

장기이식에 관한 법률과 윤리 - 미국의 수여정책을 중심으로*

임 종 식**

장기이식에 관한 미국의 현행법은 장기를 적출해도 기증자의 생명을 위협하지 않으며 건강에 현저한 영향을 끼치지 않는 경우에 한해서 그리고 기증자가 자의적으로 기증 의사를 밝힌 경우에 한해서 생체이식을 허용하고 있다. 한편 사체이식의 경우는 기증자가 생존에 기증 의사를 밝힌 경우와 새로이 사망한 사람의 친권자가 대신해서 기증 의사를 밝힌 경우에 한해서 허용하고 있다.¹⁾

바로 이러한 점이 각 주의 법을 통일한다는 목적으로 제정되어²⁾ 1968년 7월 30일에 승인된 신체의 일부 또는 전부에 대한 기증을 허용하고 있는 미국의 '통일해부선사법령 (Uniform Anatomical Gift Act)'의 골자인 '수여정책(giving policy)'의 근간을 이루고 있으며,³⁾ 기증자 카드(donor card)에 서명을 하거나 운전면허증에 기증의사를 표시하도록 하는 제도적 장치를 마련함으로써 본인의 직접적인 동의를 중시하고 있다. 장기기증 의사를 입원 절차에 포함시키는 병원의 수가 늘고 있다는 것도 기증자의 직접적인 동의를 중시하는 하나의 실례가 될 수 있을 것이다. 반면 '미국보건법전(U.S. Public Health Code)'의 'Section 274e 장기구매 금지' 조항은 인간의 장기를 금전적인 이유로 수취하거나 건네는 것 모두를 불법으로 규정하고 있으며,⁴⁾ 위의 법규를 어길 경우 50,000불 이하의 벌금 혹은 5년 이하

* 이 논문은 2002년 한국학술진흥재단의 지원에 의하여 연구되었음.

** 서울디지털대학교

- 1) 생체이식의 경우뿐 아니라 사체이식의 경우에도 그 허용 범위를 기증자의 자의적인 동의가 있는 경우로 제한하고 있다. 혈액, 피부, 골수, 신장 그리고 (성인의 경우) 간의 일부를 적출해도 생명에는 지장이 없으며 건강에도 현저한 영향을 끼치지 않는다. 따라서 기증자의 건강에 심각한 위협이 되지 않는 혈액, 조직, 장기의 경우는 기증자의 자의적인 동의 하에 살아있는 자로부터 적출하는 것을 금지하지 않고 있다. 반면 간 전체, 심장, 췌장, 허파와 같은 장기의 경우는 사체로부터의 적출만을 허용하고 있다.
- 2) 이 법령은 법률을 제정하는 각주들의 법을 통일한다는 총체적인 목적을 이루기 위한 데 그 목적이 있다고 해석될 수 있다 (Uniform Anatomical Gift Act, Section 8)
- 3) (a) 온전한 마음을 가진 18세 이상의 사람은 자신의 신체 전부 또는 일부를 기증할 수 있다 (Uniform Anatomical Gift Act, Section 2). (a) 2(a)에 따른 신체의 전부 또는 일부를 선사하는 것은 유언에 의하여 이루어져야 한다. 유언은 검인을 받기 위한 대기 시간 없이 유언자의 사망과 함께 유효하다. (b) 2(a)에 따라 신체의 일부 또는 전부를 선사하는 것은 유언이 아니라 서류로서도 가능하다. 그와 같은 경우 선사를 한 것은 기증자의 사망과 함께 유효하다. (c) 특정한 수혜자를 선정하여 선사할 수 있으며 선정하지 않고도 선사할 수 있다 (Uniform Anatomical Gift Act, Section 4).
- 4) 금전상의 이익을 위하여 이식하는 데 사용하고자 인간의 장기를 고의로 취득하거나, 수취하거나, 또는 다른 방법으로 양도하는 것은 그것이 주간(州間) 통상에 영향을 끼친다면 누구에게든 불법이다 (U.S. Public Health Code, Sec 247e, (a) Prohibition). 현재는 매매의 가능성을 차단하기 위하여 선정기증의 대상은 친척에 국한시키고 있다.

의 징역에 처하도록 하고 있다.⁵⁾ 또한 1984년에 발효된 '연방장기이식법령(National Organ Transplant Act)'은 장기를 매매하는 행위를 연방범죄로 규정하고 있다.

생체이식의 경우뿐만 아니라 사체이식의 경우에도 기증자의 동의를 중시하고 있다. 그럼에도 불구하고 장기매매 및 생명에 관련된 장기의 생체이식을 금지할 수 있는 논거가 가능한가? 장기의 공급이 수요에 크게 미치지 못하고 있는 현실은 위의 의문에 한층 그 의의를 더하고 있다.⁶⁾ 앞으로의 논의를 통하여 위의 물음을 생각해 보고자 한다. 구체적으로 충분한 설명에 근거한 동의(voluntary informed consent)에 - 특히 자율성과 선의의 간섭주의(paternalism)의 상관관계 및 자율성과 신체에 대한 권리의 상관관계에 - 논의의 초점을 맞추므로써, 기증자의 자율성을 존중함과 동시에 장기매매 및 생명에 관련된 장기의 생체이식을 금지하고 있는 미국 수여정책의 윤리적 배경을 파악해 보고자 한다.⁷⁾

1. 자율성을 존중해야 할 의무 및 신체에 대한 권리와 수여정책

타인으로 하여금 스스로의 결정에 따라 인생을 설계할 수 있도록 하는 것이 타인의 존엄성을 존중하는 하나의 방법이 될 수 있다. 따라서 생체이식의 경우뿐만 아니라 사체이식의 경우에도 기증자의 동의를 중시하고 있는 미국의 장기이식에 관한 법률은 기증자가 지닌 인간으로서의 존엄성을 존중해야 한다는 데 기초하고 있다는 해석이 가능하다. 이렇듯 기증자의 자기결정권을 존중함으로써 인간으로서의 존엄성을 존중해야 한다는 것이 그 기본 이념이 되고 있는 미국의 현행법은 다음의 세 가지 의미를 담고 있다고 볼 수 있다. 첫째, 장기를 기증하고자 하는 자는 (생시에 기증 의사를 밝히지 못하고 사망한 자의 친권자는) 스스로의 사고에 근거한 판단 및 결정을 내릴 수 있는 능력인 '자율성(autonomy)'을 갖추고 있어야 한다.⁸⁾ 둘째, 기증자는 자신의 신체에 대한 권리를 가지고 있다. 셋째, 기증자가 지닌 권리를 존중해야 한다. 다시 말해서 장기를 기증하고자 하는 자가 스스로의 사고에 근거해 판단하고 결정을 내릴 수 있는 능력의 소유자라면, 그에게 자신의 신체에 대한 권리가 있으며

5) (a)를 위반한 자는 50,000불 이하의 벌금에 처하거나 5년 이하의 징역에 처한다. 또는 50,000불 이하의 벌금 및 5년 이하의 징역에 처한다 (U.S. Public Health Code, Sec 247e, (b) Penalties).

6) 살아있는 기증자로부터 생명에 관련된 장기를 적출하는 것이 논의 대상이 될 수 있는지 의문을 가질 수 있을 것이다. 그러나 강제구 소령의 경우와 같이 순간적인 판단으로 자신을 희생하고 타인의 생명을 구한 경우가 칭찬의 대상이 되어야 한다면, 숙고 끝에 자기를 희생하여 타인의 생명을 구하고자 하는 경우 역시 칭찬의 대상이 된다고 보아야 할 것이다. 이렇듯 자기희생적인 동기에서 생명에 관련된 장기를 기증하는 것을 금지할 수 있는지에 대한 논의는 그 자체로서 의의를 가질 수 있다. 실제로 미국의 장기이식에 대한 논의를 놓고 볼 때, 생명에 관련된 장기의 생체이식을 금지할 수 있는 논거를 찾는 것이 가능하지 않다는 주장 및 장기매매를 허용해야 한다는 또는 기증자에게 어떤 형태로든 금전적인 보상을 해야 한다는 주장을 어렵지 않게 접할 수 있음을 지적해 둔다.

7) 죽음의 정의 문제 (뇌사를 사망개념으로 보아야 하는지의 문제), 뇌사의 판정기준을 제시하는 문제, 죽음의 검사문제, 장기분배 문제 등이 장기이식과 결부되어 큰 쟁점이 될 수 있다. 그러나 장기조달 문제에 논의의 초점을 맞추기로 하자. 아울러 미국의 장기이식에 관한 법률과 국내의 법률 사이에 근본적인 차이는 없다는 점을 (따라서 본 논의가 국내의 장기이식에 관한 법률에 대한 배경 설명이 될 수 있다는 점을) 지적해 둔다.

8) 기증자의 자기결정권을 존중해야 한다는 것은 그의 자율성을 존중해야 한다는 것을 의미한다. 즉, 피검자의 자율성을 존중해야 할 의무가 없다면 피검자의 자기결정권을 존중해야 할 의무도 없다고 보아야 하며, 따라서 피검자의 자기결정권을 존중해야 할 의무가 있다면 피검자의 자율성도 존중해야 할 의무도 있다고 보아야 한다. 기증자의 자율성을 존중해야 할 의무가 있다는 것은 타인에게 자신의 견해를 강요할 수 있는 권한 및 타인에게 물리적인 영향력을 행사할 수 있는 권한이 없다는 의미를 담고 있다.

그러한 권리를 존중해야 한다는 의미를 담고 있다.

이렇듯 장기를 기증하고자 하는 자를 인간으로서 존중해야 한다면 그의 자율성을 존중하는 것을 중요한 가치로 보아야 하며, 자기결정권을 존중함으로써 그의 자율성을 존중할 수 있다. 또한 장기를 기증하고자 하는 자의 동의를 구함으로써 그의 자기결정권 존중할 수 있다는 점에서, 동의를 구하는 것이 곧 장기를 기증하고자 하는 자의 존엄성을 존중하고 권리를 보호할 길이라 할 수 있다. 그러나 동의를 구해야 한다고 할 때 장기를 기증할 수 있는 자를 온전한 마음을 가진 18세 이상으로 규정하고 있는 바와 같이 온전한 마음을 가진 18세 이상의 사람은 자신의 신체 전부 또는 일부를 기증할 수 있다. (Uniform Anatomical Gift Act'의 Section 2 (a)). 그 동의는 구체적으로 충분한 설명에 근거한 자의적인 동의 (voluntary informed consent)를 의미한다고 이해할 수 있다. 즉, 다음의 세 조건이 충족될 경우 비로소 진정한 의미의 동의를 이루어졌다고 볼 수 있다. 첫째, 동의 주체가 판단 능력을 갖추고 있어야 한다. 둘째, 결정을 내리는 데 있어 필요한 정보를 동의 주체에게 제공해야 한다. 셋째, 동의가 자의적인 것이어야 한다.

