

인체 유래 물질의 재산권성에 대한 의료법학적 고찰

이 응 희*

- I. 연구의 배경
- II. 인체 유래 물질의 법적 특수성과 법적 지위
 - 1. 서 설
 - 2. 재산권 개념의 유연성(flexibility)과 한계
 - 3. 인체에 대한 재산권 인정 여부에 관한 연혁적 검토
 - 4. 인체 유래 물질에 대한 재산권성 인정 여부
- III. 재산권 부정설에 입각한 인체 유래 물질의 쟁점 검토
 - 1. 의 의
 - 2. 인체 유래 물질이 권리의 객체인가?
 - 3. 인체 유래 물질이 민법상 물건인가?
 - 4. 시료 제공 계약의 성질은 어떠한가?
 - 5. 시료 제공자의 권리 구제는?
- IV. 결 론

I. 연구의 배경

1858년 독일의 병리학자 루돌프 피르호(Rudolf Virchow)가 세포의 변화를 관찰하면 질병의 실체를 밝힐 수 있다는 점을 규명하였다. 이후로 병리학자를 포함한 많은 과학자들은 환자의 세포를 연구하여 수많은 질병의 발

* 논문접수: 2009. 10. 25. * 심사개시: 2009. 11. 10. * 게재확정: 2009. 12. 10.

* 서울내과외과원장, 의학박사

생기전과 치료방법을 발견하였다.

인체 세포·조직 등의 인체 유래 물질은 인간의 질병 치료 및 연구를 위한 필요불가결적 재료이다. 1960년대 이전에는 인체 유래 물질의 채취와 연구 과정이 치료자 또는 연구자의 전문가적 판단에 일임되었다.

1960년대 이후 인체 유래 물질과 관련한 시료 제공자의 보호 문제는 인간의 자기결정권에 기초한 “충분히 설명된 동의(Informed consent)” 방식으로 접근하였다. 1961년 영국은 인체 조직법(Human Tissue Act)을 제정하였다.

한편 1970년대 이후 암세포로부터 세포주를 수립하는 기술, 생식 세포를 체외 수정하는 기술이 확립되었다. 아울러 유전자 조작 기술이 비약적으로 발전하였다. 의료 산업은 특허라는 엄청난 경제적 가치를 목적으로 생명공학 분야에 대규모의 투자를 하기 시작한다. 인체 유래 물질의 잠재적 경제 가치는 매우 높아졌다.

생명 공학이 산업화하면서 당시 연구자들은 “인체 유래 물질이 누구의 것인가?”에 대해 규명할 필요성을 제기하였으나 해결되지 않았다. 1990년 미국 캘리포니아 주 대법원의 무어 사건 판결이 인체 유래 물질의 재산권성에 대하여 재산권 부정설을 취하였다. 이에 대해 재산권 긍정론자들이 거세게 비판하였다. 무어 사건 판결은 캘리포니아 주에서만 법적 효력이 있지만 사실상 영향력은 매우 컸다. 이후 다른 주에서는 시료 제공자의 재산권에 대한 입법을 유보하였다.

1990년부터 2003년까지 인간 유전체 연구가 진행되는 동안 세포주와 인간 유전자에 대한 특허 전쟁은 점점 더 격렬해졌다. 인체 유래 물질의 제공자가 재산권을 가지는가가 현실적 문제로서 답을 요구하는 가운데 2003년 미국 플로리다 주 법원은 그린버그 판결에서 다시 재산권 부정설을 취하였다. 이에 대한 논란은 다시 뜨거워졌으나 현재까지 해결되지 못하고 있다.

인체 물질의 제공자가 자신의 신체의 일부에 대해 재산권을 가지는가, 유족이 시신에 대하여 재산권을 가지는가의 문제는 인간의 본질에 대한 철

학적 검토를 요한다.

전통적으로 인간은 인격절대주의에 입각하여 인격의 주체요 권리의 주체로 사유되었다. 그러나 생명공학의 발전에 따른 인체 유래 물질의 경제적 가치 증대 현상을 실용주의적 관점에서 바라보아 전통적 인간관을 변경해야 할 것인가가 문제의 핵심이다.

생명 공학의 눈부신 발전을 상기한다면 전통적 인간관을 수정해야 할지도 모른다. 그러나 논자는 재산권 부정설을 취한다. 본 논문에서는 재산권 긍정설과 재산권 부정설을 상세히 검토하고 관련된 영미 판례들을 검토하면서 바람직한 해결방안을 모색하고자 한다.

II. 인체 유래 물질의 법적 특수성과 법적 지위

1. 서 설

모든 인간은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 인격권의 주체가 된다. 능력의 차이, 성별, 재산의 다소에 따라 차별 대우를 받지 아니한다. 민법상 권리의 주체는 자연인과 법인이다. 여기서 자연인이란 인체의 물리적 형태에 의하여 특정된다. 신체의 일부가 기능하지 않거나 훼손되어 장애상태가 되었다고 하여도 자연인으로서의 주체성은 상실되지 않는다. 심지어 뇌의 고등 기능이 정지한 식물인간의 경우에도 권리의 주체성은 유지된다. 자연인의 권리 주체성은 심폐기능의 중지에 의하여 소멸한다(심폐기능 중지설).

한편 민법상 권리의 객체는 물건이다. 여기서 물건이란 유체물 및 전기 기타 관리할 수 있는 자연력이다(민법 제98조). 민법은 권리의 주체인 자연인의 관점에서 인체 외부의 지배 가능한 물체에 대하여 권리의 객체의 지위를 부여하고 있다. 권리의 객체는 권리 주체의 사용, 수익, 처분의 대상이

된다(민법 제211조). 권리의 객체에 대해서는, 수정자본주의적 시장경제질서에 토대하여 모든 국민의 재산권은 보장되고, 다만 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하고 있다(헌법 제23조).

인체 유래 물질의 법적 지위 문제는 이러한 근대 민법의 대전제에 의하면 권리의 객체 문제로서 논의하기에 어려운 점이 있다. 권리의 주체가 권리의 주체 일부를 사용, 수익, 처분하는 모순적 상황이 된다. 권리 주체로서의 자연인이 뇌를 사용해서 연구하고 손을 사용해서 저술을 하며(뇌와 손의 사용), 직장 근무 또는 기업 경영을 하고(수익), 이발하고 배뇨하며 현혈하는 행위(처분)를 재산법적으로 해석하는 접근은 헌법상 보장된 인간의 존엄권과 충돌할 가능성이 있으며 권리 객체에 대한 법적 사고를 권리 주체에게 무리하게 확장하였다는 지적을 받을 수 있다.

한편, 인체 유래 물질이 생명 공학의 비약적 발전에 힘입어 인간 세포주 또는 인간 유전자 연구의 재료가 되면서 연구 성과에 따라 특허를 취득하면 막대한 가치를 창출함에 따라 시료 제공자도 이윤 공유에 참여하기 위한 도구로 재산법적 권리 적용의 필요성이 지적되고 있으며, 실제로 외국의 판례를 통하여 논의가 활발히 진행되고 있다.

2. 재산권 개념의 유연성(flexibility)과 한계

재산권이란 전통적으로 사람과 유형적 사물(tangible thing)에 대한 권리 관계로 정의되었다. 따라서 사람의 장구나 신체 구성 부분은 사물로 사유되지 않는다. 그러나 연혁적으로 재산권 개념은 사회적 기대가 일정 수준 이상으로 형성되면 규범적 승인의 절차를 거친 후 정립되는 과정을 통하여 유연하게 변화하고 외연을 넓혀 왔다. 이 경우 사회적 기대는 논의 대상에 대한 새로운 효용과 가치의 발견으로 인해 형성되고 법원의 판례 또는 입법으로 규범적으로 승인된다.

반도체 집적회로, 컴퓨터 소프트웨어, 인터넷 등에 관련된 지적 재산권

은 전통적 재산권 개념보다 광범위하다. 지적 재산권은 전통적인 재산권 개념에서 유형성(tangibility)을 무형성(intangibility)까지 확대함으로써 재산권의 지위를 취득한다. 지적 재산권은 이미 특허법, 실용신안법 등에 의하여 특별법적 보호를 받고 있다.

한편 생명 공학의 등장으로 인체 유래 물질 특히 인간 세포주와 인간 유전자의 효용과 가치가 새로이 인식됨에 따라 전통적인 재산권 개념에서 사물성을 확대 해석할 수 있는가가 문제된다. 확대 해석이 가능하다면 인체 유래 물질은 전통적인 재산권 개념에 입각한 강한 권리 구제 수단을 통해 보호받을 수 있지만 확대 해석이 부정되면 불법 행위 등 비재산권적 권리 구제 수단에 의한 보호를 받게 된다. 그리고 이러한 확대 해석에 있어서 고려하여야 할 중요한 점은 시료 제공자의 인격권과 권리 주체성이 재산권 개념의 확대 해석에 의하여 훼손될 수 있다는 것이다. 인간이 자신의 신체 일부 또는 장기를 재산권의 객체로 인식한다면 경제적 궁박 상태에서 스스로의 신체를 처분하게 되는 상황으로 몰릴 수 있기 때문이다. 또한 재산권 개념의 확대 해석에서는 재산권 개념에 대한 법적 안정성이 훼손될 수 있다는 점도 아울러 고려하여야 한다. 종래의 재산권적 권리 구제와 비재산권적 권리 구제간의 명확한 경계 구분이 불분명해지면 역으로 재산권적 권리 구제의 정당성이 훼손될 수 있다.

인체 유래 물질 특히 유전자에 대한 재산권이 인정되어도 시료 연구자의 특허권과는 여전히 충돌할 여지가 있다. 인체 유래 물질을 제공받아 시료 연구자가 유전자를 분리(isolation)하고 정제(purification)하여 연구 및 발명하여 특허를 취득한 경우 유전자 정보 그 자체(genetic information itself)에 대한 시료 제공자의 재산권¹⁾이 특허권에 미치는가가 문제된다. 이에 대하여 유전자의 정제 및 연구 과정은 자연 약초를 정제하는 과정과 같이 인체 외부에서 일어나므로 유전자는 재료(substance)로서의 의미밖

1) 미국 플로리다주법에서 시료 제공자는 유전 정보(genetic information)에 대한 배타적 소유권을 가진다고 규정한다.

