

〈논문〉

인체유래물의 법적 지위에 대한 인격적 측면에서의 고찰 - 인격성의 본체로서 DNA의 성격을 중심으로 -

俞志泓*

요약

현대 생명과학은 난치병치료를 통한 무병장수의 꿈을 현실화시킴과 동시에, 생명을 형성하는 ‘본질’도 새롭게 밝혀냈다. 본 연구에서는 과학이 밝혀낸 ‘생명의 본질’을 근거로 ‘인체유래물’에 관한 이론과 법률관계를 정리하고, 입법정책 방향을 검토한다. 이러한 검토의 목적은 인체유래물의 법적 지위에 대한 확답을 제시하려는 것이기 보다는 DNA의 인격적 측면에 관한 주요논거들을 종합적으로 고찰하여 향후 체계적이고 균형 있는 논의의 단초를 제공하기 위함이다. 분리된 인체유래물(DNA)은 역분화하여 유도만능줄기세포(iPS cell)로 신체에 재주입되거나, 복제생명체로 탄생할 수도 있다. 따라서 인체유래물은 생명의 구성요소를 그대로 지니고 있으며, 분리된다고 해서 단순한 물건(物件)이 되는 것은 아니다. 또한 유전정보, 활용범위, 보호필요성 등에서 사람의 신체만큼 인격적 중요성을 그대로 지니며, 분리와 미분리의 법적 차별은 무의미해져 가고 있다. 따라서 ‘인체에 준(準)하는 법적 지위’로 파악해야 한다. 또한 인체는 100조 개의 세포로 구성되고, 매일 수억 개의 세포가 사멸하기에 재산적 가치로는 보호할 수 없다. 따라서 인격권에 기초한 위자료가 손해배상의 본질이 되어야 한다. 인체유래물을 활용한 질병유발 DNA 발견 등은 치료방법 특허로 보호하면서, 인도적인 취지의 라이선스 확보방안을 강구하는 것이 타당할 것이다.

주제어: 인체유래물, 인간유전체사업, 헬싱키 선언 제1항, 체세포 배아복제, 인체유래물의 물건성, 치료방법 특허, 강제실시권

* 경북대학교 법학연구원 연구원, 법학박사.

I. 서 론

현대 생명과학은 질병의 치료를 통한 무병장수의 꿈을 현실화시킴과 동시에 생명을 구성하는 본질에 대해서도 밝혀가고 있다. 법적인 측면에서는 현대과학이 밝혀낸 생명의 본질에 부합하도록 생명과 인체구성부분 등에 대한 법이론과 제도를 체계화시켜가야 할 것이다. 이러한 배경을 전제로, 본 연구에서는 현대 생명과학적 상황에 적합한 ‘인체유래물(人體由來物)’에 관한 이론과 법률관계를 소개하고 입법정책 방향을 고찰해 본다.

‘인체유래물’에 관하여 종래의 분리이론에 따라 ‘단순한 물건’으로 취급하는 것이 현재의 과학현실에 맞지 않다는 점에 대해서는 대부분의 학설이 공감하고 있다. 하지만 후술하는 바와 같이 단편적인 측면의 검토에 그치고 있으며, 법체계를 구성하는데 어려움을 겪고 있다. 본 연구에서는 종래 ‘분리이론’과는 상반되게 ‘인격적(人格的) 관점’에서 DNA를 비롯한 관련 쟁점들을 검토한 후, ‘인격성(人格性)’을 중심으로 법체계를 구성해 보도록 한다. 이러한 구성의 목적은 이 자체를 법적 지위에 대한 확답으로 제시하려는 것이기 보다는, 인격적 측면에서 종합적인 논거를 제시함으로써 향후 인체유래물의 법적 지위에 대한 체계적이고 균형 있는 논의의 단초를 제공하기 위함이다.

종래 법학계의 통설은 인체의 세포·조직·기관 등 ‘인체유래물’에 대하여, 인체로부터 분리된 때에는 재산권의 객체인 ‘물건(物件)’이 된다는 ‘분리이론’을 적용하였다. 하지만 분리이론은 민법제정 당시의 상황을 전제로 한 법이론이며, 세포(DNA) 하나가 분리되면 유도만능줄기세포(iPS cell) 등을 거쳐 인체의 ‘모든 세포·조직·기관’으로 분화될 수 있고, 심지어 ‘복제생명체’로 탄생하는 현대과학과는 전혀 맞지 않는 이론이다.

‘빛’과 ‘에너지’ 등 시공간의 ‘불확정성(不確定性)’을 전제한 물리적 현상에 시공간의 불변을 전제로 한 고전물리학 공식인 ‘ $f=ma$ ’를 적용하여, 억지로 끼워 맞추려 한다면 모순과 오류만 커질 것이다. ‘불확정성’을 전제한 물리적 현상에는 상대성 이론과 양자역학을 적용해야 한다.

현대 생명공학적 상황에서는 ‘분리된 인체유래물(DNA)’이 다시 역분화하여 유도만능줄기세포(iPS cell)가 된 후 모든 종류의 ‘세포·조직·기관’으로 분화되어 인체에 재주입되며, 심지어 ‘체세포복제생명체’로 재탄생할 수도 있다. 따라서 ‘분리된 인체유래물’은 권리객체인 ‘고정된 물건’으로 본질이 변화한다는 분리이론은 현대과학

에는 전혀 맞지 않는 이론이다. 시공간의 불확정성을 전제로 현대물리학에 상대성 이론과 양자역학이 탄생했듯이, 현대 생명공학적 상황에 부합하도록 ‘분리된 인체 유래물의 법적 지위’를 규정하는 새로운 법이론과 체계가 필요하다.

이하에서는 현대과학이 밝혀낸 생명의 본질과, 생명공학적 상황을 바탕으로, ‘분리된 인체유래물’의 이론과 활용에 따른 법률관계를 차례로 고찰해보도록 한다. 먼저 최근까지 제시된 개념과 학설, 판례를 차례로 살펴보고, 이후 과학적 발전상황과 함께 관련특별법과 법률관계를 검토해 보도록 한다. 이러한 검토들을 토대로 최종적으로 인체유래물의 입법정책 방향에 대하여 정리하도록 한다.

II. 인체유래물의 개념

과거에는 인체에서 분리되어 활용되는 구성부분은 기껏해야 가발용 머리카락이나 혈액, 또는 의학연구나 교육에 활용하기 위한 해부용 시체 등이 전부였다. 하지만 최근 생명공학기술과 의료기술이 발전하면서 인체의 장기, 조직, 세포 등에 관한 기술적 효용성이 증대되었고, 이식이나 치료에 쓰이는 인체구성부분들의 수요도 급증하였다.¹⁾ 인체로부터 분리된 인체구성부분은 권리주체의 생명·유전정보 등을 내포하고 있기에 특별한 법적보호를 필요로 한다. 이러한 법적보호를 위해서는 먼저 인체유래물의 개념에 대한 검토를 통하여, 보호되어야 할 범위를 본질에 따라 확정할 필요가 있다.

1. 개념과 범위에 대한 학설

인체유래물의 개념과 범위에 대해서 다양한 견해가 제기되었으며, 이를 살펴보면 다음과 같다.

첫째로는 ‘인체를 구성하는 모든 물질’로 보는 입장이다. 이 견해에 따르면 생물학적으로 살아있는 인간뿐 아니라, 죽은 인간으로부터 유래하는 모든 물질도 포함하게 된다. 구체적으로는 사체, 배아 및 태아, 장기, 세포, 모발, 뼈대, DNA, 화학물질 등이 포함된다.²⁾

1) 박은정, **생명공학시대의 법과 윤리**(2000), 471면.

2) Philippe Ducor, “The Legal Status of Human Materials”, 44 *Drake Law Review* 195 (1996), p. 198.

둘째로는 인체구성물질 중에서 ‘생식세포’와 ‘배아’를 제외하는 입장이다. 이 견해에 따르면, 고형장기, 혈액, DNA 등 인체로부터 분리된 세포나 조직 등이 모두 포함되지만, 생식세포(정자와 난자)와 배아는 제외하고 있다.³⁾

셋째로는 인체구성물질 중 ‘배출된 부산물’을 제외하는 입장이다. 이 견해는 인체로부터 적출한 장기, 조직, 세포 및 체내 또는 체외에서 화학적으로 분리한 유전적 물질 등을 모두 인체유래물에 포함시킨다. 다만 배설물(소변 등)과 같은 배출된 부산물은 인체유래물에서 제외하는 입장이다.⁴⁾

넷째로는 현행 『생명윤리 및 안전에 관한 법률』(이하 ‘생명윤리안전법’)이 취하는 태도로, 개념과 범위를 규정하지 않고 인체유래물에 포함되는 내용을 단순히 열거하는 입장이다. 즉, 생명윤리안전법은 ‘인체로부터 수집하거나 채취한 조직·세포·혈액·체액 등 인체구성물 또는 이들로부터 분리된 혈청, 혈장, 염색체, DNA, RNA, 단백질 등’을 인체유래물에 포함시키고 있다.⁵⁾

2. 사건

현대 생명과학은 생명의 본질이 DNA에 있다는 것을 밝혀냈으며, 알츠하이머·파킨슨병 등 주요 난치병들이 DNA의 잘못된 발현에 의한 것임을 확인하였다. 이에 따라 ‘DNA의 모든 구조’를 완전히 해독하여 질병의 예방·치료에 활용하고자 ‘인간 유전체 연구사업(Human Genome Project, HGP)’을 진행하였으며, 2006년 ‘생명의 지도’로 불리는 46개 염색체에 담긴 ‘30억 염기서열’을 모두 해독하였다. 또한 ‘체 세포복제’에 의한 생명복제기술은 ‘세포핵(DNA)’ 하나가 생명의 모든 것을 담고 있다는 것을 증명하였다.

생물체의 구조는 물질과 에너지를 흡수하여 활용하고, 다시 배출하기 위한 정교한 시스템이며 이 시스템은 미리 프로그램 된 정보에 의해 만들어진다. 이러한 정보를 담고 있는 것이 바로 DNA이며, 결국 모든 생명현상은 DNA 유전정보의 발현이라고 할 수 있다.⁶⁾ 생명윤리안전법의 목적이 인간과 인체유래물의 연구와 취급과정에서

3) Rohan J. Hardcastle, *Law and the Human Body: Property Rights, Ownership and Control*, 2007, p. 1.

4) 강희원, “사람, 인간 그리고 재산으로서 인체? - 인체 상품화의 철학적·윤리학적 문제”, **법철학연구**, 제3권 제1호(2000), 139면.

5) 생명윤리 및 안전에 관한 법률 제2조 제11호.

6) 김현철·고봉진·박준석·최경석, **생명윤리법론**(2010), 12-13면. 인간의 모든 특징, 즉 체력, 신장, 피부색, 성별, 혈액형, 지능 등은 결국 DNA의 코드화된 정보에 의하여 결정된다.

발생하는 ‘생명에 대한 본질적 침해’를 방지하는데 있다고 본다면, 생명윤리안전법이 보호해야 할 인체유래물은 ‘DNA를 내포하고 있는 인체구성물질’로 정의하는 것이 타당하다.⁷⁾

현재 생명윤리안전법 제2조 제11호에서 규정하고 있는 조직·세포·혈액·단백질 등 대부분은 DNA를 그 본질적인 요소로 내포하고 있다. 입법기술적 측면에서 검토해본다면, 법률의 핵심적인 개념인 ‘인체유래물’에 대해 개념정의나 범위확정 없이 ‘열거식’으로 규정하고 ‘... 등’으로만 명시하면, 적용상 혼란을 야기할 뿐만 아니라 죄형법정주의에 반(反)할 위험이 있다. 따라서 인체유래물의 정의에서 ‘DNA를 내포하는 인체구성물질’로 명시하고, 그 외에 반드시 보호가 필요한 물질은 한정적으로 명시하여 ‘인체유래물’로 보호하는 것이 입법론으로 타당할 듯하다.⁸⁾

본 연구에서의 ‘인체유래물’은 ‘DNA를 내포하는 인체구성물질’로 정의하며, ‘인체유래물의 법적 지위’를 논할 때는 ‘DNA의 법적 지위’와 동일한 개념으로 사용하도록 한다. 실제 DNA를 내포하지 않는 물질은 ‘존중과 주의’는 필요하지만, 본질적으로는 ‘민법상 물건성(物件性)’이 그대로 인정되고, 물건으로 다루어질 수 있기에 별도로 논할 필요성이 크지 않기 때문이다.

III. 인체유래물(DNA)의 법적 지위에 대한 학설과 판례

1. 인체와 재산권

모든 권리에겐 그 권리의 대상이 되는 객체가 있다. 인체의 경우에는 인격적 이익이

7) RNA는 DNA 정보를 그대로 가지고 있으므로, 인체유래물에 준하여 보호될 수 있을 것이다. 하지만 배아(胚芽)의 경우에는 비록 체내에 존재하며 DNA를 그대로 가지고 있다고 하더라도, 그 자체가 완전한 개체이므로 인체유래물이 아닌 독립된 인간이자 권리주체로 보호되는 것이 타당하다[유지홍, “태아의 권리능력 재논의 필요성에 대한 제언”, **한국의료윤리학회지**, 제7권 제1호(2014), 14-33면].

8) 인체를 구성하는 물질과 인체에서 분리되는 물질 중에 ‘DNA를 내포하지 않는 물질’도 있으며, 심지어 세포질에 있는 리보솜, 라이소솜 등도 DNA를 내포하지는 않는다. 하지만 이러한 물질은 다른 ‘민법상 물건(物件)’에 비해 인체에서 분리되었다는 측면에서의 ‘존중(尊重)과 주의(注意)’차원에서 다루어지면 충분하며 일반적인 ‘물건성(物件性)’도 그대로 가진다고 볼 수 있다. 하지만 DNA는 그 자체로 생명의 본질이며, 개체를 복제할 수 있는 완전한 유전정보를 가지고 있다. 생명윤리안전법은 단순히 ‘인체에 대한 존중과 주의’ 정도가 아니라 ‘생명의 본질’을 보호하는 것이 목적이기에, 인체유래물의 정의 또한 ‘DNA’를 본체로 정의하는 것이 타당하다.

인정되며, 민법 제751조에서 명시하듯이 ‘인격권의 객체’가 된다. 하지만 이러한 인체의 구성부분이 분리된 경우에 ‘DNA를 내포한 인체유래물’이 ‘재산권의 객체’가 될 수 있는지는 논란이 되고 있다. 현대에는 과학기술이 발전함에 따라 인체의 ‘조직·세포·혈액’ 등에 대한 효용이 밝혀지게 되고, 인체로부터 이를 분리해서 연구와 산업적 용도로 활용하려는 수요가 증가해가면서 법적 지위가 더욱 문제시되었다. 이러한 문제는 인체유래물을 기증하는 과정에서 소유권 또는 이로부터 파생된 권리를 어떻게 귀속시킬 것인가가 쟁점이 되었으며, 특히 생물학적 물질 그 자체에 대하여 특허를 인정하기 시작한 이후 논란은 더욱 증폭되었다.⁹⁾

이하에서는 이러한 배경과 더불어 지금까지 제시된 기존의 학설과 국내·외 판례들을 살펴보고자 한다. 그리고 이를 바탕으로 현대 의료기술 및 생명공학 발전과 연계하여 인체유래물의 법적 지위를 다시 재검토 해가도록 한다.

2. 인체유래물의 법적 지위에 대한 학설

종래에는 인체유래물질은 가발제작이나 의학교육 등에 간단히 활용되는 정도였기에, 분리된 인체구성부분에 대해서 대체로 소유권을 인정하는 입장이 통설적 견해였다. 즉, 분리된 인체유래물질은 물건으로 소유권의 대상이 되며, 다만 민법 제211조에 명시한 사용·수익·처분 등의 개별권능은 ‘다른 물건’에 비하여 제한된다는 입장이었다. 특히 유상양도에 대해서는 엄격히 제한하였는데, 이는 인체유래물질은 여타의 물건과는 달리 인간의 인격이 화체되어 있다는 사고에서 ‘존중’되어야 한다는 관점이었다. 하지만 인간의 모든 DNA가 해독되고, 하나의 세포에서 한 사람의 모든 유전정보가 완전히 분석되고, 개체가 복제될 수 있는 현대과학적 상황에서는 새로운 논의가 필요하다고 할 것이다. 이하에서는 분리된 인체유래물질의 법적 지위에 관하여 제시된 다양한 학설들을 살펴보고, 현대의 과학적 상황과 연계하여 견해의 타당성을 검토해보도록 한다.¹⁰⁾

참고로 기존의 통설과 이하에서 소개하는 학설·판례는 ‘DNA를 내포한 인체

9) *Diamond v. Chakrabarty*, 447 U.S. 303, 206 U.S.P.Q. 193 (1980).

10) 첨단의료의 관점에서 법적 지위에 대한 재논의의 필요성은 일본에서도 강하게 제기되었다. 한 예로써 다음과 같은 주장이 있다. 첨단 생명의료과학에 의해 밝혀진 실체를 고려하면, 태아, 배아, 난자, 사람의 생식 세포 등은 모두 “사람”과 “물건”의 중간에 위치하는 존재로 본다. 또한 뇌사 개념을 승인하는 경우, 뇌사 상태의 환자의 신체 또한 그 자체로 “사람”은 아니지만 보통의 “물건”으로 취급하는 것도 부적절하다는 점에서 위의 인체유래물과 유사한 성질이 있다(植木 哲, 『醫事法教科書』, 2003, 132頁).

유래물'과 'DNA를 갖지 않는 인체구성물질'을 구별하지 않은 견해이다.¹¹⁾ 하지만 필자의 사건으로는 '인체유래물'은 DNA를 내포하고 있을 때 본질적인 의미를 가지며 법적 지위 논의의 실익이 있다. 따라서 '인체유래물'이라는 용어도 'DNA를 내포하는 인체구성물질'을 지칭하는 것으로 사용한다. 그리고 눈물, 배설물, 리보솜 등 DNA를 내포하지 않는 것은 물건성이 인정되는 '기타의 구성물질'로 파악하도록 한다.

가. 분리 자체를 기준으로 판단하는 입장

인체로부터 분리된 모든 구성부분은 분리되는 때에 별개의 물건이 되고, 분리당한 사람은 소유자가 되어 이를 사용·수익·처분할 수 있다. 다만, 인체구성부분에는 인격이 화체되어 있으므로, 인간(인격)존중의 관점에서 유상양도 등은 불허한다는 것이 국내의 통설적 견해이다.¹²⁾ 인체의 일부를 분리시키는 채권계약(환부를 절단하는 수술계약)과 분리된 인체일부를 처분하는 계약(절단된 환부를 병원에 양도하는 계약)도 사회질서에 반하지 않는 한 유효하다.¹³⁾ 한편, 이와 같이 환자가 소유권을 양도하는 경우에도 여전히 '인격권'은 보유한다고 볼 수 있을 것이다. 인체유래물질이 그 사람의 유전정보와 병력이나 건강상태 심지어 혈연관계에 있는 사람들의 유전정보까지 가지고 있을 경우, 이러한 정보를 활용하거나 폭로하면 인격권의 심각한 침해가 될 수 있다. 이 경우 환자는 인격권 침해로 인한 손해배상 등의 구제수단을 강구할 수 있을 것이다.¹⁴⁾

나. 생식세포와 기타의 구성물질을 구분하는 입장

정자·난자와 같은 생식세포는 생명 탄생을 본래의 기능으로 한다는 측면에서 다른 인체구성부분과는 구별된다는 주장이다. 이에 따르면 모든 인체구성부분은 분리된 경우 기본적으로 소유권의 객체가 되고 인격적 측면이 어느 정도 존중받는 정도이지만, 생식세포는 소유권의 내용이 완전히 제한되고 인격권으로 보호되는

11) 앞서 본 바와 같이 필자의 사건(私見)으로는 'DNA를 갖지 않는 인체구성물질'은 물건성(物件性)이 인정되며 '존중과 주의'를 기울이면 충분하다. '존중과 주의'의 정도는 지금까지의 통설이 제시한 내용 정도이면 충분할 것이다.

12) 강태성, **민법총칙**, 2013, 395면; 곽윤직·김재형, **민법총칙**, 2012, 213면; 이은영, **민법총칙**, 2009, 300면.

13) 이영준, **민법총칙**, 2007, 987면.

14) 강남진, "인격권 보호에 대한 하나의 제안", **민사법학**, 제13·14호(1996), 116-134면.