그렇다면 충분한 설명에 근거한 자의적인 동의가 있었을 경우 신장 등의 장기를 살아있는 자로부터 적출하는 것을 금지하지 않는 이유는 어디에 있는가? 그에 대한 답변의 실마리는 기증자가 수혜자를 선정할 수 있도록 한 '통일해부선사법령'- 특정한 수혜자를 지정하여 선사할 수 있으며 지정하지 않고도 선사할 수 있다 (Uniform Anatomical Gift Act, Section 4, (C)). - 찾을 수 있다. 다시 말해서,

- 혈액, 피부, 골수, 신장 등을 기증자의 소유물로 볼 수 없다면, 그들을 기증할 때 기증자가 수혜자를 선정하도록 할 수 없다고 보아야 한다.
- '통일해부선사법령'은 신장 등을 기증할 때 기증자가 수혜자를 선정하는 것을 허용하고 있다.
- 따라서 '통일해부선사법령'은 신장 등을 기증자의 소유물로 보고 있다는 해석이 가능하다.⁹⁾

이렇듯 충분한 설명에 근거한 자의적인 동의가 있었을 경우 신장 등을 살아있는 자로부터 적출하는 것을 금지하지 않는 이유는 그들 장기가 기증자의 소유물과 다르지 않기 때문이라고 보아야 하며, 신장 등이 기증자의 소유물이라면 심장 등 생명에 관련된 장기 역시 기증자의 소유물로 보아야 한다. 그러나 여기서 하나의 물음이 제기된다. 어떤 사람이 자신의 소유물을 사회에 환원하겠다는 (예컨대 고아원에 기증하겠다는) 의사를 밝혔을 경우 그와 같은 선택을 존중하지 않을 수 없다. 마찬가지로 충분한 설명에 근거한 자의적인 동의가 있었을 경우 (신장 등을 기증하는 것을 허용하는 것과 같이) 생명에 관련된 장기를 기증하는 것도 허용해야 하는 것은 아닌지 등의 의문을 가질 수 있다. 또한 자신의 소유물인 재산을 사회에 환원하고자 할 때 그것을 어디에 기증할지는 전적으로 기증자의 몫으로 보아야 한다. 마찬가지로 신장 등이 기증자의 소유물이라면 수혜자를 선정하는 일은 기증자의 몫으로 보아야 할 것이다. 뿐만 아니라 타인에게 피해를 입히는 경우가 아닌 이상 부동산을 (TV 등의 소유물을) 매매하는 것이 윤리적인 비난 및 법적 제제의 대상이 될 수 없다. 이렇듯

9) 선정대상을 가족으로 국한시키고 있으나, 수혜자로 가족을 선정할 수 있다는 것은 신장 등의 장기를 기증자의 소유물로 보고 있다는 것과 다르지 않음을 상기하기 바란다. 또한 선정대상을 가족으로 국한시키고 있는 이유가 매매의 가능성을 차단하기 위한 데 있다는 것 역시 상기하기 바란다.

심장 등의 장기 역시 기증자의 소유물로 보아야 한다면, 장기의 공급이 수요에 크게 미치지 못하고 있는 현실을 감안할 때 미국의 장기이식에 대한 법률은 다음의 세 가지 의문점을 남기고 있다. 첫째, 심장 등의 장기를 기증하는 경우에도 수혜자 선정 문제는 전적으로 기증자에게 맡겨야 하는 것은 아닌가? 둘째, (전 재산을 고아원에 기증하고자 하는 결정을 금지하지 말아야 하는 것과 같이) 충분한 설명에 근거한 자의적인 동의만 있었다면 심장 등의 장기에 대한 생체이식을 금지하지 말아야 하는 것은 아닌가? 셋째, (부동산 매매를 금지하지 말아야 하는 것과 같이) 장기매매를 금지하지 말아야 하는 것은 아닌가?

첫째 물음의 경우, 그에 대한 긍정적인 답변을 얻는다고 하더라도 그것이 부족한 장기 문제를 해결하는 데 도움이 되지 못할 뿐 아니라 분배 문제를 해결하는 데도 도움이 된다고 보기 어렵다. 어떤 사람이 심장이식 수술을 기다리고 있는 특정 환자를 동정하여 자신의 심장을 그 환자에게 선사하겠다는 의사를 표명했다고 해보자. 그러나 수혜자의 사망시점이 기증자의 사망시점보다 앞설 수 있으므로 현실성이 떨어진다고 보아야 한다. 기증자의 사망시점이 수혜자의 사망시점에 앞서는 경우도 크게 나아질 것이 없다. 예컨대 뇌사상태에 있는 기증자가 수혜자를 직접 선정하는 것이 가능하지 않기 때문이다. 그러나 둘째 물음과 셋째 물음의 경우는 장기조달 문제와 관련되어 결정적인 의미를 지닌다. 그들에 대하여 긍정적인 답변을 얻을 수 있다면, (분배문제를 해결하는 데는 도움이 되지 못하나) 적어도 부족한 장기 문제를 해결할 수 있는 전환점을 마련할 수 있다고 보아야 할 것이다. 이렇듯 심장 등의 장기를 기증자의 소유물로 보아야 한다면, 그에 대한 권리가 전적으로 기증자에게 있는지가 쟁점이 될 수 있으며, 따라서 심장 등의 장기도 생체이식의 대상이 될 수 있는지 그리고 장기매매를 금지하는 것이 옳은지의 문제가 쟁점이 될 수 있다.

인간의 장기를 매매하는 행위가 (그를 기증하는 행위와는 달리) 처벌 대상이 되어야 한다면 그 근거는 무엇인가? 타인의 물건에 손을 댈 수 없으며, 타인과 강제적으로 성 관계를 가질 수 없다. 또한 타인의 지정 주차 구역에 주차해서도 안 된다. 타인에게는 자신의 물건에 대한 재산권이 있으며, 마음에 들지 않는 상대와 성 관계를 갖지 않을 권리, 그리고 지정 주차 구역에 타인이 주차하는 것을 저지할 수 있는 권리가 있기 때문이다. 그러나 권리 소유자가 자신의 권리를 침해해도 좋다는 의사를 자의적으로 표명한 경우는 사정이 다르다. 그와 같은 경우 타인의 지정주차 구역에도 주차할 수 있으며, 타인의 물건을 가질 수 있을 뿐 아니라 성 관계를 갖는 것까지도 문제가 되지 않는다. 이렇듯 판단 능력을 갖춘 성인이 자신의 특정 권리를 침해해도 좋다는 의사를 자의적으로 표명했다면, 그 권리를 침해하는 것이 정당화될 수 있다고 보아야 할 것이다. 마찬가지로 충분한 설명에 근거한 자의적인 동의를 있었다면, 장기매매 그리고 심장 등 생명에 관련된 장기의 생체이식을 금지하지 말아야 하는 것은 아닌지 의문을 가질 수 있다.

혈액, 피부, 골수, 신장 등을 생체이식의 경우를 생각해도 동일한 의문을 가질 수 있다. 기증자의 동의가 있었으며 기증자의 건강에 현저한 위험이 없는 경우에는 기증 의사를 밝힌 자로부터 그들을 적출하는 것을 허용하고 있으며, 자신의 신체에 대한 권리를 자의적으로 양도했다는 사실이 그 권리를 침해하는 타인의 행위를 정당화시킬 수 있다는 데 허용 근거를 두고 있다. 따라서 생명에 관련된 장기를 양도 또는 포기하겠다는 의사를 밝힌 자로부터 그들을 적출하는 것을 (생명에 관련된 장기의 생체이식 및 장기매매를) 허용해야 하는 것은 아닌지 의문을 가질 수 있을 것이다. 위의 의문에 의미를 부여할 수 있다면, 미국의 수여정책은 문제를 안고 있다고 보아야 한다. 위의 의문은 충분한 설명에 근거한 자의적인 동의는 어떠한 경우에도 존중되어야 하며, 신체에 관련된 권리가 양도 또는 포기 가능한 성격의 것

이라는 것을 전제로 하고 있다. 따라서 그들 두 전제의 의미를 알아보는 것으로 논의를 시작하기로 하자.

2. 수여정책에 대한 평가 자율성과 선의의 간섭주의를 중심으로

앞서 지적된 바와 같이 타인의 존엄성을 존중해야 한다면 그의 자율성을 존중해야 한다. 또한 타인의 자율성을 존중하기 위해서는, 그의 자기결정권을 존중해야 한다. 이렇듯 장기를 기증하고자 하는 자의 자기결정권을 존중함으로써 그의 자율성을 (그가 지닌 인간으로서의 존엄성을) 존중할 수 있다. 그럼에도 불구하고 '미국보건법전,'과 '통일해부선사법령'은 생명에 관련된 장기의 생체이식을 금지하고 있으며 장기매매 역시 금지해야 하는 이유를 묻는다고 할 때, 가장 비근한 답변으로 다음의 답변을 고려할 수 있을 것이다.

답변 1: 장기를 매도하려는 결정 및 생명에 관련된 장기를 기증하고자 하는 결정은 비이성적인 선택이며 따라서 그것이 자의적인 선택이라고 하더라도 선택자 자신을 위하여 그것을 존중하지 않는 것이 정당화될 수 있다.

답변 1은 장기를 매도하고자 하는 그리고 생명에 관련된 장기를 기증하고자 하는 선택은 (자의적인 것임에도 불구하고) 비이성적이라는 데 기초하고 있다. 따라서 답변 1을 정당화시키기 위해서는 위의 선택을 비이성적인 것으로 보아야 하는 이유를 제시해야 한다. 상식적인 차원에서 볼 때 그와 같은 선택은 충동적인 또는 경솔한, 그릇된 추리에 기초한 선택이라는 것을 그 대표적인 이유로 생각할 수 있을 것이다. 그와 같은 선택을 비이성적인 것으로 볼 수 있는지에 대한 논의는 잠시 미루고 위의 물음에 대한 또 하나의 가능한 답변을 (금전적인 이유로 장기를 매도하고자 하는 선택 및 생명에 관련된 장기를 기증하고자 하는 선택을 존중하지 않을 수 있다는 데 대한 또 하나의 가능한 논거를) 생각해 보기로 하자.

그와 같은 결정을 비이성적인 선택으로 볼 수 없다면, 답변 1은 설득력을 잃게 된다. 따라서 그와 같은 선택이 자의적인 것이 될 수 있는지에 논의의 초점을 맞추으로써, 그를 금지해야 하는 이유를 파악할 수 있을 것이다. 그러나 분명 그와 같은 결정도 자의적인 선택이 될 수 있다는 것을 부정할 수 없으며 이성적인 자의적인 선택을 존중해야 한다는 것도 부정하기 어렵다. 심장 등의 장기를 기증한다면 생명을 잃게 될 것임을 알고 있음에도 불구하고 타인이 목숨을 구하기 위하여 그를 기증하고자 한 결정 역시 자율적인 선택이 될 수 있다. 또한 굶주림으로 어린 시절을 보낸 사람이 하루 끼니를 한 끼로 줄이고 절약한 식비를 고아원에 송금하고 있다고 해보자. 그의 건강에 심각한 위협이 될 수 있음에도 불구하고 그의 선택을 존중하지 않을 수 없다. 따라서 답변 1이 설득력이 없다면 (목숨을 잃게 됨에도 불구하고 생명에 관련된 장기를 기증하고자 하는 결정을 비이성적인 선택으로 볼 수 없다면) 그와 같은 선택을 존중하지 않는 데 대한 논거로서 다음의 이유를 생각할 수 있을 것이다.

답변 2: 장기를 매도하고자 하는 결정 및 생명에 관련된 장기를 기증하고자 하는 결정도 이성적인 선택이며 따라서 그것이 자의적인 선택일 경우는 그것을 존중해야 한다. 즉, 이성적인 선택일 경우 그것이 비자의적일 경우에 한해서 선택자 자신을 위하여 그것을 존중하지

않는 것이 정당화될 수 있다.

장기매매 및 생명에 관련된 장기의 생체이식을 금지하고 있는 이유를 답변 2와 같이 이해해야 한다면, 그 이유는 장기를 매도하고자 하는 혹은 생명에 관련된 장기를 기증하고자 하는 선택 중 비자의적인 선택의 경우에 한해서 그것을 존중하지 않는 것이 정당화될 수 있다는 의미로 이해할 수 있다. 이제 비이성적인 자의적 선택을 존중하지 않는 것이 정당화될 수 있는지를 알아보는 것으로 답변 1과 답변 2 중 어느 것이 그와 같은 선택을 존중하지 않는 데 대한 정당화 논거가 될 수 있는지에 대한 논의로 들어가기로 하자.

설명된 바와 같이 타인의 자율성을 존중해야 한다는 것은 타인이 지닌 인간으로서의 존엄성을 존중해야 한다는 것과 다르지 않다. 이렇듯 타인이 지닌 인간으로서의 존엄성을 존중해야 할 의무가 있다는 점에서 타인의 자율성을 존중해야 할 의무가 있다고 보아야 한다. 또한 타인의 선택을 존중함으로써 타인의 자율성을 존중할 수 있다. 따라서 타인의 선택을 존중해야 할 의무가 있다고 보아야 한다. 그렇다면 타인의 선택이 비이성적일 경우는 어떠한가? 그와 같은 선택도 존중해야 하는가? 아니면 선택자 자신을 위하여 그것을 존중하지 않는 것이 정당화될 수 있는가? 자율성과 선의의 간섭주의(paternalism)의 관계를 묻고 있는 위의 물음을 놓고 - 비이성적인 자의적 선택을 존중해야 하는지의 물음을 놓고 - 다음의 두 답변이 주를 이루고 있다.