에 없다고 하여 소극적으로 해석할 수 있으나, 유전자의 개인적 특성 부분, 특히 특정 질병 부분에 대한 연구의 경우에는 상대적으로 시료 제공자의 실존적 개체성이 침해될 가능성이 커지고 인체 유래 물질의 효용과 경제적 가치가 물질 특허로 입증되면서 시료 제공자의 인체 유래 물질에 대한 재산권이 특허권에 추급한다고 볼 여지가 있다.

시료 제공자가 인체 유래 물질에 대해 재산권을 가지는가의 문제는 시료 제공자가 받는 시료 제공의 대가(remuneration)의 법적 근거가 무엇인가와도 관련이 있다.

3. 인체에 대한 재산권 인정 여부에 관한 연혁적 검토

가. 사체의 경우

연혁적으로 인체에 대한 재산권 인정 여부 문제는 사체에서부터 비롯되었다. 19세기 초 의학의 한 분야로서 해부학이 정립되면서 영국에서 사체를 도굴한 후 암거래하는 일이 빈번해지자 사체 도굴자에 대하여 재산죄 중의 하나인 절도죄를 적용할 수 있는가가 문제되었다.

이에 대하여 영국 법원은 19세기 중엽 R. v Fox 사건(1841)에서 사체 비재산권 원칙(No-property rule in dead bodies)을 확립하였다. 따라서 사체에 대한 훼손은 주로 형사법적 보호를 받았을 뿐이며 민사법적 구제는 인정되지 않았다.

영국 법원에서 확립된 사체 비재산권 원칙에 대하여 미국 법원은 탐탁지 않게 생각하였고 Ritter v Couch 사건에서 사체 준재산권 원칙(Quasi-property rule in dead bodies)을 새로 확립하였다. 다만, 여기서 준재산권 개념은 최근친(closest next of kin)에게만 인정되고 피고의 사체 훼손 행위가 재산으로서의 사체에 대한 침해가 아니라 근친의 시신매장권 침해라고 하여 전통적 재산권 개념으로부터의 연장선상이 아님을 분명히 하여 재산권 규정의 유추 해석을 경계하였다.²⁾ 또한 준재산권 원칙은 장기 공여

(organ donation)에 적용되지 않는다고 하여 적용 범위도 제한하였다. 요컨대, 준재산권 개념은 원고의 권리 구제에 효율적이라는 점 때문에 도입되었으나 인격권의 대상인 시체가 유족의 재산으로 오인될 수 있는 위험을 새로이 창출하였다. 특히 시체의 의학적 혹은 생명공학적인 효용과 경제적 가치가 널리 알려지고 있는 현 시점에서 준재산권 개념은 위험하기까지 하다고 본다.

나. 생체의 경우

사체에 대한 논의에 비교하여 생체에 대한 재산권 인정 여부는 시료 제공자의 처분권의 내용과 한계 문제로 귀착된다. 시료 제공자에게 스스로의 신체에 대한 재산권을 인정하는 것은 생명과 인체를 객체화(objectification)하고 상품화(commercialization)하는 결과를 초래한다는 미끄러운 비탈길 논증(slippery slope argument)은 시료 제공자가 인체 유래 물질에 대하여 행사하는 권리가 재산권의 제한된 형태로 해석되는 것을 단호히 반대한다.³⁾ 이에 의하면 시료 제공자는 신체의 완전성을 훼손하지 않는 범위에서 인격권상의 자기결정권에 기하여 인체의 일부에 대한 사실적 처분 행위를 할 수 있다고 하여도 이는 오로지 인격 주체의 인도주의적 혹은 박애주의적 고려에 의한 선의의 행위로서 사유되어야 한다. 따라서 인체의 일부에 대한 반대급부의 요구 등 재산권적 사고는 허용되지 않고 인체의 일부를 토대로 한 생명 공학의 연구는 별개의 인체 연구 법리에 의하여 규율된다고 본다. 이러한 인격권적 사고는 궁극적으로 생명과 인체의 객체화, 상품화를 막기 위한 것이고 인격권을 실질적으로 보호하기 위한 사고 방법이라고 한다. 미끄러운 비탈길 논증은 장기 또는 인체 조직의 매매 금지의 이론적 기초가 된다.

2) Nwabueze RN, *Biotechnology and the challenge of property*, Ashgate. 2007, pp. 60.

3) 독일을 중심으로 한 유럽에서는 인격절대주의에 입각한 견해가 지배적이다.

이하에서는 인체 유래 물질에 대한 시료 제공자의 재산권을 인정할 것인가에 대한 재산권 긍정설과 재산권 부정설을 중심으로 양 학설의 주장과 근거를 검토해 보고자 한다.

4. 인체 유래 물질에 대한 재산권성 인정 여부

가. 재산권 긍정설(財産權 肯定說)

인체 유래 물질에 대한 시료 제공자의 재산권을 인정하는 견해이다.⁴⁾ 이 견해에 의하면 인체 유래 물질은 시료 제공자의 재산권의 객체가 된다. 따라서 시료 제공자는 인체 유래 물질에 대하여 처분권을 가지는 동시에 불특정 제3자에 대하여 재산권을 주장하는 배타적 권리를 가진다.

다만 재산권 긍정설의 경우에도 매매 행위는 엄격히 금지된다는 것이 통설이고 현행 법(혈액 관리법 제3조 제1항, 인체조직법 제5조 제1항)의 확고한 태도이므로⁵⁾ 인체 유래 물질 제공자는 완전한 재산권을 행사할 수 없고 대가를 받고 인체 유래 물질을 제공하는 행위가 금지되는 형태의 제한적 재산권을 가진다고 본다(제한적 소유권설).

그리고 인체 유래 물질의 시장(market)을 인정할 수 없으므로 인체 유래 물질에 대한 시장 가치도 없다고 본다.⁶⁾ 제3자가 시료 제공자의 동의 없이 인체 유래 물질을 사용, 연구한 경우 물권적 반환 청구권, 방해 배제 청구권, 방해 예방 청구권(민법 제213조, 제214조) 등 재산법적 권리 구제 수단을 행사할 수 있다. 다만 손해 배상 청구는 가능하지만 손해액의 산정에는

4) Gottlieb K, Human biological samples and the laws of property: the trust as a model for biological repositories, Stored tissue samples: ethical, legal, and public policy implicaitons. pp. 186.

5) 미국의 경우 명시적으로 인체의 일부에 대한 매매를 금지하는 일반 규정이 없고 다만 이식용 장기 등 수요, 공급 상의 조절 및 통제를 위한 사회적 필요가 있는 경우 구체적으로 매매 행위를 금지하고 있다. 이에 따라 정자, 난자 등은 공공연히 거래되고 있는 점에서 우리의 법제와는 다르다.

6) 미국 캘리포니아 대법원은 무어 판결에서 인체 유래 물질의 시장가치는 0이라 판시하였다.

시장 가치 불인정에 따른 제약이 있다.

재산권 긍정설에 의하면, 인체 유래 물질 제공자가 시료 보관자 또는 시료 연구자로부터 받는 시료의 대가는 재산권에서 근거를 구하게 된다. 다만 인체 유래 물질은 매매 행위가 금지되고 따라서 시장 가치가 없다고 보므로 시료의 대가는 재산권 긍정설에 의하여도 실비 보상으로 보게 된다.

제3자가 시료 제공자의 동의 없이 인체 유래 물질을 사용하여 연구한 후 특허를 취득한 경우 시료 제공자의 재산권이 특허에도 효력이 미치는가에 대해서는 특허법과의 관계에서 긍정설과 부정설로 나뉜다. 긍정설에 의하면 시료 제공자는 특허에 대하여 재산권적 권리 구제를 받을 수 있고 부정설에 의하면 시료 제공자는 불법 행위법에 의한 권리 구제만을 받게 된다. 이에 대하여 이 문제는 민법상 가공의 법리로 해결하자는 견해가 있다.⁷⁾ 이에 따르면 시료에 대한 연구와 실험을 통하여 얻어진 특허권 등의 경제적 가치의 귀속 문제는 민법상 가공의 법리에 따라서 “가공으로 인한 가액의 증가가 원재료의 가액보다 현저히 다액인가”를 판단하여 경제적 가치의 귀속 여부를 결정하게 된다(민법 제259조). 하지만 인체 유래 물질에 관하여 다단계의 연구 과정을 거쳐 특허를 취득한 경우 원재료의 가액이 비록 산정 불가능하지만 가공으로 인한 가액의 증가에 비해서는 훨씬 적으리라 쉽게 추정할 수 있으므로 가공의 법리에 의한다면 결과적으로 부정설의 입장과 동일하게 된다.

시료 제공자가 증여의 형태로 인체 유래 물질을 제공하면 인체 유래 물질에 대한 소유권은 시료 수령자에게 귀속되고 시료 제공자가 무상 임치의 형태로 시료 수령자에게 시료를 제공하면 시료에 대한 소유권은 시료 제공자의 제공 행위에도 불구하고 여전히 시료 제공자에게 유보된다. 한편, 시료 제공자가 시료를 폐기하는 행위는 소유권의 소멸을 초래하지만 시료에 대한 연구 성과가 공익적 가치를 가지는 경우 시료 제공자의 폐기 청구는

7) 송영민, “인체의 세포, 조직에 관한 소유권법의 적용가능성-가공의 법리를 중심으로-”, 『의료법학』, 제4권 제1호, 2003.

공서양속 조항에 반하여 제한될 수 있다.

재산권 긍정설은 근거로 1) 인체에 관한 생명 공학 기술의 발전에 시료 제공자의 협조가 필요불가결하다는 점을 받아들이고 시료 제공자의 권리를 재산권의 형태로 보호하여 세포, 조직에 대한 시료 제공자의 권리를 강화할 필요가 있고 2) 소유하지 않는 것을 기증할 수 없으므로 장기 기증 행위 자체가 소유 개념을 전제하고 있고⁸⁾ 3) 시료 제공자에 대한 권리를 인정함으로써 발생하는 생명 공학 연구비용의 증가는 피할 수 없으며 4) 시료 제공자가 건강을 포기하고 재산을 취득하여 인간의 존엄성이 파괴된다는 우려는 지나친 기우이며, 그러한 문제는 재산권 인정 이후 별도의 법적 규제로 인간의 존엄권을 보호할 수 있다는 점을 들고 있다.