영역이 절대적으로 확대된다. 생식세포는 발생초기부터 체세포 등과는 완전히 구별되고, 온전히 인간의 발생만을 목적으로 하기 때문이다.¹⁵⁾ 외국에서도 인체유래물의 물건성을 인정하면서도 생식세포를 다른 세포 등과 다르게 엄격한 절차로 취급하는 사례가 있다.¹⁶⁾

다. 장기와 기타의 구성물질을 구분하는 입장

장기는 생명과 직결된다는 특성상 물건성이 완전히 배제되고 소유권이 인정될 수 없다. 하지만 그 외의 인체조직이나 세포 등은 분리 후에는 물건이 되고 분리된 자의 소유로 된다는 입장이다. 이 견해에 따르면 분리 후 아직 이식되지 않은 ‘장기’의 경우는 인격권에 의한 지배와 전속성 때문에 기증자의 소유가 되지만, 그 외 ‘조직·세포 등’은 민법상 물건으로 취급되므로 보관중인 병원이나 연구기관의 소유로 된다.¹⁷⁾

라. 분리 ‘목적’을 기준으로 구분하는 입장

‘냉동보관중인 정자의 소유권’에 대한 독일 판례에 근거한 주장이다.¹⁸⁾ 이 주장에 따르면 분리된 인체구성부분의 법적 지위는 임상적 성격과 목적에 따라 달라진다. 만약 수술과정에서 치료목적으로 신체일부를 절개하여 완전히 폐기한 경우는 ‘동산물권의 포기’로 본다. 하지만 장래에 신체에 재주입하여 치료할 목적으로 채취·보관중인 경우라면 환자의 신체와 ‘기능적 일체’로 보아, 비록 공간적으로는 분리된 유래물이지만 여전히 ‘환자의 신체 일부’로 본다.

마. 인체에 관하여 완전한 ‘소유권’만을 인정하는 견해

‘인간은 자신의 신체, 자유, 생명에 대한 권리를 가진다’는 ‘자기 소유권 사상’에 의하면, 넓은 의미의 ‘재산’(property)이라는 개념 속에는 본래 의미의 ‘재산’ 이외에 ‘생명’, ‘신체’까지도 포함된다고 볼 수 있다. 즉, 헤겔(Hegel)의 표현처럼 인간은

15) 최수정, “인체세포에 대한 법적 권리”, **재산법연구**, 제23권 제2호(2006), 107-109면.

16) Amy S. Pignatella Cain, “Property Rights in Human Biological Materials: Studies in Species Reproduction and Biomedical Technology”, 17 *Arizona Journal of International & Comparative Law* 449 (2000), pp. 480 ff.

17) 이로문, “생명공학의 발전과 재산법상의 과제(재산권으로서의 신체를 중심으로)”, **한양법학**, 제12권(2001), 202-203면.

18) BGHZ 124, 52 = NJW 1994, 127.

자신의 신체에 대한 소유이익을 가지게 된다.¹⁹⁾

인체를 영혼·의식 등과 분리하여 본질적으로 다르게 취급하는 이론은 철학적으로 ‘인격체 개념’에서도 나타난다. 소크라테스는 ‘영혼’과 ‘육체’를 ‘수공업자’와 ‘그의 도구’에 비유하였다. 도구가 수공업자의 본질이 아닌 것처럼, 육체는 본질적인 자아(自我)에 속하지 않으며, 오로지 영혼만이 자아라고 밝혔다. 데카르트는 자아는 그 본질이 의식에 있다고 보면서, 자아인 의식과 육체 완전히 다른 것으로 파악했다.²⁰⁾

이러한 ‘인체의 자기 소유권’이란 개념 속에는 이미 인체의 재산적 가치가 내포되어 있다. 인체는 분리되지 않은 때에도 권리객체인 ‘물건일 뿐이고, 자기신체에 대해서는 누구나 사용·수익·처분에 관한 완전한 소유권을 가지게 된다. 결국 인체는 ‘분리 이전’에도 권리객체로서, 그 사람(자아에 해당하는 영혼 또는 의식)의 소유물이 되고, 따라서 ‘분리된’ 인체유래물은 당연히 피분리자의 소유물이 된다.²¹⁾

바. 분리된 인체유래물에 대해서도 ‘인격권’만을 인정하는 견해

이 견해는 인체로부터 분리된 유래물에 대하여 ‘물건성(物件性)’을 전면 부인하는 입장이며, ‘소유권’을 전면 부인하고 ‘인격권’만을 인정한다. 소유권은 ‘물건’에 대한 법리이며, 사람의 인격적인 가치를 보호하거나 이해관계를 규율하는 법리는 인격권이다. 인체유래물이 인체로부터 분리되면서 독립적인 재화로서 객관화되었지만, 그 인격적인 영역들은 ‘인격권’에 의하여 다양한 형태로 보호되기 때문에 분리되었다고 해서 반드시 물건이 되었다고 볼 필요는 없다. 또한 인체 및 그 일부는 인격의 연장이기 때문에 이에 대한 재산권을 인정하여 거래의 대상으로 한다는 것은 인간의 존엄성에 배치된다는 주장도 있다.²²⁾

이러한 입장이 입법화된 대표적인 예로 프랑스를 들 수 있다.²³⁾ 프랑스 민법은

19) 마치 다른 물건(物件)을 갖는 경우처럼, 사람은 자신의 생명과 육체를 자신의 의지에 따라 의욕하는 한도에서 소유하게 되는 셈이다. 따라서 동물은 스스로 자기를 불구(不具)로 만들거나 자살할 수 없지만, 인간에게는 이것이 가능하다(김남두 역음, **재산권 사상의 흐름**, 1993, 101면).

20) 구인회, “배아보호에 관한 윤리적 검토”, **한국의료윤리학회지**, 제12권 제3호(2009), 287-288면.

21) 국내의 다수설은 권리능력자와 분리할 수 없는, 그 인격에 전속하는 신체·자유·명예 등은 ‘일반적 인격권’으로 분류하고, 그 침해에 대하여 강하게 보호한다. 하지만 인체를 권리객체로 보고, 자기소유권을 인정하는 위 견해에서는 신체를 ‘일반적 인격권’에 근거하여 보호할 수는 없을 것이다.

22) 최수정, “인체에 대한 권리관계의 새로운 패러다임”, **법학논총**, 제29권 제2호(2012), 105면.

23) 프랑스는 첨단의료 기술전반을 공통의 윤리원칙에 기하여 포괄적으로 규제하는 입법을

제1권 제1편 제2장 ‘인체에 대한 존중’에서 생명윤리법률의 내용을 명시하였으며, 특히 인체유래물에 대해 ‘물건성’을 전면 부인하고, ‘인격권’으로서의 보호를 명시하였다. 제16조의1 제3항은 “인체, 인체 구성부분 및 그 적출물은 재산권의 목적이 될 수 없다”고 하였고, 제16조의5는 “인체, 인체구성부분 및 그 적출물에 대하여 일정한 재산적 가치를 부여하는 내용의 약정은 무효이다”라고 명시하고 있다.²⁴⁾ 이러한 프랑스의 입장은 인체유래물의 법적 지위에 대한 논의를 입법적으로 정리한 대표적인 예라고 할 수 있으며, 특히 인체유래물의 물건성을 전면 부인하여, 소유권을 배제하고 ‘인격권’만을 인정한 입법이다.

사. 사건

앞서 살펴본 바와 같이 통설을 비롯한 다수의 견해는 ‘분리된 인체유래물’에 대해서 ‘물건성’을 긍정하며, 피분리자에게 ‘소유권’을 인정한다. 하지만 생식세포나 배아 등과 같이 인격적인 요소가 부각될 경우에는 소유권의 법리를 제한하고, ‘인격권’에 의한 보호를 우선시한다. 특히 유상양도에 관한 한 대부분의 인체유래물에서 엄격히 제한하고 있다. 즉 다수의 견해는 ‘소유권 법리’를 바탕으로 ‘인격권 법리’도 인정하는 ‘이원적인 접근방식’을 취하고 있다. 그리고 ‘소유권’만을 인정하는 입장과 ‘인격권’만을 인정하는 입장도 있다.

하지만 각 견해들을 검토해보면 대부분 또 다른 모순을 야기하여 혼란에 빠지는 문제를 가지고 있다. 첫째로 ‘분리’를 기준으로 한 입장은 분리된 인체유래물이 피분리자의 유전정보(DNA)를 그대로 가지고 있으며 복제까지 가능하게 된다는 현대 과학의 성과를 간과하였다. 또한 물건(物件)은 ‘비인격성(非人格性)’을 전제로 하는데, ‘물건성’과 ‘인격성’을 동시에 인정하는 것은 이론적으로도 모순이다. 둘째로 ‘분리목적’이라는 기준은 주관적 요소에 따라 법적 성격이 달라지는 점에서 법적 안정성이 위태롭게 된다. 셋째로 생식세포에 인격성을 확대하는 견해는, 인체의 모든 세포가 그 개체의 유전정보(DNA)를 그대로 가지고 있어서 중요성이 생식세포와 다르지 않고, 유전정보 유출과 개체복제 등으로부터 인격적 보호가 이루어져야 한다는 점을 간과한 측면이 있다. 넷째로 장기와 다른 구성부분을 구분하는 견해에

마련하고자 약 10년간의 논의와 준비를 거쳤다. 그리고 1994년 생명윤리에 관한 3개의 주요 법률을 제정하였다. ‘보건연구를 위한 기명데이터법’과 ‘인체존중법’, ‘인체유래물의 이용 및 생식에 관한 법률’이 그것이다. 이 법률들의 주요내용은 민법, 형법, 지식재산권법 등 주요법률에 편입되었다(법무부, **외국의 유전공학 관련법제**, 1998, 1면 이하).

24) 명순구 역, **프랑스민법전**, 2000, 7-8면.

대해서는, 인체조직과 장기의 구분에 논란이 있다는 점이나 세포가 조직, 장기로 형성되어가는 과정에서 분다면 법적으로 구분하여 취급할 근거가 희박하다고 할 수 있다.

인체를 ‘자기 소유권(自己 所有權)’의 대상으로만 파악하는 입장과 관련해서는 현대 생명공학적 측면에서 인체와 인체구성부분에 대한 과학적 검토가 필요할 것으로 보인다. 이 견해는 ‘분리 전의 인체’도 권리객체인 ‘물건’으로 보고 소유권을 인정한다. 이 이론은 인체에서 분리된 유래물은 ‘물건인 인체’ 중에서 ‘분리된 물건’이 되므로, 합체와 분리 모두에 있어 ‘물건성(物件性)’과 ‘소유권’이 인정되어 논리적 정합성이 있다는 장점이 있다. 또한 권리주체는 ‘의식 또는 영혼’이고 ‘인체’는 물건에 속하는 권리객체라는 개념이 전제가 된다. 하지만 현대과학적 측면에서 검토해보면, 의식과 인체는 분리된 것이 아니라 본질을 공유하고 있기에 양자를 ‘권리주체’와 ‘권리객체’로 구분하기는 힘들다는 결론에 이른다. 즉, ‘의식’은 ‘뇌 신경세포’가 화학 물질과 전기에 의한 ‘자극’과 ‘신호’를 받아 형성된다. 따라서 이러한 신경전달물질이 과다하거나 부족하면 각종 정신이상증세를 보이게 된다. 즉 ‘도파민’이 부족하면 주의력 결핍이 발생하고, ‘세로토닌’이 부족하면 우울증 등이 발생하게 된다. 인체와 분리된 의식의 영역이 있다면 그 부분은 신학과 관념론의 영역이 될 것이다. 그러한 영역이 없다는 견해는 유물론이 될 것이다. 하지만 분명한 것은 ‘의식’과 ‘인체’는 적어도 가장 본질적인 부분들이 교집합을 이루고 있다는 점이다. 그 교집합의 부분에서는 ‘인체’가 곧 ‘의식’이 될 것이다. 세로토닌 양과 우울증의 함수관계가 그 예가 될 수 있다.

인체와 의식이 구분되지 않고, 인체로부터 분리된 인체유래물을 통해 유전정보 활용과 개체복제까지 행해지는 상황에서 주체와 객체의 자연적인(물리적인) 구분은 어려울 것이다. 이러한 점을 고려한다면, 이제 민법학의 과제는 과학적으로 밝혀진 본질과 예상되는 법률관계를 검토하여 권리주체와 권리객체를 확정하는 일이 될 것이다.

분리된 인체유래물에 대하여 여전히 ‘인격권’만 적용된다는 견해에 대해서는 현재의 과학적 상황과 관련규정들을 연계해서 살펴볼 필요가 있다. 이 견해는 ‘인체’는 본래 소유권이 적용되지 않는 ‘인격권’의 영역이므로, 분리되었다고 해서 소유권이 적용할 필요 없이 인격권에 의하여 다양하게 보호하면 된다는 견해이다. 과학적으로 본다면, ‘생명의 지도’라 불리는 DNA가 완전히 해독되었다. DNA를 통하여 유전 정보 검색과 질병유전자 연구 등이 행하여지며, 유도만능줄기세포(iPS cell)의 개발로 ‘특정 세포’를 역분화 시켜 그 사람의 다른 ‘모든 종류의 세포·조직’을 생성할 수

있게 되었다. ‘세포핵(DNA)’ 하나로 개체를 복제하는 것은 세계적으로 보편화된 기술이 되어간다. ‘분리된 인체유래물(DNA)’이라고 하더라도, 유전정보, 활용범위, 보호필요성 등에서는 그 사람의 ‘신체’만큼의 중요성을 가지고 있다. 즉, 과학의 발전으로 인체유래물(DNA)의 분리와 미분리의 법적차별이 무의미해져가고 있다. 따라서 인체유래물은 분리된 이후에도 인체에 합체된 때와 동일하게 ‘인격권’의 대상이 된다는 견해가 현대 과학적 상황에 가장 잘 부합하는 이론이라고 할 수 있다. 즉, ‘분리된 인체유래물’은 ‘합체된 인체’와 분명히 다르지만, 동일한 취지가 인정되는 범위에 한하여 그에 ‘준(準)하는 법적 지위’를 그대로 유지한다고 볼 수 있다.²⁵⁾

앞서 살펴본 프랑스 민법과 후술하는 세계의사협회의 ‘헬싱키 선언’은 이러한 입장을 규범화한 것으로 볼 수 있다. 즉, 프랑스 민법 제16조의1 제3항은 “인체유래물은 재산권의 목적이 될 수 없다”고 명시하고 있다. 헬싱키 선언은 제1항에서 “사람을 대상으로 하는 연구에는 식별 가능한 인체유래물(human material)을 포함한다”고 명시하였다. 헬싱키 선언의 취지로 본다면, 인체유래물을 임상실험에 제공한 경우, 인체유래물을 물건으로 양도한 것이 아니라, 채무의 이행으로서 임상실험에 대한 협력의무를 이행하고 있다고 볼 수 있다. 직접 가서 ‘본인’이 임상실험을 받는 것과, ‘본인의 인체유래물’을 분리해 주는 것이 본질에 있어서는 동일하게 ‘사람을 대상으로 하는 연구’에 해당되기 때문이다.

또한 생명윤리안전법이 인체유래물을 연구·실험을 위해 제공하는 경우 실비변상만 가능할 뿐 경제적 수익을 취할 수 없도록 한 점도 인체유래물을 ‘소유권’이 아니라 ‘인격권’으로 보호하고자 한 취지로 볼 수 있다.²⁶⁾ 마찬가지로 후술하는 인체유래물 관련 특별법(장기, 인체조직, 제대혈 등에 관한 특별법)에서 ‘무상기증’의 경우라도 상대방·내용·방식 등에 민법상 증여와 다르게 계약자유를 인정하지 않은 것도 인체유래물을 ‘소유권’이 아닌 ‘인격권’으로 보호하는 취지라고 할 수 있다.

25) 본 논문에서 ‘준(準)한다’는 표현은 ‘동일하지 않다’는 것을 전제로 사용한다. 완전히 동일하지는 않지만, 성질상 유사한 부분이 상당히 많기에 법률관계에서 ‘준용(準用)’할 수 있다는 의미이다. 예를 들어 ‘사인증여’는 계약이고, ‘유증’은 단독행위라서 동일하지는 않지만, 민법 제562조는 ‘사인증여’에 ‘유증’의 규정이 준용되는 것으로 하고 있다. ‘분리된 인체유래물’이 ‘분리 전 인체’에 준(準)하는 법적 지위라는 표현은 ‘사인증여’와 ‘유증’의 관계처럼, 동일하지는 않지만 법률관계가 ‘준용’될 수 있을 만큼 성질상 유사하다는 의미이다.

26) 생명윤리안전법 제23조 제3항은 “재산상의 이익 또는 그 밖의 반대급부를 조건으로 배이나 난자 또는 정자를 제공할 수 없다”고 하고 있고, 동법 제38조 제3항은 “인체유래물을 제공할 경우 무상으로 하여야 한다”고 명시하였다.

3. 법적 지위에 대한 국내외 판례

최근 의료기술과 생명공학기술이 비약적으로 발전하면서, 인체의 조직·세포 등을 활용한 연구와 치료가 활발하게 진행되었다. 특히 개인이 가지고 있는 ‘특이한 신체 조직’ 등을 적출하여, 기술적 조작을 가하고 이를 활용하여 생명의료과학에서의 비약적인 성과를 가져오기도 했다. 이러한 기술적 성과와 더불어서 법적으로는 ‘전통적인 물건 개념’에 대한 재고의 필요성이 제기되고 있다. 논의의 주제는, 인체로부터 조직과 세포 등이 분리된 경우 이를 ‘인체의 연장’으로 파악할 것인지, 아니면 ‘독립된 물건’으로 취급하여 적출된 사람의 소유로 파악할 것인가이다. 특히 DNA를 비롯한 생물학적 물질 그 자체에 특허가 부여되면서 논란은 더욱 증폭되었다. 1990년 미국 캘리포니아 대법원의 ‘무어사건’과 1993년 독일 연방대법원의 ‘생식 세포 훼손사건’이 대표적인 사례이며, 이 사건들을 계기로 진지한 검토와 다양한 의견이 제기되었다.

이하에서는 앞서 본 인체유래물의 법적 지위에 대한 학설에 대비하여 현실적인 판결에서는 어떻게 다루었는지 대표적인 사례를 통해 살펴보도록 한다.

가. Moore v. Regents of University of California²⁷⁾

1976년 33살이던 Moore는 백혈병 진단을 받게 된다. 또한 림프절 질환과는 상관 없는 비장비대증을 앓고 있었다. 담당의사인 Golde는 Moore에게 비장절제술을 제안하고 결국 비장은 적출되었다. Golde는 Moore의 비장에 있는 특이세포가 학문적으로나 상업적으로 매우 가치가 크다는 것을 알았으나 적출 전에 Moore에게 연구나 상업적 이용에 대한 별도의 안내나 설명을 하지 않았다. Golde를 비롯한 의사들은 Moore의 비장세포를 토대로 유용한 단백질을 다량 생산하는 세포주(cell line)를 만들어냈으며, 1984년 특허가 부여되었다. 이러한 기술연구로 Golde와 대학 등에 44만 달러의 연구비가 기부되었으며, 또한 이 특허의 경제적 가치는 30억 달러가 넘는 것으로 평가되었다. 이에 대해 Moore는 ‘주치의가 자신에게 이러한 계획을 설명하거나 동의를 구하지 않았다’고 주장하면서 ‘횡령’과 ‘신임의무 위반’을 이유로 손해배상을 청구하였다.

이에 대해 캘리포니아주 최고법원은 ‘설명에 기초한 승낙의 결여’와 ‘신임의무위반’은 인정하였지만, ‘횡령’은 배척하였다. 즉 불법행위인 횡령이 인정되려면 소유권이냐

27) John Moore v. Regents of University of California et al, 51 Cal. 3d 120; 793 P. 2d 479 (1990).