첫째, 자율성을 존중해야 한다는 데는 비이성적인 자의적 선택을 선의로라도 간섭하지 말아야 한다는 의미가 담겨 있다.

둘째, 다음의 두 조건을 충족시켜 준다면 그리고 그런 경우에만 타인의 자율성을 박탈하는 것이 정당화될 수 있다. (i) 선택이 비이성적이다. (ii) 선택자가 충분히 이성적이고 충분한 설명을 들었다면 자신의 자율성을 박탈해도 좋다고 동의 했을 것이다.¹⁰⁾

장기를 매도하고자 하는 선택 및 생명에 관련된 장기를 기증하고자 하는 선택을 존중하지 않는 데 대한 정당화 논거를 그러한 선택은 자의적이기는 하나 비이성적이라는 데서 찾고자 한다면, 첫째 입장과 상반된 답변을 내리고 있다고 보아야 한다. 장기를 매도하려는 자의 그리고 생명에 관련된 장기를 기증하려는 자의 자율적인 선택을 비이성적이라는 이유로 존중하지 않는 것이 정당화될 수 있는지 의문을 가질 수 있으며, 그 이유는 파인버그, 아네슨 등 첫째 입장을 옹호하는 진영의 둘째 입장에 대한 불만에서 찾을 수 있다.

그들에 따르면 충분히 이성적이지는 않지만 자의적인 선택을 선의로 간섭하는 것은 타인의 가치를 선택자에게 강요함으로써 선택자의 자율성을 박탈하는 것이 정당화될 수 있다고 보는 것과 다르지 않다. 물론 그들은 타인의 가치를 존중해야 한다는 것은 (유대인을 말살해야 한다는 나치의 가치 혹은 이교도를 개종시키기 위한 고문은 도덕적으로 허용될 수 있다는 종교 재판관의 가치 등을 존중해야 한다는 의미가 아닌) 도덕과 관계없는 가치는 존중되어야 한다는 것을 의미한다고 지적한다. 그들의 지적대로 타인의 도덕에 관계 없는 가치를 존중해야 한다는 데는 반론의 여지가 없다고 보아야 할 것이다. 이렇듯 타인의 자율성을

10) Scoccia D. Paternalism and Respect for Autonomy. *Ethics* 100, 1990 : 318. 파인버그Joel Feinberg, 그로버Jonathan Glover, 벤더비어Donald VandeVeer, 아네슨Richard Arneson 등은 (어떤 행위를 자의적인 행위로 만드는 요소에 대해서는 다소의 견해 차이를 보이고 있으나) 그들 모두 위의 첫째 답변을 수용하고 있다. 반면 드워킨Gerald Dworkin, 롤스John Rawls, 브락Dan Brock 등은 둘째 답변을 옹호한다.

존중해야 한다는 것이 타인의 도덕에 관계 없는 가치를 존중할 것을 요구하고 있다는 점에서, 둘째 입장이 말하고 있는 타인의 자율성을 존중하는 것과 타인의 도덕과 관계없는 가치를 존중하는 것이 양립 가능한지가 문제가 될 수 있다.

그러나 스카치아(Danny Scoccia)에 따르면 이성적인 선택의 의미를 정확히 이해한다면, 타인의 자율성을 존중해야 한다는 의미를 둘째 입장과 같이 이해하는 것과 타인의 도덕과 관계없는 가치를 존중해야 한다고 보는 것이 양립 가능하다는 것을 알 수 있다. 어떤 선택이 (선택자가 수용한 도덕원칙의 범주 내에서) 선택자가 바라는 것을 (선택자가 선택을 하는 시점에 알고 있거나 알 수 있는 견지에서) 최대한 충족시켜준다면 그 선택은 이성적이다. 즉, 둘째 입장에 따르면 선택자의 가치를 정확하게 나타내는 유일한 선택은 (종종 '실용상의 이성(economic rationality)'이라고 불리는) 이와 같이 약한 의미의 선택이다. 실용상의 이성은 어떤 목적 혹은 가치를 추구해야 하는지에 대해서는 완전히 중립적인, 실천이성의 순수한 형식적 요구이다. 이렇듯 그에 따르면 이성적인 선택을 약한 의미로 이해해야 한다는 것은 둘째 입장이 도덕과 관계없는 가치를 존중하는 것과 양립 가능하다는 것을 보여준다.¹¹⁾

파인버그와 아네슨의 주장대로 둘째 입장이 타인의 가치를 선택자에게 강요하는 것을 정당화시키고 있다고 해보자. 따라서 선택자의 자율성을 박탈하는 것을 정당화시키고 있다고 해보자. 그렇다면 둘째 입장과 장기를 매도하려는 선택과 생명에 관련된 장기를 기증하고자 하는 선택을 존중하지 않는 것이 정당화될 수 있다는 입장은 위기에 처할 수밖에 없다.¹²⁾ 반면 이성적인 선택을 스카치아가 말하는 약한 의미로 이해해야 한다면, 둘째 입장과 위의 입장은 타인의 가치를 선택자에게 강요함으로써 선택자의 자율성을 박탈하는 것을 정당화하고 있다는 비난으로부터 벗어날 수 있을 것이다. 필자 역시 스카치아에 동의하여 이성적인 선택은 그가 말하는 약한 의미로 이해해야 한다고 본다. 이제 그 이유를 알아보는 것으로 둘째 입장과 생명에 관련된 장기를 기증하고자 하는 선택을 존중하지 않는 것이 정당화될 수 있다는 입장이 위와 같은 비난의 대상이 될 수 없는 이유에 대해서 (그들이 선택자의 가치를 존중하는 것과 양립 가능하다고 보아야 하는 이유를) 알아보기로 하자.

선택자 자신을 위한다는 명목으로 선택자에게 타인의 가치를 강요한다면 (선택자가 소중히 간직하는 가치를 침해한다면) 둘째 입장에는 치명적인 결함이 있다고 보아야 한다. 그러나 선택자에게 타인의 가치를 강요하는 것이 옳지 못하다고 보아야 하는 근본적인 이유를 생각해 보면, 둘째 입장이 위의 비난으로부터 자유로울 수 있다는 것을 알 수 있다. 선택자에게 타인의 가치를 강요하는 것이 옳지 못하다고 보아야 하는 이유는 그렇게 하는 것은 선택자의 가치를 존중하지 않는 것과 다르지 않으며 따라서 선택자의 도덕적 정체성을 상실케 하

11) Scoccia, 320. 스카치아의 논의를 기초로 장기를 매도하려는 선택 및 생명에 관련된 장기를 기증하고자 하는 선택을 존중하지 않는 것이 정당화될 수 있다는 입장을 정확히 파악할 수 있다. 따라서 위의 항목에 대한 논의는 스카치아의 논의에 (그가 장기이식 문제를 다루고 있지는 않으나) 의존하고자 한다.

12) 장기를 매도하고자 하는 선택 및 생명에 관련된 장기를 기증하고자 하는 선택을 존중하지 않는 것이 정당화될 수 있다는 데는 비록 충분한 설명에 근거한 선택이라고 하더라도 그것을 존중하지 않는 것이 정당화될 수 있다는 의미가 담겨 있다. 따라서 위와 같은 선택을 존중하지 않는 것이 정당화될 수 있다는 입장에 대하여 그러한 선택은 자의적이기는 하나 비이성적인 선택이며 그것을 존중하지 않는 것이 정당화될 수 있다는 해석이 가능하다면, 그와 같은 선택을 존중하지 않는 것이 정당화될 수 있다는 입장은 둘째 입장과 다르지 않다는 해석이 가능하다. 즉, 그와 같은 선택을 비이성적인 선택으로 보아야 한다면 그리고 파인버그와 아네슨의 주장이 맞다면, 그와 같은 선택을 존중하지 않는 것이 정당화될 수 있다는 입장은 둘째 입장과 동일한 문제를 안고 있다고 보아야 한다. 이렇듯 그와 같은 선택을 비이성적인 것으로 볼 수 있는지가 결정적인 의미를 지닌다.

는 것과 다르지 않다는 데 있다. 마찬가지로 금전적인 이유로 자신의 장기를 매도하려는 자의 그리고 생명에 관련된 장기를 기증하고자 하는 자의 선택을 존중하지 않는 것이 옳지 않다고 보아야 하는 이유가 선택자에게 타인의 가치를 강요하는 것과 다르지 않다는 데 있다면, 그 이유는 선택자의 가치를 존중하지 않음으로써 그의 도덕적 정체성을 상실케 하는 것과 다르지 않다는 데 있다고 보아야 한다.

윌리엄스가 제시하는 다음의 경우를 생각해 보자. 화학박사 학위를 막 취득한 조지George는 가족을 생계를 위해서 직장을 구해야 하나 고학력자의 구직난이 심각한 상태이다. 조지는 자신의 어려운 사정을 잘 알고 있는 고령의 화학자로부터 화생방무기 생산공장에서 일해볼 생각이 있느냐는 제안을 받는다. 화생방전에 심한 거부감을 보이는 조지와는 달리 그의 부인은 가족을 위해서 제안에 응하길 바라고 있다. 더욱이 그 고령의 화학자는 제안을 수락하지 않는다면 화생방전에 대하여 전혀 거부감을 보이지 않는 동료 화학자가 그 자리를 메울 것이며 열정적으로 화생방 무기를 만들어 낼 것이라는 귀뜸을 해준다.¹³⁾ 조지가 고민 끝에 제안을 수락했다고 해보자. 그럼에도 불구하고 조지의 선택은 그가 수용한 도덕원칙의 범주에서 벗어나지 않으며 그가 추구하던 가치와도 괴리되지 않는다. 따라서 그의 선택으로 인하여 그의 도덕적 정체성이 상실되었다고 볼 수 없다. 이렇듯 그의 선택은 이성적인 것으로 보아야 한다.

마찬가지로 평소 어려운 사람들을 도와주는 데서 삶의 의미를 찾았던 사람이 이타적인 동기에서 장기를 매도하겠다는 (생명에 관련된 장기를 기증하겠다는 선택을) 했다고 해보자. 이와 같은 경우 그가 추구하던 가치와 그의 선택이 괴리되지 않았으며 따라서 그의 도덕적 정체성이 유지되었다고 보아야 한다. 즉 그와 같은 선택은 이성적인 선택으로 보아야 한다. 평소 어려운 사람들을 외면하던 사람이 이타주의에 매료되어 그와 같은 결정을 내린 경우도 다르지 않다. 그의 선택이 그가 선택한 도덕원칙의 범주에서 벗어나지 않으며 선택 시점에 그가 바라던 것을 최대한 충족시켜주기 때문이다. 평소 호기심을 충족시키는 데 삶의 의미를 부여하던 사람이 그와 같은 선택을 한 경우 역시 동일한 구조로 파악할 수 있으며, 오히려 그러한 결정을 저지하는 것이 그의 도덕적 정체성을 상실케 하는 것과 다르지 않다고 보아야 할 것이다. 이렇듯 이성적인 선택을 약한 의미로 이해할 수 있으며, 따라서 둘째 입장과 장기를 매도하고자 하는 그리고 생명에 관련된 장기를 기증하고자 하는 선택을 존중하지 않는 것이 정당화될 수 있다는 입장은 도덕과 관계없는 가치를 존중할 수 없다는 반론으로부터 벗어날 수 있다고 보아야 할 것이다.

