

인체시료의 처분에 관한 법률문제

- 독일의 논의를 중심으로 -

최 준 혁 *

- | |
|----------------------------|
| I. 서론 |
| II. 본론 |
| 1. 인체시료에 관하여 규율하는 법률 |
| 2. 인체시료의 귀속과 처분에 관한 사법적 논의 |
| III. 결론 |

I. 서론

인체는 인간을 구성하는 본질적인 요소이다. 비록 인체는 물건으로서 지배의 대상이 된다고 볼 수 있음에도 불구하고, 법학에서는 이미 로마법에서부터 인체는 물건이 아니라고 취급되었다(Ulpian, D. 9, 2, 13, pr). 이는 권리의 주체와 객체를 구별한다면 인체는 인간과 동일시되므로 객체가 될 수 없고, 인체는 결국 주체 자체라는 생각에서이다. 즉, 인체는 권리의 대상이 아니라 법익이다.¹⁾

로마법에서의 논의를 보듯이, 인체의 일부분에 관한 처분은 매우 오래된 문제이며, 이는 동시에 새롭고 현실적인 법률문제일 수 있다. 그럼에도 불구하고 인체에서 분리된 시료를 연구 또는 교육목적으로 이용하는 것은 의학적 관심의 대상은 되었으나, 법률실무에서는 중요한 의미가 없었다.²⁾ 하지만, 과학과 의학의 발전으로 인해 최근 장기이식이나 인공수정을 위한

* 서울대학교 의과대학 법의학교실 박사후과정연구원, 법학박사

* 이 글은 2007년 4월 21일의 대한의료법학회 춘계학술대회에서의 발표문을 수정하고 보완하였다. 토론에서 유익한 지적을 해 주신 성균관대 김천수 교수님께 감사드린다.

1) Deutsch, Medizinrecht, S. 355; Forkel, JZ 1974, 593.

2) Forkel, JZ 1974, 593; Lippert, MedR 2001, 406.

정자의 보관 등 인체와 분리된 인체의 일부분이 문제가 되는 법률관계가 자주 나타나고 있다. 그중의 몇몇 사건들은 그 특이성으로 인해 사회의 큰 관심사가 되기도 한다. 예를 들어 미국에서 있었던 Moore v. Regents of University of California 사건 793 P.2d479 (California 1990)³⁾이나 독일에서 인공수정을 위해 병원에 보관시켜 놓은 정자가 폐기된 BGH, NJW 1994, 127 (=BGHZ 124, 52) 사건 등이다. 이러한 사건에서는 인체시료의 이용 또는 처분이 과연 허용되는지가 주된 쟁점이 되었다. 즉, 의사가 환자에게서 적출한 인체시료를 마음대로 이용해도 되는지이다.

그에 관하여 지금까지의 법률문헌에서는 통상적으로, 적출된 인체의 일부분이 물건이므로 그에 대한 소유권이 존재할 수 있다는 점에서 출발하여, 어떠한 경우에 의사가 소유권자가 될 수 있으며 그가 소유권자로서 통상의 방법으로 소유권을 누릴 수 있는지가 주로 논의되었다. 반면 그러한 행위의 결과에 관한 논의는 거의 없었다. 즉, 권한 없이 환자의 인체의 일부분을 이용한 경우가 어떠한 법률 효과를 갖는지, 특히 환자가 자신의 인체의 일부분을 통해 발생한 이익의 배분에 참여할 수 있는지에 관한 논의는 적었다.⁴⁾

인체시료에 대한 논의에 이러한 쟁점이 존재한다는 점을 고려하면, 그를 처분했을 때의 법률적인 문제는 다음의 두 가지로 나누어서 검토해야 할 것이다. 먼저 인체시료의 처분이 허용되어야 하는가, 만약 허용된다면 어떠한 기준으로 인정할 수 있는가이다. 다음으로 만약 인체시료를 다른 사람이 이용했을 경우, 시료제공자는 어떠한 권리를 가지며 그 범위는 어느 정도인지를 따져야 한다. 그러한 대응은 각각의 국가가 어떠한 법률과 법학이론을 가지고 있는지에 따라 다르게 나타날 수 있는데, 이 글에서는 그중 독일에서의 논의에 한정하여 살펴보기로 한다.

첫 번째 쟁점에 대해서는 인체시료 및 그에서 획득한 정보를 어떻게 취

3) 이 사건에 관한 설명으로 같은 학술대회에서 발표된 김장한, “인체유래물질과 관련된 계약”을 참조.

4) 같은 지적으로 Taupitz, AcP 191, 202f.

급해야 하는지에 관한 국제협약이 있으며 최근 각국에서 그에 관한 법률이 제정되고 있다. 그러므로 먼저 입법적인 노력으로서 독일의 유전자검사법 안 및 개인정보법 등에 관하여 간략히 살펴본다. 다음으로, 사법이론에 따르면 인체의 일부분은 물권법의 대상이 되거나 인격권으로 보호되며 이 양자는 중첩되기도 한다.⁵⁾ 그러므로 이 글의 후반부에서는 인체의 일부, 즉 인체시료가 법률적으로 어떠한 성격을 지니고 있으며 그에 대한 처분을 어떻게 보아야 하는가에 대한 독일의 논의를 설명하겠다.

II. 본 론

1. 인체시료에 관하여 규율하는 법률

가. 유전자검사에 관한 법률안

(1) 제정의 필요성과 경과

인체시료를 이용한 연구는 종종 장기간에 걸쳐 이루어진다. 연구가 진행됨에 따라, 애초에는 예상할 수 없었던 새로운 문제로서 이미 모아놓은 시료와 정보를 이용해서만 해결할 수 있는 문제가 나타날 수 있다. 이는 유전자정보를 수집한 원래의 목적과는 다른 새로운 목적이다. 따라서 유전자정보의 수집 자체에 대한 승낙뿐만 아니라 아직 불명확하며 미래에 하게 될 의학연구를 위해서도 시료와 정보를 사용하겠다는 점에 대한 일반적인 승낙을 받도록 하는 것이 연구자의 이익에 부합한다고 보인다. 그러나 일반적 승낙이, 승낙을 위한 정보제공과 승낙의 명확성을 요구하는 정보보호법의 전통적인 요구와 과연 일치하는지는 좀 더 논의할 필요성이 있다. 그에 관하여, 의학연구는 아직 명확하지 않으며 장래에 일어날 일이므로 그에 대하여 피실험자가 자신의 시료와 정보를 사용하라는 승낙이 유효할 수 없다는 견해가 있다. 기증자는 자신의 신체조직과 정보가 결국 어디에 쓰이는지에 대하여 정확하게 알지 못하며, 일반적이고 포괄적인 승낙은 정보

5) Deutsch, Medizinrecht, S. 357; Forkel, JZ 1974, 593; Taupitz, NJW 1995, 745ff.