점유권에 침해가 있어야 하는데, 인체조직·세포에 대해서는 ‘소유권’이 성립될 수 없기에 Moore는 자신의 비장세포에 대한 소유권을 갖지 않는다고 하였다. 특히 받은 세포주와 관련해서는 ‘환자는 분리된 신체조직에 대하여 소유권적 이익을 가질 수 없기에 세포주는 환자의 재산이 아니다’는 입장을 분명히 하였다. 특히 캘리포니아 주 최고법원은 ‘인체유래물의 개인적 재산권으로의 인식은 중요한 의학연구의 진행에 경제적 동기를 위축시킬 수 있으며, 만약 세포가 연구에 이용되는 것이 횡령이라면 연구자가 가지는 모든 세포의 표본은 소송의 티켓을 구입하는 것이 된다’는 입장을 취하였다. 이런 점에서 볼 때 본 판결은 생명의료과학 산업의 발전을 촉진하려는 국가정책적 의도에서 나온 판결이라고 볼 수 있다.²⁸⁾

Moore 판결은 이후 여러 판결에 영향을 미치게 되는데, 대표적 것이 Greenberg v. Miami Children’s Hospital 판결이다.²⁹⁾ 이 사건에서 법원은 Moore사건을 언급하면서, ‘인체유래물에 대한 소유권’을 부정하고, 이를 근거로 ‘연구결과에 대한 특허와 경제적 이익’에 대한 조직기증자의 권리도 부정하였다.³⁰⁾

나. 분리보관중인 정자의 훼손에 대한 독일 판례³¹⁾

31세였던 원고는 1987년 방광암 진단을 받았고, 암수술시 생식능력을 상실하게 될 것을 예상하고, 수술 전에 피고인 대학병원에 ‘정자’를 냉동보관 하였다. 그 후 대학병원은 1989년 1월 19일자로 계속보관을 원하는지 의견을 묻는 서신을 보냈고, 원고는 1989년 1월 26일자로 계속보관을 원한다는 통보를 하였다. 하지만 피고인 대학병원의 과실로 원고가 회신한 편지는 유실되었고 1989년 5월 29일자로 원고의 정자는 폐기되었다. 이후 결혼한 원고는 냉동보관중인 정자를 이용하여 아이를 가지려 하였으나 이미 정자가 폐기된 사실을 알게 되었다. 이에 원고는 심리적 충격에 대한 위자료를 청구하였으며, 또한 냉동보관중이던 자신의 정자가 훼손된 점에 대해 소유권이 아닌 ‘일반적 인격권 침해’를 이유로 위자료를 청구하였다.

독일에서의 위자료는 ‘신체침해’의 경우는 독일민법 제253조에 명시되어 있으나, ‘물건훼손’에 대해서는 판례가 인정한 ‘일반적 인격권’에 의해서만 인정되며 이 경우는 ‘고의 또는 중과실’을 별도로 요구하고 있다. 원심은 피고의 ‘경과실’에 의한 사고로

28) 이재복·이정현, “치료과정에서 적출한 인체 구성부분의 이차적 이용에 따른 법률문제”, 법조, 제55권 제4호(2006), 118-119면.

29) Greenberg v. Miami Chren’s Hospital Research Institute, Inc., 264 F.Supp.2d 1064 (2003).

30) 김장한, “인체유래물질과 관련된 계약”, 의료법학, 제8권 제1호(2007), 16-17면.

31) BGHZ 124, 52 = NJW 1994, 127.

판단하여 ‘일반적 인격권’에 의한 위자료 청구는 부정하였다. 하지만 독일연방대법원은 정자의 폐기를 ‘신체침해’로 인정하여, 경과실에 대한 위자료 청구를 받아들였다. 독일민법 제823조 제1항 및 제847조 제1항에서의 신체침해 개념을 넓게 해석하여 적용한 결과였다. 독일연방대법원은 ‘의학의 발전으로 자가 이식을 위한 피부, 골수, 혈액 등의 신체조직을 분리하였다가 다시 통합하는 것이 가능해진 기술적 발전’을 전제로 하면서 ‘차후에 다시 통합하기 위해 조직을 신체로 분리하였다면, 신체로부터 분리되어 있을 때에도 신체와 기능적 일체(funktionale Einheit)를 형성하고 있다’고 판단하였다. 따라서 이러한 신체조직의 손상이나 폐기는 독일민법 제823조 제1항, 제847조 제1항의 ‘신체침해’라고 판단하였다.³²⁾

이 판결은 인체로부터 ‘분리’되어 별도로 보관중인 ‘인체유래물’에 대해서, 여전히 분리전의 신체와 동일한 법적 지위를 인정하였다. 즉, ‘분리된 인체유래물’의 훼손을 ‘신체침해’로 인정하여, ‘분리된 인체유래물’에 대해 ‘완전한 신체’에 준(準)하는 법적 지위가 인정될 수 있음을 보여준 대표적인 사례이다. 독일의 판결은 피부나 골수의 자가이식, 임신을 위한 난자의 분리 등 ‘의학적 기술발전’을 충분히 숙고하여 ‘물건성’과 ‘인격성’을 재구성한 결과이며, 현대과학에 대한 충분한 이해를 바탕으로 법적 접근을 했다는 점에서 진일보되고 모범이 되는 판결이라고 볼 수 있다.

하지만 이 판결은 이후 학설의 많은 비판도 받게 되었다. 우선 ‘재주입하여 치료할 목적’은 다분히 주관적인 징표이기에 확정이 곤란하다는 점이며, 또한 판결은 원고의 위자료 청구를 인정해주기 위한 것이었으나, 다른 법적수단을 통해서도 충분히 위자료는 인정될 수 있었다는 점 때문이다.³³⁾

다. 대법원 2010. 10. 14 선고 2007다3162 판결

병원장이던 피고 1은 피고 2가 대표이사로서 있던 피고회사로부터 ‘제대혈 줄기세포’를 공급받아 ‘중간엽 줄기세포’를 추출한 후 간경화 환자 2명에게 주입하는 이식수술을 2003년 9월과 10월에 각각 시행하였다. 2003년 11월에 피고 1은 피고 2와 공동기자회견을 열고 ‘2명의 간경화 환자에게 제대혈에서 추출한 줄기세포를 이식한 결과 간 기능이 현저하게 호전되는 결과를 얻었다’는 취지의 발표를 하였다. 또한 피고 1은 병원 홈페이지에, 피고 2는 서울햇줄은행 홈페이지에 이러한 내용을

32) 박동진, 냉동보관중인 정자의 훼손에 대한 민사법적 평가, **의료법학**, 제3권 제1호(2002), 172-174면.

33) 양창수, “분리된 인체부분의 법적 성격”, **민법연구**, 제9권(2009), 91-96면.

게재하였다. 이러한 기자회견 및 홈페이지 내용은 신문·방송 등 여러 매체를 통하여 널리 보도되었다.

그런데 임상치료에 성공한 것으로 알려진 2명의 환자는 일부 검사 수치에서 약간의 변화가 나타나기는 했지만, 실제 치료효과가 있다고 보기는 어려운 상태였고, 결국 그중 1명은 이식받은지 9개월 후 사망하였다. 한편 이러한 사실을 전혀 모르는 원고들은 신문·방송·홈페이지 등의 내용을 병원 측에 문의하였고, 병원 측의 권유로 피고회사로부터 줄기세포를 구입하여 2008년 12월경부터 2004년 3월경에 걸쳐 피고 1이 병원장으로 있던 병원에 입원하여 줄기세포 이식술을 받았다. 줄기세포 구입비로는 1인당 2,000~3,000만원이 지출되었고, 치료비로는 1인당 200~300만원이 지출되었다. 이후 이식받은 원고들은 기존의 병세가 악화되거나 부작용이 발생하지는 않았지만, 기존의 질병이 호전되거나 질병의 진행속도가 완화되지는 않았다. 이에 원고들은 피고들에 대해 불법행위에 기한 재산상 손해와 위자료 배상을 청구하였다.

대법원은 ‘중간엽 줄기세포’에 대해 약사법상 ‘의약품’으로 보고, ‘줄기세포 이식술’을 ‘임상시험’으로 판단하였다. 따라서 약사법 제26조의4 제1항에 위반한 것으로 판단했다. 또한 피고들의 설명의무 위반에 불법행위성립과 손해배상책임을 인정하였다. 다만 미승인 임상시험의 의료행위에 의한 약사법위반은 행정법상 위반이며 그 자체로 민법상 불법행위가 성립하지는 않는다고 판시하였다.

이 판결에서 가장 주목할 만한 쟁점은 “인체에서 분리한 ‘세포’가 ‘의약품’인가?” 하는 점이다. ‘분리된 세포(인체유래물)’가 의약품이 되기 위해서는 ‘세포(인체유래물)’가 소유권 등이 인정되는 ‘물건’으로서의 법적 지위를 가져야 한다. 만약 ‘분리된 세포’가 ‘물건성’을 가질 수 없다면 세포는 의약품(물건)으로는 보호되지 못한다. 다만, 제대혈에서 중간엽줄기세포를 추출하여 환자에게 주입하여, 간경화에 대한 효용성을 확인한 ‘의료기술(의료방법)’으로서만 보호될 수 있다. 대법원은 이 판결에서 ‘분리된 세포’도 약사법 제2조 제4항 제2호의 ‘의약품’에 해당한다고 판시하여, ‘분리된 세포(인체유래물)’에 대한 ‘물건성’을 인정하였다. 약사법과 『생물학적 제제 등의 제조·판매관리 규칙』에도 의약품으로 구분하고 있다.³⁴⁾

34) 관련조문을 살펴보면 다음과 같다. 약사법 제2조(정의) 제4호 나목은 의약품을 ‘사람이나 동물의 질병을 진단·치료·경감·치치 또는 예방할 목적으로 사용하는 물품 중 기구·기계 또는 장치가 아닌 것’이라고 정의하였다. 「생물학적 제제 등의 제조·판매관리 규칙」 제2조(정의) 제1호는 ‘생물학적 제제 등이라 함은 ... 의약품으로서 ... 백신·혈청 및 항독소 등 생물학적 제제와 이와 유사한 제제를 말한다’고 명시하며,

만약 약사법과 관리규칙의 입장과는 달리 ‘세포(인체유래물)’의 ‘물건성’이 부정된다면, ‘의료기술(의료방법)’로 보호될 수 있으며, 특허에 있어서도 후술하는 바와 같이 ‘방법발명(의료방법발명)’으로 보호될 수 있다. 또한 ‘신의료기술’은 의료법 제53조에 따라 ‘필요성이 인정될 때’에는 ‘신의료기술 평가위원회’에 의해 안전성·유효성 등의 평가를 받아야 한다.

라. 사건

분리된 인체유래물에 대한 미국, 독일의 대표적인 판례를 살펴보고, 우리나라의 최근 판례를 검토해보았다. 세 가지 사례 모두 세포 등에 포함된 DNA를 의료·생명공학적으로 활용하고 있다는 측면도 동일하다.

먼저 우리나라 판례는 종래 이어오던 통설인 ‘분리이론’에 충실한 판결로 볼 수 있다. 즉, 공급받은 제대혈에서 추출한 ‘중간엽 줄기세포’를 기존의 물질에서 ‘가공한 물건’으로 보고, 약사법이 적용되는 ‘의약품’으로 보았다. 결국 ‘중간엽 줄기세포’ 자체가 ‘물건’이고 ‘의약품’인 것이다. 하지만, 이러한 대법원의 입장은 현대과학적 성과나 인체유래물에 관련된 미국·독일 등의 판결, 그리고 이 판결 이후에 시행된 「제대혈 관리 및 연구에 관한 법률」의 취지 등을 고려한다면 향후 유사한 사례에서는 재검토가 필요할 것으로 보인다. 현행 「제대혈 관리 및 연구에 관한 법률」에서 ‘제대혈’의 ‘물건성’을 인정하기보다 ‘인격성’을 강조하면서 공익적 측면에서만 규정하고 있음을 간과한 것이다. 즉, 법률은 ‘제대혈의 유상양도’ 등을 엄격히 금지하고 있으며, 기증된 제대혈이라도 ‘제대혈은행’에서 채취하여 ‘제대혈정보센터’의 통보에 의해 ‘이식의료기관’에 공급하도록 되어있어 상대방 선정을 엄격히 제한하고 있다. 또한 제대혈기증자의 ‘희생정신’을 강조하여, ‘인격성’에 근거한 ‘공익적 측면’에서 제대혈을 취급하고 있다.

미국의 Moore 판결은 ‘분리된 인체세포·조직 등에 대한 소유권’을 원칙적으로 부인한 것이다. 이러한 Moore 판결의 취지는 앞서 본 Greenberg 판결에서도 그대로 이어지고 있다. 또한 Cornelio v. Stamford Hospital 판결도 이러한 취지가 이어진

제2조 제2호에서는 ‘제1호의 규정에 의한 이와 유사한 제제라 함은 유전자재조합의약품 및 세포배양의약품을 말한다’고 밝히고 있다. 이러한 규정으로 볼 때, 약사법과 관리규칙에서는 ‘세포치료제’를 ‘의약품’으로 명시하고 있으며, 약사법의 적용대상으로 보고 있다. 의약품으로 인정되면, 특허를 받을 때도 후술하는 바와 같이 ‘물건의 발명’으로 보호된다. 또한 임상시험을 하고자 할 때 약사법 제26조의4 제1항에 따라 식품의약품안전처장의 승인을 얻어야 한다.

대표적 사례이다.³⁵⁾ 이러한 미국 법원의 입장은 1644년 Edward Coke가 ‘시체의 매장은 누구에게도 속하지 않으며 오직 교회의 관할일 뿐’이라고 한 이래 ‘인체는 재산이 될 수 없다’는 영미법 원칙을 확인한 것으로 볼 수도 있다.³⁶⁾ 하지만 현재 미국에서는 과학기술의 발달과 사회적 인식의 변화 등으로 ‘인체구성부분’도 재산권으로 인정해야 한다는 주장이 확대되고 있으며, 재산권으로 인정한 것과 유사한 판결도 나오고 있는 실정이다.³⁷⁾ 특히 Moore 사례에서 캘리포니아주 최고법원은 ‘인체 유래물의 재산권 인정이 의학연구를 위축시킬 수 있으며, 연구자가 소송에 휘말릴 수 있다’는 우려를 표명하여, 본 판결에는 의료·생명공학산업의 발전을 촉진하려는 국가정책적 의도가 있음을 보여주었다. 결국 미국 법원의 입장에서는 과학기술의 발달과 사회인식의 변화, 정책적 필요성에 따라서, 인체유래물의 법적 성격은 언제든 변화될 여지가 있다고 할 것이다.

독일 판례는 ‘분리보관중인 정자’의 법적 지위를 ‘분리되기 이전의 신체’와 동일하게 보는 입장이다. 즉, 정자(인체유래물)의 분리와 미분리를 구별하지 않고 동일하게 ‘신체’로 파악할 수 있는 기준을 제시한 것이다. 그 기준은 ‘재주입하여 치료할 목적’이다. 앞서 본 바와 같이 ‘재주입 목적’은 다분히 주관적인 징표라서 법적 지위를 확정하는 기준이 될 수는 없다는 비판이 다양하게 제기되었다. 하지만 독일 판결은 피부·골수·생식세포의 자가이식 등 현대 의료·생명과학에 대한 충분한 이해와 고려를 바탕으로 내려진 판단으로, 현대과학적 상황을 전제로 한 모범적이고 진실보한 판결로 볼 수 있다. 특히 ‘분리된 인체유래물’에 대하여 ‘완전한 신체’에 준(準)하는 법적 지위가 인정될 수 있음을 보여주고, ‘인격적 보호’를 강조한 점에서 법적 지위에 대한 논의에 꼭 필요한 논거를 제시하였다. 무엇보다 ‘현대과학의 발전과 성과’를 바탕으로 인체유래물의 법적 지위에 대해 ‘근본적인 재검토’를 했다는 점에서, 향후 진행될 법적인 논의의 방향에도 시사하는 점이 크다고 할 것이다. 다만, 판결에서 제시한 ‘재주입할 의사(목적)’는 지나치게 주관적인 기준임에는 분명하다. 인체유래물의 본질 그 자체로부터 ‘신체’에 준하는 법적 지위를 부여하는 논거와 체계를 제시하는 것이 타당할 것이다.

35) Angela Cornelio v. Stamford Hospital, 246 Conn. 45; 717 A.2d 140 (1998).

36) Roy Hardiman, “Toward the Right of Commerciality: Recognizing Property Rights in the Commercial Value of Human Tissue”, 34 *UCLA Law Review* 207 (1986), pp. 226 ff.

37) William Boulier, “Sperm, Spleens, and Other Valuables: The Need To Recognize Property”, 23 *Hofstra Law Review* 693 (1995), pp. 704 ff.

IV. 인체유래물의 과학적 활용에 따른 법률관계

의료기술과 생명과학의 발달로 인하여 개인이 가지고 있는 세포·신체조직 등에 대한 활용가치와 필요성이 더욱 증가하고 있다. 인체로부터 세포나 조직을 적출하여 기술적 조작을 가하고, 이를 활용하여 생명의료과학 분야의 성과를 가져올 수 있기 때문이다. 인체를 중요한 자연자원(natural resources)의 하나로 받아들이려는 경향이 강화되고 있으며, 인간으로서의 존엄성을 훼손하지 않는다면, 보다 전향적인 관점에서 인체유래물을 물건으로서 사용·수익·처분할 수 있도록 해야 한다는 주장도 제기된다. 이러한 입장 중에는 전통적인 입장을 넘어서, ‘물건’으로 활용하기 위하여 인체로부터 조직·세포 등을 적출하여 적극적으로 ‘거래’하는 것을 허용해야 한다는 주장도 있다.³⁸⁾

하지만 실제로는 이러한 기술적 효용성과는 반대로 인격권 침해의 우려가 커지고 있다. 즉, 인체유래물의 생명의료과학적 효용이 높아졌다는 것은, 다른 한편으로 생명과 유전정보 등 ‘인권’의 가장 본질적인 부분조차 무방비상태에 처하게 되었다는 반증(反證)이기도 하다. 환자의 세포 하나로 치료와 연구에 획기적인 진전을 가져올 수 있는 반면, 그 세포 하나면 본인과 친인척이 유전정보가 유출됨은 물론 본인이 복제될 수도 있는 것이 현대과학의 상황이다.

이하에서는 현대과학적 상황에 합당한 인체유래물의 법적 지위를 모색하기 위하여, 인체유래물의 인격성과 관련된 과학적 상황과 관련 특별법의 입장 그리고 예상되는 법률관계 등을 검토해보도록 한다. 이를 통하여 과학적 활용의 이면(裏面)에 내재한 인체유래물의 인격성과 규범적 측면을 구체적으로 살펴보고, 최종적으로 인체유래물의 법적 지위와 법률관계에서의 타당한 해결방안을 모색해보도록 한다.

1. 인체유래물(DNA) 연구의 과학적 발전 상황

가. Biobank 설립을 비롯한 국가적 차원의 DNA 연구

현대 생명의료과학의 발전은 인체조직과 장기, 세포, 혈액 등의 인체구성물질에 대한 활용가치를 증대시켰다. 특히 알츠하이머·파킨슨병 등 주요 난치병들이 유전자이상에서 유발된다는 사실이 밝혀지면서 DNA에 관한 분석과 연구가 활발히

³⁸⁾ Danielle M. Wagner, “Property Rights in the Human Body: The Commercialization of Organ Transplantation and Biotechnology”, 33 *Duquesne Law Review* 931 (1995), pp. 957 ff.

진행되고 있다. 우리나라도 정부 주도하에 조직, 세포, 혈액 등으로부터 한국인 특유의 인체정보를 수집하여 데이터베이스로 구축하기 위한 ‘한국 인체자원 종합관리사업(Korea Biobank Project)’이 추진되었다. 이 사업의 목적은 ‘한국 인체자원 중앙은행’을 설치하고, 한국인의 질병과 유전자(DNA)와의 상관관계를 규명하여, 진일보되고 효율적인 질병치료 방법을 제시하는 데 있었다.³⁹⁾ 특히 세계적으로 가장 방대한 ‘UK Biobank’를 운영하는 영국은 공익성에 가장 적합한 모델을 제시하기도 하였다. 검체연구로 인한 ‘특허권’ 등의 수익은 연구를 행한 영리회사 등이 갖고, Biobank는 연구를 통한 정보만을 제공받는 형태이다. 이렇게 인체유래물(DNA)을 통한 유전자분석과 활용이 경제적으로 천문학적인 가치와 효용이 있다는 것이 밝혀지면서, 국가적 차원에서 인체유래물(DNA) 연구에 총력을 다하고 있는 실정이다.