이성적인 선택을 약한 의미로 이해해야 하는 이유를 생각해 보았다. 그러나 장기를 매도하겠다는 선택 및 생명에 관련된 장기를 기증하겠다는 선택이 충동적으로 또는 경솔하게, 그릇된 추리에 기초해서 내려졌다는 것이 그와 같은 결정을 이성적인 선택으로 볼 수 없는 이유가 될 수 있는지를 알아야 한다. 따라서 이성적인 선택을 약한 의미로 이해해야 한다는 데 의존하여 그에 대하여 알아보기로 하자. 파인버그와 아네슨에 따르면 충동적으로 또는 경솔하게 내린 결정은 비이성적인 선택일 수 있으나 분명 자율적인 선택이며 그를 선의로라도 간섭하는 것은 선택자의 자율성을 박탈하는 행위이다. 그럼에도 불구하고 그들에 따르면 둘째 입장은 그와 같은 선택을 선의로 간섭하는 것을 용인할 수밖에 없다는 문제를 안고 있다. 파인버그와 아네슨의 주장대로 충동적인 또는 경솔한 선택이 비이성적이라면, 둘째 입장은 그들의 반론을 감수해야 할 것이다. 그러나 이성적인 선택을 약한 의미로 이해해야 한

13) Smart J.J.C. & Williams B. Utilitarianism For and Against. Cambridge : Cambridge University Press, 1973 : 97-98

다면, 그와 같은 선택 모두를 비이성적인 것으로 볼 수는 없다는 것을 알 수 있다. 실수 없이 효용을 잘 계산하는 사람의 경우 결정을 내리기 전에 숙고하는 것이 아마도 이성적일 것이다. 그러나 스카치아가 지적하고 있는 바와 같이 그렇지 않은 사람에게는 예컨대 충동적으로 행동하거나 중요한 상태에서 결정을 내릴 때 한결 더 잘 사는 사람에게는 숙고를 피하는 것을 오히려 이성적이라고 보아야 한다.¹⁴⁾

그릇된 추리에 의한 선택의 경우는 어떠한가? 그와 같은 선택을 (예컨대 미신 때문에, 속아서, 과대망상으로, 질투심에서, 맹목적인 용맹심에서, 자기혐오 때문에 결정한 선택을) 존중하지 않는 경우를 선택자의 자율성을 박탈하는 경우로 볼 수 있는가? 스카치아가 제시하는 다음의 예를 생각해 보자. 아더Arthur는 자신이 암에 걸린 사실을 알게 되었다. 그는 의사의 충고를 무시한 채 집쟁이의 말을 듣고 항암 화학요법 대신 복숭아 씨에서 얻는 제약제 라에트릴laetrile을 선택했다. 아더의 선택을 존중하지 않는 행위가 자율성을 박탈하는 행위인지의 여부를 알기 위해서는, 위의 행위가 아더가 중시하지 않는 가치를 그에게 강요하는 행위인지 알아야 한다. 아더의 가치가 과학적인 치료방법에 익숙한 우리 대다수의 가치와 다르다고 보아야 하는가? 스카치아가 지적하고 있는 바와 같이 아더가 건강과 장수에 가치를 두고 있다는 점에서 그의 가치와 우리 대다수의 가치가 다르지 않다고 보아야 할 것이다.¹⁵⁾

라에트릴이 치료에 도움이 되지 않는다는 것을 우리가 입증했음에도 불구하고, 아더는 관심 없다. 내 선택을 저지할 권리가 당신에게 없다. 내 삶이다. 내가 원하는 대로 하겠다는 입장을 고수하고 있다고 해보자. 이와 같은 경우 '그의 선택을 저지하는 것을 그의 자율성을 침해하는 것으로 만드는 가치'를 아더가 가지고 있다고 보아야 한다. 앞서 지적된 바와 같이 선택자의 가치를 정확하게 나타내는 유일한 선택은 약한 의미로 이해해야 하며, 약한 의미의 이성은 자신의 가치에 비추어 비이성적이라고 판명된 선택을 구태여 실행시키고자 하는 욕구를 (비이성적인 선택의 부적당한 결과를 막지 않고 오히려 그러한 결과를 초래케 하는 것을) 비이성적이라고 보지 않는다. 우리 대다수는 그러한 욕구를 가지고 있다. 자신이 주관하는 선택에 그 자체로서 가치를 둘 뿐 아니라, 자신의 삶을 스스로 영위하고 있다는 인식이 자신의 가치, 존엄성 그리고 자존심과도 연관되어 있다. 스카치아의 지적대로 바로 이러한 점이 둘째 입장의 근간이 된다고 보는 것이 옳을 것이다. 즉, 선택자가 지닌 가치에 부합되지 않는 선택 즉 비이성적인 선택이라고 하더라도 그것을 존중하지 않는 것은 선택자에게 타인의 가치를 강요함으로써 그의 자율성을 박탈하는 것을 의미한다는 점에서, 선택이 비이성적이라는 이유 하나만으로 그것을 선의로 간섭할 수 없다고 보아야 한다. 즉, 선택자가 충분히 이성적이라면 그리고 충분한 설명을 들은 상태에서 자신의 자율성을 박탈해도 좋다는 동의가 있을 경우에 그것이 가능하다고 보아야 하는 이유가 될 수 있다.¹⁶⁾

14) Scoccia, p. 321. 물론 선의의 간섭주의에 근거해서 자율성을 박탈하는 것을 정당화시키기 위하여 충동적인 또는 경솔한 선택에 의미를 부여할 필요가 없다는 반론이 가능하다. 즉, 경솔하게 행동하는 것도 안정적인 성격이며 따라서 어떤 사람이 경솔하게 행동할 때 그는 그 사람답게 행동했다고 보는 것으로 충분하다는 반론이 가능하다. 그러나 스카치아의 주장대로 (Brock 역시 동일한 주장을 하고 있다) 그것만으로 충분하다고 볼 수는 없다. 즉, 경솔한 선택 후에 후회하는 경우를 보면 알 수 있듯이, 우리 대다수는 자신의 경솔한 성격에 가치를 부여하지 않으며 오히려 그것을 고치려 한다. 그와 같은 선택은 선택자가 중시한 가치에 (혹은 선택자가 선호한 것에) 부합되지 않는다는 점에서 비이성적인 선택으로 보아야 한다.

15) Scoccia, 321-323. 즉, 미신에 근거해 행동하는 것도 아더의 안정적인 성격이며 따라서 그는 그 사람답게 행동했다고 볼 수 있다는 것이 (그의 진정한 자아를 나타내고 있다는 것이) 아더가 우리와 다른 가치를 가지고 있다는 것을 보여주지 못한다.

충동적인 그리고 경솔한 선택이 (약한 의미의 이성에 비추어) 언제나 비이성적인 것이 아니라 하는 것을 그리고 그들 선택이 비이성적일 때에도 둘째 입장이 그와 같은 선택을 선의로 간섭하는 것을 언제나 용인하지는 않는다는 것도 알았다.¹⁷⁾ 지금까지의 논의를 놓고 볼 때 둘째 입장에 의존해서는 생명에 관련된 장기의 생체이식을 금지하는 수여정책을 정당화시킬 수 없음을 알 수 있다. 장기를 매도하고자 하는 그리고 생명에 관련된 장기를 기증하고자 하는 선택을 비이성적인 선택으로 볼 수 없을 뿐 아니라, 그와 같은 선택을 한 사람 역시 자신의 생을 자신이 주관하기를 바랄 것이며 그들이 충분히 이성적이라면 그러한 바람으로 자신의 선택이 타인에 의하여 선으로라도 간섭 받는 데 동의하지 않을 것이다. 그럼에도 불구하고 생명에 관련된 장기의 생체이식을 금지하는 수여정책은 위의 선택을 존중하지 않는 것을 정당화시키고 있다는 점에서 둘째 입장과 상이한 답변을 내리고 있다. 따라서 둘째 입장이 맞다면 수여정책은 선택자에게 타인의 가치를 강요하는 것을 따라서 선택자의 자율성을 박탈하는 것을 정당화하고 있다는 비난을 감수해야 할 것이다.

그러나 둘째 입장에 대하여 선택자가 중시한 가치에 (혹은 선택자가 선호한 것에) 부합된 선택 모두를 선택자의 진정한 자아를 나타내는 선택으로 볼 수 있는지 의문을 가질 수 있다. 선택자가 중시한 가치가 혹은 선택자가 선호한 것이 자율적으로 형성된 것이 아닐 수 있다면 둘째 입장은 (첫째 입장과 같이) 타인의 선택을 존중해야 할 의무의 한계를 지나치게 확대 해석하고 있다고 보아야 할 것이다. 다시 말해서 이성적이기는 하나 비자율적인 욕구에 근거한 선택도 존중해야 한다고 볼 수밖에 없다는 반론을 감수해야 한다. 장기를 매도하려는 선택 및 생명에 관련된 장기를 기증하고자 하는 선택을 둘째 입장에 의존하여 그를 평가한다면, 자율적으로 형성된 가치에 근거하지 않은 경우라고 하더라도 그와 같은 선택을 존중해야 한다는 답변을 내릴 수밖에 없다. 그러나 그와 같은 선택도 존중해야 한다는 데 있지 강한 의문을 제기할 수 있으며, 바로 이러한 의문이 장기매매를 그리고 생명에 관련된 장기의 생체이식을 금지하는 수여정책에 함축된 의미를 보다 구체적으로 파악할 수 있는 단서가 될 수 있다. 즉, 이성적이지만 비자율적인 욕구에 근거한 선택은 선택자 자신을 위하여 그를 존중하지 않는 것이 정당화될 수 있다는 의미가 수여정책에 담겨 있다는 보아야 하는 단서를 제공한다. 이렇듯 어떤 욕구를 비자율적인 것으로 보아야 하는 지가 수여정책에 담겨있는 구체적인 의미를 파악하는 관건이 될 수 있다.

16) Scoccia, 323. 그러나 우리는 자신이 주관하여 선택을 내리고자 하는 강한 욕구를 가지고 있다는 점에서, 선택이 비이성적이며 선택자가 충분히 이성적이고 충분한 설명을 들었을 경우라고 하더라도 선택자가 반드시 자신의 자율성을 박탈해도 좋다고 동의 할 것으로 볼 수는 없다. 아더의 경우 자신이 주관하여 선택을 하고자 하는 욕구가 암에서 회복되고자 하는 욕구보다 크다면, 그가 충분히 이성적이며 충분한 설명을 들었다고 하더라도 자신에게 화학요법을 강행하는데 동의하지 않았을 것이다. 이와 같은 경우 둘째 입장에 따르면 아더에게 화학요법을 강요하는 것은 그의 자율성을 박탈하는 행위이다. 이렇듯 아더의 자율성을 박탈하는 것이 옳다고 볼 수 없는 이유는 미신에 근거해 행동하는 것도 아더의 안정적인 성격이며 따라서 그는 그 사람답게 행동했다고 볼 수 있기 때문이 아닌, 아더가 지닌 위의 욕구 때문으로 보아야 한다 (Scoccia, 324).

17) 둘째 입장이 목숨이 위태로운 여호와증인에 대한 강제 수혈을 정당화시킬 수 있는, 위험한 스포츠 활동을 하는 사람들의 결정을 막을 수 있는, 애연가의 흡연 결정을 막을 수 있는 논거가 되지 않는다. 다시 말해서 그와 같은 사람들의 가치가 주어지면 (약한 의미의 이성에 비추어 볼 때) 그들의 결정에 비이성적인 면이 없다는 점에서 위와 같은 경우들에 선의의 간섭주의가 적용되는 것을 허용하지 않는다. 또한 건강과 장수에 대하여 가치를 두고 있으나 커피를 많이 마시는 혹은 하루에 담배 몇 갑을 피우는 사람에 대하여 간섭하는 것도 허용하지 않는다. 많은 양의 카페인과 니코틴을 섭취하겠다는 그들의 결정은 비이성적이거나, 그들 대다수는 자신의 생을 자신이 주관하기를 바랄 것이며 그들이 충분히 이성적이라면 그러한 바람으로 자신의 선택이 타인으로부터 선의로라도 간섭 받는 데 대하여 동의하지 않을 것이기 때문이다 (Scoccia, 326-327).