가 제공된 승낙 (informed consent; informierte Einwilligung)이 요구하는 명확성을 충족시킬 수 없다는 이유에서이다. 이 견해는 시료와 정보의 수집에 관한 일반적인 승낙 이외에 유전정보를 이용한 각각의 구체적인 연구에 대하여 개별적이고 시한을 정한 새로운 승낙이 필요하다고 본다.

개인의 유전정보를 어떻게 취급해야 하는지에 대한 내용은 주로 유전자정보은행 (Biobank 또는 Genbank)라는 제목으로 논의되고 있다. 유전자정보은행은 다수의 개인의 신체조직 (인체시료)과 함께 그에 대한 분석결과도 수집하여 보관한다는 점에서 시료와 정보의 집적이라는 두 가지 기능을 가지고 있으며, 유전자정보은행의 발전은 동시에 정보에 관한 자기결정권에 관한 새로운 시도이다.⁶⁾

입법을 통하여 개인의 유전정보 수집과 관리, 처분에 관한 내용을 규율할 필요성이 제기되었으며 그에 따라 각국에서 관련법이 제정되고 있다. 유럽에서 유전자정보은행에 관한 법률은 아일랜드와 에스토니아에서 먼저 제정되었다. 아일랜드는 1998년 12월 17일 보건영역에서의 유전자정보에 관한 법률을 제정하였고, 2000년 3월 13일에는 유전자정보은행에 관한 법률을 제정하였다. 2000년 12월 13일 에스토니아에서 제정된 인간유전자연구에 관한 법률은 2001년 1월 8일 발효되었다. 종종 발생하며 다인적인 성인의 질병의 위험이 되는 유전인자와 환경인자의 개별적 또는 복합적인 효과를 연구하기 위해서 영국의 유전자은행이 설립되었다.⁷⁾ 스위스에서도 2004년에 인간유전자검사에 관한 연방법 (Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen)이 의회를 통과하였다.⁸⁾

독일에서도 개인의 유전정보의 활용과 제한에 관한 문제를 해결하기 위해 다양한 방안이 논의되었으며⁹⁾ 유전자검사에 대한 법률을 만들어야 할 필요성에 대한 공감대가 형성되어 2006년에 동맹90과 독일녹색당의 연합

6) Mand, MedR 2005, 565.

7) Wichmann/Gieger, Biobanken, S. 193.

8) Damm, Gendiagnostik als Gesetzgebungsprojekt, S. 146.

9) 논의의 경과에 대하여 Damm, Gendiagnostik, S. 145f; Mand, MedR 2005, 565f; Wichmann / Gieger, Biobanken, S. 194f 참조

(Bündnis 90/Die Grünen)은 유전자검사법률안 (Gendiagnostikgesetz: 정식명칭은 인간유전자검사에 관한 법률 초안 (Entwurf eines Gesetzes über genetische Untersuchungen bei Menschen))을 발의하였다. 아래에서는 이 법률안에 대하여 좀 더 살펴보겠다.

(2) 법률안 제정의 목적

인간의 유전적 특성에 대한 연구가 인간의 존엄에 대한 존중과 보호, 건강과 정보가 제공된 승낙을 침해할 수 있는 위험에 대응하며, 학문의 자유를 수호해야 하는 국가의 의무에 기하여, 유전적인 차별을 방지하고 동시에 유전연구를 통해 개인과 학문에 기여할 수 있는 기회를 보장하기 위해서 이 법률안을 만들었다(법안 제1조). 이 법안의 목적은 또한, 그 적용범위인 의료, 생활계획 (Lebensplanung), 친자확인, 근로관계, 보험 및 연구와 관련하여 자신의 유전정보가 수집, 저장되는 개인에 대하여, 자신이 동의한 특정한 목적에 관해서만 유전정보가 이용되도록 보장하는데 있다(법안 제2조 제3항).

유전자연구 또는 유전자은행에 관한 법률안의 법익으로는 우선적으로 인간의 존엄과 가치 및 인격권의 보호가 제시되고 있으며, 일반원칙으로는 차별금지에 중요한 의미를 부여하고 있다.¹⁰⁾ 유전정보는 특수성과 위험성을 지니고 있기 때문에, 유전정보의 범위와 유전자연구에 대한 내용을 법률로 규정할 필요성이 존재하며, 그때 특히 고려해야 할 점은 다음과 같다. 첫째, 유전자의 구성 (Konstitution)에 기인한 차별의 금지. 둘째, 개개인의 모를 권리. 셋째, 유전자검사의 질의 보장. 넷째, 유전자검사에 대한 동의를 하기 전에 그에 관한 포괄적인 설명과 조언. 다섯째, 근로관계에서 채용모집을 위해 하는 예견적 유전자검사의 금지와 유전자검사의 결과를 보험 및 사용자에 대한 고용보호검사에 사용하는 것의 금지. 여섯째, 인간유전체연구에서 피실험자에 관한 보호. 일곱째, 사생활의 보호.¹¹⁾

10) Damm, Gendiagnostik, S. 147f.

11) BT-Drucksache, 16/3233, S. 2.