재산권 긍정설에 입각한 미국 판례를 살펴보면 다음과 같다.

델지오(Del Zio v. Presbyterian Hospital) 사건의 판결에서 미국 주법원은 배아(preembryo)에 대하여 재산권성을 인정하였다. 사건의 개요를 살펴보면, 1973년(첫 시험관 아기인 루이스 브라운 탄생 6년 전) 델지오 부인이 나팔관 질환으로 인한 불임 상태임이 판정되자, 쉘틀(Shettles) 박사가 인공 수정 시술(IVF)을 권유하였다. 델지오 부부는 이를 승낙하고 시술을 받았는데, 시술 하루 후 장로교회(Presbyterian) 병원 산부인과 수석의(chief)가 쉘틀 박사에게 문의하지 않고 채취물을 배양기(incubator)에서 꺼내 동결 처리하였다. 이러한 처리로 인하여 배아는 파괴되었다. 이후 델지오 부인은 이전의 수차례 개복 수술로 인하여 더 이상의 인공 수정 시술(IVF)을 받을 수 없게 되자 장로교회(Presbyterian) 병원을 상대로 소송을 제기하였다. 법관이 배심원에게 준 교시에서, 시험관의 내용물은 재산권의 객체이며 제3자에 의하여 침해될 수 있고, 다만 원고의 손해를 산정함에 있어 시험관의 내용물은 명확한 시장 가치가 없다는 점과 원고의 심정적 가치를 손해 산정에 고려해서는 안 된다는 점을 지적하였다. 이에 따라 배심원

8) 박은정, “인체에 대한 소유권?”, 『생명공학시대의 법과 윤리』, 제435면 참조.

은 피고가 원고에게 5만 달러를 배상할 것을 선고하였다. 피고는 항소하였으나 기각되어 원심이 유지되었다.

한편 인체 유래 물질 중 배아(preembryo)에 대하여 인격권과 재산권의 중간적 지위를 인정하는 미국 판례가 있다. 1992년 데이비스(Davis v. Davis) 사건에서 테네시 대법원은, 인체 유래 물질 중에서 살아 있는 배아는 ‘인간이 될 가능성’을 가지고 있기 때문에 여타 인체 유래 물질과 달리 특별한 존중을 받아야 하며, 따라서 인격권과 재산권간의 절충적 지위를 가진다고 하였다.

사건의 개요를 살펴보면, 데이비스 부부가 불임으로 인하여 수차례 인공 수정수술을 받았으나 계속 실패하였고 최후의 인공 수정 시술 때 동결 보존된 7개의 배아를 남긴 채 결국 데이비스 부부는 이혼하였다. 데이비스 부인은 착상을 목적으로 보존된 배아의 반환을 소송상 청구하였고, 일심 법원은 이에 대하여, “배아가 파괴되는 것보다는 태어나는 것이 배아의 최대한의 이익에 합치된다”고 하여 데이비스 부인이 승소하였다. 이에 데이비스(남편)가 항소하자, 항소심은, “남편은 보존된 배아가 임신이 되지 않은 상태에서, 아기를 가지지 않을 헌법상 권리가 있다”고 하면서 배아의 처분에 대한 부부의 동등한 처분권을 인정하였다. 이에 데이비스 부인은 배아를 착상할 권리가 아니라 자녀 없는 사람에게 기증할 권리를 들어 테네시 대법원에 상고하였다. 이에 테네시 대법원은 위와 같이 배아가 인격권과 재산권의 중간적 지위를 가지므로, 재산권적 성격은 인정하지 않으나 데이비스 부부의 배아에 대한 처분권은 인정하면서, 임신의 자유의 관점에서 임신을 원하는 측이 다른 수단에 의하여 임신할 수 있는 수단이 있는 한, 임신을 원하지 않는 측의 권리가 임신을 원하는 측의 권리에 우선한다고 하였다.

이 판례의 논지를 반대 해석하면 배아 이외의 인체 유래 물질은 재산권성을 가진다고 보게 된다. 따라서 이 판례는 재산권 긍정설 중의 한 판례로 볼 수 있다.

나. 재산권 부정설(財産權 否定說)

인체 유래 물질의 재산권성을 부정하는 견해⁹⁾이다. 이 견해에 의하면 인체 유래 물질 제공자는 인체 유래 물질에 대하여 인격권상의 자기결정권에 기한 처분권을 가지므로 인체의 일부에 대한 사실적 처분 행위를 할 수 있지만 인체 유래 물질이 재산권이 아니므로 제3자에 대하여 물권적 반환 청구 등 재산권적 권리 행사를 할 수 없으며 다만 시료 제공자의 동의 없이 시료 보관자 또는 시료 연구자가 시료를 채취하고 연구한 경우 인격적 법익에 대한 불법 행위에 기한 손해배상 청구를 행사할 수 있게 된다.

재산권 부정설에 의하면 시료 제공자가 시료 보관자 또는 시료 연구자로부터 받는 시료의 대가는 시료 제공자의 처분권에서 근거를 구하며 비용 보상의 의미를 가진다. 그리고 제3자가 시료 제공자의 동의 없이 인체 유래 물질을 사용하여 연구한 뒤 특허를 취득한 경우 시료 제공자의 재산권이 특허에도 효력이 미치는가에 대해서는 재산권 부정설에 의하면 당연히 시료 제공자가 특허권에 대하여 권리를 주장할 수 없고 다만 시료 제공자의 동의 없는 연구와 특허 취득 행위로 인한 불법행위를 이유로 손해배상을 청구할 수 있다.

근거로는, 1) 신체의 일부에 대하여 재산권을 인정하면 시료 제공자의 경제적 권리는 재산권적 권리 구제 절차에 의하여 강하게 보호받을 수 있겠지만, 자본주의적 질서 하에서 경제적 약자는 일시적 궁박 상황에서 금전적 동기에 의한 신체의 일부분의 제공이라는 유혹을 떨치기 어렵고 궁극적으로 인간의 객체화, 시장화, 상업화를 초래하게 되고 2) 재산권 긍정설에 의하여 제한적 재산권 또는 준재산권을 인정하여 인체 유래 물질 시장을 금지하는 등 부작용을 최소화한다고 하여도, 인체 유래 물질에 대하여 원칙적으로 재산권의 일부를 인정하여 일반 국민들이 인체 유래 물질에 대하여 재

9) Hakimian R., Korn D., Ownership and Use of Tissue Specimens for Research, 2004 JAMA vol. 292 20: 2500~2505.

산권적 가치를 인식하게 되면 미끄러운 비탈길 논증(slippery slope argument)에 따라 인체 유래 물질에 대한 사실상 전면적 재산권 인정 및 인체 유래 물질 매매 시장의 출현을 막을 수 없으며, 3) 시료 제공자의 처분권은 물권, 채권, 법 규정, 사실관계에 근거할 수 있으므로 인체 유래 물질 제공 행위라는 처분 행위가 반드시 물권인 소유권을 전제로 한다고 볼 수 없으며 4) 인체 유래 물질에 대한 시료 제공자의 재산권을 인정하면 연구관련 비용이 증가하고 과학 연구의 발전에 장애가 되며, 5) 현행법상 신체 조직과 장기 등의 매매가 금지된다는 점을 들 수 있다.

인체 유래 물질에 대한 재산권을 부정한 미국의 판례를 살펴보면 다음과 같다.

무어(Moore v. Regents of the University of California) 사건에서 캘리포니아 대법원은 외과적 절제 조직(비장)의 재산권성을 부정하였다. 사건의 내용은, 1976년 무어가 모세포 백혈병(Hair cell leukemia)으로 골드(Golde) 박사에게 치료를 받았는데, 골드 박사는 캘리포니아로스앤젤레스 대학 의학 센터(UCLA Medical center)의 내과 의사이자 연구자였다. 무어는 치료의 일환으로 비장 적출술을 시행 받았는데, 골드 박사는 무어의 비장과 혈액, 혈장, 피부, 골수 흡인액, 정자 등에서 세포주(cell line)를 개발하였고 이로부터 9개의 단백질 의약품 특허를 획득하여 연간 3억 달러의 수익을 내게 되었다. 캘리포니아로스앤젤레스대학(UCLA)의 연구원들은 무어에게 이러한 사실을 알리지 않고 7년간 조직 및 혈액 채취를 계속해 왔다. 이 사실을 알게 된 무어는 법원에 소송을 제기하였고, 항소 법원은 무어가 그의 조직에 대하여 재산권을 가지고 그의 비장 조직에 대하여 사용, 통제, 처분할 수 있는 무제한의 권리를 향유한다고 하였다. 그러나 피고 측이 항고하자 캘리포니아 대법원은 외과적 절제 조직에 대한 무어의 재산권을 부정하였고, 대신에 병원 측의 신탁 의무 위반 또는 설명 의무 위반으로 접근하였다. 이에 대하여 캘리포니아 대법원은 세 가지 이유를 들었는데, 첫째, 공적 정책(public policy)과 불법 행위간의 이익 형량이 필요하고, 둘

째, 이러한 분야의 문제는 입법적 해결이 필요하며, 셋째 불법 행위 이론에 반드시 환자의 권리를 끌어들여야 할 필요가 없다는 점이다.

한편 2003년 그린버그 판결(Greenberg et al v. Miami Children's Hospital)¹⁰⁾에서도 플로리다 법원은 재산권 부정설을 취하였다. 내용을 살펴보면, 카나반병(Canavan disease)에 걸린 소아들이 치료받는 과정에서 마이애미 소아병원의 의료진과 연구자가 환아의 보호자에게 치료 목적 이외에 연구 목적으로 혈액과 조직을 채취하는 점에 대해 별도로 적법한 동의를 받고 연구를 진행하여 카나반병 산전 유전자 검사(prenatal genetic test)를 개발한 후 특허를 취득하였다. 이 사실을 안 환아의 부모와 가족들은 집단으로 소송을 제기하였다. 원고의 소유권 주장에 대하여 법원은, “연구의 산물은 법적 혹은 사실적 관점에서 본래의 인체 조직(original excised tissue)과는 구별되므로 조직 표본(tissue specimen)은 연구자의 소유에 속하고 시료 제공자가 특허 혹은 생산품에 대하여 권리를 주장할 수 없다.”고 하였다.