스카치아에 따르면 어떤 욕구를 자율적인 것으로 보기 위해서는 수용된 가치가 비판적인 검토 과정을 거친 것이라야 하며 (단지 수용하고 싶은 마음이 생겨서 수용한 가치가 아니어야 하며) 수용한 사람의 기질, 성격, 재능, 성향과 어우러진 것이어야 한다. 따라서 비판적인 검토 과정을 거쳐 어떤 가치를 가진 사람에게 (그 가치가 어리석거나 잘못된 것이라는 이유 등으로) 타인의 가치를 강요하는 것은 그 사람의 자율성을 박탈하는 행위로 보아야 한다.¹⁸⁾ 그러나 그가 제시하는 다음의 예가 보여주고 있듯이, 비자율적인 욕구에 근거한 선택을 선의로 존중하지 않는 경우를 자율성을 박탈하는 경우로 볼 수는 없다. 9세 소년이 연상의 소년 무리와 어울리기 위해서 그들과 함께 합성 헤로인을 맞고 그들이 좋아하는 헤비메탈 록 그룹의 음악을 함께 듣기로 결정했다고 해보자.¹⁹⁾ 이와 같은 경우 그 소년의 선택을 존중하지 않았다고 해서 그 소년의 자율성을 박탈했다고 볼 수는 없으며, 그 이유를 스카치아는 다음과 같이 설명한다. 어떠한 대가를 치르더라도 승인을 얻고자 하는 욕구가 있다는 것은 그리고 미래의 복지에 대하여 무관심하다는 것은 그 소년이 자율성이 빈약하다는 것을 의미한다. 또한 그가 자율적인 가치를 가질 능력이 결여되었을 뿐 아니라 합성 헤로인을 맞고자 하는 욕구대로 행동하는 것은 미래에 그가 자율적인 욕구를 갖게 되는 데 방해가 된다. 즉, P의 선택을 존중하는 것이 다음의 두 경우 중 하나의 경우라면 P의 자율성을 박탈하는 경우로 볼 수 없다.

- ㉑ P의 욕구가 충분히 자율적이기는 하나, P의 선택이 그러한 욕구를 적절히 반영하지 못했으며 P가 충분히 이성적이라면 그의 선택을 간섭하는 데 동의했을 것이다.
- ㉒ P의 욕구가 자율적인 것이 아니며, P가 충분히 자율적인 욕구를 가질만한 능력이 결여되었을 뿐 아니라 P의 선택을 존중하지 않는 것이 이후에 그러한 능력을 가질 수 있는 잠재력을 보호하는 길이다.²⁰⁾

다음의 경우를 생각해 보자. P는 이성과의 교제를 간절히 바라고 있으나, 소심하고 수줍은 성격 때문에 그와 같은 기회를 가져본 적이 없다. 어느 날 P가 이상형의 이성을 만났으며 그 이성과 교제하고 싶은 욕구를 강하게 느꼈다. 따라서 자신의 마음을 표현하고 싶었으나 거절 당할 것이 두려워 그리고 수줍음으로 단념하고 말았다. 그러나 평소 P의 성격을 잘 알고 있던 그의 친구가 상대방도 P에게 관심이 있다는 것을 알았으며, 따라서 P를 대신해서 P의 마음을 그 이성에게 전달했다고 해보자. 그럼에도 불구하고 P의 친구가 P에게 자신

18) Scoccia, 328. 예컨대 자신의 병세에 대하여 알고 싶지 않다는 의사를 표명해온 환자에게 (갑작스레 죽음을 맞고자 하는 것을 자율적으로 선호한 환자에게) 수개월 밖에는 살 수 없다는 진단 결과를 알려주는 것은 그 사람의 자율성을 박탈하는 행위이다.

19) 9세 소년의 경우 미래의 복지에 대하여 가치를 두지 않았다. 즉, 위의 선택을 (앞서 논의된 약한 의미의) 이성적인 것으로 보아야 한다. 따라서 둘째 입장은 둘째 입장에 따르면 다음의 두 조건을 충족시켜 준다면 그리고 그런 경우에만 타인의 자율성을 박탈하는 것이 정당화될 수 있다. (i) 선택이 비이성적이다. (ii) 선택자가 충분히 이성적이고 충분한 설명을 들었다면 자신의 자율성을 박탈해도 좋다고 동의 했을 것이다 - 그 소년의 선택을 존중하지 않는 것은 타인의 가치를 그에게 강요하는 것과 (그 소년의 자율성을 박탈하는 것과) 다르지 않다고 볼 수밖에 없다.

20) Scoccia, 330. 스카치아는 ㉒가 이성적인 그러나 비자율적인 선택을 존중하지 않는 것이 자율성을 존중하는 것과 양립 가능한 유일한 경우가 될 수 없다고 보아, 다음의 경우를 추가한다. 즉, P가 빈약한 자율적 욕구를 가지고 있으며, 그를 저지하는 것이 그의 자율성을 증강하는 길이며, P가 이성적이고 빈약하지 않은 자율성을 가지고 있다면 그의 선택을 저지하는 데 반대하지 않았을 것이다 (Scoccia, 331). 그러나 생명에 관련된 장기를 기증하려는 자가 위의 경우에 해당되는지를 판단하는 것이 가능하지 않다는 점에서 위의 경우는 고려치 않기로 하자.

의 가치를 강요했다고 보기 어려우며 따라서 P의 자율성을 박탈했다고 보기 어렵다. 이렇듯 ㉔의 경우를 자율성을 박탈하는 경우로 볼 수 없다. 또한 위의 9세 소년의 예가 보여주듯이 ㉕의 경우 역시 자율성을 박탈하는 경우로 볼 수 없다는 것도 부정하기 어렵다. 바로 이러한 점이 18세 이상의 온전한 마음을 가진 자에 한하여 장기를 기증할 수 있도록 한 이유에 대한 설명은 될 수 있음을 보여주는 한편, 장기매매를 금지하는 그리고 생명에 관련된 장기의 생체이식을 금지하는 데 대한 정당화 논거를 답변 2에 의존하는 것만으로는 충분하지 않다는 것도 보여주고 있다.

장기를 매도하고자 하는 자의 경우 현실적인 여건이 아니었다면 그와 같은 결정을 내리지 않았을 것이며, 따라서 그와 같은 경우 그러한 선택에 자율적인 욕구가 적절히 반영되었다고 보기 어렵다. 따라서 ㉔의 P의 욕구가 충분히 자율적이기는 하나, P의 선택이 그러한 욕구를 적절히 반영하지 못했다는 조건은 충족시켜준다고 보아야 할 것이다. 그러나 분명 P가 충분히 이성적이라면 그의 선택을 간섭하는 데 동의했을 것이라는 조건을 충족시키지 못한다고 보아야 한다. 다시 말해서 현실적인 여건이 개선되지 않는 한 충분히 이성적이라고 하더라도 자신의 선택을 간섭하는 데 동의하지 않을 것이다. 또한 논의된 바와 같이 생명에 관련된 장기를 기증하고자 하는 결정을 비이성적인 선택으로 볼 수 없으며, (평소 어려운 사람들을 도와주는 데서 삶의 의미를 찾았던 사람이) 순전히 이타적인 동기에서 그와 같은 선택을 내릴 수 있다는 것도 부정할 수 없다. 따라서 그와 같은 사람의 경우 자신의 선택이 간섭 받는 데 대하여 동의하지 않을 것이다. 뿐만 아니라 경제적인 사정 등 현실적인 여건이 강압적인 요소로 작용하여 그와 같은 선택을 한 경우도 다르지 않다고 (자신의 선택이 간섭 받는 데 대하여 동의하지 않을 것이라고) 보아야 할 것이다.

이렇듯 답변 2에 의존할 경우와는 달리 ㉔에 의존할 경우 그와 같은 선택을 존중하지 않는 것이 정당화될 수 없다고 보아야 한다. 답변 2에 의존해서 장기매매 및 생명에 관련된 장기의 생체이식을 금지하는 데 대하여 정당성을 부여하기 위해서는 ㉔를 부정해야 하나 그것이 가능할 지 의문이다. ㉔를 부정하기 위해서는 P의 선택이 그의 자율적인 욕구를 적절히 반영하기 못했으며 P가 자신의 선택을 간섭하는 데 동의하지 않았으나 그와 같은 선택을 존중하지 않는 것이 정당화될 수 있는 경우가 가능해야 한다. 그러나 그것이 가능하다는 논거를 찾기 어렵다고 보아야 할 것이다.

자율성을 존중해야 할 의무에 논의의 초점을 맞추어 18세 이상의 온전한 마음을 가진 자에 한하여 장기를 기증해야 하는 이유를 찾을 수는 있었다. 그러나 위의 의무에 초점을 맞추어서는 장기매매를 금지할 수 있는 논거 및 생명에 관련된 장기의 생체이식을 금지할 수 있는 논거를 찾기 어렵다는 것을 알았다. 그러나 그것이 그들 논거가 가능하지 않다는 것을 의미하지는 않는다. P가 자신의 권리 R을 포기하겠다는 의사를 Q에게 표명했으며, 따라서 Q는 충분한 설명에 근거한 자의적인 동의 하에 P의 권리 R을 박탈했다고 해보자. 그럼에도 불구하고 R이 포기하거나 양도 가능한 성격의 권리가 아니라면, R을 박탈한 Q의 행위는 정당화될 수 없다고 보아야 한다. 예컨대 R을 신체에 대한 권리라고 한다면 P가 R을 포기하거나 양도하겠다는 의사를 표명했다는 사실이 생명에 관련된 장기를 P로부터 적출하는 행위를 또는 P의 장기를 매입하는 행위를 정당화시키지 못한다. 이렇듯 신체에 대한 권리가 양도할 수 없는 성격의 것이라면 그리고 생명권이 포기할 수 없는 성격의 것이라면, 장기매매 및 생명에 관련된 장기의 생체이식은 정당화될 수 없다고 보아야 한다. 이제 그들 권리의 성격을 알아봄으로써 장기매매 및 생명에 관련된 장기의 생체이식을 금지할 수 있는 이유에 대하여 생각해보기로 하자.

3. 수여정책에 대한 평가 신체에 대한 권리의 성격을 중심으로

자신의 권리를 양도하는 두 가지 형태, 즉 기증과 매매 중 후자만을 금지해야 한다고 보는 것은 당사자의 동의 하에 타인의 권리를 침해하는 것이 정당화될 수 없을 수 있다고 보는 것과 다르지 않다. 자의적인 동의가 있었다고 하더라도 성 매매를 금지하고 있는 현행법이 그와 같이 보고 있는 하나의 예가 될 수 있을 것이다. 또한 다음의 경우를 생각해보자. 유방 절제술의 후유증에 시달리던 50세의 포템파Susan Potempa로부터 자신을 죽여달라는 요청을 받은 18세의 윌리엄스Reginald Williams는 1993년 2100달러를 받고 그녀의 요청을 들어준다. 그러나 동의 하에 그녀를 죽였음에도 불구하고, 그 동의가 그의 행위를 법적으로 정당화시키지는 못했다. 포템파로부터 동일한 제안을 받았다고 하더라도 그녀의 제안을 수락했을 사람은 많지 않을 것이며, 그 이유는 동의 하에 동의 주체를 죽이는 행위도 살인 행위와 다르지 않다는 믿음 때문일 것이다. 포템파 사건에 대한 판결은 살해당하지 않을 권리를 재산권 혹은 마음에 들지 않는 상대와 성 관계를 갖지 않을 권리 등과 동일시 할 수 없다고 본 것과 다르지 않다. 다시 말해서 재산권이나 성 관계를 갖지 않을 권리와는 달리 살해당하지 않을 권리는 어떠한 경우에도 소유자로부터 떼어놓을 수 없다고 - 권리의 소유자로부터 떼어놓을 수 없는 혹은 빼앗을 수 없는 권리를 'inalienable rights'(inalienable rights는 IAR로 그리고 alienable right는 AR로 약칭하기로 하자)'라고 부른다 - 본 것과 다르지 않다.

