

대전지방법원

제 1 행정부

판 결

사 건 2017구합1591 살아있는자의장기이식대상자선정불승인취소
원 고 A
피 고 질병관리본부장
변 론 종 결 2018. 4. 27.
판 결 선 고 2018. 6. 1.

주 문

1. 피고가 2017. 9. 20. 원고에 대하여 한 살아있는 자의 장기이식 대상자 선정 불승인 처분을 취소한다.
2. 소송비용은 피고가 부담한다.

청 구 취 지

주문과 같다.

이 유

1. 처분의 경위

가. 원고와 B는 2012년경 같은 산악회 회원으로 활동하면서 서로 알게 되어, 그 이후 산악회 활동을 같이 하는 등 친분이 있는 사이이다.

나. B는 신장질환으로 치료를 받아오던 중 그 질환이 악화되어 D병원으로부터 2017년경 신장이식이 필요하다는 판정을 받았다.

다. 원고는 2017. 6. 29. 국립장기이식기관인 피고에게, B와 자신은 내연관계라고 주장하며 B에게 신장을 기증할 수 있도록 하여 달라는 취지의 살아있는 자의 장기이식대상자 선정 승인 신청을 하였다.

라. 피고는 2017. 9. 20. 원고에게 아래와 같은 이유로 장기등 이식에 관한 법률(이하 '장기이식법'이라고 한다) 시행규칙 제23조 제2항 제2호 및 살아있는 자의 장기기증업무안내서의 규정에 따라 원고의 위 신청을 불승인하는 처분(이하 '이 사건 처분'이라고 한다)을 하였다.

장기등 이식에 관한 법률 시행규칙 제23조 제2항 제2호 및 살아있는 자의 장기기증업무안내서(15.2.)에 의하면 “타인간 이식대상자를 지정하여 기증하고자 하는 경우에는 기증자와 이식대상자 당사자 간 관계가 명확해야 할 뿐만 아니라 오랜 기간 직접적인 친밀한 관계와 진정성 등을 확인할 수 있는 자료”를 확인 후 승인하도록 되어있습니다.

불륜관계를 사유로 이식대상자 선정 승인을 신청하였는 바, 위 규정에 근거하여 장기를 기증하고 이식받을 정도의 불륜관계라고 인정을 하기 위해서는 ① 사실혼에 준하여 함께 거주하는 등 일상생활에서 많은 부분을 부부 또는 연인관계로 인정될 정도로 공유하고 있다는 것이 인정되거나 ② 두 사람간의 불륜관계로 인하여 각각의 부부관계가 파탄 또는 파탄될 위기에 처할 정도로 심각한 지경을 감수하면서까지 두 사람간의 진정성이 느껴지거나 ③ 평소 부부관계가 법적인 의미의 부부일 뿐 사실상 부부로서의 의무준수 등의 의미가 없어 법적 배우자보다 다른 이성에게 더 많은 애정을 가질 수 있다는 것이 보편적으로 인정

될 정도의 관계여야 합니다.

원고 등이 제출한 통신기록 등으로 판단컨대, 원고와 A 두 사람의 관계로 인하여 B의 가정생활에 최소한 외견상 영향을 받지 않았을 뿐만 아니라 A가 원고를 연인으로 생각하고 오랜기간 친밀한 관계를 지속해왔다고 보기에는 관계 자료가 미흡하여 불승인함을 알려드립니다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 2호증, 을 제1, 5호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 이 사건 처분의 적법 여부

가. 원고의 주장

피고가 제시한 장기이식법 시행규칙 제23조 제2항은 법률의 위임 없이 국민의 권리를 제한하는 것이어서 효력이 없고, 피고는 장기이식법에서 근거를 찾을 수 없는 처분사유를 제시하며 이 사건 처분을 하였으므로 이 사건 처분은 위법하여 취소되어야 한다.

나. 관계 규정

별지 기재와 같다.

