

조직은행에 대한 법적 검토

鄭圭原*

I. 들어가며
II. 조직은행의 현황

III. 조직은행의 법적 문제점
IV. 결론

I. 들어가며

그 동안 많은 논란을 불러 일으켰던 <장기등이식에관한법률>이 2000년 2월 9일부터 시행되어 이제 장기이식도 법적 규율의 테두리 내에서 이루어지고 있다. 하지만 <장기등이식에관한법률>은 시행 직후부터 많은 문제점들을 노출하였으며 현재 개정을 위한 검토가 이루어지고 있다.

<장기등이식에관한법률> 제3조는 이 법이 규율하는 대상을 “가. 신장·간장·췌장·심장·폐, 나. 골수·각막, 다. 사람의 기관 또는 조직중 다른 사람의 장기등의 기능회복을 위하여 적출하여 이식될 수 있는 것으로서 대통령령이 정하는 것”으로 규정하고 있다. <장기등이식에관한법률>은 통상 조직으로 분류되고 있는 골수와 각막을 그 규율 대상으로 하고 있으며 또한 동법 제3조 제1호 다목이 규정하고 있는 기타 대통령령으로 정하는 장기 및 조직의 범위가 구체화되어 있지 아니하다는 점에서 규율 대상과 관련하여 많은 논란을 불러일으키고 있다.

조직이라 함은 뼈, 연골, 건, 피부, 인대, 심장판막, 혈관, 근막 등을 총칭하는 개념으로서 장기와는 약간 다른 특성을 가지고 있다. 먼저 조직은 장기와는 달리 독립적인 생명력을 가지고 있지 않은 신체를 구성하는 요소이다. 그리고 이식과 관련해서는 면역학적 거부반응의 빈도가 장기의

* 한양대학교 법과대학 교수

경우에 비하여 현저히 낮으며 특별한 처리과정을 통하여 면역학적 거부 반응을 회피하기가 장기의 경우보다는 수월하다. 또한 한 사람의 기증자로부터 한 사람 또는 소수의 수혜자에게로 이식되는 장기의 경우와는 달리, 조직의 경우에는 한 사람의 기증자로부터 불특정 다수의 수혜자에게로의 이식이 가능하다. 따라서 기증자의 불특정성 내지는 익명성이 장기의 경우에 비하여 월등히 높다고 할 것이다. 네 번째로 조직은 장기에 비하여 사후 채취할 수 있는 기간이 더 길고 특정한 처리를 통하여 상품화할 수 있는 가능성이 크다는 점에 그 특징이 있다. 나아가 장기에 비하여 조직은 이식이 좀 더 은밀하게 이루어질 가능성이 크다. 마지막으로 장기 이식의 경우에는 거의 대부분이 생명의 유지 여부와 직접적으로 관련된 상황에서 이루어지는 경우가 많지만 조직 이식의 경우에는 생명과 직접적 연관성을 가지지 않는 상황에서 행하여지는 경우가 많다는 점에서 그 특징을 찾을 수 있을 것이다. 이상과 같은 조직의 특성들을 고려할 때 조직은 장기에 비하여 미리 처리·보관하였다가 필요한 때에 사용하는 소위 은행 형태로의 운영이 수월하며 또한 이미 많은 조직은행이 운영되고 있는 국외뿐만 아니라 국내에서도 실질적으로 조직은행을 운영되고 있으며 또한 조직은행을 운영하려는 시도가 계속되고 있다.

미국 등 외국에서는 이미 오래 전부터 조직이식이 임상에서 이루어져 왔으며, 그와 같은 상황은 우리나라도 예외는 아니다. 하지만 조직이식 및 조직은행의 운영에 대하여 자율적 규율 내지는 법적 장치에 의한 규율을 하고 있는 외국의 경우와는 달리 우리나라의 경우에는 법적 장치뿐만 아니라 자율적 규율장치도 전무하다고 하여도 과언이 아닐 것이다.¹⁾ 현재 우리나라의 경우에는 국내에서 기증되는 조직을 처리·보관·이식하기보다는 외국에서 수입된 조직을 이식하는 형태로 조직이식이 이루어지고 있는 것으로 보인다. 하지만 조직의 수입을 규율할 수 있는 국내의

1) 대한정형외과학회 및 골·연부 조직 이식학회에서 2000년 12월 “근·골 조직이식 윤리 강령” 및 “조직은행 운영지침”을 제정하였으나 그 준수 여부는 미지수라고 한다(강용구, “국내 뼈 은행의 현황 및 바람직한 운영방안”, 대한의사협회지 제44권 제11호, 2001. 11. 1175면.).

법적 방안은 거의 없는 상황이며, 이에 따라 검증되지 아니한 조직의 무분별한 수입과 정도관리(quality control)가 이루어지지 않은 상황에서 이루어지고 있는 조직이식은 여러 가지 중대한 위험을 야기할 가능성이 있다. 이하에서는 먼저 국내 조직이식과 조직은행의 현황을 살펴본 후 이에 대한 법적 문제점을 검토하고 앞으로의 법적 규율 방안에 대하여 논의하기로 하겠다.

II. 조직은행의 현황

장기이식은 현대 의학에서는 이미 확립된 치료기술로 인정을 받고 있다. 1950년대 초 미국에서 신장이식수술이 행하여진 이래,²⁾ 1970년대 이후에는 면역억제제의 발달, 특히 1980년대 중반의 cyclosporine의 개발에 힘입어³⁾ 현재에는 몇몇 장기의 경우에는 통상적인 치료방법으로 인식되기에 이르렀으며, 대부분의 장기가 이식의 대상으로 검토되고 있는 실정이다. 또한 최근에는 인공장기의 개발뿐만 아니라⁴⁾ 줄기세포(Stem cell)를 이용하여 장기를 생산하는 기술도 개발 중에 있다고 알려져 있다. 국내의 경우에도 1969년 살아있는 사람으로부터의 신장이식을 성공한 이래 장기이식술이 발전을 거듭하여 현재에는 장기이식술이 일반적인 의료기술로 인정받고 있다. 법적 규율의 측면에서도 1999년 2월 8일에 <장기등이식에 관한법률>이 제정되고 1999년 9월 7일에 일차 개정을 거쳐 2000년 2월 9일부터 시행되고 있다.

<장기등이식에관한법률>은 그 규율 대상을 신장·간장·췌장·심장·폐와 골수·각막을 규정하고 있으며(동법 제3조 제1호 가목, 나목), 나아가 “사람의 기관 또는 조직중 다른 사람의 장기등의 기능회복을 위하여

2) 이에 대한 자세한 내용은 J. Nelson & Rohricht, Human Medicine 177(1984)를 참조하기 바란다.

3) American College of Legal Medicine Textbook Committee, Legal Medicine, 4th ed., 1998, p. 323.

4) 인공장기의 개발과 이용에 대한 자세한 내용은 민병구·조영호, “인공장기의 현황 - 장기이식의 대처 가능성에 대하여”, 대한법의학회 제23권 제2호, 1999. 10, 162-178면을 참조하기 바란다.

적출하여 이식될 수 있는 것으로서 대통령령으로 정하는 것”(동법 제3조 제1호 다목)이라는 규정을 두고 있다. 따라서 <장기등이식에관한법률>은 장기뿐만 아니라 조직의 경우에도 원칙적으로 그 규율의 대상이 될 수 있다는 태도를 보이고 있다. 하지만 <장기등이식에관한시행령>은 어떠한 조직이 다른 사람을 위하여 적출하여 이식될 수 있는 조직인지에 대한 규정을 두고 있지 않아, 피부나 뼈, 치아와 같은 경우에 동 법률에 의하여 규율될 수 있는지 여부가 불분명한 상태이다.