나. 인간유전체 연구사업(Human Genome Project)을 통한 질병유전자 연구

인체유래물과 관련해서는 주요한 연구성과들이 지속적으로 이어져 왔으며, 다양한 법률적 쟁점들도 계속 제시되었다. 다윈과 멘델에 의해 이론적으로만 검토되었던 유전자의 개념은 1943년 제임스 왓슨(James Watson)과 프란시스 크릭(Francis Crick)에 의해 DNA라는 실체로 확인되었다. 이후 인간질병의 근본적인 치료를 목적으로 인간유전자의 모든 구조를 완전히 해독하기 위해 ‘인간유전체 연구사업(Human Genome Project)’이 시행되었다. 이 연구사업을 통해 ‘생명의 책’으로 불리는 ‘유전자 지도’를 완성하게 되었다. 현재는 이렇게 분석된 ‘유전자 지도’를 토대로 ‘고철더미에서 바늘을 찾듯이’ 질병 유전자를 찾는 연구가 이어지고 있다.⁴⁰⁾ 이렇게 DNA에서 질병유전자를 찾는 것은 결국 DNA가 인체의 모든 요소를 포함하고 있기 때문이다. 또한 유전자치료과정에서 이상 DNA에 변경을 가하여 체내에 재주입하는 과정은 앞서 독일 판결에서 본 ‘분리보관중인 정자’의 재주입과 유사하다. 결국 DNA가 인체의 모든 요소를 가지고 있다는 점과 유전자 치료시 재주입되는 점 등으로 보아, 분리된 DNA의 법적 지위도 단순한 ‘물건’이 될 수 없으며, 분리된 이후에도 ‘인체’로서의 속성은 그대로 유지한다고 볼 수 있다.

39) 이정현·박인걸, “인체유래물질의 재산권의 허용범위와 그 이용을 위한 관련법규의 정비방안”, **법학연구**, 제37권(2007), 48-49면.

40) Ray V. Herren (김희발·이무하 외 譯), **생명공학으로의 초대 - 삶의 혁명**, 2006, 99-100면.

다. 세포핵(DNA)을 활용한 생명복제

생명복제는 1962년 영국 옥스퍼드대학의 존 거든(John Gurdon)이 ‘체세포 핵’을 이용해 복제올챙이를 만든 것이 시초였다. 이후 1996년 로슬린 연구소에서 ‘복제양 돌리’를 탄생시켰다.⁴¹⁾

체세포 핵치환복제는, 결국 ‘세포핵(DNA)’ 하나가 생명의 모든 것을 내포하고 있다는 것을 의미한다. 따라서 생명복제에 관한 과학적 상황은 ‘인체유래물(DNA)의 법적 지위’에 있어서 근본적인 고찰의 필요성을 제기한다. 인체에 있는 100조 개의 세포(DNA) 각각은 동일한 개체를 생성할 수 있을 만큼 생명의 모든 요소를 온전히 담고 있다. 결국 인체는 ‘완전성을 가진 세포(DNA)’ 100조 개가 모여 ‘완전체(인체)’를 이룬 것이다. 또한 100조 개의 ‘세포(DNA) 각각’은 분리되어 제핵난자에 이식되면 다시 100조 개의 세포를 가진 ‘완전체(인체)’가 될 수 있다.

생명복제기술은 세포(DNA)와 생명체의 본질과 상관관계를 밝혀냈다. 이러한 과학적 성과는 ‘인체유래물(DNA)의 인격성’ 주장에 가장 본질적인 논거가 된다. 인체유래물(DNA)은 앞서 본 독일판결처럼 유전자치료과정에서 분리 후 재주입될 수 있으며, 분리된 상태에서 제핵난자에 이식되어 ‘복제생명체’가 될 수도 있다. 또한 유도만능줄기세포(iPS cell)처럼 분리된 상태에서 역분화 된 후 다른 조직으로 분화될 수 있도록 할 수도 있다. 이러한 결과로 본다면 ‘분리’와 ‘미분리’는 인체유래물(DNA)의 법적 지위를 구분하는 본질적 기준은 될 수 없다. 따라서 기존의 통설인 분리는론은 현대생명과학의 입장에서는 수정되어야 한다. 즉, 과학적 본질에 따라 ‘분리된 인체 유래물’과 ‘미분리의 인체’에 동일한 법적 의미가 인정되는 범위를 확인하고, 그 범위에서는 ‘분리된 인체유래물’을 ‘인체’에 준하여 파악하여야 한다.⁴²⁾

라. 첨단 줄기세포(ES cell, iPS cell 등)의 개발

줄기세포(stem cell)란 신체 내의 어느 기관·조직으로도 분화되지 않은 미분화

41) 돌리의 실험에서 흰색 양의 ‘체세포 핵(DNA)’을 검은색 양의 제핵난자에 이식하였으며, 결국 흰색 양의 DNA와 동일한 흰색 복제양을 생성했다. 이 기술은 전 세계적으로 보편화되어 이종(異種) 복제와 죽은 생명체 복제를 가능하게 했으며, 인간배아줄기 세포의 생성도 가능하게 했다. 심지어 수천 년 전 멸종된 동물도 냉동된 세포핵(DNA) 하나만 찾으면 탄생시킬 수 있기에 ‘멸종 메머드 복제사업’ 등을 시행하는 계기가 되었다[한국경제, “황우석 메머드 신체 조직 채취 ‘성공’...복제 가속도 불나 (2012. 9. 24)”, <http://www.hankyung.com> 2014년 10월 1일 방문].

42) 즉, 사인중여에 유종의 규정이 준용되듯이(민법 제562조), 동일성이 인정되는 범위에서는 ‘분리된 인체유래물’에 ‘분리 전 인체’에 관한 법리가 준용(準用)될 수 있다.

세포를 총칭한다.⁴³⁾ 배아줄기세포(ES cell)는 앞서 본 바와 같이 복제배아를 생성할 때 사용되는 세포의 법적 지위와 ‘체외배아’의 법적 지위에 대한 논란을 일으켰다. 성체줄기세포는 본래의 그 세포가 아닌, 다른 조직의 세포로도 분화할 수 있다는 연구결과들이 나오고 있으며 실제 임상에서도 활용되고 있다.⁴⁴⁾ 유도만능줄기세포(iPS cell)는 최초 개발 후 비약적인 성과를 이루고 있으며, 최근에는 피부세포를 역분화시켜 iPS 세포로 만든 후 이를 망막세포로 분화시켜 노인황반변성을 앓는 환자에게 이식했다.⁴⁵⁾ 또한 최근 조작 논란을 일으킨 일본 이화학연구소의 ‘STAP 세포’는 줄기세포연구의 빠른 성장과 더불어 개발경쟁의 치열함을 보여주었다.⁴⁶⁾

줄기세포의 연구성과들은 세포는 분리 후에도, ‘고정된 형태의 물건’이 아니라 다양한 세포·조직·생명체로 분화되어 갈 수 있음을 보여주었다.⁴⁷⁾ 이처럼 인체 유래물(DNA)은 유전에 관련된 유전정보 차원이 아니라 생명의 실체를 이루는 모든 부분을 내포하고 있다. 분리 후 재주입하면 다른 조직이 될 수도 있고, 역분화하여 필요한 모든 세포가 될 수도 있으며, 복제생명체 그 자체가 될 수도 있다. 이렇게 다양한 줄기세포의 개발은 세포의 법적 지위가 분리에 의하여 물건이 되는 것이 아니라, 세포(DNA) 그 자체가 조직, 기관, 생명체가 될 수 있는 본체라는 것을 보여주었다.

줄기세포의 과학적 연구성과를 감안한다면, 인체유래물(DNA)이 생명체의 모든 요소를 담고 있고, 생명체의 모든 것이 될 수 있는 존재라는 본질적인 측면에서 법적 지위가 재검토 될 필요가 있다.

43) ‘성체줄기세포(adult stem cell)’는 생존하는 모든 인간의 신체에 내재하면서, 살아가는 동안 세포재생의 역할을 하는 세포이다. 특히 골수, 체대혈, 피부, 지방조직, 신경조직 등에서 발견된다. 배아줄기세포(ES cell)는 수정란이나 체세포핵이식란이 배반포 단계 일 때 세포내피에서 추출한 세포이다. 유도만능줄기세포(iPS cell)은 2006년 일본의 아마나카 신야(山中伸彌) 교수가 개발한 것으로 체세포의 유전자를 역분화시켜 배아줄기세포처럼 미분화상태의 세포를 만든 것이다.

44) YTN, “교황청, 성체줄기세포 연구 지원(2010. 4. 24)”, <http://www.ytn.co.kr> (2014년 10월 12일 방문).

45) 연합뉴스, “일 연구진, iPS 세포로 망막세포 만들어 인체에 이식(2014. 9. 12)”, <http://www.yonhapnews.co.kr> (2014년 9월 13일 방문).

46) 연합뉴스, “STAP세포 존재 확인 안 돼...日 검증팀 중간보고(2014. 8. 27)”, <http://www.yonhapnews.co.kr> (2014년 10월 1일 방문).

47) 즉, 피부의 성체줄기세포를 분리하여 체내에 재주입하면 신경세포나 근육세포로 분화될 수 있다. 또한 체내의 모든 세포는 분리 후 역분화시켜 iPS 세포로 만든 후 체내에 주입하여 필요한 모든 종류의 세포로 분화시킬 수 있다. 또한 배아줄기세포에 있어서는 체세포핵(DNA)을 분리하여 제핵난자에 이식하면 복제 생명체로 변화될 수 있다.

마. 정리

세포(DNA)는 모든 조직·기관으로 분화가 가능하고, 심지어 인간 개체로 복제될 수 있다. 이러한 과학적 상황에서 인체유래물(DNA)을 기존의 통설과 같이 ‘분리’를 기준으로 단순한 물건으로 보거나, 효용성 때문에 거래의 대상으로 파악하는 것은 지극히 위험하며, 또한 현대 과학이 밝혀낸 생명의 본질과도 맞지 않는 주장이다. 현대과학은 인체가 100조 개의 세포로 구성되어 있으며, 그 세포 각각은 그 개체의 모든 정보와 실체를 담고 있기에 분리되어 활용될 경우 각각이 모두 완전한 생명체로 될 수 있음을 보여주었다. 따라서 ‘인체유래물’은 분리된 이후에도 단순한 ‘물건’으로 볼 수 없으며, 그 자체가 생명의 본질로 ‘인체’와 동일한 의미가 인정되는 범위에서는 그에 준하여 취급되고, ‘인격권’으로 보호되어야 한다.

2. 인체유래물 관련 특별법의 검토

앞서 본 바와 같이 과학기술의 발달에 따라, 인체유래물의 ‘물건성’을 인정하고자 하는 주장들이 다양하게 제기되었다. ‘분리’를 기준으로 물건성을 인정하고자 하는 통설에서부터, 다양한 학설들이 인체유래물을 ‘인체’와 ‘물건’으로 구분하는 경계를 제시하였다. 한편 이러한 견해들을 검토하려면, 현실에서 인체유래물이 적출되어 관리·처분되는 과정을 구체적으로 살펴볼 필요가 있다. 이러한 적출·관리·처분은 ‘해당 인체유래물’의 특별법에 의해 이루어진다. 이하에서는 특별법들에 나타난 인체유래물의 구체적인 법률규정을 살펴보고, 현실에서 진행되고 있는 상황들을 토대로 법적성격을 다시 검토해보도록 한다.

가. 장기·조직·혈액 등에 관련된 특별법

인체유래물에 관련된 대표적인 특별법으로는 「장기등 이식에 관한 법률」, 「인체 조직안전 및 관리 등에 관한 법률」, 「제대혈 관리 및 연구에 관한 법률」, 「혈액관리법」, 「시체해부 및 보존에 관한 법률」 등이 있다.

「장기등 이식에 관한 법률」 제22조는 장기의 기증에 있어서는 본인의 동의는 물론, 그 가족 또는 유족의 동의를 함께 요구하고 있다. 본인이 반대한 사실이 확인되거나, 유족이 명시적으로 거부하는 경우에는 적출할 수 없도록 하고 있다.⁴⁸⁾ 본인의

48) 장기등 이식에 관한 법률 제22조(장기 등 적출요건) 제1항은 ‘살아있는 사람의 장기 등은 본인이 동의한 경우에만 적출할 수 있다’고 하고 있다. 또한 제3항 제1호는 ‘다만, 그 가족 또는 유족이 장기 등의 적출을 명시적으로 거부하는 경우는 제외된다’고 하였다.

자유로운 의사만으로 기증을 할 수 없다는 점에서 계약체결의 자유가 인정되는 민법상 증여계약 등과는 성격이 다르다. 동법 제26조에서는 대상자 선정에 있어서도 본인의 의사와 상관없이 ‘국립장기이식관리기관의 장’이 선정하도록 되어있다.⁴⁹⁾ 상대방 선택의 자유가 인정되지 않는 점에서 민법상 증여나 유증과는 확연한 차이가 있다. 또한 동법 제2조와 제3조에서는 “인도적 정신”과 기증자의 “이웃사랑과 희생정신”의 존중을 명시함으로써 모든 절차는 공익적 측면에서 진행되어야 함을 분명히 하였다.⁵⁰⁾ 따라서 이 법률은 장기기증에 관한 공법상 절차와 처벌을 규정한 것으로 볼 수 있다.

『인체조직안전 및 관리 등에 관한 법률』은 제8조에서 조직의 채취에 있어서 본인 사망 전에 동의한 경우에도 그 가족 또는 유족이 거부하는 경우 채취할 수 없도록 하고 있다.⁵¹⁾ 동법 제12조에서는, 이식대상자 선정에 있어서 ‘조직은행’이 조직이식의료기관에 시급성, 기대효과 등을 감안하여 분배우선순위를 제공하여야 한다.⁵²⁾ 따라서 계약체결의 자유와 상대방 선택의 자유는 인정되지 않는다고 할 수 있다.

『제대혈 관리 및 연구에 관한 법률』 제8조는 제대혈의 채취는 ‘산모’의 동의만으로 가능하다.⁵³⁾ 하지만 동법 제27조에서는, 기증된 제대혈이라고 하더라도 ‘제대혈 은행’은 적격인 제대혈 제제를 ‘제대혈 정보센터’의 통보에 따라 ‘제대혈이식 의료기관’에 공급하여야 한다고 하였다.⁵⁴⁾ 이러한 점에서 상대방 선택의 자유는 인정되지 않는다고 볼 수 있다. 또한 동법 제3조에서 제대혈기증자의 ‘이웃사랑과 희생정신’에 대한 존중을 강조한 점에서도, 민법상 증여계약 등과는 달리, 공익성을 강조

49) 장기등 이식에 관한 법률 제26조(이식대상자 선정 등) 제1항은 ‘국립장기이식관리기관의 장은...대통령령으로 정하는 장기 등 이식대상자의 선정기준에 따라, 장기 등 이식대기자 중에서 이식대상자를 선정하여야 한다’고 명시하였다.

50) 장기등 이식에 관한 법률 제2조(기본이념)는 제1항은 ‘장기등의 적출 및 이식은 인도적 정신에 따라 이루어져야 한다’고 하였고, 제3조(장기등 기증자의 존중) 제1항은 ‘장기등 기증자의 이웃 사랑과 희생정신은 언제나 존중되어야 한다’고 명시하였다.

51) 인체조직안전 및 관리 등에 관한 법률 제8조(조직의 채취요건) 제1항 제1호는 ‘...다만, 그 가족 또는 유족이 조직 등의 채취를 명시적으로 거부하는 경우를 제외한다’고 명시하였다.

52) 인체조직안전 및 관리 등에 관한 법률 제12조(조직이식의 우선순위)는 ‘조직은행은 조직이식의료기관에 조직을 배분하는 경우에, 의료적 측면에서 조직이식의 시급성 및 기대효과와 존중을 감안하여 분배우선순위를 적용하여 제공하여야 한다’고 하였다.

53) 제대혈 관리 및 연구에 관한 법률 제8조(제대혈을 채취할 때 준수사항) 제1항은 ‘제대혈은 제7조 제1항에 따라 산모가 동의한 경우에 한하여 채취하여야 한다’고 하였다.

54) 제대혈 관리 및 연구에 관한 법률 제27조(제대혈제제의 공급) 제1항은 ‘제대혈 은행은... 적격인 기증제대혈제제를 제대혈정보센터의 통보에 따라 제대혈이식의료기관에 공급하여야 한다’고 하였다.

한 공법규정으로 볼 수 있다.⁵⁵⁾

「혈액관리법」은 제4조의2에서 “헌혈자는 숭고한 박애정신의 실천자로서 헌혈을 하는 현장에서 존중받아야 한다”고 명시하고 있다.⁵⁶⁾ 즉 민법상 물건의 양도와는 다르게 공익성의 관점에서 취급되어야 함을 강조한 것이다. 또한 혈액원이 채취하여 보건복지부가 중심이 되어 관리하도록 규정된 측면에서, 민법상 계약이 아니라 정부가 중심이 된 공법상의 절차를 규정한 것으로 볼 수 있다.⁵⁷⁾ 헌혈자는 헌혈증서를 교부받게 되며, 이 헌혈증서를 가진 사람은 무상으로 혈액제제를 수혈받을 수 있다. 그리고 무상수혈에 대한 부담은 보건복지부장관이 헌혈환부적립금에서 보상하므로, 이를 부담부 증여로 본다면 헌혈자와 국가 간의 부담부 증여라고 볼 수도 있다. 하지만 동법 제3조에서 “금전·재산상의 이익 기타 대가적 급부를 받고 타인에게 제공할 수 없다”고 명시하고 있으므로, 물건을 부담부로 국가에 증여했다고 이론 구성하기는 힘들다. 사인간의 계약이 아니라 오히려 공익적 목적의 행정절차를 따른 것으로 보는 것이 타당할 것이다.

「시체해부 및 보존에 관한 법률」은 ‘시체를 활용한 의학연구’에 있어 ‘인격성’을 강조하면서, 엄격하게 공법상 절차를 규정한 것이 법률의 주요내용이다. 따라서 이 법률의 ‘시체’를 ‘무주의 동산’ 등으로 해석할 수는 없다. 시체해부는 ‘사인의 조사’와 ‘의학연구’ 등에 제한하고 있다.⁵⁸⁾ 또한 시체를 대할 때, ‘정중한 예의’를 지켜야 함을 명시하여 시체의 인격성을 특히 강조하였다.⁵⁹⁾ 금전 또는 재산상의 이익 등의 반대급부를 목적으로 양도할 수 없다는 점도 분명히 밝히고 있다.⁶⁰⁾

55) 제대혈 관리 및 연구에 관한 법률 제3조(제대혈기증의 존중) 제1항은 ‘제대혈을 기증한 자의 이웃에 대한 사랑과 희생정신은 존중되어야 한다’고 하였고, 제2항은 ‘... 명예 제대혈기증서는 대가를 목적으로 제공되어서는 아니된다’고 명시하였다.

56) 혈액관리법 제4조의2(헌혈자 보호와 의무 등) 제1항은 ‘헌혈자는 숭고한 박애정신의 실천자로서 헌혈현장에서 존중받아야 한다’고 하였다.

57) 혈액관리법 제7조(헌혈자의 신원확인·건강진단 등) 제1항은 ‘혈액원은 ... 채혈전에 헌혈자에 대하여 신원확인 및 건강진단을 실시하여야 한다’고 하였고, 제14조(헌혈증서의 교부 및 환부)와 제15조(헌혈환부예치금 및 헌혈환부적립금)에서는 혈액원이 헌혈증서를 교부하고 헌혈환부예치금을 보건복지부에 예치하여야 함을 명시하였다.

58) 시체해부 및 보존에 관한 법률 제2조(시체의 해부) 제1항은 ‘시체를 해부할 수 있는 경우는 다음 각호의 1에 해당하는 경우로 한다’고 명시하여, 해부의 목적을 한정하였다.

59) 시체해부 및 보존에 관한 법률 제2조(시체의 해부) 제1항은 ‘시체를 해부하거나...보존하는 자는 시체를 취급할 때 정중하게 예의를 지켜야 한다’고 명시하였다.

60) 시체해부 및 보존에 관한 법률 제10조(시체의 관리)에서는 시체를 이 법의 목적에 반하여 양도할 수 없으며, 금전 또는 재산상 이익을 목적으로 취득·양도할 수 없음을 명시하였다.

인체유래물의 ‘물건성’을 강조하는 주장들은 관련 특별법이 규정한 무상 기증을 주요 논거로 제시하였다. 즉, 특별법의 무상 기증을 민법상 증여로 볼 수 있다는 주장이다. 하지만 이들 특별법은 의료행위에 대한 행정절차와 벌칙 등을 규정한 것일 뿐이며, 무상·낙성·편무·불요식의 증여계약과는 본질적으로 다른 내용이 있다. 오히려 인체유래물이나 시체 등에도 ‘인격성’을 강조하고 있으며, 의료행위나 연구에 활용될 경우에도 주관적 요건과 객관적 요건을 준수하도록 엄격한 절차를 명시하고 있다.

