.15.

10) J.Kokott, *Beweislastverteilung und Prognoseentscheidung bei der Inanspruchnahme von Grund- u. Menschenrechten*, 1993, S.428.

생명의 존재에 대한 기본권적 보호의 목적은 무엇인가? 이에 대한 답으로 생명권의 목적은 생명과 직결되는 장기이식과 같은 의학적인 위험이 있는 상태에서 나올 수 있는 인간생존의 현실적이고 잠정적인 위험에 대한 포괄적 보호에 있다.¹¹⁾ 그러므로 독일 헌법재판소의 판례는 생명의 범위에 대하여 판시하고 있다. 이 판례에 의하면 생명의 종료후에도 생명권은 확장적으로 해석되어야 한다. 이러한 확장적 해석은 바로 기본권의 해석원칙에 합치한다. 왜냐하면 의심이 있는 경우에 기본권의 효력이 가장 강력하게 전개되는 해석을 선택하는 것이 기본권합치적 해석이기 때문이다.¹²⁾ 이에 대한 정당한 평가는 의학이 아니라, 법학만이 할 수 있다. 그러므로 뇌사가 생명권의 기본원칙과 보호동기가 일치할 수 있는가에 대하여는 법학적으로 설명될 필요성이 있다.

전통적으로 뇌의 사망, 즉 뇌활동의 완전하고 종국적인 중단은 법적으로 인간생명의 종료로 간주되어 왔다. 왜냐하면 뇌사상태의 인간은 인격체도 아니며, 의식하는 생명체가 더 이상 아니기 때문이었다. 그러나 인간의 사망에 대한 이러한 전래적인 법적 평가는 오늘날 의심을 받고 있다.

3. 過程으로서 죽음

인간은 전체적인 뇌활동의 불가역적인 중단시에도 신체의 器官들이 완전히 기능을 중단할 때까지는 아직 죽은 것이 아니라 죽어가는 그래서 아직 살아 있는 사람으로 보아야 한다는 견해가 있다.¹³⁾ 이러한 견해에 의하면 죽음은 생물학적으로 단계적으로 진행되는 과정으로 보아야 하며, 이러한 단계적인 진행에서 하나 또는 다수의 인간장기의 기능중단은 죽음으로 진행되는 첫번째의 단계라는 데 근거를 두고 있다.¹⁴⁾

11) U.Steiner, *Der Schutz des Lebens durch das GG*, S.8; W.Höfling, *JZ* 1995, 31 f.

12) BVerfGE 39, 1(38); M.Kriele, *Die nicht-therapeutische Abtreibung vor dem GG*, S.19 ff.

13) Wissenschaftler für ein verfassungsgemäßes Transplantationsgesetz, BT-Gesundheitsausschuß, *Ausschußdrucksache 13/117*, S.3 ff.; W.Höfling, *JZ* 1995, 26(31 f.); H.Grewel, "Zwischen Lebensrettung und Euthanasie - das tödliche Dilemma der Transplantationsmedizin", *ZRP* 1995, 217(220); S.Rixin, "Todesbegriff, Lebensgrundrecht und Transplantationsgesetz", *ZRP* 1995, 461 (464).

14) E.Wagner/L.Brocker, "Hirntodkriterium und Lebensgrundrecht", *ZRP* 1996, 226.

인간생명체는 수많은 세포로 구성되어 있고, 그 세포들로 구성된 조직이 있으며 이들 세포조직인 각종의 장기가 있는데, 이들 세포·조직·장기가 살아 기능함으로써 인체는 유기적으로 하나의 생명체를 유지하여 나간다. 이러한 유기체적 생명의 유지를 위하여 폐가 산소를 흡입하고, 심장이 폐로 흡입된 산소와 소화기로부터 공급되는 영양소를 피에 섞어 신체의 말단까지 운반해주는 순환기능을 영위하고, 뇌가 이들 폐와 심장의 기능을 중추에서 통합, 조절, 유지하는 역할을 한다.

각 세포내에는 순환기에 의하여 공급되어 온 영양소에다 호흡기에 의하여 공급되어 온 산소가 산화되어 영양과 에너지를 발생시킬 수 있으며, 네 가지의 생체징후인 맥박, 혈압, 호흡, 체온이 유지된다. 그러므로 인체의 생명현상을 유지하기 위하여는 가장 중심적 역할을 하는 심장, 폐, 뇌의 3대 장기가 기능을 하여야 하고, 만일 사고나 질병으로 3대 중요 장기 중 어느 하나가 기능을 정지하면 다른 두 개의 장기에도 순차적으로 기능정지를 일으키는 유기체적 관계에 있으므로, 조만간에 개체 전체의 기능이 상실되어 죽음에 이르게 된다.¹⁵⁾

개인적인 생명체의 징표가 중지되는 시점은 각각의 개별적인 器官이나 모든 개별적인 세포의 사멸시점이 아니고, 전체로서 신체유기체의 붕괴시점이다. 그러므로 심장-혈액순환의 중지가 전체적 유기체 붕괴의 시작시점으로 받아들여 진다.

기타 인간의 죽음은 과학적으로 아직 충분하게 연구되지 않았고 죽음에 대한 연구경험에 의하면 뇌사진단 이후에도 뇌사자의 감각은 아직 살아 있다. 그러므로 사망의 확정시에 의심이 있으면 그 사람이 살아있다는 것에 출발하여야 한다. 이러한 원칙은 ‘의심이 있는 경우에 피의자에 유리하게’라는 법언에 근거를 둔다. 사람의 죽음을 이렇게 이해하면 죽어가는 사람은 살아있다는 결론에 도달하게 된다.

4. 腦의 生命權的 意味

뇌사를 사망의 기준으로 주장하는 자¹⁶⁾는 뇌를 인간의 신체의 다른 부분과

15) 조현우, “장기이식입법에 관한 법적·의학적 견해”, 『인권과 정의』 통권 제232호, 1995. 12, 59면 참조.

16) J.-F.Spittler, “Der Hirntod ist der Tod des Menschen”, *Universitas* 1995, 307(319 f.).