현재 우리나라의 경우에도 외국의 경우와 마찬가지로 조직이식이 이루어지고 있다. 조직이식이 가장 많이 이루어지는 분야는 정형외과, 흉부외과, 성형외과 등이며, 정형외과의 경우에는 시술의사가 환자에게서 적출한 뼈를 처리하여 보관하였다가 다른 환자에게 이식을 하는 경우가 많다고 하며,⁵⁾ 흉부외과의 경우에는 심장이식시에 적출된 심장판막을 보관하였다가 다른 환자에게 이식한다고 한다. 또한 성형외과의 경우에도 적출된 피부나 인대 등을 다른 환자에게 이식하는 방법으로 조직이식을 시행하고 있다.⁶⁾ 하지만 다른 나라의 경우와 마찬가지로 조직의 수요에 비하여 공급은 매우 적은 편이며, 따라서 1980년대 초반부터는 외국에서 조직이식제가 수입되어 국내에서 사용되고 있다. 현재는 오히려 수입된 이식

5) 강용구, 전제논문, 1172면.

6) 또한 수술 시 적출한 조직들이 학술적 연구의 목적으로 처리·보관되는 경우도 많이 있다. 하지만 이 경우에 피적출 환자가 자신 신체로부터 적출된 조직이 학술적 용도로 사용되고 있다는 사실을 인식하고 있는지는 불분명하다. <보건의료기본법> 제12조는 “의학적 연구대상 여부”에 대한 경우에도 보건의료인의 충분한 설명을 들은 후 동의 여부를 결정할 권리를 가진다고 규정하고 있으며, <시체해부및보존에관한법률> 제16조 제1항은 “의과대학장, 의료법 제3조 제3항의 규정에 의한 종합병원장 및 기타 의학 연구에 관한 연구기관의 장은 의학의 교육 또는 연구를 위하여 시체의 전부 또는 일부를 표본으로 보존하고자 하는 때에는 그 유족의 승낙을 받아야 한다. 다만, 인수자가 없거나 유족의 주소가 불명인 때에는 그러하지 아니하다”라고 하여 학술적 혹은 교육적 목적의 표본을 만드는 경우에도 원칙적으로 동의를 받도록 하고 있다. 또한 동법 제16조 제2항은 그 승낙을 서면에 의하여 받도록 하고 있다. 따라서 학술적 목적이나 교육적 목적으로 조직을 처리·보관하는 경우에도 원칙적으로 본인 내지는 유족의 동의를 받아야 하며 이를 위반하는 행위는 불법적 행위가 되는 것이다. 그러므로 유효한 동의를 흠결된 상태에서 시체로부터 적출하여 표본을 만드는 행위는 <시체해부및보존에관한법률> 제19조 제1호에 의한 처벌을 받게될 것이다. 특히 유효한 동의를 얻지 않고 만들어진 표본이 매매되는 경우에는 불법매매 행위가 될 것이다.

용 조직이 국내이식시장을 거의 장악하고 있으며 그 가격도 상당하다고 한다.⁷⁾ 현재 동종재료(골 수술이나 무릎 수술 등에 사용되는 골, 건, 뇌막, 근막, 이소골 등)의 국내 수입은 6개 업체에 의하여 이루어지고 있다고 한다.⁸⁾ 1986년부터는 보건복지부도 이들 중 일부에 대하여 보험급여를 실시하고 있다. 또한 동종골에 대해서는 상한가 품목에 포함시켜 급여를 지급하고 있으며, 연간 관련요양급여총액이 50억 원에 이른다고 한다.⁹⁾

이식용 조직의 수요가 증가함에 따라 조직은행을 운영하려는 시도들이 나타나게 되었고, 국내에서도 조직은행을 설립하여 운영하려는 기관들이 점차 늘어나게 되었다. 골은행의 경우에는 1971년 카톨릭 의과대학교 정형외과교실에서 최초로 골은행을 설립하여 운영하기 시작하였으며, 현재 90여 개의 수련병원 중에서 56개 병원이 골은행을 운영 중이다. 그러나 동종골 이식 후에도 동종골의 처리, 보관에 따른 비용 청구를 하지 못하기 때문에 약 40%의 병원에서는 수입 동종골을 선호한다고 한다.¹⁰⁾ 조직은행이라는 이름은 사용하지 않았지만 이미 대학병원 등 대형병원에서는 자체적으로 조직을 보관하였다가 수술에 사용하는 경우가 존재하고 있었으며, 현재 한국피부조직은행, 한국조직은행 등 몇몇 단체들이 조직은행 사업을 시작하였다. 또한 사랑의장기기증운동본부에서도 조만간 조직은행을 운영할 계획을 가지고 있다고 한다. 하지만 아직도 조직 공급의 대다수는 수입에 의존하는 형편이라고 한다.

현재 이루어지고 있는 조직이식과 조직은행은 몇 가지 점에서 문제를 노출하고 있다. 먼저 조직이식의 경우에도 여타의 이식의 경우와 마찬가지로 사람의 신체로부터 적출된 신체의 일부인 조직을 또 다른 사람에게 이식하는 것이기 때문에 피적출자가 조직 기증에 적합한 사람인가, 그리고 질환의 전이 가능성은 없는가 등 조직의 안전성 여부가 검토되어야

7) 예를 들어 뼈가루 15cc에 40만원, 인대 300만원, 건 500만원 등이라고 한다(엄인웅, “조직은행의 운영에 관한 법률적, 의료적 문제점”, 2면).

8) 보건복지부회의 자료, 2001. 2. 27.

9) 보건복지부 회의자료, 2001. 2. 27.

10) 보건복지부 회의자료, 2001. 2. 27.

할 것이다. 현재 실제로 이루어지고 있는 조직이식의 현황을 고려할 때 피적출자의 의학적 기록이 남아있는 경우는 많지 않을 것으로 생각되며, 설령¹¹⁾ 그와 같은 기록이 남아있다고 할지라도 이식 시 전염성 질환의 감염 여부, 암의 이환 여부 등 조직의 안전성에 대한 고려가 적극적으로 이루어지고 있는 것 같지는 않다.¹²⁾ 특히 수입된 이식용 조직의 경우에는 이와 같은 문제가 더 심각할 것으로 생각된다. 현재 수입되어 국내에서 이용되고 있는 조직은 연간 500억 상당으로 추정되고 있는데,¹³⁾ 어떠한 경로를 통하여 어떠한 조직이 수입되고 있는지가 투명하게 밝혀지고 있지 않은 것으로 생각된다.¹⁴⁾ 또한 조직을 처리하고 보관하는 시설에 대한 안전성 확보도 보장되지 않은 상태이기 때문에 설령 적절한 조직이 채취되었다고 할지라도 그에 대한 처리와 보관에서 감염이나 손상 등의 문제가 발생할 수도 있을 것으로 생각된다.

둘째, 병원에서 자체적으로 운영하는 조직은행의 경우에는 시술의사가 조직 적출자와 조직이식자의 병력을 인지하고 있기 때문에 의학적 위험성은 적을 가능성이 있겠으나, 피적출자가 자신의 조직이 다른 사람에게 이식된다는 사실을 모르고 있을 가능성이 크므로 개인의 자기결정권을

11) 한편 보관 중인 동종이식에 대한 장부기록을 84%에서 보관하고 있다는 보고도 있다 (강용구, 전제논문, 1172면).

12) 가령 후천성면역결핍증에 이환된 환자의 조직이나 전이 가능한 암에 이환된 환자의 조직 같은 경우에는 비록 조직은행에 보관하기 위하여 조직을 처리한다고 하여도 이식용으로 적합하지 못하다고 생각된다.

13) 엄인웅, 전제논문, 4면.