나. 생명윤리 및 안전에 관한 법률

생명윤리안전법은 인체유래물의 제공과 관련하여 ‘보존 및 제공 등과 관련된 실비변상’을 제외하고는, 무상(無償)으로 하여야 함을 명시하고 있다(동법 제26조 제1항, 제38조 제3항). 이와 동일한 취지는 「의약품 임상시험 관리기준」 제6조 가항 제9호에도 “금전적 보상이 대상자가 임상시험에 참여하는 데 부당한 영향을 미치는지 검토하여야 한다”라고 명시되어 있다.⁶¹⁾

생명윤리안전법은 ‘배아 및 인체유래물의 폐기’에 관하여, ‘폐기의 절차, 방법 등 필요한 사항’을 보건복지부령으로 정하도록 명시하였으며(동법 제25조 제5항, 제39조 제4항), 시행규칙에서는 「폐기물관리법」 제13조에 따른 기준과 방법에 따라 폐기하도록 하고 있다(동 시행규칙 제21조 제3항, 제36조 제1항 제1호).⁶²⁾ 이 규정들은 물건에 대하여 민법상 포기가 자유롭게 인정되는 것과 달리, 인체유래물에 대해서는 엄격한 공법상 절차에 따른 폐기가 이루어져야 함을 명시한 것이다. 즉, 인체유래물을 ‘인격성’에 근거하여, ‘인격권 존중’의 측면에서, 물건과 다르게 취급해야 함을 규정했다고 볼 수 있다.

61) 이렇게 인체유래물을 연구·실험 등을 위해 제공하는 경우 경제적 수익의 대상에서 제외된 점은 ‘인체유래물’이 ‘단순한 물건’처럼 무분별하게 거래되는 것을 방지하여 인격적 측면에서 보호하고자 한 취지라고 볼 수 있다. 특히 기관생명윤리위원회(IRB)에서는 엄격한 확인과 심사를 통해 금품제공, 사행심 조장 등을 활용한 연구가 진행되지 않도록 미연에 방지하여야 한다(김은애 외, **초보자를 위한 기관생명윤리위원회 운영의 사례**, 2013, 18면 이하).

62) 폐기물관리법 제2조 제5호는 ‘의료폐기물’을 규정하면서 ‘... 인체 조직 등 적출물(摘出物) ... 등 보건·환경보호상 특별한 관리가 필요하다고 인정되는 폐기물로서 대통령령으로 정하는 폐기물을 말한다’고 하였다. 또한 동법 제13조 제2항은 ‘의료폐기물은 ... 전용용기만을 사용하여 처리하여야 한다’고 명시하였다.

다. 세계의사협회 헬싱키 선언

세계의사협회가 제정한 「헬싱키 선언」 제1항은 “사람(human)을 대상으로 하는 의학연구는 개인 식별이 가능한 사람의 검체(human material)와 자료(data)에 대한 연구를 포함한다”고 명시하고 있다. 즉, 자신의 신체 일부인 인체유래물(human material)을 임상시험에 제공하는 것도 일종의 ‘인간대상 연구’에 속하는 것이고 인체유래물을 제공하는 사람은 ‘피험자’가 된다. 또한 동 선언 제24항은 ‘모든 피험자는 연구의 목적, 방법, 이익, 위험 등에 관한 충분한 설명을 들어야 하며, 언제라도 아무런 불이익 없이 연구참여를 취소할 수 있다’는 것을 명시하였다.⁶³⁾

헬싱키 선언 제1항과 제24항 등의 취지를 종합해보면, ‘인체유래물’을 임상시험에 제공하는 것만으로도, 직접 방문하여 임상시험에 참여하는 것처럼, ‘피험자’로서의 지위를 가지게 되며, 임상시험과 관련된 충분한 설명과 동의를 거쳐야 한다.⁶⁴⁾ 헬싱키 선언에 드러난 입장을 살펴보면, 임상시험에 제공된 ‘인체유래물’을 단순히 ‘물건’으로서가 아니라, ‘인체’에 준하여 존중하여야 하는 지위로 파악하고 있음을 알 수 있다.⁶⁵⁾

63) WMA Declaration of Helsinki 24.

In medical research involving competent human subjects, each potential subject must be adequately informed of the aims, methods, sources of funding, any possible conflicts of interest, institutional affiliations of the researcher, the anticipated benefits and potential risks of the study and the discomfort it may entail, and any other relevant aspects of the study. The potential subject must be informed of the right to refuse to participate in the study or to withdraw consent to participate at any time without reprisal.

헬싱키 선언에서는 피험자를 환자보다 강하게 보호하고 있다. 치료행위는 환자의 건강회복을 위해 개입하는 것이지만, 연구행위는 결과물이 사회전반을 이롭게 할 뿐 피험자 스스로가 혜택을 보는 것은 아니기 때문이다. 따라서 환자보다 피험자를 훨씬 강하게 보호하는 것은 생명윤리의 관점에서 적절하다고 할 수 있다. 따라서 조직·세포 등의 인체유래물을 활용한 임상시험에서도 무엇보다 중요한 역할을 하는 것이 바로 피험자의 동의(informed consent)가 될 것이다(樋口範雄·岩田 太, **生命倫理と法** II, 2007, 111~112頁).

64) 앞서 살펴본 Moore 판결에서 캘리포니아주 최고법원은 ‘인체유래물(비장조직)을 제공한 Moore에게 의사는 연구이익과 경제적 이익을 설명하여야 하고 이러한 설명이 없는 경우 계약상의 신임의무 위반이다’고 판시하였다.

65) 참고로 「인간배아줄기세포 연구를 위한 ISSCR 가이드라인」에서도 연구에 활용되는 난모세포의 거래를 엄격히 금지하여 인격적으로 보호하도록 규정하고 있다. 즉 “직접 비용 또는 어떠한 재정적 고려사항에 대한 보상이 ‘부당한 유인’으로 작용하지 않도록 엄격한 심사가 있어야 한다.” 또한 “연구 목적으로 제공될 난모세포 자체의 수(數)나 질(質)에 대하여 어떠한 재정적 보상도 주어져서는 안 된다.”고 명시하였다. 이러한 규정은 임상시험에 활용되는 인체유래물인 ‘난모세포’에 대해 ‘물건성’을 부정하고, 인체에 준하여 인격권으로 보호하고자 한 취지로 볼 수 있다(권복규·박은정, **줄기세포 연구자를 위한 생명윤리**, 2007, 140면).

라. 정리

인체유래물의 관리·처분은 해당 인체유래물 관련 특별법에 명시된 규정에 의해 진행되기에, 법적 성격의 구체적인 검토를 위해 해당 법률들을 검토해 보았다. 세포·조직·혈액 등 인체유래물의 물건성을 강조하는 입장에서는 특별법에 명시된 ‘무상 기증’을 근거로 물건으로서의 법리를 전개한다. 하지만 특별법의 규정은 무상·낙성·편무·불요식의 증여계약과는 본질적으로 전혀 다른 내용이며, 다만 의료행위에 대한 행정절차와 벌칙을 규정한 공법규정에 불과했다. 오히려 각 인체유래물에 대하여 ‘인격성 존중’을 강조하고 있으며, 활용·관리·처분에 있어서도 인격성이 훼손되지 않도록 엄격한 절차를 명시하고 있었다.

생명윤리의 기본법률인 『생명윤리 및 안전에 관한 법률』에서는 인체유래물의 제공에 실비변상 이외의 금전적 보상을 엄격히 제한하고 있으며, 폐기에 있어서도 물건의 포기처럼 자유로운 방식이 아니라, 폐기물관리법 등에 의한 엄격한 행정절차에 의하도록 하였다. 즉, 생명윤리안전법은 인체유래물의 ‘인격성’을 근거로 활용·관리·처분 등을 규정하고 있다. 또한 세계의사협회가 제정한 『헬싱키 선언』도 ‘인체유래물’을 제공하는 것만으로도 임상시험에 참여하는 ‘피험자’로 파악했으며, 충분한 설명과 동의 등과 관련하여, 직접 방문하여 참여하는 자와 동일한 보호를 받도록 하였다.

의료·생명공학 산업의 입장에서 인체유래물의 ‘물건적 활용’이 주장되지만, 실제 관리·처분을 명시한 해당 특별법에서는 오히려 인체유래물의 ‘인격성’을 강조하고 있으며, 의료행위나 연구에 활용될 경우에도 ‘인체로서의 가치’가 훼손되지 않도록 엄격한 절차를 명시하고 있었다.

결국 인체유래물과 관련된 특별법들의 입장은 인체유래물을 ‘물건’으로 취급하고 있지 않으며, 오히려 ‘인체의 존중’이라는 관점에서 ‘인격권’에 기초하여 보호하고 있다고 볼 수 있다.

3. 인체유래물을 활용한 불법행위와 법적구제

인체유래물의 법적성격에 관한 논의는, 민사법적으로는 침해에 따른 구제방법과 배상범위 등에서 가장 큰 실익이 있다. 앞서 본 Moore 사건과 독일의 분리보관중인 생식세포 훼손 사건은 이와 관련된 대표적인 사례였다.

이하에서는 우선 인체유래물의 법적성격에 따라 ‘손해배상을 비롯한 법적구제’에 어떤 차이가 있는지 현행 불법행위규정을 토대로 고찰해보고, 이어서 향후 발생이

예상되는 인체유래물 관련 불법행위들을 정리해보도록 한다. 이러한 검토들을 토대로 인체유래물의 본질적 속성에 합당한 법체계를 모색해 보도록 한다.⁶⁶⁾

가. 불법행위 성립과 위자료 청구 요건

독일민법 제253조 제2항은 ‘신체, 건강, 자유, 성적 자기결정권’을 침해한 경우 비재산적 손해(정신적 손해)에 대해서도 배상(위자료)을 청구할 수 있도록 하고 있다. 따라서 ‘물건에 대한 침해(훼손)’의 경우에는 일반적인 불법행위요건(고의 또는 경과실)으로 ‘위자료’를 청구할 수는 없게 된다. 한편 독일 판례는 ‘일반적 인격권’에 대한 침해시 위자료 청구를 인정하였다. 하지만 일반적 인격권 침해의 성립요건으로 고의나 중과실을 추가적으로 요구하였다. 정리해 보면 독일민법의 태도로는 ‘인체유래물 훼손’에 대해, 첫째 ‘단순한 물건훼손’으로 보면 위자료를 청구할 수 없게 된다. 둘째 ‘일반적 인격권 침해’로 보면 중과실에 의한 훼손이 인정되어야 한다. 앞서본 ‘정자훼손사건’에서는 병원 측에 경과실만 인정되므로 위자료는 청구할 수 없다. 셋째 ‘신체침해’로 보게 되면 독일민법 제823조의 규정에 의해 위자료를 청구할 수 있다. 독일 판례가 분리보관중인 인체유래물 훼손을 ‘신체침해’로 인정한 이유이기도 하다.⁶⁷⁾

우리나라 민법의 해석에 있어서, 다수설과 판례는 ‘물건의 침해’에 대해서도 ‘재산적 손해’와 ‘비재산적 손해(위자료)’에 대한 배상청구가 가능하다고 본다. 즉, 민

66) 우리 민법 제98조에서는 물건을 ‘유체물 및 전기 그 밖의 관리할 수 있는 자연력’이라고 명시하고 있다. 물건이 되기 위해서는 ‘유체물 또는 자연력’, ‘관리가능성’, ‘비인체성’, ‘독립성’이라는 4가지 요건이 충족되어야 한다. 이 중 인체유래물에 대해 논란이 되는 것은 ‘비인체성(非人體性)’이다. 앞서 본 바대로 우리나라의 통설적 견해는 ‘분리’를 기준으로 ‘비인체성’을 판단하였다. 따라서 인체일부이던 혈액·모발·치아 등도 인체에서 분리되면 분리되는 때부터 ‘물건’이 되지만, 의수·의족 등도 신체에 부착되어 있으면 인체의 일부가 된다. 이 견해를 앞서 본 Moore 사건에 적용한다면, Moore로부터 분리된 ‘신체조직(물건)’을 허락 없이 사용한 것이므로, 캘리포니아 주 최고법원의 입장과는 달리, 우리나라에서는 소유권 침해에 따른 ‘횡령’이 성립할 수 있다. 우리나라 통설의 입장과는 다르게 앞서 본 ‘분리보관중인 생식세포 훼손사건’에서 독일연방대법원은 신체침해로 판단하였다. 신체조직·세포 등을 다시 자신의 신체로 재주입할 목적으로 분리된 것이라면, 비록 분리되어 보관중이라 하더라도 여전히 신체로 볼 수 있는 것이다. 이 판결에서는 독일 민법의 체계에서는 ‘물건침해’로 인한 위자료 청구가 인정되지 않는다는 점이 ‘분리보관중인 정자’를 ‘신체일부’로 파악한 주된 이유가 되었다. 정자훼손의 경우 훼손된 ‘정자’의 재산적 가치는 실제 미미하며, ‘정신적 손해’와 이에 대한 보상인 ‘위자료’가 본질적인 부분이 되기 때문이다.

67) 김상용, **채권각론**, 2009, 843면 이하.

법 제750조의 일반불법행위에 의해서도 ‘비재산적 손해에 배상금(위자료)’을 청구할 수 있다고 본다. 다만 민법 제751조 제1항에서 ‘신체, 자유, 명예 기타 정신적 고통’을 별도로 명시한 것에 대해서는 몇 가지 견해가 나뉜다. 이에 대해 다수설과 판례는 제751조에 언급된 법익에 대한 침해에는 ‘정신적 고통’에 대한 입증책임을 면제하며, 그 외의 법익침해에 대해서는 제750조의 요건에 따라 피해자가 ‘정신적 고통’의 발생을 입증해야 한다고 한다. 또한 제752조의 ‘피해자의 직계비속 기타 가까운 친족’도 통상적으로 정신적 고통을 입게 된다는 점에서 입증책임 없이 ‘위자료 청구’가 인정되도록 한 취지라고 해석한다.⁶⁸⁾

독일 민법의 입장에서는 ‘물건의 훼손(침해)’에 대해서는 ‘위자료’가 인정되지 않는 것이 원칙이고, ‘물건의 훼손에 의한 일반적인격권 침해’로 ‘위자료’를 청구하려면 중과실이 필요하다. 따라서 ‘분리보관중인 생식세포 훼손사건’에 있어서 신체침해를 인정하면, 피해자의 핵심법익인 정신적 고통에 의한 위자료 청구가 가능해지기에 큰 의미를 가지게 된다. 우리나라 민법의 입장에서는 다수설·판례가 민법 제750조의 일반불법행위에 물건 훼손(비재산적 손해)에 의한 위자료 청구가 포함된다고 보고 있기에 인체유래물을 ‘물건’으로 보건 ‘신체’로 보건 구별의 실익이 없어 보일 수도 있다. 하지만 입증책임에서 본질적인 차이와 실익을 가지게 된다. 인체유래물을 ‘인체’로 보게 되면, 제751조에 의해 정신적 고통은 입증할 필요 없이 인정되고, ‘위자료’도 제393조 제1항의 통상손해가 되어 입증할 필요 없이 인정된다. 하지만 ‘물건’으로 보게 되면, 제750조의 일반불법행위가 성립하기 위해 ‘정신적 고통’이 발생했음을 입증해야만 한다. 또한 위자료에 대해서도 민법 제393조 제2항의 특별손해가 되어 손해의 발생과 가해자가 알았거나 알 수 있었음을 입증해야 한다.⁶⁹⁾

인체유래물을 활용한 불법행위에 있어서 ‘물건으로서의 재산적 가치’는 실제 미미하다. 인체에는 100조 개의 세포가 있으며, 하루에도 수억 개의 세포가 사멸하고 재생되기 때문이다. 따라서 세포를 단순한 재산적 가치로 본다면 큰 의미가 없다. 다만 그 100조 개 중, 단 1개의 세포라도 인체를 구성하는 DNA를 완전히 포함하

68) 일본 민법에서도 생명은 제711조에 의해, 신체·자유·명예는 제710조에 의해 인격권에 의해 보호받는다고 보고 있다[川井 健, 民法概論 4(債權各論), 2007, 412頁]. 또한 가까운 친족에 대해서도 불법행위가 성립하고 정신적 손해에 대한 배상책임이 인정된다. 일본 판례도 자녀의 사망 등에 대해 부모의 정신적 고통을 이와 유사한 정도로 보고, 위자료 청구를 인정하는 판단을 계속했다(水辺芳郎, 債權各論, 2006, 343頁).

69) 대법원 1995. 5. 12 선고 94다25551 판결.

고 있다. 본인 뿐만 아니라 친족의 ‘유전정보’를 모두 포함함은 물론이고, 새로운 세포·조직으로의 분화와 복제생명체 탄생을 위한 ‘모든 요소(DNA)’를 ‘세포 1개’가 가지고 있다. 따라서 ‘인체유래물을 활용한 불법행위’는 ‘재산권 침해’가 아니라 ‘인격권 침해’가 본질이 된다. 따라서 법적 침해에 대해서도 ‘재산적 손해 배상’이 아니라 ‘정신적 고통에 대한 위자료 배상’에 의해 구제되어야 한다.⁷⁰⁾

나. 향후 인격침해 전망과 보호방안

‘복제양 돌리’의 탄생 이후에 체세포 핵치환에 의한 복제배아 생성기술은 이제 전 세계적으로 보편화되었다. 현재도 이종복제, 멸종동물 복제 등에 활용되고 있으며, 인간도 인체의 세포 하나만 있으면 세계 어디서건 충분히 복제할 수 있는 상황이다.⁷¹⁾ 또한 DNA에 포함된 유전정보는 세포 제공자 본인 뿐만 아니라 그 유전형질을 공유하고 있는 친족들의 인격권과도 본질적인 관련을 가지고 있기에, 유전정보의 공개에 따라 그 친족들의 인격권까지 충분히 침해될 수 있는 상황이다. 또한 인체유래물을 통한 불법행위의 형태도 보관중인 생식세포 분실과 같은 과실(過失)에 의한 훼손 뿐만 아니라, 고의(故意)의 의한 인체유래물의 침탈과 유전정보의 유출과 남용, 유전정보의 불법적 거래, 심지어 생명복제에 이르기까지 인간존엄의 가장 본질적인 부분에 대한 직접적 침해가 예상된다. 보호법익의 차원에서 본다면 재산권 침해와는 전혀 다른 생명을 포함한 인격권에 대한 본질적인 침해가 예상된다.⁷²⁾

70) 앞서 본 바와 같이 우리나라 민법에 있어서도 정신적 고통의 발생과 손해액에 대한 입증책임에 있어서는 ‘물건’과 달리 ‘인체’는 입증책임을 면제하여 확실한 보호를 하고 있다. 이러한 점에서 본다면 법적 성격이나 특별법의 검토 못지않게 불법행위시의 법적 구제의 측면에서도, 분리된 인체유래물의 법적 지위는 인체와 동일한 의미로 인정되는 범위에서는 인체 일부로 파악해야 하며, 법률관계도 준용하는 것이 타당할 것이다.

71) 머리카락을 활용하여 가발을 만들거나 혈액을 채혈하여 수술 등의 의료행위에 공급하는 등을 예로 들면서, 인체에서 분리된 유래물은 ‘물건’이 된다는 주장은 현대유전공학이 시작된 1980년대 이전이 이론이다. 인간의 DNA가 완전히 해독되고 분석된 유전정보를 생명의료과학 산업에 적극적으로 활용하는 현대에는 과학적 성과를 기초로 한 이론의 변화가 필요하다.

72) 이렇듯이 현대의 생명의료과학은 ‘관목할만한 효용’과 함께 ‘치명적인 위험’을 동시에 가진 ‘양날의 검’으로 발전해왔다. 하지만 인간에게 이러한 기술을 접목하는데 있어서는 개발일변도의 입장을 지양하고, 위에서 살펴본 위험성에 주목해야 할 것이다. 특히 유전자 및 유전정보의 관리는 인류전체의 문제이며, 국제적 수준에서 전개되어야 한다는 주장이 제기되고 있다. 공공의 이익을 위하여 유전정보를 활용할 경우에도 개인의 프라이버시는 최후의 보루로써 보호되어야 한다고 주장한다[石塚伸一, “生命倫理とプライバシー—遺伝子情報と『未来の日記』”, 法律時報, 78卷4号(2006), 75~76頁].