그리세스Germain Grisez, 처칠Larry Churchill 등에 따르면 내 생명에 대한 IAR이 있다면, 타인이 나를 죽이는 것은 언제나 옳지 못하다. 타인이 나를 죽이는 것이 때로는 정당화될 수 있다면, 내 살 권리는 IAR이 아니다.²¹⁾ 한편 마이어스Diana T. Meyers 등은 그 의미를 구체화시켜 그와 같은 권리를 소유한 사람은 누구든 그것을 상실하는 것이 가능하지 않다고 말한다. 즉, 그에 따르면 IAR은 몰수(박탈)당하거나, 거절 혹은 포기할 수 없으며, 취소할 수도 없다는 점에서 그것을 상실하는 것이 가능하지 않다.²²⁾

21) Germain Grisez, *Abortion: The Myths, the Realities, and the Arguments*. New York: Corpus Books, 1970: 204. 맥코넬Terrence McConnell에 따르면 그리스와 같이 IAR을 넓은 의미로 이해하는 것은 그것을 절대권absolute rights과 동일시 하는 것과 다르지 않다. 절대권이란 (그러한 권리가 실제로 있다면) 어떠한 상황에서도 타인에게 그에 대한 의무를 지운 채 소유자에게 전적으로 남아있는 권리를 말한다. X에 대한 내 권리가 절대적이라면, 합리적으로 X에 제한을 가할 수 있는 상황이란 혹은 X에 대한 타인의 의무를 면제할 수 있는 상황이란 있을 수 없다 (Terrance McConnell, *Inalienable Rights The Limits of Consent in Medicine and the Law*. New York: Oxford University Press, 2000: 6, 13.). X에 대한 내 권리가 절대권의 성격을 띠고 있다면 그것에 제한을 가할 수 있는 혹은 X에 상응하는 타인의 나에게 대한 의무가 면제되는 경우란 없다 (Joel Feinberg, *Rights, Justice, and the Bounds of Liberty*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1980; 225).

22) Diana Meyers, *Inalienable Rights*. New York: Columbia University Press, 1985: 2, 9. 마이어스의 경우 그리스와 비교할 때 'inalienable'의 의미를 축소시키고 있으나, 권리를 몰수forfeit하는 경우도 권리의 소유자로부터 권리를 떼어 놓는 혹은 빼앗는alienation 경우로 보고 있다. 그러나 맥코넬McConnell이 지적하고 있는 바와 같이 '몰수하는 경우'를 '포기하는 혹은 양도하는 경우'로 보기는 어렵다. A라는 행위를 하면 자신의 권리 R이 몰수당할 것이라고 믿고 있는 상태에서 자신의 권리 R을 몰수당하기 위하여 P가 A를 했다고 해보자. 또한 (R은 박탈당할 수 있는 권리이나) A와 같은 행위를 한다고 해서 실제로 R은 박탈당하지 않는다고 해보자. 이 경우 비록 P가 의도적으로 A를 했다고 해서 다른 사람이 P로부터 R을 박탈할 수 있는 권한을 부여 받지 못한다. 그러나 포기하

미국의 경우 사형제도를 유지하고 있는 주가 있으며 죄수에게는 선거권이 주어지지 않고 있다. 따라서 마이어스등의 입장을 따를 경우 적어도 생명권, 선거권 등은 IAR의 범주에 든다고 볼 수 없다. 그러나 권리 소유자가 옳지 못한 행동을 했는지의 여부가 아닌 동의를 했는지의 여부가 우리의 관심사란 점에서 - 권리를 소유하고 있는 자의 동의에 논의의 초점을 맞출 경우 앞서 소개한 포템파의 예는 성 관계를 갖지 않을 권리와는 달리 살해 당하지 않을 권리의 경우는 그것을 침해해도 좋다는 동의가 상대방에게 그에 대한 어떠한 권리도 부여하지 못한다는 것을 말해주고 있다 - 포기할 수 없거나waivable 양도할 수 없는 권리로 IAR의 의미를 축소시키고 논의를 진행하기로 하자.

맥코넬Terrance McConnell이 지적하고 있는 바와 같이 P가 R을 포기한 경우는 P가 R을 버리고자 한다는 것을 알고 있는 상태에서 자의적으로 R을 버린 경우이다. 또한 권리를 포기했다는 것은 규범적인 효력normative force을 지닌다는 것을 의미한다. 즉, P가 R을 포기한 것이 유효하다는 것은 (P의 동의가 있었다는 점에서) R과 관련된 타인의 의무가 면제되었다는 것을 의미한다. 예컨대 영장을 소지하지 않은 경찰로부터 가택을 수색 당하지 않을 권리가 있다. 그러나 위의 사실을 알고 있음에도 불구하고 자의적으로 가택수색영장을 소지하지 않은 경찰로 하여금 내 집을 수색하도록 허락했다면, 위의 권리를 포기했다고 보아야 하며 경찰은 영장 없이 가택을 수색하지 말아야 할 의무를 면제 받았다고 보아야 한다.²³⁾

이와 같이 어떤 권리를 포기했다는 데는 타인에게 그 권리에 대한 의무를 면제케 했다는 (타인이 그 권리를 침해하는 것을 허락했다는) 의미가 담겨있다. 어떤 권리를 포기함으로써 뿐 아니라 소유권과 같이 권리를 이전함으로써 타인으로 하여금 그 권리에 대한 의무를 면제케 할 수도 있다. 내 소유물을 타인에게 팔거나, 타인의 소유물과 바꾸거나, 선물로 줄 수 있다. 이 경우 그 물건에 대한 소유권은 이전되었다고 보아야 한다. 따라서 나는 더 이상 그 물건에 대한 권리를 행사할 수 없으며 오히려 그에 대한 의무를 이행해야 한다. 이 경우 맥코넬의 지적대로 상대방으로부터 거짓 정보를 얻었거나, 자유롭지 않은 상태에서 이전하지 않았거나, 내가 소유권을 이전하고 있다는 것을 알지 못하지 않았다면, 내 권리를 이전한 것이 유효하다고 보아야 하며 규범적인 효력도 지닌다고 보아야 한다. 권리를 이전하는 경우도 권리 소유자의 동의가 결정적인 의미를 지닌다. 즉, P가 R을 이전한 것이 유효하다는 것은 P의 동의가 있었다는 점에서 R과 관련된 타인의 의무가 면제되었다는 것을 의미한다. 나에게 주어진 권리를 반드시 행사해야 하는 것도 아니다. 즉, 어떤 권리를 행사하지 않는다고 해서 반드시 그 권리가 소유자에게서 떠났다고 볼 수는 없다. 나에게 투표권이 있으나 그것을 행사하길 원하지 않을 경우 행사하지 않을 수 있다. 투표권을 행사하지 않았음에

는 경우나 양도하는 경우는 이와는 다른 구조를 띠고 있다. A라는 행위를 한다는 것이 자신의 권리 R을 포기하는 것과 다르지 않다는 것을 알고 있는 상태에서 P가 자의적으로 A를 했다고 해보자. 이 경우 R을 포기하거나 양도하겠다는 의도로 R을 포기하거나 양도하는 데 동의를 표명하는 어떤 행위를 했을 경우 - P가 R을 실제로 포기했거나 양도했다고 보아야 한다 (McConnell, 14).

23) 그러나 내가 어떤 권리를 포기했다는 것이 나에게 그 권리가 더 이상 없다는 것을 의미하지는 않는다. 집이 내 소유로 남아있는 한 위의 권리는 어느 때건 나에게 있으며 단지 경찰이 일시적으로 영장 없이 가택을 수색하지 말아야 할 의무를 면제 받았다고 보아야 한다. 따라서 어느 때건 수색을 중단하고 집 밖으로 나가 줄 것을 경찰에게 정당하게 요구할 수 있다 (McConnell, 9~10). 우리는 비공식적으로 권리를 포기할 수 있으며 상대방이 추측으로 우리가 어떤 권리를 포기했다는 것을 알 수 있는 방식으로도 권리를 포기할 수도 있다. 예컨대 P가 공항 의자에 앉아서 신문을 읽다가 옆의 빈자리에 신문을 올려놓고 갔을 경우 다른 사람들은 P가 신문에 대한 권리를 포기했다고 적절히 추측할 수 있다 (McConnell, 10).

도 불구하고 여전히 나에게서는 투표권이 있다고 보아야 한다. 그러나 (페인버그가 지적하고 있는 바와 같이) 교육권 그리고 학생들의 전염병 예방 주사를 맞을 권리와 같이 원하는 지의 여부와 무관하게 행사해야 하는 권리 mandatory rights가 있다. 이러한 권리는 포기하거나 양도할 수 없다고 보아야 한다.²⁴⁾

이상 살펴본 바와 같이 권리를 포기할 수 있거나 waivable 양도할 수 있는 transferable 권리인 AR과 그렇게 할 수 없는 권리인 IAR로 권리의 성격을 분류할 수 있다. 포기 혹은 양도함으로써 떼어 놓을 수 있는 권리의 경우 권리 소유자의 동의가 결정적인 의미를 지닌다고 보아야 한다. 그러나 IAR의 경우 권리 소유자의 동의가 어떠한 의미도 지니지 못한다. P의 권리 R이 IAR이라고 해보자. 그럴 경우 P가 R을 포기하겠다는 의사를 표명했다고 하더라도, 타인이 R을 침해하는 것은 정당화될 수 없다. 또한 P가 자의적으로 Q에게 R을 양도하겠다는 동의를 했다고 하더라도 Q가 R에 대한 권리를 행사할 수 없다. 예컨대 투표권을 타인에게 선물로 주겠다는 의사를 표명했다고 해보자. 혹은 대가를 받고 차기 선거 때 투표권을 행사하지 않겠다는 각서를 썼다고 해보자. 그럼에도 불구하고 차기 선거 때 투표를 하지 말아야 할 법적 그리고 도덕적 의무를 안지 않는다.

그러나 신체에 대한 권리가 IAR의 성격을 띠고 있다는 데 대해서는 의문을 가질 수 있을 것이다. AR의 성격을 띠고 있다면, 자의적인 동의 하에 살아있는 기증자로부터 심장 등의 장기를 적출하는 것을 금지하는 미국의 수여정책은 재고의 여지가 있다고 보아야 한다. 또한 신체의 일부에 대한 권리가 AR의 성격을 띠고 있으며 따라서 그 권리가 신체의 일부를 매매할 수 있는 데까지 미친다면 장기매매를 금지하고 있는 현행법 역시 재고의 여지를 안게 된다.²⁵⁾

앞서 설명된 바와 같이 (가족에 한정하고 있으나) 기증자가 수혜자를 선정할 수 있도록 한 미국의 수여정책은 신장 등의 장기를 기증자의 소유물로 보고 있다는 데 근거하고 있다고 볼 수 있다. 따라서 신체에 대한 소유권이 본인에게 있다면 그리고 소유권이 AR의 성격을 띠고 있다면, 그로부터 다음과 같이 장기매매 및 생명에 관련된 장기의 생체이식을 금지하고 있는 수여정책에 대하여 이의를 제기할 수 있을 것이다.

- ① 신체에 대한 소유권은 본인에게 있다.
- ② 소유권은 AR의 성격을 띠고 있다.
- ③ 그러므로 신체의 일부를 매매할 수 있으며 살아있는 상태에서 심장 등 생명에 관련된 장기를 기증할 수 있다.

①과 ②가 참이라면, ③ 역시 참으로 보아야 한다. 그러나 신체에 대한 권리가 소유권의 성

24) McConnell, 10~12.

25) 생명권이 IAR의 성격을 띠고 있다면, 심장 등의 장기를 생체이식 하는 것을 금지하는 미국의 수여정책이 옳다고 보아야 하는 반면, 그것이 AR의 성격을 띠고 있다면 수여정책은 재고의 여지를 안게 된다. 한편 신체 일부에 대한 권리가 IAR의 성격을 띠고 있다면 신장, 간의 일부 등을 생체이식 하는 것을 허용하고 있는 수여정책은 재고의 여지를 안게 된다. 뿐만 아니라 그것이 AR의 성격을 띠고 있더라도 수여정책은 논란의 여지를 안게 된다. 다시 말해서 신체에 대한 권리가 AR의 성격을 띠고 있다면 간의 일부, 신장 등의 생체이식을 허용하는 데 대하여 반론을 제기할 수 없으나, 그들의 매매를 금지하는 데 대해서는 의문을 제기할 수 있다.