동일하게 취급하는 것에 반대한다. 인간의 뇌는 인간생존의 중추기관이라고 한다. 그리고 뇌는 인간의 인격성과 육체적인 생존에 대체불가능한 부분이기 때문에 다른 신체의 기관과 구별되어야 한다고 주장한다.¹⁷⁾ 뇌는 대뇌, 소뇌 및 뇌간으로 구성되어 있으며 각기 고유의 기능을 가지고 있어 이 세 부분이 모두 정상적으로 기능할 때 비로소 완전한 인격체를 가진 인간으로 기능을 하게 된다. 뇌면적의 대부분을 차지하는 대뇌는 운동과 감각을 지배하는 중추로서 중요한 역할을 하고 기억, 회상, 인식 등 인간고유의 고단계적 정신활동을 한다. 그러므로 포유동물의 경우에 외상이나 질환에 의하여 대뇌기능이 부분적 또는 전체적으로 소실되어도 일차적 생명현상인 호흡, 심장박동, 소화기능 등에는 지장이 없을 수 있으며 단지 기억상실, 전신이상 또는 팔과 다리, 언어구사 등의 운동에 장애를 초래하게 된다. 대뇌기능에 심각한 소실이 있는 경우에는 종종 식물인간 상태¹⁸⁾로 빠지게 되나 이러한 경우도 자발호흡과 심장박동 등 일차적 생명현상은 계속 유지되므로 뇌사와는 분명하게 구별된다. 소뇌는 운동조절중추가 자리잡고 있어 신체의 평형유지기능을 담당하며 인체의 전신운동을 원활하게 하는 기능을 한다. 소뇌에 종양이나 혈관성병변이 발생한 경우에는 대부분의 경우 환자가 똑바로 보행하기 힘들며 운동실조증세를 나타내게 된다. 뇌간은 뇌 전체면적으로 볼 때 아주 작은 부분이지만 신체 모든 부분의 기능을 통합조절하는 뇌신경의 본체가 밀집되어 있다. 뇌간의 일부인 연수(숨골)에는 인체의 생명유지에 가장 중요한 역할을 하고 있는 호흡중추와 순환중추가 나란히 자리잡고 있다.¹⁹⁾ 연수의 호흡중추와 순환중추가 파괴된 상태에서는 환자 자신의 자발적인 호흡이 없으므로 인공호흡기를 이용하

17) J.-F.Spittler, *Universitas* 1995, 307(320); H.Angstwurm, "Organverpflanzung und Hirntodkriterium", in: J.Hoff/J.in der Schmitt(en)(Hrsg.), *Wann ist der Menschen tot?*, S.45.

18) 식물인간은 뇌를 침범하는 외상이나 질환으로부터 회복·소생되었으나 대뇌에 광범위한 조직손상으로 인하여 대뇌와 뇌간 사이의 연결구조가 파괴되어 대뇌기능은 소실되었으나 뇌간의 기능은 잘 보존되어서 연수의 호흡중추와 순환중추가 기능을 잘 하는 경우에는 인공호흡기를 부착하지 않아도 자발적인 호흡과 심장박동을 포함한 순환기상태가 지속되는 상태에 있는 인간이다. 이러한 경우 자발운동, 감각인지 및 인간특유의 사고 및 정신기능은 소실되어 주위의 사물과 자기 자신을 전혀 인지하지 못하고 고통도 알지 못하게 되는 데, 바로 이와 같은 상태를 식물상태라고 한다. 이 식물상태는 뇌사상태와 엄연히 구별되며 생물학적으로 살아있으므로 그 생명을 절대 존중하여 의료진은 계속치료를 하여야 한다(朴基一, "臟器移植立法에 관한 醫學的 見解", 『인권과 정의』 통권 제232호, 1995. 12, 43면 이하).

19) 朴基一, 상계논문, 42면 이하.

여 장기간 기계적으로 허파의 환기기능을 유지시킬 수 있으나 심장박동은 순환중추가 파괴된 상태에서도 단기간은 심장 자체의 자동능력으로 유지되므로 손상받은 환자는 인공호흡기에 의하여 호흡은 유지되나 깊은 혼수상태이며 전혀 운동감각도 하지 못하는 상태, 즉 뇌의 모든 기능이 불가역적으로 소실된 상태로 되며 바로 이러한 경우가 뇌사에 해당된다. 뇌사환자에게는 인공호흡을 계속하면서 영양분과 음식물을 비경구방법으로 투여하고 수분 및 전해질균형을 위한 처치와 혈압상승제 투여 등 모든 치료방법을 동원하여도 1주일 또는 2주일이 경과하면 결국 심장박동이 정지되어 심장사에 이르게 된다.²⁰⁾ 뇌사상태에서는 치료효과가 없고 회생도 불가능하므로 뇌사상태에 있는 환자를 심장이 박동하는 시체(heart-beating cadaver)라고도 한다.²¹⁾

5. 腦死의 概念

뇌사에 관한 올바른 이해를 둘러싼 지금까지의 논의는 결국 『臟器等移植에 관한法律』의 제정에서 어느 정도의 합의는 되었다. 그러나 『臟器等移植에 관한法律』에서는 뇌사를 법적으로 정의하지 않고 있다. 입법권자가 뇌사를 법적으로 규정하지 않았기 때문에 학설과 판례는 뇌사를 정의하여야 하는 과제를 부담하게 되었다. 학계는 뇌사에 관하여 일반적인 합의에 달한 상태라고 할 수 있다. 여기서 합의는 “뇌사상태는 뇌간이 회복불가능할 정도로 기능불능으로 된 상태로서 확실히 진단가능한 상태”라는 것이다.

의학에서는 대뇌, 소뇌 및 뇌간을 일반적으로 뇌의 구성요소로 보고 있다. 뇌사는 사고와 판단을 맡고 있는 대뇌피질은 물론 맥박·호흡 등 기본적인 생명 활동을 주관하는 腦幹까지 파괴돼 기능이 정지된 상태를 말한다. 뇌사는 뇌간의 기능이 남아 있어 인공호흡으로 장기간 생명을 연장할 수 있는 식물인간과는 근본적으로 다르다. 뇌사는 뇌의 구성요소 중에서 뇌간의 기능이 중단된 상태를 뇌사로 취급하는 입법례와 뇌의 모든 구성요소가 기능을 중단한 상태를 뇌사로 하는 입법례가 있다.²²⁾ 전자를 뇌간사설²³⁾, 후자를 전뇌사설²⁴⁾이라고 한다.