이러한 위험을 감안한다면 인체유래물의 법적성격에 있어서도 ‘인격성’의 범위는 확대되어야 하고, ‘물건성’의 범위는 축소되는 것이 옳다. 즉 인체유래물(DNA)은 비록 분리되었다고 하더라도 ‘인체일부’와 유사하게 취급되는 범위에서는 구체적인 법률관계도 그에 준하여 보호해야 할 것이다. ‘인체유래물(DNA)’을 신체일부에 준하여 취급할 경우에도 분리된 인체유래물에 대한 폭행·감금 등은 부정될 것이며, 신체와 다르게 폐기물관리법에 따른 합법적 폐기 등은 인정될 것이다. 즉, 법적 지위는 ‘신체일부’에 준하고, 구체적인 법률관계도 준용하되, 분리로 인한 차이는 인정해야 할 것이다.

4. 인체유래물 특허와 의료기술의 보호

생명과학의 연구가 활발히 진행되면서 앞서본 바와 같이 ‘인간유전체연구(Human Genome Project)’ 통한 ‘인간 유전자 지도’가 완성되었다. 현재 바이오산업과 연구의 핵심은 HGP를 통해 밝혀진 인간 유전체(DNA) 중에 질병을 유발하는 유전자를 찾는 것이다. 즉, 유전자의 발현을 억제하거나 필요물질을 보완하여 질병을 억제하는 방식은 유사하기에, 연구의 핵심은 30억 염기를 포함하는 DNA 중에서 과연 어느 부분이 질병관련 유전자인지를 밝혀내는 데 있게 되었다.⁷³⁾

법적인 측면에서는 이러한 질병 유발 유전자를 찾았을 경우, 그러한 성과를 어떻게 보호할 것인가가 쟁점이 된다. 종래에는 ‘화학물질’과 유사한 물질로 파악하여, ‘물건의 발명’으로 특허되었다. 이러한 입장은 크게 2가지 측면에서 재검토가 필요하다. 첫째는 현재는 화학물질처럼 ‘새로운 물질’을 합성해가는 것이 아니라, HGP를 통해 밝혀진 DNA 중에서 ‘기능’을 확인해가는 것이 연구의 본질이라는 점이다. 따라서 현재의 기술을 ‘새로운 물건’의 발명으로 특허하는 것은 이론적으로 모순이다. 둘째는 앞서 본 바와 같이 ‘분리된 인체유래물(DNA)’의 법적 지위는 ‘물건’이 아닌 ‘신체 일부’에 준하여 파악하는 것이 타당하다는 점이다. 앞서 본 바와 같이 프랑스 민법 등은 이 점을 입법적으로 확인하였다.

이하에서는 이러한 측면을 토대로 크게 2가지 부분에서 정리해 보도록 한다.

첫째는 ‘신규의 화학물질 합성’과 ‘질병유발 DNA 확인’에 대해서, 본질적 측면과 특허실무에서의 차이를 살펴보도록 한다. 이를 토대로 ‘인체유래물(DNA)을 활용한 발명’이 어떠한 형태로 보호되는 것이 타당한지 검토한다.

73) 박영규, “유전자 치료법을 포함한 의료방법 발명의 특허법적 문제”, **산업재산권**, 제13권 (2003), 35면 이하.

둘째는 ‘치료방법 특허’의 활용방안을 정책적으로 검토해 보도록 한다. ‘질병유발 DNA 확인’은 ‘화학물질’로 보호되지 않는다면 ‘치료방법 특허’로 보호될 수밖에 없다. 따라서 ‘치료방법 특허’에 대한 현재까지의 입장과 문제점을 살펴보고, 제도적 개선방안을 모색해보도록 한다.

가. 인체유래물(DNA) 연구의 본질과 보호범위

인간의 DNA 중에서 ‘질병유발 DNA’를 찾았을 경우, 그 DNA를 특허출원하면, 화학물질과 유사한 물질로 보고, ‘새로운 물건의 발명’으로 다루는 것이 종래 특허법의 입장이었다. 하지만 현재는 HGP를 통하여 유전자 구조는 완전히 분석되었고, DNA의 본성도 새롭게 밝혀졌다. 변화된 과학적 상황에 맞추어, 인간 유전자 연구가 화학물질과 동일하게 다루어질 수 있는지 본질적 측면에서도 검토해보면 다음과 같다.

첫째, 질병유발 DNA를 화학물질처럼 물건의 발명으로 특허하려면, 일단 인간 DNA가 민법상 물건에 해당하여야 한다. 하지만 앞서 본 바와 같이 ‘분리된 DNA’에 대해서 단순히 ‘물건’으로 볼 수는 없으며, ‘인격성’이 기준이 되어야 한다는 것이 과학현실과 법이론적 측면, 그리고 특별법과 판례 등을 통하여 밝혀져 가고 있다. 따라서 과거처럼 인간의 DNA를 단순한 ‘물건’으로 파악하여 특허부여 하는 것은 부당하다고 할 것이다.

둘째, 신규 화학물질의 합성(발명)과 유전자 용도확인을 과학적 본질과 연구과정의 측면에서 살펴볼 필요가 있다. 외형상 DNA가 당·인산·염기로 구성되는 점 등은 화학물질과 유사하게 보인다. 하지만 화학물질은 신규합성물을 무한대로 만들어 낼 수 있으며 생물학적 고유기능은 갖지 않는 데 반해서, 유전자는 HGP를 통해 분석된 한정된 30억 염기(hardware)를 바탕으로, 인체 형질을 결정하는 생물학적 고유기능인 3만 가지의 유전자(program)를 가지고 있다.⁷⁴⁾ 또한 화학물질은 새롭게

74) 박영규, “생명공학적 발명의 보호와 유전자특허의 보호범위”, **산업재산권**, 제18권(2005), 41-48면. 컴퓨터에 비유하자면, 30억 염기는 ‘하드웨어(hardware)’이고 3만 개의 유전자는 ‘소프트웨어(software)’이다. 컴퓨터는 실제 0과 1을 조합하는 ‘하드웨어(hardware)’로 구성되어 있다. 이러한 하드웨어를 이용하여 우리가 쓰는 ‘워드프로세서(word processor)’ 등의 ‘컴퓨터 프로그램(computer program)’을 만들게 된다. 이처럼 우리 몸도 ‘30억 염기’를 하드웨어로 이용하여 키, 몸무게, 피부색 등의 형질을 나타내는 ‘프로그램(program)’인 ‘유전자’가 형성된다. 우리 몸은 결국 ‘30억의 염기’를 하드웨어로 ‘3만 개의 프로그램(유전자)’를 가지고 있다고 볼 수 있을 것이다. ‘암’이라는 형질을 발현시키는 ‘프로그램(유전자)’을 구성하는 ‘염기서열’을 찾아서 이를 수정해주면 ‘암’이라는

합성해서 만드는 것이 연구의 본질이지만, 유전자연구는 30억 염기서열 중에서 어느 부분에 질병유발 기능이 있는지를 ‘발견’하는데 중심이 있다. 결국 화학물질과 유전자는 과학적 본질과 연구과정의 측면에서 완전히 다른 것이다.

셋째, ‘화학물질 발명(신규물질 합성)’과 ‘유전자 발명(DNA 용도확인)’에 대한 특허효력범위를 비교해 볼 필요가 있다. 신규의 화학물질은 ‘물건의 발명’이 되어 ‘생산·사용·양도·대여·수입 등’에 대해 특허의 효력이 미치게 된다. 하지만 유전자 연구는 질병 유발 DNA를 찾는 것이므로 ‘DNA의 용도발명’으로 보는 것이 타당하다. 따라서 물건, 방법, 생산방법 중 유전자 연구는 ‘방법발명’이 본질이 된다. 따라서 ‘물건의 발명’이 ‘화학물질 발명’과는 특허의 성질과 효력범위가 달라야 한다.⁷⁵⁾

이렇게 유전자(DNA) 연구는 화학물질 발명과는 본질적으로 다르며, 민법상 물건성을 인정할 수도 없다. ‘유전자 연구’는 살펴본 대로 DNA 용도확인에 그 본질이 있기에 ‘방법의 발명’이 되는 것이 타당하다. 특히 ‘인간유전자 연구’는 ‘의학적 용도’로 사용되므로, ‘치료방법’에 해당하게 된다. 결국 ‘인간유전자 연구’는 ‘치료방법 특허’로 보호되는 것이 타당하다. 하지만 종래 유전자 연구가 화학물질처럼 ‘물건의 발명’으로 계속 특허되어온 주요한 이유 중 하나는 ‘치료방법’에 대해 특허를 부정해왔기 때문이기도 하다. 치료방법에 대하여 특허가 부정된 것은 산업정책적 이유나 경제적 이유도 있지만, 무엇보다 ‘인도적 이유’ 때문이다. 수술 등의 치료과정에서 치료기술에 대한 라이선스를 받지 못한 경우 환자의 생명이 위태로울 수 있다는 우려 때문이다. 하지만 이러한 인도적 이유 등의 장애가 극복될 수 있다면 ‘유전자 연구’는 본질에 맞게 ‘치료방법’으로 보호하는 것이 옳을 것이다.

이러한 논의를 전제로 이하에서는 ‘치료방법 특허’를 둘러싼 기존의 논의와 문제점을 살펴보고, 치료방법에 특허를 부여하면서도, 인도적 차원의 폐해를 방지할 수 있는 합리적인 제도를 모색해 보도록 한다.

나. 치료방법의 특허성에 대한 논의

치료방법에 대하여 특허성을 부정하는 견해는 사회윤리적 측면, 경제적 측면, 보건정책적 측면 등을 부정의 이유로 제시한다. 경제적 이유는 특허를 부여하면 의료비가

유전형질을 바꿔서 치료해주게 되는 것이다(유지홍, 생명공학적 인공배아와 인체유래물의 민법상 지위, 경북대학교 법학박사 학위논문, 2013, 12면).

75) 신혜은, “의료방법발명의 특허법에 의한 보호”, **안암법학**, 제23권(2006), 273면.

폭등할 우려가 있다는 것이며, 보건정책적 이유는 공익사업인 의료분야에 대해서는 특허로 인한 독점이 배제되어야 한다는 것이다. 하지만 이러한 문제는 제도적으로 해결할 수 있기에 가장 중요한 이유로는 주로 사회윤리적 이유를 든다. 즉, 치료기술의 실시료가 지나치게 고액이거나, 라이선스(license)를 받을 수 없을 경우에는 그 기술을 필요로 하는 환자가 치료받지 못하는 상황이 발생한다는 것이다. 하지만, 앞서 본 바와 같이 질병 DNA 연구 등이 ‘치료방법’이 아닌 ‘물건의 발명’으로 특허될 때는 이론과 실무에서 많은 불합리가 발생하게 된다. 결국 근본적인 해결책은 본질대로 ‘치료방법 특허’를 부여하고, 인도적 차원에서의 모든 환자가 치료를 위해 라이선스를 받을 수 있도록 제도적 담보조치를 확보하는 것이 될 것이다.⁷⁶⁾

법체계의 관점에서 치료방법 특허의 부정은 위헌의 소지를 갖게 된다. 특허법은 제29조에서 적극적 요건을 명시하고, 제32조에서 소극적 요건으로 공서양속을 규정하고 있을 뿐이다. 하지만 현재 우리나라는 특허청 심사지침에서 치료방법의 ‘산업상 이용가능성’을 부정하여 특허에서 배제하고 있다. 현재와 같이 적극적 요건을 충족한 발명을 특허청 심사지침에서 배제하게 되면, 법률에 의해 특허가 부여될 사안을, 행정내규에 의해 거절하게 되어 위헌의 소지가 있게 된다.⁷⁷⁾ 굳이 치료방법을 특허에서 배제하려 한다면 제32조의 공서양속 규정에 의해 특허가 배제된다고 하는 것이 타당하며, EPC나 WTO/TRIPs와도 정합성 있는 체계가 된다. 하지만, 문제의 소제는 라이선스 확보에 있는 만큼, 특허를 부여하고 라이선스 확보방안을 공고히 하는 것이 근본적인 해결책이 될 것이다.

현실적인 측면에서는 치료방법에 대한 특허가 부정됨으로 해서, 혁신적인 치료기술이 사회일반에 공개되지 않은 채, 의료기관과 의사 개인의 영업비밀로 묻히는 결과를 초래하였다. 그 결과 환자는 유명 의료기관과 의료인을 찾아 이주하게 됨으로써 특허 실시료의 수십 배에 해당하는 경제적 부담을 지게 되기도 한다.⁷⁸⁾ 또한 우

76) 東京高裁, 平成14年4月11日判決, 平成12年(行ケ)第65号 審決取消請求事件. 특허 유전자와 줄기세포를 이용한 재생의료는 만성 심부전에 대해 투석을 불필요하게 만들고, 각종 암으로 인한 사망자를 감소시킬 수 있는 21세기 꿈의 의료이다. 하지만 지금까지 치료행위에 대해 ‘의술은 인술’이라는 인식에서 ‘산업상 이용가능성’이 없다는 이유로 특허에서 제외하였다. 하지만 이러한 판단은 ‘안전성에 의문이 있는 발명’에 특허를 부정하는 것처럼 정책적으로 내려진 것일 뿐이므로 얼마든지 변화의 여지가 있다고 볼 수 있다(小泉直樹, “治療方法發明保護の法政策”, *ジュリスト*, 1227号(2002), 40-44頁).

77) 대법원 1985. 2. 26 선고 82후3 판결.

78) 영남일보, “대구환자들 서울로...진료비만 年 1000억원(2012. 2. 29)”, <http://www.yeongnam.com> (2014년 10월 10일 방문).

수한 치료기술의 연구·개발 의욕을 저해하는 측면도 있다. 또한 DNA 연구를 ‘물건의 발명’으로 보고 특허를 부여했을 때 오히려 공서양속에 반하여 특허가 거절될 수 있다. 즉, 개인의 ‘특이 유전자’이거나, 유전병 등의 ‘인격적 요소’를 포함하거나, 사회적 인식과 필요성이 낮은 ‘희귀병 유전자’인 경우 등은 ‘DNA 연구성과’가 공서양속에 반하여 특허가 거절될 수도 있다.⁷⁹⁾ 이러한 기술들은 ‘물질(물건)’ 자체가 아닌, ‘치료방법’으로 특허출원될 수 있다면, 오히려 공서양속과 무관하게 특허가 부여될 수 있을 것이다.

결국 질병유발 DNA를 찾는 인체유래물 연구는 ‘물건의 발명’이 아니라 ‘치료방법 발명’으로 특허되는 것이 타당하다. 하지만 그 이전에 해결해야 할 제도적인 선결과제는, 유용한 치료기술이 특허된 이후에도 제한 없이 사용될 수 있도록 라이선스 확보방안을 마련하는 일이 될 것이다. 이하에서는 치료기술에 대한 라이선스 확보방안을 현행법상 강제실시권을 중심으로 검토해보도록 한다.

다. 치료기술 라이선스 확보를 위한 강제실시권

인체유래물(DNA)을 활용한 질병유전자 연구는 ‘물건’이 아니라 ‘치료방법’으로 특허되는 것이 타당하다. 하지만 선결과제로 특허된 치료방법이 모든 환자에게 제한 없이 활용될 수 있도록 라이선스 확보방안이 마련되어야 한다. 라이선스 확보와 관련해서 현행법 내에서 더 이상의 개정없이, 적용할 수 있는 방안은 특허법 제 107조에 명시된 강제실시권을 활용하는 것이다.

치료방법에 대해서는 강제실시의 예를 찾아보기 힘들지만, 같은 의료분야인 의약품에 대해서는 많은 사례가 축적된 상태이다. 의약품은 치료나 수술 중에도 라이선스 없이는 환자에게 사용할 수 없다는 점에서 윤리적 논의가 있어 왔으며, 인체유래물(DNA) 연구결과를 활용한 경우가 많아 본질적으로도 치료기술과 유사하다. 의약품의 강제실시에 관한 내용은 ‘특허된 치료기술’의 제도적 운용에 중요한 선례가 될 수 있다.

‘의약품 강제실시’는 주로 인도주의적 측면에서 제기되었다. 생명과 관련된 것이기에 생명구제를 목적으로 국제적 분쟁으로까지 이어졌다.⁸⁰⁾ 관련 사례들을 보면

79) 이은영, “인체유래물에 기초한 지식재산권의 한계로서의 공서양속”, **재산법연구**, 제28권 제3호(2011), 80-85면.

80) 남아프리카공화국은 강제실시와 병행수입을 선언하면서 국제적 여론을 바탕으로 미국 제약기업으로부터 AIDS 치료제를 저렴하게 공급받았다. 브라질은 특허권 취소와 강제실시를 공표하면서 협상과정에서 Roche사의 AIDS 치료제의 가격을 60% 인하시켰다.

강제실시권은 행사가능성을 보여주는 것만으로도 인도주의적 협상을 이루어냈으며, 적정한 가격에 의약품을 공급받게 되었다. 심지어 라이선스를 부여받아도 의약품을 생산할 능력이 없는 최빈국을 위해서 의약품 제조능력 보유국에서 강제실시권을 부여받아서 최빈국에 수출할 수 있도록, 기존의 WTO/TRIPs 규정을 보완하였다. 우리나라도 이러한 결정을 수용하여 특허법 제107조를 개정하였으며, 최빈국에 의약품을 수출하기 위한 강제실시권 체계를 마련하였다.⁸¹⁾

이처럼 의약품의 경우에는 비록 특허가 부여되더라도, 강제실시권을 제도적 기반으로 국내·외에서 원활히 활용되었다. 또한 특허부여를 계기로 우수한 의약품이 연구·개발되었으며, 이러한 기술들은 전 세계에 공개되어 더욱 개량된 의약품 개발을 촉진하게 되었다. 특허장벽에 대해서는 강제실시를 통한 라이선스 확보제도를 적절히 활용하여 국제적으로 생명을 구할 수 있는 토대가 되었다.

치료기술의 경우에는 라이선스가 불허될 염려 때문에 특허 자체를 불허하였다. 그래서 공개되지 않은 채 영업비밀로 묻혀버리기도 했으며, 새로운 의료기술에 대한 연구·개발 의욕을 저해하기도 했다. 또한 첨단의료기술을 필요로 하는 환자의 입장에서 많은 손실을 야기하게 되었다. 따라서 앞서 본 의약품의 사례를 모델로 첨단치료방법에도 특허를 부여하고, 강제실시권을 활용하여 제한 없이 실시될 수 있는 제도를 구축하는 것이 타당할 것이다.⁸²⁾

라. 정리

이상으로 인체유래물(DNA)을 활용한 과학적 연구성과의 보호방안에 대해 살펴 보았다. 인체유래물을 활용한 연구 중 핵심은 전체 DNA에서 질병유발 유전자를 찾고, 난치병 치료 등에 활용하는 것이다. 종래에는 질병유발 DNA를 찾으면, 새로운 화학물질을 합성한 것과 유사하게 ‘물건의 발명’으로 다루었다. 하지만 HGP를 통하여 ‘유전자 지도’가 완성된 현재의 과학적 상황에서는 DNA 연구성과의 보호에도 새로운 접근이 필요하다.

세계적인 제약사들을 거느린 미국도 9.11 사태 직후 탄저병의 치료제에 대한 강제실시를 협상카드로 독일 바이엘(Bayer)사의 사이프로(Cipro)를 절반가격에 공급받았다.

81) 이익희, “특허발명의 강제실시제도”, **지식재산 21**, 제88호(2005), 171-194면.

82) 특히 라이선스 확보를 위해서는 치료기술특허의 통합적 관리가 필요할 것으로 보인다. 의사나 환자가 개별적으로 라이선스를 협의할 수 없기 때문이다. 통합관리의 예로는 저작권 신탁관리업으로 한국음악저작권협회, 한국음원제작자협회 등에서 음악음원 이용에 관한 부분을 통합관리하는 것을 들 수 있다. 의료방법특허에 대해서도 보건복지부를 중심으로 관련 단체 등에서 일괄하여 관리하는 체계가 유용할 것으로 보인다.