다. 판단

1) 장기이식법 시행규칙 제23조 제2항 제2호의 법률위임원칙 위배 여부

장기이식법 제26조 제3항은 '살아있는 사람으로서 제11조 제4항에 따른 16세 이상의 장기등기증자와 20세 미만인 사람 중 골수를 기증하려는 사람은 자신의 장기등의 이식대상자를 선정할 수 있다. 이 경우 본인 또는 배우자의 가족에게 골수를 기증하려는 경우 외에는 보건복지부령으로 정하는 기준과 절차에 따라 미리 국립장기이식관리

기관의 장의 승인을 받아야 한다'고 규정하여 위임근거를 두고 있다. 이러한 위임에 따라 장기이식법 시행규칙 제23조 제2항 제2호는 '장기등기증자와 이식대상자의 관계가 명확하게 확인되지 아니하여 법 제7조에 따른 금지행위(장기등의 매매행위)에 해당한다고 판단되는 경우를 제외하면 이식대상자 선정을 승인하여야 한다'고 규정하고 있으므로, 위 시행규칙의 규정 자체가 법률의 위임 없이 국민의 권리를 제한하는 것이라고 볼 수 없다. 이 부분 원고의 주장은 이유 없다.

2) 피고가 제시한 처분사유가 법령에 근거있는 것인지 여부

가) 장기이식법과 그 시행규칙은 위에서 본 바와 같이 '장기등기증자와 이식대상자의 관계가 명확하게 확인되지 아니하여 장기등의 매매행위에 해당한다고 판단되는 경우' 이식대상자 선정을 승인하지 않을 수 있도록 규정하고 있고, 피고가 장기이식법 시행규칙과 함께 처분의 근거로 제시한 '살아있는 자의 장기이식 업무안내'는 타인 간 장기기증(타인지정)의 대상을 '고교동창, 사실혼 부부 등과 같이 기증자와 이식대상자의 오랜 기간 친분관계가 있어 기증하는 경우'로 규정하고 있는바, 이는 이식대상자 선정 승인 절차에 관한 세부사항(2017. 11. 5. 질병관리본부고시 제2017-8호) 제4조 제1항 제2호의 규정에 근거한 것으로 보인다.

나) 그런데 위 '살아있는 자의 장기이식 업무안내' 및 이식대상자 선정승인 절차에 관한 세부사항은 타인 간 장기기증에 대하여 법령에 근거가 없는 '오랜 기간 직접적인 친밀한 관계'라는 새로운 이식대상자 선정기준을 추가하고 있는바, 이는 그 규정 형식이나 내용에 비추어 법규로서 효력이 없는 행정청 내부의 사무처리규칙 내지 재량준칙에 불과하다고 판단된다. 따라서 위 '살아있는 자의 장기이식 업무안내'의 규정은 국민이나 법원을 구속하는 효력이 없으므로, 피고의 이 사건 처분이 적법한지 여부는

장기이식법과 그 시행규칙이 제시한 기준만으로 판단되어야 한다.

다) 그런데, 위에서 본 것과 같이 피고가 이 사건 처분의 사유로 제시한 것은 장기이식법 및 그 시행규칙에서 전혀 근거를 찾을 수 없고, 피고는 이 사건 처분을 함에 있어 자신이 제시한 기준을 충족하지 못하였다는 점 이외에 장기이식법 시행규칙 제 23조 제2항 제2호의 기준, 즉 원고와 ■ 사이의 관계가 명확하게 확인되지 않아 장기매매 등 행위에 해당한다고 판단된다는 점에 대하여는 아무런 처분사유를 제시하지 않았으므로, 위 사유만으로 행해진 이 사건 처분은 위법하여 취소되어야 한다. 이 부분 원고의 주장은 이유 있다.