(3) 내용

이 법률은 인간과 임신 중의 태아에 대한 유전자연구 및 분석에 대하여 규율하며, 인간과 임신 중의 태아, 그리고 사망자 및 죽은 태아에 대한 유전시료와 그 획득, 그리고 유전정보의 범위를 규정한다(법안 제2조 제1항). 그리고 이 법안에서의 유전시료는 유전자검사에 이용할 예정이거나 그에 대해 유전자검사가 실행되거나 실행될 예정인 인체조직을 말한다. 그리고 유전정보는 유전적 특성에 대하여 유전자검사, 유전연구, 유전연구를 제외한 의학연구 또는 다른 방법에 의하여 획득된 정보이다(법안 제3조 제1항 10, 11호). 즉 인체시료도 유전정보로서 유전자검사법의 규율대상이 된다는 점은 분명하며, 우선 혈액, 체액, 피부, 모발 또는 손톱 등이 이에 해당한다.¹²⁾

나. 정보보호법

다음으로는 정보보호법과 인체시료의 관계이다. 인체시료는 그 자체가 정보이므로 개인정보보호법의 규율을 받는다.¹³⁾ 다만 독일은 연방국가로서 각주의 입장이 다르며, 개인정보보호에 관한 연방법이 존재하며 생명의료 연구의 윤리성 여부를 판단하며 유전자은행에 관해서 판단하는 55개의 의료윤리위원회가 있기 때문에 다양한 입장이 존재할 수 있다.¹⁴⁾

독일의 개인정보보호법(BDSG) 제4조 제1항에 따르면 개인관련정보의 수집, 가공과 활용은 그를 허용하는 법률규정이 있거나 관련자의 승낙이 있을 경우에만 가능하다. 그러므로 법률규정 또는 승낙 양쪽 모두가 개인정보의 활용을 가능하게 하는데, 인체시료의 연구와 관련해서는 많은 법률규정이 있음에도 불구하고 승낙이 중요한 역할을 한다.¹⁵⁾ 왜냐하면 연구에 관한 법률규정은 일반규정으로서의 형태를 지니고 있기 때문에 그로 인해

12) BT-Drucksache, 16/3233, S. 26.

13) 그에 관한 자세한 논의로 Mand, MedR 2005, 566ff 참조.

14) Wichmann/Gieger, Biobanken, S. 194.

15) Mand, MedR 2005, 570.

발생하는 이익형량에 대한 복잡한 결정이 필요한 데 반하여, 승낙을 통하여 그러한 불명확성과 결정의 지연을 피할 수 있기 때문이다.

다. 평 가

인체시료의 처분과 그에 대한 승낙에 관한 주요한 쟁점이 무엇인지는, 유럽의 다른 국가의 유전자은행법에 대하여 제기되었던 비판에 터잡아 살펴볼 수 있다.¹⁶⁾

① 국가의 유전자프로젝트에 대한 반대이유 중의 하나로 국가가 유전자를 판매할 것이며 정당한 이익분배가 이루어지지 않을 것이라는 주장이 있다. 인간의 신체와 그 게놈에 대한 상업화를 해서는 안 된다는 점에 대하여는 의견의 일치가 이루어져 있다. 예를 들어 생명윤리협약 제21조에 따르면 인간의 신체 및 신체의 일부 자체를 상업적인 목적으로 이용해서는 안 된다. 제21조에 따라 인간의 장기와 혈액을 포함한 조직을 매매하는 것은 금지된다. 그 외에 이러한 생체시료를 적출한 사람이 상업적인 이득을 취득해서는 안 된다. 유사한 규정은 UNESCO의 인간게놈과 인권에 관한 보편선언에도 존재한다.

② 유전자기증자와 자신의 유전적 또는 의학적 정보를 기증한 자에게 대가를 지불하지 않는 것이 일반적이다. 그러나, 이것이 바로 유전자기증자가 자신의 유전자 및 정보의 상업적인결과에 대한 어떠한 처분권도 갖지 않는다는 뜻은 아니다. 이에 관하여 에스토니아의 인간유전자연구에 관한 법률 제15조 3항은 유전자기증자가 조직시료의 적출, 건강정보의 수집, 계보의 작성 또는 연구결과의 이용에 대하여 보상을 청구할 수 없다고 규정하였다. 아일랜드의 관련법에서는 이와 같은 내용의 규정은 없으나, 조직시료와 정보는 정보를 서로 연결하고 처리해야 경제적 가치를 가지게 된다는 점에서 이러한 점이 법률의 흠결이라고 보기는 어렵다.

③ 자신에 대한 자료를 폐기해 달라고 요구할 수 있는지도 이와 관련해

16) 이하의 논의는 Sootak, FS Schreiber, S. 871ff 참조.

논의할 수 있다. 아일랜드의 법률에는 그에 관한 규정이 없으나 에스토니아법 제10조 2항은 그에 관하여 규정하고 있다. 아일랜드의 법률이 이렇게 규정된 것은, 건강정보은행은 불특정된 사람의 정보만을 보관할 뿐이기 때문에 특정인의 정보를 폐기하는 것은 불가능하다는 이유에서였다. 그러나 아일랜드의 건강정보은행도 특정인을 구체화할 수 있다고 보아야 하는데, 그렇지 않다면 정보의 보완도 불가능하기 때문이다. 그러므로 자신의 정보에 대한 자료를 폐기해 달라고 요구할 수 있는 권리를 인정하는 것이 합리적이다.

독일유전자검사법안은 이 법률에 의하여 획득한 유전시료와 유전자연구 및 검사의 결과는 이 법률의 기준에 의해서만 이용될 수 있으며, 다른 법률의 규정에 따른 유전시료와 유전정보의 제공, 이용 및 압수는 금지된다고 규정한다(법안 제2조 제3항). 그리고 유전자검사와 그를 위해 필요한 시료를 획득하기 위해서는 관련자의 동의가 필요하다. 관련자는 유전자검사가 어떤 범위로 이루어지는지, 검사결과가 관련자에게 알려지는지 또는 폐기되는지와 그 범위, 그리고 예상외의 검사결과가 관련자에게 알려지는지 또는 폐기되는지에 대해 결정해야 한다. 또한 이러한 동의는 서면에 의해야 한다(의학연구에 관한 규정으로 법안 제10조 제1항). 그리고 관련자는 자신의 동의를 장래에 대하여 언제든지 철회할 수 있다.

다음으로, 의사는 동의를 받기 이전에 관련자에 대하여 유전자검사의 존재, 의미와 범위를 설명하여야 한다. 그리고 인체시료는 그 획득할 때의 목적에 따라서만 보존되고 활용되어야 한다. 원래의 목적을 위해 인체시료가 더 이상 필요하지 않으면 바로 폐기되어야 한다(제15조 제1항). 그리고 원래의 목적 이외의 다른 목적으로 인체시료를 보존하고 활용하기 위해서는 사전에, 인체시료를 제공한 당사자가 그 목적에 대한 설명을 들은 후 명시적으로 서면으로 동의해야 한다(제15조 제2항). 이 규정에 위반할 경우에는 질서위반죄에 해당하며, 과태료의 상한은 10만 유로이다(법안 제37조 제1항 5호, 제2항).