20) 박기일, 전계논문, 43면.

21) 박기일, 전계논문, 43면.

22) 이에 관하여는 J.-F.Spittler, “Der Hirntod - Tod des Menschen. Grundlagen und medizinische Gesichtspunkte”, *Ethik in der Medizin*, 1995, S.128 ff.

23) 『장기이식등에관한법률』 제16조제2항과 관련된 뇌사판정기준을 규정하고 있는 [별표] 나목(4)에 의하면 뇌사판정기준으로 ‘뇌간반사가 완전히 소실되어 있을 것’을 규정

뇌사에 빠지면 인공호흡기로 일시적인 생명의 유지는 가능하나 대사기능이 저하돼 2주일 이내에 사망한다. 뇌사는 기술적으로 착오없이 확실하게 확정될 수 있다는 점이 뇌사를 사망의 척도로 적합하게 하는 논거로 제기된다. 죽음의 진행과정에서 뇌사를 사망시점으로 확정하는 것은 생명보호권의 규범적 불가피성과 합치한다. 왜냐하면 뇌사후 남아있는 개별적 신체기관의 감각은 더 이상 법에 의한 생명보호를 필요로 하지 않기 때문이다. 결국 뇌사를 사망의 척도로 주장하는 견해에 의하면 뇌사후 인공호흡기로 호흡을 유지하는 유기체에 대하여 아직 생명이 있다고는 할 수 있으나, 전체로서 개체인 인간이라고 하기에는 그 정도 살아있는 것으로 충분하지 않다는 것이다. 또한 이 견해에 의하면 “뇌의 사망으로 모든 인간 개인의 생존에 절대적인 전제조건인 고유한 신체적 생존에 불가피한 뇌의 모든 조정작용이 종국적으로 사라진다. 이로써 뇌사의 확정은 인간사망의 확정을 의미한다.”²⁵⁾ 이러한 견해는 나아가서 인간의 사망에 뇌사의 생물적인 요소와 연결함으로써 “器官의 개별적 기능과 시스템 및 이들간의 교호관계가 불가역적으로 기능하고 생명체가 통일적으로 파악될 수 없으면, 인간은 죽은 것으로 간주되어야 한다”는 것으로 발전하였다.²⁶⁾

뇌사가 인간사망을 확실하게 표시한다는 논거에서 기본적인 사망에 대한 이해, 사망의 주체와 사망정의의 요소와 결합될 수 있는 사망의 정의가 도출된다. 이에 의하면 인간의 사망은 두 가지의 요소로 표시된다. 즉, 하나는 인간정신 분야를 위한 신체적 근거의 상실 또는 의식적 생존 또는 개성적 생존을 위한 인간능력의 상실이고, 다른 하나는 인간생명체의 기능적 전체성의 상실이다.²⁷⁾

하고 있으나 이는 뇌사판정기준의 일부이므로 뇌간설을 채택하고 있다고 할 수 없다.

24) 이러한 입법례는 독일의 입법례이다. “뇌사는 기타 신체에서 아직 유지되고 있는 순환 기능에도 불구하고 뇌의 전체기능이 완전하고 불가역적인 중단이다. 뇌사는 인간의 사망이다.”

25) Wissenschaftliches Beirats der Bundesärztekammer(BÄK), *DtÄrztBl.* 1982, 50; Vgl. ders., *DtÄrzteBl.* 1986, 2945.

26) 뇌사를 사망으로 간주하는 견해는 의료기술의 발달에 따라서 약간씩 발전되었다. 초창기에는 뇌사가 실제적으로 인간의 사망과 동일시될 수 있다는 것에서 출발하였다 (Wissenschaftliches Beirats der Bundesärztekammer(BÄK), *DtÄrztBl.* 1982, 50; Vgl. ders., *DtÄrzteBl.* 1986, 2945). 다음 단계에서는 뇌사가 확실한 사망표시로, 즉 사망의 척도로 간주되었다(Wissenschaftliches Beirats der Bundesärztekammer (BÄK), *DtÄrztBl.* 1993, 1975).

27) 사망을 보다 간명하게 정의하면 “의식의 불가역적 상실과 신체기능의 전체로 통합성 상실이다”(Birnbacher/Angstswurm/Eigler/Wuermeling, “Der vollständige und endgültige Ausfall der Hirntätigkeit als Todeszeichen des Menschen - Anthro-

Ⅲ. 腦死批判論과 問題點

뇌사에 관한 논의는 법학계에서 이미 오래전부터 활발하게 진행되었다. 그러나 대부분의 논의는 형법학에 국한되었다. 헌법학은 뇌사척도에 관하여 별다른 관심을 보이지 않았다. 최근에서야 비로소 독일의 헌법학자 Höfling이 뇌사의 척도에 관하여 논의를 시작함으로써 공법적인 연구가 시도되고 있다. 헌법학은 인간의 뇌파가 더 이상 작동하지 않을 때 인간의 인격성의 기초는 상실하게 되고 이로써 헌법적인 의미에서 사망에 이르게 되므로 헌법상 생명권은 뇌사상태에 들어간 사람은 이를 누릴 수 없게 된다는 것이 헌법학자의 견해이었다. 뇌활동의 종국적인 중단시에 사망에 들어간다는 것은 인간생명의 헌법적인 보호와 일치한다는 견해이다. 왜냐하면 뇌의 활동은 인간존재의 핵심이기 때문이다. 그러나 이러한 뇌사와 사망을 동일시하는 견해에 대한 비판이 여러 가지의 논거로 주장되고 있다. 이하에서는 이러한 논거에 관하여 소개하고 이에 대한 비판을 시도하기로 한다.