격을 띠고 있다고 볼 수 있는지 의문을 가지 수 있으며 이러한 관점에서 볼 때 수여정책을 옹호하는 진영 역시 부담을 안을 수 밖에 없다 신체에 대한 소유권을 IAR로 볼 수 없는지 의문을 가질 수 있다. ①과 ②가 참임을 입증하는 것이 가능할 지 의문이나, 분명 자신의 신체에 대한 권리는 (그것이 소유권은 아니더라도) 자신에게 있다고 보아야 할 것이다. 따라서 모든 권리가 AR의 성격을 띠고 있다는 것을 입증할 수만 있다면, 그로부터 다음과 같이 ③을 도출시킬 수 있다.

- ① 모든 권리는 AR의 성격을 띠고 있다.
- ② 신체에 대한 권리는 AR의 성격을 띠고 있다.
- ③ 그러므로 신체의 일부를 매매할 수 있으며 살아있는 상태에서 생명에 관련된 장기를 기증할 수 있다.

①이 참이라면 따라서 ② 역시 참이라면 (생명권 및 신체의 일부에 대한 권리가 AR의 성격을 띠고 있다면) 장기매매 및 생명에 관련된 장기의 생체이식을 금지하고 있는 미국의 수여정책은 재고되어야 한다는 결론을 (③을) 수용해야 할 것이다.

살아있는 기증자로부터 생명에 관련된 장기를 적출해도 그것이 기증자에게 해가 되지 않는다면, 그것을 금지해야 할 이유는 없다고 보아야 한다. 즉, 그와 같은 행위를 금지해야 하는 이유로 기증자에게 해가 되기 때문이라는 이유 이외의 다른 이유를 찾기 어려우며, 바로 이러한 점이 ①에 대한 논거로서 볼엔티 독트린 Volenti Doctrine의 - 볼엔티 독트린에 따르면 '동의한 사람에게서는 어떠한 해도 가해지지 않는다' - 개입 여지를 보여주고 있다.²⁶⁾ 즉,

26) 물론 모든 권리가 AR의 성격을 띠고 있다는 입장을 취하기 위하여 반드시 볼엔티 독트린에 의존해야 하는 것은 아니다. 예컨대 뷰케넨 Allen Buchanan, 브로디 Baruch Brody 등이 주장하는 바와 같이 권리 소유자가 권리를 포기하거나 양도 할 수 있다는 것이 권리에 대한 개념 중의 하나이다. 예컨대 브로디에 따르면 ① 권리란 그 소유자에게 규범적인 이득을 안겨준다. ② 어떤 권리가 IAR이라면, 그 권리는 소유자에게 집이 될 수 있다. ③ 그러므로 어떠한 권리도 IAR의 성격을 띠고 있지 않다. 노직 Robert Nozick, 니켈 James Nickel, 뷰케넨 Allen Buchanan 등의 경우 다음과 같이 선의의 간섭주의와 연관시켜 모든 권리는 AR의 성격을 띠고 있다는 결론을 내린다. ① 권리 R이 IAR의 성격을 띠고 있다면, 권리 소유자가 자신의 권리 R을 침해해도 좋다는 동의를 했다고 하더라도 그 동의가 R을 침해할 수 있는 권리를 타인에게 부여하지 못한다. ② 권리 소유자가 자신의 권리 R을 침해해도 좋다는 동의를 했다고 하더라도 그 동의가 R을 침해할 수 있는 권리를 타인에게 부여하지 못한다면, 판단 능력이 있는 사람의 선택은 그 사람 자신을 위하여 제한될 수 있다. ③ 판단능력이 있는 사람의 선택이 그 사람 자신을 위하여 제한될 수 있다면, 자신의 선택이 제한을 받는 데 연루된 사람은 선의의 간섭주의에 연루될 수 있어야 한다. ④ 그러나 판단 능력이 있는 사람을 선의의 간섭주의에 근거하여 취급하는 것은 받아들일 수 없다. ⑤ 그러므로 어떠한 권리도 IAR의 성격을 띠고 있지 않다. ⑥ 어떠한 권리도 IAR의 성격을 띠고 있지 않다면, 모든 권리는 AR의 성격을 띠고 있다. ⑦ 그러므로 모든 권리는 AR의 성격을 띠고 있다. 뿐만 아니라 싱어 Marcus Singer 등이 주장하고 있는 바와 같이 자기 자신에 대한 의무를 가질 수 없다는 데 의존해서도 모든 권리가 AR의 성격을 띠고 있다는 주장을 펼 수 있다. 즉, ① 권리 R이 IAR의 성격을 띠고 있다면, 권리 소유자가 자신의 권리 R을 침해해도 좋다는 동의를 했다고 하더라도 그 동의가 R을 침해할 수 있는 권리를 타인에게 부여하지 못한다. ② 권리 소유자가 자신의 권리 R을 침해해도 좋다는 동의를 했다고 하더라도 그 동의가 R을 침해할 수 있는 권리를 타인에게 부여하지 못한다면, 승낙한 사람이 단지 동의가 있었다는 이유로 R을 침해하는 관계에 연루되는 것을 금지시켜야 한다. ③ 승낙한 사람이 단지 동의가 있었다는 이유로 R을 침해하는 관계에 연루되는 것을 금지시켜야 한다면, 권리 소유자에게 부과된 그 금지가 권리 소유자 그 자신에게 의무가 된다. ④ 그러나 자신에 대한 의무를 가질 수 없다. ⑤ 그러므로 어떠한 권리도 IAR의 성격을 띠고 있지 않다. ⑥ 어떠한 권리도 IAR의 성격을 띠고 있지 않다면, 모든 권리는 AR의 성격을 띠고 있다. ⑦ 그러므로 모든 권리는 AR의 성격을 띠고 있다 (McConnell, 26-31). 신체에 대한 권리의 성격에 논의의 초점을 맞추어 장기매매나 생명에 관련된 장기의 생체이식을 금지하기 위해서는 볼엔티 독트린 또는 위의 논변들을 부정하는 것만으로는 부족하다. 다시 말해서 적어도 IAR의 성격을 띠

볼엔티 독트린에 의존하여 다음과 같이 장기매매 및 생명에 관련된 장기의 생체이식에 대한 변론을 (볼엔티 독트린 논변이라고 부르기로 하자) 전개할 수 있다.

볼엔티 독트린 논변

- ① 볼엔티 독트린을 수용하는 것과 IAR의 성격을 띤 권리가 존재한다고 보는 것은 양립 가능하지 않다.
- ② 볼엔티 독트린을 부정할 수 없다.
- ③ IRA의 성격을 띤 권리가 존재한다고 볼 수 없다 (①&②).
- ④ 장기매매 및 생명에 관련된 장기의 생체이식을 금지해야 한다면, IRA의 성격을 띤 권리가 존재해야 한다.
- ⑤ 그러므로 장기매매 및 생명에 관련된 장기의 생체이식을 금지할 수 없다(③&④).

셀먼드Jonh Salmond, 시먼스John Simmons 등 볼엔티 독트린이 모든 권리가 AR의 성격을 띠고 있다고 보아야 하는 이유가 된다는 진영에 따르면, 어떤 권리를 포기하는 데 동의한 사람은 그 권리로 인하여 어떠한 해도 입지 않으며 따라서 포기한 권리가 자신에게 해가 된다는 불평을 할 수 없다. 자신의 권리를 포기할 수 없다고 보아야 그 권리가 침해된 데 대하여 불평을 할 수 있다.²⁷⁾ 어떤 권리라도 양도되었다고 보는데 동의 하나면 충분하다는 의미가 볼엔티 독트린에 함축되어 있다. 그러나 어떤 권리가 IAR이라면 동의했다는 사실이 그 권리를 양도했다고 보는 데 대한 충분한 근거가 되지 못한다.²⁸⁾

재산의 일부를 고아원에 기부한 사람이 사업이 기울자 재산권이 침해되었으니 기부금을 반환하라는 요구를 하고 있다고 해보자. 이와 같은 경우 그가 자의적으로 재산권을 양도하는데 동의했다는 점에서, 그의 재산권이 침해되었다고 볼 수 없으며 따라서 고아원 측에 기부 받은 것을 반환할 의무는 없다고 보아야 한다. 앞서 소개된 포템파의 경우가 그 좋은 예가 될 수 있을 것이다. 즉, 포템파가 해를 입었다고 보기 어려우며 따라서 자신이 포기한 권리가 자신에게 해가 된다는 불평을 할 수 없다고 보아야 할 것이다. 이렇듯 볼엔티 독트린에 설득력을 부여할 수 있다. 즉, 셀먼드 등이 주장하고 있는 바와 같이 어떤 권리를 포기하는데 동의한 사람은 그 권리로 인하여 해를 입지 않으며 따라서 포기한 권리가 자신에게 해가 되었다고 불평할 수 없다는 데 동조할 수 있다.

그럼에도 불구하고 볼엔티 독트린이 ①이 참임을 보여준다는 데는 큰 의문이 남는다. 볼엔티 독트린을 수용하기 위해서는 반드시 모든 권리가 AR의 성격을 띠고 있다고 보아야 하는가? 볼엔티 독트린을 수용하는 것과 IAR의 성격을 띤 권리가 존재한다고 보는 것이 양립 가능하지 않은가? 권리를 침해infringe하는 경우와 또 한 종류의 권리를 침해하는 경우 즉 정당화될 수 없이 권리를 침해하며 그에 따른 희생자가 있는 경우의 침해하는 경우를 (후자

권리가 존재한다는 것을 직접적으로 입증해야 한다. 그러나 장기를 매도하는 것이 그리고 생명에 관련된 장기를 기증하는 것이 당사자에게 해가 되지 않음에도 불구하고 장기매매 및 생명에 관련된 장기의 생체이식을 금지하기는 어렵다는 점에서, 볼엔티 독트린에 논의의 초점을 맞추기로 하자. 볼엔티 독트린에 논의의 초점을 맞춘다는 것은 장기매매 등에 대한 중요한 변론 하나를 부정하는 것 이상의 의미를 지니지 못함을 밝혀두고자 하며 아울러 앞으로의 논의는 기본적으로 맥코벨의 논의에 의존하고자 함도 밝혀둔다.

27) John Salmond, *Salmond on Jurisprudence*, eleventh edition. Edited by Glanville Williams. London: Sweet and Maxwell, 1957: 531.

28) John Simmons, *Moral Principles and political Obligations*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1979: 67.

의 경우는 박탈violate하는 경우라고 부르기로 하자) 생각해 보기로 하자. P2가 P1의 권리 R을 침해했다면 그 침해 행위는 정당화될 수 있거나 정당화될 수 없는 두 경우 중 하나일 것이다. P2가 P1의 R을 침해한 행위가 정당화될 수 없으며, 따라서 그 행위가 옳지 못하다고 (허용될 수 없다고) 해보자. 그와 같은 경우 P2가 P1의 R을 박탈했다고 보는 것이 상식적일 것이나, 맥코넬은 다음과 같이 그를 부정한다. P1의 R을 침해한 P2의 행위가 도덕적으로 정당화될 수 없다면 그리고 P1이 (권리의 소유자가) 그로 인한 희생자라면 P2는 P1의 권리를 박탈한 반면, P1의 R을 침해한 P2의 행위가 정당화될 수 있다면 P2는 P1의 R을 박탈하지 않았다. 따라서 권리를 박탈하는 모든 경우가 권리를 침해하는 경우이나, 권리를 침해하는 모든 경우가 권리를 박탈하는 경우는 아니다 (그리고 권리를 박탈하는 모든 경우가 옳지 못하나 권리를 침해하는 모든 경우가 옳지 못한 것은 아니다).