일단 DNA는 ‘합성된 화학물질’과는 본질과 연구과정 등이 완전히 다르다. 특히 질병유발 DNA 검색은 ‘DNA 용도확인’이 본질이며 방법발명 중 ‘치료방법 발명’으로 보호되는 것이 본질상 타당하다. 치료방법에 대해서는 특히 사회윤리적 고려 때문에 특허가 부정되어왔다. 하지만 치료방법 부정은 이론과 실무에서 불합리를 가져옴은 물론, 위헌 소지마저 내포하고 있다. 따라서 유전자 연구는 그 본질에 맞게 치료방법 특허로 보호하면서, 인도적 차원의 라이선스 확보방안을 제도적으로 확립하는 것이 타당하다.

현행법에서 라이선스 확보는 특허법 제107조의 강제실시권을 활용하는 것이 가장 효율적이다. 강제실시권에 대한 사례는 의약품 분야에서 상당히 축적되어있다. 의약품의 경우는 비록 특허가 부여되었어도 강제실시권을 통하여 국제적으로 원활한 공급이 이루어졌으며, 기술공개에 따라 더욱 우수한 의약품 개발을 촉진하게 되었다. 따라서 첨단의료기술에 대해서도 일단 ‘특허’를 부여하여 기술을 공개하고, 다른 한편으로는 강제실시권을 통하여 제한 없이 라이선스가 부여되도록 제도를 구축해가는 것이 타당하다. 특히 치료방법 특허는 보건복지부와 관련단체 등을 통하여 통합관리하는 것이 더욱 효율적일 것이다.⁸³⁾

5. 소결

생명의료과학의 발달로 세포·조직 등 인체유래물을 ‘자연자원’의 하나로 활용하려는 주장이 강하게 제기되는 한편, 유전정보를 비롯한 생명의 가장 본질적인 부분들조차 무방비상태로 침해에 노출되어 있는 것이 과학적 현실이다. 이러한 현실을 바탕으로 본 장에서는 ‘DNA를 내포한 인체구성물질’의 본질과 법적 지위를 고찰해보기 위해서, 인체유래물과 관련된 과학적 상황, 특별법, 침해구제와 기술보호 등 다양한 영역에 나타난 법적쟁점을 검토해 보았다. 종합적으로 정리해 보면 다음과 같다.

과학적 측면에서는 HGP를 통해 완성된 ‘유전자 지도’를 활용한 DNA 연구, 세

83) 치료방법 특허의 제도적 검토에 있어서는 우리나라 IT산업의 발전을 되짚어 볼 필요가 있다. 우리나라는 IT기술이 전무한 상태에서 선진기술을 수용하고, 그 기술을 발전시켜 현재는 세계최고의 기술경쟁력을 갖게 되었다. 우리나라는 기존의 기술을 접한 후 이를 개량하고 발전시켜 가는 데는 탁월한 역량이 있다. 따라서 ‘치료기술’에 있어서도 선진국이 보유한 치료기술에 대한 실시료 부담 때문에 수세적 입장을 취하기보다는, ‘특허’를 부여하여 선진 기술을 적극적으로 수용하고 국내에 공개한다면, 이러한 기술을 더욱 개량하면서 세계적 수준의 치료기술로 발전시킬 수 있을 것이다.

포핵을 활용한 생명복제, 첨단 줄기세포(ES cell, iPS cell 등)의 개발 등이 주요 쟁점이었다. 이러한 과학적 성과는 인체를 이루는 100조 개의 세포는 분리되어 활용되면 인체 모든 조직·기관으로 분화될 수 있으며 생명체 자체로도 복제될 수 있음을 보여 주었다. 따라서 법적인 취급에서도 인체로부터 분리된 ‘인체유래물(DNA)’을 단순한 물건으로 취급할 수는 없으며, 분리 전 ‘인체’와 동일한 의미가 인정되는 범위에서는, 그 준하여 인격권의 대상으로 보호하는 것이 과학적 현실에 비추어 합당하다고 할 수 있다.

인체유래물의 관리·처분은 관련 특별법에 의해 진행되기에 각 특별법에 명시된 내용들을 토대로 인체유래물의 법률관계를 살펴보았다. 인체유래물의 관리·활용·처분 등을 명시한 해당 특별법들은 오히려 인체유래물의 ‘인격성’을 강조하고 있으며, 의료행위나 연구에 활용될 경우에도 ‘인체로서의 가치’가 훼손되지 않도록 엄격한 절차를 명시하였다. 특히 특별법에 명시된 ‘무상기증’은 민법에 명시된 ‘무상·낙성·편무·불요식의 증여계약’과는 전혀 다른 공법규정으로 행정절차와 별칙을 명시한 것이었다. 결국 특별법의 입장은 인체유래물을 ‘물건성’보다는, 인체의 존중이라는 관점에서 ‘인격권’에 기초하여 공법적으로 보호하고 있다. 이러한 입장은 생명윤리안전법과 헬싱키 선언에서도 확인되었다.

인체유래물의 법적성격을 논의하는 가장 현실적인 실익은 침해에 대한 구제방법과 손해배상범위에 있을 것이다. 인체유래물을 활용한 불법행위에 있어서 물건으로서의 재산적 가치는 실제 미미하다. 인체에는 100조 개의 세포가 있으며, 하루에도 수억 개의 세포가 사멸하고 재생되기 때문이다. 다만 그 100조 개 중의 단 1개의 세포라도 완전한 유전정보를 가지고 있기에 인체유래물 관련 불법행위의 핵심은 인격권 침해에 대한 위자료 청구가 된다. 과거와 달리 향후에는 고의(故意)에 의한 인체유래물 침탈과 유전정보의 유출과 남용, 유전정보의 불법적 거래 심지어 생명복제 등 인격권의 가장 본질적 부분에 대한 침해가 예상된다. 따라서 인체유래물에 있어서는 ‘물권(物權)’이 아닌 ‘인격권(人格權)’의 측면에서 보호되어야 하며, ‘손실 재산’이 아닌 ‘위자료’로 손해가 배상되어야 한다. 그러기 위해서는 ‘분리된 인체유래물’의 법적 지위도 ‘단순한 물건’이 아니라, 유사성이 인정되는 범위에서 분리 전 ‘인체’에 준하여 파악하는 것이 타당하다. ‘위자료 청구를 위한 입증책임’에 있어서, 우리민법은 인체에 대해 입증책임을 면제하여 강하게 보호하고 있는 점도 인체유래물의 인격적 보호를 위해 반영되어야 할 사항이다.

인체유래물(DNA)을 활용한 연구 중 핵심은 ‘HGP로 완성된 유전자 지도’에 나

타난 전체 DNA 중에서 질병유발 DNA를 찾고 난치병치료에 활용하는 것이다. 이 연구는 ‘신규 화학물질의 합성’과는 본질적으로 다른 것이며, 따라서 ‘물건의 발명’으로 보호하던 특허방식에도 변화가 필요하다. 질병유발 DNA 검색은 연구의 본질상 DNA 용도확인으로 볼 수 있으며, 방법발명 중, 특히 ‘치료방법 발명’으로 특허되어 보호되는 것이 타당하다. 하지만 치료방법 특허가 인정되기 위해서는 그 선결과제로 인도적 차원의 라이선스 확보방안이 제도적으로 확립되어야 한다. 라이선스 확보는 현행 특허법 제107조에 있는 강제실시권이 효율적 대안이 될 수 있다. 의약품의 사례처럼, 첨단의료기술에도 ‘특허’를 부여하고, 강제실시권을 통하여 제한없이 라이선스가 부여되도록 제도를 구축해가면 될 것이다. 특히 ‘치료방법 특허’는 보건복지부와 관련단체 등을 통하여 통합관리하는 것이 더욱 효율적인 방안이 될 것이다.

본장에서 검토한 내용들을 종합해 보면, 분리된 인체유래물에 관하여 물건성(物件性)에 근거하던 종래의 입장에서 벗어나, 오히려 인격성(人格性)을 기준으로 법리를 구성하는 것이 타당할 것으로 생각된다. 분리로 인하여 구별되는 영역을 제외하고, 동일한 법적 의미를 가지는 범위에서는 분리된 인체유래물(DNA)에 대해서 인체에 적용되는 법규정이 준용될 수 있다.

V. 인체유래물에 대한 향후 논의에서의 주요쟁점

－ 결론에 갈음하여

인체유래물(DNA)은 인체의 모든 유전정보와 유전물질을 포함하고 있기에, 분리후에도 유도만능줄기세포(iPS cell) 상태로 신체에 재주입될 수 있고, 복제생명체로 재탄생할 수도 있다. 본 연구에서는 종래의 통설과 달리, 이러한 과학적 상황을 고려하여 인체유래물(DNA)의 인격성에 대한 종합적인 논거를 제공함으로써, 비록 확답은 아닐지라도, 향후 인체유래물의 법적 지위에 대한 체계적이고 균형 있는 논의의 단초를 제공하고자 하였다.

앞서 살펴본 다양한 쟁점들을 종합하면, 인체유래물(DNA)의 법적 지위에 대해 다음과 같이 정리할 수 있다. 과학적 본질에 따라 ‘분리된 인체유래물’과 ‘미분리의 인체’가 동일한 법적 의미를 가지는 범위를 확인하고, 그 범위에서는 ‘분리된 인체유래물’의 법적 지위를 ‘인체’에 준하여 파악하여야 한다. 구체적인 법률관계에서

는 사인증여에 유증의 규정이 준용되었듯이, ‘분리된 인체유래물’에도 ‘분리 전 인체’에 관한 규정이 준용될 수 있으며, 특히 침해에 대해서는, 인체와 동일하게 인격권으로 보호된다. 하지만 ‘분리된 인체유래물’이 ‘인체’와 완전히 동일한 실체는 아니기에, 분리로 인한 차이는 인정해야 한다. 예를 들어 ‘분리된 인체유래물’에 대해서, 폭행·감금 등의 불법행위는 성립할 수 없고, 인체와 다르게 인체유래물은 폐기물관리법에 따른 합법적 폐기가 인정된다. 또한 살아있는 사람의 ‘인체 기증’은 불가하지만 ‘인체유래물 기증’은 본인의 의사에 따라 가능하다. 치료목적 없이 폐기(廢棄)를 전제한 ‘생체실험’은 불법이지만 ‘인체유래물 실험’은 관련 법률에 따라 가능하다. 인체유래물에 인체에 관한 규정이 준용되는 구체적인 내용에 대하여는, 향후 동일한 법적 의미를 가지는 영역과 구별되는 영역의 구체적인 법률관계와 연계하여, 지속적으로 연구되어야 할 것이다.

중대 통설은 분리이론에 따라 ‘분리된 인체유래물’을 완전한 ‘물건’으로 인정하는 입장에서 인체에 대한 존중 차원에서 통상의 물건보다 조금 더 주의를 기울이고 보호하는 정도였다. 하지만 현대 생명의료과학을 통해 나타난 본질을 고려한다면, 오히려 ‘인체’와 유사한(準하는) 법적 지위를 인정하는 것이 타당하다. 그러한 토대에서 ‘동일한 법적 의미’를 가지는 범위에서는 구체적 법률관계에서도 인체에 관한 규정을 준용해야 한다. 다만 분리로 인해 ‘본질적으로 다른 영역’에 대해서는 ‘서로 다른 법률관계’를 구성해야 한다.

사건으로는 인체(권리주체), 물건(권리객체)과 구별되는 ‘시체를 포함한 인체유래물’이라는 독립된 법적 지위를 입법적으로 창설하는 것을 검토할 필요가 있을 것으로 보인다.⁸⁴⁾ 인체유래물의 물건성을 입법적으로 부인한 예는 프랑스 민법 제 16조의1 제3항에서 찾아볼 수 있다. 본 조항은 “인체, 인체구성부분 및 그 적출물은 재산권의 목적이 될 수 없다”고 명시하고 있다.⁸⁵⁾ 독립된 법적 지위를 창설한 예는 ‘독일 민법 제90조a’에서 그 예를 찾아볼 수 있다. 본 조항은 “동물은 물건이 아니다. 동물은 별도의 법률에 의해 보호된다. 그에 대하여 다른 정함이 없는 한 물건에 관한 규정이 준용된다”고 명시하였다.⁸⁶⁾⁸⁷⁾ 인체유래물의 활용과 침해 등과 관련하여

84) 시체는 망인의 DNA와 함께 ‘세포·조직·장기 등’을 내재한 가장 완전한 ‘인체유래물’이므로, 인체유래물의 법적 지위는 ‘시체의 법적 지위’와 동일한 관점에서 검토할 필요가 있다[유지홍, “첨단 생명의료과학에 근거한 屍體의 민법상 지위 고찰”, **생명윤리정책연구**, 제8권 제2호(2014), 171면].

85) 명순구(주 26), 7-8면.

86) 양창수 역, **독일민법전 - 총칙·채권·물권**, 2008, 36-37면.

인격권으로서의 보호가 본질이 되는 점은 ‘인체’와 동일하다. 생명윤리법에 근거한 연구목적 실험이나 합법적 폐기가 인정되는 점 등은 분리라는 본질적 차이에서 비롯된 것이며, 이에 관한 주요 내용은 앞서 본 특별법에 규정되어 있다. 외국의 입법례를 참조하여, 인체유래물에 대한 법적 지위를 정리해보면 다음과 같다. “시체를 포함한 인체유래물은 물건이 아니다. 이에 대하여는 특별법에 의하여 보호되며, 특별법에 다른 정함이 없는 한 인체에 관한 규정이 준용된다.”⁸⁷⁾

인체유래물에 관하여 검토한 내용들을 토대로, 향후 논의에서 주시할 만한 사항들을 사견(私見)으로 정리해보면 다음과 같다.

1. ‘분리’와 ‘미분리’의 본질적 차이가 모호해 짐

피부에서 분리된 성체줄기세포가 심장세포로 분화된다. 또한 분리된 세포를 역분화시켜 유도만능줄기세포(iPS cell)의 단계를 거치면 인체의 모든 세포로 재분화

87) 독일의 「동물보호법(Tierschutzgesetz)」은 동물의 생명과 건재를 보호할 목적으로 수차례 개정되었다. 특히 1986년 개정에서는 동물은 인간과 ‘함께 살아가는 동료’이므로, 생명과 복지를 보호할 책임이 있음을 명시하였다. 동물보호에 관한 이러한 내용은 1990년 ‘독일 민법 제90조a’에 편입되었다. 또한 독일민법 제251조 제2항은 “피해인은 동물을 치료하는 비용이 동물이 가액을 현저히 상회한다는 것만으로 그 비용지출이 과도한 것은 아니다”는 내용을 포함시켰다(김수진, “동물보호법개정논의에 즈음한 비교법적 고찰”, **행정법연구**, 제15호(2006), 303-304면).

앞서 본 바와 같이 현대 생명공학기술은 ‘인체유래물’의 활용을 통하여, 인체의 가장 본질적인 부분을 변형시키며, 인격권 침해의 위험도 가중시켰다. 동물보호의 관점에서 독일민법은 동물에 대한 독립된 법적 지위를 입법화하였지만, 현실적으로 보다 시급한 과제는 인체에서 분리된 인체유래물의 법적 지위를 입법적으로 해결하는 일이다.

88) 인체유래물이 물건으로서의 지위를 가질 때와, ‘인체’에 준하는 지위를 가졌을 때의 차이를 사례로 살펴보면 다음과 같다. 생명이 위태로운 환자 A에게 꼭 필요한 제대혈이 있다. 마침 병원에 보관중인 甲의 제대혈이 이식에 적합했고, 병원의 권유로 甲은 무상기증의 의사를 표시했다. 그 후 집으로 가는 길에 甲은 교통사고로 사망했다. 甲에게는 상속인 자녀 乙이 있다. (i) 제대혈을 물건으로 파악한다면, 원칙적으로 상속인 乙에게 처분권이 있다. 따라서 계약이 없었다면 단순한 호의관계만 있을 뿐, 乙은 아무런 의무를 지지 않는다. 무상기증 계약까지 마쳤다면, 乙은 계약이행의무를 승계한다. 하지만, 채권적 효력이 있을 뿐이므로, 乙이 다른 제3자에게 기증하거나 임상시험에 제공하게 되면 A는 손해배상을 청구할 수 있을 뿐 찾아올 방법은 없어진다. (ii) 만약 제대혈이 인체에 준하는 지위라면 제대혈은 재산이 아니기에 상속인의 처분에 속하지 않고, 여전히 사망한 甲의 ‘인격권’의 객체가 된다(死者의 인격권 인정을 전제한다). 乙이 제3자에게 기증하거나, 임상시험에 제공했다고 해도, 乙의 처분은 무권리자의 처분이며 법적효력이 없다. 따라서 甲에게서 기증받기로 했던 A는 제대혈을 甲의 의사에 따라 찾아올 수 있다. 결국 ‘사망한 甲’의 의사에 따라 ‘환자 A’에게 제대혈은 이식되게 된다.

가 가능하며 신체에 주입하여 세포·조직으로 재생할 수 있다. 특히 인체의 100조 개 세포는 분리되어 각각이 ‘복제생명체’로 탄생할 수도 있다.

이러한 과학적 성과는 인체유래물(DNA)의 법적 지위에 있어 ‘분리 시’와 ‘미분리 시’에 활용범위, 보호필요성, 인격적 중요성 등의 차이가 사라져 감을 보여 준다. 따라서 ‘인체(人體)와 동일한 법적 의미를 가지는 영역이 확대되어 가고 있으며, 이 영역에서는 ‘분리(分離)된 인체유래물’의 법적 지위도 ‘인체’에 준하여 인격권으로 보호하는 것이 현대과학적 상황에 부합한다고 볼 수 있다.

인체유래물과 관련된 다양한 법률에서도 이러한 취지가 나타나고 있다. 프랑스 민법 제16조의1 제3항은 “인체, 인체 구성부분 및 그 적출물은 재산권의 목적이 될 수 없다”고 하였으며, 제16조의5는 “인체, 인체구성부분 및 그 적출물에 대하여 일정한 재산적 가치를 부여하는 내용의 약정은 무효이다”라고 명시하였다.⁸⁹⁾ 앞서 본 세계의사협회의 『헬싱키 선언』 제1항도 ‘인체유래물(human material)’을 임상시험에 제공하는 것도 ‘인간대상 연구’에 포함됨을 명시하면서, 인체유래물을 제공하는 사람을 ‘피험자’로 보았다. 우리나라의 생명윤리안전법을 비롯한 관련 특별법들에서도, 인체유래물에 대하여 사용·수익·처분 등 동산 소유권이 가지는 어떠한 권능도 명시적으로 인정하지 않았다. 또한 ‘무상기증’ 조차 민법상 증여와는 본질적으로 다르게, 오로지 ‘인격권 존중’의 차원에서 엄격한 절차와 처벌만을 규정하였다. 이러한 규정들은, ‘인체유래물’의 물건성을 되도록 배제하고, ‘인격성’을 강조한 취지로 볼 수 있다.⁹⁰⁾

이상과 같은 내용을 종합해보면, ‘분리된 인체유래물’의 법적 지위도 ‘분리 전의

89) 우리나라에는 프랑스 민법과 같은 직접적인 규정은 없으나, 생명윤리안전법을 비롯한 관련 특별법에 유사한 취지를 명시하였다. 생명윤리안전법은 인체유래물의 ‘보존 및 제공 등’에 대하여 실비변상을 제외하고는 무상(無償)이어야 함을 명시하였다(동법 제26조 제1항, 제38조 제3항). 또한 폐기와 관련해서도 ‘물건’과 달리 엄격한 공법상 절차를 따르게 했다(동법 제25조 제3항, 제39조 제4항). 장기·조직·혈액 등 관련 특별법에서도 인체유래물을 의료행위나 연구에 활용할 경우 ‘인격성 존중’을 강조하였으며, 활용·관리·처분에 있어서도 인격성이 훼손되지 않도록 엄격한 절차를 명시하였다. ‘무상기증’에 있어서도 계약방식과 상대방 선택의 자유를 인정하지 않고, 엄격한 행정절차와 벌칙만을 명시하였다.

90) 인체유래물을 활용하여 특허를 획득하고 발생한 이익에 대하여, 당사자의 합의가 없는 경우 인체유래물의 제공자에게 이익이 배분될 수 없는 점도, 이론적으로는 ‘인체유래물의 인격성’에서 근거를 찾을 수 있다. 즉, 인체유래물의 제공에 경제적 유인을 금지하는 것이 생명윤리안전법의 취지이며, 인체유래물을 거래의 대상이 되는 ‘물건’이 아니라, ‘인격권’의 대상으로 파악하고 있기 때문이다.