1. 醫學的 觀點

여전히 남아 있는 견해의 상이점은 이러한 의학적-자연과학적 사건에 대한 평가이다. 뇌사비판론자에서 볼 때에 뇌사이후의 생명과 뇌사전의 생명을 질적으로 구별하는 데 의문을 제기하고 있다.²⁸⁾ 즉사, 병사, 익사, 질식사, 압사, 쇼크사 등 사망의 대부분의 경우는 뇌사와 심장사가 일치하여 뇌사가 문제가지 되지 않으나, 비록 인공적 장비에 의하여서도 호흡을 하고 있고 맥박과 심장이 계속적으로 뛰고 있는 환자를 죽었다고 인정한다는 것은 생사에 관한 국민적 상식에 반한다는 점에서 뇌사를 비판하고 있다.²⁹⁾ 뇌사비판론자의 이러한 논리와 헌법상 생명권의 침해가능성은 일면 설득력이 있다.³⁰⁾

pologischer Hintergrund”, *DtÄrzteBl* 1993, 2173)이다.

28) 헌법적인 시각에서 개념적-도그마적으로 극복될 수 없는 모순에 있다고 비판하는 견해는 W.Höfling, *JZ* 1995, 26 ff.; H.Grewel, *ZRP* 1995, 217 f.

29) 白亨球, “臟器移植法制定에 관한 法的 見解 - 立法의 內容을 中心으로 -”, 『인권과 정의』 통권 제232호, 1995. 12, 39면 참조.

30) Wagner/Brocker, “Hirntodkriterium und Lebensgrundrecht”, *ZRP* 1996, 226 ff. (229).

그러나 인간생명의 종료시점을 뇌사로 보는 시각에서는 이러한 의문은 올바르지 않을 수 있다. 뇌사자의 사실 상태를 보면, 뇌사시점을 사망시점으로 하여야 한다는 뇌사설이 보다 합리성을 가지는 것으로 평가될 수 있다. 뇌사자는 뇌사를 제외한 신체기능은 인공호흡기로만 유지될 수 있다. 인공호흡기로 연장되고 있는 뇌사자의 심장은 때로는 몇일 또는 몇주일, 예외적인 경우에는 몇달이상 박동을 계속하기도 한다.³¹⁾ 또한 기타 신체의 기관은 뇌사된 신체에서 기능적으로 생물적인 작용을 부분적으로 유지한다. 그럼에도 불구하고 기타 모든 치료는 의학적으로 의미없는 일이고 중단될 수 있다.

2. 法學的 觀點

법학적인 시각에서도 뇌사와 사망의 동일한 취급에 대하여 문제가 제기되고 있다. 이 견해는 헌법적으로 “생명”이라는 개념의 개방성과 확장성에 근거를 두고 있다. 법의으로서 생명은 의학의 발달로 기본권에 의하여 보호되는 영역이 점차적으로 위험을 받고 있다.³²⁾ 그러므로 “생명”에 대한 기본권개념을 확장적으로 이해할 필요성이 있다. 생명보호에 대한 해석을 이렇게 확장함으로써 뇌사자는 아직 생명이 있는 권리주체로 평가되어 기본권의 보호를 받게 된다. 개념을 조작하여 법적인 보호범위를 축소하는 시각은 전통법학의 비난대상이었다.³³⁾

“의심이 있는 경우에는 피의자에 유리하게(in dubio pro vita)”라는 원칙은 이러한 논거가 합당하다는 것을 입증하고 있다. 헌법규범은 해석력을 가지고, 해석을 필요로 하며, 기본권에 대한 이해는 변화하는 시대적 요구에 부합하여야 한다는 이러한 주장은 타당한 측면이 있다. 물론 헌법상의 보호규범과 보호규범상 중요한 개념이 보호목적에 적합하게 해석되면 아무런 문제가 없다. 이러한 종류의 새로운 위험이 사실상 존재하는 것은 분명하다. 헌법상 보호규범의 해석시에 법적인 사실도 고려되어야 한다. 즉, 뇌사의 인정과 장기이식과 관계를 법적인 사실로서 고려될 필요가 있다. 즉, 생명보호를 확장적으로 해석하는 견해는 장기이식으로 생명에 대한 추가적인 새로운 위험의 발생을 방지할 수 있는 제도적 장치가 확보되지 않는 한 뇌사에 대하여 반대한다.

31) J.-F. Spittler, aaO., S.134.

32) W. Höfling, JZ 1995, 31 ff.

33) W. Höfling, JZ 1995, 32 ff.

3. 醫療機器의 發達에 기초한 法學的 評價

사망에 대한 중요한 고전적 징표는 혈액순환기능과 호흡기능의 상실이다. 호흡중단으로 기관과 세포의 산소공급이 중단되고, 산소공급의 중단은 신진대사의 종료로 이어져서, 모든 세포의 치유불가능한 피해가 발생하여 모든 기관의 불가역적 기능상실에 이르게 된다. 예를들면 인간의 뇌는 경험상 산소공급 없이 약 10분이 경과하게 되면 혈액순환기능과 호흡기능이 재생되어도 뇌에는 중대한 피해가 발생한다. 산소공급없이 10분 이상 경과하면 뇌는 전체적으로 어떠한 기능도 더 이상 할 수 없게 된다. 이것이 뇌사이고, 이는 실제적으로 외부적으로 나타나지 않고 비교적 급속하게 심장사에 이르게 된다.³⁴⁾

인간생명의 가능한 최대한 보호를 목적으로 하는 법학의 입장에서 볼 때에 사망시점이 단순한 의학적 사실에 기준하여 확정되어서는 안된다. 50년대까지 심장과 혈액순환의 최종적 중단이 사망에 대한 유일하고 중요한 척도였다. 이러한 기준에서 중요한 것은 합목적성에 근거를 둔 정의이다. 즉, 의학적 관점에서 심장기능과 혈액순환이 중단된 상태에서 계속하여 의료행위를 계속하는 것은 전혀 의미가 없었다. 법학적인 관점에서 뇌사후 아직 살아있는 세포 생명에 대한 법적인 보호는 器官에 따라서 상이한 속도로 진행되는 세포사망의 보호뿐이다. 그러나 유기적으로 결합된 생명체에서 기관간의 사멸시기 차이는 전통적인 우리 문화에서 중요하지 않게 받아들여진다. 곧 사멸할 기관세포에 대한 보호는 생명개념과 결부된 사고도 아니고 생명보호와 결부된 사고도 아니다.