또한 “시료 수령자는 시료 제공자에게 연구로 인하여 예상되는 경제적 이익까지 설명할 의무는 없다”고 하였다. 그 이유로는, “시료 제공자가 후향적으로(retroactive) 인체 유래 물질에 대한 사용을 제한할 수 있다고 인정하면 시료 제공자가 연구의 진행여부와 방향에 대하여 지배하는 결과가 되어 의학 연구를 위축시킬 수 있기 때문이다.”라고 하였다. 그리고 “개인은 자기 자신의 유전 정보(genetic information)에 대한 배타적 소유권자이다.”라고 규정한 플로리다주법에 대해서는 동 규정이 DNA 검사에만 적용되는 규정이다”라고 하여 본 사건에의 적용을 배척하였다.

이러한 재산권 부정설의 태도는 2000년 인간 유전체 연구(Human Genome Project)가 발표될 당시 인간 유전자 지도는 인류 공유의 지적 재산이라는 견해와 부합한다. 재산권 부정설에 입각한 무어 판결과 그린버그

10) Greenberg, 2003 WL 21246347 (So2d, May 29, 2003).

판결은 재산권 긍정론자들에게 시료 제공자의 권리 보호 관점에서 많은 비판을 받았다.

다. 관련 법규정

생명윤리법 제13조 제3항에서, 누구든지 금전 또는 재산상의 이익 그 밖에 반대급부를 조건으로 정자 또는 난자를 제공 또는 이용하거나 이를 유인 또는 알선하여서는 아니 된다고 하여 정자, 난자 등 생식 세포에 대한 일반적인 매매 금지를 규정하고 있다.

생명윤리법 제20조 제1항에서, 배아생성의료기관이 제19조제1항의 규정에 따라 배아연구계획서의 승인을 얻은 배아연구기관에게 연구에 필요한 잔여배아를 제공하는 경우에는 무상으로 하여야 한다고 하여 의료기관과 연구기관 간의 인체 유래 물질 분양도 무상의 원칙에 의할 것을 규정하고 있다.

생명윤리법 제20조의3 제3항에서, 제1항에 따라 줄기세포주를 제공하는 경우에는 무상으로 하여야 한다. 다만, 줄기세포주를 제공하는 자는 이를 제공받는 자로부터 줄기세포주의 보관 및 제공에 필요한 경비를 지급받을 수 있다고 하여 줄기세포주에 관한 무상 제공의 원칙과 실비 보상에 대해 규정하고 있다

생명윤리법 제34조 제2항에서, 유전자은행의 장은 유전 정보 등을 타인에게 제공하는 경우에는 무상으로 하여야 한다. 다만, 유전자은행의 장은 유전 정보 등의 보관 및 제공에 필요한 경비를 보건복지가족부령이 정하는 바에 따라 요구할 수 있다고 하여 유전자은행에서의 유전 정보 무상 제공의 원칙과 실비 보상을 규정하고 있다.

한편, 인체조직법 제5조 제1항에서, 누구든지 금전 또는 재산상의 이익 그 밖의 반대급부를 주고받거나 주고받을 것을 약속하고 자신의 조직을 타인에게 주거나 타인의 조직을 자신에게 이식하기 위하여 받는 행위 또 이를

각각 약속하는 행위를 금지하고 있다(인체 유래 물질 매매 행위의 금지).

또한 장기이식법 제6조 제1항에서 누구든지 금전 또는 재산상의 이익 기타 반대급부를 주고받거나 주고받을 것을 약속하고 자신의 장기 등을 타인에게 주거나 타인의 장기 등을 자신에게 이식하기 위하여 받는 행위 또는 이를 약속하는 행위를 금지하고 있다.(장기 등의 매매행위의 금지)

혈액관리법 제3조 제1항에서 누구든지 금전 또는 재산상의 이익 기타 대가적 급부를 받거나 받기로 하고 자신의 혈액(제14조의 규정에 의한 헌혈 증서를 포함한다)을 제공하거나 이를 약속하여서는 아니 된다고 하여 혈액의 매매행위를 금지하고 있다.

이러한 엄격한 매매행위의 금지가 초래하는 혈액, 인체조직, 장기의 공급 부족에 대처하기 위하여 혈액관리법 제14조 제1항에서, 혈액원이 헌혈자로부터 혈액을 헌혈 받은 경우에는 보건복지가족부령이 정하는 바에 의하여 헌혈 증서를 그 헌혈자에게 교부하도록 하고, 동조 제2항에서, 제1항의 규정에 의한 헌혈자 또는 그 헌혈자의 헌혈 증서를 양도받은 자는 의료기관에 그 헌혈 증서를 제출한 후 무상으로 혈액제제의 수혈을 받을 수 있도록 규정하고 동조 제3항에서, 제2항의 규정에 의하여 수혈을 요구받은 의료기관은 정당한 이유 없이 이를 거부하지 못하고 국가는 헌혈환부적립금에서 당해 의료기관에게 비용을 지불하도록 하고 있다. 또한 혈액관리법 시행규칙 제16조에서, 혈액관리법 제14조 제2항의 규정에 의하여 무상으로 수혈 받을 수 있는 혈액제제량은 헌혈 1회당 혈액제제 1단위로 한다고 하여 헌혈증서의 가치를 명기하고 있다. 헌혈 증서에 대하여 제3자에의 무상증여 가능성을 열어줌으로써 혈액 수급 불균형을 교정하고자 하였다.

또한 장기이식법 제27조의 2 제1항에서, 국가는 장기 등 기증자 또는 장기 등 기증자의 가족 또는 유족, 장기 등 기증자인 근로자 중 어느 하나에 해당하는 자에 대하여 예산의 범위 안에서 장제비·진료비 및 위로금 등을 지급할 수 있다고 하여 장기기증에 대하여 국가관리 하의 대가 제공을 규정하고 있다. 또한 동조 제2항에서, 근로자인 장기 등 기증자가 이식대상자를

선정하지 아니하고 장기 등을 기증하는 경우 근로자가 장기 등을 기증하기 위한 신체검사 또는 적출 등에 소요되는 입원기간에 대하여 공무원인 근로자의 소속기관의 장은 이를 병가로 처리하고 공무원을 제외한 근로자의 사용자는 이를 유급휴가로 처리하여야 한다고 하여 일반 기업의 급여 지급의무를 규정하고 있다.

또한 생명윤리법 제15조의 4에서, 배아생성의료기관은 난자제공에 필요한 시술 및 회복에 소요되는 시간에 따른 보상금 및 교통비 등 보건복지가족부령으로 정하는 항목에 관하여 보건복지가족부령으로 정하는 금액을 난자제공자에게 지급할 수 있다고 하여 난자제공자에 대한 실비 보상을 규정하고 있다.

라. 검 토

고찰하여 보건대, 인체 유래 물질에 대한 시료 제공자의 재산권은 부정하는 것이 타당하다고 본다(재산권 부정설). 인체 유래 물질 제공자는 자신의 신체의 일부에 대한 사실적 처분권을 가질 뿐이며, 이외에 인체의 일부에 대한 재산권을 인정하는 것은 시료 제공자 권리 구제의 효율성에 따른 이익보다는 재산권 긍정에 따른 인간 존엄권의 침해 및 인체의 상업화의 위험이 더 크다고 본다.

생명윤리법 제5조에서 누구든지 자신이 생명 과학 기술의 적용대상이 되는 경우 생명윤리 및 안전에 관하여 충분한 설명을 들은 후 이에 관한 동의여부를 결정할 권리를 가진다고 하여 시료 제공자의 자기결정권을 규정하고 있는 바, 이러한 시료 제공자의 자기 결정권은 인체 유래 물질에 대한 시료 제공자의 사실적 처분권의 근거가 된다. 설명 의무 위반의 경우 시료 제공자의 권리는 불법행위 책임으로 구제할 수 있다. 시료 제공자와 시료 수령자 간에 별도의 계약이 존재하면 시료 제공자는 계약 책임의 법리로 구제한다. 이러한 해석이 매매 금지, 특허 제도 등과 같은 법적책적인 영역과의 관계에서도 온당하다고

본다. 무어(Moore v. Regents of the University of California) 사건에서 캘리포니아 대법원은 법정책적 고려하에 사건 해결을 하려는 입장이며 이 사건의 경우 계약이 존재하지 않으므로 불법행위 책임에 의거하였다.

현행 법 규정상 연구 목적의 인체 유래 물질 제공에 대하여 생명윤리법은 잔여 배아 세포, 줄기 세포주에 관한 규정을 두고 있으나 시료 제공자와의 법률관계에 대해서는 침묵하고 있으나, 수혈 목적의 혈액(혈액 관리법), 이식 목적의 인체 조직(인체조직법), 이식 목적의 장기(장기이식법)에 대하여 대가를 지급하는 매매행위를 엄격히 금지하는 점에 비추어 보면 연구 목적의 인체 유래 물질의 제공에 대해서도, 치료 목적의 인체 유래 물질의 매매 행위 금지 규정을 유추 적용하여 매매 행위가 금지된다고 보아야 한다. 이러한 인체 유래 물질의 매매 행위의 금지는 인체의 전부 또는 일부분에 대한 상업화, 객체화를 단호히 거부한다는 법 취지에 근거한다.

쌍무 유상 계약으로서의 매매는 물권인 재산권의 채권적 거래의 전형이므로 재산권의 본질적 구성요소이며, 재산권 긍정설이 비록 제한적 소유권 이론 또는 준소유권 이론을 취하고 있지만 미끄러운 비탈길 논증을 고려하면 재산권의 일부분이라도 인체 유래 물질에 부여할 수는 없다. 현행 법 규정이 헌혈자를 “숭고한 박애정신의 실천자”로 규정하고(혈액관리법 제4조의 2 제1항), 인체 조직의 기증·관리 및 이식(인체조직법 제2조 제1항)과 장기 등의 적출 및 이식(장기이식법 제2조 제1항)은 인도적 정신에 의하여야 한다고 명시하여 재산권과 매매로 대표되는 자본주의적 질서와는 엄격히 분리하는 태도를 취하므로 재산권 긍정설을 취하기 어렵다.