인체'와 '동일한 법적 의미'가 인정되는 범위에서는 그에 준한다고 보는 것이 타당하다. 즉, '분리된 후'에도 '분리 전'과 유사한 법적 지위가 유지되는 것이다.⁹¹⁾

2. 인체유래물을 연구목적에 제공한 경우의 특수한 법률관계

인체유래물을 연구목적으로 제공한 경우는 '물건의 인도'로 볼 수 없고, 급부로서의 '채무자의 행위(작위)'에 준하여 취급하고 법률규정을 준용한다.

앞서 살펴본 바와 같이 『헬싱키 선언』 제1항은 '사람(human)을 대상으로 하는 의학연구'에 개인 식별이 가능한 '인체유래물(human material)에 대한 연구'를 포함한다고 명시하였다. 따라서 헬싱키 선언의 취지로 본다면, 피험자가 '직접 가서 시험에 참여하는 것'과 피험자가 본인의 인체유래물을 분리하여 시험에 제공한 경우에 있어 법률관계와 보호절차가 동일하다.⁹²⁾ 또한 위에서 본 특별법처럼 인체유래물(DNA)의 물건성을 부정한다면, 연구목적의 제공을 '물건의 인도'로 파악하기에는 어려움이 있다.⁹³⁾

위의 법률규정들을 존중하고 그대로 적용한다면, '인체유래물'을 분리하여 임상 시험에 제공하는 경우, '분리된 인체유래물(DNA)'은 그 사람의 '신체'에 준하는 또 하나의 '분신(分身)'으로서의 지위를 가지게 된다. 앞서 본 바와 같이 과학적으로 검토해보면 '분리된 인체유래물(DNA)'은 그 사람의 복제생명체로 탄생할 수도 있기에 '분신'으로 의제해야 할 과학적 논거가 상당히 많다.

91) 분리된 인체유래물(DNA)을 활용한 민사법상 법률관계에 있어, 가장 이해에 도움이 되는 개념은 '분신(分身)'이다. 하지만 'DNA' 그 자체가 생명체(개체)가 아니고, 권리주체(사람)도 아니기에, 동일하게 파악하는 오해는 없어야 한다. 따라서 여기서는 '분리된 인체'에 준(準)한다고 표현한다.

92) 인체유래물이 과학적으로 활용되는 경우를 크게 3가지로 나누어 생각해볼 수 있다. 첫째는 자신의 세포·혈액·조직·장기 등을 타인을 위해 기증하는 경우이다. 이 경우는 해당 특별법에서 행정절차와 벌칙을 규정하고 있기에, 공법(公法)의 영역으로 볼 수 있다. 둘째는 자기이식(自家利殖)을 위해 분리하는 경우이다. 자기 몸에서 세포·조직 등을 분리하여 다시 자기에게 이식하는 것으로 이 경우는 본인을 위한 의료행위(치료행위)의 연장으로 볼 수 있다. 셋째로는 실험이나 연구 등에 자기의 세포·조직 등을 제공하는 경우이다. 이 경우는 '임상시험'에 참여하는 '피험자'의 지위로 볼 수 있다.

93) 앞서 인체유래물과 관련된 과학현황과 이론·판례, 특별법 등을 검토해 본 결과에서도 분리된 인체유래물(DNA)은 분리 전의 인체와 동일한 법적 의미를 가지는 경우가 많았고, 그 경우 인체에 준하여 취급하는 것이 타당했다. 특히 인체유래물 관련 특별법들은 DNA 등 인체유래물을 '물건성' 측면에서 파악하기 보다는 오히려 '인격성'을 기준으로 보고 있다.

헬싱키 선언의 취지를 고려한다면, 계약에 의해 인체유래물을 임상시험에 제공하는 것은 물건의 양도가 아니라 채권채무관계에서의 급부로 파악할 수도 있다. 즉, 피험자(인체유래물 제공자)는 급부의무로서 임상시험에 대한 협력 행위를 임상시험 기간 동안 이행하는 것이다. 실험실에서 ‘피험자를 대상으로 시험하는 것’과 ‘피험자의 인체유래물을 대상으로 시험하는 것’이 법적으로 동일한 의미를 가지며, 두 가지 모두 채무로서의 급부를 행위(작위)로서 이행하고 있다고 볼 수 있다. 이 경우 ‘분리된 인체유래물(DNA)’은 개념적으로 그 사람의 ‘분신’처럼 이해될 수 있다.

현대 생명의료과학은 생명을 구성하는 본질을 새롭게 밝혀가고 있다. 이러한 본질에는 종래의 이론으로 설명할 수 없는 영역이 나타나고 있기에 법리구성에 혼란과 어려움이 따른다. 다만 인체유래물(DNA)이 생명의 본체를 이루고 있기에 인체(人體)에 준하여 취급되어야 할 영역이 많이 나타나므로, 이 영역에 대한 체계적인 법리는 계속 연구되어야 할 것이다. 일단, 침해에 있어서, 유전정보의 남용과 DNA를 활용한 생명복제시도 등은 ‘인격권 침해’로 다루어야 하며 이 부분은 ‘신체 침해’와 유사하다고 볼 수 있다. 또한 ‘인체유래물(DNA)을 임상시험에 제공하는 경우’에도 헬싱키 선언의 취지를 따른다면 ‘인체를 대상으로 한 임상시험’과 동일한 법리가 적용된다.

3. 질병유전자(DNA) 발견을 치료방법 특허로 보호

종래 특허(特許)에서 질병유전자(DNA) 발견은 신규 화학물질의 합성과 동일하게 다루어져 왔다. 하지만 이 둘은 본질과 연구과정 등이 완전히 다른 것이고, 그 결과 이론과 실무에서 많은 혼란을 야기하였다. 질병유발 유전자(DNA) 탐색은 DNA 용도확인이 본질이기에, 방법발명 중 ‘치료방법발명’으로 특허되는 것이 타당하다. ‘치료방법발명’은 지금껏 인도적인 이유에서 특허를 부정해왔다. 따라서 인체유래물을 활용한 유전자연구 성과는 그 본질에 맞게 ‘치료방법 특허’로 보호하면서, 인도적 차원의 라이선스 확보방안을 제도적으로 확립하는 것이 타당하다. 라이선스 확보는 ‘의약품’의 선례를 참고하여, 일단은 현행 특허법 제107조의 강제실시권을 활용하는 것이 대안이 될 수 있다. 특히 치료방법 특허는 보건복지부와 관련단체 등을 통하여 통합관리하는 것이 더욱 효율적일 것이다.

4. 생명윤리안전법의 핵심조항에 위반한 연구성과에 대하여 특허 불허를 명시

생명윤리안전법의 제정을 위하여 법률안이 논의되던 시기에, 당시 과학기술부는 생명윤리자문회의를 구성하였다. 자문회의는 2000년 11월부터 총 18회의 전체회의를 거쳐 2001년 5월 『생명윤리법안』의 기본 골격을 확정하였다. 법률안에는 특허와 관련하여 매우 의미있는 조항이 포함되었다. 바로 “생명특허와 관련하여 ‘생명윤리기본법에 의해 금지되는 연구’로부터 나오는 기술과 생산물에 대해서는 특허를 받을 수 없다”는 규정이다. 당시 특허청은 특허대상 및 특허여여 여부는 특허법에서 결정해야 할 사항이라며 반대하였다.⁹⁴⁾

하지만, 이 규정은 ‘공사법(公私法) 이분론’을 취하는 현행 법체계에서는 중요한 의미를 가지고 있다. 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 연구윤리와 행정절차, 벌칙 등을 명시한 생명윤리안전법은 국가가 생명의 본질을 보호하려는 취지에서 제정한 공법적 규정이다. 하지만 무체재산인 ‘기술(발명)’에 대하여 ‘재산상 독점’을 인정한 ‘특허’는 본질적으로 사법질서(私法秩序)에 속한다. 따라서 원칙적으로 ‘공법’에 위반하였다고 하여도, 그것이 사법상 효력규정에 속하지 않는 한 ‘사법(私法)상 재산관계’에는 영향을 미치지 않는다. 결국 ‘공사법이분론’ 체계에서는 ‘공법인 생명윤리안전법’에 위반하여도 ‘사법’관계에서는 ‘특허’로 효력을 가질 수 있다는 것이다. 생명윤리안전법에 위반하여 개발된 기술이 ‘특허등록’되어 효력이 인정되면, 비록 벌칙이 적용된다고 하더라도, 생명윤리법의 취지가 몰각될 것이다.

둘째, 특허법 제32조에는 ‘공서양속’에 관한 규정을 두고 있다. 하지만 생명윤리안전법에 위반한 발명이라도, ‘특허법상 공서양속’에는 위반하지 않는 경우가 대부분이다. 생명윤리안전법은 연구과정에서의 연구윤리와 공서양속을 중심으로 검토한다. 즉 연구목적, 연구동기, 연구방법, 연구내용 등이며 이러한 내용은 사전에 기관생명윤리심의위원회(IRB)에서 심의한다. 하지만 특허는 연구결과물을 대상으로 결과물 자체의 공서양속을 평가한다. 따라서 연구동기와 과정 등에서 생명윤리법위반사항이 있더라도, 결과물 자체의 용도가 법적으로 허용범위 내에 있다면 그 연구성과는 특허될 수 있다. 결국 연구과정에서의 연구윤리에 대한 실효성을 확보하려면, 특허를 불허하는 명시적 규정이 필요하다.⁹⁵⁾

⁹⁴⁾ 김훈기, **생명공학과 정치**(2005), 132-151면.

⁹⁵⁾ 최근 황우석 박사에 대한 대법원 판결에서 ‘징역 1년 6월에 집행유예 2년’을 선고한 원심이 확정되었다(대법원 2014. 2.27. 선고 2011도48 판결). 현행 생명윤리안전법 제23조

셋째, 경제적인 측면에서, 생명윤리안전법의 실효성을 검토할 필요가 있다. 생명공학의 주요기술은 경제적 가치가 ‘수 억’에서 ‘수백 억’에 달하는 경우가 많다. 하지만 처벌을 살펴보면 ‘이중간 착상’(제21조), ‘불법적 난자제공’(제23조 제3항), ‘불법적 체세포핵이식’(제31조 제1항) 등도 ‘3년 이하의 징역’(제66조)에 불과하다. 또한 최근 판결들에서 보듯이 ‘집행유예’가 되는 경우가 많다. 결국 ‘수백 억’의 경제적 가치를 위하여, ‘집행유예’ 정도의 처벌을 감수하면서 생명윤리안전법에 위반하는 연구를 진행할 가능성도 상당히 크다.

이러한 측면들을 종합해보면, 과거 과학기술부의 생명윤리자문회의가 법률안에서 제시한 “‘생명윤리기본법에 의해 금지되는 연구’로부터 나오는 기술과 생산물에 대해서는 특허를 받을 수 없다”는 규정을 진지하게 다시 검토할 필요가 있다. 생명윤리안전법에 명시한 생명·연구윤리 보호의 실효성을 확보하기 위해서는, 벌칙을 감수하고 특허를 받는 일은 사전에 차단되어야 한다. 생명윤리안전법에 명시한 내용들 중 ‘관련서류 등의 이관’(제22조 제6항), ‘보건복지부의 질문·검사·명령에 대한 답변’(제54조 제3항) 등의 세세한 절차적 내용에까지 ‘특허불허’를 명시해서는 안 된다. 하지만 적어도 생명윤리안전법의 가장 본질적인 취지가 되는 내용 즉, ‘인간복제금지’(제20조), ‘배아생성의 준수사항’(제23조), ‘유전정보에 의한 차별’(제46조) 등과 관련해서는 처벌과 함께 ‘특허불허’를 명시해서 생명윤리에 대한 본질적 침해를 방지하는 것이 타당할 것이다.

투고일 2015. 1. 11

심사완료일 2015. 5. 21

계재확정일 2015. 5. 29

제3항의 ‘재산상 이익 등의 반대급부 제공’에 따른 불법적 난자채취에 대하여 유죄를 인정한 것이다. 동법 제66조는 그러한 경우 3년 이하의 징역에 처한다고 명시하고 있다. 하지만 황우석 박사는 2004년 당시의 연구와 관련해 캐나다 특허(등록번호 2551266)와 미국 특허(등록번호 8647872)를 획득하였다. 일련의 과정들을 살펴보면 연구과정에서의 ‘법적 난자채취와 처벌 등과는 무관하게 기술적 성과에 대해서는 특허가 허여될 수 있음을 보여준다’(동아일보, “황우석 ‘1번 줄기세포’ 캐나다 특허 땀다(2011. 9. 28)”, <http://www.donga.com> (2014년 10월 1일 방문); 연합뉴스, “황우석 배아줄기세포 특허등록 놓고 평가 엇갈려(2014. 2. 11)”, <http://www.yonhapnews.co.kr> (2014년 10월 10일 방문)).

참고문헌

- 강남진, “인격권 보호에 대한 하나의 제안”, **민사법학**, 제13·14호, 1996.
- 강태성, **민법총칙**, 2013.
- 강희원, “사람, 인간 그리고 재산으로서 인체? – 인체 상품화의 철학적·윤리학적 문제”, **법철학연구**, 제3권 제1호, 2000.
- 곽윤직·김재형, **민법총칙**, 2012.
- 구인회, “배아보호에 관한 윤리적 검토”, **한국의료윤리학회지**, 제12권 제3호, 2009.
- 권복규·박은정, **즐기세포연구자를 위한 생명윤리**, 2007.
- 김남두 엮음, **재산권 사상의 흐름**, 1993.
- 김상용, **채권각론**, 2009.
- 김수진, “동물보호법개정논의에 즈음한 비교법적 고찰”, **행정법연구**, 제15호, 2006.
- 김은애 외, **초보자를 위한 기관생명윤리위원회 운영의 사례**, 2013.
- 김장한, “인체유래물질과 관련된 계약”, **의료법학**, 제8권 제1호, 2007.
- 김현철·고봉진·박준석·최경석, **생명윤리법론**, 2010.
- 김훈기, **생명공학과 정치**, 2005.
- 명순구 역, **프랑스민법전**, 2000.
- 박동진, “냉동보관중인 정자의 훼손에 대한 민사법적 평가”, **의료법학**, 제3권 제1호, 2002.
- 박영규, “생명공학적 발명의 보호와 유전자특허의 보호범위”, **산업재산권**, 제18권, 2005.
- _____, “유전자 치료법을 포함한 의료방법 발명의 특허법적 문제”, **산업재산권**, 제13권, 2003.
- 박은정, **생명공학시대의 법과 윤리**, 2000.
- 법무부, **외국의 유전공학 관련법제**, 1998.
- 신혜은, “의료방법발명의 특허법에 의한 보호”, **안암법학**, 제23권, 2006.
- 양창수 역, **독일민법전 - 총칙·채권·물권**, 2008, 36-37면.
- _____, “분리된 인체부분의 법적 성격”, **민법연구**, 제9권, 2009.
- 유지홍, **생명공학적 인공배아와 인체유래물의 민법상 지위**, 경북대학교 법학박사 학위논문, 2013.

- 유지홍, “태아의 권리능력 재논의 필요성에 대한 제언”, **한국의료윤리학회지**, 제7권 제1호, 2014.
- _____, “침단 생명의료과학에 근거한 屍體의 민법상 지위 고찰”, **생명윤리정책연구**, 제8권 제2호, 2014.
- 이로문, “생명공학의 발전과 재산법상의 과제(재산권으로서의 신체를 중심으로)”, **한양법학**, 제12권, 2001.
- 이영준, **민법총칙**, 2007.
- 이은영, **민법총칙**, 2009.
- _____, “인체유래물에 기초한 지식재산권의 한계로서의 공서양속”, **재산법 연구**, 제28권 제3호, 2011.
- 이익희, “특허발명의 강제실시제도”, **지식재산 21**, 제88호, 2005.
- 이재목 · 이정현, “치료과정에서 적출한 인체 구성부분의 이차적 이용에 따른 법률 문제”, **법조**, 제55권 제4호, 2006.
- 이정현 · 박인걸, “인체유래물질의 재산권의 허용범위와 그 이용을 위한 관련법규의 정비방안”, **법학연구**, 제37권, 2007.
- 최수정, “인체세포에 대한 법적 권리”, **재산법연구**, 제23권 제2호, 2006.
- _____, “인체에 대한 권리관계의 새로운 패러다임”, **법학논총**, 제29권 제2호, 2012.
- Herren, Ray V. (김희발 · 이무하 외 譯), **생명공학으로의 초대 - 삶의 혁명**, 라이프 사이언스(2006).
- Boulier, William, “Sperm, Spleens, and Other Valuables: The Need To Recognize Property”, 23 *Hofstra Law Review* 693 (1995).
- Cain, Amy S. Pignatella, “Property Rights in Human Biological Materials: Studies in Species Reproduction and Biomedical Technology”, 17 *Arizona Journal of International & Comparative Law* 449 (2000).
- Ducor, Philippe, “The Legal Status of Human Materials”, 44 *Drake Law Review* 195 (1996).
- Hardcastle, Rohan J., *Law and the Human Body: Property Rights, Ownership and Control*, 2007.
- Hardiman, Roy, “Toward the Right of Commerciality: Recognizing Property Rights in the Commercial Value of Human Tissue”, 34 *UCLA Law Review* 207 (1986).

- Wagner, Danielle M., “Property Rights in the Human Body: The Commercialization of Organ Transplantation and Biotechnology”, 33 *Duquesne Law Review* 931 (1995).
- 石塚伸一, “生命倫理とプライバシー遺伝子情報と『未来の日記』”, *法律時報*, 78卷 4号(2006).
- 小泉直樹, “治療方法發明保護の法政策”, *ジュリスト*, 1227号(2002).
- 水辺芳郎, *債權各論*, 2006.
- 植木 哲, *医事法教科書*, 2003.
- 川井 健, *民法概論 4 (債權各論)*, 2007.
- 樋口範雄・岩田 太, *生命倫理と法 II*, 2007.
- 동아일보, “황우석 ‘1번 줄기세포’ 캐나다 특허 뺏다(2011. 9. 28)”, <http://www.donga.com> (2014년 10월 1일 방문).
- 연합뉴스, “일 연구진, iPS 세포로 망막세포 만들어 인체에 이식(2014. 9. 12)”, <http://www.yonhapnews.co.kr> (2014년 9월 13일 방문).
- 연합뉴스, “황우석 배아줄기세포 특허등록 놓고 평가 엇갈려(2014. 2. 11)”, <http://www.yonhapnews.co.kr> (2014년 10월 10일 방문).
- 연합뉴스, “STAP세포 존재 확인 안 돼…日 검증팀 중간보고(2014. 8. 27)”, <http://www.yonhapnews.co.kr> (2014년 10월 1일 방문).
- 영남일보, “대구환자들 서울로 서울로…진료비만 年 1000억원(2012. 2. 29)”, <http://www.yeongnam.com> (2014년 10월 10일 방문).
- 한국경제, “황우석 매머드 신체 조직 채취 ‘성공’…복제 가속도 붙나(2012. 9. 24)”, <http://www.hankyung.com> (2014년 10월 1일 방문).
- YTN, “교황청, 성체줄기세포 연구 지원(2010. 4. 24)”, <http://www.ytn.co.kr> (2014년 10월 12일 방문).

<Abstract>

A Study on the Legal Status of Human Materials on the Basis of the Humanity of DNA

Yoo, Jihong*

The juridical issues relating to gene are in two parts. Firstly, is the cell separated from body a thing or a part of a human body still? Secondly, is it the invention of a thing or the invention of medical procedure to identify human disease DNA?

There are various kinds of theories from a viewpoint of civil law. The human materials are excluded from the attribute of a thing according to the first paragraph of the Declaration of Helsinki and the Article 16-1(3) of the French Civil Code. Presently, the somatic cell cloning of human embryo has become a common biotechnology all over the world. It is anticipated that the essence of personal rights can be infringed by just one cell such as the leaking of genetic information, the cloning of human. If all these points are examined, it is reasonable that the legal status of the human materials separated from a body is still a part of human body in civil law.

The author examines the protection methods for the research result of human materials. It is reasonable that the research result of human material should be treated as medical procedure in the patent practice because the research result for human material is applicable to the treatment of diseases. In the medical procedure, we can ensure the securing of a license for the purpose of humanism through the compulsory licensing effectively.

Keywords: human materials, human genome project, first paragraph of the Declaration of Helsinki, somatic cell cloning of human embryo, attribute of a thing for human material, patent for medical procedure, compulsory licensing

* Researcher, Law Research Institute, Kyungpook National University, Ph.D. in Law.