현대의 발달된 의학기술은 뇌사상태가 발생한 경우에 인공호흡기의 도움으로 심장정지가 될 때까지 심장기능과 혈액순환기능을 유지시킬 수 있다. 의료기기의 발달은 뇌에 대한 연구를 발전시켰고, 이는 오늘날 국제적으로 인정된 뇌사와 심장사의 관련성을 규명하였다. 뇌사와 심장사의 관련성은 뇌사가 지금까지 법적으로 보호되고 있는 생명보호의 범위를 축소하여야 하는지, 현상대로 유지시켜야 하는지 또는 확장하여야 하는지에 대한 해답을 줄 수 있다. 인간이 사망으로 확정되면, 중요한 신체기능의 불가역적 중단으로 인하여 의료행위가 더 이상 의미없고 아주 단기적으로만 생존할 수 있는 기관기능을 형

34) J.-F.Spittler, aaO., S.128 ff.

법으로 보호하는 것은 과도한 보호로 판단된다. 이렇게 뇌사를 이해하면 뇌사는 고전적인 사망개념인 심장사보다 인간생명의 보호측면에서 후퇴하였다고 할 수 없다. 현대의료기술이 인공호흡기와 같은 중환자치료를 발견한 상황을 법적 사실로 고려하여도, 뇌사를 사망시점으로 간주하는 방안이 결코 심장사를 사망시점으로 보는 방안보다 인간의 생명권을 축소하여 보호한다고 할 수 없다. 즉, 뇌사이후에는 인간이라는 유기체가 아니라, 개별기관과 세포조직만이 여전히 제한된 기간동안 의료장비의 보조하에서 기능을 유지할 수 있는 것이다.

4. 腦死批判論의 克服

뇌사비판론자는 신체의 기관과 조직이 뇌사후에도 여전히 사멸과정에 있는 것이지 완전히 사멸되는 것이 아니기 때문에 신체의 기관과 조직을 인간생명에 포함시키고 있다. 이러한 기본권적 이해에는 의문이 있다. 이러한 기본권적 이해는 인간의 생명보호에 아무런 실익을 주지 못한다. 왜냐하면 지금까지 경험에 의하면 뇌사후 신체가 스스로 조직되거나 자발적인 생명유지가 될 수 없었기 때문이다. 논리적으로 이것이 의미하는 바는 뇌사자의 살해는 더 이상 존재하지 않는 법익을 침해하는 것으로 살인죄가 되지 않는다.

뇌사비판론자는 뇌사후 중국적인 사망사이에 신체의 기관, 기관의 일부 및 조직을 인간생명의 보호범위에 포함시킬 것을 주장한다. 이렇게 되면 뇌사자에 인공호흡기의 사용중단과 신체기관의 종료도 형법상 적극적인 살인행위로 처벌되어야 하는 결과를 가져온다.³⁵⁾ 그러나 이러한 행위에 대한 형사처벌이 면제되어야 한다는 것은 현재의 법학계에서 당연한 것으로 받아들인다.

사망에 대한 고전적인 이해에 따른 생명의 보호는 뇌사방안으로도 확실하게 유지되며, 법적 안정성을 가진다. 뇌사를 인정하는 것으로 새롭고 추가적인 위험상황이 발생하지는 않는다. 또한 뇌사비판론이 제기하는 다른 기관의 생명유지에 대한 시각은 역시 심장사에도 적용되어야 한다. 왜냐하면 심장사 이후에도 세포, 조직 및 기관이 즉각적이고 완전하게 사멸하지는 않기 때문이다.

여러 관점을 고찰한 뇌사비판론은 보다 넓은 생명보호를 위한 시도로 만족될 수 있을 뿐이다. 뇌사비판론의 중대한 사실적 허점은 뇌도 신체의 기관으

35) W.Heun, "Der Hirntod als Kriterium des Todes des Menschen - Verfassungsrechtliche Grundlagen und Konsequenzen", JZ 1996, 213 ff.

로서 다른 신체의 기관과 동일한 가치를 부여함으로써 뇌의 증추적인 기능을 간과한 점이라고 할 수 있다.

IV. 生命權의 擴張과 臟器摘出

1. 定義規範과 權限規範의 區別

뇌사-기준의 법적인 의미에 대하여는 충분한 논의가 되지 못하고 입법이 되었다. 의학적, 신학적 및 법학적으로 올바른 사망-기준을 둘러싼 지금까지의 논의에서 뇌사-기준에 관한 문제는 뇌사-기준을 법률로 규정함으로써 시민의 생명권이 제한될 수 있다는 데에서 출발하고 있다. 그러나 뇌사에 대한 이러한 평가는 『臟器等移植에 관한法律』의 전체적인 규율관련성을 고려하면 명백한 잘못이라고 할 수 있다. 『臟器等移植에 관한法律』은 장기적출권을 국가나 제3자에게 부여하지 않고, 각각의 특수한 허용요건과 연결하고 있다.

『臟器等移植에 관한法律』 제18조제2항 및 제3항은 뇌사자의 장기등의 적출요건에 관하여 규정하고 있다. 제2항에 의하면 뇌사자의 장기는 본인이 뇌사 또는 사망전에 장기등의 적출에 동의하고 그 가족 또는 유족이 장기등의 적출을 명시적으로 거부하지 않으면 적출될 수 있다. 또한 본인이 뇌사 또는 사망전에 장기등의 적출에 동의 또는 반대하였다는 사실이 확인되지 아니한 경우로서 그 가족 또는 유족이 장기등의 적출에 동의한 경우에 장기는 적출될 수 있다. 다만 본인이 16세미만의 미성년자인 경우에는 그 부모가 장기등의 적출에 동의한 경우에 장기는 적출될 수 있다. 그러므로 본인이나 가족이 명백히 장기적출을 반대한 경우에는 뇌사자의 장기적출은 허용되지 않는다. 이로써 뇌사로 발생할 수 있는 인간생명의 위험은 해결되었다.