- ① P1의 R을 침해한 P2의 행위가 정당화될 수 없다면 그리고 P1이 그로 인한 희생자라면, P2는 P1의 R을 박탈했다.
- ② P1의 R을 침해한 P2의 행위가 정당화될 수 있다면, P2는 P1의 R을 박탈하지 않았다.
- ③ 그러므로 권리를 박탈하는 모든 경우가 권리를 침해한 경우이나, 권리를 침해한 모든 경우가 권리를 박탈한 경우는 아니다 (①&②).²⁹⁾

맥코넬에 따르면 내가 상대방의 권리를 침해했다면 나는 통례적으로 넘지 말아야 될 선을 넘었다고 보아야 한다. 즉, 상대방의 권리에 상응하는 의무를 이행하지 않았다는 점에서 내 행위는 통례적으로 보아 옳지 못하다. 그러나 권리를 침해하는 모든 행위를 옳지 못하다고 볼 수는 없다. 권리를 침해하는 모든 경우를 옳지 못하다고 보아야 한다면, 모든 권리가 절대권의 성격을 띠고 있다고 보아야 한다. 그러나 모든 권리가 절대권의 성격을 띠고 있다고 볼 수 없다. 예컨대 다음 중 하나의 이유가 성립될 경우 P2가 P1의 권리 R을 침해하는 것이 정당화될 수 있다고 (P1의 R에 대한 P2의 의무가 면제되었다고) 보아야 할 것이다. 첫째, P1의 악행으로 인하여 그로부터 R이 권리가 몰수forfeit되었다.³⁰⁾ 둘째, R에 대한 의무를 이행하는 것 보다 더 중요한 다른 의무를 이행해야 하거나 더 중요한 도덕적인 고려를 해야 한다.³¹⁾ 셋째, P1이 R을 포기했거나 양도했다. 이렇듯 ②를 참으로 보아야 한다는 점에서 결론인 ③ 역시 참으로 보아야 할 것이다.

또한 그에 따르면 P1을 희생자로 간주할 수 없는 경우가 있을 수 있다는 것이 P2가 P1의 R을 침해한 것이 정당화될 수 없으나 (P2가 P1의 R을 침해하는 것이 옳지 못하나) P2가 R을 박탈했다고 볼 수 없는 경우가 있을 수 있는 가능성을 열어놓는다. P1을 희생자로 볼

29) McConnell, 5, 32.

30) 물론 이와 관련되어 여러 문제가 파생될 수 있다. 예컨대 R을 어떤 종류의 권리로 볼 수 있는지가 논의의 대상이 될 수 있다. 가령, 범법자의 자유를 침해하는 것은 정당화될 수 있다고 하더라도 그의 변호사를 선임할 권리를 침해하는 것이 정당화될 수 있는지는 논의의 대상이 된다.

31) 고산지대로 배낭여행을 떠났다고 해보자. 예기치 못한 폭풍을 동반한 눈보라가 그 일대를 강타해 생명이 위협당하고 있다. 탈진 상태로 눈보라 속을 헤매다 운이 좋게도 빈 오두막집을 발견했다. 문이 잠겨 있어 창문을 깨뜨리고 오두막으로 들어갔으며, 누군가의 사유재산임에도 불구하고 오두막 속에 있던 가구를 부수어 불을 때 몸을 녹이며 폭설이 멈추기까지 3일간 그곳에서 머물렀다. 누군가의 권리를 침해하는 행위임에도 불구하고 그와 같은 행위는 정당화될 수 있다 (Feinberg, 230). 어떤 권리가 이와 같은 성격을 띠고 있는지 그리고 어떤 경우에 그것을 침해하는 것이 가능한지를 규명하는 것은 복잡한 문제이나, 적어도 재산권의 경우는 그와 같은 성격을 띠고 있다고 볼 수 있다 (McConnell, 7).

수 없는 경우가 있을 수 있다면, 누구를 희생자로 보아야 하는가? 맥코넬은 '희생자가 없다'는 그리고 'P1 이외의 제삼자들이 희생자'라는 두 가능성 중 후자에 무게를 두어 다음과 같이 답변한다. 단지 P1이 동의했다는 이유로 P1의 R을 침해하는 것을 허용하는 것으로부터 동의하지 않은 제삼자들이 불리한 영향을 받는다면, 바로 이러한 점이 (선의의 간섭주의에 의존하지 않은 채) 그를 금지할 수 있는 논거가 될 수 있다.³²⁾

④ P2가 P1의 R을 침해한 것이 정당화될 수 없으나 R을 박탈했다고 볼 수 없는 경우는 그 희생자가 제삼자가 될 수 있다.

따라서 맥코넬에 따르면 불엔티 독트린을 수용하는 것과 IAR의 성격을 띤 권리가 존재한다고 보는 것이 양립 가능하다.

⑤ P2가 P1으로부터 동의를 얻고 P1의 R을 침해했다면, 비록 R이 IAR의 성격을 띠고 있다고 하더라도 P1은 R이 침해된 데 대하여 불평할 수 없으며 제삼자가 불평 주체가 될 수 있다 (③&④).

⑥ 그러므로 모든 권리가 AR의 성격을 띠고 있다는 것을 부정하면서 '어떤 권리를 포기하는 데 동의한 사람은 그 권리로 인하여 어떠한 해도 입지 않으며 따라서 자신이 포기한 권리가 자신에게 해가 된다는 불평을 할 수 없다'는 입장을 취할 수 있다 (⑤).³³⁾

③을 참으로 보아야 한다는 점에서, ④가 참이라면 ⑤를 참으로 보아야 하며 따라서 결론인 ⑥도 참으로 보아야 한다. 즉, 불엔티 독트린을 수용하는 것과 IAR의 성격을 띤 권리가 존재한다고 보는 것이 양립 가능하다고 (불엔티 독트린 논변의 ①은 거짓이며 따라서 불엔티 독트린 논변은 설득력을 잃는다고) 보아야 한다. ④를 참으로 볼 수 있는가?

성과 관련된 신체에 대한 권리로부터 P2가 P1의 R을 침해한 모든 경우를 P1이 피해자인 경우로 볼 수 없다는 것을 그리고 P1이 피해자인 경우로 볼 수 없는 모든 경우를 피해자가 없는 경우로 볼 수 없다는 것을 유추할 수 있다. 충분한 설명에 근거한 자의적인 동의가 있었을 경우 성관계를 갖는 것 자체를 금지할 수는 없다. 그러나 모든 연령 층이 접촉할 수 있는 인터넷 사이트 운영자가 특정 남녀에게 성관계 장면을 자신의 사이트에 올리자는 제의를 했다고 해보자. 그들이 충분한 설명에 근거한 자의적인 동의를 했다면, 그들의 성관계 장면을 사이트에 올렸다고 하더라도 불엔티 독트린에 따라 그들이 해를 입었다고 볼 수 없다. 그럼에도 불구하고 제삼자가 피해자가 될 수 있다고 보아야 한다. 즉, P2가 P1의 R을 침해한 모든 경우를 P1이 피해자인 경우로 볼 수 없으며, P1이 피해자인 경우로 볼 수 없는 모든 경우를 피해자가 없는 경우로 볼 수는 없다. 이렇듯 ④를 참으로 보아야 하며 따라서 ⑤와 결론인 ⑥도 참으로 (IAR의 성격을 띤 권리가 존재할 수 있다는 것을 인정하면서, 불엔티 독트린을 수용할 수 있다고) 보아야 할 것이다.

기증자의 자율성을 존중하고 있는 수여정책의 기본입장에 맞추어 장기매매 및 생명에 관련된 장기의 생체이식을 금지하는 데 대한 하나의 논거를 생각해 보았다. 즉, 장기매매 및 생명에 관련된 장기의 생체이식이 기증자에게 해가 되지 않는다면 그를 금지하기 어렵다고 보

32) McConne11, 32.

33) McConne11, 32.

는 것이 상식적일 것이다. 또한 동의한 사람에게는 어떠한 해도 가해지지 않는다고 보아야 한다 (볼엔티 독트린을 부정하기 어렵다고 보아야 한다). 그럼에도 불구하고 ⑥을 참으로 볼 수 있다는 점에서, 기증자의 자율성을 존중해야 한다는 입장을 취함과 동시에 장기매매 및 생명에 관련된 장기의 생체이식을 금지해야 한다는 입장을 취하는 것이 가능하다고 보아야 하는 하나의 논거를 마련할 수 있었다.

지금까지의 논의를 놓고 볼 때, 생명에 관련된 장기의 매매 및 생체이식을 금지하고 있는 수여정책에 설득력을 부여할 수 있다. 생명에 관련된 장기를 양도하거나 포기하는 것이 가능하지 않다면, 그를 매매하는 것도 가능하지 않다고 보아야 하기 때문이다. 다시 말해서 생명에 관련된 장기를 포기나 양도하는 것이 가능하지 않다는 입장을 취함과 동시에 매매하는 것은 가능하다는 입장을 취할 수는 없다는 점에서, 그들을 포기하거나 양도하는 것이 가능하지 않으므로 매매하는 것도 가능하지 않다는 입장을 취할 수 있다.

지금까지의 논의를 통하여 자율성과 선의의 간섭주의의 상관관계에 의존해서는 장기매매 및 생명에 관련된 장기의 생체이식을 금지할 수 있는 논거를 마련하기 어려우나, 자율성과 신체에 대한 권리의 상관관계에 의존한다면 그를 금지할 수 있는 논거를 마련할 수 있다는 결론을 얻을 수 있었다. 그러나 생명에 관련되지 않은 장기에 대한 수여정책은 기증은 허용하는 반면 매매는 금지하고 있다는 점에서 여전히 논란의 소지를 안고 있다고 보아야 한다. 그들 장기를 양도하거나 포기하는 것이 가능하다면 그들을 매매하는 것도 가능하다고 보아야 하는 지가 문제가 될 수 있기 때문이다. 이렇듯 자율성과 선의의 간섭주의 및 자율성과 신체에 대한 권리의 상관관계에 의존해서 생명에 관련되지 않은 장기의 매매를 금지할 수 있는 논거를 찾기는 어렵다고 보아야 할 것이다.

장기매매를 금지하고 있는 그리고 생명에 관련된 장기의 생체이식을 금지하고 있는 미국의 수여정책에 정당성을 부여해야 하는 이유를 생각해 보았다. 생명에 관련되지 않은 장기의 매매를 금지할 수 있는 논거를 마련하지 못했으나, 그것이 현실적인 문제는 논의 대상에서 제외한 (예컨대 장기매매를 허용함으로써 특정 계층만이 혜택을 입게 될 수 있는, 유무형의 강요로 인한 매매가 있을 수 있는 등의 문제점은 논의 대상에서 제외한), 단지 수여정책의 기본 이념인 자율성 존중에 논의의 초점을 맞춘 결과임을 지적하면서 글을 마치고자 한다.

색인어: 수여정책, 자율성, 양도 또는 포기할 수 없는 권리, 선의의 간섭주의

=ABSTRACT=

Human Organs, The Policy of the United States and Its Ethical Background

REEM Jong-Sik*

The Uniform Anatomical Gift Act mandates that the sole source of cadaver organs for transplantation is from any individual of sound mind and 18 years of age or more who prior to death, agree to contribute (or from the next-to-kin who agree to contribute the newly deceased's organ). It also mandates that the sole source of organs from living contributors is from voluntary contributors. Thus it respects contributors' autonomy. However, Section 274e of the U.S. Public Health Code makes it illegal for any person to knowingly acquire, receive, or otherwise transfer any human organ for valuable consideration. Any one who violates this statute shall be fined not more than \$50,000 or imprisoned not more than five years, or both. It seems that The Uniform Anatomical Gift Act and U.S. Public Health Code go in opposite directions. That is, the former allows 'gift,' one type of alienation; but the other forbids 'sale,' another type of alienation. I want to consider whether it reveals any serious defect.

Key Words: the giving policy, autonomy, inalienable rights, paternalism,

* *Seoul Digital University*