또한 미국 법원에서 언급한 준재산권(Quasi-Property) 개념은 완전한 재산권에 대한 양적 제한이 아니고 “피고의 사체 훼손 행위가 재산으로서의 사체에 대한 침해가 아니라 근친의 시신매장권 침해”라고 하여 재산권의 본래적 개념과 질적으로 다르다는 점을 명시하였으므로 재산권 긍정설에서 논하는 준재산권의 근거로 삼을 수 없다.

인체조직, 혈액에 대한 매매 행위의 금지가 인체 유래 물질의 원활한 공급

을 방해할 가능성을 줄이기 위하여 난자 제공자에 대한 실비 보상(생명윤리법 제15조의4), 헌혈자에 대한 헌혈증서의 제공(혈액관리법 제14조)등의 보완책을 강구하고 있는 바, 이는 인체 유래 물질 제공자와 수령자간의 쌍무적 대가 지급을 금지하는 대신 국가가 엄격히 통제하는 비용 보상을 통하여 사실상 대가 지급을 하고 있다. 재산권 부정설에 의하면 비용 보상의 근거는 인체 유래 물질 제공자의 사실적 처분권에서 근거를 구한다. 여기서 처분권이란 시료 제공자가 생전에 자신의 신체의 일부분을 제공하거나 사후에 자신의 신체의 일부분 또는 전부를 제공할 수 있는 권리며 재산권과 구별되고, 생전의 처분권은 건강을 유지하고 신체의 완전성을 훼손하지 않는다는 한계 내에서 유효하다. 따라서 신체 일부분의 제공 행위로 건강을 상실하거나 신체의 완전성을 훼손하게 되면 인체 유래 물질 제공자의 진정한 의사에 의하더라도 공서 양속 조항(민법 제103조)에 반하여 무효이다.

인체 유래 물질을 제공받아 분리, 정제 과정을 거친 후 특정 유전자를 추출하여 단백질 의약품을 개발하여 특허를 취득한 경우 재산권 긍정설에 의하면 특허에 대하여 재산권의 추급효를 인정할 여지가 있지만 재산권 부정설에 의하면 원칙적으로 부정된다. 이러한 결론이 시료 제공자 개인의 권리 보호에 있어서 재산권 법리를 행사하지 못하고 계약법 또는 불법 행위법에 의거한 권리 행사를 하여야 하는 점이 있지만 법정책적으로 인간의 객체화, 상업화를 원칙적으로 봉쇄한다는 공적 이익이 더욱 크다는 점에서 재산권 부정설이 타당하다고 본다. 무어(Moore v. Regents of the University of California) 사건에서 미국 법원이 외과적 절제 조직에 대한 재산권을 정면으로 인정하기 곤란했던 점도 이러한 법정책적 근거에 의한다.

III. 재산권 부정설에 입각한 인체 유래 물질의 쟁점 검토

1. 의 의

이상에서 인체 유래 물질에 관한 쟁점에 대하여 검토하였다. 논자는 재산권 부정설을 취하고 있으므로 재산권 부정설의 입장에서 기존의 논의 중 상실되지 않은 부분을 명확히 규명하고 재산권 긍정설과 대비하여 검토하고자 한다.

2. 인체 유래 물질이 권리의 객체인가?

시신의 경우 심폐 기능이 중지하였으므로 주체성을 상실한다고 보아 권리의 객체가 된다. 생체로부터 분리된 인체의 일부는 독립적으로 권리의 주체가 될 수 없으므로 권리의 객체가 된다. 권리의 객체는 권리가 무엇인가에 따라 내용이 달리 규정된다. 인격권의 객체는 주체의 신체이며 물권의 객체는 물건이고 채권의 객체는 채무자의 행위이다.

3. 인체 유래 물질이 민법상 물건인가?

인체 유래 물질이 민법상 물건인가에 대하여 긍정하면 인체 유래 물질은 물건이므로 물권의 객체가 된다. 물권의 대표적 권리는 소유권이다. 따라서 인체 유래 물질은 소유권의 객체가 된다. 한편 물건이 아니라고 하면 소유권의 객체가 아니고 인격권의 객체가 된다. 사체와 생체를 나누어 고찰하기로 한다.

가. 사체의 경우

사체의 경우 사망의 순간부터 인격권은 소멸되고 시신은 민법상 물건이며 소유권의 객체로 보는 견해가 국내 민법학계의 종래의 다수설이었다.

이에 대하여 인간이 사망하면 인격권도 동시에 소멸된다고 보는 것은 지나치게 형식 논리적이므로 시신은 민법상 물건이 아니며 망자의 인격권은 사망으로 소멸하지 않으며 사망 후의 시신은 망자의 인격권의 객체로 보는 견해¹¹⁾가 점차 증가하고 있다.

독일 민법학계에서는 시신을 물건으로 보지 않는 견해가 다수설이다. 1990년 독일 민법은 동물이 민법상 물건이 아니며 다만 동물에 관한 특별한 규정이 없으면 물권에 관한 규정을 준용하도록 개정되었다.

논자는 시신의 물건성을 부정하는 견해에 찬성한다. 다만 찬성의 근거에 대하여 논자의 관점에서 고찰하여 보았다.

우선 논의의 대상인 시신에 인정되는 구체적 권리가 무엇인가를 살펴보는 것이 논의의 전개에 유익하다. 시신의 경우 권리의 구체적 내용은 매장, 제사권이다. 망자가 생전에 시신 기증의 의사를 표시한 경우 유족이 반대 의사를 표시하지 않는 한 시신의 처분권이 인정된다. 이러한 권리의 집합은 소유권의 관점, 민법상 물건의 관점에서 접근할 때 본래의 소유권 개념과 매우 이질적이고 형해화(形骸化)되어 있다. 민법학자간에 시신에 대한 권리의 성질에 대하여 특수한 소유권인가 특수한 관리권인가를 놓고 견해가 갈리는 이유이다. 시신에 대한 권리의 주체 논의도 누가 매장권의 주체인가에 대하여 이론이 분분하다.

소유권은 법률의 범위 내에서 사용, 수익, 처분할 수 있는 배타적 권리이다. 시신을 사용할 수 없음은 자명하다. 시신으로 수익할 수도 물론 없다. 시신을 유상 처분할 수도 없다. 시신은 다만 매장이라는 사실상 처분행위만 할 수 있으며 일정한 요건 하에 무상 처분될 수 있을 뿐이다. 이러한 이질적 권리를 소유권적 사고의 틀 안에서 제한적 소유권이라고 관념하여도 실체와는 거리가 멀다.

미국 법원이 영국 보통법에서의 시신에 대한 비재산권 원칙(No property

11) 김상용, 『민법총칙』, 화산미디어, 2009, 제280면.

rule)을 배척하면서 독자적으로 시신에 대하여 준재산권 원칙(Quasi-property rule)을 받아들이면서도 실질적 내용은 최근친이 매장할 수 있는 권리에 불과하다 하여 준재산권 개념이 완전한 재산권의 양적 제한으로 오해되는 것을 적극적으로 저지하였던 점도 같은 맥락이다.

그리고 이러한 점에 착안하여 국내 민법학계의 소수설은 시신에 대한 유족의 권리의 법적 성질에 대하여 특수 소유권설을 부인하고 관습법상 권리권설을 주장한다.

생명 공학의 발달에 따라 시신의 가치가 새롭게 부각되고 앞으로도 더 많은 가치가 발견되리라고 기대되는 현 상황에서 인간의 사망 직후부터 시신을 물건으로 관념하여 논의를 재산권의 영역으로 끌어들이는 것은 인간의 존엄성의 관점에서 볼 때 위협하기까지 하다.

일반 국민들은 시신에 대한 소유권이 있다는 사실에 주목하며 제한의 의미는 쉽게 이해하기 어려울 뿐 아니라 상황에 따라 얼마든지 변할 수 있다고 생각하기 쉽다. 미래에 인간관이 근본적으로 바뀌어 다수의 국민들이 시신을 처분하여 경제적 대가를 제법 많이 받을 수 있다고 생각하고 망자가 후손에게 상속의 개념으로 시신의 대가를 취득케 하는 것이 익숙해지는 관습이 형성되기 전에는 기존의 인간관을 바꾸어야 할 필요를 느끼지 않는다.

생명 과학이 더욱 발달하면 언젠가는 시신을 매매하는 날이 오리라는 음울한 시나리오의 실현은 오히려 재산권 긍정설에 의하여 촉진될 것이다. 따라서 시신에 대한 논의는 망자의 생전의 인격권을 중심으로 전개되어야 한다. 시신은 민법상 물건이 아니라는 견해에 찬성한다.

시신을 인격권의 객체로 보면 전통적으로 망자의 생전 의사를 존중하던 관습이 헌법적 근거를 가지게 된다. 매장 방법, 시신 기증 등에 관한 망자의 생전 의사와 유족의 의사가 충돌하는 경우 망자의 생전 의사의 구속력이 없다는 견해가 통설이다. 시신이 유족의 소유권의 객체가 아니고 시신에는 망자의 생전 인격권이 여전히 중심에 있다는 사고는 망자의 생전 의사와 유족의 의사의 충돌을 사실상 경감할 수 있다고 생각된다.

또한 인격권의 시각에서 시신을 바라보는 태도가 인체 유래 물질의 시장이 형성되는 위험도 줄일 수 있다고 생각한다.

시신에 대한 인격권 침해에 대해서는 인격권 침해에 기한 손해배상책임이 발생한다. 시신을 소유권의 객체로 보는 경우 시신의 경제적 가치는 규범적으로 0으로 보고 있고 사실상 이득이 없고 별도로 정신적 손해에 기한 위자료를 청구하려면 원고가 정신적 손해 있음을 입증하여야 한다.