2. 腦死認定과 臟器의 社會化

보건복지부는 뇌사 인정에 따른 장기이식술의 활성화에 대비하여 장기이식에 관한 중요사항을 심의·자문하는 생명윤리위원회를 보건복지부에 설치하기로 하였다. 또 장기이식관리기관(국립의료원 장기이식정보센터가 유력)을 운영하여 그 동안 개별병원에서 관리하여 온 이식대기자의 순위를 확정하는 업무를 수행하게 할 방침이다. 그 동안 장기이식을 주도하여 온 사랑의 장기기

증운동본부·헌안봉사회·새생명나눔실천회·한국신장협회·한국골수은행협회 등은 장기이식 등록기관으로 지정돼 주로 장기기증자·대기자의 등록을 받을 전망이다. 기타 동일한 것은 뇌사와 시체의 사회화에 적용된다. 즉, 뇌사의 법률상 인정은 이식가능한 장기의 측면에서 잠재적인 장기기증자의 사회적 의무와 결함된다는 사고와도 관련된다. 사실 뇌사자 시체의 사회화가 내포하는 사고는 사실 명백하게 분석되지 않았으나 이러한 사고로 연결될 수밖에 없는 동기를 가지고 있다. 이러한 사고는 법학적인 시각에서 보면 분명히 수용될 수 없다. 왜냐하면 사회화 또는 사회적 의무성은 항상 권리자의 의사와 관계 없이 권리의 침해가 허용되는 것을 의미하기 때문이다. 예를들면 재산권의 사회화 또는 사회적 의무성은 재산권자의 명백한 반대의사에도 불구하고 국가에게는 재산권침해가 허용된다는 것이다. 잠재적 장기기증자가 뇌사전이나 사망 전에 장기적출에 반대하면, 본인의 장기적출은 국가나 제3자(가족 또는 유족)의 동의로도 실시될 수 없다. 그러나 엄밀히 말하면 뇌사인정과 장기의 사회화는 관련이 없다.

3. 腦死者의 臟器摘出과 관련된 기타 논의사항

지금까지 논의에서 뇌사후의 상태도 헌법상 생명권으로 보호된다는 주장이 있었다. 기본권 보호적인 측면에서 볼 때에 자기생명에 대한 포기가 본인이 동의를 함으로써 허용되는가에 대한 문제가 제기된다. 이에 대하여 간단하게 언급하면, 독일헌법재판소의 판례는 뇌사상태의 생명과 뇌사전의 생명이 동일하게 보호될 것이 요구되지는 않는다.³⁶⁾ 뇌사상태의 인간생명과 뇌사전의 인간생명에 대한 헌법적인 보호요구가 다르기 때문에, 뇌사와 관련된 기타의 문제가 실질적으로 해결될 수 있다. 즉, 기본권포기의 형식과 상황에 대한 문제는 사실상 결정된 것이다. 뇌사자로부터 장기적출이 뇌사자의 생명권을 침해한다는 가설은 뇌사의 생존시 명백히 표현된 동의만이 장기적출을 정당화할 수 있다는 요건을 법률에 규정함으로써 허구로 된다. 왜냐하면 뇌사자도 생존자와 동일하게 생명권의 보호를 받으므로 뇌사자의 장기적출은 생존자의 장기적출과 같이 생존자의 명백한 동의에 의하여서만 가능하다. 현행 『臟器等移植에 관한法律』 제18조제1항에 의하면 살아있는 자의 장기등은 본인이 동의한

36) 이에 관하여는 R.Beckmann, ZRP 1996, 219 ff.(225) 참조.

경우에 한하여 이를 적출할 수 있다. 다만, 16세이상인 미성년자의 장기등과 16세미만인 미성년자의 골수를 적출하고자 하는 경우에는 본인의 동의외에 그 부모(부모가 없고 형제자매에게 골수를 이식하기 위하여 적출하고자 하는 경우에는 법정대리인)의 동의를 얻어야 한다. 이와 같은 규정이 뇌사자에게도 동일하게 적용되어야 한다. 뇌사자의 장기적출과 살아있는 자의 장기적출요건을 동일하게 하는 것은 평가의 잘못에 기인하고 있다. 위에서 언급된 바와 같이 뇌사후의 생명과 뇌사전의 생명을 구별없이 동일한 생명보호를 요구하는 것은 분명히 오류가 있는 논리이다. 현행법도 기본적으로 뇌사후의 생명과 뇌사전의 생명보호를 달리하는 데에서 출발하여, 뇌사자의 장기적출에 관하여는 『臟器等移植에 관한法律』 제18조제2항에서 요건을 달리하여 규정하고 있다.

V. 臟器摘出要件에 관한 法政策

1. 臟器摘出과 死者의 人格權保護

사망후에도 모든 사람은 기본권을 향유한다. 사망후의 인격권보호는 사망전보다 축소는 되지만 계속적으로 존재한다. 즉, 뇌사는 생명권을 향유하지는 못하나 인격권은 향유한다. 死者가 장기부품창고로 격하되거나 단순한 물건으로 격하되는 것은 금지된다.³⁷⁾ 인간신체 전체의 처분은 사망을 넘어서 작용하는 인간존엄의 불가침원칙에 영향을 주어 헌법에 반할 수 있다.³⁸⁾

인체의 신체적 통합성에 대한 모든 침해가 동시에 인간의 존엄성에 대한 침해가 되는 것은 아니다. 그래서 시체해부 또는 부검은 이에 합당한 이유가 있어야 하나, 헌법상 보호되는 인간존엄의 위반은 아니다.³⁹⁾ 또한 사망이후에는 헌법상 보장된 행복추구권에 근거하는 일반적 인격권과 자기결정권이 작용한다. 독일의 헌법재판소는 사실 사자에 대하여는 기본권에서 도출되는 직접적인 보호를 인정하지 않고 있다. 왜냐하면 기본권의 주체는 생존자만이 될

37) BVerfGE 9, 89(95); 87, 209(228).

38) BVerfGE 75, 369 (380); W.Höfling, "Die Unantastbarkeit der Menschenwürde - Annäherungen an einen schwierigen Verfassungsrechtssatz", *JuS* 1995, 857 ff. (858 f.).

39) F.Pluisch/U.Heifer, "Zur rechtlichen Zulässigkeit von Leichenversuchen", *NJW* 1994, 2377 ff.; N.Englert, *Todesbegriff und Leichnam als Element des Totenrechts*, 120 ff.