하지만, 인체시료의 처분으로 발생한 이익의 배분에 대한 법률규정은 따로 마련되어 있지 않다. 그에 관하여 동의에 관한 법안의 내용을 볼 때, 결국 인체시료를 처분 또는 사용하였을 경우의 법률관계는 인체시료를 법적으로 무엇으로 보는지, 그리고 그에 대한 당사자의 동의를 어떻게 해석하는지에 따라 달라진다고 보아야 할 것이다.

2. 인체시료의 귀속과 처분에 관한 사법적 논의

가. 인체 및 인체시료의 물건성

인간의 신체는 독일기본법 및 개별 법률에 의해 보호되나 과연 그 내용이 무엇인지에 대한 정의규정은 없다. 지금까지는 인체를 일반적으로 인간에 붙어있는 생체(生體)의 전체로 이해하고 있다.¹⁷⁾ 그리고 인체의 일부분에 대해서도 인체에 관한 내용이 적용된다. 물건에 관하여 정의하는 법률규정인 독일민법 제90조는 “이 법률에서 물건이라 함은 유체물만을 말한다”고 규정하며,¹⁸⁾ 인간의 신체는 유체물임이 분명하다. 그러나, 이미 보았듯이 신체와 그 일부분은 물건이 아니라고 학설은 설명하기 때문에 소유권을 통해 보호되지 않으며, 오히려 자신의 신체에 대한 권리는 인격권으로 보호되고 있다.¹⁹⁾

인체의 일부분 또는 그 구성부분이 물건인지의 문제는 그 부분이 인체에서 분리된 후 제기되기 시작한다. 인체의 일부분은 분리된 후 물건이 되며 그 소유권은 우선 그 일부분이 속했던 사람에게 있다는 것이 통설이다. 다만 예를 들어 추후에 자신에게 수혈하기 위하여 혈액을 추출하여 보관한 경우와 같이, 인체의 일부분이 분리되었다고 하더라도 보유자의 의사에 의하여 다시 신체와 결합하기로 되어 있다면 그 부분은 인체와 “기능적으로 일체화”되어 있기 때문에 물건이 아니며 인체로 보아야 한다고 설명한다.

17) Deutsch, Medizinrecht, S. 355 참조.

18) 이하 독일민법의 번역은 양창수, 신판 독일민법전, 박영사, 2000에 따름.

19) Palandt, BGB, § 90 Rn. 3; Staudinger/Jickeli/Stieper, BGB, § 90 Rn. 19; Taupitz, NJW 1995, 746.

그 결과 일부분에 대한 침해는 물건에 대한 손괴가 아니라 신체상해로 판단해야 한다.²⁰⁾

기능적 일체화라는 관점을 적용한 특이한 판결이 앞에서 언급한 BGHZ 124, 52이다. 이 사건에서 원고는 방광암의 진단을 받아서 방광절단수술을 받게 되었다. 원고는 방광절단수술을 통해 생식능력을 잃게 될 것이라고 예견하고 수술 이전에 자신의 정자를 병원에 보관하도록 하였다. 병원은 2년 후 원고에게 정자를 계속 보관할 것인지를 문의하였는데, 4주 이내에 응답하지 않으면 정자를 폐기할 것임을 통지하였다. 원고는 정자를 계속 보관하기를 원한다고 답하였으나 알 수 없는 이유로 이 사실은 원고의 병력에 기재되지 않았고 그 결과 원고의 정자는 폐기되었다. 원고는 그 해 결혼을 하였으며 병원에 맡겨두었던 정자를 이용해 아이를 갖기를 원하였으나, 자신의 정자가 이미 폐기되었다는 사실을 알고 소송을 제기하였다. 독일연방대법원은 피고가 원고에게 25,000마르크를 지급하도록 판결하였다.²¹⁾

이 사건에서는 소송의 결과에 대해서가 아니라, 판례가 이를 신체상해로 판단했다는 점에 대하여 학계의 비판이 제기되었다. 왜냐하면 신체에서 분리된 일부분을 신체로 보아야 신체상해로 판단할 수 있는데, 이 사건에서의 정자는 예를 들어 본인에게 수혈하기 위해 자신의 혈액을 저장하는 경우와는 달리 신체와 “기능적 단일성”을 가지고 있다고 보기 어렵기 때문이다.²²⁾ 물론 독일연방대법원이 이 사건을 신체상해로 본 이유는, 한국민법 제750조가 “타인”이라고 포괄적으로 규정하였음에 반해, 손해배상에 대한 독일민법 제823조가 손해의 객체로서 “생명, 신체, 건강, 재산, 자유, 소유권 또는 기타의 권리”를 명시하고 있기 때문이다. 그리고 손해배상의 범위

20) Staudinger/Jickeli/Stieper, BGB, § 90 Rn. 22. 그에 관한 독일학설의 다양한 설명에 대하여 Lippert, MedR 2001, 407 참조.

21) 반면 유사한 사례 (Del Zio v. Presbyterian Hospital, U. S. District Court, S.D.N.Y., 1978, 74 Civ. 3588)에서 뉴욕주 법원은 인격권 침해를 인정하였다. Deutsch, Medizinrecht, S. 356 참조.

22) 반대견해로 Freund/Heubel, MedR 1995, 196ff.

에 관한 독일민법 제847조 제1항이 제823조에 연결된다: “신체 또는 건강의 침해 및 자유의 침탈의 경우에, 피해자는 재산손해가 아닌 손해에 대하여도 상당한 금전배상을 청구할 수 있다.”²³⁾

나. 해결의 단초

그렇다면 인체시료의 처분에 관한 법적 문제를 어떻게 해결할 것인가? 문제의 해결을 위해 두 가지 방향으로 접근할 수 있다.