이에 반해 인격권의 침해로 보게 되면 비록 정신적 손해는 위자료 청구에 한정되고 현행법상 미국법과 같이 징벌적 손해배상을 인정하는 규정이 없어 문제지만 망자의 인격권 침해와 유족의 망자에 대한 존경권 침해를 모두 또는 각각 입증하여 청구할 수 있으므로 법관의 위자료 직권 상정에 있어서 유리한 결과를 얻을 수 있으리라 기대한다.

나. 생체의 경우

생체의 일부 분리의 경우는 인격절대주의의 원칙에 따라 생체에 부착된 의지, 의족은 인격의 일부로 민법상 물건이 아니지만 생체에서 분리된 혈액, 모발 등은 분리되는 순간 객체화하고 민법상 물건이며 소유권은 원래의 분리된 주체에게 귀속된다고 보며 타인의 생체에 다시 부착되면 객체성과 물건성을 동시에 상실한다고 보는 견해가 통설이다.¹²⁾

이러한 통설에 대하여 논자는 생체로부터 분리된 신체의 일부(인체 유래 물질)의 경우에도 민법상 물건이 아니며 분리된 일부는 인격권의 객체로 파악한다. 이하에서 근거를 상술한다.

여기서도 생체에서 분리된 인체의 일부에 대하여 구체적으로 인정되는 권리를 살펴보고자 한다. 사용, 수익, 처분을 나누어 살펴보면, 우선 인체의 일부는 본인 자신이라도 임의로 사용할 수 없다.

인체의 일부의 채취 및 사용은 의료 행위에 해당하므로 의사에게 위임하

12) 곽윤직, 『민법총칙』, 제7판, 박영사, 2002, 제169면.

여야 하고 연구자가 자신의 생식 세포를 연구한다고 하여도 기관심의위원회 심의를 거쳐야 한다. 인체 연구에 관한 강행 규정은 자신의 인체를 사용하는 경우에도 당연히 적용되기 때문이다.

자신의 인체의 일부로 수익할 수 없고 유상 처분할 수 없음은 자명하다. 다만 무상 처분은 가능하고 폐기 또는 기증 등을 할 수 있을 뿐이다. 이 경우에도 특정 신분자(身分者)는 자신의 인체의 일부를 임의로 폐기하면 형사상 처벌을 받는다. 군인이 자해한 경우가 그 예이다.

이상에서 본 바와 같이 인체의 일부에 관한 권리는 재산법적 관점에서 바라보기에는 개별 권리가 심하게 왜곡되고 형해화되어 있다. 따라서 인격권의 객체라는 시각에서 분리된 인체의 일부를 이해하여야 한다.

1990년 독일 민법 개정에서 동물이 물건이 아니라고 한 점을 상기해 보자. 흔히 개, 고양이는 물건이고 소유권의 객체이며 매매 시장이 형성되어 있다는 점이 쉽게 받아들여졌고 우리의 현실이기도 하다. 그러나 동물이 생명체인 점에 착안하여 물건으로 다루기에 부적합하다는 점을 정면으로 받아들인 점에 주목한다. 동물보다도 훨씬 특수한 성격을 띤 인체의 일부는 당연히 물건이 아니라고 보아야 한다.

분리된 인체의 일부를 인격권의 관점에서 고찰하여야 인체 유래 물질 시장의 형성의 위험성을 줄일 수 있다는 점은 시신에서 본 바와 같다.

그리고 분리된 인체의 일부에 대한 특별법적 제한의 근거로는 재산권보다 인격권이 간명하다. 예컨대, 이식 장기, 이식 조직의 매매 행위의 금지 규정은 인격권의 객체이기 때문이라 보면 간명하나 재산권의 객체라고 보면 인간의 존엄 등의 인격권적 요소를 다시 동원하거나 공익적 목적 등의 일반 개념을 원용하여야 하며 인격권에 비하여 상대적으로 열위에 있는 재산권의 지위를 고려해 볼 때 혹시 예외는 없는가하는 질문에 끊임없이 직면하게 된다.

인체의 일부를 인격권의 객체로 볼 경우 정자 은행, 난자 은행과 같이 시료를 보관 목적으로 제공한 경우 시료 제공자의 반환 청구권을 물건적 청구

권으로 볼 수 있겠는가를 생각해 보아야 한다.

계약 자체에서 채권적 청구권이 발생하므로 시료 제공 계약이 없거나 분명하지 않은 경우 논의의 실익이 있겠는데, 독일 민법과 같이, “물건이 아닌 경우 특별 규정에 의하고 특별 규정이 없는 경우 물권법의 적용을 받는다.”는 규정을 두고 있지 않은 현행법 하에서는 인격권에 기한 물권적 반환 청구권을 인정하기는 어렵다고 본다.

4. 시료 제공 계약의 성질은 어떠한가?

우선 논의의 대상을 유형별로 나누어 보자. 시료 제공 계약은 크게 보관 목적과 사용 목적으로 나눌 수 있다. 보관 목적은 정자나 난자 혹은 배아를 조직 은행에 보관하는 경우가 해당한다. 사용 목적은 다시 치료 목적과 연구 목적으로 나눌 수 있다.

가. 보관 목적의 시료 제공 계약의 경우

보관 목적으로 시료 제공자와 시료 보관자 사이에 계약을 체결하는 경우 당사자 간에 법률적 의사가 분명한 경우가 대부분이다. 그리고 실제로 당사자 간에 구체적 계약 내용이 계약서로 명시된다.

계약 자유의 원칙(契約自由의原則)에 따라 계약의 내용이 민법상의 계약 관련 규정에 우선하여 적용된다. 계약의 내용이 불분명한 부분에 대해서는 민법상 무상 임치 규정을 준용할 수 있다고 본다. 현행법이 영리적 조직 은행을 금지하고 있기 때문이다.

당사자 간에 시료의 자유로운 양도, 담보 제공 등을 약정하여도 매매 금지의 강행 규정 위반으로 무효이다. 제3자가 시료에 대한 시료 제공자의 권리를 침해한 경우에도 우선 계약 내용에 의한다.

텔지오 사건과 데이비스 사건 모두 불임 부부가 불임 치료 계약의 한 내용으로 배아를 제공한 후 의료기관이 보관하고 있는 상태에서 원고가 배아

에 대한 반환 청구를 하거나 배아가 파괴되어 불법행위에 기한 손해배상청구를 한 경우이다.

이런 경우는 주된 치료 계약 이외에 보관 계약의 존재가 불분명하므로 문제되었는데 법원은 보관 계약의 존재를 인정하고 반환 청구권과 손해배상청구권을 인정하였다. 다만 여기서 법원은 소유권의 개념을 사용하였지만 배아 보관 계약에서(범위의 한정), 청구권의 근거로 언급한 것이므로 모든 시료 제공 계약에서 시료 제공자의 소유권을 권리창설적으로 선언한 것은 아니었다.

이 판결 이후로 인공 수정에 의한 불임 치료 실무에서 잉여 배아에 대한 보관 계약 내용이 구체적으로 명시되었으므로 현재 문제될 소지는 거의 없어졌다.

나. 사용 목적의 시료 제공 계약의 경우

사용 목적의 시료 제공 계약은 다시 치료 목적의 시료 제공 계약과 연구 목적의 시료 제공 계약으로 나눌 수 있다.

(1) 치료 목적의 시료 제공 계약

치료 목적의 시료 제공 계약은 주된 치료 계약에 대하여 부수적 계약이다. 주된 치료 계약의 법적 성질은 위임설이 통설이다. 따라서 의사가 주의 의무를 충실히 이행하여 환자의 질병을 치료하기로 하고 환자는 의사에게 질병의 치료를 위임하고 필요한 협조를하기로 하는 채권계약이다. 이러한 주된 계약에 부수하여 의사가 질병의 치료에 필요하다고 판단하는 경우 조직 검사(Tissue Biopsy)의 청약을 하고 환자가 승낙함으로써 부수적 시료 제공 계약이 성립한다.

시료 제공 계약은 의사와 환자 간에 의사의 합치가 이루어지는 순간 계약이 성립한다. 계약에 따라 환자가 조직 검사에 협조하여 조직을 제공한

후 조직이 고정, 박편 제작, 염색의 과정을 거쳐 병리와 전문의가 판독 소견을 내면 계약의 목적을 달성하고 계약은 종료된다.

조직에 대한 권리는 어떠한가? 조직에 대한 권리는 여전히 시료 제공자에게 유보되어 있는가? 시료 제공자는 결코 소유권을 양도하거나 포기한 것이 아니라는 견해가 있다.¹³⁾

일반적으로 물체를 제공하면 물체와 함께 권리가 이전된다고 보는 것이고 만약 물체는 제공했지만 권리는 유보한다면 그러한 특별한 사정이 엿보여야 한다. 종래에는 조직을 제공하는 환자나 조직을 수령하는 의료기관 양측에서 권리에 대해 관심이 없었으므로 계약의 주변 정황으로 당사자의 의사를 추정해야 하는데, 조직 검사의 대가로 지불된 행위료에 별도의 보관료가 산정되어 있지 않는 점, 타 병원에 이송을 위하여 환자가 조직 슬라이드를 요구할 경우 대출의 형태로 제공하는 점 등에 비추어 보면 조직의 제공과 함께 권리도 이전된다고 보아야 한다.

외과적 절제 조직 제공자와 조직 수령 병원 간에 발생한 분쟁인 무어사건과 그린버그사건에서도 조직 검사로 권리가 이전되었다는 점을 인정하고 있다.

권리는 언제 이전되는가?

조직에 대한 권리는 시료 수령자가 조직에 대하여 사실상의 지배를 한 때에 이전된다고 본다. 사실상의 지배는 조직을 채취하여 고정 용액(포르말린 또는 생리식염수)이 담겨 있는 통에 담은 시점에서 시작한다고 본다. 이 시점에 시료 수령자는 조직에 대한 권리를 취득하는 한편, 조직의 분실 등으로 인하여 시료 제공 계약이 이행 불능의 상태에 빠지면 손해배상책임을 지게 된다.

그린버그 판결에서는 조직 표본은 연구자의 재산권의 객체라고 하여 정확한 시점을 적시하지는 않고 단지 가공된 조직 슬라이드에 대한 권리만을

13) 구인회, “인체조직 이용에 관한 생명윤리적인 검토”, 『대한병리학회지』, 제39호, 2005, 제369면.