수 있기 때문이다.⁴⁰⁾ 인격권보호의 기본원칙은 사안의 성질상 인간존엄의 기본요소로 작용을 한다. 이러한 헌법적인 논거는 장기적출에 어떠한 영향을 미치는가?

사자의 명백한 의사에 반하는 장기적출은 허용되지 않는다. 이는 사자의 동의가 장기적출을 정당화하는 법원리와 같다. 이것은 개인의 사적자치존중이고 이에 대한 논란은 없다.⁴¹⁾ 다만 논란이 되는 것은 장기적출을 위하여는 항상 본인의 명백한 동의가 있어야 하는가 또는 반대의사표시가 없는 경우에 묵시적인 동의라도 있어야 하는가 아니면 가족·유족이 본인의 동의를 갈음하는가이다.⁴²⁾ 가족의 동의권에는 무엇이 속하는가는 이와는 구별되어야 한다. 가족·유족이 사자의 명백한 의사를 입증하는 행위는 가족·유족의 동의권 행사가 아니다. 이 경우에 문제가 되는 것은 사자의 동의에 대한 어느 정도의 기록이나 입증이 필요한가이다. 결국 가족·유족에 의한 사자의 의사에 대한 입증은 허용될 수 있다. 문제는 가족·유족의 보충적인 결정권이다. 사자에 대한 배려권은 기본적으로 사자의 이익을 위한 결정이다. 사자의 이익에는 본인의 장기가 다른 사람의 생명구제를 위하여 사용된다는 것도 포함되어야 한다. 그러므로 장기적출의 허용에 대한 판단은 한편으로 장기적출에 의한 사자의 시체에 대한 침해와 다른 한편으로 장기수혜자의 생명구제에 대한 사자의 이해 중에서 어느 곳에 비중을 두는가에 달려있다.

특정된 법률에 대한 헌법적인 평가는 해당법률의 전체적인 측면에서 고려되어야 한다. 뇌사자로부터의 장기적출의 요건을 어떻게 규정하는가에 관한 문제는 『臟器등移植에관한法律』의 헌법적인 평가를 달리하게 한다. 현행 『臟器등移植에관한法律』의 입법과정에서 충분히 논의되지 못한 아쉬움이 있기 때문에 여기서 장기적출의 다양한 요건에 관하여 언급하고 이를 헌법적인 측면에서 평가하여 헌법적인 요구사항에 가장 합치하는 방안이 무엇인가에 관하여

40) BVerfGE 30, 173 (194).

41) H.-L.Schreiber/G.Wolfslast, "Rechtsfragen der Transplantation", in: E.Dietrich (Hrsg.), *Organspende - Organtransplantation, Indikation, Technik, Resultate*, 33 ff.(39 f.); 뇌사비판론자는 뇌사의 장기적출의 허용요건으로 본인의 동의를 필수조건으로 주장한다.

42) 다양한 장기적출의 허용을 위한 입법방안에 관하여는 G.Hirsch/A.Schmidt-Didczuhn, *Transplantation und Sektion*, 53 ff.; A.Schmidt-Didczuhn, "Transplantationsmedizin in Ost und West im Spiegel des Grundgesetzes", *ZRP* 1991, 264 ff. 참조.

분석하고자 한다. 전체적으로 중요한 이익의 결정과 평가의 상대화는 어떤 법률에 대한 비교적 안전한 전체적 평가를 하게 하고 이로써 입법권자가 입법안의 헌법합치여부와 헌법적인 요구사항을 최적의 방식으로 이행할 수 있는가의 여부를 판단하게 한다. 여기서 당연히 헌법적인 요구에 가장 합치하는 방안을 입법권자는 선택하여야 한다. 다른 문제는 이와 관련된 헌법재판소의 통제와 파기권한의 범위에 관한 문제이다.⁴³⁾

2. 臟器摘出要件으로 本人의 同意

『臟器등移植에관한法律』의 궁극적인 목적은 장기이식에 대한 법적 안전성의 확보이다. 장기적출의 허용요건을 뇌사자의 동의로 하는 입법방안은 이러한 법적 안전성을 완전하게 실현한다. 기본권적인 시각에서 시민이 자기의 생존 기간동안에 본인의 장기이식에 관한 결정을 자의적으로 한 경우에는 법적인 문제가 없다. 시민이 장기적출의 거부를 할 수 있는 권리가 법률적으로 보장된다. 장기적출을 위하여 본인의 사전 동의를 필요로 하는 입법방안에 의하면 뇌사자의 침묵(즉, 뇌사전에 장기등의 적출에 동의 또는 반대를 하지 않은 경우)은 장기적출을 원칙적으로 허용하는 것으로 간주되게 된다.

이러한 입법방안은 잠재적 장기기증자가 뇌사전에 장기 등의 적출에 동의 또는 반대를 하지 않고 침묵함으로써 실질적으로 장기적출의 권한을 가족이나 유족에 위임함으로써 장기적출의 동의권이 가족이나 유족에게 보충적으로 주어지는 경우이다. 이는 현행 『臟器등移植에관한法律』의 내용이다. 이러한 입법방안은 장기기증자의 자치영역을 축소함으로써 법적 안전성을 약화시키는 측면이 있는 것은 부인될 수 없다. 왜냐하면 사망시에 장기적출의 여부가 명백하지 않기 때문에 지금까지의 경험상 대부분의 경우에 가족이나 유족에게 결정권이 부여되고 있다.

이러한 입법방안은(erweiterten Zustimmungslösung) 국가의 보호과제와 보호의무를 최적의 방식으로 실현하지는 못하나, 본인의 명백한 동의만이 유일한 장기적출의 요건으로 하는 입법방안보다는 탄력성이 있다. 또한 이러한 입법방안은 장기적출에 대하여 결정을 하여야 하는 가족·유족에게 심대한 부담으로 작용한다. 이러한 부담은 경우에 따라서 가족·유족에게 기대가능성을 넘어서는 정도의 부담이 될 수도 있다. 본인이 명백하게 장기적출의 의사를 표시하지

43) 이에 관하여는 BVerfGE 88, 203 ff.