먼저 동의의 내용과 그 해석에 기대는 방법이다. 인체시료의 분리는 진단과 치료 등 의료행위에서 자주 일어나는 현상이다. 그에 대하여 환자의 동의가 있다면 인체시료의 분리와 목적 안에서의 처분은 정당화된다. 그러나 진단과 치료에 대한 환자의 동의가 이 시료를 연구목적으로 사용하는 것까지 정당화하지는 않으며, 연구목적으로 사용하기 위해서는 그에 대하여 따로 설명하고 동의를 받아야 한다. 이때, 인체시료의 분리에 대한 환자의 동의는 연구목적을 위한 분리와, 분리 이후 시료를 연구목적으로 사용하는 것 두 가지를 정당화한다.²⁴⁾

그렇다면 우리가 다루고 있는 법률문제는 동의에 기대어 해결하기 어렵다. 이미 보았듯이 인체시료의 분리 및 처분에 관한 동의는 설명이 있었던 부분, 즉 진단이나 치료, 연구에 의한 법의 침해를 정당화할 뿐이다. 하지만, Moore 사건에서 드러나듯이 연구를 통한 결과물의 상업적 이용은 진단, 치료, 연구를 벗어나는 범위에 위치한다. 또한, 치료 행위에 대한 의사의 설명은, 환자가 치료 행위를 통하여 자신의 신체에 대하여 발생할 위험과 그 결과로 발생할 자신의 신체에 대한 이익과 건강을 형량할 수 있도록 한다. 그러나, 치료 행위와 관련된 경제적 고려는 자기결정을 위한 설명의 대상이 아니다. 그러므로 환자에게 경제적 이익에 관한 설명을 하지 않았

23) 불법행위법의 규정형태(‘구체적 개별요건에서 포괄적 일반요건으로’)에 관해서 양창수, “불법행위법의 전망-일반불법행위요건의 문제-”, 민법산고, 229면 이하 참조.

24) Lippert, MedR 2001, 407f. 이와는 반대로 인체시료에 관한 연구에 대한 원래 보유자의 동의는 원칙적으로 필요하지 않으며, 예외적으로 원래 보유자의 인격권과 관련된 경우에만 동의가 필요하다는 견해로 Nitz/Dierks, MedR 2002, 403.

다고 하면, 환자의 동의를 불법하게 획득했다는 것이 문제가 아니라 인체 시료에 대한 권한 없는 사용이 문제가 된다.²⁵⁾

그렇다면 결국 환자는 자신의 신체에서 분리된 인체시료에 대하여 어떠한 권리를 갖는지가 문제가 되며, 기존의 학설도 이러한 접근법을 택하였다고 보인다. 권리로서 먼저 소유권을 생각할 수 있다. 그러나 환자가 의사에게 시료를 제공하였고 의사가 이를 폐기할 것이라고 생각했다면, 결국 환자는 인체시료에 대한 자신의 소유권을 의사에게 양도했다고 보아야 할 것이다.²⁶⁾ 그러므로, 소유권보다는 환자 또는 기증자가 지니는 인격권에 기반하여 설명하게 된다.

다시 말하면, 인체와 그 일부에 대하여 소유권과 점유권이 존재한다면, 그 대상은 물건이므로 물건에 대한 법적 보호가 가능하다. 즉, 타인에게 유효하게 처분할 수 있고 소유권유보 등을 통한 보호도 이론적으로 고려될 수 있으며, 손괴죄 등 물건에 대한 형법의 규정도 적용될 수 있다. 반면 인격권을 통해 인체를 보호한다면 그에 대한 독일민법의 보호수단은 물건에 비교해 볼 때 제한적이다. 인격권의 특성으로 인해 양도가 불가능하며, 일반적 인격권에 대한 법률규정도 존재하지 않는다는 차이가 있다. 결국 인체의 일부가 분리된 경우에 대한 법적인 평가를 위해서는 소유권과 인격권의 양자를 모두 적용하게 되는데, 일반적으로 인격권이 우선한다.

다. 해결방법

환자 또는 기증자가 의사 또는 연구소에 소유권을 양도하였다면 의사 또는 연구소는 인체시료를 사용, 수익, 처분할 수 있으며, 환자나 기증자의 권리는 일반적 인격권을 통해서 보호된다고 보아야 한다. 그러므로 인체시료를 사용, 수익, 처분하는 경우에는 그를 통해서 기존의 보유자의 인격권이 침해되었는지를 항상 심사해야 한다. 다른 한편으로 의사-환자의 관계

25) Taupitz, AcP 1991, 207f.

26) Deutsch, Medizinrecht, S. 358; Taupitz, AcP 1991, 208f.

에서는 치료계약도 인체시료에 대한 의사의 처분권을 제한하는 근거가 된다.

먼저 가령 인간복제나 AIDS 검사와 같은 심각한 경우에는 인격권 침해 를 인정하기가 쉬우나, 가령 세포를 채취한 경우에서처럼 사용한 양이 적 을 경우에는 문제가 달라진다. 특히 세포를 어떠한 인간의 모상으로 보아 타인의 세포를 사용하면 바로 인격권 침해가 된다고 설명하기는 어렵다. 하나의 세포에 들어있는 개별적인 유전정보에서 다른 사람과 구별되는 개 인의 특성을 찾기는 어렵기 때문이다.²⁷⁾

다른 한편으로 병원 또는 연구소에게 처음부터 경제적 이득을 취득하겠 다는 의사, 말하자면 악의가 존재할 때 인격권 침해가 존재한다고 판단할 수 있다. 하지만, 이러한 관점도 관철하기 어렵다. 최근에는 학문 그 자체 도 산업적 이용과 긴밀하게 연결되어 있기 때문에, 경제적 이득을 얻는 학 문도 학문의 자유의 보호의 대상이 된다고 생각할 수 있기 때문이다. 그리 고, 시료에 관한 소유권을 인정하는 것은 그 시료를 활용하여 경제적 이득 을 얻을 권리를 당연히 포함한다고 보아야 하므로, 소유권의 행사가 그 자 체로 원소유자의 인격권 침해가 된다고 보기는 어렵다. 독일법에서는 미국 과 달리 스스로 상업화할 권리 (*Recht auf Eigenkommerzialisierung*)가 인격권 으로 보장된다고 보기는 어렵다. 그러므로 이때는 오히려 진료계약에서 기 인한 환자의 권리의 침해가 문제가 된다고 하겠다. 진료계약의 계약을 통 상의 매매계약이 아닌 특별한 계약, 즉 위임으로 본다면, 의사가 진료비 이 외에는 치료와 인체에 대한 침해에 관하여 직접적인 경제적 이득을 취하는 것은 계약의 내용이라고 볼 수 없기 때문이다. 그렇지만, 의사가 스스로의 경제적 이득을 취하기 위한 행위를 했다고 해서 그것을 제재하기 위한 법 적 수단은 독일법에는 존재하지 않는다.²⁸⁾

결론적으로, 의사 또는 연구소 등이 부당하게 이득을 취득하였다면 환자는 그에 관하여 다음과 같이 주장할 가능성이 있다. 먼저, 자신의 뜻에 반

27) Taupitz, AcP 191, 213.