명시하였다.

위에서 생체가 물건인가에 대한 논의는 조직이 인체로부터 분리되어서 조직 고정통에 담기는 순간까지에 해당하는 논의였다. 따라서 짧은 시간에 이러한 상황이 종결되기 때문에 논쟁의 심도에 비하여 실천적 의미는 적다. 왜냐하면 조직 검사 시에 시료 제공자는 권리침해가 의심되는 상황에 대하여 기타 다른 권리를 주장할 수 있기 때문이다.

시료 수령자인 의료 기관이 조직에 대한 권리를 취득한다고 하여도 이것이 소유권인가는 여전히 의문이 있다. 우선 시료 수령자는 계약상 조직을 가공하여 병리학적 소견을 내야 할 의무를 부담하고 치료 중 혹은 치료 이후에 조직 제공자가 조직 표본의 대출을 요구하면 응해야 할 의무가 있다.

만약 연구자가 조직 표본을 연구하려는 경우 시료 제공자의 별도의 동의를 받고 연구 목적에 한해서 사용할 의무가 있다. 요컨대, 생체의 일부 또는 시신에서 논의했던 객체로서의 특수성은 권리 이전 이후에 시료 수령자와의 관계에서도 여전히 계속된다고 생각된다.

병리 저장실에 보관된 조직 표본에 대하여 시료 수령자의 온전한 소유권이 인정되기는 어렵다고 본다. 최근 미국에서는 병리 저장실 전체가 생명공학 벤처 회사와 시료 제공 계약을 하는 예가 있다 한다. 개별 시료에 대한 연구 목적의 제공시 시료 제공자의 동의를 얻는 과정이 매우 복잡할 것으로 보인다. 시료 수령자의 권리가 소유권인가의 문제는 병리 저장실의 시료 제공 계약에서 발생하는 분쟁을 해결하면서 좀 더 선명하게 논의될 것으로 보인다.

(2) 연구 목적의 시료 제공 계약

연구 목적의 시료 제공 계약은 치료 계약의 부수 계약 형태인 경우와 독립한 계약인 경우가 있다. 위에서 살펴 본 치료 목적의 조직 검사 계약에 부수하여 잉여 조직을 연구 목적으로 제공하는 계약의 형태가 실무상 흔하다. 이외에 건강한 자원자로부터 인체 조직을 제공받는 경우 독립한 계약

이 된다.

실제로 치료 과정 중에 연구 목적의 시료 제공 계약이 함께 체결되는 경우는 빈도상 흔하지 않다. 연구 목적의 시료 제공 계약도 건강한 자원자를 구하기 힘들다. 이것은 연구 목적의 시료 제공 계약이 이타주의 혹은 인도주의에 기반 하기 때문에 그렇다. 그러한 사정은 이식 장기의 부족, 헌혈자의 부족에서도 같다.

연구 목적 시료 제공 계약은 시료 제공자의 인도주의적 의사에 기반 하므로 법적 성질은 법률 규정에 따라 엄격하게 볼 수는 없다. 당사자의 의사가 불분명한 경우 민법 규정의 적용을 생각해 볼 수 있는데 조직 제공이 증여와 같이 볼 수 있다 하여도 실제로는 사실상 기증에 불과하며 민법상 조건부 증여, 증여자의 담보 책임 등을 원용할 수 없다.

인도주의적 의사에 기반한 시료 제공 계약은 계약의 내용을 시료 제공자에게 가장 유리하게 해석하고 시료가 제공되어 계약의 목적이 달성되면 계약이 종료된다고 보면 충분하다.

따라서 시료 제공자가 시료 제공 계약을 하고 시료를 제공하기 전에는 언제나 동의를 철회할 수 있다. 즉 시료 수령자의 신뢰 이익(信賴 利益) 등을 고려할 필요가 없다. 장기 제공자가 장기를 이식하기로 했다가 수술 전날 장기 제공 의사를 철회하였다 하여도 장기 수령자에게 발생한 입원료 기타 손해를 어떻게 장기 제공자에게 책임지울 수 있겠는가?

다만 시료 제공자가 시료를 제공 후 제3자에 대한 사실관계가 형성되거나(장기가 제공되어 타인에게 이식된 경우) 권리관계가 형성된 경우(연구 목적 제공 시료로 가공하여 연구에 착수한 경우)에는 철회 제한의 법리(撤回 制限의 法理)에 의하여 동意的 철회가 제한된다고 본다.

인도주의에 입각한 시료 제공자와 시료 수령자간의 연구 목적 시료 제공 계약이 원만히 종결되면 좋겠지만 차후에 법률적 분쟁이 발생한 경우에는 법원에서는 연구 목적 시료 제공 계약을 법률적으로 엄격히 분석하며 분석의 원칙은 인도주의가 아니라 위에서 상술한 치료 목적의 시료 제공 계약에

서와 같은 권리 개념을 사용한다.

왜냐하면 원고가 인체 유래 물질에 대한 소유권 또는 설명 의무 위반, 신탁 의무 위반 등을 주장하기 때문이다. 무어 사건은 연구 목적의 시료 제공 계약이 존재하지 않는 설명의무 위반 사건이고 그린버그 판결은 적법한 연구 목적의 시료 제공 계약이 존재하는 사건이다. 요컨대 인도주의의 내용이 무엇인가를 분석하는 것은 필요하지 않다.

만약 시료 제공자가 인도주의 이외에 경제적 대가를 목적으로 시료 제공 계약을 하고자 할 경우 당사자 간의 계약의 문제라고 하여 허용하여야 할 것인가, 아니면 인체에 대한 매매 금지 규정을 준용하여 금지하여야 할 것인가?

실제로 실용주의적 사고에 따라 미국에서는 정자, 난자와 같은 인체의 일부가 거래되고 있다고 한다. 그리고 그린버그 판결이 널리 알려진 후 카나반병을 가진 환자의 부모들이 단체를 결성하여 생명 공학 연구 회사와 인체 조직 제공 협상을 하고 있다고 한다. 협상의 내용에는 조직 제공의 대가는 물론 연구 결과로 특허를 획득한 경우의 지분 참여까지 포함된다고 한다.

재산권 긍정설의 입장에서 이 사태를 바라보면 그동안 치료와 연구 과정에서 절대적 약자였던 환자의 권리가 신장되는 새로운 국면이라고 파악하고 다만 그 해결이 입법이나 판례가 아닌 환자 집단으로부터 오고 있는 점에 대해서 주목할 것이다.

그러나 재산권 부정설을 취하는 논자로서는 거대한 자본주의 구조 속에서 인간이 어쩔 수 없이 객체화되어가는 모습을 보는 것 같아 가슴이 아프다. 특히 그러한 모습이 강제가 아닌 자발적 의사에 의하여 이루어지는 점은 더욱 아이러니하다.

그렇다면 재산권 부정설을 취할 때 어떠한 방법으로 이 문제를 해결할 것인가? 다음의 권리 구제 항목에서 상술하기로 한다.

5. 시료 제공자의 권리 구제는?

가. 문제 상황의 통시적 개관

제2차 세계 대전 이후 환자 또는 피검자의 권리 보호가 세계적으로 문제 되기 전까지는 인체 유래 물질이 채취되어 연구되고 병리 저장실에 저장되는 과정이 법적으로 분석되지 않았다. 관련 의료인 또는 전문가들은 막연히 소유권을 얻는다고 생각하였을 것이고 시료 제공자들은 관심을 가지지 않았다.

1970년대 이후 시료 제공자(환자 또는 피검자)의 권리 보호가 전세계적 주제로 부각되고 설명 의무 중심으로 시료 제공자의 권리 보호가 명문화되기 시작하였다. 관련 의료인 혹은 연구자는 인체 유래 물질에 대한 소유권이 누구에게 있는가에 대해 의문이 생겼지만 해결되지 않았다.

1990년 무어 사건 판결에서 캘리포니아 대법원이 시료 제공자의 재산권 유무에 대하여 재산권 부정설을 취하면서 시료 제공자의 인체 유래 물질에 대한 소유권 문제가 본격적으로 논의되었다. 재산권 긍정설의 입장에서 반론이 거셌지만 이후 영국¹⁴⁾과 미국에서 발표된 인체 물질 연구에 관한 가이드라인도 이 문제에 대해서 침묵하였다.

인체 유래 물질 특히 경쟁이 점점 더 치열해지고 단백질 의약품, 진단 시약 등 엄청난 경제적 가치를 가진 생산품이 등장하면서 인체 유래 물질에 대한 재산권 논쟁은 분배의 정의 문제까지 야기하게 된다.

이러는 가운데 2003년 그린버그 판결이 다시 무어 사건 판결의 내용을 그대로 받아들이면서 논쟁은 계속되었다.

미국 법원은 여전히 재산권 부정설의 태도를 취하고 있는 가운데 최근

14) 1991년 뉴필드 재단(Nuffield foundation)이 생명윤리평의회(Nuffield council on bio-ethics)를 설립하고 1995년 인체 조직의 법적 윤리적 측면(Human tissue: ethical and legal issues)에 대한 보고서를 제출하였다. 뉴필드평의회는 생명윤리의 영역에 대한 공적 기능을 충실히 수행하여 영국 정부가 별도로 이 분야에 대한 국가 기구를 설치하지 않았다.

이 문제와 관련하여 시료 제공 환자 집단이 생명 공학 연구 회사와 재산권 협상에 나선 점, 병리 저장소가 생명 공학 연구 회사와 시료 제공 계약을 체결하는 점이 두드러진다.

나. 재산권 이외의 권리 구제로는 부족한가?

무어 사건과 그린버그 사건 판결에서 제시하는 바와 같이 설명의무위반에 기한 손해배상청구, 신탁의무 위반에 기한 손해배상 청구, 프라이버시권 침해에 기한 손해배상청구 등을 해결책으로 제시하고 있다. 그린버그 판결에서 판시 내용 중 판사가 부당이득에 기한 손해배상청구 가능성을 제시하였지만 당사자의 주장이 없어 법원이 판단하지는 않았다.