않는 경우에 가족의 결정부담의 가중을 이유로 이러한 입법방안이 위헌이라는 견해도 있으나 설득력이 없는 견해이다.⁴⁴⁾ 헌법적으로 뇌사자의 가족·유족이 장기적출의 결정으로 지는 부담은 장기수혜자의 생명보다 중요하지 않다.

3. 臟器摘出要件으로 腦死者意思의 不存在

뇌사자가 생존시 자기 장기적출에 대한 특별한 반대의사표시를 하지 않으면 장기적출을 허용하는 입법방안(Widerspruchslösung)이다. 이러한 입법방안은 유럽의 많은 국가에서 채택하고 있는 방안으로서 독일에서도 고려되었던 방안이다.⁴⁵⁾ 이러한 방안은 또한 구동독에서 채택되어 실행된 방안이다. 이러한 방안은 시대상황에 따라서 점차적으로 변화하고 있다. 이 방안의 새로운 발전부분은 장기적출을 원하지 않는 자의 반대의사를 관리하는 데이터뱅크의 의무적인 설치이다. 장기적출의 반대에 대한 의사표시가 없다는 것에 대한 확신이 없으면, 장기적출은 허용되지 않는다. 기타 이러한 방안에서 필수적인 구성부분은 반대가 없으면 장기적출의 가능성이 있다는 것에 대한 국민에 대한 효과적인 계몽이다. 결국 가족의 정보제공의무가 이 방안에서는 도입되어야 한다. 가족의 정보제공의무는 장기적출의 결정권이 없는 가족에 대한 사자배려권을 존중하는 데 있다.

이로써 모든 국민은 자기에게 부여된 결정자유를 행사할 수 있다. 모든 개인의 국민은 이러한 자유를 행사할 수 있고, 이러한 한에서 이 방안은 사실 뇌사자의 동의를 반드시 필요로 하는 방안과 일치한다. 이 방안은 장기적출에 대한 결정권을 가족이나 유족에게 부여하지 않고 있다. 그러므로 장기기증자의 자율권은 침해되지 않는다.

44) 이러한 주장에 의하면 “장기이식에 동의하는 가족이나 유족의 심정은 사실 당사자의 입장이 아니므로 이해할 수 없을 것이다. 기타 장기적출에 대한 결정을 요구받는 가족이나 유족에게 영향을 주는 부담은 가족·유족의 동의가 있는 경우에 장기적출을 허용하는 입법방안에서 고려되어야 하는 요소이다. 이러한 부담은 법적으로도 중요하므로 법률에 의하여 규정할 수 있다. 이러한 부담은 개인 상호간의 관계에 대한 실질적으로 중요한 기본권침해를 의미한다. 이러한 침해는 회피가능한 침해이므로 헌법상 과잉금지의 원칙에서 요구하는 필요성(최소침해원칙)에 반하므로 법치국가적으로 허용되지 않는다”고 논리를 구성하고 있다(R.Beckmann, Ist der jirntote Menschen eine “Leiche”? ZRP 1996, 219 ff.).

45) J.Weber/S.Lejeune, “Rechtliche Probleme des rheinland-pfälzischen Transplantationsgesetzes”, *NJW* 1994, 2392 ff.

VI. 맺는 말

뇌사자의 기본권을 행복추구권에 기초하는 인격권보호로 이해하는 헌법적인 이론이 뇌사자에 대한 권리를 적합하게 파악한 견해이다. 이러한 이론은 뇌사 후에도 개념적으로 생존하는 사람으로부터 장기적출로 가정하는 뇌사비판론자보다 뇌사시에 장기이식의 헌법적인 갈등상황을 적절하게 해결할 수 있다. 뇌사자가 아직 살아있다는 것에서 출발한다면, 장기적출은 헌법상의 생명권과 관련된다. 사후 인격권보호는 원칙적으로 법률에 의하여 비례의 원칙(Prinzip der Verhältnismäßigkeit)에 합치하게 제한될 수 있다. 헌법에서는 사실 생명보호를 인간존엄의 보호와 동일시한다. 그 결과 잠재적인 장기기증자는 처음부터 뇌사시에도 자기의 장기를 기증할 수 없다. 왜냐하면 인간존엄보호의 원칙은 인간의 생존과 관련된 장기의 처분을 절대적으로 금지하기 때문이다.⁴⁶⁾ 뇌사자도 살아 있는 사람이라고 주장하는 자는 뇌사의 장기적출은 제3자에 의한 살인을 의미하는 것으로 결론지을 수밖에 없다. 『臟器等移植에관한法律』로 뇌사자로부터 장기적출을 일정한 요건하에서 허용하여도 형법상 살인금지를 제한하거나 폐지할 수 없다. 이러한 논리는 결국 뇌사자로부터의 장기적출은 허용되지 않게 된다. 여기에 뇌사비판론의 극복할 수 없는 논리적 모순이 있다.

뇌사비판론은 잘못된 도그마에 그 뿌리를 두고 있다. 즉, 뇌사비판론은 장기이식의 문제를 헌법의 생명권에 수용하려는 데 근본적인 오류가 있다. 뇌사자로부터 장기적출의 허용에 관한 문제는 생명권에 관한 문제라기 보다는 개인의 자율권에 관한 문제이다. 개인의 자율권은 헌법이 보장하는 행복추구권의 내용인 인격권과 자기결정권에 포함되어 있고, 인간존엄보장에 포함되어 있다. 그러나 생명보호는 개인의 처분권에 속하는 자율권이 아니고, 제3자로부터 실재하는 생명을 보호하는 것이다. 장기적출의 핵심은 자율권에 관한 문제이다. 자율권은 그 자체가 독립적으로 기본권적으로 보호된다. 자율권은 생명권에 의한 보호가 요구되는 것이 아니라, 행복추구권의 내용인 인격권에 의한 보호가 요구된다. 그러므로 『臟器等移植에관한法律』에서 규정하고 있는 뇌사자의 동의가 없는 경우에 가족·유족의 동의에 의한 장기적출의 허용은 헌법상 보장되는 인격권과 합치한다. 왜냐하면 생명에 대한 이익은 장기수혜자에게 중요한 법익이기 때문이다.

46) T.Geddert-Steinacher, *Menschenwürde als Verfassungsbegriff*, 86 ff.