14) 보건복지부의 견해에 의하면 수입 조직의 경우 안전성에 대한 철저한 검증을 거친 재료가 수입되고 있다고 한다(보건복지부 회의자료, 2001. 2. 26.). 하지만 외국에서도 수요에 비하여 조직의 공급이 부족한 점을 감안할 때 과연 우리나라에 수입되는 조직이 안전한 것인지에 대해서는 의문이 있다고 생각된다. 특히 현재 이식용 조직은 의약품이나 의료기기로 분류되어 관리되고 있지 않기 때문에 수입 시에 특별한 통제를 받지 않는 것으로 생각된다. 식품의약품안전청의 견해에 의하면 현재 이식용으로 사용되는 조직은 물리화학적으로 처리한 물품이므로 <장기등이식에관한법률>에서 말하는 조직에 해당하지 아니하고(각막과 골수는 동법의 적용을 받는다.), 조직은 세포의 집합체이지 기구·기계 또는 장치가 아니므로 약사법에서 규율하고 있는 의료용구로 보기도 어려우며, 조직채취·저장 등 물리화학적 처리를 제조과정이라기보다는 환자의 조직이식의 전처리로 볼 때 약사법의 적용이 곤란하다고 하고 있다(식품의약품안전청, 의견조회회신, 2001. 2. 9.).

침해할 가능성은 여전히 존재한다고 할 것이다. 또한 이식을 받는 환자의 입장에서 자기에게 이식되는 조직이 누구로부터 적출된 조직이며, 어떠한 경로를 통하여 자기에게 이식되는지에 대한 정보를 가지고 있지 못한 경우가 통상적일 것이라고 생각된다. 따라서 현재 병원에서 자체적으로 운영되고 있는 조직은행의 경우에도 안전성에서는 여타의 경우보다 좀 더 신뢰할만하다고 할 수 있을지 모르나 피적출자 및 이식자의 의사를 고려하지 않는다는 점에서는 문제가 있다고 생각된다. 이와 같은 자기결정권 침해의 문제는 사체에서 조직을 획득하는 경우에도 동일하게 발생할 수 있다. 조직 기증의 의사를 생전에 표시한 사체에서 조직을 획득하는 행위는 사자의 의사에 기인한 것이므로 자기결정권을 침해하지 않는 행위일 수 있겠으나, 사자가 생전에 아무런 의사 표시도 하지 아니한 경우 유족의 의사에 의하여 조직을 기증하는 경우에는 사자의 자기결정권을 침해할 수도 있는 상황이 벌어질 수 있다.

세 번째, 살아있는 사람으로부터의 조직 채취의 경우에도 동일 의사가 한 환자로부터 조직을 채취한 후 다른 환자에게 이식하는 경우에는 더 많은 조직을 채취하기 위한 행위를 할 가능성이 있다. 따라서 병원 단위에서 조직이식을 시행하는 경우에도 조직을 채취하는 의사와 조직을 이식하는 의사의 분리할 필요성이 있다고 생각된다.

네 번째, 현재와 같이 민간에 의하여 조직의 채취와 분배가 이루어지는 경우에는 분배의 공정성을 확보하는 데에 어려움이 따를 수 있을 것이다. 즉, 정해진 순서에 의하여 조직의 분배가 이루어지는 것이 아니라 경제력이나 의료진과의 친소관계 등 공정성을 위배하는 다른 요소들에 의하여 이식의 순위가 결정될 가능성이 있다. 따라서 조직의 채취 및 분배에 있어서 투명성을 확보할 방안을 마련할 필요성이 있다고 생각된다.

다섯 번째, 조직의 확보에서부터 이식절차까지의 모든 단계가 투명하게 이루어지지 않는 상태에서 원치 않는 결과가 발생할 경우 그 결과에 대한 책임을 누구에게 귀속시켜야 하는가 하는 문제가 분명치 않게 될 우려가 있다. 즉 조직 자체의 문제인지, 보관 및 유통과정에서 문제인지, 의료진의 과실인지 여부를 분명히 밝혀낼 만한 증거가 확보되지 않는다면

분쟁이 발생할 경우 그에 대한 해결이 어렵게 될 것이다. 따라서 조직의 획득에서부터 이식의 완료까지의 모든 절차를 투명화할 필요성이 있다.

여섯 번째, 조직의 채취는 이식용으로 정당화되는바, 치료 목적으로 획득되어진 조직을 순수한 미용 목적의 수술 등 질병의 치료와는 직접적인 관련이 없는 목적으로 사용하는 경우가 발생할 수 있을 것이다. 즉 기증된 조직이 치료적 목적이 아닌 순수한 미용적 목적으로 사용되는 경우 이를 허용할 것인가가 문제될 수 있는 것이다. 미국의 경우에는 최근 이와 같은 문제를 규율하고자 하는 움직임이 있을 정도로 조직의 미용 목적 사용이 증가하고 있으며, 우리나라의 경우에도 상당량의 조직이 미용 목적으로 사용될 가능성이 있다고 생각된다. 이는 조직 기증자의 의사와는 다른 목적으로 기증된 조직이 사용되는 것이므로 여러 가지 윤리적·법적 문제를 야기할 수 있을 것이다.¹⁵⁾

일곱 번째, 조직이식이 치료적 목적 때문에 정당화된다고 할 경우 조직 이식술은 결국 의료행위의 일종으로 파악되어야 할 것이다. 현행 의료법에 의하면 의료행위는 “의료인이 행하는 의료·조산·간호 등의 의료기술의 시행”(의료법 제12조 제1항)이라고 정의되고 있으며, 의료인이란 “보건복지부장관의 면허를 받은 의사·치과의사·한의사·조산사 및 간호사”(의료법 제2조 제1항)를 말한다.¹⁶⁾ 따라서 조직이식을 의료행위라고 볼 경우 조직이식은 누구나 할 수 있는 것이 아니고 의료법에 규정된 의료인이 행할 수 있는 것이다. 그런데 문제는 조직은행을 운영하는 것도 의료행위인가 하는 점일 것이다. 조직은행의 운영은 원칙적으로 의료적 목적에서 조직을 처리·보관할 목적으로 행하여지는 것이고 처리·보관된 조직이 종국적으로는 사람의 신체에 이식한다는 점에서 의료행위와

15) 성형외과 영역에서의 조직은행 운영 실상에 대해서는 김석화, “성형외과 영역에서의 조직은행 운영 실상 및 운영방안 제언”, 대한의사협회지 제44권 제11호, 2001. 11. 1192-1195면을 참조하기 바란다.

16) 대법원은 “의료행위라 함은 질병의 예방과 치료행위뿐만 아니라 의학적 전문지식이 있는 의료인이 행하지 아니하면 사람의 생명, 신체나 공중위생에 위해를 발생시킬 우려가 있는 행위를 포함한다”(대판 1994. 5. 10. 93도2544)라고 판시하고 있다. 의료행위의 의미에 대한 좀 더 자세한 논의는 정규원, 피해자의 승낙에 대한 연구, 서울대학교 대학원 법학과(박사), 1999. 94-98면을 참조하기 바란다.

밀접하게 연계된 행위임에는 의문의 여지가 없다고 생각된다. 하지만 조직을 적출하고 이식하는 것은 의료행위로 파악할 수 있겠지만, 조직은행을 운영하는 것 자체가 곧 의료행위라고 보기는 어려울 것이다. 그럼에도 불구하고 조직은행의 운영 결과는 사람의 신체와 생명에 직접적인 영향을 미치는 것이므로 조직은행의 운영을 누구에게나 개방할 것이 아니라 특정한 자격을 가진 사람으로 한정할 필요는 있을 것이다.

여덟 번째, 현재 우리나라에서도 실질적으로는 많은 조직은행이 운영되고 있는데 이와 같은 조직은행이 영리적 목적으로 운영될 수 있는가 하는 점도 검토가 필요한 부분이라고 생각된다.¹⁷⁾ 특히 수입업체의 경우에는 명백히 조직을 영리적 목적으로 이용하는 것이기 때문에 이에 대한 규율을 어떻게 할 것인가의 문제가 대두되게 된다. 조직이식이 이타주의적 관점에서 합리화되고 또한 원칙적으로 대부분의 조직이 기증에 의하여 획득된다는 점을 고려할 때 영리적 목적으로 사람의 신체로부터 획득된 조직을 이용하는 것은 상당한 윤리적 논란을 불러일으킬 것으로 생각된다.