28) Taupitz, AcP 1991, 215ff.

하여 인체시료를 사용했으므로, 자신의 뜻을 무시한 의사 또는 연구소에게 위자료를 청구할 수 있다. 둘째, 환자가 한 동의는 금전의 지불과 연관되어 있으므로, 물질적 손해에 대한 배상을 청구할 수 있다. 셋째, 환자는 의사 또는 연구소가 취득한 이익의 분배를 요구할 수 있다. 그 세부적인 내용은 다음과 같다.

첫째, 환자는 의사 또는 연구소에게 정신적 손해에 대한 손해배상(위자료)을 청구할 수 있을 것이다. 인격권의 침해가 정신적 손해로서 위자료청구의 대상이 되지만, 독일판례에 의하면 일반적 인격권의 침해로 인하여 손해배상을 청구하기 위해서는 인격권에 대한 중대한 침해가 있어야 하며, 침해자에 대하여 중한 책임비난이 있어야 하며 침해가 다른 방법으로는 전보될 수 없어야 한다. 인체시료의 이용 및 처분에 대하여 독일판례의 이러한 기준을 따르자면, 결국 인간복제나 AIDS 검사 등 중한 사안에 대해서만 손해배상을 인정할 수 있을 것이다.²⁹⁾

둘째, 성명권이나 초상권의 예에서 보는 것처럼 적절한 사용료의 지불을 손해배상으로 요구할 수 있을 것이다. 즉, 물질적 손해에 대한 피해자의 손해배상청구권은 인정되어야 할 것이며, 다만 이때 손해배상의 산정은 합리적인 사전판단에 따르므로 그 액수는 그다지 높지 않을 것이다.³⁰⁾

셋째, 환자가 자신에서 유래한 인체시료에 대한 적절한 정도의 사용료의 청구를 할 수 있는 것 이외에 상업적 이익의 일부를 요구할 수 있는지가 문제가 된다. 그와 관련해서는 독일민법 제687조³¹⁾에서 말하고 있는 준사무관리에 따라야 할 것이다. 우리가 다루고 있는 사례에서는 금전의 액수

29) Taupitz, AcP 191, 227f.

30) 그리고, 손해배상법의 원칙에 따르든지 아니면 부당이득법의 원칙에 따르든지 그 결과는 동일하다. Taupitz, AcP 191, 229ff, 238f 참조.

31) 독일민법 제687조는 다음과 같다.

제687조(준사무관리) (1) 타인의 사무를 자기의 사무라고 생각하고 처리하는 때에는 제677조 내지 제686조는 적용되지 아니한다. (2) 자기가 사무처리에 관한 권한이 없음을 알면서 타인의 사무를 자기의 사무로 처리하는 때에는 본인은 제677조, 제678조, 제681조, 제682조에 정하여진 청구권을 주장할 수 있다. 본인이 이를 주장하는 때에는 본인은 사무관리자에 대하여 제684조 제1문에 의하여 의무를 진다. 준사무관리에 관한 간략한 설명으로 Medicus, Bürgerliches Recht, Rn. 406 참조.

는 많지 않을 수 있다. 예를 들어 사무관리자가 인체시료를 활용하였으나 자신의 능력을 발휘하여 특허³²⁾를 취득하였다면 환자가 청구할 수 있는 액수는 그에 비해 적을 것이다.³³⁾

III. 결 론

지금까지 인체시료와 그 처분에 대한 독일의 논의를 살펴보았다. 그 내용을 정리하면 다음과 같다. 인체시료 및 그에서 유래한 유전정보에 대해서 법률로 규율해야 한다는 필요성으로 인해 유전자은행에 관한 법안을 만들었다. 다만 이 법안은 개인의 유전정보의 보호와 남용을 금지하는 것을 주된 목적으로 하고 있고, 인체시료에 대한 처분을 어떻게 규율할지, 또는 처분과 관련해 나타날 수 있는 (사법적) 법률문제에 대한 내용은 담고 있지 않다. 결국 사법의 일반적인 설명으로 돌아가면 인체에서 분리된 시료는 물건으로서의 특성을 갖는다. 그러므로 인체시료는 소유권 또는 인격권의 보호대상이 되는데, 이 글에서는 인격권에 연결하여 인체시료에 관한 처분에 대하여 시료제공자는 어떠한 주장을 할 수 있는지에 대하여 독일의 논의를 바탕으로 살펴보았다.

결론에 갈음하여 마지막으로 지적할 바는, 인체시료에 대한 매매의 금지

32) 독일특허법 (Patentgesetz) 제2조는 다음과 같이 규정한다.

(1) 영업적으로 이용할 경우 공공질서나 선량한 풍속에 반하는 발견에 대하여는 특허가 인정되지 않는다. 발견의 이용이 법률 또는 행정법규로 금지되어 있다는 사실만으로 위반 여부를 판단해서는 안 된다.

(2) 1 특허 다음의 경우에는 특허를 인정하지 않는다.

1. 인간의 복제를 위한 작업,
2. 인간배아의 유전적 동일성을 변경하려는 작업,
3. 산업적 또는 상업적 목적으로 인간의 태아를 이용한 경우,
4. 동물의 유전적 동일성을 변경시키려는 작업으로서 인간 또는 동물에 대한 특별한 의학적 이익이 없음에도 불구하고 동물의 고통을 야기하는 경우와 그러한 작업을 통해 얻어진 동물.

2 1호부터 3호까지의 규정에는 배아보호법 (Embryonenschutzgesetz)의 해당규정이 적용된다.