3) 처분사유의 추가 허용 여부

가) 행정처분의 취소를 구하는 항고소송에 있어서, 처분청은 당초 처분의 근거로 삼은 사유와 기본적 사실관계가 동일성이 있다고 인정되는 한도 내에서만 다른 사유를 추가하거나 변경할 수 있고, 여기서 기본적 사실관계의 동일성 유무는 처분사유를 법률적으로 평가하기 이전의 구체적인 사실에 착안하여 그 기초인 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일한지 여부에 따라 결정되며, 이와 같이 기본적 사실관계와 동일성이 인정되지 않는 별개의 사실을 들어 처분사유로 주장하는 것이 허용되지 않는다고 해석하는 이유는 행정처분의 상대방의 방어권을 보장함으로써 실질적 법치주의를 구현하고 행정처분의 상대방에 대한 신뢰를 보호하고자 함에 그 취지가 있고, 추가 또는 변경된 사유가 당초의 처분시 그 사유를 명기하지 않았을 뿐 처분시에 이미 존재하고 있었고 당사자도 그 사실을 알고 있었다 하여 당초의 처분사유와 동일성이 있는 것이라 할 수 없다고 할 것이다(대법원 2006. 1. 13. 선고 2004두12629 판결 등 참조).

나) 피고는 원고와 ■의 내연관계 유지 자체가 장기이식법 제7조 제1호에서 금

지하는 그 밖의 반대급부에 해당할 수 있다거나, 원고와 ■가 실제로 내연관계인지 알 수 없고 반대급부를 제공할 것을 약속했으리라는 충분한 의심이 있다고도 주장한다. 그러나 원고의 장기기증이 사실상 장기매매로 의심된다는 사유는 위에서 본 이 사건 처분사유와 그 기본적 사실관계가 동일하다고 볼 수 없고, 실질적으로 새로운 처분사유를 추가한 것으로서 허용되지 않는다고 할 것이다. 피고의 위 주장은 이유 없다.

3. 결론

그렇다면 원고의 청구는 이유 있으므로 이를 인용하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장	판사	방창현
	판사	고영식
	판사	함현지

관계 법령

■ 장기등 이식에 관한 법률

제7조(장기등의 매매행위 등 금지)

① 누구든지 금전 또는 재산상의 이익, 그 밖의 반대급부를 주고 받거나 주고 받을 것을 약속하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.

1. 다른 사람의 장기등을 제3자에게 주거나 제3자에게 주기 위하여 받는 행위 또는 이를 약속하는 행위
2. 자신의 장기등을 다른 사람에게 주거나 다른 사람의 장기등을 자신에게 이식하기 위하여 받는 행위 또는 이를 약속하는 행위
3. 제1호 또는 제2호의 행위를 교사·알선·방조하는 행위

제10조(국립장기이식관리기관)

① 장기등의 이식에 관한 사항을 적정하게 관리하기 위하여 장기이식관리기관(이하 “국립장기이식관리기관”이라 한다)을 두되, 국립장기이식관리기관은 보건복지부 소속 기관 중에서 보건복지부령으로 정하는 기관으로 한다.

② 국립장기이식관리기관의 업무는 다음 각 호와 같다.

1. 이식대상자의 선정
2. 장기등기증희망자의 등록 및 관리, 장기등기증자 및 장기등이식대기자의 인적사항과 신체검사결과에 관한 자료의 관리
3. 제13조에 따른 장기이식등록기관, 제16조에 따른 뇌사판정기관, 제19조에 따른 뇌사판정대상자관리전문기관, 제20조에 따른 장기구득기관 및 제25조에 따른 장기이식의료기관에 대한 지도·감독
4. 장기등의 적출 및 이식에 관한 조사·연구, 정보·통계의 관리 및 홍보
5. 그 밖에 장기등의 적출 및 이식에 관하여 대통령령으로 정하는 업무

제26조(이식대상자 선정 등)

① 국립장기이식관리기관의 장은 제14조제3항에 따라 장기등기증자의 등록결과를 통보받으면 대통령령으로 정하는 장기등 이식대상자의 선정기준에 따라 장기등이식대기자 중에서 이식대상자를 선정하여야 한다. 이 경우 국립장기이식관리기관의 장은 이를 장기등기증자 또는 이식대상자가 등록된 등록기관의 장에게 알려야 하고 등록기관의 장은 선정사실을 등록된 장기등

기증자 또는 이식대상자와 그 가족·유족에게 즉시 알려야 한다.