현재 우리나라에서는 통일적인 규율절차가 없는 상태에서 조직이식과 조직은행의 운영이 행하여지고 있다. 게다가 국내에서 획득된 조직뿐만 아니라 상당량의 수입 조직이 특별한 절차를 거치지 않은 채 유통되고 있는 실정이다. 이러한 상황은 의료적 관점에서나 윤리적 관점에서나 상당히 우려할만한 상황이라고 생각된다. 특히 사람 신체의 상품화와 연계될 경우에는 상당한 사회적 부작용을 야기할 수도 있을 것이다.¹⁸⁾ 또한

17) 한국피부조직은행이나 한국조직은행 등 현재 알려져 있는 대부분의 조직은행들은 비영리 목적을 표방하고 있으나 그 실질을 파악할 만한 자료는 존재하지 않는다.

18) 사람의 신체를 상품화할 경우 인간 신체에서 얻을 수 있는 장기 및 조직의 품목에 대한 설명은 앤드류 김블레/김동광·과학세대웁김, 휴먼 보디숍, 김영사, 1995, 48-49면을 참조하기 바란다. 현행 <장기등이식에관한법률>은 장기의 매매를 금지하고 있다. 따라서 적어도 법적 차원에서는 장기가 매매될 수는 없을 것이다. 하지만 현실이 법과 일치하는가는 다른 문제이다. 특히 장기의 공급이 수요에 비하여 현저히 낮은 현실을 감안할 때 비록 형식적으로는 자유로운 의사에 의한 기증이라고 보일지라도 실질적으로는 경제적 목적이 개입된 매매인 경우가 존재할 것으로 생각된다. 조직의 경우에는 장기에 비하여 획득과 이식이 훨씬 용이하다는 점에서 매매의 가능성이 장기보다 월등히 크다고 할 것이다.

절차의 투명성이 확보되지 않음으로써 정도관리도 이루어지지 않는 것도 문제이다. 전문적 영역에 관한 규율은 원칙적으로 전문가들의 자율적 규율에 맡기는 것이 바람직하다고 생각된다.¹⁹⁾ 하지만 전문가들의 자율적 규율이 한계에 부딪치는 경우에는 법적 규율이 개입되게 된다. 조직은행의 경우 우리나라에서는 아직 자율적 규율도 실질적으로는 존재하지 않는 것으로 생각된다.²⁰⁾ 따라서 조직은행에 대한 법적 규율의 필요성이 인정된다고 생각되며 이하에서는 먼저 현행 법체계 하에서 조직이식과 조직은행이 규율될 수 있는 방안들을 살펴보고 이어서 법적 규율이 함결되어 있는 부분에 대한 입법론적 제안을 하기로 하겠다.

Ⅲ. 조직은행의 법적 문제점

현행 <장기등이식에관한법률>은 골수와 각막을 제외한 조직들에 대해서는 규율 대상으로 규정하고 있지 않다. 따라서 현재의 상태에서는 골수와 각막을 제외한 조직의 기증과 이식은 <장기등이식에관한법률>이 아닌 <형법>, <의료법>, <시체해부및보존에관한법률> 등 여타의 법에 의하여 규율되는가 여부를 살펴보아야 할 것이다.

의료행위의 일환으로 이루어지는 조직이식의 경우에는 합법적인 의료행위라고 인정되는 한 법적 제재의 대상이 되지 아니할 것이다. 합법적

19) 특히 전문적 영역을 형법적 제재 수단을 통하여 규율하려는 시도는 형법의 보충성 내지 최후 수단성에 비추어 바람직하지 않으며, 현실적으로도 법률가들이 전문 영역에 대한 지식이 부족한 경우가 많으므로 적절하게 규율할 가능성이 떨어진다고 생각된다. 법적 판단이 규범적 판단이라고 할 경우 규범이란 어떤 대상에 대한 가치 판단인바, 대상에 대한 정확한 지식 - 완벽한 지식이 아니라 - 을 전제하지 않고는 가치 판단을 할 수 없으므로 타당한 규범적 판단도 이루어질 수 없다고 생각된다.

20) 각각의 조직은행들은 나름대로 지침을 만들어 놓고 그에 따라 조직은행을 운영하고 있다고 주장하고 있으나, 지침의 준수 여부를 객관적으로 확인할 수도 없으며, 제3자에 의한 준수 여부의 확인 절차도 이루어지지 않고 있다. 또한 한국조직은행연합회라는 기구가 자율적 규율을 표방하고는 있으나 아직 그 활동 효과가 불분명한 상태이다. 미국의 경우 자율적 규율에 맡겨 오던 그 동안의 규율 형태로부터 FDA에 의한 규제를 골격으로 하는 법적 규율 형태로 옮겨가는 상황은 조직은행의 경우 자율적 규율만으로는 충분한 효과를 얻을 수 없다는 사실을 추정케 한다고 생각된다.

의료행위이라고 인정되기 위한 요건으로는 먼저 그 의료행위가 의료법칙에 합치하는 행위이어야 하고, 환자의 승낙에 의하여 이루어진 의료행위이어야 한다.²¹⁾ 따라서 조직이식이 의학적으로 필요하다고 인정되는 경우이고 환자가 자신의 신체에 조직을 이식하는 것에 대한 유효한 승낙을 한 경우에는 합법적 의료행위로서 법적 제재를 받지 않는다. 그러나 조직을 기증하는 자로부터 조직을 적출하는 행위를 어떻게 파악하여야 할 것인가에 대하여는 다른 논의를 필요로 한다. 왜냐하면 조직 기증자로부터 조직을 적출하는 행위를 기증자의 측에서도 의료적 목적으로 신체에 대한 침해를 하는 것으로 파악할 수 있는가 하는 점이 문제되기 때문이다. 기증자의 측에서는 의료적 혜택을 받기보다는 자신의 신체에 대한 침해를 받는 것이기 때문에 통상적으로 의료행위라고 파악하기 어렵다고 볼 수도 있을 것이다. 하지만 기증자가 환자를 치료할 목적으로 자신의 신체에 대한 침해를 용인한다는 점을 고려할 때 의료행위의 개념을 좀 더 넓게 파악하여 환자 자신뿐만 아니라 조직 기증자에 대한 침해행위도 의료행위로 파악할 여지가 있다고 생각된다.²²⁾ 따라서 기증자의 조직 기증의 의사가 분명하고 의료적 목적을 가지고 의료법칙에 합치한 행위로 조직이 적출된다면 일단 그 행위는 법적으로 정당한 행위라고 파악될 여지가 있다. 조직의 적출은 장기의 적출의 경우와 마찬가지로 살아있는 사람으

21) 2000년 1월 12일 제정된 <보건의료기본법> 제12조는 “모든 국민은 보건의료인으로부터 자신의 질병에 대한 치료방법, 의학적 연구대상 여부, 장기이식 여부 등에 관하여 충분한 설명을 들은 후 이에 관한 동의 여부를 결정할 권리를 가진다”라고 하여 보건의료 서비스에 관한 자기결정권을 명시적으로 규정하고 있다. 한편 법적으로 정당화되는 의료행위의 유형에 대한 자세한 논의는 정규원, 전제논문, 113-116면을 참조하기 바란다.

22) 그러나 이러한 이론적 구성은 의료행위를 지나치게 넓게 인정하는 문제가 있다. 장기이식의 경우에는 <장기등이식에관한법률>에 의하여 장기 기증이 정당화되므로 기증자에 대한 침해행위를 의료행위로 파악하지 아니하더라도 형법 제20조가 규정하고 있는 “법령에 의한 행위”로 정당화될 수 있을 것이다. <장기등이식에관한법률> 제2조 제2항은 “장기등을 기증하고자 하는 자가 자신의 장기등의 기증에 관하여 표시한 의사는 존중되어야 한다. 이 경우 장기등을 기증하고자 하는 자의 의사는 자발적인 것이어야 한다”라고 규정하여 자발적 의사에 의한 장기기증은 법적으로 허용됨을 명시적으로 규정하고 있다. 나아가 동법 제11조는 장기 등의 기증에 관한 동의에 대한 규정을 두고 있다. 조직 기증의 경우에도 궁극적으로는 법률의 규정에 의하여 해결할 필요가 있을 것으로 생각된다.