제2조가 말하는 선량한 풍속에 반하는 발견이란 문명국가에서의 공동생활의 원칙에 대한 침해로서, 특히 기본권의 침해를 의미한다 (Deutsch, Medizinrecht, S. 361).

33) Taupitz, AcP 1991, 241f.

가 인체시료를 제공한 자에게 적절한 비용을 제공하는 그 자체를 금지한다는 뜻은 아니라는 점이다. 즉, 제공자는 인체시료에 관한 매매를 금지하는 법률규정과 무관하게 자신의 권리에 대한 청구권을 갖는다. 다만 비용제공이 장기의 매매를 금지하는 규정에 해당하는 행위가 되지 않기 위해서는, 시료 자체를 “상업화”하지 말아야 하므로, 기증자에게 지불하는 액수가 많지 않아야 할 것이다.³⁴⁾

34) 같은 의견으로 Taupitz, AcP 191, 216. 영국에서 난자제공여성에 대한 비용지급을 이와 연관시켜 생각할 수 있다(250파운드와 병원왕래를 위한 교통비 지급). http://www.ytn.co.kr/_ln/0104_200702182315133846 참조.

[참고 문헌]

- 양창수(1998). 『민법산고』. 박영사.
- 양창수(2000). 『신판 독일민법전』. 박영사.
- Damm, R.(2007). Gendiagnostik als Gesetzgebungsprojekt, in: Bundesgesundheitsbl-Gesundheitsforsch - Gesundheitsschutz, S.
- Deutsch, Erwin(1999). Medizinrecht, 4. Aufl., Berlin Heidelberg.
- Deutscher Bundestag(2006). Entwurf eines Gesetzes über genetische Untersuchungen bei Menschen (Gendiagnostikgesetz-GenDG), 16. Wahlperiode, Drucksache 16/3233.
- Forkel, Hans(1974). Verfügungen über Teile des menschlichen Körpers, JZ.
- Freund, Georg / Heubel, Friedrich(1995). Der menschliche Körper als Rechtsbegriff, MedR.
- Lippert, Hans-Dieter(2001). Forschung an und mit Körpersubstanzen-wann ist die Einwilligung des ehemaligen Trägers erforderlich? MedR.
- Mand, Elmar(2005). Biobanken für die Forschung und informationelle Selbstbestimmung, MedR.
- Medicus, Dieter(2002). Bürgerliches Recht, 19. Aufl., Köln u.a.
- Nationaler Ethikrat(2004). Biobanken für die Forschung.
- Nitz, Gerhard / Dierks, Christian(2002). Nochmals: Forschung an und mit Körpersubstanzen -wann ist die Einwilligung des ehemaligen Trägers erforderlich? MedR.
- Palandt(2002). Bürgerliches Gesetzbuch, 61. Aufl., München.
- Sootak, Jaan(2003). Estland und Island-Wegweiser in der Kodifizierung des Genbankenrechts, FS Schreiber, S.
- Schulz, Steigleder, Fangerau, Paul (Hrsg.)(2006). Geschichte, Theorie und Ethik der Medizin, Frankfurt am Main.
- J.(2004). von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 1, Berlin

Taupitz, Jochen(1991). Wem gebührt der Schatz im menschlichen Körper? AcP 191.

Taupitz(1995). Der deliktsrechtliche Schutz des menschlichen Körpers und seiner Teile, NJW 1995.

Wichmann, H.-E., Gieger, C.(2007). Biobanken, in: Bundesgesundheitsbl- Gesundheitsforsch -Gesundheitsschutz 2007, S.

Rechtliche Probleme über Verfügung über Teile des menschlichen Körpers

- unter besonderer Berücksichtigung der Lage von Deutschland -

Jun-Hyouk Choi, Dr. jur.

*Forscher an der Medizinischen Fakultät an der
Seoul-National-Universität*

=ABSTRACT=

Hier zu behandelndes Thema ist ein altes Problem beim Recht, das seinen Ursprung sogar im römischen Recht finden kann. Aber wegen der medizinischen und naturwissenschaftlichen Entwicklung täucht es wieder mit anderen Konstellationen auf. Dabei geht es besonders darum, ob sich die Patienten an der kommerziellen Nutzung seiner Körpersubstanzen von anderen - z. B. Ärzten oder Forschern - beteiligen können.

Dafür gibt es in Bezug auf Gesetz keine besonderen Regelungen in Deutschland. Und nach zivilrechtlicher Theorie stellt Nutzung menschlicher Körpersubstanzen eine Persönlichkeitsverletzung des früheren Trägers und / oder eine Verletzung des Arzt - Patienten - Vertrages dar. Außerdem ist Anspruch des früheren Trägers debkbar, der auf dessen Einwilligung basiert. Dabei sind diese Probleme zunächst unter Persönlichkeitsverletzung zu subsumieren und damit zu lösen.

Keywords : Verfügung über Teile des menschlichen Körpers, Körper, Einwilligung, Persönlichkeitsverletzung.
--

지정토론문

인체유래 시료의 관리에 대한 토론요지

황 유 성 *

인체 유래 물질의 처리, 처분, 활용 등 관리의 적절성에 대한 논의는 예전부터 있어 왔으며, 이 중 일부에 대해서는 관련법을 통해 제도화된 것도 있을 정도이다. 그런데 최근 들어 이 주제에 대한 논의가 심화되고 그에 따른 의견 차이도 벌어지는 배경에는 현대 의생명과학의 발달과 관련이 있다. 의생명 과학기술의 발달과 이를 활용한 첨단 의술의 구현을 통해 인체 유래 물질이 직간접적으로 고부가 가치를 지닌 의약품의 개발 및 제조에 활용되고 있고, 더 나아가 이러한 개발 및 제조의 중간산물 자체가 일정한 가치를 인정받기도 하며, 심지어는 개발 및 제조로의 활용이 기대되는 인체 유래 물질 자체가 하나의 생물자원으로 인식되고 있다. 반면에 인체유래 물질에 대한 비윤리적인 처리 활용, 또한 최근에 대두되고 있는 개인식별 정보 및 유전정보의 부적절한 관리, 생명조작에 의한 생명계 교란 등에 대한 우려와 반대도 높아져 가고 있는 실정이다.