② 제1항에도 불구하고 안구의 경우와 이식대상자의 선정을 기다리면 이식 시기를 놓칠 현저한 우려가 있는 경우 등 대통령령으로 정하는 부득이한 사유가 있으면 이식의료기관의 장이 이식대상자를 선정할 수 있다. 이 경우 이식의료기관의 장은 선정할 사유 및 선정결과를 국립장기이식관리기관의 장에게 알리고, 등록기관의 장·장기등기증자·이식대상자와 그 가족·유족에게 선정결과를 알려야 한다.

③ 제1항에도 불구하고 살아있는 사람으로서 제11조제4항에 따른 16세 이상의 장기등기증자와 20세 미만인 사람 중 골수를 기증하려는 사람은 자신의 장기등의 이식대상자를 선정할 수 있다. 이 경우 본인 또는 배우자의 가족에게 골수를 기증하려는 경우 외에는 보건복지부령으로 정하는 기준과 절차에 따라 미리 국립장기이식관리기관의 장의 승인을 받아야 한다.

④ 이식대상자 선정은 제2항 및 제3항과 제11조제4항에 해당되는 경우 외에는 제1항에 따라 국립장기이식관리기관의 이식대상자 선정절차를 거쳐야 한다.

■ 장기등 이식에 관한 법률 시행규칙

제2조(국립장기이식관리기관)

「장기등 이식에 관한 법률」(이하 “법”이라 한다) 제10조제1항에서 “보건복지부령으로 정하는 기관”이란 질병관리본부를 말한다.

제23조(이식대상자 선정 승인)

① 법 제26조제3항에 따라 자신의 장기등을 이식받을 사람(이하 “이식대상자”라 한다)을 선정하기 위하여 승인을 받으려는 사람은 별지 제19호서식의 장기등 이식대상자 선정승인 신청서에 다음 각 호의 서류를 첨부하여 국립장기이식관리기관의 장에게 제출하여야 한다.

1. 별지 제20호서식의 장기등 이식대상자 선정 사유서
 2. 장기등기증자와 이식대상자의 관계를 확인할 수 있는 서류
- ② 국립장기이식관리기관의 장은 제1항에 따라 제출된 서류에 적힌 내용의 사실 여부 등을 확인하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 제외하고는 이식대상자 선정을 승인하여야 한다.

1. 제출된 서류가 거짓으로 작성된 경우
2. 장기등기증자와 이식대상자의 관계가 명확하게 확인되지 아니하여 법 제7조에 따른 금지행위에 해당한다고 판단되는 경우

■ 이식대상자 선정 승인 절차에 관한 세부사항

제4조(제출서류 등)

① 「장기등 이식에 관한 법률 시행규칙」(이하 “시행규칙”이라 한다) 제23조 제1항에 따라 이식대상자를 선정하기 위하여 승인을 받으려는 기증자는 시행규칙 별지 제19호 서식의 장기등 이식 대상자 선정승인 신청서에 시행규칙 별지 제20호 서식의 장기등 이식대상자 선정 사유서 및 기증자와 이식대상자의 관계를 확인할 수 있는 다음 각 호 서류를 첨부하여 국립장기이식관리기관의 장에게 제출해야 하며, 다음 각 호의 서류는 승인신청일 기준 3개월 이내에 발급된 서류여야 한다. 이 경우 신청인은 편의상 장기이식등록기관을 통하여 신청서 및 서류를 제출할 수 있다.

2. 타인 지정기증 : 가족관계증명서, 혼인관계증명서, 주민등록등본, 제적등본 등 관계를 확인할 수 있는 서류, 기증자와 이식대상자 사이에 오랜 기간 직접적인 친밀한 관계와 진정성 등을 확인할 수 있는 자료, 기증자와 이식대상자 각각의 재산, 소득, 주거현황, 납세증명서, 거주지 내역 등

끝.