로부터의 조직 적출과 사자로부터의 조직적출, 그리고 뇌사자로부터의 조직적출로 나누어 파악할 수 있을 것이다.²³⁾

먼저 살아있는 자로부터 조직을 적출하는 행위를 의료행위라고 평가할 수 있는 한 기증자의 조직 적출에 대한 유효한 승낙에 기하여 조직을 적출하는 행위는 정당화될 여지가 있다. 즉 기증자가 유효한 승낙을 한 경우²⁴⁾에는 조직을 이식받는 자를 치료할 목적으로 의료법칙에 합당하게 조직을 적출한 경우에는 합법적 행위가 될 여지가 있다. 조직을 적출하기 위하여 기증자의 신체를 침해하는 행위는 원칙적으로 형법 제257조 제1항의 상해죄의 구성요건에 해당하는 행위이다. 또한 조직을 적출하던 중 기증자가 사망한 경우에는 형법 제259조 제1항의 상해치사에 해당할 수도 있을 것이다. 하지만 위에 적시한 요건을 갖춘 조직 적출행위는 형법 제257조나 제259조 등에 의하여 처벌을 받지 않는 행위가 되는 것이다.²⁵⁾

사체로부터의 조직 적출행위는 사자의 동의가 있었는가 여부에 따라 법적 평가가 달라질 수 있을 것이다. 먼저 사자가 사망하기 이전에 조직 기증의 의사표시를 명시적으로 한 경우에는 사체로부터의 조직 적출행위는 법적으로 허용된다고 보아야 할 것으로 생각된다. 신체에 대한 자기결정권은 원칙적으로 살아있는 사람이 보유하는 것이고 사망한 자는 자신의 사체의 처분에 대한 자기결정권을 보유할 수 없지만, 사망한 자가 생존시에 한 자신의 신체에 대한 결정은 사망 후 자신의 신체에 대한 처분 행위에도 지속되고 있다고 보아야 할 것이다.²⁶⁾ 따라서 생전에 자신의 조

23) 뇌사자의 경우에는 <장기등이식에관한법률> 제17조가 “뇌사자가 이 법에 의한 장기등의 적출로 사망한 때에는 사망의 원인이 된 질병 또는 행위로 인하여 사망한 것으로 본다”라고 하여 뇌사자를 장기이식의 목적에 한하여 사망자와 동일하게 취급하고 있다. 이하에서는 사자의 개념 속에 뇌사자를 포함하여 논의하도록 하겠다.

24) 유효한 승낙의 요건에 대해서는 정규원, 전제논문, 52-92면을 참조하기 바란다.

25) 의료행위가 상해죄로 처벌되지 않는 이론적 근거에 대해서는 많은 논의가 있다. 즉 의료행위는 건강을 증진시키는 행위이므로 상해행위에 해당하지 않는다는 견해와 피해자의 승낙에 해당하거나 정당행위에 해당한다는 것을 근거로 위법성이 조각된다는 견해 등이 주장되고 있다. 필자는 의료행위를 유형화하여 형법적 판단을 하는 견해를 취하고 있다. 이에 의하면 의료법칙에 해당하고 유효한 승낙에 의한 의료행위는 이미 상해죄의 구성요건에 해당하지 않는 행위이다. 이에 대한 자세한 논의는 정규원, 전제논문, 99-116면을 참조하기 바란다.

26) 이와 비슷한 견해는 Arthur L. Caplan, “Organ and tissue transplantations: Ethical and legal issues”, in: Warren Thomas Reich(ed.), *Encyclopedia of Bioethics*, 1995, p. 1889.

직을 기증하는 것에 대하여 유효한 의사표시가 있었던 경우²⁷⁾에는 사체로부터 조직을 적출하는 행위는 적법한 행위라고 생각된다.²⁸⁾

두 번째로 사자가 생전에 조직의 기증에 대한 명시적인 의사표시가 없는 경우 조직을 적출할 수 있는가의 문제가 있다. 이 경우 사자가 생전에 명시적으로 조직의 기증을 거부한 경우에는 조직을 적출할 수 없음은 당연하다고 할 것이다. 하지만 사자가 조직의 기증에 관하여 아무런 의사도 표시하지 않은 경우 유족이 조직의 기증에 동의하여 조직을 적출할 수 있겠는가는 두 가지의 경우로 구별하여 살펴보아야 할 것으로 생각된다.²⁹⁾ 먼저 사자의 의사를 추정할 수 있는 경우가 있을 수 있을 것이다. 즉 추정적 승낙의 법리에 의하여 조직의 적출이 정당화될 수 있는 경우가 있다. 추정적 승낙이란 “피해자의 승낙이 없거나 피해자 또는 그 대리인이 부재중이거나 의식이 없어 필요한 때에 승낙을 받을 수 없지만 모

27) 이러한 경우 그 의사표시의 확실성을 담보하기 위하여 문서에 의한 조직 기증의 의사 표시를 하도록 하는 것이 타당할 것이다. 미국의 Anatomical Gift Act는 donor-card를 사용하고 있으며 우리나라의 <장기등이식에관한법률>도 “본인이 서명한 문서에 의한 동의 또는 민법의 유언에 관한 규정에 의한 유언의 방식에 의한 동의”(동법 제11조 제1항 제1호)에 의하여 장기 등의 기증에 대한 동의를 의사표시를 하도록 하고 있다.

28) 다만 이 경우 유족의 반대 의사가 없어야 하는가에 대하여는 좀 더 논의를 필요로 한다. 원래 신체에 대한 자기결정권은 일신전속적인 권리로서 본인만이 행사할 수 있는 권리이다(자기결정권의 이념적·헌법적 근거에 대한 보다 자세한 논의는 정규원, 전제 논문, 5-38면을 참조하기 바란다.). 따라서 본인이 자신의 사체의 처분에 대한 결정을 한 경우 이로써 조직 적출행위는 합법적이라고 할 수도 있다. 하지만 유족의 사자에 대한 감정을 고려할 때 유족이 조직 적출에 반대하지 않을 것을 적법한 조직 적출의 요건으로 할 수도 있을 것이라고 생각된다. <장기등이식에관한법률>은 “그 가족 또는 유족이 장기등의 적출을 명시적으로 거부하는 경우”(동법 제18조 제2항 제1호 단서)에는 장기등을 적출할 수 없도록 하고 있다. 현행 <장기등이식에관한법률>이 그 규율 대상으로 조직의 일종인 각막과 골수를 규정하고 있음을 생각할 때 여타의 조직 적출의 경우에도 사자의 사체로부터의 조직 적출에 대하여 유족의 반대 의사가 없음을 요건으로 하여야 할 것으로 생각된다.

29) <장기등이식에관한법률>은 “본인이 뇌사 또는 사망전에 장기등 적출에 동의 또는 반대하였다는 사실이 확인되지 아니한 경우로서 그 가족 또는 유족이 장기등의 적출에 동의한 경우”(동법 제18조 제2항 제2호 본문)에는 장기 등을 적출할 수 있도록 하고 있다. 하지만 이 규정은 사자 본인의 사체의 처분에 대한 자기결정권을 무시할 우려가 있는 규정이라고 생각된다. 또한 경제적인 이유에 의하여 유족이 사자의 사체를 처분할 가능성도 있으므로 사자 본인의 장기 등의 기증 의사를 확인할 수 있거나 적어도 추정 가능한 경우에 한하여 장기 등의 적출이 유효하다고 보아야 할 것이다.