그러나 통시적 개관을 살펴 볼 때, 위의 소송의 근본적 목적은 특허권에 대한 시료 제공자의 권리 인정이고 이에 대한 도구로 재산권을 주장한 것이기 때문에 근본적 해결이 될 수 없다.

특히 문제에 관하여 그린버그 판결은, 원래의 인체 조직(original human tissue)과 조직 표본(tissue specimen)은 별개이며 인체 조직의 제공자는 연구자의 특허권에 추급할 수 없다고 판시하였다.

다. 법원이 재산권 긍정설을 취할 가능성이 있는가?

무어 사건에서 항소 법원이 재산권 긍정설을 취하였지만 대법원이 이를 파기 환송하고 재산권 부정설을 채택하면서 근거로 공공 정책(public policy)을 제시하였다. 공공 정책의 의미가 무엇인가?

논자가 생각하기에는 통시적 개관에서 본 바와 같은 이전의 병리 저장소에 있는 인체 유래 물질에 대한 애매모호한 권리 관계를 고려해 볼 때 재산권을 긍정하면 그동안 무관심했던 수많은 시료 제공자들이 자기의 조직이 혹시 과거의 특허 연구에 활용되지 않았는지 확인하게 될 것이고 재산권 소송이 폭주하리라는 우려에서 법적 안정성을 택한 것이 아닌가 짐작된다.

이러한 점을 고려한다면 무어 사건 판결과 그린버그 사건 판결에서 보여준 미국 법원의 태도는 쉽게 바뀌지 않을 것으로 보인다.

라. 그렇다면 해결 방법은?

최근 미국에서 카나반병 환자의 보호자가 추진하고 있는 시료 제공자 집단의 형태도 전망이 그리 밝지는 않다. 연구에 적합한 시료 제공 집단이 자발적으로 형성되기가 쉽지 않다. 연구자의 입장에서는 연구의 효율적 진행을 위하여 그러한 시료 제공 집단의 형성을 바랄 수도 있다. 그리고 대상 질환이 희귀할수록 어렵게 취득한 특허의 가치는 떨어질 것이다. 대상 환자가 적으니 임상에 적용될 기회가 적기 때문이다. 대상 질환이 흔하면 시료 제공자 집단을 형성하기는 훨씬 용이하겠으나 협상은 그만큼 더 어려워질 것이다. 요컨대, 제도의 틀 밖에서 민간 집단에서 이 문제를 해결하기에는 너무나 광범위하게 이해관계가 얽혀 있다.

국가적 차원에서 이 문제를 접근한다면 어떠한 해결 방법이 있는가?

앞에서 살펴 본 바와 같이 재산권 긍정설을 정면에서 인정하기는 어렵다. 입법에 의한 재산권의 소급적 제한 금지라는 헌법상의 원칙에 따라 입법적으로 재산권을 인정하는 이상, 과거의 시료 제공 시점까지 소유권이 인정되기 때문이다. 따라서 입법적 해결은 기존의 불확정적인 권리 관계를 유지하면서 전향적으로(prospective) 시료 제공자의 특허에 대한 권리를 인정하는 방향으로 이루어져야 한다.

입법적 해결 방법에 대하여 “인체 조직에서 얻은 의학 지식의 혜택은 일개인이 아니라 모든 국민과 미래의 후손에게 돌아가기 때문에 미래의 연구를 위한 가치 있는 자원의 사용이 사회적으로 정당화된다”는 견해가 있다.¹⁵⁾

15) Hakimian R., Korn D., “Ownership and Use of Tissue Specimens for Research”, 2004 JAMA vol. 292 20: 2500~2505.

논자는 위와 같은 사회적 접근 방법도 아울러 검토하여야 한다고 생각한다. 이 문제에 대한 국가 차원의 사회적 해결 방법을 생각해 보면, 특허에 대한 과세제도, 인도주의적 원리 안에서 시료 제공자에 대한 실비 보상 강화, 생명 공학 특허 제품에 대한 가격 통제 및 의료 보험의 보장성 강화 등을 검토해 볼 수 있다.

본 논문에서 이러한 해결 방법을 상세히 논하지는 않을 것이다. 다만 아쉬운 점은, 지금까지의 논의가 세계적 차원에서 진행되어 생명 공학 특허의 주체는 미국 등을 중심으로 존재하고 국내에는 아직 특허 산업의 기반이 미약하여 온전한 우리의 과제가 되지 못한다는 점이다. 국내 생명 공학 특허 산업이 세계와 경쟁할 수 있을 정도로 성장할 때에 이러한 논의가 우리에게도 실제적이고 중요한 문제가 될 것이다.

마지막으로 강조하고 싶은 점은, 인체 유래 물질의 재산권 논쟁에서 재산권 부정설을 취하고 입법적 혹은 사회적 해결 방법을 모색하고자 할 때에는 시료 제공자와 시료 수령자간의 무너진 신뢰 관계가 회복되어야 한다는 점이다.

의료인과 연구자가 앞장서서 의학과 생명공학에 대한 의료 윤리적 성찰을 통해 환자와 의료인, 피검자와 연구자간에 신뢰가 회복되고 이를 토대로 연구 성과를 내어 특허의 성과물이 생산되면 온 국민이 혜택을 입고 특허로 인한 이윤은 다음의 과제를 위한 연구로 재투자되어 가는 선순환의 구조가 이루어지기를 바란다.

IV. 결 론

인체 유래 물질의 효용과 가치는 의학과 생명 공학이 발전하면서 점점 더 커지고 있다. 재산권 긍정설은 시료 제공자의 권리를 재산권 법리로 보호하고자 한다. 그러나 인체 유래 물질은 인간의 인격권을 보호하기 위하

여 재산권성이 부정되어야 한다. 시료 제공자는 설명 의무 위반, 인격권 침해로 인한 불법 행위에 기한 손해 배상 청구가 가능하다. 인체 유래 물질 특허로 발생하는 시료 제공자의 권리문제는 재산권 긍정설을 취하여 해결할 수 없다. 재산권 부정설에 의하는 경우 시료 제공자의 권리 보호가 미흡한 부분에 대하여 입법적 해결이 필요하다. 물질 특허에 관한 시료 제공자의 권리 보호는 인체 유래 물질에 대한 기존의 불확정적 권리 관계를 존중하여 법적 안정성을 취하면서 시료 제공자의 권리를 전향적으로 보호하는 입법적 해결이 필요하다. 아울러 인체 유래 물질의 특허와 관련된 이익을 사회적으로 분배하기 위한 사회적 해결 방법도 강구하여야 한다. 이러한 입법적, 사회적 해결 방법이 성공적으로 이루어지기 위해서는 인체 유래 물질 연구자의 건전한 생명 의료 윤리 의식이 수반되어야 한다.

주제어 : 인체 유래 물질, 재산권, 시료 이송 계약, 물질 특허, 무어 판결, 그린버그 판결

[참 고 문 헌]

1. 국내문헌

곽윤직, 『민법총칙』, 제7판, 박영사, 2002.

구인회, “인체조직 이용에 관한 생명윤리적인 검토”, 『대한병리학회지』, 2005.

김상용, 『민법총칙』, 화산미디어, 2009.

박은정, 『생명공학시대의 법과 윤리』, 이화여자대학교출판부, 2006.

송영민, “인체의 세포, 조직에 관한 소유권법의 적용가능성-가공의 법리를 중심으로”, 『의료법학』, 제4권 제1호, 2003.

2. 외국문헌

Greenberg, 2003 WL 21246347 (So2d, May 29, 2003)

Hakimian R., Korn D., Ownership and Use of Tissue Specimens for Research,
2004 JAMA vol. 292 20.

Nwabueze RN. Biotechnology and the challenge of property, Ashgate 2007.

Medicolegal Study on Human Biological Material as Property

Ung Hee Lee

Seoul Medical-Surgical Clinic

=ABSTRACT=

(Background) Recent biotechnological breakthroughs are shedding new lights on various ethical and legal issues about human biological material. Since Rudolph Virchow, a German pathologist, had founded the medical discipline of cellular pathology, issues centering around human biological materials began to draw attention. The issues involving human biological materials were revisited with more attention along with series concerns when the human genome map was finally completed. Recently, with researches on human genes and bioengineering reaping enormous commercial values in the form of material patent, such changes require a society to reassess the present and future status of human tissue within the legal system. This in turn gave rise to a heated debate over how to protect the rights of material donors: property rule vs. no property rule.

(Debate and Cases) Property rule recognizes the donors' property rights on human biological materials. Thus, donors can claim real action if there were any breach of informed consent or a donation contract. Donors can also claim damages to the responsible party when there is an infringement of property rights. Some even uphold the concept of material patents overtaking.

From the viewpoint of no property rule, human biological materials are objects separated from donors. Thus, a recipient or a third party will be held liable if there were any infringement of donor's human rights. Human biological materials should not be commercially traded and a patent based on a human biological materials research does not belong to the donor of the tissues used during the course of research. In the US, two courts, *Moore v. Regents of the University of California*, and

Greenberg v. Miami Children's Hospital Research Institute, Inc., have already decided that research participants retain no ownership of the biological specimens they contribute to medical research. Significantly, both Moore and Greenberg cases found that the researcher had parted with all ownership rights in the tissue samples when they donated them to the institutions, even though there was no provision in the informed consent forms stating either that the participants donated their tissue or waived their rights to ownership of the tissue. These rulings were led to huge controversy over property rights on human tissues.

This research supports no property rule on the ground that it can protect the human dignity and prevent humans from objectification and commercialization. Human biological materials are already parted from human bodies and should be treated differently from the engineering and researches of those materials. Donors do not retain any ownership.

(Suggestions) No property rule requires a legal breakthrough in the US in terms of donors' rights protection due to the absence of punitive damages provisions. The Donor rights issue on human biological material can be addressed through prospective legislation or tax policies, price control over patent products, and wider coverage of medical insurance.

(Conclusions) Amid growing awareness over commercial values of human biological materials, no property rule should be adopted in order to protect human dignity but not without revamping legal provisions. The donors' rights issue in material patents requires prospective legislation based on current uncertainties. Also should be sought are solutions in the social context and all these discussions should be based on sound medical ethics of both medical staffs and researchers.

Keywords : human biologic material, property rule, genetic engineering, material transfer, Moore case, Greenberg case.