그런데 인체유래 물질은 그 생물학적 종류와 특성이 다양하고, 어떤 목적으로 어떻게 채취하여 어떻게 관리하였는가에 따라 매우 다르므로 관리상의 문제와 방안을 일반화하여 논하는 것은 거의 불가능하다. 따라서 금번 논의의 범위를 진단 혹은 치료를 위해 그 과정에서 적출되는 물질-인체유래 시료에 한정하는 것은 적절하다고 생각한다.

인체유래 시료에 대한 법적 규정은 그 용어가 다양하여 검체, 가검물, 검사대상물 등이 있으며, 검사 후의 시료에 대해서는 의료폐기물로 규정할 수 있다.

* 네오던의학연구소 이사장, 의학박사

인체유래 시료가 가장 많이 발생되고 취급하는 곳은 의료현장이며, 이곳에서 생성되는 시료는 다음과 같은 특성이 있다.

- 전체를 반영하는 부수적인 일부분임.
- 원하는 정보의 획득을 위해 소진될 것을 예상하고 채취된 것임.
- 인체 내에 있을 때와 유사한 생물학적 특성이 존속되어야 의미가 있음.
- 생물학적 특성의 존속유지를 위해서는 기술과 노동과 재원이 투입되어야 함.
- 생물학적 특성이 지속된다 함은 생물학적 위험성도 잔존한다는 의미임.
- 생물학적 위험성을 고려하여 전문적인 안전관리가 요구됨.

인체유래 물질 중에는 이식을 위한 고행 장기와 같이 인격권이 상당한 물질이 있다. 하지만 시료에 있어서는 고행장기에 비해 인격권이라 할 만한 것이 현저히 약하다고 생각된다. 그럼에도 불구하고 시료에 대해 인격권을 떠올리게 되는 데에는 다음과 같은 몇 가지 주요한 이유가 있다.

첫째, 대표적인 시료는 혈액인데, 혈액시료와 혈액제제용 혈액을 구분하기가 어렵고, 혈액제제용 혈액에 대해서 매매가 금지되어 있기 때문이다.

그러나 혈액의 매매를 금지하는 것은 장기매매의 금지와는 이유가 다르며, 수혈혈액의 안전성을 확보하기 위해서이다. 또한 현실에 있어서 혈액을 매매하는 것이 전혀 없다고만 볼 수도 없는 것이, 혈장분획제제 제조용 원료혈액은 복지부장관 고시 없이 약정가액으로 거래되고 있다.

둘째, 시료로부터 특정인의 건강정보나 유전정보를 탐지할 수 있기 때문이다.

그러나, 시료와 유전정보와의 관계는 상호불가결한 것은 아니어서, 시료 자체가 인격성을 갖고 있다고 보기는 어렵다고 생각된다.

인체로부터 분리된 시료에 대하여서 환자의 인격권의 보호대상이라고 인식하는 데 있어서 하나의 의문이 드는 사항이 있다. 치료 대상으로서 적출된 조직에 대해 인격권을 주장할 수 있는가 하는 것이다. 환자의 인격권이 유효하기 위해서는 분리된 신체에 대하여 환자가 “자신의 일부”였음을 인정하여야 할 것이다. 그러나, 치료의 대상이 되는 환부를 적출하는데 환자

가 동의하였다 함은 그 환부에 대하여 환자가 “자기 자신을 구성하는 신체의 일부가 아님”을 확인하는 것과 다름이 없다. 그렇다면 치료 대상으로서 적출된 환부 조직에 대하여 환자가 인격권을 주장할 근거가 묘연해진다고 생각한다.

우리나라의 “휴먼 바이오뱅크” 현황을 개관하자면, 크게 나누어 치료제로 사용하기 위한 바이오뱅크(제조용)와 그걸 분석하여 어떠한 정보를 얻기 위해 보관하는 바이오뱅크(분석용)가 있다. 제조용 바이오뱅크로는 혈액은행, 말초조혈모세포은행, 제대혈은행, 생식세포 및 잔여배아은행, 안구은행, 골수은행, 조직은행, 줄기세포은행 등이 있으며, 가까운 장래에는 자기를 위한 면역치료제 제조에 사용하고자 자기의 종양조직을 보관하는 바이오뱅크도 출현할 전망이다. 분석용 바이오뱅크로서 규모가 가장 큰 것은 적십자사의 헌혈자 검체보관소로서 매년 헌혈하는 200만명 이상의 헌혈자 검체를 10년간 냉동보관하고 있다. 그 밖의 분석용 바이오뱅크로는 국립보건연구원의 혈청은행과 유전체자원은행, 적출된 조직 등을 연구용으로 사용하기 위해 조성한 연구소재은행, 세포주은행 등이 있다. 생명정보자원을 포함한 인간의 생명자원은행 전체로 범위를 넓혀 본다면 국립장기이식관리기관(KONOS)의 골수기증희망자 등록은행과 적십자사의 등록헌혈자정보은행이 있고, 그 외에 각종 유전자정보은행이 존재한다.

휴먼 바이오뱅크의 제도화라는 관점에서 보자면 우리나라의 현황은 상당히 미흡하다. 그나마 제조용 바이오뱅크에 대해서는 혈액은행, 안구은행, 조직은행, 배아세포은행에 대해서는 기초적인 법제화가 되어있다. 제대혈은행은 주무 부처의 지침이 제정되어 있으며, 법률이 제출되어 있다. 그러나 분석용 바이오뱅크에 대해서는 유전자검사 및 연구용 대상물의 수집과 보관에 관한 기초적인 규정이 있고 일반적인 시료(검체)에 대한 법제화가 진행되고 있을 뿐 거의 아무런 제도적 규정도 없는 실정이다.

바이오뱅크 제도의 내용과 관련하여 강조하고 싶은 사항이 있다.

첫째는, 관리책임자에 관한 사항으로서, 휴먼 바이오뱅크의 관리책임자는 전문성과 윤리의식에 담보되어야 한다는 것이다. 참고할 만한 사례로서 혈

액관리법상의 혈액관리위원장과 제조관리책임자가 있다.

둘째는, 품질관리체계가 확립되어야 한다는 것이다. 참고할 만한 사례로서 약사법 시행규칙상의 품질관리책임자가 있다.