든 사정을 객관적으로 판단하면 승낙이 확실히 기대될 수 있는 경우”³⁰⁾를 의미한다.³¹⁾ 따라서 비록 사자가 생전에 조직 기증 여부에 대한 명확한 의사표시를 한 적이 없다고 할지라도 여러 가지 사정을 객관적으로 판단하여 볼 때 사자가 조직을 기증하는 것에 동의했으리라는 사실이 확인될 수 있다면 추정적 승낙의 법리에 의하여 조직 적출이 정당화될 수 있을 것이다. 다만 이 경우 사자의 의사를 어떻게 추정할 수 있는가의 문제가 여전히 남아 있게 된다. 사자가 조직 기증에 승낙할 것인가의 여부를 추정하는 가장 중요한 자료는 생전에 사자가 보유하고 있었던 종교적 신념 또는 그 밖의 개인적 가치관일 것이다. 또한 사자가 평소에 가까운 사람들과의 대화를 통하여 표시한 가치관 등이 자료가 될 수 있을 것이다.³²⁾ 이와 같은 자료는 유족 등 사자와 친밀한 관계에 있는 사람들에 의하여 제출될 것이며, 사자를 치료한 의료진도 추정적 의사의 판단 자료를 제공할 수 있을 것이다. 하지만 여러 가지 사정을 고려할 때 사자가 조직 기증에 대한 추정적 승낙을 하였으리라는 점도 불분명한 경우에는 유족의 의사만으로 사체로부터의 조직 적출이 가능한가는 또 다른 문제이다. 형법 제161조는 “사체·유골·유발 또는 관내에 장치한 물건을 손괴·유기·은닉 또는 영득한 자는 7년 이하의 징역에 처”하도록 하고 있다. 그런데 사체로부터 조직을 적출하는 행위는 형법 제161조가 규정하고 있는

30) 김일수, 한국형법 II총론 상, 박영사, 1992, 664면; 배종대, 형법총론(제6판), 홍문사, 2001, 345면; 이재상, 형법총론(제4판), 박영사, 2000, 264-265면; 이형국, 형법총론(개정판), 법문사, 1996, 203면.

31) 사체로부터의 조직 적출의 경우에는 사망자가 피해자인가에 대하여 의문이 있을 수 있다. 자신의 신체에 대한 자기결정권은 살아있는 자만이 보유할 수 있는 권리이므로 사자는 원칙적으로 자신의 사체에 대한 처분권을 가지지 않는다. 사체로부터의 조직 적출이 형법 제161조의 사체등의 영득죄에 해당할 수 있다고 할 때 형법 제161조는 사자의 자신의 사체에 대한 처분권을 보호법익으로 하는 것이 아니라 사회의 종교적 감정을 보호법익으로 하는 것이기 때문에 사자가 보호법익의 주체가 될 수는 없다고 보아야 할 것이다. 하지만 생전 의사 표시에 의한 조직 적출의 경우 사자의 생전 의사가 사체의 처분에 대하여도 효력을 미치는 것과 동일하게 이 경우도 사자의 추정된 생전 의사가 사체의 처분에 영향을 미친다고 해석할 수 있을 것으로 생각된다.

32) 치료중단에 있어서의 추정적 승낙의 인정 여부와 관련한 논의는 BGHSt 40, 257을 참조하기 바란다. 또한 의식 없는 환자의 치료중단과 관련한 추정적 승낙에 대한 전반적인 논의는 정규원, 전개논문, 161-208면을 참조하기 바란다.

사체·유골·유발을 손괴하는 행위이고 이를 영득하는 행위도 본 죄에 해당하는 행위인 것이다. 유족의 동의가 있는 경우에는 본 죄에 해당하는 행위가 형법 제24조의 피해자의 승낙의 법리에 의하여 정당화된다는 주장도 할 수 있겠으나, 본 죄는 사회적 종교 감정을 보호하기 위한 구성요건이며,³³⁾ 따라서 사회적 법익을 보호하기 위한 구성요건이다. 그러므로 개인적 법익을 보호하기 위한 경우에만 위법성 조각사유로서의 기능을 하는 피해자의 승낙의 법리는 본 죄의 성립에 영향을 주지 않는다.³⁴⁾ 결론적으로 사자의 조직 적출에 대한 유효한 동의가 존재하지 않으며 추정적 승낙도 인정되지 아니하는 경우에는 유족의 조직 적출에 대한 의사표시가 있다고 하여도, 형법 제161조가 규정하고 있는 사체등의 영득죄가 성립하게 되어 사체로부터 조직을 적출한 자는 - 경우에 따라서는 유족도 같이 - 형사상 제재를 받게된다고 보아야 할 것이다.³⁵⁾

또 다른 문제는 유효한 승낙에 의한 조직 적출이 법적으로 허용되는 이유는 그 행위가 의료행위의 일종으로서 치료 목적을 가지고 있기 때문인바, 적출된 조직이 치료 목적이외의 용도로 사용되어지는 것을 허용할 수 있는가의 문제이다. 예를 들어 적출된 조직을 질병의 치료와는 관련성이 없는 순수한 미용수술³⁶⁾의 목적으로 사용하는 것을 허용할 수 있는가

33) 김일수, 형법각론, 박영사, 1996, 614면; 이재상, 형법각론(제4판), 박영사, 2000, 622면.

34) 사회적 법익과 개인적 법익을 모두 보호하는 구성요건에 대하여 피해자의 승낙 이론이 적용될 수 있는가에 대해서는 약간의 논란이 있다. 이에 대한 자세한 논의는 정규원, 전개논문, 56-57면을 참조하기 바란다.

35) <시체해부및보존에관한법률> 제4조 제1항은 "시체를 해부하고자 할 때에는 그 유족의 승낙을 받아야 한다"라고 규정하여 유족의 의사로 시체를 해부할 수 있도록 하고 있다. 하지만 "시체의 해부에 관하여 민법 제1060조의 규정에 의한 유언이 있는 때"(동법 제4조 제1항 제1호)에는 해부할 수 없도록 규정하여 사자의 의사에 반한 해부는 할 수 없도록 하고 있다. <시체해부및보존에관한법률>은 조직이식의 목적으로 시체를 해부하는 것을 규율하고자 하는 법률이 아니고 "사인의 조사와 병리학적·해부학적 연구의 적정을 기함으로써 국민보건을 향상시키고 의학(치과의학과 한의학을 포함한다)의 교육 및 연구에 기여하기 위한"(동법 제1조) 목적으로 제정된 법률임을 고려할 때 유족의 의사만으로 사체로부터 조직을 적출하는 행위는 법적으로 허용되지 아니하는 행위라고 생각된다.

36) 미용수술도 의료행위임에는 분명하나 여기에서 말하는 미용수술은 질병의 치료와는 관련성이 없는 외모상의 미적 선호도를 증진시키기 위한 수술을 의미한다. 과거 대법원은 "곰보수술, 눈쌍꺼풀, 콧날세우기등 미용성형수술은 질병의 예방 또는 치료행위가 아니므로 오직 일반의사에게만 허용된 의료법 제25조 소정의 의료행위라고 단정할 수

의 문제이다. 미용수술도 의료행위의 한 범위에 속하는 한 이러한 행위도 의료행위이기 때문에 적법한 절차에 의하여 조직이 획득되었다면 법적으로 허용된다는 주장도 가능할 것이다. 하지만 적법한 절차에 의해서 조직이 적출되기 위해서는 조직의 기증자가 자신의 조직이 어떠한 용도로 쓰인다는 점에 대해서도 포괄적으로는 이해하고 있어야 한다. 즉 자신의 조직이 치료 목적으로 사용될 것이라든가 혹은 미용의 목적으로 사용될 것이라든가 하는 점에 대한 설명 및 동의도 존재하여야 할 것이다. 대개의 경우에는 치료 목적으로 자신의 조직이 사용되리라는 점에 대한 동의를 할 것이므로 치료 목적이 아닌 미용 목적으로 조직을 사용하는 것은 유효한 승낙에 의한 조직 사용으로 볼 수 없으므로 허용될 수 없다고 보아야 할 것이다. 다만 조직 기증자가 미용 목적으로 사용됨을 알면서도 조직을 기증하는 경우에는 어떠한가의 문제는 여전히 남아있게 된다. 이 경우에 조직 기증자가 경제적 이익을 목적으로 조직을 기증하였다면, 경제적 목적으로 조직을 기증하는 것이 허용될 수 있는가의 문제가 발생할 것이다. 경제적 동기가 아닌 이타적인 목적으로 조직을 기증하였고 그 조직이 미용수술의 목적에 사용됨을 알고 있었다면 그와 같은 경우에는 미용수술을 시행하는 의료진이 부당한 이득을 얻지 않는 한 허용될 여지가 있다고 보여진다.³⁷⁾

조직의 적출은 경우에 따라서는 해부 또는 검사와 충돌할 수가 있다. <장기등이식에관한법률> 제20조 본문은 “형사소송법 또는 검역법에 의하

없다”(대판 1972. 3. 28. 72도342.)라고 하여 미용성형수술이 의료행위에 속하지 아니한다고 판시하였으나, 이후 판례를 변경하여 “코높이기 성형수술행위도 질병의 치료행위의 범주에 넣어 의료행위가 되는 것으로 해석함이 타당하다”(대판 1974. 11. 26. 74도 1114.)라고 하고 있다.

37) 가령 예를 들어 자신의 딸의 코를 높이는 수술을 목적으로 부모가 자신의 뼈를 기증하고자 하는 경우 의료진이 그 부모의 뼈를 적출할 수 있는가의 문제가 그것이다. 이와 같은 경우 부모의 뼈를 적출하는 정도가 부모의 생명과 건강에 중대한 해를 주지 아니하고 사회상규에 반하지 아니하며 의료진이 그와 같은 행위로 인하여 통상의 경우보다 부당하게 과도한 경제적 이득을 취득하지 아니한다면 허용될 여지가 있을 것으로 생각된다. 이러한 논리는 미용수술도 의료적 목적으로 행하여지는 의료행위라는 점을 전제로 하는 것이다.

여 해부 또는 검시를 하여야 하는 경우에는 그 해부 또는 검시전에 장기 등의 이식을 위한 장기등의 적출을 할 수 없다”라고 하여 원칙적으로 장기의 적출보다 해부 또는 검시가 우선함을 명시적으로 규정하고 있다. 또한 <시체해부및보존에관한법률> 제7조 제1항은 “변사체 또는 변사의 의심이 있는 시체에 대하여는 형사소송법 제222조의 규정에 의한 검시를 받지 아니하고는 해부할 수 없다”라고 하여 변사체 또는 변사의 의심이 있는 사체의 경우에는 검사가 해부에 우선함을 규정하고 있다. 이상과 같은 규정들을 고려할 때 조직 적출의 경우에도 검사가 해부에 우선하고 해부가 조직 적출에 우선한다고 보아야 할 것이다. 다만 <장기등이식에 관한법률> 제7조 제1항 단서가 “진료를 담당한 의사가 적출할 장기등과 사망의 원인간에 상관관계가 없고 해부 또는 검시를 기다려서는 적출할 시기를 상실할 우려가 있다고 판단하는 경우에는 관할 지방검찰청 또는 지방검찰청지청의 검사, 관할검역소장의 승인과 유족의 동의를 받아 장기등을 적출할 수 있”도록 하고 있는바, 조직적출의 경우에도 이 규정을 고려하여야 할 것이다.³⁸⁾

조직의 경우에도 장기의 경우와 마찬가지로 매매의 문제가 발생할 수 있다. 특히 조직은 장기에 비하여 그 보관 및 처리가 간편하고, 처리후 장기간 보관 후 사용할 수 있다는 점, 조직의 적출은 통상적으로 긴급성을 요하지 않는 점, 조직이식은 장기이식에 비하여 공개적으로 일어나지 않을 가능성이 큰 점등을 고려할 때 오히려 장기보다 매매가 일어날 가능성이 훨씬 크다고 생각된다. <장기등이식에관한법률> 제6조는 장기등의 매매행위 및 매매의 교사·알선·방조행위 등을 금지하고 나아가 의료진이 매매사실을 알면서 장기 등을 적출하거나 이식하는 행위를 금지하고 있으며, 이를 위반하는 경우에는 동법 제40조 제1항과 제2항에 의하여 처벌하도록 하고 있다. 조직의 경우에도 장기의 경우와 마찬가지로 매매행위와 이를 알선·교사·방조하는 행위를 금지할 필요성이 있다고 할 것

38) 그러나 조직의 경우에는 장기에 비하여 적출의 긴급성이 낮으므로 실제로는 <장기등이식에관한법률> 제7조 제1항 단서에 해당하는 사례가 그리 많지 않을 것으로 생각된다.

이다. 하지만 조직적출에 필요한 최소한의 비용의 지급은 매매의 경우와는 달리 파악해야 할 필요가 있을 것으로 생각된다. <장기등이식에관한법률> 제37조 제1항 본문은 “장기등의 적출 및 이식에 소요되는 비용은 해당 장기등을 이식받은 자가 부담한다”라고 하여 장기이식에 필요한 비용을 이식을 받는 자가 부담하도록 하고 있다.³⁹⁾ 조직이식에 있어서는 적출된 조직이 즉시 이식되는 경우는 드문 일이고 적절한 처리 절차를 거쳐 보관되어 있다가 이식되므로 조직적출에 필요한 비용 및 장례비 등 최소한의 비용은 조직은행을 운영하는 측이 우선 부담하고, 후에 그 실비만을 조직이식의 혜택을 받는 자에게 부담토록 하는 방안을 생각할 수 있을 것이다. 하지만 이 경우에도 조직은행이 조직적출에 실제로 소요된 비용 이상을 조직이식을 받는 자에게 부담토록 하는 것은 매매와 비슷한 결과를 가져올 수 있으므로 금지하도록 할 필요가 있을 것이다.

조직은행의 운영과 조직이식의 법적 규율에 있어서 가장 중요한 고려점 중 하나는 안전성을 보장할 수 있는 정도관리에 관한 문제이다. 즉 이식에 적합한 조직의 종류를 선정하고 이러한 조직이 적합한 절차에 의하여 채취되고 보관, 이식되는 과정을 자격 있는 기관에 의하여 이루어지도록 하여야 할 것이다. 따라서 특정 기관이 이와 같은 행위를 할 자격을 보유하고 있는지를 심사하고 지속적으로 관리할 절차가 필요하다고 할 것이다. 조직의 경우에는 장기의 경우에 비하여 하나의 공급원으로부터 불특정 다수로의 이식이 훨씬 많이 일어날 수 있기 때문에 이와 같은 정도관리가 특히 중요할 것으로 생각된다. <장기등이식에관한법률> 제10조는 적출할 수 없는 장기등의 종류를 규정하고 있으며, 제7조 이하에서는 생명윤리위원회와 장기이식관리기관에 대한 규정을 두고 있으며, 제12조는 장기등기증자등록기관에 대한 규정을, 제14조는 뇌사판정의료기관 및

39) 이에 대해서는 다액의 비용이 필요한 장기이식에 있어서 그 비용을 수익자에게 부담하도록 하는 원칙을 고수하는 것은 경제적 능력이 없는 이식대기자에게는 불가능한 부담이 되고 <장기등이식에관한법률>이 기본이념으로 보장하고 있는 이식기회의 공평성(동법 제2조 제3항)을 훼손할 수 있다는 비판이 있다(주호노, 축조해설 장기등이식에 관한 법률, 육법사, 2000, 211면.).

뇌사판정위원회에 대한 규정을 두고 있다. 조직이식의 경우에도 이와 같은 정도관리를 할 수 있는 절차 규정 및 감독기관의 운영이 필요하다고 할 것이다.

조직이식 내지는 조직은행과 관련한 문제는 현재와 같이 아무런 규율도 없는 상태로 방치할 것이 아니라 어떠한 형태로든 규율을 하여야 할 필요성이 있다고 생각된다. 위에서 살펴 본바와 같이 현행의 법규정들은 조직이식의 경우 이식의 안정성 및 절차적 투명성을 확보할 수 없다고 생각되기 된다. 따라서 조직이식 내지는 조직은행에 대한 규율방안을 고려하여야 할 것이다. 조직이식 내지 조직은행에 대한 규율 방법으로는 크게 자율적 규율에 맡기는 방안과 법적 규율에 의하는 방안을 생각할 수 있을 것이다. 자율적 규율에 맡기는 방안은 조직이식 내지 조직은행이라는 전문적인 영역에 대한 법적 규율이 완전할 수 없고 또한 법률가들이 전문적 영역에 대한 지식이 부족하다는 점등을 고려할 때 일차적으로 생각해 볼 수 있는 방안일 것이다. 하지만 조직은행의 운영이 상당한 경제적 이익을 가져올 수 있다는 점, 그리고 적절하지 않은 조직의 이식은 불특정 다수의 피이식자에게 중대한 위험을 야기할 수 있는 점등을 고려할 때 자율적 규율에는 한계가 있을 것으로 생각된다. 미국의 경우에도 그동안 미국조직은행연합회(AATB: American Association of Tissue Bank)에서 자율적으로 규율해 오던 것을 최근 미국식품의약품안전국(FDA: Food and Drug Administration)의 관할 하에 법적으로 규율하는 방향으로 가고 있다는 사실은 우리나라에서의 조직이식 내지 조직은행의 규율방안에 대한 논의에 있어서도 고려하여야 할 사정이라고 생각된다.

조직이식 내지 조직은행의 두 번째 규율방법은 법적 규율방안이다. 법적 규율방안을 선택할 경우 현행 <장기등이식에관한법률>이 각막, 골수를 그 규율 대상으로 하고 있는 점을 고려하여 현행 <장기등이식에관한법률>을 개정하여 조직을 규율 대상으로 삼는 방안을 생각할 수 있을 것이다. 이 방안은 장기와 조직을 통일적으로 동일한 법률에 의하여 규율할 수 있다는 점, 이미 구축되어 있는 장기이식체계를 이용하여 좀 더 효율적으로 조직의 경우를 관리할 수 있는 점, 그리고 새로운 입법을 하지 않아도

되어 보다 신속하고 손쉽게 조직을 법적 규율 대상으로 끌어들이 수 있다는 장점이 있을 것이다. 하지만 조직은 그 특성이 장기와 다르다는 점을 고려할 때 조직이식과 조직은행을 규율하는 새로운 입법을 제정하는 것이 궁극적으로 바람직하다는 주장도 가능할 것이다. 어떠한 방안을 선택하건 조직 적출의 투명성을 보장하고 조직은행의 정도관리를 통한 안전성 보장, 기증자의 자율적 의사의 존중, 비영리성을 원칙으로 한 조직은행의 운영 및 조직이식, 불법적 매매의 금지 방안 등이 법률에 포함되어야 할 것으로 생각된다. 또한 적절하지 못한 조직의 이식으로 인하여 원치 않는 결과가 발생하여 분쟁이 발생한 경우 책임을 누구에게 귀속시키며 어떠한 절차를 통하여 분쟁을 해결할 것인가에 대한 규정도 필요하다고 생각된다. 조직이식의 경우에는 조직의 적출과 이식간에 시간적 간격이 있는 경우가 많고, 한 사람 기증자로부터 적출된 조직이 익명으로 처리, 보관되었다가 다수의 수혜자에게 이식되는 경우가 대부분이므로 분쟁이 발생하였을 경우 그 책임을 귀속시키는 데에 상당한 어려움이 따를 것으로 생각된다. 따라서 분쟁을 해결하기 위한 법적 장치가 마련되어야 할 것으로 생각된다.

IV. 결 론

과학기술이 발달함에 따라 기존의 법률이 예상치 못하고 법률가들이 고려하지 아니하였던 새로운 법적 상황들이 빈번히 발생하고 있다. 새로운 과학기술의 발달을 모두 예정하여 법적·제도적 장치를 완비한다는 것은 불가능하다. 법의 속성상 언제나 법이 과학기술을 뒤쫓아갈 수밖에 없는 것이 어찌면 당연한 현상일지도 모른다. 하지만 그렇다고 하여 법이 언제나 과학기술을 정당화시켜 주어야 한다는 논리는 성립되지 않는다. 또한 법이 규범적 판단이라는 이유로 사실을 무시한 채 법적 판단만을 고집하는 것도 정당화되기 어렵다고 생각된다. 조직이식과 이를 위한 조직은행의 경우도 전통적인 법률이 예정하고 있는 법적 규율의 대상은 아니었다. 하지만 현재로서는 이에 대한 법적 규율의 필요성이 존재하며 또

한 이를 규율하기 위한 법적·제도적 장치 필요함은 주지의 사실이다.

조직이식과 조직은행을 규율하는 법적 장치를 마련할 경우 고려하여야 할 큰 원칙은 자율적 의사에 의한 조직의 기증과 이타주의일 것이다. 즉 조직의 기증은 기증자 자신의 자유롭고 자발적인 의사에 기하여 이루어져야 하며, 또한 경제적 목적이 아닌 타인에 대한 배려라는 목적에 의하여 이루어져야 할 것이다. 이러한 원칙을 준수한다면 조직이식 내지 조직은행은 당연히 비영리으로써 이루어지고 운영되어야 할 것이다. 또한 조직이식을 의료행위로 파악하는 한 기증된 조직이 의료적 목적으로 사용되어야 함은 당연한 이치라고 할 것이다.

자율적 의사에 의한 조직의 기증과 이타주의라는 원칙들은 선언적 의미를 가지는 것이 아니라 실제로 조직이식과 조직은행을 규율하는 기능을 하여야 할 것이다. 따라서 이를 위반하는 경우에는 그에 상응하는 제재를 가하여야 할 것이다. 또한 형식적으로는 자율적 의사에 의한 기증과 이타주의를 표방하고 있지만 실제로는 경제적 목적으로 조직은행을 운영하는 경우들을 적발하여 제재를 가함으로써 기증자의 자유롭고 자발적 의사와 이타주의가 실질적으로 실현될 수 있도록 하여야 할 것이다.

이미 현존하고 있고 현재 발전 도상에 있는 과학기술에 대하여 전면적 금지를 한다거나 무제한적 허용을 하는 것은 법적 견지에서는 타당하지 못한 것으로 생각된다. 현존하는 과학기술을 사용하지 못하도록 하는 것은 과학기술에 대한 지나친 억압이 될 수 있으며, 특히 그 과학기술의 사용에 많은 비용과 인력이 소요되지 아니하는 경우에는 법적 규율의 실효성을 상실하게 될 것이다. 그 결과 법적 장치가 유명무실해지고 법률가와 과학자간의 - 나아가 인문·사회학자와 과학자간의 - 불신을 조장하여 서로의 의사소통을 단절시키게 될 가능성도 있다. 그와 같은 현상이 발생하는 것은 사회 전체의 관점에서 볼 때에도 그리 바람직하지 못한 것으로 생각된다. 따라서 절대 넘어설 수 없는 한계를 설정하여 그 한계를 넘어서는 행위들은 엄격히 금지하고 나머지 부분들에 대해서는 절차적 투명성을 확보하는 방향으로 법이 과학기술을 규율하여야 할 것으로 생각된다. 조직이식 내지 조직은행의 경우에도 이와 같은 점들을 고려하여 기증

자의 자율적 의사와 이타주의를 해하는 행위에 대해서는 엄격하게 금지를 하되 나머지 부분은 절차적 투명성을 확보하는 방향으로 나아가야 할 것이다. 특히 조직이식 내지 조직은행에 대한 법적 규율의 경우에는 안전성을 고려한 정도관리를 법적으로 보장할 수 있는 제도적 장치를 마련하여야 할 것이다. 또한 조직은행을 운영하는 전문가들로 구성된 기구의 자율적 규율이 법적 규율과 상호보완적 기능을 할 수 있는 방안도 마련하여야 할 것으로 생각된다.